

臓器提供—生者と死者のはざま

佐藤 英 明

- <目 次>
- 1 はじめに
 - 2 臓器提供制度—オプト・イン／オプト・アウト
 - 3 自己決定をなし得ない者からの臓器の摘出
 - 4 厚生省研究班の改定試案
 - 5 移植先指定と生体移植
 - 6 結 論

1 はじめに

1997年に「臓器の移植に関する法律（以下「臓器移植法」と記す）」が施行されてから10年が経つが、脳死での臓器提供が極めて少ないうえ、心停止での腎臓提供なども慢性的に不足しており、提供者にとってリスクを伴う生体移植への依存度は依然として高い。また、15歳未満の脳死での提供が認められていないため、国内では小児の心臓移植ができないといった問題も指摘されている。

2007年9月10日から開催された第168回国会において「臓器の移植に関する法律の一部を改正する法律案」が審議されている（2007年10月31日現在）。法律案は二つあり、ともに2006年1月から開催された第164回国会に提出されたものである。一方は中山太郎衆議院議員ほか5名によって提出された法案であり、一般に「中山案」と呼ばれる。もう一方は、斉藤鉄夫衆議院議員⁽¹⁾ほか3名によって提出されたもので、「斉藤案」と呼ばれている。

中山案は、臓器提供に関して本人の生前の意思表示がない場合でも遺族の承諾があれば臓器摘出を認め、それによって小児移植を可能とするものであり、斉藤案は、提供可能な年齢を12歳以上に変更しようとするものである。また、両案とも、提供者本人の意思によって親族への優先的な提供をおこなえるようにし、移植医療に関する啓発の施策を講ずることを定めている。

このうち中山案の骨格となった改定試案は、2000年8月に厚生省（現厚生労働省）の「臓器移植の法的事項に関する研究班」により示されたものである。⁽²⁾本稿では、おもにこの改定試案の内容を検討する。その際、各国の臓器提供制度との比較を通じて、わが国の臓器提供制度のあり方、移植医療に関する基本的な考え方について考察をおこなう。それによって、特に死体移植と生体移植との関連において現行法の理念がどのように位置づけられるのかを明らかにしたい。

2 臓器提供制度—オプト・イン／オプト・アウト

臓器提供制度に関しては、一般にコントラクト・イン (contract-in) 型とコントラクト・アウト (contract-out) 型があるとされている。前者は、本人が生前に明示的に臓器提供に同意している (opt-in) 場合に臓器の摘出を認めることを原則とするもので、オプト・インとも呼ばれる承諾意思表示方式 (同意方式) である。後者は、本人が生前に臓器提供を拒否する (opt-out) 意思表示をしていないかぎり、臓器の提供を承諾していると思なすもので、オプト・アウトとも呼ばれる反対意思表示方式 (異議方式) であり、推定同意型とも呼ばれる。

日本の臓器移植法はオプト・イン型であるが、他に、アメリカ、イギリス、スウェーデン、デンマーク、オーストラリア、カナダ、ドイツ、韓国などが、この方式を採用している。これに対して、オプト・アウト型は、フランス、ベルギー、スペイン、ポルトガル、オーストリア、ポーランドなどヨーロッパ諸国を中心に、シンガポールなどでも採用されている。

オプト・イン型は、「本人が生前に提供の意思を明示していないときに、遺族の承諾によって臓器の摘出が認められるか否か」によって、さらに二つに分けることができる。本人の生前の意思表示があった場合のみ認めるのを「せまいオプト・イン型」、本人の意思表示がなくても遺族の承諾によって認められるのを「ひろいオプト・イン型」と呼ぶことができる。⁽³⁾日本の現行法は「せまいオプト・イン型」であるが、イギリス、スウェーデン、デンマーク、ドイツ、韓国など、多くの国は「ひろいオプト・イン型」である。ただし、脳死ではなく心停止後の死体からの角膜および腎臓の提供については、日本でも臓器移植法施行前から「角膜及び腎臓の移植に関する法律」において「ひろいオプト・イン型」を採用しており、本人の意思表示がなくても遺族の書面による承諾があれば摘出が認められてきた。臓器移植法でも、その附則4条〔経過措置〕において、眼球と腎臓については当分の間「ひろいオ

プト・イン型」とすることを規定している。

さらに、「本人が提供の意思表示をしていたときにも遺族の承諾を必要とするか否か」によっても、区別ができる。ドイツなどでは、提供者が摘出に同意していた場合には、遺族の承諾は不要とされるが、日本では、本人の意思表示があり、さらに「遺族が当該臓器の摘出を拒まないとき」に臓器の摘出が認められており、条件は厳しいものとなっている。ドイツ連邦議会で議員のクレーデンは、日本の現行制度について「ドナーがあらかじめ書面で承諾しているばかりでなく、さらに近親者の承諾も必要とするべくつにせまい同意方式⁽⁴⁾」とコメントした。つまり「せまいオプト・イン型」に、さらに「遺族の承諾」という要件が加えられているのである。韓国は、「ひろいオプト・イン型」であるが、本人の提供の意思表示があった場合でも「遺族が臓器の摘出を明示的に拒否する場合」には臓器の摘出は認められておらず、日本と同様に遺族の承諾が要件とされている。

オプト・アウト型を採用していても、本人が提供拒否の意思表示をしていない場合に、遺族とは関わりなく、臓器が摘出されるわけではない。フランスでは、臓器の摘出は「当事者が生存中に当該摘出を拒否していることを明らかにしていないことを条件としておこなうことができる」が、「医師は、死亡した者の意思を直接知らないときには、その家族の証言を収集するよう努めなければならない⁽⁵⁾」とされている。この場合「家族」の「証言」は、あくまでも「死亡した者の意思」を「推定する」ためのものであり、家族の承諾が要件とされているわけではない。摘出を拒否する明示的もしくは推定的意思が認められないかぎり、臓器の摘出がおこなわれることになる。これに対し、同じくオプト・アウト型をとっているスペインでは、臓器提供に関する本人の意思表示がない場合には、遺族の承諾がなければ、臓器の摘出はおこなわれていない。

オプト・イン型にせよオプト・アウト型にせよ、遺族の承諾が臓器摘出の要件とされるか否かは、重要な点であろう。いずれのタイプでも、臓器提供に関する本人の自己決定権は尊重されるべきものとされているが、それとと

もに臓器提供に関する遺族の決定権も重視されている場合がある。日本や韓国では、臓器を提供するという本人の決定に反して、提供を拒否するという決定を遺族がおこなうことも認められている。この場合、本人の自己決定権より、遺族の権利が優越されているようにも思われる。しかしながら、これについては「本人も遺族も、ともに臓器提供に関して何らかの意思を表明している場合には、両者の意思が互いに矛盾衝突せず、両者とも移植医療に協力するという方向で一致した場合にのみ、死者からの臓器の提供を受けて移植医療ができると考えるべきであろう⁽⁶⁾」という見解もある。この場合、本人の提供の意思表示は、臓器摘出の十分条件ではなく、本人の提供意思も遺族の同意も、ともに臓器摘出の必要条件と捉えられることになる。ただし、日本の臓器移植法では、本人については書面による意思表示が必要とされ、遺族については「明示の承諾を必要とせず、遺族が拒否さえしなければ摘出できる」とされていることを考慮すれば、「本人の意思と遺族の意思とは、ともに尊重すべきものであるとしても、なおそのいくらかは、本人の意思の尊重にウエイトがかかる⁽⁷⁾」と見ることもできる。

自己決定に関しては、日本の臓器移植法に他の国とは異なる特殊性がある点に注意が必要だろう。臓器移植法制定の基礎となった「臨時脳死及び臓器移植調査会」の答申（1992年1月）においては、「脳死を人の死とみなしてよい」とする多数意見と「脳死は人の死とはいえない」とする少数意見が併記され、対立を示したまま、最終的な結論は出されなかった。しかし、脳死状態の身体からの臓器移植を容認する方向では意見の一致が見られた。こうした方向にそって、臓器移植法は、脳死を人の死と規定することなく脳死状態の身体からの臓器提供を可能とするものとなった。脳死を一律に人の死とするのではなく、移植のために臓器を摘出する場合にかぎって「脳死した者の身体」を「死体」に含めるのである（6条1項）。それゆえ、意思表示は、たんに臓器を提供することについてのみなされるのではない。自分が脳死状態になったときに、その身体を「死体」に含めてよい、すなわち「脳死」を自分の死と見なしてよいという意思表示もおこなうことになるのである。そ

のため、現行法では、臓器提供の意思だけでなく、臓器摘出のための脳死判定に従う意思も書面によって表示されていなければ、臓器の摘出は認められていない（6条3項）。そして、この脳死判定についても、「家族」は拒むことができる（脳死と判定される前であるから「遺族」ではなく「家族」である）。

日本の臓器移植法における、脳死者からの提供制度には、以上のような特殊性がある。自己決定は、たんに臓器提供についてなされているのではなく、脳死を自己の死とみなしてよいかどうかについてもなされなければならない。すなわち「臓器提供の自己決定」だけでなく「死の自己決定」が、脳死段階での臓器摘出の要件とされているのである。これは、臓器提供のみを問題とするオプト・イン／オプト・アウトといった観点だけでは把握しきれない問題である。

3 自己決定をなし得ない者からの臓器の摘出

次に見ておかなければならないのは、自己決定をなし得ない者の扱いである。承諾意思表示であれ反対意思表示であれ、意思決定をなし得る者しか意思表示できないことは言うまでもない。しかし、乳幼児などが臓器提供に関する意思決定をなし得ないことは明らかであり、法的には、臓器提供に関して未成年等は、成人とは異なった扱いがなされる。

オプト・アウト型のフランスでは、成人の場合、遺族の承諾は臓器摘出の要件とされていないが、「死者が未成年または法的保護措置の対象となっている者であった場合」には、医師が死者の意思の推定をおこなうものとはされず、臓器の摘出は「親権者の双方または法定代理人が書面で明確にこれを承諾している場合⁽⁸⁾のみおこなうことができる」としている。自己決定をなし得る者の場合とそうでない者の場合を区別し、前者については、明示的であれ推定的であれ、その意思によって決定がなされ、後者については、他者（親権者・法定代理人）の承諾による臓器提供を認めることとしているのであ

る。

ドイツはオプト・イン型であり、本人が提供に同意していれば、遺族の同意なしに臓器摘出が認められているが、書面による同意も反対も出されていないときは、医師は、その最近親者に、本人から臓器提供に対する意思表示を聞いているかどうか質問し、意思表示を聞いていないときは、近親者が賛成すれば臓器の摘出が認められる。ただし、このとき医師は、この近親者に対して「臓器提供者となるべき者の推測される意思を考慮する」よう指示しなければならないとされており、近親者の賛成は、あくまでも本人の推定的意思に基づくものと考えられる。死者が未成年の場合には、最近親者は両親とされているが、自己決定をなし得る者となし得ない者との間に明確な区別はなされていない⁽⁹⁾。

韓国の「臓器等移植に関する法律」⁽¹⁰⁾では、臓器が摘出できるのは、A：本人が脳死もしくは死亡前に臓器等の摘出に同意した場合（18条1項）とB：本人が脳死もしくは死亡前に臓器等の摘出に同意もしくは反対をしていたという事実が確認されなかった場合（18条2項）とされている。したがって、提供拒否の意思表示がないかぎり、臓器の摘出は認められる。しかし、上記二項のいずれにも付帯条件がある。Aには「ただし、その家族もしくは遺族が臓器等の摘出を明示的に拒否する場合は除く」という条件が付されており、日本の現行法と同様に本人の自己決定に反して遺族が臓器の摘出を拒むことができる⁽⁹⁾とされている。Bには「その家族もしくは遺族が臓器等の摘出に同意した場合」という条件が付くが、Aの内容から見て、これは遺族による死者の意思の推定ではなく、本人の意思が不明な場合には、遺族が死者の臓器提供について決定権をもつということになろう。さらに、「本人が16歳未満の未成年者である場合には、その父母が臓器等の摘出に同意した場合」にかぎって、臓器の摘出が認められている。これは、本人が成人の場合の遺族の諾否の権利を、未成年者の場合には、父母に限定したものと見ることができる。

日本と同様に韓国でも、本人の提供の意思表示は、臓器摘出の十分条件で

はなく、本人の提供意思と遺族の同意が、臓器摘出の必要条件とされている。しかし、本人の意思表示がないときや自己決定をなし得ない者の場合に、日本では摘出が認められていないのに対し、韓国では、遺族の同意のみで摘出がおこなわれている。だが、前述のように、日本でも心停止後の死体からの角膜および腎臓の提供については、本人の意思表示がなくても遺族の書面による承諾があれば、摘出が認められている。現行法では、脳死は人の死と規定されていないから、脳死状態であっても「死体」ではない。しかし「脳死した者の身体以外の死体」からの臓器移植に関しては、韓国などと同様に、遺族に死者の臓器の提供に関する決定が委ねられているのである。

つまり、「死体」からの臓器提供については、日本も、「ひろいオプト・イン型」を採用している他の国と基本的に同じ方法をとっており、何ら特殊ではない。自己決定をなし得ない者からの臓器の摘出に関して、わが国の現行法が厳しい条件をつけているのは、脳死した者の身体の場合だけである。そして、それは、臓器提供の意思表示だけでなく、脳死を自分の死と見なしてよいという意思表示を必要とするためである。「死体」の臓器であれば、本人の意思表示がなくても、「遺族」の承諾によって摘出は認められる。しかし、脳死状態にある者の身体は「死体」ではない。それを「死体」に含めるためには、本人の意思表示が必要であり、意思表示がなければ「死体」ではなく「生体」ということになり、「家族」は、まだ「遺族」ではない。「死体」となっていない身体からの臓器移植は、死体移植ではなく、生体移植である。生体移植の場合、本人が承諾の意思表示ができないような状態にあるとき、「家族」が提供を承諾することは認められない。他の国とは異なり、日本では、脳死状態にある者の身体を「死体」とする「死の自己決定」が不可欠であり、その決定をなし得ない者から、すなわち「生者」から、「家族」の承諾によって臓器を摘出するという事は不可能なのである。

以上のように、自己決定をなし得ない者からの臓器摘出に関して、各国の対応はさまざまであるが、本人の自己決定に基づいて提供をおこなうことが不可能である以上、親権者等の承諾によって臓器の摘出を認める以外に、提

供を可能にする方法はない。あくまでも提供者本人による自己決定という自律原理を尊重しようとするれば、このようなかたちでの提供を認めることはできない。それゆえ、自己決定をなし得ない者からの臓器提供については、自律原理以外の根拠が求められねばならないだろう。

オプト・イン型では、提供者の自己決定（自律）が尊重され、利他性が重視される。臓器提供は利他的な自発的慈善行為と解される。臓器提供の普及活動においては「命の贈り物 (gift of life)」という言葉がよく用いられるが、この言葉は、提供が「利他主義 (altruism)」に基づく無償の贈与であることを示している。臓器に関する自律的決定を尊重するというのであれば、自身の臓器を売る権利も容認される可能性がある。しかし、そこに利他主義という原則が付加されることで、利益を得るための提供は排除される。

一般に身体は人格と不可分であるとされ、財産や物とは異なり、所有されるものでも商取引の対象となるものでもないとされる。身体はモノではない。売買を認めることは、身体をモノ化 (commodification) することになり、人間の尊厳を奪うことにつながる。それゆえ、臓器の売買は多くの国で禁じられている。死後の身体についての自己決定権が「肉体の所有者であった本人自身に属する固有の権利」と捉えられると、身体は財産と見なされモノ化されることになるから、臓器売買への途も開かれることになる。臓器が財産であれば、貧しい者には臓器を売る権利があるはずだし、死体から臓器を無償で提供させることは、遺族の財産を奪うことになる。それゆえ、臓器売買を認めないとするならば、自己の臓器に関する権利は、臓器を所有し自由に処分できる権利ということにはならない。

自己の利益のために人格と不可分の臓器を売ることは許されない。しかし、他者のために己の身体の一部を提供する利他的な行為は、「義務を超えた善行 (supererogation)」として認められる。加藤尚武によれば『『それなしに助からない人がいるなら自分の臓器を提供しよう』というのは、自分が絶対に出会うことのある⁽¹⁾人への責務を超えた善行である』。本人の自発的意思によって、自分には見返りがなくても人助けをしようとする善意に

基づいておこなわれる臓器の提供は許容されねばならないと考えるのである。それゆえ、臓器提供は無償の贈与というかたちをとらざるをえず、臓器売買は許されないことになる。この場合、臓器提供に関する自己決定権とは、臓器提供という「義務を超えた善行」をおこなうか否かを自分自身で決定する権利ということになるだろう。

見知らぬ他人に、自分の生体臓器を提供するという場合には、このような説明は理に適っているようにも見える。臓器提供は大きなリスクをとまなう自己犠牲であり、まさに「義務を超えた善行」である。しかし、親族への生体移植の場合には、臓器提供という行為は必ずしも利他的とは言いきれない。特に親が子に生体臓器を提供するような場合には、子どもが助かることによって親自身が大きな心理的利益を得ることになるという意味で、これを利己的な行為と見なすこともできる。

また、死後の臓器提供については、他者への生体臓器提供と同じ意味で「義務を超えた善行」であるとは考えにくい。生体臓器の提供は本人の生存にとって大きなリスクをとまなう自己犠牲であるが、死後の臓器提供は、もちろんそのような自己犠牲とはいえない。霊肉二元論に基づいて、魂が離脱した後の死後の肉体には何の価値もないと考えている人にとっては、死後の臓器提供は「義務」として捉えられる可能性もある。その意味では、自己の身体に関する自己決定権の内容は、生きている間と死後とで区別されるべきであろう。

本人の生存中の自己決定権は保護されるべきであるし、本人が残した遺志は尊重されねばならない。しかしながら、生前に何の意思表示もなかった者の身体に対して、死者が自己決定権を行使することは不可能である。もはや権利主体が存在しない以上、その身体の扱いについての決定は遺族に委ねられると考えることは可能だろう。臓器提供に関して生前何の意思表示もしていなかった者からでも、遺族の承諾があれば臓器を摘出できるとされる背景には、以上のような考え方があると見ることもできよう。

オプト・イン型のシステムでは、原則的に臓器提供は本人の自己決定に基

づく「義務を超えた善行」と理解されているが、本人の意思表示がない場合でも、遺族の承諾によって提供を認めている国が多い。それによって提供される臓器の数は増えるし、自己決定をなし得ない子供もドナーとなることが可能になる。しかし、それでも臓器提供は慢性的に不足している。

これに対し、オプト・アウト型のシステムにおいては、原則として本人の提供拒否の意思表示がないかぎり臓器摘出が可能となるため、臓器提供の増加が期待できる。実際、ベルギーやスペインでは、この制度の採用後に臓器提供が増加したことが報告されている⁽¹²⁾（ベルギーでは実際にオプト・アウトしている人は、人口の2%以下である⁽¹³⁾）。これがオプト・アウト型のシステムの最大の利点である。移植待機者にとっては、移植を受けられる機会が増え、大きな利益があるし、移植を必要としない人にとっても、もし臓器移植が必要になったとき、移植を受けられる可能性が高まるから有利である。

また、オプト・イン型では、本人の意思表示がないとき遺族に提供の意思決定が求められるが、オプト・アウト型では、遺族は提供拒否の意思がなかったかどうかを確認するだけでよくなるため、家族の心理的な負担が軽減される。フランスのプレバン報告では、オプト・アウト型の同意推定の原則によって「死者が人類のためにしたと推定される提供（贈与）を死体についてあらためて行うよう要求して遺族をさいなむことが避けられるようになった⁽¹⁴⁾」とされている。このように、臓器摘出のための意思確認が容易になれば、摘出はより迅速におこなわれることになり、移植手術の成功率も高まるから、治療を受ける生者にとって、大きな利益となる。

たしかにオプト・アウト型には多くの利点があるが、オプト・イン型と比べると、明らかに自律尊重原理は弱められ、提供者本人の意思が尊重されているとはいいがたい。提供拒否の意思は、明示されたものであれ推定されたものであれ、尊重されるが、意思表示していない者について、提供する意思があったと「推定」しうるとするのは、無理がある。提供するかどうか決めかねている者も臓器提供について考えたことがない者も、提供の意思があったことにされてしまうからである。自律尊重の観点からすれば、推定同意と

いうフィクションをかかえて「死体臓器のルーチンの回収 (routine salvaging of cadaver organs)⁽¹⁵⁾」がおこなわれているという批判も可能であろう。

オプト・アウト型では、自律原理よりも、むしろ公益性や功利性が重視されていると捉えるべきであろう。提供拒否の意思は尊重されるが、死後の身体は、権利主体を失った公のもの、公共資源と見なされ、社会のために役立たせることが是とされているのである。死後にもはや不要となった身体から臓器を提供するというわずかの犠牲をはらうことで、命を助けるという大きな利益がもたらされるのであれば、死後の臓器提供は「義務を超えた善行」などではなく、「容易な援助義務 (duty of easy rescue)⁽¹⁶⁾」と考えられる。この場合、臓器提供は必ずしも利他性に基づくものではないということになる。

あくまでも「自己決定」と「利他主義」という原則を堅持しようとするならば、臓器提供に関して本人の意思表示がない場合や、自己決定をなし得ない者の場合には、臓器の摘出は不可能となる。そうしたケースにおいても遺族の承諾によって提供が可能とされるのは、「死体」の扱いに対する遺族の権利、「死体」の公共的側面、移植医療の公益性、功利性などが重視されているためであろう。

4 厚生省研究班の改定試案

日本における脳死者からの臓器提供は、1997年10月の臓器移植法施行から10年間で62例にとどまっており (2007年10月31日現在)、移植用の臓器は著しく不足している⁽¹⁷⁾。たとえば、心臓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は、2007年10月31日現在、99名いるが、1年間におこなわれる心臓移植手術は、これまでで最も多かった2006年においても10件にすぎない (同年にアメリカでは2,191件の心臓移植手術がおこなわれている)。肝臓移植手術は、2006年に510件おこなわれているが、このうち505件は生体肝移植であり、脳死肝移植は5件しかおこなわれていない (アメリカの同年の脳死

肝移植は6,362件)。同様に、生体移植が可能な腎臓の場合、2006年の移植実施件数は1,136件であるが、このうち939件が生体腎移植、182件が心停止下の死体腎移植で、脳死腎移植は15件である。このため、移植を希望しながら移植を受けられずに死に至る患者の数も多い。

脳死者からの臓器提供だけでなく、心停止での腎臓提供が少ないことも問題とされている。2006年1年間に、アメリカでは死体腎移植手術が10,659件おこなわれたのに対し、日本では、その1/50以下の197件しかおこなわれていない(脳死移植を含む)。そのためリスクをとまなう生体移植の比率がきわめて高くなっていることも問題となる。さらに、国内で親族などから腎臓提供が受けられない者が、途上国で金銭授受をとまなう提供を受けたり、国内で腎臓の売買がおこなわれるといった事件も起こっている。これも臓器不足が原因であろう。

また、現行法の運用に関する指針(ガイドライン)では「臓器提供」に関して「書面による意思表示ができる年齢」について、「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」と定められている。ガイドラインは行政指導にすぎず、法的拘束力があるわけではないとはいえ、実質的には、これによって15歳未満の者はドナーとなりえず、国内での小児移植への途は閉ざされている。そのため、移植が必要な小児は海外で手術を受けるしかないという状況が続いている。

臓器移植法の附則2条は「この法律による臓器移植については、法律の施行後3年を目途として、この法律の施行の状況を勘案し、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じられるべきものとする。」と規定している。法律の施行後3年目にあたる2000年8月には、厚生省(現厚生労働省)の「臓器移植の法的事項に関する研究班(班長:町野朔・上智大学教授)より、改定試案が提言された。この試案の中心は、「小児臓器移植」を可能にするための法改定であるが、その内容は、「小児臓器移植」のみにとどまらず、すべての脳死移植の条件を緩和するものとなっている。

冒頭でも述べたように、2007年の第168回国会で審議されている中山案は、この厚生省研究班の改定試案をベースにしたものである。以下では、改定試案が示された報告書の内容を検討しておくことにする（報告書からの引用は本文中に標題の記号を示す）。

厚生省研究班は、「小児については親権者の承諾があれば臓器を摘出できるとする特則を設ける」という案（A案）と現行法の原則を変更して「本人が臓器提供をしないという意思表示をしていないかぎり、遺族の承諾だけで臓器を摘出できる」ようにする案（B案）を示し、両案を検討している。A案は、本人の意思表示を臓器摘出の要件とする現行法と整合的ではあるが、「便宜主義的」で「安易な妥協」として斥けられ（F-4）、B案による改定が検討されている。

現行法では、本人が生存中に臓器提供の意思表示をしており、遺族が拒まない場合のみ、臓器の摘出が可能であり、「脳死判定」も、その場合にかぎって認められている。厚生省研究班は、これが「移植用臓器摘出のときだけに限って脳死を人の死であることを認めるような文言」であるとし、「脳死を他の死（心臓死）に対してこれほどまでに相対化したことは、重大な倫理的問題を生じさせた」（A-1）と批判している。報告書では、臓器移植法の手続きに従った、いわゆる「法的脳死判定」以外の脳死判定ができないのか、「臨床的脳死判定」がなされたときには脳死が存在しないのか、といった医療現場の疑問が指摘されているほか、脳死体からの臓器摘出が「死体にメスを入れ」ることなのか、「本当は生きている人をこのように殺してしまうことが許されているに過ぎないのか、という倫理的ディレンマ」の存在が示されている。研究班は「脳死を一律に人の死とすべきである」という立場をとり、「脳死が人の死であるといえないのなら、むしろ心臓移植は行うべきではない」（H-1）としている。しかしながら、脳死を一律に人の死とすべきであるという根拠は、これ以上は報告書には明示されていない。以上の議論からは「脳死を人の死とすることは一切認めない」という結論を出すことも可能であるから、これだけで「脳死を一律に人の死とすべき」という結

論を導くことができないことは明らかである。

しかし、研究班は、脳死を一律に人の死とすべきであるとした上で、「死者の自己決定権」に関する原則の変更を提案している。現行法では本人の書面による承諾を臓器摘出の要件としている。B案は、これを「それが本人の意思に反していると認められないときには、遺族の承諾によって移植用の臓器を摘出しようというように現行法の原則を変更する」ものとされている。この表現は、一見すると、オプト・インからオプト・アウトへの転換とも受け取れる。小松美彦も、これを「本人が臓器提供を『拒否する意思』を“生前に”表示していないかぎりには家族の承諾だけで認められる⁽¹⁸⁾」とオプト・アウトへの転換であるかのように表現している。しかし、これは正確ではない。

研究班は、この転換を「本人の opt-in (contract-in) から遺族の opt-in (contract-in) へ」(G-1)とも表現している。これも誤解をまねく表現であろう。研究班の案は、本人の提供意思表示 (opt-in) を廃止して、遺族の意思表示のみによって臓器摘出を認めようとするものでも、オプト・インからオプト・アウトへと変更しようとするものでもない。基本的にオプト・イン型は維持し、本人が生前に提供の意思を明示していないときに、遺族の承諾によって臓器の摘出が認められるようにしようという提案である。先に述べた言葉を使えば、本人の生前の意思表示があった場合にのみ臓器摘出を認める「せまいオプト・イン型」から、本人の意思表示がなくても遺族の承諾によって摘出を認める「ひろいオプト・イン型」への転換ということになる。

しかし、「ひろいオプト・イン型」への変更だけでは、小児移植への途を開くことはできない。自己決定をなし得るが生前に意思表示をしていなかった者からの臓器摘出は、これによって可能となるが、自己決定をなし得ない者からの摘出は、不可能である。研究班は、韓国の法律と同様に、本人が成人の場合の遺族の諾否の権利を、未成年者の場合には、父母に限定することで、小児からの臓器摘出が認められるようにするよう提案している。つまり、本人の意思から遺族の意思へとウエイトを移し、本人が意思表示できな

い子どもの場合には、親権者の意思によって臓器提供を可能にしようというのである。

韓国では、本人の意思が不明な場合には、「遺族の固有の権利」によって臓器提供を決定できるものとされているが、「本人が16歳未満の未成年者である場合には、その父母が臓器等の摘出に同意した場合」にかぎって、臓器の摘出が認められている。これは、本人が成人の場合の遺族の諾否の権利を、未成年者の場合には、父母に限定したものと見ることができる。研究班は、基本的に以上のような考え方をとっている。改定案では「死亡した者が未成年者であるときには、移植術に使用されるための臓器の摘出を書面により承諾する遺族は、その者の親権者であった者とする」としているが、これは「提供者が死者である未成年者であるときには、固有の権利によって提供に承諾しうる遺族の範囲を親権者に限定したものである」(G-2) という。

以上の改定案のポイントを整理すれば、(1) 脳死を一律に人の死とする、(2) 「せまいオプト・イン型」から「ひろいオプト・イン型」に転換し臓器提供に際して遺族の権利を尊重する、(3) 死者が未成年の場合には遺族の権利を親権者のみに限定する、という三点にまとめることができよう。前述のように、(1) については、その根拠は明示されていない。以下では、このうち特に(2) に関する研究班の見解を検討しておくことにしたい。

研究班は、「ひろいオプト・イン型」への原則の変更について、次のような論拠を示している。上述のように、諸外国では「ひろいオプト・イン型」や「オプト・アウト型」の臓器提供制度が採用されているが、それらの国々では「本人の承諾がない場合に、遺族の意思に従うなどしてその臓器を摘出しても、死者本人の自己決定権の侵害であるとは考えられていない」とされる。それに対して、日本の現行法は「せまいオプト・イン型」を採用しており、本人の明示的な意思表示がないのに臓器を摘出すれば、「自己決定権の侵害」になると考えられていることになる。研究班の報告書では、こうした違いについて、次のような見解を示している。やや長くなるが、議論の核心となる箇所を引用しておく。

生前に積極的に臓器提供の意思を表示していない以上は死後にも臓器を提供しないという意思があったとみるべきなのが日本人であって、提供しないことを表明していない以上は死後の臓器提供は本人の意向に沿うものであるとみるべきなのが外国人である、というものではないと思われる。(中略)

問題は法がいかなる人間像を前提にするかである。日本の臓器移植法は、本人が生前に死後に自分の臓器を提供することを申し出ていない以上、彼はそれを提供せず墓の中に持っていくつもりなのだ、と考えていることになろう。そうであるからこそ、本人が何もいっていないのに臓器を摘出するのは彼(死者)の自己決定権に反するのだ、と考えるのである。しかし我々が、およそ人間は、見も知らない他人に対しても善意を示す資質を持っている存在であることを前提にするなら、次のようにいうことになろう。——たとえ死後に臓器を提供する意思を現実に表示していなくとも、我々はそのように行動する本性を有している存在である。もちろん、反対の意思を表示することによって、自分は自分の身体をそのようなものとは考えないとしていたときには、その意思は尊重されなければならない。しかしそのような反対の意思が表示されていない以上、臓器を摘出することは本人の自己決定に沿うものである。いいかえるならば、我々は、死後の臓器提供へと自己決定している存在なのである。

多くの国が、本人の明示の承諾がなくても摘出できるとしているのは、このような人間観に立っているからであろう。これらの国が、死者の自己決定権を軽視していて、日本の現在の臓器移植法だけがこれを重視している、というのではないと思われる。(G-2)

ここで「人間」は、「見も知らない他人に対しても善意を示す資質を持っている存在」であるから、臓器提供の意思を表示していなくとも「そのように行動する本性を有している存在」であり、「死後の臓器提供へと自己決定している存在」であるとされている。したがって、「臓器を摘出することは

本人の自己決定に沿うものである」ということになる。「人間」が「死後の臓器提供へと自己決定している存在」であるとすれば、「日本人」であれ「外国人」であれ、「臓器提供の意思」を「明示的に表示」していなくても、「臓器提供の意思」があるはずであり、臓器摘出は本人の「自己決定」に沿うものであることになるというのである。

「日本人」を「外国人」一般と対比するといった議論は、あまりにも乱暴であろうし、「人間」が「死後の臓器提供へと自己決定している存在」であるといった表現も、単なるレトリックでしかなく、本来の「自己決定」と捉えることはできない。小松美彦が指摘しているように「自己決定とは個々人が個別具体的な場面で行う主体的な営為」であり、「人間一般の本性に帰着させる⁽¹⁹⁾」ことができるようなものではあるまい。オプト・アウト型のフランスでも、本人の拒否の意思がなかったかどうかは、家族の証言から推定すべきものとされているし、オプト・イン型のドイツでも、本人の意思表示がない場合には近親者に推測される意思を考慮するよう求められる。推定されるのは、具体的な個人の意味であって、人間一般の意味ではない。「ひろいオプト・イン型」への変更を、このような論拠によって正当化しようというのは無理であろう。

こうした法改正の動きに対しては、日本弁護士連合会も、2002年10月の「臓器移植法の見直しに関する意見書⁽²⁰⁾」において、その問題点を指摘している。上記のような主張について、日弁連の意見書は「『日本人』と『外国人』の比較の論述は余りにも雑駁である」(p. 6) としたうえで、次のように批判している。

現在の日本社会において、研究班の述べるような哲学、倫理観が存するとはとうてい言えない。仮に「およそ人間は、見知らぬ他人に対しても善意を示す資質を持っている存在」であるとしても、そのような抽象的な人間観から、いきなり「人間は死後の臓器を提供する意思を有しているのが通常である」などと結論づけられないことは明らかである。

現に日本において、脳死は人の死ではないと考えている者、人の死か

どうか分からない者、臓器を提供したくないと考えている者、提供すべきかどうか迷っている者がいる以上かような論理ですべての者に対し個別の意思を無視して脳死段階での臓器摘出・移植を強いるのであれば、生命、自由及び幸福追求権（憲法第13条）ないしは思想良心の自由（憲法第19条）を著しく侵害するものと言わざるを得ない。（pp. 6-7）

この意見書では、現行法の「大前提」は「自己決定をなし得る者だけが臓器移植の提供者になり得る」ということであるとされ、改定案ではそれがまったく無視されていると批判されている。日本の臓器移植法は「移植用臓器確保の中心原理を、提供者本人の自己決定におくという理念を推し進めた⁽²¹⁾」とされる。改定案が現行法と比べて自律原理を軽んじているという批判は、もっともであろう。しかし、前述のように現行法では「遺族の承諾」も臓器摘出の要件とされている。本人の書面による意思表示がある場合には、それに従い、そうでない場合には、遺族が本人の意思を推定して承諾もしくは拒否をするというのであれば、本人の自己決定権を何よりも尊重し、明示的意思だけでなく推定的意思も認めているということになる。だが、現行法における「遺族の承諾」は、そのような意義をもつものではない。本人が提供の意思表示をしても、遺族が臓器の摘出を拒めば、臓器の摘出は認められないからである。本人の自己決定と遺族の諾否の決定が異なる場合には、遺族の決定の方が優先されると解釈することもできる。研究班の報告書にも示されているとおり、その意味で、現行法は「遺族」に対して「本人の権利に直接由来するものではない、固有の権利」を認めていることになる。改定案では、現行法に定められた「遺族の権利」が、より拡大されていると見ることもできる。

厚生省研究班の議論は「臓器提供の自己決定」に関するものである。それに対する日弁連の批判では、「脳死は人の死ではないと考えている者、人の死かどうか分からない者」など、「死の自己決定」の問題と併せて論じられている。このあたりは整理が必要だろう。日弁連の意見書は「脳死を死でないと考える者が半数近く存するわが国の現状」において、「脳死は死である

という考え方」を強制することは適切ではないとし、あくまでも「死の自己決定」を堅持すべきであるとの立場をとっている。したがって、脳死した者の身体は、本人の「死の自己決定」がないかぎり「死体」ではなく「生体」である。これに対し、厚生省研究班は、脳死を一律に人の死とすべきであるとしているから、脳死した者の身体はすべて「死体」であり、「死の自己決定」といったものは存在しないことになる。自己決定は、本人の死後に、その「死体（脳死体を含む）」から臓器を提供するか否かについてのみなされることになる。脳死が人の死であるということになれば、問題は「死体」の臓器の法的な位置づけということになる。

厚生省研究班の報告書では、日本人の「臓器移植全体に対するネガティブな態度」は、主に「医療不信」に由来し、さらに「臓器の法的性格」についての考え方や「日本人の遺体観」に由来するとしている。ここで、注目しなければならないのは「臓器の法的性格」である。

報告書によれば、「臓器移植に対する漠然とした反発」に結びついているのは、身体や臓器についての次のような考え方であるという。

およそ、個人の身体、臓器は公共のものではない、きわめて個人的な人格権の対象なのである。心臓も腎臓も、例えていえば、愛用していた眼鏡、万年筆、ステッキ、あるいは初恋の人の思い出と同じように棺の中に持っていくのがむしろ通常なのである。そのことを認めることと、人間の連帯性、博愛主義とは何の関係もない。自分の人格がしみ込んだものでも人に贈りたいという人が存在しうることは否定できないが、それは例外に過ぎない。(H-2)

身体についてこのような考え方をしている人からすれば、「本人の積極的な承諾がないときにも臓器提供を一般的に認めることは、臓器を物と同じに見ることである、公用徴収を認めることである」ということになり、臓器移植への反発に至るのだという。

それに対して、報告書では、身体や臓器の法的性格を次のように理解すべきであるとしている。

たしかに、個人の身体、臓器は単なる財産権の対象ではない。それは売買を禁止された倫理的意味を持った人格権の対象と考えなければならない。しかし、そうだからといって、臓器移植を認めることは、臓器を物としてしまうことだ、ということではない。また、自分の死後に同胞のためにそれを用いることは一般的に予定されてはいない、ということでもない。むしろ、自分が苦勞して手に入れ、心から愛してきた「ゴッホのひまわり」であるからこそ、死後には子孫に残したい、あるいはほかの人々の心に返したいと思うのが通例で、棺桶の中に入れて自分の死体と一緒に焼いてもらいたい、誰の目にも触れさせたくないと思うのは異例なのではないだろうか。遺言によってそれを美術館に寄贈するという行為は、臓器を通常の財産と見るのとは正反対の心情である。そして、日本人は、臓器に関してアメリカや韓国の人とは違う見方をしているとは思われない。(H-2)

身体が人格権の対象であり、財産やモノのように所有されたり売買されるべきものではないことは、共通の前提として認められている。臓器移植に反発する人は、臓器を「棺の中に持っていく」のが「通常」だと考えているとされている。それに対し、報告書では、臓器は「ゴッホのひまわり」に喩えられるような存在と理解すべきとされているようであるが、これは、おそらく臓器をある種の公共性や公共的価値を備えたものと捉えるべきであるということであろう。だとすれば「死後には子孫に残したい、あるいはほかの人々の心に返したいと思うのが通例で、棺桶の中に入れて自分の死体と一緒に焼いてもらいたい、誰の目にも触れさせたくないと思うのは異例」ということになる。

「棺のなかに遺体と一緒に入れたい」といった表現によって、きわめて曖昧な主張になっているが、死後の身体を公共的なものと捉えることが、身体モノ化であるという批判があるのに対して、死後の身体の公共性、公益性という性格が、身体モノ化に結びつくわけではないと論じられているものと思われる。

しかし、死後の身体の公共性が強調され、臓器が公共資源として捉えられることになると、死後の臓器提供は「義務を超えた善行」ではなく「容易な援助義務」という性格が強まる。この場合、義務を超えた善行として身体の一部を提供する行為であるがゆえに、臓器の提供は認められるという主張は否定されることになろう。「棺桶に入れて死体と一緒に焼いてほしいと思うのは異例」という見解は、臓器提供を「義務」に近いものと捉えているように思われる。日本人には、そうした理解が欠けているというのが、研究班の考え方であろう。⁽²⁾

研究班の主張するように、脳死を一律に人の死とするのであれば、「死体」の公共性を根拠に、「ひろいオプト・イン型」への転換をはかることは可能だろう。しかし、現行法のように、脳死を人の死と規定せず、「死の自己決定」によって脳死をもって本人の死とするかぎり、本人の明示的意思表示を欠いては、脳死者の身体は「死体」ではないから、「死体」のごとき公共性を備えたものではあり得ない。この点でも、脳死を一律に人の死とすることが、研究班の改定試案の前提となっている。しかしながら、前述のように、その根拠は示されていないのである。そして、この改定試案をもとにした「中山案」においても、「脳死は一律に人の死である」ということが、基本的な前提とされなければならないはずである。しかしながら、中山案では、それが明示されておらず、「脳死は一律に人の死」とするものとなっていないという指摘もある。⁽³⁾

5 移植先指定と生体移植

死後の身体を公共的性格を備えたものとして理解することは、移植先指定の問題とも関連してくる。厚生省研究班の案をもとにして国会に提出された中山案では、臓器提供の意思表示をおこなう場合に「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」とされている。これは、研究班の改定試案には含まれていなかった。

たものである。他方、斉藤案にも同様に親族への優先的提供を認める条文が含まれている。移植先指定は、臓器配分の公平性に関わるとともに、生体移植のあり方とも関係する問題である。

日本では、臓器移植法施行後第15例目の脳死臓器提供（2001年7月）の際に、提供者本人が、生前、親族に対する臓器提供の意思を表示していたことがあった。このとき、臓器移植ネットワークは、厚生労働省に照会した上で、提供者の親族への臓器提供をあっせんしたが、臓器提供の公平性という観点から見て、問題が指摘されることとなった。厚生労働省の厚生科学審議会・臓器移植委員会は、こうした「提供先指定の問題」について、2001年9月から検討をおこない、翌2002年7月に報告書を出している。

報告書によれば、提供先指定の問題は、「提供者本人の意思の尊重と移植術を受ける機会の公平性という、現行の臓器移植制度の根本的な原則」に関わる重要な問題である。換言すれば、ドナーになる際の自己決定の原則とレシピエントになる際の公平性の原則の両方に関係する問題である。

提供先指定を認めてもよいという見解は、基本的にこれを提供者本人の決定として尊重しようというものである。日本の現行法が、諸外国の法律と比べて本人意思を重視していること、親族に臓器を提供したい意思は当然であること、現行法に提供先指定を認めないという明示の規定がないことなどが、その根拠とされる。

これに対し、提供先指定を認めるべきではないという見解は、移植を待つ患者にとっての公平性を尊重しようとする。現行法には「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」という規定があり（2条4項）、提供先の指定は、これに反するものとなる。提供先指定が認められた場合には、移植待機患者の親族が自分の臓器を提供しなければならないという精神的重圧を感じるおそれがある。また、患者側が公共的システムに依存する前に、親族のなかから提供者になってくれる人を見つけなければならない可能性もある。さらには、臓器売買を誘発するおそれもあるなど、移植の公共性を損なう可能性が高い。

報告書では、以上のような両論を併記した上で、「一定のルールを早急にはかるべきである」としている。また「法における新たなルールが確立するまでの間に、当委員会として一定の方向付けを行うことは適当ではない」としながらも、「当面の実務上、一定のルールを定めておくことが求められる」ため、「臓器提供先を指定する本人の生前意思表示に基づく臓器提供を、現時点においては認めないこととする」と結論づけている。

この問題については、前述の日弁連の意見書でも取り上げられており、レシピエントにとっての公平性の確保という観点から、提供先指定は認められるべきではないとされている。自己決定は、無償性、匿名性を原則とする移植制度の枠組みの中で尊重されるものであり、それを超えるものではないこと、世界的に見ても、アメリカ以外のほとんどの国が提供先指定を認めていないことなどが、その理由とされている。もし提供先指定を認めた場合、待機患者の親族に精神的重圧を与え、親族が自殺して臓器を提供しようとしたり、偽装結婚などで形式的に親族となって事実上の臓器売買がおこなわれるなどの危険があることも指摘されている (p. 8)。

以上のように、提供先指定を認めないという議論においては、移植医療の公共性が強調される。提供された臓器は、移植医療制度の枠組みの中で、公平に分配されるべき公共的資源と理解されているともいえよう。公共的なものとなった臓器は、もはや自己決定の対象とはならないと見ることもできる。日本移植学会の倫理指針⁽²⁵⁾においては、死体からの「臓器の提供は、原則として社会全体に対するもの」と位置づけられている。それゆえ「臓器の配分は、日本臓器移植ネットワークを通して臓器ごとに作成された選択基準に基づき公平、公正に決定されなければならない」ことになる。

提供先の指定は、生体移植のあり方とも関連する問題である。しかし、日本の臓器移植法には、生体移植に関する規定はなく、死体移植に関してのみ規定するものとなっている。生体移植の場合、生きている者の身体から臓器を摘出するため、死体移植にはない問題が生じる。第一に、医療者が患者に危害を加えてはならないという「無危害原理」に反するという倫理的問題が

ある。健康な人の身体を傷つけることによる摘出時の短期的リスクに加え、提供後の生活の質の低下や寿命への影響など長期的なリスクも考慮すれば、生体移植は、けっして望ましい医療とはいえない。第二に、ドナーの情緒的側面に関する問題がある。生体移植の場合、レシピエントの血縁者がドナーとなるのが一般的であり、提供がドナー本人の自発的な意思によらず、提供せざるを得ないような状況に追い込まれて提供に依ってしまうといった可能性もある。さらに、拒絶反応などのために再移植が必要になったときには、他の血縁者が提供を強いらられるような心理的ストレスを感じることも考えられる。第三に、夫婦間の生体移植の場合には、「臓器提供しなければ離婚」といった要求がなされる可能性もあるし、偽装結婚による臓器売買も起こり得る。

むしろ生体移植には利点もある。第一に、死体ドナーの慢性的不足のなかでも移植が可能となる。第二に、輸送や保存の必要もなく死体臓器と比べて状態の良い臓器を移植できる。第三に、遺伝的なつながりがあれば、免疫学的に有利である。第四に、患者の状態が良い時を選んで移植をおこなうことができる。そして、親族に臓器を提供したいというドナーの意思を尊重できる。

上述のように、生体移植については日本に法的規定が存在しないため、現在は日本移植学会の倫理指針に基づいて実施されている。これに対し、フランスやドイツ、韓国などの移植法は、生体移植も死体移植も含む包括的移植法となっている。わが国の移植手術の件数を見ても、腎臓や肝臓の移植に関しては、生体移植が大半を占めるという状況において、死体移植についてのみ法的に規制し、生体移植は学会の倫理指針に従うという現状は、けっして容認されるものではないであろう。厚生省研究班の報告書においても「近時のドイツ法、韓国法のように、生体からの臓器提供についても要件と手続を法律で厳格に規定する必要はないのか」(A-1)を問題とすべきであるとしている。

フランスでは、未成年者や法的保護措置の対象となっている成人がドナー

となることは認められていない。骨髄提供の場合を除いて、ドナーは原則的にレシピエントの父母に限定されているが、配偶者や子、兄弟姉妹などがドナーとなることも認められるとされている⁽²⁶⁾。

ドイツでは、成年に達して同意能力がある者が摘出に同意している場合にのみ、生体臓器提供のドナーとなり得るとし、再生不能の臓器の摘出は、近親者、配偶者、婚約者などに移植する目的のときにのみ許されるとしている⁽²⁷⁾。

韓国でも、生体臓器（骨髄を除く）の提供者は16歳以上の成年にかぎられ、本人が同意した場合にかぎり摘出できる。また、提供先が配偶者、直系尊卑属、兄弟姉妹もしくは4親等以内の親族の場合にかぎって、臓器を摘出できるとしている⁽²⁸⁾。

提供先の範囲は国によって異なるものの、生体移植については基本的にレシピエントが親族に限定され、同意能力のある成人だけがドナーとなり得るとされている点は共通している。死体移植の場合と比較すると、自己決定をなし得る者のみが提供者となり得る点、そして明示的に意思表示をおこなっているときにかぎって摘出が認められる点で、より自己決定が尊重されていることになる。死体移植の場合よりも提供者本人の決定を尊重することが、提供先指定を容認する理由であると考えられることもできる。死体移植の場合には、提供の時点で、提供者はもはや意思決定の主体ではないが、生体移植の場合、提供時に提供者は意思決定主体として、提供先を指定することができると見ることも可能だろう。

また、臓器売買の防止という観点から見て、死体移植においては提供先指定を認めず、生体移植については血縁者からに限定するのは、有効な対応である。死体からの移植においては、ドナーからの臓器提供とレシピエントへの臓器の配分の際に公的な機関が介在し、ドナーとレシピエントは切り離されている。これによって、臓器の売買がおこなわれなくなる。それに対し、生体移植においては、ドナーとレシピエントの間に公的機関は介在せず、両者が直接関係しあう状態にある。そこで、臓器売買を防ぐための、ひ

とつの方法が移植先の血縁者への限定ということになる。むろん、血縁者への提供が提供者本人の強い希望に基づくものであるというのが最大の理由であり、遺伝的結びつきの有利性もある。しかし、移植先が事前に限定されていることで、臓器売買が防止できることも、提供先が限定される理由の一つであろう。

日本移植学会の倫理指針においても、生体移植ドナーは、親族（6親等以内の血族と3親等以内の姻族）に限定され、未成年者ならびに精神障害者は対象としないとされてきた。しかし、2003年10月に学会の総会において改定がおこなわれた。その結果、現行の倫理指針では、ドナーは原則として親族とされながらも、親族に該当しない第三者をドナーとすることも、症例ごとに当該医療機関の倫理委員会の承認を得ることなどを条件として認められている。また、未成年者（16歳以上20歳未満の者）についても、十分なインフォームド・コンセントや当該医療機関の倫理委員会の承認などを条件に、「特例」として認められている。

この倫理指針においては「臓器移植の望ましい形態」は死体臓器移植であるとされ、生体臓器移植については、「健常であるドナーに侵襲を及ぼすような医療行為は本来望ましくない」とされている。しかし、2003年の改定においては、「本来望ましくない」生体臓器移植のドナーの範囲を拡大する方向へ改定がなされている。こうした点に矛盾を指摘することもできよう。また、臓器売買の防止という観点から見ても、問題があろう。学会レベルで、このような決定をおこなうことは、決して妥当とはいえず、厚生省研究班が指摘したように、生体移植についても法的規定は必要であろう。臓器移植法改正案における「提供先指定」の問題は、生体移植を含む移植医療全般に関する議論を要するものと思われる。

6 結 論

現在の日本の臓器提供のあり方は、(1)心停止後の「死体」からの提供、

(2) 脳死した者の「死体」からの提供, (3) 「生体」からの提供の三種類に区別することができる。最初の二つについては、臓器移植法に定められており、(3) は日本移植学会の倫理指針に従っている。(1) は「ひろいオプト・イン型」、(2) は「死の自己決定」とともなう「せまいオプト・イン型」である。(3) は、本人の明示的な提供の意思表示が不可欠である点では(2) と共通している。(1) は、もはや自己決定の主体とはなり得ない「死体」であるから、生前の意思表示がないかぎり、その扱いは遺族に委ねられ、社会に対して提供された臓器は、公共的な医療資源として公平に分配されねばならない。(2) は脳死した身体を「死体」とするための明示的の意思表示が必要な点で(1) と異なるが、「死の自己決定」があれば、「死体」としての扱いについては(1) と同様と考えられる。ただし、「死の自己決定」は自己決定をなし得ない者には不可能である。また、自己決定をなし得る者の場合でも、その意思表示がないときには、「死体」ではなく「生体」ということになるから、その場合の扱いは(3) と同じになるはずである。しかし、もちろん脳死状態での本人の意思表示は不可能である。(3) は「生体」からの提供であり、本人が自らの身体を傷つけることを承諾することが不可欠であり、自己決定をなし得ない者からの提供は不可能となる。また「死体」とは異なり、臓器を公共的な医療資源と見なすことは難しい。提供主体が、提供時点で生存しているため、その提供先についても提供者の意思を尊重すべきであると考えられることは可能だろう。ただし、臓器売買を防止するためには、提供先は親族に限定されることになる。

日本の臓器移植法は、その第2条で四つの基本理念を掲げている。第一に臓器提供の意思(自己決定)の尊重、第二に提供の任意性、第三に提供が人道精神に基づくものであること、第四に移植手術を受ける機会の公平性である。三つめまでがドナーに、最後の一つがレシピエントに関するものとなっている。臓器の提供は、本人の自発的意思によって、自分には見返りがなくても人助けをしようとする善意に基づいて無償の贈与としておこなわれなければならない。すなわち「自分が絶対に会おうことのありえない人への責務

を超えた善行」としてなされねばならないとされていると考えられる。それゆえ、臓器は特定の個人に対してではなく「社会全体」に対して提供されるといった捉え方も可能となる。他方、社会に対して提供された臓器は、貴重な医療資源として、レシピエントに公平に配分されなければならない。

厚生省研究班の改定試案や、国会に提出された中山案、斉藤案は、いずれもこれらの基本理念を変更しようとするものではない。しかし、中山案や斉藤案に含まれる「死体移植における親族への優先的提供の容認」は、明らかに「移植を受ける機会の公平性」という第四の理念に反しているし、死体移植において臓器が特定の個人に対してではなく社会全体に対して提供されるといった考え方や、臓器提供が「絶対に会うことのある人への責務を超えた善行」であるという利他主義的な考え方とも矛盾することになり、「人道精神」という第二の理念にも反する可能性が高い。その意味で、この改定案には問題が多い。

脳死した者の身体からの臓器提供を心停止後の「死体」からの提供と同様に「ひろいオプト・イン型」に変更しようとする研究班の改定試案や中山案は、脳死を一律に人の死とすることを前提としなければ成立し得ない。現行法では、「死の自己決定」なしに脳死した者の身体が「死体」となることはないから、自己決定をなし得る者の明示的な意思表示は不可欠である。「死の自己決定」を廃止するには、脳死を一律に人の死とし、自己決定が関与する余地を残さないようにしなければならない。しかしながら、研究班の改定試案でも中山案でも、その根拠は明らかではないし、中山案については、「脳死は一律に人の死」とする改定になっていないとの指摘もあり、問題がある。

生体移植については、法的な規定がないことも問題であるが、死体移植との整合性という観点からも検討が必要である。臓器提供を「義務を超えた善行」と捉えることが妥当なのか、臓器提供の公平性のあり方、ドナーとなることとレシピエントとなることをまったく切り離して考えてよいのか、こうした問題について、本稿では扱うことができなかつた。残された問題につい

では、また改めて論じることとしたい。

〔註〕

- (1) 二つの法律案は「衆議院ホームページ」(http://www.shugiin.go.jp/index.nsf/html/index_gian.htm)で読むことができる。中山案は、当初、河野太郎衆議院議員らによって作成され、2005年に第162回国会に提出、審議未了となった法案が再提出されたものである。斉藤案も、同様に第162回国会に提出され審議未了となった法案の再提出である。
- (2) 町野朔 他「臓器移植の法的事項に関する研究（１）——特に「小児臓器移植」に向けての法改正のあり方」（分担研究報告），『平成11年度（2000年3月）厚生科学研究費補助金「免疫・アレルギー等研究事業」（臓器移植部門）研究報告書』，354-367頁。この報告書の内容は「生命学ホームページ」(<http://www.lifestudies.org/jp/machino02.htm>)で読むことができる。この報告書からの引用箇所は、本文中に標題の記号を示す。
- (3) 齊藤誠二『脳死・臓器移植の論議の展開——医事刑法からのアプローチ』（2000年，多賀出版），279-285頁。
- (4) Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 13/183 vom 25. 6. 1997, S. 14. 前掲『脳死・臓器移植の論議の展開』，5頁。
- (5) フランス「公衆衛生法（Code de la santé publique）」の「第2編 人体の構成要素と産物の提供と利用（Don et utilisation des éléments et produits du corps humain）」L1232-1.
- (6) 中山研一・福岡誠之（編）『臓器移植法ハンドブック』（1998年，日本評論社），29頁。
- (7) 同書，同頁。
- (8) フランス「公衆衛生法」L1232-2.
- (9) ドイツ「移植法（Transplantationsgesetz）」§4（1）.
- (10) 韓国「臓器等移植に関する法律」，生命倫理と法編集委員会（編）『資料集 生命倫理と法』（2003年，太陽出版），319-323頁。
- (11) 加藤尚武『脳死・クローン・遺伝子治療』（1999年，PHP 研究所），46-47頁。
- (12) Kennedy I, Sells RA, Daar AS, Guttman RD, Hoffenberg R, Lock M, Radcliffe-Richards J, Tilney N, for the International Forum for Transplant Ethics: The Case for “presumed consent” in organ donation. *The Lancet* 351, 1998, pp. 1650-1652.

- (13) Steinberg D: An “Opting In” Paradigm for Kidney Transplantation. *The American Journal of Bioethics* 4, 2004, p. 9.
- (14) フランス刑法研究会「フランス生命倫理三法の基本構想(二) —ブレバン報告『生命科学—倫理から法へ』, 『國學院法學』第37巻第2号(1999年), 112頁.
- (15) Dukeminier J, Sanders D: Organ transplantation: A proposal for routine salvaging of cadaver organs. *New England journal of medicine* 279, 1968, pp. 413-419.
- (16) Nelson JL: Utility, Fairness, and What Really Matters in Organ Provision. *The American Journal of Bioethics* 4, 2004, p. 29.
- (17) 日本の移植件数のデータは, 「日本臓器移植ネットワーク・ホームページ」の「移植に関するデータ集」(<http://www.jotnw.or.jp/datafile/index.html>) および日本移植学会広報委員会(編)「臓器移植ファクトブック2007」(<http://www.asas.or.jp/jst/factbook/2007/index.html>) による。アメリカのデータは, The Organ Procurement and Transplantation Network (OPTN) のデータ (<http://www.optn.org/data/>) による。
- (18) 小松美彦『脳死・臓器移植の本当の話』(2004年, PHP 研究所), 336頁。
- (19) 同書, 341頁。
- (20) 日本弁護士連合会「臓器の移植に関する意見書」(2002年10月8日)。この意見書の内容は「日本弁護士連合会ホームページ」(http://www.nichibenren.or.jp/ja/opinion/report/2002_33.html) で読むことができる。
- (21) 唄孝一「脳死論議は決着したか—臓器移植法の成立」, 『法律時報』69巻104号(1997年), 40頁。
- (22) 加藤尚武は, 「日本人が押しなべて臓器の提供に冷たい」原因を, むしろ「義務を超えた善行」としての「自己犠牲」の倫理が欠落していることに見ている。加藤によれば「『それなしに助からない人がいるなら自分の臓器を提供しよう』というのは, 自分が絶対に会おうことのある人への義務を超えた善行である」。だが, 敗戦によって, 国家への献身や自己犠牲の倫理が崩壊したために, 戦後日本には, 自己犠牲的な行為をしないことが近代的であるかのような気分が広まり, これが, 日本のボランティア活動や臓器提供の停滞につながっているという(前掲『脳死・クローン・遺伝子治療』, 42-45頁)。しかし, 他国の臓器提供制度において, 臓器提供が必ずしも「義務を超えた善行」と捉えられてはいないことを考慮すれば, 臓器提供不足の原因を自己犠牲の倫理の崩壊だけに求めることは難しいであろう。
- (23) 倉持武「『脳死は一律に人の死』なのか? : 臓器移植法改正『中山案』を解

- 剖する」,『現代文明研究』第8号(2007年),487-499頁.
- (24) 厚生科学審議会疾病対策部会「臓器移植委員会臓器提供先に係る本人の生前意思の取扱いについて」(2002年7月11日). この報告書の内容は「厚生労働省ホームページ」(<http://www.mhlw.go.jp/public/bosyuu/iken/p0718-1a.html>)で読むことができる.
- (25) 「日本移植学会倫理指針」(<http://www.asas.or.jp/jst/news/ethical-guide02.htm>).
- (26) フランス「公衆衛生法」L1231-1, L1231-2.
- (27) ドイツ「移植法」§8(1).
- (28) 韓国「臓器等移植に関する法律」10条.