

# 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—— (二)

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の毀滅」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(以上二〇七号)
    - (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 自己決定論の有効性とその限界(以上本号)
  - (一) 規範的な目標設定
  - (二) 「規範的期待不可能性」
    - (イ) 行為の無意味性
    - (ロ) 措置の自然性と通常性
  - (三) 治療Ⅱ延命義務限界論の方法論批判
    - (イ) 延命措置の停止は不作為か
    - (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」
  - (四) 医学的判断としての認定基準
    - (イ) 絶望的な予後診断の確実性
    - (ロ) 医学的適応性と延命措置の段階的縮小
- 五 総 括

末期医療と医師の生命維持義務の限界

同志社法学 四一巻二号

一 (二五二)

## (四) いわゆる遷延性植物患者の実態と医師の決断状況

患者がまだ死んでいない場合は、当然のことながら医師の治療および生命維持義務は解除されない。神経痛性の問題は、この場合であっても、ある極限的な事情が存在するときは、延命治療を見合わせ、もしくはすでに開始されたそれ自体延命のために必要な措置を中断または縮小することが許されるか、許されるにしても、いかなる事情と基準の下でか、にある。ドイツではこの問題に議論が集中していることは前述した。重要なのは、少くとも理論的には不可逆的な死であることがはっきりしている脳死の場合とは異なり、この場合では、それがどのような状態であれまだ生きている人を対象としている以上、このような問題の立て方自体が原則的な生命保護命令とは必ずしも調和しない、ということである。それゆえ、提示された諸基準の検討に先立ってまず明確にしておかねばならないのは、脳死直前の状態を法的に、脳死、したがってすでに死んだ人とみなして、これを生命維持義務解除を論拠とする見解は右の生命保護命令に直接に抵触するものとして、検討の対象から一線を画しておくことである。脳死と脳死直前の状態を一応区別しながらも、「治療的にはもはや左右しえない循環の停滞から呼吸および心臓の停止が発現し、これに脳死が数秒の時間的拒りを経て続くであろう」場合では、特に「不治の全体事情にかんがみて生命回復措置が適応しない」ときに脳死が発現したとみなされるべきであるという見解<sup>(2)</sup>、さらには、「生命回復装置に依存しない独立した生命を回復することがもはやできないと医師が確信するに至った時点で死が発現したと見られるべきである<sup>(3)</sup>」といった見解も、結局は右と同じに帰着するであろう。いわば「生ける死者」の無限の看護から病院や家族の負担を免除することによって理解を示しうるにしても、死の時点を端的に前に移すという、この種のはっきりした術策によって治療義務の限界問題を(外見上)脱問題化することは、正当な根拠に基づいて決定的な基準を発見するという問題の本質を隠蔽

するばかりでなく、中山教授が明言されているように、結局は「無益な生命を奪うことの許容」へといたりつかざるを得ないのである。<sup>(5)</sup> それゆえまず問われるべきは、この場合に医師の原則的な生命維持義務を正当な法的根拠をもって限界づけうるほどの例外的な事情というものがそもそも存在するのか、ということではなければならないのである。

いわゆる遷延性植物状態、あるいは——より正確には——今世紀前半に活躍したドイツの精神医学者クレッチマーの提唱による失外套症候群 (apallisches Syndrom) とは、大脳核を覆う部分 (外套) の広汎な障害 (脳炎、外傷、中毒、梅毒など) により大脳の機能が失われた状態で、本態は全失認と全失行の合併であると、医学的には理解されている。このような状態の下では、患者はしばしば上肢の硬直姿勢、あるいは不自然な受動的体位を保つ。眼球運動は維持されているものの随意的ではなく、疎通性は失われ、話すことも動くことも認識することもできない。咀嚼、嚥下、吸飲、把握の基本的運動や原始反射を除いて、精神的な反応は全くない。しかし、睡眠と覚醒のリズムは保たれている。<sup>(6)</sup>

植物状態患者の示すこうした症状はその程度にかなりの幅があることから、日本脳神経外科学会では一九七二年に、「遷延性植物状態」について以下のような定義を設定した。(一) 自力で移動できない、(二) 自力で食物摂取ができない、(三) 尿管失禁状態にある、(四) 目は物を追うが、認識はできない、(五) 簡単な命令 (手を握れ、口を開け) には応ずることもあるが、それ以上の意思の疎通がない、(六) 声は出しても意味ある発言はできない、(七) 以上の状態が三ヶ月以上持続すること。<sup>(7)</sup>

こうした植物状態では、なお脳幹の機能が心臓のリズムをつくり、呼吸機能をつかさどっているから、多くの場合、

人工呼吸器は必要でない。ただし、患者は多くの場合、喉や気管に溜った分泌物を自力で排出できないので気管切開が、自分で食事を摂ることができないので膀胱にカテーテルを入れることが必要である。そのうえ、患者は一度とつた体位を変えることがほとんどできないので、褥瘡を防ぐために一時間ごとに体位の変換を必要とする<sup>(8)</sup>。

以上のような植物状態であると判定された年間の総数は、わが国ではほぼ五〇〇前後で一定しており、外傷に限って言えば、四年間に植物状態と一応認定された八六二人のうち五四症例、すなわち六％が植物状態から脱却している。また、一度植物状態に陥った症例の単純平均生存年数は二、三年である<sup>(9)</sup>。以上のような簡単な所見からだけでも、

「植物状態患者は必ずしも回復不能ではなく、むしろかなりの回復を示す例もあること<sup>(10)</sup>」が知られるとともに、植物状態から脱却しえない場合であっても、生命そのものは高度な延命措置の投入がなくても、大部分は相当長期間にわたって維持されることが分る。問題はもとより、高度な生命維持装置によってしかその生命を維持できない植物状態というものがそもそもありうるのか、ありうるとしてもどれほどの期間にわたるのか、にある。これについては決定的な資料が手許にないので確定的なことは言えないが、植物患者がそのような状態に陥れば程なく脳死に移行するであろうし、その期間は長くても一、二週間以上は続かないことは、容易に推定できよう<sup>(11)</sup>。もしそうであれば、その期間は医師に延命措置の投入を義務づけても重大な支障は生じないと考えることにも十分な理由はあろう。とは言え、その反面において、「われわれがあらゆる医療手段を駆使して患者の救助を目指すという現在の基本方針を取り続ける限り、植物状態も引き続き生まれる」が、大部分が可逆的な通過症状でない「人格の崩壊を残した形での欠陥治療の状態」を残したままでの延命努力を続けることが、「将来にわたっても、このままでよいとは決して思いません」という医師の深刻な疑念<sup>(13)</sup>も、分らないことではない。しかし、このことにどれほど理解を示しうるにしても、この方

向を推し進めた場合に医師の決断状況において生じるであろう重大な危険にも、われわれは相応の考慮を払わねばならないのである。

医師が患者の臨死状態に直面して下すべき決断がいかに困難かつ危険なものであるかを、現在のドイツにおける卓越した臨床外科医として評判の高いハルトムート・メンツェルが、自から手がけた数多くの臨床例から、如実に示している。<sup>(14)</sup>メンツェルによれば、「救命のための応急措置が患者にとって真の救助機会を意味するかいなかの決断は、この状態では患者は大抵の場合、無意識状態にあるから、通例として医師が単独で下すことを余儀なくされる」(S. 55)。<sup>(15)</sup>そこでまずなさねばならないのは、延命治療を実施して患者の蘇生を図るということである。最初の経過において呼吸および循環機能の停止を阻止することに成功してはじめて、危機的な状態を惹起した主病の改善を目標とするかという問題を、見通し可能な時間的幅において熟慮する機会が得られるからである。それゆえ、救命のための応急措置を開始する契機がそもそも医師には与えられていないと言えるのは、「生命機能の再開が——予後の確実な診断により——はじめから不可能である場合」に限られる。この予後の診断は、疾病または損傷の種類と程度に依存する。すでに発現しているはっきりした器官損傷のために心臓停止を阻止することができないか、もしくは脳死がすでに発現していることが最初に確認された場合のみ、医師は蘇生術を開始する必要はない。<sup>(15)</sup>

とは言え、状態が急性のものでない場合であっても、あらゆる状況を慎重に解明する必要から、また医術原則の厳格な履行という義務感から、医師の任務を知らず識らずに越えてしまうこともありうる。良性の大腸ポリープであることがはっきりしている場合で、このポリープがかなりの確率で数年後に悪性腫瘍に変質する可能性があるというわけ、手術による大腸の相当部分の切除が医学的に適応しているというのが、その一例である。年若い患者にとって

はこの決断には意味もあろう。しかし、八〇歳さらには九〇歳の老人にこのような甚大な腹部侵襲を加えることは致命的である。医師はここでも、ポリープが悪性のものへ変質する危険か、それとも残余の自然な生命予期かの選択に当たって、比較衡量のうえで決断を余儀なくされる。

では、医師の臨死介助への決断はどのようなものであるべきか。治癒の可能性がもはやなく、患者が間近に迫った死に直面していることがはっきりしている場合では、医師の求められるのはもっぱら、患者にとって何が真の援助となりうるのか、ということではありえない。生命はどのみち死とともに終るのであり、医師が運命的な病気の経過をもはや治療によって左右しえない以上、死にゆく者にいつまでも苦痛を与え続ける権利は医師にはない。それゆえ、医師にとって臨死介助が意味しなければならぬのは、「それ自体として無益となり、患者に負担をかけるばかりの治療措置を縮小すること、とりわけ苦痛の除去、心理的に苦悩に満ちた状態の緩和および栄養補給・身体衛生に努めることによって病者にとって最善の状態を維持することである」(S. 55)。医師に対する多くの患者の不安を除去するために格別に要求されるのは、「(積極的な) 生命短縮措置は、病状の如何もしくはこの措置をとる者の動機の如何を問わず、一切許されないことに絶対的に一致しなければならないことである」(S. 55)。

ところで、医師はこの状況において決断するに当たり、患者の(推定的)意思を(共に)考慮すべきであるか。メンツェルによれば、無意識患者の推定的意思を治療計画の中に有意的に組み入れることは、医師の最も困難な課題に属する。情況が絶望的であると思われる場合は特にそうである。この場合では、治療への試みだけが事態をはっきりさせうる。それによってのみ、患者は再び自分を取り戻し、その状態を意識的に追体験するに至りうることも可能だからである。しかし、それにもかかわらず情況が絶望的であると思われる場合もありうるであろう。メンツェルによ

れば、「一般論として言えば、絶望的な予後がもともとはっきりしている場合は、努力は治療よりも『死にゆくにまかせる』方向に向けられることになりがちである。しかしまさにこの領域において、早計な治療断念が重大な危険を意味する限界領域が存在するのである」(S. 697)。

メンツェルの挙げる、こうした限界状況から脱却した蘇生例の中でとりわけ印象的かつ感動的なのは、車に轢かれて重篤な脳坐傷、複雑骨折および急性循環不全に陥った六歳の少女の例である。この少女の場合、集中治療上のあらゆる措置にもかかわらず、脱落した生命機能の安定化という意味では最初の三週間は決して進歩は認められなかった。しかし治療の四週間目から状態は徐々に克服され、ついには急速な回復に向った。少女は完全な状態になり、脳機能の脱落症状は全くなかった。メンツェルはこの、そしてこれ以外の数多くの経験からして、「子供の場合ではまさに驚くべき展開が観察されうるので、(たとえ脳機能の兆候が全く現われていないときであっても)集中治療は全範囲において開始されねばならない」(S. 68)としている。いずれにせよ、あらゆる統計からして際立ってわずかな生存機会しか示していない病状と、必要な措置に結びついた患者の高度な負担というものを過大に評価することがいかに危険であるかを、メンツェルの挙げる数多くの症例が如実に示しているのである。

それゆえ、メンツェルがそこから引き出した以下のような結論は、一方的治療中断の許容性をめぐる問題を考えるわれわれにとっては、きわめて説得的であると思われるのである。「生命が維持されうるかいなかという問題は、人間の実存の極限領域において活動する医師にとっては際立って困難な問題である。……器官の重要な機能が不可逆的に脱落しているにもかかわらず、残余の機能がなお保たれているときは、個体死が想定されてはならない。特にいわゆる失外套症候群における大脳機能の不可逆的喪失をもって脳死と同視されてはならない。植物患者も……われわれ

医師と看護人による救助を必要としている。なお目標といふこともはや達成不能といふこととの境界はまさに紙一重である。この境界は、實際上、回顧的にのみ認められうるにすぎない。それゆえ、この患者の場合では集中治療上の措置を断念してもよいと断定する権限をそこから引き出そうとするのは、致命的である」(S. 73/4. 傍点は筆者)。ここには、脳死判定の確実性——もつともこれにも幾多の点で疑問がないではない——に較べて、絶望的な予後診断というものがいかに困難であるかということが、専門医によって卒直に表明されていないであろうか。そして、この予後診断の確実性が保証されないのであれば、維持されるべきはどこまでも、「疑わしきは生命の利益に」という原則ではなからうか。こうした疑問に搔きたてられるがゆえに、煩をいとわず、メンツェルの所説を右に長く引用したのである。

(イ) 植物状態患者の生命意味

とは言え、植物状態患者の大部分がもはや「蘇生」不能であることもまた事実である。そこで、そのような状態にある患者を、それも一ヶ月で最低五五八〇〇〇円、実際には一日二万円以上という多額の費用をかけて平均二年二ヶ月<sup>(16)</sup>、場合によっては——カレン・クインランのように——一〇年も生かし続けることが無意味な努力であると、多くの医師に感じさせているのも、理解できないことではない。しかし、そうした疑念の背後には、植物状態患者の生命と健常者のそれとは何か質的に異なっていることが暗黙の裡に承認され、それが治療継続の無意味さに結びつけられてはいないであろうか。確かに、ある種の人間学的観点からすれば、両者の間には質的な相異が存在することは否定できない。そしてこれが各脳組織の諸機能と深く結びついていることは、医学的にも言明しうるであろう。ある有名な脳科学者によると、人が人間らしく「うまく、よく生きてゆく」には、辺縁皮質によって「たくましく生きてゆ



く」ことができるうえに、適応行動と創造行為を生み出す新皮質が機能していなければならぬ。これに対して、脳幹背髄系で統御されているだけで新しい皮質の機能の脱落した状態である植物状態では、「単純に生きている、あるいは生かされているという状態が現出」しているにすぎない。<sup>(17)</sup>

このような状態を継続させることがヨーロッパ世界においては伝統的な、ラテン語に由来するかの「蘇生 (Reanimation)」という概念に対応しないことは明白である。「蘇生」とは、単に「生かされている状態が続くこと (Wiederbelebung)」ではなく、「魂が再び吹き込まれること (Wiederbeselung)」を意味するからである。<sup>(18)</sup>人間にとっては霊魂が本質的であるとする、霊魂についてのキリスト教会の教義と深く結びついて、「精神」が人間存在の本拠であるという、より一般化された形で今日のヨーロッパ世界でも広く受け入れられている人間学は、確かに肉体と精神との統一である人間の生命の「神聖性」を自然を超えて神聖なるタブーの領域へと高めもしたが、しかし他面において、もし霊魂や精神が人間に吹き込まれていないならば、そのような存在の生存は法的保護にも値しないという思想にも、道を拓きはしたのである。<sup>(19)</sup>生命の神聖観がかえってこうした逆説的な効果をもたらすこともありうるという認識は、とりわけわれわれの問題関心にとってきわめて重要な意味をもちうると思われるので、こうした「人間学」の内実を必要最小限の範囲において探り出しておきたい。

先に引用した法王ピウス十二世の国際麻酔学会への回答では、決断を求められる家族の権利と義務は「無意識患者が成人で法律行為能力のある限り、一般にその推定的意思に依存する」としていた。家族に固有かつ独立した義務については、それが及ぶのは原則として通常手段の範囲に限られ、自己意識と自己処分によって特徴づけられる有機体の全体がもはや存在しない場合では、それは部分的にのみ生命機能を保持しうる通常外の、進歩した医療技術にのみ

可能な措置にまでは及ばない。これに続き、法王の回答は更に次のように言う。「それゆえ、生かし続ける試みが……家族にとってその良心において耐えることができないほどの負担を意味することが明らかであれば、医師はその試みを中断し、事態をなりゆきにまかせることが許されると主張しても差し支えない」。医師は例えば、「循環が終局的に停止する前に」人工呼吸器から身を退くことが許されるのである。<sup>(20)</sup>この言説への信頼できる解釈によれば、家族の良心にかけなくてもよい負担ということで考えられているのは、第一次的には経済的その他の過大な出費を余儀なくされるといふ事情ではない。法王が考えているのはむしろ、人体 (humanum) という、どこまでも人格的に空虚な容器にすぎず、それゆえもはや決して意志疎通に達することがなく、客体としてのインヒューマンな役割を演じはするが、しかしもはや固有の主体ではありえない形体に愛と人間的な思い遣りをもって注がねばならない負担という意味における、心理的な軋轢である。生命を維持すべき医師の義務が問題とされるときにこの言説から浮び上ってくるのは、維持すべき生命と考えられているのは生物学的な生命それ自体ではなくどこまでも「人間的な」生命であること、またこの人間的な生命を特徴づけるには心推曲線や脳造影図に写し出されているものとは別の基準を必要とする、ということである。<sup>(21)</sup>ここに、自殺はもとより安楽死に対しても終始否定的な態度を採り続けながら、機械的延命には必ずしも固執しないカトリック教会のあの矛盾を解く鍵が予示されていると言えよう。聖書の原始時代からマルチン・ハイデガーに至るまでの西洋の人間学的視点の下で、人間の生命が動物の生命から区別される決定的な基準として妥当してきたのは、実に人間存在は自己意識によって規定されるという事情である。<sup>(23)</sup>このことを概略的に見ておこう。

旧約聖書の創世紀によれば、神の最初の創造物である天地と植物と動物とは単に創造の客体としてのみ、すなわち

単なる物としてのみ「あれ！」と命じられたにすぎない。これに対して、「神の像すがたの如くに」創られた人間だけが「汝」と呼びかけられて「海の魚と天空の鳥と地に動く所の諸すべての生物いきものを治めよ」と命じられたのである。人間はその上に——アダムとイヴが禁断の木の實を食べて楽園から追われて以来——何事も理解した上で行動しなければならず、従ってまた過誤を犯すこともありうる運命を背負わされる。人間は自からその運命さだめを握みとらねばならず、サルトルの言うように、自由へと断罪されてしまったのである。この原罪の一件が示すように、人間を主体としての役割から解き放たれた、無責任な受動者として因果の流れの中に投げ出された存在と見ることは、キリスト教世界においてはそもそも始めから締め出されているのである。ハイデガーにおいてもこれと全く同様に、人間の現存在が自らを知り自らを把えなければならぬということによって、人間が他の存在者と区別される。この自己意識はとりわけ未来を知るということ、従ってまた死を知るということにかかわる。不安と希望の中で人間は未来へと関係づけられるが、動物は瞬間と対象にきつく結びつけられているだけである。<sup>(24)</sup>

自己意識が人間存在を本質的に特徴づける決定的な標識であるという、この神学的∥哲学的認識は、とりわけマックス・シェーラー、アルノルト・ゲーレン、エーリヒ・ロータッカーの「哲学的人間学」、ニコライ・ハルトマンの「人格の成層構造説」を経て、ポルトマンの動物学やコントラート・ローレンツの比較行動学を嚆矢とする「現代の人間学」<sup>(25)</sup>によって今日では経験科学的にも十分に根拠づけられていると見られる。<sup>(26)</sup>それゆえ、この自己意識に「人間の尊厳」の根拠を見出し、またそこから自己価値としての人間の生命の尊貴性、その保護価値としての最高性を規範的に導き出すことは、決して誤りではなく、またそれ自体として危険なものでもない。それどころか、「死へとかかわる存在」(ハイデガー)としての人間の現存在は、われわれの当面する問題に格別の彩りいろどを与える。人間は有限であ

るといふこの自己意識は、その死を彼自身に結びつけもするからである。死とともに滅びゆくのは彼の肉体だけではなく、彼「自身」である。すなわち、「彼」が滅ぶのである。

現代の「大量生産の死」がいかにこの「各人に固有の死」とは無縁なものであるかを、ライナー・マリア・リルケほど如実に示した人はほかにはいまい。彼は、人間が意識的に引き受け、まさに「入念に仕立て上げ」られるべき「大きな」死について、「完熟した」、「自己の」死について語っている。「今の世に入念な死などにあこがれる者があるだろうか」と、彼は『マルテの手記』<sup>(27)</sup>の中で問う。「個性に富んだ死に方を願うことは、しだいに流行<sup>はや</sup>らなくなり始める。もうしばらくすると、個性に富む死は、個性に富む生活と同じくらいにまれになるだろう。……この世へ生まれ出て、既製品の生活を見つけ、それをからだにつけさえすればよいのだ」。人格が抜きとられた大衆時代にあっては、生と死とは、もはや一人一人の形に合わせて仕立て上げられることのない、いわば既製品にすぎない。「このような大量生産ではだれも悠長<sup>ゆうちやう</sup>に入念に死んではいられないが、それが問題ではなく、数が問題なのである」。今は、「だれもが病気に付属している死をあてがわれて」行きあたりばったりに死んでしまう。「最後の総決算はどれも病気に付属していて、人間に付属していないことは、だれもが知っている。病人はいわばなにもしなくていいのだ」<sup>(28)</sup>。リルケが若いころ憂愁のうちに暮したパリのオテル・デュ病院の五百五十九にも及ぶこのような「小さな」死、単なる動物的な「野垂れ死」から人間の人格に固有の、意識的な死を取り戻そうとして謳ったのが、あの時禱詩<sup>(29)</sup>である。

おお主よ 各人に固有の死を与えたまえ

彼がそこで愛と意義と苦しみを持った

あの生のなかから生まれ出る死を

「各人に固有の死」を規範的な次元にまで高めようとする要求は、繰り返して言うときそれ自体として不合理なものではない。死の主宰者たちから「自己の死」を取り戻そうとするのは、何と言っても現代医療の問題性のなかに確固たる基盤を有しているのである。<sup>(30)</sup> とはいえ、メタルにはその裏面というものがある。自己意識が人間の本質的な標識であるという、それ自体としては無難な規定が本人自身の生命評価を越えて一般化されるならば、論理の内在的必然性として他人の生命への評価もそれに包み込んでしまいかねないからである。これに規範的な評価が結びつけられるならば、危険は一層増大するであろう。現にヘルムート・ティリークは、先の法王の見解に依拠して一九七九年に、「自己意識が人間存在の本来的な標識であると考えれば、自己意識の完全かつ不可逆的な脱落が人間としての現存在がもはや存在しないことの基準になるであろう。自己意識の痕跡が一切ない人間はいわば生物学上の標本にすぎず、……できればその生命を維持することが望ましいにしても、それは臓器移植用のストックを蓄えておくためであって、医の倫理上の理由からではない」と言明している。<sup>(31)</sup> ティリークは、不可逆的意識喪失者の生命を際限なく維持することから生ずるであろう「人道の恐怖」と「非人間的な思い上り」をこの言明の根拠として持ち出している<sup>(32)</sup>が、卒直に言って筆者には、それがどのようなものであれある種の人間学的視点から他人の生命評価を許すという一点において、これと一九二〇年におけるビンディングとホッへの「生存に価値なき生命の毀滅」思想との質的な差異は見出し難いのである。いずれにせよ、自己意識をもって人間の本質を規定する見方は両刃の剣であり、もう一方の

刃が生命保護の基本原則と両立しうるとは到底思われないのである。

更に言えば、「生きてゆく」のではなく、「生かされている」状態にあるものはや人間の生命ではないと見るこの見方は、脳に人間精神の本拠があるがゆえにその不可逆的機能喪失をもって「個体死」と認める見解と共通の基盤に立っている、ということである。と言うより、むしろ、後者が、その「人格の局在性追及の理屈」によって、「植物状態を『人格死』と呼ぶ状態を可能にさせるのであ<sup>(33)</sup>らう。そうであれば、論理の必然として、不可逆的意識喪失者ばかりでなく、無脳児や水頭児などの重度新生障害児も「生ける屍体」として抹殺することもさしたる障害は生じなくなるであろう——その波及効果は見窮め難いと言うべきである。このことは、一方的治療中断の問題が患者の生命意味と結びつけて論じられてはならないことを十分に意味するであろう。その上、失外套症群患者の場合では、既述のように、言葉の本来の意味における「蘇生」例の——例外的にせよ——存在することが無視されてはならないのである。

以上のことから、本人にとっては重要な意味を有する「生命の質」の考えを第三者による評価を伴って不可逆的意識喪失者の生命価値の問題に移し変えられてはならないこと、従ってまた本人に代わる第三者の本人の生命処分に対する第三者の代行判断も絶対に許されることが帰結する。さらに付け加えるならば、どのような標識の下であれ、生命というものに質的な等級を付する「人間学」を發達させることのなかったわれわれ日本人が、あえてこれに従わねばならぬ差し迫った理由も存在しないであろう。そこで次に、このことを踏えたうえで、われわれの問題のために提示された様々の具体的な解決策の妥当性が検討されなければならない。

(1) 例えは、Kuhlendahl, NJW 1974, S. 1420. 94. わが国でも同じ時期に、例えば植松正「安楽死問題の新局面」ジュリスト

- 六二三号一—五頁以下、同「死の判定に関する脳死説への一寄与」『団藤重光博士古稀記念論文集』三七〇頁がこれと同じ見解であった。これに対する原則的な批判として、中山研一「植物状態患者をめぐる法的問題」ジュリスト六六四号一三七頁以下、内藤謙「尊厳死(一)」法学教室四三号八九頁参照。
- (2) 例えは、Frey, Spiegel Nr. 18 v. 26. 4. 1976, S. 92, 94.
- (3) 一九六八年のドイツ外科医および麻酔医の取り決めI項二号 (in: Chirurg 1968, S. 196f)。
- (4) Albin Eser, Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch aus rechtlicher Sicht, in: Auer/Menzel/Eser (Hrsg.), Zwischen Heilaufrag und Sterbehilfe 1977, S. 120 は「これはもちろん「概念法学上のトリック」ではないと言わなければならない。だがGerd Geilen, Euthanasie und Selbstbestimmung, Juristische Betrachtungen zum “Recht auf den eigenen Tod” 1975, S. 17, Ulrike Baronin von Dellingshausen, Sterbehilfe und Grenzen der Lebenserhaltungspflicht des Arztes 1975, S. 376, Arthur Kaufmann, Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung sogenannten Früh euthanasie, in: Strafrecht zwischen Gestern und Morgen 1983, S. 130. の見解を明確に批判している。
- (5) 中山・前掲論文(前注(1))一四〇頁。
- (6) 『最新医学大辞典』(一九八七年、医歯科出版株式会社)五九九頁参照。
- (7) 石井昌三「人工的延命方策の現状と展望」厚生省健康政策局医事課編『生命と倫理について考える——生命と倫理に関する懇談報告』所収四二頁より引用。
- (8) 石井・前掲論文(前注(7))四二頁。
- (9) 石井・前掲論文(前注(7))四五頁。
- (10) 中山・前掲論文(前注(1))一三五—六頁。
- (11) 中山・前掲論文(下)ジュリスト六六五号九五頁、大谷實『医療行為と法』(一九八〇年、弘文堂)二三八頁、内藤・前掲論文・法学教室四五号七九頁参照。
- (12) 金沢文雄「人工呼吸器の遮断と刑法」広政経論集二五卷五号一二七頁参照。
- (13) 石井・前掲論文(前注(13))四七—八頁。
- (14) Hartmut Menzel, Ziel und Grenzen ärztlichen Handelns im Extrembereich menschlicher Existenz, in: Auer /

*Menzel/Feser (Hrsg.)*, *Zwischen Heilaufrag und Behandlungsabbruch* (前注(4)), S. 53ff. なお以下の頁数は本文中に示した。

- (15) なお *Weissauer/Opderbecke*, *Tod, Todeszeitbestimmung und Grenzen der Behandlungspflicht*, in: *Anaesthesiologische Informationen* 14 (1972) S. 2ff., を参照。
- (16) 石井・前掲論文(前注(13)) 四六頁。
- (17) 時実利彦「目で見る脳—その構造と機能」武田薬品工業株式会社編二七頁、石井・前掲論文(前注(13)) 四〇頁より引用。
- (18) *Hans Kuhlendahl*, *Zwischen Leben und Tod*, in: *Schlemmer (Hrsg.)*, *Was ist den Tod? 1969*, S. 87f. 彼は「*Ja*」から、単に生かされている状態は生きてゆく人間とはいささかも関係しないと述べている。
- (19) アルビン・エーザー(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) 五五頁以下、特に六一—二頁。
- (20) *Der Anästhesist*, Vol. 7, Heft 8 (1958), S. 243. なお *Anästhesie und menschliche Persönlichkeit. Ansprache des Heiligen Vaters Pius XII. zur Beantwortung von drei religiös-sittlichen Fragen über Analgesie*, a. a. O., Vol. 6, Heft 3 (1957), S. 197ff., を参照。
- (21) *Helmuth Thielicke*, *Wer darf Sterben? Grenzfragen der modernen Medizin*, 1979, S. 30., 参照。
- (22) 鮎田豊之『生きる権利・死ぬ権利』(一九七六年、新潮選書) 二八四頁。死への意識が人間の生命の本質を規定するといふこの伝統的な人間学に従えば、「自殺禁止」と「機械的延命で生命を永らえさせる必要はない」というテーゼの間には実は何ら論理的な矛盾は存しない。しかしこれは、自殺タブーがなく、同時に死を予告しないことを当然とするわれわれ日本人の生命把握とは、何と言っても本質的に異なるものであろう。
- (23) *Thielicke*, *Wer darf Sterben?* (前注(21)), S. 30ff. 以下の叙述もほぼ彼の見解に従った。
- (24) ハイデガー『存在と時間』(原佑・渡辺二郎訳、中央公論社・世界の名著62) 第四十五節—第五三節。
- (25) 『講座 現代の人間学』(一九七九年、白水社) は、こうした方向にある西洋の人間学の集大成として注目される。
- (26) 現代の人間学の法律学、特に刑法学にとつての重要性については *Heinrich Henkel*, *Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts* 1964, S. 166ff., *Arthur Kaufmann*, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, in: *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen* (前注(4)), S. 86ff., 参照。



(27) リルケ『マルテの手記』（望月年恵訳、岩波文庫）一二頁以下参照。

(28) リルケ書掲書一三頁。

(29) 『リルケ詩集』（富士川英郎訳、新潮文庫）三二頁。原文は次の通り。  
O Herr, gib jedem seinen eignen Tod!

Das sterben, das aus jenem Leben gehe,  
darin er Liebe hatte, Sinn und Not.

(30) 拙稿「臨死介助と自死への権利」刑法雑誌二九卷一号九五頁以下では、まさにこの「自己の死」への要求を権利にまで高める必要性と可能性を問題とした。

(31) *Thielicke, Wer darf Sterben?* (前注(21)), S. 33.

(32) *Thielicke, Wer darf Sterben?* (前注(21)), S. 35.

(33) 米本昌平「危機に立つ『内』なる自然」——遺伝子組換え・臓器移植・形而上学的ゆらぎ・宇沢、河合、藤沢、渡辺編『転換期における人間2 自然とは』（一九八九年、岩波書店）七七頁以下参照。「こうして定義を「心臓死から脳死へと」変更してみると、不思議なことに、脳死状態にある患者が、本当に死体に見えだしたのである」という米本氏の言葉は、われわれの問題関心にとってきわめて暗示的である。脳死との類比から出発するか、それともあくまで生きている人を前提とするかとは、われわれの問題の扱い方が決定的に異なってくるからである。

## (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

生命維持装置につながれた不可逆的意識喪失者の生命は確かに生物学的意味における生命であるが、しかし人間学的にはもはや法的に保護すべき価値を有していないことを理由に、これに対する医師の生命維持義務は解除されるとは——その巧妙な理論構成によって——確かに明言こそしないが、しかし実質的にはこれと同じことに帰着すると思

われる解決策がドイツにおいては依然として有力である。ここではとくに、ザムソン、ザックス、メーレリングの見解がそのような傾向にあるものとして検討されなければならない。<sup>(34)</sup>

ザムソンはまず、患者の生命を維持するために自動的に作動する人工蘇生器を投入したが、この装置なしでは患者は直ちに死ぬであろうにもかかわらず、この措置によっても患者の状態の根本的な改善が期待できないという認識が避けられない場合を問題事例として限定し、この場合には医師はこの装置の作動を中断することが許されるかという問題を提起する。<sup>(35)</sup> 周知のように、この場合では医師の生命維持義務が解除されることを前提として、それ以後の「生命維持装置の取り外し」は事実としては積極的な動作を必要とするが、しかし規範的には延命治療を続けたいという意味で不作為であるとして見て、これを「行為の社会的な意味内容」から基礎づけるにせよ、<sup>(36)</sup> 「作為による不作為」という理論構成によるにせよ、<sup>(37)</sup> もしくはその他の限界基準によるにせよ、<sup>(38)</sup> いずれにせよ不作為の一般理論から医師による装置の取り外しの許容性を肯定する見解が、ドイツにおいては圧倒的に支持されている。<sup>(39)</sup> しかし、問題はもとより、この場合になぜ医師に生命維持義務が解除されるのか、ということではなければならない。たとえ装置につながれているにせよ、医師はそのような状態でなお生きている生命を保護すべき義務を負うのではないか。これについては後にもう一度立ち帰ろう。ここでは、もしこの場合でも医師の生命保護義務がなお存在するならば、蘇生器の取り外し行為の規範論的構造への考慮を援用してこれを不作為へと意味換えする突破口は、全く蹶断されることを指摘するだけで十分であろう。<sup>(40)</sup> この点を強張するザムソンは、疑いもなく適切な出発点に立っていると云わねばならない。しかしザムソンは、生命保護義務の原則的な存在を前提とし、装置の取り外しによって死なせることを作為による殺人と把握する適切な出発点に立ちながらも、彼独自の論拠によってこの場合に限り、医師にはその取り外しが作為にもか

かわらず許されるという、結論的には延命義務の限界を目標とする通説とほぼ同様の見解に至るのである。

ザムソンによれば、「自動的に作動し続ける装置を中断する医師は、患者の死を具体的に惹起している。医師は、その介入がなければ自動的に作動し続けるであろう時間的幅にわたって生命短縮の原因を設定しているのである。医師はこれを通じて患者を作為によって殺したことは、積極的な殺害はいかなる事情の下でも無制限に禁じられていることに固執する限り、不可避な帰結である」<sup>(41)</sup>。しかし、「患者が深い意識喪失状態に陥っており、重要な器官の機能が器械によって引き継がれており、これなくしては患者は一瞬たりとも生き延びることができず、状況の改善の見込みも全くないにもかかわらず、医療の実際は著るしく軽減した生命をも……一定の期間にわたって維持することができる」ということを結果としてもたらした」今日の延命治療の「特殊事情」<sup>(42)</sup>を考え合わせるならば、たとえ積極的な動作による殺人であっても、この領域では狭く限られた範囲で許容されなければならないのではないか。自ら設定したこの疑問を、蘇生器による延命は患者にとってはもはや「有益」ではありえないこと、蘇生器によって「死が無意味に延引され」、「自然死への権利」が切り詰められて形式に拘泥した際のインヒューマンな生命保護は生命保護の目標とはもはや一致しない「不合理な帰結」へと導くこと、蘇生器の中止は死を無意味に引き延ばすこの措置の除去を許容するにすぎないことを論拠に、ザムソンは直ちに肯定する。その上さらに、装置の取り外しは決して刑法的に重要な生命への介入ではなく、従ってこの見方は——常に許されない——生命評価というものを全く必要としないこと<sup>(44)</sup>さえ、彼は言明するのである。

ところで、この見解の当否を論ずるには、まずザムソン独自の作為犯・不作為の区別基準に眼を向けねばならない。彼は、ある態度を作為犯かそれとも不作為犯に編別するに当たっては因果要素を目標とし、そのさい仮定的な因果要

素を顧慮する必要性を強調する。それによれば、特に殺人罪の場合では、作為による殺人は「生命短縮の原因を設定すること」であり、不作為による殺人は「延命の原因を設定しないこと」であって、両者は構成要件の結果に対する因果関係の構造を異にする<sup>(45)</sup>。作為犯と不作為犯との区別を行為の側面だけでなく、結果の側面にも関係づけている点で従来の見解とは異な<sup>(46)</sup>って、「本質的に実質的な価値差異を把握するための形式化された処理<sup>(47)</sup>」を目指すこの考え方が区別基準として適切なものであるか否かは、ここではさしあたり不問に付しておいて差し支えない。われわれの当面する問題にとって重要なことは、装置による延命を義務づけることができるのは、「それによって法益が正常な状態にまで改善されることが予期できる場合に限られる<sup>(48)</sup>」とザムソンが考えている点にある。反対に、装置によらなければとうに「自然の死」を遂げたであろう場合には、装置による延命を規範的に動機づけることができない。そこで、「人間の生命の仮定的な幅」というものを想定することがこの考え方を成り立たせるための決定的な要素となる。

ところが、この仮定的な「自然の生命」の幅というものが事前に確定できるということは、事実として何ら保障されてはいないのである。その上、ザムソンの強調する「今日の延命医療の特殊事情」も、既述のように、医師の延命義務の終結を決定づけるほどの重要な要素となりうるとは、到底思われないのである。何よりも重要なのは、この考え方では、サムソンの否認にもかかわらず、終末が間近に迫っている生命や単に生物学的な価値しか持たない生命が生命保護の領域から外される根拠が示されていないうえに、生命維持へと命ぜられる行為の性質は「消えゆく生命<sup>(49)</sup>」への評価なしには確定されえない、ということである。ザムソンの考え方を推し進めるならば、論理の内在的必然性として、結局はそこへ行きつかざるをえないということを、ザックスがその『規範の保護目的の理論』によって、あからさまに呈示した。

ザックスもまた、死にゆく者の呼吸と心臓の活動を装置による機械的な防護策により、伝統的な治療法によって確実にその機能を停止したであろう時点を超えて人工的に維持することができるようになったという今日の医療技術の特殊性が、法的な「生命毀滅禁止」の範囲も拡大させたと見ている。そこで、彼にあっては、この現代医療の可能性に直面して、「医師として『なしうる』<sup>(50)</sup>すべてが法的にも命ぜられるか」という問題が、まさに差し迫ったものとして現われてくるのである。ザックスはしかし、西ドイツの刑法学者に共通してはいるが、しかしそれ自体として検討を要するこの疑問を、唐突にも、直ちに「医学的には可能であるが、しかし無益な措置を止めることによって人の死を惹起することを、原則的には人の死をもってはじめて終る生命保護のための法義務が妥当する領域の外に置くことができるか」という問題に理論的な意味換えを施したうえで、「人間の（積極的）殺害にもかかわらず、生命法益の侵害されていない場合」のあることを肯定するのである。<sup>(51)</sup>

彼によれば、法の生命維持義務はもともと、生命の実存要求と分ち難く結びついており、それゆえにこの要求が尊重される限りで妥当する。そこで、この「主観的公権」としての「生命への権利」も、すべての公権と同様、思いがけず失われてしまうことがありうる。「生命への権利」があらゆる攻撃から保護を求めることができるのは、その実存的要求が放棄しえない「権利においてある (im Recht sein)<sup>(52)</sup>」からであって、その限りで法秩序はその実存的基盤を尊重しなければならない。しかし、法秩序に内在する生命維持義務は、事実として可能な全範囲にまで及ぶものではなく、その「内容上の範囲」として「自然の限界」を有している。他人の生命にかかわる行為義務が法義務として是認されうるのは、この義務に先行する「死という人間的な根本事態」を、従って「自然が人間に死の恩寵を保障している」という事実<sup>(53)</sup>を無視しない限りにおいてである。それゆえ、法秩序が他人の生命の保障人に対して消えゆく

生命を機械的な防護策によって人工的に延引するように義務づけるならば、人間的な死の尊重を命ずる法義務を無視し、法的に非人間的な行為を義務づけることになって、まさに自己矛盾に陥いる。<sup>(53)</sup>要するに、法それ自体の中には、その本質からして、生命保護命令が「非人間性に転換」してはならないという限界が内在している、と言うのである。

生命維持義務についてのこのような内在的限界論を前提として、ザックスは、われわれの問題事例では作為による生命毀滅の法的禁止が不作為によって侵害される生命維持の法的命令の範囲を事実上超えてしまっていることに着目し、そこに医師が単なる死の延引という無益な措置を義務づけられない法的根拠を見出すので<sup>(54)</sup>ある。彼によれば、医師はここで、死にゆく者の死が人工的延命を経て発現するであろう時期よりも「早い段階で」発現させているにもかかわらず、従って「医師は法的な意味においてその死を惹起したにもかかわらず、生命法益は侵害されていないのである」。なぜなら、消えゆく生命機能を機械的な防護策によって維持すべしとする法的命令はここではもはや存在しない以上、死の延引による生命維持へと向けられた保護法益も欠如することになるからである。医師がここで生命維持装置を取り外すという、患者の死を直接に招来するがゆえに疑いもなく不作為に意味換えすることのできないこの作為の決定的な意味は、それが病気に由来する死因を排除して新たに死の原因を設定することにあるではなく、「反対に、それが自然の病気の経過をまさに再び解放し、自然死への突破口に人工的に、しかし結局において見通しもなく立ちほだかっている障害を除去するにすぎない」ということにほかならない。かくして、この作為は、とザックスは結論づける、「法的には故意による人の死の積極的惹起にもかかわらず、これを阻止すべき法義務は存在しないがゆえに、従ってまたいかなる生命法益も侵害されていないがゆえに、規範の保護目的によって帰責が制限される結果として、可罰的殺人としては構成要件（該当性）が阻却される」。

さて、実質的にはどこまでも「死の延引」を意味するにすぎない装置による延命措置を中止することは、たとえそれが刑法的には作為による殺人と見られるものであつたとしても、（殺人禁止）規範の保護目的によって帰責が制限されるために、結果的には何ら可罰的な不法を犯すものではないとする以上のようなザックスの解決策が、生命法益を侵害するものではないという彼自身の否認にもかかわらず、結局はあの「生存に価値なき生命の刑滅」思想に行き着かないわけにはゆかないことを指摘する<sup>(55)</sup>のは、決して不当ではない。確かに、ザックスがこの場合に医師の生命維持義務の終結を認める理論的根拠としているのは「規範の保護目的による帰責限定」の理論であり、この理論をわれわれの問題領域にまで拡大して応用したところに彼の解決策のユニークさがある。しかし、彼の解決策が死にゆく生命の切り捨てにつながるのは、前提となつてこの理論がもともとそうした危険性を内在しているからだとは言えないであろう。この理論は本来、客観的な因果関係の存在を前提とした上で具体的な当該規範の保護目的を考慮して帰責の範囲を相応に限定することを目標として<sup>(56)</sup>いるからである。もちろん、結果的無価値論の立場からは、この理論の内在的な傾向として認められる構成要件の実質化と価値関係的に把握される法益概念が「合体」することによって構成要件——違法性——有責性という体系の形式性が崩壊し、その結果として犯罪概念の全般的な規範化を招くおそれがあると批判する<sup>(57)</sup>ことも可能であろう。しかし、この危険はむしろ、「目的論的方法によって実質的妥当性を顧慮しつつ、経験と存在を基礎として、形式的合理性を追求する」方法論を確立することによって回避されるべきものであろう。<sup>(58)</sup> いずれにせよ、この理論は、とりわけ過失犯において「義務違反と結果との因果関係」が問題となる<sup>(59)</sup>ところで、帰責限定のための有益な解釈論的視座を提供しうることは否定できないであろう。それゆえ危険なのは、この理論そのものではなく、その適用領域を誤ることにある。ザックスの解決策の決定的な問題点は、この理論が適用され

るべき本来の領域が踏み越えられて、それが適用されてはならない保護領域、すなわち生命保護の領域にまで押し広げられたことにあると言えよう。ザックス説については、このことが、まず明らかにされねばならない。

ところで、規範の保護目的（あるいは、より一般的に、保護範囲）の理論は、もともとドイツ民法学において展開され、それが刑法学においても、ともに過失犯の結果帰属の領域において、イエシエック、ウルゼンハイマー、シェンケル、シュレーダー、ロクシン、ルドルフィー等によって採用されたものであると言われる<sup>(60)</sup>。ドイツ民法学は、他人に損害を発生させた者は、それが損害賠償権を成立させる要件事実を充足する以上、損害範囲が予見可能か否かにかかわらず賠償責任を負うという、ドイツ損害賠償法の基本構造に由来する「完全賠償の原則」の厳しさを緩和するために、これに規範的な評価を加えて帰責の範囲を相応の限度に止めようとする理論を發展させてきた<sup>(61)</sup>。これが刑法における「規範の保護目的の理論」の端初である。ロクシンは例えば、過失惹起犯の場合に、過失による法益侵害が相当因果関係の範囲にあっても、それが規範の保護目的の外にあるときは、帰責は排除されるという見解を提唱した<sup>(62)</sup>。この見解が、法益の可罰的な侵害が例えば数年後に「二次損害」をもたらすであろうことが客観的にも主観的にも予見可能であっても、それを刑法的に共に、あるいは事後的に捕捉することが明らかに不当であると思われる状況から出発し、構成要件に該当し、違法かつ過失として有責な行為であっても当罰的でない侵害行為については、刑法上の帰責をすでに構成要件該当性の段階で「阻止」しようとする理論的努力へと導く<sup>(63)</sup>。そうであれば、ロクシン自身は不問に付していたこの理論の適用領域を、わが国における可罰的違法性の理論と同様に<sup>(64)</sup>ある程度まで一般化し、ある種の故意犯にまで拡大することは可能である。

その可能性を、ザックス自身がすでに財産犯罪について示している<sup>(65)</sup>。彼によれば、無価値であるが、しかしまだ所



有権から離れていない財物を領得の意思の下に着服する行為、他人の財物を自己の同価値の財物で無断で交換する行為はいずれも、無価値な財物であっても所有権が放棄されていない以上は「他人のもの」であり、また無断交換で得た財物も他人のものであり続けるのであるから、横領または窃盗の構成要件に該当しうる。それにもかかわらず、行為者はここで横領または窃盗の可罰的不法を実現したことが明白であるとは言えない。そこでザックスは、この場合の合理的な解決の試みとして、法益としての所有権の特質に注目する。それによると、財産罪によって保護される法益は民法が規定する所有権の形式的な地位ではなく、これによって基礎づけられる「権利としての内実」である。それゆえ、右のいずれの行為も形式的な所有権者の地位に干渉しているにもかかわらず、所有権者の「自己支配および自己利用の利益」は侵害されていないのであるから、行為者の窃盗または横領としての不法を論ずる必要は全くない。<sup>(66)</sup>ザックスはこの場合を「規範の保護目的によって帰責が制限される結果としての構成要件阻却」として特徴づけ、これを通常の場合である「構成要件要素が欠如する結果としての構成要件阻却」と同例に置き、両者とともに「法益侵害が存在しない結果としての不法阻却」という実質的な原理に概念的に従属させようとするのである。そしてこの考え方が、彼にとって人工蘇生器の早期取り外し事例を合理的に解決するための基盤となり、<sup>(67)</sup>前述のような解決策の呈示となった。

そこで今や、われわれの問題に対するザックスの解決策の誤りがどこから生じたのかを、具体的に明示されなければならぬ。既述のように、「規範の保護目的による帰責限定の結果としての構成要件阻却」という考え方は、もちろんそのような形で構成要件概念を実質化することの当否について問題が残るにしても、理論的には一応可能としなければならぬ。しかしこの理論を故意犯の領域まで拡張することができるのは、対象となる法益がその性質からして

もともと価値的差異を含んでいるのであり、それゆえにこれに対してはさまざまな評価上の差異をも許すからにほかならない。だからこそ、無価値な、あるいは所持意思から離れた財物への侵害が、さらには等価物による無断交換が形式的には所有権への干渉を意味するにかかわらず、実質的には各種財産罪が保護目的とする法益を何ら侵害していないと考えることもできるのである。けれどもすべての法益が、このように評価上の差異を許すわけではない。とりわけ生命法益はこうした評価を一切許さないというのが、本稿の出発点であった。ザックスの決定的な誤りは、法益評価が許される領域からそれが許されない領域へと全く無媒介に踏み込んでしまったことにあると言わねばならない。では、なにが彼をしてこうした踏み込みを可能にさせたのか。それは、精神を失った人間はもはや人間の生命として保護に値しないというあの「人間学」が、不知不識のものであれ、彼の立論の暗黙の前提として忍び込んでいるからだ<sup>68</sup>としか、説明のしようもないであろう。

もっとも、人の生命は最高の法益であっても絶対的なものではなく、他の優越的な利益のために後退させられることはありうる。そうでなければ、戦場における敵兵の殺害や死刑執行の正当化には問題がありうるとしても、少なくとも正当防衛状況における殺人の正当化を論ずることはできないであろう。この場合以外で最高価値である人命を相対化することができるのは、既述のように、「人間の尊厳」の発露である自己決定権の行使が憲法上の保護領域にあるものとして明白に認められる場合に限られる。ところが、唐突にもザックスは、人を殺すことが例外的に生命法益を侵害しないことがありうるという、彼の解決策の論拠を示すためにもう一つの例証を引き合いに出す。自殺および——ドイツでは処罰規定が置かれていない——自殺関与の不処罰根拠がそれである。法益侵害とは、その十分な保持、利用および使用に対する保護に値する利益に反する有害な干渉であるというザックスの法益概念によれば、自殺者は

生き続けるという、専ら自己に関係づけられた利益を行動によって否認するのであるから、器物の自己損壊や自傷行為と同様、生命法益を侵害するのではなく、放棄しているにすぎない。それゆえ、自殺ははじめからいかなる法益も侵害していない。他人の自殺に故意的に関与した者も、共犯の処罰根拠をなすもの、すなわち法益侵害の共同惹起を実現したものでないがゆえに、また過失により他人の自殺を促進した者も、共同に惹起された殺害が自殺としていかなる法益も侵害していないがゆえに、処罰されない。これが、自殺関与の不処罰の本来の内容的な理由であって、共犯が「本犯」の欠如ゆえに処罰されないという事情は、この同一の実質上の原理から導き出される形式的な帰結にすぎない。同じ理由から、どこまでも器械的に維持されているにすぎない頻死者の生命を装置の早期の取り外しによって終らせることも、何ら法益を侵害していないと、ザックスは考えるのである。

ところで、自殺不処罰の実質的根拠をこのように考え、「欲する者には害は与えられず (Volenti non fit injuria)」の原則から、自殺をすでに構成要件の段階で排除することは、もちろん生命は純個人的法益であり、従ってその自己処分が可能であるという前提に立つ限り、理論的には可能である。この前提に立つことが妥当であるか否かも重大な問題であるが、しかしここでは不問に付しておいてよい。ここでは、自殺不処罰の実質的根拠と自殺関与不処罰のそれとは決して同一の原理に基づくものではない、と指摘すれば足りよう。そうでなければ、わが国を含めて多くの国が採用している自殺関与の処罰規定を合理的に説明できなくなるばかりでなく、すでにドイツ刑法でも処罰されている嘱託殺人(ドイツ刑法二一六条)も、すでに本人によって生命が放棄されている以上、その根拠を失うであろう。決定的に重要なのは、本人ならば自己答責的決断に基づいてその生命の法益性を否認することが許されるとしても、そのことが直ちに他人がこれに同調することの許容性へと導くものではない、ということである。本人から死への援

助を求められた他人がみだりにこれに応ずることが許されないのは、単純な理由に基づく。それは、本人の評価によって無に帰した生命であっても、他人にとってはなお法益であり続ける、ということである。ここに、個人的法益であっても、従って自己処分が可能であっても、最高価値としての生命法益については「他人評価」を許さない実質的な根拠があると言うべきである。もっとも、生の極限情況の下ではごく限られた範囲において本人に「自死への権利」ないし自由を尊重し、本人の求めに応じて行なう第三者の「死への援助」を——もちろん、これを拒否する自由が留保された上で——例外的に許容すべき場合がありうることは積極的に承認されなければならないであろう。<sup>(69)</sup>しかし、それがまさに例外であるからこそ、他人の自殺への関与は原則的に禁じられているのである。いずれにせよ、ここで決定的な役割を演じている要素は「人間の尊厳」の発路でもある本人の自己答責的な決断の尊重であって、生命法益が自己処分によって存在しなくなる結果としての「法益侵害の不存在」ではない。要するに、自殺関与事例とわれわれの当面する不可逆的意識患者の延命措置中止事例とは本質において異なる事例なのであるから、法益の性質に着目した同一原理から両者の問題解決を図る方法は、はじめから遮断されているのである。

とはいえ、生命法益の性質に着目するザックスの解決策が直ちにビンディングとホッへの「生存に価値なき生命の毀滅」思想と結びつくとして単純にこれを批判するのは、余りに粗っぽい単純化であり、いささか公正を失することになる。何と云っても両者の間には無視しえない差異も存在するからである。第一に、ここでは自立した生命ではなく人工的に維持されているにすぎない生命の延引が問題であるのに対して、かしこでは精神的能力が失われてはいるものなお自立した生存が可能な生命体が対象とされていた点において。第二に、これと関係して、その毀滅のために援用される指導思想ないしは原理がかしこではあからさまな社会功利主義であったのに対して、ここではおおむ

ね「人間の尊厳」——従ってここから「尊厳死」という言葉が一般化してくる——であるという点において。ザムソンにおいてもザックスにおいても暗黙の前提とされていたこの「人間の尊厳」を措置による「単なる死の引き延し」と直結させて、これを延命措置中断の決定的な要素にまで高めたのがメーレリングである。<sup>(70)</sup>しかし、それは果して可能なのか、言い換えれば、「人間の尊厳」がそれ自体として延命措置中断のための有効な基準となりうるのかは、われわれの問題の核心に触れると思われるので、後に(三四頁)改めて検討されなければならない。ここではさしあたり、第一点、すなわち対象事例の相異に決定的な意味を認めうるかという問題を検討しておこう。

これと関連して興味があるのは、生命を『質』と『量』に分解され、それに基づいてわれわれの問題に解決策を提示された宮野教授の見解である。宮野教授は、「生存に価値なき生命の毀滅」思想は生命の『質』を直接に問題としているとして、正当にも、これをはっきりと拒否される<sup>(71)</sup>。しかし、その代わりに『生命の量』が問題とされ、「器械による援助の程度が大きければ大きいほどこれに反比例して保護法益性は減少する」という『法益性減少の理論』<sup>(72)</sup>、あるいは「(生命)法益を保護する可能性が客観的になくなるときには、保護をしないことに対し行為の違法性を云々できなくなるとする客観的な法益保護の不可能性を一つの違法性阻却原因とみる」『法益保護可能性の理論』<sup>(73)</sup>を提唱される。これによれば、器械によって維持されている生命が量的に衰えていても、生物学的意味での生命力が認められる以上、取り外し行為の構成要件該当性は承認せざるをえないが、しかし、無益となった生命維持装置を取り外した結果、患者が死亡しても、違法な殺人という評価はおこらないというわけである<sup>(74)</sup>。この場合では、「生命」という法益の積極的な保護が何人にとっても意味をもたなくなった<sup>(75)</sup>ことを根拠に刑法の法益保護機能が停止すると言われるのであるから、この考え方では明らかに、量的に低下した生命価値は他人の利益との関係で衡量要素の一つと

してしか意味を持たなくなっている。

しかし、そもそも最高価値である生命を『量』に分解できることを前提とし、量的低下とともに『保護法益性』が減少すると考えること自体が、生命保護の憲法上の基本原則とはあい容れないであろう。この考え方に對してはすでに、第一に、本人の意思を無視した生死の利益衡量は許されないこと、第二に、人間存在の基本としての生命を『質』と『量』に区別して論じることが不可能であること、第三に、依然として法益は存在するのにその維持が「意味をもたなくなった」と言わせるのは行為者側の事情にすぎないという、いずれも正鵠を射た批判がある。<sup>(76)</sup>要するに、保護義務を生命の『量』に結びつけることは、それ自体が『質的』生命観に基づかないわけにはゆかず、それゆえ「生存に価値なき生命」思想との差違は『質的』ではなく、まさに『量的な』、つまりは程度の問題にすぎないことが判明するのである。

その上、無視できないのは、法益論的アプローチでは、ほぼ一致して、「生命維持」と「単なる死の引き延し」との区別が、またそれに相応して「通常医療」による延命治療と「通常外医療」すなわち人工延命装置によるそれとの区別が可能であることを当然の前提とされていることである。後者の区別が可能でありまた妥当であるかについては、後に改めて検討しよう（三(三)(ハ)）。前者の区別がほとんど不可能であるばかりでなく、危険でさえあることは、先に詳述した延命医療の現実とメンツェルの例証がすでに明らかにしている。実際、汝のなしていることは無意味であるばかりでなく、「尊厳死」を妨害する非人間的な振舞いであると法的權威をもつて宣告されながら、一体、誰が、それにもかかわらず蘇生に一縷の望みを託して全力を尽そうという気になれるであろうか。まともな医師ならば早速、当の「生ける屍」を掘削して得られるであろう資源の再利用の方に思いを巡らすことになるのではなからうか。これ

こそまさに、身の毛もよだつ光景と言うほかはない。

以上のことから、法益論を足場にしたわれわれの問題の解決策は、薄弱な現実的基盤の上に打ち建てられ、概念的法的トリックを骨組みとした、いわば「砂上の楼閣」にすぎないと評することが許されよう。<sup>(77)</sup> もっとも、法益論的方法に基づく解決策を提示する者も、生命法益の不存在または少なくとも量的減少がそれだけで延命義務を終結させる要素になると考えているわけでは必ずしもなく、例えば「自然死への権利」<sup>(78)</sup>とか家族その他の第三者による「代行同意」<sup>(79)</sup>というように、何らかの意味と程度における患者側の意思が対抗要素として念頭に置かれているのが通例である。ここでも、「自己決定の法理」が、もちろん決定的というわけではないが、衡量要素の一つとしての役割を演じうると考えられているように思われるのである。とはいえ、現実的な同意能力というものははじめから締め出されているわれわれの問題事例においてこの法理を援用するにしても、それは同意の推定または代行という形をとらざるをえない。それゆえ、われわれの問題解決のためにこの側面があまりに前面に押し出されると、「自己決定」の本旨が裏をかかれて「他人決定」に転化しかねないという危険が生じうる。だからといって、患者の意思が現実的でないという理由でわれわれの問題からこの側面をいっさい排除してしまうのも、確かに現実的ではないであろう。それゆえ、次に検討すべきは、われわれの問題事例においても「自己決定の法理」というものがそもそも考慮の対象になりうるのか、なりうるとしてもどのような範囲と条件のもとでか、ということではなければならない。

#### (四) 自己決定論的アプローチの有効性の限界

不可逆的意識喪失状態に陥っている患者からその場で直接に生死についての決断を聞くことができなくても、患者が事前に表明していた意思から、および／または諸般の状況から、決定的な時点における患者の意思を合理的に推定

できる場合は、もちろんありうる。そこで、自己決定権の射程をこの場合にまで拡げて、その範囲内で問題解決を図ろうとするのは、決して理論的に不可能なことではない。その意味で注目されるのは、一九八六年に西ドイツで発表された『臨死介助に関する法律対案』第二一四条第一項三の提案である。<sup>(80)</sup> それによると、次の場合に生命維持措置を中断しまたは開始しない者は違法に行為するものではない。すなわち、

本人が医師の認識によれば治療の開始または継続について永続的に意思表示ができず、かつ信頼するに足りる根拠に基づいて、彼が、見込みのない苦痛状態の継続および経過に鑑みて、特に目前に迫った死に鑑みて、当該治療を拒否するであろうと想定できる場合(傍点筆者)。

この規定でまず注目されるのは、不可逆的意識喪失者を対象とする第一項二の場合とは異なり、ここでは医師の認識から本人が永続的に意思表示ができないことが予見しうる場合を前提とされているにすぎないという点である。理由書によれば、本規定の対象となるのは、実質的に見て、本人が持続的な半意識状態に陥っているか、もしくは意識は明瞭であるがしかし表示能力が失なわれている場合であって、——時間的に遅れるにせよ、明示的な意思表示が予期できる場合は除外される。<sup>(81)</sup> もっとも、本人の推定的意思を要件としない同条第一項二の場合であっても、理由書は、延命措置をとらないことが推定的意思に対応することがありうるとしているのであるから、<sup>(82)</sup> ここで推定的意思の法的有効性をどう確保するかが、両者に共通の問題として生じてくる。

右の対案規定にいう「信頼するに足りる根拠」としてまず問題になるのは、いうまでもなく本人が自らの生死についての決断能力の喪失を先取りして書き留めておいた、いわゆる「患者の自己処分(Living Will, Patiententestament)」である。理由書によれば、対案はこの種の処分を患者の意思を推定させる一つの重要な徴馮と見ているが、しかしそ



れ以上でも以下でもない。すなわち対案が本規定の対象として考えているのは、この種の意思表示が患者に発現した状態にかかわる言明を含んでいる場合には、それが本人の意思に基づいていないか、または患者がもはや全くそれを顧みようとはしていないことが明白となっていない限りで、それが医師を拘束する法的効力を承認しようということである。<sup>(83)</sup> もちろんこの趣旨が右のような文言によって正確に表現されているかについて、さらには一般に推定的同意の法理を条文化することには警戒すべきであるとして、この条文を批判することもできる。<sup>(84)</sup> しかし、この種の立法技術上の疑問に属する事柄は別論にして、さしあたりここで問題となるのは、右のように限定された範囲内であれば、患者の事前の意思にも一定の法的効力を認めうるのではないか、ということである。

アメリカでは周知のように、すでに一九七六年のカリフォルニア州の自然死法がいわゆるリヴィング・ウィルに包括的な法的効力を承認して以来、広範な理論的支持のもとに多くの州でそれが一般化している。<sup>(85)</sup> しかし、この傾向に對しては、ドイツでもわが国でも概して批判的である。ドイツについては、「患者の遺言」の内容そのものがしばしば余りにも不明確であるため、<sup>(86)</sup> もしくはそれが作成された後に経過した時間的幅が書き留められている表示になお効力が認められるかを疑わしくさせるといふ理由で、<sup>(87)</sup> この種の処分の絶対的な有効性は認められないとされる。特に、処分の対象となった状況について医師による十分な説明が欠けている場合には、この種の実存的な決断に信頼を置くことはほとんどできないという論拠も挙げられる。<sup>(88)</sup> これらの理由、および自殺関与<sup>(89)</sup> 嘱託殺人における死への同意は原則的に決定的な時点において現実に存在しなければならぬこと<sup>(89)</sup> からしても、この種の処分に一般的かつ包括的な効力を認めることはできないであろう。

とはいえ、この種の自己処分が現在の重篤な病苦とその経過を十分に知りながら作成されたり、その内容が治療行

為の特定の形態に限定されていたり、もしくは、いざという場合の実存的な決断を全く他人である医師にゆだねるよりも人格的に恩義を感じている信頼できる人の手中に置いておきたいという意図のもとに、いわゆる「意思の代理人 (Stellvertreter im Willen)」が指定されることも稀ではない<sup>(90)</sup>。その上、この種の意思表示がごく手軽になされると<sup>(91)</sup>、いうようなことはほとんど考えられない。情報に徹底した上での十分な熟慮に基づいて作成されるのが通例であろう。そこで、こうした事情を考え合わせるならば、個別的・具体的事情によつては患者の自己処分が彼の意思を推定させる重要な手がかりとなりうること自体は一概に否定できないであろう<sup>(92)</sup>。とはいえ、そこから推定される患者の意思がいかにも「現実の意思」に近いものであっても、なお推定の域に止まる限り、そのものとして法的有効性を承認することは許されないとすべきである。いかに善意かつ同情の念から出たものであれ、「推定」というものにはつねに「他人評価」が紛れ込む余地があるからである。それゆえ問題はむしろ、患者の「現実的な意思」の効力範囲、あるいはその拡張可能性という方向から考えられるべきである。患者の現実的な意思が必要であるとはいっても、それは必ずしも「その場で直接的に確認しうるもの」に限定されなければならないことを意味するものではない。もともと書面による意思表示というものは、いざという場合に備えて書き留めて置くものである。それゆえ、たとえ「事前の意思」であっても、それが決定的な時点においてもその有効性がなお「合理的な疑いを超えていない場合」は、これを現実的な意思の範疇の中で捉えても何ら非現実的なことではない<sup>(93)</sup>。医師はそれゆえ、患者の事前の意思の成立事情特にそれが自由な自己答責的決断に基づいていることを知ってばかりでなく、患者の想定した状態が現に進行しており、その心身上の苦痛が不可避であることを医学的認識に基づいて認めるときは、患者の意思がなお現実的であるとしてこれを尊重し、延命措置を中断したために患者の死を招いたとしても、刑法上の危険は回避できるものと解

すべきである。<sup>(94)</sup>これに対して、患者の意思がなお「推定」の域に止まるときは、その保護価値をいわば「等級引き下げ」、他の利益との衡量要素の一つとして用いることは許されないと言うべきである。これを認めると、患者の意思の「擬制」、さらには医師の「理性の高権」へ向けて門戸が開かれることになりかねないからである。

このことは、患者の意思を推定させうる一切の手がかりが存在しない場合でも、医師が医学的認識に基づいて患者の意思を「合理的に」想定するか、もしくは家族その他の第三者がいわば「患者代弁者 (Patientenanwältin)」として患者の意思を「代理」または「代行」すべきであるという、時折なされる提案に一層強くあてはまるであろう。例えばハナクは、患者がその絶望的な状態を知っていたならば、それでもなお治療継続を欲するであろうかを医師が自問し、患者が無条件に治療継続を欲していないことが合理的に想定できる場合にそれを中止することも、「十分に客観的な基準」になりうると見ている。<sup>(95)</sup>しかしこの見解には、すでに「高度に人格的で、運命的に重い決断の想定」を他人の手にゆだねてしまう点で重大な疑問があるほか、この法理が「余りにもしばしば医師の理性の高権のための隠れ蓑として濫用」<sup>(96)</sup>され、また実は医師の主観的な評価にすぎないものが自己決定権にかこつけて客観的な基準にまで格上げされてしまうという危険が付きまとう。<sup>(97)</sup>第三者に患者の意思を代弁することが認められるならば、こうした危険が一層増大するであろうことは、すでにアメリカにおける「同意代行」の法理の展開が如実に示していると言わなければならない。そこでは、「代行判断」が及ぶのははや不可逆的意識喪失者の場合にのみ限定されてはいない。現在ですでに、重度の精神障害者や重症新生奇形児にまでその「意思」の代行が認められているのである。<sup>(98)</sup>この「法理」が一旦採用されるならば、この論理に内在する必然性として、おそらくはそこまで行き着かざるをえないであろう。そのうえ、彼らの生命価値を減縮させる対抗要素として「州の利益」が持ち出されるならば、人已決定権の尊重とい

う理念は實際上、本質的に「生存に価値なき生命の毀滅」に通ずるものをカモフラージュするための、あたかも道化役者に等しい役割しか演じさせられていないと言ふべきである。いずれにせよ、他人が本人の生死の後見人として振舞うことが許されるような舞台では、すべての生命がそれ自体として自己価値を有するという憲法上の基本原則が主役として登場する幕は失われてしまうのである。

要するに、われわれの問題について多少とも患者の「生命意味」を顧慮した解決策を志向することは、われわれは一切閉ざされているということである。それにもかかわらず、患者がまだ死んでいないのに必要な延命措置の中断が許されることがありうるとすれば、それは医師の治療義務に、従って延命義務に内在する限界という方向に向けて、解決策の照準を合わせるほかはない。大多数の論者が、——ドイツにおいてもわが国においても——この方向を目標として解決策を摸索することになったのも、無理なことではない。しかしそれは、果して可能であろうか。われわれはこの質問とともに、この方向から提示された有力な解決策のいくつかに検討の足を踏み入れることになる。

(34) 特にザックス、メーレリングおよび宮野教授の解決策については、甲斐克則「法益論の側面——人工心臓器遮断の許容性をめぐって——」九大法学第四五号六三頁以下という、詳細をきわめた批判的な論評がある。もっともそこでは、こうした法益論的アプローチの問題性を結果的無価値論の立場から検討することが考察の目的とされているので、自身の解決策は提示されていない。

(35) *Erich Samson, Begehung und Unterlassung*, in: *Festschrift für H. Welzel*, 1974, S. 579ff.

(36) 例え<sup>36)</sup> *Walter Stree, Schönke-Schröder Vorbem.* 159 a vor §13; *Maurach AT S. 582*, 参照。

(37) とりわけ *Claus Roxin, An der Grenze von Begehung und Unterlassung*, in: *Festschrift für K. Engisch*, 1969, S. 380ff., 参照。

(38) とりわけ *Karl Engisch, Tun und Unterlassen*, in: *Festschrift für W. Gallas*, 1973, S. 163, 177ff., *Weissauer-Op-*

*derbecke*, Anästhes. Inform, 1972, 15ff., Albin Eser, Lebenserhaltungspflicht (前注(4)), S. 140ff., 参照。

(39) ドイツにおいて不作為説を採る文献を網羅したものとして、*Dellingshausen*, Sterbehilfe (前注(4)), S. 428 Anm. 1, 参照。

(40) *Samson*, Begehung (前注(35)), S. 601. なお、わが国での見地から不作為説を批判するものとして、神山敏雄「作為と不作為の限界に関する一考察——心肺装置の遮断をめぐって——」『現代の刑事法学(B)』(平場還曆論集、一九七七年) 九九頁以下、中森喜彦「作為と不作為の区別」同書一二六頁以下参照。

(41) *Samson*, Begehung (前注(35)), S. 601.

(42) *Samson*, Begehung (前注(35)), S. 602.

(42) *Samson*, Begehung (前注(35)), S. 602.

(43) *Samson*, Begehung (前注(35)), S. 601f.

(44) *Jürgen Malling*, Schutz des Lebens—Recht auf Sterben. Zur rechtlichen Problematik der Euthanasie, 1977, S. 66f., も同様に、この場合には殺人禁止規範の背後にある利益が侵害されていないのであるから、ここで作為か不作為かを問題とする必要はないと言ふ。

(45) *Samson*, Begehung (前注(35)), S. 592f.

(46) *Dellingshausen*, Sterbehilfe (前注(4)), S. 450.

(47) *Samson*, Begehung (前注(35)), S. 592f.

(48) *Samson*, Begehung (前注(35)), S. 593.

(49) *Eser*, Lebenserhaltungspflicht (前注(4)), S. 140, *Dellingshausen*, Sterbehilfe (前注(4)), S. 453. 「消えゆく生命」への評価がその場で決定的な役割を演じているなら、装置による延命措置の中断に限らず、注射によって死を切り詰めることも許される場合があるとして、ホーザーの指摘は重要である。

(50) *Walker Sax*, Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung; Überlegungen zum “Unterlassen durch Tun”, zum Schutzzweck der Norm und zur “Scheinbaren Rechtsgutsverletzung” JZ. 1975, S. 137ff., 148.

- (51) Sax, Zur rechtlichen Problematik (前注(50)), S. 149.
- (52) Sax, Zur rechtlichen Problematik (前注(50)), S. 148.
- (53) Sax, Zur rechtlichen Problematik (前注(50)), S. 149.
- (54) Sax, Zur rechtlichen Problematik (前注(50)), S. 149.
- (55) 例えば、金沢文雄「人工呼吸器の遮断と刑法」*广大政経論叢*二五巻五号一二二頁、神山・前掲論文(前注(40))一二二頁、甲斐・前掲論文(前注(35))八五頁以下の批判。
- (56) これについて詳しくは、山中敬一「規範の保護目的の理論(一)」*関西大学法学論集*二七巻五号三六頁以下、同『刑法における因果関係と帰属』(一九八三年、成文堂)六二頁以下参照。
- (57) 甲斐・前掲論文(前注(56))五七頁以下。
- (58) 山中・前掲書八八頁。
- (59) 例えば、山中「結果の回避可能性と過失」*刑法判例百選I総論*(第二版)三八頁以下を見よ。
- (60) 山中・前掲書六四頁以下に詳しく。
- (61) Sax, Zur rechtlichen Problematik (前注(50)), S. 144.
- (62) Roxin, Zum Schutzzweck der Norm bei färlässigen Festschrift für Heintz, 1973 S. 241ff.
- (63) Sax, Zur rechtlichen Problematik (前注(50)), S. 144.
- (64) もちろん、ここでは藤木流の理論を指す。藤木英雄『*刑法講義各論*』(一九七六年、弘文堂)一九一頁に、「生命伸長術(人工呼吸など)を停止することも、すでに自然の死期が到来した患者が辛じて生命維持装置により生命を保っており、回復の見込みなく、人間としての尊厳を保った生存状態とはいえなくなった状態で、生前からの患者の意思に基づき、あるいは近親者の意思に基づいて医療を停止することは、人道にかなった処置といえる限度で殺人の観念には含まれない(いわゆる尊厳死)というべき」であるとされて、ザックス説とほぼ同じ見解を提唱されているのは、決して偶然なことではない。
- (65) Sax, Bemerkungen zum Eigentum als strafrechtlichem Schutzgut, *Festschrift für Laufke*, 1971, 321ff.
- (66) Sax, Bemerkungen (前注(65)), S. 333ff.
- (67) Sax, Zur rechtlichen Problematik (前注(50)), S. 144.

- (68) *Sax, Zur rechtlichen Problematik* (前注(50)), S. 144ff.
- (69) 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——西ドイツにおける法政策論議を中心として——」*刑法雑誌*二九卷一号一二五頁以下。
- (70) *Möllering, Schutz des Lebens* (前注(44)), S. 56ff.; *Med. Welt* 1974, S. 1254.
- (71) 宮野彬「患者の死ぬ権利と法」*明治学院論叢法医学研究*二〇号一六一頁。なお、同「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への見解を中心に——」*鹿大法学論集*三号一三〇頁以下でも、ナチス安楽死活動の教訓を踏えて、たとえ社会的に価値がなく、共同社会に重い負担をかけている生命であっても、国家、社会の名において処置することは絶対に許されるべきではないと確認されている。その限りでは、筆者の見解と同じである。しかし、残念ながら、教授はこの適切な出発点を、量的な生命観を承認することによって貫徹されなかったと言っている。
- (72) 宮野「患者の死ぬ権利と法」(前注(71))一六二頁。
- (73) 宮野「生命維持装置の取外しと刑法」*刑法雑誌*二二卷三〇四号六六頁以下、七五頁。
- (74) 宮野「生命伸長術の中止と違法性」*阻却の理論*「警察論集三二卷六号一〇頁以下。その限りでは、宮野説は確かにザックス説とは異なる。
- (75) 宮野・前掲論文(前注(74))一二頁。
- (76) 甲斐・前掲論文(前注(34))一〇九頁以下。
- (77) それゆえ、これ以後の法益論的アプローチはほとんど姿を消し、エーザーを嚆矢とするような義務論的アプローチが主流を上めるようになる。これについてはとりわけ、*Eser, Lebenserhaltungspflicht* (前注(4)), S. 140ff., *Dellingshausen, Sterbehilfe* (前注(4)), S. 384ff., 参照。
- (78) *Samson, Begehung* (前注(66)), S. 602, *Sax, Zur rechtlichen Problematik* (前注(50)), S. 149 (「*ja ja*」)。「自死への権利」という言葉などを援用されている), S. 148; *Möllering, Schutz des Lebens* (前注(44)), S. 65.
- (79) 宮野・前掲論文(前注(73))三三三頁以下。
- (80) アルビン・エーザー、『先端医療と刑法』(一九九〇年、成堂)所収資料④(三二一頁以下)参照。
- (81) *Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe (AE-Sterbehilfe)*, Entwurf eines Arbeitskreises von Professoren

des Strafrechts und der Medizin sowie ihrer Mitarbeiter, 1986, S. 17f.

- (37) AE-Sterbehilfe (前掲(18)), S. 17.
- (38) AE-Sterbehilfe (前掲(38)), S. 18.
- (84) 甲斐克則「末期医療における患者の自己決定権と医師の刑事責任——西ドイツにおける新たな議論を素材として——」刑法雑誌二九巻一号一五三頁参照。
- (85) これについて詳しく分析したものとして、そこに引用されている多くの文献をも含めて、甲斐「人工延命措置の差し控えと中絶の問題について(四)」海上保安大学研究報告三二巻一号二〇頁以下参照。アメリカにおける各種自然死法はいずれにせよ立法として成功しては、解釈論として問題を解決すべきであるというのが、そこから得られた論者の結論である。
- (89) 例えば、*Uhrenbruck/Rollin*, Sterbehilfe und Patiententestament, 1983, S. 132.
- (97) *Eser*, Lebenserhaltungspflicht (前注(4)), S. 114, *Markus von Lutterotti*, Menschenwürdiges Sterben. Kann sich die Gesellschaft auf das Gewissen des Arztes verlassen? 1985, S. 128, *Hans-Ludwig Schreiber*, Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung zum Thema "Sterbehilfe". Stenographisches Protokoll über die 51. Sitzung des Rechtsausschusses. Deutscher Bundestag, 10. Wahrperiode, 1985, 300. 筆者の *Engisch*, in: ZStW 87 (1971), S. 252, が言うように、生死について実存的な決断を下すべき現実的な状況がまだ存在しない時点における患者の内心的態度は、死に直面した時点におけるそれは全く異なると考えられることから、これに同調したい。これについては、上田・前掲論文(前注(30))一九九頁以下を見よ。なお、アルトゥール・カウフマン、宮沢浩一監訳『法哲学と刑法学の根本問題』(一九八六年、成文堂)一三八頁以下をも参照。
- (88) *Wirmeling*, H.-B., Ethische Gesichtspunkt zur Patientenverfügung. MMW 126 (1984), S. 979.
- (89) このことを特に強調するものとして、大谷實『いのちの法律学』(一九八五年、築摩書房)九二頁を見よ。
- (90) 患者の自己処分の顧慮を強調するものとして、*Uhrenbruck*, Der Patientenbrief—die privatautonome Gestaltung des Rechts auf einen menschenwürdigen Tod. NJW (1978) S. 566ff., 参照。
- (91) *Rudolf Wassermann*, Das Recht auf den eigenen Tod. in: Winau-Rosenmeier (Hrsg.), S. 404.
- (92) 一九七六年のスイス医学アカデミーの、そして実質的にこれと一致している一九七九年の「臨死介助のための連邦医師会



指針」も次のような規定を置いている。

「患者が一切の人工的な生命維持を断念すると表明した、事前の書面による意思表示は、患者の意思の解明にとって重要な一徴表を提供しうる。しかし、決定的なのは現在の推定的意思表示であって、これは当該事案の一切の事情を慎重に衡量してのみ、発見することができる。事前の意思表示は、いつでも取り消しうるという理由だけでも、拘束力を持たない。それゆえ、現時点において患者が意思表示を理性的に撤回するかどうかということが、常に問われなければならない」

(エーザー前掲書(前注(80))三二六頁以下、三二九頁)。

(93) 甲斐・前掲論文(前注(85))三二卷二号三八頁以下参照。

(94) 一九八六年のドイツ法曹大会刑事法部会でも医学者 *Hans-Dieter Hiersche*, in: *Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages Berlin 1986 Band II Sitzungsberichte, 1986, M 10ff.*, が同趣旨の報告をし、最終決議でも、いわゆる患者の遺言(患者処分)の意義は批判的な検討を必要とするという議案が六二対二対七の圧倒的多数で採択されている。いわゆる患者代弁者制の導入についても、それは「ドイツ法のもとでは、患者の状態のいかなる改善も約束しない。それは、患者の幸福に向けられた医師の態度への不信を永続的に真に除去することに適しているとも思われぬ」という議案が五二対四対六で採択された。エーザー・前掲書(前注(80))巻末資料⑥三三五頁参照。

(95) *Ernst-Walter Hanack*, *Euthanasie in Strafrechtlicher Sicht*, in: *Hiersche (Hrsg.), Euthanasie. Probleme der Sterbehilfe. Eine interdisziplinäre Stellungnahme, 1975, S. 141ff.*

(96) *Eser*, *Neues Recht des Sterbens? Einige grundsätzliche Betrachtungen*, in: *Eser (Hrsg.), Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem, 1976, S. 402.*

(97) *Roellecke*, in: *Diskussionsbericht II, S. 233.*

(98) 甲斐・前掲論文(前注(85))三二卷二号五三頁以下を参照。