



Title	脳死臓器移植問題への現象学的アプローチにむけて
Author(s)	浜渦, 辰二
Citation	待兼山論叢. 哲学篇. 2010, 44, p. 1-18
Version Type	VoR
URL	<a href="https://hdl.handle.net/11094/7476">https://hdl.handle.net/11094/7476</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

# 脳死臓器移植問題への現象学的アプローチにむけて

浜 渦 辰 二

はじめに

わが国の「臓器の移植に関する法律」(改正前)について、筆者はかつて次のように書いた。

脳死と臓器移植についての「本人の書面による意思表示」と「家族の同意」という二つを前提として、脳死判定などの医学的条件をクリアした場合にのみ、脳死からの臓器移植を可能にする道を開く、という基本的な理念については、評価してもいいと私は考えている。「本人の意思」(一人称)と「家族の同意」(二人称)の両方を尊重したうえで、「脳死判定」(三人称)という、日本文化に即した医療という姿勢は、基本的な理念としては悪くない、と考えるのである。<sup>(1)</sup>

その後、昨年二〇〇九年の七月にこの臓器移植法が改正され、今年二〇一〇年七月から施行されているが、そ

の大きな変更点の一つが、本人の意思が不明の場合でも家族の承諾によって脳死からの臓器移植が可能となる、というもので、それは、筆者が上で「基本的な理念としては悪くない」と考えたものの一角「本人の意思」（一人称）という条件を崩してしまうものであった。この変更とそれをめぐる状況について、いま筆者はどう考えているかを、ここに書き留めておきたい。<sup>2)</sup>ここでの議論を通じて、脳死臓器移植問題への現象学的アプローチへと向かうことを構想しているが、本稿ではその準備をするにとどまる。

### 一 一人称の問題

家族の承諾だけで脳死判定と臓器提供ができるとした改正臓器移植法が全面施行されて一ヶ月も経たない八月九日に二〇代の男性、続いて八月一九日に一八歳以上の男性、更に八月二二日に五〇代の女性と続けて三例の脳死判定が行われ、それぞれ摘出された臓器の移植が全国の医療機関で行われた。<sup>3)</sup>

第一のケースについて日本臓器移植ネットワークは、カードなどによる意思表示はなく、「万が一のときは臓器提供してよい」と本人が話していたことが、家族が脳死判定を承諾する理由になったと説明した。しかし、男性がどのように提供の意思を示していたのかについては、「家族で臓器移植関連のテレビ番組を見ていた際に、本人が口頭により、臓器の提供意思を表示していたため、家族は本人の意思を尊重した」とコメントするにとどめ、こうした会話があった時期など詳しいことについては、「家族の了解が得られていない」として公表しなかった。

会話があった時期も重要（それが十年前のことだったら、どうか）だが、ほかにも疑問がないわけではない。「万が一のとき」とは、どういう時なのか。死後（心停止後）のことなのか、脳死の時（心臓はまだ動いている時）

も含むのか。今回のように脳死の時が本人の言う「万が一のとき」に入るのかどうか。本人の発言はこうした区別を分かった上でのことなのか。家族たちも、こうした区別を本人が分かっていることを認識したうえで決断したのか。

しかし、こういう疑問は、実は、本人の書面による意思表示が条件になっていた旧法の枠組みにまだに囚われたものでしかない。本人の意思表示が問われる限りは、その中身が「一 脳死後の提供、二 心停止後の提供、三 提供しない」（旧ドナーカードの選択肢）のいずれであるか、が問題になる。<sup>5</sup>ところが、改正臓器移植法の変更点は、これまでの提供する意思表示がある場合に加えて、「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」（要するに、提供する意思もその意思がないことも、いずれの意思表示もない場合）も、家族の書面による承諾があれば可能となり、本人の意思表示については書面であれ口頭であれ必要ない、というところにある。

家族による本人の推定意思すら必要ないのであるから、冒頭のような「万が一のときは臓器提供してよい」と本人が話していたというこの確認すら、実は必要のないことであって、本人の意思がまったく不明であっても家族の総意が、脳死判定と臓器提供について書面により承諾しさえすればよい、というのが改正法の趣旨である。もちろん、本人に脳死後臓器提供の意思があったということが口頭でも確認できれば、家族の気持ちとしては、「本人の意思を尊重したい」という方向に一步踏み出しやすいことは確かだが、改正法の趣旨は、本人の意思がまったく不明であっても、家族の総意が承諾すれば可能なのである。そして、先に挙げた第二および第三のケースは、まさにそういうケースであった。本人の意思が不明のなか家族が提供に踏み切ったのは、「もう助からないのであれ

ば、体の一部が生きてくれればうれしい。元気な体を人の役に立てて欲しい」「誰かの役に立てたい。体の一部がどこかで生きていてくれればうれしい」という理由だったという。これは、もはや本人の意思には関わらない家族の「総意」による承諾と言わざるをえない。

しかし、この「本人の意思が不明でも構わない」という改正法の変更点<sup>6</sup>は、臓器移植法の「基本的理念」（改正によっても変更のなかった第二条）に反するのではないかと指摘されている。この「基本的理念」には、「死亡した者が生存中に有していた自己の臓器の移植術に使用されるための提供に関する意思は、尊重されなければならない」（傍点筆者、以下同様）とある。改正法においても、提供する意思も提供しない意思も尊重されることは確かだが、何も意思を表示していない人が家族の承諾によって提供することになるのは、果たして、本人の意思を尊重していることになるのか。続いて同第二項には、「移植術に使用されるための臓器の提供は、任意に、されたものでなければならない」とあるが、その意思が不明の時に、その臓器の提供は「任意に（自由意志によって）なされた」と呼べるのか。さらに同第三項には、「臓器の移植は、移植術に使用されるための臓器が人道的精神に基づいて提供されるものであることにかんがみ……」とあるが、本人の意思が不明の時に、それは果たして「人道的精神に基づいて」と呼べるか。ここで言われているのは、本人の「人道的精神」のはずだが、改正法ではそれが「誰かの役に立てたい」という家族の「人道的精神」に変貌してしまったと言わざるをえない。

## 二 二人称の問題

この「基本的理念」は、一九九七年旧臓器移植法が成立するにあたって、脳死臓器移植臨時調査委員会（通称

「脳死臨調」の報告書が、脳死を人の死とする多数意見と脳死を人の死としない少数意見の両論併記に終わったことを踏まえ、脳死を人の死とすることが万人の承諾するものとは言えないなかで、なおかつ、脳死を人の死と考える臓器提供をしてもいいという人に提供する道を開くために、当時の時代背景のなかで有力になっていた「自己決定権」という思想によって、脳死からの臓器移植を可能にするものであった。

ただし、旧法も「自己決定権」だけで成り立つてはなかった。というのも、旧法の条件は、本人の書面による意思表示とともに家族の承諾であつて、前者があつても後者がなかったら臓器提供は不可能になるため、その時には強い意味での「自己決定権」は侵害されることになる。旧法の「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）」において、「遺族及び家族の範囲」とは「原則として、配偶者、子、父母、孫、祖父母及び同居の親族」とされ、「喪主又は祭祀主宰者となるべき者」が「総意を取りまとめることが適当である」とされていたので、上記家族の一人でも反対する人がいて、総意が取りまとめられないとなると、臓器提供は不可能となる。この点、改正法でも、「喪主又は祭祀主宰者となるべき者」が「これらの者の代表となるべきもの」とされたのみで、変わっていない。旧法は、本人の「自己決定権」とそれを行使することに対して家族の総意が承諾をするという、あくまでも両方の条件が満たされる必要があつたのに、改正法では、前者の条件が不要となり、家族が承諾する限り、脳死からの臓器移植は可能になった。

これは家族の決断の重みをまったく新しいものにしてしまった。親しい人が瀕死の状態にあるというだけでも家族にとってショックであるのに、それに加えて、人工呼吸器につながれているとはいえ、脈拍はあり体は温かく汗をかいているのに、脳は死んでいてやがて心停止に至ると言われ、もう回復の可能性はないが、その代わりに臓器

提供という道があると告げられる。そういうなかで、旧法であれば、脳死からの臓器移植は、あくまでも本人の書面による意思表示があることが第一条件であったため、もしそれが残されていれば、それが家族に本人の意思を尊重したいと決断の後押しをして、家族が申し出をすることになる。ところが、改正法では、本人の意思が不明で、だからこそ、家族からの申し出がない場合でも、脳死からの臓器移植の候補者として、医療従事者の側からアプローチするようになり、家族が承諾しさえすれば、脳死判定から臓器移植へ進むことができる。臓器提供をしようとするなら、残された時間はそんなになくというなかで、家族は決断を迫られることになるが、そんな状態で下した決断が、どちらにしても果たして後悔の残らないものとなるかどうか。家族の決断の重みは、まったく異質なものとなったと言っても過言ではなからう。

家族に関わる問題としてもう一つ付け加えておきたいのは、今回の改正のもう一つのポイント「親族への優先提供の意思表示」（第六条の二）の追加についてである。これについても、やはり「基本的理念」に反するのではないか、という指摘がある。つまり、「臓器の移植は……、移植術を必要とする者に対して適切に行われなければならない」（第二条第三項）や「移植術を必要とする者に係る移植術を受ける機会は、公平に与えられるよう配慮されなければならない」（第二条第四項）という基本的理念に基づいて、臓器移植ネットワークがレシピエントの待機リストを作成しているわけだが、そのルールを破るものとして「親族への優先提供」が行われることになる。しかも、その親族とは、「配偶者、子ども及び父母」と限定された。家族への優先提供が行われる脳死・臓器移植を承諾するのも家族である（しかも、その家族の範囲は微妙に異なる）という、言わば死体・臓器の所有権は家族にあるという考えが、移植機会の公平性よりも重視されることになる。この「親族への優先提供」という改正によつ

て、提供の意思表示をする人が増えたとも言われているが、改正法は家族の問題を、本来あるべき家族による看取りという姿から家族による臓器の所有権の主張へと、奇妙に肥大させてしまったように思われる。

### 三 外から見られた一人称の問題

このように、本人の意思が不明でも家族の承諾だけで脳死からの臓器移植が可能になったことが、マスコミではしばしば図式的に、改正法では「脳死は一律に人の死」ということになったと報道された。この報道は、正確ではないし、誤解を招くものだった。

提案者達も、必ずしも「脳死は一律に人の死」と主張しているわけではないと述べていたが、その理由としては、本人が提供しないという意思表示をしていけば、また、家族が提供を承諾しなければ、脳死判定も臓器提供も強要するわけではないから、本人及び家族の拒否権は認めている、というものだった。確かに、その点を重視してであろうが、「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）」の一部改正<sup>1</sup>では、「第一 臓器提供に係る意思表示などに関する事項」において、「臓器を摘出する意思がないことを表示した者からの臓器摘出及び脳死判定に従う意思がないことを表示した者に対する法に基づく脳死判定は行わないこと」と、拒否の意思表示した者には脳死判定も臓器摘出も行わないことが明記された。

しかし、それでも、マスコミが「脳死は一律に人の死」という表現に固執したのは理由なきことではない。旧法が条件付き（本人の書面による意思表示と家族の同意）のみ「脳死を人の死」として認めたのに対し、改正法は少なくとも第一の条件（本人の自己決定権という「基本的理念」に係わる重要な要件）をはずしてしまったという

ところに、その言いたいポイントはあった。しかしそれも、拒否権は認めているので、第一の条件をまったく無くしたとは言えない。第一の条件が、旧法では書面による（提供の）意思表示がある場合のみであったのが、改正法ではその場合に、そもそも意思表示がない場合が追加され、結果的に、意思表示がない場合も書面による意思表示がある場合と同じ扱いになった、ということである。おそらくマスコミが言わんとしていたことを正確に表現するなら、「脳死は原則的に人の死」ということであろう。つまり、提供しないという意思表示がある場合を「例外」として除き、「原則的」には「脳死は人の死」となった、ということであろう。

そのことは、しばしば、承諾意思表示方式であるオプト・イン（コントラクト・イン）から反対意思表示方式であるオプト・アウト（コントラクト・アウト）への転換と呼ばれている。つまり、オプト・イン方式では、承諾意思を表示した人だけが脳死臓器移植の候補者となるが、オプト・アウト方式では、反対意思を表示した人だけが候補者からはずされる、つまり、反対意思を表示した人を除く他の人すべてが候補者となるわけである。要するに違いがどこにあるかと言えば、何も意思表示をしていない人の扱いがまったく異なり、そういう人たちは、オプト・イン方式では、候補者からはずされるので、結果として反対意思を表示していた人と同じ扱いを受けることになるが、オプト・アウト方式では、反対意思を表示していない以上、候補者のなかに入られることになり、結果として承諾意思を表示していた人と同じ扱いを受けることになる。日本では従来ドナーカードを持っている人は国民の割ほどに過ぎず、そのなかで「提供しない」に○をしている人はほんのわずかであったが、そもそもドナーカードを持っていない九割の人は最初から候補者にはならなかった。ところが、改正法によって、「提供しない」に○をつけているほんの一握りの人と「提供しない」意思を口頭で表示していた人とを除いて、そのほかのすべて

の人が候補者になる。それは、ドナー候補者を倍増させるための大きな方針転換であった。<sup>8)</sup>

オプト・イン方式では、臓器提供をしないというのが原則（デフォルト）で、提供意思を表示している人が例外として扱われて、臓器提供の候補者となる（臓器提供をするのは例外とされる）のに対して、オプト・アウト方式では、臓器提供をするというのが原則（デフォルト）で、提供しないという意思を表示している人が例外として扱われ、臓器提供の候補者からはずされる（臓器提供をしないのが例外とされる）、ということになる。要するに、臓器提供をしないのが原則（デフォルト）だった旧法から、臓器提供をするのが原則（デフォルト）である改正法へと変更が行われたことになる。更に言い換えれば、旧法では、臓器は原則的には本人の所有物であり、あえて所有権を放棄して臓器提供をするという意思を表示した人だけが例外として扱われて提供することになるのに対して、改正法では、臓器は原則的に本人の所有物ではなく、言わば社会の共有財産であり、あえて所有権を主張して臓器提供を拒否するという意思を表示した人だけが例外として扱われて提供が行われないことになる（所有権を主張しない限り所有物にはならず、共有財産として扱われる）、と言えよう。

つまり、この臓器移植法の改正によって、実は、「臓器は原則的に本人の所有物である」という考えから、「臓器は原則的に社会の共有財産である」という考えへ、と転換が行われたのである。ただし、この新しい考えが、私たちにとって馴染みのないもので違和感を覚える人は少なくとも日本には多いと思うが、それでは、逆に、「臓器は原則的に本人の所有物である」という考えが、私たちにとって馴染みがあるもので共感を覚える自然なものと言えるかと問われれば、それはそれで肯定するのを躊躇する気もする。「自分の体（臓器も含め）は自分の所有物であるから、それをどう処分するのも自分の勝手だ」「自分でやったことは自分で責任をとるので、他人に文句を言わ

れる筋合いはない」という、自殺願望者からタトウ（入れ墨）を入れる人、喫煙者、売春者を経て、貧困のため腎臓を売る人にまで拡がる「自己決定・自己処分・自己責任」の論理に、どこかで抵抗を感じ、自分の体は自分の労働によって獲得した所有物ではなく、親から／神から／天から授かったものであり、三八億年の生命の歴史からDNAを受け継いで継承してきた贈り物であって、自分の所有物ではない、という考えも、私たちにとっては説得的に思えるからである。<sup>9)</sup>そこに、自分の体は、自分が生きている限りは自分の所有物であるが、自分が死んだら家族の所有物にしてもらって構わない、という論理が生まれる土壤もある。しかし、筆者としては、身体・体・臓器をめぐる所有の論理ではない、別の思考を探りたいと考えている。

#### 四 三人称の問題

「脳死は一律に人の死」というマスコミの不正確な図式には、もう一つ、脳死判定と臓器提供の関係に絡む誤解を孕んでいた。旧法は、あくまでも臓器提供を前提とした脳死判定であったのに、改正法では、臓器提供という前提なしに「脳死は人の死」となるかのような印象が広められたが、それもまた理由なきことではない。

改正臓器移植法の改正点の一つに、「脳死の定義」が書かれた第六条第二項がある。旧法では、「脳死した者の身体」とは「その身体から移植術に使用されるための臓器が抽出されることとなる者であつて、脳幹を含む全脳の機能が不可逆的に停止するに至つたと判定されたものの身体をいう」（傍点筆者）となっていたのが、改正法ではこの傍点部分が削除されたため、「脳死した者の身体」は端的に「脳幹を含む全脳の機能が不可逆的に停止するに至つたと判定されたものの身体をいう」とされた。この改正は、旧法では、脳死とはあくまで、まず「その身体から

移植術に使用されるための臓器が摘出されることとなる者であつて」という条件があり、それゆえ、本人の書面による意思表示と家族の承諾という二つの条件を満たしているのが前提であり、そのうえで、「脳幹を含む全脳の機能が不可逆的に停止するに至つたと判定」すなわち脳死判定によつて脳死と判定された者でなければならず、従つて、本人の書面による意思表示と家族の承諾という二つの条件を満たしていなければ、そもそも脳死判定すら行われぬ。上記箇所を削除したという改正は、あたかも、この二つの条件を満たさなくとも脳死判定が行われ、その結果、脳死と判定されれば、それは人の死であるかのような解釈を許すものとなつた。

この点については、提案者達は、この法律はあくまで「臓器移植法」であつて、臓器移植を可能にするための条件を決めているものだから、臓器移植という枠内で実施されるものであつて、臓器移植が前提とならないような脳死判定は行われぬことを弁明した。そして、前述のように、「運用に関する指針（ガイドライン）の一部改正」の「第一 臓器提供に係る意思表示などに関する事項」において、「臓器を摘出する意思がないことを表示した者からの臓器摘出及び脳死判定に従う意思がないことを表示した者に対する法に基づく脳死判定は行わないこと」と、拒否の意思表示をした者には脳死判定を行わないことが明記された。臓器摘出の条件（第六条第一項）と脳死判定の条件（第六条第三項）とが、別々になつてゐること（これは旧法の表記に従つたものとはいへ）も、両者を離して考え、脳死判定はするが臓器摘出はしない、という選択肢に可能性を残しているようにも見えるが、ここでは危惧の可能性にとどめておく。

さて、法律的には、上記ガイドラインで臓器提供という前提抜きに脳死判定が行われる可能性は否定されているとしても、第六条第二項によれば、「脳死した者の身体」とは、あたかも臓器提供という前提抜きにも、「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」と医学的に定義され、その判定もまた医学的に行われるかのように書かれている。では、医学的には「脳死は人の死」ということを断定できるのだろうか。

少し歴史を振り返ると、一九六七年南アフリカ共和国でバーナード医師による世界最初の心臓移植が行われたが、心停止後の移植であったため、生存期間わずか十八日でレシピエントは亡くなった。その後、心臓をできるだけ新鮮なうちに移植するために心停止前に摘出はできないのか、どの時点からなら摘出してよいかという問題が議論となり、翌一九六八年の米国ハーバード大学医学部の脳死の定義に関する特別委員会は、全脳死（報告書の表現では「不可逆的昏睡（coma dépassé）」だった）を死の新しい基準として定義した。これを受けて、一九八一年に出された米国統一死亡判定法<sup>10</sup>では、「死の判定」（一）循環と呼吸機能の不可逆的停止、または、（二）脳幹を含む全脳のすべての不可逆的停止に陥った人は死んでいる。死の判定は、容認された医学的規程に従ってなされなければならない」とされた。これは、心臓死と並んで脳死も人の死とする法律と言えよう。このことによって脳死からの臓器移植が合法的なものとなり、一九七八年の免疫抑制剤サイクロスポリンの開発もあって、米国では、一九九〇年以降ずっと、年間二千件以上の心臓移植が行われてきている。それに比べると、日本では、一九九七年の臓器移植法の成立後、一九九九年から二〇一〇年までに脳死からの臓器移植が合計八六件、そのうち心臓移植は七〇件であり、まったく比較にならない数字で、米国がいかに臓器移植大国であるかが分かる。

ところが、この移植先進国と呼ばれ、年間多くの脳死からの臓器移植が行われてきた米国で、近年少し違う動きが出てきており、社会的合意が成立したとされていた死の定義に関して、再び論争が盛んになってきているのを踏まえて、一昨年（二〇〇八年）の十二月に『死の決定に関する論争 生命倫理に関する大統領評議会白書』<sup>11</sup>が発表

された。そこでは、「長期脳死」や「脳死からの生還」の事例により、「全脳死をもって人の死の判定をすることが困難」となっていることを認めている。同書冒頭では、「脳死 (brain death)」という用語には問題が多く疑問であると指摘し、「脳死は人の死か」という議論をするのに、初めから「死」という言葉が入った用語では、先入観を抱かせることになるので、ここでは、「全脳不全 (total brain failure)」という用語を、あるいは、より明示的には、「不可逆的 (irreversible) 全脳不全」という語を提案している。

更に同書は、「人工的心停止後移植 (Controlled donation after cardiac death)」という方式を取り上げている。これは、脳に重大な損傷があるのだが、まだ若干の脳の機能が残っている患者の人工呼吸器を、本人あるいは家族の希望にもとづいて取り外し、心臓の停止を確認し、そのまま二分から五分のあいだ待つ。脳への血流が止まるので、脳細胞は死滅すると考えられる。そして即座に、待機していた移植チームが臓器を取り出す。要するに、まだ脳死になっていない患者を、人工的に心停止に至らしめ、即座に臓器を取り出すというわけだ。これはピッツバーグ方式と呼ばれ、一九九二年に確立したもので、二〇〇七年には七九三例が実施された。この方式は脳死を死とみなさない人々にも支持されるだろう、と述べ、全米臓器配分ネットワーク (UNOS) の支援を受けて、いま全米で急拡大している、とも述べている。

同『白書』は、脳死を人の死と早々と法律的に定め、脳死からの臓器移植への道を邁進してきた米国が、今になって、脳死を人の死とすることの問題点に目を向けるようになり、脳死ではなく心臓死からの心臓移植を可能にする道を模索している姿だと言えよう。

## おわりに

冒頭で引用した拙稿は、わが国の終末期医療をめぐる議論を背景に、厚生労働省が「終末期医療に関するガイドライン（たたき台）」に関する意見の募集をしていた時に執筆したもので、そこで筆者は、終末期医療の問題についても、次のように書いていた。

このように日本では、患者の事前指示という一人称、家族等の納得という二人称、そして、医療関係者による判断という三人称、これら三つの立場がコミュニケーションを取りながら、対話により合意を形成していく必要があると考えられている。そして、それは日本の現状において、理念としては悪くない方向を向いていると、私は考える。<sup>12)</sup>

その後、厚生労働省は、このたたき台に微修正を加えたうえで、二〇〇七年五月に「終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン」を発表した。ここでは、終末期医療およびケアの方針について、理念としてはあれ、三者のコミュニケーション・対話を通じて合意を模索する姿勢が保持されていると言えよう。<sup>13)</sup> 脳死臓器移植の問題についても、せめてこのような姿勢があってもよかったのではないか。

改正臓器移植法では、終末期医療についてのガイドラインに比べると、「脳死は人の死」という三人称の視点の比重が重くなり、二人称の視点は、脳死患者の看取りを大切にするという方向ではなく、もっぱら脳死判定と臓

器摘出を承諾するか否かという方向にばかり向かい、一人称の視点は、意思表示をしたものについては尊重されても、意思表示をしていない多数の人たちについては、提供する意思があるものへと強引に解釈される結果となった。脳死臓器移植問題についての二人称の視点については、すでにいくつかの文献が見られるが、一人称の視点については、充分考察されていないところもあり、これら三者の視点に目を配りつつ、そのあいだの対話を模索するための現象学的なアプローチが求められているように思われる。

## 注

(1) 拙稿「生と死をケアすること―ケアの現象学的人間学から―」(日本哲学会編『哲学』第58号、二〇〇七年)。基本的には同じ方向の考えをナラティヴとパースペクティヴとの関連で論じたものとして、次も参照されたい。拙稿「ナラティヴとパースペクティヴ―「かたり」の虚と実―をめぐって」(木村敏・坂部恵監修『「かたり」と「作り」』臨床哲学の諸相』河合文化教育研究所、二〇〇九年)

(2) ここでは、紙面の制限上、参考文献を挙げることは、省かざるをえないが、スタンスは異なるものの本稿執筆にあたって大いに学ばせていただいたものとして、次の三点だけを挙げて感謝の意を表したい。栗屋剛「現代的人体所有権」研究序説(徳山大学総合経済研究所モノグラフⅡ、一〜四二頁、二〇〇一年)、倉持武「脳死は一律に人の死」なのか?―臓器移植法改正「中山案」を解剖する(現代文明学研究、第八号、四八七〜四九九頁、二〇〇七年)、岩波祐子「臓器移植の現状と今後の課題(1)―法改正の背景と国際動向―」(立法と調査、二九八号、二〇〇九年)。

(3) 小論原稿を執筆後、その校正をしている現在までに、八月二七日、八月二八日、九月一日、九月四日、九月六日、九月十一日、九月十八日、九月二四日、九月二七日、九月二九日に二件、十月二日、十月十三日、十一月二日、十一月二〇日と、計十五件の脳死からの臓器移植が行われ、改正法に基づき本人の書面による意思表示がない患者からの脳死臓器提供は、計十八例になったという。

- (4) あえて言えば、植物状態の時はそこには含まれていないのか（大脳死≠植物状態からの臓器移植を主張する論者も米国にはいるくらいだから）。
- (5) その点、改正臓器移植法に基づいて作られた新ドナーカードでは、「一 脳死後及び心停止後のいずれでも提供、二 心停止後に限り提供、三 提供しない」という選択肢になっているが、新旧いずれのカードでも、一か二かの選択は問題になる。
- (6) そのことは、第六条第一項「臓器摘出の条件」と同第三項「脳死判定の条件」に関わっている。
- (7) 細かい点に入り込むことになるが、いま述べたのは、本人の意思表示方式に関するオプト・インからオプト・アウトへの転換という第一の条件に関わるものであつて、実は前述のように、旧法でも改正法でも「家族の承諾・同意」という第二の条件があつた。旧法で、本人の書面による提供の意思表示があつたとしても、家族が承諾しなければ臓器提供されなかつたと同様に、改正法でも、本人の意思表示がなく候補者にされたとしても、家族が承諾しなければ臓器提供はされなわけ、第一の条件だけで決まるわけではない。この第二の条件について改正法ではどうなっているかを見ると、第六条第一項「臓器摘出の条件」の場合、本人の書面による提供の意思表示があれば（第六条の一）、「遺族が臓器の摘出を拒まないとき又は遺族がないとき」と言わばオプト・アウト方式が使われ、本人の書面による意思表示がなければ（第六条の二）、「遺族が臓器の摘出について書面により承諾しているとき」と言わばオプト・イン方式が使われている。同第三項「脳死判定の条件」についても、同様になっている。つまり、臓器摘出についても脳死判定についても、本人の書面による意思表示があれば、家族の承諾についてはオプト・アウト方式で緩くして、本人の書面による意思表示がなければ、家族の承諾についてはオプト・イン方式で厳しくする、という組合せが行われていることになる。
- (8) これによって恐らく、何よりも現場が変わることになろう。これまでは、本人の書面による意思表示があることが、すべての出発点であり、基本的には家族からの申し出が優先された（医療サイドからアプローチすることは避けられた）。ところが、改正後は、本人の書面による意思表示がなく、家族からの申し出がなくとも、医療従事者側がことを始めなければならない（脳死の可能性があるすべての患者が候補となり、主治医等が臓器移植の機会があること等を告げることでアプローチすることになる）。そのなかで、最後まで患者中心の医療を貫く姿勢をどう示すことができるかが、問われる

だろう。

(9) 法律的には、どこからの贈り物にせよ、自分が長年使用してきたものについては、所有権を主張できるようなものであるが、いま法律について争うつもりはない。しかし、法律的には、所有権と処分権とは別物であって、所有権をもっているからといって勝手に処分できるとは言えないようである。

(10) UDDA: Uniform Determination of Death Act.

(11) *CONTROVERSIES IN THE DETERMINATION OF DEATH, A White Paper of the President's Council on Bioethics*, Washington DC, December 2008. 上村正躬訳『脳死論争と臓器移植はどうなるか—生命倫理に関する米大統領評議会白書』(篠原出版社、二〇一〇年)

(12) 前掲拙稿(注1) 参照。

(13) 患者の意思を(一) 確認できる場合と、(二) 確認できない場合とに分けて、(一) の場合は、インフォームドコンセントに基づく患者の意思決定を基本とし、患者と医療従事者とが十分な話し合いを行い、患者が意思決定をする、および、症状が変わるなどすれば、意思を再確認する。(二) の場合は、家族等の話等から患者の意思を推定。それも難しい時は、家族等の助言を参考に、患者にとっての最善の治療方針を選ぶ。また、(三) 患者と医療チームが合意できない、チーム内で意見が割れた、などの場合は、病院内に複数の専門職からなる委員会を設置し、助言などを求めるとしている。

(14) 例えば、森岡正博『脳死の人…生命学の視点から』(一九八九年) や柳田邦男『犠牲(サクリファイス)…わが息子、脳死の11日』(一九九五年) を参照。

(文学研究科教授)

## SUMMARY

## To a Phenomenological Approach of the Problem of Organ Transplant after Brain Death

Shinji HAMAUZU

Concerning the Act of Organ Transplant in Japan before the revision in 2009 the author wrote as follows: “I can appreciate the fundamental idea that organ transplant after brain death would be only possible if an expression in paper of the patient’s will and an agreement of the family with it are presupposed and medical conditions of the judgment about brain death is cleared. As an attitude of medicine following the Japanese culture I find it not bad that on the ground of patient’s will (the first person) and of family’s agreement (the second person) the medical judgment of brain death (the third person) should be performed.”

But this Act was revised in July 2009 and the revised Act was enforced since July 2010. The important point of revision is that organ transplant after brain death would be possible, even if the patient’s will is unknown, only if the family does agree with it. It should destroy the condition of patient’s will of the fundamental idea that I appreciated. In this paper I will try to take this change and it’s new situation into consideration. Through discussion of this paper I am planning a phenomenological approach to the problem of organ transplant after brain death.

In the revised Act of Organ Transplant the viewpoint of the first person of medical judgment got more weight, the viewpoint of the second person was turned rather to the decision of agreement of brain death and organ transplant than to the caring for the patient in brain death state, and the viewpoint of the first person seemed to be forcibly interpreted to the will to donation. A phenomenological consideration of this relationship would be now expected.

キーワード：現象学的アプローチ，臓器移植，脳死，一人称／二人称／三人称