

日本法学前沿

器官移植与脑死亡

——日本法的特色与背景

中山研一 著

丁相顺 编译

肖 静 校

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

器官移植与脑死亡 / (日) 中山研一著 ; 丁相顺译 . - 北京 : 中国方正出版社 , 2002

(日本法学前沿)

ISBN 7-80107-622-2

I . 器... II . ①中... ②丁... III . ①器官移植 - 立法 - 法的理论 - 研究 - 日本 ②脑 - 死亡 - 立法 - 法的理论 - 研究 - 日本 IV . D931.321

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 102920 号

日本法学前沿

器官移植与脑死亡

中山研一 著

责任编辑 : 王相国

责任校对 : 张 蓉

责任印制 : 郑 新

出版发行 : 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编 : 100813)

发行部 : (010) 66124758 门市部 : (010) 63094573

编辑部 : (010) 83085204 出版部 : (010) 66510958

网址 : www.FZPress.com

责编 E-mail : WXG@FZPress.com

经 销 : 新华书店

印 刷 : 印刷厂

开 本 : 890 毫米 × 1240 毫米 1/32

印 张 : 6.625

字 数 : 148 千字

版 次 : 2003 年 1 月第 1 版 2003 年 1 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-622-2

定价 : 12.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系退换)

目 录

器官移植与脑死亡

前 言.....	(3)
第一章 实施三年后的“修改”问题.....	(7)
一、围绕“本人书面意思表示”原则出现的问题.....	(9)
二、关于儿童捐赠者的器官移植问题.....	(20)
第二章 对器官移植事例的探讨.....	(30)
第三章 器官移植法的成立过程.....	(62)
一、旧角膜移植法.....	(63)
二、旧角膜肾脏移植法.....	(63)
三、新器官移植法立法化前史.....	(64)
四、议员立法的动向与提出的法案.....	(67)
五、“关于器官移植的法律案”上呈国会(1994年4月) ...	(71)
六、器官移植法案的修改.....	(74)
七、“第一次修正案”上呈国会与采纳通过.....	(76)
八、开始在参议院对法案进行审议.....	(79)
九、参议院“第二次法案”的提出与经过.....	(81)

十、参议院审议“第二次修正案”与表决通过	(83)
第四章 脑死争论中的各种关系	(88)
一、脑死争论的出现和背景	(89)
二、日本医师会生命伦理恳谈会报告中的脑死论	(92)
三、医学家的脑死争论和特色	(93)
四、法律家的脑死论和特色	(97)
五、“脑死临调”上的脑死争论和特色	(99)
六、其后的脑死争论	(103)
结束语	(107)

对“全脑死学说”的再探讨

——与“大脑死说”、“脑干死说”相关联

前 言	(119)
一、布郎论文	(121)
二、扬格纳尔和巴特雷特论文	(128)
三、帕里斯论文	(141)
四、问题的探讨	(149)

脑死亡、器官移植与刑法

前 言	(167)
一、器官移植与刑法	(169)
二、脑死亡理论及其问题点	(172)
结 语	(178)

中国脑死亡立法面临的几个法律问题 ——与日本法的比较

附：

资料 1：肾脏器官移植的数量	(189)
资料 2：根据器官移植法从脑死亡患者接受的器官移植	(190)
资料 3：活体肝移植登记症例数量	(190)
资料 4：器官移植法	(191)
译后记.....	(198)

中文版序言

从二十世纪八十年代末开始，我开始关注“脑死与器官移植”的问题，此后，我一直关注着日本1997年制定的《关于器官移植》法律（1997年）及其运用情况，并从法律的角度对这一问题进行了持续的研究探讨，其成果就是我就这一问题撰写的三部书籍。最近，我从对这一问题进行归纳的角度，撰写出版了浓缩本《器官移植与脑死——日本法的特色与背景》。在这一过程中，正如本书《序言》中提到的那样，当时在早稻田大学留学的丁相顺先生就日本的器官移植法向我提出了一些问题，并希望将该书翻译成中文，我答应了他的要求。其后，丁先生很快将该书翻译完毕，并即将出版。首先，我想对从事翻译工作的丁先生的诚意和辛勤工作表示感谢。

利用本书在中国翻译出版的机会，我本人也想就目前为止与中国的交往作一回顾，以供读者参考。

目前为止，我曾经两次正式访问中国。

第一次是在1992年9月到10月的两周时间，由上海到西安，然后由西安到北京，再由北京到上海。在这次行程中，都是乘坐火车的长途旅行，给我留下了难忘的体验。此次访问的主要目的是应西安的西北政法学院邀请，讲授日本刑法。为了供读者参考，我仅就手中保

存讲稿的主要题目列举如下：第一讲，近代刑法思想史；第二讲，日本刑法的历史；第三讲，日本的刑法思想——刑法学派论争与现状；第四讲，日本刑法与外国刑法——从比较法的角度；第五讲，犯罪的国际比较——日本的犯罪与外国的犯罪；第五讲，提问与解答。在西安，我得到了已经故去的西北政法学院解士彬教授的关照；在上海，我则受到了华东政法学院朱华荣教授的关照。

第二次是从1995年9月到10月间的两周时间。应北京的中国社会科学院邀请，我与我的夫人一道，访问了北京，在中国社会科学院就日本刑法作了三次讲座，题目如下：第一讲，法人的刑事责任；第二讲，经济犯罪；第三讲，安乐死与尊严死。此次讲义的草稿目前还完整地保留着。在北京期间，我特别得到了肖贤富教授的关照，我还利用此次机会访问了中国人民大学。

此外，除了上述访问交流以外，在较早的时候，我的著作《刑法的基本思想》（1979年，一粒社出版）由姜伟（当时任中国人民大学教授，现任最高人民检察院刑事厅厅长）和毕英杰先生翻译成中文出版（《刑法的基本思想》，中国文化出版公司出版1998年）。因此，此次出版的这一著作是我的第二本中文译书。

特别是本书涉及的“器官移植与脑死”的问题，无论在理论上，还是在实践上都是很难的问题，我衷心希望日本就这一问题产生的争论和日本的立法能够对中国有所参考。特别是，脑死与器官移植的问题与安乐死、尊严死以及堕胎（人工终止妊娠）等问题一起，是关系到人和胎儿生死的重大问题。不仅在日本和中国，而且在世界各国都在持续进行着争论，在实际处理上也存在着许多问题。其中也必须考虑到各国的法律传统和习惯，民族和国民的意识等深层次的社会背景。这些问题都与“医疗和法律”存在着密切的关系，特别是存在着一些需要医学专家和法律专家之间的对话和共同研究的领域。近代医

学在技术上取得了飞速的进步，同时，作为其反面，也出现了侵害患者自己决定权和隐私权的情况，出现了所谓“生命伦理”的新问题。

我认为今后需要进一步加强日中在医学和法学领域中的“医疗和法律”的问题展开学术和实务的交流。本书的中文译本如果能够对于这一问题有所裨益的话，鄙人将感到非常荣幸。

虽然我已经退休了，但只要健康状况允许，我仍然希望能访问中国，与中国的教授和学生们展开交流。

中山研一（京都大学名誉教授）

2002年2月15日

日文版序言

1999年2月22日至28日期间，我在柬埔寨从事法学教育志愿者活动，在柬埔寨的金边大学完成了讲演和教学任务以后，于2月28日清晨抵达日本关西国际机场。这时我首次了解到在高知县的医院里进行了第一例脑死器官移植。我现在还记得，回家以后消息像洪水一般涌入的情景。

此后，在过去的两年中总计实施了14例脑死器官移植。我本人对此问题也有了新的关注，并对实施事例的验证过程进行了追溯。2001年3月，出现了器官移植法实施三年以后进行修改的问题，同时我开始关注与外国的脑死器官移植问题进行比较研究的课题。

写作本书的直接契机是1999年接受当时在早稻田大学留学的中国人民大学法学院博士生丁相顺就日本器官移植法的提问。提问的内容在中国的报纸上作了介绍。当时，丁相顺先生希望笔者就日本的现状加以归纳整理，并由丁相顺先生翻译成中文介绍到中国。的确，从国际上看日本的器官移植法也是比较奇怪的，这一部法律是在经过长时期“脑死争论”的基础上，在考虑微妙平衡基础上的产物，可以说，这一立法对于外国立法和实务来说具有反面教材的意义。

我从脑死讨论开始的时候就始终关注着这一问题，并发表了三部

专著。因为有刊行“成文堂新书”的机会，我决定对脑死器官移植的经过和现状加以简单归纳，并在短时间内写成了本书。

本书的出版，得到了成文堂的阿部耕一社长以及编辑部的本乡三好先生的多方关照，深表谢意。

器官移植与脑死亡

前 言

本书执笔于2000年11月到2001年3月之间，这正是器官移植法实施（1997年）后，出现了十三例进入脑死阶段和做出脑死断定的事例，十二个提供器官的事例。其中最近的事例是2001年2月26日，因为交通事故进入东京日本医科大学医院住院的二十多岁的女性，按照器官移植法被断定为脑死。为进行器官移植，其心脏被送到了大阪大学医院，肝脏被送到了北海道大学医院，肾脏被送到了东京女子医科大学医院和埼玉医科大学医院，但因为肺脏受到了剧烈损伤而被放弃了移植，因为患者没有登记捐献小肠的原因，也被放弃了移植（朝日新闻，2001年2月27日）。

但是，对这一事件所作的报道只不过是从一般社会层面上简单地陈述了事实经过而已，而没有对事件进行更加深入的报道。如果对这一事件不加注意，这一事实就会被忽略掉，媒体的关注已经跌落到如此低的程度了。

这与1999年2月28日在高知县红十字医院进行的第一例脑死器官移植时媒体所作的大量详细的报道和社会表现出的强烈的关心比较起来，表现出巨大反差，这实在是应该让人感到惊讶。这也许可以归结为：一开始脑死器官移植成为社会特别关心的事情，逐渐地就成了日常生活的一件普通的事情固定下来。但即使如此，这一落差也过于

巨大，并不能简单地将过去讨论过的问题忘却掉的吧？

这是因为脑死器官移植直到现在还留下了为数较多的课题，绝不是已经得到解决的缘故。为了把握今后的动向和课题，我痛感有必要对过去的经过和原由准确地加以把握。

但是，追溯这一问题的由来，刻画目前为止的经过并非易事，要想唤起久远的关注也存在着局限。所以，在本书中我想将记忆中最近发生的问题和情况加以梳理和明确，在此基础之上，就其前提的理由和经过采取往前追溯的方法，追溯到问题的本源的叙事方法。我认为，是否采取这样的方式才更适合探究问题的应有状态呢？

所以，本书的第一章，讲述的是《器官移植法》实施三年后所要面临的“修改”问题。这是因为器官移植法的附则第二条规定了“本法实施三年后，根据本法的实施情况在进行整体讨论的基础上，根据讨论的结果采取必要的措施”。因此，我想围绕着三年后的修改所作的讨论加以整理，并就此作出分析探讨。

其次，在第二章中，概括和总结了过去根据《器官移植法》实施的器官移植的事例经过和特色。从高知县红十字医院实施的第一例开始到日本医科大学医院实施的第十三例，对其存在的问题进行整理，并加以探讨。

进而，在第三章中，对使脑死器官移植成为可能的《器官移植法》的立法经过，以及这一部法律的特色进行概括。围绕着提出法律草案和制定法律，经历了相当长的论争，出现了反复曲折，直到最后才得出结论，其中经历了一个特别的过程。有必要对其中的原由，以及其中都讨论了哪些问题等加以重新整理。

在最后的第四章中，对在器官移植的立法和实施法律时始终不能偏离的前提问题——“是否可以将脑死作为人的死亡？”这样一个论争的问题进行归纳。实际上这一问题是最初的出发点，有必要对这一

问题在其后的器官移植立法和脑死器官移植的实施之际仍然在继续发挥着决定性影响这一点进行再确认。那么，为什么围绕着脑死问题发生了争论呢？不同的结论会产生何种效果呢？有必要对这些问题再次进行整理并加以探讨。

虽然本书按照以上顺序进行记述，但是，实际上发生的事实是按照相反地顺序进行的。本书从脑死争论开始，进而进入到器官移植立法以及器官移植的实施，然后进入到三年后的修改，本书在对事态变动的事实进行最终确认的基础上结束全篇。而且，揭示日本器官移植法产生与其他各个国家的立法和运用的不同的原因、理由和特色也是本书的另外一个课题。

很多人认为日本的器官移植立法不单单与欧美各国比较，就是在亚洲也具有无可类比的“特色”，这集中体现在脑死阶段提供器官仅仅限定在有“本人的意思表示”的情况下。对此，已经有人提议应该学习外国的做法，仅仅具有“家的表示”就足以进行移植的建议。但是，问题并不那么简单。一方面，我认为要揭示为什么会发生这样的差异；另一方面，已经固定下来（成型）的欧美各国的器官移植果真不存在问题吗？我认为有必要从这一观点出发，在更加广阔的视野中进行分析。还有，与读者一样，为了在考虑本书内容的同时推进写作，我在下面写了一些问题，以提出问题的方式提了出来。在本文中对与之相对应的内容加以展开以后，在最后的“后记”中对这些问题作了一定的解答，并以此来总结全篇。

1. 日本最终在 1997 年制定了《器官移植法》，为什么在实施三年后要进行修改？哪一点会成为修改的对象呢？

2. 目前为止脑死器官移植的实施例达到了什么程度？其中存在什么问题？为什么有必要验证其结果呢？

3. 日本的器官移植法经历了何种过程？具有何种特色？其特色

的根源何在？

4. 脑死和器官移植具有何种关系？为什么会出现问题呢？

5. 脑死是什么呢？其定义和判定标准包含着何种问题呢？

6. 医学上的死亡，社会的、法律的死亡存在何种不同？两者具有何种关系？

7. 承认脑死为人死亡的“社会的合意”成立吗？为什么需要社会的合意？

8. 是否承认脑死为人的死亡可以交由个人选择？如果交由个人选择的话，会出现何种问题呢？

9. 将脑死作为人死亡的“脑死说”，以及传统的“三征候说”（脉搏，呼吸停止以及瞳孔放大）之间在器官移植要件方面出现何种差异？

10. 脑死器官移植问题今后会如何发展？

第一章 实施三年后的 “修改”问题

我国的《器官移植法》在经过艰难曲折后，于1997年6月17日在参众两院通过。根据附带决议的规定，在经过一个月的暂缓期间后，于同年10月16日开始实施。在此之前，我国虽有《角膜以及肾脏移植法》（1979年），但该法是关于心脏死亡患者的角膜和肾脏进行移植的法律，由于制定了承认对脑死后的捐献者的器官进行移植的新法律，因此，该法被废止，并被统合到新法中。

这部新法作为我国开始承认脑死捐献者的器官移植的法律，具有划时代的意义。在其后约三年时间内，总计实施了十三例器官移植。对于这些实施的事例以及对其的评价，在后面重新加以整理和探讨。这里首先以实施三年后的“修改”问题为焦点，探讨一下现阶段存在的问题。

问题的发端是，这一法律经过了曲折过程，是在紧张妥协基础上的产物。因此才作出了前面所述的本法第二条规定了“在法律实施三年后，对法律要加以全面检讨，并采取必要措施”的内容。为什么会作出如此规定呢？这是因为，本法虽是全新的法律，但在对实施条件进行整备的同时，也附加了根据实施后的情况进行探讨规定的规定。

可以说，这是一部在法律在制定之初就预见进行了重新探讨的特殊立法。而且，最初预定实施期间为五年，但最终还是缩短为三年。

不过，在本法成立时，一般认为，会成为最大问题的是：作为提供器官的要件，需要有提供者本人意思表示的卡片（捐赠卡片），是否会出现虽然费力制定了法律，但却因为没有捐赠者而无法进行移植呢？而且，实际情况是：在法律实施一年以后，也没有一件实际的捐赠事例。如果假设三年过后也没有一件事例的话，从立法效果的角度来看，就产生了进行根本性“修改”的必要，也就不可避免地会出现从正面缓和器官提供要件的问题。

但实际上，在《器官移植法》实施接近一年半的1999年2月，出现了第一例脑死器官移植。此后，截至同年的6月，相继实施了四例器官移植。虽然在其后短暂地出现了中断，但是在2000年3月实施了第五例脑死器官移植，截至到同年11月共实施了十例，2001年以后也实施了三例。

问题是，在法律实施三年后的2000年10月，应该如何评价这种法律运作的实际情况。在对《器官移植法》实施状况进行全面检讨之际，必须注意两个侧面。第一，从进一步推进脑死器官移植的观点出发，要采取对现行法不完备的地方进行修改的态度。其主要目标是通过缓和器官提供要件，保证脑死器官移植事例的逐步增加，特别要实现不满十五岁的儿童提供器官的可能性。这是《器官移植法》“修改”的一个焦点问题。第二个问题就是通过对过去的实施事例的批判性检讨，对脑死器官移植过程中出现的问题进行更加具体的研究。特别是，在保持移植医疗特色的基础上如何确保透明性和公开性的问题成为一个中心课题。

这两个问题虽然是相互关联的，但本章为了方便叙述，将第一个问题作为中心的“修改”问题来对待，在第二章重新对第二个方面的