

---



---

 総 説
 

---



---

順天堂大学保健看護学部 順天堂保健看護研究 1  
P.41-51 (2012)

## 脳死・臓器移植における自己決定の問題

### Problems of the Self-Determination in the Brain-Death and Organ Transplantation

長 沼 淳\*  
NAGANUMA Atsushi

#### 要 旨

2010年に施行された「改正臓器移植法」によって、我が国における脳死・臓器移植は新たな段階に入った。改正前の臓器移植法で求められていたドナーになるという本人の意思表示が、法改正によって本人の意思が不明の場合であっても、家族の承諾によって可能となった。また、この変更によって15歳未満の子どもであっても、家族の承諾によってドナーとなることができるようになった。我が国では1997年の臓器移植法施行以来、脳死者からの臓器移植数が伸び悩んでいたという観点から考えれば妥当と思われるこれらの変更も、改正前の臓器移植法の根幹の一つを構成していた「自己決定」という観点から考えると、その思想は一步後退していると言わざるをえない。本稿では、今回の法改正によって、改正前の臓器移植法自体が抱えていた問題がどのように取り扱われたのか、また今後どのような問題が新たに生じてくるのかについての検討を行う。

索引用語：改正臓器移植法、自己決定、推定同意、小児脳死

Key words : change organ transplant way, own decision, estimated agreement, infant brain-dead

#### 脳死・臓器移植における自己決定の問題

##### — 改正臓器移植法の影響 —

2010年7月17日より施行されたいわゆる「改正臓器移植法」によって、脳死状態にある人からの臓器提供に関する意思表示の方法に変更が生じた。この変更は、ドナー不足の解消、ならびに小児脳死移植を可能とすることに眼目が置かれたものだった。変更に向かう背景には、脳死臓器移植が日本において定着したという理解があったように思われる。しかし、果たして脳死臓器移植は日本で定着しているの

だろうか。また、旧臓器移植法導入時に指摘された問題点等はどのように解消されたのだろうか。本稿では、改正臓器移植法においても取り残された問題点を検討しながら、自己決定権が持つ可能性と危険性について分析を行う。

#### 1. 脳死臓器移植問題とは何か

ドナーになることについて自己決定が関係する要件としては、もともと1997年施行の「旧臓器移植法」では、脳死移植時のドナーの条件として、

①本人による書面での脳死状態からの臓器移植の意思表示

それに加えて

---

\* 順天堂大学保健看護学部非常勤講師

\* *Juntendo University School of Health Sciences and Nursing*

(Feb. 20, 2012 原稿受付) (March 31, 2012 原稿受領)

## ②家族の同意

があって初めて、臓器の提供が可能となるものであった。

それに対して、改正臓器移植法では、脳死を一般的に人の死と位置付けた上で、

①本人が拒否していない場合は家族の同意で提供可能とし、

さらに

②提供は15歳以上という現行の年齢制限を撤廃という条件の変更を行っている。

これらの変更が行われたのは、以下のような背景があったためである。すなわち、そもそも一般に臓器移植は、自己以外の人間からの移植に関しては、生体や心停止状態の死体、脳死状態にある人体からなされる。その中でも、とりわけ、レシピエントへの生着という観点からすると、特に鮮度が要求される心臓や肝臓全体などは脳死状態にある人体から移植する以外に方法がないところに特徴がある。

心臓にせよ、肝臓にせよ、それなしではわれわれの生体活動を維持することができないわけで、いくら鮮度が要求されるとは言え、現実に生きている人間からそれらの臓器を取り出すことは、心停止（三徴候死）をもって死とするという基準のもとでは、その人を殺すことと変わりがない。したがって、心臓などの移植は、心臓死を死の基準とする限り、殺人を犯すという前提に立つ以外に不可能だったわけである。

その一方で、人工呼吸器の発達は、呼吸と拍動はあるにもかかわらず、脳機能が消失していると推定される状態、すなわち脳死状態を出現させることになった。すなわち、人工呼吸器は、人為的に呼吸を継続させることで、筋肉に酸素を供給し続けることを可能にしたのである。その結果、自律神経系を支配する脳がその機能を果たさなくなっても、しばらくは心臓などの臓器・組織の機能を維持し続けることができる、脳死状態が産み出されることとなった。そ

してこの脳死状態が人の死であるということになれば、それらの機能を維持したままの心臓などの臓器・組織を摘出し移植することが可能となり、また心停止後移植するよりも鮮度のよい臓器・組織を確保することが可能となったのである。

臓器移植という観点から考えれば、この脳死状態にある人体は、心停止後の人体よりも新鮮で、生体移植のように健康な他者を傷つけることのない、臓器・組織を供給する原資ということが出来る。脳死状態は長期にわたって持続するものではなく、比較的短期間の間に徐々に生命の徴候が衰えていき、やがては自然に心機能は停止することが予想される状態である（そうでない事例も多数報告されているが）<sup>1)</sup>。脳死がそのような状態であるならば、心臓など「機能している臓器」を移植する以外に根本的な治療ができない疾患のある患者やそうした疾患を治療の対象とする医師などにとっては、脳の機能が不可逆的に停止している状態、脳死状態を人の死と見なせるようにすることは、移植用の臓器が供給されることを意味し、それはすなわち臓器移植の機会が格段に増加することと同じ意味を持つことになる。

1967年に南アフリカで世界初の心臓移植が行われて以降、欧米を中心に日本以外の各国でも脳死状態からの臓器移植は多数行われており、相応の症例を増やしているという現実がある。そういう事態を目にしていれば、患者の中からは日本国内でも脳死状態の患者から臓器の移植を行いたいという希望が出てくることも止むを得ないということが出来るかもしれない。

ただし、日本での脳死者からの臓器移植の普及は、1968年の当時札幌医大教授だった和田寿郎による「和田心臓移植」事件（この手術自体は世界で30例目だった）など、ドナーと医師、あるいはレシピエントと医師との関係が不明瞭であったことなどから大きな影響を受けている。ドナーやレシピエントの適格性や技術そのものに対する不信などなど、脳死

移植やその周辺技術に対する多くの疑念・不安などが一般市民に生じ、それが原因となって、日本での脳死移植が一気に普及することはなかった<sup>2)</sup>。レシピエントに早く臓器を提供したいばかりに、脳死判定を早く行いすぎ、結果的に回復可能な患者までドナーにされてしまうのではないかと、また脳死とは一体どのようなことなのか、脳死状態の人は死亡しているかを見なしていいのかなどなど、様々な不安や疑問が脳死ならびに脳死者からの移植に対して提示されたのは、当時の状況からいって当然の反応ということができる。

例えば、脳死という状態そのものに対して、脳の機能停止が、即人間としての死を意味するのかという問題は、今でも多くの議論がなされている。人間の尊厳の有無は脳機能の有無に還元することができるのか。脳機能の働きの程度で人間の価値を表すのならば、それは脳機能があまり働いていない人は劣った人ということになるのか。脳死という状態自体、臓器移植を行うためのものでしかないのだから、人工臓器や再生臓器などの代替臓器が発達した暁には不要となる概念である。そのために、長らく人間にとって基本的な考え方となっていた心臓死や三徴候死などの死の条件を見直すことは、最初から移植ありきの発想でしかなく、われわれ人間にとって死とはどのようなものなのかという大きな問題に対しては、あまりに軽薄な方針転換なのではないか。われわれの生に直接関わる問題だけに、多くの疑問が示された。しかしこうした懸念は、移植臓器を求める立場からすると、自分たちが求める具体的な成果、影響と比較して、抽象的、観念的な問題にすぎないと軽んじられる傾向にあったといえる。死とは何かという問題に対して、明日命を落とすかもしれない人を救える技術を棚上げすることは、切迫さの度合いに違いがあったということだろう。

また、脳死判定が適切になされるかどうかという、

脳死に係る技術そのものに関する問題も多数出されている。例えば、脳死が事実問題として「人の死」なのかという基本的な疑問に対してさえ、さまざまな「専門家」がさまざまなに回答をする。そうした回答を指して、脳死概念の多様性ということができるのではないだろうか。回答が一つに収斂することはおそらく困難だろうが、それでも現在の「回答の多様さ」は定義の多様性と不可分の問題であると考えられる。あるいは、そもそも脳死状態が全脳の機能停止であるため、その判定のタイミングは脳死後でなければならない。しかし、脳死に到っているかどうかを判定するテストを行おうというのだから、判定のタイミングには曖昧な部分が残らざるを得ない。それに対しては、完全な脳死状態にまだ至っていなくても、もはや蘇生の限界点を越えてしまえば、後は脳死を待つだけの状態となる。そうであるならば、脳死判定のタイミングの厳密さはさほど大きな問題ではない、という考え方もできる。そこからさらに、完全な脳死状態に至る前であっても患者が蘇生限界点を越えれば脳死判定の準備にかかっても構わないのではないかと、脳死になったらすぐにも移植の手術ができるよう準備しておいた方が効率がいいのではないかと、というように考えたいのも、ある意味で自然といえることができるだろう。だがそれを認めると、脳死判定そのものが脳死状態を作り出すといった可能性も出てくるわけで、患者が最後まで適切な治療を受けることができたのかどうかについて、透明性と客観性はきちんと保証されていないければ、脳死判定の信頼性はまったく確保されていないことになる。

もう少し具体的に考えてみよう。脳死判定とは、当然のことながら、ある時思い立って、突然行うものではない。臓器を必要とした患者が現れたときに、その都度脳死状態のひとが現れるわけではない。例えば、事故や脳内出血や呼吸困難などで脳にダメージを受けた患者は、人工呼吸器を装着した上で救急救命治療

を受ける。その中では、最大限の救命努力を尽くしてももはや救命の見込みはないという治療断念の判断がなされることもある。その上で、脳機能がすでに停止しているのではないかと疑われる段階に到ったとき、正式な脳死判定「法的脳死判定」に先立って、比較的簡便な検査が行われる。これを「臨床的脳死診断」という。さらに、それによって脳死が確定的になると、現在では、後述のように臓器移植法の定める条件を満たす患者に限り、正式な脳死判定が、6時間以上の間を隔てて二度行われることになる。このような条件が揃ってはじめて脳死状態のドナーが生まれるわけである。

そしてこの時点で問題点を指摘することができる。とりわけ大きな問題の一つは、この判定が患者に過度の負荷をかけることになるのではないか。もう一つは、脳死判定に先立つ治療断念の段階で、患者が脳死と判定されることがほぼ確定してしまうことになるのではないか。この二点の懸念について、もう少し検討してみよう。

順序が逆になるが、まず二点目から見てみる。ここでの問題は、臨床的脳死診断が視野に入ってくる段階になって、いったん治療が断念されてしまえば、患者は後戻りすることなく、臓器提供の意思表示をしていれば、あるいは本人の意思表示がなく、家族からの臓器提供の意思が確認されていれば、脳死確定に向かってしか、医療による患者への介入がなくなくなるという点にある。患者が脳死判定をされるか否か、そして脳死状態になるか否かは、結局は医師による治療断念の判断にかかっているのである。したがって、その時点での治療内容について、医師の力量や病院の設備の程度が大きく問われることになる。また、治療の断念をどこで行うかという最も肝腎な点に関しても、最終的には個別の医師の裁量に委ねられるわけであり、脳死の判定が、システム上の問題として、十分には客観的にその過程を示すことができない、主

観的な要素を含んでいるのである。

判定技術そのものに対しても疑問がないわけではない。日本では「脳死」とは、①脳幹を含む全脳の②機能が不可逆的に停止するに至ったものとされている。つまり、日本では脳死とは脳細胞の壊死（すなわち器質的な死）ではなく、機能の停止をもって脳死と見なされているのである。これはすなわち、脳の機能は停止していても脳細胞が生きており、一部からはホルモン分泌が認められるような場合でも脳死と判断される可能性があるということの意味する<sup>3)</sup>。脳細胞の生死を全体にわたって隈無く検証することは不可能だから、機能検査で代替しているのである。日本でも、脳細胞の壊死を待つて脳死と判定すべきだという意見も少なからずあり、また器質死を以て脳死とみなす国もある。器質的な死と不可逆的な機能停止は同義ではない以上、脳死とは何かという問題は、どのような状態になれば人間は死んだことになるのかという問題と切り離して考えることはできない。

また「脳幹を含む全脳」に関して、日本では、脳死が特に大脳だけの機能停止、すなわち多くの遷延性意識障害、いわゆる「植物状態」ではなく、また単に脳幹の機能停止、すなわち自律神経系を支配する部分の機能停止でもなく、脳全体について機能が停止した場合に脳死としている。だが、この「全脳の機能停止」が必ずしも「脳全体の全ての機能」の停止を意味するわけではないことは、先述の通りである。そうであるにもかかわらず、脳内におけるある種のホルモン分泌が何らかの機能を果たしていたとしても、それは脳全体に関わるものではないとみなして判断することは、脳全体の器質死の確認がなされない以上、早すぎる脳死判定の可能性を予め想定しているようにも読める。そうした曖昧さを取り除くために、脳死を「脳全体のすべての機能の不可逆的な機能停止」のように厳密に定義し直し、わずかでも脳機能が生きていたのであれば脳死ではないという方向で再定義するこ



とだってできるはずである。人間はどういう状態になったら死んだということになるのか、脳死が何をもちて人の死と呼びうるのかについて、少なくとも共通理解を形成し、それに基づいて日本における脳死状態を規定することが必要ということができないか。ここでは、客観的事実に基づいてすべての人が了解可能な基準を提示することが必要ということをおぼしめし意味しない。むしろ、多くの人にとって脳死が死であるという認識を持たせることができる根拠が示せるのかどうかということが問題となっていると考えるべきだろう。

こうした曖昧さが残された背景には、日本での現在の脳死判定の方法と密接に関係があるといつてよい。「全脳の機能の不可逆的な停止」といっても、そのような脳の状態が客観的に測定することができないので、結局脳死判定は外部から脳の反応を見て判断するしかない。脳死をどのように定義しても、その実体は、一定の検査によって判定された限りのものでしかないため、原理的に厳密な脳死の線引きができないのである。

実際問題、日本の臓器移植法では脳死に関して、それがどのようなものであるのかという脳死そのものの定義はない。「脳死した者の身体」を「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」と規定しているだけである。脳死とは何かというその内実に踏み込まず、脳死を外形的に判定する立場にとどまっているといえる。したがって、今後、脳死状態とは、医療技術の進歩にともなうて、その内容を、ある意味で必然的に、変えていかざるをえないことになるだろう。例えば、脳蘇生術の進歩によって、以前であれば脳死と判断されていたような症例でも、脳血流を維持したり脳ヘルニアの予防措置を積極的に取り入れることができるようになったため、脳細胞の壊死が防止されることによって、脳の機能を維持させることが可能になった。こう

した変化にともなうて、既存の脳死判定基準ではカバーしきれない脳死の境界事例などに対して、当該の症例が脳死状態なのか否か、あるいは蘇生限界点を越えてしまったのか否かについて、その都度、その段階での技術の限界に従うて、脳死状態を決めていかざるをえなくなるわけである。さらに、外形的にしか脳死を判定しないとすれば、脳死判定が医師の裁量によつて、便宜的に選択的に行われたり、流動的になる可能性があることになる。そうした曖昧、微妙な点があるとするならば、脳死判定に関して、器質死の要件を取り込み、少しでも厳密な判定を行う環境を整えることは、脳死移植を維持するためにも不可欠の要件ということができるだろう。

ここで、日本での判定基準を見てみよう。日本の基準は1985年に定められた「厚生労働省基準（竹内基準）」が採用されている。そこでは、

- ①深昏睡
- ②両側瞳孔径4mm以上、瞳孔固定
- ③脳幹反射（対光反射、角膜反射、網様脊髄反射、眼球頭反射、前庭反射、咽頭反射、咳反射）の消失
- ④平坦脳波
- ⑤自発呼吸の消失
- ⑥以上が6時間以上を隔てて再度確認されること

と規定されている。ここに示された条件は全脳の機能停止の必要条件ではあるが、十分条件ではないということは、前述の機能死と器質死の違いや、医師の裁量が多く残されている点に見てとることができる。さらに、小児脳死の場合には、小児の脳が大人と比較して、可塑性が強く、以上の基準を満たしても蘇生する症例があり、このままでは小児脳死判定には使えないという問題もあるが、その点に関しては後述する。

## II. 旧臓器移植法の問題

いずれにせよ、脳死問題に関して、上記の問題を含めて、多くの議論が繰り返された。また、それと並行

して、脳死移植の法制化の準備が国会内外で進められた結果、脳死・臓器移植の問題に社会的に十分なコンセンサスが得られたとはまだ言えない1997年に「脳死した者の身体を含む」死体からの臓器摘出を可能にした臓器移植法が制定された。

脳死そのものに対して、さらに脳死体からの臓器移植について理解がまだ十分とはいえない段階での脳死・臓器移植の法制化を目指されたわけだが、脳死臓器移植にまつわる問題は、決して安易な妥協が図れる種類のものではなく、また誰もが納得できる明解な結論が簡単に導き出されるのも困難という状況に立ち至った。そのような法制化は非常に難しいという状況に対して、その局面を打開するために用いられたのが、ドナーになるためには本人の明確な同意が不可欠であるという、「ドナーの自己決定」にほかならない。ここでは、本人の意思に反して、あるいは本人の与り知らないところで、ドナーにさせられてしまう危険性を排除する方法として、文書による自らの意思を表示する手順を必須とし、脳死移植を望まない場合であっても、脳死判定、移植の危険性を排除する目的で自己決定権が強調された。ドナーになってもよいという人だけがドナーになることができる。ドナーになりたくない人や、ドナーになることに対して意思表示したくない人がドナーになることはないとするので、脳死移植への道筋をつけようとしたのである。具体的には、脳死状態からの臓器移植に際しては、①本人による書面での脳死状態からの臓器移植の意思表示と②家族の同意が、脳死判定ならびに臓器提供を行うために必要とされたわけである。

ここでの要点は、何よりも、ドナーになるには本人のドナーになるという意思がまず表明されなければならないという点にある。本人が、自分は脳死状態が疑われる状態になったら脳死判定を受けてよい、その上で脳死状態であると判定されたならば臓器の摘出を行ってもよい、と書面で表明するという本人の「自

己決定」が、脳死移植の出発点において不可欠だと設定されたのである。そのハードルによって、日本でも脳死体からの臓器移植が可能となったといえることができるだろう。

自己決定権が強調されたのには、もちろん個々人の意思を尊重するという面があることは確かだが、それだけにとどまるものではないということは明らかだろう。つまり、ドナーになるのは本人の意思に基づいてであるという制度は、ドナーになるのは本人の問題であって、他人がその決定にあれこれ口を挟むのは越権行為であるという、ドナーになることに対する他者の介入をできるだけ排除するための意図があったといえることができる。実際、「脳死」ならびに「脳死判定」に関してはまだ曖昧な点、流動的な点などさまざまな解釈の余地があるが、本人が納得してドナーになると決断したのであれば、その意思を尊重するのが周囲の者の責務であり、その善意を無駄にするべきではないといった、自己決定権を本人の意思を重視し、第三者の介入を極力排除しようというキャンペーンが展開されることになった。しかしながら、技術自体の曖昧さ、不備という客観的な問題を「意思」という主観的な判断に基づいて埋め合わせようというのは、100%の結果を保証することのできない事案に関していえば、止むを得ない方法ということもできるだろう。天気予報が確実な未来を提示できないからといって、科学の限界を指弾し、天気予報の存在を否定することは難しい。だが、そうした技術的な曖昧さを、利用する人間が吸収できる場合とは異なり、脳死臓器移植に関して問題となっているのは、われわれの生死である。人間の死という取り返しのつかない問題に関して、「自己決定が最後の切り所」というのは、かなり乱暴な選択をわれわれに強いている印象は免れない。脳死状態を判定すること自体に不完全さが残っているようにも見える<sup>4)</sup>。

したがって、こうした微妙な問題に関して、本人の意思表示を実際の場面で尊重しようとする場合には、その効力の妥当性が問題となるだろう。単に本人が記したということだけでなく、まったく知識がないにもかかわらず言われるままに書類を作成したとか、酒に酔ってその勢いに任せて作成したといった場合、その意思表示をどのように評価するかが問題となる。本人の意思表示が文書で示されていると一口に言っても、その意思がどのような状況で作成されたのか、正常な判断力が備わっているときにその意思は表示されたのかなどなど、ドナーカードの妥当性を担保するためには、いくつかのハードルを設定し、それを一つ一つ検証した上で本人の意思を尊重することが求められる。

旧臓器移植法において、ドナーカードは、死後、法律上の効力を発することを目的として作成される遺言と見なし、取り扱うこととなった。一般に遺言は、民法961条の規定により15歳に達した者が行うことのできることであり、したがって脳死状態からの臓器摘出も15歳以上の者からのみ行うことができるという限定が設けられた。この規定は、自らの死後に関する意思表示を行うための適性が備わるのは15歳を越えてからという価値観を示しており、15歳という年齢で区切ることの是非はおいておくにしても、判断能力の有無に関して、どのように線引きを行うかについての法律のある一定の考え方を示しているといえることができるだろう。

いずれにせよ、この規定によって、自ら意思表示のできない15歳未満の者からの臓器摘出は事実上不可能となった。そのため、移植の必要な子どもは、国内での移植を期待することができず、どうしても移植を受けたい場合には、海外へ渡航して移植を受けざるをえなかった。脳死移植を待つ小児にとっては、この法律が施行されても移植を受けられることは、ほぼありえないことに変わりはなかった。

また、脳死移植に道が開かれたといっても、意思表示は書面に限るという規定から、ドナーカードに脳死状態からの移植を承諾する旨を記入し常に所持していなければ、脳死状態が疑われても、判定や摘出が行えない。そのため、脳死状態が疑われても提供の意思が確認できない、疑義が残るといったケースでは、法的脳死判定が行えず、したがって臓器移植ができないといった事例も現れ、そうした事情も影響を与えたのか、脳死状態にある人体からの移植数は毎年数例といったレベルにとどまることになった。実際、脳死状態からの臓器提供は1997年の法律施行後2010年1月までの12年余りで86件だけであり、移植待機者の数（例えば心臓移植待機者数は2011年1月31日現在で163人）からすると、その需要を満たす水準には届かない状況にあった。

そうしたドナーの不足した状態は、移植を待つ患者やその家族に、いつ移植を受けられるかわからないという不安、焦りを発生させ、その状況にしぶれを切らした人たちの中には、海外で臓器移植を受けようとする動きも出てきた。ところが、こうした患者がドナーを求めて海外へ渡航し、現地で臓器移植を受ける方法そのものに関して、WHOや国際移植学会などから否定的な見解が示され、日本人の患者が移植を受ける環境も変化し始めている<sup>5)</sup>。例えば「臓器売買」や「移植ツーリズム」と呼ばれる海外へ渡航し、移植に使う臓器を、不正、不適切な手段で摘出・提供させたり、商品として取引して臓器を確保し移植を受ける方法などが、国際的な批判の対象となったのである。その背景の一つとして、外国人が移植用臓器を利用すると、その国の患者の臓器が不足することになるという事情がある。ここでは、適正な臓器移植が禁止されているわけではないが、海外での臓器移植に関しては、臓器売買に対する懸念が強いこと、医療資源の公平な配分、すなわちある国の臓器はその国の人のために使われるべきである、と



いう観点から、海外へ渡航しての移植は極力控えるべきであるとの見解が示されたわけである。

また、外国人に対する臓器移植には、ドナー候補者の人身売買、貧困層からの臓器の購入など、貧困に苦しむ人たちから裕福な先進国の人間が臓器を取り上げるといったイメージで語られるような、レシピエントは外国人でドナーは貧困層という非対称的な関係も想起されやすい。生活費のために臓器を売るような貧困層にとって、臓器摘出後の身体のケアなど思いも及ばないことであり、その結果、予後不良に陥るドナーが、途上国で社会問題になることなど珍しいことではないのである。もちろん、そうしたドナーに対して先進国側から十分なフォローがあるわけではない。こうした状況を改善するために方策を検討するのは、先進国側に課せられた課題といえることができる。

また移植用臓器が不足しているという事情は、どの国においても共通の課題であり、潤沢にある移植用臓器の余剰分が外国人に回されてくるということではない。少ないドナーが現れるのを多くのレシピエントが待っているのが現状であるといっても言い過ぎではないだろう。そうした状況を考えれば、2004年にWHOが、加盟国などに対して、「人の組織や臓器の国際的な取引という広範な問題へ配慮して、最も貧しく虐げられやすい人々を移植ツーリズムや、組織や臓器の売買から保護するための対策を講じるように」との呼びかけたことも、ごく自然な流れでのアピールだったといえることができる。

このような世界的な移植用の臓器の不足という状態を前にして、日本の患者が、移植用臓器を求めて世界各国に向かうのは、現地の患者用の移植のための臓器を減少させてしまうという点で不適切なことである。そこで、自国民の移植に対するニーズに十分応えるためには、基本的には自国内で賄うよう努め、不足分はせいぜい近隣諸国などに協力を求める

に止めるようにしなければならない、といった要請を世界各国や国際機関から受ける状況では、日本の移植環境の見直しが議論にのぼるのはある意味必然的なことだったということもできるだろう。

### III. 改正臓器移植法が抱える問題

これまで見てきたように、移植を取り巻く様々な環境の変化、すなわち、国内では臓器が得にくく、海外へ渡航して移植を受けようとする人が現に多数存在するにもかかわらず、その需要に十分応えていないということが、旧臓器移植法の課題として挙げられていた。それに加えて、脳死移植のドナーには15歳未満の人がなることはできない点も、改善すべき点として指摘されていた。すなわち、海外での臓器移植を受けるしか選択肢がなく、その選択肢も制限が加えられることが予想されるとなつては、対外的にも国内で移植を待っている人たちなどからも、制度の変更が求められる状況になってきていたことも、旧臓器移植法の変更への圧力となつていたといえることができる。

ここでの課題は、すなわち④ドナーの絶対数を増やすこと、⑤小児移植を可能にすることと言い換えることができるだろう。④に関しては、特にドナーカードの所持率の低さがドナー不足の最も考慮すべき原因とされた。それまでも啓蒙活動になどよってドナーカードの普及率を高め、ひいてはドナー数を増加させようとしてはいたが、実際のドナー数を見ればその限界は明らかだった。そこで、改正臓器移植法では考え方を180度転換し、ドナー数を増やす方法を検討し、「推定同意」という本人の意思が不明な場合であっても、家族の承諾があれば臓器提供を可能とする方法が挙げられた。また⑤に関しては、子どもからの意思表示をどのように実現するかが課題となった。大人と同様に小児自身による意思表示が不可欠という立場もあったが、これでは乳幼児からの臓器提供が事実上閉ざされてしまう。そこで、本



人の意思が不明であっても家族の承諾があればドナーになりうることで、問題の解決が図られた。その際、本人が臓器提供に関して拒否の意思を明示していればドナーになることはない。それでも、ドナーになるという自己決定あって初めて実際にドナーになるという旧臓器移植法の基本姿勢が放棄され、本人の意思が不明でもドナーになりうるわけだから反発も大きかった<sup>6)</sup>。

これら移植待機患者側の要望と自己決定の捉え方の変更に対して否定的に捉える人たちが、最も反対した内容は、先述した①本人による書面での脳死状態からの臓器移植の意思表示が不可欠という旧臓器移植法の規定と、ドナーは15歳以上の者のみになれるとの根拠となる②意思表示は15歳に達した者ができるという民法に基づいた規定である。これらの規定は、自らの身体からの臓器の摘出は本人の意思に基づいてなされなければならないということと、自らの意思表示をするためには前提として適切な判断能力がなければならない、という考えを前提としており、脳死移植を導入するに当たって、できる限りの透明性を確保し、ドナーの権利を保証しようという観点からは、不可欠の条件であったといっても言い過ぎではないだろう。

しかし、求められた脳死臓器移植の変更・拡大を実現するためには、この規定が真っ先に修正の対象とならざるをえない。②の小児からの、とりわけ乳幼児からの脳死移植を実現するためには、本人同意が不要な推定同意の方法を取らざるをえないが、旧臓器移植法の根幹ともいべき自己決定の考え方は大幅に後退してしまう。そうしたジレンマを抱えていたのだが、結果として改正臓器移植法におけるドナーの自己決定権の問題は、先述の通り、A.本人が拒否していない場合は家族の同意で脳死判定、臓器の摘出を可能とし、さらにB.脳死状態からの臓器の提供は15歳以上という年齢制限を撤廃するということに

なった。

この変更は、まずA.に関して、本人の意思がまったく反映されないことを意味しているわけではないことは押さえておかなければならない。つまり、ドナーになる条件としては、旧臓器移植法と同様に、事前に本人がドナーになる意思を表示しておけば、脳死移植の対象となる。それに加えて、事前に本人がドナーになることを拒否する意思を表示しておけば、脳死移植の対象とはならない。ドナーになるという意思も、ドナーにならない意思も、それぞれ自己決定として保証する、というのである。

さらに、この新法にある変更点は本人が拒否の意思表示をしていなければ、家族の同意で脳死移植が可能となったことにある。本人の意思が不明な場合に、旧法ではドナーの対象外となってしまうものを、家族の同意を取得することでドナーにすることを可能にしたものである。これによって、実際に本人の意思表示がなく、家族の同意のみでの脳死状態からの臓器提供が法律改正後約6ヶ月で40例以上あったことから、ドナー数の増加には一定の効果があつたといえることができる。

もう一つの影響は、本人同意が不要となったために、小児や認知症患者など本人による意思表示が困難な人たちからも、本人から拒否の意思表示がなされていなければ家族同意のみで臓器摘出が可能になったことである。この変更によって、小児が脳死状態にある小児からの臓器提供を受けることが可能になり、2011年4月に日本初の15歳未満の少年がドナーとなった。

ただし小児からの脳死移植に関しては、自己決定権の保証という争点以外にも様々な問題点が、以前から指摘されている。

一つは脳死判定の困難さである。大人と異なり成長過程にある小児は脳自体も成長の過程の中にある。したがって、脳の一部が損傷を受けても、大人とは

異なり、小児の場合には脳血流が再開したり、脳波や痛みなどへの反応、自発呼吸の復活など、脳機能が回復したり、あるいは「治癒」に到ったという報告が少なからずある<sup>7)</sup>。したがって、小児脳死の判定には大人以上に厳密かつ正確な基準が必要なのではないか、という疑問が残る。

また小児が脳死となる原因として頭部への外傷が非常に多いが、2003年に厚生労働省によって行われた小児科医に対する調査によると、小児の頭部外傷の10～40%に虐待の可能性があるといる。それと同時に、虐待と判断するためには状況の調査などを含めて2週間から1ヶ月以上の期間がかかることから、脳死移植を行うには大人よりも多くの条件が整っていないことになる。しかもドナーになる意思表示は子どもではなく、虐待の主体である親が行う危険性があるわけだから、意思決定者としての適格性をどのように見極めるかが非常に重要な課題となる。

さらにレシピエントの側にとっても本人が成長過程にあることが、移植後の臓器の生着に大きな影響を与えるかもしれないという懸念も示されている。例えば、1歳未満の乳児が心臓移植を受ける場合、その際投与される免疫抑制剤の副作用が成長障害を引き起こすリスクが高くなったり、白血病や悪性リンパ腫などの小児がんや再生不良性貧血などの疾患が通常よりもかなり高い頻度で発生することが報告されている。その後、免疫抑制剤の投与の差し控えや抗がん剤の使用などによって、がんを治療することも可能だが、慢性的な拒絶反応を回避するためには、免疫抑制剤の使用を長期にわたって中止することはできないため、10歳を待たずにがんによって死亡する事例も報告されている<sup>8)9)</sup>。

大人の移植の場合には問題が致命的なほどには大きくならずに両立可能だったことが（とはいえそんなに簡単なことではないが）、小児の場合には致命的な結果を誘引するリスクが高まることにつながってい

る。とりわけ、成人で臓器移植を待つ場合、レシピエントは多くの場合自らの判断で自らの人生に関する見通しを立てて、臓器移植の決断をすることが多い。そこでは本人の意思があるからこそ、手術後のある意味では過酷な生活も耐えられる、耐えざるをえない、という側面がある。それに対して、小児の場合は、多くの場合本人の意思というよりも、両親など近親者の意思が反映されているものと考えべきだろう。その後の闘病生活も子どもの意思でそこに入っていくというよりも、両親の指示に従って自分の生を歩まざるをえない点に対して、考慮する必要があると思われる。

#### IV. まとめ

ここまで旧臓器移植法から改正臓器移植法までの成立過程、背景、問題点を考えてきたが、最大の問題は「自己決定」の恣意的な用い方である。ドナーになる意思表示をした者だけが脳死判定を受けるということと、ドナーにならない意思表示をした者は脳死判定の対象から除外するということは、自己決定に関して等しい内容を持っているだろうか。ドナーになることに関して意思表示をしていない者は、暗黙のうちにドナーになることを認めているのだろうか。これはわれわれの心性の正当な解釈なのだろうか。基本的には、自分の身体に対してなされることは、本人が十分に理解した上で、その諾否を行うことが必要だろう。家族等に判断を委ねたい場合であっても、その決定は本人が行わなければならない。そのように考えれば、脳死移植を行っていくにあたっては、次のような条件を満たしていく必要があるように思われる。

- ①治療断念と脳死判定の透明性の確保
- ②脳死判定技術のさらなる高度化
- ③推定同意判定を回避するために本人意思の確認を一層求める
- ④(③の前提として)脳死判定、臓器移植全般に

関する情報の開示

⑤小児移植における家族意思の問題

⑥すべての前提として脳死、臓器移植、の科学的妥当性の担保

①②⑥の脳死体からの臓器移植に関して、技術的な妥当性を確保することは当然のこととして、③の推定同意の問題は、前提として④をさらに追求しなければならないが、その上で本人の意思表示をより広く行ってもらえるようにすれば回避できる問題ということができらるだろう。最後に⑤だが、小児脳死移植は、有効性等から考えて確立された治療法とはいえない部分が残されているように思われる。とはいえ一律に小児脳死移植を禁止することは、現状では困難な部分ということが出来る。したがって、家族による意思表示の妥当性を非常に厳格に判断し、②の判定技術の高度化を図りながら、妥当性の高い事例に限って行っていくことが求められるだろう。その上で、移植治療の有効性を検証しながら、普及を図るか再度検討することが必要だと考える。

## 引用文献

- 1) Shewmon D. A. Chronic: "brain death" Meta-analysis and conceptual consequence, *Neurology* 51,pp.1538. 1998.
- 2) 共同通信社社会部移植取材班：凍れる心臓、共同通信社、1998
- 3) Chiolero R, Berger M: Endocrine response to brain injury, *New Horizons*2(4), 432-442, 1994
- 4) 「臨時脳死及び臓器移植調査会答申・脳死及び臓器移植に関する重要事項について（答申）」、臨時脳死及び臓器移植調査会、1992.1.22
- 5) 「臓器取引と移植ツーリズムに関するイスタンブール宣言」、国際移植学会、2008.5.2  
〈[http://www.asas.or.jp/jst/pdf/20080805.pdf#search='イスタンブール宣言'](http://www.asas.or.jp/jst/pdf/20080805.pdf#search='イスタンブール宣言'])〉
- 6) 森岡正博：子どもにもドナーカードによるイエス、ノーの意思表示の道を、論座、2000年3・4月号 200-209。小松美彦：『自己決定権』の道行き—『死の義務』の登場（上）、思想、2000、126-157
- 7) 診断後1カ月以上60人—全国病院調査、毎日新聞、2007.10.12.
- 8) 楠木重範、太田秀昭、橋井佳子、他：心臓移植後にPTLDを発症した2小児例、小児がん；小児悪性腫瘍研究会記録 43(3), 476, 2006-11-24.
- 9) 石原正行、佐藤哲也、森田 拓、他：小児腎移植におけるEBV モニタリング -EBV 未感染レシピエントにおけるEBV 負荷量と Killer T 細胞推移の意義と限界。日本小児腎不全学会雑誌 28, 145-148, 2008.