

臓器移植法改正の是非について

大阪大学法学部法学科 1 回生

梅村和貴

川本裕貴

竹添将人

福永明日香

代表者：竹添将人

<はじめに>

臓器の移植に関する法律とは、1997年に成立、2010年に最終改正を迎えた法律である。この法律が成立したことによって脳死者の生前の意思に従い脳死者から臓器移植できるようになり、また2010年の改正により脳死者の生前の意思が確認できない場合または脳死者が15歳未満の場合においても家族の同意があれば臓器提供ができるようになった。現在、他者からの臓器提供を必要とするいわゆる「レシピエント」の多くが臓器移植を受けられないまま死を迎えてしまっている。(以下、本稿ではこの問題を臓器移植問題と呼ぶこととする)。この臓器移植問題の解決策として、主に医療現場などから脳死者からの移植が強く望まれている一方で、社会的には脳死者からの臓器移植を認めるべきでないという声も少なからず存在する¹。では、このように様々な意見が入り混じる中で、2010年の改正を行い(以下、本稿では当改正と呼ぶ)、脳死者からの臓器移植に必要な要件を緩和したことは果たして本当に適切であったのか。

我々の結論から述べると、当改正は適切ではなく、より慎重な改正を行うべきであったと考える。その結論を論ずるために、「Ⅰ. 臓器移植法の成立から当改正に至るまで」を確認したうえで、「Ⅱ. 脳死者からの臓器移植の必要性」及び「Ⅲ. 当改正の問題点」について述べ、最後に「Ⅳ. 我々の考える改善案」を提案したい。

また「脳死」という言葉にはいくつか定義があるが、本稿では日本の現行法に合わせ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状態を指すこととする。

¹ 例えば脳死者からの臓器移植に反対する団体として、「脳死」・臓器移植に反対する関西市民の会や、全国交通事故遺族の会などが挙げられる。

I 臓器移植法の成立から当改正に至るまで

1. 臓器移植法の成立

1997年6月17日、衆議院と参議院において「臓器の移植に関する法律」が可決された。この法律案は、1996年12月に第139回国会衆法第12号として中山太郎議員他によって、議員立法として提出され、1997年4月24日に衆議院で可決され参議院に送られた。参議院では、1997年6月17日に一部修正の上可決され、衆議院に回付された。衆議院では、参議院からの修正回付案に同日同意が与えられ、成立した。この法律は、1997年10月16日に施行された。このように、衆議院で無修正のうえ可決された法案が、参議院で大幅修正の上もう一度衆議院で同意が与えられ成立するという珍しい事態となった。さらにこの法案に関しては、ほぼ全ての政党が党議拘束を外して各議員の判断に任せるとする異例の措置を取った。党議拘束を外した理由として、各政党は人の死を定義するという議員個人の宗教観に関わるような議案だったためとしている。この法律の成立により日本も脳死からの臓器移植が可能になった。当時、厚生労働省が「民法上の遺言可能年齢等を参考として、法の運用に当たっては、15歳以上の者の意思表示を有効なものとして取り扱うこと」と通知したことから、実質的には15歳未満の臓器提供ができないとされていた。さらにこの法律では、臓器移植の摘出対象は死体（脳死した人の体を含む）と規定されており、臓器の摘出については脳死した本人の意思が書面によって表示されており、さらにその家族が臓器の摘出を拒否しない場合のみ可能である、ということになっていた。この条件は、「患者またはその家族がそれ（脳死）を人の死として了承するならば、それをもって社会的・法的に人の死として扱ってよいものとする」という当時の医師会の考えともほぼ一致しており、脳死を認める人には脳死を死と認めるという見解になったものである。

しかしこの法案は問題を残していた。その問題とは、脳死および臓器移植についての最終報告が脳死・臓器移植の問題に関して脳死を人の死としてみなすのか否かに関して社会のレベルでのその結論を保留にしたことである。これは脳死判定を実施することおよび脳死を人の死とすることには社会的合意が必要であるとしつつも、依然合意は得られていないことを認めているに等しい。この状態で「臓器の移植に関する法律」が可決されたとしても人々の間に脳死という定義が入り込み定着するのは難しかったであろうと思われる。さらに国民のどの程度の人が同意をすれば社会の合意を取り付けたことになるのかもよく分かってはいなかった。

1997年の時点の「臓器の移植に関する法律」では脳死と臓器移植に対して慎重な面もあり、脳死臓器移植の臓器提供に関する制約が厳しくされていたため、移植数が伸びないという指摘があった。そこで脳死臓器移植の施術状況を考慮しながら、法律施行後3年を目処に見直すことになっていた。ところが10年以上が経過しても法律が改正されることはなかった。議員立法であった法律成立の過程に配慮してか、行政府は改正案を出さずに、議員有志の改正案作成に委ねられた。

2－a．当改正の実態

2010年7月、提供の条件を大幅に緩和する改正法が施行され、脳死になった人の意思が書面で残されていないなくても、家族が認めれば臓器を提供できるようになった。また、当改正により年齢制限がなくなり、15歳未満の子どももドナー候補の対象に含まれた。1997年の時点では他国に比べ、特に脳死臓器移植の臓器提供に関する制約が厳しくされており、移植数が伸びないという問題を抱えつつも、本人の意思を尊重し、移植を行っていた。しかし、当改正により本人の意思の重要性が薄れてしまった。本人の意思表示がなかった場合、家族の判断が重要となるが、家族の判断は、あくまで本人の自己決定を補助し代弁するものにすぎないのか、あるいは本人の生前の希望や人生観とは全く関係なく判断できるのか、などの家族の判断の位置づけの問題が残されてしまった面がある（後に詳述）。また、「脳死を一律に人の死とする」ことで、書面での本人意思を不要とするとしていたにもかかわらず議論の過程で「脳死を人の死とするのは臓器提供の時のみ」と改正法案提案者らが意見を変更してしまったことで結果として脳死を一律に人の死とするのかどうかさえはっきりとした結論を出すことができなかった。

2－b．当改正をめぐる議論

次にどのような改正案が出され、そしてどのような過程をたどり当改正が行われたのかを見ていく。

当改正の候補案としてA、B、C、の改正案とA～Cの折衷案であるD案が提出された。（A～Dは改正案の提出順により付けられたもの）ここでは主な論点であったそれぞれの改正内容と利点と問題点を列挙してみる。A案の改正内容は、年齢を問わず、脳死を一律に人の死とし、本人の書面による意思表示の義務づけをやめて、本人の拒否がない限り家族の同意で提供できるようにするというもので、利点は家族の同意があれば、子供から子供への臓器移植が可能になるということである。しかし問題点としては、脳死を一律に人の死とすることに抵抗が根強いこと、親の虐待を受けて脳死になった子から親の同意で提供されて虐待の証拠が隠滅される懸念があること、脳の回復力が強い乳幼児の脳死判定基準が確立していないことが挙げられた。B案の改正内容は、臓器移植の場合のみ脳死を人の死とすることは変えずに、年齢制限を現在の15歳以上から12歳以上に引き下げるというもので、利点は、死の概念を変えなくてすむこと、本人の意思を必要としたまま、対象の拡大ができるということである。しかし問題点としては、やはり12歳未満の臓器移植に対応できないということが挙げられた。C案の改正内容は、臓器移植の場合のみ脳死を人の死とすることや書面による意思表示要件は変えずに、脳死判定基準をより明らかに、そして厳しくするとともに、検証機関を設置するが、年齢制限に関しては変更しないことにするというもので、利点は移植の客観性や透明性を高めることができるということである。しかし問題点として、臓器移植が進まない現状の改善がほとんど期待できず、さらに15歳未満の臓器移植の対応ができていないままであるということが挙げられた。そしてA～Cの折衷案

である D 案の改正内容は、15 歳未満の臓器提供について、家族の代諾と第三者の確認により可能とするが、臓器移植の場合のみ脳死を人の死とすることや 15 歳以上の臓器提供手続については、変更しないというもので、利点は、死の定義を変えることなく、15 歳未満にも移植の可能性を開くことができ、15 歳未満については第三者による確認が確保されるため、虐待の隠蔽の可能性を下げることができるということである。しかし問題点として、15 歳以上について、本人の意思確認が必要で臓器移植が進まない現状の改善ができていないままであり、15 歳未満について、家族に承諾するか否かの困難な判断を迫ることになってしまうということが挙げられた。

衆議院には、議員提案の改正案として上記の 4 案が提出されていたが、最初の A 案が提出された 2006 年より何年にもわたり、ほとんど審議が進んでいない状況であった。しかし世界保健機関の総会において、臓器不正売買を目的に、移植ツーリズムの原則禁止や、生体移植、組織移植をめぐるガイドラインを決議する見込みになったことから、2009 年になって、改正の機運が出てきた。2009 年 6 月 18 日に、衆議院本会議で、法案提出順（ABCD の順）に記名式投票をし、過半数の賛成を得られた案が出た時点で終了するという方式で採決が行われた。衆議院には自民党議員を中心とした A 案賛成者が多く、A 案が可決された。しかし参議院は A 案反対者の多かった野党が過半数を占めていたため、成立の行方は不透明とも見られた。そこで A 案の内容のうち「現行法から『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』という部分を削り」という改正部分を削除して、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のままとするという改正案を提出し（この改正案は A'案と呼ばれた）、脳死を人の死とすることへの抵抗感からを否決されることを避けようとした。しかし結果として A'案が反対多数で否決され、続いて A 案が賛成多数で可決・成立した。

II 脳死者からの臓器移植の必要性

我々は、臓器移植制度自体には賛成である。この理由としては脳死者からの臓器移植でしか命が助からない患者がいるということが挙げられる。近代以前において臓器が機能不全に陥った場合には我々は死を覚悟するより他なかったが、近代医学の発達は人工臓器の使用や臓器移植を可能にした。これらのいずれかを用いれば、我々は臓器の機能不全状態から生還することができるようになったのである。しかし、現在の医療水準では人工臓器はあくまで一時的な機能しか持たず、半永久的な機能を備えるには至っていない。つまり現実的問題としては、いずれかの臓器が永久的にその機能を失った時、我々は臓器移植に頼らざるを得ないのだ²。

臓器(心臓・肺・肝臓・膵臓・腎臓・小腸)の移植を希望して、日本臓器移植ネットワークに登録している人の数は13487人である³。彼らは臓器提供を受けなければ救うことはできない。特に心臓などの生命維持に不可欠な臓器は生体者や心臓死者からの臓器提供を望むことは難しく、脳死者からの臓器移植以外では助かることはできない。臓器移植が様々な問題を孕んでいるのは否めないが(臓器移植に関する問題についてはのちに説明する)、このような患者は現在の医学水準では脳死者からの臓器移植でしか救うことができないのである。そうである以上、やはり脳死者からの臓器移植は必要であると言わざるを得ない。

また、脳死医療が国民に受け入れられていないとする見方もあるが⁴、2008年現在において臓器移植を認めると考えている者は国民の90%を超えており⁵、また、反対的な意見もほとんど見られないことから、臓器移植は国民からの十分な支持を得ているといえる。

²外川ゆり子「臓器移植制度に関する社会認識と課題」

<http://www.i.hosei.ac.jp/~muto/D211sotokawa.pdf>

³「移植に関するデータ」(社団法人日本臓器移植ネットワーク)

<http://www.jotnw.or.jp/datafile/index.html>、アクセス日時:2012年1月21日

⁴ 外川ゆり子、前掲

⁵「臓器移植に関する世論調査」(内閣府)、

<http://www8.cao.go.jp/survey/h20/h20-zouki/index.html>、アクセス日時:2012年1月21日

Ⅲ 当改正の問題点

当改正についてはいくつかの問題が指摘されているが、その中でも我々が重要視する問題点は、「1. 脳死者の生前の同意が不要になったこと」であり、またそこから派生する問題として「2. 15歳未満の脳死者に関して、臓器移植を利用した虐待隠避の恐れが生じたこと」以上の2点である。以下ではこの2点について検討していきたい。

1. 脳死者の生前の同意が不要になったことについて

旧臓器移植法では、患者の死と結びつく脳死判定や臓器提供を行うためには本人の意思表示があることが絶対的な条件であった。しかし当改正によって、脳死者本人の意思が不明な場合にも臓器提供が行われるようになり、その場合の決断は完全に家族に委ねられることとなったのである。ここで問題となるのが、臓器提供は本人の任意の提供意思に基づいて行われるべき行為ではなかったのか、という点である。我々は、臓器提供に関して本人の提供意思は不可欠であり、本人の同意のない臓器提供は行うべきではないと考える。ここでは、臓器提供には本人の提供意思が必要であるとする2つの論拠について述べていく。

1-a. 議論の不十分さ

当改正によって脳死者の家族も有効な同意を行えるようになったが、先述の通り、この点については論理的な裏付けが存在していない。つまりこの家族の同意というものが、脳死者当人の生前の意思を反映させる一手段にすぎないのか、あるいは家族が各々の価値観を以って同意を行えるのかがはっきりとしていないのだ。前者に基づくと、脳死者が生前臓器移植にあまり関心を抱いておらず家族との十分な話し合いができていないというケースを想定すれば、家族の同意で足るとする規定は脳死者の意思を十分に反映できるとはいいがたい。後者に基づくと、そもそもなぜ脳死者の意思とは無関係な家族の意思を尊重しなくてはならないのかという疑問が残る上、複数の家族員が複数の立場を示した際に臓器移植を行えるのかという問題も拭えない。いずれにせよ十分な論理的裏付けが存在していない以上、当改正は尚早であったと言わざるを得ない。

また病院という密室において、医師が臓器移植を行いたいがために脳死者の家族に無理やり同意を引き出そうとする可能性も否定できない⁶。素人というものは専門家より弱い立場にあり、家族が医師に長々と説得されてはその意見に逆らうことは難しい。そのような状況の中で、家族に正常な判断を求めることは凡そ不可能であるだろう。

1-b. 自己決定権

⁶加藤英一「脳死・臓器移植と社会的合意」

http://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/download.php?file_id=26805

自己決定権は個人の生存中においてのみ保障されれば良いわけではなく、自己決定の内容が自分の死後の事柄に関わる場合には、個人が死者となっても尊重される必要があると考えられている。これに関して死体損壊罪の観点から、本人の生前の自己決定の効果は他者の意思決定に優越する、とする見方がある⁷。その見解においては、死体損壊罪は遺族がいない者も客体となること、またその主体には遺族も含まれるとされてきたことから、死体損壊罪の保護法益は「死後に身体の完全性を害されることはないという本人の自己決定権」であると考えられ、遺族の決定権を保護の対象に含めることは妥当ではないと解されている。この立場からすれば、臓器の摘出に関しても、本人の提供意思が決定的な重要性をもつものとして尊重されるべきであるといえる。

したがって、本人の提供意思が積極的に明示されていない場合の臓器提供は、あってはならないものであると考える。

2. 15歳未満の脳死者に関して臓器移植を利用した虐待隠避の恐れが生じたことについて

臓器を提供しないという意思表示は年齢を問わず尊重されるのに対して、提供するという意思表示は脳死者が15歳未満の場合、有効なものとして扱われない。そのため法改正前は、臓器を提供するという本人の有効な意思表示を得ることはできず、15歳未満の脳死者からの臓器の摘出を行うことは不可能であった。さらに臓器のサイズの問題から、大人の臓器を子供に移植することはできないため、子供のレシピエントは国内で移植を受けることはできなかった。しかし当改正で脳死者の生前の提供意思が不要になったことによって、15歳未満の者からも親の同意があれば臓器提供が可能になり、国内における子供への移植の道が開かれたのである。

一方で子供の脳死者からの臓器提供には懸念材料も多く、その一つとして指摘されているのが、子供の脳死の原因が虐待である可能性である。今日、児童虐待件数は増加の一途を辿っており、虐待者の8割以上が実親である⁸。また日本小児科学会のアンケート調査によれば、子供の頭部外傷のうち1~4割程度は虐待の可能性が指摘されている⁹。実際に、1999年の厚生省研究班が把握した過去10年間の6歳未満の子供の脳死患者140例のうち4例は親の虐待が原因であることが判明し、さらにこの中には、親などが事故を装い虐待を隠そうとした例もあるという¹⁰。このことを踏まえると、子供に虐待を加えて脳死に至らしめた親が、虐待隠避のために臓器提供を承諾する可能性は否定できない。

以上のことから、家族が代行で臓器提供に関する決定を行うことは承認しがたく、15

⁷ 城下裕二「臓器移植における「提供意思」について」(論文集編集委員会 編『内田文昭先生古稀祝賀論文集』青林書院、2003年)

⁸ 「平成22年度福祉行政報告例の概況」(厚生労働省)

<http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/gyousei/10/>、アクセス日時:2012年1月21日

⁹ 田中英高「小児脳死臓器移植における被虐待児の処遇に関する諸問題」『日本小児科学会雑誌』第107巻第12号

¹⁰ 『毎日新聞』2000年5月25日夕刊

歳未満からの臓器提供に関しても本人の提供意思がない場合には提供するべきではないと考える。

IV. 我々の考える改善案

当改正は臓器移植問題の解決を図るために行われたものであるが、我々は上記の理由でこれは解決案として不適當であると考え。それでは臓器移植問題に対する解決案としてはどのようなものが考えられるのだろうか。我々は、臓器提供は年齢に関わらず本人の提供意思に基づいて行われるべきであるという立場から、臓器の摘出要件を緩和するのではなく、臓器提供に関する個人の意思表示を広く浸透させ、自発的に臓器を提供するドナーを増やすことによってドナー不足の解消へとつなげるべきであると考え。そこで個人の意思表示を推進するために、「1. 学校において臓器移植についての教育を行うこと」、「2. 臓器提供に関する意思表示の手段を改めること」の2つを提案したい。以下では、意思表示の手段を見直すべきであると考えに至った背景を考察し、その妥当性についてまとめることとする。

1. 臓器移植に関する教育の推進

臓器移植に本人の提供意思が必須な状況下でドナー数を拡大するためには、臓器移植に関心を持ち、意思表示をする人を増やすことが先決である。平成20年における内閣府の世論調査によると¹¹、臓器移植に関心があるかという質問に対して、関心があると答えたのは60.2%、関心がないと答えたのは39.8%で、国民の関心度はそれほど低くはないことがうかがえる。しかし、臓器提供意思表示カード（以下、ドナーカードと呼ぶ）などを所持しているかについては、ドナーカードを所持している人はわずか6.6%という結果で普及率は非常に低かった。その上、ドナーカードを持ってはいるが何も記入していないと答える人が49.7%と約半数を占め、現在、意思表示がなされた有効なドナーカードを持つ人は限りなく少ないと予想される。カードに記入していない理由としては「自分の意見が決まらないから」「後で記入しようと思っていたから」というものが多く、カードを所持していない理由としては「ドナーカードの入手方法がわからなかったから」「臓器移植に抵抗感があるから」「移植についてよく知らないから」などが挙げられていた。さらに、臓器移植に関する情報を十分得ていると思うかについては、そう思わない人が82.9%と、臓器移植に関する知識が不足していると感じる人が大半であるとわかった。

こうした調査から、意思表示を推進するにあたってはまず、臓器移植に関する教育を行うことが必要であることが明らかである。現行法の内容や、臓器移植の安全性や費用、臓器移植の現在の実施状況などについての知識が乏しければ意思表示は難しく、躊躇いを感じるものである。意思表示は個人が深い理解をもって行うことにこそ意味があるといえるので、正しい知識を身につける機会を個人に一律に与えるべきである。そのためには、小学校・中学校の義務教育課程において臓器移植に関する教育を行うことが最も有効であるといえるだろう。

¹¹ 「臓器移植に関する世論調査」（内閣府）、
<http://www8.cao.go.jp/survey/h20/h20-zouki/index.html>、アクセス日時:2012年1月21日

2. 意思表示方法の厳格化

次に、ドナーカードの様式を見直すことも重要であると思われる。現在意思表示をする方法としては、ドナーカードや保険証・運転免許証の意思表示欄への記入に加え、インターネットによる意思登録等があり、どれも手軽なものばかりである。恐らく、身近なものでの意思表示を可能にすることで、より多くの人に意思表示してもらおうという試みであるのだろう。しかしながら、むしろこのような手軽さが普及率の低迷につながっているのではないかと考えられる。あまりにも手軽であるために意思表示の重大性に気付かず、ドナーカードの所持や記入を先延ばしにしてしまう可能性は高い。さらに、自分の臓器を移植に提供するかどうかという決定は、本来家族との話し合いと自らの熟考を重ねた上で行わなければならないが、ドナーカードは家族の署名がなくとも、記入が本人の思いつきであっても有効なものとして扱われる。また、該当項目に丸をつけ署名するだけで良いということは、ドナーカードの偽造などが簡単に行えるということでもある。このように、容易に意思表示ができてしまう現在の制度には臓器提供に見合うだけの重みを感じられない。

このことから、個人にとって意味のある意思表示をするために、臓器提供の意思表示はより公的な手続きを経て有効なものとするべきであると考えられる。現状に比べて煩わしい手順を踏む必要があるだろうが、臓器提供のような重大な問題についての意思表示に関しては証明書の偽造や紛失などがあってはならず、公共機関が管理するのが妥当だと思われる。また国民の意識としても、手続きが煩雑であるが故に本人の意思表示が臓器移植という深刻な問題と密接に関わっているということを、実感として認識できるようになるのではないだろうか。

<結びにかえて>

本稿において我々は当改正に対して反対の立場を示してきた。先述の通り当改正は依然として様々な問題を残したままであり、本来ならばこれらの問題を解決しない以上改正を行うべきではなかったはずだ。しかし、現実問題として脳死者本人の同意に依らない臓器移植が認められる気運が高まってきていることも否定できない¹²。その背景にはドナー不足など重要な問題が存在しており、当改正が全面的に失敗であったという判断を下すことはできない。脳死者の臓器移植に関する様々な問題が混在している以上、議員や医療従事者のみならず国民一人ひとりがこの問題に向かい合い、議論を尽くす必要があるだろう。

¹² 「臓器移植に関する世論調査」前掲

参考文献

- ・加藤英一「脳死・臓器移植と社会的合意」

<http://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/download.php?file_id=26805>

- ・外川ゆり子「臓器移植制度に関する社会認識と課題」

<<http://www.i.hosei.ac.jp/~muto/D211sotokawa.pdf>>

- ・城下裕二「臓器移植における「提供意思」について」（論文集編集委員会 編『内田文昭先生古稀祝賀論文集』青林書院、2003年）

- ・田中英高「小児脳死臓器移植における被虐待児の処遇に関する諸問題」『日本小児科学会雑誌』第107巻第12号

- ・『毎日新聞』2000年5月25日夕刊

- ・「移植に関するデータ」（社団法人日本臓器移植ネットワーク）

<<http://www.jotnw.or.jp/datafile/index.html>>

- ・「臓器移植に関する世論調査」（内閣府）

<<http://www8.cao.go.jp/survey/h20/h20-zouki/index.html>>

- ・「平成22年度福祉行政報告例の概況」（厚生労働省）

<<http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/gyousei/10/>>