

脳死臓器移植をめぐる法的問題に関する一考察 臓器移植法施行10年目の再検討

松尾さとみ

Abstract

The Organ Transplant Law went into effect in October 1997. Under this legislation, organ transplants from brain-dead donors was made possible. Meanwhile, chronic shortages of organs are caused by imbalance in the supply and demand. So the revision is presently being studied in order that legally excisable organs will be increased. This article surveys the Organ Transplant Law and a bill to revise it and reveals some problems with them.

キーワード.....脳死 臓器移植 臓器移植法 臓器移植法改正案 自己決定権

はじめに

現代社会は、生命科学や医療技術の発展が目覚ましい。これらの発展は、病因の究明や、病気の治療に大きな貢献をなしているという意味では、人類に大きな福音をもたらしたことは論を俟たない。しかし、一方では、生命科学や医療技術の発展に伴って生じた弊害や問題点を無視することはできない。脳死体からの臓器移植（以下「脳死臓器移植」と略称する。）をめぐる問題もまさにその一例である。

移植医療は、これまでの医療が医師と患者という二面関係であったのに対して、それに臓器提供者ならびにその遺族が加わる三面関係となり、臓器提供者がいなければ成り立たないという新しい医療形態であるために、医療の分野だけでは処理することができない、社会的な問題を抱えるものとなっている¹⁾。

そこで、本稿においては、脳死臓器移植に焦点をあて、「臓器の移植に関する法律」（以下「臓器移植法」と略称する。）および臓器移植法改正案を概観し、問題点を明らかにするとともに、今後検討されるべき理論を明らかにする。なお、近時、生体移植に関する問題が度々報道されているところであるが、臓器移植法においては生体移植についての規定をおいていないことから、本稿においては、生体移植については取り扱わず、脳死臓器移植問題に限定して考察したい。生体移植についても看過できない重大な問題が多々存在することから、さらに深い考察が必要であるが、これらは他日を期したい。

臓器移植法の成立とその後の経緯

1. 医療技術の発展と脳死

今や日本は世界最長の平均寿命を誇り、高齢社会²⁾の到来を迎えた。その一つの要因としては、生命科学や医療技術の発展にともなう新薬の開発や多様な治療法が開発であろう。戦後、日本人の主な死亡原因は結核や肺炎などの細菌感染であったが、現在は、がん、脳卒中、心臓病へと大きく変化し、治療の対象となる疾病の中心が急性感染症に代わって非感染症のいわゆる成人病になった。そして、移植医療を含めた医療技術が進歩した今日においては、どのような病気でも、ある程度延命させることが可能となった。

そのような中で、脳死が医療および法律上の問題として登場したのは、人工呼吸器の発達にともない、脳の機能が全面的に喪失して呼吸が停止した患者の呼吸・循環機能を機械的に維持させることができるようになったからである³⁾。かつて我々は、いわゆる心臓死（心肺死）を「死」として長いこと認識しており、その「死」の判定基準は、脈拍の停止、呼吸の停止、瞳孔の拡大（対反射喪失）という三徴候説⁴⁾をとっていた。しかし、医学の進歩により人工呼吸器が開発されてからは、多くの人命を助けることができるようになったとともに、かつての医療では考えられなかった状態が生まれ、死の概念や死の判定基準に揺らぎが生じるようになった。

脳（中枢神経系）には、大脳、小脳、中脳、脳橋、延髄、脊髄という部分がある。このうち、中脳、脳橋、延髄を脳幹という。脳幹は、呼吸、循環などの生命に直結する機能の中核をつかさどる。この脳幹の機能が失われると、生命維持に欠かせない呼吸が止まり、もはや生きていけないということになる。ところが、人工呼吸器が発明されたことにより、脳幹機能が廃絶して呼吸中枢機能停止によって自発呼吸が停止した人に、人工的に呼吸をさせることができるようになった。心臓は脳幹からの指令がなくとも、酸素が供給されていれば自動的に動くので、人工呼吸器で呼吸を維持すれば、脳幹機能が廃絶していても、呼吸と循環機能は、一定期間維持していけるという事態が生まれた。

心臓死（心肺死）の場合、まず呼吸器系と循環器系の停止があって、その後に脳の機能の停止が生じた。それに対して、人工呼吸器を使用することによって、脳の機能が停止していながら、人工的に心臓などの臓器を生かすことができるようになったのである⁵⁾。人工呼吸器の使用により脳が死んだ後に心臓が死ぬということが生じうることになった。これが脳死である。人工呼吸器のないところに脳死は存在しないのであって、「脳死状態は人工的に作られた状態である」⁶⁾と表現されることがある。

しかし、人間が死を迎えるとき、必ずしも脳死状態になるわけではない点に注意しなければならない。すなわち、今でも大多数の人は脳死状態を経ることなく、この世を去っているのである。ほとんどの場合、呼吸と循環が停止した後に、脳の死及び生命体の全機能の停止が生じ

ている。脳死状態が起きるのは特殊な場合に限られる⁷⁾。

まず上述したように、人工呼吸器のないところに脳死はない。人工呼吸器を装着したときに限りはじめて脳死が生じる。だが、人工呼吸器を装着した危篤な患者がみな、脳死になるというわけでもない。ではどのような場合に脳死が起こるかといえば、主に脳に外科的あるいは内科的に重大な損傷が起きた場合である⁸⁾。具体的には交通事故、転落事故などで頭を強く打って脳挫傷を起こした場合や、脳内出血や脳梗塞や脳腫瘍などの病気の場合、一酸化炭素中毒などの毒物による損傷の場合であり、脳死の発生は、全死亡例の1%以下であるといわれている。脳死状態になると、人工呼吸器や昇圧剤を使っても限界があり、およそ数日から1、2週間で心臓が止まることが多いといわれている。つまり、脳死に陥ると、脳自体の機能を回復しえないだけでなく、ある程度の時間差はあるにせよ、不可逆的に心臓と肺の機能停止をもたらし、個体死(人の死)につながる⁹⁾。

ところで、人の死とは、法的にどのような意味をもつのであろうか。

人は、生きているときは基本的人権の主体として尊重され、権利義務の主体たる地位を認められる。また、医療の場においても、自己決定権をもつ権利主体であるが、人は死亡によって権利義務の主体たる地位を失う。したがって、権利義務の発生・消滅にかかる民事関係、社会保障関係、選挙関係などの法律には、人の死に関する法規が多数含まれており、「死」または「死亡」という用語を使っている法令の数は、約600に及ぶといわれている。特に民事関係の法規においては、人の死期が、直接的に権利義務の得喪に影響を与えるものが数多くあり、相続や遺産の効力に関連しては、死亡時期の問題が深刻な紛争を招く場合もしばしば見受けられる¹⁰⁾。

他方、人の死は、犯罪の成否との関係でも重要な問題となる。刑法においては、人が死亡することによって保護の態様が変わり、殺人罪(刑法第199条)の客体ではなく、死体となって死体損壊罪(刑法第190条)の客体となる。人の死はこのように、法律効果の発生や消滅に重要なかわりをもち、法律上の重要な概念である。

人の死の生物学的な過程は、生命現象の死滅への漸次的なプロセスであるといわれる。しかし、法的には、人の死は一定の時点で発生したことが確認されなければならない。権利義務の発生や消滅は、一定の時点境界点として絶対的に設ける必要があり、戸籍法上も、死亡時については「死亡の年月日時分」の届出、記載を要求している(戸籍法第86条2項1号)。

人の死は法律上の重要な概念であるにもかかわらず、人の死とは何かについての明確な定義規定は存在しない。しかし、唯一、「死産の届け出に関する規程」第2条において、死産の定義を「死産とは、出産後において心臓搏動、随意筋の運動及び呼吸のいづれをも認めないものをいふ」と規定していることから、三徴候説を基礎としてしていると解される。また、判例においては、死体遺棄罪、殺人罪等との関係で死の到来時期が問題となったものがいくつかある¹¹⁾。これらの判決によれば、心臓停止、呼吸停止、あるいは生活反応の消失を死としており、三徴候説の枠内にあるものとみることができる¹²⁾。

2. 臓器移植法の成立

我が国の臓器移植法は、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¹³⁾法律である。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ため、それを合法的に行う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のは、伝統的に、心臓および呼吸が停止し、瞳孔が散大すること、いわゆる三徴候説をもって人の死とすること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言われている。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、脳死下での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、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としたなら、人を殺したことになり、殺人罪の構成要件が実現されたことになる。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からである¹⁴⁾。それは、殺人罪の違法性阻却の困難さに起因する。生きている人から臓器移植をするために心臓を摘出して、死にいたらしめたとすると殺人罪に該当することになる。一般的に、ある犯罪行為が実現された場合に、違法性阻却の可能性を検討する際には、刑法典は、正当業務行為・法令行為（刑法第35条）、正当防衛（刑法第36条）、緊急避難（刑法第37条）を定めているほか、超法規的違法性阻却事由が論じられているところである。生きている人から臓器移植のために、心臓を摘出して死にいたらしめた場合には、このいずれの方法を採っても殺人罪の違法性阻却は難しい。一方で、脳死を人の死と認めることにより、脳死者はもはや死体にすぎず、脳死者からの臓器の摘出は死体損壊罪（刑法第190条）を成立させるに過ぎないのである。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認めたのである。

3. 日本における脳死臓器移植の実施例

臓器移植法が1997年に施行されてから、今年で10年を迎えた。この10年間における脳死体からの臓器移植実施数は、（社）日本臓器移植ネットワーク¹⁵⁾（以下、臓器移植ネットワークと略称する）の調べによると、平成19年10月1日現在61件である¹⁶⁾。それに対して、臓器移植待機患者数は、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19年10月1日

現在、以下の通りである。

心臓 99人
肺 133人
肝臓 165人
腎臓 11,746人
膵臓 150人
小腸 2人
心肺同時 4人
膵腎同時 125人
合計 12,424人

このデータからは、待機者数に比べて、脳死臓器移植の実施数が非常に少ないことがわかる。もちろん、この待機者の中には生体移植や心停止後の臓器移植によって移植を受ける者も出てくるであろうが、心臓移植は生体移植や、心停止後の臓器移植という形では実施することが不可能であるので、少なくとも心臓移植を必要とする99人は脳死臓器移植に頼らざるを得ない。

では、どのくらいの人が臓器提供意思表示カードをもっているのだろうか。日本国民全ての統計を取ることが難しいため、臓器移植法施行後亡くなった人が臓器提供意思表示カードを持っていたことが分かった件数(平成9年10月16日から平成19年3月末日現在)を見ることとする。

臓器移植ネットワークの調べによると、その数は1,254件であった。平成9年10月16日から平成19年3月末日までに亡くなった1,254人が所持していた意思表示カードの内容は次の通りである。

「意思不明」236人
「記載不備」114人
「提供しない」2人
「心臓停止後での提供を望む」85人
「脳死下での提供を望む」817人

つまり、1,254人中817人が脳死下での臓器提供を望んでいたことになる。しかし、前述のとおり、臓器移植法施行後、脳死下での臓器提供数は平成19年10月1日現在、61件である。この差について以下でさらに検証をしていくこととする。

臓器移植はどの医療機関でも行えるというのではなく、臓器移植を行える医療機関は限られ

ている。臓器移植が可能と指定されているのは、大学附属病院、日本救急医学会指導指定施設、日本脳神経外科学会専門医訓練施設、救命救急センターの4つの医療機関である。脳死患者からの臓器提供ができる施設として条件をあげて限定しているのは、患者に対する救急治療が十分なされても治療効果がなくて脳死状態になった患者のみを移植の対象と考えて、治療が十分なされずに移植に利用されるのではないかという不信感を除くように配慮されているためである。そこで、この4つの医療機関において脳死に陥り、かつ意思表示カードに脳死臓器提供を希望している、という報告が臓器移植ネットワークに入ったケースを以下にみる。

脳死臓器提供を望んでいた817人中、398人が上記の4つの医療機関から報告の入ったケースである。脳死臓器提供を希望しており、かつ、臓器移植が可能と指定されている4つの医療機関から連絡があった398人の脳死下提供までの結果と分類は次の通りである。

- 「心停止後にネットワークへ連絡があった」155件
- 「脳死下での臓器提供が成立した」53件
- 「法的脳死判定を実施しなかった」186件
- 「脳死判定後、提供に至らなかった」1件

法的脳死判定を実施しなかった186件のなかで、脳死状態を経ていない事例が98件であり、脳死状態を経たと思われる事例は88件であった。脳死状態を経ても臓器移植につながらなかった理由は次の通りである。

- 「脳死と診断できなかった」44件
- 「医学的適応外であった」9件
- 「家族の承諾が得られなかった（心停止後を希望、献体希望を含む）」29件
- 「心臓停止直前に連絡があった」3件
- 「本人の意思表示が無効と判断された」2件
- 「院内倫理委員会未承認」2件
- 「司法解剖対象」1件

ここで注目すべき点は、「家族の承諾が得られなかった」として提供することができなかった29件における、本人の自己決定権の問題である。この29人は、自らが臓器提供を望んでいたにもかかわらず、現行の臓器移植法が家族の拒否権を認めたために、本人の希望がかなわなかったのである。

また、注目すべきは「脳死判定後、提供に至らなかった」1件である。提供に至らなかった理由は、臓器移植ネットワークへの聴き取り調査¹⁷⁾によると、医学的条件が整わずに臓器提供

を見合わせたとのことであった。しかしそれ以上の詳細については、個人情報保護の観点から明らかにされなかったため、具体的理由については不明である。

一般的に、人はその死亡によって権利・義務が消滅することになるので、医療保険は当然ながら死後には適用されない。しかし、上記の例のように脳死判定によって死亡が確定した後で臓器提供を行わない場合には、脳死判定以前と同様に人工呼吸器や場合によっては輸液が継続され、やがて心停止を迎えると考えられる。その際の、医療費をどのように扱うべきであるかということについて臓器移植法や、厚生省（現厚生労働省）が制定した「臓器移植法の運用に関する指針(ガイドライン)」¹⁸⁾（以下、ガイドラインと略称する。）は何ら規定していない。筆者は、本件ケースにおける医療費の問題についても、臓器移植ネットワークに聴き取り調査を行ったのであるが、これも個人情報ということで明らかにされなかった。しかし、脳死判定後に移植を行わない場合には、通常、医療費は原則ドナー側の自己負担になるということであった。人工呼吸器などの生命維持装置には多額の医療費がかかると言われているだけに、医療費負担の問題は当事者にとっては深刻である。なお、脳死判定後に臓器移植を実施する場合には、医療費はレシピエントが負担する仕組みとなっている。一人のドナーに対して、レシピエントが複数存在する場合には、均等割をする。

現行臓器移植法の検討

1. 臓器移植法における臓器摘出要件

現行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、全ての人が臓器提供のために臓器を摘出されるわけでもない。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る。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とされ、そうでない人は生きていることになる。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¹⁹⁾ことになったのである。二つの「死の概念」が存在することになった現行法の問題は、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」²⁰⁾といわれている。心臓死か脳死かの自己決定を認めると人により死が異なることになり、問題が生じる。

ではまず、現行法上いかなる要件の下に、脳死体からの臓器移植を認めているのであろうか。以下に臓器移植法の一部を抜粋する。

【 臓器の移植に関する法律 】

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いないときは、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。

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能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。

臓器摘出に係る前項の判定は、当該が第 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いないときに限り行うことができる。

摘出の要件について、臓器移植法第 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、と規定されている。

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、そのような判定に従う意思を書面により臓器提供の意志に併せて表示している場合であってその旨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いないときに限り行われると規定されている。

つまり、脳死からの臓器摘出のためには、四重の意思表示が必要なのである。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良いかについて本人にお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るのである。四重の意思表示においてその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る。また、第 6 条 1 項では遺族と記載してあるのに対し同条 3 項においては家族と記載してある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。そしてこれは、この法律が死についての自己決定権を認めたことを意味する。

2. 臓器移植法における問題点

(1) 脳死の概念と死亡時期

臓器の摘出要件と手続きを定める臓器移植法第 6 条の規定からは、死の概念および死亡時刻について 3 つの解釈が可能である。本法は二つの死を認めたものであるとする説（脳死選択説）がある。これは、脳死状態をまだ死んではいないが、死つつある状態とみて、一般の死

は従来通り三徴候で認定するのであるが、患者がその自己決定により脳死体からの臓器提供を前提として脳死判定を受け、家族もこれを拒否しないときに限って、脳死をもって人の死とする考え方である。しかし、これに対しては、死を個人の意思にかからしめることは問題であって、本来一律に決められるべき死の基準を相対化し、死に関する統一性と平等性を損なうという批判がある。

次に、本法は常に脳死をもって死としたものであるとする説（脳死一元論）がある。これは、従来からの死の認定基準であった三徴候説を大きく変更して、すべての死を脳死により認定するというものである。この見解はすべての人について死を統一的にとらえ、また、心臓移植等に大きく道をひらくという長所はあるが、生死に関する国民的・文化的水準における人々の意識変革を必要とするので、社会のコンセンサスが得にくいこと、および脳死状態が生じるのは、全死亡例のうちで1%足らずであるのに、それを他の全てに及ぼすことは問題であること、脳死の医学的判定そのものの確実性に不安が残る、という点からの批判がある。

最後に、本法でも常に心臓死を死とする説（三徴候説を堅持する違法性阻却説）がある。これは、死を従来通り心臓の停止・呼吸の停止・瞳孔の散大という三徴候の出現によって認定する。この見解によれば、心拍のある脳死患者はまだ生きていることになるため、脳死状態からの心臓の摘出行為は、殺人罪（刑法第199条）あるいは同意殺人罪（刑法第202条）の構成要件に該当することになる。ただし、臓器移植要件を満たす場合には、未だ死亡していない脳死体から臓器を摘出して心臓死に至らせても違法とはしないとするのである。しかし、これに対しては、その違法性阻却が果たして成り立ちうるのかという批判がある。

臓器移植法第6条の規定については、以上の三つの解釈が可能であるが、の本法は2つの死を認めたものであるとする説（脳死選択説）が通説であり、臓器移植法はこの見解に立脚したものであると解することができる。

これらを受けて、現行法は死亡時刻を移動可能なものになっているという指摘がある。同時にこれは、「死の概念について自己決定を認めたことである」とも指摘されているところである。死の概念について、心臓死か脳死かの自己決定権を認めると、同じ脳死という状態が、ある人にとっては死であり、他のある人にとっては死ではないということになる²¹⁾。その一例として、同じ脳死状態にある甲をAが、乙をBが、短刀で胸を刺して心臓死にいたせたとする。甲は、脳死は死であると自己決定していたときは、Aは死体損壊罪になるが、乙は自己決定していなかったとすると、Bは殺人罪になる。また、甲・乙という親子が自動車事故で同時に脳死状態になった場合、脳死の自己決定をしていたか否かで、死亡時刻が違うことになり相続順位に影響をおよぼす可能性があり、あってはならぬ結論を導くことになる²²⁾。このように、現行法は、死亡時刻を移動可能なものにしてしまっているのである。これらは極端な例ではあるが、臓器移植法の理論的なおかしさを十分に示しているものである。人によって死の概念が異なったり、死の時点が移動可能であったりすると、それは法律的に大きな混乱を招くと言われる。

（２）脳死判定後の医療保険の適用

脳死判定を行った場合の死亡時刻は、当該脳死が判定された時点（２回目の検査終了時）である。ところで、医療保険は、被保険者が生きている間にしか適用にならないことはあえて言うまでもない。たとえば、脳死判定を受けた結果、「死亡」とされた者が、医学的状況によって臓器移植を中止する場合があります。実際、法施行後に１件だけこのようなケースがあった。その患者の死亡時刻は、２回目の検査終了時である。結果的には、脳死判定後に臓器の摘出を行わなかったのであるが、検査終了時も人工呼吸器などを使用したり、輸液を行うなど、心臓が止まることのないよう医療を施されて、臓器の摘出に備えていた。この場合、死亡後に医療保険は適用にならないので、かかった費用は、ドナー側が自己負担するのが原則であるという。脳死者の臓器の摘出に際して、遺族は臓器の摘出を承諾した後でも、その意思をいつでも撤回できるとされているが、意思の撤回が可能であるとしても、脳死判定後に臓器移植を実施しなければ、莫大な医療費が自己負担として遺族にふりかかってくることになる。

（３）家族の拒否権

現行法は、第６条によって脳死判定及び臓器の摘出について家族・遺族に拒否権を与えている。たとえば、甲・乙という親子が自動車事故で同時に脳死状態になった場合、脳死の自己決定をしていたかで、死亡時刻が違うことになり相続順位に影響をおよぼす可能性がある。また、同じ脳死状態にある甲と乙をＡが次々に、短刀で胸を刺して心臓死にいたらせた。甲も乙も、脳死は死であると自己決定していたが、甲の家族は本人の意思を尊重しており、乙の家族は反対していたような場合、Ａは甲に対しては死体損壊罪になるが、乙に対しては殺人罪になる。本人がいくら望んでも家族の意見ひとつでこのように異なった結論が導かれることになる。人は死亡することによって、その権利義務関係に変動をきたし、相続が開始し、また葬祭などの社会的・宗教的行事が行われることになる²³⁾が、相続順位を変えるために、家族が意図的に拒否をしたり、承諾をしたりするということがありえなくはない。家族の拒否権は相続にも大きな影響を与える危険性をもつのである。本人がどれだけ臓器提供を望んでいたとしても家族の意思により提供することが不可能になるということは、ドナーの自己決定権の侵害である。「自己決定権には、人格の自立という一つの理念があるが、親族の拒否権は感情に基づくものである。それは本人の明確な意思に優越すべきものではない」²⁴⁾。現行法では本人の明確な意思に優越しうる、家族の拒否権が存在する。臓器移植法第２条１項では、臓器移植法の基本的理念として「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。」と規定しており、この点からも、家族に拒否権を与えていることは、根本矛盾であるといえよう。本人の明確な意思に対して、家族が自らの感情を理由に本人の自己決定に介入することが許されるのかについては、今後もより慎重な検討が求められる。

(4) 死体の法的性格と死体の処分権

死体は法的にどのように考えられ、その処分権は誰に与えられていると考えるべきであろうか。ここで死体損壊罪について考えてみたい。死体損壊罪（刑法第190条）は条文がおかれている位置からして社会的法益に対する罪である。これまでの刑法学においては死体損壊罪の保護法益は、社会一般の遺体に対する敬虔の念という宗教感情であるとされていたが、臓器移植という新しい医療の出現により、社会的法益に対する罪という考えから、個人的法益に対する罪として位置づけるべきではないかという考えが主張されはじめてきた²⁵⁾。その際、死体損壊罪の法益主体が誰にあるのかを考える必要がある。法益主体が遺族であると考えれば、死体の処分権は遺族にあることになり遺族の意思で臓器を提供したり拒否したりすることは可能になる。一方、法益主体が死者本人にあると考えれば本人の生前の意思を尊重し、本人の意思に反した臓器提供もしくは不提供は不可能であるということになる。近年の高度医療技術の発展に伴って出現した臓器移植を考えるにあたり、死体損壊罪の保護法益について再考をせまられている時期であると捉えることができよう。

(5) 臓器提供の意思表示方法

脳死臓器移植を実現するためには、臓器移植法第6条1項で摘出して良いかについて、同条3項では脳死判定をして良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限りはじめて脳死体からの臓器移植が認められる。本人の意思は書面に限られているがここでの書面とは、たいてい、一般に普及されはじめている臓器提供意思表示カードを指している。現行法では脳死者本人の書面による意思表示は不可欠であり、本人の意思表示がないことには移植はありえないのであるから、その意思を確実に尊重し保護しようとするならば意思表示カードだけではあまりにも効力が弱いと考える。

また、意思表示に関しては、未成年者やいわゆる意思無能力者をどのように考慮すべきであるかという難題がある。それはつまり、未成年者やいわゆる意思無能力者の場合は、臓器の提供および脳死判定に従う意思表示を行うことができるかという問題である。

臓器移植法改正案の検討

1. 臓器移植法改正案の概要

現在、移植を希望する患者数と提供数の落差が埋まらず、移植用臓器の慢性的な不足がおこっている。そのため、その問題解決が急務であるとされ、臓器移植を容易く行えるように、法律を改正する動きがある。もっとも、臓器移植法自体も、その附則第2条において、「この法律による臓器の移植については、この法律施行後3年を目途として、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」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²⁶⁾のものであった。しかし、臓器移植法施行10年を経た今でも、その機が熟したとはなお言えないであろう。これまで、改正案の検討といえば、臓器不足が解消されないということから、もっぱら、提供できる臓器の数を増やす方向での見直しであった。現在、臓器移植法改正案として、提案されている法案は2つである。一つは、中山太郎衆議院議員（自民党）ら自民党、公明党の6人が提出したもので、この改正案²⁷⁾の主たる内容は、第一に、臓器提供は年齢を問わず本人の拒否の意思表示がなければ、家族（遺族）の承諾のみで行うとすること。ただし児童虐待及びその疑いのある場合には適切な対応を取ること。第二に、脳死判定については、本人の書面による意思表示や家族の承諾を不要とすること。第三に、親族への優先提供の意思を表示することができるものとする。このように「脳死を一律に人の死とする」「本人の意思表示は不要」「15歳未満からも移植可能」として、臓器提供要件を緩和することによって、実施事例の恒常的な増加を保障すること、そして15歳未満の者からの臓器提供の可能性を開くことに法改正の目的は集約される。しかしそれは、臨時脳死及び臓器移植調査会（脳死臨調）²⁸⁾の答申を含めた同法成立までの論議を全く無視した暴挙であるといわざるを得ない。

一方、斉藤鉄夫衆議院議員（公明党）ら自民党、公明党の4人が提出した改正案²⁹⁾は、いわば、上記の中山太郎案への対案として出されたものである。その主たる内容は、第一に、現行法の枠組みのまま、臓器提供の意思表示ができる年齢を15歳以上から12歳以上へと引き下げること。第二に、親族への優先提供の意思を表示できるようにすることである。これらの改正法案と現行法を整理すると以下ようになる。

表1．現行臓器移植法と改正法案の比較

	現行臓器移植法	改正法案1 (中山太郎案)	改正法案2 (斉藤鉄夫案)
脳死判定	本人書面同意＋ 家族が拒まない時	本人、家族の意思は不要とする(＝脳死は一律、人の死)	本人書面同意＋ 家族が拒まない時
臓器提供	本人書面同意＋ 家族が拒まない時	本人の書面による拒否がなければ家族の承諾のみで可能	本人書面同意＋ 家族が拒まない時
意思表示年齢	15歳以上		12歳以上
15歳未満の移植	不可能	可能	一部可能
意思表示方式	ドナーカード	免許証等にも欄を設ける	ドナーカード 他
臓器の提供先指定	不可能	親子・配偶者間に限り指定を認める	親子・配偶者間に限り指定を認める

(筆者作成)

2. 臓器移植法改正案の問題点

(1) 脳死一元論

現行法は、生物学的・医学的には脳死を人の死とする脳死臨調の最終報告(多数意見)³⁰⁾を前提としつつも、社会的には脳死を人の死とする合意が成立していないことを踏まえ、脳死を一律に人の死とはせず、提供者の自己決定権の保障を根本として、臓器の提供及び脳死判定を受けることについて書面による明確な意思表示をしている者に限り、家族が拒まないことを条件として脳死判定を実施し、脳死と判定された者の身体から臓器を摘出することを認めている。それは、長きにわたり、心臓死をもって人の死としてきた我々の社会的慣習によるものであり、また、脳死を人の死とするということには社会的合意が得られなかったという経緯による。

中山太郎らが提案する改正法案は、脳死を一律に人の死とするものである。これは、脳死臨調の2年間にわたる議論においても、結局、意見を統一することができなかった問題に、全く新しい形での結論を出すことを意味する。しかし、心臓が動き、人工呼吸器によるとしても呼吸を続けている脳死状態を、人の死として認めるか否かは、医学の他に法的、社会的にも十分な検討を要するものである。現行法の成立時にはそのような社会的合意がなく、脳死臨調においてもそれを決めることができなかったわけであるが、臓器移植法成立から10年が経過した今日においても、脳死を人の死とするという社会的合意が形成されたとはいえない。

(2) 遺族の意思による臓器提供

現行法では、臓器の摘出は、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る。

ところが、中山太郎らが提案する改正案では、年齢を問わず、本人の書面による意思表示がなくても、本人の拒否の意思表示がなければ、遺族の承諾のみで脳死での臓器提供を行い得るようにし、脳死判定においては、意思表示要件を不要とし、本人の書面による意思表示、及び遺族の承諾を不要とするのである。脳死状態に陥った人が臓器提供について明確な意思表示をしていない場合、遺族の意思のみで臓器提供を行えるようにすれば、脳死体からの臓器提供は今より増える可能性はあり、臓器移植を待つ患者の命を救うことになるかもしれない。現行法及び前述のガイドラインによって15歳未満の摘出が認められていないため、臓器提供を必要とする小児患者は、日本以外での移植に頼らざるを得ないが、未成年者が臓器提供について拒否の意思表示をしていない場合、親権者の承諾によって臓器提供を可能にすれば、さらに多くの患者の命を救うことができるかもしれない。それらの意味で、この改正案は、移植を必要とする患者にとっては大きな希望を与えるに違いない。

しかし、この改正案は、臓器移植について本人の意思表示を必須の要件とする臓器移植法の

基本理念を根本的に覆すものである。現行法の立法過程では、我が国において、いまだ脳死を人の死とする社会的合意が形成されていないことを踏まえ、自己決定をなし得る者だけが臓器提供を行い得るとする大前提がとられていたことを忘れてはならない。臓器移植法10年を経て、当時の立法事実にも根本的変更があったのか、脳死を人の死とする社会的合意は形成されたのか、本人の自己決定権の尊重という脳死臨調以来の理念はもはや不要になったのか、移植医療を含む医療の透明性に対する不信は解消されたのか、という根本問題を素通りし、実施例が少ないがために、要件を緩和するというのは、臓器移植法の立法過程とその基本的な立脚点を全く無視するものであり、到底許されない³¹⁾。

（3）意思表示年齢

ガイドラインにおいて、臓器移植についての有効な意思表示が可能なのは、15歳以上の者であると定められている。しかし、中山太郎らによる改訂法案では、未成年者が臓器提供について拒否の意思表示をしていない場合、親権者の承諾によって臓器提供を可能にしようとしている。思うに、親の一存で臓器を摘出するのは、子どもに対する親の越権行為である。また、15歳未満の者に、臓器移植について、その意思決定をまかせることは相当でなく、現状では、脳死臓器移植は、15歳以上の者に限るとする慎重な判断を堅持すべきである。判断能力が未だ備わっていない子どもに対しては、子どもの自己決定権を制限するということが、かえって子どもの保護になるというパターンリスティックな判断も時に有益であるといえよう。子どもには、成人とは異なった権利保障が要請され、大人と違った扱いをすること、保護を与えることが正義にかなう面がある³²⁾。臓器移植における臓器提供もまたその一例ではないだろうか。

（4）臓器の提供先指定

中山太郎案、斉藤鉄夫案ともに、現行法においては認められていない臓器の提供先指定について、親族に限り臓器を優先的に提供することを認めようとしている。現行法では、臓器の提供先指定は認められていなかったにもかかわらず、臓器移植第15例目において、臓器の提供先に親族を指定して、これが暫定的な措置として認められたという経過があった。

臓器移植法第2条4項は「移植術を必要とするものにかかる移植術を受ける機会は、公平に与えられるように配慮されなければならない」と定めている。これは、脳死臨調の答申における「医療にあたって、提供される臓器の数に限りがあるのに対して、移植を必要とする患者数はこれを大きく上回ることが予想されることから臓器移植が万が一にも一部の者のために、不公平に行なわれないよう慎重な配慮が必要である」とする公平性の考えを理念的に規定したものとされている。もしも、臓器の提供先指定を認めると、臓器売買がおこなわれるのではないかとといった指摘がなされる。また、偽装結婚や、養子縁組が行われる可能性も否定できない。それらのことを考慮すれば、臓器の提供先指定は認めるべきではないのかもしれない。

しかし、臓器移植法第2条1項では、「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。」とも定められている。臓器提供の任意性や意思の尊重を保護すると考えれば、自己決定権のひとつとして、臓器の提供先指定も考慮する余地はあるようにも考えられる。今後、臓器の提供先の指定についてどのように考えていくかという点については、なお検討を要するものと思われる。

(5) 臓器の提供拒否者の保護

中山太郎らが提案する改正案は、年齢を問わず、本人の書面による意思表示がなくても、本人の拒否の意思表示がなければ、遺族の承諾のみで脳死での臓器提供を可能とするものである。このため、本人が反対の意思を書面で表示しない限り、遺族の意思によって臓器を摘出できることになるので、臓器提供を拒む者は、書面に表示することが不可欠となる。ところが、改正案においては、臓器提供拒否者の意思を確実に判断するような検討が一切なされていない。この改正案の下では、臓器提供拒否者の保護を整備しなければ、臓器の提供を拒んでいたにもかかわらず、過誤によって臓器を摘出されてしまったというような事態が起こりかねない。

おわりに

本稿を通じて臓器移植法および臓器移植法改正案の問題点を明らかにした。臓器移植は、病に苦しみ、臓器移植以外に回復する手段がないレシピエントにとっては、有効な治療手段であるが、ドナーにとっては、もはや治療手段ではなく、本人自身の利益には必ずしもならない医療行為といえよう。そのため、臓器の摘出は、ドナーの自己決定権をもとにして適法化されることが考えられてきたが、近時の臓器不足解決のため、ドナーの自己決定を不要として臓器が提供できるよう法律を改正する動きがある。このことが、ドナーの生命・身体に対する権利の観点からは重大な人権問題をはらんでいることに留意すべきである。レシピエントの利益とドナーの人権保護の間の緊張関係ともいべきこの問題は、現時点において唯一の見解を導くことがきわめて困難な問題といえよう。

最近の報告によれば、脳死状態と診断された後、1ヶ月以上心停止に至らない「長期脳死」の子どもが全国に少なくとも60名いることが明らかとなった³³⁾。また、臓器移植法施行10年を経ても脳死臓器提供が増えない背景には、臓器提供を前提とした脳死判定に消極的など、病院側の姿勢に問題があることも明らかとなった³⁴⁾。これらの現状をふまえた上で、より慎重な議論がなされることが望まれる。

<注>

- 1) 石原明『医療と法と生命倫理』（日本評論社、1997）185頁。
- 2) 我が国の総人口は、平成17（2005）年10月1日現在、1億2,776万人で、65歳以上の高齢者人口は、過去最高の2,560万人（前年2,488万人）となり、総人口に占める割合（高齢化率）も20.04%（前年19.5%）と、初めて20%を超えた。一般に、高齢化率が7%を超えた社会を「高齢化社会」、14%を超えた社会を「高齢社会」と呼んでいる。我が国の65歳以上の高齢者人口は、昭和25（1950）年には総人口の5%に満たなかったが、45（1970）年に7%を超え（いわゆる「高齢化社会」）、さらに、平成6（1994）年には14%を超えており（いわゆる「高齢社会」）、高齢化が急速に進展している。内閣府編『高齢社会白書〔平成18年版〕』。
- 3) 大谷實「刑法における人の生命の保護」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第2巻』（有斐閣、1964）347頁。
- 4) 近代医学において、三徴候説による死の診断方法が確立したのは、19世紀なかばの聴診器の発明以後だといわれている。大谷實『いのちの法律学〔第三版〕』（悠々社、1999）181頁。
- 5) 曾我英彦ほか『生命倫理のキーワード〔第一版〕』（理想社、1996）88頁。
- 6) 福岡誠之「脳死の基準と死の宣告」『法律時報』55巻4号90頁。
- 7) 曾我英彦ほか・前掲注（5）89頁。
- 8) 立花隆『脳死』（中央公論社、1992）34頁。
- 9) 柳田邦男『犠牲』（文藝春秋、1995）212頁。
- 10) 大谷實・前掲注（3）178頁。
- 11) 札幌高判昭和32年3月23日 高刑集10巻2号197頁。
広島高判昭和36年7月10日 高刑集14巻5号310頁。
- 12) 町野朔・秋葉悦子編『脳死と臓器移植〔第三版〕』（信山社、1999）216頁。
- 13) 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) （社）日本臓器移植ネットワークは、臓器提供を望む人やその家族の意思を生かし、臓器提供を必要とする人に最善の方法で臓器移植が実施されるよう橋渡しをする日本で唯一の組織である。
- 16) （社）日本臓器移植ネットワークホームページ <http://www.jotnw.or.jp/>
（2007年10月15日取得）。
- 17) 筆者は、2006年8月18日に臓器移植ネットワーク本部を訪問し、施設見学ならびに聴き取り調査を実施した。本部は東京都港区虎ノ門にある。
- 18) 平成9年10月に厚生省保健医療局により定められ、平成10年6月に一部改正された。
- 19) 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。
- 20) 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。
- 21) 平野龍一・前掲注（20）32頁。
- 22) 齊藤誠二「臓器移植法の解釈・運用の問題点」『法令ニュース』8月号（1997）30頁。
- 23) 石原明・前掲注（1）259頁。
- 24) 平野龍一・前掲注（20）38頁。
- 25) 石原明・前掲注（1）197頁。
- 26) 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。
- 27) 衆議院ホームページ <http://www.shugiin.go.jp/index.nsf/html/index.htm>
（2007年10月15日取得）。
- 28) 脳死臓器移植法成立過程においては、医学界や法学界等各方面で活発な議論が行なわれ、文献も多数にのぼったが、統一的な見解を得ることはなかった。そこで、政府は、「脳死を人の死とするか否か」「脳死体からの臓器移植の是非」「脳死判定基準」の問題などについてのこれまでの議論の收拾を目指し、1990年3月に総理大臣の諮問機関として「臨時脳死及び臓器移植調査会」（脳死臨調）を発足させた。調査会の委員は、医療分野はもとより、法律、経済、哲学、福祉、言論などの極めて幅広い分野の学識経験者15名で構成され、他に5名の参与が参加し、約2年間の審議が行われた。この間、合計20回の全体会合を中心に、脳死及び臓器移植問題について委員相互で討論をしてきたほか、医学や法律をはじめとする種々の分野の専門家から意見をきき、さらに国内医療施設の視察、海外関係施設の訪問調査、意識調査の実施、地方公聴会の開催など幅広い調査活動を行った。
- 29) 同上。
- 30) 臨時脳死及び臓器移植調査会「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）」

1992年1月22日。

- 31) 日本弁護士連合会「『臓器の移植に関する法律』の見直しに関する意見書」2006年3月14日。
- 32) 奥平康弘『憲法』（有斐閣、1993）42頁。
- 33) 2007年10月12日付 毎日新聞朝刊。
- 34) 2007年10月12日付 読売新聞朝刊。

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）