

論 説

死体臓器の摘出とデュー・プロセス
——反対意思表示方式による角膜等の摘出に
関する合衆国の判例を中心に——

森 本 直 子

- 一 はじめに
- 二 死後の臓器提供—誰が決定し、どの
ように意思表示するのか
- 三 反対意思表示方式による臓器提供
- 四 反対意思表示方式による角膜等の摘
出をめぐる判例
- 五 検討
- 六 むすび

一 はじめに

合衆国憲法は修正5条および修正14条において、何人も法のデュー・プロセスによらずして生命、自由及び財産を剥奪されないと規定している⁽¹⁾。

(1) アメリカ法における手続的デュー・プロセスに関するわが国での主要な研究として、梅木崇「アメリカ法における『聴聞の権利』についての最近の動向」駒澤大学法学論集1号204頁（1974年）、同「『聴聞の権利』についての最近の動向 Arnett v. Kennedyについて」駒澤大学法学部研究紀要34号90頁（1976年）、同「適正手続における諸要件と利益衡量原則（一）～（三）」駒澤大学政治学論集4号53頁（1976年）、駒澤大学法学論集15号133頁（1977年）、駒澤大学政治学論集6号86頁（1977年）、松井茂記「非刑事手続領域における手続的

それでは政府が市民の死体の一部をその遺族の同意を得ることなく剥奪した場合、そのような行為はいかなる憲法的評価を受けるのであろうか。生命はさておき、自由や財産という概念の中に死体を位置付けることはできるのであろうか。移植医療を目的とする死体臓器の提供をめぐって、このような問題が生じている。

移植医療においては死体臓器の需要と供給の不均衡、すなわち移植を必要とする患者の数に対して提供される臓器の不足している状況が恒常的且つ深刻な問題となっている。これを改善するために、一般市民の移植医療に対する理解を深め、臓器提供を呼びかけるさまざまな教育・啓蒙活動と並行して、臓器提供に関する法を整備することによって死体臓器の供給を促進しようとする試みが実施されてきた。本稿が考察の対象とする、「反対意思表示方式 (opt-out/contract-out)」に基づく検屍官による角膜等の摘出は、そのような法による死体臓器の供給促進策の一例である⁽²⁾。検屍官の管轄下にある死体からの特定の臓器の摘出については、それを決定することのできる者があらかじめ拒否の意思を表明していない限り、同意があったものと推定され、当該臓器の摘出を認めることを趣旨とする制定法がこれまでに多くの州において立法化されている⁽³⁾。この法律に基づく臓器提

デュー・プロセス理論の展開 (一)～(五)」法学論叢106巻4号21頁, 同106巻6号44頁, 同107巻1号72頁, 同107巻4号62頁, 同107巻6号20頁(1980年), 本多滝夫「アメリカにおける行政手続の展開 (1)(2) 1970年代および1980年代前半における手続的デュー・プロセスの法理」名古屋大学法政論集128号1頁(1989年), 同129号169頁(1990年) 参照。

(2) この他に, ドナー候補となる患者が出た場合に, その患者の家族に対して臓器提供を依頼する, あるいは臓器提供という選択肢を提示することを医療機関に対して州法で義務付ける「提供依頼の義務 (required request)」がある。See e.g., Arthur L. Caplan, *Organ Transplants: The Cost of Success*, 13 HASTINGS CENTER REPT. 23 (Dec. 1983). また, この法政策は連邦レベルでも1986年に採用され, 全てのMedicaid, Medicare病院が患者の家族に対して臓器提供の選択肢を提示する仕組みを含む文書によるプロトコルを設置することを義務づけられている。See 42 USCS § 1320b-8 (2003) (a) (1) (A).

(3) 佐藤雄一郎「死体に対する遺族の権利について 承諾なき臓器摘出をめぐつ

供のシステムは、角膜等各州法に規定された死体臓器の供給増加に大きく貢献したといわれている⁽⁴⁾。

しかし、その一方で反対意思表示方式に基づく臓器摘出の事実が後になって遺族の知るところとなり、訴訟に発展する例が少なからず見られる。これは功利主義的な考え方、すなわち、いかに多くの死体臓器を供給し、臓器移植の需要に応えるかという関心が、死体提供における一元支配的な考え方ではないことの表れであると言えよう。死体の利用をめぐるのは、死体の需要ばかりでなく、死者本人の生前の希望、遺族の希望、死因を解明する国家の利益、死体の尊厳ある処分への社会の慣習及び希望等、死体にかかわる多くの諸利益が競合しており、その調和が必要である⁽⁵⁾。これを実現するために、アメリカでは、利他主義（altruism）に基づく自発的な死体の提供を奨励する考え方（encouraged voluntarism）ないし「生命の贈り物（gift of life）」という考え方が浸透している⁽⁶⁾。しかし、死体の利用が技術としてより確立したものになるにつれて、死体の需要が強調されるようになった。そこで、死体の需要に直結しない思想は功利主義的な考え方によって批判されるようになったのである。

本稿では、反対意思表示方式による死体からの臓器摘出が争われた判例を紹介・分析し、反対意思表示方式に基づく臓器の提供が憲法の保障するデュー・プロセスに照らして⁽⁷⁾いかなる評価を受けるべきかを検討するこ

て」東海法学第24号41頁、44-46頁（2000年）。

（4） See *infra* note 33 and accompanying text.

（5） See UNIF. ANATOMICAL GIFT ACT of 1968, Prefatory Note (amended 1987), 8A U.L.A.64 (1993).

（6） 臓器提供が個人から個人への私的な救助行為であると理解される限り、これを強制する法律は自由意思（free will）を尊重するアメリカ社会において受け入れられないであろう、とする見解として、See Theodore Silver, *The Case for a Post-Mortem Organ Draft and a Proposed Model Organ Draft Act*, 68 B.U. L. REV. 681, 718-23 (1988).

（7） デュー・プロセス条項との関連以外に、検屍の対象となる死体という対象に注目し、このような法律が特定の経済的人種のカテゴリーに分類される人々に偏って影響を及ぼしていることを指摘して、批判する論者もある。See

とによって、近代医学・科学の利用客体としての死体の法的取扱いについての一つの考察としたい。

以下、第二章では、死後の臓器提供を誰が決定し、どのように意思表示するのかについて、アメリカ法の一般的なルールとその例外を概説する。続いて第三章では、反対意思表示方式による臓器提供という制度について、それが一般的にはどのように議論され、また検屍官による死体からの角膜等の摘出においてどのように採用され、また運用されてきたのかを検討する。その上で第四章において、反対意思表示方式に基づく検屍官による角膜等の摘出の合憲性が遺族によって争われた判例を紹介する。これを踏まえて第五章では、このような死体臓器の摘出を、憲法の保障する手続的デュー・プロセスに違反する財産権の剥奪であるとする論理とその限界を考察する。結論として、利用客体としての死体の新しい価値づけとそれに伴う遺族の利益への保護の必要性を認識し始めた下級審の判断は積極的に評価されるべきであること、また、今後手続的デュー・プロセスの保障が、多様な価値観を踏まえて死体の利用を行う上で重要な役割を果たすであろうことを明らかにしたい。

二 死後の臓器提供—誰が決定し、どのように意思表示するのか

合衆国において死後の臓器提供に関する一般的なルールは、1968年に作成された統一死体提供法 (Uniform Anatomical Gift Act of 1968, 以下「1968年UAGA」と略記)^⑧をモデルとして各州法が定めている。各州法は1968年

Michele Goodwin, *Deconstructing Legislative Consent Law : Organ Taking, Racial Profiling, & Distributive Justice*, 6 VA. J.L. & TECH. 2 (2001).

(8) UNIF. ANATOMICAL GIFT ACT of 1968 (amended 1987), 8A U.L.A. 63 (1993). 翻訳として丸山英二「統一死体提供法」神戸法学雑誌24巻4号427頁(1975年)参照。尚、この統一法は死体の全部または部分(組織を含む)の提供について規定しており、その利用目的も、医学歯学教育、研究、振興、治療、臓器移

UAGAを大きな修正を加えることなく採択したため、死後の臓器提供をめぐるアメリカ法の一般的ルールは1968年UAGAに見て取ることができる。

1968年UAGAによれば、死後の臓器提供はまずは生前の本人が行えるものとされ、本人の意思が不明である場合には近親者その他法律によって優先順位を付された者による提供が認められている⁽⁹⁾。このような法律は、個人の尊重や自己決定権の重視といったアメリカ法の伝統を反映しているようにも見える。しかし、本人が生前に意思表示をしていなかった場合の近親者等による臓器提供は、必ずしも自己決定権擁護の様相を呈しておらず、機械的な処理を容認している点で興味深い。すなわち、意思表示できない状態にある生存中の本人に対する医療行為について、家族が本人に代わって決定をする場合とは対照的に、近親者その他の者による死後の臓器提供では、可能な限り死者の生前の利益を尊重しようとする慎重な姿勢は見られない。つまり、死者の家族関係における個別的事情に照らして特定の近親者が最適な代行決定者かどうか、すなわち本人の意思を代弁しているかどうか、あるいは本人の最善の利益に基づいて決定しているかどうか⁽¹⁰⁾といったことは審査されないということである。これは本人の救命や健康の回復をもたらすことのない死後の臓器利用においては、死者本人の利益を保護する必要性は低いと評価された結果であろうか。また、ここでの遺族の順位付けは、コモン・ローにおける死体占有権者及びその順位と同じであると考えられており⁽¹¹⁾、死体の処分について期待される結果——通常の場合であれば、衛生的且つ尊厳ある死体処分を意味し、移植用に

植と広い範囲に及ぶ。

(9) UNIF. ANATOMICAL GIFT ACT of 1968 § 2 (a), (b) (amended 1987), 8A U.L.A. 99 (1993).

(10) See e.g., *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990).

(11) 丸山英二「臓器移植をめぐる法律問題（五） アメリカ法の対応」神戸法学雑誌29巻4号511頁, 518頁（1980年）。

臓器を摘出する場合であれば、なるべく多くの死体臓器の獲得を意味するであろう——を前提に、個人の尊重というアメリカ法における重要な価値を一応は維持しながらも、同時に迅速で合理的な対応を可能とするために便宜的に決定主体を定めたものと考えられる。

ところで、死後の臓器提供に関する1968年UAGAは、死体が死体解剖(autopsy)の対象となる場合には死体解剖に関する法律が優先的に適用されることを示している⁽¹²⁾。これは検屍による死因究明が犯罪捜査等公益の実現を目的とするため、移植医療のための死後の臓器提供に優先するとされるからである。本稿が考察の対象とする事例はこれらの場合に該当し、1968年UAGAではなく、死体解剖を行う検屍官の権限に関する州法⁽¹³⁾(以下「検屍官法」と略記)の適用を受けたものである。検屍官法は検屍について定めたものであるが、同時に検屍を妨げない等、一定の条件のもとで検屍対象死体からの、移植を目的とする臓器摘出についても規定している。検屍官法が1968年UAGAに基づく州法とは別個に移植を目的とする死体臓器の摘出について規定し、検屍官に臓器摘出に関わる権限を付与していることの根拠については議論がある⁽¹⁴⁾。しかし、犯罪捜査等の公益実現のための検屍と、移植のための臓器摘出について対立が生じた場合の、優先関係を明確にすることがむしろ重要なのであり、この前提を維持できる範囲で移植のための臓器摘出の可能性を残すためには、移植用臓器の慢性的な不足という状況に照らして合理的な構成であるとも理解されうる。

検屍官法に基づく臓器摘出は、1968年UAGAと比較すると次のような特徴がみられる。

第一に、移植のために死体臓器を利用することについて、UAGAに見られた提供(donate)ではなく、摘出(remove)という枠組みでとらえてお

(12) UNIF. ANATOMICAL GIFT ACT of 1968 §7 (d) (amended 1987), 8A U.L.A. 124 (1993). 「死体解剖についての権限及び義務を規定する本州の法律は本法の規定に優先する。」

(13) See e.g., *infra* note 35 and accompanying text.

(14) See *infra* note 28 and accompanying text.

り、同時に条文の主語も1968年UAGAにおける生前の死者本人ないし近親者等臓器を差し出す側ではなく、検屍官等臓器を取り出す側となっている⁽¹⁵⁾。このような条文構成は死体臓器の利用に対する姿勢の相違を表しているものと考えられる。つまり、1968年UAGAが死体臓器の利用を利他主義に基づく自発的な提供によるものと認識しているのに対して、検屍官法は臓器の必要性を前提に、可能な限り臓器を摘出すべきものとする功利主義に裏付けられているようである。いずれも臓器の需要を前提にしてはいるものの、後者は死体臓器の利用についてより積極的な姿勢を示しているといえよう。また、検屍官法による臓器摘出が行われる前提条件として、そもそも検屍が生前の死者本人や遺族の同意の有無を問わずに実施されることもまた、このような条文構成と関係があると考えられる。

第二に、死体臓器の利用について決定権を有する者の意思表示方式に特徴がある。前述の条文の構成とも関連するが、検屍官法は死体臓器の利用を「提供」ではなく「摘出」という観点で構成しており、その決定を「同意」ではなく「拒否」に基づくものとしている。拒否権による死体臓器の利用に関する決定の意思表示は「反対意思表示方式 (contract out/opt out)」ないし「推定同意 (presumed consent)」と呼ばれ、拒否の意思表示がない場合については臓器の摘出に同意したものと解釈される。反対意思表示方式による死体臓器の摘出を規定した検屍官法には若干のバリエーションがあり、同意を推定する度合いの強いものでは拒否権を有する者の「不作為・沈黙」がそのまま同意として理解される⁽¹⁶⁾。つまり、摘出する側すなわち検屍官が、拒否権を有する者の意思を積極的に確認することは義務付けられない。また、推定の度合いが弱いものでは、検屍官が拒否権を有する者に対して拒否の選択ができることを通知したり、拒否するかど

(15) See e.g., *infra* note 41 and accompanying text.

(16) これより更に強い臓器提供促進策として原則として一切の異議を認めない方法を提言する論者もある。しかし、このような強制的な提供であっても、尚、「宗教上の理由による免除 (religious exemption)」を容認することは憲法の要請であると考えられている。See Silver, *supra* note 6.

うかを確認したりすることが義務付けられる⁽¹⁷⁾。

第三に、検屍官法は（1968年UAGAとは異なり）、死体臓器の摘出を決定するについて、生前の死者本人による拒否の意思に優越性を認めていない。生前の死者本人による拒否権は考慮されていない州法も存在し、考慮される場合であっても本人は拒否権を有する者として列挙された中の一人として取り扱われている⁽¹⁸⁾。つまり、列挙された者のいずれかが拒否を表明した場合には摘出はできないものとされ、本人が拒否を表明しないままに死亡した場合であっても遺族が拒否した場合には死体臓器を摘出できない。また、一般的に死体に関する訴訟において当事者になるのは遺族であり、遺族自身の利益に基づく主張は考慮されても、死者の利益に基づく主張は認められなかった判例⁽¹⁹⁾もある。死後の臓器提供について、本人の生前の意思が遺族の希望との関係でいかなる位置付けをされるべきか⁽²⁰⁾という問題は重要であるが、その検討は別の機会に行うこととして、さしあたり本稿では死体の利用をめぐる遺族の決定権について考えてゆくことにする。

このように、アメリカ法において死後の臓器提供は、一方で1968年UAGAが検屍の対象とならない死亡例について、本人以下順位づけられた遺族他による利他的で自発的な提供モデルを規定する。他方、検屍官法

(17) 1968年UAGAは1987年に改正された際、検死官による臓器摘出の許可に際しては、臓器提供に関する死者本人や近親者の意思を確認するための「合理的な努力 (reasonable effort)」がなされたことを要件として規定している。See e.g., UNIF. ANATOMICAL GIFT ACT of 1987 §4 (a) (2), 8A U.L.A. 43 (1993). 尚、家族にアプローチするという意味では従来の同意意思表示方式と変わらないのではないかという批判もあるが、拒否を原則とする問いかけである点で、同意を意図したアプローチとは区別されるようである。

(18) See e.g., *infra* note 35 and accompanying text.

(19) 後述Powell, Tillman両判決参照。

(20) この問題について臓器移植ではなく、死後生殖を目的とする死体の利用について検討したものとして、拙稿「生殖を目的とする死体の利用と同意 死体からの精子採取をめぐる米国の議論を中心に」東京医科歯科大学人間科学教育課程年報8号272頁（2003）。

は検屍の対象となる死亡例について、検屍を妨げない範囲で本人または遺族を含む関係者一同から拒否のない限りにおいての摘出モデルを規定する。これら二つの法律によって、より多くの死体臓器利用の機会を確保する仕組みが確立していることがわかる。とりわけ本稿が注目する検屍官法においては、本人の拒否権というものが特に優先的な保護を与えられていないことは重要である。しかし、死後の臓器提供一般について規定した1968年UAGAにおいても、死者本人の提供意思の尊重はいわゆる医療における自己決定権よりもやや後退している。これは死体の処分一般について、コモン・ローが埋葬という目的に限定して遺族に対して死体の所有と管理に関する一定の権利を認めてきたことに由来するばかりでなく、増大する臓器の需要に応じようとする政策的な判断であると考えられる⁽²¹⁾。

三 反対意思表示方式による臓器提供

一般に、反対意思表示方式による死後の臓器提供は、移植用死体臓器の供給増加という効果を期待して、古くから死体臓器の提供を促進する法政策として提唱されてきた⁽²²⁾。なぜなら、第一に、臓器提供について何ら意

(21) 1968年UAGAの前文は、死体の利用に際して考慮すべき利益として、自己の死体の処分に関する死者の生存中の希望のみならず、遺族の希望や死因を特定する国家の利益、死体に対する社会の需要等を挙げている。これは死体の利用という比較的新しい現象に際して、いずれの利益を優先的に取り扱うべきかという議論が成熟していないことの現れとみることもできるであろう。See *supra* note 5.

(22) See e.g., Emily Denham Morris, Note, *The Organ Trail : Express Versus Presumed Consent as Paths to Blaze in Solving a Critical Shortage*, 90 KY. L.J. 1125 (2001/2002). このような意思表示方式に基づく臓器提供は米国人の法学者と医師のチームによって1968年に提案されたのが最初であるといわれる。See Jesse Dukeminier, Jr & David Sanders, *Organ Transplantation: A Proposal for Routine Salvaging of Cadaver Organs*, 279 NEW ENG. J. MED. 413 (1968) また、この法政策を実施するために、運転免許の取得・更新や納税の機会等を利用して拒否を表明する機会を保障し、拒否の意思表示を登録するシステムの設置、教育プログラムの必要性を論じたものとして、See Linda C. Feinman, *Organ*

思表示をせずに死亡するケースが全死亡例のうち大半を占めており、反対意思表示方式によればそれらのケースは臓器提供の意思があるものと解釈されるからである。第二に、これによって死後の臓器提供はルーティーン化されるため、悲しみとショックの最中にある近親者がルーティーン化された処置を拒否する可能性は、彼らが馴染みのない臓器提供に積極的に同意する可能性よりも少ないであろうからである。第三に、遺族の明示的な同意を要件とする同意意思表示方式による臓器提供では、家族探しのための時間の経過が必然的に臓器の質の低下をもたらすであろうことに対して、反対意思表示方式はこれを回避できるからである⁽²³⁾。第四に、反対意思表示方式は世論調査にあらわれた臓器提供に対する市民の高い支持率を実際の臓器提供において実現するために適した方法であるともいわれる⁽²⁴⁾。

しかしながら、このような臓器提供促進の法政策は、制度の存在を知らない人々や、死亡しているところを発見され、その死亡を確認するための一定の時間内に家族が見つからない死者とその遺族といった「特に弱いグループ (particularly vulnerable group)」に属する人々が、その意思に反して同意を推定されるリスクが高いため、「詐欺的 (deceitful)」であるとして強く批判され⁽²⁵⁾、その憲法上の問題性についても早くから指摘されて

Donation as National Service: A Proposed Federal Organ Donation Law, 27 SUFFOLK U. L. REV. 1593 (1993) ; Steven M. Cooper, Note, *Consent and Organ Donation*, 11 RUTGERS COMPUTER & TECH. L.J. 559 (1985).

(23) Aaron Spital, *The Shortage of Organs for Transplantation: Where Do We Go from Here?*, 325 NEW ENG. J. MED. 1243, 1245 (1991).

(24) See *id.* at 1243-44. 世論調査の結果がそのまま臓器提供の実態に表れていない原因として、提供意思を具体化することには心理的な困難が伴うからであるとされる。特に自らの「死ぬべき運命 (mortality)」に直面することの困難さについて、See *e.g.*, Jesse Dukeminier, Jr., *Supplying Organs for Transplantation*, 68 MICH. L. REV. 811, 828-30 (1970). また、ドナー・カード等によって臓器提供の意思表示をすることで、自らの救命措置がおろそかにされるのではないかとその恐れについて、See *e.g.*, Loyd R. Cohen, *Increasing the Supply of Transplant Organs: The Virtue of a Future Market*, 58 GEO. WASH. L. REV. 1, 9-11 (1989).

きた⁽²⁶⁾。したがって、これまでのところ米国では反対意思表示方式を臓器提供一般に適用されるルールとして採用する動きはない⁽²⁷⁾。

こうした臓器提供における提供意思の表示方式をめぐる一般的な議論の帰結とは対照的に、反対意思表示方式による臓器摘出を規定した検屍官法を有する州は多い。限定的な事例にのみ適用されるルールとはいえ、臓器提供に関する一般的な原則である同意意思表示方式を転換し、一般論として批判されることの多い反対意思表示方式による臓器摘出を容認する検屍

(25) See e.g., Robert M. Veach, *Routine Inquiry About Organ Donation: An Alternative to Presumed Consent*, 325 NEW ENG. J. MED. 1246 (1991) .

(26) See e.g., Note, *Compulsory Removal of Cadaver Organs*, 69 COLUM. L. REV. 693 (1969) ; Mark A.Cwiek, *Presumed Consent as a Solution to the Organ Shortfall Problem*, 4 PUB. L. F. 81 (1984) ; Comment, *The Constitutionality of "Presumed Consent" for Organ Donation*, 9 HAMILINE J.PUB. L. & POLY 343 (1989) ; Erik S. Jaffe, Note, *"She's Got Bette Davis' Eyes": Assessing the Nonconsensual Removal of Cadaver Organs Under the Takings and Due Process Clauses*, 90 COLUM. L. REV. 528 (1990) ; Maxwell J. Mehlman, *Presumed Consent to Organ Donation : A Reevaluation*, 1 HEALTH MATRIX 31 (1991) ; Alexander Powhida, Comment, *Forced Organ Donation : The Presumed Consent to Organ Donation Laws of the Various States and the United States Constitution*, 9 ALB. L.J. SCI. & TECH. 349 (1999) .

(27) See U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, REPORT OF THE TASK FORCE ON ORGAN TRANSPLANTATION: ISSUES AND RECOMMENDATIONS 30-31 (1986). 他方、反対意思表示方式に基づく臓器提供はヨーロッパ諸国を中心に少なからぬ国々で採用されている。See Frank P. Stuart, Frank J.Veith, and Ronald E.Cranford, *Brain Death Laws and Patterns of Consent to Remove Organs for Transplantation from Cadavers in the United States and 28 Other Countries*, 31 TRANSPLANTATION 238 (1981) ; Everton Bailey, Comment, *Should the State Have Rights to Your Organs? Dissecting Brazil's Mandatory Organ Donation Law*, 30 INTER-AM. L. REV. 3 (1999). また、アジアではシンガポールが初めて同様の法を制定した。See Note, *Organ Donation in the United States: Can we Learn From Successes Abroad?*, 17 B.C. INT'L & COMP. L. REV. 405, 424 (1994). しかし、これが文面どおりに運用されているかどうかについては疑問視する主張もある。特にフランスの経験について、医師は反対意思表示方式に基づく臓器提供が法制化された後も、なお実際には遺族の同意を得てから臓器提供を受けているという事実について、See e.g., Note, *Refining the Law of Organ Donation : Lessons from the French Law of Presumed Consent*, 19 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 1013 (1987).

官法はいかにして成立し、普及してきたのかは興味深い問題である。その起源については、18世紀のイギリスにおける「引き取り手のない死体に関する法律 (unclaimed cadaver statutes)」に遡るという一般的な考え方の他に諸説⁽²⁸⁾があるが、検屍官法の実際の制定状況等を考慮した場合、立法化に向けたロビー活動の産物であり、臓器移植に対する社会的な関心ないし健康に対する関心への功利的な手段の実現であったと理解することが最適のように思われる⁽²⁹⁾。

「検屍を妨げないこと」という条件との兼ね合いで、検屍官法に基づく臓器摘出の対象となる臓器は、ドナーの死亡から臓器の摘出までに医学的に猶予される時間が心臓や肝臓などよりも長い角膜⁽³⁰⁾や眼球そして脳下垂

(28) See e.g., Daphne D. Sipes, *Does it Matter Whether There is Public Policy for Presumed Consent in Organ Transplantation?*, 12 WHITTIER L. REV. 505, 518-19; (1991); Daniel J. Crotthers & Catherine G. Uglem, *A Proposal for a Presumed Consent Organ Donation Policy in North Dakota*, 68 N.D. L. REV. 637, 640-41 (1992). また、1968年UAGAが本人以外の者による臓器提供について配偶者以下優先順位をつけられた近親者、後見人、に続いて、死体の処分について権限・義務を有する者による提供を規定していたことから、ここに検屍官による摘出のルーツを読み取る考え方もあるが、その解釈について見解は分かれる。佐藤・前掲注(3)論文、42頁。さらに、1987年UAGAが検屍官による推定同意に基づく臓器提供について規定したが、1987年UAGAを採択した州は一部であり、とりわけ検屍官による臓器提供を定めた規定を採択した州はそのうちさらに一部である。これらの採択をせずに尚、検屍官による推定同意に基づく角膜摘出を容認する法律をもつ州もあり、検屍官による角膜等の摘出に関する州法は実際には臓器提供をめぐるこれらの統一法の流れと並行して、角膜移植を推進するロビー活動の結果として制定されたものと考えられる。See Powhida, *supra* note 26. 検屍官による角膜等の摘出に関する法律の制定状況と各州の1987年UAGAの全体と関係箇所の採択状況について、佐藤・前掲注(3)論文44-46頁の一覧表参照。

(29) See Powhida, *supra* note 26, at 356-57.

(30) 角膜摘出までの理想的な所要時間は死後6時間以内であり、その後保存液に入れることで使用までに3、4日の猶予があるとされる。Council on Scientific Affairs, *Report of the Organ Transplant Panel: Corneal Transplantation*, 259 JAMA 719, 720 (1988), (quoting McCareey BE, Kaufman HE, *Improved Corneal Storage*, 13 INVEST. OPHTHALMOL. VIS. SCI. 165-73 (1974).) また、このような時間

体⁽³¹⁾が中心となっているようである。反対意思表示方式による臓器摘出を規定する検屍官法は1975年のMaryland州を皮切りに、現在までに多くの州で制定され運用されている⁽³²⁾。その結果、検屍官法は強い臓器提供を強く促進する法政策として角膜移植の推進に貢献したと評価されている⁽³³⁾。

検屍官法に織り込まれた反対意思表示方式による角膜等の摘出は、功利主義的な見地からは積極的に評価される一方で、合衆国憲法修正14条の保障する手続的デュー・プロセスに違反するとして遺族が提訴する事件が見られるようになり、1980年代後半以降いくつかの裁判所がこの問題について判断している。そこで以下ではこれらの事件を概観し、「反対意思表示方式による臓器摘出」が憲法上どのように評価されているかを考察する。

的な猶予の問題以外に、検屍官法における臓器提供の多くが角膜を対象としていたことの理由として、これらの法の制定された1970年代当時において既に角膜移植が他の臓器移植と比較してより確立した医療であったことも関係があるようである。

- (31) 脳下垂体はいわゆる臓器移植ではなく、「小人症（dwarfism）」の研究と治療（ホルモン療法）に用いられる。See Sipes, *supra* note 28, at 524.
- (32) 具体的な州の数については文献によってばらつきが見られる。これは各文献が調査を行った時期の他、検死官が遺族の意思を確認するための「合理的な努力」を行うことを義務付ける州法についても反対意思表示方式による検屍官による臓器摘出の法律の中に含めるかどうか等によって生じた差異であると思われる。See e.g., Paul P. Lee et al., *Cornea Donation Laws in the United States*, 107 ARCH. OPHTHALMOL. 1585 (1989) ; Emile J. Farge et al., *The Impact of State Legislation on Eye Banking*, 112 ARCH. OPHTHALMOL. 180 (1994). また、実際に同法が頻繁に（actively）運用されているのは9州（California, Florida, Hawaii, Kentucky, Louisiana, Maryland, Michigan, North Carolina, Wisconsin）であるという研究報告もある。See Goodwin, *supra* note 7, n.79.
- (33) See *id.* Farge, et al.

四 反対意思表示方式による角膜等の 摘出をめぐる判例

(1) Tillman v. Detroit Receiving Hospital (1984)⁽³⁴⁾ Michigan州控訴裁判所判決

(a) 事実の概要

Michigan州法は郡の検屍官の権限に基づいて検屍が実施される場合に、検屍官の許可を受けた者が死体から角膜を摘出することを一定の条件の下に認めていた。その条件とは、①検屍官が既に検屍を許可しており、②死亡した者の近親者が角膜の摘出について反対意思表示をしているとの認識を検屍官が持っておらず、③角膜の摘出がその後のいかなる捜査や検屍の進行をも妨げず、死後の顔の外観を損なわない場合、である⁽³⁵⁾。また、同法は「これらを満たす限り、郡検屍官・その助手・角膜バンクまたは保存施設・死体からの角膜摘出について検屍官の許可を得た者は、後に臓器摘出には近親者の許可が必要であったとの主張がなされた場合にも、そのような訴訟において民事上有責とされない」と規定していた⁽³⁶⁾。

発砲事故によって病院に収容され、同日死亡した女性について、翌日検屍に続いて上記州法規定に基づく角膜摘出が行なわれた。これに対して女性の母親が原告となり、死亡した娘の角膜が近親者たる自己（すなわち原告）の同意なきままに摘出されたことは、原告本人のプライバシー権を侵害して違憲である等⁽³⁷⁾を主張して病院・アイバンク・郡検屍官その他二名

(34) 360 N.W.2d 275 (Mich. App. 1984).

(35) MICH. COMP. LAWS, ANN. § 333.10202 (West 2003).

(36) MICH. COMP. LAWS, ANN. § 333.10202 (West 2003).

(37) 原告はこの他にも事実関係に関する真正な争点をめぐる主張として、制定法の認めていない脳及び眼球が摘出されたこと、同様に角膜の摘出が死体の外観を損うものであったことを主張した。しかし、脳の摘出については途中で主張

を相手どって訴訟を提起した。指名された被告は個別にサマリージャッジメント（Summary Judgment）の申し立てを行った。これに対して、事実審裁判所（Michigan州Wayne郡 Circuit Court）は被告の申し立てを認めた。原告が控訴し、Michigan州控訴裁判所がこれを支持したのが本判決である。

（b） 判 旨

原告が当該州法はプライバシーの権利を侵害し違憲である、と主張したことについて、判決は「原告がそのようなプライバシーの権利を有するかどうか、がそもそもの問題である」とした上で、以下のように判示した⁽³⁸⁾。「個人のプライバシー権の保障に含まれるのは『基本的（fundamental）』あるいは『秩序ある自由概念の中に含意されている（implicit in the concept of ordered liberty）』と考えられうる権利のみである。原告は近親者としてその死体を損傷なく埋葬する固有の基本権を有すると主張する。近親者は死体に対する財産権を有しないが、Michigan州の判例は死体の占有・管理・埋葬の権限を有する者のために、コモン・ロー上の訴因として、損傷なく死者を埋葬する権利を侵害する不法行為を認めている。しかし我々はこのコモン・ロー上の権利が『憲法的次元（constitutional dimension）』にあるとは考えない。プライバシー権は自己の身体の完全性（integrity）に関する決定をする権利を包含する。しかし、この権利は個人に属するものであり、その価値を享受する個人の死によって消滅し、・・・近親者によって主張されうるものではない。ゆえに、我々はプライバシー権に基づく原告の憲法上の主張を認めない。」⁽³⁹⁾

が取り下げられ、眼球の摘出については事実審裁判所によって原告の推定以外にいかなる証拠もない、と判断され、控訴審裁判所においてもこれが支持された。

(38) *Tillman*, 360 N.W.2d at 277.

(39) *Id.*

(2) Georgia Lions Eye Bank v. Lavant (1985)⁽⁴⁰⁾

Georgia州最高裁判所判決

(a) 事実の概要

Georgia州は、議会の全員一致の採決によって1978年に成立した法律において、生前の本人又は近親者による反対意思表示がされていない限り、検屍の対象となった死体からの角膜の摘出を認めていた⁽⁴¹⁾。角膜移植は同法が成立するまでは年間25件実施されていたにすぎないが、1984年には年間1000人以上がこれによって視力を回復したという⁽⁴²⁾。

Georgia Lions Eye Bankの職員は同法に基づいて「幼児突然死症候群(sudden infant death syndrome)」によって死亡した幼児の検屍の最中に、その死体から角膜組織を摘出した。死亡した幼児の両親は臓器の摘出について反対意思表示をしていなかったが、両親に対して角膜の摘出についての「告知(notice)」はなく、また両親が異議を表明する現実的な機会もなかった。本件は、後日子の死体から角膜が摘出されたことを知った母親が病院と同アイバンクを相手どって提訴した事件の上訴審判決である。

一審裁判所(State Court of Chatham County)は同法が近親者の肉親の死体における財産権を告知・異議表明の機会なく剥奪するものであるから手続的デュー・プロセス違反である、と判示して原告の訴えを認めた。

(b) 判 旨

原判決破棄。裁判所は、まずイングリッシュ・コモン・ローにおいて死体に財産権はなく、死体に関する事柄は教会法裁判所の管轄とされていたが、教会法のない米国では死体に関する問題を解決するために裁判所が「準財産権(quasi-property right)」という観念を考案し、Georgia州裁判所もこれを採用していることを確認した。しかし、死体の占有と管理におけ

(40) 335 S.E.2d 127 (Ga. 1985).

(41) GA. CODE ANN. § 31-23-6(b) (1) (2002).

(42) *Lavant*, 335 S.E.2d at 128.

る遺族の利益への認識として裁判所が発展させてきたこの準財産権という概念が憲法的次元にあるとは考えられない、として肉親の死体に対する一般的な遺族の権利を評価した。次に、判例法上認められた訴権（a right of action existing at common law）は立法によって時代と社会状況の変化に適合するよう修正・廃棄されうるものであるという判例法と制定法の関係をめぐる一般論と、「公衆衛生（public health）」の維持が公共の福祉の実現のために主権国家に委ねられた最重要の義務であることを述べた上で、本件で問題となった角膜摘出の処置はGeorgia州議会がその権限の範囲内で、公共の福祉のために許可したものであり、毎年何百もの州民が同法の恩恵を享受していることは間違いない、として原告の訴えを退け、被告の病院とアイバンクのサマリー・ジャッジメントの申し立てを容認した⁽⁴³⁾。

この判決に対して、Marshall首席裁判官による以下のような反対意見がある。

「移植のために角膜を供給するという当該法律の目的については心から賛同するが、当該州法はGeorgia州並びに合衆国憲法のデュー・プロセス条項に違反すると言わざるをえない。同法は近親者に対して角膜摘出の告知をしていないために現実的に異議を表明する機会を与えていないので、それはデュー・プロセスの『根本要素（fundamentals）』に違反すると考えられる。」⁽⁴⁴⁾

（3） State v. Powell（1986）⁽⁴⁵⁾

Florida州最高裁判所判決

（a） 事実の概要

Florida州法は、移植に用いるための角膜の需要がある場合に、制定法上義務付けられた検屍の最中に、検屍官又は検屍官によって指名された眼

⁽⁴³⁾ *Id.* at 128-29.

⁽⁴⁴⁾ *Id.*

⁽⁴⁵⁾ 497 So. 2d 1188 (Fla. 1986).

科学の専門家が死体から角膜の摘出・提供を行うことを一定の条件下に認めている。それらの条件とは①死体が検屍官の管轄下であり、検屍が法律によって命じられている場合であり、②死者の近親者による異議を検屍官が知らず (no objection is known)、③角膜摘出が後続の捜査・検屍の妨げにならない場合、である。尚、この規定に基づいて角膜を摘出した検屍官又は検屍官の指名を受けた者は近親者の同意を得ていないことについて民事又は刑事訴訟において有責とはならない、と規定されている⁽⁴⁶⁾。

遊泳中の事故及びバイクの単独事故によって死亡した二人の若者それぞれについて検屍が行われ、死者の両親に告知を与えることも、両親から同意を得ることもないままに、上記州法に基づいて角膜摘出が実施された。これについて後に角膜摘出の事実を知った両親が、息子の角膜を不法に摘出されたことへの損害賠償と、そのような処置を認めた州法を違憲であるとする宣言判決を求めて提訴し、その後それぞれの訴訟が併合された⁽⁴⁷⁾。

第一審裁判所は角膜を必要とする者に対して上質の角膜を提供しようとする当該法律の目的は賞賛に値するとしながらも、それが①肉親の死体を検屍の実施後そのままの状態で埋葬するという遺族の基本的な権利と財産権 (fundamental personal and property right) を実体的又は手続的デュー・プロセスなしに剥奪し、②当該遺族について他の遺族とは異なる取り扱いをするような「不愉快な区別 (invidious classification)」を創設しており、遺族の平等保護の権利を侵害し、③Florida憲法の規定に違反して州が非公共目的のために私有財産を収用することを容認する、という理由に基づいて当該法律の違憲を宣言した。同裁判所は、州が原告らの死亡した息子の角膜を原告らの同意なく摘出したことには「死亡した息子の死体をそのままの状態で埋葬する遺族の権利」に優越するほどの「やむにやまれぬ利益」はないという結論に達した。そこで被告側が飛躍上告をした⁽⁴⁸⁾。

(46) FLA. STAT. ch. 732. 9185 (1983).

(47) *Powell*, 497 So. 2d at 1189-90.

(48) *Id.* at 1190.

(b) 判 旨

原判決破棄差戻。判決は一番での論点に沿って州法の合憲性を支持する結論を導く以下のような議論を展開した。

① 問題となる権利の帰属主体

当該法律の合憲性をめぐる問題について判示するにあたって、個人の憲法上の権利はその者の死亡時に消滅するという前提を確認する。したがって、本件で問題になる権利があるとすれば、それは死者の近親者に属するものである。

② 「許容されうる立法目的」への「合理的な関連性」

有効性の推定を受ける制定法の合憲性を争うために、原告はその制定法が「許容されうる立法目的」への「合理的な関連性」を有しないことの立証責任を負う。そこで、判決はまず当該法律における「許容されうる立法目的」の有無について検討した。判決は、盲人の基本的な生活保障として州が膨大な公費を支出していること、最近の高齢化社会では加齢に関連する角膜性視覚障害を持つ人口が増えており、それが角膜移植の大きな需要を生んでいること、新生児の角膜に問題がある場合には、脳が視覚を獲得する生後数ヶ月の間に角膜移植を受けなければ治療の可能性が失われるため、角膜移植は差し迫った需要であること、という角膜移植の需要について述べて、これに応えるための立法の必要性を説いた⁽⁴⁹⁾。

続いて、「合理的な関連性」の検討に入り、同州法はそのような移植用角膜の需要に対して貢献するものであると判示した。すなわち、角膜移植の成功には良質の角膜が必要であり、同法は移植に利用できる角膜の質と量の両方を高めたというのである。⁽⁵⁰⁾ 量への貢献については、当該州法が制定された1977年の前年のFlorida州における移植用角膜の数が500だったものが、1985年には3000人以上のFlorida州民が角膜移植によって視力を回復しているという統計に依拠した。質の向上については、個人の善意に

(49) *Id.* at 1190-91

(50) *Id.* at 1191.

基づく従来からの方法による提供の多くが高齢者からの提供となることと比べ、当該法律に基づく角膜提供の場合ではドナーの若年化によってより良質の角膜が確保できる。また、当該法律が近親者の同意を求めることを検屍官に義務付けていないことで、ドナーの死後角膜摘出までの時間が短縮され、その結果医学的に利用できない角膜が減少することをCalifornia州での経験を示した宣誓供述書に依拠して説明した⁽⁵¹⁾。

さらに、「死体に対する侵襲」という点について、外科的な切開を伴う検屍と比べて角膜の摘出に伴う侵襲は非常に僅かなものであり、それは死体の外観にも影響しない、と評価した。また、角膜摘出の有無を問わず、自然な外観を保つための通常の死体に対する処置として、瞼の内側にアイキャップ⁽⁵²⁾を挿入して死体の目を閉じさせることが行われている点にも言及した⁽⁵³⁾。

加えて、同法が角膜の摘出について「公共の利益が最大であり、近親者への影響が最少であるとき」に限って実施するための安全装置を備えていることを強調し、濫用の恐れはないと判示した。

以上から同法が多くのFlorida州の盲人に光を与えるという「許容すべき立法目的を合理的に実現する」ものである、と判断した⁽⁵⁴⁾。

③ 肉親の死体に対する遺族の権利

続いて判決は死者の近親者である原告の権利について、財産権、「個人の自由に関する基本権 (fundamental right of personal liberty)」, 平等権のそれぞれに基づく原告の主張に答える形式によって検討した。

はじめに、「近親者は肉親の死体に対して財産権を有しない」という先

(51) *Id.*

(52) 死体の防腐処理をする業者 (embalmer) によって使われるプラスチック製のディスク。これを挿入した後、閉じた瞼が開かないための滑り止めの目的でディスクの表面は突起で覆われている。KENNETH V. ISERSON, DEATH TO DUST: WHAT HAPPENS TO DEAD BODIES? 198, 199 (1994)。

(53) *Powell*, 497 So. 2d at 1191.

(54) *Id.*

例⁽⁵⁵⁾の理解を肯定し、近親者の権利は埋葬のための死体の占有に限定され、この権利に対する侵害は不法行為を形成するものであるとした。したがって、財産権が存在しない以上、私有財産の非公的目的のための違憲な剥奪があったとはいえない、と述べた。続いて、判例法上の権利が制定法によって制限されることは、自動的に実体的デュー・プロセスの剥奪として機能するものではない、という連邦最高裁の判断⁽⁵⁶⁾に基づき、「許容しうる立法目的の達成のために必要な場合には不法行為に対する訴権は規制されうる」として、肉親の死体に対する近親者の権利が制定法によって制限されていることの違憲性を否定した。

次に、判決は死体の処分に関する遺族の支配権は信教・家族・プライバシーに関する個人の基本的な自由権であるという主張について、原告が典拠とする、家族生活にかかわる事柄における個人の選択の自由をめぐる判例と、婚姻・避妊・中絶・育児・教育活動における個人のプライバシー権をめぐる一連の判例との比較検討を行った。それによれば、プライバシー権は「現に生存している人々の現在進行中の関係における私的事項をめぐる選択の自由を自由人の幸福追求にとって基本的で不可欠のものであると認識するのであり、埋葬への侵害行為に対する遺族の『不法行為法上の請求権 (tort claim)』は憲法上の基本権の次元にまでは至らない」として退けた。また、州・連邦のいずれのプライバシー保護も、個人を政府によるあらゆる市民の私的生活への干渉から保護するものではなく、特に制定法が「公衆衛生の利益」実現を目的とする場合は、そのような干渉が正当化される、とした。

信教の自由との関連については、本件原告の移植目的での角膜摘出への異議が、彼らの「宗教信仰における根本的信条 (fundamental tenets of

(55) *Id.* at 1191-92 (quoting *e.g.*, *Kirksey v. Jernigan*, 45 So. 2d 916 (Fla. 4th DCA 1969))

(56) *Id.* at 1192 (quoting *Duke Power Co. v. Carolina Environmental Study Group, Inc.*, 438 U.S. 59 (1978)).

their religious beliefs)」に基づくものであるという証拠がないことを理由に原告の主張を退けた。

最後に、平等保護違反の主張も、「議会は立法において広い裁量権を有しており、それは一部の人々をその他の人々とは異なる扱いをするという不可避の効果を伴」い、同法が近親者に与える効果は偶発的なものであるという理由から、そのような主張を退けた⁽⁵⁷⁾。

このように、判決は本件州法を盲人の視力回復という許容されうる州の目的を合理的に推進するものであるから合憲であるとの結論に至った。しかし、その一方で、移植のために人体組織の一部を摘出することをめぐる法は、伝統的な法的枠組における分析には馴染まない、道徳的、倫理的、神学的、哲学的、経済学的関心を巻き込んでおり、本件州法に違憲審査基準を適用することは、ここでの問題の核心が社会のニーズと個人の利害との間の微妙なバランスを要請する政策的問題（policy question）であり、それは議会によって行われるのがより適切であることを曖昧にする⁽⁵⁸⁾、と述べて、司法による結論が当法をめぐる問題の最終的な解決にはならないことを示唆した。

本判決にはShaw裁判官による反対意見が付されている。反対意見は肉親の死体に対する遺族の権利として判例法上認められてきた「死体のコントロール、占有、管理に関する義務と権利」は憲法上保護されるプライバシー権であるとし、公衆衛生と公共の福祉を実現するために死体の取扱いと処分方法を規制する州のポリス・パワーのみが唯一これを制限できる、とした。そして、本件では角膜摘出の発端となった検屍の適法性において「重大な事実に関する実質的な問題（substantial question of material fact）」があるため、適正なポリス・パワーの行使であるか否かについてまず検討されるべきであり、これを欠いたままに本件州法の合憲性を検討することは不完全であると指摘した。そして、近親者の権利、義務、特権について

(57) *Id.* at 1192-93.

(58) *Id.* at 1194.

の宣言判決を求める本件の争点が、医学の進歩と臓器移植の実施数増加に伴って今後長期に渡って、そして一層激しいものとして裁判所へ持ち込まれるであろうと推測し、そのような重要な問題について「差し迫った州のニーズを満たすために、議会会期末までに緊急立法を制定する議会」のようなやり方で、裁判所がサマリージャッジメントによって性急に判断を下したことを批判した⁽⁵⁹⁾。

(4) Brotherton v. Cleveland (1991)⁽⁶⁰⁾

合衆国連邦控裁第六巡回裁判所判決

(a) 事実の概要

Ohio州法は検屍官が検屍体から同意なく角膜を摘出することについて一定の条件のもとで容認していた。その条件によれば、角膜の摘出・提供について死者本人、その配偶者、配偶者がいない場合は近親者、保護者（guardian）あるいは遺体の処分について権限を持つ者のいずれかによる異議を検屍官が不知でなければならない⁽⁶¹⁾。

本件郡検屍官事務所の慣例⁽⁶²⁾では、近親者の同意を得ることはなく、医学的な記録や病院の書類を点検することもなかった。車内で脈拍停止の状態でいるところを発見され、搬送されたが病院に到着と同時に死亡を宣告された男性について、病院は本件原告である男性の妻に対して、臓器提供について検討するよう依頼した。しかし、妻は臓器提供に強く反対していた生前の死者の意思を汲んでこれを拒否し、病院は拒否の事実を死亡報告に記載した。この男性の死亡原因として自殺が疑われたため、郡の検屍官

(59) *Id.* at 1194-98.

(60) 923 F.2d 477 (6th Cir. 1991).

(61) OHIO REV. CODE ANN. § 2108.60 (Anderson 2002).

(62) 法律は一定の場合に積極的な同意を得ないで角膜を摘出することを認めているのであって、必ず同意なしに摘出しなければならないということではない。したがって、慣例によって法律よりも厳格な同意要件が遂行される場合もある。

事務所において検屍が実施された。検屍後、検屍官は遺体から角膜を摘出・提供することを許可したため、検屍官事務所から連絡を受けた Cincinnati Eye Bankの技官が角膜を摘出した。病院は検屍官事務所に対して妻が臓器提供を拒否したことを知らせる努力を行わず、検屍官事務所もその慣例に従い、角膜摘出に先立って診療録や病院の書類を確認することとはなかった。後に検屍報告を読んで角膜摘出の事実を知るに至った妻は、亡くなった夫の角膜がデュー・プロセス及び法の下での平等保護に違反して摘出されたとして、合衆国法典42編1983条（以下「1983条」と略記）⁽⁶³⁾に基づいて提訴した。

原審の連邦地裁は（1）肉親の死体における遺族の財産権は存在しないため、原告の適正手続に基づく主張は認められず、（2）基本権も疑わしい区別も存在しないことから、議会による区別は正当な州の利益に合理的に関連していることのみを要請される、と述べて、同法が検屍の実施と臓器提供プログラムの遂行という州の正当な利益に合理的に関連しているから原告は1983条の下で審理しうる主張をしていないとして、申し立てを棄却した⁽⁶⁴⁾。

（b） 判 旨

破棄差戻。判決は原告が1983条に基づく損害賠償を受けるための要件として、「連邦憲法あるいは合衆国の法律によって保障された権利」を「州法の外観のもと」で「剥奪された」という三つの条件を満たさなければならず、ここでは特にこれらのうち「権利」の有無が焦点となった。原告はデュー・プロセスに基づく権利の主張をしたため、この主張が成立するためには、①州法の外観の下での、②財産権の、③剥奪が必要であり、さらに原告は④剥奪行為が偶発的（random）または許可されていない行為（unauthorized action）ではなく、確立された州の手続であること、又は⑤財産権の剥奪に対する州の救済手段が手続的デュー・プロセスの要件を満

(63) 42 U.S.C. § 1983 (2003).

(64) *Brotherton*, 923 F.2d at 479.

たしていないこと、の立証を求められた。

本件では「州法」による「剥奪」という二点については明白に満たさされている、として、原告が死者の角膜について主張する財産権の存否が最初の争点となった。判決はデュー・プロセス条項によって保護される財産権的利益であるためには、それが「利益給付への抽象的な要求若しくは願望以上のもの (more than abstract desires or attractions to a benefit)」⁽⁶⁵⁾でなければならず、デュー・プロセス条項が保護するのはそのような利益について「エンタイトルメントの正当な主張 (legitimate claim of entitlement)」⁽⁶⁶⁾を有する場合のみである、と述べた。また、この利益には「制定法によるエンタイトルメント (statutory entitlement)」を含むいかなる重要な財産的利益をも包含すると解釈されてきたことを確認した⁽⁶⁷⁾。

本件で、死亡した夫の角膜に対する原告の利益がこのエンタイトルメントの正当な主張の次元に達しているかどうかを決定するために、判決はOhio州の先例を参照したが、この問題を扱った二つの事例共に、遺族に肉親の死体に対する権利を認めたものの、その「性格付け (characterizing)」を回避していた。したがって、「財産権」の概念を自ら分析することとなった⁽⁶⁸⁾。

判決はまず、財産権という概念が非常に広範で抽象的なものであり、その法的な定義は「物理的な物 (a particular physical object)」それ自体を指すのではなく、その物において認識される「権利の法的な束 (legal bundle of right)」であると判示した。したがって、財産権は「権利の束」として概念化され、それは占有権、使用权、排除権、受益権、そして処分権という財産権を連想させる⁽⁶⁹⁾。

(65) *Id.* at 480 (quoting *Board of Regents v. Roth*, 408 U.S. 564, 577 (1972)) .

(66) *Id.*

(67) *Id.* (quoting *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371, 379 (1971); *Bell v. Burson*, 402 U.S. 535, 539 (1971); *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254, 262 (1970)) .

(68) *Id.* at 480-81.

次に判決は、死体には財産権はないというイングリッシュ・コモン・ローの原則が、単に死体に関する事柄を教会法裁判所の管轄としていた歴史的変則にのみ依拠したものだ、という研究者の批判に言及した上で、死体に対する権利のある種の財産的利益として分類するアメリカ判例法の傾向は死体における近親者の権利の重要性が高まったことの直接の結果であり、結局のところイギリスにおいても米国においても、この権利を「準財産権」とするルールが一般的になった、というこれまでの歴史的展開を説明した⁽⁷⁰⁾。

続いて、科学の進歩によって人体の資源性が高まっている現実に照らして、死体に対する権利を確立することの重要性が今後益々増大するであろう、と予想し、ここで問題となっている利益がデュー・プロセス条項によって保護される「エンタイトルメントの正当な主張」のレベルに達しているかどうかは、その利益に貼られた州のラベルではなく、その権利の実体に照らして連邦法によって判断されるものである、と自らの役割を示した。その上で、Ohio州の死体提供法が、原告に対して夫の死体の処分をコントロールする権利を明白に付与しており、権利の性格付けを回避した二つの先例もこれを支持していたことを確認した⁽⁷¹⁾。そしてこの権利は、Ohio州によるその利益の分類はともかく、極めて制限的にではあるが、死体における実体的な利益を形成しているため、Ohio州が原告に与えた夫の角膜を含むこれらの死体における権利は、修正14条のデュー・プロセス条項によって保護される「エンタイトルメントの正当な主張」のレベルに達している、という結論に達した⁽⁷²⁾。その上で、原告の夫の死体からの

(69) *Id.* at 481 (quoting *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458 U.S. 419, 435 (1982)).

(70) *Id.*

(71) *Carney v. Knollwood Cemetery Ass'n*, 514 N.E.2d 430 (Ohio Ct. App. 1986) [埋葬後の肉親の死体に対する侵害行為をした者を訴える近親者の権利を容認] ; *Everman v. Davis*, 561 N.E.2d 547, (Ohio Ct. App. 1989) [埋葬の目的で肉親の死体を占有する近親者の権利を容認]。

(72) *But see* Harry J. Finke, IV, *Brotherton v. Cleveland: The Creation of Property*

角膜摘出は「確立した州の手続」によって行われており、そのような確立した州の手続による財産権の剥奪が唯一デュー・プロセスを満たすために必要な「剥奪前手続（predeprivation process）」としての「聴聞（hearing）」の機会をOhio州が提供していない、とした⁽⁷³⁾。また、角膜の摘出に先立ってその死体についての診療録や書類を再吟味しないことが本件検屍官事務所のポリシーと慣例であったが、この「意図的な無知（intentional ignorance）」は本件州法の規定、すなわち、検屍官事務所に対して関係者の利益を考慮することなく死体から角膜を摘出することを容認したOhio州法によって誘発されたものである、と認定した。また、角膜摘出によって死体が永久に損なわれるのに対して、角膜摘出によって増進される政府の唯一の利益が臓器・組織提供プログラムの遂行上の利益であり、これは政府が財産権を意図的に無視することを許容するほど十分には実質的であるとはいえない、と述べた。さらに、州によって行われるべき剥奪前手続が政府の利益に対して与える制約は最小限に留まるだろう、と判示した。判決はデュープロセスの要件を満たす剥奪前手続の種類や程度について本件裁判所が明らかにする必要はない、として「本件検屍官事務所のポリシーと慣例は確立された州の手続であり、剥奪前手続を必要とする、と判断するにとどめた⁽⁷⁴⁾。

尚、本判決には、死体には財産権はなく、とりわけ本件州法は死体にお

Rights By a Federal Court, 23 U. TOLEDO L. REV. 555 (1992) [判決は州法が遺族に対して認めてきた遺族の肉親の死体に対する権利の実体（substance）を誤って拡大的に解釈しているという批判し、そもそも権利の性質を定義することは州の役割であり、判決は司法権の行使の範囲を逸脱していると主張]；Michael H. Scarmon, Note, *Brotherton v. Cleveland: Property Rights in the Human Body—Are the Goods Oft Interred with Their Bones?*, 37 S.D. L. REV. 429 (1992) [死体に財産権を認めないコモン・ローの伝統は移植用臓器への自由なアクセスとその売買の禁止という連邦のポリシーに合致しており、相当な統一性（substantial uniformity）が確立するまでの間、裁判所は州法で認めていない財産権を認めることは控えるべきであるという批判]。

(73) *Brotherton*, 923 F.2d at 482.

(74) *Id.*

ける権利よりも、死者の身体部分によって障害者ひいては社会全体に視力と健康の回復をもたらすことのできる新しい科学的知識を利用しようとするポリシーに重点を置いたものであり、近親者の肉親の死体に対する権利は限定的であることから、原告には財産権はないとするJoiner判事の反対意見がある⁽⁷⁵⁾。

(5) Whaley v. County of Tuscola (1995)⁽⁷⁶⁾

合衆国連邦控裁第六巡回区裁判所判決

(a) 事実の概要

Michigan州法⁽⁷⁷⁾に基づき、検屍の対象となった肉親の死体から角膜や眼球の摘出がなされたことを知った原告らが、州と連邦の裁判所に対して州法・連邦法違反の訴えをそれぞれに提起した。連邦裁判所でのケースが併合された後、原告は手続的デュー・プロセスを保障する修正14条の権利侵害以外の主張を取り下げた。原審はMichigan州法が死体における利益を修正14条の下での「財産権的利益property interest」であるとするのに十分なものとして創設していないことを理由に訴えを棄却し、原告が控訴した。

(b) 判 旨

原判決破棄差戻。判決はMichigan州が近親者に目を含む肉親の死体に対して財産権的利益を認めており、原告はデュー・プロセス条項に基づいて憲法上の訴えを提起できる、という結論を以下のようにして導いた。まず、裁判所は原告の主張によって提起されたここでの興味深い問題が「州の行為者が死者の目を盗み出すとき、憲法はいかなる救済を与えるのであろうか」⁽⁷⁸⁾ということである、とした上で、これを解くにあたって、「修

(75) *Id.* at 483-84.

(76) 58 F.3d 1111 (6th Cir. 1995).

(77) *See supra* note 35 and accompanying text.

(78) *Whaley*, F.3d at 1112-13.

正14条は州が法のデュー・プロセスなしに、個人の生命、自由、または財産を剥奪することを禁じており、もし、州の行為者（state actors）が原告の生命、自由、または財産を侵害していなければ、そこにはデュー・プロセス違反はありえない。したがって、Michigan州法が近親者に対してその肉親の目を含む死体につき憲法上保護される財産権的利益を認めているか否かを決定しなければならない、とここでの論点を明らかにした⁽⁷⁹⁾。

次に、判決は財産権についての一般的説明として「デュー・プロセスの目的における財産権的利益の存否は大部分において州法が決定する」ものであり、「手続的デュー・プロセスの支配を受ける財産権的利益はわずかな厳格で専門的な形状によって制限されず、既存のルールと理解によって保障される広範な利益を意味する。これらのルールと理解がデュー・プロセスの保護に値するエンタイトルメントの正当な主張を創設する」と述べ、「州によって創設された実体的な利益が憲法上保護された財産権的利益のレベルに及ぶかどうかは連邦憲法の問題であり、判決がこれを判断するために法の「学術上の名称（nomenclature）」を超えて、その実体を検討しなければならない、と判示した⁽⁸⁰⁾。

続いて判決は本件で問題となった利益の評価へと入る。まず判決は、Michigan州法の下での近親者の肉親の死体における憲法上保護された財産権的利益の存否は、本件と類似の事実が争われ、そのような利益がOhio州法の下では存在すると判示したBrotherton判決における当裁判所の考え方に照らして決定されると述べた⁽⁸¹⁾。

そこで判決はBrotherton判決の論理を回顧する。伝統的に財産権は占有、利用、排除、受益、処分の各権利を包含する「権利の束」として概念化され、Ohio州の死体に関する事項を定めた制定法（近親者による死体提供を認めている）や判例法（近親者は埋葬のため死体の占有権を有するとした

(79) *Id.* at 1113.

(80) *Id.* at 1114.

(81) *Id.*

判決、埋葬後の肉親の死体に対して侵襲を加えた者に対する近親者の「訴訟上の請求claim」を認めた判決）はこれらの権利が死体について存在することを認めている。これらのうち判例法は、死体における一般的な「準財産権」は存在しないことを強調したが、「憲法上保護された財産権の存在はその権利に対して州が認めたラベルではなく、その権利の実体にこそ依拠するものであるからここではほとんど関係はなく、当裁判所はOhio州が近親者に対して与えた肉親の角膜を含む死体における権利の集合体は修正14条のデュー・プロセス条項によって保護されるエンタイトルメントの正当な主張のレベルに達するものと判断した⁽⁸²⁾。

さらに、判決は、当裁判所の先例となるBrotherton判決で問題となったOhio州法と本件で争われたMichigan州法を比較し、両者が近親者に対して認める肉親の死体における権利が実質的に同一である⁽⁸³⁾ことから、Brotherton判決が拘束力を有することとなり、Michigan州法は近親者に対して肉親の死体における憲法上保護される財産権的利益を認めている、との結論に至った。また、原審の地方裁判所が二つの州法を比較した結果、両者を同一と見なかったことについては、地方裁判所が誤って権利の実体ではなく、そこに付けられたラベルに注目したからであると説明した⁽⁸⁴⁾。

尚、連邦最高裁は本件について、意見を付さずに連邦事件移送令状の発給を拒んだ⁽⁸⁵⁾。

(82) *Id.* at 1115 (quoting *Brotherton*, 923 F.2d at 482).

(83) 埋葬目的での死体の占有権を近親者に認めた判例とMichigan死体提供法を参照。Doxtator v. Chicago & W. Michi. R.R., 79 N.W. 922 (Mich. 1899) ; Keyes v. Konkel, 78 N.W. 649 (Mich. 1899) ; Deeg v. City of Detroit, 76 N.W.2d 16 (Mich. 1956) ; MICH. COMP. LAWS. .ANN. § 333.10102 (2) (West 2003).

(84) *Whaley*, F.3d at 1116.

(85) *County of Saginaw v. Whaley, cert. denied*, 516 U.S. 975 (1995).

(6) Newman v. Sathyavaglswaran (2002)⁽⁸⁶⁾

合衆国連邦控裁第九巡回区裁判所判決

(a) 事実の概要

1997年10月にCalifornia州ロサンゼルス郡内で死亡した原告ら（二組の親）の息子それぞれ一名ずつの死体について検屍が実施された。その際、州法（当時）の規定⁽⁸⁷⁾に基づき、原告らの知らない間に、そして原告らに通知し同意を求める試みがなされないまま、検屍官らによってこれらの死体から角膜が摘出された。1999年9月にこの事実を知った原告らが、修正14条に違反する法のデュー・プロセスを欠いた財産権の剥奪であると主張して1983条に基づく訴訟を提起した。検屍官側は死亡した子の角膜に対して親は財産権を有するものではなく、また、親に帰属した範囲でのデュー・プロセスの権利について、親は当該訴訟を提起する前に州の剥奪後手続による救済を利用し尽くしていなければならないと主張して、訴え却下の申し立てを行い、原審の連邦地裁California中央地区裁判所は予定されていた審理の前に文書による却下についての意見を出さないままにこれを認めた。そこで本裁判所があらためて原告が救済に値する主張をするための一定の事実を立証していないことは疑いの余地がないかどうかについて審査を行うことになった。

(b) 判 旨

判決は大きく分けて、死体における財産権的利益についての検討とデュー・プロセスの権利として保障される手続上の権利についての検討の二部構成となっている。

まず、死体における財産権的利益が憲法のデュー・プロセス条項が実体

(86) 287 F.3d 786 (9th Cir. 2002).

(87) CAL GOV'T CODE § 27491.47. 1983年に制定された。1998年の改正により、検屍官は角膜の摘出に先立って死者の近親者から文書あるいは電話による同意を得ることが義務づけられた。本件では改正前の同法が争われた。See *Newman*, 287 F.3d 786, 795 n.10; see also *infra* note 98.

的権利として保障する財産権であるかどうかについて、憲法上の財産権が州法のような独立した源に由来する既存のルールと理解によって定義されており、且つそれが連邦憲法上「エンタイトルメントの正当な主張」でなければならない、とした。その上で、死体におけるコモン・ロー上の利益をめぐる歴史的展開、California州法における死体の利益の取扱い、死体の提供に関する統一法とそのCalifornia州による採択状況、及び本件と同様の問題について判断した二つの連邦控裁第六巡回区裁判所判決に照らして、遺族が死体に対して有する権利は憲法上の財産権であるという結論に到達した。その際、California州がこの権利に準財産権という名称を用いていることや、死体の売買禁止によってその経済的ないし市場価値を否定していることは問題ではないとされた⁽⁸⁸⁾。

判決はまた、事前に遺族に対して通知や同意を求めることなく検屍官が死体から角膜を摘出して他人に渡すことにより、遺族が角膜について占有することも支配することも処分することも、侵害行為を排除することもできなくなるため、それは束である財産権から一筋 (a single strand) を剥奪することではなく、束の断面に切りこみ、スライスした横断面を剥奪することになるから、財産権の剥奪であると判示した⁽⁸⁹⁾。

死体に財産権を認めるに際して、判決は根本的に財産権は人間の価値に寄与するものであり、Californiaが遺族に対して認める肉親の死体における財産権はわれわれの社会が人体の最終処分におけるその尊厳の保護に対して歴史的に認めてきた特別な価値に寄与するものであるから、遺族からその財産権を剥奪するに際しては法の手続が与えられるべきである、と判示した⁽⁹⁰⁾。

次に、判決は手続上の権利についての考察に移行し、検屍官側の主張である剥奪後手続による救済の可能性を否定した。手続的デュー・プロセス

(88) *Newman*, 287 F.3d at 789–98.

(89) *Id.* at 798.

(90) *Id.*

の一般的な考え方によれば、州は推定上の所有者に対してエンタイトルメントの主張をする機会を与えることなく最終的な財産権的利益の破壊を行うことはできない⁽⁹¹⁾。しかし、聴聞の時期は、対立する諸利益、すなわち剥奪される私的利益の重要性、剥奪の期間または最終性、および手続を提供することにおける政府の負担の大きさを衡量して決定される⁽⁹²⁾。しかし、州が迅速に行動する必要がある場合、または剥奪前手続を与えることが实际的でない場合といった「異常事態（extraordinary situations）⁽⁹³⁾」でない限り、剥奪前の聴聞なく、確立した州の手続によって財産権を剥奪することはデュー・プロセスの要件を満たさない、とされる。また、財産権の剥奪が州の偶発的で許可されない行為によってではなく、確立された州の手続によってなされた場合には剥奪後手続による救済は、デュー・プロセスの要件を満たさない。判決は、本件での財産権の剥奪は確立した州の手続によるものであるから、剥奪後手続による救済は適用されず、また、ここで争われている州法はその免責規定によって原告らが州裁判所に対して民事的その他の救済を求める可能性を否定していることから、そもそもいかなる剥奪後手続が利用されえたのか理解できない、と述べた⁽⁹⁴⁾。また、本件において、検屍官が剥奪前の聴聞を原告らに対して与えなかったことが、「異常事態」によって正当化されるか否か、は事実問題であって現段階で判断できない、とした。

さらに、本判決は死者の角膜やその他の臓器を獲得することについて州に重要な利益はないと判示するものではなく、むしろ、市民の健康を改善するという州のボリス・パワーの中心にある利益が、遺族に対していかなる手続的保障が与えられるべきかを決定するために考慮されるべきであ

(91) *Id.* at 799 (quoting *Logan v. Zimmerman Brush Co.*, 455 U.S. 422, 434 (1982)).

(92) *Id.* (quoting *Mathew v. Eltridge*, 424 U.S. 319, 335 (1976)).

(93) *Id.* (quoting *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371, 379 (1971)).

(94) *Id.* n.16.

る，とした。このような州側の利益は州によって立証されなければならないことから，判決は原告の訴えを却下した原審を破棄し，原告の利益を剥奪したことに対する州の正当化を十分に明らかに精査するために差戻す，とした。

尚，この判決にはFernandez裁判官による反対意見が付されている。それによれば，死体における法的利益は無力（asthenic）であり，連邦憲法上の財産権とまでは言えないという。反対意見はこの法的利益を権利というよりもむしろ義務（duty rather than right）にとらえる。また，愛する者を亡くした不幸の最中であって，愛する者の死体を何者かが不敬に取り扱うであろうということに対して穏やかでいられる者はいない，としつつも，そのような感情が憲法上の財産権であることは否定した。

本件について，既に連邦最高裁は意見を述べることなく，連邦事件移送令状の発給を拒んでいる⁽⁹⁵⁾。

五 検 討

(1) 従来の憲法解釈と裁判所の苦悩

以上検屍官法に基づく反対意思表示方式による死体からの角膜等の摘出が争われた六つの判例を年代順にみてきたが，これらは下級裁判所の判決である上，一部を除いて異なる法域に属する裁判所の判断であることから，そこにこの問題に対する司法の判断における潮流を読み取るのは時期尚早といえよう。しかし，これらは全て反対意思表示方式という死体臓器の提供を促進するための法政策に対する現在までの司法の評価であり，同時にその評価を通じて「利用客体としての死体の法的位置付け」に対する司法の見解を示すものと考えられる。

(95) Sathyavaglswaran v. Newman, *cert. denied*, 123 S.Ct. 558; 2002 U.S. LEXIS 8488 (U.S. Nov. 18, 2002).

そもそも死後の臓器提供について誰がこれを決定することができるのかという問題は、臓器移植という新しい医療に伴う必要性から制定法上のエントタイトルメントとして便宜的に処理されてきたのであり、伝統的な憲法上の権利規定が予定したものではない。したがって、裁判所がこのような意思表示方式による死体からの角膜等の摘出を憲法に照らして評価するためにはまず、侵害を受けたとされる死体をめぐる実体的な権利について憲法上の根拠を立証しなければならなかった。実際、これまでの判決の多くはそのような憲法判断の最初の段階における審査結果に応じて違憲・合憲の判断が分かれていたようである。しかし、興味深い点は、角膜等の死体臓器が憲法上保護される実体的権利の中に見出せないという結論に至った当初の判例においてすら、裁判所は反対意思表示方式が遺族の利益を侵害しており、何らかの救済が必要であると考えていたことがうかがえる点である。

Tillman判決では原告のプライバシー権に基づく訴えが退けられたものの、「死体の占有、管理、埋葬の権限を有する者のために、損傷なく死者を埋葬する権利に対する侵害という不法行為についてコモン・ロー上の訴因が認められている」ことから、原告が不法行為に基づいて訴訟を提起する方法によって救済を得る可能性を示唆した⁽⁹⁶⁾。Lavant判決でもまた、死者への尊敬を単なる美德ではなく、義務として扱うために「準財産権」が死者の配偶者あるいは近親者に帰属するとした先例が支持されている。また、同事件の反対意見は、反対意思表示制度の下での臓器提供が近親者に対して実質的な選択の機会を与えていないことの問題性を指摘し、これを是正するためには、近親者の肉親の死体に関する権利がデュー・プロセスの保護の下にあると解釈しなければならない、として現実の要請に即した憲法解釈の必要性を主張している⁽⁹⁷⁾。さらに、Powell判決は合憲の判断をした法廷意見の末尾において、この問題を憲法の枠組の中でしか判断す

(96) *Tillman*, 360 N.W.2d at 277.

(97) *Lavant*, 335 S.E.2d at 128.

ることのできない裁判所で扱うことそれ自体の根本的な問題を指摘し、むしろ議会で検討することが適切であると強調している⁽⁹⁸⁾。

憲法上保護される権利概念については保守的な解釈に留まりつつも、その結果として検屍官法がもたらす結果を憂慮し、代替的な救済の可能性に苦慮したこれらの初期の州裁判所による判決は、同じ問題が連邦控訴裁判所によって検証され、近親者の肉親の死体に対する権利は憲法上の財産権であると認められたBrotherton, Whaley, Newman各判決によって新たな局面へと歩を進めたことがうかがえる。連邦控訴裁判所では死体に対する遺族の利益が憲法上の財産権であるという見解が採用されて第一段階の審査がクリアされ、続いてデュー・プロセス違反であるかどうかの第二段階の審査として、遺族が肉親の死体について有する憲法上の財産権について、いかなる手続上の権利が保障されるべきかという点が新たに問われることとなったのである。

(2) 新しい財産権としての死体—実体的側面

遺族が肉親の死体について有する利益が憲法上の財産権であるとした二つの連邦控訴裁判所による三つの判決は、裁判所が財産権の概念を古典的な物に対する権利に限定せず、より広い領域について認めようとする傾向を示す。これは1970年代前半の連邦最高裁判例にみられた「デュー・プロセスの革命」,⁹⁹「デュー・プロセスの爆発」⁽⁹⁹⁾と類似の傾向として理解する

(98) *Powell*, 497 So. 2d at 1194. 実際、California州では議会において反対意思表示方式に基づく死体からの検屍官による角膜等の摘出を容認した法律が見直された。1983年制定の検屍官法についてその存在と運用がマスコミによって報道されたことが市民の関心を喚起し、またこの法律によって同意なく肉親の死体から角膜を摘出された遺族による訴訟が相次いだことが改正法案の提出への契機となったと言われる。See *supra* note 87; *Bill would Close Loophole in State Cornea Collection Law*, L.A. TIMES Jan. 14, 1998; *Parents Tell of Grief in Lawsuit Over Harvest of Son's Cornea*, *id.* May 13, 1998; *Coroner, Eye Bank Cleared in Cornea Suit*, *id.* May 22, 1998; *California and the West: Reforms on Cornea Harvesting OKD*, *id.* Oct. 1, 1998

ことができる。

連邦最高裁は1970年のGoldberg v. Kelly判決⁽¹⁰⁰⁾において、それまで手続的デュー・プロセスによる保護の対象から排除していた特権について、伝統的な権利から区別する手法を否定し、福祉受給権に対する手続的デュー・プロセスの適用を認めた⁽¹⁰¹⁾。また、同判決は財産権を有するといえるための条件として、給付に対して「抽象的な欲求または願望」つまり「一方的な期待」以上のもの、すなわち正当なエンタイトルメントの主張を有さねばならない、とした⁽¹⁰²⁾。また、財産権的利益は憲法によって創設されるものではなく、州法のような独立した源泉から派生する現存の規則や取り決めによって創設され、その法的性質が定義されるものである、と判示した⁽¹⁰³⁾。その後、連邦最高裁による手続的デュー・プロセス理論は、後に述べるデュー・プロセスを満たす内容の射程と相俟って、後退の様相を呈している⁽¹⁰⁴⁾。

一方、死体を含む人体の利用という場面において、人体を財産権としてとらえようとする考え方は近年少なからず主張されており⁽¹⁰⁵⁾、判例にお

(99) この潮流は「新しい財産権 (new property)」と呼ばれることもある。Charles A. Reich, *The New Property*, 73 YALE L.J. 733 (1964). この論文を紹介した邦語文献として、鈴木光善「新しい財産権としての福祉受給権 アメリカにおける生存権的権利の基礎づけと憲法解釈の一例」愛知大学国際問題研究所紀要98巻177-95頁（1993年）参照。

(100) 397 U.S. 254 (1970).

(101) See also Bell v. Burson, 402 U.S. 535 (1970) ; Sniadach v. Family Finance Corp., 395 U.S. 337 (1969) ; Fuentes v. Shevin, 407 U.S. 67 (1972).

(102) *Goldberg*, 397 U.S. at 577.

(103) *Id.*

(104) Board of Regents v. Roth, 408 U.S. 564 (1972) [一年契約で雇用された州立大学の教員が理由を提示されることなく再雇用されなかったことについて、原告側に手続的デュー・プロセスによって保護される財産権はないとされた事例] ; But see Perry v. Sindermann, 408 U.S. 593 (1972) [終身雇用権を持たない州立大学の教員の再雇用拒否について、事実上長年に渡って再雇用されてきた場合には事前に聴聞を与えられることは財産権として保護されるとされた事例].

いてもまたこれを支持する傾向が見て取れる⁽¹⁰⁶⁾。人体に財産権を認める考え方は、奴隷制という歴史的経験を経たアメリカにおいて特にタブーであった⁽¹⁰⁷⁾が、財産権が単に経済的価値・市場価値を意味するものではなく、より広く「権利の束」という概念としてとらえられることにより、奴隷制を肯定することなく、人体に対する財産権を認めることが可能になったものと考えられる。また、死体が単に埋葬の対象であった時代とは異なり、さまざまな医科学の目的に利用される客体となった現代社会において、死体は人でもなく、物でもないという従来の考え方は、利益侵害という現実とそこで果されるべき司法の役割を直視しないための口実に過ぎない⁽¹⁰⁸⁾。したがって、死体を売買する目的ではなく、死体をめぐる利益を

(105) 但し、ここでの財産権の主張はさまざまな領域・次元で論じられており、必ずしも全てが憲法上の財産権を示すものではない。See e.g., Walter F. Kuzenski, *Property in Dead Body*, 9 MARQ. L. REV. 17 (1924) ; Paul Matthews, *Whose Body? People as Property*, 36 CURRENT LEGAL PROBS 193 (1983) ; Bernard M. Dickens, *The Control of Living Body Materials*, 27 UNIV. TORONTO L.J. 142 (1977) ; *id.* *Living Tissue and Organ Donors and Property Law: More on Moore*, 8 J CONTEMP. HEALTH L. & POL'Y 73 (1992) ; Amy S. Pignatella Cain, *Property Rights in Human Biological Materials: Studies in Species Reproduction and Biomedical Technology*, 17 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 449 (2000) ; RICHARD E. GOLD, *BODY PARTS: PROPERTY RIGHTS AND THE OWNERSHIP OF HUMAN BIOLOGICAL MATERIALS* (1996) ; Keith Sealing, *Great Property Cases: Teaching Fundamental Techniques with Moore v. Regents of the University of California*, 46 ST. LOUIS L.J. 755 (2002) ; Remigius N. Nwabueze, *Biotechnology and the New Property Regime in Human Bodies and Body Parts*, 24 LOY. L.A. INT'L & COMP. L. REV. 19 (2002).

(106) 判例についても全てが憲法問題について扱ったものではない。本稿で取り上げたものの他に、See e.g., *Hecht v. Superior Court*, 20 Cal. Reprtr. 2d 275 (Ct. App. 1993) ; *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992).

(107) 人体における財産権を、人が自分自身の身体についてののみ有するものと制限的にとらえた判決はこのようなタブーを考慮した結果であると考えられる。See Nwabueze, *supra* note 105, at 44 (quoting *Moore v. Regents of California*, 793 P. 2d 479, 504 (Cal. 1990)).

(108) See e.g., *id.* at 44-46 (quoting *United States v. Arora*, 860 F. Supp. 1091, 1099 (D. Md. 1994) ; *Hecht, supra* note 105; *Davis, id.*

侵害行為から保護するために、死体に対する遺族の利益について財産権の確立を認めた判決の意義は大きいと言えよう⁽¹⁰⁹⁾。

（3） 反対意思表示方式とデュー・プロセスを充足する手続

連邦控訴裁判所が遺族の肉親の死体における利益を憲法上の財産権であると容認したことで、反対意思表示方式による死体からの角膜等の摘出を憲法的に評価するために手続的デュー・プロセスを適用する道が一応は開けたと言えよう。しかし、このような角膜等の摘出が手続的デュー・プロセス違反となるか否かを判断するためには、次の審査段階がある。それは死体からの角膜等の摘出に先立って遺族に対してデュー・プロセス要件を満たす手続が与えられたかどうかという問題である。反対意思表示方式はデュー・プロセスたる手続の要件を満たさないであろうか。

遺族が死体について有する利益を財産権であるとした判例は、いかなる手続がデュー・プロセスであるのかについて、未だ明らかにしていない⁽¹¹⁰⁾。しかし、財産権の帰属主体に対して剥奪前に一定の手続を与えなければならないとする原則を緩和する例外的な場合である「異常事態」を根拠に、検屍官法における反対意思表示方式が正当化される可能性について、Newman判決が一つの方向を示唆している。つまり、将来、遺族に角膜等の摘出について通知したり、それについて同意を得たりする手続を踏まずに死体から角膜等を摘出するについて、州が迅速に行動する必要性があったこと、またはそのような事前手続を与えることが実際のでないことを

(109) しかし、死体に財産権を認めることで、その金銭的な価値を直視しなければならない場合が生じる。例えば、死体について横領（conversion）が成立し、その損害賠償額が市場価格に基づいて算定されるということが起こりうる。そこで、そのような算定が不可能であるから死体について財産権の確立を是認しないとした判決もある。See *Culpepper v. Pearl Street Building Inc.*, 877 P2d 877 (Colo. 1994)。しかし、そのような解釈は、死体が最近のバイオメディカル・テクノロジーにおいて金銭的価値を与えられている現実を十分に認識していないという批判がある。See Nwabueze, *supra* note 105, at 52-53.

(110) See *Whaley*, *supra* note 76; *Newman*, *supra* note 86.

州がそのポリス・パワーに基づいて主張した場合に、手続上の憲法問題は発生しないという結論が導かれる可能性は残されている⁽¹¹¹⁾。

1970年までの連邦最高裁は、デュー・プロセス要件を満たす手続とは生命・自由・財産が剥奪される前の司法手続類似の告知と聴聞を念頭においていた⁽¹¹²⁾。しかし、1970年のGoldberg v. Kelly判決がデュー・プロセスの基本的要求は、「意味ある時期に意味ある態様で聴聞を受ける機会」である⁽¹¹³⁾と定義し、手続の要件はやや緩和された。その後、1976年のMathew v. Eldridge判決⁽¹¹⁴⁾により、問題になる実体的利益の重要性、それが誤って剥奪される危険性と追加的あるいは代替的手続の価値、そして追加的代替的手続から生じる政府の財政上・事務的負担を利益衡量することによって、事前の告知・聴聞が必要であるか否かが確定されるという、いわゆる利益衡量テストが確立した。尤も、このテストは権利の剥奪に際して一切の手続が不要とされる場合があることを示したのではなく、いわゆる司法手続型の完全な証拠聴聞手続の必要性が否定される場合があることを示したに過ぎない。しかし、このテストの導入によって、デュー・プロセスとしての手続の範囲は収縮したと考えられる⁽¹¹⁵⁾。

(111) この他、反対意思表示方式はそれ自体が十分な手続である、評価としたFuller判決がある。この判決では在監中に死亡した夫の死体について検屍が行われ、その際に妻である原告の同意なく臓器が摘出されたことが争われた。判決は遺族が肉親の死体について有する利益は準財産権であると判断するに留まったが、妻が文書によって請求したならば臓器を取り戻すことは法律上可能であったことを理由に、いかなる財産権に対する違憲な侵害も生じていないと結論した。法律は、「人体から組織を摘出した医師は…当該組織の摘出または獲得に先立って、当該組織を死体を埋葬する者に引き渡すことを求める文書を受け取っていない限り、焼却 (incineration)、火葬 (cremation)、埋葬、その他の衛生的な方法によって当該組織の処分を許可することができる」と規定されていた。Fuller v. Marx, 724 F.2d 717, 719 (8th Cir. 1984)。

(112) See e.g., Londoner v. Denver, 210 U.S. 373 (1908) ; Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 (1970) .

(113) Goldberg, 397 U.S. at 267 (quoting Grannis v. Ordean, 234 U.S. 385, 394 (1914) ; Armstrong v. Manzo, 380 U.S. 545, 552 (1965)).

(114) 425 U.S. 319 (1976) .

最高裁はまた、手続が権利の剥奪前に与えられなければならないとする時期をめぐる要件について、一定の場合に例外を認めてきた。一つには、権利剥奪後の手続によって実体的権利が充足される場合であり、具体的には、不法行為法による救済が州によって十分に与えられている場合とされる⁽¹¹⁶⁾。しかし、これが認められるためには、剥奪行為が偶発的（random）または権限に基づかない（unauthorized）ものでなければならず、検屍官法に基づく死体からの角膜摘出はこれに該当しない⁽¹¹⁷⁾。また、検屍官法では多くの場合、法律に基づき善意（good faith）で行動する限りにおいて検屍官らは遺族から民事的責任を追及されないという規定を設けており、その場合にはそもそも剥奪後の救済方法は存在しないことになる。さらに、死体に対する侵害行為に対して認められる不法行為法による救済は一貫性がなく、原告にとって魅力的ではないとも言われる⁽¹¹⁸⁾。とりわけ、「過失による精神的苦痛の付与（negligent infliction of emotional distress）」に基づく不法行為の主張は、原告が身体的・金銭的損害を被ったことを要件とする州もあり、死体に対する侵害行為について訴えを提起する原告が

(115) 例えば、松井（四）・前掲注1論文79-84頁参照。

(116) *Hudson v. Palmer*, 468 U.S. 517, 533 (1984).

(117) 死体に対する侵害行為について、剥奪後手続による救済の可能性が認められて手続的デュー・プロセスの主張が退けられた事例として、*See Crocker v. Pleasant*, 778 So. 2d 978 (Fla. 2001) ; *Wells v. Nuwayhid*, 1996 U.S. Dist. LEXIS 17541 (N.D. Ill. 1996) [死産した子の死体を両親の許可なく医師らが焼却処分したことが争われ、原告が死産した子の死体について手続的デュー・プロセスの適用を受けるための財産権を有することが認められたが、医師らの行為は「偶発的」で「許可されていない」ものであり、剥奪後手続による救済が利用できるとされた事例] ; *Arnaud v. Odom*, 870 F.2d 304, 308-309 (5th Cir. 1989) [幼児突然死症候群によって死亡した幼児の死体の検屍を担当した医師が遺族である両親の許可を得ないままにその足をつかんで一定の高さから頭からコンクリートの床に落として、頭蓋骨への影響を調べる実験を行った事例。実験の目的は頭蓋骨の損傷によって死亡した幼児に関する別の事例において、原因が父親の虐待によるものであったか、事故によるものであったかが争われ、この医師が大陪審に対して専門家証言をするためであったとされる]。

(118) *See Nwabueze, supra* note 105, at 29-31.

その要件を満たす確率は高いとは言えず、多くの場合に結果として原告が救済を得られないとされる⁽¹¹⁹⁾。

剥奪前手続要件の今一つの例外は、「異常事態」⁽¹²⁰⁾、すなわち州による迅速な行為が不可欠であるか、またはいかなる有意義な剥奪前手続を与えることも实际的ではなく、なお且つ権利の剥奪後に州の行為の適切さ(propriety)を評価するための何らかの有意義な手段がある場合⁽¹²¹⁾とされる。一般に、事前の手続要件が緩和される「異常事態」とは、戦時の緊急状況⁽¹²²⁾、やポリス・パワー⁽¹²³⁾の行使等特別な状態を指すものとされる。臓器提供を受けて健康を回復したり、生命を維持したりすることができる人がいるという事実がこの場合に匹敵するといえるかどうかは疑わしい。とりわけ検屍官法が対象としている角膜等の臓器が、心臓や肺などいわゆる生命の存続にかかわる臓器ではないという点は、この判断をする上で考慮すべきであろう⁽¹²⁴⁾。

(119) このような不法行為に基づく訴えが困難であることから準財産権という概念が創設されたと言われる。See Radhika Rao, *Property, Privacy, and the Human Body*, 80 B.U. L. REV. 359, 385 (2000).

(120) *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371, 379 (1971).

(121) *Parratt v. Taylor*, 451 U.S. 527, 539 (1980).

(122) See e.g., *Central Union Trust Co. v. Gravan*, 254 U.S. 554 (1920).

(123) ポリス・パワーとは、「州が公衆衛生、安全(safety)、道徳(moral)、その他一般の福祉(general welfare)を保護・向上させるために各種の立法を制定・執行する権限」である。田中英夫編『英米法辞典』(東京大学出版会1991年)参照。ポリス・パワーについて、野口貴公美「ポリス・パワーの変容 州立法院から連邦行政委員会へ」法政大学社会志林47巻4号1-20頁(2001年)、高橋正俊「ポリス・パワーの意義について」香川大学教育学部研究報告第一部49号225-44頁(1980年)、米沢広一「土地使用権の規制(一)～(三) 財産権とポリス・パワー」法学論叢107巻4号26-61頁, 108巻1号28-44頁, 108巻3号26-49頁(1980年)、高原賢治「アメリカにおける『警察権能』の理論の展開(一)(二) 公共の福祉についての一考察」国家学会雑誌74巻9・10号458-512頁, 74巻11・12号558-605頁(1961年)参照。ポリス・パワーのうち、特に公衆衛生(public health)について、See e.g., Lawrence O. Gostin, *Public Health Theory and Practice in the Constitutional Design*, 11 HEALTH MATRIX 265 (2001).

(124) 検屍官法に基づく角膜等の摘出について論じた論文において、この区別があ

また、これまでにポリス・パワーの行使として、権利剥奪前の手続の欠如が是認された事例は、有害食品の没収・廃棄⁽¹²⁵⁾や有害動物の殺害⁽¹²⁶⁾、病害のある樹木の伐採⁽¹²⁷⁾等、市民に対する有害な状況が前提となり、政府が行動しなければ市民の生命・健康が害される場合であった。政府の行動によって市民が健康を回復するという積極的な役割をポリス・パワーの行使に含めることができるかどうかは疑問である⁽¹²⁸⁾。しかし、Newman 判決が示すように、州がそのような主張をする余地は残されているようである。手続の欠如が是認されるために、州のいかなる主張が認められるのか今後の判決の動向が注目される。

以上のような一般的な手続的デュー・プロセス理論の状況から、財産権であることが認められた死体に対する遺族の利益は尚、政府の剥奪から憲法上保護されるか否かについて微妙な位置にあることがわかる。

(4) 代替的な問題解決への提言—プライバシー権 による解決の可能性

反対意思表示方式に関するこれまでの憲法上の議論では、政府による死

やふやになされて、臓器移植の全てが多くの人々の生命にかかわる医療として描写される場合が多い。See e.g., Powhida, *supra* note 26. 視力の回復は重要な健康上の利益には違いないが、生死にかかわる臓器移植とは区別して議論されるべきであろう。

(125) See e.g., *North American Cold Storage Co. v. Chicago*, 211 U.S. 306 (1908).

(126) See e.g., *New Orleans v. Charouleau*, 46 So. 911 (La. 1908).

(127) See e.g., *Miller v. Schoene*, 276 U.S. 272, 279 (1928).

(128) ポリス・パワーの行使であれば財産権の剥奪であっても手続の欠如が是認されることについて、松井茂記教授は、「ポリス・パワーの行使であればすべてサマリーな手続で足るというのか明確ではないし、そもそも一体何がポリス・パワーの行使なのかすら不明瞭である」と述べている。松井（二）・前掲注（1）論文49頁。松井教授はまた、同論文の脚注において、ポリス・パワーの行使のうち、危険の重大性・切迫性を考慮し、緊急の場合にのみ事前手続の欠如を是認したのではないかと分析している。さらに、年代が進むと共にポリス・パワーの行使でも手続的保護が必要であるという傾向が強まっているようである、とされる。同61頁脚注46参照。

体に対する侵害行為について、遺族が主張できる憲法上の権利として財産権を確立することが念頭におかれてきたが、そこには財産権ならではの脆弱性に対する認識が欠落していたようである。つまり、死体に財産権が認められたとしても尚、それが財産権であるがゆえに憲法上与えられる保護が薄いということである⁽¹²⁹⁾。

そこで、最近、肉親の死体に対する遺族の利益を財産権ではなく、自由(liberty)すなわちプライバシー権の中に見出そうとする主張を展開する論者がみられるようになってきている⁽¹³⁰⁾。現在までの判例は、本人のプライバシー権はもとより⁽¹³¹⁾、遺族の家族プライバシーについても死後の臓器提供をめぐる問題への適用を否定しているが⁽¹³²⁾、プライバシー権によってこの問題をとらえ直すことは、財産権の一般的な性質である譲渡可能性(alienability)を死体に適用することへの躊躇と、あるいはそこから派生して、死体における財産権を譲渡不可能な財産権として限定的に定義する必要性を回避する上でも好都合であり、死体に関する利益を保護するために一貫性のある枠組みとして期待される。つまり、死体における利益

(129) 吉田仁美「アメリカ最高裁における合憲性審査基準の推移 Takings判例を題材にして」同志社法学48巻3号421頁, 422頁(1996年)。

(130) Maryellen Liddy, Note, *The "New Body Snatchers": Analyzing the Effect of Presumed Consent Organ Donation Laws on Privacy, Autonomy, and Liberty*, 28 FORDHAM URB. L.J. 815 (2001). また、このような遺族の利益を単なる財産権ではなく、憲法修正一条の信教の自由条項によって保護される「宗教的な限定的財産権(religious limited property)」として認識し、死体に対する変更を禁止する特定の信仰に対して影響する検屍官法に基づく角膜等の摘出が違憲であると主張する見解もある。See Khalil Jaafar Khalil, Comment, *A Sight of Relief: Invalidating Cadaveric Corneal Donation Laws via the Free Exercise Clause*, 6 DEPAUL J. HEALTH CARE L. 159 (2002). また、生体を含めた人体についてその利益を財産権とするか、プライバシー権とするかについて詳細に比較検討した論文として、See Rao, *supra* note 119. 但し、Rao論文は結論として、死体についてはプライバシー権ではなく、財産権による保護を主張している。See *id.* at 460.

(131) See *Tillman*, 275 N.W.2d at 277.

(132) See *Powell*, 497 So. 2d at 1193.

を保護しつつ、死体の市場取引を回避するために、死体における利益を財産権ではなく、プライバシー権によって理解することの方が無理のない方法だということである。

しかし、肉親の死体に対する遺族の権利をプライバシー権と考えることは、死体から角膜を移植の目的で摘出することを評価する上で困難を伴う。なぜなら、プライバシー権に対する侵害が憲法に違反すると評価されるためには重大な侵害が要件となっており⁽¹³³⁾、角膜の摘出がこれを満たすかどうかは疑わしい。また、財産権とは異なり、プライバシー権では政府による剥奪が死体に対する些細な侵害（minor invasion）であると判断された場合に、政府は正当な補償（just compensation）の支払いすら要求されない⁽¹³⁴⁾。さらに、ポリス・パワーの正当な行使のためであれば、プライバシー権であっても剥奪が正当化される可能性はある⁽¹³⁵⁾。角膜移植がそれを受ける患者個人の受益であると理解されるかどうかは、公共の利益をどのように解釈するかに委ねられるであろう。いずれにしても、遺族の権利を財産権ではなく、プライバシー権であるにとらえ直すことにもまた、新たな課題を伴うことがわかる⁽¹³⁶⁾。

六 む す び

政府が死者の眼を盗み出したなら、憲法はいかなる救済を与えるであろう

(133) See Rao, *supra* note 119, at 441 (quoting *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966) [飲酒運転に対する強制的な血液検査が支持された事例]; *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 877 [女性の中絶の選択への政府の規制は「不当な負担 (undule burden)」テストに基づいてその合憲性を審査するとした事例]).

(134) *Id.*

(135) *Id.* at 442-43.

(136) 連邦最高裁のプライバシー権の解釈が保守化していることから、プライバシー権としての構成を今後の判決に期待することは難しいという論者もいる。See Powhida, *supra* note 26, at 371-73.

うか⁽¹³⁷⁾。この問いに対して下級審の判例は、当初の消極的な姿勢から次第に積極的な姿勢へと態度を変更しつつある。埋葬にかかわる範囲での準財産権でしかなかった肉親の死体に対する遺族の利益は、次第に憲法上の財産権として確立しつつある。今後は、いかなる手続をもってすればデュー・プロセスを満たすのか、あるいはこの権利を遺族のプライバシー権としてとらえ直すことは可能であるかという問題が検討される段階を迎えており、判例は反対意思表示方式による死体からの角膜等の摘出が違憲となりうる方向性を示している。現代の医学・科学における治療・教育・研究の各場面で、死体の利用客体としての需要は高まっている。それと同時に、遺族の肉親の死体における利益を法的に保護することへの要請は、死体が単なる埋葬の対象であった時代とは比較できない程度に強まっている。下級審が死体をめぐるこれらの変化を認識して判断形成を行いつつあることは積極的に評価されるべきであり、今後連邦最高裁がこの判断の流れを踏襲して、憲法判断を行うことが望まれる。

反対意思表示方式による死体からの角膜等の摘出について、未だ最終的な違憲の判断がなされていないことの一つの重要な理由は、死体の利用目的が市民の健康や生命に直結する臓器移植であることが挙げられよう。これに対して、「一時の感情にすぎない」とも言われる遺族の肉親の死体における利益を裁判所が一方的に擁護し難いことは理解できる。しかし、死体の利用において遺族の手続的デュー・プロセスの権利保障が、死体からの臓器移植への障壁となるから、これを否定すべきであると考えられることもまた短絡的である。手続的権利の保障は恣意や気まぐれによる支配を排斥し、法の支配と正義を実現するために、アメリカの人権体系の中で重要な位置を占めてきた⁽¹³⁸⁾。死体の利用について言えば、手続的デュー・プロセスの権利を保障することはつまり、死体をめぐる多様な価値観の共存を実現することにつながる。多様な価値観の尊重は、死体の利用に対する人々

(137) *See Whaley*, 58 F.3d at 1112-13.

(138) 松井（一）・前掲注（1）論文22-23頁参照。

の信頼を確立するであろう。人々の信頼は、臓器提供をめぐる一つの価値観であり、これまでしばしば強調されてきた功利主義的な考え方、すなわちいかにして臓器の提供を増やすかという関心に対してもプラスの効果をもたらすものと予測される⁽¹³⁹⁾。憲法の保障する手続的デュー・プロセスは今後、多様な価値観を踏まえた死体の利用を実現するために重要な役割を担っていると言えよう。

〔付記〕 本稿は早稲田大学2002年度特定課題研究助成費（課題番号2002A-914）による研究成果の一部である。

(139) See William May, *Attitudes Towards the Newly Dead*, 1 HASTINGS CENTER REPT. 3, 6 (1973) ; see also Alfred M. Sadler, Jr. & Blair L. Sadler, *A Community of Givers, Not Takers*, 14 HASTINGS CENTER REPT. 6, 8 (Oct. 1984).