

# 臓器移植制度の理論 (四)

——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 技術的な観点からの検討

- 一 はじめに
- 二 技術的な観点から見た臓器調達源の現状
- 三 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
- 四 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、二〇三号）
  - 三 死体を利用することの倫理的問題
- 五 第五節 結論
- 六 第六章 生死の境界は何か
  - 一 第一節 はじめに
  - 二 第二節 何の問題か — 問題の再定式化
    - 一 はじめに
    - 二 脳死問題の顕在化文脈とその分析
    - 三 問題の法的構成
    - 四 問題の再定式化（以上、本号）

第三節 従来の解決案の検討

第四節 脳死は権利終期として妥当か

第五節 むすび

第七章 結論

## 第五章 臓器はどこから調達するのか

### 第四節 規範的な観点からの検討 — 死体（承前）

#### 三 死体を利用することの倫理的問題

哲学者のラムは、死体に対する尊重は、すべての宗教・世俗の道德規範に共通する特徴であると指摘する<sup>11</sup>。ラムによれば、愛する者に対する思い出を表すものであるから、通例、死体の切断・損壊は容認できないという。彼は、死体が人格をもつものではないことを認めつつも、それがかつて人の身体であったことから、死体は、敬意を払われるべきものであるとする。

ラムのいうように、通常、死体は神聖なものと考えられており、その扱いには特別な敬意が払われている。私たちは、死体を尊重する宗教文化的な伝統を有しているといつてよいだろう。

もちろん、そうした死後の身体に対する尊重のあり方は、文化によって異なる。<sup>[2]</sup> 中には、死体を臓器調達源とすることに對する抵抗をあまりもたない宗教文化的な伝統もある。わが国においては、死体からの移植よりも生体からの移植の方が一般的に受け容れられやすい風潮があることを考えると、死体の扱いに對して相対的に厳格な宗教文化を有している。死体を臓器調達源とすることが私たちの宗教文化的な伝統に照らして許されるものなのか。これが無視できない問題として浮かび上がってくる。

例えば、死体といえども人の身体である以上、それに対する損壊は一切許されないと考えることができるかもしれない。たしかに、生きた者の身体に對する傷害行為は、法的にも倫理的にも通常は許されないものであり、その点で、生きた者の身体は高度な保護を要するものと考えられている。しかし、これは、あくまで「生きている者」の身体に對しての議論であり、同じ議論が、死体についても成り立つとは考えにくい。というのは、「生きている者」の身体が高度に保護されているのは、まさに、「生きている」ということに由来すると考えられるからである。死体といっても、死の直後であれば、身体の状態は、生きていた時とほとんど変わるところがない。このことから、死体にも生体と同等の高度な保護が与えられるべきであるとの考えが生まれるかもしれない。そのように考えるならば、死体を臓器調達源として認めることは困難か、あるいは生体と同様にきわめて限定的にしか認めることはできないだろう。しかし、死体を生体と全く同じように保護すべきという考え方に同意する者はほとんどいないと考えられる。仮に死体にも生体と同様の保護を与えたとすれば、火葬・埋葬といった通常の葬儀を行うことも許されないことになる。私たちはそこまで死体を保護すべきとは考えないだろうし、死体に對する現実の扱いを考えれば、実際にもそのような強い保護を与えてはいない。

おそらく、私たちの多くが抱く考えは、ラムのいうように、死体は人の身体であるのだから、生体と同様ではな

いが、その扱いにあたっては相応の配慮と尊重が必要である、というものであろう。すると問題は、死体を臓器調達源として利用することが、死体に対する尊重と両立するか、ということになる。

そもそも、死体を何かのために利用するという発想自体が、死体の尊重と相容れないと考える者もいるかもしれない。死体は神聖なものであり、何かの手段として利用するという考え方が冒涇だと考えるのである。私はこの主張は誤りであると考ええる。というのは、私たちは、医学生への解剖実習において「職業訓練」の名のもとに死体を道具として利用しているし、見方によっては、葬儀における死体は、一種の祭具として利用されているとも考えられるからである。

死体を一種の祭具として利用しているという見方は奇異なものに感じられるかもしれない。葬儀を死者自身のために行うものとすれば、死体は、手段としてではなく目的そのものとして扱われると考えられるからである。しかし、現実を直視するならば、すでに死亡したものである以上、死体は独自の利益を有する主体ではないから、そのような死体のためにする行為は、実際には存在しないと考えるべきである。葬儀が死者のために行われているというのは擬制であり、実際には、生きている者のために行われていると考えるのが妥当であろう<sup>3)</sup>。葬儀の中には、故人の希望を叶えるためという、あたかも死者の利益を理由に行われるものもあるかもしれないが、それは、故人の希望を叶えたいと願う、現に生きている人々の願望を叶えるために行われるものだと理解すべきである。

このように、葬儀を現に生きている人のために行うものと捉えるならば、死体はそうした儀礼のための祭具として利用されてきたものと見ることがができる。しかし、生きている人のために死体を利用されているからといって、臓器移植という形で死体を利用することも許されるとただちに考えることはできないだろう。葬儀と移植とは死体の利用形態が決定的に異なるからである。前者は儀礼的な利用であり、後者は医療資源としての利用である。前

者は伝統的に許されてきたかもしれないが、後者はこれまでになかった利用法であるから、倫理的な観点からは両者を区別すべきであるという主張が成り立ちうる。

しかし、ある利用法がこれまでなかったという事実は、それだけでは、今後もそれを許すべきではないという理由にはならないだろう。前例がないのは、これまで移植臓器の調達源として死体を利用することが不可能であったからであって、それが許されないものと考えられていたから、というのが理由ではないかもしれないからである。臓器移植という医療技術が、新しいものであることを考えれば、なおさらである。

もちろん、前例がないからというだけでなく、死体の移植医療の資源としての利用を許さない実質的な理由があれば、それは許されないものとなる。例えば、死体を尊重するという観点からは儀礼的な利用が本来的であるのに、移植医療の資源として死体を利用することは、本来的である儀礼的な利用の妨げになるという主張が正しいとしよう。ならば、死体を臓器調達源とすることは許されないかもしれない。しかし、前項の法的な観点からの検討で述べたように、移植臓器の摘出が短時間で行われ、外観をそれほど損ねないものであれば、儀礼的な利用の妨げになるとの主張を維持することは困難だと考える。

また、儀礼的な利用のためには、死体は完全でなければならぬという伝統が、死体からの臓器摘出を許さないのかもしれない。しかし、この主張は、結局のところ、死体を故意に損壊してはいけないという主張以上のものではない。というのは、たしかに葬儀においては、死体が完全である方が望ましいと考えられているかもしれないが、不運にも大きな事故に巻き込まれて死亡した場合など、様々な理由で死体が完全でないことはあり、その場合でも葬儀は行われている。このことから、死体の完全性は儀礼的な利用に不可欠なものとは言えない。おそらく死体の完全性を主張する見解の趣旨は、「死後、死体を故意に傷つけることは許されない」というものだと考えられ

る。

しかし、この主張も、ただちに移植臓器の摘出を許さないという議論を導かない。というのは、儀礼的な利用においても、死体を整形する過程や、火葬・埋葬の段階で死体を故意に損壊するからである。よって、死体を故意に損壊することが一切認められていないわけではなく、認められないのは、死体の尊重に反する損壊であろう。こう考えると、問題は、「移植臓器を摘出することが死体の尊重と相容れるものであるのか」という最初の疑問に戻る。死体を移植のための医療資源として利用することを認めない実質的な理由があるとなれば、それは、死体の尊重に直接反するというものでなければならぬだろう。そのような理由を挙げることはできるだろうか。

死体を臓器の調達源という医療資源として捉えることが、そもそも、死体に対する尊重と相容れないという議論は主張可能であるように思う。そして、医療資源とする見方の背後には、死体を人体の部品、一種のモノに過ぎないと思なす考え方が潜んでいると考えるとき、それは「死体を神聖なものと考え、単なるモノと見ない」という死体尊重の考え方に反する、という主張は、説得力をもつように思われる。しかし、「死体を移植医療の資源とする」とが、即、死体をモノと見なすことになる」という見方は、考え方としてやや不十分なものだと考える。

たしかに、死体から摘出される移植用臓器は、人体を機械に喩えるならば、その部品と解すことができるかもしれない。しかし、その部品は単なる部品ではない。それは、他人の命を支えることを可能にするきわめて特別な部品である。そしてその用途は、人を生かすことに限られる。むしろ、他者の生命を支えるためにのみ利用されるということを考えれば、神聖なものにふさわしい扱いをしているとも考えられる。

このように、死体を神聖視する宗教文化的な伝統を考慮したとしても、死体の利用を一切認めないものではなく、その利用が、死体に敬意を払い、死体を尊重するものである限りは、それは許されると考える余地がある。そ



の場合、死体を臓器の調達源として利用することも、適切に定められた手続きに則り、敬意を払って行われるのであれば、許されると考えられるのではないか。

しかし、死体を臓器調達源として利用することへの倫理的抵抗感<sup>4)</sup>は、死体の扱い方に向けられたものだけではないかもしれない。死体を利用してまで生きようとする生き方に対する倫理的な抵抗感もまた、死体を臓器調達源とすべきではないという主張を導くものであるかもしれない。

たしかに、人を殺してまで生きることが許されないように、生きるためには何をしてもよいというわけではない。また、前述のごとく、死体は、生体と同様ではないにしても、神聖視されるものであるから、それを利用してまで生きようとする考え方はあさましいと考えられるかもしれない。さらに、少なくとも臓器移植医療が可能となるまでは、そのような生き方は認められてこなかった。

しかし、本当にこれまで認められてこなかったのかといえは、それを断定することは難しいだろう。というのは、不可能であったから、認められていなかったような外観があっただけであって、実際には、その可否が真剣に検討されたことがなかったということなのかもしれないからである。そうした生き方が許されるものかどうかは、まずは、死体のそうした利用が許されるかどうかによると考えられる。これについては、これまで検討した限りでは、許される余地がある。

しかし、そうした生き方が許されるものであったとしても、それがあさましいものであるという思いを払拭することはできないかもしれない。許される行為だからといって、あさましい行為でないというわけではない。

翻って考えると、ここで問題とすべきは、死体を臓器調達源とすることが許されるか否かである。そうであれば、それがあさましい生き方であろうとなかろうと、許されるといえるのであれば、死体を利用して生きることの

あさましきは、制度的には問題ではないということもできるかもしれない。そうした生き方をあさましいと考えるか否かは、あくまで個人の考え方によるのであって、それが許される行為である限りは、そうした生き方を否定的に捉える者がいたとしても、そうした生き方を制度的に禁止する理由にはならないように思われる。なぜならば、制度的な見地から考える限り、特定の個人の死生観を一般化して強制するわけにはいかないからである。しかし、こうした生き方が真にあさましいものであるならば、移植医療を整備することは、そのような生き方を制度化して積極的に保護することを意味すると考えることもできるので、この反論をただちに退けるわけにはいかないだろう。

死体を利用することがあさましいことと考えられるのには、様々な理由が複合していると思われる。例えば、これまで事実としてそうした生き方が存在しなかったことから、これまで認められていない一線を越えるものと感じられ、人間の生への欲求を肯定する者でも、そこまでして生きることがあさましいものだと感じるのかもしれない。また、死体に対する扱い方として問題があるということもあるだろう。死体を利用するということがグロテスクなイメージがつきまとうからかもしれない。さらには、生きるためには手段を選ばないという発想が潜在しているように思われ、それが倫理的嫌悪感を催させるのかもしれない。

しかし、こうした疑問はこれまでの検討で、相当程度解消しているはずである。「これまでにない」ということは、それだけでは明確な理由とは言い難い。死体に対する扱い方としてただちに問題があるともいえない。死体を利用することのグロテスクさは、通常の外科手術のグロテスクさを超えるものではないだろう。また、生きるために手段を選ばないという発想についても、移植を望む人々の多くは、それが許される手段だと考えるから望むのであって、許されないということが明確に示されれば、その場合でもなお移植を望むという者は多くないと考えるの

が自然であろう。そうであるならば、移植を望むことが、生きるためには手段を選ばないという品のない考え方に基づくものだと決めつけることは、必ずしもできないだろう。

むしろ、移植でしか助からない人の中には、自分のためというよりも、家族のために生きたいと望む者がいるかもしれない。あるいは、生まれながらに臓器不全に悩まされてきた幼い子どもが、わずかな期間であつても、健康な人と同じような生活を送りたいと考えて移植を望むかもしれない。移植を望む者のすべて、あるいは大半が、自らの健康を省みず、好き放題の人生を送り、その結果として移植でしか助からない病に冒され、死体であれ何であれ、利用できるものは何でも利用して少しでも生きたいと考える者だとすれば、話は別だろうが、そうでない限り、生きるために死体を利用する生き方をすべてあさましいと決めつけることは困難だろう。

さらにいえば、生きることへの欲求は、近代社会においては、むしろ称揚され、尊重されるべきものであるはずである。たしかに、「ひとさまに迷惑をかけるくらいなら死んだ方がましだ」という考え方にある種の潔さ、高潔さを感じる者もいるかもしれない。しかし、こうした考え方に基づいて、臓器移植を制度的に認める道を閉ざすことは、そうした考え方を公的に暗に奨励することになる。「あなたが生きたいと望むなら、それを可能な限り支援する制度を構築する用意があるから、生を全うせよ」というメッセージを発する社会と、「前例のないことまで求めて生きようとすることは過大な望みであるから、分を弁えて生きるようにせよ」という社会と、どちらが社会として正しいあり方であるか、魅力的であるかを考えるとき、後者だとすることは難しいのではないだろうか。

以上の検討の限りでは、倫理的な観点から死体を臓器調達源として利用することを認めないとする決定的な議論は見あたらない。移植用の臓器を調達することが、死体に対する尊重と両立する形で、適切な仕方によって行われる限り、それを倫理的に認めないという議論を導くことは困難である。これを、この項の結論としたい。

## 第五節 結論

これまでの検討によれば、もっとも望ましい臓器調達源は死体である、ということになる。規範的な観点からは、人工臓器や異種移植の方が問題が少ないように思われるが、それらは当面、技術的に実用化は難しく、臓器移植の制度化を現在の問題と考える限り、望ましい臓器調達源とすることはできない。また、技術的に可能な臓器調達源である生体も、規範的な観点からの問題が大きく、それを臓器調達源として認めることは非常に困難であり、仮に認められるとしても、きわめて限定的に解すべきである。少なくとも、望ましい臓器調達源だとすることはできない。

結局、技術的、規範的の両観点から検討した結果、問題をクリアしうる臓器調達源は死体であった。もちろん、死体についても、それを臓器調達源とすることに問題がないわけではないわけではなかった。それらは、死体からの臓器移植を否定する結論を導くものではなかったが、だからといって、死体からの臓器移植が何の問題もないものだということにはならない。むしろ、死体を臓器調達源とすることなく、移植医療が行えるのであれば、さらには、移植でしか助からない人の命が別の形で助けることが可能であるならば、そうすることが望ましい。

しかし、それらは将来的な希望であつて、現実を目を向ける限り、死体はもっとも望ましい臓器調達源である。他方で、生体は望ましくない、極力認めるべきではない臓器調達源であるという結論に至った。それでは、そのように、身体に対する見方を劇的に変化させる、生と死の境界はいかなるものであり、それはいつ訪れるものなのだろうか。

## 第六章 生死の境界は何か

### 第一節 はじめに

本章で検討すべき問題は、人の死とはどのようなものか、ということである。一見、これは自明のこのように思える。しかし、人の死に関しては、脳死をめぐる論争がある。ここでは、死の概念について容易に結論を導くことはできない。

仮に、脳死が人の死であれば、脳死状態の者は、すでに死んでおり、その体は死体だということになる。前章の検討において、死体は移植臓器の調達源として許され、かつ、相対的に望ましい、という結論に至った。この結論を受け容れ、脳死が人の死だとするならば、脳死状態の者は臓器調達源として考えられることになる。他方、脳死が人の死ではないとすれば、脳死状態の者は、死に至る末期状態にはあっても、未だ死んではおらず、生きている。この場合には、前章での結論を受け容れたとしても、脳死状態の者からの臓器摘出は原則として許されないであろう。というのは、脳死が人の死でないのであれば、脳死状態の者の体は生体であり、前章で検討したように、生体は原則として臓器調達源とすべきではないからである。

このように、脳死を人の死と認めるか否かによって、脳死状態の者からの臓器摘出について、全く異なる判断が生じる。脳死が人の死か否かという問題に一定の結論を得る必要がある。

そのために、本章では、第一に、脳死をめぐる争われている問題の本質が何であるかを探究し、「脳死は人の死か」という問いのより正確な定式化を試みる(第二節)。この再定式化をふまえ、これまで、「脳死は人の死か」と

いう問に対して有力に主張されてきたいくつかの解決案が、解決として適切なものであるかどうかを検討する（第三節）。その上で、あるべき解答の条件を探究し、それを満たす答えを提示する（第四節）。以上の検討をふまえ、結論を述べる（第五節）。

## 第二節 何の問題か — 問題の再定式化

### 一 はじめに

本節は、脳死は人の死かという問題について最も重要な争点は何であるのかについて、できる限り明確にすることを目的とする。脳死の問題は、様々な観点から検討することが可能であり、現に様々な観点から議論が行われているように見える。しかし、問題の多様性に目を奪われると、最初に解決されなければならない問題を看過する虞もあるだろう。そこで、問題を明確にする作業を試みたい。次のような手順でこの作業を行う。

第一に、脳死がいかなる問題との関係で社会問題として顕在化したのかを改めて確認し、問題の性質を分析する。第二に、問題の実質を捉えた観点から検討を加える。第三に、検討したそれぞれの論点から、脳死の問題を権利終期という法学的問題として把握することが可能であり、適切であることを示す。それは、法学とは区別された一般的な文脈で議論される脳死の問題の実質が、権利終期の問題であることを示すことを含む。以上の構成で、「脳死は人の死か」という問題を「脳死は権利終期か」という問題として再定式化すべきである、という主張を行う。

二 脳死問題の顕在化文脈とその分析

臨時脳死および臓器移植調査会の中間意見<sup>6)</sup>によれば、脳死問題を社会的問題として顕在化させた主要な原因は、脳死者に対する治療停止と脳死体からの臓器移植である。同様の指摘は、法学者からもなされている。<sup>8)</sup>

臓器移植という医療が可能となったことにより、移植臓器が必要となる。しかも新鮮な臓器が移植には有効である。新鮮さということでは、生きている人間の臓器がもっとも望ましいが、原則として、生きている人間から臓器を調達することは許されない。特に心臓など生死に関わる臓器を生きている人間から摘出することの問題性は自明である。他方、人工呼吸器の出現によって、脳死状態というものが予期すべきものとなった。ここで、仮に、脳死状態が、私たちの死の捉え方に合致するのであれば、脳死状態の人は、臓器に関しては生きている人とは変わらないので、貴重な臓器調達源となる可能性があることになる。

また、脳死状態の人が生きているのならば、医師にはその人に対する治療義務が存在するはずである。逆に脳死状態の人がすでに死亡しているのであれば、限られた医療資源の有効利用という観点からは、特別な理由がない限り、死体に対する治療は停止すべきだということになるだろう。このことから、臓器移植の問題とは独立に治療停止の問題が存在することがわかる。

つまり、脳死を死として扱う社会的必要性・有用性が生じたことによって、脳死を人の死と認めることが可能か、許されるのか、という議論が生じたと考えることができる。しかし、このように述べると、とりわけ脳死を死と認めることに慎重な立場から、次のような疑問や懸念が表明されるかもしれない。社会的必要性や有用性があるからといって、死の基準を変更することが許されるものだろうか。社会的必要性や有用性のために、人の死が変更

されるのであれば、死の概念論は、社会的弱者を都合よく抹殺する理論になってしまっているのではないか。

これらの疑問や懸念はもつともなものであるが、「社会的必要性によって脳死を許容することについての検討が始まった」という事実を述べることに、「社会的必要性によって脳死を人の死と認めるべきだ」という規範的主張はまったく異なることを確認しておきたい。私がここで述べたいのは、前者であって、後者ではない。社会的必要性は検討のきっかけであったにすぎず、それは脳死を人の死と許容することの根拠にはならないし、すべきではない。ここで確認したいことは、脳死問題の社会的顕在化は、臓器移植と医療資源の適正分配という観点からの社会的必要性による、ということである。<sup>100</sup>この二つの社会的要請がなければ、脳死という状態が医学的に出現したとしても、社会問題として顕在化することは、おそらくなかったであろう。

次に、脳死が問題化する場面、すなわち移植臓器の摘出の是非、治療停止の是非が問われる場面で、何が争われているのかをより明確にしたい。おそらく、そこで争われていることが、脳死の問題の本質だと考えられるからである。

まず、移植臓器摘出の場面を考えてみよう。いま、脳死状態の患者が目の前に横たわっているとしよう。私たちは、その人から臓器を摘出することが許されると考えるだろうか。問題を明確化するために、心臓摘出の可否を考えてほしい。私たちが、その患者がまだ生きているのだと考えれば、摘出は認められないと考えるだろう。どれほど切実に心臓を必要とする人がいたとしても、そのために生きている別の人から心臓を得ることは、一般に、身勝手な殺人でしかないだろう。

他方、私たちが、人が脳死状態に陥ることは、死を迎えたことと同じだと考えたとすれば、どうであろうか。死体からであろうが他人の臓器を自分の命を長らえるために得ることは許されない、あるいは、死体は神聖な物だから



ら侵襲することは許されない、という見解もありうる。しかし前章でみたように、移植でしか助からない人命があるとするれば、死体から臓器を摘出する行為は許されると考える余地は存在する。

たしかに、心臓のような基幹的な臓器の摘出に関して、脳死状態の身体は死体であると考えたとしても、ただちに意見の一致をみることはないかもしれない。しかし、ここで確認したいことは、少なくとも、死体からの摘出に対してはその是非を論じうることである。

次に、治療停止の場面を考えよう。もう一度、目の前に脳死状態の患者がいると仮定しよう。主治医は、その患者に対する治療を停止することが許されると考えるべきだろうか。この場合にも、移植臓器摘出の場合と同様に、脳死状態の患者を生きっていると考えるか死んでいると考えるかによって、対応は大きく分かれるだろう。その患者が生きっていると考えるならば、特段の事情がない限り、治療を停止することは許されないだろう。それは、もつとも重篤な患者に対して治療を放棄することを意味すると考えられるからである。これに対しては、回復の見込みがなく近い将来必ず死が訪れる患者に対して、手厚い治療を保障することは、医療資源の効率的な配分に反する、という反論もあるかもしれないが、患者が生きているのだとすれば、医療資源の効率性のみを根拠に、その治療停止を正当化することはできないであろう。医療資源の効率性のみを根拠に治療停止を正当化できるのであれば、脳死状態の患者に限らず、他のあらゆる回復の見込みのない患者に対しても、治療停止が正当化できることになってしまう。仮に、脳死状態の患者のみを治療停止が可能対象として限定するのであれば、なぜ他の回復不可能な患者と異なる扱いを正当化できるのか、その根拠を提示する必要があるだろう。

しかし、脳死状態の患者がすでに死んでいると考えられるのであればどうであろうか。その場合には、その外観が、どれほど生きているように見えたとしても、死体であるのだから、治療停止は許されると考えられるのではな

いか。むしろ、死体に対して何らかの医療処置を継続することは、不合理であり、治療停止は当然であると考えられるかもしれない。これに対して、人ははたしてそこまで合理主義に徹することができるのだろうかとの疑問から、脳死状態の人に対しては、家族の心情にも配慮して、心停止まで最低限の治療を継続すべきである、という考えもある。

このように治療停止の場面についても、臓器摘出の場面と同様、もし脳死状態の者が生きていると考えられるのであれば、治療停止は許されないとされる一方で、すでに死んでいると考えるのであれば、治療停止は許される、あるいは治療は停止すべき、またあるいは、治療は続行すべきなど、少なくともその是非について議論の余地が生じる。

以上の分析は、次のようにまとめることができよう。脳死状態の患者を生きている者だと考えるのであれば、臓器摘出や治療停止が社会的にどれほど有意義であつても、そもそもそのことを論じる余地なく許されない。他方、脳死状態の者はすでに死んでいると考えるのであれば、臓器摘出や治療停止の是非について、慎重な議論が必要かもしれないが、そのことを論じることは許される。つまり、生者は、臓器摘出や治療停止といった場面で、社会的な利益衡量や功利計算の対象にならない、あるいはしてはならないと考えられる一方で、死体はその対象になるということである。

### 三 問題の法的構成

以上の考察で明らかになった問題の本質は何か。脳死問題において生と死ということで争われていることの本質

は、脳死状態の者が、社会的な利益衡量や功利計算の対象になるか否かということである。その者が生者であれば、社会的な必要性がどれほどあっても、犠牲を強いることは許されない。

この道徳的直観に、より理論的制度的に考え抜かれた表現を与えることができないか。脳死問題という社会的決定を余儀なくされている状況で、この直観に公共的決定の是非を争うのに適切な表現を与えることができないか。私それが可能であると考える。可能であるばかりでなく、それはすでに実践されており、そこで得られた知見を活用しないことは、この直観を大切にする人間の社会的責任に関わるとすら考える。

こうした人間の尊厳に対する道徳的直観、とくに権力的な強制を含む社会決定の場面で、どのような社会的要請があるうとも人を人として尊重すべきであるとする考え方は、すでに、法学において、有用で適切な表現が与えられている。それは、人権の原理である。人権については、ロナルド・ドゥオーキンを中心として、その権利としての性格を民主的な決定に対する「切り札」として捉える見方が有力に主張されている。人権が「切り札」としての機能をもつとする長谷部恭男によれば、人権とは、「社会全体の利益に反するとしても保障されねばならない権利」<sup>14)</sup>である。社会全体の利益という考慮から独立に保障されるべき権利が人権である。

人権のこのような性格に注目するならば、生者は臓器摘出や治療停止の場面で、社会的な利益衡量や功利計算の対象にならないが、死体はその対象になるということ、脳死者が人権を有しているか否かという観点から再構成することができる。つまり、「脳死が人の死か」という議論の争点を憲法学的な観点から再構成するならば、それは脳死者が人権の享有主体か否かという問題だと表現できる。

こうした、生きている「人」に対する特別な尊重は、刑法においても見いだすことができる。とりわけ、死体と比べると、その扱いの差は顕著である。刑法は、同じ行為であつても、その客体が生者か死体によって、殺人罪か

死体損壊罪か、成立する可能性のある罪が異なる。<sup>(15)</sup> それぞれの量刑を見ると、殺人罪は「死刑又は無期若しくは三年以上の懲役」<sup>(16)</sup>であり、死体損壊罪は、「三年以上の懲役」<sup>(17)</sup>であることから、生者は死体に比べ、刑法上高度な保護を与えられていることがわかる。<sup>(18)</sup>

また、殺人罪の保護法益は「人」の生命であり、<sup>(19)</sup>死体損壊罪の保護法益は「宗教感情」<sup>(20)</sup>だとされる。死体は宗教感情の対象として、その限りで保護されるに過ぎない。死体は、宗教感情を保護するための手段として、間接的に保護を受けているに過ぎない。生きている人は「人」であるがゆえに保護されるのに対し、死体は、それ自体の価値ゆえに保護されるのではない。

刑法上の「人」がそれ自体で価値のあるものとして保護されるということは、それ以外の利益（例えば社会的な有用性）との関連でその保護の程度が左右されることはないということと理解できるから、刑法上の「人」は、社会的な利益衡量や功利計算の対象にならないものだとということになるだろう。このように考えるならば、脳死状態の者に関して争われていることを刑法的な観点から再構成するとすれば、問題の争点は、その者を刑法上、「人」とみなすべきか「物」とみなすべきかの争いだと思えることができる。

さらに、民法における「人」と「物」の二分法を用いて、脳死状態の者が生きているとすれば臓器摘出は許されないが、そうでなければ許されるかもしれないという道徳的直観を表現することが可能である。

民法において「人」とは権利の主体であり支配の主体であるから、権利の客体や支配の客体、すなわち「物」にはならない。生きている者は臓器摘出や治療停止といった社会的利益の対象にならないとする直観は、生きている者は権利の主体だから支配の対象とは考えられず、私的自治を通して他の決定をしており、それが法的保護に値する決定であるともみなされない限り、他人の権利や利益を理由にする臓器摘出や治療停止は許されない、というよう

に言い換えることができる。

しかし、「人」と「物」の二分法が法律の基本的な考え方であることを認めた上で、この二分法は、生命に関わる先端科学技術が惹起する問題に対して限界を呈しており、「人」と「物」の中間概念が必要だとする見解もある。<sup>21)</sup> たしかに、この種の概念の導入が必要であるようにも見えるが、その前に、そもそも中間概念が成り立つ余地があるのか否かを検討することが必要であろう。例えば、受精卵に対して売買を禁止するなど、その利用に制限をかけるという例を考えてみよう。この場合、受精卵は「人」と「物」の中間のものだと考えることができるだろうか。仮に、受精卵の毀損が殺人罪を構成する、あるいは受精卵が相続人となることができるというように、受精卵が、生きている人間と全く同等な法的な扱いを受けるとすれば、それは「人」であろう。

しかし、受精卵を「人」と同様に扱うのは不合理であるとして、例えば、特段の事情があつた場合にはその毀損が許される、あるいは、受精卵の毀損が殺人罪を構成するというのは行き過ぎであると考えるのであれば、少なくとも、受精卵は「人」とは考えられていない。ただし、「人」ではないからといって、規範的な観点から、受精卵の毀損を花瓶の毀損などと同程度の単なる器物の損壊だと考えるわけではないかもしれない。受精卵は花瓶など通常の器物よりも強い法的な保護が必要だと考えられるかもしれない。この場合、受精卵は、「人」でも「物」でもない中間のものと考えられているのだろうか。

私見では、この場合であっても、受精卵は利用に制限のある「物」であり、より高度な法的保護が必要だと考えられる「物」だと考えるべきである。「物」であっても、無条件に使用・収益・処分の対象になるわけではなく、むしろ、現実の所有権制度の実務に目を向けるならば、使用・収益・処分に制限のあるのが常態である。<sup>22)</sup> このように考えれば、「人」でなければ、どれほど厳格な保護が与えられていようとも、それは「物」なのであり、「生まれて

くるもの」も「死にゆくもの」も、「人」か「物」かのいずれかなのである。<sup>23)</sup>

ここで重要なことは、このように、民法的な「人」「物」「二元論の観点からは、「人」か「物」が定かでない」とされる対象、例えば脳死状態の患者や受精卵に対して、少なくとも二つの別の次元の問いが成立する可能性があるということである。すなわち、それが「人」なのか「物」なのかという問いがまず立てられ、その第一の問いに対して「物」であると答えた場合に、その「物」の利用はどこまで許されるのか、という問いが立てられる。少なくともこの二つの問いがこの順で成り立つということである。

「生まれてくるもの」にしても「死にゆくもの」にしても、まずは、「人」なのか「物」なのかを考えなければならぬ。「人」であれば、完全な権利能力を持つのであるから、それ以上の議論は必要ない。その労働力や所有物はむろん別論であるが、「人」そのものについては、そのような議論は許されないう。他方、それが「物」であるという解答であるならば、その使用・収益・処分はどこまで許されるのか、という問いを次に考える必要があるだろう。

先端生命科学技術は、従来、技術的に使用・収益・処分の対象にならなかつた多くのものに対する、使用・収益・処分を可能にするものと予想される。その結果、新たに「物」としての可能性を有したものの利用について、技術的な問題とは別に、規範的な吟味が必要になる。おそらく中間概念を導入せよとの提言は、こうした要請に応えるものとして企図されたと思われる。しかし、生命科学技術に対する正しい法的対処は、中間概念という新しい思考法の導入ではなく、二分法の精緻化という古くからある思考法の更新だと考えることが妥当だと思われる。<sup>24)</sup>

ここまで、憲法、刑法、民法という主要な実体法の観点から、臓器摘出や治療停止の場面で問題となる生死の諸相を検討した。次に、これまでの検討をもとに、「脳死は人の死か」という問題の最適な再定式化を試みる。

## 四 問題の再定式化

## (1) 「権利の主体」概念からの理解

ここでは、これまで検討してきた、それぞれの法的観点からみた生者と死体に対する扱いの差異を「権利の主体」という概念を用いて表現したい。「権利の主体」という概念は、通常はもっぱら民法学の概念として考えられるが、ここでは、それにとどまらず、憲法や刑法にも広く目配りした概念として捉えたい。もちろん、このように通常より広い概念として「権利の主体」を用いることは、法制的にも法理論的にも問題がないわけではないことは承知している。しかし、少なくとも、本稿で扱おうとする脳死の問題に関する限り、重大な支障となるような問題は発生しないと考える。仮に、検討を進める上で、そのような問題が発生した場合には、その都度、具体的な問題のあり方に応じた仕方方で、対処・検討する予定である。

「権利の主体」とは、権利を有することができる者のことであり、それ以上の意味もそれ以下の意味も持たない。<sup>25</sup>近代以降の自由で民主的な法制度においては、「権利の主体」には重要な政治道徳的性格が付与されてきた。それは、「権利の主体」の一般性・平等性である。現代の法制度においては、すべての人が「権利の主体」である。人である限り「権利の客体」となることはない。

権利を有することができる者という意味での「権利の主体」の捉え方は、ローマ法にも存在するが、人一般が「権利の主体」とされるのは、近代以降の法制度に特有である。かつては、奴隷という「権利の客体」(「物」)とされる人が存在した。しかし、近代以降の法体系は、人はすべて「権利の主体」であるとした。このように把握された「権利の主体」概念を用いて、脳死者に関する争点のそれぞれの法分野での再構成を理解することが可能だと思われる。

脳死者に関して問題となることを民法上の問題として再構成すると、すべては、脳死者が「人」と「物」のいずれであるのか、という争いにかかわる。民法上の「人」とは、権利能力を持つ者のことであり、権利能力とは、権利・義務を有しうる地位・資格のことである。<sup>27)</sup>これは、権利を有することができるという「権利の主体」のもつ意味の精緻化である。また、民法一条ノ三は、権利能力を出生とともにすべての人に付与することを規定する。<sup>28)</sup>ここに、「権利の主体」に近代以降附加された「すべての人が権利の主体となる」という政治道徳的原則が表れているといえる。したがって、民法上の「人」か「物」かという問題は、「権利の主体」であるか否かという問いの、民法的な具体化と考えられるのである。

次に、脳死者に関して憲法上問題となったことは、脳死者が人権を享有するか否か、ということであった。「権利の主体」は、権利を有する者という意味しか持たないから、いかなる権利を持つのかについては規定しない。それは、ただ、権利を持つ可能性がある者であることを示すだけである。したがって、権利を持つためには、「権利の主体」であるだけでは不十分で、さらに別の正当化を必要とする。実際、私権については、そのような構成をとっているが、人権についてはどうか。<sup>29)</sup>

憲法学上「人権とは、すべての人が人であることから当然に有する権利を意味する」と<sup>30)</sup>とされる。すべての人が「権利の主体」とされる現代にあつては、人であることと「権利の主体」であることは同義だと考えられる。よつて、人である限り有することができる人権は、「権利の主体」である限り有することができるとして問題ないだろう。現代のわが国の憲法秩序を考える限り、人権を享有するために、「権利の主体」であること以上の正当化は必要とされていないのである。少なくとも、臓器の摘出や治療停止が問題となる場面での、人権の享有主体か否かという問題は、「権利の主体」か否かという問題と互換可能と考えてよいはずである。



脳死者に対して、刑法上問題となることは、脳死者が刑法上の「人」であるか否か、であった。脳死者からの臓器摘出は、「人」であれば、殺人や傷害罪を構成する可能性があり、「人」でなければその可能性はないが、死体損壊罪を構成する可能性があることになる。このように、刑法が「人」を高度に保護するのは、「人」は、生命・身体を害されない権利を有しており、それを保護するためだと考えられる。生命・身体を侵害されない権利が、人権の基本的なものの一つであると考え限り、刑法上の「人」は、人権の享有主体だと考えてよいだろう。さらに、現代のわが国のような自由で民主的な法制度を有するところでは、人権を享有することと、「権利の主体」であることという二つの属性は同じ生物学的主体に属するということを考えるならば、刑法上の「人」は、「権利の主体」であることが、刑法上具体化したものであると考えることができると思えてよいだろう。

以上をまとめると、「権利の主体」であることは、民法上の「人」であることであり、憲法上は人権の享有主体であることであり、刑法上の「人」であることである。脳死者に関する議論で法的に問題となることを、「権利の主体」という概念を用いて解釈するならば、それは、その者を「権利の主体」と考えるべきか否か、という問題だと考えることになる。

（２）ある者を「権利の主体」とすることの意味

私は、脳死状態の者の扱いをめぐる問題の本質は、その者が「権利の主体」であるか否かという問題であると捉える見方を提示した。しかし、ある者を「権利の主体」とする、あるいはしない、ということは、すでに見た法学的位置づけを超えてどのような意味を持つのであろうか。

内田貴は、知的能力において人間の赤ん坊に優るサルが、契約の主体にはなれないことを、知的能力如何の問題

ではなく、単にサルが「資格」を有しないからだと説明する。<sup>(31)</sup> その資格とは、権利能力である。権利能力とは、民法が規律する所有や交換といった行為を行うための資格である。権利能力を認めることは、所有や交換といった、人間の社会生活を営む上で非常に重要な行為を行うことができる一員として認めることである。それは、社会が、その者を人として扱うことに他ならない。

さらに、ある人を社会的に人として扱うことといえば、私法上の権利・義務の主体となる資格である権利能力を認めるだけでは不十分で、人権の享有主体であることも同時に認めなければならないだろう。<sup>(32)</sup> 単に私法上の取引の主体として認められるだけで、人権が認められない、例えば、その生命がいつでも奪われてよいのだとすれば、その者は社会的に人として扱われているとは言いがたいからである。

「権利の主体」とは、法律制度によって、一人の人間として尊重される者のことだといえるだろう。また、それは、社会的に人として扱われることでもある。重要なことは「社会的に」という点である。「権利の主体」であるか否かは、社会的に人として扱うかどうかという問題なのであるから、公共的な問題であることは必然的だともいえる。現実には、権利能力に関する規定は、強行法規であるとされる。<sup>(33)</sup> つまり、権利能力は個人の意思で取得したり放棄したりできる性質のものではない。不可譲と考えられる点では、人権も同じである。<sup>(34)</sup> 権利能力も人権も不可譲なのである。

このように、ある者を「権利の主体」とすることは、その者を社会的に人として扱わねばならない、ということである。この視座に立てば、民法の権利能力の付与も、人権の享有も、刑法によって生命・身体が保護されることも、法律制度によって人として扱われるということの具体化と考えることが可能である。もちろん、人として扱うということの具体的内容は、容易に確定するものではなく、絶えず争われるものであろう。しかし、歴史的にある程

度確定した事柄も存在する。例えば、原則として社会的要請によって生命を奪われることがないことの保障は、確定した事柄の一つと考えてよいだろう。わが国で、国家による生命の意図的な奪取が正当化されるのは刑罰に限定されている。さらに、死刑制度自体が議論の余地のあるものとされていることから、現代の自由で民主的な法制度の下では、「権利の主体」である限り、社会的要請によって生命を奪われることが正当化されることは、非常に稀であり、困難なこととされているといえる。刑罰以外の社会的な要請によって生命を奪われないということは、人として扱われること、すなわち「権利の主体」であることの確定した内容といつてよい。

(3) 「権利の主体」に対する制度のあり方

ここまで論じてきた「権利の主体」についての考えを受け容れるならば、いかなる社会制度についての構想も、「権利の主体」を真剣に考慮したものでなければならぬはずである。また、「権利の主体」と「権利の客体」を峻別したものでなければならぬはずである。しかし、臓器移植に関してジョン・ハリスが提出した「サバイバルくじ」の議論<sup>56)</sup>は、この峻別をしていない。「サバイバルくじ」の議論の検討を通して、私が提示する「権利の主体」概念が、具体的な社会制度の中で有する意義を明らかにできると考える。

A. 「サバイバルくじ」の概要

「サバイバルくじ」の議論の概要は次のようなものである。移植手術でしか助からないが、それによって必ず助かるYとZがいるとする。また、移植手術は完全なものであるとする。しかし、不幸なことに、移植用臓器がない。そこで、彼らは、「サバイバルくじ」を提案する。すべての人にくじの番号を付与する。そして医師が、複数の移植

を必要とする患者を抱えているにも関わらず、移植臓器を入手できないときには、コンピュータに臓器提供者を抽選してもらう。このコンピュータは公正性を完全に担保するプログラムが内蔵されている。医師は、当選した人（B）を殺し、複数の移植患者の命を救う。つまり、一人の犠牲によって、複数の生命が助かるのである。

この議論は、突拍子もない議論に感じられる。たしかにYとZは不幸であり、できることなら彼らを助けたいと多くの人が考えるであろう。しかし、YとZのためにBを殺すことが正当化できるのか。そもそもBには殺される理由がないのではないか。この反論に対して、ハリスは殺される理由がBにないのと同様YとZにも死ぬ理由はない、という。サバイバルくじが実行され、Bの身に死が訪れるのは、まったく偶発的である。同じように、YとZが移植でしか助からない病気に冒されたことも偶発的なのである。われわれは、Bを殺さなければ、罪のないYとZを見殺しにすることになるのである。ハリスによれば、私たちの持つ選択肢は、YとZを殺すか、Bを殺すかのいずれかなのである。そうであるとすると、より多くの人が助かる方が良いので、Bを殺してYとZを救命するところが道徳的に良いことだとする。

この他にも、様々な反論があるだろうが、ハリスは、通常考えるほとんどの反論に対して検討を加え、論駁を試みている。このようにして、サバイバルくじは正当化されるとしながらも、そのまま実行すると、問題が生じることをハリスは認める。それは、健康人に不利なために、健康人が減り、不摂生に歯止めが利かなくなることである。したがって、より「控えめな提案」として、サバイバルくじの犠牲になる可能性を持つ対象者を、瀕死の人に限定すべきだと提案するのである。

## B・議論の構造の分析

ハリスの議論は、議論の進め方が周到であるため、結論に対する直観的な違和感にも関わらず、その主張は容易な反論を許さない構造になっている。しかし、私は、ハリスの議論は、その内部に問題を抱えていると考える。そうしたハリスの議論の問題点を明らかにするために、ここでは、ハリスの議論の構造を検討することにした。

ハリスは、以下に述べる二つの道徳的な原理を組み合わせることによって、議論に説得力を持たせていると考えられる。一つは、Y、Z、B いずれも生きることに対しては平等である、という原理である。ハリスの想定するケースでは、三者ともに命を失うことに対して、道徳的観点からは何の責も負ってはならず、三人は皆、自らの生命の保障を求めることができるが、いずれも他の者より優越して生命の保障を求めることはできない、ということになっている。この議論の説得力は、三者とも生きることに対しては平等であるという原理に訴えかけることによって得られているであろう。

翻って考えると、この原理は、三者とも「権利の主体」であることを明確にするものに他ならない。彼らは「権利の主体」であるがゆえに、社会に対して人として扱われることを正當に請求することができると考えられるからである。もう少し詳しく見てみよう。

Bが「権利の主体」であるならば、そのことから、サバイバルくじによって、犠牲を強いられることに異議申し立てをすることが認められるだろう。しかし、YとZも同じように、「権利の主体」であると考えられるならば、こちらもまた、そのことから、不治の病によって犠牲を強いられることに異議申し立てをすることができる。このように考えるならば、BとY及びZとの違いは、サバイバルくじによる犠牲か不治の病による犠牲かの違いでしかなく、ハリスの議論では、この違いは本質的なものではない。いずれの場合も、犠牲を強いられる道徳的な責任がない点で同じ

だからである。このように、ハリスの議論は、まず、三人が「権利の主体」であることを前提にしているように思われる。三人とも「権利の主体」であるから、三人とも人として扱われるべきであり、そこに差を設けてはならない、という価値判断に訴えかけている。

しかし、病による犠牲もくじによる犠牲も、道徳的な観点から同じものであるとするならば、サバイバルくじを導入する理由はないのではないだろうか。ハリスの議論に基づいて、ハリスの提案するサバイバルくじを導入することは、実は、二重にサバイバルくじを行うことになると思われる。というのは、病とくじを区別しないハリスの議論の前提を受け容れるならば、ハリスの提案するくじ以前に、ある種のサバイバルくじが実行されていると考えることができるからである。事前に実行されるくじとは、病のことである。

重篤な病気に罹る原因は様々に存在するが、それらの多くは道徳的な観点から見て、患者に罹患の責任を問うことができるものではない。そうであるならば、不治の病にかかると自体が一種のくじであって、それが命に関わる病である場合には文字通りサバイバルくじが実行されたと考えてもよさそうである。そうであるとすると、ハリスの提案するサバイバルくじは、二回目のくじと考えることができる。

ハリスの主張を受け容れて、Y、Z、Bには各自生きる権利があり、その点で平等であることを認め、提示されたケースでBを殺さないことはYとZを殺すことと道徳的な観点からは同じだということも認めたとしよう。しかし、これらのことを認めたとしても、ハリスの提案するサバイバルくじを実行する理由にはならないのではない。なぜならば、病に罹ることがある種のサバイバルくじと考えられるからである。

こうした疑問に対して、ハリスはもう一つの原理に訴えかける。それは、全員を救命することができないならば、より多くの人間を救命することが道徳的に良いことである、という原理である。功利主義の原理として一般的

によく知られている「最大多数の最大幸福」原理である。この原理に従えば、Bを殺すか、YとZを殺すかの選択にあたっては、当然、犠牲が少なく助かるものが多い方が良いので、Bを殺すことが正当化されるのである。

以上で検討したことをまとめよう。ハリスの議論は、二つの原理に訴えかけることによって成立している。第一の原理は、三人とも「権利の主体」であるということである。よって、三人の生命に優劣はつけられない。また、不運にも病に冒されたことや、幸運にも健康であることは、彼らが「権利の主体」であることと何の関係もない。この第一の原理から、彼らは「権利の主体」として、平等に社会から尊重され配慮されるべき者たちであることになる。第二の原理は、「最大多数の最大幸福」原理である。この原理によって、二人の犠牲よりも一人の犠牲を、一人の救命よりも二人の救命を優先することになる。

この功利主義の代名詞としてもよく用いられる原理については、様々な批判があるが、たしかに、この原理を用いることが有効である状況も存在するだろう。例えば、次のような場合である。嵐の日に船が難波し、乗員が、二つの岩に取り残されているとする。嵐があまりにひどく、どちらかの岩にしか救助船は出せないが、困難さはどちらの岩に行くのも同じである。岩Iには五人、岩Wには八人の乗員が残されている。救助隊の隊長はどちらの岩に救助船を出すべきか。このような場合であれば、功利主義を批判する立場の者であっても、岩Wに救助船を出すべきだ、と答えるのではないだろうか。

話をサバイバルくじの議論に戻すと、ハリスは、第一の原理に訴えることによって、BとYおよびZを取り巻く状況を、難破船の乗員救出場面と同じものにしてしまうのである。したがって、難破船の乗員救出の例で、岩Wに救出船を派遣すべきだと考える限り、サバイバルくじの議論においても、Bを犠牲にしてYとZの二名の者の命を救うことに同意せざるを得ないように思われる。

このように、ハリスの議論は、二つの道徳的原理に訴えていると考えられる。一つは、生きることにおいて人は平等であるという原理であり、二つ目はより多くの者が救命されるべきであるという原理である。しかも、ハリスは、この二つの原理を組み合わせて用いている。というのは、第一の原理を用いなければ、臓器移植の問題が、難破船の救助の事例と同じ状況にならないため、第二の原理を用いる説得力を減じさせてしまうからである。しかし、私の考えでは、二つの原理は、同時に使用することができない原理である。第二の原理を使用する場合には第一の原理は使用できないし、第一の原理を使用した場合には第二の原理は使用できないように思われる。次にこのことを検討する。

### C. 批判的検討

まず、第二の「最大多数の最大幸福原理」を使用する場合、移植を必要とする患者の方が圧倒的に少ないのであるから、サバイバルくじを導入すべき理由はないというべきである。最大多数の最大幸福を原理として用いる社会において、なぜ少数の移植患者のために多くの健康人が、犠牲を強いられるくじに当たることの不安におのきなから日々を送らなければならないのか、明確な理由は見いだしがたい。よって、くじを導入するためには、すべての人が「権利の主体」であり平等に生命を保障される権利があるという第一の原理が必要になるだろう。

他方、仮にYとZがサバイバルくじの導入を要求するのであれば、例えば、「自分たちが移植でしか助からない病に罹ったことを社会が放置することは、社会が自分たちの生命の保障を放棄したことであり、自分たちを人として扱わないことである」というように主張する必要があるだろう。しかし、そもそも、そうした生命の保障を公共的に訴えることが可能なのは、彼らが「権利の主体」であることを根拠にしていると考えられる。



ただし、すでに確認したように、現代の自由で民主的な法制度のもとでは、すべての人が「権利の主体」である。YとZが「権利の主体」であるのと同様に、Bも「権利の主体」であり、YとZの生命を保障するのと同様、Bの生命も保障しなければならない。Y、Zという二つの命が救えるとの理由でBを殺すならば、Bを「権利の主体」として扱わないことになる。社会的要請によって、Bの「権利の主体」としての地位を剥奪することはできない。もしできるとするならば、その時点で、Bを「権利の客体」として扱ったことになるだろう。

一方で、Y、Zを死ぬに任せることは、彼らを「権利の主体」として扱っていないことになるのだろうか。死ぬに任せることは、少なくとも社会の他の者のために犠牲を強いているわけではないから、「権利の客体」として扱っていない以上、依然として「権利の主体」として社会的に遇しているともいえる。しかし、Bの命を奪わないために、YとZが死ぬに任せる状況に放置されている以上、社会的に「権利の主体」として扱われていないということもできるかもしれない。しかし、その場合であっても、ただちにBを殺すべきだという結論は導くことができない。なぜならば、YとZの生命を保障するためにBを殺すことを正当化するためには、より多くの命を救命すべきであるという原理が必要であるが、「権利の主体」であることに訴えかけるのであれば、第二の原理を使用することはできないと考えられるからである。「権利の主体」に訴えた場合に、「最大多数の最大幸福」原理をなぜ用いることができないのかについて、より詳しく説明しよう。

「権利の主体」は平等であるから、それらに優劣の差はつけられない。このことから、Y、Z、Bは同様に尊重されるべきだ、といえる。しかし、この「同様に尊重されるべきだ」ということで意味する平等は、量的な平等とは限らない。仮に、Y、Z、Bの生命が、それぞれ等しく一〇〇の価値があるとするならば、YとZが助かる価値は二〇〇で、Bが助かる価値は一〇〇だから、前者が後者に優先するということになるかもしれない。しかし、「権

「権利の主体」の平等性が、そのような量的な平等を意味しているとは限らないのである。

むしろ、「権利の主体」は、社会的な要請の対象外におかれる者という本来の意味を考えるならば、そこでの平等とは、Y、Z、Bの生命は、同様に他の何者とも比較衡量されないという意味で平等だと考えるべきである。YとZが、「二人の命の方が一人の命よりも価値がある」と主張すれば、それは、社会的な比較衡量を推奨することになり、「他の社会的価値と比較衡量の対象にならない」という本来の「権利の主体」の意義をなし崩すことになるのである。

以上で見たように、「権利の主体」に関わる道徳的原理に訴える限り、サバイバルくじは社会制度として採用すべきでないものである。さらにいえば、ハリスが「控えめな提案」として、サバイバルくじを瀕死の者に限るとする提案は、逆に、大胆すぎる提案である。健康であろうが瀕死であろうが「権利の主体」であるならば、等しく生命が保障されなければならないはずだが、彼の議論では、いつのまにか、瀕死の人は「権利の客体」として考えられており、「権利の主体」と「権利の客体」という重要な区別がなされていないように見える。「権利の主体」と「権利の客体」とでは、その社会的扱いは劇的に変化する。仮に、瀕死の人だけが、臓器を必要とする人のために犠牲になるとすれば、その場合、瀕死の人は「権利の客体」として扱われていることになるだろう。もし、瀕死の人を犠牲者の候補とするのであれば、瀕死の人が「権利の客体」であることを証明する必要があるだろう。

ハリスの議論を批判的に検討することによって得られた結論は、以下のことである。「権利の主体」を認める社会では、社会的要請によって、「権利の主体」の生命に犠牲を強いることはできない。たとえば、その社会的要請が、多数の「権利の主体」の生命を存続させるためという強力な目的を持つものであったとしても、別の「権利の主体」に犠牲を強いることはできない。「権利の主体」の生命は、いかなる社会的な利益衡量の対象にもならないと考える

べきである。

(4) 問題の再定式化

「権利の主体」、「権利の客体」について、これまでの検討から導ける結論を確認しよう。

「権利の主体」は、生存に関して、他の「権利の主体」との功利主義的な利益衡量の対象にならない、かつ、そうしてはならないものである。「権利の主体」性がすべての人に認められる社会は、ハリスの提案するサバイバルくじのような制度が成立しえない社会である。

一方「権利の客体」は、「権利の主体」が有する権利の対象として、その利用・収益・処分をめぐる争いが生じる。ただし、「権利の客体」であるからといって、それが常に完全な使用・収益・処分の対象となるわけではない。その対象がもつ神聖性、不可侵性など別な考慮から、使用・収益・処分が制限される、あるいは禁止される可能性は残される。

ここで、脳死状態の者をめぐる問題に対する最初の分析結果を確認しよう。脳死者が生きているのであれば、脳死者からの臓器移植や治療停止はどれほどその社会的有用性が示されようとも全く許されず、議論の余地もなかった。他方、脳死者が死んでいるのだとすれば、少なくとも、社会的資源としてのその利用の是非を検討することが許された。すなわち、問題は、脳死者が社会的な利益衡量の対象であるか否か、ということであった。

脳死状態の患者が、社会的な利益衡量の対象になるか否かということは、脳死状態の者が、「権利の主体」(法学上の「人」)であるのか「権利の客体」(法学上の「物」)であるのかを問うことと同じである。脳死状態の者が、「人」であって「権利の主体」であれば、どれほど社会的有用性が認められとしても、生命維持に関わる臓器を摘

出されることは許されなからう。一方で、脳死状態の者が、死体という「物」すなわち「権利の客体」であれば、その「物」の使用・収益・処分はどこまで認められるのか、また誰に認められるのか、についての議論が許され、臓器の摘出を認める余地が存在することになるからう。

以上の検討から、脳死をめぐる議論の争点は、脳死を「権利の主体」と「権利の客体」の分岐点とみなせるか、という問題として再定式化することによって、その政治道徳的本質を的確に表現できると考える。すると、脳死は、「権利の主体」がその地位を失う「権利終期」としてよいか、という問題にならう。そうであれば、「脳死は人の死か」という問題は、「脳死は権利終期か」という問題として再定式化すべきであらう。そうして初めて、サバイバル論の批判的検討で明らかになった「人間の尊厳」の実質を、社会制度的に表現できるからである。

## 注

- (1) David Lamb, *Organ Transplants and Ethics*, Routledge, London, 1990 at 122.
- (2) ヘロドトスによれば、彼が生きた時代のペルシアでは葬る前に死体を犬や鳥に食いちぎらせ、バビロンでは、死体を蜂蜜に漬けて葬っていたという(ヘロドトス、松平千秋訳『歴史(上)』(岩波書店、一九七一年)参照)。また、マツサゲタイでは非常に高齢に達した者を縁者が殺した上で家畜とともに煮て食うというのが最も幸せなこととされていたといい、スキュティアでは、死者は四〇日間にわたって車に乗せられ、知人の家を引き回されてから埋葬されたという(同『歴史(中)』(岩波書店、一九七二年)参照)。
- (3) ヘミングウェイの『誰がために鐘は鳴る』の冒頭に引用されたジョン・ダンの詩が、葬儀の時に鳴る鐘は、死者のためではなく、生きて残された「汝ら」のために鳴ると述べていることを想起されたい。

- (4) 臓器移植法八条は、死体から臓器を摘出する際に「礼意を失わないよう特に注意しなければならない」と定める。
- (5) 例えば、森岡正博は、脳死臓器移植研究の可能性として、①脳死の人の臓器は誰の所有物なのか、②私的所有とはそもそもどういうことなのか、③脳死の身体をめぐるマクロとミクロの政治がいかにか機能しているか、④家族の前に横たわる脳死の人とはどのような存在者なのか、⑤脳死とエココロジはどのような関係にあるのか、という五つの課題を提示する(森岡正博「脳死の意味論——『脳死臓器移植』研究の可能性——生命倫理九卷一号四頁)。
- (6) 「『脳が死んでいる』という状態の存在は、すでに今世紀の初めから一部の医師には知られていたと言われるが、いわゆる脳死をめぐる問題が、一般の医師の間に知られるようになったのは、今世紀後半に人工呼吸器が普及してからのことである。それが今日のごとく社会一般に大きな関心事となってきたのは比較的最近のことで、このような脳死『患者』に対していつまでも『治療』を続けることの是非が問われ、また脳死体からの臓器移植が試みられるようになって以来のことである。」(全文がジュリスト九八七号(引用部分は三〇頁)に掲載。なお、最終的な「答申」(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〕とジュリスト一〇〇一〇一〇一号に全文掲載)では、なぜ脳死が社会問題として顕在化したかについての明確な記述は見あたらない)。
- (7) 「脳死」がなぜ現実化したのかということ、「脳死問題」がなぜ現実化したのかということは別の問題である。前者は、人工呼吸器の出現によるものであると、指摘されている(例えば、丸山英二「臓器移植と法」加藤一郎・森島昭夫(編)『医療と人権』(有斐閣、一九八四年)二九七頁、葛生栄二郎・河見誠「新版 いのちの法と倫理」(法律文化社、二〇〇〇年)二二一頁参照)。ここで取りあげたい問題は後者である。
- (8) 例えば、大谷實は次のように述べる。「脳死の問題は、民法および刑法などの領域で様々な法律問題を提起するのであるが、最も焦眉の急を要する課題は、脳死と判定された患者から、第二に生命維持装置を取りはずし、その患者に対する治療・看護の処置を中止してよいかという問題、第二に、当該患者から心臓等の臓器を摘出してよいかということの二点である」(大谷實

「脳死問題への提言」ジュリスト八二二号六九頁。同趣旨のものとして、齋藤誠二『刑法における生命の保護(三訂版)』(多賀出版、一九九二年)三―四頁も参照。

(9) 「その本質上、『死の基準』は、臓器移植等の個別の利益衡量から独立して、論理的には、それ以前の次元において、絶対的に決定されねばならないものである。」(長井圓「臓器移植法をめぐる生命の法的保護 ― 脳死一元論の立場から―」刑法雑誌 三八卷二号六六頁)

(10) 石原明は、脳死が社会問題化した背景として尊厳死を挙げる(石原明「脳死論に関する一試論」ジュリスト八二六号八〇頁、同「医療と法と生命倫理」(日本評論社、一九九七年)二四七頁)。ただし、石原のいう尊厳死とは、「消極的安楽死」(清水哲郎「医療現場に臨む哲学」(勁草書房、一九九七年)一六五―一六七頁参照)の意味ではなく、脳死状態を生き続けている状態だとして延命治療を続けることが人間の尊厳性を汚すことになるという理由で脳死を死とすべきと考えるという論である。しかし、何が人間の尊厳に当たるかは、信教の自由に属する問題だと考えることもできるから(See Ronald Dworkin, *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Random House, New York, 1994, esp. chap. 6.)「人の死」という社会的基準を検討することの理由になると考えることは困難だと思われる。

(11) 医療資源の効率的な配分に反するということには少なくとも二つの意味があるだろう。第一は、その患者が使用する医療機器、設備という物的資源、医師や看護婦などの人的資源を他の患者が享受できなくなるという意味であり、第二は、回復の見込みがない患者に多額の医療費を費やすという意味である。

(12) See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1977, 1978.

(13) 長谷部は、憲法上の権利と人権を区別するべきであると述べている。「人権とは、人が人であること自体から当然に認められる権利を意味する。社会生活における基本的な重要性から、基本的人権といわれることもある。このようなそもそもその意味にこだわるとすると、人権ということばは限定的に使われるべきであり、厳密には、憲法上保障される権利と人権とは区別されるべ

- きである。もっとも、多くの教科書類では、憲法上の権利と人権とは区別されないままに使われている。」（長谷部恭男「憲法第三版」（新世社、二〇〇四年）九五頁）
- (14) 長谷部・前掲注<sup>13</sup>一〇四頁。
- (15) 例えば、死の法的意義として、前田雅英は次のように述べる。「瀕死の重傷を負った人間に止めをさそうと思ってピストルを撃ち込めば殺人罪の実行行為が認められる。しかし、その人がすでに息を引き取った後であれば、死体が死ぬことは絶対にある以上、殺人未遂にすらならない。死体損壊罪が成立するのみである。客体が生きているか死んでいるかは、被告人の刑事責任に大きな影響を及ぼす。」（前田雅英『刑法各論講義「第二版」』（東京大学出版会、一九九五年）一三頁。ただし、第三版（同『刑法各論講義「第三版」』（東京大学出版会、一九九九年）にはこの記述はない。
- (16) 刑法一九九条。
- (17) 刑法一九〇条。
- (18) ここでは、殺人罪と死体損壊罪の比較によって刑法上の生者と死体に対する扱いの差異を見たが、生者に対して、刑法がより大きな価値をおいていることは、他の観点からいえる。「出生から死亡までの『人』の生命の保護は、本条のほか、未遂罪・予備罪をも処罰すること（法二一〇・二二一条）、過失形態でも処罰されること（法二一〇・二二一条）や、様々な結果的加重犯が存在すること（法二〇五・二二九条）からもわかるように、胎児や死体の保護に比して、格段に包括的である。」（大塚仁・川端博（編）『新・判例コンメンタール 刑法5 罪（2）』（三省堂、一九九七年）「第199条」「殺人」（川端博・岡上雅美執筆）二四六頁。なお、引用中の「本条」とは、刑法一九九条のことである。）
- (19) 「殺人の罪の保護法益は、人の生命である。殺人の罪の類型としては、殺人罪（一九九条）、自殺関与罪・同意殺人罪（二〇二条）がある。」（日高義博「生命・身体に対する罪」町野朔・中森喜彦（編）『刑法2 各論』（有斐閣、一九九六年）九頁）
- (20) 「本罪につき、通説・判例は、死者に対する一般の宗教的感情を保護するものと解している」（大塚仁・川端博（編）『新・

判例コメントール 刑法5 罪(2) (三省堂、一九九七年)「第190条 「死体損壊等」(名和鐵郎執筆) 一八〇頁。これに対して、「刑法の役割を個人の生活利益に求める」立場から、「宗教的自由や死者の利益を保護するためのものと解すべき」との説もある(平川宗信「刑法各論」(有斐閣、一九九五年)二六一頁参照)。

(21) 「バイオ・テクノロジーの進展に伴い、いまや、これまでの二分論を中心とした議論が通用しなくなっている。精子、卵子、受精卵、胚がそうであり、脳死(状態)がそうである。ここでは「人」と「物」の中間にある存在が保護の対象となっており、具体的には、「生まれてくるもの」や「死にゆくもの」の概念が必要となった。「人」と「物」の中間概念と呼ぶことができよう(植木哲『医療の法律学 第二版』(有斐閣、二〇〇三年)三二〇頁)

(22) 人と物の二元論を採用したとしても、「物」とされたものがすべて、否定的な意味での「モノ」扱いされるとは限らない。例えば、動物は「物」であるが、「動物の愛護及び管理に関する法律」によって、他の「物」とは異なる扱いが要求されている。また、人と物の法的二元論の淵源と考えられるローマ法においても、「物」でありながら、「財産を構成せざるもの」が存在したという。それらはさらに、「神法上の」(divini iuris)ものと「人法上の」(humani iuris)もので構成されていた。前者に属するものとしては、神の特別の保護を受けると考えられた神殿や供物、墓、城壁城門などが挙げられる。それらが、「物」でありながら、その神聖性から、特別な法的保護の対象であったことは注目に値するだろう(原田慶吉『ローマ法——改訂——』(有斐閣、一九五五年)七二—七三頁参照)。

(23) おそらく、唄孝<sup>1</sup>がその初期に提案した「a期間説」を「凍結」したことの理由の一つは、この点にあるだろう。唄孝<sup>1</sup>「脳死を学ぶ」(日本評論社、一九八九年)、同「『a期間』の前後(フロアーからの発言より)」日本法哲学会編『生と死の法理』(有斐閣、一九九四年)を参照。

(24) 「人と物の二分法とこの両者の媒介項としての行為、これはいわば近代民法典が確立した三要素であった。しかし、人と物の二分法は、今日様々なチャレンジを受けている。すでに触れた胎児、さらには受精卵や臓器などの法的処遇が人と物の境界を



- 曖昧にしているのに加えて、人格や人身に対する保護は、客体としての「人」の側面をクローズアップしている。…(中略)…  
 / それでもなお、人⇨物⇨行為が民法の要をなす事を全面的に否定することはできない。必要とされているのは、現代的な諸要  
 請を考慮しつつ、これらの基本概念を更新することなのである。」(大村敦志「民法総論」(岩波書店、二〇〇一年) 四六頁)
- (25) 「権利の主体」には、自然人でない「法人」も含むと考えられるが、本稿での議論は、自然人に限る。扱いたい問題が自然人  
 に特有の問題だからである。
- (26) 「民法(一條ノ三)は「私権の享有は出生に始まる」として、身分、階級、職業を超越し、宗教、性、年齢、家の地位による  
 差等を廢止して、人間を一律平等的な法人格者としているが、それはフランス革命の天賦人權自由平等思想によつて最後の仕上  
 げを見た思想的發展で、ローマ法に於いても私権の享有は種々の段階と差別がある」(原田・前掲注②四六頁)
- (27) 谷口知平・石田喜久夫『新版 注釈民法(1)』(有斐閣、一九八八年)「前注(§§1ノ3、2「権利能力」)」(谷口知平執  
 筆) 参照。
- (28) 民法一條ノ三は「すべての人間が権利能力を有することを定めると同時に、権利能力の始期は出生であることを規定する。」  
 (谷口・石田・前掲注②「権利能力の始期」(谷口知平執筆) 二二二頁)
- (29) 例えば、金銭債権は、金銭を貸す、あるいは支払いを受けるべき物を引き渡した、などの弁済を受けるべき行為をなした者の  
 みを持つことができるものだろう。民法上の特定の権利は、正当な理由(「法律上の原因」等)があるときにのみ成立するもの  
 と考えられる。
- (30) 長谷部・前掲注⑬九九頁。
- (31) 「サルが契約を締結できないのは、知的能力の問題なのではなく、単にその『資格』がないからである。つまり、どんなに知  
 的 capability の高い生物が存在しても(たとえば人類よりも知的能力の高い宇宙人が現れても)、民法上は契約の主体となる資格が認  
 められず、そもそも、交換の対象となる財産を「所有する」資格が認められない(サルはバナナを所有できない)。これらの資

格は、いわば市民社会のメンバーシップである。これを、私法上の権利義務の主体となる資格という意味で、権利能力と呼ぶ。

『能力』とはいわゆる、知的能力とは関係がない。権利能力がなければ、どんなに知的能力が高くても、民法上は人の所有の対象となる物でしかない。」(内田貴『民法Ⅰ 第2版 補訂版 総則・物権総論』(東京大学出版会、二〇〇〇年)八九頁)

(32) 米倉明は、エールリッヒが、権利能力概念の構成部分として①政治上の諸権利をもちこれを行使する能力、②法的に承認される権利の四つを挙げていることを述べた上で、権利能力として、まず第四のものが承認されるべきであると説く(米倉明『民法講義 総則(1)』(有斐閣、一九八四年)五七―五八頁参照)。

(33) 「権利能力・行為能力に関する規定は強行規定であり、契約をもってこれを制限したり放棄したりすることは認められない。」(谷口・石田・前掲注<sup>(27)</sup>「権利能力の始期」(谷口知平執筆)二二二頁)

(34) 「『不可譲の権利』観念や思想を制度化したのが、近代国家における立憲主義や人権保障制度であった。」(深田三徳『現代人権論』(弘文堂、一九九九年)九二頁)

(35) 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。なお、ハリスのサバイバルくじについては、本稿第五章第三節で、森村進の自己所有権説を検討する際に間接的に取り上げた。私見では、ハリスのサバイバルくじの主張を批判するためには、森村のように自己所有権説に訴えるよりも、以下で行うようなハリスの議論の問題を明らかにする仕方で行う方がより適切である。