

生体移植—刑法上の問題点の検討

山 本 輝 之

1 はじめに

(1) わが国においては、2006年9月に、愛媛県宇和島市において生体腎移植をめぐる臓器売買が行われた事件が起こり、また、同年11月には、愛媛県宇和島市にある宇和島徳洲会病院のM医師らを中心とするグループが、癌などの疾患のある患者の腎臓を摘出して、その患部を切除あるいは修復してより重篤な患者に移植するという、いわゆる「病腎移植」が行われていたことが明らかになった¹⁾。前者については、2009年12月に、松山地方裁判所宇和島支部において、ドナー、レシピエント双方に臓器移植法11条違反の罪（臓器売買罪）の成立を認める有罪判決が出され、確定している²⁾。また、後者については、病腎移植を行った医療機関および関係学会が42件の事例調査を行い、2007年3月に関係4学会が非難声明を出している³⁾。これらは、いずれも生きているドナーから臓器を摘出してレシピエントに移植する行為である「生体移植」に関して行われたものであり、そのことから、生体移植に関する法的問題が関心を集めるようになっていく。

わが国においては、1997年に脳死体からの臓器移植を法的に認めた「臓器の移植に関する法律」（以下、「臓器移植法」）が成立するまでの間、また、それが成立した後においても、生体移植が移植医療の中心を占めてきた。たとえ

ば、2011年におけるわが国での肝移植6195件中、死体肝移植98件（脳死移植95、心停止移植3）に対して生体肝移植は6097件であり、2010年における腎移植1484件中、死体腎移植208件（心停止下146件、脳死下62件）に対して生体腎移植は1276件であった⁴⁾。その理由は、死体からの移植についてのドナー不足と、生体移植には脳死問題を回避することができ、しかも臓器の生着率が死体移植に比べて高いというメリットがあるということにあるとされており、腎臓だけではなく、肝臓、肺、膵臓、小腸などの臓器についても行われている。

(2) 他方、臓器移植法に定められた諸規定は、臓器売買等の禁止を定めた11条およびそれに対する罰則を定めた20条、24条、25条以外は、生体移植に関して定めたものではないとする理解が一般的なものであった⁵⁾。現在、わが国においては、生体移植に対する規制については、日本移植学会の「日本移植学会倫理指針」（平成19年11月24日改正）⁶⁾ および2007年7月に、臓器移植法の運用に係る事項を定める「〔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）」（平成9年10月8日付・健医発第329号・厚生省保険医療局長通知。以下、「ガイドライン」）が改正され、新たな項目として付け加えられた「第13 生体からの臓器移植の取扱いに関する事項」⁷⁾ が存在するだけで、法律上の整備がなされていない。そのため、生体移植をめぐる法律上の諸問題の解決はほとんど既存の法律の解釈論にゆだねられており、近時、それらの問題を取り扱った論稿が出されている⁸⁾ が、未だ必ずしも十分議論が深められてはいないのが現状である。

(3) そこで、本稿は、生体移植をめぐる法律上の諸問題のうち、刑法とかがかわる問題点について検討を加えるものである。ここでは、まず、①そもそも生体移植は刑法上正当化されるか、されるとしてその根拠、その要件は何かということである。②次に、前述した、愛媛県宇和島市の病院において行われていた、いわゆる「病腎移植」は刑法上犯罪となりうるのか、正当化の余地はないのかである。③さらに、生体臓器の売買の問題がある。前述したように、2006年9月に、愛媛県宇和島市において生体腎移植をめぐる臓器売買を行うという事件が起り、ドナー、レシピエント双方に有罪判決が出されたが、こ

れについては、臓器売買を処罰する根拠はそもそもどこにあるのかが問題となる。

II 生体移植の正当化根拠・要件

(1) 生体臓器移植行為は、ドナー、レシピエント双方に対する外科手術という医的侵襲を行うものであるから、両者に対する行為が傷害罪（刑法204条）の構成要件に該当することは疑いない。問題は、このような生体移植行為は刑法上正当化されるのか、されるとした場合、その理論的根拠は何か、また、その要件は何かということである。

そこで、まず、これらの点を検討する前提として、その正当化のための判断枠組みとしてどのようなものが考えられるかを考察しておくこととする。

(2) この点に関しては、「治療行為論」と「被害者の同意論」とが考えられる⁹⁾。まず、「治療行為」とは、患者の治療のために医学上一般に承認されている方法によって患者の身体に加える医的侵襲のことをいう。たとえば、医師が正当な治療行為として手術を行う場合、それが傷害罪の構成要件に該当しても、違法性が阻却される。その理由は、治療行為によって維持・増進される患者の生命・健康という身体的利益の方が、その行為によって侵害した患者の身体的利益よりも大きいという優越的利益の原理にある。そして、従来の学説においては、行われた治療行為が、以下の3つの要件を具備する場合に、優越的利益を守ったとして違法阻却が認められると考えられている。それは、①その行為が患者の生命・健康を維持するために必要であること（医学的適応性）、②その行為が現在の医術の基準に合致してなされること、すなわち、現在の医学で一般に認められている方法でなされること（医術的正当性）、および③その行為が患者の選択に反しないという意味での患者の同意が存在することである¹⁰⁾。この3つの要件が具備された治療行為であれば、それが生命に対する危険を伴う重大な傷害である場合にも、違法性阻却が認められる¹¹⁾。

このように治療行為として違法性阻却が認められるためには、それが患者の自己決定に反していないことが必要である。したがって、医師が、それに反する医療行為を行った場合には、たとえそれが患者の利益になる医療行為であっ

ても、違法阻却は認められない。これまでの一般的理解によれば、この「患者の同意」は、後述する「被害者の同意」とは必ずしも同じではなく、それよりもゆるやかなものでよい、とされている¹²⁾。實際上、患者は、手術の内容や、それに伴う危険を認識して同意しているわけではないからである。したがって、治療行為が患者の個人的選択に明らかに反して行われたという場合に限り、違法となる。また、治療行為に対する患者の現実の同意が得られていないが、彼がその治療行為の内容を知ったならば拒絶しないであろうという「推定的同意」が認められる場合にも、違法性の阻却が認められると考えるべきである¹³⁾。

他方、被害者の同意論は、法益の主体がその法益に対する侵害・危殆化に同意を与えている場合をいう。このような被害者の同意が存在する場合には、原則として違法性の阻却が認められ、犯罪は成立しない。その理由は、法益の主体が有効な同意によりその法益を放棄したため、当該法益の要保護性が失われることにより、違法性阻却が認められるからである。

問題は、以上のような治療行為論として正当化と被害者の同意論によるそれとの関係である。両者は、後述するように生命に対する危険を伴う重大な傷害については、たとえ被害者の同意があっても違法阻却を肯定することができないが、その場合であっても、治療行為の要件を具備する場合には、違法阻却が認められること、また、その行為が治療行為として、医学適応性、医術的正当性の要件を具備するものであれば、患者の同意は被害者の同意よりも緩やかなものでよく、また、患者の推定的同意による正当化は、一般の推定的同意によるそれよりも広範に認めることができるという点で異なっており、特に治療行為による正当化を認める理由はそのような点にあると考えられる¹⁴⁾。したがって、生体移植行為が刑法上正当化されるかどうかの判断枠組みとしては、まず、治療行為として正当化されるかを判断した後、それが否定された場合に、被害者の同意論として正当化されるかという順番で判断するのが妥当であるように思われる。

(3) そこで、以上の違法阻却の判断枠組みを前提として、生体移植行為が刑法上正当化されるかについて考察することとする。

これについて、現在の学説においては、ドナーからの臓器摘出行為とレシピエントに対する移植行為とを全体的に考察して正当化を検討する見解と、両者の行為を分断して考察し、それぞれの正当化を検討する見解とが存在する。

前者の見解を主張されているのは、城下教授である。教授は、後述する、ドナーからの臓器の摘出行為とレシピエントに対する臓器移植行為とを分断して正当化を検討する見解を批判して、ドナーからの臓器摘出について事前に有効な承諾を行ってれば、ドナーからの臓器摘出は傷害罪としては違法ではないとすることは、一般的に理解されている（適法な）生体移植の在り方とは異なるし、また、実際の生体移植においては、ドナーの摘出行為「のみ」が正当化されているという事態は想定されていないともいえる、また、例えば、特定のレシピエントが存在せず、将来誰かにとって必要となるためのためにあらかじめ臓器を摘出しておくことは許容されず、特定のレシピエントへの移植行為を前提としてドナーからの摘出行為が行われ、そして当該臓器が予定されていたレシピエントに移植されて初めて、移植行為が正当化されるとともに、摘出行為も正当化されると解することも可能である、とされたうえで、次のように主張されている。すなわち、レシピエントの健康回復のために当該臓器を生体から摘出して移植する必要性があり、かつ、それがドナーの生命・身体に著しい危険を招来しないという状況のもとで、両者に十分な説明を行ったうえで同意を取得して、医術的に正当な方法で摘出および移植を行った場合に、生体移植全体が正当業務行為として許容される¹⁵⁾。

この見解は、ドナーからの臓器摘出行為とレシピエントに対する移植行為が全体として、医学的適応性、医術的正当性、患者の同意という治療行為の要件を具備している場合に、その生体移植行為全体が正当化されるものとするものであり、注目すべきものである。しかし、ドナーからの臓器摘出行為とレシピエントに対する臓器移植行為という、異なる法益主体に対する法益侵害を全体的に評価することがそもそも理論的に可能か、また、どうして、そのことによって、ドナーからの摘出行為が正当化されることになるのか、その正当化原理が必ずしも明らかではないように思われる。

(4) このようなことからするなら、ドナーに対する行為とレシピエントに

対するそれとを分けて検討するアプローチが妥当であろう。

ここでは、まず、レシピエントに対する臓器移植行為が正当化されるか否かが問題とされる。そして、多くの生体移植の場合、レシピエントについては、前述した治療行為の正当化の要件を充たしていると考えられる。このような要件を充たしている場合には、レシピエントに対する移植行為が生命に対する危険を伴う重大な傷害であっても違法性阻却が認められることになる。

これに対し、問題となるのは、ドナーからの臓器摘出行為についてである。なぜならば、ドナーからの臓器摘出行為は、それがドナーの生命・健康を維持・増進する効果をもたらすものではないため、治療行為として正当化することはできないと考えられているからである。このようなことから、現在の学説においては、ドナーからの摘出行為の正当化を「被害者の同意」の理論によって説明しようとする見解が有力である¹⁶⁾。この見解によれば、ドナーからの臓器摘出について彼の有効な同意があれば、傷害罪の違法性が阻却されることになる。

これまでの判例・学説においては、傷害行為の同意の有効性をめぐっては、見解の対立が存在する¹⁷⁾。すなわち、①同意は一律に有効であり、同意傷害はすべて不可罰であるとする見解、②同意が公序良俗に反する場合には、同意は無効であり、傷害罪の成立が認められるとする見解、③手足の切断など重大な傷害の場合には同意は無効であり、傷害罪の成立が認められるとする見解、④生命に危険のある重大な傷害の場合には同意は無効であり、傷害罪の成立が認められる見解である。

このうち、判例は、②の立場をとっている。すなわち、最決昭和55年11月13日刑集34巻6号396頁は、XがA、B、Cと共謀し、自動車事故を装って保険金をだまし取るため、第三者Dの自動車の後部に自分の自動車を衝突させ、Dの車の前に駐車していた、A、B、C乗車の車に追突させ、Dに傷害を負わせ、A、B、Cに軽い傷害を負わせたという事案について、「被害者が身体傷害を承諾した場合に傷害罪が成立するか否かは、単に承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度など諸般の事情に照らし合せて決すべきものであるが、本件のように、過失に

よる自動車衝突事故であるかのように装い保険金を騙取する目的をもって、被害者の承諾を得てその者に故意に自己の運転する自動車を衝突させて傷害を負わせた場合には、右承諾は、保険金を騙取するという違法な目的に利用するために得られた違法なものであって、これによって当該傷害行為の違法性を阻却するものではないと解するのが相当である」と判示している。このような立場では、「諸般の事情」として、ドナーからの臓器摘出の目的、その摘出行為についての医学的適応性、医術的正当性の有無などを考慮して、同意の有効性を判断することになるものと思われる¹⁸⁾。しかし、傷害罪による保護の法益には、公序良俗は含まれないはずである。それにもかかわらず、その違反を根拠として同罪の成立を認めることは、法益の保護という刑法の役割を超えて犯罪の成立を認めるものであり、妥当ではないであろう¹⁹⁾。また、③の見解についても、この見解のいう「重大な傷害」の範囲が明確ではないという問題がある²⁰⁾。

このようなことから、現在では、①と④の見解が学説上有力となっている。①の見解を主張されている山口教授は、次のように述べられている。被害者の有効な同意があれば、違法性の阻却が認められるのが原則である。同意殺人罪については、刑法202条があることによって例外的に処罰が基礎づけられている。しかし、同意傷害、同意傷害致死については、そのような処罰拡張規定は存在しない以上、原則にかえり、同意について犯罪の成立を否定する効果を完全に承認することが妥当である。同意を得て相手を傷害する者には、同意傷害をいう結果惹起についての構成要件該当性が欠け（それは、法益主体の関与により、行為と結果との間について、客観的帰属関係ないし正犯性が欠けることを意味する）、傷害罪の構成要件該当性を肯定することができないから、同意傷害は不可罰と解するべきである²¹⁾。

たしかに、この見解は刑法202条のような規定のない同意傷害については犯罪の成立を否定するものであり、極めて明快であるが、刑法202条だけでなく、同203条が同意殺人未遂罪も処罰していることからするならば、同意の有無にかかわらず、生命危険までは刑法的保護の範囲内であるということになり、生命に危険のある傷害については、たとえ被害者の同意があっても正当化されない

と考えるべきである。また、このような見解によって生体移植の場合を考えてみると、城下教授が指摘されているように、ドナーの有効な同意さえあれば、生命を侵害しない臓器の摘出はすべて正当化されることになり、医術的正当性の要件を欠くドナーからの臓器摘出行為についても傷害罪はおよそ不成立ということになるが、その結論は妥当ではないように思われる²²⁾。

(5) 以上のことを前提とするなら、ドナーからの臓器摘出が彼の生命に危険のあるものである場合には、彼の同意があっても傷害罪の成立が認められることになる。もっとも、ここでいう「生命に対する危険」とは、何かということが問題となる。なぜならば、身体を傷害する場合には、常に生命に危険を生じさせる可能性がないとはいえないからである。たとえば、ピアスのために耳に穴をあける行為であっても、そこからばい菌が入り、生命に危険を生じさせる可能性はあるといわなければならない。まして、ドナーから臓器を摘出する行為は、およそ生命に危険を生じさせないことはありえないと考えられる。したがって、ここでいう生命の危険とは、具体的かつ高度な危険という意味に理解されるべきであって、危険がゼロではないということの意味するものではないと解すべきであろう。言い換えるならば、合理的に考えれば、生命への現実的・具体的危険性が実質的にみて無視できるレベルにある場合には、生命の危険のない、ということの意味すると考えるべきであるように思われる。そうだとするならば、ドナーからの臓器摘出行為が、合理的に考えれば生命への現実的・具体的危険性が実質的にみて無視できるレベルにあると認められる場合には、正当化が認められる余地があることになる。そのためには、ドナーからの臓器摘出行為が、治療行為としての正当化要件の1つである、現在の医術の基準に合致して行われることという医術的正当性の要件を充たす必要があると思われる。このような要件を具備した臓器摘出行為は、ドナーの生命に対するそのような危険を回避しうるものであることを意味することになるからである。このようなことからするならば、ドナーからの摘出行為がそのような要件を具備し、彼の同意も存在するという場合には、正当化される余地があると解することができるように思われる。このように考えるときには、結局、肝臓・腎臓の摘出、さらには肺・小腸の摘出について、医術的正当性の要件を充たす方

法で手術を行えば、ドナーの生命に危険を及ぼす具体的かつ高度な危険がないと判断される場合に、その正当化を認められるということになるように思われる。

III 病腎移植の問題

(1) 病腎移植とは、「疾患の治療上の必要から腎臓が摘出された場合において、摘出した腎臓が腎移植を必要とする患者に移植されることをいう」と定義されている。したがって、病腎移植の場合には、レシピエントに対する移植行為はもちろん、ドナーからの腎臓摘出行為も疾患を治療する上での必要性から行われるということに注意する必要がある。

まず、病腎移植のための手術による医的侵襲についても、ドナー、レシピエント双方に対する傷害罪の構成要件該当性が認められることには疑いがない。問題は、そのような行為について、正当化される余地はあるかである。これについても、レシピエントに対する移植行為とドナーからの臓器摘出行為とを分けて傷害罪の成否を検討することになる。

まず、レシピエントに対する臓器移植行為も、生命に危険のある傷害にあたりと考えられる。学説においては、この場合のレシピエントに対する臓器移植行為を「危険引き受け」の考え方によって正当化を考えるべきであるとする見解も存在する²³⁾。たしかに、このような考え方を採用した下級審判例も存在する²⁴⁾が、この考え方に関しては、学説上さまざまな議論があり²⁵⁾、その内容、正当化事由として認めるべき理論的根拠、その適用範囲について未だ必ずしも一致した理解を得られていないのが現状である。したがって、ここでも、レシピエントに対する病腎移植行為が治療行為として正当化される要件、すなわち①医学的適応性、②医術的正当性、③患者の同意という要件を具備しているか否か、もし、具備していない場合、被害者の同意論によって正当化できないかという判断枠組みによって検討するのが妥当であるように思われる。

そこで、このことを前提として、宇和島徳洲会病院において行われた病腎移植について検討する²⁶⁾。まず、レシピエントに①の要件は具備していたことを認めるとしても、②、③の要件を具備していたかには、相当程度疑問がある

ように思われる。すなわち、②の要件については、このような病腎移植という治療法には、学会において多数の批判が出されているところであり、現在の医学において一般的に認められている医療行為と断言するには、大きな疑問があり、また、感染腎や腎動脈瘤という病腎の移植の場合には、感染症や破裂の危険性の持ち込みというリスクがあって、腎臓の生着率が通常の生体移植の場合よりも劣るとのデータもあるからである²⁷⁾。さらに、③についても、医療関係者から、レシピエントに正確に病腎移植の危険性を説明した上で承諾を得たのかどうか不明であるとする疑問が提起されている²⁸⁾。このようなことからするならば、レシピエントに対する病腎移植行為が治療行為の正当化要件を充たしていたものとは必ずしもいえないように思われる。

他方、レシピエントに対する病腎移植行為について、治療行為論では正当化できないとしてもなお、被害者の同意による違法阻却の可能性も考えられる。しかし、その行為には、医術的正当性が欠けているため、合理的に考えれば生命への現実的・具体的危険性が実質的にみて無視できるレベルにあるとはいえないであろう。このようなことからするならば、レシピエントに対する病腎移植行為は、生命に危険のある傷害行為であり、たとえレシピエントに同意があったとしても、それは有効なものとはいえず、被害者の同意論による違法阻却も認めることはできないということになる。

(2) より問題があるのは、ドナーからの病腎の摘出行為についてである。この場合のドナーからの病腎の摘出行為が正当化されるためには、前述した、治療行為の正当化要件である、①医学的適応性、②医術的正当性、③患者の同意という要件を具備しているか否かが問題となる。

この点について、医療関係者から、例えば、悪性腫瘍の腎摘出術と移植用の腎採取術とは根本的に異なっており、癌患者に腎採取術を行うことは癌の細胞を流出させてしまう可能性があるため、ドナーにとって危険な手術法であり、このようなことを正確に患者に説明したうえで、その同意を得ているのか疑問があるという指摘が出されている²⁹⁾。また、最近では、腎癌の手術においては、患者の健康へのリスクという点から、全摘術ではなく、よりリスクの低い部分切除術を用いるのが一般的な傾向となっているとの指摘もある³⁰⁾。そして、

このような指摘は説得力のあるものであると思われる。このようなことからするならば、宇和島徳洲会病院で行われた病腎移植の場合、ドナーからの摘出行為についても、医術的正当性、患者の同意という正当化要件を充たしていたかについては相当程度疑問があるように思われる。

他方、ドナーからの病腎摘出行為についても、一般の生体移植におけるドナーと同様に、被害者の同意論による違法阻却の可能性も考えられるが、その行為には、医術的正当性が欠けているため、合理的に考えれば生命への現実的・具体的危険性が実質的にみて無視できるレベルにあるとはいえないであろう。したがって、ドナーから病腎摘出行為も、生命に危険のある傷害行為であり、たとえ彼に同意があったとしても、それは有効なものとはいえず、違法阻却を認めることはできないということになる。

(3) 以上述べたところからするならば、宇和島徳洲会病院において現実に行われた病腎移植については、レシピエントに対する移植行為も、ドナーからの摘出行為も、正当化することはできなかったものと思われる。厚生労働省が2007年7月12日に出したガイドラインの8が、病腎移植への対応について、「疾患の治療上の必要から腎臓が摘出された場合において、摘出された腎臓を移植に用いるいわゆる病腎移植については、現時点では医学的に妥当性がないとされている。したがって、病腎移植は、医学・医療の専門家において一般的に受入れられた科学的原則に従い、有効性及び安全性が予測されるときに臨床研究として行う以外は、これを行ってはならないこと」としているのも、以上のことを踏まえてのことであると思われる。

(4) 他方、このような考え方に対しては、病腎移植のような実験的治療の場合、医術的正当性は問題にならず、十分な情報が提供されたうえでの患者の同意がありさえすれば正当化を認めることができるとする議論もあり得よう³¹⁾。しかし、このような考えによると、実験的治療の正当化要件を一般的に確立された治療のそれよりも緩和するということになり、妥当ではないように思われる。もっとも、一般医療としてはなお未承認の実験的な医療の場合、およそ医術的正当性を欠き違法であるとするのも妥当ではないであろう。

現在、わが国では、治験および臨床研究という形で、実験的な治療であって

も一定の範囲では制度的に許容されている。たとえば、臨床研究の形で行われる場合には、倫理審査委員会の場で、当該研究が被験者にもたらす危険性を含めた研究の当否が検証されている。さらに治験の場合には、より厳格な規制が法律レベルで規定されている。これらの規制においては、当該治験的行為に種々のエヴィデンスが存在するために実施前の時点ですでに、人の生体への投与という部分を除いて医学的有効性・安全性が検証・立証されており、かつ、その実施中に適切なモニタリングを加えていけば一般医療として確立された行為と比べて格段大きな危険を持つものではないことが、これらの治療的行為が認められる前提となっているものと考えられる。この点から傷害罪の違法阻却との関係を考えてみれば、実験的治療であっても、これらの規制を真摯に遵守して行われる場合には、患者の生命に対する現実的・具体的危険性が合理的に考えて実質的に無視できるレベルにあり、したがって、前述したところからするなら、それに対する患者の同意が存在する場合には、それは有効であり、正当化されることになる可以考虑することができるように思われる。

前述した、厚生労働省のガイドライン8は、そのようなことも考慮して、病腎移植であっても、一定の場合には、臨床研究として行うことを認めたものであると思われる。そして、それが許容されるのは、医学・医療の専門家において一般的に受け入れられた科学的原則に従い、有効性および安全性が予測されるときに限られるのである。

IV 臓器売買罪の処罰根拠

(1) 臓器移植法11条は、臓器売買等に関して、次のような行為を禁止している。①移植術に使用されるための臓器を提供することもしくは提供したことへの対価として財産上の利益の供与を受け、またはその要求もしくは約束をすること(1項)、②移植術に使用されるための臓器の提供を受けることもしくは受けたことの対価として財産上の利益を供与し、またはその申し込みもしくは約束をすること(2項)、③移植術に使用されるための臓器提供することもしくは提供を受けることのあるせんをすることもしくはあっせんをしたことの対価として財産上の利益の供与を受け、またはその要求もしくは約束をすること

(3項)、④移植術に使用されるための臓器を提供することもしくは提供を受けることのあることを受けることもしくはあっせんを受けたことの対価として財産上の利益を供与し、またはその申し込みもしくは約束をすること(4項)、⑤臓器が①～④のいずれかに違反する行為に係るものであることを知って、当該臓器を摘出し、または移植術に使用すること(5項)。また、同6項は、②～④の「対価」には、交通、通信、移植術に使用される臓器の摘出、保存もしくは移送または移植術等に要する費用であって、移植術に使用される臓器を提供することもしくはその提供を受けることまたはそれらのあることを受けることに関して通常必要であると認められるものは含まれないとしている。そして、11条1項から5項までの規定に違反した者は、5年以下の懲役もしくは500万円以下の罰金に処し、またはこれらを併科するとしている(20条1項)。さらに、同法20条2項は、11条1項から5項の罪については、日本国民が日本国外で行った場合にも処罰するとしている。そして、以上の規定は、死体からの臓器移植についてはばかりではなく、生体間の臓器移植についても、適用があるものと考えられている。

(2) ここで、刑法的観点から問題となるのは、このような臓器売買を処罰する規定の保護法益はそもそも何か、また、このような行為に刑法の介入を認めることが妥当かということである³²⁾。

まず、臓器売買罪の保護法益については、これまで、人体の一部である臓器を「物」あるいは「資源」扱いし、経済取引の対象とすることは、人々の感情に著しく反し、これを許せば経済力のある者にのみ移植を受ける機会が与えられ、移植の機会の公平性が害され、また、善意・任意の臓器提供という臓器移植の基本的な考え方にも支障を来すということが挙げられてきた。すなわち、ここでは、「人体の一部である臓器に対する人々の尊重感情」および「移植の機会の公平性」というものが保護法益をして考えられている。たとえば、脳死臨調最終報告書は、臓器売買が禁止されるべき根拠として、次のように述べていた。「遺体に対して相当の礼をもって接すべきことは、わが国だけでなく、各国共通の慣行になっていると言ってよい。遺体の一部である臓器に対しても同様であり、これを単なる『物』あるいは『資源』扱いし、経済取引の対象と

することは、人々の感情に著しく反することになる。また、こうしたことを許せば経済力のある者にのみ移植を受ける機会が与えられ、移植機会の公平という見地から見ても許容しがたい問題が生じかねないと言えよう。さらには、臓器を経済取引の対象とすると、善意、任意の臓器提供という臓器移植の基本的な考え方にも支障を生じさせかねないものと考えられる。『売りたい人があり、買いたい人がある以上、双方が納得すれば』といった理屈はこの際通用しない³³⁾。また、当時の衆議院法制局の担当者も、臓器移植法11条が臓器売買等を禁止した根拠について、「①遺体の一部である臓器を『物』、『資源』扱いし、経済取引の対象とすることは、人々の感情に著しく反し、②こうしたことを許せば、経済力のある者にのみ移植を受ける機会が与えられ、移植の機会の公平性が害され、また善意・任意の臓器提供という臓器移植の基本的な考え方にも支障をきたす」と説明されている³⁴⁾。さらに、近時の判例にも、このような考えを示したものがある。その事案は、以下のようなものである。X(医師)とその妻Yは、慢性腎不全を患っていたXが生体移植を受けられるようにしたいと考え、暴力団関係者のAらに依頼して紹介された男性Bとの養親子関係を偽装するため、虚偽の養子縁組届を区役所に提出、受理させて戸籍に不実の記載をさせるなどするとともに、Bから腎臓の提供を受けることの対価として、現金合計1000万円をAらに供与し、さらに、別の暴力団関係者Cらに依頼して紹介された男性Dとの養親子関係を偽装するため、虚偽の養子縁組届を区役所に提出、受理させて戸籍に不実の記載をさせるなどするとともに、Dから腎臓の提供を受けることの対価として、現金800万円をCらに供与した。XとYは電磁的公正証書原本不実記載・同供用罪(刑法157条1項、158条1項)、および臓器売買罪(臓器の移植に関する法律20条1項、11条2項)に問われた。これについて、東京地判平成24年1月26日³⁵⁾は、これらの罪の成立を認めたとうえで、Xを懲役3年、Yを懲役2年6月に処したが、その「量刑の理由」において、「臓器の移植に関する法律 - - - が臓器売買を禁止しているのは、臓器を物扱いして経済取引の対象とすることが人々の感情に著しく反し、これを自由にしてしまうと、本来公平であるべき移植術が、経済的な格差を原因として公平に実施されなくなり、移植医療が適正に行われなくなるからだと思われ

る」とする見解を示している。

以上のような見解は、①臓器を経済取引の対象とすることに対する人々の感情と、②移植機会の公平性という2つのものを、臓器売買罪の保護法益とするものであるが、そのうちの1つだけを強調する立場もある。たとえば、ドイツの議論を参考として、「人間の尊厳」に由来する「人体構成の尊重」が、臓器売買罪の保護法益であるとする甲斐教授の見解は、①の点を重視し、それをより詳細に述べられたものであると思われる。同教授は、臓器売買の禁止について、次のように述べられている。「[臓器売買を禁止する] 根底には、やはり『人体の尊重』の礎としての『人間の尊厳』があるように思われる。すなわち、人体から切り離された人体構成体である臓器には、なお人格権に準じたものとして尊重すべき存在としての意義があると思われる。また、死後の臓器についても、人格権を直接引き合いに出すことはできないにせよ、なお『人体構成体の尊重』を『人間の尊厳』から導き出すことができると考える」³⁶⁾。これに対し、②の点を重視するものもある。たとえば、前述した東京地判平成24年1月26日の控訴審である、東京高判平成24年5月31日³⁷⁾は、原判決の量刑の理由の項で認定説示するところは正当として是認することができるとする理由として、「被告人兩名が本件で暴力団関係者らに供与した現金は総額1800万円もの高額に上っている。そして、被告人Xが本来のルールの下では許されなかったはずの生体腎移植を早期に受けたことにより、臓器移植の公平性は多く損なわれている」ということをあげている。

しかし、以上で述べた見解が、臓器売買罪の保護法益として考えている利益は、これまで刑法を発動することによって保護すべきであるとは考えられてこなかったものである。このようなことから、以上のような理解によって臓器売買を処罰することに疑問を呈する、有力な見解も存在する。たとえば、伊東教授は、「臓器提供や配分の過程における自由・平等・公正・公平等の保障とそれを通じた移植医療や移植制度全体に対する一般の信頼と支持の確保という臓器移植(制度)の存立・発展の為の前提条件を法益に取り込もうとする側面と、他方で、臓器を経済取引の対象とすることが人々の感情に著しく反する、社会倫理に反する、あるいは『人間の尊厳』に反するが故に禁止することによって

それらを保護する、即ち、人の身体や臓器それ自体あるいはそれらの取扱に関する特定の社会規範・価値観を法益に取り込もうとする側面との一取で言えば一他所では見かけ難いような奇妙な共存状態であろう。しかしながら、筆者は、この両側面のいずれに着眼するにせよ、それぞれ本来的に法益と呼ぶべきでない属性の物を法益としている点で不当であると考える者である。----- 現在までのところ、我が国における臓器売買罪・同幹旋罪の法益定義の試みは成功していない、といわざるを得ないと思われる。」とされている³⁸⁾。

(3) たしかに、伊東教授が指摘されているように、「人体の一部である臓器に対する人々の尊重感情」、「人間の尊厳」、「移植の機会の公平性」という利益は、これまで刑法を発動することによって保護すべきであると考えられてきたものではない。その点で、これらの利益を、より下位の概念を分析・具体化することなくそのまま保護法益をとして持ち出すことは、単なる社会倫理規範の妥当という本来法益と考えるべきではないものを根拠に刑法的介入を認めることに等しくなり、妥当ではないように思われる。

この点は、次のように考えるべきであろう。前述したように、現在、生体臓器移植が移植医療の中心を占めている。その中で、移植用臓器が不足し、その配分の公平性を維持すべきことが認識されるようになってきている。さらに、国際化の時代を迎えて、世界からも要請ということも考慮しなければならない。例えば、WHOは、1989年に、「人の経済的困窮を利用し、彼の健康への危険を増大させる健康な提供者の臓器の取引」を深く憂慮し、各国がその禁圧のために法的措置をとるべきことを要請し、これを受けて、1991年には、「臓器取引」の禁止などを内容とする「ヒト臓器移植に関する指導原理」を決議し、さらに、すべての加盟国に「最も貧しく傷つけられやすい人々を『移植ツーリズム』と、組織・臓器の売買から保護するための対策。人の組織・臓器の国際的取引というより広い問題への注意」を要請している³⁹⁾。これら一連のWHOによる臓器売買の禁止・規制の要請は、貧しい提供者からの搾取を念頭に置いたものである。このように、世界、社会からの要請が変化した現在、医療を受ける権利の平等、さらには経済的・社会的弱者の潜在的な生命・健康被害の抑止ということは、現在においては刑法上保護されるべき利益としての実質を獲得するに至

ったと評価してよいように思われる。したがって、その保護を図るための医療制度を構築した場合、そうした制度を刑法的に保護することで、その背景にある人間の利益を総体として保護することは、刑法上許容されると考えられるのである⁴⁰⁾。このように考えることによって、臓器移植法11条、20条1項がこのような法益を危殆化する行為を類型化して処罰していることには、合理的な根拠があると考えられることができるように思われる。

註

- 1) 2007年3月19日付朝日新聞朝刊の記事参照。
- 2) 松山地宇和島支判平成18年12月26日判例集未登載。城下裕二「生体移植」倉持武＝丸山英二責任編集『シリーズ生命倫理学3 脳死・移植医療』（2012年）137頁参照。
- 3) 城下裕二・前掲論文137頁など参照。
- 4) 日本移植学会広報委員会編「臓器移植ファクトブック2011」
<http://www.asas.or.jp/jst/pdf/facebook/facebook2011.pdf>。
- 5) 中山研一＝福岡誠之編『臓器移植ハンドブック』（1998年）23頁以下、47頁以下（石原明執筆）。もっとも、臓器移植法成立当時、厚生省保健医療局は、「本法第1条から第5条までの規定は、本法全体に通ずる総論的な事項を定めている部分であるが、死体臓器の移植を念頭において規定した部分を除き、生体間の臓器移植についても適用があると考えられる」と説明していた。厚生省保健医療局臓器移植法研究会監修『逐条解説 臓器移植法』（1999年）33頁以下。
- 6) 後掲別表1参照。
- 7) 後掲別表2参照。
- 8) 近時、生体移植をめぐる法的問題点を取り扱ったものとして、城下裕二編『生体移植と法』（2009年）所収の論稿がある。
- 9) 治療行為は、通常、緊急避難としては正当化することができないと考えられている。治療行為によって保全される法益もそれによって侵害される法益も、ともに患者の利益であり、本人の意思を無視して優越利益の擁護を認めることはできないからである。山口厚『刑法総論 [第2版]』（2007年）164頁参照。
- 10) 内藤謙『刑法講義総論（中）』（1986年）527頁以下、大谷實『刑法講義総論 [新版第3版]』（2009年）280頁以下、山口厚・前掲書108頁など参照。
- 11) 山口厚・前掲書164頁、佐伯仁志「刑法総論の考え方・楽しみ方」（2013年）232頁以下。
- 12) この点について詳細な検討をされたものとして、町野朔『患者の自己決定権と法』（1986年）177頁以下参照。また、内藤謙・前掲書533頁なども参照。
- 13) 町野朔・前掲書193頁以下、内藤謙・前掲書533頁、山口厚・前掲書164頁、佐伯仁志・前掲書232頁以下など参照。
- 14) 佐伯仁志・前掲書232頁以下参照。
- 15) 城下裕二・前掲論文139頁。
- 16) 大野真義『刑法の機能と限界』（2002年）283頁、甲斐克則「医療行為と『被害者の

- 承諾』現代刑法6巻3号(2004年)26頁以下、同「生体移植をめぐる刑事法上の諸問題」城下裕二編・前掲書97頁以下、佐久間修「医療行為における『被害者の承諾』」『最先端法領域の刑事規制』(2003年)102頁以下など参照。
- 17) 判例・学説の状況については、西田典之『刑法総論第2版』(2010年)188頁、山口厚・前掲書161頁以下、佐伯仁志・前掲書223頁以下など参照。
 - 18) 城下裕二・前掲「生体移植」139頁。
 - 19) 山口厚・前掲書162頁。
 - 20) 西田教授は、このような批判の例示として、「親指1本の切断でも生活に支障をきたすであろう」とされている。西田典之・前掲書189頁。
 - 21) 山口厚・前掲書163頁以下。
 - 22) 城下裕二・前掲論文138頁以下。
 - 23) 甲斐克則・前掲城下裕二編『生体移植をめぐる刑事法上の諸問題』101頁。
 - 24) ダートトライアル事件に関する千葉地判平成7年12月13日判時1565号144頁。
 - 25) 学説の詳細については、島田聡一郎「被害者による危険引受」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』(2003年)124頁以下、佐伯仁志・前掲書233頁など参照。
 - 26) 宇和島徳洲会病院で行われた病腎移植をめぐる法的問題点を検討した論稿として、小林公夫「『病腎移植』の正当化と可能性」法律時報81巻2号(2009年)80頁以下がある。
 - 27) 城下裕二・前掲論文147頁以下参照。
 - 28) 相川厚「病腎移植の問題」町野朔=山本輝之=辰井聡子編『移植医療のこれから』(2011年)101頁参照。
 - 29) 相川厚・前掲論文101頁以下参照。
 - 30) 相川厚・前掲論文90頁以下参照。
 - 31) 小林教授の見解も、このようなものであると思われる。小林公夫・前掲論文81頁。
 - 32) 臓器売買罪の保護法益ないし処罰根拠をめぐる議論の詳細については、川口浩一「臓器売買罪の保護法益」城下裕二編『生体移植と法』(2009年)109頁以下、粟屋剛「臓器売買」倉持武=丸山英二責任編集『シリーズ生命倫理学3 脳死・移植医療』(2012年)212頁以下など参照。
 - 33) 『脳死臨調最終報告書』町野朔=秋葉悦子編『資料・生命倫理と法Ⅰ脳死と臓器移植[第3版]』(1999年)所収296頁。
 - 34) 厚生省保健医療局臓器移植研究会監修・前掲書71頁以下。川口浩一・前掲論文109頁以下参照。
 - 35) LEX/DB 文献番号25480575。
 - 36) 甲斐克則・前掲城下裕二編『生体移植をめぐる刑事法上の諸問題』104頁。
 - 37) LEX/DB 文献番号25481877。
 - 38) 伊東研祐『生命倫理関連刑罰法規範の正当性と社会的効果—臓器売買罪・同幹旋罪・ヒト・クローニング罪等の法益を手掛に—』斎藤誠二先生古稀記念『刑事法学の現実と展開』(2003年)510頁以下。
 - 39) 町野朔「国際社会における日本の臓器移植：イスタンブール宣言の意味」移植46巻2・3号(2011年)143頁参照。
 - 40) ここにおいては、クローン技術等規制法におけるヒト・クローニング罪の処罰根拠に関する考え方と同様のことが妥当すると思われる。このような考え方の詳細については、町野朔「ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律—日本初生命

倫理法一」法学教室247号（2001年）89頁以下、山本輝之『『法益の保護』、『刑法の謙抑性』の原則は維持できるのか?』法学教室 223号（1999年）16頁以下参照。

*なお、本稿は、平成22年～24年度科学研究費補助金基盤研究（C）「生体移植の刑事規制に関する総合的検討」（研究代表者・城下裕二北海道大学大学院法学研究科教授）の分担研究の成果である。また、本稿は、日本刑法学会第90回大会ワークショップ「生体移植」での報告に、加筆・修正を行ったものである。

（やまもと・てるゆき）

〈別表1〉

日本移植学会倫理指針 (平成19年11月24日改正) (抜粋)

[2] 生体臓器移植

(1) 健全であるドナーに侵襲を及ぼすような医療行為は本来望ましくないと考える。とくに、臓器の摘出によって、生体の機能に著しい影響を与える危険性が高い場合には、これを避けるべきである。

1. 例外としてやむを得ず行う場合には、国際社会の通念となっている WHO 勧告 (1991年)、国際移植学会倫理指針 (1994年)、厚生省公衆衛生審議会による「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) (1997年) などを参考にして、ドナーに関しては以下のことを遵守する。
 - ① 親族に限定する。親族とは6親等内の血族、配偶者と3親等内の姻族を指すものとする。
 - ② 親族に該当しない場合においては、当該医療機関の倫理委員会において、症例毎に個別に承認を受けるものとする。その際に留意すべき点としては、有償提供の回避策、任意性の担保などがあげられる。また、実施を計画する場合には日本移植学会に意見を求めるものとする。日本移植学会は倫理委員会において当該親族以外のドナーからの移植の妥当性について審議して、その是非についての見解を当該施設に伝えるものとするが、最終的な実施の決定と責任は当該施設にあるものとする。
 - ③ 提供は本人の自発的な意思によって行われるべきものであり、報酬を目的とするものであってはならない。提供者と移植希望者との間に金銭授受などの利益供与が疑われる場合は、提供に至るプロセスを即座に中止する。
 - ④ 提供意思が他からの強制ではないことを家族以外の第三者が確認をする。「第三者」とは移植に関与していない者で、提供者本人の権利保護の立場にある者で、かつ倫理委員会が指名する精神科医などの複数の者。
 - ⑤ 主治医は提供者が本人であることを確認したことを診療録に記載するとともに、公的証明書の写しを添付する。
 - ⑥ ドナーへのインフォームド・コンセントに際しては、ドナーにおける危険性と同時に、レシピエントの手術において推定される成功の可能性について説明を行わなければならない。
 - ⑦ 未成年者ならびに精神障害者は対象としない。ただし、以下の条件が満たされていれば、特例として未成年者 (16歳以上20歳未満の者) からの臓器提供が認められる場合がある。
 - ・ ドナーが成人に匹敵する判断能力を有していることが精神科医等によって認められていること。
 - ・ ドナーが十分な説明を受けた上で書面に同意していること。
 - ・ 当該医療機関の倫理委員会が個別の事例としてドナーとなることを承認していること。
 - ・ ドナーの同意とともに親権者からも書面による承諾が得られていること。

- ⑧ いわゆるドミノ移植の一次レシピエントは、「生体移植のドナー」として扱うが、当該医療機関の倫理委員会が個別の移植およびドナーとして承認を受けるものとする。

(2) 患者の移植適応の決定とインフォームド・コンセント

- ① 患者の移植適応については、死体臓器移植に準じて行わなければならない。
- ② レシピエントからインフォームド・コンセントを得る場合には、ドナーにおける危険性および、レシピエントにおける移植治療による効果と危険性について説明し、書面にて移植の同意を得なければならない。意識のない患者においては、代諾者の同意を得るものとする。
- ③ レシピエントが未成年者の場合には、親権者からインフォームド・コンセントを得る。ただし、可能な限り未成年者のレシピエント本人にも分かりやすい説明を行い、可能であれば本人の署名を同意書に残すことが望ましい。

〈別表2〉

「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）（抜粋）

平成 9年10月 8日 制定
平成10年 6月26日一部改正
平成11年 9月20日一部改正
平成11年11月19日一部改正
平成14年 7月31日一部改正
平成19年 7月12日一部改正
平成22年 1月17日一部改正
平成22年 7月17日一部改正
平成23年10月 1日一部改正

第13 生体からの臓器移植の取扱いに関する事項

- 1 生体からの臓器移植は、健全な提供者に侵襲を及ぼすことから、やむを得ない場合に例外として実施されるものであること。生体から臓器移植を行う場合においては、法第2条第2項及び第3項、第4条、第11条等の規定を遵守するため、以下のとおり取り扱うこと。
- 2 臓器の提供の申し出については、任意になされ他からの強制でないことを、家族及び移植医療に関与する者以外の者であって、提供者の自由意思を適切に確認できる者により確認しなければならないこと。
- 3 提供者に対しては、摘出術の内容について文書により説明するほか、臓器の提供に伴う危険性及び移植術を受ける者の手術において推定される成功の可能性について説明を行い、書面で提供の同意を得なければならないこと。
- 4 移植術を受けて摘出された肝臓が他の患者の移植術に用いられるいわゆるドミノ移植において、最初の移植術を受ける患者については、移植術を受ける者としてのほか、提供者としての説明及び同意の取得を行わなければならないこと。
- 5 移植術を受ける者に対して移植術の内容、効果及び危険性について説明し書面で同意を得る際には、併せて提供者における臓器の提供に伴う危険性についても、説明しなければならないこと。
- 6 臓器の提供者が移植術を受ける者の親族である場合は、親族関係及び当該親族本人であることを、公的証明書により確認することを原則とし、親族であることを公的証明書により確認することができないときは、当該施設内の倫理委員会等の委員会で関係資料に基づき確認を実施すること。

細則：本人確認のほか、親族関係について、戸籍の謄本若しくは抄本、住民票又は世帯単位での保険証により確認すること。別世帯であるが戸籍等による確認が困難なときは、少なくとも本籍地が同一であることを公的証明書で確認すべきであること。

- 7 親族以外の第三者から臓器が提供される場合は、当該施設内の倫理委員会等の委員会において、有償性の回避及び任意性の確保に配慮し、症例ごとに個別に承認を受けるものとする。

細則：倫理委員会等の委員会の構成員にドナー・レシピエントの関係者や移植医療の関係者を含むときは、これらの者は評決に加わらず、また、外部委員を加えるべきであること。

生体腎移植においては、提供者の両腎のうち状態の良いものを提供者に止めることが原則とされていること。したがって、親族以外の第三者から腎臓が提供される場合において、その腎臓が医学的に摘出の必要のない疾患を有するときにも、本項が適用されること。

- 8 疾患の治療上の必要から腎臓が摘出された場合において、摘出された腎臓を移植に用いるいわゆる病腎移植については、現時点では医学的に妥当性がないとされている。したがって、病腎移植は、医学・医療の専門家において一般的に受け入れられた科学的原則に従い、有効性及び安全性が予測されるときに臨床研究として行う以外は、これを行ってはならないこと。また、当該臨床研究を行う者は「臨床研究に関する倫理指針」（平成20年厚生労働省告示第415号）に規定する事項を遵守すべきであること。さらに、研究実施に当たっての適正な手続の確保、臓器の提供者からの研究に関する問合せへの的確な対応、研究に関する情報の適切かつ正確な公開等を通じて、研究の透明性の確保を図らなければならないこと。

細則：いわゆる病腎移植の臨床研究の実施に際し、対象疾患についてはガイドラインにおいて特段制限していないこと。

個別の臨床研究の実施に際しては、臨床研究を行う者等が、「臨床研究に関する倫理指針」に規定する事項を遵守し、実施するものであること。

