

論 説

ドイツにおける小児の終末期医療と刑法

甲斐克則

- 1 序
- 2 1980年代のドイツの議論
- 3 1990年代のドイツの議論
- 4 結語——21世紀初頭のドイツの議論の動向

1 序

1 小児医療は、成育面でも意思決定能力の面でも、本人に対するインフォームド・コンセントを柱にすることができない点で、成人と異なる部分が多い。しかも、新生児から意思決定能力のある子どもまで幅があるので、なお複雑である。未熟児医療や新生児医療も相当に進歩してきたが、それに伴い、新たな法的・倫理的問題も増えてきた⁽¹⁾。小児の終末期医療ないし看取りの問題も、そのひとつである。この問題は、実に難解である。

まず、基本的視点を確認しておくと、この小児の終末期医療の問題を考える前提としては、やはり「人間の尊厳」を根底に置くべきだと思われる。新生児あるいは子どもの「人間の尊厳」は、大人のそれ本質的には変わりがない。ただ、その表れ方が少し違う部分がある。子どもというの

(1) 玉井真理子「日本の新生児医療」小山剛・玉井真理子編『子どもの医療と法』(2008・尚学社) 3頁以下参照。

は、元気であろうとなからうと、本質的に、周囲の人々によって保護されるべき存在である。保護されないことには成長しないという前提がある。当たり前ともいえるこの本質を十分に踏まえたうえで小児医療の問題も考える必要がある⁽²⁾。

2 また、子どもの「最善の利益 (best interests)」が重要であることもしばしば説かれる。しかし、その内容は法律で規定するのになじみにくいためか、あるいは小児医療との関係では両親と小児科医・看護師との心理的・物理的葛藤を含みがちなナイーブな領域となるためか、世界的にみても、明文の法律で「最善の利益」の内容について規定したものは少なく、むしろガイドライン等の生命倫理規範で対応している部分が多い。その意味で、この領域では、生命倫理の役割に負うところが多い。しかし、生命倫理規範においても、「最善の利益」の内実は、必ずしも明確ではない。

アメリカ医師会のルールでは、「最善の利益」の内容について 5 つの факторを挙げている。第 1 に、治療が成功する可能性、第 2 に、治療の実施および不実施に関するリスク、第 3 に、その治療が成功した場合に生命が延長される程度、第 4 に、治療に付随する痛みおよび不快さ、第 5 に、治療実施の場合と不実施の場合に予想される新生児の生活の質 (quality of life)，である⁽³⁾。これで十分かどうか、なお検討の余地はあるが、これを手掛かりに「最善の利益」の内容を具現化することは可能であろう。もちろん、実際上、この判断は、ケースバイケースで行わざるをえない。問題は、誰が最終的にその判断を行うかであり、これは法律問題と絡む場面がある。

小児医療の領域でもしばしば引き合いに出される「児童の権利に関する条約」(いわゆる子どもの権利条約) (1989 年国連総会で採択、日本国は 1990 年

(2) 詳細については、甲斐克則「小児医療」甲斐克則編『レクチャー 生命倫理と法』(2010・法律文化社) 220 頁参照。

(3) 田村正徳・真理子編著『新生児医療現場の生命倫理——「話し合いのガイドライン」をめぐって』(2005・メディカ出版) 11-12 頁 (玉井真理子執筆) 参照。

書名、1994年批准、公定訳）は、18歳未満のすべての者を対象にしているが（同条約1条）、同条約3条1項によれば、「児童に関するすべての措置をとるに当たっては、公的若しくは私的な社会福祉施設、裁判所、行政当局又は立法機関のいずれによって行われるものであっても、児童の最善の利益が主として考慮されるものとする。」という具合に、子どもの「最善の利益」を家族の「最善の利益」から独立したものとして位置づけている。

3 いずれにせよ、特段の濫用がないかぎり、子どもの「最善の利益」を志向するその生命倫理規範が遵守されていれば、この領域で、法（特に刑法）は、敢えて表に出過ぎるべきではない、というのが本稿の基本的スタンスである。

以上の視点から、私は、2008年（平成20年）度から2010年（平成22年）度まで、厚生科学研究費・成育医療研究委託事業「小児における看取りの医療に関する研究」（代表・阪井裕一国立成育医療研究センター総合診療部長）の共同研究に「小児における看取りの医療に関する研究——法学の観点」から参加し、ドイツ、イス、オランダ、イギリスの調査・研究をそれぞれ現地（大学の関係学部ないし研究所等および附属病院）で行った。それは、実に有益なものであった。

本稿は、その調査・研究成果のうちの、2008年11月にフライブルクのマックス・プランク外国・国際刑法研究所で（一部は2008年9月にケルン大学で）行ったドイツ調査を中心に、ドイツにおける小児の終末期医療に関する最近の動向について述べることにする⁽⁴⁾。イス、オランダ、およびイ

(4) 2008年11月3日から6日にかけてフライブルクのマックス・プランク外国・国際刑法研究所において、長年に亘り学術交流のある前所長（名誉所長）のアルビン・エーザー（Albin Eser）博士および主任研究員のハンス-ゲオルク・コッホ（Hans-Georg Koch）博士に対するヒアリングと文献収集ができたことについて、両博士にこの場をお借りして謝意を表する。また、その補足として2009年9月24日にケルン大学で行った文献収集では、同大学に留学中の小池信太郎准教授（慶應義塾大学法学部）に全面的なご協力を賜ったことに対して、同じく謝意を表する。さらに、一連の調査を可能にしていただいた国立成育医療研究センター総合診療部長の阪井裕一先生に改めて御礼申し上げたい。

ギリスについては、別途、順次論文として公表する予定である。ドイツについては、すでにいくつかの先行研究があるので⁽⁵⁾、本稿では、それらが論じていない点にも言及することに心がけつつ、まず、1980年代の議論を簡潔に論じ、つぎに、1990年代の議論を分析・検討し、最後に、21世紀初頭の議論に若干言及することにしたい。

2 1980年代のドイツの議論

1 ドイツでは、終末期医療の問題は、かつてのナチスによる「安楽死」という名目での不治の患者、精神障害者、さらにはユダヤ人等の大量虐殺という苦い経験から、第二次世界大戦後、しばらくタブー視されていましたが、1970年代にその苦い経験を繰り返さないための理論的枠組を模索しつつ、現実に生起する具体的な事案に対処すべく、「安楽死 (Euthanasie)」という用語に代えて「臨死介助 (Sterbehilfe)」という用語を用いることにより、主として成人を対象とする議論が活発に再開された⁽⁶⁾。しかし、

(5) 保条成宏「障害新生児の生命維持治療をめぐる刑法的問題（一）～（六）完」
名大法政論集140号（1992）151頁以下、144号（1992）401頁以下、151号（1993）305頁以下、152号（1994）407頁以下、153号（1994）317頁以下、158号（1994）413頁以下、同「ドイツ——『治療行為制約論』と『治療義務限定論』の交錯——」小山・玉井子編・前出注（1）213頁以下、久藤克子「重症障害新生児の生命維持治療放棄・中斷と刑法（一）（二・完）」広島法学22巻2号（1998）207頁以下、3号（1999）109頁以下、上田健二「いわゆる『早期安楽死』問題と刑法」犯罪と刑罰9号（1993）59頁以下〔同著『生命的刑法学——中絶・安楽死・自死の権利と法理論——』（2002・ミネルヴァ書房）所収〕、甲斐克則『医事刑法への旅 I（新版）』（2006・イウス出版）248頁以下参照。

(6) この点の詳細については、甲斐克則『安楽死と刑法』（2003・成文堂）19頁以下、65頁以下、同『尊厳死と刑法』（2004・成文堂）199頁以下参照。この問題に関する1970年代の代表的著作として、Albin Eser, Suizid und Euthanasie als human-und sozialwissenschaftliches Problem, 1976およびAlfons Auer/Hartmut Menzel/ Albin Eser, Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe. Zum Behandlungsabbruch aus ethischer, medizinischer und rechtlicher Sicht,

小児の終末期医療については、「早期安楽死 (Früheuthanasie)」という名称で議論がわずかながらなされたが、アルビン・エーザーは、成人の問題との同視・混同に警告を発して、「社会が個人の生命の意味を判断しようとするとき、それはナチスの『生存の価値なき生命の毀滅』という思想との間にそう大きな開きはない」と説き、「この新生児の問題は、社会政策と優生学の問題であって、臨死介助の問題ではない」と指摘していた⁽⁷⁾。

2 1980年代になると、2つの事件が契機となって議論が活性化した。フライブルク事件とミュンヘン事件である。

まず、フライブルク事件とは、次のような事案である。治癒不可能な脚部形成異常症、下肢骨格発育障害、腸閉口閉塞（肛門閉鎖症）等に罹患していた新生児について、腸閉塞の矯正手術の同意を得るに当たり、病院側から両親に対して、その子は知能が正常であるかもしれないし、「車椅子の子」のままではあるが生存可能であり、手術しなければ死亡するであろう、という説明がなされたが、両親は同意を拒否したため、病院が、後見裁判所から手術許可の仮命令を取り付けた。ところが、麻酔担当医2名が、両親の同意がないことなどを理由に麻酔処置実施を拒否したため、手術ができず、その子は、両側性水腎症および大腸閉塞症を起こし、生後12日目に敗血症によるショックで死亡した。この事件では、両親および麻酔科医2名に対して故殺罪の容疑で捜査が開始されたが、フライブルク検察庁は、1980年6月20日に捜査を打ち切り、同年7月18日、期待可能性の理論を根拠に、大要、次のような3つの理由により、刑法上の非難を基礎づけることはできないという捜査打切り理由を公表し、本件が刑事事件にならないと判断したのである⁽⁸⁾。

1977を挙げておく。いずれも、甲斐・前出諸著作で言及している。

(7) *Albin Eser, Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch in rechtlicher Sicht*, in Auer/ Menzel/ Eser, a. a. O. (Anm. 6), S. 142f.

(8) Vgl. *Albin Eser/ Hans-Georg Koch* (Hrsg.), *Materialeien zur Sterbehilfe*. 1991, S. 131; *Albin Eser*, *Ziel und Grenzen der Intensivpädiatrie aus rechtli-*

① 手術をしても、一定期間の生存能力しかない奇形〔重度障害〕新生児の場合、たとえ外科医が肛門閉鎖症の矯正手術を決意し、後見裁判所がこれに許可を与えていたとしても、麻醉医らが医の倫理に基づく考慮から手術への協力を拒否した以上、麻醉医らに手術への協力義務は生じない。

② 医学的可能性がある場合に奇形〔重度障害〕新生児の生命を救うことは原則として医師の法的義務であるが、単なる死の引延ばしを医師が義務づけられていることはありえない。しかし、本件では、新生児の死が単に引き延ばされるにすぎなかったかどうかという難問のみならず、麻醉医らがこの特殊な事案において良心上の理由から手術協力義務を免除されたかどうか（作為の期待可能性）という問題が生じる。本件で特に重要なのは、麻醉医らが、医師として、死のみならず苦痛とも闘わなければならぬ義務を自覚していた、ということである。彼らは、重度の奇形〔重度障害〕があって生存可能性が少ない子をさらなる切除手術から守り、子の福祉に奉仕しようとしたのである。鑑定意見が述べるように、医師らに義務違反の非難をすることは失当である。

③同じことは、両親にも当てはまる。国家による処罰要求が過剰反応ではないかという疑問は正当であり、刑法13条1項（不作為による遂行「刑法典の構成要件に属する結果を回避するのを怠った者は、結果の不発生について法的に義務を負い、かつ、不作為が作為による法定構成要件の実現に相応する場合に限り、この法律によって罰せられる。」⁽⁹⁾）の範囲内では、彼らに

cher Sicht, in : Arzt und Kassenarztrecht im Wandel, Festschrift für Prof. Dr. jur. Helmut Narr zum 60. Geburtstag, 1988, S. 48ff. 後者の邦訳として、アルビン・エーザー（上田健二訳）「法的視点から見た集中的小児医療の目標と限界」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』（1990・成文堂）295頁以下がある。なお、町野朔・西村秀二・山本輝之・秋葉悦子・丸山雅夫・安村勉・清水一成・白木豊編著『安楽死・尊厳死・終末期医療』（1997・信山社）250頁以下（白木豊執筆）、保条・前出注（5）「ドイツ」213頁以下、甲斐・前出注（5）248-249頁参照。

(9) 条文の訳は、法務省大臣官房司法法制部『ドイツ刑法典』法務資料第461号（2007）による。

作為を期待することは不可能であったので、両親を非難することはできない。

以上のフライブルグ検察庁の判断は、理論的にも妥当なものと評価できる。違法性阻却よりも、まさに期待可能性を基軸とした義務衝突論に基づく責任阻却の方が、説得力がある。しかし、他方で、責任阻却では、医療現場において法的に不安定なままだという批判もあった⁽¹⁰⁾。

4 これに対して、ミュンヘン事件は、フライブルク事件とは質的に異なり、積極的な生命終結を行って有罪になった刑事事件である。本件では、産婦人科医およびその補助医が出生前診断により小頭症の子の誕生を予測し、もしそれが確認された場合は、新生児をケアせずに死にゆくにまかせることとし、両親もこれに同意して、妊娠第31週目に帝王切開分娩することにした。ところが、分娩された子どもは正常であり、被告人らがそれを十分に確認しなかったためにそれに気が付かず、自分たちの当初の診断どおり、重度障害児だと思い込んだままその子をケアもせずに手術室に放置したのである。結局、その子は、麻酔もされないまま、血液、心臓の組織標本、大腿部が摘出され、最後は呼吸麻痺性麻酔剤を注射されて即死した⁽¹¹⁾。

ミュンヘン検察庁が医師らを起訴したところ、ミュンヘン地方裁判所は、1982年1月29日、被告人らの保障的地位が消滅し、許容された消極的に死にゆくにまかせる状況（早期安楽死の状況）は存在しなかったという理由で、被告人両名を故意殺罪の共同正犯に処した（2年6月の自由刑）。すなわち、彼らが重度障害と考えていた子を殺害することは、「いわゆる『生存の価値なき生命』の殺害はいかなる場合にも禁止されているがゆえに、いかなる法的観点の下でも違法性阻却ないし責任阻却されるものではない」、と厳しく論じたのであった。重度障害児と思い込んだがゆえにその子を放置し、しかも積極的に生命を終結したのであるから、違法性阻却

(10) Vgl. Eser, a. a. O (Anm. 8), S. 50.

(11) Vgl. Eser/ Koch (Hrsg.), a. a. O (Anm. 8), S. 118.

の余地はちろんないし、また、抗弁としての責任阻却の余地もないので、ミュンヘン地方裁判所のこの判断は、当然ながら正当である。

5 以上のように、ドイツの判例・学説は、重度障害新生児の処置に関して、フライブルク事件のような「消極的早期安楽死」については犯罪性を否定し、ミュンヘン事件のような「積極的早期安楽死」については犯罪性を肯定する傾向にある⁽¹²⁾。しかし、この結論自体は妥当だとしても、この問題を「早期安楽死」として論じることに問題があるように思われるし⁽¹³⁾、前者の場合でも、責任阻却ならばともかく、エルнстーヴァルター・ハナックのように規範的側面を強調した許容性という観点から違法性阻却を認める見解⁽¹⁴⁾に至る場合には、「生存の価値なき生命の毀滅」と連動する懸念があり、問題があるように思われる。

こうした状況下で、1986年6月29日にドイツ医事法学会では、医事法学者のエルヴィン・ドイチュ (*Erwin Deutsch*) をはじめとする18名の学者等がアインベックにおいてアインベック勧告 (*Empfehlung der Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht* DGMR) — „*Einbecker Empfehlung*”）を公表した⁽¹⁵⁾。10項目の勧告が出されたが、その中の第5項目に、「治療を差

(12) この問題に関する1980年代の学際的なまとまった著書として、*H.-D. Hiersche/ G. Hirsch/ T. Graf-Baumann (Hrsg.)*, *Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht bei schwerstgeschädigten Neugeborenen*, 1987があるが、そこに収録された諸文献、とりわけ連邦通常裁判所裁判官イェーンケの見解 (*B. Jähnke, Grenzen der ärztlicher Behandlungspflicht bei schwerstgeschädigten Neugeborenen aus juristischer Sicht*, S. 99ff.) 参照。また、単著としては、*Ralf Peters, Der Schutz des Neugeborenen, insbesondere des mißgebildeten Kindes. Ein Beitrag zur Geschichte des strafrechtlichen Lebensschutzes*, 1988があり、古代から1980年代に至るまでの重度障害児の法的扱いについて詳細な歴史的分析を行っている。

(13) Vgl. *Eser, a. a. O* (Anm. 6), S. 142f.; *Arthur Kaufmann, Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Frühethanasie*, JZ, 1982, S. 481.

(14) Vgl. *Ernst-Walter Hanack, Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht bei schwerstgeschädigten Neugeborenen aus juristischer Sicht*, in *Medizinrecht* 1985, S. 33ff.

(15) 改定前のこの勧告は、*Hiersche ua* (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 12), SS. 183-185

し控えてよい場合」として、3つの例が挙がっていた。第1は、生命がそれによって長期にわたって維持できず、もはや確実な死が引き延ばされるにすぎないような場合である。例として、重度の内臓破裂症候群、それから手術不能の心臓疾患が挙げられていた。第2は、治療にもかかわらずコミュニケーション能力がなく、コミュニケーションが不可能な場合である。例として、重度の小頭児とか最重度の脳障害が挙がっていた。第3は、生命機能が集中治療上の措置によってのみ長期に維持されるにすぎないような場合である。例として、治療の見込みのない換気障害もしくは腎機能障害が挙がっていた。しかし、こうした特定の疾患名を例示とはいえるとして、「こういう場合は治療を打ち切ってよい」ということを明示的にルール化してよいのか、ということをめぐり争いがあった。この批判は、重要な内容を示すものであった。この課題は、1990年代に受け継がれることになった。

6 さらに、1986年に、刑法学者のユルゲン・バウマンら26名の学者が、いわゆる「臨死介助法対案」⁽¹⁶⁾を公表したが、その214条において、「生命維持措置を中断しもしくは差し控える者は、次の場合、違法に行行為するものではない」として、4つの場合を挙げ、そのうちの②において、「患者が、医師の所見によれば、その意識を回復不能なほど喪失したか、もしくは重度障害新生児で意識をもちえないであろう場合」を挙げていた。しかし、他の規定同様、この規定も、両親の関わりが考慮されていない等、問題があった⁽¹⁷⁾。この対案自体が立法としては否決されたが、この種の立法化の潜在的 requirement はドイツではなお存在するように思われる。

に原文が掲載されている。また、邦訳として、町野ほか編著・前出注（8）268頁以下〔白木豊執筆〕および上田・前出注（5）『生命の刑法学』160頁以下がある。

(16) Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe, 1986. この詳細については、甲斐・前出注（6）『安楽死と刑法』65頁以下、特に74頁以下参照。

(17) 甲斐・前出注（6）『安楽死と刑法』82頁参照。

3 1990年代のドイツの議論

1 1990年代になっても、小児の終末期医療に関する議論は続き⁽¹⁸⁾、大きな動きがあった。おそらく、イギリス等の動向の影響や小児医療の進展の影響もあったのではないかと思われる。とりわけ、AINBECK勧告が、ドイツ小児科医学会とドイツ医事法学会の「連名」に変更されたうえ、1992年に改定されたことは、特筆に値する。この1992年版改定AINBECK勧告⁽¹⁹⁾では、具体的には、第10項目が削除され、9項目になったこと、および第4項目、第5項目、および第6項目が修正された点が重要である。それは、1986年版に対する前述の批判を受けて、ドイツ医事法学会が小児科学会と連携して即座に改善すべく対応した点で注目すべきである。私は、2008年11月3日から6日にかけてフライブルクのマックス・プランク外国・国際刑法研究所の名誉所長室等において、名誉所長（前所長）のアルビン・エーザー博士および主任研究員のハンス-ゲオルク・コッホ博士から、詳細にその経緯を聞くことができたが、それも踏まえて、以下、改定AINBECK勧告の内容を分析しておこう。

2 まず、以下に、1992年改定AINBECK勧告の訳文を掲げておく。

1992年改定AINBECK勧告

序 文

以下の勧告は、行動指令（Handlungsanweisung）として把握されるべきではなく、医師がその都度具体的に責任を負うべき状況のための指針

(18) この時期の代表的な研究として、Marjam Zimmermann, Geburtshilfe als Sterbehilfe ? Zur Behandlungsentscheidung bei schwerstgeschädigten Neugeborenen und Frühgeboren, 1997は、医学的、法学的、社会心理的、および哲学的観点から、この問題に取り組んだ貴重な書である。

(19) Vgl. Einbecker Empfehlungen, Revidierte Fassung 1992, in Medizinrecht 1992, SS. 206-207.

(Orientierungshilfe) として把握されるべきである。本勧告は、同様に、決定を見いだすことおよび助言にも役立つはずである。

新たな規定において、本勧告は、1986年の定式化以来、重度障害新生児の場合に登場してきた診断上、治療上、および予後の状況の変化を考慮している。進行中の多くの問題を序文に移すことについては、立ち入らない。

出発点となるのは、各々の発育段階および年齢段階における人間の生命の原則的な不可処分性である。それでもなお、本勧告においては、述べられている状況は、次のように帰着しうる。すなわち、患者の当然の利益においてなされる苦痛緩和もしくは苦痛軽減の努力に対しては、生命維持もしくは延命の努力よりも高い地位が認められなければならない。さらに、すべての当事者との合意を探究し、かつ、彼らによって決定が共に行われうるよう努めるべきである。

I.

1. 人の生命は、わが法秩序および良俗の中で最高位の価値である。

人の生命の保護は、国家の義務であり（基本法2条2項）、それを維持することは、医師の最高の任務である。

2. 社会的価値、効用、身体的もしくは精神的状態に応じて生命の保護に段階を設けることは、良俗および憲法に違反する。

II.

1. 積極的侵襲により新生児の生命を意図的に短縮することは、殺人であり、かつ法秩序および医師の職業秩序に違反する。

2. 障害を伴う生が新生児に真近に迫っているという状況は、生命維持措置を差し控え、もしくは中止することを正当化しない。

III.

治療義務および人的世話義務は、新生児の死亡の確認と共に終了する。死亡は、合意を得られた医学的および法的見解により、脳の不可逆的機

能停止（全脳死）として定義されるべきである。

IV.

1. 医師は、最良の知識と良心に従って生命を維持する義務、ならびに現存する障害を除去しもしくは緩和する義務を有する。
2. 医師の治療義務は、しかしながら、医学の可能性のみによって決定されない。それは、同様に、倫理的基準および医師の治療の任務にも従うべきである。入念な衡量による責任ある個々の事案の決定の原理は、放棄されてはならない。
3. それゆえ、医師が医学的な治療の可能性の全範囲を汲み尽くしてはならない事案が存在する。

V.

この状況が存在するのは、医学上の経験の現状および人間の判断に従って新生児の生命が長く維持されうるという場合ではなく、まもなく待ち受けている死が引き延ばされるにすぎない場合である。

VI.

医学において常に限界づけられる予後の確実性に鑑みて、医師には、医学上の治療措置の適応について、特に、これが新生児に回復の見込みがない外的な重度の障害を伴う苦痛しかもたらしえない場合には、判断の枠が存在する。それは、現在利用できる治療の可能性による負担が、期待すべき援助を上回り、かつそれによって治療の試みが反対のものになるかどうかについて吟味する医師の倫理的任務に合致する。

VII.

たとえ個々の事案において絶対的な延命措置義務が存在しない場合でも、医師は、新生児の十分な基本的扶助、すなわち、苦痛緩和および人間らしい心遣いに配慮しなければならない。

VIII.

1. 両親／配慮権限者は、自己の子どもに存する障害およびその結果、ならびに治療の可能性およびその効果に関して説明を受けなければなら

ない。彼らは、それを超えて相談および情報を通じて決定過程に共に組み込まれなければならない。

2. 決定過程において、その決定を承認するためには、子どもの世話および監護を任せられた人の経験も共に取り上げられることとする。

3. 両親／配慮権限者の意思に反して、治療が差し控えられ、もしくは中止されではならない。

両親／配慮権限者が医師により提供される措置への同意を拒否し、もしくは同意することができない場合、後見裁判所の決定が得られなければならない。これが不可能な場合、医師は、医学上緊急に指示される処置（緊急措置）を行わなければならぬ。

IX.

取り上げられた所見、採られた措置、ならびに延命治療の放棄の理由は、証明力を有する形式で記録されなければならない。

3 以上のアインベック勧告を少し検討してみよう。まず、出発点が、「人の生命は、わがドイツの法秩序および良俗の中で最高位の価値であり、「人の生命の保護は、国家の義務であり（基本法2条2項）、それを維持することは、医師の最高の任務である」（I. 1），という点に置かれ、「社会的価値、効用、身体的もしくは精神的状態に応じて生命の保護に段階を設けることは、良俗および憲法に違反する」（I. 2），とされる点は、およそ医事法の諸問題を考える際に不可欠の前提条件と考えられるので、妥当である。また、「積極的侵襲により新生児の生命を意図的に短縮することは、殺人であり、かつ法秩序および医師の職業秩序に違反する」（II. 1）とし、「障害を伴う生が新生児に真近に迫っているという状況は、生命維持措置を差し控え、もしくは中止することを正当化しない」（II. 2）としている点も、刑法理論的観点からすると、妥当と思われる。なぜなら、緊急状況が必ずしも常にその行為を正当化するわけではないからである。さらに、「治療義務および人的世話義務は、新生児の死亡の確

認と共に終了する。死亡は、合意を得られた医学的および法的見解により、脳の不可逆的機能停止（全脳死）として定義されるべきである」(III)，とされている点は、現時点では臓器移植との関係でのみ脳死を認める日本の法制度（2009年改正臓器移植法 6条参照）と異なる。

つぎに、「医師は、最良の知識と良心に従って生命を維持する義務、ならびに現存する障害を除去しもしくは緩和する義務を有する」(IV. 1)とされるが、「医師の治療義務は、医学の可能性のみによって決定されない。それは、同様に、倫理的基準および医師の治療の任務にも従うべきである。入念な衡量による責任ある個々の事案の決定の原理は、放棄されなければならない」(IV. 2)とされる点に注目する必要がある。ここには、医学と生命倫理が相互に有意義に結び付けられている。「それゆえ、医師が医学的な治療の可能性の全範囲を汲み尽くしてはならない事案が存在する」(IV. 3)ことを認めるのである。そこから、「この状況が存在するのは、医学上の経験の現状および人間の判断に従って新生児の生命が長く維持されうるという場合ではなく、まもなく待ち受けている死が引き延ばされるにすぎない場合である」(V)，ということが導かれているのである。さらに、それと関連して、最も肝心な点、すなわち、「医学において常に限界づけられる予後の確実性に鑑みて、医師には、医学上の治療措置の適応について、特に、これが新生児に回復の見込みがない外的な重度の障害を伴う苦痛しかもたらしえない場合には、判断の枠が存在する。それは、現在利用できる治療の可能性による負担が、期待すべき援助を上回り、かつそれによって治療の試みが反対のものになるかどうかについて吟味する医師の倫理的任務に合致する」(VI)，という原則、そして、「たとえ個々の事案において絶対的な延命措置義務が存在しない場合でも、医師は、新生児の十分な基本的扶助、すなわち、苦痛緩和および人間らしい心遣いに配慮しなければならない」(VII)，という原則が導かれているのである。ここには、医療倫理に付随する良心的葛藤に配慮したルール化の努力が看取される。

さらに、両親の権限については、「両親／配慮権限者は、自己の子どもに存する障害およびその結果、ならびに治療の可能性およびその効果に関して説明を受けなければならぬ。彼らは、それを超えて相談および情報を通じて決定過程に共に組み込まれなければならない」(VIII. 1), とされる点も、ドイツにおいて人工妊娠中絶に際しての産むか産まないかについての相談体制および支援体制が確立されているからこそ現在までこの勧告が維持されているともいえるのである。また、「決定過程において、その決定を承認するためには、子どもの世話および監護を任せられた人の経験も共に取り上げられることとする」(VIII. 2) し、さらに、「両親／配慮権限者の意思に反して、治療が差し控えられ、もしくは中止されてはならない」とされている点、および、「両親／配慮権限者が医師により提供される措置への同意を拒否し、もしくは同意することができない場合、後見裁判所の決定が得られなければならない。これが不可能な場合、医師は、医学上緊急に指示される処置（緊急措置）を行わなければならぬ」(VIII. 3), とされている点に注目する必要がある。

ドイツでのヒアリングによると、この改定インベック勧告は、初期の勧告とは異なり、大きな批判にさらされることもなく、現在、法的にも尊重されるべき規範性を有しているとのことである。この勧告は、法律でも公的ガイドラインでもないが、現在でもドイツにおける小児の看取りのルールとして機能しているという。

4 この改定インベック勧告の後、1999年5月3日に、オルデンブルク事件捜査打切り決定 (StA Oldenburg, Entstellungsverfügung)⁽²⁰⁾ が下された。本件の事案の概要は、1997年7月5日から6日にわたる深夜（正確な出生時刻は1997年7月6日1時5分）、オルデンブルク市立病院産婦人科に勤務する産婦人科医が、後期妊娠中絶の後に骨盤医で生まれてきた26週

(20) Vgl. Herbert Tröndle, Zur Frage der strafrechtlichen Behandlung des „Liegengassens“ eines Frühgeborenen nach einer Spätabtreibung, in NStZ 1999, S. 461ff.

目の早産児（未熟児）（体重690g、身長32cm、頭の大きさ20.5 cm）を、その子に何らの補給をせずに放置して死にゆくにまかせたというものである。すなわち、この医師は、新生児のさらなる害（Schaden）を回避するために死にゆくにまかせたということである。この医師に対して、不作為による故殺罪の帮助もしくは間接正犯、または傷害罪の嫌疑で捜査が行われた。検察官は、ハンブルク大学の産婦人科医およびハノーバー大学の小児科医の2人の医師からそれぞれ鑑定人としての意見を聞いた。

産婦人科医の鑑定によると、当該医師の行為は、患者の個人的幸福に向けられており、こうすることが義務である。すなわち、①患者を助けることが医師の義務であって、患者を害してはならないのであり、一般的基準を志向すべきである。この基準は、科学的知見および医学界の全体的合意に依拠する。当該医師は、ダウン症に該当する第21トリソミーによる致命的疾患という遺伝子診断に基づいて、後期妊娠中絶についての医学的適応性のゆえに行行為したのである。母親の精神的健康状態——心理的困窮状況——の重大な侵害を回避するために、その手術（後期妊娠中絶）が実施されたのである。その適応事由および人工妊娠中絶自体は、1995年8月21日の「妊婦および家族援助法（Schwangeren- und Familienhilfe-Gesetz）」⁽²¹⁾の枠組みにおける刑法218a条II項の規定に合致する。②医療記録も、当時の後期妊娠中絶の実施基準に合致する。新生児の生育および事後搔爬もまた、医学準則に則っている。③妊娠24週目から26週目までの未熟胎児の自然分娩による死亡の蓋然性は、非常に高い。それにもかかわらず、人工妊娠中絶後の生きた胎児の分娩は、妊娠約24週目の時点までは、必ずしも排除されえない。④いざれにせよ、反論の余地のないほどに記述された胎児の状況に基づくならば、分娩後には、直接、以下のことを確認せざるをえない。すなわち、この時点では、何よりもまず、胎児が未成熟であると

(21) 「妊婦および家族援助法」については、金澤文雄「妊娠葛藤相談制度の導入への提言——ドイツの『妊婦と家族援助改正法』を参考にして——」岡山商科大学法学論叢10号（2002）43頁以下、特に50頁以下参照。

いうことに基づいて、現存の生の徵候が今にも消えそうである、と。⑤分娩から1時間後には、胎児の状態は、死亡直前（präfinal）と評価せざるをえない。

なお、小児科の鑑定医は、濃厚な新生児ケアを9時間懈怠したことがその子のさらなる健康損傷に至ったことを証明することはできない、と述べた。結局、胎児の新生児学上の困窮状況における可能かつ必要な措置を行うに際して、記録された新生児の全損傷の程度はそれほど深刻に示されてはいなかったということが、「確實性に境を接する蓋然性」でもって確認されない。

かくして、後期妊娠中絶後の早産児に関して産婦人科医は医師の義務に違反したわけではない、というこの評価に基づいて、検察は、何よりもさらなる害を回避することが、人工妊娠中絶を実施する産婦人科医の義務であり、不作為による殺人未遂罪または傷害罪による刑事裁判での有罪の見込みはなく、これらの犯罪の客観的構成要件は充足されない、と結論づける。

もちろん、こうした捜査打切り決定に対して、批判もある。例えば、トレンドレは、「オルデンブルク検察庁の捜査打切り決定は明らかに誤りである」と述べている⁽²²⁾。トレンドレによれば、「妊娠26週目で早期に生まれた子どもを（何もせずに）『放置する』ことは、それ自体可罰的な傷害罪であるということは、明らかである」⁽²³⁾、という。その主な理由として、「通常の分娩の場合、陣痛開始とともにすでに完全な生命保護が始まると、後期妊娠中絶後の場合、遅くとも、生きている早産児の分娩後には完全な生命保護が始まる」のであり、数時間に亘り、必要とされる苦痛緩和治療を懈怠することは、判例上、傷害罪に該当する⁽²⁴⁾、という点が挙

(22) *Tröndle*, a. a. O (Anm. 20), S. 462.

(23) *Tröndle*, a. a. O (Anm. 20), S. 462.

(24) *Tröndle*, a. a. O (Anm. 20), S. 462f. その他、トレンドレは、小児科の鑑定医が持ち出した「高度の蓋然性」という判断枠組みに疑問を呈し、また、そもそも本件の鑑定医の採用自体にも疑問を呈している。

げられている。しかし、上記インタビューにおけるエーザー博士およびコッホ博士の話を聞くかぎり、総じて学説は、オルデンブルク検察庁の捜査打切り決定を支持しているようである。

なお、日本でも、類似の事件が最高裁まで争われて有罪（業務上墮胎罪、保護責任者遺棄致死罪、死体損壊罪）となったことがあったが（最決昭和63年1月19日刑集42巻1号1頁、判時1263号48頁、判タ658号87頁）、生命の発生に関して日本以上に厳格な立場を採るドイツの方が捜査段階で打切り決定をした点で、興味深いものがある。もっとも、両事案の性格が厳密には異なるともいえる。

5 以上のように、1990年代のドイツの議論は、相当に深化したことがわかる。現地で調査したところ、オルデンブルク事件以後、小児の終末期医療をめぐり刑事事件となったものはない。それは、前述のように、改定AINベック勧告が、医療現場に定着したことが大きな要因となっていると考えられる。

4 結 語——21世紀初頭のドイツの議論の動向

以上、ドイツにおける小児の終末期医療と刑法について、主に1980年代と1990年代の議論を分析・検討してきた。最後に、21世紀初頭のドイツの議論の動向について簡潔にみておこう。

21世紀になると、議論は落ち着きを見せている。しかし、「早期安楽死」に関する本格的単著が2001年と2002年に刊行されるなど、研究対象としては、なお刑法学者から関心を持たれている⁽²⁵⁾。しかし、それらは、主に1980年代から1990年代の議論を総括する内容であり、重複になるので、詳

(25) Vgl. Reinhard Merkel, Früheuthanasie, 2001; Mariam Ina Saati, Früh-euthanasie, 2002. 特にメルケルの著書は、刑法理論からみても重厚な分析がなされているが、本稿では分析を割愛する。ただ、今なお「早期安楽死 (Früh-euthanasie)」という語が用いられている点には違和感を覚える。

細は割愛する。結論として言えることは、この領域で刑法が介入しすぎることにはかなり慎重であるということ、そして、その解決方法として、立法によるのではなく、専門領域のガイドラインを尊重するという方式を支持しているということである。これは、スイス、イギリス、オランダにも言えることである⁽²⁶⁾。この方向は、日本でも参考になるであろう。しかし、イギリス等で強調される「最善の利益」というテストにはほとんど言及がないのはなぜであろうか。後日、この点を検討したい。

(26) この点については、甲斐克則「治療を選択する権利と法的根拠」船戸正久編『新生児・小児医療にかかる人の看取りの医療』(2010・診断と治療社) 112頁以下参照。