

『生命倫理をめぐる法的問題』

——とくに脳死、臓器移植について——

一 はじめに

この論文は、一九九〇年六月二三日の宗教学会大会（於愛知学院大学）における報告の概要である。

脳死 (brain death)、臓器移植 (organ transplantation) について、私は研究関心はありながらも、いまだかような場で発表するほど研究しているわけではない。しかし、たまたま日本学術会議第一三期の『医療技術と人間の生命特別委員会』委員として、この問題の重大さと複雑さを学んだ。そしてこれについて小文をかいたこともある。^[1] そういうことから、表題について発表するよう指名されたものと思われる。そこで、公法学の立場から若干の考えを述べることにする。

(1) 「脳死、臓器移植について」、ジュリスト、一九八八年三月一五日号三七頁。

小林 孝 輔

(札幌大学)

二 脳死問題の経過

一九六七年二月三日、世界最初の心臓移植が南アフリカでバーナード博士の手により行われ、俄然脳死問題は世界的に注目されることになった。わが国では、その八か月後の一九六八年八月八日、札幌医大付属病院で和田寿郎教授が初めて心臓移植を行なった（ドウナ・ポン臓器提供者は、水泳中溺れ脳死と判定された学生Y君・二一歳、リシピリアント recipient 移植を受けた者は、M君・一八歳）。リシピリアントは約三か月後死亡した。施術者は、市民から「脳死判定が早すぎた」として殺人罪で告発されたが、証拠不十分で不起訴と決定した（一九七〇年九月）。この手術に対して、世論は概して厳しかった。¹⁾

このため、その後二〇年ほどことはなかったが、一九八四年、筑波大学病院で心臓死到来以前の脳死者から、脾臓、腎臓、肝臓、角膜を摘出し、刑事事件となった。しかし本件については検察庁は、先の場合と違って死の概念については決定しなかった。検察庁のこの態度は、「角膜及び腎臓の移植に関する法律」はすでに立法されているこの国において、民間、学界をふくめ臓器移植についての一般的関心は拡がりつつあるものの、脳死を認めるか、脳死者からの臓器の摘出移植を認めていいかについては、いままなお必ずしも社会的合意が得られていないとの認識をしめす、といえるだろう。

脳死と臓器移植とは同一概念ではない。しかし密接な問題である。内臓移植のうち、心臓の移植についてだけは、従来の心臓死とは別な死の概念を設定しなければならぬ。つまり、あらたに脳死を固体死として認めなければできない。ところが、長年心臓死になじんできた人びとには——とりわけ、ひとの死体にさえも霊的なもの

を認めて、合掌したり回向したりする習慣を持つ日本人にとっては――、脳死即人間の死とはみなし難いものがある。つまり、「生きている」と思われる人から心臓を摘出するのは、殺人行為に等しい。だから、その前提としての脳死について、臓器移植という医療技術に対する信頼・不信頼とは別に、あるいはそれ以前に、「脳死」と判定された者からの心臓の摘出には社会的合意が得られにくく、脳死消極論あるいは慎重論が多いのは、理解しにくいことではない。

(1) たとえば東京新聞八八年一月七日号は、一九七二年二月札幌地裁から法務省に提出された「いわゆる心臓移植事件の概要と操作処理上の問題点」と題する全文一四冊約三万二千字の報告書が、心臓提供者の容体、脳波測定による死の測定などについてのさまざまな施術者側の疑惑を克明に綴り、救急、蘇生措置も適切でなかった、としていることを詳しく紹介し、「脳波測定はうそだった」と報じた。――マスコミ市民八四年二月号は「迷宮入りか心臓移植の謎」など。

三 脳死とは何か。

従来、人間の死は心臓死とされた。心臓死は心搏停止、呼吸停止、瞳孔拡散の三徴候をもって人間の死とする。これは人が長年なじんできた死の概念である。(法律的には、墓地、埋葬等に関する法律三条が「埋葬または火葬は、他の法令に別段の定めがあるものを除く他、死亡又は死後二四時間経過した後でなければ、これを行ってはならない」とするところの『死』である)。これに対し、脳死とは、後述の日本医師会生命倫理懇談会の報告によれば、脳幹機能の不可逆的停止状態を「脳の死」、それによって固体死と判定した場合を「脳死」とする。脳幹機能が何らかの衝撃で停止しても、心臓は人工呼吸を施すと数日間動くことがある(ただし、意識もなく、瞳孔反射もないという)。いわば人工呼吸の発達が、脳死問題を起こしたといえなくない。

このまさに脳死の人（ドゥナ）の「生きている」心臓を、心臓病の重症者（リシビアント）に移植することによって、後者の生存を確保しようとする。二人の死を一人の死にとどめようとする。が、このような医療が承認されるには、いうまでもなく、ドゥナが確実に「死者」でなければならぬ。

脳の死の科学的判定は医学の領域問題である。しかしそれが人の生命の終焉であるかどうかは別問題である。人は医学の対象である生物であるとともに、社会的、法的には尊厳性を持つ人格（憲法一三条）である。ゆえに、「医学的」に死として判定されたからといって、「社会的、法的」に死として承認せねばならぬものではない。社会的合意を得ていないものを実施することは不当である。

そこで、脳死・心臓移植については、法的には、医学的判定の方法、目的、処理過程が憲法上、刑事法上、民事法上の規定に抵触することはないか、社会的には、脳死概念が心臓死概念と同じ程度に、国民的合意を得ているかどうか、が、問われることになる。

四 外国の場合

やや古い、一九八四年の資料であるが、スウェーデン政府の『健康及び社会問題省、死決定委員会』の報告によると、世界三十一か国のうちほとんどの国は医学的には脳死をもって個体死とする（認めないのはスウェーデンとデンマークの二か国のみ）が、法制もしくは通達で脳死をみとめるものは半数の一六か国にすぎない（別表

〔資料〕を参照）。

主要国を個別にみれば、

①アメリカ—脳死問題についてもっとも進んだ国のようである。一九七八年に統一脳死法 (Uniform Brain Death Act; UBDA) について一九八一に大統領特別委員会が勧告した「統一死判定法」(Uniform Determination of Death Act; UDDA) が立法された。ここでは、従来の心臓死基準と脳死基準とが選択的に用いられる。ほぼ半数の州がこれによる。その他の州では、脳死を死とし、または判例で死とする。他方、生前提供または遺族提供について要件を定め、一九六八年「統一死体提供法」(Uniform Anatomical Gift Act; UAGA) を制定し、四四州が支持する。一九八四年全米臓器移植法が制定され、臓器確保機関に對する補助をし、臓器売買を禁止した。

②イギリス—ひとの死に関する法的規制なし。医学は不断に進歩するから、法的規定になじまない。しかし実務上脳幹死を死としてとりあつかう。

③フランス—同右。実は社会問題省通達で脳死を承認し、移植にはコントラクト・インをみとめる。

④西ドイツ—脳死を死とする。医学界では脳死判定をしている。

⑤スウェーデン—脳死立法の新国家である。カナダマントバ州法を導入、コントラクト方式で脳死を積極的に承認する。

⑥オランダ—法律、判例なし。だが、事実上脳死臓器移植を認め、立法を進行中である。

⑦オーストリア—脳死を死とし、臓器移植病院法は脳死を認める。

⑧スイス—一九八三年、医学アカデミーが脳死、心臓死ともに認める見解を発表した。一九八三年、死判定に關するガイドラインを決めた²⁾。

Country	Brain-related criteria of death accepted		EEG always required	Cerebral angiography always required
	Legally ^a	Medically		
Argentina	Yes	Yes	Yes	In certain cases
Australia	Yes ^b	Yes	No	No
Austria	Yes	Yes	Yes ^c	No
Belgium	No	Yes	No	No
Canada	Yes ^b	Yes	No	No
Czechoslovakia	Yes	Yes	Yes	Yes
Denmark	No	No	-	-
Federal Republic of Germany	No	Yes	Yes	Yes
Finland	Yes	Yes	No	No
France	Yes	Yes	Yes	No
Greece	Yes	Yes	Yes	No
Hungary	Yes	Yes	Yes	No
India	No	Yes	No	No
Ireland	No	Yes	?	No
Israel	No	Yes	Yes	No
Italy	Yes	Yes	Yes	No
Mexico	Yes	Yes	Yes	No
Netherlands	No	Yes	?	?
New Zealand	No	Yes	No	No
Norway	Yes	Yes	No	Yes ^c
Portugal	Yes	Yes	Yes	No
Republic of Korea	No	Yes	No	No
Saudi Arabia	No	Yes	Yes	No
South Africa	No	Yes	No	No
Spain	Yes	Yes	Yes	No
Sweden	No	No	-	-
Switzerland	No	Yes	No	No
Thailand	No	Yes	Yes	Yes
Turkey	No	Yes	No	No
UK	Yes	Yes	No	No
USA	Yes ^b	Yes	No	No

^a Legislation or official directions

^b Only certain states or territories

^c Only when transplant surgery is imminent

from; The Concept of Death, p. 16. Report of the Swedish Committee on Defining Death Stockholm 1984

(2) なお、この項については、渡辺恵一「発足を待つ脳死臨調」判例タイムス七二二号、とくにアメリカについては、明孝一「脳死を学ぶ」、一九八九年、を参照した。

五 日本各界の脳死論議

1 日本学術会議

前記、日本学術会議の「医学技術と人間の生命特別委員会」は、次項(2)の日本医師会の懇談会より一年早く一九八五年一〇月以来、脳死問題を検討してきた。その結果を一九八八年一〇月二三日に「脳死に関する見解」(以下見解という)として発表した。

ここでは当問題を三方向からとらえ、

①医学的には、脳死を個体死として扱う必要性、判定基準、方法が大方において認められつつある。

②法学的には、伝統的心臓死以外にあらたに死の概念を設定するについては時期尚早である。

③一般的には、人の死は医学的のみならず、心理的、倫理的、宗教的、社会的に考えられなければならない。と、いわば積極・消極の両論併記したうえ、重大な国民的課題だから今後も検討し解決の努力が必要であるとした。

2 医学界

日本医師会生命倫理懇談会(座長加藤一郎氏)は、一九八八年一月「脳死及び臓器移植についての最終報告」

(以下、最終報告)として、脳死判定の基準・方法・脳死による臓器移植に伴う社会的家族的諸問題を、人文・社会・医学の専門家10人(ただし、法学者は一人)をもってまとめ、発表した。この最終報告は、

①従来の心臓死のほかに、脳の死(脳の不可逆的機能喪失)をもって、人間の固体死と認めてよい。

②脳の死については、厚生省研究班(竹内一夫班長)の判定基準を必要最小限の基準として、大学病院等の倫理委員会において基本的事項を定め、これによって疑義を残さないように、慎重かつ確実に判定を行うべきである。

③脳の死による死の判定は、患者本人またはその家族の意思を尊重し、その同意を得て行うのが、現状では適當である。

④脳の死による死の判定は、それが日本医師会等で一般に認められるとともに、患者側の同意を得て、適切な方法で、医師によって確実になされるのであれば、それを社会的及び法的に正当なものとして、認めてよいと考えられる。

⑤脳死判定の死亡時刻としては、④初めの脳死判定時と、⑥その後六時間ないしそれ以上たつてからの脳死確定時とが考えられる。死亡診断書の死亡時刻は、④と⑥のいずれによつてもいいが、死後の相続の問題に備えて、他の一方の時刻も診療録に記録するものとする。

⑥臓器移植は、ドーナ及びリシピアント本人、またはそれらの家族が十分な説明を受け、自由な意思で承認した場合に、日本移植学会の定める指針にしたがうて行うものとする。¹⁾

右の報告に対して、医学界内部においても厳しい批判がある。その理由は、「脳死を認める」について、

①日本学術会議、総理府アンケート、新聞社、NHK等の世論調査を見るかぎり、国民的合意がない。

②厚生省研究班の脳死判定基準は不十分で、早すぎる死の危険がある。

③脳死判定は不可能である。

④については患者の権利が確立せず、医師不信の日本で、患者・家族の意思の尊重がどれほど可能か疑問である。

⑤前記の①と②のいずれでも可かというのは、医師の任務の放棄であると同時に、相続法その他において問題をはらむ。

⑥過去一〇〇年日本の医療には、医師と患者で十分な質問・説明を交わすような信頼関係がなかったから、この関係の樹立が先決問題である。

(1) 日本医師会生命倫理懇談会「脳死および臓器移植についての最終報告」、前掲ジュリスト、六三頁以下。

(2) 東大P.R.C(患者の権利検討会)企画委員会編・刊「日本医師会生命倫理懇談会・講演記録及び反対意見―脳死及び臓器移植について」

3 政 界

一九八五年二月一四日、超党派議員約一〇〇人が、臓器移植、生命倫理検討は、現下の緊急課題だとして「脳死生命倫理研究議員連盟」を組織した。また、一九八八年三月、自民党政務調査会に、「脳死生命倫理及び臓器移植問題に関する調査会」(会長中山太郎議員)が組織され、その年末までに研究会を開き、国の実情調査もし、諮問機関の設置、移植定着に貧富の差が生じない配慮の必要、臓器提供ネットワークの整備などの基本方針を出した。

これらの動きを背景に、一九八九年二月八日、自民、公明、民社の議員立法による「臨時脳死及び臓器移植

調査設置法」(いわゆる「脳死臨調」)が公布施行された(会長永井道雄、委員一五人)。^[1]

(1) 去る五月二十九日、脳死臨調の森会長代理ら六人が病院や救急センターを視察の後、記者会見の折、梅原猛委員は「昔から人類は心臓死としてきており、真理は変わらない。臓器移植のために死の概念を変えるのは賛成しかねる。臓器提供者の人権は、臓器を受けられない患者と同様、あるいはそれ以上に重い」とし、「本人よりも家族の意思によつてきめられるのは、個人の意思決定を重視する近代法の精神にそぐわない」と疑問を投げたと伝える(朝日新聞・九〇年五月三〇日)。

4 脳死についての世論

脳死について社会的合意が必要である。社会的合意の有無や程度はいかにして知りうるか、それは、概していふなら、人々がさまざまな機会に示す心理的、行動的反応(大衆運動、集会、意見広告、投書など)を総合して認識されるものであろう。この際、世論調査結果は即社会的合意そのものとはいえないが、それを推知せしめる、ひとつの、比較的有力な素材とはなりうるであろう。ここでは次のようである。

読売新聞(一九八七・一)

脳死は死 二二・七

心臓死を死と認める 二四・七

本人や家族の意思による 二六・七

分らない 一五・五

読売新聞(一九八八・一)

脳死は死 三〇・六

どちらかという死 一五・八

- どちらともいえない 一三・九
脳死は死でない 一五・八
どちらかというかと死でない 九・八
朝日新聞(一九八八・三)
脳死は死 四三・〇
脳死は死ではない 四二・〇
その他・答えない 八・〇
朝日新聞(一九八九・四)
脳死は死 四三・〇
脳死は死ではない 四二・〇
日本でも心臓移植を進める 七四・〇
反対 一三・〇
NHK放送文化調査研究所(一九八八・一〇)
脳死は死 三四・三
脳死は死ではない 一六・一
いちがいにいえない 四二・八
分からない・無回答 六・八

総理府の世論調査（一九八七・六）

脳死は死

二三・七

否

二四・一

本人・家族の意思

三六・七

以上につき、特徴的なことは、脳死の承認について、朝日も読売も、大差ない（約四〇％）。しかし、ドゥナになるかどうかについて、朝日は五七％と高く、読売は二〇・七％と極めて低い。脳死についての理解度が不安定なことを示す。

医師に対する信頼度について、朝日では、不信六九、やや不信二一、計九〇％が不信であり、読売では、不信五・六、やや不信三九・一、計四四・七％と信頼度が高い。これは脳死・臓器移植に対する国民的合意への距離が、いまなお決して少くないことを示すともいえよう。

六 脳死、臓器移植をぐる法的問題

1 問題

いまみたように、わが国の通念では、医療技術が進歩し平均寿命が伸びている現代の一般的傾向を視野において、一般的に脳死・臓器移植の問題を考へる場合と、実際にわが身自身のこととして考へる場合との間には見逃せないブレがある。これをみるとき、（すでに述べたように医学界の一部にも強い批判論があるが）、民衆の大方においては、脳死についても、臓器移植についても、社会的合意がまだしである。法的問題を考へるさいに

も、この社会実態を無視してはならない。このような事実はなにに起因するか。これにはすでに触れてきたように多くのことが考えられるが、要するに脳死については、

①脳死の判定基準に対する懐疑、

②脳死判定する倫理委員会が、二、三人の、しかも医師だけの委員で構成されることに対する懐疑、

臓器移植については、

③コントラクト・インは人格権を保障するか、

④施術目的への不信(現実問題として医療と実験・研究、臓器摘出と臓器売買などが混同されないか)、

⑤治療費が高額にすぎ、治療の受益者が限られる、などがある。

2 法的問題への対応

このような問題について、いかに法的対応がなされるべきか——これはいかに社会的合意を形成するかである。合意の形成には立法が役立つが、立法が効果をもつには人びとの承認が基本的条件である。

①脳死は、伝統的に死とされてきた心臓死となり、心臓が生きている(動いている)にもかかわらず、心臓死と同様に死者として扱うことを、しかも医学的知識が十分でない人々にも納得されるには、脳死の概念が明確にされねばならない。

②脳死判定の責任主体の組織および判定基準を、明確にすべきである。

前者については、脳死判定の委員会の構成は、少なくとも医師を五人以上とし、さらに心理学者、宗教家、法学者ら各一名を加えるべきである(医師だけでは不可)。公正適切な判定・移植でなければ、憲法一三条

の個人の尊厳を侵害する。法律的には殺人罪である。生死を仮に短時間であろうと恣意的に決定することは許されない。また、脳死判定委員会の審議の様子は公開され、会議記録は閲覧自由にし、保存管理されるべきである。

③説をなすものは、ドゥナと決定するには、本人および近親者の同意がなければならない。そして同意は人間の尊厳保持のため積極的同意いわゆるコントラクト・インが望ましいとする。しかしコントラクト・インかコントラクト・アウトかの問題は、脳死を死として承認した上での問題である。したがって、この承認以前の段階では、問題にならない。人間の尊厳の否定、囑託殺人になる可能性がある。この点については自己決定権だとする説もありうる。しかし、前記のような、脳死が承認されない場合には自殺幫助を問われかねない。自己の意思を表明不能な者の場合は問題となろう。

より重要な問題点として、諸外国の例では、コントラクト・インが一般的のようであるが、この国においては、患者と医師の関係は、とくに臓器移植を実施できるような大病院においては、医師の権威主義他さまざまな人的、物的事情によって、自由な意見交換がなされにくい伝統的雰囲気があることが、注視されなければならない。^[1]これがまさに医師不信の核をなすのだが、自由意思なきところのコントラクトなどというものはない。まったくのナンセンスである。

④については、治療と研究との混同とか、売買のための臓器摘出のごときは、基本的にはいづれも医師の主体的倫理観にかかる。制度的には、医師以外の第三者も関与する倫理委員会の構成や判定によって、ある程度防止制御できるだろう。この点については、アメリカの立法——ドゥナの治療にかかわった医師と臓器摘出にかかわる医師を別にするといった規定をもつ「統一死体提供法」(UAGA、一九六八年)などは参考にな

ろう。

⑤これは民主主義的医療制度の基本課題であること、いうまでもない。これは前記自民党の調査会が示したような、国家的行政規模の医療体制チーム作りの問題でもある。

(1) ある識者は端的に評して、「医師の座る椅子が背もたれの立派な椅子であり、患者の座る椅子が丸い一本足の椅子であるという事実に象徴的に示されている」という(朝日ジャーナル、一九九一年六月八日号「五頁」)。——この註は本稿執筆にあたり書き加えた。

七 今後の問題

脳死・臓器移植に関して、国民的社会的合意いまだしの状況下、むしろそれゆえに、海外で手術を受けるものが少なくない。この点について、

やむをえない

五四・四%

対日感情の上で好ましくない

三〇・一%

その他

一・六%

答えない

三・一%

という統計もある(読売一九八八・一一)。

また別に、

脳死の承認については積極消極半々なのに、外国で行われている以上、日本でも推進すべきかについて、

賛成

七四・〇%

反対

一三・〇%

その他・答えない

一三・〇%

となつている統計がある(朝日一九八八・三)。

つまり促進説が強い。要するに、民衆においても抽象的、観念的にはすでに脳死をも認めるべき時期が迫つて
いることは認識されている。しかもなお、脳死さらに臓器移植の承認を逡巡させているのは、いまや民俗的、伝
統的感性というよりも、むしろ医師、医学界さらには医療厚生行政一般に対する民衆の不信・懐疑が決定的原因
になつている。ということとは、この国における医療の前進のためには、いわれるような国民の無知や利己主義に
対する啓蒙運動ではなく、医療技術以前の、これを担う医師を含めて医療体制自体における人間的なものが問わ
れているということである。

〔追記〕

一九九一年六月一四日、前記の「臨時脳死及び臓器移植調査会」(いわゆる脳死臨調)は、第二〇回会合を開
き、脳死に積極説をとる中間報告を発表した。その要旨は、

①移植以外に救うことのできない患者がいて、進んで臓器提供する者がいる限り、それをみとめるべきである。
②脳死は医学的にみて人の死である。

③脳死は一九八五年に決められた厚生省研究班の竹内基準で正確に判定できる。

④医学的にみて脳死を人の死とするのが合理的で、これにより、社会的、法的に人の死とするのが自然であり、
国際的認識とも一致する、という積極説である。

この中間報告には消極説をとる少数意見が添付されている。その要旨は、

①多数意見は脳死は医学的に人間の死といいなから、その根拠を説明してないし、また医学的な死だけが死であるとの独断に陥っている。

②三兆候説の安定性、客観性を認識していない。

③脳死を死としたら、検視制度、監察医制度の見直し、死亡時刻の判定、公職選挙法や相続、等における混乱が起ころ、

④死者と宣告された人間に、生者と同じ医療と看護、つまり人権を保障するのは困難、

⑤竹内基準を支持するといいつつ、蘇生限界の基準を示すという目的の下に、全脳髓の機能の不可逆的喪失という竹内基準の脳死の定義を無視している。

⑦脳死と密接に関連する臓器移植の不完全な実情について考慮を欠いている。

というものである。ほぼ私見と重なるが、私はこの委員会の構成でもあるが、これまで実施された臓器移植の施術に関する必要性・妥当性の審査がすべて数人の医師団のみ委ねられていること、この不合理性と人権上の危険性が指摘されるべしと思う。

右の脳死臨調の中間報告に対して、一九九一年九月二〇日、日本弁護士連合会は意見書を発表し、患者の人権擁護の観点から脳死を認めるには時期尚早とする厳しい批判的意見を表明した。その要点は、

①現在三徴候死をもってする死が定着しており、脳死についてはいまだ社会的合意がない

②ドナー本人ではなく家族のコンセントだけで臓器移植がなされるという人権侵害のおそれがある、

③医学実験や医療資源への利用の危険性がある、

④摘出・移植の施設におけるカルテの閲覧権承認と独立した審査機関がない、というものである。⁽¹⁾ 私見も同様である。

ある。

注

(1) 一九九一年九月二二日、各紙。

〔参考文献〕文中に示したものを除き、

日本学術協力財団編「脳死をめぐる諸問題―日本学術会議一〇〇回総会における記録等―」、日本学術協力財団刊、一九八六年。
福岡誠之「脳死を考える―新しい医療倫理を求めて―」、日本評論社、一九八七年。

阿部正和「脳死―私はこう思う―北窓出版、一九九〇年。

朝日ジャーナル、一九九一年六月八日号。

以
上