

# 無脳症新生児からの臓器移植をめぐる刑法上の問題について(二) 完

——ドイツにおける「無脳症脳死説」との関連において

保 条 成 宏

## 一 緒 論

## 二 医学・医療からみた無脳症

## 三 ドイツにおける無脳症脳死説の展開

(以上、第一六二号)

## 四 無脳症脳死説の検討

## 五 結 語 (以上、本号)

## 四 無脳症脳死説の検討

### 1 無脳症脳死説の要点とその問題点

一 以上のように、本稿においては、心停止以前の無脳症新生児からその臓器を移植のために摘出することを適法化する理論として、ドイツでの無脳症脳死説の展開を跡づけてきた。この作業を踏まえると、無脳症脳死説の内容は、つぎの二点に収束すると考えられる。

① 無脳症脳死説によれば、まず、無脳症胎児については、これがすでに無脳症それ自体にもとづいて脳死の認定をうける状態にあり、ゆえに刑法上の保護客体である胎児としての生命を有しないとされる。そのうえで、そうした胎児が母体外に娩出

された存在である無脳症新生児は、いわば「最初から死んでいる存在」(von Anfang totes Wesen)であって「生きて生まれたものではない」とされ、刑法上の「人」として生命の保護をうける地位を否認される。

② 無脳症脳死説においては、脳死の認定根拠すなわち臓器摘出の適法性の根拠として位置づけられている無脳症には、全脳の欠損により全脳死に相当するとされるところの狭義の無脳症のみならず、脳幹が残存する点でいわば大脳死に対応するような症例を含む広義の無脳症も包摂されることになる。

無脳症脳死説の右の二つの要点に対しては、それぞれに理論上の問題を指摘しうる。

まず、要点①については、具体的にいかなる理論的な根拠にもとづいて無脳症新生児が刑法上の「人」たる地位を否認されているのが不明確である。通常、ヒトの母体から娩出された生命には刑法上の「人」の地位が無条件に生ずると理解されている。これに対して、①によれば、無脳症新生児は、心停止に至る以前においても、胎児段階からの無脳症と脳死との等置により「最初から死んでいる」「生きて生まれたものではない」状態にあるとされ、刑法上の「人」としての生命および地位を具ししないものと評価される。ここでは、いわゆる「人の始期」に

おいて一般に刑法上の「人」の地位が発生する要件(以下、これを「人」地位発生要件」という)として、理論上どういった事実が前提とされているのであろうか。当該要件は、いかなる理論的な根拠をもって、無脳症によりその充足が阻止されるのであろうか。無脳症新生児に「人」の地位が発生するか否かは、そこからの臓器摘出が適法であるか否かを決する重要な問題である。すなわち、「人」地位発生要件は、これが充足されない場合には無脳症新生児が単なる「物」と目され、そこからの臓器摘出が許容されるという意味において、臓器摘出の適法要件と表裏の関係にある。にもかかわらず、無脳症脳死説においては、一般に「人」地位発生要件とは何か、なぜこれが無脳症新生児においては充足されないのか、といった点が明確化されないままとなっている。これでは、無脳症新生児からの臓器摘出の適法性が理論的に根拠づけられているとはいいたいのであるまいか。

つぎに、要点②について問題となるのは、なぜ、脳死と等置される無脳症の範囲が、全脳死に相当する狭義の無脳症から大脳死に対応する広義の無脳症にまで拡大されるのか、という点である。この点に関する理論的な説明も、無脳症脳死説によつてはまったくなされていない。上述したように、ドイツでは、脳

死は全脳死であるとする見解が医学・法律学において定着している。それでは、なにゆえに、無脳症新生児に限っては大腦死も脳死とされるのであろうか。

二 このように、要点①②をめぐる問題点を一瞥しただけでも、無脳症脳死説は、無脳症新生児からの臓器摘出を適法化する理論としては、かなり基盤の脆弱なものといえることができる。この背景には、以下にみる通り、無脳症脳死説がその理論構成よりも移植医療現場でのニーズに対応することを重視し優先させてきたという事情が存在する。

無脳症脳死説は、これまでみてきたところから明らかのように、医学・医療サイドから先鞭がつけられ、その積極的なインシアティブにより移植医療に臨床応用されるにまで至ったものである。すなわち、無脳症脳死説の創唱者であるペラーは、それを臨床応用するものとしての「移植分婉」——これは、上述のように、無脳症新生児の臓器を出産後短時間内に摘出する手技をいう——が実施されるに際して主導的な役割を果たした。その臨床応用のケースがマス・メディアを介して公表された際、ペラーは、無脳症新生児の臓器が出産後時間を経るほどに状態の悪化をみるという医学的な事実を前提としつつ、当該臓器の出産後速やかな摘出が臓器移植を成功させるうえで有用である

と力説した。そして、臓器の供給不足のために多くの患者が移植をまねにして待機を強いられている現状こそ問題にされるべきであると主張した。

こうした点に徴すると、無脳症脳死説は、移植医療現場において移植に適合する臓器が絶対的に不足しているという状況と密接な関連をもちつつ展開されてきたとみることが容易にできよう。そして、それは、(Ⅰ) 移植用臓器の質の確保、(Ⅱ) 移植用臓器の供給源そのものの量的な拡大、という二つの医療上の要請に応え、もって移植医療の閉塞状況を打開するという実践的な意図のもとに展開されていったと考えられる。

しかし、無脳症新生児からの臓器摘出が刑法上適法とされるか否か、適法とされるのであればそのための要件は何か、といった問題は、刑法による生命保護およびその限界との関連でわれわれがどのような行動基準を定立するのか、という社会的な価値判断と密接に関わる問題である。このような問題は、あくまで理論的な観点から究明されるべきであって、移植医療上の要請ないし便宜という観点から解決されるべきものではない。<sup>(81)</sup>上記の要点①②に関して右で指摘したような理論上の問題点が生ずるのは、無脳症脳死説が医療上の要請に安易に従ってしまっているからではないだろうか。その結果、たとえば、臓器

摘出の許容される範囲が、移植医療現場からの要請を無批判に受容するかたちで際限なく拡大される、という危険も生じてきうるのではあるまいか。

以下においては、無脳症脳死説の要点①②をめぐる上述の問題点につき、さらに踏み込んで検討をおこなうこととしたい。ところで、右に述べたように、これらの問題点は、無脳症脳死説と移植医療上の要請との結節から生ずるものとみることができ。そこで、それらの問題点にさらなる検討を加えるための前提として、右の移植医療上の要請ⅠⅡが無脳症脳死説の要点①②と具体的にどのようなかたちで結びついているのかを詳らかにみておきたい。

## 注

(81) 脳死を人の死とみるべきか否かというより一般的な問題について本文と同旨の指摘をなすものとして、アルビン・エーザー(上田健二訳)「医学と刑法——保護利益に向けられた問題の概観」同(上田健二・浅田和茂編訳)『先端医療と刑法』(一九九〇年)二四頁以下参照。

## 2 無脳症脳死説の問題点の背景にある移植医療上の要請

## (1) 移植用臓器の質の確保の要請

一 無脳症脳死説をめぐる上記の問題点の背景にあると考えられる移植医療上の要請のうち、(Ⅰ) 移植用臓器の質の確保という要請について、まず、要点①との結びつきをみておきたい。

イゼマーも言及している通り、ドイツ連邦医師会の「脳死基準」によれば、新生児の脳死判定に際しては、意識の欠落などの諸症状をもとに全脳の機能の不存在を確認した後、この状態が持続することを三日間にわたり観察しなければならぬ。

これに対して、要点①によれば、無脳症新生児は、その罹患する無脳症にもとづいて、すでに胎児段階から脳死の認定が可能で、「最初から死んでいる」状態にあるとされる。このような無脳症脳死説のもとでは、当該新生児からの臓器摘出は、ペラーらによる「移植分娩」の実例にみられるように、無脳症の診断さえすでについていけば、「脳死基準」の求める全脳機能の不存在確認およびこれに引き続く三日間の経過観察を要さず、出産後一時間という短時間内でも許容されることになる。

このように要点①からもたらされる帰結は、Ⅰの要請と緊密に結びついていると考えられる。というのも、前述の点からも明白であるように、無脳症新生児においては、出産から時間が

経過するほどに臓器の状態が悪化をみるのであって、それを移植に適した良質な状態に保つには、出産後の可及的速やかな摘出が求められるからである。

二 Iの要請について、さらに無脳症脳死説の要点②とのつながりをみておきたい。

もともと、無脳症脳死説は、さきに取り上げたベラーらによるその先駆的な論文「生命倫理に関する諸問題」の内容からも看取されるように、全脳の欠損する狭義の無脳症が全脳死としての脳死と等置されうることを出発点としていた。ところが、すでに指摘した通り、当該論文は、胎児に関して脳幹の残存する症例を含む広義の無脳症から狭義のそれを区別して診断するための有効な方法を提示していない。

無脳症脳死説によれば、無脳症新生児は、すでに胎児の段階から無脳症を根拠とする脳死認定が可能な状態にあるとされる。しかしながら、狭義の無脳症を広義のそれから判別することが胎児段階では医学的に不可能となると、無脳症を狭義に限定する立場を維持するかが、脳死認定およびこれにもとづく臓器摘出に前置されるべき手続として、出産後に改めて無脳症が狭義のものであるか否かを診断することが不可欠となる。

これに対して、要点②のように脳死の認定根拠としては広義

の無脳症で足りるとの理解に立つと、すでに胎児段階で狭義、広義のいずれかに関わらず無脳症の診断がついてさえいれば、娩出された無脳症新生児に対しては、特段の診断を経ることなく即時に「最初から死んでいる」というかたちで脳死認定をなしうる。つまり、出産後速やかに臓器を摘出し移植に適した状態に保つことが容易となり、Iの要請が一定の範囲で充足をみるわけである。

## (2) 移植用臓器の供給源の量的拡大の要請

つぎに、無脳症脳死説の背景にある(II)移植用臓器の供給源そのものの量的な拡大という要請について、特に要点②との関連をみておくこととしたい。

既述の通り、無脳症の実態の病態をみると、大脳半球の欠損こそ必ず生ずる反面、脳幹を含む全脳の欠損する症例が出現率の低いものであるため、無脳症が狭義に限定されると、これを根拠とする脳死認定は、極めて困難とならざるをえない。それゆえ、狭義の無脳症に罹患した新生児は、移植用臓器の有力な供給源たりえないのである。

こうした状況のもとで、IIの要請が無脳症脳死説において要点②のようなかたちで具現化するに至ったと考えられる。すな

わち、ドナーたりうる無脳症新生児の数を確保するという観点からは、無脳症を全脳死と等置されるものとして狭義のそれに限定することが曖昧化し、閑却されていくことになる。そして、このことの帰結として、広義の無脳症——さらにいえば、これにおいても必発である大脳半球の欠損——が脳死認定をして臓器摘出の根拠とされるようになっていったと解される。

以上のように、無脳症脳死説と移植医療上の要請とのあいだには、堅固な関係がみられる。以下においては、そうした両者の関係を踏まえつつ、そこから生ずる理論上の問題点として、まず、比較的容易に検討をなしうるとおもわれる要点②をめぐる問題点について、さらなる考察を試みてみたい(3)。そして、その後には要点①をめぐる問題点について立ち入った検討をおこなうこととしたい(4・5)。

### 3 脳死認定の範囲拡張をめぐる問題点

#### (1) 大脳死説の問題点

要点②によれば、無脳症脳死説のもとでの脳死認定の範囲は、全脳死に対応するとされる狭義の無脳症にとどまらず、いわば大脳死に対応するような広義の無脳症にまで拡張する。このことは、以前指摘したように、全脳死のみが脳死であるとすると全

脳死説とは相いれず、むしろ脳死を大脳死として理解する大脳死説と結びつくようにおもわれる。

確かに、上記ⅠⅡのような、良質の移植用臓器を多量に確保するという移植医療上の要請からみれば、全脳死説ではなく大脳死説に立つということには実利があろう。なぜならば、上述の点からも明らかのように、すべての無脳症新生児を脳死認定の対象とすることを通じて、移植のためのドナーがより迅速により多数確保され、良質かつ多量の臓器が入手可能となるからである。

しかし、すでに指摘したように、ドイツでは、全脳死説が医学界および法学界において通説となっている。たとえば、さきにも取り上げたように、連邦医師会の「脳死基準」は、脳死を「大脳(半球)・脳幹機能の不可逆的な消失」すなわち全脳死と定義づけており、同様に、ドイツ医事法学会の「諸勧告」も、「大脳(半球)・脳幹機能全体の欠如または不可逆的喪失」が脳死であるとしている。

このように全脳死説が通説化しているのは、あえてここで述べるまでもなく、大脳死説が採用されたばあい、脳死認定の範囲が無限定に拡張される危険が生ずると懸念されているからである。たとえば、大脳半球のうちの表層を構成する大脳皮質に

損傷をうけたに過ぎないような患者——具体的には、昏睡状態や植物状態にある患者——などにまで、臓器移植の必要性から脳死認定の及ぶ危険があると考えられているのである。<sup>(42)</sup>つまり、通説化した全脳死説の基底には、そうした拡張的な脳死認定の危険を回避すべきであるという社会的な価値判断が存在しているといえよう。そして、こうした価値判断のもとでは、少なくとも広義の無脳症にもとづく脳死認定に対しては、重大な疑義が投げられることになるのではあるまいか。

はたして、大脳死説と結びついた無脳症脳死説は、右のような価値判断およびこれにもとづく疑義に反駁しうるだけのテーゼを示しているだろうか。ただ無批判的に移植医療上の要請に追従しているだけではなからうか。

注

(82) *Wojtasz* (Ann.16), S.166; *Bertina König*, *Todesbegriff, Todesdiagnostik und Strafrecht*, Diss.(Kiel), 1989, S.16ff.

(2) 「滑りやすい坂道」理論からみた問題点

無脳症脳死説に随伴するこのような問題性は、以下にみるように、いわゆる「滑りやすい坂道 (slippery slope)」理論からも

指摘できるようにおもわれる。

無脳症脳死説のもとでは、右のように脳死認定の範囲が全脳死から大脳死へと拡張され、大脳半球の欠損のみを根拠に無脳症新生児のすべてが脳死認定の対象となる。しかし、このようにして臓器の供給源の拡大が図られたとしても、それでもなお移植医療現場を満足させるだけの臓器を確保するには程遠いといわれるのが現状である。<sup>(83)</sup>このような状況のもとでは、さらに新たに臓器供給源を開拓するために、たとえば、大脳半球に小頭症<sup>(84)</sup>などによる重篤な奇形を有する新生児に対しても、脳死認定が拡張的なたちで及ぼされることにもなりかねないのである。<sup>(85)</sup>こうした危険は、時として大脳半球の重度の奇形が広義の無脳症と誤診<sup>(86)</sup>され、またそれほど両者の病態が相似しているケースがあることなどを考えあわせると、容易には回避されえないものと考えられる。つまり、大脳半球のみが欠損する広義の無脳症について脳死認定を可とするのであれば、それと病態が類似する他の大脳奇形について異なった取り扱いをしなければならない理由はない、といった発想も生じてきるのである。

こうしてみると、広義の無脳症にもとづく拡張的な脳死認定は、「滑りやすい坂道」のようなものといえる。すなわち、

この坂道を一旦滑り始めてしまうと制動が利かなくなり、その結果として滑り下りた坂道の終点にあるものは、たとえば、無脳症以外の重度の大脳奇形をもつ新生児などの生命に関して刑法の保護機能が際限なく後退するという事態ではなからうか。つまり、慢性的な臓器不足が解消されない状況のもとでは、そうした新生児は、無限定な脳死認定を通して安易に移植のためのドナーとされてしまいかねないのではあるまいか。<sup>(87)</sup>

注

(83) アメリカ合衆国でのそうした現状に関して、門田・注(6) 前掲一四三頁・一六〇頁参照。

(84) 『南山堂医学大辞典』(注(8) 前掲) 九一〇頁によれば、小頭症では、大脳半球の低形成、大脳皮質の菲薄化、層構造の乱れ、脳重量の低下などがみられる。

(85) *Wofsiart* (Ann. 16), S. 166f.

(86) *Hiersche* (Ann. 14), S. 103f.

(87) 特に無脳症新生児に対する脳死認定をめぐるアメリカ合衆国で展開されている「滑りやすい坂道」論に関しては、門田・注(4) 前掲八九頁以下、同「マクダウェル」ある着想の死——臓器提供者としての無脳症児」の紹介」島大法

学三九卷二号(一九九五年) 一五〇頁以下、同「アメリカ合衆国における無脳症児からの臓器摘出の最近の動向について」犯罪と刑罰二二号(一九九七年) 一二頁・一七頁参照。また、「滑りやすい坂道」論一般について、詳しくは、バーナード・ウィリアムズ(柳沢有吾訳)「どの坂が滑りやすいか」マイケル・ロックウツド編著(加茂直樹監訳)「現代医療の道德的ディレンマ」(一九九〇年) 二三七頁以下参照。

(3) 「限定的無脳症脳死説」に対する疑問

以上のように、無脳症脳死説には、その要点②をみるかぎり、脳死認定の範囲を全脳死から大脳死へと拡張させている点に看過しがたい問題がある。

この点に関して、無脳症脳死説の擁護論者であるヒェルシエらは、さきに取り上げたアインベック・ワークショップでの報告などにおいて、無脳症を全脳の欠損する「完全無脳症」すなわち狭義の無脳症に限定し、これのみを脳死の認定根拠とするならば、その立論がなおも妥当性を保持しようとしている(以下、こうした見解を特に「限定的無脳症脳死説」と呼ぶことにする)。



しかし、完全無脳症に罹患した新生児(以下、これを「完全無脳症新生児」という)は、既述した通り臨床的には出現率がかなり低く、臓器の供給源として有望であるとは実際上考えにくい。このような状況のもとで、移植医療の促進という要請と強く結びついて展開されてきた無脳症脳死説には、現実的にみて、無脳症の完全無脳症への限定といういわば自縄自縛の理論を取り込む余地があるのだろうか。また、無脳症脳死説がそのような理論を取り込んだとしても、これが臓器供給源の拡大という医療側からの強い要請に対する歯止めとして実際に機能しうるのか。このように考えると、はたして限定的無脳症脳死説が無脳症脳死説の修正理論として有効性・妥当性を有しうるのか、疑問を禁じえないところである。

いずれにしても、無脳症脳死説の擁護論者さえも認めざるをえなかったように、広義の無脳症にもとづく脳死認定のはらむ問題は、これまでみてきたところからもはや判然としていいる。したがって、さらに以下において要点①をめぐる問題点を考究していくにあたっては、理論的な検討作業の直接の対象は、無脳症脳死説から限定的無脳症脳死説へと絞りをかけたものとなる。これにともない、臓器摘出の適法性の存否も、以下では完全無脳症新生児に限定されたかたちで問題となる。ただ

し、限定的無脳症脳死説は、あくまで無脳症脳死説の理論枠組みを基本的に維持しつつその部分的な修正を図るものであると理解されるから、後者に検討を加えるに際しても、必要に応じて前者の内容にも言及していくことにする。

#### 4 「人」地位発生要件をめぐる問題点

##### (1) 序 説

すでに見たように、無脳症脳死説の要点①によると、まず、無脳症胎児は、無脳症にもとづく脳死認定が可能な状態にあるとされ、刑法典上の人工妊娠中絶処罰規定における保護客体としての「胎児」にはあらず、その保護法益たる生命の担い手ともなりえない。そして、いわば「無から有は生じない」ことにより、無脳症新生児は、刑法による生命保護に値しない無脳症胎児が母体外に娩出されたものに過ぎず、刑法上の「人」として保護されるべき生命および地位を有していないことになる。かようにして、無脳症新生児は、無脳症の診断を通して出産後即時に「最初から死んでいる」状態にあると判断される。そして、このような判断が前提となつて、出産後速やかに当該新生児から臓器を摘出することが許容され、これにより上記Ⅰの移植用臓器の質の確保という要請が充足されることになる。以上

の点は、限定的無脳症脳死説においても——ここでいう「無脳症」が「完全無脳症」に限定されたものである点を除外すれば——基本的に変わるところがないと考えられる。

はたして、完全無脳症新生児には刑法上の「人」の地位が発生しえないといえるのであろうか。完全無脳症により「人」の地位の発生が妨げられるというのであれば、そのことの理論的な根拠とは何であろうか。右の立論において、限定的無脳症脳死説は、完全無脳症新生児が具備しないとするとその「人」地位発生要件の内容に論及してはいない。しかし、前述のように、「人」地位発生要件は、これが充足されないことが臓器摘出の適法要件とされるものである。それゆえ、当該要件の内容に論及することは、本来、臓器摘出の適法化理論たる限定的無脳症脳死説の要諦をなすのではあるまいか。にもかかわらず、それがなされないのは、限定的無脳症脳死説では、出産後可能な限り迅速に臓器を摘出しその質を良好に保つという移植医療上の要請に応ずることに比重が置かれるあまり、完全無脳症の診断が安易に脳死認定へと結びつけられており、臓器摘出の適法性を理論的に根拠づける作業がないがしろにされているからではあるまいか。そもそも、無脳症を完全無脳症に限定するとしても、これを脳死と等置することは、妥当なもののだろうか。

以下においては、こうした問題点について、さらに踏み込んで検討をおこなうこととしたい。

## (2) 「人の始期」の問題と「人の終期」の問題との相違

あえていうまでもないことではあるが、本来、脳死は、脳死説において刑法上の「人」の死すなわち「人の終期」として理解されており、それ以前に「人」の生命が存在したことを前提としつつその消滅を意味する概念である。<sup>(88)</sup>これに対して、無脳症脳死説がいうところの「脳死」は、すでに「人の始期」という局面において刑法上保護価値のある「人」の生命の発生そのものを否定する事由となつていたのであって、そもそも本来の脳死の問題とは異なる実体を有している。したがって、限定的無脳症脳死説において完全無脳症に対象を限定して認定される「脳死」についてもなお問題視すべき点は、完全無脳症新生児が「最初から死んでいる」との理解のもとに、「人」の生命の不発生という刑法上の「人の始期」における問題が、脳死によるその生命の消滅という「人の終期」に関する全く別個の問題と同一に論じられていることであるようにおもわれる。その結果として、完全無脳症新生児について刑法上の「人」の地位の発生が否定されることの理論的根拠とは何か、そもそも一般に「人」

地位発生要件の内容はどのように理解されるべきであるのか、といったいわば「人の始期」に固有の問題が、論究されないままに放置されていると考えられる。

こうした批判に対しては、以下のような反論も予想される。

——刑法上の「人の始期」における「人」の生命の不発生も、「人の終期」におけるその生命の消滅も、結果的に「人」の生命が存在しない状態を生起させる点において変わるところはない。刑法による生命保護の要否を論ずる際に重要なのは、「人」の生命の発生と消滅といういわば「生命プロセス」の相違ではなく、保護に値する生命が存在しているか否かである。したがって、限定的無脳症脳死説のいう「脳死」についても、この実体が既存の「人」の生命の消滅ではなく新たな生命の不発生であるという点は、問題視されるには及ばない。なぜならば、それは、本来の意味での脳死におけると同様に、「人」の生命の不存在状態を指称するものとして理解されればよいからである。

このような反論は、はたして射たものといえるのだろうか。

刑法上の「人の終期」とされる本来の意味での脳死においては、「人」としてすでに認知され独立の地位を有する生命の存在が前提とされたうえで、そうした生命に対する刑法的保護の終

了が問題とされる。さらにいえば、「人の終期」の場面に現れる患者は、そのほとんどがすでに社会に認知され受け入れられた存在であって、社会の構成員として固有の生活史を有し、家族をはじめとする他の社会構成員とのあいだに人間関係を構築しているのが通常である。このような患者が死を迎える局面では、当該患者に対する周囲の者からの保護的な配慮が一定の程度期待できる。そこからは、その生命に対するある種倫理的な保護作用が生じうるといえよう。このことにより、当該患者の生命に不利益が及ぶことも、一定の範囲で回避されうるようにもおまわれる。

他方、刑法上の「人の始期」において問題となるのは、これまで胎児として母体に従属して生成してきた生命を刑法上の「人」として認知し、これに独立の地位を付与するか否かである。ここでは、生命は、「人」として確立した地位を獲得しうるかをめぐって、社会的には不安定な状態におかれることが少なくない。というのも、たとえば、生まれて間もない新生児は、本来その法律上の保護者である両親とのあいだに生物学的な親子関係を有してはいても、さらに愛着を紐帯とするような心理的・社会的な意味での親子関係を確立しているとは必ずしもいえないからである。とりわけ、新生児が重度の障害を有していると、

両親側の心理的な抵抗や拒絶に遭いやすく、心理的・社会的親子関係の確立は困難となる。その結果、当該新生児は、社会的に認知されたい立場におかれることになる。<sup>(89)</sup> こうした状況においては、その生命に対する社会的な配慮も、不十分なものとなりやすい。実際、医療現場では、無脳症新生児あるいはその他重度の障害をもつ新生児が生産したばあいでも、これを「死産」として処理することもなされている。<sup>(90)</sup> このように、「人の始期」においては、時として「人」の生命の発生という客観的な事実が軽視され、その結果、「人」としての刑法上の地位ないし保護が十全に保障されないという事態が生じうる。したがって、「人」地位発生要件の実質を明確化しておくことが緊要となる。

以上の点をもみても、限定的無脳症脳死説における「脳死」の問題は、本来の脳死の問題とは異なる実体を有していると考えられる。完全無脳症新生児からの臓器摘出に関しては、「人の終期」としての本来の脳死とは区別された、「人の始期」に固有の問題が論じられるべきである。すなわち、いかなる理論的な根拠にもとづいて刑法上の「人」たる地位の発生が完全無脳症により否定されるのか、そして、その前提問題として一般に「人」地位発生要件の内容がいかなるものとして理解されるべきか、といった点が明晰なかたちで論じられるべきである。にもか

わらず、限定的無脳症脳死説においては、そうした「人の始期」に固有の問題に対し十分な理論的検討が加えられないまま、完全無脳症それ自体と脳死との等置により臓器摘出が適法とされている。結局、完全無脳症を「人の終期」たる脳死と等置することは、右のような「人の始期」に固有の問題を精確に把握することの妨げになるものにほかならず、失当というべきであろう。

注

(88) *Wolflast* (Ann. 16), S. 165.

(89) 拙稿・注(1) 前掲(一) 一六二頁以下。

(90) この点に関しては、門田・注(4) 前掲九〇頁、宮野彬「安楽死から尊厳死へ」(一九八四年) 三二八頁参照。

### (3) 選択的人工妊娠中絶の問題からみた 限定的無脳症脳死説

一 右のように、限定的無脳症脳死説において完全無脳症にもとづき認定される「脳死」は、「人の終期」本来の問題として位置づけられるものではなく、したがって、完全無脳症そのものを「人の終期」としての脳死と等置することは、妥当ではな

い。さらに、これらのことは、以下にみる通り、無脳症脳死説の展開された過程で、無脳症新生児の「脳死」にもとづく臓器摘出の問題が、無脳症胎児の選択的人工妊娠中絶という「人の終期」とは全く無関係の問題と関連づけて論じられてきた点からも指摘することができる。

すでにみたように、ドイツ刑法典旧第二一八条<sup>(9)</sup>aは、障害胎児を特定の対象とする選択的人工妊娠中絶に関して、受胎後二週以内という期間的な制限を付しており、このことは、受胎期間の経過により成長・成熟し生存能力を既得した胎児およびこれが母体外に娩出されたものとしての新生児の生命を保護するという立法趣旨にもとづくと考えられている。これに対して、無脳症脳死説は、ハナクの見解にもみられる通り、無脳症胎児を対象とする選択的人工妊娠中絶に関しては、胎児の「脳死」を認定することにより、それが二週という期間的制約をまったくくづけることなく実施可能であるとの理解を示している。そして、上記の要点①にみるように、そのような理解の延長線上において、無脳症胎児が二週経過のうえさらに出産に至ったものである無脳症新生児につき、刑法上の「人」として生命の保護をうける地位を否認することにより、その臓器を心停止以前に摘出する行為に適法性を付与している。以上のような理論構

成は、限定的無脳症脳死説においても変わるところがないと考えられる。

このように、もともと、限定的無脳症脳死説の出自である無脳症脳死説は、受胎から二週を経過した無脳症胎児の選択的人工妊娠中絶を許容する理論として出発した。そして、それは、無脳症胎児が母体外に娩出された存在である無脳症新生児の地位を刑法上どのように評価するかという問題へと射程を伸張し、当該新生児からの臓器摘出を適法化する理論へと発展していったものである。こうした経緯をみても、限定的無脳症脳死説の立論は、やはり刑法上の「人の終期」とされる脳死の本来的な問題領域に収斂しうるものとは考えにくい。それは、刑法上の「人」の直前段階にある胎児を対象とする選択的人工妊娠中絶の問題と関連づけて展開されており、この点において、刑法上の「人の始期」をはさんで隣接する「胎児」と「人」たる新生児——これらは、生物学的には同じくヒトの「生命プロセス」の初期段階に位置するとみられることもできる——のあいだの境界的な問題領域に立脚している。したがって、「人」地位発生要件の内容をいかに理解すべきかといった「人の始期」に固有の問題に着目して限定的無脳症脳死説の検討をおこなうためには、選択的人工妊娠中絶の問題を視野に入れる必要がある。

二 本来、新生児は、刑法上の「人」として殺人罪の規定によりその生命に対する全面的・包括的な保護を享受する。その一方で、胎児は、ドイツ刑法典旧第二二八条aの定める一定の要件のもとでは、その障害を理由として選択的人工妊娠中絶による生命淘汰の対象となることが予定されていた。このように、新生児の生命と胎児の生命とは、生物学的にはともにヒトの生命プロセスの初期段階に位置してはいるものの、刑法上は、前者は、後者とは区別されるかたちで固有かつより高度の保護価値性を有する。ドイツ刑法典は、こうした新生児の「人」としての保護価値性を担保するため、胎児と新生児とのあいだに二重の境界を設定し、両者を隔絶した関係のなかに位置づけた。すなわち、第一の境界は、旧第二二八条aのもとで選択的人工妊娠中絶の許否を分かちつものとしての、受胎から二二週経過以前の胎児と経過後の胎児との区別である。第二の境界は、「人の始期」であり、これを前後して刑法上の保護客体としての「胎児」と「人」——さらには「人」——と「人」——とが区別される。そして、この「人の始期」において新生児に対し「人」としての固有の保護価値性を付与するのが、「人」地位発生要件である。

これに対して、限定的無脳症脳死説の立論では、無脳症胎児

と無脳症新生児とが連続した関係に位置づけられることにより、前者の生命の保護価値性の否定から後者の生命も保護不要であることが直截的に帰結される。すなわち、限定的無脳症脳死説は、まず、右の第一の境界については、これが受胎期間の経過により生存能力を獲得した胎児の生命の保護という要請にもとづいていることを踏まえたうえで、完全無脳症により「脳死」の認定をうける胎児においては、そもそもそうした刑法による生命保護の要請それ自体が存しないとの理由から、二二週を超えての選択的人工妊娠中絶を許容する。そして、「無から有は生じない」との論理にもとづいて、第二の境界に関しては、そのような生命保護の要請の生じない無脳症胎児が二二週経過のうえさらに出産を経て母体外に娩出されたとしても、「胎児」と特に区別されて保護される「人」固有の地位が発生することもないとの立場をとる。以上のような見解の基底には、つぎのような理解が存在すると考えられる。——完全無脳症新生児は、胎児の段階から完全無脳症を根拠として「脳死」が認定できる状態、つまり「最初から死んでいる」状態にあるのだから、刑法上の「胎児」と「人」のあいだに境界を設けて新生児に「人」固有の地位を保障すること自体、そもそも無意味なことである。すなわち、ここで刑法上の「人の始期」における「人」たる地位の

発生の有無を論ずる際に、その前提問題として決定的な意味をもつのは、「胎児」と「人」との区別ではなく、無脳症胎児から無脳症新生児を通じて完全無脳症と「脳死」とが等置されることである。

しかし、このように「無から有は生じない」との見地に立ち無脳症胎児の保護不要性を前提にして無脳症新生児のそれを導き出すという論理は、はたして臨床の現場では貫徹されうるだろうか。前述のように、胎児段階では、無脳症の症例のなから全脳が欠損する完全無脳症のそれを特定することは、医学的・技術的に不可能である。したがって、完全無脳症新生児について、その生命が「最初から」「無」であるから「有」とはならない、つまり母体内にある胎児の段階から「死んでいる」と評価することは、臨床上は、胎児が母体外に娩出された時点での完全無脳症の診断を経てはじめてなされるものである。すなわち、「最初から死んでいる」との評価は、その実体としては、すでに胎児の生命が「無」であるとの臨床上の先行する評価を踏まえたものではありえない。それは、臨床における実際の場面では、完全無脳症新生児の生命が現に「無」の状態にあり、よって刑法上の「人」の地位が当該新生児には付与されないとの評価が先行・独立して存在したうえで、この「無」であるとの評

価が事後的に胎児段階にまで遡及されるといふ過程をたどるものではないか。というのも、結局、現場の医療者にとり判断対象として重要なのは、新生児の生命が「最初から」「無」であるか否かではなく、娩出時に現に「無」であるか否かだからである。したがって、新生児に関する臨床上の生命評価に対して法的なコントロールを実効性あるものとするには、なぜ完全無脳症新生児が娩出時に「人」の地位を付与されえないのか、なぜその生命が「無」の状態にあるといえるのか、という点を理論上明確にする必要がある。そのためには、新生児に対し「胎児」とは区別された「人」としての固有の保護価値性を付与し保障するものとして、「人」地位発生要件の内容が論究されなければならぬ。だが、限定的無脳症脳死説は、その内容を理論的に明確にしないまま、胎児と新生児とを通じ「脳死」を認定し、これにより後者の保護不要性を導出する。これでは、完全無脳症新生児の「脳死」を出産後即時に認定して良質の臓器を摘出することが臨床上可能にはなるであろうが、その反面において当該新生児の刑法上の地位が不当に切り下げられる危険が生じてくる。限定的無脳症脳死説がはらむこうした危険は、障害胎児を対象とした選択的人工妊娠中絶をめぐる今日の問題状況をみると、より一層明確に認識可能となるようにおもわれる。そ

ここで、つぎに、当該状況が完全無脳症新生児からの臓器摘出の問題に及ぼす影響をみていくこととしたい。

三 無脳症は、上述のように胎児が母体内にある段階ですでに診断可能である。こうした「胎児診断」あるいは「出生前診断」といわれる技術は、近年において長足の進歩を遂げた。その結果、今日では、超音波診断、羊水診断もしくは胎盤絨毛診断などの技術を用いることにより、無脳症以外にも胎児に発生する種々の障害を探知することが可能となっている。<sup>92</sup>こうした胎児診断の理念的・究極的な目標は、あくまでも胎児の障害を発見して出生前にその治療をすることであると考えられており、現に水頭症などの一部の障害については、母体内での矯正手術により胎児の生命の危険を軽減する方法が実用化されている。<sup>93</sup>しかし、このような出生前治療の技術的な可能性は、今日の医学的水準のもとでもきわめて限局されたものであるに過ぎない。<sup>94</sup>そのため、胎児診断により軽微ならざる障害の存在が判明すると、胎児の両親は、障害児の出生を忌避し、医師に対し人工妊娠中絶の措置を要請するのが通例である。つまり、胎児診断は、この技術の背景にある理念的な目標とは裏腹に、医療現場においては障害胎児を特定・選別して選択的人工妊娠中絶を実施するための手段として事実上位置づけされている。<sup>95</sup>こうした医療

現場における胎児診断と選択的人工妊娠中絶との技術的な一体化は、障害を随伴する生命に対する人為的かつ恣意的な選別・淘汰を可能にするものであり、この点において少なからず問題性をはらんでいる。

さらに問題視すべき点は、このような生命の選別・淘汰の射程が、母体内に存する障害胎児のみにとどまらず、さらに母体から生まれ出てきた障害新生児にまで及んでくることである。上述のように、胎児と新生児は、ともに生命プロセスの初期段階に位置する点において近接した関係にあり、そのため、障害胎児の生命に向けられる選別・淘汰の思想は、刑法上の保護客体としての「胎児」と「人」との区別を超えて障害新生児にも容易に波及しうる。さらにいえば、障害新生児の生命に関しては、もともと胎児の段階において潜在する障害の探知により選別・淘汰することが可能なことから、出生により障害が顕在化した時点において当該生命を淘汰することも許容されて当然である、といった発想が生じてきやすいのである。<sup>96</sup>そのうえ、前述の通り、障害新生児は、両親側の心理的な抵抗や拒絶に遭いやすく、社会的に認知されがたい立場におかれるため、その生命に対しては、社会的な配慮も不十分となり、人為的・恣意的な選別・淘汰への道が開かれることになる。本稿の



冒頭で言及した障害新生児に対する治療放棄は、まさにそのような生命の選別・淘汰の発想と不可分に結びついたものにはかならないといえる。なぜならば、それは、生命維持のために必要不可欠でありかつ技術的には可能な治療が障害新生児に限っては差し控えられるという点において、選別的・操作的な生命淘汰としての本質を有しているからである。<sup>(97)</sup>

このように、障害新生児は、選択的人工妊娠中絶と胎児診断との技術的一体化を背景に、人為的な生命淘汰の対象として障害胎児と連続的・等質的な関係に位置づけられる傾向にある。その結果、刑法上の「人」がその生命に関し「胎児」との区別において本来固有に有するはずの保護価値性は、障害新生児においては軽視されがちとなる。そして、こうした思潮は、障害新生児の一範疇をなす無脳症新生児において、これが無脳症という一見明白に致命的な障害を有し、かつ移植用臓器の供給源として必要視されるために、特に先鋭化して現れるのではなからうか。すなわち、限定的無脳症脳死説によれば、完全無脳症新生児は、出生前ならば受胎から二週経過後も随時に選択的人工妊娠中絶の対象となりうるような致命的な障害を出生時に有する点にもとづいて、刑法上の「人」たる地位それ自体を否認されている。それゆえに、その生命を対象とする人為的な選別・

淘汰は、治療放棄という不作為によれば無論のこと、さらに作為の形態をとるものでさえも、「人」に対する殺人罪を構成しない行為として容認されることになるといえよう。このことの帰結として、完全無脳症新生児からの臓器摘出という作為が適法と解されているわけである。

既述のように、「人」地位発生要件は、新生児に対し「胎児」とは区別された「人」としての固有の保護価値性を付与・保障する。こうした「人」地位発生要件は、右においてみてきた選択的人工妊娠中絶をめぐる今日の問題状況に鑑みると、胎児から新生児へと生命の選別・淘汰の危険が拡張することから障害新生児を防護するいわば「防波堤」として重要な機能を果たしているのではあるまいか。しかしながら、限定的無脳症脳死説においては、胎児段階から新生児に至るまで一貫したかたちで「脳死」なるものが認定されることを通して、新生児の生命を胎児のそれとは区別して人為的な選別・淘汰から保護するためのそうした「防波堤」の存在意義が忘れられているのではあるまいか。結局、出産後間もない時点で良質の移植用臓器を確保するという医療現場での要請を満たすために、「脳死」の名目のもとに完全無脳症新生児の「人」としての地位が確たる理論づけのないまま性急に否定されかねないのであり、このことにより選

別的・恣意的な生命淘汰の危険が現実化してくるというべきである。

四 以上の点を踏まえると、完全無脳症新生児からの臓器摘出の適法性を問題にするには、やはり、「人」地位発生要件とはいかなる実質をもなっているのか、当該要件に照らして完全無脳症新生児の刑法上の地位がどのようなものとして評価されるのか、という「人の始期」に関する問題が論じられる必要がある。しかし、限定的無脳症脳死説は、本来「人の終期」と位置づけられるべき「脳死」という言辞に拘泥してしまっているために、それら「人の始期」に固有の問題が理論的に詰められないままとなっている。さき指摘したように、このような限定的無脳症脳死説の問題点は、完全無脳症と「人の終期」たる脳死とを等置することから生じてくる。両者は、等置されるべきではないのである。

以下においては、「人」地位発生要件のもとで完全無脳症新生児の刑法上の地位がどのように評価されるものなのかという点について、項を改めて考察をおこなう。そして、このことを介して限定的無脳症脳死説に対してさらに立ち入って検討を加えていくことにしたい。

## 注

(91) 本稿の前回掲載分(法政論集第一六二号)の末尾で「注記」として言及したように、障害胎児を対象とする選択的人工妊娠中絶を不可罰と規定していたドイツ刑法典第二一八条a第三項は、一九九五年の改正により削除されたが、本稿では、改正以前の同条を前提にして議論を進めることにしたい。

(92) 羊水診断とは、羊水中の胎児由来の細胞などを採取し染色体分析をおこなう胎児診断の方法である。また、胎盤絨毛診断は、胎盤と子宮壁の接着面にある胎盤絨毛を採取して染色体分析をおこなう診断法である。胎児診断技術の詳細については、阿部京子・新川詔夫「遺伝病の出生前診断」松永英・浜口秀夫編『遺伝医学読本——からだの科学・増刊二二』(一九八九年)一〇三頁以下参照。

(93) *Wolfrum H.Eberbeck, Pränatale Diagnostik — Fetaltherapie — Selektive Abtreibung: Angriff auf §218a Abs.2 Nr.1 StGB (embryopathische Indikation)*, JR 1989, S.268f.

(94) 阿部・新川・注(92)前掲一〇四頁。

(95) *Adolf Laufs, Pränatale Diagnostik und Lebensschutz aus arztrechtlicher Sicht*, MedR 1990, S.231f.

(96) Reinhart Maurach / Friedrich-Christian Schroeder / Manfred

Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband I, Straftaten gegen

Persönlichkeits- und Vermögenswerte, Ein Lehrbuch, 8. Aufl., 1995,

S.25.

(97) 以上の点について、詳しくは、拙稿・注(1)前掲(一)二六

一頁以下・(三)三三三頁以下、大谷實『いのちの法律学(新版)——

生命の誕生から死まで』(一九九四年)四七頁参照。

### 5 「人」地位発生要件からみた完全無脳症新生児

これまでみてきたように、限定的無脳症脳死説においては、完全無脳症新生児では当然かつ全面的に刑法上の「人」の生命および地位が発生しないとされる。しかしながら、「人」地位発生要件の内容をどのように理解するのか、当該要件からみて完全無脳症新生児の刑法上の地位がいかに評価されるのか、といった理論上の問題が考察されないままに放擲されているといわなければならない。そこで、以下においては、それらの問題に踏み込んで検討を加えていくこととしたい。

(1) 「人」地位発生要件としての「出生」

(a) 「生きて生まれる」という意味での「出生」

ザイドラーが指摘したように、一九世紀以前のドイツでは、新生児が重度の奇形ないし障害を有するばあい、当該新生児は、人間の範疇から逸脱した異生物という意味で「モンストルム」(Monstrum)と呼称され、刑法上の「人」(Mensch)としての地位を否認されていた。つまり、重度の障害新生児が「モンストルム」と認定されると、これを殺害する行為は、殺人罪を構成せず不可罰とされた。<sup>(98)</sup>

一方、今日確立されている理解によれば、「人」地位発生要件は、「出生」(Geburt)であり、「人」の生命に対する刑法的保護は、「出生」という事実によって無条件に開始する。そして、「出生」とは、「生きて生まれる」(lebend zur Welt kommen)とであるとされる。したがって、「女性から生きて生まれたものすべて」(Alles von Weibē Geborene)<sup>(10)</sup>は、刑法上「人」の地位にあり、たとえ重度の奇形や障害を有していたり、あるいは生命予後が不良であっても、その生命は、殺人罪における保護法益として包括的・全面的な保護を享受する<sup>(10)</sup>。このように、「生きて生まれる」という意味での「出生」は、生命に対し刑法による断片的な保護しかうけられない「胎児」と、これとは対蹠的に全

面的・包括的保護の対象たる「人」とを隔てる境界であり、いかなる重度の障害新生児に対しても例外なく「人」固有の地位を賦与する根拠とされている。

無脳症脳死説は、さきとその要点①としてあげたように、無脳症新生児を「最初から死んでいる」「生きて生まれたものではない」存在として理解する。このような理解に対して、ザイドラーは、それが重度の奇形児を「モンストルム」あるいは「肉塊」と呼ばれる「非人間」として位置づけた過去の思想と共通の基盤に立つものであり、社会倫理的にみて危険であるとの批判を加えている。こうしたザイドラーの批判では、無脳症新生児も「生きて生まれたもの」であり、「出生」により当然に「人」の地位を具備しうることが前提とされている。

#### (b) 従来からの「出生」の要件と完全無脳症

一 右のように、ザイドラーの見解と無脳症脳死説とは、無脳症新生児を「生きて生まれた」「人」とみるか否かという点で対立している。それでは、一般にドイツにおいては、「人」地位発生要件としての「生きて生まれる」ことすなわち「出生」それ自体の要件は、具体的にいかなる事実によって構成されると理解されているのであろうか。そして、限定的無脳症脳死説が

「脳死」の認定根拠とする完全無脳症においては、そうした「出生」の要件事実が存在する可能性は、はたして皆無といえるのであろうか。

ドイツでは、民事上の身分関係法施行規則 (Bfz) 第二十九条第一項は、刑法上の「出生」の要件を明らかにするものとしても参照される<sup>(10)</sup>。これによれば、出生届などが必要となる「生産」(Lebendgeburt)——つまり「死産」(Todesgeburt)ではなく「生きて生まれる」こと——の要件は、母体から分離された胎児が、(i)心拍動、(ii)臍帯拍動、(iii)肺呼吸のいずれかを呈することとされる<sup>(10)</sup>。この規定は、世界保健機関(WHO)の見解に準拠する内容となっている。すなわち、その見解によれば、「出生とは、妊娠期間にかかりなく、母体から受胎による生成物が完全に排出された場合で、母体からの分離後、臍帯の切断、胎盤の付着いかんにかかわらず、呼吸あるいは心拍動、臍帯拍動、随意筋の明らかな運動などのいずれかを示す場合をいう<sup>(10)</sup>」。

したがって、身分関係法施行規則が規定する「出生」の要件(i)(ii)(iii)については、その前提であるところの胎児の母体からの分離は、臍帯の切断や胎盤の除去を要しないものと解される。また、実際上も、(ii)に関しては、そもそも臍帯が切断される以前でなければ、臍帯拍動も観察されえないといえよう。これらの

点は、つぎに述べるように、特に完全無脳症における「出生」の要件事実の存否の判定に関して意味をもつてくると考えられる。

二 右の要件(i)(ii)(iii)に照らしてみるかぎり、無脳症新生児の大部分は、生命反応の中核としての脳幹では致命的な奇形・損傷を免れ、出産後限られた期間ではあつても呼吸機能・心臓機能を維持できるのであるから、「生産」すなわち「出生」したものとみることができるといえる。

さらに、それらの要件を前提としたばあいには、全脳が欠損する完全無脳症に関しても、つぎの点からみて、「出生」の要件事実の存在可能性を完全に排除することはできないのではあるまいか。すなわち、すでに取り上げたベラーらの論文においては、完全無脳症に罹患した胎児に関し、「臍帯を介しての母体との物質交換という生命に不可欠な現象が損なわれずに存在する」との指摘がなされている。それゆえ、そうした最重度の無脳症胎児が母体外に娩出されたばあいでも、出産直後でありかつ臍帯が切断される以前であれば、胎児・母体間に物質交換が存在したことの残滓として臍帯拍動が視認されることがありうるのではないか。つまり、完全無脳症新生児も、少なくとも「出生」の要件事実のうちの(ii)を具備しうるのであって、刑法上の「人」の地位を一時的にせよ獲得する可能性を有しているといえるの

ではないだろうか。

限定的無脳症脳死説では、「最初から死んでいる」と認定されるのは、あくまで完全無脳症新生児に限定される。しかし、少なくとも右のようなドイツの従前の法状況や医学的な事実を前提とするかぎりにおいては、完全無脳症そのものが無条件に「生きて生まれたものではない」との認定に結びつけられることは、根拠を欠くものといわなければならない。そのような認定は、従来の「出生」の要件を前提とするのであれば、完全無脳症新生児でも「出生」およびこれにもとづく「人」の地位の発生の可能性が完全には排除されないという点を度外視した恣意的なものとなってしまう。それでもなお限定的無脳症脳死説が臓器摘出の適法化理論として成立しうるとすれば、考えられるのは、それが「出生」の要件として右の(i)(ii)(iii)とは別個の事実を前提としており、ドイツでの従来からの「出生」の要件、そしてひいては「人」地位発生要件をいわば黙示的に変更している、ということである。

前述のように、この「人」地位発生要件は、新生児に対して胎児とは区別された「人」としての保護価値性を付与し保障する機能を営むものである。このような機能は、さきあげたような障害胎児を対象とする選択的人工妊娠中絶をめぐる今日の

問題状況を視野に入れるとき、障害を理由とする選別的な生命淘汰の危険が胎児から新生児へと及ぶことを回避するためには肝要なものといえる。このように重要な機能を営む「人」地位発生要件について、明示的な理論づけをとまなわないうまにその内容に変更を加えること自体、問題に与えられるべきであろう。ここではこの点を措くとしても、限定的無脳症脳死説により默示的に変更された「人」地位発生要件の内容とは、いかなるものなのだろうか。その内容に問題はないのであろうか。以下においては、*「ちんちん」*の点について検討を加えることにした。

注

- (98) 以上の点に関するについては、Vgl. *Albin Eser*, Zwischen "Heiligkeit" und "Qualität" des Lebens, Zu Wandlungen im strafrechtlichen Lebensschutz, in: *Joachim Gernhuber* (Hrsg.), Tradition und Fortschritt im Recht, Festschrift zum 500 jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät, 1977, S.383ff.; *Ralf Peters*, Der Schutz des Neugeborenen, insbesondere des mißgebildeten Kindes, Ein Beitrag zur Geschichte des strafrechtlichen Lebensschutzes, 1988, S.134ff.
- (99) *Albin Eser*, Ziel und Grenzen der Intensivpädiatrie aus rechtlicher

Sicht, in: *Hans Kamps / Adolf Laufs* (Hrsg.), Arztl- und Kassenarztrecht im Wandel, Festschrift für Prof. Dr. iur. Helmut Narr zum 60.Geburstag, 1988, S.53.

(100) *Franz v. Liszt / Eberhard Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrecht, 25. Aufl., 1927, S.459.

(101) *Isemer / Lilie* (Ann.16), S.66, 68; *Jähnke*, in: *Jescheck / Rugg / Willems* (Ann.33), Rdn.6 vor §211; *Eser*, in: *Schönke / Schröder* (Ann.33), Rdn.14 vor §211; *Dreher / Tröndle* (Ann.33), Rdn.2 vor §211; *Wessels* (Ann.33), S.1; *Maurach / Schroeder / Maiwald* (Ann.96), S.14; *Günter Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualintressen, 1995, S.23f.

(102) *semer / Lilie* (Ann.16), S.67.

(103) Vgl. §29 Abs.1 der Verordnung zur Ausführung des Personenstandsgesetzes i.d.F. v.25.2.1977, BGBl.I S.377.

(104) 今のWHOの見解については、室岡一『図解産科テキスト4』(一九八二年)七四頁参照。なお、WHO見解において「出生」の要件とされる「随意筋の明らか運動」が身分関係法施行規則第二九条第一項には掲記されていないが、この理由については明らかにすることができなかった。

(2) 脳本質論からとらえた「出生」の要件

限定的無脳症脳死説のもとでは、いかなる事実が「出生」の要件、そしてひいては「人」地位発生要件として黙示的なかたちで前提とされ、また、完全無脳症によつて欠落すると考えられているのであろうか。これらの点に考察を加えるためには、「完全無脳症」において完全に欠如するところの「脳」というものの本質が、「人」の生命の本質とどのように関連づけて理解されているのか、という点について解明を試みる必要がある。こうしたいわば生命本質論としての脳本質論という文脈において想起されるのは、ザイドラーが無脳症脳死説の基礎にあるものとして批判する「大脳なければ生命なし」の思想である。限定的無脳症脳死説は、ザイドラーの批判に応えて無脳症脳死説に修正を施し、「脳死」の認定根拠を全脳が欠損する完全無脳症に限定するわけであるが、このことにより、果たしてそのような思想が克服されるのであろうか。以上のような点に着目して限定的無脳症脳死説に検討を加えるための前提として、まず、無脳症脳死説の基礎をなすとされる「大脳なければ生命なし」の思想の具体的な内容や、これがはらむ問題性について明らかにしておきたい。

(a) 「大脳なければ生命なし」の思想と生命プロセスの初期段階

一 従来、「大脳なければ生命なし」の思想にみられるような、生命本質論としての脳本質論において主眼がおかれてきたのは、刑法上の「人の終期」である脳死の問題であった。これに対して、無脳症脳死説が実質的に論考の対象としているのは、胎児が成長し出産を経て新生児へと至るいわば生命プロセスの初期段階であつて、その終末的な段階としての脳死本来の問題ではない。それゆえ、無脳症脳死説と「大脳なければ生命なし」の思想とのつながりに論及するに先立って、まず、この思想がそうした初期段階にある生命との関係においてどのように展開されてきたのかを明らかにしておく必要がある。

ドイツにおいて「大脳なければ生命なし」の思想が生命プロセスの初期段階と関連づけて展開される契機となったのは、一九七〇年代に至り生殖医療の研究およびその実用化が本格化し始めたことであつた。<sup>(10)</sup> 人工生殖技術の発展によりヒトの受精卵や胚に対する人為的な介入・操作が可能となるにともなつて、そのような行為が胚形成による生命の発生過程のどの時点まで許容されるのか、そしてこのことと表裏の関係においてヒト胚がいつの時点より人為的な侵襲から保護されなければならないか、

といった問題が顕在化したのである。この問題をめぐっては、医学、法律学、哲学、倫理学などを交えて論議がなされ、その過程において、おもに倫理学の立場から「大脳なければ生命なし」の思想に依拠した以下のような解決策が提示されたのである。

二 ヴィンフリート・ルフは、「胚発生における個性と人格性」と題する一九七〇年の論文<sup>(10)</sup>において、まず、脳のなかでもとりわけ大脳半球が人間やその生命にとり重要な意味を有することを力説する。すなわち、ルフは、生物学的にみた有機体内部の諸活動を調整する中枢が脳幹であるのに対して、人間の「人格(Person) ないし「人格性」(Persönlichkeit) の基盤たる「精神性」(Geistigkeit) を管掌するのが大脳半球、なかでも大脳皮質であるとする。そして、たとえ単なる生物学的な統一体に過ぎない有機体の生命が脳幹などにより維持されているとしても、精神活動には必須である大脳皮質が崩壊し「自由な人格の発露」(freie personale Auszeugung) が不可能となれば、保護の対象となるべき「人間存在」(menschliche Existenz) の終了が決定づけられると論ずる。<sup>(10)</sup>

ルフは、このように人間存在の終了が「人格的生命」(personales Leben) の終了であるならば、人間存在の開始も、「人格性」—— 精確には、将来における「人格」の存在可能性——

の発生と同時でなければならぬと主張する。こうした観点からは、受精あるいは受精卵の子宮粘膜への着床の時点では、保護に値する人間存在が生じていないことになる。ルフによれば、それが生ずるのは、胚発生の過程で脳組織が分化し、その結果「人格的生命」の将来の「担い手」(Träger) である大脳半球の原基が成立した時点であるとされる。<sup>(11)</sup>

三 さらに、H・M・ザスも、一九八五年の「(人格の) 将来的可能性とその倫理的評価」と題する論文において、ヒト胚の生命に対する保護を開始する時点を確認するための前提として、「保護価値性のある人間人格 (menschliche Person) の胚胎を脳死の定義に照応させて定義すること」が必要であると述べている。<sup>(11)</sup> そのうえで、ルフ論文以降に医学の進歩がもたらした新たな知見をもとに以下のように主張し、胚に対する保護の要否を分かつ時間的な境界を設定している。「脳死の定義と対をなす問題、すなわち脳死者において『もはや』活動していないものが『未だ』(ヒト胚において) 活動を開始していないのはいつかという問題を解く手がかりとなるのは、人間発生学 (Humanembryologie) の知見である。医学側からの回答によれば、こうした(人間人格の胚胎が生ずる) 時点は、妊娠五〇日目に達していない段階では存在しえない。つまり、(略) それ以前の段階では、脳



の基本構造が脊髄のそれからの分化を開始していない」。

こうした点を踏まえて、ザスは、妊娠五〇日目すなわち受精後五〇日以降には胚に対する保護が必要になると論じている。

四 以上のようにみてくると、「大脳なければ生命なし」の思想における「生命」とは、生物学的にみた有機体としての生命とは区別された「人格的生命」を意味し、また、そこでいう「大脳(半球)」は、そうした「人格的生命」の「担い手」として位置づけられていることが明らかになる。したがって、その思想は、つまるところ「人格なければ生命なし」の思想であるといえよう。

(b) 「人格なければ生命なし」の思想と

そこでの生命理解

一 「人格なければ生命なし」の思想における「人格」(Person; person; persone; persona)とは、欧米では古代ギリシャ哲学以来の伝統をもつ概念であり、人間の本质を典型化するために用いられてきた。今日的な意味におけるその概念の確立は、カントに代表される近代倫理学に負うところが大きい。すなわち、カントによれば、「人格」とは、自己意識を有し理性的な、つまり自由で自律的・自己決定的な行為者を意味する。このような「人

格」概念は、欧米で一九七〇年代に勃興した生命倫理学(Bioethics)により継承され、尊厳死、脳死と臓器移植、人工妊娠中絶など、医療の先端的な問題領域において生ずる倫理的な諸問題を議論する際の立脚点と目されてきた。

ルフやザスの見解からも見て取れるように、そのような「人格」概念にもとづく視点からは、「人間の生命」(menschliches Leben)は、さらに保護価値のある「人格的生命」(personales Leben)と、保護価値を欠く単なる「生物学的生命」(biologisches Leben)とに区別されることになる。すなわち、理性的・自律的な「人格」のみが道徳的な権利の主体となりうるものとして理解され、その生命は、「人格的生命」として保護されることになる。これに対して、「人格」たりえない「非人格」の生命は、単なる「生物学的生命」であるために道徳的・倫理的な保護を享受できず、「人格」の利益を損なわなにかぎりにおいて生存が容認されるに過ぎないものと理解される。

二 こうした「人格」概念を前提とする「人格なければ生命なし」の思想のもとでは、生命が「人格」と結びついた「人格的生命」として存立するための基盤は、やはりルフやザスの見解からも明らかのように、大脳半球、そしてさらにはその表層にあって高度な精神活動を中心的に担うところの大脳皮質に求

められる。そのうえで、道徳的・倫理的な保護に値する生命の発生する原因は、その消滅の原因とパラレルな関係に立つものとして位置づけられている。すなわち、まず、保護価値を有する生命の消滅原因は、大脳半球ないし大脳皮質の崩壊によって「人格的生命」が消滅し、生命における「人格の自由な発露」が不可能となる点に求められる。これに対応して、その発生原因は、「人格的生命」の将来の担い手である大脳半球の原基が発生し「人間人格の胚胎」をみることに理解されている。つまり、生命保護の開始と終了とは、「人格的生命」の発生と消滅——精確に言えば、前者においては、将来における「人格的生命」の発生可能性の成立——とにそれぞれ対応することになる。

欧米の生命倫理学は、このように「人格的生命」が胚発生過程での脳形成により萌芽することを論ずるとき、このことを脳死との対比において「脳生」(Hirnleben; brain life)という概念を用いて説明している。<sup>(17)</sup>たとえば、マイケル・ロックウッドは、胚の生命を道徳的な保護の対象とする必要が生まれる時点として、「人格性」の根底にある神経生理学的機構が脳において発生するという意味での「脳生」に言及している。<sup>(18)</sup>

### (c) 「出生」の要件としての「脳生」

— 以上のように、無脳症脳死説の理論的基礎をなす「大脳なければ生命なし」「人格なければ生命なし」という思想の内容を分析していくと、そこからは「脳生」という倫理学上の概念が抽出される。それでは、こうした概念が無脳症脳死説においていかにして位置づけられ、無脳症新生児の刑法上の地位の理解にどのようなかたちで反映しているのであろうか。

既述のように、ヒト胚では、神経管のうち後に脳へと分化する部分である脳管は、通常は受精後二八日目までに完全に閉鎖する。このような脳管の閉鎖は、胚における脳形成にとって必須である。これに対して、無脳症では、脳管の閉鎖不全のために脳形成が著しく阻害され、そのためにとりわけ大脳半球の欠損が不可避である。このような無脳症の病態について、無脳症脳死説が「脳生」の概念およびこの根底にある「人格なければ生命なし」の思想にもとづいて評価をすれば、その内容は以下のようなものになると考えられる。——将来「人格的生命」にとり基盤となるべき大脳半球の原基が形成されるためには、神経管の一部である脳管の完全な閉鎖が不可欠の前提となるが、無脳症ではそうした前提そのものが存在しえない。ゆえに、受精後五〇日目以降での大脳半球の原基の形成による「人

間人格の胚胎」すなわち「脳生」は、そもそも無脳症においては生起しえない。そして、このことは、たとえ無脳症胎児が大脳半球以外の器官において正常な発育をみた後に母体外に娩出されたばあいでも、何ら変わりがない。<sup>119)</sup>

これまで指摘してきたように、無脳症脳死説によれば、無脳症新生児は、すでに胎児の段階から「脳死」が認定される状態にあり、「最初から死んでいる」「生きて生まれたものではない」存在であるとされる。ここでいわれるところの「脳死」は、上記の要点②にみるように大脳死に対応するものとされるが、さらに右の点を踏まえると、結局、それは、広義の無脳症にとまなう大脳半球の欠損が「脳生」の不成立をもたらし、倫理的そして刑法的な保護に値する「人格的生命」の成立を不可能とし、その結果として刑法上の「人」の生命ないしその地位が発生していない状態を意味していると考えられる。ここでは、刑法上保護価値ある「人」の生命の発生原因は、その消滅原因が大脳死としての脳死に求められることに対応するかたちで、「脳生」に見出されるのである。また、「最初から死んでいる」という表現は、胚形成のきわめて初期に脳管の閉鎖不全が起こり、その結果として「脳生」およびこれにもとづく「人格的生命」の成立が不可逆的に不可能となった状態をいうものと解される。

さきにみたように、ドイツ身分関係法施行規則によれば、「出生」の要件すなわち「人」地位発生要件は、(i)心拍動、(ii)臍帯拍動、(iii)肺呼吸、のいずれかが存在することと足りる。これに対し、無脳症脳死説においては、以上の点を踏まえると、「人」地位発生要件としては、右の(i)(ii)(iii)の生命徴候のひとつが観察されることに代わって、「脳生」の存在が要求されると理解できる。そして、このことの帰結として、無脳症新生児は、たとえそれらの生命兆候を示していたとしても、「脳生」を欠くために「生きて生まれた」「人」ではないとされるわけである。

二 右のように、「脳生」の概念やこの基礎にある「人格なければ生命なし」の思想のもとでは、無脳症新生児は、刑法上の「人」とはなりえない。つまり、それは、「人格」となる見込みのない「非人格」として道徳的・法的な権利の主体たりえず、したがって、その生命は、単なる「生物学的生命」として道徳的・法的な保護を享受できない。

しかし、このように「人格」「非人格」という二分法によって生命を区別して評価することは、はたして妥当なものといえるだろうか。すでにみたように、ザイドラーは、「大脳なければ生命なし」「人格なければ生命なし」の思想に対し、人間の本性が大脳半球の機能としての「知性的認識力」「コミュニケーション

能力」のみに見出される点をあげて疑問を投げかけている。おもうに、個々の人間の生命は、そうした能力のみでは評価し尽くされない多様な個性をもっているとみるべきであろう。そのような多様な個性をもつ生命を「人格」か否かという単純な二分法によって評価することは、おのずと恣意的なものとなり、その結果、生命の不当な選別を招くことにならざるをえないのではなからうか。<sup>(10)</sup>

注

- (10) *Wolffast* (Ann.16), S.165.
- (106) その内容を整理・検討したものととして、Vgl. *Günter Schirmer*, Status und Schutz des frühen Embryos bei der "In-vitro-Fertilisation", Rechtslage und Diskussionsstand in Deutschland im Vergleich zu den Ländern des angloamerikanischen Rechtskreises, 1987, S.97ff.
- (107) *Wolffast*, Individualität und Personalität im embryonalen Werden, Die Frage nach dem Zeitpunkt der Geistbeseelung, Theologie und Philosophie 1970, S24ff.
- (108) *Ruff* (Ann.107), S.46f.
- (109) *Ruff* (Ann.107), S.48f.

- (110) *Ruff* (Ann.107), S.50.
- (111) *H.-M. Sass*, Zukunftsfuge Möglichkeiten und ihre ethische Bedeutung, Archiv für Gynäkologie 1985, S.88.
- (112) *Sass* (Ann.111), S.89.
- (113) *Sass* (Ann.111), S.94.
- (114) 生命の初期過程に関しルフヤザスと同様に「大脳なければ生命なし」の思想に依拠する論者の見解に関しては、*Schirmer* (Ann.106), S.180ff. において紹介されている諸論文を参照。
- (115) 拙稿・注(1)前掲(四)四二四頁・四二六頁以下。
- (116) 「人格なければ生命なし」の思想が以上のような内容をもつ点に関して、詳しくは、拙稿・注(1)前掲(四)四二四頁以下を参照のほか、Vgl. *Peters* (Ann.98), S.234ff.; *Erhard Denninger*, Rechtsethische Anmerkungen zum Schwangerschaftsabbruch und sogenannten Frühehenanastie, Kritische Justiz 1992, S.284ff.

- (117) *Z.B. Wolffast* (Ann.16), S.165; *Fritz K. Beller / Kerstin Czaja*, Hirnleben und Hirntod, erklärt am Beispiel des anencephalen Feten, Bochumer Materialien zum Medizintechnik 1988, S.13f.
- (118) マイケル・ロックウッド(渡辺啓真訳)「生命はいつ始まる

るか」ロックウッド・注(初掲一五頁以下(さらに、訳者による本論文の解題として、同書四〇五頁参照)。ロックウッドは、たとえば以下のように述べている。「新たに受精した卵や受精後一週間以内のヒトの胚はまだ脳を有してはいない(略)。(略)ペトリ皿の中に精子と卵子があるとして、顕微鏡を通して観察すると、今にも卵子と結合しようとしている一つの精子が見つかる。そしてちょうどそのきわどい瞬間に、精子と卵子のあいだをガラスで隔てて受精が起るのを妨げたとしよう。そうすることに何かそれ自体として不正な点があるだろうか。まったくない。それは通常の避妊の場合と同様である。なるほど、そこには特定のヒトが生まれる潜在的可能性は存在し、いま言った操作によってその可能性の実現は妨げられている。しかし、重要なのが脳であり、しかも受精以前の時点でこの可能性を妨げることが不正でないとすれば、もっと後の、脳が発達する以前の時期にそうしても不正な行為ではないということになる。少なくとも論理的に導かれる結論はそうであると思われる。現に、これに非常に似た考え方が最近では支持を得つつあるようである。(略)そうした考え方が提起しているのは、ヒトがいつ生まれるかを言うための基礎

として、脳生 (brain life 私用語) という基準を発達しつつある胎児に適用すべきであるということであり、その基準は、ヒトがいつ死ぬか、あるいは魂と肉体がいつ分離すると推定されてよいかを決定するのに用いられる、脳死の基準と対称をなしている」(同書三二頁以下)。ロックウッドと同様の見解をとるものとして、See Libet, "Human Life" Testimony, Letters, 213 SCIENCE 154 (1981), Psinger & D. Wells, THE REPRODUCTION REVOLUTION: NEW WAY OF MAKING BABIES 97-98 (1984).

(119) ちなみに、Ruff(Ann.107), S.49 は、まさに本文でとりあげたその見解との関連において、無脳症では胚発生過程での神経管の閉鎖不全に起因して大脳半球が欠損する点に特に言及している。また、F.K.Beller, Pränatale Diagnostik — eine ethische Ausweglosigkeit, in: Dudenhausen, Das Kind im Bereich der Geburts- und Pränatalmedizin, 1987, S.82f. は、まさに本文でみたザスの見解に左祖したうえで、胚における神経管の閉鎖こそが大脳半球の原基の発生のための前提条件であり、したがって胎児が「人」となるために必要となる旨述べている。

(120) 「人格なければ生命なし」の思想が有する問題性に関し

て、詳しくは、拙稿・注(1)前掲四四二九頁以下および(六)四三七頁以下参照(これらの箇所では、そうした思想を「人格的生命観」と呼んでいる)。

### (3) 「脳生」の概念からみた限定的無脳症脳死説

一 以上のように、無脳症脳死説は、「大脳なければ生命なし」「人格なければ生命なし」の思想、およびこれにもとづく「脳生」の概念に依拠して、その理論を構成するものである。その結果、無脳症新生児は、本来付与されるべき刑法上の「人」としての地位を否認されている。それでは、無脳症脳死説の修正理論として提起された限定的無脳症脳死説においては、「人格なければ生命なし」の思想や「脳生」の概念のもつ問題性は、はたして克服されているのであろうか。

ドイツでの一般的な理解によれば、「出生」の要件は、(i)心拍動、(ii)臍帯拍動、(iii)肺呼吸、のいずれかが存在することである。上述の通り、こうした要件に照らしてみるかぎりでは、完全無脳症新生児も、少なくとも「出生」の要件のうちの(ii)を具備しうるのであって、刑法上の「人」の地位を獲得する可能性を有していると解される。これに対して、限定的無脳症脳死説では、当該新生児が常に「出生」の要件を充足しえないとの判

断を導き出している。その際、いかなる事実が右の(i)(ii)(iii)に代わり「出生」の要件を構成するかについては、明言されていない。それでは、限定的無脳症脳死説においては、完全無脳症新生児が常時充足しえないとされる、「出生」のための新たな要件として、一体いかなる事実が前提とされているのであろうか。

限定的無脳症脳死説は、「脳死」の認定根拠を「完全無脳症」に限定するという点において、無脳症脳死説に対するアンチテーゼとしての役割を担っている。しかし、その一方で、無脳症脳死説が右のように「脳生」を「出生」の要件とする理論構成をとることに対しては、何のアンチテーゼも提示していない。このようにみえてくると、限定的無脳症脳死説による立論は、無脳症脳死説の基底にある「脳生」という概念を理論的な検討を経ないままにその黙示の前提として取り込んでいるというほかはないのではあるまいか。

二 ただし、大脳死説と結びついた無脳症脳死説が前提としている「脳生」と、全脳死説に立つ限定的無脳症脳死説の前提にある「脳生」とでは、両者の内容に差異を見出しえないではない。すなわち、前者は、その不成立の結果としては、広義の無脳症による大脳半球の欠損が生ずれば足りるものであり、それゆえ大脳死としての脳死に対応するものと解される。これに

対して、後者は、その不成立の結果としては、完全無脳症による全脳の欠損が生ずることを要するものであり、ゆえに全脳死としての脳死とパラレルな関係に立つとみることができ。したがって、後者の「脳生」の概念からは、「大脳なければ生命なし」「人格なければ生命なし」という、「人格的生命」のみを保護価値あるものとみなし、その所在を大脳半球に求めるという思想が排除されうると考えられなくもない。しかしながら、それでもなお、以下の問題点(一)(二)(三)に照らして、限定的無脳症脳死説が「脳生」を「出生」の要件、そしてひいては「人」地位発生要件とすることに疑問がある。

(一) 限定的無脳症脳死説によれば、完全無脳症では、胚形成のきわめて初期の段階において脳管の閉鎖不全により「脳生」の成立が不可逆的に不可能になるとされる。しかしながら、そうした妊娠最初期における脳管の閉鎖不全、およびこれに起因する「脳生」の不成立といった現象は、それ自体きわめてミクロの次元に所在するものであり、胚を母体外に摘出でもしないかぎり、それらの現象を視認することは不可能である。そもそも、「脳生」という概念は、すでにみたように、胚に対する人為的侵襲をいつの時点まで許容するかという問題との関連において、つまり母体外に摘出された胚に関して論じられたものである。

しかも、そのばあいでも、「脳生」は、個々の胚についてその成否が具体的に問題とされるのではなく、胚に対する人為的侵襲が許容される時間的な限界を一般的なかたちで線引きするための根拠として抽象的に観念されるにすぎないものであった。これらのことは、「脳生」という現象そのものが微細で視認困難なものであることと無関係ではなからう。このようにみてくると、ましてや母体内の胚に関しては完全に不可視となる「脳生」という現象の成否を、「出生」の要件事実の存否と具体的に結びつけて論ずることに対しては、本来「脳生」をめぐる議論がそこまでのことを予定しているのか、疑問を差し挟まざるをえない。

(二) (一)にみるように「脳生」の不成立という現象が不可視であることに関連して、さらに問題点を指摘しうる。無脳症脳死説によれば、無脳症新生児には、胚における脳管の閉鎖不全に起因する「脳生」の不成立により、すでに胎児の段階で保護価値のある生命が存在していないとされる。そのうえで、いわば「無から有は生じない」ことから、当該胎児が母体外に娩出された存在としての無脳症新生児は、出産後即時に「最初から死んでいる」と評価され、特段の診断を経る必要なく直ちに臓器摘出の対象となりうる。これに対して、限定的無脳症脳死説は、無脳症脳死説の修正理論として、「脳生」が不成立となる無脳症の

範圍を全腦の欠損する完全無脳症に限定する。ところで、前述したように、腦管の閉鎖不全の結果としては、大脳半球の欠損は必発であるが、腦幹を含む全腦の欠損は、必ずしも生じない。それゆえ、「腦生」の不成立について、全腦の欠損をとめない全腦死に対応するものだけを抽出し、大脳半球の欠損にとどまり大脳死に対応するものを排除することは、少なくとも母体外からの観察では技術的に不可能である。すでにみたように、胚の段階からさらに成長した胎児についても、全腦を欠損する完全無脳症と大脳半球のみを欠損する広義の無脳症とを母体外から判別することさえ、医学的には不可能なのである。したがって、すでに胎児に関し保護価値ある生命が「腦生」の不成立により「無」になるとし、そこから新生児が「最初から死んでいる」としてその生命の保護不要性を直截に帰結することは、全腦の欠損に限定したかたちではなしえないことになる。これでは、限定的無脳症脳死説が無脳症脳死説の修正理論として臓器摘出の対象となる無脳症新生児の範圍に絞りをかける機能を実質的に果たしうるのか、重大な疑義を挟まざるをえないところである。とりわけ、移植用臓器が絶対的に不足している状況のもとで、無脳症脳死説が臓器用臓器を迅速かつ多量に確保するといふ要請と強く結びついて展開されてきたことを考慮に入れると、

そのような疑義は、容易には払拭されない。

(三) ヒトの生命の発生の過程では、一個の細胞からなる受精卵が卵割により分裂を繰り返して胚となり、これがさらに胎児へと成長し、最終的に成体となって出産に至る。発生の初期の段階では、個々の細胞や細胞群は、特定の形態的・機能的特徴を示さず、いわゆる未分化な状態にある。しかし、発生が進むにつれて、細胞の機能的・形態的な分化が進み、細胞が集団をなし、それぞれに特徴のある組織や器官を形成する<sup>(12)</sup>。脳も、このような分化によつて生み出される様々な器官のひとつである。そのような分化による器官形成の過程に障害が起きると、当該器官に奇形が発生する。この奇形がきわめて重度である場合には、生命の発生過程そのものが阻害をうけ、胎児は、出産に至る以前に死亡する。前述のように、胚における腦管の閉鎖不全によつて生ずる無脳症も、これが重度であると、胎児を死に至らせることがある。その反面において、たとえ脳が正常に形成されていたり、あるいは無脳症が胎児を死に至らしめなくとも、他の器官に重篤な奇形があれば、その結果として胎児が死に至ることがある。結局、脳に生ずる奇形としての無脳症は、分化による器官形成の過程で起こりうる様々な器官の奇形の一種にすぎず、他の奇形と同様、重度であれば生命の発生過程を攪



乱して胎児を死に至らせることもあり、さもなくば出産に至つて新生児に先天異常となつて現れる。さらにいえば、生命の発生過程の進行にとつては、唯一脳の形成のみが決定的な意味をもつというわけではなく、そこには脳以外の様々な器官の形成が関わっている。このようにしてヒトの生命の発生過程をみるかぎり、脳の原基の発生に「脳生」として特別の意味づけをし、無脳症によりそれが不成立となることを以つて保護価値ある「人」としての生命の発生を否定することは、たとえ無脳症を全脳の欠損する完全無脳症に限定したとしても、「大脳なければ生命なし」「人格なければ生命なし」の思想のように脳というひとつの器官——そしてさらにはそのなかの大脳半球や、さらにいえば大脳皮質——に「人格的生命」の座といった特別の地位を付与しない限り、そもそも不可能なものはあるまいか。以上の問題点は、「人の終期」に関して全脳死を「人」の死とする立場からも、これを指摘しうるものと解される。

注

(121) 『南山堂医学大辞典』(注(8)前掲)一七三三頁。

## 五 結 語

以上、無脳症脳死説およびその修正理論である限定的無脳症脳死説について検討を加えてきた。その結果、無脳症脳死説によりすべての無脳症新生児が刑法上の「人」たる地位を付与されない点はもとより、限定的無脳症脳死説のもとで完全無脳症新生児にかぎり当然かつ全面的に刑法上の「人」の地位が否認される点についても、その正当な理論的根拠を見出しえなかつた。結局、心停止以前の無脳症新生児からの臓器摘出を適法化しうるだけの刑法上の根拠が提示されていないといふべきである。

無脳症脳死説は、移植用臓器を良質の状態でも量に確保するという移植医療上の要請と強く結びついている。そこで、すべての無脳症新生児に共通する大脳半球の欠損を「脳死」認定の根拠とすることを通じて、移植のためのドナーをより迅速により多数確保し、良質かつ多量の臓器を入手可能たらしめようと意図するものである。しかし、このような無脳症脳死説は、ドイツで医学的・法的に定着している全脳死説の考え方とは明らかに背馳する。また、サイドラーは、そうした無脳症脳死説の根底にある「大脳なければ生命なし」の思想の有する危険性を

指摘した。これらのことをうけて、無脳症脳死説の擁護論者は、この説の修正理論として、「脳死」認定の範囲を全脳の欠損する完全無脳症に限定する限定的無脳症脳死説を提唱した。しかしながら、すでに述べたとおり、移植用臓器の確保という医療上の要請と強く結びついて展開されてきた無脳症脳死説にとつて、臓器入手の機会を狭めることになる点でいわば自縄自縛ともいえる修正理論が有効なものなのか、そもそも疑問であった。そして、限定的無脳症脳死説に対する理論的な検討を通して、そうした疑問は裏書きされたと考える。なぜならば、限定的無脳症脳死説は、「脳生」を「出生」の要件そして「人」地位発生要件とする無脳症脳死説の理論構成を継受しているからであり、特に前者の説における「脳生」の概念のはらむ問題性は、右の(一)(二)(三)にみるとおりである。とりわけ(三)にみられるように、限定的無脳症脳死説は、「脳死」の認定範囲を完全無脳症に限定するという歯止めの機能を果たしえず、むしろ「大脳なければ生命なし」「人格なければ生命なし」の思想と結びつかざるをえないようにおもわれるのである。

それでは、「人」地位発生要件は、具体的にいかなる事実によって構成されるべきであろうか。「人」地位発生要件は、「人の始期」において新生児に対し「胎児」とは区別される「人」とし

ての固有の保護価値性を付与し保障するという機能を有する。ところで、上述したように、「人の始期」において、それまで母体に従属して維持されてきた新生児の生命は、刑法上の「人」として認知され独立した地位を獲得しうるか否かをめぐって社会的に不安定な地位におかれ、その結果、時として「人」の生命の発生という客観的事実さえもが軽視されがちである。このような新生児の地位を安定化するためには、「人」地位発生要件は、できるかぎり客観的・具体的・事実的で何人にとつても認識容易なものである必要がある。このような観点からいえば、一般にドイツにおいて、「人の終期」に関して(全)脳機能の消失に着目する(全)脳死説が採用されつつ、同時に「人の始期」については心肺機能の存在に照準を合わせて(i)心拍動、(ii)臍帯拍動、(iii)肺呼吸を「人」地位発生要件とする立場がとられていることには、合理性を見出しうる。というのも、これら(i)(ii)(iii)の事実は、きわめて具体的で認識容易な生命兆候であり、それらを「人」地位発生要件とすることは、新生児の地位の安定化に資すると考えられるからである。これに対して、右の問題点(一)においても指摘したように、「脳生」という現象は、不可視で抽象的・観念的ですからあり、このようなものを一般に「人」地位発生要件とすることは妥当でない。

このようにみてくると、「人の終期」に関しては脳死説の立場をとるべきであつても、「人の始期」については、「人」地位発生要件は、右の(i)(ii)(iii)の事実のいずれかが存在することで足りると考える。よつて、無脳症新生児からの臓器摘出は、それらの事実のいずれかが存在するかぎり適法とされるべきではない。

本稿の冒頭でも述べたように、無脳症新生児からの臓器移植という問題は、脳死と臓器移植をめぐる問題領域全体からみれば、その周縁部に位置するかなり特殊な問題といえよう。このことは、本問題が、刑法上の「人の終期」としての脳死本来の問題以前に、「人」地位発生要件という「人の始期」に関わる問題としての実質をもっていることをみれば、より明らかであるといえよう。本稿は、後者の問題に論及することには終始し、脳死と臓器移植に関する本論に踏み込むことはできず、脳死説の当否そのものについては立場を留保したかたちとなった。しかし、本稿で論じた内容からは、脳死・臓器移植の問題一般を論じていくうえでの課題を汲み取ることができるようにもわれる。たとえば、仮に今後日本でも移植医療が進展し移植用臓器の不足が生じたばあいに、臓器の確保という見地から脳死認

定が拡張的になされる危険に対して、どのような理論上の歯止めを設ければよいのか。また、拡張的な脳死認定の危険の背後につきまとう「大脳なければ生命なし」「人格なければ生命なし」といった思想に対して、どのようなアンチテーゼを立てておくべきなのか。筆者としては、これらの課題を自らのものとしつつ脳死・臓器移植論議の末席に加わっていきたいと考えている。

(ほうじよう・まさひろ)