

臓器移植制度の理論 (一)

——臓器移植の制度化にともなう実践的諸問題の法哲学的考察——

鈴木 慎太郎

第一章 序論

第一節 問題の所在

第二節 本稿の目的

第三節 本稿の構成

第二章 これまでの議論

第一節 はじめに

第二節 従来の議論の三類型

第三節 英米圏における議論

第四節 小括

第三章 方法論 —問題の整序と法的な議論

第一節 はじめに

第二節 問題の整序

- 一 整序の方針とその結果
- 二 結果の吟味と問題の限定
- 第三節 議論のあり方
 - 一 理念的な次元での検討 — 理性的な議論による決定の必要性と法的な議論
 - 二 具体的な次元での検討 — 問題の性質と法的な議論の特徴
- 第四節 結論（以上、本号）
- 第四章 臓器移植は正当な医療か
- 第五章 臓器はどこから調達するのか
- 第六章 生死の境界は何か
- 第七章 結論

第一章 序論

第一節 問題の所在

臓器移植の問題は、近年の日本社会においてもっとも広範かつ継続的に議論された問題の一つである。この問題に対する制度的な解決として「臓器の移植に関する法律」¹⁾（以下、「臓器移植法」という）が一九九七年に制定され

た。しかし、制定された法律に対して評価する者がいる一方でその問題点を指摘する論者も多く、臓器移植法の成立によって問題が完全に解決されたとは言いがたい。立法はなされたが依然として多くの問題が残されているのが現状である。また、臓器移植法の附則第二条は、施行三年後を目途とした法の見直しを予定している。⁴⁾ 現行法は、実質的にも形式的にも臓器移植の問題に対する一応の解決としか言えないのである。⁵⁾ したがって、立法がなされた現在においてもなお、この問題に対するより安定的な制度的解決が必要とされている。

しかも、問題は現行の臓器移植法が十分な検討を行っていないものであることにとどまらない。むしろより大きな問題は、現行臓器移植法を正当化する理論がはつきりしていないことである。現行法の成立によって一定の移植医療が制度化された。にもかかわらず、その制度を正当化する通説がないのである。一般に、なんらかの制度を構築する場合には、それを正当化する理由が要求される。臓器移植医療の制度化もその例外ではない。⁶⁾ むしろ、臓器移植のように議論が百出する問題こそ、その制度化にあたっては強固な正当化理論が望まれる。しかし、わが国の現在の臓器移植制度は、そのような正当化理論を有していないように思われる。さらに、臓器移植の問題は、社会全体に関わる問題である。だからこそ、大きな社会的問題となりえたのであろう。したがって、その制度化にあたっては万人に理解可能な正当化理論が望まれる。たとえその正当化理論に賛成できない者にとっても、またその理論の結論として出てくる制度の内容に賛成できない者にとっても、その理論は理解可能なものであることが望ましい。そのような理論は果たして得られるのであろうか。得られるとすれば、どのようにして構築できるのであろうか。本稿は、そのような理論が可能である、と主張する。併せて、その方法として、後述する意味での理性的な議論によれば、すなわち、もし臓器移植の制度化について理性的に議論したならばいかなる理由と結論が得られるだろうかと考えて議論を進めれば、自ずとそのような理論が得られると考える、このような、いわばロッキ的なメ

ソッドを提案したい。

もちろん、このように述べたからといって、この問題に対する従来の議論が理性的なものではなかったというわけではない。しかし、これまでの議論は主として①私的見解を述べる議論②国民の社会的合意達成を強調する議論③個別の問題を批判的に検討する議論の三類型に分類できるように思う。いずれも具体的な解決を導くという点からしても、制度的主張とそれを正当化する理論を区別するという点にしても、不十分なものであったと考える⁽⁷⁾。必要とされているのは、臓器移植に対する公共的な解決として具体的にいかなる解決がありうるのか、それがいかにして正当化されるのかを明確にする議論であろう。管見の限り、そのような議論は存在しないのである。⁽⁸⁾

このように現在のところ、わが国の臓器移植医療制度は、法律の規定もその検討も不十分であり、実用的な制度論とそれを正当化する理論で批判に耐えうるようなものは存在しないように思われる。⁽⁹⁾したがって、私たちは、臓器移植制度の哲学、すなわち、その制度論としての実用性と正当性を探究しなければならないのである。⁽¹⁰⁾

第二節 本稿の目的

臓器移植の制度化という問題に対して具体的な解決策を導こうとして議論したならばどのような結論が導かれるのか。本稿では、この問いに対する試論を提出したい。具体的な解決を導くことが本稿の目的であるから、具体的な制度の構想が第一義的な課題となる。したがって、本稿の課題は、現代日本社会において実現可能な望ましい臓器移植制度とはいかなるものかを示すことである。しかし、望ましい制度のあり方を単に提示することがねらいではない。具体的な制度の内容も重要だが、それが説得的提案であるためには、なぜそのような制度化なのかという

疑問に対する理由の確かな、わかりやすい説明が不可欠である。したがって、制度の概要とともにその正当化理論を提示することが本稿の第一の目的である。

また、本稿では、臓器移植の制度化という問題を「生命倫理問題」の一つの具体例と位置づけ、その解決策を探究する。「生命倫理問題」とは、「生命科学の発展」によって生じる「倫理的、社会的、法的な問題」であるとの定義を採用する。⁽¹¹⁾ この問題の特質として最初に注目すべき点は、その問題に解を与えようとする論者が依拠する価値観の違いによって、複数の異なった解答が考えられる一方で、何らかの統一的な公的解決を迫るといふ性質である。⁽¹²⁾ 「生命倫理問題」は生命科学の発展によって生じる問題で、かつ公的解決を必要とする問題なのである。そうした解決を探究することは、生命倫理あるいは生命倫理学が果たすべき役割の一つであろう。⁽¹³⁾ しかし現在の生命倫理・生命倫理学は、その役割を果たしていないとの指摘がある。私は生命倫理・生命倫理学がある種の機能不全に陥っているのは、それらが「生命倫理問題」に対する有効な解決を持ち合わせていないことに原因があると考えている。従来の生命倫理・生命倫理学は、抽象論ではなく具体的な問題を考察し、それに対する何らかの解決をもたらそうとする試みであり、その点は評価すべきである。しかしその一方で、問題の個別具体性に注目するあまり一般的な問題の解法の探究は疎かにされていた嫌いがある。もちろん、すべての生命倫理問題を解決することができる万能の解法なるものは存在しないだろう。個別の問題に即した解法の探究も必要であろう。しかし、それでもなお、問題に対してカズイステイックに解決のあり方を探究するのではなく、解決を導くための一定の指針となるような方法を探究することはアプリアオリに不毛であるとは言えない。方法がはっきりしない現状の生命倫理あるいは生命倫理学では少なくとも今問題にしている社会的な要請に応えることはできない。その意味で、何らかの方法論の探究には理由があるろう。そこで本稿は、臓器移植の制度化という問題を「生命倫理問題」の一つの具体例と位

置づけ、その解決策を探究する過程で、「生命倫理問題」の解法・方法の探究をも試みる。

本稿では、そうした解法として公共的な問題の解決をめざす理性的な議論という方法を提案する。「生命倫理問題」は「ある人の世界観、人生観、宗教観にも関わる人が多いだけに、『妥協』をすることは難しいのであり、いきおい批判も先鋭となる」¹⁵⁾ものである。臓器移植の問題もその例外ではない。様々な意見が対立する中で一つの結論を導かねばならず、それらの意見にどのように優劣をつけるのが問題となる。そこでそのような判定を可能にする論法として「公共的な問題の解決をめざす理性的議論」を提案するのである。しかし、このような議論の方法は多様である。代表的なものは、議会政治史の中で育まれた立法論的な様式、および、裁判制度の発展の中で育成された司法的な方式であろう。いずれも、公共的ことがらについて、わかりやすく、説得的な議論を通して、たといその決定に賛成できなくとも従うことができるような性質が託されている。本稿では、立法論的手続には立ち入らず、法的な議論を利用する。¹⁶⁾つまり、法的な議論によってもっともよく説明できる見解を最も優れた見解とするのである。本稿では、「生命倫理問題」という公共的な問題の解決に、法的な議論を利用することを試みたいのである。もちろん法的な議論が万能なわけではなく、限界を慎重に見極めた上での応用でなければならぬが、その可能性は小さくないものだと考える。本稿は、公共的で理性的な議論の一つの範型としての法的な議論の「生命倫理問題」への応用の試みでもある。

以上、本稿には三つの目標がある。第一に、あるべき臓器移植制度の概要とその正当化理論を示すことを主たる目的とする。第二に、「生命倫理問題」についての方法の探究、第三に、法的な議論がもつ理性的な議論としての特質と可能性を提示すること、である。

第三節 本稿の構成

本稿ではまず第二章において、臓器移植の問題に対するこれまでの議論を検討する。議論を類型化し、それぞれの問題点を指摘する。そして、従来の議論には、多様な問題のどれが先決問題であり、どれが他のどのような問題の解決を前提にしているのか、という問題の順序を考える意識が欠けていた点を明らかにする。問題を整理することによってこれまでの錯綜した議論は一つの流れの中で捉えられ、一見複雑で解決不可能に見えるこの問題を解くことが可能になるのである。

第三章では、前章で確認された問題意識に基づいて、問題を整理する。臓器移植について議論される論点を具体的な問いの形で明示し、それらの問うべき順序を示す。整理は臓器移植に固有の問いから先に扱うべきものとし、また、ある問いの解決が次の問いを問うことの前提となるように先後関係を確定する。結論だけを予め述べておくと、この二つの方針に従って問題を整理すれば、次のような問いとそれを解く順序が得られる。

- ① 臓器移植は正当な医療か
- ② 臓器はどこから調達するのか
- ③ 生死の境界は何か
- ④ 脳死をどのように判定するのか
- ⑤ 臓器をどのように配分するのか
- ⑥ 臓器移植は医療保険の適用対象とすべきか
- ⑦ 臓器移植に対する不正行為にどう対処するのか

本稿の目的は、万人に理解可能な臓器移植制度の内容と正当化理論の探究にある。したがって整序結果は、単なる論点整理にとどまるものではない。野心的ではあるが、臓器移植に対していかなる見解をもつ者にも共有可能で、その問いに順に答えていくことにより制度の内容と理論が得られるような整序結果となるように試みた。検討は法的な観点から行い、法的な議論として優れている結論を問いに対する解答とする。臓器移植の問題は、これまでも倫理、宗教、文化などを考慮しなければならず容易に解決できない複雑な問題とされてきたが、問題の核心は権利の確定と制度化という点にあり、法的な観点から議論することによって一定の解決が得られるものと考えられるからである。ただし、本稿では第一から第三の問いのみを検討する。これは、第四以降の問いが本稿の能力を超えるものであることと、脳死臓器移植を認める現在の制度を批判的に吟味するために、まず必要とされるのが、第三の問いまでの検討だと考えるからである。

第四章から第六章では、第三章で行った整序の結果に基づきそれぞれの問いについて順に検討していく。第四章では「臓器移植は正当な医療か」という問いを検討する。臓器移植の正当性に対しては多くの疑問や批判が投げかけられているがそのいずれも妥当なものではなく、臓器移植は正当な医療という結論になるだろう。第五章では「臓器はどこから調達するのか」という問いを検討する。考え得る臓器調達源をすべて検討し、正当な臓器調達源を確定する。検討は「規範的に許されるか」と「技術的に可能か」という二つの観点から行う。結論としては、今のところ最も無難な臓器調達源は死体ということになるだろう。第六章では「生死の境界は何か」という問いについて検討する。ここでは、主として脳死の問題を論じる。これまで「脳死は人の死か」というような形で論じられてきた「人の死」とは権利終期のことであり、脳死が権利終期として妥当なものであるという結論に至るだろう。このように本稿は結果として、脳死臓器移植を認める内容をもつ制度とそれを正当化する理論を提出することにな

る。最後に、第七章では結論を確認し、本稿の意義と予想される批判の検討、今後の課題と展望について述べる。

第二章 これまでの議論

第一節 はじめに

本章では、臓器移植の問題に対するこれまでの議論を検討する。本稿では脳死の問題は臓器移植に関する問題の一つだと考えている。したがって、脳死の問題に関する議論も検討の対象とする。

臓器移植や脳死に関する文献には様々なものがある。医学者による移植医療や脳死に関する概説書から、ジャーナリストによるルポルタージュまで様々である。しかし、本稿ではそのすべてを検討することはしない。本稿の問題意識は、臓器移植の問題にどのような公共的解決をなすべきかという点にある。よって、従来の議論の中からこの問題意識に関わるものについてのみ検討を加える。

まずはわが国のこれまでの議論を大きく三つに概括する。第一に私的見解を述べる議論、第二に国民の社会的合意達成を強調する議論、第三に個別の問題を批判的に検討する議論である。それぞれの議論についてその特徴を示した上で検討する。なお、ここで行う検討の目的は、類型化された議論がもつ特徴と問題点を明らかにすることにある。したがって、三つの類型に分類される個々の議論に対する内容に立ち入った個別の検討は原則としてしない。個別の検討は、具体的な問題を検討する別の章で行う。

次に、臓器移植制度が定着していると考えられる英米圏における議論を概観し、わが国の議論との異同を確認す

る。ここでも、議論の性格を明らかにするとどめる。

最後に、検討の結果をまとめ、従来の議論に欠けていた点を明らかにし、本稿のめざす議論の方法について述べる。

第二節 従来の議論の三類型

従来の議論は①私的見解を述べる議論②国民の社会的合意達成を強調する議論③個別の問題を批判的に検討する議論の三つに大別することができると考えられる。順に検討していく。

第一に、私的見解を述べる議論¹⁷⁾は、臓器移植や脳死に対して、個人としてどうするべきかについて自身の見解を述べるものである。つまり、臓器移植に対する個人的な信条を述べるものといえる。こうした議論は、単に自分の思想信条の吐露にとどまるものなのか、それを超えて他の者も同じ思想信条を共有すべきだという主張なのか定かではない。おそらく前者の趣旨のものが多いと思われるが、仮に後者の主張であった場合、自らの思想信条を述べるだけでは、その思想信条を普遍化する理由を示したことにはならないので不適当な主張である。前者の場合には文字通り個人的信条の表明の域にとどまるので、臓器移植の問題を公共的にいかに解決すべきかという問題に対しては何一つ答えていないことになる。いずれにしても、こうした議論には臓器移植の問題が公共的な問題であることの認識が欠如しているのである。仮に、臓器移植の是非はすべて当事者の自己決定に委ねるといふ制度のもとにあるのであれば、個人的にどうすべきかを表明することには意味があるだろう。しかし、問題になっているのは、自己決定に委ねるか否かも含め、いかなる制度を構築するかということである。個人の信条としてどのような考

えるのかではない。私の見解を述べる議論は、そうした問題のもつ公共的な側面を考慮できていないので、有意義な議論とはいえない。

第二の、国民の社会的合意達成を強調する議論は、脳死臓器移植を認める制度化を行うためには国民による社会的合意が必要であると述べるものである。¹⁹⁾ この主張は、とりわけ脳死について議論される時に顕著である。脳死を人の死と認めることに対して、社会的合意がないので反対である²⁰⁾とか、すでに社会的合意は存在しているから脳死を容認すべきだ²¹⁾というように主張される。こうした議論に対しては、そもそも社会的合意がどのようなものを指すのか明らかでないと批判されることもある。²²⁾ おそらく、社会の大多数に受け容れられることといった曖昧な内容のものであると推測される。しかし、いずれにしても、この社会的合意達成を強調する議論は、問題の本質を看過している。というのは、必要とされているのは社会に受容可能な制度の構想とその正当化理論だからである。構想すべき制度や理論が、社会に受け容れられるものでなければならぬことは確かであるが、その点を強調するだけでは議論は進展しない。議論が進展しなければ、臓器移植の問題を制度的に解決することは不可能である。これは、現状を維持することを是とし臓器移植に関する新たな制度の構築に慎重な立場の者にとっては好都合であるかもしれない。しかし、それは社会的な決定のあり方としては公正なものではないだろう。臓器移植に関する新たな制度を構築すべきでないと考えるのであれば、それを正当化する理論を提示すべきなのである。臓器移植についていかなる公共的決定を下すべきかという問題に対しては、制度を構築しないという選択肢を含め様々なものが考えられるだろう。そのそれぞれについて、正当化理論を提示し議論を行い、その上で決定を下すというのが公正な公共的決定のあり方である。社会的合意の達成のみを強調する議論は、結局のところ、いかなる制度が望ましいのかについて具体的に何も主張しない。したがって、そうした議論は、公共的決定を行うための公論としては不適当なもの

である。

第三の個別の問題を批判的に検討する議論とは、臓器移植の制度化に関わる種々の問題を個別に批判するが、体系的建設的には論じないタイプの議論である。この類型に属する文献の数は膨大である。臓器移植の問題を扱う論文のほとんどのものがこの類型に属するともいえよう。こうした論考は、制度化を考える上で貴重な問題提起を行うものもあり、臓器移植の制度化を考える際に有意義なものも少なくない。しかし、これらの議論にも難点がある。問題は、この類型の特徴である「個別性」と「批判性」にある。

まず「個別性」の問題を見ることにする。臓器移植をめぐる問題は、多くの論点が絡み合う複合問題である。したがって、複合している問いを、いわば解きほぐす作業が必要になる。その点で、個別の問題を取り上げる議論は有意義なものである。そうした個別の論点を取り上げることで、複合している個別の問いを同定したことになるからである。しかし他方で、それは問題解決の第一段階に過ぎない。解きほぐした問いのすべてについて解が与えられなければ、依然として問題は解決したことにならないからである。また、一個の論点を検討するだけでは、それが臓器移植について複合している論点の中の一つのものであることが明らかになつたとしても、他の論点といかなる関係にあるのかは不明である。このように考えると、一個の問題のみを検討する議論は、問題を「解きほぐした」ことにはならず、問題を「取り出した」にすぎない。このように、個別の論点を検討する議論は、問題解決への貢献という点では限定的なものにとどまるのである。

次に、「批判性」の問題を見てみよう。問題を批判的に検討することは重要なことである。しかし、批判だけに終わるのは望ましくない。批判的に検討した上で何らかの提案がなされるべきである。とりわけ、臓器移植の問題のように具体的な解決が求められている問題についてはそうである。単に解決案だけを提示する議論も有意義なもの

とはいえないが、問題の提起や検討にとどまるものも、とりわけこの問題に対する議論としては不十分なものである。

このように、第三の類型に属する議論の大部分は、今述べたような難点をもっている。しかし、そうした難点を克服している議論も存在する。複数の論点を扱い、なおかつ単なる問題の検討にとどまらず何らかの具体的な提言を行う議論である。例えば、唄孝一⁽²⁵⁾や中山研一⁽²⁶⁾、そして斎藤誠二⁽²⁷⁾による研究を挙げることができよう。これらは、何らかの制度的な解決案を提示しており、同時にそこで扱われている論点是一个のものではなく複数である。したがって、第三の類型がもつ難点を免れているように思われる。また、法学者の議論以外でも森岡正博⁽²⁸⁾や小松美彦⁽²⁹⁾による研究が原理的な考察を行いつつそれが実践的な提言につながっているものである。これら二人の研究は、原理的な考察に力点を置きつつも具体的な問題に答えようとするものである。また、考察される論点も複数にわたる。したがって、先に紹介した法学者による研究とともに、第三類型の欠点を免れている議論といえる。

しかし、これらの議論も、臓器移植の制度化に対する正当化理論としては不十分なものである。⁽³⁰⁾ここでは、個別の問題間の関係が明らかにされていないのである。臓器移植の問題が複合問題であることは先に述べたが、どのように複合しているのか、問題の先後関係とでもいうべきものが明らかではないのである。いずれの研究も複数の論点を扱っているが、問題を論ずる順序を問うことなく考察を行っている。問うべき順序が問題にされることはこれまででなかった。しかし、問題を問う順序を考えることは、臓器移植の制度化を考える際には決定的に重要である。というのも、臓器移植の問題は、どの論点が最も先に解くべきものなのかについて論者によって見解が異なっているからである。⁽³¹⁾複合する問題の内いづれの問題が他の問題の前提となっているのか。どの問題を先に問うべきなのか。こうしたことが明らかにならなければ、臓器移植の制度化の正当化理論を探究する議論が行えない。ある問い

について議論し解答を出しても、別の問いがその問いを考える上での前提だとされればその解答が無効になる可能性があり、検討の順序が定まっていないと建設的な議論がそもそも成立しないのである。臓器移植の制度化について理性的な議論を可能にするためには問題の秩序づけが必要なのである。しかしながら従来の研究においては、問題を問う順序はほとんど考慮されていなかった。第三の枠内にあつてその類型の難点を免れている議論においても、この点は考慮されていない。³² これまでの議論においては、個別の論点を整理し問題を体系的に把握するという意識が欠けているのである。

第三節 英米圏における議論

英米圏における議論は、その多くが、わが国の議論を分類する際に用いた類型に従えば、第三の類型に属すると考えられる。様々な分野の研究者によって様々な問題が議論されている。³³ その中には、長期にわたるフィールドワークを基礎として臓器移植の問題点を明らかにする実証的な研究も存在する。³⁴ しかし、これらの議論も前節で指摘した第三の類型の議論が持つ難点を免れていない。それらの議論は、批判的検討を目的とするために具体的な制度に関する提言を欠落させているか、複合する問題の内の一個の問いについてしか検討していないのである。例えば、フォックスとスウェイジーによる綿密な研究も臓器移植という医療に伴う現実の問題をあぶり出すという点では優れているが、制度そのものについての考察は行われておらず、具体的な提言もなされていない。³⁵ これらの研究は、第三の類型に属する議論がもつ難点を有しており、制度化を念頭に臓器移植の問題を考える場合には不十分なものである。

しかし、問題の原理的な考察と現実の制度の双方に焦点を当てつつ臓器移植制度に伴う問題を多岐にわたって扱う研究も存在する。例えば比較的最近のものとして、プライスによる研究がある。³⁶⁾それは、比較法の視点もと入り臓器移植制度の問題を多角的に検討している。参照される資料も幅広く、各国の法律・判例といった法源の検討にとどまらず、主要な国の審議会の報告書も検討されている。扱われる論点も多岐にわたるので、第三の類型がもつ問題を免れているように思われる。しかし、ここでは臓器移植の医療としての正当性や臓器移植が制度化するに値する医療かどうかといったことは検討されていない。おそらく、臓器移植制度がすでに存在することを前提としているために、制度の存在自体や臓器移植の医療としての正当性を検討する問題意識が希薄なものと推測される。このことは、英米圏で行われている議論をわが国の議論に活用する際に限界が存在することを示唆している。わが国では臓器移植法が施行されたとはいえ、まだ移植医療制度そのものの正当性が明らかではなく、現に臓器移植の医療としての正当性を疑う議論も存在するのである。³⁷⁾他方で、英米圏の議論では、臓器移植制度がある程度定着した後には生じる問題についての参考にすべき多くの論点が提示されている。例えば、臓器提供者の死体に対して行われる処置で、治療目的ではなく単に移植のために行われる処置（例えば臓器の悪化を防ぐための処置）に伴う倫理的・法的問題である。³⁸⁾これは、わが国ではほとんど議論されていないように思われるが、重要な問題だと思われる。

プライスによる研究とは別に、難点を回避しているように思われる議論を提出しているのがヴィーチである。³⁹⁾ヴィーチによる研究の特徴も、わが国の議論と比較すれば大体においてプライスの研究と同様の特徴を持つ。それは、参考にすべき論点を多く含むが、臓器移植制度の正当性についての検討を行っていない。⁴⁰⁾また、ヴィーチの研究においても、個々の論点間の関連は検討されていない。⁴²⁾やはり、臓器移植制度がすでにある程度定着しているた

めに、制度の正当性よりも制度の定着後に生じる問題の検討により関心があるのだと考えられる。ヴィーチの議論は、複数の問題について検討が加えられ政策的提言にも結びついているので、第三の類型の議論がもつ欠点を免れていると考えられる。しかし、臓器移植の正当性そのものが問題にされることはなく、また検討される複数の問題の関係についても明らかにされてはいない。

以上の検討から、英米圏における議論の多くは、わが国の議論の分類でいえば第三の類型に属している。したがって、それらも、第三の類型がもつ問題を有している。そうした難点を克服していると思われる最近の研究、すなわちプライスやヴィーチによるものも、臓器移植制度の定着後に生じる論点を多岐にわたって検討していたが、臓器移植の正当性を問うてはいなかった。また、後に示すように、議論の際に重要なものになる個別の論点の関連・先後関係も検討されてはいなかった。

第四節 小括

臓器移植をめぐる問題に関して、わが国のこれまでの議論は大きく三つの類型に分かれた。しかし、そのいずれの類型の議論も、臓器移植の制度化を問題とする場合には不十分なものであった。第一の類型の議論は、この問題が公共的解決を必要とする問題であることを看過していた。第二の類型の議論は、問題がもつ公共的側面を強調するものの、いかなる制度が望ましいのかについて具体的に何も主張しない。第三の類型の議論は、検討内容の狭さと具体的な制度提案に結びついていないことの二点で制度化を問題にする場合の議論としては不十分なものであった。また、そうした問題を克服していると考えられる議論においても、個別の問題を整理し、体系的に把握すると

いう視点が欠けていた。

英米圏における議論の多くは、第三の類型に属し、それらの議論がもつ問題点もわが国の議論と同様のもののである。ただし、包括的に問題を取り扱い、制度に関して提言も行う議論も存在する。そこでは、制度定着後に生じる問題でわが国ではまだ議論されていない問題が提起され、検討されていた。しかし、他方で、臓器移植の正当性を問う姿勢は見られなかった。また、個別の問題の整序、体系的把握もなされていなかった。

以上で見たように、これまでの議論はいずれも、臓器移植の制度化に対する議論としては不十分なものであった。必要とされている議論は、この問題の公共的解決に資する内容と形式を備えた議論なのである。本稿は、第三の類型の議論を参考にしつつ、そうした議論の提出をめざす。

第三章 方法論 —— 問題の整序と法的な議論

第一節 はじめに

本章では、臓器移植の問題に対する本稿の方法について述べる。

まず、理性的な議論を行うための前提となる、異なる見解をもつ論者も共有できる枠組みの提供をめざして、問題の整序を行う。整序の方針を明らかにした上で、臓器移植の制度化にあたって解を与えなければならぬ問いの同定とそれらの問いの解くべき順序を示す。次に、その問題の整序結果が、臓器移植の問題に対して見解を異にする者にとつても共有可能な枠組みとなっているかどうかを吟味する。また、本稿では扱う問題を限定するが、その

理由についても述べる。

こうして問題を議論する枠組みが得られたとしても、その枠内で行われる議論に優劣がつけられなければ解決は導けない。しかも本稿の問題意識は、制度化を念頭に理性的に議論したならばいかなる解決案が出てくるかというものであるから、理性的な議論によっていずれが優れた結論であるのかが決められるべきである。そこで、本稿では、法的な観点から個々の論点について検討し結論を得ることを提案する。複数の見解が争う場合には法的な議論によって決着をつけるのである。法的な議論は、異なる見解間の優劣判断を可能にする理性的な議論の一つのあり方であるから、理性的な議論によるべきという理念的な要請にも応えるものである。しかし、そうした要請に応える議論は法的な議論に限られない。そこで、より具体的に臓器移植の問題の性格を検討し、それに対応できる特徴を法的な議論がもつことを見る。このことによって、整序された枠内での議論は、法的なものに拠るべきであるという一つの示唆を得ることになる。

第二節 問題の整序

一 整序の方針とその結果

臓器移植の問題は様々な問いからなる複合問題である。そして、問題となる脳死臓器移植を認める制度化を行うためには、個々の論点すべてに明確な解が与えられなければならない⁴³。しかし、すべての論点に解を与えるためには、それを問う順序が必要である。すべての問題を一度に扱うことはできないからである。そこで、問うべき問い

を提示するとともに、その順序を示すことにする。

整序の方針は以下の二つである。第一に、臓器移植に固有の問題を先に扱うようにする。これは、思考経済を考慮してのことである。脳死臓器移植を認める制度化を行うためには、すべての問いに答えなければならない。そうであるならば、最初に解くべき問いはその射程が狭いものの方がよい。問題によっては、臓器移植だけでない要素も考慮しなければならぬものもある。例えば、臓器移植を認める制度を創設するにあたっては医療不信の問題をまず解決すべきといわれることがある。しかし、医療不信は、臓器移植の問題に限られない問題である。医療不信を払拭する制度的な対応を考えようとすれば、それは臓器移植の問題を超える様々な問題(例えば医療者の教育制度などまで)を考慮しなければならなくなる。したがって、臓器移植に固有に生じる問題から考えていくべきである。

第二に、ある問いの解決が次の問いを検討することの前提となるように問題を順序づけるようにする。例えば、臓器の配分の問題が有意義であるためには臓器の調達の問題に一定の解決が与えられていなければならない。臓器の調達問題を検討した結果、様々な理由によりどこからも臓器を調達することが許されないという結論に至るとすれば、臓器の配分を議論する意味がないことになるからである。したがって、問題を問うべき順序の決定にあたっては、今述べたような意味で先決すべき問題を先に問うべきである。

さて、以上の方針に従って、問題を整序すると次のようになる。

まず、第一の問いは、「臓器移植は正当な医療か」というものである。この問いに是と答えられなければ、臓器移植の一切は禁止されるべきものとなりこれ以上問いを立てる意味がなくなる。よって、まずこの問いを検討する必要がある。

第二の問いは、「臓器はどこから調達するのか」である。臓器移植が正当な医療と認められれば、次に問題になるのは臓器の調達源である。臓器移植は臓器を調達できなければ成り立たない特殊な医療である。その特殊性ゆえに、移植医療は通常の医療と比べ難しい問題をいくつも抱えている。第二の問いは様々な問題を扱うことになるだろう。

第三の問いは、「生死の境界は何か」である。ここでは、脳死の問題が一つの中心問題となるだろう。臓器の調達源を検討した後に脳死の問題を扱う理由は、脳死が問題になるのは死体が臓器の調達源として認められるということが暗黙の前提になっていると考えるからである。仮に、死体は神聖不可侵のものであるから移植のために死体から臓器を摘出することは一切認められず、認められるのは生体からの移植のみであるということであれば、脳死は問題にならないであろう⁴⁵⁾。したがって、脳死の問題を含む生死の境界の問題は、臓器の調達源を検討した後の第三の問いとするのが適切である。しかも、それは第二の問いで死体をもっとも適当な臓器調達源とされた場合にのみ検討に値する問いである。

第四の問いは、「脳死はどのように判定するのか」である。理論上、脳死が人の死とされなければ、脳死の判定法を問題にする実地的な意味はほとんどない。逆に、脳死が理論上人の死として認められるとしても、判定法が確立していなければ、脳死を人の死として実務上、運用することはできないだろう。そうなれば、脳死体からの移植も許されないことになるだろう。この問いは、脳死が人の死とされた場合にのみ問題となるから、「生死の境界は何か」を問うた後に位置づけるのが適切であろう。

第五の問いは、「臓器をどのように配分するのか」である。第四の問いまでで、臓器の調達の問題は解決しているはずであるから、次に問うべきは配分の問題である。適正な配分基準や配分制度が構築できないのであれば、臓器

移植は制度化できないことになってしまふ。臓器の配分は、臓器の調達に関わる問いが解決されてから問題になることであるから、この順が適当である。ここまですが臓器移植に固有の問題であり、以後の問いは、臓器移植医療だけでなくそれ以外の問題も視野に入れる必要のあるものである。

第六の問いは、「臓器移植は医療保険の適用対象とすべきか」である。臓器移植は高額医療である。医療費のすべてを自己負担とすれば、多くの人にとって事実上利用することのできない医療ということになる。一方で、医療保険の財源は無限にあるわけではない。保険適用の取捨選択が必要となる。臓器移植が高額医療である限り、その費用を個人が負担するにしろ国家が負担するにしろ、どちらにしても大きな問題を抱える。臓器移植に保険を適用すべきかという問題は、優れて実践的な問題であると同時に、医療資源という稀少資源の配分問題という優れて原理的な倫理問題でもある。

第七の問いは「臓器移植に関する不正行為にどう対処するのか」である。臓器移植をめぐる不正行為については、様々な危惧が表明されている。これらの危惧は、臓器移植を根本的に否定するものではあり得ない。しかし、それらへの適切な対応ができなければ、臓器移植医療を否定せざるを得ない状況が出現する。例えば、臓器売買の問題、「死の青田刈り」など医師による過誤の問題、個人のプライバシー保護と社会的監視をどう両立させるかという移植をめぐる報道のあり方の問題などがある。

以上、第一の問いから第七の問いまでが、臓器移植の制度化に関して検討すべき問いであり、かつその問うべき順序である。

二 結果の吟味と問題の限定

整序の結果は、異なった見解をもつ論者にも開かれた議論の枠組みとなつていようか。無論、全ての見解を検討することはできず、完全な論証をここで行うことはできない。しかし、いくつかの主要な見解について、この枠内で主張可能かを検討することにより、この枠組みが、見解が対立する多くの主要な立場に開かれていることを示すことができると考えている。それでは主要な見解について検討しよう。

例えば、臓器移植を全面的に否定することはしないが、例えば人の死を期待する者が現れるから、あるいは神聖なはずの死体に傷を付けることは認めがたいとして生体からの移植のみを認めるといふ見解は、この枠組みの中でその見解を主張することができるだろうか。この見解に立つ場合、第一の問いには是と答えることになるが、第二の問いにおいて生体に限るといふ議論を展開することになるだろう。また、生体に限るのだから第三と第四の問いは検討する必要のない問題となる。

次に、生体も死体も臓器の調達源としては問題の多いものであるから、人工臓器の開発により治療を行うことが医療としての正しいあり方だと考える見解はどうであろうか。この見解は、第二の問いにおいて、人工臓器が臓器の調達源として適当であると結論付けることになろう。そして、第三と第四の問いは考慮する必要のない問題となり、人工臓器であればおそらく配分（供給）の問題もそれほど深刻にはならないであろうから第五の問いを検討する必要はなく、次に検討すべきは第六の問いということになるだろう。

また、脳死は人の死と認められないから脳死体からの臓器移植は認められないが、心臓死あるいは三徴候死を人の死とした上での死体からの臓器移植を認める主張はどうだろうか。また、脳死の判定が確立されていないから脳

死体からの臓器移植は認められないという主張はどうだろうか。それぞれ、第三と第四の問いにおいて自説を主張することができる。これらの主張は、臓器移植を全く認めないわけではないから、それぞれが主張する臓器移植のあり方を制度化するためには第五以降の問いに答える必要がある。

様々な理由から臓器移植は一切認められないという主張もあるだろう。そうした主張をこの枠組みの中で行うことは可能だろうか。例えば、臓器移植を原理的に誤った医療であると考える者は、第一の問いにおいてその主張を行うことが可能である。また、臓器の調達源として考えられるものすべてが問題を抱え、いずれからも臓器を調達することはできない、してはならないという結論を導いて、臓器移植を認める制度化を否定することもできる。臓器移植を認めたり推進したりする制度の制度化に反対する論者は、この問題枠組みの中で各自が問題だと考える問いにおいてその主張を行うことができる。

脳死体を死体とも通常の生きている人とも異なると位置づける見解は、この枠組みの中でその主張を行うことができるだろうか。おそらく、そうした主張は、脳死体は通常の死体と同じ扱いにすべきでないということを強調したいのだと考えられるので、脳死体を生体の特殊例あるいは生体とも死体とも別な臓器調達源とするであろう。もちろんそのような特殊な脳死体を臓器調達源として認めるか認めないかはそれぞれの論者の見解次第である。いずれにせよ、第二の問いのところでもそうした主張を展開することは可能である。

このように、臓器移植の問題に対しては、様々な見解が考えられる。そのありうるすべてのものをここで検討することはできない。しかし、主要ないくつかの見解を検討した結果、それらはこの議論枠組みを共有することができる。おそらく、様々な異なる見解をもつ論者もこの問題の整序結果によって得られた枠組みを用いて議論することが可能である。

しかし、そもそも、このように問題を整理し臓器移植の制度化に道筋をつける議論を可能にする枠組みを提出すること自体が、特定の見解すなわち臓器移植を推進しようとする見解に有利なように設定されているのではないかと疑念を抱かれるかもしれない。が、問題の解決をめざして設定されたこの枠組みは、先に検討したように、その枠内で様々な見解が主張可能であるから特定の解決が導かれるように設定されているわけではない。また、いわゆる脳死移植を推進しようとする見解に対しては、最も重い拳証責任が課される枠組みとなっている。というのは、脳死移植を推進する内容をもつ制度化をめざすのであればこの一連の問題すべてに答えなければならぬからである。他方、反対したい者は、反対する理由となる問題についてのみ主張を展開すればよい。例えば、公正な臓器の配分基準は存在しないという理由で脳死移植に反対する者は、第五の問いにおいてのみ主張を展開すればよい。しかし他方で、脳死移植を推進しようとする者は、第五の問いに至るまでに、第一から第四の問いに適切な解を与えなければならないのである。決して推進派に有利な枠組みではないのである。⁴⁶⁾

また、すべての問いに答えることができたならば、各問いに対するそれぞれの結論とその理由をまとめたものがそのまま臓器移植の制度化の正当化理論になるのである。もともと、議論の展開の仕方によって、結論として得られる臓器移植の制度化のあり方とその正当化理論には様々なものがありうる。臓器移植の禁止を制度化するという結論や、生体移植のみ限定して認める制度化など様々な結論がありうる。しかしいずれにせよ、この枠組みを用いて議論した結果出てきた結論が、そのまま制度化すべき制度の内容とそれを支える正当化理論になるのである。いかなる制度、いかなる正当化理論が提示されるのかは、この枠組みの中で行われる議論の結果に拠るのである。ここで提示した議論枠組みは、それを用いて議論を行うことによって、臓器移植の制度化についての明確な結論とその正当化理論が獲得できるように設計されているのである。

しかしながら、本稿では、第一の問いから第三の問いまでしか扱わない。というのも、第四の問いから第七の問いは、他の分野の高度に専門的な知識を要求するからである。例えば、第四の問いは基本的に医学的技術的な問題であるから、十分な医学的な知識なくして議論したとすれば、有意義な結論は得られないであろう。また、第六の問いは、医療経済学における知見を取り入れる必要があると考えるが、それは筆者の能力を超えている。したがって、第四以降の問いについての検討は本稿では行わないことにする。

また、わが国の状況を見れば、第一から第三の問いのみ検討することに意味があると考ええる。わが国の現在の臓器移植制度は、それを支える明確な正当化理論を持たないのであり、ここで示した問いのいずれにも明確な解は与えられていない。したがって、たとえ一つでもこれらの問いに解を与えることは、得られた結論をもとに現在の制度を批判的に吟味することを可能にするという点で意味がある。また、現在の臓器移植制度は、脳死移植を認めるけれども実際にはそれが稀にしか行われないうようになっていいる。ということは、脳死移植は認められているのであるから、この枠組みでいえば少なくとも第三の問いまで結論を出さなければならぬはずである。⁴⁸⁾ また、脳死移植が稀にしか行われないような制度化の是非についても、第一の問いから第三の問いまでの議論で得られた結論に照らせば、検討することが可能である。以上の理由から本稿では、第一、第二、第三の問いのみを検討することにする。

第三節 議論のあり方

一 理念的な次元での検討 —— 理性的な議論による決定の必要性と法的な議論

問題が整序された結果、議論を行うための土俵となる枠組みが手に入った。このことによつてこれまでのように錯綜した議論に陥ることなく、より建設的な議論を行うことが可能となった。しかし、この枠組みに従つて議論したとしても、何らかの結論が得られなければ依然として問題は解決しない。議論する枠組みが獲得できたとしても、その中で行われる議論の優劣が判定できなければ、結局のところ結論を得ることはできない。したがつて、ある問題に対して複数の見解が主張された場合には、それらの見解の中でいずれが優位であるのかを判断することができなくてはならない。しかも、その優劣の判断は、理念的には理性的に行われなければならない。理性的に議論したならばいかなる結論が導けるか、ということがそもそも問題意識だったからである。

臓器移植の問題、とりわけ脳死の問題は、それが人々の価値観に抵触する問題であるだけに理性的な議論が困難であった。しかし、そのような深刻な対立を引き起こす問題であるからこそ理性的に議論すべきである。ただし、このように述べたからといつて心情的なものをいっさい議論から排除すべきだといいたいのではない。人間の感情をいっさい考慮しない議論は、人間に感情があることを直視していないのであり、それはそれで理性的な議論とはいえない。が、逆に、心情的な理由にのみ基づく議論が問題を解決しないことも事実である。要するに、人間の持つ感情的な要素も考慮しつつ制度を用いて保障すべき価値は何であるのかを冷静に議論することが重要なのである。

臓器移植に関する問いの検討は、理性的な議論によって行われるべきである。そうした理性的な議論として、本稿では法的な議論を用いることを提案したい。すなわち、ある見解や議論が優れているかどうかは、それが法的な議論として提出されたものとして考えた場合に優れているかどうかで判断するのである。

このように提案する理由は、第一に、法的な議論が理性的な議論の一形態だと考えられているからである。それは、法的な議論の中核概念である権利がもとも理性的な思考を前提にしていることからいえる。⁴⁹ また、田中成明によれば法的議論は「基本的には、その規範的言明の正当化や合理性基準について、対話的合理性基準を共通の一般的基礎として」⁵⁰おり、「対話的合理性とは、実践的問題をめぐる規範的言明の正当化に関する基準であり、その基本的な特徴は、基礎的な背景的合意に依拠しつつ公正な手続きに従った討議・対話などの議論を通じて形成された理性的な合意を合理性・正当性識別の核心的基準とすることである」⁵¹と述べる。要するに法的議論は、正しさの基準を理性的な合意に求めるといえることが主張されていると考えられる。法的議論は理性的な議論の一つのあり方だと捉えることができるのである。ただし、田中のいう「法的議論」は「一般的実践的議論の『制度化』された一特殊事例」⁵²と捉えられており、本稿でいう「法的な議論」よりも狭いものである。本稿でいう法的な議論は、必ずしも例えば裁判などの形で「制度化」という要素を含むものではない。⁵³ 本稿では、法的な議論を臓器移植の制度化という政策問題に応用しようと考えているのであり、そもそも裁判外で争われる問題に応用しようと考えているのである。臓器移植の制度化という問題は、裁判による政策形成をめざす「現代型訴訟」の問題ですらなく、純粹に政策の問題である。しかしながら、争われている問題の本質は権利をめぐるものであり、裁判外の問題であって権利が問題の核心となる場合には法的な議論によってこそ問題はよりよく解決されると考え、それを政策論に応用しようというのが、本稿の意図である。⁵⁴

第二に、法的な議論は異なる見解が争う場合に優劣をつけるという点でも有用なものである。臓器移植をめぐる議論においては、それぞれの見解を支える正当化理由の前提が異なる場合が多い。例えば、ある者は文化人類学的見地から何らかの見解を主張し、またある者は自身が信仰する宗教に基づいて見解を述べる。ここでは、何らかの価値尺度を設定しない限り、提出された複数の議論に優劣を付けることはできない。しかし法的な議論としての優劣を評価基準としておけば、個々の見解が拠って立つ「理由」も、法的な議論として通用する「理由」でない限り正当な「理由」としては認められないことになる。したがって、例えば特定の宗教における特定の教説を根拠とする主張は退けられることになろう。もちろん、法的な議論として通用する主張の中にも様々な見解があり対立があるだろう。しかし、そうした場合でも法的な議論には優劣が存在する。例えば、裁判における原告側の主張と被告側の主張はいずれも法的な議論として成立するものである。けれども、裁判ではいずれかの主張が受け容れられ他方は退けられる。もっともどのような構成をとる法的な議論がより強力なものなのかは一概に述べることはできず、個別具体的な問題に即して判断するしかない。しかし、法的な議論においては複数の主張の間に優劣が存在するのである。したがって、臓器移植の問題に対して、いずれも法的な議論として一応成立しうる複数の異なる見解が主張された場合には、いずれが法的な議論としてももっとも優れているかについての争いとなる。ある者は、自説がもっともよい既存の実定法の解釈であると主張するかもしれない。またある者は、自説がもっとも実務慣行に適合的だと述べるかもしれない。さらにある者は、自説がもっともよく既存の法体系に内在する原理を体现していると主張するかもしれない。どのような理由付けによる見解が最も優れているかは、個々の問題に即して検討しなければ一概に答えを出すことはできない。しかし、法的な議論として争う限り、そこには優劣が存在するのである。法的な議論としての優劣を議論の評価の指標とすれば、ある一定の結論に到達することができるのである。

こうして法的な議論は、理性的に議論の優劣を判断できる議論であり、臓器移植の問題の検討に用いる議論としてふさわしいものとなる。しかし、法的な議論以外にもこうした特徴を備えた議論はありうるだろう。例えば、宗教的な議論の中には理性的に異なる見解間の優劣を判断できるものがある。またある種の自然科学的な議論もそうである。では、何故に法的な議論なのであろうか。理性的な議論でありなおかつ異なる複数の見解に優劣を付けることだけを目的とするのであれば、法的な議論でなければならぬ必要はない。臓器移植の問題に法的な議論が適格的であることは、より具体的に問題の性質と法的な議論の特徴を考えることによつて主張できる。

二 具体的な次元での検討

—— 問題の性質と法的な議論の特徴

臓器移植の問題は二つの性質を持っている。第一にそれは権利の確定問題であり、第二に制度化を必然とする。前者から見ていく。

臓器移植をめぐる問題の核心は、誰に何をどの程度正当に要求できる権利があるのかを決める権利の確定の問題であった。このことは、臓器移植や脳死に関する議論の中で、様々な立場の様々な権利に関する言説が存在したところからいえる。

例えば、「臓器移植によつてしか生き延びる機会を得られない患者の生存権に基づく医療を受ける権利（医療アクセス権）」が主張される。⁵⁶ また、ドナーカードを持つ患者、移植を受ける患者、それぞれの家族の「当事者の人権」が、臓器移植という多数の関係者を巻き込む大がかりな医療においてもっとも配慮されなければならないことだと主張される。⁵⁶ さらに、脳死をめぐる問題において「自己決定権」が援用されることがある。⁵⁷ また、死者の「人

格権」が主張されることもある。⁵⁸⁾

このように、臓器移植をめぐる様々な権利が持ち出された。権利が問題とされていたのである。臓器移植の制
度化はたしかに保健医療に関わる政策の問題である。しかし、問題の核心は、政策の問題ではなく権利の問題なの
である。⁵⁹⁾

しかし、そこで持ち出されたある権利が、具体的にいかなるものであるのかについては定かではないことが多い。
ある権利がどの程度保障されるべきものなのか、またある権利が他の権利との関係でどの程度の強度を有する
ものなのかといったことが明らかではないのである。例えば、「医療アクセス権」が存在するとしてもどの程度の保
障が必要なのか明らかではない。国家は、どの程度医療アクセス権を保障すべきなのだろうか。より消極的に、移
植医療を禁止しないことよって移植医療を認めれば、医療アクセス権を保障したことになるのだろうか。あるいは
は、より積極的に、移植医療を医療保険の適用対象として費用補助を行い高額医療であることによるアクセス障害
を軽減して初めて、医療アクセス権を保障したことになるのだろうか。また、臓器提供者やその家族の権利の範
囲や強度の如何によつて、実質的には移植希望患者の医療アクセス権が制限されたり拡大されたりすることにもな
る。結局、関係する人々にいかなる権利があるのか、その権利はどの程度の強度をもつのか、他の権利と衝突した
場合にはどのように調整されるのかといったことが明らかにされる必要があるのである。

さて、このように臓器移植の問題が権利の問題であるとしても、それは、既存の実定法解釈から直ちに解が導け
る問題ではない。既存の実定法に明確に規定されている権利であれば、そもそもこのように問題になることはない
からである。臓器移植の問題という権利の問題を解くためには、既存の実定法の前提になっている原理や思考様式
まで遡って検討する必要がある。

さらに、解を導くために考慮しなければならない法分野も単一とは限らない。臓器移植に関する議論に多分野の法学者が加わっていることからわかるように、考慮すべき法分野は多岐にわたる。少なくとも民法・憲法・刑法・行政法の観点から考察が加えられる必要があるだろう。臓器移植の問題は、狭い意味での実定法解釈や単一の法分野のみに目を向けていたのでは解決できない権利をめぐる問題である。権利の問題とはいっても、より大きな視野からの複眼的な考察を必要とする権利の問題なのである。⁶³⁾

また、臓器移植をめぐる問題は権利の確定問題であって、権利の調整問題ではない。⁶⁴⁾ 権利の調整問題とは、権利が衝突した場合に⁶²⁾ それらをどのように調整するかという問題である。そこでは、すでに存在すると考えられている複数の権利間の調整を如何にするのが問題になっており権利が存在することは自明とされている。その権利同士が、ある特定の状況下で両立不可能な結果どのようにそれらを調整するのが問題になるのである。これに対して、臓器移植の問題で登場するいくつかの権利は、それが権利として存在するのにかについても争いのあるものである。例えば、脳死の議論で主張される「自己決定権」の存在には疑問が投げかけられている。また、死者の「人格権」の存在についても疑問が投げかけられている。⁶⁴⁾ したがって、権利の調整を考える前に、⁶³⁾ そもそもそうした権利が存在するのか、権利の存在の有無も検討しなければならないのである。⁶⁵⁾ このことから、臓器移植の問題は権利の問題だといっても、より大きな視野からの考察を必要とする問題だといえるだろう。

次に、臓器移植の問題は制度化を必然とする。確定された権利がどのような内容・強度を持つにしても、その権利はそれを保障する制度が存在して初めて実現可能なものとなる。したがって、権利の確定問題である臓器移植の問題は、その解決のために何らかの制度構築を必要とする。

しかし、臓器移植の問題を最初から何らかの制度化を要求する問題であると捉えることは、偏った見方だと思わ

れるかもしれない。「制度を創設しない」という選択肢を端から排除しているように見えるからである。しかし、こうした批判は当を得ていない。というのは、多少特殊な考え方に思われるかもしれないが、「制度を創設しない」という選択肢も「制度化」の一形態だとみなすからである。つまり、「制度化しない」という選択肢は、ここでは存在しないのである。

例えば次のような仮想の例を考えてほしい。臓器移植を認めていない社会を考えてみる。その社会で臓器移植に対する何らかの制度の創設が検討されたが、例えば臓器移植は医療として原理的に問題を抱えるものであるとして、臓器移植を認める新たな制度は創られなかったとしよう。たしかに、この社会は臓器移植を認める制度化を行わなかったが、しかし何も制度化しなかったのかといえ、答えは否である。なぜなら、その社会は、臓器移植を推進したり認めたりする制度を創設しないことよってそれを認めないということ制度化したからである。例えば、その社会で死体からの移植手術を行った医師は、死体損壊罪に問われるかもしれない。また、脳死状態の者から移植のために心臓を摘出すれば殺人罪に問われるかもしれない。さらに、臓器移植を希望して海外に赴こうとする者の出国は禁じられるかもしれない。これらの措置は、臓器移植を推進するものではなく臓器移植を社会的に認めない措置であるが、臓器移植に対する制度的な対応ではある。もちろん、臓器移植を推進もしないが禁止もしないという対応もありうる。しかし、その場合であれば臓器移植を行った関係者に対して刑事罰を科さないという制度的な取り決めを行う必要があるだろう。臓器移植を推進する場合に限らず、禁止する場合にも制限的に認める場合にも臓器移植に対して政策的に中立であるとする場合でも、すべて何らかの制度化を行うことになるのである。

このように、制度化を通常よりも広い意味で考えるのには理由がある。それは、一見説得力のある次のような見

解、すなわち臓器移植の問題は意見の一致をみていないので法制化すべきでないと主張する見解が持つ誤りを指摘したいからである。これは社会的合意を強調する議論の一種であると考えられる。しかし、その見解は単に社会的合意を強調することを超えて、臓器移植の制度化に対して特定の結論を導いている。つまり、社会的合意の欠如を理由に現状維持、すなわち何の法制化も行うべきではないという結論を導いているのである。この見解には重大な問題が含まれている。そこでは、現状の善し悪しが語られることなく単に議論が収斂しないからという理由で、現状が肯定されているのである。そこでは、現状の正当性が検討されることも主張されることもなく、現状の制度化が主張されるのである。こうした見解は、現状が中立なものであるという想定が正しければ妥当な主張かもしれない。しかし、サンステインが指摘するように、「現状」が「現状である」ということを理由に中立であると主張することはできない⁶⁶⁾。現状の維持が正しいのだと主張するのであれば、現状それ自体の正当性を明らかにしなければならない。単に意見の一致が見られないからという理由で、現状に優越的な地位を与えることはできない。現状が議論の俎上に乗っている他の改革案よりも優れていることを示す必要があるはずである。臓器移植の制度化は、人の生死に関わる深刻な問題である。その問題に対して、何の正当化の理由もなく現状を肯定することはできない。意見の不一致をもって安易に現状を肯定し、現状を制度化することは、問題を真剣に検討することなく移植医療を推進する制度を確立してしまうことと同様に、問題のある公共的決定なのである。こうして、本稿のように「制度化」を広く捉えることは、「現状中立性」を前提にする見解がもつ問題を顕わにし、問題の本質に近づくことを可能にする。臓器移植の問題にとって制度化は必然的なものなのである。したがって論ずべきは、制度化を行うべきか否かということではなく、いかなる制度化を行うべきかという問題なのである。

臓器移植の問題は、以上で述べた二つの性質を有している。そして、法的な議論は、そのそれぞれに対応する特

徴を持っている。よつてこの問題に対しては法的な議論が適合的だと考えられるのである。その特徴は次の二つのものである。⁶⁷⁾

第一に、法的な議論は、通常権利を主張するために用いられる議論である。そもそも、法的な議論を支える法的な思考も権利を中核とした思考様式である。⁶⁸⁾よつて、法的な議論には、どのような主張を行えば権利が認められるのか、あるいは権利を主張するためには問題をどのように捉えるべきなのかといった権利の存否やその内容・強度を主張したり判断したりするための思考様式や議論様式が含まれているはずである。したがつて、法的な議論を用いて臓器移植の問題を考えることは、権利の確定というこの問題の性格に適合的なのである。

第二に、法的な議論は、制度化の限界について検討することが可能な議論であり、制度化を必然とするこの問題を解決する議論として適切である。先に述べたように司法過程で争われるという意味での狭義の法的問題ではない臓器移植の制度化の問題に法的な議論を適用しようとすることは、本来法が介入すべきでない領域への法の拡張を意味し、制度化という名目で法規制を拡大することになるのではないかと懸念されるかもしれない。もちろん法は万能ではない。しかし、そのことは法的な議論には折り込み済みである。むしろ、法的な議論は、法や規制や制度の限界について語ることができるものであると考える。それゆえに、法的な議論は、公共的な問題の解決にあたって説得的で効果的なものとなりうる。例えば、『生命倫理に関する問題』に関する葛藤状態の解決には、刑法という手段は機能的限界があり過ぎるように思われる⁶⁹⁾と主張される。このように、ある問題について法制度的に対処可能かどうかということ自体が法的な議論として十分成り立つ。法規制そのものと法的な議論は異なる次元のものである。法的な議論は、法制度を管理・制御するための言説である。したがつて、法的な議論に拠つて決すべき問題領域の拡張は、法制度・法規制の拡張をただちには意味しない。制度や規制の謙抑性について語る視座を法的な

議論は有しているのである。⁷⁰⁾ このことは、制度化が不可避である臓器移植の問題を考える場合に、どこまで法制度・法規制を整備すべきか、どのような内容の制度化を行うのかといった問題を適切に処理する可能性を示しており、その点でも法的な議論の有効性を示している。

以上のように法的な議論は、問題の性質に対応する特徴を有している。このことから、法的な議論は、臓器移植の問題に適合的であるといえる。ただし、ここでの論証はそれほど厳密なものではない。ここでの論証は、訴訟法上の言葉を用いれば、「証明」ではなく「疎明」といった程度のものである。したがって、法的な議論は臓器移植の問題に適合的であるとの一応の心証が得られれば十分である。もちろん、本稿では、法的な議論が臓器移植の問題を解決する正しい議論のあり方だと考えている。しかし、このことを法的な議論の特徴を網羅的に挙げ、それを分析することによって「証明」することは、不可能であり有効でもない。⁷¹⁾ 抽象的に法的な議論を考えることは、例えば他の観点(宗教的な観点)から議論を行うべきと考える論者と無用の対立を引き起こす可能性がある。抽象的な議論は「法的な議論対宗教的な議論」というような単純な構図を想定させがちであるからである。むしろ重要なことは、いかなる立場にある者も受け容れなければならない理由や結論があり、それは意識するとしなないに関わらず法的な議論を前提にした主張になっているということである。したがって、有意義なことは、抽象的に法的な議論の性質を論じるのではなく、具体的な問いについて議論しそこで説得力ある議論を展開することなのである。「証明」は、実際に法的な議論を用いて導かれる結論やそこに至る議論の過程での説得力を示すことによって行いうる。したがって、行うべきことは実際に具体的な問いを議論することなのである。

第四節 結論

臓器移植の問題は、①「臓器移植は正当な医療か」②「臓器はどこから調達するのか」③「生死の境界は何か」④「脳死をどのように判定するのか」⑤「臓器をどのように配分するのか」⑥「臓器移植は医療保険の適用対象とすべきか」⑦臓器移植に対する不正行為にどう対処するのか」という七つの問いから成り、この順序で問うていくべきことが明らかになった。この枠組みは、異なる見解をもつ者にとっても共有可能なものであり、問いに順に答えていくことによって、制度の内容と正当化理論が得られるものであった。つまり、すべての論者に開かれた枠組みを用いて得られた制度の内容とその正当化理論こそが、臓器移植の制度化にあつて必要とされる万人に受容可能な制度と理論なのである。本稿では第一から第三の問いまでを検討し、脳死臓器移植についての理論を得ることになる。

次に、そうした枠組みの中で争われる諸見解に対してどのように優劣を下すかが問題になる。それに対しては、法的な議論を用いることを提案した。法的な議論は、理性的に見解の当否を判断できる議論であり、かつ臓器移植の問題性格（権利の確定問題であることと制度化の必然性）にも対応する特徴を有しているからであった。

本章において、理性的な議論を可能にするための前提条件となる、異なる見解をもつ論者も共有できる枠組みを手にした。また議論の望ましいあり方についても方向を示した。したがって、問題の解決にむけて次になすべきことは、整序された個々の問いについてより説得力のある議論を展開することである。次章以降、一つの問いに一つの章を当てて順に検討していく。

注

(1) 臓器移植法の概要については、玉川淳「臓器の移植に関する法律」法律のひろば五〇卷一一号一五頁以下、笠井真一「移植医療の適正な実施に資する『臓器移植法』の制定」時の法令一五五七号六頁以下を参照。より詳細な解説としては、厚生省保健医療局臓器移植法研究会監修『逐条解説 臓器移植法』（中央法規出版、一九九九年）がある。

(2) 斎藤有紀子は、「日本の臓器移植法は、…（中略）…あらゆる立場の人が、自身の人生観・死生観をおびやかされることなく、国内で、法に基づく臓器移植を可能にしたということもできる」（斎藤有紀子「脳死判定・臓器移植をめぐる当事者の人権——個別の死生観を尊重する法律のもとで」法学セミナー五三六号五六頁）として一定の評価を与える。また、森岡正博は、現行法が脳死を人の死とするか否かについて個人の選択を認める点を評価して、「日本の現行臓器移植法は、二十一世紀の脳死法モデルとなり得るかもしれない」（森岡正博「日本の『脳死』法は世界の最先端」中央公論二〇〇一年二月号三一八頁）と述べる。

(3) 例えば、平野龍一は、臓器移植法の内容が「三方一両損」ともいふべき妥協の産物で、筋の通らないものである」（平野龍一「三方一両損的解決——ソフトウェアランディングのための暫定的措置」ジュリスト一一二二号三〇頁）と述べる。また、中山研一は、現行法の成立経緯から、「拙速にすぎた内容も十分に煮詰められたものとはいえない疑いが残る」（中山研一「臓器移植法案の成立の経緯」中山研一・福岡誠之編『臓器移植法ハンドブック』（日本評論社、一九九八年）三三四頁）と述べる。さらに、臓器移植法成立後に行われた座談会でも多くの問題点が指摘されている（町野朔ほか「座談会」臓器移植法をめぐるジュリスト一一二二号四頁以下）。法の問題点を指摘するものとしてほかに、唄孝一「脳死論議は決着したか 臓器移植法の成立」法律時報六九卷一〇号三四頁以下、中山研一「迷走した臓器移植法の軌跡」法学セミナー五一七号一三頁以下、同「臓器移植法と脳死問題」法学セミナー五一七号一八頁以下、秋葉悦子「臓器移植法の成立——死の選択権の認容」法学教室二〇五号四三頁以下を参照。また、医学者による現行法の問題点を指摘するものとして、水越治「臓器移植法の施行と残された課題——医学からのコメント」法学セミナー五一七号二七頁以下を参照。

(4) その見直しも部分的な見直しではなく、「その全般について検討が加えられ、その結果に基づいて必要な措置が講ぜられるべきものとする」とされている。しかし、省庁再編に伴う省庁名の変更という形式上の改正はなされたが、内容に関わる改正は現時点(二〇〇三年九月)ではまだなされていない。ただし松宮孝明は、「この条項は、一般に、臓器移植法自体を三年後に見直す意味だと解されている」とした上で、「もっとも、この条項をよく見ると、そこでは『この法律による臓器の移植については』その全般について検討が加えられ』『その結果に基づいて必要な措置を講ずる』とされているのであって、必ずしも法律自体の見直しが確約されているわけではない」(松宮孝明「臓器移植法の問題点とその見直しにむけて」森本益之ほか編大野眞義先生古稀祝賀『刑事法学の潮流と展望』(世界思想社、二〇〇〇年)四〇九頁)と述べる。たしかに、この条項は法の改正を確約するものだと読むことはできない。しかし、法の改正という形を取るか否かに関わらず制度全般についての見直しが必要とされているのである。

(5) 川口浩一は、「現行法はあくまでも暫定的な性格を持つものであり、何らかの改正が必要なことは、臓器移植推進派および慎重派の両陣営ともに認めているところである。」と述べる(川口浩一「臓器移植法改正問題」法律時報七五巻二号六一頁)。現行法が暫定的なものであることは、臓器移植に対する立場の違いを超えて認識されているのである。

(6) 「いかなる制度も、その制度化のためには、その制度を正当化する理論と、その制度化のコストについての裏付けを必要としている。脳死移植の制度化も同様であり、それらの両面においてなお種々の問題ははらんでおり、早急な対応が求められている。」(山崎康仕「脳死臓器移植の制度化をめぐる諸問題」法学セミナー五三六号五五頁)。同「脳死臓器移植の制度化」国際化学研究第一二二号一頁以下も参照。

(7) ここで挙げた従来の議論の三類型化を含む、これまでの議論の検討は第二章で行う。

(8) 「臨時脳死及び臓器移植調査会」(脳死臨調)にはそうした理論を提示する役割が期待されていたとも考えられるが、その最終答申はその期待に応えるものではなかった。それは、最終的に答申が「両論併記」という形になり、統一的な見解が得られな

- かつたからではない。むしろ問題なのは、「多数意見」、「少数意見」ともに一貫した理論が見受けられない点にある。この答申に対して、松宮孝明は、臓器移植制度を論じる際に不可欠と考えられる「生あるいは死に關する『哲学』」「世界観」が貧困であり、かつ「政策科学的な観点」が欠けているとする（松宮孝明「脳死臨調最終答申を読む 『哲学の貧困』と『政策論の欠如』」法学セミナー四四九号二〇頁以下）。
- (9) 現行臓器移植法の内容の不十分さとその正当化理論の欠如は、表裏の關係にあるとも言える。というのは、ある制度の正当化理論は、その制度の内容を規定するからである。正当化理論が欠如しているために、現行法は「妥協の産物で、筋の通らないものである」（前掲注(3)参照）といった批判を招来することになるのである。
- (10) 本稿は哲学観について含意がある。世上、哲学を机上の空論と同視する向きもあるが、私は、実現可能性を考慮しない態度は、原理の確かさを明確にする手法として容認はするが、理論の最終形態として提起することには賛成できない。哲学は原理の確かさだけでなく、実現可能性について一定の配慮をも要請するものと捉えている。
- (11) 菱山豊『生命倫理ハンドブック 生命科学の倫理的、法的、社会的問題』（築地書館、二〇〇三年）ii頁。
- (12) 「生命倫理問題においては、答は一つではないこともあるし、答が存在しないのではと思われることもあるということを指摘しておかなければならない。生命倫理問題に対しては、様々な立場から発言があり、唯一正しい解というのが見出しがたいことはしばしば起こる。…（中略）…しかし、行政に携わっていると、政策上ある一つを選択しなければならぬ。こういう考え方もあれば、ああいう考え方もある、と紹介するだけではない。」（菱山・前掲注(11)v頁）
- (13) もちろん、こうした制度的な解決を要求する「生命倫理問題」は、生命倫理あるいは生命倫理学が扱うべき問題の一部に過ぎない。また、生命倫理あるいは生命倫理学をどのようなものと捉えるかについても、それ自体争いの対象となる問題である（土屋貴志「Bioethics」から「生命倫理学」へ）加藤尚武・加茂直樹編『生命倫理学を学ぶ人のために』（世界思想社、一九九八年）一四頁以下を参照）。必ずしも統一的な公的解決を要求されない問題、例えば医療に携わる者が臨床現場で直面し、葛藤

を抱える問題も生命倫理あるいは生命倫理学が扱うべき問題だろう（こうした問題の具体例については浅井篤ほか「医療倫理」（勁草書房、二〇〇二年）を参照）。他方で、「生命倫理とは、書齋の学問ではすまない、現実の政策論である」（礒島次郎「先端医療のルール―人体利用はどこまで許されるのか」（講談社、二〇〇一年）三二頁）と述べる論者もいる。生命倫理・生命倫理学が果たすべき役割に政策論あるいは制度的解決の探究が含まれていることは確かであろう。

(14) 岡本裕一郎は「生命倫理学も環境倫理学もいずれも深刻なジレンマに突き当たり、現在は袋小路に迷い込んでいるように思われる。医療と環境をめぐる難問を解決するという社会的要請を受けながら、倫理学は今でもまだ、お説教を説くに過ぎないのではないか。」（岡本裕一郎『異議あり！生命・環境倫理学』（ナカニシヤ出版、二〇〇二年）八頁）と指摘する。

(15) 菱山・前掲注(11) v頁。

(16) 詳しくは、第三章第三節において述べる。

(17) 臓器移植に批判的な立場からのこうした見解を集めたものとして、例えば、近藤誠ほか「私は臓器を提供しない」（洋泉社、二〇〇〇年）がある。

(18) 典型的なものとしては、榊原任の次のような見解である。「私個人の意見としては、心臓移植には賛成ではない。人間は与えられたもので一生を送るべき生物で、人工心臓の力を借りるのはいいが、他人の心臓をつけてまで生きるといえるのは賛成がたい。…（中略）…私は他人の心臓の提供を受けてまで生きていたとは思わない」（水野肇『脳死と臓器移植 日本人の選択』（紀伊国屋書店、一九九一年）九〇頁。なお水野も同じ見解を採用するとする（同一三〇頁参照）。榊原任ほか「ジュリストの目 心臓移植をめぐる問題」ジュリスト三九七号一五頁（榊原発言部分）にも同趣旨の発言がある。

(19) 「脳死問題が広く一般の話題となった際にもマスコミや評論家によって取り上げられた」（林真理『操作される生命科学の言説の政治学』（NTT出版、二〇〇二年）一九―二〇頁）問題解釈の仕方とされる。

(20) 例えば、日本弁護士連合会（以下、日弁連という）の次のような見解である。「日弁連は、現段階で「脳死」を人間の死とす

- 社会的合意は成立していないと考え、この問題についてさらなる社会的論議が必要であると考える。」(日本弁護士連合会・臨時脳死及び臓器移植調査会「答申」に対する意見書、町野朔・秋葉悦子編『脳死と臓器移植(第三版)』(信山社、一九九九年)三二六頁)。日弁連の見解については、石川元也「脳死・臓器移植と日弁連の意見」中山研一先生古稀祝賀論文集編集委員会編中山研一先生古稀祝賀『生命と刑法』(成文堂、一九九七年)三五七頁以下を参照。
- (21) 日本医師会の生命倫理懇談会の「脳死および臓器移植についての最終報告」(町野・秋葉・前掲注(19)二五五頁以下、なお『ジュリスト』九〇四号六三頁以下にも掲載)は、社会的合意の成立可能性とその確認方法について疑問を呈しながらも、世論の動向に鑑み脳死を部分的に認めることに対する社会的承認が得られたと判断している。
- (22) 例えば、加藤一郎は「社会的合意論は、その実体のないままに、引き延ばしのための論理として広く機能してきたのである」と述べる(加藤一郎「脳死の社会的承認について」ジュリスト八四五号四四頁)。
- (23) 林真理は、「社会的合意とは、専門家的合意の反意語であり、非専門家の間での同意を意味していると考えられる。それは、科学・技術のパブリック・アクセプタンス(社会的受容)という言葉で考えられている事柄であるといってもよいであろう」(林・前掲注(18)六五頁)と述べている。おそらく、このように概括することが可能であろうが、子細に見れば、「社会的合意」についての理解は論者によって微妙に異なる。脳死に関する社会的合意を検討するものとして、中山研一「脳死の社会的合意とは何か」中山・後掲注(26)二一五頁以下(初出は、自由と正義四二巻六号一二頁以下)、植村勝慶「広範な社会的合意の形成に向け十分な議論が不可欠」法学セミナー四五号四〇頁以下、金澤文雄「脳死についての社会的合意」刑法雑誌三二巻三九二頁以下。
- (24) 「一見一つの問題に見えるこの問題は、実はさらに縦断的に複数の問題に分かれている。さらに、それらを横断して生と死に関する価値問題が存在している。これらの問題の始まりを解きほぐして行かなければ、脳死・臓器移植問題に『決着』がつくこととはないのである。」(町野朔「脳死・臓器移植問題に決着はついたか」法学セミナー四二五号一八頁)

(25) 主要なものとして、唄孝『臓器移植と脳死の研究 イギリスの二五年』（岩波書店、一九八八年）、同『脳死を学ぶ』（日本評論社、一九八九年）。前者は、問題の是非を論じたり法的提言を行うものではない。イギリスの臓器移植についての法的状況の詳細な紹介と検討を行うものである。わが国の問題に対する法的提言は後者にまとめられており、本稿の問題関心からすれば、後者がより重要なものと位置づけられる。氏の一連の研究は、わが国の臓器移植・脳死の問題に対して法律学の立場からなされた研究として先駆的なものである。とりわけ、『脳死を学ぶ』では、「死」の問題が中心に検討されているが、それにとどまらず、関連する多くの論点も検討され、具体的な提言もなされている。

(26) 主要なものとして、中山研一『脳死・臓器移植と法』（成文堂、一九八九年）、同『脳死論議のまとめ 慎重論の立場から』（成文堂、一九九二年）、同『脳死移植立法のあり方 法案の経緯と内容』（成文堂、一九九五年）。脳死・臓器移植の問題に主として刑法学的視点（それにだけにどまるものではない）から検討を加えるものである。扱う問題は多岐にわたり具体的な提言もなされている。

(27) 主要なものとして、齋藤誠二『刑法における生命の保護 脳死・尊厳死・臓器移植・胎児の傷害』（三訂版）（多賀出版、一九九二年）、同『脳死・臓器移植の論議の展開 医事刑法からのアプローチ』（多賀出版、二〇〇〇年）。主として刑法学的視点からの考察だが、より総合的な視点から問題の検討と法的な提言を行うものである。ここでは、狭義の刑法上の問題だけでなく、立法の要否といった問題も検討されている。また、国内外のこの問題に対する議論を検討しつつ具体的な解決のあり方を示している。

(28) 主要なものとして、森岡正博『生命学への招待 バイオエシックスを超えて』（勁草書房、一九八八年）、同『生命観を問い直す—エコロジーから脳死まで』（筑摩書房、一九九四年）、同『増補決定版 脳死の人——生命学の視点から—』（法蔵館、二〇〇〇年）、同『生命学に何ができるか 脳死・フェミニズム・優生思想』（勁草書房、二〇〇一年）。氏は従来のバイオエシックスを超越する独自の「生命学」という新たな学問枠組みを提唱し、その中で脳死や臓器移植の問題を取り上げている。

- (29) 主要なものとして、小松美彦「死は共鳴する 脳死・臓器移植の深みへ」(勁草書房、一九九六年)。臓器移植・脳死の問題を「医学・医療の領野に内にとどまらず、広く人間と社会のあり方の深淵に関わる一大問題」(vi頁)と捉え、科学的観点から、脳死や臓器移植そして「死の自己決定権」を批判的に検討する。
- (30) ただし、小松の見解は、医療としての臓器移植の正当性に懐疑的なものである。したがって、そもそも臓器移植の制度化に対する正当化理論になるはずがないと主張されるかもしれない。本稿では、小松の見解を臓器移植を認めない形での制度化を提案するものとして捉え、そうした制度化の正当化理論としては不十分なものだと考えている。本稿で用いる「制度化」のやや特殊な意味については、第三章第三節の二で詳しく述べる。
- (31) 一個の問題を批判的に検討する論文の多くは、そこで扱う問題を臓器移植に関わる問題の中で最も根本的なものと考えているともいえる。しかし、多くの場合、何故にその問題が他の問題よりも先決すべき問題なのかについては触れられていない。
- (32) ただし、心臓移植との実際的な関連性から脳死の問題が生じた指摘するものもある(例えば、中山・前掲注⁽²⁶⁾『脳死移植立法のあり方 法案の経緯と内容』二頁参照)。しかし、そこでは複合する問題間の先後関係を主題的に扱っているわけではない。
- (33) 例えは、Stuart J. Youngner, Renee C. Fox, and Laurence J. O'Connell(eds.), *Organ Transplantation: Meanings and Realities*, University of Wisconsin Press, Madison, 1996 所収の諸論文、Arthur L. Caplan and Daniel H. Coelho(eds.), *The Ethics of Organ Transplants: The Current Debate*, Prometheus Books, Amherst, 1998 所収の諸論文を参照。特に脳死に関して批判的に検討するものとしては、Michael Potts, Paul A. Byrne and Richard G. Niigstedts.), *Beyond Brain Death: The Case Against Brain Based Criteria for Human Death*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2000 所収の諸論文を参照。
- (34) Renee C. Fox and Judith P. Swazey, *Spare Parts: Organ Replacement in American Society*, Oxford University Press, Oxford, 1992, 森下直貴ほか訳『臓器交換社会 アメリカの現実・日本の近未来』(青木書店、一九九九年)、Fox and Swazey, *The Courage to Fail: A*

Social View of Organ Transplants and Dialysis, Transaction edition, Transaction Publishers, New Brunswick, 2002.

(35) 「私たちの最後のメッセージは、通常とられるような政策提言の形にはなっていない。」(Fox and Swazey, *Spare Parts: Organ Replacement in American Society*, at xviii, 邦訳一二頁)

(36) David Price, *Legal and Ethical Aspects of Organ Transplantation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

(37) 例えは、小松・前掲注⁽²⁹⁾。とりわけ八七頁以下参照。

(38) See Price, *Legal and Ethical Aspects of Organ Transplantation*, chap. 4.

(39) Robert M. Veatch, *Transplantation Ethics*, Georgetown University Press, Washington D. C., 2000.

(40) 例えは、HIV 感染症者からの臓器提供に伴う問題が検討されている。See Veatch, *Transplantation Ethics*, chap. 16.

(41) Veatch, *Transplantation Ethics* は、その第一章で、様々な宗教や文化が、臓器移植に対してどのように考えているかを検討し、臓器移植を全く認めない主要な宗教や文化は存在しないと結論づけている。しかし、これは、臓器移植の正当性を検討し立証したものだとは言えないであろう。というのは、臓器移植を全く認めない主要な宗教や文化が存在しないことは、わが国で見られるような臓器移植そのものに対する懐疑的な見解を論駁する理由にはならないからである。

(42) 臓器移植をめぐる倫理的問題は三つの大まかな問題に分かれるとし、①人の死の時点の決定②臓器を取り出すことが倫理的に許される時点の決定③臓器の配分方法の決定を挙げる。しかし、それらの三つの問題間の関連が明示されることはない。ただ、死の定義の問題が、歴史的に見れば臓器移植と結びついていたと指摘されるのみである。See Veatch, *Transplantation Ethics*, at xi.

(43) もちろん、脳死臓器移植を認めない制度化を望むのであれば、全ての論点に答える必要はない。

(44) 臓器に対して、「配分」「調達」「供給」などという言葉を使うことは、臓器を「モノ」とする誤った見方に則った言葉の使用であるとしばしば批判を受ける。なるべく中立的な言葉遣いに努めたいのだが、これ以上適当な言葉がないので、これらの言葉

を用いることにする。

(45) 脳死状態の者に対する延命治療の中止の是非ということでも脳死が人の死か否かは問題になるが、臓器移植の問題がなければこれほど大きな議論は生じなかったであろう。

(46) 有利でないのは、これが臓器移植医療を正当化するためのロードマップとなっているからである。その意味では、これは臓器移植医療を正当化するための道筋そのものであることは間違いない。そうでなければ、正当化の主張はできないのである。

(47) これらの課題は、他分野の研究者と連携して行う共同研究という形で取り組むことが、有意義な結論を得るためには望ましい課題であると考ええる。

(48) 先に述べたように、脳死判定の問題は基本的に技術的な問題なので、理論的問題に関心のある本稿では扱わない。しかし、このことは第四の問いの重要性が低いことを意味しない。

(49) 権利の概念は、批判的に物事を評価することができる理性に支えられている。長谷川晃「権利・価値・共同体」(創文社、一九九一年)一五一頁以下参照。

(50) 田中成明『法理学講義』(有斐閣、一九九四年)四三頁。

(51) 田中・前掲注(50)四二頁。

(52) 田中・前掲注(50)四三頁。

(53) 田中のいう「制度化」は具体的に「実定法をその権威的前提とし、裁判手続きに従って最終的に裁判官の権威的判決によって決着をつけるという形態で構造化され、道徳的・政治的などの議論から自立した議論領域として制度化」(田中・前掲注(50)四三頁)されることだと述べる。そして、そのように制度化される理由は二つあるとされ、第一に公正な状況の確保、第二に一般実践的議論の不確実性への対処にあるとされる(田中・前掲注(50)四三―四四頁参照)。あわせて、同「法的空間 強制と合意の狭間で」(東京大学出版会、一九九三年)二七頁以下参照)。しかし、本稿では、法的な議論の核心が「制度化」にあるとは考え

ていない。本稿では、そうした「制度化」された状況内で通用する議論のあり方（議論の様式やそこで採用できる限定された理由や原理など）に注目しているのである。すなわち、法的な議論は実際に「制度化」されているか否かに関わらず、その議論自体が公正な状況を確保し一般的実践的議論の不確実性に対処できるようなものになっていると考えているのである。

(54) なお、類似した問題意識を持つものとして、平井宜雄「法政策学（第二版）」（有斐閣、一九九五年）。しかし、平井のように政策決定のモデルを「法的決定モデル」と「目的 \parallel 手段決定モデル」に二分し、それらが「矛盾・相克」する（平井、四四―四八頁参照）と単純に言い切れるものなのかについては疑問である。平井の見解に対する批判として、宇佐見誠「政策としての法」井上達夫他編『法の臨界Ⅲ 法実践への提言』（東京大学出版会、一九九九年）一五五―一五六頁参照。また、「現代型訴訟」については、田中成明『転換期の日本法』（岩波書店、二〇〇〇年）二七四頁以下参照。

(55) 加藤尚武『脳死・クローン・遺伝子治療 バイオエシックスの練習問題』（PHIP研究所、一九九九年）六二頁。

(56) 斎藤・前掲注(2)五六頁以下。

(57) 例えば、石原明「脳死の問題を考える―法的論点を中心に―」神戸学院法学一八卷一・二号一五一頁以下、同「死の認定と患者の意思」刑法雑誌三三卷三号八三頁以下。また、脳死論議における「自己決定権」概念が果たした役割とその変遷については、林・前掲注(19)七二頁以下参照。

(58) 少々古いが、例えば、金沢文雄「臓器移植と承諾―角膜・腎臓移植法の解釈をめぐって―」広島法学八卷二・三号八〇頁以下。

(59) したがって、ドゥオーキンの言葉を借りれば、臓器移植制度の正当化理論は、第一義的には、ある政治的決定が共同体全体の何らかの集団的目標を促進したり保護することを示すことによってその決定を正当化する「政策の論証」に拠るのではなく、個人や団体の何らかの権利を尊重したり保障したりすることを示すことによって、その政治的決定を正当化する「原理の論証」に拠るべきということになる。 See Ronald M. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1977, 1978

2425-24. 木下毅ほか訳「権利論」(木鐸社、一九八六年) 九八—一〇一頁。

(60) こう述べたからといって、主として個別の法を専門とする実定法学者には問題を適切に扱うことができないということを主張したいのではない。むしろ、私見では、実定法学者による臓器移植や脳死についての議論には、民法や刑法など専門とする特定の実定法分野の知見を基礎にしつつ、それにとどまることなく、より広い視野から問題を検討しているものが多い。

(61) 長谷川晃は権利の問題場面を「具体化」と「調整」に分ける(長谷川・前掲注⁴⁹一八八頁以下参照)。本稿でいう「権利の確定問題」は権利の「具体化」に関わるものである。

(62) 「権利の衝突」については、森村進「権利と人格—超個人主義の規範理論—」(創文社、一九八九年) 二六頁以下参照。

(63) 例えば、中山茂樹「自己決定 脳死問題」法学セミナー五八一号二六頁以下参照。

(64) 例えば、山本輝之「臓器提供者と提供意思」刑法雑誌三八卷二九〇頁以下参照。

(65) ただし、権利の確定を考える際には、権利の存在を確認した後には生じる衝突の問題も考慮に入る。

(66) 「現状を基準にするある決定は、その現状が独立して正当化される限り、完全に受け容れられるものである。しかし、多くの場合、現状は、原理と法のどちらの問題としてもきわめて議論の余地のあるものである。今ある分配状態を尊重することは、今ある分配状態がそれ自体で中立である場合にのみ中立であるのだ。」(Cass R. Sunstein, *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1993, at 6.)

(67) ここでは、法的な議論の特徴付けを行い、それが臓器移植問題に解を与える議論のあり方としてふさわしいことを見る。ただし、法的な議論の特徴をすべて挙げることは不可能であるし、また不要である。ここでは、問題に対する適合性の論証が目的であるので、それに資する限りでの特徴付けである。したがって、法的な議論が有する特徴のごく一部を挙げるにとどめる。少なくとも、これから述べる二つの特徴を法的な議論が有しており、それが問題の解決に有用であることを示すことができれば、ここの目的は達成される。さらに、ここで行う特徴付けは、すでに存在するものとしての法的な議論についての特徴を描写する

という側面もあるが、むしろ、この特徴付けを通して本稿において法的な議論をどのようなものと考えているのかを明らかにすることが主眼である。

(68) 「いわゆる近代西洋の法思考の特徴を一言でいうならば、それは権利概念を用いた思考様式である。」(森際康友「現代社会の法思考」日本法哲学会編『法的思考の現在』(有斐閣、一九九一年) 五五頁)

(69) 伊東研祐「生命倫理と刑法的規制の潮流」現代刑事法四二号二四頁。

(70) 臓器移植の問題ではないが、遺伝子科学技術という新たな生命科学技術が引き起こす問題に対する規制のあり方を論じるものとして、磯部哲「遺伝子技術の展開と行政法的規制」法律時報七三卷一〇号一六頁以下、辰井聡子「生命科学技術の展開と刑事的規制」法律時報七三卷一〇号二二頁以下がある。これらの議論も、制度化の限界や制度化の手段等を検討する法的な議論であるといえる。このようにして、本稿では、法的な議論を、いわゆる狭義の法解釈を超えた法に関する議論を含むものとして考えている。したがって、法実務家のみならず、法学者によって行われる議論のほとんども法的な議論であると考えている。

(71) したがって、思考の道行きとしては、まず実際に法的な議論によって具体的な問いを検討しそこで得られた結論の説得力を見た後で、何故に法的な議論は説得的であったのかとその理由を探究することである。しかし、にもかかわらず、先に一応の法的な議論の分析を行ったのは、なぜ法的な観点から考察が進められるのか(実際に本稿では続く三つの章で具体的に問いを検討する際に、特に断りなく法的な観点から考察を行う)といった疑問を予め払拭し、本稿のねらいを明らかにするためである。