

科学研究費助成事業（科学研究費補助金）研究成果報告書

平成25年5月1日現在

機関番号：10101

研究種目：基盤研究（C）

研究期間：2010～2012

課題番号：22530064

研究課題名（和文）生体移植の刑事規制に関する総合的検討

研究課題名（英文）Comprehensive Study of criminal regulation on living donor organ transplantation

研究代表者

城下 裕二（SHIROSHITA YUJI）

北海道大学・大学院法学研究科・教授

研究者番号：90226332

研究成果の概要（和文）：従来わが国では、生体移植に対する法的コントロールの必要性は十分に検討されてこなかった。生体移植に対する適正な刑事規制のためには、許容要件の明確化を図ることが重要である。その手段としては、生体および死体移植を統合した臓器移植法を規定するとともに、ガイドラインを併用することが妥当である。こうした結論は、比較法的研究から得られた知見とも一致する。

研究成果の概要（英文）：Only a few attempts have so far been made at examining the necessity of legal control on living donor transplantation in Japan. In order to establish the appropriate criminal regulation on living donor organ transplantation, we need to make the requirements for justification clear. It is reasonable to legislate a comprehensive act of both living and dead donor transplantation using administrative guidelines jointly as a means to regulating. Comparative studies of foreign legislations support this proposal.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2010年度	1,000,000	300,000	1,300,000
2011年度	1,300,000	390,000	1,690,000
2012年度	800,000	240,000	1,040,000
年度			
年度			
総計	3,100,000	930,000	4,030,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・刑事法学

キーワード：生体移植、臓器移植、臓器売買、インフォームド・コンセント、医事刑法

1. 研究開始当初の背景

わが国では、脳死移植を法的に認めた「臓器の移植に関する法律」（1997年・以下、「臓器移植法」とする）の成立までに長い年月を要したことと、脳死体を含む死体からのドナー不足という事情が相まって、生体移植が（心臓移植を除く）移植医療の中心的役割を果たしてきた。たとえば2010年の国内における腎臓移植中、生体腎移植は86.0%という比率を示している。生体移植は「脳死問題」

を回避することができ、また死体移植に比べて生着率が高いというメリットがあるが、他方、健康なドナーの身体に医的侵襲を加えるために、刑法理論上は、医師に関する正当化根拠がまず問われる。さらに、生体移植が正当化されるための諸要件、立法論としてそうした要件をどこまで刑事規制の下におくべきかについても検討される必要がある。しかし、従来こうした問題点は十分に考察されてこなかった。

2. 研究の目的

本研究は、わが国における移植医療の中心となっている生体移植に関して、どのような刑事規制を行うことが適切であるかを検討することにより、今後の移植医療に対する刑事法的コントロールの可能性を明らかにすることを目的とする。

3. 研究の方法

生体移植に対する刑事規制の根拠ないしは要件について、解釈論的・比較法的視点から考察し、さらに立法論的視点から、具体的な刑事規制のあり方についての提言を試みる。

4. 研究成果

(1) 生体移植の正当化根拠

従来、刑法理論における生体移植の正当化根拠（違法性阻却根拠）については、ドナーとレシピエントに分けて検討するというアプローチを採用するのが一般的であった。この場合、レシピエントへの移植行為が、刑法35条により正当化される治療行為にあたることには問題はないとされ、他方、ドナーからの摘出行為は、ドナー本人にとっては何らの治療効果をもたらすわけではないことから、いわゆる「被害者の承諾（同意）」の理論に依拠した説明が行われてきた。これによれば、ドナーが臓器摘出について事前に有効な承諾を行っていれば、ドナーからの臓器摘出は傷害罪としては違法ではないことになる。

問題は、これには何らの「限定」も必要とはならないのか、という点である。現在有力な見解によれば、有効な承諾さえあればすべての傷害行為は正当化され、行為の主体も問われず、「生命に危険のある傷害」さえも許容されるという。これでは、医学的適応性、あるいは医術的正当性の要件を欠く臓器摘出行為も不可罰とされ、一般に理解されている（適法な）生体移植のあり方とは乖離してしまうであろう。むしろ、刑法203条が同意殺人未遂罪をも処罰していることから、「生命に（具体的かつ高度の）危険のある傷害」は可罰的であると解し、ドナーからの摘出行為が医術的正当性要件・医学的適応性要件を充たすときには、そうした危険を回避しようものとすることによって、ドナーの承諾に基づく摘出行為は正当化されると説明することが可能である（山本輝之「生体移植に関する刑法的問題点の整理・検討」成城法学82号（2013年・掲載予定）参照）。

もっとも、さらに考えてみると、実際の生体移植においては、ドナーの摘出行為「のみ」が正当化されるという事態は想定されていないともいえる（たとえば、「将来、誰かに

とって必要となるときのためにあらかじめ臓器を摘出しておく」ということは許容されない）。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が可能である。そこで、生体移植の正当化にあたっては、摘出および移植を全体として評価の対象とするというアプローチもありうる。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上で同意を取得して、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と解するのである（城下裕二「生体移植」倉持武＝丸山英二（編）『脳死・臓器移植』（2012年）139頁参照）。

(2) 生体移植の正当化要件

従来、生体移植の正当化要件としては、①医学的適応性・②医術的正当性・③ドナー（およびレシピエント）の同意が挙げられてきた。上述のいずれのアプローチを採用するとしても、この3要件は充足される必要がある。

①医学的適応性

これは、ドナーからの摘出がレシピエントの健康回復にとって必要であることを意味するが、このことが、レシピエントへの移植行為だけではなく、ドナーからの摘出行為の正当化を基礎づける。また、ドナーからの摘出が、健康な状態に侵襲を及ぼすことから、生体移植がレシピエントの健康回復にとってやむを得ない場合であること、臓器摘出がドナーの生命・身体に重大な侵害となるおそれを回避すべく、対象となる臓器が複数あるものの一方であること、あるいは再生可能であることもここから導かれよう。

②医術的正当性

これは、摘出・移植行為が医学上承認された医療技術に従って行われることを意味する。ドナーおよびレシピエントを過度の危険にさらさないこと、実施前に倫理委員会などにおける検討・承認を経ていることもこの要件と関連する。近時のわが国で議論されているのは、いわゆる「病腎移植」の医術的正当性であるが、現時点においては、厚生労働省の専門家会議が（愛媛県内での事例を前提に）医学的・倫理的課題が多くデータも不十分であるとして、先進医療としての申請を認めないとする判断を下している。もっとも、刑法理論としては、レシピエントが当該腎移植に伴うリスクを十分に承知した上で病腎を移植された場合には、「危険の引受け」として可罰性が否定されることも考えられる。

③ドナーおよびレシピエントの同意

まずドナー側の同意の有効要件として、同意能力の存在と、同意の任意性が保障されることが重要となる。同意能力については、臓器移植法の運用に関するガイドラインに依拠して、15歳以上の者で、かつ合理的な判断能力を有する者と解されてきた。任意性については、強制あるいは重大な錯誤を伴わず、十分な情報提供を踏まえて同意を与えることが重要となる。レシピエント側の同意の有効要件としては、一般的な医療行為の際に必要なとされる要件のほかに、特に当該移植術の内容および危険性、さらにはドナー側の摘出に伴う危険性について、説明を受けた上での同意を得ることが必要となる。

なお、同意の有効要件と関連して、ドナーがレシピエントと一定の親族関係にあること（いわゆる親等制限）が要件とされることもある。当初、親等制限は、組織適合性という医学的理由によるものと解されてきた。その後、1980年代後半には、免疫抑制法の進歩に伴い、夫婦間などの家族内非血縁者間移植が増加した。それでも親等制限がなくなったわけではなく、特に1989年以降、生体肝移植が行われるようになると、各大学病院が定めるドナー基準に親等制限を課す例がみられるようになった。そこでは、親等制限の根拠は、一定の親族関係を求めることによって臓器提供の意思決定に強制・報酬といった要素が伴うことの回避（＝同意の任意性・自発性の確保）にあると解されている。ただ、現実の家族関係が多様であって必ずしもそうした状況を保障しえないことからすれば、親等制限といった形式的な要件ではなく、実質的な人間関係を要請していくことが考慮に値すると思われる。なお、後述する臓器移植法の運用に関するガイドライン（2007年改正）では、親等制限の項目自体がなく、当該施設内の倫理委員会等により症例ごとに個別に承認を受けるよう求めるにとどまっている。

(3)臓器移植法と生体移植

わが国の臓器移植法は、基本的に「臓器を死体から摘出すること」（第1条）すなわち死体移植に関する法律であり、臓器売買の禁止（第11条）およびその罰則規定（第20・24・25条）のみが生体移植にも適用されるとの理解が一般的であった。もっとも、本法成立時に、厚生省保険医療局（当時）により「本法第1条から第5条までの規定は・・・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」との説明がなされていた。また、2007年に「臓器の移植に関する法律の運用に関する指針」（平成9年10月8日付厚生省保険医療局長通知・以下「ガイドライン」とする）が改正され、新たな項目として「生

体からの臓器移植の取扱いに関する事項」が設けられた。これにより、少なくとも、「基本的理念」の一部（第2条2項・同3項・第4条）は、臓器売買禁止規定と並んで、生体移植に関しても適用されるべきことが明らかにされた。

なお臓器売買罪については、これを罰することによって守られるべき法益が何であるかが従来から議論されてきた。近時では、ドイツの学説に示唆を受けて、「人間の尊厳」に由来する「人体構成体の尊重」という利益を重視する見解もある（甲斐克則「人体構成体の取扱いと『人間の尊厳』『法の理論』26』（2007年）14頁以下）が、現行法の解釈としては、立法の経緯からみて「移植機会の公平性・適正性（の維持）」という社会的利益がその中心をなすと解するべきであろう。ただ、そうであるとしても、現行法のような包括的禁止規定ではなく、不公平な配分を防止するような市場介入措置を導入すれば足り、処罰は濫用的な場合などに限定すべきであるとの指摘（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）も有力であり、今後の検討が必要である。

(4)ガイドラインによる規制

ガイドラインは、行政指導としての性質を有し、法律のような直接の拘束力はないが、上述の改正は、わが国における生体移植に関して一定程度詳細な事項を定めた「公的」規制としては初めてのものである。内容的には、(i) 生体からの臓器移植の例外性・補充性 (ii) 提供意思の任意性 (iii) インフォームド・コンセントの実施 (iv) 本人確認の実施 (v) 倫理委員会への付議 (vi) 病腎移植への対応、から構成され、日本移植学会の倫理指針（ガイドライン作成時では2003年改訂版）をも考慮したものとなっている。

一般にガイドラインは、抽象的な法律を細部にわたり具体化して、法律の解釈・運用を補い、また円滑にするものと理解されてきた。たしかに、ガイドラインは法律に比べて改正が容易であり、移植医療の進展あるいは社会状況の変化に対処しやすいというメリットがある。もっとも、既述のように生体移植の正当化根拠を「被害者の承諾」に求めるとしても、通常の「同意傷害」とは異なり、生体臓器摘出は生命の危険を伴う「重大な傷害」に転化しうる可能性を孕んでいる。その意味で、正当化要件を中心とする基本的かつ重要な事項については一ガイドラインによる補完を併用するにせよ一予め法律の形で明示しておくことが法的安定性の視点からも望ましいと考えられる。また、現状では、本来は死体移植を念頭に置いて規定された臓器移植法を、（特段の見直しを経ることなく）生体移植にも適用（ないし準用）し、さらに

はガイドラインの指導原理として位置づけられていることになるが、死体移植と生体移植では医療行為としての意味も大きく異なり、刑法理論の面に限ってみても、死体損壊罪の正当化に関する諸要件を、傷害罪の正当化に関する諸要件にそのまま妥当させることには疑問が残る。こうした観点からは、まずは死体移植・生体移植の共通点ならびに相違点を意識した要件論の再検討を行い、最終的には、イギリス・ドイツ・フランス・オランダなどの例に見られるように、死体移植と生体移植を統合する「移植法」といった包括的な立法を目指すべきであるように思われる。

(5) 近時の国際的動向

2008年に開催された国際移植学会では、「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」が採択され、生体移植に関しては、ドナーの保護と安全確保、適切な社会認識の確保に向けた国家的取り組みの必要性が強調されている。また、同年、欧州議会は、臓器提供および移植についてのEUレベルでの政策決定に関する決議を採択し、これに続いてEUのコミッションは、生体移植を含む臓器移植制度の進展に関する加盟国間の協力を強化するため「臓器提供および移植に関する行動計画」および「移植用の人の臓器の質および安全性の基準に関する欧州議会および理事会の指令」を提案した。さらに2010年に改正されたWHOの「人の細胞、組織、臓器の移植に関する指針」の第3項は、「生体からの臓器提供は、ドナーが情報を与えられて自発的な同意が得られ、ドナーに対する専門的ケアが保障され、フォロー・アップが十分に準備されており、ドナーの選択基準が厳密に適用され審査を受けている場合に認められる。……ドナーは任意に行動し、あらゆる不適切な影響ないしは強制から自由でなければならない」と規定している(城下・前掲「生体移植」149頁以下参照)。

これらの近時の国際的動向においては、移植の前後を含む過程でのドナーの保護に重点が置かれている。これは、各国における生体移植の現状が、生命倫理の基本原則の1つである「無害性」との抵触可能性を強める方向にあることに警鐘を鳴らすものといえるだろう。今後、わが国で生体移植に関する刑事規制を整備するに際しても、こうした状況を常に視野に入れていく必要がある。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計5件)

- ① 山本輝之、生体移植に関する刑法的問題点の整理・検討、成城法学、査読無、82号、2013、頁数未定

- ② 城下裕二、ワークショップ・生体移植、刑法雑誌、査読無、52巻3号、2013、112-117
- ③ 城下裕二、[文献紹介] 町野朔・山本輝之、辰井聡子(編) 移植医療のこれから、年報医事法学、査読無、27号、2012、195-199
- ④ 城下裕二、改正臓器移植法、年報医事法学、査読無、25号、2010、191-197
- ⑤ 永水裕子、城下裕二、2010年学界回顧・医事法、法律時報、査読無、82巻13号、2010、122-129

[学会発表] (計1件)

- ① 山本輝之、刑法的視点からみた生体移植、日本刑法学会第90回学術大会、大阪大学(2012年5月20日)

[図書] (計2件)

- ① 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年)、366
- ② 倉持武、丸山英二、城下裕二ほか(13名中8番目)『脳死・移植医療』(丸善出版、2012年)、136-155

[その他]

高校生向けの研究情報発信として、『知のフロンティア・第2号』(北海道大学アドミSSIONセンター発行) 22-23

(<http://www.hokudai.ac.jp/bureau/nyu/frontier/02.html>)

6. 研究組織

(1) 研究代表者

城下 裕二 (SHIROSHITA YUJI)
北海道大学・大学院法学研究科・教授
研究者番号：90226332

(2) 研究分担者

山本 輝之 (YAMAMOTO TERUYUKI)
成城大学・法学部・教授
研究者番号：00182634

(3) 連携研究者

なし