

## ドイツ臓器移植スキャンダルについて\*

東北大学大学院法学研究科教授 樺島 博志

### I 問題構成

### II ドイツ臓器移植スキャンダルをめぐる事実と評価

- 1 ドイツ臓器移植制度
- 2 ドイツ臓器移植スキャンダルの事実関係
  - (1) ゲッチェンゲン大学病院
  - (2) ドイツの各臓器移植センターにおける指針違反
- 3 ドイツ臓器移植スキャンダルをめぐる法理学的検討
  - (1) 故殺罪の適用の当否
  - (2) 医師会の自治とドイツ臓器移植法改正
  - (3) 医師の職業倫理
  - (4) 公正な臓器配分システムとは？
- 4 日本の臓器移植制度に対する示唆

### III 結語

\* 本稿は、平成26年度科学研究費補助金、基盤研究(A)「生命科学研究の規制と支援の法制度に関する包括的研究」(課題番号24243017、研究代表者：米村滋人・東京大学大学院法学政治学研究科准教授)の研究成果の一部であり、2014年3月15日開催の研究会における口頭報告にもとづいている。口頭報告に対して貴重なご意見・ご指摘をいただいたことにつき、共同研究者の先生方、とりわけ研究代表者の米村滋人先生に、心から感謝申し上げたい。

## I 問題構成

1960年代の心臓移植手術の発達にはじまり、今日では、脳死下の臓器摘出と臓器移植は、医療の重要な一分野として確立している。日本では、1997（平成9）年に「臓器の移植に関する法律」（平成9年7月16日法律第104号、以下、“臓器移植法”という）が施行され、2014（平成26）年3月14日までに、262件の脳死下の臓器摘出・移植が行われている。このうち、本報告の対象となる肝臓移植の実績は、肝臓移植が223件、肝腎同時移植が3件となっている<sup>1)</sup>。ドイツの状況を見れば、2010年から2011年にかけての2年間で、脳死下の肝臓摘出・移植が2,303件である<sup>2)</sup>。厳密ではないものの、日本では2010年の30件と2011年の41件で2年合計71件とし、上記のドイツの件数と比較すれば、近年、ドイツでは日本のおよそ30倍の件数の脳死肝臓移植が行われているものと考えられる。

ドイツでは日本と比べて豊富な実践例がある一方で、移植医療にかかわる問題も生じている。そのなかで、本報告で取り上げる臓器移植スキャンダルは、臓器提供システムの信頼そのものを左右しかねないほどの重大な事件といえることができる。臓器移植スキャンダルとは、ゲッチンゲン大学をはじめとする大学病院の臓器移植センター（Transplantationszentrum: TPZ）が、自らの患者の血液検査の数値を改竄するなどし、優先的に臓器が配分されるように、組織ぐるみで待機リストを操作した、という事件である。匿名の内部告発をきっかけとして2012年7月に刑事事件としての捜査が始まり<sup>3)</sup>、最も悪質かつ責任を追うべきとされた当時のゲッチンゲン大学病院臓器移植セン

1) 参照、日本臓器移植ネットワーク「移植に関するデータ・脳死での臓器提供、脳死臓器移植の分析」in internet: URL: [https://www.jotnw.or.jp/datafile/offer\\_brain.html](https://www.jotnw.or.jp/datafile/offer_brain.html) (last seen 17/Mar/2014).

2) Vgl. Die Überwachungskommission gem. § 11 Abs.3 S.4 TPG und die Prüfungskommission gem. § 12 Abs.5 S.4 TPG: “Bericht 2012/2013”, S. 16, in internet: URL: [http://www.bundesaeztekammer.de/downloads/2013-09-04\\_Bericht\\_PK\\_UK\\_2012-2013\\_1.pdf](http://www.bundesaeztekammer.de/downloads/2013-09-04_Bericht_PK_UK_2012-2013_1.pdf) (last seen 17/Mar/2014).

ター移植外科長教授が、2013年1月11日に逮捕・取り調べを受け、2013年6月19日、故殺未遂および傷害致死の罪で起訴された<sup>4)</sup>。

ドイツにおいてマス・メディアの注目を集めた本事件は、故殺未遂という法律構成の当否、医師会の自治と医療倫理、臓器移植システムへの信頼など、多岐にわたる法的・社会的争点を含んでいる。本報告は、ドイツにおける臓器移植制度を概観したのち（Ⅱ1）、本事件の社会的背景と刑事事件としての内容を検討したうえで（Ⅱ2）、主に法理学の観点からの評価を試みたい（Ⅱ3）。この検討を通じて、日本の臓器移植制度に対する実践的示唆が得られることを目指すものである（Ⅱ4）。

## Ⅱ ドイツ臓器移植スキャンダルをめぐる事実と評価

### 1 ドイツ臓器移植制度

ドイツの臓器移植制度は、1997年に制定・施行された「臓器と組織の提供、摘出および移植に関する法律」<sup>5)</sup>（以下、「ドイツ臓器移植法」という）にもとづく。ドイツ臓器移植法は、生体および脳死下の臓器および組織の摘出と移植について規律しているが、ここでは脳死下の臓器移植に絞って考察をすすめたい。

3) Vgl. Art. "Organspende-Skandal: Staatsanwaltschaft prüft Verdachtsfälle" HNA Online - Hessische/ Niedersaechsische Allgemeine vom 23.07.2012, in internet: URL: <http://www.hna.de/lokales/goettingen/organspende-skandal-staatsanwaltschaft-prueft-verdachtsfaelle-2428357.html> (last seen 17/Mar/2014).

4) Vgl. Staatsanwaltschaft Braunschweig: "Presseinformation - Anklage gegen Göttinger Transplantationsmediziner", vom 19.06.2013, in internet: URL: [http://www.staatsanwaltschaften.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation\\_id=22875&article\\_id=116171&psmand=165](http://www.staatsanwaltschaften.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation_id=22875&article_id=116171&psmand=165) (last seen 17/Mar/2014).

5) Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz - TPG), 5. Nov. 1997, BGBl I S. 2631. 邦語文献として参照、齋藤純子「ドイツの臓器・組織移植法」外国の立法235号96-134頁（2008年）；アルビン・エーザー（長井圓＝井田良訳）「ドイツの新臓器移植法(上)」ジュリ1138号88頁（1998年）、「同(下)」ジュリ1140号125頁（1998年）。

#### (a) 脳死判定

臓器摘出の前提となる脳死とは、大脳、小脳、脳幹にわたる脳全体が機能を喪失し、かつ回復不可能であること、と規定される<sup>6)</sup>。医学的な脳死判定の基準について、ドイツ臓器移植法は、医療機関の代表としてのドイツ連邦医師会 (Bundesärztekammer: BÄK) に、具体的な脳死判定指針の策定を委任している<sup>7)</sup>。医師会の指針によれば、提供者から臓器を摘出する前に、脳全体の機能喪失、または、心臓と血液循環の最終的かつ回復不可能な停止を、2人の医師が独立して確認すること、と定められている。

#### (b) 臓器提供者の同意

臓器の摘出は、提供者または近親者の同意がなければ、許されない。臓器提供の同意については、提供者が生前に行っていた同意または不同意の意思表示が、常に優先される<sup>8)</sup>。臓器提供にかかる脳死者が文書による意思表示をしておらず、かつ、近親者にも脳死者の同意または不同意の意思が不明である場合には、医師が近親者に説明したうえで近親者の合意を得れば、臓器を摘出することができる<sup>9)</sup>。

#### (c) 臓器摘出・移植機関

身体を構成する主要な臓器である心臓、腎臓、肝臓、肺、膵臓、腸の摘出は、法律にもとづいて指定された病院においてのみ行うことができる<sup>10)</sup>。これらの臓器は、移植においても同様に、法律にもとづく臓器移植センターにおいてのみ行うことができる<sup>11)</sup>。臓器移植センターは相互に協力して臓器移植を実施し、そのために各地域にコーディネーション機関 (Koordinierungsstelle) が設けられる<sup>12)</sup>。

6) Vgl. § 3 Abs.1 Nr.2 und § 3 Abs.2 Nr.2 TPG.

7) Vgl. § 16 Abs. 1 Nr. 1 TPG; Wissenschaftlicher Beirat der Bundesärztekammer: "Richtlinien zur Feststellung des Hirntodes" Dritte Fortschreibung 1997 mit Ergänzungen gemäß Transplantationsgesetz (TPG), in internet: URL: <http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=his=0.6.38.3310.8181.11915.3252> (last seen 17/Mar/2014).

8) Vgl. § 3 Abs.1 Nr.1, § 3 Abs.2 Nr.1 TPG.

9) Vgl. § 4 Abs.1 S.2 TPG.

10) Vgl. § 9 Abs.1, § 9a Abs.1 TPG.

11) Vgl. § 9 Abs.2, § 10 Abs.1 TPG.

#### (d) 待機リスト

臓器移植センターは、各センターに待機しているすべての患者を、統一のリストにおいて、取り扱わなければならない。摘出された臓器は、仲介機関 (Vermittlungsstelle) の仲介を経なければ、移植できない。仲介機関は、待機リスト上の適応のある患者のうち、成功の見込みや緊急性などの医学的基準にもとづいて、臓器仲介の決定を行う<sup>13)</sup>。その際、経済力や社会的地位にもとづく基準を用いてはならない。ヨーロッパ域内の国際的な仲介機関として、1967年以来、ベネルクス三国、ドイツ、オーストリア、スロベニア、クロアチア、ハンガリーの臓器摘出・移植を仲介する「ユーロ・トランスプラント」(Eurotransplant: ET:本部ライデン) が設立されており、臓器の提供と移植の国際的な協力体制が整えられている<sup>14)</sup>。

#### (e) 実際の臓器配分システム

法律上規定されたコーディネーション機関、仲介機関、臓器移植センターは、実際には、次の仕方で臓器配分システムを形作っている。臓器の摘出はコーディネーション機関たるドイツ臓器移植財団 (Deutschen Stiftung Organtransplantation: DSO) が管轄し、DSO からもたらされた臓器提供の情報により、仲介機関たるユーロ・トランスプラントが臓器配分の決定を行い、これにもとづいて、臓器移植センターが移植手術を担当する。これら3つの各段階における臓器移植指針などの法令遵守は、ドイツ連邦医師会検証・監視委員会 (Die Prüfungskommission und die Überwachungskommission: PÜK) が監督権限を担っている。

#### (f) 臓器売買・記録改竄の禁止

法に反して臓器もしくは組織を売買した者、または、売買の禁止された臓器もしくは組織を摘出もしくは移植した者は、5年以下の自由剥奪刑または罰金に処せられる<sup>15)</sup>。また、故意または過失により、臓器のドナーおよびレ

12) Vgl. § 11 TPG.

13) Vgl. § 12 Abs.3 TPG.

14) Vgl. Website: "Eurotransplant", in internet. URL: <http://www.eurotransplant.org/cms/> (last seen 23/Mar/2014).

シビエントにかかわる記録を正しく作成しなかった者は、秩序違反として、30,000 EUR (約4,200,000 JPY) 以下の過料に処せられる<sup>16)</sup>。

## 2 ドイツ臓器移植スキャンダルの事実関係

このようにドイツの臓器移植制度は極めて合理的に構築されているにもかかわらず、刑事事件に発展するほどのスキャンダルが発生した。本節では事実関係を社会的背景とあわせて明らかにしたい。はじめに、スキャンダルの中心となったゲッチンゲン大学病院の刑事事件について、それから、臓器移植センターにおける法令違反の全体状況について、取り上げることにする。

### (1) ゲッチンゲン大学病院 (Universitätsmedizin Göttingen)

#### (a) 犯罪構成事実

ブラウンシュヴァイク検察庁の報道発表<sup>17)</sup>によれば、本事件の概要は次のとおりである。

2013年6月19日、故殺未遂および傷害致死の罪で、46歳のゲッチンゲン大学病院医師が起訴された。有罪の場合には、3年以上の自由剥奪刑、および、医師資格の剥奪が見込まれる。

#### (i) 故殺未遂罪 (§ 212 StGB)

被告人は、11名の患者につき、中央臓器配分機関であるユーロ・トランスプラントに対して、血液検査の前に人工透析を受けていないにもかかわらず、これを受けたものと申告し、待機リストへの登録を行った。しかも被告人は、このことにつき認識をもっていた。また、5名の患者につき、検査前6ヶ月の禁酒期間を守らなかったにもかかわらず、ユーロ・トランスプラントにて待機リストへの登録を行った。そのうち3名の患者については、真実

15) Vgl. § 18 Abs.1 TPG.

16) Vgl. § 20 Abs.2, Abs.1 i.V.m. § 10 Abs.2 Nr.4 TPG.

17) Staatsanwaltschaft Braunschweig: "Presseinformation - Anklage gegen Göttinger Transplantationsmediziner", vom 19.06.2013, a. a. O. FN 4.

と異なる血液検査の数値を申告した。このことにより、これらの患者は、待機リストの上位に登録され、短期間で臓器の配分を受け、移植手術を施された。他方、生命の危機に瀕していた他の患者は、臓器の配分を受けることができず、そのために死亡したとも考えられる。被告人は、臓器不足の状況、および、臓器配分のコンピューター・システムについて知識を有していたので、少なくとも上の事態が生ずることを容認していたものと認められる。しかしながら、臓器配分を受けられなかった患者が、被告人のいずれの行為によって死に至ったのか、具体的に特定することができないので、故殺罪のうち、既遂ではなく未遂の罪が、帰せられることとなる。

(ii) 傷害致死罪 (§ 227 StGB)

さらに、被告人による臓器移植手術のうち、3名の患者に対する臓器移植手術について、傷害致死罪が成立する。この3名は、迅速手続によってゲッチンゲン臓器移植センターに受け入れられたが、生命の危険のために臓器移植が必要なほどには、重篤な患者ではなかった。それにもかかわらず、被告人は、当該3名に臓器移植を施した。被告人は、当該臓器移植手術が、患者の健康のために必要ではなく、むしろリスクを伴うものであることを、認識していた。患者は手術には同意したものの、移植手術が必ずしも必要ではないという説明は、受けていなかった。それゆえ、患者の同意は有効になされておらず、被告人の手術は、患者の身体に対する傷害とみなされる。この事実により、故意の傷害罪が成立する。そして、この臓器移植手術は、3名に死の結果をもたらした。被告人は、この3名の患者の診断と移植手術のリスクを認識したうえで、医学的適応に反する移植手術を行ったので、3名の死という結果の責任を追うべきことになる。

(iii) その他

このほか、被告人について、収賄または臓器売買の罪の成立にかかわる証拠はない。また、ゲッチンゲン大学病院の他の医師が、本件の検査データの改竄などに関与し、傷害または故殺未遂の罪に問われるべきか否かは、本被告人の事件とは別に捜査が行われる。

## (b) 社会的背景

ここに見た検察庁の発表だけでは、起訴されたゲッチンゲン大学病院移植外科長教授（逮捕当時45歳、以下“O博士”<sup>18)</sup>という）が、なぜ、患者の検査データを隠蔽または改竄するなどし、臓器移植手術を実施したのか、動機を含め、必ずしも明らかではない。そこで、マス・メディアによる報道を参照することにより<sup>19)</sup>、事件の背景を明らかにしてみたい。

まず、犯行の動機について、O博士は、スキャンダルが発覚した2012年7月の時点では、収賄、および、それにかかわる臓器売買の嫌疑をかけられていた<sup>20)</sup>。しかし取り調べの結果、2013年6月の起訴の時点で、ブラウンシュヴァイク検察庁は、収賄も臓器売買も証拠がないという結論に到達した。それではO博士は、収賄や臓器売買という金銭目当てではなくて、どうして法令違反を犯してまで、違法な臓器移植手術に手を染めたのか、ということが問題となる。違法な臓器移植の動機については、2つの観点が成立しうる。1つが、財政的・金銭的な利得、もう1つが、医師個人の権威、名声、技能発展、という観点である。

### (i) 臓器移植をめぐる金銭

財政面については、一般に次のように指摘されている<sup>21)</sup>。移植手術1件あたり150,000 EUR（約21,000,000 JPY）の診療報酬が、病院に支払われる。そもそも、臓器移植手術は大量の輸血を必要とするために高コストではあるが、病院の財政にとって魅力的であることも否定できない。とりわけドイツの病

18) Art: "Dr. O. wird weiter vernommen", Mittelbayerische Zeitung vom 23.08.2013, in internet, URL: <http://www.mittelbayerische.de/index.cfm?pid=10032&lid=0&cid=0&tid=0&pk=953165> (last seen 26/Mar/2014).

19) 本稿では、臓器移植スキャンダルの報道によりドイツ日刊紙報道賞 (Wächterpreis der deutschen Tagespresse) を受賞した Christina Berndt 氏らによる南ドイツ新聞 (Süddeutsche Zeitung: SZ) の報道を主に参照することとする。参照される SZ 紙の記事はいずれも2014年3月18日時点でインターネット上で閲覧可能である。脚注における SZ 紙の記事の参照は、煩を避けるために URL の記載は省略するが、次の臓器移植スキャンダルのポータル・サイトからアクセス可能である: online in internet, URL: <http://www.sueddeutsche.de/thema/Organspende-Skandal> (last seen 18/Mar/2014).

20) Vgl. Art: "Auffälliger Geldtransfer", SZ vom 1. August 2012.

21) Vgl. Art: "Leber im Angebot", SZ vom 27. Juli 2012.



院のうち1/3は赤字であると言われている。そこで、大学病院の経営担当者が、ビジネス的な観点から、能力の高い医師を招聘することが行われる。

移植外科長教授のO博士は、レーゲンスブルク大学病院からゲッチンゲン大学病院に招聘される際、肝臓移植手術1件あたり1,500 EUR（約210,000 JPY）の業績比例報酬契約を結んだとされる<sup>22)</sup>。O博士は、多数の肝臓移植手術を手がけることによって、少なからぬボーナスを得ていたと考えられる。もっとも、臓器移植にかかわる医師への業績比例報酬契約は、ドイツの大学病院では、大多数とは言えないまでも、新たに締結される雇用契約のうち約半数において見られるということである。医師個人へのボーナスの当否は別として、ゲッチンゲン大学病院では、O博士の招聘前はほとんど肝臓移植手術は実施されていなかったのに対し、招聘後は、1年で約50件ほどと、ドイツ平均を上回るようになった。病院にとっても財政的なメリットは少なくなかったはずである。

#### (ii) 組織的改竄——消化器科長R教授

このように財政面から見れば、臓器移植をめぐる法令違反の問題は、ひとりO博士による犯行と片付けることはできず、病院組織を含めた医療制度の構造的問題としても捉えられる。とりわけ、肝臓移植プログラムを実施する臓器移植センターは、一般に消化器科と移植外科から構成されており、患者の待機リストへの登録には消化器科の医師も関与する。したがって、検査データの改竄が組織的に行われていた可能性を否定できない。ドイツ連邦医師会検証・監視委員会の調査によると、ゲッチンゲン大学病院臓器移植センターでは、2008年から2011年までの肝臓移植で調査対象となった128件のうち、61件について指針違反が認められ、そのうち34件は血液検査結果の改竄により本来より優先的に肝臓の配分がなされた<sup>23)</sup>。

このことと関連して、O博士の刑事裁判の公判期日において、故殺未遂の

22) Vgl. Art.: "Operation ohne Bonus", SZ vom 27. Juli 2012; Art. "Morbus oeconomicus", SZ vom 3. August 2012.

23) Vgl. Art.: "Manipulation leicht gemacht", SZ vom 13. Januar 2014.

実行行為とされた血液検査結果の改竄については、消化器科長 R 教授によるという証言がなされた。すなわち、R 教授は、血液検査の結果を改竄するために、2本の試験管に血液を採取し、重篤と判断されるように低い血液凝固の数値とするよう指示を与えた、とされる<sup>24)</sup>。さらに報道によれば<sup>25)</sup>、すでに1995年の時点で、ゲッティング大学病院の同僚の医師が、R 教授による指針違反の疑いを指摘していた。さらに2012年のスキャンダル発覚の後、ドイツ連邦医師会検証・監視委員会の調査により、1999年以降の119件の臓器移植について、R 教授による指針違反の疑いが認められた。これによれば、R 教授はイタリア・ボローニャ大学出身の内科医であり、ゲッティング大学病院臓器移植センターにおける1995年から1999年の99名の臓器レシピエントのうち、23名がボローニャ大学から移送されたイタリア人患者であったとされる<sup>26)</sup>。2005年以降は、外国人のレシピエントは5%未満と規定されるようになった。ちなみに、1990年代にR 教授と共同して臓器移植を担当していた移植外科医師は、その後アメリカ合衆国で医療に従事していると言われている<sup>27)</sup>。スキャンダルの発覚の後、R 教授は、O 博士とは別個に在宅で刑事捜査を受けており、また、ゲッティング大学病院からは、臓器移植指針違反の解明が終わるまで停職処分を受けている<sup>28)</sup>。

24) Vgl. Art: "Ärzte, völlig ahnungslos", SZ vom 25. September 2013.

25) Vgl. Art: "Auffälligkeiten schon im Jahr 1995", Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 29.07. 2012, in internet, URL: <http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/organspende-skandal-auffaelligkeiten-schon-im-jahr-1995-11836312.html> (last seen 26/Mar/2014).

26) Vgl. Universitätsmedizin Göttingen, "Universitätsmedizin Göttingen stellt klar: Italienische Patienten bei der Organtransplantation 1995 bis 1999", Presseinformation Nr. 106 vom 01. August 2012, in internet, URL: [http://www.med.uni-goettingen.de/de/content/presseinformationen/presseinformationen\\_17508.asp?year=2012](http://www.med.uni-goettingen.de/de/content/presseinformationen/presseinformationen_17508.asp?year=2012) (last seen 26/Mar/2014).

27) Vgl. Art: "Die dubiosen Machenschaften des Göttinger Organ-Doktors", Focus-Online vom 02.08.2012, in internet, URL: [http://www.focus.de/gesundheit/news/organspende-skandal-auch-in-regensburg-die-dubiosen-machenschaften-des-goettinger-organ-doktors\\_aid\\_792194.html](http://www.focus.de/gesundheit/news/organspende-skandal-auch-in-regensburg-die-dubiosen-machenschaften-des-goettinger-organ-doktors_aid_792194.html) (last seen 26/Mar/2014).

28) Vgl. Art: "Ermittler durchsuchen Wohnung von zweitem Arzt", Spiegelonline vom 26. Juli 2012, in internet, URL: <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/organspende-skandal-zweiter-arzt-ausgoettingen-unter-verdacht-a-846561.html> (last seen 26/Mar/2014).

(iii) 権威・名声・技能——レーゲンスブルク大学病院 (Universitätsklinikum Regensburg)

臓器移植スキャンダルの背景として、病院および医師個人の財政的・金銭的利益と並んで、移植外科医個人の権威、名声、技能発展という側面も否定することはできない。O博士の肝臓移植外科医としての経歴は次のように形成された<sup>29)</sup>。O博士は、1990年代に、肝臓外科学の権威であったハノーファー医科大学のピッヒルマイヤー教授 (Rudolf Pichlmayr) のもとで助手を務めていた。当時、ピッヒルマイヤー教授のもとで教授資格を取得したシュリット氏 (Hans Schlitt) が、のちの2003年に、レーゲンスブルク大学病院の移植外科長教授となり、O博士を医長に抜擢した。O博士は、シュリット教授のもとで、博士号と教授資格を取得した。シュリット教授とO博士は、共著論文を多数発表している。シュリット教授はまた、バイエルン州とヨルダンの開発援助の枠組のなかで、アンマンにある私立病院との提携関係を所轄していた。シュリット教授とO博士は、しばしばともにアンマンに出張したとされる。その間に、O博士による指針違反の行為が行われたのであった。1つに、臓器移植指針とユーロ・トランスプラントの基準に反して、ヨルダンの待機患者がドイツの待機リストに登録されていた。そのうち、2004年から2005年にかけてアンマンで行われた4件の肝臓移植手術が、レーゲンスブルク大学病院の待機リストに違法に登録されていた患者に対するものであった。2005年のケースでは、レーゲンスブルク大学病院の待機患者に移植されるべき肝臓が、違法にユーロ・トランスプラント圏外のヨルダンに移送されて別の患者に移植されたために、本来の待機患者が移植を受けられなかった。さらには、2004年から2009年にレーゲンスブルク大学病院で実施された110件の肝臓移植手術のうち、23件について、検査データの改竄により待機リストの操作が行われていた。これらの指針違反を含む多数の臓器移植の施術

29) Vgl. Art.: "Eine Leber für Jordanien", SZ vom 27. Juli 2012; Art.: "23 Verdachtsfälle an Uni-Klinik Regensburg", SZ vom 2. August 2012; Art.: "Enge Kontakte mit dem Chefarzt", SZ vom 6. August 2012.

を通じて、O博士は、肝臓移植外科医としての技能を発展させ、また、患者のために全力を尽くす有能な医師として、上司たるシュリット教授の高い評価を獲得した。このようにしてO博士は、2008年に、ゲッチンゲン大学病院の移植外科長教授として、しかも業績比例報酬を約束されて——これはレーゲンスブルク大学病院時代にはなかった——、招聘されたのである。

ところでレーゲンスブルク大学病院における指針違反のケースは、次のような顛末となった<sup>30)</sup>。O博士による本件臓器移植スキャンダルが発覚した直後の2012年8月初旬に、当時O博士の上司であったシュリット教授は、移植外科長としての監督不行き届きを理由として、レーゲンスブルク大学病院から停職処分を受けた。しかしその後の調査の結果、シュリット教授については、監督職務違反を含むいかなる職務違反も認められなかったとして、同年11月に復職した。バイエルン州科学省ホイビッシュ大臣（Wolfgang Heubisch: FDP）によれば、シュリット教授の労働法上の権利の観点から停職処分は撤回された、ということである。そして、O博士が在職していた2003年から2006年とは異なり、調査対象となった2010年から2011年にかけては、組織的なデータの改竄による指針違反は認められなかったことが、ドイツ連邦医師会検証・監視委員会の調査によって明らかとなった。

## (2) ドイツの各臓器移植センターにおける指針違反

### (a) ミュンヘン工科大学・イザール川右岸病院 (Klinikum Rechts der Isar)

ミュンヘン工科大学病院臓器移植センターにおいて、2010年から2011年に行われた71件の肝臓移植手術のうち、9件について、血液検査の数値が実際と異なり、本来より待機リストの上位に位置づけられ、そのために優先的に臓器提供がなされたものと認められた。この問題につき、当臓器移植センター長のヘーマン教授（Uwe Heemann）は、血液検査数値の誤りは過失によるものであり、故意に数値を改竄したものではないと主張していた。これに

30) Vgl. Art: "Chirurgie-Chef zurück im Amt", SZ vom 22. November 2012.

対してバイエルン州科学省ホイピッシュ大臣は、少なくとも1件については、意図的に数値の改竄がなされたことを認めた<sup>31)</sup>。その後の調査により、2007年から2012年の間に行われた163件の臓器移植のうち22件に指針違反が認められ、そのうちの3件については血液に尿を混入させる悪質なケースであることが判明した<sup>32)</sup>。2012年10月、当臓器移植センターは新たな肝臓移植待機患者の受け入れを停止し<sup>33)</sup>、同年5月、バイエルン州政府は当臓器移植センターのなかの肝臓治療センターの閉鎖を決定した<sup>34)</sup>。当事者の処分については、2013年3月、血液検査の改竄と指針違反の移植手術に直接かかわった移植外科主任教授が解任され<sup>35)</sup>、また、腎臓病学教授のヘーマン臓器移植センター長は、2013年6月にセンター長の役職を辞任した<sup>36)</sup>。

(b) ライプツィヒ大学病院 (Universitätsklinikum Leipzig)

ライプツィヒ大学病院において2010年から2011年にかけて行われた182件の肝臓移植手術のうち、37名の患者について、人工透析を受けていないにもかかわらず透析を受けたこととして血液検査を改竄し、病状が悪いように見せかけ、本来より優先的にユーロ・トランスプラントから肝臓の配分を受けた。臓器移植室の2名の医長は停職処分、移植外科長は科長職から解任された<sup>37)</sup>。2013年6月、同3名の医師は、故殺および重傷害の疑いで取り調べを受けた<sup>38)</sup>。

31) Vgl. Art: "Bedauerliche Fehler". SZ vom 29. September 2012; Art: "Zu viel der Auffälligkeiten". SZ vom 29. September 2012; Art: "Patient wurde offenbar doch bevorzugt", SZ vom 1. Oktober 2012.

32) Vgl. Art: "Alkoholiker auf der Warteliste", SZ vom 17. Januar 2013; Art: "Zwischen kriminell und hoppala", SZ vom 9. April 2013.

33) Vgl. Art: "Klinik schließt Warteliste für neue Patienten", SZ vom 26. Oktober 2012.

34) Vgl. Art: "Bayern schließt Transplantationszentren", SZ vom 15. Mai 2013.

35) Vgl. Art: "Klinikum trennt sich von Chefarzt", SZ vom 13. März 2013.

36) Vgl. Art: "Transplantations-Arzt lässt Ämter ruhen", SZ vom 18. Juni 2013.

37) Vgl. Art: "Neuer Organspende-Skandal in Leipzig", SZ vom 2. Januar 2013.

38) Vgl. Art: "Unregelmäßigkeiten bei Lebertransplantationen in Münster und Essen", Zeit-Online vom 1. Juli 2013, in internet, URL: <http://www.zeit.de/gesellschaft/2013-07/transplantationen-organe-muenster-essen-auffaelligkeiten> (last seen 26/Mar/2014).

(c) ミュンスター大学病院 (Universitätsklinikum Münster)

ミュンスター大学病院のケースは、上に見たゲッチング、レーゲンスブルク、ミュンヘン、ライプツィヒほど悪質ではないが、重大かつ組織的な指針違反とされている。すなわちミュンスター大学病院臓器移植センターでは、調査の対象となった67件の肝臓移植のうち25件において、人工透析ではない簡便な方法により血液の浄化を行った患者を、人工透析を受けたものと偽り、このことにより不正確な血液検査を用いて待機リストに登録し、優先的に臓器の配分を受けさせた。担当の医師は、この手続による待機リストへの登録は、適用されるべき臓器移植指針に許容されるものと認識していた、ということである<sup>39)</sup>。このケースでは、移植外科長の教授が、責任者としての立場で、検察庁の取り調べを受けた<sup>40)</sup>。

(d) 臓器移植センターにおける指針違反の全体状況

2012年の臓器移植スキャンダルが発覚してから、ドイツ連邦医師会の臓器移植検証・監視委員会は、2012年から2013年にかけて、ドイツのすべての臓器移植センターを対象として、指針違反について調査を行った。この調査は、ドイツ連邦医師会が、連邦議会の委嘱を受けて行った公的なものである。検証・監視委員会による報告書の概略は次のとおりである<sup>41)</sup>。

上述のとおり、ドイツでは2010年から2011年の2年間に2,303件の死体肝臓移植が実施された。このうち調査の対象となったのは、全24の臓器移植プログラムにおいて行われた1,180件の臓器移植手術である。重大な指針違反が認められたのは、ゲッチング大学病院、ライプツィヒ大学病院、ミュンヘン工科大学病院であり、これらのケースについては検察庁により捜査が行われている。ゲッチング大学病院臓器移植センターについては、組織的かつ故

39) Vgl. Art: "Neue Auffälligkeiten bei Leber-Transplantationen", SZ vom 1. Juli 2013; Art: "Schwerer Verdacht gegen Uni-Klinik Münster", SZ vom 4. September 2013.

40) Vgl. Art: "Staatsanwaltschaft ermittelt in Münster", SZ vom 28. September 2013.

41) Vgl. PÜK: "Bericht 2012/2013", a. a. O. FN 2 vor allem S. 16f.; Bundesärztekammer: "Kurz-Statement von Bundesärztekammer-Präsident Prof. Dr. Frank Ulrich Montgomery", letzte Änderung 04.09.2013, in internet, URL: <http://www.bundesaeztekammer.de/page.asp?his=0.6.3285.11639.11640.11641> (last seen 26/Mar/2014).

意に検査結果を改竄し、特定の患者に優先的に臓器が配分されたものと認められる。ライプツィヒ大学病院、ミュンヘン工科大学病院、ミュンスター大学病院の各臓器移植センターでは、組織的な検査結果の改竄が行われていたと認められる。それ以外の20の大学病院臓器移植センターでは、組織的または故意による検査結果の改竄により特定の患者に優先的に臓器が配分された、という疑義は成立しない。

いずれの指針違反も、患者に対する医師の個人的な配慮や、自ら所属する臓器移植センターの利益のために、ドイツ臓器移植法および臓器移植指針を恣意的に解釈した結果、生じたものと認められる。他方、金銭的利益が指針違反の主たる動機であるとは認められない。また、民間医療保険加入者が公的保険の加入者に優先して臓器配分を受けたという証拠は、認められない。同様に、ユーロ・トランスプラント圏に属さない患者が優先されたという証拠も認められない。さらに、摘出された臓器の状態に応じて適用される迅速仲介手続が濫用され、それにより優先的に臓器の配分がなされた、と疑う根拠もない。むしろ、病院の財政状況の改善、病院間における競争、名声と名誉の獲得といった要素が、指針違反を構造的にもたらしたものと認められる。

### 3 ドイツ臓器移植スキャンダルをめぐる法理学的検討

#### (1) 故殺罪の適用の当否

本事件がスキャンダルと称されたのは、臓器移植にからむ贈収賄と臓器売買が疑われたからであった。しかし、刑事事件としての捜査の結果、違法な金銭の動きにかかわる疑念は払拭された。それにもかかわらず、事件の中心におかれたゲッチンゲン大学病院移植外科長のO博士は、より重い故殺未遂と傷害致死の罪で刑事責任を問われている。ことに故殺未遂について限って見れば、実行行為は、法益侵害を受けた被害者以外の第三者について、血液検査のデータを偽って待機リストに登録したこと、とされている。

移植医療における新たな刑罰規定が創設された。これによれば、待機リストの改竄・操作、故意の臓器移植指針違反行為は、2年以下の自由剥奪刑または罰金に処せられることとなる。さらに、連邦医師会による臓器移植指針の策定は、連邦保健省による許可制に服することとなった。これにより、政府による連邦医師会の自治に対する統制が強まることとなった<sup>48)</sup>。

### (3) 医師の職業倫理

制度レベルでは、職能団体の自律と政府による統制のいずれが効果的に法令遵守を実現できるか、ということが問題となる。ところが、制度レベルで法令遵守を徹底したとしても、移植医療に従事する個々の医師が抱えている職業倫理上のジレンマが、容易に解消されるわけではない<sup>49)</sup>。すなわち、移植外科医師は、自らの患者のために最善を尽くそうとすれば、臓器移植指針の限界に突き当たってしまう。指針によればそもそも、臓器摘出を担う移植外科チームは、摘出した臓器を自らの待機患者に移植することはできない。摘出された臓器は、指針に従い、ユーロ・トランスプラントの仲介手続を通じて、しばしば、他の臓器移植センターに入院している待機リスト上位の重篤患者に移植される。その一方で、自らの病院で待機している患者は、臓器提供を受けられずに死亡してゆく場合も少なくない。このような状況で、移植医療の現場では、医師は自分に何ができるのか疑問を感じているが、だからといってデータの改竄が正当化されることにもならないのである。

実際のところ、刑事被告人たるO博士は、このような医師の立場を法廷で展開し、自らの行為は患者に対する適切な処置であったと主張して、自らに帰せられた罪責を真っ向から否認している。O博士の主張によれば、そもそ

48) Vgl. Richter-Kuhlmann, E.: "Transplantationsgesetz: Erneute Novelle", Deutsches Ärzteblatt, 110 - 25, 2013, A 1239, in internet, URL: <http://www.aerzteblatt.de/archiv/141311/Transplantationsgesetz-Erneute-Novelle> (last seen 26/Mar/2014); Art.: "So soll die Organspende kontrolliert werden", SZ vom 27. August 2012.

49) Vgl. Art.: "Verzweiflung und Verstöße", SZ vom 4. September 2013; Art.: "Mit welchen Tricks Chirurgen an Spenderorgane gelangen", SZ vom 10. August 2012.



も、緊急の必要のある患者にとっては臓器は十分に提供されており、したがって特定の患者に対する優先的な配分は問題となりえず、しかも、自身にとって金銭的な動機は問題とならない。検査結果の数値を改竄したとされる11名の患者はすべて、自らが移植手術を施した時には重篤な患者であり、しかもそのうち7名は、臓器移植を行った時にはすでに集中治療室で処置を受けていた、というのである<sup>50)</sup>。この主張の当否は別としても、ゲッチンゲン地方裁判所は、臓器移植手術を受けた患者に対するO博士による3件の傷害致死<sup>51)</sup>については、3件のうち2件は刑事責任を問われるべき根拠がなく、残りの1件も故意の傷害ではなく過失が問題となるにすぎない、との認識を示している<sup>52)</sup>。すなわち、O博士の医学的判断が尊重される場合がありうることを示唆しているのである。

果たして一般論として、職業倫理上のジレンマを抱える移植外科医師に対し、故殺未遂罪の威嚇を用いて、法令違反の一般予防を図ることは、法政策的に望ましいことであろうか。末期患者の生命という極めて重要な法益が問題となるだけに、非常に難しい判断ではある。いずれにせよ、医療の現場からすれば、指針を含む法令遵守については、職能団体である医師会の自治に委ねるほうが適切である、とするドイツ連邦医師会の見解に、一定の説得力が認められるであろう。

#### (4) 公正な臓器配分システムとは？

医師の抱えるジレンマは、臓器不足の状況にあるとも考えられる。すなわち、移植すべき臓器が足りないから、医師は、目の前の待機患者になすすべなく、死を迎えるのを見守るだけ、という状況が生じているのである。実際、ドイツでは、毎年3,000人の待機患者が、臓器移植を受けられずに死亡

50) Vgl. Art.: "Angeklagter Arzt bestreitet Mangel an Spenderorganen". SZ vom 23. August 2013.

51) 参照、上述 II 2(1)(a)(ii)。

52) Vgl. Art.: "Göttinger Transplantationsarzt kommt aus U-Haft frei". SZ vom 16. Dezember 2013.

している。このように、移植に適した臓器が希少であるからこそ、臓器を公正に配分するシステムが必要となる。臓器配分の公正性が確保されれば、臓器移植制度に対する社会的信頼は高まり、臓器の提供が増加し、臓器移植医療が発展するとともに、医師の職業倫理的なジレンマも軽減することができるようになる。

#### (a) 臓器売買論

臓器配分システムの1つの考え方として、臓器を1つの希少財と捉えたいうえで、市場メカニズムによる効率的な財の配分を実現すべきだ、という見解が成立する。平易に言えば、臓器売買の合法化論である<sup>53)</sup>。この見解は、なぜ、臓器を購入するよりも、臓器提供を待っている間に死んでしまうほうが、倫理的に正しいといえるのか、という問題定立を出発点としている。そこから、自発的提供だけで臓器が不足しているのであれば、臓器の供給量を最適化するためには、市場メカニズムが最も効率的である、との推論が成り立つ。すなわち、市場メカニズムを導入することにより、臓器という希少財の社会的最適価格と最適供給量が決定され、需要者に対して最も効率的に財が配分される。そしてこのことにより、臓器売買の禁止が待機患者に死を強要しているという現行制度の倫理問題が、最適の形で解決される、というのである。

ここで検討すべき論点は、市場メカニズムが効率性に資することは認めるとして、効率性は公正性の唯一の基準であるのか、という問題である。このことは、倫理の問題として表現すれば、市場における財の取引という自己決定の尊重と、人間の尊厳という客観的価値基準との間で、二律背反が生じている、とも捉えられる。人間の尊厳とは、何人も他者の手段として扱われてはならない、という倫理原理として理解されている<sup>54)</sup>。人間の尊厳を重視す

53) Vgl. Art.: "Warum nicht eine Niere kaufen?", SZ vom 30. August 2012; Mona, M.: "Rechtsphilosophische Analyse der Entgeltlichkeit und Vertragsfreiheit in der Nierenspende: verwerflicher Organhandel oder legitimes Anreizinstrument?" Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP), Vol. 90, H. 3, 2004, S. 355-390.

54) Vgl. Katz, A.: *Staatsrecht: Grundkurs im öffentlichen Recht*, 16. neu bearbeitete Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, 2005, S. 332 Rn. 675; Ipsen, J.: *Staatsrecht II: Grundrechte*, 10. überarbeitete Aufl., Köln: Luchterhand, 2007, S. 58 Rn. 216.

る立場からすれば、臓器売買を認めるならば、臓器の供給者は経済的弱者に限られるので、臓器売買それ自体が一種の人身売買となってしまう。すなわち、臓器を売らざるをえない貧乏人は、臓器を購入できる金持ちの手段にすぎなくなってしまい、しかも、臓器を売るという自己決定は、貧乏ゆえに強いられているために、真の自由意思にもとづくものとは認められない、ということである。

ドイツにおいても日本と同様に、最長5年の自由剥奪刑をもって臓器売買を禁止している。市場メカニズムか人間の尊厳か、という対立図式で捉えるならば、現行制度は、臓器配分システムにおいて人間の尊厳原理を尊重することが公正である、という立場を採用していると考えられる。

#### (b) 医療制度に内在する非効率

ところで、現行の臓器移植制度は、市場メカニズムを断念することによって、臓器配分における効率性を犠牲にし、多くの待機患者に死を強要することを、容認せざるをえないのであろうか。

実際に、現行の臓器移植制度は、構造的な非効率を抱えている。臓器移植に限らず一般に、侵襲を伴う処置が必要か否か慎重に診断する医師には、相応の報酬しか支払われない。その一方で、積極的に移植、手術、カテーテルなどを施術する医師には、より多くの報酬が支払われる。このように現行制度では、無駄な施術を回避することが構造的にできなくなっている。このような医療制度を前提として、さらに、臓器移植の担当医に手術の実績に応じたボーナスを支払うとすれば、移植手術件数を増やすために検査データの改竄を行うなど、法令遵守にとって負のインセンティブが働いてしまう<sup>55)</sup>。ところが、医師個人に対する業績比例のボーナスをやめたところで、病院の財政にとって手術が利益を生み出す限り、無駄な施術と法令違反の両面において、負のインセンティブは解消されない。これが病院の営利主義といわれる問題である。

55) Vgl. Art.: "Mediziner warnen vor schädlichem Wettbewerb", SZ vom 5. Januar 2013; Art.: "Wie es zu Organ-Schiebereien kommen konnte", SZ vom 27. Juli 2012.

しかし逆に、医師個人に対する業績比例のボーナスをやめてしまえば、悪平等の弊害を避けえなくなる。高度な移植医療を担当できる有能な医師が、平均的な医師と同じ報酬しか得られないのであれば、高度医療に取り組む意欲が削がれ、ひいては、医療水準全体の発展にとっても、阻害的な効果をもたらすとも考えられる。

(c) 透明性と信頼確保

現行の臓器移植制度が、人間の尊厳原理に立脚しつつ、非効率性という問題に対処するためには、臓器移植をめぐる情報の透明性を高めるよりほかに、すなわち、ドナーの自己決定権が臓器摘出後も尊重されているかどうか<sup>56)</sup>、臓器配分が医学的観点から適切に行われているかどうか、移植医療の従事者に適切な報酬が支払われているかどうか、といった事柄について、情報の透明性を確保することによって、批判的検証を経て、社会的な評価を獲得しなければならない<sup>57)</sup>。一般論として定式化すれば、情報の自由な流通を通じた効率性の実現、ということができよう。このことにより、臓器配分システムを含む臓器移植制度全体の社会的信頼が得られるならば、臓器提供への同意者が増え、臓器移植患者にとっても、病院と医師の報酬の点でも、効用が増大するであろう。医療実務における透明性の確保という観点からは、臓器移植制度の法令遵守をすべて医師会に委ねてしまうことは、好ましくない。医療実務の情報開示と法令遵守について、政府が関与すべきか、あるいは独立の第三者機関によるコントロールに委ねるべきかは、情報流通の効率性の観点から決められるべきこととなる。

現実のドイツ臓器移植スキャンダルは、透明性と信頼確保の点で、全く否定的な方向に作用してしまった。O博士は、情報が不透明ななかで臓器移植医療にたずさわったがゆえに、収賄と臓器売買の嫌疑をかけられ、故殺未遂という極めて強い国家権力の反応を引き起こしたともいえる。捜査当局とマ

56) Vgl. Art. "Was nach dem Tod geschieht", SZ vom 27. August 2012.

57) Vgl. Höfling, W.: "Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin?", Juristen Zeitung (JZ) 62 - 10 (2007), SS. 481-486.

スメディアの強い反応が、臓器移植制度に対する社会の信頼を失墜させ、潜在的な臓器提供者の離反を生じさせた。実際に、臓器移植スキャンダルが発覚して以来、臓器提供者の顕著な減少が生じている。スキャンダルが発覚した2012年は脳死下の臓器提供者が1,046名あり、前2011年比で12.8%の減少<sup>58)</sup>、さらに2013年は脳死下の臓器提供者が876名となり、2012年比で約16%の減少となった<sup>59)</sup>。

このように、臓器配分システムの信頼が失われ、提供される臓器の数が減少すれば、ますます臓器配分システムに負荷がかかる。もっとも、移植医療における情報の透明性と信頼を高めるといった目的を掲げたとしても、システムの効率性と公正性を測定するための客観的な基準は存在しない。最適な臓器配分システムを構築するためには、試行錯誤によるほかに、信頼を回復するためにはある程度の時間を要するであろう。

#### 4 日本の臓器移植制度に対する示唆

冒頭で見たとおり、日本の臓器移植制度の抱える問題は、ドナーが非常に少ない点に認められるであろう。たしかに、2010年の臓器移植法改正により、遺族の承諾のみによる脳死下での臓器提供が可能となり、改正前に1年あたり10件前後であった提供者数が、改正後には30件以上へと上昇している<sup>60)</sup>。しかしながら、ヨーロッパのなかで脳死判定が厳格とされるドイツと比較しても、日本の脳死下臓器提供は、依然として低調であるといわざるをえない。この問題に真剣に取り組まないならば、臓器売買合法化論者が主張するように、日本の臓器移植制度は待機患者に死を強要している、という倫理的批判

58) Vgl. Art.: "Zahl der Organspenden sinkt dramatisch", SZ vom 7. Januar 2013.

59) Vgl. Art.: "Systemfehler der Organspende", SZ vom 13. November 2013; Art.: "Zahl der Organspender fällt auf historisches Tief", SZ vom 15. Januar 2014.

60) 参照、日本臓器移植ネットワーク・厚生労働省健康局疾病対策課臓器移植対策室「臓器移植法の改正内容」in internet, URL: <http://www.mhlw.go.jp/seisaku/2010/01/01.html> (last seen 28/Mar/2014).

が妥当性を帯びてくるかもしれない。

(a) 臓器移植問題に対する視座の獲得——法哲学的議論状況への示唆

日本でドナーが少ないのは、日本人の伝統的な人生観や死生観といった文化的伝統、あるいは情緒的な特質が、主たる理由として考えられる<sup>61)</sup>。こうした文化的伝統や情緒的反応に対しては、専門家が、理性的な反省を加えたうえで、合理的な制度改革案を提示することが期待される。ところが、アメリカナイズされた日本の法哲学者の間では、リバタリアニズムに立脚する臓器売買合法化論の影響力が強い<sup>62)</sup>。上に触れたように、臓器売買合法化論は、理論的当否はともかく、直感的には人身売買につながるような胡散臭さを払拭できず、臓器移植法を改正するための社会的コンセンサスを形成することは不可能であろう<sup>63)</sup>。これに対し、臓器売買に反対する議論陣営は、ドナーの人格権の不可譲を中心とした人間の尊厳原理に依拠するのみで、どうすれば現行制度の枠組のなかでレシピエントたる待機患者の利益を最適化できるのか、という実践的関心に乏しい<sup>64)</sup>。このような二者択一の議論状況は、ドナーを増やす唯一の道が臓器売買であるかの誤解を生みかねず、臓器移植制度に対する不信を増すばかりである。このように、移植医療を充実させるという実践的関心<sup>65)</sup>からは、法哲学の議論は実益に乏しいといわざるをえない。

(b) 日本の臓器移植制度への実践的示唆

このような問題意識からすれば、ドイツ臓器移植スキャンダルから得られる教訓は、公正な臓器配分システムの構築が重要であること、そしてそのた

61) 参照、梅原猛編『「脳死」と臓器移植』（朝日新聞社、1992年）。

62) 代表的な論者として、参照、森村進「臓器はいかに分配されるべきか」長谷川晃＝角田猛之編『ブリッジブック法哲学』（信山社、2004年）172-187頁。

63) 現行の臓器移植法における臓器売買禁止の趣旨は、国民感情、移植機会の公平性、善意・任意の臓器提供の3点があげられる；参照、厚生省保健医療局臓器移植法研究会監修『逐条解説・臓器移植法』（中央法規出版、1999年）71頁以下。

64) 代表的な論者として、参照、高橋文彦「自己・所有・身体——私の体は私のものか？」森田成満編『法と身体』69-101頁（国際書院、2005年）；鈴木慎太郎「臓器をめぐる所有と交換の法理——臓器売買はなぜ許されないのか」法哲学年報2009・184-191頁（2010年）。

65) 参照、樋口範雄「臓器移植法改正について」ジュリ1393号44頁（2010年）。

めに、移植医療における情報の透明性の確保が重要であること、という2つの点に要約できるであろう。そもそも、日本の臓器移植制度では、臓器配分の手続に関して不透明なところが少なくないにもかかわらず、このことが問題視されていないのである<sup>66)</sup>。

#### (i) 公正な臓器配分システムの問題

臓器の配分を受けるレシピエントの選択については、臓器移植法ガイドライン第12が、「公平・公正な臓器移植の実施」の方法として、公益社団法人日本臓器移植ネットワークが一元的に行うこと、と定めている<sup>67)</sup>。臓器移植ネットワークによるレシピエントの決定は、「肝臓移植希望者(レシピエント)選択基準」に従って行われる<sup>68)</sup>。ところが、レシピエントの選択基準として、待機患者の予測余命と血液型を点数化して順位づけを行っているものの、ドイツのような血液検査データなどの科学的・客観的基準は用いられていない。したがって、レシピエントの選択が、待機リストの上位者から科学的・客観的基準を用いて機械的になされるのか、あるいは、人為的な操作の余地を残すものであるかは、不明であり、またそもそも、待機患者の予測余命の算定において人為的操作の入る余地がないものかどうか、明確化されていない<sup>69)</sup>。

#### (ii) 待機患者のデータ管理

移植を受けるべき待機患者のデータ管理についても、十分とはいえない。臓器移植法上は、臓器移植を受けたレシピエントについてのみ、移植術を行った医師による記録と、臓器移植ネットワークによる帳簿の作成が、義務

66) 参照、厚生労働省健康局疾病対策課臓器移植対策室「脳死下での臓器提供事例に係る検証会議 検証のまとめ」29-41頁(2013年)、online in internet, URL: <http://www.jotnw.or.jp/datasetfile/pdf/report.pdf> (last seen 28/Mar/2014)。

67) 参照、臓器移植法12条1項:「“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)」平成9年10月8日付け健医発第1329号厚生省保健医療局長通知の別紙。

68) 参照、「臓器提供者(ドナー)適応基準及び移植希望者(レシピエント)選択基準について」平成9年10月16日健医発第1371号厚生省保健医療局長通知。

69) 移植希望者はコンピューター・システムに登録されることとなっているが、いかなる基礎データが入力され、いかに点数化して、順位づけを行うのか、明らかにされていない;参照、小中節子「コーディネーターから見た臓器移植法の6年」ジュリ1264号29頁(2004年);芦刈淳太郎「臓器移植法改正——コーディネーターの現場から」ジュリ1393号62頁以下(2010年)。

づけられている<sup>70)</sup>。他方、待機リスト上の患者の検査データについては、法的なフォーマットは存在しないので、ドイツのような待機リスト上の検査データの改竄については、日本では問題にすらなりえないと思われる。

### (iii) 移植医療に対する検証・監視体制

さいごに、臓器移植を受けたレシピエントについて、移植術を行った医師による記録が作成されるもの<sup>71)</sup>、記録の作成段階での複数チェックは求められておらず、記録の改竄に対する防止策がとられていない。また、移植術を行った医師による記録を閲覧できるのは、移植術を受けた者又はその者の家族と臓器あっせん機関に限られ<sup>72)</sup>、政府、医師会、第三者機関などによるチェックは予定されていない。政府の監督権限としては、臓器あっせん機関に対する報告徴収権限、立入検査・質問権限、指示権限の規定がおかれているが<sup>73)</sup>、移植術を行う病院・医師に対する監督権限は規定がない。またそもそも、医師会による自律的な法令遵守の体制についても、独立の第三者機関による検証体制についても、制度化されていないようである。

## III 結語

ドイツの臓器移植スキャンダルから得られる示唆は、日本の臓器移植制度に対して、根本的な改革の方向性を示しているように思われる。日本ではこ

70) 参照、臓器移植法10条1項、14条、同施行規則7条；なお記録作成・保存義務違反および虚偽記載は、50万円以下の罰金に処せられるが、親告罪である：臓器移植法23条1項2号・4号・2項。

71) 参照、臓器移植法10条1項、同施行規則7条；『逐条解説・臓器移植法』前掲注63)67頁以下。

72) 参照、臓器移植法10条3項、同法施行規則10条；『逐条解説・臓器移植法』前掲注63)69頁以下。

73) 参照、臓器移植法15条、16条；『逐条解説・臓器移植法』前掲注63)79頁以下。なお、厚生労働大臣の監督権限を、行政調査権と解したうえで、行政調査の必要な場合にのみ権限行使は認められるべきと限定的に解する見解が存するが（参照、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）91頁）、むしろ臓器移植制度の透明性という点では、ドイツのように、政府による定期調査、抜き打ち調査の権限を積極的に解すべきとの見解も成立しうる。



れまで、脳死判定の確実性や臓器提供の同意といった点で、ドナー側から見て公正な臓器移植制度の構築に、重きをおいてきた<sup>74)</sup>。しかしながら、本稿で検討したように、公正な臓器配分システムを含め、レシピエントにとっても公正かつ信頼をもたれる臓器移植制度へと、発展させてゆかなければならない<sup>75)</sup>。とりわけ、ドナー・カードの保有者は、自分が病気にかかればレシピエントになり得るという意味で、立場の互換可能性を前提に、自発的な臓器の提供に同意していると考えられる。このように互酬性にもとづく臓器移植制度の信頼が確立してはじめて、臓器提供者数の増大、待機患者の福利向上、移植医療のさらなる発達という好循環が期待できるようになる。

日本の現状では、レシピエントの選択にかかわる情報が必ずしも十分に透明であるとはいえないために、ドイツ臓器移植スキャンダルに見られるように、特定の患者に優先的に臓器が配分されるという不公正が生じたとしても、このことを検証することすら困難であろう。一度スキャンダルが起こってしまえば、善意・任意にもとづく臓器移植制度と臓器売買あっせん制度との境目が流動的になってしまい、臓器移植制度の信頼が根底から覆される。日本では、このような事態に陥る前に、臓器移植制度の信頼を高めるために、制度改正の方向性を見定める必要があるのではないかと思われる。

74) 代表的な論考として、参照、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1264号12頁以下(2004年)；甲斐克則「改正臓器移植法の意義と課題」法教351号38-43頁(2009年)；松宮孝明「2009年脳死・臓器移植法改正を批判する」法時1014号1-3頁(2009年)。

75) ドイツでは、本スキャンダルの発覚以前に、憲法上の平等原則(Art. 3 Abs. 3 GG)の観点から、透明で公正な臓器配分システムが必要であると、指摘されていた；vgl. Höfling, W. ebenda FN 57.

資料 ドイツの各臓器移植センターにおける指針違反に関する調査結果一覧<sup>76)</sup>

TPZ	Geprüfte Fälle*	Pat. mit RL-Verstößen	Tpl. 2010/11
Göttingen	105	79	89

\*Geprüft wurden auch Transplantationen weiterer Jahre.

TPZ	Geprüfte Fälle*	Pat. mit RL-Verstößen	Tpl. 2010/11
Leipzig	241	76	182
München r. d. I.	135	38	71
Münster	67	25	75

\*Geprüft wurden auch Transplantationen weiterer Jahre.

TPZ	Geprüfte Fälle in 2010/2011	Pat. mit RL-Verstößen in 2010/2011	Tpl. 2010/11
Aachen*	35 (49)	6 (7)	58
Berlin	19	0	195
Bonn	29	3	49
Erlangen	29	2	44
Essen*	47 (70)	10 (15)	274
Frankfurt/M.	28	3	75
Hamburg	19	0	157
Hannover	30	0	168
Heidelberg	22	5	183
Homburg	28	5	46
Jena*	54 (70)	10 (10)	105
Kiel	23	4	88
Köln	18	4	23
Magdeburg	18	0	39
Mainz	21	2	86
München GH	38	7	89
Regensburg	29	2	113
Rostock	18	1	5
Tübingen	40	4	86
Würzburg	12	0	3

\*Ergänzungen ergaben sich aufgrund wiederholter Prüfungen (zu den Details siehe Einzelberichte).

(かばしま ひろし)

76) PÜK: "Bericht 2012/2013", a. a. O. FN 2 S. 16f.