

「自己決定の制約根拠」

担当者：今津隆太・田中貴久

(課題論文①) 吉田克己「自己決定権と公序——家族・成年後見・脳死」

(課題論文②) 中村直美「法とパターナリズム」

1、要旨・要約

今回の発表では、個人の自己決定権が盛んに主張される現代において、公序やパターナリズムという観点から、自己決定がどこまで尊重され、何のために制約されるのか、という問題について考察する。

①我々の社会には、様々な制度に関する強行法的枠組みが存在し、公共的な秩序＝公序を形成している。近時は、これらを自己決定権により相対化しようとする動きが顕著である。

家族の相対化をどこまで進めるべきかについて、家族内の弱者を保護するための「保護的公序」の緩和は、慎重に検討すべきである。一方、「政治的公序」、例えば、選択的夫婦別姓制度については、個人の自律領域拡大の観点から、その相対化を志向すべきである。

成年後見制度については、二つの類型が見られる。法定後見制度において、本人保護を根拠とするパターナリズムが自己決定権と緊張関係に立つのに対し、任意後見制度における、代理人の権限濫用に対処するための公的機関の監督は、本人の自己決定権を実質化するためになされる自己決定権支援型の介入であり、むしろ相互補完的である。

脳死論議では、「死の基準に関する自己決定権」が問題となった。死の統一的な概念は、一定の実体的価値を擁護する機能があり、かつ社会的に受容されているから、死の基準は公序に属すると言える。これに対し自己決定権の観点からの有効な反論はなされていない。

②本人の利益のため、特定の個人の行動に法が干渉・介入することが許されるか、許された場合の限界はどのように設定されるのかということ論を論じることで、正当なパターナリズムについて検討する。特に「概念」と「正当化」が問題となる。

概念の整理に関しては、多くの試みがなされている。しかし、本来的に正しい概念規定はあり得ず、パターナリズムそれ自体が含む問題を認識し、何がどこまで正当化されるのかという実践的課題に答えることこそが重要視されるべきである。

正当化については、他人の利益を侵害しない限り、仮に過ぎていたとしても、個人の自己決定が尊重されるべきだが、その誤りが当該個人の意思が阻害されているために生じる場合には、阻害されなかったらその個人が有したであろう意思にかなうような介入であれば、正当と認めるべきである。

2、引用

①「家族に関する公序には、理論的に整理すれば二種類のものがある。一つは、社会の基本的単位としての家族のあり方を定める公序であり、他の一つは、家族構成員の自立に一定の制限を課すことによって家族内の弱者保護に値する性質の公序である。ここでは、前者を『政治的公序』、後者を『保護的公序』と呼んでおこう。…

…もちろん『政治的公序』だからといって、当然に自己決定権を優先させるべきことにはならない。先に触れたように、社会的倫理観などによる自己決定権の制約はありうるであり、そのような『政治的公序』のあり方を決定するのは、最終的にはある時点での社会的コンセンサスであろう。…他方、『保護的公序』については、その緩和に慎重であるべきである。ここでは、むしろ場合によって公序の拡充を志向していくことが望まれる」

(吉田 P 260～261)

筆者は、公序の相対化の直接の根拠については、自己決定権、すなわち「公序の相対化原理としての自己決定権」ではなく個別の公序ごとの正当性に求めている。

そして、それぞれの公序を「政治的公序」と「保護的公序」に区別し、社会的倫理や自己責任の観点を交えつつ、それぞれの相対化については、個別具体的な検討がなされるべきだと主張している。

その場合、筆者が度々持ち出すのが、「社会的コンセンサス」や「社会的合意」といった概念であるが、やはりその内容は曖昧であると言わざるをえない。この点が今後の検討課題であろう。

②「死ぬことが確実であるようなある行為の選択は、当人にとってその害を凌駕する程の利益(価値)をその選択が含むのでなければ抑止する(その限りでの自由抑圧をする)のが妥当であろう。その場合、彼の意思は、事実認識を誤ったか(例、空を飛べると誤信した)、行為にかかわる評価を誤ったか(例、一瞬の快樂の為に生命を犠牲にしてもよいと考えた)、あるいは、事実認識も評価も誤っていないが内的・外的な要因によって意思の力に瑕疵が生じていたか等々、何らかの理由によって阻害されていたと言えよう。あるいは少なくともそう推定できよう。(これに対し、宗教上の確信に基づいてそれを行わねば死亡するであろう輸血を拒否するもの場合には、その意思は阻害されているとはいえない。)」

(中村 P 54～55)

ここでは「阻害されていなければ有すべき意思モデル」によるパターンリズムの正当化が、具体的に試みられている。筆者によれば、多数者の合理的意思により重大な害が存在するとされた行為は、原則として、阻害された意思に基づくものと推定されることになる。

引用例の場合、死ぬことが確実であることが、重大な害の存在にあたる。

ただし、合理的意味は「二次的・補足的」、「一応の基準」であり、「合理的意味によって明示された本人の意思が凌駕されるということは起こらない」という。筆者によれば、このモデルこそが、パターンリズムを正当化しつつ、「なお不合理・非合理的な生き方・選択をする余地」を認めるのである。

3、定式化

i) 中国政府は、過剰な人口が国の発展の妨げになるとして、1970年代から晩婚と少子を奨励するようになった。いわゆる「一人っ子政策」である。その内容は、国の指導に従って、各地方が具体的な政策を決め実施するというものだった。特徴としては、①都市部には厳しく、農村部には寛容、②漢族には厳しく、少数民族には寛容、などである。例えば、農村では一人目が女子の場合、二人目を持つことが認められる。

具体的には、一人っ子家庭に保険費支給、子供の学費免除などの優遇措置や特典を与え、二人目を産んだ場合は、出産費・産休期間の賃金のカット、年収の数倍ともいわれる「社会扶養費」の支払いなどの罰則が課せられるなどである。

このような政策を自己決定権の観点からみた場合、どのような問題を抽出することができるか。(2002年9月、政府は「人口・計画出産法」を施行し、当初の方針を緩和している。また毛沢東が多産を奨励した50～60年代と一人っ子政策の兼ね合いにより、高齢化社会の到来が現在危惧されている)

ii) 町野朔上智大教授による、臓器移植法改正最終案の要旨は、「(1) 法律によって、脳死を一律に人の死とする。脳死の拒否権は認めない。(2) 脳死になった本人がドナーカードをもっていない場合、『臓器移植に自己決定して死んだ』ものとみなし、家族の承諾があれば移植できるようにする。(3) 親権者の承諾があれば、意思表示のない十五歳未満の脳死の子どもからも移植ができるようにする。」というものである。

これに対し、大阪府立大学教授の森岡正博は、「(1) 脳死を人の死とするのか、しないのかは、それぞれの人間の死生観にゆだねるべきである。(2) 脳死の人からの臓器移植は、本人の尊い提供の意思を活かすために許可されたはずである。臓器不足だから、本人の意思が不明の場合でも摘出して使ってしまう、という方向への改正は、臓器移植の精神に反する。(3) 十五歳未満であっても、自分の臓器提供についての意思表示は可能である。子ども本人に同意・拒否の意見表明の機会を与えないのは、日本が批准している『児童の権利条約』違反であると考えられる。」として、町野案を批判している。

あなたはどちらに賛成し、反対するか。それとも他の代替案を考えることができるか。

iii) 受動喫煙の問題も指摘されるように、ある人の喫煙は純粋な私事と考えることができるか。それを踏まえた上で、中村の考えによると、喫煙に対する介入（喫煙場所の限定、灰皿の撤去、有害表示の義務付けなど）は正当化されるだろうか。

参考文献：

山田卓生 『私事と自己決定』（日本評論社、1987）

参考 HP：

森岡正博 「臓器移植法改正を考える」 <http://www.lifestudies.org/jp/ishokuho.htm#2>

4、参考資料（臓器の移植に関する法律）

第六条 医師は、死亡した者が生存中に臓器を移植術に使用されるために提供する意思を書面により表示している場合であって、その旨の告知を受けた遺族が当該臓器の摘出を拒まないとき又は遺族がないときは、この法律に基づき、移植術に使用されるための臓器を、死体（脳死した者の身体を含む。以下同じ。）から摘出することができる。

- 2 前項に規定する「脳死した者の身体」とは、その身体から移植術に使用されるための臓器が摘出されることとなる者であって脳幹を含む全脳の機能が不可逆的に停止するに至ったと判定されたものの身体をいう。
- 3 臓器の摘出に係る前項の判定は、当該者が第一項に規定する意思の表示に併せて前項による判定に従う意思を書面により表示している場合であって、その旨の告知を受けたその者の家族が当該判定を拒まないとき又は家族がないときに限り、行うことができる。
- 4 臓器の摘出に係る第二項の判定は、これを的確に行うために必要な知識及び経験を有する二人以上の医師（当該判定がなされた場合に当該脳死した者の身体から臓器を摘出し、又は当該臓器を使用した移植術を行うこととなる医師を除く。）の一般に認められている医学的知見に基づき厚生省令で定めるところにより行う判断の一致によって、行なわれるものとする。
- 5 前項の規定により第二項の判定を行った医師は、厚生省令で定めるところにより、直ちに、当該判定が的確に行なわれたことを証する書面を作成しなければならない。
- 6 臓器の摘出に係る第二項の判定に基づいて脳死した者の身体から臓器を摘出しようとする医師は、あらかじめ、当該脳死した者の身体に係る前項の書面の交付を受けなければならない。

5、議論のまとめ（当日の議論はiii）→ i）の順に進められた）

iii)

（川村） 純粋な私事ではない（理由：他人に影響を与える）。

「他人に迷惑をかけない」という本人の意思を阻害しているのでは。

（久保） 正当化されるのは「有害表示の義務付け」程度。

（佐藤） 公の場では、どんな行為も私事ではない。

他人へのインパクトを考慮して「喫煙場所の限定」「灰皿の撤去」は正当化できる。

意思の阻害をなくすための「有害表示」が必要（例：体に悪いという知識を与える）。

（瀧川） プライベートな場所でのパターナリズムはどうか？

（佐藤） 筆者の説など、ある集団が合理的と考えるものを押しつけ、個人が合理的と考えるものを否定するから問題あり。

（瀧川） 中村論文は、本人の意思を探求することによる正当化の試み。パターナリズムは本人の意思に反していても正当化されるか、なお問題として残る。

ii)

（須藤） 町野説を支持（理由：選択できるとすると、個別の場面で有利・不利が生じる。また、対処できるとしても差別的扱いはよくない）。

（土田） 町野説を支持（理由：脳死状態にある者は、生産能力がなく、国の負担を生む）子供の場合も、医学的見地から十分な期間をおいて、脳死を判定すべき。

（佐藤） 三徴候説で一律に死を認める（理由：生死は、人権享有主体性に関わる。第三者に有利に操作されるおそれがある。自己の死をめぐる紛争が生じる。）

（瀧川） 本人による事前の明確な意思表示をしておけば、解決が可能では。

cf. 公序としての死の基準と関連して、選択的夫婦別姓の賛否は？

（須藤） 反対（理由：制度を改変しなくても、実際上不都合はない）。

（佐藤） 賛成（理由：実際に手続が煩瑣であったり、女性の司法書士など仕事の上で信用に関わることも）

（瀧川） 死の基準との相違は？

（佐藤） 死の基準は、人とみなされるか物とみなされるかの大きな違いに関わる。

（瀧川） 本人がそれでいいと言ってるから良いのでは。合理的な範囲内での選択を認めてもよい。

（佐藤） 合理的な範囲が必要であることは、死の定義が必要であることだ。

i)

（佐藤） この設問は「自由権としての自己決定権」の問題であり、国家の成長のために自

己決定権を制約できるかということ。かつ、中国の法制度（基本的人権）の前提は、日本とは違うから、正否を論じられない。

(阿部) 人口爆発という問題から、国民を保護するものとして正当化される。

(川村) 制約できない。特に金銭上の差別的措置による介入は認められない（例：マイナスを加えるもの、「賃金カット」「罰則」など）。

(瀧川) 「産む自由」は、中国と日本で違いがあるのか。人権に対する価値観の相違というよりは状況の問題。政策的な配慮。