

臓器移植制度の理論 (三)

——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、一九九号）

第四章 臓器移植は正当な医療か

第一節 はじめに

第二節 臓器移植に対する原理的批判

一 免疫抑制をめぐる自己同一性の問題

二 人肉食との共通性

三 他者の死の期待

四 臓器と人格との密接不可分性

五 伝統的死生観・遺体観との衝突

第三節 残存する抵抗感の分析と検討（以上、二〇〇号）

第五章 臓器はどこから調達するのか

第一節 はじめに

第二節 技術的観点からの検討

一 はじめに

二 技術的な観点から見た臓器調達源の現状

第三節 規範的な観点からの検討 — 生体

一 身体に対する権原 — 自己所有権とプライバシーの権利

二 生体からの臓器提供はプライバシーの権利として認められるか

三 生体移植がもつ倫理的問題

第四節 規範的な観点からの検討 — 死体

一 臓器調達源としての生体を持つ問題の回避

二 死体に対する権原(以上、本号)

三 死体を利用することの倫理的問題

第五節 結論

第六章 生死の境界は何か

第七章 結論

第五章 臓器はどこから調達するのか

第一節 はじめに

本章では、移植用の臓器は、どこから調達することが許されるのか、望ましいのかについて検討する。臓器調達の検討に論を進めることは、臓器移植は許されるものではないとする見解を無視するものに思われるかもしれないが、そうではない。臓器調達源の検討によって、いかなる調達源も許容できないという結論に至れば、その時点で臓器移植を認める制度化は行うべきではないことになる。臓器調達源の検討に議論を進めることは、臓器移植の認容を前提にしているわけではないのである。

また、もし臓器移植に、それをただちに否定するような原理的な倫理問題があるのであれば、臓器調達源の検討に議論を進めることは許されないだろう。しかし、前章での検討によって、これまでに臓器移植に対して提起されている原理的な倫理問題と思われるものの中に、ただちに臓器移植を否定する結論を導くものがないことを見た。また、それらを再定式化したものも、臓器移植は許されないという結論を、ただちには導かなかつた。よって、ここの検討を経ていない、新たな問題が提起されない限り、議論を先に進めることは許されるだろう。

さらにいえば、私たちは、前章の検討によって、議論を臓器調達源の検討に進めることが許されるという消極的な理由だけでなく、議論を先に進めるべきであるという積極的な理由をも得ている。前章では、臓器移植に対する根本的な疑問として、ある者の身体を他人の生のために利用することが許されるのだろうか、という問いがあることを見た。ある者の身体の利用ということは、臓器移植においては、移植臓器を調達することである。したがっ

て、臓器調達源の検討が、前章で定式化した根本的な疑問を検討するための有力なアプローチのひとつを提供することが期待できる。私たちは、臓器調達源の検討に議論を進めることができるし、進めるべきなのである。

本章では、まず、臓器調達源として何が考えられ、それらがどの程度臨床応用可能なものなのか、医学的・技術的な現状を確認する(第二節)。前節での検討を踏まえ、当面、現実的な臓器調達源として考えられる生体(第三節)、死体(第四節)について規範的な検討を加えることにする。最後に、個々の検討を総合し、いかなる調達源が許されるのか、望ましいのかについて結論を述べる(第五節)。

第二節 技術的な観点からの検討

一 はじめに

本章の課題は、移植用の臓器は、どこから調達するのが許されるのか、望ましいのかについて検討することである。この課題設定から明らかのように、関心の中心は、規範的なところにある。しかし、そうした規範的な観点から臓器調達源について検討を加える前に、今のところ臨床応用可能なものは何か、という技術的な観点から臓器調達源について考えてみたい。

というのも、本稿で探究しようとしている移植医療の制度の構想は、単に理念的なレベルのものではなく、現在、もしくは近い将来の実現可能性を念頭においているからである。そうした制度構想が目的である以上、臓器調達源について検討する際にも、技術的な現状を考慮することなく議論を進めるわけにはいかない。また、技術の現

状を踏まえることによつて、規範的な観点から検討すべき問題の絞り込みも行いたい。その上で、臨床応用可能だと考えられる臓器調達源が抱える規範的な問題を優先的に検討するのが自然であろう。そこで本節では、まずは技術的な観点から臓器調達源をめぐる現状を概観する。

二 技術的な観点から見た臓器調達源の現状

現在、考えうる臓器調達源は、おそらく、人工臓器、動物（異種移植）、生体、死体の四つである。まず人工臓器について概観する。人工臓器と一口に言つても、その目的、形態、組成などによつてさまざまなものがあるが、ここで検討すべき人工臓器は、移植用臓器の調達源のひとつとして考えられるものでなければならぬ。よつて、それは不全臓器の置換を目的とする代用臓器となるもので、人からの臓器移植と同じような予後が見込める、完全埋め込み型かそれに近いものということになる。このような条件を満たす人工臓器は、さまざまな研究がなされているものの、現在のところ、臨床応用可能な状況には至っていないようである。主要な臓器について見てみると、例えば、人工心臓については、補助人工心臓は、ある程度臨床応用されているが、全人工心臓は、わが国では臨床応用には至っていない¹⁾。また、臍臓についても、機械的人工臍臓は、短期の埋め込み型のベッドサイド型については、わが国でも一九八八年から保健適応となり臨床応用されているが、長期の埋め込み型の実用化はまだであり、バイオ人工臍臓についても臨床応用には至っていない²⁾。肺についても、長期呼吸・循環補助を目的とした人工肺や、埋め込み型人工肺は、未だ開発段階にあるようである³⁾。腎臓⁴⁾や肝臓⁵⁾についても、長期の埋め込み型人工臓器の臨床応用には至っていない。

第二に、異種移植は、種を超えた移植であるために、拒絶反応の問題が大きい。近年、拒絶反応の問題をクリアするものとして、遺伝子改変豚が開発されているが、ブタからのウイルス感染の問題等があり、臨床応用には、数年から十数年かかると見られている。⁶⁾

第三に、生体について、わが国では、生体腎移植は一九八八年からの一〇年間で平均四五〇例あるといい、生体肝移植については、二〇〇〇年には日本全体で二〇〇余例行われたという。⁸⁾ このように、生体移植は実際に臨床応用されている。ただ、例えば、生体肝移植については、「幸いにも日本では一〇〇〇例以上に及ぶ生体ドナー手術で直接的死亡はないが、口伝を含め全世界では六〜七人の死亡が挙げられている」という。⁹⁾ 二〇〇二年には、アメリカでの死亡例が報告されており、またわが国でも、術後にドナー自身が移植を必要とする肝不全に陥り、移植手術を行うも改善せず、最終的に死亡に至った事例があった。¹⁰⁾ 生体移植は臨床応用可能なものだが、臓器提供者のリスクは依然として存在し、そのリスクは決して小さいものではない。

第四に、死体からの臓器移植については、心停止ドナーからの臓器提供が、臓器移植法以前にも、一九七九年成立・施行の「角膜および腎臓の移植に関する法律」で認められていたために、一九八一年以降、毎年一〇〇件以上で、九〇年代には年間一五〇から二五〇件前後で推移している。¹¹⁾ また、臓器移植法施行後は、心臓や肝臓の移植も行われている。¹²⁾ 死体からの臓器移植も、臨床応用可能なものといえよう。

以上から、当面、臨床応用可能な移植用の臓器調達源として考えられるのは、生体と死体である。そこで、次節以降、生体、死体のそれぞれについて、規範的な観点から、それらが臓器調達源として許されるのか、望ましいのかについて検討することにする。

第三節 規範的な観点からの検討 ―― 生体

一 身体に対する権原 ―― 自己所有権とプライバシーの権利

イギリスの哲学者ハリスは、「私たちには、リスクを冒すことを自由に選択する資格がある。もし、私が、一方の腎臓を提供したいと望み、手術のリスクと、その後、腎臓になんらかの不具合が生じるかもしれないというリスクをひきうけることを決意するならば、これは、私の問題であるように思われる」と述べる。¹³ ハリスの見解によれば、臓器提供の問題は「私が選択する他のすべてのリスクと同様、個人の選択の問題である」という。¹⁴

ハリスの立場は、人はその人自身の身体についての権原を持っているという前提に立っているように見える。おそらく、少なくとも自らの臓器を他人に提供できるという権原を、個々人が自分の身体に対して持つていなければ、臓器提供の問題は「個人の選択」の問題であるとはいえないだろう。私たちは、そのような権原を持っているのであろうか。

私たちには、自己の身体に対する所有権、自己所有権があるとする説がある。¹⁵ もし、臓器を含めた身体に対する所有権が成立し、その所有権者がその身体を有する人であるならば、所有権に基づいて、人には、その人の臓器を提供できる権原があると考えることができるだろう。自己所有権が正しければ、私たちには、臓器の提供を行える権原を持っているということになり、ハリスのいうように、生体からの臓器提供は、提供者の選択の問題ということになるかもしれない。しかし、もし自己所有権が存在しないか、あるいはそれが非常に限定されたものであるならば、私たちが自身の臓器を提供する権原を持つとは、ただちにはいえないだろう。そこで、ここでは、自己所

有権について検討することを通して、私たちが自分自身の臓器を提供する権原を持つのかについて考えることにしたい。

森村進は、自己所有権から、各人には各人の臓器提供の権原があるという主張をしている。森村は、「身体所有権としての自己所有権テーゼの帰結の中には、多くの人々の道徳的直観に反するものもある」と断った上で、「各人が自分の身体への所有権を持つているとすると、所有権は対象物を支配する権原だけでなく、それを譲渡したり処分したりする権原も含んでいはずだから、人は自分の臓器を売買したり、自分を別人の奴隷として引き渡す（つまり自己所有権を譲渡する）契約をしたり、自分の生命を売ることでもできるといふ帰結に至る」と述べ、臓器の無償譲渡のみならず、売買をも認める議論を展開する。私たちは、本当に自己の身体に対して所有権を有しているのだろうか。

ここでは、まず、森村による自己所有権の正当化論を見てみることにしよう。森村は、自己所有権テーゼの説得力を示すために、二つの例を挙げる。¹⁶⁾ひとつは、ジョン・ハリスの提出した「サバイバルくじ」¹⁵⁾の議論に反対する理由としての自己所有権説である。ハリスの議論の概略を述べれば、それは、くじ引きによって強制的な臓器移植が行われるという制度の提案であり、功利主義の観点から、この制度を受け容れない明確な理由を示すことは難しく、社会の全員に強制することはできないかもしれないが、瀕死の人々の間で行われるくじという形にすればその制度を受け容れない理由はない、というものである。

森村によれば、この提案に反対する理由として考えるものの中で、もっとも素直なものは、自己所有権テーゼであるという。「大部分の人々がこのくじの制度を問題外だと感ずるのは、『病人はたとえ臓器移植されなければ死んでしまおうとしても、他人に対して臓器の提供を要求する権利など持っていない。身体の支配権を持っているのは

他の誰でもない本人自身だ』と信じているからである²⁰⁾という。

また、第二の例として、母体が母親のものであることを理由に妊娠中絶を正当化するジュディス・トムソンの議論を取り上げ、自己所有権に訴えかける妊娠中絶の容認論を一概に不当だと斥ける気にはなれないだろう、という。また、「妊娠中絶の権利を擁護する一番説得力のある論拠は（自分の体は自分のものだ）という自己所有権の発想だ²¹⁾」と述べる。

さて、私の疑問は、以上のような森村の議論は、自己「所有権」の正当化に成功しているのだろうか、ということである。というのは、強制的な臓器移植が行われるかもしれないハリスの「サバイバルくじ」への反対論や、中絶の容認論は、「私の身体は私の所有物である」ということまでいう必要はなく、「私の身体は、他の誰かに支配されることはない」ということさえいえれば十分であるように思われるからである。もちろん、人は自己の身体に対する所有権である自己所有権が存在すれば、「サバイバルくじ」や中絶の容認論を導くことは可能だろうが、そうした主張を導くためには、必ずしも「所有権」まで主張する必要はないように思う。

私たちの多くは、森村のいうように、強制的臓器移植のくじの制度化に、「私の身体は私のものであって、私以外のものに勝手に決められて、生命を奪われたり、身体を傷つけられたりすることは不当だ」という信念から反対するかもしれない。しかし、そこで直観的に信じられていることがらを「私の身体は私のもの」というとき、そこでは、移転や譲渡も当然に認められる「所有権」が想定されているのだろうか。この場合、私たちには自身の身体に対する「排他的な」支配権のみが認められればそれでよく、移転や譲渡、さらには処分までも含む「完全な」支配権までは認める必要はないように思われる。

森村が自己所有権説の説得力を私たちの直観に訴えて論じるときに用いられているのは、自己所有権がもつ排他

性の側面だけのように思われる。こうした権原は、所有権というより、むしろ、排他的な自己決定の権利の領域を保障するプライバシーの権利²²⁴として捉えられる方が正確であるように思う。

実際に、中絶の権利を認めたとされるロウ対ウェイド事件判決²²⁵で、合衆国連邦最高裁判所は、中絶を犯罪とするテキサス州法を、プライバシーの権利の侵害を理由に違憲とした。妊娠中絶は、プライバシーの権利のひとつとされたのである。女性は自分の体を所有しているから中絶が認められるとされたのではないのである。

さらに森村は、「自己所有権は、人間の身体という自然な境界に基づいて、諸個人の道徳的領域の間に明確な境界を設定しようとする。その領域の中では、各人は他人や政府からの強制的干渉を受けずに自分の好きなことができるが、それを超えて他人に手出しはできない。これは明確に個人主義的な思想である。アメリカのリバタリアンはしばしばモットーとして“MYOB” (“Mind Your Own Business”) や “Do Not Disturb” をあげる。日本語で言えば、『余計なお世話だ』『放っておいてください』ということになる²²⁶』という。これは、プライバシー概念が、それを学問的に最初に主張したとされるワレンとブランドイスの論文で、「放っておいてもらう権利」の再定式化として提出されたことを考えれば、より一層、所有権ではなく、プライバシー権として捉えるほうが妥当であるように思う。

さてこのような、人の自らの身体への権原を所有権ではなくプライバシーの権利として捉える考え方に対しては、少なくとも、次の二つの批判が考えられる。ひとつは、実際に森村によって提出されているものである。いま一つは、私の述べるプライバシー権説の前提に対する疑義である。まず、現に森村が提起している反論から見えてくことにしよう。

森村は、自己所有権に対する批判者の主張を次のように定式化している。「——財産権、特に所有権は、対象物への単なる排他的支配権だけでなく、その物を譲渡したり、処分したりする権利も、核心的な要素として含んでい

る。ところで自己の生命・身体・自由への権利として理解された自己所有権は、結局のところ自己の身体を排他的に支配する権利である。(中略)：『自己所有権』なるものは、「自己支配権」とか「自己決定権」とか名づけたほうが適当な、譲渡できない、あるいは少なくとも有償で譲渡(売買)できない人格的権利であって、財産権とは根本的に異なる³⁴⁾」。この定式化は、自己の身体に対する権原をプライバシーの権利として構成する私の見方についても当てはまり、森村による再批判の矛先は、私にも向けられるであろう。

森村は、自己所有権説批判に「二つの段階で答えたい」とし「一つは用語法に関する回答で、もう一つは規範的判断に関する回答であり「後者のほうが重要だ」と述べている³⁵⁾。しかし、私には、森村が言うところの「用語法」の問題がより重要であると思われる。というのは、「用語法」を云々する際の問題の实质は、身体に対する権原の捉え方だと考えるからである。

森村のいう「自己所有権」は必ずしも有償の譲渡の権利まで含むものではなく、制限されたものであるようで、それゆえ「自己所有権」の内容の多くは、「自己決定権」や「自律」といった名前でも表現できるだろう」と森村は述べる。しかし「それでも私が『自己所有権』という言葉を好む一つの理由は、たとえ両者の意味するものは同じか大差なくとも、その権利は自己の身体という物体に基礎を置いているということを前者の表現の方が示唆しやすいからである」とも述べる。私は「物体に基礎を置く」という権原の捉え方が問題だと考えるのである。

おそらく、問題は、私が「プライバシーの権利」と呼び、森村が「自己決定権」や「自律」の名前で表現する権利は、常に自己の身体の所有権を前提にしているのか、ということである。仮にそうであれば、私のようにプライバシーの権利が身体に対して成り立つと主張することは、自己所有権が当然存在するということを含意していることになるだろう。その場合、プライバシーの権利として捉えた中絶の権利は、妊娠した女性の体とその女性の物で

なければ、そもそもプライバシーの権利も存在しないということになるかもしれない。しかし、例えば次のような仮想の例を考えてほしい。

ある人Aがある特定の人Bと結婚したいにもかかわらず、その婚姻が認められないとする。AとBはそれぞれ、B以外、A以外とであれば、近親婚など他の組み合わせにも妥当する理由で認められないものを除けば、いかなる婚姻も認められるとする。このような措置を公機関がとつたとすれば、それは婚姻の自由というプライバシーの権利の侵害になるかもしれないが、私たちの身体に対する所有権の侵害だとはいいにくいだろう。そのような権利侵害が行われていても、依然として、私たちは物理的に自分の身体を支配しているからである。このように、プライバシーの権利は、自己所有権を常に前提にしているわけではない。自己決定権の対象と所有権の対象は重なり合うことも多いかもしれないが、前者の前提に必ず後者があるわけではないのである。³² プライバシーの権利は、自己所有権を前提にすることなく成立する余地がある。

次に、身体に対する権原はプライバシーの権利として捉えるべきであるという見方に対する批判として考える。第二のものを取り上げよう。私のプライバシー権説は、所有権といっても排他的な側面だけをその正当化の際に持ち出しているのだから、完全な支配を含蓄する可能性のある「所有権」よりもプライバシーの権利とするほうがよいだろうという主張であり、「完全な支配権」と「排他的支配権」の二つの見方が分離可能であるという前提に立っている。しかし、この前提は疑われる余地のあるものであろう。「排他的」とは、自分以外のものに支配されることはないという意味であるが、もし支配権が「排他的」ではあっても「不完全な」ものであれば、結局のところ自分で決定できる余地のない領域が残ることになるかもしれない。そうであれば、自分で決定できない領域がある以上、自分以外の者の支配下にあるのと同然であり、「排他性」を主張することはできなくなるかもしれない。

私の考えでは、「完全な支配権」と「排他的な支配権」は分離可能である。というのは、この二つは、支配権に対する見方の違いであって、相互に排他的な関係にはない概念だからである。「排他性」は、誰が支配するのか、という支配者に関わる属性であり、「完全性」は、どこまで支配できるか、という範疇の属性だからである。排他的かつ不完全な支配権は存在しうる。不完全だからといって排他的でなくなるわけではないのである。

下川潔の分析によれば、自己所有権説の祖とも考えられるジョン・ロックが想定していた自己所有権も、絶対的な支配権ではなかったという³³³。身体に対する支配権を自己所有権だと捉えた場合でも、その所有権の内容が無制限なものだと考える必然性はないのである。身体を所有権の対象だと捉えたとしても、身体という「物」の特殊性からして、土地や車や花瓶のような一般の物と同じような所有権が成立するというのは、むしろ不自然であろう。わが国の民法学説を概観しても、人の身体に対しては、そもそも所有権が成立しないか、するとしても制限されるという見解が一般的であり、通常の物と同じような所有権の成立を認める見解は、今のところ目にし³³⁴ない。

以上をすべて認めたとしても「柔らかな所有権」、「所有権の機能的分解」といったアプローチを用いて所有権概念にお固執することも可能であろう。しかし、それにはどのような実益があるだろうか。身体の扱いに対する権原は、所有権ではなく、プライバシーの権利と構成する方がこの権原の性質を正確に掴んでいるのではないだろうか。逆に、所有権概念をそうでないものに変容させる解釈自体が、プライバシー権や自己決定権の必然性を示唆すると思われる。所有権の排他性が限界はあれ公権力にも対抗できるという公共的性質を直視し、それに焦点を当てた概念としてプライバシー権や自己決定権を捉える。こうすることにより、公法私法の二分法の前提を含めた公私二元論的法学の基本構造まで反省の対象にしうる、そのような視座がここに拓けてくると思われる³³⁵。その探究にはむしろ他日を期す他ない。ここでは、このような配慮が、以下では相対化された所有権概念ではなく、完全な支配

を含む(硬い)所有権を対象に論じる理由であることだけを述べておく。

もし、身体に対する権原が所有権であれば、私の所有物である花瓶をどのように扱ったとしても問題がないように、身体に対してもどのように扱ってもよいのかもしれない。しかし、一方で、花瓶を棚にしまいこもうが、壊そうが、貸与しようが、贈与しようが、売却しようが何ら問題がないのに対し、自己の身体に対して同様のことをすれば、多くの問題が発生する。もちろん、自己所有権論者の中にも、身体を花瓶とまったく同じように扱うことは反対する者がいるかもしれない。しかし、自己所有権が成立するならば、原則として、身体と花瓶を区別する理由はないはずである。

例えば、身体やその一部の売買を禁止するためには、明確な理由を要する、と考えるのが自己所有権論者であるはずである。実際、森村は、有償の臓器提供を禁止する論拠を検討して、それらがいずれも明確な論拠にはならないと主張し、有償の臓器提供を認めない理由はない、という議論を展開している。²⁶⁵ここで注意すべきなのは、身体の権原に対する自己所有権論者の議論は、所有権を前提にしているために、原則は完全支配であり、その制限は例外的なものであり、制限のためには理由が必要だと考えていることである。

しかし、身体に対する権原が、所有権ではなく、プライバシーの権利であるならば、譲渡や処分といったことが、ただちに認められるとは考えられない。そうしたことが認められるためには、そうした行為がプライバシーの権利として保護に値するということが明らかにされる必要があるだろう。

このように、身体の権原に対する自己所有権論者と、私が主張する「プライバシー権説」とでも呼ぶべき立場のもっとも大きな違いは、自己所有権論者は、「なぜ、身体の譲渡が認められないのか」と問うのに対して、私が主張する立場では、「なぜ、身体の譲渡を認めるべきなのか」と問い、それに対する理由を要求する点である。このよう

に考えれば、臓器の提供を、たとえそれが無償提供であったとしても、単純に本人の選択の問題であると、本項目頭のハリスのように片付けるわけには行かないだろう。

二 生体からの臓器提供はプライバシーの権利として認められるか

さて、ここでの元々の問題意識は、私たちが身体に対する権原をどこまで持っているのか、具体的には、臓器を提供する権原を持っているか、ということであった。これまでの検討によれば、私たちが、自身の身体に対して所有権を持っているとは考えにくい。私見では、生体からの臓器提供を正当化することは、有力と考えられた自己所有権説が疑いのあるものである以上、非常に困難であると考ええる。しかし、他方で、生体からの臓器提供が一切認められない、一律に禁止すべき、という主張をなすことも、これまでの検討からは導かれまいと考える。

生体からの臓器提供を容認する、あるいは容認できる場合がある、という議論をする方法は複数あるかもしれない。ここでの問題は、容認論を許容する議論がいくつあるかではなく、そもそもあるかどうかである。私は身体に対する権原をプライバシーの権利だと捉える議論がもつとも有力であると考えるので、ここではその立場から、容認する議論が可能かを検討する。この議論が成功すれば、問題に肯定的に答えたことになる。成功しなければ、少なくともこの議論ではできないことが明確になる。当然のことながら、これはあらゆる議論の不成立を含意するものではない。また、この議論は排他的なものではなく、他の議論による容認が存在しないことをも含意しない。しかし、私は、生体移植は医療実践としては確立したものであるとしても、その道徳的根拠は脆弱なものであると考えており、容認を導く他の議論があるとは考えておらず、また、管見の限り、発見し得ていない。

ここに、臓器移植でしか助からない子を持つ親（とりあえず父親ということにする）がいると想定しよう。検査の結果、彼は移植用の臓器を自分が提供することが医学的に可能であることがわかり、また、ほかに移植用臓器を調達する選択肢がないとする。さらに、彼は手術に伴う潜在的なリスクについても利益についても完全に理解しているとする。その上で、彼は、愛するわが子を助けたいという動機で、臓器の提供を申し出たとする。この場合に、この親から子への臓器提供を、親のプライバシーの権利に基づく選択として認める余地はあるだろうか。

もし、避妊や中絶、結婚、家族との同居や子どもの養育に関わる決定がプライバシーの権利として認められるのであれば、³⁷子を失わないためにする親の臓器提供行為がプライバシーの権利として認める余地はあると考えるべきではないだろうか。

いま、プライバシーの権利として認められるとして列挙したものは共通して、親密な関係に関わる選択である。プライバシーの権利を厳密に定義することは非常に困難であり、現に争いのあるものであるが、³⁸親密な関係に関わる選択をプライバシーの権利として保護に値するものとすることには、同意が得られるだろうと思う。前述の例の親と子の間には親密な関係があると想定されていた。そのような親が子を助けたいと願い、自身の臓器の提供を申し出た場合に、それを認めない理由はないように思われる。親密な関係からのみ得られる利益というものがおそらく存在し、それはプライバシーの権利として保護すべきものであると考えるからである。

親密な関係を有する者に対する臓器提供をプライバシーの権利として認められるという立場をとれば、親子でなくとも、親密な関係が認められる間柄であれば、そこで行われる臓器提供を認めない理由は見当たらないように思われる。³⁹例えば、遺伝的な関係がなくとも、親密な関係をもつ夫婦間や、さらには極めて親密な関係を有する友人間での生体移植にも、他にそれを禁ずる大きな理由がなければ、認められる余地はあるだろう。⁴⁰

このように、臓器の提供を親密な関係を基礎とするプライバシーの権利として構成すると、親子間に限らず、友人関係にまで、それを認める範囲を拡張することが可能であることを見たが、たとえば、まったくの他人間までそれを拡大することはできるだろうか。利他的な行為、ということ、まったくの他人であっても、臓器の提供は認められるという見解も考えうる。⁽⁴¹⁾しかし、プライバシーの権利として認める立場からは、まったくの他人に臓器を提供する行為を、容認することは難しいだろう。⁽⁴²⁾なぜならば、そこには、親密な関係があるとはいえないからである。また、仮に、そのようなまったくの他人に対する臓器提供を公的に禁止したとしても、プライバシーの権利の侵害にはならないだろう。⁽⁴³⁾

また、有償の臓器提供を認めることも難しいだろう。もしも、臓器提供が所有権に基づく行為であれば、有償の臓器提供を認めることができるかもしれない（むしろその方が自然かもしれない）が、プライバシーの権利として認める理由はない。プライバシーの権利が保護するのは、親密な関係においてしか存在し得ない利益なのであり、経済的な利益を保護するものとは考えにくいからである。かけがえない存在を失わないためには他に方法がない。これを理由に容認せざるを得ないものとしてはじめて、生体からの臓器提供は、制度として認められるのである。

三 生体移植がもつ倫理的問題

さて、これまでの検討から、親密な関係を基礎とする臓器提供は、プライバシーの権利として認めることができ、容認できるものといえよう。しかし、注意すべきは、これは認められる場合があるという議論であって、積極

的に認めるべきだという議論ではない点である。むしろ、いくつかの大きな問題から、移植医療の制度化の際に、生体を臓器調達源として積極的に認めることは困難であると考える。

まず、生体臓器移植は、臓器提供者にしてみれば、自らの治療のためにするものではない身体への侵襲であるという点である。このことから生体移植は、「害を与えるな」というヒポクラテス以来の伝統を持つとされる医療倫理に反するものだといわれることがある。¹⁴⁵⁾ 通常の手術は、本人のためにするものであり、そのことが、通常は許されない身体への侵襲を許容する理由となっている。これに対し、生体移植における臓器提供者への侵襲は、本人のためにするものとは言い難く、その点で、これまでの手術、あるいは治療の概念を超えるものである。

生体移植が、プライバシーの権利として認められるものに限定されているならば、「害を与えるな」という原則で、一概に否定する必要はないように思われる。おそらく「害を与えるな」という原則を、例外を決して認めない厳格なものだと考える理由は乏しいように思う。¹⁴⁷⁾ ただし、生体移植がこれまでの治療概念を超える性質を持つ治療法であることは確かであり、限定的な状況でのみ認めることが妥当であろう。¹⁴⁸⁾

生体移植を積極的に認めることを躊躇する第二の理由は、プライバシーの権利として認めることの客観的判断の困難さである。たしかに、真に親密な関係があり、そのことを基礎として臓器の提供が行われる場合は実際に存在するだろうし、そのような場合にその臓器提供を禁止する理由はなく、むしろ、そのことは積極的に認める理由にさえなる場合があるだろう。しかし、個別具体的な状況で、そのような関係を客観的に正しく判断することが果たしてできるだろうか。不可能ではないとしても、それは非常に難しいものであろう。親密な関係というのは、まさに親密であるがゆえに、当事者にしかわからない部分が多々あるように思う。このことは、次の第三の問題にもつながるものである。

第三に懸念される問題は、親密な関係ゆえに自律が脅かされる可能性があることである。例えば、重病の弟をもつ兄に対して、移植でしか助からない臓器疾患を持つ弟と親密な関係があるのだから、臓器を提供すべきだという有形無形の圧力がかかるかもしれない。このように半ば臓器の提供を強要されるような状況で、臓器の提供を申し出たとすれば、その提供意思は自由意思によるものではなく無効なものと考えられる。しかし、親密な関係を基礎にして臓器提供を認めるとなると、そうした状況を招来する可能性は大いにあり、また、そうした半ば強制された提供の意思を客観的に把握することは難しいだろう。

このような家族や第三者からの強要も問題であるが、そのような強要がなくとも、生体移植を制度的に認めることは、臓器提供候補者を過大な試練に曝す可能性がある。仮に、臓器を提供できる者が自分以外にいないことがわかり、提供の相手方との間に親密な関係があったとするならば、その提供者となる者は、本当は臓器の提供を行いたくなかったとしても、その意思を表示しにくい状況がありうることは容易に予想できる。そのような場合であっても、本人には拒否することができるから、たとえ、そのような状況で臓器の提供を申し出たとしても、自由意思に基づくものだ、ということもできるだろう。

たしかに、自由意思といっても、あらゆる状況や要因から開放された状況での判断というのはありえないので、その点では、こうした状況で表明された提供意思も、無効であるとただちに言うことはできないかもしれない。しかし、このような状況で、提供するか否かを判断させられる者には、やはり、通常考えられるよりも過大な考慮をさせることになり、公権力が保護すべき意思表示は期待し難いであろう。このような試練を与える可能性を孕む生体移植は、積極的に認めるべきではないように思う。

さらには、生体移植が安易に認められるとすれば、自分自身を価値あるものだと考える自律を侵害される恐れが

ある。ある親が、何らかの理由で自暴自棄になっており、そこへわが子が自分の移植でしか助からないとなった場合、仮にこの親が子を助けたいと考える気持ちになかったとしても、仮に自暴自棄になっていなければ提供を申し出なかったとするならばどうか。

このように、生体移植は、それを認めるとさまざまな問題が生じる可能性がある。したがって、それを一律に禁止する理由がないとしても、それを積極的に推進する理由もないのである。生体移植は、認められる場合はあるが、それは、他によりよい手段がなければ、という条件付のものとし、極力認められる場合は限定されるべきであるように思う。もし、より問題の少ない臓器調達源があるのだとすれば、臓器移植の制度化に当たっては、そちらを優先的に調達源とすべきと考えるのが妥当であろう。

第四節 規範的な観点からの検討 — 死体

一 臓器調達源としての生体を持つ問題の回避

次に、臓器調達源としての死体について検討する。前節では、生体を臓器調達源として制度化する場合に生じると思われる問題を三つ指摘した。それらの問題はいずれも、死体を臓器調達源とする場合には、生じないように思われる。

例えば、「害を与えるな」という原則は、通常、その対象は生きている人間であると考えられるので、死体から臓器を摘出する行為が、「害を与えるな」という原則で前提にされている「害」とは考えにくい。また、第二のプライ

バシীর権利として臓器の提供を認めるといふ問題も、生きている間は、プライバシীর権利の主体でありうるが、死体がそうした主体であるとは考えにくい。最後に、第三の自律が脅かされる危険性についても、何らかの特
殊な考え方をを用いない限り、死んでいる者の自律ということも考えられないので、死んでいる者の自律が脅かされ
るといふことも真剣な考慮に値しない。¹⁴⁾

さて、このように、死体を臓器調達源とする場合には、生体を臓器調達源とする場合に懸念される問題がほとん
ど生じず、その限りにおいては、生体よりも、死体を臓器調達源とする方が、制度化の観点からは望ましい、とい
うことになりそうである。しかし、他方で、死体には、死体特有の問題があるかもしれない、そうした問題を検討す
ることなく、死体は臓器調達源として望ましいと結論付けることはできない。そこで、本節では、死体を臓器調達
源とすることができるか否か、それは望ましいのかどうか、という疑問に答えるべく、いくつかの問題を検討しよ
うと思う。

二 死体に関する権原

(一) 死体の所有権と所有権者

死体を臓器調達源と捉える際にまず考えるべきなのは、死体に対して、誰がどのような権原を持っているのか、
ということである。誰が、死体からの臓器提供を許諾できるのか、このことを考える際に手がかりとなるのは、死
体に関する所有権についての議論である。仮に、死体に対する所有権の内容と所有権者が確定すれば、死体からの
臓器の摘出が許されるのか否か、誰のどのような承諾を得る必要があるのかについて、一定の結論が導けるかもし

れないからである。

死体に対する所有権については、学説上争いがあるが、これまでの議論は、概ね次の三つに分類できるとされる。⁵⁰⁾ ①死体は物であり、所有権は相続人にある。②死体は物ではなく、第三者に対する引き渡し請求権等は、慣習による一種特別な死体埋葬の権利義務により、相続人にある。③死体は物であるが、所有権の内容は財貨に対する所有権とは異なり、その所有権は喪主たるべき者に帰属する。また、この問題について参照される判例では、死体は物であり、所有権は家督相続人⁵¹⁾にあるとし、ただしその所有権は、財貨に対する所有権とは異なり（所有権の放棄は許されない）、死体は埋葬管理と祭祀供養の客体であるにとどまる、とされる。

ここで注目すべきは、死体は物か否か、死体に所有権は成立するか否かについて争いがあるが、いずれの見解も、死体が何らかの権利の客体であることに争いはない、という点である。しかも、いずれの見解も、死体という財の特殊性から、所有権が成立するとしても、それは制限されたものであり、一方、所有権の成立を認めない見解においても、一定の支配権を認めるので、結論においては変わることはない⁵²⁾とされる。よって、死体に対して成立する所有権は、通常の所有権よりも制限されたものだと考えてよいだろう。

すると、次に問題となるのは、その所有権は誰が有しているのか、ということである。これについては、所有権者は祭祀主宰者（喪主）であるとする説を支持できるように思われる。というのは、まず判例であるが、これは戦前のもので、相続人を単なる相続人ではなく「家督」相続人として⁵³⁾いることから、相続人と祭祀主宰者が別である場合には、祭祀主宰者に所有権を認めると考えることが可能である。また、学説においても、①の類型に属する議論も、公序良俗に反しない限りでの処分権であるとか、慣習法に基づいて認められるというようなことを述べており、そこでは、主として埋葬が念頭におかれていると推定することができる。所有権は相続人に、といっているが、

埋葬が念頭におかれている以上、相続人と祭祀主宰者が分離する場合には祭祀主宰者が所有権者と考えて、問題ないだろう。類型②では、所有権は相続人に帰属するとしているが、死体埋葬の権利義務というようなことを権利の根拠としている以上、祭祀主宰者を所有権者とする方が、本来的であろう。類型③は喪主たるべき者が所有権者とはつきり述べている。以上より、死体は物であり、その所有権は祭祀主宰者にあると考えるのが妥当であろう。⁵⁴⁾

(2) 死体に対する所有権の内容

死体に対する所有権は、その性質からして、財貨に対する所有権（使用・収益・処分権）と同じ内容を持つものとは考えられない。これは、前述の判例でも、学説でも一致している。さらにいえば、死体は祭祀財産に準じる物とみなしてよいと思われる。前述のように、判例も学説も、その見解の背景にあるものは埋葬であった。したがって、所有権の内容も、おのずと、埋葬等の祭祀に関わるものを予定していると考えられるからである。また、民法八九七条一項は「系譜、祭具及び墳墓の所有権は」とあるように、祭祀財産に所有権の成立を認めているが、続く条文で、祭祀財産は「相続する」とせず「承継する」と述べ、一般の財貨と区別もしている。⁵⁵⁾ 先ほどの検討で、死体は物であり、所有権の帰属は祭祀主宰者にある、という結論に至ったが、この結論は、死体は祭祀財産に準じる、というの事実上かわりがない。死体は祭祀財産に準じる物とみなすことができるだろう。⁵⁶⁾

さて、祭祀財産に準じる物である死体に対する所有権はいかなるものであるか。祭祀財産に準じる以上、祭祀に関わる使用、処分が認められるというべきであろう。祭祀で収益を上げることには積極的な価値を認めることはできないので、祭祀財産は収益権の対象ではないだろう。おそらく、埋葬・祭祀・供養が、祭祀財産に準じる物としての死体に対する所有権の内容となろう。その点で祭祀財産権以上の処分権原を祭祀財産所有者に認めることはで

きないから、臓器の摘出の許可権は、所有権者である祭祀主宰者にはないことになる。⁵⁷⁾

(3) 死体からの臓器調達は許されるか

それでは死体からの臓器摘出の許容問題はどうか。死体に対する所有権の内容は、埋葬・祭祀・供養なのであるから、その権利を侵さない範囲であれば、臓器の摘出は許容されるべきである。そこで、次に問題となるのは、臓器の摘出行為が、死体に対する遺族の権利の侵害であるのか、ということである。侵害がなければ、臓器摘出は問題なく許容される。また、侵害があったとしても、侵害が軽微で、その侵害にまさる利益が臓器摘出に認められれば、臓器摘出は許容される。侵害がないと考える説を検討し、次に、侵害があったとして、それにまさる利益が臓器摘出に認められるか否かを検討する。

臓器の摘出は、死体に対する所有権を侵害する行為であろうか。「臓器の摘出は一般の手術の程度を出ないのであって、遺体の外観的完全性は容易に維持できるのであり、さらに、葬儀を遅延させるほどの時間を要するものでもないのであって、臓器摘出によって遺族の葬祭権が侵害されることは考えられないのである」という見解がある。ここでは、「外観的完全性」と「短時間性」が充たされているので、死体に対する所有権の侵害はない、と考えられている。この見解に問題がなければ、第四章で検討したように、臓器移植にそれ自体を否定するほどの明確な問題は今のところないのであるから、所有権の侵害がないならば、死体からの臓器摘出は許容できると考えてよいだろう。

一方、侵害がないとまではいえず、少なからぬ侵害はあるのではないか、という批判も十分に考えられる。その場合には、死体に対する所有権と、臓器摘出の必要性との比較衡量ということになる。⁶⁰⁾これは、臓器摘出にどれほ

ど公共的な利益が認められるのかということも問うこともある。フランスでは、移植医療に公共的利益をみている。⁶¹⁾そのため、臓器摘出の本人の意思表示方式として、反対意思表示方式（拒否の意思表示がない限り臓器の摘出を認める）を採用している。

わが国では、死体に対する所有権は不可侵のものと考えられているのだろうか。刑法一九二条は検視を経ないで変死者を葬ることを禁じている（変死者密葬罪）。軽犯罪法一条一八号は、自己の占有する場所内に死体もしくは死胎があることを知りながら速やかに公務員に申し出ない者を罰し、同条一九一号は正当な理由がなくて変死体または死胎の現場を変えた者を罰している。死体の所有権が不可侵のものであれば、所有権者が祭祀財産に認められた範囲内（祭祀・埋葬・供養）での所有権の行使としての「葬ること」や「死体の現場を変えること」は許されるはずであるが。法はそれを禁じている。さらに、死体解剖保存法七条一項の各号は、遺族の承諾なしに解剖を許可する場合を認めている。⁶²⁾これらのことから、検死⁶³⁾など何らかの公共の利益を保全するためには、死体に対する所有権は制限されると解することができる。

次に検討すべきは、臓器摘出が、死体に対する所有権を制限するに値するほどの公共の利益とみなせるかどうか。臓器摘出が必要なものは、いうまでもなく、臓器を必要とする人々がいるからである。問題は、死体に対する所有権と臓器摘出の必要性とどちらを優先すべきか、すなわち、死体の所有者と臓器を必要とする人々のどちらの利益を保護するか、である。⁶⁴⁾

臓器を必要とする人々が、なぜ臓器を必要とするのかといえば、それは臓器を移植しなければ生きることができない、あるいは著しくQOLの低い状態に甘んじなければならぬからである。不養生などの個人的責任で、健康を害している場合は、不健康であっても、「不当な状態にある」とはいえないが、自ら招来しなかったにもかかわらず

ず、移植を必要とするような重篤な病におかされるのは、道徳的観点からみて、いわれのない不利益といえる。この不利益は可能な限り、是正されるべきである。国家がなすべきことは、ある医療を望む者が、適切な対価を支払えば必要な医療を受けられるようにすること、医療アクセス権を保障することであろう。また、臓器を必要とする人々からすれば、臓器移植を可能にする制度化を求めることは、憲法上の生存権に基づくものだと解する余地がある⁶⁵⁾。

次に、死体の所有者の権利について検討しよう。たしかに安易に「公共の福祉」や「公益」の名の下に所有権が制限されるのは、所有権が権利である以上、問題である。しかし、死体に対する所有権は、そもそも一般の所有権に比べ、制限されたものであった。その内容は祭祀に関するものだけであった。臓器を必要とする人に認められる権利は、人権に基づくものであり、他方、死体の所有者に認められるのは、制限された所有権であった。もし死体の所有者を優越させるのであれば、それは、祭祀を重視し、生命を軽視することにもなりかねず、妥当な結論とはいえないであろう。しかも、臓器摘出を認めたとしても、前述の死体の「外観的完全性」と臓器摘出の「短時間性」が担保される限り、所有権の侵害といっても、軽微なものにとどまるのである⁶⁶⁾。結局、死体に対する所有権の内容・強度は、臓器摘出を許容しないものではなく、死体からの臓器摘出は、許容される。

さて、死体からの臓器摘出が許容されるとして、臓器が摘出される死体はどのような死体なのか。現行の臓器移植法では、移植のための臓器摘出が認められるのは、書面で明示された本人の提供意思があり、遺族がそれを拒まない場合とされている⁶⁷⁾。ここでは、もっぱら本人と遺族の利害のみが考慮されている。

しかし、そもそも、死体を前にして、その死体に対して利害を持つのは、遺族と臓器を必要とする人の二者ではないか。問題は、遺族と臓器を必要とする人の間の権利の調整であるはずである。死体となつてしまえば、本人は

権利の主体ではないから、この利害調整問題からとりあえずはずすべきであろう。また、遺族の権利は、祭祀主宰者に帰属する死体に対する所有権であり、それは通常の所有権よりも制限されたものであった。一方、臓器を必要とする人の権利は人権に基づいて保護すべきとの主張が可能であった。このように考えると、臓器の摘出にあたって、本人や遺族を、臓器を必要とする人に優越して、保護すべき理由はないように思われる。このことから、移植用の臓器が必要とされる限り、原則としてすべての死体が、臓器摘出の対象となると考えられる。

(4) 本人の意思の尊重

「原則として、すべての死体は臓器調達源となりうるし、ならなければならない」という主張には、本人の意思をまったく考慮していないことに対して疑問が投げかけられるだろう。臓器調達源として死体を論じるこれまでの議論の多くは、本人の意思を最大限に尊重しようという方向のものであり、⁶⁸⁾ 現行法もそうした議論を踏まえたものに見える。

しかし、臓器摘出の場面では、本人は死体となっている以上、権利の主体ではない。とすれば、いかなる理由で本人の意思を死後も尊重しなければならないのか、その権利構成は容易ではないように思われる。また、死後の本人の意思尊重が何らかの権利として認められたとしても、その権利が、臓器を必要とする人々の人権に基づく要求を退けることができることを示さなければならないだろう。

死者の意思を保護しなければならぬ理由として、まず、生者に認められる自己決定権が死者にも認められるという「人格の残存説」とよばれるものが有力に存在する。⁷⁰⁾ しかし、生者に認められる権利が、ただちに死者にも認められると考えることは、死体は通常、権利の客体と考えられる以上、受け容れがたい。また、「人格が残存する」

という主張も、それが具体的にいかなることを表現しているのか明らかではなく、にわかには受け入れがたい。⁽⁷¹⁾「人格の残存説」に立つ論者には、人格が残存することの根拠を示す必要があると思われるが、その根拠は明らかではない。法的観点からすれば、生者と死者は決定的に違うのであるから、なぜ生者の権利がそのまま死者の権利となるのかについて、人格の残存を唱える者は明らかにすべきであろう。

次に、「期待権説」とよばれるものがある。これは、現在生きている人々が、死後、自分の死体を不当に扱われないことを期待する権利がある、とするものである。⁽⁷²⁾この説は、生きている人間に基づく権利からの説明であり、支持することができよう。現に生きている人は、自らの死後に思いをめぐらせることができるし、思いをめぐらせてしまう。このことは権利として保護するに値するだろう。たとえば、信仰上の理由から、死後、臓器を摘出されることと昇天できないと信じている者がいたとして、死後、強制的に臓器が摘出される制度があること(すなわち、死後、本人の意思が制度的に保障されないこと)を知られば、その人は、生きている間に、絶望に打ちひしがれるかもしれない。このように、生者の死後に対する期待権は、生者の幸福追求権、あるいは信教の自由といった人権に基づくものと解することができるので、保護すべきだと考える。

ここまでの検討から、本人の意思は、現に生きている本人の人権に基づいてその保護を主張可能であるから、臓器を必要とする人の権利より尊重すべきものである。先に、臓器調達源としうる死体は、原則としてすべての死体であるとした。しかし、臓器摘出に対する本人の拒絶意思があった死体については、その例外として、臓器調達源としてはならないと考える。これは、臓器提供の意思表示方法として、「反対意思表示方式」を採用すべきであるという結論につながる主張であるが、この方式に対しては批判的な見解が多い。⁽⁷³⁾

しかし、「期待権説」に立つ限り、反対意思表示方式をとることに問題はないと考える。「承諾意思表示方式」と

「反対意思表示方式」の最大の相違点は、意思表示をしなかった者の扱いである。「承諾意思表示方式」の場合は、臓器の摘出は不可、「反対意思表示方式」の場合は可となる。期待権説は、死後に自分の死体を不当に扱われないことを期待する権利であったはずである。すなわち、本人の意思に反しない死体の扱いがなされるというのが、その内容であるはずである。ところで、意思表示のない死体から臓器を摘出したとしても、本人の意思に反したことはならない。そもそも反してはならないとされる意思が存在しないからである。

しかし、期待権説に立ちつつ、「承諾意思表示方式」を採用すべきとする見解がある。たとえば、期待の内容を「自分の身体が自己の意思に反した取り扱いをされないことへの期待と解するべきである」と述べつつ、「本人の自己決定権を重視する本稿の立場からは推定を認めることには否定的にならざるをえない。臓器移植法においても、明示かつ現実の同意が必要な旨を規定すべきである」とするものがある。期待権説は、論理必然的に「承諾意思表示方式」も導かないし、「反対意思表示方式」も導かない。それは、本人の「明示の」意思がある場合にはそれを尊重すべきであることを導くだけにすぎない。期待権説は本人の明示の意思を保障する制度である限り、「反対意思表示方式」も、「承諾意思表示方式」も同様に許容されると考える。どちらの方式を採用すべきかについては、期待権説からは導くことはできず、別の次元の考慮から決定されるべきであろう。しかし、期待権説に立ちつつ、承諾意思表示方式を主張する論者は、もっぱら本人の自己決定を根拠に承諾意思表示方式を主張する。だが、実際の問題は明示の意思表示のない者（つまり自己決定しなかった者）の扱いなのであるから、自己決定を理由に承諾意思表示方式を主張することもできないければ、反対意思表示方式を批判することもできないはずである。意思に反しない、ということの保障は、本人の拒絶意思の尊重で十分なされると考える。⁷⁶⁾

期待権説に立つ限り、「反対意思表示方式」を採用することは許容される。一方で、臓器を必要とする人が多数お

り、許容される範囲内での臓器調達量は多いほうがよいのであるから、「反対意思表示方式」を採用する必要性がある。⁷⁶⁾

私は、死後についての本人の意思は尊重に値するものであると考えるし、また、臓器を必要とする人に対抗できるだけの強さを持つ権利であると考ええる。したがって、本人の反対意思表示のある死体を、臓器調達源としてはならないと考える。しかし、生前に積極的に意思を表示していない死体から臓器を摘出したとしても、本人の意思を侵害したことにはならないと考える。よって、表示方式は、「反対意思表示方式」が妥当であると考ええる。

しかし、このような結論に対する疑問として、通常の財物に対しては、遺言制度の存在により、遺産の処分方法にある程度指示することができるのに対し、身体という、生きている間は通常の財物よりも高度な法的保護を受けていると考えられるものに対して、臓器摘出の拒絶、というような弱い形でしか死後の扱いについての本人の意思が尊重されないのは、均衡を失するものだと考えられるかもしれない。この疑問は一見もつともなものに思われるが、実際には真剣な考慮に値する疑問ではないように思われる。

第一に、生きている間に、身体が通常の財物以上の保護を受けるのは、まさに生きているからなのであり、死体についてその保護が劣ることは、むしろ当然であろう。第二に、通常の遺産よりも死体について、生前の本人の意思の尊重が劣ることも、通常の財物と死体の利用価値という観点からみた差異を考えれば理解可能なもののように思われる。通常の財物は、遺産として残された場合に、遺族が有意義に使用・収益・処分することが可能である。他方、死体は、遺族にとつては、祭祀財産以上の利用価値はないのであり、移植ということであれば、移植臓器を必要とする人々しか、その価値を享受することができないものである。また、仮に生命科学技術の発展によって死体に金銭的な価値が発生し、それについては遺族が享受可能であるとしても、そうした死体から金銭的価値を

得ることが、いまのところ認められていない以上、道徳的な直観からしても、有効な反論にはならないように思われる。財物としての死体の特殊性を考慮すれば、むしろ、死後の処分方法に対する本人の意思の尊重の仕方は、財物を予定している通常の遺言制度とは異なるものとするのが、妥当であるように思われる。

(5) 遺族の意思の尊重

反対意思表示方式を妥当とする私の説に対しては、遺族の権利を過小評価しているとの批判が予想される。たとえば、家族の意思を本人の意思と同等に尊重しようという見解がある⁷⁶⁾。この見解に対しては、家族（遺族）の意思を、本人の意思と同等、もしくはそれ以上に尊重することの理論的問題を指摘したい。

繰り返しになるが、遺族に認められるのは、死体という祭祀財産に準じる物に対する、限定された所有権である。一方で、本人の生前の意思の尊重の根拠は、人権に基づく期待権であるとした。このことから、遺族の意思は、本人の意思に対して劣後すると考えるのが妥当であろう。期待権を保障するために、死後も本人の意思が尊重される制度が担保されていなければならない。人は、自分の死後、自分の意思が尊重されたか否かを確認する術を持たない。よって、自分の期待権が保障されるか否かは、自分が生きている間に、周囲の人間で亡くなった者の生前の意思が尊重されたか否かを知ることによってしか確認できない。死後、本人の意思が、遺族の意思によって容易に否定されることを容認、あるいは積極的に支持するような制度があることは、現に生きている人の期待権を侵害し、ひいてはそれを保障しなければ、その人の人権を侵害することになる。生きている間の個人の生き方が、家族によって決せられることが不当だと考える限り、死後において本人の意思よりも遺族の意思を尊重することは不当だと考えなければ一貫しないだろう。

ただ、家族は、本人の生き方に意見を言うことはできる。たとえば、結婚や離婚という人生の節目に際して、どうすべきか意見をいうことは、普通になされているだろうし、不当とも考えられない。職業についても、衣食住についても、およそ本人の生き方の根幹に関わることについても、家族は意見を述べることができる。それと同様に、死後の臓器摘出に対して、本人の生前に、家族が意見を述べることは可能である。家族として、摘出に反対ならば、反対意思を表示するように本人に勧めることができる。家族には、このように意見を言う機会があるのであるから、本人の死後、家族の意思を尊重しなかったとしても、家族の意思に配慮していないことにはならないと考へる。

ただし、遺族（正確には祭祀主宰者）には、埋葬・祭祀・供養の権利が認められるので、埋葬・祭祀・供養に支障をきたすような第三者の行為を排除する権利があると考えられる。よって、埋葬・祭祀・供養に支障をきたす場合には、移植用臓器の摘出を拒否することが認められる余地があろうが、そうでなければ、遺族には、臓器の摘出を承諾する権利も拒否する権利もないと考えるべきであろう。

さて、これまでの検討から、死体に関する権原という法的な観点から見た場合には、死体を臓器調達源とすることが可能であるように思う。しかし、そもそも死体を臓器調達源としてみなすことは、倫理的に許されないかもしれない。とりわけ、死体を臓器移植のために利用するということは、従来になかったものである。これまでの死体に関する法的な議論の中には、医療資源としての死体を予定しないものも多い。したがって、法的な観点からの検討によって、死体が臓器調達源として認められたからといって、他の考慮から死体を臓器調達源として認めることはできない、という結論に至るかもしれない。そこで、次に、倫理的な観点から、死体を臓器調達源として認めることができるのかについて検討することにする。

注

- (1) 西中知博「人工心臓（臨床）」人工臓器三二卷三号七一頁以下参照。
- (2) 小澤純二・森脇信・宮川潤一郎「人工臓器」人工臓器三二卷三号九六頁以下参照。
- (3) 武輪能明「人工肺」人工臓器三二卷三号八九頁以下参照。
- (4) 佐中孜「人工腎臓」人工臓器三二卷三号九一頁以下参照。
- (5) 小野寺一彦・葛西真一「人工肝臓」人工臓器三一巻三号九三頁以下参照。
- (6) 藤堂省・古川博之「異種移植の展望」浅野茂隆・小澤和恵・藤正巖編『移植と人工臓器』（岩波書店、二〇〇一年）八五頁以下参照。
- (7) 仲谷達也「腎移植の問題点―移植医の立場から」岸本武利監修、瀬岡吉彦・仲谷達也編集『腎移植の医療経済』（東京医学社、二〇〇一年）一三頁参照。
- (8) 田中紘一「臓器移植の現状と限界」浅野茂隆・小澤和恵・藤正巖編『移植と人工臓器』（岩波書店、二〇〇一年）七八頁参照。
- (9) 田中・前掲注(8)七八頁。
- (10) 日本肝移植研究会ドナー安全対策委員会「生体肝移植ドナーが肝不全に陥った事例の検証と再発予防への提言」移植三九巻三号四七頁以下参照。
- (11) 仲谷・前掲注(7)一五頁。
- (12) 社団法人臓器移植ネットワーク公開のホームページ（<http://www.joinw.or.jp/>）参照。
- (13) John Harris, *Wonderwoman and Superman: The Ethics of Human Biotechnology*, Oxford University Press, Oxford, 1992, at 113.
- (14) Harris, *Wonderwoman*, at 113. ハリスは、自発的な選択を正統なものと認めるためには、それが自由意思で行われること、強制されていないことなど、選択が自発的であるといえることが前提であると述べている。

(15) 「『自己』所有権 (self-ownership)」という言葉は、ロック・ノージック的リベタリアニズムの核心をなすテーゼとして、それを批判する「分析的マルクス主義」の代表的な政治哲学者 G・A・コーエンが使い出した言葉」(森村進『自由はどこまで可能か リベタリアニズム入門』(講談社、二〇〇一年)三四頁)とされ、コーエンの定義によれば、自己所有権説とは「人はそれぞれ、自身の身体と能力の正当な所有者であり、その結果として、その能力を行使して他人を攻撃しない限り、各人は、自分が望むとおりにそうした能力を使う(道徳的にいうところの)自由がある」(Gerald A. Cohen, *Self-ownership, Freedom and Equality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, at 67)と述べるものとされる。わが国で自己所有権説を有力に唱えるのは森村進である。森村は、「自分の人身(身体)への所有権として理解された自己所有権を『狭義の自己所有権』と呼び、自分の労働の産物とその代価としての財産の権利も含めて『広義の自己所有権』と呼ぶことにする」(森村、同三四頁)と述べる。ここで問題としたいのは、狭義の自己所有権であるので、特に断らない限り、本稿で自己所有権という場合には、狭義のものを指す。ただし、人の身体に対する所有権を「自己所有権」と呼ぶことは不適切であり、「人身所有権」という名称を用いるべきであるとする見解がある(下川潔『ジョン・ロックの自由主義政治哲学』(名古屋大学出版会、二〇〇〇年)六十九頁以下参照)。この見解はもつともなものであると考えるが、ここでは、検討の対象である森村説で「自己所有権」が用いられていること、また「自己所有権」の方がより一般的になっていることを考慮し、無用な混乱を避けるために、「自己所有権」という名称を使用することにする。

(16) 森村・前掲注(15)五四頁。

(17) 森村・前掲注(15)五四頁。なお、森村は、自己所有権から、臓器の無償譲渡は当然認められると考えているようで、むしろ臓器の有償譲渡、すなわち売買の禁止が正当化できるかということが検討の中心となっている(自己所有権を認めるならば、無償譲渡を認めて、有償譲渡のみを禁じる明確な理由はない、というのが森村の結論である)。本稿では、有償、無償を問わず、臓器の調達源として生体を認めてよいか、という疑問に答えることが課題なので、臓器の譲渡について、自己所有権から森村の考え

るように当然に認められるものなのか、という問題意識をもって、森村の自己所有権説を検討することとする。よって、とくに断らない限り、本稿で扱う臓器の提供・譲渡は、有償のものに限らないものとする。

- (18) 二つの例については、森村進『財産権の理論』（弘文堂、一九九五年）二八頁以下参照。なお、本稿では、合わせて、森村・前掲注(15)、角田猛之・長谷川晃（編著）『ブリッジブック 法哲学』（信山社から二〇〇四年一〇月に刊行予定）の森村執筆部分である「第六講義」と「第九講義」の草稿も参照する（なお、公刊前の原稿の閲読を快くお許しくださった森村進教授には、記して感謝申し上げる）。

- (19) John Harris, "The Survival Lottery", John Harris (ed.), *Bioethics*, Oxford University Press, Oxford, 2001, at 300-315. なお、抄訳として、ジョン・ハリス、新田章訳「臓器移植の必要性」加藤尚武・飯田亘之編『バイオエシックスの基礎—欧米の「生命倫理」論』（東海大学出版会、一九八八年）がある。

- (20) 森村・前掲注(15)五〇頁。

- (21) Judith Jarvis Thomson, "A Defence of Abortion", *Philosophy & Public Affairs*, 1/1(Fall 1971), pp. 47-66. なお、この論文は、Harris(ed.), *Bioethics* に収められており、翻訳として、ジュディス・J・トムソン、星敏雄、古郡悦子、木坂貴行、新田章訳「人工妊娠中絶の擁護」加藤・飯田編・前掲注(19)がある。

- (22) 森村・前掲注(18)『財産権の理論』三四頁。

- (23) 森村・前掲注(18)「第六講義」草稿「中絶の権利」の項。

- (24) こうした自律や自己決定の権利を（憲法上の）プライバシーの権利として認識することは、アメリカでは一般的であるが、わが国の憲法学説ではプライバシーの権利は「自己についての情報をコントロールする権利」と解し、自律に関する「自己決定権」は別個の権利として理解すべきとの考え方が有力のようである（佐藤幸治「プライバシーの権利」『憲法の争点（新版）（有斐閣、一九八五年）』、竹中勲「プライバシーの権利」『憲法の争点（第三版）』（有斐閣、一九九九年）参照。他方

で、昨今議論されることの多い「自己決定権」はアメリカでのプライバシーの権利に触発されたものであり、表現の仕方は異なるが、アメリカでの(憲法上の)プライバシーの権利と変わるところはほとんどない(松井茂記「自己決定権について(二)」
 阪大法学四五巻五号二頁以下参照)。

(25) 身体に対する権利としての「所有権」と「プライバシー」という二つの捉え方を整理する試みとして、Radhika Rao, 'Property, Privacy and the Human Body' (2000), 80 *Boston University Law Review* 359 がある。身体に対する権原をプライバシーの権利とする捉え方について、本論文から示唆を得た。

(26) 身体に対する権利の説明として、所有権説とプライバシー権説のほかに、占有権説というものも考える。しかし、占有権説は、後述するプライバシーの権利と同じく、身体の不可侵性などを説明できる長所をもつが、他方で、占有権は「物」に対する権利であるから、身体を「物」とみなす所有権説とその短所(身体を「物」とみなすことの不適切性については後述する)を共有する。従って、所有権説に対する「物化」批判がここでも妥当するので、独立して論じることとはしない。

(27) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)

(28) 森村・前掲注(15)三六頁。

(29) S. D. Warren & L.D. Brandeis, 'The Right to Privacy', (1890), 4 *Harvard Law Review* 193. なお、水谷雅彦「プライバシー概念の再検討と現実的諸問題」日本法哲学会編「情報社会の秩序問題」(有斐閣、二〇〇二年)も参照。

(30) 森村・前掲注(18)「財産権の理論」六一―六二頁。

(31) 森村・前掲注(18)「財産権の理論」六二頁。

(32) 立岩真也は、自己決定権と私的所有権の関係を次のように述べる。「近代的な意味での所有権は、単に所持する権利ではなく処分権であるから、その限りで、「所有」と、あることをどのように扱うかという「決定」とは同じものである。だから『所有権』と『決定権』とは同じである。そして、自己決定とは自己が決定することであり、私的所有とは私が所有することである。」

だから、この限りでは、自己決定（権）と私的所有（権）とは同じである。」（立岩真也『私的所有論』（勁草書房、一九九七年）二頁） 自己決定権と私的所有権が同じである場合もある（多い）かもしれないが、前者が成立する場合に後者が成立しない場合もあるうし、逆の場合もあるように思われる。

(33) 下川・前掲注 (15) 八六頁以下参照。また、下川はロックのプロパティの概念を分析すれば、「支配権」と「排他性」の二つの側面から理解されるべきであると述べている（同、八八頁以下参照）。

(34) 生きた人体またはその一部は「物」ではないとする説として、我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店、一九三〇年）二〇二頁、川島武宜『民法総則』（有斐閣、一九六五年）一四四頁、幾代通『民法総則（第二版）』（青林書院、一九八四年）一五七頁、四宮和夫・能見善久『民法総則（第五版増補版）』（弘文堂、二〇〇〇年）一三二頁、北川善太郎『民法総則（民法講要Ⅰ）』（有斐閣、一九九四年）九五頁、野村豊弘『民法Ⅰ序論・民法総則』（有斐閣、二〇〇二年）九〇頁（ただし、野村説では、毛髪等は権利の客体となるとする）。人は物ではないが、人の臓器、血液、身体組織等で人体から分離されるものについては物であるとす（有斐閣、二〇〇〇年）一四〇―一四二頁。生きた人体またはその一部は物であるが、所有権が制限されるとする説、石田稔『民法総則』（悠々社、一九九二年）二五五頁、内田貴『民法Ⅰ 第二版補訂版 総則・物権総論』（東京大学出版会、二〇〇〇年）三四八頁、加藤雅信『新民法体系Ⅰ 民法総則』（有斐閣、二〇〇二年）一七九頁。

(35) この指摘は森際康友教授に負う。

(36) 森村・前掲注(18)「第9講義」草稿。

(37) これらは、合衆国最高裁判所によってプライバシーの権利として認められている（松井茂記「自己決定権について（二）」『版大法学四五巻二号一三頁以下参照』。ただし、これらの決定を行う権利は、「親密な結合の自由」というある種の結社の自由として保護される可能性も示されているという（岩浅昌幸「Freedom of Intimate Association」に関する一考察——自己決定権との関

わりを意識して——筑波法政一四号参照)。

(38) プライバシーの権利概念の議論の整理として、新保史生『プライバシーの権利の生成と展開』(成文堂、二〇〇〇年)一〇七頁以下参照。

(39) この議論は、規範的な観点からのものである。医学的には、遺伝的に類似する臓器は拒絶反応が少ないという理由で、遺伝的な関係を有する者の方が提供者としてよいとされる。免疫抑制剤を用いれば、拒絶反応を抑えることは可能だが、免疫抑制剤による副作用もあることから、依然として遺伝的近親者からの臓器提供が望ましいとされる。See Arthur L. Caplan, *Am I Brothers Keeper?*, Indiana University Press, 1997, Bloomington at 119-120.

(40) ただし、親密な関係というのは主観的な要素であるので、それを客観的にどのように判断するのかが難しい問題である。親子のように、親密な関係を持つであろうとの推定の働く関係であっても、実際にはそのような関係がない場合もある。したがって、個別具体的な検討なしに、親子であれば容易に認められるとか、友人関係については認められない、と一概に述べることは、おそらくできないであろう。このように述べると、結局いかなる場合に生体移植が認められ、認められないのかについて何も述べていないと批判されるかもしれない。しかし、私の考えでは、親密な関係の存否の認定は、当該関係の精査なく判断することはほぼ不可能であり、血縁関係等、関係による類型化にはあまり意味がないと考えている。ここで明らかにしたかったことは、臓器提供の権原が認められる場合があり、それはどのような理由によるものであるのか、ということである。意味があるのは、このような、理由による類型化である。

(41) 例えばラムは、利他的なものであれば、家族でないものからの臓器提供も認めるべきであるという。See David Lamb, *Organ Transplants and Ethics*, Routledge, London, 1990 at 110-111. 利他的であることを理由として臓器提供を認めるのであれば、単に慈善行為をしたいという、まったくの他人からの提供を拒む理由はなくなるように思われる。

(42) プライバシーの問題として捉えるのではなく、私的自治の問題として捉えることができるかもしれず、その場合には、まった

くの他人への提供を認めない理由はないように考えられるかもしれない。プライバシーも、私的自治も、権力の立ち入られない領域の確定問題という点で共通である（山田卓生『私事と自己決定』（日本評論社、一九八七年）五頁参照。なお、私的自治を憲法上の自由として位置づける議論として山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、二〇〇〇年）九頁以下参照）ので、確かに私的自治の問題として捉えることも可能だろう。しかし、ここでの問題は、私的自治かプライバシーかということではなく、どこまでを私的領域として保護すべきかということにある。私は、自己所有権説の検討によって、身体に所有権が成立するという考え方をとることが困難であることを示したので、広く臓器の譲渡を認めるべきと主張するためには（そこでは多くの場合、身体に所有権が成立するかのような議論を展開せざるを得ないであろう。もちろん、それがすべてではなく、所有権説ではなくプライバシー権説として利他的な臓器提供を広く認める立場もあろう。これについては後掲注(43)参照。）明確な理由を挙げざる責任があるだろう。

(43) 臓器提供という利他的行為を行うことが、ある人の生の構想、自律にとって不可欠なものである場合があるとして考えれば、親密な関係を基礎にしない利他的な臓器提供行為もプライバシーの権利として認められるかもしれない。しかし、リスクを伴う他の利他的行為と同様、義務以上の行為（supererogation）を奨励する効果を持つ制度は、公共的理由では一般に正当化できない。従って、あえて臓器提供行為をプライバシーの権利という公共的理由によって保護すべきだという主張には、妥当性が乏しいように思われる。

(44) See Tom L. Beauchamp and James F. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, 5th edition, Oxford University Press, Oxford, 2001, chap. 4. 実際、外科医の中に、「生体移植がこの原理を侵すものだとみなすものが存在し、また、生体移植はやめるべきものである」と主張する者もいるとされる。See Aaron Spital, 'Ethical Issues in Living Related Donors' in Wayne Shelton and John Balint (eds.), *The Ethics of Organ Transplantation*, Elsevier Science, Oxford, 2001, 89 at 102.

(46) ドナーが心理的な利益（例えば慈善行為をなした達成感）を享受できると主張することもあるかもしれない。（See Spital,

- ‘Ethical Issues in Living Related Donors’ at 106.) が、⁽⁴⁷⁾ここで問題になっているのは、身体に対する物理的な害である。さらに、仮に心理的な利益を享受するドナーがいたとしても、そのことを一般化することには慎重であるべきであろう。
- (47) ヴーチはより踏み込んで、旧来の利益と害に基づくヒポクラテスの倫理は不十分であるという。See Robert M. Veatch, *Transplantation Ethics*, Georgetown University Press, Washington, D. C., 2000, chap. 12.
- (48) ひとたび限定的なものを認めると、人体実験的な身体侵襲がなし崩し的に行われるのではないかという危惧が抱かれるかもしれない。これは、ちょっとしたことでも、必ず坂を転げ落ちる雪玉のように、雪だるま式にとどめがなくなるほど勢いをもつようになるとするタイプのいわゆる *slippery slope* 論で、誤謬推理であるとして通常は真剣に考慮されないが、人体実験に関するこれまでの歴史等を踏まえるならば、悪夢が現実化することもあるので、誤謬推理であるとして簡単に退けるわけにはいかないだろう。
- (49) ただし、死体を臓器調達源とすることによって、死に瀕した状態にある、生きている者の自律が脅かされる危険性はありうる。
- (50) 林良平・前田達明(編)『新版注釈民法(二)総則(二)』「物の定義」(田中整爾執筆)参照。
- (51) 後述するが、この判例は戦前のものであるので、そこで言及される「相続人」は、「家督相続人」である。
- (52) 林・前田編・前掲注50六〇七頁以下参照。
- (53) 「家督相続は祭祀相続をふくんでいだから、系譜・祭具・墳墓というような祭祀財産は、『家督相続ノ特権二属』する財産として、必ず家督相続人の所有となるものとされたのであった(旧九八七条)。(中川善之助・泉久雄『相続法(第三版)』(有斐閣、一九八八年)二〇一頁)
- (54) この考えは有力説とされているようである。「わが国の民法議論によれば、死体は生体と異り、所有権のおよぶ『物』と見る見解が支配的である。その所有権の帰属については、古くは相続人に帰属すると解する見解があり、また現在では慣習的に埋葬

権を持つ者（たとえば喪主）に帰属するという見解が有力である。」（岩志和一郎「臓器移植の比較法的研究 民事法的視点

（1）」比較法研究四六号一〇五頁）

(55) 「祭祀財産について」「新法では数人の相続人が平等の権利を有するのを原則とした関係上、これを相続財産から切り離して、一定の者が承継（相続ではない）すべきものとしたのである。」（有泉亨「新版 親族法・相続法（補正第二版）」（弘文堂、一九八八年）一五一頁）

(56) 中川・泉・前掲注(53)では、遺骨について、「これを相続よりはらずし、祭祀財産の承継に準じ、慣習上死者の祭祀供養を掌るべき者に帰属させるべきであろう」（一九三頁）としている。本文では遺骨についてのみ述べているようであるが、註で、「遺体の解剖にあたって承諾を要するとされる遺族も（死体解剖保存法七条）、相続人と解すべきではなく、祭祀主宰者を中心とした遺族と解すべきである。」（一九七頁）としているので、遺骨だけではなく、遺体（死体）についても祭祀財産に準じる物とみなしていると解してよいだろう。本稿の主張を支持するものと考えられる。

(57) 「喪主説についても、葬儀・埋葬の権利を越えた死体の処分権を喪主に認めることには疑問がある。」（川口浩一「臓器移植法における提供者の同意要件」法学雑誌（大阪市立大）三六卷三・四号四二四頁）。

(58) 本稿でいう「遺族」は、祭祀主宰者（多くの場合、慣習上の喪主）を指すものとする。このように遺族を喪主で一元化する考え方には批判もあるが、詳細な検討をここでは行わない。

(59) 金澤文雄「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・三号一六頁。もともと、これは、死者の臓器提供の意思を、遺族の意思よりも優先させることを論証する文脈で述べられているものである。

(60) 死体に対する所有権が絶対的なものであるか、またはそれに近いものであるならば、比較衡量の対象とすることはできないかもしれない。しかし、ここまでの検討で明らかになったように、死体に対する所有権は、通常の所有権よりも制限されたものであると考えられる。よって、死体に対する所有権を絶対的なもの、あるいはそれに近いものと考えすることは困難であり、何ら

かの公益と比較衡量することは、それほど問題ではないだろう。

(61) 「仏では従来、死因の解明という公共の利益となる科学的目的のために、医師にはその権限において死体にメスを入れることが許されていた。移植医療も同じく公共の利益を促進することを社会は認めている。」(樽井正義「臓器提供者の意思、家族の意思、社会の意思」『生命倫理』八巻一号四四頁)

(62) とくに、第三号は司法解剖と行政解剖の場合、第四号は食品衛生法に基づく場合であり、公益との比較衡量がなされていると考えられる。

(63) 検死については、松宮孝明「『変死体』の取り扱いをめぐる諸問題」立命館法学二一五号を参照。ここでは、検死の公共性について、「他方、衡量されるべき検死の効用については、司法や犯罪捜査に関する利益ばかりでなく、公衆衛生の向上や保険などにおける死者の権利の確定といった多面的な利益が含まれることを考慮しなければならない。」(同、一一一頁)とされている。ちなみに、ここでいわれる「衡量されるべき」もう一方のものは、「臓器移植」である。松宮は、臓器移植に対して「検死にまつわる公共的利益に対抗する臓器移植」(同、一〇四頁)という見方をしている。

(64) 死体を臓器調達源として考えるときに、従来議論では、「臓器を必要とする人々」の利益、権利が明示的に検討されることは少なかったように思われる。しかし、私見では、これはあまり適切なものとはいえず、「臓器を必要とする人々」の利益、権利は真剣に検討すべきものであり、第一に検討すべきものといっても過言ではないと考えている。

(65) ここでは、生存権の法的性格について、抽象的権利なのか具体的権利なのかなどの議論に立ち入らない。確認したいことは、公共政策のあるべき方向を探る際に、憲法上の権利を根拠の一つとすることが、適切な条件の下では主要な根拠の一つになる、ということである。

(66) 侵害にまさる利益があるからといって、その侵害が甚大な場合には別の考慮が必要となるだろう。ここでの死体からの臓器摘出の正当化は、「優越的利益の存在」と「侵害の軽微性」の二つの要件によってなされていると考える。

(67) 臓器移植法六条一項。

(68) 「近代市民社会では、人の死亡とは、一切の権利につき、その主体者としての存在の消滅である。私法上は権利能力の消滅である。…(中略)…死亡は、すべての人が平等に一切の権利能力を喪失する原因である。」(深谷松男「脳死問題に対する民法的視角からの一考察」ジュリスト九八七号二六頁)

(69) たとえば、金澤・前掲注⁵⁹、川口・前掲注⁵⁷、深谷松男「脳死の法的问题に関する一管見」金沢法学三二卷一・二号、加藤一郎「末期医療をめぐる諸問題——脳死、安楽死、リビング・ウィル、告知等」法学教室一五五号など。

(70) たとえば、「人格権の余後効」(唄孝一「『死亡』と『死体』についての覚え書(二)」ジュリスト四八五号二二六頁)とするものがあり、「まず、死後の臓器提供の自己決定権は、人間の尊厳の原則からいって、死後においても存続し、尊重されるということが原則的に認められなければならない。」(金澤・前掲注⁵⁹一六頁)とするものがある。

(71) 「人は死によって人であることを止め、人格も消滅する。保護すべき権利の主体が存在しなくなっているにもかかわらず、何故かれの生前の自己決定権行使は尊重されなければならないのか。『生前に享受していた人格権は、死後においても保護されなければならない』のはなぜだろうか。『死後にも人格が残存する』といっても、それはフィクションにすぎない。」(町野朔「死者の奢り——死者と死体についてⅡ」法学教室一五五号四六頁)

(72) 自己決定権の尊重が死後に及ぶことについて、平林勝政は、人格の残存説に否定的と思われる見解を述べた上で、期待権説を説得力あるものだとする(平林勝政「臓器移植の比較法的研究——各国の立法の小括と『承諾』権の一考察」比較法研究四六号一三二頁)。また、死体損壊罪の法益を、このような期待権とするものに、町野・前掲注⁷¹、山本輝之「臓器提供者と提供意思——意思表示方式と承諾意思」刑法雑誌三八卷二号がある。

(73) たとえば、岩志・前掲注⁵⁴。

(74) 川口・前掲注⁵⁷四三三頁。

(75) 川口・前掲注⁵⁷⁾四四一頁。

(76) ただし、この政策を実行に移すためには、周知の徹底が必要であると考え。制度の存在を知った上で拒否の意思を示さないことと、制度の存在を知らないがために拒否の意思を示さないことはまったく異なるものだからである。

(77) 前段落で、どちらの意思表示方式を採用するかは、「生前の本人の意思に反しない」という原則から導けず、別の次元の考慮から導くべきだとしたが、私が反対意思表示方式を採用する理由はこれである。一方、承諾意思表示方式を主張する多くの論者は、自説を支持する明確な理由を提示していないことが多いように思われる。また、理由を明示している場合も、その理由が、反対意思表示方式を退けるほどの理由になっているかは疑問である。たとえば、「死者本人には不利益のみをもたらすものである点」(岩志・前掲注⁵⁴⁾一〇六頁)を理由とするが、死者は死んでいる以上、不利益も利益も被らないと考えられる。また、臓器移植において「死体は死体そのものとして扱われるのではなく、他の目的のための手段として、『物』として利用されている」(宇都木伸「提供意思」ジュリスト一一二二号五一頁)ことを理由とする。これは、死体をこれまでになく方法で利用することを問題としており、いずれの意思表示方式であるかを超えて、そもそも移植のために死体を利用することが許されるか、というより大きな問題を提起するものであり(この問題については後に検討する)、反対意思表示方式だけを排除する理由ではないと考えられる。

(78) ただし、反対意思表示方式の採用が、実際に移植用臓器提供量の増加につながるとは限らない。反対意思を表明する者が多いことも十分考えられるからである。

(79) 石原明「医療と法と生命倫理」(日本評論社、一九九七年)二九五頁参照。