

不可逆的脳死の歴史的普遍性

——反脳死論の論理破綻——

長 井 圓*

- I はじめに——問題の所在
- II 死の判定をめぐる医学史
- III 死の定義をめぐる方法論
- IV 脳死判定基準とその批判
- V 4つの反脳死論の死生観
- VI 脳死と臓器移植との関係
- VII 長期的脳死をめぐる論争
- VIII 刑法学者の反脳死論
- IX むすびに——残された問題

I はじめに——問題の所在

1. 死の人為性と医療不信

脳死を人の死とする概念と基準は、今日では世界的に承認されて実務を支配している。人は、生命体として誕生する以前から常に死に向かって歩んでいる。この自然法則に逆らうのが医学の治療（いわゆる蘇生延命術）であり、その成果が統一的に死を認定するための全脳死基準の確立であった。すなわち、治療による死の阻止によって、死は、単なる自然から人為の出来事に変容した。心肺（呼吸・循環）の「機能」だけであれば「人工」の心肺装置等によって長期間にわたり代替・維持されうる。それでも「全脳不全」

* 中央大学法科大学院フェロー（中央大学法科大学院教授 2017 年 3 月定年退職）

(回復不能な脳死)が既に発生していた。ここでは、改めて「生命の本質」(治療義務の限界)が問われ、生とを分かち「死の概念」が世界で合意・確立された。その「判定基準」が全脳死であって、これに適合する厳密な「判定方法」(診断・検査)により死が認定される。

その顕著な成果の1つが移植医療による延命であった。その結果、皮肉なことに、延命技術が発達する程に医学に対する市民の不安と不信(臓器摘出で殺される。)が募っている。札幌医大での日本最初の心臓移植の実施と移植を受けた患者の死亡(1968)¹⁾によって、脳死と移植医療に対する不信感が生まれたとされている。しかし、この和田心臓移植は、臓器のドナーの死が「心臓死基準」で判定された不起訴の事件であったことに着目しなければならない(心臓死基準に立てば医療過誤等が生じないわけではない)。市民は、心肺停止の人工呼吸による復元と移植で救命される「生命の至福」を無視して「死への恐怖」のみが増幅されて、脳死を敵視したのにすぎない。もしかすると、日本人は、世界一几帳面で一方的な要望も高い反面として、内向きで相互の不信感も根強いのかも知れない。「嘘の絶対的禁止」(I. Kant)ではなく、「嘘の効用」(末弘厳太郎)が強調されるように、わが国の文化では、虚偽と真実の隠蔽とが、政治の世界に限らず一般化して「大局」が見失われている²⁾。アメリカの幼児向け図書には、北朝鮮と日本では脳死が人の死として認められていない、と書かれている。ドイツの専門論文でも、インド・北朝鮮・日本では全脳死基準が承認されていない、と注記されている(唄孝一の論文が援用されている)³⁾。

確かに、日本では、臓器移植法6条(「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。)で、全脳死基準が不完全とはいえ採用されている。それでも今なお、刑法の教科書ですら脳死への疑義と誤解を示すものが多数ある(心臓死基準の絶対化と死の相対化)。政治・経済・文化の退行が法律学にまで浸透したのであるか。この驚くべき理論状況は、おそらく日本特有の現象と思われる。

どの国においても反脳死論「生理現象説」(少数説)が激しく主張されてきた。ドイツでは、エアランゲン・バイビー事件(脳死した妊婦の体内で胎児が一定期間生存した事例)⁴⁾を契機として、既に実務で定着していた全脳死基準への市民の疑念・不安が高まり、脳死の受容について政党間の対立にまで発展し、同盟90・緑の党は「脳死概念」を放棄し臓器摘出には「狭い同意方式」(本人のみの同意要件)とする移植法案を提出したが、1997年に成立した移植法では「全脳死基準」と「広い同意形式」が採用されて法的には決着するに至った⁵⁾。また、アメリカでも、ハーバード基準(1968)への疑義が当初

より示され、後には「長期的脳死」（人工心肺装置の下で幼児が10年以上も成長し続けた後に心停止に至った事例もある。）につき、UCLAの内科神経医学者D. A. Shewmonが反脳死論を展開し、全脳死基準が動揺したため、2008年の「米評議会白書」において、全脳死の概念が再定義され確立されるに至った⁶⁾。こうした経緯から現在の医学及び法学では、全脳死基準が完全に安定化している。ここで決定的な問題は、仮に人の死が脳死であることを否定した場合、一体どのような「安全で確固」とした死の「統一的」な概念・基準がありうるのか、にある。それはありえない⁷⁾、というのが本稿の論題である。

2. 脳死論の再整理

日本の奇しき現状に鑑みて、ここでは脳死論について若干の再整理を行う。肝要なことは、第1に、歴史を遡ると、近時に至るまで、「死」は自明のものとされ、その「概念」自体が実は存在しなかった。例えば、死の三徴候判定とは、医学ではなく刑法学に由来する名称であるが、そもそもなぜ三徴候が揃うと「死」なのかは明らかでない。それは、単なる「検査・判定の方法」をいうものであって、死の「概念」ではない。また、「心臓死」にしても、血流循環の一時停止では足りず、それが心細動の刺激や人工呼吸等で回復可能になるが、その「不可逆性の根拠」（脳幹を含む全脳の機能喪失）が問われる⁸⁾。それは、死の定義・概念なしには根拠づけられない。三徴候（呼吸・脈拍の終止、瞳孔の散大停止・対光反射の消失等）に合致する現象を「死」と総合判定したにすぎない⁹⁾。そもそも「心臓死・心肺死」という名称は、延命治療の技術が発達した関係で精密な死期を判定する必要に迫られて、「全脳死」と対比されるようになったにすぎず、実は両者の異同が明確ではない¹⁰⁾。

第2に、「名称」と「実体」との関係が問われる。死についての名称（心臓死・心肺死・脳幹死・大脳死・全脳死・三徴候死など）が多数あることは、死の実体・概念・基準も複数あることを必ずしも意味しない。死の「名称」は多様であっても差し支えない。しかし、死に共通する「実体」としての死期は、およそ同一の人において、論理的に複数成立しえず、歴史的にも唯一なのである。人は誰でも決して2度死ぬことがありえない。人種・民族・地域の差異にもかかわらず、また死に至る経過（病状・事故）の多様性にもかかわらず、「死」は人（動物・生物）に等しく訪れる普遍的な生理現象であって、その連続過程に打たれる「区分点」なのである。

第3に、「脳死」は、その名称の新しさに反して、決して新しい実体ではなく、社会の伝統的な死の観念（死の不可逆性）の単なる精密化（「幅」のある事後的・回顧的判断から

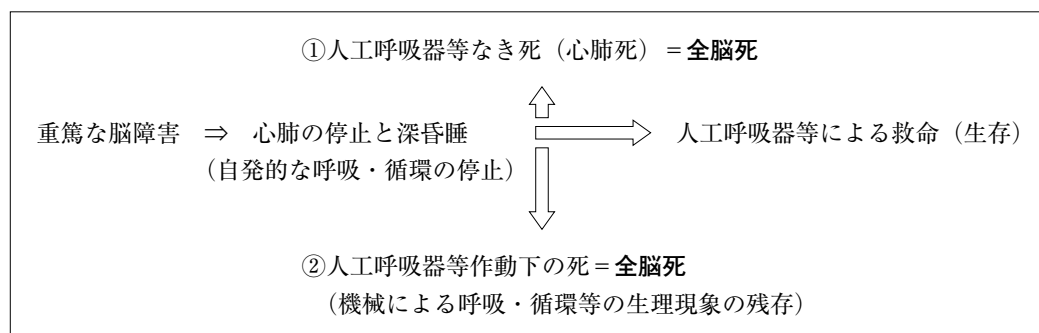
「点」としての行為時判断への発展)でしかないことである。

第4に、脳死基準は最大限の救命努力(蘇生延命術)の成果として発見されたのである(その史的概要は後にⅡで論じる)。治療の全人為的手段が尽きた後に初めて、やむを得ない自然事象として「死」が発生する¹¹⁾。それゆえ、脳死を人の死として否定すれば、人の生命の安全が確保されたりはせず、逆に危殆化に晒されよう。よって、脳死基準を排斥しても、当面これに代替可能な基準がありえないのである。全て人の死は、脳死に外ならない(一元的脳死概念)。

脳死は、心肺死の背後に隠れて、心肺と意識の機能喪失の不可逆性(回復不能)を決する基準であり続けた。その実体は、医療(蘇生術)の発展に関係なく、また臓器移植の成否にも従属せず、古代と現代とで何ら変わらない。死は、普遍的に人種・場所・時代を問わず、同一の事象(基準の充足)なのである。歴史的に大きく変動したのは、「死の実体または基準」自体ではなく、「死の阻止可能性」(医療技術)でしかない。この両者を混同する者は、誤りの迷路から抜け出ることができない。いかに脳死基準に反対しても、何らの実益がなく、人は誰でも皆脳死をもって死を迎える事実に変りはないのである。ただし、医療行為時における「死の判定方法」は、現在の知識・技術の制約下にあつて、完全なものではありえない。将来には、医療技術の革新によって、より確実な判定方法が可能になるかもしれない。しかし、われわれは常に時代の制約下にあつて、およそ今日不可能なことを誰にも要求しえない。時は救命を待たないのである¹²⁾。

3. 死の機序

死の機序を図式化すると次のようになる¹³⁾。



医学は、古典的には、そもそも疾病を治療するためのものであり、回復不能な死期自

体を判定することを目的としていなかった。死は、医学的にも回避しえず自然に委ねるしかない事象とされてきた。そのため、死の「不可逆性」は、その発生時点ではなく、その事後経過でしかない死後硬直、死斑腐食、白骨化などから、回顧的にのみ判定可能であった。それでも、死の判定方法が必要とされたのは、いわゆる蘇生術（人工呼吸）の発展により、死期（不可逆的な心肺停止としての脳死）に至るまでは延命ができるようになったからである。古き事後判定の場合には、生きている人が誤って葬られるおそれがあった¹⁴⁾。それゆえ、死の看取・確認や埋葬方法でこれを回避する伝来の慣習が今日まで残った。とりわけ死期の正確な認定を必要としたのが、人工蘇生装置の普及と臓器移植の実施である。生体からの臓器摘出が原則的に許されないとすれば、特に人工呼吸器等により呼吸と循環が維持されている状態での「狭義の脳死」（臨床医学でいう脳死）¹⁵⁾の正確な判定が、医師の治療義務を限界づけ、かつ新鮮な臓器を死者から摘出するうえでも不可欠になった（殺人罪の成否）。それゆえ、脳死基準は、心臓移植等を推進するために恣意的に操作されたものという疑念を招くことになった。しかし、全く移植を予定しない場合にも、人工呼吸器等による患者の救命が常に要請される。心肺死（三徴候判定による死）と呼ばれてきた伝統的基準も、その機能の不可逆性が全脳死に依存し、それに至らない限りは救命可能なのである。それゆえ、この両者を併せて「広義の脳死」という（脳死一元論）。要するに、死の基準（不可逆性）は、回復不能な全脳死に依存せざるをえない。全脳死に依拠しない古典的な心肺死は、昔も今も危い基準なのである。

II 死の判定をめぐる医学史

1. 基本的視座

脳は、人類史において無言の知られざる器官であった。そのため一般人の関心の対象外であり、脳と混同されて感得しやすい心臓（Heart, Herz）が「心の臓器」であると誤解され続けてきたようである。それゆえ、伝統的な医学も、心肺停止が個体死を決すると考えてきた。意識を失って外部からの刺激に反応しなくなったときには、脳の機能不全があるにもかかわらず、それに気づかなかった¹⁶⁾。心肺死の背後（不可逆性）にある脳死について、実体（脳死）と名称（心肺死）との不一致が伝統を支配してきた。これが脳死を新奇な概念・基準として拒絶する誤解が生じた一要因でもある。名称あるいは

外面的な生命現象に捉われると、反脳死論（生理現象説）に陥ることになる¹⁷⁾。

2. 古代——心の臓器

古代ギリシアの医師によれば、死は、肺・脳または心臓から始まり、心臓だけが「生命の魂」を生み出す「生命の座」とされた¹⁸⁾。魂（心・意識・知覚などの精神活動）が脳に由来することまでは知られていなかった。そうすると、「心臓死」という名称の実体は、ほぼ同時に「脳死」でもあったことを否定しえない。とはいえ、医の倫理の創立者ヒポクラテス（BC460 頃～BC370 頃）は、理性・感覚及び動作を脳に位置づけていた¹⁹⁾。他方、心臓死といっても、心臓（心拍動・血流循環）と肺（自発的呼吸・酸素吸入）の機能のどちらが根本的なのが問われる。ヘブライの伝統では²⁰⁾、呼吸（息）こそが生命の根源であり、それは、キリスト教を通じて、中世にも強い影響を与えた。わが国でも、人の死を「息を引き取る」と表現する伝統がある。それゆえ、「心肺死」と呼ぶべきであろうが、その「不可逆性」の根拠が問われる。

3. 中世——仮死者の埋葬

中世において、主流の思想ではないが、Maimonides（スペイン生まれのユダヤ人で律法学者・内科医（1155-1240））は、頭が生命維持に重要であると主張し、鶏のように断頭された身体はなお動いていても死んでいると考えた²¹⁾。この時代には、処刑・動物の屠殺などを観察する機会が日常的にあり、そこから素朴な脳死観念の生まれる経験的基礎があった。また、キリストによる漁夫ラザロの蘇生秘跡（聖書）にまで立ち帰らずとも、溺死者が息を吹き返すこともあると一部には知られていた。当時のユダヤの慣習では、家族等が死体と3日間直面して生命徴候の復活の有無を検証していたが、それは仮死者の誤った埋葬を避けるためであった（わが国の通夜の慣習にも同じ趣旨が認められる。また、現代各国の埋葬法でも、死者の埋葬には一定の時間的制限が設けられているのが通例である）。しかし、1348年の黒死病（ペスト）等の疫病の流行により、そのような死の観察・看取りの実施が困難になり、大衆は生きたまま埋葬されることの恐怖にさらされた²²⁾。

4. 18 世紀——人工蘇生による心臓死（心肺停止）の可逆性

1740 年には、デンマークの解剖医 J. B. Winslow による「死の標識の不確実性と土葬

の危険性」に関する論文が全ヨーロッパに頒布され、医師による死の診断への信頼性が欠けた結果、「早すぎる埋葬」についての公衆のパニックが拡大した²³⁾。これを時代背景として、後に Edgar Allan Poe の「アッシャー家の崩壊」(1839) の作が生まれた。さらに、生死を区別する医学的専門家への大衆の不信を強化したのは、皮肉なことに手動(用手)の「人工呼吸の発見による蘇生可能性」であった。1780年代には、呼吸復元の技術が急速に広まり、そこから、Mary Shelly 作の「フランケンシュタイン博士」(1818)は、移植と生死の区別に関する倫理的問題と不確実性を暗喩しつつドラマ化したものであった²⁴⁾。

こうして、「蘇生」または「仮死」という用語は、伝統的な意味での心肺死の「不確実性と可逆性」を前提とする。この不正確な表現・「人工蘇生技術」の医学的大発見が、従来の心肺死の不可逆性やその判定方法に重大な疑念と再考を迫ったのである。すなわち、死は、単なる「自然の生命現象」の終止ではなく、医師の治療如何に依存する「人為的事象」へと変化したのである。

ここで初めて死と医との不可分な関係が生まれた。その医学的対応は、2つ考えられた。第1は、意識・呼吸・脈拍のない身体が延命・快復されるという事実は、心肺の生理学的機能が生命に必須のものではない、とする理解(心肺基準への懐疑)である。第2は、伝統的な死の判定基準自体の誤りではなく、判定検査方法の技術的不備によるものである、とする理解である。後者の理解に基づいて、呼吸検査の方法は、鼻に蠟燭・鏡・羽毛をあてがったり、微弱な心拍を把握する方法として、胸の上に液体入りの容器を置いたり、特に平坦脳波・脳幹反射テストの古い前身として、昏睡から覚醒させるために耳にトランペットを吹鳴すること(1788)などが注目に値する²⁵⁾。とはいえ、結局、「遺体の死後硬直及び腐敗」のみが、確実な死の判定方法として一般的な承認を得たのにすぎなかった。これは、18世紀以前の自然(命運)に委ねた「死の事後的な不可逆性の判定方法」(延命に役立たない判定)への回帰を意味する。

他方、スコットランドの医師 William Cullen は、神経生理学に依拠して次のように提唱した。「生命は、心肺活動の停止で直ちに終止したりはしない。動物の生きている状態は、心肺活動自体から成り立つのではなく、特に神経の一定条件に依拠しており、それによって動物は感受・反応できるのである。それゆえ、この生命条件こそが、動物の生命原理であると厳密に呼ぶことが許される」(1784)²⁶⁾。加えて、「脳死の概念」がフランスの Xavier Bichat (1771-1802) によって刻印づけられ、脳死、心臓死及び肺臓死の相互依存関係が言及されていた(1800)²⁷⁾。

5. 19 世紀——死の判定技術と神経生理学の発展

19 世紀になると、1819 年に Laennec による「聴診器の発明」があり、神経筋肉機能の電気検査も技術的により進歩した。当時の死の診断方法は、15 以上の個別検査手続を結合して生命機能の終止を確認するという「総合的判定方法」(shotgun approach)であり、1880 年代には、専門職の正統的慣行として確立した²⁸⁾。要するに、当時の医学的通念は、伝統的な心肺死判定基準を踏襲し、その判定方法の改善に努力してきた。これを引っくり返したのが、Schiff によって初めて実施された心停止患者の胸部開披心臓マッサージによる心拍の再生であった(1874)。このことは、真の心停止が即時または確実な死を意味するものではないことの劇的な証明であった。このような事例は、現代から見れば、「脳死」に近接する状態であると診断され、少なくとも一定の状況下では心肺機能死(不可逆性)の妥当性に疑念を投げかけたであろう²⁹⁾。

6. 20 世紀——心拍を伴う脳死の神経学的発見

20 世紀には、アメリカの脳神経外科医 Cushing が外科手術での人工呼吸中に「心拍を伴う脳死」を発見した(1902)³⁰⁾。また、近代の神経生理学概念の創始者である Sherrington が、有機体全体の生命とその構成器官の生命とを分つものは、これらの「器官を統合・調整する生命力」であり、その多くが「無傷の神経系統」に依存する能力であり、それが生きている個体を限界づけるとした(1906)³¹⁾。この「生命の統合性」理論が、後には「脳幹等の脳機能」と結びつけられて、「脳死」の概念・基準を基礎づけることになった。

20 世紀の初頭には、Carrel が身体外の人工手段を用いて細胞組織及び臓器の培養技術を開拓し、適切な看護をする限り「人間の細胞」は死なない、と論じた。1940 年代には、首の切断された犬の頭部と胴体の別々の生命を維持することが可能になった³²⁾。その応用として、1954 年には、拒絶反応のない一卵性双生児間で最初の生体腎移植が行われた。この出来事も、生命の定義を一層複雑化した。しかし、神経生理学によれば、これらの臓器の摘出と移植の実験は、脳こそが個体の生命を構成する統合活動の根源であることを強く示唆したのであった。この間、1929 年には、電気脳波計測 (EEG) の発展により、直接に脳機能の測定ができるようになった。また、ロシアの科学者は、新たな蘇生方法として、冷温を保つことで人間を含む動物を一定時間延命できることを発見

した³³⁾。こうして、1890年代以来、脳障害（不全）の患者の心肺機能が「人工呼吸の継続」によって維持しうるが、その「意識」（脳の機能）までは決して戻らないことが知られていた。さらに、1937年には、法医学者・浅田一は、「身体は脳神経によって制御されているので脳の働きがなくなったときを我々は全身の死という」（脳死説）と宣明していた³⁴⁾。

特筆に値するのは、1959年のフランスの神経科医 Mollaret と Goulon の功績である。それが人工呼吸器による蘇生・延命の限界点としての“coma dépassé”（超昏睡、深昏睡を超えた状態）の発見であり³⁵⁾、そこから1968年のHarvard脳死基準への展開が生まれた³⁶⁾。ドイツでも、1963年には神経外科医 Tönnis と Frowein は、「脳血流の停止状態」こそが死の時点であると評価されるべきと表明し、1966年には Spann と Liebhardt が脳死を人の死とすることに賛意を表明していた³⁷⁾。また、1967年12月には、南アフリカのケープタウンで Chr. Barnard によって世界初の心臓移植が実施され、生命の重点は自動能のある「心臓」から代替・回復の困難な「脳」へと移されることになった。

このような蘇生延命技術の急速な進展は、生死の限界に関する法的問題にまで波及した。アメリカの裁判所は、心臓と肺の生命徴候が維持されている限り、昏睡患者は生きてると初めて判断した（1950, 1958）。また、1963年のポッター事件は、人工呼吸器で維持された脳障害患者から移植用に腎臓を摘出したイギリスの医師に関するものであったが、当時の死の法的定義・判定基準は明確でなく混乱していた³⁸⁾。それゆえ、1968年には、ハーバード大学の委員会が初めて「脳死」の本格的な判定基準（判定方法）を創設したものとして、その「全脳死基準」が世界的に広く知られることになったが、その「理論的根拠」及び「死の概念」までも明示したものではない³⁹⁾。

7. 心肺基準・脳死基準と死の概念

(1) 史的概観によれば、死の観念と判定は絶えず不確実であって、「心肺の黄金時代」は決して存在しなかった（Tom Russell）。他方、ハーバード委員会で採用された基準については、多くの批判と曲解・誤解が噴出した。例えば、専ら功利的理由から、集中医療の限られた資源を有効利用するために、脳死患者を死者扱いしたものであるとか、臓器移植を推進したいがために、医学的なデータに依らずに脳死概念を操作したものである、というものである。しかし、前者の点は、医療資源が限られた中で多数の市民の救命を実現しなければならず、豊かな国でも貧困餓死者が少なからず存在する以上、功利的であるがゆえに非倫理的とは断じえないであろう。そこで問われるべきは、脳死を人

の死とすることにつき、医学的・哲学的・法的な合理的根拠があるか否かである。また、後者の点も、ここで決定的なのは、その委員会のメンバーの主観的動機如何ではなく、その専門的な卓見と技倆であって、臓器移植医療を推進することが患者になりうる市民一般の福祉増進に繋がるか否かという客観的な公共政策の是非にある。

いずれにせよ、脳死基準が臓器移植（新鮮かつ健全な臓器の摘出）にも役立つことは明らかであるが、それゆえに、この基準を不当な概念操作の策謀でしかないと断じることができない⁴⁰⁾。なぜなら、脳死の概念・判定基準は、この医学史の概観で明らかになったように、伝統的な心肺死基準の不確実性から発展して生み出された「救命努力」の所産なのであって、1968年に突如としてなされた奸計なのでは決してないからである。また、英米以外の先進国でも、医学的・法的に同様な議論が古くからなされてきたからである。

(2) 本稿の観点からして重ねて強調すべきは、自然科学的所与として「死の概念」を定立し「死期」を特定認定するには、方法論的な壁に直面することである。なぜなら、生物学的事実としての死滅は、個体の全細胞死に至る「連続的な過程」でしかなく、その中間には特定の時点（死期）がありえない⁴¹⁾。他方、「死とは生命の終了である」との定義は同義反復に等しい。そこで、「死の定義」には、その裏面である「生命の理解」が必要になる。その意義は、専門医学の技能を超えて哲学的に定まり、社会の「伝統的な通念・慣例」との調和が不可欠になる。また、特に死が自然・偶発の事象として心肺停止の時間的経過後の徴候で初めて不可逆であることが判明するのを待つ時代から、「人工呼吸器」に代表される人工心臓（ペース・メーカー）、脳低温療法などの集中医療の治療技術が進展する時代ほどに、死の到来は、個体の生命力の差異があっても、「医の人為」に従属する傾向が強まる（法的には「医師の治療義務」の限界）。これを医の自由裁量に委ねるわけにはいかない。それゆえ、軽重があってはならない生と死の決定は、生物学・医学の発展を基礎としながらも、これを超えた哲学的・社会倫理的そして法的な管轄での「総合的な規範的考量」へと重点が移ることを避けられない。そこでは、死の決定は、「存在」（自然的事実）から「評価」（価値的選択）の問題となり、未来を見据えたバイオ・エシックスの「当面」の公共的選択肢として「全脳死基準」が世界で今日妥当しているにすぎないともいえよう。

Ⅲ 死の定義をめぐる方法論

1. 死の理論的枠組

死の定義については、個別の論者に特有な個人の選択に委ねられるべき「死生観」がどうしても介入してくる。その論法なども多様になるため、その論争が噛み合わず無用な混乱に陥る傾向が強い⁴²⁾。その弊害を避けるには、「共通の論理的枠組」(方法論)を定めることが必要となる。それゆえ、①死の主体(誰が死ぬのか)、②死の概念(何が死であるか)、③死の判定基準(その死がどんな基準を用いて同定されるか)、④死の判定方法(臨床の検査・診断)(当該個体死がどのようにして判定されるか)、⑤その手続的規制という各段階(次元・平面)に区別される。その一例は1981年米国大統領委員会白書「死の定義・死の判定における医学的・法的・倫理的問題」に見ることができる⁴³⁾。その設定項目についても見解の差異(例えば、②と③とは密接な関係に立ち、③に④の具体的判定方法の基準も含めるならば、④は判定の「実施」(証明)を意味するものとなる。)があるが、②と④との区別が最小限必要になる。その先行するレベル(平面)と後行するレベルとは相互に各内容を拘束する論理的関係に立ち、その次元に応じて医学・哲学・法学などの管轄権能も区別される。ドイツでは、④は医学の専権だが、①・②・③・⑤は、生物学・医学を基礎としながらも、最終的には(刑)法の役割であるとされることが多い。

2. 死の主体

死の主体については、「人」であることが自明なので、かかる次元を認めないで「死の概念」に含める論者もある。しかし、何よりも人(生物)とサイボーグとロボット(機械)との区別が決定的である。また胎児のみならず、人クローン、人と動物とのハイブリッド(キメラ)など「人の限界」が問われる。

少なくとも、人の「個体の死」と「臓器・細胞の死」との区別が不可欠である。より実際的な問題としては、「人」について、①生物としての「動物」と共通する基準を前提とすべきか(生物学的・医学的方法)、それとも②他の霊長類とも区別される高度な知覚言語能力を備える「人」(人格)に固有な性質自体を基準とすべきか(人類学・哲学的方法)については、見解の対立がある。後者を基準(対象)とすれば、特に「大脳(皮質)」

による死の概念ないし判定基準と結びつき易い。しかし、死の判定には、解剖学的な脳の各部自体は必ずしも決定的ではない⁴⁴⁾。人の意識・感覚・思考・身体運動に関しては、大脳と脳幹などとの機能が相互に関連する。これを明確に区別して判定することが、「医学的技術」（神経学的・生理学的な判定方法）として臨床的に困難であれば、大脳または人格に着眼する見解でも、その判定基準は「全脳死」となる⁴⁵⁾。

脳が重視されるにせよ、a. ドイツ法の通説は、人格（個人に共通な特性）または「人間の尊厳」をも前提とする「全脳死」の概念・基準を採用する（規範的二元論）。これに対して、b. 英米法では、「人」も「動物」の一種であるとしたうえで機械とは区別される「生命体の自立性・独立性」・「生命の自律的統合」を重視しつつ、「脳幹死基準」（英国）または「全脳死基準」（米国）を採用するのが通説である（生理学的一元論）。そこでは、生物としての生死に人と動物とには本質的差異がなく、可能な限り「価値評価」を排除すること、「人種・人格の差別」を否認すべきことが不動の倫理として考慮されている（「生きるに値しない生命」の排斥）。

3. 死の概念

死の概念については、「人」（Person）または「動物たる人」を対象として、「生命の原理」・「生命の構成要素」は何であるかが論じられる。それゆえ、生物学・医学を超える生命倫理・哲学・法学による考察つまり「生命の機序」（死の不可逆性）と「社会的伝統」（慣例・通念）との一致が不可欠となる。ただし、「社会的伝統」と「社会的合意」とは、混同されてはならない⁴⁶⁾。

(1) 前記のように、「有機体の個体としての死」と「その個体を構成する個別の臓器・組織・細胞の死」とは区別されねばならない。それゆえ、心・肺・脳の主要器官の「個別機能とその相互作用」が他の器官・組織ひいては「有機体としての生命」に及ぼす系統的メカニズムが問われる。例えば、脳幹が機能不全ゆえに「脳死」と判定されるときに、それが「個体死」と同定されうる合理的根拠（例えば、脳幹中枢が「意識」及び「肺」を統合・調整する自律神経機能）が医学的にも法的にも不可欠になる。

(2) 「心臓死」が人の死であるとされるのは、心拍の循環機能が停止して、肺・脳などの組織細胞への血液（酸素・水分・栄養など）供給が欠損すると、これを構成する細胞の自己溶解・死滅が始まる結果として、その個体全体の生命機能も阻害されるからである。その際には、「心臓の自動能」つまり脳幹の指令を受けなくとも一定期間（酸素・ブドウ糖等の供給により心細胞が生きている限り）拍動を保つことが重視される⁴⁷⁾。しかし、

心停止の可逆的なことが心拍復元や心臓移植の可能なことから明らかである。心臓は移植で代替可能なことから生命の中心とはいえない。そこで、心臓が生命機能（自動能）を持続しうるには、肺の外呼吸による酸素と炭酸ガスとの交換が不可欠であることに着眼すると、「心肺死」が人の死とされる。さらに、その肺の「自発呼吸」及び「意識」の「不可逆的終止」が脳幹の自律神経中枢機能に依存することに止目すると「脳幹死」（脳幹機能の欠落または神経細胞の融解・壊死）が人の死となる。これに加えて、「人格」（主体）に関わる思考・記憶・運動の能力などの機能も含めて一体として「大脳皮質」の機能欠落などを包括すると、「全脳死」が人の死とされる。この限りで、全脳の「代替不可能性」ならびに「生命の自律活動に不可欠な機能欠損の不可逆性」が人の生死において重視されている。

(3) 死の「概念」と「判定基準」とは密接な関係に立つ。有機体の生命活動の独立性・自律性を何よりも重視するイギリスでは、「脳幹の機能欠落」こそが決定的とされるので、これに依存する大脳の機能は副次的なものでしかない。それゆえ、平坦脳波の測定（EEG）は「判定基準」とはされていない。他方、アメリカでは「全脳死基準」が採用されているが、EEGの利用が医師の裁量に委ねられているため、病院の実務ではEEGが判定技術の困難もあって実施されないことが通例である。そうすると、その実質は「脳幹死基準」と大幅には変わらないことになる⁴⁸⁾。

その生物学的・医学的な「概念」の定義・説明には、身体の諸機能の重要性について「選択と価値」が介入することを排斥しえないことにこそ、留意が必要である。いずれにせよ、人工呼吸器、人工心臓、投薬・栄養補給などの集中医療下において決定的な問題は、「生物」（個体の自律・独立性）と「機械」（人為的・他律的な作動）との限界づけにある。

4. 死の判定基準

死の判定基準は、死の概念を前提とした帰結となり、死の判定方法を拘束するが（基準との適合性）、同時に判定方法の「医学技術的限界」（臨床的診断の可能な主に「神経学的検査方法」の現行水準）に拘束される。そこに一定の不確実性が残るものの、他の代替方法が技術的に欠ける限り、現状では、これを甘受するしかないのである。

(1) 死の概念として「脳」・「心臓」・「肺臓」等の機能喪失による個体の生命力を欠落させる根拠と機序が定まると、それに応じた適合基準が定まる。医学を基礎にすると、一般には、人工呼吸器等の作動下では「全脳死判定基準」（脳幹を含む全脳機能の不可逆的喪失）⁴⁹⁾とそうでないときの「心肺死判定基準」との併用が認められる⁵⁰⁾。他方、

脳による各臓器・組織・細胞の統合または相互調整の機能に着目しつつ、一元的な理論づけをするときは、1つの「全脳死判定基準」の下で、2つの全脳死判定方法（脳死の直接検査）と心肺死判定方法（三徴候判定・脳死の間接検査）とが併用される。この2つの判定方法は、技術的細部では異なるが、主要項目では一致する。要するに、自発的な呼吸・循環と意識の存否つまり「脳幹及び大脳の機能」の不可逆的消失が判定される。

(2) 全脳死基準にいう「脳幹を含む全脳の機能」の不可逆的「停止」（わが国の臓器移植法では6条2項）の意義については、留意を要する。

第1に、「機能の停止」であるから、それは必ずしも全脳の全細胞の「死滅」（壊死）を意味しない。機能の欠落から、それに相応する細胞群の死滅が想定されうるにすぎない。この点は、「機能死」と「器質死」⁵¹⁾との区別にも関わるが、後者は厳密には死後の剖検をしないと判明しない。この意味では、「判定」基準の殆んどが「機能の存否の判定」（神経学的基準）でしかない。

第2に、「全脳」といっても、解剖学的に分類される「脳各部」（大脳（皮質）・脳幹（中脳・橋・延髄を含む。）・小脳等）の全体（all brains, entire brain）を意味せず、脳を総体として捉えているから「全脳」（whole brain）と表現されている。そうであるからこそ、「全脳」の中から自発的な呼吸・循環と意識を自動制御する「脳幹」（自律神経中枢）が神経学的に抽出された表現になっている。これに対して、ドイツの移植法では、「大脳、小脳及び脳幹の全機能の回復しえない最終的な喪失」（3条2項2文）と定められていて、「大脳」と「脳幹」が共に重視されている。いずれにせよ、「大脳死」では足りないことが強調されている。このことから、「全脳の機能」といっても、「脳幹」に加えて「大脳」などの個体の生命・同一性に不可欠と考えられる主要機能のみが検査対象になっているにすぎない。例えば、「小脳」自体の機能は、運動能力に関わるとされているが、深昏睡時には測定不能でもあり、必ずしも直接の検査対象とはならない。

第3に、以上からして、「全脳の機能」が消失して不可逆になるときでも、なお脳細胞は少なからず生きており、一定の自律神経機能の残存も否定しえない（この点は心肺停止後の状態でもほぼ同様である）。よって、各項目の脳幹反射テストに加えて自発呼吸能力の存否確認のテストをした結果、全脳死と判定されても、集中医療で人為的に呼吸・循環の機能が良好に支援・保全された昏睡状態の身（遺）体には、その人工呼吸器等による心肺の維持作用によって他の臓器・組織の細胞も生かされているので、なお一定のホメオシタシス（生体の恒常性）が残存するのも当然であろう。それゆえ、個体の「生命の自律的統合性」判断⁵²⁾にも、身体（特に脳幹・大脳と心・肺）の諸機能の重要性・代替性をめぐって「価値判断」の対立が生じることになる。この問題は改めて検討され

ねばならない。

5. 死の判定方法

(1) 死の判定方法（実施されるべき検査・診断の項目、証明）として、特に重視されるのは「無呼吸テスト」であり、脳幹の機能（自発的呼吸能力）を判定するうえで不可欠であるが、反脳死論者の立場からは、その検査方法の危険性（生命侵害性）が強調される。しかし、生命の具体的危険がある限りテストを控えなければならないことは当然である一方、あらゆる医療・診断の技法が一定の許されたりリスクを伴うのを避けられないから、最善を尽すべきではあっても、必ずしも重要な争点とはいえない⁵³⁾。むしろ、無呼吸テストを実施項目に加えていない外国の事例では、その原因は不明であるにせよ、患者の内的意識として医師が執刀準備をしているのを感知したが、声を出して拒絶する身体反応をなしえなかったため殺されるところであったというような体験談すらある。

(2) 特に問題となるのは、「意識」（深昏睡）の有無の判定である。外部からの強い刺激に反応・応答がある限り、「意識」のあることは認定しうるが、応答・反応がないからといって、反応を表示不能だけで「内的意識」までもないとは判定しえない。そこで、「脳波図形」（EEG）や器質死説からも要請される「脳血流の有無」の検査実施が問題になる⁵⁴⁾。それでも、脳幹深くの微細な神経機能及び脳幹自体の血流までは確実に捕捉しえない。また、投薬の昏睡作用が残ることもあり、慎重な判定が要請される。これらの点を強調して「脳死基準」に基づく神経学的判定方法には欠陥があるとするのが、反脳死論の立場である。しかし、そもそも脳死基準は、脳細胞の完全な器質的破壊（壊死）までは、脳外科手術等の場合を除くと、それ自体が観察不能のため、本来的に判定不能である。また判定方法として要求しなくとも、他の多数の検査を競合実施すれば、生命力に影響しうる機能を捕捉しえないことはない、と考えられている。すなわち、要件とされる全検査を反復実施して全基準が充足されながらも、自発呼吸と意識とが回復することは、その累積した事例からして皆無であるとされている。

(3) 全脳死と判定された事例の中には、ラザロ現象等の身体動作（診断中の遺体が起きあがって看護師等に抱きつくような仕草を示す例も頻繁に見られるという。）は、脊髓反射でしかなく、脳幹機能が脊髓ないし腸に代替されるのではないかと推測されているが、脊髓が生きているため当然に生じる現象であると解されている⁵⁵⁾。いずれにしても、医学はどんなに進歩しても、その「現状の医療水準の壁」という技術的限界を乗り越えることができない。「その克服される未来を待つ」というのも、一つの価値的決断なので

ある。現状の不備・欠陥ゆえに「患者の救命とその技術の開拓・発展」を放棄・断念しえないからである。しかし、正に生命の維持が問題になっているからこそ、救命可能な全ての治療方法を尽くすことが前提となる。それでも、個別の事案では、時間的・空間的な障壁が生じることがあり、また法的規制がなされても医学的水準、医師の技術・経験、施設・装備による一定の事実上の差異が介在することを排斥し得ない。それに応じて患者にも運・不運が生じるが、ユートピアでない限り、これを回避することは不可能である。

Ⅳ 脳死判定基準とその批判

1. 脳死に至る2つの過程

(1) 狭義の脳死——医学的に通例の場合「脳死」とされるのは、「人工呼吸器等」⁵⁶⁾の蘇生延命医療で呼吸・循環の生理状態が人為的に維持されているにもかかわらず、回復不能な全脳不全に至ったものをいう。反脳死論の対象とされているのは、人工蘇生手段下での死の認定というアンビバレントな「心拍を伴う全脳不全」の状態である。

(2) 旧来の脳死（心肺死とも呼ばれる。）——自発的な呼吸・循環の停止と意識の喪失が復元しなかった場合に、いわゆる三徴候判定方法により事後的・間接的に判断される脳死状態である。心肺停止後の呼吸・循環の欠落後、最初（最大限10分以内）に死滅するのが、血流の集中し酸素・ブドウ糖の欠乏に脆弱な脳であり、その自己融解・壊死した神経細胞（ニューロン）の復元・再生は困難である。これが脳死の不可逆性を基礎づける（ドイツの移植法では、心肺停止後の最小3時間経過を要件として不可逆性を担保している）⁵⁷⁾。その時点後は、全く人工蘇生による意識・呼吸・循環等の機能回復が不可能になるが、脳以外の心肺・肝・腎等の臓器・器官自体は一定時間とはいえ生きているので、この場合にも臓器移植の対象になりうる。

狭義の「心拍を伴う脳死」も、この死の不可逆性の点では全く同一であるにもかかわらず、人工的な呼吸・循環の維持のために、その実体（自律的生命現象の終止）がヴェールで隠されて露呈しない。そのため、外面の生理現象に止目する懐疑論者または「生命は専ら自然的事実であって、ここに評価を介在させてはならない」と解する（メタ基準）論者は、これを死とすることに激しい抵抗を示してきた。しかし、仮に心停止を常に死の充分条件とする「形式的心臓死」基準のみを残すとしても、そもそも現代の先端

医療によれば、その三徴候判定は、不完全な不可逆性判断であるとされている。心肺停止・瞳孔散大の状態でも、AED・人工心肺装置に装着して、適切な救急医療・集中医療を継続すると、生命が維持され、社会復帰も可能な例が増加していると報告されている⁵⁸⁾。この意味でも、心肺死基準（三徴候判定）を絶対視して、これに回帰することはできない⁵⁹⁾。心肺死基準が死の判定基準として妥当しうるのは、上記のような延命手段の方途が明らかに無効または物理的・空間的・時間的に実施不能か、本人等により拒否されている場合に限られる。

2. 狭義の脳死後の生理現象

いわゆる全脳の機能が回復不能であって不可逆的に停止するときでも、個別の脳神経細胞等は少なからず生き残っており、一定の脳機能の残存も否定しえない（しかしこの点は心肺停止後に生ずる不可逆的脳死においても同様である）。自発呼吸の確認テストをした結果、その復元不能ゆえに全脳死と判定されても、集中医療で人為的に呼吸・循環の機能が良好に保全されており、その結果、脳以外の臓器・組織その他の神経細胞の一部も生かされている。よって、一定のホメオスタシスがなおも残存し、生理現象として、体内での胎児育成の維持（エアランゲン・ベビー事件）、低体温の維持、ホルモンの分泌、執刀時の血圧上昇、創傷の治癒、長期脳死状態での身体の成長、ラザロ現象等の脊髓反射による動作が観察されるのは、救命目的の人工的な心肺機能維持に随伴する医学的に必然の生理現象なのである。また、移植目的の場合には心肺等の血流が維持されることの結果でもある。

3. 生理現象説の当否

(1) ここに蘇生医療の技術的な進歩による医学の二律背反が生じる。その決定的論点は、そこに維持されている多くの生体機能が患者の「生命の自律作用」（特に脳幹による自発的呼吸）に由来するものでなく、その呼吸・循環の機能が専らその身体外からの機械・投薬及び医師らの「人為的な他律作用」に依存・従属していることをどう評価すべきにある。この外部（他者）従属的な「生理現象」は、外見は近似するものの、生物本来の個体に内在する自律的生命現象としてのホメオスタシス（個体の独立的な生命の自発的恒常性）とは本質的に異なっている。これが「生命の概念」（生物の本質・機序）からの帰結としての「脳幹を含めた全脳死基準」である。杖・義足・腎臓透析・心臓ペース

メーカーそして呼吸器などの人工的な生活補助手段を用いていても、そのみで個体内の生命統合性（自立性・自律性）が否定されることはない。しかし、「専ら全面的」に外部から人為的に作動させられているのであれば、その実質は単なる「機械」でしかない。この両者を截然と分かちのが「脳幹の自律神経中枢」による統合的調整（自発的な呼吸と循環による全細胞への酸素等の供給と老廃物の排出等による外界との交換関係、有機体としての自律性・自発的活動）の有無である⁶⁰⁾。

(2) これに対して、少なからず残存する「生理現象」自体を重視するのが、反脳死論（生理現象説ないし自然的事実説）である⁶¹⁾。しかし、これは、身体外部から人為的・機械的に維持・操作された「生命現象の近似値」でしかなく、生物に共有される個体内に「外部環境から独立して存在する自律的な生命現象」ではありえない。このような外部（他者）に専ら依存・従属する生命類似現象を「自然的事実」として「生命」と等置する「評価」は、有機的生命体と無機質の物体・機械との峻厳な区別を放棄する点で、生物学・医学・法学の越えることの許されない論理かつ評価といえよう。

すなわち、専ら人工心肺装置等により維持された呼吸と循環により実施される各組織・細胞における「酸素と炭酸ガスとの交換」で維持された「生理現象」の実体は、その蘇生手段によって隠蔽されているだけであって、そのヴェールを剥がすや否や空虚な遺体であることが露呈するであろう（脳幹機能喪失による心肺動の完全停止）⁶²⁾。

(3) これに対する反論として、たとえ機械・投薬・輸血など医師の助力によって「生命」が支援・維持されている状態であっても、それゆえに「生命」が否定されるべき理由は何ら存在しない。現に呼吸も心拍も備わり多くの生命徴候が明白に認められる身体状況は、正しく「生命」（自然的事実）として法的保護に値する。何よりも尊い生命であればこそ、ここに価値判断を介在させるべきではなく、「疑わしきは生命の利益に判断する」のが憲法の絶対的要請である⁶³⁾。生命を支える諸臓器の中で脳のみを「生命の統合器官」として特別視すべき理由はなく、血流による酸素等の供給が神経細胞の生存に不可欠である点で、脳も心肺等の他臓器との相互依存の関係にあって生命を構成しているにすぎない。人工透析や心臓ペースメーカーのような人工的代替手段を用いているからといって、その人が死んでいるとは決していわない。また、人工呼吸器の装着で直接に維持されるのは「横隔膜の活動」（脳幹機能の代替）のみであって、それによって「生命の統合」も「生命の自律性」も失われていないことは、たとえ人工的支持であれ主要臓器が健全に機能していることから明らかである⁶⁴⁾（ただし、この認識は誇張されている。脳幹の中枢神経細胞の果す相互調整の役割は「横隔膜の活動」のみではない。また、自発的呼吸による「酸素」等の全体細胞への供給という生命維持に根本的な役割が過少評価されている

る)⁶⁵⁾。

(4) これらの「生理現象説」・「自然的事実説」からの反論は、謙虚に受け止める必要がある。全脳死基準といえども、必ずしも絶対的な真理とは断定しえないからである。ここでは、「生命体の外部からの自立独立性」と「その生命活動の内的自律統合性」を強調する通説に対して、「自然的事実としての生命」のための「共同体における共存目的の相互協助」と「生命の最高価値の優越的保障」を国家倫理としつつ、生命の自立独立性や内的自律性が相対的なものでしかなく、脳と他の臓器との内的相互依存性からして「個体の生命の統合性」を専ら脳にのみ置くことの「差別的評価」の不合理性を反脳死論者が指摘している⁶⁶⁾。

そこで、ドイツの刑法学説（通説）は、このような「社会共存主義」・「相対主義」を嫌って、この争点を「哲学的・法的な措定」として脳死基準の妥当性を決した⁶⁷⁾。なぜなら、ドイツの基本法は「社会国家の原理」に依拠しているため、反脳死論の提示した論拠を十分に排斥することの困難を痛感したからであろう。しかしながら、この争点は、「個人主義・自由主義」VS「共同体主義・生命権の保障」という単純な原理的対立に還元・収斂させるべきではあるまい。この争点の背後には「保護に値しない生命という差別思想」の触れたくない問題がヴェールで隠されている。すなわち、生命の法的保護を全脳死でもって断つという通説は、結局のところ「保護に値しない生命という差別」・「生命に対する価値判断」（全体主義の価値観）を肯定・容認するのではないか。この疑念に正に直面しているのである。それにしても、この悩ましい問題も、原理的な帰結主義による解決に閉ざされている。つまり、ここにいう「措定」は、単なる形而上学または規範的評価だけでは決しえない生物・医学的合理性に定礎された現実的な政策問題なのである。終局的には、市民に安定した共存をもたらす死の概念基準とは何かが問われている。

4. 生理現象の維持と医療資源の公正な配分

アメリカにおいても、全脳死基準の採否に当り、集中医療資源の公正な配分が論点とされた。ここで医療の財政（金銭）よりも「生命」こそが優越するといった原理的批判は、空虚な理想主義ないし形而上学的思想でしかない。病院の集中医療の人員態勢・人工心肺装置数等の資源は有限なのである。これが一定の脳不全患者の終末医療で占拠されると、他の脳障害患者の救命に従事することが排除されてしまうという現実がある。また、所得格差の著しいアメリカにおいては、医療保険にも加入しえない者は、高額な医療費を負担しえない。それゆえに、集中医療（延命）を断念して人工心肺装置の切断を選択

せざるを得ない。さらに、不可逆的脳死に至らない心肺停止の段階での臓器提供に踏みきる家族が多いのである。いわゆる植物状態での「尊厳死」（殺人）の許容性が問われたカレン事件等の背景にも、担いきれない莫大な継続的医療費という経済問題（家族の生活窮乏）が潜んでいた。幼児から成人に至る「長期脳死」という通常ではありえない事件も、集中医療下での生命維持装置の長期施用で生じた全費用が、私費で賄われるのであるとすれば、貧者には閉ざされた「不平等医療」である。ここでは、同時に、患者の「生活の質」（最善利益）の観点から「過剰医療の当否」（レスピレータの「空ぶかし」の是非）が問われている。

ドイツでも、1日数千ユーロとなりうる高額医療費の問題が指摘されている⁶⁸⁾。その金銭を他に振り向けたならば、どれだけ多数の市民の生命・健康を保持できるか。わが国でも新自由主義への政策転換の下で“safety net”が十分に構築されているとはいえず、児童を含む貧困者層への福祉が行き渡っていないことが国際比較により指摘されている⁶⁹⁾。それでも、「生」を「死」と断じることが、決して許されない。

5. 生理現象と「疑わしきは生命の利益に」の判断

今や呼吸・血流が人工的に維持され酸素・栄養が組織・細胞に供給されているが、自発呼吸能力を欠き昏睡から意識の回復がありえない全脳不全の患者を「生きている」とみなして集中医療を持続することの当否こそが問われる。かかる一定のホメオスタシスを示し外見上は「生命」とも見られる生理現象は、いわゆる植物状態（失外套症）とは異なる。それは、大脳死に類する状態とはいえ、自発呼吸があり、再び回復する可能性が稀ながらも残存する点で、全脳死・脳幹死とは厳然と区別されねばならない。人工的代替手段を装着した場合の「生命の限界」との関係では、大脳は「人格の座」であって、当人の自己同一性また認識・記憶にもかかわるため、脳幹・心肺等とは異なり、技術的に可能だとしても他人の大脳の移植が許されない、とする見解もある。かかる一元的大脳死説に従うならば、脳幹機能の代替が人工呼吸器等で行われていても大脳死に至っていない限り、その患者は真正の「生命」徴候を示していることになろう。これを肯定する反脳死論（生理現象説）は、自発呼吸能力を既に失った脳幹の機能代替性をも肯定する点で、大脳死と全脳死・脳幹死との区分をも否定することになりかねない。

ここにおいて再び問われるのは、「生きる価値のない生命」という差別禁止の命題との関係である。しかし、ここでは自発呼吸能力の欠損を治療を尽くしても回復不能な場合における「生命の概念」が正に争点になっているのであるから、その個体が大脳死と

同じく「生きている」という評価は、論争すべき結論の先取りなのである。この差別禁止の命題を持ち出すことは、論理的な禁じ手なのであって、それを前提として「疑わしきは生命の利益に判断すべし」とも主張しえないのである。反脳死論の立場においても、この生理現象が全脳不全の回復困難な「終末状態」であるため「治療義務」がなくなっていることを認めており、それゆえ当人の愛他的な自己犠牲による真摯な同意があれば生者の生存に不可欠な臓器摘出すらも殺人の構成要件該当阻却または違法阻却の事由になると論じる。その結論自体は、全脳死説と大差ないように見える。しかし、「生きている者」の殺人を肯定する点で全脳死説とは全く異なり、他人のために「生きる価値のない生命」の自己犠牲を容認することになる。よって、この立場は、その出発点と矛盾する論理になるばかりか、根本的な「生命倫理」を著しく脅かしてしまう。

6. 生者への治療行為の限界と死者への侵襲

安楽死・尊厳死とも異なり、本人の最善利益ではなく、他者の生命保全のために本人の生命の犠牲を肯定することは、「生命倫理の根本」に反し、「人間の尊厳」との調和も困難であろう。また、再び健全な生活を回復する余地がなく全脳不全の状態にある者に対して「何らの光明」を与えないにもかかわらず、ただ生理現象が残るがゆえに何ら治療効果のない無駄な集中医療を継続することは、正当化しえない。全脳不全を超えてその神経細胞の自己融解・石灰化に至るまで、ただ機能維持の手段として「薬物漬け」にし、更に人工心肺装置の「空ぶかし」を続けてまで自然の心肺停止を待つことは、患者の生死を問わず、その人格に対する虐待でしかない。仮にその者が生きているとの前提に立つとしても、およそ呼吸能力・意識・自由の回復可能性のない医的侵襲は、「治療行為」として正当化されることもない。いかにリスクの高い侵襲的手段であっても、それが治療行為として正当化されるためには、少なくとも生命・健康の回復可能性が存在することが要件となる。それゆえ、A. Shewmon が取り上げたような「長期脳死の事例」は、そもそも治療行為としても許されない「人体実験」の類であった。子に対する親の愛情からなされた措置であったことは、同情を禁じえないとしても、かかる遺体虐待（死者の人格権侵害）を適法化するものではない。

7. 死の概念の「社会的伝統」

生理現象説の価値判断は、妥当ではない。第1に、「疑わしきは」の法理は、事実認

定に妥当するものであって、争いのある理論や評価には適用しえない。論争による決着しかないのである。第2に、「生命」とは何かは、単なる自然科学的事実とその価値判断の問題ではなく、伝統的に確立した生命の原理的評価に反するものであってはならない。長い人類史において、生物学的に連続する死滅のプロセスの明確な区分として、完全な「個体全細胞の死滅」で初めて動物・人の死とされることはなかった。心肺が停止し呼吸も終止し、再び昏睡から醒めることもなく、外部からの呼びかけ刺激にも無反応になり続けたとき、かかる「個体と外界との交流の可能性」が全く失われた状態は、エントロピーに関しても「生物」とはいえないばかりか、人類史の慣例上も争いなく「死」（心肺死＝全脳死）とされ続けてきたのである。この不可逆性（個体全細胞の崩落・死滅の開始点）を根拠づけたのが「全脳死」である以上、かかる伝統的に普遍的な死の観念を捨て去るべき根拠はない。かかる全脳死基準は、人工心肺装置への依存の有無にかかわらず、統一的なものとして妥当すべきであろう。

V 4つの反脳死論の死生観

1. 多様な反脳死論

脳死を人の死とするグローバル・スタンダードに反対する「反脳死論」は、人工呼吸器の装着下で心肺が動きながらも生じる「狭義の全脳死」について、生物学または医学の「自然現象的観点」から脳死状態には多くの生命徴候が残っており、それが機械の補助的手段ゆえに否定される理由もなく、身体の「統合性」または「ホメオシタシス」が欠けたとはいえず（評価）、かつ「内的意識」の消失を確実に判定する方法がないので、人の死とはいえないと論じる点では、ほぼ共通する。しかし、それ以外の「個人の判断に委ねられる死生観」に関わる道徳・哲学的論拠においては、必ずしも同一ではなく、その「異なる価値観」に応じて大別して4つの異なる立場がある。そこで、その当否について改めて批判的に検討する。ここで重要なことは、「個人の死生観」（私的道徳）と「社会の生死の概念」（社会倫理）とは厳然と区別されることである。後者は、妥当な「生命原理」が内在している「公共政策」でなければならない。

2. 絶対的反脳死論

この立場は、脳死基準にも脳死下移植にも反対して古き「心肺死基準」を固守する。全脳死基準を充足した人でも生きていると考える以上は、いわゆる“dead donor rule”からして特に生命に関わる心・肺・肝などの臓器摘出が許されなくなる。この限りでは、最もドナー側の「生命保護の倫理」に忠実であるように見えるが、レシピエント側からはその逆になる。少数説とはいえ、アメリカでは哲学者 H. Jonas⁷⁰⁾、米評議会議長 E. D. Pellegrino⁷¹⁾、ドイツでは神学者 H. Grewel⁷²⁾、検察官 R. Beckmann、わが国でも作家の五木寛之、科学史学者の小松美彦、生理学者の渡部良夫らが代表的な論者である。

(1) 例えば、Beckmann (1996) は、①死体（遺体）の概念に「心拍のある脳死者の身体」を包摂することが私達の伝統にも日常用語にもそぐわず、②ドイツ刑法の通説には、脳死の概念と判定基準とに不整合がある理由として、その主体には「精神的で人格的な生命遂行能力」(Person)を要件としながら、脳幹が機能している限り、大脳の機能消失のみで死を認めていない点を論理矛盾であると指摘し、③治療による回復の見込みが排斥される限り、人工呼吸器などの治療措置の中断が法的に許容されるので、これを脳死基準で死期に結びつけるべき理論的必然もないなどと批判する⁷³⁾。

しかし、①については、「外観としての遺体」にこだわるのであれば、少なくとも死体硬直や死斑が確認できるまでは「死の判定」ができないことになる（古典的判定方法への逆行）。そもそも、人工呼吸器により呼吸・循環の機能が維持されているため、「死の徴候」がヴェール（機械・投薬等の人為）で隠されているにすぎない。移植をしないのであれば、脳死体を「空吹かしのベンチレーター」状態にすべきでないときは、人工呼吸器の切断によって「死の外観」が判然としてくるので、①の主張は論拠となりえない。②についても、ドイツの刑法学説は、「全脳死基準」の「二つの柱」として脳幹死に加えて大脳死をも要件としているので、唯一 Person の死のみを要件とする「大脳死基準」と混同されてはならない。さらに、③については、全脳死判定に至っても「生きている」という前提に立つならば、死者の尊厳ゆえに「空吹かしのベンチレーター」を撤収することにはならず、また昏睡ゆえに生者の身体的苦痛を除去するための安楽死にもなりえず、治療中止を作為・不作為のいずれと解しても、その殺人が許容される余地は排斥される。心停止に至るまで数月・数年を経過する「長期脳死」の事例では、いかに治療・回復の途が尽きたとしても、その前提とする死の切迫性が欠けるからなおさらである。だからといって、「遷延性植物状態」とも区別される「全脳死状態」を心停止に至るま

で集中医療で続行すべきなのであろうか。

(2) さて、わが国の見解として、五木寛之によれば、「人間（の生命）は爪の先から髪の毛に至るまでが人間であり、体のすべてが脳と切り離しがたくかかわりあっている」として、A. Shewmon の医学的見解に近いだけでなく、「他者の臓器を自分に移植して生き長らえていくことが果して真に人間らしい生き方かどうかという疑問がある」と主張する⁷⁴⁾。この見解は、「個人の死生観」を展開したものであって、道徳的な達観としては尊敬に値するが、他者には妥当しない。この立場を徹底するのであれば、輸血を含む全医療も拒否するどころか、菜食主義でも足りないことになる。「人は生かされている」のである。ここで問題になっているのは、最小限の社会倫理性を基礎としながらも、人間一般に普遍的な「生命原理」としての「法」の在り方なのである。

(3) 他方、小松美彦は、①「脳死・臓器移植」の両者を一体不可分なものと解する前提から、②「臓器移植は、移植を受ける患者（レシピエント）だけでなく、臓器の提供者（ドナー）を必要とする点で、きわめて特異な医療」と理解した上で、移植医療の「生存率」を含めて消極的な評価を表明する⁷⁵⁾。

しかし、「臓器移植なしには、人の死としての脳死という概念は存在しなかった」という類の誇張が医学史の事実（前記Ⅱ）及び論理として成り立つかは、極めて疑問である（名称と実体との混同）。また、その移植医療への消極的見解により、救命移植を果して社会的に排除することが可能かつ妥当であるか。しかも、リアリズムの手法で「あたたかで、汗も涙も流し、場合によっては滑らかに動くこともある生身の患者の身体にメスが入られ、拍動している心臓などの臓器や組織が次々とえぐり出され」といった表現が、「医学文献」に依拠して、多用されて「感性」に強く働きかける効果をもたらしている。本説は、「生理現象説」ないし「自然的事実説」に依拠しており、その当否の検討は、既に行ったところである。「脳死と臓器移植との関係」については後述する。

3. 相対的反脳死論

この立場は、最大限の生命保護（心停止基準）と臓器移植との同時実現をめざす。脳死者は生きていとしながらも、その臓器摘出には積極的である点で上記2の説と決定的に相反する。その帰結において米国では有力な「大脳死基準」に一致するが、同説が脳死者は死んでいるとの前提である点（dead donor rule の遵守）では本説とおよそ相反する。ドイツでは、「大脳死基準」が殆んど支持されないこともあって、反脳死論としては有力な立場であり、憲法学者の Höfling、刑法学者の Tröndle のほかに Rixen, Hoff

及び in der Smitten, またアメリカでは Truog らが主要な論者である⁷⁶⁾。

その臓器移植の適法性の論拠は、全脳死により「治療・回復の蓋然性が不可逆になった事態」におけるドナーの「献身的な他人愛の動機による同意」が短慮によるものではなく、十分に有効であり、本人の要求による嘱託殺人罪の不法が欠け、かつ他人（レシピエント）を愛他的に救命するために直ちに治療中止をせずにドナーをただ延命するだけなのであるから、尊厳死に類するものとして正当化される、というものである。

しかし、これに対する批判として、「尊厳死」は、ドナー「本人の最善利益」の観点から、本人の死が本人にとって生存よりも明白に優越するという「特殊な例外的正当化事由」であって、決して「他人の救命目的」のために自己の生命喪失を手段化することを許すものではない。また、要求による殺人の禁止は、ただ短慮による同意のみの排斥を理由とするものではないので、解除しえない、と批判されている。要するに、これを許容すれば、「殺人禁止の根本的倫理規範」が崩壊してしまうというのである。これに対する反論として、軍人、警察官、消防士など「市民の救命のために自己の死の危険をいとわない犠牲的行為」こそが最も尊いものとして社会的に是認され正当化されることは疑いない、との立論も可能であるとすれば、この移植論争は決着しないであろう⁷⁷⁾。

わが国では、梅原猛が「脳死臨調の少数意見」として、この立場を主張している。すなわち、「菩薩行」として脳死者の臓器提供が許容されるというのである⁷⁸⁾。しかし、高く評価されている梅原の「東洋哲学」とは違った次元の問題が争われていることが、看過されてはならない。ここでも、個人の死生観・哲学的思想と社会倫理・法との混同が見られる。その独自の日本文化論をこの場に持ち出すのは、偏狭な筋違いであろう。イギリスの脳幹死説の理論家として著名 C. Pallis が、その正当化に「ユダヤ・キリスト教」の文化的伝統を持ち出した点で強く非難されているのを想起すべきであろう。しかも Descartes の心身二元論を批判するのはともかく、身体を機械化するものとして医学や欧米文明を排斥しつつ、臓器移植を正当化するのは明白な論理矛盾といわざるをえない。そもそも、脳幹死説や全脳死説は、既述のように、生物・動物・人と機械とは峻別すべきことを根拠としている。梅原は、この決定的論点を弁えていない。それにもかかわらず、自己の哲学思想を展開するために反脳死論の多数の文献を刊行し続けた。

4. 便宜的反脳死論

これは、外国にはおそらく見られない立論であって、臓器移植（法）の場合にのみ例外的に脳死を人の死とすることが是認されるが⁷⁹⁾、それ以外の場合には原則に従って

心臓死（三徴候判定）が妥当すると主張する。その論者として著名なのは、作家の中島みちであり⁸⁰⁾、本来ならば「心臓死説」で論旨一貫すべきであるが、現実的対応としては柔軟に脳死下臓器移植を是認することこそが社会的利益に適合すると考えている。しかし、このような過度な功利主義に由来する「相対的脳死論」を論理的にも倫理的にも正当化することは困難である。本説が庶民受けしているとすれば、一方では「見えないう死」（脳死）への不安（医療への不信）と他方では移植医療（救命）の恩恵を容れたいという「矛盾した欲求」（傲慢）とをそのまま承認したポピュリズム（大衆迎合）の政策論であるからと思われる。しかも、心臓死説の本質と弱点への熟慮が余りにも乏しい。

脳死を人の死と同定することに否定的でありながら、愛他的動機から臓器提供するドナーについて、その臓器摘出による殺害を本説の否定する脳死基準で承認しつつ、同時に臓器提供をしない一般人は「より安全な心臓死基準」（？）で一層救われるという論理は、明らかに「倫理」に反する「人命の差別」ではないか。このように極めて疑問のある見解でありながら、本説と基本的には同旨の「相対的脳死論」が多くの刑法学説として今も支持されているのは、おそらく日本独自の現象であって遺憾という外はない。心肺の不可逆的停止が、常にただ専ら全脳死に依拠することを看過した誤りに由来する。

5. 選択的反脳死論

これは、「脳死基準」と「心肺死基準」との選択を各個人に認める見解である。両基準とも不備があるとするアメリカの R. M. Veatch (2008) の見解として知られている。これは、「便宜的反脳死論」における両基準の便宜的併存を「個人の自己決定権」（死生観）で理論的に切り分けたものといえる。その主唱者の哲学者である森岡正博は⁸¹⁾、これこそ世界で最も進んだ見解であると自負しているようであるが、到底賛同しえない。

何よりも、①生死の区別に関わる「判定基準」は、個人の自己決定権（同意による選択）の対象とはなり難い。財産のように個人の選好に委ねてよい事項ではないからである。たとえ、両基準の差異について情報提供を尽したとしても、専門家ですら意見の激しく対立する難問を個人が適切に選択決定しうるとはおよそ思われない（インフォームド・コンセントとの抵触）。しかも、児童の「同意」をも尊重すべきというのであれば、なおさらのことである。その主張者は「自己決定権」こそが最高の価値と考えているようであるが、生死に関する「誤った自己決定」を救済しえない点では「最悪の賭博」（Shopenhauer, 1819）を個人に迫るに等しい（刑法 202 条参照）。② 2つの基準に限って「選

択対象」となるのは、この2つが最善だからであろう。ならば、さらに1つに絞って真に最善の全脳死基準を一般的に提供するのが、哲学者の使命であろう。③臓器移植法では「脳死判定」の拒否権が認められているが、これは単一基準への賛否を問うものでしかない。しかし、その必要性も実質的には乏しい。なぜならば、個人は脳死下での臓器提供を拒否さえすれば、同法での脳死の判定への拒否は不要になるからである。それでも、「脳死の事実」が発生することを何人も阻止しえない（選択不能）。そもそも、2つの判定基準・判定方法にせよ、究極的に同一の死の概念（心肺死＝全脳死の不可逆性）に由来するものであれば、およそ選択の余地がないからである。④個人選択制は、社会共有の伝統的な死の概念・判定基準とも調和せず、法的安定性を害する。臓器移植（法）以外でも選択制を採用するのであれば、各人がどちらの基準を採用したのかが事前に他人（特に医師）に判別しうる方策（登録ないし鑑別章の交付）を制度として講じるべきことになる（そうしても各人の選択が不明に終るときは、一体どうなるのか）。しかし、森岡説を前提とする限り、これも「意思の強制」になり許容されえないことになる。

VI 脳死と臓器移植との関係

1. 臓器移植のための脳死基準（?）

脳死者からの臓器摘出でも、決して死の判定に誤りがあるとはならない。このように脳死基準などによる「人の死」と「臓器・組織の移植」とは、事案により交錯することがあるものの、論理的には別次元の問題である⁸²⁾。移植には、人工臓器・動物臓器の移植があり、後者にも異種間臓器・同種間臓器の移植があり、人間からの臓器移植も死体移植と生体移植とに区別される。人の死を前提とするのは、死体移植のみである。その慢性的不足を補完するものとして生体移植例が世界的に増加しつつある。それは、他人の臓器に対する拒絶反応抑制剤の向上の成果であって、臓器売買の禁止ならびにドナーの生命・健康に危険を及ぼさないことを要件として現状では主に配偶者・親族間で実施される。それでも、ドナーへのリスク・負担・強要を完全には排斥しえないという問題が残る。それゆえ、死体移植を制限するほど生体移植が拡大するというジレンマに直面する。

さて、死体移植が可能になるのは、「人の死」と「その臓器・組織の死」とが区別され、人の死後も多くの臓器・組織がなおしばらく生き続けて機能を保持するからである。特

に、人工呼吸器装着下では全脳死に至っても「心臓の拍動」があり呼吸・循環の機能が維持されるため、これを「人の死」と同定すれば、心肺など新鮮な多臓器の移植が法的に許容され、レシピエントの救命と術後の生存率などの効果も向上する。外科医も、ドナーが法的にも「死」でなければ、生命に重要な臓器摘出の執刀をおよそなしえない。これとは反対に、脳死基準を否定するならば、生きていとされる人からの心肺摘出は、適法化の試みがあっても「殺人」になりうる。ここでは、反脳死論（形式的脳死説）のみならず脳死肯定論においても、理論的・実質的な「二律背反」が生じる。①「絶対的反脳死論」では、脳死者からの移植による第三者の救命可能性が放棄される。「相対的反脳死論」では、脳死下移植が同意殺人（要求に基く殺人）の禁止に抵触しないか問われる。「便宜的脳死論」または「選択的反脳死論」でも、同様な抵触が潜んでいる。さらに、②脳死肯定論でも、レシピエントの救命のためにドナーの死を肯定するのであれば、死の概念レベルであっても、実質的には救命のための殺人を是認することにならないか。すなわち、死の「概念操作」によって「生命保護の削減」を隠蔽しているという疑念が生じる。そこで、以下では、①・②の問題について検討する。

2. 脳死基準への疑惑

全脳死基準への最も素朴な疑惑は、医師が臓器移植を推進したいがためになされた「巧みな概念操作」が1968年のハーバード基準に由来するものであったとするものである。しかし、このような理解は、Ⅱで概観したように医学史にそぐわない。人の死が「魂」（心・意識という脳機能）の消失と共に生じるという観念は、たとえ通俗的なものであれ、洋の東西を問わず今日まで私達の通念として揺るぎなく社会に定着している⁸³⁾。いわゆる「心臓死」でも、「昏睡」（意識・身体反応の消失）の不可逆性こそが死の大前提であった。「心肺死」が「脳死」を常に随伴することからすれば、死の「名称」・「観念」・「判定方法」の如何を問わず、「死の実体」は原初より「脳死」でもあった。用手法に始まる「人工呼吸」の技術向上により、従前にいう心肺死（判定）と脳死（実体）との不一致が徐々に浮上した。わが国の脳死判定方法（厚生省基準）の作成者である竹内一夫によれば、脳神経外科学的に初めて「脳死」を発見したのが、Harvey Williams Cushing (1902) であり、頭蓋内圧亢進をきたした患者が救急開頭中に呼吸停止になったが、人工呼吸を実施したところ、その心拍動はその後23時間も続いたという。心停止に先駆けて（自発）呼吸停止が起きるのは、延髄（脳幹）の血管運動調整機能の喪失に由来すると説明されていた（「心拍を伴う脳死」の発見）⁸⁴⁾。そこには、脳死と臓器移植

との関連性は、何ら見られない。脳死は、一貫して患者の救命努力の中から発見された。要するに、ハーバード基準は全脳死（不可逆的昏睡）の「新しい判定基準」の提唱ではあっても、実体としての脳死の発見としては何ら「新しいもの」ではなかったといえる。いずれにせよ、全脳死基準にとって決定的なのは、科学史ではなく、死の判定方法としての実質的妥当性（最大の延命の「限界点」）にある。

3. 心臓移植への疑問（経年生存率）

脳死のドナーから心臓移植を受けたレシピエントの生存率は経年で見ると高くはないことから、脳死下の臓器移植の効用に疑問を呈し他の移植方法を推奨する見解もある。しかし、心停止後短時間内の生きた心臓の移植がアメリカ・カナダ等では実施されているが、そこにもリスクがあり、全脳死に至っていない心停止ドナーも死んでいないばかりか、レシピエントの術後生存率も一層低下する。しかも、多臓器の脳死下移植を否定したところで、臓器不足の現状下では、死体移植を補完するものとして（ドナーにとっては治療ではありえない）生体移植が多用されることになり、そのジレンマは更に増大する。公共政策として移植医療を否定することは、完全な誤りである（「生きるに値しない生命」の肯定）。延命のために他人から臓器提供を求めることが道徳的に問題であるならば、輸血、投薬など他人から献身的な医療支援を受けることはどうなるか。人は生来皆他人によって「生かされている」のである。術後の患者は拒絶反応と感染リスクの抑制など辛苦の闘病生活から解放されないが、それはインフォームド・コンセントによる個人の自由選択に委ねるべき問題であって、その途を閉ざすべき理由にはならない。

4. ドナーとレシピエントとの利害相反（?）

臓器摘出をしないのであれば、脳死者が心停止になるのを待てばよい。このように反脳死論（生命事実説）の主張者はいう。それにしても、脳死を治療で回復不可能になり、自発呼吸と意識の消失が不可逆になった状態でベンチレーター（インスピレーター）の空吹きを継続することの是非が、前述のように、患者の尊厳及び限られた医療資源（他の患者への配分）の観点から問われる。遷延性植物状態と区別される「長期脳死」の事例は、集中医療をどんなに継続しても自発呼吸と意識の回復がありえず、ただ脳の石灰化を招来しただけであったことを示している⁸⁵⁾。

移植医療がドナーとレシピエントとの生命・健康の対立関係が生じる「特殊なもの」

(ドナーの犠牲)であるとの主張にも、疑問がある。臓器移植法に基く死体移植では、潜在的レシピエントの待機順位が予め定められているだけではなく、両者の個人的依存関係(臓器提供の強要・金銭取引)が制度上切断されている。ドナーの死でレシピエントが救われるという「現実の相関性」が欠けるからこそ、「緊急避難」による移植の違法阻却の前提要件(補充性等)も既に欠けている。このことから明らかなように、延命のために移植を望まざるを得ない者は、特定個人の死を望んだりしないし、望む必要すらない。死体移植医療の制度がそうなのであり、潜在的レシピエントは潜在的ドナーの死や提供意思をもともと支配不能なのである。その死亡を待つのではなく、その死が生じた場合に限り、その善意なる臓器提供を拒絶していなかったことを一般的に望むにすぎない。「どうか遺体を無駄にしないで下さい。」それが非道徳的な願望になる筈もない⁸⁶⁾。

5. 脳死基準の合法性と移植との関係をめぐる論争

脳死基準によれば、心臓等の新鮮な臓器・組織の摘出が殺傷罪・死体損壊罪から解放され法的に許容される。このことから、他人の延命手段になることが、脳死を人の死と同定するための「法的根拠」となりうるのか。また、心臓死基準よりも脳死基準が優越することの法的論拠となしうるか。ドイツでは、否定するのが通説⁸⁷⁾であるものの、この点をめぐって議論がある。

否定説に立つ Ulfrid Neumann は、個人の生命と他人の生命との清算が原理上できないから、潜在的レシピエントの生命利益(移植による延命)のために、潜在的ドナーの刑法的保護を短縮することは、緊急避難の観点でも考慮の余地がない。このことは、生命保護の短縮が死期の定義づけを通じてもたらされ、それが利益衡量の観点での正当化に必要である場合ですらも、妥当することが明白であるとして、Hardmut Schneider の見解に批判的である⁸⁸⁾。

肯定説に立つ Schneider によれば、死の概念の検討にとって本質的であるのに稀にしか公然と論じられていない関連点が、移植医療には新鮮な組織の必要なことである。この必要に心臓死基準が応じえないことは明らかである一方、脳死基準を支持すればこの問題が難なく解決される。移植に用いるための生命短縮を招く臓器摘出が、全脳死後に実施されるときには、殺人罪の適用領域に入らず死者の安息侵害罪(168条1項)にしかなりえないからである。その法的帰結を考察するとき、脳死批判論を首尾一貫するならば、生命に重要な臓器の移植はもはや許されなくなるという帰結になるであろう⁸⁹⁾。なお、日本では、井田良が肯定説に立つ⁹⁰⁾。

検討するに、両見解は必ずしも噛み合っていない。問題は、どの理論的な平面で論ずべきかにある。「人の死」の「概念定立」に当っては、「死」それ自体を根拠づけうる生物学的・医学的な論拠が少なくとも不可欠であり、それでも入り込まざるを得ない「評価」（規範的判断）に当たり、移植により他人の延命が可能になるという論拠を介在させることは倫理的に許されない。「死の運命共同体」（同一の状況下に置かれた複数人の生死が相互に他者に従属する関係に立つ場合、全員とも死ぬか、それとも他者を犠牲にして一人でも多くを救命するか。）という極限状況（刑法37条での補充性と法益権衡）すら欠いているからである。すなわち、死の概念の「措定」に際して「救命のための殺人」（臓器摘出）を取り込むことは、正当化しえない緊急避難としての殺人を是認することになる。他方、死の概念の「確定後」であれば、脳死基準（脳死説）と心肺基準（心臓死説）との優劣を検討することは、その概念から派生して生じる関連論点として「事後の考察」（公共・共存の観点による利益衡量）が可能になる（例えば、心肺死基準と脳死基準との差異をめぐる客観的帰属、人工呼吸器の除去と医師の治療義務・尊厳死の限界、シャム双生児の一方の頭の切断などの関連問題）⁹¹⁾。すなわち、死の「構成要件」とこれを前提とする「臓器移植法による正当化事由」とは、密接ながらも異なるレベルの問題である。後者の平面では、潜在的レシピエントの救命に役立つことは、脳死基準の明らかな長所であるといえる。なぜなら誰もがドナーにもレシピエントにもなりうる点において生命保護の「互換性」が保障されているから、「生命保障」と「公共政策」とが調和可能になるのである。

Ⅶ 長期的脳死をめぐる論争

「心拍を伴う脳死」では、どんなに蘇生延命のための人工呼吸器等の使用を継続しても、短期間内に心肺停止に至る。かかる経験的事実を覆したのが「長期的脳死」⁹²⁾の出現であった。長期脳死という事実は、集中医療の技術的向上、幼児などの個別病状・生存能力の個体差に応じて、全脳死判定基準に即した脳死診断（自発呼吸終止の不可逆性認定）を経た後も、心停止に至るまで個体が成長・成熟を続ける点で何人にも衝撃を与える。蘇生医療技術が高度化する程に臓器・組織の生理状態も向上する結果、今後は長期脳死の事例も増大することは避けられない。よって、移植が予定されない限り、治療効果のない人工呼吸器の「空ぶかし」などの過剰医療を回避することが、死者にとっても社会にとっても要請されることになる。しかしながら、永続的植物状態の患者が同様に成長・成熟を続けるからといって、その自発呼吸している事実において変わらない限

り、その生命現象を否定しえないのと同時に、その植物状態（大脳皮質における病変）の事実も否定しえない。脳死状態がいかに長期化・遷延化するからといって、その状態が否定しえない限り、全脳死状態（全脳不全）であるという事実において何ら変わるところがない。要するに、不全期間の長短という量的差異が質的差異に転化（死から生への遡及）することはない。すなわち、全脳不全が人の死か否かという核心で先決するしかない。むしろ、その心停止後の剖検で当該患者の脳が石灰質化して壊死していたとの所見は、その事例での無呼吸検査の実施の有無に関係なく、はるか昔に自発呼吸能力が喪失していたことを示す。この限りで、不可逆な全脳不全（脳死）後にどんなに人工呼吸等の集中医療を続けても、その患者の自発呼吸及び意識（全脳の機能）の欠損が回復しえないことが実証された。これこそが長期脳死の実例が示した現実なのである。

VIII 刑法学者の反脳死論

1. 生と死の峻別（要約）

生死の峻別は、個体の生から死への移行が、一連のプロセスの中で生じ、各臓器・組織の死滅時期も異なるゆえに難しい。それでも①生物は、機械・無機物とは異なり、独立体として外部との交換作用を行うことで、その自立を保つ（動物では肺の外部呼吸と体細胞での内部呼吸による酸素と炭酸ガスとの交換による生命持続）。この生命体としての自発性・自立性を失うときが、「死」である（いわゆる生命の「自律性・統合性」の消失によって、不可逆的に、個体の臓器・組織の相互依存作用が崩落し、全細胞は器質的な死滅を開始する）。②この「統合性」が瓦解しても、各臓器・組織・細胞は直ちには死滅せずになお生存し、個体全体としても一定の生理機能を維持している。かかる「生命ないし生理の現象」を「自然的事実」として純生物学的に理解するか、それとも同時に「生命原理」または「社会的事実」として哲学的・法的な評価を加えるかが問われる。前者によれば、人工呼吸器・投薬等によって呼吸・循環が補助されていても、生物学的な「生命現象」が維持されている以上、これを「死」と評価することが排斥される（脳死否定論）。後者によれば、その呼吸・循環は機械的に動かされているだけであって、それに由来する生理現象は真正な「生命現象」ではない。脳幹の自律神経に基く自発的な呼吸によるものではないからである。③両者の対立を決するものは、何か。何よりも、「生物」（動物・人）と「機械」（無機体）との科学（生理学）的区別である。次に、その枠内における「死の社会通念」

との調和である。これが古くから今日に至るまでに争いなく確立された「死の伝統的観念」(不動の慣習)である。人類史を通じて決して個体の全細胞の死滅ではなく、既に心肺機能の終止と意識の欠損の回復不能をもって「死」が発生したとされ続けた。これに反して、上記の自然的生物学的観察のみによる限り、全細胞死に至るプロセスに点(死期)を定めることができない。それゆえ、社会的規範的方法の加味が妥当すべきことになる。伝統的な心肺死(停止)自体は人為的に回復可能であるので、人工呼吸器等を用いても自発呼吸が蘇生不能になり意識回復も不能になり、救命も絶対に不可能になる時点こそが、脳機能の欠損が不可逆になる時点である。ここにおいて、死の概念・判定基準は、一元的に全脳死にならざるをえない。これが本稿の結論である。

2. 刑法学者の果すべき職責

(1) 英国では、1980年10月13日のBBCの“Panorama”というテレビ番組において、4人のアメリカ人が脳死と診断されたが後に回復したと言っている、と報道された。そこで、英国の判定基準はEEG(脳波図)の測定を義務づけていない点で、米国の判定基準よりも劣っていると結論づけた(実はアメリカの全脳死基準でも、EEGの判定項目は必須ではなく医師の裁量に委ねられていた)。しかし、その4人の事例は、英国のRoyal Medical Collegeの判定基準をそもそも充足していないことが後に判明したのである。そこで、British Medical Journal誌は、BBCの上記報道を批判する記事を掲載した。「本年末までに、移植医は、腎不全の最終段階で治療を拒否した患者の数を集計することができる。不可欠に患者が死するとき、BBCは、その死が心にのしかかるであろう。」つまり、BBCの報道を見て医師への不安を募らせて治療を拒否したため死亡した患者が現に生じている。その倫理的責任は、BBCの報道にあるというのである⁹³⁾。このように、脳死判定についての言説は、正に多数の市民の生死に作用することになる。

今や脳死基準は、グローバルな死の判定方法として定着している。それにもかかわらず、わが国での刑法学説は、下記のように多数の有力な反脳死論者によって席卷されている。ここにいう「反脳死論」とは、死の判定基準として、人工蘇生措置時に生じる「全脳死」に反対する見解のみならず、「心肺死基準」または「三徴候判定」こそが妥当であると論じる見解を含む。かかる反脳死論者は、脳死の世界基準とその論拠を知りつつも、これに反対しているのであれば、その勇敢なる学問的態度は賞賛に価する。刑法(学)は、「不信を抱く法」として生命保護の最も峻厳な番人でなければならない。その当否を検討しないで放置することは、もはや社会的にも許されないであろう。

そもそも、かかる見解は、果して生命保護に役立つのであろうか⁹⁴⁾。仮にそうだと
しても、果してその論理は整合的であって、上記1の生命理論を踏まえた立論なのであ
ろうか。

- ① 平川宗信・刑法各論（1995，有斐閣）40～44頁。
- ② 福田平・全訂刑法各論（第3版増補版，2002，有斐閣）147～148頁。
- ③ 大塚仁・刑法概説（各論）（第3版増補版，2005，有斐閣）10頁。
- ④ 中山研一・口述刑法各論（補訂2版，2007，成文堂）17～18頁。
- ⑤ 川端博・刑法各論講義（第2版，2010，成文堂）11～13頁。
- ⑥ 曾根威彦・刑法各論（第5版，2012，弘文堂）7～15頁。
- ⑦ 大谷實・刑法講義各論（新版第4版補正版，2015，成文堂）10～11頁。
- ⑧ 前田雅英・刑法各論講義（第6版，2015，東京大学出版）8～10頁。
- ⑨ 山中敬一・刑法各論（第3版，2015，成文堂）12～15頁。
- ⑩ 松宮孝明・刑法各論講義（第4版，2016，成文堂）16～19頁

（2）臓器摘出の脳死論——何よりも大前提として、脳死基準をめぐる実質的対立は、
「脳死状態からの臓器摘出の可否」にあるとする見解がある（⑧）。「實際上の争点は、「臓
器摘出に関する承諾」をどの程度厳密に要求するかにあった」という。しかし、このよ
うな「実質」に着目することは、既に内外において再三ならず指摘されているように、
「生命保護」の方法論として不適切であろう。脳死は、移植の実施に関わらず、ドナー
でなくとも全ゆる個人の心肺停止を人工蘇生する場合に常に問われる。それゆえ、「臓
器摘出の可否」に収束すべき問題ではない（注（82）参照）。しかも、「臓器摘出の承諾」
の「厳密の程度」に矮小化することも、妥当でない。ここでも「死の成否」を明確にせ
ずして、その「承諾」の成否を論じることができないからである。ちなみに、臓器移植
（法）の場合に限り脳死基準を認める「相対的脳死論」は、本説の悪しき延長線上にある。

（3）脳死の社会的合意論・日本特殊論——さて、生命保護に日本・外国の区別があっ
てはならない。これに反して、死の概念または全脳死基準は、国民一般の意識に合致し
社会的合意が得られない限り、妥当しえないとする見解がある（②・③・⑦・⑨）。例えば、
福田平（②）によれば、脳死の概念が自然的事実を要素とする評価概念であるからこそ、
国民一般の意識・価値観を基礎とするものでなければならず、わが国の現状からみて時
機尚早である。この概念・基準が新しいものであることを前提としているが（前記Ⅱ参
照）、これに関する②の叙述は、1988年以来今日まで全く変わっていないところからす

ると、なお合意形成には至っていないことになる。一体いつになれば、いかなる方法・手続で合意形成が確認できるのであろうか。その提示がない限りは、単なる引き延ばし（優柔不断）または国民へのリスク転嫁に終る。しかし、そもそも、死の実体（不可逆性）について、真正な心臓死と脳死との間には何らの差異もない。「見えない死」であることは、程度の差はあれ、心臓死においても何ら変わらない。心肺停止で昏睡に至って、何ら外部からの刺激に反応がないことは、三徴候の欠落ゆえに、脳不全を意味するが、それも「見えない。」のである。また、脳死の医学的機序について医師の間ですら誤解・対立のあるものについて、国民一般の合意を求めること自体が無理を強いる点で失当であろう⁹⁵⁾。逆に、呼吸が欠落して酸素が供給されなくなると初めに脳の機能も失われて人の死に至るという単純化された機序なのであれば、誰にでも理解できる。かかる生理学的機序には古来何ら変更がありえないので、新たな合意形成も必要ないであろう。ちなみに、全ての法的概念が事実を基礎とした評価を含むのである。それゆえ、死の概念についてのみ合意形成が要求されたりはしない。代議制民主主義の下で真摯な論議を経た上で成立した臓器移植法において、ともかく移植に関しては脳死が人の死として承認された。これによって、脳死基準の相対化を肯定しえないのであれば、およそ社会的コンセンサスを得るのに必要な法的手続が適正に達成されたのである。しかし、専ら決定的な論拠として「世論」を持ち出す見解（④）は、政治家等と同様な悪しきポピュリズムに陥る（それゆえ、2008年の「生命倫理に関する米大統領評議会白書」でも、社会的合意論は一蹴されている）。ナチスによるホロコーストや日本軍国主義による莫大な生命犠牲を忘れた議論である。それは民衆の圧倒的支持で遂行されたのである。生命権は、民主主義では超えることの許されない障壁である⁹⁶⁾。それゆえ、欧米の反脳死論ですらも、社会的合意論は排斥されている。

（4）脳死の判定方法不信論——「脳死の判定方法」は不確実で信頼しえないとの批判がある（③・④・⑩）。しかし、英米では、この医学的診断に関する事項は、専門（Profession）に委ねられる領域であって、国家すらも介入を控えねばならない（学問の自由に委ねられるべき真理）とされている。ドイツでも、これは医師の専門管轄であって、死の概念や判定基準とは異なり法律家の管轄には属しないとされている。もっとも、死の判定基準と判定方法とは相互に関連する。そこで、その不確実性や信頼不能を主張することは、許されるが、医学の適確な知識を身につけた上での具体的かつ周到な論拠づけがない限り、笑止に終わろう。しかし、かかる具体的な指摘ではなく、ただ判定方法への疑念を示しておきさえすれば、誤った死の判定から市民は救われるだろうか。かかる疑念表明は、前記BBCの番組作成者の無責任さに等しい。報道でも学説でも、その

資料による裏づけがなければ駄話に終る。

「判定方法」について、医師の断片的専門的知識をも凌駕する徹底的な研究検索を以て臨んだのが、立花隆の一連の著作⁹⁷⁾である(⑩はこれに依拠する)。彼は、具体的な資料・根拠を示して、厚生省基準を制定した竹内一夫ら神経医学者等の見解を非論理的であると批判している。それでも、立花の「器質死説」と竹内などの多くの神経医学者の「機能死説」との立場は、出発点において異なっている。両者とも「全脳死基準」に立つ点では共通している。しかし、立花は、血流による酸素とブドウ糖などの供給がなくなれば、細胞は自己融解で器質的な壊死に至るという「基礎医学の原理」から出発して、神経学的基準には欠陥があると論じる。これを補正するには、「脳血流の循環」を必須の判定基準とすべきというのである。これに対して、竹内らの立場は、単なる原理のみではなく「臨床医学の現状と現場」から出発して、実務的に執行可能な「プラクティカル」な判定基準の制定に傾注したのである。それは、立花が追求した未来にも妥当しうる「エッセンシャル」な基準とは異なる。それゆえ、立花と竹内とは、既に基礎となる方法論において噛み合わない。

器質死基準から見れば、機能死基準は脳細胞死滅の近似値でしかない⁹⁸⁾。英米でも、類似の批判が多数あった。脳機能の喪失は、死の予言でしかなく、死の判定にはなっていない。脳神経細胞の壊死に至っていないので、なお治療により延命が可能だという⁹⁹⁾。これらは「原理的な批判」としては正しくても、「現在の医療技術の水準」に制約される。個別の臨床実務では実現困難な過剰要求でしかない。なぜなら、「移植医療」では、技能の高い熟練した医療等のスタッフと集中医療の機器等の完備した特定病院が指定されている。これで判定基準に適合した安全な脳死判定の実施が可能になる。しかし、その反面として、高度な先端医療を追求する大学病院等を別にすると、多くの総合病院は指定をむしろ回避することになる。数の少ない脳死下移植のために限られた人員・資源を投入することは、一般医療とその経営に支障を生じる。それゆえ、判定基準を厳格化・高度化すればする程に、指定病院の数が限定されてしまう。「移植医療」とは区別される「脳死判定」においても、これが現実なのであり、それは理念では解消しえない。

(5) 理念論と現実論——立花隆は、現に竹内基準では、法医学会基準よりも脳幹反射等の検査項目を増加して厳格化した。そこで、脳血流の造影検査など多数の新技術の項目数を増加すれば、それだけ機能判定は器質判定を保障可能になると主張する。この指摘も、無条件には正当とはいえない。英国では脳波形の測定が不要とされたが、その根拠は単なる脳幹死説からの原理的帰結ではなく、多くの実証的研究の成果として、合理

的ではなく、かつ、誤判定の防止にも有効ではない、とされたのである。その主要な理由は2つある。

第1に、脳死判定の手術室には、多数の機器が併用され、かつ医療スタッフの出入も激しいため足音その他のノイズを拾ってしまうので、正確な脳波測定が現実問題として困難である。第2に、平坦脳波は微妙な動きであって、しかもその状態が病状に応じて変動するので、診断に役立つと同時に誤診断を招くリスクも高い。後者の難点は、技術的に可能な携帯 EEG 測定器でも解消しえない、というのである¹⁰⁰⁾。

より論点を一般化するならば、多項目の検査は、その検査に信頼度が高ければ有効であるが、それだけに検査技能の習熟が要求される（人的要因）。これが達成しえないときには、むしろ誤診断の原因になってしまう。多数のテスト結果の間に、偏差が生じた場合、そのどれを選択すべきかは、単なる集計では済まない。この場合に、脳死を疑わせるデータがあれば、脳死判定を回避すれば良く、それで生命が保持されると単純に結論づけられるのであろうか。やはり、患者の延命のためにはテスト結果間の整合性についての洞察が必要になるであろう。また、前記第1の物理的障害は、技術的に解消可能とはいえ、巨大装置の備わった別室への移動が必要になるときに、人工呼吸器、多くの検査機器・カテーテル等につながった重篤な切迫脳死の患者には、リスクが高いため困難なものとなろう。むしろ、信頼できるテストであれば、少数でも足りるといえよう¹⁰¹⁾。

いずれにしても、終末医療の現場は、病態に応じた時間との闘いなのであるから、この点からも安易に多数の検査項目を義務化することは適切ではあるまい。脳死判定の実例につき各種の検証研究が集積されているが、判定基準を充足しながら回復したものは存在しないとされている。これに対して、立花は、結果としてそうであったとしても、このことは（最終）判定が正しかったことの証明にはならず、誤判定であったが死亡したことを否定しえない、と批判する。この批判も原理的には正しい。しかし、脳死判断も、厳密には死の特定時点を明示可能ではなく、義務づけられている初回判定と最終判定とは「6時間の幅」があり、そのプロセスのある特定時点で脳機能消失の不可逆性が発生したと認定可能になるにすぎない。その最終判定時にも当然ながら判定基準の充足が要件となるが、その場合であっても多くの臓器・組織は生きており、全生理現象が消滅するわけではない。そこでは個体の全細胞の死滅が「進行し始めた」と想定可能になったにすぎない。それゆえ、この「閾値」において、判定終了後に実際は「死亡」していた可能性を否定しえないという言明には、実益が乏しい。実務では、再三論じたように、現時の医療技術として現実に現場で可能な総合的判定方法を駆使するしかない（この点は「三徴候判定」でも何ら異ならない）。ユートピアではないからである。しか

し、日進月歩の技術革新にあつては、脳循環測定法としてラジオ・アイソトープを用いる SPECT のようなものを判定方法の項目として義務化することは、必要に応じて常に検討されるべきであろう¹⁰²⁾。

(6) 差別的脳死論——刑法学説にも、臓器移植法 6 条 2 項の脳死判定に限って全脳死基準が許容され、それ以外では旧来の心臓死基準（三徴候判定）が維持されるべきとする「相対説」(⑤・⑧・⑪)が見られる。しかし、「死の相対化」（生命の法的保護の差別）は許されない(⑥・⑨)。これらの所説は、中島みちの見解に等しく、既にこれを排斥すべき理由は論じた。生・死に関してまで「法の規定」を形式的に理解して差別的解釈を提示するのは、良心なき法実証主義でしかない点でも、容認しえない。そもそも、何故に心臓死概念・心肺死基準・三徴候判定のみが万全と考えられるのか。死の概念・判定基準・判定方法の関係の理解が問われる。ドイツの刑法学説では、伝統的な「心肺基準」は全くの誤りであつて、ここでも間接的とはいえ「全脳死基準」が統一的に妥当すべきとされている（通説）。そうでないと、延命治療が不十分なままに「死」の誤診・「救命」の懈怠が生じてしまうリスクが残るからである。ここでも人工呼吸器等の利用が可能かつ有効な状況であれば、かかる救命手段が尽くされねばならない。圧倒的大多数が「心肺死基準」で亡くなり、「全脳死基準」は 1% にすぎない、ともいわれる。しかし、心肺停止はこれを復元可能な人工呼吸器の装着（その状態での全脳死）へと移行可能なのである。わが国では 75% の人が病院で死を迎えているのが現実である。

いよいよ最後になるが、論者の信ずる特定の仏教観を投入して個人の「死生観」を展開する見解(①)があるが、これは宗教と法学との混同であつて、梅原猛の見解と同様に、困ったものである。なお、生命現象説(⑨)の当否も既に論じた。

IX むすびに——残された問題

1. 反脳死論の論理的破綻

世界基準の脳死論（全脳死説）と反脳死論（形式的心臓死説）との決定的差異は、心肺停止後にその機能を人工呼吸器等で維持した状態で生じた（狭義の）「全脳不全」（意識と自発呼吸の「不可逆な消失」）の時点を経済的に「人の死」とするか、それとも更に「心停止」を待ってその時点を経済的に「人の死」とするかを選択にあつた。ただし、反脳死論においても、既に発生した「全脳不全」が治療を尽しても「死を回避不能な最終段階」に到達したこ

とが承認されている。それゆえ、「心停止」に至るまで「人工呼吸器等を用いた蘇生効果なき医療」を継続することは、「過剰な医療による患者の虐待」になるので原則として許されない。例外となりうるのは、患者本人が治療不能な最終段階に至っても心停止までは人工呼吸器等の医療継続を予め希望していた場合に限られよう。既に不可逆の深昏睡状態にある本人の意思が不明な場合には、「尊厳死の是非」の問題となる。本人が本人の意思において何らの効果もない蘇生医療の継続を希望していたことを推認すべき特別な事情がない限り、医師には「心停止」を待つべき法的義務はないといえよう。かくして、両説の実務的な差異は、上記の例外の場合に限定される。この差異が心臓等の移植医療の是非に直結しないことは明白である。

それにもかかわらず、全脳死の概念・判定基準が妥当すべき根拠は何か。それは、われわれの世界の中心にある「人の生命」という社会と法の始原に関わる根本問題であるからである。人は「生物の中の動物」として、生きており、かつ死ぬことになる。生物学の対象となる「人」と物理学・工学の対象となる「無機物・機械」とを区別するものが、「環境への自発的活動」の有無である。その判定基準が「脳による意識と自力呼吸」の「消失の不可逆性」である。これは、死の絶対的基準として、人工呼吸等の使用また外見上の心肺停止の有無に関わらず、等しく妥当すべきことになる。ちなみに、臓器移植法には、これに依拠した判定基準が定められている¹⁰³⁾。同法の適用される臓器移植の場合以外であっても、蘇生延命治療を尽くし、死期（不可逆性）の誤判定を避けるためには、全脳死判定基準が類推適用されねばならない。それは、単なる「三徴候の形式的判定」ではなく、「三徴候を中心とする実質的な判定」つまり「総合判定」である点で、竹内基準と本質的に区別すべき理由はない。患者の心肺停止があったとき、AED、心マッサージ、人工呼吸等で心肺機能の回復を尽くし全脳死を阻止すべきは当然であり、さらに人工心肺器等が使用可能で延命に有効であれば、それを用いて集中医療による蘇生延命に努めるべきである。ここにおいて、前者は「三徴候判定」または「心肺死基準」、後者は「全脳死基準」といった形式的概念に捉われた固定判断があってはならない¹⁰⁴⁾。本稿で強調したように、両者は病態と状況に応じて流動的・可変的なものである。従来の論争は、ともすれば「概念医学」・「概念法学」に毒された固定観念に由来して生じた混沌でしかない。勿論、「概念」は、「実体」に迫り、これを理解するものとして、重要なのである。わが国での論争には、これにも至らず、論証が希薄で「何でもあり」のレッテルを駆使した洗脳的「コマーシャリズム」が余りにも多かった。

2. 二元的脳死論と一元的脳死論との対立

ドイツの「二元的な規範的脳死概念」とアメリカの「一元的な神経生理学的脳死概念」、この2つの脳死論は、いずれも全脳死判定基準を採用するので、実務的帰結においては近接するものの、「死の概念」における根本原理に差異がある。実務的には「意識の存否」が脳幹と大脳とに機能的には関連し、解剖学または器質死の観点が重要でない限り、ほぼ同一の「判定方法」になる。しかし、アメリカでは、イギリスの脳幹死基準が排斥されながらも、脳波測定（EEG）の使用が必須とされてないが、この場合にも脳血流の測定等がなされるのであれば、その実質は全脳死基準になる。

他方、ドイツの二元説では、人格・精神の所在として「大脳」の機能それ自体にも重点が置かれているので、その機能の診断が不可欠になるものの、その判定項目などの技術的限界に直面することになろう。ともあれ、アメリカの評議会白書は、「人格」及び「法的観点」を「死の概念・基準」に組み入れることを基本的に拒否している。それゆえ、独米の間には原理的対立があり、これを解消しえない。

この原理的対立への結論は、前稿では留保された¹⁰⁵⁾。その理由は「人間の尊厳」というドイツ基本法の始原規範に関わるので、単純に「一元的脳死概念」に組すればよいとは断じえない、と考えたからである。人間は他の動物よりも優れた知能・言語能力等を備えており、それゆえにこの地球世界を支配して、食物連鎖の頂点に君臨している。この厳然たる自然的・歴史的事実が「人間の尊厳」を正当化する規範的根拠として二元説に至る、と考えたのである。しかし、かかる論拠には、疑問がないではない。

人間が創作したものとはいえ、電子計算機の演算能力に人間の頭脳は及ばない。人工知能（AI）も、人間の知能を凌駕しつつある。そもそも人間は、必ずしもトンボや蝶の能力をすら凌駕してはいない。そうすると「人間の尊厳」とは、人間の他の生物・物質に対するエゴイズムの専断的正当化（正統化）でしかないのではないか。

産業革命に始まる機械化による大量生産の資本主義がもたらした自然破壊すなわち人間自らの生存環境の侵害が環境法による自己抑制・自己責任を不可欠な手段として要請した。この人間中心的环境法益観は、「人間の尊厳」の派生的な構築物である。人間の生物学的な業が環境破壊をもたらしたのであるから、その抑止の責任は「未来世代」に対しても人間が果たさねばならない¹⁰⁶⁾。それが「人間の尊厳」のコロラリーであって、これを否定しえない。さて再び、ドイツの二元的な規範的脳死概念に戻ろう。再検討されるべきは、「死の概念」を構築するに当り、「生命」を支える2つの支柱（Säule）とし

て「精神」(大腦)と「身体」(脳幹)とが、不可欠であったかどうかである。高度の知的能力ないし認識能力としての自己同一性を要請するならば、認知症など精神病のみならず知的障害のある人までが、「人格」を否定されてしまう。現に責任無能力を「人格」の崩壊とする見解(G. Jacobs, 安田拓人)すらある。二元説は、この弱点を抱えることになる。形式論としては、一本の主柱(大腦に由来する能力)が欠けても、もう一本の主柱(脳幹に由来する身体能力)が欠けない限り、「人の死」とはいえない。二本の主柱が相互に生命を補完すべく支えるからである。しかし、その帰結は、その精神的人格性の内実を最小限の「意識」だけで足りるとするならば、アメリカの全脳死説と変らず、イギリスの脳幹死説とも大差ない。脳幹死が大腦死をも随伴・包摂するからである。他方、脳幹死があっても大腦死には至らない場合がありうるのか。それが否定されるのであれば、二元的脳死説は成り立たない。そうすると、「意識」その他の知覚・認識能力の脳における所在が必ずしも特定しえないとしても、少なくとも高度の知的能力の存在を生命要件とすることは、正に「人間の尊厳」の保障を害することになり、「生きるに値しない生命」という差別を生むことにもなる。かくして、二元的な規範的脳死概念は、過剰な死の概念であって、排斥されねばならない。すなわち、他の動物と同様な自立性・自発性を基礎づける上で必要な最小限の能力として「意識」の存在のみが、生命概念の一要素となるにすぎない。結局のところ、「人間の尊厳」は、「種としての人間」に対する規範的評価なのであって、「動物に共通する生命」自体の要件であってはならない。この点で、アメリカの一元的な神経生理学的脳死概念こそが妥当である。要するに、「種としての人間の尊厳」は、「死の概念」ではなく、「死の主体」の問題でしかないと考えられる(前出Ⅲ)。

3. 生命保護の限界点として的大脑・脳幹の代替性

(1) 二元的な規範的脳死概念の誤りは、人間の高度な精神能力の所在する身体の座を大腦に求め、これを死の概念に取り込んだ点にある。大腦だけは、「個人」を同定するのに不可欠であるがゆえに、機械で代替しえないし、異種・他人から移植を受けることも許されない、と考えた。それ自体は必ずしも誤りではないにしても、それは「人格の同一性」の識別問題であって、「生命の要件」ではない。さて、大腦・小脳の「意思による身体の運動」は、既に道具や機械による代替がテクノロジーとして発展してきた。また、大腦の思考・計算・記憶の機能も、文書・記録の作成さらに電子計算機・AIで代行することが許され、その高度な能力は人間すらも及ばない程になっている。それゆ

え、これらの機能がICチップで身体に移植されたからといって、身体の内側ゆえに、それが許されない理由はない（これらの機能の使用が入学試験・資格試験等でも許されるかは、別の問題なのである）。それにしても、これらの電子機器は、脳の機能の一部分のみを代用するものであって、その全部ではない。個人の記憶等の個人情報までも記録した「脳のAIチップ」が作成可能になった将来において、脳全体の人工的代替を「生命倫理」として許容しうるか否かが問題となる。しかし、仮に甲の脳を摘出して乙に移植することが技術的に可能になるとしても、他人の脳移植を受けた乙が、本人のものでない甲の脳を身につけているからといって、誰も本人を死んだとは評価しえないであろう。本人は生きた人である。そこでは、「個人」として依然乙なのか、それとも甲として取り扱うべきかが問われるにすぎない。おそらく、このような脳移植は、原則として許容されず、生命倫理の観点から法的制限を受けることになるだろう。しかし、乙か甲かはともかく、その人が生きていることは否定しえない¹⁰⁷⁾。

(2) この論点に関連して、本人がそのクローンで自分を代行させることが許されるか。人クローンも、人格があるので、法的には通常人と同様に扱われることになるだろう。「人クローン」の作成に関する法規制は、各国間で多様である¹⁰⁸⁾。日本の「ヒトクローン規制法」(2000)にしても、その作出禁止の根拠は、人間の尊厳・個人の尊厳¹⁰⁹⁾ または「新たな社会法益」¹¹⁰⁾ として、濫用に着目した理由づけになっている。しかし、例えば、「家族秩序の混乱などの社会的弊害」といった理由づけは、そのような人物も巷にあふれていることからしても、必ずしも充分ではない¹¹¹⁾。いずれにせよ、禁止に違反して作出された「クローン人間」の生命が人として保護に値することは、およそ否定しえないのである。

(3) 一元的な神経生理学的脳死説といえども、死の伝統的通念の制約を受けるので、そこに人類史で共有された社会的評価（自発的な心肺停止・意識喪失の不可逆性による人の死）が介在することを排斥しえない。ここでの論点は、他人の脳幹や脳幹代用のICチップの移植が許容されるかにある。既に人工心臓（心臓ペースメーカー）、人工腎臓が利用可能になっており、将来には異種間の細胞から合成される組織・臓器（ハイブリッド、キメラ）の実用化もありうる。再生医療として、外国ではES細胞の利用も進行中であり、日本ではiPS細胞から作製された心筋シート・網膜組織は実用化されつつある。そもそも、人工呼吸器は、横隔膜を作動させるだけにせよ、脳幹機能の一部を機械で代替している。これを理由に脳死概念への批判が生じたのである。機械的代用は生命を否定する論拠となりえないというのであった。しかし、いかに機械等による機能の補助がなされても、脳幹の自律神経中枢が活動・機能している限り、自発的な呼吸と意識が保持

されているので、その人は生きている。これらの自律的能力が失われたときは、その心肺機能は人工的な機械の作動であって、もはや生命の自律的独立活動とはいえない。この場合に人工呼吸器に代えて脳幹 IC チップを脳内に移植しても、その結論は変わらないことになるのだろうか。生物（有機体）と機械（無機体）との峻別が問われる。同時に、再生医療の許されうる法的限界が問われる。

（4）移植法は、どの国でもその対象には「脳」を含めていない。その理由は必ずしも明らかではない。しかし、全脳死で機能を失った脳の移植が問題外なのは自明である。生きている全脳の移植が許されないことは、日本の移植法のように生体移植を対象外としている場合であっても、現行法の勿論解釈として明らかであろう。そうすると、問題となるのは、専ら人工臓器・再生臓器等の移植が「脳」に関しても無制限に許されるか否かにある。ここでの真の論点は、大脳や脳幹それ自体の性質というよりも、むしろ死の概念に示された「生命の根源」を何に求めるかなのである。これに応じて、異なる帰結が導かれる。

第1に、イギリスの脳死説は、「人たる生物」の根源を脳幹のみに求めた。そうすると、脳幹「機能全体」の代用物の移植は、「生命の根源」を操作・変更することから許されなくなるが、大脳であれば許されうる、という帰結になると考えられる。第2に、ドイツの二元的脳死説は、精神的な人格も身体もそれぞれが「個人の生命の根源」を支えると措定した。そうすると、大脳・脳幹の各「機能全体」の代用物の移植が許されなくなる、と考えられる。許されるのは、大脳・脳幹の各決定的ではない機能の代用品の移植に限られることになろう。これに対して、第3に、アメリカの一元的脳死論は、脳幹を重視しつつも全脳を不可分な一体として「生命の根源」と解している。そうすると、脳「全体」の生命（有機体）に関わる代用物の移植は許されないが、そうではない単なる補助的機能の代用は禁止から除外される、と考えられる。

すなわち、「生命の根源」を脳のどこに求めるかに応じて、上記のように異なる帰結に至ることになろう。一元的脳死説に依拠するならば、広く大脳欠損児・遷延性植物状態にある患者、さらに意識はあるが永久に無呼吸となって人工呼吸器なしには生きられない脊髄損傷の患者も、人工臓器等の移植によって「健康に生きる」可能性が拓かれることになる。確かに、大脳・脳幹の代用 AI・IC チップの出現は遠い将来のことではないとしても、再生医療の昨今の進展は著しい。今や、脳に回復不能の損傷があって自力呼吸のできない乳児チャーリー・ガードの生命維持装置の取り外しを尊厳死として認めたイギリス高等法院と最高裁・欧州人権裁判所の裁判について、両親がアメリカでの治療を求めて争っていて再審理に入っているという¹¹²⁾。これは、脳移植の事例でない

が、それでも現実なのである。

ともあれ、人工代替を含む脳の移植・医療の問題は、「許される限界」であると同時に「許されない限界」を示すことになる。「生命原理」（生命の根源）を覆すような移植・医療は、「生命倫理の観点」から制限を受けるべきであろう。人間の脳を部品のように無制限で自由に交換することで、その人が永久に生き続けることは、最大のエゴイズムであって、人間の欲求を無限に実現可能にして生命の限界を超えてしまう。それは、人間の共存のみならず環境との共存を害する究極的な傲慢・濫用であるがゆえに、許されない。人は死すべきであるがゆえに生物なのである。

4. エピローグ

実は、反脳死論の梅原猛らの機械的生命観の批判の真意もここにあったのであろう。しかし、同時に移植を菩薩行として容認する論理は、理解に苦しむ。他方、唐澤弘七郎が「第三者の臓器を部品として移植すること」を「魔性の露出」、渡部良夫が心臓移植を「不平等医療」として批判するのは、道徳観としては理解できる。この事態は、どうすれば解消可能なのであろうか。人臓器の移植は過渡期的のものであろうが、「人工臓器」の開発を待てないからこそ、世界的に「生体移植」が増加しているのである。反脳死論者の批判は、「生命の根源」で「生命原理」を設定することで解決されねばならない。しかし、生物の本性に由来する欲求・傲慢・競争を絶対的に解消することは不可能である。生物である限り止むことはない。ユートピアではない現実界には、法と倫理では超えることのできない障壁が存在し続ける。法は、これと対峙し続けなければならない。

〈追記〉

本稿は、2017年3月15日に中央大学法科大学院で行った「生命の法的保護」と題する最終講義の第1部で配布したレジュメに大幅な加筆をして作成したものである。既に公表していた「世界基準の脳死基礎理論」町野朔先生古稀記念『刑事法・医事法の新たな展開（下）』（2014、信山社）177～260頁では不十分な論述に終わってしまった論点を補充した具体的な内容のものとなっている。ただし、論述の流れとの関係で旧稿と重なる部分も多くなっている。さらに、それ以前の筆者の「脳死一元論」に関する一連の研究は、三井誠ほか編『刑事法辞典』（2003、信山社）の執筆担当項目（「三徴候説」327頁、「心臓死」456頁、「脳死」605頁）及び町野朔・長井圓・山本輝之編『臓器移植法改正の論点』（2004、信山社）などに収録されている。そこで取り上げた内外の学説とその検討については重複を避けるため、

本稿では、可能な限り省略することに努めた。

注

- 1) ドナーについては「心臓死の成否」、レシピエントについては「移植の必要性」が疑われたが、「証拠不十分」で不起訴とされた。この和田移植事件については、町野朔・秋葉悦子編『脳死と臓器移植』（第2版、1996、信山社）147頁、立花隆『脳死』（1988、中公文庫932）50-75頁参照。当時札幌地検は、不起訴処分について次のように回答している。「死は医者が決めるものです。われわれは大多数の医者が死を考えると死とします。つまり、医学の通説に従うということです。現段階では臨床的に認められている三徴候説（心拍鼓動の非可逆的停止、自発呼吸の停止、瞳孔散大と対光反射の消失など、いわゆる心臓死）に従うべきだと考え、本件でもこの“死の判定”を採用した。しかし、死の判定については本来医師が決めることで、将来臨床医の大多数が、従来の判定を変えるようになれば、検察もこれに従うことがありうる」（同56-57頁）。ちなみに、今日では「死とは何か」（死の概念）は、「死の判定」とは異なり、医者が決めるものではない。この点は、全く争いがない（その詳細は後記Ⅲ）。
- 2) 「大局」が見失われて「核心」が定まらない。この日本の政治と法に見られる傾向は、今日まで正されていない。日露戦争の薄氷の勝利が、ロシア革命によることを分析せずに、大陸に進出し日米開戦に突入した。米国が日本の数十倍以上の経済力を有することを知りながら、短期決戦であれば勝利すると目先の情勢で短絡し、自ら泥沼に陥ったのである。1941年12月7日、日本の真珠湾攻撃（奇襲）を知った当日、W. S. Churchill 英首相は「満足して私は床につき、救われた気持ちで感謝しながら眠りについた」（林幹人『チャーチル—日本の友人』（2015、上智大学出版）3頁）。アメリカの参戦で連合国側の勝利を確信したからである。太平洋での敗退を転戦と偽りつつ内地の地方都市まで無差別じゅうたん爆撃を受けても原爆投下まで全面降伏の決断をなしえなかった。その余儀なくされた反省が憲法9条であった。「鬼畜米英の竹槍を捨てて」清算もせずに対米従属に変わった。その惰性が経済復興後の日米安保条約、原子力政策、北方領土、沖縄の基地、超赤字財政など枚挙しえない基本的事項についてのポピュリズム・場当りの漂流政策である。ただし、石原莞爾の「世界最終戦論」からすれば「うまく立ち回った！」ことになる。また、刑事法では、改正刑法草案の頓挫後の法務官僚による法制審議会の主導が、死刑制度の維持と過剰な犯罪化・重罰化の路線を続行させている。法務官僚（検察官）も刑事法学者も魂を抜かれて政府の侍女と化した観がある。的確な政策を断行しえない政府は、被害者になりうる市民の犯罪不安を煽って、その成果が問われない重罰化で集票を稼ごうとする。「社会は、さまざまな政治的圧制よりもさらに恐るべき社会的暴虐を遂行することになる。なぜならば、社会的暴虐は、必ずしも政治的圧制のような極端な刑罰によって支持されていないけれども、遙かに深く生活の細部にまで滲透し、靈魂そのものを奴隷化するものであって、これを逃れる方法はむしろ、より少なくなるからである。」（John Stuart Mill, On Liberty, 1859. J. S. ミル、塩尻公明・木村健康『自由論』（1971、岩波書店）15頁）。要するに、「脳死」につき日本では米評議会白書（2008）のような市民が信頼可能な対応が今日まで放棄されている（なお、臓器移植法6条参照）。
- 3) ドイツの移植法（1997）成立後に、ドイツ及びアメリカの学説を検討して、脳死を人の死とすることの妥当性を確認したのが、Reinhard Merkel, “Hirntod und Kein Ende zur notwendigen Fortsetzung einer unerledigte Debate”, Jura1999, S.113-122である。そこでは「今日医学ではほぼ世界的に脳死が人の死として妥当している」が、その例外が日本とインドであるとし、「日本での緩慢な変化」については、Bai, Transplantation Proceedings 22 (1990), 991を見よとされている（S.115 Fn.17）。要するに、日本の学説は遅れているというのである。脳死に対する日本の保守性について、Daniela Norba, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin aus deutscher und europäischer Sicht, Schriften zum Gesundheitsrecht Bd. 15 (2009), S.38は、「ドイツの立法者は、脳死観念の批

判に従わず、世界的に承認された脳死観念に与したが、その例外が日本と北朝鮮であると指摘している (Fn.42)。ところで、家族法学者・唄孝一は、日本の医事法のパイオニアとして広く知られている。彼は、「脳死問題に対するわが法学者の対応 (一)」法学教室 61 号 (1985) 81 頁において、単純に脳死説に賛成する見解を「医学追従説」と命名して批判した。その対象が植松正「心臓移植・死体損壊・死の判定」ジュリスト 407 号 (1968) 60 頁、加藤一郎「心臓移植手術をめぐる問題点」同 65 頁・66 頁であった。しかし、1968 年はハーバード基準が「不可逆な昏睡」として公表された当時であった。「死の概念」が哲学的思考を経て補強されたのは 1981 年のハーバード医学校の大統領特別委員会においてであった。唄孝一が、これらの研究を踏まえて、「脳死」の問題をただ医学に委ねてはならないと指摘したのは、それでも卓見であったが、全脳死基準についても慎重であり続け、後に『脳死を学ぶ』(1989, 日本評論社) 25 頁・123 頁において「 α 期論の凍結」と称して、反脳死論を半ば放棄するに留まった。ちなみに、死の判定基準は、純粋に哲学的・法学的な問題ではなく、常に生物学・医学を基礎としたものでなければならない (世界的には完全な通説)。なお、和田移植事件の検察が医学従属説に立っていたことについては、前注 (2) を見よ。

- 4) エアランゲン・ベイビー事件の詳細な法的考察につき、齊藤誠二『医事刑法の基礎理論』(1997, 多賀出版) 98-110 頁、脳死後の妊娠継続と胎児の生育・出産については、同書 110-166 頁参照。かかる事例は、ドイツのエアランゲン事件に限らず、欧米などを含めて多数あったとされている。出生して生育した例すらある。生理的現象説または生物学的事実説によれば、全脳死に至った妊婦が妊娠を継続しうるのは、まさに「生命現象」であって、脳死説の誤りを証明するものとされた。しかし、妊婦が心臓死した後も、帝王切開等で出産に成功した事例も多数あるとされている (竹内一夫『続・脳とともに』(2009, 講談社) 105 頁)。胎児は妊婦の呼吸・循環に依存しながらも、独立の生命体である。妊婦が脳死で自発的な呼吸・循環の能力を失っても、人工心肺装置による呼吸・循環の作用によって胎児の生命が維持可能になるのは当然である。ただし、生理現象説の立場からは、脳の未発達な胎児の生命が母体に依存して自立性を欠くにもかかわらず、この生きている胎児を死者だとか機械と同視したりはしない。よって、脳死説のいう「生命の自立性・統合性」という論拠は、妥当ではないと批判する。これに対して、脳死説は、出生のプロセスと人の死のプロセスは異なる性質をもつので、反脳死論の批判は的外れだとする。これらの論点については、後述 IV 3 で検討する。
- 5) この立法化において、最も重要なのは、日本法・ドイツ法のいずれも、激しく対立する見解の妥協の産物であったことである。それゆえ、ドイツ法においても「死の概念」の定義規定がなく、かつ医学的な観点から「全脳死の判定基準」(3 条 2 項 2 号)と「心停止の判定方法」(5 条 1 項)とが併記されている。つまり、「全脳死の判定基準」を前提として、「心停止の判定方法」も認められているにすぎない。なぜなら、5 条 1 項 2 文 (証明手続) では、「終局的で回復不可能な心臓及び循環器の停止」のみでなく、「その時点から 3 時間を超える時間が経過した」ことが要件とされている (ちなみに、1966 年にデンマークの病院で看護婦の「移植ストライキ」が発生した。その理由は、当時のデンマーク法では、「死後 6 時間以内」は、遺体をベッドから引き出すことを禁止していたからである。この時間制限も、心肺死基準の不確実性に帰因する)。これは心肺停止の不可逆性が判定方法として不充分であることを前提として、間接的な全脳死判定 (事後的な不可逆性判定) を採用したのである。上智大学での講演に來日された H. L. Schreiber 教授から、反脳死論者 (伝統的な心肺死基準を固持する立場) を説得する手段としての立法的工夫が 3 条 2 項 2 号と 5 条 1 項 2 文という (おかしな) 規定形式なのである旨の御教示を直接に受けた (ハンス＝ルートヴィヒ・シュライバー、長井圓・臼木豊共訳「人の死はいつなのか?—移植法の基点となる脳死、臨床医および同意をめぐって」ジュリスト 1138 号、1140 号 (1998) 参照)。1997 年のドイツの移植法によって、「全脳死基準」(3 条 2 項 2 号) が採用され、その論争は決着された。日本の移植法との比較につき、長井圓「日本とドイツの臓器移植法・比較と検討」神奈川大学 32 巻 2 号 (1998) 29-71 頁、さらに町野朔・長井圓・山本輝之編「臓器移植法改正の論点」(2004, 信

山社) 94 頁, 135 頁, 173 頁 (アルビン・エーザー「ドイツの新臓器移植法」), 199 頁 (ハンス・ルートヴィヒ・シュライバー「人の死はいつなのか」参照)。その後、ドイツの移植法は、2007 年改正及び 2012 年改正を経ている。その改正及び新規定の概要・全訳・関連する日本文献については、神馬幸一「2012 年改正ドイツ移植法」静岡大学 17 巻 304 号 (2013) 345-403 頁が有用である。また、死体移植臓器の不足から生じる生体移植における提供者の保護規定、生体移植の補充性、及び臓器取引につき法改正の必要を論じたものとして、Thomas Gutmann, Für ein neues Transplantationsgesetz, Schriftenreihe Medizinrecht (2006, Springer) S.1-S.222, さらに反脳死論の立場から施行 10 年における移植法の直面する問題、移植の実績 (頭打ちと低減傾向)・配分等を批判的に検討するものとして、Wolfram Höfling (Hrs.), Die Regulierung der Transplantationsmedizin in Deutschland (2008, Mohr Siebeck) S.1-S.138 がある。

要するに、ドイツ法では、「心臓死基準」が排斥されて「全脳死基準」に統一されたのである。この間の論争については、長井圓「生命の法的保護の限界—臓器移植法をめぐる「脳死」基準」神奈川大学創立記念論文集 (1998) 248-249 頁で既に論述した。ちなみに、Norba・前掲注 (3) S.39 は、「その後、心循環停止と脳死の判定基準は同一の事態なのである。」と正しく論じている (引用文献につき)。加えて、今日のドイツ刑法の主要注釈書においても、争いなく伝統的な心肺死基準が排斥され、「全脳死概念」に基く全脳死判定基準が採用されている (脳死一元論)。長井圓「世界基準の脳死基礎理論」町野朔先生古稀記念『刑事法・医事法の新たな展開 (下)』(2014, 信山社) 187-200 頁参照。ただし、それは脳幹死と大脳死とを接合する「二元的な規範的脳死論」である。

- 6) ただし、D. A. Shewmon が検討した 56 症例については、用いられた判定方法・診断の適切さが判然としないという指摘もある。2008 年の「生命倫理に関する大統領評議会白書」(Controversies in the Determination of Death) の翻訳書として、上竹正躬 (訳)『脳死論争で臓器移植はどうなるか〈生命倫理に関する米大統領評議会白書〉』(2010, 篠原出版新社) 1-143 頁があり、その要旨の検討として長井圓「世界基準の脳死基礎理論」前掲注 (5) 183-187 頁, 196-200 頁がある。大統領評議会は、18 人の委員と 13 人の事務局員から構成され、独立性が強い点では日本の行政主導の委員会・審議会とは全く異なっている。その委員構成は学術専門性が極めて高く、議長が内科・医倫理学、これに加えて、分子統合神経学、小児神経外科、糖尿病・代謝研究、神経内科、内科実験治療学、精神医学、分子遺伝細胞生物学など生物・医学系の教授 10 名、並びに法倫理学、社会政治倫理学、法律学、形而上学、政治国際研究、キリスト教倫理学、政治学、倫理法律実務など社会科学系教授 8 名から成る。これは、白書の構成が①全脳不全の病態生理学 (生命の機能) と②その哲学的検討 (神経学的基準の哲学的根拠) を経て、③臓器提供との関連に至る内容に反映されている。

その主題は、死の判定に対する「神経学的基準」の「生物学的根拠」である。人工呼吸器という医療技術の進歩により生じた多くの生命徴候 (生理現象) の存在からして生命の統合性が脳に由来するという「全脳死基準」への論拠が疑われ、これへの反対 (心臓死基準への回帰) が強まったので、その再検討が迫られた。その結果として、「呼吸によって自発的に環境とかわり合うことができないこと」という死の哲学的定義が再構成されて全脳死基準が維持されることになった (評議会の結論)。なお、若干の少数意見によれば、伝統的な「心肺機能の不可逆的停止」だけが妥当となるが、その場合でも患者にとって「医学的に無益で負担」になるときは (本人・家族の承諾等に従って) 医療を中止すべきとする。つまり、人工呼吸器の切断をする点では、大多数の見解と同一になるが、移植医療の点で “dead donor rule” (死をもたらす臓器摘出の禁止) を堅持するので大きな差異が生じる (議長 Edmund D. Pellegrino の見解)。

- 7) 米評議会白書の議長 Pellegrino (少数意見) は、哲学者 Hans Jonas の懐疑論に依拠して、生物学的死の「経験的事実」と「死の概念」との本質的なつながりが弱く、現実についての認識が正確さを欠いているので、現実についての概念も必然的に正確になりえない (不可知論) という立場である。ここから、彼は、神経学的基準 (脳死基準) も同様に疑わしいとしながらも、「実際に、心肺基準によれば、心臓、肺臓、脳がすべての機能を停止するので、心拍性 (脳死) ドナーの場

合よりも死の確実性が高くなる。」と結論づけている。しかし、彼の論理は矛盾している。第1に、完全な真理（正確な概念）に到達不能という前提に立つのであれば、現状において可能な「善行原則」で満足するしかない。われわれは、常に不完全な知識・経験の下でしか生きられないからである。それゆえ、第2に、彼も「心肺死基準」が「脳死基準」よりも「確実」という better で満足している。しかし、彼も「心機能は真の不可逆性なのか」を問題にしたのであり、心肺死基準を肯定しえない筈であろう。神経学的基準を否定する限り、すべての機能のうち「脳」の機能停止を肯定しえないからである。それゆえ、ドイツの移植法は、心肺停止につき最小3時間を要するとして、脳の不可逆的停止の事後的判断（閾）を認めたのである（前掲注（5）参照）。ちなみに、Norba・前掲注（3）S.38は、「多様性のある社会において、統一的な死の定義を確定することから出発することは、ユートピアであろう。脳死観念は、死の判定基準としてその説得努力に基礎づけられている」にすぎないと論じる。

- 8) そもそも「心臓死」は、心肺停止後の救命手段として人工呼吸器を装着するや否や「全脳死」の判定が必要になる点において、両者は可変なのである。また、人工呼吸器等を用いない古典的な「心臓死」における「不可逆性」とは、心肺停止を放置した後に死後硬直・死斑の出現により「事後的・遡及的」に判断される。それでは心肺の蘇生ができなくなるからこそ、事前に延命治療をすべき限界点として「脳幹を含む全脳の機能喪失」としての不可逆性判定が不可欠になる（前掲注（5）～（7）参照）。
- 9) 辰井聡子「脳死説の検証」町野朔ほか編『移植医療のこれから』（2011、信山社）129頁は、三徴候は「いずれも脳幹機能の喪失を示す徴候である。」と適切に論じている。
- 10) 「両者の異同」に関する問題については、長井「生命の法的保護の限界」前掲注（5）249頁・250頁参照。竹内・前掲注（4）33-34頁の指摘が重要である。「三徴候によって判定したと思う死亡、それでさえ、埋めた後で棺桶のなかで動いたらしい、というようなことが後にわかったこともあるし、実際そういうことも起こったようです。この三徴候による死亡を、あえて私は心臓死という言葉を使わないのですが、心臓死という言葉が日本で使われたために、大混乱が起きてしまったのです。心臓死と脳死というのが、相対比されるようになってしまったので大混乱が起きてしまったのです。なぜかといいますと、心臓死というのは、心臓が止まってヒトの死と判断するという考え方、その概念ですね。いわゆる三徴候死ということ。これは誰もが認めてきた、世界中の人たちが認めてきた死なのですが、それを心臓死と呼ぶことに問題があるわけです」（前掲注（5）参照）。また、同14頁では、「心臓死とか脳死とか、言葉ばかりが先行して、専門外の医師、マスコミ、評論家などなどの有象無象の不勉強、偏見、誤解とも相俟って、発展途上国にもみられない混沌状態ができてしまった。とにかく驚くべきことに、移植のための脳死とっている人が未だに少なくない。」と嘆かれている。
- 11) 勿論、医療従事者は可能な最善の延命技能を尽くさない限り、作為・不作為の殺傷罪・致死傷罪が成立しうる。
- 12) 長井「世界基準の脳死基礎理論」前掲注（5）206-207頁参照。
- 13) 下図における①の「心肺死」は、「心臓死」・「三徴候死」または「臨床死」とも呼ばれる。人の自発的呼吸・循環及び意識の停止・消失した状態が「人工呼吸器等」を用いずに回復・蘇生しなかった場合生じる死である、とされている。この定義によれば①と②とは「概念」として明確に区別されるようにも思える。しかし、必ずしもそうではない。第1に、「反脳死論」の立場からは、②の「人工呼吸器等」を用いた場合に生じる死も含めて①の「心肺死」とすべきことになる。つまり、①・②を区別せずに、常に最終的に「心肺停止」に至らない限り、「死」は発生しないことになる。「心肺停止」が死の「必要条件」になり、死の「充分条件」は「心肺停止」が「事後的」に回復しなかったことになる（心肺停止の不可逆性）。この「不可逆性の事後的判断」によるとき、「医師の治療行為」の義務は、どの時点までになるのであろうか。反脳死論（心臓死一元論）の立場では、「全脳死」の時点とはいえなくなるのである（前掲注（5）参照）。第2に、利用される「人工呼吸器等」の意義が問われる。「人工呼吸器」でなくても「用手法」（手を用いた人工呼吸の蘇

生法)でもよいことになる。「人為的」な心肺の回復方法である点で変りがないからである。「用手」か「機械」かは、効果に差異があるとしても、機能には相違がないからである。ここで重要なのは、「人工呼吸」ではなく「胸に触れて揺った」ところ、一度停止していた心肺動が復元したような場合には、①・②のいずれの区分になるのか。要するに、①の「心肺死」といわれる場合にも、腐乱したような遺体でない限り、事前には医師であれ通行人であれ心肺停止で昏睡した人に対して「声を掛けたり」何らかの蘇生措置をするのが通例である。そうすると、①と②とは、「概念」上のものでしかなく、実際には明確な区分ができないことになる。このような理由からも、図では①・②が共に「全脳死」と表記されている。

14) 前掲注(5)参照。

15) この「脳死」の語法には、特に文脈に応じて留意が必要である。それゆえ、米評議会白書(2008, 前掲注(6)・(7)参照)でも、第1章(序論)で「人工呼吸器と死の判定問題」とされ、第2章(用語について)では、「(全)脳死」・「全脳不全」・「超昏睡」などの用語が区別され、誤解と予断(結論の先取り)を避けるために基本的には「全脳不全」の語が用いられている。同白書は、ハーバード委員会(1968)、大統領委員会(1981)の立場を継承して「伝統的心肺基準」の社会的安定性を承認し、専ら「人工呼吸器が用いられている稀なケース」での「全脳機能の不可逆的喪失」(神経学的基準)のみを直接の検討対象としている。それが本文にいう「狭義の脳死」である。しかし、「人工呼吸器」などの蘇生手段の利用(なお、前掲注(13)参照)は、日米ともに増大傾向にある。

他方、ドイツの医学的文献では、生物学的・医学的方法が重視されるため、「脳死」は、「心肺死」(人工呼吸器が用いられない点で「臨床死」ともいわれる。)とは区別されて、「狭義の脳死」(人工呼吸器使用中の脳死)を意味することが多い。しかし、ドイツの刑法学では、「心肺死基準」を不完全な「不可逆性」判定であるとして排斥するので、特に1997年の移植法成立(前掲注(5))を機に脳死一元論が圧倒的に通説化した(この限りで米評議会白書の立場とは、全く異なる)。そこでいう「脳死」は、現象としての心肺死を包摂する意味で用いられるのが通例である。これが「広義の脳死」なのである。かかる脳死概念の両義性については、医学での脳死概念及びこれに関する学説についても詳細な検討を加えつつ、両脳死概念を区別しつつ総括的な分析を加えた研究として注目に値するのが、Marie-Sophie Freiin von Thannhausen, *Der Todesbegriff im Strafrecht, Europäische Hochschriften Rechtswissenschaft Bd.5431* (2013, PL Academic Research) S.1-S.233(本文)であり、その医学的「概念」(S.30 Fn.164)、刑法的「概念」(S.65 Fn.392)、そして「統一的な死の観念」について、全脳機能の不可逆的欠落によって生じる刑法の意味での「人の死」は、集中医療で看護されているか否かに依拠することなく、妥当すると論じている(S.137)。すなわち、医学的概念と刑法的概念とは(本論文の枠内では)最終的に一致しないと結論づけている(S.137 Fn.763)。要するに、「概念」の混乱が理論的対立を紛糾させている。このことは、Schreiber, Eser, 竹内一夫らによっても、再三指摘されている(前掲注(10)参照)。

16) イギリスの脳神経学者として脳幹死説を根拠づけた Christopher Pallis は、*ABC of brainstem death* (1983, British Medical Assoc., London)の著者として世界的に有名であるが、次のように述べている。

「私が脳幹死の立場をとる理由としては昔から死に関して宗教的に言われていることと同じことを究極的に意味するものだと考えているからです。われわれが死の概念を例えば、『精神が身体から離れる』ことと考えるならば、私が言う脳幹死(意識に関係している脳幹の上半分が死んだ)ということは、その人が永久に意識を回復することができないということになり、昔から言われている精神が肉体から離れたということを言い換えたにすぎないというように考えられます。それから、近代医学で永久に不可逆的に呼吸が停止したということは、脳幹の下半分の機能停止を意味しますが、これは今まで言われていた息の根が止まったということと同義であり、従って、脳幹死という概念は、昔から言われている死の概念を変えているにすぎないものと私は考えます」(上記の引用は、立花・前掲注(2)321-322頁による)。このPallisの見解は、本文の理解の妥当性を示している。

- 17) 以下の本文の叙述は、資料的には多くを、Tom Russell, *Brain Death: philosophical concepts and problems* (2000, Ashgate, Aldershot) pp.1-16 に依拠している。下記の注で本書を引用する際には、本書が引用している原著（未参照）も必要に応じて同時に引用することにする。
- 18) Russell・前掲注（17） p.1; P. P. Weiner (ed.), *Dictionary of the History Ideas* vol.1 (1968, Scribner, New York) pp.229-236.
- 19) Russell・前掲注（17） p.2; W. F. Bynum, E. G. Browne and R. Porter (eds), *Dictionary of the History of Science* (1981, Princeton Univ. Press, Princeton) pp.296-298.
- 20) Russell・前掲注（17） p.2; F. Rosner and J. D. Bleich (eds), *Jewish Bioethics* (1979, Hebrew Publishing Co, Brooklyn) pp.280-285.
- 21) Russell・前掲注（17） p.2; Rosner and Bleich・前掲注（20） pp.297-298.
- 22) Russell・前掲注（17） p.3; Rosner and Bleich・前掲注（20） pp.285., J. B. Winslow, *The uncertainty of the signs of death and the danger of precipitate interment* (1746, M. Cooper, London) p.50.
- 23) Russell・前掲注（17） p.3; J. B. Winslow, *An mortis incertae signa minus incerta a chirurgicis, quam ab aliis experimentis?* (1740, Quillau, Paris). なお、Thannhausen・前掲注（15） S.9 Fn.45 は、医学文献等に依拠して、18 世紀の後半以後、蘇生延命措置が一層日常化し、仮死の問題が生じたと指摘する。
- 24) Russell・前掲注（17） p.4.
- 25) Russell・前掲注（17） p.5; G. M. Lancisi, *De subitaneis mortibus* (On sudden deaths) (1971, St John's Univ. Press, New York) p.42.
- 26) Russell・前掲注（17） p.5; W. Cullen, *A letter to Lord Cathcart.... concerning the recovery of persons drowned and seemingly dead* (1784, C. Elliot, Edinburgh) p.4.
- 27) X. ビシャの脳死論については、齊藤・前掲注（4） 88 頁参照。個体死は、脳活動の消失、感覚・自発運動の停止、細胞に酸素を供給する血流循環の悪化により呼吸停止というプロセスを経るとされている。
- 28) Russell・前掲注（17） p.7; G. L. Porter, "Recognition of Death", *Proceedings of the Connecticut Medical Society*, vol.2・3 (1882) p.93 ; *London Medical Record* (1874), A. M. Capron, "'The rigid embrace of the narrow house': Premature burial and the sign of death", *Hastings Center Report*, vol.10 (1980), pp.23-31.
- 29) Russell・前掲注（17） p.7; P. C. H. Brouardel, *Death and sudden death*, (1897, William Wood, New York) pp.20, 29; H. Carrington, "Death: its phenomena", *Annals Physical Science*, vol.9 (1910) p.260; J. W. Person, *Historical and experimental approaches to modern resuscitation* (1965, Charles C. Thomas, Illinois) p.5.
- 30) Harry Cushing の功績につき、例えば David Lamb, *Death, Brain Death and Ethics* (1985, Ashgate) p.53, 竹内・前掲注（4） 15 頁, 35 頁参照。
- 31) Russell・前掲注（17） p.7; C. S. Sherrington, *The integrative action of nervous system*, (1906, Scribner, New York) .
- 32) Russell・前掲注（17） p.8.; J. Middleton, "Flesh that is immortal; Dr. Alexis Carrel's experiment with tissues of a chicken", *World's Work*, vol.28 (1914), pp.590-593.; M. Newman, "What is death?", *Scientific American*, vol.162 (1940) pp.336-337.
- 33) Russell・前掲注（17） p.8.; V. A. Negouskii, *Resuscitation and artificial hypothermia* (1962, Consultants Bureaus, New York) esp. p.117.
- 34) 浅田一『法医学講義』（1937, 克誠堂書店）138 頁。これにつき、齊藤・前掲注（4） 88 頁, 96 頁注（4）、永野耐造『脳死のベッドサイド』（1998, 立花書房）12-15 頁には、法医学における死の概念と定義に関する学説の概要が説明され、心臓死も脳死とされている。
- 35) Maurice Goulon について、「1959 年に P. Mollaret と発表した "Le coma dépassé と題する論文は、ながく脳死研究の歴史に残るものである。すなわち、C. Barnard の最初の心臓移植より 8 年

も前に、脳死患者の23例の生命徴候、神経症状および脳波所見を詳しく分析した。そして脳死状態の昏睡と他の昏睡とを区別すべきことを指摘し、前者を論文の題名のように「超昏睡」と呼んでいる。」と竹内・前掲注(4)23頁は解説している。深昏睡状態の患者に対してどんなに人工呼吸器を作動させても、心肺停止になってしまう症例が生じたが、その原因はいかに診断しても不明であった。いよいよ最後に頭蓋の解剖をしてみたところ、脳の融解が観察された、といわれる。すなわち、脳活動が完全に消失していたにもかかわらず、なお呼吸活動は機械的に保持されることが判明した。

- 36) Russell・前掲注(17)p.60.; Lamb・前掲注(30)p.15. その報告書を作成したBeecherは、「不可逆的昏睡」を診断するための一連の判定基準を提案し全脳機能の喪失を強調した。H. K. Beecher, “A Definition of irreversible coma. Report of ad hoc committee of the Harvard Medical School to examine the definition of brain death”, *Journal American Med. Ass.* vol.205 (1968) pp.337-340. そこには、「われわれの本来の目的は、死の新しい判定基準として不可逆的昏睡を定義することにある」と述べられている。
- 37) Wilhelm Tönnis, Reinhold A. Frowein, “Wie lange ist Wiederbelebung bei schweren Hirnverletzungen möglich?”, *Monatsschrift für Unfallheilkunde, Versicherungs-Versorgung und Verkehrsmedizin* (1963) S.169-190.; 「ここで問題になっている患者には、…脳血流の停止状態が死の時点であると評価されねばならない」。「これが、‘cerebrale Tod’ とされるものである」。「この場合には、未だ心臓が拍動しているにもかかわらず、人工呼吸は停止させることが許される」(a.a.O. S.188f.). Wolfgang Spann, Erich W. Liebhardt, “Reanimation und Feststellung des Todeszeitpunktes”, *MMK* (1996) S.1410-1414.; 「脳の機能状態のみが生と死の判断にとって決定的である」。以上につき、Thannhausen・前掲注(15)S.11 参照。
- 38) Russell・前掲注(17)p.9.
- 39) R. M. Veatch, “The Definition of Death: Ethical, Philosophical, and Policy Confusion”, *Annals New York Academy of Sciences*, vol.319 (1978) pp.307-321, p.307によれば、同報告書は、不可逆的昏睡が総体としての人の死と同義であることを示す根拠も証拠も何ら示すことができていない、という。これに対して、Lamb・前掲注(30)15頁は、同委員会は、「不可逆的昏睡について経験的に正確な予測値」と考えられるものを提示したのではあるが、Veatchの指摘のように、「もし人が不可逆的昏睡になったならば、死んだかのように取り扱われるべきか」という全く一層困難な問題を処理しようとする」のではない、と批判している。このように同一の報告書であっても、立論によって異なる理解と評価が生じる。
- 40) わが国においても、例えば廣澤弘七郎(1984日本循環器学会会長、1988東京女子医科大学名誉教授)は、渡部良夫・阿部知子編『脳死からの臓器移植はなぜ問題か』(1994、ゆみる出版)において、「脳死による臓器移植はその行為そのものが人道に反しており、人間の心の中にひそむ魔性を表に引き出してくる危険を孕んだものだと私は思っています。元来、許してはならないもので、許せばこういう悪事の連鎖がつきまってくる本質を持っているものだと思います。」(40頁)、移植は「生者、死者を問わず、ドナーという第三者のいのちの尊厳を損うことによって初めて医療行為が成り立つということです。」(41頁)。「脳死臨調が脳死脳死とばかり議論して、…臓器移植の本質論、すなわち人間社会で…心臓移植という行為が、どのような文化論的意味を持つかなんていうことは全然議論していないのですから、頻繁に出てくるのは諸外国(の)…後追い、無批判な模倣のことばです」(44頁)。このように、医療現場で患者に直面している医師においてこそ、その私的な死生観・正義観による激しい反脳死移植論が展開されている。なお、東京女子医科大学病院は、生体移植の実績でもよく知られている。ちなみに、脳死臨調が「脳死が人の死か」を何よりも審議してきたことは、医事法・刑法の国際的通説からしても、正当であった。ドナーにせよレシピエントにせよ、その「命」こそが保護されるべきだからである。移植は、それと密接ながら二次的な問題であり、誰もがドナーになることを法的には拒否しうることが、上記の批判では看過されている。

- 41) 生物学的死滅が次第に進行するプロセスでしかないことは、「死の概念」が「自然的事実」なのか「哲学的措定」または「法的評価」なのかという争点上極めて重要である。人工呼吸器装着上でも示される「生命・生理の現象」ゆえに人は生きている、心肺停止に至るまでは「心肺死」には至っていない、と主張されるとき、その「心肺停止」の「不可逆」な時点がさらに問題になる。神経学的な判定基準（脳死）は客観的に検証しえない「見えない死」であるからという前提に立つときは、死の徴候として「死斑」の出現が要求されよう。確かに「死斑」が生じれば伝統的にも「遺体」であって埋葬が許される。それにしても、「死斑」が区分点になるべき根拠は明らかでない。亡くなった人体の細胞の一部腐敗で足り全細胞の腐敗まで要しないのは何故か。ここには、程度の差しかなく、区分の合理的根拠が存在しないからである（前掲注（5）～（8）参照）。
- Lamb・前掲注（30）p.32 以下では、次のように引用している。「文明は死ぬとしても、社会の多くの構成要素が生き続ける。社会が統合を失っても、それに関係する個人は生き残る。個人は政治的、法的、精神的または生理学的に死ぬが、その細胞の多くは新陳代謝を続ける。細胞が破壊されても、その酵素はなお機能している。これらの状態のどれをわれわれは死とよぶべきか」（H. K. Beecher, Round Table Conference, Geneva, 1974）。
- 42) わが国の数多い出版物の大多数に見られる論説は、「論争の座」を設定することなく、「一面の真理」を恣意的に結びつけて説得力を仮装している。このことに論者も読者も気がつかないままに終わる。その結果が「大局観なき混沌」となる（前掲注（10）参照）。それが、例えば「立場」の相反する日韓の史的論争であればともかく、生死の概念となれば独自の文化・宗教観などを介在させてはなるまい（後述V）。
- 43) 死の「論理的な枠組」につき長井「生命の法的保護の限界」前掲注（5）233-234 頁参照。欧米の文献は、この枠組を遵守している。例えば、Detlev Sterben-Lieben, “Tod und Strafrecht”, JA1997, S.80ff., S.82 及び Wolfgang Höfling, “Um Leben und Tod; Transplantationsgesetzgebung und Grundrecht auf Leben”, JZ1995, S.30 は、「死の主体」または「誰が死ぬのか」を加えた4分法、アルビン・エーザー（長井圓・井田良共訳）「ドイツの新臓器移植法（上）ジュリスト1138号（1998）88頁・89頁（その再録として、アルビン・エーザー、上田健二・浅田和茂編訳『医事刑法から統合的医事法へ』（2011、成文堂）218頁）は3分法（または2分法）である。Thannhausen・前掲注（15）S.21f. は、4つの平面を区分しつつも、R. Merkel・前掲注（3）S.113-132, S.113 Fn.15の3分説に従っている。特に注目すべきは、「死の概念」と「死の判定」との混同が、稀ならず問題を歪曲する論調へと導いている」（Thannhausen, a.a.O, S.23）との指摘である。これについては、Albin Eser, Schönke-Schröder-Eser, StGB Kommentar, 28 Aufl (2010), Vor § 211ff., Rn18 が重要である。英米法においても、例えばLamb・前掲注（30）は、① Two Concepts and Two Sets of Criteria (p.20), ② One Concept and Two Sets of Criteria (p.22), ③ One Concept and One Set of Criteria (p.28) についてアメリカの大統領委員会（1981）などの団体及び各州の立法について、詳細な検討を加えている。この位置づけは、特に「脳死判定」と「心肺死判定」の一元か二元かという単なる形式ではなく、その実質的内容に深く関わるからである。すなわち、実務で対象者の生死を決するのは、結局のところ「判定方法」（死の証明）になるからである。
- 44) 武下浩・又吉康俊「脳死判定基準」町野朔ほか編『移植医療のこれから』（2011、信山社）45頁では、「全脳死も脳幹死も判定基準の項目」にはほとんど差がなく、脳の広い部位にかかわる統合機能が重視されるようになってきたこともあって、近年、解剖学用語は色あせてきた。しかし、脳幹死は脳死判定における脳幹機能の重要性を強調した判定基準としての意義は大きい。」とされる。
- 45) 勝又義直「脳死者からの臓器移植—我国における脳死論議の検証」『脳死と臓器移植』（1991、六法出版社）11-12 頁は、法医学の立場から次のように論じている。英国の脳幹死説では、「大脳の神経活動を示す脳波は脳幹の活動とは無関係との理由で切り捨てられている。意識を目覚めさせる脳幹の機能が失われていれば、頭部表面から誘導される脳波が仮に平坦化しなくても、生命とは関係のない機能の遺残であるとしている。つまり、従来の三徴候で判定される死の後でも、

筋肉は刺激により収縮するし、瞳孔径も動くように、脳波の遺残が仮にあって個々の細胞が死滅には至っていない間に無秩序に機能している例の一つに過ぎないと考えたのである。しかしながら、脳幹の意識覚醒中枢は確かに大脳の意識活動のスイッチを入れる機能を持っているとされているが、深昏睡であっても各種脳幹反射もすべて失われていたとしても脳波が残存している場合に、真に意識のスイッチが切れていると断言することは難しいのではないだろうか。この指摘は、反脳死論（生理的現象説）の立場との関係では、特に重要である。昏睡状態にあって外部刺激に何ら反応しないときは、「意識」（脳幹の作用）が不可逆的に失われたとされるときでも、「内意識」の存否までは判定できないのではないか（あるいは身体運動の能力のみが失われているにすぎないのではないか）との疑問があるからである。また、いわゆる脳死に近い状態から生還した患者の体験として「手術中の医師の声が聴えた。」とされているからである。そうすると、脳波等の検査が判定方法として必須になろう。（国外では）「ただし最近では、脳波は次第に省略される傾向にある。この場合、脳波はそのほかの検査の結果、必要がないと判断されるので省略されるのであって、必ずしも脳幹死の立場に立っているとはいえないが、結果的に全脳死と脳幹死との違いが明確でなくなりつつある」。なお、脳神経学・脳生理学における「脳幹」と「大脳皮質」との関係については、Johann Friedrich Spittler（ボヒューム大学医学博士），“Der menschlicher Körper in Hirntod, ein dritter Zustand zwischen lebendem Menschen und Leichnam?”, JZ1997, S.747f., S.749., 長井圓「生命の法的保護の限界」前掲注（5）237-238 頁, 245 頁注（46）参照。

- 46) 死とは何か。呼吸・心拍・意識がなくなり、元に戻らない。この人類に共有された経験は余りにも自明であって定義すら不要とされてきた。この社会通念は、不正確とはいえ、人類史を通じて確立されて「社会的伝統」となっている（前記Ⅱ参照）。死の現象は、身体から「心」（意識）が失われたので「心臓の死」とも解された。「息」を引き取ったので「肺臓の死」とも解された。この呼吸・意識の消失が脳に由来する（前掲注（16）参照）。この機序だけが、一部のスペシャリストを除いて、医師にすら知られていなかったのにすぎない。それでも、死の「実体」（不可逆性）は広く知られていたことになる。他方、遺体の腐乱（全細胞の死滅）にならない限り、「死」とはいえない。そのような「社会通念」は存在しなかった。死とは、社会における「命と命との交流の終止点」であって、「死者との別れ」・「死者の追憶」（遺骨・遺品の保存）とも区別されてきた。このような社会的伝統は、合理的でもあって尊重に値するので、「死の概念」の不可欠な要件となる。

これに対して、「社会的合意」とは、歴史的に形成された「社会的伝統」（社会通念・社会的慣習）とは異なる。市民の大多数の承認・賛同が得られることを意味するにせよ、その確実な手続・方法がない。世論調査は、表面的な賛否の数を示すだけであって、その「真意」や「理解」が欠けている限り、「合意」を示すものではない。それにもかかわらず、脳死の概念が「新しい」ことを前提として、これには社会的合意が必要である。このように主張する論者も少なからずいる。例えば、立花隆は、「それを社会に組み入れていくためには、個人に対するインフォームド・コンセントと同様、社会全体に対して、その新しい医療技術と概念について、包み隠さずすべてを説明し、その同意を求めることが必要だと考えるわけです。」という（立花隆「基調講演」『脳死と臓器移植』（1991、六法出版社）101, 104, 106 頁）。このような立論は、既に定着している「死の社会通念・伝統」の内実・実体を看過した形式論であるように思われる。医学的・哲学的に厳密であるべき「死の概念」につき一般市民の「合意」まで求めるのは、過大かつ不可能な要求であろう。「脳死臨調」の内容等は既に公表されている（例えば、町野朔・秋葉悦子編『資料・生命倫理と法Ⅰ 脳死と臓器移植』前掲注（2）244 頁）。その具体的な過程や内容をより広く公表せよというのは、民主主義社会の要請である。しかし、その同意を求めるのは、「ソクラテスの死」（オストラコンの愚衆政治の弊害）を忘れた論理であって、議会制民主主義とも調和しない。史上の悲惨な虐殺事件や戦争は、大衆の支持の下に行われてきた。

それゆえ、米評議会白書は、死の「哲学的議論」の冒頭において、「死をただ法的概念もしくは社会的合意の問題として捉えるべきだ」という考えを認めない。」としつつも、「古くからの死の観

念一われわれは人（人格、Person）としてではなく、全生物に所属するものとして、とくに動物として死ぬということ—を医療技術の最近の進歩によって放棄することは正当化されない。」と的確に論じている。

47) 「もし脳外科医が怠けていて、脳圧亢進の患者を救おうとしなければ、多くの場合早晚息を引き取ることになります。要するに、脳圧が上がって、呼吸中枢がやられて、放っておけば、まもなく心臓も止まります。ところが何とか助けようとして努力した挙げ句、呼吸を人工呼吸器で保つと、心臓は止まらないでなお動いている。そういう結果が脳死を招いたということであって、患者を何とか救おうとする努力の結果生まれた状態であるといえます」（竹内・前掲注（4）38頁）。この点が反脳死論（伝統的な心肺死基準の維持）の重要な論拠となる。人工蘇生中に脳死基準を充足しても「心停止」に至らない限り、死とするには充分ではない。あるいは、脳死基準よりも心肺基準がより明確で安全であるという（前掲注（7）のPellegrinoの見解参照）。しかし、その「心停止」が回復不能（不可逆）とされるのはなぜか。やはり、脳死（肺呼吸能力の欠損）だからでないか。いずれにせよ、その心停止前の身体状態が治療不能で死が確実に切迫していることには、争いがない。

48) 竹内一夫は、「アカデミックな考え方からいえば、脳幹死が脳死という考え方でいいのではないかと思います。ところが、まだ大脳半球の機能が残っていて、脳幹だけが完全にやられているという場合、当然脳波も出ることがあるわけです。ですから気持ちの上でそれを脳死と言うのは社会的にも受け入れられるのは難しい。そこで、学問的には脳幹死でいいが、国の法律に盛り込む場合は全脳死の方がわかりやすい。米国もそうですし、多くの国も全脳死の概念を採用しています。」と説明している（前掲注（4）92-93頁。なお、前掲注（44）の武下・又吉の見解及び前掲注（45）の勝又の見解と対比せよ）。ここで重要なのは、米評議会白書の立場であり、英国の脳幹死基準の批判である。まず、Pallisの「特殊な文化への依存を敬遠する」。また、「基準のこのような簡略化は、それ自体概念的に疑わしい上に、無呼吸テストや脳幹の臨床的検査よりさらに進んだ確認検査を、全く不要としているところから臨床上危険と言わざるをえない」と評価されている。

これらの「大脳」と「脳幹」との関係をめぐるニュアンスの差異は、「意識」の意義（外意識・内意識の区別など認知の機能を含めて、「意識」とは何か。）に関わる。同時に、「意識」の存否は生死に直接には関係しないと解するのか（そうであっても、その判定の安全・確実性に関わるのか）。それとも「意識欠落」は死の要件であると解するのか。これが争点である。この点について、米評議会白書は、「意識」とは、その主体の一人称の経験であるが、その臨床的評価は周囲の状況に対する患者の反応によってしかできない。また、「意思による運動」と「反射運動」との鑑別が非常に難しく、「意識喪失に対する臨床検査」は、無呼吸検査よりもはるかに問題が多いので、ともかく自発呼吸がある限り「死」とはいえない。他方では、脊髄損傷の患者は永久に人工呼吸なしには生きられないが、その「意識」が保持されていることは、生きていることの明白な証拠である、と結論づけている。このような立場では、脳幹死基準は排斥されることになる。

49) 小児をも対象とした改正移植法につき、武下・又吉・前掲注（44）43-60頁参照。

50) 脳死臨調（臨時脳死及び臓器移植調査会答申）「脳死及び臓器移植に関する重要事項について」（1992）は、「これまでどおり心臓死（「三徴候」による死）をもって死と判定することで何ら差し支えない。何故なら、心臓死の場合もまた、心停止後脳の状態が停止し、脳による統合能力が失われ、個体としての統一性が失われるという点で、脳死と同じ意味での「死」と考えられるからである。」と説明している。ここでは、「1つの死の概念」・「1つの全脳死判定基準」の下で「2つの判定方法」が認められていると解される。ただし、判定方法として従来の「三徴候」は、形式的なものでは足りず、「総合的判断」として「全脳死との等価性」が要求される。これについては、前掲注（5）・（8）・（9）・（10）で詳しく論じた。

51) 「器質死」とは、脳血流の阻害・欠陥があると酸素等が脳に供給されないため、脳神経細胞が「自己融解・壊死」する結果として脳死になることをいう。

立花隆は、基礎医学または生理学に依拠して、神経学的方法で判定される「機能死」に代えて「器質死」の判定が必要であると、一連の著作で強調してきた。また、器質死という用語を用いてはいないが、Paul A. Byrne (1979, 2004) らは、脳蘇生学の立場から、脳細胞の破壊に至っていないければ、脳機能の回復可能性があるもので、将来は脳の「機能終止」ではなく「全破壊」を脳死判定基準とすべきである、と主張している（長井「世界基準の脳死基礎理論」前掲注（5）37頁参照）。また、同じく脳蘇生学の立場から、三井香児「基調講演『脳死と臓器移植』」前掲注（45）92頁は、脳循環の測定法（評価法）（a. 脳血管撮影, b. 造影剤使用, c. アイストープ法, d. DSA (Digital Subtraction Angiography), e. 脳灌流圧の評価, その他）について説明の上、「脳の循環が停止していることを証明しないと、単に脳の機能が消失しているからといって、脳死とは言えないんじゃないか」（92頁）、「切迫脳死のようなものも、脳死というふうに判断され得る危険が、ないわけではない」（94頁）という一方で、無呼吸テストで自力呼吸なし、瞳孔散大、脳幹反射全消失、平坦脳波で「脳死判定基準」を充足していたが、その2日後以降の検査で脳波平坦でも脳循環が確認されたが、結局は心停止に至ったという患者につき「病理解剖いたしました。そこでは脳死の所見は、まったくありませんでした」、つまり「全脳機能の消失はありますけれども、しかし脳の循環が認められたということで、これはまさに、機能的な脳死ではないだろうか、というふうに考えております。」（96頁）と述べる。これは「器質死」と「機能死」との関係を解明する上で注目に値する。

これに対して、勝又・前掲注（45）19頁は、次のように「器質死」説を批判している。「脳血流の停止は脳という臓器にもはや酸素が供給されないこと意味しており、心臓と肺の機能停止によって全身に酸素が供給されなくなることから個体の死を判断していた従来の死の考え方を脳という臓器に適用したともいえよう。しかしながら、心臓と肺の機能停止後に全身の各細胞が（順次）死んでいくように、脳の血流停止によって直ちに脳のすべての細胞が死ぬわけではないことも同様である」。つまり、立花の主張する「脳血流の検査」を実施しても、脳血流の停止があった直後に脳細胞の壊死が生じはしないので、器質死の検査方法が有効とは限らないのである（また竹内・前掲注（4）81頁参照）。

この問題に関して重要なのは、E. F. M. Wijdicks (2008) が、脳死基準充足後36時間内に心停止に至った41事例について実施した病理解剖の所見である。「30%～70%の虚血性変化を認めるのみで、壊死巣はなく、脳死に特有な病理所見は認められなかった」（この「脳死」に特有な病理所見とは、脳細胞の「自己融解・壊死」をいう）。この所見について、武下・又吉・前掲注（44）57-58頁は、「脳死と診断されて36時間経過しても、器質死を細胞の壊死と同義と考えるなら、そういう病態はみられないということである。つまり脳死は機能死でしか判定できない。」と結論づけている。要するに、「脳機能の不可逆的消失」こそが重要であって、それが「脳神経細胞の壊死」と一致せずかつ一致する必要はない、というのである。この結論から推論すると、人工呼吸器等により心肺機能が維持されていた場合に、全脳死基準を充足しても、なお脳幹等の神経細胞には「虚血性変化」が生じるだけであるから、なお少なからぬ神経細胞が残存していることは否定しえない。そうすると、一定のホメオスタシスの生存する生理現象が観察されても決して不思議ではないといえよう。

- 52) 脳死臨調は、「人の死」の概念として「有機的統合性」の理論を採用した。すなわち、「各臓器・器官が一体となり、統一的な機能を発揮しうるのは、脳幹を含む脳を中心とした神経系がこれらの各臓器・器官を統合・調整しているためとされている。したがって「脳が死んでいる」場合、すなわち意識・感覚等、脳のもつ固有の機能とともに脳による身体各部に対する統合機能が不可逆的に失われた場合、人はもはや個体としての統一性を失い、人工呼吸器を付けていても多くの場合数日のうちに心停止に至る。これが脳死であり、たとえその時個々の臓器・器官がばらばらに若干の機能を残していたとしても、もはや「人の生」とは言えないとするのが、わが国も含め近年各国で主流となっている医学的な考え方である」。ドイツでも連邦医師会によって採用された統合性論については、長井「世界基準の脳死基礎理論」前掲注（5）188頁で概要を論じた。ただし、

刑法学説では、統合性論は必ずしも重視されず、むしろ人の「生物面」(脳幹)と「人格・精神面」(脳)との両者を接合する「二元的な規範的脳死論」が圧倒的に通説となっている。

これに対して、米評議会白書は、Shewmon らの批判を受けて、脳幹が生命機能の「統合者」(Integrator)であることを否定しつつも、統合性論それ自体は誤りではないとしている。特に Gilbert C. Meilaender は、「個人的文書」において、神経学的基準を放棄すべきとする少数説は余りにも「体性統合」(somatic integration)の言葉に拘泥しすぎている、と批判している。これに関して、少数説に立つ E. D. Pellegrino (議長)は、4つの哲学的な死の定義があり、それは①統一体としての統合機能の喪失、②呼吸によって自発的に環境と関わり合うことができないこと、③意識と感覚・知覚の消失、④体からの生命の根源(靈魂)の離脱であるという。ともあれ米評議会(多数説)は、①から②へと重点を移した。すなわち、「呼吸機能による環境との積極的・自発的な相互交流能力の喪失」こそが死の概念であると結論づけた(生物と機械との区別を重視する点で、この立場に近いのは、長井「生命の法的保護の限界」前掲注(5)234-235頁である)。

米評議会白書に対する評価として、辰井・前掲注(9)127-128頁は、生死の区分は哲学・科学の観点からはできないという前提から、「有機的統合の喪失=死」という命題では脳死説の基礎づけができないと論じ、これに代えて「蘇生可能性の喪失=死」という公式を提示する。しかしながら、この公式は同義反復に他ならず、何の意味もないと思われる。「死=蘇生可能性の喪失=不可逆性」を限界づける「実体」の生物学的・医学的定義が不可欠なのである。この「生命原理」を哲学的に概念化したものが、上記の②なのである。

- 53) これにつき、武下・又吉・前掲注(44)52-53頁は、「無呼吸テストが危険であるとする意見があるが、望ましい条件を守って、血圧、心電図、パルスオキシメーターによる血液酸素飽和度をモニターしておけば安全に施行できる。低血圧や不整脈が起きれば直ちにテストを中止する。」と指摘する。
- 54) これに関連する問題につき、前掲注(44)・(45)・(51)参照。
- 55) 脊髄反射につき、竹内・前掲注(4)91頁・93頁、詳細は、武下浩・竹内和夫・加藤浩子監修『脳死判定基準—とくに小児の脳死について』(2009、真興交易(株)医書出版部)50頁、82-85頁参照。
- 56) 米評議会白書は、第1章序論(歴史)で「神経学的判定基準」(全脳死基準)が「人工呼吸器」に由来することを断言している。患者の「自力呼吸が不可能になった」とき、これを外部から支えるのが「人工呼吸器」だという(なお、脳死と人工呼吸との関係につき、竹内・前掲注(4)92頁)。しかし、そうであるならば、「人工呼吸器」でなくても「手を用いた人工呼吸」でも同一の作用(自力呼吸の回復)を有することになる(詳細には、前掲注(13)参照)。両者には「作用の程度差」しかない。しかも、いわゆる「心肺死」または「三徴候判定」の場合にも、医師は、死斑・死後硬直などの徴候により死が明白で蘇生治療の必要が全く欠ける場合以外では、用手の人工呼吸さらに胸部切開による心臓マッサージ・強心剤等の投入を行うことになり、それが功を奏しない結果として「三徴候判定」に至るにすぎない。この意味において、人工呼吸器下の「全脳死基準」と「心肺死基準」(三徴候判定)とは、その「名称」の相違にかかわらず、その「実体」は流動的であって排他的ではありえない。「概念医学」・「概念法学」に陥ってはならない(前掲I2参照)。事実と概念、形相と素材との関係など、アリストテレス以来の哲学的思考が重要であろう。ともあれ、「用手による人工呼吸法」であれ「人工呼吸器の使用」であれ、その中止が法的に許される時期は、「死の不可逆性」という「同一の判定」に関わるのである。
- 57) そもそも、最初の「心肺停止」の時刻が不明ことが多い。ドイツ移植法での判定方法につき、前掲注(5)参照。なお、勝又・前掲注(45)13頁以下は、「従来の三徴候で判定される死の後でも、筋肉は刺激により収縮するし、瞳孔径も動く」(13頁)、「通常最も遅れるのは心停止なので、心停止によって死が完成することが多く、しばしば心臓死と呼ばれる。」が「実際の症例でリアルタイムに心拍動の停止を判定することは容易ではない。」(14頁)、「死の定義と呼べるものではなく、今までは常に死の判定法を定義に代用していたのである。すなわち、三徴候を満たした状態が死であり、そして死は三徴候をもって判定されるのである。だからこそ、一つ一つの徴候、例えば

心停止そのものが死の定義に直接関係し、心電図モニターの前で、医師はいつ死が起こったのかの判断に苦しんでいたのである。」(15 頁)と論じる。そこでは、「三徴候判定」(形式)の問題性が指摘されている。さらに、前掲注(5)~(10) 参照。

- 58) 三井・前掲注(51) 113-114 頁によれば、「心臓、呼吸がともにとまって瞳孔が散大して、救急隊員が心肺蘇生を行いながら、私どもの施設に運んでくる患者が近年非常に増えております。これを来院時心肺停止患者、デッド・オン・アライバル患者と呼んでおります。略して DOA。私は過去 6 年間、210 例近い DOA 患者を見てきました。しかし、その中から 3 人ばかりフルリカバリー、つまり社会復帰を果たした患者がいるわけであります」。また、福嶋教偉「小児の脳死移植 I」『脳死・移植医療 シリーズ生命倫理学 3 巻』(2013, 丸善出版) 109-110 頁によれば、三徴候がすべて揃った状況で AED(携帯型除細動装置)を作動させると、心臓が動き出し、人工呼吸そして酸素を肺に送れば、その人の意識も息も戻ることがある。つまり、「三徴候がすべて揃っても、死亡しているとは限らない」。これにつき、長井「世界基準の脳死基礎理論」前掲注(5) 204-206 頁参照。他方、例えば、脳死臨調(中間意見)別添「意見書」(1991)では、「三徴候説は脳死よりもはるかに安定した、誰にでも客観的に判別できる死の判定方法である。」とされている。これは大変に不正確である。古い三徴候判断では、仮死者が埋葬されるリスクが常にあった(例えば、竹内・前掲注(4) 33 頁。さらに前出Ⅲ)。現代でも「心停止」の判定が困難なのである(前掲注(57) 参照)。心停止は断続的に生じることもある。一端停止後に回復し、さらに再動後停止したりするのである。それゆえ、医師は病態に応じて常に微妙な総合的判断をする必要がある。「誰にでも客観的に判別できる。」とすれば、死後長時間を経過したことが明白な場合であって、腐乱または白骨化した遺体くらいであろう。
- 59) ちなみに、米国大統領委員会“defining death”(1981)には、「法律に定める「死の定義」は生物医学上の知見や技術の進歩により変わる医学的水準や検査法によらず、むしろ一般的な生理学的基準に依拠すべきである」とされている。「死の定義・概念」は、時代によって変動する政府・一般市民の意見及び医療水準・検査法ではなく、普遍的・恒常的なものでなければならない。そうでなければ「法的安定性」も害されてしまうという趣旨であろう(なお、死の「概念」と「判定基準」・「判定方法」等との関係につき、前記Ⅲ参照)。ちなみに、「判定基準」の基礎については、医療の知識・技術の進歩にかかわらず変動しない「生理学・基礎医学」に依拠すべきことになる。他方、「判定方法」は医療の進歩に応じた水準に適合することが要請される。これに即して、「判定基準」も改定されねばならない。両者の関係は相対的である。
- 60) このような「全脳死」の概念・基準は、ドイツ連邦医師会(1982)、神経学者 Heinz Angstwurm, “Der vollständige und endgültige Hirnausfall (Hirntod) als sicheres Todeszeichen des Menschen”, Johannes Hoff-Jürgen in der Schmitten (Hrsg.), Wann ist der Mensch tot? (1990, Rowohlt) S.41-S.50, 脳死臨調(1991, 前掲注(50)・(52) 参照), 「統合性」の強調に差異があるものの、米大統領評議会(2008, 前掲注(6)・(52))において、ほぼ共通して承認されている。オーストリアの生命倫理医学者 Johannes Bonelli, “Leben-Sterben-Tod Überlegungen zum Hirntod aus der Sicht des Arztes”, M. Schwarz-J. Bonelli (Hrsg.) Der Status der Hirntoten (1995, Springer-Verlag), S.95-S.105, イギリスの Tom Russel, Brain Death (2000, Ashgate) p.28, p.158 (以上につき、長井「世界基準の脳死基礎理論」前掲注(5) 182 頁注(15), 183-188 頁, 190 頁注(25), 198 頁注(36)) 参照。また、勝又義直は、死の定義として「意識と生命活動を営む基本的条件である自立的な酸素供給機能が共に不可逆に失われた状態」が妥当だとし(同「死の定義と判定はどうあるべきか—脳死と個体死の関係」日本医事新報(3378号), 「酸素供給機能とは、呼吸と心拍動によって全身に酸素を届けて各組織、各細胞が生きて機能するための基本的条件を提供する機能である。この機能が自立性を失っていないうち、つまり、自発呼吸と心拍動が残存しているうちはたとえ意識が完全に喪失していても死とはみなされるべきではない。しかし、酸素供給を決定的に機械に依存し、なおかつ意識も完全に不可逆的に喪失していれば死とするのが妥当と考えられる。逆にいえば、自立的な酸素供給機能が完全不可逆的に喪失していても、脳の高次の統合機能(意識)が残って

いる場合は生きていると考えるべきである。酸素供給機能を生命の基本的条件の一つに置くことで…酸素を必要とする生命体に共通な普遍的な死の捉え方と矛盾はしないと考えてよい。」(前掲注(45) 15-16 頁)と論じる。これは、米評議会に近い見解であるといえる。

- 61) 反脳死論は、生物医学、神学、倫理学、憲法、民法、刑法など多様な分野から論じられており、中には脳死概念を肯定しながらも神経学的判定方法に反対するものもある。その主要な見解は、後にⅤ、Ⅶ及びⅧで検討する。例えば、アメリカでは、Stuart Youngner (1992), Robert D. Truog (1997), Paul A. Byrne (1974, 2004), Michael B. Green-Daniel Winkler (1992), D. Alan Shewmon (1998, 2001), ならびにドイツでは国法学者 Wolfram Höfling (1995), Stephan Rixen (1995), 検察官 Reiner Beckmann (1996), 刑法学者 Herbert Tröndle (1999) については、長井「生命の法的保護の限界」前掲注(5) 251-254 頁, 同「世界基準の脳死基礎理論」前掲注(5) 183-184 頁, 188-191 頁で概要のみを論じた。なお、ドイツの学説状況については、Valeska Imbach, “Der Gesamthirntod als Kriterium des Todes und die Kritik daran”, Claus Roxin-Ulrich Schroth (Hrsg.) Medizinstrafrecht (2000, Richard Boonberg Verlag), S.189, S.217-S.221 が概要を説明している。
- 62) 米評議会白書(前掲注(6)・(52))は、第1章「序論」では「人工呼吸器は、多くの点で遺体のようには見えないが、実は遺体を換気している」、第3章「全脳不全の臨床像と病態生理学」では、全脳不全に基づき「死と判定された患者は、これらの生命機能を人工呼吸器という外部からの支持に頼ることになる。…患者の外見上の生命徴候は、実際は科学技術による人工的なもので、それらが死が既に起こった事実を隠蔽している」、「このように支持された呼吸運動は、それ自体生命徴候ではなく、技術的介入による人工的現象であり、またこのような状況下で拍動する心臓も、生命徴候ではなく、その自動的拍動の単なる持続に過ぎず、もし人工呼吸器を外せば直ちに停止するものである。」「ドナー管理」の措置は、「体のホメオスタシス(生体恒常状態)を比較的稳定に維持することを目的として行われる。」と説明している。
- 63) S. Rixen, “Todesbegriff, Lebensgrundrecht und Transplantationsgesetz”, ZRP1995, S.461ff., S.463f.
- 64) W. Höfling, “Um Leben und Tod”, JZ1995, S.26-S.33 及び R. Beckmann, “Ist der Mensch eine “Leihe”?”, ZRP1996, S.219-S.225. 後者は、心拍のある脳死状態がおよそ「遺体」とはいえないだろうという「自然的観察方法」から出発する。
- 65) 特に、Hans-Ludwig Schreiber, “Wann darf ein Organ entnommen werden?, Gehirntod und Organtransplantation als Anfrage an unser Menschenbild”, Beiheft 1995 zur Berliner Theologische Zeitschrift (1995, Wichern-Verlag) S.112-S.121. S.117 では、反脳死論が呼吸循環機能が人工的に代替されていても「有機体としての生命統合」が認められると主張する場合、その統合は「何」によって達成されていることになるのか、と反論する。ちなみに、それが「血液循環(心臓)」であるというのであれば、心臓の機能を支えているのは「酸素供給(肺)」であり、肺を制禦しているのは「脳幹の自律神経系統」ではないか、という循環論法に戻ることになる(長井「生命の法的保護の限界」前掲(5) 254 頁参照)。この循環論法に決着をつけるには、どう考えたらよいか。個体の全細胞の死滅に至る連続線に「普遍的で絶対的な単一の区分点」を打つのは、社会的伝統である。それは、哲学的・規範的な「措定」であって、「個の共存」の法理(憲法31条)からして、個体が他者との「自律的關係」を有しうる「最小の生物学状態」の「最初の不可逆的喪失」の時点に定められる。それは、生物学的意味での「自律的統合体の崩壊」と一致することになる(なお、ここにいう「最小の生物学状態」とは、言語によるコミュニケーションに関わる大脳を含むものではない)。長井「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)72頁では、このように考えた。
- 66) このような反脳死論を回避すべく、長井「臓器移植法をめぐる生命の法的保護」前掲注(65)74頁では、「将来たとえ大脳や脳幹が移植可能になっても、その移植された人の「生命」を否定しえない。生命の「自律的統合性」が維持される限り、器官・機能の「代替可能性」の可否は、「死の判定基準」ではなく、ただ「人格の同一性」に関係にするにすぎない。」と結論づけた。その当

否は、後に検討する。

- 67) ドイツの刑法学説につき、長井「世界基準の脳死基礎理論」前掲注（5）187-196 頁参照。
- 68) R. Merkel・前掲注（3）S.119 は、仮に心拍のある脳死者にも刑法上治療が義務づけられることになれば、「集中医療の即時の破綻」に至るに違いない、と指摘する。
- 69) 国民医療費（2015 年度）は、41.5 兆円に達している。国民皆保険による医療につき医師（1000 人の調査）の半数が持続不能と回答し、「過剰医療」という指摘もあった（日本経済新聞 2017 年 6 月 30 日日刊 1 頁）。
- 70) Hans Jonas, “Against the Stream”, Philosophical Essay From Ancient Greed to Technological Man (1974, Bentice-Hall), p.138; 「われわれにとって生と死の正確な境界は分からないし、定義は知識に代わりうるものでもない。さらに、人工呼吸器で維持されている昏睡患者は、たとえ僅少とはいえ、まだ命を持つ存在だと考える十分な根拠がある。端的に言えば、脳機能が失われていても、患者は完全には死んでいないと思われる。不知と疑念に包まれた、このような状況下で、われわれとしては、ただありうる命に向かって意を尽くす外はない」。哲学者ハンス・ヨナスの人と立場については、井田良「法的視点からみた脳死論」脳死・脳蘇生研究会誌 10 巻（1997）20-45 頁、22 頁参照。
- 71) 前掲注（7）参照。
- 72) Hans Grewel, “Zwischen Lebensrettung und Euthanasie — das tödliche Dilemma der Transplantationsmedizin”, ZRP1995, S.217.
- 73) Beckmann・前掲注（64）S.219-S.225. 長井「世界基準の脳死基礎理論」前掲注（5）189-190 頁参照。
- 74) 五木寛之・梅原猛「死を巡る」梅原猛編『脳死は、死ではない』（1992, 思文閣出版）87-98 頁。医師の立場から、傲慢な移植の反道徳性について論じるものとして、廣澤・前掲注（40）32-52 頁がある。
- 75) 小松美彦『脳死・臓器移植の本当の話』（2004, PHP 出版 299）1-424 頁。科学者の立場から本格的な反脳死論が展開されている。また、小松美彦・市野川容孝・田中智彦『命の選択』（2010, 岩波ブックレポート NO.782）2 頁、29 頁も同旨である。さらに、小松美彦「脳死論—歴史的・メタ科学的検討」『脳死・移植医療 シリーズ生命倫理学 3 巻』（2013, 丸善出版）56-59 頁は、米評議会白書を批判して、「古色蒼然たる強欲概念を蔵出し」して、実体として導入した、と批判する。しかしながら、同白書の第 4 章・哲学的議論は、第 3 章の生物学的・医学的考察を基礎として、ただその事象を理論に置き換えているにすぎない。これを「概念操作」とであると小松が批判するのは、的を射ておらず、「我田引水」の観がある。なお、肺の外呼吸ではなく細胞の内呼吸こそが決定的であると主張されているが、前者（酸素吸入）がなければ後者は効果が欠けるので、正当な反論ではない。さらに、渡部良夫は、(1)移植医療は一部の人にしか受けられない「不平等医療」である（渡部・阿部・前掲注（40）22 頁）と批判する。しかしながら、今や誰も移植医療を阻止しえないことが明白である。(2)脳死者の心肺機能が人工呼吸器等で維持されているにすぎないという「脳死説の論拠」に反対して、心臓の自動能を強調している。その際に、分離された心臓が「酸素を投入した塩溶液」で心冠動脈を通じて灌流されるとき、数時間にわたり拍動を続ける、と論じている（Watanabe・後掲注（95）p.176）。すなわち、「心拍動」も脳幹に由来する肺の「酸素供給」に依存していることが否定しえないにもかかわらず、この点が看過されている（前掲注（47）参照）。要するに、渡部は心・肺・脳の 3 つの機能停止が揃わなければ死とはいえないと主張するが、その「不可逆性」の最終根拠が詰められていない。そうなのに、「心停止」を欠く「心拍ある脳死」は、死の予言であるにすぎないと断じている。(3)「脳死と古典的判定基準との決定的差異」として、「心拍ある脳死」は遺体に見えず、これを火葬することは「普通の人」には受容しえない、と主張している（同・p177-p178）。これは、Beckmann の主張と同じであって、「死」と「葬送」とを混同するものである。
- 76) これらの各論者の見解については、前掲注（61）・（63）・（64）参照。

- 77) Jonathan Herring, “Giving, Selling and Sharing Bodies”, Andrew Bainham e all, *Body Lore and Laws* (2002, Hart Publishing) pp.43-60. ヘリングは、「たとえ臓器の摘出がドナーの死につながるようになることですらも（もし真正に同意がなされているならば）、英雄であるとみられることになり（より重大な害を求めて戦争で闘おうとする者とのアナロジー）、それゆえ許されるべきである。この論理は、自殺することがもはや犯罪行為ではないという事実を援用することで一層支持されよう（Suicide Act 1961）。」と述べている。
- 78) 梅原・前掲注（74）177 頁；「私は、そういう仏教的な理論で生命というものをただ人間だけで考えるのではなくて、いろいろな生物との共生を考えるべきだという生命観のうえにたてば、とても人間だけ、あるいは高等動物がもっている高等な脳だけに価値があるということは同感できなかった。…しかし同時に、仏教の世界観には菩薩行というのがあって、そういう自分の身を減しても人を救うという考え方がある」。ここでの論理は、前提から既にずれている。仏教を前提とせずとも、「生物学」はすべての生物を対象として「生命」のあるものと理解している。米評議会白書は、人も生物として特に動物として生きているという前提から出発して、全ての生物に共通する「生命」を「環境に対する個体の自発的働きかけ」（自律的統合性）に見ている。それゆえ、脳死臨調の少数意見の思想的立場とされた「科学主義、理性主義、人間機械論、西欧主義への反対」は、およそ論拠になりえない点で、「一人相撲」のようなものであろう。それは国粹主義・東洋主義による西欧文化への差別と誤解されかねない。他方、ドイツ法が強調する「人間の尊厳」を否定するとき、人が動植物を食して生きている「原罪」が忘れられている。人間の強欲・傲慢さを少しでも避けようとするのが「ベジタリアン」なのである。
- 79) この点に誤りがある。「狭義での脳死」（前記Ⅵ 1 参照）つまり「心拍のある脳死」は救命のために人工心肺器等を用いる場合に常に生じるのであって、臓器移植のドナーになる場合に限らない。すなわち、「脳死」は、臓器摘出をするか否かに関係なく、否応なしに生じる。また、臓器移植法の 2009 年改正により、旧法の「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。」（6 条 2 項）の規定から、新法では下線部分が削除された。この改正によって、「脳死した者」が本法外でも「人の死」とであると積極的に認めたものと解することまではできない。「死亡した者の身体」であって「死体」（遺体）とされていないのは、死者または遺族への「礼意」を示すための文言であるとしても、「前項に規定する」との限定があるため、2 項も 1 項にいう「移植術に使用される」「死体」であることが前提されている。しかし、本法は、臓器移植についてのみ定めたものであって、「それ以外の場合については、中立的な立場を採っているものと解するのが妥当だと思われる。」（佐伯仁志「生命に対する罪（3）」法学教室 357 号（2010）115 頁）。要するに、臓器移植法は、その場合にのみ「例外的」に脳死を人の死と認めたものと解すべき理由はない。すなわち、「脳死」というのは一定の状態（実体）であることから、いかに移植法が限定したところで、脳死が発生しうること阻止しえない（脳死の普遍性）。仮に移植法の要件を充足した脳死のみが人の死だとすると、移植法の手続違反のみで殺人が成立しかねない（これを肯定するのは、大谷實『刑法各論講義』（新版第 4 版・2015、成文堂）11 頁）。なお、この改正で本人が拒否の意思表示をしていない場合には、家族の書面による承諾によって脳死判定及び臓器摘出をなしうることとされた（6 条 1 項・3 項）。この同意要件の緩和の反射的効力として、「脳死を人の死とする立場がとられたことになる」とする見解（中森喜彦『刑法各論』（第 4 版・2015、有斐閣）7 頁もある。さらに、改正法と学説との関係につき、城下裕二「改正臓器移植法の成立と課題」刑事法ジャーナル 20 号（2000）11 頁参照。
- 80) 中島みち『脳死と臓器移植法』（2000、文春文庫 140）14-15 頁；「私が反対しているのは、まわりの人間に確かに死んだという実感として伝わらぬ（専門医や機械にしか判定できない）脳の死をもって、心臓が動いているのに、この個体は死んでいるのだと、法的に定められてしまうことである。臓器提供のためには例外規定を設けて対処すればよい」。ここでは、「死」自体と死の「実感」とが混同されている。それでも、人工呼吸器を外せば、心肺停止に至るので、著者のいう死

は「実感」できるのである（「心停止」の判断が医師にとっても困難なことは、勝又・前掲注（57）参照）。なお、「この限定的に法で認められた脳死を指して「いわば『死の二級市民』であるかのようである」と言うものまで出てきた。…死というものにおける法的効力が制限されることで限定的脳死を二級と譬えたものだろうが、およそ生命倫理に関わる法を論ずる人々とも思えぬ不適切な譬えようは、概念法学に馴染んだ者の体質を露呈している」（9頁。なお、長井「世界基準の脳死基礎理論」前掲注（5）180頁参照）。勿論、中島説への批判は、ドナーを「二級市民」のように差別することが妥当ではないとの趣旨である。また、死の「法的効力」の制限は、「概念法学」でもなしえない。脳死にせよ心臓死にせよ、法的効力にかかわらず発生するからである。

- 81) 森岡正博・杉本健郎「子どもの意思表示を前提とする臓器移植法改正案の提言（2001）」玉井真理子ほか編『子どもの医療と生命倫理』（2009、法政大学出版会）207頁；「現行法成立の際に衆知を集めて討議した結果、「脳死」を「人の死」とするかしないかをあらかじめ選択できるという「死の多元主義」の法律が制定された。日本の現行法の多元主義は、本人が意思表示をして家族が拒まないときに限って「法的脳死判定」をして「人の死」とする。それ以外の場合は心臓が止まるまで「生きている」とするものである」。この見解によると、「法的判定」のみで人は「死」んだり「生」きたりする。この法実証主義は、ゾンビの世界である。なお、森岡正博・町野朔「臓器移植法の改正、イエスカノーカ」論座2000年174、184-189頁参照。
- 82) 人の死は、移植（臓器摘出）をするか否かにかかわらず、発生するからである。それゆえ、別次元の問題であることにつき、全く争いがない。それでも、脳死の概念・判定基準になると、実質的には移植の成否こそが決定的なのである、とする論者が実に多い。しかし、脳死が人の死でなければ、これを前提として死体移植が絶対に許されなくなるのは、自明である。竹内・前掲注（4）14頁；「脳死患者に対する過剰な生命維持療法の虚しさは、他人にはなかなかわかってもらえない。しかし、昔われわれがさんざんやってきた用事の人工呼吸を病室で直接見ていた家族から、「もうやめてくれ」と嘆願されたことも少なくない。その後、わが国では世の中の変化、特に医療不信のもとに、心臓死とか脳死とか、言葉ばかりが先行して、専門外の医師、マスコミ、評論家などなど有象無象の不勉強、偏見、誤解とも相俟って、発展途中国にもみられない混沌状態ができてしまった。とにかく驚くべきことに、移植のための脳死と思っている人が未だに少なくない」。
- 83) H. Angstwurm・前掲注（60）S.44によれば、「脳が人間における精神的なものの全てにとって、必要かつ不可欠な身体的基礎をなしている。ここで精神（Geist）が意味するものは、人間が他のあらゆる生物とを基本的に区別するものの全てである。それゆえ、精神に魂も人格も属すると解される。…精神の意味は、（二元論によれば）人間が身体と精神という2つの部分から構成されるか、それとも（一元論によれば）身体と精神の統一であるかどうかによって依存するものではない。なぜならば、この世界において、精神、魂、人格は、脳なしには作用しえないからである」。ここでいう「精神」とは、「犬も怒り、喜ぶので、心がある。」という意味での「心」（感性）とは異なり、人格に固有のものと解されている。なお、前掲注（16）参照。
- 84) 竹内・前掲注（4）17-22頁。
- 85) 「心拍を伴う脳死」を人の死として拒否する反脳死論者においても、この場合には、およそ治療効果が期待しえないとして、もはや医師の治療義務がなくなることを肯定する。人工呼吸器の空ぶかしは中止すべきことになる。なお、前掲注（62）参照。
- 86) 反対、廣澤・前掲注（40）31-52頁。
- 87) 例えば、Eser・前掲注（43）、§§ 211ff.によれば、「早期の移植の必要性との関係であるが、レシピエントの救命利益がいかに正統でありうるにしても、生命保護に本質的な死の概念を他律的な救命の観点によって改変しようとするならば、殆んど見透しのつかない結果に至ることになってしまう」。
- 88) Ulfrid Neumann, Kindhäuser-Neumann-Paeffgen (Hrsg.) Nomos Kommentar StGB, Bd.2, 4. Aufl (2013), Vor § 211, Rn28.

- 89) Hartmut Schneider, Münchner Kommentar StGB Bd.3 (2003, Verlag C. H. Beck München), Vor § 211, Rn17. なお、シュナイダーは、「脳死概念は、専ら必要性の観点で調整され、実用性に動機づけられた創作である (Höfling, MedR1996, 6)」という脳死批判者の異論は、この死の定義の倫理的側面を見誤っている。移植は、実用的な外科医の功利 (利益・効用) のためではなく、臓器受贈者の最高次の延命利益のために生じることになったのである (Merkel, Jura 1999, 113, 119)。刑法文献は、その議論の中心で同時決定される移植医療の需要に門戸を開いて刑法の死期を前倒しすることで対応したのである (これにつき詳細には、Hoff-in der Schmitten, S.153, 154-168; Rixen (Fn15) S.79-107.…)。(Rn15, Fn57)。このシュナイダーの論理は、屈折している。死の定義の「倫理的側面」を強調しつつも、同時に「移植医療の需要」に応じた「死期の前倒し」があったとして、ホーフ、リクセンなど反脳死論者の文献が援用されている。それはBGHの審議官であるシュナイダーの政策考量 (バランス感覚) を示したものであろう。その際に彼は、一方で脳死基準が盤石とはいえないこと、他方で反脳死論者の大部分が生者の同意による臓器摘出を「利他的な愛」として肯定することを直視している。ここには「社会倫理」と「公共政策」との拮抗関係がある。
- 90) 井田良「脳死説の再検討」『臓器移植法改正の論点』(初出：西原春夫先生古稀祝賀論文集第3巻・1998) 前掲注 (5) 258 頁では、脳死一元論の立場から「死の概念と基準をめぐる学説の評価にあたっては、臓器移植による救命を法的に可能にし、かつ移植用臓器をできる限り確保するという社会的要請が正面から考慮されてよい。法学説は、法の規定の解釈上可能な限界内にとどまるべきであり、しかも論理的・価値的に矛盾を生じさせるものであってはならない。そして、それでも主張の可能な見解との間での選択にあたっては、帰結として生ずる社会的効果影響が考慮される必要がある。このことは、法学方法論の常識に属するといえよう。法学説としての脳死説の選択は、脳死移植による重病患者の救済を広く可能とすべきであるとする考慮にもとづくものであってもよいし、もとづくべきものであるように思われる」。ここでは、「学説の評価・選択」というレベルが論じられている。この点でシュナイダーにおける「脳死の概念」における移植の社会的効果・影響の考量とは異なる。ただし、「概念」レベルと「学説」レベルとの区別は、実際には必ずしも容易ではない。
- 91) ところで、米評議会白書でも、脳死と移植とは密接ながら別個の問題であるとの前提に立ち、脳死の概念・生理学的脳死基準についての結論に到達した後に、これを臓器移植 (心肺停止下のものを含む。) との関連について検討を加えている。
- 92) これにつき、武下ほか・前掲注 (55) 80-82 頁参照。
- 93) これにつき、Lamb・前掲注 (30) P65-P66. 脳幹死判定における EEG 及び血管造影検査の要否の問題として論じられている。また、立花『脳死』前掲注 (1) 305-306 頁は、「臓器移植—臓器提供者は本当に死亡しているのか?」を特集したテレビ番組 Panorama ほど医師を怒らせた番組は少ない。脳死論争史上、最も有名な事件であるとしている。引き続いて、神経医学者 C. Pallis の脳幹死基準が批判されている (307-376 頁)。ともあれ、BBC は、この事件後に訂正謝罪の番組を放送したようである。
- 94) 本稿の立場からすれば、市民・読者の疑惑を増長させるだけであって、何ら救命には役立たない。なぜなら、全脳死基準は、蘇生延命の治療技術の中で生まれたのであって、この場合に死体に人工呼吸器がつけられて、死体の胸を機械で強制的に動かしているだけである。それは死体の尊厳を害する行為であって、治療とはいえない。かかる過剰な医療は引きさがらねばならない。心停止を待つ理由がないからである。
- 95) 国民一般ではなく医師における合意を求める⑤の見解も、適切ではない。死の「概念」を決するのは、医師ではないからである。また、神経生理学的基準につき、医師も多様であって専門的知識があるとは限らない。他方、専門家においてこそ激しい見解の対立があることは、脳死論争において明らかである。既に論じた反脳死論に加えて、Michael Potts, Paul A. Byrne, Richard G. Niges, “Beyond Brain Death the case against brain based criteria for human death”, Philosophy and

- Medicine vol.66 (2000, Kluwer Academic Publishers) pp.1-270. には、日本の2名の医学者の反脳死の論文が含まれている。Yoshio Watanabe, “Brain death and Cardiac Transplantation: Historical Background and Unsettled Controversies in Japan”, pp.171-190, Tomoko Abe, “Philosophical and Cultural Attitudes against Brain Death and Organ Transplantation in Japan”, pp.190-199. 日本の医学者の反脳死論については、梅原・前掲注(74)、渡部良夫・阿部知子編『「脳死」からの臓器移植はなぜ問題か』前掲注(40)、渡部良夫監修『異議あり！脳死・臓器移植』(1999, 天声社) 1-270頁、近藤誠・中野翠、宮崎哲弥、吉本隆明ほか『私は臓器を提供しない』(2000, 洋泉社) 3-220頁、山口研一郎・桑山雄次『脳死・臓器移植拒否宣言』(2000, 主婦の友社) 1-191頁など、上記は一部にすぎないが、そこに登場する医師・医学者(重複も少なくないが)の名と数を参照されたい。これらの人について脳死基準への同意などある筈もないであろう。さらに、前掲注(46)も参照。
- 96) 中山研一の見解については、中山研一『脳死論議のまとめ』(1992, 成文堂) 1-316頁、同『脳死移植立法のあり方』(1995, 成文堂) 1-247頁も参照。ちなみに、⑦は「臓器移植法に違反する臓器摘出」について殺人罪の構成要件該当性があるとしている。これでは、単なる判定手続に反する脳死の認定ですらも殺人罪になりかねない。
- 97) 立花隆『脳死』前掲注(1)、同『脳死再論』(1991, 中央公論社) 1-382頁、同『脳死臨調批判』(1994, 中央公論社) 1-325頁。
- 98) この捉え方に既に疑問がある。脳神経細胞自体の自己融解や壊死は余りにも「脳死」という言葉に引きつけられた捉え方である。脳の神経細胞における「機能・作用」の欠損こそが重要であるとすれば、「器質の損壊」ではなく「神経学的所見」が再び重要になる。これにつき、武下・又吉・前掲注(51)の見解が決定的であろう。
- 99) 例えば、Paul A. Byrne and Walt F. Weaver, “‘Brain Death’ is not Death”, Calixto Machado and D. Alan Shewmon (eds), Brain Death and Disorders of Consciousness (2004, Springer), pp.43-49は、脳蘇生学の立場から、脳細胞の破壊・壊死に至っていなければ、なお治療による脳機能の回復可能性がある、と論じる。このような主張自体は誤りとはいえない。そもそも「全脳死判定基準」によって判定項目が定まっているとしても、患者の具体的病態に即した「総合的な判定方法」が個別の事例で求められている。それゆえ、判定基準を形式的に充足している場合であっても脳不全の病状及び病院の施設の充実や医師の技倆によっては、脳の機能回復で延命を果すことが可能であることは否定しえない。各医師は本人の能力に応じて「常に可能な限りの治療をすべき義務」が課せられている。しかしながら、「現状の医療水準に従った判定基準」は、個別の医師に過大な治療義務を負わさないための「一定の歯止め」として働く。そもそも、人工呼吸器等の集中的医療による救命・延命が必要になる前提は、既に患者が重大な脳疾患等の病態にあって、生命危篤であり、そのままでは死に至るという場合なのである。ここに応召義務に基づき初めて医師が介入して、救命蘇生に努めたことを忘れてはならない。救急治療で病院に運び込まれるとき、先行する事故・災害・原疾患による重大な病態については、何ら医師には責任がないのである。その刑事責任の実質は、先行事情との関係において、「過失による幫助」に類することが多い。
- 100) D. Lamb・前掲注(30) pp.66-69.
- 101) 竹内・前掲注(4) 29, 77, 79, 82, 94-98, 104頁参照。
- 102) 三井・前掲注(51) 92頁。
- 103) 全脳死判定基準(竹内基準)は、次の基本6項目すなわち、①深昏睡、②自発呼吸の停止、③瞳孔径4ミリ以上、④脳幹反射消失、⑤平坦脳波、⑥以上の5項目の6時間以上の経過から成る。それは、蘇生救命のために「脳死の防止」の最中に生じる「心拍のある脳死」であるから、「三徴候判定基準」よりも脳死の判定項目④・⑤が増えて精密化しているものの、「三徴候判定」による脳死(不可逆)の総合判定と実質的な差異はない。①は、三徴候判定でも当然の要件である。②は、三徴候の心肺停止と較べて、心拍動があるので、これが判定項目から除外されているのは必然である。③は、三徴候にいう瞳孔の散大固定・対光反射の喪失に類する判定項目であろう。④は、三徴候でも実際では簡易ながら当然に検査項目になっているが、ここでは多面の検査が不可欠に

なる。⑤は、脳幹・大脳の機能の存否を判定するもので、心拍を伴う「脳死」の精密な診断に必要とされている。実務的には、「脳血流の検査」が実施されることもある。ここで問題になるのは、⑥と「不可逆な死期」の認定との関係である。⑥は、①～⑤の全項目の診断検査が、6時間以上を経過して最小2回実施されることを要件としている。しかし、その初回検査の時期は、病態に応じて流動的であって、その初回前に既に同種の検査が何度も実施されていることもある。いずれにせよ、①～⑤の実施で各項目が充足されたと判定されても、そのみでは脳不全であっても未だ「脳死の不可逆性」が判定されてはいない。これに加えて、再度の①～⑤の全項目の充足があつて初めて「脳死の不可逆性」が判定されたことになる。それゆえ、再度の判定がなされた場合、その確認によって、初回の判定時が死期になるという見解は、誤りである。しかし、実体上の脳死の不可逆な時期（死期）は、既に初回の判定前に生じていたこともありうるし、初回の判定後で2回目の判定前の中間または初めて判定時に生じていたこともありうるので、その特定時点での死期は判明しえないが、「厚生労働省のガイドライン」（第9・第10）は、不可逆性を確認した時点である2回目の判定を「死亡時刻」としている。

これに対して、町野朔「脳死と個体死」『生と死、そして法律学』（2014、信山社）392頁は、「死期」とその「判定」とは別であるとの前提から、「これは死亡診断書に書くべき死亡時期に関する取り決めであり、法律的な死がその時点で生じたということの意味しない。裁判で相続が問題になったときに、2回目の脳死判定の終期が死亡時間であり、そのときに相続問題が開始するとされるわけではない。脳死はその時点のどこかで到来しているとされることもあるのである。」と論じる。長井「生命の法的保護の限界」前掲注（5）242頁も、「その証明困難から、死期が一定の「幅」でしか判定しえないこともある。」「死期は、通例では「回顧的」に判明する。前述の場合も同様であつて、いずれの「判定時」も「死の発生時」であるとは限らないであろう。」と論じる。しかし、①～⑤項目判定による脳死（脳不全）の「不可逆」となる「真の脳死」発生時点（死期）が判定資料（証拠）上不明に終る限り、その証明はできないのである。結局は上記ガイドラインに定めるように、手続法上の証明としては、「幅のある死期＝不可逆性の認定」であつてはならず、第2回目（最終）の判定時に初めて死亡したと認定されることになる（移植手続法上の擬制）。脳死の不可逆な時点が特定しえない以上、救命が全くできない場合を除き、救命努力を継続する義務がある。これを患者に不利益に認定することは、医師が人工呼吸器等を切断して蘇生医療を終えることとの関係で許されないからである。この意味で「治療行為」時の「死期の判定」こそが、医師の治療義務を尽す上で決定的な意味をもつ。町野朔が「脳死は脳死判定と関わりなく存在する」と論じるのは、救命可能性の点で不正確である。

- 104) これに関連して、町野・前掲注（103）394-396頁は、「大統領倫理委員会」（PCBE）の報告書（「米評議会白書」）の提示した「脳死概念」につき①「しかし、個々の臓器、組織、細胞にこのような有機体としての機能が残存している以上、身体が全体としてこのような機能を持っていないから、身体は無生物であるとするのはできない。」と批判しながらも、②「3器官の1つが死を迎えたことによって、すなわち生命の輪（vital triangle）が切断されたときに人の死を認めるべきである」と旧来の主張を反復している。この町野説における①と②との論理関係は、理解困難である。なぜなら、①は、脳死状態に至っても生命の徴候・機能が残存するので、脳死を人の死と同等しえないとするもので、Shewmonらの反脳死論（生理的現象説・形式的心臓死説）の論理である。この論理からすれば、②で「生命の輪の切断」をもって心臓死、肺臓死と並べて「脳死」を人の死と認める余地が失われるはずであり、この点で「生命の輪」説は論理的に破綻することになる。また、3主要臓器による「生命の輪」が医学的に主張されてきた「生命の統合性」理論とどのように具体的かつ実質的に異なるのか。それが判然としない。特に心臓死・脳死にせよ、その「不可逆性」の根拠が不明であり、その生物医学的機序が必ずしも明らかではない。今日の「死」をめぐる理論は、いずれにせよ死を生じさせる生物医学的な機序を基礎とすべきことについては全く争いが無いからである。

- 105) 長井「世界基準の脳死基礎理論」前掲注（5）196-200頁。なお、ドイツの二元説（通説）は、大

脳死説との関係について、Beckmann 等の批判があり（前出 V 2 (1)）、かつ通説に立つ Neumann, Schneider 及び Merkel らによっても、その問題点（「生きるに値しない生命」の思想の内在）が指摘されていた（同・194-196 頁）。

- 106) 長井圓「環境刑法の基礎・未来世代法益」神奈川法学 35 巻 2 号（2000）1-3 頁，同「環境刑法における保護法益・空洞化の幻想」横浜国際社会科学研究所 9 巻 6 号（2005）1-17 頁。
- 107) 長井「臓器移植法をめぐる生命の法的保護の限界」前掲注（65）74 頁は、「将来たとえ大脳や脳幹が移植可能になっても、その移植された人の「生命」を否定しえない。生命の「自律統合性」が維持される限り、器官・機能の「代替可能性」の可否は、「死の判定基準」ではなく、ただ「人格の同一性」に関係するにすぎない。」と論じていた。しかし、少なくとも、生命の「自律統合性」が維持されず、もはや「生物」ではなく「機械」と等置されるべきときは、もはや「生命」としての法的保護の対象になりえないと考える（本文後述）。
- 108) 例えば、神馬幸一「ヒト胚・クローン技術・ES 細胞・iPS 細胞の利用」甲斐克則編『レクチャー生命倫理と法』（2010、法律文化社）174-184 頁参照。
- 109) 例えば、ギュンター・ケラー編著、中義勝・山中敬一監訳『生殖医学と人類遺伝子—刑法によって制限すべきか？』（1991、成文堂）318-351 頁、光田督良「日本における人クローン産出研究規制の途」ドイツ憲法判例研究会編『先端科学技術と人権』（2005、信山社）385-392 頁、ホセ・ヨンバルト、秋葉悦子『人間の尊厳と生命倫理・生命法』（2006、成文堂）114-148 頁。
- 110) 甲斐克則「ヒト受精卵・ES 細胞・ヒト細胞の取扱いと刑法」現代刑事法 42 号（2002）62 頁。
- 111) なお、手嶋豊『医事法入門 第 3 版』（2011、有斐閣アルマ）155 頁参照。
- 112) 日本経済新聞 2017 年 7 月 11 日夕刊 12 頁。また、同 2017 年 8 月 7 日朝刊 9 頁によれば、再生医療品として健常者の骨髄から採取した幹細胞を使い脳機能を回復させる臨床試験が既に進められている。「患者の持つ再生機能を最大限に引き出して自然な形で脳を再生する」というのである。このような再生医療は、「生命原理」に反しない。

略 歴

長 井 圓（ながい まどか）

1969 年 3 月 中央大学法学部卒業
 1975 年 3 月 上智大学大学院法学研究科刑事法専攻博士課程単位取得
 1975 年 7 月 上智大学法学部助手
 1978 年 4 月 神奈川大学法学部助教授
 1991 年 4 月 神奈川大学法学部教授
 2003 年 4 月 横浜国立大学大学院国際社会科学研究所教授
 2007 年 4 月 中央大学大学院法務研究科教授、2017 年 3 月定年退職
 この間、2001 年～ 2005 年 司法試験二次試験考査委員（刑事訴訟法）

●Summary

Death occurs inevitably whenever whole-brain failure is irreversible. In the conventional process of human death, brain death occurs 4–10minutes after the reversible arrest of cardiorespiratory functions. The irreversible loss of beating and breathing leads to a lack of blood circulation. However, other organs and tissue remain alive for different periods of time. In the case of brain death with cardiopulmonary functions, homeostasis is maintained by a respirator and integrated care unit. This homeostasis is neither real nor indicative of a vital organism. It is just mechanical, not spontaneous. Physicians, of course, must treat patients with respirators whenever possible and effective after cardiorespiratory arrest.

We can never return to the traditional cardiorespiratory definition of death. How could we make the definition dependent on the death of all cells in the entire organism? The criteria of brain death were developed as a means of making the decision to discontinue treatment in terminally ill patients, when further efforts would offer no benefit. Inflicting only pain is illegal, a cruel abuse of the technology.