

# 我国の「角膜・腎臓移植法」の検討

石原明

## 【目次】

はじめに

- 一 本人の意思と遺族の意思との関係
- 二 承諾権者としての遺族の範囲と順位
- 三 生体からの摘出に関する問題
- 四 心臓・肝臓の移植と脳死の問題
- 五 脳死状態の引き伸ばしと脳死身体の利用問題
- 六 報酬の授受、臓器売買、移植順位の公正に関する問題
- 七 ネットワーク作り、コーディネーターの養成、経済援助など  
おわりに

我国の「角膜・腎臓移植法」の検討 石原

【資料】

●角膜及び腎臓の移植に関する法律

(昭和五四・一二・一八)  
法律 六・一三

(この法律の趣旨)

第一条 この法律は、角膜移植術による視力障害者の視力の回復及び腎臓移植術による腎臓機能障害者に対する腎臓機能の付与に資するため、死体から眼球又は腎臓を摘出すること等につき必要な事項を規定するものとする。

(医師の責務)

第二条 医師は、角膜又は腎臓の移植を行うに当たっては、診療上必要な注意をしなければならない。

(眼球又は腎臓の摘出)

第三条 医師は、視力障害者の視力の回復を図る目的で行われる角膜移植術に使用されるための眼球を、死体から摘出することができる。

2 医師は、腎臓機能障害者に腎臓機能を付与する目的で行われる腎臓移植術に使用されるための腎臓を、死体から摘出することができる。

3 医師は、第一項又は前項の規定による死体からの眼球又は腎臓の摘出をしようとするときは、あらかじめ、その遺族の書面による承諾を受けなければならない。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。

(摘出してはならない場合)

第四条 医師は、変死体又は変死の疑いのある死体から、眼球又は腎臓を摘出してはならない。

(礼意の保持)

第五条 第三条の規定により死体から眼球又は腎臓を摘出するに当たっては、礼意を失わないうように特に注意しなければならない。

(省令への委任)

第六条 この法律に定めるもののほか、第三条の規定による眼球又は腎臓の摘出及び同条の規定により摘出した眼球又は腎臓の取扱いに關し必要な事項は、厚生省令で定める。

(使用しなかつた部分の眼球又は腎臓の処理)

第七条 病院又は診療所の管理者は、第三条の規定により死体から摘出した眼球又は腎臓であつて、角膜移植術又は腎臓移植術に使用しなかつた部分の眼球又は腎臓を、厚生省令で定めるところにより処理しなければならない。

(眼球又は腎臓のあつせんの許可)

第八条 業として死体の眼球又は腎臓の提供のあつせんをしようとするときは、厚生大臣の許可を受けなければならない。

(罰則)

第九条 第七条の規定に違反した者は、十万円以下の罰金に処する。

第一〇条 第八条の規定に違反した者は、六月以下の懲役又は二十万円以下の罰金に処する。

2 法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は人の業務に関し、前項の違反行為をしたときは、行為者を罰するほか、その法人又は人

対して、同項の罰金刑を科する。

(附則 (抄))

(施行期日)

1 この法律は、公布の日(昭五四・一二・一八)から起算して三月を経過した日から施行する。

2 角膜移植に関する法律(昭和三十三年法律第六十四号)は、廃止する。

(経過措置)

3 この法律の施行前に前項の規定による廃止前の角膜移植に関する法律(以下「旧法」という)第二条の規定による遺族の書面による承諾を受けている場合は、視力障害者の視力の回復を図るための角膜移植術を行う必要があるときに行う死体からの眼球の摘出については、なお従前の例による。

4 旧法第二条の規定による眼球の摘出(前項の規定による眼球の摘出を除く)及び同条の規定により摘出した眼球の取扱い並びに同条の規定により摘出した眼球であつて角膜移植術に使用しなかつた部分の眼球の処理については、なお従前の例による。

5 この法律の施行の際現に旧法第七条の規定により眼球の提供のあつせんの許可を受けている者は、第八条の規定により眼球の提供のあつせんの許可を受けた者とみなす。

6 この法律の施行前にした行為及び附則第四項の規定により従前の例によることとされる旧法第六条の規定による角膜移植術に使用しなかつた部分の眼球の処理に係るこの法律の施行後にした行為に対する罰則の適用については、なお従前の例による。

## はじめに

我国の角膜・腎臓移植法は、正規の名称は「角膜及び腎臓の移植に関する法律」であり、昭和五四年二月八日に公布されたものである。これは、視力障害患者や腎臓機能障害患者の治療のために、提供者の遺体から角膜及び腎臓を摘出することを認める法律であり、こうした死体からの臓器の摘出は刑法第一九〇条の死体損壊罪に抵触するおそれがあるので、それを合法的に行うための要件を定めたものである。ところで最近、医学の著しい発達のために、臓器移植医療の成功率が次第に高まっており、世界的にもこの移植医療は大きな注目を集めている。しかし他方、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、それに提供者ならびにその遺族が加わる三面もしくは四面関係となり、提供者がなければ成り立たないという新しい医療形態であるので、それだけに医療の分野だけでは処理することができない、社会的な問題をかかえるものとなっている。我が国の現状をみても、例えば、死の認定をめぐる脳死と臓器移植の問題が今や社会的論議の的となっており、あるいは我が国の患者が海外へ出かけて行って移植をうけたり、最近においては我が国にも臓器売買の問題が現実のものとなったりしているのである。そうしたことを背景として、我が国でも、これまでの角膜・腎臓移植法をこえたより抜本的な臓器移植法の制定が必要であることが、政府筋でも意識されはじめている。<sup>①</sup> こうした動きを見ると、私はこの問題に関心を持つ者の一人として、我が国の臓器移植に関する唯一の現行法である角膜・腎臓移植法について、少しばかり検討を加えて見た。

ところで、遺体から移植用臓器を合法的に摘出するためには、提供者側の意思を無視するわけにはいかないのであるが、その意思の問いかたについては、世界的に見て、大きく次の二つに分けることができる。一つは、提供者本人が生前にその提供に反対の意思を表明しなくてはなれば摘出できるとする、いわゆる反対意思表示方式 (Contracting Out) と、今一つは、臓器摘出のためには本人もしくはその遺族の承諾を必要とするという、いわゆる承諾意思表示方式 (Contracting In) である。そして移植医療の立場から見れば、前者は移植用臓器を得るためには好都合であろうが、他方、本人や遺族の感情を無視するのはどうかという面がでてくる。これらの方式のどれを採るかについては、それぞれ国によって異なるのであるが、我が国<sup>(2)</sup>の角膜・腎臓移植法は、承諾意思表示方式をとっている。そしてこのことは、我が国の国民性やその他の風俗・習慣からみれば、基本的に妥当であると評されるであらう。従って、以下の論述においても、承諾意思表示方式を基礎に置いた上でそれを進めて行くものであることを、始めに述べておきたい。

(1) 毎日新聞(夕刊)昭和六三年七月二日のこれに関する記事の標題は、「臓器移植法」を提言——自民調査団、会見で明言——次期通常国会に法案」となっている。なお、以下において注記する新聞各紙の記事は、いずれも大阪本社発行の記事である。

(2) 昭和五九年の比較法学会におけるシンポジウム「臓器移植の比較法的研究」比較法研究一九八四年四六号一頁以下では、諸外国の立場の詳しい紹介と検討がなされている。

## 一 本人の意思と遺族の意思との関係

一 まず始めに、我が国の角膜・腎臓移植法を考えると、重要な論点を含んでいるこの問題について考察してみたい。

我が国の角膜・腎臓移植法第三条三項は、死体からの臓器摘出が死体損壊罪とならないために必要とされる関係者の承諾のありかたについて、次のように規定している。即ち、「医師は死体からの眼球又は腎臓の摘出をしようとするときは、あらかじめ、その遺族の書面による承諾を受けなければならない。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」。これを見ると我が国の法律は、臓器摘出については遺族の意思を重視しており、殊にその但書を見れば、死者本人が生前に自己の臓器の提供を承諾しているにも拘わらず、遺族がそれに反対すれば摘出はできないことになる。のみならず、この規定においては更に、本人が生前にその提供に反対していても、遺族がそれを承諾すれば摘出ができるという解釈も可能であるとされている。ただしこの規定の但書は、あらかじめ遺族の承諾を必要としない場合を例外的に規定しているだけであり、従って遺族の承諾がありさえすれば、たとえ本人が反対であってもその摘出が可能であるとの反対解釈も成り立ち得るからである。<sup>1)</sup>ところでこのように遺族の意思を本人のそれに優越させることについては、法律の審議過程で反対論もあつたようであるが、我が国の習俗や国民感情を考慮すれば、当時としては本人意思優先に踏み切るのは、時期尚早で

あると考えられたようで、結局この法律は、ある意味では遺体処分権者である遺族の意思を死者本人の意思よりも優先する建前がとられたのである。<sup>(2)</sup>

二 しかしながら、このように本人の意思よりも遺族の意思を優先させることについては、本人の自己決定権を無視するものであるとの観点からの反対論がある。例えば金沢文雄教授は、「死後の臓器提供は、他人を救うための愛他的行為として高く評価されなければならない。このような死者の自己決定権は最も尊重されるべきである。それに対して遺族の遺体に対する利益といえ、死者を埋葬し、死者に対する哀惜の念と敬虔感情を害されないことである。そして死者に対する敬虔感情は、死者の意思決定を拒否することによって守られるどころか、かえって損なわれることになる。また臓器を摘出しても、遺体の外観的安全性は容易に維持できるので、それによって遺族の葬祭権が侵害されることもない。そうすると、臓器摘出を認めた死者の人格権は遺族の人格権に優先することは明らかであって、本人の提供意思が表示されているときは、遺族は臓器摘出を拒否する権利を有しないと云わなければならない。<sup>(3)</sup>」と説かれる。そしてここから、角膜・腎臓移植法の解釈としては、「それは本人の提供意思に反する遺族の拒否権を認めたものではないが、医師としては遺族の積極的な拒否にもかかわらず摘出することは穩当を欠くので、これを許さないことにしたと解される。従って、医師が法第三条但書に違反して、例えば遺族に告知せず、または遺族が拒否したにもかかわらず、本人の生前の意思に従って臓器を摘出した場合には、本法には違反するが、それによって直ちに刑法第一九〇条の死体損壊罪が成立するとは言えないように思う。それでこの場合、医師は角膜・腎臓移植法の違反により行政処分を受けることはあり得るが、刑事責任を問われることはないし、

民事上の遺族の人格権侵害も生じないと解される。(要約)」と述べられるのである。<sup>(4)</sup> また死者があらかじめ摘出に反対している場合に、それでも遺族の承諾により摘出が可能だとする解釈については、金沢教授は「それは死者の人格権ひいては人間の尊厳の侵害であって、これを認める法律は憲法第一三条に違反すると言うべきである。従って角膜・腎臓移植法第三條三項の解釈としては、本人の反対意思表示がある場合には、たとえ遺族が承諾しても摘出は許されず、もしそれをした場合には、刑法第一九〇条の死体損壊罪が成立する。(要約)」として、これには強く反対されるのである。<sup>(5)</sup>

また同じく本人の自己決定権を尊重する立場から、本人の意思を遺族のそれに優先させるように現行の角膜・腎臓移植法を改正すべきだとの提言もある。例えば加藤一郎教授は、「本人が摘出を拒否し、遺族が承諾したとき医師は道義的に提供を受けるべきではない。その逆の場合、遺族は道義的に批判されてよい。本人の意思をまず尊重しながら移植できるような法改正をするべきである。」と述べておられる。<sup>(6)</sup> このように本法は、制定いらい数年にして、まずは臓器提供の承諾のありかたをめぐって、その改正の必要性が論議されることになるのである。

三 さてこのように、本人が自らの意思表示をしている場合には、遺族の意思はその範囲内においてそれが考慮されるべきであるとし、本人の自己決定を優位においてこの問題を考えることは、尤もな見解と言うべきであろう。しかし他方、それなら遺族の立場をその際考慮しなくてもよいものかどうかについては、その結論を出す前におお今少し検討してみなければならぬ問題があるように思われる。

元来、死体の法的性格や、本人を含めて関係者の死体に対するかかわり合いを論じるものは、いわゆる「死体論」

と言われるものであるが、これに関する現在の我が国の通説と目されるものは、死体は慣習法上、埋葬権を有する者の所有権に服すると見られている。但しここに所有権といっても、その内容はもっぱら埋葬・祭祀・供養をする権能と義務に限定されるものである。ところで、死体に関する権利という場合にも、死者は自分の肉体の死後処分について生前には何らの権利も認められなとするのが支配的であつて、それはむしろ前述したように相続人や埋葬権者の所有権あるいは慣習法上の埋葬権の中に含まれるものとされている。そしてこのことは、死者本人が自分の死体の処分を指定していたときにも同じであつて、その指定は相続人を法的に拘束するものではなく、それはあくまで「道義的な問題」であるにとどまることになるのである。<sup>(7)</sup>

このように我が国では、法習俗的にも遺族の立場の優位が見られるのであるが、しかし最近においては、現代医学の発展がもたらした臓器移植医療における承諾という現代的課題に直面して、その承諾権者も喪主とか遺体管理権者というような古い発想からではなくて、死者本人と緊密な精神的つながりのある最近親者であること（これについては後述する）を前提として、遺体に対するそうした遺族に固有の要因を、家族生活関係から分析しようとするアプローチも見られる。例えば平林勝政教授によれば、死者とその遺族の間には、緊密な家族生活に根ざすとこの「精神的共同性」があり、それは単に日常生活を共同にしたというにとどまらず、死者と遺族とが「相互に個性ある個人としてかかわりあい、互いの人生に参加し合ってきたという、精神の領域における相互浸透性」といった精神的共同性があるのであつて、これこそが、近親者の遺体から臓器を摘出することについて遺族が承諾権を有することを実質的に根拠づけるものだ、とされている。<sup>(8)</sup>ところで、このような親密な精神的共同性を遺族の承諾権



の根拠とする場合には、遺族は死者の明示または黙示の意思に反する態度をとることはないであろうことが暗黙の前提となっているのであるが、それにもかかわらず遺族が本人の意思に反する態度をとった場合には、もはやこの精神的共同性ということをその根拠として説明することはできなくなる。この場合については平林教授は、それ次のように論じておられる。即ち、「遺族もまた生きている者として、自らの生活の仕方を自由に決定する権利<sup>11</sup>自己決定権を有している。従って遺族は、その家族の死体をどのように処置するかという、やや特殊な問題をかかえながらも、なお全体としては、遺族の本人としての権利に基づいて自由に自らの生活の仕方を決定することができるのであって、まさにこの文脈の中においてこそ家族の死体をどのように処置するかをも自由に決定することができる、とする考え方は取れないであろうか」と。<sup>(9)</sup>そしてここにおいてこそまさに、先に述べた本人の自己決定権の尊重と、ここに述べられた遺族に固有の自己決定権とが衝突する場面に出くわすのであり、ここで再び、そのどちらを優位におくべきかの困難な問題に立ち戻るのである。

四　ところで、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。しかしこれまで見てきたように、臓器移植という新しい医療において、本人にせよ遺族にせよその自己決定権に基づく承諾を媒介として臓器摘出が合法化されることになる現代においては、死体損壊罪の保護法益を死者に対する社会一般の宗教感情という古典的な観念だけでとらえずに、更に自己や近親者の遺体の完全性と安息を願う個人的な法益もまた、重疊的に存在していると考えるべきことについては、別の論稿で言及した<sup>(10)</sup>。前者の、社会の宗教感情の侵害については、人間愛に基づいた移植医療による病者の救命という、より

優越した価値がそれをカバーするであろう。後者の個人的側面においても、死者本人が生前に特に意思表示をしていない場合には、現行の角膜・腎臓移植法のように遺族の承諾により臓器の摘出ができるが、その承諾の実質的根拠については、平林教授の説明を引用したところにおいてすでに述べた。問題は、前述したように、本人の明示の意思と遺族の意思とが衝突する場合である。

この問題については、私は次のように考えたい。結論から先に述べると、ここに両者の法益はともに大切であつて、そのどちらか一方が当然に他方に優先するという性質のものではないので、両者の意思が互いに矛盾衝突しない場合のみ、合法的に死者から臓器の摘出ができる、ということである。これによると、本人が摘出を承諾していても遺族がこれを拒めば合法的に摘出することはできないことになるが、これは現行の角膜・腎臓移植法第三条三項の立場と一致することになる。次に本人が摘出に反対しているのに遺族がそれを承諾した場合にも、臓器摘出はできない。従つてこの点では、先に引用したところの、これに強く反対される金沢教授の見解と一致することになる。そこで結局、合法的に臓器摘出ができるのは、本人も生前からそれを承諾しており、遺族もまたそれを承諾した場合か、少くともそれに反対しない場合である、ということになる。

このことを基本的な前提として、次に今少し、私の見解についての補足説明と、この基準に反する臓器摘出がおこなわれた場合の法律効果について、述べてみたい。

さて、右のような基準をたてて、本人の法益と遺族の法益との共存をはかったとしても、それは「およそ本人の意思が優先する」あるいは「およそ遺族の意思が優先する」というように一般化することに對するチェックであつ

て、個々の具体的な場面においては、例えば本人が摘出を承諾しているのに遺族が反対すれば、それによって摘出はできなくなるから、そこにおのずから優劣がつくことになる。しかし、本来、遺族の承諾権の実質的根拠は、死亡した本人とその最近親者との互いの人生における精神的なかわり合いなのであるから、後に残った遺族としては、当然に死んだ近親者の遺志を尊重するのが通常であって、本人が承諾しているのなら遺族としても承諾し、本人が反対であるならば遺族もそれに賛成しかねるといふことになり、それが互いに衝突し合うという事態は、殆ど生じないものと思われる。また初めのうちはそれが食い違うことがあっても、医師やコーディネーターその他の関係者との話し合いや説得のうちに、死者本人の遺志を尊重しようということになることも、十分に考えられるであろう。しかしそうであってもなお、遺族が摘出を拒むならば、それは死者へのより強い愛情の現れと受け取れることもでき、それでたとえ本人の承諾があるとはいえ、遺族の心情を無視して臓器を摘出することは、穏当でないように思われる。そしてこの場合は、遺族の意思にしたがって摘出を控えたならば、本人の遺体は侵襲を受けなくてすむのであるが、逆の場合、即ち本人が反対しているのに遺族の承諾により摘出するとすると、その承諾の動機が、例えば死者の生前における悪行に対する社会への遺族としてのお詫びであるとしても、その遺体は本人の意思に反して侵襲を受ける事になるので、その不穏当性はより大きいものとなる。こうして私は、やはり両者の心情が移植医療に向けて協力的に一致するか、少くとも衝突しない場合にのみ、移植医療はその善意のもとにおいて推進せられるべきものと考えたい。

以上のことを前提として、次に、もしこの基準に合致しない臓器摘出が行われた場合に、その法律効果をいかに

考えるべきかについて、述べてみたい。

これまで述べてきたことは、結局は、本人の死後にも残る人格権と、遺族に固有の人格権とは、共に尊重されなければならぬということなのであるが、しかしより詳細に検討すれば、なおその上に我々の社会文化規範からの要請として、次のものが加えられる。それは、死者の残した遺志は、それが公序良俗に反せず妥当なものである限り、できるだけ尊重されるべきである、ということである。こうしたことを踏まえたときに、本人の意思と遺族の意思とは共に尊重すべきであるとしても、なおその幾らかは本人の意思の尊重のほうにウェイトがかかるものと思われる。現行の移植法が、本人が承諾している場合には、遺族の明示の承諾を必要とせず、遺族が拒否さえしなればそれで摘出できる、としていることも、これを物語っているであろう。そのために「本人の」または「遺族の」意思に反した臓器摘出行為が行われた場合におけるそれぞれの法律効果においても、その分だけの差異が生じることも有り得るのではないかと考えられる。端的に言ってそれは、同じく違法性の問題を生じるにしても前者には可罰的な刑法的違法が、そして後者には賠償問題としての民法的違法が当てはまるものと考えるのである。そうだとすると私見によれば、本人が摘出を承諾し遺族が反対している場合において医師がその臓器を摘出したときには、その医師には刑法上の死体損壊罪は成立しないが、遺族に対しては民法上の不法行為が成立し損害賠償の責任が生じる<sup>(11)</sup>。それに対して本人が摘出に反対しているのに、遺族がそれを承諾したとしてその摘出を行った医師には、死体損壊罪が成立し<sup>(12)</sup>、また承諾した遺族にも死体損壊罪の共犯としての責任が生じるが、ただ遺族の承諾がその動機などにおいて人倫にもとるものでない限り(例えば売買などではなく、前述したように、本人の生前の悪行に対す

る遺族としての社会への詫びとか、同じ他の近親者の病苦を救うためとか——これは場合によっては違法もしくは責任阻却事由になるであろう)、医師にも遺族にもそれは情状酌量として働くことが考えられるであろう。

五 次に立法論としては、すでに述べたように、角膜・腎臓移植法は本人の意思に優位を置くように改正すべきである、との提言もあるのであるが、私の見解からすると、その点の改正は必要ではないことになる。しかしながら、その第三条三項の規定によれば、本人が反対している場合にも遺族の承諾により摘出が可能であるとの解釈の余地がでてくるので、この点は文言上そのような解釈の余地をなくし、本人の意思と遺族の意思とが共に表明された場合には、それが相反するならば臓器摘出は許されず、その一致した承諾が必要であることを明確にするような表現に改められることが、期待される。

(1) 唄孝一「法律的にみた臓器移植」からだの科学臨時増刊『現代の生と死』一四三頁。平林勝政「臓器移植の比較法的研究——各国立法の小括と「承諾」権の一考察」比較法研究一九八四年四六号一二五頁。

(2) この法律の内容説明である厚生省医務局総務課小田泰宏氏の「腎不全の根治療法、死体腎移植の普及と促進——角膜及び腎臓の移植に関する法律」時の法令一〇七号一二頁を参照。

(3) 金沢文雄「臓器移植と承諾——角膜・腎臓移植法の解釈をめぐって——」広島法学第八卷第二・三合併号一六頁。

(4) 金沢文雄、前掲論文一八頁。

(5) 金沢文雄、前掲論文一九頁。

(6) 読売新聞昭和五九年六月五日の記事より。なおこの記事の見出しは、「本人の意思最優先を——臓器移植シンボ——改善迫られる日本」というものであった。

(7) 岩志和一郎「臓器移植と民法——死体臓器の摘出と不法行為の可能性——」ジュリスト八二八号四九頁参照。

- (8) 平林勝政、前掲論文一三四頁。
- (9) 平林勝政、前掲論文一三五頁。
- (10) 石原明「臓器移植の比較法的研究——刑事法的視点(2)」比較法研究一九八四年四六号九三頁。最近では刑事法学者の中にも、死体損壊罪の保護法益を死者の人格権や遺族感情といった個人的な面にも着眼して論じるものもある。例えば斎藤誠二「脳死と臓器移植について(四)」警察研究五九卷六号〇頁以下。
- (11) 金沢文雄教授は、先に本文で引用したように、この場合に医師は角膜・腎臓移植法の違反として行政処分を受けることはあり得るが、死体損壊の刑事責任も民事上の遺族の人格権侵害も生じないとされる。私見では、刑事責任については金沢教授と見解を一にするが、民事責任についてはその結論を異にする。
- (12) この点では、金沢教授とその見解を同じくする。

## 二 承諾権者としての遺族の範囲と順位

一 我が国の角膜・腎臓移植法は、死体からの臓器摘出について、その承諾の意思表示をすることができる遺族の範囲と順位を特に法定しておらず、ただ「遺族」という言葉を用いているだけである。このことに関する厚生省の小田泰宏氏の説明によれば、それは次のようである。即ち「本法において遺族の承諾は摘出行為の違法性阻却要件であるから、その承諾を行いうる「遺族」とは民法七二五条にいう「親族」における死体の管理権を有する者すなわち喪主でなければならない。ところで喪主は、通常、我が国の慣習に従い葬儀等に際して相互に連絡・協議を行う範囲の親族と、眼球・腎臓の摘出についても十分相談するものと考えられ、この意味において実質的に喪主は、

遺族の総意を代表して承諾するといつてよいであろう。従つて医師は、喪主の承諾を受ければ足りるのである。本法が遺族の範圍・順位を明定しなかつたのは、このような習俗的背景を考慮し、それを法定することによる混乱を恐れたからである。(要約)<sup>(1)</sup>。そして我が国の死体解剖保存法も献体法も、それを承諾する遺族の範圍と順位について特に法定することなく、ただ「遺族」という表現をとっているのも、やはり同様の趣旨からであろうと思われる。

二 ところで、我が国の他の法領域においては、遺族についての定義規定を持っているものも多い。しかしながら、それらは一連の社会保障立法ならびに著作権法であつて、それは必ずしもここで論じる臓器移植や献体などとその基盤を同じくするものではない。それらは主として遺族の經濟生活上の配慮からくるものである。さて元來、「遺族」には次の三つの側面があると考えられる。一つは、死者の生存当時においてその人が主な生計の担い手であつた場合、遺族は扶養を受ける権利の喪失・所得の減少などの痛手を被る立場にあるという經濟的な側面、第二は、礼意をもつて死体の世話をし、死亡届けを出し、死者を弔うための葬式、埋葬、お墓の管理などを行うという遺族の死体世話の側面、そして第三は、その人の死亡によってその人との親密な人間関係を絶たれた父母、配偶者、子などの遺族が直面する精神的な側面である。<sup>(2)</sup>このように見たとき、近親者の遺体から移植医療のために臓器を摘出すことについて、それを承諾する資格のある遺族とは、右の第三の側面に着目した遺族でなければならないことは、第一章において遺族の承諾権の實質的根拠を検討したところからしても、当然に導かれるものと考えられる。即ちその承諾は、形式論上の遗体管理権や喪主としての地位、立場から導かれるものではなくて、緊密な家族共同生活という互いの「人生の事実」から生じた精神面における相互浸透性から導かれるものである。尤も喪主はその

ような意味における承諾資格者であることが通常であろうが、しかしここに何もそれは、喪主に限られることはないし喪主でなくてもよい。それは通常においては、死者の枕辺で愛情をもって深い悲しみにくれる近親者であろうし、それが複数であればその一致した承諾であることが必要であろう。このように解したとしても、民法第八九七条が、系譜、祭具、墳墓の所有権に関して、我が国の慣習に従い祖先の祭祀を主宰すべき者による承継を規定している趣旨に反することにはならないであろうし、またその承諾ならびに臓器摘出は葬儀以前のものであって、遺体の修復も容易に行われるので、喪主の葬儀・埋葬の権利を制約するものとはならないであろう。

三 ところで、例えばアメリカの「統一死体提供法」<sup>③</sup>は、死体提供の承諾をなし得る遺族の範囲と順位について、①配偶者、②成年の子、③親、④成年の兄弟姉妹、⑤死者の後見人、⑥死体を処分する権限または義務のあるその他の者、というように定めている。そこで我が国でも、このような規定は必要であろうかという問題が起り得よう。しかしその承諾権者を、前述のようなものとして理解する限り、アメリカのように詳細にそれを規定することにはなじまないように思われる。とは言え、この場合ただ「遺族」という文言だけでは、前述のような意味・内容が示されないと思われるので、ここに例えば、その承諾権者として「死者と緊密な精神的かわり合いを持った近親者」とでも表現し、かつ、それが「複数である場合には、その一致した承諾」によるというような規定にすることが、私としては望ましいのではないかと考える。

(1) 小田泰宏、前掲論文一三頁。

(2) 星野澄子「臓器移植の比較法的研究——民事法的視点(二)」比較法研究一九八四年四六号一一四頁より。



(3) アメリカの統一死体の提供法については、丸山英二「臓器移植の比較法的研究——I—1—アメリカ」比較法研究一九八四年四六号一七頁以下を参照。

### 三 生体からの摘出に関する問題

一 腎臓移植については、欧米では死体からの提供がほぼ八割であるのに対して、我が国ではそれと著しい対照がみられ、死体からの提供はほぼ二割五分であるのに対して生体からの提供が約七割五分を占めている。それにもかかわらず、我が国の角膜・腎臓移植法は、もっぱら死体からの摘出に関するものであり、生体からの摘出については何ら規定していない。しかし例えばフランスでは、一九七六年一月二二日の「臓器摘出に関する法律」<sup>(1)</sup>第一条一項が、生体からの摘出について、「摘出は、治療を目的とする人間への移植のために、摘出について自由かつ明白に同意するところの、成年でかつ精神的完全性を享有する生者について行うことができる。」と規定している。ところで、生体からの臓器摘出は死体からのそれと比べて、次のような点でその意義を異にする。まず、生体からの場合は提供者本人のそれ以後の健康状態に何らかのマイナスの影響を与える。従って生体からの場合は、まさしく刑法における傷害罪と背中合わせでそれが行われることになる。次に、提供者本人が自らの判断で意思表示をし、またそれが出来ることが前提となり、また提供者と受容者の両者が現存することから、その間における人間関係が考察の対象となるが、反面この場合は、遺族との関係は出現しない、ということである。

二 このような意味合いの相違を踏まえた上で、我々はここに、我が国においても生体からの摘出規定は必要で

あるかどうかにつき、検討する必要があると思われるが、その場合の基本的視点としては、次の二つのものがあるように思われる。一つは、生体からの摘出規定を設けることは、生体からの摘出を肯定した上でそれが適法となる要件を掲げることになるが、人に対する傷害は死体の損壊よりも重大であるので、原則的にはそれを認めず、むしろ刑法における傷害罪とその正当化の理論・解釈・運用により合法化される場合を個別的に見ていこうとする立場である。それに対して今一つは、生体腎移植のほうが死体腎移植に比べて著しく多いという我が国の現実を踏まえて、この際それを基本的には肯定しつつ、それが正当化されるための要件をきっちり法律で定めておくほうがより妥当である、とする考え方である。そのどちらに立つべきかは、ここでは留保しておくとして、いずれにしても、生体からの摘出については、幾つかの留意すべき点があるので、次にそれらについて少しばかり検討を加えておきたい。

(一) 生体からの摘出の場合においては、それを正当化するためには何よりも提供者本人の自主的な判断に基づいた明白な承諾があることが必要であることは、言うまでもない。しかもその承諾も受動的なものではなくて、例えば親が子の命を救うためにそれを懇願するといった、積極的なものでなければならぬであろう。次に、未成年者および精神障害者からの摘出については、十分に考慮すべき問題がある。フランスの法律は、この点については前述したように、第一条一項では、「成年で精神的に完全な者から」という文言をいれているとともに、未成年者については次のような規定をもっている。即ちその第一条二項は「提供可能者が未成年者である場合には、摘出は、受容者の兄弟または姉妹にかかわるときでなければ、行うことができない。この場合には摘出は、未成年者の法定

代理人の同意を得て、かつ、委員会（その構成については、略。——筆者）によって許可が与えられたのちでなければ実施することができない。（中略）未成年者の意見が聴取され得る場合には、その者の承諾拒否は、常に尊重される。次に精神障害者について今一つ、重要な論点を含むと思われるアメリカ一九六九年のストランプ事件判決を紹介しておきたい。それは、二八歳の男性が移植でないと思われるアメリカ一九六九年のストランプ事件判決<sup>(2)</sup>を紹介しておきたい。それは、二八歳の男性が移植でないと思われるアメリカ一九六九年のストランプ事件判決を調べたところ、六歳程度の知能しかない二七歳の精神薄弱者である弟の腎臓だけがきわめて高度な適合性を持っていることが分かった。そこで親は摘出に同意したのであるが、ケンタッキー大学のメディカルセンターは、親の同意だけでは不十分だとして移植を拒否した。そのためにこれは、ケンタッキー州最高裁判所まで持ち込まれたのであるが、同裁判所は四対三で移植を許可した。この裁判で多数意見は、「精神薄弱者である弟は、情緒的にも兄に大きく依存しているので、兄を失うことは弟の幸福の妨げになるから、この摘出は弟本人の利益にもなる」ということをその理由とした。それに対して少数意見は、「病める若者を助きたい熱情と、社会の不幸なメンバーを十全に保護すべき義務との間で、わが同情と情緒は引き裂かれる思いである」と前置きして、「両親は自らを犠牲にすることは自由であるけれども、十分な法定年齢以下の子供を犠牲にする自由はない」「人体の一部の贈与のためには、完全な理解能力と承諾が前提条件となる」「本件が精神薄弱者の臓器利用の突破口となることを恐れる」といった理由から、「本件のような場合には、たとえ成功率は低くても、死体腎を利用すべきである」と述べたのである。

このように、生体からの臓器が未成年者や精神障害者から摘出されるという場合には、ここに見たような深刻な

問題に直面するのであるが、私としてはストラップ事件では少数意見に全面的に賛成したい。やはり生体からの摘出のためには十分な判断能力があることを前提として、その本人自身の承諾と、それを補う親の同意が必要であり、精神障害者の場合は、親や後見人、補佐人の同意だけでは足りず、従ってこれらの者から生体臓器摘出をすべきではないと考えるからである。

(二) 死体からのものでもそうであるが、生体からの場合にはなお一層、それは人間愛に基づいた自発的な提供でなければならぬ。それがもし臓器の売買やその他の利益、報酬を得るためのものとして行われるならば、それは移植医療を支える生命倫理規範を大きくはずれるものとなる。なお臓器売買の問題については後述する。このように、臓器提供の無償性が貫かれなければならないが、その前提として、生体からの摘出の場合には提供者と受容者の間において緊密な近親関係があることが必要であろう。そうでないと、そこに臓器売買や報酬の授受という好ましくない要因が入り込むすきを作ることになる。さてこの場合に、ここに近親者とは血縁者に限るべきかの問題が生じてくる。ところで最近における日本移植学会の調査によると、血縁者でなくても生体腎の移植がここ数年来<sup>3)</sup>広がっているとのことである。尤もそれは、血縁がなくても夫婦間や養親子間でのことであるとのことであるから、全くの非血縁者間にまで及んでいるわけではない。従ってこの限度においては、それは是認されてしかるべきであろう。かつて日本移植学会は、臓器売買などを避けるため「家族間・血族間に生体腎移植を行う場合はあっても、第三者からの生体腎の移植は、いかなる事情があろうとも現状においてはこれを慎むべきである」との声明を発表したが、この線は厳格に守られるべきである。そしてそこに緊密な家族共同生活関係のある親族の枠内であれば、

必ずしも血のつながりがなくても、愛情のつながりによって生体腎移植は可能であると私は考える。

(三) 生体からの臓器摘出となると、その提供者の健康状態に何らかのマイナスの影響を与えずにはおかない。したがって、ここにもそれには一つの限界がある。即ち、今まで述べた前提条件が存在したとしても、もしその臓器の提供によって提供者の健康な日常生活に大きな危険や不自由を生じさせるのであれば、それは行うべきではないであろう。従って生体からの摘出が可能であると思われるのは、例えば腎臓のように二つあって一つでもそれほど健康な生活に影響がないものとか、容易に再生が可能な臓器・組織に限られることになる。眼球は二個あるが、その生体からの摘出には問題があるであろう。

三 以上述べたように、生体からの臓器摘出についても幾つかの検討課題がある。そこで私が先に留保した問題、即ち我が国の角膜・腎臓移植法は、生体からの臓器摘出についてもその規定を持つべきであるかどうかについては、私はやはりこの際、これらのことについて十分に検討したうえで、適切な法律規定を設けたほうがよいのではないかと考えている。

(1) フランスの法律については、島田和夫「臓器移植の比較法的研究——1—2 フランス」比較法研究一九八四年四六号二  
八頁以下を参照。

(2) この事件は、明孝一「臓器移植における提供者側の意思」私法三四号一三九頁以下において紹介、解説されており、本稿もそれを参照した。

(3) 朝日新聞昭和六三年四月四日の記事による。

#### 四 心臓・肝臓の移植と脳死の問題

一 我が国の角膜・腎臓移植法は現在のところ、移植の対象となる臓器については角膜及び腎臓をあげるにとどまっているが、このことについて厚生省の小田泰宏氏は、次のように説明しておられる。即ち、「制定された法律が国民の広範な支持を得るには、その法律が規定する臓器移植が治療技術として確立・定着しており、手術の成功による患者の社会復帰効果も大きく、同時に移植を希望する患者も多く、かつ、移植を行うに必要な臓器の提供システムが普及しつつあるといった条件が必要であろう。本法は、このような条件を充足し、その促進について国民の合意の得られているものとして、従来から立法化され実施されてきた角膜移植と、今日、普及をみている腎臓移植に限り立法の対象としたのである」<sup>1)</sup>。そしてこれは確かに理由のあることであり、他の臓器への拡大のためには、その前提としてその移植医療のレーゲ・アルティスが確立されることと、その医療に対する社会倫理的承認があることが必要であろう。だが最近では医学の発達により、角膜及び腎臓以外の臓器の移植も盛んになってきた。したがってこの場合は、前述した前提条件を充たす限り現行の移植法が類推適用されることは可能であろう。そして後には、現行法のように角膜と腎臓だけを法定しておいて、その他の臓器については法を改正して次第に拡大していくか、それとも一般的に「臓器及び組織」としておいて、現段階では「本法で言う臓器並びに組織とは、角膜及び腎臓・に限る」というように施行規則で定める方法をとるか、それは立法技術の問題だと思われる。

二 しかしながらその実際においては、そうは簡単に片付けることができない問題が、今や移植医療の中で生じ

ることとなった。それは言うまでもなく、心臓移植や肝臓移植など、脳死状態からの摘出を必要とする臓器移植医療が世界的に普及を見ることになり、また脳死状態からの臓器摘出が一般的にもその移植の成功率を高めるといふ事実との関連において、脳死をもって死とすることができるといふ、いわゆる死の認定と脳死論の問題が社会的論議を引き起こしているからである。そしてこの問題は、我が国の角膜・腎臓移植法を検討するに当たっては、避けて通ることができない重要課題の一つとなるので、この観点からここで脳死の問題について、若干の整理的検討を試みたい。

さて、これまでに公表された死の認定と脳死に関する論議を見れば、以下に述べるような、三徴候説（脈拍・呼吸の停止、瞳孔の散大）から脳死説（脳幹を含む全脳機能の不可逆的停止）への方向移動的な観点からの整理が可能であると思われる。これらの説にはそれぞれ一長一短があるのであるが、その点をも含めて次ぎにそれらを概観してみたい。<sup>(2)</sup>

(一) 三徴候説の保持。これは死の認定については、基本的には従来からの三徴候説を保持しようとするものである。従ってこの立場からは、提供者から生きた心臓を取り出す心臓移植などは殺人罪の犯罪類型に該当することになる。しかしこの立場といえども、心臓移植医療に全く道を閉ざそうとするものではなく、何らかの形でケース・バイ・ケースにより生きた心臓の摘出を正当化しようという理論的努力がなされている。例えば患者側の心臓提供の承諾、脳死の確実な判定、病者の救命などの諸事由を検討して、その摘出行為が社会的に見て相当であると見なされればそれを適法とする。しかしこれに対しては、いくら諸々の事由があるとしても、言ってみれば瀕死の

重症患者から生命に必須の臓器を摘出するのであるから、それを「社会相当性」によって適法化するのは無理であるとの批判がある。また緊急避難による正当化も試みられているが、それに対しても生命の価値の相対化を招くとの見地からの批判が向けられている。なお、脳死を個体死とするためには立法が必要であり、従って立法ができるまではこれまでの三徴候をもって死とすべきであるとの見解も、ここに含ませてよいであろう。

(二) 処分―選択説。これは、まず脳死状態を死 (dead) と見るのではなくて、間近かな死への一方通行を歩む (dying) 残されたわずかな生ある状態と見る。そして一般的には三徴候で死を認定するが、臓器移植との関連において、患者自身が、脳死状態において残されたわずかな生を処分 (放棄) し、脳死による死を選択する場合には、その限りで脳死をもって死とするという見解である。これは、脳死の問題は臓器移植との関連において生じてきたことを直視した上で、脳死患者の生命権と病者の生存権の調和を考えようとする。言い換えれば、これまでの死の認定方法を大きく変更することなくして心臓移植にも道を開く方法を模索しようとするのである。即ち、一般の死の場合は原則としては三徴候によって死を認定するが、人工的生命維持治療のもとに置かれた患者が、生前において脳死状態における死の認定を諒解し、その状態での心臓等の臓器の提供を表明していたならば、そのときは脳死をもって死を認定することになる。つまりこれは、患者の脳死への自己決定権を基礎に据えることによってその主体性を守るとともに、それにより脳死状態から摘出された臓器を病者の生存権を支えるために用いることにも道を開こうとするのである。だがこれに対しては、死を個人の意思にからしめることは、万人にとって統一的であるべき死の基準を相対化するものであって、生命に対する人々の平等感を損なうのではないか、生命の処分権を認め



ることは自殺や囑託殺人を許容することにならないか、患者の自己決定権ないし選択の対象およびその意味・内容は何か、などの疑問が提起されるのである。

(三) 拒否権説。これは、従来の心臓死のほかに脳死をもって人間の個体死と認めてよい、とするのであるが、その場合に脳死による死の判定は、患者本人または家族の意思を尊重し、その同意を得て行うのが適当であるとす。そして脳死による死の判定を是認しない人にはそれを採らないことを認めようとするものであり、その意味でこれは拒否権説と名付けられるものであり、先の(二)の見解とではその原則と例外が入れ代わるような関係にある。ところでこれに対しても、やはり死の認定に個人の意思を介入させる面を持つので、ここでもやはりその点に批判が向けられるのであるが、それ以上にこの立場に対しては、生命の処分への自己決定ではなくてその逆、即ち死の認定を拒否する方向への自己決定権ということについては、一層その意味・内容と、本来の自己決定権の持つ実体との適合性が問われなければならないという批判を招くのである。また、脳死は死であるとしつつ、脳死患者の家族がそれによる死の認定を拒否したならば、それはまた生に戻るのかといった、一般感情からの素朴な疑問も生じてくるであろう。

(四) 統一脳死論。これは、従来から長年にわたって死の認定方法として用いられていた三徴候説をこの際大きく変更して、すべての死について統一的に脳死をもって死とするという立場である。これは確かに、死は万人に平等で統一的でなければならぬという基本的立場を貫くとともに、心臓移植医療にも大きく道を開くことになる。しかしながらこれは長年にわたる人々の生死に関する大きな意識変革を必要とするので、社会のコンセンサスがな

かなか得にくいという、今の現状にぶつかるとのみならず、脳死状態になって、なお心臓が鼓動を続け、その停止までの時間的へだたりが生じるのは、レスピレーターをつけて人工的生命維持治療のもとに置かれた場合だけであって、それは全死亡例のわずか一％に過ぎないと言われている。そうであるならば、それ以外の九九％の死は何で認定するのであろうか。これについてはこの立場からは、心臓、呼吸が停止すれば間もなく脳機能も停止するので、心臓、呼吸の停止によって脳死は確認できるというのであるが、これまで心臓や呼吸の停止が単に脳機能停止確認の手がかりとして考えられてきたかについては疑問もあろう。ともあれ一％に生じる事態を九九％に押し及ぼすというに、何か不自然なものを感じることは否めないであろう。

三 以上のように、脳死に関する諸説にはそれぞれにおいて一長一短が見られる。しかしながら他方、移植医療が発達して病者を救命できる成功率が次第に高まりつつあるという現状を踏まえたとき、脳死に関する各説の短所の面はどうしても克服できないというものでもないであろう。ここで考察している問題は、理論のための理論や患者不在の理論であってはならないのは当然である。従ってそのなから合理的な調和点を見いだすために努力すること、また重要な課題となるであろう。尤もその調和点も、社会のコンセンサスの得られるものでなければならず、安易な妥協であってはならない。そのためにはやはり国民的論議を尽くすことが必要であるが、それを最も明確な形で行うことができるのは、立法の作業を通じてであることも確かである。ところで私は、脳死の問題については前述した(一)(二)の立場をとるので、それは大きくこれまでの三徴候説を変更しようとするものではないから、必ずしも立法を必要とするとは思わないが、しかし多くの見解が分かれて、そのために医療の現場に混乱を招くと

いう事態は避けなければならないので、それを立法に委ねることにあながち反対ではない。ただ問題は立法の内容であつて、これを示さなければ立法論も空回りとなるであらう。さてこうして立法論議に持ち込む場合、それにも次のような態度があり得るものと思われる。一つは、立法は妥協であるという、これまでに言い習わされた精神に従つて、例えば、まずは前述の(四)において見た統一脳死論を提案する。それが大多数の賛同を得ればそれによいが、それが得られない場合は、提案を修正して(三)の内容にする。それでも賛同が得られない場合は(二)に修正する。そしてそれでも賛同が得られないとすれば、現在の我が国では脳死についてはまだ社会的コンセンサスは得られないとして、結局(一)の見解に従つて、三徴候で死を認定し、心臓移植は殺人罪の犯罪類型に該当するとしつつ、個別的に、事情によりその違法阻却もしくは責任阻却を考えていかざるを得ないということにならう。それに対して第二の形態としては、要するに脳死論は(四)の統一脳死論であるべきであつて、その中間的なものはあり得ず、したがつて死の認定に関する立法としては、(一)か(四)かであるとして、統一脳死論の提案のみを行うという立場がある。その場合には、統一脳死論が大多数の賛同を得ることができるよう、法案を提出する前に、一般社会に対して十分な啓発とコンセンサスづくりが必要であらう。そうしてそれが熟したと見られるときに、一挙に脳死法を成立させるということになるであらう。しかしこのためには、脳死賛成論と反対論の対立とその緊張状態が更に数年間は続くことは、見込まなければならないものと思われる。

ここで私なりの提案が許されるとすれば、私としては従来からの死の認定方法を原則としながら、人工的生命維持治療のもとにある場合においては、患者本人のあらかじめ表明した脳死認容と臓器提供の意思をもとに、脳死を

もって死と認定することができるというように、脳死立法は、患者の意思の尊重と、脳死を三徴候説に対して補充的に規定する内容のものであってほしいと考えている。しかもこうした規定は、独立の法律として制定されるのではなくて、本稿で検討しているような臓器移植法の中において、移植にかかわる問題を解決するためのものとして規定されればよいのではないかと考える。このようにして、いずれは社会の全体が統一脳死論の方におもむくかもしれないが、私はその前にも、まずは一つのステップとしてここで述べたような方式をとり、できるだけ早く心臓や肝臓の病に悩む患者の救済をはかることができるような、段階的進行論を提案したのである。

(1) 小田泰宏、前掲論文九頁。

(2) 脳死論に関する諸見解ならびに私の立場、およびそれらの批判や応答については、石原明「脳死の問題を考える——法的論点を中心に」神戸学院法学一八卷一・二号（一九八七年一〇月）一五一頁以下で論じたので、詳しくはそれを参照していただければ幸である。従ってここでは、単にその概要のみに止どめる。

## 五 脳死状態の引き伸ばしと脳死身体の利用問題

一 最近の医療技術の著しい発達は、前述した脳死論との関係において、あらたに困難な問題を社会に提起することになった。それは、人工呼吸器をつけた脳死患者に抗利尿ホルモン及び昇圧剤を投与し続けると、その心臓拍動を引き伸ばすことができ、それは理論的には年単位で可能であるということに関連する問題である。その場合に、その患者はなお生きていると見るべきか、それとも死体と見るべきかについて、まず問題が生じる。これまで脳死

をもって個体死と考えてよいとする脳死論も、脳死状態になればもはや生への回復が不可能になるとともに、長くてもせいぜい一週間か十日で心臓も停止するということを前提としてのことであった。しかしその心拍が何年も続くということになれば、それを死と見ることに抵抗を生じるであろう。このことは脳死論をとるかとならないかを選択するときかなり大きく影響するであろうが、このことはさし置くとしても、何のために脳死患者の心停止を引き伸ばすのか、その意義と目的が改めて問われなければならない。そしてそれが、脳死患者の延命のために行われるのであれば、それは脳死状態をなお生とみるのであるから、ここでは脳死論ではなくて心臓死（二徴候説）が予定されていることになるが、そうなると末期患者に対する過剰な延命措置と「死ぬ権利」の問題が出てくると思われる。それに対して、もし脳死状態をもって個体の死とする脳死論に立脚するとすれば、もうそこには治療や延命の観念が入る余地はなく、脳死状態の引き伸ばしは、死体でありながらなお生体反応を示すその個体の臓器や血液を何かに役立てたり、医学上の実験研究を行うために行われるものとなる。しかしそうなれば、果たしてそのようなことが許されるかどうかについて、十分な社会的論議を尽くす必要が、ここに生じてくるであろう。

二 森岡正博・赤林朗両氏共著の「『脳死』身体の各種利用はどこまで許されるか」という論文<sup>(1)</sup>によると、最近フランスでは脳死身体の扱いをめぐる一つの事件をきっかけにして、大きな社会的混乱が起こっているとのことである。それは、今年（昭和六三年）二月に、アミアン大学病院センターのミヨー教授が、脳死身体的人工呼吸器の酸素を亜酸化窒素（笑気ガス）と取り替えて容態の変化を見る人体実験を行い、それをビデオに収録していた、というのである。これに対してミッテラン大統領は、特別に声明を発表して、「人間は道具ではないということをお

々は決して忘れてはならない。真理の探求であろうと、科学の進歩であろうと、それが文明の諸価値の確かさを後退させることは許されないと非難したということである。尤もこの場合、被験者はあらかじめそれに同意をしていたということではある。しかしこのように、脳死身体の実験やその利用については、まだ社会において十分な議論がなされていないのに医学が先行することについて、森岡・赤林両氏は、「その技術が実行される前に、あらかじめ技術的可能性・倫理問題・社会的受容の選択肢などについて、一般市民も参加した幅広い議論を行うというルールを作ることが、是非とも必要である。」と述べておられる。そして脳死身体の利用が社会的にどこまで許されるかについては、次の選択肢が考えられるとされる。即ち、「(一) 医学・医療目的であれば、脳死身体の各種利用はすべて許される。(二) 脳死身体を利用しないときよりも、脳死身体を利用したときの方がコストが下がる場合、利用が許される。(三) 臓器移植、移植用臓器の貯蔵庫、人体実験系としての利用に限り許される。(四) 臓器移植、移植用臓器の貯蔵庫としての利用に限り許される。(五) 臓器移植、人体実験系としての利用に限り許される。(六) 現在の技術での代用可能性がない場合に限り、許される。(七) 現在の技術および近い将来の技術での代用可能性がない場合に限り、許される。(八) 臓器移植に限り許される。(九) 臓器移植も含め、すべての利用を禁止する。」そして勿論、これらの共通項として、被利用者の自発的な意思の尊重がその前提とされている。そして技術的には、脳死身体の幅広い利用は今すぐにでも可能であるので、これについての社会的議論を、今からでも始めなければならぬことを強調されるのである。

三 脳死患者から摘出した心臓や肝臓の移植も、たしかに脳死身体の利用の一つであるが、そこにはドナーの

間近に見込まれた全有機体の死亡が前提とされていた。しかしここで見たように、脳死状態を人為的になく保って、その生体反応を見ながら種々の過酷な実験が行われたり、それを臓器や血液の貯蔵庫としたりすると、それはこれまで考えられていた臓器移植とはもはや同視することができない、別の観念を前提としなければならなくなるであろう。たしかにある意味では、それは臓器移植と質的にかわるものではなく、その延長線上にあるものだとする見方もできるかもしれないが、私は前述したように、これについては改めて、脳死状態についての生死に対する意味合いと、死ぬ権利や尊厳死の問題、あるいは死者の安息や遺体の尊厳性など、より幅広い生命倫理の観点からの議論が必要となるのではないかと考える。その場合、このような長期にわたる脳死状態を生と見るか死と見るかを問わず、いずれにおいてもそれを正当化するためには、脳死患者本人の意思能力のあるときにおける真意に基づいた志願があったということが、どうしても必要であろう。しかしその志願があればすべてが許容されるというものではない。したがってなおその上に、前述のような森岡・赤林両氏が示された選択肢を十分に考慮してその許容性の範囲を決めるべきであるが、これにはなお十分な社会的議論を尽くす必要がある。しかしながら医療側の進行は速く、これらの問題も焦眉の急として差し迫っているので、早急に議論した上で、我が国の角膜・腎臓移植法においてその基準を示すことも、考えられてよいのではないかと思うのである。

(1) 森岡正博・赤林朗「『脳死』身体の各種利用はどこまで許されるか」中央公論昭和六三年五月号二五六頁以下。

(2) 森岡・赤林、前掲論文二六〇頁。

(3) 森岡・赤林、前掲論文二六七―八頁。

## 六 報酬の授受、臓器売買、移植順位の公正に関する問題

一 最近、フィリップンで日本人への生体腎の売買・斡旋が出現した。それも、その斡旋者は日本人で、生体腎提供者はモンテンルパ刑務所に強盗殺人罪で終身懲役を受けて服役中の、フィリップン人受刑者だということである。こうしたことが本年六月末以降の新聞各紙に報道され、またその論評がなされたが、こうした臓器売買・斡旋を耳にすると、そこには反生命倫理的・非人間的な感触を拭い去ることができないように思われる。はじめにも述べたように、これまでの医療は医師と患者という二面関係であったのが、臓器移植医療ではそれに臓器提供者が加わる三面関係の医療となり、しかも提供者と受容者とはその利害が相反することになる。新聞報道などによると、フィリップンではこの辺りのことについては、提供者も受容者も共に利益になるようにすることは何も排斥すべきではないという考え方をとって、生体腎提供者にも報酬を与えることを、別に反倫理的とはしていないようであるが、しかしそもそも人体は、対価的取引の客体とはならない(頭髮などたえず再生するものは別として)とするのが、現代精神文化を支える生命倫理であろう。従って臓器移植医療は、病に悩む人々を助けたいとする提供者の他愛の精神の上においてなされてこそ、初めてそれは生命倫理に合した崇高な医療として成り立つものであると考えられる。今回のフィリップンにおける件において、それがボランテアとして行われ、善意においてなされたとしても、それに金銭報酬が支払われたとなると、そのことがバンドラの箱を開けることになって、そこから移植医療に金がうごき、移植順位の公正さが害されるなどの諸悪がまつわりつかないという保証はどこにもなくなるであろう。そ



うすれば、移植医療の社会的正義が問われることになり、それはかえって移植医療の衰退をもたらす結果になるものと思われる。

二 このような観点から、臓器の提供は無報酬であるべきことを法定している国も多い。例えば前述したフランスの「臓器摘出に関する法律」はその第三条で、臓器の摘出は、その摘出のために生じる費用の償還を除いて、いかなる金銭的対価をも生じさせる理由とはならない旨の、いわゆる摘出無償の原則を規定している。またアメリカにおいては更に、臓器の売買についてはそれを罰則をもって禁じている。即ちアメリカでは、一九八四年一〇月に連邦議会が「全米臓器移植法 (National Organ Transplant Act)」を制定したが、その第三〇一条は、金品を得る目的で、その情を知らずながら移植用臓器を取得、受領しあるいは移転、譲渡した者は、五万ドル以下の罰金もしくは五年以下の懲役に処し、またはこれを併科することができるといふ規定を設けるに至っている<sup>(1)</sup>。

ところで、我が国の角膜・腎臓移植法はどうか。そこにはアメリカのような直接の禁止並びに処罰規定はないが、ただその第八条は、業としての死体からの眼球または腎臓の提供あつせんについての規定があり、それを受けた昭和五年の厚生省通知「角膜及び腎臓の移植に関する法律の施行について」や「眼球提供あつせん業及び腎臓提供あつせん業の許可について」では、その営利性の排除が明記されている。またそれより以前の昭和三八年の通知「眼球提供あつせん業の許可について」には、その別添3の(1)で「名目のいかんを問わず、眼球について対価を支払わないこと」、および(2)では、通信、摘出、保存及び移送に関する実費の徴収を除いて「あつせん料金は、原則として無料とすること」とされている。これを見ても、我が国でも臓器移植が対価性を持つこと

を排除する姿勢は十分にうかがうことができるのであるが、これには罰則がないので、先に見たアメリカ法のように、この際、我が国の角膜・腎臓移植法にもそうした罰則規定を設けることが、十分に検討されてしかるべきであろう。それとともに、例えば人種や経済力や社会的地位によって移植順位が左右されるということがないよう、移植順位の公正さを保つという面からも、レシピエントの選択は純粹に医学的な適応性と移植の緊急な必要性の観点からのみ決められなければならないことの原則を、何らかの形で明確に表現しておくことも必要であると考ええる。

(1) 河村博「臓器の売買」研修昭和六〇年一月号四一頁参照。

## 七 ネットワーク作り、コーディネーターの養成、経済援助など

一 前述したような臓器売買や、公正を欠くレシピエントの選定などの好ましくない事態は、ドナーとレシピエントの数の釣り合いがとれず、圧倒的なドナーの不足という現実に由来する。また移植医療は、これまでに述べてきたように種々の社会的な諸問題を抱えており、従って移植医療をよりスムーズに推進するためには、個々の移植医や個々の病院の個別的な努力に頼っているだけでは不十分で、ここにしっかりとした臓器移植情報ネットワークがつくられて、それが全国的規模において機能するという態勢が作られなければならない。最近我が国においては、脳死と臓器移植に関する欧米の実状を調査する二つの調査団が、相次いでその調査結果を報告書にまとめた。一つは日本医師会と厚生省による「脳死および臓器移植に関する調査団報告書」であり、今一つは自民党政務調査会調査団の「脳死と臓器移植に関する調査団報告書」である。それらによると、ヨーロッパにおいても数カ国から

なるユーロー・トランスプラントやそれぞれの国の移植センターが設置されており、またアメリカでは一九七六年に設立された UNOS (United Network for Organ Sharing) がいまでは全米をカバーするものとしてその機能を拡大していることである。また、最近では欧米において、移植のためのコーディネーターの制度が設けられており、コーディネーターは医師にかわってドナーの家族に対して臓器の提供を打診したり、臓器摘出と移植手術の種々のスケジュールをたて、レシピエントの退院後のアフターケアやその他の世話をし、そのほかにも一般大衆、病院スタッフなどに対する移植啓蒙、法的問題の仲介、資金問題の相談など、移植医療にとってきわめて重要な役割を果たすものである。そして全米においてはそうしたコーディネーターの組織が作られて約千人がそのメンバーとなり、その養成や試験制度も考えられているようである。またアメリカ政府は、こうした臓器移植医療の対策費として、莫大な資金を支出しているとともに、メディアケア、メディケイドによる援助態勢の充実をはかっている。それとともに移植用臓器獲得のために、最近においてアメリカの多くの州では、病院において死亡する患者があつた場合に、病院は家族に対し臓器を移植のために提供する意思があるかどうかを聞かなければならないという、Required Requests Law が制定されている。このように欧米では、臓器移植医療をよりスムーズに推進するための態勢作りに、国をあげて積極的に取り組んでいるのである。

二 ところで我が国では、これに関連する法的な規定としては、前述した角膜・腎臓移植法第八条が「業として死体の眼球又は腎臓の提供のあつせんをしようとするときは、厚生省令で定めるところにより、厚生大臣の許可を受けなければならない。」と規定しており、それを受けた厚生省医務局長通知「眼球提供あつせん業及び腎臓提供

あっせん業の許可について」(昭和五五年三月一八日)において、あっせん業の範囲に関して、次のようにのべている。即ち「あっせん業とは、移植手術の実施のために必要な眼球又は腎臓が、その提供者から移植術を行う医療機関に平穏かつ迅速にもたらされるように、提供者と移植術を行う医療機関の間にあって、必要な媒介的活動を反復継続して行うことをいう」、「あっせんの具体的内容としては、(1)眼球又は腎臓の提供者の募集・登録、(2)移植を希望する者の募集・登録、(3)提供者、摘出を行う医療機関、移植術を行う医療機関等との間の連絡調整活動など」であるとしている。これによって幾つかの都道府県では、アイバンクや腎臓バンクならびに移植センターが設けられ、またネットワークづくりを旨指す活動がなされているが、<sup>↑</sup>しかしまだまだ欧米の規模とは、そのシステムにおいても法的措置においても比較にならないものである。また移植コーディネーターとして活動している人も数人はみられるが、まだ専門職として認知されてはいないのが現状である。

移植医療にはまだクリアしなければならない幾つかの問題があるとは言え、すでに医療としても社会の認識においても既に定着しているものもあり、それによって病に悩む人々が救われるのであるから、それを推進するのは大いに意義があることである。従って我が国でも欧米諸国においてとられているネットワークやコーディネートの態勢を大いに参考にして、より全国的な、そして民間だけに依存するのではなくて公的な機関との連係のもとに活達・公正・迅速な機能を発揮できるように踏み出すべきであり、そのための根拠となる法的規定を我が国の角膜・腎臓移植法あるいはその他の法律において設けるべきである。またそれと相まって、国による財政的援助の態勢もとられなければならないし、そして何よりも、移植医療に対する社会の理解と協力を得るべく、その

啓発と教育の面の実践も活発に行われなければならないであろう。

(1) 例えば、毎日新聞昭和六三年二月一日は、「本格的な臓器移植時代に備え、大阪府は我が国でまだ数が少ない死体腎移植を推進するため、大阪府下の救急医療機関を対象にした「献腎（腎臓提供）通報の手引」を作成して病院関係者に配布する。自治体として初めての腎臓移植ネットワークシステム作りの第一歩として注目される。」と報じている。

## おわりに

最後に、臓器移植法の基本的性格について述べておきたい。今では臓器移植医療によって、病に悩む多くの患者を救うことができるようになったが、病者が一人でも多く救われることは、我々の社会にとって共通の喜びである。従って、臓器移植法は、こうした移植医療をスムーズに推進するために有用な法律であるべきである。しかし他方、これまで検討してきたように、臓器移植医療にはこれまでの医療にはなかった複雑な問題が包蔵されているので、臓器移植法は、その移植医療が正しい生命倫理を踏まえた上でなされるためのガイドラインを示すものであるという性格を持つ必要がある。そうでないと、例えば移植医療の推進という面からのみでは、反対意思表示方式をとり、また脳死の基準をゆるめて全脳死から大脳死、さらには植物状態にまでエスカレートしたり、あるいは遺体を社会の共有物と見て、その臓器の提供を義務づけたりに、にまでも及ぶかねない要因を持つ。一部の国ではこのような傾向も既にもみられるのであるが、我が国ではそこまで行くならば、国民の理解を得ることができず、移植医療の発展にとってかえってマイナスになるであろう。本来、臓器移植法を抜本的に検討するに当たっては、次のこ

とを十分に踏まえる必要がある。それは、そもそも臓器移植医療は、病者救済のためのすばらしい医療であるから、これは大いに推進すべきであるとするか、それとも、移植医療は提供者の自己犠牲においてのみ成り立つものであるから、それには慎重な枠組みを考えるべきであるとするか、そのいずれの立場に立つかである。このように見た場合、私は基本的には後者の立場をとった上で、なおその枠組みの中で移植医療が大いに発展していくことを望みたいと思うのである。また、我が国において妥当な臓器移植法を制定するためには、諸外国の法制度に学ぶところは多いであろうが、しかし何よりもこの問題は、我が国の国民性や習俗をその背景として踏まえつつ、我が国の社会において十分な論議を尽くすことが、第一に重要である。しかもこれは「生命」にかかわること故に、その論議は注意深くなされる必要があるとともに、それを論議する時間も差し迫ったものとなっている。こうした認識のもとに、本稿はとりあえず、我が国の角膜・腎臓移植法について検討すべきことの要点のみを私なりに指摘した。より詳細にわたる問題についての考察は、後日に留保したい。