

が脳死判定を受け入れる意思を事前に書面により表示しており、その家族もそれを了承したときだけ、脳死判定を行おうとする「意思による死概念の相対化」を、それぞれ認めるようである。これは、死概念は客観的に一つでなければならない、目的のために相対化されてはならないという、社会通念、あるいは社会的合意に反するものである。従って、既に昨年度の研究報告書において指摘したように、法は、脳死が人の死であることを前提にし、ただ、移植用臓器の摘出のときだけ、また本人・家族が承諾したときだけ、脳死判定をすることを認めることにしたに過ぎないと解釈すべきである。町野朔・長井圓・山本輝之・矢島基美・近藤和哉「臓器移植の法的事項に関する研究 1」『平成9年度厚生科学研究補助金 免疫・アレルギー等研究事業（臓器移植部門）研究報告書』292頁参照。

2. 死の概念と死の判断

このような「死の相対化」が生じたように見える原因の一つは、法が、脳死の概念と脳死の判断とを一つにしたことにある。6条2項は、『脳死した者の身体』とは、…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をいう」としている。これでは、「判定」されない以上「脳死した者の身体」も存在しないかのように見える。そして、脳死判定が許されないときには脳死が存在せず、あたかも脳死が死と認められる場合が相対化されてしまったかのようなことになるのである。

死概念の相対化を拒絶するためには、まず、諸外国の立法に見られるように、脳死の概念と脳死の判断とを峻別することが必要であると思われる。その上で、脳死判定を許さない場合を規定するならば、混乱も避けられるであろう。

3. 脳死判定拒否権

そうしたとしても、脳死判定を相対化す

ることを認めるべきかは、さらに問題となる。移植用臓器摘出のときだけ脳死判定をすべきで、それ以外のときにはこれは許されないというのは、やはり妥当ではないであろう。さらに、この場合には、規則の規定する「竹内基準」による脳死判定以外の、例えば「臨床的脳死判定」しか行っていないというのも理由がない。

問題は、臓器移植の場合に限って、脳死判定を本人、あるいは遺族（家族）の意思にかからしめることも不当かということである。臓器移植法のように、本人が事前に書面によりこれに従う意思を表示しており家族もそれを拒まないとき、というのではなく、本人あるいはその遺族（家族）が拒否しているときに、これを尊重するというのは、医療の現状に即した穏当な解決方法であるという見解もあろう。これによるならば、次のような条項を置くことになろう。

（臓器の摘出）

第6条④ 臓器の摘出に係る脳死の判定は、当該者が前項による判定に従わない意思を表示している場合、又はその者の家族が当該判定を拒む場合には、これを行うことができない。

だが、遺族が脳死判定を拒否しているときには医療もあえてそれを行わないのが現在の実務であり、あえて上記のような法律を作らなくても、遺族の感情には十分な配慮がなされるであろう。法が移植用臓器の摘出の場合だけに限って、また、脳死の場合だけに限って、このような判定拒否権を認めることは、やはり、脳死を他の死に対して特別扱いしていることになる、という批判を免れないであろう。

E 結論（立法提案）

以上の考察の結果、改正案としては次のようなものが考えられよう（下線が変更の部分）。

(臓器の摘出)

第6条① 医師は、死亡した者が生存中に臓器を移植術に使用されるために提供する意思を書面により表示している場合であって、その旨の告知を受けた遺族が当該臓器の摘出を拒まないとき、若しくは遺族がいないとき、又は死亡した者が当該意思がないことを表示している場合以外の場合であって、遺族が臓器を移植術に使用されるために提供する意思を書面により表示したときには、移植術に使用されるための臓器を、死体(脳死体を含む。以下同じ。)から摘出することができる。

② 前項にいう「脳死体」とは、脳幹を含む全脳の機能が不可逆的に停止するに至った状態(以下、本法において「脳死」という。)にある死体をいう。

③ 臓器の摘出に係る脳死の判定は、これを的確に行うために必要な知識及び経験を有する二人以上の医師(当該判定がなされた場合に当該脳死体から臓器を摘出し、又は当該臓器を使用した移植術をおこなうこととなる医師を除く。)の一般に認められている医学的知見に基づき厚生省令で定めるところにより行う判断の一致によって、行われるものとする。

④ [現⑤のまま]

⑤ [現⑥のまま]

F 研究発表

1. 論文発表

- 1) 町野朔「臓器移植と刑事法—問題状況」刑法雑誌 38 卷 2 号(1999 年) 177-178 頁。
- 2) 町野朔「「脳死・臓器移植法」の混迷」脳死・脳蘇生研究会誌 11 卷(1999 年) 84-85 頁。
- 3) 長井 圓「臓器移植法をめぐる生命の法的保護—脳死一元論の立場から

—」 刑法雑誌 38 卷 2 号(1999 年) 179-194 頁。

- 4) 山本輝之「臓器提供者と提供意思—意思表示方式と承諾意思—」刑法雑誌 38 卷 2 号(1999 年)201-207 頁。
- 5) 長井 圓「日本とドイツの臓器移植法・比較と検討」神奈川法学 32 卷 2 号(1998 年) 29-71 頁。
- 6) 長井 圓「生命の法的保護の限界—臓器移植法をめぐる『脳死』基準—」『神奈川大学創立七十周年記念論文集』(1998 年) 215-260 頁

2. 学会発表

- 1) 第 76 回日本刑法学会、分科会「臓器移植と刑事法」(1998 年 5 月 23 日、大阪市立大学)

研究課題：臓器移植の法的事項に関する研究

－臓器移植における検視等手続の実際とその検討－

分担研究者：町野朔（上智大学法学部教授）

研究協力者：長井圓（神奈川大学法学部教授）、山本輝之（帝京大学法学部助教授）、
矢島基美（上智大学法学部助教授）、臼木豊（小樽商科大学商学部助教授）、
近藤和哉（富山大学経済学部専任講師）、趙晟容（上智大学大学院法学研究
科博士後期課程）

研究要旨：臓器移植（特に脳死体からの）が行われる場合の検視等（警察が検視規則に基づいて行う代行検視および死体取扱規則に基づいて行う死体見分等を指す。以下同様）の体制を明らかにし、臓器移植に対する阻害要因の有無、犯罪捜査に対する支障の有無を検討した。さらに、臓器移植が行われる場合の検視等の手続について規定する臓器移植法7条の将来的な見直しの可能性についても検討した。

A. 研究目的

確実に診断された内因性疾患によって死亡した者以外の者については、主に警察により検視等が行われる。これは、その死者が、臓器提供者である場合も同様である。そこで、移植用臓器の摘出、特に、緊急を要する脳死体からの臓器摘出に関して、検視等がどのように行われるのか、これが移植を阻害し、あるいは逆に臓器移植に配慮するあまり、犯罪捜査に支障を来すことがないかが問題となる。本研究は、これらの問題を検討することを目的とする。

B. 研究方法

警視庁をはじめとする複数の警察本部、大学の法医学教室等での聴き取り調査により実務の体制を把握し、これについて検討を行った。

C. 研究と考察

(1) 現在の警察において予定されている検視等の体制においては、まず、これら一連の手続きに時間がかかりすぎ、脳死体であるドナーの心臓が停止するなどして、

移植が不可能になることがないかが問題になる。

しかし警察は、脳死判定病院に対して、1回目の脳死判定を行うことを決定した時点で警察に連絡を入れるよう要請する等の措置をとるものとしているから、2回目の脳死判定の後になっても、まだ事件性の有無が判断できずに、警察の環境捜査が続くという事態が生じることは、考えにくいと思われる。

また、生命維持装置等が装着されているために死体についての調査が十分にできず、結果として犯罪の見逃しにつながるのではないかという点も問題となる。だがこの点も、警察は、一般の死体の場合と同程度の確実性をもって事件性が否定された場合にのみ、臓器の摘出を認める方針をとっているのであるから、事件性の判断が阻害される可能性は低い。

もっとも、生命維持装置が装着されている状態での検視等が、通常の場合と比較して著しく不自由な条件の下で行われることは否定できないのであり、この不利を補償

する事後措置がとられることが望ましいの
は言うまでもない。

(2)以上に反して、臓器移植法7条(検
視等に先立つ臓器摘出を禁止する)自体に
関しては、いくつか指摘すべき点がある。

第1は、7条違反に罰則が設けられてい
ない点である。臓器移植法7条違反は死体
損壊罪を成立させるという考えが前提とさ
れているのかも知れないが、この見解は、
死体損壊罪の法益に犯罪捜査の利益を含ま
せるものであり、不当である。そうすると、
同じく犯罪捜査等を保護するため、医師に
異状死体の報告義務を課している医師法
21条が、その違反に罰金を科しているこ
との間に不均衡を生じていることになる。

第2に、7条に関しては、将来的な見直
しの可能性のひとつとして、司法解剖に先
だつて臓器摘出を可能にするような変更を
加えることが検討されるべきである。臓器
移植法7条が、犯罪捜査に関する手続を臓
器摘出に優先させている趣旨が、臓器摘出
による犯罪捜査阻害の防止にあるとするな
らば、犯罪捜査に支障を来さない限りでそ
の順序に変更を加えることは、臓器移植法
がとっている現在の基本的立場の枠内で可
能なことであると思われる。しかし、現行
法下で、この順序に変更を加えること、例
えば、司法解剖に支障がないとして、眼球
の摘出を先に行うこと(昨年12月、この
ような「事件」があった。98年12月18
日付朝日新聞夕刊等参照)が可能であるか
については、なお検討すべき点がある。

また、臓器移植と死因解明システムのあ
り方とは、しばしば、臓器移植を行うには、
死因解明システムを充実させることが必要
である、あるいは先決である、というよう
な形で、関連づけて論じられてきた。確か
に、犯罪死体が見逃され、そこから臓器が
摘出されるという事態は、耐え難いという

意見もあるだろう。しかし、犯罪が看過さ
れる危険はそれ以外の場合にも存在するの
であり、犯罪死体から臓器が摘出されるこ
とによって犯罪が看過される危険が、これ
より大きいとはいえないと思われる。少な
くとも、この危険の存在を理由として、犯
罪死体からの臓器の摘出を一律にさけるべ
きであるとするには、疑問が残る。

また、この議論においては、我が国の死
因解明システムのもとでは犯罪の見逃しが
生じている可能性が大きいとされ、具体的
提案として、現在、政令が定める都市に置
かれている監察医制度の全国的な拡大が主
張されることがある。しかし、監察医制度
は公衆衛生の向上等を目的とする死体解剖
保存法の下にある制度(同法8条)であり、
犯罪の見逃しの防止を本来の目的とするも
のではない。これを措くとしても、同制度
は、地方財政の悪化から、いくつかの都市
で廃止され、辛うじて存続している都市に
おいても、その多くでは、年間検案死体数
が数十体に限られるなど、活動がきわめて
制限されているのが現状である。以上を考
慮するならば、犯罪の見逃しを防止するた
めには、監察医制度の拡大ではなく、医師
における異状死体の届出を徹底した上で、
検視官制度の充実を軸に、警察段階での犯
罪発見能力を向上させる方向が現実的であ
る。この方式の有効性は、東京都において、
警察のチェックを漏れ、監察医務院におい
てはじめて事件性が疑われる事案がごく少
数である(東京都監察医務院事業概要参照)
ことに照らしても肯定できるであろう。

D. 結論

臓器移植が行われる際の検視等の体制に
は、臓器移植を阻害し、あるいは犯罪捜査
に支障を来すような瑕疵は特に見い出せな
い。しかし、移植用臓器の摘出と検視等と
の関係について規定する臓器移植法7条自

体に関しては、将来的に見直しが考えられる。

E. 研究発表

1. 論文発表

- 1) 近藤和哉「移植用臓器摘出の法的規制」上智法学論集 41 卷 2 号 (1997 年) 43 頁。
- 2) 近藤和哉「検死と臓器移植－刑事手続と臓器摘出」刑法雑誌 38 卷 3 号 (1999 年) 94 頁。

2. 学会発表

- 1) 第 76 回日本刑法学会、分科会「臓器移植と刑事法」(1998 年 5 月 23 日於大阪市立大学)。

研究課題 臓器移植の法的事項に関する研究
——視覚障害者など自署することができない者の臓器提供意思表示の方法——

分担研究者 : 町野 朔 (上智大学法学部教授)
研究協力者 : 長井 圓 (神奈川大学法学部教授)
 矢島基美 (上智大学法学部教授)
 山本輝之 (帝京大学法学部助教授)
 臼木 豊 (小樽商科大学商学部助教授)
 近藤和哉 (富山大学経済学部専任講師)
 趙 晟容 (上智大学大学院法学研究科博士課程後期)

研究要旨： 視覚障害者、脊髄損傷者など、臓器提供意思表示カードに自署することができない者が、臓器提供意思を表示しようとする場合、どのような方法によることが考えられるかを検討した結果、現在の「臓器提供意思表示カード」を改良する方法が最善であるという結論に達した。

A. 研究目的

「臓器の移植に関する法律」(以下、臓器移植法)は、①脳死判定に従う意思と、②臓器を提供するという意思の二つを本人が有し、かつ、その二つの意思を書面により表示していることを、脳死体からの移植用臓器摘出の要件としている(6条1項、3項)。現在、このような書面としては、一般的に厚生省と(社)日本臓器移植ネットワークが発行・配布している、「臓器提供意思表示カード」が用いられており、それには、「本人署名(自署)」として本人が自筆で署名することが要求されている。そのため、現在、視覚障害や脊髄損傷などにより自署することができない者が臓器提供の意思を有していても、現在の「臓器提供意思表示カード」によっては、それが活かされない状況にある。もちろん彼は、公正証書遺言(民法969条)として、公証役場において公証人に①、②を口述筆記してもらい、これを本人及び二人以上の証人に読み聞かせ、彼らが筆記の正確なことを承認した後各自署名、押印する、公証人が本人が署名できない事由を

附記して署名に代えるという手段を採ることが考えられる。しかし、このような手続には一万円以上の手数料がかかり、臓器を提供しようとする障害者にとって、あまりにも大きな負担となる。福井県針きゅうマッサージ師協会は、1998年7月に開かれた全日本針きゅうマッサージ師会北陸ブロック大会において、意思表示カードに自署することができない視覚障害者でも臓器提供ができるようにするため、意思表示カードなどの改善を図るよう、厚生省に申し入れることを提案し、承認された。そこで、以下では、視覚障害者などの意思表示の方法として、どのようなものが考えられるかを検討する。

B. 研究方法

新聞報道による障害者団体の見解を検討し、厚生省の担当者の意見を聴取するとともに、視覚障害、その他身体に故障のある者が公職選挙の投票を行う場合の方法について定めている公職選挙法の規定を参考にして、考察を行った。

C. 研究と考察

1. 自署の意義

臓器移植法（6条1項、3項）は、本人が書面によって意思表示を行っていることを規定しているが、本人の自署を要求していない。これに対して、現在の「意思表示カード」は、冒頭に指摘したように、これを要求している。これは、筆跡により、本人自身がその書面に表現されている意思を実際に表示したものと確認できると考えられるからである。

従って、必ずしも本人の自署が存在しなくても、書面上の意思が本人の真意に合致するものと判断できるなら、そのような書面は臓器移植法の要件を満たすものである。問題は、そのためには、どのような手段・方策がとられることが必要かである。

2. 自署することのできない者の書面による意思表示

(1) 視覚障害者の場合

視覚障害者の書面による意思表示には、「点字カード」を導入することが考えられる。これは、意思表示カードの文字部分が点字になっており、本人の署名も点字で行うものである。

公職選挙法 47 条が「点字投票」を認めているように、点字も文字であるから、点字カードも臓器移植法の要求する「書面」であることに問題はない。問題は、本人が点字で署名した場合、「点字タイプライター」を使って作成される点字には筆跡が存在しないため、点字署名だけでは、本人が点字による意思表示を自分の真意であると宣言したものであることを確認できないところにある。そこで、①点字署名に本人が拇印を押す、さらに、②それが本人の意思表示であることを証明する旨の証人の署名（自署）を加えることにより、これを可能とする手段をとることになる。

(2) 脊髄損傷者など、自ら文字を書くことができない者の場合

この場合には、「代筆カード」による方法をとることが考えられる。これは、自署することができない本人に代わって、他の者が本人のために代行して作成するカードである。

ここでも、カードの上の意思表示が本人のものであるかを確認できるようにすることが必要である。そのためには、①本人の意思表示をその口授により確認した者が、本人名を記名したカードを代理で作成する、②記名に本人の拇印を押す、③当該カードは本人の口授により自分によって作成されたものであることを記した上で、作成者が署名（自署）する、④カード作成者以外の立会人が、当該カードは本人の意思を表示したものであることを証明するための署名（自署）をする、という方法をとることになる。「代理投票」において投票用紙記載者と立会人とおく公職選挙法 48 条が、以上の参考になろう。

D. 結論（「意思表示カード」の改良）

しかし、以上のように障害者のためだけの特別なカードを作成しなくても、障害者が現在の「臓器提供意思表示カード」を利用することができるように、それを改良することが考えられる。カードの「本人署名（自署）」の欄の下に、「本人の氏名と拇印（本人が署名できない場合）」の欄を追加することによって、これは可能となろう。

(1)、(2)の方法ほどの様式性のないこの方法が、カードに表示された意思が障害者本人の真意に合致したものであることを保障する適切な方策といえるかを問題にする向きもあるかもしれない。しかし「本人署名（自署）」と「家族署名（自署）」だけを要求している一般の場合に比べ、その点が危うくなっているとはいえないであろう。

しかも、この方法は、臓器提供の意思を簡便に書面によって表示できるという現在の意思表示カードの利点を生かし、非・障害者と共通なカードを用いることにより、「バリアフリーな」臓器提供のための意思表示を可能にすることにもなる。

障害者にだけ拇印を押すことを要求する、このような方法を採用することには、拇印を押すことによるプライバシー侵害のおそれ、拇印を押すことに対する屈辱という、心理的な抵抗を覚える向きもあるであろう。それは、いわゆる「外国人登録法に基づく指紋押捺拒否事件」を見ても予想しうることである。しかし、本人が臓器提供の意思を有し、そのことが書面により表示されていることを臓器提供の絶対的要件としている、

現在の臓器移植法の下においては、カードに記載されていることが、本人の真意に合致していることを証明する、自署に代わる手段としては、拇印以外考えられないように思われる。この点から、障害者についてそれを押すことを要求することはやむをえないことであるように思われる。しかも、外国人登録法に基づく指紋押捺とは異なり、臓器提供意思の表示は、あくまでもボランティアなものであるから、拇印を押すことを要求してもそれほど問題はないであろう。

このようなことから、現在の段階では、「臓器提供意思表示カード」を改良する以上の方法が、結論的にもっとも考慮に値するものであると思われる。

研究課題 臓器移植の法的問題に関する研究

分担研究者	町野 朔	上智大学法学部教授
研究協力者	雨宮 浩	国立小児病院小児医療研究センター長
	有賀 徹	昭和大学医学部教授 昭和大学病院救急医療センター長
	石井 トク	広島大学医学部教授
	井田 良	慶応義塾大学法学部教授
	岩志和 一郎	早稲田大学法学部教授
	中谷 瑾子	慶応義塾大学名誉教授
	丸山 英二	神戸大学法学部教授

研究要旨 移植用組織の死体からの摘出に際して満たされるべき承諾要件について、臓器の移植に関する法律および同法律の運用に関する指針（ガイドライン）に照らして検討した。また、死体から移植用組織を摘出する際の承諾書として用いられるべき書式案を作成した。

A. 研究目的

臓器の移植に関する法律（以下「臓器移植法」という）および同法律の運用に関する指針（ガイドライン）のもとで移植用組織の死体からの摘出に際して満たされるべき承諾要件について検討し、併せて、承諾書の書式案を作成・提示すること。

B. 研究方法

班会議で承諾書の書式案および報告書案を検討するとともに、脳死・臓器移植研究会（代表＝中山研一京都大学名誉教授／会員＝福間誠之明石市立市民病院長，秋山隆弘近畿大学医学部教授，石原明神戸学院大学法学部教授）でも案を示し意見を聞いた。

なお、承諾要件の検討においては、脳死体、心臓死体双方からの摘出が可能で、また、組織の移植とともに臓器としても移植することが可能な膵臓、膵島を主として念頭に置いた。

C. 研究結果と考察

1 膵臓移植と膵島移植との関係

(a) 脳死体から摘出する場合

- ① 脳死体からの膵臓移植用膵臓の摘出—臓器移植法の適用あり→（脳死判定と臓器提供について）本人の意思＋遺族の不拒
- ② 脳死体からの膵島移植用膵臓の摘出 (7) [本人が脳死下での臓器提供の意思表示をしており（また、家族＝遺族が脳死下での摘出を拒まず）、提供臓器に膵臓も含まれている場合で、脳死体から膵臓移植用に摘出された膵臓が、医学的に、膵臓移植には不適であるが膵島移植には適する場合、その膵臓を膵島移植に用いることはできるか] 臓器提供意思表示カードの文言は臓器提供の目的を「臓器」の移植に限定しておらず、また、膵島は膵臓の一部であるので、膵臓移植のための膵臓提供は、膵臓移植が不可能になった場合、提供された膵臓を膵島移植のために利用することを希望する意思を含むものと扱うことが合理的である

(移植のために臓器を提供した者からみると、臓器移植ができなくなった場合に、当該臓器が焼却されることより、臓器の一部を利用する臓器移植がなされることの方が、「移植の為に……臓器を提供します」という意思が生かされることになる) [なお、同趣旨のことは、脳死下で摘出された心臓が移植に不適とされた場合の心臓弁についてもあてはまる]。

(イ) [本人が脳死下での臓器提供の意思表示をしており(また、家族=遺族が脳死下での摘出を拒まず)、提供臓器に臓器を含めていない場合] 他の臓器を脳死体から摘出するために臓器移植法に基づく脳死判定が行われる場合には、脳死判定後、本人は死亡したものとなる。ガイドライン第 11 (その他の事項 6 組織移植の取扱い) に従うと、臓器移植用臓器の摘出は(本人または)遺族の承諾に基づいて行うことができることになる。しかし、脳死下での臓器提供について、他の臓器に○をつけながら臓器に○をつけていない場合には、本人には、臓器を提供する意思はなかったと判断するのが妥当であり、そのような場合には、遺族の承諾に基づいて臓器移植目的で臓器を摘出することは許されないと解すべきである。

なお、臓器以外の心臓弁、皮膚、骨、血管、耳小骨、気管等の組織については、心臓弁については、脳死下での臓器提供について、他の臓器に○をつけながら心臓に○をつけていない場合には、本人には、心臓を提供する意思はなかったと判断するのが妥当であり、そのような場合には、遺族の承諾に基づいて心臓弁移植目的で心臓を摘出することは許されないと解すべきである。しかし、他の組織については、本人が臓器移植のための臓器を脳死下で提供する意思表示をしており、家族=遺族が脳死下での摘出を拒まない場合、他の臓器を脳死体か

ら摘出するために臓器移植法に基づく脳死判定が行われ、本人は死亡したものとされたのち、ガイドライン第 11 (その他の事項 6 組織移植の取扱い) に従って、臓器移植用組織の摘出は(本人または)遺族の承諾に基づいて行うことができる(本人が拒否の意思表示をしている場合にはできない)。

(ウ) [本人が脳死下での臓器提供の意思表示をしていなかった場合] ——本人は心停止まで生きているものとして扱われる——臓器移植法は「臓器」の移植を認めるためにとくに制定されたものであると考えると、臓器移植目的の臓器摘出について臓器移植法の類推適用は認めることができず、臓器移植目的の臓器摘出はできない。

(b) 心臓死体から摘出する場合

① 心臓死体からの臓器移植用臓器の摘出 ——臓器移植法の適用あり→ (臓器提供について) 本人の意思+遺族の不拒

② 心臓死体からの臓器移植用臓器の摘出 (7) [本人が心臓死下での臓器提供の意思表示をしており(また、遺族が摘出を拒まず)、提供臓器に臓器も含めている場合で、心臓死体から臓器移植用に摘出された臓器が、医学的に、臓器移植には不適であるが臓器移植には適する場合、その臓器を臓器移植に用いることはできるか] 臓器提供意思表示カードの文言は臓器提供の目的を「臓器」の移植に限定しておらず、また、臓器は臓器の一部であるので、臓器移植のための臓器提供は、臓器移植が不可能になった場合、提供された臓器を臓器移植のために利用することを希望する意思を含むものと扱うことが合理的である(移植のために臓器を提供した者からみると、臓器移植ができなくなった場合に、当該臓器が焼却されることより、臓器の一部を利用する臓器移植がなされることの方が、「移植の為に……臓器を提供します」という意思が生

かされることになる)。

(イ) [本人が心臓死下での臓器提供の意思表示をしており(また、遺族が摘出を拒まず)、提供臓器に脾臓を含めていない場合] 本人の死後、ガイドライン第 11 (その他の事項 6 組織移植の取扱い) に従うと、脾臓移植用脾臓の摘出は(本人または)遺族の承諾に基づいて行うことができることになる。しかし、心臓死下での臓器提供について、他の臓器に○をつけながら脾臓に○をつけていない場合には、本人には、脾臓を提供する意思はなかったと判断するのが妥当であり、そのような場合には、遺族の承諾に基づいて脾臓移植目的で脾臓を摘出することは許されないと解すべきである。

(ウ) [本人が心臓死下での臓器提供の意思表示をしていなかった場合] —ガイドライン(第 11 その他の事項 6 組織移植の取扱い 「法が規定しているのは、臓器の移植等についてであって、皮膚、血管、心臓弁、骨等の組織の移植については対象としておらず、……」) に従うと、臓器移植法の類推適用はなく、(本人または)遺族の承諾に基づいて脾臓移植用脾臓の摘出を行うことができる。

【参考——「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)】

第 11 その他の事項 6 組織移植の取扱い

法が規定しているのは、臓器の移植等についてであって、皮膚、血管、心臓弁、骨等の組織の移植については対象としておらず、また、これら組織の移植のための特段の法令はないが、通常本人又は遺族の承諾を得た上で医療上の行為として行われ、医療的見地、社会的見地等から相当と認められる場合には許容されるものであること。

したがって、組織の摘出に当たっては、組織の摘出に係る遺族等の承諾を得ることが最低限必要であり、遺族等に対して、摘出する組織の種類やその目的等について十分な説明を行った上で、書面により承諾を得ることが運用上適切であること。

2 同意書

別紙の承諾書をノー・カーボン複写によって 3 部作成し、オリジナルを病院にカルテとともに保管し、コピーを遺族と組織あわせん機関に交付する。

D. 研究発表

なし。

遺体からの組織摘出承諾書

(病院管理者)

殿

下記の患者の家族一同は、別紙説明書により、組織移植のために組織（場合によっては臓器）を提供する意義、方法、それに伴う検査、処置について説明を受け、理解しました。それに基づいて、患者の死後、以下に掲げる組織（場合によっては臓器）が、以下に掲げる条件で、組織移植のために摘出されることを承諾いたします。

患者（提供者）氏名

男・女

生年月日

年

月

日

住所

1 提供組織（提供する組織名を○で囲んで下さい）（×をつけた組織は提供されません）

心臓弁（心臓全体が摘出されます）

脾臓（脾臓全体が摘出されます）

耳小骨

気管

血管（摘出部位は
で、おおむね右図に示す通りです）

皮膚（摘出部位は
で、おおむね右図に示す通りです）

骨（摘出部位は
で、おおむね右図に示す通りです）

2 摘出された組織の移植に必要なものとして、以下の処置（(a)(b)(c)の記号が○で囲まれたもの）を患者に行うことを承諾します。

(a) 検査用血液の採血（約 cc）

(b) 冷却灌流液注入のためのカテーテル挿入（脳死判定後に行います）

(c) 血液凝固防止のためのヘパリン注入（脳死判定後に行います）

3 摘出手術の実施まで、この承諾書はいつでも撤回できます。

4 摘出後、組織が移植に適さないことが判明した際には、[焼却いたします・倫理委員会の承認を得て研究に利用させていただきます・その他]。

年 月 日 時 分

患者家族代表氏名（自署）

続柄

住所（〒 ）

電話番号 — —

説明者の所属・職・氏名（自署）

立会者の所属・職・氏名（自署）

注

- 1 「患者の死後」にいう「死」とは、通常は心臓死をいう。脳死は、臓器移植法に基づき、ドナー本人が臓器提供の意思とともに脳死判定に従う意思を表示し、かつ、ドナーの家族が脳死判定を拒まないとき場合に限って、「死」に含まれる。
- 2 摘出に要する時間を説明文書に示すことが望ましい。
- 3 摘出後の修復処置について説明文書に示すことが望ましい。
- 4 説明者はコーディネータであることが望ましい。

研究課題 脳死患者に装着された人工呼吸器の取り外しをめぐる法的問題

分担研究者	町野 朔	上智大学法学部教授
研究協力者	雨宮 浩	国立小児病院小児医療研究センター長
	有賀 徹	昭和大学医学部教授
		昭和大学病院救急センター長
	石井 トク	岩手県立大学医学部教授
	井田 良	慶應義塾大学法学部教授
	岩志 和一郎	早稲田大学法学部教授
	中谷 瑾子	慶應義塾大学名誉教授、弁護士
	丸山 英二	神戸大学法学部教授

研究要旨 「臓器の移植に関する法律」施行後の現行法規定を前提として、脳死患者に装着された人工呼吸器を停止させることが刑法的にどのような評価を受けるべきであるのかを法解釈論的に検討した。

A. 研究目的

救急医療の実務において、臨床的に脳死と認識・判定された患者につき、近親者の同意を得たうえ、積極的な救命治療を中止し（たとえば血圧維持のための措置をやめ）、さらには人工呼吸器を停止させることが行われることがある。このような措置を法的にどのように評価するかは、理論的関心をひく問題というばかりでなく、実際的に大きな意味をもつ。なぜなら、そこから、治療中止に関する近親者の同意に瑕疵があったケースや、それが近親者の意思に反して行われたケースの法的評価も定まるからである。

以上のような問題の重要性にかんがみ、本研究においては、「臓器の移植に関する法律」（以下、臓器移植法）施行後の現行法規定を前提として、脳死患者に装

着された人工呼吸器の停止の法的評価を明らかにすることをめざした。

B. 研究方法

このテーマに関する文献や裁判例を収集して検討の対象とするとともに、研究会における討論を通じて、医学的認識に合致するとともに、法理論としても整合的で合理的根拠のある解釈のあり方を求めるべく努めた。

C. 研究結果

1. まず、脳死患者が「人」として刑法的保護の対象となるかどうかの問題となる。ここでは、臓器移植法が、死の時期について一般的に検討するにあたり、どのような影響をもつかが問われる。同法6条の解釈として、3つのものが可能で

あり、現にそれぞれ主張されている。どの解釈をとるかにより、6条違反の臓器摘出の法的評価や、臓器摘出以外の場面における、脳死患者の身体への不法な侵害行為の法的評価が異なってくる。

第1の「脳死選択説」によれば、臓器移植法は「2つの死」を認めたもので、本人の同意にもとづく移植用臓器の摘出の場面にかぎっては脳死説により脳死を人の死とするが、それ以外の場合には心停止によりはじめて死期が訪れることになるとする。しかし、この見解に対しては、死を2つに分けて個人の選択にゆだねることは法の論理として不可能であるとの批判が強い。生命という法益が本人の意思でも左右できないとされるにもかかわらず（刑法202条参照）、脳死の状態において本人の意思の有無により「生」と「死」という差が生み出されることは、脳死段階がふつうの「生」の段階とは異なることを前提とするものと指摘されている。また、自己決定権を根拠にするとしても、「生命という法益そのもの」が否定され、本人の身体は一般的な意味において死体となることは理由づけられない。本人は、医師による臓器摘出以外の加害行為（たとえば、移植と無関係な第三者が攻撃を加えて心停止に至らせる行為）から保護されないことについては同意していないからである。さらに、6条3項が、本人の意思のみでなく家族が拒まないこと（または家族がないこと）までを要件としていることとの関係も問題となる。死の時期を選ぶという根本的な決定が、家族の意思によって左右されることが認められていることになるから

である。

第2は「脳死一元説」であり、脳死の時点でつねに人の死は訪れるが、臓器摘出の要件としての脳死判定およびそれを前提とする臓器摘出は、法6条に規定する本人の書面による明示の意思表示と遺族の受容という要件のある場合にしかこれを行い得ない、と考えるものである。しかし、この解釈にも問題がある。本法は、脳死説を徹底することができず妥協のうえに成立した法律である。それにもかかわらず、脳死説の立場を徹底させて本法を読むべきであるとするのは解釈論として困難な主張である。また、脳死説を前提とするとき、脳死判定についてまで本人の同意を要求する（6条3項）理由もないはずなのである。

第3の見解は、三徴候説の立場から「違法性阻却説」の趣旨を法定したものとして新法6条を理解する。臓器移植の場面にかぎっては、本人意思にもとづく生命侵害を合法化したのが同規定ということになる。しかし、この見解の問題は、脳死を個体死とせず、脳死者からの臓器摘出を正当化するところにある。一方で、脳死状態にあるものは生命をもつ「人」である（＝法的な生命保護の客体とするに値する）としながら、他方で、その侵害を合法化することは、同意殺（刑法202条）を違法とする現行法のもとでは、「生命の価値」に差を設けるのではないかぎり論理的に成り立ちにくいと考えられる。

2. 「脳死一元説」によるならば、医師が脳死患者に装着された人工呼吸器のスイッチを切って心停止に至らせた場合、

家族の同意を得たかどうかにかかわらず、殺人罪には該当しないことになる。これに対し、「脳死選択説」および「三徴候説」の立場からは、人工呼吸器の取り外しがどのように評価されるかが問題となる。

考え方は大きく2つに分かれている。すなわち、人工呼吸器のスイッチを切って装置を取り外すことを、作為による生命侵害と捉えるか（作為説）、それとも継続してきた治療を中止しそれ以上の救命治療を行わないという不作為として性格づけるか（不作為説）である。

作為説によれば、人工呼吸器の取り外しは、機械により維持されている生命を作為により断絶する所為として捉えられる。そこで、殺人罪の条文に当たるとしながら、違法性阻却を肯定する道を探ることになる。しかし、保護すべき生命があることを前提とするかぎり、その積極的な侵害の「正当化」を肯定することは困難である。かりに人に「尊厳ある死」ないし「自然死」の権利があるとしても、ここでは権利を行使するかどうかに関する患者意思は不明なのである。しかも、かりに本人意思があったとしても、積極的な生命侵害を正当化することは困難である。そうであるとすれば、近親者の意思により生命侵害の違法性を阻却することはますます不可能である。

これに対し、不作為説によれば、医師の行為の適法性は、無理なく根拠づけることができる。医師が人工呼吸器を動かし続けることは治療義務の履行であり、人工呼吸器の取り外しは治療の中止を意味するから、「それ以上の救命行為を行

わない」という不作為が刑法的評価の対象とされる。もはや救命が不可能な段階に至れば、治療を継続する刑法上の義務が存在しないことを意味し得るのであり、行為は殺人罪に当たらないことになる。

医師の行為を不作為に分類することは、治療行為の社会的実体に即して観察したとき、むしろ自然なことともいえる。医師は患者の救命を依頼されてこれを引き受け、患者の現在の状態は、医師側の行う継続的な治療行為に全面的に依存する形で維持されている。自動化された治療行為を打ち切ることは、将来に向けてもはや治療行為を行わないことと等価である。事態の一部を分断せず実体に即してこれを見れば、それは死にゆく人を助ける行為をそれ以上はしなかった（しかも救命はおよそ不可能な状態にあった）という消極的な行為なのである。

しかしながら、人工呼吸器の停止・取り外しそのものは「身体的動作」であることは疑いなく、その動作にもとづいて心停止という結果が惹起されていることは否定できない。ここに不作為説のネックがある。

D. 考察

1. 臓器移植法は、脳死の問題に関し合意に到達できずに成立した法律である。そのような性格にかんがみるとき、本法を字義通りに形式的に解釈する、すなわち「文理解釈を徹底する」というのが1つの現実的な解釈方法である。規定の背後に、合意できずに対立する複数の立場が存在するとき、どちらかに肩入れするような解釈はとりがたいからである。し

かし、形式的な文理解釈の徹底ということがどこまで可能であるかにつき疑問があるし、本法に規定されていない事項の解決に迫られるとき、本法との論理的な関係を考慮しつつ、本法の基礎にあるものにさかのぼらざるを得ないのである。

本法の特殊性に見合った解釈のあり方は、次のようなものであろう。まず、本法は臓器移植の場面のみに関わるものであり、臓器移植以外の場面についての含意はもたないとする認識が基礎に置かれる。したがって、臓器摘出の場面以外においては三徴候説が妥当することを公権的に確定した立法であるという位置づけはさけられるべきである。たとえば、本法の規定する要件を充足しない臓器摘出を（過去にまでさかのぼって）殺傷罪として訴追すべきであるとか、脳死患者も殺傷罪の客体であるといった結論を本法から導くべきではない。これらの問題との関連では、本法は中立的で含意をもたないと考えるべきである。

とはいえ、本法は、一定の要件のもとに脳死患者を「人」としては保護しないとする決定を含む。ここから、本人の同意等の要件を充足していないとしても、脳死段階の身体への侵害行為を殺傷罪を構成するものとして性格づけることは困難とならざるを得ない。同意があるとき生命侵害がおよそ存在しないというのであれば、同意がなかったという一事で、生命侵害の存在が肯定されるとすることは法の論理として困難である。ここから、6条違反は殺傷罪の違法性を基礎づけ得ないし、脳死患者に対する加害行為は殺傷罪にあたらぬという解釈が導かれる

のである。

2. 次に、人工呼吸器の取り外しの法的評価について検討することにする。その行為じたいはただちには生命を断絶させる意味をもつものではなく（医師が呼吸器を交換するような場合を考えよ）、治療に向けての措置を中断・妨害することを通じて生命を危うくする行為である。人工呼吸器を停止させる行為が法的禁止の対象となるとすれば、その禁止はあくまでも治療の継続を確保することにより生命保護を保障するための禁止である。治療の主体たる医師がそれを行えばそれは「治療の中止」であり、第三者がそれを行えば「治療の妨害」の意味をもつ。

このようなケースを解決するための理論構成として「作為による不作為犯」の理論が主張されている。人工呼吸器の取り外しの事例は、たとえば、被害者を救助する義務を負う者が、みずからの身体を傷つけることにより、救助することのできない状態を作出するとか、一定の時点で鉄道線路のポイントを切り替える義務を負う者が、それ以前の時点で故意に酩酊することによりポイント切替えを行わず事故を引き起こすというようなケースと事態を同じくするというのである。これらの事例で、行為者はそれぞれの「身体的動作」により作為義務の履行を怠ったことになるのであり、もしその場合に行為者に最初から作為義務が存在しないのであれば、その作為も禁止されていないことになる。これと同様に、人工呼吸器の取り外しについても、主たる治療継続義務そのものが否定されるときには、その身体的動作も禁止されないこと

になる。より抽象的にいえば、「作為による不作為犯」の理論は、不作為犯の前提である主たる命令規範から2次的に、命じられるべき作為を不可能とする一定の作為を対象とする禁止規範が生じ、後者の規範（禁止規範）に違反することにより前者の規範（命令規範）に違反すると考える。そこで、そもそも主たる命令規範による義務づけが否定される場合には、2次的な禁止規範による義務づけも否定されると考えることになるのである。

ほぼ同様のねらいをもった理論構成として、人工呼吸器の取り外しを、救命の方向に向けて流れている因果経過を断ち切る「作為」として捉えるものがある。

救命に向かう因果の流れを断ちきることは、そもそも救命が可能であるかぎりにおいてのみ法的禁止の対象となりうる。それが不可能であるときには、禁止違反が否定されることになる。人工呼吸器の取り外しは「作為」として捉えられるが、救命の可能性がないかぎり禁止違反が否定され、殺人にあたらないことになる。

以上の2つの理論構成は、否定し得ない作為の存在に注目しながら、それでも一定の場合には禁止違反を否定しようとするものであり、実質的には同じものである。これらの理論構成から實際上異なった結論は生じないと思われ、人工呼吸器の取り外しのケースについては、作為か不作為かは決定的な問題ではないともいえるのである。

そこで、むしろ重要な問題となるのは、いつ治療義務が（客観的に）終了するかである。たとえ三徴候説を前提としても、脳死になれば（少なくとも刑法上は）治

療義務は消滅すると考えられる。脳死の時点は「ポイント・オブ・ノーリターン」であり、心停止の時点が遅らせることそれじたいはおよそ治療の目的とはなり得ないからである。さもないと最大限心停止を遅らせるために措置をとるべき刑法的義務を認めることになってしまう。それはリジッドな「生命」絶対性の理論からの帰結であるかもしれないが、非現実的といわざるを得ない。そうであるとすれば、脳死が到来して以降は、本人および近親者の意思のいかんにかかわらず（すなわち「客観的」に）、それ以上の治療義務は否定されることになる。

E. 結論

脳死患者からの人工呼吸器の取り外しが殺人罪の条文に当たらないと解するのであれば、取り外しに関する近親者の同意に瑕疵があったケースや、さらにはそれが近親者の意思に反して行われたケースについても、殺人とは評価されないという結論になる。もちろん、刑法上の犯罪にならないとしても、ただちにそれが適法行為ということにはならないし、ましてや職業倫理上すすめられるべき行為ということになるのではない。

研究課題 腎配分の社会的公平性に関する研究

分担研究者 北川定謙（(財)食品薬品安全センター理事長）

研究協力者 雨宮 浩（国立小児病院）

高橋 公太（新潟大学医学部泌尿器科）

深尾 立（筑波大学臨床医学系外科）

寺岡 慧（東京女子医科大学腎臓病総合医療センター第三外科）

大島 伸一（名古屋大学医学部泌尿器科）

高原 史郎（大阪大学医学部泌尿器科学）

長谷川友紀（東邦大学医学部公衆衛生学）

研究要旨 (社)日本臓器移植ネットワークの登録データを基に、献腎移植希望登録者の現況、成人ドナーのレシピエント選択基準、1997年10月より導入された小児ドナーのレシピエント選択基準についてシミュレーションを行った。献腎移植希望登録者15146人のうちHLA 6抗原が判明しているものは56.4%であり、登録時期・地域により相違がみられた。成人ドナーの検討では、HLA抗原の適合度の評価を現行のマッチ数からミスマッチ数に変更することにより、全国 SHIPPING 数の大幅な増加を認めた。またドナー発生都道府県内での移植機会を拡大することにより、レシピエントの待機期間は短縮するが、反面、HLAの適合度が低下することが示された。小児ドナーの検討では、新基準は大部分の小児ドナーに適応が可能で、小児献腎移植希望登録者の移植機会を増大させる。反面、HLA適合度の低下、長距離の搬送を必要とする。マッチ数とミスマッチ数の比較検討、HLA適合度の低下、長距離の搬送の移植成績にもたらす影響について今後明らかにする必要がある。

A. 研究目的

1995年4月に設立された(社)日本臓器移植ネットワークは、日本で唯一の実質臓器の斡旋機関として、献腎移植希望登録者（以下、単に「希望登録者」という。）の登録および献腎の配分を行なっている。現行のレシピエント選択基準では、HLA 6抗原マッチは全国 SHIPPING の対象となるが、5抗原以下のマッ

チではブロック内でHLA抗原のマッチ数および待機期間に応じてレシピエントを選択している。また1997年10月より導入された新基準では15歳以下の小児ドナーについては、全国の15歳以下の希望登録者を対象に検索を行ない、HLA-DR抗原が1個以上マッチする希望登録者がいる場合にはHLA抗原のマッチ数および待機期間に応じてレシピエントを選択し、HLA-DR抗原がマッチする希望登録者がいな

い場合には旧基準を適応するとして、15歳以下の小児希望登録者の移植機会の拡大を図っている。設立後3年間を経て、献腎数の不足している状況の中で、献腎数の地域差をどのように取扱い解決を図るか、また成長障害等の問題のため特に配慮が必要な小児末期腎不全患者を他の患者と公平性を一定程度維持しながら移植機会の拡大を図るかは、今後の移植医療の円滑な発展のために優先度の高い課題である。本研究はこのような状況を鑑みて以下の目的のために行われた。

(1) 現在の希望登録者についての状況及び問題点を明らかにする。

(2) 成人ドナー（ここではドナーが16歳以上のものをいう）よりの腎臓提供について、現行のレシピエント選択基準を変更した場合の影響をシミュレーションにより明らかにする。

(3) 小児ドナー（ここではドナーが15歳以下のものをいう）についての新基準の実効性を明らかにする。

B. 研究方法

希望登録者の解析では（社）日本臓器移植ネットワークに1998年10月現在登録されている15146人を解析の対象とした。シミュレーションでは、1995年4月より1998年3月までのドナー271人のデータを基に、成人ドナー252人、小児ドナー19人に分けて解析を行った。解析

ではそれぞれの基準の下で、ドナーが発生した場合に、希望登録者からどのようなレシピエントが選択されるかを明らかにした。解析の方法・基準は以下の通りである。

(1) 成人ドナーについての解析

(ア) 現行基準

(イ) 新基準1：現行基準のHLA抗原マッチ数に代えてミスマッチ数とする。0ミスマッチのみを全国 SHIPPING の対象とし、そうでない場合には2腎ともドナーと同一ブロック内で配分する。

(ウ) 新基準2：HLA抗原はミスマッチ数を用いる。0ミスマッチのみを全国 SHIPPING の対象とし、そうでない場合には2腎のうち、1腎はドナーと同一ブロック内で、1腎は同一都道府県内で配分する。

(エ) 新基準3：HLA抗原はミスマッチ数を用いる。0ミスマッチのみを全国 SHIPPING の対象とし、そうでない場合には2腎ともドナーと同一都道府県内で配分する。

ただし、(イ)～(エ)とも同一順位の場合には待機期間の長い方を優先する。

(2) 小児ドナーについての解析

(ア) 1997年9月までの旧基準

(イ) 1997年10月以降の新基準