

平成 18 年度 法科大学院（法務研究科）入学試験

小論文問題紙

A日程

平成 17 年 10 月 29 日

10 : 00 ~ 12 : 00 (120 分)

(200 点)

注意事項

1. 試験開始の合図があるまで、問題を開いてはいけない。
2. 小論文の問題紙は 1 ページから 4 ページである。
3. 解答用紙は、問 1、問 2 および問 3 の 3 枚である。解答用紙の追加は認めない。
4. 解答用紙は 3 枚ともかならず提出すること。
5. 監督者の指示に従い、すべての解答用紙に受験番号と氏名を記入すること。
6. 解答はすべて解答用紙の指定された欄に記入すること。
7. 試験終了まで退室してはいけない。

北海学園大学

問題 (200点)

臓器移植について、わが国の法律は、「何人も、移植術に使用されるための臓器を提供すること若しくは提供したことの対価として財産上の利益の供与を受け、又はその要求若しくは約束をしてはならない」(臓器移植法11条1項)として、臓器の売買を禁止している。以下、引用する文章は、臓器売買の禁止に批判的な学者によって書かれたものである。それを読んで、下記の問いに答えなさい。

臓器売買とは逆に、今日の日本では人体の一部の無償提供は禁止されていない。献血や、骨髄や腎臓の提供はむしろ立派な行動と考えられている。ところが臓器の譲渡が有償で行われるのは禁止されている。だがそれはなぜだろうか？ ここで臓器移植について人間を3種類に分類してみよう。そこでは臓器移植が随意的に、また提供者の生命を奪うことなく行われると想定しておく。

第1は、臓器を無償で提供する(贈与する)人である。第2は、臓器を有償で提供する(売る)人である。そして最後に第3の人は、無償であれ有償であれ臓器を提供しない人である。

臓器を無償で提供する人は賞賛され、それを有償で提供する人は非難される(そもそも売買を許されない)わけだ。だがどうしてそんな相違があるのだろうか？ 前者の人は患者を助けたいという利他的欲求だけから出ている(実際には周囲からの圧力があるかもしれないが)のに、後者の人はそれよりも臓器の対価を得たいという利己的な欲求が強いからいけないのだろうか？ しかし取引によって自分の利益を得たいというのは自然な欲求で、これを一般的に禁止していたら市場経済は成り立たない。だが議論の都合上百歩譲って、臓器移植の場合は無償の贈与のほうが望ましいと認めてみよう。しかしそうだとすると、臓器を無償で提供するほうが有償で提供するよりも賞賛に値する、と言えるにとどまる。はじめから臓器を提供しない人と比べて、有償で提供する人が非難されるべき理由があるだろうか？ 前者の人々は臓器移植を求めている人々から利益を得ているわけではないが、その一方彼らに利益を与えているわけでもない。これに対して、自分の臓器を売る人々是对価と引き換えにはあるが、その対価以上に臓器移植を求めている人々にとって望ましい選択肢を与えている。臓器を売る人のほうが売らない人よりも社会のために役立っているのである。

上の理由のように売り手の行動を非難するわけではなくて、むしろ売り手の保護を理由にして臓器売買の禁止を唱える人たちもいるだろう。このタイプの論者は多くの場合「搾

取」という概念に訴えかける。臓器売買の買い手や仲介者は売り手の窮状を利用して、そうでもなかったら売ったりしないであろう臓器を買い取るが、これが搾取だというのである。

この主張を検討するためには、「搾取」という言葉の持つ複数の意味を区別しなければならない。その言葉の最も典型的な意味では、ある人を搾取するということは、その人の意に反してその人から利益を奪うことだ。たとえば奴隷の主人は奴隷に強制労働をさせることによって奴隷を搾取している。強盗や盗人も被害者を搾取していると言えよう。だが臓器を売る人は、ここでは売買を強制されたわけではないと想定されている。また売買一般について言えることだが、臓器売買によって買い手だけでなく売り手も利益を得る（そうでなければ、売り手はあえて臓器を売ろうとはしないだろう）のだから、売り手は利益を奪われているわけでもない。要するに、売り手は自発的な売買から利益を受けるのである。

もっとも、臓器の買い手は「売り手の弱みを利用している」とは言えるだろう。「搾取」という言葉はその意味で用いられるかもしれない。だがそのような広い意味で使うならば、「搾取」は別に悪いことではない。農民は、自分では食料を生産できないという消費者の弱みを利用しているし、その一方食料の消費者は、自分が生産した農作物を売らなくては収入を得られないという農民の弱みを利用している。お互い様である。それと同様に臓器の売り手も、臓器移植手術を受けなければ長生きできないというレシピエントの弱みを利用している。そして既に指摘したように、相手の弱みを利用して相手に利益を与える人のほうが、何もしない人（同情してくれたり、社会の不正を嘆いたりするかもしれないが）よりもその相手にとってはありがたいのである。

さらに、臓器売買の場合、多くの売り手は窮乏していて臓器売買を「経済的に強制されている」と言われるかもしれない。この「経済的強制」という言葉は強制という概念を不明確に拡張してしまうので避けるべきだが、かりにその用語法を受け入れるとしても、臓器売買を禁止する理由になるかどうか疑わしい。なぜなら臓器売買を禁止すると、それができる場合に比べて、臓器を売る用意のある人々の状態はいっそう悪化してしまうからだ。臓器売買を禁ずる代わりに彼らの生活状態を改善するならともかく、ただ禁止するだけでは、臓器を売ってでも金銭を欲しいと思っている人々をかえって苦しめるだけで、禁止する側の欺瞞的な自己満足にしかならない。臓器の売り手は「同情するより金をくれ」と言いたくなるだろう。

ただし売り手の困窮が買い手側の不正に引き起こしたものだっただけなら、話は別である。たとえば、封建領主が自分の領地に縛りつけている農奴に対して、「お前が腎臓を売ってくれなければ土地を耕作させてやらない」と言ったとしたら、それは不正な地位を利用した脅

迫にほかならない。この場合、農奴は自分が支配している土地を売り払ったりそこから出て行ったりする権利が認められるべきだ。だが売り手の困窮が買い手側の責任でない場合には、そこには不正も脅迫もない。

また臓器というものは言うまでもなく本人にとってきわめて重要で、その摘出は生命や健康への大きな危険を伴うから、当事者がその売買を約束したとしても、提供予定者が契約のあとになって気が変わったならば契約を強制することは許されないと解釈すべきだろう。しかしこれは、臓器売買の拘束力を通常の売買の拘束力よりも弱めることではあるが、その売買を禁止することにはならない。

臓器売買の合法化に反対する3つ目の理由は、「人格の尊厳」といった概念（カントの『人倫の形而上学の基礎づけ』を参照）に訴えかけるものだ。この発想にはいろいろなバージョンがあるが、その基本は、人体というものは通常の財産や金銭と違って何らかの仕方で人格と密接不可分に結びついているので、そもそも交換可能な財産とみなすことはできない、と表現できるだろう。それを売買することは人格を手段として用いてしまうとして非難されるわけだ。

この主張に対してはいくつかの批判が可能だが、何よりもまず、人体なり人格なりを手段として用いること自体は別に不正なことではない、と答えることができる。社会の中で暮らしている人々は日常的に何らかの仕方で他の人々を手段として利用している。私たちは商店ではショッピングのための手段として店員を使い、交通機関ではそこで働く人々を自分の移動のための手段として使っている。そして自分たち自身、職場では会社の目的追及の手段として使用されることを受け入れている。カント自身も人格を単なる手段としてのみ用いることを禁じたのであって、手段として用いることすべてを禁じたわけではなかった。

「単なる手段としてのみ用いる」とはどうすることか？ それは、相手が尊重されるべき自由と利益を持った存在だと認めないような仕方を取り扱うことだろう。では臓器を売り買いする人々は、提供者を単なる手段として取り扱っているのだろうか？ そうではないだろう。他の契約と同様、臓器売買には脅迫や詐欺に基づかない本人の同意が要求される。

しかしそれでも、臓器売買は臓器に値段をつけることによって人体を商品化し、人体に対する社会の人々の尊重の念を失わせる、と批判されるかもしれない。つまり臓器売買は当事者本人よりも社会に対する悪影響のために禁止されるべきだというわけだ。

だが誰かが自分の臓器を売って商品化したからといって、他の人々までそうするように

強いられるわけではない。臓器売買が合法化されても、誰も自分の身体を商品化しなければならぬ義務など生じない。ある種類のものの売買の合法化は、その商品化を可能にするだけで、その種類のものをすべて商品化するわけではない。自分の臓器を売る人の臓器に値段がついても、売ろうとしない人の臓器は値段がついていない。

そして、臓器売買が認められるとしても、だからといって人々は本当に人身の完全性を軽視するようになるだろうか？ それは疑わしいように思われる。売買の対象になろうがなるまいが、各人にとって身体というものがきわめて重要なものだという事態に変化はないからだ。明治革命を含む近代の市民革命によって、土地に対する封建的な拘束がなくなって売買の対象となっても、それによって人々が他人の土地所有権を尊重する意識が小さくなったりはしなかったろう。社会の中には自分の臓器に値をつけて売ろうとする人があるということに感情を傷つけられる人があるかもしれないが、そのような感情の保護は法の任務と考えるべきではない。

(出典：長谷川晃・角田猛之編『ブリッジブック法哲学』173-178 頁[森村進執筆] 信山社、2004 年)

問1 引用文の内容を簡潔にまとめなさい。(60 点)

問2 あなたはこのような主張に賛成ですか、反対ですか。いずれにせよ理由を詳しく述べなさい。(80 点)

問3 外国では臓器の売買が禁止されていない国があります(たとえばフィリッピン)。日本人がそのような国で臓器を買ったとしたら、あなたはそれをどう評価しますか。(60 点)