

講 演

スイス臓器移植法

クリスチャン・シュワルツェネッガー

甲斐克則 訳
福山好典

- 1 移植医療の現状
- 2 国際法上のルール
- 3 スイス臓器移植関係法の法源
- 4 結 語

1 移植医療の現状

ここ40年、医療は、臓器移植においてきわめて大きな進歩を遂げた。今日、腎臓、肝臓、心臓もしくは肺の移植は、全世界において、大きな病院および診療所の標準的供給となっている。世界保健機構（WHO）の見積もりでは、毎年約7万件の臓器移植が行われている。これらの治療的介入のうち約5万件は、腎臓移植に関わるものである。人の組織および細胞の移植も増加の一途をたどっているが、これらについては利用可能な信頼できる国際的な統計が存在しない。スイスでは、人の組織および細胞の移植の場合、特に、骨、角膜、そして稀ではあるが心臓弁の摘出が重要である。

移植医療の進歩は、多くの重病患者を救ってきた。臓器移植後の生存率は、最初の1年では83から98パーセントであり、そのうち5年目以降では48から91パーセントである（表1を見よ）。生体提供が可能な場合（肝臓、腎臓）、ドナーはきわめて高度な蓋然性をもって生存する。これまでスイスでは、生体提供の結果として死亡した人はいないが、ドナーの19パーセントには、手術後、一時的な合併症がみられる。

移植医療の成功により、適合する臓器に対する需要が急激に増加した。しか

表 1 移植における患者または生体ドナーの生存率

患者または生体ドナーの生存率	移植後 1 年	移植後 3 年	移植後 5 年
小腸	80%	61%	52%
心臓	88%	80%	73%
(死亡ドナーの) 肝臓	87%	79%	73%
(生体ドナーの) 肝臓	88%	80%	77%
肝臓の生体ドナー	99.60 %		
肺	88%	64%	48%
(死亡ドナーの) 腎臓	96%	91%	85%
(生体ドナーの) 腎臓	98%	95%	91%
腎臓の生体ドナー	99.90 %		
膵臓/ランゲルハンス島	95%	91%	86%

出典：US-Transplant, スイス連邦保健省 (Bundesamt für Gesundheit (Schweiz)) より引用

し、毎年の利用可能な臓器の数ではこの需要を満たすことができないがゆえに、待機リスト上の患者に適合する臓器がいかに分配されるべきか、という問題が国際的に存在している。その際に、しばしば、生死にかかわる事柄が問題となる。欧州では、概算で12万人の患者が透析治療を受けており、約4万人の患者が腎臓を待っている。健康な腎臓を得るための待機期間は、現在、平均3年であり、最近の見積もりでは、待機期間が2010年には10年にまで延びる可能

表 2 世界の様々な地域における臓器移植 (人口100万人単位, 2000年)

	腎臓	肝臓	心臓
アメリカ合衆国	52	19	8
スイス	35,3	12,1	5,1
欧州	27	10	4
ラテンアメリカ	13	1,6	0,5
アジア	3	0,3	0,03

出典：Transplantation Society, The global alliance for transplantation, Consensus statement of the Amsterdam Forum は、<http://www.transplantation-soc.org/globalalliance.php>; ならびに Swisstransplant, Jahresberichte 2008, Bern 2009, 17/19/21よりアクセスできる。

性がある、ということが前提とされている。

国際比較をすると、明らかな相違が確認できる。アメリカ合衆国では、人口100万人単位で見ると、最も多くの腎臓、肝臓および心臓がそれぞれ移植されている。スイスも比較的良好な結果を示している。欧州の相当する単位での頻度数は、〔アメリカ合衆国と比べて〕約50パーセント低い。アジアの数値はきわめて低く、2000年に行われた心臓移植と肝臓移植は、人口100万人単位で見ると、きわめてわずかである（表2を見よ）。

スイスにおいてもまた、同様の傾向が認められる。1996年以降、移植のために臓器を待つ人の数は、増加している。その数は、2008年（942人）には、1996年（464人）の2倍以上になっている（表3を見よ）。この展開のネガティブな結果は、待機リストへの登録後に死亡した人の統計に表れている。2008年には、62件の死亡という過去最高の数値が報告された（表3を見よ）。図1は、スイスの現在活動中の6つの移植センターと、各センターで行われた移植の種類を示したものである。

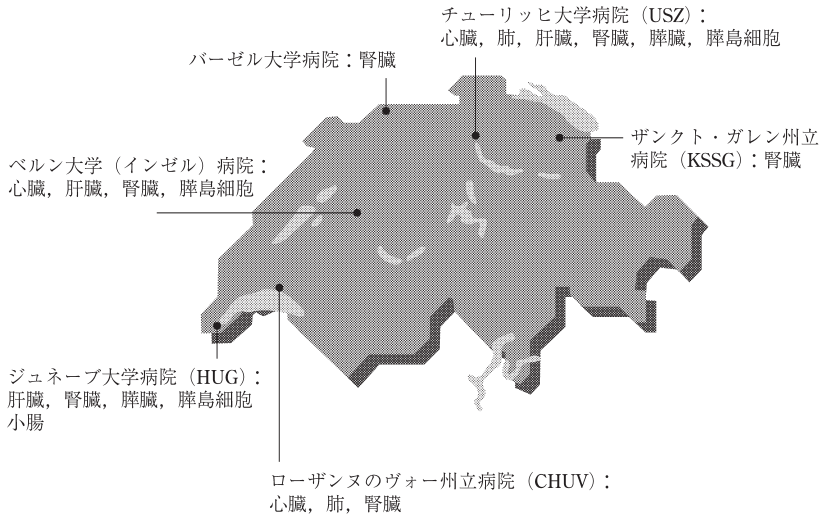
死後臓器提供における供給と需要とが一致しないために、生体ドナーの臓器が頻繁に利用されるようになってきた（スイスについては、表3を見よ。また、WHO, Ethics, Access and Safety in Tissue and Organ Transplantation: Issues of Global Concern, WHO/HTP/EHT/T-2003. 1, 6をも見よ）。臓器を得るための待機期間の長さは、一方では、ある国において、どれくらいの人か

表3 死後提供、生体提供、レシピエント、待機リストに登録された人、および待機リスト上の人のうち死亡したケース（スイス、1996-2008年）

	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
死後提供	88	100	108	101	98	95	75	95	91	90	80	81	90
生体提供	43	53	68	66	80	86	83	105	89	84	125	112	128
レシピエント	357	348	421	413	402	406	388	473	412	413	443	418	459
待機リスト (12月31日時点)	464	459	444	481	468	548	633	641	635	682	790	870	942
待機リスト登 録後死亡	43	23	24	28	50	32	54	55	43	38	40	50	62
人口（千）	7,081	7,124	7,164	7,204	7,256	7,314	7,364	7,364	7,415	7,459	7,509	7,593	7,700

出典：Swisstransplant, Jahresberichte 2005-2008, Bern 2006-2009; Bundesamt für Statistik, Bevölkerungsstand und-entwicklung, Bern 1995-2007

図1 スイスの移植センター

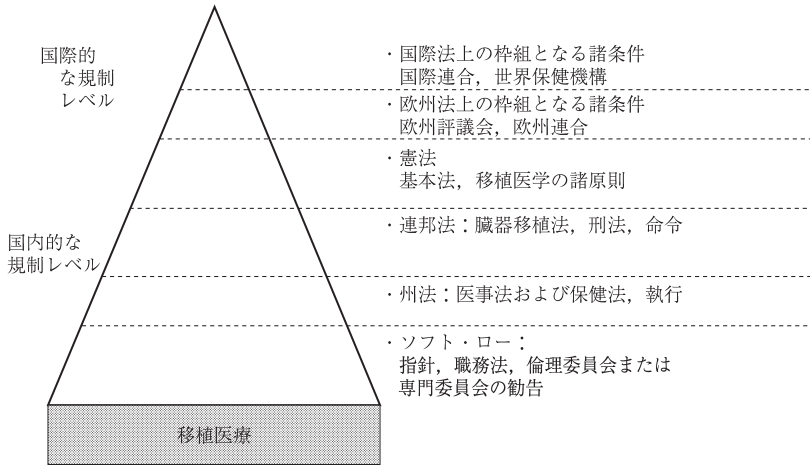


出典: Swisstransplant, Jahresberichte 2008, Bern 2009,9

死後臓器提供または生体提供を申し出るか、に左右される。しかし、他方では、死期の法律上の規定および移植のための臓器の摘出の要件もまた、決定的な意義を有する。最後に、標準化された院内手順を創設することによって潜在的な臓器ドナーをより効果的に識別することもまた、同様にきわめて重要である。優れた移植調整によって、臓器提供の数は約70から100パーセントまで増加しうる (Seiler/Bischoff/Nett/Candinas, Schweizerische Ärztezeitung 2006, 143-149, 149を見よ)。

移植可能な臓器に対する需要が増大していることから、ドナーにとって金銭的刺激となるものが取り入れられるべきか、というさらなる問題が生じる。こうした経済的な視点の支持者は、それによって、移植数が増加するかもしれないという期待を寄せる。ここ数年にわたり貧困国において確認されえたような臓器売買は、なお問題を内包していると評価されなければならない。欧州評議会 (Europarat) と世界保健機構 (WHO) は、例えば、東欧への移植ツーリズムについて報告している。患者は、臓器を購入し、現地で移植してもらうために、——しばしば自己の主治医と一緒に——これらの国々へと旅行に行く

図2 移植医療との関連での国際的規制レベルと国内的規制レベル



のである。生体提供のためには、最も貧困な生活環境出身の人が選ばれ、彼らは、例えば、腎臓と引換えに3千ドルという、ごくわずかな補償金を得る（例えば、Parliamentary Assembly, Trafficking organs in eastern Europe, 5. 2. 2001, Doc. 8966 を見よ）。臓器売買は広く禁止されているので、犯罪組織による違法な供給のための市場が生まれる。これが、臓器摘出目的での人の誘拐をも惹き起こすことはありうるのである。

上記の問題の社会的に容認できる解決策は、何よりもまず、スイスの臓器移植法、さらにはまた刑法の枠内に見いだされなければならない。しかしながら、国境を越えた問題が国民国家的な手段だけで解決できると考えるなら、それは幻想であろう。そうすることはむしろ、その種の問題を他国に転嫁するだけであろう。国際的なレベルでは、かなり以前から、国内の立法者に影響を及ぼす標準的ルールが発展してきた。欧州評議会の枠内では、加盟国に対する拘束力ある立法命令を含む国際条約が議決された。欧州連合の枠内でも、すでに調和的な諸々の指針が存在し、もしくは準備されている。忘れてはならないのが、様々な組織および職業団体の指針および勧告である。

2 国際法上のルール

2.1 世界保健機構 (WHO) の決議

1987年以来、世界保健機構は、「人の臓器の移植に関する指導原則 (Guiding Principles for human organ transplants)」の議決を目指していた (決議 WHA40.13 および WHA42.5。これについては、WHO, Human Organ Transplantation. A report on developments under the auspices of WHO (1987-1991), Geneva 1991を見よ)。1991年、世界保健評議会 (Weltgesundheitsrat) は、決議 WHA44.25の議決に成功し、それによって、世界保健機構は、人の臓器の移植に関する指導原則を承認した。この指針は、ここ18年間にわたり50を超える加盟国の立法に影響を及ぼし、移植医療における基本的水準について主導的な地位を占めてきた。この文書は、9つの原則から成り、そこには、提供の無償性に関する原則5および臓器分配の際の差別禁止原理に関する原則9のような非常に重要な原則がある。

2004年、世界保健評議会は、決議 WHA57.18において、移植医療の分野におけるさらなる発展と問題が研究されるべきであり、しかも、指導原則を修正することを目的としてそうされるべきである、ということを決めた。その間に、世界保健機構の執行評議会 (Exekutivrat) は、この改定版を注釈付きで提出したが、その文書は、予想に反して、世界保健評議会の第62回会議 (2009年5月18日から22日) において承認を得た。この改正された指導原則は、今や11の原則を含んでいる。この原則は、組織および細胞にまで拡大しており、個々の原則に関する注釈は詳細になった (WHO, Human organ and tissue transplantation, Report by the Secretariat, 26. 3. 2009, A62/15参照)。

スイスは、ほとんどすべての原則を国内法化してきた。ただひとつ生体提供の規制だけは、スイスにおいては原則3 (遺伝的、法的または感情的にドナーと結び付いているレシピエントに生体提供を制限すること) よりも緩やかである。

2.2 欧州評議会

スイスは、1999年5月7日、生物学および医学の応用との関連での人権および人間の尊厳の保護のための条約、すなわち1997年4月4日の人権及び生物医

学に関する条約（Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin vom 4. April 1997 (CETS No. 164)）に署名した。国内法においてあらゆる法律上の調整作業が行われた後で、生物医学条約（Biomedizinkonvention）は、2008年7月24日に批准することができた。2008年11月1日以降、この条約は、スイスに対して効力を有している。

この条約は、19条ないし20条において、生体ドナーからの移植目的での臓器および組織の摘出を規制している。21条は、人の身体または身体部分の利用の際の財産的な利得の禁止を定めており、これは、臓器、組織および細胞についても適用される。最後に、生物医学条約は、その諸規定の違反に対する相応の制裁を25条において要求している。加盟国には、確かに、この制裁を刑法の中に設ける義務はない。しかしながら、大部分の加盟国は、この義務を刑法に負わせている。

スイスは、生物医学条約の19条ないし20条について留保を付した。なぜなら、臓器移植法12条ないし13条は、生体提供の補充性を予定していないからである（下記を見よ）。生物医学条約20条2項には、さらなる留保が堅持された。なぜなら、臓器移植法13条2項dは、例外的に、ドナーの両親の一方または子のための再生可能な組織または細胞の摘出を許容しているからである。

2002年1月24日の人の臓器及び組織の移植との関連での人権及び生物医学に関する条約に関する追加議定書（Zusatzprotokoll zum Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin bezüglich der Transplantation von menschlichen Organen und Gewebe vom 24. Januar 2002 (CETS No. 186)）についても、スイスは署名した。2009年6月12日、議会は、批准決議を容認した（Bundesblatt 2009, 4489を見よ）。2009年10月1日までは、なおレファレンダム期間が進行中である。

この追加議定書は、人の臓器および組織の移植の分野における最低限の国際的な保護水準を、特に臓器売買の防止のために確立するものである。スイス法は、この追加議定書と広範囲にわたって調和している。9条には、留保が付きなければならなかった。なぜなら、スイスは、生体提供の補充性の原理を予定していないからである。同様に10条も、まったく受け入れられなかった。なぜなら、スイスは、ドナーとレシピエントとの密接な人的関係の要件を予定することもなければ、独立の所轄官署の同意を要求することもないからである。追加議定書の14条に対しても、留保が必要である（Bundesblatt 2009, 4489を見よ）。

2005年5月16日、人身売買を禁止する欧州評議会の条約 (Konvention des Europarates gegen Menschenhandel) (CETS No. 197) が、署名を求めて公表された。スイスは、2008年9月8日にこの条約に署名したが、まだ批准していない。

この条約の4a条は、人身売買を次のように定義する。すなわち、「搾取を目的とした、脅迫又は暴力若しくはその他の種類の強制力の使用による、誘拐、詐欺、欺罔、権限の濫用若しくは特別に弱い立場の利用による、又は他人を支配している者の同意の獲得のための支払い若しくは利益の供与若しくは受領による、人の募集、運搬、引渡し、引き留め又は引取り。搾取は、少なくとも、他人の売春の利用若しくはその他の種類の性的搾取、強制労働若しくは強制役務、奴隷状態若しくは奴隷同然の取扱い、農奴状態又は臓器の摘出を含む」と。

人の身体および身体部分は財産的利益の獲得のために利用されてはならない、という原理は、すでに30年前から、欧州評議会の標準的ルールに属している。この原理が初めて承認されたのは、閣僚評議会 (Ministerrat) の決議 (78) 29においてである。その後、この原理は、生物医学条約 (21条) に取り入れられ、さらには、人の臓器及び組織の移植との関連での生物医学条約に関する追加議定書の22条において、明示的な禁止として強化された (Explanatory Report on the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, Note 96参照)。スイスには、2006年12月1日以降、このような拡大された人身売買の定義を予定する刑法規範 (刑法182条、人身売買) が存在している。

人身売買禁止条約6条は、臓器摘出のための人の利用の禁止を含めた予防的措置を講じる加盟国の義務を予定している。

人身売買禁止条約19条は、被害者の役務の利用について、加盟国の犯罪化義務等を要請している。それゆえ、臓器のレシピエントでさえ、臓器を得るために、人身売買をする者の役務を故意に利用する場合には、刑事訴追されるべきである (Explanatory Report on the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, Note 232)。

この条約とならんで、欧州評議会の閣僚委員会 (Ministerkomitee) が、人の臓器、組織および細胞の移植にとって重要な多数の勧告および決議を公表してきた。特に、加盟国に向けた臓器売買に関する閣僚委員会の勧告 Rec (2004) 7、および加盟国に向けた臓器移植施設の認可基準に関する閣僚委員会

の勧告 Rec（2004）19が挙げられる。

最後に、欧州評議会の議員会議（Parlamentarische Versammlung）が、欧州における臓器売買に関する勧告1611（2003）を議決した。そこでは、人身売買を撲滅するための欧州の戦略を展開するにあたっては、人の臓器および組織の売買を考慮に入れるべきだとされている。

2.3 欧州連合

スイスは、欧州連合（Europäische Union）のメンバーではないので、共同体法に直接的に拘束されることはない。しかし、それにもかかわらず、ここで指摘しておかなければならないのは、欧州委員会（Europäische Kommission）が、2008年12月8日に、移植のための一定の人の臓器についての品質および安全性の基準に関する指針についての提言を公表したことである（Europäische Kommission, KOM（2008）818 最終版を見よ）。血液および血液成分、人の組織および細胞、ならびに動物由来の臓器、組織および細胞、血液および血液製剤には、指針2002/98/EG, 2004/33/EG, 2005/61/EG および2005/62/EG が適用され、人の組織および細胞には、指針004/23/EG, 2006/17/EG および2006/86/EG が適用される。

3 スイス臓器移植関係法の法源

3.1 スイス連邦憲法

スイスでは、医事法および保健法の分野における立法権限が、連邦と州とに分配されている。新連邦憲法（BV, SR 101）は、2000年1月1日に施行されたものであり、健康保護（連邦憲法118条、特に関係するのは、食料品、治療薬、麻酔薬等）、人の領域における生殖医学および遺伝子技術（連邦憲法119条）、移植医療（連邦憲法119a条）ならびに人以外の領域における遺伝子技術（連邦憲法120条）の分野における立法権限を、連邦に委ねている。簡潔に言えば、これらの条項は、人に対する生物医学研究に関する立法権限を連邦に分配する連邦憲法118a条を中心にしてそれを補完するものであるとされる（Botschaft zum Verfassungsartikel über die Forschung am Menschen, BBl. 2007, 6713見よ）。医事法および保健法に関する残された立法および法律の執行は、引き続き州の権限に属する。

移植医学に関する連邦憲法119a 条は、1999年2月7日に、レファレンダム (Volksabstimmung) において、旧連邦憲法 (旧憲法24^{decies}a 条) 下のスイス 人有権者の87,8パーセントによって承認され、変更されることなく新連邦憲法に引き継がれている。本条は、次のように規定する。

1 項

連邦は、臓器、組織及び細胞の移植領域において法令を定める。その際、連邦は、人間の尊厳、人格性及び健康の保護に配慮する。

2 項

連邦は、特に臓器の公正な分配に関する基準を定める。

3 項

人の臓器、組織及び細胞の提供は無償である。人の臓器の売買は禁止する。

しかし、この憲法規範に関する施行法、すなわち臓器、組織及び細胞の移植に関する連邦法 (Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen) (臓器移植法 (Transplantationsgesetz), SR 810.21) は、2007年7月1日によく施行された。この法律には、4つの施行令も附属している。すなわち、人の臓器、組織及び細胞の移植に関する命令 (Verordnung über die Transplantation von menschlichen Organen, Geweben und Zellen) (臓器移植命令 (Transplantationsverordnung), SR 810.211)、移植のための臓器の分配に関する命令 (Verordnung über die Zuteilung von Organen zur Transplantation) (臓器分配命令 (Organzuteilungsverordnung), SR 810.212.4)、動物の臓器、組織及び細胞の移植に関する命令 (Verordnung über die Transplantation von tierischen Organen, Geweben und Zellen) (異種移植命令 (Xenotransplantationsverordnung), SR 810.213) および臓器移植立法の連邦による執行のための手数料に関する命令 (Verordnung über Gebühren für den Bundesvollzug der Transplantationsgesetzgebung) (臓器移植手数料命令 (Transplantationsgebührenverordnung), SR 810.215.7) がそれである。2007年6月30日までは、人の臓器、組織および細胞の移植は、唯一、州の保健立法の管轄下にあった。

3.2 スイス臓器移植法

a) 臓器移植法の目的と適用範囲

臓器移植法によって、何よりもまず、移植目的での臓器、組織または細胞の利用に関する国内の統一的な要件が確立されることとなった。もうひとつの目的は、臓器、組織または細胞を移植医療に十分供給することにある。最後に、刑法上の見地からは、臓器、組織または細胞の濫用的な取扱い、特に臓器売買が防止されるべきである、ということが強調されなければならない。移植医療の法的規制は、人間の尊厳、関係者の人格性および健康の保護に寄与する（臓器移植法1条）。

2条によると、臓器移植法は、人由来または動物由来の臓器、組織および細胞ならびに移植用製品（Transplantatprodukte）の取扱いを規制するものである。人工臓器、血液および保存用血液、ならびに人の場合の生殖補助医療の枠内での生殖細胞、受精卵および胚は、除外される（薬事法（Heilmittelgesetz）[SR 812.21]、生殖医療法（Fortpflanzungs-medizingesetz）[SR 810.11]）。

b) 無償性原理と売買禁止

無償性原理と売買禁止は、すでに連邦憲法119a条に見いだされる。臓器、組織および細胞の提供の無償性は、一方では、国際的な文脈において、臓器摘出目的での人身売買をもたらすとまではいわないが、比較的貧しい人の利用をもたらす余地のある生体提供の商業化を防止する。他方では、病院内の関係する医師および協力者のいずれも、臓器の摘出、斡旋および移植において利益を取得するべきではない。そうでなければ、長期的には、臓器がわずかに金持ちだけが入手可能なものとなり、社会における提供に前向きな心構えが失われていくであろう。したがって、間接的には、住民階層間の平等な取扱いと連帯性の堅持の保障にも関わる問題なのである。

臓器移植法は、売買禁止を6条1項において具体化している。すなわち、死後提供と生体提供のいずれの場合でも、財産的利益またはその他の利益を供与することが禁止されているのである。この禁止は、自己に適合する臓器を購入するつもり患者に対して、そしてまた、人の臓器、組織または細胞と引換えに金銭を支払い、あるいはその他の利益（例えば、現物あるいはスイス滞在の許可）を供与する病院内の医師または協力者に対しても向けられている。しか

し、支払いをする者だけではなく、財産的利益またはその他の利益の受領者もまた、禁止の対象となる。この禁止は、まず何よりも生体ドナーに関係し、あるいは死後提供の場合には近親者に関係する。この禁止への故意による違反には、3年以下の自由刑または罰金が科される（臓器移植法69条1項a）。財産的な利益またはその他の利益を過失により供与し、または受領することも、可罰的である。この場合、刑の範囲は、罰金から6月以下の自由刑にまで及ぶ（臓器移植法69条3項）。

この刑罰規範は、例えば、トルコへ旅行に行き、そこでモルドバ人ドナーから腎臓を購入して移植してもらうスイス人患者にも適用できるのか。この例は、欧州評議会の議員会議の報告書の報告に則ったものである（Parliamentary Assembly, Trafficking organs in eastern Europe, 5. 2. 2001, Doc. 8966）。

これは、スイス刑法の場所的適用範囲の問題であり（刑法3ないし8条）、この適用範囲は、特別刑法にも同様に適用される（刑法333条を見よ）。患者がすでにスイスから外国の銀行口座に金銭を振り込む場合には、犯罪地はスイスであると認めることができる（属地主義（Territorialitätsprinzip）、刑法8条1項との関連での3条1項）。これは、その後に移植が外国で行われる場合さえいえることである。金銭がトルコに持ち込まれ、そこで初めてドナーに手渡される場合には、犯罪地はスイスではない。この場合、スイスの刑罰権は、積極的属人主義（aktives Personalitätsprinzip）（刑法7条1項）によってのみ基礎づけることができる。その要件は、行為が犯罪地においても可罰的であること、行為者が再びスイスに所在すること、およびスイス法上その行為が引渡しを許容するものであること、である。トルコの事例では、すべての要件が満たされており、特に二重の可罰性が認められる（トルコ刑法91条以下を見よ）。これについては、Tellenbach, Konrad Adenauer Stiftung, Auslandsinformationen 4/2005, 76-93, 84 f. を見よ）。

次のものは、財産的利益またはその他の利益とはみなされない（臓器移植法6条2項）。

- ・ドナーに直接的に生じる減収および経費の補償、
- ・ドナーが臓器、組織または細胞の摘出によって被る損害の補償、
- ・感謝の意を示す事後の象徴的な身振り手振り、
- ・クロス・オーバー生体提供（Überkreuz-Lebenspende）。

人の臓器、組織または細胞の売買の禁止は、スイスにおける行為、さらには

スイスから外国に作用を及ぼす行為をも対象とする（臓器移植法7条1項a）。別の条項としては、臓器、組織および細胞が対価を払って、あるいは利益の供与によって取得された場合に、摘出または移植を禁止する規定がある（臓器移植法7条1項b）。これらの禁止の名宛人は、何よりもまず、仲買人（「臓器ブローカー」）、移植センターに勤務する医師および医療従事者である。これらの禁止を貫徹するために、臓器移植法69条1項bにおいて、刑罰規定が用いられている（3年以下の自由刑または罰金）。「スイスから外国へ」という売買の形態は、刑法的な見地からは余計なものである。売買行動の時点においてスイスに滞在している者は、刑法8条1項との関連での3条1項によれば、常にスイスでも訴追されうるのである。臓器移植の処罰規定においては、スイスの立法者が刑法典総則との調整のことを考えていなかったことが分かる。行為者が職業的な仕方でも活動し、自己の生活費の大部分を臓器売買によって何とか手に入れる場合、彼は、業として行っているがゆえに、臓器移植法69条2項によって処罰される。この場合、自由刑の長期は5年であり、かくして、その行為は重罪となり、それゆえ資金洗浄行為の予備犯罪（Vortat）を構成するに至る（刑法305条の2第1号）。これは、臓器移植法69条1項のすべての形態に一般的にいえることである。

臓器移植法は、ここでも、売買禁止が及ばないものを正確に示している（臓器移植法7条2項）。

c) 臓器、組織および細胞の死後提供

臓器移植法8条は、非常に重要な規定である。なぜなら、それは、死者の場合における臓器、組織および細胞の摘出の要件を規定しているからである。第1の要件は、死者が死亡する前に摘出に同意していなければならない、ということである（臓器移植法8条1項a）。第2の要件は、死亡が確認されたことである（死亡の確認については、d）を見よ）。

世界的に見ると、死後の臓器提供に関する同意の形態については、2つの基本的モデルが存在する（WHO Guiding Principles on human organ transplantation, Guiding Principle 1 参照；表4を見よ）。

「同意方式（Zustimmungsregelung）」は、移植のための臓器の摘出は原則的に禁止されている、ということを出発点に据える。死者が生前に、例えば、臓器提供証明書（Organspenderausweis）において臓器摘出に同意した場合にかぎり、摘出を行うことが許される（狭い同意方式（enge Zustimmung-

regelung)。「明示的な同意」あるいは「オプティン・イン」とも呼ばれる)。拡大された同意方式 (erweiterte Zustimmungsregelung) にあっては、死者が生前に何らの指示も行わなかった場合には、近親者もまた、臓器の摘出について決定することができる。近親者にとっては、自らが知り、あるいは推定される患者の意思が決定の基礎を成す。

「反対意思表示方式 (Widerspruchsregelung)」は、同意方式とは異なり、移植のための臓器の摘出は原則的に許されている、ということを出発点に据える。死者が生前に、例えば、反対意思表示登録簿 (Widerspruchsregister) において、臓器摘出に明示的に反対の意思を表示した場合にのみ、臓器を摘出することができないのである (狭い反対意思表示による解決策 (enge Widerspruchslösung))。「推定される同意」あるいは「オプティン・アウト」とも呼ばれる)。若干の国々においては、近親者もまた、反対意思表示権 (Widerspruchsrecht) を有する (拡大された反対意思表示による解決策 (erweiterte Widerspruchslösung))。

学説において、反対意思表示による解決策の一形態は、独自の「通知方式 (Informationsregelung)」とも呼ばれている。ここでも、立法者は、生前に反対意思表示が欠ける場合には臓器提供への用意がある、ということから原則的に出発する。死者が生前に、例えば、反対意思表示登録簿において、臓器摘出に明示的な反対の意思を表示した場合にのみ、臓器を摘出することができないのである。さらに、近親者は、いかなる場合でも、計画された摘出について知らされなければならない。しかしながら、近親者には、異議申立権は与えられない。

スイスは、臓器移植法 8 条において、ドイツと同様に、拡大された同意による解決策を選択した。それゆえ、一方で、死者の書面化された拒否が存在する場合には、死後の摘出が排除される。他方で、同意が生前に書面化された場合には、死後の摘出が許容される。臓器移植法 8 条 7 項によれば、この拒否または同意を表明できるのは、16 歳からである。人の死後にその種の意思表示が見いだされない場合には、提供に関する意思表示を知っているかどうかを、その人の最近親者に問い合わせなければならない。最近親者もその種の意思表示を知らないときは、最近親者が摘出に同意する場合に、臓器、組織および細胞を摘出することができる。しかし、この決定の際、最近親者は、完全に自由というわけではなく、死者の推定的意思を尊重すべきとされている (臓器移植法 8 条 2 項ないし 3 項)。この法律は、信頼する者に臓器、組織または細胞の摘

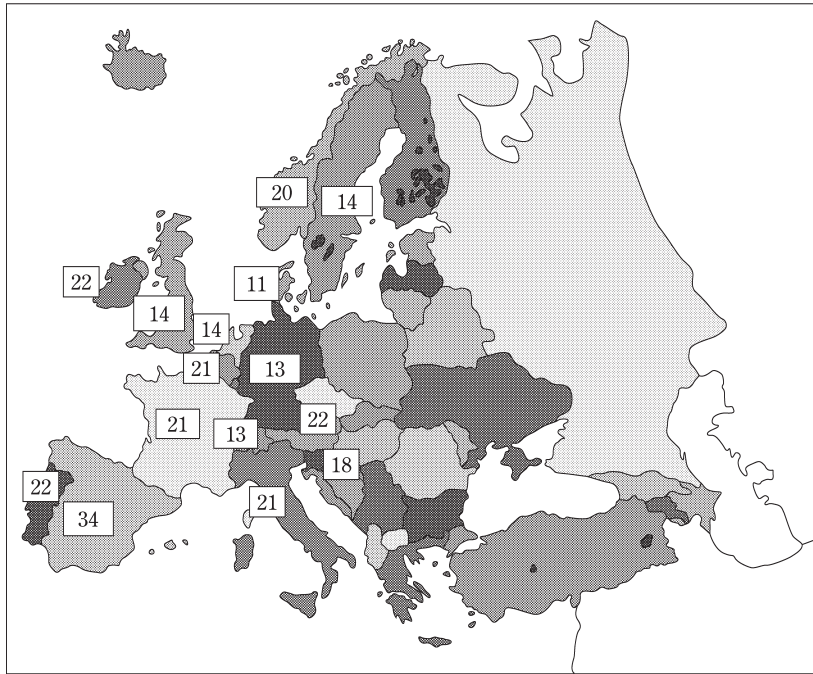
出に関する決定を委任する可能性をも人々に与えている。死者がその種の代理人を指定した場合には、その代理人は、最近親者に代わって決定を下す。死者の意思は、いかなる場合でも、最近親者の意思に優先する（臓器移植法 8 条 5 項ないし 6 項）。死者が意思表示を行っておらず、最近親者または指定された代理人が存在しない場合には、摘出は禁止される（臓器移植法 8 条 4 項）。換言すれば、意思表示がないということは、提供への「ノー（Nein）」とみなされるのである。

死者からの臓器、組織または細胞の摘出を、それに対する死者、その最近親

表 4 死後臓器提供の関する同意形態についての基本的モデル（2006年現在）

国	方式のモデル
ベルギー	近親者の異議申立権を伴う反対意思表示方式
デンマーク	拡大された同意方式
ドイツ	拡大された同意方式
フランス	通知方式
ギリシャ	拡大された同意方式
英国／アイルランド	拡大された同意方式
イタリア	反対意思表示方式
ルクセンブルク	反対意思表示方式
オランダ	拡大された同意方式
ノルウェー	近親者の異議申立権を伴う反対意思表示方式
オーストリア	反対意思表示方式
ポルトガル	反対意思表示方式
スウェーデン	通知方式
スイス	拡大された同意方式
スロヴェニア	反対意思表示方式
スペイン	反対意思表示方式
チェコ	反対意思表示方式
ハンガリー	反対意思表示方式

図3 人口100万人単位での毎年の死亡した臓器ドナー（欧州，2004年）



出典：Seliler/Bischoff/Nett/Candinas, Schweizerische Ärztezeitung 87 (2006), 144

者または代理人の同意なしに行う者は、臓器移植法69条1項cによれば、可罰的である（3年以上の自由刑または罰金）。また、この行為を過失によって行うことも、可罰的である（臓器移植法69条3項）！

すでに2007年7月1日の臓器移植法の施行前に、若干の州は、拡大された同意方式を採用していたが、反対意思表示方式の州も存在した。スイスの連邦裁判所は、2度、州による反対意思表示方式の合憲性に取り組まなければならなかった。

・すでに1972年に、連邦裁判所は、本人またはその最近親者が異議を申し立てなかった場合に、死体解剖および臓器移植を許容するチューリッヒ州の法令（拡大された反対意思表示方式）に取り組まなければならなかった。連邦裁判所は、この規定を合憲と評価した。なぜなら、人格の自由の基本権——現

は連邦憲法10条2項——は、死体に対するその種の侵襲の実施に関する明示的な同意を要求するものではないからである（BGB 98 Ia 508）。

- ・BGB 123 I 112において、連邦裁判所は、臓器移植を認める推定的同意から出発して、本人またはその近親者の反対意思表示権を予定する、臓器および組織の摘出および移植に関するジュネーブ法（拡大された反対意思表示方式）を容認した。この方式は——連邦裁判所がいうには——、十分な公共の利益を基礎とするものであり、一般に相応の通知政策が実施され、近親者に対する通知義務が遵守されているかぎり、比例性原理と両立可能なものである。

私の考えでは、拡大された同意による解決策を新臓器移植法に取り入れることは、適切な決定ではなかった。立法者は、それによって、絶対的な死後的人格性保護に匹敵する死の自己決定権を守らせようとした。最近親者の利益もまた、死者の意思に対して二次的な形で考慮されている。しかし、それによって、移植医療のための臓器、組織および細胞の利用可能性に対する公共の利益は、かなり大きく背後に押しやられる。連邦裁判所が呈示した方途であれば、正当であろう。すなわち、反対意思表示による解決策は、人々に反対意思表示の可能性について十分に周知するならば、憲法上保障された自由権と両立可能なものとなるのである。それによれば、相対的な死後的人格性保護は、依然として保障されるであろう。

図3が示すように、拡大された同意方式の国々におけるドナーの割合は、欧州の中で最も低くなっている（デンマーク、ドイツ、英国、オランダ、スイス）。この文脈で、二重の同意方式（doppelte Zustimmungregelung）によってきわめてわずかな臓器摘出がしか実施できていない日本の例も、挙げることができる [本講演直前の2009年7月13日に日本の臓器移植法は、拡大された同意方式へと改正された——訳者]。このことは、待機リストが増大する場合に否応なしに移植ツーリズムをもたらし、最悪の場合には、とりわけ臓器に関する違法な市場を促進することになる。

d) 死後臓器提供の場合における死期の確定（臓器移植法8条1項b, 9条）

人の生命の終期は、規範的に確定されざるをえない。なぜなら、生物学的に観察された死は動的なプロセスであり、そこでは複数の死期が考慮されるからである（このテーマ全体については、Schwarzenegger, StGB II, Basler Kom-

mentar, 2. Aufl., Basel 2007, vor Art. 111 N 16およびそこに掲載されたその他の文献を見よ)。議論の対象となるのは、特に、不可逆的な部分脳死（大脳のみ、あるいは脳幹のみ）、不可逆的な全脳死、または循環および呼吸の不可逆的な停止（心臓死）である。

新たな臨床的状态としての脳死は、現代医学の延命技術、ならびに心臓機能、循環機能および肺機能の機械による維持技術によって初めて前面に現れてきた。これらの手段が投入される場合にのみ、なお未到達の心臓死とすでに生じた脳死との間はかなり長期の間隔が生じうるのである。正当にも、今日、全脳の完全かつ不可逆的な機能消失の有する区切りとしての性質が指摘されている。こうした機能消失は、第1に、人間の意識能力および知覚能力の回復不可能な喪失を、第2に、脳幹による身体機能の中心的な制御の喪失を意味する。これに対して、個々の臓器、組織または細胞の死滅は、もはや人間という有機体の死には属さず、死亡した有機体の崩壊に属するのである。死の憲法上の定義は、スイスにはない。よく挙げられる、臓器移植との関連での死の確認のためのスイス医科学アカデミーの医療倫理指針（SAMW 指針）（medizinisch-ethische Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften zur Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen）は、全脳死説から出発するものである。この指針によれば、人が死亡したとみなされるのは、次の場合である。すなわち、脳および脳幹の不可逆的な機能消失が生じるまで脳への血液供給を長時間にわたり減少させ、あるいは遮断する、心臓による循環の不可逆的な停止が生じる場合（心臓死）、または第1次的な脳損傷あるいは脳疾患の結果として生じる、脳幹を含めた脳の完全かつ不可逆的な機能消失がある場合（脳死）、である。正確な死期についていえば、脳および脳幹の機能消失の1度目の（臨床的な）確認は決定的ではなく、一定の時間間隔を経た後の、あるいは追加的検査を用いた脳による循環の停止の確認後の、2度目の臨床的な検査によって初めて確認されるものである（SAMW 指針 II. 1）。死の診断を確実なものとするための詳細と方法は、この指針に詳しく記述されている。指針のテキストの附則の中には、心臓死および脳死の確認に関する議定書が見いだされる（SAMW 指針 II. 2-3および附則 4）。脳死は、世界的に承認されている。死の確認方法における相違のみが、存在するにすぎないのである（Wijdicks, Neurology 2002, 20-25）。

臓器移植法 9 条 1 項は、正当にも、死を「脳幹を含めた脳の諸機能の不可逆的な消失」と定義することによって、全脳死説を堅持している。臓器移植法 9

条2項によれば、連邦評議会（Bundesrat）は、死の確認のための規定を命令段階において定める権限を有する。臓器移植命令（SR 810. 211）は、7条および附則1の中で、上記の2005年5月25日版の臓器移植との関連での死亡の確認のためのスイス医科学アカデミー（SAMW）指針、および規制調和国際会議のGCP指針（Leitline der Guten Klinischen Praxis der Internationalen Harmonisierungskonferenz）（ICH指針、1996年6月10日版）および世界骨髓ドナー協会指針（Richtlinien der World Marrow Donor Association）（2005年12月15日版）への参照を指示している。法律上要求される、脳の諸機能の不可逆的消失は、自発呼吸と循環の自律的制御という生命機能、有機体のホメオスタシス（Homöostase）〔恒常性。生物体が体内環境を一定の範囲に保つ働き〕を保証する統合機能、および意識に関係する。人が死亡するには、脳の様々な部分によって制御されるこれらすべての機能が、永続的に失われたのでなければならない。換言すれば、生命にとっては、これら3つの機能のうちの1つが存在すれば十分なのである。

人工呼吸器を装着しない人の場合には、上記の諸機能の消失を徴憑する、心拍と呼吸の不可逆的な消失を確認すれば十分である。これに対して、人工呼吸器を装着された人の場合、上記の諸機能は、反射検査（無呼吸検査）、脳活動の測定（脳波図）または間接的な証明（血管造影法。これについては、スイス医科学アカデミー（SAMW）指針II. 2-3および附則4を見よ）によって、測定されざるをえない。

2009年3月から、心停止ドナー（Non-Heart-Beating-Donors）の場合の死亡の確認について決定するために、スイス医科学アカデミー（SAMW）指針の改定が行われている。この種の死者の場合、スイス医科学アカデミー（SAMW）指針の統制措置を履践すると、移植のための実り豊かな臓器摘出の可能性が妨げられてしまう。というのは、心臓による循環の停止から摘出までの間には、多くの時間が経過してしまうからである。

e) 死後の臓器提供の場合における関係者の独立性

臓器移植法11条は、人の死亡を確認する医師は、死者から摘出される臓器、組織または細胞の摘出および移植のいずれにも協力してはならない、と定めている。同条は、利益衝突を防止するさらなる〔自己の任務の〕限定義務（Abgrenzungspflichten）を含んでいる（WHO 指導原則2参照）。

この独立性条項に対する故意または過失による（！）違反は、5万スイスフ

ラン以下の罰金に処される（臓器移植法70条1項b）。

f) 臓器，組織および細胞の生体提供

生体ドナーの場合，判断能力を備えた成年のドナーと，判断能力を欠いた，あるいは未成年のドナーとは，区別されなければならない。

判断能力を備えた成年のドナーからは，彼が包括的な説明を受け，自由にかつ書面上において摘出に同意し，侵襲によって彼の生命または健康に重大なリスクが生じないかぎり，臓器，組織または細胞を摘出することが許される。さらに，レシピエントが同等の利益を得られるその他の治療法によっては治療されえないことが必要である（臓器移植法12条）。命令段階においては，いかなる情報がドナーへの包括的説明の対象となるべきかが具体化される。臓器，組織または細胞を摘出する医師は，生体ドナーに対して，摘出前に，口頭および書面で，提供の自発性および無償性ならびに対価と引き換えに提供を行うことの可罰性について，健康に対する短期的および長期的リスクについて，見込まれる入院期間および労働無能力またはその他の制限の程度について，必要な事後検査，その他多数の事項について情報を与えなければならない（臓器移植命令9条）。これと並んで，独立した専門家—心理学者が考えられる—が，上記人物が実際に自発的かつ無償で臓器，組織または細胞を提供したかどうかを検証しなければならない（臓器移植命令10条）。

生体ドナーの生命または健康に対して故意または過失により重大なリスクが創出される場合には，刑法上の諸々の帰結が予定されている（臓器移植法69条1項eおよび3項）。レシピエントが同等の利益を得られるその他の治療法によって治療されうるのであろうにもかかわらず，故意または過失により生体ドナーから臓器，組織または細胞を摘出する者は，違警罪（Übertretung）として処罰される（臓器移植法70条1項c）。

ドイツ法とは異なり，スイス臓器移植法は，死後提供に対する生体提供の補充性原理を予定していない。立法者は，このような臓器を用いることで，レシピエントにとってより十分な生存の機会が存在することになるからであり，また，ドナーに対するリスクはむしろ少ないといえるという理由から，意識的に，生体から提供された臓器の利用を促進しようとしたのである（表1見よ）。

判断能力を備えた成人は，親族関係または密接な人的関係の有無にかかわらず，自己の臓器，組織および細胞を必要とする人に，それらを自由に利用させることが許される。それゆえ，生体ドナーは，一方で，特定の人に向けられた

提供を行うことができるし、他方で、待機リスト上の面識のないレシピエントのために利他的な提供を行うこともできる。この点でも、スイスは、ドイツの規制とは異なっている。スイスでは、濫用の危険はきわめてわずかである、と評価されたのである。

判断能力を欠いた者、あるいは未成年者の生体提供は、臓器移植法13条1項に従って、原則的に排除されている。再生可能な臓器または組織については、例外がありうる。しかし、その場合には、制限的な要件カタログが妥当する（臓器移植法13条2項を見よ）。特に、この種の生体提供の場合、レシピエントの範囲は、兄弟姉妹、子および両親の一方に制限されている（臓器移植法13条2項d）。

これらの要件を故意または過失により遵守しない者は、処罰される（臓器移植法69条1項fおよび3項）。

g) 移植のための臓器の分配

連邦憲法119a条2項は、連邦が公正な臓器分配基準の定立に管轄を有すると規定している。特定の人のために行われるのではない臓器提供については、臓器移植法は、統一的な分配規制のための枠組のみを定めているにすぎない。その根本を成すのが、差別禁止原理である。この原理は、スイスに居住地を有するあらゆる人は、分配の際、平等に取り扱われなければならない、と指示するものである。これらの人々は、スイスに居住地を有しない人よりも優先される。スイスに居住地を有しない人は、待機リストに登録されたかぎり、一定の要件の下でのみ臓器の分配を受けられるにすぎないのである（臓器移植法17条）。

臓器の分配にあたっては、移植の医学的緊急性および医学的利益ならびに待機期間が考慮されなければならない（臓器移植法18条）。詳細は、臓器分配命令に規定されている。

臓器移植法17条ないし18条に基づく義務に違反する場合には、3年以下の自由刑が科される（臓器移植法69条1項g）。

待機リストの管理と臓器の分配は、臓器提供および移植に関するスイスの財団（スイス・トランスプラント。臓器移植命令38条を見よ）によって行われている。スイス・トランスプラントは、スイスで利用されなかった臓器を国際的な臓器交換に供することについても、責任を負っている（臓器移植法23条）。

2.2.3 スイス刑法典

臓器移植法69条1項は、重大な可罰的行為が存在するかぎり、刑法を優先するとの留保を含んでいる。まず何よりも、身体および生命に対する罪が想定されている（刑法111条ないし126条）。

生体ドナーからの移植目的での臓器摘出が行われる場合には、刑法122条の意味での重大な身体傷害が問題となる。すなわち、支配的学説によれば、医師によるあらゆる治療的侵襲は、それゆえに臓器摘出およびレシピエントへの移植もまた、重大な身体傷害（刑法122ないし123条。BGE 124 IV 260 f.; Donatsch, Strafrecht III, 9. Aufl., Zürich 2008, 47 f. およびそこに掲載されたその他の文献を見よ）の構成要件を充足するのである。それゆえ、この侵襲は、正当化を必要とする。正当化は、臓器移植法12条の特殊な同意要件が満たされる場合にのみ、肯定されるにすぎない（Donatsch/Tag, Strafrecht I, 8. Aufl., Zürich 2006, 249; Donatsch, Strafrecht III, 9. Aufl., Zürich 2008, 42）。

死体の場合の臓器摘出については、刑法262条2の刑法規範（死体またはその一部の奪取）も絡んでくる。臓器移植法8条所定の要件が満たされる場合、それは、正当化事由とみなされる。

最後に、刑法182条は、臓器摘出目的での人身売買の禁止をも予定している。それゆえ、スイスは、この点でも国際的な保護水準に従っているのである（人身売買を禁止する欧州評議会の条約 [CETS No. 197] を見よ）。

4 結 語

スイス臓器移植法は、全体的には、国際的な議論の最新の状況に適合したものになっている。スイス臓器移植法は、世界保健機構のすべての重要な指針および欧州評議会条約を考慮に入れているのである。もっとも、拡大された同意による解決策は、死後臓器提供の申出を不必要に減少させ、少なくとも1年目は、供給状況を悪化させた。人々への臓器提供証明書の徹底的な宣伝活動によって状況が好転するかどうかは、なお様子を見なければならない。臓器分配の枠内において、臓器ドナーを得ようとする臓器移植センターの努力が判断基準に含まれていないことに対して、批判が表明された。例えば、ベルンのインゼル病院では多くの臓器を摘出することができているが、スイス・トランスプラントによる臓器分配は、これらの臓器の多くを、チューリッヒへと転送してしまうのである。これなどは、諸々の命令を適合させることによって是正可能な

小さな欠陥にすぎないのである。

（訳者あとがき）

本稿は、2009年7月21日に早稲田大学比較法研究所の主催（共催・早稲田大学グローバルCOE《企業と法創造》医事法グループ）で開催されたスイス・チューリヒ大学法学部のクリスチャン・シュワルツェネッガー（Christian Schwarzenegger）教授の講演「スイス臓器移植法」（原題はDas schweizerische Transplantationsgesetz）の訳である。シュワルツェネッガー教授は、1959年にスイス・チューリヒで生まれ、1984年にチューリヒ大学法学部卒業後、同大学の助手を経て、1992年法学博士の学位を取得、シャフハウゼン州裁判所で実務経験を積んだ後、日本の新潟大学法学部と愛知大学法学部で教鞭をとられ、1999年より母校のチューリヒ大学法学部で教鞭をとられている。日本通であり、刑法、犯罪学、医事法等の分野で活躍中であり、訳者の甲斐とは、同教授が新潟大学法学部に在職中の1995年3月以来の親交がある。講演当日は、日本の臓器移植法が改正された直後であっただけに、40名余りの参加者も熱心に講演に耳を傾け、実に有益な質疑応答も行われた。この訳稿により、日本とスイスの臓器移植法制度の比較も可能となるであろう。

（甲斐克則・記）