

末期医療と医師の生命維持義務の限界

——いわゆる「一方的治療中断」の許容基準をめぐって—— (一)

上 田 健 二

目 次

- 一 問題の所在
- 二 基本原則とその派生的要請
 - (一) 生命価値は絶対か
 - (二) 「生存に価値なき生命」思想とその展開
 - (三) 原則の再確認と問題の立て方
 - (四) 現代の延命医療の特殊性
- 三 一方的治療中断の許容基準の検討
 - (一) 問題事例の限定
 - (イ) 法的区切りとしての脳死(以上本号)
 - (ロ) 失外套症候群患者とその実態
 - (ハ) 植物患者の生命意味
 - (二) 原則的に拒否すべきアプローチ
 - (イ) 法益論的アプローチ
- 四 治療Ⅱ延命義務限界論の方法論的批判
 - (イ) 自己決定論的アプローチの有効性とその限界
 - (ロ) 規範的な客観基準
 - (ハ) 「規範的期待不可能性」
 - (ニ) 行為の無意味性
 - (ホ) 措置の自然性と通常性
- 五 延命措置の停止は不作為か
 - (イ) 治療Ⅱ延命義務限界論の方法論的批判
 - (ロ) 殺人禁止規範の論理構造
 - (ハ) 決定的な基準としての「人間の尊厳」
 - (ニ) 医学的判断としての認定基準
 - (ホ) 絶望的な予後診断の確実性
 - (ヘ) 医学的適応性と延命措置の段階的縮小
- 五 総 括

一 問題の所在

医師の患者に対する治療ないし生命維持義務は、意思決定能力のある患者の明示的に表明された、自由かつ自己答責的な意思にその限界を見出す。このことは、生と死の限界領域にあって患者の治療拒絶意思に従って必要な延命治療を見合わせ、ないしはすでに開始した措置を中断したことが患者の死に直結する場合であっても例外ではなく、またそのさい患者の意思が医師の立場から見ても「理性的」であるか否かにかかわらず、患者の意思こそ最高の法(voluntatus aegroti suprema lex)という原則に立脚したこの法理は、欧米ではすでに、学説においても判例においても確立したものになっており、またわが国における学説・判例の状況も次第にこれに近づきつつある、と言えよう。筆者も最近、この法理の原理的な妥当性の承認を前提としたうえで、さらに一歩進め、自殺とは区別されるところの「自死への自由」に一定の憲法的保護価値を承認し、それに対応して一定の厳格な条件の下に臨死介助としてなされた自殺関与、さらには嘱託殺人の処罰緩和の理論的可能性を——最近の西ドイツにおけるこの種の問題をめぐる議論を検討した結果として——示唆した⁽¹⁾。

けれども最近の延命技術の高度な発達もたらせた刑法上の問題状況は、一九八六年九月の第五六回ドイツ法曹大会刑法部会において集中的な議論が展開されることになったあのテーマ、すなわち「自死への権利は認められるか——生命維持と自己決定との緊張関係に立つ刑法⁽²⁾」という問題にのみ集約されるわけでは決してない。むしろ医療の実際においては、人間が「自己の死」を受け容れて自らの実存的行為を最終的に完成するという、この種の「理想的な事件」が生ずるのはごく稀であり、それゆえ第三者が本人の「自死への自由」を尊重して死にゆくにまかせるこ

とから生ずる刑法上の問題も、現実問題としてはごく例外的なものにすぎないことも無視できない⁽³⁾。延命治療の不開始ないし中断をめぐる刑法上の問題が通例として生じるのは、何と言っても死病者または死にゆく者から——何らかの理由で——その生死の意思がもはや、あるいはもともと確認できない場合なのである。そのような場合として、なお次の四つの分類が可能であろう⁽⁴⁾。

- (1) 耐え難くなった苦痛の解消、
- (2) 見込みのない状態の終結、
- (3) 高度な人工延命措置投入の中止、
- (4) 最重度の障害を負った新生児の延命治療の中断。

それぞれに特殊な事情を考慮したこの形態別考察方法にも意味はあろうが、本稿ではしかし、患者が不可逆的な意識喪失状態に陥っているために患者の意思を確認することができない場合を考察の対象として限定したい。それというのも、以前ならとうに自然な死を遂げていたであろう不可逆的意識喪失患者の生命を、一九七〇年代の半ば頃から世界的に普及してきた高度な生命維持装置により維持できるようにはなったが、しかし人たるにふさわしい意識ある生命を回復することが全く不可能であるがゆえに措置の継続がもはや無意味であると思われるような新たな事態が、この事例群において集約的に表現されているからである。重度障害新生児に対するいわゆる「早期安楽死 (Frühentanasie)」の問題もこれに関係するところは多いが、しかしこの場合では生命回復が必ずしも不可能であるとはかぎらないという点、および優生学的な観点が不可避的に付着している点で、質的にこれとは異なった問題が含まれているので、これへの考察は別の機会で行なうほかはない⁽⁵⁾。

そこで、本稿において検討の対象となるのはもっぱら、医師は、右のような事態に直面したときには、それ自体としては可能であるが、しかし客観的に見て無意味となった延命措置を見合わせるか、もしくはすでに開始した延命措置を中断することによって患者を死にゆくにまかせることが許されるか、許されるにしても、それはいかなる基準なしいし条件の下でかという、すでに論じ尽されてもいると思われるあの問題である。実際、「消えゆく生命」の「質」に着眼した法益論的アプローチにせよ、患者の意思の代行ないし推定的意思を問題の要点に設定する自己決定論的アプローチにせよ、医師の治療ないし延命義務の内在的限界を問題とする義務論的アプローチにせよ、問題解決のためにおよそ考えうるあらゆる論拠がすでに呈示されていると言ってよいほどである。けれどもそれらの論拠の多くが、肯定的なものにせよ否定的なものにせよ概して法感情レベルに止まっており、法的に十分に納得がゆくまでに根拠づけられているとは必ずしも言えないのも、事実であるように思われるのである。後に詳細に検討することになる圧倒的多数の見解がこの場合に医師の刑事責任の成立を否定しようとするものであるが、それらはおおむね、死にゆく者から「自己の死」を奪い取り、近親者の苦悩を増すばかりの無益な死の延引措置へと医師を義務づけるのは耐え難いという論拠から、いともたやすくこの措置への義務の不存在という法的な帰結が引き出される。ここに医師の刑事責任を肯定しようとする——現代ではごく少数の——見解にとっては、たとえ不可避的に消えゆく生命が人工的に維持されているにすぎない場合であっても、なお「生命」として意味を持ちうるのであり、またとりわけ医師の救助義務のいかなる制限も、結局は医師を患者の「生死の支配者」にしてしまうという考慮が決定的である。両者の言い分は、確かに感情的なレベルではそれぞれに決して理解し難いものではないが、しかしいずれも確固とした法的基盤に立脚したものとは言い難い限りにおいて、相対立する原理によって容易に論駁されることにもなるであろう。

重要なのは、いずれの見地に優位を認めるにせよ、事がまさに人の生命という、文字通りに言って「死活問題」にかかわる——かかわらざるをえない！——以上、そこに呈示された解決策とその基準がつねに確実な法的基盤、そして何よりも医療の現実に対応するものでなければならぬ、ということである。「自己決定権」というものが人間の尊厳ないしは「個人の尊重」（日本国憲法第一三条）の発路として憲法的に保障されるべきことが今日では一般に承認されているとしても、しかし「自殺権」とは言わないまでも「自死への権利ないし自由」をこの自己決定権の範疇の中で捉えることには、今日でもなお反対説の方が多いためである。⁽⁷⁾ それだけに、患者の意思という一見して明白な対抗価値が原理的に遮断されている無意識患者の治療中断の許容性を考える問題では、憲法上の基本原理にまで遡及することの困難性はいっそう増大する。患者の自由かつ自己答責的な自己決定権の行使と対比しうるほどの、医師の治療ないし延命義務を終結させるに足りる明白な対抗要素としての何らかの憲法的価値を、本稿の問題領域においても発見することは、容易なこととは到底思われないのである。このことは、ここで諸種の要素の衡量から場合によっては医師の延命治療義務がある程度の緩和ないしは縮小を最終的には認容しないわけにはゆかないとしても、しかしそれは何よりも現行法上の「生命保護の基本原則」を十分に考え抜いたうえのものでなければならぬことを十分意味するであろう。

そこで考察の順序としては、——その目標ないし意図がどのようなものであれ——本人の生命価値の「他人評価」という方向へ向けて一歩踏み出されることが一旦許容されることになれば、可能性としてそれがどのような規模のものにまで及びうるかを、とりわけ現代史において紛れもなく生じた一典型例を今一度想起することを通じて、最高価値としての生命の保護のための憲法上の保障原則を再確認しておくことがまず必要であろう。ついで自己決定権とも

対比しうる、おそらくは「人間の尊厳」として収斂されることになろうあの対抗価値の内容が確定されなければならない。さらにこの両者を指導指點として、既存の——多少とも意味のある——解決策とその基準の妥当性が慎重に検討されなければならない。そのうえで、この問題領域において医師の決断の補助としても有益であり、法的評価の一指標ともなりうる、末期医療の現実とも即応した治療縮小の許容基準が——もし可能であれば——いわばピホクラテスの誓いに対応するものとして呈示されるべきであろう。

(1) 上田健二「臨死介助と自死への権利——西ドイツにおける最近の法政策論議を中心として——」刑法雑誌二九巻一号九五頁以下。

(2) Recht auf den eigenen Tod? Strafrecht im Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung, in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages Berlin 1986, Band II Sitzungsberichte, Teil M, München 1986.

(3) Albin Eser, Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch in rechtlicher Sicht, in: Alfons Auer, Hartmut Menzel, Albin Eser (Hrsg.), Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe, Zum Behandlungsabbruch aus ethischer, medizinischer und rechtlicher Sicht, 1977, S. 119, Ulrike Baronin von Dellingshausen, Sterbehilfe und Grenzen der Lebenserhaltungspflicht des Arztes 1981, S. 373, 参照。

(4) Eser, Lebenserhaltungspflicht (前注(3)), S. 119, 参照。

(5) これについてはごく最近の文献として、アルビン・エーザー「法的視点から見た集中的小児医療の目標と限界」、上田健二・浅田和茂編訳『先端医療と刑法』（一九九〇年、成文堂）、二九五頁以下参照。なお、この論文の巻末には最近のドイツにおける関連文献が一括掲載されている。

(6) Walter Sax, Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung, in: Juristenzeitung [JZ] 1975 Nr. 5/6 S. 147 ff., では「とりわけこの点についての鋭い指摘がある。もっとも、これに続く彼の見解は、後述するように、まさにこの点において大いに疑問があるように思われる。」

(7) これについて詳しくは、上田健二「臨死介助と自死への権利」(前注(1))一二五頁以下、特に一二七頁参照。

二 基本原則とその派生的要請

(一) 生命価値は絶対的か

臨死介助の許容性にかかわる全考察の出発点は、何人も誕生から死に至るまで生命への権利を有するのであり、この権利は生存能力、健康、病弱、老幼その他いっさいの生命価値には依存しないという、すでに西ドイツの最高裁判所である連邦裁判所(BGH)がドイツ連邦共和国基本法第二条第二項にいう「生命への権利」の内容としてはつきり確認している⁽⁸⁾、あの基本原則でなければならぬ。この基本原則は同時に、わが日本国憲法の立脚する拠点(前文第二文、第一三条、第二五条)でもあり、刑法第一九九条以下の生命保護のための諸規定およびとくに医の領域においては伝統的なヒポクラテスの誓いとその流れをくむ各種の倫理規定や指針に具体的に表現されていることから知られるように、今日でもなお動かし難い原則であると言わねばならないであろう。けれども、「絶対的」とまで見られてきた、この生命保護の保障原則もまた、現代医学が発達させた延命技術が同時に死の過程を「操作可能なもの」にすることによって、医師はその使用可能なすべての手段を投入してまでも患者の生命維持に努めねばならないのかという深刻な問題の前に否応なく立たされることになって以来、いくらかの動揺を被ってもいるのである。たとえば、それ自体として使用可能な延命手段が数量的に制限されているために選択を余儀なくされるといふ事情がすでに、人の生命を法的につねに絶対的に価値を持つものとして扱わねばならないという原理を破っている⁽⁹⁾のであるから、この原理は少なくとも人道的に倫理的な観点によって修正されなければならないとか、現代医学の諸成果は決してそれ自

体としては善であるわけではなく、つねに^{（9）}両価値的な性格を有するほかないのである以上、重要なのはそれが個々の場合においていかなる目的に向けて投入されるかにあると、現に言われている。^{（10）}さらには、現代の延命医療の可能性に直面して問われなければならないのは、「生命保護は厳格に、生物学的生命それ自体の『神聖さ』に向けられるのか、それともここでも何らかの『質的な』側面が共に顧慮されるのか」という原則問題^{（11）}であって、必要なのは両者の「一面的な絶対化の代わりに、何とか耐えうる妥協を見出すことである」とさえ、主張されてもいるのである。^{（11）}ヒューマニズムの精神によって自らの思想を一貫させようとしていることには何の疑いもない現在の西ドイツにおける著名な刑法学者たちによる、右のような言明が、まさに医療技術の極端な投入がかえって医師の治療義務を「人道の恐怖」、いやそれどころか「非人道への横暴」へとさえ逆転させかねない^{（12）}メダルの裏面を鋭く衝いていて、今日の西ドイツの医学者、倫理学者および法律家の圧倒的多数と共に、これに同調すべき多くの点がないわけではないにしても、しかしこの方向へ向けての転進を安易に是認し、そこから「生命」の「質的評価」が「他人評価」へ向けての独り歩きを許せば、生命というものの自己価値に疑問符が付せられることにもなりかねないのである。

それゆえ、ここで一旦「生命の他人評価」への道を踏み出すならば、そこには同時に、ヒューマニズムにとってもいかに大きな破滅の淵が口を開いているかということ、さほど古くない歴史的経験に基いて如実に示すことも、無益でないどころか、是非とも必要なことであると、筆者には思われるのである。

(二) 「生存に価値なき生命の毀滅」思想とその展開

ここで筆者の念頭にあるのは言うまでもなく、ドイツの一九二〇年代のはじめの安楽死論議に決定的な役割を演じ

たいわゆる「生存に価値なき生命の毀滅」思想と、その実際的な帰結であるナチスの「安楽死計画」のことである。^(12a)

周知のように、ワイマール時代のドイツにおいて名声を博していた刑法学者カール・ビンディングと、同様に当時でも著名な心理学者として知られていたアルフレート・ホッヘとが共著で『生存に価値なき生命の毀滅——その程度と形式』という書を一九二〇年に刊行した。⁽¹³⁾ それまではさしあたり囑託殺人の許容性の問題にかぎられていたドイツの安楽死論議は、この書によって生命価値の「他人評価」へ向けて決定的な第一歩を踏み出すことになったのである。ドイツでは臨死介助の問題が語られる場合には、今日でもなお、ほぼ例外なく踏まえることが常となっているこの思想とその波及的効果を必要限度で正確にここでも再現しておくことは、筆者には非常に重要なことのように思われるのである。とは言っても、今日の問題状況を当時のそれといきなりなぞらえることによって終末論的な警鐘を鳴らすとすることが筆者の真意でないことは勿論である。何と云っても、後述するように、彼此の間には重要な差異も存することが無視されてはならないであろう。このことは、過剰なアレルギー反応をあらかじめ防止しておくためにも、特に強調されなければならない。けれども、生命価値の「他人評価」への境界を一步踏み出すと可能性としてどのような規模にまで及びるのであるかを念頭に置くことは、本稿の脈絡においても決して無益なことではないと思われるのである。必要なのは、彼此の異同性の冷静かつ厳密な思想的・歴史的分析である。

ビンディングの執筆になる本書の第一部では、自殺の現行法上の評価が考察の出発となっている。彼によれば、人間は生まれつきその生命に対する主人である。このことが個人にその生命を自らの意見に従って処分する、場合によっては生命と決別さえする権利を人間に与える。この決断は、自然法上の観点からしても、すべての基本権の第一に

位置する。それゆえ、自殺の実定法上の評価がこれと対立する見解を導き出すならば、それは誤りである。自らの手によって死ぬことが質的に謀殺ないし故殺と類似していることから、これを殺人規範と同視して、違法な行為と見ることはできない。要するに、自殺は「法的に禁じられていない行為」なのである(S. 48)。

では、この種の「禁じられていない生命毀滅は……隣人の殺害へと法的に拡げることができであろうか……」(S. 5)。この決定的な問いとともに、ビンディングは安楽死の許容性の問題へと立ち向うのであるが、そのさい彼は、医師が耐え難い苦病にさいなまれてる者にその業苦から救済する薬物を投与することによって自然の死期を早めるという、さしあたりは無難な状況を想定する。「苦痛に満ちた、恐らくはなお長く続くでもあろう病気に基づく死因を苦痛を伴わない別の死因によって排除すること」(S. 17)は、彼によれば、純安楽死として何ら格別の特許状を必要としない。それは純然たる治療行為であるから、意識喪失者が「この治療侵襲の対象であり」えたとしても、その同意を必要としない(S. 18/19)。これは、今日でも一つの見解でありえよう。けれどもビンディングは続いて、次のような問いかけによって唐突にも決定的な第一歩を踏み出すのである。「生命の継続がその担い手にとっても、社会にとっても、すべての価値が失われてしまったと言えるほどに甚しく、その法益としての性質が損われている人間の生命というものが存在するのか」(S. 27. 傍点は筆者)と。

ビンディングは、精神病院における「労働力の全くの無駄遣い、忍耐と財産の浪費」を嘆き、たとえば戦場における貴重な活力の犠牲と、「全く無価値であるばかりでなく、否定的にさえ評価すべき存在」との間の矛盾、法外な不調和にも憤激の念を示したうえで、「その死が国家と公共の負担を免除させる被造物というものが存在する」ことを直ちに肯定する。そして、次の三グループに属する生命を引き続き保護すべき義務は裁判所にはない、と言うのである。

(1) 「病氣もしくは負傷の結果として救助に見放された者であつて、その状態を完全に理解したうえで救済への切実な願望を有しており、かつそのことが何らかの仕方では認められる者」(S. 29)。

(2) 不治の精神薄弱者が、第二グループに属する。「彼らは、生きていかにせよ死ぬにせよ、意思というものを持っていないのであり、それゆえ彼らには殺害へのいかなる顧慮すべき同情も存在しない」からである(S. 31)。

(3) 第三グループを形成するのが、「精神的に健全であっても、何らかの出来事によって……無意識状態に陥った者、および一旦無意識から目覚めたならば、名状しがたい災厄を呼び起すであろう者」(S. 33)である。救助不能者の被殺への同意の欠如は、ここでは「被殺者が、それが可能であれば被殺への同意を与えたであろう」という確信によって置き代えられる。

以上の三グループに属する人々を殺害しても、それは法的に見ても、何ら障害はない。ビンディングはこれを法理的に根拠づけたうえで、さらに、生じうる濫用を排除するには実務はいかに規制されるべきであるかという問題を考察する。彼によれば、安楽死への決定は官憲によって下されるべきであるが、しかしその発意は受託権限を有する私人に留保されるべきである。すなわち、受託者が申請書を官庁に提出し、その許可を得てはじめて彼がこの仕事に着手できるようにすべきである。許可を与えるべきか否かの決定は、医師、心理学者、法律家各一名によって構成される委員が慎重な調査と衡量を経て下すべきである、と云うのである(S. 36, 37, 38)。

本書第二部は、以上のビンディングの所説をアルフレート・ホッヘが精神医学の立場から補充したものとなっている。本人にとつても社会にとつてもすべての価値を失ってしまった生命というものが存在するかという、ビンディングによる問題提起は、ホッヘによれば、「一般的に言つても、まずはっきりと肯定されなければならぬ」(S. 51)。

そのうえで、対象者の範囲とその選別基準の詳細な具体化が試みられるのである。それによると、救助不能の傷病者の場合には、主観的要素と客観的要素が総合的に考慮されるべきである。精神的に死んでいる被造物の場合では、精神錯乱の発現時点、精神荒廃の程度、環境との関連および周囲の経済的・道徳的負担が分類要素として妥当すべきである。さらに両者の複合領域として、脳組織の老化、老人性痴呆、母体内での発育障害もしくは幼児期の病気が原因となった脳の異形成によって誕生以来、無知の暗闇に包まれている者も、新たに加えられるべきである。こうした「精神的死者は、動物系の最底辺においてはじめて見出すことができるほどの知的水準しか維持してゐず」(S. 57)、そのために彼らは、「いかなる主体的な生命への要求も高めることができない」(S. 58) からである。

ホッへの所説で決定的な関心事となっているのは、こうした病者のために余儀なくされる周囲の者の経済的および道徳的負担である。右のような「欠陥人間」を介護することがそもそも「割に合う」のかという問題を避けて済ませることは、彼には到底できないのである。それがまた、施設における被介護者への財政支出と国家の状態との関係へと、彼をして関心を向けさせる。ホッへの計算によると、介護施設の被収容者一人につき年間一三〇〇マルクを必要とする。平均寿命を五〇年とすると、二万人から三万人が介護施設に常時収容されていることになる。国庫から膨大な資金がこうした非生産的な事柄に流用されているというこの想定が、彼を嘆かせるのである(S. 54)。そればかりではない。そのために有益な事業から有能な人材が奪われ、実りのない任務のために労働力が無駄に浪費されてもいる。「あらゆる世代にわたる看護人たちがこうした人間の抜け殻と共に消耗し、衰えてゆくことを考えると」、ホッへの胸はかぎりなく傷んでくるのである(S. 55)。それゆえ、以下の結論はホッへにとってもはや避けることができない。この種の被造物、欠陥人間、人間の抜け殻を除去することは、たとえば謀殺のように、対抗する意思を乗り越

える必要は全くないのであるから、刑を科せられる殺人とはいささかも共通するところはない。苦痛のないところでは、同情でさえ無縁である。かくして彼の慰めとなるのは、次のような願望でしかない。われわれは「いつの日にか、精神的に完全に死んでいる人間を除去しても、いかなる犯罪をも、いかなる非道徳的行為をも、いかなる感情に駆り立てられた蛮行をも意味しないという見解に達したい。人道という気狂いじみた概念の押しつけや、生きているというただそれだけの価値の過大評価をいつまでも実行しているようなことを、より高い倫理の立場からやめるであろう時代がやがて来るであろう」と(S. 57)。

このホッへの願望と予測は、恐るべき見通しのよさで、やがて現実のものとなる。すなわち、『ナチス安楽死計画』の実施である。「ナチス主義者がはじめてこの「安楽死という」言葉を転倒させたのではない。彼らはこの概念の転倒を利用しさえすればよかったのである」⁽¹⁴⁾。では、その「実施状況」^(14a)はどのようなものであったのか。

ナチス党が一九三三年三月に政権を掌握して間もなく、ヒトラー内閣は、生まれつきの精神薄弱、精神分裂症、循環性精神病など八つの「精神病」に罹患している者を本人の同意を得ることなく不妊手術を施す権限を、申請に基づいて与えることを内容とした「遺伝病の子孫出生を防止するための法律」を一九三三年七月一四日に成立させた。申請は遺伝健康裁判所(Erbgesundheitsgericht)で審査され、決定された。不妊手術が決定されたならば、一四日以内に実施されねばならなかった。事前に不妊手術を施すことなく治療・看護施設から退院させることは禁じられた。一九三五年にはこの法律が改正され、妊婦に不妊手術が施されるときは、同時に墮胎も許可されることになった。ナチス時代を通じて二万人から三万五千人に強制的な不妊手術が施されたと言われている⁽¹⁵⁾。これと並行して、「生存に

価値なき生命から治療可能な民族成員へ！、「生物学的低価値から生物学的高価値へ！」というスローガンの下に、新しい「医の倫理」が精力的に喧伝される。ナチスの不妊立法が安楽死行動への「予備段階」となり、生物学的な国家観が形成されてゆくのである。⁽¹⁶⁾

一九三九年早々には遺伝および素質に基因する重病者の「科学的把握」のためのライヒ委員会が設置され、この委員会が白痴、ダウン症、水頭症その他の奇形に罹っている子供を捜し出すための大々的な行動を開始した。各小児科医への質問状を通じて認知されたケースは、委員会から三人の鑑定人に回送され、彼らが簡単な査定に基づいて子供の生死を決定した。子供の「処理」はいわゆる「小児専門部局 (Kinderfachabteilung)」が担当したが、そこへは子供は両親に知らされずにか、もしくはこの専門部局にはより優れた治療手段があると誤信させて送致された。子の年齢もはじめは三歳までであったが、やがて一六歳未満にまで拡大され、病气申告の項目も最終的には「ユダヤ人」または「ジプシー」にまで及んだ。こうして終戦を迎えるまでに、およそ五千人が殺害されたと言われている。⁽¹⁷⁾

以上の「準備段階」を経て成人への安楽死行動が開始されたのは、一九三八年の初めである。そのための法律上の基盤というものは（まだ！）存在していない。ヒトラーの私的な質問状という形で発せられた命令に基づき、治療・看護施設のためのライヒ労働共同体、施設看護のための共同利用財団および共同利用病人輸送有限会社を分枝とする一機関が、T4という偽装番号のもとに設置された。⁽¹⁸⁾ライヒ労働共同体が質問状の発送と回収を通じて殺すべき施設収容者を捜し出し、他が殺害施設への輸送を引き受けたのである。

一九四〇年一月、最初の殺害施設グラーフェネックで精神病者の殺害が開始された。殺害ははじめはモルヒネ注射によって行なわれたが、やがて他の施設において施設内に設置されたシャワー室で一酸化炭素によっても行なわれる

ようになった。一九四一年までにこうした施設内で七万人以上が殺され、三万人以上の「鑑定済み」の人々が待期中であった。ヒトラーは一九四一年八月二四日、とりわけ教会の圧力を受けてこの行動を公的には中止しないわけにはゆかなかつた。けれどもこの公的中止は、もはや殺害がなくなったことを意味するものではなかつた。安楽死計画は、いわゆる「解き放たれた安楽死 (wilde Euthanasie)」にその活路を見出したからである。そこでは、様々の施設においてもはや中央の統制から離れて無数の病者が殺害されたと言われている。⁽¹⁹⁾ そればかりではない。いわゆる「ユダヤ人問題の最終解決」のために設置された絶滅収容所は、このT4行動の実証済みの威力によってその基盤が築かれたのである。すなわち、T4行動は孤立したのではなく、ナチス体制の大量殺戮機構をテストするためにも役立てられていたのである。それゆえ、幼児安楽死に始まり、T4行動を経て、絶滅収容所に至る行動のすべては、「生きるに値せず、また種を異にする生命の処理を貫徹するための社会ダーヴィニズム」人種主義を基盤とする抹殺計画の一部であつた。⁽²⁰⁾

こうした非公式な安楽死行動の実態は、当時では厳しい言論統制の下に巧みに隠蔽される一方で、不治の病者の願望に基づいてその苦痛を短縮させる権限が医師に認められるべきではないかという、さしあたりは受け容れられやすい方向から安楽死論議が公的に推し進められた。そして、これと並行して、すでに実施されている安楽死行動を合法化するための立法作業も進行してゆく。すでに正確な条文は失われているが、一九三九年八月一日の刑法委員会における討議から再構成されうる当時の安楽死法案は、次のような条文から成り立っていたと推測される。⁽²¹⁾

第一条 自己または他人にとって甚しく負担となっている不治の病気、もしくは確実に死に至る病気に罹っている者は、その明示的な要求に基づき、かつ特別に権限を与えられている医師の承諾を得て、医師による死の援助を求めることができる。

第二条 不治の精神病のために引き続き看護を必要とする者および生存に耐えることのできない者の生命は、医師の措置により本人に気づかれず、また苦痛を与えることなく、これを早期に終らせることができる。

この法案に見られるように、自己の生命処分許容の可能性の問題の中に他人の生命処分の許容性を紛れ込ませることによって、当時では囑託殺人の許容性としての真の安楽死問題が生きる価値のない生命の絶滅行動の貫徹のために巧みに利用されていたことが分るのである。これはまさに、全体主義体制を貫徹するに当たって決定的な役割を演じた、あの「言語の倒錯」の一具体例であり、「安楽死」という言葉の濫用はここでも、ナチズムの真の思想の隠蔽のために、またその内容の変更のために大いに役立てられたのである。⁽²²⁾ もっとも、この法案は、ナチス立法としても成立することはなかった。けれども、この時期になると、ドイツの裁判所はもはや個人の権利防衛装置としての、その本来の司法的機能を全く失っていたのであるから、⁽²³⁾ 今さら法律になる必要もなかったわけである。

いずれにせよ、ナチス国家における「安楽死」行動のすべては当時の法状態に照らしても明白な犯罪行為であり、それゆえに正当にも、ナチス権力犯罪の典型例として現在に至ってもなお西ドイツにおいてはこれに対する刑事訴追が鋭意続けられているのである。⁽²⁴⁾ とは言え、右の安楽死法案が有効に成立し、実際の安楽死行動も合法性を装うことができたならば、どうなっていたであろうか。そうなればこれに決定的に寄与したビンディングとホッへの思想に対する現代の評価もまた、別のものになっていたとは言えないであろうか。

少なくとも、彼らの思想が単なる珍奇な独想にすぎず、それがもたらした身の毛もよだつ波及効果も現代史における一特異現象にすぎず、したがって同じことが再び繰り返されることはあるまいと高を括ってすませられるようなものではないことは、最近の研究が否定しようもなく明瞭に実証している。⁽²⁵⁾ 彼らの思想は、遅くとも一九世紀のヨーロッパ

ツパにおいて澎湃として興ってきた社会功利主義——社会ダーヴィニズムの思想材によって明確に刻印づけられていたのであり、また右の書の刊行後の反響も、賛成意見の方がはるかに多かったのである。つまり彼らの思想も、当時のいわば「常識」の中に深く根を張っていたのであり、それがワイマール時代までの安楽死論議の伝統的な枠組みをつき破るのに、共に役割を満じていたという事実は、無視できないと思われるのである。

(三) 原則の再確認と問題の立て方

ビンディングとホッへの理論とそこから誘発されたナチス安楽死行動に見られる歴史的事実の決定的な意義は、単に、人命の軽視から生じた破滅的な効果と言うだけで尽されるものではない。それは何よりも、社会功利主義の見地から、国家、社会そしてとりわけ医師に各人に固有の生命価値に対する評価を許した結果、生命というものがそれ自体として有する「自己価値」から他の目的ないし利益のための「手段価値」にまで貶しめられることによって、その担い手である個人の人間としての尊厳という一線が踏み越えられてしまった、ということにある。それゆえ、一九四九年五月二三日のドイツ連邦共和国基本法が、まずその第一条第一項において、「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、保護することは、すべての国家権力の義務である」と宣言したのは、——ユダヤ人撲滅運動とともに——右のような安楽死行動を歴史的な背景として理解されなければならない。すなわち、人間の尊厳の不可侵性というのは、神の至尊の絶対性という意味においてはではないにせよ——これが侵されることはもともとありえない!——、少なくとも憲法的保護領域においては人間の尊厳が他の価値との比較を超越した絶対的な価値を持つ、ということである。このことは、ドイツの憲法解釈に関する限り、何ら異論はない。日本国憲法第一三条にいう「すべて国民は、

個人として尊重される」という文言も、これと同じ意味において理解されるべきことは、わが憲法学説上の通説である。⁽²⁶⁾ もっとも、これには有力な異論がある。⁽²⁷⁾ 論者は、日本国憲法第一三条の「個人の尊重」の「歴史的、かつ法律的な意味は、新憲法制定まで日本にあった古い家父長制度を廃止し、個人としての権利を保障することにある」のに対し、西ドイツ基本法の歴史的背景には、「ナチ時代の、個人ではなく人間そのものが国家権力によって無視されたという苦い体験があった」ことから、両者の間には単に文言上の差異だけでなく、意味上の重要な差異もあることを指摘するのである。⁽²⁸⁾ たしかに、両国の憲法がそれぞれに歴史的成立の由来を異にしている、そこから重点の置き所も自ずと異なってくるというこの指摘は重要である。しかし、「恒久の平和を念願し、人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く理解する」（日本国憲法前文②）日本国憲法が、人類普遍の原理である人間の尊厳の尊重の理念に立脚していないとは思われない。またかりに「個人としての尊重」が個人主義の強調を意味するものであるとしても、そもそも「個人主義」というものは、人間であれば誰であれ——したがって犯罪者であれ、新生児であれ、頻死者であれ——人間としての固有の価値を持つことが前提として承認されていなければ成り立ちえないのである。それゆえ、「個人としての尊重」も、その論理的前提として「人間の尊厳」の尊重の理念に立脚していると解することには、何の支障もないのである。

他方しかし、「人命の尊重」、そしてそこから引き出される各人の「生命への権利」は、「人間の尊厳」と無関係ではないが、しかし同じものではない。すなわち、「いつも（例外なしに）人間の尊厳を尊重すべき」とは言えるが、「いつも（例外なしに）人間の生命を尊重すべき」とは言えないのである。⁽²⁹⁾ このことはすでに、法秩序が戦場における敵兵の殺害、死刑、正当防衛における殺人を許している、それどころか命じてさえいる場合⁽³⁰⁾ を見るだけで、直ちに

明らかであろう。もっとも、前二者が「人間の尊厳」という理念と相調和しうるかには重大な疑問があるにしても、少なくとも後者、すなわち正当防衛においては「個人の尊重」のために「生命への権利」が後退すべきことは、すべての法秩序にとって一致した確信となっている。それゆえ、日本国憲法が「生命への権利」へは——他の基本権とともに——最大の尊重を必要としながらも、「公共の福祉に反しない限り」という限定を付しているのは理由のないことではない（第一三条、なお、死刑の唯一の根拠となっている第三二条をも見よ）。ナチス時代の苦い体験から死刑を全面的に廃止した西ドイツの基本法（第一〇二条）でさえ、生命への権利は、「法律の根拠にもとづいてのみ、これを侵害することが許される」と明言しているのである（第二二条第二項）。このように「人間の尊厳」は憲法的保護において絶対的であるが、「人命の尊重」は例外を許容する、したがって生命のある種の相対化は免れないと見る立場は、一見矛盾するようでもあるが、しかし人間学的・法哲学的には容易に説明することができる。すなわち、人間には動物に見られない生物学的な生命を越える次元というものがあるのであり、そこから、精神的存在としての人間は、場合によっては、より高い価値のために生物学的な生命さえも犠牲にすることができる、ということである。^(註)

とは言え確かに、平等としての正義の核心は配分的正義であり、キケロはこれを「各人に各人のものが保障される (Suum cuique tribuere) 原理」と名づけた。この原則は一見して明証ではあるが、しかし「各人のもの」とは具体的に何を指すかは決して自明ではない。けれども、少なくとも一つの点については疑いもなく各人に帰属する。それは、人間ならずべて人間としての生命を持つということである。すなわち、いかなる場合であっても、自己の、個人的な、取り替えようもない各人の生命が、その自己同一性が彼のものとして誰にも帰せられるのである。しかし、これは無条件かつ絶対的に妥当するのか。現代の著名な正義論の論客の一人であるアルトゥール・カウフマンは、平和

時であっても、緊急事態では、場合によっては自己の生命を他人のために犠牲に供することが義務づけられている人的集団、したがって例えば消防士や船舶乗組員が存在することを認めているのである。⁽³²⁾では、場合によっては自己の生命を犠牲にすることさえ余儀なくするより、高い価値とは何か。それは、人格的主体の自己実現という形をとった「人間の尊厳」以外のものではありえない。殉教者は勿論、殉職者も、より高い価値のために生命は犠牲にしたが、しかし自分の人格を否定するようなことはしなかったのである。⁽³³⁾

死の限界領域において医師の生命維持義務と患者の自己決定とが相対立する場合にこのことが意味するのは、今や明白である。それは、患者の「尊厳死」のために前者が後退するということにほかならない。ここで「自死への権利」と言われるのは、「自己の、人格的な死」を他人によって操作されることを拒否し、これを「人間の尊厳」に結びつけて憲法上の保護領域にまで高めようとする要求の、したがって生命をさえ越えたより高い価値を主体的に確保したいという願望の一表現にほかならないのである。⁽³⁴⁾それゆえ、これにはもともと、憲法上の価値序列からして原則的な疑念は生じえないであろう。これに対して、無意識状態に陥っているために自己の意思を表明しえない患者の場合では、事情は全く異なる。ここでは、人格的主体の自己表明というものが原理的に遮断されているのである。社会功利主義の見地から、この種の生命価値の他人による評価が許容されては絶対にならないことは、先に詳述したナチスの経験から引き出されるべき第一の教訓である。要するに、本人自身の意思と利益を顧慮することなく人の生命を奪うことは誰にも許されないのである。

とは言え、延命治療の高度な発達に伴い、それ自身としては可能な延命措置を医師がとり続ける義務はないのではないかという問題を、真剣に考えさせるに足りるだけの「新しい局面」が生じていることも事実である。しかし、注

意されなければならないのは、医師の生命維持義務の限界を認めることには、もともと回復の見込みなき生命の価値を相対化し切り捨てての途にいたるおそれを内含している、ということである。医師の治療ないし延命義務の限界基準の衡量要素として患者の「生命価値」が、いかなる理由にせよ考慮に入れられてはならないのであれば、われわれの当面する課題として残されているのは、中山教授が明言されているように、結局のところ、この「新しい局面」に着目することによって、「少なくとも患者の意思と無関係に他の利益のためにその生命とその維持義務を相対化する方向を拒否しうるような理論化の努力」でしかありえないであろう。⁽³⁵⁾「問題」はそれゆえ、とりわけこの場合では医師の生命維持義務が原則的かつ一般的に妥当し、またこの生命維持義務の限界が必ずしも直ちに医師の生命保護義務の解除を意味するものでないことを前提としたうえで、医師は、極端な状況にある特別の場合においては例外的にのみ、特殊な延命措置を開始せず、またはすでに開始した措置を中断ないし他の治療方法へと変更もしくは縮小することが許されるかという意味においてのみ、立てることができるのである。とりわけ重要なのは、延命措置の不開始ないし中断が患者の死に直結する場合には、医師の治療義務を終結させる患者の明確な意思表示と対比できるだけのあの憲法上の対抗利益が存在していなければならないということである。要するに、「生命保護が原則であり、それへの断念は狭く限定され、つねに慎重に根拠づけられねばならない例外でのみありうる」ということである。⁽³⁶⁾

しかし、それにしても、医師の生命維持義務の無条件的な妥当性に再考を促す「新しい局面」、言い換えれば現代延命治療の特殊性を呼ばれているものは、一体どのようなものであるのか。そこには、「生存に価値なき生命の毀滅」の場合とは異なる、どのような特徴があるのか。理論構成の前提として、まずこのことが明確にされなければならないであろう。

（四）現代の延命医療の特殊性

「患者の健康こそ最高の法 (salus aegroti suprema lex)」という格言に端的に表現される、過去数千年の西洋医学において妥当してきたあの「医の倫理」が、今日では歴史的な転換期を迎えているとしばしば言われる。それほどいう意味であろうか。

ドイツの医学者パウ・フリッチェによれば、数世紀にわたって医師はあらゆる手段をもって生命を維持し延引するという原理に自らを従わせることができた。けれども今日では、医師にとって使用可能な手段と方法は広い範囲に及んできて、それらの使用がすべての状況にわたって必ずしも患者の幸福に役立つとは限らないものになってきている。延命そのものは、今日では以前のどの時代よりも広い範囲において可能であるが、人間としての質を保障しない生物学的な生命、さらには個々の器官または細胞群の確保が医師の義務の内容ではありえない。こうした事実直面してきわめてはつきりしていることは、最高価値である人間の尊厳を生命それ自体で測定することができなくなった⁽³⁷⁾ということである。ここでは、延命医療の技術的可能性が医師としてなしうる許容性の範囲をはるかに越えてしまったことに現代の問題状況があることが、端的に指摘されていると言えよう。では、このような状況に直面している医師としては、何が差し迫った課題として自覚されねばならないのか。

フリッチェによれば、「……まさに……技術的に優れた装備を有する病院では、われわれは……今日の治療法全体のレパートリーを投入し、大げさで根拠のない、幻想的な進歩という奇蹟に対する信仰に陥って、われわれ医師の任務を忘れてしまうという誘惑にあまりにも屈服しやすい⁽³⁸⁾」。そこで医師として考えねばならないのは、患者が最後の息を引きとるまで今日の医学がなしうるすべてをなさねばならないといった自己暗示から遂行し、技術的には完全に成

功した手術であっても、患者の全体幸福とその後の運命を考え合わせると、それが無意味なことでもありうること、言い換えれば、“know how”よりも“know what”（何を、また何のためになすべきかを知ること）の方が差し迫った課題になっている、ということである。要するに、医療技術の独占的な行使がゆだねられている医師は、「私は何をなしうるか」を自問するだけでなく、「すでに適応性の認定に当たってとるべき措置の意味と、それが患者の全体幸福にとって有する関連性を熟慮しなければならぬ」と言うのである。⁽³⁹⁾

人間に許される以上のことがますます、すでになしうるものとなってきているという、現代社会を際立って特徴づけている事情が、「人間にはなしうることならずべてなすことが許されるのか」という、技術的可能性と倫理的許容性との関係についてのあの古くからの問いかけを改めて焦眉の課題として現代の問題状況に⁽⁴⁰⁾関連づけてわれわれの問題の内実を適格に把握していると思われるがゆえに、またそれが今日のドイツにおける多くの論者に共通した状況認識になっているがゆえに、右にフリッツェの所説を比較的長く引用したのである。実際ここから、現代の問題状況が一九二〇年代とそれに続くナチズムの時代に人々の意識を支配していたものとはかなり異なっていることを読み取ることができよう。つまり、かしこでは生存能力のある人間の生命を社会功利主義の観点から抹殺することが問題であったのに対して、ここでは「消えゆく生命」に本人の全体幸福、したがってヒューマニズムの立場から「自然の死」を遂げさせることが重要なのである。とは言え、こうした標語上の差異の背後には何が隠されているのか。冷静に観察すれば、果してそこに本質的な差異が存在するのか。これについては後にもう一度立ち帰って慎重に検討されなければならない^{(三)(二)(イ)}。いずれにせよ、ドイツではこうした状況把握から医師の治療義務の限界を問題とすること自体が問題とされることはほとんどなくなり、現在ではもっぱら様々に提出された許容基準の可否をめぐる論争

に明け暮れていると言っても過言でないほどである。以下では、西ドイツを中心としてヨーロッパ世界における議論の状況を概観しておきたい。

「医師は無条件に生命維持者でなければならない。そうでなければ医師たることをやめる。⁽⁴¹⁾」 「法秩序が、極端な場合に限られるにせよ、医師に患者を殺害する権利を認容するならば、法秩序は患者の医師に対する信頼をつき崩してしまうであろう。⁽⁴²⁾」 「法秩序が個々の医師に、例外的な場合に限られるにせよ、患者の延命に意味があるか否かを判断する権能を認容するならば、医師への信頼は停止する。⁽⁴³⁾」 疑いもなくナチスの苦い体験に裏付けられたこうした確信がドイツにおいてなお妥当しえたのは、遅くとも一九六〇年代の前半までであると言ってよい。^(43a) 一九六八年には早くも刑法学者ガイレンが、「医師は確かに、積極的な意味において患者に『手をかける (Hand anlegen = 殺す)』ことは許されない。彼はしかし、反対に、その力の及ぶすべてを無意味なまでに延命のために尽すことを義務づけられでもない。医学的になしうるすべてが職業倫理的に許されるわけではない。いわんや、法的に要求されない⁽⁴⁴⁾」という見解を表明している。世界医師連盟の『シドニー宣言』も、「治療上の関心は個々の細胞の生存能力を維持することには向けられない。むしろ重要なのは、当の人間の運命である」と、同じ年に言明している。⁽⁴⁵⁾ こうした意識変化はそれ以来ヨーロッパ世界においては急激な高まりを見せ、例えば、先に引用した確信的な主張に見られるように、「最後の息を引きとるまで」の無条件の生命維持義務を要求していたポッケルマンでさえ、ほぼ一〇年後には不可逆的な意識喪失の場合では治療中断が許されるという見解をとるに至った。⁽⁴⁶⁾ しかも、事態は刑法学説の変遷の枠内にとどまるものではない。政治のレベルでも、ヨーロッパ議会がすでに一九七六年一月二九日、生命維持それ自体が「も

はや決して医療実務の排他的な目標と見られてはならない」という勧告⁽⁴⁷⁾が採択されている。安楽死一般には否定的な態度をとり続けていたカトリック教会でさえ、これよりはるかに前にカトリックの総統括者であるピウス十二世が、「人間の生命が続くのは、個々の器官の単純な生物的生命とは別個に、基本的な生存機能が人工的な手段をかりずに自発的に営まれている限りにおいてである。……個々の人間がいつ死んだかを決定するのは医師の仕事である⁽⁴⁸⁾」と明していた。こうした考えがヨーロッパ世界では医療の実務の中にいかに深く浸透しているかを示す例証として、一九七九年の臨死介助のためのドイツ連邦医師会指針の一節⁽⁴⁹⁾を挙げれば十分であろう。それによれば、

死にゆく者、死に近い者または負傷者の場合で、

——主たる病苦が絶望的な予後を伴って不可逆的な経過を辿り、また、

——意識があり、自己の人格形成を伴う周囲と関係した生活を送ることが全くできないときは、医師は苦痛を緩和するものとする。彼はしかし、延命に役立つすべての治療上の可能性を投入する義務を負わない。

同じ傾向は、周知のように一九七六年に発生したカレン・クインラン事件とサイケヴィッチ事件を契機としたアメリカの判例においていっそう顕著に現われているのである。⁽⁵⁰⁾そこでは、「身体的侵襲の程度が増し、予後がうすくなるにつれて、州の利益〔つまり国家の生命維持義務〕は反対に弱まり、個人のプライバシー権が増大⁽⁵¹⁾……、遂には個人の権利が州の利益を圧倒する」という、カレン・クインラン事件第二審判決において設定された利益衡量図式が支配的であるが、そこには回復の可能性が少なく、悲惨な状態にある患者には国家の保護が低下するという「生命の質」の考え方が含まれていると指摘⁽⁵¹⁾されている。わが国でも一九七七年一月八日の刑法学会における『共同研究』以来、この種の見解が徐々に増えつつあるが、しかし学説も実務も傾向としてはこの問題には否定的に対処して

きたと言えよう。しかし、そうこうするうちに右に概観した「世界的な傾向」を反映してか、厚生省の「末期医療に関するケアの在り方の検討会」が一九八九年六月一六日に、「末期患者に対する単なる延命医療は、人間としての尊厳を尊重するという観点からも、また、家族にとっての精神的苦痛という観点からも再考する必要がある」という見解を公表したことが大見出しとなった（同報告書五頁。もっとも、それを許容する法的根拠と基準は全く示されていない）。

では、何がこうした「世界史転換」を押し進めているのか。エーザーによれば、それは、「医学がより自然科学的・技術的な出来高思想から回帰することによって、正当にも再び、人間の『全体的幸福』に役立つべきであり、技術的に可能なこともしくは個々の器官の孤立した維持および回復に本質的な目標を置くべきではないという、医学本来の人間的な任務を自覚しはじめた」ことにある⁽⁵⁴⁾。そこで、少なくとも次の二つの問題が真剣に検討されるべき刑法上の焦眉の課題として生じてくる。第一に、ある極端な場合では医師は患者の「過剰な」延命措置をとらなくても刑法上の危険を招来しないだけの法的根拠と要件を呈示することであり、第二に、医師による延命の「押しつけ」から患者自身の利益を保護する必要がある場合では、その法的根拠と程度を明らかにすることである、と云うのである⁽⁵⁵⁾。

この問題提起が現代の延命治療の特殊性に直面していかに説得的であるように見えようとも、しかしこれには同時に、生命保護義務のあの大前提に直接に触れ合う危険が内在しているということが、どこまでも自覚されねばならぬであろう。こうした考察方向が「人命軽視」に繋がらないためには、次の諸点に格別の配慮をめぐらすことが必要となる。第一に、生命という基本価値に対抗しうるのは「人間の尊厳」でしかありえないということである。第二に、患者の「全体幸福」との関連で医師の措置の「意味」が考慮される場合であっても、それが患者の「生命評価」と結びつけられてはならない、ということである。例えば、アメリカの判例において支配的な「利益衡量図式」の中に、否

定的要素として患者の年齢や軽快後の生命の質が考慮に入れられるならば、それは直ちに「生存に価値なき生命の毀滅」思想に結びつきうるであろう。第三に、医師を「生死の支配者」としないためには、治療中断ないしは縮小に於いての医師の「判断」は狭く純医学的な事物理解に基づく事実上の判断（≡診断）に限定されねばならない、ということである。死の限界領域においては、それを許容するための規範的な客観基準が存在していなければならぬであろう。このことについては、これまであまり明確にされてこなかったと思われるので、若干の補足説明を必要とする。

医師は確かに、個々の医療措置の投入の選択に当たっては一定の裁量の幅が認められていなければならない（判断裁量）。医療行為一般に伴う特殊性が、一方では個々の具体的な医療措置を画一的な適用基準になじみにくいものとさせるとともに、他方、右基準を適用するに当たっては、「医学医術の高度の専門性」をある程度まで認めしないわけにはゆかないからである。⁽⁵⁷⁾けれども、死の限界領域において法的な根拠もなく、生死の判断を下すことが誰にも許されていないのに、ひとり医師のみが法秩序のこの厳格な生命保護命令から免れていると見ることはできないであろう。それゆえ、たとえ「医師の良心」または「医学の合理性」に依るものであれ、たとえば患者が不可逆的意識喪失に陥っている場合には延命措置を開始せず、またはすでに開始した措置を中断すべきか否かを自力で下すこと、さらには一方的な治療中断の一般的な基準を「自己答責的に」自ら設定することは、医師には許されないと**言うべきである**。⁽⁵⁸⁾この種の「行為裁量」は、生命保護の基本原則からして医師にはもともと認められていないからである。医師はそれゆえ、「判断」のための基準が前もって明確な根拠のもとに法的に承認されている場合に限り、その判断から生ずるであろう刑法上の危険から免れることができるのである。

死の限界領域において医師の行為に最少限度の法的規制を必要とさせるものは、しかし、「濫用の防止」というこ

の法の消極的機能に尽きるものではない。より積極的に評価されるべきは、法の指針としての機能である。生命形態の多様性ゆえに完全な統一基準を設定することは困難であるにしても、判断が個別的に医師にゆだねられている場合に生ずるであろう混乱を避け、医師がその同僚とも調和し法秩序が設定した基準とも一致していることを自覚しながら行動しようということは、何と言っても医師自身にとって大きな利益でありうる。最も重要なのはもちろん、ある病院ではこの医師により、他の病院ではあの医師によるのと基本的に同じ原則に従った治療が受けられるという期待を、一定の法的基準値に基づいて患者に許すという形をとった信頼の安定化という機能である⁽⁵⁹⁾。いずれにせよ、医師の行為もまた、法の設定するこうした最小基準値に服しなければならないということを、否定することはできないであらう。

とはいえ、それにしても、無意識患者に対する延命治療の現状が医師の生命維持義務の限界基準の設定を余儀なくさせるほどに、真に差し迫った課題をわれわれに提起している⁽⁶⁰⁾のであろうか。これについてはしかし、信頼するに足る専門家の現状分析と意見を頼りとする以外に、われわれは、的確な評価を下すべき資料は何ら持ち合わせていない。そこでまず、われわれが扱うべき問題事例を適切な範囲に限定しておくことが必要である。

(58) BGHSt 10, S. 291. 444 Arthur Kaufmann, Zur ethischen und Strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Frühethanasie, in: Strafrecht zwischen Gestern und Morgen, 1983, S. 121., 参照。

(59) Stratenwerth, Sterbehilfe, in: SchwZStRR 95 (1978), 77 f.

(60) Kaufmann, Zur sogenannten Frühethanasie (前注(58)), S. 121 f. 西ドイツでは今日このことがとりわけ強調されてい^る。例^{えば} Fritsche, Das Recht auf einen menschenwürdigen Tod?, hrsg. von der Deutschen Sektion der Internationalen Juristenkommission, 1977, S. 2 ff.; Thielecke, Wer darf leben? Der Arzt als Richter, 1968, S. 20 ff.;

Schöllgen, Ärztliche Ethik und christliche Moralthologie, in: Studium Generale 1953, S. 40 f., 参照。

- (11) フルボン・ケーザー『先端医療と刑法』(前注(5))三二頁。
- (12) Thielicke, Wer darf leben? (前注(10)), S. 42. 同様、Fritzsche, Grenzbereich zwischen Leben und Tod; Klinische, juristische und ethische Probleme, 2. Aufl. 1979, S. 68; Paul Krauß, Medizinischer Fortschritt und ärztliche Ethik, 1975, S. 104.
- (12 a) Gerhard Fichtner『Gerhard Fichtner, Die Euthanasiediskussion in der Zeit der Weimarer Republik, in: Albin Eser (Hrsg.), Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem, 1976, S. 24 ff.; Ernst Klee, »Euthanasie« in NS-Staat. Die Vernichtung lebensunwerten Lebens, 1983; Rolf Winau, Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens, in: Winau-Rosemeier (Hrsg.), Tod und Sterben, 1984, S. 27 ff. 邦語文献として、宮野彬「生きる価値のない生命を絶つことの許容性——ビンディングとホックの見解を中心に——」鹿大法学論集三号(一九六七年)一三〇頁以下、なお最近のものとしては、甲斐克則「法益論の側面——人工心肺器遮断の許容性をめぐって——」九大法学四五号八五頁以下でもこれに触れている。
- (13) Karl Binding/Alfred Hoche, Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Maß und ihre Form, 1920, 2. Aufl., 1922. 邦訳、中野峯雄・法学論叢一一巻五号(一九二四年)一一〇頁以下。なお、本文中の引用頁は原文による。
- (14) Fichtner, Die Euthanasiediskussion (前注(12 a)), S. 35.
- (14 a) 以下の叙述は主に前注(12 a)に列挙されたドイツ語文献による。
- (15) Winau, Vernichtung lebensunwerten Lebens (前注(12 a)), S. 41.
- (16) ヒトラーはすでに一九三五年、ライヒ医師会長ヴァーグナーに宛てて、戦争が起った場合には安楽死問題を取り上げ、解決策をもちだすつもりだと述べている。Winau, Vernichtung lebensunwerten Lebens (前注(12 a)), S. 42, 参照。
- (17) Winau, Vernichtung lebensunwerten Lebens (前注(12 a)), S. 43.
- (18) この会社が設置されたフルボンの所在地 Tiergarten Straße 4 に由来する。
- (19) Winau, Vernichtung lebensunwerten Lebens (前注(12 a)), S. 45. Adalbert Rückerl, Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen 1945-1978, 1979, S. 17, によれば、「安楽死」行動によっておよそ一〇万人——それも圧倒的にドイツ人——

が犠牲になったと推定される。

- (20) *Winau*, Vernichtung Lebensunwerten Lebens 前注(12 a)), S. 45.
- (21) *Besprechung der Strafrechtskommission vom 11. 8. 39*, *Bundesarchiv Koblenz R 96 I/2 32 66 59 ff. Winau*, a. O., S. 46, からの引用。
- (22) ナチス体制における「言語の倒錯」について詳しくは、アルトゥール・カウフマン「法哲学とナチズム」(H・ロットロイトナー編・ナチス法理論研究会訳『法、法哲学とナチズム』所収)二七頁以下参照。
- (23) これについては、拙訳デームート・マイヤー「『民族的不平等』を例としたナチズムにおける司法の法理論的機能規定」『法、法哲学とナチズム』(前注(22))所収)二六二頁以下を見よ。
- (24) これについて詳しくは、宮澤浩一「『安楽死事件』と西独の刑事司法」・『世界』一九八八年一月号一七一頁以下。なお、戦後の西ドイツにおけるナチス犯罪の追及についての包括的な研究として、宮澤浩一「ナチス犯罪の追及と西ドイツ刑事司法——特に、ナチス犯罪追及センターの活動とナチス犯罪者の外泊に関する許諾の問題を中心として——」法学研究六一巻二号九頁以下、*Rückert*, *Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen* (前注(19)); 参照。
- (25) 多くの研究に代わるものとして特に *Fichtner*, *Die Euthanasiediskussion* (前注(12 a)), S. 24ff., 29ff. 及び S. 37ff. には関連文献の一覧表が掲載されている。
- (26) 多くの説に代わるものとして、宮澤浩義『憲法Ⅱ』(一九五九年、有斐閣)二一〇／一一頁、特に最近のものとして樋口陽一ほか『注釈日本国憲法上巻』(一九八四年、青林書院新社)二五六頁以下(佐藤幸治執筆)参照。
- (27) ここでは特に、ホセ・ヨンパルト『刑法の七不思議』(一九八七年、成文堂)所収「その六——生命と人間の尊厳」一九四頁以下の叙述が注目される。
- (28) ホセ・ヨンパルト『刑法の七不思議』(前注(27))一九六／七頁。
- (29) ホセ・ヨンパルト『刑法の七不思議』(前注(27))二〇六頁。
- (30) 殺人の禁止に対するこの三つの「古典的な」例外の根拠を検討したものととりわけ興味があるのは、アルビン・エーザー『先端医療と刑法』(前注(5))六九頁以下。彼は、これらの場合と、妊娠中絶、安楽死および自殺の場合とは、「抹殺された生命が攻撃者ではなく被害者である」点に根本的な相異があると見ている。

- (31) ホセ・モンパルト『刑法の七不思議』(前注(29))二〇七頁。
- (32) Arthur Kaufmann, *Gerechtigkeit—Der vergessene Weg zum Frieden, Gedanken eines Rechtsphilosophen zu einem politischen Thema*, 1985, S. 25. アルトゥール・カウフマン『正義と平和』(ミネルヴァ書房、一九九〇年)二三頁。
- (33) ホセ・モンパルト『刑法の七不思議』(前注(29))二二一頁。
- (34) これについて詳しくは、上田健二「臨死介助と自死への権利」(前注(1))一二五頁以下を見よ。
- (35) 中山研一「植物状態患者をめぐる法的諸問題(下)」ジュリスト六六五号(一九七八年)一〇二頁。なお、甲斐克則「法益論の一側面——人工心肺器遮断の許容性をめぐって——」九大法学四五号六四頁以下も、法益論の側面からこの点を強調している。
- (36) Kaufmann, *Zur sogenannten Frühethanasie* (前注(∞)), S. 123.
- (37) Paul Fritsche, *Der Patient als Mensch oder Objekt—Lebensverlängerung bis zum letzten Atemzug*, in: Eser (Hrsg.), *Suizid und Euthanasie* (前注(21a)), S. 150 ff., S. 151.
- (38) Fritsche, *Der Patient als Mensch oder Objekt*, in: Eser, *Suizid und Euthanasie* (前注(21a)), S. 151.
- (39) Fritsche *Der Patient als Mensch oder Objekt* (前注(21a)), S. 153 ff.
- (40) この問題状況について詳しくは、アルトゥール・カウフマン(上田健二・竹下賢訳)「バイオテクノロジーとバイオエシックスについての法哲学的考察——」同志社法学二〇四号四六頁以下、特に五三頁以下(なお、矢崎光圀ほか編『転換期世界と法』(一九八九年、国際書房)六一頁以下、特に六七頁以下)参照。
- (41) Schaderwaldt, *Klin. Wochenschrift* 1969, 560 の文中に見られる *Hellpach* の発言である。
- (42) Paul Bockelmann, *Strafrecht des Arztes*, 1968 S. 24.
- (43) Bockelmann, a. a. O., S. 25.
- (43a) Eser, *Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch* (前注(∞)), S. 129 f., 参照。
- (44) Geilen, G., *Das Leben des Menschen in den Greuren des Rechts*, FamRZ 1968, S. 121.
- (45) Fritsche, *Der Patient als Mensch oder Objekt* (前注(21a)), 150/51 からの引用。
- (46) Bockelmann, *WMW* 1976, S. 150.

- (47) Recommendation 779 von der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, in: Zwischen Heilaufrage und Sterbehilfe (前注(3)), S. 101, Anm. 86.
- (48) 一九五七年に開催された国際麻酔学会の、人間の死はいつおこるのかという質問に対するピウス十二世の回答である。鯖田豊之『生きる権利・死ぬ権利』(一九七六年、新潮選書)二八三頁より引用。これについてはさらに、大嶋一泰「生命の終焉と刑法」『現代刑罰法大系3』五二頁以下、F・サルダ(森岡恭彦訳)『生きる権利と死ぬ権利』(一九八八年、みすず書房)一一〇頁以下、参照。
- (49) Richtlinien der Bundesärztekammer für die Sterbehilfe (1979), in: DÄBI (1979), S. 957 ff, II. b. アルビン・ハイザー『先端医療と刑法』(前注(5))資料③三三二頁参照。
- (50) アメリカ判例におけるこうした傾向を詳細に分析したものととしてとりわけ、甲斐克則「人工延命措置の差し控え・中断の問題について(一)(六)」海上保安大学校研究報告三〇巻二号～三三巻一号参照。なお、本研究の論評として上田健二『刑事法学の動き』法律時報六一巻二号一四八頁以下をも見よ。
- (51) 町野朔「法律問題としての『尊厳死』」加藤一郎・森島昭夫編『医療と人権』(一九七四年、有斐閣)二二八頁。なお、甲斐克則・前掲論文(前注(50))三一巻二号五二頁は、正当にも、そもそも生命という自己価値に「州の利益」を対抗させること自体に根本的問題があると指摘している。
- (52) 刑法雑誌二二巻三四号六六頁以下参照。
- (53) 例えば、読売新聞一九八九年六月一七日付一面記事。
- (54) Eser, Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch (前注(3)), S. 130.
- (55) Eser, Neues Recht des Sterbens? Einige grundsätzliche Betrachtungen, in: Eser, Suizid und Euthanasie (前注(12)), S. 392.
- (56) 医療行為の特殊性については、上田健二「診療行為の意義」(中山研一・泉正夫編『医療事故の刑事判例』(一九八三年、成文堂))二四頁以下。
- (57) 大谷實『医療行為と法』(一九八〇年、弘文堂)一〇頁。
- (58) Eser, Lebenserhaltungspflicht in: Auer, Suizid (前注(3)), S. 82. この点を強調するものの「Kauf」

mann, Zur sogenannten Frühethanasie (前注(8)), S. 132. 甲斐克則「人工延命措置の差し控え・中断の問題について」(前注(50))三二巻一四頁以下参照。

(59) 死の限界領域において医師が準拠しなければならぬ行為基準の一般的な機能について詳しくは、Eser, Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch (前注(3)), S. 79ff, エーザー『先端医療と刑法』(前注(5))三〇一頁以下。

(60) 中山教授はすでに一〇年前にこれについて疑問を提起され、当時の実態を詳細に分析された結果、植物状態患者への対応を人工呼吸器との関連において取り扱おうとする前提そのものに問題があるとされ、人工呼吸器の取り外しをめぐる法律問題が「果して現実にとどの程度必要にせまられた問題なのか再検討の余地がある」と締め括られている。中山研一「植物状態患者をめぐる法的諸問題」(前注(35))特に九四頁、一〇二頁を見よ。もし延命治療の中断の問題の現実的な必要性が——例外的にもせよ——存在しないのであれば、中断基準を設定すること自体が憲法上の生命保護原則に触れることになるのであるから、これは重大な指摘であると筆者には思われるのである。それゆえ、中山教授が踏えられていた当時の状況以後の、そして以外の資料によってこの点を再確認することは、われわれには避けて通ることができないのである。これについてはさらに、内藤謙「尊厳死」(法学教室四四号五九頁以下、参照)。

三 一方的治療中断の許容基準の検討

(一) 問題事例の限定

(イ) 法的区切りとしての脳死

脳死を人の死として承認する立場に立てば、延命治療の対象たる「まだ生きている人」はもはや存在しないのであるから、延命措置の中止というものは法的に全く問題にならない。脳死判定後になお細胞や器官レベルで生命機能が残存していても、そこにはもはや刑法的に保護されるべき「人の生命」は存在せず、それゆえ医師の生命維持義務が終結することは、いわば当然とされる。そればかりか、「すでに死んだ人」がどこまでも延命技術の卓越性を

実証する手段として利用されているにすぎない場合、さらには他の目的（例えば臓器移植、保険金給付、相続上の関心など）のために「余剰の生命」が機械的に維持されている場合には、延命措置を直ちに終結すべき義務さえ生ずることになろう。このような場合では、人の死という厳粛な事実が客体にまで貶しめられることになって、人間の尊厳とは相容れないからである。⁽⁶¹⁾

とは言え、全脳機能の不可逆的消失をもって人の死と認める場合であってさえ、そこに死の決定的な時点を設定することはそれ自体として純医学的・事実的な問題ではない。エーザーも言うように、人間の生命にとって何が決定的かという、「生命保護」の根拠と範囲を問う問題は、言葉の最も広い意味において政策的なものであり、それはとくに、法共同体としての「ポリス (Polis)」が責任を負うべき、したがって原則としてすべての市民が共に担うべき法共同体の根本的価値決断を意味するからである。⁽⁶²⁾ したがって、例えば、「精神性」が人間存在の本質的標識であると見、そこから精神性の本拠である脳の全体的および不可逆的機能喪失をもって法の保護の対象となる人間としての存在は終ると解する⁽⁶³⁾のも、生命というものへ向けられたひとつの根本的な価値決断である。確かに、特殊人間的なものが精神性にあり、よき生き方としての人間生活が生命の質と切り離して考えることはできないことは認容するにしても、しかしそこから、「精神生活」に見離なされた生命はもはや人の生命ではなく、それゆえ生命保護義務の対象でなくなると解するのは、是認できることではない。この論理に従えば、大脳のない存在（例えば無脳症児）はそもそも人間でなく、「*massa carnis*〔肉片〕」にすぎない⁽⁶⁴⁾とか、大脳が崩壊した患者は「生ける屍」にすぎないのであるから、これに対する延命術の実施は問題にならないということになるが、これはもはや、「生存に価値なき生命」という、あのビンディングとホッへの思想と紙一重である。同様に、人格的な自己実現の能力⁽⁶⁶⁾、あるいは知覚および意思疎通

能力の不可逆的喪失をもって医師の生命保護義務は終るといふ見解も、それが生命評価と分ち難く結びついているがゆえに、受け容れ難いであろう。脳死患者に延命措置を中止することが許されるのは、それゆえ脳死患者がすでに刑法的保護価値を失った「死体」であるという理由によるのではなく、脳死であると確実に判定された患者を事実上蘇生させることができないという、事実上の不可能性が医師の延命義務を解除するからにほかならないと見るべきである。ここには、「何人も力以上のことは有効になしえず (ultra vires nemo posse tenetur)」という、あの単純明解な法理がひとえに妥当すると見るべきである⁽⁶⁸⁾。脳死患者に対する措置の中止が通例として死に直結するがゆえに、ここではいわゆる末期医療の問題も⁽⁶⁹⁾、したがって基本看護による生命保護義務の問題も^(69a)原則的に生じないのは、いわばそこから生ずる事実上の反射的效果にすぎないのである。これならば、脳死を人の死として認容しない立場からも、容易に受け容れられるであろう。

もっとも、そのためには、脳死というものが明確な医学的基準に基づいて、医師であれば誰にでも絶対に確実に判定できるということが不可欠な前提条件でなければならぬ。呈示された判定基準が、素人の立場からのものである⁽⁷⁰⁾、でも自己の死が誤った基準によって操られているのではないかという不安を余すところなく解消されていない以上、維持されねばならないのはどこまでも、「疑わしきは生命の利益のために (in dubio pro vita)」である。

(19) Eser, Neues Recht des Sterbens?, in: Eser, Suizid und Euthanasie (前注(18)), S. 393., ders., Lebenserhaltungspflicht., in: Auer, Zwischen Heilfrag und Sterbehilfe (前注(9)), S. 136.

(62) エーザー『先端医療と刑法』(前注(5))二六〇―七頁。

(63) ドイツでは圧倒的多数の見解と見られぬ。Geilen, Festschrift. f. Heintz, S. 373 ff., : Fritsche, Grenzbereich zwischen Leben und Tod. Klinische, juristische und ethische Probleme, 1973, S. 10 ff., : Schönke/Schröder/Eser, StGB, vor §

- 211 ff., Rdn. 11; *Stratenwerth*, Festschr. f. Engisch, S. 528 ff.; *Weißauer/Oberbecke*, Bayr. Ärztebl., 1973, S. 16 ff.; *Ulrike Baronin von Dellingshausen*, Sterbehilfe und Grenzen der Lebenserhaltungspflicht des Arztes, 1981, S. 373 ff.; *Kaufmann*, Zur sogenannten Früh euthanasie (前注(∞)), S. 129 f.
- (48) *Werner Catel*, Grenzsituationen des Lebens; Beitrag zum Problem der begrenzten Euthanasie, 1962, S. 95 ff.
- (49) *Jürgen Möllering*, Schutz des Lebens—Recht auf Sterben. Zur rechtlichen Problematik der Euthanasie, 1977, S. 57.
- (9) *Eser*, Neues Recht des Sterbens?, in: *Eser, Suizid und Euthanasie* (前注(21a)), S. 403.; *ders.*, Zum “Recht des Sterbens”—Einige grundsätzliche Überlegungen, in: *Frische/Goulon/Eser/Braun/Riquiet*, Das Recht auf einen menschenwürdigen Tod, 1977, S. 38 f.; *ders.*, in: *Auer* (前注(∞)), S. 130.; in: *Schönke/Schröder/Eser*, Rdn. 29 vor § 211. *Geilen*, Euthanasie und Selbstbestimmung, 1975, S. 20., ㊦れと同趣旨であると見られる。わが國に㊦つて同㊦見解を表明しているのは、とりわけ大嶋一泰「生命維持装置の取外しと義務衝突」刑法雑誌二二巻三—四号八〇頁。
- (17) 例々 *Claus Roxin*, Der Schutz des Lebens aus der Sicht des Juristen, in: *Blaha/Herbert/Gutjahr-Löser/Peter=Niebler/Engelbert* (Hrsg.), Schutz des Lebens—Recht auf Tod, 1978, S. 89.; *Bockelmann*, Verlängertes Leben—verkürztes Sterben, in: *Wiener Med. Wochenschr.*, 126 (1976), S. 145 ff.; *Josef M. Haussling*, Das Denken des Todes, in: *Eser, Suizid und Euthanasie* (前注(21a)), S. 66 f.; *Kaufmann*, Zur sogenannte Früh euthanasie (前注(∞)), S. 130., の見解。
- (19a) もっとも、右のいずれも医師の生命維持義務の規範的な目標値を叙述したものにすぎず、延命措置の中断基準としては多くは意識能力の不可逆的喪失が眼目とされていることに注意されねばならない。なお、一九七七年の『臨死介助のためのスイス医学アカデミー指針』を模範として作成された一九七九年の『臨死介助のためのドイツ連邦医師会指針』がその二、(d)で、「意識があり、自己の人格形成を伴う周囲と関係した生活を送ることが全くできないときは、……延命に役立つすべての治療上の可能性を投入する義務を負わない」(エーザー『先端医療と刑法』(前注(5))資料③参照……傍点は筆者)としていることから分るように、少くともドイツ語圏ではこの見解が支配的であると見られる。

(68) この法理については、Eser, in: Auer/Menzel/Eser (前注(68)), S. 125 f., 参照。なお、エーザーはこの法理を主として「選択裁量」の問題に関係つけているのであるが、しかしエーザー自身が認容しているように、選択裁量と結びつく事実上の不可能性は結局のところ、「規範的な期待不可性」の問題に帰着することになる。

(69) 「末期医療」という言葉の意味については、大谷實「ターミナル・ケア」唄孝一編『医療と人権』(一九八五、中央法規)二七六頁以下、同「末期医療と医師の刑事責任」警察研究五六巻七号三頁以下、甲斐克則「末期医療と延命拒否」ジュリスト九四五号四九頁、参照。本稿では、「末期医療」という言葉を、医学用語に言う「絶望的な予後」判定の後に投入されるすべての医療措置を包括的に意味するものと捉えておきたい。生命にせよ、意識にせよ、多少とも回復の可能性がある状態をもって末期と呼ぶべきではないと思われるからである。

(69 a) 大谷「末期医療と医師の刑事責任」(前注(69))一六頁も、「脳死」後の基本看護を刑法上想定することは実際上できないと言われる。確かに、そうであろう。しかし、脳死以前では、期末医療が十分に問題になりうることについては、後に詳論する。

(70) 例えば、厚生省の脳死に関する研究班が一九八五年一月六日に発表した『脳死の判定指針および判断基準』(ジュリス ト八五二号二三五頁以下所収)にしても、素人の立場から見ても多くの疑問が解消されているとは言えない。これについては、とりわけ立花隆『脳死』(一九八六年、中央公論社)、中義勝『脳死をめぐる諸問題』(日本学会護総会記録等)』(一九八六年、日学双書1)を見よ。脳死判定の全般的な問題性については、中山研一『脳死・臓器移植と刑法』(一九八九年、成文堂)参照。