

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——（四・完）

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
 - (ニ) 原則的に拒否すべきアプローチ
 - (イ) 法益論的アプローチ
 - (二) 自己決定論的アプローチの有効性とその限界（以上二〇八号）
 - (三) 規範的な客観基準
 - (イ) 「規範的期待不可能性」
 - (ロ) 行為の無意味性
 - (ハ) 措置の自然性と通常性
 - (四) 治療Ⅱ延命義務限界論の方法論的批判
 - (イ) 延命措置の停止は不作為か（以上二〇九号）
 - (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」
 - (五) 医学的判断としての認定基準
 - (一) 絶望的な予後診断の確実性
 - (二) 医学的適応性と延命措置の段階的縮小
- 五 総 括（以上本号）

(四) 殺人禁止規範の論理構造

治療 \parallel 延命義務解除後の措置の中止を許される不作為と見てこの動作を行った医師を刑法上の危険から解放しようとする「不作為説」も、以上の検討から明らかのように、結局のところ決定的な論拠を呈示することに成功しているとは言えない。それというのも、第一に、医師の任務の目標によって規定される治療義務の範囲の中には、たとえば他人の眼には、単に装置によってのみ維持されている「露命」にすぎないものであっても、なお生きている以上はそれ自体として、刑法的に保護する必要性が、何故に含まれないのか、第二に、消極的臨死介助と積極的臨死介助という、必ずしも明確な概念性を獲得していない慣行上の区別が何故に、犯罪の成否に直接関係するがゆえに明確な概念上の区別を必要とする作為犯 \parallel 不作為の一般理論に対応するのか、特に消極的な臨死介助なら許されるが、「積極的臨死介助は例外なく処罰される」という原則論は妥当なものであるかという、まさに論証されるべき前提問題がそこでは何ら解決されていないからである。こうした前提が支持できないということになれば、その動機において理解しえなくもないこの理論の妥当性もまた、その根底から崩壊することになるであろう。⁽¹⁾

そこでまず、第一の問題についてである。生と死の限界領域における医師の任務は本来、患者の「全体幸福」を目標とすべきであって、個々の器官の維持もしくは回復には本質的な目標を置くべきでないという言明が、医学本来の人間の使命への自覚からしていかに理解しうるにしても、しかしそこから直ちに、医師の生命維持義務の限界を「生命の量的 \parallel 生物学的な延引それ自体のためにではなく、人格的な自己実現の最小限を少なくとも可能にさせる」ところに設定されるならば、⁽²⁾人工的に維持されているにすぎない不可逆的意識喪失者の「消えゆく生命」は、はじめから刑法的保護領域から締め出されていることになる。無益となった治療上の措置はすでに医学的適応性からして医師を

義務づけないと見るのがいかに正しいとしても、装置の停止が直ちに死に結びつく場合では、医師は少なくとも一般人として当の生命をその状態で保護すべき地位には依然として置かれていることは否定できないであろう。これを否定すると、治療＝延命義務の内在的限界論も、その出発点の相異にもかかわらず、不可逆的意識喪失者の生命の法益性をはじめから否認する法益論的アプローチと実質的に同じに帰着することになって、これに対する既述のような批判を自らも被らなければならないからである。もっとも、「装置につながれて悲惨な状態にある生命は切り捨ててよい」とは、確かに言明されてはいない。けれどもそれが、自らの論理の中に「内在的に」含まれていることは疑うべくもない。しかし、実のところ、医学の目標設定から規定される医師の義務の中にも、たとえ医師の立場からでなくとも少なくとも人間として、自己の設定した新たな状態において維持されている生命をその状態において保護すべき義務が「内在的に」含まれているのである。⁽³⁾ すなわち、医師の生命維持義務からの解放は同時に一般人としても生命保護義務から免れることを必ずしも意味しないのである。それゆえ、死に直結する装置の停止が直ちに殺人罪に該るとは言わないまでも（もっとも、これを否定する根拠も見出し難い）、少なくとも保護責任者による遺棄致死罪（刑法第二一九条、ドイツ刑法で言えば第三二三条c（「救助の不履行」）を成立させることはありうるという帰結は、避けられない。これが無視されているということが、不作為説に内在する危険な側面である。

第二に、積極的臨死介助は一切禁じられているがゆえに装置を停止する医師の行為を作為と解釈されてはならないという主張もまた、決して説得的でない。積極的臨死介助は原則的に禁止されるという言明がその核心においていかにも妥当でありうるにしても、そこからはわれわれの問題性にとっていかなる具体的な帰結も引き出しえないことは明らかである。それというのも、一つには、積極的臨死介助というのとはとも刑法上の概念として十分に明確に定義

づけられたものではないからであり、今一つは、不作為説を採る文献においてしばしば散見される「積極的臨死介助は例外なく、処罰される」という出発点は何ら確証されたものではないからである。

積極的直接的な臨死介助、すなわち「死のための援助 (Hilfe zum Sterben)」も、それが本人の真摯かつ明示的な要求に基づくときは、——ごく悲劇的な極端な場合に限られるとはいえ——例外的に許容されることのありうることは、今日ではあまねく承認されている。例えば、耐え難い苦痛に襲われている患者の懇願に基づいて医師が「救済のための一服」を投与した場合⁽⁶⁾、さらには、医師の手によりえないときであっても、例えば、衝突事故のために運転手がつき出たハンドルに狭って身動きのとれない状態に陥ったが、同時に発生した火災で焼け死ぬ前に本人の懇願に基づいて同乗者がハンマーによって「慈悲殺」を行った場合⁽⁷⁾では、いずれも積極的な殺害であるにもかかわらず、「違法でない」とする余地は認められよう。勿論、そのための要件をどう設定するかは重大な問題であり、また大いに争われているところであるが⁽⁸⁾⁽⁹⁾、しかしこれはここでは不問にしておいて差し支えない。ここでは、いずれの場合も、「自己決定」という形をとって表現されている、生命価値に優越する本人の「人間の尊厳」という憲法上の絶対的価値の確保が問題になっていることを指摘しておけば足りよう。これは何も特別のことではなく、殺人禁止規範の論理構造から直ちに引き出される必然的な帰結である。すなわち、殺人禁止規範は、「優越的利益」の確保が問題であるときにのみ、——勿論、補充性の原則と倫理原則の充足を条件として——例外的に許容するのであって、その限りでは許容性の限界は必ずしも行為の外形的な形態——作為か不作為か——には依存しない、ということである。それゆえ、生命保護義務を限界づけるのは、——正当防衛や正当化する緊急避難と同様に——「正当化事由」の存在でしかありえず、かつ、これのみが殺人禁止規範の保護範囲を限定するのである⁽¹⁰⁾。これは、すべての「殺害領域」にわたっ

て等しく妥当すると言わなければならないのであるから、われわれは、これではわれわれの問題解決のために困難を来すという理由で、例えば医師の行為を許容するためにこれとは別の「特別口座」を開くわけにはゆかないのである。要するに、法的に承認されている正当化事由以外に、さらに例外が認められることはありえないし、またあってはならないということである。これを認めると、殺人禁止規範の解釈がもはや純然たる恣意にゆだねられることになるうし、そうした恣意的解釈はもはや「刑法解釈論」ではありえないからである。しかし、殺害形態を消極的な態様に限定した上で、生命保護義務の存在を決して否定できないわれわれの問題事例で、「義務の限界」を新たに設定して、そこから許容性が導き出されるのであれば、それは、この種の恣意的解釈の一例証というほかはない。その上、医師の延命措置義務の限界を刑法上の正当化事由に還元しきれないことから、いわばその「埋め合わせ」として、殺害形態の縮小、つまり死にゆくにまかせることが要求されるならば、それはもはや法感情論にすぎないと言うべきである。なるほど、医師のとる個々の医療措置の意味は「全体行為」の下で理解されなければならない。けれども、直接に死を惹起する行為が法的に無視できないのであれば、それは「全体行為」に解消されてはならず、それを許容するための「正当化事由」が発見されなければならないのである。そしてこの「正当化事由」は、われわれの問題領域のもとでも、患者の生命維持に優越する、患者個人の「人間の尊厳」の確保でしかありえないであろう。

とは言え、もともと本人のいかなる意思能力も表意能力も閉ざされているわれわれの問題事例の場合では、患者の自由かつ自己答責的な治療拒否という形で表現される「人間の尊厳」と比較しうるほどに、これを具体的に把握することは、実のところ決して容易なことではない。それというのも、人間の尊厳への尊重要求が憲法上の最高原則であるにもかかわらず、と言うよりまさにそれゆえに、「人間の尊厳」という概念はきわめて抽象的で、それ自体として

は実質的な内容に乏しく、したがって往々にして単なる「標語」としての意味しか持ち得ないのである。そのために、「人間性という旗印が、人間としてなすべきことをなさない口実として用いられることが余りにも多い⁽¹¹⁾」と言われもするのである。実際、医師にとって無意味と思われる措置を中止して患者を死なせることを「尊厳死」と称するのは、この種の言葉の濫用の典型例であろう。もともと人の死というものは、それ自体として見ればつねに悲惨なものである、その直視に堪えられないことから言葉によって粉飾したい気になるのも人情として決して理解できないわけではないが、しかしそれを無限定のまま刑法上の概念にまで高めることは許されないのである。それだけに一層、「人間の尊厳」がわれわれの問題領域において延命措置の中断を許容するための明白な判断基準として有効性を発揮するには、これをいかに限定し具体化するかということが決定的に重要な課題とならなければならないのである。

(ハ) 決定的な基準としての「人間の尊厳」

もともと、法益論的アプローチにせよ、義務論的アプローチにせよ、すべての論者が自ら提供する措置の中止のための判断基準の妥当性を根拠づける論拠の一つとして「人間の尊厳」を引き合いに出している。その限りでは、社会的功利的見地を前面に押し出したビンディングとホッへの「生存に価値なき生命の毀滅」思想と彼らの見解との間には確かに重要な違いはある。しかし、それが単なる「標語」上の相違に止っているにすぎないのであれば、そこに本質上の相異があるとは断言し難いのである。確かに、提示された判断基準には多くの場合、人間の尊厳がいわば「補強証拠」として役立つにはいる。しかし補強証拠ばかりをいくら積み重ねても決定的な判断を導き出さないことも、法律家にとっては周知の事実である。それゆえ、「人間の尊厳」の具体化のために多少とも意味ある論拠を挙げている論者が、最終的にもその「立証」に成功しているかを慎重に検討することは、ここではもはや避けられないであろう。

消極的臨死介助の全領域にわたる生命維持義務の限界づけのための決定的な規範的基準を、人間の尊厳の不可侵性から導き出すための包括的な理論構成を試みた最初の論者が、ユルゲン・メーレリングであると言っている⁽¹²⁾。彼もまた、「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、保護することとは、すべての国家権力の義務である」と規定するドイツ連邦共和国憲法第一条第一項の意味を、「個人はつねに主体として見られなければならない、人間が公権の行使——それがいかに福祉的なものであれ——の客体として扱われるときに、人間の尊厳が打撃を被る」という、今日の西ドイツにおいて学説・判例ともにほぼ一致した、それ自体として妥当な見解から出発する⁽¹³⁾。人間の尊厳の保護にはその「消極的な状態において (Status Negatives)」⁽¹⁴⁾ 第三者的効力も認められるのであるから、基本法第一条第一項から生ずる義務は国家を拘束するばかりでなく、その限りで間接的にはあるが、患者との関係における医師をも拘束する。患者の自己決定権を侵害する専断的治療行為が許されないのは、ここから一義的に帰結される。そこで、これと同じことが、患者に自己答責的な決断を求めることができなわれわれの問題事例においても、具体的かつ一義的に呈示されなければならない。言い換えれば、患者がもはや治療の主体としてではなく、どこまでも客体としてしか扱われていないと判断しうるための明確かつ客観的な基準が発見されなければならないのである。

メーレリングはそれを、後に多くの支持者を見出すことになったあの区別要素、すなわち「生命維持」と「単なる死の引き延ばし」を区別することの中に発見したと信じる。彼によれば、医師の努力は患者の生命過程と死の過程、およびそのつどの病期に適合させなければならない。隣人の尊厳の尊重と言うときに本質的な構成要素となっているのは、まさに彼の人間としての存在がその一回性と比類のなさにおいて尊重されるということである。死にゆくということもまた彼の人間としての存在の一部分なのであるから、ここでもそのこと「死にゆくということ」自体が尊重

されなければならない。死につつある患者を「死にゆく現存在」としてかかわる医学のみが、彼の人間としての尊厳を尊重しているのである。そこで、治療がもはや「第一次的に」生命維持のために役立つのではなく、どこまでも死ぬことを顧慮しない死および苦痛の延引を意味するときは、患者はつねに医学の可能性の単なる客体にまで貶められ、その人間の尊厳が侵害されることになる⁽¹⁵⁾。

以上がメーレリングの根本テーゼである。確かに、これによって求めるべき方向性は指示されたと言えよう。しかし、では、患者が具体的にどのような状態にあるときに、患者の人間としての尊厳が侵害されていると見ることができるのか。この決定的に重要な問題についてはしかし、メーレリングは、法律家だけでこれを具体化することは不可能であるとしながらも、一九七六年にドイツ外科学会によって採択されたガイドラインに依拠すべきであるとする。それによると、

短時間のうちに死に至ることが不可避の病気の場合には、中枢神経系の、呼吸の、心臓の鼓動の、および循環の諸生命機能が明らかに重大な損傷を被っており、継続する全体的な衰弱のために維持できず、また克服しえない感染症が存在するときは、生命維持のための措置は終結されてよい。⁽¹⁶⁾

メーレリングが人間としての尊厳が侵害されていると見る右のような状態に患者が陥ったときは、その理由の如何を問わず生命維持措置が中止されてよいとする見解は、現在のドイツでは確かに圧倒的な支持を受けていると言っても過言ではない。現にその後、すなわち一九七九年にドイツ連邦医師会の理事会が議決した『臨死介助のための連邦医師会指針⁽¹⁷⁾』の中にも、次のような条項が含まれている。

死にゆく者、死に、近い病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、

——意識しながら、また、自己の人格形成を伴いながら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、生命延引に役立つすべての治療上の手段を投入する義務は負わない。

またすでに、一九八六年のドイツ法曹大会刑部会でも、次のような議案が圧倒的多数によって採択されてもいるのである。

単に死の自然な過程を延引するにすぎない、死病者のための医学上の措置は、生命保護の命令ではなく、死の変造である。それゆえ、このような場合には、治療中断は許容され、また通例として命ぜられてもいる。⁽¹⁸⁾

患者が右のような状態に陥っているにもかかわらず延命措置を継続することは同時に人間の尊厳に反するという、メーレリングの主張する見方は、ハロー・オットーによる第五六回ドイツ法曹大会のための意見書によっても補強されることになった。彼によれば、「この場合でも、それ自体がもはや主体ではなく、どこまでも客体でしかありえない『人格の抜け去った人間の容器』を維持することは、死の原因が確定的に定まった状況のもとでは、もはや人格の尊厳の尊重を意味せず、人格に固有の死を拒絶することによって患者の尊厳を侵害しているのである。それゆえ、この状況のもとで治療を中断し、または新たな治療の開始を断念する医師は、より高次の利益を確保しているのであるから、その行為は正当化されて違法でない⁽¹⁹⁾」。この見解は、現在の西ドイツにおける刑法学者の多くによって支持されていると見られる。⁽²⁰⁾

この方向性がいかに正当でありうるにしても、また「生命維持」と「単なる死の引き延ばし」との概念的区別がいかに表見的には明瞭でありうるにしても、しかしそれだけでは延命措置の中止のための具体的な判断基準として役立つ

ちえないことは、医療の実際を考慮すれば直ちに明らかとなるであろう。それというのも、数多くの動作と不動作との絡み合いから成り立っている複雑な医療行為というものを、「単なる死の引き延ばし」にすぎないと言えるような一点に収斂させることは、ほとんど不可能と思われるからである。かりにそれが可能であるにしても、高度な延命治療のための医学的適応性を欠く場合として、医師層によって個別的に列挙された右のような患者の状態を、同時に刑法的評価の上で「人間の尊厳」が侵害されている場合だとただ単に言い放つだけでは、原理的な支えのない単なる決疑論にすぎないであろう。⁽²¹⁾ その上、「死の原因が確定的に定まった」時点以後の医療措置の継続を単なる「死の引き延ばし」にすぎないと断定することがいかに危険であるかについては、既に詳述したのでここで繰り返す必要はない。何と言っても、いま必死で行っている努力が刑法学者によって単なる死の引き延ばしにすぎないと評価されたのでは、医師は奇跡的な展開に一縷の望みを期して全力を投入する気になれようか。予想通り、失敗に終わったときは、笑い者になるだけであろう。

しかし、そればかりではない。右の医師の行為は、この見解によれば、紛れもなく「人間の尊厳」に対する侵害を意味するのである。このことこそ、この見解に向けられなければならない決定的な疑問点である。果して、その死が人工的に引き延ばされている状態がそれ自体として患者の人間としての尊厳が侵害されていると見ることが許されるであろうか。⁽²²⁾ もしそうした状態にあること自体が非人間的であると見ることが許されるならば、あたかも身体的または精神的に欠損のある生命が人間としての品位を貶しめているがゆえに人間的でない⁽²³⁾と断定するのと同様に、そうした状態のもとでしか生きられない生命に対する重大な侮辱であろう。非人間的という評価がわれわれの問題領域において行われる場合、それはしばしば同情の念に由来するであろう。しかしこの種の同情は、果して誰に対して向けら

れているのであろうか。不可逆的意識喪失患者自身は、自らを悲惨な状態にあるとは感じていないのである。そうすると、どこまでも器械によって維持されているにすぎない「厄介な生命」とかわり合わねばならないわれわれ自身への同情ということになる。⁽²⁴⁾そこまでは言い切れないとしても、少なくとも次のエーザーの言葉は正鵠を射ているであろう。「『われわれはただ、君のために思っているのだ』というのは、そうでなくても自分自身にとってベターなことを確保するための言い訳にすぎないことが稀ではない。ヒューマニズムのマントを着たエゴイズム、それに対してもまた生命の保護は妥当するのである。⁽²⁵⁾患者の基本権の確保が重要なのであれば、それはまず「生存の基盤」を確保するために最大限の努力を払う、ということではなければならない。患者の意思が「疑わしい場合は生命への利益に」という原則は、ここでも妥当するのである。いずれにせよ、「人間の尊厳」もまた、延命措置中止が目標としなければならない「終着駅」であっても、しかしそれ自体としては確実に行き先のわかる「乗者駅」ではありえないのである。

とは言え、われわれの問題領域においてもその出発点からして患者の人間としての尊厳が明白に侵害されていると言わねばならない場合が、勿論ありうる。エーザーはその典型例として、（年金請求権を確保するといった）近親者の利益のために、もしくは（割り増し利益の確保へと向けられた）病院側の経営上の関心から患者の死が引き延ばされているような場合を挙げている。⁽²⁶⁾これには全く異論はないであろう。さらに、患者の事前の承諾もなく適当な臓器受容者が現われるまでその生命が「待機」させられているような場合、あるいは、もっぱら延命技術の卓越性を実証するため、もしくは何らかの医学上の認識を獲得するために「消えゆく生命」が単に「利用」されているにすぎない場合なども、これに加えることができよう。いずれの場合も、患者とその生命がそれ自体の利益のためではなく、他

の目的ないし利益のために濫用されることによって、単なる客体に貶められていることは明白である。延命措置の実施がこのように人間の尊厳をはっきりと侵害している場合は、措置の中止が許されるどころか、むしろ即時の中止が義務づけられていると言すべきである。⁽²⁷⁾

自分の都合のために端的に他人の生命を悪用するという、右のような極端な事例はしかし、実際にはごく稀にしか起らないであろう。それゆえ、「通常のケース」で人間の尊厳が措置を中止させるための要素として決定的な役割を演じることはほとんどないと言すべきである。そうすると、生命価値に優越する憲法上の対抗価値の存在が明白でない場合では、たとえ予後が絶望的であるときであっても、措置を中止すれば患者の死を惹起することが確実である限り、医師にはつねに措置の継続が義務づけられるという帰結は避けられないであろう。言い換えれば、医師は、すでに開始した延命措置を、それが開始されなかったならば患者はとうに自然死を遂げたであろうという理由で、みだりに中止することは許されないのである。もっとも、これはこれで積極的な理由づけが必要である。

これについてはしかし、すでにホセ・ヨンバルト教授によって提唱されている「新事態設定説」⁽²⁸⁾を援用しておけば足りよう。それによれば、装置による延命措置を開始しないことと「中断する」ことは根本的に異なる意味をもつ。装置によって、患者は新しい状況に置かれ、新しい事態も始まるのである。それゆえ、「中断する」ということは、生き続けるための条件となった新しい状況を破壊することである。「この新しい状況をつくる義務はなかったとしても、自由な決断に基づいて生じた新事態に対しては、人命に関する責任を負わなければならない」。それというのも、「別の理由がないかぎり、この場合における人命の破壊は、自然のなりゆきではなく、人間的な行為に帰せられるからである」⁽²⁹⁾。

この見解の妥当性は、装置による延命手段をとる義務はなかったものであるから、それを中断することも自由であるはずであるという「不作為説」の論証が誤りであることから、根拠づけられる。ヨンパルト教授の巧みな比喻に従えば、子を生まない自由があるといっても、生んでしまったからといって、それを殺す権利はなく、また、結婚するのは自由であっても、一旦、結婚すれば、前のように自由にはなれない。要するに、「前の時期に自由であれば、次の時期でも、たとえ事情の変化があっても、同じように自由であるとは言えない」⁽³⁰⁾のである。これは実に、その締結は自由であるが、しかし締結してしまえば新しい権利義務が発生するという「契約自由の原則」の示すところであろう。勿論、装置に接続すべきか否かについてしばしば瞬時の決断を余儀なくされる医師の場合を、その締結に当っては長期間にわたって熟慮を重ねる余裕のある婚約の場合と単純に比較することはできないであろう。けれども、「科学的操作の可能性が広くなればなるほど、人間の責任も重くなる」⁽³¹⁾であろうし、言うところの医療技術の発達のために社会が膨大な出費に甘んじている以上、その「副産物」が当事者にとって不都合であるからといって、これに眼を閉じてよいという資格は、われわれには与えられていないのである。その意味でも、「看護経済」の問題は、もともと入り込む余地は存在しないのである。その上、たとえ高度な延命措置を必要とする植物患者の場合でも、その状態で二週間以上も生き延びられることはないという、先に詳述した事実がここでも想起されるべきである。

以上を要するに、延命措置の中止が許されるのは患者の「人間の尊厳」が明白に侵害されている場合に限られる、ということである。それ以外の場合では、患者の死に直結する措置の中止は刑法上の違法性を阻却しないと言うべきである。それゆえ、この場合にとりうる医師の方法としてなお残されているのは、特別な措置を停止してもなお生きている患者に対して、医学的適応性⁽³²⁾の見地からその都度の状態に応じた「治療方法の変更」、あるいは「治療の段階

的縮小⁽³³⁾」でしかありえない。では、その具体的な形態はどのようなものであろうか。この問題に入る前にまず決着がつけられていなければならないのは、たとえ「人間の尊厳」が侵害されるがゆえに延命措置の中止が許されるにしても、いわゆる「絶望的な予後診断 (infauste Prognose)」が確実であるということである。しかし、それは果して可能であろうか。

(1) *Otto*, Recht auf den eigenen Tod? Strafrecht im Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung, Gutachten D zum 56. Deutschen Juristentag Berlin 1986, D 43 ff., 参照。

(2) *Eser*, Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch aus rechtlicher Sicht, in: Auer/Menzel/Eser (Hrsg.), Zwischen Heilfragung und Sterbehilfe, 1976, S. 130. *これと同じ意味の「Fritsche, Grenzbereich zwischen Leben und Tod. Klinische, juristische und ethische Probleme, 1973, S. 57 ff. Krauß, Medizinischer Fortschritt und ärztliche Ethik, 1974, S. 102 ff.; Menzel, Ziel und Grenzen ärztlichen Handelns im Extrembereich menschlicher Existenz, in: Auer/Menzel/Eser (前掲書), S. 59; Schöllgen, Ärztliche Ethik und christliche Moraltheologie, Studium und Generale 1953, S. 41; Sporten, Darf die Medizin, was sie kann? Probleme der medizinischen Ethik, 1971; S. 188, 197., にも述べられている。なお、「形式的な」生命保護に異論を向ける Samson, Rechtsfragen beim Einsatz von Reanimatoren, Internist 1974, S. 549., も、これと同趣旨である。*

(3) 作為説に反対する、いわゆる「新事態設定説」(ホセ・ヨンプルト「安楽死、延命処置とその中断についての覚え書き」上智大学法学部創設二十五周年記念論文集五六〇頁)、および「治療方法変更説」(金沢文雄「人工呼吸器の遮断と刑法」政経論叢(広島大学)二六巻五号一一三頁以下)は、このことこそ明言していないが、これを当然の前提としていると言えよう。なお、内藤謙「尊厳死(三)」法学教室四五号八一頁をも参照。

(4) この場合に少なくとも保護責任者遺棄致死罪が成立しうることは、「脳死」の段階にいたらなくても、「意識の回復可能性が全く失われた生命の終局段階」においては、生命維持装置の取り外しは、殺人罪の違法性を阻却するとする論者によっても、適切に認められている。これについても、内藤・前掲論文同頁参照。なお、大谷實「末期医療と医師の刑事責任」警

「察研究一五頁は、「延命医療の中止はいかなる刑事責任をも生じさせないと解すべきである」とされるが、それは、延命治療の中止を、脳死もしくはその直前にしか認めないという立場からは、中止後の基本看護というものは實際上考えられないからである。しかし、問題はまさに、延命措置の中止後になお生きている可能性がある場合であって、中止後の放置による患者の死については、例えばドイツの「臨死介助のための連邦医師会指針」（アルビン・エーザー『先端医療と刑法』（一九九〇年、成文堂）三三二頁資料③を見よ）に見られるように、単に「事務管理」に基づく民事責任を生ぜさせるにすぎないとは言えないであろう。

(5) この両者を概念上明確に区別することがいかに困難であるかを、不作為説をとるエーザー自身が認めている。Eser, Lebenserhaltungspflicht (前注(1)), S. 138 ff. を見よ。単に延命装置を停止すること、例えば致死量のモルヒネを注射することとの間には、後者の場合ではより強い規範的な「抑制識闘」を乗り起さねばならないという点で、法感情的にはより大きな抵抗に出合うであろう。そこから、先に検討したエンギッシュの見解にも見られたように、前者では生命保護という「タブー」への侵害が間接的であるのに対し、後者ではそれが直接的であるとして、そこに刑法的評価の上で決定的な差異を見出したくなるのもわからないではない。しかし、そこから帰結されなければならないのは、エーザーが言うように、規範的・法的な視点からは、「技術による治療中断」は「薬物によるそれ」よりも厳格な要件が課せられてはならないという点ではなく(Eser, a. a. O., S. 138)、「*すなわち、死に結びつく原因を積極的に設定したという意味で、規範的には同じ範疇にあるものとして、すなわち作為として捉えられなければならないということである。そもそも、殺害形式を「直接的殺害」と「間接的殺害」とに区別し、この区別を直接に殺人の成否に結びつけるような「法理」は、——われわれの問題事例における「不作為説」以外には——どこにも存在しないのである。*

(6) 例えば、いわゆる「ハッケタール事件」ミュンヘン上級裁判所決定 (OLG München, v. 31. 3. 1987. その要約——エーザー『先端医療と刑法』(前掲(4))三三二頁以下に収録)を見よ。有名な名古屋高裁昭和三七年一月二二日の安楽死判決(刑判例百選I総論(第二版)六八頁)も、きわめて厳格な要件の下であれ、結論的には積極的臨死介助を認容している。ここではしかし、行為者は本人の耐え難い苦痛を放置できないことから、本人「自身の死」を可能にさせる最後の手段に道を開いているのである。その行為は、人の生命の不可侵性に対する侵害ではなく、むしろ死にゆく者を人格として尊重するために必要な唯一の処分行為と見られなければならない。それゆえ、Otto, a. a. O., も、この種の極端な例外事情が存

在する場合には、少なくとも積極的殺害型の安楽死を否定してはいない。

- (7) この事例について詳しくは、Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe (AE-Sterbehilfe), Entwurf eines Arbeitskreises von Professoren des Strafrechts und Medizin sowie ihrer Mitarbeiter, 1986, S. 35; *Otto*, Recht auf den eigenen Tod? (前注(1)), D 60, を見よ。オットーがここで、この種の極端な例外事情の下では人間の尊厳への尊重要求の方を殺害禁止よりも優先させ、本人自身の意思に反しない限り、正当化を認めるべきであるとしているのは、——ドイツにおける圧倒的多数の意見 (*Otto*, a. a. O., Anm 144 に列挙されている) とともに——妥当であろう。

- (8) この問題をめぐる西ドイツにおける議論の状況について詳しくは、上田健二「臨死介助と自死への権利」刑法雑誌二九巻一号一二二頁以下参照。

- (9) AE-Sterbehilfe (前注(7)), は、現行ドイツ刑法二一六条の嘱託殺人処罰規定に次の条文を附加することを提案した。

(2) 裁判所は、第一項の要件「被殺者の明示的かつ真摯な要求」が存在する場合に、当該殺害が本人にもはや耐え難い極めて重大な苦痛状態の終結に役立つものであり、この苦痛状態が他の措置では除去あるいは緩和できないものであるときは、刑を免除することができる。

この「対策」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議案(二五)として提案されたが、七〇対二二対六の圧倒的多数で採択された(エーザー『先端医療と刑法』(前掲(4))資料④⑥を見よ。——なお、筆者は前掲(前注(8))論文一二三頁で、この提案も「条文としては採択されなかった」と書いたが、これは明らかに事実誤認であった。謹んで訂正しておきたい)。もっとも、この場合は「法律上許容される」という提案はすべて否決されたが、それは、そうした条文が濫用の危険を招きかねないことが恐れられたからにほかならない。右条文が「刑の免除」という法的効果しか認めなかったのは、そこに右の配慮との一種の妥協点を見出したと言えよう。

- (10) この「優越的利益確保の原理」に立脚して治療中断の問題を論じているのは、見渡しうる限りでは、*Otto*, Recht auf den eigenen Tod? (前注(1)), D 42ff. にすぎない。もっとも、オットーは、刑法上の行為禁止は具体的な状況においてより、高次の利益を確保するという条件づきでのみ拘束力を有するのであって、その限りで行為義務を限定するという、「高次利

益確保の原理 (das Prinzip der Wahrung des höherrangigen Interesses)」をめぐっての犯罪領域に貫徹させようとする立場に立っている。これについて詳しくは、*Otto*, Grundkurs Strafrecht, A. T., 5 III 2., 参照。しかし、われわれは今こので、この立場の妥当性を詳細に検討する必要はない。このでは、少なくとも生命保護領域では、最高価値である生命法益への侵害はそれ以上の利益、すなわち絶対的な価値が問題になっている場合以外には、許されない、ということの原理的妥当性を確認して置くだけで足らぬ。

- (11) *Arthur Kaufmann*, Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Früh euthanasie, in: *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen*, 1983, S. 128.
- (12) *Möllering*, Schutz des Lebens—Recht auf Sterben. Zur rechtlichen Problematik der Euthanasie, 1977, S. 56 ff., *ders.*, Die tödliche Freiheit—Kritische Stellungnahme zur neueren Tendenz der Euthanasiediskussion, *Med. Welt* 1974, S. 1254.
- (13) BVerfGE 5, S. 85, 204 f.; 7. S. 198, 205 f.; 9, S. 89, 95; 27, S. 1. 6; *Maunz/Durig/Herzog*, Grundgesetz, Kommentar, Art. 1 I Rdn. 28 ff. 34 ff.; *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, Grundgesetz, Art. 1 Rdn. 2.
- (14) BGHZ 30, S. 7, 10 ff.; BVerfGE 7, S. 198, 206; *Maunz/Durig/Herzog*, GG, Art. 1 I Rdn. 38; *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, GG, Art. 1 Rdn. 5.
- (15) *Möllering*, Schutz des Lebens (前注(12)), S. 59 f., 65 ff., *ders.*, Die tödliche Freiheit (前注(12)), S. 1259.
- (16) 「ドイツ外科学会・死病者および死にゆく者の治療のための決議 (一九七六年)——医師および法律上の指示——」の全文は、エーザー『先端医療と刑法』(前注(4))資料②に全訳されている。
- (17) その全訳は、エーザー前掲書・資料③に収録。
- (18) 議案一、四。第一文は七九対二対四、第二文は七一対九対四で採択された。エーザー前掲書資料⑥参照。
- (19) *Otto*, Recht auf den eigenen Tod? (前注(1)), S. 50.
- (20) *Otto*, a. a. O. Anm. 116, *ibid.*, *ibid.*、これと同意見の文献が一括列举されている。
- (21) *Dellinghausen*, Sterbehilfe und Grenzen der Lebenserhaltungspflicht des Arztes, 1981, S. 399., 参照。
- (22) 例えば、宮野彬「生命維持装置の取外しと刑法」刑法雑誌二二卷三〇四号三八一頁では、「医療処置が無益な段階を迎え

れば人間としての尊厳性は大いに失われてしまっているのです」と断定されているが、その根拠は全く示されていない。わが国の関連文献において他でも多く見られるこの種の言明にとって特徴的なのは、「ここでもまさに論証されねばならないことが単に前提とされているという点である。

- (23) Kaufmann, Zur sogenannten Frühethanasie (前注(11)), S. 128. エーザー前掲書三一八頁も、適切にも、「そもそも装置に繋ぎとめられているという、ただそれだけで人間の尊厳が侵害されているわけでは、もとよりない。同様に、障害が現存すること自体を、人間の尊厳が害されていると見ることはできない」と述べている。

- (24) これについて詳しくは、Kaufmann, Zur sogenannten Frühethanasie (前注(23)), S. 133 ff., を見よ。

- (25) エーザー前掲書七八頁。

- (26) Eser, Zum »Recht des Sterbens« — einige grundsätzliche Überlegungen, in: Das Recht auf einen menschenwürdigen Tod?, hrsg. von der Deutschen Sektion der Internationalen Juristenkommission, 1977, S. 40; ders., Lebenserhaltungspflicht (前注(1)), S. 136 ff. なお、Kaufmann, a. a. O. をも参照。

- (27) Eser, Lebenserhaltungspflicht (前注(1)), S. 137.

- (28) ホセ・ヨンパルト「安楽死、延命処置とその中断についての覚え書き」(前注(3)) 五六一頁以下。

- (29) 前掲論文五六三頁。

- (30) 前掲論文五六二頁。

- (31) 前掲論文五六四頁。

- (32) 金沢文雄「人工呼吸器の遮断と刑法」(前注(3)) 一三頁以下参照。

- (33) Menzel, Ziel und Grenzen ärztlichen Handelns im Extrembereich menschlicher Existenz, in: Auer/Menzel/Eser (前注(2)), S. 71 ff.; ders., Kriterien für einen Behandlungsabbruch, in: Eser (Hrsg.), Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem, 1976, S. 143 ff., 参照。

四 医学的判断としての認定基準

(一) 絶望的な予後診断の確実性

以上のことから帰結されなければならないのは、第一に、患者の死に確実に結びつく延命措置の中断が許されるのは、措置の継続が患者の人間としての尊厳が明白に侵害されている場合に限られるということ、第二に、延命措置の停止が死に結びつかない場合では、一旦設置した装置による延命治療がその後の経過において医学的適応性を有しないことが判明したときは、患者の状態に応じて治療方法を変更、もしくは段階的に縮小することは許される、ということである。いずれの場合も医師にその判断がゆだねられることになるが、その際重要なことは、医師によって下される判断は、患者の生命意味に結びつく可能性のある「評価」が紛れ込む余地のあるものであってはならず、純医学的な事物理解に基づく事実的判断、すなわち厳密な意味における「診断」でなければならぬ、ということである。

このことは、とりわけ前者の場合、すなわち患者の死に直結する場合について強調されるべきであろう。

しかしそれにしても、「絶望的な予後」あるいは「死の原因が確定的であること」を確実に診断することは、果して可能なのであろうか。絶望的な予後診断の確実性が要求されるのは、患者の生命はその状態でも保護価値を失わないという理由によるばかりではない（勿論、それが最大の理由である）。集中的医療技術の発達は、何と云ってもそれまでは考えうる一切の治療手段の投入によっても果しえなかった延命の可能性を日進月歩に更新しつつあるという医学的な事情にもよるのである。⁽³⁴⁾ このことは、今日でも早計な諦念によって延命医学の一層の発達が妨げられてはならないことを十分に示しているであろう。その上、まさにこの領域において、早計な治療断念が大きな危険を意味

する限界事例が存在していることを、既述のように（三）（四）、メンツェルが如実に示しているのである。それゆえ、絶望的な予後の診断に疑いがある場合では治療を続けなければならないのである。医師といえども「嫌疑によって」人を死なせることは許されないものであるから、診断が確実であるということは、医師にとってはどこまでも最高命令でなければならないのである⁽³⁵⁾。しかもこの診断の確実性は、卓越した医師のみによって保障されうるようなものではあつてはならず、単純ではあるが、しかし入念に検証可能な、確立された診断法によって確認される必要がある。この診断を客観化可能な相応の所見によって根拠づけることができないときは、措置の中止はもとより、治療縮小も、もともと問題になりえないのである⁽³⁶⁾。

それゆえ、延命措置中断のために提案されている数々の許容基準のうち、患者の「法律上の行為能力」はもとより、「人格的自己実現能力」の不可逆的喪失をもって医師の治療⁽³⁷⁾に延命義務は終るという見解は、すでに生命に対する不当な評価を含んでいるという理由からしてここで直ちに訣別できるにしても、一見して医学的認識に基づく客観的な判断基準を呈示していると思われる「意識回復の不可能性⁽³⁸⁾」もしくは「生命回復の不可能性⁽³⁹⁾」を目標とする見解もまた、右の「疑わしきは生命の利益へ」という原則から検討すれば、全く疑問の余地はないとは言えないのである。それとも、「意識」というものは単にその存否が問題であるばかりでなく、清明な意識から深昏睡に至るまでにはさまざまな段階があることも問題となるのであるから、「不可逆的意識喪失」といわれる場合にそれがどの段階の意識状態を指すのか——なぜなら、脳死⁽⁴⁰⁾に深昏睡に至る直前の昏睡も一つの意識状態である！——という「程度問題」があらかじめ解決されていなければならない^(40a)、また、「生命回復が不可能」と判断される場合であっても、それが脳死以前の段階でなしうるためには、なぜ脳死に至るまでの生命は保護されてなくてよいのかという問題は問わないにし

ても、間もなく脳死に至るであろうという判断が確実でなければならぬという「予測問題」に遭遇するからである。けれども、既述のように(三)(イ)、脳死判定でさえ、その確実性については決して無視しえない数々の疑問にさらされているのに、こうした「程度問題」や「予測問題」を含めた絶望的な予測診断というものが、客観的に検証可能な診断法に基づいて、医師によって確実になされうるとは、とうてい思われないのである。

現に、「意識喪失の不可逆性という予後診断を下すこと (prognostizieren) は、「医師には」全く不可能である」という、当時のドイツ外科医学会会長であったシアラーの言明が、「臨死介助法対案」の研究グループに参加した医学者たちの大部分によって支持されているのである。⁽⁴²⁾ 先にしばしば引用したメンツェルもまた、「いつ死の過程が始まるのかということ、われわれは今なお知らない」という言明を、その詳細な症例分析から引き出しているのである。⁽⁴³⁾ それにもかかわらず、「臨死介助に関する法律対案」は、「本人が、医師の認識によれば、不可逆的に意識を喪失している」場合は、生命維持措置を中断し、または開始しない者は「違法に行為する者ではない」(同対案第二一条一項二号)という条文を提案している。⁽⁴⁴⁾ これは、全く不可解というほかはない。対案理由書によれば、「不可逆的意識喪失」という判断が確実であったか否かは、事後的に (ex post) のみ——つまりは本人がこの判定に基づいて死んだときのみ——、判明する。しかし法律家は、こうした「窮極性」に拘泥する必要はないのであるから(?!)、法律家は、医師とは異なった尺度、つまりは「高度な(確実性に接した)蓋然性」で足りるといふ法的要件で満足しなければならぬ、⁽⁴⁶⁾ というのである。そこで、「医師の認識によれば (nach ärztlicher Erkenntnis)」という基準を採用することによって、「対案」は、「医師を絶対的に確実な予後診断に固定せず、医学の現状から最高度に蓋然的な経過という意味において限られた認定の幅を医師に認容しようとした。これは、わからないことではない。なぜ

なら、絶対的に確実な予後診断を要求するならば、それは医師の眼から見ておよそ不可能ということになるが、それでは脳死以前の段階で生命維持装置の撤去を許容しようとする、『対案』のそもそもの出発点が不動のものでなくなるからである。この解決策が、理由書が自賛しているように、確かに、「一方では、生命維持措置の不開始への軽卒な決断を防止するには十分に厳しく、他方しかし、無意味な治療措置から生ずる法的な諸帰結への心配から飛びつきたくなる『防衛医学』に医師を追いやることのないようにするに足りるほどに柔軟であ」りうるにしても、しかしそれが、「疑わしきは生命の利益に」というあの原則と相容れるかは大いに疑問であろう。⁽⁴⁸⁾ もっとも、「濫用の危険」については理由書も一定の配慮を示してはいる。「自身には十分に専門知識のない医師ならば、資格のある同僚の意見を徴することが義務づけられる」とか、「濫用には、決断を指示した所見事実を入念に記録に残しておくという医師の義務で対抗できる」というのである。⁽⁴⁹⁾ けれども、医学的認識の現状が必ずしもつねに一定しているとは限らず、また医師の技量もその都度の状況によって大いに左右されることもありうる中で、「蓋然性」の判断が個々の医師に任ねられることから生ずるであろう見極め難い不安定さと混乱が、この程度の「予防策」で阻止できるとは思われな

い。つまりは、「対案」の柔弱性がその危険性をも意味するのである。

要するに、法律家が提案する延命措置中断のための許容基準は、その内容がどのようなものであれ、医学的認識による相応の裏づけのない限り、単に無意味であるばかりでなく、危険でもあるということである。

(二) 医学的適応性と延命措置の段階的縮小

かりに絶望的な予後診断というものが検証可能な根拠に基づいて確実に下しうるとしたとしても、患者がなお生き

ている限り、治療からの全面的撤退ということは、上述の理由からしてありえない。もっとも、脳死および脳死直前の段階で確実な診断に基づいて生命維持装置が撤去されたならば、ほとんどの場合に患者は直ちに死亡するのであるから、いわゆる「末期医療」の問題は起りえない。それゆえ、この場合では治療方法の変更も基本看護の問題も刑法上の問題として想定する必要性は生じない。⁽⁵⁰⁾

しかし、事態はそれほど単純ではない。「意識回復の不可能性」によるにせよ、「生命回復の不可能性」によるにせよ、絶望的な予後診断に基づく特殊な延命装置の撤去が必ずしもつねに患者の死に直結するとは限らないことは、すでに一九七六年のカレン・クインランの例が示している。彼女は、レスピレーターが撤去された後、意識こそ回復しなかったものの自発呼吸のもとに一〇年間も生き続けていたのである。彼女のような場合、今日では確かに特殊な延命措置には適応しないと診断されるであろう。しかし、患者が危機的な状況にあるときはひとまず高度な延命措置を施し、その状態を慎重に検討した結果、例えばレスピレーターを撤去しても直ちに死と結びつかないことが判明した場合、主病の治療が絶望的であったとしても、生命維持のために最小限必要とされる、患者の状態に応じた医療処置に変更することは、いわば人の生命の終焉にかかわる「医学の本性」に属すると言ってよい。

それというのも、そもそも医療行為の目標は、病気の除去、もしくは少なくともその症状を有効に克服することにあるからである。ところが、すべての病状が有効に治療されうるとは限らず、またどのような治療措置にも有害な附随効果というものが避けられない。そこで個々の治療方法の投入に当っては、明白な医学適応性が要求されるのである。これは、目指した治療効果が有害な附随効果よりも一義的に優起している場合のみ、当該治療措置の投入が許容され、またすべての医療行為の目標もそこに限界を見出す、ということの意味する。⁽⁵¹⁾

とりわけ集中医療という方法は、生存を脅している障害を症状として惹き起した主病の原因を治療するための時間的余裕を獲得するために、致命的なまでに損傷を被った、もしくは脱落した生命機能（呼吸、循環、体温調節、ホメオスタシス〔生体恒常状態〕、物質代謝）を維持することを、その本来の目標としている。生命機能が脱落した結果として生ずる二次障害を回復しようとするれば、集中治療は多くの場合において即時に開始されなければならない。そのため、主病がそもそも有望な治療法にめぐり合えるかどうか、しばしば不問に附するほかはないのである。⁽⁵²⁾

それゆえ、このようにいわば緊急措置として開始された集中的な治療措置も、開始後の慎重な検査の結果、例えば主病の治療が絶望的であると診断されたときは、生命維持のために適応した治療レベルにまで縮小する可能性が残されていなければならないのである。とりわけ、人工呼吸器による高濃度の酸素投与が肺組織に有害な作用を及ぼすに至った場合のように、集中治療上の措置による重大な二次障害がもはや回避しえないことが明白になったときは、この措置は継続されてはならない、ということになる。⁽⁵³⁾要するに、患者の生命維持のために最も適切な措置を、ということである。

このように「医学的適応性」の見地から「集中的治療措置」のあり方を見れば、唐突な延命治療の中断の許容性を問う問題よりも、適切な時期に適切な判断の下に具体的な患者の状態に相応した治療の段階的縮小に移行するための許容条件と実際的な方法、およびそのために必要な判断主体である人的条件を提示することの方が、確かに困難であるが、しかしはるかに重要である、ということになるであろう。すなわち、すでに開始された集中的医療措置によってはもはや死の引き伸し以外には達せられず、予後の絶望性が確実であることが判明した場合に、われわれにとって考慮することが是認されるのは、投入された治療措置を相応に縮小する、ということである。そのためにまず求めら

れるべきは、この状況において格別に明白な附随効果を顧慮した上で、生命機能を維持する措置を縮小することを可能にする諸要素は何か、ということであろう。

こうした要素を完全に列挙するということは、つねに試行錯誤をくり返す「医学の本性」からして、不可能である。とは言え、身体衛生、栄養補給、呼吸機能のための十分な配慮、排便・排尿のための必要な措置、必要に応じた麻酔薬の投与といった、いわゆる基本看護に属することが不可欠であることは言うまでもない。その上に、ヴィーマーとメンツェルが治療縮小のための実際的な方法として勧告しているところを参考にすれば、医師の人道的使命としてな⁽⁵⁴⁾しうる次のやり方が推奨できよう。

1、損傷を受けた生命機能のための集中治療上の措置の開始に適応性を有しないのは次の場合である。

(1) すでに脳死が発現していることが確実な根拠をもって証明できる場合、
(2) 生命機能の再開を目標とすることが不可能であることを確実な根拠をもって証明できる場合（この予後診断は、すでに発現した臓器、例えば心臓の不可逆的な障害から生ずることもありうる）、

(3) 主病が不治の場合でどこまでも死の過程が延引されるにすぎないことが明白である場合。

2、すでに開始された集中治療を段階的な相応の治療縮小により、患者の個人的な状態に適合した基礎治療にまで引下げることができるのは次の場合である。

(1) 生命機能の恒常的な障害へと導いた主病が、予後診断によって絶望的に進行することが確実な根拠によって証明された場合、
(2) 生命機能の維持のために用いられる措置が、それ自体として死を惹起するに適切なほどの破壊的な作用を開始しはじめた場合（例えば、濃度一〇〇%の酸素による一日にわたる呼吸にもかかわらず、どこまでも血中の酸素分圧の低下しか確認されず、そのために呼吸不全に陥ったとき（酸素中毒）がその場合でありうる）、

(3) 生存に不可欠の器官に不可逆的な機能喪失が発現したことが確実な根拠によって証明された場合。
3、集中医療上の諸措置が病者にとってもはやいかなる救助を意味しないときは、相応の段階にまで縮小した治療法が適応する。それぞれの段階として考えられるのは、

(1) 効果がなくなった特殊な治療法の縮小としては、抗生物質の投与、心マッサージ、輸血である。

(2) なお自発呼吸が残存する場合は、脱落した生命機能を代替する措置の縮小として、器械による呼吸から補助的な呼吸へと移行すること、可能であれば純自発呼吸へ、必要ならば吸気の酸素濃縮による気管内チューブを通じて移行することである。

4、治療縮小の形態がどのようなものであれ、次の措置は不可欠の基本看護として維持されなければならない。⁽⁵⁵⁾

(1) 患者への回診と人格的な接触、

(2) 洗浄、ベットメイキング、褥瘡予防、

(3) 胃ゾンデによる経口栄養補給または下大静脈を通じての非経口栄養補給、

(4) 鎮痛剤による苦痛緩和、

(5) 鎮静薬による心理的苦痛状態の緩和、

(6) 気道の障害除去および吸気の必要量への配慮、

(7) 排尿、腸運動および排便への配慮。

5、死が不可避免的に接近している場合では、医師は死における援助 (Hilfe beim Sterben) を果さねばならない。

(1) 現代の麻酔学は苦痛緩和および除去のための様々な可能性を提示しているが、これらはしかし、場合によっては生命を短縮する附随効果も甘受しなければならぬとしばしば言われる。しかし、メンツェルによれば、こうしたことは極めてありそうにもない。⁽⁵⁶⁾

(2) 苦しみに満ちた呼吸不全の場合では、人工呼吸が死における援助として適応する。

(3) 死における援助とは、死にゆくことを耐えやすくまた安らぎに満ちたものにすることを目標として、病者の全人格的狀況に向けられるべき基本医療 (Basic therapy) を意味する。

では、このような実際的な方法に従って治療の段階的縮小を決断しなければならぬ判断主体には、どのような条件が備っていないなければならないか。再びメンツェルによれば、適切な時期に適切な患者に対して適切な決断を下すには、高い程度の医学的経験と人間的な成熟を必要とする。右の指針はそれ故、少なからぬ程度において医師の人格に依存する。「彼は可能な治療手段のすべてについて十分な知識を持ち、関連する専門領域のすべてとも通じ合っており、この決断においては何も抜かりはないことに確信を持っていなければならない。さらに、この種の状況判断においては該博な経験が要求される。その人格構造が人間的成熟、格別に明確な形をとった答責意識および客観的に根拠のある決断を病者の気持になって下すことができる能力においてすでに完成された医師のみが、ひとりこの任務を正当に評価することができるのである⁽⁵⁷⁾」。

事態がそのようなものであれば、前述の基準による慎重な、証明可能で再現可能な検査に従い、いかなる場合にも必要とされる基本看護を確保しつつ、病者の全人格的幸福を視点として、治療縮小の決断を行なうべきかどうかは、原則として経験ある担当医に個別的に委ねられていなければならない、⁽⁵⁸⁾ということになる。そこからは、次の帰結は避けられないように思われるのである。

(1) 病者の事前の決断 (Living Will) は、右のような決断の本質的な部分について評価すべき情況への直接的な洞察が欠如しているということからも、原則として医師の決断の根拠とはなりえない。

(2) 親権者、後見人その他の法定代理人が患者になり代ってする決断も、別の動機に導かれた濫用の危険を排除す

るためには、原則的に拒否されるべきである。⁽⁵⁹⁾

(3) 医師による中立の委員会、あるいは倫理委員会といったものに判断を求めることも、こうした機関は直接に責任を負えないという理由からも、また実際に治療に当たっていないことから事実上適切な判断を下すことはほとんどできないという理由からも、適当でないといわなければならぬ。⁽⁶⁰⁾

もっとも、自分に十分な経験と専門知識のない医師ならば、そのような資格を有する同僚の意見を求めるべきであり、また自らは適切な判断を下しえないときは、他の適切な医療機関に患者を移送するか、もしくはより技量に熟達した医師と交替すべきであろう——が、最終決断はつねに担当医が自身において下さねばならないのである。この決断の誤りが場合によっては刑法上の過去責任を招くことはありうる(判断裁量)。しかし、死を意図しない治療の段階的縮小に関する限り、行為裁量はもともと排除されているのであるから、殺人罪にせよ保護責任者遺棄致死罪にせよ、医師はもはや故意犯としての刑事責任の追求に怯える必要は原則的にありえないのである——これによってもたらされるであろう医師と患者との間の信頼関係の安定化は、医師にとっても大きな利益を意味するであろう。

(34) Menzel, Ziel und Grenzen (前注(2)), S. 69, 73.

(35) Kaufmann, Sogenannten Frühenthanasie (前注(11)), S. 131.

(36) Menzel, Kriterien (前注(3)), S. 144.

(37) 例えは' Lenkner, in: Schönke/Schröder StGB vor § 13 Rn. 42.

(38) Eser, Lebenserhaltungspflicht (前注(2)), S. 131. 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三八九頁以下。ドイツにおける通説であり、後に検討する「臨死介助法対案」(後注(44))もこの見解に立っている。これを支持するドイツの文献については' Dellingshausen, Strbehilfe (前注(21)), S. 406, Anm. 1, を見よ。

(39) この見解は、意識が戻らない生命は保護に値しないという帰結を避けるために、とりわけ町野朔「法律問題としての『尊

敵死』加藤・森島編『医療と人権』（一九八四年、有斐閣）二四四頁、大谷實「末期医療と医師の刑事責任」警察研究五
六卷七号九頁によって強調された。

- (40) 清らかな意識から深昏睡に至る「意識障害」の各段階については、各国学派によってまちまちである。ドイツ学派は、軽い方から昏蒙または昏恍 (Benommenheit) 昏眠 (Sopor) 昏睡 (Koma) というように、大きく三段階に分けるのが一般的である。これ対にして英語圏では、傾眠 (somnia) 昏睡 (coma) の四段階に分けることが多い。しかしフランス学派では、ごく軽度の意識障害である精神もろろ (obnubilation) 軽度の意識障害 (confusion mentale) もろろろろ状態である精神錯乱 (état crépusculaire) 中等度の意識障害 (coma confirmé) 高度の意識障害 (coma carus) の五段階に分けるのが一般的である。このように意識障害の種類と程度に対する概念が英独仏でそれぞれ異なる上に、人によって用語がまちまちに使われるので、これらを整理比較することは至難の業であると専門家によって言われている。加藤ほか編『精神医学辞典』（一九八五年、弘文堂）各該当項目参照。

(40 a) それゆえ、この問題を無視している「臨死介助法対策」の提案（後注(44)）を批判する、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」刑法雑誌二九卷一号一九三頁、および松宮孝明「西ドイツの『臨死介助法対策』とその基本思想」同一八〇頁以下の叙述は正嶋を射ているというべきである。

- (41) Schara, Die Grenzen der Behandlungspflicht in der Intensivmedizin, in: MMW 115 (1975), S. 1430.
(42) AE-Sterbehilfe (前注(7)), S. 15 f.
(43) Menzel, Kriterien für einen Behandlungsabbau, in: Eser (Hrsg.), Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem, 1976, S. 148. 彼はこれに続いて「われわれ〔医師〕はただ、自然死は脳死の発現をもって完結すると言いつるにすぎない」と述べている。
(44) エーザー前掲書（前注(7)）資料④三三五～六頁を見よ。
(45) AE-Sterbehilfe (前注(7)), S. 16.
(46) 大嶋一泰「生命維持装置の取外しと刑法」刑法雑誌二二卷三・四号八〇頁もまた、「確実性に境を接した蓋然性」の程度で、意識回復の不可能性が明確になれば、必要にして十分な客観性を備えているという見解である。
(47) AE-Sterbehilfe (前注(7)), S. 16.

- (48) なお、『臨死介助法案対案』は一九八八年一月一日に開催された日本刑法学会関西部会の共同研究『臨死介助と自死の権利』において議論の主要な対象となったが、そこでも、右のような規定を置くことには否定的な意見が大勢を占めた。この状況を踏えて作成された、刑法雑誌二九巻一号九五頁以下の各論文参照。一九八六年のドイツ法曹大会刑法部会の議決においても、「いわゆる消極的臨死介助を、例えば臨死介助法対案二一四条を模範として、法律で規範化することは望ましくない」という議案（二、一、三）五七対三三対四で採択された（エーザー前掲書（前注（7））資料⑥三四〇頁）が、この議決に至る議論の全内容は、同法曹大会の議事報告である Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages Berlin 1986, Band II, Sitzungsberichte, 1986, M 92 ff., に見られる。そこでも、こうした規定を置くことによって生ずるであろう生命保護命令に対する遠大効果（『ダム決壊効果』）が見極め難いことが多くの論者によって指摘されている。とりわけ注目されるのは、医師という職業グループに属する人々のためのこうした特別規定を一般刑法典の中に導入すること、およびそこから生ずるであろう「インフレーション効果（inflationärer Effekt）」に対して向けられたヒルシュ（Hirsch）の疑念である。彼は、「医師は社会的強者であり、従ってそれに伴う当然の危険を負うべきである」から、もし立法化が必要ならば、それは特別立法でなければならない」と主張する。A. a. O., M 101 f., 126.

- (49) AE-S. terbehilfe（前注（7））、S. 516.
- (50) 大谷實「末期医療と医師の刑事責任」警察研究五六巻七号一六頁。
- (51) Menzel, Kriterien（前注（49））、S. 143.
- (52) Menzel, a. a. O., S. 144.
- (53) Menzel, a. a. O., S. 148.
- (54) 治療の段階的縮小のための以下のガイドラインは、Wiemers, Probleme und Definition des Klinischen Tod, in: Internist 10（1968）, S. 181 ff., Menzel, Kriterien（前注（49））、S. 147; ders., Ziel und Grenzen（前注（27））、S. 71 f., に提示された指針を主たる基礎としてその他の文献をも参照しながら、上述来の諸帰結を踏えて筆者が新たに作成したものである。

- (55) 1968年Wiener, Beitrag zum Rundischgespräch Grenzen der Intensivmedizin 《Dürfen wir tun was wir können》 auf der 6. gemeinsamen Tagung der Deutsch—Österreichischen Arbeitsgemeinschaft für internistische

Intensivmedizin, Hamburg vom 10.—12. 10. 1974, とメンツェルとが個人的に協議を重ねて作成したもの、Menzel, Ziel und Grenzen (前注(2)), S. 73., をほぼそのまま借用した。

- (56) Menzel, a. a. O.
- (57) Menzel, Kriterien (前注(43)) S. 143. *siehe ders., Ziel und Grenzen* (前注(2)), S. 73f., をも参照。
- (58) Menzel, Kriterien (前注(43)) S. 148.
- (59) といえ、このことは、医師の決断は患者の近親者(ここで近親者とは、もっぱらというわけではないにせよ、通例として、患者に最も近い親族をいう)の意向とは無関係に下すべきであることを必ずしも意味しない。『ドイツ外科学会・死病者および死にゆく者の治療のための議決』(エーザー前掲書資料②五、人間的な介護二(三三二〜二頁))に言うように、近親者には、必要かつ有益と思われる限りで、情報が与えられるべきであり、また、『臨死介助のための連邦医師会指針』(エーザー前掲書資料③三、法的評価四(三三五頁))に言うように、治療縮小に当っては、患者の近親者の意見が聴取されねばならないであろう。とりわけ、患者が未成年者または禁治産者であるときは、治療は、両親または後見人の意思に反して縮小されてはならないであろう。けれども、最終的な決断は医師に留保され、これに対する責任は当の医師が担うのである。また、その責任は、前掲外科学会指針六(責任の不可分性)に言うように、「不可分」のものでなければならぬであろう。
- (60) Menzel, Kriterien (前注(43)), S. 146.

五 総 括

おそらくは以上のような見地に立って医師の決断を許容する場合にのみ、延命治療の意味を、さらには患者の生命意味を志向した医師およびまたは第三者の主観的な評価を許容したときに生ずるであろう医師—患者関係の測り難い動揺を、人間の尊厳という絶対的価値に導かれた医師の高い識見にわが身を甘んじてゆだねることによって再び安定的なものにすることができようし、またそのような方向に向けてのみ、現代医学の発達させた高度な延命技術を単に

人類にとっては「脅威」であるとして暗いイメージで捉えるのではなく、人間の幸福と両立しうる「進歩」として再評価する可能性と展望が開かれてくるように思われるのである。

たとえそれがどのような状態であれ、患者の生命維持が事実上はなお可能である限り、積極的な殺害はもとより消極的な死の放置は——人間の尊厳が明白に侵害されているとは言えない限り——医師には許されず、許されるのはただその時々具体的な状態に相応した治療の段階的縮小のみであるという、本稿が到達した結論からすれば、装置の取外しは作為か不作為かという、あの数多くの有能な刑法学者を動員して展開された熾烈な論争も、その本質的な部分において単に「仮象問題」を標的としていたにすぎないと言えよう。⁽⁶¹⁾

これに対して決定的に重要なのは、「どのような人間であれ、またどのような人間社会であれ、誰が生きるに値するか、もしくは誰が死ぬに値するかを知るために、考えを巡らすことは許されない (No human being or human community can presume to know who deserves to live or to die)」⁽⁶²⁾と「こうことである。これを許すと、本稿の冒頭で描き出しておいたビンディングとホッへの、あの身の毛もよだつ世界へ向けての、したがって後退へ向けての第一歩ということになるであろう。

(61) 生命維持の取り外しが作為か不作為かは、われわれの問題領域において医師の生命維持義務の限界問題を考えるに当たって刑法的に決定的な意味を持たないことを明言しているのは、見渡しうる限りでは、平野竜一「刑法における「出生」と「死亡」警察研究五一巻八号九頁（「形式的な作為、不作為の問題ではなく、特別の医学上の措置を続けるかどうかという実質的な点が問題なのだ」と言われる）、および「ドイツ外科学会・死病者および死にゆく者の治療のための決議」二、三（エーザー前掲書（前注（4））三三〇頁——「その〔生命維持のための措置を終結する〕場合、決定的なことは、医師の治療義務の範囲であって、作為または不作為としての法的な編別ではない」）にすぎない。

(62) Dyck, in: Williams (Hrsg.), To live and to die: when, why and how, 1973, S. 111, Menzel, Ziel und Grenzen (前注(2)), S. 74, からの引用。なお、アルトゥール・カウフマン「安楽死・自殺・嘱託殺人」宮澤浩一鑑訳『法学と刑法学の根本問題』(一九八六年、成文堂)所収一四頁も、「医師は、例えば意識を失った重病者が植物状態のままでは生きたくないと思うであろうなどと考えることは許されない。……どのような医師も——およびそれ以外の何人も——、患者の生命にはなお価値があるかどうかという方向で考察を試みることは許されない……。それゆえ〔にまた〕、患者は、なお、意識を持つた生活をなすことができるであろうか、と考量することも許されない。人間の生命という価値のどのような相対化も、没落への一步である」と述べている。——これは、一九八四年四月一八日の同志社大学における講演の結びの言葉である。なお、同志社法学一八五号一頁以下をも参照。

〔附記〕 本稿は、一九八九年六月一〇・一一日に北海道大学において開催された日本刑法学会第六七回大会でのワークショップ「末期医療と刑法」における議論に触発され、また同時に用意されていた討議日程にほぼ従いながら筆者の考えをまとめたものである。本大会の前後にわたり数々の貴重な問題点の指摘を賜った本ワークショップのオーガナイザーである石原明(神戸学院大学)教授に厚く謝意を表したい。