

臓器移植制度の理論 (五・完)

——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 伝統的の死生観・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

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、二〇三号）

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

第一節 はじめに

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、二〇四号）

第三節 従来の解決案の検討

一 はじめに

二 社会的合意による解決

三 自己決定による解決

四 法的死亡概念の相対化による解決

五 違法性阻却説による解決

六 結論

第四節 脳死は権利終期として妥当か

一 脳死は権利終期として妥当でないとする説の検討

二 脳死を権利終期として認める理由の検討

第五節 むすび

第七章 結論

第一節 主張の要約

第二節 本稿の意義

第三節 予想される批判

第四節 今後の課題と展望（以上、本号）

第六章 生死の境界は何か

第三節 従来 of 解決案の検討（承前）

一 はじめに

「脳死は人の死か」という問いに対しては、すでにいくつかの解決法、解決案が提示されている。しかし、前節で提示した「脳死は権利終期か」という問題の再定式化を受け容れるならば、そうしたもののの中に、解決として不適切なもののあることが判明する。ここでは、そうした解決案を取り上げ、それらのどこに問題があるのかについて検討する。この検討作業によって、一見、解決として魅力的に感じられる提案の中に、問題の本質を考えるならば、採用することが適切でないものがあることを示し、それと同時に、私たちが採用すべき解決の条件を明らかにすることができる⁽¹⁾と考える。

二 社会的合意による解決

脳死問題の解決は、社会的合意によるべき、あるいは、社会的合意が必要である、との主張は、脳死を人の死と認める立場にも、それを認めない立場にも見られる。具体的には、脳死を人の死と認めることには社会的合意がないから反対である⁽¹⁾とか、すでに社会的合意は存在しているのだから容認すべきだ⁽²⁾、というように主張される。いず

れにせよ、そこで問題とされていることは、社会的合意の成否である。

しかし、脳死の問題を権利終期の問題と捉えなおす立場からは、脳死の問題を考える際に、社会的合意のみを全面に出して論じること疑問を抱く。というのは、脳死問題の争点が、権利終期として脳死は妥当かということであるとすれば、問題は、「いつ人は『権利の主体』でなくなるのか」という一種の法解釈に関わるものになるからである。⁽³⁾ただし、このように述べたからといって、脳死の問題は、法学者の専権事項であり法学者にしかそれを論じる資格がない、ということにはならない。しかし、その解決にあたっては、通常の実定法解釈の方法を参考にすべきではあろう。

通常法解釈は、法曹や法学者によって行われる。そして、そこでの解釈が社会に対して多大な影響を与えうることは、当然に自覚されている。しかし、法解釈がどれほど現実社会に影響を与えるものであろうとも、だからといって解釈そのものを社会的合意にかからせようとは、通常、考えられていないだろう。たしかに、まったく社会に受け容れられないことを承知で法解釈を公的に提起することには問題がある。しかし、他方で、社会的な合意を獲得した法解釈であれば、それはその内容如何に関わらず正しい法解釈である、とは考えられていないだろう。それが法解釈の問題であるならば、世論調査などを用いて国民の同意を得られる解釈を探究する、といったことはまずなされない。必要とされるのは、解釈者が公共的受容の蓋然性を含め、自らの責任において解釈とその根拠を明らかにし、それを世に問うことであろう。⁽⁴⁾

脳死の問題も、すでに提示した問題の再定式化を受け容れれば、このような解釈問題としての性格が明確になる。たしかに、脳死の問題が、国民感情や社会通念と呼ばれるものから極端に遊離した決着を見ることは考えにくい。⁽⁵⁾しかし、だからといって、ただちに「正しい法的判断を導くうえで社会的合意の探索が先決問題となるという

面も忘れてはならない」ということにはならないのではないか。むしろ重要なことは、社会的合意の形成を待つ、あるいはそれを探索することではなく、社会的合意を正当に要請しうるような権利終期の解釈を提示することであろう。

権利終期の問題は、「権利の主体」から「権利の客体」に移行する時点の問題である。また、そこで問題の焦点となる「権利の主体」の概念は、すぐれて近代以降の政治道徳の刻印を帯びたものであった。よって、この問題に何らかの解決を提出するとすれば、それは近代法の原理をふまえたものでなければならぬはずであり、この原理の政治道徳的性質について深い反省を要求するものであると考えられる。この点でも、権利終期の問題は近代法の原理にかかわるものであり、それゆえ、重要かつ困難な法解釈の問題だといえよう。このように考えるならば、脳死の問題に何らかの解決をもたらそうとする際に、社会的合意が得られさえすれば、それがあるべき解決であるとすると議論は、この問題の性質を正確に捉えていない、誤ったものだけということになる。

三 自己決定による解決

何をもちて権利終期とするかは、本人の自己決定に委ねるべきだと考えることは、脳死問題の解決として、一見、有望なものに思える。現行の臓器移植法がそのような立場をとるものと解する見解も存在する¹⁷⁾。また、日本の臓器移植法は、死の選択を認める世界に二つしかない法律として、移植先進国である米国からも注目されている⁹⁾。死の概念を個人の選択の対象とすることは、自由で多元的な社会にとって、もっとも良い解決であるとする¹⁰⁾。しかし、権利終期は、ことの性質上、自己決定に委ねることが許されないものではないだろうか¹¹⁾。

たしかに、「人」として扱われる最後の時点を自らが設定し、それを社会が尊重するという制度を採用した方が、人を「人」として扱うという理念に適用との主張には、自己決定論独特の魅力がある。しかし、この主張を受け容れるには様々な困難が伴う。

まず、権利終期を個人の決定に委ねることには、実践的な問題がある。例えば、権利終期が本人の意思によって異なる場合、救急医療の現場で混乱が生じることは想像に難くない。¹⁰² 同じ事故で同時に運ばれた二つの脳死体の一方が「人」であり、他方が死体である、といった事態が生じ得るからである。また、法的場面では、民法上は、相続に関わる問題が¹⁰³考えられ、刑法上は、殺人罪の成否に絡む問題が¹⁰⁴考えられる。

権利終期を個人の決定に委ねることは、こうした実践的な問題だけでなく、原理的な問題も提起するであろう。権利終期を自己決定に委ねるとすると、社会的に「人」としての扱いを受けるか否かを、本人の意思に委ねることになる。上記の、同じ脳死状態で担ぎ込まれた二人の人間の一方が「人」で、他方が「人」でない場合を考えてみよう。これは、すべての人に「権利の主体」であることを認め、それを不可譲とする私たちの法体系、そしてその背景にある政治道徳的な基本原則が想定していなかったことである。¹⁰⁵ 私たちは、自己決定によって奴隷になることができないのと同様に、自己決定によって死者になることもできないと考えるべきではないか。

これらの実践的および原理的な理由から、権利終期の問題を、自己決定に委ねることをただちに妥当だとすることはできない。¹⁰⁶

ただし、逆に、権利終期を公定することが、個人の生き方に対する不当な介入だといのであれば、権利終期を自己決定に委ねることを、以上で述べた難点があるにも関わらず、真剣に取り上げるべきであろう。しかし、権利終期の公定が、個人の自由を侵害するとは考えにくい。

第一に、権利終期を個人の選択に任せず、公共的に定めたとしても、死生観を侵害するなど、個人の自由を尊重しないことにはならないだろう。仮に、権利終期の時点を一義的に決定することが、死生観について一義的に決定するものだとすれば、死の概念の公共的な決定は、死生観の間接的規制ということになるかもしれない。しかし、死生観と権利終期観とが概念的に一对一に対応しているかどうかは明らかでなく、そもそも両者が原理的に対応するものかどうかさえ明らかでない。というのは、権利終期の問題は、どのような時点で「人」としての法的な保護がなくなるのかという制度的な問題であり、死生観は、法的な保護があらうとなからうと、死と生にどういう意味を与えるのかという個人の生き方の問題であるからである。両者は別な問題であるだけでなく、次元を異にする問題である。権利終期を個人の決定に委ねないからといって、個人の生き方の問題に深く関わる死生観を規制するわけではない。もしそうだとするのであれば、建築基準にかかわる規制によって自宅を四階建てにできないのは、個人の生き方にかかわる不当な規制である、ということにもなる。この種の議論を認めれば、公的規制一般に根拠がないことになりかねない。

しかし、権利終期と死生観が無関係だということはできない。両者の間には、概念的關係がなかったとしても、少なくとも心理的な影響関係があると考えられるからである。だとすれば、その限りで、権利終期の公共的決定は、個人の生き方に法が介入することなどの主張が可能である。しかし、婚姻制度や死亡・出産の届け出制度を考えると、個人の生き方に関わる問題に、法や法制度が一切関知してはならないと考えられているわけではない。¹⁷権利終期を客観的に、公共的に決定したとしても、自由な死生観を抱く領域は十分確保されると考えられるから、死生観に対して多少の影響があったとしても、それをもって、権利終期の公共的決定が個人の生き方に対する不当な介入であると主張する十分な理由になるとは考えにくい。むしろ、権利終期の問題を「死の迎え方」や「生

き方」と同列に扱い、権利終期についての個人の決定を法的に尊重すべきとした場合には、ミイラ化した死体が生きていると主張する人々の「権利終期」をも法的に尊重しなければならぬと考えられる。この結論を支持するならば格別、これをもって権利終期を公共的に決定することは許されないと主張する者はいないであろう。²⁰⁾

四 法的死亡概念の相対化による解決

脳死問題に対して、法的死亡概念を相対化させることによって解決を図ろうとする見解がある。²¹⁾ そのような見解によれば、権利終期は当事者の利益コンフリクトのボタンによって決定すべきだとされる。例えば、移植臓器の提供者になる可能性がある状況におかれた者とそうでない者とは、そこでの利益コンフリクトパターンが異なるのであるから、権利終期に違いが生じてもかまわない、むしろ望ましいと考えるのである。

しかし、この考え方も、権利終期の性格を真剣に考えるならば、受け容れることは困難であろう。権利終期をその時々²²⁾の利益状況によって操作するということは、ある者が「権利の主体」であるか「権利の客体」であるかを利益状況によって決定することを意味する。これは、考慮すべき事柄の順序が逆になっており、許容できるものではない。そもそも、「人」の生命に対する包括的な保護は、利益状況とは無関係に存在しなければならないものである。「権利の主体」であれば、利益コンフリクトのボタンなどそもそも考慮してはならない。仮に、利益コンフリクトのボタンを考慮して、「権利の主体」か「権利の客体」のいずれであるかを決定しようとすれば、利益状況を考慮した時点で、事実上、その当事者を「権利の客体」とみなしていることになってしまう。²²⁾

また、「人」という同一の法的要件が異なる法効果を導くことを、利益コンフリクトのボタンによって権利終期を

相対的に用いることの根拠にしているとすれば、それは受け容れられない議論である。たしかに、法効果に差違があり、それは各法が規律する分野が異なることから生じるものであり、そして、その規律分野の違いは利益コンフリクトのバタンの違いに基づいているかもしれない。しかし、違いがあつたとしても、それらは、「権利の主体」に対するそれぞれの法分野での具体的な効果であつて、「権利の主体」の同一性が前提されている。この前提を覆す議論もあり得るかもしれないが、ここでの議論がそのようなものでないことは既述のとおりである。

法効果が異なるとしても、いずれの法効果も「権利の主体」にふさわしい効果でなければならぬ。しかし、権利終期の相対性を主張する論者は、法効果に差違があることから、「権利の主体」にふさわしくない効果、すなわち「権利の客体」にしか認め得ない法効果を、「権利の主体」に対して認める議論を排除できない。権利終期は、利益コンフリクトのボタンによつて決定すべきものではなく、そのような仕方では法的死亡概念が相対化できると考えることは困難である。²³

五 違法性阻却説による解決

脳死を権利終期として認めることなしに、脳死体からの移植用臓器摘出を許容しようとする見解がある。現行臓器移植法が、事実上、この立場に立つと考えられることもある。²⁴

わが国では刑法学界を中心に、違法性阻却説について相当の議論を重ねてきた。²⁵ また、アメリカでは、脳死を権利終期とせず、脳死患者からの臓器摘出を「正当化された殺人」とすべきである、という見解もある。²⁶ これも一種の違法性阻却論と考えられる。しかし、違法性阻却論に対しては、多くの疑問が投げかけられている。²⁷ 違法性阻却

論も、法的死亡概念の相対化と同様に、受け容れることが困難な議論である。

違法性阻却というのは、構成要件には該当するが違法性が阻却されるということであるから、脳死状態の者が「権利の主体」であることを認める議論である。よって、ここでは、脳死体からの臓器摘出は、「権利の主体」に対して「許される殺人」だと考えていることになる。しかし、いかなる理由によつて、そうした殺人が許されるのだろうか。

たしかに、違法性阻却事由である緊急避難が成立すれば、殺人行為だとしても違法性が問われない場合がある²³¹。実際、脳死体からの臓器摘出を許容する議論の中には、緊急避難を持ち出すものがある。脳死を権利終期と認めずに移植のために心臓を摘出する行為を、緊急避難として考えることができるのならば、移植目的の殺人が正当化されるかもしれない。しかし、そのような正当化は極めて困難であろう。次のような、思考実験を試みたい。

心臓移植以外に治療の可能性がない重い心臓病を持つXは、余命幾ばくもないことと、ドナーが現れる可能性が少ないことを告げられた。Xが、自分の移植に適すると思われる健康人を故意に脳死状態にした上で、その臓器の移植を受けることは、緊急避難と認めることができるだろうか。このような突飛とも受け止められるかもしれない事例をあえて出したのは、このような通常許されないと考えられる事例を、脳死者を「権利の主体」とみなしたまま、そこからの臓器摘出を容認する違法性阻却説は、許容する可能性をもつからである。違法性阻却説を単純に理解するならば、それは移植目的のための殺人を正当化するものであるから、このような事例を許容する可能性を排除できないのである。

しかし、違法性阻却説がもつこうした問題性は、その支持者によつても理解されている。例えば、斉藤信治は、もし脳死体からの移植目的の臓器摘出を緊急避難として構成するならば、「心臓移植を受けなければすぐに死に

そうな患者を救うために、通りがかりの者をつかまえ、移植用に心臓を摘出するのも適法たりうる(一)ということにもなる⁸³⁾と述べる。これはハリスのいうサバイバルくじを認める議論である。しかし、緊急避難を認めるだけならば、サバイバルくじの制度がないだけ、公平性の点で劣る社会制度を受け容れることになる。そこでは、結果として、凶行に及ぶ者だけが移植臓器を手に入れられるという、望ましくない社会制度を構想していることになる。したがって、違法性阻却説を真剣に考える者は、緊急避難と類似の議論をしつつも、その本質的な正当化根拠を、緊急避難の論理に求めることができないことを理解するがゆえに、正当化根拠を別に求めるのである。しかし、他の正当化根拠を見出すことはできるだろうか。

例えば、被害者の同意を正当化根拠とすることができるかもしれない。これならば、緊急避難の議論の欠点が補えそうである。というのは、同意を要件とすれば、通りがかりの人からの臓器摘出まで許容する議論にはならないからである。しかし、次のような設例を考えてみよう。

ある偉大なヴァイオリニストが心臓移植でしか助からないということになった。それを知った音楽愛好家が、彼のヴァイオリンが聴けなくなるならば自分に生きていく価値はないと思い、ヴァイオリニストに自分の心臓を提供しようと考えたとする。担当医師は、音楽愛好家に、もし心臓を提供すれば、二度とヴァイオリンの音色を聴くことはできなくなるのだと、心臓提供を思いとどまるよう説得をした。ヴァイオリニストも翻意を促した。しかし、音楽愛好家は、ヴァイオリニストが死んでもその演奏を聴けなくなるのは同じであり、ならば、世の多くの人が美しい演奏を聴くことができる方が良くいと熟慮の末に決断した、と述べたとしよう。医師はその真摯な気持ちに心を打たれ、移植手術を行うことに同意し、ヴァイオリニストも同様に、愛好家の決意を受け容れ、臓器の提供を受けることにした。

もし、被害者の同意が正当化根拠だとするならば、この音楽愛好家から心臓を摘出することには何の問題もないことになるだろう。たしかに、実際には、このようなケースは極めて稀か、ありえないものであるかもしれない。しかし、働き盛りのわが子の命を少しでも長らえるために、心臓の提供を申し出る老親はどうであろうか。ありえないとはいきれないだろう。そして、何よりも、あり得るかどうか、稀なケースであるか否かに関わらず、そのような事態が生じた場合に、被害者の同意をもって自己犠牲的な自殺を認めることができるかということが問題である。おそらく、違法性阻却説に立つ者も、そこまで被害者の同意に強い正当化根拠性を認めないのではないだろうか。同意を根拠に臓器摘出のための殺人を認めることは、自己犠牲的な自殺を容認することにつながるものであり、それを認めないのであれば、同意を正当化根拠とすることはできないだろう。

それでは、他に何らかの正当化根拠が考えられるだろうか。違法性阻却説を唱える者の中には、臓器を摘出される者が脳死状態にあるという具体的事情をその正当化根拠として考える者がいる。ここでは、「同意」や「移植の必要性・有用性」は副次的な正当化根拠に過ぎず、本質的な正当化根拠は、「具体的事情」、つまり脳死状態にあることだとされる。

しかし、この主張は、「権利の主体」の平等原則を侵すものである。というのは、この主張によれば、通常の「権利の主体」であるならば、同意があろうが、どれほどの社会的有用性があろうが、その心臓摘出は許されないとする一方で、脳死状態にある「権利の主体」は、本人の同意があれば心臓の摘出が許される、とするのである。これは、「権利の主体」に対して二つの階級を認める主張であり、一方は生命の放棄が認められず、一方は生命の放棄が認められるとしているのである。

違法性阻却説は、現実的な解決として非常に魅力的なものに感じられるが、法の下の平等という原則を侵し、一

級市民と二級市民を意図せず生み出してしまふ主張である。近代法は、これまで、理念の上で「人」に対して階級を設けたことはない。しかし、違法性阻却説は、理念上それを認める危険性を多分に含んでいる。したがって、近代法の支柱の一つであるこの理念を放棄しない限り、私たちは違法性阻却説を支持することはできない。

六 結論

以上で検討したように、権利終期はその性質上、近代法の原理を考慮し、公共的に、一律に決定されるべきものであり、以上の条件を満たさない解決は、脳死問題の解決としてどれほど魅力的に見えたとしても、採用することはできない。問題は、そのような条件を満たす権利終期として、脳死は妥当であるか否か、ということである。

第四節 脳死は権利終期として妥当か

一 脳死は権利終期として妥当でないとする説の検討

脳死を権利終期とすることに對しては反対論が存在する。こうした反対論が十分な実質的理由を提示しているのであれば、その主張を受け容れ、脳死を権利終期とすべきでない。そこで、検討の第一段階として、脳死を権利終期として認めるべきでないとする主だった学説を取り上げ、それに十分な理由が存在するかを検討する。次に、以上の検討で、反対論に十分な理由が認められなければ、脳死を権利終期とする積極的な理由があるかについて検討

する第二段階に論を進めることになる。

第一段階の検討として、まずは、「『脳死』を『人の死』とすることに賛同しない立場で」と題された、「臨時脳死及び臓器移植調査会答申・脳死及び臓器移植に関する重要事項について」（脳死臨調最終報告）³⁶⁾の少数意見を検討することにする。少数意見による多数意見批判の中に、脳死を権利終期として認めるべきでない十分な理由が示されているかもしれない。³⁷⁾

少数意見は、まず、「脳死」を「人の死」とする論理が、医学的、生物学的知見を優先することを問題にする。しかし、単に医学的知見を優先しているというだけでは批判にはならないだろう。おそらく、批判として意味のあるものになるためには、「脳死を人の死とする見解は、十分な根拠なく、医学的知見を重視している」というべきであろう。おそらく少数意見の批判の内実は、以上のようなものと考えるのが合理的だと思われる。一般に、権利終期を考える際に医学的知見を無視することは妥当ではない。むしろ、権利終期を検討するにあたっては、医学的知見が一定程度の重要性を持つことは否定できないであろう。その重要性の内実が、この文脈で尊重されるべきか否か、が問題となる。

おそらく、少数意見の批判の矛先は、「医学的に脳死は人の死と考えられるから、社会的にも人の死と認めるべきだ」というような、脳死問題で争われている「人の死」が医学的、生物学的問題に解消するという立場に向けられているのであろう。争われていることが権利終期の問題であれば、たしかにこの立場は誤っている。しかし、問題が権利終期という法的なものだとしても、その解決が医学的知見と著しく乖離するとは考えがたい。また、死亡宣告という法的意義の高い営為がもつばら医師によって行われてきたという事実もある。この二つの理由から、医学的知見を重視することには一定の意味があるだろう。

次に、少数意見が問題にする点は、多数意見が「脳死」を「人の死」とする根拠として用いている「有機的統一理論」とでもいうべきものの内容が不明確であることである。この批判は重要である。しかし、ここで注意すべきは、その射程である。それは、「有機的統一理論」を根拠にして脳死を人の死とする立場には賛同できないということだけであつて、他の論拠によつて脳死を人の死と認める余地があることまでも否定するものではない。

少数意見が問題とする第三のものは、実感として脳死を人の死と認めることができない、というものである。脳死者は、人工呼吸器の力を借りてはいても、呼吸もあり、体も温かいため、実感としてそれを死体だとは考えられないといふのである。また、脳死状態での妊娠の事例を示して、死者が子どもを生むことができるのだろうか、と問いかける。これは、脳死を権利終期として認めない理由になるかもしれない。脳機能の不可逆的停止が確実に判定できたとしても、実感として受け容れられないのだから、脳死状態の者は社会的に「人」として扱うべきであり、脳死を権利終期として認めるべきではない、と主張する余地はあるかもしれない。

しかし、この主張を受け容れることは非常に困難である。第一に、実感として受け容れられないということを根拠に権利終期を決定するとなれば、これまで用いられてきた三徴候死説であっても、受け容れられないということになりかねない。というのは、心肺が完全に停止していたとしても、とりわけその直後であれば、その者が死んでいると実感できないことはあり得るからである。権利終期の決定に際しては、人々の実感は、全く無視してよいものではないかもしれないが、少なくとも、それを主要な論拠と考えることは難しい。

最後に、少数意見は、脳死を権利終期とした場合、それを想定していない現行法規との整合性を憂慮する。しかし、問題の大部分は、実務的、技術的な問題であるだろう。もし、脳死を権利終期とすべきだということになれば、それにあわせて、整合的でない現行法規を改正すれば事足りるであろう。現行法規との齟齬は、技術的な問題であ

る限りは、脳死を権利終期とすべきでないとする理由にはならないだろう。しかし、問題がそうしたものはなく、現行法の理念に反するというのであれば、話は別である。だが、そのような問題が特に示されているわけではない。

また、少数意見は、現行法規との整合性を問題にする中で、脳死を死とすることによる人権侵害を深く憂うる、としている。脳死を権利終期とすることは、脳死者に認めるべき「権利の主体」性と相容れないものである、というように形で問題が示されれば、これは人権問題として検討すべきであるが、そのような形で問題提起はなされていない。

以上の四つが、少数意見が脳死を人の死とする多数意見を批判する理由だが、上述のように、いずれも脳死を権利終期として認めるべきではないとの結論を導くのに十分な理由とはいえない。それは、多数意見が根拠とする理由に基づいては、脳死を権利終期と認めることはできない、という主張にはなるかもしれないが、脳死を権利終期として認めるべきではない、と主張するには十分なものではないのである。

他に、脳死を権利終期として認めるべきないとする実質的な理由として検討すべきものに、森岡正博が「脳死への関係性指向アプローチ」という名称でまとめる一連の脳死論がある。そこでは、「脳死患者を看取る家族の心情というものに、その当初から、強い焦点が当てられ：（中略）：脳死患者と家族の関わり合いが注目され」³⁹⁴てきたという。そして、これらの脳死論は、脳死を人の死と一律に決めることが困難だとする結論を導くとされる。これらの脳死論は、脳死を人の死と一切認めない立場ではないが、原則として、脳死を人の死とすべきでない、という立場ではある。この議論の中には、脳死を権利終期とすべきでない理由が示されているかもしれない。森岡によれば、これらの脳死論がこだわってきた点は三点あるという。この三点に、「関係性指向アプローチ」による議論が集約

されている。

第一に、脳死状態の者を死体と考えることは実感として納得できないので、脳死を人の死と一律に決めることには無理がある、という点である。⁴⁰しかし、これは、脳死臨調少数意見を検討した際に述べたように、人々の実感が権利終期を決定する際の主要な根拠だとすることは非常に困難であるから、脳死を権利終期とすべきでないとする十分な理由になるとは考えにくい。

第二に、脳死状態の者と周囲の人間の関係性に注目すれば、親しい関係にある者が脳死になった場合には、その人の死を納得できにくいケースがあるという。⁴¹しかし、これも、第一の実感を根拠にする主張と変わるところはなく、脳死を権利終期とすべきでないとする理由にはならないだろう。

最後に、脳死者の家族にとって重要なことは、その死を受容することにあるので、看取りの時間と場所の確保が必要だといふ。⁴²このことは、いつどのような状態を権利終期と認めるかという問題に対して、特定の主張を導くものではないだろう。脳死を権利終期とした場合だけでなく、従来の三徴候死を権利終期とした場合にも、家族が死を受容する時間の確保が必要だと主張できるからである。家族の死の受容を重視することは、権利終期の確定問題とは直接に関わるものではない。

ただし、脳死を権利終期と認めることが死を受容する時間の確保を不可能にするのであれば、それは、脳死を権利終期と認めない理由になるかもしれない。しかし、脳死を権利終期と認めたとしても、死体（生体ではない）に対する扱い方に対して制限を課せば、死を受容する時間と場所は確保できる。脳死者の家族に配慮すべきというこの立場は、おそらく、家族の気持ちを害するような脳死者に対する扱い（例えば、臓器摘出）を禁止すべきだ、というのが主旨と考えられる。しかし、家族に対して配慮することが、脳死者を法的に「生きている」としな

ければならない理由にはならないであろう。

権利終期は、脳死者の状態に即して、そのみによって決められるべきだと考える。家族の感情の有り様など外的な要因によって、ある者を「権利の主体」とすべきか否かを定めることは、社会的な功利計算の対象にならないという「権利の主体」の本質と相容れない。このことは、次項で詳しく述べるが、ここでは、少なくとも、家族に配慮することは、脳死を権利終期とすべきでないという主張を導くものではないことを確認しておきたい。

以上で検討した限りでは、関係性指向アプローチに立つ脳死論も、脳死を権利終期とすべきでないとする理由を提供しない。意外に思われるかもしれないが、管見の限りでは、脳死を人の死と認めるのに慎重な立場から、脳死を権利終期として認めるべきでないとする明確な理由を提示するものは皆無である。しかし、このような状況には、理由があるかもしれない。というのは、脳死を人の死とすることに慎重な立場の多くは、脳死体からの臓器移植を全く認めないわけではないからである。それらは、厳格な条件の下では、許される場合があるとす。よって、そうした見解の多くは、脳死体を「権利の主体」でないとする余地を残しており、脳死を権利終期として認める可能性を否定してはいないのである。⁴³

このように見てくると、脳死を人の死と認めることに慎重な立場は、脳死を権利終期とすべきでないとする立場ではなく、今のところそれを受け容れることができる人がいるのだから、一律に決めるべきではない、と主張しているものと解することができる。しかし、これまでに検討したように、権利終期はその性質からして、一律にしか決められないものであるから、この主張を容れることはできない。

以上で検討したように、脳死と権利終期とすべきでない明確な理由をこれまでの議論の中に見いだすことはできなかった。しかし、明確な反対理由が見あたらないからといって、脳死を権利終期とすべきだということにはなら

ないだろう。脳死を権利終期とすることは、従来の三徴候死を権利終期としてきたことからの変更であるから、変更すべき積極的な理由がない限り、あえて変更すべきではないと考えることができるからである。しかし、私は、脳死を権利終期とすべき積極的な理由が存在すると考え、また、それは、「権利の主体」という概念がもつ政治道徳上の性格からも適切な理由になりうると思う。次に、その理由について検討する。

二 脳死を権利終期として認める理由の検討

脳死を権利終期として認めるべき積極的な理由が存在する、と主張するとき、「脳死」ということで、「全脳死」を想定している。すなわち、ここでいう脳死とは、人間の精神活動の機能が失われ、それとともに、生体の統合機能が失われた状態をさす。

人がそのような状態に至った場合、社会がその者を「人」として扱う理由は存在しないように思われる。脳死状態の者は、意識や感覚が失われ、人工呼吸器などの機器によって見かけ上、生きてるように見える状態に保たれているだけである。このような状態にある身体を、「権利の主体」とみなす理由はあるだろうか。

このように述べると、次のような批判が提起されるかもしれない。脳死を権利終期と考えることは、人の生を脳の機能に特権的な重要性を与える「脳還元主義」に立っているが、人間の生は、そのような脳の機能にのみ還元できるものではない。例えば、心臓が動いていることや、呼吸していること、神経反射などにも、「生」の徴候を見ることができるので、そういった徴候があるにもかかわらず、脳が死んだというだけで、人を「権利の主体」とみなさないことは不当である、と。

しかし、そのような批判は、脳還元主義ではないが、ある種の還元主義であることに変わりがないように思われる。というのは、例えば、脳の機能が失われていたとしても、心臓が動いているのであれば、脳死状態の者は死体ではないという主張は、人の生を心臓に還元していると考えられるからである。少なくとも、心臓が動いている者が「人」であり、そうでない者は「人」ではないとするのであれば、それもまた、ある種の還元主義であろう。そうであれば、何ゆえに人の生を心臓に還元することができるのかを説明する必要があるが、人を「人」として扱うべきか否かということを考える際に、脳の機能よりも心臓の機能を重視する理由は見いだしがたいように思う。他の、反射機能の残存や体温の維持についても、同様に、それらが人を「人」として扱うべき理由としてもっとも重要なものであると考えることは困難であろう。

人の身体の全ての細胞がその機能を停止することが権利終期であると考えない限り、何らかの身体部位の機能停止を権利終期と考えるを得ない。そのように考えた場合、脳機能の不可逆的停止以上に適切なものを考えることは難しいと思われる。

さらに、私が問題だと考えるのは、前項で見たように、脳死を権利終期と認めることに慎重な立場の多くが、脳死状態にある者本人ではなく、その周囲の人間の実感や感情に対する配慮を、反対論の主要な根拠にしていることである。たしかに、周囲の人間に対する配慮は一定程度必要だが、権利終期を考えるにあたって、最も考慮すべきは、本人の状態であるはずである。ある者が社会的に「人」として扱われるか否かは、周囲の者の感情などによって左右されることがあってはならないことであろう。

もっとも、周囲の者の感情を重視する立場は、そういった感情によってある人の生死が変化すると主張する意図があるわけではないかもしれない。しかし、周囲の者の感情を権利終期の決定問題においても重視するのであれ

ば、そうした主張を行う余地を排除することができないのである。

さらにいえば、権利終期の確定問題において、周囲の感情を重視することは、他の社会的考慮の対象にならないという「権利の主体」がもつ政治道徳上の性格に反する。もし、家族の死の受容のために脳死を権利終期と認めないのだとすれば、脳死体は、家族の死の受容のためという理由だけで、すなわち家族にとつての手段としての価値だけで、「権利の主体」とされていることになる。そうであれば、脳死状態にある者が独自に、その者が「権利の主体」であるべき別の理由が示されない限り、その者は、家族という他者の利益のためにのみ生かされていることになる。これは、他の社会的な功利計算の対象にならないという「権利の主体」がもつ政治道徳上の性格から考えて、妥当な扱いではない。このように、「権利の主体」や権利終期のもつ意味を真剣に考慮するならば、脳死状態の者を「権利の主体」とすべきでない理由があり、私たちは、脳死を権利終期として積極的に認めるべきなのである。

第五節 むすび

本章では、脳死をめぐる議論の争点を、脳死を権利終期として認めるべきか否かという問題に再定式化した。この再定式化によって、問題に対する解決が備えるべき条件が明らかになった。そうした条件をふまえた上で問題を検討した結果、脳死を権利終期と認めることが妥当であるとの結論に至った。

第七章 結論

第一節 主張の要約

臓器移植医療の可否は、大きな社会問題となり、様々に論じられてきたが、最も必要とされる議論、すなわち、日本社会としてどのような判断をすべきかについて明確な根拠を示して具体的な制度的解決を導くというタイプの公共的な議論は、これまで行われてこなかった。本稿では、そうした公共的な議論を可能にするために、まず、臓器移植の問題が複数の難問が複雑に絡み合うものであることを直視し、それらの問題を同定し、どの問題が他のどれに比べなければ適切に論じられないかを明確にした。こうして、まず考えるべき問題が何であるかを明らかにし、続く一つ一つの問題に、いわばフローチャートの、順を追って答えていけるようにした。すなわち、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」、この七つの問いをこの順で検討するというものである。

- ①「臓器移植は正当な医療か」という問いのもと、臓器移植に対して従来提起されていた始源的倫理問題と考えられるものを検討した。その結果、そうした議論の中に、ただちに臓器移植を否定する結論を導く議論がないことを見た。しかし、人の身体を利用するということもつ倫理的な問題が残ることもまた明らかになった。この問題は②「臓器はどこから調達するのか」という問いのもとでより適切に扱うことができるので、議論を先に進めた。
- ②「臓器はどこから調達するのか」という問題に答えるために、まず現在の技術水準で考えうる臓器調達源を明

らかにし、その上で、規範的な観点から許され、望ましい調達源が何であるのかについて検討した。とりわけ、生体と死体それぞれについての検討に重点をおき、そこでは、身体や臓器をめぐる所有権原のあり方や、身体の利用が提起する倫理的問題、とくに死体についてはその利用をめぐる宗教文化的な問題を論じた。こうして倫理的文化的なわだかまりを解消しつつ、望ましい臓器調達源は(生体よりもむしろ)死体である、との結論に至った。

死体が望ましい臓器調達源であるとの結論に至ったのであるから、人がいかなる状態に至ればそれを死というのか、という③「生死の境界は何か」という問題を論じる必要性が生じる。これは、従来、「脳死は人の死か」という問題として議論されてきたが、分析の結果、この問いをめぐるもつとも深刻な政治道徳的争点の実質は、「人の権利終期はいつか」であったので、問題を「脳死は権利終期か」と再定式化した。次に新定式のもとに論じ、脳死は権利終期として妥当である、との結論に至った。

こうして、望ましい臓器移植医療は、脳死体を含む、死体から臓器を調達する死体臓器移植であり、そうした形での臓器移植は制度として正当化される可能性がある、というのが本稿の結論である。

第二節 本稿の意義

本稿では、臓器移植をめぐる複合問題を整理し、その論ずべき順序を明確にすることによって、論争を前進させることができたと考ええる。すなわち、問題を整理することによって、様々な利害を考慮しつつ制度の設計と運用を視野に入れて議論を進めることを可能にし、論争を、臓器移植の問題を資源配分に関わる社会正義の問題として議論する水準にもたらしえたと考える。

また、本稿では、政治道德的問題意識に制度的表現を適切に与えるならば、その主要部分が法的問題として表現できることを明らかにしたと考えている。例えば、人の死の問題を権利終期の問題として再定式化したことで示したように、生命倫理をめぐる問題の中でも、もつとも深刻な対立を生む政治道德的な問題を、そこで議論する人々が重視する道德的直観を真摯に受け止めつつ、制度的な解決をもたらそうとするならば、それを法的な問題として捉えることが可能であり有益であることを本稿では見た。これは、臓器移植の問題以外でも、同じように政治道德的に深刻な対立を抱える問題の解決における法的思考の有益性を示唆するものであると考える。

第三節 予想される批判

個別の論点について予想される反論の主要なものについては、それぞれ具体的な問題を論じる際に検討しているので、ここでは、本稿の議論全体について予想される批判のみを取り上げることにした⁴⁴⁾。

本稿の議論は、臓器移植をめぐる絡み合った複合的な問題を、いわば一つずつ解きほぐし、そうして同定された個々の問題を解いていくことよって、最終的に何らかの解決案が出てくるように設計されている。ここでは、一つの問題を考える際には、他の問題についての検討はひとまず措く、ということになっている。これにより、複雑な問題をより扱いやすくし、具体的な解決や制度提案を示しやすくしている。

しかし、実際には、個々の問題は相互に関連しており、例えば、脳死を権利終期と認めるか否かによつて、本稿では先決問題とされる臓器の調達源、とりわけ死体から臓器を調達することが許されるのか、という問題について見解の相違が生じるかもしれない。このことから、例えば、脳死について議論するときに、死体の利用の是非につ

いてはすでに議論したのだから、ここでは人の死の問題のみを扱う、とする本稿の議論の進め方に対して、議論の自由な「蒸し返し」を封じるものである、という批判があるかもしれない。

だが、こうした批判は、本稿の提示した議論法を狭く解しているように思われる。仮に、本稿での議論法が、会議において多数決で結論を決めていく、議事進行のルールのようなものであったならば、この批判は当たっているかもしれない。第一の問いから順に決をとり、次に進めていくというように議論を進めるならば、アジェンダ・セッティングを成功させてしまうことがある。

しかし、ここでの議論はそういうものではない。それは、本稿で行ったように、それぞれの問いについて具体的な解とその根拠を提示して議論を進めていくものである。議論を打ち切って多数決で決めることを容認するようなものではない。異なる見解をもつ者は、本稿のどの点に異論があるのかを見つけさえすれば、その点について批判することができるのである。このようにして議論はいつでも蒸し返すことができる。本稿でおこなった問題の整理と、それに従って個々の問題を検討して議論を進めるといふ議論方式は、異なる見解をもつ者が互いに議論する場合に、自由な意見の表明を封殺するように機能することはないと考える。むしろ本稿の議論の進め方は、どの問題のどの点で見解の相違があるのかを明らかにする、議論の「見取り図」のような機能を果たし、様々な見解をもつ者の間での議論を、無用の混乱を生じさせることなく可能にするものである。したがって、実質的議論を促進するものでこそあれ、妨げるものではないと考える。

さらにいうならば、このように問題を解きほぐすことによつて、難解で晦渋な文章で論者を煙に巻く余地が少なくなるとも考える。本稿で提案し採用した議論法は、平明で具体的、かつ根拠を明確にしてフェアに論じる議論ほど価値が高くなる議論方式であると考ええる。また、ともすれば個人的な問題と思われがちな事柄のもつ公共的側面

を明らかにし、それが制度的な対応なしには解決できないという問題の性質を明らかにする合理的な方法である、とも考える。

第四節 今後の課題と展望

本稿では、臓器移植の制度化にあたって答えるべき七つの問題として提示したもののうち、三つの問題にしか答えていない。よって、残る四つの問題が、文字通り残された課題となる。脳死を権利終期として認めたとしても、信頼できる脳死判定基準が存在しなければ、医療実践として脳死をもって死亡宣告を行うことはできないだろう。「脳死をどのように判定するのか」という問題に答えられなければ、脳死体からの臓器移植を認めることはできない。また、移植医療において極めて重要かつ稀少な資源である臓器の配分問題も大きな問題であり、人々に受け容れられる公正な臓器配分システムが確立できなければ、移植医療そのものが成り立たなく可能性もある。資源の配分問題としては、別の次元の問題もある。それは、臓器移植が非常に高価な医療であることから、どの程度医療保険によつて医療費を補助すべきか、という問題である。これは、医療資源の適正な配分という観点から考えねばならない問題である。さらに、臓器移植に対しては、臓器の売買や死亡宣告が移植のために本来よりも早くされてしまうのではないか、といった懸念がある。こうした臓器移植をめぐる不正行為への対処策を考えておくことも、移植医療の適正な制度化にとつては不可欠であろう。

また、最近議論されている、子どもからの臓器移植をめぐる問題や、人工的な生体臓器の作成を可能にするかもしれないES細胞を利用した医学研究の是非などについて、本稿では直接取り上げることができなかった。が、こ

れらも今後検討を要する問題である。

本稿では、具体的な政治道徳的な問題の解決に法的思考がどのように役立つのか、ということ、臓器移植の問題に制度的な解決を提示することによって示し得たと考える。他方で、それでは、いかなる政治道徳的問題に法的思考は有効であるのか、法と道徳を分離すべき根拠となるような法的思考がなじまない政治道徳問題も存在するがそれはどのような性質のものなのか、こういった法的思考と政治道徳的思考との関係についての考察を要することからについてはほとんど立ち入ることができなかった。本稿ではこれら法と道徳、あるいは法的思考とは何か、との表題のもとに論じられてきた諸問題について、抽象的に論ずるのではなく、具体的問題との関連で考察する視座を開発しえたように思う。すなわち、臓器移植問題に対する解決の探究を通して、法的思考の意義について、実質的に議論する方法を提示しえたと考える。が、まだ方法を得たに過ぎず、法的思考の限界など、この問題領域をこのアプローチから実質的に探究する作業は今後の大きな課題である。

ただ、一つ言えることは、法的思考になじむ道徳問題は、正義という道徳価値をめぐる問題だ、ということである。本稿では、あるべき臓器移植制度を提案するという本稿の第一の目的に限っても、いくつもの課題を残し、それを部分的に果たしたに過ぎないが、本稿で展開した議論が、制度構想を公共的に公正に議論するための端緒となり、一つの社会正義論の方法を提示しえたとすれば、それはこれまでともすれば抽象的な議論に偏りがちであった法哲学を、実践的な価値を論じるものへとその重心を移行させる一つの試みにはなったと考える。

本稿の結論に対しては、批判的な見解も少なからずあるだろう。しかし、そうした異なる見解をもった人々が、本稿を批判する形で議論を展開すれば、臓器移植に対してより建設的な議論が可能になるものと考えている。本稿では、議論を整理するとともに具体的な解決についても提案しているので、それを批判することは、結果として対

案を出すことにつながるからである。そのような平明で実践的、公正で理論的な形で臓器移植の問題について議論が行われることになれば、上述の意味で、正義論の新たな展開も展望されるだろう。

注

- (1) 例えば、次のような見解である。「日弁連は、現段階で『脳死』を人間の死とする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）三三六頁）。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論文集第一巻 生命と刑法』（成文堂、一九九七年）もあわせて参照。
- (2) 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」（『ジュリスト』九〇四号と町野・秋葉・前掲注（1）に掲載）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對する社会的承認が得られたと判断している。
- (3) 権利能力に関する次の説明は、問題が法解釈の問題であることを示している。「このような権利能力平等の原則の下では、権利能力の終期たる生死のさかい目をどこにおくかだけが解釈上の関心事になる。」（篠原弘志「人」遠藤浩・川井健・原島重義・広中俊雄・水本浩・山本進一（編）『民法（一）総則（第4版増補補訂版）』（有斐閣、二〇〇〇年）三四頁）
- (4) 平野龍一は次のように述べる。「現在、わたくしどもにとっての問題は、刑法の解釈として死をどう考えた方がいいかにあります。法律の解釈一般についてもそうですが、とくに死というような概念の解釈にあたっては、国民の納得がえられるような解釈でなければなりません。しかし、必ずしも現実意見に調査してみなければならぬというわけではありません。これならば賛同を期待してもいいという解釈を示すのが法律学者の任務なのです。」（平野龍一「生命の尊厳と刑法」ジュリスト八

六九号四八頁)

- (5) 小田直樹によれば、唄孝一が必要とする「社会的合意」は、このような社会通念に立脚すべきという要請であると把握される。小田直樹「死亡概念について(二)」*広島法学*一三巻一号九六頁以下参照。
- (6) 唄孝一『脳死を学ぶ』(日本評論社、一九八九年)五一―九頁。
- (7) 石原明は、脳死と移植に関する議論を「三徴候死を堅持する違法性阻却説」、「脳死選択説」、「脳死拒否権説」、「脳死一元論」の四つに分ける。そして、現行臓器移植法は、「脳死選択説」に立脚すると述べる。石原明「臓器移植法の性格と特色」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)三四―三六頁参照。
- (8) もう一つは宗教的理由にもとづく脳死拒否権を認めた、ニュージャージー州法である。中山研一「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)七〇頁以下参照。
- (9) 「アメリカの状況を概観すれば、一九九七年のトゥルオグの論説をターニングポイントとして、全脳死 \equiv 人の死ということで動いてきたアメリカの脳死法を、もう一度考えなおそうという動きが本格的に表面化してきた。その過程で、彼らが注目しているのがニュージャージー州の脳死法と、日本の臓器移植法なのである。ともに、死の選択を認めた世界で二つの法律だからである」(森岡正博『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)四五頁)。なおトゥルオグの説については、本節五項で取り上げる。
- (10) ヴーチは、脳死の良心的拒否権を認めるニュージャージー州の脳死法を取り上げて、「死の定義の選択が、概念上のレヴェルでは、医学の問題というよりは、宗教的・哲学的・政策的選択であるということがひとたび理解されるならば、自由多元主義社会の限界を超えない範囲で自由裁量を認めることは、とても説得力のあるものである」(Robert M. Veatch, *Transplantation Ethics*, Georgetown University Press, Washington, D. C., 2000, at 131)と述べる。
- (11) 河見誠は、法的レベルで問題となる「この世の社会生活主体」としての資格の喪失時点は、「自己決定」に委ねるべきでない

- と述べる。河見誠『現代社会と法原理——自由、生命、福祉、平等、平和のゆくえ』(成文堂、二〇〇二年) 四頁以下参照。
- (12) 実際に救急医から「現場で日常的に脳死患者を扱う臨床医にとって、脳死の二元論の矛盾を胸に飲み込んで臨床に当たらせるのは酷である」(島崎修次「救急医の立場からみた臓器移植」日本医師会雑誌)一一九卷一一号一七四九頁)という懸念が表明されている。現行臓器移植法が、結果的に脳死と心臓死をあわせて認めること(引用文中の「脳死の二元論」はこのことを指す)が混乱の原因になりうるのである。
- (13) 例えば、家族の意思で死亡の時点が変更可能な場合、相続(とくに相続順位)に関する奇妙な法的帰結について、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二五—二六頁を参照。ここでは、本人の意思ではなく家族の意思による権利終期の選択が問題となっているが、権利終期を公的な決定ではなく個人の決定に委ねるという点で、問題の性質は同じものだと考えられる。
- (14) 例えば、心臓死か脳死かの自己決定権を認めた場合に、脳死者を心臓死に至らしめるという同一の行為が、脳死者の自己決定によって、殺人罪と死体損壊罪のいずれかに評価されるという実際の問題がおこる(平野龍一「三方一両損的解決——ソフト・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三二頁)。
- (15) 「脳死について本人等の選択権・拒否権を肯定することは、『同意』の存否により『人間の尊厳』の基礎となる生命権保障に差異を設けるゆえに、憲法一三条・一四条に反する疑いが強い。」(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——」刑法雑誌三八卷二六八—二六九頁)という見解も、趣旨は同じであろう。
- (16) 井田良は、「死の概念ないし基準そのものを二つに分けて個人の選択にゆだねるといふようなことが法理論的に可能であるのかどうか」(井田良「臓器移植法と死の概念」法学研究七〇卷二二号二〇九頁)と問題提起し、解釈の内在的論理を検討した上で、「法の文言がどうあれ、立法者意思がどうあれ、法解釈として『二つの死の概念』を認めることはできないと思う」(同、二二一頁)と結論づける。

- (17) 「法律が個人の感情問題に踏み込むのがよくないというならば、結婚届も死亡届も出産届もできないことになる。死の問題が個人にとってデリケートであるということから、法的な規定をすべきではないという帰結を引き出すことはできない。」(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」(PHP研究所、一九九九年) 四八頁)
- (18) 「注意すべきなのは、法的な意味で脳死を死と認めるか否かということ、個人の感情の問題ではないということである。脳死状態の人を法的な評価として死者として扱うか否かが問題だったのであり、十年前に死んだ妻に毎日語りかけている人に、『お前の妻は死者だから語りかけてはならない』と命じているわけではない。その妻が『草葉の陰にいる』と思うか、『天国にいる』と思うか、『帰らぬ旅に出た』と思うかは、今でも個人の自由に委ねられているのである。」(加藤・前掲注(17)四八―四九頁)。引用箇所は、現行臓器移植法を問題としている文章であるので、脳死を死とするか否かという話が出ているが、ここでは脳死の問題よりも、法的に死の概念を決めることが個人の死生観を脅かすことにはならない点に注目したい。
- (19) 例えば、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、同「脳死臓器移植の制度化」国際文化学研究一二号。
- (20) 「植物状態になったら死として扱って欲しい、白骨死体になるまで死を宣告しないでくれ、という希望に法的な効果を認めることが許されないことは明らかである。」(町野朔「脳死論の覚え書き」ジュリスト九〇四号六〇頁)
- (21) 「『ひと』という同一の法概念を包み込む法的要件については、民法的な法効果、刑法的な法効果、その他の多重的な法効果との結合が見られるが、これらの法効果の違いは、それぞれの局面で問題となっている利益コンフリクトの相違に対応するものである。『ひと』のような法概念の外延は、法的安定性(実施確実性・取扱の簡便性・法的判断の一様性などの要請)のために、適用にあたってどこかはっきりした分界線をひかざるをえないが、しかしどこに線をひくかという点では、そのときどきの利益コンフリクトの相違に応じて微妙にずれていくということもおこりうる。…(中略)…それぞれの問題群が内包している利益コンフリクトの多元的パターンに着目していけば、それらのなかでの臓器移植問題のコンフリクトパターン

の特殊性がより鮮明に浮かび上がってくることになる。かようなアプローチを解決の糸口とする限り、従来よりは、法概念相対性ということを前向きに考えなければならぬときにきている」(青井秀夫「生死の問題の一試論」日本法哲学会編『生と死の法理』(有斐閣、一九九四年)八九―九一頁)

(22) 町野朔は、「客体である人体の性質そのものではなく、行為の態様によって客体が死んだり生き返ったりすることによって「法律的不自然さ」があることは否定できない」(町野朔「死」の決定の必要性?」日本法哲学会編『生と死の法理』(有斐閣、一九九四年)七七頁)と述べている。この「法律的不自然さ」は、法的死亡概念の相対性を主張することが、「権利の主体」の性質を看過することにつながると考えることによって生じるものだと考えられる。

(23) たしかに、人の始期である出生の概念については(少なくとも通説の見解では)民法と刑法で異なる。よって、人の終期である死の概念についても法的相対性を必要に応じて認めるべきである、という主張も成り立ちそうである。しかし、出生と死は本質的に異なるものである。平野龍一は次のように述べる。「胎児と人との間には生命の連続性があるから、法律の目的によって『出生』の時点に多少のずれができて、それほど支障はないかもしれない。しかし生と死の間には断絶がある。簡単に死の時点を動かすことはできない」(平野・前掲注(14)三一頁)。この考えを受け容れるならば、出生の概念で行われていることをそのまま死の概念にまで類推適用することはできない。この点については、長井圓も、争いのある民法と刑法間の相対性を、刑法内部での相対性容認の論拠とすることを批判する。「なお検討を要する『人の始期』に関する民法と刑法の解釈における相違を根拠として、これとは異なる刑法自体における『人の終期』(死)の概念の相対性を肯定しようとする見解には、かなり論理の飛躍がある」(長井圓「生命の法的保護の限界」『神奈川大学創立七〇周年記念論文集』(一九八八年)二二三―二三四頁)。

(24) 「第三の解釈として、伝統的な三徴候説の立場から死の概念を二元的に理解することもできるように思われる。それは『違法性阻却説』の趣旨を法定したものとして六条を読むものであり、臓器移植の場面にかぎっては本人の意思にもとづいて『残りわずかな生命』を放棄することを許したと解釈するのである。…(中略)…第三の解釈の方が全体として新法の精神に合致してい

るとさえいえる。」（井田・前掲注⁽⁶⁾二二二頁）。なお、引用文中の「六条」とは、臓器移植法六条のことであり、「新法」とは、現行臓器移植法のことである。

⁽²⁵⁾ 違法性阻却論を（それに対する否定的見解も含め）まとめたものとして、齋藤信治「移植用心臓（等）摘出と違法阻却」刑法雑誌一九九一年号参照。また、中山研一・前掲注⁽⁸⁾九九頁以下も参照。

⁽²⁶⁾ Robert D. Truog, "Is It Time to Abandon Brain Death", Arthur L. Caplan and Daniel H. Coelhof(ed.), *The Ethics of Organ Transplants: The Current Debate*, Prometheus Books, Amherst, 1998, at 35.

⁽²⁷⁾ このトゥルオグの見解については、中山研一「アメリカにおける脳死否定論—脳死説に対する批判の新たな動き—」北陸法學五巻三号、同「アメリカおよびドイツの脳死否定論 外国における脳死論議の新しい動向」法律時報七二巻九号において紹介されている。

⁽²⁸⁾ 例えば、平野・前掲注⁽⁴⁾四七頁、伊東研祐『現代社会と刑法各論 第二版』（成文堂、二〇〇二年）五三頁、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）五五七頁以下、町野・前掲注⁽²⁾。

⁽²⁹⁾ 緊急避難について、刑法学では、有力である違法性阻却事由説のほかに、責任阻却事由説、二分説があり、争いがあるがここでは立ち入らない。

⁽³⁰⁾ 違法性阻却には、緊急避難のほかに、正当防衛、正当業務行為がある。しかし、いずれも適用の可能性はないと考える。

⁽³¹⁾ 齋藤信治は、脳死を権利終期とせず、心臓摘出を認める条件は、「被害者の承諾」に『緊急避難』の要件を加えたようなもの（齋藤・前掲注⁽²⁵⁾二六頁）と述べている。私見では、権利主体性の放棄は認められない（ゆえに権利終期は自己決定の対象ではない）し、現行法は同意殺を否定している（刑法二〇二条）から、「被害者の承諾」は、「権利の主体」からの心臓摘出の違法性阻却の要件にはなりえないと考える。なお、この文脈に即した理由について、本文のヴァイオリニストへの臓器移植の設例を参照。

(32) レシビエントの生命の切迫性は、緊急避難の要件である「危難の現在性」とは異なる。それゆえ、緊急避難として論じる意味はない、と結論づけることもできるかもしれない。しかし、緊急避難の要件である「法益権衡」と「補充性」の成立の余地がないとは言いが切れない。したがって、仮にそれらが成立するならば、緊急避難とは言うことができないうちでも、緊急避難を正当化するのと似た論理で、脳死体からの臓器摘出を許される殺人として正当化できるかもしれない。その正当化可能性について、ここでは検討する。

(33) 斎藤・前掲注(25)二五頁。

(34) 本章第二節第四項(3)での議論を参照。

(35) 「言うまでもないことながら、違法性の有無は具体的な事情に即して判断されなければならず、「(同意)殺人」の一般の場合と今の場合とは事情が全く別であることに十分留意すべきである。脳死(全脳死)となれば、無論、何の意識もありません、回復可能性も絶無で、その様相は絶望的、見方によっては残酷でさえあり、心臓死も不可避的で切迫し、これを無理に先に延ばしても徒に脳の傷みや融解をひどくするだけで、最後はすべて火葬され、あるいは土中に葬られるのである。だとすれば、脳死の判定が絶対確実である限り、そのような状態を維持し続けるより、他人の命を救うため、あるいは、せめて自分の心臓は他人の体の中でも生かし続けられるよう、心臓を提供した方が良く、と考える人がいても、何の不思議もなく、それも一つの合理的な自己決定であり、かつ、そうすることは、他人や社会に大いにプラスになりこそすれ、別に迷惑も混乱もたらす訳ではないから、その意思を生かすべきは当然である。そもそも、人は、他人や社会に何ら負担を与えない限り、自由に行動する権利がある。まして、負担を与えないばかりか、人助けにさえなるなら、尚更のこと、その自由を制限されるいわれはない。こうして、摘出は、三徴候説・脈拍終止説の立場から見れば一応は同意殺人罪の構成要件に該当するにしても、今の場合の、具体的事情の下では、違法性を欠くとすべきである。」(斎藤・前掲注(25)二八頁)

(36) 町野・秋葉(編)・前掲注(1)二八二頁以下参照。なお、ジュリスト一〇〇一号にも全文掲載。

- (37) 少数意見による多数意見批判は、多岐にわたるが、ここでは、そのすべてを検討することはせず、「二」「脳死」を「人の死」とする論理の批判」から、脳死を権利終期として認めるべきでない理由になる可能性のあるもののみを取り上げることにする。
- (38) 森岡正博『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）四七頁。
- (39) 森岡・前掲注(38)四六頁。
- (40) 「脳死の人の身体は温かく、手足が動くこともあり、眠っているかのように見える。たとえ脳死になったらもう回復しないと頭では理解できていたとしても、身体では納得できにくい（見えない死）。脳死概念にも疑義がある。であるから、脳死を人の死と一律に決めるのは無理がある。」（森岡・前掲注(38)六二頁）。引用中にある、脳死概念に対する疑義というのは、脳死の判定方法に関わる問題だと考えられ、直接、権利終期の問題に関わるものではないので、ここでは検討から外した。
- (41) 「脳死の人と、それを取り巻く人との関係性が異なれば、脳死の人の立ち現れ方もまた異なってくる。死にゆくプロセスは人々の間に共有される（共鳴する死）。とくに親しい人間が脳死になった場合（二人称の死）は、心臓が止まって身体全体が冷たくなるまで、その人の死を納得できにくいケースが目立つ。」（森岡・前掲注(38)六二頁）
- (42) 「家族にとつて大きな問題となるのは、いかにして脳死の人に別れを告げ、その死を納得し、受容するかということである。そのためには、看取りのための時間と場所が必要となる。医療は家族による脳死の人の看取りをサポートしなければならぬ。」（森岡・前掲注(38)六三頁）
- (43) こうした慎重論は、問題が権利終期の確定問題だということを正確に捉えていないために、脳死を権利終期として認めるべきでないという明確な理由を示していないとも考えられる。
- (44) 以下の議論は、法理学研究会・東京法哲学研究会合同研究合宿（二〇〇二年九月五日、静岡県御殿場市）で行った「臓器移植制度の法哲学的考察」と題する私の報告に対する、奥田純一郎助教授のコメントに示唆を得て、展開するものである。
- (45) 例えば、中山茂樹「子どもからの脳死臓器移植について——医療・生命科学における自己決定能力が十分でない者の保

護・序説」西南学院大学法学論集三五卷一・二号、町野朔・長井圓・山本輝之（編）『臓器移植法改正の論点』（信山社、二〇〇四年）一八頁以下、三二五頁以下参照。