

# 脳死移植再考

倉 持 武

## 問題：「脳死」移植と自己決定権

医療の場において、自己決定権が、「被験者の自発的同意は絶対的に本質的」要件であるという形で明確に宣言されたのは、ナチスの医師や厚生省高級官僚たちによる「人道に対する犯罪」を裁くための基準として作成された「ニュルンベルク綱領」を嚆矢とする。現在では、ヘルシンキ宣言に示されたインフォームド・コンセントの概念を通して、研究の場のみならず、予防、診断、治療すべての面にわたって、患者への日常医療の場に自発的同意という考えが浸透してきている。

「医療」行為は、それを行為自体としてみるならば、すべて犯罪行為に該当する。検査という名の下での放射線の人体への照射、投薬という名の下での毒物投与、入院という名の下での監禁、麻酔・手術という名の下での傷害、そして患者が死亡すれば傷害致死である。こうした「犯罪」行為が刑法第35条に定める「法令又八正当な業務二因ル行為」となるための要件が、行為者の資格、治療という目的、方法の妥当性そしてインフォームド・コンセントである。資格ある者

から、本人の治療を目的として、方法の妥当性を含めた説明を十分に受け、これを理解した患者が同意を与えて始めて、「犯罪」行為は「医療」行為となる。

この四つの要件は、本人の治療を目的とする行為に関するものであって、本人のためではなく、他者の救命や延命を目的とする行為についてのものではないことに注意が必要である。そしてたとえば臓器を提供する場合、提供のための脳死判定、組織適合性検査、提供しようとする臓器が移植に使用可能か否かを調べる移植適性検査、摘出まで臓器を良好な状態に保つための臓器保護技術、そして臓器摘出手術がドナーに施されるのだが、これらはその一切が提供者の治療を目的とする医療行為ではない。

問題は、本人目的の場合に妥当する要件が、そのまま本人を手段とし他者の救命・延命を目的とする臓器・組織提供の要件としても妥当するか、いいかえれば、本人を目的とする行為が医療行為となるための要件である本人の同意が、そのまま本人を手段とする行為をも「医療」行為足らしめる要件たりうるのが、ということである。さらに、本人目

的行為の場合、その同意には、自然的意思の存しない幼児の場合や緊急時には成人の場合にも、同意の代理あるいは付度・推定が認められている。このように、本人目的の場合には代理同意あるいは付度・推定同意が認められているが、他者の救命・延命を目的とする臓器提供のように本人を手段とする行為についても、代理同意あるいは付度・推定同意が認められうるのか、という問題もある。

ところで脳死に関する自己決定権に関しては、生き方死に方ではなく、生きているか死んでいるかの判定に関する自己決定権の問題もある。死亡判定基準を、各自であるいは死に行く当人とこれを看取る人たちとの納得と同意で、選択できるのか、という問題である。死亡判定基準に関するこうした自己決定権を承認するならば、原則としては、姥捨山という慣習についても、逆に、ライフ・スペースのミイラについても、それを承認せざるを得なくなる。

つまり、臓器提供に関する自己決定権の問題は、死亡判定基準の選択権問題、そして人格権の対象である臓器、組織の提供という譲渡を端緒とし、人体の物件化、人間の手段化の促進を通して、加工業者による身体組織のカatalog販売という人体の商品化に行き着く人体の資源化を、本人目的の場合と同一のインフォームド・コンセントに基づく本人の自己決定に委ね得るのか、という問題であり、そして、この「本来、本人に一身専属的に帰属する」自己決定権（町野 朔）を、ここでも、親権者（であった者）等の遺族が代理行使し得るのかという問題である。

ところで、視野を少し広くとるならば、提供者は脳死の人に限られないことが分かる。提供の目的も移植のためとは限らず、医学あるいは医療全体の進歩という観点からすれば、研究を目的とする方が提供の意義ははる

かに深く、大きいかもしれない。この点を考慮すれば、町野 朔氏や礒島次郎氏が主張するように、現行法は早急に生殖細胞から全身体を包括するものへと「改正」されるべきだと考えられよう。しかし、このためにはまず、「脳死」移植に関する自己決定権の問題が解決されなければならない。その際、特に、人格権の対象に関わる問題であることが忘れられてはならない。

### 移植法の役割

1997年から施行された、いわゆる臓器移植法の役割は、以下の1～4にまとめることができる。

1. 臓器摘出合法基準設定：判定医・移植医に対する告訴（和田移植、筑波大学膀胱腎同時移植等）防止等による円滑な移植医療の推進
2. 変死体からの臓器摘出の可能性確立（「角膜及び腎臓の移植に関する法律」、大阪大学事件）
3. 移植コーディネーター等パラメディカル養成・教育機関、移植ネットワーク等移植インフラ財源の確保
4. 現行法が認めない自己決定  
15歳未満の者  
脳死判定を受けた上での臓器提供はしたいけれども、摘出による心停止までは憲法で定められた基本的人権の享有主体でいたい。

### 移植医療とはなにか

1. レシピエント：生存率、生着率
2. 「移植をしなければ助からない」・「移植をしたら救われる」
3. シビアな選択：このまま近い将来での死が最善の場合で AIDS（後天性免疫不全症候群）患者としての延長された生か

#### 4. 生涯系統観察に基づく具体的生活形態把握とデータベース化？

免疫抑制剤シクロスポリンの導入によって、心臓移植の成績の著しい向上の見られる「近年、心臓移植患者の5年生存率が70～80%に上昇したことは、移植推進の有力な根拠となっている。しかし、本剤の副作用として移植患者の76%に高血圧症、左室肥大および腎不全が発生していることも決して無視してはなるまい。特に、心臓に関していえば、移植された心臓では5年間に90%の症例で冠状動脈の硬化が急速に進行するとの統計がある。しかも、移植心は痛みを中枢神経系に伝える心臓神経線維を欠くため、患者はそうした病変に気づかず、狭心痛がないまま急性心筋梗塞や突然死を起こすことが報告されている。病状がないため、その診断には最低毎年一回、冠状動脈にカテーテルを入れて造影する検査が必要になる。さらに、その硬化病変がびまん性で高度に起こる結果、カテーテルを冠状動脈に挿入して狭くなった部分を拡張させる治療法であるPTCAや冠状動脈バイパス手術は施行できず、心臓の再移植以外には有効な対策はないという。また、長期にわたる強力な免疫抑制法は、いわば人工的にAIDSと同じ状態を作り出すことであり、移植を受けた者はつねに重い感染症の危険にさらされる。実際に、スタンフォード大学における1987年の検討では、71%の症例に何らかの感染症が認められ、移植後に死亡した者の半数で感染が役割を演じていた。

だからといって、感染を恐れて免疫抑制剤を減らせば、今度は拒絶反応が起こるわけで、移植者の生命の維持はこの両者の間の綱渡りにかかっていると言われている。したがって、免疫抑制剤の適切な投与量決定は極めて重要であるが、このためには、毎月一、二回の頻度で心筋生検（静脈からカテーテル

をいれて心臓の筋肉の一部を採取し、その標本を病理学的に調べる方法）を行う必要がある。こうした頻繁な検査は患者にかなりの苦痛を与えるし、また、本検査の合併症として、冠状動脈に傷がついて右心室との間に交通ができてしまう冠動脈右室瘻といった事故の発生も報じられている。こうしたわけで、生命維持の本当の戦いは移植に成功した時に始まると言われるのもあながち誇張ではない。

もちろん、私とて、移植推進論者がしばしば主張するように、心臓移植により臨床症状の著しい改善を見る例があることを否定するつもりはない。しかし、その一方では、移植後極めて惨めな状況のもとに辛うじて毎日を送っている者が少なくないこともまぎれもない事実である。一年ほど前、私が話をし合ったニューヨークのある大学教授は、『自分も多くの心臓移植患者を診察しているが、彼らのほとんどは健康というには全く程遠い』と言っていたし、外国で移植を受けた患者の追跡調査によれば、多くの患者はすでに死亡してしまったり、生きてはいても外出もままならぬ状況にあったと報じられている」（渡部良夫「脳死体からの臓器移植が包含する問題と危険性」、1992、（ ）内は筆者の付加）。

結局、移植医療だけの利害得失を判断する場合でも、臓器移植を実際に受けたレシピエントと、移植されなかったが同症状・同年齢の患者の生涯にわたる観察に基づく具体的生活形態把握とデータベース化が不可欠になるが、そのような資料は提示されていない。

#### 死

1. 死の概念：脳のみならず身体全体に遍在する身体情報系（脳神経系・免疫系・内分泌系）が構成するアイデンティティの喪失。これは脳神経系に偏重した死の

概念を主張する，立花隆などへのアンチテーゼとしたい．

- 2．死の操作的（医学的）定義：体内酸素供給不可逆的停止
- 3．死の判定基準：三徴候＋不可逆性確認時間（「墓地・埋葬等に関する法律：「埋葬または火葬は…死亡または死産後，24時間を経過したものでなければ埋葬または火葬をしてはいけない」）
- 4．三徴候死説：死のメルクマールとして心拍停止，呼吸停止および瞳孔散大・対光反射消失を採る．脳神経系，循環器系，呼吸器系，消化器系，泌尿器系，生殖器系，内分泌系，免疫系等の諸システムのうち，体内酸素供給機能を担う脳神経系，循環器系，呼吸器系の三システムに注目し，この三システムすべての機能喪失，つまり，体内酸素供給停止の十分条件の不可逆的生起をもって死と判定する考え方
- 5．残生現象  
身体：心臓の拍動が停止しても精子は48時間は生殖能力があり，爪・髪は死後数日間伸びる．腎臓は90分以内だったら摘出して移植しても生着が見込め，皮膚も48時間以内・骨は72時間以内だったら移植可能とされている．意識・脳神経細胞：心臓の拍動が停止すると，外的意識は10秒以内に消失，内的意識は不明，大脳皮質細胞は15分くらいで死滅し，視床下部細胞は心停止しても1時間余り生存し，グリア細胞は24時間くらい生存する．
- 6．三徴候死説のメリット

原因および経過の如何を問わず，すべての死型（心臓死型，肺臓死型，脳死型）に対応可能

万人の認める死のしるしに良く見

合っている

死亡時刻が患者の生理的事情によって決定される

その場に家族が立ち会うことができる

徴候の出現およびその前後の変化が医師だけではなく誰にでも一目瞭然である

そのプロセスが生理学的に十分解明されている

## 7．シドニー宣言

世界で始めての人から人への心臓移植は1967年12月3日．執刀医クリスティアン・バーナードは心停止直後の心摘出と述べているが，その後平坦脳波だけで死亡と診断する心臓摘出が行なわれるようになり，そこから死の概念，定義，判定基準への関心が高まり，翌年の宣言にいたった．

### 1)「シドニー宣言 死にかんする声明」

1968年8月9日世界医師会総会

死を細胞レベルで生じる経時的プロセスと認識したうえで，臨床医は死亡判定に際して，一つ一つの細胞の残存に対してではなく，「一人の人間としての運命 the fate of a person」に関心を向けるべきであり，このためには「どのような措置が講ぜられたとしても死のプロセスが不可逆性になるという確実性」を判定することが重要であるとした．

### 2)シドニー宣言ヴェニス修正 1983年

1968年宣言には明確な脳死概念の提示はなかったが，ヴェニス修正において，「脳幹を含む全脳のすべての機能の不可逆的停止 the irreversible cessation of all functions of entire brain, including the brain stem」と，全脳機能死説を前面に打ち出した．

### 3)「死のプロセスの不可逆的出発点」としての脳幹死

1971年、ミネアポリスの二人の医師、モハンダスとチューは「われわれが一点の疑問の余地なく定義し、確立しようとしていることは、脳幹の不可逆的損傷の状態である。それは死に向かう不帰の点である」と宣言した。

## 脳死

### 1. 脳死の病理学的・解剖学的機序

大きな病変の認められる症例であろうと、びまん性病変のみが認められる症例であろうと、「いずれの場合でも強い脳浮腫や腫大によって急激に頭蓋内圧が亢進し、中脳・脳橋など脳幹部の被蓋野で脳幹網様体を含む部の血流がまず停止したであろうこと、これが例外なく推察できる共通の所見と考えられた。そしてこの血流停止は、決して同時に全脳に生じているのではなく、個々の症例により差はあっても、脳幹から急速に小脳や大脳、そしてその表層部に波及してゆくものと考えたい。脳表に近い部位やくも膜下腔の血管では特にオートリシス（自己融解）の軽度な赤血球が認められる場合もあった」（生田・武田『『脳死』の神経病理学』、1992、（ ）内は筆者の付加）。

### 2. 脊髄・視床下部

#### 1) 病理学的・解剖学的見解

生田・武田は、脊髄が心拍の続く限り30日余にもわたって「全く内臓器とともに組織として生存し続けている中枢神経組織」であること、また視床下部諸核も「数日にわたって脳というよりも内臓器の態度に近い生存を示す」事も明らかにした。視床下部の神経細胞は乏血に強く、酸素欠乏にも低血糖に対しても強い抵抗性を有し、さらに、「脳死」と判

定された後も視床下部の血液循環が、脳の他の部位とは異なって、持続する傾向のあることが示された。

#### 2) 生化学的・生理学的見解

「脳死を全脳髄の機能の完全な廃絶と定義するかぎり視床下部下垂体系の機能停止は不可欠の前提条件のはずである。今回われわれが行った臨床研究はまだ症例数も限られており、検査項目も部分的なものであるが、今回の研究結果によれば脳死状態において視床下部下垂体系機能が完全に廃絶していると断定することはできないものと考えられる」（有田・魚住ら「脳死患者における視床下部および下垂体系機能」、1988、関連論文要旨は[http://www6.plala.or.jp/brainx/hypothalamic\\_hormones.htm](http://www6.plala.or.jp/brainx/hypothalamic_hormones.htm)）。

#### 3) 視床下部

「この自律神経の中樞は、大脳皮質のはたらきをときに抑制し、ときに促進させて、感情、情緒、感覚などを鈍らせたり、鋭敏にさせたりする。また下垂体ホルモン分泌を調節し、内分泌と自律神経とによる身体の不随意的機能を体液性、神経性にコントロールしている。身体のさまざまな機能のバランスは実に視床下部のはたらきによって保たれている。この中樞のはたらきは決して単発ではなく、無限にたえまなく連続し、一つの病状の変化は連続的に全身の変化を誘発する。しかも視床下部の機能は、日照時間、昼と夜、季節、温度、湿度などに適応し、あるいは発育や成長とも結びつき、規則正しいリズムを持って発現されてゆく。このことによって体内機構の平衡、すなわちキャノンのいう動的平衡、ホメオスタシスが保たれるようになる...この部位こそ生命に不可欠の重要な中枢であり、また大脳辺縁系とともに、情動的な本能に直結した情熱を湧出させる大切な部分に当たる。従って視床下部は生命中枢とも目さ

れるのである」(佐野 豊『神経解剖学』)。

「死とは視床下部と体内臓系の連絡が絶たれた時を意味する」(須田 正巳(大阪大学蛋白質研所))。

### 3. 「全脳死の臨床的概念」

現時点においては「医学は脳の生理・病態生理のすべてを解明してはいない」。しかし、それにもかかわらず脳の臨床医は重症脳損傷の治療に努力しているのである。したがって、脳の臨床は脳の基礎医学が未だ解明することのできていない分野の問題と日々格闘せざるを得ないのであって、ここから、基礎医学が未解明としている領域に関しても十分といえるほどの経験的蓄積を獲得しているのである。ところで、「全体としての脳の機能」は基礎医学の未だ解明せざる領域であるから、「全体としての脳の機能の不可逆的停止」を判定することは、基礎医学からの支援を期待することのできない領域の問題である。脳死判定に際しては基礎医学からの支援を待たず、臨床独自の経験的蓄積に基づかざるを得ないけれども、「全脳機能の不可逆的停止」判定は、「神経学的所見を中心とする臨床診断」によって「可能」であり、「経験のある医師が慎重に行う」かぎり「科学的に妥当」であると「確信」する(竹内・武下「脳死判定基準の補遺」, 1991)。

1) 全脳機能死説における全脳全脳機能死説を字義どおりに受けとるならば、全脳髓のすべての機能の喪失が証明されてはじめて、「脳死」と判定されるはずである。しかし、全脳の機能が何であるのか分かっているわけではない。従って、全脳の機能の存否を臨床的にテストする方法など存在しない。だから、一定の脳機能理論に従って、全脳の全機能の喪失を必然的に続発させるとされている

「臨床的にテスト可能である限りでの脳機能の停止」とその一定時間以上の継続、という確認点を判定しているだけであり、この確認点を実践上の不帰の点としているのである。さらに、「臨床的にテスト可能な脳機能」もそのすべてが実際にテストされているわけではない。重要な脳機能の一つである内分泌機能はテストされない。大脳辺縁系、間脳、小脳もテスト対象から外される。血管運動中枢に対する低血圧テスト、入力系のみを持つ諸感覚に対する各種誘発反応テストも要求されない。実際にテストされるのは脳幹網様体の関わる反射系と投射系、呼吸運動中枢そして頭皮上脳波だけである。これが全脳機能死説における「全脳」のすべてである。

#### 2) 臨床医の経験的蓄積

テストされる脳機能消失をもって全脳機能消失と同等視する根拠

テストされる脳機能消失が不可逆であることの根拠

脳死を臨床的に判定しようとする場合には、少なくともこの二点は臨床医の経験的蓄積によって担保されなければならない。「臨床的概念としての脳死」はその不可欠の契機として臨床医たちへの絶対的信頼を要請する。

### 4. 厚生労働省脳死判定基準の信頼性

#### 1) 前提条件と脳死判定

1990年におきた阪大事件の裁判の過程で浮かび上がってきたことだが、厚生労働省基準が医学的にそして法的に何を証明しているのか、という問題がある。この基準は判定の前提条件として、患者が脳の器質的障害により、深い昏睡と無呼吸を呈している症例であり、原疾患が確実に診断されており、それに対して、現在行うことのできるすべての適切な治療を施しても、回復の可能性が全くな

いと判断される症例であることを求める。ここにはすでに深昏迷、無呼吸そして主治医の回復不能判断が含まれている。ところが、判定基準に則った正式な判定後の「脳死」という判定の内容も深昏迷で無呼吸で回復不能ということなのである。この判定は、厚生労働省基準に基づくとしている脳死概念：全脳死説が示す「全脳髄の全機能の不可逆的停止」を「全体としての脳機能」と解釈したうえで、この「全体としての脳機能」の停止を不可逆だと臨床医の経験的蓄積によって証明しているだけなのだから、患者の生理状態に関して、判定は前提条件に対しどのような新しい情報を付け加えることができるというのだろうか。

## 2) 不可逆性

近い将来での心停止の必然性ということに関しては破綻しているが、現在までのところ、小児の症例を除けば、厚生労働省基準あるいは英国の脳幹死判定基準（英国規約）を満たした者で、人工呼吸器を離脱するまでに回復したものはいない。脳幹死説あるいは全脳機能死説に基づく、機能停止の不可逆性の経験的蓄積による証明は、成人に関する限り、破綻を来していないといえる。また、前提条件に主治医による回復不能判断が入っている判定基準は、テストされた機能が実際に回復したとしても、これは判定基準の不備によるものではなく、判定医の前提条件確認判断ミスとして処理可能であり、判定基準そのものは無謬という論理構造をもつ（小児脳死判定後の脳死否定例については、[http://www6.plala.or.jp/brainx/recovery3\\_15.htm](http://www6.plala.or.jp/brainx/recovery3_15.htm)参照）。

## 3) 機能（刺激応答）テストの問題点

細胞の存立レベルには、a 活動中、b 休眠中 c 死亡の三段階があり、b と c の区別から脳低温療法の可能性が開けてくるのだ

が、厚生労働省脳死判定基準が採用している機能テストは、細胞の存立レベルを機能の有無の二段階に区別することしかできない。細胞が死んでいて機能を喪失しているのか(c)、それとも生存レベルが閾値以下であるため機能が停止しているだけなのか(b)、機能テストでは区別できない。

統計上は、脳死と判定されるほどさまざまな部位が機能停止した脳の細胞は死んでいる場合が多い。しかし、厚生省脳死研究班の集めたデータ（1985年）によれば、「脳死」と判定されたが心停止後の剖検時にオートリシスの全く見出されなかったケースが661例中135例（20.4%）あった。この場合、661例中526例は細胞死による機能喪失によって脳死と判定されたと考えることもできる。しかし、135例は「休眠」による機能停止によって「脳死」と判定された可能性が非常に高いのである。機能テストは早すぎる脳死判定を原理上、防止できない。

## 4) 意識の問題

### (1) 脳幹目覚し時計説（筆者の造語）

C パリスの脳幹死説が基づくマゲウンの脳機能論によれば、思考・意志・感情・記憶等の高次脳機能、つまり、いわゆる「意識の座」は脳にあるが、脳は自己覚醒力を持たない。脳橋中央部より上部の上部脳幹網様体（上行性網様賦活系）からの神経活動電位の投射が、大脳機能に活力を与え意識を保持するのである。したがって、たとえ大脳が健全であっても上部脳幹網様体が機能を喪失すれば意識は出てこない、つまり昏睡に陥るのである。さらに、上部脳幹網様体が機能を喪失すると、中脳上端部の中心つまり脳幹最上部の中心に中枢をもつ対光反射および眼球頭反射、温度眼振が消失する。

### (2) 二重目覚し時計説（筆者の造語）

フェルドマンとワラーは「脳波の覚醒ある

いは意識水準の上昇には、[ マグウンのいう ] 上行性網様賦活系からの非特殊投射核を経た大脳皮質への投射という系のみならず、後視床下野からの連合野や辺縁系へ投射する覚醒系」という二重の投射系を主張する。また、ペンフィールドは、ネコでの実験で、上部脳幹以下を切断されたネコは「意識と心」を失うことはないが、間脳以下を切断されたネコは「意識と心」を失うことを発見し、意識を可能とする中枢神経系の統合機能は大脳にあるのではなく間脳にあると考えた。そして大脳と間脳間の神経インパルスの流れを確認した。この理論が正しければ、中脳、脳橋、延髄の脳幹機能が停止した場合にも、間脳が生きている限り、大脳機能が存在するなら高次脳機能が、大脳機能が停止していても、間脳の一部をなす視床下部は情動・本能の中枢であるから、古脳レベルでの意識残存の可能性を否定することが極めて困難になるのである。

なお、この二重投射系は、現在では生理学の教科書においても記述されるほど一般的に知られたシステムとなっている。しかし、厚生労働省脳死判定基準は、脳幹目覚し時計説にもとづく機能検査を行なうのみで、二重目覚し時計説にもとづく間脳、特に視床下部を検査対象としていない（たとえば、大村 裕編著『概説生理学 動物機能編』南江堂、1991）。

### (3) フロリダ州オカラ市民病院での臓器摘出

1991年6月1日、NHKスペシャル「脳死・生と死の選択」で、フロリダ州オカラ市民病院での全臓器摘出が放映された。ドナーの全身状態の悪化あるいは摘出する臓器の機能低下を避けるために麻酔は使用されなかった。切開が進み、切り開かれた胸からドナーの心臓が力強く鼓動し続けているのが見える。ふと気が付くと、ドナーの額一面に玉のような

汗が続々と吹きだしてきている。「手術室の内部は空調が施され、手術着一枚を身に付けるだけでも肌寒さは感じない。しかし、手術室の中でこの男性以外に汗をかいている人間はいなかった。“冷や汗”“脂汗”といった言葉が頭をよぎる。男性の顔色や表情に変化はないのだが、なぜ汗をかいているのか」。

他の人が汗をかいていないのだから、このドナーの汗は暑さのためではない。この汗は冷や汗・脂汗としか考えられない。冷や汗・脂汗は視床下部の情動によって生じる。そして、実際に汗をかくということは、視床下部が機能しており、かつ、孤立せず末梢まで連絡がなければありえないことである。彼の視床下部は冷や汗・脂汗をかく指令を出し得るレベルを維持した状態で生きていたのだと考えられる。ドナーの額の汗は、彼が内臓を切り裂かれる猛烈な苦悶・苦痛、どうしても不快感に襲われていたに違いないことを示している。ドナーには、玉のような冷や汗・脂汗を流す以外にその電撃的な苦悶・苦痛、不快感を訴えるすべがない。

5) 脳死判定への薬物の影響、深部脳波、臓器摘出手術中の血圧上昇・体動、筋弛緩剤・麻酔薬使用については、「脳死」臓器移植による人権侵害監視委員会・大阪、『脳死』・臓器移植に反対する関西市民の会編『検証！「脳死」臓器移植』いのちのジャーナル essence 臨時増刊号、拙論「厚生省脳死判定基準の再検討」<http://plaza.umin.ac.jp/~pe-med/kuramochi.htm> など参照。

### 6) 脳死移植と脳死判定基準

全脳髄の全機能の不可逆的停止を判定することのできる脳死判定基準がつくられたと仮定しよう。この基準によって脳死と判定された人は、尿崩症に陥り、変温動物化している。血管の緊張を保ち、血圧を維持するための手段を大脳神経系からも、自律神経系から



も、視床下部ホルモン系（血管の緊張を保つ手段となる視床下部ホルモン ADH の半減期は5～10分）からも与えられない。さらに視床下部によって維持されているホメオスタシスも破綻を来たしている。この「脳死の人」は必然的かつ早やかに心拍停止に至る。最も厳格に判定された「脳死」は三徴候死と区別できない。

脳死移植は単純に「脳死者」の存在によって可能になるわけではない。それは「現在の技術で移植した場合にレシピエントの中で働きつづける鮮度を保つ限度内で脳死を判定しうる基準」が脳死判定基準として公認されるか否かに懸かっている。「移植可能臓器判定基準」として働かない脳死判定基準は無意味である。厚生労働省基準はそのぎりぎりのところにある判定基準なのであって、これ以上おそらく一步でも厳しい方向へ改訂されるならば、それは意味を失ってしまうか、脳死判定前からの臓器保護技術実施の蔓延を引き起こすことになるだろう。

参考：心臓を提供できる「脳死」患者

「心臓を提供できる 脳死 患者の状態は、少量の昇圧剤で十分に血圧がコントロールできていなければならない。Cabrol によれば、ドーパミンという昇圧剤の投与を10μg/kg/min 以下で、しかも平均血圧が74±19 mmHg という驚くべき良好な血行動態の

脳死 患者が心臓提供者である。ドーパミンを10μg/kg/min 以上投与された 脳死 患者から移植された心臓は、移植手術には耐えられず、手術後心不全が続き成績が悪い。Joseph は、ドーパミンを10μg/kg/min 以下で、収縮期血圧の90mmHg 以上の 脳死 患者を要求している。杉本教授の発表によれば、急激な血圧の低下を経た44歳の 脳死 患者に、抗利尿ホルモン0.5U/hr 投与中にも

かわらず、ドーパミン10μg/kg/min 投与では、血圧は72/43mmHg にしか上がらなかった。この患者の心臓は役に立たない。この症例で分かるように、典型的な 脳死 患者の心臓の大半は移植に使えない。また（日本脳波学会脳死判定基準では）非典型的な経過を経て脳幹反射の無くなっている患者を 脳死 と判定できないため、心臓がビートリングで、新鮮な間には取り出すことができない。急激な血圧の低下 を 脳死 判定の基準に残せば 厳しすぎて 心臓移植ができなくなる。これが 急激な血圧低下 を 脳死判定基準から外した本当の理由」と、有馬利治氏は『『脳死』での臓器保護技術の問題点』脳死・臓器移植に反対する市民会議編『脳死・臓器移植を問う』技術と人間、1991で指摘した（（ ）内は筆者の付加）。

## 5. 和田移植事件捜査報告書から見た脳死判定基準の効力

### 1) ドナーの死亡時刻と死因

(1) 時実鑑定：鑑定資料からは明確な死亡時刻を判断できないため、それに随伴する死因についても明確に判断することはできない。

### (2) 検察認定

自発呼吸：補助循環機能開始後の山口の自発呼吸の有無については、看護婦、安達、長尾、藤堂研究生ら関係者の供述に矛盾がある。呼吸機能の有無についてはほかに信用できる証拠はなく、適確に把握されていたか疑問で、同機能が非可逆的に停止した時点を確認することは困難だ。

循環機能：山口の心臓が8日午前2時8分まで自動能を有し、したがって、山口がそれまで生存していたことは認められるが、その後いつの時点で自動能を喪

失したか確定する証拠がなく、また和田教授らの心臓摘出などの処置により死亡したものかどうかを明らかにする証拠もない。結局、心臓摘出時に生存していたと認めることができないし、心臓摘出により死亡したと認めることもできない。

### (3) 検察の結論

殺人罪：ことさら死亡時刻などを繰り上げて主張（死体検案書記載死亡時刻は7日午後10時10分、死因は肺水腫）していることに深い疑問を抱かざるを得ないが、結局、和田教授らが山口の心臓摘出を開始した際、いまだ山口が生存していたと認めるに足る証拠もなく、殺人については嫌疑不充分といわざるを得ない。

業務上過失致死罪：心臓摘出を開始した際、いまだ山口が生存していたと認めるに足る証拠がない以上、和田教授らの過失で山口が死亡したと誤認し、摘出を実施したため山口を死亡させたと認めることはできない。

和田教授らが山口に対しとった救急処置も、溺水者に対する処置として非合理的、非合目的ともしがたい。

また死因を明らかにできない本件では、救急処置の誤りと山口の死亡との因果関係、結果回避の可能性を明らかにすることはできない。したがって、仮に和田教授らの処置に誤りがあったとしても、過失致死の責任を問うこともできず、嫌疑不充分といわざるを得ない。

## 2) 死亡判定と殺人もしくは業務上過失致死罪

(1) 三徴候死説：和田移植では、和田教授も検察もドナーの死亡を三徴候死説に基づいて判定している。そして、和田教授による死亡判定が（山口の心臓が8日午前2時8分まで自動能を有していたため）「事実

反し誤り」であると検察に認定されたにもかかわらず、死亡判定の誤りは何ら処分の対象にはならなかった。つまり、臓器摘出にかかわる殺人罪もしくは業務上過失致死罪の成否には死亡判定の誤りは何らかかわりをもたない。問題となるのは、臓器摘出開始時点における被摘出者の生存を示す証拠の有無だけである。

## (2) 脳死説：判定基準違反は処分の対象とはならない。

現行法の下での脳死判定基準は、その基準に従って脳死と判定された者を合法的に脳死とする力をもつが、当の基準に違反して脳死と判定された者を脳死ではないと証明する力はない。たとえば、脳幹死説に基づいて脳波を測定せずに「脳死」と判定された「脳死」は脳死ではない、と医学的に証明されているわけではない。また、1992年栃木県益子町西明寺普門院診療所の住職兼医師田中雅博氏は、スズメ蜂に刺されて「脳死状態」となった53歳の女性から、CTなどによる器質的脳損傷の確認もなしに、深昏迷、自発呼吸の消失、脳幹反射の消失の三項目と、「全身状態の観察」に基づいて、当患者が不帰の点を越えたと判断し、レスピレーターを切り、「心停止後」、腎臓を移植のために摘出した。この脳死判定は、厚生省基準の前提条件さえ無視した住職医師の死生観を判断基準とする「脳死判定」以外のなにものでもなかったが、検察がこの脳死判定あるいは医師の手になる心停止の早期化を問題にしたという続報は聞いていない。

### 法学者の見解

i. (誰もが認める脳死判定基準は重要だが)「他の基準は誤りだとか、判定基準を一つでも欠いたらばいけないと

はいえないのではないのでしょうか。基準の一項目を欠いても、主治医が、まちがいなく脳死であると判定すればそれで良いのではないのでしょうか」(加藤 一郎 厚生省健康政策局医事課編『生命と倫理について考える』, 1985)。

- ii. 「ある判定基準に違反して脳死を判断し、その心臓等を移植のために摘出したとしても、それが直ちに、脳死ではない生きていた人間から摘出したと言うことになるわけではない。行為者の刑事責任を問うためには、彼が脳死ではなかったことを確実な証拠をもって証明しなければならない。『疑わしい場合は被告人の利益に』、被摘出者は死んでいたとみなされるのである。『和田心臓移植事件』のときには、心臓死説を前提としつつも、心臓提供者が生きていたことの証明ができないとして、手術者が不起訴処分を受けている。脳死を人の死としたときには、心臓死を人の死とした場合よりも、さらに生きていたことの証明が困難になるのではないかと思われる」(町野 朔「脳死論の覚え書」, 『ジュリスト』, No. 904, 1988)。

結論：判定基準に違反して脳死と判定された者が、臓器摘出開始時にも脳死でないことを証明することは不可能である。一旦脳死説が認められれば、脳死判定および臓器の摘出に関して殺人罪もしくは業務上過失致死罪の成立する余地はなくなる。日本弁護士連合会への人権救済申立が最大限可能な努力ということになる。

## 6. 死亡判定基準としての脳死判定基準に関する最も重要な問題

たとえ意識の問題、統合機能の問題が存在しないとしても、脳死説を採ることはできない。脳死と判定された人は、判定の前と後とで、外観を含めてまったく変化が見られない。人工呼吸器につながれ深昏睡にあるこの人が、脳死なのか、脳死以前なのか、われわれにはまったく分からない。心拍停止、呼吸停止、瞳孔散大・対光反射消失という三徴候死説による死亡判定なら、死亡の前後で明白な違いがあり、その変化は誰にでもわかる。それがたとえどのように精緻、精密そして正確な死亡判定基準であるとしても、それによって判定される死亡がそれを判定する専門医にしか分からないものであるとしたら、この条件一つだけで、それは死亡判定基準としての資格がない。死亡判定基準の第一条件は、それが誰にでも見え、分かる、ということである。これが一番大切ではないのか。

### 脳死身体の医学的利用

#### 1. 賛成

##### 1) 脳死は人の死

2) 脳死は人格死：脳死の人は、生物学的生命は維持しているが、人格としては死んでいる(パーソン論)

パーソン論は、脳死の人が個体維持の点から見て、種族維持の点からみても、有機的生命あるいは生物学的生命をいまだ失っていないことを認める。しかし、人格であることは単なる生物学的生命以上のことを意味するし、単に有機的生命しかもたないものは、第三者たる我々にとっての価値だけを有し、より善き者、より価値ある者のための手段・道具として他者により決定される存在であり、人格のみが有する権利と尊厳は有しない。単なる生物学的生命の事例であるもの 人間の

精子，卵子，培養液中の細胞，胚，胎児，脳死体 は実験材料などとして手段として使用してさしつかえない，と主張する．

(1) パーソン論に基づく身体の各種利用と利用可能身体

移植と研究

脳死身体の首から下はほぼ正常であり，この状態を実績300日，理論上4～5年維持し得る技術が，文部省科学研究費を使用し，脳死身体を利用した研究により，大阪大学においてすでに10年以上前に，開発されている．この技術開発により，脳死身体の利用方法と利用価値に限界がなくなった．「脳死」が一律に人の死と法的に定められるならば，一般的感情とは齟齬を来すとしても，以下の 示す研究等はすべて合法となるだろう．また法的に死と規定された後で「脳死」身体の利用法になんらかの倫理的な線引きを持ち込むことは，おそらく，不可能と言ってよい．

脳死身体の各種利用・多重利用

- i．医療資源：臓器移植，組織移植，細胞移植，輸血などのドナー．臓器，組織，血液，ホルモン，抗体などの貯蔵庫．血液，骨髓，皮膚，ホルモン，抗体などを定期的に収穫する農場．特異性を持たせた血液，ホルモンなどの製造工場等．
- ii．基礎医学研究材料：動物実験や試験管内で得られた生理学的，生化学的データの，生体状態での人間身体での実験データによる修正，再研究．生体状態での解剖学的，病理学的知見の直接獲得．「脳死」判定後も生き残る脳細胞を用いた，神経諸細胞の成長，成熟，回路網構成のメカニズム，老化，死滅，修復の研究．視床下部を核とする脳神経系，内分泌系，免疫系のクロ

ストーク研究等．

- iii．臨床医学研究材料：「脳死」身体にAIDS，ガンその他の難病などの特定疾患を作り，その感染，発病，増悪，転移などの機序の解明（病気の自然史解明）と治療法の発見．人工臓器・新手術法の開発．新薬の効用試験，毒物負荷，環境負荷，放射線負荷研究等．
- iv．教育・訓練：死体解剖にかわる生体状態解剖実習．診断，検査，診療実習，臓器移植を含む手術手技の訓練等．

人間の資格：パーソン論の拡張

ドナー不足の問題と並行して，「人間の資格」を問う生命倫理の議論が盛んになってきている．「人間の資格」を問うパーソン論は容易に拡大され，歯止めが無くなる．拡大をどうやって防ぐか．

- i．スタンフォード・ビネーその他の知能テストで，IQ40以下の者は人格的存在としての人間であることに疑問がある．IQ20以下の者は人間ではない．
- ii．自己制御のできない者は，医学的に治療不能であれば，人間ではない．
- iii．意志の疎通のできない完全に孤立した者は，意志の疎通を好まない場合と違い，人間ではない．
- iv．他のすべての性質は脳新皮質機能によって規定されている．これは，死の定義を脳機能によって考えようとする方法が正しいことを示している（i～iv A. ジョセフ・フレッチャー「人格としての人間評価」）．
- v．はっきりした意識があって人権を主張し得るか否かという点が，人間であるかどうかの一応の境界線だと考える．自分の生きていることが社会の負担になるようになったら，もはや生き

続けるのを遠慮すべきではないだろう  
か(太田 典礼(日本安楽死協会 初  
代理事長))。

利用可能な身体・組織

- i . 死体, 脳死身体, 胎児, 無脳症児,  
社会の敵, 近親生体, 生体等
- ii . 心臓, 肺, 肝臓, 脾臓, 腎臓, 脾臓,  
眼球, 胃, 腸, 骨, 骨髄, 関節, 筋膜,  
血管, 神経, 皮膚, 血液, 胚, 受精卵,  
卵子, 精子等

3) 賛成: 脳死臨調少数意見, 金田 誠一・  
猪熊 重二案, 日弁連案

金田・猪熊案は, 脳死を人の死とする社会的合意の存在を否定し, 脳死を一律に生と規定した。ところで, 金田・猪熊案と同じく生体としての「脳死の人」からの臓器摘出を認める法案を公表していた日弁連は, この点を突く批判に対して, 死刑執行, 正当防衛, 緊急避難の例を挙げ, 現行法体系においても結果としての殺人の違法性を阻却することのあることを指摘することによって対抗し, さらに, 移植と積極的安楽死の特徴を比較し, 東海大学事件に対する横浜地裁の判決を取り上げて, 「およそ生者についての患者の自己決定による死期を早める医師の処置を憲法秩序が一切許さないものではない」こと, そして地裁判決に示された積極的安楽死容認の要件と比べても, 日弁連案の規定する要件が脳死状態からの臓器摘出の違法性を阻却するに足るものであることを主張した。

しかし, これは, 脳死の人を「特殊な状態」, 「生と死のグレーゾーン」, 「蘇生限界を超えた」あるいは「死につくある状態」と記述することによって, 他の生命を救うためであるならば, この状態にある生命を手段として用いてよいと主張し, 生命の中に, 目的とされる生命と手段とされてもよい生命の区別を持ち込んでおり, パーソン論と同じ論理構

造を持つことは否定できない。また, 安楽死の要件を引き合いに出していることは, 日弁連は, 医師の手になる心停止の早期化に関して, それが本人目的なのか, 他者目的(臓器摘出)なのかを区別していないことを示している。

2. 反対: ヨナスの反論

「現在[1980年]のところ何か特殊な使用法が予期されているにしろしないにしろ, あるいはまた嫌悪さえされているにしても, 相当強い関心に促されたときに, そういう使用をどこまでしてよいかという線を, どこかに引くことができると考えるのはお人好しすぎる。その(脳死を人の死とする)定義(それは絶対的なものであり, 段階的なものではない)が, まさにそういう線を引くための原理そのものを無効にしまっているからである。...医学的な利益 それは非常に現実的で非常に価値のあるものだが」という圧力があるとすれば, その定義にいったん公式の権威が与えられると, それが理論上含意している許可事項が実行に移されるのを食い止めることはできないだろうと予言し得る」(ハンス・ヨナス「死の定義と再定義」, ( )内は筆者の付加)。

手続論と倫理原則

1. テクノロジー・アセスメント

臓器移植法は附則第二条で施行後三年を目途とした「見直し」を規定しており, これまでいくつかの見直し案が公表されているが,

日本移植者協議会「臓器の移植に関する法律の改正に向けて」, 厚生省科学研究所免疫・アレルギー等研究事業臓器移植部門「臓器移植の法的事項研究会案」(町野案), 森岡正博・杉本健郎共同提案「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」,

西森 豊「脳死否定論に基づく臓器移植法

改正案」(てるてる案)が主なものである。

ところで、附則第二条には、三年後を目途として講ぜられるべき必要な処置は、「施行の状況を勘案し、その全般について検討が加えられ、その結果に基づいて」講ぜられるべきだとしてある。改正案が「施行の状況を勘案した」ものであるといえるには、少なくとも、ドナーとなられた人たちの治療および脳死判定の分析、家族へのインフォームド・コンセントのなされ方、提供意思表示のなされ方の検討、そしてレシピエントたちの疾患、移植が必要になった理由、インフォームド・コンセントのなされ方、手術の様子、術後の検査状況、合併症・副作用、具体的な生活状況の検討、レシピエントが死亡した場合にはその原因の究明等に基づいたものでなければならない。しかし、これら四法案にはいずれもこれらに対する分析、検討がない。

しかし、これら四法案に施行状況の分析・検討が欠けているのは、発案者たちの責任ではない。発案者たちが分析・検討を行おうとしても、分析すべき客観的データがないのである。移植医療の検証は、提供第四例まで厚生省公衆衛生審議会疾病対策部臓器移植専門委員会が行い、それ以降は「脳死下での臓器提供事例に係る検証会議」(座長 藤原研司 埼玉医科大学教授)が担当している。ただこれらの検証会議が検証するのは、ドナーの救命治療、脳死判定、そしてレシピエントの選定までである。移植手術、回復入院、退院、予後という肝心の移植医の関わることは一切検証対象から外されている。それゆえ、検証会議が公表している、5～9例目までの検証報告書を読んでも、レシピエントのその後については知ることができない。

町野案が公表された、平成11年度「免疫・アレルギー等研究事業臓器移植部門 総括・分担研究報告書」では、「移植の評価に関する

研究」を第三テーマとする「北川班 臓器移植の社会資源整備に向けての研究」も公表された。北川班研究報告書には「移植の評価に関する研究」として「臓器移植直後の追跡・評価の情報システムに関する研究」(分担研究者：大田和夫元日本移植学会理事長)および「海外渡航移植の追跡調査に関する研究」(分担研究者：小柳 仁東京女子医科大学循環器外科教授)の二論文が掲載されている。しかし、この二つの論文を詳しく読んでも、それまでに国内で行われた腎臓移植や海外で移植を受けた人たちに関する、移植された臓器の生着率、レシピエントの生存率はある程度分かるが、レシピエントたちの生活の具体的な状況は全く分からない。逆に、腎臓移植患者の術後フォローアップさえ1994年の中間報告から1998年の調査再開まで中断されていたことが分かるというありさまである。

日本移植学会広報委員会は、「海外および日本での移植医療の状況を正確に理解し、今後のわが国の移植医療の発展に寄与するため、移植に関する基本的な参考資料を提供する」ことを目的として『臓器移植ファクトブック』を発行してきたが、その最新版である2000年10月5日発行の『臓器移植ファクトブック 2000』にも、レシピエントの具体的な生活状況に関する記述は一切現れてこない。

2001年度の日本医学哲学・倫理学会において、臓器提供に携わった救急医、脳死判定医、臓器摘出担当麻酔医等からの聞き取り調査の結果に関する貴重な報告があった。「移植医療の目的であると同時にこの医療を推進する原動力となるものは、ひとえにレシピエントが助けられたという事実である。しかし提供病院のスタッフへその事実がフィードバックされることはなく、この医療の成果を実感できるシステムにはなっていない」というのが報告の結論であった。

移植手術の様子は足を運んで直接学会発表を聞けばある程度分かるが、移植手術の結果と術後の様子は移植学会の会員にも分からない。レシピエントの術後は手術実施施設から外に出ることのない業界内秘密とされているのだろうか。

移植状況に関するデータは、本来、日本移植学会、日本臓器移植ネットワークそして厚生労働省がデータベース化しておくべきものである。このデータベースがなければ方向性の正しい改正法案が作れないばかりではない。ドナー候補者の家族、レシピエント候補者本人およびその家族への正確な情報提供ができず、インフォームド・コンセントが成り立たない。それどころか、提供意思表示カードを持とうとする人たちも判断の根拠が得られない。これでは、移植学会、ネットワークそして厚生労働省は、国民に客観的データさえ示さず、「移植医療はなかなか良さそうだ」という単なるムードを醸成し、それだけで小児脳死移植の実現と臓器提供者数および提供意思表示カード所持者数の拡大を図ろうとしているとしか言えないことになる。移植法改訂の前提として客観的データベース構築が必要不可欠である。

## 2. 社会的ルール

勝島（ぬでしま）次郎氏は「臓器移植法見直し 真の論点」（『世界』2000.11）で、資本主義社会においては医療サービスも商品化されることによって始めて社会の中に居場所を与えられると述べているが、これについては完全に同意する。しかし、「排除すべきなのは商業化それ自体ではない。研究開発のプロセスにおいて社会が求める一定の倫理的ルールが守られないこと、あるいはそうしたルールが公的に確立されていない状況が問題なのである」という主張には疑問をもたざる

を得ない。

たしかに社会が求める一定のルールの確立は必要だ。しかし、それが医療サービスであるならいかなる医療サービスであっても、それを社会の中に受容可能とする「倫理的ルール」なるものが確立できると考えるのは楽観的すぎると思う。無償で提供された人体組織から商品をつくって利益をあげること、たとえば、無償で提供された血管、心臓等を「修理」、「加工」、「保存」して、バイパス用血管8cm35万円、大動脈弁一個85万円と定価をつけてカタログに載せ、レシピエントがこれを購入し、企業は一部上場をはたす。こうした人体組織の商品化に関して、どのような「倫理的ルール」が可能といえるのだろうか。人体組織という人格権の対象、規範として譲渡不可能なものの商品化という非倫理的行為に関する「倫理的ルール」の確立など不可能だ。

## 3. 倫理原則としての人間の矩（人間の Wesen）

現行法のように同意方式を採るにせよ、町野案のように拒否方式を採るにせよ、提供方式選択問題は人体の資源化、商品化に行き着く人間身体の物件化・手段化が、臓器提供意思表示かつ／あるいは脳死は人の死であることを前提として、すでに承認済みであることを前提している。手続一般としてのルールとこのルールを統制する倫理原則を混同し、「倫理的ルール」という考えが生まれるのもこれの承認済みという前提から来ている。しかし、この人間身体の物件化・手段化の承認如何の問題こそが移植医療をめぐる倫理の根本問題なのである。

この倫理的根本問題は人間が目的存在であることから導かれるのであるが、人間が目的存在であることをカントは「その現存在がそ

れ自体において目的であるものである。しかもそれがただ手段として奉仕すべきいかなる他の目的もその代わりに置かれることのできないような目的」なのであると述べている（『人倫の形而上学の基礎づけ』）。ヘーゲルが『精神現象学』で用いている言い方を借りるならば、人間の本来的あり方、人間の矩、人間の限界、それを失えば人間が人間で無くなってしまうこと、つまり人間の Wesen は目的存在であるということである。

自由、平等、博愛をスローガンとして成立した近代国家は、最大限尊重すべき価値として自由と生命を掲げるが、自己決定権を唯一のルールとしているわけではなく、社会の維持発展のため、それを制限する原則として、他者無危害の原則だけではなく人間の Wesen をも認めている。日本においても、結婚年齢制限、自傷あるいは自殺の抑止、売買春の禁止、麻薬所持・売買の禁止等の自己決定権の制限がなされているが、これも他者無危害の原則によるものではなく、人間の Wesen に基づいてのことである。

人間の Wesen はその生死を区別しない。確かに人間は死ねば、憲法で定められた基本的人権の享有主体そして財産権の享有主体ではなくなるが、目的存在でなくなるわけではない。法は、刑法第191条において死体損壊罪を規定し、墓地・埋葬等に関する法律第3条は死亡宣告24時間以内の埋葬・火葬を禁止している。法も死後の人間の Wesen を担保しているのである。

このことについて石原 明氏は、刑法第191条が、そして同じくドイツ刑法第68条が保護しようとする法益は「死後にも残る死者の人格権であるとするのが通説となっている。けだし、人は自分の死後、完全なかたちを保って保管され、埋葬されることを要求する権利をもち、それは人間の尊厳の不可侵性

と結びつき、その尊厳性は死を越えて尊重されるべき」であるということだと述べ（『医療と法と人権』1997）、西森 豊氏は、「人体とその一部は、人の尊厳の源である人格および人権の座であり、国はそれらの保護を通じて人の尊厳と人格を充分促進する義務があると考えられている」という棚田氏の所説を引きながら、「身体、または、臓器や組織等は、

所有権 や 財産権 の対象とするのは不適切である。しかし、人格権 の対象となりうる。人格権は、所有権や財産権と違って、他者に譲渡できず、一身専属的で死後も存続する」（「脳死否定論に基づく臓器移植法改正案について」2000）と述べている。

そして鶴田 博之氏は、この権利は「子どもにも、のみならず大人にも、『何も知らず、考えなくとも』守られる権利」でなくてはならない」と述べている（『臓器移植法見直し』をめぐる危ない状況」2000）。

#### 4. 倫理原則と死体利用：死体はその利用の自動的許可を含意しない

脳死臨調少数意見の、生体としての「脳死の人」から臓器摘出を認める主張によって曖昧になってしまったが、元来、脳死は人の死であるか否かという脳死論議は、脳死の人が生きている人であるならば、その人からの臓器摘出はできないという前提の下にあった。反対側から見れば、この前提は、死体からなら臓器の摘出は認められる、死体なら医学的利用が認められるという主張である。確かに、我々は死体をさまざまな仕方医学的に利用し、これを認めてきた。本人の権利と社会正義のための司法解剖、公衆衛生のための行政解剖、原因究明あるいは医学の発展のための病理解剖、教育のための正常解剖、角膜移植、腎臓移植等の形で死体を手段化し、利用してきた。



しかし、人間は目的存在であり、死後にも人格権が残るという倫理原則・人間の Wesen から明らかになるのは、死体の利用ということは人間の Wesen の侵犯であるし、死体には、その物件化、手段化、つまり利用ということの自動的許可など含まれていない、ということである。

「脳死」・臓器移植に反対する関西市民の会 Web ページに掲載されている守田 憲二論文『「脳死」移植よりも残虐な『心停止』後の臓器・組織提供』が明確に示しているように、深刻で重大な問題をはらむ死体腎移植そして角膜移植は、そこに潜む人間の Wesen 侵犯を遺族の同意によって贖ってきた。しかし、この遺族の同意による贖いという仕方には大きな疑問が残る。

まず、「遺族の同意権」ということが

自然的な意味でも意思の存在しない幼児の場合のような、本人の潜在的意思の非存在を前提とする代理決定権なのか、

意思決定能力はあるが、現実には意思決定していない、あるいは意思決定しているがそれを表示してはいない成人の場合のような本人の潜在的（可能的）意思の忖度・推定権なのか、

本人の現実に示されている意思に対する単なる同意権であるのか、

本人の現実に示されている意思に対する拒否権を含む遺族固有の権利であるのか、明らかでない。

また、一身専属的に死後も本人に帰属する人格権の侵犯に対する、たとえ遺族であるとはいえ、別人による承認ということは、元来、成りたち得ないのではないのか。人格権に関する家族、遺族による同意が認められるのは、自然的意思の存在しない幼児の治療あるいは緊急時における成人の治療などあくまでも本人のための行為、人間の Wesen の侵

犯がない場合に限られるのではないだろうか。

### 自己決定権と人間の Wesen

自己決定権によって Wesen 侵犯問題を解決し、移植医療への道を開こうとするなら、Wesen に対する侵犯の有無、つまり本人目的の行為か他者目的の行為かを基準として、意思表示に関してその方法と法的性格を区別する必要がある。行為が本人目的である場合、通常のインフォームド・コンセント、十分で的確な説明を得た上での同意という意思表示が十分条件となり、ここでは代理承諾の可能性もありうる。

これに対し、臓器摘出・移植のように行為が本人を手段とするものである場合、代理承諾の可能性は否定される。ここでも十分で的確な説明を得た上での本人の同意ということになるが、その同意には、

自分を物件とし、手段となることの宣言、

他者が当人を手段として、利用する権利の創造、

（ 〃 は、宇津木 伸「提供意思」、『ジュリスト』、No.1121）、そして当人が生きている人である場合は、

生命放棄宣言、が含まれていることが必要になる。

ところで、この Wesen 放棄宣言は、Wesen 侵犯問題解決のための十分条件ではなく、必要条件の一つであるに過ぎない。社会が、たとえば脳死移植の場合には、脳死や移植医療に関する最低限の知識、テクノロジー・アセスメントおよびルールの確立等の、Wesen 放棄宣言を受け容れる条件を示していること、そして、この条件で承認することの、つまり、たとえば自己決定権と人格権のせめぎあいである移植医療に関して、そ

の条件が Wesen 放棄を内包する自己決定権を人格権に優先させるに足る条件であることの、理論的根拠を示していることも必要である。

現在までのところ、脳死移植論議は脳死や移植医療に関する知識獲得と移植法というルール確立という条件の提示に止まっており、その条件が、Wesen 放棄宣言を内包する自己決定権が人格権を凌駕するに足る条件であることを示す理論的根拠は示されていない。これは、Wesen 放棄宣言自体の承認ということ、あるいは社会的に示された条件が、この宣言が人格権を凌駕するに足る条件であることを示す理論的根拠の存在ということが、もともとありえないことであるからだと思う。

しかし、私が間違っているかもしれない。そして、この理論的根拠が示されるかもしれ

ない。この場合、他者の救命のための人間の Wesen の放棄が認められるようになり、命の贈り物という美しい言葉とセットになっているかに感じられる生命保存に対するあくなき欲望、技術的に可能なものならなんでもという野放図、が解禁され、これもまた人間の Wesen が意味することなのだが、人間であることの限界線の消滅に至ってしまう可能性が高い。これを防止するには人格権の優位を守るしかないと考えるのだが、たとえそれが適わぬとしても、Wesen の放棄宣言には他者の代理はあり得ないということだけは確認しておきたい。

（尚、本論文は2003年8月「脳死」・臓器移植を問う市民連続講座でおこなった「脳死移植への基本的立場」に加筆訂正を加えたものである。）