



臓器移植法の改正をめぐって 一臓器摘出の承諾要件

丸山, 英二

(Citation)

移植, 44特別:5044-5048

(Issue Date)

2009

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90001201>



3. 脳死と臓器提供の議論

臓器移植法の改正をめぐる
—臓器摘出の承諾要件

丸山英二

神戸大学法学研究科

■ はじめに

臓器移植法（正式には「臓器の移植に関する法律」、以下では、「現行法」）の改正案（いわゆる A 案＝中山案）が、2009（平成 21）年 6 月 18 日衆議院で、7 月 13 日参議院でそれぞれ可決され、7 月 17 日公布された。本稿は、死体臓器移植に関するこれまでの法律・法案などを跡づけることを通して、今回の法改正の意味を明らかにしようとするものである¹。焦点は移植用死体臓器の摘出と脳死判定の要件に定められ、親族への優先提供の問題などは詳述しない²。

まず、筆者の視点から、今回の法改正の意義を概説し、次章以下の序としたい。

現行法では、脳死体からの臓器摘出に関して、臓器提供と脳死判定の実施の双方について本人の意思表示が不可欠とされ、運用指針において、その意思表示は 15 歳以上の者に限ってなし得ることとされている（遺族・家族の拒否の不存在の要件については、しばらく触れない）。15 歳未満の者からの摘出を可能とするためには、本人の意思表示を不可欠としたままでそれをなし得る年齢の下限を引き下げるか、家族・遺族等の承諾に基づいて脳死判定・摘出を行うか、のいずれかを認めることが必要になる。

前者の方針をとったのがいわゆる B 案であるが、これによる場合、意思表示ができない幼少の者からの摘出は依然として不可能である。後者の家族・遺族等

の承諾による脳死判定・摘出の実施に関しては、臓器摘出については、現行法に先立つ「角膜及び腎臓の移植に関する法律」（以下、「角腎法」）において遺族の承諾に基づく摘出が認められていたことと、生前の本人が希望を述べていない場合に、死体の取扱いを遺族の判断に委ねることはこれまで承認されてきたことを踏まえると、できないことではないと思われる。

しかし、脳死判定の実施に関しては、脳死を人の死とすることを受容しない立場が（相対的に少数ではあっても）社会の相当な割合を占める現状に照らすと、本人意思の関与を無くしてしまうことは不可能・不適切なことと思われる。その点の問題を A 案はかろうじてクリアした。現行法では、脳死判定に関して、本人がそれに従う意思を表示していた場合に限り、その実施が認められている。A 案では、本人がそれを拒む意思を表示していない限り、その実施は認められる。現行法でも A 案でも本人意思の関与は確保されている。異なるのは、現行法では、本人が脳死判定について積極的にその実施を認める意思表示が必要とされるのに対して、A 案では、本人の拒否がないことで足りるとされる点である。換言すると、脳死判定の実施に関して当事者が意思を表示していない場合の原則的取扱いを、現行法では脳死判定実施不可とするところを、A 案では脳死判定実施可に変更するということである。この取扱いの変更は、脳死を人の死と捉える人々の増加によって正当化できると考えられる。脳死を人の死と捉えない立場からは受容がむづかしい変更かもしれないが、本人関与の枠組みは維持されており、それは、本人が拒否の意思を表示していれば脳死による死の判定はなされない、という点で実効的なものである³。

1 詳しくは、丸山英二、臓器移植法と臓器摘出の承諾要件、ジュリスト 2007; 1339: 32-38 およびそこで引用されている文献を参照。

2 親族への優先提供に関して筆者は推奨はしないが容認されて良いという考えである。改正法 6 条の 2 の規定も、「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」という書き方がなされている。したがって、6 条の 2 があるからといって、臓器提供意思表示カードにこれに関する欄を設けることは必要でない。

■ 現行法の承諾要件

1. 法文

現行法6条は次のように規定している。

- 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又は家族がないときに限り、行うことができる。[以下略]

2. 6条の趣旨

6条1項は、死体（心臓死体・脳死体の双方）からの臓器摘出の一般的承諾要件として、①本人が生存中に提供意思を書面により表示しており、かつ、②その旨の告知を受けた遺族が摘出を拒まないこと（または遺族がないこと—遺族・家族がない場合については以下では触れない）を定めている。

次に、脳死体からの摘出の場合における脳死判定を行うための要件として、6条3項は、③本人が、提供意思に併せて、脳死判定に従う意思を書面により表示しており、かつ、④その旨の告知を受けた家族が脳死判定を拒まないこと、を定めている。

3 拒否の意思を表示できる年齢に下限は設けるべきではない。いかに年齢が低くても、また理由が不合理であっても、自らの身体・死体に関して表明された希望は可能な限り実現することが望ましい。

微妙な点に言及すると、意思表明できない幼少の者については、本人関与の可能性がない。しかし、このような者からの心臓死体からの摘出を遺族の承諾に基づいて認めるのであれば、脳死を人の死とするのが多数の見解であることに照らして、家族の承諾に基づいて脳死判定を行うことは容認できることのように思われる。

3. 附則4条

上記のように、6条では、死体臓器の摘出について、生前の本人の提供意思の表示が不可欠とされた。このため、それまで角腎法に従って、遺族の承諾に基づいて心臓死体から摘出されてきた眼球と腎臓にこの要件がそのまま適用されると、得られる眼球と腎臓が急減すると考えられた。このことに対応するため、附則4条において、当分の間、生前の本人の意思表示がなくても、本人が提供しない意思を表示していない限り、遺族の承諾があれば眼球と腎臓を心臓死体から摘出できるものと定められた。

4. 提供意思の表示をなし得る者

生前に提供意思を表示できる者に関して、現行法の運用指針第1は「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」と規定した。これによって、臓器を分割・縮小することが不可能な心臓などについては、幼少の患者に適合する小さな臓器は得ることができなくなった。

次章では、このような現行法6条が制定されるに至った経緯を辿る。

■ これまでの法律・法案等

1. 角膜移植法と角腎法

移植用死体臓器の摘出要件を初めて定めた角膜移植法（正式には「角膜移植に関する法律」。1958〔昭和33〕年）は、死体からの眼球の摘出に関して遺族の書面による承諾を求めた。角膜移植法に続く角腎法（1979〔昭和54〕年）は、遺族の書面による承諾を基本的な要件としつつも、「ただし、死亡した者が生存中にその眼球又は腎臓の摘出について書面による承諾をしており、かつ、医師がその旨を遺族に告知し、遺族がその摘出を拒まないとき、又は遺族がないときは、この限りでない」と規定して、二次的に、生前の本人の承諾があつて、かつ、それを知らされた遺族が摘出を拒まないときにも、臓器の摘出を認めた。

2. 脳死臨調答申

1990（平成2）年2月に設置されたいわゆる脳死臨調（正式名は、「臨時脳死及び臓器移植調査会」）は、1992（平成4）年1月に答申「脳死及び臓器移植に関する重要事項について」をとりまとめ、脳死を人の死とすることが医学的にのみならず社会的・法的にも相

当であると述べた。

3. 各党協議会案

臨調答申後2年あまりを経た1994(平成6)年4月に国会に提出された改正法案(「脳死及び臓器移植に関する各党協議会案」がまとめたという色彩が強いので、以下では、「各党協議会案」では、従前から指摘されていた問題点に対応するために変更を加えたり⁴、本人の提供意思表示がある場合を一次的なものと扱ったりする点で違いがあるものの、基本的には、角腎法の承諾要件が踏襲された。

すなわち、死体(脳死体を含む)から臓器を摘出できるのは、本人が生存中に提供意思を表示しており、かつそのことを知らされた遺族が摘出を拒まない場合、または、(生前の本人が提供意思を表示していたり、提供意思がないことを表示していたりした場合を除いて)遺族が摘出を承諾した場合、のいずれかであると規定された。心臓死体からの摘出であるか脳死体からの摘出であるかによって、承諾要件に差異を設けることはなされなかった。その背後には、臨調によって脳死は人の死であることが認められたので、これまで死体とされてきたところを「死体(脳死体を含む)」と改め、かつ対象を眼球と腎臓から各種臓器に拡げることで足りる、という考えがあったものと思われる。

4. 旧中山修正案・旧中山案

各党協議会案に関しては、(とくに脳死体からの摘出について)本人の意思表示がない場合にも遺族の承諾に基づいて臓器の摘出ができるとされたことに批判が強く、早期の成立が見込めない状況になった。そこで、1996(平成8)年6月、遺族の承諾で摘出ができるとする部分を削除する修正案が中山太郎議員らによって国会に提出された(旧中山修正案)。

この案では、本人が生存中に提供意思を表示しており、かつ、遺族が摘出を拒まない場合にのみ、摘出できることになった。しかし、角腎法のもとで行われてきた遺族の承諾による眼球と腎臓の摘出を途絶させるわけにはいかないので、当分の間、心臓死体からの眼

4 角腎法では、本人が提供に反対の意思を有していた場合でも、遺族は摘出に承諾することができると読めた。この点に対応するため、各党協議会案6条1項2号では、遺族が臓器の摘出について承諾できる場合を、「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」に限った。

球と腎臓に限って、本人が意思表示をしていない場合に、遺族の承諾で摘出できることとする附則4条があらたに設けられた⁵。

旧中山修正案は、1996年9月の衆議院解散によって廃案となった。しかし、同年12月、ほぼ同じ内容の法案が国会に上程された(旧中山案)。同法案は、1997(平成9)年4月、衆議院で可決された。

5. 関根修正案によって修正された旧中山案—現行法

参議院では旧中山案の審議は捗らなかった。そこで、旧中山案における「脳死体」を「脳死した者の身体」と言い換え、脳死判定実施の要件として、本人が、提供意思に併せて、脳死判定に従う意思を表示しており、かつ、家族がそれを拒まないことを定めるなどの点で、脳死を人の死と認めない立場に配慮した修正案が関根則之議員らによって提出された。これによって修正された旧中山案が平成9年6月17日に参議院および衆議院で可決され、7月16日に公布、同10月16日に施行された。現行法である。

■ 国会に提出された改正案

1. 五つの改正案

2005(平成17)年8月8日、中山太郎議員らと斉藤鉄夫議員らが、それぞれ臓器移植法改正案を国会に提出した。これらの法案は、提出日に衆議院が解散されたため、廃案となった。翌2006(平成18)年3月31日に、中山議員らと斉藤議員らがそれぞれ前年に提出したものと同じ法案を国会に提出した(中山案=A案、斉藤案=B案)。また、2007(平成19)年12月11日には金田誠一議員らがC案を提出し、さらに、今年に入って、5月15日に根本匠議員らがD案を、6月23日に千葉景子議員らがE案を提出した。以下、これらの法案を紹介・検討する。

2. B～E案

B案は、臓器提供などの意思表示をなし得る年齢の下限を12歳に引き下げ、C案は、脳死判定の要件を厳格にし、心臓死体からの移植用組織の摘出についても臓器と同じ要件を定めるとともに、親族間の生体臓器移植についても規定を置く。D案は、15歳未満の者について、本人が拒否の意思を表示していない場合

5 現行法附則4条で「脳死した者の身体」となっているところが「脳死体」とされている以外は、同一の内容である。

に、その遺族の承諾に基づく臓器摘出と家族の承諾による脳死判定を認め、E案は、子どもからの移植用臓器の摘出に関する検討を行わせるために「臨時子ども脳死・臓器移植調査会」を設置しようとするものである。

B案についての私見は「はじめに」で述べた。C案については、提案者の趣旨は一貫しているが、小児移植に道を開くものではないこと、D案については、15歳以上と15歳未満とで異なる取扱いを定める理論的説明が困難なこと、E案については、その時点でのそのような提案は時機を失していること、の点で、筆者の評価は否定的である。

3. A案

A案によって修正された現行法6条は下記のようになる。

①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。

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。

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。

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。

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。

一 当該者が第1項第1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。

二 当該者が第1項第1号に規定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。[以下略]

このA案の1項と2項は、「脳死体」が「脳死した者の身体」、「判定された死体」が「判定された者の身体」に置き換えられていることを除いて、かつての各党協議会案と変らない⁶。

3項1号は現行法の3項にあたる。現行法では、脳死判定の実施には本人がそれに従う意思を表示していたことが必要とされている。これに対して、A案では、本人が何も意思表示をしていなければ、（家族の拒否がない限り—この点は現行法と同じ）脳死判定が実施できるとされた。これはA案が基本的に脳死説に立つものであることを示しているが、同時に、「脳死した者の身体」など脳死を人の死と考えない人に配慮するための文言も残されている。

3項2号では、臓器提供に関する本人意思が不明の場合に、本人が脳死判定を拒否していなければ、家族の承諾で脳死判定が実施できるとされた。この部分だけを読むと、臓器摘出に関係のない脳死判定の実施も認められそうであるが、3項柱書が、「臓器の摘出に係る前項の判定」の要件を規定するものであることを示しているので、移植用臓器の摘出が関わる場合に限られた規定であることは明らかである。

このようにA案は、死体臓器移植の問題に限って、脳死による判定を人の死の判定のデフォルトの方法として打ち出した。また、各党協議会案とは異なり、脳死を人の死と考えない人については、脳死による死の判定を拒否する権利が保障されている。難解な規定になっていることは否定しがたいが、脳死による死の判定に関する本人意思の尊重と移植用死体臓器の確保を、かろうじて、理論的破綻なく両立させたものとして評価することができる。

■ 若干の私見

筆者はかつて、この問題について、「社会の意見が分かれる問題に関しては、少数者の権利が保障される限り、最終的には国会の議論で決着をつけるのが適切であると思われる。国会における建設的な議論と意見

6 遺族に承諾権限が与えられているので、A案では附則4条は削除されている。

7 拙稿、前掲注1、38頁。

の集約が求められる」と書いたことがある⁷。ビデオや会議録で接することができた国会の委員会審議では、長期脳死に拘泥する意見（要点は脳死からの回復例の有無であろう）、終末期医療などに議論を広げる意見、採択が想定される WHO 指針における移植ツーリズムの抑制についてイスタンブール宣言の文言に反する説明を述べる意見、などがみられた。

立法に当たっては、対象の特質について理解をすり

合わせ、小異を残し大同につく態度が重要である。その点では、なし得る議論は概ね尽くされたように思える。法改正が実現した現段階において重要なことは、やみくもに提供臓器の増加を急ぐことなく、改正法の趣旨と移植医療の実情を広く社会に訴え、この問題に対する着実な取組みを広げることであるように思われる。