
研究ノート

現行臓器移植法において残された課題に関する覚書 —日本臓器移植ネットワークからの応答を受けて—

神馬 幸一

1. はじめに

1997年7月に成立し、同年10月から施行された「臓器の移植に関する法律（臓器移植法）」は、その後12年近くを経て2009年7月に大幅な改正がなされた¹。しかし、臓器移植医療における法規制の在り方に関しては、未だ本質的な部分において決着が得られているわけではない。そのような継続的議論が為されている中において、現在（2015年1月）、この改正

¹ 2009年臓器移植法改正が有する一般的な議論内容を紹介した主要な論説として、有賀徹「改正臓器移植法で予測される諸課題」脳死・脳蘇生22巻（2010）192頁以下、一家綱邦＝池谷博「脳死・臓器移植法の改正を巡る医事法・法医学的考察」京都府立医科大学雑誌119巻8号（2010）511頁以下、大久保道方「臓器移植法改正への道のりと今後の課題と展望」移植45巻3号（2010）166頁以下、甲斐克則「改正臓器移植法の意義と課題」法学教室351号（2009）38頁以下、同「改正臓器移植法の施行とその後」法学セミナー55巻12号（2010）34頁以下、城下裕二「改正臓器移植法の成立と課題」刑事法ジャーナル20号（2010）11頁以下、辰井聡子「臓器移植：改正と今後の課題」刑法雑誌50巻3号（2011）460頁以下、寺岡慧「改正臓器移植法の下での移植医療と今後の展望」移植45巻3号（2010）174頁以下、古川俊治「臓器移植法の改正と医療現場」刑事法ジャーナル20号（2010）18頁以下、町野朔「臓器移植法の展開」刑事法ジャーナル20号（2010）2頁以下、同「改正臓器移植法と今後の課題」町野朔＝山本輝之＝辰井聡子（編）『移植医療のこれから』信山社（2011）3頁以下、松宮孝明「2009年脳死・臓器移植法改正を批判する」法律時報81巻11号（2009）1頁以下、丸山英二「臓器移植をめぐる法的問題」倉持武＝丸山英二（編）『シリーズ生命倫理学第3巻：脳死・移植医療』丸善（2012）82頁以下、水野紀子「改正臓器移植法の問題点と今後の展開」医学のあゆみ237巻5号（2011）353頁以下参照。

法が運用に供されてから、既に5年半という月日が経過した²。

静岡大学人文社会科学部法学科の刑事法・医事法ゼミナール（筆者が指導を担当）では、この2009年臓器移植法改正前後から、我が国の臓器移植法が有する問題を分析してきた³。そこにおける検討に当たっては、實際上、どのように法が運用されているのかという疑問も学生より示されることがあった。その中には、実務に疎い筆者にとって即答又は正確な回答をするのに困難な問題も幾つか含まれていた。

そこで、筆者は、このような学生との議論の中から得られた実務に関わる疑問点を26項目に取りまとめ、それらを公益社団法人「日本臓器移植ネットワーク（以下JOT）」に2013年4月1日付けで問い合わせた。それに対して、2013年11月21日付けで当該機関より回答が得られた⁴。回答内容は、資料として、後掲する（但し、当該資料は、当時におけるJOTの見解を示した内容の一部であることを特記しておく。なお、質問・回

² 最近における医事法領域からの論説として、米村滋人「医事法講義第16回：脳死・臓器移植1」法学セミナー59巻7号（2014）108頁以下、同「医事法講義第17回：脳死・臓器移植2」法学セミナー59巻8号（2014）128頁以下参照。また、移植医療の状況を鋭く批評した最近の文献として、櫛島次郎＝出河雅彦『移植医療』岩波新書（2014）が挙げられる。更に、甲斐克則（編）『医事法講座第6巻：臓器移植と医事法』信山社（未公刊）、移植医療における最新の議論状況を伝えるものとして2015年中に公刊が予定されている（筆者も共著者として分担執筆）。

³ 2010年度には、静岡大学人文学部（旧称）法学科刑事法・医事法ゼミナールでオリジナルの臓器提供意思表示カードを作製し（www.jotnw.or.jp/nwsupport/original.html）に登録されている）、静岡市地域内での配布・広報活動を実施した。その取り組みの内容に関しては、2010年10月8日付けの静岡新聞（夕刊）1面で採り上げられている。臓器移植法改正における問題点の把握に関しては、学生独自の視点から「臓器移植法改正における問題」静岡大学法政論集13号（2010）46頁以下に学習の成果がまとめられている。また、静岡大学人文社会科学部で実施している2010年度学生発表会（2011年1月20日実施）では「臓器移植法改正『親族優先提供』に対する批判」という題目の発表により、法学科刑事法・医事法ゼミナールが最優秀賞を獲得した。更に2012年度学生発表会（2013年1月17日実施）では「こうすれば臓器移植は増加する：2012年度ノーベル経済学賞受賞『マーケット・デザイン』理論の衝撃」という題目の発表により、同ゼミナールが優秀賞を獲得した。

⁴ 具体的には、日本臓器移植ネットワークにおける広報・普及啓発部の方々により丁寧な御教示を頂いた。ここに特記して感謝の意を表する。

答内容の転載に関しては、JOTより許諾を頂いている)。本稿は、その回答内容の中でも、筆者が特に重要と思われるものに関して概評を加えながら、実務的運用においても、やはり根本的には解消しきれてはいない実体的問題は、何であるのかの手懸りを得るため、その覚書（研究ノート）として作成するものである。

また、本稿は、筆者における静岡大学での教育成果としての意義をも有する⁵。JOTから回答が得られてから、適当な掲載媒体を探しめぐねている間に、気が付けば1年以上が経過してしまった。思い返せば、臓器移植法に対する興味・関心を（半強制的に？）共有してくれた上で、JOTに対する質問項目を（筆者を鍛えるために？）一生懸命に捻出してくれた（既に卒業してしまっている者も含めて）当時の学生達⁶に対し、本稿というかたちで多大なる感謝の意を表したい。また、筆者の未熟さ故に、回答が遅れてしまったことも併せて御容赦願いたい。

2. 回答内容に対する概評

筆者が取りまとめた26項目の質問は、作成当時、特に一定の視点から整除されたものではない。従って、ここでは、臓器移植医療の当事者として、提供者（ドナー）、受容者（レシピエント）、親族（家族・遺族）に関連する項目にまとめ直して、以下、各々に概評を加える。

⁵ 上記脚注3で紹介した2010年度におけるオリジナル臓器提供意思表示カードを複製・配布・広報活動に関しては、静岡大学全学キャリアデザイン教育・FD委員会主催の「授業改善ワークショップ：ゼミ・研究室運営のノウハウを共有する」（2011年9月13日）において、その成果を報告した。

⁶ 主として2009～2012年度在籍当時の学生（阿南秀幸、酒井美和、中村美穂、藤崎貴大、南友佳子、森成巳、森脇沙知、碓氷純也、河合慶典、是永恵佑、多和田寛樹、入羽優太、漆畑多賀汀、長友翔大、成田清子、西川侃志）の協力によるものである。本稿公刊時には、既に静岡大学を卒業し、現在は、多方面で活躍中。

2-1 提供者関連項目

2-1-1 小児提供者に関する項目

質問7及び8は、2009年法改正により、新たに論点化された児童虐待と小児移植に関する問題である。回答中にもある通り、附則第5項に従って、国は、被虐待児童から臓器が提供されないように必要な措置を講じるべきことが義務付けられている。質問当時において、この必要な措置に関する制度設計の内容は、不明確な印象があった。

児童虐待に関係する各々の法律(具体的には、児童虐待防止法・児童福祉法等々)によれば、様々な機関の関与が児童虐待事例において予定されている。しかし、それにもかかわらず(又は、関与形態の一元化が困難であることから?)、我が国では医療・児童福祉・刑事司法等の関連機関における連携が制度として確立されたとははいえない現状(複雑・多元化した制度の中で取り溢される被虐待児童の存在)が指摘されている。このことから、臓器移植手続における児童虐待児の早期発見という実務的取組みに対しては、今後も試行錯誤しながら検討せざるをえないというような印象を感じる。

また、JOTの回答内容以外にも、より具体的な医療者側の努力としては、日本子ども虐待医学会により『脳死下臓器提供者からの被虐待児除外マニュアル(被虐待児除外マニュアル)』が現在において、第4版まで更新されている⁷。しかし、このマニュアル自体は、被虐待児ではないと確実に判断できる児童を選び出すためのものであり、当該マニュアルにより臓器提供の対象者から除外されたことは、絶体的に、その児童が被虐待児であることを意味するものではない⁸。従って、提供者から除外さ

⁷ 日本子ども虐待医学会のウェブサイトより参照可能(2015年1月1日確認)。

⁸ 例えば、当該マニュアル2頁によれば「児童の器質的脳障害の原疾患が自動車等の乗り物に乗車中の交通事故外傷であった場合であっても、当該児童が6歳未満児のときはチャイルドシートを着用することが道路交通法で義務づけられているので、6歳未満児がチャイルドシート未着用で交通事故外傷を負った場合は、子どもを守

れた児童の中には、被虐待児が含まれていない可能性も大きく残されている⁹。

我が国では、未だ小児提供の事案が少ない。小児移植を慎重に根付かせようという想いからか、非常に厳格とも思える方向性で法制度が運用されている。このような現状において、実務上、医療機関・児童相談所・警察等における連携が未だ不十分とされている我が国の状況を鑑み、それが止む得ないこととして受け止められているのであれば、小児移植発展のためにも、この論点は、継続して議論していく必要があるように思われる¹⁰。

2-1-2 意思表示の確認手続に関する項目

質問9は、提供者本人における意思表示確認が実際上どのように行われているのかに関する疑問から生じたものである。現在、提供意思の表示方法として、様々な媒体の利用が考案されている。おそらく「なるべく利用しやすい方式を普及させること」が実務では第一の目標になっていることが推察される。しかし、提供意思の表示方式において、その多

るための規定に違反したと判断されることに基づき、その児童を臓器提供の対象から除外する」とされている。確かに「被虐待児ではない」と確実に判断するためには、真実は「被虐待児ではない」のに「被虐待児の疑いがある」と評価される範囲が広く採られる制度設計を妥当とするべきかもしれない。しかし、率直な感想として、評価範囲が広すぎる印象も拭えない。この点は、「虐待」という定義も含めて、更に法学的な観点からも議論されるべきように思われる。

⁹ このような指摘をするものとして、井上禎男「臓器移植法平成21年改正附則第5項にいう「必要な措置」と被虐待死亡児童等に関する個人情報保護」福岡大学法学論叢57巻4号(2013)417頁以下参照。

¹⁰ そもそも虐待事実の有無は、移植の場面に限らず検証されるべき事項として、児童虐待と臓器移植の問題を関連付けること自体を批判する意見もある(例えば、町野・水野・米村における前掲論文における主張)。しかし、このような論点に関しては、児童虐待における親の「当事者性」という観点から、筆者としても、今後、再考する機会が得られるならばと考えている。その手懸りになる文献として、原田綾子「児童虐待事件における親の当事者性と手続参加」和田仁孝=榎村志郎=阿部昌樹=船越資晶(編)『法の観察：法と社会の批判的再構築に向けて』法律文化社(2014)80頁以下参照。

様性・複雑性が増大することは、それを確認する手続が次第に煩雑になってくることをも意味する。その煩雑さの中に、もしかしたら、事故が生じうる余地があるのではないか。そして、仮に意思表示の取り違え事故が生じた場合には、どのように対処するのか。このような想定から、質問9は、作成された。

質問9に対する回答は、そもそも実務上「そのような事故があつてはならず、手続は粛々と進められなければならない」という観点から作成されているようにも思われる。この点、本人の真意が確認困難な場面においては、厳格な様式を求めることが法運用上は一般的である（例えば、民法上の遺言）。しかし、我が国の臓器移植医療においては、前述したように、潜在的な提供意思を可及的に多く顕在化させるべく、様々な方式が認められている。従って、臓器提供意思表示に関する手続的規制は、むしろ重要視されていない印象を受ける。

また、この問題は「提供者本人の意思表示が侵害された場合、どこまで尊重されるべきなのか」という法的な問題に関連付けられる。すなわち、どのように、この憲法上の人格権的内容は、事後的なかたちで回復されるのかという論点に整理される。確かに、そのような法的な判断はJOTにおける職務権限の範囲を超える領域でもある。おそらくは国会という場で立法的な大綱が示されてから、より詳細な具体的な手続が整備される方向性を筆者としては支持したい。

2-2 受容者関連項目

質問18から20は、受容者の選別手続が実際上どのように行われているのかに関する疑問から生じたものである。この受容者の選別手続に関して、我が国では、法令上の根拠規定が存在していない状況にある¹¹。従って、手続的根拠に関しては、未だに不透明な部分が多く、その制度的基盤も脆弱である。

確かに、受容者の選定手続は、医学的な適切さを高めていくという観点から、その内容が常時、更新されるべき必要性に迫られている。従って、その硬直的な運用は、望ましくない。しかし、近時、我が国では、この受容者の選定手続に関する事故が発生したこともあり¹²、今後、その点に関する手続的整備の問題も注目を浴びてくるようなのではないかと筆者は推察している。現在、そのような事故が臓器移植医療の特殊性に何ら結び付けられていないということは、一般法上の規範に従って、紛争が処理されることを意味するのであろうか。そのような解決の仕方も、筆者には、問題であるように思われる。

この点に関連して、海外に目を転じてみると、例えば、2012年、ドイツにおいて、故意に患者情報を改竄することで臓器移植に関する受容者の選定手続に混乱を来たした事件が発生している¹³。この臓器移植医療を巡るスキャンダルに関して、ドイツでは法改正¹⁴により対応したにもかかわらず、臓器提供者数が急激に減少傾向にあることも報道されている¹⁵。

¹¹ 現在は、厚生労働省の厚生科学審議会疾病対策部会臓器移植委員会において、選別手続の指針が審議され、最終的には局長通知というかたちで策定されている。

¹² 2014年12月15日付けのJOTによる記者会見によれば、2014年11月14日に東京都内の病院で脳死判定された30歳代男性の事案において、脳死判定後の臓器提供の際、待機患者の選定作業に誤りがあったと報告されている。より具体的にはJOTの担当者が待機者名簿に従って腎臓移植の希望者の意思確認をする際、脾臓と腎臓の同時移植の希望者にも腎臓のみの移植を受けるかどうか意思を確認すべきところを同時移植の希望者は対象外と誤解し、名簿上では下位にある腎臓のみの移植希望者を優先させ、手術が始まった後に別の担当者が選定手順の誤りに気が付いた経緯が明らかにされた。JOTは、主治医を介して意思確認の対象から外された患者に直ちに連絡し、経緯を説明して謝罪したと報道されている。

¹³ この事件の概要に関しては、ドウトウケ、グンナール（山中友理：訳）「ドイツにおける死体からの臓器移植に関する最新の議論」刑事法ジャーナル34号（2012）90頁参照。

¹⁴ Artikel 5d Gesetz zur Beseitigung sozialer Überforderung bei Beitragsschulden in der Krankenversicherung vom 15. 7. 2013. 改正内容及び理由に関しては、BT-Drs. 17/13947, S. 40 f.

¹⁵ Ker, Heike Le, Transplantationen 2013: Zahl der Organspender sinkt drastisch, Spiegel online, 24. April 2013. (2015年1月1日確認)

このように受容者の選別手続は、移植医療の公正性に関わる重要な枠組みである。一度、その点に関して国民からの疑義が生じると臓器移植医療全体に向けられた信頼回復が困難な事態に陥ることも、このような海外の事例から読み取れる。筆者には、この点に関する制度的是正が改めて必要であるように思われる。

2-3 親族関連項目

2-3-1 親族の確認手続に関する項目

2009年臓器移植法改正では、親族(家族・遺族)の役割が従前よりも、大幅に拡充されたように思われる(例えば、本人意思不明の場合において親族の判断に委ねられる場面、15歳未満の小児提供において親の判断に委ねられる場面、親族優先提供に関する場面)。そのような意味で、臓器移植医療において重要な役割を担うことになる親族に関し、質問1及び17は、その前提要件である「親族であること」を實際上どのように確認しているのかという疑問から生じたものである。

この点に関して、前述した提供意思の確認手続と同様に「定められた手続を粛々と進めるべき」という観点からJOTの回答は、作成されているようにも思われる。しかし、2009年法改正により、親族優先提供が導入された以上(親族間の優先提供が実際には、非常に稀な例であったとしても)親族の側に本人意思の偽造等の不正行為を誘引する事情が新たに生じている。このことを考慮すれば、従来の延長線上にはない課題として、臓器移植医療における公正性を守るためにも、想定されうる親族側の不正行為に対し、今後、詳細な防止対策を詰めていく必要性があるように思われる。

また、従前からの本質的な議論として、次のような疑問も提起されてきた。すなわち、そもそも「親族」の確認は、紙の上での確認だけで問題ないのか? ここでいう「親族」というためには、何らかの親密な人間

関係の構築まで求めるべきか？ そのような実質を伴う人間関係を迅速に確認しうる手続は、構築できるのか？ このような法的な議論とも連動させて法的制度設計が検討されるべきようにも思われる。

2-3-2 親族の立会権・撤回権に関する問題

質問2及び3は、臓器移植医療の各場面において、親族の立会権が實際上どのように認められているかという疑問から生じたものである。この点、JOTの回答によれば、そのような親族の権利は、広範に認められているようにも思われる。但し、脳死判定の場面では、明確に立会権が認められているのに対し、臓器摘出の場面では、提供施設となる病院側の対応も考慮されるという差異が読み取れる。

おそらく、このような親族による立会の根拠として、本人に代わって親族が臓器移植医療における手続進行を監視することは、臓器移植医療に対する信頼の維持に資するという理由が先ずは考えられる。しかし、そのような権利の法的説明に関しては、学説上も詰められている状況ではないように思われる。それは、本来は本人の権利であるところを親族が代行するものなのか？あるいは、親族固有の権利であるのか？その論拠は、曖昧である¹⁶。

また、このような立会権の範囲は、親族における臓器提供の撤回権の範囲とも異なっている。現行の運用上、そのような撤回権行使の時間的

¹⁶ 本人に帰属するはずの人格権を代理・代行しうるかという類似の論点を扱う比較法的な考察としてFrick, Marie-Theres, *Persönlichkeitsrecht: Rechtsvergleichende Studie über den Stand des Persönlichkeitssschutzes in Österreich, Deutschland, der Schweiz und Liechtenstein*, Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, (1991)が有用である。また、未成年者における親の代諾等というような派生的議論に限定するならば、そのドイツ法における議論を紹介するものとして、ロートエルメル、ソーニャ（只木誠：監訳）『承諾、拒否権、共同決定：未成年の患者における承諾の有効性と権利の形成』中央大学出版部（2014）61頁以下参照。

限界は「摘出手術が開始される以前」であるとされている¹⁷。しかし、この点に関しては、そもそも臓器移植法・同法施行規則・同法運用ガイドラインに直接的な根拠規定が見当たらない。従って、少なくとも法令の水準において、親族における臓器提供の撤回権は、臓器摘出手術が開始後・搬送前にも認められて然るべきようにも思われる。例えば、臓器摘出手術の最中に、その手術に立ち会った親族が本人から臓器が次々と摘出されていく状況を目の当たりにして、途中での摘出中止を要求するということは、十分に考えられよう。それにもかかわらず、前述した現行における運用上の取り決めに従って、臓器摘出手術は、強行されるのであろうか？（おそらく、親族の心情を配慮し、臓器移植医療における公共の信頼性を確保する上でも、それ以降の手続は中止されるべきように思われる。）あるいは、摘出手術開始後の親族による撤回権の行使は、権限の濫用・逸脱であると評価することにより、そのような運用上の取り決めを正当化することも法的には可能である。しかし、前述したように、そのような場面においても、現行の運用上、親族の立会権が認められる余地があり、かかる立会権の趣旨が撤回権の行使を含めた適正な手続運用の監視にあるのだとしたら、それを権限の濫用・逸脱とまで断定できるかは疑わしい。以上におけるような疑問が法体系的に次々と浮かんでくる。従って、私見によれば、立会権と撤回権の両者は、その範囲・限界が同等なものとして制度設計されるべきと現時点では考える。この臓器移植医療における立会権と撤回権の問題は、法学上の議論も未だ手薄であるように思われる。このことから、この問題は、今後の検討が継続的に求められている。

¹⁷ 例えば、質問6に対するJOTの回答。この回答に関する根拠は、おそらく「臓器提供施設マニュアル」17頁によるものと思われる。この「臓器提供施設マニュアル」は、JOTのウェブサイトより入手可能。

3. 小括として — 最大の難問は何か? —

以上、JOTからの回答の中でも筆者が重要と考えるものに関して概評を加えてきた。その上で明らかになった最大の難問は、質問11に関連付けて象徴化することが可能であろう。すなわち、全ての問題は「臓器は、誰に属するのか」という論点に収斂されるように思われる。そもそも、この問題は、より具体的に「臓器移植医療の現場において、誰が最大の法的利害関心を有するのか」という問い掛けに置き換えられる。そして、同時に「ある手続において最大の利害関心を有する者が第三者による当該手続の主催・運用を監視することにより、当該手続における客観性・中立性・公正性の保障が最大限に期待可能となる¹⁸」という命題が移植医療手続においても妥当するのであれば、臓器移植医療は、そのような期待を抱くこと自体が困難な前提を常に抱えている。なぜなら、それは、おそらく最大の利害関心者と思われる臓器提供者本人の意思が提供時点では確認できないところにおいて成立させざるを得ない医療だからである。そのような意味で特殊な医療ということになるであろう。臓器移植医療における悩ましい問題の全ては、この臓器の帰属先が極めて曖昧な中で、一体、誰の権原に由来するのかという核心が得られないこともないまま、漠然と運用せざるをえないところに起因しているのではないだろうか。そのような意味で「臓器は、誰に属するのか」という問題こそ、

¹⁸ おそらく訴訟法領域（特に、民事訴訟法）で語られる「当事者主義」の趣旨は、この点にあるようにも思われる。例えばBarrett, Edward F., *The adversary system and the ethics of advocacy*, 37 *Notre Dame Law Review* 479 (1962), p. 480における“The underlying premise of this concept is that the truth of the controversy between the parties to a lawsuit stands a reasonably fairer chance of coming out when each side fights as hard as it can to see to it that all the evidence must be favorable to it, and every rule of law supporting its theory of the case are before the court.”という主張は、古い文献ながらも、現在にも妥当するように思われる。