

臓器移植法における死の線引き

現象学的視点の導入を試みて

住田安希子

(法学専攻 法政リサーチ・コース)

はじめに

第1章 臓器移植法について

第1節 現行臓器移植法までの経緯

第2節 臓器移植の現状

第2章 臓器移植における法的問題

第1節 生体臓器移植における問題

第2節 死体臓器移植における問題

第3節 医療倫理と法的問題

第4節 臓器移植法改正と死の線引き

第3章 現象学的視点と生死の問題

第1節 人間存在の意味

第2節 人称的視点と臓器移植

第4章 臓器移植法による死の線引き

おわりに

はじめに

従来、人の「死」は三徴候説により誰にも明白な形で社会に受容されてきた。しかし、救命・延命措置により心臓死に先行する「脳死」状態が作り出され、移植医療との関係で死の定義、死の線引きが法に課されるようになったのである。

移植医療には、少なくとも人工臓器が開発されるまでは、ドナーという人間の臓器が必要であり、とりわけ心臓、肝臓移植には「新鮮な臓器」が不可欠となる。移植によって健康を回復する患者の裏には、必ず死を迎え

て間もない臓器提供者の存在が必要であり¹⁾、生命維持装置を装着した状態で心臓を摘出するために、「死」の定義を脳死へ移行する必要性が生じた。1997年に制定された「臓器の移植に関する法律」は脳死を人の死と容認した。

しかし、国内事情は依然として死体臓器不足が深刻化した状況にあり、日本人の海外渡航移植への依存は国際的な批判の対象となった²⁾。立法者作成法案の選択式、スイッチ式議決によって移植医療推進目的のために法が改正された。

法は公領域における普遍的な視点から死を規定するものであり、移植医療にあっては、1人の脳死者と脳死下臓器提供から救済される複数の生命の利益考量に基づいて、脳死の定義及び法の正当性を位置づけることもあろう。とはいえ、法の想定する通りには展開しないのが医療である。

英米ではドナー登録者の親族の拒否表示によって移植待機者の死亡例が目立ち、これを未然に防ぐ目的で法による解決を試みた。ドナー登録者の遺族には拒否権がない、遺族の反対でドナーの意思は覆されないと規定した。しかし、法律万能主義は医療を法と同視することにほかならず、それでは医療実務は立ちゆかず、そういう実務であるべきでないといわれる³⁾。日本では現時においても小児のドナーは存在せず渡航移植に依拠せざるを得ない。小児のドナー推進は叫ばれず、むしろ渡航心臓移植のための支援に傾斜する⁴⁾。出生に歓喜し成長発達する子どもと共に存在する世界に在る親は我が子の救命を切望し、他方、移植の必要な子どもの親もまた心臓提供を願望するのである。

法は死を定義するが、果たして人は「固有の領域⁵⁾」におけるかけがえない人の脳死を死として受容し得るのであろうか。かけがえない人の世界の喪失とはいかなるものであろうか。

本稿では、固有の領域における死の問題につき、人間の「存在」の本質的な意味及び人称的な視点、つまり現象学的視点の導入を試みることが有効であると考え、上記の問題を探求する。

第1章では、現行臓器移植法について概括的に変遷を辿り改正内容を示す。第2章では、生体臓器移植による主要な問題として臓器売買を取上げその法的根拠を解明する過程で、提供者の任意性が重視されるもその確保が困難である事象を示す。人的範囲の見直し及び法的な保護が必要となることを比較法によって検討する。死体臓器移植においては、曖昧な脳死の定義が相対的な死を作り出したこと及び自己決定の関連から法における「親族」の範囲の見直しの必要性を指摘する。これらの問題は法に対して人間的な視点への配慮が必要となる結論につながる。故に、第3章では、マルティン・ハイデガーの理論を用いて、事物の存在様態から人間の存在の本質的な意味へと接近する。固有の領域における人間の存在に着目していく上では人間的な視点が不可欠となり、人間の存在の3層構造も検討するが、その前提にはインフォームド・コンセント法理の捉え直しが必要となる点が浮上する。よって、第4章では、問題点から法のあり方を分析する。死は自己決定権の関係で根源的には生の質の追求になるが、終末期医療とも併せて考えることが重要であると考え、オランダ安楽死法を手掛かりとして日本の医療及び法の現状を見直す検討を試みる。

第1章 臓器移植法について

第1節 現行臓器移植法までの経緯

1997年に制定された臓器移植法及び現行法、1958年に制定された「角膜移植に関する法律（以下略、角法）」及び移植の対象を腎臓に拡大した1979年の「角膜及び腎臓の移植に関する法律（以下略、角腎法）」の前者と後者の最大の相違点は、移植用臓器の拡大と「死体」の定義の転換にある。前者の臓器移植法は「法律の施行後3年を目途として……状況を勘案し、……検討が加えられ（附則2条1項）」る予定であったが、審議は進行せず国際的な臓器売買不正の動向が後押しする形で、2009年7月に選択式決議によって改正されている。法改正によって、提供者の意思が緩和さ

れる一方で、親族への優先提供の意思表示が新設された。

角法は眼球摘出につき遺族の書面による承諾を求めのみであった。角腎法は本人の書面による承諾を規定したが、遺族の書面による承諾を基本要件として本人の承諾を副次的な位置づけにしたため⁶⁾、本人の提供の意思表示があっても遺族が反対すれば摘出を認めず、逆に本人による反対の意思表示がある又は不明な場合に遺族が承諾すれば摘出を認める規定になっていた⁷⁾。

1990年に脳死臨調を設置し脳死議論を経て、最終答申は脳死説に立ち、死体からの臓器摘出には本人の意思を優先すべきとした。しかし、1994年の提出法案は、死体からの臓器摘出要件は、本人の書面による提供の意思表示があり、かつ遺族の拒否がない場合、又は本人の意思表示が不明な場合は遺族の書面による承諾を必要とすると規定した。この背景には臨調答申の取扱いを無視して死体を脳死体に改め、かつ移植用摘出臓器を拡大することで足りると考えていた推移が窺われる。本人の明確な意思表示なき場合に遺族の承諾によって臓器摘出できる規定には批判が強く、角腎法が従来通り機能するよう「附則⁸⁾」を設けなければならなかった⁹⁾。

参議院もやがて通過すると思われた法案に新たな問題が提起された。脳死を一律に認めるかのような法案に異議が唱えられ、「脳死した者の身体」に置換し、脳死判定の要件に本人の提供意思とともに脳死判定に従う意思も書面で表示し、かつ家族の拒否がないと文言を盛り込むことを必要とする修正案が1997年6月に参・衆議院で可決した。「心臓、肺、肝臓、腎臓その他省令で定める内臓及び眼球」を対象とした臓器移植法が制定された。しかし、「死体」は6条1項「脳死した者の身体を含む」ものであり、その身体から「移植術に使用されるための臓器」が摘出されることとなる者を指すと規定した法的な脳死は相対的な脳死の問題を作り出す¹⁰⁾。脳死体を含む死体臓器提供は増加するであろうと移植待機者には期待がもたれたであろう。

しかし、臓器移植法制定後も脳死下臓器提供は増加せず、臓器不足は諸

外国でも深刻化しており、日本は国内臓器供給及び移植医療推進を目指す義務を課された。2006年から4つの法案がゆっくり提出されていた国会の動きは2008年から急速に改正へと進展し、2009年、議員に党議拘束をかけず議決され改正法成立、2010年施行となった。「死亡した者が生存中に……提供する意思を書面により表示している場合及び当該意思がないことを表示している場合以外の場合」かつ「遺族が……書面により承諾しているとき」（脳死判定についても同様）と変更した。改正前の厳格な要件から要件緩和へと転化した。改正法は、批判の強かった94年法案に類似した法へと逆戻りしたとも言い得るが、なぜ日本はこのような経緯を辿ったのか。

第2節 臓器移植の現状

1968年に国内初の心臓移植が実施されるもレシピエントは移植後83日目に死亡した。ドナーの脳死判定や移植手術の適応性等の疑惑により殺人罪で告訴された医師は証拠不十分で不起訴に終わった（和田心臓移植事件¹¹⁾）。当事件の批判は長く続き、移植学会は心臓移植法制化を要請するも検討段階に終わっている¹²⁾。当事件は医療の密室性をより濃厚にし、法は心臓死に限定した。しかし、医療は既成事実の累積によって法がそれを容認させる展開も十分あり得る。臓器移植法はなぜ脳死を認めたのか。

1989年から小児の治療を目的として生体肝移植が開始された。成人の治療にも実施され、1995年に年100例を超え、以後は増加の一途を辿った。生体腎移植は1964年に始まり、年20例程の移植は1970年から漸増し、1980年には年200例を超えた¹³⁾。しかし、生体臓器移植とりわけ生体肝移植は、ヒポクラテスの「益を与えよ、さもなくば無害であれ」以来の医療倫理の無危害の原則によって、ヨーロッパでは回避する傾向にある¹⁴⁾。実際、日本では2003年に肝移植のドナーの死亡例があり、合併症に苦しむドナーの報告例も少なくない¹⁵⁾。日本の生体臓器移植は肝臓・腎臓が圧倒的多数を占め、以上のような経緯から死体移植医療の推進の必要性とともに移植医

療の法的整備の要請が生じたのである。

臓器摘出に、本人の書面による臓器提供の意思表示かつ家族の承諾(又は家族の不存在)、本人の書面による脳死判定の承諾かつ家族の承諾(又は家族の不存在)を必要条件とした97年法は、世界的にも極めて厳格な要件であった¹⁶⁾。最も件数の多い2006年の腎移植1136例は、心停止下182例、脳死下15例に比して生体腎移植が939例を占める¹⁷⁾。死体臓器提供が少ない故に生体臓器移植に偏向し、更には渡航移植への依存という実態も調査で明らかとなっている。2005年度までの日本人の渡航移植は、腎臓198名、肝臓221名、心臓103名であった¹⁸⁾。

WHO 総会ではイスタンブール宣言によって「臓器は国内で公平に分配されるべき」とされ、中国は臓器売買及び外国人への移植を禁止し¹⁹⁾、日本はフィリピンへの渡航移植を阻止する必要性が生じた²⁰⁾。日本人の小児心臓移植については受入れ可能な国も3国に、外国人の受入れについても5%に限定された²¹⁾。現行法では15歳未満の提供禁止規定が小児心臓移植の障壁となり、国際情勢及び法化の要請が法改正へと向かわせたとも言い得る。提供者の年齢制限を撤廃して、本人が臓器提供の意思を拒まない限り家族の承諾によって脳死判定が可能となり臓器摘出ができる内容に変更されたのである。しかし、目的達成のための法定が果たして正義といえるのか。しかも、改正案は提出案の間でも見解の一致が見られず、慎重な議論を重ねない経緯で制定した法²²⁾が、果たして医療の現場で適切に運用され得るのか。移植医療ではいかなる問題があるのか。

第2章 臓器移植における法的問題

医療は倫理原則を基盤に据えるが、移植医療にあっては原則に抵触、矛盾する場合もあり、それに付随して法的規制・保護も生体あるいは死体臓器移植によって異なる。以下、第1節では、臓器売買を不正とする法的理論、第2節では、法内容による相対的脳死及び自己決定との関連による

「親族」の問題，第3節では，生体臓器移植のドナーの法的保護の必要性，第4節では，脳死の法的な問題と理論構成を重点に置いて述べる。

第1節 生体臓器移植における問題

ガイドラインは「生体からの臓器移植の取扱い²³⁾」に関して、「健全な提供者に侵襲を及ぼすことから，やむを得ない場合に例外として実施」し，提供者の任意性の担保（法2条），医師の責務（4条），臓器売買の禁止（11条）の規定を定める。20条は11条に違反した場合の罰則を規定し，刑法3条（国民の国外犯）も適用とする。

日本移植学会倫理指針は生体臓器移植のドナーを「親族²⁴⁾」に限定する。ガイドラインでは，第三者による臓器提供は「当該施設内の倫理委員会等の委員会において，有償性の回避及び任意性の確保に配慮し，症例ごとに個別に承認を受ける」と定める。

2006年9月，法11条に抵触する宇和島徳州会病院事件が起きた。腎移植を受けた男性には内妻がおり，レシピエント側がドナーを内妻の妹であると偽り，一方，説明を受けた病院は戸籍等を書面で確認せず移植を実施した。ドナーは臓器売買禁止の認識はなく，30万円の謝礼金と150万円相当の乗用車を受領した。松山地裁宇和島支部は同年12月26日，レシピエントには懲役1年，執行猶予3年の有罪判決を下し（確定），ドナーには略式起訴，罰金100万円，乗用車没収の略式命令とした²⁵⁾。

法が臓器売買を禁止する根拠とは何か。

フィリピンでは外国人患者にドナーへの生活支援費と別の患者1人分の移植手術費用分を支払わせる²⁶⁾。貧困者層が家計維持目的で腎臓を売る弊害を避けるために，自発的なドナーに限定する公的な臓器提供システムを設けたとされる²⁷⁾。

森村進は，臓器提供につき強制／随意の軸と有償／無償の軸に分類し，前者に着目して臓器売買を容認する。圧倒的な供給不足事態にあるなら，無償提供に限定するよりもむしろ有償提供の方がレシピエント候補者たる

患者には有難いはずであるとして、ドナーの臓器を交換可能な財とみなし、臓器売買も経済的取引と同義に捉える。脅迫や詐欺によるものでない限りその契約は有効である。身体の自己所有権の観点から、逆に「G. A. コーエンの眼球くじ²⁸⁾」の強制的分配(提供)こそ禁止すべき合理的理由がある。随意的提供では有償、無償の区別をする理由はないとする²⁹⁾。

確かに、「医療における自己決定権の尊重」の原理に徹すれば、森村の主張を覆すことは困難であろう。甲斐克則によれば、身体の自己所有権を徹底する立場からは、臓器売買の禁止根拠を見出すことは困難であるとする。人体から切り離された人体構成である臓器には、なお人格権に準じたものとして、尊重すべき存在としての意義があり、やはり「人体の尊重」の基礎としての「人間の尊厳」があるのではないか³⁰⁾。一方、奥田純一郎は、身体を単なる所有の客体と捉えず、通常の財の「所有」と区別し、自己の「存在」における特殊な財と捉え、臓器の随意譲渡には異論を示す³¹⁾。

臓器売買との関連で、身体の処分はそもそも憲法上の自己決定権の対象、私事となり得るかという問題であろうが、中山茂樹は、自己決定の社会的条件を考慮し、真の自己決定を確保するために「自己決定」があるという条件を厳しくすると却って「自律性の蒸発」につながりかねないと危惧する³²⁾。

生体臓器移植が法によって正当化されるのは提供者の任意性である。臓器売買容認論者からすれば、自由な意思に基づき自己の所有権である臓器を取引の対象にすることは不正にはならないだろう。それに反論すれば、憲法学的観点から、そもそも自己決定の対象となり得るであろうか。「公領域³³⁾」から厳しい法規制をかければ自律自体の存在が危うくなる。とすれば、臓器不足という問題が根底にある故、日本は死体臓器移植を推進することが望ましいということにもなる。

第2節 死体臓器移植における問題

死体臓器移植の法的問題には以下の3点が挙げられる。

第1は、法6条3項1号及び2号による脳死判定への同意の規定が、臓器移植に限って脳死を人の死と認めるという相対的な脳死説を認めたことにある。厚生科学研究の解説によれば、法は脳死が人の死であるという前提に立ち、脳死判定だけを法の認める要件と手続きにおいてのみ認めるのが合憲的解釈であるとする³⁴⁾。交通事故による頭部外傷などで脳の機能が完全に失われても生命維持装置を装着すれば、脳の不可逆的停止が心臓死に先行する状態となり、これが脳死とされる。脳死状態は、体温があり、汗もかき、髭や爪も伸びる。この状態の人間を「もう死んでいる」とみなすか、「まだ生きている」とみなすのか。同じ脳死状態の2人の患者がいる場合、臓器提供につき拒否の意思表示をした1人の患者は生きていると扱われ、拒否の意思表示を示していないもう1人の患者は法的な要件と手続きさえ整えば死者となる³⁵⁾。要件と手続きによって、臓器移植法との関係で脳死を人の死としたことは、法によって人為的な死の線引きを可能にしたとも言い換えられるであろう。視点を変えれば、脳死を死と考えるか否かを個の選択に委ねたともいえる。法的な要件と手続きにおいて法は緩和的な措置で評されるかもしれない。しかし、問題は臓器提供のための脳死は、1死体でもって心臓、肺、肝臓、脾臓、腎臓が移植される「1ドナーあたりの移植臓器数（OTPD）平均5.09³⁶⁾」合理的手段によって公共の死へと転換されたことである。

第2は、法6条の2「親族への優先提供の意思表示」は医療倫理の原則、2条4項「基本的理念」の「公平」な分配に抵触する。第3は、それとの関連で、本人の生前の意思を自己決定権の尊重の原理として貫くのであれば、なぜ「親族³⁷⁾」を生体臓器移植に比し狭く解し、またなぜ親族に限定するのか。樋口範雄によれば、「優先提供の意思表示」は根源的には「人間³⁸⁾」に対する認識に基づくものであり、配分的正義だけが医療倫理ではない。よく知る人に重い心臓病の人がいれば、その人に提供したいと考える可能性があり、インセンティブを与え臓器移植を促進できる。ならば、法6条の2の「親族」を縮小解釈するのは誤っており、「親族と同視すべ

き者」として拡張解釈こそ許されるというのが、この法律の本来の趣旨ではないか³⁹⁾。

生前の親族優先提供の意思は、本人の遺言として尊重すべき事柄で、また現代の家族の影に隠れている虐待やDV等の問題をも考慮すれば、事実上崩壊している法的な家族よりも、実態的に緊密で心の結びつきのある良好な深い人間関係を構築している場合にはその者の遺志を尊重すべきではないだろうか。婚姻は形式主義的審査によって成立するものであり、婚姻の解消によって全く他人になることをも考慮すれば、生体臓器移植にこそ「親族」の範囲を狭く解釈すべきではないか。ドナーとなることの同意につき、任意性をいかに担保できるかという問題は、日本の家族社会を背景にして見えない圧力がかけられていることが予想されよう。

第3節 医療倫理と法的問題

医療倫理の問題を考えるにあたって考慮すべき生命倫理原則には、無危害原則、善行原則、自己決定権の原則、配分的正義原則が挙げられる。前者の3原則は医師患者関係で捉えられるが、移植医療、特に死体臓器移植は正義に適った公正な資源の配分を考慮しなければならない。生体臓器移植ではレシipientには治療及び救命の観点から善行原則を推進する半面、ドナーには無危害原則が抵触する⁴⁰⁾。ドナーは片腎又は「肝臓の一部⁴¹⁾」の摘出によって健康を害するリスクがある故、法は提供者の「任意」を要求する。倫理的にも法的にも、ドナーには任意、真意である自己決定の原則が保障されなければならない。しかし、ドナーの人的範囲が限定されるが故に却って任意性が確保できない恐れもある。ドナーとなる「同意」が家族の死と表裏一体の関係にある状況で、法的に有効な同意はあり得るのか。

中山によれば、同意の前提にはドナーは同意に足る情報をもっていなければならず、医師患者関係では医師には説明責任とそれから生じる説明義務にあり、説明義務違反を身体への侵害と結びつけるのが本来的だが、日

本は自己決定権という法益から捉える潮流がある。民事法では、説明義務を同意の有効性と切り離し、端的に法的義務として認めればよい。刑事法では、身体を保護法益とする傷害罪の関係で捉えるから、その義務を怠れば傷害罪が成立すると解される。しかし、生体臓器移植における説明とはいかなる範囲をいうのか。倫理的な、あるいは法的な義務が発生する範囲はどこまでか。民事法では自己決定そのもののために説明義務は拡大する傾向があり、刑事法では生体ドナーに自己決定権を保障するために刑事立法を行うべきとする見解もある。憲法では、自己決定権が生体臓器移植を行うか否かの自由につき国家の干渉が許されるかという領域の問題であり、更にいえば身体の処分と自己決定権の関係という問題まで発展するという⁴²⁾。

中村直美によれば、自律とは、他者からの支配を受けない（自分で律する）と自分を支配・統治する（自分を律する）という2つの側面があり、前者は外的要因（家族等）の支配を排して選択・決定・行動することであり、後者は自分の中にある自分らしくないものを抑えて自分らしい選択・決定・行動することである。自分らしい自分を中核的自己とし、自分らしくない自分を周的自己と捉える⁴³⁾。即ち、周的自己に外的要因から自己に揺らぎが生じようと、中核的自己が周的自己へ排して本来の自分らしい自己を支配・統制できるものであるというのである。生体臓器移植のドナーになる親族からの要請があろうと、中核的自己の意思は最も自分が理解し得るから真意の自己が表示できるというが、果たしてそれ程までに人間は自己を支配統制し得るのであろうか。生体臓器移植のドナーには、樋口のいう「人間」の視点から法によって「任意」が保障されるべきではないだろうか。

ドイツの臓器移植法は、「治療行為における患者⁴⁴⁾」以上の保護をドナーに与える。インフォームド・コンセントの前提には医師の説明すべき内容を法律が定める。説明には後遺症のみならず、ドナー本人が臓器提供に意義を認めるための判断材料となるその他の事情⁴⁵⁾も含む。上記の説

明は、「他の医師⁴⁶⁾」、必要であれば他に有識者⁴⁷⁾も同席する。健康を継続的に保護する趣旨により、医師の推奨する事後的ケアを受ける旨の意思表示が必要となる。移植医は、レシピエントに対する医術的適応性及びドナーへの過剰な危険の回避等を考慮して判断する。人的制限は、1親等若しくは2親等の親族、配偶者、パートナー、婚約者または「とくに個人的な結びつきがあり、明らかに緊密な関係にあるその他の者」と定める⁴⁸⁾。

スウェーデンでは、近親者から心理的圧迫により自己決定の貫徹が困難となる問題も考慮して、法的ルールにより「レシピエント側の必要性とドナー側のリスクを慎重に考慮し、後者が許容限度を超えて高い場合には、たとえ医学的な必要性が高くドナーの同意があっても臓器の摘出は行ってはならない⁴⁹⁾」としている。

日本の臓器移植法は死体臓器移植が中心となり、生体臓器移植の提供者に関しては、基本理念で「任意」を掲げ、しかも「医師の責務」は「説明」に対する「理解」は努力義務規定にすぎない。生体臓器移植による法の位置づけは現状のままでよいのだろうか。ドナーに対する自律の保障にこそ法は一定の配慮を行うべきであり、同時に死者に対しても配慮が必要ではないのだろうか。法はいかなる理論で脳死状態にある者を死者と扱い、死の線引きをするのか。

第4節 臓器移植法改正と死の線引き

従来の死の診断は心臓と呼吸の停止を基準にすることで足り、疑いの余地なく生命の終了を確認できる出来事であり、解釈の対立が生ずる可能性はなかった。しかし、蘇生が可能となり「心臓死」が確定的に生命を終了する意味ではなくなり、死は1つのプロセスとなったのである。各臓器と各機能が場合によっては相互に独立し時間的なずれをもって死滅していく過程に、移植医療の視点が介入されると、脳が完全な死を迎えた後にも移植用臓器の機能を生かすことに関心が向けられる。生命保護に関する法の及ぶ限界、即ち生命保持が命じられ、移植用臓器の摘出が禁止される限界

のために、死の時点を「心臓死」から「脳死」へと移行させる考えが不可欠となったのである⁵⁰⁾。法は脳死を人の死と線引きするが、果たして医療の現場で実際に導入することは可能なのか。

ガイドラインによると、「1回目の検査終了時から6時間（6歳未満は24時間）以上」経過すれば、2回目の検査で以って脳死（＝死）と判断する。法は医学の客観的判断により人為的な死の線引きを可能にした。しかし、果たして脳死を死とする線引きが妥当といえるのか。もし妥当といえるなら、それはいかなる場合にも適用できるのか。

1992年にドイツで起きた「エアランゲン・ベビー事件」は、交通事故に遭った妊婦が脳死状態となり、その女性の体内で育つ胎児との関係で、この女性を法的にどう取り扱うべきか、医学的に妊婦の生命維持治療を継続すべきか否かという問題を発生させた。裁判所に世話人を付すための申請が行われ、ヘルスブルック地方裁判所は、女性は死者であるとした上で、他方で世話人を付すと決定した。死者なら権利能力が消滅するのであり、「人」のための権利保護を目的として民法上の世話人を付す制度との関係では明らかに矛盾するものである⁵¹⁾。

脳死臨調の脳死説によれば、「人の生」は人体の各器官が全体として有機的統合性を維持している状態であり、脳は統合機関の中枢である故、脳が死ねば「人の生」も終焉する⁵²⁾。ハンス・ヨナスによれば、たとえ機械の助けを借りてでも子を生育させ出産させることのできるものは根本的な生命体の機能を備えており、ばらばらの器官の集積物、遺体とは到底いえない⁵³⁾。脳死説のジレンマは、脳という器官の本質的重要性の故に人の精神作用を根拠にすることは容易であるが、逆に、死の概念（大脳死説、更には植物状態患者等の死の概念）拡大の危険性が生じるが故に有機体としての身体各器官の統合に依拠せざるを得ない。脳が人の精神作用、（とりわけ脳幹が）全体としての有機体の各器官の機能を代替不可能な形で統括する中枢器官、「二元的」（全）脳死説、脳死の時点が死の過程における不可逆的な段階とする「ポイント・オブ・ノーリターン」（引き返し不能

点)であることと相俟って、脳死説の根本的な論拠となっているという⁵⁴⁾。いずれにしても、いかにして脳死を死として説得できる理論構成ができるかが、臓器移植法の役割となり、結論的には死を迎えて間がない臓器を提供する目的に使用する目的論的解釈にすぎない。

脳死状態の人間を客観的データ、医学的見地から臓器移植法の関係で死と断定することができても、まるで眠っているかのように見える人間を目前にする家族等がそれを死と受容できるか否かの判断の域にかかっては、法とは相容れない領域なのである。人間が存在することとはいかなる意味か。人間の生から死へ移行する、「ひと」が存在しなくなることは客観的なある種、傍観者となることと、「かけがえのない人」が存在しなくなることは本質的に意味が異なるのである。

第3章 現象学的視点と生死の問題

第1節 人間存在の意味

ハイデガーによれば、我々人間は現存在であり、その根本体制は世界内存在であると規定する⁵⁵⁾。人間の事物、道具との出会いは、例えば「ハンマーという事物がたんに傍観されることはいよいよ少く、行使されること有効適切なればなるほど、彼に対する関係はいっそう根源的となり、ますます彼は赤裸々に、彼がそれであるもの、道具として、出会って来る⁵⁶⁾」というように、世界内存在の日常性における行使(配慮)的交渉により、事物が「……するため」の道具性の存在様態を帯びるとされる。

ハイデガーは、(我々人間の)現存在すなわち世界内存在以外の存在者(諸事物など)を直前存在(Vorhandensein)と手許存在(Zuhandensein)に分類する。そして、内世界的に出会われるものの中で直前存在とは、我々が主題的に把握しようとする理論的態度に対して客観的な存在として眼前に現れるものに他ならず、(手許存在性は)配慮的交渉において非表明的な仕方では出会う手許存在の手許性を基礎にして、その手許存在が

非世界化されたある種の欠如態として初めて我々の眼前に現れる。不特定の製品が特定物として、ある人がその財布を所有することになった時、それはその人の手許存在者となり、その手に馴染んだ財布が代替不能な「このものの性」を有したときに、それをどこかに忘れるか落としてしまったならば、(財布内に入っていた金額の多寡にもよるが)財布のなかの貨幣よりもむしろ財布の大きな喪失感を体験することになる。貨幣も財布も「つかう」意味では同じであり、貨幣は「現に在る」直前存在の性格を色濃くするのに比し、「このものの性」を有した財布は日常的には使用している際には意識が非表明的であり、喪失感を味わった際に初めてその財布の形状や質感、何かの折についた傷までもありありと表明化してくる。手許存在性とそこから導かれる手許存在者の「このものの性」は現存在の世界の世界的性にとって本質的に重要な意義を有しているのであり、だからこそ手許存在者との交渉の内にこそ「生き生きとした」存在の理解が現存在に属している⁵⁷⁾。

人は手許存在者の欠如、非世界化において初めて手許存在の重要性を理解するのであるが、現存在(世界内存在)の存在に着目するならば、そもそも我々人間が存在するとはいかなることであろうか。死とはいかなることであるか。ハイデガーの世界概念と死の概念とはいかに関連するのか。

現存在の本質は彼の実存にあり、存在者の常自性(各自性)は、私は在る、君は在るという人称的代名詞をそえて話さなければならない。存在者なる者は、或る誰か、又は或る何かなのである⁵⁸⁾。

現存在は「死への存在」とも規定される。死が通常考えられているように現存在の終末であり、「全体として」ということが「初めから終わり」までということであるとすれば、自己自身が関心の的である現存在を全体として捉えることは不可能である。死はあくまで可能性として捉えられることになる。そうであるが故に、現存在を全体として捉えるためには、死の可能性の内へ 死への先駆的覚悟性として、現存在は非本来的な日常のあり方から脱して自らの本来的存在を獲得する⁵⁹⁾。

死とは「最も自己的な、最極端の存在可能」であり、死への先駆によって、現存在は「最も自己的な、最極端の存在可能の理解」を可能にするのである。死は「現存在の、最も自己的な（ひと *das Man*⁶⁰）、無関係⁶¹（没交渉⁶²）な可能性、追い越しえない可能性である⁶³」。そして、「現存在が実存する以上は、またすでにこの可能性のなかへ投げ出されて在る⁶⁴」。しかし、現存在は、本質上他者と共に在る共現存在であり、他者の死である経験を得ることができると同時に死者と共に在ることにもなる。死者と共に在る、つまり故人の死体と共にその傍らに在ることは、まさに故人の終末に至ってしまったという本来的なことを経験するのではない⁶⁵。死者との共同（共現）存在においては、故人となったその人はもはや現実的には「そこに・現に・現れ」存在しない。故人は我々の「世界」を放棄して後に遺して行ったのである。しかし、この世界の方からならば、遺る人々はなお故人と共同存在できる。故人に向かう存在関係は道具以上のものであり、存在様態において手許存在以上のものである⁶⁶。

山本興志隆は、「このもの性」を有したときの「手許存在」の欠如という道具と人との出会いによる、その人の内世界の世界概念と、世界内で共に存在する他者の死によってもたらされる死の概念を関連させて論じ、死の捉え方の見直しの必要性を提唱するのである。ハイデガーの存在様態を基軸に据えるからこそ、故人と共に在る世界は、「手許存在」の喪失による「このもの性」以上の、むしろ「このもの性」ではない、もっともそれ以上の重要な意味を有するのである。そうであるが故に、死の概念にはかけがえのない視点が必要不可欠となるといえるのではないだろうか。

かけがえのない人の死というのは、「この世界」で共に生きる個々人にしか理解できないものである。医師から突然、かけがえのない人の死を宣告されたならば、遣される人が死を受容するのは容易でないことは想像しうるだろう。医学的基準に基づき脳死を法的な死とするのは、死のプロセスに人為的な線引きすることに他ならない。現存在の死「故人」のもたらすその人間の固有性、重要な意味を理解しようとするならば、脳死が人の

死であるか否か、法的に死を一律に線引きすることは排除されるべきであり、またそもそも普遍性を有する法は現存在の死には相容れないのである。故に、人間の存在の本質的な意味を理解する重要視すべき観点から、人稱的な視点の考察が有効と考えるのである。

第2節 人稱的視点と臓器移植

(1) 臓器移植後の体験 「私の存在」とは

臓器移植はレシピエントにとって決して終点ではない。他者からの臓器移植は、ヒトの持つ免疫反応により若干の例外を除き拒絶反応を受けることは必至で免疫抑制剤が必須となる人生を歩むことになる⁶⁷⁾。自己の免疫を弱体化させることは、同時に他の疾患に罹患するリスクにもつながる。臓器移植しか救命の手段がないといわれれば、人間は死の不安、恐怖に苛まれ、生きたいと切望し移植を待機するのであろうが、移植医療は不確実なものであり、また移植によって生きることが幸福かといえ、それは別の問題である。医学的には移植は臓器の置換であらうが、人間にとっては他者の臓器を自己の体全体で受容するということなのである。レシピエントの体験、心身の状況を知ること、移植のあり方そのものに立ち返る契機となるのではないだろうか。

ジャンリュック・ナンシーは1991年に心臓移植を受けた初の哲学者である。ナンシーは、人種差別、民族対立、戦争の問題等を論じており、移植後の体験にも、他者の免疫と自己の免疫にアイデンティティの二重性など独特の表現を用いる。ナンシーによれば、他者の心臓の移植は、自己の身体の免疫上「異物」となり自己の身体を攻撃するが、しかし、「移植の甲斐あって」「臓器受容者の生体を生きさせる」「自己のために自己に対する奇妙な闘い」である。免疫抑制剤は「休眠していた体内の様々なウイルスを活性化」させ、副作用によってヘルペス、そして癌さえも発現する。自己の体内に自己と他者の二重性、即ち「移植された心臓の外来性と医学が移植患者を保護するために置く二重の外来性」であり、「免疫的アイデン

ティティに対するよそ者」の侵入を許し、「一つの侵入はたちまち多数化し、内部で細分化し差異化されてゆく」。自己の体内に他者の臓器が侵入するが、他者を拒絶しつつも必然的にそれが駆動力となるために他者と一緒に化する過程で自己がよそ者になる。ナンシーにとって、私という「この発話の主体とは何なのか」という自己への問いにつながるのである⁶⁸⁾。

ハイデガーは、「現存在の存在は共存在である故に存在の理解の内に、既に……他者たちの理解がある」と示すが、ナンシーは補充すべき内容があるとして、「存在の理解は他者たちの理解に他ならず、すべての意味において私による他者たちの理解であるとともに他者たちによる私の理解であり相互の理解に他ならない。存在とはコミュニケーションといえるであろう⁶⁹⁾」という。ナンシーも人間の「存在」の意味、その本質を現代の問題と重ねて理解しようとしているのではないだろうか。

デカルト的の心身二元論は人間の精神を機械と捉え、人間の精神が抱く目的に従って臓器も取替可能な部品と考えることをも可能にする⁷⁰⁾。目的をもたない機械としての身体、部品としての臓器が、ある人間にとって利用価値のあるものとなれば、交換・取替・置換という手段が利用される。心臓を1つの部品と捉え脳死に至った死体から心臓の摘出が可能となれば、需要あるレシピエントには移植が価値ある合理的な手段となる。

しかし、臓器移植を受けて健康を回復できるかといえ、それは確実なものではなく、生命の質を重要視すれば患者の自己決定となるのである。とはいえ、移植が自己の存在への問いにつながる人生までをも理解することは困難であろう。

(2) 人称的3層構造による「存在」と臓器移植

人間の生と死の境界線が入り組み、不分明になり、ついには消えつつあるのが現行法である⁷¹⁾。本人の臓器提供の意思表示がない限り、家族が提供の意思表示をしなければならず、重い選択を迫られる。医師は法的な手続きに従って患者の全脳死を不可逆点であるとするが、家族にとっては目

前の温かい身体は生きているのであり、脳死判定の選択が不可逆点となるのである。死は人称的な視点による考察が必要となる。

奥田によれば、臓器が例外的に不足すること自体が不正であるかのように扱われ、移植医療に不可欠でかつ利益を有しないドナーの存在が医師患者関係から排除、不可視化、外在化されてきた⁷²⁾ことから、医師患者関係の捉え直しとともに人称的視点によるドナーへの配慮が必要であるという。

従来、医療の客体に過ぎなかった患者に主体的地位を与えたのは、インフォームド・コンセントの法理に支えられた患者の自己決定権である⁷³⁾が、医師患者関係にはいかなるモデルが適しているといえるのか。

清水哲朗は、医師主体の「インフォームド・コンセント⁷⁴⁾」の意を捉え直す。consent は患者の「同意」であるが、それに informed (= inform されている) が伴うという限定により、同意する際には患者が「情報を持っている」のであり、自らの病状と治療の情報を得て理解した上での同意である。「患者が与える」「患者から得る」故に、医療者による患者への一方的な「説明と同意」ではなく、医療者と患者が相互に説明し合い、情報を共有した上で話し合いを通して合意に達する「情報の共有から合意へ」というプロセスへの捉え直しが必要である⁷⁵⁾。

樋口は、従来のインフォームド・コンセントが対等な当事者の契約のモデルに立脚したことを批判し、逆に医療の専門性を考慮して対等でない医師患者関係にあることを前提にした信認関係 (fiduciary) モデルを提唱する。当事者間の一方が他方の利益を図るという典型的な信託であるため、専門性につき優位に立つ医師は広範な裁量を行使し得るがその反面、医師は患者の利益を害さないように様々な信任義務を負う⁷⁶⁾。

しかし、清水モデルの共同決定は同意に至らない場合の医師患者間の不均衡が生じ、医師による当該患者の one of them と (特に重篤な状態) the only one となる患者は権利行使さえ困難となる。他方、樋口モデルは何が患者の利益となるのか基準が不明確であり、医師の専断の防止さえ困難と

なり、両者は閉じた2者関係であると奥田は指摘する。そして、自らの提唱するモデルは、臓器移植に関与する医療者及び家族を含める故、会社法の理論に立脚するのが適切であるという⁷⁷⁾。

奥田によれば、医療者は、資質、能力、情報につき多様な当事者が、「患者の生命、身体、健康の回復、維持、増進」という共通の目標に志向し結合することで各職分の責を負う。患者は自らの身体、自らの存在の場を舞台として提供する故に株主、医師は患者の信任を受け専門的知識に則り治療を行う故に取締役、近親者は患者の個性に合ったケアと助言を供与するとともに医師の専断をチェックする故に監査役、倫理委員会（意見の対立時の調整等）は公認会計士による助言に匹敵する。これならば、清水の「双方の目的」も、樋口の「信認関係」に目指すべき目的も明示的な位置づけが可能となり、両者の利点が生かせると評価する⁷⁸⁾。患者、近親者、医療者という各人称的な視点による人称の3層構造を基軸に考えるモデルである。

人称的視角はウラジミール・ジャンケレヴィッチの考えに基づく。死には、私しか語り得ない絶対的恐怖の私としての1人称の死、人は必ず死ぬという客観的事実の3人称の死、対極的な死のイメージの断絶をつなぐ私にとってかけがえのない2人称の死があり、自己の存在は1人称、2人称、3人称が内在する「存在の3層構造」にある⁷⁹⁾。各層の役割とは何か。各層からはいかなる配慮が必要となるか。

自己とは、決して完成された自己としての人間が他者⁸⁰⁾や社会と出会うのではなく、むしろ3つの人称的視角全体をつなぐ規制理念、3つの層（平等な資格を有する存在、かけがえのない存在、固有領域の存在）を貫いて存在する扇の要としての役割を担う存在である。3人称の層は普遍性・平等に基づき判断するが、その上に「かけがえのなさ」を担う固有領域の自分に配慮が必要となる。2人称の層は1人称に対する個別的共感、一体性に基づき判断するが、1人称的自我との非対称性の前に立ち止まる「存在への畏敬」が要請される。1人称の層は2人称の層からも厳然たる

壁に隔てられ、主意主義的・独我論的な意思が支配する。しかし、独我論的1人称の層に「強い個人」像から捉える自己決定をあてはめると、多層性の否定とともに人間存在が1人称に還元され得る。各層の命じる規範が相互に緊張関係に立ち、自己はその層と衝突する。ならば、存在の全体を考慮しつつ、衝突の原因がどの層にいかにか波及するのを見定め、道徳的世界の優先順位をつける手順で多層性への配慮が必要となる。これが奥田の見解である⁸¹⁾。

しかし、医療領域の「自己」を道徳的世界の視点から順位をつけることは容易でない。道徳は法との対置で議論され、個人の自律に内面的主観的心情を重視し個人としての良き生にかかわる個人道徳（倫理）と社会成員相互の外面的行動を規制する客観的な原理、規範としての社会的サンクションに裏打ちされる社会道徳（倫理）の区別とに、あるいは一定の社会集団で現実を受容され共有されている実定道徳と現実の個人の行動や社会的制度の道徳的評価、批判の規準となる批判道徳が挙げられる⁸²⁾。3人称の層をいかに捉えるかによって、その道徳的規準はいかようにも変化し得るだろう。善とは何か。正義とは何か。多元化社会における現代の問題は、道徳的という端的な規準では図れず、医療、倫理、法など様々な要素と接点があり交錯する。

希少な資源の下で論じられるならば、公平原則、個人的善の総計化と最大化「社会的善」、帰結主義による功利主義⁸³⁾が妥当であろう。しかし、これにおいては、公平原則の下における個人的選好の平等な扱いが本当に平等といえるか等の問題があることも指摘されている⁸⁴⁾。

奥田は、優越的地位に立つ層の決定は、その問題の属する本籍地によって定まるといふ。1人称の視点からは独立に自己、自分、自我という存在の構造を反映しなくてはならず、3人称の層における普遍的抽象的領域の権利、制度の問題は、平等が不可欠であるとともに、固有領域としての「かけがえのない自分⁸⁵⁾」の配慮が必要となる。自分と3人称資格の全体を通して自己は「かけがえのないもの」となる。存在の資格は普遍的交

換可能なものとして捉えられるとしても、存在そのものは代替不能な固有名詞が付加され、存在自体を破壊する要請は3人称において拒絶される。2人称の層は「存在の畏敬」を考慮すべきであり、1人称の一部をなす共感を持ちつつ、人格の個別性の故に退けられる他者の視点がある。2人称及び3人称の層における「他手利用」の許容条件は、自己の存在への破壊及びそれが自己決定権の論理的基盤をも破壊する)二重の意味で自己破壊的であってはならない。即ち、存在としての「人間」の全体を尊重する方向でのみ、他手の利用を可とすべきであり、インフォームド・コンセント法理を念頭に置いた多元社会の価値観の自己決定権の尊重には「かけがえのない存在」が前提であり、そのかけがえのなさは単なる個人の意思ではなく存在全体によって担われているものである⁸⁶⁾。

奥田は、死体臓器移植は臓器を「交換部品」とするものであり、3人称の層が考慮すべき「かけがえのなさ」を否定するが故に死体移植医療を不当とする。反面、患者の存在を自らの生の一部として、その死を「自身の身を切るように辛い」と認識する2人称的他者としての存在がドナーとするならば、その者にとって臓器摘出が身体的に有害となっても精神面を考慮すればドナーの「治療」になることから、このような生体臓器移植こそが正当であると結論づける⁸⁷⁾。しかし、それでは生体臓器移植のドナーが強い個人に帰結するのではなかろうか。また自己決定権とパターンリズムの問題にもつながってしまうのではないだろうか。

奥田は、1人称の層に強い個人をあてはめると多層性の否定につながるが故にこれを否定する。奥田のいう生体臓器移植のドナーこそ強い個人ではないのだろうか。移植医療は不確実であり、健康を害するリスクもあり、何の利益もなく、移植医療は「家族関係を破壊する⁸⁸⁾」という声もあるなかで、この者にとって治療となるのであろうか。ドイツにはドナーを保護する立法政策がなされている。ドナーのみでなくレシピエントも継続してケアを受けることを移植の条件としているのには、人間関係の破壊を回避することを考慮したものではないだろうか。また医学的には臓器を交換

部品とみるからこそ移植医療が発展してきたのであり、2人称の層から生体と死体によって区別するのは困難ではないだろうか。死体臓器移植は不当であるという結論を出すならば、本人が生前に死体（脳死を含むかどうかは別として）での臓器を提供する旨の意思表示があり、2人称的他者もそれを承諾した場合、なぜそのような場合にまで3人称の層から自己決定権の行使が否定されるのか。家族又は「2人称的他者への特定の者」に対して臓器提供を希望する旨の意思表示が生前に示されていた場合、なぜその希望が叶えられないのか。3人称の層による「かけがえのなさ」の否定に立つ前提であるが故に生ずる問題ではないだろうか。しかし、奥田はなぜ死体臓器移植を不当とするのか。

本人の提供意思が不明な場合、家族が臓器提供を決定する理由には、「(他者の体内で)私のかげがえのない存在(臓器)が生きる」あるいは「人の役に立つ」ことが挙げられる⁸⁹⁾。これは2人称の「他手利用」ではないだろうか。また国が遺族に臓器提供における「感謝状」を送ることは、個人の死を公共の死へと転換させ、3人称の「他手利用」にもつながり、それが脳死臓器提供を後押しさせることにもなるのではないだろうか。この実態に即したならば、死体臓器移植を不当とする奥田理論には説得力があるといえよう。

では、いかなる臓器移植が適切といえるのであろうか。

第4章 臓器移植法による死の線引き 法のあり方とは

脳死状態は生死の境界線でもあり、臓器移植法との関係では死のプロセスとも言い得る。

脳死提供を決断した遺族は「(脳死状態から臓器摘出まで)考える余裕がなかった」、「もしかしたら助かる命を自分たちが殺してしまったのではないか」と苦悩し、他方、医療側は「日本では脳死状態で生命維持装置を止めるのは一般的でない」という⁹⁰⁾。

法的脳死判定は相対的な死を認め、それに付随して臓器移植法との関係で早く脳死判定の決断を迫られることも指摘できよう。医療基盤体制の不備、即ち社会的合意形成が構築できていない状況下で法の実践が困難であるという事態が背景にあるといえる。

現象学的視点に立てば、脳死状態を法で死と線引きすることは、かけがえのない存在であればある程、法による3人称の層から1人称及び2人称の層にはなじまないともいえるのではなからうか。とすれば、脳死状態で生命維持装置を外す安楽死、尊厳死をも含めて、死の概念を統一するべきではないだろうか。ただし、法は一律な線引きをするのではなく、医師患者がそれ相当の人間関係を構築した上で、要件と手続きを法で規定し、決定はあくまで医師・患者双方の、清水の合意形成による意思決定を目指す。それにはインフォームド・コンセント法理の捉え直しが前提となろう。死体臓器提供、特に脳死下提供による家族の承諾は家族が後悔のないよう時間をかけて意思決定できるよう、あるいは2度目の脳死判定の時間を考慮することも可能であろうし、医療の3人称の層からケアの倫理を導入することも適切であろう。法による固有の層への配慮にはドイツの生体臓器移植のドナーの立法政策も挙げられよう。家族の心理的圧力等の外的要因を可能な限り排除して利害関係を有しない他の医師等と十分に相談した上で、真の自己決定ができることが理想となる。そうであれば法的な整備も必要となる。人的範囲を見直し、生前の意思表示は矛盾のない整合性のとれたものであり、かつ現代の家族形態等も考慮すべきであろう。

最後に、「死の概念」の統一が本来的に重要であるにもかかわらず、法が視線を向けてこなかった終末期医療の問題を考えるにあたり、世界に先駆けて法整備されたオランダの法を検討する。日本の医師患者関係を見直す契機となり、インフォームド・コンセントを捉え直し、それこそが移植医療におけるレシピエント及びドナーの意思決定、つまり生の質のあり方、死のあり方につながると考える。

オランダでは、1984年の最高裁判所の判例による転換⁹¹⁾、安楽死実施の

ガイドライン、1993年の遺体処理法改正等を経て2001年に「安楽死法⁹²⁾」が制定された。安楽死とは患者の要請によって医師がその生命を終結させる「積極的安楽死⁹³⁾」を指す。生命終結及び自殺幫助に関して医師が不処罰となるのは「注意慎重の基準」を満たし、医師が「報告⁹⁴⁾」をした場合である。その基準とは、患者の願いが自由意思に基づいて熟慮の上の持続的なものであるという確信を得るに至ったこと、患者の苦しみが寛解の見込みがなく堪え難いものであると確信を得るに至ったこと、患者に対し病状の現状とその予後について説明したこと、患者の現状に対して他の妥当な解決方法は何もないということについて患者とともに確信を持つに至ったこと、少なくとも別の1人の独立した医師と協議することの他に、その医師が診察し、～の要件につき同医師なりの判断をしたこと、生命終結の行為が医学的に注意深く慎重になされたことという6要件である⁹⁵⁾。

安楽死を合法化できる理由には次の3点が挙げられる。第1は、ホームドクター制度にあり、患者とホームドクターとの関係は長年にわたって継続される故、傷病だけでなく性格や心の動きまで知悉している。安楽死を望む患者は、信頼関係を基礎にじっくり話し合うことが可能となる。第2は、インフォームド・コンセントの徹底である。医師は患者に、病名、病状、治療方法、治療の効果、回復の可能性、死期等に関する正確な情報を全て告知する。第3は、医療保険制度の整備である。失業者・年金生活者を含む全ての納税者が医療保険に加入し経済的な理由で治療が中止されることはなく、患者は予算を無視して治療を受ける法律上の権利を有することにある⁹⁶⁾。

オランダは医療基盤が整備されている。日本で通常危惧されるのは医療費等も含め家族への負担を考慮し、患者は真意が生の延長であっても本意ではない決定を下してしまうことである。日本によるかかりつけ医とホームドクターとは性質を異にし、インフォームド・コンセントも充実しているとはいえないことから、医師は患者の背景、特徴、将来の状況を理解し

た上で、他方、患者は今後の病状等につき十分な説明を受けた上で判断を決するような体制はとれない。安楽死合法化の根拠を理解することは、同時に日本の医療の現場を見直す契機ともなり得るであろう。

法は移植医療を推進させるが、その基盤である医療の現場に主眼を置き移植の実態を把握するとともに、生体・死体臓器移植による問題点の改善を図らなければならない。法・医療という3人称の視点から、人間の尊厳、自己決定権に重点を置く1人称へ、かけがえのない存在という2人称にも視線を向けて、医療が法を遵守し、法が人的資源等を含めた医療や人間の存在の問題を隠蔽、無視していないか、移植医療の法の位置づけそのものに立ち返って考えていかなければならないのではないのか。

なぜそもそも人の生命を人為的に終了させることが合法化し得るのか。安楽死は人間の尊厳の保護に矛盾するものであり、「滑りやすい坂道」にもつながるとして批判もある⁹⁷⁾。しかし、安楽死法の本来の趣旨は耐え難い苦痛の除去にあり、苦しみを背負った生命と死のやすらぎを比較考慮し、後者が優越する場合に適法となる。そして、自己決定権に基づく生命の質を追究するが故である。生命の尊厳との関連で自己決定権にパターンリスティックな介入が容認されるのは、将来的生存の可能性と死の意思が真意でない場合である⁹⁸⁾。

おわりに

本稿では、「死の概念化」は法の一律な線引きで解決され得るものではなく、むしろ人間の存在の本質及び人称的視点の重要性における、つまり法が人称的な視点に一定の配慮を行うことが必要であることを明らかにしてきた。人間は「弱い個人」であるが故に、真の自己決定が表明できるように、生体のドナーには任意性の担保のために法的な保護を、ドナーとなる死者にはかけがえのない存在という2人称的な視点の配慮が不可欠となる。医師は3人称的位置づけにあるといえども、生死のプロセスにおいて

1人称及び2人称との関わりの場に存在するからこそ、医師患者関係において人間の尊重を前提として相互了解による合意形成を目指すことが可能となるのである。

2010年7月改正法施行以後12月までの脳死臓器提供は年間最多の13例をはるかに上回り28例と激増しているが、小児のドナーが未だ現れず国内での小児心臓移植の実施が課題となっている。臓器移植法は移植用臓器の獲得を容易にする目的のための目的論的解釈で解決しようと試みても、それが解決策とはなり得ない。脳死、脳死者を法がいかに捉えるかについては、患者の自己決定がもっとも重要視されなければならない。生きている者であれ脳死者であれ、ドナーの存在を人間の尊重から導くならば、自己所有権の対象とはならず、むしろ人間の「存在」に本質的な価値があると結論づけられるであろう。故に、人間存在本質の探究という現象学的視点から移植医療を考察してきた。今後は法の見地から固有の領域に接近していくことが必要ではないだろうか。

生死に一旦境界線が引かれても医療技術の可能性の拡大はそれが改めて疑問視され、全脳死から部分脳死に更なる線引きが変更されることさえ危惧される⁹⁹⁾状況にあることを指摘した上で、死という固有の領域における法の役割を述べて、本稿の締めとする。死という固有の領域においては、法は正義と一致しなければならないものではない。なぜなら、法的に自由な領域は法律が中立的に罰せられないと規定するのみであり、相応の行為態様を明白に適法である又は違法である、又は禁じられていないとも許されていないという選択の評価されるものではないからである¹⁰⁰⁾。厳格な規定が存しないその領域をいかに秩序づけて行くかが問題となろうが、オランダ法の「注意慎重の基準」には法的に自由な領域を与えているとも言い得るのではないか。「弱い個人」を前提に、患者が真の自己決定が表明できるよう、医師患者関係には十分な対話・審議が尽くされるインフォームド・コンセント法理を基盤として、相当の条件と手続きを行うことによって法が緩和的な措置をとり得ることを許容するとも言い得る。故に、

その領域には自己決定の侵害が起こらないようする等、中立的な立場の監視機構を設置し、違反した場合には厳格な法がその役割を担うのである。

(基準を満たさず医師の申告が虚偽であった場合)医師の職業倫理が十分でない場合、そこには補充性原理が機能しなければならない。これが社会的正義の公共善の一側面とされる¹⁰¹⁾。

「生きている者とは人の中で脳死を除いた者をいい、脳死者とは、この法による脳死判定基準及び脳死判定手続に従って、脳全体の機能が不可逆的な状態で停止したと判断される者をいう¹⁰²⁾」と法で定義した場合、医療のいかなる場面にもその法理論を適用、実践しなければならないかと言えば、それは「エアランゲン・ベビー事件¹⁰³⁾」が示すように、医師の行為は「道徳的に命じられているものでも禁止されているものでもない¹⁰⁴⁾」。しかし、日本の死の定義では、生きている者の中にも脳死者が含まれるという相対的脳死の問題があるが故に、死の定義を明確に規定する必要がある。法的脳死はあくまで移植医療の関係で臓器移植法のみが先行し、生の本質的あり方の追究という人間の尊厳に関わる尊厳死、安楽死の問題を置き去りにしている¹⁰⁵⁾ことから、早急に議論を尽くし、整合性のとれる法制度の整備を図ることが急務となろう。

- 1) 角田猛之「死と生 脳死と臓器移植」『法文化の探求 法文化比較に向けて』(法律文化社、2001年)33頁。
- 2) WHO 臓器移植に関する委員会で「日本は金にあかせて世界の臓器を買いあさっている」と批判されたが、当初政府は実態を把握していなかったため、急速研究班を設置して実態調査に乗り出した。毎日新聞2006年4月22日3頁。
- 3) イギリスではドナー登録者23%の内、40%が遺族の拒否によって毎年400人以上の患者が死亡しているとされる。樋口範雄「臓器移植法改正について」ジュリスト1393号(2010年)40~42頁。
- 4) 高校ラグビー決勝の主審が2歳の息子の渡航による心臓移植のため閉会式で募金を受け取り(毎日新聞2011年1月9日24頁)、報道の反響で募金は1億を超えた(同2011年1月20日24頁)。
- 5) 「ひと」は3人称的・普遍的な人間を指すが、本稿にいう「固有の領域」の人は、2人称的視点から1人称へというかけがえのない存在、又は1人称における私であり、本来的にその当人にしか理解し得ない領域を意味する。
- 6) 丸山英二「臓器移植法と臓器摘出の承諾要件」ジュリスト1339号(2007年)34頁。

臓器移植法における死の線引き（住田）

- 7) 山本輝之「臓器提供権者と提供意思 意思表示方式と承諾意思」町野朔・長井圓・山本輝之（編）『臓器移植法改正の論点』（信山社，2004年）234頁。
- 8) 附則4条1項「医師は、当分の間、第6条1項に規定する場合のほか……眼球又は腎臓を、同条2項の脳死した者の身体以外から摘出することができる。」
- 9) 丸山・前掲注6）32頁以下，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，1998年）3～22頁，町野他・前掲注7）234頁以下参照。
- 10) 丸山・前掲注6）32頁以下，町野他（編）・前掲注7）218頁以下参照。
- 11) 同僚医師等による証言「脳波は全く測っていなかった」，和田医師はT教授から「ブラウン管で見たことにすれば記録が残らない」と助言を受けたと記す。大渡順二『和田心臓移植を告発する』（保健同人社，昭和45年）50頁。
- 12) 中山他（編）・前掲注9）5頁。
- 13) 丸山英二「生体臓器移植におけるドナーの要件 親等制限」法律時報79巻10号31頁。
- 14) 市野川孝「脳死と臓器移植の歴史社会学的考察（シンポジウム・死そして生の法社会学）」日本法社会学会編（有斐閣，2005年）法社会学62号14～16頁。
- 15) 丸山・前掲注13）31頁。
- 16) 角田・前掲注1）42頁。
- 17) 平野哲夫「生体臓器移植をめぐる医学的・社会的状況」・前掲注13）12頁。
- 18) <http://www.asas.or.jp/jst/pdf/056report.pdf> 厚生労働科学研究費補助金特別研究事業「渡航移植者の実情と術後の状況に関する調査研究」平成17年度 総括・分担研究報告書。
- 19) 毎日新聞2008年8月8日13頁。
- 20) フィリピンの新制度で腎臓移植を受けた場合，帰国後に複数の病院が診療を受け付けない方針を決定したと記す。毎日新聞2007年7月21日4頁。
- 21) 受入れ可能な国はアメリカ，ドイツ，カナダで，前年度の移植件数の5%となる。
http://www.asas.or.jp/jst/factbook/2007/fact06_01.html 日本移植学会。
- 22) 甲斐克則「改正臓器移植法の意義と課題」法学教室351号（2009年）38頁以下，朝日新聞2009年7月11日7頁，同月12日3頁，同月14日6頁参照。
- 23) 「臓器の移植に関する法律」の運用に関する指針（ガイドライン）は「医師の責務」につき，提供者には摘出術の内容につき文書で説明する他，臓器の提供に伴う危険性及び推定される成功の可能性について説明する旨を記す。故に，臓器摘出後の生活・社会復帰等の説明は責務に含まれないと解される。
- 24) この場合の親族は6親等内の血族，配偶者，3親等内の姻族に限定する。
- 25) 甲斐克則「生体移植をめぐる刑事法の諸問題」・前掲注13）39頁，丸山・前掲注13）32頁，川口浩一「臓器売買罪の保護法益」・前掲注13）43頁。
- 26) 甲斐・前掲13）40頁。
- 27) 粟屋剛「アジア諸国における生体臓器の提供・移植に関する法制」・前掲注13）74頁，甲斐・前掲13）40頁。
- 28) 無作為抽出のくじによって選ばれた健康な人間から，強制的に臓器を摘出して，切望する患者に移植するというアイデアである。
- 29) 奥田は，例外的に功利的理由から禁止する場合もあるとして，売血の問題点（供給量を

- 増やせる半面、瑕疵ある血液混入の危険)を指摘する。奥田純一郎「生命倫理と臓器売買問題を中止として」井上達夫編『現代法哲学講義』(信山社,2009年)338~339頁。
- 30) 甲斐は、ドイツの臓器移植法が違反者に5年以下の自由刑または罰金刑と法定する、その法の根底には、切り離された臓器に人格権に準じた意義を有すると述べる。故に、死後の臓器についても、直接、人格権を引き合いに出すことは不可能だが、「人体構成体の尊重」を「人間の尊厳」から導き出すことが可能と考えるのである。甲斐・前掲注13)40頁。
- 31) 奥田・前掲注28)344頁。
- 32) 中山茂樹「生体移植と『患者の自己決定権』」・前掲注13)22頁。
- 33) 公法・私法の二元論、所謂、私の領域による自律の保障が公領域との関係でどこまで保障され得るかという問題であり、中山の指摘につながる。特に、医療領域では自己決定を万能視することは困難なケースがあり、パターンリズムとも関連する。一方で、法化、規制のトリレンマの問題点にもつながり得ると考えられる。平野仁彦・亀本洋・服部高宏『法哲学』(有斐閣アルマ,2007年)41~45頁,74頁参照。
- 34) 1997年から2000年までの、厚生科学研究補助金事業による分担研究の一つで「臓器移植の法的事項に関する研究」の成果によるものである。町野朔「脳死」・前掲注7)8頁。当初、「3年を目途として」法の見直しが検討されていたこともあり、早期に法内容、運用上の問題を検討していた。しかし町野等、研究者の分析した内容は、法改正の経緯から十分な議論がなされていないことが想定される。
- 35) 角田・前掲注1)36~43頁。
- 36) 芦刈淳太郎「臓器移植法改正 コーディネーターの現場から」・前掲注3)65頁。
- 37) ガイドラインでは、「親族への優先提供の意思表示等に関する事項」による「親族の範囲」は「立法者の意思を踏まえて限定的に解釈し、配偶者、子及び父母」とし、「事実上婚姻関係と同様の事情にある者は除」き、「養子及び養父母については、民法上の特別養子縁組によるものに限る」と定める。
- 38) 樋口は、人間に対する認識に基づくものであり、私たちの多くは見知らぬ人の痛みも見知らぬ人の祈りも気がかりにはならないだろうが、よく知っている人の痛みはわかるという内容から根拠づける。
- 39) 樋口・前掲注3)43頁。
- 40) 樋口・前掲注3)38頁。
- 41) 従来、親子間の生体肝移植ではドナーの安全性を重視して容量の小さい左葉を摘出していた。しかし、成人間の生体肝移植では成績向上を図る目的で、容量の大きい右葉を摘出し、現在では後者が定着しているという。旗手は、「それまでの医学的基準を超えることは、十分なインフォームド・コンセントが確保された上であれば、ドナーあるいは患者のチャレンジな自己決定という評価もなしうる」と評する。旗手俊彦「生体移植をめぐる『法と倫理』」・前掲注13)16頁。
- 42) 中山・前掲注13)20頁以下。
- 43) 中村直美『パターンリズムの研究』(成文堂,2007年)291頁。
- 44) 日本で、生体移植によるドナーの臓器摘出が正当化される法的根拠は、刑事法学では「被害者の承諾」法理を用いる。甲斐によれば、通常の同意傷害罪における単純な「被害

者の承諾」で考えればよいというものではないと批判する。甲斐克則「生体移植をめぐる刑事法上の諸問題」・前掲注13）38頁。

- 45) 法律上、死後摘出臓器が利用可能な際にはそれを優先的に利用する、あるいはユーロトランスプラントが適切な臓器の斡旋ができたときにその事実を知らせる。岡上雅美「ドイツ連邦共和国における生体移植」・前掲注13）64頁。
- 46) 臓器摘出、移植に関与せず、またこれらの措置に関与した医師の指示に従属しない者という条件下の医師をいう。
- 47) 岡上は、精神的・心理的・社会的葛藤の問題がある場合には心理学者、保険についての説明のためには保険会社の者が同席すると考える。
- 48) 岡上・前掲注13）59頁以下。
- 49) スウェーデンは、腎移植の3分の1が生体腎移植を占めヨーロッパの中で死体臓器提供が少なく、政府が死後の臓器提供を増加させる施策を展開する。生体移植にも法的ルールを定める。生体移植では倫理的に本人の自己決定原則の貫徹を、法は「本人の積極的同意を臓器摘出要件とする」が、患者の近親者からの心理的圧力を受ける恐れがある故、法の基本姿勢は再生不能な臓器の生体移植はできるだけ制限し死体移植その他の方法が使えない場合の最後の手段と位置づける。ドナーの健康や生命を深刻な危険にさらす場合には、本人の同意があっても臓器等の摘出は行ってはならないと定める。両角道代「スウェーデンにおける生体移植の法規制」・前掲注13）65頁以下。
- 50) 長井・井田（共訳）「ドイツ臓器移植法に関する講演（アルビン・エーザー）」町野他（編）・前掲注7）175頁。
- 51) 井田良「生命の保護との脳死」町野他（編）・前掲注7）251頁。
- 52) 市野川・前掲注14）2頁。
- 53) 町野他（編）・前掲注7）251頁。
- 54) 町野他（編）・前掲注7）255頁。
- 55) 山本興志隆「世界と死について ハイデガールの思惟を手掛かりにして」京都大学哲学論叢21号（1994年）85頁。
- 56) ハイデガー、松尾啓吉（訳）『ハイデガー 存在と時間（上巻）』（勁草書房、1977年）120頁。
- 57) 山本・前掲注55）85～87頁。
- 58) ハイデガー、松尾（訳）・前掲注56）上巻74頁。
- 59) 山本・前掲注55）88頁。
- 60) 誰かは、特にだれということもできない中世的なもの、世間（das Man）である。ハイデガー、細谷貞雄（訳）『存在と時間（上）』（筑摩書房、2008年）277頁。最も自己的な存在が可能が、平均化され、水平化された、誰であっても誰でもないようなひとの在り方であるからこそ、自己の日常性の内に事実的に見失われていく。山本・前掲注55）90頁。
- 61) 死が開かれた世界の内に立ち現れてくる諸々の存在者との関係を閉ざす以上、無関係的可能性となるのは当然となる。山本・前掲注55）89頁。
- 62) ハイデガー、松尾（訳）・前掲注56）下巻51頁。
- 63) ハイデガー、松尾（訳）・前掲注56）下巻36頁。

- 64) ハイデガー, 松尾(訳)・前掲注56)下巻37頁。
- 65) 山本・前掲注55)93頁。
- 66) 山本・前掲注55)93頁,ハイデガー,松尾(訳)・前掲注56)下巻239頁参照。
- 67) 平野・前掲注13)10頁。
- 68) ジャンリュック・ナンシー,西谷修(訳)『侵入者 いま 生命 はどこに?』(以文社,2006年)28頁以下によるナンシーの言葉として重要な部分は「 」に示す。
- 69) ジャンリュック・ナンシー,加藤恵介(訳)『複数にして単数の存在』(松籟社,2005年)355頁。
- 70) ルネ・デカルト,山田弘明(訳)『方法序説』(ちくま学芸文庫,2010年)55頁以下参照。
- 71) 町野他(編)・前掲注7)316頁。
- 72) 奥田・前掲注29)340~344頁。
- 73) 奥田・前掲注29)345頁。
- 74) 日本医師会の『説明と同意についての報告書(1990)』では、「インフォームド・コンセントとは説明と同意である」とされる。決定のプロセスの骨子は、医療者が患者に丁寧に分かりやすく説明する。患者はそれを理解した上で同意をする,あるいは選択するとされていた。清水哲朗「合意を目指すコミュニケーション」清水哲郎・伊坂青司『生命と人生の倫理』(放送大学教育振興会,2005年)162頁。
- 75) 清水・前掲注74)163~165頁。
- 76) 奥田・前掲注29)345頁。
- 77) 奥田・前掲注29)346頁。
- 78) 奥田・前掲注29)351頁。
- 79) 奥田・前掲注29)347頁。
- 80) 奥田は、「自我」を1人称,「他者」を2人称と捉える。自我と他者は相互に語り合い関わり合い共に生きるが故に,自己の人格「その人らしさ」を形成するのであり,自我は全体としての自己を解釈し自己像を再帰的に構成するという見解に立つ。
- 81) 奥田・前掲注29)347~348頁。
- 82) 田中成明『法の考え方と用い方 現代法の役割』(大蔵省印刷局,平成2年)216頁。
- 83) 平野仁彦「功利主義論争」田中成明(編)『現代理論法学入門』(法律文化社,1993年)278頁。
- 84) 平野・前掲注83)283頁。
- 85) 奥田は,「自己」は3人称的な平等な資格を有する存在の上に成り立ち,「自分」とは「自己」の視点から見たかけがえのない「固有領域」にあるとする。
- 86) 奥田・前掲注29)349頁。
- 87) 奥田・前掲注29)352頁。
- 88) ドナーが母であれば,病気をもつ子を産んだと夫の両親から非難され,レシピエントが死亡したならば「欠陥のある不適切な贈り物をした」と存在意義さえ否定するような事例など。細田満和子「生体肝移植医療 不確実性と家族愛による擬制 」家族社会学研究14巻2号(2003年)150頁。
- 89) 2011年1月11日 ABC テレビ「報道ステーション」で「臓器提供決断した家族,命と向

き合う「医療現場」と題して、札幌市立病院の移植の現場が放映された。「」は心停止後に腎臓提供をすると決意した家族の発言である。医師も、ドナーの遺族から「これで娘は生きていける」という声を聴いている。

- 90) 毎日新聞2011年1月17日3頁。
- 91) 従来は、囑託殺人罪・自殺関与罪による違法性阻却事由として「不可抗力の抗弁」を判例は容認しなかったが、1984年、最高裁は「耐え難い肉体的苦痛を受けている患者から苦痛を除去するには死以外に方法がない時はその苦痛から患者を助ける義務の方が、法を遵守し患者の生命を尊重すべき義務より優越する」と転じた。土本武司「安楽死についての一考察 日・蘭の理論と実務を比較しつつ」法書時報55巻2号259頁。上記判例は、アルクマール地方裁判所が、患者の要請に応じて致死量の注射をした医師に「無罪」を言い渡したのに対し、控訴審は破棄した。これを、最高裁が、医師の積極的安楽死が緊急避難によって正当化されると判示した。中山研一「タック教授の講演のコメント」同志社法学53巻5号211頁。
- 92) 正式名称「要請による生命終結及び自殺幫助の審査手続並びに刑法典及び埋葬・火葬法の改正に関する法律」、土本武司「オランダ安楽死法」判例時報1833号（2003年）3頁。
- 93) 「安楽死」の定義は世界各国で異なるが、概ね輸血等の治療を行わないことによって生命を短縮させる「消極的安楽死」、苦痛除去のための鎮痛剤の投与量の引き上げによる副作用を利用して寿命を短縮させる「間接的安楽死」、安らかに死なせるために注射等による積極的に生命を終結させる「積極的安楽死」に区分される。土本・前掲注92）5頁。
- 94) 1989年から地方審査会が検察官に代わって検討し、要件に合致しない場合だけ検察官に通知する制度となっている。ペーター・タック、上田健二・浅田和茂（訳）「（講演会）オランダ新安楽死法の成立について」同志社法学53巻5号212頁。
- 95) 土本・前掲注92）3頁以下。
- 96) 土本・前掲注92）5頁。
- 97) タック、上田・浅田（訳）・前掲注94）215頁。
- 98) 土本・前掲注92）6頁。
- 99) 脳死による死の定義は1968年、ハーバード大学医学部の委員会の提言に始まる。当委員会の報告「死の定義のための旧来の基準は、移植用臓器の獲得という観点から問題化される可能性がある」、脳死の線引きについては脳の特定部位の機能停止だけで死の時点を確認するのに十分ではないかと議論が開始している。K・バイエルツ/K・シュミット（訳）U・リヒター/鈴木崇夫「脳死の妊婦とその生きていた胎児」医事学研究9号（1994年）106～114頁。
- 100) A・カウフマン、上田健二（訳）『法哲学』（ミネルヴァ書房、2006年）283～284頁。
- 101) カウフマン・上田（訳）・前掲注100）285頁。
- 102) 「」は韓国の臓器移植法第3条4項の引用。同法は「脳死者」、ドイツ法は「死者」という文言を用いる。なお韓国は、法第2条の2「臓器等の提供者の人に対する愛と犠牲精神は恒久的に尊重されなければならない」と規定する。趙晟容（訳）「韓国臓器移植法論文訳（平成11年度報告書）」町野他（編）・前掲注7）70～71頁、96頁。

- 103) 胎児は4カ月半で死亡したが、当事件には様々な問題点が指摘される。ハンナ・ヨーナ
スによる批判(先述)、無防備の死せる女性を道具化するものであるというフェミニズム
的な視点による批判の他、当該女性は母親か死体か、胎内児は胎児か人かという論点もあ
る。バイエルツ他著・前掲注99)117~118頁。上記は、人の始期、終期以外に、拡大すれ
ば、中絶の権利と胎児の権利という問題にもつながると考えられる。森脇健介「いわゆる
『中絶の権利』に関する一考察 「女性の自己決定権」対「胎児の生命権」 枠組の転
換のために 」早稲田法学会誌55巻(2005年)319頁以下参照。
- 104) バイエルツ他・前掲注99)97頁。
- 105) ドイツでは、人工呼吸器の停止は法的性格において治療の中止にあたるとする法的ルー
ルが形成されている。連邦裁判所の判例及び大多数の学説により、末期患者に装着された
人工呼吸器の停止は「治療の中止」となり殺人罪にはあたらないという解釈が採られてい
るとされる。井田良「脳死と臓器移植法をめぐる最近の法的諸問題」ジュリスト1264号
(2004年)16頁。