

## 死体解剖保存と遺族ないし本人の承諾

—— 医事法・生命倫理の視点から ——

栗 屋 剛

---

キーワード：Autopsy Law, consent of the deceased, principle of autonomy, bioethics,  
medical jurisprudence

---

### 緒 言 考 察

死体の解剖及び保存に際して遺族ないし本人の承諾は必要か。移植用臓器の提供における承諾のあり方については比較的によく議論がなされているが、こと死体解剖保存における承諾のあり方については、これまであまり議論がなされてこなかった。しかし、以下のような背景のもとに、この点に関しても議論がなされる必要が高まってきた。本稿は、医事法及び生命倫理の視点からこの問題を考察するものである。

最近、ヒトの臓器や組織や細胞が移植用、研究用、医薬品製造用、薬物試験用などに広範に用いられるようになり、それらは利用価値ひいては経済的価値、さらには商品価値までも持つようになってきた<sup>1)</sup>。また一方で、自己決定権やインフォームド・コンセントの原理などが声高に主張されるようになってきた。そこで、ヒトの臓器や組織や細胞は一体誰のものなのか、それらの、生体ないし死体からの摘出の承諾権は一体誰にあるのか、などという疑問が生じてきた。

我が国には死体の解剖及び保存を規制する法律として、「死体解剖保存法」(昭和24年6月10日法律第204号)が制定されている。医学上の死体解剖はその目的によって、病理解剖、系統解剖(=正常解剖)、法医解剖(=司法解剖及び行政解剖)の三つに分類されるが、死体解剖保存法は原則的に、遺族(ないし本人)の承諾の点のみならず、他のすべての事項にわたって、これらすべての死体解剖(及び保存)に適用されるものである。すなわち、死体解剖保存法は「死体の解剖及び保存に関する総括的法規」である<sup>2)</sup>。

このことを前提として、以下、まず第一に、死体「解剖」における遺族ないし本人の承諾についての法状況を述べ、その上で、生命倫理の視点から考察を加える。第二に、死体「保存」における遺族ないし本人の承諾についての法状況を述べ、その上で、同様に生命倫理の視点から考察を加えることにする。そして第三に、特に死体保存における遺族の承諾と死体の所有権の帰属の関係について、法的視点から考察を加える。最後に第四に、死体の解剖及び保存における本人意思の実現について、生命倫理の視点から考察を加えることにする。

---

(平成13年4月9日受理)

指導：難波正義教授

(岡山大学医学部分子細胞医学研究施設 細胞生物学部門)

徳山大学経済学部医事法・生命倫理研究室

論文請求先：徳山大学経済学部医事法・生命倫理研究室

電話：0834-28-0411 ext. 503 FAX：0834-28-8790

E-mail：awayat@tokuyama-u.ac.jp

## 1. 死体解剖における遺族ないし本人の承諾についての法状況と生命倫理

以下、病理解剖、系統解剖、法理解剖の三つの場合に分けて、この順に考察する。

第一に、病理解剖の場合について述べる。病理解剖においては、まず、原則として遺族の承諾が必要である(死体解剖保存法第7条本文)。これは、基本的に、遺族に死体解剖の承諾権があることを意味する。ここでは、遺族の承諾がなければ、後述する例外規定に該当しない限り、死体解剖は違法—死体解剖保存法第7条本文違反—である。ただし、同条違反には罰則は規定されていない。この点に関して、「死体解剖保存法の施行に関する件」(医発第519号：各都道府県知事宛厚生省医務局長通知(昭和24年6月15日))は以下のように述べている。「法第7条本文は単なる注意的規定であり、従つて本条違反に対しては罰則が設けられていない。」さらにいえば、この場合、死体損壊罪(刑法第190条)の成立が問題となる。この点に関して、上述の「死体解剖保存法の施行に関する件」は、「一般的には遺族の承諾を得ずに解剖すれば死体損壊罪として処罰される可能性が強いと考えられる」と述べている。

では、そもそも、死体解剖保存法はなぜ死体解剖に遺族の承諾を要求しているのだろうか。立法過程(第5回国会参議院厚生委員会)において、遺族の承諾を要求した点について、政府委員は次のように述べている。

「尚死体の解剖はさような積極的に医学の教育又は研究のために必要であるという反面、死体の尊厳の維持或いは言葉を換えて申しますれば、遺族の死体に対する宗教的な感情というものも無視すべきものではないのでございますので、第7条に書いてございますように、許可又は届出によつて解剖をなし得る場合でございまして、必ず原則として遺族の承諾を得なければならぬというふうにいたしておるのでございます。これも併しながら特別の場合には、遺族の許可がなくてもいいという規定が第7条の各号にございます。この程度の例外だけを設けて、原則としては一々遺族の承諾を得ることを

要件として、遺族の死体に対する宗教的な感情を満足させるようにいたしたいという考えでございます。」<sup>9)</sup>

ここでは、原則として遺族の承諾が必要であるとした理由として、「死体の尊厳の維持」ないし「遺族の死体に対する宗教的な感情」に対する配慮が理由に挙げられている。この答弁に対する私見を述べるならば、「遺族の死体に対する宗教的な感情」に対する配慮は遺族の承諾を要求する根拠となりうるが、「死体の尊厳の維持」は遺族の承諾を要求する根拠とはなりえないと思われる。なぜなら、基本的に、「死体の尊厳の維持」と死体解剖保存における遺族の承諾の有無とは直接的な関係はないからである。

なお、同じく立法過程(第5回国会衆議院厚生委員会)において、別の政府委員は、「死体の解剖は尊厳な人体の取扱いに関することでありますので、原則として遺族の承諾がなければこれをなすべきでないことは、むしろ刑法の解釈上当然であります」と述べている<sup>9)</sup>。

私は、死体解剖保存法が遺族の承諾を要求していることの背景に、国会審議には現れていないが、基本的に、我が国では遺族が死体に対して祭祀、埋葬、供養等を行うことが慣習ないし社会通念になっており、後述のように、それを判例や学説が取り入れて遺族等の死体所有権を認めていることがあると推測する。

次に、例外的に、遺族の承諾が必要とされない場合がある。すなわち、「死亡確認後三十日を経過しても、なおその死体について引取者のない場合」(死体解剖保存法第7条但書第1号)及び「二人以上の医師〈略〉が診療中であつた患者が死亡した場合において、主治の医師を含む二人以上の診療中の医師又は歯科医師がその死因を明らかにするため特にその解剖の必要を認め、且つ、その遺族の所在が不明であり、又は遺族が遠隔の地に居住する等の事由により遺族の諾否の判明するのを待つてはその解剖の目的がほとんど達せられないことが明らかな場合」(同法第7条但書第2号)には、遺族の承諾は不要である。

ここでは、本人の承諾はまったく要求されていな

い。すなわち、仮に本人が生前、病理解剖の拒否の意思表示をしていたとしても、遺族の承諾さえあれば、その解剖は違法ではない—少なくとも死体解剖保存法違反ではない—。では、逆に、本人が生前、病理解剖の承諾の意思表示をしていて遺族がそれを拒否する場合はどうであろうか。この場合は、死体解剖保存法はあくまで遺族の承諾を要求している(第7条本文)わけだから、いくら本人の承諾があっても、解剖は違法—死体解剖保存法第7条違反—ということになるであろう。

法的視点からは以上のように考えられるが、生命倫理の視点からは別の結論が導き出される(このようなことは、当然にありうる)。法学研究の主流は法解釈学であるが、生命倫理の視点からは、法—ここでは死体解剖保存法—自体も批判の対象となりうる。なお、法と倫理の違いが国家権力による強制力の有無にあることはいうまでもない。さらには、非倫理的な行為はすべて法で禁止すべきであるという考え方が危険であること、及び、非倫理的であるとはいえない行為に対して行政的な取締目的から禁止立法がなされる場合があることも、いうまでもない。

さて、病理解剖の場合、上述のように、死体解剖保存法上、原則として遺族の承諾が必要であるとされている(同法第7条本文)。この点は、遺族ないし本人の承諾をまったく要求しないよりもよいという意味において、評価できる。しかし、ここで、遺族の意思が本人の意思に優先させられている点は、生命倫理の視点—特に自己決定の原理—からは、疑問なしとしない。ここでは、本人の意思(自己決定)が問題とされるべきである。さらにいえば、医学研究上の病理解剖の必要性が本人の意思(自己決定)に常に優先するかは再考の余地があるように思われる。

他に、例外として、死亡確認後30日を経過しても引取者のない死体及び遺族の所在が不明である死体(一定の条件あり)については遺族の承諾は不要であるとされている点にも、疑問なしとしない。確かに、死体解剖保存法のように、基本的に、遺族に死体提供の承諾権があるとする前提に立つならば、こ

のように引取者のない死体や遺族の所在が不明である死体の場合にはそもそも遺族の承諾を得ようがないわけだから、その承諾は当然不要である、従って遺族の承諾なく解剖できる、とする結論に至るのは自然であろう。さらに、端的にいえば、引取者のない死体や遺族の所在が不明である死体の場合に遺族の承諾が要求されないのは、ほぼ、死体所有権自体の存在を前提としてその所有者が不明である—平たくいえば死体の持ち主がいない—ことの論理的帰結であるといえよう。

しかしながら、生命倫理の視点—特に自己決定の原理—からは、このような場合、本人の意思は不明なのであるから、そもそも、基本的に、解剖—ここでは病理解剖—の対象にはならないと解すべきであるように思われる。

また、遺族が遠隔の地に居住する等の事由により遺族の諾否が判明するのを待っていては解剖の目的がほとんど達せられないことが明らかな場合には遺族の承諾は不要である(一定の条件あり、同法第7条但書第2号)とされている点も、疑問なしとしない。近時、電話、ファックス、電子メールなどの通信手段が飛躍的に発達し、遺族が遠隔の地に居住するから連絡が取れないなどという場合は想定しにくい。仮にそのような場合があるとして、「解剖の目的」が遺族の承諾に常に優先するかは、やはり再考の余地があるように思われる。そして、この場合ももちろん、生命倫理の視点—特に自己決定の原理—からは、本人の意思は不明なのであるから、そもそも、基本的に、解剖—ここでは病理解剖—の対象にはならないと解すべきであるように思われる。

以上、主に生命倫理の視点からの問題点を指摘した。すなわち、基本的に、生命倫理における基本原理である自己決定の原理やインフォームド・コンセントの原理からは、死体の解剖(及び保存)に際しては、遺族の意思(承諾)よりもむしろ、本人の意思(自己決定)が重視されるべきであるといえるが、死体解剖保存法はこの本人の意思を等閑視しており、その点において、疑問があるといわざるをえない。

ただし、立法当時は、生命倫理の考え方(言葉、

概念も) 自体がなかったもので、仕方がないことではある。ただ、立法当時、本人の意思に関する議論がまったくなかったかという点、そうではない。まず、死体解剖保存法の立法過程(第5回国会参議院厚生委員会)において、本人に解剖承諾の意思がある場合について、次のようなやり取りがある。

厚生委員会委員「第7条の遺族の承認を求むるという点であります。その本人が生存中に死体の解剖を承諾して頼むというような場合は、尚遺族の承諾を要しますか、どうですか。」

政府委員「その本人の希望というものの意思表示の仕方でございますが、只今お話のような場合でありますれば、それがございまして、尚一應遺族の承諾を求むるというふうな手続きをとりたいという考えでございます。」

厚生委員会委員「私は法理的に何うのですが、本人がちゃんと意思表示しておる、正確に有効な手続きを遺言でもして置く、そうすれば当然その通りにいたさなければならぬ。遺族が不承諾であるということになれば解剖できませんか。」

政府委員「本人の意思表示が、何と申しますか、法律上有効なような形の場合でも遺族が反対したらどうだろうというお尋ねであろうと考えますが、その場合は、遺族の反対の程度であります。私の方としましては、そういうふうな場合には、遺族に事を分けて話せば承諾を得られるものと思っておりますが、場合によりますれば、何としてでも解剖することを拒んで遺族が泣き叫ぶという愁嘆場を見ることも稀にあります。それまで押切つてやるのがどうであろうかという心遣いを持つておるのであります。」

厚生委員会委員「これは実際問題としてであろうかと思うのです。いろいろ病気に罹った人が、自分の死体を、せめて学術の研究にして貰いたいというようなことは、常に我々見聞するところなんです。そういう場合についても、遺族の承諾を絶対必要条件とすれば、この法律によればできないということになるので、この点法の不備ではないかと思うのですが、御研究を願いたい。」<sup>5)</sup>

最後の質問は問題の核心に近いが、残念ながら、質疑はここで終わっている。この厚生委員会委員の見解は、遺族でなく本人の解剖承諾の意思を重視する点において、注目に値する。ただし、ここでは、本人の特に解剖拒否の意思については、まったく問題とされていない。

なお、死体解剖保存法制定の数年後に、「死体の一部を生体に移植する場合の取扱いについて」(医取第304号:各都道府県知事宛厚生省医務局長通知(昭和29年8月12日))が発せられているが、この中には、本人の意思(承諾)に言及する箇所がある。すなわち、同通知は、「死体の一部を摘出することは、刑法第百九十条の死体損壊罪を構成するものであるが、医師が患者の重大な疾病の治療を目的とし、死亡を確認した後死体の一部を摘出してこれを生体に移植する場合において、あらかじめそのことに関する本人の承諾又は遺族の承諾を得たときに限り、刑法第三十五条にいう『正当ノ業務ニ因リ為シタル行為』として違法性を阻却するものと思料する」としている。

第二に、系統解剖の場合について述べる。系統解剖においては、まず、生前の本人の「献体の意思」(「医学及び歯学の教育のための献体に関する法律」[昭和58年5月25日法律第56号]一以下、献体法という一第2条)が必要である。すなわち、正確には、「死亡した者が献体の意思を書面により表示していることが必要である(献体法第4条)。ここでは、本人の意思が要求されている。

遺族の承諾については次のようである。「当該正常解剖を行おうとする者の属する医学又は歯学に関する大学(略)の長(略)が、死亡した者が献体の意思を書面により表示している旨を遺族に告知し、遺族がその解剖を拒まない」とき(同法第4条第1号)、あるいは「死亡した者に遺族がない」とき(同法第4条第2号)は、遺族の承諾は不要である。

ここで、一つ疑問が生じる。本人の生前の「献体の意思」がない場合あるいは本人が積極的に拒否の意思を表示している場合には当然献体法の適用はないが、これらの場合に死体解剖保存法が適用され、

同法第7条本文の規定（死体解剖に遺族の承諾を要求する）を根拠に、遺族の承諾を理由として系統解剖は合法化されるであろうか。これは、献体法と死体解剖保存法は選択的に適用可能なのか、という問題である。もちろん、これが肯定されれば、系統解剖用の死体数は、これら二つの場合（献体法が適用される場合及び死体解剖保存法が適用される場合）を合算したものとなり、増加するであろう。

この点に関して、献体推進議員連盟副会長(当時)の手になる『医学及び歯学教育のための献体に関する法律』について」と題する献体法の解説文(問答集)は、死体解剖保存法と献体法の関係について、一般法と特別法の関係にあるとしている<sup>9)</sup>。すなわち、死体解剖保存法を一般法として、献体法はその特別法の関係に立つとしている。ここで、一般法とは、効力の及ぶ対象が一般的である法を指し、特別法とは、効力の及ぶ対象が特定されている法を指す。一般法と特別法は関係概念であり、「特別法は一般法に優先して適用される」という原則—特別法優先の原則—がある。一般法は特別法に規定のない事項についてのみ補充的に適用される。この解説文は、例として、「死体に対する礼意の保持」を挙げる。すなわち、献体法は、同法に基づく献体による死体解剖の際の「死体に対する礼意の保持」については何ら規定していないけれども、一般法である死体解剖保存法にこの「死体に対する礼意の保持」についての規定がある(同法第20条)ので、献体法に基づく献体による死体解剖にもこの死体解剖保存法の「死体に対する礼意の保持」の規定が適用される(表現を筆者が変更)、とする。これはわかりやすい例である。

このように死体解剖保存法と献体法が一般法と特別法の関係に立つとすれば、本人の生前の『献体の意思』がない場合あるいは本人が積極的に拒否の意思を表示している場合には献体法の適用はないが、これらの場合に、一般法である死体解剖保存法が適用され、同法第7条本文の規定（死体解剖に遺族の承諾を要求する）を根拠に、遺族の承諾を理由として系統解剖は合法化される、といえそうである。そのように解する見解もある。それは、「死者本人が何

らの意思表示をせずに死亡し、その遺族が献体をしよとする場合も、献体法でなく、死体解剖保存法の適用ということになる」とする<sup>7)</sup>。理由は示されていない。しかし、事はそう単純ではないと思われる。実のところ、結論は、献体法の、「献体の意思は、尊重されなければならない」(第3条)という規定の解釈にかかっている。もしこの規定が、献体をするという積極的意思のみを尊重するという趣旨ではなく、献体をしないという消極的意思—献体拒否の意思—まで含めて尊重するという趣旨であるとするれば、献体法のみが適用されなければならないということになるであろう。なぜなら、この場合に死体解剖保存法の適用があるとするとは、遺族の承諾のみで解剖用死体の提供が決められる場合を認めることになり、本人の献体拒否の意思を尊重しないということの意味することになるからである。

逆に、もしこの規定が、献体をするという積極的意思のみを尊重するという趣旨であって、献体拒否の意思まで含めて尊重するという趣旨ではないとするれば、本人の生前の「献体の意思」がある場合は献体法が適用され、それが無い場合には死体解剖保存法が適用されるとして、何ら差し支えないということになるであろう。

この、献体法において尊重されるべき「献体の意思」に、献体拒否の意思も含まれるか否か、という点を確定させるには、献体法の立法趣旨が探られねばならない。第98回国会衆議院本会議における献体法案提出の際の趣旨説明では、「せつかくの生前の献体の意思が死後生かされないという事態」が生じていることが挙げられている<sup>8)</sup>が、ここからは、「献体拒否の意思の尊重」を読みとることはできない。

また、「医学及び歯学の教育のための献体に関する法律等の施行について」(文大医第237号：医学部又は歯学部を置く各国公私立大学長宛文部事務次官通知(昭和58年11月17日))は、系統解剖(=正常解剖)用の死体に関する記録(献体法第6条第1項)について、「この記録は、死亡した者が献体の意思を書面により表示していたか否かにかかわらず、正常解剖の解剖体として受領した全ての死体に関し、作成し、

保存するものである」としているが、ここでは、当然の如く、献体法によらない、正常解剖用の死体提供が想定されている。これは、死体解剖保存法によるものを意味するであろう。そうだとすれば、ここでは、本人の生前の「献体の意思」がある場合は献体法が適用され、それが無い場合には一般法である死体解剖保存法が適用される、ということが前提とされていると推測される。

少なくともこれらの資料からは、立法趣旨を、「本人の生前の献体の意思を尊重するということが、その拒否の意思も尊重するということである」と解することは難しいと思われる。すなわち、結論としては、少なくとも法的には、献体法と死体解剖保存法は選択的に適用可能ということになるのではないかと思われる。表現を変えるならば、本人の生前の「献体の意思」がない場合あるいは本人が積極的に拒否の意思を表示している場合には献体法の適用はないが、これらの場合に死体解剖保存法が適用され、同法第7条本文の規定（死体解剖に遺族の承諾を要求する）を根拠に、遺族の承諾を理由として系統解剖は合法化される、といえるのではないかと思われる。そうだとすれば、上述した病理解剖の場合の考察がここでも妥当するということになる。

法的には以上のように考えられるが、生命倫理の視点からはどのように考えられるであろうか。

上述のように、系統解剖においては、献体法が適用され、生前の本人の「献体の意思」(献体法第2条)が要求されているが、これは、本人の意思を解剖の必要性に優先させるものであり、生命倫理の視点—特に自己決定の原理—からは、きわめて妥当なものと評しうる。ただし、ここで、上述の考察のように生前の本人の「献体の意思」に献体拒否の意思が含まれないとするならば、この点は不十分なものと評さざるをえない。なぜなら、自己決定の原理からは、本人の積極的な献体の意思と同じく、あるいはそれ以上に、「拒否」の意思も、尊重されなければならないからである。

遺族の意思については、本人の献体の意思を前提として、上述のように、遺族がその「解剖を拒まな

い」ときは遺族の承諾は不要である(献体法第4条)という形で取り入れられている。これは、まず、遺族の意思よりも本人の意思を優先させているという点において、生命倫理の視点—特に自己決定の原理—からは、やはり、きわめて妥当なものと評しうる。ただし、このように本人の意思に加えて遺族の意思が考慮されているということ自体、自己決定の原理からは不徹底と評さざるをえない。しかしながら、遺族感情を重んずる伝統的日本社会を前提とする限りにおいては、むしろ妥当なものといえるかもしれない。なお、他に、本人の献体の意思があれば、遺族がないときはその承諾は不要である(献体法第4条)とされているが、これは当然のことである。

第三に、法医解剖の場合について述べる。法医解剖のうち、司法解剖には、遺族の承諾は一切不要である(死体解剖保存法第7条但書第3号、第2条第1項第4号)。もちろん、本人の承諾も不要である。すなわち、裁判所が行う検証(刑事訴訟法第128条)の際の死体解剖(同法第129条)、検察官等が行う検証(同法第218条第1項、第220条第1項第2号)の際の死体解剖(同法第222条第1項)、鑑定(同法第165条)の際の死体解剖(同法第168条第1項)、嘱託鑑定(同法第223条第1項)の際の死体解剖(同法第225条第1項)のいずれにおいても、遺族の承諾及び本人の承諾は不要である。

司法解剖の場合に遺族の承諾が不要とされる理由は、犯罪捜査などの公益が遺族の承諾(権)という私益に優先することによる。では、生命倫理の視点からは、どのように考えられるであろうか。ここでも、病理解剖や系統解剖の場合と同じく、基本的に、遺族の承諾ではなく本人の承諾(意思)が問題とされなければならないと思われる。私は、少なくとも、犯罪捜査などの公益が本人の解剖を受けるか否かに関する意思(自己決定)—私益—に常に優先するとはいえないのではないかと思う。そもそも、ここに、公益が常に私益に優先するという発想があるとすれば、そのような発想そのものに、再考の余地がないとはいえない。例えば、生前、「いかなることがあっても解剖は受けたくない」という意思を表明してい

た人が不幸にも犯罪被害者となり死亡したという場合に、司法解剖の犯罪解明度が非常に低いことが明らかかな場合でもその司法解剖は許されるべきであろうか。私には、生命倫理の視点からは、司法解剖の許否の決定には犯罪捜査などの公益と本人の意思(自己決定)という私益の具体的な利益衡量が必要ではないかと思われる。

次に、法医解剖のうち、行政解剖は、類型によって異なる。その行政解剖のうち、監察医解剖(死体解剖保存法第8条)には、司法解剖の場合と同様、遺族の承諾は一切不要である(死体解剖保存法第7条但書第3号、第2条第1項第3号)。もちろん、本人の承諾も不要である。ただし、その監察医による解剖の目的が「その地域内における伝染病、中毒又は災害により死亡した疑のある死体その他死因の明らかでない死体について、その死因を明らかにするため」(死体解剖保存法第8条第1項本文)以外であるときは、それはここでいう監察医解剖とはいえず、当然、遺族の承諾が必要となる。

この監察医解剖の場合に遺族の承諾が不要とされる理由は、司法解剖の場合と同様、死因解明などの公益が遺族の承諾(権)という私益に優先することによる。ここでも、生命倫理の視点一特に自己決定の原理一からは、病理解剖や系統解剖の場合と同じく、基本的に、遺族の承諾ではなく本人の承諾(意思)が問題とされなければならないと思われる。私は、少なくとも、死因解明などの公益が本人の解剖を受けるか否かに関する意思(自己決定)一私益一に常に優先するとはいえないのではないかと思う。すなわち、生命倫理の視点からは、司法解剖の場合と同様、監察医解剖の許否の決定には死因解明などの公益と本人の意思(自己決定)という私益の具体的な利益衡量が必要ではないかと思われる。

行政解剖のうち、食品衛生法解剖(食品衛生法第28条)には、原則として遺族の承諾(法文では「同意」、以下同様)が必要である(食品衛生法第28条第1項)。ただし、都道府県知事等が、「その死体を解剖しなければ原因が判明せず、その結果公衆衛生に重大な危害を及ぼす虞があると認める」ときは、遺

族に通知をしさえすればよく、その承諾は不要である(死体解剖保存法第7条但書第4号、食品衛生法第28条第2項)。

この食品衛生法解剖の場合に、原則として遺族の承諾が必要とされている点は、遺族ないし本人の承諾をまったく要求しないよりもよいという意味において、評価できる。ただし、ここでも、生命倫理の視点一特に自己決定の原理一からは、病理解剖や系統解剖の場合と同じく、基本的に、遺族の承諾ではなく本人の承諾(意思)が問題とされなければならないと思われる。私には、少なくとも、食品衛生上の目的という公益が本人の解剖を受けるか否かに関する意思(自己決定)一私益一に常に優先するとは、即断し難い。生命倫理の視点からは、司法解剖や監察医解剖の場合と同様、食品衛生法解剖の許否の決定には食品衛生上の目的という公益と本人の意思(自己決定)という私益の具体的な利益衡量が考えられてよいように思われる。

では、特に遺族の承諾について、例外として、解剖しなければ原因がわからず、その結果公衆衛生に重大な危害が及ぶ恐れが認められる場合には遺族に通知しさえすればよく、その承諾は不要である、とされている点はどうか。ここでは、単に「公衆衛生に危害が及ぶ恐れ」とされているのではなく、「重大な」危害が及ぶ恐れ、とされている。私は、この「公衆衛生に重大な危害が及ぶ恐れ」の解消という公益は遺族の承諾(権)という私益に優先すると考えてよいと思う。従って、この点は是認できると思われる。

さて、行政解剖のうち、検疫法解剖(検疫法第13条第2項)にも、原則として遺族の承諾が必要である(検疫法第13条第2項後段の反対解釈)。ただし、「その死因を明らかにするため解剖を行う必要がある、かつ、その遺族の所在が不明であるか、又は遺族が遠隔の地に居住する等の理由により遺族の諾否が判明するのを待っていてはその解剖の目的がほとんど達せられないことが明らかである」ときは、遺族の承諾は不要である(死体解剖保存法第7条但書第5号、検疫法第13条第2項後段)。

なお、これらの行政解剖について、法医学のテキストの中には、一律に、法的には遺族の承諾は不要であるとするものがある<sup>9)</sup>が、上述のように、場合によって異なることに注意しなければならない。

この検疫法解剖の場合に、原則として遺族の承諾が必要とされている点は、食品衛生法解剖の場合と同様、遺族ないし本人の承諾をまったく要求しないよりもよいという意味において、評価できる。ただし、ここでも、生命倫理の視点—特に自己決定の原理—からは、病理解剖や系統解剖の場合と同じく、基本的に、遺族の承諾ではなく本人の承諾（意思）が問題とされなければならないと思われる。私には、少なくとも、検疫上の目的という公益が本人の解剖を受けるか否かに関する意思（自己決定）に常に優先するとは、即断し難い。生命倫理の観点からは、司法解剖、監察医解剖、食品衛生法解剖と同様、検疫法解剖の許否の決定には検疫上の目的という公益と本人の意思（自己決定）という私益の具体的な利益衡量が考えられてよいように思われる。

では、特に遺族の承諾について、例外として、検疫の目的で死因を明らかにするために解剖の必要があり、かつ、その遺族の所在が不明である場合、遺族の承諾は不要であるとされている点はどうか。私は、「検疫の目的で死因を明らかにするという解剖の必要性」という公益は遺族の承諾（権）という私益に優先すると考えてよいと思う。従って、この点は是認できると思われる（そもそも、この場合は、遺族の所在が不明なのでその承諾を得ようがない）。

また、検疫の目的で死因を明らかにするために解剖の必要があり、かつ、遺族が遠隔の地に居住する等の理由により遺族の諾否が判明するのを待っている場合はほとんど達せられないことが明らかである場合には遺族の承諾は不要であるとされている点はどうか。病理解剖の場合に述べたように、近時、電話、ファックス、電子メールなどの通信手段が飛躍的に発達し、遺族が遠隔の地に居住するから連絡が取れないなどという場合は想定しにくい。仮にそのような場合があるとして、ここ

でも、「検疫の目的で死因を明らかにするという解剖の必要性」という公益は遺族の承諾（権）という私益に優先するとしてよいように思われる。従って、この点に問題はないと思われる。

以上、死体「解剖」における遺族ないし本人の承諾についての法状況及び生命倫理の観点からの考察を述べた。次に、死体「保存」における遺族ないし本人の承諾についての法状況及び生命倫理の観点からの考察を述べることにする。

## 2. 死体保存における遺族ないし本人の承諾についての法状況と生命倫理

まず第一に、系統解剖、病理解剖、法医解剖のいずれの場合でも、「医学に関する大学又は〈略〉総合病院の長は、医学の教育又は研究のため特に必要があるときは、遺族の承諾を得て、死体の全部又は一部を標本として保存することができる」(死体解剖保存法第17条第1項) —以下、第17条保存という—。ただし、この場合、遺族の所在が不明のとき、あるいは「その死体が特に得がたいものである場合において、医学の教育又は研究のためその保存を必要とするとき」(死体解剖保存法第15条但書)は、遺族の承諾は不要である(同法第17条第2項)。

この第17条保存の場合、原則として遺族の承諾が必要とされているが、この点は、遺族ないし本人の承諾をまったく要求しないよりもよいという意味において、評価できる。ただし、ここでも、生命倫理の視点—特に自己決定の原理—からは、病理解剖や系統解剖の場合と同じく、基本的に、遺族の承諾ではなく本人の承諾（意思）が問題とされなければならないであろう。私には、医学教育・研究上の必要性が本人の保存を受けるか否かに関する意思（自己決定）に常に優先するかは再考の余地があるように思われる。

では、特に遺族の承諾について、例外として、遺族の所在が不明の場合はその承諾は不要であるとされている点はどうか。この点も、疑問なしとしない。確かに、死体解剖保存法のように、基本的に、遺族に死体保存の承諾権があるとする前提に立つならば、このように遺族の所在が不明である死

体場合にはそもそも遺族の承諾を得ようがないわけだから、その承諾は当然不要である、従って遺族の承諾なく保存できる、とする結論に至るのは自然であろう。さらに、端的にいえば、遺族の所在が不明である死体の場合に遺族の承諾が要求されないのは、ほぼ、死体所有権自体の存在を前提としてその所有者が不明である—平たくいえば死体の持ち主がない—ことの論理的帰結であるといえる（これは病理解剖の場合の指摘と同様である）。

しかしながら、生命倫理の視点—特に自己決定の原理—からは、このような場合、本人の意思は不明なのであるから、そもそも、基本的に、保存の対象にはならないと解すべきであるように思われる（これも病理解剖の場合の指摘と同様である）。

同様に例外として、一定の保存者—保存行為の主体—について、その死体が特に得がたいものである場合において、医学の教育又は研究のためその保存を必要とするときは遺族の承諾は不要であるとされているが、この点にも疑問なしとしない。これはすなわち、保存しようとする死体が医学的に貴重であり、その保存の目的が医学教育・研究用であれば、遺族の承諾は不要ということである。そうだとすれば、現実には、通常は貴重だからこそ保存する—貴重でないものは保存の必要性があまりない—（少なくとも保存者はそう主張する）わけであるから、この死体解剖保存法第17条第2項の規定—例外規定—は、理論上は広範に適用可能ということになる。さらにいえば、この例外規定は、現実に広範に適用されることによって、「死体保存には遺族の承諾が必要である」という原則を事実上骨抜きにする可能性を持っている。なお、この規定が適用されるということは、その遺族の承諾のない保存行為が適法となることを意味する。もちろん、医学的に貴重でないのに保存するケースにはこの例外規定の適用はなされず、遺族の承諾のない保存行為は違法—死体解剖保存法第17条第1項違反—となる。ただし、罰則はない。すなわち、努力義務にすぎない。

第二に、同様に、系統解剖、病理解剖、法理解剖のいずれの場合でも、死体の解剖をすることができ

る者（死体解剖保存法第2条）は、「医学の教育又は研究のため特に必要があるときは、解剖をした後その死体〈略〉の一部を標本として保存することができる」（同法第18条本文）—以下、第18条保存という—。ここでは、遺族の承諾は要求されていない（もちろん本人の承諾も要求されていない）。すなわち、医学教育・研究のための死体の保存—標本としての「一部」のみの保存—には、遺族の承諾も本人の承諾も不要である。ただし、「その遺族から引渡の要求があつたときは、この限りでない」とする規定（死体解剖保存法第18条但書）があり、遺族から引渡要求があれば、標本は返還されなければならない。従って、ここでは、この遺族からの任意の返還要求を認める規定の存在によって、実質的には事前の遺族の承諾が要求されていることと同じになってしまう可能性が高い。いずれにせよ、ここでは、形式的には、遺族の承諾がなくても違法ではない。

この第18条保存の場合、本人の承諾も遺族の承諾もともに必要とされていないが、特に本人の承諾（意思）が不要とされている点は、生命倫理の視点—特に自己決定の原理—からは疑問である。私には、ここでも、第17条保存の場合と同様、医学教育・研究上の必要性が本人の保存を受けるか否かに関する意思（自己決定）に常に優先するかは再考の余地があるように思われる。

さらに第三に、上述の場合以外は、「死体の全部又は一部を保存しようとする者は、遺族の承諾を得」なければならない（死体解剖保存法第19条第1項）—以下、第19条保存という—<sup>10)</sup>。ただし、遺族の所在が不明のときは、承諾は不要である（死体解剖保存法第19条第2項）。

この第19条保存の場合、原則として遺族の承諾が必要とされているが、この点は、第17条保存の場合と同様、遺族ないし本人の承諾がまったく要求されないよりもよいという意味において、評価できる。ただし、ここでも、生命倫理の視点—特に自己決定の原理—からは、病理解剖や系統解剖の場合と同じく、基本的に、遺族の承諾ではなく本人の承諾（意思）が問題とされなければならないと思われる。こ

の場合も、私には、医学教育・研究上の必要性が本人の保存を受けるか否かに関する意思（自己決定）に常に優先するかは再考の余地があるように思われる。

なお、特に遺族の承諾について、やはり第17条保存の場合と同様、例外として、遺族の所在が不明の場合はその承諾は不要であるとされている点には、疑問なしとしない。生命倫理の視点—特に自己決定の原理—からは、このような場合、本人の意思は不明なのであるから、そもそも、基本的に、保存の対象にはならないと解すべきであるように思われる（これは病理解剖の場合の指摘と同様である）。

以上、第17条保存、第18条保存、第19条保存のいずれの場合でも、生命倫理の視点—特に自己決定の原理—からは、本人の意思が要求されていない点に疑問ありと述べた。しかしながら、ここでは、立法当時、一般にそのような考え方そのものがなかったことに注意しなければならない。それは、死体解剖保存法自体に示されている通りであるが、次の「生体より分離した前膊部、下腿部及び臓器等保存に関する件」（医取第67号：茨城県知事宛厚生省医務局長回答（昭和25年2月2日））からも推測される（ただし、これは死体ではなく、生体に関するものである）。すなわち、同回答は、「死体解剖保存法第十七条乃至第二十条の規定に基き（ママ）死体の全部又は一部は適法に保存できるが、手術又は分娩等の結果得られた生体より分離した標記物件等の保存については、当該医療関係者が任意保存してもよいでしょうか」という照会に対して、「手術等により生体から分離された肢体の一部又は流産した四月未満の死胎等の保存その他の処理に関しては、現行法上、特別の規定がなされていないので、一般の社会通念に反しないように処置されれば差し支えないと考える」としている。ここでは、本人の意思はまったく考慮されていない。

以上、死体「保存」における遺族ないし本人の承諾についての法状況及び生命倫理の視点からの考察を述べた。次に、特に死体保存における遺族の承諾と死体の所有権の帰属の関係について、法的視点か

ら考察を加えることにする。

### 3. 死体保存における遺族の承諾と死体の所有権の帰属—法的視点から—

死体保存において、死体解剖保存法上、ほぼ、原則として遺族の承諾が必要とされる（同法第17条第1項、第18条、第19条第1項）ことは上述した。では、この場合、死体保存における死体解剖保存法上の遺族の承諾は、遺族等から死体保存者等への死体や臓器等の贈与—それらの所有権の移転—を意味するであろうか（これはきわめて法的な問題である）。ここで、まず、「死体所有権」について説明しておく必要がある。

我が国には、死体ないし遺骨の所有権に言及する裁判例は古くからある。大審院判決大正10年7月25日は「遺骨引渡請求ノ件」（大正10年(ワ)第212号）において、「遺骨モ亦之ト同シク有体物トシテ所有権ノ目的ト為ルコトヲ得ヘキモ既ニ遺骨トナレハ之ヲ身体ノ一部ト為セシ人格者ナルモノ存セス故ニ其遺骨ハ其相続人ノ所有ニ帰ス從テ家族ノ遺骨ハ其遺産相続人ノ所有ニ帰シ其遺産相続人ニ於テ之カ管理ヲ為ス権利アルモノト解スルヲ相当トス」と判示している。ここでは、遺骨について所有権の成立が認められている。ただ、その所有権の内容ないし性質については特に触れられていない。所有権の帰属主体は相続人としている。

また、大審院判決昭和2年5月27日は「遺骸引渡請求事件」（大正15年(オ)第1286号）において、「遺骨ハ有体物トシテ所有権ノ目的ト為ルコトヲ得ヘキモノニシテ其ノ所有権ハ相続人ニ帰属スルモノナルコトハ当院ノ判例（大正十年(オ)第二百十二号同年七月二十五日第二民事部判決参照）トスル所ナルヲ以テ前戸主ノ遺骸モ亦其ノ家督相続人ノ所有ニ帰属シ從テ其ノ家督相続人ニ於テ之カ管理ヲ為ス権利ヲ有スルモノト解セサルヘカラス然レトモ遺骨又ハ遺骸ニ対スル所有権ハ事物ノ性質上他ノ財貨ニ対スル所有権ト大ニ趣ヲ異ニシ特殊ノ制限ニ服スルコト論ヲ俟タス蓋遺骨又ハ遺骸ハ単ニ埋葬管理及祭祀供養ノ客体タルニ止リ之カ所有権ヲ認ムルモ実ハ叙上ノ目的ヲ達スルカ為ニ外ナラス從テ遺骸ノ所有者ハ他ノ財

貨ノ所有者ト異リ其ノ所有権ヲ抛棄スルカ如キハ之ヲ許ササルモノト云ハサルヘカラス何トナレハ遺骨又ハ遺骸ノ所有権ヲ抛棄スルトキハ祖先ノ祭祀供養ヲ廃スルコトト為リ善良ノ風俗ニ反スルヲ以テナリ」と判示している。

ここでは、死体（＝遺骸）及び遺骨について所有権の成立が認められている。その所有権の内容ないし性質については、①死体（＝遺骸）ないし遺骨の所有権は他の財貨に対する所有権と異なり特殊の制限に服する、②死体（＝遺骸）ないし遺骨は埋葬管理及び祭祀供養の客体である、③死体（＝遺骸）ないし遺骨に所有権が認められるのは埋葬管理及び祭祀供養の目的を達成するためである、④死体（＝遺骸）の所有者は他の財貨の所有者と異なりその所有権を放棄することは許されない、としている。所有権の帰属主体については、前掲大審院判決大正10年7月25日を踏襲して、相続人としている。

以後、例外的に死体及び遺骨について所有権の成立を否定する判決（東京地方裁判所八王子支部判決昭和48年9月27日〔「遺骨引渡請求事件」(昭和44年(ワ)第1197号)〕が現れているものの、基本的に上述の二つの判決が踏襲され、死体ないし遺骨の所有権が認められてきている。そのような裁判例としては、大阪家庭裁判所審判昭和52年8月29日（「祭祀承継者指定申立事件」〔昭和51年(家)第1691号〕）、東京高等裁判所判決昭和59年12月21日（「土地建物所有権移転登記等請求控訴、同参加事件」〔昭和49年(ホ)第2655号、第2672号、昭和58年(ホ)第1377号、第2125号、第2817号〕）、東京地方裁判所判決昭和62年4月22日（「遺骨引取妨害差止等本訴請求、祭祀主宰者確認反訴請求事件」〔昭和61年(ワ)第3873号、昭和61年(ワ)第11520号〕）、東京高等裁判所判決昭和62年10月8日（「遺骨引取妨害差止等本訴請求、祭祀主宰者確認反訴請求控訴事件」〔昭和62年(ホ)第1444号〕）、最高裁判所判決平成元年7月18日（「遺骨返還請求事件」〔昭和63年(ワ)第969号〕）、大阪地方裁判所堺支部判決平成7年12月1日（「遺骨引渡等請求事件」〔平成3年(ワ)第393号～第397号、第399号～第402号〕）、高知地方裁判所判決平成8年10月23日（「共有持分所有権移転登記手続

請求本訴・同反訴・物品等引渡請求事件」〔平成7年(ワ)第166号、平成7年(ワ)第210号、平成7年(ワ)第351号〕などがある。

死体ないし遺骨の所有権の内容ないし性質については、これらの判決の中には言及しないものもあるが、それらを除いて、ほぼ、上述の大審院判決昭和2年5月27日の立場が踏襲されている。

ただし、所有権の帰属主体については、上述の大審院判決大正10年7月25日や大審院判決昭和2年5月27日が相続人としているのと異なり、上に列挙した大阪家庭裁判所審判昭和52年8月29日以下の判決は、例外なく、祭祀主宰者（被相続人の祭祀を主宰すべき者）、祭祀承継者（被相続人の祭祀を承継すべき者）、喪主などとしている。これら三者はほぼ同様の概念である。

我が国の学説—民法学説—もほぼ、死体に所有権が成立することを認めている。例えば、我が国の代表的な民法学説<sup>11)</sup>は死体の所有権について、ほぼ上述の大審院判決大正10年7月25日及び大審院判決昭和2年5月27日に依拠し、次のようにいう。「屍体は、その取り扱いに特別な制限がある〈略〉が、なお物である。従って、その上に所有権が成立する」、「その所有権の内容は、普通の所有権のように、使用収益処分をすること（206条）ではなく、専ら埋葬・祭祀・供養をなす権能と義務とを内容とする特殊のものと考えねばならない。」ただし、死体の所有権の帰属主体については、上述の大審院判決大正10年7月25日や大審院判決昭和2年5月27日に依拠せず、「慣習法によって喪主たるべき人（897条参照）に属すると解するのが正当と思う」としている。

他の多くの民法学説も、死体について所有権の成立は認められるのか、その所有権の内容ないし性質は如何なるものか、その所有権の帰属主体は誰なのか、のすべての点について、この学説とほぼ同様の考え方をしている<sup>12)</sup>。

以上のように、我が国の判例・学説は、ほぼ、死体の所有権を認めている<sup>13)</sup>。ただし、その所有権の帰属主体については、相続人とするか、祭祀主宰者、祭祀承継者、喪主などとするかで見解が分かれてい

る。この点についての検討は本稿のテーマではないのでおくとして、ここでは便宜的に、これらを総称して、「遺族等」としておく(上述したこの語も同様である)。

このように、我が国の判例・学説を前提とするならば、解剖保存前の死体の所有権は当然、遺族等に帰属するということになる。では、繰り返しになるが、死体保存における死体解剖保存法上の遺族の承諾は、遺族等から死体保存者等への死体や臓器等の贈与—それらの所有権の移転—を意味するであろうか。まず、一般論として、公法上の死体や臓器等の提供の承諾権の問題と、私法上の死体や臓器等の所有権の帰属の問題とは理論的には区別されなければならない。すなわち、公法上の死体や臓器等の提供の意思表示が私法上の死体や臓器等の贈与—それらの所有権の移転—を論理必然的に意味するわけではない。

この点に関して、東京地方裁判所判決平成12年11月24日は、「標本返還請求事件」(平成10年(ワ)第21635号)において、「本件承諾は、保存法に基づく解剖を行うための要件である遺族の承諾(保存法7条)としての性質とともに、原告らが、被告病院の長に対し、解剖後の〈略〉の脳及び内臓について、公衆衛生の向上を図り医学の教育又は研究に資するという保存法の目的(保存法1条)に従った保存の権限を与える承諾(保存法17条)としての性質をも有するものと認められる。もっとも、右承諾は、死体の全部又は一部の保存との関係では、被告病院の機関である長による保存を保存法や他の公法的規制との関係で正当化するものにすぎず、死体の所有者との関係では、法人格を有する被告と承諾者との間の寄付(贈与)、使用貸借等の私法上の契約に基づいてされるものと解すべきである」と判示している。

ここでは、①遺族の承諾は死体保存を死体解剖保存法や他の公法的規制との関係で正当化するものにすぎない、②死体所有権の移転については、保存者と遺族(承諾者)との間の贈与、使用貸借等の私法上の契約に基づいてなされる、としている。

さて、上述のように、死体解剖保存法には、死体

の解剖をすることができる者(死体解剖保存法第2条)は「医学の教育又は研究のため特に必要があるときは、解剖をした後その死体〈略〉の一部を標本として保存することができる」とする規定がある(同法第18条本文)が、これには次のような但書がついている。「但し、その遺族から引渡の要求があつたときは、この限りではない」(同法第18条但書)。これは、保存者による死体の一部の標本としての保存の後に、遺族からの引渡要求を認めるものである。この但書の存在は、死体の標本としての保存後も引き続き遺族にその所有権が帰属することを推測せしめるものである。ただし、このような但書は第18条にしか存在しないので、第17条保存や第19条保存の場合にも同様にいえるかは、なお疑問である。

いくつかの通達には、死体の標本としての保存後も引き続き遺族にその所有権が帰属することを推測せしめるものがある。まず、「死体解剖保存法第十八条及び第十九条の規定に基づく死体の全部又は一部の処理方法について」(医収第77号：埼玉県知事宛厚生省医務局長回答(昭和26年2月10日))は、「死体解剖保存法施行の際現に標本として保存されていた死体を廃き(マム)する場合には、その死体の遺族が判明している場合には遺族に交付し、判明していない場合には、その標本の保存者が、墓地埋火葬等に関する法律の規定に従って埋火葬すべきものである」としている。

次に、「死体保存について」(医収第78号：新潟県知事宛厚生省医務局長回答(昭和26年2月14日))は、「死体保存者が死亡した場合には、一応保存すべき責任ある者がいないことになるが、この場合引き続き死体を保存しようとする者があれば、その者が新たに法第十九条に規定する手続を経て死体保存者となるべきであり、そのような者がいない場合には、遺族に引き渡すべきである」、「保存死体は、保存者において、特に保存するための許可をうけたものであるから、処分の自由を当然に有するものでなく、保存する必要がなくなつた場合には、遺族のある場合には遺族に引き渡すべきであり、遺族が判明しない場合には、一般社会通念に反せず、且つ、公衆衛

生上遺憾のないように、例えば墓地埋火葬等に関する法律の規定に従って埋火葬する等の処分をなすべきものである」としている。

他に、通達ではないが、「病理解剖指針」(医道審議会死体解剖資格審査部会申し合せ(昭和63年11月7日))は、特に病理解剖について、「病理解剖医の責務」として、「病理解剖医は、死体解剖保存法第十八条の規定により、死体の一部を標本として保存する場合には、標本が適切に保管されるように配慮しなければならないと共に、遺族から引き渡しの要求があったときは、遅滞なく遺族に引き渡さなければならない」とし、「病院長等の責務」として、「死体の全部又は一部を標本として保存する場合には、標本が適切に保管されるように配慮しなければならないと共に、その標本が医学の教育又は研究の用に供されなくなったとき又は、遺族から引き渡しの要求があったときは、遅滞なく遺族に引き渡さなければならない」としている。

以上からすれば、死体保存における死体解剖保存法上の遺族の承諾は、遺族等から死体保存者等への死体や臓器等の贈与—それらの所有権の移転—を意味するとは解しにくいと思われる。ただし、理論的には確かにそうであるが、現実には、死体保存における死体解剖保存法上の遺族の承諾の意思表示は私法上の贈与の意思表示を含んでいると解さざるを得ないケースが少なからずあると思われる。この点は注意を要する。

なお、付言すると、献体法による献体の場合、解剖者側の意識としては、遺族から遺体を借り受けて解剖を行っている、というもののようであり、このことは、献体後も死体の所有権は依然として遺族等に帰属しているということを推測せしめるものである。また、同様に献体法による献体の場合、遺体の火葬の後、遺骨は遺族に返還されるが、このことも同様に、献体後も死体の所有権は依然として遺族等に帰属しているということを推測せしめるものである。この点に関して、「医学及び歯学の教育のための献体に関する法律に基づく正常解剖の解剖体の記録に関する省令」(昭和58年11月17日文部省令第27号)

は、遺族への「遺骨の返還」を当然の前提としている(第1条第8号、第2条)。

また、上述の「医学及び歯学の教育のための献体に関する法律等の施行について」(文大医第237号：医学部又は歯学部を置く各国公私立大学長宛文部事務次官通知(昭和58年11月17日))には、遺族に死体を「火葬を行わずに返還したときは、『火葬の年月日及び場所』に代えて、その旨及びその理由を記載すること」とする箇所があるが、これもやはり、献体後も死体の所有権は依然として遺族等に帰属しているということを推測せしめるものである。

以上、特に死体保存における遺族の承諾と死体の所有権の帰属の関係について、法的視点から考察を加えた。以下では、死体の解剖及び保存における本人意思の実現について、生命倫理の視点から考察を加えることにする。

#### 4. 死体の解剖及び保存における本人意思の実現

##### —生命倫理の視点から—

人は生前には、基本的に、自己の身体に関することは自分で決定することができる。これは自己決定権の行使である。ここには、自己の身体の処分も含まれる。その処分行為が違法であったり無効であったりすることもあるが、それは別の問題である。

では、自己の死後の身体の処分—例えば死後の移植用の臓器提供や解剖保存用の死体提供など—について、自己—本人—の意思はどのように実現されるであろうか。

この本人意思の実現は、生命倫理の視点からは、きわめて重要である。具体的にいえば、基本的に、死後の移植用の臓器提供や解剖保存用の死体提供などの承諾権—決定権—は遺族ではなく本人にあるとされなければならないということである(もちろん、特に死体解剖において、公的性格が強い法医解剖の中には、遺族の意思はおろか本人の意思すら等閑視されざるをえない場合があることも認めなければならない)。なお、民法学説にも「死体に対して第一次の処分権を有するのは、死体になる前の人間」であると認めるものがある<sup>14)</sup>。

さらにいえば、系統解剖の箇所考察したように、

特に死体解剖保存において、自己決定の原理からは、本人の死体解剖保存の「承諾」の意思と同じく、あるいはそれ以上に、「拒否」の意思も、尊重されなければならない。承諾の意思は尊重されるが、拒否の意思は尊重されないというのでは、完全な自己決定にはならない。

死後の移植用の臓器提供における本人意思の実現は、我が国ではすでに「臓器の移植に関する法律」（平成9年法律第104号一以下、臓器移植法という一）によってかなりの程度に実現されている。では、解剖保存用の死体提供における本人意思の実現はどうか。これは、献体法による死体提供の場合を除いて、実現されていない。

この点に関して、日本解剖学会理事長（当時）の手になる、献体法制定の必要性を説く論稿<sup>15)</sup>の中で、死体提供において本人の生前の意思は無視されているという指摘がなされている。これはすなわち、「たとえ生前遺言の中に献体の意志を明記しても現行の遺言に関する法によっては、この遺志は保護されおらず、故人の生前の意志は死を境として無視され、故人の人権はじゅうりんされる。死を以て身体は生命は（ママ）失い、物体と化しても、故人の生前の意志に基づく魂まで否定され、無視されている現状は許されざる人道上的問題と思われる」とするものである。

民法学説には、「死体は斯様に『喪主』の権利に属するが、其帰属原因は所有権でなく又其権利は所有権ではないから、死者が生前に遺骸の処分についてした契約又は遺言は、例へば遺骸又は其一部分を学術上の標本として大学に寄附するといふ如き公の秩序善良の風俗に反しないものでも、遺族に対して法律上の拘束力がないものと解すべきある」とするものがある<sup>16)</sup>。また、逆に、屍体が「物として自由に処分しうることとなるのを予期して、あらかじめ生前に、現在自己の支配する肉体について、その死後の処置・処分などを定める法律行為も、公序良俗に反しないかぎり、有効である」とするものもある<sup>17)</sup>。仮に後者のように解することができるとしても、そこでは、本人による死後の処分を定める意思表示の効

力と、遺族等の死体所有権とがどう折り合うのか、という問題が出てくる。

死体解剖保存における本人意思の実現は、基本的には、死後の移植用の臓器提供の場合の臓器移植法の制定のように、立法を待（俟）つ他はないであろう。それには、新たな立法や死体解剖保存法の改正の他に、死後の身体取り扱いを民法の遺言事項に含めるということも当然考えられる。もちろん、現在は遺言事項は法定されている（民法第781条第2項〔認知〕、第893条〔相続人の廃除〕、第902条〔相続分の指定〕、第908条〔遺産分割方法の指定〕、第964条〔遺贈〕等）から、立法を待たずして死体解剖保存の承諾（ないし拒否）の意思表示を遺言に含めることはできない（仮にそのような遺言書を作成してもそれは法的には無効である）。

では、現時点で、現行法及び遺族等の死体所有権の存在を前提とすれば、どのように、また、どの程度に、本人意思—自己の死後の身体取り扱いに関する意思—の実現が図られるであろうか。学説は、死体所有権は祭祀主宰者（ないし祭祀承継者、喪主）に帰属するとする<sup>18)</sup>。そうだとすれば、被相続人は祭祀主宰者を指定できる（民法第897条第1項但書）から、一般に人は、祭祀主宰者を指定することによって自己の死後の身体—死体—を所有する人をあらかじめ決めておくことができ、そのような形で間接的に自己の死後の身体取り扱いに関する意思を実現できる。弥縫的ではあるが、このような形で生命倫理の目的—本人意思の実現—を実現できよう。

## 結 論

我々の生活が法や倫理によって規制されているように、医学・医療も、法や倫理、とりわけ医事法や生命倫理によって規制されている。医事法学と生命倫理学は、いわば、「医学・医療規制」という名の車の両輪である。このような基本認識に基づいて、本稿では、死体解剖保存における遺族ないし本人の承諾の問題を、法—医事法—的視点及び生命倫理の視点から考察した。その結論は以下のようである。

第一に、死体解剖及び保存においては、基本的に

死体解剖保存法が適用され、そこでは、ほぼ、原則として、遺族の承諾が必要とされ、本人の承諾（意思）は必要とされていない。生命倫理の視点—特に自己決定の原理—からは、遺族の承諾ではなく、本人の承諾（意思）が要求されるべきである。このことは、標語的には、「遺族意思から本人意思へ」と表現できる。死体の解剖及び保存における本人意思の実現は、生命倫理の視点—特に自己決定の原理—からはきわめて重要であるが、それには、基本的には、新たな立法や死体解剖保存法の改正を待つ他はない。ただし、現時点でも、祭祀主宰者を指定することによって自己の死後の身体を所有する人をあらかじめ決めておくという形で、間接的に本人意思を実現する方法もある。

本人意思の実現のための新たな立法や死体解剖保存法の改正の際に重要なことは、死体解剖保存の医学教育・研究等に果たす役割の重要性が認識されつつ、しかも提供者本人の自己決定（権）やインフォームド・コンセントの原理が考慮される—すなわち生命倫理の視点を取り入れられる—ということだろう。

医学や生命科学の発展を期すのに生命倫理の視点を取り入れることは一見迂遠な方法である。一時的にであれ、それらの研究のスピードを鈍らせるかも知れない。しかしながら、それは、決して無駄なことではない。それは、長い目で見れば、疑いなく、医学や生命科学の発展—健全な発展—に資すると思われる。

第二に、法的視点からは、特に死体保存における死体解剖保存法上の遺族の承諾は、遺族等から死体保存者等への死体や臓器等の贈与—それらの所有権の移転—を意味するとは解せないと思われる。ただし、理論的には確かにそうであるが、現実には、死体保存における死体解剖保存法上の遺族の承諾の意思表示は私法上の贈与の意思表示を含んでいると解さざるを得ないケースが少なからずあると思われる。

#### 註

1) 粟屋 剛：人体部品ビジネス，講談社，東京（1999）pp.

13—57.

- 2) 「死体解剖保存法の施行に関する件」医発第519号：各都道府県知事宛厚生省医務局長通知（昭和24年6月15日）。
- 3) 第5回国会参議院厚生委員会会議録第19号（昭和24年5月7日）p. 2.
- 4) 第5回国会衆議院厚生委員会会議録第15号（昭和24年5月6日）p. 7.
- 5) 5回国会参議院厚生委員会会議録第19号（昭和24年5月7日）p. 5.
- 6) 星野一正：『医学及び歯学の教育のための献体に関する法律』に関する文部省の省令と通達，医学のあゆみ（1984）128，9，598による。このように解して差し支えないであろう。なお，「医学及び歯学の教育のための献体に関する法律の施行に伴う死体解剖保存法の施行上の留意事項について」（医発第1215号：各都道府県知事宛厚生省医務局長通知（昭和58年12月19日））はこのことを推測させる。
- 7) 金川琢雄：死体に関する権利と献体法，法学セミナー（1984）28，1，34.
- 8) 第98回国会衆議院会議録第21号（昭和58年5月12日）p. 668.
- 9) 船尾忠孝：法医学入門，朝倉書店，東京（1976）pp. 29—30，永野耐造・若杉長英編：現代の法医学 改訂第3版，金原出版，東京（1995）p. 7，船尾忠孝・佐藤喜宣他：臨床のための法医学 第2版，朝倉書店，東京（1990）p. 11等。
- 10) 遺族の承諾がなければ違法—死体解剖保存法第19条違反—である。そして，これには，第17条違反や第18条違反の場合と異なり，罰則がある（2万円以下の罰金，同法第23条）。
- 11) 我妻 栄：新訂 民法総則，岩波書店，東京（1965）p. 203.
- 12) 遠藤 浩他編：民法(1) 総則（第3版），有斐閣，東京（1987）p. 110，幾代 通：民法総則（現代法律学全集5），青林書院新社，東京（1969）p. 157，松坂佐一：民法提要 総則（第3版），有斐閣，東京（1974）p. 163，四宮和夫：民法総則（第3版），弘文堂，東京（1982）p. 133等。
- 13) 判例・学説の動向を含めて，死体所有権について，星野茂：遺体・遺骨をめぐる法的諸問題(上)(下)，法律論叢（1992）64，5・6，173—203，同（1993）66，3，105—135，また，死体所有権のみならず生体の所有権を含めて，広く人体所有権について，粟屋 剛：現代的人体所有権研究序説，徳山大学総合経済研究所モノグラフII（2001）pp. 10—24参照。なお，生命倫理の視点から，死体の所有権は「死体の尊厳」とどう折り合うのか，あるいは折り合わない

のか、という点の分析が必要である。「死体の尊厳」の語は、死体解剖保存法関係では、「死体解剖保存法の施行に関する件」(医発第519号：各都道府県知事宛厚生省医務局長通知(昭和24年6月15日))に見ることができる。

- 14) 石田喜久夫：口述 民法総則，成文堂，東京（1986）p. 155. ただ，私にいわせれば，死体に対して第一次的処分権を有す「べき」なのは，死体になる前の人間である，となる。現実はそのではないから。
- 15) 三井但夫：献体登録に関する法制化について配慮すべき問題点について，解剖学雑誌（1981）56，5，437.
- 16) 穂積重遠：民法 I 民法総則，日本評論社，東京（1936）

p. 196.

- 17) 舟橋諄一：民法総則，弘文堂，東京（1954）p. 87. ほぼ同旨，金川琢雄：死体に関する権利と献体法(前掲)，法学セミナー（1984）28，1，33.
- 18) 我妻 栄：新訂民法総則(前掲)，岩波書店，東京（1965）p. 203, 幾代 通：民法総則(現代法律学全集 5)(前掲)，青林書院新社，東京（1969）p. 157, 松坂佐一：民法提要総則(第3版)(前掲)，有斐閣，東京（1974）p. 163, 石田喜久夫：口述民法総則(前掲)，成文堂，東京（1986）p. 155, 遠藤 浩：民法基本判例解説(7)，民事研修(1993) 431，41等.

**Consent of the deceased or the bereaved family in the anatomical dissection and preservation of the dead body: from a viewpoint of medical jurisprudence and bioethics**

**Tsuyoshi AWAYA**

**Medical Law and Bioethics Office, Department of Economics,**

**Tokuyama University, Tokuyama 745-8566, Japan**

**(Department of Cell Biology, Okayama University Medical School, Okayama 700-8558, Japan)**

**(Director : Prof. M. Namba)**

In this article, I consider whether the consent of the deceased or the bereaved family is needed or not for the anatomical dissection and preservation of the dead body from a viewpoint of medical jurisprudence and bioethics. The conclusion can be summarized as follows:

The Autopsy Law 1949 is applied to the anatomical dissection and preservation of the dead body. According to this law, in principle the consent of the bereaved family is needed. However, the consent of the deceased is not needed.

From a viewpoint of bioethics, especially the principle of autonomy, the consent of the deceased should be required instead of the consent of the bereaved family. To fulfill the intention of the deceased, we need to wait for new legislation or the revision of the Autopsy Law.

The important things are both the recognition of the meaningful role of anatomical dissection and preservation of the dead body in medical research and education, and the consideration of the viewpoint of bioethics, especially the principle of autonomy and the derivative notion of informed consent, in case of new legislation or revision of the Autopsy Law.