

脳死臓器移植の法的問題

中山茂樹

問題

脳死臓器移植を行うためには、医師が、脳死した者の身体（脳死体）から臓器を摘出する必要があります。そのような医師の行為は、刑法上、犯罪にならないのでしょうか？もし犯罪になるのなら、医師はそのような行為を行うことができません。

現行の臓器移植法は、次のような条件で脳死臓器移植を認め（臓器の移植に関する法律 6 条）、その条件を満たせば犯罪にはならないことになっています。

- (1)脳死の判定に従う旨の本人の書面による意思表示 + 家族が判定を拒まないこと
 - (2)脳死であるとの判定（臓器を摘出したり移植したりする医師以外の医師が行う）
 - (3)臓器を提供する旨の本人の書面による意思表示 + 遺族が摘出を拒まないこと
- なお、

心停止後の眼球・腎臓の摘出については、上記(3)の条件が満たされた場合のほか、
本人が何も意思表示していないこと + 遺族の書面による承諾
によっても行うことができるとされています（同法附則 4 条）

(1)(2)(3)の条件は、諸外国と比較して、たいへん厳しい条件であるといわれます。

この法律の下では意思表示する能力に欠ける子どもから脳死臓器移植を行うことができないという結果が生じていることは、とくに問題になっています。

この法律は、国会での審議の過程で、脳死は人の死であるという考え方と、脳死は人の死ではないという考え方とが折り合った結果、生まれた法律といえます。そのため、結局この法律が「脳死は人の死であるのか」という問題について、どういう考え方を採っているのか、解釈は定まっていません。

1992 年 1 月に出された脳死臨調最終報告は、「いわゆる『死の自己決定』及び違法性阻却による臓器移植容認」論（これは後で説明します）を批判し、脳死を人の死とする考え方を示しました。その上で、「脳死者からの臓器の提供にあたっては、本人の意思が最大限に尊重されなければならない」と述べていました。

ただ、脳死を人の死とする考え方の下では、脳死体から臓器を摘出することを認めるにあたって、心停止後の眼球・腎臓の摘出と同様、本人の臓器提供意思を必須とはしない考えも成り立ちます。したがって、遺族の承諾によっても脳死臓器移植を認めてよいとされ、そのような方向での法改正も主張されています。本人の意思表示を必須のものとせず、遺族の承諾による摘出が認められれば、現行法の厳しい条件が緩和されることとなります。

他方、脳死を人の死とはしない考え方では、脳死した人の身体から臓器を摘出することを認めるためには、本人の臓器提供意思が必須のものとされます。家族の承諾で脳死臓器移植を認めることはできないと考えられます。

「脳死は人の死であるのか」という問題と「脳死体からの臓器摘出は犯罪か」という問題がどのようにかかわっているのか、臓器移植法制定以前からなされてきた刑法上の議論をみてみましょう。

A 脳死は人の死であるとする説（脳死説）

脳死体から心臓を摘出する行為は、死体損壊罪の構成要件に該当する臓器移植目的の適正な行為であれば、違法性を阻却することができる

B 脳死は人の死とはいえないとする説

脳死した人の身体から心臓を摘出する行為は、殺人罪の構成要件に該当する

B1 したがって、脳死臓器移植は許されないとする説（脳死移植否定説）

B2 臓器移植目的で被摘出者の承諾がある適正な行為であれば、違法性を阻却することができるとする説（違法性阻却説）

C 本人が脳死を自己の死とする意思をもつ場合には脳死がその人の死であり、そうでない場合には脳死はその人の死でないとする説（脳死選択説、いわゆる「死の自己決定」論）

本人が脳死を自己の死とする意思をもつ場合には、脳死体から心臓を摘出する行為は、死体損壊罪の構成要件に該当する

そのような意思をもたない人については、殺人罪の構成要件に該当する臓器移植目的の適正な行為であれば、死体損壊罪の違法性を阻却することができる

A、B2、C の考え方は、いずれも結論的に脳死臓器移植を容認するものですが、被摘出者本人の意思表示が臓器摘出行為の正当性にとってもつ意味が異なっています。

A 脳死説（死体損壊罪の問題と考える）

本人の臓器提供の意思は、行為の正当性にとって必須のものとはいえない
本人が提供しない旨の意思を表示していたときには違法性を阻却しないと考えられるが、何も意思を表示していないときには、家族の承諾があれば適正な行為と評価できる

B2 違法性阻却説（殺人罪の問題と考える）

本人の臓器提供の意思は、行為の正当性にとって必須のものである
臓器提供意思を示していない者からの心臓摘出は、殺人と評価される
家族の承諾によって、違法性は阻却されない

（ただし、意思表示する能力に欠ける子どもについては、別に考える説もある）

C 脳死選択説

脳死を死とするためには、脳死を自己の死とする本人の意思の表示が必須である
死後の臓器摘出については、死体損壊罪の問題と考えられる

（ただし、意思表示する能力に欠ける子どもについては、別に考える説もある）

なお、心停止後の臓器摘出については、いずれの考え方に立っても、死体損壊罪の問題と考えることとなります。

参考 1：法律上の「犯罪」とは

犯罪とは、「構成要件に該当する違法で責任を問える行為」とされます。犯罪は、三つの要素に分けて説明されます。

(1)構成要件該当性

法律の条文で犯罪として定められた行為の類型に該当すること

例 刑法 199 条（殺人） 人を殺した者は、死刑又は無期若しくは三年以上の懲役に処する。

刑法 202 条（自殺関与及び同意殺人） 人を教唆し若しくは幫助して自殺させ、又は人をその囑託を受け若しくはその承諾を得て殺した者は、六月以上七年以下の懲役又は禁錮に処する。

刑法 190 条（死体損壊等） 死体、遺骨、遺髪又は棺に納めてある物を損壊し、遺棄し、又は領得した者は、三年以下の懲役に処する。

(2)違法性

構成要件に該当する行為は原則として違法であるが、特段の事情のある場合には、違法でないものと評価される（違法性阻却）

例 刑法 35 条（正当行為） 法令又は正当な業務による行為は、罰しない。

刑法 36 条 1 項（正当防衛） 急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為は、罰しない。

被害者の承諾 条文にはないが理論上、違法性阻却事由として認められている

(3)有責性

参考 2：臓器の移植に関する法律・抜粋

（臓器の摘出）

第六条 医師は、死亡した者が生存中に臓器を移植術に使用されるために提供する意思を書面により表示している場合であって、その旨の告知を受けた遺族が当該臓器の摘出を拒まないとき又は遺族がないときは、この法律に基づき、移植術に使用されるための臓器を、死体（脳死した者の身体を含む。以下同じ。）から摘出することができる。

2 前項に規定する「脳死した者の身体」とは、その身体から移植術に使用されるための臓器が摘出されることとなる者であって脳幹を含む全脳の機能が不可逆的に停止するに至ったと判定されたものの身体をいう。

3 臓器の摘出に係る前項の判定は、当該者が第一項に規定する意思の表示に併せて前項による判定に従う意思を書面により表示している場合であって、その旨の告知を受けたその者の家族が当該判定を拒まないとき又は家族がないときに限り、行うことができる。

4 臓器の摘出に係る第二項の判定は、これを的確に行うために必要な知識及び経験を有する二人以上の医師（当該判定がなされた場合に当該脳死した者の身体から臓器を摘出し、又は当該臓器を使用した移植術を行うこととなる医師を除く。）の一般に認められている医学的知見に基づき厚生労働省令で定めるところにより行う判断の一致によって、行われるものとする。

5 前項の規定により第二項の判定を行った医師は、厚生労働省令で定めるところにより、直ちに、当該判定が的確に行われたことを証する書面を作成しなければならない。

6 臓器の摘出に係る第二項の判定に基づいて脳死した者の身体から臓器を摘出しようとする医師は、あらかじめ、当該脳死した者の身体に係る前項の書面の交付を受けなければならない。

（経過措置）

附則第四条 医師は、当分の間、第六条第一項に規定する場合のほか、死亡した者が生存中に眼球又は腎臓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及び当該意思がないことを表示している場合以外の場合であって、遺族が当該眼球又は腎臓の摘出について書面により承諾しているときにおいても、移植術に使用されるための眼球又は腎臓を、同条第二項の脳死した者の身体以外の死体から摘出することができる。

2 前項の規定により死体から眼球又は腎臓を摘出する場合においては、第七条中「前条」とあるのは「附則第四条第一項」と、第八条及び第九条中「第六条」とあるのは「附則第四条第一項」と、第十条第一項中「同条の規定による」とあるのは「附則第四条第一項の規定による」と読み替えて、これらの規定（これらの規定に係る罰則を含む。）を適用する。