

脳死の問題を考える

——法的論点を中心に——

【目次】

- 序論 考察のための方法論
- 第一章 「死」の実体論的考察
 - 第一節 死の定義—学問的・自然科学的な死の定義づけ
 - 第二節 死の判定—医学的・生理学的所見
- 第二章 「死」の現実論的考察
 - 第一節 死の認定—死の受容と選択
 - 第二節 死の宣告—死亡事実の確定
- 第三章 心臓移植再開の道と全体の結語
 - 第一節 心臓移植再開の条件
 - 第二節 全体の結語

脳死の問題を考える 石原

石原 明

(一五二)一五一

序論 考察のための方法論

一 現在の我が国では、脳死論議^①は、一つのピークに到達したと言いうことができる。昨年(昭和六二年)三月には、日本医師会の生命倫理懇談会が、脳死に関する中間報告を公表して広く各層に意見を求めたが、それをもとにした最終報告が、このほど公表された。これに先立って昨年十月には、日本学術会議は第一〇三回総会で、脳死問題につき賛成・慎重の両論併記の形で、見解を表明した。またこの間に、精神神経学会や生化学会、それに日本弁護士連合会なども、それぞれ意見を表明した。なお今回、日医倫理懇談会が最終報告を取りまとめたことは、確かに脳死論議の一つの方向づけを与えるものではあるが、しかしこの報告内容に対してもなお賛否の両論が提出されており、従ってこの報告書により我国の脳死論議が決着を見たというものではなく、なお広く社会的に論議を継続する必要があるといわなければならない。^②ところで私は、以前に「脳死論に関する一試論」と題する論稿を発表して^③、死の認定問題や臓器移植との関係などについて、私なりの考えを述べたのであるが、それに対してはその後、幾つかの批判を賜った。それは私自身の説明の不十分さのせいでもあるが、更にその後のこの問題に関する議論情況を見聞すると、もう少し立ち入って今一度、脳死の問題を考えてみる必要性を感じるのである。

現代の医療技術の著しい発展のもとに、生命の大幅な人為操作が可能となった時代において、我々は、一方では死とは何かという「死の実体論」を思考しながら、他方で、人工呼吸器（レスピレーター）の取り外しや臓器移植との関連において生じる諸問題を念頭においた、「死の現実論」を考えるという多角的な視点が、どうしても必要になってくるように思われる。更には、医学分野からのいろいろな情報、例えば、生命の中枢である脳幹機能の器械や薬物による代替可能性、脳死後の循環の長期保持の可能性、完全埋め込み型人工心臓の開発可能性などの情報に接すると、このことは一層強まってくる感がある。もっともこれらの医療技術が臨床的に用いられて種々の効果を發揮するのは、まだもっと先の話かも知れない。しかし科学の発達は、一步一步これらの可能性に近づきつつあるので、少なくとも今から、こうした事態を見越した上での生死の問題を実体的に考察することの心の準備だけでも、しておく必要があるのではなからうか。もっともそれには数々の難問がおおいかぶさってくるので、私にはとても明解な議論はできそうにもないのであるが。

他方、死の現実論的な問題としては、やはり臓器移植医療が発達してその成功率が高まるにつれて、一方では死に行く患者の生命権を守りながらも、他方で病に悩む患者の生存権を支えるための死の認定方法が模索されなければならぬと思われる。臨死患者の死期がことさらに早められて、その生命権が侵害されるようなことは決してあってはならない反面、心臓その他の臓器の病に苦しむ患者の救済方法がありながら、その道を閉ざしたままであることもまた、問題である。その両者がうまく成り立つ方法はないであろうか。こうしたことが今、我々の前に提示されている国民的な重要課題である。こうした視点から私は、国民の一人として私なりにこの問題を考察するので

あるが、それは基本的には、先に発表した前述の「一試論」の論旨を変更するものではない(もっともその後、家族の同意ということについては考え方を改めたが、それについては後述する)。そこで本稿は、「一試論」で述べたことを、重複するが再度記述して、論旨の不明確であった点を明確にするとともに、更に幾らかの私見を付け加えるものである。

二 ところで、死の問題を考える場合に、その方法論として従来から幾つかの視角が考えられていた。例えば、唄孝一教授は「脳死の二層性」ということを言われて、脳機能自体の不可逆的停止を判定するのは医師の専権的事項であるが、それを個人の死と見なすかどうかは社会の価値感情に基づくものであり、したがって社会の合意が必要である、と論じておられる。⁽⁵⁾ また斎藤誠二教授も、死の概念と死の判定ないしは認定の問題とは分けて考えるべきである、と述べておられる。⁽⁶⁾

ところで、こうした死の問題のアプローチの仕方について、我が国では法医学者の松倉豊治教授が、早くから明確な形で方法論的区別を立てられ、死の問題を考えるに当たっては、「死の定義」、「死の判定」、「死の認定」、「死の宣告」をそれぞれ区別して論じないと混乱が生じる、と説いておられる。⁽⁷⁾ そして「死の定義」はきわめて学問的、自然科学的な問題で、時代の政策論的な要因によって左右されない普遍性をもつべきものである、とされ、次いで「死の判定」の問題は、本来的に医学側の問題であり医師の方法論の問題であるとされる。それに対して「死の認定」は、社会医学的な要素を加えて人の死を取り扱う方法を認定する問題であり、また医学以外の社会各層が死を受容し承認するという問題であるとされ、そして「死の宣告」は、法律的に議論すべき論点を多く含む問題である、

とされるのである。そこで私も、この松倉教授の示された区別に教えられて、こうした観点から死の問題を考えることを、その方法論としたい。従って本稿では、以下において、まず死の実体を探る意味で「死の定義」と「死の判定」の問題について考察し、次いで現実論的、政策論的な角度からする死の問題を考察するために、「死の認定」と「死の宣告」について考えてみたいと思う。そして最後に、脳死問題と大いに関係する心臓移植が、今や再開の前後のような雰囲気になりながらもなかなか踏み切れない状況下において、心臓移植再開の条件は何かということについて、少しばかり考察をめぐらしてみたいと思うのである。

(1) ここに脳死に関する論議という場合にも、それには医学的所見である脳の死それ自体についての論議と、そのような脳の死をもって人の死とすることの是非についての論議との二つがある。後者は通常「脳死論(説)」と呼ばれ、本稿でもこの用語をその意味で用いる。もっとも後者の論議も前者と大いに関連するのであって、前者の論議にも、脳死とは脳幹死なのか全脳死なのかそれとも大脳死なのかというように、見解も分かれるし、またその死といってもそれは、その機能の不可逆的な停止(機能死)を言うのか、それとも脳の細胞レベルの死(器質死)を言うのかについても、見解が分かれている。そしてそのいずれの考え方をとるかが後者の論議に影響するのであるが、しかし今の脳死論議において、脳死とは「脳幹を含む全脳機能の不可逆的な機能停止である」ということをその基本としながら、それをめぐって種々論議がなされていると言ってもよいであろう。

(2) 周知のように、日本医師会倫理懇談会の最終報告は、死の定義において、従来の心臓死のほかに、脳死をもって人の個体死と認めるとともに、脳死の判定には患者本人またはその家族の意思を尊重してその同意を得て行うのが適当である、との見解を発表した(これについては六三年一月二日以降の各紙が詳しく報道している)。これより先に、昨年の日医倫理懇の中間報告に対しては、寄せられた意見のうち「賛成」「ほぼ賛成」は合わせて八割にのぼっているとの報道もあったが(毎

日新聞六年六月二七日)、他方、精神神経学会は、脳死の判定基準については医学界内部においても批判があるので、厚生省研究班の脳死判定基準を基本とみなすことはできないとして、脳死を個体死とすることに反対の見解を表明していた(毎日新聞六年五月一五日)。また生化学会も、一次性脳障害で脳血流停止が確認された「全脳器質死」に限ってそれを人の死と認めるといふ、脳死に敵しい見解を表明している(読売新聞六年六月二六日)。更には日本弁護士連合会は、現状では脳死判定基準などの諸問題が未解決であり、国民の合意も得られていないので、日医倫理懇の中間報告には反対せざるを得ないとする見解を、日本医師会に提出していたし(朝日新聞六年七月一日)、昨秋の日本救急医学会でも、厚生省研究班の作成した脳死判定基準については、多くの医療機関が疑問を表明した。しかしそれに対して日医懇談会は、厚生省の基準で間違いなく脳死を判定できるとしている(毎日新聞六年一月二日―夕刊)。このように現在もなお、脳死をめぐる論議には賛否両論があつて、いずれが優勢であるかは、にわかには判断することができない状況にあると言つてよいであらう。

(3) 石原明「脳死論に関する一試論」ジュリスト八二六号(一九八四年一月一日号)七八頁以下。

(4) 「生命権」および「生存権」の調和ということは、生命を考える国会議員会議のメンバーである飯田忠雄参議院議員が、その論文「死の法律的決定」『現代の生と死』からの科学臨時増刊(日本評論社昭和五九年)のなかで、臨死者の「生命権」と病者の「生存権」の合理的調整を説いておられることに示唆されたものである。

(5) 唄孝一「脳死問題に対するわが法学者の対応(三)」法学教室六三号二四頁など。

(6) 斎藤誠二「刑法における死の概念と脳死説(上)」ジュリスト八五三号八一頁など。なお斎藤教授の近著『刑法における生命の保護』(多賀出版昭和六二年)を参照。

(7) 松倉豊治「死の判定について」順天堂医学一六巻一号九七頁以下。同「脳死の認定と社会的合意」治療学一四巻四号四三三頁以下。同「臓器移植の法的問題——医学例コメント(二)法医学」大阪府医師会編『医事裁判と医療の実際——医家と法律家による判例研究』(成文堂一九八五年)二三九頁以下など。

第一章 「死」の実体論的考察

第一節 死の定義——学問的・自然科学的な死の意義づけ

一 本来、「死とは何か」を論じるためには、死とは生のネガティブであるから、「生とは何か」を論じなければならず、これは極めて多様な内容をもつ深い哲学的思考を要するものである。しかしここでは、このような広範な死の問題を扱うのではなくて、個体としての生命現象の終息という、生物学的あるいは生理学的な死の定義を考へようとするものである。ところで、このような意味における死の概念として、これまで広く一般に受け入れられていたのは、いわゆる三徴候説であった。それは、心臓の停止、呼吸の停止、瞳孔の散大（脳幹反射の消失）が生じたならば、その人は死んだとするものであった。^①しかし、人工呼吸器の開発により、また人工臓器や移植医療の発展によって、心臓や呼吸の機能が器械や他人の臓器によって代替されるようになると、生命現象を維持するために直接にして重要な心臓、肺、脳の三つの器官の機能喪失という^②ことから、帰納的に死を定義づけることができなくなってきた。例えば人工呼吸器によって体外の酸素を取り込むことができ、また将来、永久型人工心臓ができれば、いつまでも循環を保って身体各部に酸素を分配してその組織や細胞を活かすことが可能となる。また生命の中

枢である脳幹でさえも、その機能は人工呼吸器や薬物によって代替可能であると言われている。そうになると、これまで死の概念として用いられてきた三徴候は、死そのものを言いあらわすものではなくて、その背後にある死というものを判定するために用いられる徴候としての地位(つまりバイタルサイン)を有するに過ぎなくなる。従って死そのものについては、別の方法で説明し定義づけなければならなくなってきたのである。

二 ところで、死の定義については内外の文献において論じたものが少なくないが、大掛かりな検討をへたものの一つとして、アメリカの「医療および生物医学的ならびに行動学的研究における倫理的諸問題研究のための大統領委員会」が、一九八一年の秋に公表した「死を定義すること―死の決定における医的・法的・倫理的諸問題についての報告」を挙げることができる。この委員会報告の内容については、唄孝一教授が極めて綿密かつ詳細に紹介され、またその要所々々についてコメントを付しておられるので、それを参照して少しその内容の要点を記述してみたい。それによると、報告書の第五章は、「いかなる定義が採用されるべきであるか」と題されており、その意見を要約すると、「死は単一の現象である。」「単一現象としての死の概念は、心Ⅱ身の統合の崩壊であり、それは全体としての有機体の死である。」「呼吸、脈拍の欠如はしばしば死を定義するものとして語られてきたかも知れないが、歴史および現在において通用している医界の理解と一般の理解とを再検討すれば、それらは全体としての有機体の解体に対する単なる証拠に過ぎない。」⁽⁴⁾ということになる。

このようにして、生命にとって必須の器官が、医療技術の発達によって器械や薬物により代替されるようになって現在においては、死の定義をこのような形で表現することが必要になってきた。もっとも、そうであるとしても

それは、新しい死の概念を導入するものではない。従来の三徴候説も結局は三徴候が揃うことによって、全体としての有機体の統一的機能が不可逆的に停止することが確実であるから、それをもって死としていたのである。大統領委員会も、このことについて次のように述べている。即ち、「医師たちは、これまでも心肺機能の喪失を基準として用いていたが、だからといってそれをもって死であると主張していたわけではなかった。彼らが肯定していたのは、それらの機能の喪失は人が死んだことを示すということだけであった。現代の治療は別の表示器を必要とすることになったが、それは必ずしも概念の変更を意味するわけではない。それは同じ概念の表示手段だけを変更するものである(要約)」と。⁽⁶⁾このようにして死の定義自体は従来から変わっていないのであり、また変わるべきものではないのである。その意味で唄教授が、死の概念は統一的でなければならぬとされ、事情によって異なった死の定義を考えることは、人々の生命に対する平等感を損ない、生命の絶対的尊重という伝来の社会観念と抵触する、と説かれることは、まことにもつともである。死の定義は万人に統一的に考えられなければならない、そこには政策的な要因がはいったり、関係当事者の意思が介入したりすべきではないのである。⁽⁷⁾

三 さてこのように、「死は、全体としての有機体の統一的機能の不可逆的喪失である」と定義づけられるとして、それならば、そこから演えぎのいかなるものがその死を判定するための徴候となり得るであろうか。まず、従来の三徴候、即ち心臓および呼吸の停止と瞳孔の散大がその徴候となり得ることについては、多言を要しない。⁽⁸⁾問題は、脳に重大な損傷を受けて人工呼吸器につながれ、そのために脈拍と呼吸は維持されているが、脳幹を含む全脳機能が喪失した場合、即ち脳死状態になった場合に、これをもって前述の定義における死が生起したと言える

かどうかである。これについて、なおしばらく慎重に検討してみたい。

大統領委員会は、結論的には脳死（全脳死）をもって個体の死と認めるのであるが、それは、脳は単に意識を司るのみならず、身体的諸機能の複雑な組織者、規整者としても最優位の地位を与えられる、と考えるからである。⁽⁹⁾

そして、脳死を個体死とするとの結論を導くために、次のような三段論法が用いられる。即ち、(一) 死とは、全体としての有機体の統合的機能の不可逆的喪失である。(二) 全脳は、全体としての有機体を統合する機能を司る。

(三) それ故、全脳機能の不可逆的喪失は、有機体の死である。⁽¹⁰⁾

しかし、この大統領委員会の三段論法に対しては、最近において有力な批判が提起されている。それは、ミシガン州立大学助教授トムリンソンの「脳死基準の保守的利用——一つの批判」という論文⁽¹¹⁾である。トムリンソンは、「全体としての有機体の統合的機能を司る生命の中枢である脳幹機能のうち、呼吸中枢機能はレスピレーターで、その他の生命維持機能も薬物などによって人工的に代替することができる。器械などによって機能が代替される限り、脳幹は生命にとって本質的で不可欠であるとは言えない。このように脳幹が破壊されても、脳幹の機能を行う人工的支持物によって有機体が統合された全体として機能し続ける限りで、死の定義はなお満足されていない。(要約)」と論じる。⁽¹²⁾これは、医療技術の発達が生命の中枢である脳幹の機能までも人工的に代替し得るようになったことを踏まえての発言であるが、今一つの彼の批判論は、これまた最近の医療の発達がもたらした状況を踏まえてのものである。それは、これまでは脳死になれば、たとえレスピレーターによってなお循環と呼吸は維持されるとしても、それは長くて一週間ほどであり、その間に心臓などの主要なサブシステムが悪化して、ほどなく心臓も

停止するに至るとされていたのであるが、いまでは抗利尿ホルモンとカテコールアミン（昇圧剤）を投与することによって、年単位の長期間でも心臓を動かし続けることができようになつてきた、という事実である。⁽¹³⁾このことを踏まえてトムリンソンは、次のように述べている。即ち、「脳死後の主要なサブシステムの不可逆的な悪化が脳死論を支える根拠とされているが、現代医学はこの悪化を遅らせることができる。その悪化が遅れば遅れるほど、脳死の発現が悪化の開始であるという説得力が弱くなり、逆に脳死患者は脳死後も一定期間なお生き続けていたと主張することの説得力が強まるであろう。⁽¹⁴⁾（要約）」。

さて、この批判に対する大統領委員会の反論は、次のようである。即ち、「この批判は、人工的生命維持装置の役割と脳幹の役割との対比について、誤った前提に立脚している。レスピレーターとそれに付属する諸医療技術は、肋間筋肉や横隔膜の機能に代わることはできるが、脳幹あるいは脳の他の部分の行うたくさんの機能に代わることはできない。全脳死患者と脳幹は害されていない植物状態患者とを対比した場合、その驚くべき対照がこのことを証明する。前者は、瞳孔は固定し、レスピレーターにより胸部が動くほかは何の動きもないが、後者は自分自身の力で、単に呼吸、代謝、体温および血圧の維持などを為しうるのみならず、溜め息をし、あくびをし、目で光を追ひ、苦痛や反射刺激に反応することができる。⁽¹⁵⁾（要約）」。「人工的支持物が作り出している覆いが取り払われると、残っているのは統合された有機体ではなくて、単に人工的に維持されているサブシステムの集合に過ぎない。」⁽¹⁶⁾

さて、こうした議論に対して、我が国の学者のとらえ方はどうであろうか。丸山英二助教授は、大統領委員会の反論は必ずしも説得的であるとは言えないとされて、トムリンソンなどの説く、脳幹機能の全面的代替可能性を肯

定して、脳幹機能に重点を置く脳死説に疑問を提起される。そして、死とは身体の主要機能の統合が崩壊してしまふときに起こるとされつつ、人工呼吸器をつけた脳死患者は、大掛かりな生命維持治療の御陰とはいえ、首から下の臓器はかなり正常に近い状態でその機能を維持しており、血圧、体温も調節されているので、それは「死の状態に至っているとは、ごく控え目に言ってもそれほど説得的に言いうることではないように考えられる」と述べておられる。⁽¹⁷⁾ こうして丸山助教授によれば、脳死状態は「死」ではなくて、まだ「生きている」ということになるのである。⁽¹⁸⁾

次に斎藤誠二教授は、早くから脳死説の立場をとられているのであるが、教授によれば、脳を大脳と脳幹とはっきりと分けて考えることはできないので、「前者の機能は代替できないが、後者は代替可能である」とする前提そのものが成り立たないとされ、脳幹は単なる生命機能の中核だけでなく、情動活動にも関係するというのが現代医学の考えかたである、とされる。また、生命の中核となる機能をいとなむ脳幹を人工的な装置で置き換えることは、「確かに身体の外観は変わってはいなくても、いつてみれば新しい生命を作り出すことであり、このようなことは認められない」と述べておられる。⁽¹⁹⁾ こうして斎藤教授は、大統領委員会の反論のほうに賛同されるのである。

四 私、大統領委員会が「人工的支持物の覆いを取れば、残るのは人工的に維持されたサブシステムの集合に過ぎない」ということには、必ずしも同調できない。けだし医療というものは、通常、人為的な補助を与えることによって病める生体を癒し、回復させるものである。したがって生命保持に必須の器官が器械にとって代わられたとしても、その器械がその器官と同じように有機体全体の統合的機能を果たす以上、その有機体は統合された全体と

して存在しているからである。例えばアメリカで、人工心臓を装着した人が六一九日間生存して亡くなったという報道があるが、その六一九日間においては、誰もその患者を死者として取り扱う者はないし、また人工腎臓によって透析を受け、尿毒症におちいることなく生存し、社会で活動している人を、もちろん生きている人と観念するのは当然だからである。このことは脳幹についても言えるのであって、有機体全体を統合する機能を有する脳幹が器械にとって代わられたとしても、全体としての有機体の統合された機能作用は存在するのであって、ここに考えかたとしては、「有機体全体を統合する機能をもつ器官」と、「有機体全体が統合された機能作用をもっている」ということは、区別して考えなければならぬのである。⁽²⁰⁾前者は部分(脳)に着目するものであるのに対して、後者は有機体全体の状態に着目するものである。そしてこれまで述べてきた死の定義からすれば、生か死かを論じる場合には、後者の着眼点が基準とならなければならない。

さて、この観点からすれば、脳幹機能が残っていて自発的な循環と呼吸を行っている植物状態患者と、その機能が失われてただ人工的にそれを保っている脳死患者を比べてみた場合、大脳の機能は両者共に失っているが、全体としての有機体の統合された機能作用は共に存在するという点では相違がないので、その意味では両者共に、先ずは「生きている—living」という範ちゅうに入って、これを「死んでいる—dead」とは言えないのである。にも拘わらず私は、大統領委員会が述べている「脳死患者と植物状態患者との対比における著しい相違」ということは、十分考慮に値するものと考ええる。なるほど、統合された機能作用の存在という点を見れば、両者にそれほどの差異はないかも知れないが、その状態を比較すれば、大統領委員会が述べているように(繰り返しになるが)、「前者は、

瞳孔が固定し、レスピレーターにより胸部が動くほかは何の動きもないが、後者は、自分自身の力で単に呼吸、代謝、体温および血圧の維持などを為しうるのみならず、溜め息をし、あくびをし、目で光を追い、苦痛や反射刺激に反応することができる⁽²¹⁾のである。しかも脳死状態に陥れば、抗利尿ホルモン⁽²²⁾の投与などの特別な措置をしなれば、その後、時間とともに身体各部の主要なサブシステムが悪化して、通常は二・三日、長くても一週間あまりで心臓も止るのであり、したがって脳死患者は、単に生命の回復が不可逆的になったというのみならず、刻々と死の方向をたどっているものと考えられるのである。それにたいして植物状態患者は、決して死への一方通行の道を当初から刻々とたどってほとんど心停止に至るのではなく、何年あるいは十年とその状態が維持されるのである。ここに私は、やはり「器械」と「自発」もしくは「人工」と「自然」の違いがあることを感じる⁽²²⁾。したがって植物状態はまさしく生きていたのであって、それは living であるのに対して、脳死状態はそうでなく、死の入り口⁽²³⁾にさしかかり死への一方通行をあゆむ生命体であると見られる。したがって私は、この状態を living とは區別してこれを dying であると考えたいのである⁽²⁴⁾。

このようにして私は、人の終末にかかわる重篤な状態においても、なお living と dying と dead という段階が區別されるべきであり、脳死状態は dead ではないが living でもなく、それは dying だと考えるのである⁽²⁵⁾。そしてこれは、唄孝一教授がかって提唱された生と死の中間的な α 期というものと似通ってくるのであるが、私はこの状態を「死の入り口にさしかかった、残されたわずかな生」と表現したい。ともあれこれまでは「生」か「死」という形で物事が考えられてきたが、人工呼吸器の開発により、脳は死んでもなお脈拍と呼吸が維持され、その

他の主要臓器も機能している状態が何日かは続くという事態に面したときに、死に行く過程をこのように段階的に考察することも、また必要にならざるを得ないのではないかと、考えるのである。⁽²⁷⁾

(1) これまで、死を言い表す法律上の学説としては、呼吸停止説、脈拍停止説、総合判断説(三徴候説)などがあったが、死を法律で定義した規定はこれまでに見当たらない。ただわずかに、死産の届け出に関する規程第二条が、「死児とは、出産後において心臓拍動、随意筋の運動および呼吸のいずれをも認めないものをいう」としているに過ぎないが、これは厚生省令であるので、それほど拘束的な意味を持つものではない。従って、死を定義する法律はないのである。ところで、三徴候説は長年にわたって人々の意識に支えられてきたので、その意味でそれは、慣習法として妥当しているとする見解があるが(金沢文雄「死の判定をめぐって」判例タイムズ二三三号四頁)、それに対しては、三徴候説で死を判定してきたことは事実であるとしても、それが慣習法であるというための根拠は薄弱であるとする見解もある(飯田忠雄、前掲論文八四頁)。この点は日医倫理懇の報告でも、三徴候説による死の判定は法的なものではなく、慣行的に行われているものであると述べている。三徴候説が慣習法であるかどうかは必ずしも論証できないので、それが慣習法であると断定することはできないのではなからうか。

(2) しかもその三つの器官は相互依存的で、その関係はきわめて密接なので、その一つの機能の不可逆的停止は直ちに他の機能の停止をまねくという関係にある。もっとも、生命現象の保持にとって大切な器官は何もこれら三つのものには限られず、その他にも、例えば肝臓や腎臓など諸々の臓器も生命保持にとって必須の器官である。しかし、個体を構成する総ての細胞に共通して必要なものは酸素であり、これは体外から取り入れなければならない。また酸素は体内に貯蔵することができず総ての細胞はその短時間の欠乏にも堪えることはできない。したがって、それを体外から摂取し体内に分配する機能は瞬時も休止することのできない生命現象である。そしてこのような酸素の摂取分配は、肺と心臓と脳によって行われている。肺は呼吸運動によって酸素を摂取し、心臓は拍動によって身体各部に酸素を分配し、脳は呼吸中枢の機能によって呼吸運動

を起こし、また血管運動中枢の機能によって血圧を保ち循環を正常に営ませる。したがって、生命現象の維持にとってこの三つの器官は、他の器官に比べてより直接的で必須の器官と言うことができる(錫谷徹「死の判定に関する私見」日本医事新報三〇二二号四四頁参照)。

- (3) 唄孝一「続・死にたいする医事法学的接近(五)」(一四)「法律時報五四巻五号八四頁、六号七三頁、一〇号八二頁、五五巻二号八六頁、三号八八頁、四号一一六頁、五六巻一〇号四一頁、一一号八三頁、五七巻四号五六頁、五号九七頁。そのほかに、中谷瑾子・橋本雄太郎「死の定義」に関するアメリカ合衆国大統領特別委員会の報告書」ジュリスト七六三号一一九頁がある。

(4) 唄孝一、前掲論文・法律時報五六巻一一号八五頁。

(5) 唄孝一、前掲論文・法律時報五六巻一一号八四頁。

(6) 唄孝一「死にたいする医事法学的接近」『現代の社会問題と法』(筑摩書房昭和五三年)三三七頁以下、特に三五一一頁。

(7) この点私は、後述するように、原則としては三徴候説をとりながら、人工呼吸器の取り外しや臓器移植との関係において、患者の同意を条件として脳死をもって死と認定するという立場を取るものであるが、これに対しては多くの論者から、それは死を相対化するものであって妥当ではない、との批判を受けている。しかし私は、死そのものの実体的考察、すなわち死の定義それ自体には、政策的見地や個人の意思が介入すべきものではなく、それは純粹に学問的あるいは自然科学的に論じられるべきであると考えている。私が患者の意思の介入を認めるのは、「死の定義」においてではなくて後述する「死の認定」においてである。もっとも、本稿で論じるような方法論的区別を、私自身これまで明確にしていたわけではないので、こうした批判を招いたのも当然であったと思われる。

(8) 心臓の停止、呼吸の停止、瞳孔の散大は外部から客観的に、しかも比較的容易に確認することができることに、この三徴候が揃えば有機体の全体において、すみやかに死の徴候が発現するので(動かなくなる、冷たくなる、腐敗する、な

ど)、たとえ爪や髪の毛のようになお一日や二日は生き続けるものがあったとしても、その有機体は統合的機能を不可逆的に喪失したもとして、死亡と断定され、それについては何人も疑いをさしはさまないのである。

(9) 唄孝一、前掲論文・法律時報五五卷四号一一八頁。

(10) しかし大統領委員会は、このような論法によって直ちに総ての死について統一的に脳死基準を採用しようとするものではない。そのようなラディカルな新しい死の概念の導入は意識的に避けられて、むしろ死に対する人々の考えかたの漸次的変化を期待するようである。即ち、「死に対する人々の態度は進化するが、それは急激なものではなく、また法によって強制すべきものでもない。死についての制定法は、現行の法概念を代替するというよりは、むしろ補充すべきものである。」(要約)。「委員会の調査によると、心停止前に脳死基準で死を宣告し得たのは八%だけであった。したがって、心肺基準は

なお圧倒的多数の症例で適切であり読けるであろう。脳死基準がかかわるのは、ごく限られた、レスピレーターの着けられた昏睡患者だけである。(要約)」(唄孝一、前掲論文・法律時報五六卷一一号八五頁)。かくして、委員会が勧告する制定法の第六は、次のように表現されることになる。「死は単一の現象であり、心臓機能と肺機能の不可逆的停止という伝統的根拠によっても、また脳全体の機能全部の不可逆的喪失という根拠によっても、正確に明らかにすることができる。」(唄孝一、前掲論文・法律時報五四卷五号八八頁)。そしてこれは、死の定義は一つであるがその判定方法には、従来からの心肺基準と新しい脳死基準との二つがあることを示すものである。

(11) T. Tomlinson; "Conservative Use of the Brain-Death Criterion—A Critique". *The Journal of Medicine and Philosophy* 9 (1984) P. 377-393. なおこの論文については、中山研一教授の詳細な紹介とコメントがある。中山研一「全脳死説への一つの批判——トムリンソンの見解」法学雑誌三四卷一号五九頁。

(12) Tomlinson op. cit. p. 384 なお、脳幹機能の器械的代替可能性については、トムリンソンよりも以前に、すでにグリーンなどによって指摘されていたところがある。B. Green & Wikler; "Brain Death and Personal Identity". *Philoso-*

- phy & Public Affairs 9 no. 2 1980 P. 113. なおこの論文についても、中山研一教授の詳細な紹介とコメントが発表される予定である。(中山研一「大脳死説と人格同一性の理論——グリーンウィックラーの見解——」法学雑誌三五卷一号予定)。
- (13) 竹内一夫「脳死についての考え方」『生命と倫理に関する懇談』(薬事日報社 昭和五八年) 四〇頁。それによれば、全脳機能が停止すれば、人工呼吸器をつけている場合には、たいてい一週間から一〇日間で心臓死に至るとされている。
- (14) 我が国では、大阪大学医学部の杉本侃教授のグループによってこの研究がなされ、脳死後五四日間、患者の心臓を動かしたが続けたが、家族の希望によってその措置を中止したという事実がある。そしてこの期間は、年単位で長く延長することも可能だと言われている。

(15) Tomlinson op. cit. P. 385. もともとTomlinsonも、脳死をもって死とすることを否定する立場ではない。しかし、全脳死説を前提として、脳幹の器械的代替可能性を説いて大統領委員会の脳死論の理論的支柱を掘り崩すという著者の立場からすると、残った代替不可能な大脳機能の喪失をもって死とする大脳脳死説におもむく要素を持っているのではないか、と思われるのである。なお中山研一、前掲論文・法学雑誌三四卷一号七五頁。

(16) 唄孝一、前掲論文・法律時報五五卷四号一一八頁。

(17) 丸山英二「脳死説に対する若干の疑問」ジュリスト八四四号五三頁。

(18) 丸山英二、前掲論文・五七頁。

(19) 斎藤誠二、前掲論文・八五—八六頁。

(20) Tomlinson op. cit. P. 382

(21) 丸山英二、前掲論文五五頁は、両者の相違点はさほど「驚くべき」ものとは思われないとされて、その理由として、

「脳死体にも人工的であるとはいえず、呼吸、代謝、体温、血圧の維持はなされており、機能的に見れば、脳死体と植物状態患者の相違点は、瞳孔の状態と溜め息以下のものに限られる。しかし健康人でも溜め息もあくびもない寝姿をとることもあ

り、(無反応を除いて)脳死体の状態がこれとよく似ている。」といわれる。しかし私は、本文で述べるように、両者には顕著な差異があると考える。

(22) 腎臓病患者が受ける人工透析には、目まいやおう吐、頭痛、倦怠感などが起り、また塩分や水分が極端に制限されるなど、ずいぶん不快感がつきまとうようである。それに対して腎臓移植を受けた場合には、これらの不快感は生じない。また人工心臓は今の段階では、どうしても血流が十分でないため、どこかに微小な血のかたまりができてそれが脳血管に詰まり、脳梗塞を起こすので、その克服が大きな課題とされている。ここに、人工的支持物の限界があるように思われる。なお哲学者の池田善昭教授は、最近のバイオテクノロジーがもたらす生命観を批判して、その還元主義的、機械論的アプローチからシステム理論によるアプローチが必要である、と説かれるのであるが、教授は「生命体における『部分』は、上部に対しては部分であるが、下部に対しては全体であるという、いわゆる『亜全体』の性格をもつ。また器械は、どんなに限りなく生きたシステムに近付くことがあっても、それは所詮、全体性をもたない部分であり器械に過ぎない。(要約)」と論じておられる。(池田善昭「有機体論革命」ライフサイエンス二巻九号六三頁。同「次元人間学」ライフサイエンス二巻一二号七頁。)従って、人工臓器もそれは単なる部分とはなり得ても、亜全体ではあり得ず、全有機体の中に組み込まれた実在体とはなり得ないのである。

(23) 社会的な死あるいは法的な死は「点」としてとらえるべきであるが、生物学的な死の現象は、各臓器や細胞の酸素欠乏耐久力の違いによって、時間的に経過する現象である。したがってそれは「線」としてとらえられるので、その「開始」という言葉を用いても誤りではないであろう。しかも脳死状態は、脳機能の不可逆的喪失であり、不可逆とは、もう絶対にもとにもどらない点 (point of no return) にさしかかったということであるので、それはやはり「死の入り口」であろう。

(24) ここに、人工呼吸器につながれた脳死患者を dying とするならば、例えば人工透析を受けている人、人工心臓を埋め込んだ人も dying なのかという質問が予想される。しかし透析を受けている人や人工心臓を埋め込んだ人は、人工呼吸器

をつけた脳死患者のように、他の主要な臓器が日々悪化して、数日中に全体死に至るというものではない(この点では、脳と他の臓器との生命保持のための役割の差は認めることができるであろう。しかし、だからといって、脳こそが生命保持にとって最優位の器官であることを強調して、全有機体の生命現象を脳に局部化することは、避けたいと考える。ただし、脳以外にも生命保持のために必須の器官は多いからである)。これらの患者はかなり長期間、生命を保持するので、これは *living* であると言わなければならない。もっとも、もし人工心臓をつけても、せいぜい一週間もたないといっているのであれば、これは *dying* と見るべきであるが、今ではそうではなくなりつつあると言っただけであろう。

ここで困難な問題に逢着するのは、前にも述べたように、抗利尿ホルモンなどを投与すれば、人工呼吸器をつけた脳死患者の心臓拍動を、年単位で引き伸ばすことができるという、医学上の見通しである。もしそうならば、その時は脳死患者も *living* であると言わなければならないであろう。このことは、脳死論をとるかとならないかの選択を迫られるときに、かなり大きく影響してくると思われるが、その場合には同時に、何のために脳死患者の心停止を引き伸ばすのか、その意義と目的が別に問われなければならないことになる。そしてその引き伸ばしが、患者の延命のために行われると云うのであれば、それは脳死患者をなお生きていると見ていることになり、そこには既に、脳死基準ではなくて心臓死基準が予定されていると言わなければならない。そうなれば、末期患者の過剰な延命措置との関係で論じられる「死ぬ権利」との関連もでてくるであろう。そしてもし、脳死をもって死とする脳死論に立脚してそれが行われるとすれば、それは死者の臓器や血液を何かに役立てたり、実験研究のために行われるものとなり、そのようなことは許されるか、それは死者を冒瀆するものではないか、本人や遺族の同意があれば許されるのか、などの問題が改めて論じられなければならない。ちなみに、朝日新聞編集委員の藤田真一氏は、「脳死の時代——誤解が多すぎる」朝日ブックレット二二、三二頁において、「脳死後なお心臓を動かし続けることは、死体を弄ぶにひとしい」と述べておられるし、またスウェーデンの法案は、「脳死と判定したら、一切の治療行為をしてはならない。ただし、移植目的の場合と妊婦で胎児を救う場合をのぞく」としていること、およ

びラウフスは、「臓器をよく保存するために、脳死のあと人工蘇生法を続けて全体死を引き伸ばすことも、特別の正当化理由を必要とする」とのべている(中谷・井田・平野訳 アドルフ・ラウフス「脳死をめぐる法律上の諸問題」判例タイムズ五六五号一六頁) ことなどが、考慮されるべきであろう。

(25) 原秀男弁護士は「脳死と人権」法律のひろば三八巻八号三〇頁において、「私は「脳死」とは、現在の医学で「確実に死ぬ、もう生き返ることはない」、*「必ず死ぬが身体はまだ生きています」という状態のこと*で、「死んでしまった」ということではないと思う」と述べておられるが、これは脳死状態を *dying* としてとらえておられるものと思われる。

(26) 唄孝一「心臓移植への法的提言」朝日ジャーナル一九六八年一月二日一八頁以下。

(27) なお、ここに脳死とは、前述したように、脳幹を含む全脳機能の不可逆的停止を前提としているのであるが、大脳死を考える学者もある。それは、人としての特徴あるいは人格は、社会関係を営む能力や意識・経験などの精神作用に裏付けられるものであって、それは高次脳の機能によってもたらされるので、そうした社会的相互作用を営む統合能力の不可逆的喪失をもって人の死とするのである(例えば R. M. Veatch: "Death, Dying and the Biological Revolution—Our Last Quest for Responsibility. P. 38 なおヴィーチのこの書物にしろても中山研一教授の詳しい紹介とコメントがある(中山研一「大脳死説による死の定義——ヴィーチの見解」法学雑誌三四巻二号)。この大脳死説はまた、脳幹は器械によって代替できるが大脳はそれが不可能である、ということもその一つの理由に挙げている。しかし精神作用の喪失は人格性を失わせることになるかも知れないが、それとその人が「生きていますかどうか」ということは、別の問題であろう。のみならず、高次脳を重視する考えかたは、老人性痴呆や精神障害、植物状態をも死の周辺において考えろという拡大を防止する歯止めを失い、そうなるとかのナチスによって作り出された、白痴や精神病者の「安楽死」への道とそう遠く隔たらなくなるのが心配される。のみならず、人格の同一性という場合にも、将来の科学の発達によって大規模な置換医療や機械人間の開発が進めば、それは大脳のみならず、遺伝子DNAや人間としての形態、個体として占める空間領域などを総合して考

えなければならぬ事になるのではなからうか。したがって人の生死の問題は、基本的には生物学的な角度から考察しなければならぬ。そうすれば、先ずは生命の中核である脳幹に着目して脳死を考えることになる。これが脳幹脳死説である。しかし他方、人間は他の生物と違って、それは生物的存在であるとともに精神的存在でもあり、その両者は相互に関連して分離できない。そして脳全体はこの双方の作用を営む機能を有するのであるが、現代医学の見地からは、大脳と脳幹とは全く別々に活動するのではなく、その相互作用によってはじめて十分な働きができるとされている。こうしたことから、脳死という場合には、大多数の脳死論議が前提としている「全脳死」が妥当といふべきであろう。

第二節 死の判定——医学的、生理学的診断

一 人の生命活動を司る重要な器官が死滅すれば、人はその統合的機能を喪失して死亡するのであるが、その器官の不可逆的機能喪失を医学的・生理学的所見により確認するのが、死の判定の問題である。従来から個体の死をもたらし徴候として考えられていたものは、心臓、呼吸の停止と瞳孔の散大という三徴候であった。かつてヨーロッパにおいてペストが大流行したときには、「早過ぎた埋葬」ということが問題となつて人々の恐怖をさそつたことがあつたが、今では聴診器などの開発により、三徴候は確実に判定されることになり、人々は安心してこの判定方法に委ねてきたのである。松倉豊治教授によれば、死の判定は通常の場合、臨床において医師が、鼻孔および口辺部の注視、聴診ならびに触診による心拍動および脈拍の検認、瞳孔対光反応存否の確認という「基礎的素認」によつて行い、急死のような特別の場合には、さらに心電図や筋電図、ある種の薬品による咽頭への刺激反応、血圧測定、用手工呼吸法などの応用によつて補強する、とされている。¹⁾

ところが、最近の医療の発展がもたらした諸問題、例えば人工呼吸器の開発や移植医療の進展により脳死論議が高まるとともに、その前提として、脳死はそもそも確実に判定できるのかということが論議されることになった。この問題は本来、医学や生理学の問題であるので、素人である私にはこれを議論する能力はない。しかしこれは、脳死論議においてはその土台となるきわめて重要な問題であるとともに、それを巡っているいろいろな疑問点も指摘されているので、ここでもその論じられているところを、幾つか挙げておきたい。

二 脳死の問題が大きく議論されたのは、一九六七年の暮れに世界で初めて心臓移植が行われた頃からである。翌年の一九六八年には、国際医学評議会、世界医師会総会、ハーバード大学の死の定義研究委員会などが、脳死を判定するための幾つかの基準を発表し、²⁾また我が国では、日本脳波学会が一九七四年にその基準を発表した。しかしこれらによると、その内容は必ずしも一致してはいるわけではないので、医療機関がどの基準を用いるかによって死亡が左右されることになる。しかしそれでは大きな不都合を生じるので、我が国では厚生省の「脳死に関する研究班」が、我が国における統一的な脳死判定基準を作成したのであるが、それが一九八五年一二月に公表された。そこで示された基準は、簡単に述べれば次のようである。即ち、「脳死とは脳幹を含む全脳髓の不可逆的な機能喪失の状態である」として、その判定基準は、「一次性及び二次性脳障害の場合で、六歳未満の幼児及び急性薬物中毒などを除いて、次の基準を満たした状態をいう。(一)深い昏睡、(二)自発呼吸の喪失、(三)瞳孔の四ミリ以上の散大、(四)対光反射、角膜反射、前庭反射など各種反射作用の消失、(五)脳波の平坦化、(六)以上の状態が生じて六時間たっても変化がない。」³⁾ということである。そして脳神経外科医の多くは、この基準によって脳

死は百%確実に判定することができるとしている。しかしながらこれに対しては、果たしてそれが確実に判定できるかどうかについて、各方面からいろいろと疑問も投げられている。例えば評論家の立花隆氏は、医学者の話や文献をもとに詳細な検討をしまとめられた『脳死』という書物において、幾つかの疑問を提起しておられる。立花氏は、脳死の判定基準を一つ一つ取り上げていくと、それらは脳死判定の必要条件を満たすが、それだけでは十分条件にはならないと言われる。例えば自発呼吸がないことが確認されても、それだけでは延髄の呼吸中枢以外の部分も機能を喪失しているとは言えないし、まして脳の他の部分も機能を喪失しているとは言えず、またそれが不可逆的であるとも言いきれないとされる。⁽⁴⁾ また意識のような大脳の活動は、脳幹上部にある網様体賦活系の刺激によるので、脳幹網様体の機能が停止すれば意識は消失して深昏睡となるが、そこで問題とされる意識はあくまで医師が患者を外から観察してその有無が判断される覚醒意識であって、夢をも含む純粋な内的意識ではない。ところが内的意識は脳幹網様体が休止している睡眠中でも継続していることから、脳幹死のあとでもそれが継続する可能性もあり、そのあたりのところは臨死体験の研究によってもまだよく分かっていない、とされる。⁽⁵⁾ また深く麻酔のなかった人と脳死者とは臨床的に区別がつかないし、示された判定基準では脳の機能が現時点で停止しているかどうかは見ないものであって、それが可逆的か不可逆的かはその基準では見分けがつかないと言われる。⁽⁶⁾ 要するに、人間の脳の機能や生理についてはまだまだ十分に解明されたとは言えず、分からない部分も多いので、それが分からないときは人の命を確保できる方を選ぶべきである、と述べておられる。⁽⁷⁾ そして厚生省基準においては、脳死を判定するのに、脳の果たす「機能」をチェックする方法がとられているが、生体には機能は停止しているが死んで

はいない状態があるので（例えば盲人の眼球は機能しないが、それは死んではいない）、生体の死を判定するためにはその「器質」的な変化を確認する方法がとられなければならない。そのためには脳の血流停止を加えてはじめて、それは脳死判定の十分条件となりうる、とされるのである。⁽⁸⁾ けだし、脳に血流がなければ脳細胞は死滅することが明らかであるし、それによって脳に器質的变化が生じたことが確定されるからである。立花氏は結論的には、脳血流の測定と聴性脳幹反応検査を加えるべきであるとされ、したがってこれはずした厚生省基準には疑問があるとされるのである。⁽⁹⁾

次に、日本学術会議においても脳死問題が検討されているが、その検討委員会のメンバーである中義勝教授は、厚生省基準に対して次のような疑問を提起されている。即ち、脳死を問題とする論者の中でも、全中枢神経系の死、全脳梗塞、全脳死、脳幹死、大脳死などさまざまな脳死概念が主張されており、それに応じてその判定基準や判定方法も異なってくるので、そのために死を判定する時期もそれぞれに異なることになる。だがそのようなことでは一般の人々は、それを容易に受け入れることはできない。⁽¹⁰⁾ そして厚生省基準は、角膜反射の検査の場合に「顔面神経麻痺などによって閉眼不能の人は、脳死でなくても反射が消失することがあるので注意を要する」としているが、これは注意にゆだねるよりも閉眼不能の疾患があるかどうかを義務的な検査事項とすべきである。⁽¹¹⁾ また前庭反射や対光反射が見られないことについて薬物の影響が疑われる場合、いかなる資料に基づいて薬物ではなく脳幹死によるものと判定するのかの客観的方法が示されていない。⁽¹²⁾ そのほか厚生省基準が聴性脳幹反応や脳血流測定などの検査をはずした理由として、「これらは他の疾患でも生じるので、その所見のみをもって直ちに脳死または脳幹死と

判定することはできない」としているが、たとえそうであっても、脳幹機能の残存を一層精度高く検査しうるものとして、これらを判定に必要な条件とすべきであった。このように中教授は、厚生省基準に対して幾つかの疑問を提起されるのであるが、その基本的視点は、脳死判定について万一の過誤を避けるために二段三段の防止措置を講じておくことが必要であると考えられるからである。⁽¹³⁾

次に、脳神経外科医である植村研一教授は、この問題について次のように述べておられる。即ち、最初に出現する脳機能の確実な「不帰の点 (point of no return)」は、脳幹網様体とその全長にわたって呼吸中枢も含めて不可逆的、器質的、連続的に死滅した時点である。⁽¹⁴⁾そしてそれを診断する前提条件として、疾患が不可逆的に進行性でかつ連続的な器質的病変であることを一点の疑いもなく確実に診断することが、重要不可欠である。⁽¹⁵⁾ただし、病気には治るものと治らないものがあり、それが治り得る疾患であるかぎり、最初から脳死を診断しようとしてはならないからである。また脳に形態的病変を発見し得ない「機能的疾患」とそれが見られる「器質的疾患」とを、脳死を診断する前に区別する必要がある。病理学の理論から少しでも誤診につながる可能性のある疾患は、最初から脳死判定対象から除外しておく必要がある。⁽¹⁶⁾そしてこのような前提条件と除外項目の上に、脳幹反射の消失と正しく実施された無呼吸テスト、それに平坦脳波を加えれば、それによって脳死を判定してもよい。これは厚生省基準よりも厳しいものである。⁽¹⁷⁾以上のように植村教授は述べておられる。

このように、厚生省の脳死判定基準に対しては各界から幾つかの疑問が提起されている。脳死判定が確実に行われることが、脳死論議の土台であることはいままでもない。もしそこに疑問があるのなら、立花氏が言われるよう

に「疑わしきは死とせず」の原則によることが妥当であろうし、また中教授が言われるように、万一の誤診がないように幾重にも防止措置が講じられて、まだ生きている (living) にも拘わらず脳死 (私の立場では dying、統一脳死論では dead) とされることのないようにしなければならない。また厚生省基準に対して提起された疑問については、その作成に当たった専門家によって答えられる必要があるとともに、日本医師会の倫理懇談会も要望しているように、脳死判定基準にはさらに検討が加えられて、研究と技術の進展に応じてより良いものに改められていくことが必要であると思われる。⁽¹⁸⁾

- (1) 松倉豊治、前掲論文『医事裁判と医療の実際』二四三頁。
- (2) 毎日新聞昭和四三年八月一二日の記事「世界各国の「死の定義」」。
- (3) 厚生省「脳死に関する研究班」の報告内容全文は、ジュリスト八五二号二三五頁〜二四七頁に掲載されている。
- (4) 立花隆『脳死』(中央公論社一九八六年)一三四頁。
- (5) 立花隆、前掲書一五五頁および三〇一頁以下。
- (6) 立花隆、前掲書二一八頁。
- (7) 立花隆、前掲書三一二頁。
- (8) 立花隆、前掲書三五九頁。
- (9) 立花隆、前掲書四七九頁。なお厚生省基準は、次のような理由で脳血流測定をはずしたのである。一つは、脳死であっても二次性脳障害の場合には、脳循環は存続しうるし、一次性脳障害の場合でも再開通する症例があり得る、ということ、今一つは、今日の検査機器の精度から見て、それは絶対確実な検査法とは考えられない、というのである。これに対して立花氏は、このような理由付けは全く非論理的だと述べておられる。

- (10) 中義勝、「死の判定」ジュリスト総合特集四四「日本の医療」二二二頁。
- (11) 中義勝、前掲論文二二四頁。
- (12) 中義勝、前掲論文二二五頁。
- (13) 中義勝、前掲論文二二五頁。
- (14) 植村研一、「脳外科医は脳死をこう考える」中央公論昭和六二年五月号二二二頁。
- (15) 植村研一、前掲論文二二二頁。
- (16) 植村研一、前掲論文二二三頁。
- (17) 植村研一、前掲論文二二四頁。
- (18) なお脳死を判定する医師については、厚生省研究班は、「特定の資格を持つ医師であることは必要ないが、脳死判定に十分な経験をもち、移植とは無関係の医師が少なくとも二人以上で判定する」としているが、日医倫理懇は、できれば三人以上の医師（主治医と複数の専門医師）の関与があることが望ましい、としている。

第二章 「死」の現実論的考察

第一節 死の認定——死の受容と選択

一 植村研一教授によれば、「従来、心停止をもって死と考えられていたが、心停止しても大脳皮質は四分、脳幹

は八分、心臓の微細な電気活動は一五分、瞳孔の薬剤反応性は三〇分、腱反射は三時間、角膜は一二時間、皮膚は四八時間、骨・動脈は七十二時間も生命活動を続け得る」といわれている。⁽¹⁾このように生理学的に見た場合の死亡現象は、かなり時間的な幅のあるプロセスであるが、さらに植村教授は、「脳幹網様体とその全長にわたって器質的かつ連続的に死滅した時点が、今の私の理論の上では最も早く出現する確実な不帰の点 (point of no return) であり、それから先のどの点をとっても不帰の点に変わりはない。だったらそのどこを取っても、取る人の自由であると理論的には言えるが、どこを取るかは、医学的というよりも社会的・心理的・倫理的・現実的な制約を受けると問題であると私は思う。」と述べておられる。⁽²⁾また松倉豊治教授は、「どの時点でもどのような『実体的死亡(脳幹死)』と外見上の生存状態」の区切りをつけるかとか、従ってまた、どの時点で『死の宣告』をするかについては、医学側オンリーの事情以外の極めて微妙な問題がある。それがここで言う『死の認定』の問題である。従ってこれは、医学側が死を判定し、または決定ないし宣告するということと、医学側以外の各社会層においてこれを受容、承認するという問題に眼を注がなければならないことを意味する。そこには法律論の問題もあろうし、国民感情、宗教的慣習など無視し得ない面もある。⁽³⁾と述べておられる。このような医学側からの発言のほかに、法学者からも、生物学的な死と社会的な死の二面的考察の必要性が説かれていたことは、はじめにも述べた通りである。

さてこのように、現実論的な、社会との意味関連的な死を考えることの必要性は、やはり医療技術の目覚ましい発展に触発されて意識されてきた。先端科学の発達によって、これまでは神の領域とされていた生命の操作が、人の手によって為される可能性が日ごとに増大している。例えば生命誕生の周辺においては、遺伝子操作や体外受精、

男女の産み分けなどが行われる時代に入っているが、死の周辺においても、臓器移植、人工呼吸器や人工臓器による生命維持治療の広範な実施、死のプロセスの人為的な長期引き伸ばしなどが実行に移されている。かかる時代をむかえて、我々の生死に関する既成観念は大きく揺さぶられて、改めて人々は生と死の問題を問い直す必要に迫られている。それと同時に我々は、先端医療のもつ光りと陰の面⁽⁴⁾（人々に福利をもたらす面と、人々の存在をおびやかす面）を見据えた上で、その生と死を考えることが必要な環境の中に、否応無しに引き込まれているのである。そして今ここで問題にしている脳死の問題も、社会における人々の価値観や世界観あるいは現実観念と大きくかわり合うのであって、この角度からの考察を抜きにしては、この問題は論じられないのである。

二 さて、脳死論が今大きな社会的論議の的になっているその背景には、次のものが考えられる。第一には、尊厳死との関係である。最近の脳神経医学の発達によって、脳死状態になれば人工呼吸器をはずせば一〇分以内に、これを着けていても数日のうちに心停止に至ることが明らかになっている。そうであれば、全脳機能の不可逆的喪失は生物学的に見た場合、それは死の入り口にさしかかったと言いうことができる。そうであれば、人工呼吸器によりたとえ心臓拍動や呼吸が維持されていても、それは器械によって動かされている臓器標本であり、そのような状態に患者をおいておくことは、人間の尊厳性を汚し患者の人權を無視するものであるとの考えがある⁽⁵⁾。第二は、医師の治療義務の限界を問うことである。即ち、脳の全機能が失われて再び回復する見込みがなく、死への一方通行の道しかなかったときも、医師はなお医療を続ける義務があるか。しかもそれは、多くの労力と費用を要する集中治療である。そこで脳死をもって死と認定すれば、その時点で生命維持治療を打ち切っても、法的に何等の問題も

生じないし、また医療の無駄を招来することもない、とするのである。そして第三には、臓器移植との関係である。今では臓器移植医療が大きく発展して、多くの病める患者を救っている。この移植医療がより高い成功をおさめる為には、心臓が停止した後の臓器よりも心臓が動いている状態で摘出した臓器を用いた方がよいことは、統計上明らかである。また最近次第に成功率を高め、今や確立した医療として認められている心臓移植を行うには、まだ機能を保持している心臓を摘出しなければならず、そのためには脳死論を採用しなければ提供者の命を奪うことになり、合法的に行うことがむづかしくなる。このような諸事情が、現在の脳死論議の背景として考えられるのである。

ところが、このうちの臓器移植との関係については、それと脳死論とは切り離して考えるべきだとする見解も多い。確かに脳死論議は、今述べたように、決して臓器移植との関係だけから生じるものではなくて、もっと広い視野から生死の問題を考察するに当たって、その一角を占める重要な論議である。ことに医療技術が日ごとに発展して、ついには個体の主だった臓器が他人や人工のものに置き換わることにでもなれば、一体、人の死はいつ訪れるのかについて、大いに論議がかわされなければならないことになる。しかし他方、我々の現実の状況を直視するならば、脳死論議は臓器移植、特に心臓移植との関連において起こってきたことも事実である。それなのに移植との切り離しを強調するのは、脳死論は何か不純な動機と結び付いていると思われるのを避けたためであろうか。確かに、もし脳死論が、新鮮な移植用臓器を摘出するために患者の死期をことさらに早めるための理論であるとすれば、それは不純な動機によるものと言われても仕方がない。しかし脳死論は、そのような理論ではないし、

また決してそうであってはならない。私は脳死状態を *dying* と言ったが、脳死論者は死の開始の時点をもって *dead* と評価するのである。しかしこれらはいずれも *point of no return* に入ったことを前提とするのであって、あとはそれ以後のプロセスをどう評価するかの問題であり、そのどこに *dead* のポイントを置くかの問題なのである。⁽⁶⁾とは言っても、我が国で初めて行われた心臓移植には、当時としてはいろいろな問題があつて、その経験が脳死と移植を結び付けると国民の中に先に述べたような疑惑を生むのではないかとの、危ぐの念を与えていることは確かである。しかしそれ以来既に二十年がたとうとしており、その間に医学もずいぶん進歩し、医学に対する社会の意識も啓発されているはずである。それらを踏まえて私は、今や脳死と移植を結び付けても国民の不安や疑惑を生じることのない理論を展開し、また医療に対する国民の信頼を保持する医療実践すべき時にきていると考える。そしてそのキーポイントになるのは、はじめにも述べたように「死にゆく人々の生命権を守りつつ、病に悩む人々の生存権を支える」ことのできる死の認定方法を模索し、かつ、実行することであると考える。そのためには、脳死についての国民の理解を高めるとともに、臓器移植に対する人々の意識の啓発も同時に行うべきであろう。この両面を切り離すと、かえって脳死論に対する警戒心が生じるのではなからうか。⁽⁸⁾

三　ところで、統一脳死論が脳死をもって人の死と認める理由として、脳（全脳）は生命の中核と人格性の宿る最優位の器官であること、それは人工的に代替できないこと（脳幹の代替可能性が言われているが、それもただ延髄の呼吸機能のみに過ぎない）などを挙げるのであるが、私は前述のように、脳死状態はまだ *dead* ではなくて *dying* であると考えるので、この状態をもって統一的に死を認定することには、慎重にならざるをえない。元来、脳

の機能停止と心臓拍動および呼吸の停止との間に時間のずれが生じて脳死状態となるのは、集中治療室で人工呼吸器をつけて最高の治療を受け、脳機能の間断のない監視が行われているときだけであって、その数は年間の死亡例のうち、僅か一%、約七千例だと言われている。⁽⁹⁾ それなら、その他の大多数の通常の死亡の場合には、どういう基準で死を認定するのであろうか。最近はよく、ジャーナリズムなどで「脳死の時代」という言葉が使われて、⁽¹⁰⁾ 何かこれまででの死の判定基準であった三徴候説は過去のものとして消え去る運命にあるような印象すらあるが、しかし一般の死の場合には、やはり三徴候説によって死の認定をする必要性は残るのではないだろうか。もしこうした通常の死においても、統一的に脳死基準を適用するとなれば、この場合には心臓および肺の機能停止とは別に、脳機能の停止に着目しなければならぬ。しかしなるほど、通常の死亡現象の自然的経過においても、脳機能の喪失はある時点において生じているのであるが、やはり人工呼吸器がつけられて脳機能を監視している状況のもつてない、その時点は判定できないと言われている。⁽¹¹⁾ そこで統一脳死論の立場からは、通常の死亡においても、心臓が止まり呼吸が止まると脳の機能も停止して（機能停止の順序はこの通りとは限らないが）、しかもそれは時間の間隔を置かず相次いで生じるので、脳機能の停止時点はそれにより推定できると述べられる。更には、もともとこれまでの三徴候の出現も、ほかならぬ脳機能の停止を判定するための手掛かりであったとも考えられて、脳死論と三徴候説との連続性が語られたりするのである。だが、なるほど脈拍と呼吸の停止は、間を置かずして脳機能の停止をもたらすとしても、その時点はなお推定によらざるをえず、またこれまでの三徴候説も、脳死を判定するための手掛かりに過ぎなかったとすることには、いささかこじつけの感がしないでもない。こうして私は、医療の実際を見

聞いたときに、死の認定の基準として脳死を念頭に置くことは有り得ても、従来からの三徴候説もまた、その基準として残らざるを得ないのではないか、いやむしろ、三徴候説による死の認定のほうが原則であるべきではないかと考えるのである。ちなみに外国においても、脳死をもって統一的に死と認める立法例もあるが、前述したアメリカ大統領委員会のように、脳死のほかに三徴候をもかかげてその選択的適用を認めるものや、三徴候説を原則として脳死を補充的に適用する立法例も存するのである。⁽¹²⁾

四 さて現在、我が国では、心臓や肝臓の移植をうけるために患者がアメリカまで出かけており、臓器の提供を外国に依存しているという事実がある。これは国際社会の一員として恥ずかしいことであると言わなければならない。その原因は技術の遅れにあるのではなく、我が国ではまだ脳死問題が社会において決着を見ていないからである。しかし、ここで改めて言うまでもないが、脳死論を認知したからといって、それだけで臓器移植が容易になるものではない。フランスのように臓器提供者の反対の意思表示がないかぎり、臓器を摘出できるとするならば⁽¹³⁾、しかも、我が国では、臓器摘出のためには提供者本人もしくはその遺族の承諾が必要である⁽¹⁴⁾。従って、移植医療の推進という理由からすれば、死の認定方法を問題にするだけではなく、本人もしくは遺族の承諾ということが大きな意味を持つてくる。ところで人々の中には、臓器の提供を拒否して完全な姿で死出の旅路につきたい、あるいはつかせたい、と思う人もあれば、臓器を他人に提供して人間愛を全うし、あるいは死後にも生きたい生かせたいと願う人もあり、また臓器の提供を受けて生き続けたいと願う人、他人の臓器をもらってまでは生きたくないと思う人など、人それぞれの人生観によって、考え方はさまざまである。これらの考え方のどれを選ぶかは、結局は個人

の選択に委ねるべきであろう。このようなことを念頭に置いた上で、ここで私なりに死の認定の問題について考えているところを、次に述べてみたい。

人工呼吸器を装着した患者の脳の全機能が不可逆的に喪失すれば、後はほどこなく行き着く全体死への一方通行しかなく、それは生物学的には線として進行する死のプロセスの開始を意味することは、前述した。もっとも法的あるいは社会的観念からする死は、点としてとらえなければならず、「その判断は総合的に、連続する線の中から点を選び、有機体の消滅を認定する」⁽¹⁵⁾ものである。そしてこれまでの伝統的な考え方は、三徴候の出現をもって、線の中から点を選ぶ基準としていたのであった。ところが人工呼吸器の開発によって、その治療を受けた人の中で、脳機能の停止がまず確認されるケースが出てきた。その場合に医療関係者は、本人が健康なときに、人工呼吸器の取り外しや臓器提供の意思を表明していたかどうかを確認し、もし患者が脳死状態を了解して、死の開始にさしかかった時点をもって死と認定されてもよいと了解していたならば、その場合にはそれをもって死とすることができるとはなからうか。そうであれば、その承諾に基づいて生命維持治療の打ち切りや臓器の摘出もできることになる。しかし大多数の一般の死の場合には、やはり三徴候により死を認定することにして、その原則を変更しない。⁽¹⁶⁾つまりこれは、人工呼吸器の取り外しや臓器移植の状況が現実の問題となったときにおいて、患者の意思を確認し、その承諾がある場合には、死亡現象の開始を意味する全脳機能の不可逆的停止をもって死と認定してもよいとするのであって、これは死の認定方法を、いわゆる「社会的コンセンサス」に基づいて全体的、統一的に変更するものではなくて、問題となる限られた個々の場合においての「個別的なコンセンサス」に基づいて変更することを認めよ

うとするものである。⁽¹⁸⁾そしてこのような条件のもとに、法的、社会的な点としての死を、生物学的には線としてとらえられる死の開始の時点に移しても、死亡現象の同じ線の中でのことであるから、全体として見た場合に不都合は生じないのではないかと考えるのである。元来、国民一般が、統一的に脳死によって死を認定されることにためらいを感じる一番の原因は、臓器移植のために死の認定が早められるのではないかと、つまり死に行く患者（ひいては一般の人々）の生命権が危うくされるのではないかと、との不安である。脳死によって統一的に死を認定することになると、脳死が確認されれば直ちに人工呼吸器を取り外してもよく、いや、かえってそれ以後の人工呼吸器の作動は、死体管理すなわち死体臓器の新鮮さを保つための作業と見られ、⁽¹⁹⁾あるいは死者に対する儀礼の一種とすら表現される措置となるであろう。⁽²⁰⁾だが医療の現場では、脳機能が停止したからといって直ちに人工呼吸器を外す病院は殆どなく、本人の延命措置辞退の意思や⁽²¹⁾家族の了解のあるまで、さもなければ心臓停止にいたるまで、人工呼吸器をつけておくのが実際の取り扱いのようである。⁽²²⁾やはり家族も納得しないうちに治療を打ち切ってしまうならば、それは問題であろう。⁽²³⁾けだしそこに、「近親者の死をリアルに体得する体認の表現作用」という⁽²⁴⁾ことが考えられなければならないのであって、それは単に死の床にある肉親に対する惜別の情として斥けてしまうことのできないものであろう。こうして私は、生命維持治療の打ち切りには、医師と患者あるいはその家族が共同に関与するという状況を作り出すことが、これからの医療において必要ではないかと、考えるのである。バイオエシックスの立場からも、生命に関する最終的価値判断と決定については、患者の側もその主体としての地位を有するのであって、医療側との関係では「その決定を共有する」とするのが基本原理であると言われている。⁽²⁵⁾本来、医療における患者

と医師との間には、信頼関係がその基礎とならなければならず、それを法的に見ても、医療は医師が患者の求めに応じて治療に全力を尽くすことを内容とする契約関係（準委任契約）であるから、そこには契約法の基礎である信義誠実の原則と、当事者の意思の尊重ということが基本となっていなければならず、また事は常に両者の合意に基づいて進められなければならないのである。そして以上のようにすれば、患者の自己決定権を尊重してその人権を守ることができ、近親者の心情をも配慮することになり、また治療打ち切りや臓器摘出のために必要な承諾も得られ、かつ脳死段階で摘出した臓器を病める患者に与えることによって、その成功率を高めて受容者の生存権を支えることができ、しかも全体としては、従来からの三徴候説による死の認定を維持することによって、脳死と移植にまつわる国民の不安を取り除いて、脳死に対しても臓器移植に対しても正しい理性的な理解を得ることができるとではないかと、考えるのである。

五　ところで、このような私の考え方は、すでに「脳死論に関する一試論」において展開したのであるが、それに対してはその後、幾つかの批判を賜った。そこでこれらの批判に十分耳を傾けながら、今少し私の考え方を自ら検討し、かつ補足することにした。

まず、特定の場合に限ってであれ、「死」を個人の意思にかからせることは、「生」と「死」の問題を相対化し不安定にするものであって正当でない、との批判である。これについては私は、死の定義そのものを相対化したり、関係者の意思の介入を認めたりするものではなく、ただ死の現実的な認定において、そのような取り扱ひも必要ではないかとするものであることは、これまで述べてきた通りである。またこのような考え方は、既に以前から、内

外の論者によって示されているところであって、これも一つの思考方法として存在することも事実である。もっともこれらの論者においても、患者の意思の性格・内容には相違があり、あるものは自己の死のありかたを自ら決定する選択権ないしは自己決定権としてこれをとらえるのに対して、他は、原則的には脳死による死の認定を認めながら、特にその認定に不服のある場合にその拒否権を認めるという形で論じられる。⁽²⁷⁾

ところで私は、患者本人の意思を前者の意味において考えることについては、既にこれまで述べてきたところである。しかしこのことが、次のような極めて重要な批判を招くことになる。その主なものとして、まず唄孝一教授は、それは自らの生の「処分権」を認めるものではないか、そうであればそれは自殺を認めるのか、嘱託殺人を許容しようというのか、それは脳死問題の解決には無関係の議論であって、嘱託殺人罪の違法性阻却を認めて医師を免責しようとする議論ではないか、従って自己決定権の出席を間違っているのではないか、植物状態患者や老人性痴呆についてはどう考えるのか、といった疑問を提起される。⁽²⁸⁾次に中山研一教授は、次のような質問を提出される。即ち、「脳死状態を生とみるのか死とみるのか」、「処分権であるとすれば、それを正当化する根拠は何か」、「患者の自己決定権ないし選択の対象、およびその意味・内容は何か」、「家族の意思の介入の妥当性について」、「相続の開始における不明確性をどうするか」等々である。⁽²⁹⁾私は、このような重要で困難な問題にここで十分に答えられるとは思わないが、ともかくもこれらについての、現時点における私の見解を、次に述べておきたい。

まず私は、脳死をもって dying であるとし、これを「死の入り口にさしかかった、残されたわずかな生」であると表現した。しかしそうであれば、「生」の部分はまだ幾らか残っていることになる。したがってその生を断念

して自ら死を選ぶのであるから、それは確かに生を処分することになる。私はこれまで私の立場を、死に方を選ぶ選択権を考えるものとしていたが、より明確には「残されたわずかな生の処分権を認めるもの」とした方がよいのかもしれない。そうした場合には次に、それは自殺や囑託殺人の法的取り扱いとどう関連するのかが問題となってくる。しかし思うに、自殺や囑託殺人の場合は、*dying* の状態からではなくて *living* の状態からの行為がその前提となる。ここに「脳死状態」というこれまで繰り返して述べてきた特殊な状況が考えられなければならないのではなからうか。従ってここに処分権といっても、それは自殺や囑託殺人の場合とは違った、極めて範囲の狭いものがその対象となるのである。次に、この場合の処分権の正当化根拠としては、客観的には脳死発現という事実が、そして主観的には自己決定権が考えられるであろう。そして更にその自己決定権の意味・内容を問われれば、人工呼吸器の取り外しについては、末期医療の拒否と「死ぬ権利」が考えられ、臓器移植においては、それに加えて他者を救いたいという「人間愛」⁽³⁰⁾と「死後にも生きたい」という形を変えた生への意欲が考えられるであろう。ただし、ここに自己決定権といっても、それは無限定なものではあり得ず、法秩序の要求する生命の尊厳性と社会文化規範の範囲内においてそれが認められるものだからである。こうした感情は、時として自殺者や囑託殺人の依頼者にも存在するかもしれない。しかし、自分の身体の一部を提供して他人を救い、またそれによって死後にも生きるといふような形におけるそれは、これらの両者には見られないであろう。したがってこれを同列に置いて論じることができないのである。また、植物状態患者や老人性痴呆者への波及については、脳幹の死んでいる脳死状態を脳幹の生きている植物状態と明確に区別するならば、その心配はないと考える。ここで処分権を云々するのは、あくまで

dying である脳死患者についてであって、living である植物状態患者についてではないからである。もし後者について処分権を云々するならば、それは法が要求する生命尊重の観念と抵触するので、それは自殺や嘱託殺人の問題を生じることになるであろう。

次に、こうした承諾論は、医師の臓器摘出行為の違法性を阻却する議論であって、脳死問題の解決とは関係がないという点についてであるが、これについては次のように考える。まず、もし三徴候説を前提としたうえで、本人の(意識喪失以前の)承諾なくして脳死患者から生きた心臓を摘出すれば、それは殺人罪になることは明らかである。そしてその場合に承諾があったとしても、それは殺人罪ではなくなるだけであって、まだ嘱託殺人罪の違法性は阻却されず、それを適法とするには、なお別の理由づけが必要である。そしてここに、自らの生死の問題を自ら決定するという自己決定権の出番があるのではなかろうか。そしてこれを死の認定そのものにかかわらしめることによってはじめて、その心臓摘出は適法となるものと考ええる。もっとも、最近では三徴候説を堅持しながら、なお心臓移植に道を開こうとする理論的努力もなされている。その基本的な考え方は、脳死状態からの心臓の摘出は殺人罪の構成要件に該当するが、ケース・バイ・ケースによってその違法性もしくは責任の阻却を考える、とするものである。例え⁽³¹⁾ば、患者側の臓器提供の承諾、脳死の確実な判定、病者の救命などの諸事由を検討して、その摘出行為が社会的に見て相当であると判断されたならば、それを適法とみなすとするものである。しかしながら、やはり三徴候説を貫徹しながら心臓摘出を適法化することは、それが瀕死の重症者から生命に必須の臓器を生きたまま取り出すことになるために、いくら諸々の事由があるとしても、文化規範や社会規範に照らして「社会的に相当で

ある」とは言えず、その正当化は困難を伴うものであるように思われる。またこの場合は、安楽死の許容性の問題とも比較して考えてみなければならぬ。生命回復の見込みがなく苦痛を引き伸ばすだけの意味しかもたない医療措置を打ち切って自然に死なせることは、一般に認められているが、人為的に手を加えて生命を短縮する積極的安楽死については、これを罰しないための要件に極めて厳格なものがあることは、周知のとおりである⁽³²⁾。それでも安楽死には、堪えられない苦痛の終息という本人にとっての利点もあるのに対して、臓器提供には、抽象的には人間愛を全うするという精神的満足はあり得るとしても、現実的には本人を利するものは何もないのである。次にこの立場からは、緊急避難による正当化が試みられている⁽³³⁾。しかし移植医療の実際においては、ここに要求される緊急性の要件が常に備わるものではないし、さもなくば緊急性の意味をかなり緩やかに解釈することを余儀なくされるであろう。しかし生命対生命などが問題となりうる緊急避難の解釈としては、それは妥当ではないと思われるのである。

ここで付言しておきたいことは、脳死患者の生命維持治療の打ち切りと臓器摘出との意味の違いから生じる、法的取り扱いの相違についてである。前者については、脳死論の立場をとれば、脳死後の人工呼吸器の取り外しは法的に問題はなく、かえって死体に対する治療はあり得ないので、それは当然ということになる⁽³⁴⁾。だが、生命維持治療の打ち切りのためには、必ずしもその前提として脳死論をとらなくても、三徴候説でも可能であるとするのが一般の理解である。それは、すでに生命回復の見込みがないことが診断の結果明らかになれば、その時に医師の治療義務がなくなるから、⁽³⁵⁾診療契約上の信義誠実の原則に基づいて患者の状態を家族に十分説明し、家族の了解を得

たならば人工呼吸器は適法に取り外せると考えられるからである。⁽³⁶⁾ それに対して臨死患者からの臓器の摘出となると、それは単なる不作為ではなく積極的な作為であるから、前述のように三徴候説ではその正当化はむづかしくなる。したがってやはりその前提として、患者本人の意思により脳死をもって死としなければならぬ。そうすればその後は、死体からの摘出ということになるので、死体損壊罪を正当化する現行の「角膜及び腎臓の移植に関する法律」に則って、あとは遺族の同意によりそれをなし得ることになるのである。

次に、答えることが最もむづかしい問題は、このように処分権もしくは自己決定権という構成をとる場合に、家族の意思の介入をどの程度に認めることが可能か、という問題である。これは理論面と実際の取り扱いとの間に葛藤をもたらす、困難な問題を包蔵している。自らの生死に関する自己決定権という構成をとる場合には、理論的にはそれを行使し得るのは、本人以外にはありえない。しかし、脳死に到る前に本人が意思表明をしていない場合は通常であるので、厳格に本人の意思のみに限るならば、人工呼吸器の取り外しや臓器摘出の問題の解決がはかられる範囲は、極めて狭くなる。こうしたことから、アメリカのニュージャージー州最高裁判所は、カレン・クインラン事件において、「患者の自己決定権は憲法上のプライバシーの権利に属し、それを本人が行使し得ない場合には後見人と家族が最善の判断をもってそれを行使することを、社会の圧倒的多数人が承認できるような状況下であれば、後見人・家族によるプライバシー権の代行が認められる。」と判示した。しかしこれについては、中山研一教授は、「現実には、治療の打ち切りを求める家族の動機は単純でなく、経済的原因をも含む家族側の利益が無視し得ないものとするれば、本人の意思の推定とその代行という構成が単なる「擬制」に転化するおそれがないとはいえ

ないであらう。それは「死ぬ権利」から「死なせる権利」への転化を生むおそれがあることを慎重に警戒しなければならぬ。」と述べておられる。⁽³⁷⁾他方、内藤謙教授は、このような重要な問題性を認識されつつも、「だが、そのことのゆえに家族等の同意は全く意味がないとするのは、余りにも実情に反するのではなからうか。その擬制としての要素をできるだけ少なくするためには、家族の同意は、患者の意思をもっともよく推認しうる家族によるものであり、かつ、患者の利益を実現するという意味で患者の意思を体したものでなければならぬ、とするほかはないように思われる。」と述べておられる。⁽³⁸⁾

私は、この問題については次のように考える。患者本人の生死に関する自己決定権は尊重されなければならないから、これについての家族の代行は認めるべきではない。したがって、「脳死をもって死と認定する」ことの承諾であれ拒否であれ、本人の意思が表明されていない限り、家族が本人の意思を推定し代行して本人があらかじめ表明していた意思を証言するという形での代行ならば別であるが、脳死をもって死とすることはできない。これが基本原則である。ただし生命維持治療の打ち切りについては、脳死に陥り生命回復の可能性がなくなれば、医師の治療義務はなくなる。その場合には、家族の了解により人工呼吸器を取り外せるとして、私は前述した。このことをもう少し詳しく述べてみたいのであるが、脳死に陥って医師の治療義務がなくなるとして、それをもって直ちに人工呼吸器を取り外すことは、ラディカルな脳死論をとらない限り、実際にもほとんど行われてはいないようである。ということは、医師にはそれ以後もなお消極的な形での生命管理義務は残るとみてよいのではないか。その場合それは、患者本人のためでもあらうが、むしろそれは主として近親者が肉親の死を受容し納得するという、

家族のためのものとも考えられよう。またそれは、診療契約上の信義則からもくろむと思われる。⁽³⁹⁾ その場合に、家族の了解（ここでは脳死患者に最後まで付き添って愛情をもって看護した最近親者の意思であり、それが複数であればその一致した意思）があれば、ここに医師の生命管理義務も消滅して、人工呼吸器を取り外せるものと考ええる。しかしこれは、本人の「脳死をもって死とする」という自己決定権を家族が代行するものではない。けだしこの場合は、脳死により死とした上で人工呼吸器を取り外すのではなくて、それは脳死により医師の治療義務が消滅し、かつ、家族の承諾により生命管理義務も消滅するから、人工呼吸器を取り外しても法的な責任が生じない、ということなのである。従って結論的には、次のようになる。まず、生死に関する本人の意思表示があれば、当然その自己決定に従うべきである。次に本人が意思表示をしていない場合には、人工呼吸器をつけた脳死状態をもって死としてそこから生きた心臓を取り出すというようなことは、たとえ家族の承諾があっても本人の自己決定権を侵害するから、できない。ただ生命維持治療の打ち切りについては、脳死後は医師の治療義務、そして生命管理義務の消滅という違法性阻却事由により、家族の了解のもとに合法的に行い得る。以上のように私は考える。

なお、相続の問題については、次節において述べる。

- (1) 植村研一、前掲論文二一七頁。
- (2) 植村研一、前掲論文二二六頁。
- (3) 松倉豊治、前掲書『医事裁判と医療の実際』二四五～二四六頁。
- (4) 唄孝一教授は、前掲論文・法学教室六三号二二頁注(二)において、現代医学の光りと陰について述べておられる。
- (5) 藤田真一、前掲論文三二頁では、このことが強調されている。

(6) 前述のように、死のプロセスはかなり幅があるので、三徴候が生じてさえも、それはなお厳密には *dead* である。従って、脳死論議においても、「脳死は死 (dead) か」という問いかけ自体なりたたないのであって、それは明らかに *dying* でしかない。だから問題は、「脳死をもって死 (Dead) と認めてよいか」という社会の価値判断ということになるのだが、その前提として、やはり大事なのは *point of no return*、即ち、生命回復が不可逆的になったということである。ここに「生 (living)」の領域と「死 (dying, dead)」の領域との分岐点がある。従って、その分岐点を越えて「生」の領域に死の点を打つというようなことは、決してあってはならないのである。

(7) その問題点については、日本弁護士連合会「人権白書——昭和四七年版」二〇九頁以下において、詳しく述べられている。

(8) 立花隆氏も、「臓器移植と脳死を切り離して考えるのは、欺まん以外の何ものでもない」と述べておられる。

(9) 竹内一夫「脳死、その問題点」臨床成人病一四巻四号四七三頁。

(10) 例えば藤田真一、前掲論文は、「脳死の時代——誤解が多すぎる」というテーマでシンポジウムを開き、テレビ、ラジオで放送した。日放送が「生命のエピログ——脳死の時代と心臓移植」というテーマでシンポジウムを開き、テレビ、ラジオで放送した。

(11) 第一二回日本医事法学会「討論・脳死の基準と死の宣告」法律時報五五巻四号一〇三一—一〇四頁の福増広幸医師の発言。

(12) 外国の情況、ことにイギリス及びアメリカの立法例については、唄孝一教授の前掲論文「死に対する医事法的接近」及びその統編において、きわめて詳細な研究がなされている。それによると、国が異なり州が異なることにその法律の規定も、いろいろとニュアンスを異にすることがわかる。なおそのほか、米沢慶治「脳死問題をめぐって」判例タイムズ五五二号九〇—九一頁、河村博「外国における脳死問題の現状」法律のひろば三八巻八号三八頁、斎藤誠二、前掲論文ジュリスト八五四号九一頁以下、同「スイスにおける脳死問題」判例タイムズ五七二号二一三頁などが、外国の事情を紹介するものとして詳しい。

(13) 各国における臓器移植に関する法律や実際については、「シンポジウム——臓器移植の比較法的研究」比較法研究一九八四年四六号一頁以下に詳しい。

(14) 我が国の「角膜及び腎臓の移植に関する法律（昭和五四年）」第三条三項は、次のように規定する。「医師は——死体からの眼球又は腎臓の摘出をしようとするときは、あらかじめ、その遺族の書面による承諾を受けなければならない。ただし、死亡した者が生存中にその眼球又は腎臓の摘出について書面による承諾をしており、かつ、医師がその旨を遺族に告知し、遺族がその摘出を拒まないとき、又は遺族がないときは、この限りでない。」

(15) こうした死の判定における「線と点」の問題については、唄孝一、前掲書（筑摩書房）三四四頁—三五一頁において、詳しく論じられている。

(16) 唄孝一教授の論文「脳死論の当面する諸題点」自由と正義三四巻七号一七頁には、「三徴候死を脳死にかえるという時に、死の定義そのものがかわるのか、それとも定義あるいは意味はそのままで、ただその認定のしかた、その基準、それだけが変わるのかどっちなのか。逆に言うと、後者だと考えればそれほど大問題と考えなくてもよいのではないか、との議論もでてくる。」と記されている。なお、金川琢雄「脳死と法」法学セミナー一九八四年八月号二六—二七頁では、「脳死による死の認定は、個体の全体死を認識する手がかりにすぎず、死の概念自体の変更にはならない。」「脳死説による死を認めることは、死の概念の変更ではないから、脳死説による死と三徴候による死と二つの死の概念を設定することにはならない。」とされ、その両者の関係については、脳死説は補充的なものであるとされている。

(17) ここに生命維持治療の切り切りと臓器の摘出の二つをあげたが、前者は生命回復の見込みのなくなった患者の治療をそれ以上続けられないという消極的なものであるのに対し、後者は死に面した重篤な患者の臓器を他人のために切り取るという積極的なもので、その行為の態様も法的な取り扱いも異なるのであるが、これについては後述する。ただここでは、両者に共通の問題である「承諾」について論じているので、このように並列するのである。なお、医療技術の進歩にともなって、こ

ここで述べるような問題は、将来もつといろいろなケースについて考えなければならなくなるであろう。例えば、脳死患者の心臓を抗利尿ホルモンなどの投与によりながく働かせて、その臓器を何かのために利用することと、それに対する承諾の問題などがその例である。

(18) 脳死の問題を論議するにあたっては、よく社会のコンセンサスということが言われる。たしかに総ての人々は死を避けて通ることができないので、これについては国民的な論議が必要である。そして死の定義を大きく変更して、それを総ての人々に统一的に適用するのであれば、そこには大きな社会の意識変革を必要とする。最近では医学界やジャーナリズムが大いに世論を啓発しているので、脳死問題の理解は次第に高まっている。しかし他方、反対論や慎重論もあり、果たしてそんなりと社会の合意が得られるかどうかは、問題なしとしない。また社会的合意をどうして確認するかの問題もある。それを立法において行うべしとの見解もあるが(例えば大谷実「脳死問題への提言」ジュリスト八二二号七三頁。飯田忠雄、前掲論文八五頁。金沢文雄、前掲論文六頁など)、この問題は立法において多数決で決めると、いう性質のものではない。けれど、それでは反対者とその人の死にかたまで法律で押しつけることになるし、それを避けるためにの全員一致の賛成などは不可能だからである。しかし他方、死の問題を個人の信じるところにしたがってばらばらに取り扱うということも問題である。そこで私は、本文に述べたように、その調和点として、個別的な場合におけるコンセンサスというものを考えるのである。これに対しては、個別的なコンセンサスの前に、社会が脳死をもって死と認めるということが前提されなければならないといわれるが、このような形だけではなくて、「人工的生命維持治療のもとにある患者本人の承諾を条件として、脳死をもって死と認める」ということについての社会のコンセンサスということも、考えられるのではなからうか。

なお、前述の立法論との関係をもう少し述べてみたいが、私の立場は、死の定義の変更ではなく死の認定も原則として三徴候説によるので、必ずしも立法は必要ではないと考えているが、しかし多くの見解が分かれて、そのために医療の現場に混乱をまねくことになれば、それも問題なので、立法がなされることにもあながち反対でもない。ただ問題は立法の内容で

あって、これを示さなければ立法論も空回りとなるであろう。これについては、総ての人に統一的に脳死をもつて死とするという立法であるならば、それには反対せざるをえない。そうではなくて、それは従来からの死の定義、死の認定方法を原則としながら、人工的生命維持治療のもとにある場合においては、患者本人のあらかじめ示された意思をもとに、脳死をもつて死と認定することができるというように、患者の意思の尊重と脳死を補充的に規定する内容のものであってほしいと考えている。しかもこうした規定は、独立の法律として制定されるのではなくて、例えば臓器移植法、尊厳死法その他の個別の領域における問題解決のための法律のなかに規定されればよい、と考えている。

(19) 飯田忠雄、前掲論文八二頁。

(20) 藤田真一「脳死の時代(四)」朝日新聞昭和五八年九月一日。

(21) 内藤謙教授も、「生命維持装置の取り外し(いわゆる「尊厳死」)の問題で、その中心となるのは、患者の自己決定権である。」と述べておられる。内藤謙「尊厳死(一)」法学教室四三号八六頁。

(22) 藤田真一、前掲論文・ブレクレット二八頁。

(23) 福岡誠之「脳死の基準と死の宣告」前掲・第二二回医事法学会九四頁。脳神経外科の福岡医師は、多くの臨床経験から、家族が患者の死を受容するということもまた、重要な要因であることを強調しておられる。なお福岡医師の近著『脳死を考える——新しい医療倫理を求めて——』(日本評論社昭和六二年)を参照。

(24) 池田善昭教授は、哲学の立場から脳死について、「われわれは、身近に愛すべき人々の死に遭遇するとき、かかる死の表出をもって現実の事態として受け入れるに十分かといえ、かならずしもそうではない。なぜならば、われわれにはもうひとつの表象、すなわち死をリアルに体得するという体認の表現作用があって、脳死の状態はそれはたらしきを満足せしめないからである。心臓が動き場合によっては呼吸がつづくかぎり、脳死がイコール死であると観念的に説明を理解していても、そこでは真に死体を体認することができない。これは、生得的に自己表出的表現作用の図式を前提して具体的な了解にいた

るしくみになっているわれわれからすれば、いたし方のないことである。」と論じておられる。池田善昭「生命の倫理と科学」前掲書『現代の生と死』一五頁。

(25) 木村利人教授は、バイオエシックスの立場から次のように述べておられる。「医療処置をめぐる患者の生命、身体に関する最終的価値判断と決定の主体は、患者みずからにあるとするのが、バイオエシックスにおける自己決定・自律性 ∇ の原理である。」「このような自己決定の主体 ∇ が決定をなすにあたって、与えられた情報をもとに、医療専門家との対立構造の中で判断を下すというよりも、むしろ、情報・決定の共有というプロセスをとることが望ましい。」木村利人「バイオエシックスの機能——生と死の決定をめぐる」前掲書『現代の生と死』六一—六二頁。

(26) ただ、患者本人の意思と家族の意思の関係について、前論文では、死の認定に関して本人が意思を表明しないままに脳死状態になった場合には、本人の最善の利益を代弁することができる最近親者が、本人の意思を代行しうるとの考え方に立って論述を展開した。しかし、ここに自らの生死に関する自己決定権を強調すれば、家族の代行はそれと矛盾することになる。またこのような趣旨の批判も多く賜った(特に中山教授の批判 \parallel 後述)。そこで本稿では、この点に関する旧稿を改めて、生死に関する決定には家族の代行を認めないという考え方に改めた。この点をここに、おことわりしておきたい。

(27) 外国のものとして、Vatch. op. cit. P. 72。グーチは、死の定義づけにも「公共政策」が重要であると示して統一的な死の定義を人々に強いるよりも、死の定義にバリエーションをもたせることの方が妥当だ、との考え方を示している。なお、大統領委員会におけるグーチの証言については、唄孝一、前掲論文・朝日ジャーナル一八頁以下。最近では加藤一郎「脳死の社会的承認について」ジュリスト八五四号四四頁以下。平野電一「生命の尊厳と刑法——とくに脳死に関して」ジュリスト八六九号四〇頁以下がある。そして中山研一教授はこの三つの論文に私の「一試論」を加えて、その内容を詳細に検討しておられる(中山研一「死の判定と患者の意思——脳死の自己決定権」をめぐって」警察研究五八巻九号三頁、十号三三頁)。

また本年一月の日本医師会倫理懇談会の最終報告も、脳死認定に患者側の意思を介入させることが大きな特色となっている。これについては、その中間報告が出された段階において中山教授の詳細な検討がある(中山研一「脳死と臓器移植の問題点——日医生命倫理懇談会中間報告の検討」ジュリスト八八六号九五頁以下)。

- (28) 唄孝一、前掲論文・法学教室六二号二三頁、同「 \wedge 社会と法 \vee からみた脳死」『脳死をめぐる諸問題——日本学術会議一〇〇回総会における記録等——』日本学術協力財団(日学双書一)一三七—一三八頁。

なお、これまで述べてきた私の見解は、世界で初めて心臓移植が行われて間もなく、唄教授が提唱された前掲論文「心臓移植への法的提言」の α 期説に酷似することになり、私は唄教授のこの先駆的業績に対して多大の敬意を表するのであるが、唄教授のちにそれを自ら批判して、その見解を凍結された。従って、唄教授が自説に対して向けられた批判は、そのまま私の見解に対する批判ともなるわけである。

- (29) 中山研一「脳死論」『明日の医療 第九卷、医療と人権』(中央法規出版 昭和六〇年)三〇八—三一〇頁。同、前掲論文・警察研究五八卷九号一—三頁。

- (30) 本来、移植医療とは、生命倫理の観点からも、こうした人間愛に裏付けられて初めて肯定されるものである。従ってそこに何等かの利害打算が入り込めば、それは許されず、場合によって犯罪にすらなると考える。ちなみにアメリカでは、一九八四年に臓器売買の禁止に関する立法が行われ、それによると、臓器の売買をあっせんした者に対して、五年以下の懲役、最高五万ドルの罰金を科することになっている。

- (31) 例えば、斎藤信治「心臓移植はまだ許されないか」法学新報九三卷三一—五号一頁以下、特に五四頁以下。大谷実「刑法における脳死問題」法律のひろば三八卷八号三五—三六頁。同『いのちの法律学』筑摩書房一七四頁。なお、筑波大学における脳死患者からの腎臓、すい臓などの摘出が殺人罪として告発された事件に関して、法務省刑事局長は、衆議院予算委員会での答弁で、三徴候説を基本として死を認定すべきであるとしつつ、脳死患者からの臓器摘出の殺人罪成否については、

ケース・バイ・ケースで考える方針であると述べている（大谷実「筑波大学臓器移植告発事件・考」判例タイムズ五九六頁参照）。

(32) 例えば、名古屋高裁昭和三七年二月二日判決が示した六つの要件など。

(33) 斎藤信治、前掲論文五四頁以下。なお、中山研一「(刑事法学の動き) 斎藤信治“心臓移植はまだ許されないか”」法律時報五九卷二二号—一九八七年一月号—一三三頁も、緊急避難による問題解決について、幾つかの疑問を提起されている。

(34) しかし、原則論的には三徴候説を維持する私の立場からは、たとえ脳機能が停止しても、それによって直ちに患者に対する生命管理義務まで消滅することにはならないと考える。これについては後述する。

(35) もっとも、人工呼吸器の取りはずしは、脳死論をとらなくても可能であると言ったとしても、それは脳死と無関係であることを意味しない。いやむしろ、医師の治療義務がなくなるのは、「生命回復の見込みがなくなったこと」が必要であるから、それはまさに脳死状態になったこと (point of no return に至ったこと) を意味する。したがってより正確には、「生命維持治療の打ち切りには、必ずしもその前提として脳死をもって死としなくても、三徴候説でも、脳死後は可能である」ということになる。しかし他方、生命維持治療の打ち切りには必ずしも脳死を待たなくても可能だとされ、しかもその前提として、「意識回復の見込みがなくなれば」と言われるが、私はここに「回復の見込みがない」とは「生命」についていわれるべきであると考え。そうすると、これは脳死状態におちいったことにほかならず、ここに脳死との接点があるものと考え。したがって、脳死以前であれば、「無呼吸テスト」や「自発呼吸回復の措置」などのために一時的に人工呼吸器を取り外す場合をのぞいては、取りはずすことはできないと考えるが、より詳しくは他稿を期したい。

(36) 基本的には三徴候説に立ちながらも、脳死後の生命維持装置の取り外しを、刑法上の罪とならないとするための理論が、刑法学者によって考えられている。それを紹介するものとして、内藤謙、前掲論文九〇頁。なお内藤教授自身も基本的には三徴候説に立ちながらも、「脳全体の機能の不可逆的喪失が認定される段階に至った場合には、その喪失と同時に、他のす

べての臓器の機能は停止していくから、心臓と肺臓の機能を生命維持装置によって代替させても、その機能を回復することは全く不可能であり、まさしく確実に切迫した死を回避する可能性が全くない。そのことにより、患者の事前の意思から判断して治療継続の希望が明らかでないかぎり、生命維持装置を用い続ける医師の治療義務がなくなるから、右の場合の生命維持装置の取り外しは、違法性が阻却される。」と述べておられる(前掲論文九〇頁)。また(故)藤木英雄教授は、「刑法講義・各論」一九一頁(弘文堂、昭和五一年)で、「生命伸長術(人工呼吸など)を停止することも、すでに自然の死期が到来した患者が、かろうじて生命維持装置により生命を保っており、回復の見込みがなく、人間としての尊厳を保った生存状態とはいえなくなった状態で、生前からの患者の意思に基づき、あるいは近親者の意思に基づいて医療を停止することは、人道にかなった処置といえる限度で殺人の観念には含まれない(いわゆる尊厳死)というべきであろう。」とされている。

(37) 中山研一「植物状態患者をめぐる法的問題(下)」ジュリスト六六五号九七頁。

(38) 内藤謙、前掲論文八六頁。

(39) そのほか、これは試論として述べるのであるが、脳死状態は *coma* であり、それは生の要因を持つとともに死の要因をも持つので、その限度では家族に固有の承諾の要素が入り得ると考えることもできるのではなからうか。その場合、我が国の角膜・腎臓移植法は、死体からの臓器摘出につき遺族に固有の承諾権を認めるように、死の要因が入ってくるにつれて、遺族の立場が前面に出てくるのが、一つの手掛かりとなる。より厳密な理論構成については、他稿を期したい。

第二節 死の宣告——死亡事実の確定

一人は死亡することによって、その権利義務関係に変動をきたし、相続が開始し、また葬祭などの社会的、宗教的行事が行われることになる。このように死亡により生活関係に重要な変化が生じるので、死亡の事実を明確にす

るために、法は死亡診断書の作成（医師法一九条二項）および死亡届けの提出（戸籍法八六条）を義務づけている。そしてその前提として、医師による死亡事実の確定、即ち、「死亡宣告」が行われるのが普通である。ところでこれまで、死亡宣告はもっぱら医師が行ってきたし、また死亡時刻も医師が何月何日何時何分と断定するものとされてきた。このことは、通常の場合においては当然であろうが、最近のように脳死問題が出現して、治療の打ち切りや臓器摘出といった事態に直面した場合には、医師の意向だけで死の宣告を行ってよいかどうかについて、考えなおさなければならぬのではないかということが、医学者の側からも言われ出している。例えば松倉豊治教授は、「ことが脳死関係という新しい事態に関してくると、死の認定という方法論の中で各関係方面と十分に検討した上でコンセンサスが（ぎりぎりの特別な場合に限定しても）得られる方向に問題が進むことになる。即ち、死の宣告は純粹に医学側だけの問題ではなく、それを含めた「合理的な広い合意」に達する軌道設定の問題になる。したがって医学側もこうした問題点の検討をすみやかに始めることを期待するとともに、法律家側も今までのような「死の宣告は医師の事務的な問題」という立場からはなれて、主体的あるいは医学界とタイアップして考察する必要があるのではないか。（要約）」と述べておられる。⁽¹⁾ここで言われている「合理的な広い合意」とは、死亡宣告のもつ社会的、法的な意味、効果を十分認識したうえで、医学側だけではなく、もっと広い社会各層における検討と了解の下に、死亡宣告というものが考えられなければならない、ということであろう。例をあげれば、人工呼吸器の下における脳死患者の死亡時刻は、はたしてどこに置くべきか、相続の関係で問題が生じないようにするにはどうすればよいかなどの問題は、医学側だけからでは決められない時代にきている、ということであろう。こ

うした社会の一般的な認識や了解のほかに、私は、人工呼吸器をつけた脳死患者の場合には、なお個別臨床における医師と患者側との共同関係ということがあり得ると考えるのであるが、これについては、前節で述べたところである。

二 このような前提のもとに、人工的生命維持装置の下にある脳死患者の死亡宣告との関連における法律問題を、二つ三つ検討してみたい。

まず死亡時刻についてであるが、厚生省基準によると、脳死判定項目が満たされてから六時間の確認時間を経たときをもって死亡時刻とすることになっている。それに対しては、六時間を経て脳死を確認したならば、さかのぼって、初めの脳死判定項目を充足した時点をもって死亡時刻とするの考え方があつた。この二つの見解の相違点は、前者は、判定項目が満たされたときは脳死と考えられる徴候が揃つたというに過ぎないので、それが不可逆的であることを確かめるために六時間の観察時間が必要であり、その経過によつてはじめて脳死が完成したと考えるのに対して、後者は、判定項目が揃つたところで既に脳死が完成しているが、なお誤りがなことを確認するために六時間を置くのだと考えるのである。私は、理論としては本来、後者であるべきだと考えている。何故ならば、判定項目を満たした後の経過時間は、例えばハーバード基準では二四時間であるのに、我が国では六時間であるし、また事故などにより明らかに脳全体が破壊されたときなどは、必ずしも六時間も待たなくてもよいのではないかと思われる。このように、とらえ方によつては、この確認時間に長い短いがあり得るのに対して、脳死判定項目が満たされた時点というのは、生理学的にみて脳死状態になつたという事実を把握するものであり、客観的な時点であ

ると思われるからである。ところで、評論家の立花隆氏は前説をとられるのであるが、その理由として、厚生省が掲げる「五項目を満たせば、確かに脳の機能は停止している」ということはわかるが、それだけでは可逆的な機能停止（まだ生きている）なのか、不可逆的な機能停止（脳死）なのか全く区別がつかないのである。」とされている。⁽²⁾もしそうだとすると、五項目は脳機能停止の基準、そして六時間是不可逆性の判定基準ということになり、六時間の意味は脳死判定にとって極めて重大で、その経過時をもって死亡時刻とせざるを得ないことになる。だがこの問題は、医学的知識に依存するところが大きいので、医学界で見解がまとまり、また一般人にも説得的な説明がなされたならば、私は前述したところにもかかわらず、その見解に従うつもりである。

次ぎは、相続の開始時点の問題である。先に私は、人工呼吸器の下にある脳死患者の死亡認定において、患者の意思を重視する考え方を述べたが、そう考えるところでもそれは、死亡時点そのものを患者の意思にかからしめるものではない。もしそうであれば、相続の問題とからんで死亡時刻が患者やその家族の恣意により操作される可能性が生じて、重大な問題となるからである。そうではなくて、患者の意思の介入を認めるのは、いわば「死に方」の選択の問題である。つまりある一定の場合において、本人は「三徴候まで揃わなくても、脳死をもって死と認定してもらってもかまわない」と了解することである。その場合に死亡時刻は、前述したように客観的に診断された脳機能の停止時点ということになり、従ってこの時点が相続の開始時点となるのである。ただ稀には、次ぎのような少し厄介なケースも想像される。例えば、子供のいない夫婦が、交通事故で同時に病院に運ばれたときに、どちらが先に死んだかによって、夫の親族と妻の親族の相続分が異なってくるが、その場合、両方とも人工呼吸器をつけら

れていると、脳死が生じた時が客観的に分かるので、本人たちが脳死を認めていけば、脳死発現の前後によって死亡の前後が決められることになる。両者とも脳死を認めず心停止まで待つことを望んでいたならば、心停止の前後によって死亡の前後が決められよう。そして一方が人工呼吸器の取り外しを承諾して脳死を認め、他方がこれを認めない場合も、やはり本人の意思に基づく死亡時点を基準とすればよいと思う。ちょっと複雑なのは、一方が集中治療室で人工呼吸器をつけられ、他方が別の病院で人工呼吸器がつけられなかった場合であるが、それでも、もし同じ治療を受けていたならばどちらが先に心停止をしたか、医学の鑑定によって確かめることができるのではないだろうか。そしてこれがどうしても確かめることができない場合には、民法第三二条ノ二の、同時死亡の推定の規定を適用することになるであろう。だがここにあげたようなケースは稀に予想されるものであるから、それをもって相続の全体が不安定になるとは思われない。のみならず、人工呼吸器をつけた場合に、脳死になれば医師の治療義務がなくなることから、あとは家族の了解により随時その取り外しができるとしつつ、他方、心臓死をもって相続の開始基準とするならば、人工呼吸器を取り外した時に心臓が停止するので、そこにかえて恣意性が入り込む余地があるようにも思われる。従って、この場合において重要なのは、直接の利害関係に立つ双方の家族の意思を排除し、本人の意思かまたは客観性をもつ医学上の判断により、前述のようにその時点を決めていくことであろう。ただし、相続という法律的な取り扱いにおいては、医学上の措置とは別に、個別的事例において、公平を損わない解決方法を見いだすことこそが重要だからである。そしてそれでもなお争いが生じた場合には、「恣意排除の原則」や「公平の原則」を法理論や判例理論により確立していけばよいのではないかと考える。

次に今一つ、例えば殺意をもって脳死状態患者を刺したりその首を締めたりした場合には、その行為をどのように評価すべきか、という問題について述べる。もし統一脳死論であれば、それは殺人の不能犯であるが、具体的危険説により殺人未遂罪を考える余地があるであろう。私の立場からすると、脳死状態は dead ではないのだから、殺人罪が成立することになる。なお、統一脳死論をとられる斎藤誠二教授は、脳死論は必ずしも臓器移植などとの関連において論じられるべきものではなく、それは刑法で、人の生命をどこまで保護すべきかの問題である、と述べられるが、⁽³⁾もしそうであるとしても、前述のような行為態様により侵害を受ける脳死患者に対しては、やはり刑法的保護を及ぼすべきであると考ええる。ただし、刑法で保護すべき生命とは、「全体としての有機体の統合された機能」であって、それはひとり、「脳の機能」だけではないからである。

- (1) 松倉豊治、前掲書・『医事裁判と医療の実際』二四九頁。
- (2) 立花隆、前掲書四四九頁。
- (3) 斎藤誠二、前掲論文・ジュリスト八五三号八三頁。

第三章 心臓移植再開への道と全体の結語

第一節 心臓移植再開の条件

一 さて、これまで脳死の問題をいろいろと考察してきたのであるが、最後に、脳死問題と極めて関係の深い心臓移植の問題について、少しばかり述べておきたい。我が国では、和田心臓移植事件⁽¹⁾以来ほぼ二〇年間にわたって、心臓移植はタブー視され、その後一例も行われていないが、その間に世界では、サイクロスポリンなどの拒絶反応抑制剤の開発により、その成功率も高まって有効な治療法として確立するに至り、現在では年間ほぼ一四〇〇例、トータルで四〇〇〇例以上が行われているという情況にある。そこで我が国でもこれを再開しようとの雰囲気も高まっているのであるが、他方、脳死問題が社会的に解決を見えないということ、その再開を前にして足踏み状態にあるといつてよいであろう。しかし他方、心臓移植を受ければ生命を取りとめることができる患者が、そのために死亡していくことを考えると、一日も早くその再開が望まれるのである。

二 さて心臓移植は、動いている心臓を臨死患者から摘出するものであるから、その前にその人は死亡していない

ればならないということが、まずその前提となる。それ故、統一脳死論をとれば心臓移植に大きく道を開くことになるのであるが、私はこれまで述べてきたように、原則論的には三徴候説の立場をとるので、臨死患者からその心臓を摘出するためには、次のような条件が整わなければならないと考える。即ち、(一)「脳死をもって死と認定することについて、患者本人の承諾があること」。(二)「心臓提供につき、本人もしくは遺族の承諾があること(現行の移植法上の要件)」。そしてまずこのことは、必ず具備しなければならない必要条件である。しかしそれだけでは、 \blacktriangle 十分条件 \blacktriangledown をも満たしているとはいえない。けだし心臓摘出行為は死の認定をその前提とするが、それとは別にその行為そのものを評価の対象としなければならないからである。そこで更に、次のような状況においてそれがなされなければならないと考える。即ち、(三)「統一的で信頼のできる脳死判定基準が作られること」、(四)「脳死に至るまでに懸命な救命の努力がなされたこと」、(五)「脳死の判定が確実になされて、公表しても医学上、問題がないこと」、(六)「移植医は脳死判定から除外されること」などである。そうしてこれらの諸条件が満たされたならば、心臓移植は人の命を救う医療として人道にかない、社会はこれを高く評価すべきである。もつとも実際の臨床場において、これらの条件を満たした上で心臓摘出が行われることが担保されなければならないのであるが、それについては、ヘルシンキ宣言(東京改定)に則って、今では多くの大学医学部や病院に設置されている「医療倫理委員会」が、それを判断し担保する役割を担うべきであり、医療倫理委員会はこうした機能をも発揮することによって、その存在意義を高めるものと考えるのである。

(1) この事件は、医学的に数々の問題があったのであるが、突き詰めれば次のように要約されると思われる。第一は、死亡

認定の時点のずれで、和田教授は八月七日午後一〇時一〇分に死亡を宣告したのに対して、検察庁の調査によると、少なくとも患者は八月八日午前二時七分までは心電図的には生きていたことが確認されていること、第二は、この心臓移植においては、死亡判定者と心臓移植の術者とが同一人すなわち和田教授自身であったこと、そして第三には、当時としては心臓移植の成功例は極めて少なく、まだ確立された治療法とは認められておらず、他方、脳死についてもまだ十分な解明がなされていないので、その実施には期が熟していなかったこと、などである。

第二節 全体の結語

以上のように私は、脳死問題が今、国民的論議の的になっている折から、これについての私なりの考えを述べてきた。その際の基本的視点としては、医療の発展がもたらしたいろいろの問題や現実における多角的な要請を踏まえて、「従来からの死の定義を大きく変更することなく、しかも移植医療や人工的生命維持治療の打ち切りの問題解決にも役立つ死の認定方法はないものか」を模索することであった。そしてその一つの方法として、死の認定において患者本人の意思を尊重する考え方を示したのであるが、それはむしろ脳死論としては消極的なものであり、もしくは一部脳死論である。ただ私が現在のところ、統一的に脳死論を適用することに慎重にならざるを得ないのは、次の理由による。それは、脳死判定の方法において今なおいろいろな疑問が提出されていること、脳死状態とというのは一般には分かりにくく、説明を要するものであること、九九%以上の大多数の死においては、問題となる一定期間継続する脳死状態は生じないこと、脳死後の心臓拍動の長期延長が可能となりつつあること、心停止後も医的措置により拍動を取り戻してそれを移植に用いる研究が進んでいること、人工臓器や人工頭脳の開発等々、

将来の科学の発達はどのような生命操作の可能性をもたらすか予測ができないこと、などである。こうしたことから、やはり死の認定は原則として従来通りとしておいて、現実に問題が生じることとその範囲で、合理的な解決をはかることにした方がよいのではないかと考えるのである。そして現時点としては、まずは「患者の尊厳な死を願ひ、その人権をまもり、家族の心情をおもひ、しかも移植によって救われる人が一人でも多くなることを願って、それを一日も早く実現するためにはどうすればよいか」ということを当面の課題として、それに向かって努力するべきであろう。ただ私のように、脳死を認める範囲と要件を厳格にする場合には、移植医療に開く道は広いものではないかも知れない。従って臓器提供の意思のある人は健康な間に、「確実に脳死が判定されたならば臓器を提供する」との意思を提供者登録カードに表示することが望ましく、またこのようなキャンペーンを盛んにすることが必要であろう。⁽¹⁾ そのほか、人によっては脳死状態になって無感覚、無感動となり、生命回復の見込みもなく、ただ器械で生かされていて数日のうちには心臓も停止するということであれば、このような姿における残されたわずかな生に執着せず、静かに死んで、死後にも他の人の役に立ちたいと望む人も少なくないと思われる。もしそれを望むならば、健康な時にやはりその意思を表明しておくことが賢明であろう。それとともに他方、脳死に関する議論はすべて信頼される医療がその基礎になるので、医学に対する人々の信頼と期待に医学が十分に答えてくれることが、この際いっそう望まれる。そしてこのことによって、脳死や移植に関する社会の理解も一そう高まるものと思われるが、もし本稿がそのためにいささかでも役に立つものがあるとすれば望外の幸いに思う次第である。

(1) 原秀男、前掲論文三〇頁にも、このことが提唱されている。