

脳死論に関する法律的問題

——主として、脳死に対する法律的理解を中心として——

山内 義 廣

I はじめに——脳死に関する現在の情況

現代社会はあらゆる分野で高度な発展を遂げてきている。特に、自然科学系の分野ではめざましいものがあり、中でも医療関係においては専門的知識と技術はいくつもの困難な難病を克服し、人間の幸福と繁栄に貢献してきた。そのような中で、最近、「人の死」の判断について従来の心臓死を中心とする三徴候説から脳の機能喪失を中心とする脳死説へと移りつつあるのは世界各国においてはもちろんのこと、我が国においてももはや周知の事実となってきている。このような「人の死」の判断についての変化は、従来ではとうに死んでいた人間が先端医療技術の発達によって延命が可能になり、それによってもたらされた臓器移植と深くかかわりあっていることは否定できない。

ところで「人の死」の判定について我が国の情況が議論錯綜しているなか、厚生省の「脳死に関する研究班」（竹内一夫班長）は、1985年12月に「脳死判定基準」（竹内基準）を発表し、脳死をもって「人の死」とする標準的判定基準を示した¹⁾。我が国ではそれ以前にも1974年に日本脳波学会の「脳波と脳死に関する小委員会」より発表された「脳波学会の基準」により脳の急性一次性粗大病変における「脳死」の判定基準が示されていた²⁾。

この厚生省の判定基準は、この脳波学会の判定基準を発展させたものであり、医師が医学的立場から患者を脳死と判定するについていくつかの条

件を示したものである。それによると患者の状況が①深昏睡，②自発呼吸の消失，③瞳孔が固定し，瞳孔径は左右とも4mm以上，④脳幹反射の消失，⑤平坦脳波となった上に，⑥以上の条件（①～⑤）が満たされたのち，これらの6時間経過をみて変化がないことを確認し，これら6つの条件をすべて満たした場合に脳死とし，それをもって「人の死」としてよいとしたのである。³⁾

この判定基準はそもそも，「人の死」を判定するについて，大学病院に設置されている倫理委員会が独自の判定基準を作製していることは倫理的にも医学的にも好ましいものではなく，しかも，一般の人々が病院によって「人の死」の判定時間が異なることによって医学界に対する不信を強めることなどから各大学の倫理委員会が互いにコンセンサスを得るための必要な最少限度の基準を作るためのものとして考えられたのであった。⁴⁾しかし，先端医療技術の発展を背景とした厚生省のこのような努力により「人の生」のメカニズムが解明されているにもかかわらず，現実には脳死をもって「人の死」とすることについて賛否両論があり，依然として従来通り「人の死」は①心臓停止，②肺呼吸の停止，③瞳孔の散大による三徴候説による「人の死」の判定が正しいとする見解が対立し，今日に至るまで激しい議論が重ねられてきている。もはや，医学的領域においては，脳死，主として脳幹部の死をもって「人の死」とする見解は定着しているが，⁵⁾「人の死」は医学的見地においてのみ決定することはできず，法律の見地，哲学的見地，文学的見地など様々な領域の十分な検討をもって決定されなければならないことはいうまでもない。

そのようなことから，政府は，「人の死」に対する国民的合意を得るために，⁶⁾1990年3月「臨時脳死及び臓器移植調査会」（略・脳死臨調）を発足させ，いろいろな分野の専門家の意見を聞いたり，公聴会を開いたり多方面にわたって努力してきた。そして，その中間報告が1991年6月に発表され，⁷⁾最終報告が1992年1月になされた。⁸⁾それによると脳死臨調の委員15人

の見解は必ずしも一致しなかったが、脳死をもって「人の死」と認め、それによる臓器移植を推進する方向を示したことは確実である。脳死臨調はこの結論に至るまでの間、つまり、発足から中間報告に至るまでの期間および中間報告から最終答申に至るまでの期間に、いろいろな角度から国民の意識を調査して一般国民の意識動向の把握に努力したことはいうまでもない。⁹⁾

ところで世界各国の状況はどうであろうか。アメリカはじめヨーロッパの多数の国々では脳死を「人の死」と認め、それによる臓器移植が盛んに行なわれている。このような世界の大勢からすると我が国の状況はかなり遅れていると言わざるを得ない。このことは、「人の死」に対する国民感情や宗教感情など我が国独特な考え方の相違によることは否定できない。しかし、現実には、我が国で臓器移植ができない人々が外国に行って臓器移植手術を受けているなど¹⁰⁾脳死問題にかかわる移植の問題は、我が国独自の問題ではなく、外国を巻き込んだ問題にまで発展してきているのである。

今後、脳死および臓器移植の問題を考えるについては、我々個々人が、真の人間の幸福とはなにか、開かれた明るい医療・人間に幸福をもたらす医療とはなにかを十分に考えると同時に人間の尊厳を正しく理解し、法律的にも問題を残さないよう十分に検討してゆくべきである。¹¹⁾

注 1) 竹内一夫研究班は1985年12月「脳死に関する研究報告」を厚生省に提出した。この報告書では脳死の概念につき1968年に日本脳波学会が提案した定義を採用し、脳死とは脳幹を含む全脳髓の不可逆的な機能喪失であると定義した。これは研究班が早すぎる脳死判定を避けるために全脳死説の立場を採用したことになる。なお、この報告では、六才未満の幼児を判定基準から除外した。脳死研究班報告要旨・読売新聞・1985年12月7日。

2) 日本脳波学会の判定基準では次のような条件になっている。①深昏睡、②両側瞳孔散大、対光反射および角膜反射の消失、③自発呼吸の停止、④急激な血圧降下とそれにひきつづく低血圧、⑤平坦脳波、⑥以上(①～⑤)の条件が揃った時点より6時間後まで継続的にこれらの条件が満たされている。参考条件としてnon-filling angiogram。脊髄反射消失は必須条件で

はない。植木小委員会報告・「脳波と脳死に関する委員会」・1974年。

- 3) 竹内基準については様々な批判がある。竹内基準では脳の機能の死をチェックするだけにとどまっているが、脳細胞そのものの死をチェックする必要がある。脳死臨調は、竹内基準は現代医学の水準からして妥当であるとしているけれども、「脳血流測定」や「聴性脳幹反応テスト」をする必要があるのではないか。最近では、大学によっては、これらの方法を竹内基準につけ加えて脳死を判定している。ちなみに、北海道大・京都大では竹内基準+聴性脳幹反応テスト、東北大・島根大では竹内基準+聴性脳幹反応テスト+血流検査、信州大では竹内基準+聴性脳幹反応テスト+六才未満も対象、大阪大では竹内基準+二次性脳障害について聴性脳幹反応テストとなっている。読売新聞・「死の判定」シリーズ・「脳死臨調最終答申を前に」・1991年11月4日～11月9日まで5回連載。
- 4) 竹内基準が発表される以前には病院によっては第一回目の脳死判定から第二回目の確認時間がずれていた。このような時間のズレは死によって引き起こされる相続問題などに重大な影響を与えることになる。例えば、防衛医大では48時間後、千葉県救急医療センターでは24時間後、千葉大附属病院では6時間後、山梨中央病院では0.5時間後、京都第一赤十字病院では6時間以上など様々であり、統一されていない。このような現状から全国統一基準を作る必要があった。

「脳死判定時間」の全国90病院調査(※は大学医学部)

	判定時間	その理由
北海道大付属	(6)	◎
札幌医大付属	(6)	◎
弘前大医※		ケース・バイ・ケース。脳死に関する学部の統一基準は未定
青森県立中央		臓器移植との関連で、将来、脳波で脳死を決めることに
岩手医大	(12~24)	ケースによるが、12時間~24時間観察して判断
岩手県立中央	(6)	◎
東北大医※	(6)	◎
由利組合総合(秋田)	(6)	脳卒中患者についてだけ判定
秋田大付属		平坦脳波を時間をおき3回確認すれば脳死
山形県立中央	(6)	◎
福島赤十字	(3)	脳幹反射、呼吸状態を優先的に診察。平坦脳波3時間で
大原総合(福島)	(6)	◎
国立水戸		ケース・バイ・ケースで、判定時間は一律に限定できない
筑波大付属		二度と意識が戻らない状態を基準に判断
済生会宇都宮		臨床医の判断による
芳賀赤十字(栃木)		同じ
群馬大付属		脳死後も治療続行し、心臓死で死とする

脳死論に関する法律的問題

群馬県立前橋		脳死を死と認めていない
大宮赤十字	(6)	◎
防衛医大	(48)	医学的には24時間だが、念のため
千葉県救急医療センター	(24)	社会通念、宗教的要素を考えて
千葉大付属	(6)	◎
日本医大永山	(24)	◎に準じて24時間後に
東京医科歯科大	(24)	脳死状態に陥ると、30分ずつ6回平坦脳波を確認
川崎市立川崎	(6)	脳幹機能の停止から6時間後に判断
聖マリアンナ医大※		平坦脳波の出現時で判断。臨床状況を重視
新潟市民	(6)	◎
新潟大付属	(6)	◎
富山県立中央	(6)	◎
富山市民	(6)	◎
金沢大付属		脳死判定を必要とする機会(臓器移植)がない
石川県立中央		全国共通の判定基準が決まってから院内基準を確定
福井県立	(24~)	平坦脳波の24時間継続確認後、専門医が対診判断
福井赤十字		脳波を取る機会がなく、心臓停止で死を確認
山梨県立中央	(0.5)	平坦脳波の30分間継続で判断。家族の負担考えて
富士吉田市立		平坦脳波の出現で判断。家族の納得するまで治療
信州大付属		臓器移植は行っていず、脳死の大学基準は未設定
長野赤十字		◎を準用しながら、判断している
岐阜県立岐阜	(6)	◎
大垣市民	(6~12)	◎に即しながら、6時間から12時間で判断
静岡県立総合	(6)	◎
国立東静		心臓停止で判断
名古屋市大医※	(24)	◎に準拠するが、24時間で判断
名古屋保健衛生大		脳死状態となっても、治療は続行
三重大付属	(6)	◎
四日市市立	(24)	平坦脳波の24時間観察で判断
滋賀医大付属		心臓死で死亡確認
大津市民	(24)	脳波脳幹電位を24時間調べて確認
京都府立医大付属	(6~)	◎を適用するが、時間は6時間以上かかる
京都第一赤十字	(6~)	同じ
大阪大付属	(6)	◎6時間より早く判定するケースもある
大阪府立		6時間にこだわらず主治医中心に判断
兵庫県姫路循環器病センター	(5~12)	5時間から12時間の平坦脳波確認で判断
神戸市立中央市民	(6)	◎
奈良県立医大※	(6)	◎
奈良県立奈良	(6)	◎
和歌山医大※	(6)	◎
鳥取大付属		脳死判定は行っておらず、心臓停止で判断
鳥取県立中央		同じ
松江赤十字	(0.5~1)	◎を目安に30分から1時間で。脳細胞は再生しないから
国立浜田		当院の統一判定基準はない
川崎医大付属(岡山)		◎に準じて判断
岡山赤十字		同じ

広島市民	(24)	平坦脳波の出現から24時間後に判断
広島県立広島 下関中央	(2)	脳波計の感度を4倍にあげても平坦脳波が2時間続くと平坦脳波の出現で即脳死判定。ただしテストは3回繰り返す
山口県立中央	(6)	◎
徳島県立中央	(1.5)	平坦脳波出現後1.5時間でまず判定。数時間後に確定
徳島大付属	(6)	◎
香川医大付属	(24～)	平坦脳波出現後24時間以上の監視で判断
香川県立中央	(24～)	同じ
愛媛県立中央	(6)	◎
愛媛大医※	(6)	◎
高知県立中央	(6)	平坦脳波の出現後6時間で。院内の基準による
高知市高知市民		平坦脳波の出た時点で脳死とみるが、死亡は確認はしない
九州大付属	(72)	脳幹反射停止後24時間で脳死と判定するが最終判定は72時間後
久留米大		各種のテストで総合的に確認して判定
小柳(佐賀)		脳死イコール個体死とは考えていない。心臓死で判定
佐賀県立		平坦脳波出現の時点で脳死と判断。治療は続行
長崎大付属		脳死判定は行っていない
国立長崎中央		心拍と呼吸の停止で判定
熊本市民		当院としての脳死判定基準は未設定
熊本大付属		同じ
永富脳神経外科(大分)	(6)	◎
別府中央		平坦脳波出現の時点で判断
宮崎医大	(24)	脳死に陥って24時間以上経過しての回復は不可能
宮崎県立宮崎	(12)	脳死となって12時間以上たつての回復はない
鹿児島大医※		◎が常識だが、医学部としての統一基準はない
沖縄南部徳洲会	(6)	◎
沖縄県立中部	(24)	脳死24時間後の脳波が平坦だと回復不能

読売新聞掲載・1984・3・24。

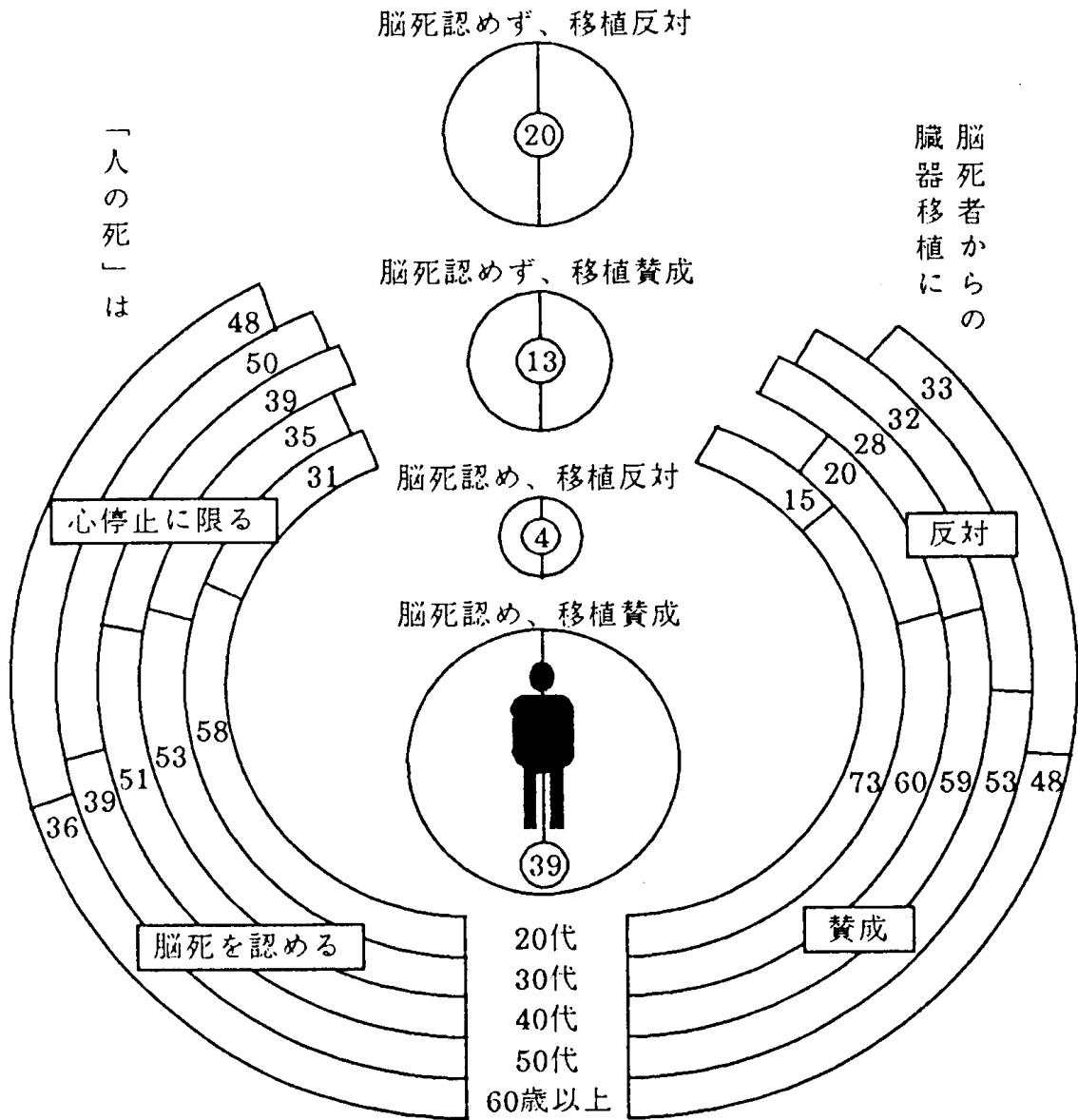
◎印は1974年は日本脳波学会が定めた脳死の判定基準を指す。

5) この点について同じ脳死説を採用するについても全脳死説と脳幹死説とがある。前者は日医生命倫理懇談会の中間報告(1987年3月25日)が採用している考え方である(その他多数)。これは仮に脳の中枢部、つまり、身体的基本的統合機能をつかさどる部分が死んだとしても他の脳の部分が生きている限り死ではなく、すべての脳の機能の死が妥当であるとする。その理由は、現に脳幹死による脳死判定がなされた後も身体の一部が動いたり、または、ホルモンが分泌された例があるからであるとする。後者は、脳死臨調が基本的に採用している考え方である。つまり、身体の中枢機能をつかさどる脳幹部の死があれば、仮に脳の他の部分が多少生きていたとしても、それはもはや「人が生きています」とはいえないとする考え方である。脳死臨調答申・1992年1月23日。ちなみに、心臓死で「人の死」を判断した場合でも髪がのびたり、つめがのびたりすることが考えられるので脳

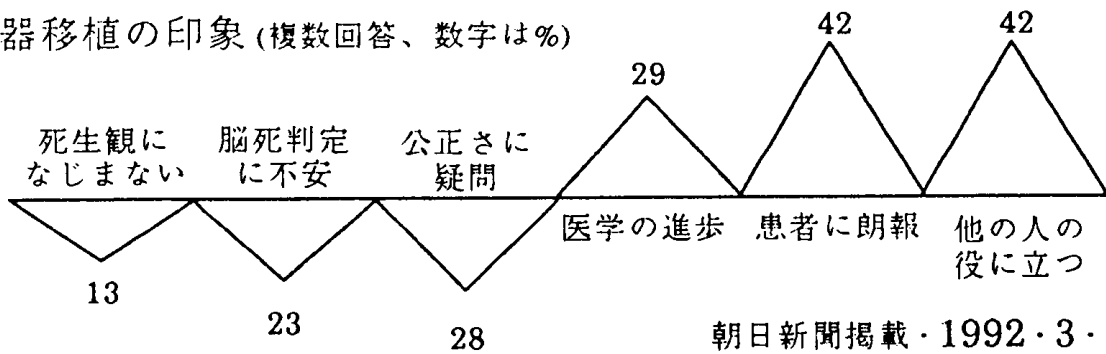
幹部の死によって脳死を判定してもよいのではないかと思う。

- 6) 医療技術の発達によって脳死が問題になるに至るまで「人の死」については失踪宣告のからみで「法律上の死」とはなにかが議論されたことはあるが、死そのものの定義や死に関する立法などについては目立った議論はすくなかった。「生」に関しては、民法上、権利能力の始期について一部露出説や全部露出説および独立呼吸説などが議論され、学説上一応の決着はついている。
- 7) 脳死臨調は会の発足以来1年以上にわたる議論をつくして中間意見として1991年6月14日に報告された。その内容は、脳死をもって「人の死」とし、それに関連して基本的に臓器移植を認める方向を示した。この中間意見では、脳死の定義について脳の神経中枢をつかさどる部分の死によって多少他の体内の機能が残っていたとしても脳死と判断するという考え方を示した。しかも、この考え方は医学界では定着した主流の考え方であるとした。この考え方に対しては、当然反対意見が添附されたことはいうまでもない。反対意見は、脳死は「人の死」とは認めないとしながらも、臓器移植については前向きな姿勢を示し、認める方向を示した。脳死臨調・中間意見報告・1991年6月14日。日弁連はこの脳死臨調の中間意見報告に反対して脳死はいまだ社会的合意ないと反発した。読売新聞・1991年9月21日。
- 8) 脳死臨調は1992年1月22日最終答申を宮沢首相に提出した。その内容は先の中間意見報告で示された内容をほぼ全面的に踏襲している。
- 9) ちなみに朝日新聞社は1992年3月8・9両日に国民の意識調査を行い、次のような調査結果を公表した。朝日新聞掲載・1992年3月23日。

表1 脳死と臓器移植 (全体比、数字は%)



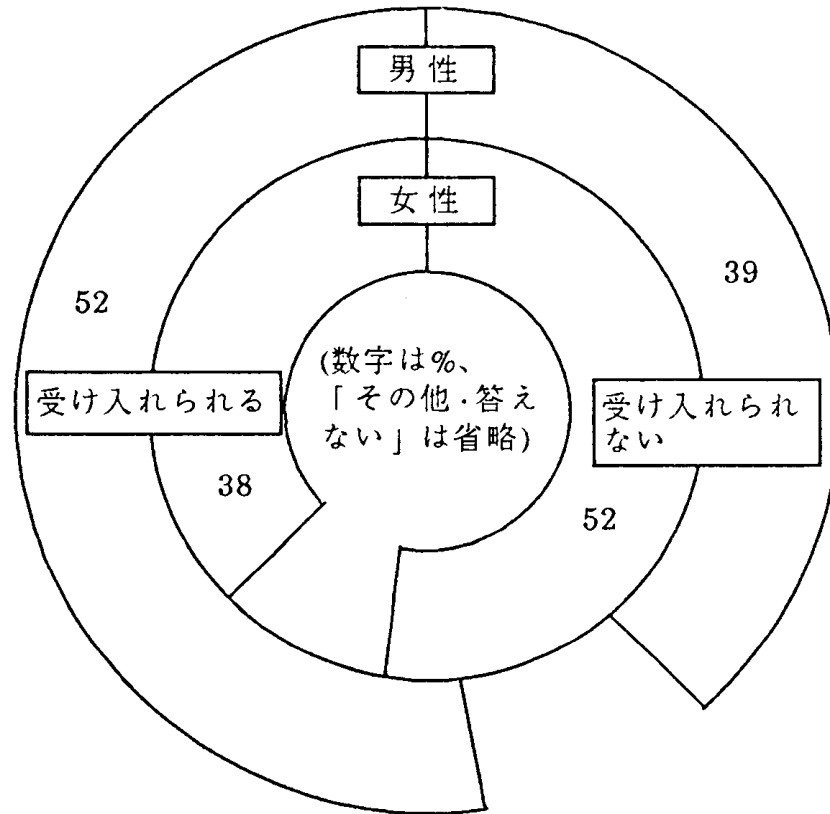
臓器移植の印象 (複数回答、数字は%)



朝日新聞掲載・1992・3・23

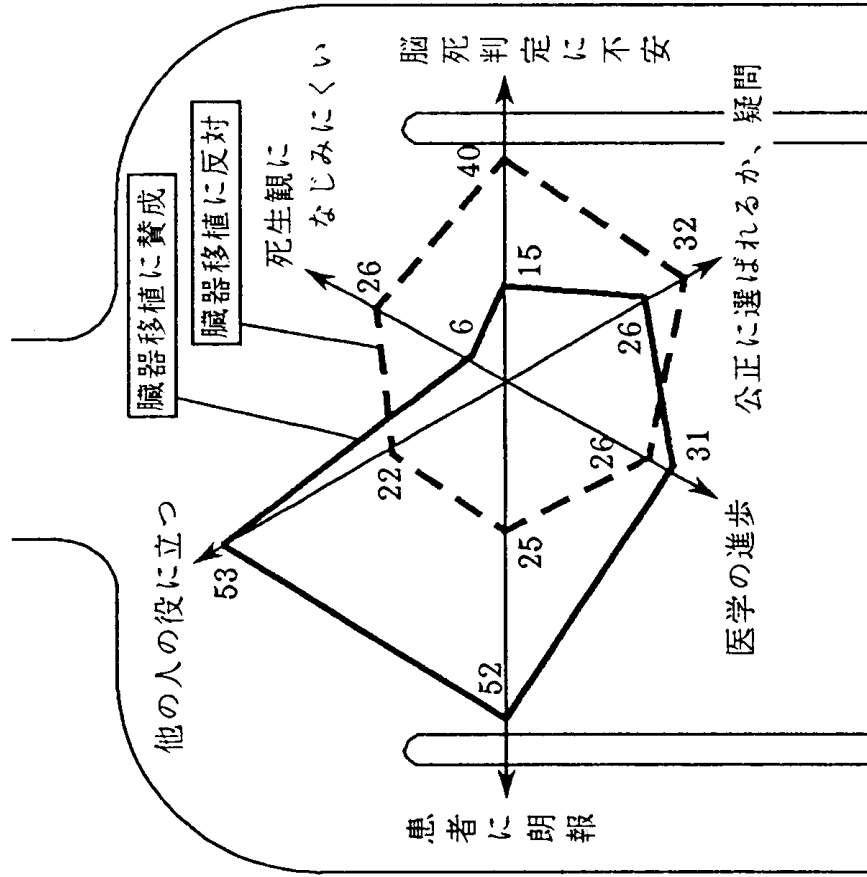
表2 脳死の賛否

仮に、家族が事故にあい、「脳死です」と
告げられたら、「死亡した」ということを



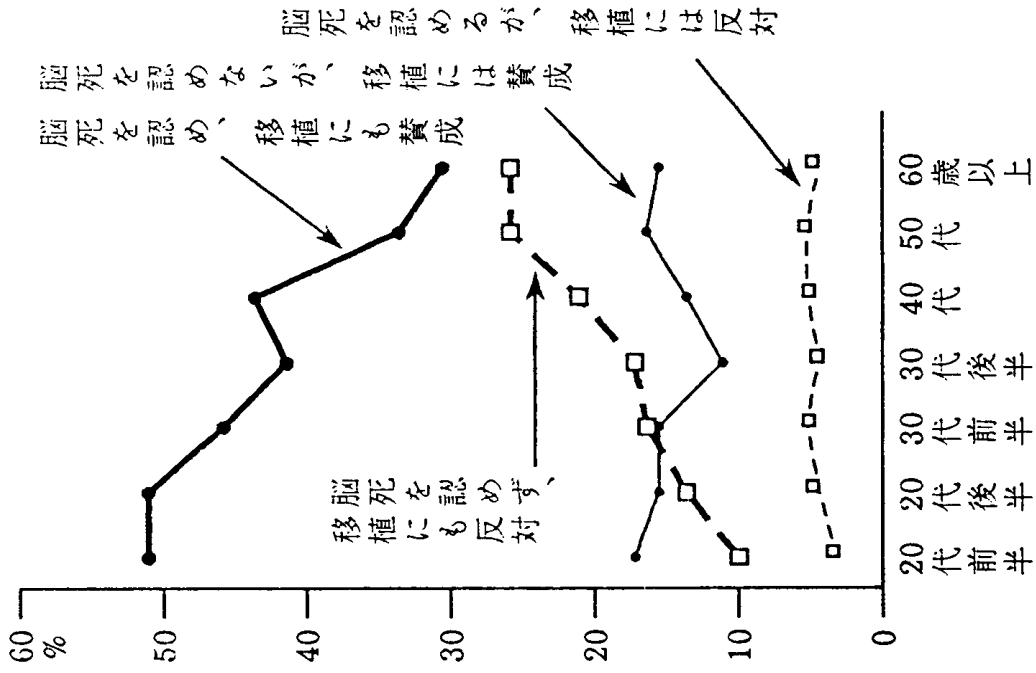
朝日新聞掲載・1992・3・23

表4 脳死者からの臓器移植の印象



(複数回答。数字は%「その他・答えない」は省略)

表3 脳死と臓器移植の賛否



脳死論に関する法律的問題

- 10) 我が国では脳死状態から臓器を摘出することが合法化されていないことから、心臓・肝臓・腎臓などに障害を持つ人々は自国で手術が受けられず、外国で手術を受けなければならない。特に、我が国の場合はオーストラリアで手術を受けるケースが多い。読売新聞・1992年5月28日。

オーストラリアで肝臓移植を受けた日本の子供たち

(胆道閉鎖症を守る会調べ)

手術年月	男女	年齢	備考
87年12月	男児	(1)	
88年2月	女児	(4)	
5月	女児	(2)	
5月	女児	(1)	死亡
8月	女児	(2)	
9月	女児	(1)	
10月	男児	(1)	
11月	女児	(2)	死亡
11月	女児	(12)	
12月	女児	(1)	死亡
89年2月	男児	(4)	死亡
2月	女児	(1)	死亡
3月	男児	(11)	
4月	女児	(1)	
4月	女児	(6)	
5月	女児	(2)	
6月	女児	(1)	
6月	男児	(1)	死亡
7月	男児	(6)	死亡
7月	男児	(1)	再移植
10月	男児	(1)	死亡

10月	女児	(3)	死亡
10月	女児	(4)	
10月	男児	(3)	
11月	女児	(1)	
11月	女児	(1)	死亡
90年3月	女児	(1)	死亡
7月	女児	(4)	
8月	男児	(1)	
10月	女児	(4)	
11月	女児	(1)	死亡
12月	女児	(1)	
91年1月	男児	(1)	死亡
1月	女児	(不明)	
2月	男児	(1)	
5月	女児	(4)	
5月	女児	(2)	
8月	女児	(1)	
12月	男児	(0)	
92年1月	男児	(19)	死亡
2月	女児	(6)	再移植
3月	男児	(1)	
4月	女児	(2)	

読売新聞掲載・1992・5・28

- 11) 脳死臨調の最終答申が発表された後、生命倫理研究議員連盟は脳死についての議員立法を目ざしたが、議員間に脳死に関する認識のズレが目立ち見送られた。この議員間の認識のズレとは、まず第一に脳死を「人の死」として法律で規定すべきなのか、第二に本人の意思が不明な場合に遺族の承諾のみで臓器摘出を認めてもよいのかということについてであった。この生命倫理研究議員連盟は1985年2月14日設立総会を開き脳死立法を目ざし発足した。十分に議論をつくり脳死についての国民的合意の形成を目的とするものであった。読売新聞・1992年5月31日参照。

脳死臨調最終答申後の主な動き

1月22日	脳死臨調が宮沢首相に最終答申
28日	永井会長が、生命倫理研究議員連盟に、脳死臓器移植の立法化を要請
〃	日本救急医学会理事会が、検視対象の脳死体からの臓器摘出は当面避けるべきだとの見解を発表
31日	山下厚相が閣議後の記者会見で脳死移植実施に対し慎重姿勢を表明
2月3日	京都大医学部倫理委員会が脳死肝移植を承認(これ以降5月末までに奈良県立医大など3大学が心、肝などの脳死移植を承認)
3月13日	日本弁護士連合会が脳死移植に反対する意見書を公表
27日	日本循環器学会の心臓移植適応検討会が初めて移植適応患者7人を認定
4月13日	各医学会による移植関係学会合同委員会が発足
5月8日	衆院法制局が生命議連役員会に、臓器移植法案のタタキ台となる検討メモを提出
25日	法務省刑事局長が参院決算委員会で「人の死は社会通念で決定すべきもの。特別の立法措置は必要ない」と答弁
26日	生命議連役員会が今国会の臓器移植法案提出を断念

読売新聞掲載・1992・5・31

Ⅱ 法律学的見地からみた脳死に対する学説の検討

1. 法律的問題点の指摘

脳死をもって「人の死」(個体死)とする考え方は医学界ではもはや中枢的な考え方だとされており、医学的現場においても脳死によって死の判定を行っていることは稀ではない。先の政府の脳死に関する諮問機関である脳死臨調の考え方も中間報告および最終答申を通じてほぼその考え方を踏襲しているように思われる。しかし、「人の死」はあらゆる専門的領域で検討され、それらの議論を通して総合的に考えねばならないことであるがゆえに、医学的常識あるいは医学的主流の考え方が必ずしも法律的に妥当であり、国民の支持を得られるとはかぎらない。今やこの問題はあらゆる学問的領域および国民の意識の動向をもかかえこんだ大きな社会問題にまで発展し、国民的関心の的にまでなっている。

さて、このような大きな社会的問題について法律学的にはどのように考えたらよいのだろうか。そして、さらに法律学的論議を経て「人の死」について立法をもって解決しなければならないものなのだろうか。

法律学的には脳死をもって「人の死」と認めるのか、あるいは、認めないのかは治療行為または臓器移植との関連において問題になっている。つまり、医師の行為が、脳死をもって「人の死」と認めるか認めないかによって、ある時には殺人罪を構成する行為の対象となり、また、ある時には死体損壊罪を構成する行為の対象と考えられることになる。脳死概念が登場してくる前から慣行的に行なわれていた死の判定方法である三徴候説に従えば、現代の発達した人工蘇生術を用いて脳死状態の人を生きし続けることは、一方では、治療行為を継続することであり、一方では、脳死が医学的に「人の死」とであると解明できる以前ではすでに死んでいた人を生きし続けることでもある。しかし、脳の死が「人の死」とであるという考え方が登場してきたことによって、もはや助かる見込みのない人に対する過

剰治療を打ちきるか、または、すでに死んでいると思われる人を発達した人工蘇生術により生かし続け、その人の臓器を他人の体内に移植することによって生存期間残り少ない生命を救うことが可能ではないかと考えられることになってきた。

このような視点に立って死の判定を考える時、従来の三徴候説に従えば、脳死状態で医師が善意で行った過剰治療の中止はもちろんのこと、心臓・肝臓・腎臓などの臓器摘出行為は殺人罪および傷害致死傷罪の成立を可能にし、医師の行為は一転して我々の社会では受け入れがたい違法行為化してしまうわけである。しかし、その反対に、脳死は「人の死」であるという考え方に立脚すれば、医師の行為は我々の社会では適法行為として受け入れられ、無駄で過剰な治療行為を打ち切ることができるとともに、臓器移植を可能にし、それによって多くの死に直面している生命を救うことができるのである。

このことは、脳死が「人の死」であるかどうかによって医師の治療打ち切り行為や臓器摘出行為が違法行為にも適法行為にもなりうることを意味することになる。そういう意味では、脳死をもって「人の死」とすることの持つ意味は法律的には非常に大きな意味を持つことになる。もちろん、仮に脳死をもって「人の死」とせず、従来の三徴候説で死の判定をしたとしても、医師の手による過剰治療の中止、例えばレスピレーターの取りはずし行為や臓器摘出行為が犯罪の嫌疑ありとされても、犯罪成立要件を吟味する段階で医師の行為に対して違法性を阻却したり、または、責任を阻却したりする考え方は成り立ちうる。¹⁾

今日に至るまで法律界ではこのような問題について議論が真剣になされてきてはいたものの、まだまだ十分であるとはいえない。1968年8月、日本で初めて、当時札幌医大の教授であった和田寿郎氏によって心臓移植が行なわれて以来一時脳死²⁾についての議論はとだえていたが、最近の医学的技術の向上により脳死による死の判定の精密度とその信頼性の増加にとも

ない、諸外国で心臓移植やその他の臓器移植を受ける我が国の患者が増加している状況を鑑みて再び脳死に関する法律的議論が活発化してきている。最近このような問題が日本刑法学会でも議論の対象として取りあげられ³⁾、単なる机上の議論だけで終わることなく、医学界の発展や医療技術の幸福に対する貢献という観点から、現実の問題として早急に解決しなければならない問題にまで発展しているのである。

- 注 1) 刑法学者の中には違法性阻却説を採る人や責任阻却説を採る人が多数いる。ただこのような考え方は、一応医師の行為については犯罪の嫌疑がかけられ、犯罪構成要件該当行為になる関係上、医師としては必ずしも歓迎する考え方ではない。いつ自分の行為が犯罪の嫌疑にかけられ、法律問題になるか不安な状態で医療行為をしなければならないからである。
- 2) この手術は、一応、成功したかのように見受けられたが、手術後83日で受容者が死亡するに至り、殺人罪の疑いで刑事事件に発展した。当時一般社会ではもちろんのこと、医学界でも現在のような十分な脳死に対する議論がなされておらず、死の判定についても技術的にも未熟だったことから種々の法律的問題あるいは倫理的問題を投げかけた。結論は不起訴処分になったとはいうものの不透明のまま社会に大きな問題を残してしまった。最近でも筑波大付属病院の医師らが1984年9月に脳死者からの脾・肝同時移植について主として東大の医師らによって殺人罪および傷害致死罪で告発されたが、これも和田心臓移植と同様に不起訴処分となった(1992年5月12日)。この不起訴処分は、和田事件の場合と違って、もはや脳死は「人の死」であるということについて社会的合意ができつつある中で、しかも、国会でも「臓器移植法」が立法に向って議論されている状況の中で、もはや、医師には刑事上の責任を問うことは困難な状況に達していると判断したからである。読売新聞参照・1992年5月13日。その他今日までに、1986年3月東大医科研と広尾病院の腎移植、1988年5月新潟信楽園病院での腎移植、1990年10月大阪大学附属病院での腎移植に関する殺人罪での起訴など、刑事事件に発展したものがある。
- 3) 1991年5月25日～26日に行なわれた69回日本刑法学会では一分科会「脳死・臓器移植をめぐる問題」－活発な議論がなされた。それ以前にも64回日本刑法学会で「刑法における生命」と題して議論された。しかし、両学会の議論を通して脳死は「人の死」であるという新しい死の概念の出現についての啓蒙はよりよくされたものの、まだまだ議論としては不十分であった。

2. 学説の検討

脳死論議における学説では、脳死をもって「人の死」と認めるか否かに関して大別すると三つの見解に分類することができる。

第一の見解は、脳死をもって「人の死」であることを積極的に認めようとする立場であり、基本的には、臓器移植の問題と死の判断とは切り離して考えようとする考え方である。「人の死」を脳死をもって一元的に考える。

第二の見解は、脳死をもって「人の死」であると一応は認めつつも、それになんらかの条件を附し、死の判定について慎重に対応しようとする考え方である。医学的判断は一応合理性があり、信頼できるということを前提に、この立場では、一つには、従来からの死の判定基準である三徴候説を基本的に考え、特殊な場合にのみ脳死を「人の死」と認めようとする考え方と、二つには、基本的には脳死をもって「人の死」と考え、脳死をもって「人の死」と認めない場合にはなおも従来の死の判定基準である三徴候説をもって考える考え方がある。従って、死の判定については患者の自己決定および選択の問題を当然に議論の中に包含するものである。

第三の見解は、非常に慎重な見解で、現段階では脳死は医学的には「人の死」とであると認められても、なおも国民各層の中での社会的合意が形成されていないがゆえに、脳死をもって「人の死」とであるという議論は避けるべきであり、ただ単に死に関する法律的問題の提起のみにとどめようとする考え方である。

当然、これらの見解は、従来から死の判定として慣行的に行なわれていた三徴候説に対する不信または疑問から引き起こされたものではなく、現代医療技術の発達によって臓器移植が可能となり、それとともに心臓は単なる血液を全身に送りこむ臓器の一つであるにすぎないことが証明され、そのことによって「人の死」とは人間の身体活動および精神活動をつかさどる脳の死によって決定されるのであるということから導き出されるので

ある。同様に、医学の発達が生者に対する治療行為の質的変更を余儀なくさせ、それが従来の死の判定である三徴候説が定着している社会の中で、種々な法律問題を投げかけてきたことにもよることはいうまでもない。

(1) 第一の見解

この立場を主として主張されている学者は多数いるが、その中でも特に、植松見解、加藤見解、平野見解、大嶋見解、斉藤見解を検討する。

① 植松見解

1968年8月、和田心臓移植がなされた当初、植松博士は死の判定について次のように主張されていた。¹⁾

まず心臓移植についても他の臓器、例えば角膜や腎臓と同様に移植に利用する目的をもって除去することが許されるのであれば、心臓も臓器の一つであり、特別のものではないとしながらも心臓移植の場合には生きていなければならない心臓を取り出さなければ意味ないことから、従来の三徴候説による死の判断では心臓摘出行為は殺人行為になるのではないかという疑問を投げられ、そこに「死」について論じなければならない問題が出てくるとされる。そして、「死」とは何かについて「心臓が活着していることはかならずしもその心臓の属する個体の生存を意味するものと解すべきではない。人体の一部が活着しているも個体が全一体として活着しているのだから、その人は活着しているとはいえない。部分の生存は、かならずしも全体の生存を徴表するものではない²⁾」とし、個体の生死の決定は法によって決定されるのではなく、科学によって決定されるものであり、それは脳死によってなされるべきであるとしている。ただ脳死によって死を決定した場合、人の死期を早めることになるのではないかという疑問については、脳死をもって「人の死」とする考え方と臓器移植とは切り離して考えるべきである。仮に、移植を可能にするために脳死を強調したとしても、その動機の不純をとらえる必要はないとしている。さらに臓器移植につい

ては、角膜移植のような特別立法がある場合は別にして、特別立法がない場合に、臓器の移植行為は実質的違法性の存否にかかわる問題としてとらえ、およそ善意でなされる臓器移植行為は実質的違法性がないと解すべきであると考えられている。

このように、植松見解は、死の判定について脳の一部の機能の死によって人格機能が喪失するのであればそれをもって「人の死」を是認してもよいとし、脳死による「人の死」の一元化を主張されている。そして、基本的には「人の死」は法律の領域で論じるよりもむしろ生物学的事実であるがゆえに、医学的判断を尊重すべきであるとし、医学的判断の合理性、信頼性に従うべきであるとしている。

この見解は、博士の後の論稿においてもほとんど変わらず、脳死をもって「人の死」とし、死の判定は「心臓にまつわる既成の観念にとらわれる必要はない」ことを強調されている。³⁾ 脳死について特別立法がない場合には、実質的違法性の存否によって医師の行為の正当性を判断すべきであるとしているのは、善意でなされる医師の行為を少なくとも違法行為にしたいくない所存であると察する。

② 加藤見解

加藤見解も植松見解と機を同じくして和田心臓移植が行なわれた頃に次のように主張された。⁴⁾

人間の死は従来は心臓死であると考えられてきたが、医学の進歩により脳が人間の中樞的機関であることが判明した。従って、死の判定基準としては心臓死ではなく、脳の機能の停止によって考えることになる。ただその場合でも脳の活動が一度停止しても復活する可能性があることから、「死」とは「①人間の中樞的な器官の活動が停止し、②その活動が復活する可能性が全くないという状態を指す」というとしている。このような判定については、脳波の停止による判定が適当であるが、現段階では脳波に対する測定方法が完成していないので、このことは将来、医療技術の水準

の向上により解決すればよいこととする。そして、移植目的による心臓摘出については、医師の動機の不純から問題が生じるが、それは死の判定について慎重を帰し、かつ、医師側に疑惑を残さないため、複数の医師による判定および脳波停止の記録等を保存することによって解決されるべき問題であるとする。また、判定方法については、法律を特別に制定するのもよいが、事の性質上、「医師の自律的判断」にまかせるべきであるとする。死亡時刻については、脳波の停止が脈の停止より先になり死亡時刻にズレが生じ相続などの法律的問題を残すことになるが、実際には脈の停止時期から推測して脳波の停止時期を推測して死の時刻を決定していくしかないとしている。

この見解は後の博士の論稿等においても基本的には変わらないが、⁵⁾最近では、脳死を「人の死」と認めない人については心臓死によればよいとして患者に死に対する選択権を認めている。また、死亡時刻については、以前は脳死判定時であったが、最近では確認時（第一回脳死判定時から6時間経過後）に変わっている。さらに、立法問題については、基本的には従来と同じではあるが、最近の日本の脳死論議の実情からして、理論的には法律はいらないけれども法律を作らなければ事が先に進まないという理由で立法の必要を主張されている。⁶⁾

全体として非常にすっきりした考え方であり、理論と実践が一致した一貫性に優れた見解である。特に脳死立法に関しては、その必要性が理論的観点からではなく、事実に観点から説かれているのは、氏の見解が臓器移植に関する医師の行為を問題にする時、植松博士がいう実質的違法性が欠如しているという見解と同じ考え方につながるものである。

③ 平野見解

平野博士は、従来我が国では心臓死、つまり、心臓の不可逆的停止によって「人の死」が認定されてきたが、最近の医療技術の発達によってレスピレーターで心臓を人工的に動かすことができるようになったことを考

えてみると心臓の不可逆的停止自体も死の判定の基準としては客観性に乏しいものであるとされ、そういう意味では脳死による死の判定は客観的に「人の死」を認定する唯一の方法であるとする。脳死の問題と心臓移植の問題については、一般には両者は関連されて議論され、前者は後者の手段と考えられがちであったが、そういう意味では医療関係者に対する疑いを含めて議論されてきた。しかし、本来、両者は全く別個の問題として考えるべき問題であるとされている。脳死判定方法については脳波による診断が植物人間との関係を区別するについて不明確さを残していた点に鑑み、厚生省の脳死判定基準も確立されたことにより、より正確になってきていることから、医学上は正確に判断できるとしている。⁷⁾さらに、個人が自己の好みで自己の死について脳死による死の判定あるいは心臓死による死の判定の選択をすることが出来るかどうかについての死に対する自己決定については、自己の選択によってなされるべきではないとし、臓器移植の場合にのみ脳死による死の判定を選択するのはあまりにも死を便宜的に考え、死の判定が便宜主義に陥る危険があるとされている。⁸⁾

博士の見解は脳死の定義を明確にし、「人の死」は人間が人間として機能するすべての精神的・肉体的作用をつかさどる脳幹死であるとされている。脳死の定義に関しては植松博士の見解と同旨である。死に対する自己決定権については「人の死」を脳死をもって一元的に考えている関係上、否定的である。しかし、ごく最近の見解でも脳死一元論は変わらないが、「人の死」の判定については、まず医学的に検討し、次に社会的・文化的にみて死といえるかどうかを検討すべきであるとして医学的判断を重視して死を二段構えで考えようとしている。そして、脳死一元論は、あくまで論理的一元論であってほとんどの人が心臓死で逝くことから、現象的には脳死と心臓死との二元論をとることになるとしている。⁹⁾死に対する自己決定権を認めないことからするとすっきりしない感がある。

④ 大嶋見解

大嶋見解によると人間は霊的動物であるがゆえに単なる器官の集合体ではなく「精神と身体の有機的統一体」であり、「その精神的・身体的生命機能のすべては、脳に結びつけられて維持されているのである」。従って、脳の機能が喪失したことにより、心臓はじめその他の臓器はしだいに機能を停止することになる。仮に、レスピレーターを用いて心臓や肺臓などの臓器の機能を人工的に動かしたとしても一人の人間の死は脳の死によって始まっているのである。それゆえ「人の死」は脳死によるとされる。そして、脳死とは「大脳皮質のみならず、脳幹をも含めた脳全体の機能の全面的・不可逆的な喪失をいう」と定義される。

従来の死の判定方法である心臓死を固執する見解に対しては、それは、かえって現代医学が見出した治療法に基づく医学的諸問題の解決を妨げるものであるとし、脳死の立法化については、人の死についての判断は、医学的問題であり、法がそれに介入することにより、医学の進歩を妨げる可能性があるがゆえに脳死の判定は、具体的状況に則して法解釈に委ねるべきであり、当面は立法化する必要はないとする。そして、脳死の判定基準および死亡時刻の確定については医学にまかせるのが妥当であるとする。¹⁰⁾

この見解は、脳死とは全脳死である点に先の植松・加藤・平野見解とは異なるもののようである。それは、脳死によって死が判断された後に身体的微動などが生じた例を意識してのことだと察するが、氏の人間の定義を前提として考えると脳死とは人間の機能を失った時点、つまり、脳幹の死とすべきであろう。また、脳死の立法化については、法解釈に委ねる関係上、臓器移植との関係については医師の行為については違法性阻却または責任阻却を考えていると思われる。やはり、積極的に脳死をもって「人の死」とするのであれば、立法化した方がすっきりする。

⑤ 齊藤見解

齊藤見解は、基本的には法律上の「死」という概念は法的効果を発生させるものであるがゆえに法的概念であるが、死の判定そのものは法のすることではなく、医学領域の問題であるという前提にたち、脳死が「人の死」として基本的に妥当であるとする¹¹⁾。その理由として、「人の死とは個体の生命現象をコントロールしている人の最高の器官が不可逆的にその機能をとめること」であり、その最高の器官が脳である。従って、「全体としての脳の機能が回復することのできないように失われたときに人の死と考えるのが妥当である」としている¹²⁾。そして、脳の死によって他の臓器が仮に生きていたとしてもそれは特別なことではない。それは従来の死の判定である三徴候説によって死の判定をした場合でも、心臓が不可逆的に停止した後も一定の期間、心臓以外の他の臓器が活動しており、毛髪やつめなどが伸びているのと同じだからである。医学的には、「人の死」は「かなり長い時間的なひろがりをもった生命現象の変化の停止のプロセスだと考えられている」¹³⁾からであるとする。

やはり、この見解も脳死は脳幹死であるという前提に立脚し、脳死の判定後の身体的微動などについては「人の死」には幅がありうるということで解決している。この考え方は、死の開始から完全な死の完了までを死と考えており、死を点ではなく幅でとらえている点に特長がある。

(2) 第二の見解

この立場に属する大谷見解、金沢見解、石原見解を検討する。

① 大谷見解

かつて教授は、「死とは相対的に判定されるものではなく、絶対的なものとして把握すべきである。三徴候説は人間の死を総合的にとらえたもので一種の慣習的効力を持っていた。それに対して、脳死説は臓器移植を可能にするためのものとして、あるいは、過剰医療を避けるという点から登

場してきたものであり、それは生命の軽視につながるものである。それゆえ、脳死説は反対である」と主張していた¹⁴⁾。しかし最近では、この見解を変更して「脳死状態の患者は、本来的にはもはや生命が消滅状態で、ただ単に人工的に生かされている生命体にすぎない。それゆえ、「人の死」は脳の機能が消滅した時点であるとして脳死説が基本的に正しい¹⁵⁾。そして、人の死の判定は、死そのものが法律上の概念としてとらえられ場合には死は権利義務の発生原因であり、かつ、犯罪の成否に係ることから、統一的になすべきである」として一元論を主張されている。

脳死状態で生命維持装置をはずす行為の法律的判断については、「三徴候説に立脚した場合、脳死状態は死ではないことからレスピレーターをはずす行為は殺人罪を構成することになる。しかし、このような場合に、医師が治療を続けることが無益であり、かつ、人工的にただ単に生命を維持するにすぎないと判断したのであれば、もはや医師には治療すべき法律上の義務はないから殺人罪を構成しない。臓器移植行為のためであれば、その行為は、レスピレーターを消極的に中止するのではないから、殺人行為である。従って、これを適法にするには、具体的状況に応じて判断し、消えゆく生命とそれによってもらい受ける生命との利益衡量の見地から実質的違法性の有無を判断するしかないのである」とする。

さらに立法問題については、脳死説を死の判定として積極的に取り入れるとすれば、反面では医学の進歩を妨げる可能性もあるので法的解釈によれば十分である¹⁶⁾とする。

この見解では、基本的には脳死をもって「人の死」であることが正しいとしておきながら、なぜか、目的によって、つまり過剰医療の中止か、臓器移植かによってレスピレーターをはずす行為に殺人罪の成否に違いがあるのは論理的に矛盾があるように思われる。死はもはや脳死によって判断されているのであるから、脳死判定後の行為については殺人罪の成否を考える必要はないのではないかと思う。

② 金沢見解

この見解は次のような内容である。

死の定義は、医学だけの問題ではなく、広く社会的な合意が必要である。従来行なわれていた死の判断としての三徴候説は、医学界では長い間行なわれて、社会的合意を得た慣習法的効力を持つものである。それゆえ、死の判定基準を変更することは、慣習法的基準の変更または補充を意味することになる。今や、科学技術の発達によって脳死説が唱えられているが、これらは早すぎる死の判定を招く恐れがある。この脳死説を採用するには、単なる医学的合理性の証明だけではならず、広く国民の社会的合意を得る必要がある。それについては立法での解釈が必要である。その際には、三徴候説と全脳死の意味での脳死を認める二元主義の採用が望ましい。さらに、現行の角膜・腎臓移植法（昭和54年）については今後改正すべき時には本人の自己決定権を認めることが必要である。¹⁷⁾

この見解は、基本的には社会的合意がなければ脳死は「人の死」ではないという考え方である。なにをもって社会的合意なのか明らかでないし、またどのようにして合意を得るのか明らかでない。脳死を「人の死」とすることに対しては、非常に消極的な見解であるといわざるを得ない。

③ 石原見解

この見解は、脳死論は臓器移植との関連でもちあがってきたことから両者を切り離して考えることが疑問であるという観点に立脚して、基本的には「死にゆく患者の生命権を守りながら病に悩む患者の生存権を支える死の認定方法を模索し、その過程の中で従来からの死の認定方法を大きく変更することなくして心臓移植に道を開く方法はないか」を考えるべきであり、その際に患者の自己決定権と医師による死亡認定との関係を共同的にとらえようとするのである。¹⁸⁾ 脳死に関しては、脳死状態は死ではなく、わずかに生命ある状態であるとし、それゆえ、そのような場合には、患者の自己決定権に基づいて脳死を死と認め、臓器提供への道を開いてもよいの

ではないかとしている。というのは、脳死による場合はほんのわずかな例しかないからである。一般の場合には、なおも従来の死の判定である三徴候説に基づいて判断してもよいのではないかとする。立法については必ずしも必要はないが、混乱を避けるためには立法がなされた方がよしとし、立法提案をすれば「本法（移植法）の適用において死亡とは、心停止・呼吸停止・瞳孔散大の三徴候の出現により認定する。ただし、臓器提供者が自らの意思によって全脳機能の不可逆的喪失の状態における臓器の提供をあらかじめ表明している場合には、それによりその者の死亡を認定することができる¹⁹⁾」、とする。

この見解は、基本的に脳死は「人の死」ではないということで賛同しがたい。しかし、魅力的な見解だと思う。

(3) 第三の見解

この見解の代表的学者は、唄教授である。教授は、法的概念としての死は、法律上の効果を伴うものであるがゆえに生物学的な事実としてとらえるのではなく、社会的概念としてとらえるべきであるとする。従って、国民各層の同意なしには人の死としての脳死説は認めるわけにはいかない。今のところ人の死の認定は従来から慣行として行なわれている三徴候説によるべきである。脳死を認めるのは時機まだ早しであるとする²⁰⁾。

唄教授の主張される「社会的合意論」は、感情論としては理解できるが、概念が非常にあいまいであると同時に、どのように合意を得るのか、またどのような合意なのか不明確である。

Ⅲ おわりに——小結

以上、我が国における脳死論の代表的見解を概観してきたが、私はやはり、脳死をもって「人の死」と認めるべきだと考える。しかも、その場合「脳幹死」を採るべきだと思う。というのは、現代医学は今や非常に精密で信頼が出来るがゆえに、死の判断については医学的判断を基本に考えるべきだからである。法的には、医学界でなされた判断を保障して行く方法を採るべきだと考える。従って、臓器移植法等の制定を早急に行なうべきである。

- 注 1) 植松正・「心臓移植・死体損壊・死の判定」・ジュリストNo.407号60頁以下参照・1968年10月1日。
- 2) 前掲63頁。
- 3) 植松正・「死の判定に関する脳死説への一寄与」・困藤重光博士古稀祝賀論文集第一巻（有斐閣）362頁・1983年。
- 4) 加藤一郎・「心臓移植をめぐる問題点」・ジュリスト407号66頁～67頁参照・1968年10月1日。
- 5) 加藤一郎・「脳死是認へ論議進展期待」・読売新聞・1985年12月10日。
同・「脳死の社会的承認について」・1985年12月10日。
- 6) 加藤一郎・「脳死臨調最終答申をめぐって」座談会・ジュリストNo.1001号12頁・14頁・31頁・1992年6月1日。
- 7) 平野龍一・「生命の尊厳と刑法」・ジュリストNo.869号40頁以下参照・1986年10月1日。同趣旨について同・「刑法概説」（東大出版会）156頁・1977年。
- 8) 同・「死と認めた上で反対者には配慮を」・読売新聞掲載・1991年8月7日。前掲ジュリスト869号48頁では、「死の概念自体が、人によってまちまちだというのは決して好ましいことではありません。そうだとすると、脳死を死とするのが正しいと考える人達の場合を実質的に尊重するためには、脳死を死とし、心臓死を死としたい人については、心臓が止まるまで活着しているのと同じ取り扱いをするほかないように思われます」として脳死説を優先させているものの、一見、自己の死に対して選択を認めているように思われるが、同注の新聞の論稿では「何が死であるかは客観的に決まるべきものであり、好みで異なってよいとするのは妥当であるまい」とされている。論理的矛盾を感ずる。
- 9) 前掲ジュリストNo.1001号・16頁。

脳死論に関する法律的問題

- 10) 大嶋一泰・「生命の終焉と刑法」・現代刑罰法大系第三卷（日本評論社）40頁以下参照・1982年8月。
- 11) 斎藤誠二・「刑法における生命の保護」（多賀出版）5頁・1987年2月。
- 12) 前掲・53頁。
- 13) 前掲・53頁。
- 14) 大谷実・「臓器移植と刑法」・刑事規制の限界（有斐閣）92頁以下参照・1978年。
- 15) 同・「脳死問題への提言」・ジュリストNo.822号73頁・1984年10月1日。
- 16) 前掲ジュリスト69頁以下参照。主として72頁・73頁参照。
- 17) 金沢文雄・「脳死および臓器移植」・ジュリストNo.904号35頁以下参照・1988年3月15日。同・「脳死についての社会的合意」・69回日本刑法学会レジメ16頁・17頁参照・1991年5月25-26日。
- 18) 石原明・「脳死に関する一試論」・ジュリストNo.826号78頁以下参照・1984年12月1日。同・「死の認定と患者の意思」69回日本刑法学会レジメ14頁・15頁参照。
- 19) 同・「臓器移植における承諾論」・ジュリストNo.987号45頁参照・1991年10月1日。
- 20) 例えば、唄孝一・「脳死問題に関するわが法学者の対応」・法学教室61-63号・1985年。その他多数。