

## 脳死と刑法

内藤 謙  
(創価大学)

一 人の死亡と刑法 私の専攻が刑法ですので、「刑法」からみた脳死の問題をとりあげることにはしたい。先程木暮さんから脳死の判定基準についてのお話があり、判定基準というのは医学の問題であると思うが、私も木暮さんと同じように厚生省研究班の判定基準、いわゆる竹内基準に脳血流検査や聴性脳幹反応検査を付け加えることに賛成である。ただ日本の各大学の倫理委員会の基準を見ても、名古屋大学や広島大学のように右の検査を判定基準に加えている大学もあるが、この点は各大学の判定基準は現在必ずしも統一されていない。なぜ医学界で判定基準が統一できないのか私のように門外の者からはよくわからないが、人々に脳死について納得してもらうためには、少なくとも各大学の判定基準についてなるべく統一的なものを作りあげることが望ましい。

ところで、刑法の立場から見ると、例えば一九九条で、「人を殺した者」は殺人罪というように、「人」という言葉が出てくる。その場合「人」でなくなる時期はいつかということは今議論しているわけで、脳死説をとれば脳死の段階で「人」でなくなる。つまり殺人罪の構成要件に該当しないことになる。あと残るのは一九〇条の死体損壊罪であり、この問題は仮に脳死説をとっても起きるので、臓器移植手術は死体損壊罪の構成要件には該当するが、一般的に臓器移植をする時には死体損壊罪としての違法性はなくなる、というように考えて、臓器移植としての要

件を備えたものであれば、死体損壊罪は成立しないことになる。ただ法律の中では人の死ということの問題にした法令というのは、数えると四百を超えているといわれ、例えば民法でも相続は人の死によって始まるわけであるから、要するにいつ「人」でなくなるのかということが問題になる。

二 死の定義 三徴候説(「心臓死説」と脳死説 この内容は木暮さんがお話になったのでそれほど触れる必要はないと思うが、三徴候説のことをなぜ「心臓死」というのか、ということに若干問題がある。三徴候説というのは肺と心臓と瞳孔反射の三機能の不可逆的喪失を見る、とは言ってもやはり中心になるのは心臓である、という考え方があつた。いずれにしてもあえて三徴候説と言うならば、心臓死を中心とした三徴候説ということになると思う。人の死んでいく過程というのは、いずれの説をとってもどうしてその一点が死なのか、と考えるのが難しい問題で、細胞がだんだんと死滅していく、その人の身体を構成しているすべての細胞が死滅するまでは待たないでどこか一点でその「人の死」という具合に決めている。その決める根本には医学、生物学の判断が基礎にあるが、社会である一点を死ということに決める。そういう意味では死の定義、死の概念というのは法的・社会的な概念であるという他にないと思う。

そのことと関連して今日のテーマは「生命倫理」ということなので、「生命倫理」とは一体どういうことなのか問題になる。生命に関わる人間の基本的な在り方という意味で「生命倫理」という言葉を使うならば、これはバイオテクノロジーが大変に進歩したこととの関連で、現在では例えば人工受精の問題、あるいは胎児以前の胚子とその保護の問題、代理母の問題、そういうことをバイオテクノロジーに全部任せておいていいのだろうか、という問題が生じた。人間の基本的な在り方を人間の尊厳というならば、人によって色々な考え方があつたと思うが、どこかに限界を引かなければならず、バイオテクノロジーに対する意味でバイオエシックスということが、改めて議論される

ようになった。そういえば確かに脳死の問題はその一面にすぎないかもしれないが、大変大きな問題だと言える。

三 司法実務の現状と脳死問題 法律には死の定義について規定がないが、一般的には三徴候説が実務の基礎にあるといわれ、現にそれをとつたのではないかと思われるような高裁判例はないこともない。しかし最高裁の判例があるわけでもないし、法律の規定もない。それでは一体刑事実務はどういう具合に扱っているのかというと、実際上は臓器移植を脳死段階でした場合、比較的最近では筑波大学の例があるが、殺人罪として告発がある。告発があった時に検察官は起訴をしない。そうかといって不起訴にして不起訴裁定書を書くわけでもない。いわば検察の独自の判断を下すことは避けている。もう少し社会の人々の考えの動きを見たいとしているようである。不起訴裁定書を出した例を挙げると、昭和四十三年の和田心臓移植事件で、この場合は不起訴にしている。しかしそれは「罪とならず」という理由ではなく、「犯罪の嫌疑不十分」ということになっている。和田心臓移植事件は、日本の臓器移植が諸外国と比べて進まなかつた理由の一つになった。しかし考えてみればそれから二五年たつていたので、色々言いたいことはあるが、今それにとらわれすぎることに問題があると思う。ただ大きなブレイキになったことは事実だと思う。あの場合検察官が不起訴処分にした理由は、先程も言つたように「犯罪の嫌疑不十分」ということであるが、最近ははつきりとした不起訴の裁定はしなないわば答えを留保している状況である。だから勿論判例がでるはずがない。これは刑事裁判の機能には限界があるということからみれば、私はそれなりに賢明な態度だと思ふ。もちろん一検察官だけではなくて、法務省や検察庁全体がその問題の判断には関わっているであろうが、そう簡単に判断を下さないで様子を見ているそれなりの理由がわかる気がする。

四 脳死臨調の最終答申 臨時脳死及び臓器移植調査会の答申が平成四年一月二二日に出て色々評価されている。公の調査会がこの問題に二年間取り組み結論を示したということだが、この脳死臨調の多数意見、この場合は多数

意見の方が脳死臨調の意見ということになるが、多数意見は、脳死が人の死だということ、脳死が医学的に人の死であるだけでなく、概ね社会的に受容され合意されていると考えて、脳死をもって人の死と認めるといふ考え方を示したと思われる。しかしその他にかなり色々な検討すべき点や問題点を指摘している。特に臓器摘出にあたっては本人の意志が最大限に尊重されなければならないということを言っており、本人の提供意志が文書で明示されていない場合に、近親者の証言によるときは、第三者のチェックを必要としている点は、医学界の要望とは必ずしも一致しないようである。一般に医学界とくに移植医側はこれではおそらくそう提供者は出てこないと考えているように思われる。脳死臨調の答申は、その他例えば移植機会の公平を確保することの必要性、つまり必要とされる臓器に比べて実際移植される臓器はそれ程多くない、という問題が予想されること、その他ネットワークを整備しなくてはならないことなどいくつかの注文をつけている。注目すべきことは、この種の答申としては異例なことだが、少数意見があった。この少数意見というのは、脳死を人の死としていいかということに対しては反対意見であり、つまり脳死は人の死と認めない、という点は少数意見がかなり詳しく議論している。それでは脳死状態での臓器移植を一切認めないのかというと、少数意見も、本人の積極的な提供意志がある場合で、もし家族の証言による場合は家庭裁判所等による審査が必要だと言っているが、判定基準として、脳血流審査等を加える、そして二四時間以上の期間をおく、というような最も厳格な判定基準のもとでは、脳死状態からの臓器移植、臓器の摘出を認めている。最終的に臓器移植を認めるという点では、臨調の答申は一つになっていると言っていると思う。

五 脳死説の内容 この内容については木暮さんが詳しくとりあげられたので特に重ねる必要はないと思う。脳死説をとった時にも三徴候説にも、なぜその一点が「死」なのかという問題が残るわけである。おそらく三徴候説は血液の循環による酸素の供給がなくなるところに、死の実態をみようとするのだからと思われるが、そのメリッ

トが誰にも見ていてわかるし、皆がそれなら承知するところにある。脳死の場合はその点はかなり微妙で、脳死臨調の多数意見には、脳が意識も身体の各部分をも統合する機能を持っており、その「統合機能」が失われたところが死だという考え方があつた。ところで、脳死説からこの統合機能を考える時に大きく分けると二つの考え方があるといえる。その一つは統合機能というのはもちろん脳も重要であるが、脳と心臓と肺、その三つがトライアングルのようになって統合機能を持ち、どこかでそれが打ち切られて崩壊すればそれが死だと考える。これはアメリカの大統領委員会、あるいはアメリカで一般に脳死を考える時に基本的にそのように考えていると思う。このトライアングルが崩壊すると考えると、死は必ずしも脳死だけではない。心臓または肺の機能が喪失した時も、死だということになる。私は脳死説をとつてないが、仮にとるとすればおそらくこの方が人々にはわかりやすいであろう。つまり九九%の人々は脳死でなく心臓死で死んでいくわけで、それで死なのである。しかし脳死もまた死である。レスピレーターを用いている場合に脳死という形でトライアングルが壊れた時も死である。いわばどちらでもいいというのを、人々の個々の選択に任せるといふ意味ではなくて、早く来た方が死だと考えるわけである。そういう意味では二つの死を認めることになる。この方が私は一般人には受け入れやすいように思う。もう一つの考え方は、脳の最高機関性をはつきりと認める考え方で、レスピレーターを用いない場合の心臓死にあたるものもその直後にくる脳死が死であると考ええる。レスピレーターを用いているときは脳死の段階が心臓死よりも先にくるが、その脳死の段階で死の宣告をするのだということになる。スウェーデンはこういう考え方をとつてゐる。日本の脳死臨調の考え方は、脳の最高機関性という意味でははつきりしないが、いずれかといえば後者のような考え方をとつてゐるようによつて読める部分もある。しかしまた一面では心臓死もまた死とすると読める部分もある。この辺は問題を残してゐるのではないかと思う。仮に脳死を人の死と認めても九九%は脳死の判定を経ないで死んでいくのが事実

と思われるから、人間の死には二つの死があるのであって、どちらか早く来た方が死だというように考えた方が合意が得やすいように思われる。

六 三徴候説と臓器移植の可能性——その理論構成 十年ほど前、私は、刑法の概説書を書いた時に、まだ社会的合意ができていないことを理由に、脳死説をとることは躊躇したが、それでは三徴候説をとると臓器移植というのは一切できないのかというと、やはり違法性をケースバイケースで阻却する場所があるのではないかと考えた。脳死臨調の少数意見は、違法性阻却という言葉をはっきり使ってはいないが、犯罪が成立しない場合がありうることは認めている。この理論構成はかなり難しい問題である。日本の刑法の条文そのものからずばり答えがでてくるといって、必ずしもそうではない。しかし刑法学では一般に超法規的な違法阻却を認めている。二〇二条で同意による殺人にあたる場合には、刑が軽くなっている。その場合の同意というのは、被害者本人の本当の意思に基づく同意である。しかし二〇二条というのは刑が軽くなるだけだが、同意があるだけでは、違法性を阻却しないということの一つの理由にもなる。そこで、もう一つの条文として日本の刑法三七条が、世界に珍しくらい緊急避難の範囲を広く認めているということを見る。つまり他人の生命、ここでは第三者である患者の生命に危険がせまった時も緊急避難を認めていて、生じた害が避けようとした害の程度をこえなければいいと考えている。つまり、生命と生命がぶつかる時も、緊急避難として犯罪が成立しない場合を認めている。ただ言わなければならないのは、この脳死状態の場合の臓器移植は緊急避難そのものではないということである。つまり緊急避難の要件としての危険の急迫性は備えない。一分後、二分後に患者が死ぬという状況ではないので、危険の急迫性の程度はやはり足りない。一方、緊急避難の場合だと避難行為の結果として害を受ける者は、そのことについて同意がなくても緊急避難は成立するが、臓器移植の場合は同意がなければならない。そこで、条文的に言ってしまうと、二〇二条の規定

と三七条の緊急避難の規定にピッタリあたるとはいえないと思う。しかし、私は、被害者の同意と緊急避難との趣旨からみて、二〇二条と三七条の延長線上に超法規的な違法阻却というものを認めることは不可能ではないと考えている。これに対して脳死説の方からは、人によってはそういう議論は刑法学として意味を持たないというような痛烈な批判がある。しかし私は脳死状態での臓器移植を絶対してはいけない、という人からの批判なら甘んじて受けざるを得ないと思うが、脳死説をとるとするのはある意味では脳死状態での人の死とすることにより一律に切り捨てることによって、初めて臓器移植が成立するわけであるから、脳死説を認めて脳死のところでの人の死としてしまう方からの批判としては、あまり気にならない。脳死状態での臓器移植を絶対してはいけないという人から言われると、それなりの理由のある考え方であると認めるほかないかと思う。

七 社会的合意の問題 これには色々な内容がある。社会的合意と言ってももちろん全員一致ではない。いわば社会の人々の死に対する態度のようなものだと思う。だからそういう意味でこの社会的合意が全員一致ということならば、これは不可能なことだと思う。しかし全員一致という意味ではなく、社会の人々の死に対する態度、アメリカの大統領委員会の言葉で言えばソーシャルコンベンションの問題と考えるなら、やはりそういう社会の人々の態度が脳死をもって死とするということは、脳死を人の死と認めるように死の概念を決める時に、私は必要なのではないかと思う。そういう意味での脳死についての社会的合意というのは徐々に形成されつつあるのではないかと思っているが、そのためには最初に言ったように、少なくとも脳死の判定基準については一番厳格な基準を医学界としてはつきりとり、できれば統一的な基準を示してもらいたいということ。その他特に移植についての同意の問題があり、本人の意志をどこまで尊重するか、という問題がある。これについても、本人の意思が最大限に尊重されなければならないということ。少なくともこの二つを確認する。そうすれば、社会的合意は徐々に形成されつつ

あるのではないかと思つてゐる。ただ現在すでに社会的合意が形成されたかという点、若干の疑問を留保せざるを得ないのが私の考えである。