

わが国における臓器移植をめぐる 法規制の現状と問題点

——ドイツ法との比較の観点から——（2）

山 中 敬 一

目 次

はじめに

- I. 臓器移植と脳死論議の史的展開
 - II. 臓器移植・脳死論議の最近の展開
 - III. 脳死説への批判とその現状
 - IV. 臓器移植をめぐるその他の主要論点の概観
 - V. 臓器移植の現状・課題および展望（以上70巻4号）
 - VI. ドイツ語圏における最近の脳死論議（以下本号）
 - VII. わが国における脳死説と脳死判定
 - VIII. ドイツにおける臓器摘出の要件と同意（以下次号）
 - IX. ドイツにおける臓器摘出・仲介・移植システム
 - X. わが国における臓器移植システム
 - XI. ドイツにおける臓器移植システムの問題点
 - XII. ドイツ移植法における生体移植の問題点
 - XIII. わが国における生体移植の規制
- ま と め

VI. ドイツ語圏における最近の脳死論議

1. 2008年以降の脳死論議の再燃の経緯

ドイツでは、人の死につき脳死そのものについての法律上の定義はないが²²⁷⁾、1999年の「移植法」は、その3条1項2文で、「臓器または組織提供者

227) *Neufeind*, a.a.O., Ethik, Recht und Politik der postmortalen Organtransplantation, S. 71. 臓器移植法16条1項において、「死の判定に関する規則」（同条1項1号、1号a）について、「連邦医師会は医学の知見の水準を指針の中で確定する」とする。

の死は、医学の知見の水準に相応する規則」によって判定するものと規定され²²⁸⁾、他方、同条2項2文では、「臓器または組織提供者からの摘出の前に、大脳、小脳及び脳幹の最終的で回復不可能な消失」が判定されるのでなければ、臓器または組織の提出は許されないとする²²⁹⁾。これは、いわゆるデッド・ドナー・ルール (Dead-Donor-Rule) を固守するものである。脳死論議については、その後、ドイツ語圏でも医学界で続けられていたにすぎなかった。

2008年のアメリカの大統領の「生命倫理評議会白書」以降の、法制度としても定着を見せたように思われた「脳死説」に対する議論が再燃したのは、もともと潰えてはいなかった哲学²³⁰⁾、医学、法学における異論が、それらの分野の新たな研究結果を背景として続出したことにある。医学、とりわけ神経学における新しい知見を基礎として、脳死基準が人の死の十分条件かどうかを再吟味することが法政策的にも不可避となったのである²³¹⁾。ドイツでも、このような脳死に関する科学的知見の深化を受けて、脳死論議の再開が避けられなくなり、2011年にドイツ倫理評議会が、脳死をテーマとする一連の公開講座「生命倫理フォーラム」を開催した²³²⁾。2012年に臓器移植法の改正が行われ、

228) Vgl. (Hrsg.) *Höfling*, Transplantationsgesetz Kommentar, 2. Aufl., 2013, S. 231.

229) Vgl. a.a.O., Kommentar, S. 231.

230) ハーヴァード大学の専門家委員会の1968年の脳死説の公表後、すぐに批判が続出したが、中でも哲学者ハンス・ヨナスが68年9月にある会議での報告において (*Hans Jonas*, *Against the Stream: Comments on the Definition and Redefinition of Death*, in: H. Jona (Hrsg.), *Philosophical Essays: From Ancient Creed to Technological Man*, 1974, p. 132 ff.)、とりわけ、臓器移植に臓器の需要が大きくなったことによって、医療において事実上急激に広がり、本質的な意味で、人間の生と死につき、そもそも生と死の間の確実な区別基準を示すことなく、人の死が再定義されていると批判した (vgl. *Ralf Jox*, *Hirntod und Hirntodkonzepte - zum Stand der medizinischen Debatte*, in: (Hrsg.) Ulrich H. J. Körtner/Christian Kopetzki/Sigrid Müller, *Hirntod und Organtransplantation - Zum Stand der Diskussion*, 2016, S. 34)。

231) 児玉聰・前掲生命倫理18巻1号(2008年)39頁以下参照。

232) *Deutscher Ethikrat*, a.a.O., *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, S. 11. ドイツでこの大統領評議会の報告を受けて脳死論議を見直した著書として、Vgl. *Sabine Müller*, *Revival der Hirntod - Debatte: Funktionelle Bildgebung für die Hirntod - Diagnostik*, 2009. 脳死否定論を展開する論稿として、*Christian Erk*, ↗

移植に関していわゆる「意思決定方式」²³³⁾ (Entscheidungslösung) を採用したが、それによって、臓器移植法2条は、脳死に関する国民への包括的説明を強く前面に押し出し、親族や、潜在的提供者の法律上の代理人(世話人、後見人)との公的意思疎通が重要だとするに至った。そこで、脳死に関する確実な知識の普及が要請されるようになった。これが論議再燃の動因である²³⁴⁾。ドイツ倫理評議会の見解については、後に詳しく検討する。

2018年11月2日に連邦政府は、「移植法」の新法案を提示した²³⁵⁾。その法案の基礎に置かれたのは、臓器摘出病院における臓器提供者に関する諸構造が改善され、相応に対応され、さらに臓器提供者の訴訟に関与した人びとの責任が強化されるべきだということであった。ドイツ連邦議会における2018年11月28日の方針提示のための論争の中では、「拡大された反対意思表示方式」の導入によって提供者の普及が長期的に増やせるかどうかを審議した。とくに懸念されたのは、臓器摘出の許容に対する決定的な基準としての脳死の定義が依然として争われているかどうかである。

ドイツでは、いわゆるデッド・ドナー・ルールが守られ、臓器移植法3条2項は、臓器・組織の摘出は、死亡判定された患者が、臓器・組織摘出に反対しており、臓器・組織摘出の前に、大脳、小脳および脳幹の全機能の、最終的な、回復することの不可能な停止が、医学の知見の水準に相応する手続ルールに従って判定されなかったときには、許容されないとする。移植法3条1項1文2号では、当該者の死亡の判定方法には触れられていない。しかし、それに続

↳ Das Eigentliche des Todes. Ein Beitrag zur Be-Lebung der Debatte über Hirntod und Transplantation, Ethik Med (2014), 26. S. 121 ff.

233) この方式は、提供者のたんなる意思決定を基準にするというのではなく、市民に臓器提供への意思表示を振興させる方策を含めた啓蒙活動を強化し、アピールを行うことを前提とする方式である。この意思方式について詳しくは、「IX. ドイツにおける臓器摘出の要件と同意」(次号) 1. (f)参照。

234) Deutscher Ethikrat, a.a.O., Hirntod und Entscheidung zur Organspende, S. 11 f.

235) Deutscher Bundestag, Zur Feststellung des Todes als Voraussetzung für die „postmortale“ Organspende in Deutschland, Österreich und der Schweiz, WD 9/3000 /092-18, S. 4 f.

く条文である3条2項では、その発生前に臓器摘出が許されない状態を指定している。文献では、立法者が、これによって「脳死説に明白に従うと宣言することなく、脳死説を安定させる」ことのできる「立法上のトリックの傑作」を作り上げたとの評価が下されている²³⁶⁾。

2. 非心拍性提供・心拍性提供・心停止後提供・脳死後提供

ドイツでは、脳死後提供 (Dead-Donor-Rule) 以外の臓器提供は認められていないが、その他の諸国では、脳死に達していなくても臓器 (特に心臓) 提供も認められる。ここでは、概念上の理解に混乱を避けるべく、後に、スイス、オーストリア等の諸国で認められるように、脳死が判定されるか否かにかかわらず、臓器摘出・移植を行う制度についての、概念を整理しておきたい。

Donation after Brain-Death は、脳死後提供を意味するので、これを除くと、Non-Heart-Beating-Donation (NHBD = 非心拍性提供)、Heart-Beating-Donation (HBD = 心拍性提供)、(uncontrolled or controlled) Donation After Cardiac Death (DACD = 心停止後提供) がある。

まず、脳死概念が一般化する前 (1970年代、80年代) は、心臓死説が一般的であったので、Non-Heart-Beating-Donation が行われるのが一般であった。しかし、提供者の心停止後の臓器は、移植するには医学的に質が劣るので、心停止後の摘出はほとんど行われてこなかったという²³⁷⁾。その後、アメリカでは、90年代には脳死ドナーの数が増えない中で、脳死を経ずに心停止した人からの

236) Höfling, Wolfram, Die „postmortale“ Organspende – Eine Kritik der Hirnkonzepption aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Evangelischer Pressedienst, 2017, Nr. 2 Hirntod und Organspende – Impulsvorträge und Diskussion, Tagung des Evangelischen Juristenforums, Kassel, 19. April 2016, S. 14 f.: Vgl. Deutscher Ethikrat, a.a.O., Hirntod und Entscheidung zur Organspende, S. 11 f. ヘフリングの脳死に関する考え方に言及し、脳死概念の沿革と人類学的・病態生理学的意義について論じる論文として、Vgl. Klaus Schäfer, Korrektes Vezständnis für den Hirntod, in: NJ 2018, S. 190 ff.

237) 会田薫子「Non-Heart-Beating Donation の米国での現状—新たな臓器獲得方法がもたらした生死の境界の揺らぎ」生命倫理12巻1号 (2002年) 109頁参照。

提供を可能にするため、再びこれが行われるようになった。重症の脳損傷を負った者が脳死と判定される前に、もはや回復の見込みのない当該患者から臓器摘出をすることが行われたのである²³⁸⁾。生命維持装置を装着している患者の場合も、心臓の最終収縮が起こるようにコントロールして患者の意思などに従っていったんそれを中断し、心停止を引き起こし、その後、臓器の摘出が行われた。これを「コントロールされた (controlled) 心停止後提供 (c-DCD)」という。その際、脳死判定があるかどうかは、提供の可否に影響しない。

このように、Non-Heart-Beating と Heart-Beating の両者の概念の区別において問題となるのは、死の定義ではなく、提供の経緯の違いである²³⁹⁾。それは、予定された臓器提供の時点での提供者の (病理学上の) 状態を指す。すなわち、臓器摘出時に心臓が止まっておれば、Non-Heart-Beating-Donation である。心臓・循環システムの機能の停止は、脳死診断の完了の前・最中、後にも (コントロールされないで) 生じることがある。その結果、ドイツにおいて Non-Heart-Beating-Donor という場合、それが、脳死判定がすでに行われている場合であれば、脳死移植に含まれることになる。

しかし、ドイツにおいては、Dead Donor Rule が守られているので、脳死判定が行われ、死亡している患者であれば、その心臓が人工的に鼓動させられていても、Heart-Beating-Donation として摘出が認められる²⁴⁰⁾。いまだ死期の切迫していない患者から臓器を摘出するのを避けるため、Non-Heart-Beating-Donation であることが必要なのは、むしろ、脳死者からの摘出に拘らない諸国においてである。これらの諸国で行われている Dead Donor Rule に拘らない方式のことを、最近では、「心停止後提供」(donation after cardiac death=DACD) と呼ぶのが一般的であり、「コントロールされた心停止後提供」にあっては、人工蘇生器の取り外し後、一定の待機時間 (2分~5分ないし10

238) 会田・同上。

239) Vgl. Daniela Norba, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin aus deutscher und europäischer Sicht, 2009, S. 44.

240) *Neuefeind*, a.a.O., Ethik, Recht und Politik der postmortalen Organtransplantation, S. 79.

分)を置いて、臓器摘出が行われるのが通常である。血液灌流が止まり、それによって温阻血性障害を受ける前に迅速に摘出する必要があるからである。この点について詳しくは後述する。

3. ドイツ語圏における最新の脳死論の状況

脳死論議ないし死の定義に関する論議において、その論争の中核に位置づけられるのが、三つの論証方法である²⁴¹⁾。まず、脳死者は、生きているように見えるから、死んでいないという「現象論的論証方法」である。これは、伝統的な心臓死に依存する死のイメージから脳死は、これと乖離することを理由とする論証であり²⁴²⁾、これについては後に詳論する。次に、身体の生理学的統括中枢が脳から消失しているという「生物学的論証方法」である。この見解が、最近の神経学的な見地からの「統合説」であるが、これについても後述する。第3に、脳がなくなればもはや精神生活はなく、したがって、人間は死んでいるという「人格的論証方法」である。これが後述する「精神性説」であり、これについても後に詳論する。

以上のような論証方法の違いは、脳死の定義をめぐる論争の基本的観点を提供するものであるが、脳死論議を展開する場合、その定義から派生する脳死基準や脳死判定の問題をも射程に入れて、通常、三つの次元に分けて論じられるのであって、議論の整理のため、それらの「次元」を分析しておかなければならない。それは、①死の人類学的定義（ヒトの死＝全脳死）、②死の生物学的基準（全脳死かどうかは、大脳および脳幹の不可逆的停止という基準で判定されるべきである）ならびに③死の発生の医学的判定（大脳と脳幹の不可逆的停止は、臨床および機器によるテストによって判定される）の次元である²⁴³⁾。しかし、脳死基準

241) Vgl. *Stoecker*, a.a.O., Körtner/Kopetzki/Müller (Hrsg.), S. 87.

242) なお、わが国において、脳死説が「機能死」を基準とするのを批判し、脳細胞の壊死を基準とする「器質死」を唱えるのは（立花隆『脳死』1986年、田中・前掲東京医科歯科大学教養部研究紀要47号35頁参照）、心臓死の死のイメージを基礎とするものである。

243) *Jox*, Hirntod und Hirntodkonzepte, in: a.a.O., S. 36 f.; *Neufeind*, a.a.O., Ethik, ↗

および脳死判定の問題については、別の項（「Ⅷ. わが国における脳死説と脳死判定」）で扱うことにする。

(a) 人類学的定義の問題点

まず、脳死の定義の次元において、人類学的アプローチとは何を意味するのだろうか。その意義を直接定義した文献は探しえなかったが、「死とは何か」という問題の領域は、はじめは純粋医学の衣をまとってアプローチされたように思えるが、現実的にはその位置づけはもっと多様であると示された]²⁴⁴⁾として、先の三段階の観点が説かれている。また、その第1の次元では、一般的に問題とされているのは、「相当な死の定義とは何か、またそれをどう適切に表現するかという課題に接して、移植医学にとっては極めて重要である、哲学的・人類学的に、そして心理学的に、山積する基本的な問題が問題」]²⁴⁵⁾である。そこで、これらのことから推論すると、人類学的観点とは、人間とは何かという問いに対する答えを求めて行われる人に関するすべての科学理論・経験科学からする人間観を総合する観点である。それには医学・生物学、心理学のみならず、宗教学、哲学、法学などの観点も含む。これらの総合的判断たる人類学的観点からから、人の死は、「全脳の死」をもっていうと定義されるというのである。

このような人類学的観点は、しかし、総合的であるがゆえに、その力点の置き方によって異なった人間観に分かれることになる。それが、(i)「精神性説」(Geistigkeitstheorie) と (ii)「統合説」(Integrationsstheorie) の対立である²⁴⁶⁾。この対立は、第2の次元の脳死基準の問題につながり、全脳死か脳幹死かの対立に及ぶ。

↘Recht und Politik der postmortalen Organtransplantation, S. 210 f.

244) *Neuefeind*, a.a.O. S. 210 f.

245) *Neuefeind*, a.a.O. S. 211.

246) *Neuefeind*, a.a.O. S. 213. 精神性テーゼと統合テーゼの対立については、vgl. auch *Walter Schaupp*, *Das Hirntodkonzept – Theologische Sicht*, Kröll/Schaupp, *Hirntod und Organtransplantation*, S. 100 ff.

(i) 精神性説

この説は、あらゆる精神的なものに対する、必須で代用の効かない身体的基盤としての「脳」に立ち返り、人間の認知能力を死の定義の中心に置く²⁴⁷⁾。全脳死によって人間の一切の精神性の生物学的基盤がなくなり、人間はもはやその内面からも外界からも何も感じ、知覚し、観察し、反応できず、考えることも意思決定することもできない。人間は、精神的・身体的にも統一性を、または肉体的・心的統一性をも喪失し、死亡する。人格的同一性は、有機組織体の生理学的プロセスと同一ではない。後者は、次第に消失し刷新されるのに対して、人格の同一性は、身体的交換プロセスの変換を超えて維持される。したがって、心臓・循環システムの人工的維持は、死の発生を否定するための重要な基準として援用されない。あらゆる精神的なものに対する心的基盤は、終局的に消失し、それによって、精神力を与えられた有機組織体としての人間の生存は終わる。精神性説は、必然的に部分脳死説に道を開こうとしたという批判に晒されたので、自身を貫くことはできなかった。

この精神性説は、人格による論証 (Personargument) とも呼ばれることがある²⁴⁸⁾。しかし、この見解は、脳死論議において強い批判に晒され、議論から姿を消した。この見解は、精神と身体の二元主義を前提とすると批判された。その見解は、人格としての人間を「精神の働き」(geistige Leistungen) と同一化する。これは、人はその身体性の全体において存在するという人類学の基本的確信への違反を意味する²⁴⁹⁾。さらに、精神性説は、「部分脳死説」(Teilhirntodkonzept, higher-brain-death) すなわち、このような働きをする「大脳」死につながる。このいわゆる高次脳基準 (higher brain criterion) によれば、大脳ないし意識の不可逆的停止をもって、死が発生するとするのである。意識する能力や意識して感じる能力、記憶力が終局的に消失したとき、死亡したものとみなすのである。しかし、主観的なカテゴリーである「意識」の不存在を

247) *Neuefeind*, a.a.O. S. 213 f.

248) *Schaupp*, a.a.O. S. 100.

249) *Schaupp*, a.a.O. S. 101.

外部から十分に確実に証明することは困難であり、大脳皮質の不可逆的停止に陥った昏睡状態（Wachkoma）にある患者は、すべて大脳死したものとされてしまうおそれがある²⁵⁰⁾。

(ii) 統合説

本説の中核命題は、死を決定するにあたっては、生物学的意義における全体としての有機組織体が基準とされなければならないということである。人間の死とは、その機能的全体における有機組織体としてのその終焉であって、身体のすべての部分が死亡することではない。生物学的にはこの時点から、その有機組織体からは、全有機体に鑑みて、自主性、自発活動性、自発性および統合能力がなくなる。自律性、自発性、適応のような、高等生物の本質的性質は、脳に依存している。脳は、生と死の決定において優れた地位を占めることを正当化するものなのである。人間の生命は、自主的・自発活動的統一性に対する原動力としての脳の死滅をもって消滅する。

(b) 死の発生経路

このそれぞれの次元における論点を考察する前に、人工蘇生器の発達した現代において、死がどのような経過を辿って発生するのかについて考察を巡らしておきたい。

伝統的な心臓死説が揺らぎ始めたのは、人工心肺機の発達によって、いったん発生した心臓・循環停止を再稼働させ、それによって心臓が再び鼓動することを可能とし、しかも、臓器移植術の発達により、死後もまだ機能し続ける、生命維持に必須の臓器が移植に必要とされるに至ったからである。心臓が自然に停止したというだけでは、機器の補助を得たその拍動がなお可能なのであり、心停止は一過的・可逆的なものに過ぎなくなったのである。しかも、ドイツにおいては、脳死判定の際のミス²⁵⁰⁾の報告があり、これが脳死説を揺るがす原因ともなっている。2011年5月から2013年3月までの間に「南ドイツ新聞」（Suddeutsche Zeitung）の調査によれば、少なくとも10件の事例につき、患者の

250) Jox, aa.O., in: Körtner/Kopetzki/Müller (Hrsg.), Hirntod und Organtransplantation, S. 45.

脳死が違法に判定された。また、2014年12月には、プレーマーハーフェン・ラインケンハイデの病院である女性の臓器提供が、誤った脳死判定によって中断されたという。これらの事例では、脳死判定手続が守られていなかったのが、判定ミスが生じた原因だとされている²⁵¹⁾。

そこで、問われるのは、そもそも脳の損傷ないし疾患が脳機能の停止を招いた場合と、その他の臓器不全、例えば、心臓疾患が、脳の機能不全を招いた場合とで辿る脳死への経過について、どのような死への過程を辿るのかに違いがあるのかである。そこで、これら二つの死亡の形態について、まず、詳論しておこう。その第1は、脳疾患に起因する死の経過を辿る場合であり、第2は、その他、例えば、心疾患に起因する死の経過を辿る場合である²⁵²⁾。

① 脳疾患に起因する死への過程

その典型例は、外部からの脳損傷であるが、この発生数は漸減している。増えているのは、脳内部の大量出血ないし脳梗塞といった脳神経学的な原因である。すなわち、高血圧や糖尿病、心臓疾患や血管疾患に由来するものである。この場合、集中治療により人工心肺器が投入されるなどして、呼吸と循環の機能が人工的に維持される。その結果として、呼吸、心拍、循環の（最終的な）停止に至ることなく、大脳・小脳・脳幹の全機能の停止が発生することが可能となった。全脳死は、心臓死より明らかに時間的に早く発生する。これを「解離した脳死」(dissoziierter Hirntod)という。今日の認識水準によれば、大脳・小脳・脳幹の停止(全脳死)は、可逆的である。そこで、Point of no Returnが問われることになる。呼吸が停止した後、細胞の酸素とエネルギーの蓄えが使い切られるまで、心臓は数分間なお拍動し続ける。その後、その他の身体

251) Späth, aa.O., S. 33.

252) これについては、vgl. Daniela Norba, aa.O., Rechtsfragen, S. 41 ff. なお、スイス医学アカデミー(SAMW)の「臓器移植と臓器摘出準備に鑑みた脳死判定」と題する「医療倫理指針」(2017年3月16日)においても、このような場合分けを行って「脳死判定」について論じている(S. 13 ff.)。Vgl. Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften, Feststellung des Todes im Hinblick auf Organtransplantationen und Vorbereitung der Organentnahme (2017).

の死滅過程が続く。まず、脳以外の臓器の死（機能不全）が発生し、その時点から、脳死がその確かな外部的な死の徴表からも読み取られうるようになる。代謝の少ない角質などの死滅は比較的遅く、最後になるのは細胞の死滅である。脳死は、不可逆な心臓・循環停止の必然的結果である。新しいのは、ただ、脳死が、心拍・循環システムの機器による維持がある場合には、解離して発生しえ、その発生を — その時点ではないとしても — 確実な外部的な死の徴表なくして診断する可能性が存在するところである。

② 心疾患に起因する死への過程

典型例は、心筋梗塞による死である。心筋梗塞による急激な機能不全により心臓・循環の停止が起こる。血液は、もはや肺・心臓等によって循環させられず、炭素が搬出・排出されず、酸素が取り込まれることもなくなり、様々な臓器に搬送されることがなくなる。これによってすべての臓器が、早晚、損傷を被る。蘇生可能性（可逆性）をもった機能喪失は、死滅過程とは区別されうる。脳は、酸素不足の許容度が最も低い。機能喪失は、精神的活動に対して意識喪失という形で遅くとも循環停止後、1分内に生じ、回復不可能な脳損傷は遅くとも10分内に発生する。蘇生装置を付けた場合の死への過程は、異なる。急性の心臓・循環停止の後、脳機能喪失の現れとしての意識喪失が続き、たいていはそれによって脳機能の喪失と分かる。その後、脳損傷が生じないで、心臓・循環・呼吸機能が蘇生術によって回復させられうる数分間が続く。蘇生が遅れると、さほど酸素不足に敏感ではない脳以外の臓器はそうではないとしても、脳には重大な損傷が生じる。心臓・循環機能が、人工呼吸器を用いても、もはや機能しないという場合、蘇生術は30分から60分で中断される。蘇生術が — たとえ短期間であろうと — 効果的に脳とその他の身体の酸素供給をもたらした場合には、それを中断した後、数分内には脳死に至る。不可逆な心臓循環停止は人間の死であると認められている。それは必然的に全脳死を発生させる。一般に、心停止は、中心的統制器官としての脳（機能）が完全に消失したとき、不可逆となる。そこで、「心臓死」にも脳死説が基礎となっていると言える。蘇生がいつ不可能となるかという経験的証明は、どの時点で、脳の

酸素供給の中断の後、大脳・小脳・脳幹の全脳機能の停止が発生するかと同様、存在しない。その時点は従来決められていない。発生の時点では、脳死を明確に認識することはできない。外部的な確実な死の徴候（死斑、死後硬直、腐敗、分解）または、脳死診断によって、脳死が発生したと判定できるだけであり、どの時点で発生したかは判定できない。

(c) 「死」の概念に関する基礎視座

ここでは「死」の概念を決定するにあたって、依拠すべき基礎視座について様々な観点を挙げ、そのうちでもとくに脳死説の根拠となりうるものにつき検討しておく。

(i) 脳は、統制機能中枢か、臓器も独立自動制御システムをもつか

脳死が人の死であるという命題の生物学的な基礎としては、脳があらゆる有機的組織体を統合するものであり、その不可逆的停止は、最も早く、人の死を宣言するものであるという点にあるが、その命題は、とくにこれに矛盾する多くの経験上の論拠が示され、批判されてきた²⁵³⁾。それは、脳死後は、人工呼吸器等を装着されていたとしても、短期間で、死んだ有機組織体は、ばらばらになり、統制が取れなくなるというドグマが、今や維持できなくなったからである。「慢性脳死」(chronischer Hirntod)という状態があることも知られるようになった²⁵⁴⁾。また、脳とその他の身体の部分が、例えば(横断麻痺によって)頸椎部分の脊椎が完全に機能的に切断された人も、薬の投与によって生きる能力があるという例があるからである。脳と機能的に独立してその他の身体部分が生きることがある。その根拠は、脳より低いところにも神経のネットワークがあり、自律的な統制機能を働かせているという見方である²⁵⁵⁾。神経システ

253) Jox, Hirntod und Hirntodkonzepte, in: aa.O., S. 38.

254) Jox, Hirntod und Hirntodkonzepte, in: aa.O., S. 39 f.

255) これは、「システム死説」(Lehre vom Systemtodkonzept)とも呼ばれる。Vgl. Höfling, MedR 1996, 6 ff.; Beckmann, ZRP 1996, S. 219 ff.; Daniela Norba, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin aus deutscher und europäischer Sicht, 2009, S. 37 f. ヘフリングはその「移植法コンメンタール」(Höfling [Hrsg.] TPG-Kommenfar)の中で、脳の機能喪失の後にも統合機能をもつことを前提としているが、これを批判するものとして、P. Klaus Schäfer, Korrektes Verständnis für

ムがなくても、多くの臓器または有機組織体システムが、自動制御能力をもつというのである。人間の有機的組織体は、今日の科学の観点から言えば、むしろ、幾重にも組み合わせられた、一部、自動で、一部、独立のシステムのアンサンブルであると特徴づけるとことができる。そこでは、統制と統合の中心的となる「中枢部」が、存在することはなく、また、それが絶対的に必要だということもないのである²⁵⁶⁾。これらの事実が、脳死に至った有機組織体が、医療上の補助を受けている限り、いまだ生物としての能力を示しているのであって、造血、消化、代謝産物の排泄なども、その後も機能し、免疫システム、ホルモン・システムも多くの部分で健全であり、体温、循環制御も損なわれていない場合がある。胎児が脳死者の体内で成長し、分娩に至ることもある。したがって、脳は身体の有機組織体システムの中では「中枢部」とはいえなくても、最重要なシステムであるという位置づけは最低限認められるとは言えるであろう。

(ii) 生と死の区別（プロセス・連続としての死）

そこで、生と死の限界がどこにあるのか、が問われることになるが、死の発生の時点とは、自然の中で我々が目の当たりにする生物学的事実ではないというのが、まず認めるべき基本的視点である²⁵⁷⁾。基本的には、自然においてはただ過程と連続があるにすぎず、時点や区切があるわけではない。それらは、自然の知覚に秩序を与えようとする人間の精神の一つの試みに過ぎない。それは人間の誕生と死に共通である。確実な死の徴候の発生の何日も後になって死者の睪丸の組織から、受精に用いることができる生存能力のある精子を採取することができるということもある。生物の死も、様々な臓器機能の漸進的・逐次的に進行する障害を経て、個々の細胞の壊死とタンパク質の分解に至る過程である。このような連続の過程のなかに、死の発生を「確定」できる様々な現象を見出す。根本的な問題は、死の発生の判定における臓器の補助、維持および人工的代替が考慮に入れられねばならないかどうかである。死とは、循環と

↘den Hirntod, NJ 2018, S. 190 ff.

256) Jox, Hirntod und Hirntodkonzepte, in: aa.O., S. 39.

257) Jox, Hirntod und Hirntodkonzepte, in: aa.O., S. 41.

呼吸の不可逆的な停止をもって生じるものとするなら、「不可逆的」という言葉にはすでに、その時々が存在する医学的可能性の基礎の上でなされた予測が入り込んでいる。脳機能の「不可逆的」消失の場合も同様である。医学の発達によって、これらの人工的維持の可能性も変化し、もっと様々な残りの臓器の機能能力の維持が可能になるであろう。

(iii) 生と死を分かち規範的根拠

生と死の限界が曖昧であるということが、妨げになるだろうか。最新の生物学によれば、生物は一般に次の特徴をもつ²⁵⁸⁾。①生物は、その発達の型を与え、その環境への適応の可能性を認める遺伝プログラムをもつ。②生物は、内部の場所的な仕切り、すなわち一定のサブ・システムをもった、また諸機能が場所的に分属させられた、他から区切られた完結的な統一体である。③生物は、生化学的にみると、エネルギーを担うものを受け入れ、一定の代謝を経たあと、最終産物を排出することによってエネルギーを変換する開かれたシステムである。④生物とは、その構成要素、すなわち、細胞、組織そして臓器の不変の再生のシステムであり、生殖能力、すなわち、その種の子孫を産出する能力をもつ。⑤生物とは、少なくとも外部の刺激に対する基礎的な反応を示すものである。その反応には、とくに成長と発達の現象も含まれる。このような特徴を脳死に当てはめるなら、すべてがまさに脳死者に当てはまると、それゆえ、生物学的な生命の定義からすれば生物であると、断言しなければならない。しかし、いくらこのような生物の典型的なメルクマールについて考察しても、死の過程が継続的なものであることを理解しても、そこから直接、当該の人がもつ道徳上の地位がそれに依存するような死の時点を、演繹できるわけではない。それは、自然主義的な誤推論の意味での存在と当為の誤推論である。死の発生が生物の道徳的・法的地位を顕著に変更することには争いはない。というのは、まさにそのことが、死亡提供者ルールが、生存している人ではなく、死亡した人からのみ生存に必要な臓器を摘出することが許されているのかという根拠だからである。したがって、生物学的根拠だけではなく、補充的に、生

258) これについて、vgl. Jax, Hirntod und Hirntodkonzepte, in: aa.O., S. 41.

者についての連続的過程の中で一定の時点を決定する純然たる「規範的」根拠も必要とする。その根拠が、死の時点とそれによる規範的地位の急変を示すのである²⁵⁹⁾。

(iv) 伝統的な「死」と集中治療を経た「死」の見え方の相違

脳死説の基本的な問題点は、一方で、公式の医学上・政治的・法的な脳死の許容と、他方で、素人や、看護者ないし医師における脳死への疑問との間の緊張があることである。つまり、脳死は本当に死なのかに関する疑念が、親族が当該の人が死んでいると説明され、集中治療が終了させられ、臓器移植が行われることに対する猛然たる抗議にまで至り得ることである²⁶⁰⁾。脳死の場合と心臓死の場合とでは死人の見え方がまったく異なる。人は、伝統的に死体についての一定の像を抱いていて、それを本能的に期待する。死者の現象的な見え方は、脳死の場合、全く異なる。そのような像にあてはめると、脳死者は、むしろ生者に近い²⁶¹⁾。

259) わが国刑法学で、規範的措定をも踏まえて、ドイツなどにおける脳死基礎理論を考察した論稿として、長井圓「世界基準の脳死基礎理論」『刑事法・医事法の新たな展開』(町野朔先生古稀記念)(下巻・2014年)177頁以下。

260) 2013年12月9日にアメリカ・カリフォルニアの13歳の女生徒、ジャハイ・マクマス(Jahi McMath)が睡眠無呼吸症候群によりオークランド小児科病院で、口蓋扁桃および咽頭扁桃の除去を伴う手術を受けた。手術後、鼻と口からの大量の出血があり、少女の血圧が低下し、心停止に至った。脳の低酸素損傷により医師は、術後4日経った時点で脳死を宣告した。両親は、この状態を、娘の死として受け入れることを拒否し、人工呼吸と集中治療を継続するよう要請したが、最終的に、別の大学病院に転院させた。この事件は、テレビでも大きく採り上げられ、著名な生命倫理学者が、両親の行動を批判するなど論議を呼んだ。その後、脳死を理由にその大学病院をも退院することになったが、両親は諦めず、自宅で人工呼吸器を付け続けたところ、2018年6月になってジャハイは死亡し、両親は、ついにこれを受け容れた。この事件については、vgl. Jox, Hirntod und Hirntodkonzepte, in: aa.O., S. 43; Peter Singer, The Challenge of Brain Death for the Sanctity of Life Ethic, in: Recht-Philosophie-Literatur (Festschrift für Reinhard Merkel), 2020, S. 1001 ff. わが国の文献として、柴嵩雅子「臓器移植論争に見る死生観の相違」国際研究論叢9巻1号(2015年)82頁参照。

261) 「死にゆく人」は、外観からは、昏睡状態の患者と見分けがつかず、脳死者は死人とは見えない。その者の様子は、脳を介さず、脊髄によって統制される反射運

これについて、90年代に、脳死論議が展開されたが、そこでは脳死説に対する批判として、倫理的・人類学的な観点からも以下のような批判があった。

- ① 肌が赤みがかっているとき、死ではありえない。全脳死が人の死とするとき、「共に人間として経験できる死」とは違うと論じられ、目に見える「死」がないというのである²⁶²⁾。とくに親族には、(人工心肺機の補助によって)まだ心臓が鼓動し、脈打っている、目の前に横たわっているのが、死体だとは感じられないのである。
- ② 脳死者の身体の制御能力はいまだ維持されている。死者は、いまだ一定の動きをし、発汗し、血圧が上がることもある。脳死者で妊婦もありえ、懐妊し続けることもできる。これについては、しかし、脳からの統制ではなく、胎盤を通じた統制に過ぎないと反論されている。
- ③ 痛覚が残っている²⁶³⁾。しかし、これに対しては、脳死者に医学上痛覚が残っていることはありえないと証明されている。これに、全脳死の判定は困難であるという命題が加えられることもあるが、判定医が厳格な要件を守れば間違いはありえないと反論されている。
- ④ 基本法2条2項1文による身体の保護には、生物学的存在としての身体も含まれる²⁶⁴⁾。すなわち、生物学的存在としての身体に対して、「生命に対する基本権」が拡張されることが必要である。しかし、全脳死して統制を失った「身体」はもはや生きる能力がなく、基本権を拡大する必要はない。

↘動（〔死後4日で蘇ったというラザロに発する〕「ラザロ徴候」）である。しかし、生者の外観にとどまらず、実際に乖離された脳死の発生後も一定の身体的統合が機能している。ホメオスターシスがまだ存在し、肝臓、腎臓、心臓・循環器、内分泌システム、さらに、抗利尿ホルモンの分泌の機能も残っている。これらの統合機能が、脳ではなく、脊髄に発するものだという論拠は、脳死説の批判者には決定的意味をもたない。これにつき、*Neuefeind*, a.a.O., S. 218 ff.

262) *Sebastian Rosenberg*, Die postmortale Organtransplantation. Eine „gemeinschaftliche Aufgabe“ nach §11 Abs. 1 S. 1 Transplantationsgesetz. Kompetenz und Haftungsrisiken im Rahmen der Organspende, 2008, S. 37.

263) *Rosenberg*, a.a.O., S. 38 ff.

264) *Rosenberg*, a.a.O., S. 39.

⑤ 基本法1条1項を通じて脳死者の保護が要請される。脳死者は「死体」ではなく、「死にゆく人」である。この批判は、人の死が終局的にすべての細胞が死滅していくプロセスであるという見解に根差している。しかし、すべての身体・臓器等に対する統制を失ったものに、人間の尊厳という基本権が拡張される必要はない。

これらの批判もドイツでは根拠のないものであって、死の基準・判定に別の観点から根拠づけようとする見解も説得力をもたないとされている²⁶⁵⁾。

(v) 三つの選択肢（脳死説の発展的維持か、心臓死説の固守か、生前提供許容か）

かくして、我々は、「三択」の前に立つ。第1の選択肢は、脳死を死の発生時点として維持するなら、新たな根拠が必要であるとする見解である（脳死＝生物の基本的活動の不能性説）。脳死者は、「環境に対して開かれ、環境の影響に反応することができ、自らを維持できる」という「生きた生物の基本的活動を、もはや完全に遂行することはできない」というのが根拠である。この根拠は、それが不明確だという点を除いても、脳死者は、実際、生物学的にみると、基本的にその環境に反応する開かれたシステムであり続けているという点で、また、生命を維持する医学（人工呼吸器等）の寄与は考慮されずにとどまるという点で挫折する。第2の選択肢は、不可逆的な呼吸・循環の停止を死の発生と定義するものである（心臓死説＝心臓・肺の不可逆的停止基準）。脳死を死に行く過程を段階づけ、心臓や肺といった循環器のような、生命にとって重要な臓器の摘出を放棄する見解である。臓器は、その場合、（腎臓、肝臓の一部のような）生体提供者からか、あるいは、（とくに腎臓のように）不可逆的な心臓・循環器の停止後の死者からのみ摘出される。心臓、肺、小腸、および、膵臓の移植は、その場合にほぼ不可能である。これらの臓器は、血液灌流の遮断に長くは堪えられないからである。その結果、例えば、肺線維症、または急性の重い脾臓炎を理由に、臓器移植を必要とする、若い患者も含む何千人もの人が、救われないまま死ななければならないことになる。このような劇的な損失を、脳死概念の放棄が死に行くものとその親族にとってもつ利益に比べて衡量するなら

265) *Rosenberg, a.a.O., S. 40.*

ば、生命を救う移植を放棄することは、倫理的に正当化されえないであろう。第3の選択肢は、確かに問題の多い脳死説を放棄するが、臓器移植は制限しないというものである（デッド・ドナー・ルール of 放棄）。この選択肢は、デッド・ドナー・ルールを放棄する、すなわち、死にゆく者からの生命にとって重要な臓器の摘出を許容するというものである。死にゆく者には、その臓器を提供し、それによって提供した者が死亡する可能性は残されたままだということである。それによれば、自然死が、もともと目前に迫っていようと、または、しかも、生命維持のための、または、臓器に集中した医療措置がなければ、それは、もう少し早く発生していたであろうという場合にも、臓器摘出は、死の直接の原因である。「臓器移植による死亡」といった医療実務が、倫理的に許容され、合意を得ることができるかは、提供者のこのような決断の自律性がどれだけ保障されるかに依っていた。臓器提供者は、強制、圧力または影響の一切の可能性は、排除されていなければならない。それによって決断が、事実、自由であり、自律的であるのでなければならない。倫理的観点からは、それに反対する理由はない。とりわけ、死にゆく者には、手術前麻酔によって、自由かつ尊厳ある死亡過程が可能とされうるからである。摘出された臓器の品質は、死者から摘出されたものより新鮮である。これは、提供者は、臓器摘出によって死亡するのであるから、むしろこの場合、臓器摘出による殺人が許容されると解されなければならないということになる。

臓器移植という手段による医療は、他人の臓器を移植して自らの臓器に代え、あるいはそれを補い、移植を受けた者の健康を回復する医療であり、移植される臓器が機能不全に陥る前に移植を完成しなければならないという前提がある。そこで、この移植医療を容認する限り、上で述べた三つの選択肢のいずれかを選ぶ以外にないことになる。このうち第2 選択肢は、移植医療の幅を大きく狭めることになるので、脳死説の採用やデッド・ドナー・ルール of 放棄という選択肢が取り得ないということが説得的に立証されたことを前提とする。かくして、従来の「死」とは異なり、いまだ生きてるように見えても、一定の徴表があれば、死と認めるのか、それとも、死に至る前でも、本人の同意や臓器摘

出に優越的利益があれば、移植のための臓器摘出が容認されてよいかが残された論点となる。そこでまず、「脳死」の本質に遡ってその意義を確認して、以下の議論を進めることにしよう。

2. ドイツ倫理評議会における脳死論議

脳死論議の前提となるのは、脳死の本質を踏まえて ① 脳死の概念を定義し、次に ② その概念内容から脳死基準を演繹し、最後に、それらに基づいて ③ 「脳死判定」基準とその要素を明らかにすることである。以下では、ドイツ倫理評議会の「脳死および臓器摘出への意思決定」と題する報告書²⁶⁶⁾を詳しく検討することで、ドイツにおける、「アメリカ大統領白書」公表以降の脳死の考え方を探っておきたい。

ドイツ倫理評議会の立場表明によれば、このような三段階の分析の第1段階は、脳死概念の内容である²⁶⁷⁾。それは、時間的に早く訪れる順番に挙げると、① 人間にとって本質的とみなされる精神的機能の消失、または、人間的関係樹立能力の消失の意味における個人の生命の終焉である、あるいは、② 生命統一性の喪失ないし有機的組織体の機能的な全体性の終焉、もしくは、③ 全身におけるあらゆる生命過程の完全な死滅である。

3. 脳死概念

ドイツ倫理評議会の「提言」によれば、最近の脳死論議のなかで広く一致を見ている、脳死概念の一般的な構成要素をなすのは、次の五つの観点であるという²⁶⁸⁾。

1) 生活界との適合性 (Lebensweltkompatibilität) これは、死の概念は、人間

266) これについては、vgl. Deutscher Ethikrat, Hirntod und Entscheidung zur Organspende, 2015, S. 9 ff.; auch in: Deutscher Bundestag Drucksache 18/4256 18. Wahlperiode 24.02.2015 Unterrichtung durch den Deutschen Ethikrat, dip21. bundestag.de/dip21/btd/18/042/1804256.pdf.

267) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 51 ff.

268) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 62 ff.

の経験世界に結びついたものでなければならないというものである。その概念は、純学術的で分析的な推論の基準や抽象的な倫理的基準ではなく、「人類学的に明白なもの」でなければならないというものである。

2) 生物学的プロセスへの相応性 (Bezugnahme auf biologische Prozesse) 死の概念は、生ける有機的組織体としての人間に関係する。つまり、統合された、それ自身を組織していく、そして相互に、また環境と相互共鳴しあう、生化学的な過程の一つの複雑なシステムに関係する。

3) 一個の生物全体に関するものであること (Bezug auf ein Lebewesen als Ganzes) 死は、生きている個体全体の死としてのみ捉えられうる。「脳死」または「心臓死」といった概念は、有機的組織体全体が死んでいるわけではないという誤信させることがありうる限りで、誤解を与える可能性を否定できない。

4) 終局性 (Endgültigkeit) 死に至ると、生命は二度と帰り来ない。死という出来事はあらゆる人に一回限りである。

5) 死の定義と死の基準との連関性 (Kohärenz) 死の概念において死をどう理解するかということと、死の基準の間に十分な連関があるのであれば、その前提となるのは、死の基準を充たせば、死の理解の中身をなす特徴が存在するという十分な証明が与えられるということである。このような二重の条件は、同時に、死の概念に対する異論も、次の両方の次元で構成されうるということを意味する。一つは死の定義の次元で、もう一つは、死の基準が、前提となっている死の概念を形成するというテーゼを検証するにあたってである²⁶⁹⁾。

以下では、この観点から臓器移植との関係における死の概念ないし死の定義が検討される。まず、「一般的な基礎」となるのが、「心理学的能力」との関係からのアプローチと、「生物学的統一体としての有機組織体」との関係からのアプローチという二つのアプローチである²⁷⁰⁾。

(a) 心理的能力に関連づけた死の定義

臓器移植の関係における「人の死」をめぐる議論では、長年、「心理学的」

269) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 63.

270) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 66 ff.

根拠が重要な役割を果たしていた²⁷¹⁾。それによると、人の死とは、感覚能力、知覚能力、思考力、決断力の不可逆的喪失を基準とするというのである。しかし、そのことは、これらの能力を失ったあらゆる人が、すでに死亡しているということを意味しない。逆に、これらの脳力が一つでも残っている人は、死亡してはいないとは言える。国際的な論争においては、死の概念は、もっぱら心理学的に根拠づけられている。とくに、脳の一部の死が人の死であるという見解がそうである。この見解は、医学的・生物学的知見と矛盾する。さらに、この見解は、倫理上・憲法上受け容れ難い人間像に結びつく。この見解では、無脳児も、失外套症患者 (apallische Patienten) も死亡していることになる。結論としては、倫理評議会は、これらの議論の背景には人の死がすべて人の「心理的」な死を前提としていることは認めるが、「もっぱら心理主義的に死を理解する」ことは認めないとする²⁷²⁾。

(b) 生物学的統一体としての有機的組織体という観点からの死の定義

そこで、生物学的統一体としての「有機的組織体」の観点からのみ、死の定義がなされるべきというのが、倫理評議会の見解である。有機的組織体は、次の二つの観点で統一体として構成される。

- ① 内部的相互作用 (interne Wechselwirkung) 例えば、知覚能力、代謝、成長、生殖などのような、生きているという事実を示すメルクマールは、個々のメカニズム上のプロセス、ないし物理・化学上のプロセスに完全には還元されえないものである。生物の有機的組織体とは、原理的にその部分の集合以上、複雑な機械以上のものである。生物の機能は、ネット化された交換作用で相互に結びつき、個々の因果のプロセスに完全に還元することはできない。
- ② 外界との交互交換作用 (Austausch mit der Umwelt) 生きている有機的組織体の内部的経過は、本質的にその外界 (環境) との不断の対話によって成り立っている。

したがって、人間という有機的組織体の死は、内部的生命機能全体および外

271) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 66 f.

272) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 68.

界ないし環境との交互交換作用に関係する。

(c) 全脳機能の消失という区別基準とその倫理的帰結

このような人の「死の定義」から「生と死の区別基準」の考察に移ると、評議会の委員の見解が一致したのは、「全脳機能の不可逆的消失」という基準が原則的に正当だとする点である。

これに関するドイツ倫理評議会の見解は、次の通りである²⁷³⁾。脳死診断によって、その不可逆的消失について信頼できる言明がもたらされる。脳機能が不可逆的に消失すると、それはその必然の結果として、全脳機能の停止と人の身体の崩壊につながる。人工呼吸器を付けていたときも同じである。その後は、遅くともこの停止の判定の後には、治療に向けられた措置を施すべき医学的適応はもはや認められないということになる。もとよりその後も、医師は、臓器や組織の提供者の尊厳を尊重しなければならない。

4. 脳死概念をめぐる論争

全脳機能の不可逆的停止の証明が、人の死の基準として適格かという問題については、倫理評議会でも争いがある²⁷⁴⁾。多数説である「立場A」の主張から論じる。

(a) 立場A（脳死は人の死の確実な徴候である）

この立場は、多数説の立場であり、全脳機能の停止が、死の確実な徴候であると診断するが、それは、「決してこの（全脳）器官の死が人の死であるといっているわけではなくて、ただ、それが人の死の徴候を示している」というだけのことである²⁷⁵⁾。その点では心臓死説と変わらない。全脳機能の不可逆的停止は、確実な脳死基準であり、死の基準として相応しい。脳は、全有機的組織体に対して必要な統合作用を提供する。それなしには、有機体は、身体的・精神的全体として生存できない。脳は、中心的統合器官であり、統制器官

273) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 62 ff.

274) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 71 ff.

275) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 71 f.

であり、調整器官である²⁷⁶⁾。脳以外の特殊な機能をもったその他の器官も、全有機的組織体の保持のために寄与するというのも、この見方を変えるものではない。というのは、それらの器官は、他の全器官をもってしても、機能的に交互作用する全体へと統合する機能をもたないからである。脳死基準は、死を人類学的現象として定義するわけではない。しかし、生きている全体としての人間の生命の終焉がいつかという問いに対する科学的に確実な基準を示す²⁷⁷⁾。脳の全機能が不可逆的に停止すれば、この状態にある身体は、集中治療措置によって、個の身体の中で、いまだ細胞の成長、酸素消費および血液循環のような、孤立した生物学的活動が可能であったとしても、もはや生きている人だとは言えない²⁷⁸⁾。

(b) 立場B (脳死は人の死の十分条件ではない)

ドイツ倫理評議会の少数説の見解によれば、脳死は、人の死の十分条件ではない²⁷⁹⁾。この立場は、「心理的」な死は、人の死の必要条件であるという点で、立場Aと一致する。しかし、基本的な評価の相違が存在するのは、不可逆的な心不全に陥った人も、生物という観点 (in organismischer Hinsicht) からは、すでに死んだ者といえるかどうかという問いである。立場Bの見解を唱える者は、全脳機能の不可逆的で完全な停止につき、その場合にも集中治療において可能な複合的な生物学的能力 (biologische Leistungen) がなくなることに鑑みて、その不可逆的停止によってすでにそれを超えれば身体が統合されておらず、したがって、死んだものとみなされる程度の一線を越えているほどに重要だとは思われたいとするのである。この見解によれば、脳機能は、原則的に集中治療により代替可能であり、脳は、生物学的観点からは、有機体の、代替の効かない統合・調整センター (unersetzliche Integrations- und Koordinationsstelle des Organismus) ではないというのである²⁸⁰⁾。そこでの有機体とは、むしろ、全

276) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 73.

277) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 77.

278) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 77.

279) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 84 ff.

280) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 84.

体の自己保存に資する臓器システムの複合的な共同作業によって特徴づけられるものである。有機的組織体の統一が、人工呼吸器のような集中治療措置が協働することによってのみ可能とされるという事情も、ある身体が生物学的観点において死んだとか、まだ生きていとされることにつき決定的だとは思われない。医療上の援助がなければ、その人は紛れもなく死んでいた。しかし、まさに呼吸を続け、医薬が投与されている状況下ではいまだ死んではいないのである。

(i) 統一体および全体への有機的組織体の統合

生命とは、一種のシステム共同体、つまり、様々に異なった機能上の次元での、異なった、特殊な、構成要素の相互作用がもたらす結果であると理解できる²⁸¹⁾。最下層では、核酸、アミノ酸、脂肪酸等のような巨大分子、それより高度の層では、細胞や組織そして臓器、最上層では、全体的有機的組織体がかかわる。相互作用は、その上、それぞれの層の間で、そして環境とも行われる。これをトーマス・フックス (Thomas Fuchs) は「水平および垂直の循環の因果関係」という²⁸²⁾。生物という組織体は、個々の生物学的構成要素が、それが、あらゆる他の生物学的構成要素の産出と保全に寄与することによって、自ら産出し、保全するという点に存在する。あるいは換言すれば、心臓は、それが肝臓、膵臓等の保全に寄与し、逆も可能ということによって、自己保全する。

システムとしての生物という見方は、本質的に、フィードバックと相互作用という考え方に基づくものであり、中央制御という考え方に基づくものではない²⁸³⁾。あらゆる生きている生物は、ここで重要な生物学的視点からは、自身が目的に従って組織していくシステムである。それゆえ、このシステムの崩壊を説明するには、この目的に対する関係を論じることが必要である。したがって、脳の死滅後も集中治療中であれば事情によっては、「部分的に」のみでは

281) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 85.

282) Fuchs, Das Gehirn - ein Beziehungsorgan. Ein phänomenologisch ökologische Konzeption, 4. Aufl., 2012.

283) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 86.

なく、全体としての生物が「統合的に」作用する多くの機能をもつ。脳死と診断された者でもこのような機能を示す者がいる。以上のような機能を維持するためには、一方で、全機能の停止した脳の機能を機械で代替することに加えて、他方で、そのような身体に固有の、それ自体統合的に働く、臓器と臓器システムの細胞上のプロセスの機能する能力が存在することが、集中治療措置の有効性の必要条件である²⁸⁴⁾。人工呼吸器で例証すると、呼吸器も、酸素が血液の中の細胞によって、体の中の至る所で組織へと運ばれ、酸素の取り込みと身体の中の細胞の中でのその後の処理が発生しなければ、効果のないままにとどまる²⁸⁵⁾。脳死後の妊娠の継続の現象もこれで説明できる。胎児の成長は、妊婦の組織体の、体内の胎児の組織体との一体性の帰結である。

(ii) 自己統制という基準の有効性

前述のアメリカ大統領白書は、人の死の三つの(複合的)条件を挙げている。すなわち、1)意識の存在の徴候なし、2)自発呼吸なし、3)それらの所見が変わることがないという三つの条件である²⁸⁶⁾。脳死診断によって、これらの基準の充足が証明される必要がある。

まず、呼吸について、立場Aからは、積極的な自己の活動としての自発的呼吸と、人工呼吸器に支えられた受動状態としての呼吸とが生と死を分ける基準となっている点については、規範的観点から言えば、自発呼吸は、生存に重要な有機組織体の働きであって、心臓の自発的拍動のインパルスと同じである。システム生物学の視点から見れば、有機組織体の、様々の、生存に必要な働きの中の重要度の階層分けを根拠づけるものではない。決定的なのは、それらの機能が器械でうまく代替されうるのか、否かという問題である。

なぜ、代替可能な自己統制の個別の様式の停止が、生と死の区別に対する本質的意味をもつのかには根拠はない。有機組織体の本能的能力としての積極的な自己統制と、生存の機能の持続的な外部からの補充との間が区別されるとい

284) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 87 f.

285) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 88.

286) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 90.

うには、説得力がない²⁸⁷⁾。

全脳の不可逆的停止の後の「その生物の外界・環境との交換」も存続する。例えば脳死者の皮膚を押しした場合のへこみのみならず、感染力のある細菌への免疫反応も存続する²⁸⁸⁾。あらゆるこれらの高度に複雑な、また生物の緊急に必要な状況に向けられたプロセスは、決して外からの専ら機械的経過として作用しているわけではない²⁸⁹⁾。したがって、それによって統合の特徴的なプロセスが説明されえ、しかも積極的固有の作用（その場合、生きている）と外部的な作用（その場合、死んでいる）とを区別するために基本的な意義を有するような基準は認められない。まとめると、不可逆的全脳停止が、とくに自発的呼吸の能力によって積極的自己統制の不可逆的消失と関連すると主張するのは、アプローチとしては、十分な根拠をもつものではない²⁹⁰⁾。かくして、ドイツ倫理評議会の「少数説」は、過去何十年も間の議論と呼応して、脳死説の根拠は、説明力をもたないという確信に至る²⁹¹⁾。ドイツにおいては、この見解は、倫理的・社会的論争において支持を集めたのみでなく、ドイツの憲法学者の多数²⁹²⁾も、批判的・拒否的な立場を取ったということが、重要な意味をもつ。

(c) デッド・ドナー・ルールの意義

倫理評議会の提言は、次に、「デッド・ドナー・ルールの意義」について論じる²⁹³⁾。まず。これについては国際的には争いがあるが、重要なのは、ドイツの移植法は、生命に重要な臓器については、死後の移植のみを認める立場(Dead-Donor-Rule)を採っている²⁹⁴⁾ということである。脳死説を批判する見

287) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 93.

288) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 94.

289) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 94 f.

290) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 95.

291) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 95.

292) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 96 f. その(注) 151において、少数説を支持する憲法学の文献、つまり、Herdegen, Hillgruber, Höfling, Jarass, Lang, Murswiek, Horn, Fink, Rixen, Schmidt などの文献が挙げられている。

293) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 96.

294) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 96 f.

解も、一定の前提のもとで、デッド・ドナー・ルールに基づく生命に直結する臓器の摘出を倫理的に容認する。まず、小数説であるデッド・ドナー・ルール不要論たる「立場B」を紹介する。

(i) 立場B (デッド・ドナー・ルールは不要)

脳死説の批判者の脳裏にあったのは、デッド・ドナー・ルールを放棄して、生と死の間に特別の移行期を認めるという見解であった²⁹⁵⁾。臓器摘出は、特殊な形で「死ぬ」ことを許すというやり方であると評価される。このような考察は、生と死への患者の自己決定による決断に中心的な意味が与えられるというより大きな医療倫理上の議論に根差す。ドイツ倫理評議会の小数説も、デッド・ドナー・ルールを厳守することに疑いをもつ。この少数説の論者にとっても、脳死は、重要な規範上の狭間である。おそくとも脳死の判定時までには、治療に向けられた措置をとるという医師の義務はなくなる。それに代わって、今や、当該患者の意思が決定的意味をもつに至る。完全かつ不可逆的に脳の停止の診断があったことと、その人は、もはや知覚能力も感覚能力も持たないという所見が結びつく。これによって、治療を続けることは無意味になったのである。このような状態で、臓器を摘出することは、説明後の同意を基礎とするなら、殺人とは言えない²⁹⁶⁾。その身体と精神の統合に対する個人の自己決定権が認められうるかが論議されるべきである。

このような死へのプロセスの最終の、感覚も意識もない段階は、「第三の段階」ということができる²⁹⁷⁾。このような段階は、近年になって、集中治療が可能になったことによって生まれたものである。そこでは、人間は「最小限の生」を得ているという地位に置かれる。ドイツ以外の国では、デッド・ドナー・ルールは、心停止提供 (Non-Heart-Beating-Donation = NHBD) が実務で広がったことにより、相対化されている。アメリカでの最近の研究によれば、被質問者の71パーセントが「不可逆的な昏睡」の状態での臓器提供を是として

295) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 97 f.

296) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 99.

297) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 102.

いる。また死後の移植を承諾した人の76パーセントが、そのような状況で、たとえ臓器摘出が死を早めても摘出に賛成するとしているという²⁹⁸⁾。

(ii) 立場A (デッド・ドナー・ルールは必要)

多数説たる「立場A」の説明²⁹⁹⁾は、まず、「立場B」の主張に対する批判から始められる。

脳死説を否定しつつ、実際的な根拠から、脳死に、摘出基準という機能を与え、したがって、まだ生きてるとみなされる人に心臓や肺臓ないし肝臓全部のような臓器を摘出する許可の機能を与えるという提案は、多数意見の観点からは、また、倫理上・憲法上の観点からも、受け容れられない³⁰⁰⁾。脳死判定の時点以降は、当該人の承諾をもって臓器移植を許すような末期段階に至るのだという見解も同様に拒否されるべきである。そのような末期段階に、生と死の「第三の地位」を与える見解を採ったとしても、これを「生」に位置づけるか、「死」に位置づけるかを決定しなければならない。

この少数説によると、臓器摘出の段階で提供者は、まだ「生きている」ことになるが、生きている人を殺すことは、それが他人に役立つという理由で正当化されることはない。そのことは憲法上（基本法1条1項）明かである。それが他人の命を救うことになろうと、本人の承諾があろうと、このことは変わらない³⁰¹⁾。もっと問題なのは、新生児や子供からの摘出の場合のデッド・ドナー・ルールからの離反である³⁰²⁾。彼らは、有効に同意できない。両親も子供の生きる基本権を第三者のために提供することはできない。基本法6条2項は、世話と教育に対する両親の自律権を保護すると同時に、それを超えて、何が子供の幸福に役立つかの査定権を保護する。しかし、子供の幸福は、根拠であるだけでなく、制限でもある。もし具体化の必要な不明確な法概念が問題であれば、子供の生命を何時終らせるかについての決定は、基本法6条2項の

298) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 103.

299) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 104.

300) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 104 f.

301) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 105 ff.

302) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 110.

保護範囲には属さない。両親が子供の臓器摘出に同意するのは、他人の利益のための殺人への同意なのである。

(d) 非心拍性提供 (Non-heart-beating-Donation) に対する見解表明

心拍機能を維持した上での不可逆的脳停止という条件の下での臓器摘出の場合、提供者は、心拍のある提供者である³⁰³⁾。1960年代には臓器摘出は心停止後に行われていた。その後アメリカおよびヨーロッパ諸国での移植医療は、新たに、不可逆的脳停止の判定後の臓器摘出と並んで、非心拍性提供を加えた。1995年には「非心拍性提供者に関する第1回国際ワークショップ」がいわゆるマーストリヒト・プロトコル (Maastricht-Protokoll) を決定し、様々な事例状況に応じて分類を行い、非心拍性の臓器摘出の四つのカテゴリーを区別した。〈カテゴリー1〉心停止の状態での病院到着、〈カテゴリー2〉蘇生失敗の状態、〈カテゴリー3〉生命維持措置の中断後の心停止の予期される状態、〈カテゴリー4〉脳死診断後の患者の心拍停止状態。

カテゴリー2に対しても、特に重要なカテゴリー3 (いわゆるコントロール下での心臓死、ないし、心臓死後のコントロールされた提供=controlled donation after cardiac death) に対しても、マーストリヒト・プロトコルは、10分の「ノータッチ期」(no-touch-phase) を提案した。この待機期間の後にあらゆる脳機能が不可逆的に消失すると考えたのである³⁰⁴⁾。しかし、それは、実際には国際的な統一規準とはならなかった。アメリカの医学研究所 (Institute of Medicine) は、その2年後、次のように提案した。その提案の一つは、「少なくとも5分の心停止を基礎にする死亡診断」というものである。しかし、実際にはアメリカでの待機時間は2分から5分であった。

ドイツでは、非心拍性提供者からの臓器摘出は許されない³⁰⁵⁾。臓器移植法5条1項2文は、これを明確に否定している。まず、臓器移植法3条1項2号によれば、臓器摘出が許されるのは、「医学の知見の現在の水準に対応する規

303) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 113.

304) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 113 ff.

305) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 115.

則によって、臓器または組織の死が判定されたとき」である。同条2項2号によれば、臓器または組織の摘出が許されないのは、「最終的な、大脳、小脳、および脳幹の全機能の不可逆的な停止が、臓器提供者・組織提供者からの摘出以前に、医学の知見の現在の水準に対応する手続規則にしたがって、判定されていないとき」である。さらに5条1項2文によれば、「第1文と異なり、3条1項1文2号による判定には、最終的な、不可逆の心臓と循環の停止に至り、その後3時間以上経過しているときには、一人の医師による検査と判定で十分である」。連邦医師会と三つの専門学界の共通の立場表明においては、1998年に改めて「非心拍性提供」は、臓器移植法と矛盾するとして否定された³⁰⁶⁾。心停止後の10分間の —あるいはそれより短い— 待機時間によって、全脳機能が回復不可能なほどに消失したと確実に結論づけることを許さない。それよりも、ドイツで標準的な脳死診断の方が、事実上、潜在的提供者におけるあらゆる形の苦痛、感覚または知覚が、不可逆的に消失しているという言明の確実性が、本質的に高いことを期待させる。しかし、心臓停止の後のどの程度の待機時間を経れば、どの時点から、不可逆な脳の停止が生じたかを確実に言えるかに関して、正当な知見が存在するとしても、非心拍性提供 (Non-heart-beating-Donation)、とくに、「コントロール下の脳死」という実務に対しては、さらなる倫理的懸念が残る。それは、(重)病人たる患者への対応の仕方が、臓器摘出行為を狙いとして行われるという事情から生じるものである。多くの場合、親族は決断を見出すために引き込まれ、また、それによって特に困難な状況に陥る。親族は、できるだけ早期の治療中断に賛成することが必要とされていると感じ、それに加えて、この方式の場合、臓器保存のための措置の特別の形式を必要とする。それは、心臓停止の後にもともと生じる臓器の質の損傷の危険を最小化するための措置である。脳死後の臓器摘出と違って、心臓停止後の摘出は、極めて迅速に開始されなければならない。このことが、介護者や移植チームとつてのみならず、とくに親族にとって特別の負担を意味する。適当な心理学的・感情的・精神的看取りの時間がないこともしばしば

306) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 115.

である³⁰⁷⁾。

以上、「ドイツ倫理評議会」の「脳死および臓器提供への意思決定」と題する「立場表明」を詳しく検討し、脳死の概念ないし定義と脳死基準についてその論点を明らかにし、ドイツでは、多数説によれば、デッド・ドナー・ルールが厳守されるべきで、心拍の停止があり、一定の待機時間（例えば、2分、5分ないし10分）が過ぎれば、臓器・組織提供を許すという「非心拍性提供」ないし「心拍停止後提供」は、「移植法」に反するというのである。それを許す根拠として、——わが国の「脳死状態説」と同旨の見解である——脳死が判定されなくても、脳死が迫った生と死の狭間に位置する「第三の段階」では、臓器摘出が死を招くことがあっても、その人がたとえ生きていても、臓器摘出は「許される」とする見解が唱えられているが、倫理評議会の多数説は、生きている生命を犠牲にして移植することは、違憲であり、とくに小児・子供の場合の問題点を指摘する。心拍停止後提供が、健全な臓器のまま移植したいという移植の成功率の観点から、時間的に切迫した状況のもとに遺族にも決断を急がせ、十分な看取りの余裕を与えない点でも、この少数説は採れないというのである。

心拍停止後提供の問題点を明らかにするには、なお、脳死判定の方法に詳しく立ち入る必要があるが、その検討の前に、その見解の実定法上の規範的正当性を論証するために、ドイツ臓器移植法のこれに関する規定を検討しておくたい。

307) Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 116 f.

これに対して、少数説の見解は、スイスの NHBD の方式は、ドイツで標準とされる脳死診断に対して単にそれを補充するものだとするものである。その立場の根拠とされるのは、スイスのモデルにあつては、たしかに手続技術的には、HNBD が問題となつてはいるが、診断としては、脳死診断によって補充され、ないし、それに導かれているという点である。その手続自体は、死の「自然の」プロセスに多くの余地を残し、親族に、この死を看取るより大きな可能性を提供するのであつて、したがって、それによって、親族に、標準とされる脳死診断の場合の、臓器移植の古典的な手続よりも、極端に大きな負担を負わせることはないとする。

Ⅶ. ドイツ移植法における脳死規定と脳死判定

1. ドイツ移植法

ドイツにおける「臓器・組織の提供・摘出および移植に関する法律」(移植法)³⁰⁸⁾ (Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben = Transplantationsgesetz = TPG) は、2007年9月4日に公布され、2条 a は、2012年10月19日の改正によって新設され³⁰⁹⁾、これまで最終改正は、2019年3月22日の「移植法の変更に関する第2次法律——臓器提供における協力関係と構造の改革」によるものである³¹⁰⁾。ここでは、臓器・組織の摘出に関する第2節「死亡した提供者における臓器および組織の摘出」と第3節「生きている提供者における臓器および組織の摘出」について詳しく見ておこう。

第3条 (提供者の同意を伴う摘出)

- (1) 臓器と組織の摘出は、4条または4条 a が、別のことを規定していない限り、次の場合にのみ許される。
 - 1) 臓器または組織提供者が摘出に同意していたとき、
 - 2) 臓器または組織提供者の死亡が、医学の知見の水準に相応する規則にしたがって、判定されたとき、
 - 3) 侵襲が、医師によって実施されるとき。

第1文第3号とは違い、組織の摘出は、他のその資格をもつ人によっても責任をもって、また医師の専門的指示にしたがって実施されるとき、許される。

- (2) 臓器または組織の摘出は、次の場合には、許されない。
 - 1) その死亡が判定された人が、臓器・組織移植に反対したとき。
 - 2) 臓器または組織提供者における提供の前に、大脳・小脳および脳幹

308) BGBl. I S. 2206.

309) BGBl. I S. 2192. 2017年7月18日にも、改正があった (BGBl. I S. 2757.)。

310) BGBl. I S. 352. Zweites Gesetz zur Änderung des Transplantationsgesetzes - Verbesserung der Zusammenarbeit und der Strukturen bei der Organspende.

の全脳機能の最終的な、除去できない停止が、医学的知見の水準に対応する手続規則に従って判定されなかったとき。

- (3) 医師は、臓器・組織の提供者の近親者に、意図する臓器・組織の摘出について、説明しなければならない。摘出者は、臓器・組織の摘出の経過と範囲を説明しなければならない。近親者は、(書類) 閲覧権をもつ。近親者は、その信頼する人を召喚することができる。

第4条 (他人の同意を伴う摘出)

- (1) 臓器または組織の摘出、またはその責任のもとで3条1項2文による組織の摘出が実施されるべき医師に、臓器または組織の提供が可能なことに対する書面による同意も、拒否も提示されていないとき、その近親者に、これについて、臓器又は組織の提供のための意思表示が自らに周知であるかどうかを尋ねられなければならない。近親者にもそのような意思表示が知られてはいないとき、摘出は、3条1項2号および3号2文および2項2号に従って、次の場合のみ許される。すなわち、医師が、近親者に、問題となっている臓器・組織の摘出を説明し、この者がそれに同意したときのみである。多数の臓器・組織の摘出が見込まれるとき、同意をとることは、まとめて行うべきである。近親者は、その意思決定にあたって、臓器・組織の提供がありうる者の推定的意思を考慮すべきである。医師は、近親者に以上のことを示唆すべきである。近親者は、医師と、自らがその意思表示を、一定の、合意した期間内に取り消しうることにつき合意することができる。合意には書面形式が必要である。
- (2) 近親者は、臓器・組織の提供者となりうる者の死亡前の直近2年内にこのような個人的なコンタクトをとったときにのみ、1項による意思決定の権限をもつ。医師は、このことを近親者への質問によって判定しなければならない。多くの同等の近親者にあっては、その中の一人が、1項に従い、関与し、意思決定を行ったことで十分である。しかし、彼らの誰かから異論が出たとき、その異論は考慮される。優先するランクの近親者が、相当な期間内に連絡が取れないときは、次順位の連絡可能な近親者の関与と意

思決定で十分である。近親者には、臓器・組織提供がありうる者に、その死亡まで特別の個人的つながりがあって、明らかに親密であった成人が、同列となる。そのような者は、近親者に並ぶ。

- (3) 臓器・組織の提供のありうる者が、臓器または組織摘出について、特定の者に委ねていたとき、その者が近親者の地位に就く。
- (4) 医師は、近親者ならびに2項5文および3項に従った人の関与の経緯・内容および結果を記録する。近親者ならびに2項5文および3項による人は、閲覧権をもつ。

第4条 a (死亡した胚および胎児からの摘出)

- (1) 死亡した胚または胎児における臓器または組織の摘出は、次の場合のみ許される。
 - 1) 胚または胎児の死亡が、医学の知見の水準に相応するルールに従って判定されるとき、
 - 2) 胚または胎児を懐妊した女性が、医師によって問題となっている臓器または組織の摘出について説明され、臓器または組織の摘出に書面で同意し、さらに、
 - 3) 侵襲が医師によって実行されるとき、である。

第1文3号の場合には、第3条1項2文がそれに応じて妥当する。説明と同意の獲得は、死亡の判定の後にはじめて行われてよい。

- (2) 医師は、1項1文2号にしたがって、説明と同意の経緯・内容および結果を記録しなければならない。胚または胎児を懐妊した女性は、閲覧権をもつ。当該女性は、その信頼する者を召喚することができる。同意は、書面をもって、電子的にまたは口頭で取り消すことができる。
- (3) 第1項の場合には、胚または胎児を懐妊した女性は、記録、逆追跡、およびデータ保護の目的にのみ、提供者となることができる。

2. ドイツ連邦医師会の「脳死判定指針」の最新の改訂

ドイツ連邦医師会の「科学評議会」は、1997年に同年12月1日に発効した

「移植法」に鑑みて、第3次の改定を行った³¹¹⁾。その法律の16条1項1号に、連邦医師会が脳死判定の規則を、その「指針」において医学の知見の現在の水準等を決める、と規定されていたからである。その後、連邦医師会の理事会は、2015年1月30日に、第4次の脳死判定等の規則に関する「指針」³¹²⁾を決定した。その「序文」によると、移植法3条1項2号によれば、「臓器および組織の摘出の許可の条件は、臓器または組織提供者の死亡が、医学の知見の水準に適應する規則にしたがって、判定されることである。移植法3条2項2号の基準によれば、臓器または組織の摘出は、それらの提供者における臓器または組織の摘出の前に、大脳、小脳および脳幹の全機能の最終的な、完全な消失が、医学の知見の水準に対応する手続に従って判定されていないとき、許されない」。……「移植法16条1項1文1号にしたがって、指針のこの第4次改定をもって、連邦医師会は、この法律上の委託に応えるために医学の知見の水準を確定する」とする。……その「序文」によれば、「指針のこの第4次改定は、すでに既知であって実証された知見を、医学研究の現在の知見ならびに臨床実務上の活動と結びつけるものである」。その際、強調されるべきは、不可逆な脳機能停止の判定の基礎は、30年以上も以前から変わっていないということである。そこでとくに結論的には、2011年に行われた1997/98年の指針の改定の必要性についての専門分野の分析的なアンケートは、次のことを確認したのであった。つまり、不可逆な脳機能停止の判定は、次の諸条件の充足を必要とする。すなわち、①意識喪失（昏睡＝Koma）の判定、②脳幹の無反応および呼吸停止（無呼吸＝Apnoe）並びに、定められた待機時間後の臨床的循環検査によ

311) これについて、vgl. Wissenschaftlicher Beirat der Bundesärztekammer Richtlinien zur Feststellung des Hirntodes, Dritte Fortschreibung 1997 mit Ergänzungen gemäß Transplantationsgesetz (TPG), in: https://www.bundesaeztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/Hirntodpdf.pdf

312) Richtlinie gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TPG für die Regeln zur Feststellung des Todes nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TPG und die Verfahrensregeln zur Feststellung des endgültigen, nicht behebbaren Ausfalls der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 TPG, Vierte Fortschreibung, Deutsche Ärzteblatt 95, H. 30 (24. Juni 1998), A-1861.

る、および/または、補足的検査によるそれらの回復不能性の判定、および、
③ 不可逆的脳機能停止、したがって、死亡が、指針の基準に従って、より確実に、疑問の余地なく診断されうることである」。

その指針本文において、「指針のこの第4次改定は、2014年10月の医学の知見の水準に相応するものである」とされ、「最終的な、大脳・小脳・および脳幹機能の、不可避的停止（不可逆的脳機能停止）を判定することによって、人の死亡は、自然科学的・医学的に確認される。大脳機能の不可逆的消失は、本指針において説明された手続規則によって、あるいは、死斑または死後硬直のような、その他の確実な死の徴候の存在によって確認される」とする。

「大脳・小脳および脳幹の全脳機能の最終的・復元不可能な停止の判定手続」³¹³⁾については、不可逆的脳機能停止の判定は、三段階のパターンに従って行われるとする。① その認定の条件は、「急性の重篤な第1次的または第2次的脳損傷の明白な証明」であり、並びに可逆的な原因の排除である。その次に、②「あらゆる必要な臨床的なその停止の徴候」が証明されなければならない。その後、最後に、③「臨床的停止の不可逆性」が確認されなければならない。これら三段階の条件をクリアした後、必要な待機時間の経過後、または補足的な検査によって、(少なくとも)二人の資格ある医師により、相互に独立にしかも全員一致して、それらの条件が充足されたことが判定されなければならない。

次に、(1)から(7)までの要件とその内容を掲げておく。

(1) 不可逆的脳機能停止の判定の条件

(1-1) 急性の重篤な第1次的・第2次的脳損傷が存在すること

死につながる脳損傷の原因と重大性は、疑問の余地なく証明されなければならない。第1次脳損傷にあっては、テント上損傷およびテント下損傷³¹⁴⁾が区別されなければならない。

313) A. a. O., Richtlinie, S. 2, in: https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/irrev.Hirnfunktionsausfall.pdf

314) 頭蓋内で、大脳と小脳を隔てている膜を「小脳テント」といい、その膜より

(1-2) 脳機能停止の臨床的徴候の可逆の原因が排除されること

検査期間内に、脳機能停止の臨床的徴候が、他の一過性の影響によって増幅されてはならない。それに属するのは、特に、中毒、鎮静剤、神経筋遮断、脳幹または副神経系の一過性の疾病、低体温、循環系ショックなどである。

(2) 脳機能の臨床的徴候³¹⁵⁾

(2-1) 意識喪失（昏睡）

(2-2) 散瞳薬を用いることなく生じた、半開ないし全開状態の両目の瞳孔硬直

(2-3) 両目の頭位変換眼球反射ないし前庭眼反射の欠落

(2-4) 両目の角膜反射の欠落

(2-5) 三叉神経領域内、および三叉神経領域外の両領域における痛覚刺激に対する脳の痛覚反射の欠落

(2-6) 咽頭反射および気管反射の欠落

(2-7) 自発呼吸の消失

(3) 成人および三歳以上の子供の場合、臨床上の停止の徴候の不可逆性が証明されること

臨床上の不可逆性は、第1次テント上脳損傷、もしくは第2次脳損傷にあっては、

- 適当な時間の後の再度の臨床検査、または、
- 補充検査

によって証明されなければならない。

↘上（大脳側）に腫瘍がある場合を、「テント上腫瘍」と呼び、膜より下（小脳側）に腫瘍がある場合を、「テント下腫瘍」と呼ぶ。

315) Bundessärztekammer, Richtlinie gemäß §16 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TPG für die Regeln zur Feststellung des Todes nach §3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TPG und die Verfahrensregeln zur Feststellung des endgültigen, nicht behebbaren Ausfalls der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms nach §3 Abs. 2 Nr. 2 TPG, Vierte Fortschreibung, in: [https://www. Bundesaerztekammer.de/fileadmin/ userupload/downloads/irrev.Hirnfunktionsausfall.pdf](https://www.Bundesaerztekammer.de/fileadmin/userupload/downloads/irrev.Hirnfunktionsausfall.pdf)

第1次テント下脳損傷にあつては、不可逆的脳機能停止が判定されるのは、平坦脳波の存在または脳内循環停止の証明があつた後である。

第1次テント上脳損傷と、テント下脳損傷の組合せの場合、単独の第2次脳損傷の場合と同様に行われる。第1次テント上損傷と補充的第2次脳損傷の場合には、単独の第2次脳損傷の場合と同じく行われる。第1次テント上損傷と補充的第2次脳損傷の場合には、第1次テント上の脳損傷の場合と同じく行われる。

(3-1) 再度の臨床検査までの待機時間の最短期間

臨床上の停止徴候が、

- 第1次テント上脳損傷の場合には少なくとも12時間の後に、または、
- 第2次的脳損傷の場合には、少なくとも72時間後に、改めて一致して証明されたのでなければならない。

(3-2) 補充検査³¹⁶⁾

脳機能停止の不可逆性は、待機時間の後に改めて行われる臨床検査よるほか、その対案として、次の測定によって証明されることもある。

- 平坦脳波
- 覚醒能力 (evozierte Potenzial) の消失または停止
- 脳内循環停止

である。これらの機械を使った検査は、以下で述べる診断基準により、必要とされ、実行され、判定されなければならない。

(3-2-1) EEG (脳波検査)

脳機能の臨床上の消失徴候の存在する場合には、標準的脳波伝導における脳電の停止 (平坦脳波) によって、待機時間と臨床的経過検査がない場合の脳機能の回復不可能性が判定される。

(3-2-2) 誘発電位³¹⁷⁾

第1次テント上損傷および第2次脳損傷の場合であつて脳機能の臨床上の消

316) A.a.O., Richtlinie, S. 4.

317) A.a.O., Richtlinie, S. 4.

失徴候が存在する場合には、早期の聴性誘発電位 (FAEP) の脳内成分の停止によって、または、体性感覚誘発電位 (SPD) の脳内また上頸部成分 (Komponenten) の停止によって、待機時間を待たずして、また、臨床的経過検査を経ずして、脳機能の消失の回復不可能性が判定される。

(3-2-3) 脳血液灌流 (血行) の状況

脳血液灌流の停止は、頭蓋内圧が、中心動脈圧を超えたとき、まさに通常の心臓・循環機能において発生する。脳内循環停止は、十分な系統内血圧がある場合には、ドップラー/二重超音波検査 (Dppler-/Duplexsonographie)、脳血液灌流シンチグラフィ (zebrale Perfusionsintigraphie)³¹⁸⁾、または、CT 血管造影法 (CT-Angiographie) によって証明される。脳内循環停止が認められた場合には、脳機能消失の不可逆性は、待機時間を待たずして、また、臨床的経過検査を経ずして判定されうる。

あるいは、脳損傷の種類を解明するために、またあるいは、治療法を決定するために、その一つを選択して実施された血管造影にあっても、脳内循環停止が証明されたときには、脳機能消失の不可逆性は、待機時間を待たずして、また臨床的経過検査を経ずに、判定されうる。

脳の全機能が不可逆的に消失したにもかかわらず、次の場合には、血液循環が部分的に維持されることがある。すなわち、頭蓋内圧が、中心動脈圧を超えない場合、例えば、侵害によって頭蓋や脳が大きく開頭された場合、減圧開頭術の後、低酸素の結果として、または頭頂部の泉門 (Fontanelle) が開かれた場合、である。このような場合には、ドップラーないし二重超音波検査の使用が制限される。

加えて、不可逆的脳機能停止を引き起こす頭蓋内圧は、次第に、中心動脈圧を下回ることとなり、そして、それによって影響されて、頭蓋内の血行を再起動することがある。脳血液灌流計測の結果は、停止が証明されたときのみ、そ

318) シンチグラフィ (Szintigraphie = scintigraphy) とは、画像診断法の一つであって、放射性同位元素で標識された薬剤を体内に投与後、放出される放射線を画像化することによって薬剤の分布を調べる検査である。

れが脳機能停止の証明だと評価される³¹⁹⁾。

(4) 満2歳までの子供の特特殊性

早産児（月経後妊娠37週）および無能児にあっては、指針の基礎になっている不可逆的脳機能停止の判定という考え方は、適用できない。満2歳までの子供には1で挙げた条件および2で掲げた臨床上の停止症状が妥当する。しかし、その検査は、成熟度に絡む事情のため、特別の知見と経験を必要とする。とくに脳の活動がすでに生理学的に低下していることがあり、そして吸気における高い酸素濃度が呼吸推進力を阻害することがある新生児にあっては、そのことが当てはまる。義務的臨床経過検査までの待機時間は、脳損傷の種類とは無関係に決められる。1) 新生児（妊娠37週未満、生後0日から28日まで）は少なくとも72時間、または2) 生後29週から満2歳までは、24時間である。脳機能停止の不可逆性は、それぞれ、補充的に、臨床的検査において、次の場合にのみ証明されたといえる。1) 平坦脳波（EEG）が、または、2) 早期の聴性誘発電位（FAEP）の脳内成分の消失または停止が、または3) 脳内循環停止が、判定されたときのみである。

(5) 検査医の資質 これについては省略する。

(6) 死亡時点

判定されるのは、発生した死亡時点ではなく、すでに発生した死亡の状態である。死亡時点としては、不可逆的脳機能停止の診断と記録が完了した時刻が登録される。

(7) 記録

不可逆的脳機能停止の証明は、常にその後に医学的にありうる臓器または組織の摘出とは無関係に行われる。診断上の前提、ならびに、補充的に行われる機械による検査所見は、臨床上、日付と時間を付して、ならびに、検査医師の名前を付して記録されなければならない。

319) A.a.O., Richtlinie, S. 4.

5. スイスにおける死亡判定

スイスでは、2004年10月8日に「臓器・組織および細胞の移植に関する連邦法」(連邦移植法 = Transplantationsgesetz)³²⁰⁾が制定され、2017年11月15日の改正が、現在では最後の改正である。2007年3月16日には、「人の臓器・組織・細胞の移植に関する命令」(Transplantationsverordnung)³²¹⁾が発せられ、細目が規定されている。「連邦移植法」第1条は、その「目的」を「本法は、いかなる条件の下で臓器・組織または細胞が移植目的に使用されうるかを決定する」(1項)ものとする。さらに、「人への移植医療の適用における人の臓器・組織または細胞の濫用的取扱い、とくに臓器の売買を防止し、人間の尊厳、人格および健康を保護するものである」(3項)と規定する。

(a) 連邦移植法における臓器等摘出に関する規定

連邦移植法第3章は「人の臓器・組織および細胞」と題され、第1節「無償性と売買禁止」、第2節「死者からの臓器・組織または細胞の摘出」、第3節「生者からの臓器・組織または細胞の摘出」である。

第2節第8条は、「死者からの臓器・組織または細胞の摘出」と題され、「臓器・組織または細胞は、次の場合、死者から摘出されうる。a) 死者が、その死亡前に摘出に同意していたとき、b) 死亡が判定されたときである」とする(1項)。「記録された同意がないとき、または死者の拒否があるときは、その

320) Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen, in: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20051806/index.html>. これによって、1996年6月26日の「移植対象のコントロールに関する命令」(Die Verordnung vom 26. Juni 1996 über die Kontrolle von Transplantaten)は廃止された。

321) Verordnung über die Transplantation von menschlichen Organen, Geweben und Zellen vom 16. März 2007 (2017年11月15日最終改正)。この命令は、全部で9章に分かれ、例えば、第1章は、「対象・通用範囲・概念」と題され、第2章は「死者からの臓器・組織・細胞の摘出」、第3章は、「生者からの臓器・組織・細胞の摘出」と題され、以下、第4章「臓器・組織・細胞の取扱い」、第5章「臨床実験」(2013年に移管)、第6章「胚・胎児の組織・細胞の取扱い」、第7章「許可手続」、第8章「執行」である。第9章が「最終規定」である。条文は、枝番号を除いて75条までである。

近親者達に、彼らに提供の意思表示が知られていないかが問われなければならない」(2項)。「近親者達が、そのような意思表示を知らないときは、臓器・組織または細胞は、近親者達が摘出に同意したとき、摘出される。彼らは、その意思決定にあたって死者の推定的意思を尊重しなければならない」(3項)。「近親者達への問い合わせとその同意は、生命維持措置の中断が決定した後はじめて行なわれうる」(3項 bis)³²²⁾。「近親者がいないかまたは連絡がとれないときは、摘出は許されない」(4項)。「死者の意思は、近親者達のそれに対して優先する」(5項)。「死者が臓器・組織・細胞の摘出に対する意思決定を、証明可能な方法で、その信頼する人に委ねていたとき、これが近親者にとって代わる」(6項)。「提供の意思表示は、16歳に達したとき、行なうことができる」(7項)。「連邦参議院は、近親者達の範囲を決める」(8項)。

次に、第9条は、「死亡基準および死亡判定」と題され、「人は、脳幹を含めてその脳の機能が不可逆的に停止したとき、死亡したものとされる」(1項)。「連邦参議院は、死亡の判定に関する規定を発する。死亡は、とくに次の場合に存在する。a) 脳幹を含む脳の機能が不可逆的に消失したと推測されうるような臨床上の徴候が存在し、b) 死亡を判定する医師の要件が満たされたときである」(2項)。

第3章「生者からの臓器・組織または細胞の摘出」の第12条は、「摘出の条件」と題され、「臓器・組織または細胞は、次の場合、生者から摘出できる。すなわち、a) その者が判断能力をもち、成人であるとき、b) その者が包括的に説明を受け、自由に、かつ、書面をもって同意したとき、c) その生命または健康にとり、深刻な危険が存在しないとき、d) そのレシピエントが、比較可能な有用性をもつ他の治療法では、治療できないときである」である。その13条は、「判断無能力者または未成年者の保護」に関する規定であり、「判断無能力者または未成年者からは、臓器・組織または細胞が摘出されてはならない」(1項)とされ、「例外が認められるのは、登録された組織または細胞の摘

322) 本項は、2015年6月19日の連邦法の1号によって追加された。2017年11月15日に発効した(AS 2016 1163, 2017 5629; BBl 2013 2317)。

出につき、次の要件が満たされるときである」とされる。その要件には、「判断無能力者または未成年者にとって摘出が、最小限の危険および最小限の負担しかもたらさないとき」(a)、「レシピエントが比較可能な有益性をもつ他の治療法で治療されえないとき」(b)等(符号<i>i</i>まで)である。「判断無能力者は、可能な限り、その説明手続および同意手続に含められなければならない」(3項)。「カントンは、2項符号(i)による独立の審査機関を定め、手続を規定する」(4項)。

(b) スイス「医療倫理指針」における死の臨床的診断

スイスでは、すでに先に言及したように、「第1次的脳損傷の結果としての死」の場合と、「持続的循環停止後の死」の場合とに分けて「脳死判定」基準が定められている³²³⁾。

① 第1次的脳損傷の結果としての死 次の七つの徴候についての臨床検査によって行われる。1. コーマ状態(すなわち、無反応意識喪失)、2. 対光無反応な両眼の半開ないし全開状態の瞳孔、3. 前庭動眼反射の消失、4. 角膜反射の消失、5. 痛覚刺激に対する小脳反射の消失、6. 気管・咽頭刺激に対する反応・応答の消失、7. 自発呼吸の消失(無呼吸テスト)。

② 持続的循環停止後の死 これは、脳幹を含む脳機能の不可逆的停止によって定義される。その停止は、脳の血液還流の持続的中断によって生じる。剣状突起下設定における四心室像—または経食道・心エコー図(TEE)—における胸部心エコー図(TTE)による循環停止(心臓の活動の停止)の判定の後、さらに、それに続く少なくとも5分の待機時間の後、機器による蘇生術を実行することなく、次の六つの臨床的徴候が検査される。以下に掲げる「徴候」が重複的に存在しなければならない。1) 昏睡状態(無反応意識喪失)、2) 両眼の半開ないし全開状態の、対光無反射である瞳孔、3) 前庭動眼反射の消失、4) 角膜反射の消失、5) 痛覚刺激に対する小脳反射の消失、6) 気管・咽頭刺激に対する反応・応答の消失である。

①では必要とされた、7. 自発呼吸の徴候としての無呼吸テストは、不要な

323) SAMW, a.a.O., Feststellung des Todes, S. 14 ff.

ものとなる。自発呼吸が再始動しないままに、自発呼吸を待つ5分間の待機時間が過ぎたのであれば、それは、その不存在の十分な証明を意味するからである。

さらに、スイスでは、「技術上の補充検査」が行われる³²⁴⁾。

臨床的脳死診断に対する前提が、脳神経の機能が臨床的に検査されえないとき、または、共同原因としての潜在的に可逆的な因子が働いていることが排除できないとき、死の判定のための技術上の補充検査が、臨床検査ために補充的に導入される。技術上の補充検査の目的は、小脳循環の停止を証明することにある。技術上の補充検査の言明力は、検査中の動脈圧に依拠する。補充検査中の60mmHg(ミリメートル水銀柱)以上の動脈圧は、検査所見において必ず維持されていなければならない。以下のような技術上の補充検査が、基本的に、小脳の循環の停止を証明するに適しているのみならず、脳の機能消失の不可逆性を確認するために、導入される。すなわち、それらの検査とは、①灌流CTおよび血管造影CT、②経頭蓋ドップラー超音波検査およびカラーデュプレックス超音波造影法、または、③デジタル血管造影法、または、④磁気共鳴映像法(MRI)、である。

スイスの「医療倫理指針」³²⁵⁾によれば、「循環停止後の死における特殊な事情」として、その場合の臓器摘出は、循環停止の種類によって区別され、「マーストリヒト分類」(Maastricht-Klassifikation)に従って分けられる。それは、繰り返しになるが、a) 病院到達時に死がすでに発生している場合(カテゴリー1)、b) 蘇生失敗後の死(カテゴリー2)、c) 生命維持措置の中断後の死(カテゴリー3)、d) 第1次的な脳損傷の結果としての死の後に循環停止が生じた場合(カテゴリー4)、である。まず、〈カテゴリー1〉の臓器提供者にあっては、死は、すでに病院到着前あるいは直後に判定されている³²⁶⁾。臓器損傷につながる温かい虚血のため臓器摘出は、できるだけ素早く行われなけれ

324) SAMW, a.a.O., Feststellung des Todes, S. 16 f.

325) SAMW, a.a.O., Feststellung des Todes, S. 18.

326) SAMW, a.a.O., Feststellung des Todes, S. 18.

ばならない。〈カテゴリー 2〉この場合、臓器移植は、蘇生失敗の後、実施される。心肺蘇生の際に、弱い循環は維持されているので、死の判定は、蘇生の失敗後、および、全面的循環停止を伴う中断なき心停止に続く5分の観察の後に、行なわれる（正常温を前提とする）。この文脈での蘇生の失敗とは、規則通りに少なくとも30分の蘇生術が行われたにもかかわらず、自発的な循環を伴う心拍が戻らないことを意味する。蘇生術施術中に一過的にしろ、循環を引き起こすような自発的心拍が生じたなら、30分の蘇生期間は、この心拍の終わったあとで新たに開始する。低温状態の患者の場合には、診断の時点での体温が35度以上に上昇していなければならない。〈カテゴリー 3〉この場合の臓器提供者にあっては、その疾患が回復の見込みがないと診断された結果として、生命維持医療を中断すると決定され、死が予測できるという状態が存在する³²⁷⁾。このような状態の患者達は、(機器の補助を得て) 循環機能をまだ維持している。しかし、(特に人工呼吸器による) 生命維持措置が続いている限りのことである。治療中断の時点は計画可能なのだから、臓器提供への同意と、準備のための医療措置への同意が得られると、準備的医療措置を施すことが可能になる。集中治療室での治療の中断が行われると、死亡の認定の後すぐさま臓器摘出のため手術室に運ばれる。このような措置は、例えば、腎臓や肺のような乏血性の少ない臓器についてのみ可能である。他方、死の判定後には、集中治療室で提供者の大腿部血管にカニューレを接管させ、臓器の灌流を開始する可能性も存在する。(特に肝臓のような乏血性の臓器の場合の) 臓器摘出には、手術室は、治療中断にとり理想的な場所である。親族が、循環の停止まで、死にゆく患者を手術室で看取り、そのそばにすることが基本的に可能である。以下の諸点に留意すべきである³²⁸⁾。① 治療の中断と臓器摘出のプロセスの分離を保持することは困難である。② 生命維持措置の中断後、終末期治療は、保障されなければならない。③ 死が、臓器摘出に役立つ期間内に発生しないときは、治療医に、死(の宣告)を急がせるような圧力はあってはならない。生命維持措置の中断、

327) SAMW, a.a.O., Feststellung des Todes, S. 19.

328) SAMW, a.a.O., Feststellung des Todes, S. 19 f.

それが行われる場所、並びに、臓器摘出に関してそれに続いて計画された医療措置は、親族と静かに詳細に相談されなければならない。特に親族が患者が死ぬまでそのベッドに付き添いたいかどうかとも話し合わなければならない。親族は、循環の停止の発生、そして死の判定後、臓器を損傷するような温かいままの虚血により、臓器摘出はできるだけ早く行なわれる必要があるということを知らなければならない。それは素早く準備されなければならないが、その必要性は、心停止後、患者を手術室に横たえ、または還流ソルダを付けたことで発生することがあり、また、可能ならば死にゆく患者と早目にお別れをすることができるようになるために発生することがある。その後、続く持続的な循環停止は、極めて急激に、または、事情によっては、治療中断の何時間もの後になって発生することがありうることを説明することが大事である。循環停止が、長時間経過後に、血圧が極めて低いことによって、また、長時間続く不十分な臓器への血液供給および酸素供給によって、発生するのなら、親族は、その結果、ひょっとすれば、臓器摘出は、行なわれないかもしれないと説明されることもある。〈カテゴリー 4〉この場合、循環停止の前に脳死診断が行われたのである。これについては以下の通り。

「死亡判定の後の準備的医療措置」について³²⁹⁾。死亡判定がなされた後、臓器灌流の維持の措置（心マッサージ、臓器灌流のための大腿部カニューレの挿入、体外膜型人工肺（Membranoxygenierung = MCMO）が必要になることがある。このような措置は、死亡者には害になりえないから、親族の同意または拒否が存在するようになるまでに、それは行われてよい。死後の準備的医療措置の実施は、いかなる場合にも、最大で72時間に限定されている。マーストリヒト・カテゴリー 4 の臓器提供者の場合、第 1 次的脳損傷の場合の、死亡後の蘇生が生じえないような循環停止は、臓器摘出のための準備の間に発生する。したがって、時間の切迫性は、高い。この状況において、選択肢として以下の可能性が存在する。① 手術室への迅速な搬送、② ステーションでの臓器保存のための還流ソルダの装着、③ 臓器提供の放棄である。これらの措置のうち、どれが用い

329) SAMW, a.a.O., Feststellung des Todes, S. 20 f.

られるかは、事情による。循環停止が手術室へ向かう途中で生じた場合、手術室での迅速な臓器摘出に努力することが必要である。循環停止が、まだ集中治療ステーション内にいる間に生じたとき、その準備が整っている限り、手術室へと迅速に搬送するか、あるいはその他、灌流ソルゲを設置することが、臓器摘出が可能となる次善の解決法であろう。

「筋弛緩剤の投与」については³³⁰⁾、手術にあたって、筋緊張が上昇すること、または脊髄の、すなわち、いまだ完全な脊髄を超えて伸介された反応（例えば、痛覚刺激が加えられたときの手の運動反応）または、自律的な抹消神経システムを超えて伸介された植物的反応（例えば、心頻拍、発汗等）は、外科医にとって問題でありうる。そのような反応または植物的な反応は、死者からはもはや感じられない。というのは、脳機能が不可逆に消失するからである。それは、しかし、臓器摘出には妨害となるもので、巻き込まれた人に負担をかける。したがって、通常、麻酔作業の際に筋弛緩のために投与される薬剤の投与が勧められる。

6. オーストリアにおける死亡判定

オーストリアでは、臓器摘出および移植については、2012年以降、連邦で統一的に、現行の「臓器移植法」(OTPG) が規定している³³¹⁾。その第3章は「提供者とレシピエント並びに提供者の保護と提供者の選択と評価」と題されている。その第5条は、「移植目的での死者からの臓器の摘出」と題されている。

(a) 臓器移植法第5条

第5条 (移植目的での死者からの臓器の摘出)

〔(1項) その移植によって、他人の生命を救い、あるいは、その健康を回復

330) SAMW, a.a.O., Feststellung des Todes, S. 21.

331) Bundesgesetz über die Transplantation von menschlichen Organen (Organtransplantationsgesetz – OTPG) StF: BGBl. I Nr. 108/2012 (NR: GP XXIV RV 1935 AB 1980 S. 179. BR: 8814 AB 8819 S. 815.) [CELEX-Nr.: 32010L0053].

するために、死者から個々の臓器を摘出することは許される。臓器の評価と選択は、医学の水準に応じて行なわれなければならない。死者が、その死亡前に、または、その法律上の代理人が、医師に、臓器提供を明示的に拒否する意思表示を提出したとき、摘出は許されない。健康オーストリア有限会社において管轄される、反対意思の登録簿に登録したとき、その意思表示が存在することになる。摘出は、敬虔感情を侵害するような、死体の汚損を招いてはならない。

(2項) 摘出は、独立の職務遂行の権限をもつ医師が死亡の発生を判定したとき初めて実施されてよい。これらの医師は、摘出も移植も実施してはならない。それらの医師は、この侵襲にその他の方法で関与しても、それらの医師によって実施されてもならない。

(3項) 摘出は、病院施設および療養所に関する連邦法 (KAKuG) (BGBl. Nr. 1/1957) 16条1項 a および c から g までの条件を充足する摘出施設において、またはそれらの施設によってのみ行われてよい。

(4項) 移植目的での死者の臓器および臓器の一部の摘出は、人に使うための細胞および組織の摘出に優先する。移植目的での死者の臓器および臓器の一部の提供は、人に使うための細胞および組織の摘出によって侵害されてはならない」。

このように、上の臓器移植法5条1項によれば、死後の臓器摘出は、死者が生前に摘出に反対していなかったとき、許されるのであるから、オーストリアでは、反対意思方式が採られていることになる³³²⁾。同条1項では、「健康オーストリア有限会社」によって管理される反対意思登録簿への登録が、その意思表示とみなされる。

(b) オーストリア集中ケア協会連合 (Federation of Austrian Society of Intensive Care Medicine=FASIM) 死亡判定実施のための提言

死亡判定については、オーストリアでは、臓器摘出は、脳死が判定された後

332) Vgl. Deutscher Bundestag, Zur Feststellung des Todes als Voraussetzung für die „postmortale“ Organspende in Deutschland, Österreich und der Schweiz, WD 9 - 3000/092/18, S. 15.

にも、不可逆的循環停止の後にも、可能である。これについて、「計画的臓器移植における脳死診断の実施のための提言」および「循環停止による脳死後の、計画的臓器移植における死亡判定の実施のための提言」が存在する。

(i) 脳死後の提供

まず、「脳死後提供」³³³⁾ (donation after brain death = DBD) については、提供の基準となるのは、脳死が事実発生したことである。それは、大脳、小脳および脳幹の全機能が不可逆的に消失した状態と定義される。脳死の判定は、医学上承認された方法に従って、医学の知見のその時の水準に応じて実施されなければならない。死亡判定を行なう医師は、重大な脳損傷を負った患者の臨床判断において、相当の経験をもっている専門医（神経科医、神経外科医、集中医療医）であることを要する。脳死判定は、臨床的・神経学的検査、補充検査、および、臨床上の機能停止の徴候が不可逆であるとの証明によって行なわれる³³⁴⁾。引き続いて、次の臨床的徴候につき検査する。1) 昏睡状態、2) 全脳幹反射と弛緩性四肢麻痺の欠落（半開ないし全開瞳孔状態における対光無瞳孔反射、自発的眼球運動がない状態、または、頭部の受動運動によって、あるいはカロリー刺激によって生じた眼球無運動状態 = 前庭眼無反射・眼球頭位無反射）、3) 毛様体脊髄反射の欠落、4) 顎反射の欠落、5) 角膜反射の欠落、6) 咽頭反射の欠落、7) 気管吸引にあたっての咳反応の欠落、8) しかめ面をできない状態（眼球または三叉神経出口への圧力刺激に対する、または鼻中隔に対する痛覚刺激に対する、収縮期血圧の上昇 = 40 mm Hg 以上）、9) 弛緩性四肢麻痺、10) 心拍出頻度の上昇の有無の検査のためのアトロピン検査、である。

特別の事情または提供者の傷害類型によって臨床検査が十分な判断を許さないとき、にもかかわらず、補充的に、臨床・神経学的検査として、二つの補充的検査によって脳死が確認されるなら、脳死は、判定できる。第1次的補充的検査としては、テント下損傷にあつては、必然的に規定された脳の循環停止の

333) Deutscher Bundestag, a.a.O., S. 16.

334) ドイツと同様、脳死診断は、急性の第1次的または第2次的脳損傷の場合にのみ実施できる。

証明としての以下の検査が考察に上る³³⁵⁾。まず、①平坦脳波 (EEG = 脳波検査) が優先する。②経頭蓋ドップラー超音波法 (transkranielle Dopplersonographie = TCD)、③カラードップラー超音波検査 (farbcodierte Duplex-Sonographie = FDS)、あるいは、④コンピュータ断層撮影法—血管造影法である (CTA)。患者の状態を基礎としてこのような検査のどれも実施できないなら、第2の臨床・神経学的検査の前に、観察時間が遵守されなければならない。二つの臨床・神経学的検査に限定することが許されるのは、第1次テント上損傷が存在し、そして中心的に効果のある物質による損傷が存在しないときのみである。観察時間は、問題となっているのが、潜在的提供者において成人ないし12歳以上の子供 (12時間) か、12か月から2歳以下の幼児 (24時間) か、または、生後7日から2か月以下の歳の乳児 (72時間) に応じて変化する。臨床・神経学的検査および補充検査が、脳死症候群の診断を確証する限り、第2次臨床検査による不可逆性の証明がなされなければならない。補充検査が実施されたなら、年齢に依存する観察時間は遵守される必要はない。補充検査の実施が、不可能であれば、第2次臨床・神経学的検査の実施前に、少なくとも12時間の、年齢に依存する観察時間が遵守されなければならない。

(ii) 循環停止後の提供

次に、2013年11月16日の最高衛生評議会 (Oberster Sanitätsrat) の決定にもとづく「循環停止による脳死後の、計画的臓器摘出における死亡判定の実施のための提言」³³⁶⁾ の内容を見ておこう。「人の臓器の移植に関する連邦法 (臓器移植法 = OTPG)」5条 (2項) によれば、死亡した者の臓器の摘出は独立の職務遂行の権限をもつ医師が、死亡の発生を判定したとき、はじめて実施されてよい」。死亡判定の実施を標準化するために、1997年に初めて学際的な専門家会議によって、脳死診断の実施のための提言が展開され、最高健康評議会に従っ

335) Deutscher Bundestag, aa.O, S. 17.

336) FASIM, Empfehlung zur Durchführung der Todesfeststellung bei einer geplanten Organentnahme nach Hirntod durch Kreislaufstillstand, entsprechend dem Beschluss des Obersten Sanitätsrates vom 16. November 2013, S. 3 ff.

て決定した。この提言は、2003年から2004年の期間にさらに発展し、2013年には新たな改訂が行われた。このアップデートは、2013年11月16日の最高健康評議会の会議において決定され、それがこの領域での勧告の最新の水準となった。しかし、臓器摘出は、ただ脳死理論によってだけでなく、不可逆的循環停止後の死亡判定によっても可能である。循環停止後提供 (Spende nach Kreislaufstillstand) は、国際的には、心停止後提供 (“Donation after cardiac death”=DCD) と呼ばれている。

国際的には、心停止後提供 (DCD) という表現は、脳死後提供 (donation after brain death=DBD) と区別して使われている。DCD は、多くの諸国で実際に行われている (スイス、オランダ、ベルギー、フランス、スペイン、英国、カナダ、USA、その他)。オーストリアにおいても、およそ30年来、DCD 臓器移植が行われている。整理された DCD プログラムの実施は、国際的には、臓器提供者の数の減少を食い止めるために重要な措置であるとみなされている。これをオーストリアにおいても可能とするためには、循環停止による死の判定を定める統一的に通用するプロトコルが必要である。

DCD を詳しく説明すると、マーストリヒト分類 (……) が、引用される。それは以下の状況を区別するものである。カテゴリー I. 病院到着時の死、カテゴリー II. 蘇生失敗後の死、カテゴリー III. 生命維持措置の中断後の死、カテゴリー IV. 第 1 次的脳損傷に基づく先立つ死の際の循環停止である。以下に掲げる提言はこの全カテゴリーに妥当するものである。DCD のカテゴリーのドイツ語訳と、死の判定の手順は、「臓器移植に関する死の判定」(SAMW によって2011年5月24日に承認された) のための「スイス医学アカデミー (SAMW) の医学・倫理学指針」に方向づけられている。マーストリヒト・カテゴリー III. について説明すると、このカテゴリーは、見込みのない状況を基礎とする集中治療の終了の後の死を記述するものであるとする。

a) 死の定義 人は、全脳 (大脳、小脳および脳幹) の機能が不可逆的に消失したときに死亡する³³⁷⁾。それは、中枢統制機能の停止によって、全臓器・

337) FASIM, a.a.O, S. 4.

組織および細胞の死滅につながる。死は、次のような原因によって発生する。

1) 第1次的または第2次的脳損傷にもとづく全脳の不可逆的循環機能停止(循環持続下の死)による。2) 全脳の不可逆的機能停止までに血液灌流を中断する持続的循環停止(循環停止後の脳死)による。

b) 死亡診断「循環停止後の脳死」についてのみ紹介する³³⁸⁾。その判定の開始時には、常に、患者の延命と両立しえない循環停止が存在しなければならない。持続的循環停止の判定は、侵襲的血压測定を通じて、または心エコー図によって行われる。循環停止の診断の時点では、34度cの体温が記録されなければならない。循環停止の発生後、10分間の観察時間が続く。その間には蘇生術は施されてはならない。10分の観察時間が終わった時点では、全脳の機能消失が、臨床検査によって診断されなければならない。それには少なくとも次の基準が必要である。①昏睡(グラスゴー・コーマ・スコア3)、②半開ないし全開状態の瞳孔の対光刺激無反射、③四肢の弛緩、④角膜無反射、⑤咳無反射、⑥無呼吸。

臨床検査は、自主的職業訓練を受けた第2の医師が臨席して行なわれなければならない。この医師達は、摘出も移植も実施してはならない。彼らは、その他の方法でも、この侵襲に関与し、または彼ら自身によって行われてもならない。補充検査は不要である。10分を超えて観察された循環停止は、脳の血液灌流を排除し、それによって、全脳機能不可逆の機能停止を判定するからである³³⁹⁾。

VIII. わが国における脳死説と脳死判定

1. 「臓器移植法」における脳死概念の生物学・医学上の基礎

(a) 6条1項の「脳死」の解釈の法的基礎

臓器移植法第6条1項は、「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。))から摘出することができる」と規定する。その2項では、

338) FASIM, a.a.O., S. 4 f.

339) FASIM, a.a.O., Feststellung des Todes, S. 4 f.

「前項に規定する『脳死した者の身体』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者の身体をいう」とする。さらに、第3項では、「前項の判定」は、次の場合に限り、行うことができるとする。すなわち、① 当該者の脳死判定を受ける意思の書面による表示があり、かつ、患者の脳死判定に対する反対意思の表示がなく、また、家族もそれに反対していない場合、② 当該者が、脳死判定承諾意思、反対意思のいずれも表示しておらず、家族が当該判定を行なうことを書面で承諾している場合である。第4項では、「第2項の判定」は一定の「場合に限り、行うことができる」として、二人以上の医師の判断の一致によって行われるものとする。臓器移植法の規定はこれのみである。この規定では、「脳死」基準について、脳幹を含む「全脳死」をいうと明示されているが、この脳死をもって「人の死」を意味するという規定はない。そこで、この規定における「脳死」の意味内容については、ないし、一般に「脳死」をどう理解するかについては争われている。争いの焦点は、脳死とは人の「個体死」を意味するか、それとも心臓死説に依拠して、人の個体死の直前の回復不可能な「脳死状態」を意味するのであって、いまだ個体死とは言い難い、臓器摘出が許される状態を意味するかである。

したがって、臓器移植法における「脳死」の意義の解釈に関しては、第1に、人の「死」の生物学的・医学的観点からの知見が、出発点に据えられなければならない。しかし、第2に、規範の観点から、法の目的の実現と論理的整合性の要請をも満たさなければならない。

(b) 人の死の人類学的・生物学的定義の観点

人の死は、人の個体死を経て個体の全細胞の死滅に至る過程である。個体死とは、生から死に向かつての人の生物学的過程を一点で区切り、社会的・法的評価において、個人としての人の死を意味する。ドイツでは、脳死説に従って、人の死を定義するにあたって、① 死の人類学的定義（人の死＝全脳死）、② 死の生物学的基準（全脳死かどうかは、大脳および脳幹の不可逆的停止という基準で判定されるべきである）ならびに ③ 死の発生の医学的判定（大脳と脳幹の不可逆的停止は、臨床および機器によるテストによって判定される）の次元に分ける。第1の

人類学的定義においては「人類学的観点」から「死」の定義が導き出されるべきだとし、人間とは何かという問いに対する答えを求めて行われる人に関するすべての科学理論・経験科学からする人間観を総合する観点であるとされる³⁴⁰⁾。

しかし、もっと基本的な観点からみると、生物ないし動物にも様々なものがあるが、その中でも、人間にとっての「死」の定義が重要であるから、例えば、脳のない動物であるクラゲやサンゴの死の定義とアプローチが違って当然である。人の生命維持の中核となる器官は、大脳、小脳、脳幹、脊髄などの中枢神経系の組織であるが、なかでも、脊髄は、延髄の延長としての神経の束であり、その機能は、第1に、神経伝導路である。これと脳とが、運動、感覚、知能、感情などの中枢としての機能を果たすための神経ネットワークを構築している。このように生命体である個体の自律的維持と活動の指令塔としての脳が、人の中心器官である。生物学的には、脳があらゆる有機的組織体を統合するものであり、この脳の統合機能の不可逆的喪失は、死を意味するというのが、脳死説の基本的主張である。もとより、脳が人という有機体を統括する中枢指令器官であって、そこからのみ全身に指令が伝達されて、生命が保たれているだけではなく、各臓器が相互に連絡し合うシステムも存在し、むしろ、脳は、外界への自発的働きかけを司る器官であるというのが新しい脳の機能の捉え方である³⁴¹⁾。システム生物学的見地に立って、小数説は、有機体とは、むしろ、全体の自己保存に資する臓器システムの複合的な共同作業をなすものであり、生物を一つのシステムとみなす。生物は、器官・細胞が相互にフィードバックし相互作用する有機体ととらえ、「脳」によって中央制御される有機体と捉えるものではない。あらゆる生きている生物は、自身が目的に従って組織していく

340) 脳死問題について歴史とメタ科学の視角から検討を加えたものとして、小松美彦「脳死論——歴史的・メタ科学的検討」粟屋剛（編集代表）・前掲『脳死・臓器移植』43頁以下、さらに、アメリカ大統領評議会白書に言及した解説として、武下浩・又吉康俊『脳死判定基準——成人から小児まで——』町野ほか（編）・前掲『移植医療のこれから』特に58頁以下参照。

341) 辰井・町野ほか編・前掲『移植医療のこれから』126頁は、脳死は、「有機的統合性の喪失」にではなく、「自発性の喪失」にあたるとする。

システムである。しかし、もし、すべての指令が脳から伝達されるものではなく、この少数説の相互作用をするシステムである面が否定できないとしても、脳がその中心的器官であることは否定できない。

したがって、脳死判定の後に、胎児を妊娠し続けたり、放尿症の状態を示さなかったりしても、それは、脳の機能として現れるのではなく、脳とは無関係の器官や細胞の機能であり、死体となっても全細胞が直ちに死滅するのではなく、その後もしばらくは鬚が伸び続けるのと同様の作用であると説明されうる。この個体死としての脳死の意味についてはさらに後に詳論する。

2. 臓器移植法における脳死概念の解釈

(a) 臓器移植法における脳死をめぐる論点

すでに問題提起において指摘したように、臓器移植法6条は、移植に利用されるための「臓器を、死体（脳死した者の身体を含む。）から摘出することができる」と規定する。これは、2009年の臓器移植法の改正によって、改正前には、6条2項で「前項に規定する『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」とされていたのが、「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であって」という文言が削除された後の文言である。この文言の削除は、臓器摘出目的での脳死に限っていたのをその制限を取り払ったことを意味するとすれば、脳死は、それ以外の場合にも出現しうることになったとの解釈を可能にする。この問いに答える前に「脳死した」者というのは、個体として死亡したという意味であるのかどうか、つまり、脳死を人の死とするいわゆる脳死説を認めたものなのか、それとも、それは、人の死が発生したとはいえないが、いわゆる脳死状態という死の前段階に陥った人につき、殺人や傷害の構成要件該当性があっても違法性を阻却するという意味をもつにすぎないのかにつき疑問があるので、これについて考察しておかなければならない。

わが国における脳死をめぐる論点について論じるにあたっては、脳死論議の論点の分析方法について予め整理しておかなければならない。それは、脳死論議については、まず、脳死の生物学・医学上の本質を踏まえて「脳死の意義と概念」を決定し、次にそれを前提に「脳死の基準」を引き出し、最後にそれに基づき、「脳死判定」について論じることである³⁴²⁾。しかし、これらの議論は、すでに詳しく分析したので、ここでは、わが国で理解されている脳死説ないし脳死概念の意義、脳死基準、脳死判定についてその論点を示して、私見展開のための考察を加えておこう。

(b) 心臓死説

(i) 心臓死説の論点と根拠

この見解は、刑法学界では、わが国で心臓移植手術がはじめて行われた時点(1968年)以前では、圧倒的通説であったのみならず、とくに心臓移植手術が海外で盛んに行われるようになり、それとともに脳死説が有力になるに至った1970年代から90年代にかけても通説であり、1989年に設置されたいわゆる「脳死臨調」³⁴³⁾は、1992年に最終答申を公表したときも、脳死説に反対する少数意見が付され、その後、1997年に正立した臓器移植法において、最終的に第6条2項において「前項に規定する『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者の身体をいう」と規定されたこの条文の解釈をめぐっても、いわゆる違法阻却説を採ることによって、なお本説の立場が維持されている。本説の基本的スタンスは、「脳死判定の不確実性」をもってする脳死説に対する不信感であり、死亡していない者から臓器を摘出してしまう恐れであり、さらに脳死を個体の死とすることに対す

342) なお、わが国におけるこのような三つ次元への分析(小松美彦『臓器移植の本当の話』2004年75頁)につき指摘するものとして、田中丹史・前掲東京医科歯科大教養部研究紀要47号34頁参照。

343) 1989年12月に国会で総理大臣の諮問機関として認められ、1990年2月から2年間にわたり、脳死・臓器移植問題について検討し、1992年に、脳死説を採る多数意見と反対する少数意見を両論併記という形でその最終答申を公表した。

るわが国における「社会的合意」の不存在である³⁴⁴⁾。あるいは、これに加えて、人工呼吸器によって心臓が動かされているとき、血液が循環し、体温が保たれるなどの感覚的な死の徴候の不存在がゆえに、死を受け入れ難いという「感覚的判断困難性」である。

(ii) 違法阻却の根拠に関する学説

違法阻却説の実質的根拠ないしその背景は、脳死説の根拠の不明確性、判定基準の不確実性、感覚的判断困難性（ないし死の感覚的不透明性）および社会的合意の不存在にある。實際上、自宅において老衰で亡くなった人に脳死判定は行われず、脳波計で測定されるわけでもなく、自発呼吸や脈拍がなくなって6時間経過して初めて死の判定をするのでもなく、脳死説をとると、むしろ、脳死説を前提としつつ判定基準として三徴候説をとることによって、脳死を推測して判定する以外にない。このような判定の困難性が、移植医療を推進する医師やレシピエントのために、摘出手術が厳格な要件を守らず、患者の生命を短縮して判定されるのではないかという不安を引き起こし、根深い医療不信を招いている。法が、正面から脳死を個体死とするのではなく、脳死状態に陥った者に対して例外的に許容する違法阻却事由とする³⁴⁵⁾のはこの故である。

いかなる理由から生きている人の身体から臓器を摘出し、心臓の摘出など死に直結する行為の違法性が阻却されるのかについては、大きく三つの理論がある。通常、これは「緊急避難論」、「同意論」、「社会相当行為論」とされるが、いずれも、それらの組合せでのみ、考慮に値する見解として採り上げることができる。そこで、ここではこれらを、①（同意論と組み合わせられた）緊急避難論、②（死の不可避な状況における自己決定権行使としての）同意論、③（緊急避難

344) かつては、医学界においても脳死説につき合意が見られないとか、確実に判定できないという違反もあった（これについて、斎藤誠二・前掲『刑法における生命の保護』60頁以下参照）。

345) 違法性阻却として例外的のみ許容することで、脳死を一般的な死とする危険を回避すると考える（前田雅英「医師の行為と刑法的評価」刑法雑誌29巻1号（1988年）21頁）。

説および同意説と組み合わせた) 社会相当行為説論と呼ぶことにする³⁴⁶⁾。

① (同意論と組み合わせられた) 緊急避難論 緊急避難論³⁴⁷⁾は、刑法の緊急避難(37条)の法理を援用し、死期が迫った「緊急状態」において、他人の生命を救うために自らの命を犠牲にするのは、侵害する法益より保護される法益が優越する、あるいは要保護性が大きいとするか、少なくとも両者が均衡する場合であり³⁴⁸⁾、違法性を阻却するというのである。まず、生命と生命の衡量を許し、臓器提供のための殺人を正当化する緊急避難論など認めがたいとする批判がある³⁴⁹⁾。また、この見解は、安楽死や臨死介助における殺害が、本人の苦痛を緩和するために同意があれば緊急避難として許容されることが仮にあるとしても、他人の生命を救うために他人の利益との衡量によって本人の生命の短縮を認めるべきではないと批判される³⁵⁰⁾。さらに、優越的利益が存在するか、つまり、法益衡量において救う法益が犠牲とされる法益に優越するかについて、例えば心臓移植によって生命を救うために生命を犠牲にするのが、もっとも両法益の重要性が釣り合う場合であるが、その場合でも「同等の法益」が対立しているにすぎず、また、脳死状態にある臓器提供者の肝臓を全摘して透析中の者に移植する場合など、提供者の即座の死に対して、透析を受けている者の生活の質を向上させ、また、透析者の将来見込まれる死を回避するのであれば、

346) 「臓器移植と違法阻却説」については、中山研一『脳死移植立法のあり方』(1995年)99頁以下、とくにこの三つ見解については、109頁以下、同『脳死論議のまとめ』(1992年)42頁以下参照。

347) これを採る刑法学者として、斎藤信治『移植用心臓(等)摘出と違法性阻却』刑法雑誌29巻1号(1988年)26頁(その後脳死説を支持、斎藤信治「謙抑主義と本人意思尊重の立場から」年報医事法学20号72頁以下)、内藤謙『刑法総論講義(中)』(1986年)555頁。緊急避難については、山中『刑法総論』(3版・2015年)546頁以下参照。

348) 緊急避難に関する二分説をとれば、法益が同等の場合は、責任が阻却されるのみである(山中『刑法総論』(3版・2015年)550頁以下参照)。

349) 斎藤誠二『刑法における生命の保護』(3訂版)557頁、町野朔「脳死者からの臓器の摘出」法学教室153号(1994年)53頁以下、中義勝「刑法における死の概念について」『刑法と科学』植松還暦(法律篇・1971年)168頁参照。

350) 平野龍一「生命の尊厳と刑法」ジュリスト969号(1986年)40頁以下参照。

救われる法益の優越は認められず、また、「緊急」性（現在の危難）の回避にもあたらないとも言える³⁵¹⁾。緊急避難の法理の適用には、この場合の臓器摘出が緊急避難行為とするのは、かなりの無理がある理由は、さらに、臓器摘出行為だけでは、現在の危難を避けるための行為ないし利益衡量の一方の衡量利益にあたる行為としては、不十分であるという点にみられる。というのは、臓器摘出は、移植の前段階の準備行為に過ぎず、この行為そのものが現在の危難を避ける行為とはいえず、したがって、摘出行為そのものが、同時にレシピエントの生命を救う行為ではなく、さらに「移植行為」が必要だからである。しかも、緊急避難の事例であるとしても、両法益同等の場合は、(可罰的)責任阻却にすぎず、違法性は阻却しないという見解に立てば、正当化はできない。この緊急避難論的構成は、同意論や社会相当行為論とも組み合わせで根拠づけられる。特に、この説に同意論を組み合わせることがなければ、この見解はほとんど説得力をもたないであろう。提供者の同意を前提にしなければ、医師は、脳死状態に陥った患者から同意なくして移植を必要としている別の患者のため臓器を摘出しても違法性が阻却されることになるからである。

② 死の不可避な状況における自己決定権行使としての同意論³⁵²⁾ 本人（ないし家族）が、死が不可避な状況において、臓器摘出に同意しているがゆえに、自己決定権の行使が、生命という法益の絶対性に優先し、違法性が阻却されるとする。一般論としていえば、違法阻却事由としての同意説はそもそも成り立たない。なぜなら、生命に対する被害者の同意は、現行法が同意殺の可罰性を肯定するかぎり（刑法202条参照）、そのみで自殺関与の罪を正当化すること

351) 透折を受けている患者が「現在の危難」の状況にあるとは言えない（町野朔「『脳死臓器移植』について」年報医事法学20号59頁以下）。

352) 川口浩一「臓器移植法における提供者の同意要件について」大阪市大法学雑誌36巻3=4号（1990年431頁）、同「臓器遺移植法の日独比較——同意規定と臓器売買の監視に関して——」奈良法学会誌10巻2号（1997年）43頁以下、なお、同「脳死と臓器移植についての一つの提案——違法阻却論を中心として——」奈良法学会雑誌2巻2号（1989年）79頁以下。酒井安行「生体からの摘出は絶対にできないか」法学セミナー453号（1992年）44頁。

はないからである³⁵³⁾。治療行為における同意の問題でもない³⁵⁴⁾。「殺害」は、提供者を治療するものではないからである。したがって、この見解は、死期が迫っている患者が、自死を選ぶのは自己決定権の一つであるとして、脳死状態に陥った提供者の生命は、尊厳死・安楽死の場合と同様、国家によるパターンナリストリックな保護を放棄できるとする。しかし、脳死状態というすでに回復可能性がない状態にある生命の放棄であるという事実が、本人の同意を条件としてこの一般論の例外を認める根拠とはなり難い。これを例外とするのは、死期の迫った生命の価値がそうでない生命よりも価値より低いことを解釈論として認めることになる。これを認めるには、少なくとも臨死状態における臨死介助・安楽死を不処罰とする「立法」があることが前提になるであろう³⁵⁵⁾が、その立法の根拠については疑義がありうる。さらに、2009年の臓器移植法改正によって「6歳未満の者」の脳死判定についても、提供者本人の意思が不明な場合に当たるので、家族が、承諾することができることとされたことによって、同意論による根拠づけは破綻したとも言える。家族の同意の有効性が、提供者の推定的意思を根拠にするのであれば、「提供者本人の同意」が違法阻却の根拠とするのは、本人の任意の意思があるとみなされうる限りで、一応の説明にはなっている。しかし、「6歳未満の者」、とくに例えば生後12週以上で2歳未満の者の、死の迫っている状況における「自己決定権の行使」としての「任意の意思」、「同意」を推定することができるのであろうか。同意論を緊急避難論や社会相当性論と組み合わせても、そこにおける同意の存在は、生きている人、とくに小児の生命を奪う行為が正当であるという理由とはならない。

353) 臓器移植法改正後にも同意による正当化を論じる見解として、後藤有理「臓器移植法における正当化要件としての家族の決定的かつ優越的な同意」(1)(2・完) 関大法学論集67巻5号(2018年)90頁以下、6号133頁以下。そこでは、被摘出者、家族の承諾・拒否権が、それぞれ「崇高な意思」「敬虔感情からの要求」などの「特殊な違法阻却事由」として根拠づけようとされており、伝統的な解釈学としての説得力を欠く。

354) 医療行為における同意については、山中『医事刑法概論』I(2014年)108頁以下、同・前掲『刑法総論』600頁以下参照。

355) 山中・前掲近大学=4号99頁参照。

③ (緊急避難説及び同意説と組み合わせた) 社会相当行為論 社会相当行為論³⁵⁶⁾ は、緊急避難論の根拠と同意論の根拠とを組み合わせ、社会的相当行為を刑法35条の「法令行為または正当業務行為」として正当化しようとするものである。臓器移植法に脳死を人の死とするという文言が入れられたことによって、提供者の同意をもって、他人の法益を救うための行為は、「法令」に従う行為となるのである。この説は、「法」が認めているから、正当だというのみで、他人の法益を救うためにその者の命を縮めることが、なぜ「社会相当」なのか、また、遑ってなぜ「法」が脳死者からの臓器摘出を合法としたのかについては一切の説明がない。本説は緊急避難的要素をも加味するので、法益の優位性が示されなければならない³⁵⁷⁾ が、そこで本説は、提供者の犠牲となる生命という法益は、もはや脳死状態で、先が短いのに対して、レシピエントの生命という法益はこれから長く続く法益であり、前者に優越するとするのである。

以上の検討からも分かるように、脳死を個体死と認めないで、臓器移植について違法性を阻却するという根拠は、結局、これら三つの理論を組み合わせで論じるのがまだしも説得力をもち、それらの一つが単独ではほとんど説得力をもたないことが明らかになった。しかもこの組み合わせ説も、根拠はさておいても、「立法」という決定的な補強材がなければ、その見解を正当化することはできない。死体には「脳死した者の身体をも含む」という臓器移植法6条1項の規定が、その立法にあたるかは、その規定の解釈による。そこで、この見

356) この見解を採るものとして、大谷實「刑法における脳死問題」法律のひろば38巻8号(1985年)35頁以下、金沢文雄「死の判定をめぐって」判例タイムズ233号(1969年)6頁、同「脳死と臓器移植についての法的考察」現代法学の諸相(岡山商科大学法経学部創設記念論集・1992年)85頁以下。なお、金沢は、人工蘇生状態にあっては、法的基準がないから「この場合にかぎって、医師は従来の定義に拘束されることなく、脳死によって死を判定することが認められてもよいのではないかと思う」とする(金沢『刑法とモラル』[1984年]198頁)。小暮得雄「脳死と心臓移植——生命倫理の一考察」内藤謙ほか編「平野龍一先生古稀祝賀論文集」(上巻・1990年)266頁以下。

357) 中山・前掲『脳死論議のまとめ』42頁以下。

解と脳死説に立つ見解とが、6条1項のその文言の解釈論としてどちらが説得的かということが決め手となる。

(iii) 提供者等の意思表示の意味

臓器移植法6条3項によれば、脳死判定は、当該者に①臓器提供の書面による意思表示があるとき、②それがない場合で、家族が判定を拒否しないとき（家族がいないとき）（①②＝3項2号）、③書面による提供ないし拒絶の意思表示がなく、当該者が脳死判定に従う意思を表示していないが、家族が脳死判定によることを書面により承諾しているとき（3項2号）、に行うことができる。さて、何故このような提供者の同意ないし家族の同意があった場合に、脳死を死と認めることが正当化されるのであろうか。

それは、一つには、自己の死に対しても、自己決定権が認められうるという考え方があるということができる。確かに、わが国の刑法は、死に対する自己決定権を全面的に肯定しているわけではない。それは自殺関与罪の処罰規定の存在から根拠づけられる³⁵⁸⁾。したがって、これに加えて、緊急状態における利益衡量原理が、法律によって規定されたことによって、責任阻却ないし可罰的違法阻却ではなく、むしろ、正当化されるからだというものである。本人の同意がある場合、それによって軽くなった、脳死状態で回復の見込みのない提供者本人の生命の保護に対して、救われる生命ないし生命の質という法益に優越するからだということができる。提供者本人の同意のみならず家族の同意でもよいとしたのは、家族が本人に代わって承諾できるからではなく、書面化されていなくても本人の生前の意思を推定できるからだと考えられる。しかし、この構成も、意思・判断能力のない、また、本人の生前の意思が不明な子供の場合、説明が困難であり、また、成人についても、本人が書面で提供意思を表示している場合と比較すると、親族を通じた提供意思の推定では、弱い。とく

358) ドイツ語で書かれたものではあるが、同意殺などの自殺関与罪の可罰性を根拠づける理論に検討を加えた論稿として、vgl. *Yamanaka*, *Der Strafgrund der Suizidbeteiligung im japanischen StGB*, in: (Hrsg. v. Frank Saliger), *Rechtsstaatliches Strafrecht (Festschrift für Ulfrid Neumann)*, 2017, S. 1253 ff.

に、脳死説を採らず、心臓死説を採りつつ、本人の「積極的承諾」ではなく、意思の推定だけで、殺害を正当化することには無理がある³⁵⁹⁾。さらに、違法阻却説を前提に、本人が書面で承諾していても、家族が拒否できる理由は、臓器提供者の行為が自己決定権およびその優越利益によって正当化される力は、家族（遺族）の死体に対する支配権・保護権や敬虔感情より上回ることはないという考え方によるのであろうか。ここでは、死者の生前の自己決定権までも制限しようとする遺族の意思優先の「遺族主義」³⁶⁰⁾ともいうべきわが国の家族共同体思想の名残が見られる。「提供に関する意思は、尊重されなければならない」（法2条1項）とされるが、提供の前提となる「脳死判定」についても提供者の意思が尊重されなければならないとすると、「家族」（遺族）の拒否の意思がそれを上回るとする根拠はないであろう。

(iv) 心臓死説批判

それでは、本説の問題点はどこにあるのだろうか。根本的な疑問は、心臓死説の哲学的・生物学的・医学的根拠である。もともと死とは、過程であり、一点で区切れるものではないことについては共通の理解がある。心臓の不可逆的停止の後も個々の細胞にはしばらくは生きているものが少なくない。それを、従来、心臓が停止し、自発呼吸が止まり循環器系の機能が停止する時点で、その個体が全体として死亡したもののみなしてきた³⁶¹⁾。死亡は、①呼吸の停止、②心拍停止、③瞳孔散大・対光反射消失、の三つの徴候から判定される（三徴候説）。しかし、呼吸や心拍の継続は、科学技術・医学の発達（例えば、人工心肺機）の発達により、場合によっては数か月にもわたって高度の脳損傷を受けた患者につき、人工心肺機によって、血液が心臓と肺を通過することなく、血液循環を保つことができるようになった。そこで、人工心肺機に代替され

359) 町野朔「臓器移植法の展開」刑事法ジャーナル20号7頁参照。

360) 町野朔・秋葉悦子編『脳死と臓器移植』（1996年）2頁以下、井田・前掲法学研究70巻12号217頁参照。

361) そのメカニズムをみると、循環機能・呼吸機能は、それぞれ心筋ないし呼吸筋の終期的収縮によって営まれる。肺の収縮は、中枢神経系の脳幹の呼吸中枢から伝達される。しかし、心筋の収縮は、中枢神経系には依存せず、固有律動性をもつ。

た心臓や肺の手術中の停止は、死亡を意味するのではなく、死亡と判定するには、「自発的」呼吸や「自発的」心拍の不可逆的停止が要求されるようになった³⁶²⁾。それに加えて、臓器移植の可能性が発達し、それへの期待が大きくなったが、臓器移植、とくに心臓移植には、死亡した提供者が必要であり、しかも死の直後の死体でなければ、阻血性障害が生じ、臓器の機能が低下し、移植の成功率が低くなるという現実があり、人工心肺機を停止させた直後に移植するのが望ましいという要請がある。そこで脳死説が登場したのである。しかし、わが国においては、当初、90年代に至るまで、脳死説は、脳死とは何を意味するか、正確な脳死判定が医学的・技術的に可能か、いまだ真に死亡する前に死亡判定がなされてしまうのではないか、などの疑問を払拭しきれず、社会的合意の前に、専門家ないし法律家の間でも同意を見なかったという歴史がある³⁶³⁾。ここでは、その後の脳死論議の展開をも踏まえて、「脳死説」についてもう少し詳しく検討しておく必要があるだろう。臓器移植法の立法・その改正を経た現代、脳死ないし脳死状態で臓器摘出を許容した臓器移植法のもとにおいて、なお、脳死説を否定し、心臓死説を唱える意義はどこにあるのだろうか。

(c) 脳死説

(i) 脳死説の医学的根拠

脳死説は、全脳の不可逆的停止を人の死とする。その背景となっているのは、今日、人の生命は、組織体としての有機体が、脳によって統合され、コントロールされているのみならず、身体におけるさまざまな細胞・組織間の相互作用や環境との交換作用を中心的に司る機能を基礎としているという考え方であ

362) となると、結局、死の原因は、循環や呼吸が作動させられる中枢神経の由来する脳（脳幹など）の機能停止に求められるようになって、心臓死説では、説明不足の印象が生じざるをえない。

363) 医学でも当初コンセンサスは得られなかった（例えば、大谷實『医療行為と法』（1980年）228頁、同「刑法における脳死問題」法律のひろば38巻8号（1985年）34頁、中谷謹子『続21世紀につなぐ生命と法と倫理（生命の終期に至る問題）』（2001年）3頁参照）。

る。「死」とは、このような脳の機能がすべて不可逆的に停止することを意味する。

そもそも心臓死説が立脚する心臓の拍動と呼吸は、血液の循環とガス交換(酸素の摂取と二酸化炭素の排出)を引き起こし、細胞・組織などの機能を維持する。そのため心筋や呼吸筋が収縮させられる必要があるが、まず、呼吸筋を司るのが、脳幹の中樞神経系である。これに対して心筋を司るのは、中樞神経系ではない。中樞神経系からの刺激がないときでも、心臓は拍動を続ける³⁶⁴⁾。この見解を説明するに、全脳が、肉体的な統合機能をもつことが強調される。しかしこの脳の統合機能については、重要な疑問が呈されている。脳がそのような統合機能をもつのではなく、「多くの体性部分の調和のとれた組織的活動の産物である」³⁶⁵⁾ というのである。脳死説のいう全脳機能の停止は、生きている有機体が環境に適合して行動する能力・駆動力および外界に対する開放性を不可逆的に失わせる³⁶⁶⁾。例えば、これが持続的に欠落するとき、自発呼吸は生じない。これが有機体の「死」を意味するというのである。しかし、全脳機能が停止しても、人工呼吸器によって作り出された機能が一定時間持続することがあり、成人については、心拍が通常2日から10日持続することがある。幼児若しくは幼小児の場合は、より長く心拍停止まで数週間かかることもある³⁶⁷⁾。さらに、母親の全脳死後、体内の胎児がなお最長で107日間生きつづけ

364) 動物の心臓が体から摘出されても拍動を維持する現象や胎芽の心拍は、中樞の発生以前に始まるという例が挙げられ、その現象は、「固有律動性」ないし「自動能」と呼ばれている(前掲大統領評議会白書〈訳〉41頁以下参照)。

365) Alan Shewmon の見解。

366) 前掲大統領評議会白書(訳)102頁以下参照。

367) 荒木尚・横田裕行「本邦における『脳死』の定義と小児の脳死判定」日集中医誌2012年19号1頁以下(https://www.jstage.jst.go.jp/article/jsicm/19/1/19_1/_pdf)。そこでは、「厳密に言えば、国内の小児脳死の疫学、あるいは長期脳死の実態を知るための根拠となる正確な数値は、現在のところ存在しないといえる。特に長期脳死例は小児に多いとされてきたため、脳死判定基準の精度や、家族説明の際に、医療者がどのような表現を用いて状態説明を行ったのかが議論の対象となっている。長期脳死自体が本来、診断に問題があったとする意見や、間脳下垂体系の関与が残存するとした意見、医療者の示す意図と家族の理解が乖離していたという意見な

た事例³⁶⁸⁾、母親が帝王切開によって出産した事例などが報告されている。このような全脳の機能が消失したとき、体の中でなお生存し、脳が果たすべき一定の機能を営む組織があることが指摘されている³⁶⁹⁾。それは、抗利尿ホルモン（ADH）というホルモンが下垂体後葉という脳の一部から分泌されなくなったときに発生する尿崩症が、全脳死の状態でも発生しない場合があるが、脳死説の立場からは、これは脳以外の組織が脳に代わって脳の果たすべき機能を果たしていると考えざるを得ないのであって、全脳死に至っていないからではないのである³⁷⁰⁾。これについても、脳が体の組織の統合機能をもつというテーゼに対する反論にはなりうる。いずれにしても、脳死説の根拠としての統合機能が決定的なのかどうか疑問がないわけではなく、また、死の判定が、全脳機能の不可逆的停止時点の決定が、ポイント・オブ・ノーリターンの確定という「予後」に依存する判定であるため、不確実性が払拭できない点が、脳死説での社会的合意が広まらない理由とも考えられる。この点については、後にもっと詳しく考察しよう。今は、アメリカ合衆国の「生命倫理に関する大統領評議会白書」の多数意見で認められた脳死に関する生物学的根拠が、大筋で世界の脳死説の根拠とされていることを確認するとどめておく。

(ii) わが国における脳死説の基礎

わが国においては、『臓器移植法逐条解説』においても、脳死説の根拠に対する公式の説明はない。「解説」においては、「脳死とは、本項（6条2項）において脳幹を含む全脳の不可逆的な停止と定義されている。脳死になると自ら

ゝど、多くの議論を有する」とされる。

368) 前掲大統領評議会白書（訳）55頁参照。

369) わが国で、むしろ、アラン・シューモンらの見解に賛同し、脳死を人の死と認めず、「脳死は死」とするのは、むしろ「時代遅れの認識だ」とするものに、会田薫子「脳死の『理』と『情』——臓器移植という医療のなかで」前掲『脳死・移植医療』183頁、185頁。会田・前掲188頁以下、ならびに同「脳死患者における人工呼吸器の中止」生命倫理18巻1号（2008年）11頁以下は、「脳死の二重基準」がむしろ、患者の死を家族が受け容れるための時間の余裕を作るなどという意味で肯定的に評価されるとする。

370) 前掲大統領評議会白書（訳）50頁参照。

の力で呼吸することができず、呼吸は人工呼吸器によって保たれた状態になるが、心臓もしばらくの間は動き続けることができる。ただし、人工呼吸器を使い呼吸を保つための努力はしても、多くは数日以内（長期間を要する例も報告されている。）に心臓が停止する」というのみである。脳死に陥ったかどうかは、脳死判定によるが、この判定基準に沿っても、生から死への変化が外見には明白に現れないことから、判定には死の時点を確認する必要があるとしても、どうしても実際には幅が残る。そこで、全脳機能の不可逆的停止の判断は、「予後」的なものとならざるをえない³⁷¹⁾という問題がある。脳死説を考察する場合、そのことも考慮に入れておかなければならない。

しかし、脳死判定をするかどうかについては、臓器移植法6条3項において、提供者の意思ないし家族の意思に依存することが定められている。これは、「脳死が人の死として社会的に合意されているか」という点については議論があったところであり、結局、いまだ十分な社会的合意が形成されているとはいえない状況であるという認識³⁷²⁾に基づいて、脳死説ないし脳死判定を選択するかどうかは、原則的に、本人ないし家族の意思に委ねるとしたものと説明されている³⁷³⁾。このように死の概念ないし判定につき、提供者の「意思」に委ね、「自己決定権」を尊重するという制度には後に検討するように大きな問題があるとしても、また、家族の承諾が、提供者の意思の推定によるものであるというのも、社会的合意がない事項に関する立法上の妥協として、まだ理解可能であるとしても、本人が明確に書面をもって承諾しているのに、家族の「拒否権」を認めること（6条3項1号）は、自己決定権の侵害であり³⁷⁴⁾説明

371) 会田薫子・前掲『脳死・移植医療』186頁。そこでは、これを根拠に脳死は人の死ではないとされる。

372) 前掲『逐条解説臓器移植法』40頁参照。

373) これに疑問を呈するものとして、古川原明子「臓器移植における同意要件」倉持武・長島隆（編）『臓器移植と生命倫理』（生命倫理コロキウム2）（2003年）23頁参照。

374) 平野龍一「三方両損的解決——ソフト・ランディングのための暫定的措置」ジュリスト1121号（1997年）38頁参照。なお、金澤文雄「臓器移植と承諾」広島法学8巻2=3号（1985年）94頁以下も、死後の身体についての自己決定権であり、法

がつかないように思われる。

本人の意思によって脳死とするかどうかが決まるというこの規定はどのように解釈すべきであるのかを、脳死一元説、相対説、選択説それぞれの立場に分けて、他の論点も加えながら論じておこう。

(iii) 脳死一元説の根拠と問題点

臓器移植法6条2項の定義によれば、「脳死した身体」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る者の身体」をいうとされる。脳死一元説³⁷⁵⁾は、この脳死は、臓器移植という目的とは独立に人の死はすべて一元的に全脳機能の不可逆的停止によって判定すべきだという見解をいう。この見解は、心臓死説を採らず、脳死が個体死だと認める見解を前提とすれば、脳死と心臓死がそれぞれの法制や場面あるいは人の意思に応じて相対的で選択できるとする相対説や選択説よりも、法解釈学的な意味での論理的一貫性を有し、生物学的事実ないし医学的事実を尊重するもので、客観的・科学的で合理的である³⁷⁶⁾。それでは、脳死一元説は妥当であろうか。

この検討に当たっては、まず、臓器移植法における「脳死」概念の解釈の方法論に言及しておこう。第1の条件は、人類学的・生物学のないし医学的にこれまでの科学的知見に矛盾してはならないが、「死」の概念も、最終的には

↘秩序において尊重されるべき人格権であるという。

375) これを採る論者として、植松正『死の判定に関する脳死説への一寄与』団藤重光古稀(第1巻・1983年)357頁以下、斎藤誠二・前掲『医事刑法の基礎理論』91頁以下、町野朔「改正臓器移植法と今後の課題」町野・山本・辰井(編)『移植医療のこれから』(2011年)6頁、同「臓器移植法の展開」刑事法ジャーナル20号7頁は、違法阻却論は、「新法によって明確に否定された」という。伊東研祐「『死』の概念」ジュリスト1121号(1997年)39頁以下、長井圓「臓器移植法をめぐる生命の法的保護——脳死一元論の立場から——」刑法雑誌38巻2号(1998年)64頁以下、なお、加藤久雄『医事刑法入門』(1996年)170頁以下参照。

376) 平野龍一・前掲ジュリスト1121号(1997年)30頁以下(31頁)は、「死について自己決定権を認めることには、大きな問題がある」という。その他、深谷松男「脳死問題に関する民法的視覚からの一考察」ジュリスト987号(1991年)27頁、丸山英二「脳死臨調中間意見に対する若干の感想」ジュリスト987号(1991年)20頁、古川原明子「改正臓器移植法における遺族の承諾の意義」『人権の刑事法学』(村井古稀)(2011年)130頁、長井圓・前掲刑法雑誌38巻2号66頁。

「法的・規範的概念」であって、規範的評価による合目的定義の側面を無視するわけにはいかないという前提である。死という現象が、生物学的・医学的には一つのプロセスであって、生から死への転換点を「点」で区切るのであれば、それは、その事態の法的評価なしには決定できない。しかしながら、生物学・医学や延命技術の現代的発展と、移植医療の発展と需要に鑑みれば、法的評価基準もそれらを踏まえながら合目的に、しかも「法」の機能から見て提供者・レシピエントの利益の調整を図り、かつ、社会的公正・公平の視点から決定するのが妥当である。その際、脳死説に「社会的合意」があるかどうかの判断をどのように考慮するかについては、それは現在の多数決ではなく³⁷⁷⁾、正確な科学的知識を基礎とした将来の社会の構想をも踏まえ、より多くの人の理解を求める目的である。それは、立法によって「脳死」の概念が用いられ、その解釈が問題となっている法状態のもとでは、例えば90%の人が反対し、社会不安を与えるほどに社会的合意がないのでなければ、そう解釈することに反対する根拠にはならない。

第2に、「法体系内部の論理的統一性」という観点からの解釈という観点に立って合理的な解釈を導くべきである。まず、立法者意思については、臓器移植法6条3項の解釈にあたり、立法の経緯などから立法者の意思を基準として解釈論を展開するのではなく、2009年の改正をも踏まえた「現在の解釈」を行うべきである³⁷⁸⁾。大きな改正点は、6条2項の文言の修正により、「脳死した者の身体」とは、「その身体から移植術に使用されうるための臓器が摘出されることとなる者であって」「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者の身体をいう」とされていたのが、前半の文言が削除さ

377) 平野・前掲ジュリスト1121号34頁では、1997年の時点で、アンケート調査でも受容する人が66パーセントに及んでいることもあり、「現在、脳死はすでに受容されている」という。

378) 平成27(2015)年に改訂版が出た「臓器提供手続に係る質疑応答集」によると、「国会における改正法の趣旨説明では、脳死が人の死であるのは、改正後においても改正前と同様、臓器移植に関する場合だけであり、一般の医療現場で一律に脳死を人の死とするものではない」と説明され、あたかも脳死相対説に立脚するかのようにならされている。

れたことによって、脳死の定義から、移植のための臓器摘出が予定されている者以外でも、脳死が認められうると解釈できる余地が生じたが、これは、臓器移植以外の場面でも脳死説を認める徴表ではあっても、脳死一元説を採用したという決定的根拠にはなりえないとされている³⁷⁹⁾。

さらに、6条1項で「死体」とは、「脳死した者の身体を含む」としたことから、反対解釈として、「死体」には、脳死した者以外の死体も含むと解釈することができる³⁸⁰⁾ので、脳死一元説を採用していないと解釈することもできる³⁸¹⁾。しかし、6条2項では、「脳死した者の身体」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」された者の身体をいうと定義しているので、「判定」がなければ「脳死」とは認められない。しかも、臓器移植法によって「脳死判定」ができるのは、6条3項で定められた当該者の「提供意思」が書面で表示されている場合などの前提が充足される場合に限る。これ以外の場合³⁸²⁾については、たとえ脳死していても、この法律では「脳死」と判定できないのであるから、この法律による脳死判定のない「脳死」があっても、ここではこの法律による「脳死」とは判定されないと解釈することも排除できない。すなわち、「死体」には、「脳死した者以外の死体」も含むのでは

379) 甲斐克則『臓器移植と刑法』（2016年）141頁は、この点「まだはっきりしないところがある」という。

380) しかし、「脳死した者の身体」の意味は、脳死判定によって「脳死と判定された者の身体」と解釈することも不可能ではない。

381) このような脳死以外の基準を認める根拠となる規定は、当初の臓器移植法の附則第4条の規定からも窺えた。すなわち、改正以前の旧臓器移植法では、附則第4条（経過措置）で、眼球または腎臓の移植のためにそれらを摘出する場合には、遺族が書面により承諾している場合には、本人の承諾または拒否の意思が書面により表示されていない場合であっても、「脳死した者の身体以外の死体」（通常の死体）からは摘出することができるとしていたのである（1項）。しかし、臓器移植法6条1項2号の改正により、「遺族が書面により承諾しているとき」には、「眼球」「腎臓」以外の臓器の摘出も可能となったので、この附則（平成二一年七月一七日法律第83号附則）第4条は削除され、これによって附則4条からの解釈の根拠は消えた。

382) 臓器移植法は、「臓器移植以外の場面についての含意はもたないとする認識を基礎に置くべき」とするのは、井田「生命維持治療の限界と刑法」法曹時報51巻2号（1999年）366頁。

なく、「脳死」したとしても臓器移植法で「脳死と判定されていない死体」と解釈する余地もあるというのである。

(iv) 相対的脳死説・脳死選択説

ここに掲げた見解は、臓器移植のための本人や家族の同意を得た場合にのみ、脳死説によって死が認定され、その他の場合は、心臓死説によるというものである。したがって、これを「心臓死・脳死二元論」と言ってもよい。実体的基準としての脳死選択説³⁸³⁾は、脳死という基準が選択されなかったときは、心臓死説によるのである。

① 脳死選択説 脳死選択説については、「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という見解である」³⁸⁴⁾と規定される。しかし、他方では、「脳死状態は人工呼吸器によってもたらされた、死への一方通行を辿る残されたわずかな生ある状態(dying)である」³⁸⁵⁾あるいは、「脳死状態とは、通常の意味で『生きている』という状態ではなく、また『死んでしまった』という状態でもなく、「それは死への一方通行を歩む残された僅かな生ある状態、あるいは人工的な生命といってもよく」「生から死にまたがる状態」であるとも言われている。これは、脳死選択説には、脳死とは「真性の死」とみるのではなくして、むしろ「死にゆく生命」をもちや「死」であると「みなす」見解であるという証左であるといえる³⁸⁶⁾。また、臓器移植法は「極めて小さな範囲と限られた

383) 石原明「臓器移植における『承諾論』」ジュリスト987号(1991年)45頁、同「死の概念——新臓器移植法擁護論——」刑法雑誌38巻2号(1998年)81頁以下参照。

384) 石原明『法と生命倫理20講』(1997年)174頁以下。著者は、一般に、新立法を擁護されており、改正法において患者自身の意思表示がなくても家族の承諾によって脳死を選択できることになったので、この場合も含められると解釈できる。本人の「自らの死に方への自己決定による脳死選択」、ないしこのような「限定された場合にのみ生命の処分権を認める」(同書178頁)とされるので、あるいは、家族の承諾は除外されるのかもしれない。なお、同・前掲ジュリスト987号45頁も参照。

385) 石原・前掲『法と生命倫理20講』177頁、同『医療と法と生命倫理』254頁以下。

386) なお、井田・法学研究70巻12号211頁参照。かつて、唄孝一によって継続的な

方法でのみ死の概念の相対化を認める」ものとされ、脳死を選択した人を、殺意をもって短刀で刺したという行為は、殺人罪に問うるとされる。以上のことから脳死選択説は、臓器移植法における「脳死」とは、法によって、まだ心臓死に至っておらず、本来はまだ生きている状態にあって、「死」とは言えない状態を「死」とみなすものだと考えが読み取られうる。それは、脳死状態に陥った生命については、「愛他の精神」による臓器提供という優越的な価値があるとき、法的保護も後退するということによって根拠づけられるというのである³⁸⁷⁾。したがって本説は、主として心臓死説に立脚する相対的脳死説と位置づけることができよう。その意味では、違法性阻却説と同じ基盤に立つ見解³⁸⁸⁾ といってよい。

② 相対的脳死説 しかし、相対的脳死説には、単純に、臓器移植目的で、要件に即した本人または家族の承諾による脳死判定の場合には、脳死説によるが、その他の場合は心臓死説によるとして、原則、心臓死説に立つべきだという見解を前提としないものもある³⁸⁹⁾。厚生労働省（臓器移植対策室）監修の「逐条解説」では、脳死については社会的合意がないがゆえに、「臓器移植の場合であって、本人が生前に書面により脳死判定に従う旨の意思を表示しており家族がこれを拒まない場合に限り、法に基づく脳死判定が行われ、脳死と判定された場合には死体となるという法的構成をとることとなった」³⁹⁰⁾ とする。これ

ㄨ過程である生から死への中間期としての「 α 期」の概念が唱えられ、その期にあつては一定の要件のもとに臓器の摘出を認めるという見解であったが、これは、心臓死説を前提とする議論であり、その後「凍結」された（唄『『死亡』と『死体』についての覚書』（1）ジュリスト483号〈1971年〉113頁）。なお、これについて詳しくは、中山・前掲『脳死・臓器移植と法』82頁以下参照。この議論は、心臓死説に立って「脳死状態」を認める見解と同種である。

387) 石原・前掲刑法雑誌38巻2号83頁参照。

388) 井田「脳死説の再検討」西原古稀3巻（1998年）55頁をも見よ。

389) 山中『刑法各論』（第3版・2015年）15頁では、相対的脳死説を妥当としたが、本稿では、後に詳しく示すように、これを撤回し、生物学・医学上の知見をもとに脳死一元論を基礎にして、臓器移植法の規定の解釈を考慮して、いわば「脳死判定二元説」を採用する説に変更する。

390) 前掲『逐条解説臓器移植法』40頁参照。

は単純に脳死については社会的合意がないので、何らかの形で脳死とすることを望む人だけに臓器移植目的の死亡判定については、脳死を認め、その他の場合には伝統的な心臓死によるという心臓死・脳死二元論を認める趣旨である。もとよりこの見解に対しては、死亡したか否かの判定は、医学・生物学上は統一された客観的なものであるべきで、本人や家族の主観が介在すべきものではないと批判されうる。

さらに、前述のように、従来の「角膜及び腎臓の移植に関する法律」が、「通常の死体」からの角膜・腎臓の摘出について遺族の承諾で足りるとしていたのを、実質上これを他の臓器にも及ぼすよう、6条2項に遺族が臓器摘出について書面により承諾していた場合も、摘出を認めることにしたのである³⁹¹⁾。ここで、問題は、臓器移植法は、「脳死した者の身体」からの摘出要件のみならず、通常の死（心臓死）を遂げた者にも適用があることである。6条1項で「死体」には「脳死した者の身体を含む」としていることから、「脳死したのではない者の身体」がそれに含まれることは明らかであるというのである。すなわち、臓器移植法6条は、「二つの死なしいし死体」を認めていることになり、相対的脳死説によらなければ説明できないことになるというのである³⁹²⁾。

ここで、さらに、相対的脳死説に立つとしても、脳死説と心臓死説の併存性のほか、脳死説内部でも、臓器移植法6条に基づく脳死判定による脳死とそれ以外の判定基準に従った脳死判定による脳死があるのかが問題となる。これを「法的脳死判定」³⁹³⁾と「一般の脳死判定」と呼ぶ³⁹⁴⁾。法的脳死判定が行われう

391) 井田・法学研究70巻2号218頁以下参照。

392) 6条を専ら通常の死による死体からの摘出について規定したものと読むことは出来ない。「死体（脳死した者の身体を含む）」という規定は、両者を含むと解さざるをえないからである。

393) 森田洋「法的脳死判定の実際」日本内科学会雑誌第102巻第3号（2013年）552頁以下では、「法的脳死判定の実際と正しく脳死判定を理解するために必要な要点について概説」している。

394) 前掲厚生労働省（監修）『臓器移植法』36頁、なお、いわゆる「臨床的脳死判定」と称されていた判定については、ガイドラインの改正により、その名称は使用されないことになった。これは、「脳死とされうる状態」と呼ばれることになった。↗

るのは、「移植術に使用されるための臓器を摘出する場合だけであり、本法は、臓器提供と関わりのない一般の医療現場において、一律に脳死を人の死とするものではない」とされる³⁹⁵⁾。一般の医療現場における「死の判定」については、二つの可能性がある。第1は、「心臓死の判定」が使われるという可能性であり、第2は、「一般の脳死判定」が用いられる可能性である。第1の場合には、心臓死と脳死の「死の相対性」を認めることを意味し、第2の場合には、この脳死の判定は、何を基準とするのか、また、臓器移植法が特別に移植目的の摘出に脳死を基準とすることを認めたのであれば、それ以外の脳死判定についても、それぞれの分野における法で、脳死判定を認める規定が必要なのではないかが問題となる。不要だとすれば、医師の判断で「一般の脳死判定」が用いられることになる。これによれば、民法上の相続のための「死」の概念や刑法上の生命に対する罪における「死」の概念に特別法がなくても脳死判定が利用できるのかどうかがこの解釈によって定まる³⁹⁶⁾。さらに、問題は、「本法に基づく脳死判定により脳死状態の臓器提供者が『死亡』したと判定された場合に、『死』又は『死体』にかかる他の法令の運用はどうなるのか」³⁹⁷⁾である。

▼「ガイドライン」第6-1(1)によれば、脳死判定に至る前の手順について、「主治医等が、患者の状態について、法に規定する脳死判定を行なったとしたならば、脳死とされうる状態にあると判断した場合」にコーディネーターの臓器提供の機会や承諾手続の説明を行うが、この「脳死とされうる状態」にあるとの判断は、「臓器提供手続に係る質疑応答集」(平成27年6月改訂版)(5. 承諾の手順)13頁によれば、「自発的呼吸の消失を含む脳死判定の前提条件に該当することを認めた上で、①深昏迷、②瞳孔の固定・瞳孔径左右とも4mm以上、③脳幹反射(7項目)の消失、④平坦脳波の四つの確認を行うことを求めているものの、その具体的検査方法については特段の定めをしていないが、法的脳死判定における検査方法に準じた方法で行うことが望ましい」とされる。

395) 前掲『逐条解説臓器移植法』36頁参照。

396) しかし、もしそれぞれの法令で死について統一的に規定することなく、脳死説と心臓死説を選択できるとすれば、相続人のAとBが、それぞれ一方は脳死説、他方は脳死説で、その「死」を自己に有利に決定でき、相続の順位が操作可能となり、混乱は必至である。したがって、一定の法秩序においては死亡概念の統一が望ましいことは言うまでもない。

397) 前掲『逐条解説臓器移植法』39頁参照。

基本的にはそれぞれの法令の趣旨に従い、合目的的に解釈されることになる³⁹⁸⁾とされるが、臓器移植法自体が、脳死を前提として規定している場合には、他の法令もそれを前提として解釈されるべきであろう。例えば、第7条は、「医師は、第6条の規定により死体から臓器を摘出しようとする場合において、当該死体について刑事訴訟法(……)第229条第1項の検視その他の犯罪捜査に関する手続が行われるときは、当該手続が終了した後でなければ、当該死体から臓器を摘出してはならない」と定めている。実際には、第2回目の脳死判定が終了すると、検視官による検視その他の犯罪捜査に関する手続が開始される。死体に関する調査の結果、事件性がない場合には「死体検分」として処理され、事件性があった場合には、その調査は、「検視」であったとして処理され、検視長所が作成される³⁹⁹⁾。ところで、この場合、2回目の脳死判定を終えているのであるから、臓器移植法6条にいう「死体」は、「脳死した身体」である。このような「死体があるとき」に検視が必要となる。そこで、刑事訴訟法229条の「変死者」、「変死の疑いのある死体」の解釈は、脳死判定を前提にして判定されるので、刑訴法の解釈にも「法的脳死判定」の結論が用いられていることになる。

③ 脳死判定と三徴候説 心臓の不可逆的停止をもって人の死とする見解は、心臓死説と呼ばれるが、正確には、「循環器」の不可逆的停止も含むもので、ドイツでは、「心臓・循環器の停止」(Herz-Kreislauf-Stillstand)をもって死とする見解をいう⁴⁰⁰⁾。この心臓と循環の不可逆的停止の判定方法として、「三徴候説」、すなわち、呼吸停止(呼吸の不可逆的停止)、心停止(心臓の不可逆的停止)、瞳孔散大という三つの徴候によって死亡を判定する方法をいう。最後の二つの徴候は、心臓および肺の機能停止に関する基準であるが、瞳孔散大(あるいは、対光反射の消失)は、機能的には、脳幹機能の消失と重なり、脳死判定におい

398) 前掲『逐条解説臓器移植法』39頁。

399) 近藤和哉「検死と臓器移植」刑法雑誌38巻2号(1999年)96頁以下参照。

400) したがって、正確には、「心肺死説」と呼ぶべきかもしれない(伊東・前掲ジュリスト1121号39頁以下)。

でも判定基準の一つとなるものである。三徴候説では、しかし、大脳機能の喪失を判定できない。脳幹機能の喪失の後、大脳機能が短時間残ることがあるといわれているが、そうだとすると、意識のある患者の脳死が判定されてしまうことがあることになって妥当とは言い難い⁴⁰¹⁾。わが国においては、心停止後の臓器摘出は、救命のための人工呼吸器が装着されたが、蘇生がかなわず、脳死判定がなされた後に臓器摘出された場合に行われる。したがって、三徴候説による脳死判定は問題にならない。

實際上、人工呼吸器が作動している限り、三徴候説による脳死判定は意味がない。そこで、移植のため、ないし救急救命措置として人工呼吸器が装着されるのではない場合の通常の死の場合に三徴候説による脳死判定に頼ることになる。これにつき、個体死の判定は、肺・心臓・脳の機能停止の判定をいう⁴⁰²⁾のであって、三徴候説は、個体死の判定基準ではなく、それによって「単に死の確認をしている」にすぎないとする見解⁴⁰³⁾がある。これによると、死の確認基準は、肺・心臓・脳の不可逆的停止に加えて、死体現象（死斑の出現、死体硬直の出現など）があるときとされる。しかし、実際には、レスピレーターを使用していない場合、この区別を厳密に考える必要がなかったので、「死の判定」と「死の確認」を区別して考える必要もなかったという⁴⁰⁴⁾。脳死については、「脳死判定」の後6時間経過して「死の確認」が行われる。この脳死確認の時刻をもって「死亡時刻」とすべきである。

以上、三徴候説による死の確認は、人工呼吸器の装着がない状態での「心

401) 辰井・前掲町野ほか編『移植医療のこれから』130頁。

402) 錫谷徹「死の判定に関する私見」日本医事新報3022号（1982年）682頁以下、大谷・前掲日本臨床麻酔学会誌7巻6号42頁では、錫谷は、「肺、心臓および脳の三者が互いに機能的に結びついて一つの環を形成し、どの臓器が他の臓器より優位にあるというのではなく、互いに同位である」として、これを「生命の環」と名づける。

403) 高取健彦「脳死と個体死」北海道医学雑誌62号（1987年）682頁以下。大谷勲「脳死、法医学の立場から——とくに死亡時刻について——」日本臨床麻酔学会誌7巻6号（1987年）44頁。

404) 大谷・同上。

臓・肺」の停止および「脳幹の停止」の判断であり、その停止の「不可逆性」の判断によって行われる⁴⁰⁵⁾。しかし、脳死判定に比べると、心臓死の場合、人工呼吸器がなければ、心呼吸停止の後、心拍停止が数分後に招来されるのが通常であり、心拍停止によって個体死とすることに不都合はなかったのである⁴⁰⁶⁾。

三徴候説における脳死判定についても、死亡時刻につき不明確性が残るが、人工呼吸器を装着していない場合には、数分後には、「脳死」と判定される状態に至っており、「心臓死」ではあるが、「脳死」ではないという状況は通常ありえないと思われる。そこで、脳死一元説に立っても、脳幹死の判断基準をも含めた三徴候説は、法的脳死判定のような明確な判定基準をもたないとしても、脳波計がなく平坦脳波の確認ができなくても、脳死と判定することも、全く排除されるわけではない。レスピレーター装着のない場合の三徴候説の補完的脳死判定基準の詳細化・具体化が急がれるべきである。

(v) 脳死判定手続選択説

しかし、臓器移植にあたって全脳死をもって人の死とみなす脳死説が根底に横たわる実体であるとしても、臓器移植法は、当該者などの承諾を条件として、「脳死判定」をするものとしている。これは、その実体に迫り、実体を認識するための「方法」ないし「手続」として脳死判定によるという判定方法の選択を認めたものと解することができる⁴⁰⁷⁾。実体たる脳死概念を選択できるというのではなく、「脳死判定基準」を用いるという手続の選択を認めたと解するのである。脳死一元論に立てば、手続としての脳死の判定がなくても実体として

405) 長井・前掲・町野古稀（下巻）202頁は、「心臓死・三徴候死の実体は脳死」とする。

406) 大谷・前掲43頁。

407) 長井圓「臓器移植法をめぐる生命の法的保護——脳死一元説の立場から——」刑法雑誌38巻2号66頁以下参照、同「臓器移植法をめぐる生命の法的保護——脳死一元論の立場から——」町野ほか編『臓器移植法改正の論点』220頁以下、同・前掲町野古稀（下巻）177頁以下（なお、長井『死の概念と脳死一元論の定礎』〔2020年〕参照）、城下・前掲刑事法ジャーナル20号12頁も、改正法はこの見解に従うものとする。

の脳死は存在するのであるが、その存在する脳死を判定する手続に臓器移植法上の法的手続のみならず、一般的な脳死判定もありうるなら、実体は、手続によって発見される必要がある。

ここでの脳死判定手続選択説の根拠については、臓器移植法の文言の解釈から出発すべきである。臓器移植法6条3項は、「臓器の摘出に係る前項の判定（脳死判定）は、次の各号のいずれかに該当する場合に限り、行なうことができる」と規定するが、これは脳死判定の行いうる条件を示したものである。したがって、この規定は、臓器移植の目的での脳死判定について定めたものであって、脳死自体は、当然、前提とされていると読むのである。臓器移植のための臓器摘出には、ここで定められた脳死判定手続に則って判定されなければならない。しかし、臓器移植のためでなければ、このような手続は不要である。したがって、この説からは、臨死の状態にある末期の患者のレスピレーターを外すには、臓器移植法の適用はないから、本人や家族の同意がなくても、脳死判定できるとされうるというのである⁴⁰⁸⁾。

しかし、臓器移植目的以外での脳死判定については、そのためには、別の（法律によって）その判定を許す独自の脳死基準の規定が必要とみなすか、または、規制されていないのであるから、その場合については、法的規定がなくとも、「一般的な」脳死判定基準に従えばよいとする二つの解釈の可能性がある。臓器移植目的の脳死判定ではなく、レスピレーターを装着した終末期医療を受けているすでに臨死状態にある入院中の患者の場合には、臓器移植法の適用はないが、状況から見て脳死判定は、技術上ないし事実上可能である⁴⁰⁹⁾。しか

408) 平成9年制定の「『臓器の移植に関する法律』の運用に関する指針（ガイドライン）」では、その「第7」で「脳死下での臓器移植にかかわらない一般の脳死判定に関する事項」を定め、一般の脳死については、従来どおりの取扱いで差し支えないこととされている。なお、井田「脳死と臓器移植法をめぐる最近の法的諸問題」ジュリスト1264号（2004年）16頁は、脳死判定の相対的性格として、「法的脳死判定」、「臨床的脳死判定」および「一般の脳死判定」に分類する。「臨床的脳死判定」の用語は、「脳死とされうる状態」と表記されるようになり、使用されなくなった（平成22年度マニュアル2頁「参考」参照）。

409) もし脳死が人の死であるとする脳死説に従うなら、この場合、臨死状態での尊

し、そうだとすると、臓器移植法における脳死判定の法定は、臓器移植目的での脳死判定のみを特に制限するためのものであり、その他の目的の脳死判定は、法規制の対象ではないことになる。その結果を避けるには、例えば、終末期の臨死介助の一環としてレスピレーターを外すなどの行為の前提として、脳死判定があったことを要求するには、やはり法の規定が必要と解するのが妥当であろう。それでは、レスピレーターの装着がない病院外での医師による脳死判定⁴¹⁰⁾は、不可能であろうか。次に詳しく検討するが、無呼吸、心拍の停止、瞳孔散大・固定によって心臓死が判定される前段階で判定されるのが「脳死判定」であり、これらの三徴候は、すべて脳死判定の一部の要素である⁴¹¹⁾、あるいは、脳死判定方法としての三徴候説は、脳死の判定基準でもあり、直接脳死判定基準が用いられないときは、間接的判定方法として三徴候説によって脳死を判定できるという立場⁴¹²⁾も唱えられており、これらの見解によれば、三徴候説は、レスピレーターの装着がなく、脳波計がない場合の脳死判定方法となりうるものである。

問題点として残るのは、レスピレーターを付けた臓器移植目的での「脳死判定」(法的脳死判定)とそうではないがレスピレーターを装着した「一般の脳死判定」の場合のずれをどのように調整するか、および脳死説を前提とした三徴

ㄨ 厳死・安楽死を不可罰とする特別法（山中「臨死介助における同一法益主体内の利益衝突について——推定的同意論および緊急避難論の序論的考察——」近畿大学法学62巻3・4号〔2015年〕265頁以下、とくに299頁参照）がなくても、その行為は、殺人ないし嘱託殺としては処罰されない。

- 410) 「臓器の移植に関する法律」の運用に関する指針（ガイドライン）」（平成9年10月8日）「第1」によれば、「……脳死判定に従う意思がないことを表示した者に対する法に基づく脳死判定は行わないこと」とされている。その「第7」で、「法は、……一般の脳死判定について定めているものではない」とし、「このため、治療方針の決定のため行われる一般の脳死判定については、従来と通りの取扱いで差し支えない」とする。
- 411) 長井・前掲論文（67頁以下）では、「果たして『心臓死』と『脳死』とは、対立すべき異なる観念なのであろうか」とし、「『脳死』は『脳死』の古き名でしかなく、その『判定方法の精密化』の歴史があったにすぎない」とする。
- 412) 齊藤誠二『刑法における生命の保護』（1987年）105頁、その他、参照。

候説の脳死の判定基準を詳細化し、具体化することである。

このように、6条3項の「脳死判定」は、脳死の実体ではなく、その判定の手續に関する規定と解釈するなら、実体としての脳死の事実をどのような手續により判定するかについて、提供者等の意思により選択できるとしたものと解するのが妥当であると思われる。臓器移植法6条2項の「脳死した者」とは、この法律に従って、脳死と「判定された者」をいうと定義されているのであり、この規定の意味は、この見解から理解されるべきである。

2. わが国における脳死判定

(a) 脳死判定に関する法令

脳死判定については、三つの下位法令がある。まず、1997年の「臓器の移植に関する法律施行規則」（平成9年10月8日・厚生省令78号⁴¹³⁾、同じく1997年の「『臓器の移植に関する法律』の運用に関する指針（ガイドライン）」（平成9年10月8日制定）および2010年に作成された「法的脳死判定マニュアル」⁴¹⁴⁾である⁴¹⁵⁾。

(b) 脳死判定の主体

臓器移植法6条4項は、臓器のこの判定を行なう主体について、「摘出に係る第2項の判定は、これを適切に行うために必要な知識及び経験を有する二人以上の医師（当該判定がなされた場合に当該脳死した者の身体から臓器を摘出し、又は当該臓器を使用した移植術を行うこととなる医師を除く。）の一般に認められている医学的知見に基づき厚生労働省令で定めるところにより行う判断の一致によって行われるものとする」と定める。判定を行った医師は、「当該判定が的確に行われたことを証する書面を作成しなければならない」（同条5項）。医師は、摘出・移植術を行った場合には、「判定等に関する記録を作成し」、「保存

413) 平成22（2010）年改正・厚生労働省令第3号。

414) 厚生労働省科学研究費補助金厚生労働科学特別研究事業「臓器提供施設における院内体制整備に関する研究」「脳死判定基準のマニュアル化に関する研究」。

415) なお、これに加えて平成27年6月に改訂版の出た「臓器提供手續に係る質疑応答集」がある。

し]、「閲覧に供する」必要がある（10条）。

(c) 脳死判定の条件としての意思表示（臓器移植法6条3項）

脳死判定を行うための条件は、次のとおりである。① 当該者が臓器を提供する意思を書面により表示している場合、その意思がないことを表示している場合以外の場合であって、その者の家族が当該判定を拒まないとき、または家族がないとき、② 当該者が、その提供の意思を書面により表示している場合ではなく、また、当該者がその意思がないことを表示しているのではない場合であって、その者の家族が当該判定を行なうことを書面により承諾しているとき、である。要するに、① 本人が書面により提供意思を表示している場合であって、家族の反対がないとき、または、② 本人が、提供ないしその拒否に関してその意思を明確にしておらず、家族が書面により提供を承諾しているとき、脳死判定ができるというのである。②の条件は、2009年の改正法の施行に伴って発効したものであって、家族の書面による承諾があれば、本人の意思表示がなくても脳死判定ができることにあった。

ガイドライン「第3-2」においては、「脳死の判定を行うことの承諾に関して法に規定する『家族』の範囲についても、上記『遺族』についての考え方に準じた取扱いを行うこと」とある。「遺族」の範囲については後述するが、脳死判定に対して許諾できる「家族」の範囲についても、「原則として、配偶者、子、父母、孫、祖父母及び同居の親族の承諾を得るもの」とする。これについても、とくに提供希望者の脳死判定と臓器提供の書面により表明された意思を、これらの家族が拒否しうることが妥当であるかには問題がある。

(d) 脳死判定基準

(i) 臓器の移植に関する法律施行規則2条

「施行規則」の第2条⁴¹⁶⁾が、脳死判定について定める基本的な細則である。まず、これを以下に紹介する。

【第2条】法第6条第4項に規定する判断に係る同条第2項の判定（以下「判

416) 前掲『逐条解説臓器移植法』91頁参照。

わが国における臓器移植をめぐる法規制の現状と問題点

定」という。)は、脳の器質的な障害(以下この項において「器質的脳障害」という。)により深昏睡(ジャパン・コーマ・スケール(別名3-3-9度方式)で300に該当する状態にあり、かつ、グラスゴー・コーマ・スケールで3に該当する状態にあることをいう。第2号、第4号及び次項第1号において同じ。)及び自発呼吸を消失した状態と認められ、かつ、器質的脳障害の原因となる疾患(以下この項及び第五条第1項第4号において「原疾患」という。)が確実に診断されていて、原疾患に対して行い得るすべての適切な治療を行った場合であっても回復の可能性がないと認められる者について行うものとする。ただし、次の各号のいずれかに該当する者については、この限りでない。

- 一 生後12週(在胎週数が40週未満であった者にあつては、出産予定日から起算して12週)未満の者、
- 二 急性薬物中毒により深昏睡及び自発呼吸を消失した状態にあると認められる者
- 三 直腸温が摂氏32度未満(6歳未満の者にあつては、摂氏35度未満)の状態にある者、
- 四 代謝性障害又は内分泌性障害により深昏睡及び自発呼吸を消失した状態にあると認められる者

2 法第6条第4項に規定する判断に係る判定は、次の各号に掲げる状態が確認され、かつ、当該確認の時点から少なくとも6時間(6歳未満の者にあつては、24時間)を経過した後に、次の各号に掲げる状態が再び確認されることをもって行うものとする。ただし、自発運動、除脳硬直(頸部付近に刺激を加えたときに、四肢が伸展又は内旋し、かつ、足が底屈することをいう。次条第5号及び第5条第1項第7号において同じ。)、除皮質硬直(頸部付近に刺激を加えたときに、上肢が屈曲し、かつ、下肢が伸展又は内旋することをいう。次条第5号及び第5条第1項第7号において同じ。)又はけいれんが認められる場合は、判定を行ってはならない。

- 一 深昏睡
- 二 瞳孔が固定し、瞳孔径が左右とも4ミリメートル以上であること
- 三 脳幹反射(対光反射、角膜反射、毛様脊髄反射、眼球頭反射、前庭反射、咽頭反射及び咳反射をいう。)の消失

四 平坦脳波⁴¹⁷⁾

五 自発呼吸の消失

3 前項第5号に掲げる状態の確認は、同項第1号から第4号までに掲げる状態が確認された後に行うものとする。

4 法第6条第4項に規定する判断に係る判定に当たっては、中枢神経抑制薬、筋弛緩薬その他の薬物が判定に影響していないこと及び収縮期血圧（単位水銀柱ミリメートル）が次の各号に掲げる区分に応じ、当該各号に定める数値以上あることを確認するものとする。

一 1歳未満の者 65、

二 1歳以上13歳未満の者年齢に2を乗じて得た数値に65を加えて得た数値、

三 13歳以上の者 90

5 法第6条第4項に規定する判断に係る判定に当たっては、聴性脳幹誘発反応の消失を確認するように努めるものとする。

(ii) 法的脳死判定手続

まず、「『臓器の移植に関する法律』の運用に関する指針（ガイドライン）」の「第8 臓器摘出に係る脳死判定に関する事項」の「1 脳死判定の方法」の「(4) 判定医」において、「脳死判定は、脳神経外科医、神経内科医、救急医、麻酔・蘇生科・集中治療医又は小児科医であって、それぞれの学会専門医又は学会認定医の資格を持ち、かつ脳死判定に関して豊富な経験を有し、しかも臓器移植にかかわらない医師が2名以上で行うこと」として、専門医ないし学会認定医が、2名以上で判定を行なうことが定められている。ガイドライン第4で、一定の条件を充たす施設に限定して脳死下臓器提供がなされうると定められている。「法的脳死判定マニュアル」には、「法的脳死判定前の確認事項」が定められ、注で後述するように、脳死判定に従う旨の（それがあつた場合には）本人の書面、18歳未満であれば虐待の疑いがないことなどの7項目の確認が求められている。

417) 平坦脳波（ECI）とは、「適正な技術水準を守つて測定された脳波において、脳波計の内部雑音を超える脳波由来の電位がない脳波であることをいう」とされる（前掲質疑応答集「問30」27頁）。

ところで、脳死判定には、「脳死とされうる状態」と「法的脳死」の二つの段階がある。かつての「ガイドライン」には「法的脳死」という表現と、「臨床的脳死」、すなわち「臨床的に脳死と判断した場合」という表現の区別があった⁴¹⁸⁾が、2009年の法改正に伴うガイドラインの改正によってこの表現はなくなった。しかし、「脳死とされうる状態」という判断は、家族に対する臓器提供の機会があることの説明を行うタイミングを測る必要性から、なくなるわけではない。「法的脳死マニュアル」によれば、まず、「脳死とされうる状態」の臨床徴候が認められたときに、担当医師等はその正確な診断に努める⁴¹⁹⁾。

脳死判定の手順については、ガイドラインの「第6」に、「主治医等」と「コーディネーター」の遵守すべき標準的な手順を記している⁴²⁰⁾。第1に、法的脳死判断の前段階たる「脳死とされうる状態」の判断の段階である。この記述は「マニュアル」にも残っている。それは、「法に規定する脳死判定を行なったとしたならば、脳死とされうる状態」を指し、「適切な治療を行った場合であっても回復の可能性がないと認められる」場合をいう。マニュアルでは、除外例として、①生後12週未満の者、②急性薬物中毒により深昏睡、及び自発呼吸を消失した状態にあると認められる者、③直腸温が32℃未満の状態にある者、④代謝性傷害、または内分泌性障害により深昏睡及び自発呼吸を消失した状態にあると認められる者で、かつ、以下の状態が確認された場合。すなわち、①深昏睡、②瞳孔が固定子、瞳孔径が左右とも4ミリメートル以上であること、③脳幹反射（対光反射、角膜反射、毛様脊髄反射、眼球頭反射、咽頭反射、及び咳反射）の消失、④平坦脳波、が挙げられている。第2に、脳死と

418) これについては、井田・前掲「脳死と臓器移植法をめぐる最近の法的諸問題」ジュリスト1264号〈2004年〉16頁以下参照。そこでは、この二つに加えて「ガイドライン」(第7)にいう「一般の脳死判定」をも入れて三つの脳死概念が区別されている。「一般の脳死判定については、従来通りの取扱いで差し支えない」とされている。

419) 平成22年度「法的脳死マニュアル」1頁参照。

420) 前掲ガイドライン4頁以下参照。

されうる状態と判断した場合には、担当医が、家族等⁴²¹⁾に臓器提供の機会があること及び承諾に係る手続に際しては担当医師以外の者(……)による説明があることを口頭または書面により告げる。次に、「説明を聴くことについての家族承諾」があり、「法的脳死判定」に移る。その「実際」について「マニュアル」で、法的脳死判定前の確認事項⁴²²⁾、前提条件の確認、除外例、深昏睡の確認、瞳孔散大、固定の確認、脳幹反射消失の確認、脳波活動の消失の確認、自発呼吸消失の確認(無呼吸テスト)⁴²³⁾について規定する。さらに、「判定間隔」として、「第1回目の脳死判定が終了した時点から6歳以上では6時間以上、6歳未満では24時間以上を経過した時点」で第2回目の脳死判定を開始する⁴²⁴⁾。

「法的脳死の判定」については、第1回目および第2回目で「すべての項目が満たされた場合、法的脳死と判定する」⁴²⁵⁾。「死亡時刻は第2回目の判定終

421) なお、ガイドラインでは、「脳死の判定を行うことの承諾に関して法の規定する『家族』の範囲についても、上記『遺族』についての考え方に準じた取扱いを行うこと」(第3、2)とされる。遺族の範囲については、後述(「XI. わが国における臓器移植システム」)参照。

422) 判定医自身が確認すべき「法的脳死判定前の確認事項」としては、①意思表示カードなど、脳死判定に従い、かつ臓器を提供するという意思を示している本人の書面(存在する場合)、②法的脳死判定対象者が18歳未満である場合には虐待の疑いがないこと、③知的障害等の臓器提供に関する有効な意思表示が困難となる障害を有する者でないこと、④臓器を提供しない意思、および脳死判定に従わない意思がないこと、⑤脳死判定承諾書(家族がいない場合を除く)、⑥臓器提供承諾書(家族がいない場合を除く)、⑦小児においては、年齢が生後12週以上(在胎週数が40週未満であった者にあつては、出産予定日から起算して12週以上)である。

423) 自発呼吸消失の確認は、無呼吸テストを行って、自発呼吸の全く見られないことを確認するものである。

424) 6歳以上の脳死下臓器提供を前提とした法律に基づく脳死判定は、旧厚生省(現厚生労働省)脳死判定基準に則ったものである。一方、6歳未満の小児からの脳死下臓器提供を前提とした法律に基づく脳死判定は、平成11年度厚生省小児脳死判定基準(平成21年度改訂)の使用が基本となる。さらに、「法的脳死判定の判定医資格」および「脳死下臓器提供の施設条件」が定められている。

425) 「法的脳死の判定」は、2名以上の指定医で実施し、少なくとも1名は第1回目、第2回目の判定を継続して行う。第1回目の脳死判定ならびに第2回目の脳死判定ですべての項目が満たされた場合、法的脳死と判定する。死亡時刻は第2回目

了時とする」⁴²⁶⁾。

(未完)

↘の判定終了時とする。

426) 前掲マニュアル17頁参照。なお、以前には、次のようにいう論文もあった。「臨床医学的脳死が実際に問題になるのは、人工呼吸器を装着している場合であるから、自発呼吸が永久的に停止した最初の瞬間を認知するのは困難なことが多い。そこで止むを得ず、自発呼吸停止およびそれ以外の判定基準が揃ったことを認知した最初の時点を脳死（個体死）の時点と判断せざるを得ない。この意味で確認基準から観察時間を除いた条項が判断基準になるのである。もし都合よく自発呼吸の永久的停止の最初の時点が認知されていたとしたら、その時点を脳死（個体死）の時点とすべきである。このように、脳死の時点の判断はかなり不正確で大きな誤差を伴うが、それでも脳死確認の時を脳死（個体死）の時点（時刻）とするよりは、少なくとも観察時間の長さだけ過去に溯り、それだけ真実に接近するわけである」と（大谷勲「脳死、法医学の立場から——とくに死亡時刻について」日本臨床麻酔学会誌7巻6号（1987）484頁以下、とくに、493頁）。