

# 臓器移植法と死の概念

小松 進

- 目次
- 一 はじめに
  - 二 死の意義
  - 三 臓器移植法における死
  - 四 おわりに

## 一 はじめに

1. 一九九七（平成九）年、第一四〇回通常国会において「臓器の移植に関する法律」（法律一〇四号…以下、臓器移植法と略称する。）が成立した。この法律は、一定の要件の下に移植術に使用する臓器を死体（脳死した者の身体を含む）から摘出する行為の合法性を宣言し（六条一項）、さらに、脳死した者の身体の意義について、「脳幹を含む全脳の機能が不可逆的に停止するに至ったと判定された者の身体をいう。」（六条二項）と定義している。この法律は実に様々な問題をはらんでいるといえる。まず、移植に使用される場合に限って脳死を人の死と認めているが、人の死の意義を法律で決めたこと、死体の意義、脳死した者の身体の解釈など法律の内容に関わる検討課題がある。さらに、本法

は臓器移植に関する法律であるが、そこに規定された内容が他の法領域にどのような影響を及ぼしうるかという問題がある。また、この法律の成立によって「和田心臓移植」(一九六八年)以来いわばタブー視されてきた観のある心臓移植に対する疑念が払拭され、移植医療の発展が期待されることになるのか、つまり、臓器移植法の評価も検討されるべきであろう。もっとも法律の評価は性急になすべきものではないと思うが、法律自体が当初から三年後の見直しを予定しているので、それを念頭において検討することは必要であろう。そこで、本稿では、臓器移植法における「死」の意義を考えてみたいと思う。

2・死の意義が議論の俎上にのぼるようになったのは、二〇世紀の後半になってからである。人工呼吸器(レスピレーター)が開発されるまでは、事故などによる頭部や胸部の損傷等を伴う即死の場合を除いて脈拍、呼吸のないこと、および瞳孔の散大によって人の死を確認する、いわゆる三徴候説による死の判定が通常であった。しかし、レスピレーターが装着されている患者の場合には、脳の機能は不可逆的に停止している<sup>(1)</sup>したがって自発呼吸はないが、機械的・強制的に呼吸が行われ酸素が供給されるので心臓は拍動を継続し循環が行われており、身体も温かく皮膚にも弾力があり通常の死体とは著しく様子の異なる状況である。いわば器械によって「生かされている」ともいえる。こうした状態は数日あるいは一月を超えることもあり、二〇〇日に及んだ例もある<sup>(1)</sup>ということである。しかし、こうした身体もレスピレーターを外すと数分間で確実に心臓が停止して「死亡」に至る。

人工呼吸器・生命維持装置が開発される以前には、全脳の機能が失われると数分で呼吸停止・心臓停止に至り、脳の機能停止と心肺の機能停止とが間を置かず到来したのであるが、人工呼吸器の登場によって全脳機能の不可逆的停止(脳死)と呼吸循環の停止(心肺死)との間に時間的な隔たりが生ずることになったため様々な問題が発生することになったのである。

また、移植医療のめざましい発達により他人の臓器（角膜・腎臓・肺・肝臓・膵臓・心臓など）を移植することによって機能が劣化・廃失した臓器の代替が可能となった。臓器移植実施の条件の一つは言うまでもなく移植に必要な臓器の提供があるということである。しかも、治療効果をあげるためにはなるべく新鮮な臓器が望ましいとされ、心臓移植にあつては移植される心臓は心臓死以前の状態にあることが必須とされるのである。こうした状況も、脳死を人の死と認めるべきかをめぐる議論を激化させた一因である。

## 二 死の意義

1. 法律学において死とは何かという問題は脳死問題が登場するまで意識的に論じられてこなかったといつてよいと思われる。刑法学における生死の扱いは生命・身体に対する犯罪の客体としての人は何時から何時まで存在するか、すなわち、人の始期と終期如何という問題として論ずるものであった。人の始期は誕生であるが、どの時点をつ捉えて人とみるかについては良く知られているように民法においては胎児が母体から全部露出した段階（分娩終了）で人と解するが、刑法では一部露出をもって人とする。刑法ではこの段階に至れば母体と関わりなく生まれてくる者の生命・身体に侵害を加えられるからである。ところでこのように刑法と民法とで出生の時点が異なって理解されるのは、その根底には出生は陣痛に始まり破水を経て胎児が徐々に母体外へ出てくるという過程（プロセス）として捉え、それぞれの法律の目的・趣旨に従つて出産過程の一時点を出生とすることとしているからと考えられる。民法でいえば権利義務の主体としての適格という観点から出生の時期を決め、刑法では生命・身体の保護という観点から母体と独立に保護の必要が認められる時点（一部露出）を人の誕生としているのである。

さて、人の終期については生命が無くなった時点、すなわち、死亡によって人である生体と人でなくなった死体とを

区別すると説かれる。刑法では客体が生きているか死んでいるかによって殺人罪・傷害罪か死体損壊罪かという罪責の差異を生ずる。そこで死の意義が問題になるが、刑法にかぎらずわが国の法律で「死」の意義を正面からとりあげた規定はないようである。<sup>(2)</sup>

2・人の終期についての刑法の学説は、「脳死問題」が登場する以前<sup>(3)</sup>と以後とではやや異なった様相を呈していると思われる。「脳死問題」以前の学説では、人の「死」そのものについて正面から定義するのではなく、生きているしるし（バイタルサイン）の消失をもって「死」が発生したことを認識するという方法をとっている。

人の終期に関する学説としてはこれまで三つの見解が唱えられた。脈拍終止説および呼吸終止説は、心臓機能や肺臓機能の終局的停止をもって死が発生したことを判定するというものである。すなわち、心臓や肺臓の死を認識して個体の死とするものである。心肺の機能停止⇨心肺の死⇨個体の死なのであり、脈拍終止や呼吸終止は個体の死の発生を判定する基準なのである。換言すれば、死の実体は、生物学的にみた心臓・肺臓という臓器の死であり、脈拍終止・呼吸終止の各説はいずれもそれを判定する基準・徴表を語っているのである。これに対して、三徴候説（総合判定説）は、呼吸・脈拍の不可逆的停止に瞳孔散大を加えた三つの徴候によって総合的に判定するというもので、従来の通説といっ正しい見解である。この見解は、心肺の機能のほかに脳幹機能の一部である瞳孔散大も総合判定の基礎としている点で前の二説と異なる。脳死問題が出現する以前には、これらの判定基準によって認識される「死」とはどういうものかという問題は意識されておらず、呼吸が止まり、心臓の拍動が無くなればそれは個体として死が到来したのだという暗黙の共通意識があったように思われる。

ところが、人工呼吸器が開発されて、脳幹の機能喪失により肺による自発呼吸ができなくなっても器械が呼吸を継続させることにより心臓は拍動を続け循環が行われるという事態が登場したのである。呼吸作用を司る脳幹が不可逆的に

機能を失っても器械がそれを代替し、心肺の活動が継続している脳死状態がそれである。つまり、脳は死に、心臓と肺は生きている（生かされている）という状態であって、各臓器の死の間に著しい時間差が生じているという事態である。この状態にある患者は生きているのか、それとも死んでいるのか、これが問題なのである。

3・脳死について　脳死説は脳の機能が不可逆的停止した状態をもって人の死とするものであるが、脳死説を支持する論者においても死の意義および死の判定方法について、その主張するところは一致している訳ではない。以下に、脳死説についていくつかの異なった見解を取り上げ、検討することにした。その前に、まず、脳死（説）の用語および脳死についての考え方について整理しておこう。

#### (一)全脳死（説）と脳幹死（説）

脳は、大脳・小脳・脳幹などから構成され、それぞれ異なった機能を持っているが、全脳死とは脳を構成する全体の機能が不可逆的に停止するに至った状態をいう。人がそのような状態に至ったときに「死」とするのが全脳死説である。これに対して、脳幹死説は、脳幹の呼吸作用を司る機能の不可逆的停止をもって人の死とするのであるが、生物学的な個体の生命活動に重心をおきすぎているきらいがあると思われる<sup>(4)</sup>。また、大脳死説は、大脳皮質が人間の記憶・知識・思考など精神活動に関係するところから、他の生物と比較して最も人間の特性となる機能を司るところとしてこれを重視し、大脳機能の不可逆的停止をもって人の死とするものである。要するに、脳幹死説は人間の生物体としての生命維持活動を重視するのに対して、大脳死説は人間の精神活動の中枢である大脳（皮質）の活動こそが人間の人間たる所以であると捉え、この活動の消失をもって人の死とするものである。これに対して、全脳死説は、生物体としての存在の基礎となる呼吸作用に関係する脳幹の機能と人間の特徴である精神活動の中枢の働きの両方を含むものとして脳全体の

機能停止を人の死とするものである。呼吸作用と精神作用のいずれかを重視するのではなくその双方を考慮する全脳死説が妥当であると考えられている。今日の脳死をめぐる議論においては、ほぼ脳死説イコール全脳死説の趣旨で用いられている。本稿もこの用例にならうものである。

## (二)脳死説の基礎にある「死」の考え方

脳死を人の死と認める見解にあってもその基礎にある死についての考え方は一様ではない。代表的と思われる見解を見ることにする。

①まず、脳死臨調の最終報告（答申）の多数意見の考え方を見よう。近年の医学・生物学で主流になってきているといわれる考え方で、「人」を有機的統合体としてとらえ、身体的基本的な構成要素である各臓器・器官が相互依存性を保ちながら、それぞれ精神的・肉体的活動や体内環境の維持等のために機能を分担し、全体として有機的統合性を保っている状態を人の「生」とし、こうした統合が失われた状態が人の「死」である、というものである。つまり、脳のもつ固有の機能とともに脳による身体各部に対する統合機能が不可逆的に失われた場合、人はもはや個体としての統一性を失い、人工呼吸器を付けていたとしても多くの場合数日のうちに心停止に至る。これが脳死であるという（脳死臨調答申 I の二参照）。

この考え方に対しては、脳死を人の死と認めない少数意見の立場から、科学主義・理性主義・人間機械論・西欧主義を思想的前提としているものであるとして批判がなされている。死の問題は哲学・倫理・宗教・文化など総合的な考察の必要があり、批判の当否は評しえないが、多数意見に示された見解は少なくとも、いわゆる point of no return を超えた人をどう見るかという全く新しい問題に対する一つの解答であることは疑いないところである。

②つぎは、死の多元論とでも言うべき考え方である。人工呼吸器が登場する以前は、心臓・肺・脳のいずれの器官が先に死んだ場合であっても、他の二器官の死が間もなく到来するので、心臓死、肺臓死、脳死を相互に区別する実益は乏しい。この状況では三徴候説による死の判定で充分であった。『しかし、脳死が時間的に直ちに心・肺機能の停止にまで至らず、脳死状態が心臓死あるいは肺臓死の状態に対して独立の存在となってきた現在、生命の環を構成する器官の一つの死によって、すなわち、生命の環の「切断」によって人の死を認めるべきである。単に心機能の不可逆的停止だけが死である（心臓死一元論）、あるいは脳機能の不可逆的停止だけが死である（脳死一元論）というのではなく、これらの器官にさらに肺も加え、いずれかの機能の不可逆的停止が生じたとき人の死が生じたことになる。』とする見解である。

いわゆる脳死状態は、心臓、肺とともに生命の環を構成する脳の機能を人工的な機械により代替している状態である。この説は、この状態を生命の環の「切断」と認めるのであるから、将来、例えば体内に設置可能な人工心臓が開発されて、不可逆的に停止した心臓機能を代替する場合（おそらく患者は通常に近い生活をしているであろう）も生命の環の「切断」すなわち死を認めざるを得なくなるのではないかと思われる。生命の環を構成する臓器をすべて等しく見ると、この点についてなお検討すべきであるように思われる。

③さらに、脳死状態は「生ある」状態であるが一定の条件の下に、死として扱うという見解がある。「脳死は死ではないが死への一方通行を歩む残された僅かな生ある状態（*dying*）と見つつ、本人が脳死を納得してそれを選択するならば、社会もそれを認める」という考えである。<sup>(6)</sup>これは脳死状態は死ではないが本人が臓器提供を前提に死とすることを決意した場合には脳死を死としてあつかうという見解である。本人の選択（自己決定）により死としてあつかう、いわば死を擬制するものといえよう。いわゆる二つの死や死の選択権といった問題点があり、また、臓器移植法との相違

も検討しなければならない。

(三) 脳死説について

では、脳死を人の死と認める見解にたった場合、法的に人の終期はどのように判定されるか、その主張と問題点を検討しよう。

① 脳死一元説　これは全ての死を脳死により認定するというものである。脳死説のもっとも徹底した見解である。<sup>(7)</sup>

すべての人についての死を統一的にとらえられるという長所はあるが、様々な批判もある。脳死状態が生じるのは全死亡例のうちで人工呼吸器を付けたわずか1%程度であるのに、それを全ての個体の死とすることの妥当性・必要性について、また、心臓死の場合に遡って全脳機能の不可逆的停止の時期を推認するというのであれば曖昧さ・不確かさが伴うといった批判がある。<sup>(8)</sup>

② 心臓死・脳死二元説　これは従来通りの三徴候による心臓死と全脳機能の不可逆的喪失による脳死と両方を人の死とするものであるが、ニュアンスを異にする主張がなされている。

(1) 第一は、脳死臨調最終報告の多数意見の見解である。実はこの見解は、一元論と見るべきか二元論というべきか微妙である。最終報告は死の判定について、次のように言う。『実際に脳死によって死が判定されるのは例外的であって、大部分の場合には、これまでどおり心臓死(「三徴候」による死)をもって死とすることで何ら差し支えない。何故なら、心臓死の場合もまた、心停止後脳の機能が停止し、脳による統合能力が失われ、個体としての統一性が失われるという点で、脳死と同じ意味での「死」と考えられるからである。』(脳死臨調答申 Iの二) 三徴候による心臓死によって個体の「死」を認定しても心停止後「速やかに」脳死に至り個体の有機的統一性が失われるから、(心臓死も)



脳死と同じであるということである。そういう意味ではこの見解は脳死一元論なのかも知れない。平野博士は、この立場を「論理的・一元・現象二元説」であると評される<sup>(9)</sup>。団藤博士も同様に、理論的には脳死一元説が正しいが、心臓死後速やかに脳死がもたらされるし、心臓死は国民の間に定着していることを理由に心臓死と脳死の両方を認めることが実際である、とされる<sup>(10)</sup>。この見解は、心臓死も理論的に脳死に包摂されるという意味で、脳死を原則とした二元説といえよう。<sup>(11)</sup>

(2) 石原教授の見解で「脳死選択説」といわれる見解である。「一般の死は従来通り三徴候説で認定するが、患者がその自己決定により脳死状態からの臓器提供を前提として脳死判定を受け、家族もこれを拒否しないときに限り、脳死をもって死とする見解」である<sup>(12)</sup>。既に述べたように脳死状態を「生ある」状態としつつ本人の善意による自己決定によって「死」と見なすのは刑法二〇二条との整合性が問題になるのではなからうか。被殺者の嘱託または同意があってもこれを殺す行為は違法であるとしているのである。

### (3) 心臓死を原則とした二元説

この見解は、「脳死は、自発呼吸はなく、瞳孔は散大し、心拍も人工呼吸器を止めれば間もなく停止するという状況なのであるから、現実に人工呼吸器を止めてみるまでもなく、これを人工呼吸器使用中という特殊な状況下での『三徴候』による死と言うこともできる…」という認識に立って、「従来の慣習である三徴候による死を原則とし、脳死は、人工呼吸器使用中という特殊な状況下における三徴候による死の一つの型として、補完的にこれを認めれば足りる」とするものである<sup>(13)</sup>。この見解は、脳死説を死の判定方法の一つとして理解し、三徴候による死の判定（したがって、心肺死説）の例外的・補完的な特殊の場合の方法とするものであるが、いわば、脳死説を三徴候説の一類型とすることは社会的受容（合意）を意識した説明ではあるが、技巧的すぎるきらいがあり、なによりも二つの死を認めるというのであ

ればともかく、心肺死に脳死を包摂させるのは論理的に無理があるように思われる。

(4) 死を「生命の環の切断」と解する立場では、心臓・肺・脳の何れかの器官の機能が不可逆的に停止した場合を死と認めるので、心臓死も肺臓死も脳死もすべて人の死となる。実際には脳死と心臓死とが認定されることになると思われるが、(1) で述べた脳死を原則とした二元説ではなく、脳死も心肺死も人の死として同質なものとするにしろ。

#### (四) 脳死説の問題点について

①さて、脳死を人の死と認める立場からの死の意義と判定について見てきたのであるが、つぎにその問題点を検討する。まず、心臓死・三徴候説を支持する論者の脳死説をとらない理由をみることにしよう。脳死説を支持しない立場は大まかに言えば二つに分けることが出来る。

一は、脳死説の理論的な妥当性・正当性は認めるが、現時点では支持できない、とするものである<sup>(14)</sup>。他は、脳死を人の死と認めること自体に疑問をもち、死の判定は三徴候説によるとするものである<sup>(15)</sup>。両者の違いは、脳死を死とみとめることに対する姿勢のちがいになるが、脳死説を採用しない理由には共通のするものがある。 (ア) 脳死を死とすることについての社会的合意がまだ形成されていない、 (イ) 脳死判定の正確性に対する不安、 (ウ) 脳死状態では心臓が動いており、体温も温かい等から死と認められないという感覚・感情、<sup>(16)</sup> (エ) 脳死説は臓器移植 (とくに心臓移植) のために死期を早めるものである等々の理由が挙げられる。 つぎにこうした点も含めて脳死論の問題点を検討することにする。

#### ② 問題点

(一)まず、脳死を人の死とすることについての社会的合意の問題がある。

脳死を社会的・法的に人の死とするには、社会的合意が必要である、とすることについては、脳死を人の死と認める立場も脳死説を支持しない立場も一致している。勿論、合意が成立しているか否かの認識は正反対であるが。脳死臨調答申では、多数意見は臨時調査会の実施した意識調査等の結果をもとに脳死を認める人の数が反対を相当数上回っている(平成二年の有識者の意識調査では賛成六五・一%、反対一五・三%、平成三年の一般国民の世論調査では賛成四四・六%、反対二四・五%と指摘)。おおむね社会的に受容され合意されているのに対し、少数意見は、同時期の別の世論調査等をあげて賛成が減り反対が増えており(例えば、平成二、三年の読売新聞の世論調査では賛成は五〇%から四六%に減り、反対は二三から二六へと増えていると指摘)。社会的合意は成立していないし近い将来において成立するともいえないとしおり、両者の結論は真っ向から対立している。社会的合意の存否の問題は事実的な問題であるからそれに対する判断が対立するというのは、「社会的合意」の概念が曖昧であり、その判断方法が明らかでないからであろう。社会的合意を論ずるに当たっては、社会的合意の対象、それが必要な根拠、社会的合意の内実および判定方法を明確にする必要があると思われる<sup>(17)</sup>。

脳死に関する社会的合意については、脳死を人の死としてよいか、が社会的合意の対象であり、社会的合意が必要とされるのは、死そのものは個人的な出来事であるが本質的に社会と連関するものであり、したがって何を死とみるかは社会的の価値体系のにかかわるからである、といえるように思われる。しかし、合意の有無の判断は容易ではない。その判断は、世論調査による、そのための機関を設置してその調査報告による、あるいは(可能性はともかく)直接国民の判断を問う等々が考えられるにしても決定的な方法はないように思われる。そこで、合意形成の過程をも考慮に入れて、すなわち、合意の対象についての十分な説明・情報提供が行われたことを条件に(この条件はある程度客観的に判

断できよう)、世論調査などにより総合的に判断せざるをえないように思われる<sup>(18)</sup>。また、脳死についての社会的合意の問題は、一九九七年に臓器移植法の制定を見たのであるからそれを前提として論じなければならないと思う。

### (二) 脳死説と臓器移植との関係

脳死説に対しては脳死からの臓器移植を合法化するための理論であるとか、心臓を摘出するために死亡の時期を早めるものであるといった批判が為されてきた<sup>(19)</sup>。確かに従来<sup>(19)</sup>の心臓死説(三徴候説)では人工呼吸器につながれても心臓が動いている以上これを摘出することはできない。しかし、脳死説によればそれが可能となることは事実である。それ故、脳死説の展開が臓器移植とは無縁であったとは言えないであろう。しかしながら、「心臓機能および肺臓機能が人工的・機械的に完全に置換されている状況の下では、現実的のみならず理論的にも、心肺死概念では処理に窮する状態が医療現場において生じた／生じ得る<sup>(20)</sup>」というのもまた事実である。そこで、今日の理論状況は、臓器移植の問題との関連だけでなく、一般的な死の問題として脳死説の妥当性が議論されているのである。臓器移植との関連だけで脳死説を排斥するのは現実を無視する態度であるといわざるを得ない。

### (三) 判定基準

わが国で脳死の判定基準とされているのは、いわゆる竹内基準である。これは厚生省が設置した脳死に関する研究班の報告「脳死の判定指針および判定基準」(一九八五年、一九九一年に補遺)にもりこまれたもので、六歳未満の小児等の除外例を示した上、①深昏睡、②四ミリ以上の瞳孔散大、③数種の脳幹反射の消失、④平坦脳波、⑤自発呼吸の消失、という基準を挙げ、これらが確認された後六時間以上経過しても変化が無いことの確認をする、というものである

(これは臓器移植法の制定に伴い同法施行規則二条にそのまま取り入れられている)。

脳死の判定基準・方法の確実性にたいする不安・疑念を理由に脳死説の不支持を表明する見解はすくなくない<sup>(21)</sup>。確かに、全脳機能喪失の「不可逆性」の判断が正確でないということになれば、それは機能回復の可能性があるとということであり、これを「死」と認めることはとうてい出来ないのは当然である。そこで、竹内基準に示された判断基準が妥当かどうか、さらには、不可逆性判断の可能性についても議論がたたかわされた。ところで、この判定基準・判定方法は純粋に医学の領域に属する事項であり、基本的に医学の一般水準(レーゲ・アルティス)とされるところに委ねるべき事項であると思われる。脳死臨調答申の多数意見によれば、竹内基準について出された問題点は専門家による再調査を経てなお基準の見直しの必要がないとの結論に達したので、「現在の医学水準からみる限り妥当なもの」であるとしている(脳死臨調補最終報告I三(2))。(脳死説をめぐっては、その他にも、二つの死、死の選択権・自己決定等に関する論点がある。)

### 三 臓器移植法における「死」の意義

#### (一) 制定の経緯

①わが国で最初に制定された臓器の移植に関する法律は、一九五八年(昭和三三年)の「角膜移植に関する法律」(法六四)であった。これは視力回復治療の一つとして行われる角膜移植のために眼球を死体から摘出することを認めるとともにその要件と手続を定めたものである。次いで、一九七九年(昭和五四年)、「角膜及び腎臓の移植に関する法律」(法六三)が制定された。この法律は角膜移植から腎臓移植にいたる移植医療の発達・進歩に応じてその実施に必要な法的整備をはかることを目的としたものであった。本法においては、死体から角膜・腎臓を摘出するための要件と

して、移植目的があることのほかに、臓器提供の意思に関して、①遺族の書面による承諾があるか、あるいは、②死亡した者が生存中に摘出について書面で承諾している場合で、(ア)遺族がその摘出を拒まないとき、または、(イ)遺族がないとき、と規定していた(同法三条三項<sup>(22)</sup>)。この法律については、次の点に留意すべきである。法律制定当時、すでに外国では心臓移植術が臨床に移されており、それに伴って脳死の判定基準等をめぐって盛んな論議が行われる状況にあったが、わが国では一九六八年に行われたいわゆる和田心臓移植事件の後遺症として、心臓移植はいわばタブーとされていたので、角膜・腎臓以外の臓器については対象とされておらず、しかも、もっぱら「死体」(心臓死)からの摘出に限定されていたこと、第二は、臓器の提供に関する本人の意思の尊重に欠けるうらみがあることである。すなわち、本人に臓器を提供する意思があっても遺族が拒めば摘出ができないということである。

②一九八〇年代に入って脳死・臓器移植に関する議論が活発になった。一九八五年既に触れた厚生省研究班によるいわゆる竹内基準が公表され、八八年には日本医師会生命倫理懇談会が「脳死を個体死と認め、家族の承諾があれば臓器移植も容認」する趣旨の報告をまとめた。さらに、一九九二年には首相の諮問機関である臨時脳死及び臓器移植調査会が二年にわたる審議の結果答申をだしたが、これは脳死を人の死とすることについて賛否が分かれ多数意見と少数意見を併記するものであった。

こうした状況で国会にも臓器移植法制定の機運が生まれ、九四年四月議員立法の形で「臓器移植に関する法律案」が提出された。この法案は国会の政治状況の影響で継続審議・廃案を繰り返したが、九六年一二月臨時国会に再提案された同様の法案(いわゆる「中山案」)が九七年の通常国会で実質審議に入り、成立の見通しが生まれた。

③「中山案」は、脳死を人の死とするもので、脳死体からの臓器の摘出を認めるものであったので、九七年三月には脳死慎重論の立場から脳死を人の死と認めない「金田案」が対案として国会に提出された。これらの法案は同年四月二

四日衆議院本会議で採決され、中山案が可決され、金田案は少数で否決された。参議院では、衆議院で可決された中山案に対し、慎重論の立場から「猪熊案（衆議院で否決された金田案と同趣旨）」も提出され、継続審議の可能性もあったが、両案の妥協案とも見られる新たな修正案が成り、同年六月一七日これが「参議院修正案」として参議院及び衆議院で可決され、「臓器移植に関する法律」として成立した。

(二)臓器移植法における死の意義を検討する前に、中山案、金田案および臓器移植法における関連規定の比較をしておきたい。(①は、いずれも「臓器を摘出されることとなるもの」を示している条文の文言である。②は、①についての定義規定である。傍線は引用者。)

中山案①「…移植術に使用されるための臓器を、死体（脳死体を含む。以下同じ。）から摘出することができる。」  
(六条一項)

②『…「脳死体」とは、脳幹を含む全脳の機能が不可逆的に停止するに至ったと判定された死体をいう』(六条二項)

金田案①「…移植術に使用されるための臓器を、死体から摘出することができる」(六条)

①「…移植術に使用されるための臓器を、脳死状態にある者の身体から摘出することができる」(七条一項)

②『…「脳死状態」とは、脳幹を含む全脳の機能が不可逆的に停止するに至ったと判定された身体の状態をいう』(五条三項)

「…脳死状態にある者の身体からの臓器の摘出がその者の生命に重大な影響を及ぼすものであることにかんがみ、…」(七条二項)

法律

①「…移植術に使用されるための臓器を、死体（脳死した者の身体を含む。以下同じ。）から摘出することができる」（六条一項）

②『…「脳死した者の身体」とは、その身体から移植術に使用されるための臓器が摘出されることとなる者の身体であって脳幹を含む全脳の機能が不可逆的に停止するに至ったと判定されたものの身体をいう』（六条二項）

中山案は脳死を一般に人の死とするものであることは明らかである。「死体に脳死体を含む」という表現は、死体には心臓死したものと脳死したものとあるという意味であり、しかも両者を区別していないのであるから脳死も心臓死と同等のものとしているのである。これに対して、金田案は、脳死を生きている状態としている。<sup>(23)</sup>七条一項で「脳死状態にある者の身体」から臓器を摘出することの合法性を宣言するとともに、七条二項で「脳死状態にある者の身体からの臓器の摘出はその者の生命に重大な影響を及ぼすものであることにかんがみ、…」と規定しているところから明らかのように、脳死状態を「生ある」状態としているのである。したがって、金田案によれば必要な要件を具備して移植のために脳死状態にある者の身体から心臓を摘出する行為は、本来殺人行為となるべきものが七条一項により犯罪とならないということになるであろう。その論理は明らかでないが、死の過程にある特殊な生命（臓器提供者）と移植により生存可能な生命（移植を受ける者）との比較衡量により違法性阻却を認めることになろうか。この論理に対しては生命の価値に差異をみとめ差別するものであるとの批判のあることを指摘しておくに留める。

(三)本法における死の規定の意義

さて、臓器移植法の規定の意義はどうか。法は臓器を摘出できる対象を、「死体（脳死した者の身体を含む。）」（六条



一項」と規定している。中山案のそれと構造は同じであるが、「脳死体」にかえて「脳死した者の身体」という文言を用いている。「脳死した者の身体」が死んだものを意味しているならばこの規定は脳死を個体の死と認めたものと解することができるし、反対に生命のあるものを意味するならば金田案と同趣旨の規定と解されることになる。法が一般的な死の概念として脳死をも認めたか否かについては、肯定・否定の解釈が可能のように思われる。否定説は、「者」・「身体」という言葉は法律の慣用によれば生きている人間を意味し死者・死体ではないということになる。これに対して、肯定説は、法律の用語にも「死亡者」、「死亡した者」という表現もあり、その場合には生きている者という含意はないのであり、また、本法が脳死を死と認める中山案の修正案として成立した事情があり、修正によって脳死を生きているものと変更したとすればそれは法の基本原則に関わることで修正の限界を超えることになる、等を理由とすることになる。そこで、本法が中山案の修正案としてできた事情および他の条文<sup>(24)</sup>（七条、附則一条等）との関連を考慮すれば、脳死を一般的に個体の死としたのではなく、本人の臓器提供意思、遺族の意思等の条件が満たされるとき、臓器移植の場合に限って脳死を人の死としたものと解することになる<sup>(25)</sup>。

#### （四）臓器提供意思と脳死判定に従う意思

脳死の判定を行うには、臓器提供の意思と脳死判定に従う意思のあることが必要である。脳死判定に従う意思（六条三項）は、金田案にはもちろん中山案にもなかったもので参議院修正案の段階で新たに加えられたものである。臓器提供の意思があっても脳死判定に従う意思表示がない場合には脳死判定を行うことはできないから、心臓死に至るのをまっとうして臓器の摘出を行うということになる。つまり、この規定は臓器提供予定者に心臓死によるか脳死によるかの選択を認めたものといえるのである。しかし、臓器提供の意思のあるものについてのみ、このような形で死の選択権を認め

たことについては批判が多い。<sup>(26)</sup>

#### 四 おわりに

ともかく臓器移植法が成立して約一年半で第一例の脳死臓器移植が行われ、一九九九年中に四件の脳死臓器移植が行われるという実績を残した。<sup>(27)</sup> このこと自体は移植を必要とする患者に対する福音であり、移植医療のさらなる発展の推進力となるだろう。しかし、それとは別に臓器移植法は既に述べたように妥協により十分な整合性が図られないまま成立した面があるため三年後の見直し時に検討されるべき点も少なくない。臓器移植にもちいる臓器の供給増を図るために提供意思および遺族の意思の要件を緩和する意向もあるやに伝えられるが臓器供給の目的が過度に強調されることになれば臓器提供者の人権保障との調和に適正を欠くおそれがある。また、現行の限定的な脳死採用から脳死一元の方向への改正も検討されることが予想されるが、臓器移植法施行の三年間の実績が国民の脳死に対する考えにどのような影響を及ぼしているか、また社会的合意がどのように変化したかを慎重に見極めることが重要であると思われる。

- (1) 富田功一・「脳死者からの臓器移植に関しての法六条の問題点」八木先生古稀祝賀・刑事法学の現代的展開(上) 三三五頁。
- (2) 死に関連する規定として、厚生省令「死産の届出に関する規程(昭和二十一年九月三〇日厚生省令四二二号)」の二条が、「死産とは妊娠第四月以後における死児の出産をいひ、死児とは出産後において心臓搏動、随意筋の運動及び呼吸のいづれをも認めないものをいふ。」(二条)と規定している。「死児」の意義は心臓・肺の機能喪失に注目するものである。

- (3) 脳死問題が登場した時期を明確に特定できるわけではない。医学の分野に登場したのは一九五九年仏で脳死状態の患者について「Coma depasse 昏睡を超えた状態」として報告されたのが最初であるという(福間誠之・脳死を考える(一九八七年) 二八頁)。日本で脳死に関する議論が盛んになったのはほぼ一九八〇年代後半頃からである。脳死問題が関連分野の様々な学会で取り上げられるようになり論者はこれを避けて通れない状況がうまれたのである。

- (4) なお、内田教授は、脳幹の死すなわち「脳死」との前提で脳死説を説明されるが、全脳死説との異同が明白でないように思われる（内田文昭・刑法各論 第三版四頁）。
- (5) 町野朔・犯罪各論の現在 六五頁。
- (6) 石原明・法と生命倫理二〇講 一七五頁。脳死臨調答申の少数意見も、脳死は「死ではなく生」であるが、「限りなく死に近い状態」であるとする。これも同じ考え方であるといえる。（答申IV五参照）
- (7) 長井圓・「臓器移植法をめぐる生命の法的保護」刑法雑誌三八卷二号七一頁以下。
- (8) 伊東研祐・『死』の概念』ジュリスト一一二二号四三頁。
- (9) ジュリスト一〇〇一〇一六頁における平野発言。
- (10) 団藤重光・刑法綱要各論 第三版 三八〇頁。
- (11) 脳死臨調の立場を一元論だとすることに、町野教授は次のように批判される。脳死一元論だとすれば、『心臓死の時点から脳死の時点を推定するということになるべきである。どうして最終答申のしたように、心臓死の時点を直ちに死亡の時とすることができるのであろうか。心臓死も脳死の一つの「現象」だとしてこの結論を導くことは、心臓の不可逆的停止も人の死にほかならないことを認めることである。』町野朔・前掲六六頁以下。
- (12) 石原明・前掲書 一七五頁。
- (13) 木村栄作・「脳死もまた人の死である―死の三徴候説と脳死説との関係」福田・大塚古稀記念（上）一九〇頁。
- (14) 大塚仁・刑法概説各論 第三版 一〇頁、大谷実・刑法講義各論 第四版補訂版 九頁など。
- (15) 前田雅英・刑法各論講義 第二版 一四頁、曾根威彦・刑法各論 新版 七頁など。
- (16) こうした論拠を平野博士は「いわば感覚的心臓死論である。」と批判される。（平野龍一・「三方一両損的解決」ジュリスト 一一二二号三四頁。）
- (17) 平川宗信・『脳死』と臓器移植をめぐる「福田・大塚博士古稀記念（下）三五二頁。
- (18) なお、平野龍一・前掲 三三三頁。
- (19) 大谷実・いのちの法律学 一五二頁。
- (20) 伊東研祐・前掲 四三頁。
- (21) 例えば、中義勝・「刑法における死の概念について」植松博士還暦祝賀論文集・刑法と科学・法律編 一五五頁、松宮孝明・『脳死』について』中義勝先生古稀祝賀論文集・刑法理論の探求 四一九頁以下、中山研一・脳死議論のまとめ 一八四頁以下、魚住徹・「脳死問題に関する私の考え方」自由と正義四二卷六号二九頁等々。

(22) 角膜臓器移植法三条三項但書については、本文に述べた以外に、遺族がないときは本人の意思表示がなくても摘出を可とする解釈も可能であった。

(23) 金田誠一・「脳死を人の死としない臓器移植法への道」法律文化八巻九号八頁以下。

(24) 法七条により「脳死した者の身体」も検視等の対象となること、また、附則二一条が保健医療の給付の継続を例外として認めていることなどは、「脳死した者の身体」を死んだものとみる根拠になろう。

(25) 唄孝一・「脳死論議は決着したか」法時六九巻一〇号三五頁以下、伊東研祐・前掲 四四頁以下。脳死した者の身体を本文のように解釈すれば、臓器移植以外の領域で脳死が問題となる場合にどのように扱うかという問題が生じるが、その検討は機会を改めて行うこととしたい。

(26) 秋葉悦子・「臓器移植法の成立」法学教室二〇五号四四頁など。

(27) 臓器移植法による心臓移植例 第一例・平成十一年二月二十八日高知赤十字病院（心臓・肝臓・腎臓・角膜）、第二例・平成十一年五月一二日慶応大学付属病院（心臓・腎臓）、第三例・平成十一年六月一三日古川市立病院（宮城県）（心臓・肝臓・腎臓）、第四例・平成十一年六月二三日府立千里救命救急センター（大阪市吹田）の四例である。

（二〇〇〇年一月一七日脱稿）