

臓器移植法における正当化要件としての 家族の決定的かつ優越的な同意（二・完）

後 藤 有 里

目 次

1. 序 論
2. 問題の所在
3. 脳死判定に関する意思決定の法的性格
 - 3-1. 脳死は人の死か
 - 3-2. 脳死判定に関する同意の法的性格
 - 3-2-1. 脳死を人の死とする場合
 - 3-2-1. 脳死を一律には人の死としない場合
 - 3-2-3. 脳死を人の死とおおよそ認めない場合
 - 3-3. 脳死判定に関する提供者本人の意思
 - 3-4. 脳死判定に関する家族の意思とその法的効力
 - 3-5. 小 括 （以上、67巻5号）
4. 臓器摘出に関する同意の法的性格
 - 4-1. 脳死を人の死とする場合
 - 4-1-1. TPG 下での臓器摘出に関する提供者の意思と近親者の意思
 - 4-1-2. 日本における議論
 - 4-2. 心臓死説を維持する場合
 - 4-2-1. ドイツの死に対する同意をめぐる議論
 - 4-2-2. 臓器移植法の解釈
 - 4-2-3. 刑法202条の特殊な正当化事由としての臓器移植法
 - 4-3. 小 括
5. 結びにかえて （以上、本号）

4. 臓器摘出に関する同意の法的性格

脳死一元説を採ると、臓器摘出の時点では提供者は既に死亡していることになるので、死ぬことへの同意の正当化効の有無は問題とはならないが、当該摘出の可否の決定に、提供者本人が参与することができるか否かが問題となる。

他方、心臓死説を維持するならば、脳死判定の時点においてもなお生きているはずの臓器提供者の心臓を本人の意思に基づいて停止させることが許され得るのか否か、すなわち、殺人罪ないし同意殺人罪の正当化の可否が問題となる。

4-1. 脳死を人の死とする場合

脳死一元説に立脚するときは、移植のための臓器摘出は、脳「死体」に対する侵襲となる。従って、臓器移植法上の、臓器摘出に関する意思決定は、刑法的には死体損壊罪の正当化要件のひとつであるということになり得る。ドイツ臓器移植法は、脳死を人の死とすることを前提としているため、脳死一元説に立脚する場合の臓器摘出行為に関する意思決定の法的性格については、ドイツ法における議論が参考になる。

4-1-1. TPG 下での臓器摘出に関する提供者の意思と近親者の意思

ドイツ法における議論を参考に検討を進めるに際しては、法制度及び解釈論的な基礎の異同につき二、三留意しておかなければならない点がある。まずは、ドイツ臓器移植法がどのような意思決定システムを採用しているのか概観した上で、日本のそれとの簡単な比較を行って、相違点を確認し、それにも拘わらずドイツ法における議論の援用が可能であることを示したい。

4-1-1-1. TPG の意思決定システムの枠組み

ドイツ臓器移植法（以下、TPG と略記。）¹⁾ は2012年7月に「拡張された同意解決（die erweiterte Zustimmungslösung）」から「意思決定推進方式（die Entscheidungslösung）」に改正された²⁾。意思決定推進方式とは、ドイツ移植

1) ドイツ臓器移植法について、詳しくは、Ulrich Schroth, Die postmortale Organ- und Gewebespende, in: Claus Roxin, Ulrich Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrecht, 2010, S.444ff.; Erwin Deutsch, Das Transplantationsgesetz vom 5. 11. 1997, NJW 1998, S.777ff.

2) TPG2012年改正について詳しくは、神馬幸一「2012年改正ドイツ移植法」法制研究17巻3・4号、345頁以下、及び、渡辺富久子「立法情報【ドイツ】臓器移植法の改正」外国の立法252—2（2012年）、12頁以下参照。また、2012年改正の成立過程における議論内容に関して、グンナール・ドットウケ（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年）、

臓器移植法における正当化要件としての家族の決定的かつ優越的な同意（二・完）

財団の見解によると、公的および民間健康保険機関に対して移植医療に関する一定の普及活動を法的に義務付ける点を特徴とする同意解決である³⁾。しかしながら、意思決定システムの構造それ自体はこれまでの TPG を引き継ぐものであるため、従前の意思決定システムに関する議論を参考とする。また、この同意は臓器摘出あるいは組織摘出（のみ）に向けられるものであるとされている。

意思決定システムは、TPG 3 条・4 条に規定されている。これによると、死者からの臓器摘出あるいは組織摘出は、次のいずれかの場合に許容される：

① 可能的臓器提供者あるいは可能的組織提供者が生前に明示的に臓器摘出あるいは組織摘出に同意している場合、② 可能的臓器提供者あるいは可能的組織提供者の拒否（反対意思）がなく、その可能的提供者の最近親者（*nächste Angehörige*⁴⁾）が同意している場合。②の場合の最近親者は、可能的提供者の

↘79頁以下。TPG「拡大された同意解決」に関しては、斎藤純子「臓器及び組織の提供、摘出採取及び移植に関する法律（移植法）」外国の立法235（2008年）、115頁以下、中谷謹子『続21世紀につなぐ生命と法と倫理：生命の周期に至る諸問題』（2001年）、79頁以下、臼木豊「臓器の提供、摘出、及び移植に関する法律（移植法—TPG）」商学討究51巻4号（2001年）、261頁以下、長井圓「ドイツの臓器移植法」神奈川法学32巻2号（1998年）、478頁以下、Ulrich Schroth, 前掲注1, S. 452.; Gilbert Thiel, Wie soll die Organentnahme geregelt werden?, in: Gerd Brudermüller, Kurt Seelmann (Hrsg.), Organtransplantation, 2000, S.203.

3) Deutsche Stiftung Organtransplantation, Neuregelung zur Organspende: die Entscheidungslösung gilt ab 1. November, <http://www.dso.de/dso-pressemitteilungen/einzelsicht/article/neuregelung-zur-organspende-die-entscheidungsloesung-gilt-ab-1-november.html>.

4) 最近親者については、TPG1a 条 5 項に定義規定が置かれ、原則的優先順位が規定されている。また、TPG 4 条が、優先順位に関する補完的ルールを規定している。第一に、可能的提供者が臓器摘出あるいは組織摘出に関する決定権を委任する人物を指定している場合は、その委任を受けた者が最近親者に代わって決定をなす（TPG 4 条 3 項）。これがない場合は、以下の順で摘出に関する決定権が与えられる：① 配偶者あるいは登録された生活のパートナー、② 成年に達した子ども、③ 両親、④ 成年に達した兄弟姉妹、⑤ 祖父母（以上、TPG1a 条 5 項）。同等のランクの近親者が複数ある場合、そのうちの一人の意思が確認できれば足りるが、他の者がこれに反対した場合は、考慮されなければならない、最上位の者の意思を適時に知ることができない場合は、次順位の者の意思で足りる（以上、TPG 4 条 2 項）。➤

推定されうる意思を尊重しなければならないが、そのような意思が推定され得ない場合においては、最近親者に、その臓器摘出に関する自由な決定が認められている。一方で、可能的提供者の反対意思が確認あるいは推定し得る場合は、その臓器摘出あるいは組織摘出は常に認められない⁵⁾。つまり、可能的提供者の明示的意思表示があるときはその諾否に関わらずこれが決定的となり、ないときは最近親者が可否を決定できるということである。

4-1-1-2. ドイツ臓器移植法と日本臓器移植法との相違点

ドイツ臓器移植法は、臓器摘出についてのみ、承諾規定を置いている。ドイツでは、連邦医師会の学術諮問委員会が、1982年に全脳の死を人の死とすること及びその判定基準に関する統一の見解を発表し、それが国民によって受け入れられている⁶⁾。つまり、ドイツにおいては脳死を個体死としたうえで、脳死体からの臓器移植医療が行われており、また、臓器移植法制定によって、実践的に行われている行為について、脳死を人の死と認めることを前提として、法的基礎を与えたのである⁷⁾。このように脳死を前提として臓器摘出のみに同意規定を置いている点が、臓器摘出及び脳死判定について別個に規定を設けている、いわば二段階構造の意思決定システムを持つ日本法との大きな違いである。「ドイツ法は家族による同意の際にも本人の意思の配慮を義務づけており、基本的には自己決定モデルをとっている」のに対して、「日本の新臓器移植法は

ゝまた、死にいたるまで可能的提供者と特別な人的つながりを以て生活を共にしていたことが周知である成年者 (bis zu seinem Tode in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehend hat) はこの最近親者と同等の地位に立つ (以上、TPG 4 条 2 項)。可能的提供者が死亡の時点で未成年であり、かつ、その身上配慮がこの時点で父母の一方、後見人若しくは養護人に帰属する場合には、この配慮を有するものに決定権が委ねられる (以上、TPG1a 条 5 項)。これについて詳しくは、Ute Walter, Befugnisse der Angehörigen bei der Organentnahme nach dem TPG, in: Gerd Brudermüller, Kurt Seelmann (Hrsg.), Organtransplantation, 2000, S. 186ff.

5) Ulrich Schroth, 前掲注1, S. 45.

6) プリピラ (楠根訳)「西ドイツにおける脳死問題」北陸医事法研究会誌 7 号 (1991年), 17頁。

7) これについて詳しくは、Eckhard Nagel/Petra Schmidt, Transplantation, 1996.

臓器移植法における正当化要件としての家族の決定的かつ優越的な同意（二・完）

一見自己決定モデルをとっているように見えるが、家族の拒否権が留保されている点で、なお家族モデルの要素が強く表れて」おり、「この本人が自己決定を行っている場合でも家族が拒否できる家族モデルの要素は、ドイツ法と比較した場合の日本の特色をなしている」⁸⁾と評価されている。

以上二点、脳死を個体死として一般的な前提としている点、そして家族の意思の提供者本人との関係において、日独の実体法上の制度には確かに相違点がある。しかし、臓器摘出についての承諾のあり方は、臓器移植法の議論において中核をなすところであり、少なくともこの点に限定すれば共通の前提に立った議論が可能となり、ドイツ法における議論を参考とすることが可能である。他方、脳死を人の死と認めない立場によるときは、臓器摘出の正当化は殺人の構成要件にあたる行為を対象とするから、この点の検討にドイツ法におけるTPGをめぐる議論を直接援用することはできない。ドイツには同趣旨の規定がないのはもちろん、脳死判定が死の判定と認められているが故に、その承諾を巡る議論はそもそも成り立ち得ない。とはいえ、ドイツにおいては尊厳死あるいは安楽死を巡って、「死」に関する同意の研究が進んでおり、日本法の脳死判定に関する同意を巡る議論において、ドイツ法における尊厳死あるいは安楽死に関する議論の理論的成果を援用することは可能であろう。

4-1-1-3. TPG 下における本人の意思決定の法的性格

TPG の同意解決において、原則として、本人の意思は最優先に考慮されており、本人の意思が決定的な地位を有する。しかし、臓器摘出を為し得る時点において、可能的提供者は死者であるにも拘らず、可能的提供者の意思が死後も作用し得るのは何故かについては特別な根拠づけを要する。

4-1-1-3-1. 死後の人格権

この点については、まず、基本法（以下、GG と略記。）1条に規定される人格権・尊厳を論拠とした議論が展開されている。すなわち、死後の身体は、「物」ではなく「人格の残滓（Rückstand der Person）」であり、身体に対す

8) 川口浩一「臓器移植法の日独比較——同意規定と臓器売買の禁止に関して」奈良法学会雑誌10(2)（1997年）、43頁以下。

る人格権は死後もなお継続するという見解である⁹⁾。例えば、*Hans Forkel* は、Reich 裁判所が死者の身体は相続人、近親者あるいは第三者の所有物 (Eigentum) ではない¹⁰⁾ とする点を考慮して、GG 1 条に基礎をおく人格権は「死後であっても僅かながら保護されている」とし、死後の人格権を根拠として、臓器摘出に関する本人の生前の意思は有効であるとする¹¹⁾。加えて、TPG において、他者が臓器提供の意思決定を独自の権限において為し得るとするならば、可能的提供者は単なる物となりうる危険があるとし、死を超えて続く人格権あるいは尊厳を根拠に、臓器提供に関する意思決定は本人が為すべきであるとする¹²⁾。また、*Ulrich Schroth* は、死体であっても GG 1 条において規定されている尊厳あるいは人格権は死後なお続くものであるとし、生前の意思は尊重されなければならない¹³⁾ とした上で、臓器提供に関する本人の生前の同意は「死後の人格権」の徴表であり、その「死後の人格権」が侵害されない場合にのみ、臓器・組織摘出は許容されるとする¹⁴⁾。

憲法上の最高価値としては、「生命」が規定されているが、GG 1 条 1 項で保護されている人間の尊厳は、憲法体系上——生命を前にしても——最高価値の称号をそれ自体で要求するものであると解されている¹⁵⁾。また、*Reinhold Zippelius* によれば、「人の尊厳は決して減少することはないものである」とされ、死後なお続くものであり、尊重されなければならないとされている¹⁶⁾。死後の人格権に関して、*Albin Eser* は「生きている人の身体への医的侵襲の場

9) *Hans Forkel*, Das Persönlichkeitsrecht am Körper, gesehen besonders im Licht des Transplantationsgesetz, Jura 2001, S. 74.

10) RGSt. 64, 314ff.

11) *Hans Forkel*, 前掲注 9, S. 74.

12) *Hans Forkel*, 前掲注 9, S. 77.

13) *Ulrich Schroth*, Die Strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetz, in: *Gerd Brudermüller, Kurt Seelmann* (Hrsg.), Organtransplantation, 2000, S. 161.

14) *Ulrich Schroth*, 前掲注 1, S. 447.

15) *Friedrich Hufen*, in: *Patientenverfügungen*, *Albers* (Hrsg.), 2008, S. 91.

16) *Reinhold Zippelius*, Art. 1 und 2 GG, Rn. 49, in: *Dorzer, Kahl, Waldhoff, Grasshof* (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz.

臓器移植法における正当化要件としての家族の決定的かつ優越的な同意（二・完）

合におけるほど自明のことではないかもしれないが、死体にメスを入れる場合でも、やはり本人の意思を無視することは許されない」とし、「死んだ人といえども命なき物体と同一視することはできず死者に対する第三者の行動は、死の時点を超えて憲法的に保障される人格権による規制を受け続けるのである」とする¹⁷⁾。

4-1-1-3-2. 死後の自己決定

可能的提供者が持つ臓器提供に関する意思決定権を「患者の自己決定権」に位置付ける説もある。*Gunnar Duttge* は、「ドイツ国民の間では依然として臓器を提供する意思表示をした後の結果に関する不安」すなわち「提供臓器が禁止されている臓器売買（TPG17, 18条参照）に使われるのではないかという実証のない危惧」と「とりわけ、重病を患った際には、生命維持のための医療を受けることができず、寿命が来る前に死ななければならないのではないかという不安」が残っていると指摘する。加えて、*Duttge* は「脳死後に死後の臓器提供を実現するためには、集中治療の導入による臓器を保存するための治療が不可欠である」¹⁸⁾ ことを考慮すると、実は、「本質的な問題は——依然として知られていないものの——まさに正反対の点にあ」り、「臓器提供に承諾することは『生命維持装置』によって『人工的に』寿命を延ばされたくないという多くの人の願いに反することなのである」ということも指摘する¹⁹⁾。すなわち、臓器提供に同意することによって、仮に可能的提供者が人工的な延命を望んでいない場合であっても、臓器保存のための医療を施されることとなり、治療中止の意思と臓器提供の意思の、どちらの意思表示を優先するかという矛盾

17) アルビン・エーザー（上田健二＝浅田和茂編訳）『医事刑法から総合的医事法へ』（成文堂、2011年）、220頁。これに関連する判決として、「メフィスト事件決定」BVerfGE 30, 173 (149)。詳しくは、『ドイツの憲法判例（第2版）』ドイツ憲法判例研究会編（信山社、2003年）を参照。

18) Stellungnahme zur geplanten Änderung des TPG, Ausschuss – Drucks. 17 (14) 0148 (9), S. 2f. これに関しては、とりわけ、*Oliver Tolmein* が強調した。

19) グンナール・ドットウケ（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 No. 34 (2012年)、86頁。詳しくは *Gunnar Duttge*, in: *Comparative Law Review* Vol. XLIII No. 3, 2009, S. 15ff.

が生じる。その医療は確かに必ずしも治療行為とはみなされず、生命維持のための治療ではないが、少なからず「人工的に」寿命を延ばされることとなる。とすると、臓器提供に関する同意には、「将来の患者が『特定の医療的侵襲に同意』（民法1901条の2項1文）²⁰⁾ するであろうという予測的確定を含む」こととなる。以上を考慮し、*Duttge* は、「臓器提供に同意すること自体を『患者の自己決定権』と位置付けるべきである」²¹⁾ とする。

GG 1 条において保護されている人格権を死後なお続くものであるとするならば、その憲法上の保護を理由に臓器摘出に関する提供者の意思決定は尊重されるべきこととなろう。しかしながら、「死後の人格権」という概念は曖昧であり、死後の人格権から導かれる可能的提供者の自己決定は擬制 (fiktiv) となり得る²²⁾ ことを否認しないであろう。加えて、GG 1 条による人格権を根拠とするならば、一身専属的な事項に関して近親者が介入しうる可能性を認めることは本来できないはずであり、TPG の意思決定方式との矛盾を回避することはできないであろう。

これに対して、臓器提供に関する意思決定をドイツ民法（以下、BGB と略記。）1901条「事前指示（リビング・ウィル）」と位置付けるならば、近親者による代行決定は認められうる。しかしながら、BGB1901条2項1文における患者の自己決定権の前提として、当該意思決定を行う本人が存命でなければならぬ。したがって、臓器提供に関する意思決定は生前に行われたものでなけ

20) 民法1901条の2（リビング・ウィル）1項 同意能力のある成人が、自己が同意無能力になった場合にそなえて、ある特定の、作成時には、まだ必要ではない健康状態に関する診査、治療または医学的侵襲について、同意または否認する書面を作成していた場合には（リビング・ウィル）、世話人はこの書面の内容が、目下の生命状況または治療状況に合致するか確認しなければならない。（……）2項～5項……。同様に、臓器提供の同意を BGB1904条に規定する患者の自己決定権と見なす見解として、*Helmut Sengler / Angelika Schmidt*, Organentnahme bei Hirntoten als „noch Lebenden“, MedR 1997, S. 246.

21) ゲンナール・ドウトウケ（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」前掲注19, 87頁。

22) *Ute Walter*, Organentnahme nach dem Transplantationsgesetz: Befugnisse der Angehörigen, FamRZ 1998, S. 205.

臓器移植法における正当化要件としての家族の決定的かつ優越的な同意（二・完）

ればならないこととなる。可能的提供者の生前の意思は尊重されなければならないが、明示的になされたものでない限りは、これもやはり、擬制にすぎない場合があることは否定できない。

Ute Walter は、本人の意思が書面によって表示されていない場合、本人の真摯な意思であるかは疑わしいとする立場から、本人の意思は書面という形式を以て明示的に示されている必要があると指摘する。① 医師による臓器提供に関する事前の説明が可能的提供者になされたこと、その上で ② 当該提供者が書面により同意していること、以上の二要件を満たす限りで、当該臓器摘出を認めるべきであるとする。また、*Walter* はこの可能的提供者の臓器提供に関する意思は死後を超えて効力を有する自己決定権の徴表であり²³⁾、かつ、極めて (absolut) 一身専属的な決定であるため、近親者の関与は認められないとする²⁴⁾。

このように、ドイツにおいては、死後の身体を「物」と見なさず、身体に対する人格権あるいは尊厳は死後なお続くとする見解が有力である。確かに、*Forkel* が指摘するように、臓器提供に関する同意を第三者に与えることは死後の身体を単なる「物」と見なす²⁵⁾ 危険を孕む。しかしながら、TPG は、臓器摘出に関する意思決定を行う余地を提供者の近親者にも認めている。確かに GG 1 条の制限がある以上、近親者が介入する余地は直ちに認められないように思われるが、*Walter* が指摘するように、死後の本人の意思は疑わしく²⁶⁾、本人の意思が認められるのは、医師による説明を事前に受けた可能的提供者が書面によって明示的に同意している場合に制限されるべきであろう。ただし、書面による明示的な意思表示を要求するときは近親者の意思が考慮される余地

23) *Ute Walter*, 前掲注22, S. 205.

24) *Ute Walter*, Die Vorsorgevollmacht, 1997, S. 209.

25) *Hans Forkel*, 前掲注9, S. 77.

26) *Ute Walter*, 前掲注24, S. 209. 後述するが、*Walter* は本人の同意が医師の事前の説明を基づかず、書面による同意ではない場合は、本人の意思は疑わしいため、近親者が、医師の説明を受け、当該臓器提供に関して同意を為し得るとし、近親者に独自の権限を認める説を展開する。

はなく、TPGの規定に反することとなり、TPGの意思決定システムとの整合性を欠くこととなる。

GG 1条のみを論拠とする見解に対して、*Karsten Kloth* は GG 1条の人格権と GG 2条における自己決定権とを関連付け、以下のように述べる。死体は「人格権の残滓 (Persönlichkeitsrückstand)」であり、「死者は、自分の死後、生前に持っていた願望や価値評価を尊重されることを期待する」²⁷⁾。「確かに死によって、GG 2条における生命あるいは身体の完全性に関する保護は終了するが、GG 1条に関連する GG 2条における死を超えてなお継続する自己決定権は保護されるべきである」と²⁸⁾。これに関連して、*Wolfram Höfling / Stephan Rixen* は、人間の尊厳の表れとしての個人の自己決定権の内容として「死に方を選択する権利」というものが考えられるとする。つまり、脳死状態になったとき、すぐに人工呼吸器を取り外すことを要求する権利に加えて、そのまま人工呼吸器を取り外さずに死にゆく過程をわずかに延長することによって臓器摘出を可能にし、「人の役に立つ」というかたちで死にゆくという権利があるとする²⁹⁾。

GG 1条・2条を論拠とする見解に対してはGG 2条の原則に関連する批判が向けられる。GG 2条は生命の保護に関する規定であるため、原則として、GG

27) *Karsten Kloth*, Todesbestimmung und postmortale Organentnahme: juristische probleme aus rechtsvergleichender Sicht, 1996, S. 129.

28) *Karsten Kloth*, 前掲注27, S. 130.

29) *Wolfram Höfling / Stephan Rixen*, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin, 1996, S. 84ff. この見解は、死の過程が延長されたとみることによって、生と死の間になお生前の権利が効力を有する中間領域を認めようとするものだと考えることができる。これは日本の違法阻却説と時間軸としては正反対の方向に作用する思考操作を行うことになっている点で興味深い。日本の違法性阻却説は、心臓死の直前に限って、本来は完全には認められない、生命に対する自己決定が例外的に認められる中間領域を置こうとするものであって、死の過程が過去に向かって延長(早期化)されると見るものだと評することができるからである。ただ、原則としてなお生きているとみられる時間帯に例外的な内容をもつ権利の行使を認める方が、原則として死んでいるとみられる時間帯に権利の例外的に主体を欠く行使を認めるよりは無理のない理論構成であると思われる。

臓器移植法における正当化要件としての家族の決定的かつ優越的な同意（二・完）

2条は死の時点でその効力を失う³⁰⁾。例えば、*Günter Brenner* は脳死を是とした上で「脳が人間の存在の中核であるため、脳の活動が不可逆的に停止した時点は死の発生となり、その時点において、人の生命に関する憲法的保護は失われる」とする³¹⁾。GG 2条は GG 1条から導かれるものである³²⁾といえども、GG 2条の効力を死後においても認めることは困難である。

4-1-1-3-3. 集団的、社会的利益としての死者の尊厳の尊重

上述のような提供者本人の意思を決定的とする見解に対して、*Kurt Seelmann* は、死後の人格権を認めつつも、集団的利益を重視する見解を展開する。まず、死者の個人的権利を語ることは、ひとつの表現方法 (*façon de parler*) にすぎないとする。その上で、死体の死後の尊厳の問題にしても人格権の死後の保護の問題にしても、むしろかつて存在した個人的な保護の望ましい継続的作用の問題であるとし³³⁾、この点に鑑み、死んだばかりの人の取り扱いにおける人格権、人間の尊厳及び敬虔性の尊重要求は、個人的な権利というよりは集団的利益という側面を重視していると結論付ける³⁴⁾。

Seelmann のいうように、死者の個人的権利が「ひとつの表現方法 (*façon de parler*)」にすぎないことを認めると、可能的提供者の意思は補充的なものとなり、決定的なものではなくなるように思われる。この見解は、自己決定権を決定的な要件とする見解から批判される。人間の尊厳は、憲法体系上、生命を前にしても、最高価値の称号をそれ自体で要求するものであり³⁵⁾、人格権は

30) *Hofmann*, in: *Ellen Schlüchter, Klaus Laubenthal* (Hrsg.), *Recht und Kriminalität: FS für Friedrich -Wilhelm Krause zum 70. Geburtstag*, 1990, S. 119. ; *Bobo Pieroth / Bernhard Schlink*, *Grundrechte*, 10. Aufl. 1994, Rn. 129.

31) *Günter Brenner*, *Arzt und Recht : Leitfaden und Nachschlagewerk des medizinischen Rechts für die ärztliche Praxis*, 1983, S. 89.

32) *Stephan Rixen*, *Todesbegriff, Lebensgrundrecht und Transplantationsgesetz*, ZRP 1995, S. 464.

33) *Kurt Seelmann*, *Organtransplantationsgesetz, die strafrechtlichen Grundlagenproblem*, in: *Gerd Brudermüller, Kurt Seelmann* (Hrsg.), *Organtransplantation*, 2000, S. 31.

34) *Kurt Seelmann*, 前掲注33, S. 38ff.

35) *Rosenau*, SS 34 Rn. 21; *Friedhelme Hufen*, in: *Marion Albers* (Hrsg.), ↗

死後もなお続くものであると解すると、可能的提供者の臓器摘出に関する意思は尊厳の徴表、すなわち、可能的提供者本人の意思の望ましい継続的作用である³⁶⁾ため、なお決定的な要件として解さなければならず、「ひとつの表現にすぎない」とする点は臓器移植法の自己決定尊重原則には馴染まないとするのである。

しかしながら、実践的な場面に即して考えるならば、*Seelmann* の見解は説明がつきやすい。可能的提供者の意思は諾否を問わず書面によることを要するから、可能的臓器提供者が意思表示を事前に明示的に行っておらず、近親者が当該臓器摘出に関して諾否を表明しなければならない場合は少なくない。近親者がかつて存在した可能的提供者の個人的な保護の望ましい継続的作用を尊重し、かつ、死んだばかりの人の取り扱いにおける人格権、人間の尊厳及び敬虔性の尊重を要求する³⁷⁾とすれば、可能的提供者の意思が可能な最大限において尊重されることになるであろう。このように理解すれば、自己決定尊重原則を蔑ろにすることなく、近親者が当該臓器摘出に関する決定を為し得ることを説明できるであろう。

4-1-1-4. TPG 下における近親者の意思の法的性格

一般に、法益の一身専属性が高ければ高いほど、代理判断の可能性は低くなる³⁸⁾。臓器摘出、殊に心臓摘出は、脳死を人の死とすることを是とするとしても、一見すると生命・身体への侵襲行為とも見えるため、近親者が可能的提供者に代わって同意を為すことは不可能にも思える。しかしながら、TPG は、可能的提供者に代わって近親者が同意を為すことを規定している。これに関して、前述のように、人は死によってまったく無権利となるわけではなく、死後もなお「残存人格権」があり、死体となったその身体に対しなお一種の支配

↘Patientenverfügungen, 2008, S. 91.

36) *Karsten Kloth*, 前掲注27, S. 128.

37) *Kurt Seelmann*, 前掲注33, S. 32ff.

38) *Wolf -Rüdiger Schenke*, Die Einwilligung des Verletzten im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung ihrer Bedeutung bei Persönlichkeitsverletzungen, Erlangen, 1965, S. 98.

臓器移植法における正当化要件としての家族の決定的かつ優越的な同意（二・完）

権・処分権があるが、死者本人はそれを現実には行使できないので、近いものがそれを代弁することになるとされている³⁹⁾。ここで、次のような問題が生じる。近親者が可能的臓器提供者に関する臓器摘出について同意を為し得るのはなぜか。

4-1-1-4-1. 推定的同意

前述の *Ute Walter* は近親者がもつ固有の義務権 (Pflichtrecht) であるとする説を展開する。民法的視角から、*Walter* は既述のように、近親者が臓器摘出に関する同意を為し得る場合を、可能的提供者の死を超えてなお続く尊厳あるいは人格権の保護の観点から、本人の事前の意思がないときに制限する⁴⁰⁾。TPG 草案の立案者は、可能的提供者の明示的な意思がない場合には、「TPG 4条を法的根拠として、近親者は『可能的臓器提供者の死を超えてなお続く人格権の擁護者』となる」とする⁴¹⁾ が、これに対して、*Walter* は近親者が可能的提供者の意思を認識しているならば、当該可能的提供者の意思を伝えるという責任を課しているのみであり⁴²⁾、近親者を可能的提供者の意思に応じる使者 (Bote) であるとし⁴³⁾、近親者による同意が問題となるのは可能的提供者の明示的な意思がないときに限られると指摘する⁴⁴⁾。その上で、近親者は死に関する世話権 (Totensorgerecht) の範囲において、固有の決定権を持ち、可能的提供者の推定される意思を考慮しつつ決定する義務権を有するという⁴⁵⁾。近親者の死に関する世話権とは慣習法上認められる権利であり、死者の意思を蔑にするものではなく、むしろ、近親者の死に関する世話権を通して死者の意思を優先するものである⁴⁶⁾。

39) BT – Drucksache 13/8027, S. 9.

40) *Ute Walter*, 前掲注22, S. 190.

41) BT – Drucks, 13 / 8027, S. 9. 1. Abschnitt.

42) *Ute Walter*, 前掲注22, S. 206.

43) *Ute Walter*, 前掲注22, S. 191.

44) *Ute Walter*, 前掲注22, S. 206. *Ute Walter* は、近親者の同意のみを有効とするならば、可能的提供者の死を超えてなお続く人格権が蔑にされると指摘する。

45) *Ute Walter*, 前掲注22, S. 207 ff.

46) *Thomas Carstens*, Organtransplantation, ZRP 1979, S. 282.

これに関連して、*Erwin Deutsch* は、可能的提供者の憲法的に保護されるべき意思が脳死から心臓死までの間において効力を持つとし、心臓死ののちによりやく近親者の同意権が認められるとし、その際には、近親者は、死者のためにのみ、死者の死後なお続く人格権を行使しなければならないとする⁴⁷⁾。関連して、*Stefanie Heuer / Christoph Conrads* は、「誰も自分の死んだあとのことを考えていない」ことを指摘することにより、近親者が介入する余地を見出す。そして、近親者は固有の決定権こそ持たないが、死者の意思を表明する権利を持つとする⁴⁸⁾。

Walter の見解は、推定的同意の原則から批判される。確かに、脳死者からの臓器摘出に関して、可能的提供者の生前の明示的な意思がない場合、不可逆的な脳死状態に陥り、二度と自律性を回復し得ないため、近親者による同意は推定の域を脱し得ない。しかしながら、推定的同意は原則として推定される人の承諾能力を前提としている⁴⁹⁾。したがって、承諾能力を持ち得ないような死者が問題となる場合には、推定的同意の解釈を援用することはきわめて困難である。また、「Xにもし同意能力があったとしたならば、同意したであろう」という条件文は非現実的事項については意味を成さない⁵⁰⁾ ため、死者、つまり、二度と自律性を回復し得ない人に関して推定的同意の解釈は馴染まない。

Erwin Deutsch と *Heuer / Conrads* は、近親者に固有の同意権を認めてはいない。しかし、死者の死後なお続く人格権を近親者が行使すると構成することは、当該可能的提供者の GG 1 条に基づく人格権を結局は近親者に帰属させることになるように思われる。すなわち、一身専属的であるはずの人格権の行使を近親者に認めることになり、この点において GG 1 条との整合性を欠く。

47) *Erwin Deutsch*, Das Transplantationsgesetz vom 5. 11. 1997, NJW (1998), S. 778.

48) *Stefanie Heuer / Christoph Conrads*, Aktueller Stand der Transplantationsgesetzgebung 1997, MedR 1997, S. 198.

49) *Wessels / Beulke / Satzger*, Strafrecht AT, 46. Aufl., 2016, S. 100, Rn. 380.

50) *Reinhard Merkel*, Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten im appalischen Syndrom, ZStW 1995, S. 545, 565.

4-1-1-4-2. 敬虔感情

次に、近親者が同意を為し得る根拠を敬虔感情に求める見解⁵¹⁾をみる。*Gilbert Thiel* は、可能的提供者の意思がない場合において近親者が同意を為し得ることを考慮し、TPG の同意解決は可能的提供者に対して、生前の決定義務も、意思決定の登録も要求するものではないとした上で、近親者は最も深い悲しみにある中で、通常時であっても判断が難しいと思われる可能的提供者の臓器摘出に関する同意を求められることを考慮し、近親者には極めて大きな情緒的負担が課せられるとする⁵²⁾。その上で、近親者に課せられる負担から生じる感情を保護するために、TPG において、近親者に可能的提供者の臓器提供に関する同意を与えるという同意解決が採られていると結論付ける⁵³⁾。

Thiel の見解は、近親者がその場において抱くであろう精神的な負担に着目しているという点で実情に即した解釈である。しかしながら、TPG の同意解決が可能的提供者に対して、生前の決定義務あるいは重要な記録を求めているとする点については疑問が残る。TPG は、TPG 3 条および 4 条において、可能的提供者の事前の生前の明示的な意思を要求しており、事前の意思がない場合においてのみ近親者に当該臓器摘出に関する同意を与えることを認めている。*Thiel* の解釈によると、近親者がいる場合においては、TPG は本人の意思を要請していないということになりかねず、TPG の同意解決と真っ向から

51) TPG の法案構想段階においても、近親者が同意を為し得る根拠を敬虔感情に求める見解がある。例えば、*Erich Samson*, *Legislatorische Erwägungen zur Rechtfertigung bei der Extranplantation von Leichenteilen*, NJW 1974, S. 2030ff. しかしながら、*Samson* は、可能的提供者の人格権及び近親者の敬虔感情より優越的に保護しなければならない利益として、臓器移植によって助かるレシピエントの生命あるいは健康があるとし、緊急避難規定の援用を試みるため、実際には可能的提供者および近親者の同意は問題とならないとする。同様の見解として、例えば、*Joachim Linck*, *Vorschläge für ein Transplantationsgesetz*, ZRP 1975, S. 249ff. ; *Kohlhaas*, *Rechtsfragen zur Transplantation von Körperorganen*, NJW 1967, S. 1491ff.

52) *Gilbert Thiel*, *Wie soll die Organentnahme bei Toten zum Zweck der Transplantation geregelt werden? – Gedanken eines Schweizer Arztes*, in: *Gerd Brudermüller, Kurt Seelmann* (Hrsg.), *Organtransplantation*, 2000, S. 204.

53) *Gilbert Thiel*, 前掲注52, S. 204.

対立することになる。

Kurt Seelmann は、既述のように集团的利益に着目して議論を展開する。集団としての遺族が保護された法益主体であるとするならば、近親者の承諾が決め手となることは一見分かりやすい説明となるとする⁵⁴⁾。しかし、TPG において、事案ごとに最も近い近親者が同意を為し得るとされており、保護それ自体は同意を為す近親者に向けられているのではなく、むしろ他の遺族、特殊な事案においては公共に向けられていると言う。そして、この理由を、いかなる事案においても、多くの人は悲しみという相互作用の欲求を持ちうることに求める⁵⁵⁾。*Seelmann* 自身が指摘しているように、このような概念を保護法益とすることは死者以外の人々の多数の個人的利益の総和を理念化した表現であり、集合的表現にすぎない⁵⁶⁾。しかしながら、死後、後世のものによって侵害されないという法益が保護されないとすれば、多くの人々はその逆の事態を恐れなければならない、その現実的な人生の方向付けの安定感を損なうこととなる⁵⁷⁾。法にとっては社会的平穩の確保が重要であるため、臓器摘出という行為によって、社会的平穩が破壊されるとするならば、それによって生じる不合理な感情であっても保護されなければならない。したがって、臓器摘出に関する保護法益について、近親者の持つ敬虔感情、また、「死後後世の人によって侵害されないということへの信頼」を保護法益である⁵⁸⁾とし、加えて、臓器移植医療に関する特定の状況下にある人の取扱いによって生じる近親者の悲しみや畏敬の念をも保護法益であるとする⁵⁹⁾。

ここで根拠とされている敬虔感情は、ドイツ現行刑法（以下、StGB と略記。）において一致して168条の保護法益とされているが、その具体的内容につ

54) *Kurt Seelmann*, 前掲注33, S. 39.

55) *Kurt Seelmann*, 前掲注33, S. 39.

56) *Kurt Seelmann*, 前掲注33, S. 32. これに関連して、抽象的危険犯について、詳しくは、*Günter Jakobs*, AT 2. Aufl. (1991), S. 172ff., Rn. 86ff.; *Claus Roxin*, AT. 3. Aufl. (1997), S. 359, Rn. 134.

57) *Kurt Seelmann*, 前掲注33, S. 41.

58) *Kurt Seelmann*, 前掲注33, S. 41.

59) *Kurt Seelmann*, 前掲注33, S. 41.

いては見解が分かれている。例えば、*Hinrich Rüping* は、「敬虔感情の保護」に関する論文の中で、StGB 168条に関して、死者の尊厳を「アニミズム的世界観の残滓」とした上で、保護法益は近親者がもつ残滓に関する敬虔感情であるとする⁶⁰⁾。しかしながら、このような具体的な当該近親者の利益に着目する見解に対して、死後の静謐が妨害されないことについての社会的利益が保護されているとする者もある⁶¹⁾。さらに、*Winfried Hassemer* は、StGB 168条あるいは167条 a の保護客体として機能する「敬虔感情」あるいは「死者への畏敬の念」という一般的な概念の不明確さを指摘し、実際に果たしている役割を判例等から分析し、「死後においても刑法的に保護されたいという希望」あるいは「死後後世の人によって侵害されないという信頼」への生きている者の期待がその実体であるとする⁶²⁾。

以上のように、近親者の同意の法的性格については、まず推定的同意による解釈を試みる見解がある。しかしながら、既述のように、推定的同意の原則は、推定される人の同意能力を前提とする。したがって、不可逆的に自律性を失った可能的提供者について、同意能力を認めることはできないため、推定的同意による解釈は不可能である。他方、死後の死体の取扱いについて、近親者がもつ「敬虔感情」を論拠とする見解は、*Hassemer* が指摘するように、その中核概念につき不明確さを否認せず、学説においてもその内容に関して一致は見られない点に問題を抱える。しかし、敬虔感情の内容を「死後においても刑法的に保護されたいという希望」あるいは「死後後世の人によって侵害されないことへの信頼」と理解すれば、近親者の感情は保護され、また、近親者がそのような希望あるいは信頼を以て死者を取り扱うとすれば、ひいては可能的提供者である死者をも尊重することにつながるであろう。さらに、*Seelmann* の言うように、臓器移植医療に関する特定の状況下にある人の取扱いによって生じる近

60) *Hinrich Rüping*, Der Schutz der Pietät, GA 1977, S. 299, 302.

61) *Eduard Dreher / Herbert Tröndle*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, § 168, Rn. 1.

62) *Winfried Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, S. 175ff.

親者の悲しみや畏敬の念をも保護法益としなければなるまい。近親者の敬虔感情を保護法益とすることは確かに集合的表現に過ぎないが、死後、後世のものによって侵害される心配を抱きながら生きることは社会的平穩の侵害であろう。法が社会的平穩を確保しなければならないならば、近親者の敬虔感情を保護しなければならないことは適切であるといえよう。また、臓器移植によって近親者が抱く悲しみや畏怖の念であっても、平穩を乱し得るものである限り、法は保護しなければならない。それゆえに、可能的提供者の意思を考慮した上で近親者が臓器提供に関する諾否を為し得る地位が認められうるとすることは適切であろう。

このように具体化したところで、集合的概念であるが故に、抽象性と一抹の不明確さは残る。しかしながら、この概念はあくまでも近親者に決定権が委ねられる場合があるとする法制の根拠の説明のためのものであるから、この不明確さが実践的な不都合をもたらすことはない。

4-1-2. 日本における議論

脳死一元説に立脚し、脳死を人の死とするならば、臓器摘出行為は可能的提供者の死体に向けられた行為となる。現行刑法上、「脳死になっていた場合ですら、遺体だから損壊してよいということにはなら」ず⁶³⁾、死体であっても直ちにその要保護性が失われることはない。すなわち、人が死亡すると、通常は殺人罪や傷害罪ではなく刑法190条死体損壊罪が問題となり⁶⁴⁾、一般に、臓器摘出行為も死体損壊罪の範疇で解釈がなされている⁶⁵⁾。これに関して、例えば、原田保は、死体からの臓器摘出を「明らかに『葬る』との趣旨を持たないから、死体に関する風俗に適合する行為ではな」く、「早々と無関係に死体を損傷する行為」であり、「死体ないし死者に対する国民一般の感情や風俗に反する行為として、死体損壊罪の予定する法益侵害行為であるといえるから、同罪の構

63) 樋口範雄「臓器移植法改正について（特集・臓器移植法改正）」ジュリスト No. 1393 (2010年)、39頁。

64) 手嶋豊『医事法入門』[第4版]（有斐閣、2015年）、255頁。

65) 厚生労働省健康局『逐条改正臓器移植法——臓器移植・造血幹細胞移植関係法令通知』（中央法規、2012年）、30頁。

臓器移植法における正当化要件としての家族の決定的かつ優越的な同意（二・完）

成要件に該当する」と評価する⁶⁶⁾。脳死を人の死とするならば、脳死の時点で脳「死者」となるため、殊に心臓摘出であっても、死者からの摘出行為となり、死体損壊行為として捉えることになる。他方、臓器移植法においては、可能的提供者である本人あるいはその近親者の同意によって、脳死体からの臓器摘出を行い得る。とすると、可能的提供者である本人あるいは近親者の同意はどのような根拠を以て当該臓器摘出という死体損壊罪の構成要件に該当する行為を正当化できるのかが問題となる。この文脈においては、日本の議論は、上に概観したドイツにおける議論をおおむねなぞる形で行われていると言ってもよい。

死体損壊罪の保護法益は、一般には死者に対する敬虔感情⁶⁷⁾ あるいは宗教感情とされている⁶⁸⁾ が、これは、社会的法益の一種であり⁶⁹⁾、国民一般の宗

66) 原田保「死体損壊・遺棄罪の成立範囲」愛知学院大学論叢法学研究第46巻第2号(2005年), 19頁。

67) 高山佳奈子「自己決定とその限界(下)」法学教室285号(2004年), 45頁。高山は、臓器提供に関する記述において、死者に対する敬虔感情とは、①死者の生前の意思、②埋葬の権利義務を有する者(達)の意思、③社会の死体取扱いに関する一般的理解(葬礼風俗)の3つがいわば中間項であり、いずれか一つを絶対視できるものではないとする。

68) 西田典之=山口厚=佐伯仁志編『注釈刑法 第2巻』(有斐閣, 2016年) 676頁[嶋谷貴之], 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第3版(第9巻)』(青林書院, 2013年) 217頁[岩村修二]。なお、他の犯罪類型を考慮すると、宗教感情を保護法益とすることに對する批判的な見解もある。例えば、川端博「批判」『宗教判例百選[第2版]』芦部信善=若原茂編(1991年) 214頁以下、中村義孝「礼拝所に関する罪について」法律時報46巻6号(1974年) 172頁。

69) 前田雅英編『条解刑法[第3版]』(弘文堂, 2013年), 535頁。しかしながら、社会的法益そのものに対する批判は少なくない。例えば、梅崎進哉「個人の保護と社会的法益の構造」刑法雑誌35巻2号(1995年), 19頁以下。梅崎は、国家的法益や社会的法益に属するとされたものを可能な限りにおいて個人的法益として捉え直すべきであるとする、いわゆる「個人法益への還元論」を肯定的に捉える見解から、社会的法益論は「法益の觀念化による法益論の空洞化の危険性に加えて、個人を捨象した社会的法益の構成には法益の自己目的々保護の危険性を伴っている」と批判する。類似の見解として、鎮目征樹「社会的法益・国家的法益」法律時報81巻6号(2009年), 72頁。鎮目は「いかに社会的・国家的法益といえども、まったく個人の利益から切り離された自己目的的なものとして理解することは、原則としてすべきではない」とする。

教的感情ないし死者に対する感情あるいは風俗であると説明される⁷⁰⁾。このことから、社会的法益である以上、死者本人の生前の同意も、本罪の成立を妨げないとされる⁷¹⁾。

これに対して、近年、とりわけ臓器移植に関する問題を視野に入れ、死体損壊罪の保護法益を社会的法益以外に求める見解として、人間の尊厳が死後にも続くという発想に基づいて、その保護法益に死者の人格権も含むとする見解がある⁷²⁾。死体損壊罪の保護法益が「死者の人格権」をも含むとするならば、本人が臓器摘出行為に関して意思決定をする余地が見出せる。しかし、この見解に対しては、死が生物としてのみならず、精神としても人の本質の終焉であるため、人に死後も何らかの人格権があるとするのはやはり不合理であり⁷³⁾、

70) 原田保「死体損壊・遺棄罪の成立範囲」前掲注66, 10頁。なお原田は、死体損壊・遺棄罪における法益侵害は「葬るべき死体を葬らずあるいは葬らせない行為がかかる感情や風俗に反する点に存在することになる」とした上で、「犯罪成否の基準となるのは、国民一般の風俗に適合する葬送であるか否かという点である」と指摘する。

71) 前田雅英編『条解刑法』前掲注69, 535頁。この立場をとる場合、臓器摘出を本人あるいは近親者の同意によって正当化され得るとする臓器移植法6条の意思決定システムと整合しないこととなり、臓器摘出行為を死体損壊罪の範疇で捉えることは困難となり、臓器摘出行為の正当化要件を本人の同意のほかは何らかの正当化要件が必要となる。

72) 平川宗信『刑法各論』（有斐閣、1995年）、261頁。齊藤誠二『刑法における生命の保護〔3訂版〕』（多賀出版、1992年）、272頁以下。なお、齊藤は、死者に対する近親者の敬虔感情を副次的な保護法益とし、「死んだ後でも死体の完全性を侵害されることはない」という生きている者の身体を三次的な保護法益とする。山中敬一『刑法各論〔第3版〕』（成文堂、2015年）、720頁。山中は、死体損壊罪の保護法益は死者に対する公衆の敬虔感情であるとしつつ、「死者の生前にもっていた人格権の事後効果を保護するものであるともいえよう」とする。宮崎真由「『死者の人格権』の可能性——臓器移植法改正に向けて」現代文明学研究4号（2001年）、203頁以下。なお下級審判例において、「死者の名誉」あるいは「死者の尊厳」に言及する判決として、名古屋高裁金沢支部平成24年7月12日判決、秋田地裁平成5年1月27日（公刊物未搭載）などがある。

73) 白木豊「ドイツ臓器移植法について」商学討究第51巻第4号（2001年）、257頁、同「生命倫理と臓器移植法の問題点（特集・生命倫理と刑事規制）」現代刑事法42号（2002年）、52頁。

臓器移植法における正当化要件としての家族の決定的かつ優越的な同意（二・完）

加えて、そもそも死者は法益主体とはなり得ないとの批判も向けられる⁷⁴⁾。このような批判は受け入れざるを得ないであろう。

摘出後移植前の移植用臓器は、財物とされている⁷⁵⁾が、臓器摘出の可否が決する時点において、臓器は脳死体の中にある。脳死体に関して、例えば、甲斐克則は、「死亡直後の死体の一部をなお『身体』と呼ぶのか、必ずしも明確でなく、解釈論としては、おそらくそれは困難である」ことを確認した上で、とりわけ、脳死体について、「まだ社会的に十分に死体として受け止められていない部分もあり、少なくとも現段階では生体に準じた扱いをすべき」であるとする⁷⁶⁾。加えて、その根拠として、「存在論的観点から、単なる敬虔感情を超えて死者ないし死体にも生者に準じた固有の（社会的レベルでの）『死者の尊厳』ないし『死体の尊厳』があるのではないか」とする⁷⁷⁾。とすれば、臓器摘出に際する脳死体に「死者の人格権」あるいは「死者の尊厳」が認められるであろう。

臓器移植医療というコンテキストにおける死体は、そもそも葬祭・礼拝の対象として捉えることさえも早すぎるといっても過言ではなく、死体損壊罪の客体としての死体とはその性質を異にする点は考慮しなければならないであろう。「人間の『死』は人権を失う時点である、人権を享有する人格者から、『物』に転ずる時点である、権利能力の客体に代わる時点である」とはいえ、臓器提供というコンテキストにおける限りにおいては、「葬祭以外の目的に供される

74) 松原芳博『刑法各論』（日本評論社、2016年）、515頁。

75) 前田雅英編『条解刑法』前掲注69、712頁。これに関連して、脳死体の臓器の財物性に関して、脳死後に摘出された臓器は人格権の一部として保護を受けるとする見解として、甲斐克則「人体・ヒト組織・ヒト由来物質の利用をめぐる生命倫理と刑事規制」刑法雑誌第44巻第1号（2005年）、104頁以下。甲斐は、「脳死体から摘出された心臓等の臓器」は「直接的に人格権を持ちだせるかについては、なお検討を要するものの」、「それ自体の生存力をまだ維持しており、しかもレシピエントに生着する予定のものなるがゆえに……人格権の一部として保護を受ける」とする。

76) 甲斐克則「刑事法学の視点から——人体・ヒト組織・ヒト由来物質の利用と刑事規制をめぐる序論的考察」北大法学論集54巻6号（2004年）、164頁。

77) 甲斐克則「刑事法学の視点から」前掲注76、164頁。

特異な『物』の問題である」から、脳死体に特別な地位を与えることは可能であろう⁷⁸⁾。すなわち、この方向で考えるならば、臓器摘出に関して可能的提供者本人の意思決定を認める余地は少なからずあるといえよう。先に見たように、脳死体に「死者の人格権」あるいは「死者の尊厳」を認めるとすれば、家族の意思決定は、一見すると、一身専属の事項への介入となる。しかしながら、「敬虔感情」をごく世俗的に理解して「近親者が死者を大切に想う気持ち」である⁷⁹⁾とするならば、同時に家族が臓器摘出の意思決定に介入する余地も見出せるであろう。

もっとも、既述のように、脳死者は、刑法上、死亡により法益主体ではなくなるため、可能的提供者本人の意思は近親者の意思を介して尊重されるにすぎないであろう。したがって、脳死体に「死者の人格権」あるいは「死者の尊厳」を認めるとしても、その可能的提供者に紐づけされた遺族のためにあると考えることが妥当であろう。とすれば、可能的提供者の死後においては、基本的にはその承諾は家族が為す必要があり、家族が決定的かつ優越的な地位をもつことは説明がつく。一方で、家族が可能的提供者である本人の生前の意思を尊重し決定しなければならないことを考慮すると、可能的提供者である本人が臓器摘出について意思決定を行い得ることについての介入の余地がある点は説明しうるであろう。しかしながら、臓器摘出に関する意思決定を可能的提供者である本人あるいは遺族が為し得るとするならば、脳死一元説に立脚しながら、脳死に関する意思決定をわざわざ要件とすることにやはり意義はないであろう。

4-2. 心臓死説を維持する場合

以上のように、脳死一元説に立脚するならば、臓器摘出行為は死体損壊罪と

78) 原秀男「『脳死』と人権（特集 脳死をめぐる諸問題）」法律のひろば38巻8号（1985年）、24頁。

79) 辰井聡子「死体由来資料の研究利用——死体損壊罪，死体解剖保存法，死体の所有権——」明治学院大学法学研究91号（2011年）、58頁。

臓器移植法における正当化要件としての家族の決定的かつ優越的な同意（二・完）

して説明がつきそうである。臓器移植法という特定のコンテキストにおいて、脳死体を生者に準じた存在として保護に値すると解すれば、可能的提供者である本人が意思決定を為し得ることの理由は見いだせる。加えて、近親者が意思決定を行い得る理由も、脳死者となった可能的提供者の臓器摘出に関する意思決定を得るためには遺族の協力が必須となるであろう実情に鑑みれば、導き出せるであろう。しかしながら、脳死判定に本人ないし遺族の意思決定が法律上必要とされていることをまつまでもなく、通常医療の実践的な場面においてはなお心臓死説が事実上維持されているため、直ちに脳死を人の死とすることを前提とすることはできず、脳死者からの心臓摘出行為を死体に関する処分権に基づいて行い得るとすることは困難である。それゆえ、以下では、心臓死説を維持する脳死選択説および違法阻却説によって、臓器摘出行為を正当化しうるかどうかの検討を試みる。

医学的な理由から死体移植が可能な臓器は限られており、心臓や肝臓は心臓死後には機能しないとされている⁸⁰⁾。とすると、心臓や肝臓の摘出は未だ心臓死に至っていない状態、すなわち脳死状態であることが必須の条件となる。心臓死説を維持するならば、殊に心臓摘出は、可能的提供者を死に至らしめる行為となる。臓器移植法は、可能的提供者本人あるいは遺族の同意に基づいて当該摘出行為を行うことができるとするが、脳死を人の死としないままに臓器、殊に心臓摘出を行うとすれば、その行為は少なくとも刑法202条に、本人の意思表示がない場合には、刑法199条に抵触することとなる。すなわち、問題は、原則として違法阻却効を持たない、死にゆく者の同意、その者の近親者の同意が、少なくとも臓器移植のコンテキストにおいては違法阻却効を持つ理由は奈辺にあるか、にあることになる。

ここでも、ドイツにおける議論が参考となるが、上述のように、TPG は、日本の臓器移植法にみられるような脳死判定に関する規定をもたないし、脳死を人の死とすることを前提としているため、TPG の文脈においては、直接的な議論はない。そこで、維持医療の中止行為あるいは臨死介助における死に関

80) 米村滋人『医事法講義』（日本評論社、2016年）、195頁。

する意思決定を巡る議論に目を転じる必要が生じる。死亡判定直前の患者の意識状態や、積極的に死に至らせる目的は異なるものの、人は自らの死を場面を限ってであっても自己決定することができるのかという原理的問題は共通であるため、臓器移植の場面に転用可能な議論はここにも見出し得る。

4-2-1. ドイツの死に対する同意をめぐる議論

まず、*Ralph Ingelfinger* が指摘するように、治療中止行為が積極的な臨死介助となる場合は、その行為は積極的作為であり、StGB 216条の承諾制限に違反せざるを得ず⁸¹⁾、早すぎる治療中止は認められない⁸²⁾。同条によれば、殺人は明示的な承諾がある場合でさえ、囑託に基づくとしても可罰的である。このことを確認した上で、以下、患者の意思に基づく治療中止により、死期を早めることが許されるのかという問題を巡る議論を概観する。そして、患者の意思による治療中止が認められるとするならば、どのような根拠をもって認められるのかについて、判例・学説の見解から示唆を得たい。

ドイツの判例は、患者の意思にフォーカスし、事前の患者意思が明示的かつ真摯な意思に基づくものであるか否かを具体的事案に即して判断している。例えば、近年の患者のリビング・ウィル（*Patientenverfügung*⁸³⁾）による臨死介

81) *Ralph Ingelfinger*, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbot, 2004, S. 218. ; LK-Hirsch, 11. Aufl. 2003, vor § 32, Rn. 115.; 純粋な臨死介助 (echte Stebehilfe) であってもドイツ刑法216条該当行為であるとする見解として, *Peter Bringewat*, Unbeachtlicher Selbsttötungswille und ernstliches Tötungsverlangen – ein Widerspruch?, S. 375. ; *Simson*, Ein Ja zur Sterbehilfe aus Barmherzigkeit, in: *Persönlichkeit in der Demokratie* : FS für *Erich Schwinge* zum 70. Geburtstag, 1973, S. 89ff.

82) *Luhers*, ZRP 1992, S. 303.

83) 山口和人「【ドイツ】『患者の指示（リビング・ウィル）法の制定』」外国の立法（2009年8月）。患者の事前指示は「自己が同意能力をそう記した場合に備え、特定の医療行為を受け入れるか否かについて患者があらかじめ行った指示（リビング・ウィル）に法的拘束力を認めることなどを内容とする民法及び家事事件・非訟事件手続き法の改正法（「世話法の第3次改正法」、通称「患者の指示法」）において規定された。これについて、詳しくは *Ute Walter*, Die Vorsorgevollmacht, 前掲注 24, S. 203ff.; アルビン・エーザー（甲斐克則・福山好典訳）「患者の事前指示と事前配慮代理権：臨死介助におけるそれらの刑法上の役割」比較法学47巻2号ノ

臓器移植法における正当化要件としての家族の決定的かつ優越的な同意（二・完）

助が争点となった BGH 判例において、患者意思を根拠とする場合、StGB 216 条における明示的かつ真摯な患者の死に関する意思を要件とするとともに、BGB1901条 a, b の要件も考慮しなければならず、これらのすべての要件を満たさない限りは、患者の死に関する真摯な意思が認められないことを確認した上で、当該事案においては未遂の故殺が成立する旨の判断が下された⁸⁴⁾。また、臨死介助に関する意思の決断とそのチェックは患者あるいは代理人、医師の義務であるとされている⁸⁵⁾。他方で、臨死介助の正当化が認められる要件を示した判例も存在する。そこでは、当該患者が生命を脅かす (lebensbedrohlich) 病苦に苦しんでおり、その生命が医療によって引き延ばされ、あるいは維持されているような場合、臨死介助は正当化され得ると示された⁸⁶⁾。この判決に従い、例えば、生前に、自律性が未だ十分に認められる状態であり、延命の意思および臓器提供の意思がないことを、明示的に繰り返し、近親者あるいは担当医に伝えていた場合には、BGB 1901 a 条以下に類似する意思として認められ、違法性が阻却されたケースがある⁸⁷⁾。これについて、BGH は BGB 1901 a 条以下の規定を援用し、窮地を脱することを試みる。BGH によれば、「そもそも、刑法は最終的な手段としてのみ用いることが認められているのであるから、これは決して変えようのないことであり、法秩序の統一性の要請である」。また、「ある作為が民法上許容されるならば、決してそれを刑法上処罰できないのである」とする⁸⁸⁾。加えて、BGH は、患者の意思を判断するにあたり、患者の意思決定を為し得る前提として患者の自律 (Autonomie) を基準としている。そして、このような患者の自律は、尊厳あるいは人格権と同様に、GG 1 条の保護されるべき基本権の中核的な要素であり、尊重されなければならない⁸⁹⁾

↘ (2013年), 191頁以下。

84) NSTz2011, S. 274, BGH, Urt. v. 10. 11. 2010.

85) NSTz2011, S. 274, BGH, Urt. v. 10. 11. 2010.

86) BGH, Urt. v. 25. 6. 2010 – 2StR 454 / 09.

87) BGH, Urt. v. 4. 7. 1974, NSTz 1985, S. 119.

88) BGHSt11, 241, 244.

89) BGHSt, 55, 919ff., NJW 2010.

とする。このように BGH 判例は、患者のリビング・ウィルの有無を決定的な論拠とするが、患者のリビング・ウィルの有無を判断する基準は明らかではない。

このような BGH の見解を考慮し、学説は以下のような解釈を示している。患者が蘇生禁止の指示をし、延命拒否の意思決定がなされた以上、その意思に反して、医師が勝手に患者の「死にゆく過程」を引き延ばすことは、患者を現代の技術化された医療の客体として取り扱い、その人格の尊厳性を侵害するものであって許されないとするのである⁹⁰⁾。例えば、*Karsten Kloth* は BGH の解釈に依拠しつつ、尊厳は優位的な地位をもつとし、その意思は尊重されなければならないとする。また、近親者は、近親者自身が決定するのではなく、可能な限りにおいて、患者本人の願望に適うように、本人の意思を尊重しなければならないとする⁹¹⁾。*Daniel Brauer / Volker Lipp* は「人の尊厳と自律は障がい者、死にゆく人 (Sterbenden)、患者にも認められる」とし、自律した患者の尊厳の表象である事前の決定は尊重しなければならないとする⁹²⁾。また、既述のように、この尊厳あるいは自律は決して減少するものではないとされる⁹³⁾。

上記の見解は患者の意思を人間の尊厳から導き出し、尊厳の徴表たる本人の意思は尊重されなければならないとする。これに対して、例えば、意識不明状態の患者の場合、すなわち、当該患者の決定に関する現実の能力が欠如する場合、問題が生じる。決定に関する現実の能力が欠如するような患者の自己決定権は考慮の対象から外れることとなり⁹⁴⁾、そのような場合においては法定代理

90) *Markus von Lutterotti*, Menschenwürdiges Sterben, 1985, S. 21ff.

91) *Karsten Kloth*, 前掲注27, S. 130. *Schreiber*, in: *Günter Kohlmann* (Hrsg.), FS für *Ulrich Klug* zum 70. Geburtstag, (1983), S. 350ff. ; *Budnoff*, GA 1968, S. 73ff. ; *Schmidt*, ZRP 1991, S. 266. ; *Nickel*, MedR 1995, S. 143ff. 近親者の決定権への批判について、例えば、*Heun*, JZ 1996, S. 218.

92) *Daniel Brauer / Volker Lipp*, Patientenautonomie und Familie, MedR 2016, S. 231.

93) *Reinhold Zeppelius*, Art. 1 und 2 GG, Rn. 49, 前掲注16.

94) *Wolfram Höfling*, JuS 2000, S. 111ff. ; *Hufen*, NJW 2001, S. 849ff.

臓器移植法における正当化要件としての家族の決定的かつ優越的な同意（二・完）

人が患者のために同意を与える⁹⁵⁾。しかしながら、以上を考慮すると、決定に関する時点において現実の同意能力が認められない患者は、本来一身専属的な利益である生命への侵襲について、決定権を持ち得ないこととなり、一見、当該患者の意思、ひいては人格権あるいは尊厳が蔑にされ得るように見える。しかしながら、この問題は、法定代理人が当該患者の意思を尊重することを要件とすれば回避可能であろう。逆に、患者の意思が存在する場合においては、患者の意思が真摯になされたものであるかについては疑いが残り⁹⁶⁾、患者の意思に疑義があることを否定できない限り、患者の意思のみで違法性を阻却することは困難であろう。また、このような見解に依拠するならば、本人の意思に近親者が介入することは一見困難に見えるが、本人の意思を尊重する、すなわち、患者の尊厳を尊重するというかたちで、近親者の介入も認められるであろう。

Alexander Elster は臨死介助の問題に際して、個人の生命が一回的であることに着目し、一身専属的な人格権の意味における生を強制されないという権利は否定されてはならないとする。加えて、同胞の生命維持あるいは尊重への社会的あるいは国家的な規制は決して重要ではなく、個々人の失われつつある生命に付随する個人的な配慮がより高い価値を持ち、個々人の持つ意思の配慮こそが安楽死において求められる利益であるとする⁹⁷⁾。

他方、*Henning Rosenau* は、BGH の見解を考慮しながら、治療中止の不可罰根拠は、承諾ではないとする点から議論を展開する⁹⁸⁾。さらに、BGHの間接的臨死介助の問題において展開された、「表明された患者意思、または推定的な患者意思に基づいて、尊厳をもった安楽死を可能にすること……は極めて重大な、とりわけ、激烈な苦痛の下でさらに短時間生きながらえなければな

95) *Claus Roxin*, Strafrecht AT Bd.1 Aufl. 4, 2006, §13, Rn. 92.

96) *Torsten Verrel*, Selbstbestimmungsrecht contra Lebensschutz, JZ 1996, S. 226.; *Peter Bringewat*, Unbeachtlicher Selbsttötungswille und ernstliches Tötungsverlangen – ein Widerspruch?, S. 370.

97) *Alexander Elster*, Euthanasie (sterbehilfe), in: *Albin Eser, Alfred Künschner* (Hrsg.), Recht und Medizin, 1990, S. 85ff.

98) ヘニング・ローゼナウ（甲斐克則・福山好典訳）「ドイツにおける臨死介助及び自殺幫助の権利」比較法学47巻3号（2014年），214頁。

らないという見込みよりも高次の法益である⁹⁹⁾」とする考えに依拠した上で、苦痛回避と延命の法益衡量を試み、StGB 34条緊急避難規定を援用する¹⁰⁰⁾。これに対しては、「生命」はStGB 34条による利益衡量を受け付けないとの批判が向けられるが、*Rosenau* は「延命」と衡量されている法益は「尊厳をもった死」であり、ここで問題となるのはGG 1条1項の人間の尊厳であると応える。そして、尊厳とは憲法体系上最高の価値を有するため、生命を前にしてもその尊厳は保護されるのだ、とする¹⁰¹⁾。

維持治療の中止においては、*Rosenau* の理論構成は可能であり、無理なく結論を導き出せるように思われる。しかしながら、これを臓器移植医療における脳死という場面に直ちにあてはめることは難しい。脳死に関して、StGB 34条の緊急避難規定を適用するならば、可能的提供者の生命と衡量される法益は、臓器移植によって助かる不特定多数のドナーの生命であり、非常に漠然としたものとなり得、害の均衡性を欠き、さらに、可能的提供者の生命と臓器移植によって助かるであろうレシピエントの生命とを比較し、より劣った生命によって助かる見込みのあるより大きな生命を救助することは、生命に差を認めることになる¹⁰²⁾ ため、許されないであろう。加えて、他人の生命、身体を衡量の対象となる利益としてひとまず認めるとしても、次に、緊急避難規定における危難の現在性に関する問題が生じる。すなわち、レシピエントとなり得る人に当該可能的提供者に迫る危難と同程度の危難が間近に押し迫っているかは事実上比較することは困難である。したがって、臓器摘出に関する承諾の正当化効を根拠づけるに際して、緊急避難を志向する説明を適用することは不可能であろう。

99) BGHSt 42, 301, 305.

100) ヘニング・ローゼナウ（甲斐克則・福山好典訳）、「ドイツにおける臨死介助及び自殺幫助の権利」前掲注98, 214頁。

101) SSW-Rosenau, §34 Rn. 21.

102) *Ernst-Walter Hanack*, Todeszeitbestimmung, Reanimation und Organtransplantation, in: *Albin Eser* (Hrsg.), *Recht und Medizin*, S. 240.

臓器移植法における正当化要件としての家族の決定的かつ優越的な同意（二・完）

4-2-2. 臓器移植法の解釈

4-2-2-1. 脳死選択説

心臓死説を維持しつつ、脳死選択説に立脚するならば、脳死判定に同意した時点において、脳死は人の死となり、脳死者は脳「死者」となる¹⁰³⁾。脳死を人の死と解する以上、それは死体に関する処分権限の問題の一環として理解される¹⁰⁴⁾。すなわち、脳死を人の死とした時点で提供者の身体は、死体となるため、その脳死体から、心臓を摘出したとしても、刑法202条に抵触しない。

しかしながら、脳死選択説は、脳死判定が可能となった時点以降は脳死一元説の利点と同時に問題点をも共有することになる。臓器移植法6条に即して考えれば、既に死者となったはずの可能的提供者本人が臓器摘出に関する承諾を為し得る。この点につき、脳死選択説からは、例えば、「身体についての自己決定権は、自分の死後の死体の処置にも及ぶと考えられるとすれば、本人が臓器摘出に関する意思決定を為し得ることは容易に理解できそうである。すなわち、自分の死後に臓器を移植のために提供するかどうか、死体を医学教育のために献体するかどうかを決定する権利は、法秩序において尊重されるべき『人格権』に属するものであって、本人の決定は死後においてこそ完全な効力が認められなければならない」¹⁰⁵⁾といった根拠づけの試みがなされる。

金澤文雄は、これに加えて、死者の自己決定権は憲法13条により保護されているとする¹⁰⁶⁾が、同条は生きている人間の尊厳を保障しているのであり、死者のそれまで保障しているとはいえないであろう¹⁰⁷⁾。とすると、身体に対す

103) 丸山英二『臓器移植法ハンドブック』中山研一＝福間誠之編（日本評論社、1998年）、66頁以下。「脳死判定に従う意思」とは、脳死判定手続きの実施を認めるという意思にとどまるものではなく、それによって脳死判定が下されれば、自己の死が認定されることも承認するという意思を含むものである理解されてきた。

104) 米村滋人『医事法講義』前掲注80、213頁。

105) 金澤文雄「臓器移植と承諾——角膜・腎臓移植法の解釈をめぐる——」広島法学8巻2・3合併号（1984年）、93頁。

106) 金澤文雄「臓器移植と承諾」前掲注105、92頁。

107) 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——（特集 臓器移植と刑事法）」刑法雑誌第38巻2号（1999年）、90頁。

る自己決定権が、そのままその死体の処分に及ぶとすることはできないし、そもそも死者はおよそ法益の主体となり得ず、脳死者である可能的提供者である本人の意思によって正当化することは困難であろう。

脳死選択説の立場は、さらに、心臓死説を原則として維持しながらも、一部では脳死を人の死と認めることになるため、心臓死を希望する者の身体への侵襲は認めず、脳死を希望する者からは心臓を取ってもよいとすることを認めることになり、同じ脳死状態の人間の生命に優劣を認めることになるという批判を免れることができない。

4-2-2-2. 違法阻却説

違法阻却説に立脚するならば、脳死判定に同意している場合であっても心臓死説を維持するため、死の相対化は回避できる。しかしながら、「脳死を人の死と認めない見解に立てば、脳死者であっても、心臓の鼓動がある以上まだ『人』に違いないから、その人から臓器を摘出したことにより死期を早めその人を死亡させたときは、自殺関与罪（刑法202条）を構成」する¹⁰⁸⁾ こととなり、とりわけ心臓については摘出につき本人の承諾があっても、刑法202条の少なくとも構成要件には該当する¹⁰⁹⁾。つまり、心臓摘出についての承諾が、自分の死に関する承諾であっても、刑法202条がある以上、それだけでは完全な違法阻却効を認めることはできない¹¹⁰⁾。しかしながら、臓器移植法は、本人あるいは家族に臓器摘出に関する意思決定を認めている。以下では、刑法202条に抵触し得る臓器摘出に関する意思決定によって、臓器摘出をどのようにに正当化し得るかを検討する。

108) 田邊信好「脳死移植における脳死者等の承諾の法的位置づけと立法上の留意点」法律時報64巻10号（1992年），9頁。

109) 井田良「脳死と臓器移植法をめぐる最近の法的諸問題」ジュリスト No.1264（2004年），15頁。

110) 町野朔「『脳死臓器移植』について（シンポジウム臓器移植をめぐる今日的問題）」年報医事法学20号（2005年），59頁。

臓器移植法における正当化要件としての家族の決定的かつ優越的な同意（二・完）

4-2-3. 刑法202条の特殊な正当化事由としての臓器移植法

4-2-3-1. 本人による臓器摘出に関する意思決定の法的性格

治療中止に関する議論においては、人工呼吸器、人工栄養補給チューブ等の治療中止行為は一見作為とも見えるが、例えば、人工呼吸器の停止は、消極的にそれまで継続していた治療から撤退し、現状の人為的な固定から手を引く行為であることに鑑み、治療行為の継続性あるいは医師の作為義務・救助義務が解除されることであるとし、当該行為は不作為あるいは不作為に準ずるものと評価する見解がある¹¹¹⁾。

心臓摘出を通常の治療中止と同様に不作為であると考えることができるならば、これが心臓死説を前提とすれば死期を早めたことになるという事態が犯罪を構成することを妨げるためには、医師には心臓の自然停止まで治療を続ける作為義務はないと言えれば足りることになる。

しかしながら、そもそも心臓摘出はただ治療を中止することにとどまらない積極的措置であり、作為と不作為の区別基準を如何に設定しようともこれを不作為に位置付けることはできないであろう。心臓死説を維持する限り、心臓摘出は、因果的に考えても、自然の因果経過への不介入にとどまるものではないし、規範的に考えても、心臓停止時期を早めて生命を短縮しない消極的義務を否定することはできない。心臓の機能を維持せよという積極的義務は課せられないか、課せられるとしても摘出までは履行されているのに対して、一旦摘出がなされれば、これは心臓停止時期を早めるなどという消極的義務の違反そのものである¹¹²⁾。また、通常の治療中止についてすら、治療中止行為によってもたらされる死は「治療中止が原因であって、患者の疾患が原因ではな」く、「どれほど言葉を尽くそうとも、患者は治療中止によって死亡したのであり、

111) 井田良「終末期医療と刑法」ジュリスト No.1339 (2007年), 44頁。なお井田はそのことを説明するひとつの理論構成として「作為による不作為犯」の理論があるとする。詳しくは、同「生命維持治療の限界と刑法」法曹時報51巻2号(1999年), 16頁以下。

112) 山下裕樹「特別なものとしての不作為犯?」『法の理論33 特集《日本国憲法のゆくえ》』竹下賢ほか編(成文堂, 2015年), 97頁以下。

治療を中止した行為者によって、患者の生命を短縮された」のである¹¹³⁾ とする見解もある。

上述のように、刑法202条がある以上、可能的提供者本人の同意があるというだけでは、臓器摘出を正当化することはできない。刑法202条は、原則として、死に関する自己決定の余地を否定する規定であることは動かせない。しかしながら、近年、(消極的)安楽死の議論においては「死の自己決定権」が一定の条件のもとに認められる傾向がある。同様に一定の条件を付して自己決定を認める理論構成は、脳死臓器移植の場面でも考慮することは可能であろう。もちろん、前述のように、安楽死を認められ得る前提として挙げられているような苦痛の緩和あるいは死苦からの解放というような要件は、臓器提供の場面においては認められないため、特別に検討する必要がある。

患者の意思は自己答責的なものでなければならないとするならば、当該意思が自己答責的な意思であると認められる限りにおいては、他人から見て「不合理」であると思われても、それ自体を非難することはできない¹¹⁴⁾。また、臓器摘出の前提としての脳死判定によって、「治療の限界、つまりあきらめざるを得ない状況を鑑別できる」¹¹⁵⁾ とするならば、脳死判定によって、脳死という判定を宣告された時点は治療の限界の時点と解しうるであろう。治療の限界であるとするならば、何ら人為的な医療を施さなければ、可能的提供者は死に至るのみである。とすれば、その時点において、医師は治療継続義務から解放され得る。

もっとも、このような極めて死に緊迫した状態にあるといえども、可能的提供者の臓器提供意思は、死を選択するという意思であることは否定できない。加えて、「他人の利益との『利益衡量』によって、『生命を短縮する』ことは認めるべきではない」¹¹⁶⁾。

113) 古川原明子「安楽死・尊厳死の刑法的評価——終末期における治療行為論に向けて——」現代法学 第18号(2009年)、83頁。

114) 甲斐克則「自殺患者をめぐる刑法上の問題点」年報医事法学(1989年)、35頁。

115) 有賀徹「臓器移植法改正——救急医療の現場から(特集・臓器移植法改正)」ジュリスト No.1393(2010年)、52頁。

116) 平野龍一「生命の尊厳と刑法——とくに脳死に関連して——」ジュリスト

臓器移植法における正当化要件としての家族の決定的かつ優越的な同意（二・完）

しかしながら、脳死状態となった場合に、自己の臓器提供によって、他人の生命を救いたいとする可能的提供者の崇高な意思を法は拒むことはできない¹¹⁷⁾。また、可能的提供者の明示的、積極的提供意思がある場合に、これに従って、心臓等の臓器摘出によって他人の生命を救うことは、可能的提供者の意思の尊重であり、ひいては、可能的提供者の人格権あるいは尊厳を保護することになる。このように考えれば、脳死状態、すなわち治療・回復の望みが断たれたことが確認されたことを停止条件として、可能的提供者が以前に表明した提供意思、すなわち死に関する同意が、それでも刑法202条の構成要件には該当する行為を例外的に正当化することを説明することは可能である。つまり、臓器移植法6条に規定された脳死判定、臓器摘出に関する脳死者本人の同意はそのような特殊な違法阻却事由であることになる。このような理論構成による場合は、利益衡量を中核とする説明に依拠する必要もない。すなわち、第三者の生命のための生命短縮、そして、前提としての緊急状態を欠く優越的利益原則ないし刑法37条の援用という問題を回避することができる。

4-2-3-2. 臓器摘出に関する近親者の同意の法的性格

上述のように、臓器摘出行為は身体への侵襲であるため、当該臓器摘出への意思決定は一身専属的な事項への意思決定となり、本来的には可能的提供者本人のみが当該行為への意思決定を為し得るはずである。しかしながら、臓器移植法においては、可能的提供者の遺族も意思決定を行う余地が認められている。近親者が可能的提供者本人の一身専属的な事項に関する決定を為し得ることは、どのような根拠を以て認められるのであろうか。

立案段階において、脳死体からの臓器摘出を対象とする遺族の承諾については「遺族は、承諾するに当たっては、本人の意思の尊重の観点から、本人の意思を付度して判断することが求められる」¹¹⁸⁾ことが予定されていた。これを

↘No. 869号（1986年）、47頁。

117) 五十嵐清『『脳死及び臓器移植についての最終報告』についての意見』ジュリスト No. 904（1988年）、33頁。

118) 厚生省保健医療局臓器移植対策室・臓器提供手続きに関するワーキング・グループ「脳死体からの場合の臓器摘出の承諾等に係る手続きについての指針骨子」

考慮するならば、遺族の意思が介入しうることの可能な解釈としては、① 本人の自己決定権の行使が遺族によって「代行」されていると解するか、あるいは② 本人の自己決定の内容を遺族が「付度」したものが遺族の「承諾」であると解するかのいずれかが考えられる¹¹⁹⁾。他方で、可能的提供者となり得る人の人間観に着目し、③「たとえ死後に臓器を提供する意思を現実に表示していなくても、我々はそのように行動する本性を有している存在である」ということを前提に、可能的提供者本人による生前の明示的な意思決定がなかった場合において、遺族の同意によって臓器移植を認めることは、本人の自己決定権に沿うものであるとする見解¹²⁰⁾もある。③のように解すれば、遺族が同意を為し得ることは明らかである。しかしながら、この見解は、人間像は立派だが、「存在と当為を混同している」¹²¹⁾。さらに、「単一の人間像」を想定することは、擬制の要素を否めず¹²²⁾、このような人間像を一般化することは難しいであろう。①のように遺族による「代行」であるとする、遺族が可能的提供者本人の自己決定の内容を知らなかった場合、推定せざるを得ず、結果としては②と同じこととなるであろう¹²³⁾。

臓器摘出の意思決定を行う時点で、可能的提供者の意思は、不明である場合

「(案)」(平成6年1月)。

119) 城下裕二「改正臓器移植法の成立と課題(特集・改正臓器移植法の成立)」刑事法ジャーナル No.20 (2010年), 14頁以下。

120) 町野朔「厚生科学研究報告書(平成11年度)・臓器移植の法的事項に関する研究(1)——特に『小児臓器移植』に向けての法改正のあり方——」町野朔=長井圓=山本輝之編『臓器移植法改正の論点』(信山社, 2004年), 29頁。

121) 光石忠敬「『脳死』と判定された病人は死んだ人間ではなく、臓器の摘出・移植に対する本人の自己決定は軽視できない——臓器移植法『改正』問題を考える」年報医事法学20号(2005年), 69頁。

122) 白木豊「生命倫理と臓器移植法の問題点」現代刑事法(2002年), 53頁。

123) 遺族の意思を、本人の自己決定権の行使が遺族によって「代行」されているものであるとすれば、提供者本人が提供意思を書面によって表明している場合に準じた扱いが可能であろう。とすれば、遺族が、提供者本人の意思を付度しなければならないことも説明がつくように思われ、提供者の同意を得ることができないという実践的理由が、本人の現実的意思決定が欠けるという瑕疵がある程度は埋めることとなる。

臓器移植法における正当化要件としての家族の決定的かつ優越的な同意（二・完）

がほとんどである¹²⁴⁾。可能的提供者自身が臓器摘出に関する意思決定を為し得ない以上、遺族が当該意思決定を為し得るとする臓器移植法の規定は極めて実情に即した解決であろう。本人が有効な意思表示を為し得なかった場合における遺族の同意は、「死者との密接な家族共同生活を通して作り上げられてきた精神的なつながりを背景として、自らの手に帰した遺体を移植のための処置に委ねるかどうか」¹²⁵⁾ という、いわば遺族の自己決定とも称されるような、遺族の「固有の権利」に基づいて行われる¹²⁶⁾ と解することが妥当であるように思われる。この遺族の固有の権利はドイツにおいて展開されている「死後、後世のものによって侵害されないことへの信頼」あるいは *Seelmann* による「臓器移植医療に関する特定の状況下にある人の取扱いによって生じる近親者の悲しみや畏敬の念」に根拠づけられると思われる。情緒的な解釈となり得ることは否めないが「身近な人の死という大きな悲劇に遭遇して、その悲劇を他人を助けるための機会に転換させるのには並々ならぬ困難があ」り¹²⁷⁾、それによって遺族が被るであろう精神的負担は決して小さくはないため、遺族が当該臓器摘出に関する意思決定を為し得るとすることによって、遺族の敬虔感情あるいは不合理な感情も保護されるように思われる。

ただ、遺族による意思決定が、可能的提供者本人の意思の代行ではなく、遺族に独自に認められた決定権だとすると、本人の意思が明らかでない場合についても遺族の意思決定を認める臓器移植法6条が正当化すべき対象は、その場合に限っては刑法202条の行為ではなく、刑法199条に該当する行為であることになる。脳死を人の死であるとし、臓器摘出を死体に対する侵襲であると考える場合とは異なり、心臓死説を維持する場合には、この殺人罪の正当化を根拠づける必要が生じる。

臓器移植法6条1項2号の規定が、可能的提供者の意思が諾否不明である場

124) 有賀徹「臓器移植法改正」前掲注115, 51頁。

125) 中山研一＝福岡誠之編『臓器移植法ハンドブック』（日本評論社、1998年）、29頁〔石原明〕。

126) 城下裕二「改正臓器移植法の成立と課題」前掲注119, 16頁。

127) 樋口範雄「臓器移植法改正について」前掲注63, 46頁。

合が多いことに鑑みた、臓器提供者の数を確保するための政策的考慮に基づくものであることは疑い得ないが、このような実践的要請が、本人の同意、嘱託がない場合に刑法199条該当行為を完全に正当化すると考えるのは困難である。脳死状態という決定的な終末期であることも、臓器提供意思の尊重も、同意・嘱託が刑法202条の法定刑に対応する程度への違法減少を超える正当化効を有するための条件であるから、およそ死にゆく者の意思が不明である場合には機能し得ない。

心臓死説を維持し、臓器移植法6条の規定を刑法202条該当行為に対する特殊な違法阻却事由と考える立場の最大の弱点がここにある。ここでなし得る態度決定は、心臓死説を前提とした臓器移植法6条の説明を放棄して脳死説に依拠するか、解釈論の説明を諦めて、臓器移植法6条1項2号は、倫理的裏付けがないし現行刑法秩序との整合性を欠くあくまでも政策的な規定（政策的処罰阻却事由）であるとするかのいずれかしかないと思われる。

4-2-3-3. 臓器摘出に関する近親者の反対意思の法的性格

以上のように、臓器摘出に関する遺族の意思決定を固有の権利であるとしても、可能的提供者の意思を蔑にするような決定は為し得ず、あくまでも可能的提供者の意思を付度した上で意思決定を為すべきであろう。しかしながら、臓器移植法6条は、本人が臓器の提供に承諾していても遺族が拒否すれば摘出できないとし、遺族に可能的提供者の決定を覆す反対意思を表示する権利が認められている。これに対しては、死者の自己決定権を侵害しているとの批判が向けられる¹²⁸⁾。「決定能力を認められている本人が行った決定に、他の人間が自らの感情を理由に介入することを許すこと、自己決定が周囲の人々の許す範囲でしか実現できなくすることは、自己決定の尊重ではない」¹²⁹⁾。しかしながら、そもそも「死者の自己決定権」を語るときには「我々がいまは社会に存在しな

128) 斎藤信治「移植用心臓（等）摘出と違法阻却」刑法雑誌第29巻第1号（1988年）、25頁。

129) 白木豊「生命倫理と臓器移植法の問題点（特集・生命倫理と刑事規制）」現代刑事法（2002年）、51頁。

臓器移植法における正当化要件としての家族の決定的かつ優越的な同意（二・完）

い死者の権利の主体と認めたからではなく、この世にいる我々が、死者の生前の意向は死後においても尊重すべきであるという正当な感覚に基づいた社会規範を共有している」¹³⁰⁾ということが念頭に置かれているであろう。加えて、「遺族の、近親者の死体を損なわれたくないという思いは法的に保護されるべき」であるように思われる。また、「死体の不可侵は敬虔感情からの強い要求であり、しかもこの要求に従うことは単なる不作為で足りるものであり、何人に対しても容易に要求できること」である¹³¹⁾。すなわち、遺族による臓器摘出に関する拒否は敬虔感情からの要求であり、この拒否を実現することは可能的提供者の身体への侵襲を伴わず、不作為で果たし得ることを考慮すれば、遺族の拒否権は、このような利益を保護するためのものとして正当化可能であろう。

このような理解は、臓器移植法6条3項における可能的提供者本人の意思の正当化効力に関する本稿の理論構成にも馴染むものと言える。臓器移植法6条1項の違法性阻却事由は① 可能的提供者本人の死を希望する意思が② 自律的生存の可能性が極小化した状況（脳死判定が許される状況）において③ 臓器提供の希望という利他的動機に基づくという条件の重畳の充足の下であくまでも例外的に生命の短縮を完全に正当化する効果を有するのであるから、そのような承諾が遺族という他者をその感情においてでも侵害する場合にまで正当化効を認めることはできないとすることは、例外的正当化事由としての本旨に適うものと言えよう。

4-3. 小 括

脳死一元説に立脚する見解からは、脳死体からの摘出行為は一般に死体損壊罪の範疇で理解されているが、死体損壊罪の保護法益に鑑みると、脳死体からの臓器摘出を直ちに死体損壊行為と同一視することはできず、問題は脳死体の

130) 町野朔「『脳死臓器移植』について」前掲注110, 61頁。

131) 金澤文雄「臓器移植と承諾——角膜・腎臓移植法の解釈をめぐって——」広島法学第8巻第2・3合併号, 19頁。前述のように、ドイツでは、近親者による臓器摘出に関する意思決定の法的根拠を敬虔感情に求める学説が多い。例えば, *Gilbert Thiel*, 前掲注52; *Kurt Seelmann*, 前掲注33。

処分権如何に集約される。しかしながら、脳死を人の死とすることには未だ社会的コンセンサスが得られているとは言えず、心臓死説が維持されているため、脳死説を採ることは時期尚早であろう。加えて、脳死説を採る以上、脳死の時点で人の死と必然的に認められ、臓器摘出に関する意思決定が本人あるいは家族に認められていることに鑑みれば、わざわざ脳死判定に関する意思決定を為し得るとする点は説明がつかず、脳死一元説による解釈は困難である。

他方で、脳死時点で可能的提供者が死亡していなければ、少なくとも刑法202条と抵触することとなるため、心臓死説を維持する限り、何らかの正当化事由を要する。脳死選択説に立脚すれば、心臓死説を維持しつつ、一部では脳死を人の死とすることを認め得るため、刑法202条との抵触も回避できる。しかしながら、死の相対化、ひいては、同じ脳死状態において脳死を人の死とする人と心臓死を人の死とする人との生命の差を認めることとなり、この点に重大な疑義があると言わざるを得ないだろう。

可能的提供者本人の意思は、脳死状態という限定的な場面に限り、自己の臓器提供により他人の生命を救いたいとする崇高な意思であるが故に、本人の提供意思が明示されている場合、当該摘出行為は正当化される。また、本来一身専属的であるはずの生命への侵襲行為に近親者が介入し得る余地は、遺族がもつであろう敬虔感情に根拠づけられる。ただし、これが近親者に固有の決定権であると理解するときは、本人の意思が不明な場面においては刑法199条の構成要件に該当することになる心臓摘出行為が正当化される理由を説明することは困難である。他方、当該臓器提供に関して本人が同意しているにも拘らず、遺族が反対意思を表明し得る、すなわち、遺族の意思決定が決定的かつ優越的な地位を持ちうる根拠も敬虔感情に求められよう。さらに、遺族の反対意思は不作為によって実現できることを考慮すれば、このような反対意思は敬虔感情からの要求として認められるように思われる。確かに、感情論に依拠するという点ではその概念の曖昧さを指摘する批判は受け入れざるを得ないが、*Seelmann* が主張するように、不合理な感情の保護も法の役目である¹³²⁾ とす

132) 臓器移植法に関して直接論じたものではないが、感情の保護に関して論ずるも、

臓器移植法における正当化要件としての家族の決定的かつ優越的な同意（二・完）
れば、臓器移植法における意思決定方式は説明可能であろう。

5. 結びにかえて

臓器移植法は、2009年改正の際、見直しを念頭に置きつつ施行されたが、それは未だ現実となっていない。現行臓器移植法の意思決定方式においては本人の承諾が不明な場合における近親者の承諾を認めるとする規定が置かれているが、「滑りやすい坂道」となり得るであろう。これに関しては、（現行法より厳格な意思決定方式となり得るとしても）「疑わしきは生命の利益に」判断すべきであり、せいぜい「生命の救助不可能性」が客観的に認められる時点までは、臓器提供を為し得る提供者として見なしてはならないであろう¹³³⁾。また、臓器移植医療現場の制度について、脳死それ自体に関する基準、あるいは、ドイツのような脳死判定に関する統一的なガイドラインを作るなどの見直しも必要であるように思われる。さもないと、既に和田移植において経験したように、医療不信につながり、臓器移植医療を妨げることになるであろう。本稿においては、承諾システムに関する原則的な問題のみを検討の対象としたが、前述のとおり、死の定義に関する問題、年齢制限の撤廃に関する未成年者の承諾の取扱い、臓器配分の公平性など、臓器移植法が孕む問題は多い。本稿においてフォローしきれなかった問題については、今後の課題とし、本稿においては、以上でひとまずの考察を終える。

ㄨのとして、内海朋子「感情の刑法的保護について——宗教に関する罪における保護法益——」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2016年）、807頁以下、同「感情の刑法的保護について 序論」横浜法学第22巻第3号（2014年）、205頁以下。

133) 甲斐克則「終末期医療と刑法」『安楽死と刑法』（成文堂、2003年）、16頁以下。