

## 論 説

# 判例における「患者の自己決定権」の再考

— 憲法の視点から —

野 畑 健太郎

はじめに

- 一 「患者の自己決定権」に関する憲法論
- 二 判例における「患者の自己決定権」
  - 1 「病名告知」判決における「患者の自己決定権」
  - 2 「輸血拒否」判決における「患者の自己決定権」
    - (1) 輸血委任仮処分申請事件
    - (2) エホバの証人輸血損害賠償事件
  - 3 「尊厳死・安楽死」判決における「患者の自己決定権」
    - (1) 東海大学「安楽死」事件
    - (2) 川崎共同病院事件

おわりに

はじめに

近年、判例で「患者の自己決定権」に言及する例が少なくなく、「患者の自己決定権」はすでに「判例においても定着してきた<sup>(1)</sup>」と指摘されるに至っている。もっとも判例上、それが憲法上の自己決定権か、民事法ないし刑事法上の自己決定権かについて、必ずしも明確にされたかたちで語

られているわけではない。この点に関し、学説は、自己決定権は「これまでも、医療行為や安楽死に関して論じられてきたが、憲法上の権利としてではなく、自己決定権を無視することが、民事あるいは刑事の責任を生ぜしめるか、というものであった」(傍点は引用者)と指摘する<sup>(2)</sup>。

さらには、「患者にしても、私法上の権利として、医師に対し自己決定権の尊重を求め、それが認められれば十分である。そして、この意味での自己決定権が学説上広く認められ、かつ判例もそれを承認するようになってきたのがわが国における状況である」とし、「少なくとも現在のところ、わが国において患者の自己決定権を直ちに憲法上のものとして議論する必要性は薄いといわざるをえない。むしろ、まず私法上、自己決定権の意義と限界は何かを『手探りで徐々に探る』ことが重要であるように思われる」(傍点は引用者)と主張する<sup>(3)</sup>。

では、わが国の判例において「患者の自己決定権」が語られる際、「憲法上の自己決定権」という視点は全く考慮ないし加味されてこなかったのか。この点が気になる。この点に関して、本年(平成19年)2月28日の「川崎共同病院事件」控訴審(東京高裁)判決は、「患者の自己決定権からのアプローチの場合、終末期において患者自身が治療方針を決定することは、憲法上保障された自己決定権といえるかという基本的な問題がある」

(傍点は引用者)と指摘した<sup>(4)</sup>。この判決は、この「基本的問題」については、「患者が一旦治療中止を決定したならば、医師といえども直ちにその決定に拘束されるとまでいえるのかという疑問」を提示したにとどまっているが、「憲法上の自己決定権」の視点を考慮に入れており、この点は判例上注目し値する。

本稿では、この「川崎共同病院事件」控訴審判決の指摘をきっかけにして、「患者の自己決定権」に触れた判例をいくつか取り上げ、それら判例がどのような文脈で「患者の自己決定権」という言葉を用いているかを考察し、憲法の視点から、「患者の自己決定権」に検討を加えたい<sup>(5)</sup>。

## 一 「患者の自己決定権」に関する憲法論

「患者の自己決定権」は、学説上広く認められ、かつ判例もそれを承認するようになってきたが、憲法にも法律にも明文で保障した規定の存在しない、いわゆる「明文なき権利」に属する<sup>(6)</sup>。このような「患者の自己決定権」をどのように評価するかは、患者と医師の関係をどのようなものとして把握するかにかかっている。この点に関して、判例は、医療とは生体に対する侵襲であり、それを適法とするために患者の同意が必要であることは、「患者の自己決定権」に由来する理であるとし、患者が医師の説明を理解し、治療を受けるか否かの判断能力を有する場合には、患者本人の同意が必要であるとしている<sup>(7)</sup>。さらに、この同意が、単なる同意ではなく、インフォームド・コンセント（Informed Consent、説明を受けた上での同意）でなければならないとされると、説明義務もまた自己決定権に由来すると判示されるようになる。たとえば、薬剤の「副作用の発生率が極めて低い場合であっても、その副作用が重大な結果を招来する危険性がある以上は、投薬の必要性とともに副作用のもたらす危険性を予め患者に説明し、副作用の発症の可能性があっても、その危険性よりも投薬する必要性の方が高いことを説明して理解と納得を得ることが、患者の自己決定権に由来する説明義務の内容である<sup>(8)</sup>」とされる。

「患者の自己決定権」の内容は複雑であるが、その保護法益については、①生命・身体利益の保護と、②自己決定そのものに対する人格的利益の保護とに区別されうる<sup>(9)</sup>。身体への侵襲の適法要件としての同意の問題は、①生命・身体利益の保護に関する「患者の自己決定権」になじむ問題である。この問題は、憲法上は、自己決定権というより、生命・身体に対する権利およびデュー・プロセスの権利の問題として捉えうる<sup>(10)</sup>。これに対して、②「自己決定そのものに対する人格的利益の保護」は、憲法上の自己決定権に接近する。すなわち、公権力の規制に対する個人の自由の保障が、憲法上の自己決定権の主眼とするところである<sup>(11)</sup>。

憲法においては、一般的に、患者と医師との関係は、医療における「患者の自己決定権」を「憲法上の自己決定権」と解し、「新しい人権」の、私人間適用として議論される。すなわち、インフォームド・コンセントの法理は、多くの場合、医師と患者という私人間の関係に適用される私法上のものであるから、憲法を公権力と私人との関係を主として規律するものとして捉える限り、私人間適用への論理的な基礎づけが必要とされる。インフォームド・コンセントの法理を、強いて憲法の領域に関わらせて憲法的に構成すると、次のようになる<sup>(12)</sup>。

(1) まず、憲法13条の幸福追求権を構成するものとして自己決定権を認める。すなわち、「個人は、一定の個人的事柄について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利を有すると解され、『幸福追求権』の一部を構成する<sup>(13)</sup>」というように把握される。そしてその一環として、(自己の生命・身体の処分に關する決定に含まれる)「自己の身体への侵襲を拒否する権利」を挙げて、インフォームド・コンセントがないかぎり、その者に身体的侵襲を加えてはならないという権利を、公権力に対するものとして確立する。

学説上、憲法上の自己決定権の保障範囲については議論があり、たとえば、リプロダクションに関する決定(断種、避妊、中絶など)、生命・身体の処分に關する決定(医療拒否、尊厳死、積極的安楽死など)、家族の形成・維持に關する決定(結婚、離婚など)、ライフ・スタイル(外見、趣味など)に關する決定が自己決定権に属するものとして挙げられる<sup>(14)</sup>が、一般的にいえば、「患者の自己決定権」は、このうち、生命・身体の処分に關する決定に關連する。ちなみに、アメリカの判例において、憲法上の自己決定権として保障されるものは、一般的自由ではなく、限定的な事項である。医療に關していえば、「自己の身体に何をするかを決定する権利」とか、「自己の身体をコントロールする権利」では、「自傷の自由」も含むことになり、その範囲が広すぎるとされ、それゆえ、「憲法上の自

己決定権」として保障される権利は、「自己の身体への侵襲を拒否する権利」ともいうべきものに限定される<sup>(15)</sup>。

(2) 次に、その憲法上の権利の私人間適用（効力）を、たとえば間接的適用説によって正当化するということで、患者の自己決定権を憲法から演繹的に導き出し、憲法によって正当化することが可能となる<sup>(16)</sup>。このように、憲法上の自己決定権の視点から患者と医師の関係にアプローチする場合には、「トップ・ダウン」の演繹的思考に依拠せざるをえない<sup>(17)</sup>。

## 二 判例における「患者の自己決定権」

### 1 「病名告知」判決における「患者の自己決定権」

「患者の自己決定権」に触れた判例として癌告知判決がある。すなわち、胆嚢癌が疑われる患者に対して、その疑いを説明しなかったため、患者が確定診断に必要な精密検査を受けず、手遅れとなって死亡するに至った事故につき、癌の疑いを説明しなかったことが診療契約上の債務不履行に当たらないとされ、医師の注意義務違反が否定された判決である。平成元年5月29日の名古屋地裁判決は、「医師が患者に対し解明した病気を正確かつ具体的に説明する義務は、一般的な診療契約においては、患者あるいはその家族などに対し、病気の内容、これに対する治療方法、期待される治療効果を具体的説明することは、患者が治療に関する自己決定権を有することから、医師の診療契約上の債務の一内容といえることができる」と判示し、「医師が患者に対し解明した病気を正確かつ具体的に説明する義務」を治療に関する「患者の自己決定権」から導き出し、これを診療契約上の債務の一部とした<sup>(18)</sup>。

本件名古屋地裁は、「患者の自己決定権」を認め、この権利を基礎に置いて、医師の診療債務の内容を検討し、医師の説明の限界を次のように示した。すなわち、「医師が右義務を尽くすにあたっての説明相手、説明時期、説明内容および説明程度については右説明が治療に対して影響を与

えることから、病状の内容、程度に応じて医師が判断することが相当であり、原則として患者の権利を侵害しない限度において、医師の裁量の範囲内にある」とした。そして「特に不治ないし難治疾患については、患者に与える精神的打撃を配慮する慎重さが望まれる」ことを強調し、癌を告知しなかった被告（病院）が「診療契約上の債務不履行の責任を負うことは認められない」と判示した<sup>(19)</sup>。

「患者の自己決定権」の内容については、2つの原則—①医療がなされるには患者本人の自己決定（同意）が必要であるという原則、②本人の自己決定に基づく私的な行為（とくに個人の生き方の選択）を規制すべきではないという原則—が存在する<sup>(20)</sup>。本件判決で用いられている「患者の自己決定権」は、①に関連する。①についていえば、一般に、人の身体に本人の同意なく侵襲を加えることは、原則として違法であり、同意の意味を理解した上での同意があることが、身体への侵襲の適法要件（の一つ）になっているということになる。医療の分野では、インフォームド・コンセントの法理がいわれ、医師は治療に際して、患者に対し、当該疾患の内容、予定された治療方法、それに付随する危険、期待される治療効果などを説明し、患者から同意を得る必要があるとされる。

同意の前提には、患者が同意の意味を理解するに足る情報をもっていなければならない。別言すれば、医師は医療行為を行なう前に、患者の同意を得る前提として、説明を行わなければならない。医師の患者に対する説明義務には、同意の前提としての説明義務と、専門家として医療を行なう責任から生じる説明義務とがあるが、同意の前提としての説明義務は、身体侵襲の違法性阻却事由に焦点を当てた「同意の前提」として、同時に、自己決定尊重に焦点を当てた「同意の前提」として捉えることができる。わが国については、「説明義務違反を身体へ侵害と結びつけるのではなく、自己決定という法益から捉える潮流」が指摘されている<sup>(21)</sup>。本件名古屋地裁における判断もこの潮流に沿ったものであり、医師の説明義務

の限界も、原則として「患者の自己決定権」を侵害しない限度において、医師の裁量の範囲内にあるとされている。

本件判決は、インフォームド・コンセントの免除事由として「特に不治ないし難治疾患については、患者に与える精神的打撃を配慮する慎重さが望まれる」ことを強調している。「患者の自己決定権」の保護法益は、すでに触れたように、①生命・身体利益の保護と、②自己決定そのものに対する人格的利益の保護とに区別されうる。身体への侵襲の適法要件としての同意の問題は、①生命・身体利益の保護に関する民事法・刑事法上の「患者の自己決定権」になじむ問題である。それに対して、②自己決定そのものに対する人格的利益の保護は、憲法上の自己決定権に接近する。②の視点からは、本件名古屋地裁の採用した「患者に与える精神的打撃を配慮する慎重さ」という事由は、今日における癌告知に関する認識の変化という状況の中では問題視されうる。このことは、名古屋地裁が癌告知に関する従来の認識に立っているということだけでなく、インフォームド・コンセント、具体的には「患者の自己決定権」と医師の裁量権の問題を私法上の領域で捉えているということを意味するものである。

名古屋地裁は、医師の診療債務の内容を検討し、医師の説明の限界を示すにあたって「患者の自己決定権」を認めたが、控訴審である名古屋高裁（平成2年10月31日判決）は、「患者の自己決定権」を認めず、一審判決文中の「患者が自己決定権を有する」との部分削除した。こうして、患者の「自己決定権」からではなく、癌の病名告知の特殊性から医師の説明の限界を、「少なくとも医師の法的説明義務という観点から考える限りは、ある時代においてもその当時の大多数の医師が相当であると考えていた考え方に従って、この説明義務の履行をした場合においては、たとえその後の社会的意識の変化を前提として見るときは、その履行の仕方が不相当と考えられるような場合においても、特段の事情のない限り、これをもって違法とまでいうことは困難であり、少なくとも、昭和五八年当時の我が

国においては、……本件のような状況の下では、医師が当時の折戸医師と同様の立場に置かれたとすれば、その大多数の者が折戸医師と同様に『胆のう癌の疑い』がある旨を入院前の和子に告知することはなかったものと考えられ、こうした点に関し、現在の多様な考え方のうちの一つを前提として、折戸医師の当時の行為を法的に問責することも相当ではない<sup>(22)</sup>」と説いて、控訴を棄却した。

これに対し、原告側は「患者の自己決定権」＝憲法上の自己決定権と捉える立場から、最高裁に上告し、医師と患者の関係を「強者と弱者の関係」と捉えた上で「弱者」たる患者の「自己決定権」を憲法第13条に根拠づけて、「診療契約中説明義務につきこれを誤って解釈し、患者の自己決定権、その前提としての知る権利を否定した原判決は、憲法第一三条に違背し破棄されるべきものである<sup>(23)</sup>」と主張した。しかし、最高裁判決は、この論旨を支持せず、高裁の認定事実の下で、「およそ患者として医師の診断を受ける以上、十分な治療を受けるためには専門家である医師の意見を尊重し治療に協力する必要があるのは当然であって、そのことをも考慮するとき、本件において右の経緯の下においては、折戸医師が和子及び上告人牧野一郎に対して胆のう癌の疑いがある旨の説明をしなかったことを診療契約上の債務不履行に当たるとすることはできない。以上と同旨に帰する原審の判断は、正当として是認することができる。原判決に所論の違法はない。右違法のあることを前提とする所論違憲の主張は、その前提を欠く。論旨は、すべて採用することができない<sup>(24)</sup>」と判示し、上告を棄却している。

以上に見た「癌告知」判決では、控訴審も上告審も、一審が「医師が患者に対し解明した病気を正確かつ具体的に説明する義務」を導き出すために認めた「患者の自己決定権」という権利の使用を回避する判決を下している。



## 2 「輸血拒否」判決における「患者の自己決定権」

### (1) 輸血委任仮処分申請事件

輸血拒否の事例として、信仰に基づく場合がある。この場合の事例として、輸血委任仮処分申請事件に関する大分地裁決定（昭和60年12月2日）<sup>(25)</sup>—信仰上の理由で骨肉腫の転移を防止するための左脚切断手術に伴う輸血を拒否している成年の骨肉腫患者の両親が右患者にかわって病院に対し右手術及びそのために必要な医療行為を委任することができる旨の仮処分申請をなしたことに付き、被保全権利がないとして却下した事例—がある。本決定の事案は、本人（成年）の明確な拒否に対して、両親が、本人の行為は自殺行為に等しいと見て、医療的見地からの輸血ができるようにする権限付与を求めたものである。大分地裁は、本人の輸血拒否行為が違法性を帯びるか否かという視点から、本人の輸血拒否の意思の真摯さの検討を経て、輸血拒否が宗教的信念に基づく（自己破壊的なものではない）という点を重視し、「本件輸血拒否は、債務者の属する宗派の宗教的教義、信念に基づくものであり、債務者も右信念を真摯に貫徹することを希求し実践しているのとある。このような債務者にとって、輸血を強制されることは、信仰の自由を侵されることに等しいものと受止められることは否み難い」と述べ、輸血拒否の違法性はなく、被保全権利はないとして、仮処分申請を却下した。

本判決は患者の「自己決定権」には触れていない。むしろ、信仰に基づく輸血拒否の問題は信教の自由（憲法第20条）の問題と深く関わっており、医学的には本人に危険の伴う輸血拒否という信条も、それ自体は憲法第20条1項の信教の自由（あるいは、第19条の思想・良心の自由）による保護の対象となるということを示す事例である。

### (2) エホバの証人輸血損害賠償事件

エホバの証人輸血損害賠償事件（東大医科研病院事件）は、エホバの証

人の信者である患者—宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることは拒否するとの固い意思を有している患者—が、被告・国（東大医科学研究所附属病院）および医師らに対し、「被告医師らは、手術中いかなる事態になっても輸血を受け入れないとの原告の意思を認識した上で、その原告の意思に従うかのように振る舞って、原告に本件手術を受けさせ、本件輸血をした、また、被告医師らは、右の行為によって原告の自己決定権及び信教上の良心を侵害した」と主張し、①手術中いかなる事態になっても輸血をしないとの約束に反した債務不履行、②「患者の自己決定権」および信教上の良心を侵害した不法行為を理由に、慰謝料1000万円、弁護士費用200万円の賠償を求めて訴えた事件である。

第一審の東京地裁は、平成9年3月12日、①については、「医師が患者との間で、輸血以外に救命方法がない事態が生ずる可能性のある手術をする場合に、いかなる事態になっても輸血をしないとの特約を合意することは、医療が患者の治療を目的とし救命することを第一の目標とすること、人の生命は崇高な価値のあること、医師は患者に対し可能な限りの救命措置をとる義務があることのいずれにも反するものであり、それが宗教的信条に基づくものであったとしても、公序良俗に反して無効であると解される」とし、②については、医師には説明義務があるが、「その説明は、医学的な観点からなされるものであり」、医師には救命義務があるのだから、「患者がエホバの証人の信者である場合、医師から、手術中に輸血以外に救命方法がない事態になれば必ず輸血をすると明言されれば、当該手術を拒否する蓋然性が高く、当該手術以外に有効な治療方法がなく、手術をしなければ死に至る可能性の高い病気では、当該手術を受けないことが患者を死に至らしめることになる。そうとすれば、患者がエホバの証人の信者であって、医師に診察を求めた場合、医師は、絶対的に輸血を受けることができないとする患者の宗教的信条を尊重して、手術中に輸血以外に救命方法がない事態になれば輸血をすると説明する対応をすることが考え

られるが、患者の救命を最優先し、手術中に輸血以外に救命方法がない事態になれば輸血するとまでは明言しない対応をすることも考えられる。そして、後者の対応を選んでも、医師の前記救命義務の存在からして、直ちに違法性があるとは解せられない」として、原告の請求を棄却した<sup>(26)</sup>。このように、一審判決は、いかなる事態でも輸血をしないとの特約は、それが宗教的信条に基づくものでも、公序良俗違反で無効、救命のための輸血行為は社会的正当行為であると判示し、請求棄却の判決を下した。

一審判決では「患者の自己決定権」という用語は用いられていないが、「患者の自己決定権」を構成する原則への言及はなされている。すなわち、一審判決は、被告医師らが原告の自己決定権及び信教上の良心を侵害したと主張している点について、「原告は、被告医師らから手術中に輸血以外に救命方法がない事態になれば必ず輸血をすると明言されれば、本件手術を受けなかったはずであるから、被告医師らは、前記行為によって、原告が本件手術を拒否する機会を失わせ、原告が自己の信条に基づいて本件手術を受けるか受けないかを決定することを妨げたものである」（傍点は引用者）とし、「手術は患者の身体を傷害するものであるから、治療を受けようとする患者は、当該手術を受けるかどうかを自分で決定することができると解される。この解釈は、患者がエホバの証人の信者であると否とに拘わらず、治療を受けようとする患者すべてに共通するものである」（同上）と判示している。この判示内容から知られるように、一審判決においては、「患者の自己決定権」という用語は使用されていないが、「患者の自己決定権」を構成する「医療がなされるには患者本人の自己決定（同意）が必要であるという原則」について、それへの言及がなされている。

当該患者は一審判決後死亡し、その夫等が訴訟を継承したが、東京高裁は、平成10年2月9日、第一審判決を覆し、患者側の訴えを認めた<sup>(27)</sup>。高裁判決は、輸血拒否患者への輸血について、「患者の自己決定権」を前面に押し出して損害賠償を認めたという点において、画期的な判決といわ

れる。判決は、「患者の自己決定権」の内容、行使のあり方等に言及している。すなわち、手術等に対する患者の同意が由来する「自己決定権」とは、「各個人が有する自己の人生のあり方（ライフスタイルないし何により生命より優越した価値を認めるか）は自らが決定することができる<sup>(28)</sup>」ものであるとしている。それはまた、いずれは死すべきものである人が、「その死に至るまでの生きざまは自ら決定できる<sup>(29)</sup>」というもののでもある。判決は、「被控訴人……三名が、……相対的無輸血の治療方針を採用していることを説明しなかったこと」によって、患者は「絶対的無輸血の意思を維持して医科研での診療を受けないこととするのか、あるいは絶対的無輸血の意思を放棄して医科研での診療を受けることとするかの選択の機会（自己決定権行使の機会）を奪われ、その権利を侵害された」と述べ、説明の欠如が「患者の自己決定権」の侵害—権利行使の機会（選択の機会）の奪取—に当たるとした。そして、この「患者の自己決定権」等の侵害による精神的苦痛の程度については、「本件輸血によって医療における自己決定権及び信教上の良心を侵害され、これにより被った精神的苦痛は、大きいものがあつたと認められる。……右精神的苦痛を慰謝するには五〇万円をもってするのが相当と認める」と判示した<sup>(30)</sup>。

高裁判決が示した「患者の自己決定権」について、これを憲法領域に引き寄せて、憲法論との連続性の中で論じた判決と捉えようとする見解がある。すなわち、「高裁判決は、条文こそ明示していないが、本件の問題を……憲法論との連続性の中で論じていたと解」し、「憲法的観点からは、輸血を含む手術等に対する患者の同意を、各個人が有する自己の人生のあり方（ライフスタイルないし何に生命より優越した価値を認めるか）は自らが決定することができるという意味での自己決定権に由来するものと述べていたことがとくに重要であろう<sup>(31)</sup>」と説く見解である。

また、本判決姿勢の背後には「自己決定権」の憲法的措定があるとする見解もある。この見解は、「本判決は民事裁判例であり、13条あるいは20

条といった憲法条文の引用こそないが、生死に関わる自己決定を『権利』として積極的承認した判決姿勢の背後には、（自己の生命の処分に関わる）自己決定権の憲法的指定があると見るべきであろう」と説く。その論拠として、「本件は、純然たる私法原則としての医療契約の自由や『説明と同意（インフォームド・コンセント）』の問題に全面的に還元できるものではなく、いわゆる『通常人』の基準や医療的合理性では説明不能な輸血拒否を裁判所が権利として公認したのは、通俗的には不合理な選択であっても『選択したこと』自体を尊重しようとする憲法的価値が根底に置かれていたからではないか」とする<sup>(32)</sup>。この見解は、憲法上の自己決定権に接近する、「患者の自己決定権」の保護法益の一つである「自己決定そのものに対する人格的利益の保護」の方に照準を合わせたものと解され、傾聴に値する。

こうした「自己決定そのものに対する人格的利益の保護」を尊重する判断枠組に関連して、本件高裁判決においては、「患者の自己決定権」の対抗原理ないし対抗価値として「人の生命」が考えられており、「自己決定権」と「生命の価値」とを衡量する判断枠組が採用されていると説く見解もある。すなわち、「自分のライフスタイルについての患者の自己決定権およびこれに基づく治療の拒否特権と、人の生命という『対抗価値』の間で衡量をおこない、自殺・緊急治療といった特段の事情のある場合を除いて前者に優位性を認める<sup>(33)</sup>」と説く見解である。ただし、この自己決定権の優位性については、「実際、高裁も、自己決定権の単純な優越を認めていたわけではなく、無輸血手術のような信念に基づく行動の適法性は『他者の権利や公共の利益ないし秩序を侵害しない限り』（下線筆者）という条件つきであった<sup>(34)</sup>」という指摘があり、この指摘は「自己決定権」制約の正当化事由という視点からも、示唆的である。

本件高裁判決について、「患者の自己決定権」を憲法領域に引き寄せて、憲法論との連続性の中で論じた判決と捉える見解が提示するキーワー

ドないしキー概念が、「ライフスタイルは自らが決定することができる」という意味での自己決定権」であり、「医療的合理性では説明不能な輸血拒否」でもある。学説上、憲法上の自己決定権の保障範囲として、生命・身体の処分に関する決定だけでなく、ライフ・スタイルに関する決定も自己決定権に属するものとして挙げられるが、「ライフスタイルに関する自己決定権」については、これを憲法上の権利とすることに否定的な見解も存在する。たとえば、「合衆国最高裁判所でさえ、まだライフスタイルの自己決定権と言われるものを明示的に承認さえしていないのである。ところが日本の学説は、自己決定権という名のもとに、ライフスタイルに関する自己決定権さえも包摂させている。……ライフスタイルの自己決定権と呼ばれるものについてまで、基本的人権と認める必要はないのではなかろうか<sup>(35)</sup>」という見解である。また、輸血拒否は果たして「医療的合理性では説明不能な」のかという点に関しても、これに消極的な見解も存在する。すなわち、約20名の『エホバの証人』の無輸血手術を手がけてきた外科医の次のような見解である。

「当院開院以来三年、手術件数は大小併せて約一千例を数え、メジャー・オペレーションはそのうち約四割を占めているが、輸血を行ったケースは数えるほどである。……エホバの証人との出会いが、私を新しい価値観へ導いてくれたのである。……輸血は万やむを得ぬ場合で、エホバの証人ならずとも、昨今多くの人が指摘するように、輸血に伴うさまざまな合併症—A I D S、肝炎、腎不全、D I C、C V H D等—to 思いを馳せるならば、可及的これは避けた方がよい。そして、外科医たる者、極力出血の少ない手術を手がけ、滅多なことでは輸血をしないことがプロのプロたる所以であると自戒すべきなのである<sup>(36)</sup>」。

本判決では、宗教的信念—本件輸血によって侵害されたとする宗教的信念—to の関係で本件輸血の違法性が問題にされていない。自己決定権行使

の機会という「不明確なものを法的保護に値する利益として重要視し、説明義務違反ないし損害発生の根拠とすること<sup>(37)</sup>」にも、議論の余地があるだろう。

最高裁は、平成12年2月29日、原判決を維持し、患者の「人格権」侵害による医師の不法行為責任を認め「本件上告及び附带上告を棄却」した<sup>(38)</sup>。最高裁は、輸血拒否を意思決定する権利を「人格権」（の一内容）として認め、「人格権」の内容を次のように示した。すなわち、「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない<sup>(39)</sup>」とした。本判決は、説明義務違反という不法行為に依拠し、「本件においては、……医師らは、右説明を怠ったことにより、…（患者）…が輸血を伴う可能性のあった本件手術を受けるか否かについて意思決定する権利を奪ったものといわざるを得ず、この点において同人の人格権を侵害したものとして、同人がこれによって被った精神的苦痛を慰謝すべき責任を負う」と判示した。

判決上、「自己決定権」という用語が使われなかった点については、「人格権」という用語を「自己決定権」と読替え・読込むことによって、本判決の憲法的意義を見い出しようと説く見解がある。すなわち、この見解は、「判決が用いている人格権を自己決定権に読み替えることを通して、本判決は、宗教上の信念に基づく輸血拒否に関する意思決定を憲法13条を根拠とする自己決定権によって保障されたものと解していると読み込む捉え方である<sup>(40)</sup>」。しかしながら、最高裁が示した「人格権の一内容」である「意思決定する権利」とは、宗教（上の信念）と関係のある意思決定に限定されている権利にほかならない。この点に関しては、「宗教とは無関係に患者が意思決定する場合にも、本判決の結論が維持されるかが問題<sup>(41)</sup>」となるが、本判決では「意識的に『自己決定権』の用語および『自己決定

権』レベルでの一般命題の提示を避け、『宗教上の信念に基づく人格権』に特化した判断枠組を提示したものと見るのが適切<sup>(42)</sup>」であろう。

本判決は、高裁判決の判断枠組を維持しなかった点にも特徴があるとされる。すなわち、「本判決は、『ライフスタイルに関する自己決定権』の考え方を採ったものでもないし、自己決定権に対する生命価値の一般的劣位を述べたものでもない<sup>(43)</sup>」という点である。最高裁判決で用いられた「人格権」という用語を「自己決定権」と読替える見解があるが、最高裁の判断の背景に「自己決定権」なるものの一般的優越まで読み取るには、説示はあまりにも簡潔にすぎるとされる。この点については、「自己決定権概念がなお未解明であることが、本件で一般理論を述べることを最高裁に躊躇させた理由<sup>(44)</sup>」ではないかと見るのが妥当であろう。

### 3 「尊厳死・安楽死」判決における「患者の自己決定権」

#### (1) 東海大学「安楽死」事件

尊厳死・安楽死に関する裁判において「患者の自己決定権」に言及した判決として、東海大学「安楽死」事件横浜地裁判決（平成7年3月28日）<sup>(45)</sup>がある。本判決は、治療行為の中止（尊厳死）と安楽死とを区分し、治療行為の中止については、それが許されるためには、患者の意思が推定できる家族の意思表示でも足りるとした。また、安楽死については、医師による積極的安楽死の場合、その要件は、①耐えがたい肉体的苦痛があること、②死が避けられずその死期が迫っていること、③肉体的苦痛を除去・緩和するために方法を尽くし他に代替手段がないこと、④生命の短縮を承諾する明示の意思表示があることとした。そうした上で、被告人の行為は、許容される「治療行為の中止」および「積極的安楽死」には当たらないとし、被告人を懲役2年、執行猶予2年に処した。

この判決において、これまで安楽死として捉えられていた「治療行為の中止」が尊厳死として区別され、治療行為の中止（尊厳死）を許容する根



拠の一つとして、「患者の自己決定権」の理論が採用された。すなわち、「治療行為の中止は、意味のない治療を打ち切って人間としての尊厳性を保って自然な死を迎えたいという、患者の自己決定を尊重すべきであるとの患者の自己決定権の理論と、そうした意味のない治療行為までを行うことはもはや義務ではないとの医師の治療義務の限界を根拠に、一定の要件の下に許容される」とされた。

このように、本判決は、治療行為の中止（尊厳死）について、「患者の自己決定権」の内容を明確にし、それを正面から認めた点が注目される。この権利の限界に関しては、「治療の中止が患者の自己決定権に由来するとはいえ、その権利は、死そのものを選ぶ権利、死ぬ権利を認めたものではなく、死の迎え方ないし死に至る過程についての選択権を認めたにすぎない」として、「患者の自己決定権」が死ぬ権利までを含まない点を明確にした。ただし、それが憲法によって保障された権利に属するものか否かについては明らかにされていない。

本判決は、本件が「外形的には安楽死に当たるとも見える」とし、学説に倣って安楽死を消極的安楽死、間接的安楽死および積極的安楽死に区分し、共通の要件として、耐えがたい肉体的苦痛があること、死が避けられずその死期が迫っていること、生命の短縮を承諾する明示の意思表示があることという要件を示した。すなわち、消極的安楽死（延命治療を中止して死期を早める不作為型の安楽死）の場合、治療行為の中止（尊厳死）の範疇に入る行為としてその許容性を考えれば足りるとした。本判決は治療行為の中止（尊厳死）と安楽死とを区別しながら、このように、治療行為の中止（尊厳死）に関する推定的合意の要件を消極的安楽死に類推してしまった点は問題であろう。「このようなことを安易に許せば、安楽死の適用範囲が拡大し、医師の治療行為の内容をなす救助義務が大幅に制限される。その結果、安楽死の中でも、間接的安楽死と積極的安楽死の区別が相対化され、安楽死において歯止めが効かなくなり、事実上、安楽死が野放

しにされる虞がある<sup>(46)</sup>」からである。

間接的安楽死（苦痛を除去・緩和するための措置を取るが、それが同時に死を早める可能性がある治療型の安楽死）の場合は、「主目的が苦痛の除去・緩和にある医学的適正性をもった治療行為の範囲内の行為とみなし得ることと、たとえ生命の短縮の危険があつたとしても苦痛の除去を選択するという患者の自己決定権を根拠に、許容される」とし、この場合、患者の意思表示は推定的意思でも足りるとした。この点については、患者の明示的意思を不可欠とすべきとする批判がある。というのは、「とりわけ間接的安楽死は、治療型安楽死とはいっても『最後の一滴』により生命を人為的に短縮する以上、治療行為そのものとは異質のものがあつて、推定的意思だけでは正当化は困難<sup>(47)</sup>」だからである。

積極的安楽死（苦痛から免れさせるため意図的積極的に死を招く措置をとる安楽死）、つまり、「苦痛から解放してやるためとはいえ、直接生命を絶つことを目的とする」安楽死の場合は、その許容根拠は「苦痛から免れるため他に代替手段がなく生命を犠牲にすることの選択も許されてよい」という緊急避難の法理と、その選択を患者の自己決定に委ねるという自己決定権の理論」にあるとした。

本判決の特徴は、医師による積極的安楽死を上記4要件の下に適法とした点にある。ここにおいても、許容根拠として「患者の自己決定権」が強調される。ここでの「患者の自己決定権」の内容は、医療拒否、尊厳死、積極的安楽死など「生命・身体の処分に関する決定」に関連し、学説上は、憲法上の自己決定権に属するものとして挙げられるものである。しかしながら、本判決でいう「患者の自己決定権」は、「死そのものを選ぶ権利、死ぬ権利を認めたものではな」いといわれている。とすれば、欧米で安楽死を認めるべきだという場合の論拠とされる「自己決定権論」——「自己決定権のなかには「死ぬ権利」も含まれると理解した場合、あるいは生命の短縮や断絶による死苦からの解放も患者の選択しうる医療行為の一つだ

と理解した場合、安楽死は自己決定権の一表現として認められることになる<sup>(48)</sup>」—とは趣を異にするものである。

また、本判決が「患者の自己決定権」を謳いながら、治療行為の中止（尊厳死）の場合に、患者の意思は明示的意思ではなく推定的意思で足りるとし、その際に家族の意思をもって推定的意思とすることを認めた点は、この「患者の自己決定権」が（憲法上の自己決定権に接近する）「自己決定そのものに対する人格的利益の保護」という視点から乖離するものである。つまり、本判決で示された「患者の自己決定権」については、それが直接憲法とのかかわりの中で考慮されていると断言することはできない。

「患者の自己決定権」の憲法的構成（「トップ・ダウン」の演繹的思考に依拠すること）の是非はさておき、「憲法上の自己決定権」による積極的安楽死の承認を徹底すれば、行為主体を医師に限定することなく積極的安楽死の適法化を説くことになるのではないかという問題も生じてくる。この点に関し、積極的安楽死の適法化については、次のような批判がある。すなわち、「憲法上『生きる権利』は存在しても『死ぬ権利』ないし『被殺害請求権』は存在しないであろう。あるいは、消極的安楽死や『尊厳死』の問題で『延命拒否権』を認めることができて、『積極的安楽死を請求する権利』は存在しないといえよう。……自己決定権は重要だが、万能ではない。……結局、積極的安楽死の場合は、生命の不可処分性の方が自己決定権よりもなお優先されるのであり、したがって違法であると解される。そもそも殺害による苦痛除去は、規範論理的に矛盾しているといえる<sup>(49)</sup>」。

## （2）川崎共同病院事件

「川崎共同病院事件」、すなわち、主治医であった被告人が、気管支喘息重積発作に伴う低酸素性脳損傷となり昏睡状態が続いていた被害者に対

し、気道確保のために挿入されていた気管内のチューブを抜管したうえ（治療行為の中止）、筋弛緩剤を静脈注射して呼吸筋弛緩により窒息死させた事件において、横浜地裁（平成17年3月25日判決）は、「末期医療において患者の死に直結し得る治療中止の許容性」について下記のような検討を加えた上、「結局、本件においては、被告人が診療の際に受けた患者本人の印象と前記のような家族らの誤解に基づく了承以外には、患者本人に治療中止の意思があったことを窺わせるような事情はなく、前記要件をみたしていないことは明らかである」とし、「被告人を懲役三年に処する」、「この裁判確定の日から五年間その刑の執行を猶予する」と判示した<sup>(50)</sup>。

横浜地裁判決は、「末期医療において患者の死に直結し得る治療中止の許容性」について検討し、終末期における患者の自己決定の尊重は、「自殺や死ぬ権利を認めるというものではなく、あくまでも人間の尊厳、幸福追求権の発露として、各人が人間存在としての自己の生き方、生き様を自分で決め、それを実行していくことを貫徹し、全うする結果、最後の生き方、すなわち死の迎え方を自分で決めることができるということのいわば反射的なものとして位置付けられる」（傍点は引用者）として、「患者の自己決定権」という用語の使用を避けつつも、「患者の自己決定」の尊重が憲法13条に基礎づけられるかのような表現をとっている<sup>(51)</sup>。この表現のしかたが、控訴審判決で「憲法上保障された自己決定権」という「憲法上の自己決定権」への言及に向かわせた要因とも見ることができる。

本年（平成19年）2月28日の東京高裁判決は、「被告人に殺人罪の成立を認めた原判決は結論においては正当であり、事実誤認をいう論旨は理由がない」が、「刑訴法三九七条一項、三八一条により原判決を破棄」し、「被告人を懲役一年六月に処する」、「この裁判確定の日から三年間その刑の執行を猶予する」と判示した<sup>(52)</sup>。

本判決は、治療中止の適法根拠の一つとして、「患者の自己決定権」を挙げ、それと「憲法上保障された自己決定権」とのかかわりに言及した。

すなわち、「いわゆる尊厳死について、終末期の患者の生命を短縮させる治療中止行為……がいかなる要件の下で適法なものと解し得るかを巡って、現在さまざまな議論がなされている」が、「治療中止を適法とする根拠としては、患者の自己決定権と医師の治療義務の限界が挙げられ」、「患者の自己決定権からのアプローチの場合、終末期において患者自身が治療方針を決定することは、憲法上保障された自己決定権といえるかという基本的な問題がある」（傍点は引用者）と指摘した。このように、本判決が患者の自己決定権について、「憲法上の自己決定権」に言及した点は、注目に値する。

本判決は、終末期において患者自身が治療方針を決定することが、憲法上保障された自己決定権といえるか、という点について、「通常の治療行為においては患者の自己決定権が最大限尊重されており、終末期においても患者の自己決定が配慮されなければならないとはいえるが、患者が一旦治療中止を決定したならば、医師といえども直ちにその決定に拘束されるとまでいえるのか」という疑問がある」と指摘するにとどまり、この「基本的問題」への直接的な論及は行なわなかった。

本判決は、自己決定権による解釈の限界に触れ、「自己決定権による解釈だけで、治療中止を適法とすることには限界がある」と判示し、その論拠を次のように示している<sup>(53)</sup>。

- (1) 治療中止についての自己決定権には「死を選ぶ権利」も含まれる。すなわち、「治療中止についての自己決定権は、死を選ぶ権利ではなく、治療を拒否する権利であり、医師は治療行為を中止するだけで、患者の死亡自体を認容しているわけではないという解釈が採られているが、それはやや形式論であって、実質的な答えにはなっていない」。
- (2) 「患者の自己決定権」からのアプローチの場合、患者の意思の推定・代諾は自己決定権の趣旨に反する、結局は本人以外の者の考えを正当化するためのフィクションに過ぎないのではないか、という問題が生じる。す

なわち、「自己決定権説によれば、本件患者のように急に意識を失った者については、元々自己決定ができないことになるから、家族による自己決定の代行か家族の意見等による患者の意思推定かのいずれかによることになる」が、家族による自己決定の代行については、「代行は認められないと解するのが普通であるし、代行ではなく、代諾にすぎないといっても、その実体にそう違いがあるとも思われない」し、「家族の意思を重視することは必要であるけれども、そこには終末期医療に伴う家族の経済的・精神的な負担等の回避という患者本人の気持ちには必ずしも沿わない思惑が入り込む危険性がつきまとう」。したがって、「自己決定権という権利行使により治療中止を適法とするのであれば、そのような事情の介入は、患者による自己決定ではなく、家族による自己決定にほかならないことになってしまうから否定せざるを得ない」ということになる。また、家族の意見等による患者の意思推定については、「現実的な意思（現在の推定的意思）の確認といってもフィクションにならざるを得ない面が」あり、「意識を失う前の日常生活上の発言等は、そのような状況に至っていない段階での気楽なものとする余地が十分ある」。

このように、本判決は、家族の意思による患者の意思の推定を認めない立場をとることを明確にしている。この点で、「患者の自己決定権」における「自己決定そのものに対する人格的利益の保護」（ひいては、憲法上の自己決定権）の視点に接近する判例と見ることができる。

おわりに

知られるように、「患者の自己決定権」は、アメリカでは私法上の権利として熟した段階で憲法上の権利として承認されるに至っている。わが国の判例上、「患者の自己決定権」という用法そのものについては、最高裁を除いて、これを積極的に承認する趨勢にある。だが、それを憲法上の権利として承認するか否かについては、既述の平成10年2月9日のエホバの

証人輸血損害賠償事件東京高裁判決および平成19年2月28日の「川崎共同病院事件」東京高裁判決においても、明確な判断が下されているわけではない。

憲法学では、すでに述べたように、憲法上演繹的に引き出された「自己決定権」を前提にして、これを（判例上の）「患者の自己決定権」—医師説明義務の根拠として、あるいは医師の裁量権との関わりで把握されているもの—に重ね合わせて、憲法上の権利ないし基本的人権として捉えようとする傾向が見られる。憲法上の自己決定権の視点から患者と医師の関係にアプローチする場合には、このような「トップ・ダウン」の演繹的思考に依拠せざるをえない<sup>(54)</sup>。「患者の自己決定権」に接近するための「トップ・ダウン」の演繹的手法については、現在のところ、わが国において患者の自己決定権を直ちに憲法上のものとして議論する必要性はあるのか、という問題が付きまとう。この点に関するアメリカの歴史的な経過は、少なくとも医療に関わる多くの場合、身体に対する自己決定権は憲法上の権利から演繹的に導かれ私法関係に導入されるものではなく、逆に、私法上の権利が熟した段階で憲法上の権利として認知されるというものであった。わが国でのインフォームド・コンセントの法理ないし「患者の自己決定権」も、同様に、民事法上の紛争の裁判的解決において次第に形成されてきつつあるものであり、憲法から具体的な規範内容が導き出されたわけではないという事実がある<sup>(55)</sup>。この点に関し、公権力が関わることが明らかである刑法上の安楽死・尊厳死の問題のような場合でも、「実質的な権利の内容は抽象的な憲法原則から演繹するのではなく、仮に憲法問題にするにしても、従来から蓄積された民事法・刑事法上の諸規範から機能的に析出されたものを憲法に読み込むべき<sup>(56)</sup>」であるという指摘もなされる。そもそも、患者と医師の関係におけるインフォームド・コンセントの要件も、私人間効力の問題を別にしても、医療の領域において、憲法上の自己決定権を持ち出して具体的解決できる争点は多くないといわれてい

る。

さらに、医療の領域に一旦憲法を適用する以上は、やはり国会に表された国民の多数者の意思（法律）を排除しうるほどの強い効力をもつものであることを考慮に入れるべきであろう。すなわち、法律レベルで患者の自己決定権を否定ないし制約するもの（患者保護につながる弱いパターンナリスティックな制約立法）がある場合、憲法上の権利としての患者の自己決定権は、それを排除する「切り札」となりうる。医療における「患者の自己決定権」にこのような強い効力をもたせることは、はたして適当であろうか。適当でないとされるならば、それを憲法に根拠づけることには慎重であるべきだろう<sup>(57)</sup>。

また、私人間適用について、憲法上の権利の保障範囲の拡張に謙抑的な、いわゆる「新無適用説」の立場<sup>(58)</sup>に立てば、複雑な内容をもつ「患者の自己決定権」については、民事法・刑事法の固有の論理に従うべきで、憲法上の自己決定権を援用すべきではないとする考え方も導かれよう。

すでに示した「患者の自己決定権」に関する諸判例は、事件解決にあたり、「憲法上の権利」である「自己決定権」という「切り札」の使用を回避して、民法や刑法の解釈で事件を解決しようとする傾向を示すものである。このような傾向は、最高裁判例上とくに顕著に見られるものである。最高裁は、「明文なき権利」について、「一般的自由権」に属する権利・自由を憲法13条で保障される「個人の私生活上の自由」の一つとして承認してきた<sup>(59)</sup>が、「自己決定権」については、医療における承認はおろか、この語の使用自体にも、慎重な態度を維持している。医療の領域に関する限り、この傾向ないし潮流は、医事法問題の「法律の解釈による解決」、「憲法の援用の回避」等を内実とする憲法論の視点からは、正当化されるものである。



- (1) 菅野耕毅「治療法の選択と患者の自己決定権」『年報医事法学』5号（1990年）150頁。
- (2) 山田卓生『私事と自己決定』（日本評論社、1995年）341頁。
- (3) 樋口範雄「患者の自己決定権」『岩波講座 現代の法14』（岩波書店、1998年）75頁。
- (4) 東京高判平19・2・28判タ1237号153頁。
- (5) 本稿は、拙稿「患者の自己決定権をめぐって―判例の整理とその検討―」『憲法研究』第34号（2002年）をベースにした考察である。
- (6) 巻美矢紀「自己決定権の論点―アメリカにおける議論を手がかりとして」『レファレンス』平成18年5月号（2006年）84頁以下。
- (7) 名古屋地判昭56・3・6判時1013号81頁。
- (8) 高松高判平8・2・27判タ908号232頁。
- (9) 中山茂樹「生体移植と『患者の自己決定権』」『法律時報』79巻10号（2007年）23頁。
- (10) 「前掲論文」22頁。
- (11) 同上。
- (12) 高井裕之「憲法と医事法との関係についての覚書」『佐藤幸治先生還暦記念 現代立憲主義と司法権』（青林書院、1998年）288頁。
- (13) 佐藤幸治『憲法（第三版）』（青林書院、1995年）459頁。
- (14) 佐藤幸治『前掲書』460頁は、①「身体の生命、身体の処分にかかわる事柄」、②「家族の形成・維持にかかわる事柄」、③「リプロダクションにかかわる事柄」、④「その他の事柄」に分けて考える。芦部信喜（高橋和之補訂『憲法〔第四版〕』（岩波書店、2007年）121頁は、「①子どもを持つかどうかなど家族のあり方を決める自由（断種、避妊、妊娠中絶などの問題）、②身じまい（髪形、服装）などライフスタイルを決める自由、③医療拒否、とくに尊厳死など生命の処分を決める自由など、個人の人格的生存にかかわる重要な私的事項」を含むとする。
- (15) 高井裕之「前掲論文」305-306頁。
- (16) 「前掲論文」288頁。
- (17) 巻美矢紀「『憲法上の権利』の守備範囲―諸法との『協働』に向けて」『法学教室』323号（2007年）19-20頁。
- (18) 名古屋地判平元・5・29判時1325号103頁、判タ699号279頁。
- (19) 同上。
- (20) 中山茂樹「前掲論文」20頁。
- (21) 「前掲論文」21頁。インフォームド・コンセントの法理を中核とした民事法・刑事法学での「患者の自己決定権」は、このような問題を中心に論じられてきた（同22頁）。
- (22) 名古屋高判平2・10・31高民集43・3・178。
- (23) 最判平7・4・25民集49・4・1163。
- (24) 同上。
- (25) 大分地決昭60・12・2判時1180号113頁。
- (26) 東京地判平9・3・12判タ946号82頁。
- (27) 東京高判平10・2・9高民集51・1・1。
- (28) 同上。
- (29) 同上。
- (30) 同上。
- (31) 岡田信弘「『エホバの証人』不同意輸血損害賠償事件」『法学教室』246号（別冊付録「判例セレクト'00」）（2002年）3頁。
- (32) 駒村圭吾「自己決定権と輸血拒否」『ジュリスト』1157号（有斐閣、1999年）11頁。
- (33) 潮見佳男「輸血拒否」『別冊ジュリスト医事法判例百選』183号（2006年）97頁。
- (34) 浅野博宣「自己決定権と信仰による輸血拒否」『別冊ジュリスト憲法判例百選Ⅰ〔第5版〕』（2007年）57頁。

- (35) 松井茂記「自己決定権について (二・完)」『阪大法学』45号 (1995年) 780頁。
- (36) 大鐘稔彦『外科医と「盲腸」』(岩波新書、1992年) 221頁。
- (37) 最判平12・2・29民集54・2・603。
- (38) 同上。
- (39) 同上。
- (40) 岡田信弘「前掲論文」同頁。
- (41) 樋口範雄「『エホバの証人』最高裁判決」『法学教室』239号 (2000年) 44頁。
- (42) 潮見佳男「前掲」同頁。
- (43) 同上。
- (44) 浅野博宣「前掲」同頁。
- (45) 横浜地判平7・3・28判時1530号28頁。
- (46) 植木哲『医療の法律学』(有斐閣、1999年) 347頁。
- (47) 甲斐克則「安楽死」『法学セミナー』511号 (1997年) 60頁。
- (48) 葛生栄二郎・河見誠『新版いのちの法と倫理』(法律文化社、2000年) 178頁。
- (49) 甲斐克則「前掲論文」61頁。
- (50) 横浜地判平17・3・25判時1909号130頁。
- (51) 同上。
- (52) 東京高判平19・2・28判タ1237号153頁。
- (53) 同上。
- (54) 詳しくは、巻美矢紀「前掲論文」『法学教室』323号 (2007年) 17頁以下。
- (55) 樋口範雄「前掲論文」『岩波講座 現代の法14』(1998年) 67頁以下。高井裕之「前掲論文」288頁以下。
- (56) 高井裕之「前掲論文」301頁。
- (57) 樋口範雄「前掲論文」71頁以下。高井裕之「前掲論文」同頁。
- (58) 参照、高橋和之『ジュリスト』1288号 (2005年) 116頁以下。巻美矢紀「前掲論文」『法学教室』15頁以下。
- (59) たとえば、京都府学連事件最高裁判決 (最大判昭44・12・24刑集23・12・1625) は、「個人の私生活上の自由の一つ」として、「何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」(肖像権)を憲法13条から引き出している。また、外国人指紋押なつ拒否事件最高裁判決 (最判平7・12・15刑集49・10・842) では、「国民の私生活上の自由が国家権力の行使に対して保護されるべきことを規定している」憲法13条から、「何人もみだりに指紋の押なつを強制されない自由」が「個人の私生活上の自由の一つ」として導き出されている。

(本学法科大学院・法学部教授)