

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

|       |  |
|-------|--|
| メタデータ | 言語: jpn<br>出版者:<br>公開日: 2015-07-09<br>キーワード (Ja):<br>キーワード (En):<br>作成者: 神馬, 幸一<br>メールアドレス:<br>所属: |
| URL   | <a href="https://doi.org/10.14945/00008984">https://doi.org/10.14945/00008984</a>                  |

## 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<sup>1</sup>。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

<sup>1</sup> 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<sup>2</sup>。

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<sup>3</sup>。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<sup>4</sup>。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

---

<sup>2</sup> 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）。

<sup>3</sup> 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](http://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。

<sup>4</sup> 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<sup>5</sup>。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<sup>6</sup>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。

---

<sup>5</sup> 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。

<sup>6</sup> 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<sup>7</sup>。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<sup>8</sup>。従って、提供者から除外さ

<sup>7</sup> 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)。

<sup>8</sup> 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<sup>9</sup>。

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<sup>10</sup>。

## 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。

<sup>9</sup> 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。

<sup>10</sup> 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・複雑性が增大することは、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<sup>11</sup>。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<sup>12</sup>、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<sup>13</sup>。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<sup>14</sup>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<sup>15</sup>。

---

<sup>11</sup> 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。

<sup>12</sup> 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。

<sup>13</sup> この事件の概要に関しては、ドットウケ、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。

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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<sup>16</sup>。

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

---

<sup>16</sup> 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<sup>17</sup>。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。

---

<sup>17</sup> 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<sup>18</sup>」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、

---

<sup>18</sup> 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。

鍵であり、最大の難問であるようにも思われる<sup>19</sup>。

確かに、この臓器の帰属先という問題は、JOTの回答にもある通り、実務上、解決しうる問題ではない。むしろ、根本的な問題として、法学研究者が一定の方向性を示唆すべき問題である（筆者の問題意識としては、現代医療における人体利用の重要性に鑑み、総力を挙げて取り組むべき課題であるようにも思われる）。

そもそも振り返って思い起こすと筆者のゼミナールに所属していた学生達は、次のような架空の事例から、臓器の帰属先に関する疑問を抱くに至ったように記憶している。

Aは、臓器移植医療の公的仲介機関に所属する移植コーディネーターである。そのAの息子B（小学校低学年）が交通事故に遭い、臨床的脳死状態と判断された。Aは、親として、Bにおける法的脳死判定及び臓器摘出に応じた。但し、その際に、Aは、移植コーディネーターとして、Bの臓器搬送から移植に至るまで、その最後の過程に付き添いたい旨を要望した。しかし、Bを亡くしたばかりのAが心情的に不安定であると判断した当該公的仲介機関側は、Bに関する移植医療手続に今後Aが関与することを禁止した。そのような判断・決定に不満を抱いたAは、同僚からBの臓器搬送手順を秘密裏に聞き出し、Bの臓器臓器が運び出される際に生じる一瞬の隙を狙って、Bの臓器が入られた保存容器を奪って逃走した。数時間経過後、Bの臓器との決別を自分なりに済ませたAは、冷静さを取り戻して、公的仲介機関にBの臓器を返還した。しかし、

<sup>19</sup> この点に関するフランス民事法的観点からの考察として、櫛橋明香「人体の処分の法的枠組み（1～8・完）」法学協会雑誌131巻4号（2014）725頁以下、同5号（2014）992頁以下、同6号（2014）1181頁以下、同8号（2014）1547頁以下、同9号（2014）1783頁以下、同10号（2014）1992頁以下、同11号（2014）2175頁以下、同12号（2014）2514頁以下は、最近において非常に浩瀚で有意義な業績であるように思われる。ドイツ法的観点からの管見としては、神馬幸一「ヒト由来生物学的材料に関するドイツ法体系」慶應法学29号（2014）135頁以下参照。

そのような搬送上の混乱により、Bの臓器は、損傷を受け、移植の用に供することができないまでに劣化してしまった。Aは、誰に対し、どのような法的責任を負うであろうか?<sup>20</sup>

このような問題を法的に説明しようとする、と、實際上、様々に未解決な課題があることに気付かされる。そのような公的仲介業務を妨害してはならない点は明らかであるとしても（その意味で、最低限、業務妨害に伴う損害に関する民法上の不法行為責任を負うことに加え、刑法上の業務妨害罪が成立しうることには問題ないであろう）、単なる業務に対する侵害という把握だけで事足りる問題ではないように思われる。やはり、核心的な問題は、ここで「摘出された臓器」という物体に対して、どのような法的位置付けが可能なかということを明らかにできるか否かにあるように思われる。

例えば、以下のような問題提起が次々と考えられる。このような身体に還元されることが予定されているような物体には、民法上、所有権が成立するのか？単に事実上の占有が保護されるに過ぎないのか？刑法上、このような物体は、財産犯の客体である財物に当たるのか？例えば、人の管理・処分権限が肯定される限度で財物性が認められるとするならば<sup>21</sup>、その侵害は、財物に対する侵害というよりも、管理・処分業務に対する侵害であって、業務妨害罪と本質的には同様なのではないかとそ

<sup>20</sup> この架空の問題は、2011年3月20日からWOWOWの連続ドラマW枠で放送された連続テレビドラマ『CO 移植コーディネーター（全5話）』の最終回における筋書きを参考に作成されている。当該ドラマでは、奪われた臓器に何の劣化も生じずに、そのまま移植に供されたという設定になっている。この点に関連してJOTに対する質問16は、移植コーディネーターが手続に関与してはならない場合を定めた忌避・除斥・回避事由の有無を問うものである。回答内容からは、そのような事由は、特に法令上、設定されていないようなので、おそらく、この架空の問題のような事例も（現実に、ありうるかは別として）成立しうるであろう。

<sup>21</sup> 受精卵・胚に限定された説明として、佐伯仁志「生命の保護」山口厚=井田良=佐伯仁志『理論刑法学の最前線II』岩波書店（2006）2頁以下に類似の理論構成が紹介されている。

もそも、そのような財物の管理・処分業務の権限は、何を根拠にして設定されるのか(民法上の所有権による作用か、占有権の保護のためか)?<sup>22</sup> 摘出臓器が身体に還元されることでしか、物体としての意義を有しないことを強調すれば、それは、分離されたとしても、身体の一部であるという説明はできないのか?<sup>23</sup> 分離された身体にも、身体の不可侵性が認められるならば、摘出臓器に対する侵害に傷害罪が解釈上、成立する余地はないのか?<sup>24</sup>

これらの問題提起に一定の回答を与えるためには、結局のところ「臓器は、誰に属するのか」という問題に関して、私見を固める必要がある。その確証が得られた時に初めて臓器移植医療に関する法的規制の在り方を学生達に向かって、自信満々に語りかけることが許されるのかもれない。残念ながら、筆者は、未だ道半ばである。頼り無い筆者を「指導教授?」として相手にしなければならなかったことは、学生達にとっても、非常に迷惑な話であったろうと思われる。しかし、もう少しだけ、この面倒な話の続きに付き合ってもらえるならば、筆者としても、これ以上の幸せはない。

---

<sup>22</sup> 私見としては、民法上の占有権・所有権保護の根本を掘り下げると、その取得原因において意思的側面(占有・所有の意思)が要件されていることに着目し、そのような主観的事情を憲法的な人格権保護という観点に結び付けるかたちで、人体に表象化される財物的価値の説明を模索している。同様の方向性を示唆するものとして Spranger, Tade Matthias, Umgang mit humanbiologischem Material, in: Fuchs, Michael, u. a., Forschungsethik, Verlag J. B. Metzler, (2010), S. 129. この点に関しては、神馬・前掲注(9) 152頁参照。

<sup>23</sup> 一見すると突拍子の無い問題提起であるようにも思われる。しかし、比較法的には、真摯に議論されている。例えば Tag, Brigitte, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis: Eine arztstrafrechtliche Untersuchung, Springer, (2000), S. 105 f. では、この論点を詳細に検討している。また、日本語での紹介として、コッホ、ハンス＝ゲオルク(甲斐克則＝福田好典＝新谷一朗:訳)「補充交換部品貯蔵庫および生体試料供給者としての人か? : ドイツにおける人の臓器および組織の採取および利用に関連する法的諸問題」比較法学43巻3号(2010)176頁以下参照。

<sup>24</sup> このようなドイツ刑法上の議論を紹介するものとして、神馬・前掲注(9) 153頁以下参照。

資料

**臓器移植医療に関する質問と回答**  
(JOTからの2013年11月21日時点における回答より)

- \* 以下「CO」とは「JOTにおいて臓器移植医療の仲介を担当するコーディネーター」を意味する。
- \* 回答における参考として掲げられている資料は、以下の通りである（全てJOTのウェブサイトより入手可能である）。  
『臓器移植に関する法律の運用に関する指針（ガイドライン）の制定について』  
『臓器提供手続に関する質疑応答集（平成21年改正反映版）』  
『臓器提供施設マニュアル（平成22年度）』  
『脳死下での臓器提供事例に係る検証会議：検証のまとめ（平成25年5月24日）』

**Q1：** 家族間優先提供に関して、親族であるかどうかの確認手続は、具体的に、どうなっているのか（いわゆる「証明書類の偽造」・「なりすまし」の防止対策に関する手続き上の工夫は、あるのか）

**A1：** ガイドライン第2第3項を参照すること。

**Q2：** 脳死判定に、家族・近親者またはCOが立ち会うことはあるのか。立会いを希望した場合には、可能なのか。

**A2：** ① 家族が脳死判定への立会いを希望した場合は、立会うことができる（脳死下での臓器提供事例に係る検証会議：検証のまとめ43頁参照）

② COが脳死判定に立会うことはある。COが立会う目的は、脳死判定に立会う家族の依頼を受け、COがその家族の支援をするという立場で立会うことはあり得るが、脳死判定はあくまでも脳死判定医の責任で行うものであり、COが脳死判定のミスがないかどうかを確認することとされているものではない（臓器提供手続に係る質疑応答集29頁参照）

**Q 3 : 摘出手術に、家族・近親者またはCOが立ち会うことはあるのか。立会いを希望した場合には、可能なのか。**

A 3 : COの役割の一つとして、臓器摘出手術時の連絡・調整、進行状況の把握や経過に関する記録があり、COは必ず立会う。摘出手術には家族・近親者は立会わないが、家族が摘出手術への立会いを希望した場合は、提供施設での通常の対応（家族を手術に立ち合わせているかどうか）と照らし合わせて検討することになる。

**Q 4 : 摘出の際には、臓器毎にチームが組まれるのか。**

A 4 : 摘出手術の際には、当該移植施設（レシピエント候補者が待機している施設）毎にチーム編成を行い派遣される。

**Q 5 : 摘出する際に必要な傷（切開部分）の大きさは、どのくらいなのか。**

A 5 : 提供する臓器の範囲によって異なる。心臓と肺の提供がある場合（胸部の臓器提供）：喉元のあたりからみぞおちのあたりまで。肝臓・膵臓・腎臓・小腸の提供がある場合（腹部の臓器提供）：みぞおちよりやや上部から臍の下あたりまで。よって全ての臓器の提供がある場合は、喉元のあたりから臍の下あたりま

での、真っ直ぐな傷になる。傷口はきれいに縫い合わせ（縫合し）、ガーゼやテープで覆い保護している。

**Q 6 :** 脳死判定後、摘出直前になって、遺族（家族）が提供の同意を撤回する事例は、あるのか。あるとしたら、どのくらいの頻度なのか。

**A 6 :** 摘出手術の前であればいつでも臓器提供の承諾を撤回することができる。これまで該当する事例があるかどうかは公表していない。

**Q 7 :** 児童虐待の疑いがある場合、COと警察は、どのような協働体制をとるのか。

**A 7 :** 提供施設は、当該児童について虐待が行われた疑いがあるかどうかを確認し、その疑いがある場合に適切に対応する必要がある旨規定されている。提供施設が関係機関（児童相談所や警察）との情報交換等により、虐待が行われた疑いがあるかどうか判断を行うことはあり得るが、外部への機関（関係機関）への照会を行うことを求めているものではない。COと警察が、虐待の疑いに関して直接的に協働体制をとることはない（ガイドライン第5及び臓器提供手続に係る質疑応答集9～11頁参照）。

**Q 8 :** 臓器摘出後・臓器搬送中又は臓器提供後に、児童虐待の事実が判明した場合、特別な手続は、用意されているのか（例えば、何らかの理由で病院が虐待事実を隠蔽しており、そのために虐待事実の発覚が遅れたような場合）。

**A 8 :** 臓器移植法の改正において、附則第5項として、被虐待児からの臓器が提供されることのないよう、医療関係者は職務上関与

する児童について虐待が行われた疑いがあるかどうかを確認し、その疑いがある場合に適切に対応する必要がある旨の規定がなされている。提供施設は虐待防止委員会等の虐待を受けた児童への対応のために必要な院内体制とマニュアルを整備することが必須である。この虐待対応の院内体制の下で、虐待が行われた疑いがあるかどうかを確認し、必要時、外部の関係機関との情報交換等により情報を得て、これを併せて判断を行うなどしている。後に被虐待児であることが判明することがないよう慎重に対応している。

**Q9：** 事故当初、意思表示カードが発見できずに「本人意思不明」として処理され、家族が脳死判定・提供に同意して、実際に、臓器摘出された後（又はレシピエントに移植後）になって意思表示カードが発見され、そこに「脳死判定・提供拒否」と書かれていた場合、どのような処理になるのか。

**A9：** 本人の臓器提供に関する意思を把握できるように、限りある時間の中で、書面による意思表示の存在を把握できるよう努め、慎重に対応している（脳死下での臓器提供事例に係る検証会議：検証のまとめ21～22頁参照）。

**Q10：** 臓器搬送が何らかの理由で中止になった場合、それ以降に関して、何らかの手続きは、あるのか。

**A10：** 搬送に関してはいくつかのルートを確認して必ず移植待機者に届けられる。搬送後、もしくは搬送中の臓器評価で提供が難しくなった場合には、脳死下でご提供いただいた臓器については、ご家族に説明したうえで公表する。

**Ex)** 平成25年1月9日の205例目（肝臓は、摘出後医学的理由

により移植を断念)。

臓器搬送（臓器提供）が中止になる理由のひとつとしては、ドナーの医学的理由（臓器機能の悪化により、移植しても十分な機能発現がないと判断された場合）である。中止になった以降の手続きはないが、臓器提供ができなかった理由をドナー家族や提供施設に報告し、臓器搬送に関係した機関に搬送中止の連絡を行う。

**Q11： 臓器搬送中の臓器は誰の、（ドナー側、レシピエント側、移植ネットワーク側）に帰属する所有物になるのか。搬送中、何らかの事故により、臓器が移植不可の状態になった場合、誰に対して（ドナー側、レシピエント側、移植ネットワーク側）、事故を惹き起こした者は、法的責任を負うのか。**

A11： ネットワークとして回答できる立場になく、回答は差し控えさせていただく。

**Q12： 本人意思不明の場合で（COの経験上）家族が全く深長な判断を下しているようには見えない場合、どのようにしているのか。**

A12： 脳死下での臓器提供事例に係る検証会議：検証のまとめ20～28頁を参照すること。

**Q13： 本人意思不明の場合で（COの経験上）家族が複数おり、それらの意見が対立する場合、どのようにしているのか。**

A13： ガイドライン第3及び脳死下での臓器提供事例に係る検証会議：検証のまとめ20～28頁を参照すること。

**Q14： 家族の同意による提供の場合、どのくらいの時間をかけて、話**

**し合いをするのか（平均時間）。**

A14： 脳死下での臓器提供事例に係る検証会議：検証のまとめ18頁を参照すること。

**Q15： COは、グリーフケアをする場合があるのか。**

A15： COは、臓器提供の説明と承諾においては、家族の承諾の任意性の担保に配慮し、承諾を強要するような言動があってはならず、説明の途中で家族が説明の継続を拒んだ場合は、その意思を尊重すること。また、家族の置かれている状況にかんがみ、家族の心情に配慮しつつ説明を行うこと（ガイドライン第6第2項第5号参照）。

臓器提供後のCOによる家族支援は、レシピエントの経過を報告し、故人を偲ぶ話や近況を伺い、臓器を提供したことに関連し、家族が不都合に感じていることや後悔がないかを把握する。さらに、いつでもCOと連絡を取ることができる窓口として、ドナーファミリー専用ダイヤル・Eメールを開設したり、臓器提供という同じ経験をした家族同士が集まり、経験を語りあうドナーファミリーの集いや分かちあいの会（ドナーファミリーの集いよりも少人数での開催）も行っている。また、日常生活を営むことに困難が生じている場合（不眠、食欲不振、やる気が起きない等）は、ネットワークの医療専門職（精神科医師）を紹介できる体制を整えている（JOTウェブサイト【臓器提供ご家族への支援】参照）。

**Q16： 親族・近親者がドナーになった経験を有するCOは、いるのか。**

A16： 職員の個別事情に関してはお答えできず、回答を控えさせていただきます。

**Q17：** 本人に連絡がとれる家族がいるかどうかの調査は、どのようにしているのか。

A17： 病院において通常行われている身元確認の結果、患者に家族がないことが判明した場合又は家族がいるかどうかは判然としない場合、当該患者が意思表示カード等の臓器提供の意思表示に係る書面を所持していたときは、当該病院の判断によりネットワークに連絡することができる。連絡を受けたネットワークは、個々の事例に応じて本人の身元確認を継続して行い、最終的に当該者に家族がないかどうかを確認することとなる。なお、家族がないことが確認できない場合には、臓器提供はできない（臓器提供手続に係る質疑応答集15頁参照）。

**Q18：** レシピエントのマッチング作業は、ドナー候補者が、どのような段階にある頃から、開始されるのか。

A18： 心臓が停止した死後の臓器提供の場合は、承諾書作成後から、脳死後の臓器提供の場合には、2回目の法的脳死判定終了後から行われる。

**Q19：** マッチングの結果、ドナーとレシピエントが同じ病院になる可能性は、理論上、ありうるのか。

A19： ありうる。

**Q20：** レシピエントの優先順位が不正に変更された場合、法令上、罰則規定はあるのか。レシピエントに関する情報が病院側から適切に報告されていることを日本臓器移植ネットワークとして確認する手段は、法的にあるのか。

A20： 各臓器において、適応評価委員会が設置されており、移植の適

応があると判断された移植希望登録者がネットワークに登録することになっているため、優先順位が不正に変更されることはない。

**Q21：** 臨床的脳死段階（現状は、脳死とされうる状態）での生命維持治療の医療費は、平均して、どのくらいなのか。

A21： ネットワークでは把握していない。

**Q22：** 記者会見上、ドナー・レシピエントの個人情報を公表する際に、その範囲に関する取り決め・ルールのようなものはあるのか。

A22： 基本的には、個人情報の保護と移植医療の透明性の確保のバランスを見て公開するが、個人が特定されない範囲の情報公開。

① 公衆衛生審議会臓器移植専門委員会において平成11年6月29日にまとめられた「臓器移植法に基づく脳死下での臓器移植事例に係る検証に関する中間報告書」中には、移植医療において考慮すべき点として7項目があげられている。

1：第三者による監視・検証システムに必要性（密室性の打破）

2：移植医療に関する国民への啓発普及の一環としての情報開示の必要性

3：臓器提供における任意性の担保

4：個人の医療情報に係る保護

5：ドナーとレシピエントの遮断（匿名性の確保）

6：礼意の保持

7：臓器提供者とその家族の保護

② 標準的な情報公開項目は、臓器提供施設マニュアル40頁参照すること。

**Q23 :** ドナー・レシピエント側が積極的に、マスコミの記者会見・情報公開に対応することを希望した場合、どのような問題があるのか。

A23 : ドナーおよびレシピエントが結びつかない範囲での対応は問題がないが、提供日時や個人を特定できるような情報を公開してしまうと、ドナーおよびレシピエントが特定されてしまう可能性があり、その後のトラブルに発展する可能性がある。

**Q24 :** 脳死判定する際に作成される書式は、死亡診断書以外に特別なものがあるのか。

A24 : 脳死判定を行った医師は、脳死判定の的確実施の証明書および脳死判定記録書を作成する。

**Q25 :** 国内ではなく、国外で移植した場合のアフターケアに関して、移植ネットワークの取り組みはないのか。

A25 : コーディネーターは、国内で死後に臓器を提供されたドナーおよびその家族に対し、支援を行っている。移植を受けた者は、移植施設においてケアが行われる。

**Q26 :** 臓器移植医療に関する助成金・補助金は、どの程度、支給されているのか。その資金運用の透明性は、どのように担保されているのか。

A26 : 当社団の財務に関する情報は、すべてホームページ等で開示している。

Ex) 平成23年度 収入概要 (922,667千円) 以下、単位千円

|         |         |
|---------|---------|
| 国庫補助金収入 | 719,374 |
| 登録料収入   | 98,365  |

|                        |         |
|------------------------|---------|
| 会費等収入                  | 65,304  |
| コーディネート経費収入            | 27,200  |
| 寄付金収入                  | 12,196  |
| 雑収入他                   | 228     |
| 平成23年度 支出概要(859,750千円) |         |
| あっせん業務関係事業費            | 365,893 |
| あっせん事業体制整備事業費          | 276,196 |
| 管理費                    | 142,511 |
| 普及啓発事業費                | 48,537  |
| その他の事業費等               | 5,895   |