

# 身体・死体に対する侵襲の 刑法上の意義（1）

山 中 敬 一

## 目 次

はじめに

1. 切り離された身体の一部
2. 身体内の異物たる移植人工器官・人の組織
3. 生体からの組織・臓器の移植と輸血 (以上, 本号)
4. 人体実験（臨床試験）と身体の傷害
5. 美容整形手術と身体の傷害
6. 性転換手術（性別適合手術）と身体の傷害
7. 死体の侵襲と死因の究明

小 括

## は じ め に

本稿では、① 医療行為ないし侵襲の行為客体としての「人の身体」の意義、そして、② 個人の疾病を治療することを内容とする狭義の医療から言えばグレーゾーンに属するが、医療において近年では重要な地位を占めるに至った純然たる治療目的以外の身体の侵襲ともいべき生体からの臓器・組織摘出、人体実験、美容整形手術、性転換手術などを採り上げ、刑法上の意義ならびに傷害罪の成否について論じた後、③ 死後の身体である「死体」をめぐる諸問題を考察する。以下にそれぞれの問題領域における論点を簡潔に指摘しておく。

まず、身体から切り離されたそれまでその一部だった臓器や組織・細胞などが刑法上どのように評価されるか、その前提として、それは民法上どのように評価されるか、また、人工心臓のような、身体外で人工的に作られた物あるいは、移植されるべき他人の臓器・組織などが、人の身体内に埋め込まれ、ある

いは身体に一体化された場合にその物の法的性格はどうか考察の対象となる。とくに、身体から切り離された状態の臓器や組織などが物なのか身体の一部の延長されたものなのかにつき、いわば、身体と物に対する「物権」と「人格権」の交錯の問題が刑法上どのように評価されるかが論じられる。

次に、生体臓器移植ないし組織移植の場合、健康な提供者から臓器を採取し<sup>1)</sup>、また、血液・細胞などの組織を採取するが、その正当化根拠については、自己の健康の回復という利益の優越とは異なった正当化事由が見出されなければならないが、その根拠について論じる。

さらに、典型的な医療行為とは言い難いが、広義では人の治療に役立ったり、広い意味での治療に含まれる侵襲であるような、人の身体に対する特殊な侵襲と称する人体実験、臨床試験ないし薬品実験、美容整形手術、性転換手術の意義について考察する。

最後に、人の身体が死体となった場合のその侵襲の諸形態につき、その特殊性を考察の対象とする。ここでは、死亡後の「身体」に対して人格権が延長されるのかという問題を論じ、身体から死体へ、そして物に変わっていく過程における客体の法的評価に焦点を当てるとともに、死体に対する侵襲の法的問題点を論じる。

脳死と臓器移植については、別稿をあてているので、本稿では、本稿のテーマとの関係で、とくに生体臓器・組織移植を中心とするドイツの臓器移植法の概要及びわが国の生体臓器移植の諸問題について述べるにとどめる。

## 1. 切り離された身体の一部

### 1. 身体概念

#### (1) 全体としての身体

その全体的な有機体としての生きた人の身体は、精神と生物学的物質の統一

---

1) わが国で、病腎移植の安全性・有効性が問題となったことがある。宇和島徳洲会病院において医師が病腎移植を行っていたことが明らかになったが、その病院が先進医療として認めるよう申請していた「病腎移植」に関して、2012月23日に厚生労働省の専門家会議は、「医学的、倫理的課題が多くデータも不十分」などとして、その申請を認めないとする判断を示した。

## 身体・死体に対する侵襲の刑法上の意義（1）

体とみなされ、それに対する侵害に対して刑法上特別の保護を受ける。ドイツ基本法のもとでは、人は、「人間の尊厳」の対象として憲法上も特別の地位を占め、保護される（基本法1条1項）。また、わが国の憲法においても、その13条において「個人尊重」の原理が宣言されている<sup>2)</sup>。これは、すべての国民が、個々の「人間」ないし「人格」としての尊厳をもち、尊重されなければならないことを表わす。したがって、その人間の構成部分である「身体」は、物権の対象ではなく、人格権の対象である。民法においても、人は、権利の主体として、客体としての物と対置されている。その統一的な身体を構成する身体各部分は、物ではなく、生きた人間の身体の生物学的・精神的統一体に属する。このように、身体各部分も、それが生きた人と一体として全体を構成する一部であるかぎり、その法的地位は明白であり、疑念の生じる余地はない。すなわち、身体は、物ではない。切り離されていない身体の一部は、物ではない。Dominus membrorum suorum nemo videtur（身体の一部には、所有権はない）ということも明らかである。

### （2）切り離された身体の一部

しかし、身体の一部が身体から一旦切り離されると、そのような法的性格の明確性は失われる。身体から切り離された身体の一部、髪の毛、爪、臓器、血液、精液<sup>3)</sup>、細胞、組織などが法的にどのような地位を獲得するのかについては諸説がありうる。髪の毛や爪の切断、抜歯、採血によって、身体から切り離された身体部分ないし身体組織は、「物」とみなされるというのが多数説である。その所有権は、原初的に——その理由づけには多様なものが考えられるが——それがもとの身体を構成していたその人に属することは疑いない。し

2) 戸波江二「胎児の人権・死者の人権」（戸波・棚村・曾根・甲斐・岩佐著）『生命と法』（2005年）1頁以下、とくに23頁以下参照。

3) わが国において、妻が夫の死後、夫の冷凍を用いて体外受精によって出生したとき、死後認知の訴えをした裁判例として、請求を棄却した（一審）松山地平 15・11・12 家裁月報 56・7・140、これを覆し、子を認知した（二審）高松高判平 16・7・16 家裁月報 56・11・412 がある。これについて、岩佐和一郎・年報医事法学 21 号 191 頁以下参照。

たがって、採取された生殖細胞、体細胞、組織、受精卵のみならず、腎臓、肝臓などの臓器もそうであるといえることができる。

身体の主体である人が死亡したとき、「死体」であるが、それがいつの段階かで「物」になることも否定し得ない。しかし、死体になったとたんに「物」になるのかどうかは疑いの余地がある。近時では、死後の身体についても、「物」ではなく、「人格の残滓」(Rückstand der Person)であるという見解が有力である<sup>4)</sup>。この見解によると、身体に対する人格権は、継続する。そうだとすると、切り離された身体の一部についても、人格の欠片ないし残滓がその法的性格に影響することは考えられる。

### (3) 人工移植器具・移植された臓器等

それでは、インプラントとして埋め込まれた人造の歯や、人造骨、豊胸手術の際に埋め込まれたシリコン、あるいは、脱着可能な鬘、入歯、コンタクトレンズ、義足、義手は、「物」であろうか。また、移植された他人の腎臓、心臓、角膜ないし輸血された血液は、いったん「物」となった上で、再び人の身体の一部になるのであろうか。身体の一部となるに際して、それは、物権の対象として、民法の「附合」(民法243条、244条)によるのであろうか、または、「混和」(民法245条)なのだろうか。さらに、人体から採取された組織等から製造された組織については、所有権は及ぶのか、その帰趨関係はどうなるのだろうか。民法の「加工」(民法146条)の適用によって所有権の帰趨が決まるのかどうかなどが問題である。

## 2. 切り離された身体の一部および組織

ヒトの身体の一部が切り離されたとき、それはすでに身体ではないというのが、従来の常識であった。例えば、理髪店で髪の毛を切ってもらいと、その切り離された毛は、「物」となり、その所有権は、元の身体の主体に発生し、そ

---

4) *Forkel*, Das Persönlichkeitsrecht am Körper, gesehen besonders im Lichte des Transplantationsgesetzes, Jura 2001, S. 74.

それを暗黙のうちに、理髪店主に贈与し、あるいは、元の身体の主体に発生した所有権が、放棄されたものを無主物先占により理髪店主が所有権を得ると考えるのが一般であろうが、この考え方は、歯医者で抜かれた歯にも妥当するのであって、その際、身体から切り離されたその一部は、「物」になることが前提とされていたと思われる。

（1）切り離された身体の一部の増大する利用可能性

しかし、身体から生じるその一部とは、「毛」や「歯」や「爪」あるいは「皮膚」に限らない。従来、ほとんど利用・経済的価値のなかった、生理的に必然的に人体から離れていくもの（胎盤、臍帯）、排泄されるもの（汗、糞尿）など<sup>5)</sup>の所有権や利用・経済的価値、遺伝子情報が、医学・科学の進歩によって意味を持ち始め問題となる可能性が出てきた。

さらに、身体から切り離されるものも、医学の進歩により、四肢や皮膚のみではなく、臓器、組織、細胞、体液、臍帯血、胎盤、その他に及び、さらに、それらが、再び人体に戻されるようになっている。最近では、それらに加工を施して、ヒト由来物質が作られ、そのようなヒト由来物質も、人体に融合されるようになっている。

また、ヒト由来物質は、ヒト由来の細胞株が樹立されるようになり（樹立細胞株<sup>6)</sup>、培養している細胞が無限に増殖するようになって、それらが、医学・生物工学の研究ないし組織工学技術・再生医療技術のために利用されるのみならず、ヒト培養細胞から医薬品、化粧品、食料品として販売され、産業化の対象となっているのであって、この分野における法律問題をも提起している<sup>7)</sup>。

切り離された細胞などには、遺伝子が組み込まれており、その遺伝子は、もとのヒトの遺伝子を持ち、それが解読できるのであるから、そのような遺伝情報やそのような細胞の「利用」がその主体のプライバシーを侵害することも

---

5) 唄・宇津木・佐藤「ヒト由来物質の医学的研究利用に関する問題」(上) ジュリスト1193号(2001年)36頁参照。

6) 同・ジュリスト1193号3頁以下参照。

7) (座談会)「ヒト組織・細胞の取扱いと法・倫理」ジュリスト1193号2頁以下参照。

ありうる<sup>8)</sup> のだから、それらの遺伝子情報の法的保護も重要な課題である。

さらに、身体からの切り離しのみならず、「死体」からの切り離しも問題となる。そこで、その切り離しの権限は誰にあり、残された家族の「同意」で十分なのか、死者の生前の意思がどのように考慮されるのかという問題も提起されている。

このようにして、切り離された臓器、細胞などのヒト由来物質の法的地位に関する問題は、従来の法律学に多様な論点を突き付けるようになっている。

## (2) 切り離された身体の一部等に関する法律関係

### (a) 学 説

これに関する学説には、いくつかのものがある。

#### (i) 物 権 説

生体から分離された身体の一部や組織は、その分離の瞬間から人の身体としては保護されない。それは、民法にいう「物」である(85条)。身体から分離された物の所有権は、その身体の主体に属する。ドイツ民法においては、953条に「物の果実及びその他の構成部分は、(別の規定がない限り)その分離の後も、物の所有者に属する」という規定があるが、これを準用して、分離元の身体の主体の所有権に属するとする。身体の構成部分については、民法上に規定がないから、類推に必要とされる規範の間隙が存在するというのである<sup>9)</sup>。ドイツ民法においては、このように、分離元の身体の主体が、切り離された物の所有者となり、それが病院やレシピエントに移転されると考える見解が有力である。しかし、そうでなくとも、958条の無主物先占の規定により、いったん無主物となるが、元の身体の属する人の占有により、その人の物となると根拠づける。わが国においては、民法239条の無主物先占の規定によることになる。

8) 唄・宇津木・佐藤・前掲ジュリスト1193号37頁参照。

9) *Büchner, Körpersubstanzen als Forschungsmaterialien*, 2010, S. 56. 民法上の加工の規定によれば身体の一部の摘出の労力が小さくない場合には、材料提供者ではなく、加工者の所有となる(BGB 950条)というようにも考えられるが、これは、この事例の状況から適用できないとされる。

この後者の見解は、アメリカの判例が採用する見解である<sup>10)</sup>。

(ii) 人格権説

身体の構成部分に対する権利は、基本法2条1項の人格権からも根拠づけられる<sup>11)</sup>。この見解は、切り離された身体の構成部分の物権的権利を否定することから出発する。人格権とは、人間の個人的人格を、その身体的・精神的な存在と人格が現れた財において保護する主観的権利と理解される。全体的な身体組織に関する人格権は、身体からの分離の後もその一種の性質として個々の部分に付着するかのようになり、個々の構成部分にも及ぶのである<sup>12)</sup>。身体の構成部分が身体から分離されたというだけで、それまで存在していた構成部分に対する人格権が、所有権に転化することはあってはならないのである。

この説は、現代移植医学の発達により特定の人から特定の人への身体の一部や組織の提供と受取が可能になったことを考慮し、元の身体・組織の担い手の利用目的が、法的考察の中心に位置すべきだとする<sup>13)</sup>。個人的なレシピエントがいる限り、ドナーとレシピエントの関係は、人格権の様相を帯びる。分離された身体の一部につき決定する権限は、移植までは、提供者の権利内にある。この決定権が第三者に移譲されたとしても、元のドナーの設定した具体的な条件によりその内容が決定される制限された権利にとどまるのである。この場合、所有権は問題にならない。ドナーが特定の治療を望んでいるわけではないといった理由で、決定権につきドナーに関心がない場合、物権法上の規定と分離された身体の組織の取引可能性の問題となるのである。人格権上の保護が放棄された後に、所有権法が正面に出てくるのである。

---

10) Fenner v. State of Maryland 354, A. 2d 483 (Maryland 1976).; Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, 6. Aufl., 2008, S. 547. なお、オーストラリアにおける身体・臓器に対する所有権に関する議論については、ローヌ・スキーム（樋口範雄訳）「身体や臓器について所有権で語る議論への批判」（樋口範雄・土屋裕子編）『生命倫理と法』（2005年）341頁以下参照。

11) Vgl. *Büchner*, a.a.O., S. 59.

12) Vgl. *Büchner*, a.a.O., S. 59.

13) *Forkel*, JZ 1974, 593ff. vgl. *Brigitte Tag*, *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis*, 2000, S. 99.

(iii) 二重の性質 (=重複) 説 (Überlagerungstheorie)

これは、物権説と人格権説の折衷説的な見解<sup>14)</sup>である。それによれば、身体が物質的側面と意思的側面の両面をもつことから、人の法律関係の考察は、人格権的次元と物権的次元の両次元から出発されるべきである。身体の一部が身体に一体として属しているときは、人格権的側面が、物権的側面に凌駕する。身体の一部が身体から分離したり、人が死亡した場合には、物権的側面が前面に躍り出る。しかし、生きた人の身体から一部が分離された場合には、自動的にそうなるというわけではない。分離したという事実とともに、権利者が放棄することが、人格権的側面の後退する決定的な基準となるべきである。人格権行使が放棄された後に、分離された部分が、通常の物として法律取引に復することになる<sup>15)</sup>。

問題は、身体から一時的に切り離された身体の一部の法的性格である。すなわち、例えば、やけどを負った患者の顔の治療のためにその人自身の臀部の皮膚を剥がして、顔に移植する場合、臀部の皮膚は移植を待つ間一時的に身体から切り離されている。これは、物権説により、物とみなされ、これを傷害した場合、器物損壊罪が成立するのか、または、人格説により人格が延長され人格権の対象であり、これを傷害した場合、傷害罪となるのか。あるいは、ここで、二重の性質を持つとした場合、どちらが優先するのか。

(b) 連邦裁判所第6民事部 (精子判決) の見解

二重の性質説ないし重複説によれば、特定のレシピエントに提供するために身体の一部を分離する場合、人格権が正面に出るのであって、物権は後退する。元の身体の主体が、決定権や介入権をもつが、一定の限度内においてである。

この限界を超えたように思われるのが、1993年11月9日の連邦裁判所民事第6部の見解である。人格権を重視する見解を基礎にして、第6部は、このいわゆる「精子」判決<sup>16)</sup>において、その法益を患者と治療する医師の意思によっ

14) Vgl. *Hermann Schünemann*, Die Rechte am menschlichen Körper, 1985, 86 ff.

15) Vgl. *Tag*, a.a.O., S. 99 f.

16) BGHZ 124, 52.

## 身体・死体に対する侵襲の刑法上の意義（1）

て採取された組織が後にもう一度、元の身体に戻される予定か、——例えば、後に自分自身に輸血するための採血か——、どうかによって性質を決定した。その予定の場合、身体と分離された部分の機能的統一性は、依然として存在する。そこで、組織の損傷や廃棄は、傷害である。その予定がない場合、分離された組織は、「物」である。しかし、この場合には、一定の人格権的特徴が存続する。連邦裁判所は、身体を「身体の存在の内に物質化された人格の存在の分野と決定の分野」として解釈し、それによって、物質そのものへの従来の狭い限定を放棄した。その事案と判旨は、以下の通りである。

（事実） 31歳の患者が自己の精子を冷凍保存した。膀胱の悪性腫瘍により、生殖無能力につながる手術を受けなければならなくなったからである。何年か後になって、病院は、当該患者が精子の保存を廃棄することに同意するかどうかを尋ね、4週間以内に反対の通知がなければ、廃棄することが告知された。当該患者が、すぐに廃棄に反対する受領確認付きの手紙を出したが、手紙が誤配されたため、病院で廃棄されてしまった。原告が結婚し、その妻との間に子供を作る可能性が廃棄によって妨げられた。連邦裁判所は、身体の傷害として25,000マルクの慰謝料の請求を認めた。原告は、原告の妻は、保存された精子による人工授精により直ちに身ごもったはずだと主張した。精子に対する原告の所有権は、彼の一般的人格権のよって覆われ、婚姻の保護のために展開された連邦裁判所の判例の平行に金銭賠償に値するというのであり、その他、原告は、傷害という観点から慰謝料を請求した。精子保存の破棄は、その心身の障害につながったというのである。

（判旨） 今日の医学の可能性に鑑みると、保護法益たる身体的に対して、人格権から生じる権利者の自己決定権は、補充的な意味をもつ。医学の進歩は、身体から構成部分を取り出し、それを後に再統合することを可能にした。それは、例えば、自己に対する移植のために予定された皮膚、骨などの構成部分、受精のために採取された卵細胞、および自己のための血液提供に妥当する。権利者の意思に従って、それによって、身体の機能を守るために、または、その実現のために、後に再統合されるべく、身体からその構成部分が採取されるなら、民法823条1項が権利者の自己決定権を守るべく身体の完全性を包括的に保護するという考え方からは、この構成部分は、身体からの切り離しの間も、規範の保護目的に観点

からみると、これとさらに機能的統一体をなすという結論に至ることになる。それによって、そのような切り離された身体の部分の毀損ないし廃棄を、民法823条1項の意味における身体の傷害であるとして評価することが必要であると思われる。

これと異なるのは、権利者の意思によって再統合が予定されていない構成部分の場合である。その場合には、その構成部分は、「物」となる。それは、とくに、他人に提供される臓器や血液の場合に当てはまる。しかし、このような場合、提供者の意思に反するなら、物の所有に対して人格権が及び、賠償請求権が生じるというべきである。しかし、それは、特別の、一般的人格権の侵害の事例につき展開された限定された条件のもとでのみ妥当する。

このような考察に基づくなら、提供者の意思によって彼自身の生殖に利用されるよう予定された保存精子は、特殊事例を意味する。すなわち、一方では、精子は、身体から分離されている。しかし、他方では、生殖の、身体に典型的な機能を維持しそれによって女性の身体に注入されるよう予定されている。このような特殊性にもとづき、第6部は、授精を予定された冷凍保存された精子は、法益の担い手の意思に従って、身体の機能の保持のために摘出された一切の身体の一部と同じく扱った。

このようにして、この判決は、冷凍精子は、物ではあるが、特別の場合に、人格権がそれに及び、保護されるというのである。ドイツ民法823条1項は、損害賠償につき、「故意又は過失によって他人の生命、身体、健康、自由、財産又はその他の権利を違法に侵害した者」に義務を負わせる。ドイツ民法847条1項は、さらに、「身体又は健康の侵害の事案、または自由剥奪の事案においては、被害者は、財産侵害でない損害のゆえにも、金銭による妥当な補償を請求できる」と規定する。本件の原告の被った損害は、財産損害ではないので、この規定により慰謝料の請求を試みた。第1審及び第2審は、身体の傷害であるという主張を退けた。原告の身体の状態に対する侵襲ではないというのである。そこで、連邦裁判所は、精子を身体の一部であるとするか、847条1項の慰謝料が支払われるべき例外的な事案であるとするかの選択肢の前に立たされた。

この判決の意義について、フロイント／ホイベルは、その身体の構成部分の

身体性について、次の4段階の思考を認めたものとする<sup>17)</sup>。

第1段階は、身体から切り離された部分は原則として法的には「物」であるという広く認められた法的合意である。第2段階は、当該の者自身の身体に戻される予定の身体の部分は、「物」ではないとする。例えば、皮膚や骨が暫定的に身体から切り離され、再び身体に戻される場合がそうである。自己輸血のため採血された血液、体外受精のため採取された卵子もこれに属する。この場合、切り離された身体の部分は、依然として身体と保護されるべき機能的一体をなすのである。これをその意思に反して侵害した者は、身体の傷害である。第3段階は、身体の部分が、まずもって、最終的に切り離され、次に他人の身体と結合される場合、すなわち、臓器提供や輸血の場合である。身体の部分は法的には「物」である。この場合、提供者の自己決定権の観点からは、もはやその身体と機能的統一体をなさないからである。第4段階は、貯蔵された、その身体固有の機能を実現するよう、しかし、同時に他人の身体に受容するよう予定された精子は、特別の事案をなすというものである。つまり、精子は、一方では権利主体の身体から最終的に切り離されているが、他方、身体に典型的な機能、つまり権利主体の生殖というそれ、を実現するよう予定されている。いずれにせよ、精子の貯蔵は、失われた生殖機能に代替する予定である場合、それは、権利主体の身体的完全性、それに含まれる人格的自己決定および自己実現にとって……卵子やその他の身体の構成部分と比べて低い意味をもつものではない<sup>18)</sup>。

この見解に対しては、身体の一部が短期的に、状況に応じてもっぱら再び身体に戻されるという目的でのみ身体から分離されたときに限り、その際、場所的・時間的に密接した範囲内で再統合される限りで、自己の身体に対する権利が及ぶと批判された<sup>19)</sup>。冷凍精子については、これを刑法上も身体の一部であるとする見解<sup>20)</sup>も唱えられているが、時間的密接性が失われ、身体との機能

17) Vgl. *Freund/Heubel*, Der menschliche Körper als Rechtsbegriff, MedR 1995, 194f.

18) Vgl. *Freund/Heubel*, a.a.O., S. 195.

19) Vgl. *Tag*, a.a.O., S. 101f.

20) Vgl. *Freund/Heubel*, a.a.O., S. 197. そこでは、「精子の貯蔵とその他の身体と」

的一体性を欠くがゆえに、もはや身体の一部ではなく、「物」であるというべきであろう。民法の解釈論としては、一般的人格権侵害を持ち出して、精子を身体の一部とする判例の論証に対しても批判は向けられている<sup>21)</sup>。折衷説のように、物に対して、人格権が及ぶ身体と物との中間段階のようなものは認められないというべきであろう。

私見では、元の身体に再統合される予定の切り離された臓器であるか、他人に移植される予定の臓器であるかいずれであるかを問わず、時間的に密着して統合を予定された、身体から切り離された臓器等は、統合される予定の身体と機能的一体性をもつものというべきだと思われる。それは、当該臓器等が他人に移植される場合でも、身体性をレシピエントの意思にかからせるべきではなく、客観的にすぐにでも移植される状態に至っており、その切り離された一部の機能の障害により、すぐにほぼ確実に移植予定の人の身体に傷害が生じるであろうことを要請することによって法的安定性を確保しようとするからである。これをさらに詳論しよう。

## (2) 機能的統一性説

### (a) 再生可能な組織

身体の一部として抽象化されるものも、髪の毛、爪、歯、皮膚、手足、臓器、細胞、血管、血液、骨髄、精液など様々な部分がある。身体から切り離された髪の毛や爪などのその身体において再生可能な組織が、人格権の延長される対象という必要は少ない<sup>22)</sup>。それらは、身体の一部としては、再生可能であり、身体から切り離された髪の毛は、原則として現在ではなお身体に再統合されることはなく、売買の対象となるのであり、物として単独で存立可能であり、そ

---

↘の場所的分離にもかかわらず、規範的・機能的にみると、身体の統一性は存在する。身体の存立に対し精子の破棄によって当初存在した生殖能力が失われるほどに侵害されたからである。それは、その文言と理由に従えば、健康危害の要件を充足する」とされる。

21) Vgl. *Jochen Taupitz*, Der deliktrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seiner Teile, NJW 1995, S. 745 ff., bes. 750 f.

22) *Deutsch/Spickhoff*, a.a.O., S. 548.

## 身体・死体に対する侵襲の刑法上の意義（1）

の意味で、物権の対象とすることに抵抗がないからである。手足や指については、切り離された後、再統合可能であるので、これから除かれ、また、細胞・血液・精液なども再生可能であるが、これらも、再統合可能であるので、別の取り扱いが必要である。

### （b）再統合可能臓器等

これに対して、身体から切り離された手足や臓器は、最近の医学によれば、身体に再統合可能であり、再統合されないかぎり、再統合のために保存しておくという目的を除いては、もし放置すれば腐敗するので、それ自体として単独では存立不可能である。とくに、臓器については、実際に刑法上問題となるのは、臓器移植のために身体から切り離される場合であり、その切り離された臓器を損壊した場合に、器物損壊となるのか、傷害かである。この問題について考察を深めるため、手術中に、臓器が患者の身体からいったん切り離された後、必要な措置を施した上、直ちに再び同じ患者に戻される場合を想定しよう。切り離された臓器が、その間、物権の対象となり、それを傷つけた場合に器物損壊罪となるというのは不自然である。むしろ、身体との機能的統一を認めて傷害罪の対象とすべきであろう。しかし、授精目的で何年間も冷凍保存されている精子を破壊した行為は、傷害罪ではない。それは、二重の意味で、身体との機能的統一性をもたないからである。第1に、精子の身体との関係から見て、精子は身体の不可欠の構成部分をなすものではないがゆえに、それがもとあった身体との機能的統一性がなく、また、客観的にみてその使用が必然的状况になっておらず、使用されるべき女性の身体とも機能的一体性をもたないからである。第2に、客観的状况からして、冷凍保存の期間が長く、保存期間も不定であり、いずれの身体とも機能的統一性を持たないからである。

### （c）機能的統一の条件

このようにして、人体から切り離された臓器や血液・精子などが、人格権の対象か物権の対象かという問題については、以下のような基本的視座からアプローチすべきである。一般的には、その身体の部分が、元の身体ないし移植されるべき身体と「機能的一体性」を保持しているかどうか、判断の基準である。

その際、第1に、切り離された身体の部分の性質に応じて、人格権の延長の範囲が決定されるべきである。この基準によれば、まず、髪の毛や爪のように、通常は、理髪店や家庭内でゴミとして処理される身体の部分については、身体から切り離された後、直ちに物権法の対象となる。その所有権は、元の身体の主体に属する。それは、取引の対象となり、人格権的保護を要しない。第2に、身体からの切り離しが、時間的・場所的に見て、その手術の間といった時間的密着性のある場合ではなく、冷凍保存等の方法によるものであって、一時的なものではない場合には、機能的一体性は失われる。精子や血液など、保存を前提とするものであって、さらに身体にとって迅速に再統合が予定されているのではない身体の部分については、人格権の延長はない。逆に、移植目的で摘出された臓器や、手術中一時的に摘出された眼球ないし事故で切断された手足のように、すぐさま、身体に再統合されることが、客観的に予定されている場合には、身体との機能的統一性を維持し、人格権は、延長され、それを侵害した場合には、傷害罪が成立する。冷凍精子ないし臓器等が、身体から切り離された後も機械的に生かされ将来の移植のために長期間保存されているような場合には、機能的統一性を欠き、もはや物として扱われる。この客観的に、時間的に密接した期間内に再統合が予定されている場合とは、元の身体に戻される場合のみではなく、他人の身体に移植が予定されている場合でもよいと解すべきである。第3に、他人に移植される予定の臓器・組織が提供者の身体から切り離された場合については、機能的一体性は、レシピエントの身体との関係で認められるべきであるから、単に、移植が予定されているというだけでは足りない。すでに移植手術のためレシピエントの臓器が摘出されているなどといった、その臓器などが、具体的に、レシピエントにとって不可欠のものとなっているのでなければならない。機能的統一性をなすかどうかは、臓器等の再統合を予定された身体の一部の不可代替性などの性質にもよる。例えば、輸血に当たり、提供者の血液が採取された後、すぐに他人に輸血が予定されていたが、その血液ではなく、具体的他状況において他人の血液ないし同一人物からの再度採血によっても代替可能な場合には、すでに身体との機能的一体性は失われるというべきである。

(2) 物権と人格権の中間領域と立法上の解決

移植が予定されたが、長期間保存される臓器、精子、細胞などに対する物権については、物権の対象として保護される可能性があると同時に、人格権の延長としての性格がまったく否定されるわけではないと思われる<sup>23)</sup>。もしそれが純粋な財物であれば、その破棄、売買、加工等の処分は所有物と同じように可能というべきであるが、人格権の延長としての性格の側面が、法制度の趣旨に応じて残りうると解すべきである。すなわち、これらは、その法体系がどのようにそれを扱おうとするかに応じて、立法者には、それぞれの固有の法制度を設けることが許されているというべきである。すなわち、例えば、ドイツ法のもとでは、冷凍保存された精子を売買し、解凍して研究目的に使用するかどうかは、所有者の自由であるとはせず、特別法によってそれを人格権的観点から制限しているが、アメリカ法では売買を許すというように、各国の法制度によって、人格権の延長の有無と程度・態様を決定することができるというべきである。また、純粋な物権の対象であるとするれば、冷凍保存した精子の所有者が死亡したときは、相続の対象となり、あるいは無主物ないし管理者の無主物先占により占有者に所有権が発生するといったことが、「物」としての性格から生じうるが、これについても、場合によっては、各国の法制度において独自の制度を導入しうるといえるべきであろう。

(3) 組織・臓器の「譲渡」（提供）とその利用目的

他人に移植するための組織・臓器などが、身体から摘出され、現に他人に移植されるとき法律関係については、それが物権の対象となる「物」であれば所有権の移転が問題となる。したがって、原則として移植先の身体に組み込まれて機能的に一体となることが予定されている組織・臓器を除いた人体構成物質の性質については、人体構成物質<sup>24)</sup>（Körpersubstanz）ないし人体由来物質であることからの特殊性はあるにせよ原則的に物権変動によって他人の所有に

23) Vgl. *Brohm*, JuS 1998, S. 201f.

24) その定義については、後述参照。

移転すると考えてよい。したがって、所有権者は、所有権を獲得した人体構成物質については原則的に自由に利用・処分できる<sup>25)</sup>。ただし、所有権者は、それが自己の身体の中に移植され、壊さずには取り外せない状態になった時点で所有権を失い、移植された人体構成物質は、人格権の及ぶ身体の一部となる。もちろん、身体内に移植されることが予定されていない人体構成物質については、物権の対象であり続ける。とはいっても、その利用が制限される場合がある。例えば、研究目的に資するために身体の組織の一部を医療・研究機関に提供した場合、利用目的は制限されるから、自由な利用・処分は禁止される。したがって、それらの人体構成物質の債権法上の貸借権の有効性についても、元の所有者の「同意」が前提となるであろう。移植目的での人体構成物質の譲渡については、その二重性格から、単純な物権変動とはとらえられないが、その人体構成物質の摘出・移植については、人体の一部の「移転」についての法理がいまだ存在しないことから、物権変動を類推するほかないであろう。

ここで「譲渡」(Veräußerung)とは、「提供」(Spende)や「売買」(Handel)の上位概念であり、有償・無償を問わない。臓器・組織売買については、後述するので、ここでは、臓器・組織などの人体構成物質の「譲渡の態様」をその「目的」から分類しておこう<sup>26)</sup>。その違いが、その譲渡の際の規制に関して重要な意味をもつからである。

- ① 自己使用目的保存 まず、人体構成物質が後に自己の治療のために利用されるのか、つまり、採取目的が自己使用なのか重要である。患者が自己の血液を採取して後の自己への輸血のために保存する場合、冷凍精子、冷凍卵子の保存がそうである。
- ② 他人のための生体からの提供 健康な生きた人が他の患者のために血液、

25) Vgl. Bianca Büchner, Körpersubstanzen als Forschungsmaterialien. Aufklärung und Einwilligung bei der Entnahme und Verwendung von Körpersubstanzen, 2010, S. 200f.

26) Vgl. Monika Bobbert, Die Veräußerung von Körpersubstanzen, der „Informed Consent“ und ethisch relevante, Charakteristika der Handlungskontexte, in: Taupitz (Hrsg.), Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, 2007, S. 246ff.

## 身体・死体に対する侵襲の刑法上の意義（1）

組織，骨髓体細胞または腎臓や肝臓の一部臓器を提供する場合である。

- ③ 他人のための脳死者からの提供 臓器移植を必要としている患者のための脳死者の臓器などの提供がある。
- ④ 治療的研究目的における提供 治療的研究において研究に協力してもよいと申し出た人は，かなりの確率でそれが自らにも役立つと期待している。
- ⑤ 他人に有益な研究のための提供 ここでは，有益性とリスクの衡量は，前記とは異なる。その提供が直接自分に役立つとは思っていないからである。ここでは，提供者には負担とリスクのみが降りかかるからである。
- ⑥ 外部資金ないし第三の資金獲得を目指す研究所などの公法人における研究のための提供 これについては，公共の福祉の利益または財政的利益が前面に出る。
- ⑦ 専ら商業上の目的での提供 健康人ないし患者が，経済的関心ないし市場での利益を得ようとして人体構成物質を有償で譲渡する場合である。ここでは，提供者の目的と利益は，病気の治療とは無関係である。それが化粧品や健康商品となることもある。

## 2. 研究目的による人体組織の摘出と利用

### (1) 人体組織の意義と機能

人体構成物質（Körpersubstanz）とは，人間の身体の細胞（Zellen）と組織（Gewerbe）を指す<sup>27)</sup>。細胞は，有機体の最小の生物学的構造・機能統一体であり，代謝，刺激反応，運動，再生産の能力をもつ。人間の身体は，約10の組織細胞からなる。組織とは，同種の区別しうる細胞とその細胞間物質の結合体である<sup>28)</sup>。組織とは，構造と機能において同じ細胞からなるが，高次の統一体としてまとまった細胞の集積体である。わが国では，これを「ヒト組織」と呼ぶ

---

27) Vgl. Büchner, a.a.O., S. 7ff.

28) 人間の組織の型としては，上皮組織，結合組織，支持組織（Stützgewebe），筋肉組織，神経組織および神経膠組織（Gliagewebe），およびリンパ組織と血液に分類される。

のが一般的であるが、ドイツでは、これに細胞をも加えて、その総称概念として「Körpersubstanz」と呼ばれる。この語については、適当な訳語をつけるのが難しいので、これを「人体構成物質」と訳して、組織と細胞を含む意味において用いる。

これらの人体構成物質は、治療の際に医師によって患者の身体から摘出され、病理学的・微生物学的・臨床化学的検査に用いられる。例えば腫瘍の組織が摘出され、輪切りにされ、検査される。診断の後、残った組織は廃棄される。もとより、摘出された細胞や組織が治療の目的で利用されることもある。例えば、摘出した癌腫瘍が研究のために利用されることもある。

ここでは、このような研究目的での細胞や組織の利用の要件について論じる。病気の多くは、細胞や組織の欠陥によるのであり、例えば、アルツハイマー病や、神経システムの疾病である多発性硬化症 (MS)、パーキンソン病などが、脳細胞の異常によって生じるとみられている。製薬会社は、人から摘出された細胞や組織から治療薬などを製造する。したがって、身体組織は、巨大な経済的マーケットを形成しているのであり<sup>29)</sup>、この視点からも法的評価がなされるべきである。ここでは、とくに、人体構成物質の摘出と利用に対する説明と同意の問題を採り上げたい。それは、薬事法に関係する部分が多いので、以下では、人体実験や薬事法に関する記述に含まれる様々な問題点が採り上げられるべきであるが、説明と同意に限定して論じる。

(2) ドイツにおける人体構成物質の採取と利用に関する説明と同意の原則論  
まず、ドイツにおける人体構成物質の採取と利用に関する説明と同意の基本的な考え方について、原則として上で注記したビュフナーの博士論文<sup>30)</sup> によりながら紹介しておこう。

(a) 摘出と利用に関する説明

患者や提供者からの人体構成物質の摘出に対する説明と同意を論じるに当

29) Vgl. Büchner, Körpersubstanzen als Forschungsmaterialien. Aufklärung und Einwilligung bei der Entnahme und Verwendung von Körpersubstanzen, 2010, S. 27ff.

30) Büchner, a.a.O., S. 91ff.

たつて、「医学的適応のある摘出」の場合には、医療行為における説明と同意において論じたことが妥当する。問題なのは、「医学的適応のない摘出」に関するそれらである。組織の提供者にも、治療に関する部分を除いて、摘出に伴う侵襲の程度や、摘出に伴う危険につき、説明されるべきである<sup>31)</sup>。次に、人体構成物質の研究目的での「利用」に関する説明については、提供者の人格権や自己決定権を根拠に、当該人体構成物質の研究目的利用の意図について包括的に説明されなければならない<sup>32)</sup>。「利用」に関する説明は、摘出後であっても行われるべきである<sup>33)</sup>。基本的説明を欠く同意は無効である。説明の冒頭で、提供者には、いつでも質問することができる旨と説明される必要がある。また、利用に関する同意の前に摘出に関する同意が必要であるが、利用に関する同意の前提として、同意が、組織等の摘出の前提であると示され、同意を撤回しても不利益を受けることなく、それを撤回できることを説明されなければならない。その後、人体構成物質の研究試料としての利用に関する説明がなされる。利用の内容についての説明は、七つの分野・段階に分けられる。説明の最高原理は、「明確性の要請」である。つまり、組織の利用目的が明確でなければならないのである<sup>34)</sup>。

(b) 利用の内容に関する7段階の説明

第1段階は、採取の目的と方法、生物学的組織の予想されるあらゆる利用、商業的利用も含み、研究成果、データの利用に関する情報に関する説明である<sup>35)</sup>。どの程度、採取するかも説明し、健康な人体に対する侵襲であることも説明する。第2段階は、侵襲と結びついた危険、リスク並びに侵襲の望ましく

---

31) Vgl. *Büchner*, a.a.O., S. 95.

32) Vgl. *Büchner*, a.a.O., S. 96.

33) しかし、採取の際に採取量について偽っていてその余剰分を後の利用の際に承諾を得て研究目的に使用することは許されない。死者の臓器・組織の利用を採取後に求めるときは、死者の同意が基準となる。したがって、死者の意思を記録した文書が残されていない限り遺族の証言から死者の意思を推測することになる (vgl. *Büchner*, a.a.O., S. 153.)。

34) Vgl. *Büchner*, a.a.O., S. 98.

35) Vgl. *Büchner*, a.a.O., S. 98.

ない副次効果，当人の健康に対する人体構成物質の採取の事後効果に関する情報である。第3段階は，提供者は任意であることが強調され，採取された組織の研究目的での利用に対する取消権の説明である。第4段階は，同意が何のために与えられ，いかなる範囲で拒否しうるのかの選択可能性を示すことである。それによって，人体構成物質の利用の範囲を制限する可能性があることが示されるべきである。第5段階は，提供者に役立つ保護措置，医師の守秘義務，関係するデータ保護法上の予防措置に関する情報である。その際，個人のプライバシーの尊重と個人的データの秘密性が前面に来る。第6段階は，当該提供者とその家族にとっての採取された組織からの知見の意味と，それと関連する知る権利または知らない権利についての説明である。第7段階は，利用の補償の額に関する情報である。どのような損害が事発生したときに補償されるかについても説明されるべきである<sup>36)</sup>。

(c) 死者からの採取に関する説明

死亡した者からの人体構成物質の採取とその利用については，その要件は厳しくなる。法における死者の特別な地位については別に論じ，ここでは，研究目的での採取と利用に関する説明と同意について考察するにとどめる。死者の人体構成物質の採取にも，生前の説明に基づく同意が必要であるか，説明に基づいて親族が同意を与えたことが必要である。同意の要件は，生者の場合よりも厳格である。死者の場合，事後に研究の企図が拡大されること，それに対する事後の同意は不可能である。親族の場合にはそのような同意を与え得るかも知れない。しかし，その場合には，説明に当たって人体構成物質を用いた研究に対する同意がどのような効果をもたらすかを示唆しなければならない<sup>37)</sup>。

(d) 説明の形式的要件

説明の形式的要件としては，まず，説明は，口頭および書面で同意の前に行われなければならない<sup>38)</sup>。書面の場合，実際に説明されたことを記録するため，

36) Vgl. *Büchner*, a.a.O., S. 102f.

37) Vgl. *Büchner*, a.a.O., S. 107f.

38) Vgl. *Büchner*, a.a.O., S. 108.

## 身体・死体に対する侵襲の刑法上の意義（1）

説明者と説明を受ける者との署名が必要である。人体構成物質の採取と利用に対する同意が必要なことはほぼ争いない。人体組織の「採取」は、刑法の傷害罪を構成しうるが、いずれにせよ、採取の危険性などについても説明がなされ、それにもとづく有効な同意があれば、同意の客観的制限に反しないかぎり、採取した医師は、処罰されない。ここでは、問題は、医学的適応のない侵襲の場合である。人体構成物質の「利用」に対する同意の要件と有効性は、人間の尊厳の保護、生命と身体の不可侵性に対する保護の観点、および身体の不可侵性については、あらゆる者がそれを処分する権利、その一部を利用させる権利をもつことから検討されるべきである。人体構成物質の「利用」については、利用についての「知る権利」が重要である。このように人は、個人に関する情報につき、コントロールする権利をもち、したがって、人体構成物質についても、それがどのように利用されるかを自ら決定する権利をもつ。

### （e）人体構成物質の採取・利用に対する同意の要件

人体構成物質の研究目的での利用に関する同意には、二つの種類のものがある。第1に、その「採取」に対する同意が必要である。第2に、研究材料としてのその「利用」に対する同意である。まず、「採取」に対する同意は、刑法上の傷害罪との関係で必要となる。人体抗生物質の採取は、傷害の構成要件に当たりうるからである。したがって、同意は、構成要件阻却効果をもつか、正当化効果をもつかである。とくに、医学的適応がない人体構成物質の採取は、同意だけで正当化されうるかどうかは、疑問がある。同意は、採取方法、採取過程、採取量に対するものと並んで、採取に伴う「危険」についても説明が必要である。

次に、研究材料の「利用」のための同意については、これを必要とすることは言うまでもない。その根拠は、基本法1条1項の「人間の尊厳」「人間の自由」の保護、そして、2条1項の「生命と身体の不可侵性」に対する権利の保護にある<sup>39)</sup>。その権利は、「情報に対する自己決定権」の保障にも関係する。すなわち、個人の情報と採取された人体構成物質がどう使われるかに対する自

39) Vgl. *Büchner*, a.a.O., S. 120f.

己決定権に係るものである。このことから、情報に関する自己決定権は、憲法の次元のみならず、「人に関するデータ」(personbezogene Daten)の調査・処理・保存が問題であるならば、データ保護法の次元においても根拠づけられる。連邦データ保護法3条1項によれば、人に関するデータとは、「特定の、あるいは特定可能な人の人的・物的関係に関するあらゆる個別の言明」を指す。連邦データ保護法4条a第1項3文では、その同意には、「書面による同意」が必要である。

(3) わが国における人体構成物質の研究目的利用の在り方に対する答申

ヒトの組織の摘出・移植等をめぐる問題は、刑法上の犯罪を構成するかどうかより、むしろ重要なのは、その研究開発ないし研究目的利用のための摘出や利用自体に対するその提供者の権利侵害などの観点と研究倫理上の規制の在り方をめぐる議論である。

平成10年12月16日の厚生科学審議会の厚生大臣答申「手術で摘出されたヒト組織を用いた研究開発の在り方について——医薬品の開発を中心に——」においては、「ヒト組織を用いた研究開発を進めるためには、提供者の意思確認や倫理的側面の検討が不可欠であり、それらを含めてヒト組織の利用のための手続きを明確化する必要がある」とされ、「ヒト組織の利用に係る普遍的な問題」が洗い出された。

ここでは、「ヒト組織を研究開発に利用するために必要とされる要件」が検討の対象となっている。まず、「ヒト組織を摘出する際の説明と同意」については、「どのような場合であれ、ヒト組織を研究開発に利用するためには、組織を摘出する施術者が、医療の専門家でない提供者にも理解ができるように十分な説明を行った上で文書による同意を得る必要がある」が、その際には、「適正な医療行為による手術で摘出された組織の一部が研究開発に提供されること、そのために非営利の組織収集・提供機関に提供されること等についても説明し、同意を得る必要がある。なお、提供に対する患者の同意の有無が、当該手術の実施やその内容に影響することがあってはならない。また、患者にそ

## 身体・死体に対する侵襲の刑法上の意義（1）

の旨を説明しなければならない」とされる。さらに、「ヒト組織を用いた研究開発の事前審査・事後評価について」も、倫理委員会の設置やその構成について取り上げている。倫理委員会は、「医療機関、組織収集・提供機関、研究開発実施機関のそれぞれの機関において設置する必要がある、その倫理委員会の構成に当たっては、医学の専門家でないものの参画を求めること」などが検討されている。

なお、2006年（平成18）年7月3日には、「ヒト幹細胞を用いる臨床研究に関する指針」が発表され、2010（平成22）年11月1日に全面改正されているが、これについては、後述する。

## 2. 身体内の異物たる移植人工器官・人の組織

### 1. 問題の所在

さらに問題にされるべきは、人工骨等が身体に埋め込まれたときの、その物の法的性質である。人間の身体に不可分かつ継続的に結合されていない人造器具は、物権法の対象となる「物」であることは疑いない。例えば、眼鏡、コンタクトレンズ、入歯、ヘアピースなどがそうである。それらは、身体と一応結合していても、動産としての法的性質を維持する<sup>40)</sup>。

### 2. 移植された人工器官等

物に対する所有権を問題にする見解は、それらの移植物が、身体と不可分かつ継続的に結びつけられているかどうかとは関係なく、「物」であるとする。この説によれば、人工骨が、身体に埋め込まれた後も、それは、物にとどまる。だとすると、物の所有権は、その移植物の所有者にある場合も出てくる。これに対して、別の見解によれば、人工物の「物」としての性質は、人工移植物が移植とそれによって生じた生体との固い結合をもって、消滅する。すなわち、

---

40) 刑法において「建造物」（108条、109条、260条）をなすかどうかの基準として用いられる「壊さずに取り外すことができるか」どうか、すなわち「身体を傷害しなければ摘出することができないか」どうか、ここで基準として用いうるであろう。

それによって移植物のすべての物権的法的地位が消滅し、人格権によって捉えられると考えるのである。判例は、この見解を取り、それによって身体の一部となり、物権的性質を失うとする<sup>41)</sup>。したがって、身体に埋め込まれたペースメーカーに所有権の留保を付することはできない。もとより、再び分離されれば、物としての性質はもう一度復活する。その際、移植物を移植された者が、今日の通説によれば、即時に所有権を取得する。身体にそれらを埋め込んでいる人が死亡したとき、相続人は、そのペースメーカーの所有権を直ちに相続するのか、それとも彼らが取得権を得るだけのかについては、争いがある。

死後のペースメーカーの所有権の問題について、マインツ地方裁判所の事案<sup>42)</sup>を採り上げておこう。

事案は、ある患者に、ペースメーカーが埋め込まれたが、その死亡後、医師が死者の胸からペースメーカーを取り出し、自分が占有したが、患者の相続人であった患者の妻が、その引き渡しを要求したというものである。これにつき裁判所は、次のようにいう。ペースメーカーが身体に埋め込まれたとき、権利は消滅する。公的保険金庫の所有権の留保も、移植によって消滅した。患者の妻は、民法986条の準用により、請求できる器具に対する取得権を有する。

これに対して、シュトゥットガルト上級ラント裁判所<sup>43)</sup>の事案は以下の如くである。患者は、それが大動脈の流れを止める人工心臓弁を埋め込んだ。その死亡後、未亡人が、事故保険の支払いを請求した。裁判所は、事故であることを否定した。停止は、「外部から」生じたわけではないからである。人工の心臓弁は、身体との結合によって、物としての性質を失った。大動脈は、その内部の故障によって止められたというのである。

### 3. 移植された人の組織等

他人から提供され、移植ないし注入された腎臓や血液、血清、骨髄、肝臓な

41) BGH bei Dallinger, MDR 1958, 739.

42) LG Mainz MedR 1984, 199.

43) OLG Stuttgart VersR 1987, 199.

## 身体・死体に対する侵襲の刑法上の意義（1）

どの法的性質についても議論されている。これらは、提供者から最終的に分離されたとき、「物」ないし人格権的制約を伴う物となる。これらを移植した時点で、即座にレシピエントの人工的構成要素となる。これによって、従来の法律関係は消滅する。つまり、身体の中に入ったことによって、物としての性質を失う。このことは、血液製剤のような人の血液から作り出され加工を施された物質（ヒト由来物質）についても妥当する。それは、人工器具と同じように、移植されるまでは「物」である。したがって、病院において、血液製剤を使用することについて合意ができ、私法上の所有権譲渡契約が成立した時点で、血液製剤に対する所有権は患者に移転する。しかし、その血液製剤の身体への使用後は、人の身体と混和し、人の身体の構成要素となり、物権性は消失する。したがって、その血液製剤が原因で人体の生理的機能が害されたときは、傷害罪が成立することはもちろん、その血液製剤そのものに欠陥があったときも、傷害罪が成立する。

特殊な問題として、生きた身体に埋め込まれた、歯の充填物、人工関節、人工骨、人工弁、人造気管、ステント、ペースメーカーなどは、その身体が死体となったとき、死体の一部といえるのだろうかという問題が生じる。ドイツでは、学説には、これらは、身体を傷害しなければ取り外すことができない程度に埋め込まれているとき、死体の一部であるとするものがあり、したがって、生きた身体が死体となっても、同じ考え方が妥当するとみなす見解がある。これに対して、一部の学説は、自然の身体の構成部分のみが死体であるとする。この見解は、ドイツ刑法168条の保護目的が、親族と一般公衆の敬虔感情と死体の人格に対して要求される尊重の念の保障であるということから導かれる<sup>44)</sup>。

しかし、生前に身体に身体を傷害しなければ取り外せない程度に固く身体に埋め込まれた人工物については、身体が死体になっても、死体の一部であり、それを毀損し取り外すことは、死体損壊罪にあたりと解すべきであろう。

---

44) これについては、vgl. *Berthold Stentenbach*, *Der strafrechtliche Schutz der Leiche*, 1995, S. 14ff.

### 3. 生体からの組織・臓器の移植と輸血

#### 1. 生体からの臓器移植とドイツ臓器移植法案

##### (1) 臓器移植の発展

臓器移植は、19世紀末以来、「眼の角膜の移植」から始まった。20世紀の中ごろには、腎臓、肝臓、心臓、骨髄、肺、膵臓の移植も行われるようになった。ドイツでは、2006年現在で、臓器移植（生体移植は除く）は、全体で4,032例実施されている<sup>45)</sup>。そのうち、腎臓移植は、2,254例、心臓移植は412例、肝臓971例、膵臓141例、肺253例である。臓器移植を拒否する人が増え、一時(2000年)、臓器移植の数は、2,219例に減少したが、その後回復し、その時の約2倍になっている。その原因は、人の死亡の判定基準である脳死について疑問が生じたからではないかと推測されている<sup>46)</sup>。

##### (2) ドイツの臓器移植法草案

臓器移植法の射程は、三つの分野に及ぶ。生体からの提供、血液循環のない物質の摘出、死者からの摘出である。摘出に対する承諾の方式には、次の三つのものがある<sup>47)</sup>。

(反対方式) 臓器移植は原則的に許容される。ただし、死者が生前に反対した場合が別である。この方式を採るのは、ラインラント・プファルツであり、オーストリアの出発点もこの方式である。

(通知方式) 臓器の摘出は、死者が生前に同意したとき許容される。それがな

---

45) Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, 2008, 6. Auflage, S. 554. 1963年から2008年まででは、93,350例である (*Schroth*, *Die postmortale Organ- und Gewerbespende*, *Roxin/Schroth*, *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4. Aufl., S. 447.)。なお、ドイツにおける臓器移植実施数等に関する最新の情報として、ドットウケ (山中友里訳) 「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年)79頁以下参照。

46) *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, S. 555. その内、心臓62,554例、腎臓9,847例、肝臓15,290例、肺臓・2,958例、膵臓2,701例である (*Schroth*, a.a.O., S. 447.)。2008年には、3,945の臓器が死者から提供された。

47) *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, S. 556.

## 身体・死体に対する侵襲の刑法上の意義（1）

い場合、親族は、臓器摘出に計画について通知されなければならない。相当な期間内に、親族は反対することができる。

(同意方式) 臓器移植は、死者が生前に同意したとき、または、死後に親族が同意したとき、許容される。この方式をとるのは、オランダ、デンマーク、スウェーデン、イギリスである。

その後、さまざまな臓器移植法案が公表されたが、1994年のラインラント・プファルツで試行的に臓器移植法が議決され、首相によって署名された。本法は、反対方式を採っていたが、反対が強く、採決のあと、8週間で廃止された。その後、1997年になって連邦法として、「臓器移植法」が制定された。2006年末に連邦政府によって、「臓器と組織の提供、摘出および移植に関する法律」(TPG)と改称された法案が提出されたが、略称は、「移植法」(TPG)のままであった。この改正は、2004年3月31日のEGのいわゆる「組織指令」(Geweberichtlinie)に従うために必要となったのであった。大議論の末、2007年5月23日の健康委員会で修正された勧告が、同年7月20日の「組織法」<sup>48)</sup>(Gewebegesetz)として可決された。

## 2. ドイツの移植法

ここでは、生者からの移植のための臓器・組織の摘出の法的問題点について検討しておこう。後に述べるように、生者からの移植は、あくまで死者型の移植を補充するものであって、ここでは、いわゆる「生体提供者の補充性の原則」が妥当する。それは、臓器・組織提供者に対する「無危害原則」が侵害されているからである。死者からの摘出の記述については、別の個所に譲る。

### (1) 規制の対象

組織法は、人の臓器、臓器の一部、組織につき規制する<sup>49)</sup>。血液と血液の構

48) BGBl. I, S. 1574. つまり、「組織」も含めることになったので、「組織法」と呼ばれるが、正式名称は、「臓器と組織の提供、摘出および移植に関する法律」(2007年9月4日改正(BGBl. I S. 2206))であるので、移植法というのと変わらない。

49) *Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht*, S. 562.

成部分は除く。組織から皮膚は除く。組織とは、臓器とはいえない、あらゆる人の細胞、または細胞から構成される人体の部分<sup>50)</sup>（同法4条）。循環に含まれない人体の部分、例えば、角膜、脳硬膜を含むかについては問題がある。今日では、これも提供者ないし親族の同意を要する。死者からの精液の摘出については、移植法に規定ができた（8条b第2項）。

## (2) 生者からの臓器・組織摘出

生者からの臓器ないし組織の摘出は、移植法8条によれば、一定の限界内でまたは特別の前提のもとでのみ許される<sup>51)</sup>。生体移植については、死者からの移植に比べて移植法の主たる対象ではない。その方法が、医師の判断によって、生命を維持し、重篤な疾病を治療し、その悪化を予防するに適したものでなければならない。提供者の適切な臓器が臓器ないし組織の摘出の時点で入手できないときのみ、侵襲が許される（=生体提供者の補充性の原則）。その人は、成人でなければならず、同意能力が必要である（8条1項1文a）。同法19条1項1号で、成人に達していないか、または同意能力のない提供者から臓器や組織を摘出した医師は処罰される<sup>52)</sup>。成人の要件の例外は、骨髄移植である<sup>53)</sup>。医師の説明と心構えを得て同意されなければならない。提供者に十分な説明<sup>54)</sup>がなされていないとき、臓器ないし組織摘出は、処罰

50) したがって、遺伝子や精子・卵子も組織に含まれる。

51) *Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl., 2010, S. 1487.

52) したがって、シュロートが例に挙げるように（*Schroth, Die strafrechtlichen Grenzen der Organlebendspende*, a.a.O., S. 470.），弁識能力のある17歳の双子の兄弟が、片方の生命を救うために臓器を提供することはできない。これによって、提供する側の未成年の兄弟が、圧迫状況に置かれることを避けることができる。

53) 改正によって、移植法3条以下および8条で、未成年者にも、骨髄の摘出が許されるものとした。その要件は、①一親等の近親、兄弟姉妹のための骨髄であって、②生命を脅かす病気の治療に医師の判断によれば適しているとき、③8条1項1文1号による適切な提供者がないとき、④説明後に法定代理人の同意があり、未成年者が、その拒否権を行使しないとき、⑤未成年者の同意能力に応じて必要とされる自身の同意が存在するとき、である。未成年者の臓器等の提供が、片方の親に対してなされるとき、家庭裁判所の決定が必要である。

54) その要件については、8条2項1文及び2文で定める。後述のところを参照。

## 身体・死体に対する侵襲の刑法上の意義（1）

される（19条2項1号，8条1項1文1号b参照）。手術の危険以上の危険が生じてはならない。レシピエントの範囲は限定されている。一親等または二親等の親族，配偶者または婚約者であるが，そのほかにも提供者が特に人的結びつきをもつ人も含まれる。この限定は憲法上疑義にさらされている。いわゆる交差生体移植<sup>55)</sup>は禁止されている。血液型の互換性のゆえの交差生体移植の場合，そのことは明らかである。

### （3）生体からの移植の要件

生体からの移植の条件は，医師による説明である。別の医師の隣席が必要である（移植法8条2項）。提供者には医師によって分かりやすい形式で説明されるべきことはいうまでもない。侵襲の目的・種類，検査，検査結果について知らされる権利，提供者の医保護に役立つ処分，範囲，提供者の健康にとっての臓器または組織摘出の直接の結果や後続結果について説明されるべきである。

説明があったあと，摘出に同意がなければならぬ（8条1項1文b）。説明と同意を欠き，または不十分な場合には，処罰される（19条2項）。十分な説明の後の提供者の任意の決定のみが生体移植を正当化するのである<sup>56)</sup>。摘出に対する同意は，明示的になされる必要がある。同意は，文書に記録される必要がある。この同意に関しては，任意の同意こそが，摘出を正当化するのであり，摘出に対する家族や社会からの「圧力」の問題をどう解決するかが重要な課題

---

55) 交差生体移植とは，二組の人々が，相互に交叉して，提供することをいう。それが許された親族内で行われる場合には問題ない。しかし，それは，大抵は血液型の不適合のため直接に臓器提供できない場合に，この方法によって，問題を解決しようとする点に意味がある。例えば，あるドイツ人男性の妻がスイス人女性にその腎臓の一つを提供したが，同時に，そのドイツ人夫であるその男性にそのスイス国籍女性の腎臓が移植されたといった場合である。しかし，「特別の人的結びつきにおいて明らかに近い関係にある」という関係にないこのような交叉生体移植は，違法である。ただし，2004年に連邦社会裁判所が，「当事者達が移植を超えてその関係を維持すると予測できる場合，相手方当事者を募集した場合でも，そのような特別の関係が存在する」（BSG JZ 2004, 464.）と判示したことによって，この要件は著しく緩和された（Schroth, a.a.O., S. 490.）。

56) Vgl. Schroth/König/Gutmann/Oduncu, TPG Kommentar, 2005, S. 149.

である<sup>57)</sup>。生体移植は、医師にとっても、患者の無危害原則と自律性尊重原則が相克する場でもある。

その他、ラントの委員会の意見が必要である。少なくとも一人の医師と一人の法律家及び一人の心理学的な問題に経験のある者が属する、ラント法により権限をもつ委員会の立場表明が、生体移植には必要である。委員会は、臓器提供に対する同意が任意に行われていない、臓器が禁止された取引の客体であるというに、事実上の手がかりがあるかどうかを判定する。

血液循環している臓器は、迅速にレシピエントに移植されなければならないが、血液循環していない組織、例えば、角膜や骨髄は、少し長く移植可能期間があり、使用が可能である。後者の摘出は少量であれば、社会相当性または推定的同意により移植の正当化が可能である<sup>58)</sup>。

#### (4) 臓器・組織売買の禁止・処罰

##### (a) 臓器売買の保護法益

臓器売買は、臓器不足と表裏の関係にある。一方で多数の移植を待っている患者がいて、他方に極端にいうと自己の身体の一部しか売れる商品を持たない経済的困窮者がおり、その間を取り持つブローカーがいる。ドイツでも、臓器提供を受ける待機リストに載りながら死亡していく患者が毎年1000人単位でいるといわれている。人工透析を受けていて、もし腎臓移植を受ければ生活の質が向上する患者が数千人いるといわれ、約9000人の患者が待機リストで提供を待っているといわれている<sup>59)</sup>。

かくして、立法者によって臓器売買禁止（臓器移植法17条、18条）の基礎とさ

---

57) これについて、vgl. *Schroth*, Die rechtliche Absicherung der autonomen Entscheidung des Leberdonors, in: *Schroth/Schneewind/Gutmann/Fateh-Moghadam*, Patienten- autonomie am Beispiel der Lebendorganspende, 2006, S. 79.

58) *Deutsch/Spickhoff*, a.a.O., S. 572.

59) Vgl. *Bettina Schöne-Seifert*, Kommerzialisierung des menschlichen Körpers: Nutzen, Folgeschäden und ethische Bewertungen, in: *Taupitz* (Hrsg.), *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, 2007, S. 37.

れたのは、「人間の生存上の困窮状況の利潤追求を目指す搾取」からの保護である<sup>60)</sup>。これは、一方では、「他人によるその生存上の困窮状況の暴利的な搾取に対する臓器受領者の保護」を意味し、他方では、潜在的な臓器提供者に対する「第三者による経済的困窮状態における搾取からの保護」を意味する<sup>61)</sup>。要するに、潜在的提供者も、受領者も「弱者の状況」に立たされているのであり、その状況での自己の身体に対する自己決定権を保護しようというものである。したがって、パターンナリストティックな保護の性格をもつ。

このように、とくに「攻撃的〔積極的〕な臓器売買」(aggressiver Organhandel) が禁止され処罰される。その背景には、経済的困窮状態にある人々が臓器を売り、その臓器が「富者のための臓器の資源」(Organressource für Wohlhabende) になることを防ぐことにある<sup>62)</sup>。しかし、売買ではなく、臓器提供者の補償、被害の弁償、後に生じた被害に対する公的制度による保障のほか、必要経費などの提供は許されている<sup>63)</sup>。

#### (b) 臓器移植法における禁止規定

ドイツでは、臓器または組織の売買は禁止され(臓器移植法17条)、処罰されている(同法18条)。「治療に役立てられる予定の臓器または組織を取引することは禁止される。ただし、第1文は、① 治療の目的の達成に必要な措置に対する適切な対価の供与または受領、とくに臓器または組織の摘出、保存、感染からの保護を含むその他の選別、保管、及び輸送、並びに、② 臓器または組織の使用によって、またはそのもとで製造される薬剤、そして許可及び登録に関する薬剤法の諸規定に服し、または許可又は登録の法規定によって流通におかれた薬剤には妥当しない」(同法17条1項)。「1項1文によって禁止された取

60) BT-Ducks. 13/4355, Begründung zu § 16Abs. 1, S. 1. すなわち、シュルテによると、「生存上の緊急状況の搾取に対する保護」(Schutz vor Ausbeutung existenzieller Notlage) である (Stefanie Schulte, Die Rechtsgüter des strafbewehrten Organhandelsverbots, 2009, S. 95 ff.)。

61) Schulte, a.a.O., S. 96.

62) Vgl. Schroth/König/Gutmann/Oduncu, a.a.O., S. 275 ff.

63) Vgl. Schroth/König/Gutmann/Oduncu, TPG Kommentar, 2005, S. 277 ff.

引の客体である臓器または組織を摘出し、他人に移植し、または自らに移植させることは禁止される」(同条2項)。「17条1項1文に違反して臓器または組織を売買した者、または17条2項に違反して臓器または組織を摘出し、移植し、または自らに移植させた者は、5年以下の自由刑または罰金刑に処する」(1項)。行為者が、1項の事例で業として売買したときは、刑は、1年以上5年以下の自由刑である」(2項)。未遂は罰する(3項)。

臓器移植法17条の禁止は、「治療に役立てられる予定の臓器ないし組織」についてのみ妥当する。薬品製造の目的で薬品会社に臓器を有償で提供することも処罰される。治療以外の目的で、すなわち、工業生産、学術研究、化粧品製造の目的であった場合、17条の売買禁止は、関係しない。すなわち、このような別の目的でのすべての臓器・組織は、処罰の対象とはなっておらず、今後も売買できる<sup>64)</sup>。

#### (5) 臓器の分配

ドイツ臓器移植法における臓器の分配について一言しておこう<sup>65)</sup>。それは、法律上は、抽象的な方針を定めるのみであって、臓器の分配ルールに関する詳しい規定はないということである。臓器移植法12条3項1文は、仲介される臓器は、医学の知見の水準に相応するルールに従って、とくに「成功の見込み」と「切迫性」により待機リストに載った者に仲介されるべきだとする。臓器移植法16条1項1文5号によれば、連邦医師会は、医学分配の知見の水準を記録する分配ガイドラインを決める権限を授権されている。これについては、臓器移植法の規定は、不明確であり、また、患者の生命にかかわる原則は、医師会

64) *Peter König*, Das strafbewehrte Verbot des Organhandels, in: *Roxin/Schroth*, a.a.O., S. 512. ケーニヒによれば、なぜ立法者がこのようにしたのかの納得できる根拠はない。商業化を断罪するなら、そのような臓器売買が、何故、尊厳を害するとの烙印に値せず、可罰的だとの烙印にも値しないのかは明らかでないという。

65) Vgl. *Schroth*, a.a.O., S. 459ff. なお、移植のコーディネーター組織としての DSO (=ドイツ移植財団) の任務と役割については、ドットウケ(山中友理訳) 前掲論文・刑事法ジャーナル34号82頁以下参照。

### 身体・死体に対する侵襲の刑法上の意義（1）

ではなく、むしろ立法者が決定すべきだという批判がある<sup>66)</sup>。しかも、連邦医師会の臓器移植常任委員会のメンバーの権限が大きすぎ、民主的に正当化されえないものであり、手続の透明性も欠くという。

### 3. わが国における生体からの移植

#### (1) 生体からの移植の現状

生体からの臓器移植は、肝臓、腎臓、脾臓の移植が典型的である<sup>67)</sup>。まず、肝移植については、脳死肝移植と生体肝移植がある。「臓器移植に関する法律」の施行後、わが国では2009年11月24日までに64例の脳死肝移植が実施されている。しかし、当初、脳死肝移植が制約され、1989年から、血縁者、配偶者等が自分の肝臓の一部を提供する部分肝移植が実施されたのに対し、1999年に初めて脳死肝移植が開始されたが、その後も脳死肝移植の数が少ないため、生体部分肝移植の症例数は年々増加した。脳死肝移植を希望して登録した人のうち、実際にわが国で脳死肝移植を受けることができた人は7%に過ぎないとされている。これに対して、生体肝移植は、1989年度には1例であったのが、徐々に増加し、2006年度には568例に達し、その後漸減している<sup>68)</sup>。下図を参照。これを棒グラフで表したのがその次の図である。

わが国における生体並びに脳死肝移植数（表）

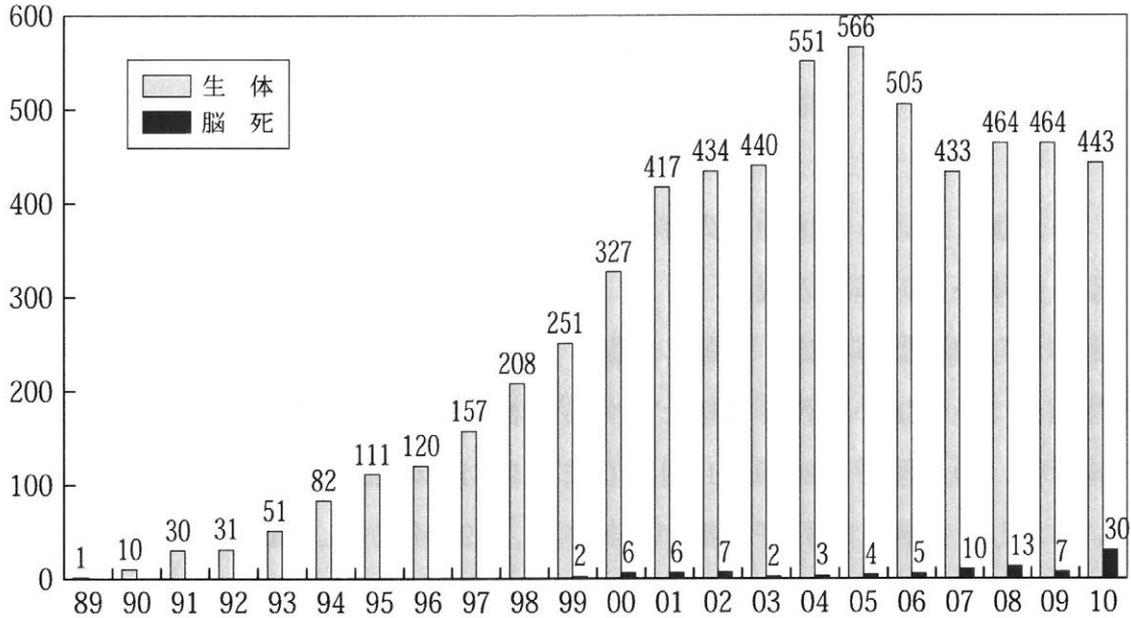
西 暦	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10
生体肝移植	1	10	30	31	51	83	111	120	157	208	251	327	417	434	440	551	568	433	464	464	443
脳死肝移植											2	6	7	2	3	4	6	9	13	7	30

66) Vgl. *Schroth*, a.a.O., S. 459. シュロートは、2007年7月1日施行の「スイス臓器移植法」18条1項において、移植の切迫性、移植の有益性、待機リストを考慮すべきとして、スイス連邦参議院で法律によってこれらの基準の順番を決めるとする規定を設けているが、その方がベターであるという。

67) 臓器移植法5条では、「この法律において『臓器』とは、人の心臓、肺、肝臓、臓その他厚生労働省令で定める内臓及び眼球をいう」と定義する。したがって、ドイツ法とは異なり、「組織」は含まない。

68) 旗手俊彦「生体臓器移植の問題点」年報医事法学20号（2005年）41頁以下参照。

わが国における生体並びに脳死肝移植数（グラフ）



（提供：日本肝移植研究会）

（日本移植学会ホームページ<sup>69)</sup> より）

次に生体腎移植については、日本移植学会倫理指針では、生体腎ドナーは、親族（6親等内の血族，配偶者と3親等内の姻族）に限定されている。その実施例は、下表のとおりである。

2008年腎移植実施症例数

	腎移植件数	パーセント		腎移植件数	パーセント
生体腎	1,276	(86.0%)	献腎(脳死下)	62	(4.2%)
献腎(心停止下)	146	(9.8%)	計	1,484	

ファクトブック 2011（日本移植学会ホームページより）

ちなみに、脳死腎移植については、改正法の施行された2010年7月から2011年6月までの1年間で67人であり、それ以前の年平均13人であったのが大きく増加した。その一方、心臓死からの人移植は、年平均153人であったのが、改正後141人と減っている<sup>70)</sup>。

69) [http://www.asas.or.jp/jst/report\\_top.html](http://www.asas.or.jp/jst/report_top.html)

70) 朝日新聞2011年7月26日（火）より。日本臓器移植ネットワーク・ホームページ参照。

## 身体・死体に対する侵襲の刑法上の意義（1）

人工透析を受け登録して腎移植を待っている患者の数は、2011年6月末で11,910人に達するとされている<sup>71)</sup>。臓器移植を希望しても移植臓器が足りない場合、海外で移植手術を受けるか、親族から生体臓器移植を受けるしかない。それは、脳死移植の代替手段という意味をもたされているのである。それは、その意味で現実的には唯一の救命方法である。

### （2）生体移植の正当化根拠

生体移植は、提供者自身は侵襲を受ける医学的適応がなく、健康であるのにその臓器が摘出されるという点に最大の問題点が認められる。しかも、場合によってはそのような提供者が死亡するという事故も起こっている。移植のための臓器摘出は、提供者にとって危険な身体への侵襲を伴うものである上、場合によってその後の日常生活における負担を前提とする。

#### （a）要件の厳格性

そこで、その実施の要件は厳格でなければならないことになる<sup>72)</sup>。その厳格性の根拠は、健常者の臓器を摘出する点で、「無危害原則」違反となることに認められる。これにより、刑法上の傷害罪の成立を阻却する事由についても、脳死移植とは違った根拠が求められることになる<sup>73)</sup>。ちなみに、「日本移植学会倫理指針」では、「健常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。特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」としている。刑法上の正当化根拠ないし構成要件該当阻却事由となりうるのは、提供者の「同意」の存在がメインであるが、同意がすべてを解決するわけではなく、これに加えて上記の

---

71) 2010年現在、わが国で慢性透析療法を実施している患者数は297,126人である。前年度より6,465人増加している（日本透析医学会のホームページより）。

72) 厚生労働省の『『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）』は、生体からの臓器移植の取扱いに関して、生体からの臓器移植は、健常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とする。詳しくは後述。

73) これについて、城下裕二「生体移植」倉持 武・丸山英二（責任編集）『脳死・移植医療』（シリーズ生命倫理学3巻）（2012年）136頁以下、138頁以下参照。

ような提供者の生活への影響の危険などの厳格な要件が必要となる。

(b) 自律性の原則（同意の任意性）の制度的保障

とくに、生体臓器移植においては、ドナーとレシピエントが同一家族の構成員であるのが原則である<sup>74)</sup>ことから、提供の「同意」の「任意性」が、すなわち「自律性の原則」が担保されうるかも、生体臓器移植の大きな問題点である。先の無危害原則の例外を許容する原理は、提供者の「同意」であるから、その同意の「任意性」が保障される必要がある。これを保障するためには、親族や未成年者をドナーとする場合の「同意」の任意性をどう保障するかなどを明確にする制度の確立、提供の手続、社会的基盤の醸成、アフターケアなどが課題となる。

(c) その他の正当化要件

提供者の同意とならんで、もとより医師が、レシピエントである患者の治療のために「医学的適応」のある移植手術を施し、臓器の提供者からの摘出手術も「医術的正当性」に則って施行することが求められる。これは、刑法35条の「正当業務行為」を認める前提となるであろう。しかし、おそらくそれにとどまらず、当該のレシピエントの疾病を治療するために必要で、広い意味でそれ以外に方法がないといった「必要性」や「補充性」といういわば緊急避難的な要件も必要であろう。そのようにして求められる移植の「現在性」の要件がありうるとすれば、移植を必要とする将来の患者のために保存するために臓器摘出を行うことは禁止されることになろう<sup>75)</sup>。

(3) 臓器移植法の運用指針における生体臓器移植

1997年の「『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）」が2010年に改正され、その「第13」に「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<sup>76)</sup>。

74) その根拠としてかつては組織適合性という医学的理由によると解されてきたが、免疫抑制法の進歩により現在では別の理由が考えられるという（城下・前掲論文「脳死・移植医療」141頁参照）。それは、親等制限を行うことによって臓器提供者の意思決定に際して強制・報酬の要素が伴うことが回避されるという点である。

75) これについて、城下・前掲書139頁参照。

76) 平成9年10月8日制定，平成22年7月17日改正。

## 身体・死体に対する侵襲の刑法上の意義（1）

そこでは、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」として、まず、その例外的・補充的性格を明らかにし、その取り扱いにつき、大略、次のように定める。

② 家族及び移植医療に関与する者以外の者により提供者の自由意思を確認する。③ 摘出術の内容に関する文書による説明、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」に関する説明、及び書面での提供の同意を要する。④ いわゆるドミノ移植<sup>77)</sup>の場合、自ら移植術を受ける一方、提供者でもあるのだから、移植術を受ける者としてのほか、提供者としても、説明を受け、同意していることを要する。⑤ 移植術を受ける者に対する移植術の内容、効果およ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することが必要である。⑥ 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、それによって確認できないときは、倫理委員会等の委員会に関係資料に基づき確認することが必要である。⑦ 親族以外の第三者からの提供の場合には、有償性の回避および任意性の確保に配慮し、倫理委員会等の委員会において症例毎に個別の承認を受けることを要する。⑧ いわゆる病腎移植については、原則的に妥当ではなく、その有効性およ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禁止する。臨床研究として行う場合も、「臨床研究に関する倫理指針」に規定する事項を遵守し、研究実施の際の適正な手続を確保し、提供者からの問い合わせに対する的確な対応、情報の公開、研究の透明性の確保を図る必要がある。

前述のように、この指針では、①生体臓器移植の例外性・補充性を基本原則とし、さらに②提供者の提供が自由意思であること、それを確認することが要求され、③～⑤において、説明と同意について規定する。③により提供者に対する文書による説明と文書による同意が要求されている。また、説明の内容は、

77) 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場合をいう。

臓器提供者に生じうる「危険性」と提供を受ける者の手術の「成功可能性」を含む必要がある。④は、ドミノ移植に関する臓器の受領者と提供者の二重の地位に伴う説明と同意に関するものである。⑤により移植を受ける者に対する文書による説明と同意の取得が必要である。⑥により提供者が親族の場合の本院確認の実施につき、公的証明書（細則によると、戸籍抄本・住民票・世帯単位の保険証）による確認を原則とするものである。⑦により、親族以外の第三者からの提供については、倫理委員会によって「個別の承認」が必要とするものである。⑧により、病腎移植については、その要件を遵守した上で臨床研究としてなされるべきとする。2007年3月に「病腎移植に関する学会声明」においては、感染腎や腎動脈瘤では生着率が劣るとのデータがある、悪性腫瘍を有する患者からの腎臓移植は、腫瘍細胞が持ち込まれる可能性があるとの指摘を踏まえたものとされている<sup>78)</sup>。

#### (4) 臓器売買の禁止

わが国では、臓器売買は、臓器移植法によって禁止されている。しかし、世界に目を向けると、臓器売買は、実態として頻繁に行われ、とくに発展途上国において著しい。臓器売買の対象となるのは、死体（からの）臓器と生体（からの）臓器の二つの場合があるが、発展途上国ではほとんどの場合が後者の生体臓器売買であるといわれている<sup>79)</sup>。臓器売買を許容するならば、不足しがちな提供臓器が増え、多くの患者が救われるという利益がもたらされるが、他方、臓器売買の禁止は、人格権の及んでいた身体の一部が経済的取引の客体となり、「人間の尊厳」に反するといった倫理的・法理念的根拠から唱えられる。しかし、現実には、もっと深刻な根拠が多角的に挙げられる。その有力な根拠として、生体臓器の売買は、途上国では生活費を得る目的で行われ、臓器摘出後の健康状態が悪化するなどの影響があり、しかも経済的弱者が臓器を売り、強者が買うという弱者と強者の固定的な構図が挙げられる。また、臓器売買は、患

78) 城下・前掲書147頁以下参照。

79) これについて、栗屋 剛「臓器売買」倉持・丸山（責任編集）『脳死・移植医療』212頁以下参照。

者についても、経済的弱者は移植を受け、弱者は受けることができないという「移植機会の公平性」を損なう状況をもたらす。そこで、その規制の仕方は様々であっても、国際的状況を顧みると、臓器売買を禁止している国が圧倒的に多い。しかし、臓器売買の禁止・処罰の根拠については、論争があり、それが自明というわけではない<sup>80)</sup>。その根拠については、国際関係的・経済的・倫理的・法的観点からの考察が必要である。本稿では、臓器売買禁止に関するわが国の法的現状とその処罰根拠に絞って以下で考察を加える。

(a) わが国の法規制

わが国では、臓器移植法は、「何人も、移植術に使用されるための臓器を提供すること若しくは提供したことの対価として財産上の利益の供与を受け、又はその要求若しくは約束をしてはならない」と規定し（11条1項）、利益の供与・要求・約束を禁止するのみならず、利益の供与・申込み、約束（2項）、提供のあっせんをすること若しくはしたことの対価としての財産上の利益の供与・要求・約束（3項）、あっせんを受けること、または受けたことの対価としての財産上の利益の供与・申込み・約束（4項）、それらの事実を知って、臓器を摘出し、移植術に使用すること（5項）を禁止し、その違反には、「5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する」<sup>81)</sup>（同法20条）。

(b) 臓器売買禁止の根拠

臓器売買禁止・処罰の根拠については、脳死臨調最終報告書では、遺体の一部である臓器を単なる「物」または「資源」扱いし、経済取引の対象にすることは、人々の感情に著しく反するとして、さらに、移植機会の公平が損なわれ、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とする<sup>82)</sup>。臓器移植法の逐条解説においても、「移植機会の公平性」の

80) 栗屋・前掲書227頁。

81) 業として行う臓器のあっせんには許可を必要とし、無許可で行った者は、1年以下の懲役もしくは100万円以下の罰金を科され、または両者を併科される（22条）。

82) 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1・脳死と臓器移植』（3版・1999年）296頁、中山研一『資料にみる脳死・臓器移植問題』1992年119頁参照。

確保、「善意・任意の臓器の提供」という「臓器移植の基本的な考え方」維持が挙げられている<sup>83)</sup>。ドイツの臓器移植法における臓器売買の禁止については、その理由として、人間の尊厳侵害<sup>84)</sup>が援用されている。「人間ないしその死体が、財産的利益の対象になるなら、人間の尊厳の保障は侵害される。臓器の販売並びに対価を伴う臓器提供も、基本法1条2項の保護の保障と適合しない<sup>85)</sup>。さらにこれをドイツの議論にならって、人間の尊厳から導こうとする見解がある。この見解によれば、人体臓器を「身体の自己所有」を徹底すると臓器売買の禁止根拠は見出し難い<sup>86)</sup>が、人体から切り離された臓器には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り、これが処罰根拠であるとする。これに対して、いずれの禁止理由も説得的でないとして、臓器売買の全面禁止に反対し、一部緩和を求める見解<sup>87)</sup>も唱えられている。例えば、研究用のヒト組織の売買が禁止されておらず、広範な人体の商品化が進行しており、この規制を解くことによって、多くの患者が救われ、また、人間の尊厳は全体としての人間に妥当する原則であり、個々の臓器について妥当するものではないなどとされる。したがって、政府による適切な規制のもとで臓器売買を許容するのがむしろ望ましいとするのであり、この議論は、富者による搾取から貧者を守るのが、臓器売買禁止の根拠であるとする点については、それは経済的状況による「強制」ではなく、臓器を売ることを選択可能なオプションが広がると考え、また、貧者の中には臓器売買のリスクを理解できないので、真の意味での「同意」がないという論拠についても、これが全面的売買を禁止

83) 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）74頁以下。

84) なお、粟屋 剛「人体商品化論——人体商品化は立法によって禁止されるべきか——」甲斐克則（編）『ポストゲノム社会と医事法』（2009年）89頁以下参照。

85) Interfraktioneller Entwurf, BT-Drs. 13/4355, S.29: Vgl. König, Die strafbewehrte Verbot des Organhandels, Roxin/Schroth, Handbuch, 3. Aufl., S. 411.

86) 甲斐克則「生体移植をめぐる刑事法上の諸問題」法律時報79巻10号40頁。

87) 川口浩一「臓器売買罪の保護法益」法律時報79巻10号47頁。粟屋・前掲書、とくに229頁以下参照。

する理由にはならないとする<sup>88)</sup>。

私見によれば、臓器売買の禁止は、臓器を商品化することを避けることによって、移植機会の公平性の確保や、潜在的臓器販売者の健康の保護を法益とする。臓器を商品化することによって、臓器の供給は増加し、臓器不足は解決し、移植を望んでいる人々の生活の質を高めるであろうが、その禁止の緩和の条件を明確にして、問題の回避が図れる見通しのないかぎり、政策的調整原理でもある「正義原則」は、現在の社会においては、臓器売買の禁止を支持するように思われる。多くの患者を救うには、生体移植によるのではなく、脳死移植の方法を用い、また、当分は、将来の人工臓器の培養に対する技術的進歩が待たれるべきである。

#### (c) 臓器売買事例

臓器売買事件が発覚した事例としては、2006年の愛媛県の宇和島徳洲会病院で、レシピエントが腎提供した知人女性に現金を支払った事件<sup>89)</sup>があったが、最近では2011年6月23日に報道された医師と暴力団が関与した事件が注目を集めた。腎不全と診断され、人工透析を受けていた医師が、妻の知り合いの女性を通じて、その女性と内縁関係にある指定暴力団の組員に腎臓の提供者を探す依頼をし、元組員の男性を紹介してもらって、虚偽の養子縁組をし、腎臓を提供してもらう見返りに、1千万円を支払ったが、病院の倫理委員会で手術が認められ、手術の前後に組員がさらに1千万円を要求したため交渉が決裂したが、養子縁組をしていた別の組員の男性に1千万円支払い、この組員から腎臓の提供を受け、同病院で移植手術を受けたという事件である。この事件の執刀医は、2006年の事件と同じ医師であった。臓器の売買は、暴力団の間では「膨大な需

---

88) ラドクリフ・リチャーズの見解として紹介されている（安部圭介・米村滋人「臓器移植と自己決定権——ミュンヘン会議からの示唆」前掲（樋口・土屋編）『生命倫理と法』26頁以下、とくに31頁以下）。

89) 甲斐・前掲法律時報79巻10号39頁参照。ドナーとレシピエントに対し、2006年12月26日に松山地裁宇和島支部で、懲役1年執行猶予3年の有罪判決が出た。なお、当該の手術をした医師が、「病気腎移植」を行っていたことが発覚したことも注記しておく。

要に供給が追いつかない分野で、「うまみの多いビジネス」として定着しつつあるという<sup>90)</sup>。

当時、この臓器売買事件を受け、日本移植学会が倫理指針を改定する方針を固めたと報じられた。養子縁者間での生体移植について、親族となって5年を経過していない場合、臓器提供や移植手術を認めないように改訂するというものであった<sup>91)</sup>。平成24年9月20日に開催された日本移植学会社員総会において、倫理指針改定案が承認されたが、そこでは、とくに、「臓器の売買の禁止」について定め、「人の臓器は商取引の対象とはなりえない。したがって、臓器に対する対価の授受は禁止する。特に以下の事項を遵守することを求める。① いかなる理由があろうとも、国内外を問わず売買された臓器の移植を行ってはならない。② 国内外を問わず売買に関与している医療施設や、医療関係者および臓器の売買を斡旋するものに患者を紹介することを禁じる。③ 海外の医療施設に移植目的で患者を紹介する場合には、売買された臓器によって移植が行われないことを確認しなければならない」とされたが<sup>92)</sup>、親族となった後、5年を経過しなければならぬとの改訂は行われなかった。

## 2. ドイツ法における輸血

### (1) 輸血の意義と法的構造

輸血は、血液または血液製剤を患者の治療に用いることを意味する。血液ないし血液の構成部分が他人のものである場合、他人輸血 (Fremdblutspende) といい、自己の血液ないし血液の構成部分を輸血する場合を自己輸血 (Eigenblutspende) という<sup>93)</sup>。輸血に際して重要なのは、感染と免疫反応を回避することである。血液ないし血液製剤の確保と血液銀行の運営、および関係機関の準備体制である。

90) 朝日新聞2011年6月24日(夕刊)。

91) 朝日新聞2011年6月30日(朝刊)。

92) 「日本移植学会倫理指針」(日本移植学会ホームページ)

93) *Laufs/Katzenmeier/Lipp, a.a.O., S. 180.*

## 身体・死体に対する侵襲の刑法上の意義（1）

輸血の基本的な法的構造は、移植の場合と同様である。輸血を受ける患者にとっては、輸血は治療の一部である。自己輸血の場合には、採血も治療の一部である。これに対して、他人の治療のための採血である場合には、本人にとっては採血を受ける本人にとっては治療ではないから、いわゆる「他人のための侵襲」(fremdnütziger Eingriff) の一種である。

血液ないし血液製剤による患者の感染の問題が、とくに1980年代に、血液製剤からのエイズ(HIV)の感染の問題が深刻な社会問題となったことから分かるように、輸血にとって重要な問題である。血液の採取、加工、使用に際しては、患者の安全が第1であることを出発点とすべきである。

### (2) 輸血法の制定と内容

ドイツでは、1998年に輸血法(Transfusionsgesetz=TFG)が制定された。この法律は、人間に使用する目的での、人間の血液と血液構成部分の採取、追跡調査を含めてその適用、そして、その際に安全な提供を確保するために遵守すべき内容的、組織的・手続的要件を規定する(同法1条)。

輸血法は、医学と医療技術の水準に関する多数の規定をもち、連邦医師会には、この水準をガイドラインにおいて確定する権限を授けられている。

血液と血液から得られる血液製品は、原則として医薬品法(Arzneimittelgesetz=AMG)に服する。したがって、輸血法が別の規定をしていないかぎり、薬事法が適用される(29条1文)。輸血法には、提供者からの血液の採取、受血者の側のその適用についての完全な完結した規制はない。その点で、やはりここでも医薬品法に立ち帰ることになる。

#### (a) 採 血

輸血法は、採血過程を、採取された血液ないし血液の一部のそれとは区別している。採血の基礎は、提供者と献血機関との契約である。契約の内容は、提供者が公共の利益において採血に応じているということによって決定されている。提供者は、血液提供にかかった費用の補償を受けるが、それ以上の支払は禁止されている(10条)。提供者の特徴的な機能は、「他人のため」という点に

ある。したがって、採血の履行を求める強制的な請求権はない。血液提供契約は、構造的には、他人のための治験契約と同様の意味をもつ。同時に、血液提供契約は、物権法の原則に従って行われる提供者の譲渡の基礎をなす。

そのほか、準備調査、採血およびその際に収集された個人データの使用のためには、提供者の同意が必要である。それは、提供者の身体ないし人格権に対する侵襲を意味するからである。したがって、提供者は、事前に分かりやすい形式で採血と調査の本質、意味、実施について説明を受けなければならない。説明の範囲は、採血が他人のために行われる状態によって決定される。したがって医師は、提供者に献血と結びついた危険と結果について示される必要がある。同意は、輸血目的での提供物の使用に及ばなければならない。輸血法6条1項3文によれば、しかるべき説明を要求しているが、それによって、提供者がその他人のために使用することを排除することが可能になった。逆に、輸血法17条1項3文は、自己のための血液提供を他人のために使用することを禁止している。とくに、提供者が自分のための使用だけに同意し、それによってその他の使用にはしかるべき同意がないからである。これによって、法は、提供者の人格権が、提供物に関して輸血機関が所有権を獲得した後も、その使用の際には、引き続き尊重されなければならないことを認めたのである。

同意は、「その血液提供者」によらなければならない（輸血法6条1項1文）。成人は、同意能力を持たない限り、常に、同意できる。病気等のために同意能力を欠いている成人については、後見人を立てることができる。

未成年については、その両親に監護権がある<sup>94)</sup>。監護権者は、あらゆる事項について、法定代理として権限を有する（民法1626条1項、1629条1項1文）。したがって、輸血についても同様である。両親は、その際、実質的に子供の「幸福」を実現しなければならない（民法1629条1号1文）。両親の自由な判断は、子供が侵害されるとき、それが両親の責任とされるとき、終わる。未成年者の成熟度によって、子供の自立性も考慮されなければならない。両親は、子供の成長度に応じて献血について子供と話し合わなければならない。未成年者が、

94) *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, a.a.O., S. 184.

その侵襲の意味と射程を判断できるなら、その同意も必要である。

採血前の提供者の免疫の実施の特別の要件については、移植法8条に規定がある<sup>95)</sup>。免疫措置は、提供者のさらなる健康上の危険と結びついた、付加的で著しい負担となるものであるから、この付加的な侵襲は、実質的に正当化される必要がある。提供者にとって医学的に適合したものでなければならない。同意は、しかるべき説明の後、それに及ぼされ、書面によって与えられなければならない。その実施は、医師の責任において行われ健康状態の管理を包括する。

(b) 使 用 (点滴)

受血者の治療のための血液製剤の使用は、その治療行為に役立つものであり、したがって、それに通用している一般規定に服する<sup>96)</sup>。これについては、移植法13条1項2文が、説明と同意の要件を守るべきことを定めている。未成年者または同意能力のない成人の治療のための血液製剤の使用に対する同意にとっては、その医師による治療に対する一般原則が同様に妥当する。医師は、患者の血液製剤の使用のための適応症を見立てなければならない。

(c) 自己提供

輸血法は、自己の血液の採取と使用についても定める。輸血法28条において、若干の事例を例外とする。それは、採取された量、採取、作成および応用に関して、古典的な自己のための血液提供から区別されるからであり、また、——他人のための使用とは異なり——輸血の危険が少ないからである<sup>97)</sup>。

決定的なのは、自己血液提供の目的である。自己の血液は、それを後に侵襲を受ける際に提供者に必要となった場合に輸血し、それによって他人からの輸血を避けるために採取されるのである。他人からの輸血は、つねに感染の危険と結びついているからである。したがって、自己輸血は、患者の治療の一部であり、それに関する原則に従う。

95) *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, a.a.O., S. 185.

96) *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, a.a.O., S. 186.

97) *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, a.a.O., S. 187f.

自己のための血液提供が、結局、用いられなかったとき、それは、輸血法17条1項3文に従って他人のために使用されてはならない。二つの理由に基づく。第1に、自己以外の者に使用するの、同意の範囲外だからである。第2に、提供者は、他人のための提供者としての適性に基づいて調査され、選ばれたのではないからである。

(d) さらなる使用

採取された血液のさらなる使用は、一般原則による。連邦裁判所のともに、採取された血液を身体から切り離された部分ととらえるかどうかとは無関係に、それが、自己のための血液提供として、輸血され戻されるよう予定されている限りで、遅くともこの使用の目的がなくなったときには、物となる<sup>98)</sup>。その場合、ドイツ民法953条によって患者の所有となる。患者が、用いられなかった自己の血液を治療する医師や病院に委ねなかったときには、ここで所有権の譲渡が生じる。それは、医師の治療の枠内で発生し、その結果、治療契約がその法的根拠をなす。他人のための血液提供においては、所有権譲渡は、血液提供契約に依存する。

輸血の後も続けて守られるべき提供者の人格権は、その場合、いかなる目的であれば血液が使用されてよいのかを決定する<sup>99)</sup>。したがって、決定的なのは、さらなる使用が、提供者の人格権を侵害するか、どの程度まで、与えられた同意が及ぶかである。それは、提供者がどの程度のさらなる使用を予測していたかによる。それによると、自己のための提供の場合には、患者の治療と関係のある、例えば、診断の再検査または行われた治療の質のコントロールのための使用は、原則として疑いはない。最終的なゴミ処理をするという場合も疑いはない。自己のためのないし他人のために提供された血液の使用が研究目的ないし商業的な再処理のためであったとき、原則として特別の同意が必要である。

98) *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, a.a.O., S. 187.

99) *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, a.a.O., S. 188.

### 3. わが国における輸血

#### (1) 法的規制とガイドライン

2000年7月12日<sup>100)</sup> 国際輸血学会は、総会において「献血と輸血に関する倫理綱領」(ISBT)を採択し、「輸血医学領域において遵守されるべき倫理的な原則と規則」を定めた。そこでは、献血は「自発的かつ無償でなされるべき」こと、「献血者と受血者の匿名性」の確保、患者については、「事前の説明」があること「臨床的に適性で、最前の安全性を提供できる成文製剤のみ投与されるべき」ことが要請されている。

わが国においては、輸血に関する規制としては、薬事法（昭和35年法律第145号）及び採血及び供血あつせん業取締法（昭和31年法律第160号）があった。現在存在する「安全な血液製剤の安定供給の確保等に関する法律」は、平成15年（2002年）に、上記の「採血及び供血あつせん業取締法」が改正され、その際に改称されたものである。その目的は、「血液製剤の安全性の向上、安定供給の確保及び適正な使用の推進のために必要な措置を講ずるとともに、人の血液の利用の適正及び献血者等の保護を図るために必要な規制を行うことにより、国民の保健衛生の向上に資することを目的とする」ものである。以上から分かるように、本法は、血液製剤を確保するための法律である。

輸血にあたっては血液全部を輸血されるのではなく、赤血球・血小板・血漿などのうち不足している成分を必要最低度で成分輸血されるのであるが、血液製剤はヒト由来の生物製剤であるために免疫性及び感染性輸血副作用や合併症を完全に排除することは難しい。

すでに平成元年には、輸血療法全般の安全対策を現在の技術水準に沿ったものとする指針として「輸血療法の適正化に関するガイドライン」<sup>101)</sup>が策定され、それが平成11（1999）年に改定されて「輸血療法の実施に関する指針」として制定されていた。しかし、厚生労働省は平成17（2005）年9月、「輸血療法の実施に関する指針」（改定版）及び「血液製剤の使用指針」（改定版）を通知

100) 2006年9月5日修正。

101) 厚生省健康政策局長通知（健政発第502号・平成元年9月19日）。

し<sup>102)</sup>、これを改めた。この「輸血療法の実施に関する指針」においては、平成11年の制定後の輸血療法の進歩発展を踏まえ、さらに「安全な血液製剤の安定供給の確保等に関する法律」(昭和31年法律第160号；平成15年7月一部改正施行)第8条に基づき、「医療関係者」は血液製剤の適正使用に努めるとともに、血液製剤の安全性に関する情報の収集及び提供に努めなければならないとの輸血療法を適正に行う上での諸規定に基づいて再検討された。

### (2) 輸血療法における医療関係者の責務

この「輸血療法の考え方」における「医療関係者の責務」として以下の3点が掲げられている。それによると、「医療関係者」の次のような義務がとくに考慮されるべきである。

- ① 特定生物由来製品を使用する際には、原材料に由来する感染のリスク等について、特段の注意を払う必要があることを十分認識する必要があること、さらに、
- ② 血液製剤の有効性及び安全性その他当該製品の適正な使用のために必要な事項について、患者又はその家族に対し、適切かつ十分な説明を行い、その理解(すなわちインフォームド・コンセント)を得るように努めなければならないこと、また、
- ③ 特定生物由来製品の使用の対象者の氏名、住所その他必要な事項について記録を作成し、保存(20年)すること(薬事法第68条の9第3項及び第4項)が必要である。

### (3) 輸血療法に関する説明と同意

説明と同意に関しては、「患者又はその家族が理解できる言葉で、輸血療法にかかわる以下の項目、すなわち、

- ① 輸血療法の必要性
- ② 使用する血液製剤の種類と使用量
- ③ 輸血に伴うリスク

---

102) 平成17年9月6日付薬食発第0906002号(医薬食品局長通知)。

身体・死体に対する侵襲の刑法上の意義（1）

- ④ 副作用・感染症救済制度と給付の条件
- ⑤ 自己血輸血の選択肢
- ⑥ 感染症検査と検体保管
- ⑦ 投与記録の保管と遡及調査時の使用
- ⑧ その他、輸血療法の注意点

を十分に説明し、同意を得た上で同意書を作成し、一部は患者に渡し、一部は診療録に添付しておく（電子カルテにおいては適切に記録を保管する）」とされた。

（4）院内における輸血用血液の採取

さらにこの指針においては、その他、院内で採血し輸血する場合についても定められている。それによれば、「院内で採血された血液の輸血については、供血者の問診や採血した血液の検査が不十分になりやすく、また供血者を集めるために患者や家族などに精神的・経済的負担をかけることから、日本赤十字社の血液センターからの適切な血液の供給体制が確立されている地域においては、特別な事情のない限り行うべきではない」とされている。その際、① 説明と同意、② 必要となる場合、③ 不適切な使用、④ 採血基準、⑤ 供血者への注意、⑥ 採血の実施体制、⑦ 採血された輸血用血液の安全性及び適合性の確認、⑧ 記録の保管管理の項目において、詳しく行為準則が定められている。