死の概念と生命権 (1)

岡 田 俊 幸

I 序論
II 死の概念
1 脳死否定説の諸相（以上，本号）
2 脳死否定説の検討
3 小括
III 臓器摘出の許容性と要件
IV 結語

I 序論

ドイツの脳死論議については，従来から日本の研究者によって多大なる関心が寄せられてきており，すでに数多くの研究成果が蓄積されている(1)。これらの研究によって，ドイツにおいても，1990年代中ばから「脳死」を「人の死」と見ることに反対する考え方が台頭し，1997年に成立した臓器移植法(2)

(1) 斎藤誠二『刑法における生命の保護［3訂版］――脳死・尊厳死・臓器移植・胎児の傷害――』（1992年，多賀出版），同『医事刑法の基礎理論』（1997年，多賀出版）および同『脳死・臓器移植の論議の展開――医事刑法からのアプローチ――』（2000年，多賀出版）による詳細な研究が代表的である。

(2) BGBl. I, 1997 S. 2631 ff.この法律については，斎藤『脳死・臓器移植の論議の展開』299頁以下のほか，川口浩一「臓器移植法の日独比較――同意規定と臓器売買の禁止に関して――」奈良法学会雑誌（奈良産業大学法学会）10巻2号（1997年）43頁以下，長井圓「日本とドイツの臓器移植法：比較と検討」神奈川法学（神奈川大学法学会）32巻2号（1998年）29頁以下，臼井豊「ドイツ臓器移植法について」商学討究（小樽商科大学）51巻4号（2001年）231頁以下によってすでに紹介・検討がなされている。さらに，アルビン・エーザー（長井圓／井田良訳）「ドイツの新臓器移植法（上）（下）」ジュリスト1138号（1998年）87頁以下，1140号（1998年）125頁以下も参照。

の制定過程において，脳死を人の死と見ることができるかどうかについて激しい議論がなされたことを確認することができる(3)。また，成立した臓器移植法が，脳死否定説の台頭にもかかわらず脳死説を前提としていることもすでに指摘されている(4)。憲法研究者の立場から注目しなければならないのは，この時期の脳死否定説が憲法解釈論上の主張として提示されたことである。この時期における脳死否定説の代表的な論者の一人であるヘーフリング（Wolfram Höfling）は，（部分的にはリクセン（Stephan Rixen）との共著の）一連の著作(5)において，基本法2条2項1文の「生命」の解釈として

(3) 斎藤誠二「ドイツの臓器移植」西原春夫先生古稀祝賀論文集編集委員会編『西原春夫先生古稀祝賀論文集第3巻』（1998年，成文堂）59頁以下（斎藤『脳死・臓器移植の論議の展開』301頁以下に所収）。

(4) ドイツの臓器移植法は「死の概念」に関する明確な定義規定をおかなかった。ただ，臓器移植法3条は，臓器の摘出は，4条に別段の定めがない限り、①臓器提供者が摘出に同意しており，②「臓器提供者の死亡が医学的知見の水準に合致するルールに従って確認され」，かつ③侵襲が医師により行われるときにのみ許される，と規定する（1項）とともに，臓器の摘出は，「摘出前に，臓器提供者について，大脳，小脳および脳幹の全機能の最終的で回復不能な消失が，医学的知見の水準に合致する手続ルールに従って確認されていないとき」には許されないと規定しており（2項），「ドイツの立法者は，事実上，全脳機能の最終的消失の時点を基準として採用しているのであるから，少なくとも黙示的には脳死説をとることを表明している」と理解されている（エーザー・前掲註(2)「ドイツの新臓器移植法（上）」89頁）。そこで，死の定義にかかわる臓器移植法の諸規定は「脳死反対論者に配慮した巧妙な妥協的規定」とも評されている（臼井・前掲註(2)236頁）。

(5) 代表作は，*Wolfram Höfling/Stephan Rixen*, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin: Hirntodkriterium und Transplantationsgesetz in der Diskussion, 1996 であるが，この著作については，すでに，斎藤『医事刑法の基礎理論』98頁以下，184頁以下，同『脳死・臓器移植の論議の展開』35頁以下，77頁以下，152頁以下，322頁以下で詳しく紹介されている。ただ，そこでは，「この本にはバイアスがかかっていることに注意しなければならない」（『医事刑法の基礎理論』110頁）とか，「ヘーフリングとリクセンの本は一種のキャンペーンとしての性格があり，相当のバイアスがかかっている」（『医事刑法の基礎理論』187頁）とか，「この本に書かれていることはバイアスのかかったものであることに注意しなければならない」（『脳死・臓器移植の論議の展開』326頁）と繰り返し指摘されている。筆者は，こうした指摘とはやや異なり，この本の中でヘーフリング／リクセンが展開した主張はドイツ基本法の解釈論としては相応の説得力を有する解釈学説であると評価しており，この点は，後に詳しく述べることとする。

脳死を人の死と解することはできないと主張し，死の概念をめぐって憲法解釈論レヴェルの議論を誘発することとなった。筆者にとってさらに興味深いのは，憲法解釈論レヴェルの議論が，たんに研究者内部での論争にとどまることなく，憲法研究者が臓器移植法の制定過程に関与することによって臓器移植法の実際の審議に少なくない影響を与えたことである。例えば，臓器移植法を審議の対象とした連邦議会法務委員会公聴会には7名の研究者が公述人として出席しているが，そのうちの4名が憲法研究者であった(6)。しかも，後述するように，その4名のうちの3名までが脳死否定説を展開していることは，注目に値しよう。1990年代のドイツで強力に主張された脳死否定説の根拠やそれに対する批判についても，これまでの研究によってすでにほぼ解明されていると言ってよい(7)。ただ，従来の研究においては，これらの学説が有する憲法解釈論としての持ち味，妙技といったものについては，必ずしも十分に伝えられていないようにも思われる。脳死否定説を憲法解釈論上の主張として受け止めた上で，憲法解釈論としての説得力をドイツの基本権解釈論の文脈において内在的に検討することは，憲法研究者の仕事として，なお残されているのではないだろうか(8)。以上のような問題意識に基づき，本稿は，1990年代の臓器移植法制定過程において一定の役割をはたした脳死否定説に憲法解釈論の視点から考察を加えることにしたい(9)。

---

(6) 公聴会に出席した他の3名の研究者は，医事法学者のドイチェ（Erwin Deutsch）と刑法学者のシュライバー（Hans-Ludwig Schreiber）とトレンドレ（Herbert Tröndle）であるが，この3人の見解についての検討は，本稿の問題関心からは外れるため控えることとする。なお，シュライバーの見解については，ハンス＝ルートヴィヒ・シュライバー（日髙義博訳）「生命の保護の限界としての脳死」専修法学論集（専修大学法学会）63号（1995年）97頁以下，ハンス＝ルートヴィヒ・シュライバー（長井圓／臼井豊訳）「人の死はいつなのか？／移植法の基点となる脳死，臨床死および同意をめぐって」法律時報71巻10号（1999年）72頁以下の翻訳により，また，トレンドレの見解については，中山研一「ドイツにおける脳死否定論(1)――トレンドレの論文の紹介――」北陸法学（北陸大学法学会）7巻2号（1999年）55頁以下によって，すでに紹介・検討がなされている。

(7) 斎藤『脳死・臓器移植の論議の展開』77頁以下，井田良「脳死説の再検討」西原春夫先生古稀祝賀論文集編集委員会編『西原春夫先生古稀祝賀論文集第3巻』（1998年，成文堂）43頁以下。

ところで，憲法解釈論として脳死を人の死と認めることはできないと主張する学説も，生きている脳死者からの臓器摘出が許されないと主張しているわけではない。むしろ正反対に，これらの諸学説は，生きている人からの臓器摘出も許容される，と主張している。そこで，これらの諸学説が，生きている人からの臓器摘出がどのような法的構成によって許容されると主張しているのか，また，臓器摘出がいかなる要件の下で許されると解しているのか，といった点についても検討しなければならない。

従って，本稿は，二つの部分から構成されることになる。本稿の前半部分では，「死」の概念をめぐる憲法解釈論を検討する（II)。そこでは，やや冗長となるかもしれないが，まず，連邦議会法務委員会公聴会に公述人として出席した3名の研究者の見解と臓器移植法制定当時に連邦法務大臣の職にあったシュミット・ヨルツィッヒ（Edzard Schmidt-Jortzig）の見解を個別

(8) 憲法学の立場から脳死と臓器移植の問題に取り組んでいる貴重な論文として，柏崎敏義「臓器移植における脳死の憲法問題」憲法理論研究会編『現代行財政と憲法』(1999年，敬文堂）161頁以下，同「脳死移植」ドイツ憲法判例研究会編（栗城壽夫・戸波江二・青柳幸一編集代表）『未来志向の憲法論』(2001年，信山社）539頁以下，同「臓器移植から臓器形成へ── ES細胞をめぐって──」樋口陽一・上村貞美・戸波江二編集代表『日独憲法学の想像力　上巻』(2003年，信山社）347頁以下がある。ただし，ドイツの学説に言及している上記の諸論文においても，基本法2条2項1文の「生命」概念に関する憲法解釈論は検討されていない。憲法研究者による論文としては，さらに，田口精一「人間の尊厳と死の判別」清和法学研究（清和大学法学会）6巻1号（1999年）1頁以下，堀内健志「脳死・臓器移植問題の新展開」人文社会論叢・社会科学篇（弘前大学人文学部）2号（1999年）91頁以下，中山茂樹「子どもからの脳死臓器移植について──医療・生命科学研究における自己決定能力が十分でない者の保護・序説」西南学院大学法学論集（西南学院大学学術研究所）35巻1・2合併号（2002年）203頁以下がある。

(9) ただし，筆者の能力的限界および時間的制約もあって，この論点にかかわるドイツの文献を網羅的に検討するには至らなかった。とくに若手研究者による博士論文である *Ines Klinge*, Todesbegriff, Totenschutz und Verfassung, 1996 および *Stephan Rixen*, Lebensschutz am Lebensende, 1999 は力作であるが，残念ながら，本稿の検討の対象から除外せざるを得なかった。なお，リクセンには，*Stephan Rixen*, Todesbegriff, Lebensgrundrecht und Transplantationsgesetz, ZRP 1995, S. 461 ff.という論文があり，この論文については，長井圓「生命の法的保護の限界──臓器移植法をめぐる『脳死』基準──」神奈川大学創立70周年記念論文集（1998年）215頁以下，251頁以下で紹介されている。

的にかつ出来る限り精確に叙述する作業を行う。その上で，脳死説を唱える研究者によって脳死否定説に対して加えられた批判を紹介しながら，脳死説と脳死否定説との間の一致点と対立点を明らかにすることを試みる。後半部分は，脳死否定説がいかなる根拠に基づいて，また，いかなる要件で臓器摘出を許容するのか，という論点を扱う（III）。ここでも，脳死否定説を主張する研究者の解釈論を個別的に叙述する作業を行った後に，これに対する批判を紹介し，若干の検討を行うこととしたい。

II 死の概念

1 脳死否定説の諸相

(1) ヘーフリングの所説

(a) ドイツ刑法学の通説的見解は人の死を脳死と解釈してきた(10)。従来の憲法学もこの解釈を受け入れてきたと言えよう(11)。こうした議論状況の下で通説的見解に論争的かつ挑発的に論戦を仕掛けたのは，すでに述べたように，ヘーフリングの（部分的にはリクセンとの共著の）一連の著作(12)であった。ヘーフリングは，脳死を人の死と見るべきかどうかという問題を，基本法2条2項1文に基づく「生命権（Recht auf Leben）」の保護領域の範囲画定の問題と捉えた上で，脳死の人は，「基本法2条2項1文に基づく生命権の意味において生きている人」であり，「基本権の意味において（im

(10) 斎藤『脳死・臓器移植の論議の展開』87頁は，「ドイツでは，1970年代のはじめから，法律学，とくに刑法学では，『脳死』を『人の死』とする『脳死説』が圧倒的な多数説であった（いまでもそうである。……）。」と指摘している。

(11) 例えば，*Adalbert Poldlech*, in: AK-GG 2. Aufl., 1989, Art. 2. Ab. 2, Rdnr. 9 は，生命権の保護法益を論じる文脈で，「人の生命の終期については，医学のルールに従って決定される。」と指摘している。また，*Dieter Lorenz*, Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1989, § 128 Rdnr. 15 は，死の発生を規範的に決定するに際しては生命の機能の不可逆的終止に照準を合わせなければならないが，それは，「人間に特有であり，かつ人格を根拠付ける制御中枢の最終的な停止」，「いわゆる脳死」によって生じると説いている。

Grundrechtssinne）死んでいない」と主張する。その根拠として，ヘーフリングは，脳の停止が何故，「基本法の意味における人の生命」を終了させることになるのか，その理由が憲法上許される仕方では根拠付けられていないことを挙げている（Verfassungsfragen, S. 75, S. 113)。以下，ヘーフリングの議論の骨子を紹介することにしよう(13)。

(b) ヘーフリングは，解釈論の前提的作業として，法律学が医学に追随するだけの「抑圧された隣接科学という脇役」や「受動的な受容者の役割」に甘んじてはならないことを強調した(14)上で，「死の定義」に関する「医学」と「(憲) 法学」の役割分担を明確化し，「憲法学の任務」を再定位することを試みる。

ヘーフリングは，「憲法学の任務」をより明確にするために，「議論の異なったレヴェル」を自覚的に分離することを提案する。すなわち，第一のレヴェルは，「属性のレヴェル（die attributive Ebene)」である。ここでは，「死の主体」がパラフレーズされなければならない（誰が死ぬのか？)。第二

(12) 以下の叙述は，① *Wolfram Höfling/Stephan Rixen*, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin : Hirntodkriterium und Transplantationsgesetz in der Diskussion, 1996 を基軸とし，② *Wolfram Höfling*, Um Leben und Tod : Transplantationsgesetzgebung und Grundrecht auf Leben, JZ 1995, S. 26 ff. ; ③ *ders.*, Über die Definitionsmacht medizinischer Praxis und die Aufgebe der Verfassungsrechtslehre, JZ 1996, S. 615 ff. ; ④ *ders.*, Plädoyer fur eine enge Zustimmungslösung, Universitas 1995, S. 357 ff. ; ⑤ *ders.*, Hirntodkonzeption und Transplantationsgesetzgebung, MedR 1996, S. 6 ff.を併せて参照した。さらに，⑥連邦議会法務委員会に提出した意見書（*ders.*, Kurze schriftliche Stellungnahme aus Anlass der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am Mittwoch, dem 15. Januar 1997）および⑦公聴会における彼の発言（Protokoll der 72. Sitzung des Rechtsausschusses am Mittwoch, dem 15. Januar 1997）も参照した。以下，①から⑦の文献は，割註の形式で引用するが，その際に，各文献を，① Verfassungsfragen，② Leben，③ Definitionsmacht，④ Plädoyer，⑤ Hirntodkonzeption，⑥ Stellungnahme，⑦ Protokoll と略す。

(13) ヘーフリングの見解に触れている論文として，加藤久雄「臓器移植をめぐる倫理的・法的諸問題について――とくにドイツ・イギリスにおける現状とその問題点を中心にして――」中山研一先生古稀祝賀論文集編集委員会編『中山研一先生古稀祝賀論文集第1巻生命と刑法』(1997年，成文堂）333頁以下，336頁以下がある。

のレヴェルは,「定義のレヴェル (die definitorische Ebene)」である。ここでは,第一のレヴェルに直接的に関連して,「死の概念」が問題となる (死とは何か?)。第三のレヴェルは,「判定基準論のレヴェル (die kriteriologische Ebene)」である。ここでは,死の発生を示す事実を記述している判定基準が問題となる (何によって死を認識するのか?)。最後の第四のレヴェルは,「診断のレヴェル (die diagnostische Ebene)」である。ここでは,判定基準の充足を証明する検査が開発されなければならない (どのようにして死を証明するのか?)。ヘーフリングによると,第一のレヴェルから

---

(14) 本文で述べたように,ヘーフリングは,憲法解釈論の前提的作業として,法律学が医学に追随するだけの「抑圧された隣接科学という脇役」や「受動的な受容者の役割」に甘んじてはならないことを強調している。この点にかかわるヘーフリングの議論を拾ってみると,次のようになる。ヘーフリングによると,20世紀の半ばまでは「死」は「宿命的な自然現象」であり,血液循環,呼吸および心臓活動の停止は生と死の「人為の及ばない」境界線として通用していた。しかし,集中治療医学の発達は,従来死の概念の特徴であった「明確性」を排除し,死が「プロセスの性格」を有していることを明るみに出した。その結果,死の概念を評価的に (wertend) 定義し直すことが必要となった。この展開は,ある種の逆説によって特徴付けられる。医学の技術的介入が「死」という自然現象を脱自然化し,「継続的なプロセス」にすればするほど,生と死との間の法的な境界線引きの問題がより鋭く提起される。つまり,「出来事 (Ereignis)」としての死を解体した当の医療が,死が「出来事であること (Ereignishaftigkeit)」を回復することを求めているのである。ただ,現在では,もはやたんに死を「確認する (feststellen)」だけでは済まないのであり,むしろ,「出来る限り実用的な死亡時点」を「確定する (festlegen)」が問題となる (Plädoyer, S. 357 f.; Hirntodkonzeption, S. 6 f.)。ところが,法律学は,医学上の死の概念の「無自覚的で素朴な受容」の時代が終わった後も,医学による死の再定義に受け入れてきた (「動態的な参照指示 (die dynamische Verweisung)」)。ヘーフリングは,こうした,「つねに新しくなる生命科学の知見の参照を慣例通りに指示すること」は,ヨーロッパの国家システムの形成における始原的準拠点であり,今日まで立憲国家の中心的な要請である人間の生命の保護が,自然科学的思考に染まった専門家に委ねられることになる,という意味で法律学の「所有物の致命的な没収」につながる,と警告し,こうした「学科を超越した先取り (Präjudizierung)」に断固として反対すべきであると主張する。脳死説が暗黙のうちに決定している,そもそも何が人間の本質を形成しているのかという問題は,決して「医学の独占権限」に属さない。生命の終期は,生命の始期と同じように「法概念」であって,基本法2条2項1文の保護次元を生命の終期に向けて検討することは「憲法学の任務」であるというのである (Verfassungsfragen, S. 59 ff.; Leben, S. 28 ff.)。

第四のレヴェルまでの各レヴェルは，各レヴェルにおける確定はその直前のレヴェルで設定された枠組みに従ってのみ行われる，という関係にある。つまり，第四のレヴェルにおける「検査」は，第三のレヴェルにおける「特定の判定基準」との関連でのみ有意義であり，この判定基準は，第二のレヴェルにおける特定的な「死の定義」を考慮してはじめて規定される。さらに，この「死の定義」も，第一のレヴェルで行われた「死の主体」の確定があってはじめて決定されるのである（Verfassungsfragen, S. 62 f. ; Plädoyer, S. 359)。

こうした枠組みを前提として，ヘーフリングは，第一および第二の議論レヴェルの決定に対する医学の独占要求は存在し得ないこと，人の生命とは何かという問題は，むしろ，「基本法２条２項の基本権的保障内容」にかんがみて，少なくとも「課題にふさわしい憲法具体化」（Plädoyer, S. 358）あるいは「課題を処理する憲法具体化」の問題でもあることを指摘する。すなわち，すでに「生命の始期」については，堕胎罪との関連において，基本法２条２項１文の基本権保護領域の適切な画定の問題として議論されている。この議論が「生命の終期」の問題に波及しないのは不思議であり，基本法２条２項１文の「保護次元」を「生命の終期」にも及ぼすことが，まさに「憲法学の任務」となる（Verfassungsfragen, S. 61 f.)。そうだとすると，死の概念は，「生命基本権の事項的射程範囲」の問題であり，基本法２条２項１文に含まれる「生命という構成要件要素の解釈」が決定的に重要となる。そして，この概念は「規範的概念」であり，最終的には，「憲法によって，つまり，連邦憲法裁判所によって定義されるものであって，医者によってではない」(Protokoll, S. 4)。

(c) それでは，基本法２条２項１文の「生命」の概念をどのように解釈すべきなのだろうか。ヘーフリングは，まず，生命は「外部による処分可能性に対する保護」のために法益として構成されているので，「生命」の概念は――「法秩序に先行して存在する生物学的存在」を示しているにもかかわらず――，あくまでも「規範的に」規定されなければならないことを確認し，

その上で，生命の概念は，理論的には，拡張的にも制限的にも具体化することが可能であるが，「拡張的に」解釈すべきである，と主張している。ヘーフリングは，生命概念の「広い」理解が必要とされる根拠として，次の二点を指摘する。

その一つは，「実体・解釈学的（materiell-dogmatisch）根拠」である。ヘーフリングによると，憲法規定が示している規範的開放性の程度が高ければ高いほど，保護領域は包括的に構想されている，というのが，基本権解釈の一般的指令である。さらに，基本権保護領域の規範的開放性は，保護領域が法的に予め鋳造されている程度が低ければ低いほど，また，関連する現実局面の社会的，文化的，学問的その他の動態性が高ければ高いほど，大きくなる。これを前提として，ヘーフリングは，基本法２条２項１文の構成要件要素は，典型的にこの二つの要件を充足していると説く。すなわち，第一に，「生命」という構成要件要素は，保護対象として，法秩序による設計を本来的に必要としない自然的属性を有している。基本法２条２項１文は，もっぱら事物に即して形成され，法によっては決して生み出されない規範領域を定めている。第二に，この規範の対象となる事物領域の動態性は高い。このことは，とくに，人間遺伝子学，生殖医学，集中治療医学，移植医学などの急激な発展過程に伴う「危険の潜在性」に当てはまる。そうだとすると，人間存在の現実的かつ潜在的危険に対する規範的応答としての基本権規定は，規範の文言がこれと一義的に対立するものでない限りで，その規範領域の「成長能力（Wachstumsfähigkeit）」を手段としてこの危険に対応しなければならない，と（Leben, S. 31 ; Plädoyer, S. 360）。

もう一つは，「方法論的・解釈論的（methodisch-interpretationstheoretisch）根拠」である。ヘーフリンクは，そもそも「広い構成要件説」[15]が

(15) 「広い（狭い）構成要件説（Tatbestandskonzeption）」の他に，「広い（狭い）構成要件論（Tatbestandstheorien）」や「広い（狭い）構成要件理解（Tatbestandverständnis）」という言葉も互換的に用いられているが，以下では，便宜的に「構成要件説」という言葉で統一することとする。

一般的に優先されるべきであると説いている。ヘーフリングによると，「狭い構成要件説」に基づいて基本権構成要件の該当性を否定する者にとって，憲法上の作業はここで終了する。これに対して，「広い構成要件説」の故に一定の行態または状態の「一応の（prima-facie)」保護に到達する者にとっては，憲法上の討議はここから始まる。基本権保護に関する最終的な判断を下す前に，対立する諸原理と取り組み，場合によっては複雑な衡量に携わらなければならない。「透明かつ統制可能な包摂過程」の力を借りて競合する利益を問題適合的に考慮することは，「広い構成要件説」を基礎としてのみ可能である（Leben, S. 31 f.; Plädoyer, S. 361)。そして，ヘーフリングは，「死に行く人」が死んでいると宣言される場合，憲法上の議論が始まる前にこれを終わらせることになり，これは，まさに「問題を排除する，概念操作的な保護領域の縮減」であると批判する。この場合，法益衝突の事例として「方法論的に構造化されたプロセス」においてのみ「衡量解決（Abwägungs-lösung)」を見出すことのできる問題が，構成要件のレヴェルで決断主義的に，「存在しないもの」と評価されてしまうというのである（Leben, S. 32)。

(d) ところで，ヘーフリングは，脳の停止が何故，「基本法の意味における人の生命」を終了させることになるのか，その理由が憲法上許される仕方では根拠付けられていないとする議論を展開するのであるが，議論の前提として，従来の脳死説を「人間学的に根拠付ける説」と「生物学的に根拠付ける説」に分類している。

脳死説の依拠する論拠の一つは，「人間学的に論証された見解」または「精神性理論（Geistigkeitstheorie)」である。この見解によると，「本来的に（eigentlich)」人間的なるものは，脳の不可逆的停止によって存在することを終える。脳の壊死した人間は，もはや自己の内部および自己の環境から感じることも知覚することも観察することも応答することもできなければ，もはや思考することも決断することもできない。従って，脳の活動の完全かつ最終的な停止によって，その人間は，「身体的・精神的な（körperlich-geistig)」または「肉体的・心的な（leiblich-seelisch)」統一体としての生

物であることを終えることになる（Plädoyer, S. 360; Hirntodkonzeption, S. 7)。

第二は,「生物学的に論証されたバリエーション」または「生物学的全体理論（biologistische Ganzheitstheorie)」である（連邦医師会学術審議会の見解もこれに分類される)。この説によると,「人の死」とは, あらゆる生物の死と同様に,「機能的全体において有機体であることを終えること」であり, この状態は「全脳の死」によって発生する。何故なら, 全脳死の発生は, 生物学的には, 自律, 自発性, 自己制御, 環境との相互関係および有機体全体の統合の喪失を意味するからである。この生物学的「全体論」は,「有機体全体の生物学的生体機能の維持にとって不可欠の『中枢器官である脳』という考え」に基づいている（Plädoyer, S. 360; Hirntodkonzeption, S. 7)。

(e) そして, ヘーフリングは, この二つの論証戦略とも「基本法上の生命概念の, 問題に適合した具体化に対する憲法上の要求」に耐え得るものではないと批判する（Plädoyer, S. 360)。

まず,「精神性理論」は,「違憲の人間理解および死の理解」(Stellungnahme, S. 19), あるいは「違憲の人間像または生命概念」(Stellungnahme, S. 20）を前提としており, その合憲性は「極めて疑わしい」と説く。というのは, 基本法2条2項1文の保護法益としての「生命」が「制限的な評価にまったく馴染まない, 分割できない法益」であること, あるいは, 構成要件として列挙された基本法2条2項1文の保護法益としての「生命」を実体的基準によって規定することはできないことについて, 学説上ほとんど争いはないことを議論の出発点に据えると, 生存能力の程度も, 認知や自意識や自己制御などの一定の潜在能力も問題とならないし, とくに, 全脳機能またはいくつかの重要な脳機能の喪失によってもなお「パーソン（Person)」と見なすことができるかどうかは, ここではまったく関連性がないからである（Plädoyer, S. 360; Hirntodkonzeption, S. 7)。

さらに, ヘーフリングは, 基本法2条2項1文に基づく生命権は,「身体的存在（das körperliche Dasein)」を保護するものであり,「たんなる生物

学的・物理的存在に対する権利」であると解釈しつつ，次のように述べている。すなわち，生命に対する基本権の創設は「現代ドイツ法史の経験に対する規範的な応答」に他ならないので，1949年の憲法制定者は，ナチス時代におけるいわゆる「生きるに値しない生命」の殺人を見据えながら，「生きている人間」の地位を付与するに際しては，認知的・精神的能力や社会的有用性などに基づく評価を行うことはできないことを明らかにしようとしたと考えられる。基本法のこの「開かれた人間像」の実現は，人の個体を「不確定的な存在」として，「その『純粋な』，評価されない身体的所与存在」，つまり，「生きている身体性」において保護することによってのみ可能である。このことは，「生命」概念の具体化に際して「生物学的・自然的な基準」以外のすべての基準を無視した場合にのみ，実務的に運用可能な形で確保される。「基本法の開かれた人間像」に照らすと，人の有機体が生物学的に生きているということ以外の事柄を，人間として尊重するための結節点とすることはできない。それ故，ある人が特殊的な認知的または精神的能力基準にもはや合致していない場合であっても，生物学的に生きていることと結び付いた法的保護を失うことはない。生命基本権の意味における保護に値する人間存在は，「パーソンの存在」に左右されない。従って，「精神性」の基準に依拠した人の生命の定義は，憲法上妥当ではない，と（Verfassungsfragen, S. 70 f.）。

(f) そこで，ヘーフリングは，もう一つの論拠である「生物学的全体理論」の検討に移る。ヘーフリングは，「生物学的全体理論」も，人の生命を「生物学的・身体的な生存」の意味に，つまり，「統合可能な有機体全体の存在」と解しており，「死の概念」をめぐる議論の「定義のレヴェル」（第二のレヴェル）までは，脳死説と脳死否定説との間に一致が存在することを確認した上で，ここで決定的な問題は，この死の定義を運用するために提案された基準が「整合的（stimmig）」かどうか，言い換えれば，全脳機能の完全かつ最終的な停止という脳死基準が「統一体である有機体の不可逆的崩壊という意味において人の生命の終了」を示すものなのかどうか，という点に

あると指摘する（Stellungnahme, S. 20)。

ヘーフリングは，まず，脳が生物学的有機体の絶対的に非代替的な中枢器官であるとする考え方は著名な脳研究者によって疑問視されるところとなっていると指摘する。ヘーフリングは，脳研究の成果を踏まえて，次のように説く。脳は，他のあらゆる器官と同じように一つの器官であり，原理的に代替的である。脳は，人の生物学的生命を維持するための決定的な器官ではない。従って，脳の停止を有機体の不可逆的な崩壊と同一視し，人の死と解釈することは許されない。「脳死の」有機体は，「完全な解体（Desorganisation)」の状態にあるわけではなく，その「生きている」状態を安定化させるための規制機能を営んでいる。個々の身体機能を「人」という有機体の全体へと統合することがもっぱら脳によって遂行されるのだ，という考えは間違った評価である，と（Verfassungsfragen, S. 72 f.; Leben, S. 32)。

そして，ヘーフリングは，「疑わしきは生命の利益に（in dubio pro vita)」という憲法上の要請からすると，脳死の人もなお生きていると解釈しなければならないと論じる。すなわち，脳を生物学的有機体の必須条件に高めようとする通説的見解の正当性は，「合理的な，自然科学的に基礎付けられた――通説的見解によっても覆せない――根拠」によって争い得るものである。少なくとも，脳死状態の人がなお生きているかどうかについて根拠のある疑義が存在することを認めるとすれば，この種の疑義が脳死者の不利益となってはならない。連邦憲法裁判所は，「生命の始期」にかかわって，「疑わしい場合には基本権規範の法学的実効力を最も強く発揮する解釈が選択されるべきである」という解釈準則＝「疑わしきは生命の利益に」を定式化したが，この解釈準則は「生命の終期」にも妥当する。それ故，一定の身体的状態を消えつつある「生命」と判定することができるのかどうか疑いのある事例においては，「生命基本権の拡張的解釈」，つまり，「基本権規範の効力を最も強く発揮させる解釈」が支持されなければならない，と（Verfassungsfragen, S. 73 f.)。また，ヘーフリングは，少なくとも，脳死者が死の過程をすでに終了したかどうかについての原理的な無知が存在しているこ

とを確認しつつ,「疑わしきは生命の利益に」という憲法上の要請からすると,立法者は,人がなお生きているかどうかという疑義を,「概念縮減的な手法で」本人に不利な形で解消してはならないのであり,憲法の視点からすると,「脳死の」人は生きていると見るべきであるとも論じている(Plädoyer, S. 362 ; Hirntodkonzeption, S. 7 f.)。

(g) 以上がヘーフリングの解釈論の骨子であるが,これに加えて,ヘーフリングは次のような議論も提出している。まず,脳死説は「縮減された人間像」の表現であるとする批判を次のように展開している。すなわち,脳死説を法律上明記することは,全体医学の概念装飾の下で「部分主義的,一次元的な脳イデオロギー」を宣伝することに他ならない。このイデオロギーの背後に「縮減された人間像」を見て取ることができる。この人間像は,「生と死についての構想および観念の伝統的多元性との根源的断絶」を意味する。と同時に,この点に「基本法の開かれた人間像に対する拒絶」が存在する。人間の制度(Verfassung)としての基本法ないし基本権は,人間の処分不可能性,非完結性および非確定性を前提としている。基本法1条1項に基づく「人間の尊厳」条項も基本法2条2項1文に基づく「生命」の保障も,「画一化する本質規定」の障壁となる。最後の生の遂行(Lebensvollzug)がまさに「生」の遂行であることを無視するような死の定義——これは間接的には「人」の定義であるが——は,この憲法上の基準に合致しない,と(Verfassungsfragen, S. 114 ; Leben, S. 32)。

(h) また,ヘーフリングは,①脳死者の心臓は自立して鼓動しており,生命の古典的な兆候である生体機能(血液循環,呼吸(一部は機械により補助されている),新陳代謝)は維持されていること,②有機体全体に対して重要な規制的・統合的機能を営む血液凝固システムおよび免疫システムも損なわれていないこと,③エアランゲン事件のように,出産のために医師により数カ月の集中治療を施された「脳死」の妊婦は,脳死の有機体が完全な解体の状態にあるという想定に疑問を投げ掛けていること,という「経験的所見」を指摘し,この所見に「合理的な解釈」を行った場合,脳死は「死の過

程にある過渡的状態」であると見るべきであり，そして，死の過程は，集中治療技術によって維持されているにすぎないが，なお「生」に帰属させられなければならない，と主張している（Hirntodkonzeption, S. 7; Protokoll, S. 5)。

(i) このように，ヘーフリングは，人間学的脳死説は「違憲の人間像または生命概念」から出発していること，生物学的脳死説は不十分な判定基準を基礎としていることを理由として，二つの説とも，脳の停止が基本法の意味における人の生命を何故終了させるのかを憲法上許される仕方で根拠付けるものではないと結論付けたのである（なお，当然のことながら，二つの根拠付けの組合せも，脳死と人の死を同一視することに対して十分な基盤を提供するものではない）（Stellungnahme, S. 20)。このように脳死説の根拠付けに欠陥を見出すヘーフリングの立場からは，脳死の患者は，「死に行く人，従って，生きている人」であり，基本法2条2項1文に基づく基本権保護を受けると解される（Verfassungsfragen, S. 113)。他方で，脳死と人の死との同一視を前提とする法案は，「基本権に合致するものではない（nicht grundrechtskonform)」と解されることになる（Protokoll, S. 4)。

(2) ザックスの所説

(a) ザックス（Michael Sachs）は，連邦議会法務委員会公聴会[16]において，連邦憲法裁判所の判例に従う限りでは脳死者はなお生きている人であるとする解釈を提示した。

ザックスは，まず，いったい誰が死の定義を行う権限を有しているのか，という問題を提起し，この問題に対して，第一に，医者ではなく，法律家こそがこの権限を有している，第二に，立法者ではなく，連邦憲法裁判所がこの権限を有している，と答える。すなわち，第一に，医学の守備範囲は，脳

---

[16] 以下の叙述は，①連邦議会法務委員会に提出されたザックスの意見書（Schriftliche Stellungnahme）および②公聴会における彼の発言（Protokoll der 72. Sitzung des Rechtsausschusses am Mittwoch, dem 15. Januar 1997）に基づく。以下の引用は，割註の形式で行うが，その際に，①は Stellungnahme，②は Protokoll と省略する。

死という身体的状況をその生理学的意味において自然科学的に「記述する」ことにとどまるのであり，脳死の場合に存在する状況が基本法２条２項１文の意味における「生命」として評価され得るかどうかという問題は，「純粋に法的な（憲法上の）問題」であって，医学的所見だけでは解明することができず，医学的所見を基礎としつつも憲法レヴェルで答えられなければならない。第二に，立法者は，死の定義を行う権限を有しないのであり，「人の死の時点を法的に有効に（rechtswirksam）定めること」はできない。何故なら，基本法２条２項１文の基本権規定が「生命」という概念を使っている以上，「生命」概念の意味内容は，憲法によって直接的に（verfassungsunmittelbar）定められるからである。立法者は，「基本権に拘束された国家権力の一部」として，憲法上の概念の有権的解釈を行う権限を有しない。たしかに，立法者は，例えば，基本法14条１項２文に基づき所有権の内容が法律によって定められるように，「法的に構成される，または法的に形成される基本権保護対象」については，その内容を有権的解釈という意味で構成的に形成する権限を有する場合もあり得るが，生命のような「自然の，法秩序に先行して存在する基本権保護対象」については，こうした権限を有しない。むしろ，憲法で直接的に定められた概念の意味内容は，「憲法解釈の方法」によって定められなければならない。つまり，「生命」概念の内容規定は「憲法解釈の任務」である。そうだとすると，憲法解釈を行う権限を有する連邦憲法裁判所が，生命とは何か，生命はいつ始まり，いつ終わるのかを最終的な拘束力をもって判断することになる。このように立法者が憲法上の概念の有権的解釈を行う権限を有しないことは，法律による生命の定義は構成的なものではなく，法律による生命の定義が生命概念に影響を与えることはないことを意味する。かりに立法者が生命の定義を行ったとしても，それが誤りであることもある。立法者によって行われた生命の概念規定は，連邦憲法裁判所によって基本法２条２項１文との適合性の観点から審査されるのである，と（Stellungnahme, S. 26 f.; Protokoll, S. 12）。

(b) そうだとすると，連邦憲法裁判所がこの点についてどのような判断を

下すことになるのかについて検討しなければならない。たしかに，連邦憲法裁判所は，今まで，「生命の終期」の観点から生命の概念の画定に取り組んだことはない。しかし，連邦憲法裁判所は，「生命の始期」との関連においては，生命という基本権保護法益の意味について立ち入った考察を加えている。それ故，生命の始期に関する連邦憲法裁判所の判決を手掛かりとして，生命の終期を解明しなければならない。ザックスは，堕胎法に関する連邦憲法裁判所の説示において，実効的な基本権保護のために「生命」の概念を「拡張的（extensiv）」に解釈する傾向が看取されることを指摘した上で，胚（Embryo）の生命権に対して用いられた基準に従う限り，「脳死しただけの人」もなお生命権を有する，と主張する。この主張を根拠付けるために，ザックスは，以下の4点を指摘する。①連邦憲法裁判所によると，少なくとも受精卵の着床後の妊娠期においては，「まだ生まれていない人」も「その遺伝的同一性の点で，従って，その一回性および交換不可能性の点ですでに確定され，もはや分割できない個別的な生命」である（BVerfGE 88, 203, 251 f.）。つまり，着床した受精卵は，その個別的な遺伝的特定性においてすでに確定されているので，生命権の保護を受ける。この基準による限り，脳死者は生命権を有する。何故なら，個別的な遺伝的特定性は，全脳機能の停止の後も疑いなく存在するからである。②着床した受精卵が完全に等価の人の生命として承認されるのであれば，少なくとも，人の有機体それぞれの現実的能力，つまり，中枢的な自己制御，意識的な知覚，苦痛の感覚，思考といった能力を問題とすることはできないことになる。脳死者にこうした能力が欠けているとしても，このことは，脳死者の生命権を排除するものではない。③ところで，連邦憲法裁判所は，堕胎の問題にかかわって，すでに胚においても発達可能性（Entwicklungspotential）が存在していることを指摘していた。たしかに脳死者には将来的な発達可能性が欠けており，この点で脳死者と胚とは異なる。しかし，発達可能性が生命の概念にとって意味があるものかどうかは疑問である。改善の見込みがないという点においては，脳死者は，無脳症のものと共通しているが，無脳症のものが生きている者であ

ることに争いはなく，そうだとすると，改善の見込みの欠如は生命権にとって何の役割もはたさない。また，かりに現時点で存在する生命を憲法上保護された生命として承認するか否かをその「将来の発達可能性」に依拠させるとすれば，現時点で存在する生命が劣ったもの（minderwertig）としてその資格を剝脱されてしまうことにもなりかねない。それ故，「将来の発展可能性」は基準とはなり得ない。④連邦憲法裁判所は，胚の生命権を承認する際に，「脳」の機能の存在に照準を合わせているわけではない。そうだとすると，生命の所在地として特定の器官に照準が合わせられてはならず，むしろ，いかなる器官によってであれ統一体として束ねられている有機体全体がなお存在するかどうかに照準が合わせられなければならない（Stellungnahme, S. 27 ; Protokoll, S. 12 f.)。

(c) こうした考察の結果，ザックスは，連邦憲法裁判所が脳死後もなお「基本法２条２項１文によって保護された生命」を認める可能性があるという「結果として著しい憲法上のリスク」が残されているので，脳死の臓器提供者が「基本権によって保護される人の生命」をなお有しているという前提から出発すべきである，と結論付けた（Stellungnahme, S. 28)。

(3) グレシュナーの所説

(a) グレシュナー（Rolf Gröschner）は，連邦議会法務委員会公聴会[17]において，「基本法の中立性要請の厳格な適用」（Protokoll, S. 7）を基礎として，死を全脳機能の不可逆的停止と法律上定義することは基本法に反すること，さらに，立法者は臓器移植法において死の定義を行うことを放棄すべきであることを主張した。

グレシュナーは，まず，死を全脳機能の不可逆的停止と定義することは基

(17) 以下の叙述は，①連邦議会法務委員会に提出されたグレシュナーの意見書（Transplantationsgesetz, Öffentliche Anhörung am 15. 1. 1997）および②公聴会における彼の発言（Protokoll der 72. Sitzung des Rechtsausschusses am Mittwoch, dem 15. Januar 1997）に基づく。以下の引用は，割註の形式で行うが，その際に，①はStellungnahme，②はProtokollと省略する。

本法に反するという主張を基本法1条1項によって根拠付けることはできないと指摘する。何故なら，人間の尊厳によって「死の概念」を根拠付ける見解は，「それぞれに特殊的な――例えばキリスト教的またはカント主義者的な――世界観」に基づくものであるが，基本法4条1項は，「基本法上の尊厳概念の世界観的に中立な解釈」を命じており，「世界観的に中立な尊厳概念」から死の基準を導出することはできないからである。グレシュナーによると，このことは，とくに，「測定可能な脳波の最終的な停止を科学主義的世界観の枠内において死の兆候と解する」自然科学的・医学工学的決定にも当てはまる（Stellungnahme, S. 37)。「どのような種類のものであっても世界観的に充塡された人間の尊厳保障」を基礎として脳死問題に対する答えを出すべきではないのである（Protokoll, S. 7)。

(b) むしろ，グレシュナーは，脳死を死の基準とすることが基本法に違反することを「基本法2条1項――一般的人格権――と結び付いた2条2項1文――生命権――」（Protokoll, S. 7）から導出する。グレシュナーは，①国は死につつある人についても，その人格の自由な展開を出来る限り保障しなければならないし，②脳死説の支持者であっても脳死者本人の精神状態について知り得ることなどできないので，立法者は死の発生を，従って生命の終期を出来る限り遅い時点に設定しなければならないと主張する。このような「生命に有利な憲法上の推定」は，――連邦憲法裁判所が「未出生の生命」について根拠付けているように――「生命の始期」のみならず，「生命の終期」にも妥当するのである。加えて，グレシュナーは，「基本法の世界観的に中立な国家」が「死についての一定の像」を有することは許されないこと，むしろ，国は，すべての人の個別的な観念を――基本法4条1項の信仰が問題となっている場合にはなおさら――同じように尊重しなければならないことを指摘し，国が個人の観念を尊重することができるのは，臓器移植法において死の定義を控えた場合だけであると主張した（Stellungnahme, S. 37 ; vgl. Protokoll, S. 47)。こうしてグレシュナーは，憲法に従う限り，脳死を人間の死とみなしてはならないのであるから，脳死の患者は「生きて

いる人」として扱われなければならないと結論付けた（Stellungnahme, S. 37)。

(4) シュミット・ヨルツィッヒの所説

(a) 最後に，キール大学教授であり，1996年1月から1998年10月まで連邦法務大臣を務めたシュミット・ヨルツィッヒの見解に目を向けることにしよう。臓器移植法成立時に連邦法務大臣の職にあったシュミット・ヨルツィッヒは，1998年5月12日の講演[18]において，「連邦法務大臣」としては，脳死者と死者を同一視する多数の意見が法学的に適切であり，憲法に合致すると強調しておきたいが，「個人的には」この意見は受け入れられないと語っている（S. 11)。その理由として，彼は，脳死を人の死とすることは，①説得力のある根拠に基づくものではないし，②医療実務の要請にとって必要なことでもないことを挙げている（S. 23)。以下，シュミット・ヨルツィッヒの議論の要点を叙述する。

(b) シュミット・ヨルツィッヒは，脳死説は，①脳は有機体に対して制御・統合機能を有していること，②脳は，意識的知覚の可能性，つまり，人間の精神性にとって不可欠であること，という脳の二つの主要な機能を根拠としていると分析した（S. 12）上で，脳死と人の死の同一視を支える二つの根拠を批判的に検討する。まず，②の論拠について，この論拠は，脳の活動が人間の意識の必要条件であるという前提に基づくものであるが，しかし，人間の魂または人間の意識の場所を脳構造の中で自然科学的に特定することに医学者は成功していないのであり，この前提は，一つの推定であって，

---

[18] *Edzard Schmidt-Jortzig*, Wann ist der Mensch tot ?, 1999. 以下の叙述で本書を引用するときには，割註の形式で該当する箇所の頁数を示す。シュミット・ヨルツィッヒの見解については，すでに中山研一「ドイツにおける脳死否定論（2・完）――シュミット・ヨルツィッヒの所説の紹介――」北陸法学（北陸大学法学会）7巻3号（1999年）75頁以下，同「二つの『生』と二つの『死』――脳死の位置づけをめぐって――」三島淑臣・稲垣良典・初宿正典編『人間の尊厳と現代法理論　ホセ・ヨンパルト教授古稀祝賀』(2000年，成文堂）377頁以下，384頁以下および同「アメリカおよびドイツの脳死否定論――外国における脳死論議の新しい動向」法律時報72巻9号（2000年）54頁以下による紹介・検討があり，本稿でも大いに参考にさせて頂いた。

「医学的に証明できる事実」ではない，と批判する（S. 12 f.)。つぎに，①の論拠について，人間の生命は脳の制御・統合機能に直接的に依拠するという自然科学的な印象を受ける論拠も脳死論者の「教義（Glaubenssatz)」にすぎないのであり，それは現実によって疑問視されているところである，と批判する。シュミット・ヨルツィッヒによると，エアランゲン事件は，脳死理論は各種の臓器システム，脊髄およびホルモンの相互作用を見誤っているという印象を与えた。これらのすべてのシステムは，その相互作用において人間の生命の進行を制御している。脳死の身体は，体温の調整能力，新陳代謝能力，運動能力，（例えば，臓器摘出に際に跳ね上がる）血圧の制御能力を有している。このことが，たんなる残存の反射作用でも，脊髄から生じた運動でもなく，むしろ，脳死にもかかわらず，「複雑な，なお機能している身体の全体システム」であることは明らかである（S. 14 f.)。

そうだとすると，脳死説は，「非の打ちどころのない説得的な論拠」に基づくものではなく，むしろ，「受け入れることもできるし，疑うこともできる，幾つかの証明されていない前提」に基づくものに他ならない。シュミット・ヨルツィッヒは，脳死説の論拠に疑いを抱くときは，脳死説によって縮減された生命の定義は適切ではないことになる，と説く。何故なら，人間の尊厳および人の生命の保護は，基本法1条および2条において卓越した意義を有しており，疑わしい場合には，連邦憲法裁判所の諸原則に従って，基本権の効力をもっとも強く発揮させる解釈が選択されなければならないからである。従って，ここでは，「疑わしきは生命の利益に」という一義的な命題が妥当する（S. 15 f.)。このように，シュミット・ヨルツィッヒは，脳死説の論拠に対する疑問と「疑わしきは生命の利益に」の命題を組合せることによって，脳死説の採用を否定したのである。

(c) このように脳死説を否定した場合，「脳の死」は，「人の死」ではなく，「確実に確認できる不可逆的な死亡の始まり」，つまり，「引き返し不能の地点（the point of no return)」であり，「脳死の人」は，「死んだ人」ではなく，「死に行く人」，つまり，「引き返すことのできない形で生から死への移

行の状態にある人」である。ここで問題となるのは，こうした考え方が医療の諸要請に対処し得るものかどうかである。この点，シュミット・ヨルツィッヒは，脳死説は，生と死の境界線に対して医学の進歩がもたらした三つの問題領域，つまり，①新しい確実な死の兆候を確立すること（確実な死の基準は何か），②死に行く患者に対する治療義務の限界を確定すること（脳死後も身体機能は維持されなければならないのか），③脳死の患者から新鮮な臓器の摘出を可能にすること（臓器摘出はいつ許されるのか），という問題領域を解決するために展開されたものであると指摘した上で，これらの三つの問題領域を解決するために脳死を人の死と見ることは必ずしも必要ではないと主張する（S. 17 ; auch vgl. S. 8)。

まず，①の問題領域について，ドイツでは年間80万人から90万人が死亡するが，連邦医師会の準則に基づく脳死判定が行われるのはこのうちのごく少数にすぎないので，医療は脳死基準がなくても確実な死亡確認を行っていること，他方で，脳死基準が死亡確認にとって有用である領域もたしかに存在しているが，この領域についても，脳死基準に替えて不可逆的な心臓循環停止の確認を使うことに問題はないことを指摘する（S. 18)。

つぎに，シュミット・ヨルツィッヒは，死に行く患者についての治療義務の限界という②の問題領域を検討する。この点，連邦通常裁判所は，一方で，医師の救助は改善の見込みのある場合には生命の維持に向けられなければならないが，他方で，いかなるコストを払ってでも生命を維持する法的義務は存在しないという基本線を次のように定式化している。「延命措置は，技術的に可能であるという理由だけで必要であるわけではない。これまでの，限度を越える医療技術の進歩にかんがみると，医師の治療義務の限界を決定するのは，機器の有効性ではなく，生命の尊重と人間の尊厳の尊重に準拠した個別事例判断である。」そして，この連邦通常裁判所の説示を前提としつつ，シュミット・ヨルツィッヒは，まさに脳死者に対する個別事例判断を行った場合，脳死者においては死のプロセスが始まり，もはやこれを引き止めることはできないので，この個別事例判断は治療措置の停止という結論に至らざ

るを得ない，と主張する。脳死の発生によって，心臓，血液循環およびその他の身体機能を維持する医師の義務は終了し，医師の義務は，自然的な死の過程をこれ以上引き止めない義務に転化するのであり，従って，脳死はいかなる場合にも治療義務の終了を指示している。しかし，脳死が治療義務の終了を指示していることは，脳死自体が人の全体死を示すかどうかという問題とは別次元の話である（S. 18 f.)。

最後に，③の問題領域について，シュミット・ヨルツィッヒは，脳死説に従わない場合には，臓器摘出は「許されていない積極的臨死介助（Sterbehilfe)」に匹敵する「外科医による刑法216条の意味における可罰的な嘱託殺人」となるので，臓器摘出を許容するためには脳死説を採用する他ないという見解に対して，脳機能の不可逆的停止と心臓死の間の期間を「消えつつある生命」とみなした場合には，たしかに臓器摘出は基本権保護法益に対する介入となるが，臓器摘出によって必然的に心臓死が到来したとしても，臓器摘出が当然に許容されない殺人行為であるというわけではない，と反論する（この辺りの議論については，IIIで詳しく検討する)。従って，脳死説だけが臓器摘出を可能にするわけではない（S. 19 f.)。

こうして，シュミット・ヨルツィッヒは，脳死説は移植医療の存続にとって必ずしも必要なものではなく，むしろ，脳死が「明確であり，かつ一義的に画定可能な摘出基準」であることを示せば十分であると結論付けたのであった（S. 22)。

（未完）