

臓器売買罪の保護法益について

一 原 亜貴子

目次

- 一 はじめに——問題の所在——
- 二 臓器に対する尊重感情、人間の尊厳
- 三 臓器移植制度の維持
- 四 臓器提供の任意性
- 五 おわりに

一 はじめに——問題の所在——

一九九七（平成九）年に制定された「臓器の移植に関する法律」（平成九年法律第一〇四号。以下、「臓器移植法」と略記する。）は、その名称にもかかわらず、死体^①からの臓器の摘出とその移植のみに主眼を置いており、生きた者からの臓器摘出及びその移植についてはその手続等を定めていない^②。しかし、後者にも関連する数少ない規定のひとつとして、移植用臓器の売買及びその斡旋等を禁ずる一一条がある^③。

同条は、①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る、又はその要求若しくは約束をすること（一項）、②移植術に使用されるための臓器の提供を受けると若しくは受けたことの対価として、財産上の利益を供与する、又はその申込み若しくは約束をすること（二項）、

- ③ 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その提供を受けることであつせんをすること若しくはあつせんをしたことの対価として、財産上の利益の供与を受ける、又はその要求若しくは約束をすること（三項）、
- ④ 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その提供を受けることであつせんを受けること若しくはあつせんを受けたことの対価として、財産上の利益を供与する、又はその申込み若しくは約束をすること（四項）、
- ⑤ 一〜四項のいずれかに違反して得られた臓器であることを知りながら、これを摘出又は移植すること（五項）を禁止する。そして、これらの行為を行った者には、五年以下の懲役若しくは五百万円以下の罰金が科せられるか、又はこれらが併科される（二〇条一項）。

臓器の売買及びその斡旋が許されないことは、一見、自明のことのように思われる。例えば、我が国においても、いわゆる宇和島臓器売買事件や東京で起こった臓器売買事件^④が大きく報じられ、社会に衝撃を与えた。また、とりわけ発展途上国を舞台に行われている生体臓器の売買^⑤について、また、これへの日本人の（特に買主としての）関与について報道されることもあるが、そこでの論調は非常に厳しい。

しかしながら、他方では、移植用臓器の恒常的な不足がしばしば取り沙汰され、死後の臓器提供（の意思表示）を促進するためのキャンペーン等も行われており、（少なくとも死後の）臓器提供それ自体は寧ろ好ましいと考えられている。また、臓器移植法^①一条六項は、同条一〜四項にいう「対価」には、「交通、通信、移植術に使用されるための臓器の摘出、保存若しくは移送又は移植術等に要する費用であつて、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その提供を受けること又はそれらのあつせんをすることに関して通常必要であると認められるものは、含まれない」としている。つまり、同法は、臓器の売買及び斡旋により利潤を得ること（のみ）を禁止しているのである^⑥。

このように見てくると、臓器の売買及びその斡旋が端的に「悪」であると言えるのか、また処罰に値する行為で

あるのかには、疑問が生じてくる。この問題に対しては生命倫理や法哲学等、複数の角度からのアプローチが可能であろうが、本稿では、現行の臓器移植法が定める臓器売買罪の保護法益ないし処罰根拠を検討し、これを刑法的観点から考察することにした。

臓器売買禁止の根拠について、臓器移植法制定当時の衆議院法制局の担当者は、「①遺体の一部である臓器を『物』、『資源』扱いし、経済取引の対象とすることは、人々の感情に著しく反し、②こうしたことを許せば、経済力のある者にのみ移植を受ける機会が与えられ、移植の機会の公平性が害され、また善意・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きたす」点にあると述べていた。これは、臨時脳死及び臓器移植調査会答申「脳死及び臓器移植に関する重要事項について」(脳死臨調最終報告⁸)を基礎とするものである。同報告によれば、「遺体に対して相応の礼をもって接すべきことは、わが国だけでなく、各国共通の慣行になつていると言つてよい。遺体の一部である臓器に対しても同様であり、これを単なる『物』あるいは『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ことになる。また、こうしたことを許せば経済力のある者にのみ移植を受ける機会が与えられ、移植機会の公平という見地から見ても許容し難い問題が生じかねないと言えよう。さらには、臓器を経済取引の対象にすると、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ものと考えられる。『売りたい人があり、買いたい人がある以上、双方が納得すれば』といった理屈はこの際通用しない。」

裁判実務においても、同様の理解がなされているように思われる。臓器移植法上の罰則が適用された二件の臓器売買事件のうち、東京で起こった事件を見てみよう。事実の概要は次のとおりである。医師X及び当時の妻Yは、慢性腎不全を患っていたXが生体腎移植を受けられるようにしたいと考え、暴力団関係者であるA等に依頼して紹介された男性Zとの養親子関係を偽装するため、虚偽の養子縁組届を提出、受理させて戸籍に不実の記録をさせる

などするとともに、Zから腎臓の提供を受けることの対価として、現金合計一〇〇万円をA等に供与した。しかし、A等がさらに現金一〇〇万円を追加供与するよう要求してきたことから、X及びYは、別の暴力団関係者B等にこのトラブルの解決を依頼し、また、B等に依頼して紹介された男性との養親子関係を偽装するため、虚偽の養子縁組届を提出、受理させて戸籍に不実の記録をさせるなどするとともに、その男性から腎臓の提供を受けることの対価として、現金八〇〇万円をB等に供与したものである。

この事件では複数の関係者が起訴されたが、一連の裁判のうち、臓器の提供を受けることの対価としてA等及びB等に金銭を供与し、現にBに紹介された男性から腎臓の提供を受けたX及びその妻であったYに対する裁判の第一審判決において、東京地裁刑事第一部は次のように述べた。「そもそも、移植医療に関し、移植術に使用されるための臓器は人道的精神に基づいて提供されるものであるから、臓器の移植に関する法律は、提供者の意思を尊重し、その提供意思の任意性を要求するとともに、移植術を必要とする者に係る移植術を受ける機会の公平性をも重視している。同法が臓器売買を禁止しているのは、臓器を物扱いして経済取引の対象とすることが人々の感情に著しく反し、これを自由にしてしまうと、本来公平であるべき移植術が、経済的な格差を原因として公平に実施されなくなり、移植医療が適正に行われなくなるからだと思われる。」¹⁰ また、同地裁刑事第三部も、Xに腎臓を提供することの対価としてX等から金銭を供与されたZに対する裁判の判決理由において、「臓器の移植に関する法律は、臓器を経済取引の対象とすることが、人々の感情に著しく反し、移植機会の公平性を損ない、さらに善意・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来すことから、いわゆる臓器売買を禁止、刑事処罰の対象とした」¹²と述べている。

これらの見解を簡潔にまとめると、臓器売買を禁止する根拠は、①臓器に対する人々の尊重感情と、②臓器移植制度（の維持）ということになる。①について、生体から摘出されたのであれ死体から摘出されたのであれ、お

よその人の臓器を経済取引の対象とすることが「人々の感情に著しく反する」ことは、感覚的には十分に理解可能である。しかし、ここでの問題は、このような「人々の感情」が臓器売買罪の保護法益たり得るのか、或いは「人々の感情に著しく反する」ことが処罰根拠たり得るのか、ということである。また、学説においては、人体から切り離された臓器そのものに「人間の尊厳」を認め、これを臓器売買罪の保護法益とする見解が主張されている。臓器について、このような単なる敬虔感情を超えた尊厳まで認められ得るのかについても、検討が必要である。②については、果して臓器売買が現行の臓器移植制度を台無しにするような行為であるのかが問われなければならない。ここで注意を要するのは、臓器移植制度には、臓器移植法が主に定める死体臓器の移植制度のみならず、生体臓器の移植に関する制度ないし現状をも含めて考える必要があるという点である。

以下、これらの理由付けが正当であるのかを順に検討していく。

二 臓器に対する尊重感情、人間の尊厳

脳死臨調最終報告書に示された見解や法制局の担当者による説明には、まず、これらが「遺体の一部である臓器」という表現を用いており、生体から摘出された臓器に言及していない点で疑問がある。臓器移植法第一条は、死体から摘出された臓器と生体から摘出されたそれとを何ら区別していない。したがって、当然ながら、同条が定める売買等の禁止は、死体臓器だけでなく生体臓器にも及ぶはずであり、実際にもそのように運用されている。また、現実にもその売買が問題となるのは、生きた者から取り出された臓器である場合が圧倒的多数を占めると思われる。にもかかわらず、上記の見解が死体臓器にしか言及していない理由は明らかではない。強いて言うならば、死体臓器に対する尊重感情が認められるのであれば、生体臓器についても当然にそのような感情が（むしろ前者に対する

場合よりもより強く)認められると考えられているのかも知れない。

しかし、臓器を経済取引の対象とすることが人々の感情に著しく反する、或いは人間の尊厳に反する、ということと臓器売買が禁止される根拠とすることについては、既に、「本来的に法益と呼ぶべきではない属性のものを法益として点で不当である」と指摘されている。なぜなら、このような理解は、「規範の妥当状態そのものを法益とするものだからである」⁽¹⁴⁾。「人体やその部分を金銭的な取引対象にしてはならない」という社会倫理規範の刑法的保護の妥当性⁽¹⁵⁾には疑いがある、との批判は正当であろう。

さらに、臓器を経済取引の対象とすることは「人々の感情に著しく反する」とされるが、そもそも、このような感情を法的に保護することに理由があるのか、という点でも疑問がある。例えば、医学研究用の臓器については、現に米国等から日本への輸入が適法に行われている⁽¹⁶⁾というが、この事実は人々の感情を害さないであろうか。なんとなくの嫌悪感⁽¹⁷⁾は、法による、しかも刑罰威嚇を伴う形での保護には値しないと云わざるを得ない。

他方で、学説には、臓器売買罪の保護法益を「人間の尊厳」から導き出される「人体の尊重」によって説明しようと試みる見解が存する。甲斐克則は、人体から切り離された「人体構成体」については、「人間の尊厳」を根底に据えて、人や財物とは別の独自のカテゴリに位置付けるべきであると⁽¹⁷⁾する。そして、医療の場面においても、存在論的観点からは「身体と意思は分離しえない統一体として捉えるべきであり、⁽¹⁸⁾「そのかぎりでは、『人格(権)の尊重』と『人間の尊厳』とは符合するといえる」という。そうすると、尊厳をもつ人間の身体とはどこまでを指すのかという問題が生じ得るが、論者は、生体部分肝移植のような場合を念頭に置いて、生体から切り離された身体の一部が「直接的に人格権の一部として保護を受けること」を認める。そして、臓器売買禁止の根拠もこの点に求められるとする⁽¹⁹⁾。また、人体構成体の尊重は、生体から取り出された臓器だけでなく、死後の臓器についても認められるという。「存在論的観点から、自己所有や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」として、死者から摘出された臓器についても売買禁止が根拠付けられ得るとするのである。²⁰⁾

確かに、人体から摘出され、切り離された部分についても、一定限度で人格権を（延長して）認めることは可能であるし、それが適当でもあろう。そして、その場合には、どのような身体の部分に対して、どの時点まで人格権が及ぶのか、という限界付けが問題となる。この点に関して、山中敬一の見解²¹⁾をしてみよう。山中は、切り離された身体の一部について人格権の延長が認められるか否かは、身体との「機能的一体性」の有無によって決まるべきであるとする。すなわち、「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」であるとする。より具体的には、①毛髪のようにゴミとして処理されるような身体の部分は、身体から切り離されると同時に物権法の対象となり、人格権的保護を要しないのに対して、後に再び（本人ないし他人の）身体に統合される予定のある身体部分については、②保存予定の精子や血液等のように身体からの切り離しが一時的でない場合には、機能的一体性が失われるが、③移植目的で摘出された臓器や切断された手足等のように、すぐに再統合されることが予定されている場合には、当該部分はなお機能的一体性を維持し、人格権が延長されるという。²²⁾

しかしながら、他人の臓器だけでなく自らの臓器を売る行為もまた処罰の対象となっているのであるから、臓器売買禁止の根拠とされる人間の尊厳ないし人格権は、売買の目的物となる臓器の持ち主のそれではなく、およそ一般的な人の尊厳であろう。だが、本人が真にそれを望んでいる場合にまで、その「人格権」を害するという理由でこれを禁ずるのは、却って自律性を軽視することにならないのであろうか。そしてまた、このような抽象的な利益が、本人の意思を超えて保護されるべきものであるのかも疑わしい。

このように、臓器を売買することが人々の臓器に対する尊重感情或いは人間の尊厳を害する、との主張は、臓器売買禁止の根拠付けに失敗していると言わざるを得ない。そこで、次に、臓器移植制度それ自体、ないしその維持が臓器売買罪及び同幹旋罪の保護法益たり得るのかを検討する。

三 臓器移植制度の維持

脳死臨調最終報告は、臓器売買を「許せば経済力のある者にのみ移植を受ける機会が与えられ、移植機会の公平という見地から見ても許容し難い問題が生じかね」ず、「さらには、臓器を経済取引の対象にすると、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」としていた。既に述べたように、裁判例においても同様の考えが示されている。

学説の中にも、このような臓器移植に関する理念や制度そのものを保護法益とする見解が散見される。例えば、城下裕二は、①移植用臓器が不足している現状において、臓器配分の公平性が移植医療を適正に実施するための重要な制度上の原理である、②世界的にも潜在的ドナーの経済的困窮を利用して、彼（女）らの健康への危険を増大させる臓器売買行為が頻発している、といった実情を踏まえるならば、「臓器移植を市場原理に委ねないことよって維持される移植機会の公平性、さらには経済的・社会的弱者の健康被害の防止という利益」が、「現在では現実的な保護の対象とされるべき実質を獲得したと評価することができるように思われる」とする。また、山中敬一も、「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」と述べている。²⁴⁾

しかし、(少なくとも)日本における臓器移植医療体制は、移植される臓器が死体から摘出されたものである場合

と、生体から摘出されたものである場合とで大きく異なっている。ところが、移植機会の公平性と言われるときには、専ら死体臓器の移植のみが念頭に置かれているように思われる。確かに、「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」⁽²⁶⁾から、「生体からの臓器移植は、……やむを得ない場合に例外として実施されるものである」⁽²⁶⁾。しかし、その摘出が死をもたらない臓器、とりわけ腎臓及び肝臓の移植手術においては、現実には寧ろ原則と例外とが逆転している状況にある。例えば、一九九七年の臓器移植法施行から二〇一三年までに日本国内で実施された肝移植七、四七四件のうち、実に七、二五五件（約九七・一％）が生体肝移植であり、また、二〇一三年にやはり国内で行われた一、五八六件の腎移植のうち一、四三一件（約九〇・二％）で生体腎が用いられたという⁽²⁸⁾。しかも、臓器売買は、生体臓器に関してより多く発生していると言われている⁽²⁹⁾。このような現状を踏まえるならば、死体臓器の移植に関する制度や理念のみを前提として、臓器売買問題を考えることには問題がある。

そこで、死体臓器及び生体臓器の提供に関する制度を簡単に確認しておきたい。

まず、臓器毎に移植の具体的な適合条件は異なるが、（脳死を含む）死後に提供された臓器の配分については、我が国で唯一、その斡旋を行うことを許されている社団法人日本臓器移植ネットワーク⁽³⁰⁾が定めた選択基準に基づいて被提供者の選択が行われている。選択基準そのものの妥当性についても議論がなされているようではあるが、少なくとも、移植待機リストに登録された全ての患者に同一の基準が適用されているということはできる。この意味で、死体から摘出された臓器の移植については、現状、臓器の配分はある程度公平になされていると言って良いであろう。

ところが、臓器移植法の二〇〇九（平成二一）年改正⁽³¹⁾により、親族への優先提供の意思表示が可能となった（六条の二）⁽³²⁾。すなわち、死後に移植用臓器を提供する意思表示を行う者は、これと併せて、その臓器を自らの親族に提供する意思をも表明することができ、このような意思表示がなされている場合には、提供者の親族にその臓器が優

先に移植され得るのである。⁽³⁴⁾ その場合には、通常の被提供者選定手続きを回避して、臓器はその提供者の親族に移植される。これは、少なくとも公平性という観点からは非常に大きな矛盾を孕んだ制度であると言わねばならない。⁽³⁵⁾

また、死体臓器移植においては、提供者の氏名等は明かされず、移植術を受ける者は、提供された臓器が誰のものであったのかわかることができない。つまり、臓器提供者の匿名性が貫かれているのである。

これに対して、生体臓器移植の場合には、匿名の提供者からの臓器提供は殆ど想定されない。生体臓器の提供及び移植の斡旋を行う機関は存在しないため、移植術を受けたいと考える患者は、提供してくれる者を自ら探さなければならぬ。⁽³⁶⁾ そして、生体移植の提供者には親等制限が課せられているため、通常、提供者は被提供者の親族である。かつては、組織適合性という医学的理由から親等制限が課せられていたが、免疫抑制法の進歩により、血縁関係のない者からの臓器の移植も可能となった。にもかかわらず、親等制限は今も維持されている。

先述のとおり、臓器移植法は、生体臓器の摘出及び移植に関して、その要件や手続きを定めた規定を持たない。⁽³⁷⁾ また、「臓器の移植に関する法律」の運用に関する指針(ガイドライン)「第一三の六は、生体臓器の提供者を親族に限定しておらず、提供者が親族の場合とそれ以外の場合とを併記している。しかし、日本移植学会倫理指針は、生体臓器移植における提供者はこれを「親族に限定する」として、親族以外の者からの提供を例外的な場合と位置付けている。一九九四年に生体臓器移植の条件⁽³⁸⁾が規定された当時の日本移植学会倫理指針の内容に比べれば緩和されているとは言え、親等制限は依然として存在しているのである。

これらのことを前提にすると、生体臓器移植に関しては、移植機会の公平性というものが現実認められるのかは、かなり疑わしい。上述のように、被提供者は原則として親族である。そうすると、移植術を望む患者は、親族の中から臓器を提供してくれる者を見つけられなければ移植を受けることができず、⁽⁴⁰⁾ また、そもそも親族がない

者には、移植の可能性は初めからほぼ閉ざされていることになる。通常、身近な相手でもないのに、自らの生命や健康を害する危険を冒してまで、臓器を他人に無償で提供しようなどという者はほとんど存在しないであろう。客観的には移植術の必要度がより低い患者が、親族の中から提供者を得てその臓器を移植されるのにもかかわらず、より緊急に移植を必要とする患者が提供者を見つけれず移植術を受けることができない、という事態が生じ得る（し、現にそうなっていることが推察される）。生体臓器移植に関しては、移植を待つ患者に対して、その機会が公平に与えられているとは言えないのである。

前述の臓器売買事件で、金銭を支払って腎臓の提供及びその斡旋を受けた医師X及び当時の妻Yを被告人とする裁判の控訴審判決において、東京高裁は、「被告人Xが本来のルールの下では許されなかったはずの生体腎移植を早期に受けたことにより、臓器移植の公平性は大きく損なわれている⁴¹」とした。しかし、Xが臓器を「買った」ことで、一体どのような公平性が害されたのであろうか。Xが移植術を受けたことが原因で、誰か別の患者が移植を受けられなくなったという事実はない。そもそも、移植を待つ患者のリストは死体臓器の配分についてしか適用されず、生体臓器移植においては、移植を受けられる順序は医学的な観点からの優先度によって決まるのではない。生体臓器移植の制度上、ある患者が移植を受けることが、他の患者の移植を受ける可能性を減少させることはほぼあり得ないのである。このことが当てはまり得るのは、せいぜい、同一の親族内に同じ臓器の移植を必要とする複数の患者がいる場合ぐらいであろう。東京高裁が言う「臓器移植の公平性」が損なわれた状態とは、結局のところ、Xは「臓器を買わないという（他の患者は守っている）ルール」を破ったから公平でない、ということではかない⁴²。

このように、移植機会の公平性は、辛うじて死体臓器の移植の場合に認められるに過ぎない。確かに、臓器移植法二条四項は、「移植術を必要とする者に係る移植術を受ける機会は、公平に与えられるよう配慮されなければならない」と定めており、当然ながら、生体臓器移植の場面においても移植の機会や臓器の配分は公平であることが望

ましい。しかし、刑法によって保護されるべき法益とは現存する利益なのであって、あるべき状態、望ましい状態は刑法上の保護法益たり得ない。したがって、移植機会の公平性もまた、臓器売買罪の保護法益とは認め難いのである。

四 臓器提供の任意性

そうすると、次に検討されるべきは、善意、そして任意の臓器提供という臓器移植の基本思想である。

まず、前者について、臓器移植法二条三項は、移植のための臓器は「人道的精神に基づいて提供されるものである」としている。確かに、生体臓器の場合は身近で病気に苦しんでいる人を助けたいという理由から、また、死体臓器の場合は誰かの役に立ちたいといった理由から提供されることが殆どであると思われる。しかし、提供者が実際にどのような動機で臓器提供を決意するに至ったのかは、問題ではない。人道的精神に基づく臓器提供、或いは善意による臓器提供とは、一種の擬制であると言えよう。

より重要であるのは、臓器提供の任意性である。臓器移植法は、「移植術に使用されるための臓器の提供は、任意にされたものでなければならぬ」ことをその基本理念として掲げている(二条二項)。その上で、死後の臓器提供については、六条一項一号において、臓器を移植術のために摘出することが許されるための要件として、「死亡した者が生存中に当該臓器を移植術に使用されるために提供する意思を書面により表示している場合であつて、その旨の告知を受けた遺族が当該臓器の摘出を拒まないとき又は遺族がない」ことを要求している。つまり、原則的には提供予定者本人が自ら提供意思を明示している必要があり、当然、この意思表示は任意になされたものでなければならぬのである。しかし、その者の遺族が臓器摘出を拒否した場合には、これを摘出することは許されない。ま

た、二〇〇九年の同法改正により、本人が提供意思を書面で明示していない場合であっても、当該意思がないことを表示していなければ、「遺族が当該臓器の摘出について書面により承諾」することで臓器の摘出が許されることになった(六条一項二号)。したがって、死後の臓器提供については、本人が拒否の意思を表明している場合には摘出が許されない、という消極的な意味でのみ、その任意性が担保されていると行うことができる⁽⁴³⁾。

これに対して、生者が臓器を提供する場合には、その意思決定の任意性がより厳格に要求されなければならない。生体からの臓器の摘出は、健全な者の身体に侵襲を及ぼす行為であるから、生命倫理学の基本原理である「無害性(nonmaleficence)の原則」に抵触する虞れのある、本来的には望ましくない行為である。にもかかわらず、これが正当化される理由は、以下の二点に求められるという。すなわち、第一に、生命倫理学において最優先される基本原理である「自律性の原則」から導かれる提供者の自己決定。第二に、臓器が金銭収入を目的として提供される場合には、これをドナーに対する搾取であるとして、無償性が確保されなるときはドナーの尊厳を害するものと考えられるため、臓器提供の無償性が確保されることによる提供者の尊厳の保障である。そして、これらの点はいずれも提供意思の任意性に関連するとい⁽⁴⁴⁾う。

先に論じたように、身体の一部である臓器を経済取引の対象とすることそれ自体が絶対に許容され得ない類の行為ではないとすれば、結局のところ、生体臓器の提供においては、提供者が任意に提供意思を形成したことが最も重要であることになる。そして、臓器提供の無償性は、この任意性を推定させる要素に過ぎないと解される。反対に、有償での提供には、貧困者が僅かな生活費を得るためにやむを得ず臓器を提供する場合のように、その任意性に疑念を差し挟む余地が生ずる。しかし、有償での提供であれば常に任意性が否定されるわけではなく、同様に、無償提供の場合に当然に任意性が認められることにもならない。

生体臓器の提供について親等制限が課されている理由もまた、提供者の同意の任意性・自発性の確保のためであ

ると説明されている。すなわち、提供者と被提供者との間に「一定の親族関係を求めることによって臓器提供の意思決定に際して強制・報酬の要素が伴うことが回避される」との考慮がなされている。⁽⁴⁶⁾だが、「現実の親族関係は多様であつて必ずしもそのような任意性を保障するものとは限らず、親族関係が遠くても自発的に提供意思を示す者が存在し得る反面、親族関係が近くても提供に積極的になれない者も存在する可能性は十分ある。」⁽⁴⁷⁾また、両者の間に親族関係があれば、他人同士の場合よりも金銭等のやり取りは生じにくいとは言えても、強制力が働かないとは言えないのではなからうか。むしろ、親族であるからこそ、被提供者本人や他の親族からの目に見えない圧力がかなりやすいとも考えられる。⁽⁴⁸⁾

このように、無償性や親等制限といった臓器提供における要件ないし制度は、いずれも臓器提供の任意性を担保するためのものである。そして、任意性要件の根底には、その経済的困窮に乗じて潜在的な提供者の健康が害されないように、とのパターナリスティックな思想がある。したがって、任意性を損なわない限りにおいて、これらの要件を緩和することは許されよう。現に、日本移植学会倫理指針でも、任意性の担保（と有償性の回避）を条件として、提供者の親等制限が緩和されている。そうであれば、一定の限度において、有償での臓器提供を認める余地もあるのではなからうか。⁽⁴⁹⁾

ところで、臓器売買及びその斡旋が禁止されるのは、財産的利益のために臓器を提供することを余儀なくされる経済的弱者の保護のためである、ということがしばしば強調される。確かに、発展途上国の貧困者が僅かな金銭のために自らの臓器を売り、これを先進国の富裕層が買う、といった場合には、まさにその通りである。しかしながら、臓器提供者の立場が、被提供者よりも常に弱いとは限らない。金銭のためには自らの健康を害する危険すら気に留めない者にとっては、切迫した生命の危険を抱えて、臓器を提供してくれる者を必死に探している患者は、寧ろ搾取の対象となり得るからである。⁽⁵⁰⁾前述の東京高裁判決の事案でも、提供（予定）者であるZが報酬の増額を求

めており、宇和島の臓器売買事件においても、臓器を提供した女性が報酬額を釣り上げる要求を行っている。そして、搾取という意味で、最も違法性が大きいのが斡旋行為である。東京高裁判決の事案でも、暴力団員Aは被提供者（予定）者である被告人X等に報酬の引上げを迫り、他方で、Zに対しては、その力関係を利用して少額の報酬で腎臓の提供を承諾させている。斡旋者は、臓器提供者に対しても、また被提供者に対しても、これらを搾取し得る立場にあるのである。

以上のことから、臓器売買罪及び同斡旋罪の処罰根拠は、これらの行為が臓器提供者及び被提供者に対する経済的搾取となる可能性があり、提供者に対しては同時に、その健康を害する危険のある行為である、という点に求めるしかないと考えられる。そして、実際には搾取があったとは言えないような事案であっても、対価のやり取りが行われればこれらの罪は成立し得るから、その意味では、パターンリズムの見地から処罰化された抽象的危険犯であると解されることになる。

なお、違法性の程度という意味では、二〇条一項が、臓器の売買と斡旋行為の法定刑を一律に定めていることには疑問もある⁽⁵¹⁾。しかし、実際の臓器売買事件の背景や事情は様々であることが予想されることから、五年以下の懲役若しくは五〇〇万円以下の罰金、又はこれらの併科という幅を設けて、量刑において差を付けることが想定されていると解することもできよう。

五 おわりに

臓器売買を禁止する根拠としては、一般に、①人間の尊厳ないし臓器に対する人々の尊重感情と、②臓器移植制度（の維持）とが挙げられる。しかし、具体的な個人の尊厳或いは人格権ではなく、およそ人の尊厳といったもの

は、刑法上の保護法益たり得ず、また、臓器に対する尊重感情や敬虔感情も、刑罰威嚇を以て保護するに足りるものではない。また、臓器移植制度に係る理念のうち、移植機会の公平性は、そもそも生体臓器移植の場合には実現されておらず、このような、単なる「望ましい状態」もまた、保護法益とは認められない。

死体臓器であると生体臓器であるとを問わず、その提供に際して重要なのは、それが本人の任意によりなされることである。⁵²そして、臓器提供の際に求められる無償性は、臓器を経済取引の対象とすることが許されないからではなく、臓器提供の任意性を担保するために課された制約であると解されるべきである。死後の臓器提供が任意でなければならぬのは、さもなければ、その死後も一定限度で認められ得る死者の人格権が侵害されるからであるが、これに対して、生体から臓器を摘出する場合には、本人の意思に反してその身体が侵襲されることになるからである。他方で、深刻な移植用臓器不足の中、移植を待つ患者もまた弱い立場に置かれている。それゆえ、臓器取引の斡旋者や、場合によっては提供者から経済的に搾取される可能性も否定できない。以上のことから、臓器売買及びその斡旋が禁止・処罰されるのは、これらの行為には、その意に反して提供者の健康を害する危険、及び当事者の窮状に乗じた他者からの経済的搾取の可能性が存するため、これらの者をバターナリステイクに保護する必要があるからである。

そしてまた、臓器売買においては、臓器が経済取引の対象となることそれ自体が問題なのではなく、財産的利益の供与がある場合には臓器提供の任意性が疑わしいことが禁止の根拠となる、と理解することは、臓器移植法が、文言上は臓器の売買そのものではなく「臓器を提供することの対価」として財産上の利益の供与を受けること等を禁止していること⁵³とも整合する。

臓器売買及びその斡旋行為の禁止・処罰化は、世界的な趨勢である。したがって、我が国の臓器売買罪及び同斡旋罪の処罰根拠を検討するにあたっては、諸外国の立法及び議論状況を踏まえる必要がある。その意味では、一応

の結論を示したものの、本稿の考察は未だ道半ばである。比較法的考察をも踏まえた臓器売買禁止のより詳細な検討は、今後の課題としたい。

- (1) 本稿では、脳死を一般的な人の死と認めるか否かにかかわらず、「死体」には脳死者（臓器移植法に基づく脳死判定手続に従って脳死状態であると判定された者）の身体を、「死体臓器」には脳死者から摘出された臓器を含むものとして扱う（同法六条一項参照）。なお、臓器移植法における人の死の基準と判定方法については、一原亜貴子「日本における改正臓器移植法の成立と人の「死」について」『생명과학と법』(Bio-Medical and Law)（田光大学校法学研究所医生命科学法センター）九号（二〇一三年）五頁。
- (2) 生体からの移植用臓器摘出については、厚生労働省保健医療局長通知「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）（二〇一二年最終改正、以下、「ガイドライン」と略記する。）第一三がある。
- (3) ここでは便宜的に臓器売買と表記しているが、厳密には「臓器を提供することの対価」として財産上の利益の供与を受けること等が禁止されていることに留意しなければならない（この点については、伊東研祐「生命倫理関連刑罰法規範の正統性と社会的効果——臓器売買罪・同幹旋罪、ヒト・クローニング罪等の法益を手掛に——」『刑事法学の現実と展開——齊藤誠二先生古稀記念』（二〇〇三年）五〇八頁）。
- (4) いずれも後述する。
- (5) この点については例えば、栗屋剛「臓器売買」倉持武・丸山英二（責任編集）『シリーズ生命倫理学第三巻 脳死・移植医療』（二〇一二年）一一二頁以下、川口浩一「臓器売買罪の保護法益」城下裕二編『生体移植と法』（二〇〇九年）一一〇頁以下等参照。
- (6) 但し、一二条。
- (7) 笠井真一『知っておきたい臓器移植法』（一九九九年）三〇頁。
- (8) 町野朔・秋葉悦子編『資料・生命倫理と法Ⅰ 脳死と臓器移植』第三版（一九九九年）二九六頁所収。
- (9) ここで紹介する東京の事件と、もう一件はいわゆる宇和島臓器移植事件である。後者の判決も判例集未搭載であるが、報道（愛媛新聞二〇〇六年二月二十七日 <http://www.ehime-np.co.jp/reusai/zokibahai/ren101200612277849.html>）に拠れば、概ね次のような事案であった。被告人Xは、慢性腎不全と診断され人工透析を行っていたが、病状が悪化し入院した際、主治医から、透析を続けても長くは生きられない、治そうと思えば腎移植しかないなどと説明を受け、腎移植手術を決意した。Xの内妻である被告人Yは、Xの死期が迫っていると思い、同人の親族や家族にドナーになるよう依頼したが、前向きな返答は

得られず、自己も持病がありドナーに適合しないことが判明したため、知人Aにこれを依頼しようと考え、「腎臓を提供してくれたら一生恩に着る。お礼はちゃんとする」などと依頼した。Aが腎臓の摘出手術を受けた後、XがAの病室を訪れたところ、Aから「傷口が痛くて髪を洗うにも苦労している。美容院でシャンプーしてもらってもらうにもお金がかかる」などと言われ、XはAが暗に金銭を要求していると察し、必要なら言ってくれれば送金すると告げた。その後も、AからYに対して電話で同様の訴えがあったことから、Yは痛み料を払ってどうかとXに相談し、Aに三〇万円を供与した。X及びYはさらに、腎臓提供の謝礼として、Aが指定した自動車の本体代金として一五〇万円を供与した。X、Y及びAはいずれも臓器移植法違反のことで有罪判決を言い渡されている。なお、公判において被告人Yが「手術前に、医師にドナーが他人で、対価を払うことを話した」と供述したが、この医師は起訴されておらず、X及びYに対する判決もこの点には触れていないという。

- (10) 東京地判平成二四年一月二六日判例集未登載 (LEX/DB 文献番号 25480575)。
- (11) 但し、実際には金銭トラブルのため、ZはXに腎臓を提供するに至らなかった。
- (12) 東京地判平成二三年一月二日判例集未登載 (LEX/DB 文献番号 25473596)。
- (13) 日本の臓器移植法とはほぼ同時期に制定されたドイツの「臓器及び組織の提供、摘出及び移植に関する法律 (Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben)」(一九九七年)について、その立法者も、臓器売買を禁止することによる保護の対象として、人の身体の不可侵性と並んで、基本法一条一項により保障される人間の尊厳、及び公衆の敬虔感情を挙げつゝる (BT-Drucks. 13/4355, Begründung zu §16 Abs. 1 S. 1)。
- (14) 伊東・前掲注(3)五二一頁。
- (15) 伊東・前掲注(3)五二四頁。川口・前掲注(5)二二二頁、山本輝之「生体移植——刑法上の問題点の検討」成城法学八二号(二〇一三年)一三三頁も参照。
- (16) 差し当たり、栗屋・前掲注(5)二二八頁参照。
- (17) 甲斐克則「人体構成体の取扱いと『人間の尊厳』法の理論」二六(二〇〇七年)五頁。
- (18) 甲斐・前掲注(17)一九頁。
- (19) 但し、臓器よりも小さい身体の一部や細胞等については別の扱いも考えられるため、「一応」との留保が付されている(前掲注(17)二〇頁)。同「生体移植をめぐる刑事法上の諸問題」城下裕二(編)『生体移植と法』(二〇〇九年)一六四頁も参照。
- (20) 甲斐・前掲注(17)二〇頁。
- (21) 山中敬一「身体・死体に対する侵襲の刑法上の意義(一)」関西大学法学論集六三卷二号(二〇一三年)二四〇頁以下。
- (22) 但し、山中自身は、後述するように、臓器売買罪の保護法益を移植機会の公平性の確保、及び潜在的臓器販売者の健康の保

- 護に求める。
- (23) 城下裕二・判批『医事法判例百選「第二版」』(二〇一四年)二〇三頁。
- (24) 山中・前掲注(21)二六九頁。
- (25) 日本移植学会倫理指針「2」(1)。生命倫理学の基本原理である「無害性(nonmaleficence)の原則」に抵触する虞れがあるからである。
- (26) ガイドライン第一三一―。
- (27) 腎臓、肝臓以外では、肺、小腸及び脾臓に関して生体移植が実施されている。なお、臓器移植法にいう臓器とは、人の心臓、肺、肝臓、腎臓、脾臓、小腸及び眼球をいう(同法五条及び臓器の移植に関する法律施行規則一条)。
- (28) 日本移植学会ファクトブック2014 (<http://www.asas.or.jp/jst/pdf/factbook/factbook2014.pdf>) 一〇頁及び二七頁。
- (29) 栗屋・前掲注(5)二二二頁。
- (30) 臓器移植法一二条に基づき、厚生労働大臣より業として行う臓器の斡旋の許可を受けた組織である。但し、角膜(眼球)の提供については眼球あつせん機関(アイバンク)が斡旋を行う。ガイドライン第二一一を見よ。また、芦刈淳太郎「移植ネットワーク」倉持武・丸山英二(責任編集)『シリーズ生命倫理学第三巻 脳死・移植医療』(二〇一二年)一六二頁以下も参照。
- (31) 臓器の移植に関する法律の一部を改正する法律(平成二十二年法律第八三号)。
- (32) 親族への優先提供の意思表示を認めることについては、例えば日本循環器学会が心臓移植を同規定の対象から除外するように求める要望書を提出する等、医学界においても必ずしも歓迎されていたわけではないようである(松野良一「臓器配分」倉持武・丸山英二(責任編集)『シリーズ生命倫理学第三巻 脳死・移植医療』(二〇一二年)二〇五頁)。なお、韓国の「臓器等移植に関する法律」も、親族への優先提供に関する規定を置いている。詳しくは、趙炳宣「日本と韓国の臓器移植法に関する比較法的考察」関東学園大学法学紀要二四号(二〇〇二年)五三頁、及び同「韓国の臓器移植法に関する比較法的考察」姫路法学(姫路獨協大学)三六号(二〇〇三年)一四二頁等参照。
- (33) 配偶者、子及び父母に限られる(ガイドライン第二一一)。但し、意思表示の際に特定の親族が指定されている場合には、親族全体への提供意思として取り扱われる(同第二一一)。
- (34) 尤も、医学的理由から提供者の親族に移植されないことがある。また、親族への優先提供の意思表示をした者が自殺した場合にも、親族への優先的斡旋は行われ得ない(ガイドライン第二一四(2))。
- (35) 松野・前掲注(32)二〇六頁参照。
- (36) 但し、例えばドミノ移植の場合など、医師から提供者を紹介されるような場合もある。

- (37) 例えば、ドイツの「臓器及び組織の提供、摘出及び移植に関する法律」(Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben)〔一九九七年〕や韓国の「臓器等移植に関する法律」は、「生体からの移植用臓器摘出や移植の手續きに関する規定を持つ。前者について解説したものととして、アルビン・エーザー、長井圓・井田良(共訳)「ドイツの新臓器移植法(上)」ジュリスト一三三八号(一九九八年)八七頁、「ドイツの新臓器移植法(下)」ジュリスト一四〇号(一九九八年)二二五頁(いずれも町野朔・長井圓・山本輝之編『臓器移植法改正の論点』(二〇〇四年)所収)、及び齋藤純子「ドイツの臓器・組織移植法」外国の立法三三五号(二〇〇八年)九六頁。後者については、前掲注32)参照。
- (38) 二〇一二年最終改訂。厚労省ガイドラインの内容は、一九九四年に定められた日本移植学会倫理指針の規程を取り込んだものであるという(丸山英二「生体臓器移植におけるドナーの要件——親等制限」法律時報七九卷一〇号(二〇〇七年)三三頁)。また、親等制限のより具体的な内容は、医療施設によっても異なるようである(同三三頁)。
- (39) これは、「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」とする立場から、WHO指導指針(一九九一年、二〇一〇年改定)、国際移植学会倫理指針(一九九四年)、イスタンブール宣言(二〇〇八年)、「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)等に則って定められたものである。
- (40) 宇和島臓器売買事件では、事実関係から、このことが事件の発端であることが明らかである。また、東京の事件でも、親等制限を回避すべく、被提供者X等と提供(予定)者等との養親子関係が偽装されたのであろう。
- (41) 東京高判平成二四年五月三一日判例集未登載(LEX/DB文獻番号25481877)。同判決の評釈として、城下・前掲注(23)二〇二頁がある。なお、原判決も同様のことを述べている。
- (42) なお、この事件では、原審及び控訴審判決共に、Xの妻であったYをXとの共同正犯としている。しかし、自身が臓器の提供を受けるわけではないYは、同罪の従犯にとどまる可能性もあったのではなからうか。判決文からは詳細な事実関係が不明であるため、ここでは、この点を指摘するに留める。同様のことは、宇和島臓器売買事件についても言える。
- (43) 尤も、臓器提供者が子供の場合には事情が異なる。ガイドラインによれば、一五歳以上の者の提供意思のみが有効であるから(第一)、一五歳未満の者については、そもそも親族(主に父母)の承諾のみで臓器の摘出が可能である。つまり、一五歳未満の者からの臓器摘出については、そもそも提供(予定)者本人の任意性は問題にならない(但し、拒否の意思については、その者の年齢を問わず考慮される)。この問題は、脳死判定への同意に関しても存在する(臓器移植法六条三項参照)。vgl. *Akiko Ichihara, Das Recht der Transplantationsmedizin in Japan—Aktuelle Entwicklungen*, MedR 2012, 500.
- (44) 生きている提供者からの臓器の摘出はいわゆる同意傷害に当たることが、被害者の有効な同意があればいかなる傷害も許容され

- る、との立場を採らない限り、傷害罪が成立する余地があり、刑法上も、その正当化根拠が問題となる（城下裕二「生体移植」倉持武・丸山英二（責任編集）『シリーズ生命倫理学第三巻 脳死・移植医療』（二〇一二年）一三八頁以下参照）。
- (45) 城下・前掲注(44)一三八頁。旗手俊彦「生体移植をめぐる『法と倫理』」法律時報七九卷一〇号（二〇〇七年）一六頁も参照。
- (46) 城下・前掲注(44)一四〇頁以下参照。このことは、日本移植学会倫理指針からも明らかである。
- (47) 城下・前掲注(44)一四一頁。
- (48) 生体臓器提供者の提供意思に関する調査研究としては、例えば、永田明・長谷川雅美「日本の一医療機関で生体肝移植ドナーを体験した人々の『口を閉ざす行動』の背景にある文化」日本看護研究学会雑誌三五卷五号（二〇一二年）一三頁がある。平野哲夫「生体臓器移植をめぐる医学的・社会的状況」法律時報七九卷一〇号一四頁も参照。
- (49) 川口・前掲注(5)一二二頁参照。
- (50) 無論、身体ないし健康と、財産とを単純に比較することはできない。
- (51) 一一条一項ないし四項のいずれかに違反する行為に係る臓器であることを知って、これを摘出・移植する行為（同五項）についてと同様である。この罪は、「一項から四項までの臓器売買罪・同斡旋罪の最終目的達成を決定的に担保するものではないが、逆にその意味でなお謂わば補助的な行為を独立の犯罪として規定するものである」（伊東・前掲注(3)五〇七頁）。
- (52) 少なくとも、（承諾意思表示方式を採用するのであれ、反対意思表示方式であれ）臓器提供に際して本人の意思を要件とする場合には、程度の差はあるが、このように言える。
- (53) 注(3)参照。
- (54) 差し当たり、ドイツの状況については、山中・前掲注(21)二五八頁以下が参考になる。