

△シンポジウム▽

「生命倫理に関する諸問題 脳死の問題を中心に」

討論(質疑・応答)の部

司会者 小林(札幌大学) 質問を受け付けた順にシンポジウムを始めます。この四人の方の発表、いずれも興味深いものでございました。先程平川先生が自己紹介なさった時に、学術会議で私(小林)と一緒にと言われましたけど、一緒にであっただけではなくて、「人間の生命と医療技術特別委員会」という委員会がありまして、それでご一緒に討議したことがあります。その時のだいたい意見の配置ですと、自然科学系、特に医学の第七部ですけど、そこが非常に積極論でして、ごく簡単に言いますと「二つの死を一つの死にするのだから人殺しと言われようとヒューマニズムだ」というような意見が強かった。私は反対したものですから、「科学も医学もヒューマニズムも何もない意見だ」と言って頭ごなしにやられました。そういうような時分のことでありまして、平川先生が死者の死体そのものは、まさしく亡きながらも、それをまたぐようなことはしないで合掌する、というのが日本なのだから、(医学者がいうように)そう機械的に論じることができない、とおっしゃったのを私は覚えていますが、脳死と臓器移植を一緒にすべきではない、という議論が非常に多くありました。

今日の一番最初の発表をなさいました木暮さんも「脳死と臓器移植とは一緒にしてしまおうと医者との話し合いの時には臓器移植のために脳死をつくりだしてしまふことになりかねない。これは問題だ。だから脳死の概念というものはつきりとさせるべきである」ということが結論であったように私は伺いました。

それから、内藤さんのご意見は刑法の立場から興味深かったわけですけど、「私は脳死には実は批判的だ」と

おっしゃいながら、刑法でも死をかなり弾力的に考える。あるいは人体を傷つけることについて簡単に犯罪とはしないで、それを弾力的に考える。緊急避難というのもある、というようなことで、結局肝心なことは、社会的合意ということの形成なのだろう、とおっしゃたのではないかと私は思ったわけがあります。

三番目の平川先生のご意見は、先生のご専門の仏教学の深い造詣の中からいろいろとおっしゃってくださったのですが、要するに最終的にはドナーの意思次第だ。それを制度的にいいとか、いけないとかするべきものではないだろう、ということであったようです。これは法社会学や法哲学で最近よく論じられるバッテリーリズムの問題に似ています。だから臓器問題も結局提供者の意思で考えるべきだろう。その点は安楽死の問題ともからめ先生は案じられたわけでありました。

それから阿南会員のご発表、「脳死の倫理と法理」ですけど、これもごくかいつまんでしまえば「合意というものはいろいろな人生観、世界観、価値観があつて難しいから結局各人の意思に任せようということにならざるを得ない」というように伺いましたので、四人共別々の角度からアプローチしながら、かなり共通基盤にたっているものと考え方のように私には受けとれました。

そのようなことを踏まえて、質問、討議に入ります。集約しきれませんのでそれぞれの先生宛の質問を読み上げますので、それを質問者からもう一度コメントをいただきながら伺いできればと思います。発表していただいた順序で質問者の質問を紹介していきます。木暮さんに駒沢大学の松村会員からの質問で、「臓器移植は医療なのか」という点について伺いしたい。臓器移植は病変部の交換であり、厳密の意味において治ることになりませんか。その点についてどのようにお考えでしょうか」というものです。質問をもう一回言っていただけませんか。

質問者 松村(駒沢大学) 先生の最初のレジュメにありました「臓器移植は医療なのか」という点について私

なりに考えるところがあつたのですが、臓器を移植するという行為はある意味で医療の中の治療としてとられると思うのです。しかし臓器の移植というのは臓器の交換でありまして、厳密な意味で言いますとそれは治療ということにはなっていないわけです。つまりその人は治っていない、ただ交換した、ということになるわけで、病気そのものの治療ということにはなっていない。もつとそれをつきつめて考えますと、その人が持つているそういう病気になる遺伝子については、なんら変更をくわえられることなく次代に継がれていくわけですから、そういう意味での行為というものが医療行為と言えるかどうか、ということについてお伺いしたいと思います。

解答者 木暮(創価大学) 松村さんがおっしゃったようなことを私も考えております。レジュメのクエスチョンマークは、「臓器移植は医療」という考え方に疑問を表す意味でつけたわけで、全く松村さんの言われたことに同感です。

現状では、医療機関において難治病の患者さんに対し、その解決法として臓器移植があります、と治療のサービスタという形で行われているわけです。しかし、臓器移植というのは、変な言い方ですけど、他の人の臓器と交換するわけです。本来、病気を治療するというのはその人の自然治療力というのを基本におくべきだ、と私は思っています。その自然治療力をいかにして最高度に発揮させるか―そのために医師だとか、看護というまわりからの援助をいろいろな形で与えて、あくまでも病気はその人のもっている治療力で治していくというように考えています。ですから、その意味から考えると、松村さんが指摘したように、臓器移植というのはその人の自然治療力に基づくのではなく、他の人の臓器を移植する、他の人のものと交換することに依存しているわけです。これは本来の医療、本来の病気を治すということから考えると、少しはずれているのではないかと私自身は批判的に思っております。ただ、医療が進歩し、いろいろな治療法が開発されるにつれ、とくに欧米を中心として開発された医療技術を、

わが国の医学界はある面ではそのままの状態で受け入れているという状況があると思います。私はそうしたことがよいとは思っていませんが、医学界の大勢は臓器移植もまた治療の一貫であると疑っていないでしょう。

私としては、人のものではなく、医学の進歩に応じて人工臓器などが開発またよりよく改良されていくならば、そういう人工臓器移植は治療につながる、自然治療力を補助するという意味で治療になると考えております。そうした努力を強調しないで、ひたすら「臓器移植しかない」「臓器移植もりっぱな医療である」という声に、またその勢いに私は抵抗感をもっています。私自身は医師ではないので、医学界のことに少し批判的になりすぎていますかもしれないが、お答えになったかどうか。

司会者 小林(札幌大学) 次は内藤さんに三つの質問ができています。一人は今の松村さんで、脳死と臓器移植は別次元で語られなければならない問題ですが、それが同じものとして語られるのは、医療行為についての認識が曖昧だからである。それで次の質問に答えていただきたい。「手術はなぜ傷害罪にならないか」「医療を目的としないう医療行為はどのように合法となるのか」「生きている人の臓器提供は法的にどのような見地から許されるのか」それから愛知学院大学の原田会員から、「移植目的で脳死体から臓器を取り出す行為につき、違法性阻却を論じる際に構成要件は一九九条でなければならないか、二〇二条でも良いのか、という論争は違法性本質論における結果無価値・行為無価値の論争を反映するものであるように感じておりますが、そのように理解してよいのか」、「同じ問題で二〇二条の構成要件につき違法性阻却を認めることができるか、否か。十数年前には絶対的に不可とする見解が支配的であったところ、近年では認める見解が増えているように感じておりますが、学会の動向をそのように理解して良いのでしょうか」。

これと関係するのですが、桐ヶ谷会員から「刑法二〇二条と三七条の延長線上に違法性阻却理由を見出そうとさ

れている。その場合、臓器提供者の同意が当然の前提になっていると思うが、その同意はいついかなる方法で行えば良いのでしょうか」ということです。

解答者 内藤(創価大学) まず一般の手術はなぜ傷害罪にならないのか、ということですがこれはいろいろな考え方があります。現在の多くの見解はやはり刑法二〇四条の傷害罪の構成要件にはあたるけれども、医療目的でなされており、生命・健康の保護という効果もあるということで、違法性が阻却されるという考え方が多いのではないかと思います。ただお医者さんの中には構成要件該当性がないということにしてみたい、という方もいると思われまますし、構成要件該当性と言われるものの中に価値判断を強く入れていけば、そういう理論構成も不可能ではないと思われますけど、私自身は、構成要件該当性の判断にはできるだけ価値判断を入れないほうがよいと考えますので、やはり二〇四条の構成要件にはあたり違法性が阻却されるというように考えます。

治療を目的としない医療行為、この医療行為はどのように合法となるか、というのは大変難しい。これは脳死段階での移植のことを考えておられるのか、あるいは末期状態での生命維持治療の中止、取り止めの問題を考えておられるのかわかりませんが、生命維持治療の中止の場合は移植手術の場合とは違ひまして、一般的には違法性を阻却する場合がありますというように考えているし、私もそういう趣旨の論文を医事法学会で報告したこともあり、書いたこともあります。理解構成は基本的には治療を続けたいという不作為ですので、その段階での不作為には医師としての治療義務がなくなる。もちろんその前提には、患者が末期状態に入り、どのような治療を加えても切迫した死の結果を回避し、生命を救助する可能性がない場合、いいかえれば生命維持治療を講じたとしても間近に押し迫った死を若干引き延ばすだけの効果しかない場合であって、しかも延命治療をしないことに患者側の同意がある、という要件が必要だと思います。実際問題としてこれはある程度行われているわけです。私の調べたとこ

ろでは、この生命維持治療の中止自体については告訴・告発があつて裁判になつた例はないようです。実際問題としては、ある程度まで行われている。お医者さんに伺いますと、レスピレーターを取り外す、そのスイッチを切るというようなことは減多になく、ただ血圧を上げる薬、輸血というようなものを徐々に減らすことのほうが多いようです。脳死と直接に関係なく生命維持治療の中止はある程度行われているし、また私は行われているからこそ生命維持治療の中止の問題と臓器移植・脳死の問題は別に考えてもいいのではないかと考えます。

それから生きている人の臓器提供は法的にどのような見地から許されるのか、という問題はあとの原田さんや桐ヶ谷さんの御質問と関係がありそうですが、おそらく脳死説をとらない、まだ三徴侯説から脳死説に踏み切れないという人、こういう人も法的に許されたところによれば、もちろん前提には事前に提供者の同意もある。家族の同意もある。桐ヶ谷さんにお答えするところによれば、もちろん前提には事前に提供者の原則として書面による同意、最近では家族の同意はいらぬという人もいますけど、私はやはり少なくともその場合に違法性の阻却を認めるためには両方いるように思います。そういう状況で移植が行われた。その時に例えば裁判官に自分がなつたというときに、その移植をした医師が起訴されて被告にたつた時に一体有罪が言いつたせるだろうか、と思います。これはかなり困難があると思います。法解釈学者がおよそ裁判で適用されることを前提として法を解釈するとすれば、やはり何らかの理論構成を考えなければならぬ。そうすると違法阻却ということもありますし、さらに最も無難なのは責任が阻却されるということなのかもしれない。刑法の世界では、いったん起訴されますと、裁判官は、日本のやり方は手続きの打ち切り、ドイツのインシュテリングのような制度はありませんので、有罪か無罪かどちらかにもつていかなければならない。途中で手続をやめるということができるならば、あるいは裁判官としての途中で手続を打ち切る。ドイツのサリドマイド事件などもそれで解決いたしましたので、そういうことは可能かもしれ

ない。しかし日本で有罪にするにしのびない、有罪にはあたらないというふうを考えるならば、やはり何らかの犯罪阻却理由を考えなければならぬわけです。一九九条か二〇二条かと原田さんが言われましたが、私の言っているのはやはり三徴侯説の立場にまだたつていない場合のことであり、提供者の同意が前提になっているのですから、条文的には原則として二〇二条の同意殺人罪の阻却の問題になる。こういう場合に行為無価値論とか結果無価値論とかいうことを議論致しますけど、私自身はこれはあまり関係ないのではないかと思えます。現に研究者の中にも社会的相当性があるから違法性を阻却するという意味で、広い意味の倫理的判断からみて違法性が阻却されるという人もある。ただこの場合の違法性阻却というのは、処罰するにたつて違法性がないということなのです。だから完全にそれを真っ白と判断しているかというところがかなり問題です。少なくとも可罰的違法性はないというように考える。ただ、二〇二条の問題とするだけでは、これはかなり苦しい。というのは二〇二条はやはり同意がある、事前に同意がある場合を前提として刑の減輕規定をおいているわけですから、考えるならば違法性の阻却までを認めないから減輕規定をおいているともいえるわけです。だから私は刑法全体をみますと、二〇二条のほかに、やはり三七七条というのを一つの手掛りとせざるをえない。およそ超法規的違法阻却事由といいますが、完全に違法性阻却を認めることはできないわけですから。たしかに、三七七条の緊急避難にもピッタリあたるとは思いません。思いませんが緊急避難で他人にせまった危険を避けるためにやむをえず害を加えたという場合に、日本の刑法三七七条が世界の立法としては極めて広いということ。これをやはり考える。ただ条文とすれば一番無難なのは案外三五七条の正当行為にもつていってしまうことなのかもしれません。正当行為を援用してももちろんいいわけです。ただその正当行為というのは明確な理由を示さなくて違法阻却事由の全部がある意味で入ってしまうことになる。そこで、あえて言えば三五七条、三七七条、二〇二条を援用して、特に三七七条と二〇二条の延長線上に、可罰的違法性がな

いと考えることは不可能ではないと考えます。実は脳死臨調の少数意見は、とくに法的理論構成を詳しく議論していませんが、基本的にはそういう考え方をとっているのだと思います。つまり脳死を人の死と認めることには反対だけれども、脳死状態での臓器移植を全く否定するわけではないという立場をとっておりますから。そういうことで全体の質問にお応えするつもりだったのですが、なにか洩れている点がありましたら補充してください。

質問者 原田（愛知学院大学） 愛知学院の原田です。今お答えいただいたところに関連するわけなんですけど、レジュメでも紹介されております臓器移植法案の内容ですが、これも死の概念をいじるかどうかということに何ら言及しないで一定の条件を備えた場合には、移植のための切り取りを許すという方向なわけで、おそらくこういう実定法が作られれば、そのまま三五条のつけていくことができると思うのですが、その基本となつている発想が、死の概念をいじることなく一定の条件を備えれば許すという。この発想、なにか行為無価値論的なものを私感じとつたわけです。それに対して平野先生あたりは人と認めてそれを違法性阻却とするのは法律家ではない、というようなことを言われたわけですけど、これがもし脳死体であっても人の生命だとするならば、いわゆる結果無価値論にたつた場合、違法性阻却を認めるためには、優越利益なり正当利益なりの論証が必要になつてきますので、そうすると生命対生命である。もし優越利益ということであるならば、脳死体の生命は一段低いものと言わなければ優越利益の論証ができないわけですから、おそらくそれはたえられない。生命と認めた以上はそれを同等の価値と認めなければならぬ。そうだとすると結果無価値論にたつ以上、二〇二条の構成要件該当性を認めたらこれは違法性阻却は認められないという論理につながるのかなと感じた次第です。

解答者 内藤（創価大学） 私はその問題ぎりぎりに考えますと、二〇二条の問題とした時にも生命と生命がぶつかりあうことは事実なんです。ただしかし一方は臓器を提供するということに積極的に同意して、しかもそれは

ある意味では死につつある生命について、極限状況で自分がそれを提供しようとしているわけです。片方はそれによつて助かるという生命がぶつかりあう時には、やはり生命の保護の必要性ということ、これは言うとき非常にドライなことになるのですけど、やはり結果無価値論的な発想でも両方の具体的状況における比較衡量というのは不可能ではないように思うわけです。日本の刑法三七条の緊急避難規定は、生命と生命がぶつかりあうときも犯罪が成立しないことを認めているのです。

もう一つ言つてくださったのでは、例の各党協議会の案です。つまり、「脳死及び臓器移植に関する各党協議会」の「臓器移植法案」の骨子のことです。これは実は今年（一九九三年）の五月二十日頃から六月の初めにかけて新聞紙上にとりあげられたのですが、これはかなり現実立法化される可能性がある。この案の一つの特徴は脳死をもつて人の死とする、ということをごにも書かない。つまり死の定義について書いていないということです。ただポイントを言いますと、医師が移植に使う臓器を「死体」から摘出することができる。そして、死体の下にカットして「脳死体を含む」という言葉がでてくるわけです。「死体」というのは「脳死体」を含むということです。それに続いて「脳死体」とは脳幹を含む全脳機能が不可逆的な停止に至つたと判定された死体をいうとしている。つまり脳死体とは全脳死の死体だとしている。それが死体の中に含まれるというので、私の理解ではこれは違法性阻却の考え方よりはどちらかと言えば脳死を人の死と認める、という立場ではないかと思ひます。ただ脳死を人の死だ、という具合に書きますと各党がそれぞれの委員会にもつて帰つた時にどうしてもうまく合意が得られない。そこでいろいろ考えて座長がそういう案をつくつて出したということ、この案というのはある意味では日本的な案で、死とは何か、脳死を人の死と認めるということを書かないで、脳死体からの臓器移植を認める。この議員立法の案ができるバックグラウンドには、おそらく厚生省や検察や警察とも相談して、ある程度了解をえて

いるという事情があるのではないかと思えます。例の問題となりますが検視の場合に、脳死体の場合は特殊に扱うという合意もおそらくできていると思えます。今国会に成立するという事はなくなりましたけれど、いつかは立法化される可能性はあると思っております。ただこれは私自身は違法性阻却説に依るものではない、やはり脳死説によるものだということに考えております。これはレジユメに書いておいて報告のとき時間の関係で何も言わなかったものですから補充です。

司会者 小林（札幌大学） ありがとうございます。次は平川先生に二人の方からです。中野会員から「脳死判定に関する問題は社会がその構成員の死をどう考え、どう対処するかということも大きく関わっていると思う。先生の御発言は、提供者の意思を尊重するという観点から脳死及び臓器移植容認との要旨とお聞きしましたが、日本の場合、本人の提供の希望が家族によつて取り消されることもままある。日本人の宗教心の問題を考える場合、こういった家族の問題についてはどうお考えなのか」。

それから桐ヶ谷会員から「本人の意思の尊重とおっしゃるが、その本人の意思はどの意見で判定するのか。やはり本人の意思が明確でない場合には、臓器移植は認められないということになるのか」この二点です。よろしくお願ひします。

解答者 平川（東京大学） 臓器移植が法律上認められませんと、実際には行われなわけですので、そういう場合に本人の意思があれば臓器移植を認めてもよいということになりますと、本人の意思とはどういうことか、ということが法律的にもきめ細かく限定される必要があると思えます。私自身は、はっきりした本人の意思の表明というものがあればよいと思えます。はっきりというのはどういうことか、と言いますと難しくなるんですけど、本人が平素自分は臓器を提供したいと常々家族に言っていたとか、あるいは何か記録にとどめてあるとか、そういう

ふうに本人の意思がはっきりしていれば、それでいいように思います。それからもう一つの問題で、本人が臓器の提供を希望していても家族によって取り消されることが多いということですが、それは確かにあると思います。しかしこれはむしろ法律の問題になると思います。つまり死体は誰の所有であるか、ということとして、これは喪主のものなのか、あるいは遺産相続をするすべての人のものなのか、あるいは誰のものでもないのか。これは法律の先生にお答えをいただきたいと思います。

解答者 内藤(創価大学) 今の問題ですけれど、実は日本では一般的に死体は本人の、死んだ人の意思を離れたもので、やはり遺族の問題だと考えられる傾向が従来強いのです。その傾向は現に角膜と腎臓の移植に関する法律にもすでに現れておりまして、あれは死体からの臓器移植の問題です。本人の意思よりは遺族の意思が優先するようになってきているのです。ただこれに対しては最近の法学界ではやはりいくら死んでしまっても、生前の本人の意思をもつと尊重してもらいたい、あるいはそれを優先してもらいたいという動きは強くなってきております。今度臓器移植法案というのが仮に各党協議会の線でできたとしますと、実は同じ問題はおきるのです。のみならずこの臓器移植法案というのはおそらく心臓・肝臓の場合のほかに角膜と腎臓の場合も全部カバーする趣旨でできているのです。その場合に、そういう学者の意見が完全にうけいれられているかという若干問題がありまして、要するに本人が臓器提供の意思を書面で示している、これはもう一番確実なのです。ただ法案は、本人の書面による意思表示があることのほかに、遺族がこれを拒まないとき、または遺族がないときを承諾の要件としています。問題は、本人の意思がはっきりわからない時にどうするか。この法案は遺族の書面による承諾でたりるようになってきている。ただ、その際に、遺族は、本人の生前の意思を忖度して判断することが求められている。現在の角膜と腎臓の移植に関する法律よりは本人の意思を第一に考えるようにするとの趣旨はでているのですけれど、本人の意思がはっきり

りしない時に家族の承諾で移植できるというわけです。これは法学者の方からみると問題があると思うのですけれど、医療側から言いますとかなり強い要請だと思います。もし本人の意思が不明な時に家族の意思で移植することができないということになると、日本の臓器移植は極めて数が減るといって、医療側からはかなり強い要請というか要求があるのではないかと思われまます。その間あたりの綱渡りが、今後立法する時は一番問題になる。むしろこの点は脳死臨調の答申よりはその後の国会で扱われている方が、私は少し後退しているように思います。脳死臨調の答申では、家族の証言による場合には第三者のチェックを必要とすると言っておりますが、そういうことはどうも今の議員立法の法案からは姿を消していると言わざるをえない。法律学の立場から言うと、仮に死体であっても本人の意思を重視してもらいたい、それを第一に考えてもらいたい、というのが最近の傾向だと私は思っております。

発言者 阿南(麗沢大学) 今のことに関連して献体法のことをお話しますと、昭和四八年に法律が改正されて、それまでは家族の同意が絶対必要だったのでありますが、改正された法律では本人の意思、そして定められた期間内に家族の反対がない限り可能となり、少しはやりやすくなった。ただ実際問題としては、東京の方は白菊会が家族の同意をつけて献体の登録をする。ところが大阪の方は阪大がやっていますけど、家族の同意をつけないでほとんど受けつける。数は多いのですが、いざやるといふ時は家族の反対で打率は一割に達しない。白菊会は五割の打率を誇っているそうです。御参考までに。

質問者 久保(生長の家) 生長の家の久保です。脳死容認というわけではないのですが、先生方のお話の中で本人の意思の尊重ということを強くおっしゃいますので、御教授をいただきたいのですが、諸外国において脳死状態になった場合、もちろん本人は意志を表明できませんので生前の意識があった時の記録ですが、例えば私が読みましたところでは、運転免許証に脳死状態になった場合に、臓器移植に応ずる旨を必ず免許更新の際には記録意志

があるかどうかということを経務づけるという制度があると読みましたが、その諸外国の例を御教授いただければありがたいと思います。

解答者 内藤(創価大学) 完全に全部調べたわけではありませんが、運転免許証にその点を書き込むのはたとえばフランスだと聞いております。アメリカはそういうことをしていないようです。少し形式的になりますけど、本当にお医者さんが移植をかなり幅広くやろうとするのに根拠を与えるとすれば、運転免許証の場合、これは書面ですので、提供意思の確認をするうえで相当大きな問題のように思います。実際問題として臓器移植、特に心臓、これもお医者さんに伺いますと、日本では心臓移植が前面にでていなければならないけれど、数とするとむしろ肝臓のほうが適応症は多いというように言われているのです。問題はそれを行おうとした時に本人の意思の確認ということをやったり運転免許証に記入することが重要な意味をもつと思います。ただ医療の現場では家族の意思を重視しますから、家族の意思さえ重視すれば、死んだ人はもう口を聞かないのですから、悲しいまでに家族の意思が決定的なのです。ですから家族の意思という時には常に少し警戒する気持ちをもって考えざるをえない。私も本当に移植を増やすという方向にいくのでしたら、やはり運転免許証のところが問題になるように思います。

解答者 木暮(創価大学) 昨年の日本生命倫理学会で、カナダからの関係者による報告がありました。確か、オタワやトロントの存在するオンタリオ州の実情だったと思いますが、医師だけではなく、移植担当の検察官や移植コーディネーターによる報告でした。

それによりまして、内藤先生がおっしゃったように、基本的には免許証のなかに全ての器官に関して移植を承諾する、特定の臓器に関してだけドナーとなるということに記載する欄があり、そこに明記されているということです。それが、免許証の更新の時にまた変わる可能性もあるわけです。ですから、本人の意思を基本的には免許証に求め

ているわけですが、更新の時に意思の確認が行われる。つまり、ある程度の意思の変化も受容されるという形になっているようです。また、コーディネーターという制度が非常に確立しているようで、カナダ・アメリカにしてもドナーが圧倒的に少ないわけですから、コーディネーターがドナーをいかにして増やすかといろいろなところで活動しているそうです。制度だけでなく、それを推進するような活動までしているということ聞きました。

質問者 桐ヶ谷（創価大学） 創価大学の桐ヶ谷です。今の質問に関連して諸外国の例でコーディネーターの方が一生懸命しておられるということや、免許証の更新の度に意志の確認をすとかいろいろあるそうですが、パーセンテージとしてどれくらいの人がそういうものに応じているのか、実情はおわかりでしょうか。またそういうことをすることによって、そういうことに応じないと肩身が狭い思いをすとか、何らかの弊害はまだ出ていないということなんでしょうか。

解答者 木暮（創価大学） 正確なお答えはできませんが、カナダの例ですと運転免許証をもっている人でだいたい八割か九割ぐらいは記載している、つまり免許証がそのままドナーカードになるとカナダの医師がいついたと記憶しております。それを記載しないことよって弊害があるかどうかとか、差別が生まれるかという問題はほとんどなく、むしろ、コーディネーターがもっと記載をと声を大にして叫ぶくらい、積極的にドナーになることを是としているようです。そうした基本的な考え方があって、さらにコーディネーターによる精力的な活動―日本であれば隣近所の会合みたいなところへも出かけて。ドナー不足をうったえたり、免許証取得時の臓器提供の記載をうったえる活動―があり、現状に至っているようです。繰り返しになりますが、臓器移植に対しても、個人の意思表示を明確にするのが当たり前という考え方が定着しているのではないかと思います。

質問者 桐ヶ谷（創価大学） もう一度内藤先生にお伺いしたいのですが、やはり本人の意思ということと、家

族の意志ということの相克というものはあるようなのですが、そういう場合に家族の意思を無視して本人の意志を尊重するためにはそれなりの担保のようなものが必要になろうかと思いますが、それは今言ったような例えば免許証に記載するとかそういうことを想定されて、その場合にやはり本人の意思を優先されて、家族がいかに反対しても先生のお考えだと違法性は阻却されるという方向で考えていいと伺ってよろしいですか。

解答者 内藤(創価大学) そこは微妙なので、三徴候説をとりますと、とくに臓器摘出ということが問題になった時、これは脳死説でも同じ問題があるといえますが、家族の意思を全く考えなくてもいいのかということが問題になります。食い違った時も全体として本人意思が最大限に尊重されなければならないということ、それがやはり本来のものの考え方のように思います。ただ提供者の家族、これは配偶者及び一親等の血族に限るべきだと私は思いますが、特段に異議を表明したときは、違法性が阻却されないように思います。もつとも、実際には、家族の意思がもつと重視されると思います。医療の現場では、問題がおきるのは結局家族からなので、だから実際は、家族の意思のほうが大きくなりがちであるというのは事実です。

質問者 桐ヶ谷(創価大学) それを無視して医者がやってしまっても、医者の責任は阻却されるというお考えですか。

解答者 内藤(創価大学) 限定された家族の特段の異議の表明がない限りそのように私は思います。ただ実際上は、家族の意思がもつと大きく扱われるでしょう。

質問者 法性(龍谷大学) 脳死と臓器移植の倫理上の問題についておたずねします。人の死というものはある一瞬にすべての臓器の機能が停止するのでなく、ある臓器の機能が停止しても他の臓器はまだ機能しているといった具合に、徐々に死に至ると聞いております。心臓死での臓器移植でも同様な問題は生じると思いますが、たとえ

ば脳死状態での心臓移植のケースでは、脳の機能は停止していても心臓の機能は停止していない訳です。私としては、機能の停止していない臓器の部分についてはまだ生きていると感じざるを得ません。脳死を認めることは、このまだ機能している(私が生きていると感じる)臓器を摘出することを少なくとも促進する作用をもたらすと思いますが、そうしますと次第に生身の人間を人としてでなく移植可能な臓器の集合体として、人体を物としてとらえる風潮が生じてきはしまいかという危惧の念を抱かざるを得ないのです。

またこれは臓器や臓器移植の問題と直接関係しませんが、本人の意思ということに関連しておたずねするのですが、臓器売買について、金銭的な見返りを期待して臓器を提供することは何故いけないのか。本人の自由意志を強調するならば、何故無償の提供の意思のみが良く、有償の提供の意思はいけないのか、説明が難しいと思うのですがいかがでしょうか。

それから自由意思に関連して、臓器提供の現場において本当に自由意思が確保できるのかという問題があるように思います。臓器移植が一般化するにつれて次第に臓器提供するのが当然といった何らかの社会的圧力が生じてきはしまいか。そのような雰囲気での臓器移植の意思は、はたして純粋な自由意志として認められるのか。

このような漠然とした疑問を前々から脳死と臓器移植に関して私自身の疑問として抱いていたものですから、どのように考えたら良いのか御教授戴けましたら幸いです。

解答者 内藤(創価大学) ご心配になりました臓器売買の件ですけど、これは倫理的にみて不当であることはもちろん、法的にみても、法案をつくる時には必ずそれに対して罰則をつくると思います。その罰則が有効に機能するかどうかわかりませんが、実際問題としては大変懸念されることであって、とにかく臓器の数が足りませんので、少なくともこの点についてはどの案も、今度の協議会案も罰則をつくらうとしております。

倫理の問題に正面からお答えすることはむずかしいですが、脳死を「人の死」とする脳死説の立場では、脳死の段階で、一部でも生きている人間とは考えないこととなります。そして脳死臨調の多数意見は、そのような脳死の考え方は、我が国の伝統的な宗教・倫理観から見ても、とくに否定されるべき具体的な論拠はなく、国際社会の認識とも一致すると思います。

それからもう一つ、私は報告のときに御紹介しなかったのですが、脳死臨調の答申がでる直前ですけど、生命倫理研究会というのがありまして、注目に値する案を発表しています。脳死説の人と脳死説でない人が両方一緒になつて作ったという案で、三つにタイプを分けまして、生きてる人からの摘出、これは腎臓の場合を一部考えていると思います。それから死者からの摘出というのと、もう一つ、脳死状態の人からの摘出というように三つに分けてあるわけです。いわばこれは脳死状態の人というのを一種の生と死の中間段階において、しかもやはり生きているんだという立場で法案をつくつたというのです。これはジュリストの一〇〇一号に脳死臨調の答申と同時に掲載されています。この案の最後の四条にあたる脳死状態の人からの摘出というところは、やはり違法性阻却か責任阻却かあるいは構成要件該当性阻却といえるかもしれない。そこはつめないという形でそういう案を作っている。ただ現実これが法律になるかどうかかなり問題があると思います。いずれにしても臓器売買の点については、必ず罰則がつくと思います。ただ実際問題として、それが行われる懸念は消えないように思います。また、臓器提供への圧力の問題については、脳死臨調は、本人の提供意思が文書で明示されておらず、近親者の証言による場合は、近親者に不当な圧力がかかることのないように第三者によるチェックを必要とすることを立法手段で明確化することを要望しています。

質問者 洗(駒沢大学)

本人の意志と家族の意志ということに関連してなのですが、私も合理的には本人の意

志を尊重してほしいと思うのですが、先程本人の意志がはっきりしていれば家族の反対があっても違法性は阻却されるであろう、というお話だったのですが、平川先生のお話にもありましたように、日本では遺体や遺骨に魂が宿るといような信仰がかなり強いわけです。ですから家族の意志を無視して臓器摘出ということをした場合に、遺族の側からの宗教的権利の侵害という問題は生じないでしょうか。

解答者 内藤(創価大学) 実は私は十年ほど前に、三徴候説にたつてしかも違法性を阻却する場合があります。これはいいか、ということを書いた時、脳死患者の事前の明示の意思と家族の明示の意思というように、両方を要件にいられているのです。これは特に遺体損壊との関係を考えて、遺体損壊罪の違法性を阻却するにはやはり家族の意思の問題が入ってくるということを考えてからです。今のは三徴候説の立場ですけど、脳死を認めると脳死の段階から遺体になる。そうすると本人の意思が三徴候説の場合よりは、私の感じではもう少し強くなるように思います。もちろん家族の意思も考える必要があるのかもしれませんが、ただ一番困るのは食い違った場合で、その場合は移植できないのかというと、今の一般的な考え方はできないというほうがかなり強い。例えばドナーカードの問題にしても、ドナーカードをつくっても家族がいやだといえばダメだということになります。そうすると、かなりドナーカードのもつ意味は減るし、本人の意思とは違ったことになる可能性もあるように思います。ですから私もその点は若干迷っておりますが、おっしゃるようなことは十分わかります。いずれにしても、最初に書いた時はやはり本人の意思と家族の意思の両方を挙げた。ただその後、違法性阻却説を支持する学説もでてきましたけど、むしろ家族の意思は私と異なつてとつてしまっているほうが多いというようにみえます。お気持ちは十分にわかります。なお、脳死臨調は、臓器提供について本人の承諾がドナーカード等の文書でなされていたときには、近親者はこれを尊重することが望ましいといっています。

発言者 熊本(北海学園大学)

北海学園の熊本です。だいたい議論がつきています。これは今の家族の

意思と個人の意思のいずれを優先させるかの問題です。結論を先に申しますと、今、内藤先生もお答えになったのですが結局、家族の意思というところに行きつくと思います。これは法律でいろいろ定めましても、あるいは民法の遺産の問題につき故人の意思と家族の意思のいずれが優先するかの問題に行きつくと思います。もとより、民法上の財産の問題と遺体を一緒にするわけにはいきませんけれど、このような状態はままあるわけです。故人の意思は何らかの形で残されている。しかし家族が集まってその遺産の処分について、故人の意思に反対する。こういう場合ですと法律的にわりにすっきり判断できませんけれど、遺体の場合はなかなかそうはいきません。刑法上の問題を先生からいろいろ伺ったのですが、結局少し時間がかかるのですが先程コーディネーターの例がありました。そういういったものを考えますと結局個人の意思というのが大事なのだ、という意識を国民全体がもつようにいろいろな形で普及させるということが大切だと思います。最終的には個人の意思と家族の意思ということなのですが、要するに家族が、個人の意思がここにあるという場合に、それを尊重することが大切なのだということでもあります。これがある意味では意思の自由の尊重ということになるかと思えます。憲法上にはいろいろ問題が勿論あり、ここでは述べませんが、そういうことが個人の意思あるいは人権を尊重するという角度から理解をしていたら、時間をかけていく以外にはないと私は思っております。法律的にはいろいろ解釈ができるかと思いますが、ただいま、角膜、あるいは献体等についての実例をお話いただきいろいろ考えさせられました。個人の意思の尊重ということについては、なお法律的には少し動くということがありましても現実にはそこにいくべきだろうと思えます。だから時間がかかってもそういう理解を深めるようにいろいろな形ですすめていくしかないのではないかと、私はそう思います。

司会者 小林（札幌大学） 本日のテーマは、理論的にも、社会的にも、今日わが学会に問われている最大の課題の一つといえます。それだけに、まだまだ質問もありませんが、予定の時刻になりましたので、ひとまずこのシンポジウムを終了させて頂きます。発表して下さいました四人の先生方に対し、厚く御礼申し上げます。またこのシンポの成果をより高めるために協力して下さいました会員諸氏に対しましても感謝いたします。どうも、ありがとうございます。