

講 演

補充交換部品貯蔵庫および生体試料 供給者としての人か？

——ドイツにおける人の臓器および組織の採取と
利用に関連する法的諸問題——

ハンス-ゲオルク・コッホ

甲斐克則

福山好典 訳

新谷一朗

はしがき

- I 事例：特異な経歴
- II 移植医療：臓器，臓器の一部および組織—採取と移植
- III 狭義の組織の取扱い—「通常事例」に関する規制
- IV 生殖医療：生殖細胞，核の前段階および胚
- V 「損壊事例」：刑法および民法上の視点からみた臓器および組織の毀滅または合意に反する利用
- VI 総括と展望

は し が き

まず、本日ここで皆様にお話しする機会を得たことに心より感謝申し上げます。とりわけ、甲斐克則教授には、教授が2008年11月にフライブルクのマックス・プランク外国・国際刑法研究所を訪問された際に、このような光栄なお話を頂き、感謝申し上げます。また、私の2つの講演を日本語に翻訳し、皆様に理解できるようにして下さった方々にも感謝申し上げたい。

次のような架空の事例を叙述することで本講演を始めることとしよう。

I 事例：特異な経歴

X は、遺伝学上の両親 A と B の子どもである。X は、試験管内受精 (In-vitro-Fertilisation) [体外受精] によって生まれた。ここでは、精細胞は A が癌に罹患したために数年間精子バンクに冷凍保存されていた。受精も特異な経過を辿った。核の前段階 (Vorkernstadium) において、「X」(この統一体から X は発生した) は同様に (1 か月間) 冷凍保存されていたのである。

X 出生の際、両親の希望で臍帯血が採取され、貯蔵された。これは、X の治療に必要な場合にそれを利用できるようにするためであった。胎盤は、助産師によって、両親の了解を得ずに「謝礼 (Anerkennungshonora)」と引換えに、化粧品製造会社に譲渡された。

6 歳の時、X は腎臓移植を受けざるをえない状態となり、母親がその腎臓を提供した。その際、輸血 (血液バンクからの輸血) も必要であった。20歳の時に X は、火傷を負い、大腿部から顔面への自家皮膚移植の治療を受けた。

保管された臍帯血に関する記録を手がかりにして、医師であり研究者でもある F は、この臍帯血には、彼の研究の枠内で利用でき、かつこの細胞にきわめて大きな価値を付与するような特殊性があることを知った。F は、X に断らずに、この細胞を使って莫大な経済的利益を得た。X は、このことを偶然に知った。

X は、17歳の時に、臓器提供証明書 (Organspendeausweis) を使って、自分が死んだ場合に角膜を提供する旨の指示を行ったが、その他の臓器または組織については指示をしなかった。24歳の時に、X は事故死した。未婚であった X の、いまだ存命の両親は、心臓の摘出をも承諾する意思表示を行った。医師は、これに従って心臓と角膜を摘出し、法律上予定された配分手続 (Allokationsverfahren) を開始した。

ドイツの法律家たちは、法的諸問題を多少は現実味のある事例のなかに詰め込むことに長けていることで有名である。学生たちは、筆記試験や宿題のなかで、このような事例を厳密な作成上のルール (Aufbauregeln) に従って解決するという課題を負う。私は、日本においてこうしたメソッドがどのように考えられているのかを知らないし、僅かなスペースに法的諸問題を意識的に寄せ集めることによって聴衆諸氏をあまり困惑させることにならないよう願っている。ケース・メソッド (Methode der Fallpräsentation) は、現代的テーマに

とって重要な多くの例を一挙に提供できるという利点がある。

もっとも、私はいまや、ドイツの学生たちに期待されているように上記の事例を時系列に従って処理するというようなことは行わないつもりである。その代わりに私は、一定の体系化を試み、しばしば事例から離れるつもりである——なお、このようなことを、事例解決者としてのドイツの学生たちが行うならば、学生たちを悪く思う者もいるであろう。

この事例から明らかとなるのは、様々な利益が言及される、ということである。「自己の問題」に関わる配慮が重要であるが、第三者への医学的な配慮もまた重要でありうるし、あるいは「個人的なものでない」研究もしくは営業上の利用もまた重要でありうる。健康の利益と並び、適切な「管理が行われていない」という問題も重要でありうる。さらに、これらの問題とは異なり、医学の手を借りた生殖ないし治療のような領域に関わる場合には、まったく違った問題がテーマ化されることも明らかである。われわれは、いわば最後の問題から始めることとしよう。

II 移植医療：臓器、臓器の一部および組織——採取と移植

臓器移植の法的規制は、ドイツ連邦共和国においては1997年にはじめて登場した。もちろん、臓器移植はまた、以前からすでに行われてもいた。法的規制——このような規制を最初に始めようとした1970年代には、うまくいかなかった——がなくても、死後の臓器提供が一般的に許されるためには、生前に表明されたドナーの承諾がなければならないと、されたのであった。実務は、「代替的な承諾による解決策（alternative Einwilligungslösung）」のモデルを志向した。すなわち、死後の臓器提供のためには、ドナーが生前に表明した承諾がなければならないか、または最近親者の同意がなければならない、とされたのであった。もちろん、後者の同意は、生前にドナー自身が表明した指示に反してはならなかった。（脳）死の確認は、（今日と同様）、移植という事柄に自ら関与していない医師によって行われなければならない。（西）ドイツの移植医療は、自らのイニシャティヴで、すでに1968年に、オランダにある私的公益財団である「ユーロトランスプラント（Eurotransplant）」による西欧の配分システムに加わった⁽¹⁾。臓器売買は、良俗違反とみなされた⁽²⁾。

（1） 新たに加わった連邦諸州の臓器移植センターは、1990年10月の（旧）東ドイ

(旧) 東ドイツ (DDR [=Deutsche Demokratische Republik]) には、死したドナーの臓器移植に関して、1975年以降、いわゆる「極端な反対意思表示による解決策 (extreme Widerspruchslösung)」の意味での法的規制⁽³⁾が存在していた。これは、医師が脳死ドナーの反対意思表示を知らなかったにすぎない場合にも、当該ドナーからの臓器摘出が当該医師に許容される、ということの意味するものであった。臓器移植を行う用意のある医師には、何らの調査義務も課されていなかった。市民は、拒絶が医師まで届かないというリスクを負わなければならなかった——いわば法律上推定された提供への用意 (Spendebereitschaft) が前提となっていたのである。1990/1991年の再統一後、このような規制は、全ドイツの臓器移植法が公布されるまでは、確かに、新たに加わった連邦諸州において形式的には引き続き通用していたが、しかし、明らかに西ドイツにおいて定着していたモデルを優先するために、もはや使用されることはなかった。

振り返ってみると、法的規制が長期間に亘り存在しなかったといっても、それが(西)ドイツの移植医療を決定的に妨げるものにはならなかった。1997年の臓器移植法⁽⁴⁾によって、とりわけ臓器提供および臓器配分の際に遵守され

ツの加盟にともなって加わった。Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler, Transplantationsgesetz, Kommentar mit einer umfassenden Einführung, 2001, vor §9 TPG Rn. 5参照。ユーロトランスプラントについての詳細は, Carstens, Das Recht der Organtransplantation, 1978, Conrads, Eurotransplant und UNOS-Modelle der Organallokation, Medizinrecht 1996, 300-309 (ただし, 一部情報が古い); Schroth/König/Gutmann/Oduncu, TPG - Transplantationsgesetz, Kommentar, 2005, §12 Rn. 10; Rahmel, Eurotransplant und die Organverteilung in Deutschland, in: Krukemeyer/Lison (Hrsg.), Transplantationsmedizin, 2006, S. 65-80参照。

- (2) Sozialgericht Lüneburg, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1994, 1614-1616; (Landessozialgericht Niedersachsen, NJW 1995, 3080および Bundessozialgericht, NJW 1997, 3114-3116によって追認された); Bundessozialgericht, NJW 1997, 823-824参照。
- (3) 1975年7月4日の臓器移植の実施に関する指令 (Verordnung über die Durchführung von Organtransplantationen vom 4. 7. 1975), Gesetzblatt der DDR 1975 I, S. 597-599.
- (4) 本法は、1997年6月25日にドイツ連邦議会において可決され、1997年9月26日に連邦参議院において可決された。1997年11月11日付けで、連邦官報 (1997 II, S. 2631-2639) において公布されている。大部分の規定は1997年12月1日に

るべき手続規定が明確なものにされた。さらに、生体臓器提供の要件が明確に規定されることとなった。臓器移植法の中心的な命題として堅持できるのは、以下の点である。

- ・脳死を決定的な区切りとして、少なくとも黙示的に承認すること（これについては、立法手続において特に徹底的に議論された）
- ・摘出を個々の臓器に制限する可能性および決定を近親者に委ねる可能性を含めた、事前指示の可能性（「臓器提供証明書」）に関する明確な規制
- ・ユーロトランスプラントによる配分という確立したシステムの承認の下での、死亡したドナーの臓器の場合の臓器配分に関する規制
- ・特に腎臓の生体臓器提供を許容できるものと評価するが、それを、死体臓器の利用に対して補充的なものとし、レシピエントと親密な関係にある人的範囲に限定し、かつ特別な手続規定に服させて許容できるものと評価すること
- ・軽くはない法定刑によって、臓器売買の厳格な禁止を強化すること

死後の臓器提供に関して、1997年のドイツの立法者は、医療側によって展開されかつ実績のある国境を越えた臓器配分システムに依拠することができたし⁽⁵⁾、そのシステムのさらなる発展を促すことができた。このシステムでは、——しばしば批判されるが⁽⁶⁾——「特に緊急性および成功の見込みに応じて」

施行されたが、生体臓器提供に関する若干の規定は、1999年12月1日によりやうく施行された。というのは、そのことに管轄を有する連邦諸州に対して、必要な施行規則と施設を創設するために時間を与えなければならなかったからである。

(5) Schroth/König/*Gutmann*/Oduncu (前出注1), §12 Rn. 6; *Höfling* (Hrsg.), Transplantationsgesetz, Kommentar, 2003, vor §9 Rn. 3f.

(6) これに批判的なのは、例えば、*Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz, 2006, S. 115-123 *Höfling*, Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin?, JZ 2007, 481-486, 486およびそこに掲載されている文献ならびに特にスイス（2004年10月8日の臓器移植法（Transplantationsgesetz vom 8.10.2004）および2007年3月16日の臓器分配指令（Organzuteilungsverordnung vom 16.3.2007）ならびに2007年5月2日の内務省臓器分配指令（Organzuteilungsverordnung EDI vom 2.5.2007））の法的状況との比較である。Schroth/König/*Gutmann*/Oduncu (前出注1), §12 Rn. 24によれば、特に腎臓と肝臓の場合には、緊急性と成功の見込みとの間に目標の衝突状況があ

(臓器移植法12条3項第1文参照)、個別事例についての判断が下されるが、後者〔成功の見込み〕は、とりわけ移植される臓器がレシピエントに適合する見込みに関する判断基準を手がかりにして判断される。立法者は、原則に関する規制に自制して、連邦医師会に次のような課題を委ねた。すなわち、とりわけ臓器あっせんのルールに関して指針において医学の知識水準を確立する、という課題を委ねたのである(臓器移植法16条1項5号)⁽⁷⁾。権限の委譲というこの方法も、ドイツでは若干の原則論的な批判を受けたし⁽⁸⁾、この点は、行為委任を具体的に実行するのが連邦医師会であることについても同様であった⁽⁹⁾。

特に腎臓の生体臓器提供、さらには肝臓片の生体臓器提供もまた、すでに法的規制がないまま医学的な治療可能性のあるものとして定着していた。1997年臓器移植法によって創設された規制(8条)は、われわれの事例において困難な問題とはならないであろう。Xの母親は、一般に提供が正当化される人的範囲(配偶者、1親等もしくは2親等の親族、登録された人生のパートナー、婚約者、もしくはレシピエント候補者と特別な人的結び付きがあり、明らかに親密な関係にあるその他の人物。臓器移植法8条2項)に属する。ただし、母親は、臓器提供に対する同意が自由意思で行われていないことを、あるいは禁じられた臓器売買が存在することを裏づけるに足る事実の根拠が存在するかどうかについて、移植が行われることになっている医療施設に鑑定意見を表明する任務を負う特別な委員会による聴取を受けなければならない(臓器移植法8条3項第2文)⁽¹⁰⁾。

り、それについては、医学的に根拠のある決定または衡量が存在しないとされる。Beckmann/Kirste/Schreiber, Organtransplantation, 2008, S. 80も同旨である。

(7) <http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/RiliOrga20080628d.pdf>が現在の基準である。

(8) Schmidt-Abmann, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, S. 103-106; Gutmann, Für ein neues Transplantationsgesetz, 2006, S. 124f.; Schroth/König/Gutmann/Oduncu (前出注1), §12 Rn. 20ff. および§16 Rn. 5ff., 29; Höfling (前出注5), §16 Rn. 1; Höfling (前出注6), S. 483 ff. のみ参照。これに対して、立法者に原則的に賛成するのは、Taupitz, Richtlinien in der Transplantationsmedizin, NJW 2003, S. 1145-1150, 1147ff.; Beckmann/Kirste/Schreiber (前出注6), S. 82ff. である。

(9) Schroth/König/Gutmann/Oduncu (前出注1), §16 Rn. 3, 13-16.

(10) 生体〔臓器〕提供委員会の法的地位および活動についての詳細は、Fateh-

臓器移植法の臓器概念は広範であり、人の臓器、臓器の一部および組織を包括する（1997年臓器移植法1条1項における当初の定義がそうである）。この定義は、2007年組織法（Gewebegesetz）⁽¹¹⁾によって一層明確化された。法律（2007年〔組織法〕の枠内での臓器移植法1a条1号）がいまや「臓器」と呼ぶのは、「皮膚を除くが、臓器全体と同一の目的で人体において利用されうる臓器の一部および臓器の個々の組織または細胞を含めて、構造、血液供給および生理学的機能の遂行能力に関して機能的統一を成すところの、様々な組織から成る人体の全構成部分」である。心臓、肺、肝臓、腎臓、脾臓および腸といった臓器は、それらが死者から摘出される場合には、あっせんを義務づけられた臓器（vermittlungspflichtige Organe）であり（2007年臓器移植法1a条2号。1997年臓器移植法9条も同様）、認可を得た移植センターにおいてのみ移植することが許される（臓器移植法9条1項第1文）。さらに、臓器の配分は、移植センターの待機リストに登録された患者の機会均等を保障することを特に目的とする中央集権化されたあっせんシステムに服する。このことは、特に腎臓移植に関して（数の点でも⁽¹²⁾）大きな意義がある。腎臓移植のためのドイツにおける待機時間——これを乗り切るには、透析による相当な負担を甘受しなければならない——が6年以上であることは、稀ではないのである。2番目に大きな利益を得ているのが、（多くは直接的に生存に不可欠な）肝臓移植である⁽¹³⁾。著しい臓器不足に鑑みて、立法者は、2007年の臓器移植法改正の際、

Moghadam/Schroth/Gross/Gutmann, Die Praxis der Lebendspendekommissionen—Eine empirische Untersuchung zur Implementierung prozeduraler Modelle der Absicherung von Autonomiebedingungen im Transplantationswesen, Teil 1: Medizinrecht 2004, S. 19-34; Teil 2: Medizinrecht 2004, S. 82-90.

- (11) Bundesgesetzblatt 2007 I, S. 2206-2220. これについての詳細は、後出III.注39。
- (12) 2008年、ドイツでは全体で2753件の腎臓移植が実施され、そのうち2188件は死亡したドナーの臓器を用いたものであり、565件は生体提供であった。同一の期間に、約3000名の新たな患者が待機リストに登録された。ドイツ臓器移植財団年報2008（Jahresbericht der DSO 2008）（http://www.dso.de/pdf/DSO_JB2008_deutsch.pdf）参照。
- (13) 2008年、ドイツでは、死後提供による肝臓移植が1067件行われ、生体ドナーの部分肝移植が55件行われた（前出注12の資料）。代替組織に関する需要と現在の供給不足については、*Karbe u. a.*, Das neue deutsche Gewebegesetz unter Berücksichtigung des TPG—Gewebeverordnungsentwurfs hinsichtlich

あつせんを義務づけられた臓器の摘出および移植が可能である場合に、それを組織採取に対して明示的に優先させる立法（臓器移植法 9 条 2 項）を決意した。

臓器配分に関する臓器移植法の法的規定は、法律が施行されるはるか以前から定着していた⁽¹⁴⁾ システム、すなわち、臓器移植法 11 条の意味でのコーディネート機関（Koordinierungsstelle）としてのドイツ臓器移植財団（Deutsche Stiftung Organtransplantation）が臓器取得を主に統括し、ユーロトランスプラントが国際的な臓器あつせんを主に統括するというシステムが持続するのに適するように整備されている⁽¹⁵⁾。生体臓器提供は、この配分システムには服さない。それどころか反対に、特定のレシピエントに「向けられた提供（gerichtete Spenden）」としてのみ許容されるにすぎない⁽¹⁶⁾。

臓器売買の禁止は、死後の提供と同様に生体〔臓器〕提供にも妥当する。これは、特別刑法の僅かな規定の 1 つとして、一定の重大な犯罪行為について世界主義（Ubiquitätsprinzip）と積極的属人主義（aktives Personalprinzip）を予定している刑法 5 条および 6 条のカatalogにも加えられている。これによって、ドイツの立法者は、人体およびその部分はそれ自体経済的利益を獲得するために利用されてはならない、という生物医学に関するヨーロッパ人権条約（Europäisches Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin） 21 条に含まれる要求を引き受けた⁽¹⁷⁾。外国での所為にまで対象を拡大することによって、

praktischer Umsetzung der postmortalen Gewebespende, Rechtsmedizin 2007, S. 380-386, 380 参照。

(14) Höfling-Rixen（前出注 5），vor §9 Rn. 3f.; Beckmann/Kirste/Schreiber（前出注 6），S. 78 参照。前出注 1 をも見よ。

(15) Lilie, Zur Zukunft der Organ-und Gewebespende, in: Kern/Wadle/Schroeder/Katzenmeier（Hrsg.）, Humaniora（Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag）, 2006, S. 959-971, 962 参照。法律に定められている諸機関の任務分配と共同については、Höfling-Rixen（前出注 6），vor §9 Rn. 2 の簡明的確な叙述をも参照。

(16) Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 11. 8. 1999, NJW 1999, 3399-3404 参照。

(17) ただし、ドイツは今日まで本条約に加盟していない。加盟をめぐる論争については、Taupitz（Hrsg.）, Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates-taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung?, 2002, S. 2-8, Eser（Hrsg.）, Biomedizin und Menschenwürde, 1999 参照。

ドイツの立法者は同時に、第三世界の国々出身の人との臓器売買を防止することに寄与しようとしている。治療目的を達成するために必要な措置、特に臓器または組織の摘出、保存、感染防止措置を含むさらなる選別（Aufbereitung）、保管および輸送に対する相当な対価の供与および受領は、臓器売買とはみなされない（臓器移植法17条1項1号）。これによって、ドナーの利益のための一定の給付、特に収入の減少または旅費もしくは滞在費に対する補償もまた、許されるものと評価されることになる。臓器提供によって生じた、ドナーの通院治療費または入院治療費は、保険法上、レシピエントに認められるべき疾病治療の構成要素である⁽¹⁸⁾。それゆえ、ドナー自身に保険がかけられているかどうかは、重要でない⁽¹⁹⁾。法律上健康保険をかけられたレシピエントがいる通常事例において、レシピエントの健康保険団体（Krankenkasse）は、ドナーの本来の治療費を直接に移植センターに支払い、ドナーに収入の減少を補償することになる。このことは、生体ドナーの住所または通常の居所が外国にあるという決して稀ではない事例にも当てはまる⁽²⁰⁾。それにとどまらず、臓器または組織の生体ドナーは、法律に基づいて、法律上の傷害保険をかけられる（社会福祉法VII 2条1項13b号）。このことは、通常の経過を辿った臓器または組織の摘出による健康侵害を超えた、提供と因果関係のある健康被害のリスクを考えると、重要である。この保険によって、治療に関連する合併症がカバーされるだけでなく、例えば、必要な〔提供〕前後の検査（Vor-oder Nachuntersuchung）の機会のいわゆる通院事故（Wegeunfall）によってドナーが被る健康被害もカバーされることになる⁽²¹⁾。もっとも、ドナーが提供の結果として早めに就業無能力となるか、あるいは自己の職務を限定的にしか果たせなくなるかぎりでは、保険によるドナー保護には一定の間隙が存在する⁽²²⁾。このようなリスクに関連してドナーにさらに保険をかけることを、臓器のレシピエントまたは第三者が承諾する場合に、これを禁止された臓器売買と評価する必要はないであろう。

臓器売買の禁止を補足するものとして、禁止された売買の対象たる臓器または組織を摘出すること、他人に移植すること、もしくは自己に移植させること

(18) *Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler*（前出注1）, §8 TPG Rn. 38.

(19) *Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler*（前出注1）, §23 Rn. 2.

(20) *Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler*（前出注1）, §23 Rn. 6.

(21) *Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler*（前出注1）, §23 Rn. 7.

(22) *Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler*（前出注1）, §23 Rn. 11.

も、臓器移植法17条2項、18条1項により、刑罰を用いて禁止されている。しかしながら、関与者たる臓器のドナーまたはレシピエントについては、刑が免除され、または裁判所の裁量により減輕されうる（臓器移植法18条4項）。

もっとも、臓器売買の禁止には異論がないわけではない⁽²³⁾。さらに、何が「売買（Handel）」なのかは、様々な点で不明確である。立法者は、明らかに、取引（Handeltreiben）という麻薬法上の概念を志向していた⁽²⁴⁾。もっとも、学説においては、これでは広すぎると正当にも批判されている⁽²⁵⁾。それにもかかわらず承認されているのは、臓器提供の枠内で受けた苦痛に対する清算（「慰謝料（Schmerzendgeld）」）という形態でさえ反対給付がなされてはならないこと⁽²⁶⁾、反対給付は常に金銭である必要はなく、例えば、臓器のドナーへの反対給付として有給休暇を供与するなら、あるいは不動産を贈与するなら、それは可罰的な売買であること、である。これに対して、様々なドナーとレシピエントの間でのいわゆるクロスオーバー提供⁽²⁷⁾（Crossover-Spende）の場合に存在する間接的な臓器取引（mittelbares Organ-Tauschgeschäft）は、臓器売買の構成要件を充足しない⁽²⁸⁾。贈り物を事後的に受領することも

(23) 経済性を志向する様々なモデルが、生体〔臓器〕提供および死後〔臓器〕提供のいずれについても議論されている。例えば、Schroeder, Gegen die Spendenlösung bei der Organgabe, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1997, S. 265-267; Buyx, Anreize in der postmortalen Organspende: Belohnte Spendebereitschaft, Ethik in der Medizin 2009, S. 7-20ならびに Gutmann, Probleme einer gesetzlichen Regelung der Lebendspende von Organen, Medizinrecht 1997, S. 147-155, 154に掲載されている文献参照。

(24) これについては、立法理由書, Bundestags-Drucksache 13/4355, S. 29. Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler（前出注1）, §17 Rn. 4参照。

(25) 例えば, Schroth/König/Gutmann/Oduncu（前出注1）, §§17, 18 Rn. 16; Höfling-Rixen（前出注5）, §17 Rn. 9f.; Beckmann/Kirste/Schreiber（前出注6）, S. 86参照。

(26) Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler（前出注1）, §17 Rn. 5.

(27) その問題性についての詳細は, Schroth/König/Gutmann/Oduncu（前出注1）, §8 Rn. 36ff.; Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler（前出注1）, §8 Rn. 19ff. Höfling-Esser（前出注5）, §8 Rn. 84f.; Koch, Aktuelle Rechtsfragen der Lebend-Organspende, in: Kirste (Hrsg.), Nieren-Lebendspende, 2000, S. 49-68 (54ff.) およびそれらに掲載されている文献参照。

(28) Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler（前出注1）, §18 Rn. 4; Sengler, Stellungnahme zu rechtlichen Aspekten der Lebendspende aus der Sicht des Bundesgesundheitsministeriums, in: Kirste (Hrsg.), Nieren-Lebendspende,

また、その供与についてドナーが提供時にまったく予想できなかった場合には、臓器の可罰的な売買ではない。

死後の臓器提供に関しても、臓器売買は、ユーロトランスプラントの配分手続によって事実上排除されている。ユーロトランスプラントによらずにあっせんされた、死亡したドナーの臓器を移植すると、ユーロトランスプラントのルールに従ってその移植センターは配分システムから（経済的には由々しくも）排除される。

生体〔臓器〕提供に関しても、とりわけ、ドナーとレシピエントとの人的に親密な関係の必要性、およびいわゆる「生体〔臓器〕提供委員会（Lebendspendekommission）」による鑑定意見によって、禁止された臓器売買が防止されることになる。これによって、匿名の生体臓器提供もまた、ドイツ法上排除されることになるが、この法政策的決定は、連邦憲法裁判所によって臓器移植法の公布直後に下された判決のなかで是認された⁽²⁹⁾。

冒頭で挙げたわれわれの架空の患者 X の人生において、われわれは、臓器移植の法的諸問題に幾度となく関わり合わねばならない。6歳の X のために行われた母親による生体腎臓提供に関連する諸問題は、すでに取り上げた。しかし、すでに胎盤の利用に関連する出生時の行為については、今日の法的状況によれば、その臓器移植法上の意義を検討しなければならないであろう。なぜなら、胎盤の場合にも、1997年の臓器移植法1条1項または2007年の臓器移植法1a条1号の意味での「臓器」が問題となるからである。もっとも、胎盤は、臓器移植法17条および18条の売買禁止の対象とはならない。すなわち、化粧品産業への譲渡がなされても、それによって臓器移植法17条1項が要求するような、他人の治療に利用されるという決定はなかったのである⁽³⁰⁾。それにとどまらず、胎盤は、臓器移植法1条1項によって画される法律の適用領域が前提とするような、母親から摘出されたものではなく、子の出生後に自然に排出された（少なくとも通常の場合にはそうである）ものである、と主張することが容易に思い付く⁽³¹⁾。しかしながら、2007年組織法による臓器移植法の改正以

2000, S. 100-124, 112参照。

(29) Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 11. 8. 1999, NJW 1999, S. 3399-3403.

(30) それゆえ、助産師に支払われた「謝礼」が臓器移植法17条1項1号の例外規定の意味での「相当な対価」に当たるかどうかについては、立場決定しないでおくこともできる。

来,「摘出」概念は,同法1a条6項によって,あまり「自然主義的に」は定義されず,慎重により広く定義されており,あらゆる種類の「取得」を,例えば,解剖または手術の残存物の場合をも包摂する。

これに対して,事故によって顔面へ受けた傷を治療するための自家皮膚移植は,臓器移植法に関係する事例ではない。すなわち,ある同一の外科的侵襲内でただちに帰還移植する目的である人物から採取された組織⁽³²⁾には,臓器移植法は適用されないのである(臓器移植法1条2項1号)。

最後に, X の死体からの死後の臓器摘出に関する決定についていえば,臓器移植法3条および4条から,ドナーが生前に行った書面による意思表示が優先されることが明らかとなる。その際,この意思表示が臓器提供の用意があること(Bereitschaft)を含むのか,その拒否を含むのか,それとも特定の臓器または組織への限定を含むのかは,その拘束力にとっては重要でない。他人,特にドナー候補者の近親者は,臓器提供に関する書面による意思表示がない場合か,もしくはその意思表示のなかで決定が特別に指定された人物に明示的に委任された場合(臓器移植法2条2項第1文)にはじめて,そしてその場合にのみ,決定権限を有するのである。臓器提供の拒否は,14歳以上であることが前提となり,同意または決定の委任は,16歳以上であることが前提となる。Xは,自己の指示を作成した時に17歳だったので,このハードルを飛び越えていたことになる。Xの書面による意思表示が存在したので,最近親者⁽³³⁾としての両親に判断を求めることは,もはや決して許されない。この場合には(日本の法的状況とは異なり),両親は,ドナーの決定を修正する権利,とりわけその他の臓器または組織の摘出を許容する権利を有していない。それゆえ,心臓の摘出は,臓器移植法19条1項の犯罪構成要件を充足しており⁽³⁴⁾,3年以下の自由刑または罰金に処される。もっとも,ドイツの実務においては,ドナー

(31) 結論において同旨であるのは, *Gropp*, Wem gehört die Plazenta?, in: *Arnold* u. a. (Hrsg.): *Grenzüberschreitungen, Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser*, S. 299-315, 314; *König*, Strafbarer Organhandel, 1998, S. 148 である。

(32) 臓器移植法1a条1号の概念規定によれば,皮膚は,法的な意味においては——医学的な用語法においてとは異なり——「臓器」でないが,臓器移植法1a条4号の意味での「組織」として,本法の多数の規定に服する。

(33) これについては,2007年の臓器移植法1a条5号(以前は1997年の臓器移植法4条2項)における「序列」を参照。

(34) *Schroth/König/Gutmann/Oduncu* (前出注1), §19 Rn. 29. も同旨である。

候補者の積極的指示がある場合でさえ、提供臓器がきわめて不足しているにもかかわらず、医師が臓器摘出に対する近親者の留保を尊重することは通常行われている（そして可罰的ではない）⁽³⁵⁾。

それはさておき、心臓を摘出する場合には、あっせんを義務づけられた臓器の問題となる⁽³⁶⁾。角膜に関しては、臓器移植法8d条2項から導かれる記録作成義務を考慮することはできるが、配分手続を考慮することはできない。2007年の組織法によって角膜は医薬品に指定されたが、これは、1997年の臓器移植法によって薬事法（*Arzneimittelgesetz*）に挿入された例外規定（薬事法2条3項8号）に相応の修正を施すという仕方で行われた。これによって、角膜は、その他の組織と同様に、薬事法3条3項の意味での試料（*Stoffe*）および2条1項1号の意味での医薬品に該当することになる。ただし、角膜は、人体に利用することによって疾患、苦痛、身体の損傷または病的な不調を治療、緩和または予防することが決定されているものであることが要件となる。角膜の特別扱いを廃止することは、2004年EU組織指針の帰結である。立法理由書によれば、「角膜もまた、移植用皮膚、腱、血管、心臓弁のようなその他の組織の場合、あるいは組織加工医薬品（*Blutzubereitungen*）の場合にかなり以前から行われているように、品質および安全性の要件に服する、ということは、専門的な見地からの帰結であるし、納得できる⁽³⁷⁾」。

III 狭義の組織の取扱い——「通常事例」に関する規制

本稿はこれまで、時おり「臓器」と並んでその直後に「組織」にも言及することがあったが、偶々そうだったわけではない。なぜなら、多くの規制は、臓器および組織に適用されるからである。他方、組織に関しては、それがそのままレシピエントに移植されるのではなく、移植までの間に加工されることが多いというかぎりでは、すでに規制の必要性はより大きい。さらに、組織は他人へ

(35) これについて批判的であるのは、さしあたり *Koch*, *Jenseits des Strafrechts-mitten im Medizinrecht: Über einige Regelungsprobleme der Organtransplantation*, in: *Arnold* u. a. (Hrsg.), *Grenzüberschreitungen*, 1995, S. 317-340, 331.

(36) 2007年臓器移植法1a条2号ないし1997年臓器移植法9条第2文参照。

(37) *Bundestags-Drs. 16/3146*, S. 37. 1997年臓器移植法による角膜の特別な地位の理由づけについては、*Bundestags-Drs. 13/8017*参照。

の移植でさえなく、医薬品、医療品または——われわれの冒頭の事例で胎盤を用いて行われたように——化粧品の製造に使用されることが度々ある。

すでに1997年の臓器移植法は、組織の摘出および移植にも適用可能な規制を含んでいた。しかしながら、本法は、血液、骨髓、胚の臓器ならびに組織、および特殊な生殖細胞のような個々の細胞には適用されなかった。「人の組織および細胞の提供、調達、検査、加工、保存、保管および配分に関する、品質および安全性基準を定めるための」2004年3月31日の欧州議会 (Europäischen Parlament) および EU 評議会 (Rat der Europäischen Union) の2004/23/EG 指針、いわゆる組織指針⁽³⁸⁾ (*Gewebe-Richtlinie*) を ([期限から] 遅れて) 国内法化⁽³⁹⁾ する過程で、臓器移植法の適用領域は有意な修正を受けた。すなわち、胚性の臓器および組織の除外はなくなり、個々の細胞がいまや「組織」として把握されているのである⁽⁴⁰⁾。

臓器移植法は、もっぱら移植目的での組織 (および臓器) の利用を規制するが (臓器移植法 1 条 1 項)、例えば、非臨床研究の枠内で利用する目的でのそれは規制していない⁽⁴¹⁾。臓器移植法と並んで、あるいは同法に代わって、薬

(38) Amtsblatt der Europäischen Union L 102 vom 7.4.2004, S. 48-58.

(39) 国内法化は、2007年7月20日の組織法 (Bundesgesetzblatt 2007 I, S. 1574-1594) によって行われた。その際、一連の現行法、すなわち臓器移植法 (新名称: 2007年9月4日の臓器および組織の提供、摘出および移植に関する法律 (Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Neubekanntmachung vom 4.9.2007), Bundesgesetzblatt 2007 I, S. 2206-2220), 輸血法 (1998年7月1日の輸血制度の規制のための法律 (Gesetz zur Regelung des Transfusionswesens (Transfusionsgesetz-TFG) vom 1.7.1998), Bundesgesetzblatt 1998 I, S. 1752-1760; Neubekanntmachung am 28.8.2007, Bundesgesetzblatt 2007 I, S. 2169-2177) および薬事法 (1976年8月24日の医薬品の流通に関する法律 (Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz-AMG) vom 24.8.1976), Bundesgesetzblatt 1976 I, S. 2445-2482; Neubekanntmachung am 12.12.2005, Bundesgesetzblatt 2005 I, S. 3394-3469) ならびにそれらに附属する各指令を追加する、いわゆる条項法 (Artikelgesetz) が問題された。そういうわけで、法令集 (Gesetzessammlungen) のなかに「組織法」を探しても無駄である。

(40) 2007年の臓器移植法 1a 条 4 号は、「組織」を「1 号によれば臓器ではないところの、人の個々の細胞を含めて、細胞から成る人体の全構成部分」と定義する。

(41) 組織法立法理由書, Bundestags-Drs. 16/3146, S. 23; 成立史を指摘する Heinemann/Löllgen, Die Umsetzung der Europäischen Geweberichtlinie

事法の適用可能性（も）認められる。確かに、組織は、日常用語の意味において医薬品ではない⁽⁴²⁾。しかしながら、組織の採取、加工、保存および流通は、その安全な取扱いを保障するために、薬事法上の特別規制に服する⁽⁴³⁾。それゆえ、法的な意味において、心臓弁、角膜、胎盤、骨、それどころか腫瘍組織すらも医薬品なのである⁽⁴⁴⁾。利用のために臓器移植法1a条4号の意味での人の特定の組織を採取する施設は、官署の認可を必要とする（薬事法20b条参照）。工業的な処理によって工作または加工されておらず、その本質的な工作または加工処理が欧州連合において広く知られている（か、あるいは、確かに新規ではあるが、周知の処理と比肩可能である）ところの組織および組織加工医薬品（Gewebezubereitung）を取り扱う⁽⁴⁵⁾施設について、薬事法20c条は、簡略な認可手続を予定している。そのような組織加工医薬品の流通もまた、——通常の医薬品と比べて——簡略な要件の下で認可される。しかしながら、新規で比肩しえない処理によって製造される組織加工医薬品、および工業的な処理によって製造される組織製品（Gewebeprodukte）については、薬事法13条による「通常の」製造認可およびそれと結び付いて薬事法21条以下による認可が必要である。組織の採取および移植は、臓器移植法組織指令⁽⁴⁶⁾

durch das deutsche Gewebegesetz, Pharmarecht 2007, S. 183-189, 184参照。このような制限の根拠は、2004/23/EG 指針の考慮事由11である。採取された組織の「移植」をなお語りうるためには、それをどの程度工作または加工することまでが可能であるのかは、依然不明確である。——しかしながら、臓器移植法の射程のこうした制限は、臓器および組織の売買には当てはまらない。臓器移植法1条1項第2文参照。これについては、前出注30をも見よ。

- (42) *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, Rn. 1197参照。薬事法は、組織加工医薬品という概念でもって運用されており、これを「臓器移植法1a条4号の意味での組織に該当する医薬品またはこのような組織から製造された医薬品」と定義している（4条30項第1文）。換言すれば、臓器移植法の意味での組織は、薬事法の意味では組織加工医薬品でありえ、薬事法2条1項の要件が存在する場合には医薬品でありうるが、（正確にいえば、薬事法4条30項第2文の場合には）単なる組織でもありうるのである。もっと分かり易くならないのだろうか、という疑問を抱かざるをえない。

- (43) *Rehmann*, Arzneimittelgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2008, §2 Rn. 35参照。

- (44) *Rehmann*（前出注43）, §4 Rn. 32. 参照。

- (45) 「取扱い」とは、ここでは包括的に、工作もしくは加工、保存、保管または流通を指す。これは、患者に対する利用を捕捉するものではない。

- (46) 正式名称：2008年3月26日の臓器移植法による組織の採取およびその移植の

(TPG-Gewebeverordnung) の規制に服する。

狭義の組織についても、臓器提供の場合と同様、売買禁止は適用される。臓器移植法17条以下は、構成要件および法定刑の点で区別を行うことなく、両者を捕捉している。EU 組織指針12条は、自由意思による無償の組織提供を理想像として掲げるが、ドナーは「提供との関連で生じた出費および不愉快な思いに厳格に制限された」補償を受領することができる、との明示的な許容がなされている。

臓器移植法の適用領域から血液および血液成分を除外することは、特別法上の規制の存在、すなわち輸血法 (Transfusionsgesetz) によって説明がつく。輸血法は、血液および血液成分の採取ならびに血液製品 (Blutprodukte) の利用に関する規定を含んでいる。その間にある製造、保管および流通という出来事については、(医薬品たる狭義の組織とまったく同様に) 薬事法が取り扱っており⁽⁴⁷⁾、取引の全局面での品質保証のために様々な手段を備えている(例えば、製造認可、製造、保管および販売に従事する施設に対する官署による監督、輸出入の統制)。この点で、ドイツの立法者は、HIV に感染した血液および血液から製造された医薬品を用いた AIDS 移植事例に特に反応して、そのような製品を必要とする患者の保護に万全を期することに気を配ってきた⁽⁴⁸⁾。このように法律の下位にある諸々の規制によってもきわめて詳細に規格化されている物質の詳細に、ここで立ち入ることはできない。少なくとも今日、われわれの事例の X は、おそらく、輸血から生じる健康被害を心配しないで済むであろう。

臓器および組織とは異なり、血液および血液成分には売買禁止は適用されない。輸血法は、臓器移植法17条以下に比肩可能な禁止および法定刑を含んでいない。確かに、輸血法10条第1文によれば、提供と採取 (Spendentnahme) は、無償で行われるものとされている。しかし、輸血法10条第2文によれば、

質および安全性に対する諸要求に関する指令 (Verordnung über die Anforderungen an Qualität und Sicherheit der Entnahme von Geweben und deren Übertragung nach dem Transplantationsgesetz (臓器移植法組織指令 (TPG-Gewebeverordnung)-TPG-GewV) vom 26. 3. 2008), Bundesgesetzblatt 2008 I, S. 512-520.

(47) Lippert/Flegel, Kommentar zum Transfusionsgesetz und zu den Hämotherapierichtlinien, 2002, S. 100参照。

(48) Lickert/Flegel (前出注47), S. 119; 法案理由書, Bundestags-Drs. 13/9594, S. 13ff. 参照。

それぞれの提供方法（例えば、全血（Vollblut）、血小板（Thrombozyten））に応じた直接的な費用に相応する補償金を提供者に供与するための、かなりの余地が残されている。これは、実務において、きわめて重大な区別をもたらしている。フライブルク大学病院の輸血センターの申告によれば、1度の全血提供が約25ユーロ、血小板提供が20ないし40ユーロである⁽⁴⁹⁾。全体として、ドイツにおいては約50から100の献血業者が活動しており、自称だが毎年300万から500万の献血を行っている⁽⁵⁰⁾。そして当然ながら、臓器売買の禁止は、臓器から製造され、または臓器を利用して製造されている（その他の）医薬品にも適用されない⁽⁵¹⁾。

IV 生殖医療：生殖細胞、核の前段階および胚

それでは、これからわれわれは、生殖補助医療という特別事例に取り組むこととしよう。生殖細胞を体外で取り扱うことは、今日もはや珍しいことではない。唯一試験管内受精という方法のみが、ドイツにおいては、不妊症の治療のために、毎年数え切れないほど利用され、毎年約1万人の新生児が誕生している⁽⁵²⁾。冒頭の事例のXの運命は、その他の人物が遺伝学上の親として、あるいは子どもを懐胎する者として登場しないというかぎりでは、単純な事例である。この点で、ドイツ法は明確な限界を設定しているが、未解決な事柄も多くある。明確な限界は、卵細胞を提供すること、または他の女性の代わりに妊娠することは許されない、という点にある（胚保護法1条1項2号、7号参

(49) これに批判的であるのは、*Deutsch/Spickhoff*（前出注42）、Rn. 1682（「かなり少ない一定額の出費である」）および *Lickert/Flegel*（前出注47）、S. 219（「他の諸国と比べて高額と考えられる」）である。

(50) フライブルク大学病院輸血センター長である医学博士マルクス・ウムハウ（*Markus Umhau*）氏からの私信である。

(51) 臓器移植法17条1項第2文2号。これについては、*Lilie*（前出注16）、S. 960；*ParzellerHenze/Bratzke*, *Gewebe- und Organtransplantation-Verfehlte und praxisferne Regelungen im Transplantationsgesetz*, *KritV-Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 2004, S. 371-396, 374参照。

(52) *Häussler/von Zahn*, *Umfang invasiver reproduktionsmedizinischer Eingriffe in Deutschland als Gegenstand der Versorgungsforschung*, *Bundesgesundheitsblatt* 2003, S. 655-658, 656参照。

照)⁽⁵³⁾。生殖医学が折り合わなければならないその他の制限は、1 月経周期内の試験管受精の許容回数に関わる。すなわち、胚保護法 1 条 1 項 5 号は、1 月経周期内に女性に移植されることが予定されているよりも多く当該女性の卵細胞を受精させることを禁止している。これによって、「余剰」胚の発生が回避されることになる。卵細胞を採取するためになされる、子どもを持てることへの期待によって埋め合わされる負荷のかかる侵襲から当該女性を免れさせるために、生殖医学は、核の前段階での冷凍保存という方法を考え出した。これは、受精を確かに開始させるが、意識的かつ最初の計画通りにその終了前に中止させ、発生済みの「中間的産物 (Zwischenprodukt)」を凍結することを意味する。ドイツの立法者は、生殖医療上の中間的産物を未受精生殖細胞 (unbefruchtete Keimzellen) と同様に扱う。

冒頭の事例において、核の前段階としての「X」は、法的な規制のない領域にいるわけでは決してなかった。この段階の「X」が毀滅されたなら、それは器物損壊 (刑法典 303 条)、場合によってはそれどころか生殖細胞提供者の身体傷害 (!)⁽⁵⁴⁾ として訴追され、処罰されえただであらう。このことは、凍結保存されたものはや不要な胚の単純な毀滅が、精々それに関連するのは胚保護法 2 条 1 項であるところ、同項についての通説によれば可罰的でないというかぎりでは、奇妙なことであるように思える⁽⁵⁵⁾。したがって、財産性 (核の前段階) から初期の人 (胚) へ移行すると、法的保護が (一時的に) より弱くなりうるのである。もちろん、核の前段階において与えられる法的保護は、この過渡的

(53) もっとも、特に卵細胞提供の禁止にはかなり争いがある。ただし、Zumstein, Keimzellspende-Juristische Thesen, in: Arndt/Obe (Red.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 134-142, 138f.; Eser/Koch, Rechtsprobleme biomedizinischer Fortschritte in vergleichender Perspektive, in: Strafrechtsprofessoren der Tübinger Juristenfakultät/Justizministerium Baden-Württemberg, Gedächtnisschrift für Rolf Keller, 2003, S. 15-36, 19; Günther/Taupitz/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, 2008, §1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 5ff. のみ参照。

(54) これについての詳細は、後出 V。

(55) Eser/Koch (前出注 53), S. 30; Günther/Taupitz/Kaiser (前出注 53), §2 Rn. 34ff. 参照。——胚保護法 2 条 2 項 (「妊娠を生じさせる以外の目的で、ヒト胚を体外でさらに生育させる者も罰する」) に鑑みると、それどころか、胚を「見捨てること」に許容を制限すること (Günther/Taupitz/Kaiser (前出注 53), §2 Rn. 37 がそうである) は、耐え難いであらう。

段階の（生命）利益のためではなく、生殖細胞提供者の生殖の利益の保護、または財産の保護として位置づけられるものであり、また、後者との関連では、法的意味での「被害者」とみなさるべきであるのが、「生殖細胞供給源」としての遺伝学上の両親であるのか、それとも受精という出来事を主導する「加工者⁽⁵⁶⁾」としての医師⁽⁵⁷⁾であるのかについては、争われる余地がある。

卵細胞提供とは異なり、精液提供は禁止されておらず、再生医学の蓄積のなかで重要な役割を担っている。もっとも、ドイツ法には、その他の法と比べて、法的不確実性を増大させる若干の不備がある⁽⁵⁸⁾。例えば、いかなる基準に従い、いかなる人物から精液提供者が選ばれるべきなのか、いかなる範囲で精液提供者は行動することができるのか、いかなる要件の下で誰が出来事の記録を閲覧する権利を有するのかは、規定されていないのである。記録の保存期間に関しても、精液提供には不明確な部分がある。「精液カクテル（Samencocktail）」の利用という問題でさえ、連邦憲法裁判所が認めた自己の出自を知る子どもの権利を前にすると、これを思い止まるべきであることは自明であるにもかかわらず、規定されていない。これらの規定の不備は、精液提供者の利益にも関係する。すなわち、売買禁止に違反することなく、いかなる補償を彼は期待することができるのか、また、彼はどれくらいの頻度で、どれくらいの女性のために遺伝学上の父親候補者として登場することが許されるのかは、法によって明確に確定されていないのである。胚保護法は、死後人工受精（post-mortem-Insemination）を禁止し（胚保護法 4 条）、それを刑罰で威嚇している。しかしながら、提供者が自己の精液が利用されるときになお生存していることを保障するためには、いかなる措置が捕捉されなければならないのかは、不明確である。

生殖細胞を体外で取り扱うような生殖補助医療（例えば、試験管内受精、精液提供、冷凍保存）を実践する者は、2007年以降のドイツにおいては、次のような組織法上の要件もまた考慮しなければならない。

(56) 人工受精、胚移植および凍結保存に関する医師の専権事項という要件（Arztvorbehalt）については、胚保護法 9 条参照。

(57) 民法950条（加工による所有権取得）参照。

(58) 以下の点についての詳細は、Eser/Koch（前出注53）、S. 20ff.; Koch, Fortpflanzungsmedizin im Rechtsvergleich, in: Arndt/Obe（前出注53）、S. 176-184, 177ff. 参照。

- ・ 薬事法上、主に次の点が、定義、例外、「適用される」および「適用されない」という規制のかなり分かりにくい協働に委ねられている。人の生殖細胞は、医薬品でもなければ組織加工医薬品（*Gewebezubereitung*）（薬事法 4 条 20 項第 2 文）でもない。しかし、人の生殖細胞は、臓器移植法 1a 条 4 号の意味での組織である。それゆえ、人の生殖細胞には、薬事法が（未加工の）組織の取扱いに関して設けている様々な規定が適用されることになる。すなわち、（生殖細胞の採取に関しては）薬事法 20b 条による認可、（試験管内受精の関連する生殖細胞の工作または加工、もしくは生殖細胞および胚の前段階の冷凍保存の関連しては）薬事法 20c 条による認可、場合によっては（行われる余地がある輸入に関しては）薬事法 72b 条による認可という一部前出の要件、さらには活動中の関連する企業および施設に対する官署による監督に関わる規制（薬事法 64 条）がそれである⁽⁵⁹⁾。
- ・ 生殖細胞を体外で取り扱うような生殖補助医療を実践する者はさらに、臓器移植法組織指令と並び臓器移植法から導かれるところの安全性要件を充足しなければならない。これに属するものとしては、特に、精液提供者の健康状態が、提供された不適当な精細胞を他人のために利用することによって生じる健康上のリスクを排除するのに適したものであるかを検査すること（臓器移植法組織指令 6 条 2 項）、および非配偶者間精子提供（heterologe Samenspende）によって生まれた子の利益を不十分な仕方では保護するにとどまるけれども、包括的な記録作成義務（臓器移植法組織指令 7 条）がある⁽⁶⁰⁾。

臓器移植法からはいまや、刑罰によって強化された、配偶子（Gameten）および核の前段階の売買禁止もまた明らかとなる（臓器移植法 17 条以下）。無償譲渡は許される。試験管内胚（In-vitro-Embryonen）についても売買は許されない。これは、とりわけその「譲渡」を処罰する胚保護法 2 条 1 項から導かれる。ただし、——奇妙なことに——臓器売買に向けられる臓器移植法の刑罰

(59) 委員会報告書（Ausschussbericht）Bundestags-Drs. 16/5443, S. 56. をも参照。

(60) *Diedrich u. a., Reproduktionsmedizin im internationalen Vergleich*, 2008, S. 96; *Pühler/Middel/Hübner* (Hrsg.), *Praxisleitfaden Gewebegesetz*, 2009, S. 262 参照。

規定は、より厳格である〔胚保護法2条1項違反に対する〕最高刑は3年の自由刑であるのに対して、〔臓器売買に対する〕最高刑は5年の自由刑である。犯罪を業として行う場合には刑の短期が引き上げられる)。

V 「損壊事例」：刑法および民法上の視点からみた臓器および組織の毀滅または合意に反する利用

これまで、われわれは、とりわけ、人の臓器および組織の「正しい利用」に関する規制を問題としてきた。しかしながら、法的な視点から見ると、その(過失によるもしくは故意による)毀滅、あるいはその合意に反する利用といった濫用に対してもまた、規制は必要である。起こりうる事例は、非常に多様であり、理論的な重要性のみを有するのでは決してない。例えば、考えられる事例として、死亡したドナーから摘出された臓器が、予定されていたレシピエントに届く途中で紛失する、自己の血液 (Eigenblutspende) が予定された手術の前に誤って同じ血液型の他の患者に利用される、診断目的で摘出された組織が実験室での不適切な研究実施において使用不能となり、それゆえ摘出が何度も行われなければならない、あるいは女性への生殖補助医療の枠組みでいくつかの卵細胞が摘出されるが、不適切な取扱いによってもはや受精には利用できない、という事例が挙げられる⁽⁶¹⁾。

法的な評価を行うためには、何よりもまず、全体としての生存している人の身体は民法的な意味でも刑法的な意味でも「物 (Sache)」ではない、ということを出発点としなければならない⁽⁶²⁾。そのような人の身体は、例えば、故意および過失による侵害を補足する殺人罪や身体傷害罪によって、さらには中核刑法および特別刑法における一連の危険犯によっても⁽⁶³⁾、人格として法的

(61) その他の事例については, Münchener Kommentar-Joehs, Strafgesetzbuch, Band 3, 2003, vor §223 Rn. 16.

(62) ほとんど全員の一致をみている見解である。Deutsch/Spickhoff (前出注42), Rn. 857. Otto, Der strafrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seiner Teile, Jura 1996, S. 219-220, 219; Schönke-Schröder/Eser, Strafgesetzbuch, 27. Auf. 2006, §242 Rn. 10; Taupitz, Der deliktsrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seiner Teile, NJW 1995, S. 745-752, 745のみ参照。

(63) 例えば, いかがわしい医薬品の流通禁止である, 薬事法8条1項1号, 1a号との関連での95条1項3a号。

保護を受けている。身体と強く結び付いている自然の[・]身[・]体[・]の[・]一[・]部[・]が、身体に属していることは明白である。人工的に移植されたものもまた身体の一部となりうるし、それによって人工的に移植されたものの物としての性格は失われるが、この点については詳しくは取り上げないこととする⁽⁶⁴⁾。

人の[・]死[・]体[・]を法的な意味で「物」とみなしてよいか否かについては、意見の一致をみていない。通説はこれを肯定しているが⁽⁶⁵⁾、問題となるのは、死体もしくは死体の一部に所有権が存在することの可否およびその程度であり、そのようなことが、場合によっては販売可能性という意味に転換されうる程度である⁽⁶⁶⁾。いずれにせよ、死体について、正当な方法で摘出された臓器および組織には、第三者の先占権が肯定される（したがって、相続人が自動的に所有権を取得するわけではない）⁽⁶⁷⁾。（例えば、移植医療施設によって）そのような先占が行われるならば、臓器あるいは組織は、他人の物として、窃盗罪や器物損壊罪といった所有権侵害犯および財産犯の客体となる可能性が生じるであろう。

（自然の）[・]身[・]体[・]の[・]一[・]部[・]は、通説によれば、いずれにせよ生存している人の身体からの最終的な切り離しによって、法的な意味で「物」となるが、人格権的な側面もまた付加され、あるいは存続する⁽⁶⁸⁾。これに対して、短期間の再移

(64) これについては、Schönke-Schröder/*Eser*（前出注62），§242 Rn. 10およびそこに掲載されている文献参照。

(65) 例えば，Münchener Kommentar/*Holch*, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1, 3. Aufl. 1993, §90 BGB Rn. 23f.; Staudinger-*Jickeli/Stieper*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bearbeitung 2004, §90 BGB Rn. 28; OLG Bamberg, NJW 2008, S. 1543-1547, 1547参照。

(66) これについては，Staudinger-*Jickeli/Stieper*（前出注65），§90 BGB Rn. 37; Schönke-Schröder/*Eser*（前出注62），§242 Rn. 21およびそこに掲載されている文献参照。全体としての死体は無主物であるとする，OLG Bamberg（前出注48），1547をも参照。

(67) *König*（前出注31），S. 78; Staudinger-*Jickeli/Stieper*（前出注65），§90 BGB Rn. 38参照。これに反対するのは，Staudinger-*Dilcher*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Auflage 1995, §90 BGB Rn. 27（無主物）である。

(68) *Taupitz*（前出注62），S. 746; Staudinger-*Jickeli/Stieper*（前出注65），§90 BGB Rn. 21; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, 2001, S. 102ff. のみ参照。

植という目的での単なる一時的な切り離しにおいては（例えば、われわれの出発事例における、自家皮膚移植に関しては）、刑法においても、「身体部分」の性質を維持する通説が出発点となる⁽⁶⁹⁾。事故による身体の切断が起こった場合に、再移植の試みが實際上可能であり、かつ医療上十分な見込みをもっていられるかぎりでは、同じことが承認されうるであろう⁽⁷⁰⁾。したがって、例えば、手術の前に、この手術のために用意されている自己の血液が万一に備えて分離されているが、これが誤って毀滅された場合には、器物損壊だけでなく、身体傷害にもなるであろう。合併症もなく経過した上述の手術の後に、同様の事態が生じたならば、解決はまったく逆にならざるをえない。すなわち、せいぜい器物損壊であり、いずれにせよ身体傷害とはならない。しかし、反対説——「身体という」貯蔵庫から出された身体部分については、常に器物損壊しか成立しえないとする見解⁽⁷¹⁾——が、無条件に「保護が」より劣るという刑法上の結論に至るわけではない。反対説には、ひとつには、全体の生体に対する後の結果を引き合いに出す可能性が残されている。例えば、自己の血液がもはや利用できないので、他人の血液を輸血しなければならず、これによって患者が感染を受けた場合、この感染は、身体傷害として、自己の血液を利用できなくなった者に帰属されうる。もうひとつには、健康侵害という意味での、傷害行為の精神的結果に着目する代替案が存在している⁽⁷²⁾。いずれにせよ、重大な概念上の区別が残ったままである。（一時的に）切り離された身体部分について犯された身体傷害の可能性を肯定する者は、機能に応じた考察方法を示している。この考察方法にとっては、反対説とは異なり、身体がただひとつの場所からのみ、また、ただひとつの場所においてのみ表象しうる客体であるこ

(69) 例えば、民法上の視点からは、*Frahm/Nixdorf*, *Arzthaftungsrecht*, 3. Aufl. 2004, S. 32; 刑法上は、*Schönke-Schröder/Eser*（前出注62）, §223 Rn. 3 a; *Freund/Heubel*, *Der menschliche Körper als Rechtsbegriff*, *Medizinrecht* 1995, S. 194-198, 198がこの趣旨である。

(70) これについて具体的には OLG Celle, *Versicherungsrecht* 1984, S. 90-91（切断された親指）参照。また、*Schünemann*, *Die Rechte am menschlichen Körper*, 1985, S. 74ff.; *Taupitz*（前出注62）, S. 747をも参照。本稿と結論同旨であるのは、*Deutsch/Spickhoff*（前出注42）, Rn. 860である。もっとも、そこでは、再移植の可能性ではなく、事象経過の偶然性が決定的とされているように思われる。

(71) *Otto*（前出注62）, S. 220参照。

(72) これについては、*Taupitz*（前出注62）, S. 748参照。

とは必然的ではない。

反対に、生存している人からの切り離しが一時的なものにとどまらない身体部分を物として性格づけることは、この身体部分がもはや健康に関係する目的で利用される予定がない（そうではなく、例えば、引き抜かれた歯がアミュレットとして身に付けられる予定である）かぎりでは、確かに事物の実体に即している（！）。そのような物がどの程度「流通可能」であるのか、したがってそれを売買することが許されるのかは、取引をどう捉えるかの問題である。髪の毛の許されない切断事例が示すように、[物でないものの] 物への「変換」という出来事は、人格権侵害として、いやそれどころか身体的虐待として評価されうが⁽⁷³⁾、そのことは、事後の経済的利用（例えば、かつら製造者への販売）の障害とはならない。

評価するのが困難であるのは、以下の諸事例である。すなわち、切り取られた身体の一部の、健康に関係する利用が依然として問題となっているが、分離と利用との間に長期で不確定な時間的間隔が存在する事例、事後の利用が多少とも不確定である事例、かつ／または、確かに、物質が由来する人物の利益のために利用が行われる予定であるが、それは当該人物自身への再移植ではない事例、がそれである。約15年前に、ドイツにおいて議論の素材となるある事件が起きた。ある癌患者が、治療により劣性が生じるにもかかわらず自己の子孫をもつ可能性を維持しようとして、自己の精液を凍結保存した。治療後にその患者が結婚した際に、彼は、子どもが欲しいという願いを、彼のパートナーの夫婦間授精（homologe Insemination）によって実現しようとしたが、「精子バンク」業者の誤りのために、保存用精子が過失により毀滅されたことを知らざるをえなかった。連邦通常裁判所民事部は、患者に、身体傷害という観点の下で（民法832条）、慰謝料という形式での損害賠償（民法847条）を認めた⁽⁷⁴⁾。これに対して、作用が（単なる）物の損壊としてみなされるならば、慰謝料を認めることは、民法上問題とならないであろう。この結論の間にある第三の見解は、人格権の侵害という観点において（身体傷害とは切り離して）事態を評価しているようである⁽⁷⁵⁾。

(73) これについては、Amtsgericht Köln, NJW-RR 2001, 1675-1676の事案および *Deutsch/Spickhoff*（前出注48）, Rn. 860; Schönke-Schröder/*Eser*（前出注62）, §223 Rn. 3およびそこに掲載されている文献参照。

(74) BGHZ 124, 52-57参照。

(75) 例えば、*Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*（前出注42）, Rn. 859; *Nixdorf*,

刑法上の観点から、短期間一時的に摘出するだけでも、分離された身体の一部についての身体傷害の構成要件の該当可能性を否定する者は、これらの事例状況についても別のように評価することはないだろう。しかし、反対説にとつては、はじめから、切り取られた身体の一部もまた上述の要件の下で、「主要な身体」とともに、なお機能的統一体を形成すること、もしくは攻撃客体にあっては他の「人₍₇₆₎」が重要であり、そしてそれゆえに分離されたものへの侵害的な作用が刑法223条および229条の意味での身体的虐待₍₇₇₎もしくは健康侵害₍₇₈₎として理解されうことは、排除されない。この見解によると、刑法上の保護は、非常に包括的なものとなる。刑法223条（身体傷害）は、5年以下の自由刑または罰金を予定しており、刑法303条（器物損壊）は、単に2年以下の自由刑を予定しているにすぎないのである。さらに——そしてこのことは、非常に実務的な重要性を有するのだが——、身体傷害の場合にのみ過失犯があり（刑法229条）、器物損壊の場合には「過失犯に対して」刑罰による威嚇はない。

われわれの出発事例で示したように、毀滅の客体は同じく十分な臍帯血（もしくはそれから得られ分離された幹細胞標本）でありえ、その臍帯血はすでに誕生の際に、両親の指示に従って保存され、万一のための後の利用という観点から、場合によっては数10年間も保存されることになる。身体傷害という刑法上の構成要件は、この例においてはいずれにせよ、「保存用幹細胞（Stammzell-Reserve）」の毀滅によって被害者の後の病気の持続性が生じることによって充足される₍₇₉₎。これに対して、精子事例による連邦通常裁判所の論証も

Zur ärztlichen Haftung hinsichtlich entnommener Körpersubstanzen : Körper, Persönlichkeit, Totenfürsorge, Versicherungsrecht 1995, S. 740–745, 741; *Taupitz* (前出注62), S. 750参照。

(76) この視点に基づいて, Münchener Kommentar-*Joecks* (前出注61), vor § 223, Rn. 16ff. および *Tag* (前出注68), S. 102ff. は, 本文で挙げた問題領域を議論する。

(77) この視点に基づいて, Schönke/Schröder-*Eser* (前出注62), §223 Rn. 3 a および *Horn/Wolters*, in: Rudolphi/Horn/Günther/Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Stand 2009, §223 Rn. 5においては, 問題が検討されている。

(78) 機能侵害という考えを強調する場合には, ——もしあれば——この構成要件要素の下に分類することがより自然であろう。

(79) 疾患を持続させることによって刑法典223条の構成要件が実現されることに

また、健康利益において万一のために保管されている血液幹細胞の毀滅に転用するならば、それに対して身体傷害は、すでに血液幹細胞の利用可能性を損なうことにおいて、したがって本来予定されていた目的にとって使用不能としたことにおいて成立するであろう。われわれの事例における X の健康利益のために（存在していると思込まれている）幹細胞に手を出すことが実際上必要であるかは、それゆえ、この見解によると重要でないことになるであろう。刑法の通説は、器物損壊（刑法303条）の構成要件の適用を優先するであろう。X が現実には、年月が経過した後に、発病の処置のために幹細胞を必要として、そしてまだ幹細胞が利用できると仮定しよう。通説によると、身体部分への（再？）変更が、輸血という出来事によって初めて生じるのか、それとも幹細胞を直ちに治療のために利用するという医療上の決定の中にすでに見いだされるのかは、なお争いがある。

行為客体としての分離された身体の一部に関する様々な立場の評価は、ここでは大雑把にしか行えない。このような事例を刑法上の身体傷害として罰することを望むことは、利用が想定されている事態が生じるのか否かが、場合によっては数10年間未決定であり、しかもそのような事態が生じた場合に、不可能となった利用によって治療が成功していたのか否かがまったく不明確であるというかぎりでは、問題となるように思われる。貯蔵庫から出された組織と「主要な身体」との間には「機能的な統一性」があり、それは、前者〔貯蔵庫から出された組織〕に対する作用が身体傷害ゆえに可罰的であることの根拠であるとする考え方は、評価にとって重要な、後者〔主要な身体〕に対する不都合な作用を、その作用が生じないうちは捉えることができない。さらにいえば、その作用がそもそも生じるかどうか、きわめて不確実なのである。そして最後に、少なくとも貯蔵庫から出された細胞への高価な技術的処理プロセスが行われる場合には、この考え方は、可能な法律解釈の限界（基本法103条2項）に衝突しかねないのである⁽⁸⁰⁾。

われわれの出発事例に関しては、総括すれば、以下のことが明らかである。すなわち、F が X の臍帯血を事後的に⁽⁸¹⁾合意に反して利用することは、X の

については、例えば、Schönke-Schröder/*Eser*（前出注62），§223 Rn. 8；*Tag*（前出注68），S. 407ff. を見よ。

(80) 機能的考察の支持者であれば、ともかく部分的には、それどころか義四肢の損壊による身体傷害でさえ肯定することになるだろう。*Freund/Heubel*（前出注69），S. 198参照。

健康への配慮を挫折させている。通説によると、このことは、ドイツ民事裁判所の当時の現行民法〔の解釈〕に従って人格権侵害として、そして刑法上は器物損壊として評価される。Fの動機に鑑みると、慰謝料請求のために必要な侵害の強さは確かに肯定されうる。

しかし、以上のことから、XおよびXの健康利益を直接に侵害するFの態度の側面のみが明らかになり、逆に、未だ、Fによる利益をもたらすXの細胞の利用については明らかになっていない。Xはそれについて何も知らず、それゆえ承諾を与えることができない。再生製品に関して認められ、そのかざりで、処置を行う医師または当該医師が勤務する医療施設への（黙示のもしくは推認された）所有権の委譲が根拠づけできるような患者の無関心さでさえ⁽⁸²⁾、Xに関しては問題とならない——ただし、その種の所有権の委譲が、通常の利用という（黙示のもしくは推認された）条件においてのみ行われると想定するに十分な理由があることを度外視する⁽⁸³⁾。しかし、この権利侵害から、Xの「利潤参加」請求権が導き出せるのか否かについてはいまだ不明確である。なぜなら、Xが彼の幹細胞の価値を心得ている場合でさえ、次のようにいえるからである。すなわち、すでに彼の細胞の独自性の中にこの価値が存在する場合でさえ、この利用は、XについてもFについても可罰的な組織売買となりうるであろう、と。これに対して、Fの加工処理から初めて価値が生じた（そしてそれゆえに可罰的な組織売買は確実に存在しない）場合には、確かにFは、本来的な価値創造者とみなされるであろう。もちろん、この結論は、不十分なものと思われうる。なぜなら、この事例は、ここでどちらか一方が欠けても成功しない2人の幸運児が出会っているからであり、そのため、経済的な成果の分け前を双方が得るなら、それは正当なことのようと思われる印象を呼び起こすからである⁽⁸⁴⁾。

(81) すでに摘出の際に他の方法での利用が予定されている場合には、すでに（そして付加的に）目的に反する組織を採取する侵害によって、可罰的な身体傷害が存在しうる。なぜなら、同意が欺罔によって得られたからである（秘密裏に行われ、対象者の利益にならない必要なエイズ・テストの場合のパラレルな問題については、Schönke-Schröder/*Eser*（前出注62），§223 Rn. 41 a 参照）。もっとも、技術的に正当な臍帯血の採取が行われる場合には、事実上の理由から、身体傷害の構成要件は実現されない。

(82) *Deutsch/Spickhoff*（前出注42），Rn. 863参照。

(83) *Deutsch/Spickhoff*（前出注42），Rn. 863は、おそらくこの趣旨であろう。

(84) この事情が、ドイツにおいて有名な「ジョン・ムーア事件」の事情と類似し

VI 総括と展望

総括しよう。現代医療は様々な点で人の臓器および組織を、破壊され、または機能を喪失した「オリジナル」の「補充交換部品」として利用しているが、医薬品および医療品の元となる製品（Basisprodukt）としても利用している。とりわけ、臓器および組織採取の要件、供給に比して多すぎる需要がある場合における配分、および品質保証との関係で、規制の必要性は存在する。死後の臓器提供および生体臓器提供は、1997年によりやく法律上規制されることになった。前者の場合、生前に表明されたドナーの意思の明確な優先性が法的に認められている。死亡したドナーの臓器を一定のレシピエントの有利に分配することは、緊急性および成功の見込みという医学的な基準に従って、中央ヨーロッパ諸国の連携の下で行われている（ユーロトランスプラント）。提供臓器が著しく不足していることに鑑みて、レシピエント候補者の範囲を、原則的に自ら提供への用意がある者に限定することが提案された⁽⁸⁵⁾。もっとも、これに対しては、重大な憲法のおよび法政策的な疑念が表明された⁽⁸⁶⁾。それゆえ、ドイツの立法者は、このモデルを従来取り上げてこなかったし、そうすることは今後もほぼ確実にはないだろう。現在、ドイツでは、特に、自らは臓器移植を行わない病院が臓器摘出に進んで協力するよう促す試みが、行われている⁽⁸⁷⁾。

ているのは偶然ではない。冒頭の事例のこの部分は、この事件になぞらえて作ったのである。これについての詳細は、*Taupitz*, Die Zellen des John Moore vor den amerikanischen Gerichten: Ende der heimlichen Nutzung menschlicher Körpersubstanzen? Versicherungsrecht 1991, S. 369-375, *Schröder/Taupitz*, Menschliches Blut: verwendbar nach Belieben des Arztes?, 1991; *Deutsch/Spickhoff* (前出注48), Rn. 862をも参照。

(85) いわゆる「クラブモデル (Clubmodell)」である。*Kliemt*, „Gerechtigkeitskriterien“ in der Transplantationsmedizin-eine ordoliberalen Perspektive, in: *Nagel/Fuchs* (Hrsg.), Soziale Gerechtigkeit im Gesundheitswesen, 1993, S. 262-283参照。

(86) *Koch* (前出注35), S. 336ff.; *Heuer/Conrads*, Aktueller Stand der Transplantationsgesetzgebung 1997, Medizinrecht 1997, S. 195-202, 201, *Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler* (前出注1), §12 Rn. 1.

(87) 臓器移植法11条4項参照。これに関する法的規制は、連邦諸州の管轄である。これらの連邦諸州は、様々な仕方、一部は非常に躊躇いがちに行動して

再生不能臓器を、例えば、特に腎臓を生きている人から提供するための中心的な要件は、——包括的な説明後の同意と並んで——臓器のレシピエント候補者との特別な人的関係が存在することである。立法者は、特別な刑法上の注意を臓器売買に払ってきた。

ますます増大する経済的な意義に鑑みて、2004年、人の組織および細胞の提供、調達、検査、加工、保存、保管および配分に関する、品質および安全性基準の確立のための EU 指針が発された。この指針を国内法化する際、ドイツの立法者は、必要な規制を現行法（臓器移植法、輸血法、薬事法）に統合した。とりわけ薬事法は、これによって、元々分かりにくかったものがさらに分かりにくくなった。また、生殖医療にとって重要なルールがよりによって「臓器移植法による組織の摘出および移植の質および安全性に対する要求に関する指令」のなかに見いだされるというようなことを、数年前のドイツにおいて想像できた者がいたかといえ、それはほとんどいなかったであろう。それどころか、ドイツの立法者は、組織の安全性を目的として、部分的に EU 法上の基準にはとどまっていないように思われる。これによって、ドイツの立法者は、欧州委員会 (Europäischen Kommission) での異議申立手続のリスクに身をさらすことになる。ともかく、現在、薬事法上およびその他の諸規定の改正法案が議会で審議されている。その法案では、とりわけ新薬事法20d 条によって、個人的に自己の患者に使用する組織加工医薬品を製造する過程に関わる医師については、薬事法20b 条 1 項および20c 条 1 項所定の認可義務の例外とすることが予定されており⁽⁸⁸⁾、それによってある種の行政上の簡略化が目指されている。

冒頭の事例におけるように臍帯血を用いて医学的な備えをすることは、実際上ますます重要なものとなるであろう。しかしながら、刑法上の見地からは、とりわけ、分離されたが、少なくとも場合によっては長期的にみて健康に関連

きた。例えば、1999年11月24日のバイエルン州の臓器移植法および輸血法の施行のための法律 (Gesetz zur Ausführung des Transplantationsgesetzes und des Transfusionsgesetzes Bayerns vom 24. 11. 1999) (Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt 1999, 464-466, 特に Art. 7-9) がある一方で、バーデン・ヴュルテンベルク州における相当する法律 (州立病院法の改正のための法律 (Gesetz zur Änderung des Landeskrankenhausesgesetzes), Gesetzblatt für Baden-Württemberg 2006, S. 18-19) は、2006年2月によりやく施行された。

(88) Bundesrats-Drs. 171/09 vom 20. 02. 09.

する目的に役立つ、生きている人の組織の保護については、未だ納得のいく解決が得られていないように思われる。器物損壊としての可罰性の支持者と身体傷害としての可罰性の支持者との争いに対して、ここでは「第3の道」を簡潔に法政策的に論じることにする。

万一に備えて保管されていた組織を毀滅する、あるいは利用不可能にするという行為を、現代に即して犯罪構成要件に取り込もうとするなら、所為の不法が最適に示されるのは、身体傷害としてでもなければ器物損壊としてでもなく、健康の危殆化 (*Gesundheitsgefährdung*) としてであろう。それゆえ、立法論としては、——おそらくは主に臓器移植法に補充することを通じて——相当する(抽象的)危険犯を創設し、毀滅によって故意的または過失的に目的を挫折させることを(同意されていない目的での消費的な利用を含めて)捕捉することが考えられるであろう。

最後にもう一度、個々の臓器または組織から離れて、全体としての人間に目を向けてみよう。死後の臓器摘出および組織採取に関するドイツのルールは、それに基づく医療を推進しようとするものであるが、死体の可及的な統一性 (*Integrität*) という観念をその他の多くのヨーロッパの法秩序よりも尊重している。しかし、ますます多くの人が移植医療の可能性から利益を得るようになればなるほど、こうした不可侵性 (*Unversehrtheit*) は理想像として現在一層疑われることになる。この点で、よりによって幹細胞研究が、生きている人を「自分自身のための補充交換部品製造者 (*Ersatzteilproduzenten*)」へと変えるような技術を考え出すことによって、再考を促しうるかもしれない⁽⁸⁹⁾。

(訳者あとがき)

ここに訳出したのは、早稲田大学グローバル COE 《企業法制と法創造》の刑事法研究グループと医事法研究グループの招きで来日されたドイツ・マックス・プランク外国・国際刑法研究所主任研究員のハンス・ゲオルク・コッホ博士が2009年3月16日に早稲田大学比較法研究所主催の講演会で行った講演原稿(原題は、*Hans-Georg Koch, Der Mensch als Ersatzteillager und Rohstoff-lieferant? Rechtsfragen im Zusammenhang mit Gewinnung und Verwen-*

(89) これについては、*Hans-Georg Koch, Stammzellforschung “regenerative Medizin” als Rechtsprobleme* [甲斐克則＝三重野雄太郎＝福山好典訳「法的問題としての幹細胞研究と『再生医療』」ジュリスト1381号(2009)80頁以下]参照。

derung von Menschlichen Organen und Geweben in Deutschland)である(翻訳了解済み)。コッホ博士は、その師であるアルビン・エーザー博士(マックス・プランク外国・国際刑法研究所名誉所長)とともに、医事刑法全般、そしてこの先端医療の分野でもドイツの学会をリードして立法等にも大きな影響を与えてこられた方である。本講演でも、その力量をいかんなく発揮されており、ドイツの臓器・組織移植の法制度とその実および議論状況がよく分かる。

なお、もうひとつの講演訳(甲斐克則・三重野雄太郎・福山好典訳)「法的问题としての幹細胞研究と『再生医療』」(*Hans-Georg Koch, Stammzellforschung “regenerative Medizin” als Rechtsprobleme*)は、すでにジュリスト1381号(2009年)80頁以下に掲載されている。

いずれの講演も、甲斐が通訳をしたが、討論の通訳では、東洋大学法学部の武藤真朗教授に大変お世話になった。ここに謝意を表したい。また、今回の早大訪問では、マックス・プランク外国・国際刑法研究所所長のウルリッヒ・ズィーバー(*Ulrich Sieber*)教授およびマルク・エンゲルハルト(*Marc Engelhardt*)研究員も同時に来日され、企業犯罪ないしヨーロッパ刑法についてそれぞれ講演をされた。早稲田大学とマックス・プランク外国・国際刑法研究所との学術交流の絆がますます強くなったと実感した次第である。(甲斐克則・記)。