

Title	法的死の諸問題(1) : 脳死を考える
Author(s)	加藤, 恵司
Citation	聖学院大学論叢, 5(1): 119-134
URL	http://serve.seigakuin-univ.ac.jp/reps/modules/xoonips/detail.php?item_id=738
Rights	

聖学院学術情報発信システム : SERVE

SEigakuin Repository for academic archiVE

法的死の諸問題 (I)

——脳死を考える——

加藤 恵 司

The Legal Definitions of Death (I)

——Various Problems Regarding Brain Death——

Keiji KATOH

In the Japanese legal system, death is not yet clearly defined, but presumption of death should be considered, including the unexplained absence of a person and the confirmation of death established by civil law. In our criminal code, homicide is applied in the case of a person found to be brain dead, and the crime of assault is applied in the case of a deceased person.

Brain death may be termed “invisible death” but we must establish certain criteria to determine brain death. Conventionally, death has been defined as the cessation of life, including the irreversible cessation of cardiopulmonary functions. Recently, mechanical ventilation clearly reveals brain death.

Organ transplants are often brought into the discussion of brain death, but I believe these matters should be considered separately.

For the legislative establishment of brain death in Japan, I should like to present several matters for certification of death: date of death, final decision-making by the family of the deceased, and a joint commission on brain death.

1. はじめに

人間は、生と死の二点間を彷徨する存在であり、生を享けたすべての人が一度死すべきものであることは自明のことである。法律上、いつ死んだのか、いつ死ぬかという「死そのもの」の定義は明確な条文に定められていない。法や裁判において、人の死を死として認めるのはいつなのだろうか。例えば、刑法第199条の「人ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役ニ処ス」という条文は、人を殺してしまったという犯罪行為を、あるいは殺した事実から生じた結果を指してい

Key words; Determination of Death, Invisible Death, Conventional Definition of Death, Criteria for Brain Death, Legislative Establishment of Death

るのであって、何が死であるかの規定ではない。また、「死刑」という用語も刑罰の方法であって、何が死であるかの規定ではない。さらに、民法でも、生については「私権の享有は出生に始まる」（民法第1条ノ3）とあって、一部露出説、全部露出説や胎児の権利能力などの議論がなされるところであるが、しかし、死については「私権の享有は死亡に終わる」という規定があってもよさそうに思えるが、そういった規定はない。死亡の結果生じる相続、遺言についての規定はあっても死そのものの定義ではない。

法律は、生命それ自体の問題に介入すべきではないという考え方がある。それは、「脳死とか安楽死などは、常にナチス問題がつきまとう」⁽¹⁾という指摘にみられる。すなわち、ドイツの刑法学者ビンディング（K. Binding）らが唱えた「生命に値しない生命（Lebensunwertes Leben）」の概念が想起させられる。ナチスは優生学の美名のもとに生命の優劣を定めて、人種政策を推進し、強制収容所における生体実験を敢行した。このような陰惨な歴史を再現させないためには、生命を最大の法益として、生命を守ることが法の任務であるという歴史的教訓を得た。このような警戒心が、法律で死を定めることを回避させ、脳死、安楽死、尊厳死など生命をコントロールする法的規制は許さないと考える理由である。次に、「生命の尊厳」「生命は全地球より重い」などを標語に生命の絶対的な価値を認めるところから法律介入の反対論が生まれる。「多くの法曹や法学者を含む日本の知識人の大部分は超越者への信仰をもたない良心派としてふるまっている。信仰をもたない限りは功利主義であり、良心派である限りはキリスト教の生命観や良心観を根拠を明示せず借用している」⁽²⁾という意見がある。我が国における近代の法体系は、人権思想を核心とする欧米の法制を継受してきた。法思想の根底に欧米流の宗教観、倫理観が横溢しているので生命重視の思想が現れることに異論はない。

ところが、キリスト教信仰の立場もさまざまあって、「肉体としての生命は、基本的には重要な価値をもつが、絶対に最高の価値を持つわけではないし、この世での生命が終わっても、<天国で生きるのだ>という、神への信仰を基盤にした自分のいのちの主権者・管理者としての発想」⁽³⁾から、死の選択は本人の自己決定に委ねる立場もある。正常な意思判断も不能で回復の見込みが望めないような場合に無意味な延命をやめて生の限界を受容して自然に任せようとする主張である。このように、キリスト教的な立場からも脳死の問題は両義的に考えられる。生命の終着点としての死の問題は、宗教学はもちろん哲学、倫理学、人間学、医学など広範囲にわたって考察すべき問題であり、次から次にさまざまな議論が展開される。本稿は、法律上、死を定めることが妥当であるか否かを基礎に法的な死に限定してすすめることを最初に断っておきたい。

脳死について、中島みち氏が『見えない死』という著作の中で、「脳死は見えない死で、死の判定が現場において曖昧である」という主張をしている。表面的に見えないから脳死は死と認められないと言うのは説得力ある意見ではない。脳死はミクロ世界の死である。近代科学は、長足の進歩を遂げ、ミクロ世界を拡大する技術を開発した。ミクロの世界に存在する細菌は顕微鏡でしか見る

法的死の諸問題（I）

ことができないが、肉眼で見えないからといって存在を否定する理由にはならない。そのように見えないから脳死は死ではないという論旨には必ずしも賛成できない。しかし、中島氏は「脳死している人を見ても、誰しも、死の実感が湧かない」⁽⁴⁾ために感情的に納得することができないことや、医師に死んでいると判定されても死を体験的に捉えられないので混乱が生ずることを憂慮している。見えない世界の判断やとらえ方が今のところ定まらないが、将来において心臓死が定着したように脳死が十分に理解されて慣習化してくれば問題は無くなっていくであろう。見えない死を見えるかたちにすることが脳死を考える基本となる。

臨時脳死及び臓器移植調査会（以下「脳死臨調」と呼称する）が1990年の春に首相の諮問機関として発足した。第一回の調査会で脳死臨調が見極めようとしたのは、脳死と臓器移植の問題で、「社会の合意」が得られるのか、もし、そうであるなら「合意点はどこか」と報じられた。以後、二年間に33回の審議が重ねられた。1992年1月22日提出された最終結果によると、脳死を人の死としたうえで、「臓器移植は法律がなければ実施できない性質のものではないが、腎臓に加えて心臓、肝臓などの移植を行なっていくためには、包括的な臓器移植法（仮称）を制定することにより、臓器移植関係の法制の整備を図ることが望ましい」⁽⁵⁾との答申であった。脳死臨調の結論のように脳死問題は、臓器移植と抱き合わせて、同じステージでしばしば論じられる。抱合説（以下「抱合説」と呼称する）は、臓器移植を可能にすることが目的で、脳死は手段となる恐れがある。臓器移植の推進を急ぐばかりに、死の定義が短絡的になることを危惧する。最初に問題とされねばならないことは、脳死を死と定めることの是非である。脳死臨調の答申後、脳死も臓器移植も今のところ国民的合意が得られていないという理由から膠着状態に陥ったままである⁽⁶⁾。

「二つの死よりも一つの生を」というテーマのもとに抱合説に立脚する意見は、死を軽視することにつながる。理論的にも前提となる脳死が認められていなければ、臓器移植は許されない。脳死を認めないうちに臓器移植を行えば、生きているドナーの臓器とみなされるので、人権侵害が生じるのは必定である。人権思想の基本は、各個人を尊重することであり、個人のかげがえのない生命を守ることにある。もし、脳死が認められれば「二つの死よりも一つの生」の可能性が生まれる。人体の中で再生可能な血液と同次元で語ることに疑問もあり、卑近すぎる例ではあるが、献血をするときそれが社会の他の人びとの生に役立っていくことを疑わずに善意で献げるように、臓器移植は死を眼前にしたドナーが自分の肉体を生かせる最後のチャンスとして生あるもののために臓器を善意で献げられるまでに止揚されることを待っても良いと考える。

高度な医療技術は、どんな臓器でも、移植ができるといわれているが、長期間の生着の可能性の点では生体実験に近く、新しい問題も生まれてくる。臓器移植や生体間移植を追究する先端医療従事者の気持ちは痛いほどよく理解できる反面、いやしくも人間の尊厳とか、人権を尊ぶ時代であることも考慮すべきであると思う。今こそ「死とは何か」を真剣に問う必要がある。脳死が慣習化して定着したときにはじめて臓器移植を再考するなら混乱は回避できる。臓器移植の問題は、脳死が

認められなければ決して先に進むことができない⁽⁷⁾。脳死と臓器移植の問題を抱き合わせるのではなく、切り離すべきである。そういう意味で本稿では、意識的に臓器移植の問題に必要以上触れない。

2. 法的死の実状

(a) 死をめぐる法律

法律上、死の定義については、はっきりとした基準はないが、「脳死立法」が叫ばれるようになって「死とは何か」の問題はますますクローズ・アップされてきた。苦痛を除去して安らかな死を迎えさせる安楽死、人工的延命をやめて自然な死を迎えさせる尊厳死、カレン事件にみられたレスピレータ（人口呼吸器、蘇生器）の取り外しを廻る植物様人間の問題など死に関する問題が問われ続けている。

わが国の死に対する法制がどのようなになっているかを検討してみよう。

民事上、死の宣告によって、権利義務の主体としての地位が消滅する。スイス民法（第31条1項）では、死亡によって権利能力を失う旨が定められているが、わが民法では定められていない。しかし、死者の残した財産を継承する相続（民法第882条以下）、生前に死亡後の法律関係の意思表示しておき、死後その法的保障を実現させる遺言（民法第960条以下）の制度は存在する。いづれも死亡によって生ずる問題である。社会保障法関係の死亡一時金や遺族年金、生命保険金の請求権なども死亡によってはじめて問題にされる。このような場合、死の定義やその判定の問題は即時的に起こってくる重要問題である。これらは、権利能力が失われたことにはじまる。

死について法律関係上、注目すべきことは、失踪宣告（民法第30条～第32条）と認定死亡（戸籍法第89条）の制度である。前者には、普通失踪と特別失踪があり、普通失踪では7年間生死不明の状態が継続している時、その人の生還を期待し続けるのを止め、死亡したものと擬制し、身分や財産関係において「死」とみなすのである。その人が、蒸発したのち、たとえ生存しているとしても、法的に死者と決定するのである。しかも、この宣告は取消されないかぎり、たとえ生存の反証があっても死亡の結果を覆すことができない。失踪宣告によって相続が開始され、婚姻は解消される。その効果は絶対的なものである。失踪宣告の制度は、失踪を宣告された人を殺してしまうのではないから、生還したとき、宣告を取り消す道が拓かれている。原則的には財産上、身分上、失踪宣告の時に遡って、宣告以前の状態にまで回復することになっている。ところが、現実的には既に財産は分配され、売買や譲渡がなされてしまう場合が多く、原状回復は困難である。そこで、善意による行為には効力を变じないことにし、善意者が得た利益は現受利益の返還で足り、失った財産まで返還する必要がないというのが通説である⁽⁸⁾。もちろん、悪意の者に対する保護規定はないから、不当利得として民法第704条により返還義務を負うことは言うまでもない。

法的死の諸問題（I）

普通失踪に対して、戦争失踪、船舶失踪、危難失踪という死亡の蓋然性が高い場合が特別失踪である。死亡の予測が大きいので、普通失踪に比べて期間が短い。その期間はマスメディアの発達に鑑み、昭和37年の民法改正によって、それまでの3年から1年に短縮された。しかし、特別失踪では死体が発見されないまま1年間待たねばならない。

航空機事故、天災、人災による事故などでその現場に居合せたと確信できる人が行方不明になっても、1年間待つ不合理さを解消するために、戸籍上において死亡と認める制度があり、これを認定死亡と言う。戸籍法第89条は「水難、火災その他の事変によって死亡した者がある場合には、その取調べをした官庁または公署は、死亡地の市町村に死亡の報告をしなければならない。但し、外国又は法務省令で定める地域で死亡があったときは、死亡者の本籍地の市町村長に死亡の報告をしなければならない」と規定している。認定死亡は死亡が確定的である場合になされるのであって、失踪宣告の取消のような規定はない。しかしそういう規定がないことは、わが国の認定死亡が、極めて不備だという説もある⁽⁹⁾。

脳死を立法化した場合、このような失踪宣告や認定死亡のように法律上の死と認めることは可能である。しかし、脳死は偶然に生じる事故的な死ではなく、死体が見当たらない死でもない。厳粛な死においては誰もが通過する可能性のある死であり、死体が存在する死なのである。失踪宣告では、生還した場合取消しが可能であるが、脳死の判断が誤った場合、取消ができず、とり返しがつかない決定的な死になる。脳死で問題となるのは何年、何ヵ月といった長期間の問題ではなく、何時間という時間差の問題である。臓器移植は、その時間差を利用するので、先に述べた脳死・臓器移植の抱合説を採ると臓器移植の目的から脳死と植物様状態を混同する可能性もあり、植物様状態を即刻に脳死と判断する危険がある。後述する脳死の基準によると、植物様状態は死ではない。脳死は、その基準が問題であり、更に、植物様状態を脳死の概念に含む極端な基準が定められるとその危険は増大する。脳死判定基準のガイドラインにおいて一致できないことが、社会的合意に達し得ていないことの証左である。

脳死が死であるか否かの問題は、刑事上においても興味ある事柄を示している。脳死を死と認めない立場から臓器移植をすると生体から移植したことになるので殺人罪や傷害罪に問われ、犯罪となる。1968年8月、我が国初の心臓移植をひとまず成功させたいいわゆる和田心臓移植事件は刑事事件として捜査された。心臓は動いていなければ移植しても無駄である。それゆえ、脳死の判断がまず問われたが、移植に立ち合った医師たちは口をつぐんだままで明確にされなかった。すなわち、医師たちのかばいあいがみられた。また「権威ある病院で検死されて、溺死であるといわれたものだから、警察としては解剖は必要ない」⁽¹⁰⁾として司法解剖も行なわれなかった。捜査員は約百名余の人々の供述を求めたが医学的知識も充分とはいえず、脳死の判定は困難で、とどのつまりは、刑法上犯罪として証拠が不十分のため不起訴処分とした。同様に、1984年9月に脾臓、腎臓同時移植を行なった筑波大学移植事件でも殺人罪で告発され、先端医療をめざして開拓的な移植をしようと

する医師に対する牽制となっている。この二つの事件とも、刑事事件として問われたことは、いいかえれば、検察当局は脳死を認めず、ドナーはいずれも生きていたということになる。こういった出来事でも遺憾に思うことは、事件発生後、検察や法曹関係者があらためて専門的な医学知識をもって調査を開始しても、すでに証拠は失われているので、満足できる結果に至らない。先端的医学知識に追いつかない法曹界のあり方も再考されなければならない。

現行の法制では、たとえ脳死を死と認めたとしても刑法第190条の死体損壊罪で、3年以下の懲役となり、いずれにしろ臓器移植は、「角膜及び腎臓の移植に関する法律」（昭和54年、法律63号）以外は犯罪となる。角膜と腎臓の移植は、法律によってその違法性を阻却される。脳死立法が、急務といわれる所以は、臓器移植の目的という理由になる。それゆえ、先に触れた「臓器移植の摘出に関する法律」の試案がだされたりもするが、脳死と臓器移植を同一視すべきではない。先ず、死の定義あるいは死を法律上明確にすることが先決である。

角膜、腎臓移植の場合は、心臓停止後の移植である。高度化した医療技術は、多くの臓器移植を可能にしつつある。死体といわれるところからの移植については、死体の損壊を遺族が了解してくれるならば、有効な手段である。角膜移植は1935年ごろには臨床の場で行なわれていたが、死者の眼球を摘出した医師が死体損壊罪で訴えられたこともあって¹¹⁾、「角膜の移植に関する法律」（昭和33年、法律64号）が制定された。それが、腎臓も含めるに至って「角膜及び腎臓の移植に関する法律」となった。この改正で遺族の承諾という要件に加えて、死んだ本人の希望によることがはじめて明記された。ところが、この法律では「死体から摘出することができる」（第3条）とされるが、臨床現場では、特に腎臓移植の場合に脳死判定により、心臓死以前に移植が行なわれているという報告もある¹²⁾。その理由は、新鮮な腎臓の方が移植の成功率や効果も高いためである。このような事例が臓器移植を推進させる原動力になっていると思われる。また、腎臓は二つあるために一方を提供する生体間移植がなされているが、法律もない為に問題ではあるが、ここでは触れない。

さて、法律は死について完全に沈黙しているのであろうか。医師の診療行為を規定する医師法においては、医師は死亡診断書や検案書を正当な要求があればその交付を拒否できないと定められている。（医師法第19条、第20条）更に、戸籍法第86条第2項で「死亡届」には、死亡の年月日時分及び場所、その他命令で定める事項」とあり、医師が死亡診断書を書きそれが受理されることによって死が定められる手続きになっている。この死亡診断書をめぐった事件が1964年に千葉大学で起きた。内縁の妻が資産のある夫の死亡診断書の死亡時刻を遅らせてもらい、その間に婚姻届を提出して遺産相続を得ようとした。もちろんこの死亡診断書は医師法に違反するばかりか、医師は刑法第160条の虚偽私文書作成罪にも問われる。一方、内縁の妻も刑法第157条の公正証書不実記載の罪にあたり、婚姻届は死者との婚姻のゆえに無効であり、遺産の相続も得られなかったことは言うまでもない。医師が18時間もずらして死亡診断書を書いたのは、亡夫と内縁の妻は18年間も同棲し、子供も二人あったにもかかわらず、婚姻届を出していなかったために約6億円の遺産の分与が受け

られないと当事者が判断したからに他ならない。実際には1962年の民法の部分改正によって相続権の一部は認められるようになっていた。このように、法律的な死の判断はあくまでも医師の判断に委ねられているが、診断書が作成されること自体が、すでに死んでしまったことの確認である。死の判定は、医師の診断に基づいて死亡宣告がなされるという意味で「死亡の診断」¹³⁾という表現が正確という意見もある。

(b) 心臓死と脳死

死亡診断書を認める医師が死を判定するについて、いわゆる呼吸と脈拍の停止、瞳孔拡散の三徴候が同時にあらわれた心臓死によって確認されているのが現状である。心臓死という概念も脳死がいわれはじめてから生まれた対立的概念であって、明確な考えからできたものではなかった。死んだとき「息をひきとる」と表現されるのは、かつては鼻のところに薄紙を置いて呼吸が無くなったことを確認をしていた時代の産物である。そのような時代には、死んだと思われた人が蘇生したこともしばしばであった。1819年にフランス人のラエンネック (H. Raennec 1781-1826) が聴診器を考案したことによって、はじめて心臓死は確実なものになったといわれている¹⁴⁾。聴診器使用のもとに、呼吸音、心音、胸膜音、動脈音、静脈音などを聴き取ることができなくなれば確実に死亡の確認を得ることができる。この心臓死は条文化することなく、慣習法として存在しているが、脳死の議論で混乱をきたすなら、法律上の死を心臓死として法文化することも一案である。

心臓死であっても脳死は起こりうることで、一般的には心臓が止まり、そのあとに脳死が訪れてくる。それは、心臓停止後、血液が脳に行かなくなることに起因する脳死で、二次性疾患とも呼ばれる。脳出血、脳腫瘍など脳の損傷による脳自体の疾患による一次性の脳死とは区別されている。二次性の脳死は、いわゆる伝統的な心臓機能の停止の後に起こり、脳の機能停止を導き、不可逆的な確実な死となる。心臓死は確実だというのが、脳死が後に確認される方が数の上からもはるかに多い。心肺から人体の中枢器官としての脳に血流が行かなくなれば、脳の機能も終止符を打たざるを得なくなる。心臓が止まってからマッサージをしたら再動したケースは珍しくない。脳死を人の死とすると心臓死よりもあとに死がくることになる。人間の本当の死は、やはり意識の中枢である脳が死んだときに起こるといふべきなのではないか。心臓死説からはこのような死が考慮されない。死が生へ再び回復することのない不可逆的なものでなければならぬと言ふならば、時間的に遅いほうが確実である。また、脳は代替できないもので、脳の移植は不可能とは言われているが、想像的な素人判断であるが、心臓死があまりにも強調されると、心臓が止まってから脳移植が行なわれるということが将来可能になるかもしれない。優秀といわれる人の脳をそっくりいただいてしまおうということは、まさにナチス流の優生学の実行である。脳移植を除いてすべての器官が移植可能とも言われる中で、現今の脳死議論は、臓器移植の議論が先行していることのゆえにかえって混乱を生じさせているように思われる。心臓死と脳死の二つの死の議論のどちらかを選択するならば、

脳死の方が確実な死であるとも言い得る。当面はこれまでの三徴候を基盤とする心臓死と新たな脳死を加えて、両者を死と判断することが妥当である。法は人間の自主性に基づく態度決定の自由を保障するという人権の観点から、心臓死、脳死は選択できることが望ましい。

我が国では、法的に死が定義されることなく、専ら医師に委ねられ、医師の死の宣告を受容しているに過ぎない。医術の懸命な努力の結果、死のメカニズムが変化してきた。死の延期や可能なきがりの蘇生の努力がなされるのに応じて、ふさわしい死の理解があってもよいと思われる。医学の進歩により、経験的に行なわれてきた十九世紀的死の確認方法から脳死という新しい死の確認方法が生み出された。それは、細菌、ガン、エイズといったミクロの世界における高度医療の成果であり、死についても同様に高度化してきたのである。心臓が止まってしまうのを人工的に延長することのゆえに脳死は生まれた現象であり、レスピレータがなければ脳死は生まれなかったであろう。死は自然のこととして考えられてきたが、脳死は、別の意味において「病院でつくられる死」である。こういう社会的変化に応じて、法律は、死の概念を明確にすべきである。

脳死が新しい死の概念となったのも時代の流れであり、世界では脳死を死と認める傾向にあって、諸外国では臓器移植も積極的に行なわれている。諸外国に倣えというのではない。むしろ、「経済大国日本」が、金に飽かせて、世界における臓器売買に加担していることを憂慮するからである。例えば1991年7月ベルギーから空輸して肝臓移植が行なわれたのは記憶に新しい。1992年ヒヒの肝臓移植がなされたが、その理由の一つとして、世界的に移植臓器が不足していることがいわれている。脳死を認めた国々では臓器は生体ではなく、死体、すなわちモノである。後進国では臓器がモノとして売買され、善意を装った仲介者が値踏みしていく。それがエスカレートして腎移植などは生体のまま行われ、ドナーは5年～10年の年収を獲得するといわれている。貧困につけこむ臓器搾取は、人権を無視した奴隷制の様相に思われる。しかも、移植の臓器不足は、年を重ねるにつれて増加しており、台湾では1990年死刑執行法を改正して、死刑囚の全臓器の提供が可能になった¹⁵⁾。我が国でドナーの生死問題が解決できないため、海外に足を延ばして移植を受ける人々も少なくな。他国では良いという理屈は通用しないし、かつ許されるものではない。臓器を買い漁る前に脳死問題は解決しておかなければならない重要問題である。

3. 脳死基準

(a) 脳死とは

脳死の判定基準の数は20とも30ともいわれている¹⁶⁾。言い換えれば、未だ確立した基準はないといえる。それが脳死を「死」と認め難くしている理由の一つである。脳死はポイント・オブ・ノー・リターン (point of no return) といわれる脳機能の不可逆的停止をいう。すなわち、脳機能が失われて、回復できない状態が認められるようになったことを意味する。脳死を認識することがで

法的死の諸問題（I）

さなかつた心臓死の判断と比べて脳の中の状態を診るので面倒な判断をしなければならない。脳は
大脳、小脳、脳幹で構成されている。大脳は精神作用を司り、感情や意識や知的活動の中枢である。
小脳は運動作用を司っており、脳幹は脳神経を管理する要で、生命維持の役割を担っている。脳死
は、脳の部位にしたがって次の三説がある。大脳の機能が損なわれたとき脳死とする大脳死説
(cerebral death)、脳幹が冒されれば必ず脳の機能が停止するという脳幹死説 (brain stemdeath)、
大脳、小脳、脳幹の全てをもって脳死とする全脳死説 (total or whole braindeath) である。

大脳死の場合小脳の働きが保持されているので、心臓の拍動などはある。この大脳死を一般に植
物様状態と呼んでいる。植物様状態の多くの場合レスピレータを使用することが多いために脳死と
見誤る人もいるが、それは誤った理解である。大脳死を脳死としないのは通説である。植物様状態
ではレスピレータを外しても必ずしも死にいたるわけではない。もちろん、補助的にレスピレータ
を使用することはあっても他の脳死とは決定的に違うのである。植物様状態を日本脳神経外科学会
の定義に従って要約すると以下の通りである。

- ① 自力移動ができない。
- ② 自力摂取ができない。
- ③ 尿尿が失禁状態である。
- ④ 眼球は物を追っても認識ができない。
- ⑤ 「手を握れ」とか「口を開けて」とか「眼を開けて」などの簡単な命令に反応することはあるがそれ以上の意思疎通はない。
- ⑥ 声は出すことがあっても発語ではない。
- ⑦ 以上の昏睡状態が3ヵ月以上継続する。

高度医療のめざましい進歩の結果、植物様状態にある人は反射的表現においては個人差こそあれ、
意識がなく、人間関係は失われていても身体的機能は働いているのである。食事は人工栄養を点滴
で入れ、さらに、抵抗力も欠けてくるので抗生物質が多用される場合が多く、いわゆる延命措置の
効果があらわれている。そういう状態で10年以上も生きる人もいる。脳死が不可逆的な死であるの
とは決定的に違っている。大脳の機能が停止して植物様状態になった人は、人格を失ってしまっ
ているので、死の状態にあるという極端な意見もある¹⁷⁾。しかし、それはあのナチスの類推に見えて
くる。1975年ニュージャージーで起きたレスピレータのとり外しの可否を裁判に持ち込んだカ
レン・クライン事件は、典型的な植物様状態にあった事例であり、脳死ではない。

脳幹死をもって脳死とする説は、脳幹の機能を失えば呼吸機能や循環機能は必然的に停止して
いくことに注目した。しかし、脳の機能が停止しても、レスピレータによって人工的に生命が維持さ
れていくことが可能になった。このように人工的に生命が維持されている状態は生きているのか死
んでいるのかが問題となる。脳幹死説は「死は長く引き続くところのプロセスである。すなわち、
生命は人体のどんな有機体も完備していないときにはじまり、死は最後の細胞がエネルギーに代謝

するのを終えるときである』¹⁸というモリソンの概念を演繹して、死をプロセスとして捉えた。英米における死の定義の議論は、死がプロセスか、イベントかの論争であった。伝統的な死は、イベントである。我が国で、死亡届に年月日時分を書くのは、死をイベントとする好例である。イギリスでは、脳幹が死ねば、他の部分も順次作用しなくなるプロセスとして死を捉え、脳幹死説を採用した。立花氏は、脳幹死について、脳幹はさまざまな機能があって「脳幹反射の二つばかりを検査しても、ただちに脳幹の機能が全体として喪失していると判断することはできない」¹⁹として反対論を展開している。確かに原理的には理解できるが、数限りなくある脳幹の作用すべてが停止したという判断は不可能に近い。イギリスでの理解は、さまざまなテストをすることは高度な技術が要求され、認識の相違による異論が生まれるので、単純な基準でも矛盾はないという立場である。つまり、どの反射をみるのか、判定のためにどの検査を採るかによって判定基準が微妙に異なっているのが実状である。

次に、全脳死説であるが、現時点ではこの説が最も確実であるといわれている。理論的には、大脳、脳幹を含めた脳の全機能が停止して、不可逆になったことを意味する。しかし、脳幹死と全脳死とはどこが決定的に違うのか医学に疎い筆者にはよく理解できない。全脳死説をとるドイツでも脳死の判定の中心は脳幹機能が主になるからである。

医療技術の進歩は、全脳死になってからもレスピレータなどで心肺臓を機械的に維持することが可能になった。このレスピレータの使用によって、心臓死と脳死の間に時間差が生じるようになった。その期間は、長ければ10日ともいわれる。患者の心肺機能が低下すると、医師はレスピレータを装着する。ひたすら医療機械によって心臓は継続的に動いてはいるが、レスピレータを外してしまうと確実に心臓が停止することがわかっているので、レスピレータを医師は外せない。外して死に至ったならば、医師の行為が死をもたらせたとみられ、法的責任が問われるのではという不安がつつのからである。あるいは、できる限り生を継続させようとする医師の職業意識から、レスピレータを外すことができずに無意味な延命が行なわれる。脳死を認めると医師はレスピレータを付けていても消極的な治療になるというが、それは、医師の判断の問題のように思える。脳死の人には自らレスピレータを外して欲しいといった意思は確認できない。それ故、生きていたときの意思表示 (Living Will) を立法化するか否かの問題にかかわってくる。周囲にいる家族は経済的のみならず大きな負担がかかる。このような点からは、脳死の問題は尊厳死の問題と深くかかわってくる。レスピレータを装着しなければ、脳死と心臓死の時間差が少ないので脳死の実益はないかもしれない。ところが、二人の医師がいて一方の医師が脳死と判断し、他方の医師が心臓死を主張した場合、混乱が生ずるばかりか、法律上の死亡年月日時刻は相続、遺言などの扱いに深く関係してくる²⁰。日進月歩している医療技術は、脳死患者を生み出した。心臓死か脳死かの問題を現在のように放置しておくことは将来に大きな混乱を生じさせることになる。

(b) 脳死判定基準

脳死を死と認める場合、その基準を明確にしておくことは重要なことである。脳死判定基準は、医師が患者を診断して病名を告げるように、あくまでも医学上の問題で、法律上の問題ではない。しかし、それが法制化されるとなると医師だけに委ねておける問題ではない。したがって、わが国の脳死判定基準を簡略に検討しておきたい。

1974年に日本脳波学会が最初の脳死判定基準を作成した。これを基盤として厚生省の「脳死に関する研究班」が検討を加え、いわゆる竹内基準といわれる脳波判定基準が1985年12月に発表された。この基準は、信頼できる基準であると思われたが、立花氏を典型としてみられる脳死批判や臨床医による具体的な問題例が出されて、論争的になり、その議論は現在にまで至っている。1988年、日本医師会生命倫理懇談会で基本的に竹内基準は妥当なものとされた。脳死臨調では、専門家達がこの基準に従って脳死の判断に疑問が抱かれる約70の臨床例を検討したところ、竹内基準を充たして生きてきた例はなかったといわれている。その結果、竹内基準は問題はないと評価された²¹⁾。

日本脳波学会が提出した脳死判定基準の要点は次のようなものである。

- 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 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ること。

また、竹内基準といわれる厚生省の「脳死に関する研究班」の脳死基準は次のようなものである。

- ① 深昏睡で、顔面に痛覚反応がない
- ② 自発呼吸の消失
- ③ 両眼とも瞳孔が固定して、瞳孔径が左右とも四ミリ以上になる
- ④ 対光反射、角膜反射、毛様脊髄反射、眼球頭反射、前庭反射、咽喉反射、咳反射のなど脳幹反射の消失
- ⑤ 平坦脳波であること
- ⑥ ①～⑤の徴候が揃って6時間経過して変化がないこと

両者の基準は、自発呼吸がないこと、平坦脳波、6時間の経過の点で共通している。自発呼吸の確認は10分間レスピレータを外す無呼吸テストを行なうが、血圧降下をみながら判定する。10分間の観察時間が維持できないとき、脳死と判定される。このテストが原因で心臓が止まるのを恐れて、中止されることになる。平坦脳波は脳波計で測定できる。

竹内基準は、深昏睡に痛覚反応を加え、瞳孔の散大では瞳孔径の測定を加え、脳幹反射も対光反射、角膜反射の他に五つのチェックを加えている。これは、精密な検査方法や医療技術の開発によ

法的死の諸問題（I）

って、脳波学会基準より確実性を有することになったことを意味している。しかも「一つでも脳幹反射が残っていれば脳死は否定できる」としている²²。

このような立場に立脚すると、今後も新しいチェックが加重される可能性も生まれる。竹内基準は、最小限の基準であって、医科大の倫理委員会はこれに基づいて補助的な検査やテストを併用している。この竹内基準だけで充分であれば補助的な検査は必要なく、加重される検査はなんら意味をもたない。だが、補助的な検査を必要とするかどうかの問題は、脳死の概念に差異を生じさせ、社会的合意を得ようとする国民を不安に陥れる一因となっている。

脳死判定基準をめぐる問題点は数多く指摘されているが²³、ここでは竹内基準との対比において若干の項目を列挙しておくにとどめる。もちろん、個々の基準は、脳死以外の要因で生じることもあるが、トータルな把握から生ずる問題点は以下の三点に要約することができる。第一に、脳波学会基準は、一次性疾患者しか対象としないのに、竹内基準では心臓停止に起因する二次性脳障害者も脳死判定の対象者として含めていることの問題である。第二は、竹内基準は機能死を採っているが、脳の壊死、自己融解という器質死の方が全脳死を顕著に示している。不可逆的というのは機能死よりも器質死という意見である。第三に脳血流、脳幹誘発電位、聴生脳幹反応、視覚性誘発反応などの検査が加えられていない。すなわち、生理的検査はどこまで必要とされるのかという問題である。

このような問題点を諸外国ではどのように判断しているのだろうか。著名なものは、アメリカのハーバード基準、大統領委員会報告書、イギリスのCMRCF基準（Conference of Medical Royal Colleges and Their Faculties in the United Kingdom）などがある。ハーバード基準は、大学内の委員会で検討した基準で、1968年に脳死を認めた。全中枢神経の死を脳死と定めたもので、脊髄反射の消失を含んでいる。脊髄反射は数多い反射の内容があるので、なされるべき検査の明確さを欠くが、それだけに厳しく、観察時間も24時間と長い。この基準はアメリカ各州の州法の基盤となっている。大統領委員会報告書の基準が成立したのは、バイオエシックス委員会が5年間の検討結果として、大統領と議会に死の定義の報告書を1981年に提出したことによる。その報告の主旨は、伝統的な死を見直すこと、自国にふさわしい脳死受容ができること、その視点は医学的基準ではなく生理学的基準によることを訴えている。この背景には制定法で統一する動きも感じられる。腎移植論議に端を発したイギリスは、1976年CMRCF基準によって脳幹死を脳死として採用した。その内容は先に挙げた竹内基準の①～④までであるが、3年にわたってこの基準を用いた診断を実施し、その診断結果を公表した。その結果、脳死を確実に判断できるという経験則に基づいて脳死判定基準を確定した²⁴。

脳死判定基準を法制化する方法に、脳死説、併用説、選択説の三説がある²⁵。脳死説は、文字どおり脳死を人の死と定める。アメリカの各州は制定法で認める。スウェーデンでは「人の死の判定基準に関する法律」（1987年）という脳死立法を制定している。ところが、不文法が主流であるイ

法的死の諸問題（I）

ギリスは成文法としては存在しないが、医学的な CMRCF 基準を法的死として追認している。成文化しない理由は、変化の早い科学的領域にある医学上の知識を法文化すると迅速な改正ができなくなるからである。ドイツでも法制化に至っていないが、医師会の脳死判定基準を採用して、脳死を認めている。

併用説は、脳死、心臓死の両者を認める。例えば、デンマークでは、「人の死は呼吸と心臓の不可逆的な停止か、すべての脳機能のいずれかで確認する」と「検死・解剖・移植などに関する法律」（1990年）で定めている。オーストラリアでも同様に両者の併用を認めている。実践の場において、脳死であれ、心臓死であれ死の判定ができれば、死と定めるというのが併用説である。

選択説は、脳死と心臓死の二つの基準は示しているが、どちらかを選択させる。カレン事件が起きたニュージャージー州では、脳死基準を受け入れられない人々、殊に信仰に固執する個人を保護するために「死亡宣告法」によって、脳死判定拒否権を認めた。この場合、伝統的基準である心臓死によって死亡宣告が行なわれることになる。つまり、脳死を否定する者には心臓死を選べるのが選択説である。

4. 問題点の若干の検討

脳死問題は決定的な判断基準がないことが問題なのである。脳死判定基準はどのような内容を具体的に有すべきかは、法律家の定める問題ではない。もちろん、どんなものでもよいという訳にもいれないが、結論的には日常の医療の中で、明確な基準が医学界から明示されることを期待する。しかし、脳死の判定は医師の独占的な問題でもなく、各国の法制度では、①法的認定、②法的規定は持たないが医学的診断として容認、③心臓死であっても黙認、などを採用している。医学で確立したものを法律は追認する法的追認説が妥当であると考ええる。我が国は「医療大国」ではあるが「脳死後進国」ともいわれ、脳死を認めない数少ない国である。ところが、死の境界線は動きはじめた。そこで脳死の周辺にある法的問題に私見をのべて本稿を閉じることにする。

（a）死亡時刻の問題

脳死の場合、死亡を確定する時間は最初に脳死と判定した時刻とする説（遡及時説）と竹内基準を例にすると脳死の徴候が揃って6時間以上経過した二度目の確認をした時間とする説（確認説）がある。前者とするのは少数ではあるが、我が国では意外にも有力である²⁶⁸。国際的には死亡時刻は後者の確認説が通説である。脳死判定の時刻が定まらなると相続などにおいて不公平が生じ、判定基準に疑問を抱かせる一因となるので、立法において死亡時刻は明記する必要がある。ただ、その死亡時刻以後も生命維持が継続した場合、生命があるとは判断されないので社会保険の適用を受けられるのかどうか、その判断者が誰であるかの問題は残る。統一的な脳死死亡時刻を明

示する役割は、立法化の目的となる。

（b）家族の問題

死の問題は、個人の死であると同時に家族にとってもかけがえのない一員を失う重大事である。現時点では、脳死は家族にも理解を求めるインフォームド・コンセント（説明と同意）を行なうことが必要である。場合によっては、次項で述べる脳死判定委員会の説明を受けることも許されるし、家族が任意に選ぶセカンド・ドクターに相談できるようにすることも一策である。「見えない死」を家族に見せることが肝心である。社会的合意は家族のような身近なところから理解されていかなければならない。これこそ民主主義の基本である。脳死判定基準を家族に提示し、それが受容される必要がある。家族には、家人の死を受容する時間を与えなければならない。特に、家族は経済的、時間的、人間関係的に複雑な状況の中におかれており、それぞれの判断に任せてよく、何も一律に規定しなければならない理由はどこにも見当たらない。それゆえ、心臓死を望む家族ならそれを否定する必要もなく、法制化にあたって併用説ないし選択説が妥当である。また、本人のリビング・ウィルがあれば、それを認めてもよい。

（c）脳死判定委員会

資格試験などを課して脳死判定基準に精通した脳死判定官とでも称する人で構成される脳死判定委員会を設定し、脳死と判断されたとき、ただちに脳死判定基準に適合しているかを判定する。竹内基準を例に採れば、基準に達したと判断してから6時間後に再確認する。その最初と最後の確認時には脳死判定官の立ち会うことを義務づける。イギリスのように移植チーム以外の医師による確認という方法もあるが、和田心臓移植事件に見られたように病室が密室化される恐れがある。すなわち、医師同志がかばいあい、それ故に信頼することができないとする人々もいる。万が一、誤判定ではないかと疑われた医師も辛い立場に立たされる。死の判定は有耶無耶にされるところがあってはならない。その判断は裁判官にもまして重要で、誤判は許されるものではない。医学の検査方法が多様多様に開発され続けられる時代において、専門家を育成することが望ましい。医師と脳死判定官の意見が異なった症例は、検死同様、心臓死による死亡後、病理解剖を行なって、脳死であったのかを確認する。更に、医師と脳死判定官が下した判断、及び脳死判定基準に照会した診療記録は公開され得るものとする。情報公開をすることは「見えない死」が「見える死」となるうえ、社会的合意を得る最善の策である。

（d）立法化の問題

医学界で承認されないものを法制化はできない。脳死が立法化されてもよいと思うが、医学界でコンセンサスを得ることが初歩的条件である。イギリスやドイツは医学界の基準を採用して脳死を

法的死の諸問題（I）

認めている。現代医療技術から誤りのない脳死の確認はできるものと確信する。

脳死立法と臓器移植法は分離する。脳死を第一義的に考え、脳死の診断が確実にできるまで、当面は臓器移植は認めない。脳死を人の死と定めることは法律的には何のためらいもない。脳は人間存在のかけがえのない終極の器官である。心臓をはじめとする他の臓器が人工的に代替可能であり、心肺などが機械で作用しても死を定めることができないのは不合理である。それゆえ、脳の回復の不可逆性をもって人の死とすることは合理的かつ実際的である。

臓器移植を認めるために脳死を認めれば、「早すぎた判定」をめぐって悔恨を残す事件が必ず生ずる。臓器移植が不可能な脳死判定に対して、先端医療に挑む医師にとって何の意味も持たないということは理解できる。死の判断において誤診が許されないがゆえに、脳死基準にコンセンサスが得られていない現状の中では、医学界が臓器移植という魅力的な技術の発展の為に脳死を認めるというのは時期尚早である。脳死が定着したあかつきに臓器移植を再検討のうえ臓器移植法を考える。脳死についての社会的合意がない限り、臓器移植法は人権侵害の恐れが伴うからである。イギリスは3年の実践の期間によって合意を得たし、アメリカの大統領委員会は、5年間の検討期間を経て合意を形成した。脳死臨調のように時限的ではなく、時間をかけて現場から確実な脳死判断の合意に達することが立法化の最短距離である。竹内基準を基礎にしてでも脳死の事例を重ねて、社会的な合意を得られる確実な基準を提示することが急務ではないだろうか。

人間自身において死の問題は人生における一回限りの問題であるので、脳死を短絡的に考えてはならない。脳死を認めるか否かの問題は、人の死はなにかという究極の問題である。死の判定は医師の領域であり、医学界において十分に脳死判定基準の議論をして、コンセンサスを得てほしい。しかし、医学の問題だけではなく、社会的安定性が法存在の任務とする視点から法の領域でも追認する医学追認説が妥当と思われる。

注

- (1) 米本昌平「生命科学と法哲学を結ぶために」法律時報，57巻5号 pp. 72. 1985.
- (2) 長尾龍一「生命と法哲学との対話」法律時報，57巻5号 pp. 70, 71. 1985.
- (3) 木村利人『いのちを考える』東京，日本評論社，1987. pp. 24.
- (4) 中島みち『見えない死』新訂版，東京，文芸春秋，1990. pp. 19. なお，見えない死についての詳述は pp. 209以下を参照されたい。
- (5) 朝日新聞 1992年1月23日
- (6) 脳死臨調答申後の最近の論調は，以下のようなものがある。松宮孝明「脳死臨調最終答申を読む」（法学セミナー，1992年5月号）は，哲学と政策がないと批判的論文である。座談会「脳死臨調最終答申をめぐって」（加藤一郎，平野龍一，中山研一，石川元也，福岡誠之）（ジュリスト，1992年6月1日号）では，社会的合意の機が熟していないので，立法によらざるをえないという方向性が語られている。澤登俊雄「日本の脳死移植はなぜ進まないのか」（法学セミナー，1992年9月号）は脳死臓器移植は慎重になされるべきであるという主張である。植村勝慶「広範な社会的合意の形成に向け十分な

法的死の諸問題 (I)

- 議論が不可欠」(法学セミナー, 1992年9月号)では社会的合意はまだ十分になされていないという視点から時間をかけて検討する必要性を論じている。これらは、脳死立法で死を定義することの必要と社会的合意にまだ達していないという点で共通している。
- (7) 脳死を立法化することなく「臓器移植の摘出に関する法律」案という提言が生命倫理研究会、脳死と臓器移植問題研究チームから提案された。(1991年11月20日)この試案では、「本法は他者の治療を目的としてなされる人の臓器及び組織の摘出について必要な事項を定めるものである」(第1条)として、脳死についてのガイドラインも示しているが、臓器移植の目的から脳死を認めるのはやはり社会的合意には達していないと思われる。「臓器移植の摘出に関する法律」については、中谷瑾子「臓器移植の摘出に関する法律(試案)について」(ジュリスト, 1992年6月1日号 pp. 52. 以下)において、内容、解説および脳死判定に関するガイドラインなどが説明されている。
 - (8) 中川高男『民法総則講義』東京, 明玄書房, 1985. pp. 221.
 - (9) しかし、穂積重遠によると、失踪宣言は、当事者の意思に基づくものではないので善意、悪意の区別するのは不穏当であるという考え方もあるが(穂積『改訂民法総論』有斐閣 pp. 187. 以下)、失踪宣告がなされた当時、相違する事実を知った場合などは悪意と解することができるので妥当ではない。
 - (10) ジュリスト No. 166. 1970年11月15日号, pp. 56.
 - (11) 著名な事件としては、1957年11月に起きた岩手大学眼球摘出事件がある。
 - (12) 朝日新聞 1984年2月13日付において、法律違反で告発された事例や学会で問題視されたことが報道されている。
 - (13) 大谷實『いのちの法律学』東京, 筑摩書房, 1985. pp. 116.
 - (14) 唄孝一「続・『死』に対する医事法学的接近・8」法律時報, 55巻2号 pp. 90. 1982.
 - (15) NHK 脳死プロジェクト『脳死移植』東京, 日本放送出版会, 1992. pp. 72. 以下.
 - (16) 木村利人は「その内容には約20種類」としている。(木村 前掲書の pp. 69) 医事法学の第一人者唄孝一は「世界各国の様々な機関により30有余のクライテリアの発表がある」としている。(唄孝一「脳死と『ある法学者』とのかわり」人間の医学20巻3号, 1983年. pp. 17)
 - (17) A Joseph Fletcher の“Indicators of Humanhood” (Hastings Center Report. Vol. 2. Nov. 1972.) では、死を認める基準に生命の質を問題として、人格が失われれば死を許容する。
 - (18) R. S. Morison “Ethical Issues in Death and Dying” Columbia University Press, New York 1977. pp. 59-60.
 - (19) 立花隆『脳死』第3版, 東京, 中央公論, 1992. pp. 189.
なお、立花隆氏の『脳死』は1985年11月から1986年8月にわたって『中央公論』に連載されたものである。また、1988年3月から1988年8月にかけて『脳死再論』を同じ『中央公論』に発表した。前者は、厚生省の研究班の全国調査(1985年5月)、竹内基準の発表(1985年12月)を受けて原理的な批判を述べたものである。後者は日本医師会の生命倫理懇談会の「脳死および臓器移植についての最終報告」で竹内基準を基本的に認めたことに対して答えたものである。また、『脳死臨調批判』(1992年9月, 中央公論)が拙稿をすすめている時に出版され、本文を書きあげること躊躇したが、脳死についてはこれからも新たな報告が多くありうるので、現在(1992年9月)の私見をまとめることにした。
 - (20) 大谷實 前掲書 pp. 124~126.
 - (21) 朝日新聞 1991年4月20日
 - (22) 厚生省・脳死に関する研究班「脳死の判定指針および判定基準」1985年, pp. 11.
 - (23) 中山研一「脳死判定基準に問題はないか」ジュリスト, No. 979. 1991. pp. 52. 以下.
中義勝「死の判定」ジュリスト増刊特集, No. 44. 1986. pp. 221. 以下.
 - (24) 唄孝一氏が「『死』に対する医事法学的接近」というテーマで、1982年1月号以降法律時報に連載した中に、イギリス、アメリカの事情は詳細に述べられている。
 - (25) D. Lamb “Death, Brain Death and Ethics” London & Sydney 1985. pp. 20.
 - (26) 中谷瑾子「臓器移植の摘出に関する法律について」ジュリスト, No. 1001. 1992. pp. 66.