慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	臓器移植法と死の概念
Sub Title	Das neue Organtransplantationsgesetz und der Todesbegriff
Author	井田, 良(Ida, Makoto)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1997
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.70, No.12 (1997. 12) ,p.199- 223
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	内池慶四郎教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19971228-0199

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

臓器移植法と死の概念

井田　良

一　はじめに
二　生命の法的保護とその限界
三　死亡時期に関する三つの解釈
四　臓器摘出における同意要件
五　結　語

一　はじめに

本年（一九九七年）六月一七日、「臓器の移植に関する法律」（以下、臓器移植法という）が国会で成立した。新法は、死体からの臓器摘出に関するものであり、現行の「角膜及び腎臓の移植に関する法律」を廃止しこれにとってかわるものである。その内容を概観すれば、臓器の移植についての基本的理念（ドナーの臓器提供意思の尊重等）を明らかにし（二条）、移植用臓器の定義（五条）、脳死移植の場合を含む臓器摘出の要件と手続（六条以下）、刑訴法上の検視との関係（七条、附則二条三項）、脳死判定に関する記録の作成・保存・閲覧（一〇条）、臓器売買

等の禁止と処罰（一一条、二〇条）、業として行う臓器あっせんに関する規制（一二条以下）、脳死した者の身体（六条）への処置と医療の給付との関係（附則一一条）などの事項について規定している。

このような本法の規定のうち、死の概念と基準という一般的な問題との関係で理論的解明を必要とするのは、臓器摘出の要件と手続を定めた六条と、「角膜及び腎臓の移植に関する法律」との関係についての附則四条である。本稿は、死の概念と基準につき、臓器移植法をどのように解釈すべきかの一点に限定して若干の検討を加えようとするものである。

二　生命の法的保護とその限界

臓器移植法の検討に入る前に、生命の法的保護とその限界についての一般論を述べておきたいと思う。生と死の問題は、法的には、ある一定のコンテクストの中に位置づけられて論じられ、それが生と死をめぐる法的議論の前提ないし立脚点となっている。ここでは、それを三つにまとめて整理しておきたい。大枠については異論がない、いわば公理というべきものであるが、細部にわたると見解の対立が生じてくる。どこまでコンセンサスがあり、どこから考え方の相違が生ずるのかを明らかにしておかなければならない。

(1)　刑法の規定によると、死亡する以前の「人」に対する加害行為は、殺人罪、傷害罪、過失致死罪、遺棄罪等の罪を構成する（刑法一九九条以下）。これに対し、死亡後の「死体」に対する加害行為は、死体遺棄罪または死体損壊罪としてのみ処罰される（同一九〇条）。法は「人」についてはこれを包括的な保護の対象としているが、死亡後は、手のひらを返したようにわずかな保護しか与えないのである。このような区別の前提には、生きている人は手厚く保護されるべきであり、死体はそうではないという、憲法に根拠をもつ現行法の価値判断が存

在する（憲法一一条、一三条参照）[1]。民法においても、死亡とともに権利能力が消滅し、相続が開始するが（民法八八二条）、これも死者には権利主体性を否定することにほかならず、右と基本的に同じことである。法による生命保護の問題は、いつまで（そしていつから）人として（手厚く）保護すべきかの問題である。そうであるとすれば、死の概念と基準が、とりわけ臓器移植との関係で議論されるのも当然である。そこでは、どの段階で人としての保護をやめるかという保護の限界がまさに正面から問題となっているからである。

とはいえ、「人」といいうるか否かの限界は「保護するに値するかどうか」という法的価値判断だけで決まるものではない。このことは、死の問題、すなわち人の終期の問題の対極にある、人の始期の問題（いつから人は人になるのか）について考えると分かりやすい。純粋に法的価値判断の問題として、どの段階から母体とは独立の「人」として保護すべきかといえば、出産以前でも、かりに母体外に出て生命を保続できる段階になれば「人」として保護すべきだともいえる。ましてや医学の専門家のあいだでは、「出産」を区切りとするのは非科学的だとする考え方も強いのではないかと想像する[2]。それにもかかわらず、法律学において、出産のプロセスを経なければ人ということはできないという見解が一般にとられているのは[3]、「価値判断」とは別個に、出産のプロセスを経ることが人になることの前提であるという「共通の了解」が存在するからだと思われる。現行法が殺傷罪と堕胎罪とを区別しているのも、そのような認識が共有されているからこそであろう。もちろん、それはコンベンションに過ぎないので、時代によって・状況の変化によって変わりうるものである。もし将来、医学の進歩のため、母体からの出産というプロセスを経由することなく人になるという事例が生じてきた場合、そういう共通の了解が反省を迫られざるをえないことになろう。

このようにして、生命保護の限界を考えるとき、そこでは、何を・どういう理由で保護すべきかという法的価値判断と、それとは区別された、われわれがもつ共通の了解がそこには作用する。「死」についてもこの点は同

様と考えられる。脳死説（全脳死説）は、人は精神と身体という二つの要素からなり、これら二つの要素の「本質的」部分がともに不可逆的に失われたものは人としての法的保護に値しないという、人間観・人間像と関連した法的価値判断の正当性に依拠している。さらに、脳死説は、人の精神と身体のそれぞれの要素が本質的に失われるというとき、それは脳という器官が不可逆的に機能を停止することと同一視できるとするが、そこでは、脳幹が身体各器官の機能を代替不可能な形で「統合」しており、代替不可能な形で統合している器官は他の器官より価値が高い（＝保護するかどうかについて決定的な意味をもつ）とする認識が前提とされている。脳死説は、法的視点からみたとき、一定の（必ずしも当然視することはできない）規範的前提を含んでいるのである。そのような規範的前提を含む学説は、共通の了解・コンベンションが成立していないところでは「弱い」ものでしかありえない。今回の臓器移植法は妥協の産物といわざるをえないが、そういう不徹底な法律しかできなかったことの背景の一つには、そういう脳死説の理論的基礎の脆弱さがあることは否定できないと思われる。(4)

(2) 第二に、法は、生命保護にあたりその「質」を問題としてはならないのが大原則である。この世に生まれ出た以上、たとえ成育能力ないし生命保続可能性がないとしても、たとえ一時間しか生きられないとしても、「人」として保護される。「生きるに値しない生命」などという観念は認められない。生命の質の相対化が許されないのであるから、たとえ次の瞬間どうなろうとも「今この一瞬」が保護に値することになる。かりに一秒後に確実に死ぬ人でも、いまこの一秒は人としての保護に値しうる。脳死との関係でよく「ポイント・オブ・ノーリターン」ということがいわれるが、この言葉にも注意が必要である。たとえ「ポイント・オブ・ノーリターン」を過ぎても、過ぎたその時点がそれじたい保護に値する時点であるということはありうるからである。(5)

以上のことを前提としたとき、臓器移植との関係で重要なのは、はたして法が「生命の質」を考慮して生命保護を弱める（相対化する）ことがあってよいかどうかの問題である。脳死移植をめぐっては、いわゆる「違法性

阻却説」、すなわち脳死を人の死としなくても心臓等の移植用臓器の摘出は（殺人罪または同意殺人罪の構成要件に該当するが）正当化されうるとする主張も強かったが[6]、臓器移植法は、「脳死した者の身体」を死体として臓器摘出を認めることとした。私としては、脳死を個体死とせずにしかし脳死状態の者の身体からの臓器摘出を許容することはやはり避けるべきで、この点では新法の態度決定は支持しうると考える（ただし、後述するように〔三(3)参照〕、新法は違法性阻却説の立場から解釈することも不可能ではないと考える）。なぜなら、一方で、脳死状態にあるものは生命をもつ「人」である（したがって法的な生命保護に値する）としながら、他方で、その侵害を合法化することは、法理論的に成り立ちにくいと思うからである。

たしかに、「合法化される殺人」は存在する。人の生命を失わせることを法が認め、さらにはそれを命じることさえある。第一に、正当防衛（刑法三六条一項）のように、違法行為に出た人の生命の価値を法が否定する場合である[7]。第二は、真に緊急の事態で、それぞれ保護に値する二つの生命が両立不可能な状態にあるとき、一つの生命を侵害することを認める緊急避難（刑法三七条一項本文）の場合である（もちろん、生命対生命の葛藤状況における緊急避難が違法性阻却事由であるかどうかをめぐっては学説において対立がある）。しかし、右のいずれの場合も、生命の質は問題になっていない。生命の質を考慮した法的保護の相対化が問題となるのは、救命の見込みのない末期患者から臓器を摘出することによってこれを死亡させるというようなことが行われるときである[8]。生命の質を考慮しないという大原則にしたがうかぎり、健康な人から臓器をとって死に至らせることが（たとえその者の同意があるときでも）違法な殺人行為なら、助かる見込みのない末期患者から臓器をとって死に至らせるのも同様に違法な殺人行為でなければならない。たとえ患者が脳死状態にある場合でも、人として保護に値するという前提に立つかぎりは、それを死なせることを合法化することはできないはずである。そのようなことを肯定すれば、「生命の質」を考慮した生命保護の相対化を法が正面から承認することになってしまうからである。生

命の質を考慮した生命保護の相対化を正面から認めるのがなぜいけないかといえば、人の生命は真に基本的な法益であるから、ひとたびその保護をゆるめたとき、どこにどう波及してくるか予測がつかないからである。[9]

ただし、もう少し厳密に分析してみると、問題はそれほど単純ではないことがわかる。というのは、「生命保護の相対化」はすでに（ある程度）存在しているからである。死が切迫している人の生命と、健康な人の生命とを区別することは、現在でも一定限度では不可避であるし、法理論としてもすでに認められている。末期状態で救命の可能性がないことが確実であり、しかも意識を不可逆的に喪失した状態であれば、たとえ脳死状態に入っていようとなかろうと、積極的な延命治療を継続して最大限にその状態を維持することまでは法的に義務づけられず、生命維持治療（人工透析・輸血や薬剤投与等）を中止することや、さらには人工呼吸器を取り外す行為（栄養・水分の供給を中止することもこれに準ずるものとして考えることができよう）も違法とされないことについては現在ではコンセンサスがあるといえよう。[10] たしかに、そのとき本人の事前の（現実的）同意（リヴィング・ウィル）や近親者の同意にどれだけの法的な意味を認めるかは問題であるが、たとえ『どのような状態になろうと可能なかぎり長く生命を維持してほしい』という本人の事前の意思表明があるとしても、人工呼吸器の取り外しが違法といえるかは疑問である。[11] いずれにしても、こうした場合、ふつう「生命の質を理由とする生命保護の相対化」が認められているとはいわないが、それは、延命治療を中止するとか、人工呼吸器をオフにするというのは、「見込みがないのであれば、治療をあくまでも続けることまで法は要求しない・義務づけない」というだけのことだからであろう。[12] ちなみに、末期状態の患者の苦痛を和らげるために鎮痛剤等を与えることにより間接的に死期を早めることも適法とされている（いわゆる間接的安楽死）。問題は、これらの、許容性を一般に認められている行為と、「脳死状態の人の身体にメスを入れ臓器を摘出することにより残りわずかな生命を（その人の意思にもとづき）終了させること」とがどれだけ違うかということなのである。[13] たしかに、脳死説を前提としないで脳死

移植を許容するとき、それは現状よりも生命保護の相対化に向けて（もう）一歩踏み出すことになるが、それがはっきりと大きな一歩なのか、ほんの一歩かについては評価が分かれるといえよう。もちろん、違法性阻却説の立場からすると、脳死状態の者と末期患者とを区別する論理がありえない（末期患者からの心臓等の臓器摘出も理論的には適法となりうる）ところに、[14] やはり疑問を払拭しえないものがある。

(3) 第三に、自己決定権との関係での生命の保護の問題がある。人は「生命についての自己決定権」をもつのであろうか。たしかに、個人の意思決定に高い価値が認められる個人主義の法のもとでは、自己決定権は最大限に尊重される。そこで、現在の刑法は、生命の放棄を意味する自殺そのものを禁じておらず、自殺は違法とされていないと解されるのである。しかし、法は、他人の自殺に関与したり同意を得て殺す行為は犯罪として処罰の対象とする（刑法二〇二条）。人は自分の生命をみずから放棄することはできるとしても、他人の生命が失われることに手を貸すことは許されない。法は、他人の自殺への関与・協力を禁ずることによって、間接的には自殺がなるべく行われないよう配慮しているということができる。自殺したいと思う人でも、自分一人ではきっかけがつかめないという人も多いはずだからである。自殺する者の立場からすると、自殺するにあたり他人に協力してもらえない（死ぬなら一人で死ななければならない）というかぎりで、自己決定が制約されていることになる。ただ注意すべきことは、生命の確実な放棄については自己決定が制約されるとしても、生命への危険に関してはかなり広く自己決定権が認められることである。たとえば、重病患者が、健康を回復するため、生命に危険のある手術を受けるかどうかについてはその本人に自己決定権が存するのである。

それでは、単なる自殺の場合ではなく、その人が不知の病のため死に直面し、しかも耐え難い肉体的苦痛にあえいでいる状態での生命の放棄についてはどうであろうか。法的に問題となるのは、死を強く望むその人の願いを他人がかなえてやったとき、その他人の行為（いわゆる積極的安楽死）の評価である。ふつうの自殺とはちが

い、残りわずかな生命を放棄する場合であり、耐え難い苦痛からの解放を求めて死を選びとるのであるから、法・はこの「究極の選択」を尊重して、右のような自己決定の制約をはずすべきである（したがって、その他人の行為を違法とすべきではない）とするのがなお通説的な考え方であろう。[15] しかし、「残りわずかな生命」については「処分権」を認めることが何ゆえに可能なのか。それは、重病人や老人の生命は「より価値が少ない」という発想につながらないか。ここでも、生命の質を考慮した生命保護の相対化が問題となっている。たしかに、その人が耐え難い苦痛にあえいでいる状態でそこからの解放を認めるのであるから、前述の臓器摘出の場面（ドナー本人には何の利益もない）とはかなり違っているが、生命保護の相対化を危惧して積極的安楽死の合法化に反対する（厳密にいえば、場合により無罪とすることには反対しないが、法が適法という「お墨付き」を与えることに反対する）学説（いわゆる違法説）も有力化している。[16]

なお、自己決定権は、死後の自分の身体（死体）についても及ぶと考えられている。今回の臓器移植法二条一項が、「死亡した者が生存中に有していた自己の臓器の移植術に使用されるための提供に関する意思は、尊重されなければならない」と規定したのは、このような自己決定権の一側面を承認したものである。もっとも、死体に関する「処分権」をどれだけ強いものと考えるか、とくに遺族の権利との関係はどうかということになるといろいろな考え方がありうる。後に若干の検討を加えたいと思う（後出四を参照）。

（1） ここでは、憲法問題としての生命保護をめぐるドイツの議論が参考になろう。たとえば、Reinhold Zippelius, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, 2. Aufl. 1996, S. 328 ff. を参照。

（2） ドイツでは、脳の死が人の死であるなら、脳細胞の機能が開始された時点で人として保護すべきだとする議論もあるようである。Johannes Hoff/Jürgen in der Schmitten, Kritik der Hirntod-Konzeption, in: dies.(Hrsg.), Wann ist der Mensch tot?, 1995, S. 197 参照。

（3） 刑法学においては、出産のプロセスを「完了」する必要があるかどうかの点をめぐり争いがある。議論の状況に

ついて、山口厚「人の保護と胎児の保護」法学教室一九九号（一九九七年）七三頁以下を参照。

（4）法学説としての脳死説については別稿を準備している。

（5）この点で、立花隆『脳死臨調批判』（一九九四年）七〇頁以下、一三一頁以下、一五二頁以下などは正当である。

（6）「違法性阻却説」を検討し批判したものとして、齋藤誠二『医事刑法の基礎理論』（一九九七年）一六七頁以下、二二四頁以下がある。

（7）正当防衛については、被侵害法益と保全法益のバランスや補充性は要件とされない。たとえ退避が可能であっても、身体を守るため攻撃者の生命を奪うことさえ、適法とされる。生命侵害が正当化されるのはせいぜい生命保護を理由とする場合でしかありえないのであるから、ここでは、攻撃者の生命という法益については法的保護が否定されていると考えざるをえない。攻撃者の法益については、防衛に必要な範囲では法的保護を拒絶してよいことから、正当防衛行為は適法とされるのである。この点につき、井田「正当防衛」法学セミナー五〇三号（一九九六年）八四頁参照。ちなみに、死刑執行による生命侵害の合法性もその延長線上で説明しうる。

（8）それは緊急避難の場合に似ているが、ふつうの臓器移植の場合には、一方を救えば他方は助からないという二者択一的な真の緊急事態が問題となっているのではなく、緊急避難の要件はみたされないのである。この点についても、齋藤『医事刑法の基礎理論』（前掲注6）一九五頁以下を参照。

（9）ちなみに、ドイツで、脳死を個体死としない立場からそれでも脳死移植を合法化できるとする見解の人は、個人の自己決定権の内容として「死に方を選択する権利」というものが考えられるとする。すなわち、個人には、脳死状態になったとき、すぐに人工呼吸器を取り外すことを要求する権利があるとともに、また、そのまま人工呼吸器を外さず「死に行く過程を少しひきのばす」ことによって臓器摘出を可能にし、「他人に役立つ」形で死に行く権利もある、とするのである（Wolfram Höfling / Stephan Rixen, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin, 1996, S. 84 ff.; 95 ff.; Herbert Tröndle, Strafgesetzbuch, 48. Aufl. 1997, Vor § 211 Rdn. 3b 参照）。それは個人の意思で死のプロセスをひきのばすものであるから「殺人」にあたらないし、個人の自己決定権を尊重する立場からは、「他人に役立つ死に方」を選択する権利を承認すべきだというのである。しかしながら、ここでも、生命に二つのもの、すなわち、保護に値する（＝個人の意思で処分できない）生命と、保護に値しない（＝個人の意思で処分できる）生命の区別が認められていると思う。この点につき、Hans-Ludwig Schreiber, Bewertung des Hirntodes

sowie der engen und der erweiterten Zustimmungslösung in einem Transplantationsgesetz, in: Hoff/in der Schmitten (Hrsg.), Wann ist der Mensch tot?（前掲注2）S. 430; Edgar Wagner/Lars Brocker, Hirntodkriterium und Lebensgrundrecht, ZRP 1996, S. 229; Detlev Sternberg-Lieben, Tod und Strafrecht, JA 1997, S. 86 を参照。

(10) 学説の状況について、内藤謙『刑法講義総論(中)』（一九八六年）五四四頁以下、齋藤『刑法における生命の保護〔三訂版〕』（一九九二年）三四二頁以下などを参照。ドイツについては、Albin Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Aufl. 1997, Vorbem. 27 ff. zu §§ 211 ff.を参照。

(11) この点について、齋藤『刑法における生命の保護』（前掲注10）三四二頁以下および Eser, in: Schönke/Schröder（前掲注10）Vorbem. 29 f. zu §§ 211 ff. を参照。なお、現実の問題として、生命維持治療の中止にあたっては近親者の同意をうることが望ましいとしても、かりに同意をえなかったとしても刑事責任は生じないと思われる。

(12) 人工呼吸器をオフにし取り外すことが作為か不作為かについては見解の対立があるが、たとえ作為であると考えても殺人罪（または同意殺人罪）の構成要件該当性を否定することは可能であろう。この点につき、Hans Joachim Hirsch, Behandlungsabbruch und Sterbehilfe, in: Festschrift für Karl Lackner, 1987, S. 605 f. を参照。

(13) この点につき、Höfling/Rixen, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin（前掲注9）S. 99 参照。

(14) この点は、Schreiber, Bewertung des Hirntodes sowie der engen und der erweiterten Zustimmungslösung in einem Transplantationsgesetz（前掲注9）S. 430 および齋藤『医事刑法の基礎理論』（前掲注6）一七四頁以下、二二七頁などで指摘されている。

(15) 学説の状況について、たとえば、内藤『刑法講義総論(中)』（前掲注10）五三四頁以下を参照。

(16) たとえば、内藤『刑法講義総論(中)』（前掲注10）五三七頁以下参照。

三　死亡時期に関する三つの解釈

ここでは、死の概念と基準という問題との関係で、臓器移植法の規定をみてみたいと思う。臓器摘出の要件と

手続を定める六条は、通常の死体からの臓器摘出のみならず、脳死判定と「脳死した者の身体」からの臓器摘出についても規定するものである。同条三項は、「臓器の摘出に係る」脳死判定は、死亡した者が臓器を提供する意思の表示に併せて、脳死判定に従う意思を書面により表示している場合であって、その旨の告知を受けたその者の家族が当該判定を拒まないときまたは家族がないときにかぎり、これを行うことができるとしている。この脳死判定の制限は、臓器摘出に先行する脳死判定にのみ関わるものであることは明らかであり、およそ脳死判定そのものを原則的に禁止し、脳死かどうかを医学的に確認するときには必ず本人の書面による明示の意思等を要求するようなものではないことについては異論の余地のないところである。したがって、救急医療現場において臓器移植を前提とせずに診断のために行われる脳死判定が本法六条により制限されるものでないことは当然である。問題は、臓器摘出のための脳死判定の制限にかかる六条の規定が、死の概念・基準そのものに関わるものであるのか、それとも死の判定（という手続的側面）[17]に関わるものにすぎないのかという点にある。

(1) 法の文言にもっとも忠実で、立法者意思にも合致する解釈は、この法律は二つの死の概念ないし基準を認めたもので、本人の書面による同意にもとづく移植用臓器の摘出の場面にかぎっては脳死説により脳死を人の死とするが、それ以外の一般の場合には心停止が訪れてはじめて人は死亡したことになるとする解釈である。[18]この解釈によれば、脳死判定が行われながら、しかし心停止に至っていない人に対する加害行為は、本法の要件をみたさないかぎりで、それは「人」に向けられたものであるから、刑法の殺傷罪にあたりうるということになる。

この第一の解釈の根本的問題は、死の概念ないし基準そのものを二つに分けて個人の選択にゆだねるというようなことが法理論的に可能であるのかどうかという点にある。たしかに、機能的にみると、死の時点というのは、刑法的にはたとえば殺人罪になるかどうか、民法的にはたとえば相続が開始するかどうか、保険法との関係ではたとえば医療給付がいつまで続くかというような多様な生活場面で異なった意味をもつ。同じ基準で律する必然

性はないという考え方も不可能ではない。現に、人の始期（いつから人になるか）の問題では、刑法では一部露出説、民法では全部露出説という異なった基準が判例・通説によりとられている。そうだとすれば、「死」についても概念の相対化が許されそうである。現にドイツでは、刑法および不法行為法（損害賠償法）との関係では脳死説により、保険や親族・相続関係では心停止まで待つべきだとする見解が主張されている。[19] ただ、それはドイツでも広い支持を得ていないし、[20] もしわが国の臓器移植法が本人の意思により死の時点そのものが違ってくることを認めたとすると、法領域によって区別するというのではなく、同じ刑法の内部で、たとえば殺人罪になるかどうかという問題との関係で二つの死の基準を認めたということになる。

しかしながら、このような解釈は法論理的に不可能だといわなければならない。死は客観的に一つのものであり殺人罪になるかどうかが被害者の意思によって決まるというのはおかしいという（外在的）批判はここではひとまずおくことにしよう。ここでは、この解釈の内在的論理に注目して、なぜ臓器摘出の場面にかぎっては、死の時期を早めることが認められるのかの根拠を問題としたい。[21] それは本人の意思ないし自己決定権という以外には考えられないであろう。そうであるとすれば、本人の意思によって「生命という法益そのもの」が存在しなくなる（「本人の身体は一般的な意味において死体となる」）[22] とするのは実は自己矛盾を含んでいる。すなわち、本人は臓器移植のため脳死の時点で死体として扱われ移植用臓器を摘出されることには同意しているとしても、医師による臓器摘出以外の態様での加害行為（第三者が心停止に至らせる行為）から保護されないことについては同意していないはずだからである。それにもかかわらず、生命という法益そのものを脳死の段階ですでに否定すること（一般的な形で法的保護を終了させること）は、個人の自己決定権という論理では説明できないのである。また、本法六条は、本人の意思のみでなく家族が拒まないこと（または家族がないこと）までを脳死判定の要件としている。もし死の時点を選択する権利を本人に与えるのだとすると、家族の意思を考慮した限定も、自己決定権の

見地から理論的に説明できないものである。死の時期を選ぶという根本的な決定が、家族の意思によって左右されることになってしまうからである。さらに、刑法二〇二条に示されているように、原則的に本人の意思でも左右できないとされる生命という法益が、脳死状態において本人の意思の有無により「生」と「死」という二つの評価の差を生み出すことは、脳死段階が通常の「生」の段階とは異なることを前提としなければ論理的に説明できないことである。一方で、本人の意思にかかわらず存在するとされる法益であるのに、他方で、本人の意思により存在しないものになる、とすることはできない。結局、臓器移植の場面とそれ以外の場面とで二つの死の概念を認めるのは、「本当は死んでいないが、臓器移植の場面では、必要性[23]があるから死んでいることにする」ということにほかならない[24]。せいぜい法論理的に可能であるのは、生命は本人の意思にかかわらず存在するものではあるが、本人が臓器摘出との関係にかぎってはその法的保護を放棄している以上、そのかぎりで早めに法的保護を終了させるということであり、要するに、それは「残りわずかな生命」に関する処分権を認めることにほかならない[25]。第一の解釈は、後述の第三の解釈に帰着するのである。論理的に不可能なことを法が規定することはできない。法の文言がどうあれ、立法者意思がどうあれ、法解釈として「二つの死の概念」を認めることはできないと思う[26]。

(2) 第二の解釈として、脳死説の立場から臓器移植法六条を読むことも可能であろう。すなわち、死の概念と基準については脳死説の立場で一元的に理解し、脳死の時点でつねに人の死は訪れると考えるのであるが、臓器摘出の要件としての脳死判定およびそれを前提とする臓器摘出だけは、本人の書面による明示の意思表明と遺族の受容という要件のある場合にしか、これを行いえないとするのである。本人の書面による意思表明等の要件は「死」の要件ではなく、臓器摘出およびその前提となる脳死判定の要件にすぎないことになる。この解釈によると、臓器移植法は、刑法との関係では（そしておそらく民法との関係でも）、死の概念と基準は客観的に一つであ

ることを前提としつつ、死体から臓器を摘出するにあたっては（そしてその前提としての脳死判定を行うにあたっては）、本人の書面による同意等の存在を法的に要求したものなのである。したがって、およそ脳死の状態にあるものに対して加害行為があったとき、一般的にそれは「人」に対するものではないので、そもそも刑法の殺傷罪にはあたらず、せいぜい死体損壊・遺棄罪のみによって処罰される。たしかに、現実の医療の現場では、脳死の状態となっても、到来した死を受容できない遺族の前では人工呼吸器をただちにはとりはずさないのがふつうであるとしても、それは遺族への配慮の問題であり、すでに客観的には到来している死の受容の問題にすぎないと考えるのである。私は、臓器移植法の解釈として、この第二の解釈のみが合理的なものと考えるが、この解釈が臓器摘出の同意要件との関係で大きな問題に逢着することは後述するとおりである（後出四を参照）。

(3) さらに、第三の解釈として、伝統的な三徴候説の立場から死の概念を一元的に理解することもできるように思われる。それは「違法性阻却説」の趣旨を法定したものとして六条を読むものであり、臓器移植の場面にかぎっては本人の意思にもとづいて「残りわずかな生命」を放棄することを許したと解釈するのである。「脳死した者の身体」も「死体」に含められているところに文言上の障害があるが、参議院での修正により「脳死体」という用語をさけたことから、「脳死状態にある人の身体」も死体に準ずる取扱いを可能にしたとする理解はより容易になったともいえる。たしかに、この解釈も（第二の解釈と同様に）立法者の意思に反するであろうが、立法者意思にそった第一の解釈は、論理的にいって、生命は本人の意思にかかわらず存在する法益であるが、本人がその法的保護を放棄している以上、早めに法的保護を終了させるという意味においてのみ可能であり、それは「残りわずかな生命」に関する処分権を認めるこの第三の解釈に帰着するのである。しかも、後述のように（四(3)を参照）、臓器摘出に関する同意要件の問題については、前記の第二の解釈の方は矛盾をきたすことになってしまうのであり、第三の解釈の方が全体としての新法の精神に合致しているとさえいえる。この解釈が可能だと

すると、脳死状態にある人に対する加害行為は、当然に刑法の殺傷罪にあたりうるということになる。第三の解釈の問題点は、とりもなおさず違法性阻却説の問題点であり、それはすでに前述したところである（前出二(2)を参照）。

(17) この点については、中山研一「臓器移植法修正案のあり方(下)」判例時報一五八七号（一九九七年）一〇頁以下を参照。

(18) 臓器移植法の国会成立を報ずる新聞報道は、このような解釈を前提とするものであった。朝日、読売、毎日、東京等各紙の一九九七年六月一八日朝刊参照。同じ理解にもとづく解説として、一九九七年六月一七日の産経新聞朝刊に掲載された丸山英二の解説も参照。なお、学説上、同様の理論構成（「脳死選択説」）を主張していたのは石原明である。石原『医療と法と生命倫理』（一九九七年）二二五頁以下を参照。

(19) たとえば、Erwin Deutsch, Arztrecht und Arzneimittelrecht, 1983. S. 154 f.; Hans-Ludwig Schreiber, Kriterien des Hirntodes, JZ 1983, S. 594; Harm Peter Westermann, in: Erman/Westermann (Hrsg.), Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., 9. Aufl. 1993, § 1 Rdn. 5 など。これを正当とするのは、Jochen Taupitz, Um Leben und Tod: Die Diskussion um ein Transplantationsgesetz, JuS 1997, S. 207 Fußn. 57 である。

(20) たとえば、Dieter Leipold, in: Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, 2. Aufl. 1989, § 1992 Rdn. 12 を参照。

(21) 石原『医療と法と生命倫理』（前掲注18）二五四頁以下を参照。

(22) 丸山・解説（前掲注18）。

(23) 「死んだものと扱う」ことの必要性につき、丸山・解説（前掲注18）は、「移植を受ける患者や臓器を摘出する移植医の心情の点では、個別的にではあってもドナーを死んでいるものとする点で受け入れやすい。また、死体であれば、検視の実施の点でも問題がない」とする。

(24) 町野朔「『死』の決定の必要性？」『法哲学年報・生と死の法理』（一九九三年）七七頁以下を参照。

(25) 石原『医療と法と生命倫理』（前掲注18）二五四頁も、「より正確には『残されたわずかな生の処分権を認めるも

の』とした方がよいのかもしれない」とする。

(26) 「二つの死の概念」を認めることに対し、脳死説の立場から批判的なのは、町野「『死』の決定の必要性？」（前掲注24）七七頁以下であり、違法性阻却説の立場から批判的なのは、甲斐克則「脳死移植立法の意義と問題点」法律時報六九巻八号（一九九七年）四頁である。

四　臓器摘出における同意要件

(1)　死の概念と基準の問題は、臓器摘出における同意要件（承諾要件）の問題に直接に反映する。ドイツでは、本年（一九九七年）六月二五日、臓器移植法が連邦議会で可決されたが[27]、脳死説の是非をめぐる議論は、法律上は、同意要件をめぐる議論にほかならないとさえいわれたのである[28]。脳死は人の死でないとするとき、臓器摘出を許容するかぎり、生きている人を死なせることによって臓器を得ようとする以上、必ず本人のはっきりした同意が要求されなければならない[29]。そこで、臓器摘出にあたっては、ドナー本人の明確な（書面による）承諾意思の表示を要件とする、いわゆる承諾意思表示方式（コントラクティング・イン方式）、しかもその厳格型がとられることになる（ドイツでは、一般に、enge Zustimmungslösung と呼ばれる）。これは日本の臓器移植法がとった方式であり（しかも、新法六条は、遺族が反対しないことをも要件に加えている点でさらに狭いものである）、いわば「沈黙は不同意とみなす」方式である。ドイツにおける脳死説反対者は、すべてこのモデルを支持する[30]。これに対し、脳死説を前提とする立場は、よりゆるやかな同意要件と結び付けて主張される。もっともゆるやかな立場は、反対意思表示方式（いわゆるコントラクティング・アウト方式）で（一般に、Widerspruchslösung と呼ばれる）、本人が反対の意思を表示していなかった場合は摘出を認めるものであり、「沈黙を同意とみなす」ことになる

(反対意思の表示方法としては、たとえばドイツでは誰もがもっている身分証明書に記載するというやり方などが考えられた)。この反対意思表示方式は、移植用臓器を確保するにはベストの方法といえるが、ドイツでは連邦でも州のレベルでも以前この方法を導入しようとして強い批判にあって挫折したという経緯がある。[31] そこで、現在の移植医療の実務は、拡大された承諾意思表示方式(erweiterte Zustimmungslösung)にしたがっており、本人が同意の書面を残していない場合でも、近親者の同意が得られれば摘出を行うことが認められている。今回の連邦議会における採決は、この方式を採用した多数派の法案を支持したものである。

ただ、これにも家族の一人が脳死状態になるという状況におかれた近親者に同意を求めるというのは過大な心理的負担を課すものであり、また近親者としても自分の決断で摘出の有無が決まるというのでは気が重いのではないかという問題がある。こういう問題を回避するために、通知方式(通知モデル)も有力であった(Informationslösung と呼ばれる)。これは、死者が生前に同意していた場合以外にも、近親者に臓器摘出の可能性があることの情報を与えて、一定期限のうちに反対がないときには、臓器摘出が許されるようにするものである。要するに、近親者に同意ないし決断を求めるというのではなく、拒否権を行使する機会を与えるとともに、重大な決断を回避し、責任をおわないことを可能にするものである。ただ、ドイツにおいては、通知方式に対し、実際上、反対意思表示方式と同一に帰するという批判が強く、厳格型の承諾意思表示方式さえ有力になってきている現状ではコンセンサスをうることができず捨てられたものと想像される。

このように、ドイツでは、脳死説をとらない立場からの厳格な承諾意思表示方式か、脳死説を前提とした拡大された承諾意思表示方式か、それとも通知方式かということが議論の焦点となっていたのである。それぞれの方式による「摘出可能率(Entnahmequote)」、すなわち臓器摘出ができる割合を推計したものがあるが、[32] それによると、厳格な承諾意思表示方式では一〜二パーセントであり、拡大された承諾意思表示方式では六〇〜八〇パー

セントであり、通知方式では七〇～八〇パーセントとなり、反対意思表示方式では約九〇パーセントになるという。[33]

(2) 同意要件をめぐる見解の対立の背後にあるのは、「死体は誰のものか」という問題である。[34] おそらく三つの考え方を区別することができるであろう。第一は、「死体は死んだ本人のもの」とする考え方である。死体にも（限定された範囲で）憲法上の人格権、したがって自己決定権が及ぶとする。自己決定権そのものは生きている人のみに認められるが、事前に意思を表明していたときには、自己決定権の延長として、死後においてもある程度その意思が尊重されると考えるのである。第二は、「死体は遺族に属する」とする考え方である。本人の意思にかかわりなく、遺族がどうするかを決めることができることになる。第三は、「死体は社会に属する」とするもので、これを極端に推し進めればハンス・ヨーナス（Hans Jonas）が危惧したように、[35] 社会資源として利用するという発想にもつながることになる。

私の印象では、ドイツは、個人の自己決定権の延長という第一の考え方を基本としつつ、[36] 個人は社会の一員であるという一種の公共性・社会的義務性（＝第三の考え方）をも重視するという方向にあると思われる。ドイツでは第二の考え方は強くなく、拡大された承諾意思表示方式をとって、遺族の同意に意味を認めるときでも、ドナー本人とは離れた遺族独自の意思を考慮するというのではなく、本人の現実的・推定的意思をもっともよく知っているのは家族であるに違いないことから、ドナー本人の意思を確認する手段として遺族にこれを尋ねるというものである。理念的には、遺族も自分たちの希望をいうのではなく、本人はどう言っていたか、または本人ならどう思ったであろうかを述べるべきだとするのである。[37] 注意すべきことは、個人の自己決定権を強調しそれは憲法の要請だとするドイツにおいても、本人の死亡後の自己の身体に対する自己決定権は（たしかに尊重されなければならないが）弱い権利だと考えられている。たとえば、死後の検視や解剖は、かりに本人が生前それを拒

否していたとしても必要であればやはり行われる。たとえ反対意思表示方式をとったとしても（条件の整備は必要であるが）ただちに憲法違反ということにはならない[38]。

ここで、わが国についてみると、これまで第一の個人の自己決定権としての側面が弱すぎ、第二の遺族の意思ないし遺族固有の心情[39]が少し重く見られすぎてきたというのが一般的な見方であろう。第三の社会的利益としての性格については、死体を丁重に扱うべきであるとする宗教的風俗の保持という側面のみが考えられてきたといえると思う。今回の臓器移植法の施行により廃止された「角膜及び腎臓の移植に関する法律」は、死体（脳死の場合を含まない）からの眼球および腎臓の摘出に関するものであり、その特色は、本人が事前に同意の意思を表明していないときは遺族の承諾のみでよく、また本人が事前に同意していても、遺族はこれを拒むことができるとする点で、遺族意思優位の内容であった[40]。この法律は、遺族の意思に優越的地位を与え、本人の意思、したがってドナーの自己決定権を軽視している、といわれ、いわば「遺族主義[41]」に立脚するものとして批判にさらされてきた[42]。すなわち、書き方が遺族を中心にしているばかりでなく、第一に、本人の意思があっても遺族が反対すれば摘出できないという点、第二に、本人の反対意思があっても（たとえそれが書面により表明されていても）遺族がよいといえば摘出できるようにも読める点において、ドナーの自己決定権が軽視されているといわれたのである[43]。

わが国では、将来においてドイツのところまで進むべきかどうかは別にして、現在でも、今少し本人意思を尊重する方向、そして遺族の意思は独自の意思として尊重するというよりは、本人の意思をもっともよく知っているのは家族であるに違いないことから、ドナー本人の意思を確認する手段として遺族にこれを聞くという方向に進むべきだというのが、一般的な考え方であろうと思われる。臓器移植法の附則四条が、従来の「角膜及び腎臓の移植に関する法律」の規定していた領域について、旧法と比べて本人意思を一歩強調する方向で要件を規定し

たのはそのような趣旨にそうものである（本人と遺族の順序を入れ換えたことは、脳死臨調最終答申の趣旨に沿った「理念の転換」を表明するものともいえよう）。さらに、自己の死体に関する自己決定権ということをいうなら、国民一般も、移植により他者を救いうることについての可能性等をあらかじめ情報として十分に与えられる必要があるというのがインフォームド・コンセントの考え方から導かれるところであろう。その延長として、脳死状態になった者の近親者にも臓器移植の可能性を情報として与えるのがむしろ当然であるということにもなるであろう。

(3) さて、以上述べたところを前提に、わが国の臓器移植法をめぐる法案審議の過程での論点をみると、一九九六年六月の「修正案」[44]以降、同意要件をめぐって基本的に一致していたことが重要である。脳死説に反対する立場のみならず、脳死説を前提とする立場も、ドナー本人が生存中に臓器提供意思を書面により表示していなければならないとし、この点では厳格な承諾意思表示方式（しかも、遺族が拒否しないことも要件とする）を採用するべきだとしていたのである。脳死説の是非をめぐるコンセンサスの醸成と政治的決断は、臓器の摘出要件に関する相違に反映するかぎりで実益があり、力を傾注するかいのあるものだとすれば、わが国の議論はそうではなかったという評価も可能である。そればかりでなく、より重要なことは、新法は、脳死を個体死とする脳死説を前提とするかぎりで、説明の困難な条文を一つ含んでいるということである。それが、先にも触れた附則第四条である。

附則第四条（経過措置）第一項 医師は、当分の間、第六条第一項に規定する場合のほか、死亡した者が生存中に眼球又は腎臓を移植術に使用されるために提供する意思を書面により表示している場合及び当該意思がないことを表示している場合以外の場合であって、遺族が当該眼球又は腎臓の摘出について書面により承諾しているときにおいても、移植術に使用されるための眼球又は腎臓を、同条第二項の脳死した者の身体以外の死体から摘出することができる。

これは、脳死体以外の「通常の死体」については、本人の書面による同意がなくても遺族が同意していれば臓器摘出が可能であるとする規定である（眼球と腎臓以外でも、通常死体からの移植用臓器摘出については本規定が適用されると考えるべきであろう）。要するに、臓器移植法は、「脳死体」についてはもっとも狭い承諾意思表示方式、それ以外の「通常死体」については拡大された承諾意思表示方式をとっていることになる。「経過措置」という見だしになっているのは、これまでの「角膜及び腎臓の移植に関する法律」が、死体からの臓器摘出に関し新法の六条よりゆるやかな要件で摘出することを認めていることから、六条の厳格な要件を「通常の死体」まで広げると、臓器移植の要件を従来よりよりきびしいものにしてしまう（それは立法目的に反する）からである。

「二つの死」を認める第一の解釈（前出三(1)参照）の立場からは、その文言にもかかわらず、六条はもっぱら脳死移植に関する規定と読み、附則四条はもっぱら通常の死体からの臓器摘出の要件を定めた規定として読むことにならざるをえないであろう。そのように解釈するならば、同意要件の解釈に関するかぎり、第一の解釈は首尾一貫したものとなる。むしろ、参議院での修正は、衆議院を通過した法案（中山案）の論理的な不整合性を解消したものともいえるのである。しかしながら、脳死を人の死とする基本的立場からは、同じ死体でありながら、脳死体とそれ以外の死体とを区別することは矛盾である。[45] 脳死説は、三徴候説の立場から脳死移植を認める違法性阻却説を、「保護に値する生命」と「それほど保護しなくてよい生命」の二つに分けるものだと批判してきたのであるが、今回の法律は「死体」を二つに分け、本人の自己決定権をそれほど尊重しなくてよい通常の死体と、自己決定権がより尊重されるべき死体の二つをはっきり認めているのである。前述のように、脳死を人の死とするかどうかの問題に関しては、第二の解釈（前出三(2)参照）をとれば、死の概念ないし基準そのものを一元的に理解することはできよう。しかし、同意要件との関係では、もはや不整合を解消することは不可能である。死の概念と基準そのものは一つになるとしても、死体には二種類あることになる。この点は、今回の臓器移植法を脳

死説の立場から首尾一貫して解釈することの限界といわざるをえない。

(27) ドイツでは二五年ほど前から脳死説が支配的見解とされ、脳死を個体死としたうえで脳死体からの臓器摘出が行われている（たとえば、毎年、五〇〇件弱の心臓移植手術が行われる）。Eckhard Nagel/Petra Schmidt, Transplantation, 1996 を参照。今回の臓器移植法は、脳死を人の死と認めることを前提とし、基本的なところでは、現実に行われているところをそのまま追認して法的基礎を与えたという内容である。ドイツでこれまで臓器移植法をつくろうとする目論見が功を奏さなかったことにはいくつかの理由があるが、臓器摘出の要件、とくにドナー側の同意の要件についてどう考えるかについて見解が強く対立し、コンセンサスを得ることができなかったというのがとくに大きな理由であった。ところが、ここ数年来、脳死説に対する批判が強くなり、臓器移植法案をめぐる重要争点の一つとなるに至った。議論の紹介として、齋藤『医事刑法の基礎理論』（前掲注6）九八頁以下、一八四頁以下がある。

(28) ドイツにおける同意要件をめぐる議論については、たとえば、佐久間修「臓器提供における被害者の意思」『香川達夫博士古稀祝賀・刑事法学の課題と展望』（一九九六年）二二四頁以下がある。同意要件をめぐる各見解を要領よくまとめた最近の論文として、Taupitz, Um Leben und Tod: Die Diskussion um ein Transplantationsgesetz（前掲注19）S. 203 ff. がある。

(29) ドナー本人の明確な意思の表示を要件とすることは「脳死状態をなお生と見ることからの論理的帰結」とされるのである。中山研一『脳死移植立法のあり方』（一九九五年）一三頁。

(30) ただ、そうなると提供臓器が激減することになり（現在のドイツで、全臓器提供者のうち、生前、書面で提供意思を表明しているのは一～二パーセントといわれる）、もともと必要な臓器の半数以下しか確保できておらずそういう状況の解消のために臓器移植法をつくろうとした趣旨に反することになる。そこで、法案審議の過程では、脳死説に反対する立場から、市民の義務としてあらかじめ臓器摘出に同意するかどうかを決断し、それを身分証明書または免許証に書いておくことにするという提案もなされた。しかし、それが実施できないとすれば、厳格な承諾意思表示方式は、ドイツにおける「移植医療の死」を意味するものであり、これまで以上に外国からの臓器に頼らざるをえないことになるが、それでもよいのか、というのが今回の連邦議会における多数派の問いかけであった。脳死説を前提として拡大された承諾意思表示方式を採用した多数派の提案が支持されたが、採決の結果、四四九票対一五一票とい

う大差に終わったことは、こうした多数派の問いかけに応じたものということができるわけである。Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 26. 6. 1997; Fränkische Landeszeitung v. 26. 6. 1997 など参照。

(31) この点につき、Höfling/Rixen, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin（前掲注9）S. 24 ff. および ウルリッヒ・ローマン（葛原力三訳）「ドイツにおける臓器移植の法的諸問題」関西大学法学論集四六巻三号（一九九六年）一三五頁以下を参照。

(32) Christoph Lang, Kultur des Lebens oder Kultur des Sterbens?, ZRP 1995, S. 459.

(33) ちなみに、脳死を人の死としないとすると、狭い承諾意思表示方式をとるか、それとも脳死移植をいっさい禁止するかの選択肢しか残らないことになる。それは、「摘出率」でみると、一～二パーセントかゼロ・パーセントかの違いということになる。そこで、Wagner/Brocker, Hirntodkriterium und Lebensgrundrecht（前掲注9）S. 230 は、脳死を人の死としないでそれでも心臓摘出などを合法となしうるかどうかの理論的な論争は実益のほとんどないものであると指摘している。

(34) この問題は、わが刑法の解釈上、死体損壊罪（刑法一九〇条）の成否をめぐる議論にも関係するが、直結するものではない。たとえば、死体の処分に関する本人意思を尊重する立場（＝第一の考え方）をとるとしても、本人の意思に反する死体の取り扱いが死体損壊罪を成立させるかどうかは、死体損壊罪の罪質についてどのように考えるかによって決まる。より具体的にいえば、臓器移植法の解釈として、脳死説を前提に、脳死体は一般に死体にほかならないと考えるとしても、同法六条違反の臓器摘出がただちに死体損壊罪を成立させるかどうかは、死体損壊罪の罪質の解釈によって決まる問題である。

(35) Hans Jonas, Gehirntod und menschliche Organbank: Zur pragmatischen Umdefinierung des Todes, in: ders., Technik, Medizin und Ethik, 1987, S. 230 ff. を参照。

(36) たとえば、Werner Heun, Der Hirntod als Kriterium des Todes des Menschen, JZ 1996, S. 217 f. を参照。

(37) この点につき、Taupitz, Um Leben und Tod: Die Diskussion um ein Transplantationsgesetz（前掲注19）S. 205 を参照。

(38) この点につき、Heun, Der Hirntod als Kriterium des Todes des Menschen（前掲注36）S. 218 f. を参照。

(39) インフォームド・コンセントの法理が問題となる場面で、家族の意思を重視するのが「日本人の国民性の特徴」

とするのは、星野一正『インフォームド・コンセント』（一九九七年）一〇八頁以下、一一六頁以下。

(40) 「角膜及び腎臓の移植に関する法律」による臓器摘出の合法化の要件は、①視力の回復または腎機能の付与を目的として行われること（三条一項・二項）、②遺族の書面による承諾が必要であるが、提供者本人が事前に書面による承諾を行っているときには、遺族がその摘出を拒まないことまたは遺族がないこと（三条三項）、③変死または変死の疑いのある死体でないこと（四条）、④礼意を保持すること（五条）である。

(41) 町野朔＝秋葉悦子編『脳死と臓器移植〔第二版〕』（一九九六年）二頁以下。

(42) 議論の状況について、中山研一『脳死・臓器移植と法』（一九八九年）五頁以下、石原『医療と法と生命倫理』（前掲注18）一九四頁以下など参照。

(43) ちなみに、医学教育のための献体（死体の解剖のための提供）に関しては「医学及び歯学の教育のための献体に関する法律」（一九八三年）がある（町野＝秋葉編『脳死と臓器移植』〔前掲注41〕七頁参照）。死亡した者が生前に献体の意思を書面をもって表示している場合には解剖ができるが、遺族がいるときは遺族が解剖を拒まないことが必要である。ここでも「遺族主義」がとられていることになる。

(44) 中山研一「臓器移植法修正案のあり方㈠、㈡」判例時報一五八六号（一九九七年）一五頁以下、一五八七号（一九九七年）八頁以下を参照。

(45) この点は、すでに「修正案」の段階で指摘されていた。中山「臓器移植法修正案のあり方㈠」判例時報一五八六号（前掲注44）一七頁を参照。

五　結　語

臓器移植法の根底には、脳死判定をされた人もまだ死んだ人と認めることはできないという考え方があり、本法はそれでも臓器の摘出を可能にするため、事前の同意があることを前提として死んだものとして扱おうという

内容であるとみるのがもっとも率直な理解であるように思われる。前述のように、伝統的な三徴候説を前提とした違法性阻却説（＝第三の解釈）は、新法全体の精神にはむしろ合致しているとさえいえるのである。脳死説の立場からは（したがって第二の解釈を支持する立場からは）、生命を二つに分け「それほど保護に値しない生命」といったものを認めて生命保護を相対化するよりは、「ふつうの死体」と「生前の自己決定権がより強く考慮されるべき死体」という二種類の死体を認めるという不徹底さを甘受する方が「まだまし」ということぐらいしかせいぜい言えないのではないだろうか。

他方、臓器移植法の矛盾と不徹底さは、同時に脳死の問題に関し政治的なコンセンサスを得ることがどれほど困難であったかということを示している。今後、法律家も医療の専門家も、指針とするにはあまりに頼りないこの法律を前提に、まさに手探りで現実の問題に対応していかなければならない。きちんとした解釈や現実の運用上の工夫という形で、この「出来の悪い」法律に「愛情を注ぐ」ことが求められている。法律学はそのための知恵を提供することができなくてはならないであろう。法の理論は、法の文言と立法者意思のしもべではなく、それを超越するものである。そのことを証明する責任が今ここで法律学に課せられているように思われる。

［追記］ 本稿はドイツにおける在外研究中に書いたものであり、わが国の文献についてはこれを十分に参照することができなかった。後日、補完する機会を得たいと思う。いつもながら貴重なアドバイスをくださり、重要な資料をご提供いただいた本塾名誉教授の中谷瑾子先生には、この場を借りて厚くお礼申し上げたい。内容の貧しい論考ではあるが、筆者の学部時代から長年にわたりご指導くださっている内池慶四郎先生に心からの感謝の気持ちを込めて献呈させていただく次第である（一九九七年八月二〇日記）。