

改正臓器移植法と憲法

飯 島 滋 明

第1章：はじめに

(1) なぜ「脳死」が問題となるのか

1819年にフランス人ラエネックが聴診器を発明するまで、何が「死」かは必ずしも明確ではなかった。「早すぎる埋葬」が問題となり、死んだと思って棺桶に納めたらあとで蘇生したことがあったという。ヨーロッパでは蘇生したら棺から出られるように特別の装置があったり、死体場所に生者がいないかどうかを確認する者がいたという¹⁾。最近でも、救急隊員が「死亡」と判断して警察に引き継いで警察の検視室に運ばれたものの、意識を回復したという事例があった(2010年2月11日付『朝日新聞』)。しかし、「聴診器」の発明以降、人の死は心臓停止・呼吸停止・瞳孔散大の三徴候が確認されたとき(三徴候説)とされてきた。

一方、医療技術が発達し、人工呼吸器や人工心肺、輸液などにより脳の機能は失われても心臓が動いている状態、いわゆる「脳死」といわれる状態が存在するようになった。この「脳死」を死と見做して臓器を摘出し、臓器を必要とする患者に提供できないかということから「脳死」の議論は活発となった。臓器移植を成功させるには新鮮な臓器が必要となる。とりわけ心臓と肝臓の移植は心臓が停止したあとでは成功しないと言われている。

(2) 「臓器移植」をめぐる日本の動向

臓器移植に関しては(も?)、日本は先進国では数段遅れていると言われている。その原因の一端は「和田心臓移植」にある。

1968年8月8日、札幌医科大学の和田寿郎教授により世界で30番目の心臓移植が行なわれた。当初はマスコミなどでも絶賛された。しかし86日後にレシピエント(臓器受容者)が亡くなるとマスコミの評価は一変した。この心臓移植では、溺死してドナー(臓器提供者)とされた大学生が本当に脳死状態にあったのか、臓器提供者に対する救命治療がきちんと行なわれたのか、レシピエントとなった少年にとって心臓移植は本当に必要だったのか、などの疑問が出てきた。1972年8月14日、結局は不起訴処分となったものの、世間の疑惑を解くことはできなかった²⁾。

1) 葛生英二郎・河見誠・伊佐智子『新・いのちの法と倫理』(法律文化社、2010年)213頁。

2) たとえば、当初はドナーの脳波を測定したと和田医師は言っていたが、その記録がなかったことを追求されると研究生が脳波をモニターで確認したと証言を変えた。しかし和田医師自らがその研究生は別の場所にいたとも証言している。また、高圧酸素療法を必要とするほどの状態の患者をなぜ40kmも離れた札

「和田心臓移植」後、臓器移植については「ダーク」な印象が残った。しかし、「臓器を金で買う」などといった事態を避けたいとの思いからも³⁾、日本でも死の概念を変更して「脳死」を人の死と認め、臓器移植を認めるべきではないかという議論もなされてきた。十分意義のある議論がなされたかどうかはともかく、10年以上の議論の紆余曲折を経た上で1997年に「臓器の移植に関する法律」いわゆる「臓器移植法」が成立、施行された。1999年2月には「臓器移植法」施行後はじめての脳死患者からの臓器移植が高知赤十字病院で実施された。ただ、臓器摘出にあたっては本人の書面による意思表示と遺族の承諾を要件としたり、本人の意思表示の可能な年齢が法律の運用として15歳以上とされて子どもに臓器を提供できないなど、1997年の臓器移植法は臓器移植の要件が厳しく、臓器移植を推進する側からは「臓器移植禁止法」などと批判されてきた。実際、件数が多いと考えるか少ないと考えるかは立場によって異なるが、1997年10月の施行後から2009年7月まででも臓器移植は81例に留まった。そして臓器移植を望む患者は海外に行き、移植手術を受けてきた。こうした事態は「移植ツーリズム」などと称されて国内外で問題とされてきた。その後、2006年3月に臓器移植法に関して2つの改正案が衆議院に提出されたがペンディング状態となっていた。ところが2009年5月に開催される世界保健機構（WHO）の総会では海外移植に厳しい対応がとられる可能性があったこと、衆議院選挙前に成立しなければ法案が廃案になるといった政治的な事情もあり、臓器移植改正をめぐる政治的動向はスピードを増した。第171国会、衆議院では8時間の審議でいわゆるA案が採択された。2009年7月の改正の直前には参議院で6つの改正案が審議、採決された。そして2009年7月13日、参議院本会議でもA案が採択されて臓器移植法が改正された。改正臓器移植法は2010年7月19日から施行されている。2010年8月9日、改正臓器移植法のもとで最初の臓器移植も実施された。8月28日には家族承諾に基づく4例目の脳死判定がなされ、臓器提供が行なわれる予定である。

幌医大に転送したのか（そのこと自体が命取りになる可能性がある）、さらには転送の間に札幌医大から日赤北海道血液センターにドナーではなくレシピエントの血液の予約の電話が入っていた。心臓移植を必要とするほど心臓が悪かったのかどうかを確かめるためにレシピエントの心臓を調べることになったが、心臓は行方不明になった。6ヶ月後に出てきたレシピエントの心臓の弁はすべて心臓本体から切り離されており、しかも大動脈弁は別人の弁の可能性があった。こうした疑惑があったために和田医師は「殺人罪」などで告発されたが、検察に提出されたカルテは改ざんされた可能性があった。こうした疑惑に和田医師は世論を納得させるような対応ができなかった。

なお、「和田心臓移植」の真実に肉薄を迫った力作として『凍れる心臓』（共同通信社、1998年）、小松美彦『脳死・臓器移植の本当の話』（PHP新書、2004年）参照。

- 3) たとえばフィリピンの受刑者が移植用の臓器を日本人に16万円で購入していたことが報道された（1988年9月3日付『朝日新聞』）。こうした状況は今も変わらない。たとえば2007年5月30日付『中日新聞』では、腎臓を提供して30万円受け取ったフィリピン人の話が紹介されている。そのフィリピン人は「困ったら次は目を売る」と述べているという。

(3) 本稿の課題

臓器移植に関しては、「日本で一番数が多い生体移植のルールがない⁴⁾」のように、生きている人間からの臓器移植、つまり「生体移植」の問題がある⁵⁾。また、病気にかかった臓器の移植

-
- 4) 光石忠敬「人間の命にかかわる立法」臓器移植法改正を考える国会議員勉強会編『脳死論議ふたたび』(社会評論社, 2005年) 25頁。
 - 5) この問題に関して、まずは櫛島次郎の以下の見解を手がかりとする(櫛島次郎「臓器移植法改正にあたって」臓器移植法改正を考える国会議員勉強会編『脳死論議ふたたび』(社会評論社, 2005年) 36-37頁)。

「私の勤務する科学技術文明研究所で、他の諸国の生体移植の実態を調べました。とくに、肝臓を部分的に切り出して提供する人が負うリスクは非常に大きくなっています。アメリカでは3名、ヨーロッパでは4名、日本でも1名の死亡例が出ています。肝臓の手術は非常に重い手術で、術後にいろいろな余病があります。データの取り方にもよりますが、余病発生率は15～60%になっています。健康だった人に手術をしますので、健康だった人が病気になってしまうということです。そうしたリスクをはらむ行為がどこまで許されるのか、きちんと議論して、さいごは法令に制限を定めるべきだと思います」。

「一定の私的事項に関して公権力に完了されることなく自由に決定できる権利」が自己決定権といわれる。この定義からすれば、自分のことについては自由に決定できると思われるかもしれない。しかし「自己決定権」といっても無制限ではない。そもそも「権利」とは精神的・物理的に豊かな人生を送るために認められる。つまり、権利には「生きる」という前提がある。「生きる」という前提に反する行為は原則として「権利」と認めることはできない。2003年5月4日、10代後半の娘に肝臓の一部を提供した40代後半の女性が手術後意識不明で重体となった後に死亡した(この件については西河内靖泰「生体移植の現状——京都病院生体肝移植ドナー死亡事例」臓器移植改正を考える国会議員勉強会・編『脳死論議ふたたび』(社会評論社, 2005年) 参照)。やや古いので現在は状況が変わっているかもしれないが、「アメリカでは生体腎移植におけるドナーの直死率は2000人に一人」だという(宇野房子『私の腎臓を売ります』(双葉社, 1994年) 242頁)。体調を壊すかもしれない、最悪の場合には死に到るかもしれない移植のドナーになることが「自己決定権」で認められるか。私見によれば、①ドナーやレシピエントに対して十分なインフォームド・コンセントがなされること、②自己決定権を根拠としても、ドナーやレシピエントの今後の生活に悪影響が出るような移植は絶対に認められないこと、③ドナーに対して事実上であれ強制があってはならないこと、④臓器移植は人間愛に基づいたものでなければならず、報酬を売るための臓器移植は絶対に認められない、といった要件が満たされない限り生体移植は認められるべきではない。ただ、「生体移植」に関する議論も十分になされてきたとは言いがたい。今後、十分な議論が必要であろう。なお、父親である河野洋平氏に生体肝移植を行なった河野太郎氏の対談が記事になっている(2004年6月2日付『朝日新聞』)。河野太郎氏は生体肝移植を人に勧められないとし、家族であれば当然生体肝移植を行うべきだという考え方が広まることを警戒している。そして脳死体からの臓器の移植を勧めている。河野太郎氏のこうした立場は、以下のように2009年7月7日参議院厚生労働委員会での発言で再び確認できる。

「今、日本では何が起きているかというと、移植を必要としている家族の命を救うために健康な家族の体にメスを入れる生体移植というのが行われております。私も自分でやりましたが、私の場合には助けようかということでした。

しかし、いろんな話をこの七年間聞いてくると、本当に生体移植をやろうと思ってドナーになる方、い

を認めるべきか（「病気腎移植」⁶⁾）といった問題もある。ほんらいはそうした問題にも対処でき

ろんなプレッシャーの中でやむを得ずなった方、いろんな方がやはりいらっしゃいます。私は、そういう現実を見ると、プレッシャーの中で健康な自分の体にメスを入れなきゃいけない生体移植が最初で最後の手段である場合が多いという現状は、やはり直さなきゃいかぬというふうに思っております。

私は、諸外国と同じように、脳死になった方から、御本人が拒否をせず、御家族が拒否をしない場合に臓器の提供をいただいて臓器提供をする、そういう選択肢がまずあるというのが私は正しい姿ではないかなと思っておりますので、現行法をA案に改めさせていただいて、葛藤の中で生体移植のドナーになることを求められているような方の数を少なくしたいというのが私の願いでもございます。

なお、生体移植に関しては城下裕二編『生体移植と法』（日本評論社、2009年）、石原明『法と生命倫理20講』（日本評論社、2004年）167-170頁参照。

- 6) 人工透析患者は全国で数万人といわれているが、「死体腎移植」や「生体腎移植」が増えているわけでもなく、人工透析で苦しむ患者は減少していない。そうした状況の中、万波医師などが宇和島徳洲会病院などで「病気腎移植」を「生体腎移植」や「死体腎移植」につぐ「第3の道」として行なってきた。実際、病気腎移植を受けた患者は人工透析から開放され、元気になったとして万波医師に感謝している（例えば2006年12月1日付『毎日新聞』）。2009年12月30日、宇和島徳洲会病院は3年ぶりに「病気腎移植」を再開した（2009年12月31日付『東京新聞』、2010年1月1日付『朝日新聞』）。しかし、「病気腎臓移植」をめぐっては法的にもいろいろな問題点が指摘されている。その問題点を簡単に紹介する。

(1) インフォームド・コンセントの問題

①ドナーとの関係で

腎臓がんなど11件のうち、8件は患者から文書による同意を得ていなかった。「臓器の摘出に同意していれば、提供に改めて同意が必要だとは思わない」と難波広治広島大学名誉教授は述べているが（2006年11月27日付『毎日新聞』）、十分な説明をドナーに対して行なったのか、特に、臓器の摘出を誘導するような説明が行われなかったのかは問題となった。「他人に移植されるとは聞いていない」と憤る提供者もいたという（2010年1月1日付『東京新聞』）。また、患者に対して十分な説明をしたとしても、最終的な意思確認の方法として、文書による意思の確認は必要だったのではないかという問題がある。

②レシピエントの関係で

「病気の腎臓でもいいかと患者に説明して了承を得た」と万波医師は述べている（2006年11月9日付『朝日新聞』）。しかし、ドナーの病名やがん再発のリスクを聞かされてなかった患者もいた（もっとも、それぞれの患者は万波医師を信頼して感謝の意を示し、「自分の命を救ったために、先生が批判されるのはつらい」と述べている（2006年11月6日付『東京新聞』、2006年11月9日付『朝日新聞』）。がんのために摘出された臓器だと知らずにレシピエントに臓器が移植されたことには問題がないか。

(2) 治療行為として法的に適切かどうか

①ドナーとの関係で

臓器の摘出は適切な治療行為と言えるのか。「移植して機能する腎臓ならば摘出する必要はない」「腎臓に疾患があっても、可能な限り摘出を避けるのが原則。摘出しなければならない腎臓なら、移植にも使えない」という見解もある。

また、治療行為は、患者の治療が最優先され、臓器移植を優先するような医療行為は許されない。ところが、「がんの腎臓を摘出する場合は、転移を防ぐために腎臓につながっている血管を縛って血流を止めてから摘出するのが通例だが、万波医師はそうした方法を取らず、移植を前提とした術式で摘出してい

るような法的しくみが整えられるべきであろう。ところが2009年に改正された「臓器移植法」では「生体移植」「病気腎移植」などに対処できる改正ではなかった。「法の不備」といえるそうした問題について本稿で論じるべきかもしれない。しかし、改正された「臓器移植法」にはそうした問題以外の、極めて重大な問題をはらんでいる。そこで本稿では改正された臓器移植法に限定して議論をすすめる。

第2章：臓器移植法について

(1) 旧臓器移植法と改正臓器移植法の概要

1997年に制定・施行された「臓器移植法」(旧臓器移植法)では本人が書面で意思を表示し、家族なども拒否しない限り「脳死」を死と認め(6条3項⁷⁾、臓器の摘出を行うことができた(6条1項⁸⁾)。また、「15歳に達した者は、遺言をすることができる」(民法961条)という規定になり、「臓器の移植に関する法律の運用に関する指針(ガイドライン)」では、臓器提供ができる

た」(2007年2月19日付『朝日新聞』)と指摘されているように、「臓器移植」優先の治療が行われたのではないかとの疑問が出されている。

② レシピエントの関係で

病気の臓器移植は本当に安全かが問題となる。「直径4センチ以下だと〔がんは〕ほとんど転移や再発はしない」と万波医師は話している(2007年2月14日付『東京新聞』)。病気の腎臓を提供した医師らは「使えるのに、捨てるのはどうか」と述べている(2006年11月4日付『毎日新聞』)。しかし、尿管がんの肝臓を移植された男性が、肺や腎臓のがんで死亡した事例がある。「この患者は、肺と腎臓にはほぼ同時に見られるため、腎がんからのものとは考えにくい」と難波紘二広島大学名誉教授は述べているが(2007年2月14日付『東京新聞』)、医師の間でも安全かどうかは見解に違いがある。

(3) レシピエント選択の基準について

レシピエントをどのように選ぶのが問題となる。医師が医の倫理にのっとって優先度の高い人を選ぶのを認めてもよいと考えるのか、レシピエントの選択に一定のルールを定めるべきと考えるのかも問題となろう。

なお、病気腎移植を肯定的に評価し、「修復腎移植」(Restored Kidney Transplantation, RKT)を肯定的に評価する文献として、林秀信『修復腎移植の闘いと未来』(生活文化出版社、2010年)参照。

7) 旧臓器移植法6条3項

「臓器の摘出に係る前項の判定は、当該者が第一項に規定する意思の表示に併せて前項にト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」。

8) 旧臓器移植法6条1項

「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」。

のは「知的障害者等を除く15歳以上の者」とされていた⁹⁾。

一方、2009年7月に改正され、2010年7月に施行された「臓器移植法」では、本人が拒否しない限り脳死が死とされ(6条3項¹⁰⁾)、本人が拒否していない場合には遺族の承諾だけで臓器を提供できるようになった(6条1項2号¹¹⁾)。また、15歳以上でなければ臓器提供ができないという要件はなくなり、何歳でも臓器の提供が可能になった。さらに新法では、親族に優先的に臓器を提供するとの意思表示を行なうことができる(6条の2¹²⁾)。

(2) 旧臓器移植法と改正臓器移植法の違い

脳死と死期の関係に関しては、心臓停止・呼吸停止・瞳孔散大という三徴候が死の基準という立場を堅持する「三徴候説」、一般的には従来通り三徴候が死の基準としつつも、患者が脳死状態を死と認める意思表示を行っており、家族も拒否しない限り脳死を死とする「脳死選択説」、原則として脳死を死とするが患者や家族が脳死＝死を拒否する場合には従来通り三徴候説にたつ「脳死拒否権説」、すべて脳死を死とする「脳死説」に大別できる¹³⁾。旧臓器移植法は「脳死選択説」、改正臓器移植法は「脳死拒否権説」に分類できる。

9) もっとも、子どもからの臓器摘出がなされなかったとするのは事実と反するかもしれない。「小児の臓器提供は一切なされてこなかったように思われているが、「臓器移植法」が施行されるはるか以前の1980年あたりから秘密裏に脳死・腎臓移植が多数行われており(全体の30%以上)、その中には小児の提供者も含まれていたということだ」と小松美彦氏は指摘する。小松美彦前掲注2) 文献344頁。

10) 改正臓器移植法6条3項

「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 当該者が第一項第一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 当該者が第一項第一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」。

11) 改正臓器移植法6条1項

「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。

12) 改正臓器移植法6条の2

「移植術に使用されるための臓器を死亡した後に提供する意思を書面により表示している者又は表示しようとする者は、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」。

13) 石原明前掲注5) 文献176-177頁

臓器移植に関してもドナー側の意思確認が不可欠であるが、その意思の問い方としては大別して、ドナー側が提供に反対の意思表示をしていない場合には臓器を摘出できるという「反対意思表示方式 (Contracting Out)」、臓器提供のためには本人と遺族の承諾が必要という「承諾意思表示方式 (Contracting In)」、その中間として本人が反対していない場合にその旨を遺族に通知し、遺族が反対しなければ臓器の摘出が可能という「通知方式」に分けられる。また、本人と家族の両方の承諾が必要という Opt-in 方式と、本人の拒否がない限り家族の了承だけでよいとする Opt-out 方式という分類もある。旧臓器移植法は「承諾意思表示方式」で Opt-in 方式、現在の臓器移植法は「通知方式」で Opt-out 方式に分類できる。

第3章：なにが問題か

第1節：「脳死」と「臓器移植」に関する一般的な問題

(1) 「死の基準」として「脳死」が科学的に確定できるか

脳の機能については現代医学でも未解明の部分がたくさんあり、世界に20種類以上脳死判定基準¹⁴⁾があるなど、脳死という病態も解明されていない。つまり、「脳死」という概念が科学的に確定できるのか。1985年に厚生省(当時)が作成した日本の脳死基準である「竹内基準」にしても、竹内基準では測れない脳や神経の機能は多いと言われる。たとえば「瞳孔の固定」が確認されても、脳幹ではなく脳幹に至る途中で視神経がやられている、あるいは瞳孔を閉じる神経だけが障害されている可能性もあるとされる。「瞳孔固定」を含む竹内基準を満たしても、脳死判定後に瞳孔径が変化した例、脳血流が存在した例、大脳深部からホルモンが分泌されていた症例などの実例が紹介され、竹内基準が脳死の判定基準となり得るのかも問題とされている。子どもに関しては、「小児には、ベテランの脳外科が診ても「こんな子が助かっちゃうんだ」という例がいっぱいあります。どんな医者に聞いても1つや2つは必ず持っています。それくらい小児のことは分からない」¹⁵⁾状態だという。大人以上に子どもの脳の機能が明らかになっていない。こうした不明確な「脳死」を死の基準とできるのか。

14) そもそも「脳死」とは何か。あらゆる内蔵の動きや感覚器官の動きを管理し、人間の基本的な生命維持作用を担っているとされる部分が「脳幹」と言われる。この脳幹の機能が失われた状態を「脳死」とする立場が「脳幹死説」といわれ、イギリスなどで採用されている。一方、脳幹を含めて脳全体の機能が失われた状態を脳死とする立場が「全脳死説」といわれ、アメリカや日本で採用されている。このように「脳死」といっても一義的な定義があるわけではない。なお、脳幹の機能が失われれば自発呼吸も不可能になるが、この点で「植物状態」と区別される。「植物状態」(Vegetative State)とは、大脳の機能は失われているが脳幹の機能は失われてはおらず、自発呼吸が可能な状態にある。

脳死に関しては竹内一夫『改定新版 脳死とは何か』(講談社、2004年)参照。

15) 浜辺祐一「救命救急医療の現場から」臓器移植改正を考える国会議員勉強会編前掲注4) 文献82頁。

(2) 脳死は人の死か

「脳死の定義についてであります。これは脳が死んでいるということを意味するのであって、心臓死とかあるいは窒息死とかというふうに、いわゆる人の死と直結している概念ではなかったはず」と脳死に関する竹内基準の作成に関わった竹内一夫杏林大学教授が1997年4月8日衆議院厚生委員会で述べているように、ただちに「脳死」＝「死」となるわけではない。では、脳死は人の死か。

「死は過程（Process）であって点（Point）ではない」とよく言われるが、たとえば相続などの際には大きな影響を及ぼすので、法的にはいずれかの時点で死を確定することが求められる。いままでは心臓停止、呼吸停止、瞳孔散大の3つの兆候が現れた際に「死」とされてきた。「脳死」は死とされてこなかった。ここでアメリカでの状況を簡単に紹介しよう。「アメリカの専門家の多くが、脳死の概念を科学的なものではなく、おもに移植を支えるための合理的な社会的構成概念であると捉えている」¹⁶⁾という。たとえばアーサー・カプラン博士の以下の見解を紹介しよう。

「プラグマテックに考えましょう。脳部に銃撃を受けて脳が破壊されたとき、脳の一部がまだ活動しているとしても、それは思考したり、意識を持ったり、何らかの精神活動を行なうためには不十分です。そして、それほどの脳損傷を受けていれば生還できません。そういう状態の人を、「死んでいる」あるいは「死んだも同然 (as good as dead)」、「十分死んでいる (dead enough)」として構わないと思います。これはフィクションかも知れませんが、有用なフィクションです」¹⁷⁾。

つまり、「脳死は社会の重荷であって、脳死者は不要である、無用である、臓器をとるために必要であるから、そのために便宜的に死の定義を新しくつくろう、そういう意図のもとにアメリカでは始まった」（1997年4月8日衆議院厚生委員会での魚住徹参考人発言）ということだが、日本も同じでいいのか。脳死＝死というのは臓器移植に道を開くために生み出された考え方と言えるが、「脳死」を死とみなす社会的合意はあるのか。脳死状態になれば、心臓は数日間で確実に止まると従来は言われてきた。しかし、アラン・シューモン（カリフォルニア大学ロサンゼルス校小児神経学教授）は、脳死患者のうち175人の心臓は1週間以上動いており、そのうち80人は2週間、44人が4週間、20人が2ヶ月、7人が6ヶ月、4人が1年以上の間心臓が動いており、最長の場合には14.5年という研究報告を1998年に出した¹⁸⁾。

実際にも、脳死患者の心臓は動いており、触ると暖かく、汗や涙を流し、体を動かすこと（例えば「ラザロ徴候」¹⁹⁾）がある。臓器摘出のために脳死患者にメスを入れると脈拍と血圧が急上

16) 会田薫子「臓器移植大国」アメリカの現在」臓器移植改正を考える国会議員勉強会編前掲注4) 文献109頁。

17) 会田薫子前掲注16) 文献107頁。

18) 小松美彦前掲注2) 文献109-110頁。

19) 「ラザロ徴候」については小松美彦前掲注2) 文献92-102頁参照。97頁には写真も掲載されている。

昇し、動きはじめることがある。そうであれば患者が強い痛みを感じた可能性がある。脳死状態の場合、脳の直接統御する首から上についてはまったく反応がないが、首から下は脊髄神経が生きているので反応がある。したがって脳死状態からの分娩は可能という。そのために「分娩途中で脳死に陥りながら、そのまま自然分娩した事例がいくつか報告」²⁰⁾されたり、「妊婦が脳死状態になったときに、胎児を救う目的で強力な生命維持治療を行い、脳死になってから平均56日、長い例では100日以上たってから、帝王切開で無事に出産していることが報告されている」²¹⁾とのように、脳死と判定されても子どもを産んだ事例が何例もある。

1984年の「筑波大病院腎臓同時移植」の際、角膜を摘出された女性の目の周辺は出血を起こしてパンダのような青あざができたという。つまり、女性患者は内出血していたことになる²²⁾。

アメリカでは脳死患者からの臓器摘出の際にはモルヒネを投与することが普通になっており²³⁾、イギリスや日本でも臓器摘出のためのドナーに麻酔をかけるという。なぜか。その理由についてノーフォーク・ノリッジ病院の顧問麻酔医であるフィリップ・キープの見解を紹介しよう²⁴⁾。

「看護婦たちは本当に心底動転していますよ。〔脳死患者に〕メスを入れた途端、脈拍と血圧が急上昇するんですから。そしてそのまま何もしなければ、患者は動き出し、のたうち回りはじめます。摘出手術どころじゃないんです。ですから、移植医たちは私たち麻酔医に決まってこう言います。ドナー患者に麻酔をかけてくれ、と (*Sunday Telegraph* [2000.8.20]) (〔 〕は小松による挿入)。

臓器移植法施行後第一号の高知赤十字病院での腹部切開で患者の血圧が120から140に急上昇し、それを安定させるために静脈麻酔と麻酔ガスをかけて血圧をコントロールした²⁵⁾。1999年6月に古川市立病院で行われた3例目の臓器移植手術では執刀前に筋弛緩剤が投与されているが、「このドナーは痛みを感じていても身動きが一切出可能性がある。おぞましさの極みだろう。執刀前に脳死者が激しく身体を動かすことは、もはや移植医学の常識なのだ」²⁶⁾という指摘、どう考えるか。こうした状態の患者を死と見倣して良いのか。「脳死説は移植目的という本当の理由を隠した「つくられた理論でしかない」とか「臓器移植のためには脳死を死とする必要があるか

20) 葛生英二郎・河見誠・伊佐智子前掲注1) 文献232頁。

21) 竹内一夫前掲注14) 文献24頁。

22) 阿部知子「文化としての死の解体と人間解体を招く〈脳死・臓器移植〉」近藤誠・中野翠・宮崎哲弥・吉本隆明ほか『私は臓器を提供しない』(洋泉社、2000年) 30頁。

23) 小松美彦掲注2) 文献90頁。

24) 小松美彦掲注2) 文献89-90頁。

25) 小松美彦掲注2) 文献310頁。

26) 小松美彦掲注2) 文献312頁。

ら脳死を死とするという、本末転倒な理論が隠されている」といった批判は的はずれなのであろうか。自らの息子を脳死状態で亡くした柳田邦男氏がいうように「脳死を一律に死とするのは死の青田刈り」(1997年4月8日衆議院厚生委員会)とはならないか。

(3) 「脳死」とされる患者の治療が疎かにされないか

中山太郎氏は「移植医が故意に死期を早めて臓器を摘出するとか、功名心のためにする行為は、絶対にあってはならないことです」²⁷⁾と言う。多くの点で彼の見解に賛成できないことは多いが、この主張に限っては全く同感である。しかし、脳死を死と認めて脳死患者からの臓器摘出に途を開くことで、中山氏が指摘するような、「移植医が故意に死期を早めて臓器を摘出するとか、功名心のためにする行為」に途を開くことにならないか。また、ドナーの救命医療がおろそかになるのではないか。この問いも決して「和田心臓移植」で克服されたとはいえない。「1990年の『阪大事件』では、主治医が臨床的に「脳死」と診断した時点で、家族への説明もなしに患者への治療は打ち切れ、移植用臓器を保存するための薬剤投与に切りかえられた」²⁸⁾という。「関西医大事件では「まだ死なない」と主治医の臓器移植へのおぞましいばかりの焦りがカルテに明瞭に記されていました」²⁹⁾。次に、臓器移植法施行後最初の臓器移植が行われた高知赤十字病院の状況を紹介しよう。「人工呼吸器を止めて自発呼吸が出るかどうかを調べる無呼吸テストを行なうと、脳の血流が臨界値以下に減少して、脳細胞は完全に死んでしまうので、コインブラ教授は無呼吸テストは脳死の診断法ではなく、作製法だと結論している」³⁰⁾が、「救命治療がもっとも必要な時期に、脳低体温療法などの積極的な治療がされず脳波測定と無呼吸テストが繰り返し行なわれたのは何を意味するのか」³¹⁾という疑問、あるいは「脳のむくみ(浮腫)を増大させ、患者を決定的に脳死に追い込む「無呼吸テスト」を不用意に、また移植法のガイドラインに反して、何度も何度も実施したことは彼〔医師〕がいかにも脳死に近い患者さんの治療に熱意がなかったかをなによりも物語っている」³²⁾という医師の指摘、どう思うか。その他にも、20件以上も同病院

27) 中山太郎「日本で臓器移植はなぜできないか」中山太郎編『脳死と臓器移植』(サイマル出版、1989年)7頁。

28) 川見公子「怖い「脳死・臓器移植」時代の幕開け 「本人意思」によって進行する生命操作」オーロラ自由アトリエ『批判精神 特集「脳死」臓器移植を拒否する1999年夏』(オーロラ自由アトリエ、1999年)46頁。

29) 松本文六「“脳死”臓器移植は何故問題か —— “脳死”は人の死ではない——」オーロラ自由アトリエ前掲注28) 文献42頁。

30) 渡部良夫「脳死臓器移植の問題点と言論統制の危険について」オーロラ自由アトリエ前掲注28) 文献31頁。

31) 松本文六「“脳死”臓器移植は何故問題か —— “脳死”は人の死ではない——」オーロラ自由アトリエ前掲注28) 文献46頁。

32) 阿部知子「文化としての死の解体と人間解体を招く〈脳死・臓器移植〉」近藤誠・中野翠・宮崎哲弥・吉本隆明ほか前掲注22) 文献35頁。

で行われていた脳低温療法が行なわれなかった³³⁾など、「救命医学を専門とする学者から「結果的に脳死になったかもしれないが、その前に手を打つべき医療を怠った」「手術を試みてもよい範疇の症状であった」などの異論が続々と出された³⁴⁾。「脳死」を死と認めて臓器移植への途を開くことで、ほんらい最優先されるべき救命医療がおろそかにされる可能性はないのか³⁵⁾。

(4) 医療費削減との関係で

脳死を死と認める背景には、「1つは臓器移植があり、もう一つは医療経費削減策がある³⁶⁾と杉本健郎医師は指摘する。実際、「莫大な費用のかかる無益な終末医療を中止するためにも、脳死をもって個体の死とする必要があるという主張もなされてきた³⁷⁾。生命倫理研究議員連盟が編集した『政治と生命倫理』という本で「移植をすることにより、透析が少なくなり、従って医療費がかからなくなります』と記されていることなどを根拠に「実は、移植推進派たちの本音の

33) 小松美彦掲注2) 文献300-304頁。

34) 宮崎哲弥「推進派は「脳死体」を利用しつくしたがっている」近藤誠・中野翠・宮崎哲弥・吉本隆明ほか前掲注22) 文献123頁。

35) そもそも、救命医療体制が十分に整備されているかも問題となろう。この点に関しては、2009年7月2日参議院厚生労働委員会での、横田俊平横浜市立大学大学院医学研究科産生成育小児医療学教授の以下の発言は無視できないと思われる。

「〔前略〕次に、脳死を減らすには、小児の救命救急医療の基盤整備が必要であるというお話をします。この絵の上段は、小児のドクターヘリが日常的に機能している静岡県の例です。ドクターヘリによる医療とは、集中治療医がヘリコプターで現場に急行して、現場で蘇生処置を行うことに眼目がございます。助けた子供を、今度は子供の専門病院に短時間で運んで専門医療を施すこととなります。

静岡県では、昨年一年間に溺水の例を十二例運んでいるそうです。現場に到着して蘇生を開始するまでに平均二十六分掛かっています。それから、静岡こども病院で専門医療を始めるまでに事故発生から平均五十三分しか掛かっていません。その結果、十二人中十一名の子供さんが後遺症もなく回復しております。

下半分は、私の勤務する横浜市、神奈川県データのデータです。ここには子供の救命救急医療体制は整備されておられません。窒息、溺水の五人の子供さんが私どもの病院へ救急車で運ばれてまいりましたが、事故発生から専門医療を手当てできるまでに何と一時間二十五分から四時間二十五分掛かっています。結果は惨たんたるもので、二例が死亡、一例が重度の後遺症を残しました。後遺症もなく退院した二名の方は、この中でも来院までの時間が短い方たちでした。子供の救急救命医療体制の違いにより、こんなにも予後が違います。これで臓器を提供してほしいと言っても御家族が納得されるでしょうか。

今お話した小児の救急医療体制については、日本小児科学会がプランをその図のように持っております。行政府の方々には、子供のドクターヘリ及び高度専門医療体制の樹立について早急に検討を始めていただきたいと思います」。

36) 杉本健郎「小児臓器移植を実施する前に」臓器移植改正を考える国会議員勉強会編前掲注4) 文献121頁。

37) 大谷実『いのちの法律学〔第3版〕』(悠々社、1999年) 177頁。

部分として、医療費や国家予算財源の問題があるのだろう³⁸⁾ という指摘がなされている。「ただ漫然と長期にわたって生命維持治療を続けるような行為は、……集中治療室の運営や医療経済の面からもやはり倫理的問題を抱えることになるであろう³⁹⁾」などとの指摘を聞くと、そうした推測もあり得ないと言えるのか。

実際、自民党政権は医療費を減らすために25年以上にわたり医師数を減らす政策を続けてきたり、患者の自己負担を増やしてきたり、医療費削減のためのリハビリの日数を制限してきた。医療費削減のために脳死患者を死と扱うことをどう思うか。「医療経済上では、脳死に陥った以上どのような延命措置を講じても、心臓死を回避できないのであるから、莫大な費用のかかる無益な治療は中止すべきであるという声も上がってきた⁴⁰⁾」が、「医療経済論」からの脳死の捉え方にも私には理解できない。「人工呼吸器を一日動かすことによって、薬剤や人的資源など何十万という無駄が出るので、脳死と決まれば、スイッチをオフにすべき」という考え方だ。何という合理性だろうか⁴¹⁾ という、医師であり自分の子どもを脳死で失うという体験をされた医師の皮肉、どう考えるか。

第2節：改正臓器移植法について

(1) 改正臓器移植法と町野理論

「脳死」を死として扱い、心臓などを摘出するには以上のような問題があるが、2009年7月に改正され、2010年7月に施行された「改正臓器移植法」ではさらに問題が深まった。改正された臓器移植法では原則として脳死は死とされ、家族（遺族）が認めれば臓器の摘出は認められる。

こうした法改正に影響を与えたものとして、たとえば町野朔上智大学法学部教授の見解がある。厚生労働省研究班が2000年8月に出した「臓器移植の法的事項に関する研究——特に「小児臓器移植」に向けての法改正のあり方」で、町野朔上智大学法学部教授は以下のように述べている⁴²⁾。

「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

38) 安藤哲雄「私からの「臓器移植」拒否」オーロラ自由アトリエ前掲注28) 文献40頁。

39) 竹内一夫前掲注14) 文献25頁。

40) 塩野寛・清水恵子『生命倫理への招待〔改訂第3版〕』（南山社、2009年）57頁。

41) 杉本健郎「小児臓器移植を実施する前に」臓器移植改正を考える国会議員勉強会前掲注4) 文献81頁。

42) 町野朔・長井圓・山本輝之編『臓器移植法改正の論点』（信山社、2004年）29頁。

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」。

(2) 改正臓器移植法案・町野案の検討

「一定の個人的事項について、公権力から干渉されることなく、自ら決定できる権利」が「自己決定権」と言われ、「幸福追求権」（憲法13条）の一内容となっている⁴³⁾。この自己決定権の内容は多岐にわたるが①治療拒否・安楽死・尊厳死などの自己の生命・身体への処分に関する権利②子どもを産む・生まない自由、避妊、墮胎などのリプロダクションの自由、③結婚・離婚などの家族の形成・維持の自由④髪型・服装、身なり・外観、飲酒、喫煙等のライフスタイルの自由が一般的に挙げられる⁴⁴⁾。「自己の生命・身体への処分」に関する権利は当然にそこに含まれる⁴⁵⁾。しかし自己決定権では「死ぬ権利」「自殺の権利」そのものが直接認められるわけではない。「基本的人権」ないし人格的自律権（自己決定権）の大前提には、生きることは尊いことであるという考え方があり、自殺を「権利の行使」と構成することはその大前提にもとるものであろう⁴⁶⁾とのように、権利はより良き人生を送るために認められる。したがって、脳死＝死に疑問符がつく以上、脳死を死と見なして臓器移植を行なうことはたとえ本人が承認したとしても認められない。

ただ、「治療の中止が患者の自己決定権に由来するとはいえ、その権利は、死そのものを選ぶ権利、死ぬ権利を認めたものではなく、〔死が避けられないときの〕死の迎え方ないし死に至る過程についての選択権を認めたにすぎない」（東海大学事件（横浜地判平成7年3月28日判例時報1530号28頁））。〔 〕は飯島による補足）という判示と同様の考えに基づき、極めて限定的ではあるが自己決定権を根拠に脳死を死と見なして臓器の摘出を認めることできる場合もあると思われる。やはり近いうちに脳死患者は心臓が停止し、三徴候説に依拠しても死に至る状況が多いこと、現在の医療水準では臓器移植によってしか助からない患者がいることを前提として、脳死の状況などについて十分な知識と意思能力を有している成人が自らの脳死を死と見なして自らの臓器を提供したいとの真摯な意思を持って臓器移植を積極的に認めるのであれば、そうした決定は自己決定権の行使として認められても良いものと思われる。その点、旧臓器移植法は「自己決定権」にある程度は配慮された法律であったと言えよう。

しかし、改正臓器移植法では患者本人の意思表示は必要とはされず、家族の承諾のみで臓器の摘出が行われる。「何も言っていないから賛成だ」というのは、はなはだしい擬制であって、こ

43) 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、2004年）459頁。

44) 芦部信喜『憲法』（岩波新書、1997年）120頁。佐藤幸治掲注43) 文献460頁。

45) 佐藤幸治「憲法学において「自己決定権」をいうことの意味」『法哲学年報』（1989年）96頁。

46) 佐藤幸治佐藤幸治掲注43) 文献460頁。

れでは、とうてい本人の意思を尊重しているとは言えないだろう」⁴⁷⁾。実際のアンケート、たとえば内閣府大臣官房政府広報室が2008年9月に行なった世論調査などを見ると、「あなたは、仮に、ご自分が脳死と判定された場合、心臓や肝臓などの臓器提供をしたいと思いませんか。この中から1つお答えください」という問いに「どちらともいえない」(28.4)、「どちらかといえば提供したくない」(7.3)、「提供したくない」(17.1)、「わからない」(3.7)という結果が出ている⁴⁸⁾。こうした統計を踏まえると、「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」であるとか、「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」などととても言えない⁴⁹⁾。そもそも「自

47) 葛生英二郎・河見誠・伊佐智子佐藤幸治掲注1) 文献232頁。

48) 日本臓器移植ネットワークのホームページにある。<http://www8.cao.go.jp/survey/h20/h20-zouki/3.html> 参照。

49) ちなみに、2009年7月6日参議院厚生労働委員会で、「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。」というふうに言い切られているんですが、我々は死後の臓器提供へと自己決定している存在だというふうに言われても、私はそう理解できないんですが、少なくとも私はそういうふうに思っていないんですが、このように断定される何か根拠がおりなのかどうか、御説明をいただければと思います」という民主党の森ゆうこ議員からの質問に対して、参考人として出席した町野朔教授は以下のように答弁している。

「〔前略〕本人が何も言っていないときには家族がイエスと言えればこれでいいというのは本人も承諾しているからだという具合に、多くの人はこのことを正当化しようとするわけですよね。しかし、私はそれはできないだろうと。

どういう意味でそうかといいますと、例えば、小児について本人の意思を問題にするということは、これは非常に難しい話です。恐らくあったとしても、どれだけのことを考えて自己決定できるかという問題だろうと思います。したがって、だからそれが要らないというわけではない。本人の意向に沿わないような臓器の摘出は絶対私は認めるべきではないと思っております。

そこで、世界中を見ても、確かに日本法だけなんです、本人のオプトインがなければ駄目だという考え方。そうすると、多くの国は本人の自己決定を無視しているのかと。そんな失礼なことを日本人が言っているのかと、ほかの国は全部これを無視して、日本だけが最高のあれだと。恐らく私はそうではないだろうと。

多くの国で考えているのは、恐らく、例が非常に、ちょっと違うと言われる方もあるかもしれませんが、例えば、私が友人の家に夜勝手に入ったと、友人はそこにいなかったと、しかし勝手に入ったと、本人の自己決定を害していると言えますかという話ですよね。行っただけでなくて泊まったと、冷蔵庫の中にあるビールを飲んだと、本人の自己決定を侵害していると言えますか。つまり、そのときには、承諾意思が推定されるという問題以上に、この人は結局恐らくやってくれるだろうという意識があるからそうなんです。

そして、これは今生存している人間について言うわけですから、我々が死亡した後に、自分の臓器とかあるいは財産とか、そういうものについてどのように考えているんだろうかという、人間の存在はその

「自己決定権」とは字義通り、決定を行なう本人だけに帰属する権利である。他人が本人の代わりに本人の私的事項に関する決定を行うことは「自己決定権」とは言えない。本人の明確な意思表示がない限りは脳死を死として扱い、臓器移植を認める改正臓器移植法は「自己決定権」とは相容れない。本人の意思が不明の場合に家族（遺族）が脳死を認めて臓器移植を認めてしまえば、本人が脳死と臓器移植に否定的な見解を持っていたともして脳死＝死とされて臓器移植がなされてしまう。これでは患者本人の「自己決定権」が空洞化されてしまう。「死者本人の承諾（これをOpt-in方式あるいはContract-inという）がなければ臓器の提供を認めないという法制度は、世界で日本だけであろう」⁵⁰⁾として、日本でも遺族の承諾だけでいいとの見解もある。しかし、「外国がそうだから日本も」というのは理由にならない。「〔旧臓器移植法の〕このような厳格な態度の背後には、脳死に対する懐疑的な世論、事故の身体を提供することに対する消極的な人々の存在、そして脳死判定を行い、臓器を摘出し、臓器移植を実行する医師の権限行使に対する不信感がある」⁵¹⁾（〔 〕は飯島による補足）と町野教授自身がいみじくも発言しているように、旧臓器移植法でOpt-in方式が採られたのには日本独自の事情がある。とりわけ「和田心臓移植」などに見られる医療不信から、臓器摘出に消極的な態度をとる日本人がいることはやむを得ないものと思われる。「外国がそうだから日本もOpt-outにすべき」などというのは理由とはならない。そして、「本人の意向に沿わないような臓器の摘出は絶対私は認めるべきではないと思っております」（2009年7月6日参議院厚生労働委員会での町野朔発言）というのであれば、他人のために臓器を提供する自己決定を本能的に行なっているなどとの擬制に基づき臓器の提供を認めるのではなく、本人の明確な意思表示がある場合に限って脳死を死と見なして臓器の提供を認めるべきだろ

ようなものを前提にすると。どうしてそう断定されるかといいますと、私はこれはまさに規範的な問題だと思います。つまり、平均値だとかそういうことでやっていい問題ではないのです。それはちょうど法律の世界で、通常人だとかあるいは注意深い人間だとか、そういう人間像を前提にするのと同じなのです。

その意味で、皆さんが自己決定大切だと、私はそれはそのとおりだと思います。しかし、このときに言っているのは、本来の今ここで言われている自己決定というのは今のような意味ですと。したがって、言い換えると、本人は死後の臓器提供へと決定している存在であると言っている。そういうことになったわけでございます。

説明の仕方が非常にいろいろ物議を醸すようなことをしたかもしれませんが、私の本意はそのようなものでございます。

この答弁を聞いて、森ゆうこ議員は「今の御説明を聞いても、なぜ我々は臓器提供の意思を示してなくても既に死後の臓器提供へと自己決定している存在だというふうに言い切ることができるのか、その辺の論理が私にはなかなか理解できない」と発言している。その直後に発言した榑島次郎参考人も「私も今の町野先生の御説明ちょっと難しくてよく理解できません」と発言している。

こうした説明を理解、納得できるだろうか？

50) 町野朔・長井圓・山本輝之編前掲注42) 文献308頁。

51) 町野朔・長井圓・山本輝之編前掲注42) 289頁。

う。

実際の場面でも、「いままでの運用上、ドナーカードは頻繁に見過ごされていて、事後に発見されることが多い」という。家族同意だけで脳死を死と認めて臓器摘出をした後、「拒否の意思を示したカードあるいは書面が出てきたらどうなるのでしょうか」⁵²⁾ という問いにどう答えるか。「自己決定権」を重視すれば、「仕方ない」で済まされる問題では決してない⁵³⁾。

(3) 子どもや障害者と改正臓器移植法

改正された臓器移植法では子どもや知的障害者などであっても遺族の承諾があれば脳死状態でも臓器の摘出が認められる。このことについてどう考えるべきか。子どもに関しては、手はじめに櫛島次郎の見解を紹介する。

「子ども（未成年者）は脳死状態にあるなしにかかわらず、同意能力が十分でない弱者として法的に保護されています。ですから、日本国においては、脳死状態の子どもは二重の弱者であって、特別に特別な保護が必要になると思います。にもかかわらず安易に本人同意の原則を外してしまうのは、現状では認めがたいと私は考えます。専門家に聞けば聞くほど小児救急医療がひどい状態にあるなかで、救命できずに脳死状態になった子どもに手をつけるのは許されるのか。児童虐待が頻繁に起こるなかで、頭を殴られて脳死になったかもしれない子どもから臓器をとれるような道を開いていいのか。現場に近い人ほど、そのような危惧の声があります」⁵⁴⁾。

生きている人間から心臓を取り出して心臓に疾患を持つ患者に移植する。こうした行為は刑法上は殺人罪（刑法199条）になるし、公権力がこうした行為を行なうのであれば「生存権」（憲法25条）の侵害となる。生存権には、公権力の介入の排除する「自由権的側面」と、「健康で文化的な最低限度の生活」を送ることのできるよう、国に一定の行為を要求できる「社会権的側面」がある⁵⁵⁾。個人の生存を脅かす国の行為は生存権の自由権的側面を侵害し、憲法25条に反して許されない。また、「死」の問題を「自己決定権」に関連させると、「自己決定権」といっても自分の事柄についてならどのようなことを決めても良いという権利ではない。生きることが期待できなくなったとき、どのような死に方を選ぶかが認められるに過ぎない。脳死とされた者でも心

52) 櫛島次郎「臓器移植法改正にあたって —— 自民党調査会案の問題点と提案」臓器移植改正を考える国会議員勉強会編前掲4) 文献31頁。

53) さらに、家族が脳死状態になった場合、家族は冷静かつ適切な判断ができるだろうか。たとえば交通事故遺族の会長井出渉氏は「娘が交通事故に遭ったとき、頭の中は真っ白。パニックになった。とても正常な判断ができる状態じゃなかった」と述べて、そうした問題点を危惧する。2010年8月11日『東京新聞』。

54) 櫛島次郎「臓器移植法改正にあたって —— 自民党調査会案の問題点と提案」臓器移植改正を考える国会議員勉強会編前掲4) 文献32頁。

55) 麻生多聞、飯島滋明ほか『初学者のための憲法学』（北樹出版、2008年）161頁。

臓は動いて体温もあり、汗や涙も流し、妊婦であれば出産した事例もある。そうした現状などに鑑み、現在では脳死を死とみなす社会的合意が日本にはない。そうである以上、ほんらい脳死＝死という自己決定を行なうことは憲法上は認められない。ただし、①脳死患者の状況について十分な知識を持っていること、②臓器移植でしか助からない人が存在する現在の医療状況を踏まえて積極的に臓器を提供したいと積極的に考えていること、この①②の要件を満たしている場合に限り、例外的に自己決定権を根拠に脳死を死と見なして臓器の提供を認めることができるものと思われる。

こうしたことを前提に知的障害者などについて考察を加えると、知的障害者などの場合には上記①②の要件が欠けている。つまり自分のことに関して合理的に決定するという前提が欠けている。そうであれば障害者のためにも脳死を死と見なして臓器の摘出は認められない。「家族の同意」だけでいいということになると、障害者が安易な臓器資源扱いをされるのではないかと⁵⁶⁾という問題も出てこよう。知的障害者などが脳死になった際に臓器の摘出を認めることは「生存権」を脅かされる事態も出てくる可能性がある。

子どもの場合も①②の要件が満たされているかどうか疑問である。「子どもの権利条約」で規定されている「意見表明権」(12条)を根拠に、子どもが意思表示を行なった場合には子どもからの臓器提供も認めるべきとの見解もある(たとえば、いわゆる「森岡・杉本案」)。確かに子どもの「意見表明権」は尊重されるべきである。しかし、子どもの権利条約では「子どもに関するすべての措置をとるに当たっては、公的若しくは私的な社会福祉施設、裁判所、行政当局又は立法機関のいずれかによって行われるものであっても、子どもの最善の利益が主として考慮されるものとする」(3条1項)、「締約国は、すべての子どもが生命に対する固有の権利を有することを認める」(6条1項)と定められている。子どもの権利条約では「最善の利益」「生命に対する固有の権利」を子どもに認めることが目的とされている。「臓器の摘出の場合には、それがドナーである子供にとってマイナスになることはあっても何らプラスに作用することはありません」⁵⁷⁾から、子どもに対する「最善の利益」「生命に対する固有の権利」の保障という観点からも子どもの脳死＝死、だから臓器移植を認めるとの結論を導くことはできない⁵⁸⁾。なお、改正臓器移植法では虐待された子どもからの臓器移植はできないことになっているが、生後6カ月前後から2歳くらいまでの、乳幼児の頭蓋内出血は虐待が原因なのか、家庭内のちょっとした事故が原因なのか専門家でも見解が分かれてきたという(2010年6月5日付『朝日新聞』)。これでは法律で禁止されたといっても意味がなく、虐待された子どもから臓器提供がなされる可能性があるだろう。

旧臓器移植法では知的障害者などや15歳未満の子どもの脳死を死と認めず、臓器の摘出も禁止されていた。しかし改正臓器移植法では本人が拒否しない限り脳死が死とされ、家族が承諾す

56) 榑島次郎「臓器移植法改正にあたって——自民党調査会案の問題点と提案」臓器移植改正を考える国会議員勉強会編前掲注4) 文献32頁。

57) 曾根威彦「脳死と臓器移植」戸波江二・棚村政行・曾根威彦・甲斐克則・岩志和一郎『生命と法』(成文堂、2005年)114頁。

58) 同旨として、たとえば小松美彦掲注2) 文献360頁。

れば心臓などの臓器を子どもや知的障害者などからも摘出できる。改正臓器移植法は子どもや知的障害者などの生存権を侵害する可能性を持つ法律である。

第4章：終わりに

— 国民主権との関係で —

渡部良夫氏が講義の前に大学医学部1年生や看護学校学生に脳死臓器移植についてのアンケートを行ない、脳死状態からの臓器移植にどれほど多くの問題があるかを授業で説明した後にもう1度アンケートを行なったら、「医学部の学生は講義前に67パーセントが賛成、30%が反対の意思を表示していたのに、私の講義を聞いた後には賛成が30%に減り、反対が48%に増えて、賛否の比率が逆転した」という。看護学校の場合には「よく分からないという回答が多く、最初は賛成が30%、反対が12%程度であったものが、講義後には15%と50%となり、賛成は反対の3割に過ぎなくなった」⁵⁹⁾という。看護学校や法学の授業では私も同様の経験を何度もしてきた。世論調査などでは脳死を死と見なして臓器の提供を認めるべきという見解には好意的な人も多いと思われる。しかし、脳死に賛成と考える人は「脳死」に関する以上のような状況を知っているのか。(社)日本臓器移植ネットワークが発行しているパンフレットやインターネットのホームページでは「脳死になれば数日のうちに心臓も止まります」「薬剤や人工呼吸器などによってしばらくは心臓を動かす続けることもできますが、やがて(多くは数日以内)心臓も停止してしまいます」などという、適切でない紹介がされている。こうした内容の発言を聞けば脳死を死と見なして臓器の摘出に賛成してしまうかもしれない。しかし、脳死診断基準を満たした後に30日以上心停止がない状態である「長期脳死」の存在、「20年まで心停止が来ない人があると厚生省自身が長期脳死を認めました」⁶⁰⁾といったように、「脳死」とされても長い間生存する事例も知られている。脳死とされても心臓は動いており、触ると暖かく、汗や涙を流し、妊婦であれば出産し、体を動かすことがある。臓器摘出のために脳死患者にメスを入れると脈拍と血圧が急上昇し(つまり痛みを感じている可能性がある)、動くので、脳死患者からの臓器摘出の際には麻酔などが投与される。これが臓器移植の実態だ。脳死を死とみなして臓器の移植に賛成する者はこうした事情を知っているのか。「もしも「ドナー患者が痛みを感じているかもしれない」と想像した時、それでも国民は「脳死・臓器移植」にGOと言うだろうか」⁶¹⁾。「脳死状態と診断された後、1カ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人いる」⁶²⁾との調査も出されているように、子どもの場合には脳の機能が大人以上に解明されておらず、脳死判定

59) 渡部良夫「脳死臓器移植の問題点と言論統制の危険について」オーロラ自由アトリエ前掲注28) 文献31頁。

60) 杉本健郎「小児臓器移植を実施する前に」臓器移植改正を考える国会議員勉強会編前掲注4) 文献61頁。

61) 阿部知子「文化としての死の解体と人間解体を招く〈脳死・臓器移植〉」近藤誠・中野翠・宮崎哲彦・吉本隆明ほか前掲注22) 文献31頁。

62) 2007年10月12日付『毎日新聞』。

改正臓器移植法と憲法

がなされても何事もなかったかのような状態に戻ることも多い。そうした状態の脳死患者が拒否の意思表示をしていない限り、家族（遺族）の承諾だけで脳死を死と見なして臓器の摘出を認める改正臓器移植法をどう思うか。心臓移植でしか助からない子どもの臓器移植を認めるべきとの観点から、改正臓器移植法では子どもの臓器移植が日本でも認められるようになった。マスコミなどでは「いのちのリレー」などという美名のもとで脳死患者からの臓器移植には賞賛が送られることが多い。ただ、考えてほしい。現在の医療では臓器を移植しなければ助からない人もいるが、移植のための臓器を摘出されるのは回復する可能性のある子どもだ。脳死と臓器移植の関係についても主権者として、あるいは潜在的に脳死になりうる存在として、常に情報を得て、考えることが必要であろう。

【2010年8月16日脱稿】