

## 死の判定と人工蘇生術の中断

大 谷 實

- 一 問題の所在
- 二 死の定義をめぐる問題
- 三 解決のための提案

### 一 問題の所在

一 科学・技術の進歩が人類に多くの幸福をもたらし福祉の増進に寄与してきたことは、なんびとも否定できないであろうが、しかし、その進歩・発展が、同時に人間の生命・身体・自由・財産を脅やかすものになりつつあるのも事実である。このように科学・技術の進歩が、人間の福祉に暗い影を投げかけている以上、今や法および法学は、科学の成果が人間社会にもたらす意味や価値を見きわめたいうえで、人間社会の合理的な形で進歩と調和をはかるために科学に対し積極的に介入する必要が生じてきたといえよう。

科学・技術の進歩に対応する法学および法学者の役割は、したがって、新しい科学・技術によって生じる利益と既存の利益とがいかに関連しあいた衝突するか、そうしてその場合にどちらをより優越した利益とみて保護するか、ひとくちでいえば、既存の人権とどう調和させ人類の福祉にむすびつけるかの判断にある。その点で科学の進歩をより優先したものとしてとらえ、まるで科学者のお先棒をかつぐような科学との交渉は、がんらい法学者のとるべき態度ではないのである。

法学者がこのような態度におちいる危険性は、特に医学との関連できわめて高いものがあるといえよう。最近の新薬の開発、医術の進歩が人間の健康増進、生命延長にはたした役割は、たしかに測り知れないものがあり、このことが一定の社会的支持を得て、より一層の推進が期待されることになったのは自然のなりゆきである。したがって法学者が、この傾向を推進するための法理論を用意しようとするのは、かならずしも否定すべきものではないが、しかし、高度の文化目的といった抽象化によって、侵襲行為の人間の身体ないし自由に対する危険な側面を無視することは許されないはずであって、この点の配慮を欠く見解は法理論としての意味をなさないというべきであろう。

一九六七年一月三日に、南アフリカのケープ・タウンで史上初の心臓移植手術が行なわれてから、百数十例の手術がなされ、わが国でも昭和四三年八月八日札幌医大和田教授によって最初の心臓移植手術が行なわれた。おそらくこの事件ほど法学者に医学と法学のかかわりあいに対する態度決定を迫ったものはなかった、といってよからう。賛否両論がジャーナリズムをにぎわしたあと、日本法医学会がこの問題をテーマにシンポジウムをもち、つづいて日本刑法学会も分科会をもって臓器移植がもつ刑法上の問題点を検討した。<sup>(2)</sup>このような状態があったにかかわらず臓器移植をめぐる法学上の論文は、かなり貧困であったということができよう。もっとも、結論がはっきりしているという

意味で論文があらわれなかったともいえようから、このことに不平をいうのは当をえないかもしれないが、それにしては、推進派の論文があまりに目立ちすぎるのである。

二 和田教授の移植事件後、心臓移植への評価は大きく揺れたのであって、同教授自身、ジャーナリズムや学界で批判にさらされただけでなく、検察庁の取調べ、さらには日本弁護士会の調査から告発への動きを経験されるという不名誉な結果にいたった。<sup>(3)</sup>しかしこうした一連の過程をとおして、第一に人の生命・死とはいったい何か、第二に、人の生命の持続をはかるために、医師は患者にどこまで侵襲行為をつづけるべきかといった問題をわが国の学界に提起したことは否定できず、その意味で和田事件の不起訴処分決定ですべて終わったものとせず、この事件をきっかけとして生まれた理論的関心を今後もちつづけ、リーズナブルな解決を目指す努力が必要であろう。

このような感想をもって本稿の執筆にかかうとした矢先、イギリスで最初の心臓移植が敢行されたというニュースに接した。イギリスの医学界は、総じて移植手術には慎重であったから文字どおり敢行されたのであろう。<sup>(4)</sup>当然のことながら、拒絶反応を克服できない段階での暴挙は、つつしむべきであるとする非難があったと思われるが、心臓移植は、医学者にとって忘れられたものでもなく、不可能なものとしてあきらめられたものでもないのである。

わたくしは、これまで前記の学会報告をも含めて若干の論文を発表し、心臓移植の犯罪性はきわめて濃厚であるとする立場を一貫して主張しつづけてきたが、その際、二つの面に分けて移植手術の違法性を論証したわけである。すなわち、まず、提供者の側における死の判定について疑義を示すとともに、受容者に対する侵襲行為は、いわゆる治療技術としての医療上の規則が確立していないことから、客観的に人体実験におちいっているとしたのである。<sup>(5)</sup>ところで、後者の問題はさておき、いわゆる死の判定をめぐる単に心臓移植のみならずいわゆる人工蘇生術中の患者に

も重大な影響をもたらすことになった。そうして人工蘇生術の長足の進歩は、皮肉にも患者の「引き延ばされた生命」に手をやく格好となっている。自発的な循環器の運動を失ったような患者から、たとえば人工心肺器をとりはずす行為は、はたして、法的に許容されるのであろうか。脳死説によるときは、医師や病院は、これらの患者から解放されることになるのである。

いずれにせよ、この問題は心臓移植の場合より、はるかに深刻であるといつてよい。脳波の反応もほとんど見られず、単に流動食を喉頭から流し込んでもらうだけで数年も生きつづける例はよくあるといわれる。医療費は莫大なものとなり、その負担は家族を困窮に追い込み、結局、最後は病院と医師がその犠牲とならざるをえない現在の制度のもとで、問題の深刻さは想像するにあまりある。当然のことながら、これを解決するための法理論があらわれてきた。本稿では、心臓移植を契機として展開された死の定義もしくは判定方法に関する論議をふりかえりながら、人工蘇生術中断をめぐる法的問題点としてどのようなものがあるかを考えてみることにしたい。<sup>(6)</sup>

(1) この観点から推進者として活躍しておられるのは、植松博士である。特に、臓器移植・死の判定問題に関連しての発言は注目に値するが、その主たるものをあげておくと、「角膜移植をめぐる法律問題」ジュリスト一四六号（昭和三十三年）、「臓器移植に関する法律問題」移植一卷四号（昭和四二年）、「心臓移植・死体損壊・死の判定」ジュリスト四〇七号（昭和四三年）、「心臓移植手術と臓器移植法案」ジュリスト年鑑（昭和四四年）などがある。なお、宮沢・諸沢「臓器移植をめぐる刑法上の諸問題」法律のひろば二一巻八号（昭和四五年）も同旨か。

(2) 日本刑法学会第四一回大会第一分科会において広島大学医学部小林宏志教授と筆者とが研究報告を行なった。なお、昭和四三年一〇月には、日本脳波学会が催され、脳死判定の是非が論じられた。これらの学会では、いずれも心臓移植・死の判定の変更に對して否定もしくは消極的態度が示されたことに注目する必要がある。法学者の文献としては、前記植松博士の業績以外に唄孝一「心臓移植への法的提言」朝日ジャーナル一〇巻三号（昭和四三年）、「死の認定」朝日新聞昭和



## 二 死の定義をめぐる問題

一 ここで、従来の死の定義および死に対する法の立場について概観しておく必要がある。死について、もっとも積極的に規定しているのは、おそらく戸籍法であろう。すなわち、医師は、戸籍法八六条にもとづき死亡時刻を確定する場合、何時何分というように正確に行なう必要があるとされる（戸籍法施行規則五八条）。このほか、埋葬、火葬の許可基準の定めがあるが（（なお伝染病予防法一二条））、いずれにせよこの場合、死とは何か、あるいは死をどのように判定すべきかといった点については、まったくふれられていない。また「相続は、死亡によって開始する」（（民法八二条））として、死を相続開始の原因としている民法も、右の点については全然ふれるところがない。当然のことながら死亡届の必要的記載事項として「死亡の年月日時分及び場所」を定める戸籍法も死の定義規定をもたず、また、死を殺人罪と死体損壊罪との分水嶺としている刑法も同様である。

法的権利義務の確定や犯罪の成否に重要なかわりをもつ死について、フランスを除くほとんどの国は、法的定義規定をもっていない。<sup>(1)</sup> その点わが国の場合も同様なのであるが、ここで注目しておく必要があるのは、戸籍法の規定からも分かるように、わが国では死亡を時間死として構成しているということである。<sup>(2)</sup> いいかえると、死は、ある種の消滅過程であるとする見解を前提として死を判定してきたのではないということなのであって、その意味で現行法は死を時間死として定義することだけを定めているといういい方もできないわけではない。

いずれにせよ、現行法上死の積極的定義規定は存在していないのであるから、結局、死の定義および判定は、医学の見解によらざるをえない状況にあるといえよう。このようにして死の判定は、これまで医学的基準にもとづき医師

が行なってきたことは、いまさういうまでもないが、ここで奇妙に思われるのは、医師の側にも明確な死の定義や判定方法があったわけではないということである。すなわち循環器系の学者と脳系統の学者間には、相当の見解の開きが見られるだけでなく、<sup>(3)</sup>脈搏等の不可逆的停止後、何分経過した段階で死を宣告するかは、個々の医師によってさまざまであったし現在もそうなのである。たしかに死の三徴候説すなわち、呼吸・心搏の不可逆的停止および瞳孔拡散による判定ということが一般に承認されてはいたが、昭和四三年度の日本法医学会の課題調査「死の定義」に関するアンケートで、大多数のものが「生命保持上、重要な器官、すなわち脳、心臓、肺臓……などの永久的、不可逆的機能停止」をもって死であるとしていることから理解されるように、医学の側に統一的な判定基準があったわけではない。したがって公的に三徴候説が宣言されたのは、おそらく、和田教授事件の捜査段階で札幌地検が示した見解が最初であった。

このような死に関する法の立場に対し、従来二つの理解があったように思われる。その第一は、死の定義および判定は、がんらい医学の側で解決すべきであり、医学が脳死説を妥当とするのならば法および法学にあっても、同様な扱いをすべきであるとする立場であり、これを仮りに医学説と名づけよう。この見解によると、従来法学の側で用いてきた脈搏停止説や呼吸停止説のいずれも医学に根拠を置くものであるから、脳死説が医学上有力になってきた以上、法学においてもこれによるべきであるという結論になろう。<sup>(4)</sup>第二の見解は、慣習法説ともいべきものであり、これによると「死の定義は純粹な医学的概念でなく、むしろ医師の行動を規制するための取極めであり、慣習法的な法概念である」から、これに変更を加える場合には、立法手続を経なければならないという結論になる。

医学説、慣習法説いずれも、現時点で死の定義の変更が必要であるとする前提に立っていることに注意を要する。

そうして、こうした提言を支える倫理的、医学的、法的要請があることは、すでに指摘したとおりであり、その是非の解決こそが現在のこの問題をめぐる最大の課題である以上、右の所説を評価するのは、この要請との相互関連でのみ許されようから、ここでは結論を一応保留することにして、死の定義を法上どのようにとらえるべきかについて、わたくしの考えるところを述べておこう。

二 以上述べたことから分かるように、わたくしは、死の定義およびその判定方法を医学にゆだねるべきであるとする見解の合理性は、決して否定できないと考えている。しかし、同時に臨床的な死の判定は、単に、医学上のものでなく法的・規範的な意義をもつという矛盾した関係にあるというべきであろう。すなわち医学上死と判定されないかぎり、いかなる理由があるにせよ死として扱われてはならないこと、逆にいったん死と判定された以上は、死にともなう法的効果は自動的に生ずるという規範的な意義をもつのである。ガイレンや金沢教授は、臨床的死の概念がもつ慣習法的意義をみとめられ、その際の法的命令の名宛人は医師および関係者であるとして「その本質においてはむしろ医師および関係者の行動を規制するための取極めであり、行為の規制のためという意味においてはじめてから規範的・法的契機を含むものであった<sup>(5)</sup>」としたが、そのかぎりでは正当であった。

ただ、ここで問題なのは、従来の医学的判断がなぜ法規範的なものにまで高められたかである。金沢教授はこの点につき「この定義は、呼吸と脈搏の停止という外部的に明白かつ簡単に確定しうる基準によるという点において法概念としても優れた特性をそなえている」ことに、その理由を求められている。わたくしもその点では異論はないが、しかし、その前提としては次のことが必要であるように思われる。すなわち、古典的な三徴候説が承認されるのは、死への移行過程のなかで三徴候があらわれることにより、質的な転換が行なわれるということ、いいかえると、それ



らの徴候が、同時に確認されることによって生命現象は、不可逆的に停止することが生物学的に承認され、それが国民一般の支持を得ているからである。要するに医師および関係者の行為を規制するものとしての死の法的定義は、その判定方法によれば、生から死への質的転換が確実に判明するということに実質的に裏づけられて一般に承認されるにいたったことが自覚されるべきであろう。

もっともまえにも述べたように、すべての医師がいわゆる三徴候説によって死を判定しているわけではない。たとえばある医師は、三徴候が確認されても一五分経過しないかぎり死を宣告しないのに対して、医師によっては、三徴候のすべてがあらわれなくとも病状の経過によっては「臨終」を宣告する場合もあるといわれる。したがって古典的な判定方法とされる三徴候説が厳守されているわけでは決していないのであって、この点医学教育上徹底してほしいところであるが、後者の場合に問題が生じないのは、生命の消滅過程から判断し、もはや基本的な生命現象である呼吸や心搏が復活することはないとされ、現実には埋葬禁止時間を経過しても、この判断がくつがえされることはないからなのである。

結局、現行法のたてまえは死を時間死として構成していること、生命から死への質的転換は、呼吸・心搏という基本的生命現象の不可逆的停止にあるという医学的知見にもとづいて死の定義づけが行なわれ、それに対する国民の承認が前提となって法規範としての作用をもつにいたっているということになる。したがって、死は医学的概念であるとする医学説は正当であるが、医学上の死の定義の変更が、ただちに法的定義の修正をもたらすと考えるのは正しくなく、立法的手続を経ることによってのみ可能である、とするのが妥当であろう。かようにして、医学説と慣習法説は、死の定義にかぎっていえば、ほんらい止揚されるべきものなのである。

三 死の判定をめぐる医学説、慣習法説いずれも、心臓移植もしくは人工蘇生術との関連で展開されたこと、いいかえると心臓移植を積極的に肯定するため、もしくは人工蘇生術の中断を容易にするため、あらたに死の概念を設定する目的のもとに主張されたことはいうまでもない。<sup>(6)</sup>そこで心臓移植との関連では、筆者自身、これまでしばふれてきているので、ここでは人工蘇生術に焦点をしぼって考えてみたい。

人工蘇生術と死の判定をめぐる、刑法上総合的な検討をくわえた最初の学者の一人としておそらくシュトラーター・テングェルトをあげることができようが、わが国でも、このシュトラーター・テングェルトの研究をふまえて、この問題の解決を目指す研究があらわれつつあるが、まだ十分な解決点に達していないように思われる。<sup>(7)</sup>そこで以下、この問題をめぐる理論状況を概観してみると、呼吸もしくは心搏の自動的活動が停止しても、人工蘇生術によって他動的に活動がうながされ、それによってふたたび自動的活動が回復することも可能となったこと、いいかえると呼吸・心搏の不可逆的停止および瞳孔の拡散という三徴候説を維持しえなくなったことが、そもそも死の定義変更問題のきっかけとなったわけである。かようにして、回復の見込みのない患者を人工蘇生術によって生きながらえさすのは、第一に患者本人にとって残酷であり、第二に患者の家族や親族にとっても経済的・精神的な負担となるだけでなく、第三に病院の機能をいちじるしく阻害し、他の回復可能な患者の生命が不当に無視される結果をみちびく。このような事態を回避するための方策としては、さしあたり人工蘇生術の中断以外にないのであるが、このような行為は、死の古典的定義によれば、殺人罪の構成要件に該当するといわざるをえない。

このようにして、脳波反応のみられない、回復の見込みのない患者の法的地位に対して、なんらかの変更をくわえようとする見解が生じるのは、むしろ当然であったといえよう。もっとも、この場合でも、いろいろな見地からの理

論構成がこころみられてきた。なかでもこの問題にもっとも直截的な解決をあたえたのは、いうまでもなく、先の医学説によるところの脳死説であった。これによると、現在の医学の成果からすれば、脳幹の死滅はかりに他の人間の生命をつかさどる臓器が活動していても、やがて全体の死をみちびくことは必定であり、脳の活動もふたたびもどることはないといわれるのであるから、脳という身体の一部の死（部分死）を全体死におきかえることができるというものである。脳波の反応が長時間見られないような患者は、すでに死亡したものととして法上扱われるべきであり、したがって、人工蘇生術の中断は、まったく適法であるということになる。ところでこの見解の決定的な弱さは、次の点にある。すでにいい古されたことであるが、脳死そのものの死が全体死を短期間のうちに招くものであることは、医学界の定説になっているとしても、その脳幹の死滅をどのように測定するか、いいかえると脳皮からの脳波測定によつては、脳死を確実に測定しえない技術段階で、この方法を用いることは許されないのではないかということである。<sup>(8)</sup>このことは、多くの医学者が、脳死説に反対していることでも明らかであり、また、この事実だけでこの説は、立論の基礎を失っているというほかはない。それだけでなく、脳死を全体死と同置する思想そのものが、実は、たいへん重要な医学上の意味をもっているのではないかと思われる。たしかに、脳死が確実に、短時日のうちに全体死をもたらしというのであれば、脳死説をそれほど排斥する理由はなからう。しかし、それならば、他の生活中枢をつかさどる臓器についても同様の判断があてはまることになるのであるから、特に脳死説を強調する理由はないのに脳死を強調するのは、この考え方の柱が、脳を他の臓器から区別し、脳という人間存在の中核が死滅すれば、全体としての人格体も消滅するという点にあるからなのである。したがって、この見解は、「人間の生命の価値という見地からする価値判断を前提としている」のであって、「生きる価値という思想からナチスの白痴や精神病者の『安楽死』への

道はほんの一步にすぎない<sup>(9)</sup>」のである。

四 そこで医学説とりわけ脳死説への批判をふまえながら、現代医学の要請にこたえるために死を相対化しようとする努力がつづけられてきたこともよく知られている。このうち、唄教授のいわゆる $\alpha$ 期間説は、心臓移植との関連で提唱されたものであり、要するに、脳波停止の段階から完全死にいたる過程は、生から死への消滅過程であるから、この期間は、生・死いずれとも断定しがたく、したがって生前の本人の積極的同意を前提に、心臓摘出のため完全死にいたらせても、殺人罪としての違法性はないというのである<sup>(10)</sup>。唄教授の考え方が、人工蘇生術についてどう適用されるのか十分理解できないが、いずれにせよ脳死（脳波の停止）から完全死への移行期間は、中間的な死としての法的地位を有するという意味であろう。この見解は、脳死説までドラスティックな立場に行くことに躊躇しながら、本人（生前の）および家族の同意に基礎を求めて、いわゆる回復不能とみられる患者の生命を他人の生命の救助のために完全死として処理しようというのであるから、一面で被害者の承諾の法理をとりいれ、他面で緊急避難の法理を前提とするものであろう。そのかぎりでは脳死説を限定するはたらきをもつことは否定できないが、これもすでにいい古されているように、結局 $\alpha$ 期間の生命は、死として扱われることになること、そうして脳波の測定だけで脳死といえるかといった疑問が残らざるをえないであろう。要するに脳死説の難問は、すべて同じ程度に背負いこんでいるということになるうか。

$\alpha$ 期間説と同様に死の相対化を目指すのは、ガイレンの影響を受けられた金沢教授である。同教授は、まえにも述べたように、現在用いられている死の定義は、慣習法化しているのであり、定義の変更は、立法による以外にないと考えられる。そこで、脳死が確認されている患者を生体として扱うより臓器移植や蘇生術中断の方に、より優越した

利益をみとめて、本人の生前の承諾その他の条件のもとに死の判定をくだしてよいとする法規の制定を行なうべきであるとするのである。<sup>(11)</sup> この見解はいわゆる $\alpha$ 期間は、あくまでも生であるから、法が制定されるまでは従来の定義に従うべきであるとする点で唄教授と決定的に対立する。しかし、唄説が完全死と中間死というように死に二種のものがあるとしたのと同じように、金沢教授は、慣習法上の死と制定法上の死というように二とおりの死をみとめられる。しかも、後者の死は、前者によれば生であるものが、全面的に否定されることになるわけである。このような死の相対化（もしくは生の相対化）の根拠を、金沢教授は「死の定義も、他の法概念と同じく、相対的なものであって、法の目的に応じて異って差支えない」<sup>(12)</sup>とする点に求められている。たしかに、法概念は相対的なものであろうが、人間が社会的に存在するためのもっとも基本的なものである生の確定が、法という国家的な価値決定によって左右されてよいものであろうか。古典的な死の定義が、かような相対的観点から生まれてきたとは、およそ考えられないだけでなく、もし、このような前提がみとめられるのならば、あれほど警戒されるナチスへの道を、教授みずからが歩みだしたといえなくもない。

このように、脳死説および相対的な死の定義を求める見解はいずれも支持できないのであるが、他面ガイレンもいうように、実際には、毎日多くの事例で、古典的定義によれば、まだ死に達していないような患者に対し、人工蘇生術の中断が行なわれていることは、おそらくわが国でも否定できない事実であろう。<sup>(13)</sup> そうして、先に述べたような人工蘇生術をめぐる問題の解決が、焦眉の急を要するものであるとすれば、新しい提案を無視しつづけるのも、退嬰的にすぎることになるだろう。そこで以下、死の定義の変更とは違った観点からの解決の可能性を考えてみることにしよう。

- (1) フランスの社会問題大臣は、一九六八年四月二五日に大臣通達を出し、第一に人工的な蘇生状態においては、二人以上の脳波専門委員による大脳の回復不能の認定、第二に、特に医師により十分と判断される期間脳波がフラットであり、大脳活動の痕跡が消滅したことの認定により死とするものとした。前出法律のひろば二二卷八号(昭和四三年)一九頁参照。
- (2) 八十島信之助「死亡の時期の判定と法医学」医学のあゆみ六五卷三号(昭和四三年)一六五頁以下参照。
- (3) 循環器系の医師は一般に死亡時期を遅らせるといわれ、また、病院の場合心電図が使用されることもある。
- (4) 植松、前出「心臓移植・死体損壊、死の判定」六二頁以下。
- (5) 金沢、前出三二六頁。
- (6) Capron & Kass, op. cit., pp. 109 は、このような死の変更は、許されないとして批判している。
- (7) Stratenwerth, op. cit., pp. 528, 中、前出論文は、これをほとんど祖述したにすぎないが、この問題を考えるためのバイオニフ的役割をはたすものとして貴重である。
- (8) 脳死説への批判として川上武、医学と社会(昭和四三年)、日本脳波学界の全体的雰囲気としては、これを否定する傾向にあるといえよう。もっとも、ドイツやアメリカの学者達は、脳波による脳幹の死滅判定は可能だとしている。Spann-Liebhart, Reanimation und Feststellung des Todeszeitpunktes, Münch. Med. Woch., 1966, Brierley, Adams, Graham & Simpson, Neocortical Death After Cardiac Arrest 2 Lancet, 1971.
- (9) 金沢、前出五頁。
- (10) 唄、前出朝日ジャーナル一八頁以下、なお、我妻博士も死の相対化に賛成されたことを記しておこう。「ジュリスの目」ジュリスト三九七号(昭和四三年)二二頁。
- (11) 金沢、前出六頁。
- (12) 金沢、前出四頁。
- (13) Geilen, op. cit., pp. 125. わが国の場合でも、正面から問いただせば、ほとんどの医師がこれを否定するが、現実には、かなりの事例があるといわれる。もっとも、京都大学の木村教授は、「人工呼吸の器械をつけて、その心臓が動いている間はそれを続けるということであり、最近、私の友人の外科医が、二〇日間心臓だけが動いた状態でおとといなくなりましたけれども、これが現状でございます」と発言されている。しかし、これがあらゆる病院の実情だとは信じにくい。

### 三 解決のための提案

一 死の定義の変更や死の相対化が、現時点で許されるものでないことは、上述したところから明らかになったと思われるが、それでは、これ以外に具体的にどのような解決方策が考えられるであろうか。先のシュトラーターテンヴェルトは、脳死説の採用しえないことを力説しながら、このほかの解決の余地をのこす方法もしくは法理として、死の判定手続の変更、緊急避難、安楽死の三つをあげて、現時点では、いずれも否定的に解するほかはないとしているが、わたくしも、基本的にはこれに反対できないのではないかと考えている。

まず、人工蘇生術の中断を医師の良心に完全にまかせるべきであるとする主張を考えてみよう。これは、一見すると治療上の医学技術的判断のようにも思われようが、しかし、人工蘇生術中断は、同時に完全死の招来を意味するわけであるから、そのかぎりでは殺人罪の構成要件に該当するというほかないであろう。したがって、この主張の前提には、医師が医学技術的観点から、自己の良心にもとづいて死の判定を行なってよいとする死の判定方法の変更が予定されている、と見るのが妥当であろう。そうしていま問題なのは、このような生・死の判定を人為的評価方法にゆだねることの妥当性いかなのであり、さらに医師の恣意的な判定をいかにして法的に除去するかにあることを考え合わせてみると、究極的に死の判定は、医師の良心に頼らざるをえないとしても、これを法的基準とするのは、いかにも無意味であるということが分かる。それだけでなく医師の側に重症奇形児に対する死の判定などで多少ともうしろめたい面のあることが予想される現在の状況で、<sup>(1)</sup>はたして医師がこのような方法を受けいれるかどうか疑問であ

り、むしろ、あらたな医学の進歩を前提として死の判定方法を法的に明確化することこそ、医師の切望していることであろう。

では、緊急避難の法理を適用するのはどうであろうか。たとえば、かなりの期間脳波が停止しており、現在の医術では、ほとんど回復の見込みがない患者が人工心肺による蘇生術を受けているとして、その病院に、人工心肺を用いれば救助しうる見込みのある患者が送られてきた、しかし、医療器具が不足しているため治療が不可能だったので、先の患者の人工心肺器を取りはずし、完全死にいたらせた、というケースを考えてみよう。たしかに緊急避難を違法性阻却事由として一元的に構成する立場からは、右の行為を緊急避難とするのに、それほどの無理があるわけではない。しかし、生命対生命という同一法益の衝突があるような場合に、かりに一方の生命が消えつつあるということを経験として、他の生命の犠牲になることを法が強制するとすれば、それは恐るべき人道問題を生じさせるというべきであろう。わたくしは、この場面でこそいわゆる二分説の適用される場面があると考えている。

すなわちいまのところ全く一個の見解にすぎず、緊急避難論として別に検討する必要があるが、要するに、従来の違法性阻却説に立てば、他人のための緊急避難として人工蘇生術の中断だけでなく、臓器移植の場合にも、緊急避難の法理は容易に適用しうることになるし、理論的に一貫すればその適用を否定できないはずであるが、おそらくこの説の提唱者も生命の相対化を、このような形で安易にみとめることはしないであろうから、やはり、この場合には緊急避難を適用しないとせざるをえないのではあるまいか。他方、二分説には、いろいろニュアンスの違ったものがあるが、結論的に緊急避難の成立範囲が、違法性阻却説とどの点で異なるのかはつきりせず、こうした緊急避難の対立・論争がなんのためになされてきたのか、率直に<sup>(2)</sup>いって疑問が残る。したがって二分説をとる以上、論理構成は、次



のようなものでなければならぬ。同一法益、特に生命対生命の場合、より優越した利益を保護とする違法性阻却の論理構造に合致しないのであるから、この場合は責任阻却としなければならない。ところで、責任阻却として構成するとすれば、そのような状況のもとでは、適法行為の期待可能性がないとするか、それとも医師がより価値の少ない生命を犠牲にして、他の生命を救助したのだから責任非難に相当しないということになる。前者についていえば、一般的に医師の立場が、適法行為の期待可能性を否定する事情にあるというのは、やや困難だといってよく、ましてや責任能力を失うような状況にあるとはとうていいえない。また、後者が不当であることは、違法性阻却説の場合と同様なのであり、このように見てくると、同一利益が衝突する場合に免責されるのは、保全利益の主体が緊急避難行為をとる場合だけであると考えべきである。このように現行法上の緊急避難は、心臓移植などの場合にまさに生命の相対化を否定するものとして構成されるべきだということになる。

最後に安楽死について考えてみよう。安楽死を刑事免責事由にすべきであるとする主張は、さまざまな根拠からではあるが、わが国の学界では支配的であるといつてよい。<sup>(3)</sup> 裁判所も下級審ではあるが、これを違法性阻却事由として免責事由としたものがある。名古屋高等裁判所の判例によると、この安楽死は、「人為的に至尊なるべき人命を絶つのであるから、つぎのような厳しい要件のもとにのみ、これを是認しうるとどまる」のである。要件の第一は、病者が現代医学の知識と技術からみて、不治の病に冒され、しかもその死が目前に迫っていること、第二は、病者の苦痛が甚しく、見るに忍びない程度のものであること。第三に目的として、もっぱら病者の死苦の緩和のためにされること、第四に、病者の意識がなお明瞭である場合には、真摯な嘱託または承諾があること。第五に方法としては、原則として医師により行ない、最後にその方法が倫理的に妥当なものとして容認されるものであることが必要なものと

されている。<sup>(4)</sup>

以上の要件からも分かるように、安楽死は、文字どおり、苦痛と死期の切迫とを秤量し苦痛の除去のために死期を早めることを是認しようとする法理であり、ほとんどの学説も、同じような考えに立っていることは否定できない。要するに、生命の維持が、患者の肉体的苦痛を持続させるだけであるといった状況にある場合にのみこの法理が肯定されてきていることに注意を要する。さて、これを人工蘇生術中断の場合に適用してみると、器具のとりはずしが、不作為による安楽死であるか作為によるものであるかは問題であるとしても（受働的安楽死のみを肯定する立場では重要であるが）、第二第三の要件はむろんのこと、本人の真摯な嘱託を必要としている第四の要件をも具備しえないというべきであろう。人工蘇生術中の患者は、苦痛にあえぐというよりむしろ、達観した表情をしている者が多いといわれ、また、そのような苦痛の感覚そのものが失なわれているのである。<sup>(5)</sup>

こう見てくると、これ以上安楽死適用の可能性を検討する余地はないように思われる。

二 医療技術の進歩にともない、人為的な生命保持のためのさまざまな方法が開発されてきている。蘇生術は、そのなかでも代表的なものであり、従来の医術によるときには簡単に完全死にいたるものでも、かなり長期間人工的に呼吸および循環器の運動を持続することが可能となってきたこと以上述べてきたとおりであるが、これによって生ずる現在の問題点を整理すると次のようになるであろうか。

その第一は、いうまでもなく、医師の診断上、脳運動の回復見込みがなく呼吸・心搏が他律的にのみ維持されているにすぎない場合、これを生として処理するか死とするかにある。そこで本稿では、一貫してこの場合、古典的な死の定義を前提としながら、生として扱うべきことを提唱したわけである。

そこで第二に生として処理するにしても、一定の要件のもとで人工蘇生術を中断するのは正当化されるのではないか。安楽死、緊急避難適用の可能性は、まさにそのために考慮に入れられたのであった。そうして、結論として、これを否定すべきであるとするのが、わたくしの結論である。このように、現行法のもとでは人工蘇生術中断は、適法化への道を閉ざされているように思われる。

人工蘇生術中断を法上許容する方法としては、結局、立法化による以外にないということになる。金沢教授は、まさに、この生から死への中間領域を立法的に死として処理すべきことを提案したのであり、また最近アメリカでは死の定義の立法化が推進されているが、<sup>(7)</sup>ここでも脳死説を前提として人工蘇生中の患者を死の領域にとり込むことによって、この困難な問題に解決をあたえようとしたのである。もっともアメリカの死の定義をめぐる動向については、次の点が留意されるべきである。

その第一は、死の判定基準の法定化を論ずる場合には、具体的な decision maker である医師の行動を規律し指針をあたえる方法として、どの方法がもっとも適切であるか、この課題が、最初に解決されなければならないとしていることである。<sup>(8)</sup>アメリカでも、死の判定基準は、ばらばらであり、統一的基準の設定が強く要求されているのである。

その第二は、死の定義問題は、究極的に国民が死をどう考えるかにかかっているので、これを定義のなかにとり入れながら法的に基準を明示する方法としてもっとも適切なものは何か、この課題をふまえて政策決定をこころみようとしていることがあげられよう。<sup>(9)</sup>要するに司法的決定によって医師の行動基準を示すか、それとも、立法的な解決をはかるかに帰着するが、死の定義問題が司法的レベルにのぼるのは、きわめてまれであるばかりか、裁判官は医師の処置にめくら判を押すだけであって、これを司法的決定にゆだねるのは、世論からかけ離れた死の定義をみちびく

ことにもなる。さらに、特定のケースに妥当したルールがそのまま一般的な行動指針を提供するわけではない。こうした考慮が背景となって死の判定基準を立法的に解決しようとする動きが活発になっている、と見てさしつかえない。この二つの点は、同時にわれわれの問題でもある。上述したように死の判定基準は、画一化していないのであって、これを明確にするのは、理論的にも実際的にも重要なのである。このかぎりでは、死を法的に定義し、判定基準を立法によって設定すべきであるとする主張には十分理由があるのであるが、同時にシドニー宣言や、アメリカの立法運動の原動力となっているのは、臓器移植と人工蘇生術中断の推進であることも疑いない。

人工蘇生術中断を適法化し非罰的なものにする方法として、現在考えうる唯一の方法は、立法によるということにならざるをえないことになった。この際、さらに二つの道があることに注意を要する。第一は、人工蘇生状態の患者を生として扱い、一定の厳格な要件のもとに、中断行為を違法性阻却事由として規定する仕方である。第二は、先にも述べたように、死の概念を拡大する方法である。まず、第一の場合を考えてみよう。この問題には、まさに安楽死の立法化をめぐる展開された議論が、そのまま当てはまる。すなわち、そもそも安楽死の立法化が話題になりだしたのは、人道主義的な観点から、安楽死をより推進すべきであるとする要請にこたえるためだったことは無論であるが、他面、自由放任的に医師の自由裁量にゆだねられていたものに、一定の枠をはめるねらいがあったことは否定できない。そのかぎりでは、安楽死立法化の運動は、正当だったといつてよい。<sup>(10)</sup>しかしこれに対しては、伝統的立場からの執ような批判があったことを忘れてはならない。要するに、一般的に安楽死という形で殺人を立法的に適法化するのとは、人の生命を不安定なものにし、人間性を無視する結果を招くというものであり、いわゆるクサビ理論（the thin end of the wedge）と称されている。<sup>(11)</sup>この見解は、おそらく現在でも安楽死立法化に対するもっとも有力な批

判となつていゝと思はれるが、同時に、この批判は人工蘇生術中断の立法による適法化についても妥当する。

三 安楽死とりわけ不作為による安楽死が、多かれ少なかれ現実に行なわれているであらうことは、否定できない。また、宮野助教授の研究からも明らかであるように、特殊な宗教的立場のものを除けば、安楽死そのものを全面的に否定する者はほとんどないといつてよい。他方、脳反応のないしかも脳活動の回復の見込みのない患者が、秘かに、もしくは家族の合意のもとに蘇生術を中断されていることも否定できない事実であらう。では、このような現状に対する法的規制の意味は、いったいどこにあるのだろうか。まず、回復の見込みのない患者をできるかぎり早期に完全死させることによって医療の経済化をはかることがあげられよう。しかし、回復の見込みの有無によって殺害行為が公然と是認されるとすれば、それこそ生命の保護に対し、もっとも危険なクサビを打ち込む結果になるだらう。そうでなくとも現代は、老衰、難病、重症奇型児などを合理主義の名のもとに社会から抹殺しようとしているのであって、先の観点から中断をみとめるとすればこうした社会風潮を法的に是認することになる。次に、医師の自由裁量に一定の枠づけを行なう、いわば蘇生術中断の基準を法的に設定することによって、その濫用を防止する機能が考慮されよう。さて、この場合、安楽死との違いを見ると、第一に呼吸、心搏は他律的に維持されておりその意味で生命そのものは人工的なものであるということ、第二に脳反応の一定期間の消滅により、脳活動の回復可能性がかなり明確に判定しうるようになりつつあるということ、したがって、人工心肺器は、脳活動の回復を前提とする治療手段なのであるから脳活動の回復の見込みが確実でない段階では、蘇生術を継続する義務は、医師の側になくなるという理論構成も可能である。<sup>(12)</sup>それゆゑ、この場合の医師に対する行動基準は、脳幹の死滅を確実に判定する方法を提示することによって足りることになり、また、その判定の正確性を担保する手続を提示すれば十分であらう。

このように考えることは、いくつかの点で意味があるように思う。すなわちこれによると脳死説を前提とする死の変更を避けることができる。脳死説では、死亡時期を確定することはできないが、右の考え方では、治療を中止した結果として死の古典的定義による徴候が表われた段階で死と認定されることになる。それゆえ、脳反応がなくとも自律的に呼吸・心搏運動が維持されている以上、死とすることは許されない。

しかし、この考え方に立って、脳活動の回復不能をどう診断するかについて、医学上の完全な合意が得られるかどうかには疑問が残されている段階で承認してよいかが問われよう。そうして、なによりも問題なのは、かような正当化の要件を立法化して一般的に蘇生術中断を適法とすることの影響である。重症奇型児および老人問題をどうするかにこたえず、意識の回復不能の点を決め手として立法化するのは、生命の保護を不安定なものにする危険がある。その点で、かりに治療の中断の適法化という観点から立法化するにしても、現時点ではいわゆるクサビ理論の危険を完全にぬぐいされないのではなからうか。

安楽死の場合もそうであるが、法的要件を定めるのには反対であっても一定の状況にあるときに、蘇生術の中断を事実上承認しようとする観点はありうるのであり、むしろ、こんにちではこれが支配しているとさえいえよう。問題は、広い意味での医療経済、家族の経済的・精神的負担、標本化という非人道的現実をふまえて、多かれ少なかれ医師の良心に依存して蘇生術の中断が行なわれている現状を、立法化によって変更する政策決定の必要があるのか、という点にある。そうして安楽死の立法化問題と同様、形式的に絶対的価値をもつ生命を人為的に断つことを、立法的に許容するのは、まさにクサビ理論の提唱どおり危険な結果を招くことが予想されるというべきであろう。その意味では、反苦悶死 *Anti-Dysthanasia* の提唱も、立法問題とは、一応区別して行なわれるのがよいのである。

こう見てくると蘇生術中断、とりわけ人工心肺器を取りはずす行為は、現在の刑法上は、やはり殺人罪の構成要件に該当するといわざるをえない。問題となるのはたしてその行為が刑事制裁を加えて一般に抑止しなければならぬほどの当罰性を有しているかどうかである。医療における実情は知るよしもないが、現在、これを殺人罪として処罰し、一般予防効果を企てる必要はないと見るのが妥当ではなからうか。このようにして、一般的に適法化する方法よりは、個別的に具体的状況に応じて、免責の道を講ずるべきである。その場合、緊急避難などの法理が援用されようが、わたくしはむしろ、医師の治療義務の限界をたずねるなかで、蘇生術中断の刑事免責事由を客観化する方向にむかうべきだと考えている。

四 最後に、死の立法による変更について一言しておこう。死の定義が、人工蘇生術との関連で重要な問題となりつつある点は、前述したとおりであるが、たとえば、アメリカのカンサス、メリーランドなどでは、死を二つの態様に分け、一般的には、古典的定義によることを宣言するとともに、人工蘇生状態にあるものについてのみ脳死を採用する方法をとる。ところでこの方法は、前述のとおりわが国でも主張されているところであるが、アメリカでは、次の点で批判を受けている。第一に、死を二つの現象としてとらえるのは、基本的に誤っている、しかも、どう見ても死の相対化は心臓移植目的にふりまわされていると見なされざるをえないという。第二に、ここでは、死を定義問題として見るから、もっとも重要な課題である、いつ人工蘇生術を中断しうるかに全くこたえられないというのである。<sup>(13)</sup>ペンシルヴァニアのキャプロン達はこう批判して、死の定義と判定方法は、次のようになすべきだとした。

「医師が通常の医学基準にもとづき、自動的な呼吸と循環機能が不可逆的に停止したことを宣告すれば死と見なされる。人工蘇生術により、右の機能が停止したことを決定することができない場合には、医師が通常の医学基準にも

とつき自動的な脳機能が不可逆的に停止したことを宣告すれば死と見なされる。死は人の生命にとって重要な諸機能が停止したときに生ずる」。

この私案は、提案者も述べているように、いくつかの点ですぐれている。第一に、死の判定方法を一般的な医学基準に限定して行なおうとしている点があげられる。このことは、死の判定を恣意的にしたり一部の医学的見解によらしめないために必要なことである。第二に、死を単一現象として見ようとしている点も重要である。死を相対化するのは、前述したように適当でないからである。<sup>(14)</sup> いずれにせよ、人工蘇生術中断の問題を死の定義・判定方法を立法的に規範化する仕方、解決する方法が考慮される段階に達してきた。そうしてこれによると人工蘇生状態にある患者についてのみ脳死説の判定方法を適用しようとするのだから、それほど生命の保護にクサビを打ち込む危険は感じられないのではないか、ということになるが、この点なお疑問があること、これまで指摘したとおりである。

五 以上、人工蘇生術中断の現実的要請を前提としながら、死の判定を含めてこの問題の解決策をさぐってみた。結論的にいえば、現時点で法的なルールを設定することは、立法的にも司法的にも困難であるということになるのか。もっと突っ込んでいえば、このような領域に法が介入するのは、ほんらい適当でないのかも知れない。現在までのところ刑事や民事のケースとして司法的レベルに登場していないのも、おそらくは、中断が家族や関係者を説得する形で行なわれていることを示しているともいえよう。

他面、人工蘇生術といういわば積極的医療行為が前提となっている場合に、安楽死におけると同様、法は全く沈黙すべきであるということにはならないであろう。安楽死の立法化が容易に実現しないアメリカで人工蘇生術中断に比較的に寛大なのは、このためである。その意味で司法的に医師の治療義務の限界をどこに置くかという形で判断がなさ



れるべきであろうし、立法的には、国民的合意をとりつけることを前提に、人工蘇生術における死の判定を現実の問題として論議したうえで、脳死説に決着をつけ、医学上脳幹の死滅が脳波によって確認しうるものであれば、死の判定について立法的に解決すべきであろう。いずれにせよ、この問題について政府は、正式の委員会を結成し検討をすすめるべき時期がきているように思われる。

- (1) 宮野 彬「患者の生命をひき延ばす問題」法律時報五一九号(昭和四九年)一八四頁参照。
- (2) 中山教授はこの点「ただ以上のような緊急避難のいわば本質をめぐる論争は、不可罰性の根拠づけという範囲内にある限り、それ自体として実質的な意味はあまりないともいえるであろう」とされている、中山研一、刑法総論の基本問題(昭和四八年)九五頁。
- (3) 安楽死の総合的研究としては、宮野助教授の一連の論文が注目されるが、特に「安楽死の立法化について(一)(四)」鹿法五卷一号(昭和四五年)六卷一号(昭和四六年)七卷一号(昭和四七年)八卷一号(昭和四八年)が重要である。
- (4) 名古屋高判昭和三七年十二月二日、高裁判集一五卷九号六七四頁。
- (5) Stratenwerth, op. cit., pp. 538-540.
- (6) 金沢、前出六頁。
- (7) カンサス州では、一九七〇年に(Kan. Stat. Ann. § 77-202)メリーランド州では、一九七二年に(Maryland Sessions Laws ch. 693)それぞれ法の制定を行なった。
- (8) Capron & Kass, op. cit., pp. 102.
- (9) Capron & Kass, op. cit., pp. 95-101.
- (10) 宮野、前出(一)八八頁以下参照。
- (11) G. Williams, The Sanctity of Life and the Criminal Law, 1957, pp. 315. 宮野、前出(一)九二頁以下参照。
- (12) 積極的治療行為の法上の限界について、正面からとりあげた最初のものとして、宮野、前出法律時報五一九号一八八頁以下が参考になるが、蘇生術中断については、ふれられるところがない。

- (13) Halley & Harvey, *Medical vs. Legal Definition of Death*, 201 J. A. M. A., 1968, p. 423. Cf. Capron & Kass, *op. cit.*, pp. 115-116.
- (14) Capron & Kass, *op. cit.*, pp. 111-116.

(本稿は、昭和四八年九月一二日に日本大学駿河台病院で開かれた臨床談話会における講演の原稿に加筆したものである)。