

改正臓器移植法の成立とその問題点

松 尾 さ と み

Abstract

The organ transplant law was revised in 2009 and enforced in 2010. Before the revision, organs could be taken under the condition that the family of a brain-dead person approved the transplant of his/her organs, and that only from persons of fifteen and over who had accepted brain death as death itself and who had indicated in writing their intention of becoming donors. The revision in 2010 took away the limitation of the age of a donor and his/her advance indication of becoming a donor. The revision has made it possible to harvest organs from the children with only the approval of their family, unless the children express their rejection of becoming a donor before they are determined brain dead. This revision brought a radical shift from the original law which set severe conditions for organ transplantation, including the necessity of written consent of the donor. Under the revised law, the family members of a person who is declared brain dead have to approve the transplant of the brain dead relative's organs. Consequently the revised law might place heavier burden on the family of a brain-dead person. In this article, the enactment process of the revised organ transplant law is overviewed, and some relevant problems are pointed out.

キーワード……脳死 臓器移植 改正臓器移植法 旧臓器移植法

はじめに

臓器移植法改正案¹⁾が 2009 年 7 月 13 日に参議院本会議で可決²⁾され、「臓器の移植に関する法律の一部を改正する法律」(以下「改正臓器移植法」という)が成立し、2010 年 7 月 17 日から完全施行された³⁾。

主な改正点は、①改正臓器移植法第 6 条 2 項の「脳死した者の身体」の定義において、移植のための臓器摘出が行われる者との前提を削除したこと、②改正臓器移植法第 6 条 1 項および 3 項の意思表示に関して、本人の書面による臓器提供および脳死判定に従う意思表示がない場合であっても、遺族の承諾により臓器の摘出が可能とされたこと、③改正臓器移植法第 6 条の 2 が新設され、親族への優先提供の意思表示が認められたこと、④改正臓器移植法第 17 条の 2

が新設され、国及び地方公共団体は、移植医療に関する啓発及び知識の普及に必要な施策を講ずることとしたこと、⑤新たに規定された附則５項において、政府に、虐待された児童からの臓器提供を防ぐための措置を講ずることが義務づけられたことである⁴⁾。

最も大きく変わった点は、本人の臓器提供の意思が明確に示されていない場合であっても、家族の承諾で脳死下での臓器摘出が可能となったことであろう。また、それにより、臓器提供者の年齢制限がなくなり、家族の承諾があれば１５歳未満であっても臓器の摘出が可能となった。これらのことは、脳死状態になった人の家族に新たな負担を課すものであるといえる。脳死となった本人の明確な意思表示がない状態で、大きな動揺と混乱の中にある家族に、短く限られた時間で重大な決断が委ねられることは、問題がありすぎるように思われる⁵⁾。

万が一にも家族が脳死状態となった際に、どのような判断をしたらよいのかを考える一つのきっかけとして、ここで、臓器移植についての体験談を二つ紹介したい。いずれも、１９９２年の臨時脳死及び臓器移植調査会中部地区公聴会において一般市民から発言されたもので、一つは、家族を交通事故で亡くした際に、遺族が自ら臓器提供を申し出て、移植が実現された方の体験談である。

「地球より重いと言われる人の生命が、一旦危機に晒されると、かくも脆いものであるということ、いやと言うほどに思い知らされました。＜略＞毎日繰り返されている交通事故死、これも隣人の死でさえ、かわいそうに、お気の毒にで済まされますが、こと自分の身内となると、別のものであります。夫の不幸に直面したとき、私は一体何を考え、何をしたら、５年を経たいまも、絶えず心の中で問い続けております。＜略＞結果的には人助けになったことですが、夫がこのことに対して、特別関心があったり、希望したことはありません。＜略＞今にして、夫を傷つけることなく、安らかにいかせたほうがよかったかとも、しばしば思い、折りに触れ、心の中で自問自答をしています⁶⁾。」

もう一つは、家族が脳死状態となった際に、医師から臓器の提供を依頼されたものの、拒否された方の体験談である。

「一本の予防接種事故が人の一生、一家を悲劇の中に巻き込むとは、誰に予想できるでしょうか。＜略＞運命とは皮肉なもので、いつもは病気に対して早い対応ができたのに、検査設備のある病院に早く行けば、生命を落とさずに済んだのに、待ち時間の長い病院を夫がいやがり、手遅れにしてしまった自分が情けなくなりました。＜略＞医師に『残念ですが脳死されました。もう回復の可能性はありません。これ以上の治療は無駄です。できたらご主人の身体の一部を他の人の中で生かして下さいませんか』と言われ、覚悟していたとはいえ、身体中の血が凍るほどの衝撃を受け、やっとの思いで『心臓が止まるまで治療をしてやって下さい』とお願いしました。医師から『いまからは救命治療ではなく、延命治療になります』とこう言われ、それでも奇跡の起こることを祈り、信じて、一日２時間の仮眠で必死に看病しました。眠い目をこすり、朝の太陽にも、今日も生命のあることを感謝しました。＜略＞しかし除々に各部の機能

が低下し、尿量も落ち、体温の低下が始まり、心臓停止となりました。＜略＞夫の病気で、生命の大切さを改めてしり、一つの生命を救うために、大勢の方の献身的な努力があることも知りました。無駄とわかっている患者でも、最後まで親切に治療していただき、本当に幸せでした⁷⁾。」

これまで、臓器移植については、レシピエント側若しくはドナー側からの視点で問題が提起されることが多かった。しかし、これからは、家族の立場に立って考えるという視点が必要とされるであろう。改正臓器移植法によって、臓器の摘出について、家族に大きな決断が委ねられることになったためである。「家族に選択の重責が委ねられる結果、家族に想像以上のプレッシャーがかかりつつある⁸⁾」「家族の役割が問われ続けるであろう⁹⁾」「脳死臓器提供が家族の承諾でできることになるため、家族の心の負担が増加することが考えられる¹⁰⁾」と言われている。

「臓器の移植に関する法律」（以下「旧臓器移植法」という）は、大きな改正であったにもかかわらず、議論を十分に尽くしたとは言い難い状態での改正であり、また、今回の改正をめぐるその後の議論も低調なままである。「時の流れの中で、国民は脳死・臓器移植に関心を失った¹¹⁾」、「臓器移植に対する刑法学の関心は往事「ママ」に比べると明らかに低下している¹²⁾」とも言われている。このような状態の中で、改正臓器移植法施行 1 年を経た今、改正臓器移植法の制定過程およびその問題点を検討することは、遅きに失する感が少なくもないが、改正臓器移植法に関して見落とした危険を無視することはできない。そこで本稿においては、制定過程にたちもどり、旧臓器移植法と改正臓器移植法を比較し、改正臓器移植法の問題点について検討をしていくこととする。

I 旧臓器移植法とその問題点

1. 旧臓器移植法

旧臓器移植法は、1997 年 6 月 17 日に衆参両院で可決・成立し、附帯決議による 1 ヶ月の猶予期間を経て、同年 10 月 16 日から施行された。これは、臓器の機能に障害がある者に対し臓器の機能の回復又は付与を目的として行われる臓器の移植術に使用されるための臓器を死体（脳死した者の身体を含む）から摘出すること等につき必要な事項を規定した法律であった¹³⁾。本来、死体からの臓器の摘出行為は、外形上は、刑法第 190 条の死体損壊罪に該当するが、旧臓器移植法は、かかる摘出行為を合法化するための要件を定めたものである。

そもそも、これまで人の死とは何かについての明確な定義規定が存在しなかった。それは、伝統的に、心臓の停止、呼吸の停止および瞳孔の拡大という、いわゆる三徴候をもって人の死とすること（＝心臓死説）についてほとんど疑いを入れる余地がなく、あらためて定義する必要がなかったためであるといわれている。しかし、医療技術の発展の結果、生と死の境界が不明確になり、限界的事例、特に脳死状態をどのように考えるかが問題とならざるを得ず、脳死

下での臓器移植を可能とするためには、死とは何かを再定義しなければならなくなった。つまり、脳死下において心臓移植を実施するためには、脳死を「人の死」と定義づける必要があったのである。脳死は、脳全体が死んでいる状態であるとはいえ、循環・呼吸機能が維持されているため、心臓死説によれば、まだ生きていることになり、そこから臓器を摘出してその心臓機能の不可逆的停止を招いたならば、人を殺したことになる、殺人罪の構成要件が満たされることになる。つまり、心臓死説をとると脳死体からの移植用臓器、特に心臓の摘出は法的には極めて困難、あるいは不可能となるのである¹⁴⁾。それは、殺人罪の違法性阻却の困難さに起因する。一般的に、ある犯罪行為が実行された場合に、違法性阻却の可能性を検討する際には、刑法典の定める3つの阻却事由—①正当業務行為・法令行為（刑法第35条）、②正当防衛（刑法第36条）、③緊急避難（刑法第37条）—のほか、何らかの超法規的違法性阻却事由を探求することになる。しかし、生きている人から心臓を摘出して死にいたらしめるという行為は、上記のいずれの違法性阻却にも該当せず、また超法規的違法性阻却事由もないことから、殺人罪の違法性を阻却することは難しい。これに対して、脳死を人の死と定義すれば、脳死者は死体にすぎず、したがって、脳死者からの臓器の摘出は死体損壊罪（刑法第190条）を成立させるにすぎないことになる。旧臓器移植法は、臓器移植を行いやすくするために「脳死」を「人の死」とし、脳死者からの臓器摘出を「合法化」したのである。

2. 旧臓器移植法における臓器摘出要件

旧臓器移植法では脳死になったすべての人が脳死と判定されるわけではなく、すべての人が臓器提供のために臓器を摘出されるわけではなかった。脳死が人の死とされるのは、脳死患者が、あらかじめ臓器の提供とそのために必要な脳死判定を受け入れることを書面で意思表示し、家族が拒まないときに限られていた。したがって、診断の一環として従来から行われている脳死判定とは異なり、臓器移植のための脳死判定の場合には、脳死状態と判定された時点で死亡とされる。その結果、同じ脳死状態にある人でも、臓器提供の意思と脳死判定に従う意思を表示している人は死亡したものとされ、そうでない人は生きていることになる、という扱いであった。法律の上での人の死は、臓器移植のための脳死と従来からの心停止による死という二者が並存する¹⁵⁾状態であったのである。二つの「死の概念」が存在することになった旧臓器移植法の問題は、臓器を提供する場合に限り「死とは何かについて、いわゆる『自己決定権』を認めたことである」¹⁶⁾といわれている。人の死について心臓死説か脳死説かの自己決定を認めると、人により死の概念が異なることになり、様々な問題が生じうる。

では、旧臓器移植法上いかなる要件の下に脳死体からの臓器移植が認められていたのだろうか。以下に旧臓器移植法の一部を抜粋する。

【臓器の移植に関する法律（旧臓器移植法）】

- 第 6 条① 医師は、死亡した者が生存中に臓器を移植術に使用されるために提供する意思を書面により表示している場合であって、その旨の告知を受けた遺族が当該臓器の摘出を拒まないとき又は遺族がないときは、この法律に基づき、移植術に使用されるための臓器を、死体(脳死した者の身体を含む。以下同じ。)から摘出することができる。
- ② 前項に規定する「脳死した者の身体」とは、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であって脳幹を含む全脳の機能が不可逆的に停止するに至ったと判定されたものの身体をいう。
- ③ 臓器摘出に係る前項の判定は、当該者が第 1 項に規定する意思表示に併せて前項による判定に従う意思を書面により表示している場合であって、その旨の告知を受けたその者の家族が当該判定を拒まないとき又は家族がないときに限り行うことができる。

摘出の要件について、第 6 条 1 項で、死亡した者が生存中に臓器を移植術に使用されるために提供する意思を書面により表示し、その旨の告知を受けた遺族が摘出を拒まないとき又は遺族がないときは、臓器を摘出することができる、と規定されていた。

同条 3 項は、脳死判定をして良いかについて、臓器を摘出される者が、臓器提供の意思に併せてそのような判定に従う意思を書面により表示している場合であって、その旨の告知を受けたその者の家族が当該判定を拒まないとき又は家族がないときに限り行われると規定されていた。

つまり、脳死体からの臓器摘出のためには、四重の意思表示が必要とされていた。旧臓器移植法第 6 条 1 項では摘出してよいかについて、同条 3 項では脳死判定をしてよいかについて、本人については書面での意思表示、家族については拒まないときにかぎりはじめて脳死からの臓器移植が認められたのである。四重の意思表示のうち、どれか一つでも欠けると脳死からの臓器の摘出は不可能であった。また、旧臓器移植法第 6 条 1 項では遺族と記載しているのに対し同条 3 項においては家族と記載していた。この言葉の使いわけは、脳死判定によるまでは、まだ患者が死んでいないことを意味する。脳死判定を拒否すれば、脳死状態であっても患者は生きていることになる。このような事態となるのは、この法律が死についての自己決定権を認めたことに由来する。

Ⅱ 改正臓器移植法の制定過程

1. 改正経緯

旧臓器移植法上、臓器の摘出は、脳死状態となった本人が提供する意思を書面により表示し、

かつ、遺族がそれを拒まないとき又は遺族がないとき¹⁷⁾に限られており、臓器移植は提供者の自発的な提供意思によって成り立っていた。しかし、臓器移植を希望する患者数と提供数の差が埋まらず、移植用臓器の慢性的な不足が問題とされ、この問題の解決が急務であるとして、臓器移植を容易く行えるよう、法律を改正しようとする動きがあった。もともと、旧臓器移植法自体も「法律の施行後3年を目処として、この法律の施行状況を勘案し、その全般について検討が加えられ、その結果に基づいて必要な措置が講ぜられるべきものとする¹⁸⁾」と定め、将来の改正の予定を自ら認める、暫定的・過渡的性格¹⁹⁾のものであり、時限立法であった。

この法律に基づく脳死臓器移植が行われたのは、1999年2月28日になってのことであった。施行から3年が経過した2000年10月末の時点でも移植件数は8件にとどまっていた²⁰⁾。このように、臓器移植数が少なく、臓器の数が慢性的に不足している²¹⁾として、提供できる臓器の数を増やすべく旧臓器移植法の見直しがなされてきたが、法改正には至らず10年以上が経過した。とくにこの間、重要な問題として考えられていたのは、15歳未満の子どもの移植ができないということであった。旧臓器移植法のもとでは、15歳未満の子どもは海外渡航移植にたよるしかなかった。また、成人においても国内での移植が難しいために、移植のための渡航や、海外での臓器売買が行われていたとされている。こうした現状に対して、一方では、関係者からは国会の不作为ではないかという批判も出されてきた。他方で、安易な法改正による対応に対しては批判的な声も根強く存在していた²²⁾。

そのような中、2008年5月2日に国際移植学会が海外渡航臓器移植を禁止する「臓器取引と移植ツーリズムに関するイスタンブール宣言」²³⁾を発表した。さらに、2009年1月26日には、世界保健機構（WHO）理事会が、加盟国は自国での臓器提供を増やして原則的に海外渡航移植の自粛を求めるという指針をまとめた勧告案（Human organ and tissue transplantation²⁴⁾）を発表し、同年5月18日に開幕する総会において採択する予定であった²⁵⁾ことが、法改正を後押しする一要因となった。また、当時、第171通常国会の会期末が近づいており、衆議院の総選挙が予測されていたことも大きな要因といえる²⁶⁾。

2. 国会での審議過程

臓器移植法改正に関する衆議院での提出法案は、A案、B案、C案、D案の4つであった。

A案（2006年3月31日第164国会衆法第14号）²⁷⁾は、中山太郎（自民党）、河野太郎（自民党）、福島豊（公明党）ほか衆議院議員計6名による提出に係るものであった。A案のポイントとしては、第一に、第6条2項において、「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であって」という文言を削除した点である。これにより、脳死は一律に人の死であるという解釈が可能となったという理解が広がる余地がある。ただし、この法律が臓器移植のための法律であることから、この点についてははっきりしないところがある。第二に、本人の書面による拒否がなく、遺族が摘出に対して書面により承諾する場合にも臓器提供

を可能とした点である（第 6 条 1 項 2 号）。これと関連して、年齢制限が撤廃されたため、遺族の同意があれば、15 歳未満の者の間でも臓器移植を可能とした。第三に、親族への優先的な移植の意思を書面により表示することを可能とした点である（第 6 条の 2）。第四に、移植医療に関する教育の充実、啓発に関する規定を設けた点（第 17 条の 2）である²⁸⁾。

B 案（2006 年 3 月 31 日第 164 国会衆法第 15 号）²⁹⁾は、石井啓一（公明党）ら衆議院議員計 2 名による提出に係るものであった。B 案のポイントとしては、第一に、臓器移植の場合にのみ脳死を人の死とし、12 歳以上の者の意思表示を有効とするということで、枠組みとしては従来の法律の枠組みであるが、年齢を 12 歳まで下げたという点である。第二に、親族への優先的な移植の意思を書面により表示することを可能とした点である（A 案と同様）。第三に、移植医療に関する教育の充実、啓発等に関する規定を設けた点である（A 案と同様）³⁰⁾。

C 案（2007 年 12 月 11 日第 168 国会衆法第 18 号）³¹⁾は、阿部知子（社民党）、枝野幸男（民主党）、金田誠一（民主党）の衆議院議員 3 名による提出に係るものであった。C 案のポイントとしては、第一に、脳死判定基準を明確化・厳格化し、検証機関を設置すべきであるという規定を盛り込んだ点である。第二に、生体からの臓器移植も規定に盛り込んだという点である。第三に、臓器のほかに（人体）組織も規定に盛り込んだという点である。なお、小児について、15 歳未満の子どもの移植については変更がないということで、小児の移植をどう扱うのかという課題は、この C 案では依然として残ったままであった³²⁾。

D 案（2009 年 5 月 15 日第 171 国会衆法第 30 号）³³⁾は、根本匠（自民党）、笠浩史（民主党）ほか衆議院議員計 7 名による提出に係るものであった。D 案のポイントとしては、第一に、家族の代諾と第三者の確認により 15 歳未満の子どもの臓器提供を可能にするという点である。これは、小児の移植の道を、家族の代諾と第三者の確認という方式で打開しようとする提案であった。第二に、移植医療に関する教育の充実、啓発等に関する規定を設けた点である（A 案および B 案と同様）。

これら 4 案が、2009 年 6 月 18 日に衆議院本会議において採決に付され、法案提出順（A 案、B 案、C 案、D 案の順）に記名式投票が行われた。なお、共産党が審議不十分として全員棄権したほか、他の政党は議員個人の倫理観に関わるものとして党議拘束をはずし採決が行われたところ、A 案が賛成多数（賛成 263 票、反対 167 票）で可決され、衆議院を通過した。

参議院では、A 案の修正案として A' 案（2006 年 3 月 31 日第 164 国会衆法第 14 号（22009 年 7 月 10 日提出修正案））³⁴⁾が提出された。A' 案は、南野知恵子参議院議員（自民党）の提出に係るものであり、脳死を一律に人の死とするのではなく、現行法の臓器移植の場合に限って脳死を人の死とする内容であった。さらに、附則に（提供者の）「家族らの心情を十分配慮すること、改正法施行後 3 年をめどに見直すことを規定していた。その他、E 案（2009 年 6 月 23 日第 171 国会参法第 26 号）³⁵⁾が、千葉景子（民主党）、川田龍平（無所属）ほか参議院議員計 9 名によって提出された。その内容は、内閣府に臨時調査会を設置し、子供の脳死判定基準な

どについて、1年をかけて検討するというものであった（臓器移植法についての改正はなし）。

参議院においては、参議院厚生労働委員会における5日間の審議の後、委員会採決を省略して、2009年7月13日に参議院本会議において直接採決が行われた。まず、A'案が賛成72票、反対135票の反対多数で否決され、続いてA案が賛成138票、反対82票の賛成多数で可決・成立した。E案については、A案が可決されたため、採決されずに廃案となった。臓器移植法改正については、十分な審議が行われたとは言えず、衆参両院での審議時間はわずか16時間にすぎなかった³⁶⁾とされる。特に参議院の審議については、衆議院解散が極めて切迫した政情となっており、参議院で衆議院と異なる議決をして法案が衆議院へ送り返された場合には、衆議院本会議が開催できるかどうか不明な状況にあった。そのため、臓器移植法を何とか成立させたいと望む議員には、衆議院の議決と同様に、A案に賛同しなければならないという、心理的圧迫が働いた可能性は否定できない。A案は、医療や倫理の問題とは無関係な政治状況のもとで偶然によって成立したともいい得る³⁷⁾。

臓器移植法各改正案の臓器提供意思に関する主要相違点は表1、A案の採決については表2のとおりである。

表1. 臓器移植法各改正案の臓器提供意思に関する主要相違点

	主 な 内 容
旧臓器移植法	脳幹を含む全脳の機能が不可逆的に停止したとき、本人が書面で提供意思を示し、遺族が拒まない又は遺族がないとき、臓器の移植を行うことができる。
A 案	本人の意思が不明であり、家族の書面による承諾がある場合を新たに、臓器の移植を行うことができるようにするとともに、親族に対する臓器の優先提供を認める。
A'案	実質的内容はA案と同じ（A案の6条2項に「その身体から移植のための臓器が摘出されることとなる者であつて」という文言を加え、その他は、附則において環境整備促進のための諸則を加えるのみの修正）。 A案が、「一般に脳死は人の死」という考え方を前提とするのに対し、「臓器移植を前提とする場合に限り、脳死は人の死」という考え方を前提とする。
B 案	運用で15歳以上の者となっている臓器提供に関する意思表示の年齢要件について、12歳以上の者の臓器提供に関する意思表示を有効なものとして取り扱うよう法文上明記するとともに、親族に対する臓器の優先提供を認める。
C 案	脳死の定義を「脳幹を含む脳全体のすべての機能が不可逆的に喪失すること」に改めるとともに、生体からの臓器提供について、移植対象者の親族が臓器を提供する意思を書面により表示している場合に認めることとする。

D 案	臓器提供に関する意思表示の年齢要件を 15 歳以上と法文上明記するとともに、15 歳未満の者については本人が拒否の意思表示をしていない場合、家族の書面による承諾、医療機関における家族による虐待等の不適切な事実がない旨の確認等を要件に、臓器摘出を認める。
E 案	子どもに係る脳死及び臓器の移植に関する検討を行う「臨時子ども脳死・臓器移植調査会」の設置について定めるとともに、組織や生体からの臓器移植等に関し、適正な移植医療の確保のための検討及び検証等について定める。

（出所）古川俊治「臓器移植法の改正と医療現場」『刑事法ジャーナル』20 号（2010）19 頁。タイトル一部筆者加筆。

表 2. A 案の採決について

	衆議院（定数 480 うち欠員 2）			参議院（定数 242 うち欠員 2）		
	賛成	反対	投票せず	賛成	反対	投票せず
自由民主党	202	77	24	67	6	7
民主党を中心とする会派	41	65	6	52	56	10
公明党	12	18	1	14	6	1
日本共産党	0	0	9	0	7	0
その他	8	7	8	5	7	2
合計	263	167	48	138	82	20

（出所）古川俊治「臓器移植法の改正と医療現場」『刑事法ジャーナル』20 号（2010）20 頁。

Ⅲ 改正臓器移植法とその問題点

1. 改正臓器移植法

前述のとおり、「臓器の移植に関する法律の一部を改正する法律案」が 2009 年 7 月 13 日に参議院本会議において可決され、臓器移植法は改正された。旧臓器移植法は、脳死・臓器移植にあたって提供者本人の意思をできるだけ尊重し、移植の公平性を堅持するという理念にたつものであった。改正臓器移植法でも、そのような基本理念の条文³⁸⁾はそのまま残されているが、改正法では、本人の意思が不明な場合は、家族の承諾だけで移植が可能とされ³⁹⁾、親族への優先提供も認められることとなった。そうした根本的な変更が、十分な審議もなしに行われたのである⁴⁰⁾。

改正臓器移植法の主要改正点及び新旧対照条文は表 3 のとおりである。

表 3. 臓器の移植に関する法律の一部を改正する法律新旧対照条文（ゴシック部分は改正部分）

改正後	改正前
<p>（臓器の摘出）</p> <p>第 6 条 医師は、次の各号のいずれかに該当する場合には、移植術に使用されるための臓器を、死体（脳死した者の身体を含む。以下同じ。）から摘出することができる。</p> <p>一 死亡した者が生存中に当該臓器を移植術に使用されるために提供される意思を書面により表示している場合であって、その旨の告知を受けた遺族が当該臓器の摘出を拒まないとき又は遺族がないとき。</p> <p>二 死亡した者が生存中に当該臓器を移植術に使用されるため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であって、遺族が当該臓器の摘出について書面により承諾しているとき。</p> <p>2 前項に規定する「脳死した者の身体」とは、脳幹を含む全脳の機能が不可逆的に停止するに至ったと判定された者の身体をいう。</p> <p>3 臓器の摘出に係る前項の判定は、次の各号のいずれかに該当する場合に限り、行うことができる。</p> <p>一 当該者が第 1 項第一号に規定する意思を書面により表示している場合であり、かつ、当該者が前項の判定に従う意思がないことを表示している場合以外の場合であって、その旨の告知を受けたその者の家族が当該判定を拒まないとき又は家族がないとき。</p> <p>二 当該者が第 1 項第一号に規定する意思を</p>	<p>（臓器の摘出）</p> <p>第 6 条 医師は、死亡した者が生存中に臓器を移植術に使用されるために提供する意思を書面により表示している場合であって、その旨の告知を受けた遺族が当該臓器の摘出を拒まないとき又は遺族がないときは、この法律に基づき、移植術に使用されるための臓器を、死体（脳死した者の身体を含む。以下同じ。）から摘出することができる。</p> <p>2 前項に規定する「脳死した者の身体」とは、その身体から移植術に使用されるための臓器が摘出することとなる者であって脳幹を含む全脳の機能が不可逆的に停止するに至ったと判定されたものの身体をいう。</p> <p>3 臓器の摘出に係る前項の判定は、当該者が第 1 項に規定する意思の表示に併せて前項による判定に従う意思を書面により表示している場合であって、その旨の告知を受けたその者の家族が当該判定を拒まないときまたは家族がないときに限り、行うことができる。</p>

<p>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であり、かつ、当該者が前項の判定に従う意思がないことを表示している場合以外の場合であって、その者の家族が当該判定を行うことを書面により承諾しているとき。</p> <p>4～6（略）</p> <p>（親族への優先提供の意思表示）</p> <p>第 6 条の 2 移植術に使用されるための臓器を死亡した後に提供する意思を書面により表示している者又は表示しようとする者は、その意思の表示に併せて、親族に対し当該臓器を優先的に提供する意思を書面により表示することができる。</p> <p>（移植医療に関する啓発等）</p> <p>第 17 条の 2 国及び地方公共団体は、国民があらゆる機会を通じて移植医療に対する理解を深めることができるよう、移植術に使用されるための臓器を死亡した後に提供する意思の有無を運転免許証及び医療保険の被保険者証等に記載することができることとする等、移植医療に関する啓発及び知識の普及に必要な施策を講ずるものとする。</p>	<p>4～6（略）</p> <p>[新設]</p> <p>[新設]</p>
---	---------------------------------------

（出典）『刑事法ジャーナル』20 号（2010）26 頁～27 頁。

2. 死の概念をめぐる問題

旧臓器移植法では、「脳死した者の身体」を「死体」に含めており（旧臓器移植法第 6 条 1 項）、それは当該「脳死した者」につき移植のための臓器摘出が予定されている場合であって（同条 2 項）、移植のための脳死判定は、本人が臓器提供の意思表示に併せて脳死判定に従う意思を書面により表示しており、家族がこれを拒否しない場合又は家族がない場合（同条 3 項）に限り実施できるとしていた。これは、本人の書面による同意に基づく移植用臓器の摘出の場合に限って、脳死を「人の死」とするが、それ以外の場合には心臓死をもって「人の死」とするものであり、2 つの死の概念ないし基準を認めたものとも言われていた。

改正法では、第 6 条 2 項で「前項に規定する『脳死した者の身体』とは、脳幹を含む全脳の

機能が不可逆的に停止するに至ったと判定されたものの身体をいう。」と修正された。『脳死した者の身体』とは」の直後にあった「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であって」が削除されたことにより、臓器移植の場合に限って脳死を「人の死」とすることは、必然的なものではなくなった。すなわち、行為の目的によって死の概念を相対化することなく、脳死を「人の死」とする立場が採られたともいえる。改正臓器移植法は旧臓器移植法よりも鮮明に脳死を人の死と規定したと解することができる⁴¹⁾。ただし、第6条の2項の改正が「脳死は（あらゆる場面において）一律に死である」ということまで意味しているのかどうかは明らかではない。移植目的がある場合に限定されないのは確かであるとしても、それがどの範囲に及ぶのかについてはいくつかの解釈の可能性が残されている⁴²⁾。改正臓器移植法は「あくまで臓器移植法であることから、臓器移植の枠を超えて統一的に脳死が人の死とまで規定したとは断言できない。基本的には、脳死を人の死とするにせよ、臓器移植法の枠内に限定すべきだ⁴³⁾」との意見も有力である。

3. 提供意思に関する問題

旧臓器移植法のもとでは、移植術に使用するための臓器摘出は、本人の書面による提供意思表示と、遺族の不拒否（または遺族のないとき）が必須要件であった。しかし、臓器移植法改正により、本人の臓器提供の意思表示が不明な場合であっても、遺族が臓器提供を書面により承諾した場合には、臓器の摘出が可能となった⁴⁴⁾。その背景には、臓器提供者数を増加すること、これまではガイドラインにより提供者となることが制限されていた15歳未満の子どもからの提供を可能にすること、という医療政策的要請が存在する。

新旧臓器移植法は、「死亡した者が生存中に有していた自己の臓器に関する意思は、尊重されなければならない」（第2条1項）と規定して、本人意思の尊重原則（自己決定尊重原則）を掲げている。改正法が、本人の臓器提供の意思表示が不明な場合であっても、遺族が臓器提供を書面により承諾した場合には、臓器の摘出が可能としたことが、本人意思の尊重原則とどのように調和するのかという問題がある。可能な説明としては、①本人の自己決定権の行使が遺族によって「代行」されていると解するもの、②本人の自己決定の内容を遺族が「付度」したものが遺族の「承諾」であると解するものがある。しかし、自己決定権は本来、本人に一身専属的に帰属するものであることからすれば、①の見解には難点があろう。②については、本人が有効な意思表示をなし得ない者である場合は、そもそも本来は無効である本人意思を「付度」ということ自体、不可能ではないかという指摘がある⁴⁵⁾。また、小児の場合には「付度」ということがありうるのかという疑問も呈されている⁴⁶⁾。これらに関しては、本人が小児を含めて有効な意思表示をなし得なかった者である場合における遺族の承諾は、遺族の「固有の権利」に基づいて行われると解する⁴⁷⁾見解があるが、遺族固有の権利を認め、本人の意思表示が不明な場合であっても臓器提供を可能とした点は大きな問題があろう。

4. 親族への優先提供に関する問題

新旧臓器移植法は第6条4項において、「移植術を必要とする者に係る移植術を受ける機会、公平に与えられるよう配慮されなければならない」と定めている。一方、改正臓器移植法第6条の2では、「移植術に使用されるための臓器を死亡した後に提供する意思を書面により表示している者又は表示しようとする者は、その意思の表示に併せて、親族に対し当該臓器を優先的に提供する意思を書面により表示することができる」として、親族への優先提供の意思表示を認めている。これまで臓器移植法は、「公平性」の確保という理念で運用されてきたが、この規定によりその理念が変わってしまうのではないかという懸念がある。しかし一方で、第2条1項において「死亡した者が生存中に有していた自己の臓器の移植術に使用されるための提供に関する意思は、尊重されなければならない」とも定めており、基本理念の中に矛盾があるように思われる。

なお、ガイドライン第2条1項は、「臓器を優先的に提供する意思表示に関して法に規定する『親族』の範囲については、立法者の意思を踏まえて限定的に解釈し、配偶者、子及び父母とすること。この場合において、配偶者については、届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者は除き、養子及び^ニ養父母については、民法上の特別養子縁組によるものに限ること。」と定めている。親族優先提供の対象となる「親族」の範囲について、親子及び配偶者に限定していること、例えば兄弟（姉妹）を除外している点について、疑問が呈されている。ガイドラインが言うところの「立法者の意思」とは、次のものであろう。「臓器移植が医学的な見地から公平に行われなければならないというのは、そのとおりでございます。その中にあって親族へ優先提供を認めるということは、この公平性を若干失うということになるのは紛れもない事実だと思いますが、いわば命の受け渡しをした親子、あるいは配偶者といった家族の中で、例えば、息子さんが心臓移植を待っているときに父親、母親が脳死になって、その心臓が公平性の観点からだけで第三者にいくというのも、心情を考えるとそれは余りあるのではないかと考えております。＜略＞ガイドラインで、親子及び配偶者に限り、事前にそうした方がレシピエント登録をされている場合、そしてドナーになる方が書面でその意思を明確にしている場合に限り、親子及び配偶者に対しては親族の優先提供を認めるということで、かなり厳しい枠をはめて、その中に限り優先提供をこれは心情を考えて認める。しかし、それ以上枠を広げることは公平性の観点から現在では余りよろしくないということで、その範囲に限り優先提供を認めることにしたいというふうに考えております⁴⁸⁾。」公平性の観点から、親族の範囲を限定的に解釈して親子と配偶者に限っているが、兄弟（姉妹）を除外することの理屈は見出せない。改正臓器移植法は、明らかに臓器移植を推進する方向で大きな舵を切ったといえるが、ガイドラインは、臓器移植を推進するのではなく阻む方向のものである。「親族」を縮小解釈するのは方向性を誤っている。むしろ、あえていえば「親族と同視すべきもの」まで認めるほどの拡張解釈すら許されるというのが、この法律の本来の趣旨ではないか⁴⁹⁾、と指摘されるところであ

る。一方で、「親族間だけとはいえ、臓器移植を可視化・顕在化させることで、親族間における新たな紛争の発生が懸念される。優先提供の意思を表示するよう親族から圧力をかけられる、優先提供する旨の書面が複数出てきて優先順位をめぐり争いになる⁵⁰⁾」といった問題点も提起されている。

おわりに

本稿では、改正臓器移植法の成立過程を扱い、旧臓器移植法と改正臓器移植法との比較を通して、改正臓器移植法の法的問題を整理し、抽出した。

死の概念をめぐる問題については、改正臓器移植法のように一律に脳死を人の死と定めるのは妥当ではないと考える。あくまで、臓器移植の場面に限定して捉えるべきであるし、そもそも、脳死が人の死と果たして言うのかについては、今一度、現代の医療技術や、各症例をもとに慎重な検討がなされるべきである。提供意思に関する問題については、遺族に固有の権利を認め、本人の意思表示が不明な場合であっても臓器提供を可能とした点は、大きな問題があると考えられる。親族への優先提供に関する問題については、改正法において優先提供の意思表示が一部認められたのはある程度評価しうるものの、しかしながら親族の範囲を極めて限定的に扱っている点には、疑問が残る。新旧臓器移植法第2条1項で「死亡した者が生存中に有していた自己の臓器の移植術に使用されるための提供に関する意思は、尊重されなければならない」と基本理念を掲げているとおり、この理念を遵守するためにも、親族の範囲は限定的ではなく、拡張的に認められて然るべきであろう。

臓器移植の推進および改正臓器移植法については批判論も多い⁵¹⁾。例えば、「現在の日本の救命救急医療の貧弱な態勢をそのままにしておいて、臓器移植をもっと増やすべきだと果たして言えることなのか。病院が幾つもある都市部で、救急患者の受け入れ先がなかなか見つからずに時間が刻々とすぎてゆく事態が頻繁に起きている問題を放置したまま、臓器移植の推進などあり得るはずがない⁵²⁾」とするものや、臓器移植について、「自分に都合の良い他人の死を早く早くと待ち望む状況に追い込まれる人が生じているとすれば、そうさせる医療の在り方に問題があるはずではないか⁵³⁾」とするもの、改正臓器移植法の制定について、「国民の誰もが当事者になり得る重大な問題に関する法律が、一方の側の強い要望に応じてこんなに拙速に決められていいのだろうか、国会議員は国民全体の代表ではないのだろうか⁵⁴⁾」とするもの、また、臓器移植法の改正について、公共的議論が欠けている⁵⁵⁾という指摘もある。筆者も、改正臓器移植法について、極めて批判的立場に立つものである。脳死となった患者本人の意思表示が不明な場合には、家族の承諾によって臓器の摘出を可能とした改正臓器移植法は、家族に固有の権利を認めるが故に、家族に大きな負担をおわせるものであって妥当ではないと考える。臓器移植医療は、脳死となった患者本人の明確な意思表示があった場合に限定して実施されるべきである。

「もしかしたら 100 年後、あるいは 50 年後には再生医療が格段の進歩をして、臓器移植は過去の遺物となっているかもしれない⁵⁶⁾」、「脳死の患者さんからの臓器移植は、20 世紀の末に一時的に緊急避難的に実用化された、荒っぽい乱暴な医療技術というように歴史的には総括されるかもしれない⁵⁷⁾」とも言われているように、今後の再生医療の発展を祈念しつつ、誰しもが当事者になりうる臓器移植の問題について、今一度、基本的な問題に立ち戻って慎重な検討を行う必要があると考えられる。本稿では、これらの問題について、深く掘り下げ、詳細に論じることができなかった。また、家族の視点による検討も不十分に終わってしまったため、改正臓器移植法をめぐる諸問題の更なる検討については、別稿を期すこととしたい。

<注>

- 1) 中山太郎議員ほかの提出に係るものであり、いわゆる A 案とよばれる。
- 2) 参議院での採決は、賛成 138 票、反対 82 票であった。
- 3) 改正臓器移植法第 6 条の 2 (親族への優先提供の意思表示)「移植術に使用されるための臓器を死亡した後に提供する意思を書面により表示している者又は表示しようとする者は、その意思の表示に併せて、親族に対し当該臓器を優先的に提供する意思を書面により表示することができる。」については、2010 年 1 月 17 日に施行された (附則第 1 条)。
- 4) 城下裕二「改正臓器移植法の成立と課題」『刑事法ジャーナル』20 号 (2010 年) 11 頁。
- 5) 村田翠『まだ、間に合うのなら。改正臓器移植法について考える』(文芸社、2010) 5 頁。
- 6) 臨時脳死及び臓器移植調査会中部地区公聴会において、中村良子さん (国家公務員・新潟県新潟市) によってなされた発言である。臨時脳死及び臓器移植調査会『審議だより』3 号 (1992) 99 頁。
- 7) 臨時脳死及び臓器移植調査会中部地区公聴会において、横井智子さん (主婦・愛知県安城市) によってなされた発言である。臨時脳死及び臓器移植調査会・前掲注 (5) 102 頁。
- 8) 甲斐克典「ロー・ジャーナル 改正臓器移植法の施行とその後」『法学セミナー』672 号 (2010) 35 頁。
- 9) 甲斐克典・前掲注 (8) 35 頁。
- 10) 福嶋教偉「臓器移植法-移植医療の現場から」『ジュリスト』1393 号 (2010) 59 頁。
- 11) 本山敦「改正臓器移植法-民法・家族法の視点から」『法学セミナー』660 号 (2009) 1 頁。
- 12) 辰井聡子「臓器移植法-改正と今後の課題」『刑法雑誌』第 50 巻第 3 号 (2010) 465 頁。
- 13) 旧臓器移植法第 1 条。
- 14) 町野朔『犯罪各論の現在 [第一版]』(有斐閣、1996) 45 頁。
- 15) 曾我英彦ほか『生命倫理のキーワード [第 1 版]』(理想社、1996) 94 頁。
- 16) 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措置—」『ジュリスト』1121 号 (1997) 30 頁。
- 17) 旧臓器移植法第 6 条 1 項。
- 18) 旧臓器移植法附則第 2 条 1 項。
- 19) 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) 12 頁。
- 20) (社) 臓器移植ネットワークホームページ <http://www.jotnw.or.jp/index.html> (2011 年 9 月 11 日取得)。
- 21) 脳死体からの臓器提供事例数は、(社) 日本臓器移植ネットワークの調べによると、平成 23 年 9 月 16 日現在 146 件 (心臓 110、肺 113、心肺同時 1、肝臓 124、脾臓 16、脾腎同時 93、腎臓 177、小腸 11、合計 645 件) である。これに対して、臓器移植希望登録者数は、臓器移植ネットワークに登録されているデータによれば、平成 23 年 8 月 31 日現在、心臓 190、肺 154、肝臓 372、腎臓 12,072、脾臓 193、小腸 5 の合計 12,986 人となっている。(社) 日本臓器移植ネットワークホームページ <http://www.jotnw.or.jp/> (2011 年 9 月 11 日取得)。
- 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) 38 頁。
- 23) 「臓器取引と移植ツーリズムに関するイスタンブール宣言」<http://www.asas.or.jp/jst/pdf/20080805.pdf> (2011 年 9 月 11 日取得)。

禁止については「Organ trafficking and transplant tourism violate the principles of equity, justice and respect for human dignity and should be prohibited.」と記されている。また、移植のための渡航および移植ツーリズムについては、「Travel for transplantation is the movement of organs, donors, recipients or transplant professionals

across jurisdictional borders for transplantation purposes. Travel for transplantation becomes transplant tourism if it involves organ trafficking and/or transplant commercialism or if the resources (organs, professionals and transplant centers) devoted to providing transplants to patients from outside a country undermine the country's ability to provide transplant services for its own population.」と記されている。

24) World Health Organization(WHO)ホームページ http://www.who.int/ethics/topics/human_transplant/en/ (2011年9月11日取得)。

25) なお、採択を予定されていた勧告案は、新型インフルエンザの流行という緊急事態のため、先送りとなった。

26) 中山太郎前衆議院議員は、「なんとしても A 案を通したい。」と、当時の心情を自著で振り返っている。中山太郎『国民的合意をめざした医療 臓器移植法の成立と改正までの 25 年』（はる書房、2011）167 頁。

27) 衆議院ホームページ http://www.shugiin.go.jp/itdb_gian.nsf/html/gian/honbun/g16401014.htm (2011年9月11日取得)。

28) 甲斐克則・前掲注 (22) 39 頁。

29) 衆議院ホームページ http://www.shugiin.go.jp/itdb_gian.nsf/html/gian/honbun/g16401015.htm (2011年9月11日取得)。

30) 甲斐克則・前掲注 (22) 39 頁。

31) 衆議院ホームページ http://www.shugiin.go.jp/itdb_gian.nsf/html/gian/honbun/g16801018.htm (2011年9月11日取得)。

32) 甲斐克則・前掲注 (22) 39 頁。

33) 衆議院ホームページ http://www.shugiin.go.jp/itdb_gian.nsf/html/gian/honbun/g17101030.htm (2011年9月11日取得)。

34) 参議院ホームページ <http://www.sangiin.go.jp/japanese/johol/kousei/gian/171/meisai/m17105164014.htm> (2011年9月11日取得)。

35) 参議院ホームページ <http://www.sangiin.go.jp/japanese/johol/kousei/gian/171/meisai/m17107171026.htm> (2011年9月11日取得)。

36) 小松美彦・市野川容孝・田中智彦編『いのちの選択 今、考えたい脳死・臓器移植』岩波書店 (2010) 12 頁。

37) 古川俊治「臓器移植法の改正と医療現場」『刑事法ジャーナル』20 号 (2010) 19 頁～20 頁。

38) 旧臓器移植法第 2 条、改正臓器移植法第 2 条は、基本理念として「1 項 死亡した者が生存中に有していた自己の臓器の移植術に使用されるための提供に関する意思は、尊重されなければならない。2 項 移植術に使用されるための臓器の提供は、任意になされたものでなければならない。3 項 臓器の移植は、移植術に使用されるための臓器が人道的精神に基づいて提供されるものであることにかんがみ、移植術を必要とする者に対して適切に行われなければならない。4 項 移植術を必要とする者に係る移植術を受ける機会は、公平に与えられるよう配慮されなければならない。」と定めている。

39) 改正臓器移植法のもとでは、私たちはみな「ドナー予備軍」であり、また「ドナー家族の予備軍」でもある、と言われる。小松美彦・市野川容孝・田中智彦編・前掲注 (36) 31 頁。

40) 小松美彦・市野川容孝・田中智彦編・前掲注 (36) 13 頁。

41) 甲斐克則・前掲注 (22) 41 頁。

42) 城下裕二・前掲注 (4) 12 頁～13 頁。

43) 甲斐克則・前掲注 (22) 41 頁。

44) 改正臓器移植法第 6 条 1 項 2 号。

45) 城下裕二・前掲注 (4) 14 頁～16 頁。

46) 甲斐克則・前掲注 (22) 42 頁。

47) 城下裕二・前掲注 (4) 16 頁。

48) 衆議院厚生労働委員会 平成 21 年 5 月 27 日 河野太郎議員（提案者）発言。衆議院厚生労働委員会会議録 http://www.shugiin.go.jp/index.nsf/html/index_kaigiroku.htm (平成 23 年 9 月 11 日取得)。

49) 樋口範雄「臓器移植法改正について」『ジュリスト』1393 号 (2010) 43 頁。

50) 本山敦・前掲注 (11) 3 頁。

51) たとえば、松宮孝明「法律時評 二〇〇九年脳死・臓器移植法改正を批判する」『法律時報』81 巻 11 号 (2009)、村田翠・前掲注 (5)、河見誠「脳死・臓器移植をめぐる公共的議論と法の役割」『青山学院女子短期大学紀要』第 64 輯 (2010)、小松美彦・市野川容孝・田中智彦編・前掲注 (36)、等。

52) 村田翠・前掲注 (5) 30～31 頁。

53) 村田翠・前掲注 (5) 38 頁。

- 54) 村田翠・前掲注（5） 61 頁。
- 55) 河見誠「脳死・臓器移植をめぐる公共的議論と法の役割」『青山学院女子短期大学紀要』第 64 輯（2010）。
- 56) 樋口範雄・前掲注（49） 45 頁。
- 57) 栗原隆「近代価値観の再検討についての研究」平成 13 年～平成 14 年科学研究費補助金研究成果報告書 20 頁。

主指導教員（成嶋隆教授）、副指導教員（南方暁教授・國谷知史教授）