HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	（３）提言・その３：「死体関連身体・組織の利用にかんする生命倫理基本法」
Author(s)	城下, 裕二; 臼木, 豊; 佐藤, 雄一郎
Citation	北大法学論集, 56(1), 425-393
Issue Date	2005-05-20
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15361
Type	bulletin (article)
File Information	56(1)_p425-393.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

(3)提言・その3:「死体関連身体・組織の利用に関する生命倫理基本法」

城下裕二
臼木　豊
佐藤雄一郎

3－1）心臓死における死体（その組織・変形物（遺骨等）を含む）

〔提言骨子〕

【提言：3－1－1】　制度の枠組み　死体およびその一部（臓器・組織・細胞）を利用する行為については、現状のような断片的な立法形式を改め、統一的な原理に基づく法規制のあり方を追求する必要がある。

【提言：3－1－2】　本人の意思の考慮　死体利用に際しては、原則として本人による生前の同意が必要である。その場合、パターナリスティックな制約もしくは公益による制約に反しない限りで、利用方法あるいは提供先などについて、本人の指定権を一定程度認めることも考えられる。

【提言：3－1－3】　遺族の意思の考慮　本人が死体利用に関する意思を表明していない場合、遺族による同意を認めることも可能である。それは、本人の代諾としてではなく、本人の意思決定を推定・補充するもの、または遺族の固有の利益に基づくもの（特に本人が小児の場合）として位置づけられる。

【提言：3－1－4】　死体保存に関わる規制　医学研究などのために死体を保存すべき場合も、原則として本人の意思表示の尊重を最優先すべきである。現行臓器移植法の下での移植不適合臓器（焼却処分の対象となる）については、本人の意思表示を前提として、他の目的への利用可能性を検討する必要がある。

【提言：3－1－5】　死体利用（バンク化も含めて）に関わる規制　死体に直接アクセスした者以外による死体の保存ないし利用という事態が今後増加

すると予想されることから、そのモニタを実施するための自主的ないしは公的規制が図られる必要がある。

〔コメント〕

1．社会的・倫理的・法的意義および問題点

ヒトの死体を利用する行為は、かつては医学教育あるいは死因調査のための死体解剖および保存が中心であり、やがては新しい治療方法としての臓器移植がそれに加わることになった。しかし現在ではそれらにとどまらず、医療・医学研究・医薬品の研究および開発をはじめとした多様な目的のために、死体およびその一部（臓器・組織・細胞等）は「資源」として利用されている[1]。他方、死体およびその一部の「法的地位」をめぐる問題は法律学においても議論の途上にあり[2]、未だに明確な解答が与えられているとはいいがたい。このことは、たとえば臓器移植に関する「提供意思」（承諾要件）についての論議が絶えないことからも明らかである。死体は単なる「物」ではないとしても、それが現に社会の中で人から人へと「流通」し、「利用」されうる存在である以上、死体のもつ法的意味を明らかにし、特に（生前の）「本人」およびその「遺族」が、死体に対していかなる権利を有するのかを確定していくことが必要である。

2．現行の諸規制

①法令・省令など

（医療・医学教育・医学研究）

臓器の移植に関する法律

臓器の移植に関する法律施行規則（厚生省令）

「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）

（厚生省保健医療局長通知）

死体解剖保存法

医学及び歯学の教育のための献体に関する法律（献体法）

病理解剖指針〔医道審議会死体資格審査部会申し合せ〕

（死体の処理・葬送・公衆衛生）

墓地・埋葬等に関する法律

行旅病人及行旅死亡人取扱法

船員法

刑法188条～191条

(死因調査・届出)

死体解剖保存法

死産の届出に関する規程〔厚生省令〕

医師法

食品衛生法

検疫法

刑法192条・刑事訴訟法229条・軽犯罪法1条19号

②学会ガイドライン・提言など

日本組織学会「ヒト組織を利用する医療行為の倫理的問題に関するガイドライン」(2002・2003に改定)

日本組織培養学会「非医療分野におけるヒト組織・細胞の取り扱いについて」(1998)

日本法医学会倫理委員会「法医学領域の解剖等により採取・保存された臓器・体液等の法医学的研究への使用について」(2002)

日本病理学会「病理解剖の倫理的課題に関する提言」(2000)

日本整形外科学会「整形外科移植に関するガイドライン」(1991)

3．新しい研究・臨床の動向と現行諸規制の問題点

(3－1) 総論

1で述べたように、研究・臨床の現場においては、死体利用は死体「臓器」の「移植」にとどまらず、(素材の面でも利用目的の面でも) 広範囲にわたって実施されている。しかしながら、法的な規制としては、臓器移植法・死体解剖保存法・献体法などの若干の法令が存在するにすぎない。これらの現行法は、死体利用行為が、一定の要件の下で刑法上の死体損壊罪 (190条) の違法阻却事由となりうることを示すものであるが、(たとえばアメリカ合衆国の「統一死体提供法」のように) 死体「利用」という統一的観点から規定されたものではなく、いわば断片的に立法されてきたものである。したがって、当然のことながら「利用」にあたっての諸要件も法律ごとに異なっており、さらに、各々の法律の内容自体についても以下に見るような問題点が残されている。

（3－2）死体解剖保存法

本法は、死体の解剖および保存並びに死因調査の適正を期することによって公衆衛生の向上を図るとともに、医学の教育又は研究に資することを目的としている（1条）[3]。しかし、本法が規定する病理解剖・法医解剖（司法解剖及び行政解剖）は「死因調査」を目的とした、また系統解剖は「医学の教育」を目的とした死体利用であることからすれば、「医学の研究」を目的とした死体利用として本法が対象としているのは「保存」についてのみであると解される。しかも、本法にいう「保存」は「標本としての保存」を意味するにとどまり、保存した死体を（標本以外の目的で）利用する行為に関しては規定がない（本法の「保存」が「(保存した死体の）利用」を含んでいると解するのは困難であろう)。また、保存の要件としての「医学の研究又は教育のために特に必要のあるとき」(17条1項）という限定は、かなり抽象的な判断を伴わざるを得ないように思われる。

さらに本法では、死体の解剖にあたっては原則として遺族の承諾が必要とされる（7条）が、これは後述する臓器移植法および献体法とは要件を異にする。本人の承諾が全く考慮の外に置かれていることは、死体損壊罪が個人的法益に対する罪ではなく、(死者に対する敬虔感情という）社会的法益に対する罪であると一般に理解されていることから説明可能であるが、逆になぜ遺族の承諾があれば正当化されるかについての十分な論証はこれまで行われてこなかった[4]。臓器移植法のように、本人の「提供意思」を尊重すべきであるという立場（これ自体もどのように根拠づけるかは一つの問題である）からすれば、本法がそれを配慮していないことには疑問が提起されうる。他方で、本法が、「特に得がたい」死体の場合は遺族の承諾さえ不要とし（17条2項)、あるいは遺族からの死体引渡しの要求を拒否できるとしていること（15条但書）についても、その合理性に関して議論の余地がある。

（3－3）医学及び歯学の教育のための献体に関する法律（献体法）

本法は、文字通り医学・歯学の「教育」目的での死体利用たる「正常解剖」（系統解剖）に限定したものであり（1条)、研究・開発目的までカヴァーするものではない。本法では、死体解剖保存法の規定にかかわらず、本人の書面による献体の意思表示があり、かつ遺族が「解剖を拒まない」(又は遺族がいない）ことを正当化要件としており（4条)、その意味では本人の「提供意思」

を重視したものといえる。この点は後述する臓器移植法と同様であるが、本法では、本人の献体の意思が書面で残されていないときは死体解剖保存法に従って遺族の承諾に基づいて解剖を行うことになるため、その場合には死体解剖保存法について述べた問題点が再び表面化することになる。また、本人の承諾があっても遺族が拒否した場合には解剖を実施することができないことについては、遺族の「拒否権」を優先することで却って本人の「提供意思」が重視されない結果になるとの批判がありうる。

（3－4）臓器移植法

本法は、「移植医療の適正な実施に資すること」（1条）を主たる目的としており、他の諸法と同様に限定された「死体利用」に関する法律であるが、現行法の中では最も整備されたものといえる。ただ移植対象は「臓器」（5条・施行規則1条）に限られており、皮膚・血管・心臓弁・骨等の組織については、「臓器の移植に関する法律」の運用に関する指針（以下、「ガイドライン」とする）第11・その他の事項の6で「通常本人又は遺族の承諾を得た上で医療上の行為として行われ・・・る場合には許容されるものである」と規定されるにとどまる（現状では、これらの組織については学会等でガイドラインないしはマニュアルを作成し、あるいは各医療機関において独自のバンクを設立して移植を実施している)。

また本法は、摘出に関わる承諾要件として、本人の書面による意思表示があり、かつ遺族が摘出を拒まないこと（または遺族がいないこと)を規定する(6条1項＝いわゆる「特別に狭い承諾方式」の採用)。これは、基本理念としての本人意思の尊重（2条1項）の具体化として評価される一方で、(献体法の場合と同様に）それと「遺族の拒否権」を認めることとの関係が問われている[5]。また、角膜・腎臓について、当分の間、旧角腎法に従って遺族の承諾のみで摘出が可能とされていること（附則4条）に対しては、経過措置とはいえ、理論的に一貫しない（臓器によって「本人意思の尊重」の程度が異なる）との批判が提起されうる。

さらに本法9条は、「死体から摘出された臓器であって、移植術に使用されなかった部分の臓器」を厚生省令に従い焼却処分すべきことを規定している。これは、6条1項に基づく死体からの臓器摘出が、移植を目的としたものに限定されていることからは当然のことではあるが、これを厳格に解するならば、

事後的な病理学的検査（本当に使用不可であったか否かの確認等）のための標本としての保存も許容されなくなるといった疑問も出されている[6]。本条は、摘出された臓器を他の目的に使用することを禁止する趣旨と解されるため、移植以外の死体利用を立法化する場合には再検討が必要となるであろう。

以上のほかにも、①「遺族（家族）」（6条）の範囲を定めるにあたっては、ガイドライン第2のような包括的な規定で十分か、②2001年7月の15例目の臓器提供で問題とされたように、本人からの提供先の指定を認めるべきか否か③臓器売買の禁止（11条）に関しては、むしろ臓器提供を促進するために対価を認める余地はないか、少なくとも全面禁止ではなく不公平な配分を防ぐような市場介入措置で足りるのではないか、といった点が問題とされている[7]。

4．提言の趣旨

（4－1）制度の枠組み

死体利用に関する制度設計として、死体解剖、研究目的での保存および利用、臓器移植などのように、それぞれの目的によって異なる法律を設けるのか、あるいは、アメリカ合衆国の統一死体提供法（およびこれを採択した各州法）のように、統一的な法律によるのかがまず問題となる。一長一短あろうかと思われるが、前者をとる場合であっても、互いが矛盾したり、異なる法原理に依っていたりする事態は避けるべきであろう。このため本項では、死体利用に関わる統一的な理念を示すことにする。

（4－2）本人の意思の考慮

（4－2－1）臓器・組織の切り離し

死体の一部が利用される場合には、その一部は、死体から切り離される必要がある。これは、刑法上は死体損壊罪に該当しうる行為であり、正当行為として違法性が阻却されるためには、必要条件として（十分条件であるかはさておくとしても）本人による生前の同意が必要と思われる[8]。

（4－2－2）「モノ」化

さらに、死体が、単なる物ではないとすると、それを「モノ」化の上、「流通」させ、あるいは「利用」するためには、何らかの条件が必要なように思われる。すなわち、人格そのものは手段としてのみ扱われてはならないところ、

戦前の大審院判決（大判大10・7・25民録27・1408)[9]のように、いったん人格が消滅してしまえば身体そのものは物になる、という扱いはあまりに形式的であるように思われるのである。このため、かつて「人」であったもの（死体）も、生きている人と同じように（程度の差はあろうが)、手段としてのみ扱われてはならないという何らかの利益があると考えることができるように思われる（ただし、死体自体がそのような利益を有するのか、我々が死体をそのように保護したいのかは立論として両方あり得る)。よって、人体実験の場合に、「人」を単に手段として用いることの倫理的問題を、本人の積極的参加意思で解決しようとするヨナスの考え方[10]を応用すると、臓器を「モノ」化するためには、本人の意思が必要ということになる。

（4－2－3）donee、利用方法の指定

本人は、自己の身体の一部の性質を変じる意思を表明するものであることは上述の通りであるが、これに加えて、それを一般の「物」と同様、誰に譲渡するか、どのような利用を許すか、など、よりスペシフィックな指定をする権限があるであろうか。たとえば、自分の死後、自分の臓器が、特定の人のためにのみ移植されることを指示することができるであろうか。そうではなく、本人はあくまでも性質を変じることができるのみで、それ以上の特定の権限は有しないものであろうか。

生きている人の場合、原則としては、自己決定権の観点から、自分の身体の処分ないし情報の利用については、その相手方および利用目的を特定することが原則として認められ、これはパターナリスティックな制約、もしくは公益上の制約による制限にかかるのみであるであろうことを考えると、死体についても、誰に、どのような目的での利用を許すかについて、本人に特定の指定権を全く認めないことは妥当でないように思われる。

（4－2－4）提供意思の推定

反対意思表示方式を、本人の意思が不明な場合には提供意思があるものと推定するという説だと解すれば、それは、本人の意思に反する提供を認めるわけではないから、その意味においては倫理的に正当化することができよう。問題は、このような推定が正当化できるかである。

この点、我々は「臓器提供へと自己決定している存在」であるとして、この推定を正当化する論がある。仮に我々がそのような存在であるとしても、集団としての「我々」を考えるのか、問題となる当該個人を考えるのか、という問

題はさらに残るように思われる。ここで問題とされるべきは、当該個人なのであり、「我々」がそのような存在であるとしても、彼がそのような存在であるということは必ずしも導き出すことができないのではないかとの疑問が拭いがたい。本当は使用してもよいという人の臓器を使用できないことと、本当は使用されたくないという人の臓器を使用してしまうこととの害の大きさを考えると、後者の方が大きいように思われる。

ただ、反対意思表示方式によることなく、かつ、本人の意思を尊重するという原則にも反することなく、提供意思を推定するという方向も考えられる。それは、遺族が、相当の根拠に基づいて、提供に関する本人の「承諾」「拒否」さらには「近親者への決定委任」を推定することによって可能になると解される[11]。

（4－3）遺族の意思の考慮

上述した本人の意思に対して、遺族の意思がいかなる役割を有し、本人の意思とどのような関係に立つものかが問題となる。

死体の利用については、代諾を認める余地はないように思われる。代諾は、本人が意思を表明できないが、本人のために何らかの決断をしなければならない時にのみ問題となるように思われるところ、死体利用に関する判断は、本人が意思を表明できない場合であってもどうしてもしなければならないというものではないからである。よって本稿では、遺族の関わりは、本人の代諾ではなく、遺族独自の立場でなされるという理解をとる。

まず、遺族は、自分の近しい者の死体について、遺族として、何らかの想いを持っており、この想いは法的な保護をすべきものと思われる。遺族には、死体に対する侵襲行為を拒否する権利が認められる。（本人が臓器提供の意思を表明している場合になお遺族が死体に対する侵襲行為たる臓器摘出を拒めるかは問題となる。「できるだけ本人の意思を尊重した上で」なおそれを受容できない場合には、拒める、と解するべきであろうか。）

では、本人が臓器提供に反対の意思を表明していない場合、遺族が臓器提供を行うことはできるであろうか。上述した本人の権利は、死亡という権利能力の終期の後に、本人の（生前の）意思決定が実現されるという意味において、フィクティブなもののように考えることもできるように思われる（権利自体のフィクティブ性およびその権利が本人の死後に問題となるというフィクティブ

性)。むしろ本人の意思を必要とするのは、権利を肯定しそれを直接保護するためというよりは、現在生きているわれわれが、死んだ後自分の死体が勝手に使われないという安心ないしは信頼感を保護するためであるように思われる。よって、臓器提供の意思表示をなしうる主体は、本人だけに限られるわけではなく、それ以外の者も含まれると解する余地もあってよいのではないかと思われる。もっとも、遺族による提供を認めるとしても、それが本人意思の推定の一方法であるのか、本人の意思とは独立に遺族独自の立場として提供ができると考えるのかはなお問題である。さらに、前者であるとすると、本人に能力がない場合には遺族による提供も認められないことになる。このことは、とりわけ、本人が十分な自己決定能力の認められない小児である場合に妥当するものといえよう[12]。

（4－4）死体保存に関わる規制

上述のような提供意思により、死体から切り離された部分は、すぐに用いられるとは限らず、医学研究などのために保存されることがあり得る。上述のように、現行の臓器移植法は、移植に用いられなかった臓器を焼却することにしている（法9条、施行規則4条）が、本人に利用方法の指定を認める立場からは、移植不適合臓器をすべからく焼却するという立場は妥当でないと解することになる（むろん、本人が移植のみに利用されたい意思を表示していた場合には、移植不適合臓器は焼却されるべきことになるが)。また、現行法の、臓器移植法と死体解剖保存法との関係が整理されるべきである。臓器移植法は本人の、死体解剖保存法は遺族の意思を重視しているため、その統一が図られるべきであろう。

いったんなされた提供意思の撤回についてどう考えるかの問題がある（東京地判平12・11・24判時1738・80)。提供意思は放棄ではなく、提供後も何らかのつながりを有していると解するべきであり、基本的に提供意思の撤回は認められるべきであろう（ただし、連結不可能匿名化される場合には、撤回はできないことになる。この場合、連結不可能匿名化されてしまえば撤回はできなくなるという説明が、あらかじめなされるべきであろう)。

また、提供意思のない保存を認めるかについても問題となる。死体解剖保存法は、18条でこれを認めている（遺族からの引渡請求があったら返さなければならないと規定する形で)。しかし、研究の利益よりも個人の利益を重視すべ

きであるという立場（たとえば、ヘルシンキ宣言はその５条で「ヒトを対象とする医学研究においては、被験者の福利に対する配慮が科学的及び社会的利益よりも優先されなければならない。」〔日本医師会訳〕と規定する）からは、いかに医学的に重要なものであっても、提供意思のない保存は認められるべきでないと解するべきであろう。（ただし、引き取り手のない死体については問題が残る。韓国の死体解剖保存法は、その16条で、原則として死体の標本としての保存には遺族の承諾が必要としながら、引き取り手がいない場合や遺族が知れない場合にはこれを不要とする。しかし現在では、引き取り手のない死体は少ないであろうし、また、その後に遺族が現れた場合の紛争（東京地判昭46・12・13訟月18・１・１など）を避けるためには、このような保存をしないことが望ましいであろうか）。

（４－５）死体利用（バンク化も含めて）に関わる規制

現行の死体解剖保存法が考えている「医学の教育又は研究のため」の「標本として保存」（17、18条）、「保存」（19条）は、当然に、死体に直接アクセスをした者（医学に関する大学、地域医療支援病院、特定機能病院、解剖をした者）が保存をすることを前提としている。しかし、現代的な利用形態である、バンク化という事態を迎え、この前提は崩れてきている。

そもそも、死体の保存・利用は、その時点では本人はいないために、本人によるモニタということが考えられないこと、また、遺族の手からも離れてしまうことに加え、バンク化された試料があちこちに提供され、バンク自体もその利用についてモニタが十分に果たせるとは言い難いことを考えると、本人の生前の提供意思ないし遺族の提供意思のみにて解決することは無理であり、きちんとした利用がなされる、そして信頼に足る、仕組みが作られる必要がある。これを、イギリス（Human Tissue Act 2004 による Human Tissue Authorisation）やシンガポールのように国家法による規制によらしめるのか[13]、あるいは自主的な取り組みでも果たすことができるのかについては、確たる答えがない。less restrictive なものから試していくという観点では、まずは自主的な取り組みに任せ、それで不十分な場合に国家法による規制に踏み切るという手順をとることになるだろうか。

（５）専門アドヴァイザー、情報ソース、謝辞

死体解剖保存法および献体法に関しては、2003年7月31日に開催された人倫研クールセミナー（於：北海道大学）において、佐藤利夫先生（札幌医科大学講師）から貴重なご助言をいただいた。また、死体利用と刑事実体法および手続法が関連する問題点全般については、2003年5月23日に開催された人倫研ワークショップ（於：明治学院大学）において、原田保先生（愛知学院大学教授）ならびに近藤和哉先生（神奈川大学助教授）に詳細なご報告とともに、有益なご教示をいただいた。

3－2）脳「死体」

〔提言骨子〕

【提言：3－2－1】　制度の枠組み　脳死体の利用に関しては、現行臓器移植法を改正し、これまで指摘されてきた問題点について改善を図るとともに、「移植」以外の利用目的を包含し、また「臓器」以外の身体部分にも妥当する形で規定し直す方向も検討されるべきである。

【提言：3－2－2】　法的な死：脳死一元化の必要性　脳死説を採用する場合、移植用途の有無、あるいは本人の脳死判定承諾の有無などにかかわりなく、脳死が本来的・一元的死であることを、法律上明示する必要がある。

【提言：3－2－3】　臓器摘出要件：意思表示　臓器摘出の許容要件は、本人の自己決定を根拠としなければならない。遺族の意思は、本人の意思が表明されていない場合にのみ補充的に、かつ本人意思の尊重原則に抵触しない限りで考慮すべきである（いわゆる「広い承諾方式」）。

【提言：3－2－4】　小児移植　本人が、十分な自己決定能力を有しない小児である場合には、親権者に、固有の利益に基づいて臓器摘出を承諾する権利を認めるべきである。

【提言：3－2－5】　臓器移植以外の場面における死体に関する処分　「移植」以外の目的の場合であっても、（脳）死体の提供と利用は「広い承諾方式」に従って許容されるべきである。ただし、当該利用「目的」が、明らかに人の

尊厳の侵害のみを感じさせる場合には、たとえ本人の生前の自己決定が存在しても死体提供・利用は許容されない。

〔コメント〕

1．社会的・倫理的・法的意義および問題点

3－1）で述べた死体利用に「脳」死体が加わることによって、利用対象臓器および提供者の範囲が拡大される結果となる（いうまでもなくその中心となるのは心臓移植である)。また、より「生体」に近い死体を利用することで、治療効果の上昇、研究データへの反映等も可能となる。他方、「脳死」は「人の死」といえるのかについては多年にわたって論争が続いており、現行の臓器移植法が採用した（「二つの死」を認める）折衷案的な解決に対しては異論も出されている。また、「脳死」が「人の死」であるとしても、それを個人の選択にかからせるべきなのか、「脳死体」の定義、脳死判定手続のあり方などが、死体利用の前提として問題になる。

2．現行の諸規制

臓器の移植に関する法律
臓器の移植に関する法律施行規則（厚生省令）
「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）
(厚生省保健医療局長通知)

3．新しい研究・臨床の動向と現行諸規制の問題点

（3－1）総論

臓器移植法の施行後、7年余りが経過し、その間、36例の脳死移植例が報告されている（2005年3月末現在)。これを「移植医療の定着」と評価するか否かは別としても、実施例の増加に伴って、本法に内在する問題点が徐々に明らかになってきたことは事実である。同法附則2条が、施行後3年を目途に施行の状況を勘案して本法全般に検討を加え、必要な措置を加えるべきことを要請していることから、本法の「見直し」が行われてきたが、現在のところ根本的な改正は行われていない。本法の問題点は、すでに一般的な「死体」利用に関連して3－1）の（3－4）で指摘したが、ここでは脳「死体」からの臓器摘

出に限定して述べることにする。これまで最も議論が集中しているのは、小児移植の問題であるが、それとともに、立法作業当初からの争点である「死亡概念」についても論争が続いている。

（3－2）死亡概念

臓器移植法は、「死亡概念」を正面から定義することなく、臓器を「死体(脳死した者の身体を含む)」から摘出できる（6条1項）と規定することによって、少なくとも脳死一元説（すべての死を脳死により認定する）は採用せず、二元説（心臓死と脳死の双方を「死」とする〔移植用の臓器摘出に関しては脳死を「死」とする〕）を基本としていると解されている。他方、6条3項において、脳死選択説（心臓死と脳死のうち、本人が選択した方を「死」とする）をも採用していることから、臓器提供のみならず死亡概念についても本人（さらには家族）の自己決定権が認められる結果となった。これについては、統一的であるべき「死亡概念」の相対化・主観化を招来するとの批判が提起されるとともに、6条2項により、本法における「脳死判定」は臓器摘出が予定されている者についてのみ実施されることから、脳死説内部での二元化（「法的」脳死判定と「臨床的」脳死判定の分化）が生ずるに至った[14]。改正案としては、6条3項の脳死選択権に関する規定を削除し、(三徴候説の立場に配慮した)6条1項の「脳死した者の身体」を「脳死体」と変更することにより、脳死一元説を一貫させるべきとの主張が有力である[15]。しかし他方、本法が脳死説と反脳死説の双方に配慮して成立した経緯を重視するならば、あえて脳死一元説に立脚した改正を行うべきではないとの指摘もある[16]。さらに、現行法の解釈としても、本法の国会審議の過程でも主張された、違法阻却説(心臓死一元説＝三徴候説に立って脳死が「人の死」であることを否定しつつ、脳死状態の者(＝生体）からの臓器摘出は殺人罪等の違法性阻却事由になりうるとする見解）から説明するのが最も適切であるとの見解もある[17]。

（3－3）小児移植

本法6条1項が、「特別に狭い承諾方式」を採用し、さらにガイドライン第1が、提供意思の表示が可能な年齢を15歳以上としたことから、その年齢に満たない小児からの臓器提供ができないことについては多くの批判が集中した。現在提案されている改正案で有力なものは、(上述した脳死一元説を前提とし

ながら）本人が提供拒否の意思表示をしていない場合には遺族の承諾のみに基づいて摘出できるとの規定を現行法に付加するというものである。具体的には現行6条1項を次のように変更すべきものとする（いわゆる「町野研究班案」）[18]。

「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、若しくは遺族がいないとき、又は死亡した者が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したときには、移植術に使用されるための臓器を、死体（脳死体を含む。以下同じ。）から摘出することができる。」

（下線部が改正箇所）

これに対しては、本人意思が不明なときにも摘出可能とする方向は臓器移植の精神に反するとの観点から、意思表示が可能とされる年齢を12歳まで引き下げることで対処すべきであるとの反論も提起されている（いわゆる「森岡・杉本案」）[19]。具体的には、脳死状態からの臓器摘出について、本人が12歳以上15歳未満である場合には、「本人の意思表示」および「親権者による事前の承諾」がドナーカード等によって確認されている場合であって、親権者が拒まないときに限り、「法的脳死判定」および「脳死状態からの臓器摘出」を可能にするというものである。

（3－4）その他

近年の蘇生医療技術の進歩に伴い、いわゆる脳低温療法が注目されることとなった。これは脳卒中や頭部外傷等の脳障害患者に対する新しい治療法の一つであり、脳死に至る前の患者の「蘇生限界点」を従来よりも大幅に遅らせることに成功してかなりの救命率を挙げている。脳低温療法が、脳死者の迅速な確保という目的とある面においては抵触しうることから、脳死判定との関係が議論されてきたが、ガイドライン第7－1－（6）では「脳低温療法の適応については、主治医が患者の病状等に応じて判断するものであり、当該治療法を行うことを脳死判定の実施の条件とはしていないことに留意すること」と規定されている。確かに脳低温療法はすべてのケースにおいて有効な方法とはならな

いとしても、脳死体の確保を優先するあまり、脳障害患者の救命医療が蔑ろにされることがないような体勢を整える必要性が指摘されている[20]。

4．提言の趣旨

（4－1）制度の枠組み

脳「死体」の利用に関しては、移植に限定したものではあるが臓器移植法がすでに存在する。3－1）の1、3－2）の1で触れたように今後考慮されるべき死体利用の用途は多様なものがありうるが、目下の急務は、移植用途につき、施行後7年余りを経てなお36例を数えるにとどまる脳死臓器移植を活性化させるため、臓器移植法改正の方向を定めることであるとの指摘もみられる。また、臓器移植法に修正を加えることによって、移植に限定されない死体利用を含む規制法へと改めていくべきであるとの意見も主張されている。臓器移植法の制定過程においては、本人の意思に基づいた（脳）死体利用の法的・倫理的意義に関して多様な見解が集積されており、これらは基本法の制定に対しても有益な示唆を与えるものと解される。

そこで本項では、現行の臓器移植法のあるべき方向性を明らかにすることにより、脳死体利用に関する基本法制定に際して留意すべき点を提示することにする。以下の（4－2）から（4－4）において脳死体からの「臓器」の「移植」について論じたことは、「臓器」以外の身体部分、すなわち皮膚・血管・心臓弁・骨等の組織等についても基本的に妥当すると考えられる。「移植」以外の目的での利用に関しては、（4－5）で論じる。

なお、以下の提言については、当ワーキング・グループの構成員間でも見解が完全に一致しているものではない。特に脳死一元説の採用に対しては、心臓死一元説からの異論もあった。また、「広い承諾方式」についても、「狭い承諾方式」の立場からの反論もみられた。ただ、現行法が二元的・部分的にではあるが脳死説の採用に至ったことに鑑みて、今後の見直しのあり方に関して、臓器移植の活性化の観点からもより多くの支持を得ると思われる選択肢の一つとして示すことにする。

臓器移植法改正における主要な問題点は、第一に「法的な死」概念、第二に摘出のための「意思表示要件」、第三に「小児移植」である。以下検討する。

（4－2）法的な死：脳死一元化の必要性

（4－2－1）考察

脳死体からの臓器摘出を許容する前提として、脳死を法的意味において死とすべきか。これは臓器移植法の立法論議当時から激しく争われた点であった。

考え方としては、

①法的死概念として従来の三徴候説（心臓死説）を維持し、脳死体を生体としつつ、その殺傷に当たる臓器摘出を違法阻却論（優越利益、社会的相当性等）により正当化する（心臓死一元説）[21]、

②心臓死および脳死の双方を法的死とし、移植用途の臓器摘出に関しては脳死体を死体と扱う（二元説）、

③脳死を法的意味における一元的死概念とし、脳死体からの臓器摘出を死体損壊罪の違法阻却の問題と位置づける（脳死一元説）[22]、

の3種がある。

だが、まず、脳死を生と前提する①は、脳死者と臓器レシピエントにおける生命の価値の優劣比較という問題に直面するうえ、たとえ本人の事前の臓器提供意思を要件とするとしても、それに基づく摘出行為は一種の積極的安楽死の幅広い公認化につながるものであって、法制度として導入することには困難が伴う。

②は、現行臓器移植法の採った立場といえる。上記（3－2）で述べたように、現行臓器移植法は、脳死体を死体に含めているが（6条1項）、それは当該脳死者につき移植用途の臓器摘出が予定されている場合であって（同2項）、かつ本人およびその家族が脳死判定に同意している場合（同3項。いわゆる「法的脳死判定」）とされている。だがこれには、本来は生であるものを移植医療の便宜のため死とみなすものではないか（死の相対化）、あるいは、本人（およびその家族）に何を以て死とするかの選択権を与えるものではないか（脳死選択説）、という深刻な疑念がある。

移植目的が先行してそのために（そして、そのためにだけ）生を死とするようなことは、絶対にあってはならない。移植用途以前に、まず脳死が本来法的意味における死であるからこそ、その次に「死体」に対する扱いの一つとして移植用途の臓器摘出の是非を論じることが許されるのである。

また、脳死選択説を、「自己決定権の尊重」原則から正当と評する論者もいるが[23]、人ごとに死が多様化するのを認めることは、法的安定性を破壊するも

のである。法的死概念は一義的でなければならず、人には何を以て死とするかの決定権・選択権はない。

したがって、脳死説を採用するならば③の脳死一元説が妥当である。脳死を唯一の法的死と認めて、初めて臓器摘出が許される余地が生まれる。たしかに、脳死説も正当性の絶対的論証があるわけではない[24]。(脳死状態妊婦の妊娠継続・出産事例などが端的に示すように)脳幹機能の人工的代替が可能であることなど、難点は存在する。だが、最終的な全体死(全細胞死)よりも前に、ある一部分の死を以て法的死とする点では、心臓死説も脳死説も同じである。現在における合理的な法的死概念としては、脳死(一元)説が採られるべきである。

(4－2－2)改正の方向

以上のことから、臓器移植法は、移植用途の有無や、本人の脳死判定承諾の有無などにかかわりなく、脳死がまず本来的・一元的死であることを、明示する必要がある。すなわち、医師により臨床的脳死判定がなされれば人の死であることを規定する方向で、改正をすべきである。

法自体がこのように脳死を死と明確に定めることは、人々の中に、生が死とされる不安を払拭し、いわゆる社会的合意を形成することにも役立つ。

また、臨床的脳死判定を以て死を認定することは、移植用途の場合に限らず、医師の集中治療義務の終期を定める意味でも、有益であろう。

ただし、従来の三徴候による死亡認定も、集中治療室での人工呼吸器装着状態にはない通常の臨終場面では、三徴候の具備が確認された時点はその直前に生じたはずの脳死を近似的に示すものという意味で、なお有効とされるべきである。

また、(後述の摘出要件としての生前意思の問題にかかわるが)自己の死体の扱いについての本人の生前の自己決定は、臓器摘出を(脳)死後の「どのような状態において」許すかについても及ぶべきであるから、摘出に関する生前意思表示としては、現行のドナーカードと同様に、「脳死後の提供」と「心停止後の提供」を選択可能とすべきであろう。

(4－3)臓器摘出要件:意思表示

(4－3－1)考察

(4－3－1－1)ありうる要件モデル

3－1）の（3－4）でも触れたように、現行の臓器移植法の臓器摘出要件は、「本人の生前の書面による提供意思表示」および「遺族の不拒否」の双方を満たさなければならないとする、極めて制約的な「特別に狭い承諾方式」である。

これに対して、諸外国の立法例・立法論議では、おおむね次の4方式が検討されている。

（a）「狭い承諾方式」：臓器摘出は、本人の生前の承諾があった場合に限り許される（拒否があった場合、諾否いずれの意思表示もなかった場合は許されない）。

（b）「広い承諾方式」：臓器摘出は、本人の生前の承諾があった場合は許され、拒否があった場合は許されないが、諾否いずれの意思表示もなかった場合は、遺族の承諾があれば許される。

（c）「通知方式」：臓器摘出は、本人の生前の承諾があった場合は許され、拒否があった場合は許されないが、諾否いずれの意思表示もなかった場合は、医師が遺族に摘出の計画を知らせ、一定期間内に遺族による諾否の決定がなかった場合も許される。

（d）「反対意思表示方式」：臓器摘出は、本人が生前に拒否をしていた場合を除き、許される。

これらは掲げた順に摘出要件が緩やかとなるが、我が国の現行臓器移植法の方式は、最も厳格な（a）「狭い承諾方式」よりも、さらに制約的なのである（ただし、附則4条により、「(旧）角膜及び腎臓の移植に関する法律」廃止に伴う経過措置として、眼球・腎臓に関しては、本人の生前の諾否の意思表示がなかった場合でも、遺族の承諾により心停止後の摘出が許されるものとして、この限度では「広い承諾方式」が取り入れられている）。

脳死移植をより普及させるためには、現行方式を改める必要があるが、これら4モデルのいずれを採るべきであろうか。

（4－3－1－2）反対意思表示方式および通知方式の問題性

まず、（d）「反対意思表示方式」を採ることはできないと思われる。この方式の根底にあるのは、（ア）人には基本的に、死後に自己の死体を社会に提供し役立てる義務がある、あるいは（イ）人は基本的に、死後に自己の死体を社会に提供し役立てることを望むはずである、といった考え方と思われる。だが、（ア）は、死後とはいえ人体を基本的に社会のもの、公共財とみなすもので、

身体の個人法益性・不可侵性、自己決定権の尊重などの観念とは相容れないであろう。また、(イ)は、このような難点を回避しうるものではあるが、人を基本的に死後の臓器提供を望む存在、死後の臓器提供を自己決定している存在とみなすこと(これは(3－3)で触れた「町野研究班案」が前提とする人間像でもある。なお、死体損壊罪の法益を「現在生きている人々の安心感」とし、提供拒否意思を生前表示していなかった死者から臓器摘出がなされる場合は人々の安心感は損なわれないとして反対意思表示方式を支持する見解もあるが[25]、それもこのような人間像に基づくものであろう)は、3－1)の(4－2－4)でも指摘したように、現実の個々人の価値観の多様性を考えるとき、やはり無理があろう。反対意思表示方式では、臓器提供を望まない個人は、その拒否意思の表示を事実上義務づけられ、さもなくば沈黙が承諾とみなされることになるが、これは思想・表現の自由との関係で疑義が大きい。

同様に、(c)「通知方式」も、遺族について、拒否意思の義務づけ、沈黙を承諾と同視する問題性があるため、これを採ることはできないと思われる。

(4－3－1－3)本人の生前意思、自己決定権の尊重

臓器摘出の許容要件は、何よりもまず、本人の自己決定を根拠としなければならない。現行臓器移植法が、本人の生前の承諾と、遺族の不拒否の双方を要件としたことは、たしかに、死体の処置につき従来「遺族主義」が強かった我が国において、自己決定権の尊重の要請を前進させたといえる((旧)角膜法3条は、本文で、摘出は遺族の承諾により許され、但書で、本人の生前の承諾および遺族の不拒否の場合も摘出が許されるものとしていた。そのため、本人の生前の承諾がなかった場合のみならず、本人が摘出拒否を表示していた場合でも、本文により遺族の承諾により摘出が許される余地があり、立法当時から批判の強いところであった。なお3－1)の(3－2)および(3－3)で見たように、現在でも、死体解剖保存法7条は、死体の正常解剖につき遺族の承諾により許されるものとし、献体法4条は、本人の生前の承諾および遺族の不拒否の場合には死体解剖保存法7条にかかわらず正常解剖が許されるものとしている)。しかし、本人の意思と遺族の意思を対等・並立の要件としている現行法では、本人が提供意思を表示していた場合でも、遺族の拒否により提供は不可能になるのであるから、自己決定の尊重はまだ不十分である。

本人の自己決定を中心として、本人の臓器提供意思があればそれのみで(そしてその場合にのみ)摘出が許されるとする(a)「狭い承諾方式」か、まず

臓器提供に関する本人意思を優先し、それが表明されていない場合にのみ二次的に遺族の承諾を考慮する（b）「広い承諾方式」のいずれかに改正すべきであろう。

「狭い承諾方式」でも現行の「特別に狭い承諾方式」よりは緩やかであるから、これを採用すれば現在よりも臓器提供数がある程度増加することが見込まれるが（(財) 日本臓器移植ネットワークのウェブサイト＜http://www.jotnw.or.jp/＞のデータによれば、本人がドナーカードにより脳死後臓器提供を承諾していながら最終的に臓器提供に至らなかった場合のうち、2割程度は遺族の不承諾のためのようである)、より増加が見込まれるのは、「広い承諾方式」の採用であろう（外国の例を見ると、例えば、「広い承諾方式」を採用しているドイツでは、ドイツ臓器移植財団＜Deutsche Stiftung Organtransplantation =DSO＞のウェブサイト＜http://www.dso/de/＞のデータによれば、臓器提供は、本人の意思表示によるものは2割弱であり、8割以上は親族の承諾によるものである)。

（4－3－1－4）本人の生前意思、自己決定権の尊重の法的論理構成

ただし、「狭い承諾方式」または「広い承諾方式」を採用して本人の自己決定を中心的ないし優先的要件としようとする場合、脳死（一元）説に立つかぎりは、死者の生前意思がなぜ死後の摘出の場面でそのように尊重され効力を認められるのかという点につき、説明が必要となる。通常、死者はもはや権利主体ではなくなるとされているからである。

この死者の生前意思尊重の根拠については、

（ア）人は死により全くの無権利となるわけではなく、死後もなお「残存人格権」があり、死体となった自己の身体につき支配権・処分権があるとする見解[26]、

（イ）人は死により無権利となるが、その生前意思は、現在生きている人々の（自分の意思は死後も尊重してもらえるという）安心感・期待を保護するため、尊重されるとする見解[27]、

（ウ）死者に残存人格権があり死体の処分権があるわけではないが、死の発生を条件としていた生前の自己決定が保護され、その死後発効が認められるものとする見解[28]、

の3説がある。

生前意思の尊重についての説明の仕方、技巧の問題にすぎないともいえるが、

これら各説のうち、まず（ア）の死者に死後残存人格権を肯定する見解は、やはり法論理として妥当ではないであろう。死概念が争われるのも、死が法的に権利主体から無権利に転ずる決定的な境界だからこそのはずである。

（イ）と（ウ）は実質的に同じ主張であるともいえる。もっとも、（イ）では、直接の保護対象は現在生きている人々の安心感という社会的法益であり、死者の生前の自己決定の保護はそのいわば反射効として間接的保護対象ということになる。またその際、社会的法益はしばしば抽象化されるため、上記のような、基本的に臓器提供を望む一般人像を措定したうえその感情侵害の有無を問題とするような立場に傾きがちとなる。（ウ）の見解は、このような一般的判断を避けるため、個々人の生前の自己決定を直接の保護対象と位置づけ、個別的な意思内容をそれぞれに保護しようと意図するものである。もっとも、これを個人的法益の保護と説明しようとすると、法益保護はその保護を享受する法益主体がその時点で存在してこそ意味をもつはずであるから、（ア）の見解に回帰するおそれもなくはない。

この点は、現状においては臓器提供に関する価値観は人それぞれに多様であるがゆえに、今生きている個々人のそれぞれの自己決定をその通りの内容で死後も尊重することが必要であり、それによって現在生きている人々の安心感が保障される、というべきであろう。

（4－3－1－5）遺族の決定権

上述のように、我が国では従来、死体の処分は遺族の承諾により許されるとする遺族主義が基本であった。また、現行臓器移植法は、本人の生前の承諾意思表示を必須要件とした点で自己決定の尊重を進めたが、それを以て十分条件とはせず、遺族の不拒否（すなわち消極的承諾）も共に要件としており、なお遺族主義の部分を残している。

積極的な承諾であれ、不拒否という消極的な形であれ、遺族の是認を得て初めて死体への処分が許されるとする遺族主義は、死者と生前親密な関係にあった遺族の感情は当然に保護・尊重されるべきだとする理念によるのであろう（また、ガイドラインが、遺族につき特定明記をせず、複数の近親者を例示するにとどめ、しかもこれらの「遺族の総意」によるものとしているのも、近親者たちの感情がいずれも保護されるべきだとするからであろう）。

だが、人の身体は、唯一無二の存在である個人がその人格を展開・実現する器・座であって、自己の身体に対する支配権・処分権は、いわゆる人格権とし

て一身専属的なものであり、財産権とは異なって移転や承継を予定してはいないものである。人体とこれに対する権利がこのようなものである以上、たとえ死によりそれまでの権利主体であった本人が消滅したとしても、また、その死者の遺族のもつ死体に対する愛着等の感情がいかに強いとしても、だからといってただちに、その死体の処分権が遺族に認められるべきものとはいえない。むしろ、遺族には、死体を処分する固有の権限は本来ないというべきであろう。

「広い承諾方式」を導入しようとする場合も、同じ問題がある。臓器提供に関する本人の生前の意思表示がなかった場合、二次的にであれ、なぜ遺族の承諾により摘出が許されるのかが、自己決定権の尊重原則と矛盾抵触なく基礎づけられなければならない。

この遺族による二次的承諾権を自己決定尊重原則と調和させつつ説明しようとする考え方としては、

（ア）上記の「死者の死後残存人格権」を認める立場を前提として、現実には意思表明できない死者本人に代わってその意思を遺族が「代行」「代弁」するとするもの、

（イ）本人の生前意思を遺族が「推定」するとするもの、

（ウ）「人は本来臓器提供を自己決定している存在」であるため、本人による生前の明示の承諾意思表示がなかった場合において、遺族の承諾により臓器摘出がなされても、本人の自己決定権に沿うものであるとするもの（いわゆる「町野研究班案」。ただし、本人の承諾意思表示があった場合は、それのみで摘出が許されるとはせず、現行法と同じくさらに遺族の不拒否も要するものとしているので、同研究班案は広い承諾方式そのものとはやや異なる）、

がある。

まず、（ア）の「代行」説（いわゆる「使者モデル」）[29]は、その前提とする死後残存人格権の肯定が不当である以上、論理として採ることはできないであろう。また、形式論理としてはこのように説明するとしても、実際上は、遺族が具体的には知っていなかった本人意思を推定して代諾することになるので、（イ）の立場と同じこととなる。

（イ）の「推定」説は、かつての臓器移植法立法論議における「本人意思の忖度」論のように、何らかの具体的な手がかりに基づく推定のみならず、とくに具体的手がかりがなくとも本人の性格傾向などから「もし本人が臓器提供に

つき訊ねられたならこう答えるはずであろう」といった、遺族による憶測をも許すような運用がなされれば[30]、実際上は「遺族の固有の判断」による摘出を認めるに等しいものとなり、本人が生前に内心では臓器提供を望んでいなかった場合でも死後に遺族の判断により臓器摘出がなされる危険が生じる。そして、これを恐れる人は、生前の反対意思表示を事実上義務づけられることともなる。

広い承諾方式には、遺族による摘出諾否決定が「本人意思の代行・推定」なのか「固有の決定権」によるものなのか、形式上前者と位置づけるとしても実質は遺族固有の判断となり本人意思の尊重原則に反しないか、との問題が常につきまとっている。

（ウ）の見解は、「本人意思の代行・推定」論が孕むこのような問題を解決するため、遺族の判断による摘出が、同時に本人の自己決定にもかなうことを主張しようとするものである。だが、人は本来臓器提供を望む存在とするその人間像の設定に疑問がある。また、遺族に当然のように固有の決定権を認める点にも問題があろう（その前提とされている人間像からは、むしろ反対意思表示方式に至る方が一貫している)。

（４－３－２）改正の方向

（４－３－２－１）以上のことからすれば、ありうる法改正方向は、次のいずれかであろう。

第一は、遺族による二次的な提供承諾を自己決定権尊重原則と十分に調和させつつ基礎づけることは理論的ないし実際的に困難であるとして、広い承諾方式の導入は見送り、現行法の要件から遺族の不拒否のみ削除して、狭い承諾方式へと改正するにとどめておくことである。これは自己決定尊重原則を最も無難に堅持する道であろう。しかし実際上、臓器提供数の大幅増加は期待できないことになる。

第二は、遺族による二次的な提供承諾を、やはり本人意思の推定と位置づけつつ、自己決定権尊重原則との理論的・実際的抵触を可能なかぎり回避する策を講じながら、広い承諾方式を導入することである。

法改正はこの第二の方向で行うべきものと思われるが、その際には以下の点が重要となろう[31]。

（ｉ）まず、遺族につき、「相当の根拠に基づいて本人意思を推定する義務」を明文規定することが必要であろう。また、コーディネータ等につき、その相当の根拠を確認する義務を定めることも必要であろう。

（ii）加えて、本人意思にできる限り沿う推定を可能とするためには、二次的な承諾権限をもつ遺族を、死者との類型的な近しさにより順位づけして定めておくことも有益と思われる。

（iii）さらには、遺族が推定すべき本人意思の内容として、臓器提供の「承諾」ないし「拒否」だけではなく、「近親者への決定委任」も認めるべきと思われる。本人が生前、臓器提供につき内心では諾否いずれかを態度決定していた、あるいは態度決定しつつあったとすれば、それは何らかの形で外部的にも窺われ、「相当の根拠」は得やすく推定は容易であろう。だが、脳死になった場合に臓器を提供したいか否かを事前に自己決定している人は、わずかなのが現実であろう。多くの脳死者は生前に臓器提供に関する諾否を自己決定していない。その際に遺族に本人意思につき「諾否いずれかの推定」を求めれば、どうしても遺族自身の判断が混入しやすくなるのである。

むしろ多くの人は、万一死亡した場合の自己の遺体の扱いにつき、近親者の判断に委ねているのが実情と思われる。従来、墓地埋葬法に明文規定がないにもかかわらず慣習上遺族に埋葬権があると解されていることも、また（旧）角膜法や死体解剖保存法が遺族主義を定めていたことも、自己決定原則との関係での法的根拠としては、人には自己の死体の扱いにつき近親者への委任意思があるのが一般であるためと解すべきである。そして、脳死および脳死移植が周知化した現在では、埋葬（焼骨埋蔵）や献体のみならず、脳死後臓器摘出も、ありうる死体処分として認識されており、これを含めて近親者に決定委任をしているのが、多くの人であると思われる。

臓器提供に関する本人の生前意思表示がなかった状態において遺族自身の判断により臓器摘出が承諾され、しかもそれが本人の自己決定にも反しないことになるのは、この場合なのである。

このように臓器提供に関する本人の意思決定として、「承諾」「拒否」の他に「近親者への決定委任」も認めることは、生前意思表示の増加にもつながるであろう。自身としては臓器提供してもかまわないと思っていながら、近親者の感情に配慮してドナーカードへの記入をためらっている人も多くいるだろうからである。

（4－3－2－2）以上をまとめれば、臓器摘出要件としての意思表示については、以下のように改正することが適当といえる。

（ア）本人の生前意思表示であるドナーカードには、臓器提供に関する意思

表示として、「承諾」「拒否」ならびに「特定の近親者への決定委任」が設定されるべきである。承諾表示があればそれのみで臓器摘出は許され、拒否表示があれば許されない。決定委任表示があれば、指定された近親者（遺族）は、自ら判断するところにより提供の諾否を決することができる。

（イ）ドナーカードによるこれらいずれかの意思表示がなかった場合には、遺族は、相当の根拠に基づくことを条件として、これらの意思の有無を推定することができる。コーディネータは、意思推定が相当な根拠に基づくものであることを確認する。承諾意思が推定された場合はそれにより臓器摘出が許され、また委任意思が推定された場合には遺族の決定により臓器摘出が許される。拒否意思が推定された場合、または委任意思が推定できなかった場合には、臓器摘出は許されない。

（ウ）以上のような意味・方式の「広い承諾方式」を、法文中に規定すべきである。また、意思推定を行う遺族は、法またはガイドラインにおいて、本人との類型的近しさに応じた順位化をしておくことが望ましい。

（エ）なお、（4－2－2）で述べたように、法的死は脳死一元であるべきであるが、本人の自己決定は、（脳）死後のどのような状態において摘出を許すかについても及ぶべきであるから、（ア）の「承諾」は、「脳死（直）後の摘出」と、「心停止後の摘出」とを選択可能とすべきである。また、現行法は、脳死状態での各種臓器の摘出の場合（6条）と、眼球または腎臓につき心停止後の摘出の場合（附則4条）とで、要件を異にしているが、死体からの臓器摘出は、いずれの臓器であっても等しく（ア）または（イ）の要件の下で許されるものとする、統一的な規定に改正すべきである。

（4－3－2－3）なお、本人の生前の提供意思表示、またはそれがない場合における遺族による承諾において、「臓器の提供先の指定」は認められるべきかも、問題となる。

第15例目の臓器提供においては、遺族から、本人は生前に親族への提供を希望していたものであり、希望通り親族へ提供されることを条件に承諾する旨の通告があったため、摘出された臓器は、臓器移植ネットワークの待機リストには未登録であったこの親族に移植された。

その後、厚生科学審議会疾病対策部会臓器移植委員会は、提供先指定の是非

を議論したが合意に至らなかったため、「当面禁止」の暫定方針を定めている。だが、その際の議論においても、この暫定凍結方針が出された以後においても、自己決定尊重原則を根拠に、提供者側による提供先指定を認めるべきだとする意見が根強く見られる。また、次期国会提出を予定して作成された自民党作業部会による移植法改正案も、本人の生前意思による親族への優先的提供を容認する内容となっているようである。

自己決定権の尊重のみが唯一決定的な原理であるなら、「提供先を選ぶ自由」も認められるべきであろう。だが、ここでは医療制度の設計が問題なのであり、医療を受ける権利を国民全体に平等に保障することも重要な要請である。ことに絶対的な提供臓器不足の状況の中で移植を待ち望む患者たちの間では、機会の公平性を担保することは必要不可欠である。公平・公正な医療の保障の要請により、自己決定の尊重が制約を受けることは、やむをえない。臓器提供数が現在よりも飛躍的に増加して安定しているような状況となれば格別、そうでない以上は、やはり当面は提供先指定を認められないとすべきである。ただし、このように解することは、死体利用に関して、およそ本人の「指定権」を認めないことを意味するものではない。

現行法には臓器配分基準に関する具体的規定が存在しないが、法改正の際には、待機期間や組織適合性等を基本とする、レシピエント選定の原則を定める必要もあろう。

（4－4）小児移植

（4－4－1）考察

（3－3）で指摘したように、現行ガイドラインは臓器提供に関する意思表示を原則的に15歳以上としたため、小児移植、とくに小児心臓移植は事実上不可能となっている。この問題を解決するため種々の見解が主張されているが、大別すれば、以下の方向がありうる。

①有効な意思表示をなしうる年齢下限を、現行の原則15歳から引き下げる[32]。

②狭い承諾方式を前提として、現行の年齢下限未満の小児につき、単独では有効な意思表示はできないものの、一定年齢以上であれば、親権者の承諾を条件として、有効な意思表示と扱う。

③広い承諾方式を前提として、本人が未成年者であって臓器提供に関する生前意思表示がなかった場合は、二次的決定権をもつ遺族を親権者に限定す

る。

これらのうち、①については、単独で有効な意思表示をなしうる原則的年齢下限を現在よりもある程度引き下げることは、たしかに検討の必要があろう。現行ガイドラインの基準は遺言可能年齢に準拠するものであるが、死後の自己の死体の処分の問題は、死後の財産的権利義務の処分の問題とは性質が異なる以上、必要な判断能力は別異でありうる。だが、要求される理解力・判断力は、単に抽象的に「もしも死んだ場合には自己の臓器を他人に与える」ことの是非についてではない。脳死がいかなる状態であり、その状態がいかなる意味で死であり、そしてその状態で自己の死体にいかなる侵襲が加わるか等につき、具体的に理解し判断する能力である。成人間でさえ、脳死の医学的状態についての不正確な理解や、脳死の医学的状態そのものは正確に理解しながらもそれが死であるかどうかについては人の生の本質観に由来してなお異論もみられること等に鑑みれば、原則的年齢下限を現在よりも大幅に下げることは無理であろう。

また、②は、子供についても自己決定権尊重の要請から生前の意思表示を根拠として摘出が許されるべきであり、③のように子供の死後に親権者の意思により臓器摘出が許されるとすることは子供の自己決定権の侵害になるとする発想に立つ。ただその際、その生前の承諾意思は単独では不十分な自己決定であるため、親権者による補完を伴って、有効な意思表示と認めようとするものである（いわゆる「森岡・杉本案」がこれに属する)。だが、自己の身体に対する支配権・処分権は一身専属的なものであり、また臓器提供についての価値観は人それぞれに多様であるから、臓器提供の諾否の判断は、他者による補完には本来なじまないものである。単独では不十分な判断能力しかないことを前提としながら、親権者の承諾を伴えば事前の有効な承諾をなしうるとすることは、親権者の意思による誘導・影響のおそれがつきまとう以上、事後に親権者の意思で摘出が許されるとすることと同様に、子供の自己決定権侵害の危険があるのである。

他方、③は、いわゆる「町野研究班案」である。①のような判断能力の限界設定という困難な問題を避けることができ、かつ、本人が幼児にすぎなかった場合も含めて、親権者の承諾による小児脳死移植が広く可能となる利点がある。だが、その前提とする人間像や遺族（ここでは親権者）の固有の決定権の根拠の点で問題があるうえ、ここではさらに、本人がおよそ意思能力すらない幼児

だった場合などは、遺族による提供承諾はいまだ存在しない潜在的な自己決定への合致しか認められないのではないかという疑問もある。

（4－4－2）改正の方向

以上からすれば、小児脳死移植については、本人の自己決定を根拠としようとするかぎり、狭い承諾方式でもその実現は困難があるように思われる。

現実には、広い承諾方式をここでも採用して、親権者の承諾により提供が許されるとすることが必要であろう。だが、広い承諾方式における親権者の二次的決定権は、上述のように本人意思の推定に基づくものであるのに対し、ここでは、そもそも現実の本人意思そのものが有効ではないのである。本来無効な本人意思を推定（あるいは「代行」）したところで、それが臓器摘出の許容要件となるはずはない。

そうだとすれば、小児移植については、別途の基礎付けが必要である。おそらく次のように考えるべきであろう。

本人が十分な自己決定能力を有する者であった場合は、その能力に基づき生前に行った臓器提供に関する意思決定は、上述のように、現在同様に自己決定能力を認められて生きている人々の、自分の意思決定は死後も尊重してもらえるという安心感・期待感を保護するため、保護されなければならない。また、本人の明示の意思表示がなかった場合でも、遺族が自らの感情を根拠として摘出につき決定することは許されず、現在生きている人々の、死後に遺族の勝手な判断により自己の死体が処分されることはないという安心感を保護するため、遺族は本人意思の推定の限度でのみ、二次的決定権をもつにすぎない。

だが、本人が十分な自己決定能力を認められていない小児だった場合には、その生前意思の保護の要請は小さく、他方、とくに親権者の死体に対する愛着等の感情は大きいものとなる。そうだとすれば、ここでは、親に、自らの感情を満たすため亡くした小児の死体につき固有の処分権が与えられるものとすべきである。

具体的には、

（ア）小児本人が生前に提供承諾意思を表明していた場合でも、それが本来無効な自己決定であった以上、それのみで摘出が許容されることはなく、固有の感情的利益をもつ親権者の承諾により初めて摘出が許される。

（イ）小児本人の生前の意思表示がなかった場合でも、同様に、固有の感情

的利益を持つ親権者の承諾により摘出が許される。

（ウ）ただし、小児本人が無効であれ提供拒否を表明していた場合は、それにもかかわらず親権者の判断により臓器摘出が行われれば、親権者の感情を満たす利益よりも社会の人々の感情が害される被害の方が大きいため、摘出は許されないとすべきである。

小児脳死者の臓器摘出要件の規定化は、このような方向でなされるべきであろう。

（4－5）臓器移植以外の場面における死体に対する処分

（4－5－1）埋葬、解剖、献体

上述のように、墓地埋葬法に明文規定はないものの、従来慣習上の権利として、埋葬（焼骨埋蔵）権者は遺族であると解されている。また、死体解剖保存法（7条）は現在でも遺族の承諾のみを要件としており、献体法（4条）は、現行臓器移植法と同様に本人の生前の献体意思表示および遺族の不拒否がある場合は死体解剖保存法による遺族の承諾を不要とするものとしている（これは、（旧）角腎法3条の本文および但書の関係に類似しているといえよう）。これらにおいても、遺族の処分権の根拠は、遺族の固有権ではなく、通常本人には自己の死体の処分について遺族への委任意思があるためと解すべきである。

埋葬については、衛生学的観点からも、ほとんどの人の意思としても、いずれにせよ行われるべきものであるから、その許容要件につき特段明定する必要はないであろう。

だが、解剖および献体については、死体につき通常行われるべき処分ではない以上、その許容要件は、（各個別法のまま行うか死体処分の諸類型として統合化するかはともかくとして、）先に臓器移植法改正について述べたことと同じく、広い承諾方式に基づく方向で改正することが望ましいと思われる。

（4－5－2）その他の死体利用

以上の他に、死体の利用方法としては、どのような範囲のものが許されるであろうか。例えば、医学的有用性のある用途としては、（脳）死体を新薬の開発実験、外科手術技法の開発・訓練、輸血用血液の供給源、感染症の病理学的実験などに用いることが考えられる。これらも、解剖・献体が医学的研究・教育上の有用性を前提として肯定されている以上、死体の提供と利用は広い承諾方式により許されるというべきであろう。

では、およそ有用性の考えがたい利用の場合はどうであろうか。例えば、死体を食用に供する、商業的見せ物として提供する、等である。

自己決定の尊重を最重要原理とするかぎりは、本人の生前の意思決定ないしその推定があるならば、やはり許容されてもよいことになろう。だが、自己決定原則は、重要ではあっても唯一絶対的な原理なのではない。先に提供先指定の問題においてふれたように、医療制度上の機会公平性の要請など他の原理により、自己決定の実現は制約を受ける。また、司法解剖などのように、犯罪捜査その他の公益上の要請がある場合、死体に対する処分はそれのみにより許されるのである。

死者の生前の自己決定の尊重の根拠が、現在生きている人々の感情の保護にあるとすれば、そのような利用方法に何らの有用性もなく、したがってそのような利用の存在を知った人々の感情を害するのみである場合には、生前の自己決定の実現は許されないというべきであろう。それは言い換えれば、明らかに人の尊厳の侵害のみを感じさせるような利用方法については、たとえ本人の生前の自己決定が存在しても、許されないということである。具体的な場合がそれに当たるか否かの判断は分かれうるとしても、死体利用の限界は、このような倫理的判断によるものである。

（5）専門アドヴァイザー、情報ソース、謝辞

・平成11年度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『臓器移植の法的事項に関する研究』
・厚生労働省 HP（厚生科学審議会疾病対策部会臓器移植委員会）
・脳死体の利用と臓器移植法をめぐる問題点については、2003年５月23日に開催された人倫研ワークショップ（於：明治学院大学）において、山本輝之先生（名古屋大学教授）に詳細なご報告とともに、貴重なご教示をいただいた。

（注）

[1] これについては、粟屋剛『人体部品ビジネス－「臓器」商品化時代の現実－』（講談社、1999年）、L.アンドルーズ＝D.ネルキン（野田亮＝野田洋子訳）『人体市場－商品化される臓器・細胞・DNA －』（岩波書店、2002年）などを参照。

[2] 刑事法的視点からみた最近の文献として、甲斐克則「人体の利用と刑法・その１－身体、身体から切り離された『身体の一部』および死体の法的位置づけ－」現代刑事法58号（2004年）111頁以下がある。

[3] 本法については、高取健彦「死体解剖保存法の解説」『基本医療六法〔平成15年版〕』(中央法規出版、2002年) 628頁以下、森茂郎＝武市尚子＝児玉安司「病理解剖・司法解剖後の検体・遺体の取扱い」樋口範雄（編著）ジュリスト増刊「ケーススタディ生命倫理と法」(2004年)22頁以下参照。

[4] この問題については、粟屋剛「死体解剖保存と遺族ないし本人の承諾－医事法・生命倫理の観点から－」岡山医学会雑誌113巻２号（2001年）141頁以下参照。

[5] これについては、本稿３－２）の（４－３－１－５）において検討する。

[6] 中山研一＝福間誠之（編）『臓器移植法ハンドブック』(日本評論社、1998年) 78頁〔丸山英二執筆〕。

[7] これらの問題を含む最近の議論については、川口浩一「臓器移植法改正問題」法律時報75巻２号（2003年）61頁以下、井田良「脳死と臓器移植法をめぐる最近の法的諸問題」ジュリスト1264号（2004年）12頁以下、佐藤雄一郎「提供意思－提供先の指定および本人に能力がない場合の提供について」同22頁以下などを参照。

[8]この点について、３－２）の（４－３－１－３）を参照。

[9]「遺骨モ亦之ト同シク有体物トシテ所有権ノ目的ト為ルコトヲ得ヘキモ既ニ遺骨トナレハ之ヲ身体ノ一部ト為セシ人格者ナルモノ存セス故ニ其遺骨ハ其相続人ノ所有ニ帰ス従テ家族ノ遺骨ハ其遺産相続人ノ所有ニ帰シ其遺産相続人ニ於テ之カ管理ヲ為ス権利アルモノト解スルヲ相当トス」という。なお戦後の判例は死体を祭祀財産として扱っている（最判平成１・７・18家月41・10・128)。

[10] Jonas H., Philosophical Reflection on Experimenting with Human Subjects, in Philosophical Essays 105, 111(1974).

[11] 以上の点について、３－２）の（４－３－１）および（４－３－２）を参照。

[12] 以上の点について、３－２）の（４－３）および（４－４）を参照。

[13] ちなみに、イギリス同様、人組織を用いた研究全般について国家的な規制（Regulation of Biomedical Research Bill）を目論んでいたシンガポールは、結局、リプロダクティブクローニングなどのみを規制することになった（Human Cloning and Other Prohibited Practices Act)。

[14] 曽根威彦「脳死・臓器移植と刑法」法学教室211号（1998年）16頁参照。なお、以上の諸見解については後述の（４－２－１）を参照。

[15] 町野朔ほか「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」『平成11年度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』(2000年) 354頁以下。

[16] 川口・前掲注（７）63頁。

[17] 斎藤信治『刑法総論（第５版)』(有斐閣、2003年) 173頁。

[18] 前掲注（15）366頁。
[19] 森岡正博＝杉本健郎「子どもの意思表示を前提とする臓器移植法改正案の提言」(http:///www.lifestudies.org/jp/moriokasugimoto-an.htm で閲覧できる)。
[20] この問題については、柳田邦男『脳治療革命の朝』（文藝春秋、2002年）が参考になる。
[21] 脳死臨調における少数意見がこのような立場であった。臨時脳死及び臓器移植調査会「脳死及び臓器移植に関する重要事項について（中間意見）」審議だより７号（1991年）201頁以下、同「脳死及び臓器移植に関する重要事項について（答申）」審議だより10号（1992年）208頁以下参照。
[22] 長井圓「臓器移植法をめぐる生命の法的保護－脳死一元論の立場から－」刑法雑誌38巻２号（1999年）65頁以下、山本輝之「臓器提供権者と提供意思－意思表示方式と承諾意思－」刑法雑誌38巻２号（1999年）87頁以下等参照。
[23] 石原明「臓器移植における『承諾論』」ジュリスト987号（1991年）42頁以下、同「死の認定と患者の意思」刑法雑誌32巻３号（1993年）411頁以下、同「死の概念―新臓器移植法擁護論」刑法雑誌38巻２号（1999年）195頁以下、同「脳死は人の死か？　脳死移植と新臓器移植法」『法と生命倫理20講〔第２版〕』（日本評論社、2000年）171頁以下、同「現代の先端医療と刑事法」『大野眞義先生古稀祝賀・刑事法学の潮流と展望』（世界思想社、2000年）367頁以下参照。
[24] 丸山英二「脳死説に対する若干の疑問」ジュリスト844号（1985年）51頁以下、井田良「脳死説の再検討」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第３巻』（成文堂、1998年）43頁以下等参照。なお、城下裕二「臓器移植法案における摘出要件について」札幌学院法学12巻２号（1996年）87頁以下参照。
[25] 山本・前掲注（22）92頁以下。
[26] 金澤文雄「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８巻２＝３号（1984年）１頁以下、齊藤誠二『刑法における生命の保護〔三訂版〕』（多賀出版、1992年）272頁以下等参照。なお、広い承諾方式を採るドイツの臓器移植法も、この死後残存人格権の考え方に基づいている。ドイツ臓器移植法については、齊藤誠二『脳死・臓器移植の論議の展開』（多賀出版、2000年）299頁以下、臼木豊「ドイツ臓器移植法について」商学討究51巻４号（2001年）231頁以下参照。
[27] 山本・前掲注（22）92頁以下、町野朔「死体の保護」『犯罪各論の現在』(有斐閣、1996年）90頁以下等参照。
[28] 浅田和茂ほか『刑法各論〔補正版〕』（青林書院、2000年）318頁〔松宮孝明執筆〕、城下裕二「臓器移植における『提供意思』について」『内田文昭先生古稀祝賀論文集』（青林書院、2002年）56頁以下参照。
[29] ドイツ臓器移植法はこの立場によっている。

[30] 厚生省（当時）設置のワーキンググループがとりまとめた「指針骨子(案)」は、「本人意思の忖度」につきこのような広い推測を許していた。町野朔ほか（編）『脳死と臓器移植〔第三版〕』（信山社、1999年）51頁参照。

[31] 以下については、臼木豊「生命倫理と臓器移植法の問題点」現代刑事法42号（2002年）54頁以下も参照。

[32] 丸山英二「臓器移植法と小児心臓移植」湯沢雍彦＝宇都木伸『人の法と医の倫理』（信山社、2004年）433頁以下、同「小児心臓移植と臓器移植法」樋口（編著）・前掲注（3）188頁以下は、提供意思表示可能年齢を12歳に引き下げるとともに、12歳未満の者については、脳死判定に従う意思と臓器提供の意思を親権者が表示すること、およびそれらについて家族・遺族の拒まない態度があれば臓器摘出を認める（ただし、生前に本人が、脳死判定に従う意思のないこと、または、臓器の摘出を拒否する意思を表明していた場合には摘出はできない）案を提示している。