

## 科学研究費助成事業（科学研究費補助金）研究成果報告書

平成25年5月17日現在

機関番号：13101

研究種目：基盤研究（C）

研究期間：2010～2012

課題番号：22530030

研究課題名（和文）

憲法の基本権規範の医事法に対する具体的影響力の研究

研究課題名（英文）

Study of the specific Influences of the fundamental Rights Norms on medical Law

研究代表者

嶋崎 健太郎（SHIMAZAKI KENTARO）

新潟大学・人文社会・教育科学系・教授

研究者番号：30226203

研究成果の概要（和文）：本研究では、憲法の基本権規範と医事法の関係について、ドイツの状況を中心にして、憲法の基本権規範が医事法の領域に対して一定の規範的影響力をもちうるのか、その検討を通じて憲法の基本権規範が医事法の領域に影響を及ぼすことによる弊害・摩擦があるのか、憲法の基本権規範と医事法の領域とのあるべき関係は何か、という観点から検討した。

研究成果の概要（英文）：This study consider the relationship between medical law and basic rights norms of the Constitution , especially in the Basic Law of Germany. The central viewpoint is normative influence on the area of medical law, frictions between the basic rights norms and medical Law and what kind of the relationship should be between the area of medical law and basic rights norms.

### 交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2010年度	600,000	180,000	780,000
2011年度	500,000	150,000	650,000
2012年度	400,000	120,000	520,000
年度			
年度			
総計	1,500,000	450,000	1,950,000

### 研究分野：

科研費の分科・細目：法学・公法学

キーワード：公法学、憲法、基本権、ドイツ憲法

#### 1. 研究開始当初の背景

##### （1）研究の学術的背景

憲法と他の法分野、とりわけ民事法との関係については、従来、両者は公法・私法の別々の法体系に属すと考えられ、両者の基本的思考枠組や基本原理の点での相互参照はほとんどなされてこなかった。もちろん、両者の関係について、憲法学は人権の私人間効力論

における間接効力説において、民事関係について民法の一般条項を通じて間接的に影響を及ぼすことを承認してきたが、それはおおざっぱな思考枠組にとどまっていた。しかし、近年、憲法と民法の関係につき、両法分野の側から活発な議論が展開している。

とはいえ、これらの議論においても、今のところ両者の関係の抽象的な議論枠組みの

提示にとどまっている。確かに、それらの議論で参照されるドイツの基本権保護義務論は、すべての基本権に妥当する、包括的な理論の傾向を持つ。しかしまた、ドイツの基本権保護義務論が、連邦憲法裁判所における妊娠中絶規制の「期限による解決」に関する具体的事件の解決のために提唱され、その後多くの具体的事件での適用を通じて、発展してきたものでもある。我が国においても、憲法の民事法への影響力について、個別的分野において具体的にいかなる問題解決を導くのかを検討する段階に入るべきと考える。

以上の研究動向と着想に基づき、本研究は、終末医療、生殖補助医療、妊娠中絶における自己決定権、それらの学問研究の自由、それに対する生命権・身体の不可侵権、人間の尊厳の保護など、憲法の基本権規範と民事法の関係を問題にしうる場面が多い医療の分野において、ドイツの基本権保護義務論を参照しつつ、憲法の基本権規範の民事法(医事法)へのあるべき規範力につき考察しようとするものである。

(2) これまでの研究成果を踏まえ着想に至った経緯

研究代表は、今まで、ドイツの理論を参照しつつ、生命権および人間の尊厳につき研究してきた(後掲の研究業績参照)。日本国憲法においては生命権は13条の幸福追求権の一内容として保障されるとされてきた。これに対して、ドイツにおいては、基本法の条文上も理論上も、他の基本権とは独立の基本権と理解されてきた。研究代表者は、日本国憲法の解釈においても、生命権を幸福追求権とは区別された独自の基本権として理解することが有益であることを主張してきた。そして、基本権保護義務についても、日本国憲法の生命権の領域については認めることができることを示唆してきた。

この研究代表の見解に対しては、民法・医事法の研究者から、「医療場面を含めいかなる保護規範が憲法上導かれるかは具体的に論じられていない」との批判を受けている。この点については、研究代表は、医事法・生命倫理学の研究者との共著書に収録の最新の業績(後掲研究業績)においては、患者の自己決定の他者決定への転化を防止するインフォームド・コンセント制度の確保が国家の基本権保護義務から導かれうると示唆した。またそれとは別に、医療の現場で患者の生命権および身体の不可侵権侵害を防止するための医療の質を保つ制度(専門医制度や継続的教育制度)の構築も保護義務の内容

とみなされうることも指摘した。さらに、健康保険制度の構築維持も保護義務の内容に入れられるかもしれない。ただ、これらの義務は、日本国憲法においては、生命権・身体の不可侵権とは別に、26条の生存権からの要請とすべきとの批判も考えられる。この点は、社会権規定を持たないドイツ基本法とは異なった検討が必要となる。また、13条の自己決定権からの要請であるとの批判もありうる。本研究では、研究代表の従来の研究と内外の研究の成果を発展させて、医事法の領域において憲法の基本権規範が及ぼすべき影響力(規範力)の具体的内容を明らかにしようとするものである。

## 2. 研究の目的

### (1) 全体的研究目的

研究代表者は、今まで憲法の生命権および人間の尊厳等の研究を行ってきた。本研究は、従来研究成果をふまえ、憲法とりわけ基本的人権規範が医事法(医療)の分野において持つべき具体的影響力(規範力)について考察することを目的とする

### (2) 個別的研究目的。

本研究は、研究期間内に大要3つ点を明らかにしようとする。

第1に、本研究は、医事法の基本原理と憲法の基本権規範が密接な関係を持ちうること、憲法の基本権規範が医事法の領域に対して一定の規範的影響力をもちうることを具体的に明らかにする。

第2に、その検討を通じて憲法の基本権規範が医事法の領域に影響を及ぼすことによる弊害・摩擦があればその点も具体的に明らかにする。

第3に、以上の検討を通じ、憲法の基本権規範と医事法の領域とのあるべき関係を明らかにする。

## 3. 研究の方法

### (1) 本研究の特色

本研究には、3つのポイントがある。

第1に、抽象的な理論と具体的問題解決とを相互にフィードバックさせることである。抽象的な議論のレベルにとどまってきた、憲法と民事法の関係、および基本権保護義務論の民事法へ影響の帰結につき、医事法の場で具体的に検討し、逆にその具体的検討により抽象的な基本権保護義務論へフィードバックを行うことである。この点、ドイツの基本権保護義務論は具体的な事例の解決を通じて吟味・形成されてきたのであり、抽象的理

論と具体的問題解決との双方を視野に入れた研究がわが国でも重要な意義を持つ。

第2に、医事法との学際的視野に立った研究であることである。従来憲法と民法の交流は限定されていた。本研究では、憲法と民法（医事法）とで問題意識を共有する領域における具体的問題を検討することより、両者の協働の可能性を探るために極めて有意義である。

第3に、憲法の規範力という大きな視野を持つことである。日本とドイツでは憲法の他分野への影響力（規範力）には、大きな違いが生じている。しかし、医療の領域においては、憲法のあるべき影響力を無視し、憲法と医事法とが別々の答えを出すことは不幸なことである。憲法の規範力という観点から先端医療、生殖補助医療等の分野において考察することは、憲法学の今後の発展のために極めて有意義である。

## （2）研究計画

本研究の計画では、可能な限り関係の文献の収集と文献研究を行う。文献については、注釈書類はすでに申請者が有しているが、その他の文献については、新潟大学図書館、法学部資料室には十分な文献の蓄積がないことからまず本研究の文献収集が重要な課題となる。この点は、研究代表の在外研究時および数次の日独シンポジウムを通じて交流があり、本研究の分野につき業績のあるドイツの研究者を通じて書誌情報の入手を行う。この点につきすでに関係の研究者から了承を得ている。文献収集と並行して文献の熟読分析を行うことは言うまでもない。研究成果については、研究代表の所属するドイツ憲法判例研究会、およびその研究プロジェクト、新潟大学公法研究会、など研究代表の関係する研究会・プロジェクトで研究報告・検討を行う。また、最終年度には、研究の成果を、「法政理論」（新潟大学）等に論文の形で発表する。また、研究代表の従来の研究と合わせて研究書として刊行を企画する。

### 【平成22年度】

本年度は、文献の収集に全力を挙げる。文献収集については、邦文文献については、法学関係の資料データベースを利用して遺漏のないことを期す。

また、外国文献については、研究代表の研究室にてアクセス契約を結んでいる JURIS 等のデータベース、また、知己のドイツ人研究者およびその講座組織を通じて書誌情報を収集する。

研究代表が分担執筆した共著書（後掲業）

のために結成された「子供の医療と法」研究会のメンバーからも情報を得る。

### 【平成23年度以降】

平成22年度の計画を引き続き実行するほか、最終年度の研究総括に向けて準備を行う。具体的には、平成23年度には、研究代表の所属するドイツ憲法判例研究会、新潟大学公法研究会において中間的な研究報告を行い、見逃していた論点がないかどうかチェックを行い、最終的な研究発表の準備を行う。また、継続的に資料収集を行い、特に新たに刊行された文献等について遺漏のないことを期す。平成24年度においては、本年度は、研究の総括の年として、研究成果のまとめと、論文の執筆に専念する。また、必要に応じて、補充的な文献収集を行う。研究成果は、研究の成果を、論文の形で確実に発表する。また、研究代表の従来の研究と合わせて研究書として刊行を企画する

研究においては、特に、ドイツにおける最新の研究状況につき、平成24年に在外研究を行い、次の研究者から直接に知見を得ることができた。ボード・ピエロート教授（ミュンスター大学）、インゴ・ゼンガー教授（ミュンスター大学）クリスチアン・シュタルク教授（ゲッティンゲン大学）、ヨーゼフ・イーゼンゼー教授（ボン大学）他。

## 4. 研究成果

憲法の基本権規範と医事法との具体的接点として、自己決定能力が不十分な者（子ども、成年被後見人など）に対する医療行為があげられる。ここでは、ドイツにおける子どもに対する医療行為を中心に、得られた知見をまとめておく。

基本法（憲法）は子どもにも年齢に応じた医療の自己決定権を保障している。自己決定能力の有無は年齢で一律に決定されるのではなく個別に判断されねばならない。自己決定能力のある子どもに対しては自己決定の前提として医学的介入の前に説明と同意がなされねばならない。説明と同意は自己決定権の内容をなす。

自己決定能力に欠ける子どもに対しては、基本法6条2項の親の教育権の具体化として配慮権を有する親が子どもへの医療行為に対して同意をなすことができる。親の教育権は子どもの福祉のために行使されねばならない。

親の同意が子どもの福祉に反する場合には国家は基本法6条2項2文の監視職権によって親の教育権に介入することができる。

子どもの福祉は親の教育権と国家の監視職権の共通の限界である。親子関係においても基本権利益の対立の可能性があり、基本法6条2項後段の国家の監視職権は国家の基本権保護義務の具体化と見ることが可能である。

子どもに対する親の教育権の限界および子ども基本権法益のための国家の監視職権（基本権保護義務）の限界は、子どもの基本権法益の類型と自己決定能力の発達程度により異なる。身体や健康については子どもの福祉の内容は比較的客観化可能であり親の教育権への国家の介入の余地は広がる。

患者医師関係においては、同意なしの医療行為が侵襲から患者を保護すべき国家の基本権保護義務が存在する。インフォームド・コンセントの仕組みの整備を含む国家の基本権保護義務が存在する。

人間の生命や健康は事後の回復困難があること、医療技術の急速な発展により治療に先立つ情報の入手が必要であること、医学的侵襲が主に私人の手でなされること等に鑑みれば、医療の領域は国家の事前の制度設計が必要であり、その意味で患者医師関係は国家の基本権保護義務を適用しやすい領域である。また親子関係は単純な基本権対立関係とはいえない特殊な関係ではあるが、子どもの医療という領域については親子関係にも国家の基本権保護義務論は適用可能である。ドイツにおいて、患者医師関係はもちろんのこと、親子関係においても基本権保護義務論の適用の可能性は認められつつある。ただし、国家に基本権保護義務があるかどうかという問題と、基本権保護義務をどのような方法で実現するかという問題は一応別個である。基本権保護義務の実現方法は第一次的には立法者の制定する法律に委ねられる。法制度が整わない段階で、子どもの医療の現場において基本権保護義務論が働く余地は限定されており、その意味でこの理論が子どもの医療にばら色の未来をもたらすとの期待は過大である。しかしそれでもなお、国家がこの義務を自覚して各種の政策を実施することは子どもの医療にとって有益である。

ドイツにおける現実の親子関係や患者医師関係に関する状況はわが国においても基本的に当てはまる。近年のいわゆる「児童虐待防止法」制定は、家庭が子どもの生命権・身体の不可侵権などの保護のよりどころとはなりえないことを示している。度重なる医療過誤とそれによる医療不信による医療訴訟への対応が司法制度改革の理由として挙げられているが、他方医療過誤を予防する法

制度整備の遅れも指摘されている。このような状況を見ると、わが国においても、子どもの医療に関して、法律レベルで立法論や解釈論を通じてのみならず、憲法学の観点から国家の基本権保護の道筋を準備しておくことは有意義なことと思われる。

もっとも、わが国においては基本権の保護義務論の導入に対しては学説上なお強い疑念が表明されている。ドイツにおける国家の基本権保護義務論は原則としてすべての基本権に当てはまる基本権の一般理論である。したがって、その導入に関するわが国の議論も、日本の伝統と戦後の憲法状況の中で国家の基本権保護義務（「国家による自由」）によって「国家からの自由」が掘り崩されないかといった基本権の一般理論の傾向を帯びがちである。たしかに、ドイツにおける議論も一方においてそのような傾向を強く持つ。

しかし、他方においては、基本権の保護義務論は、個々の人権規定、とりわけ初期においては生命権、身体の不可侵権をめぐる連邦憲法裁判所に提起された幾多の具体的事例を通じて、吟味され鍛え上げられてきたものであることを忘れてはならない。その意味においては、わが国においても基本権の一般理論としての保護義務論と並行して（それを横目でにらみながら）、たとえば生命権・身体の不可侵権という個別的人権との関りでこの理論の意義と射程範囲を検討することも必要なことである。

## 5. 主な発表論文等

（研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線）

〔学会発表〕（計1件）

嶋崎健太郎、2012年9月11日、Verfassungsrechtliche Aspekte des Schutzes ungeborenen Lebens in Japan, Vortrag an der Univ. Muenster, Rechtswissenschaftliche Fakultät（ドイツ連邦共和国）

〔図書〕（計4件）

嶋崎健太郎、畑尻剛・工藤達朗編、中央大学出版部、ドイツの憲法裁判（第2版）、2013、全632頁（分担執筆186～194頁、253～275頁）

【共著】嶋崎健太郎、小山剛・玉井真理子編、尚学社、子どもの医療と法・第2版、2012、全364頁（「子どもの医療をめぐる4極関係と基本権保護」135～162執筆）

嶋崎健太郎、谷口洋幸・齋藤笑美子・大島梨沙編、信山社、性的マイノリティ判例解説』、2011、全 247 頁（「性同一性障害者の名の変更の年齢差別 - 性転換法違憲判決」42～46 頁執筆）

嶋崎健太郎、笠原俊宏編、文眞堂、『日本の論点・第 1 巻』、2011、全 284 頁（1～10 頁、「日本国憲法と生命権」執筆）

## 6 . 研究組織

### (1)研究代表者

嶋崎 健太郎 (SHIMAZAKI KENTARO)

新潟大学・人文社会・教育科学系・教授

研究者番号：30226203