

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ヘの見解を中心に——

宮 野 彬

一 問題の所在

ドイツがコンピエーヌの森で連合軍と休戦条約を締結し第一次世界大戦における敗戦を決定づけた日以後、その深い痛手からまだ立ち直れないでいた一九二〇年に、旧派刑法学の旗頭の一人であった老ビンディング (Dr. Karl Binding) は、フライブルグの精神病医アルフレッド・ホッヘ (Dr. Alfred Hoche) と共同してかれの人生における最後の論文を世に送り出した。それは、「生きる価値のない生命を絶つことの許容。その規準と形式」⁽¹⁾⁽²⁾⁽³⁾ (K. Binding u. A. Hoche, Die Lebensurwerten Lebens. Ihre Maß und ihre Form. 1920) というこれまで人が耳にも目にもしたことのない想像外の題目がつけられていた。

冒頭においてビンディングは、その制作意図のなみなみならぬ点について、つぎのように語っている。「私は、自分の生涯の終りにのぞんでなお一つの問題について自分の意見を發表してみることにする。この問題こそ私が長い間考えあぐねてきたものであるが、多くの人々は、こわがってここを素通りしている。なぜならば、この問題はあまり好ましいものではなくその解決はむづかしいからである。そのため、ここではわれわれの道徳的および社会的見地における一つの頑固な部分を問題にしているのだといってもあえて不当とはいえないとおもう。問題とはこうなのだ。禁じられない生命の殺

害は、（緊急避難の場合を除いては）現行法のように自殺に限られるべきであろうか。それとも法律でもって他人の生命を殺害することにまで拡張すべきであろうか。もしそうだとするならば、どの範囲までそうすべきであろうか。」（Brunner & Nitzsch, s.）かれはこの中で、自殺（その共犯形式）、オイタナジ、囑託または承諾による殺人、生きる価値のない生命を絶つことの四つの問題につき検討を加えた。ここでとりあげるのは最後の形式における殺人についてである。^(四)

生きる価値のない生命という命名の奇抜さもさることながら、その中味は題名に劣らずおもいきった提言で充滿していた。論文が公表されてから今日までかなりの歳月が流れているが、かれらの主張は継続的には受けいれられていない。おそらく、今後も一貫した真面目な共鳴者を得ることは相当に困難かあるいは絶無であろう。しかし、ビンディングの前述の言葉の中にもみられるように、この問題は単に一時の浮わついた思いつきからもち出されたものではない。かれらの見解を一蹴することは簡単だ。しかしなぜかれらが真剣に思い悩んだか、ここにその意図を十分に汲みとって単に法律上の刑法上の問題としてのみならず、医学的に行政的に社会政策的に、さらには家族内の問題としてみた場合にどう解決すべきかというもつと視野を拡大しながらその妥当な解決方法を考え出すよう努力すべきではなからうかとおも^(五)う（その意味にむづかしい）しかし、本稿においては、もつぱらビンディングらの提唱を中心において法律上の観点から（多少は宗教上お味して）^{(六)(七)}問題を加へる。問題点を明らかにしてゆくことにする。

生きる価値のない生命とはなにか。なぜそのような生命は刑法上保護を加える必要がないのか。この点につきビンディングとホッへの考えをはじめにあらかきしよう。その前に一つ、重大な前提条件のあることを銘記されたい。それは、かれらの論文が大戦中から終了後にかけての国内の社会秩序が極度に混乱し物資の窮乏の著しい時代にまとめあげられたという事実である。したがって、その論旨は、時代の影響を強く受けていたことを見逃がさないように注意しなければならない。

(一) 本書は、前半をビンディングが法律上の観点から論じ、後半をホッヘが医学上の所見にもとづいて論じている。一版は、

一九二〇年に、二版は、一九二二年に出ている。ビンディングの部分については、本文のみ邦訳がある。中野峰夫「ビンディングの殺人の許容」法学論叢一一巻五号(大正一三年)一一〇頁—一三六頁。

(二) はしがきにおいてホッヘは、ビンディングが本書の公刊前に世を去ったこと (したがって、ビンディングは自己の見解の反響については知りえていない) および

このテーマはビンディングの強い責任感と深い人間愛からもたらされたもので、しかも仕事に対しては冷静に鋭くときすまされた知性と常に悲しい気持をいだきながらのぞんだことを告白している。(Binding u. Hoche, S. 1.)

(三) 滝川幸辰博士はビンディングのこの論文に接して、「刑法の旧学派の代表者として新学派と火の出るような理論闘争で一生を送ったビンディングの論文としてはまるで別人のような感傷的なものである。年をとって気が弱くなったのであろうか」、と驚きの声を発していられた。滝川幸辰「Euthanasie(安楽死)」京都大学医学部同窓会誌「芝蘭」六一号(昭和二八年)八頁。同じような意外な感に打たれたのはわが国の学者ばかりではなかった。カール・エンギツシュ(Karl Engisch)ヤリヒャルト・ゲツツェラー(Richard Götzelner)も同様の気持を抱いていた。エンギツシュは、「古典派刑法学の第一人者で保守的な刑事法学者が、このような処置を認めるなどということは実に驚くべきことである」「述べては」。K. Engisch, Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens in strafrechtlicher Beleuchtung, 1948, S. 28; R. Götzelner, Gedanken zum Problem der Euthanasie de lege lata et ferenda, Schweiz. Z. Strafr. 65. Jahrg. 1950, S. 415.

(四) 生きる価値のない生命を絶つことをも含めて、とにかく広義の安楽死に関する問題は、「ビンディング」問題とも称せられていた。犯罪と医学二巻一号(昭和二五年)一二頁参照。

(五) さらに思考の範囲を拡大すると、老人問題の取扱いまで及ぶことになる。この点について、松田道雄「安楽死について」芝蘭六一号、七頁—八頁、同・病院の窓(科学随筆全集10 昭和四一年)二八三頁—二八五頁、G. Williams, The Sanctity of Life and the Criminal Law, 1957, pp. 347—349; A. Leslie Banks, Euthanasie, Bulletin of the New York Academy of Medicine, 1950, pp. 304—305. なお身体的および精

神的に欠陥をもった子供の取扱ひの問題について G. Williams, op. cit., pp. 349—350.; Millard Spencer Everett, *Ideals of Life*, 1954, pp. 344—354 参照。

(六) この問題は、ドイツにおいては、ナチス・ドイツの安楽死計画とも関連させて、安楽死を論ずる際に必ずといってよいくらい触れられているが、わが国においては、身近かに感じられなかったためか殆んどかえりみられていない。理論的にも面白くないからなのであらうか。したがって、この問題だけを特に取扱った論文は見当たらない。

(七) 本文で多く引用した文献のほかにも、*Life and Death* の *Utopia of Life* を参照された。

Barth, Fr.: *Euthanasie, Das Problem der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, Heidelberg 1926; Buck, Pearl S.: *The Child who never Grew*, New York 1950; deutsche Übersetzung „Geliebtes unglückliches Kind“, rotorro Nr. 425; Catel, W.: *Grenzsituationen des Lebens*, Beitrag zum Problem der begrenzten Euthanasie, Nürnberg 1962; Conrad — Martius, H.: *Utopien der Menschenzüchtung*, München 1955; Ehrhardt, H.: *Euthanasie und Vernichtung*》*Lebensunwerten* 《*Lebens*, Stuttgart, 1965; Elster, A.: *Euthanasie, Freigabe lebensunwerten Lebens*, Z. St. r. Wiss., 36, 595 (1915); 44, 130 (1924); Fischer, J.: *Von der Utopie bis zur Vernichtung, lebensunwerten* „*Lebens*„ In: „*Evang. lische Dokumente*“ (v. Hase) s. d.; Hartmann, A.: *Das ethische Urteil über die Tötung mif gebildeter Kinder und über die Fruethötung aus ethischer Indikation*, In Forster l. c.; Jost, A.: *Das Recht auf den Tod*, Göttingen 1895; Kranz, H.: *Lebensvernichtung und Lebenswert*, In: *Festschrift für Bischof Dr. A. Stohr*, Mainz 1960; Leibbrand, W. (Herausgeber): *Um die Menschenrechte der Geisteskranken*, Nürnberg 1946; Mitscherlich, A., und Mielke, Fr.: *Medizin ohne Me-*

nsschlichkeit, Frankfurt a. M. und Hamburg 1960; derselbe: Das Diktat der Menschenverachtung 1947; Neukamp, F. : Zum Problem des Gnadentodes oder der Sterbehilfe, Z. psych. Hyg. 10, 161(1937) ; Pelckmann, F. : Euthanasie, Mschr. Krim Psychol. 14, 178(1923) ; Platen—Hallermund, A. : Die Tötung Geisteskranker in Deutschland, Frankfurt/Main 1948; Schlaich, L. : Lebensunwert ? Stuttgart 1947; Schreiner, H. : Vom Recht zur Vernichtung unterwertigen Menschenlebens, Schwerin 1928; Sullivan, J. V. : Catholic Teaching on the Morality of Euthanasia, Washington 1949; Walter, F. : Die Euthanasie und die Heiligkeit des Lebens, München 1935; Weizsäcker, V. v. : „Euthanasie“ und Menschenversuche, Heidelberg 1947; Zillig, G. : Über „Euthanasie“, Hochland 42, 337 (1949/50)

二 ジンディングの見解

ジンディングは、はじめにつきぎのような疑問を抱いた。生存を継続させることが、本人のみならず社会にとってもまったく価値がなくなってしまうとおもえるほど顕著に法益性が失われてしまったような人間の生命があるのではなからうか。(Binding, s. 27.) この問いに自ら答えて、死ぬことが本人には救済となると同時に、また社会や国家にとっては「このような人間を扶養することが無私的な態度を示すには絶好の手段となる以外には大して意味がなく、実際には扶養の負担から解放されてほっとするような人間が生存していることを少しも疑うことはできない」と、はっきりその存在を肯定していた。(S. 28.)

かれはこのような生命の殺人罪における保護法益性の欠如を確信するのであるが、この際、二通りの考え方を胸に画い

ていた。(S. 28.) 第一は、人間の生命の神聖さという伝統的に根強い考え方をとることである。これによれば、生命に恣意的な区別をもうけることは許されないので絶対的な扶養ないし養育の義務が一般的に課せられる。(いかなる生命も神聖だという考

えから刑罰による威嚇を通) 第二は、一定の理由を附して生命の否定を正当化するやり方である。本事例にあてはめてみると、生命の反社会的存続者にとっては、その死がすべての関係者の救済となり、しかも長期にわたる無意味な生存よりも実害が少いとみなされるために、一定の条件の下にその否定を許容するような方向にもってゆくべきだ、という考え方に傾く。

現代における法思想を含めて従来一般にとられてきた生命観は圧倒的に前者であろう。後者の考えを提起して前者の考えにとつて代らうとするとところにペンディング学説の特異性があるが、かれ自身も、冷静に数理的な思考方法によれば後者にしたがいえないことは充分に是認していた。(S. 28.) しかし、かれはあくまでも、その死が本人にとつて救済と感じられるならば殺害を正当と認める感情がわくものだという信念を固持しつづけていた。(1)(2) (S. 28.)

それでは、かれのいう生きる価値のない生命とは何か。かれはそれを二大別し、さらにその中間に入るものを定める。

(1) 病気または負傷のために救済の見込みのまったく不可能な者。(S. 28.) これは、病気や負傷などによつて絶対に通りの身体に回復しえない重症の患者でしかも自ら死を強く願望するものである。死期が迫つていて激しい苦痛が伴うときは安楽死の問題が提起されるが、本事例では一般にこのような要件を具備しないものが対象となる。ペンディングは、不治の癌患者、救済不能な肺結核患者および死が不可避な重症の負傷者(たとえば、戦場や登山などにおける重症の負傷者)などを挙げる。かように、通例は(ときには苦痛を伴うことがあつても)長期における絶対に回復の見込みのない入院患者が対象として提示されるが、かれは、救済の見込みがないというのは絶対的な意味ではなく、具体的状況において救済が困難であればよいと述べている。(S. 29.) これは、戦争や登山などにおける重症の負傷者を念頭においたためであ

ら。(S. 29-30.)

ところでかれは、この系列に入る人間の殺害にはつぎの四つの条件を絶対に具備しなければならぬと強調する。(S. 30.)

第一に、嘱託または同意の真摯なこと。第二に、救済の見込みのない状態について正しい認識のあること。第三に、その状態を神経質に想定してはならないこと。第四に、死を嘱託する人が生命の放棄の意味を十分に理解していることなどである。そして、いう。「私は、法律上、社会上、道徳上または宗教上のいずれの見地からみても、このように死を切に嘱託する救済の見込みのない者に対する殺害をその嘱託を受けた者に対し許してはならない理由をいささかも発見することはできない。それどころか、私は、この許容をもって法律上の同情にもとづく一つの義務であると考えている。」(S. 30.)

(2) 不治の白痴。(S. 31.) 先天的のものでも麻痺患者のように苦痛を経験した後になくなった後天的のものでもよい。その状態につきつぎのような説明を加える。「かれらは、生きたいという意思も死にたいという意思も有していない。したがって殺害については、熟慮から出た同意を期待することはできず、殺してもその生存意思を蹂躪したことはない。かれらの生存は絶対的に目的のないものであり、しかもかれらはこのことを少しも堪え難いとは感じていない。それどころか、家族や社会に対して恐ろしい程の重い負担をかけている。したがってかれらが死んでも少しの損失も生じない。ただ看病に当たっている母親や忠実な看護婦の気持はこれとはやゝ異なるであろう。かれらは非常に世話を焼かせるので、このように生きる価値のなくなった生命を数年も数十年もひきのばす仕事に従事するような人間の職業を必要とする原因を作ることになる。この中には、恐るべき不合理や無価値な目的にする恐るべき生活力の濫用が含まれていることを否定できない。」(S. 32.) そして、いう。「私は、法律上の見地からみてもあるいは社会上、道徳上、宗教上の立場からいっても、正常な人間とはおよそ似ても似つかず、すべての人に身の毛をよだたせるこの者を殺してはならない理由をどこにも発見できない。」(S. 32.)

(3) 中間の部類に入る者。(S. 33.) これは、疑いもなく死ぬような重い傷が原因で無意識状態におちいつているが、もしもこの者がひとたび無意識状態から目ざめるならば、自己の名状しがたい不幸に悩むであろうとおもわれる精神の健全な人を対象とする。無意識状態の長期にわたる継続のために、白痴の場合と同様に、被害者の明示で真摯な承諾は期待し

えない。行為者は、被害者に恐ろしい最期を遂げさせないという考慮のもとに、もしも被害者が意識をとり戻したならば、必ず死の囑託ないし承諾をしたであろうという推定的意図のもとにあえて殺害という大きな危険行為にふみきるのである。もっともその際に、軽率な行動に出ることを阻止するためになんらかの手をうつべきことの必要性は説いている。(S. 33-34.)

以上がビンディングのおおよその考え方の骨子であるが、ここで一つ誤解のないようにしておきたいのは、かれは、生きる価値のない生命の絶対的な排除を固執していたのではないという点である。かれは、被殺者が無価値な生存を幸福と感じていれば、その生存意思を無視してまでも強制的に殺害手段にふみ込むことはない旨を附言している。(S. 33.)

なお最後に、ビンディングは、公的な排除の際における診断の誤りと恣意的な判断にもとづく濫用を防止するために独自の手続にもとづく殺害許容の制度を提唱する^(三)。すなわち、医師、精神病医および法律家からなる委員会の審査決定にしたがって実施をなすように^(四)なす。

結局ビンディングは、生きる価値のない生命につき刑法上の保護法益性の失われること、その生存は死よりも実益のないこと、物心両面にわたる浪費のはなだしいことおよび公的な処置によれば殺害についての濫用を防止しうることなどの事由により、問題を肯定する。

(一) ビンディングは、生きる価値のない生命を絶つことという問題の提起は法律上からみた場合、一見形式的で事務的で無情のようにみえるが、実際はこれをもっとも深い同情にあたいする問題形式だと信じていた。(S. 36.) また、かれの目には戦時中および戦後を通じて人間の生命の保護の仕方にひどいアンバランスのあることが深くやきつけられていた。それでは、戦争や災害事故において健康で有用な生命が多数無造作に失われている反面、不健康で無価値な生命が国家や国民の高い犠牲のもとに平然と長期間にわたって看護されていることにひどい違和感をいだき慨嘆していた。(S. 37.)

エーヴァ・ヒルシエンツ(Eva Hilschütz)もまったく同じ気持にひたっていた。つぎのように述べている。「病院

という社会的利益は個人が公共の目的に役立つ能力を有しなくなったときには、必然的に消滅する。白痴の生命を短縮する権利があるかどうかという社会問題は、多数の学者の意見にもとづいてのみ決定される。その際に要求に対するスローガンは、精神病院の不経済さということがかかげられる。その要求は単に合目的であるばかりでなく、また不幸におちいつている人の人間性を解放する意味において倫理的にも正しい。健康な者は扶養費として毎年何百万も調達しなければならぬ。精神病院がその患者になしている世話と危険な仕事や戦争によって負傷した者になしている世話とのあいだに恐るべき不一致のあることはショッキングなことである。」Eva Hilsch, Die Sterbehilfe, Marb. Diss. 1936, S. 10 f. (Engisch, S. 20より引用) 「勤労意欲をもつ何百万という国民が最低の生活費を得るために絶望的な戦いにいどんでいる反面において、まったく存在の目的を失った不治の精神病者が社会一般の負担で保護されているのは大変不公平なことだと感じなければならない。価値のある人間の能力を、その精神的能力が知的な動物にも劣るようになった不幸な人間の世話や監視のために浪費するのはいかにも無意味のようにおもわれる。」Eva Hilsch, a. a. O., S. 14 f. (Engisch, S. 20より引用)

- (二) 生きる価値のない生命をそのものが自然死をとげるまで生存させることは、物心両面にわたって大変な浪費を伴うものだという気持があくまでも賛成論の根底に横わる。
- (三) かような制度を提唱しても被殺者の生存意思をふみにじるような殺害を認めるのではなく、また殺害権を何人にも許すものではない旨を強調している。ことに後者については、「自殺が本人のみに許されているように、救済不能者に対する殺害は、事柄の情況にしたがつてこれを救済すべき任務を帯びていて、その同情から出た行為がすべての正しくものごとを感じる人の理解をえるような人へのみ許すことができる」(S. 34.)と説き、さらにこれらの人の範囲は、制定法でもって限界を画しえず個々のケースに応じて定められるべき性質のものであると述べている。(S. 34.) なお白痴については、親族と後見人のみに申立権を認め、施設の長には許していない。また母親には、このほか異議権をも認めるべきであるとする。(S. 32.)

(四) 公的な制度に関する詳細な説明については、Binding u. Hoche, a. a. O., S. 35ff.

三 ホッへの見解

ホッへは、精神病医として医者立場から生きる価値のない生命の排除について同じく詳細な検討を加えていた。かれがその対象として画いた生命は、ビンディングの場合よりもずっと狭くしかももっぱら精神病者を念頭においていた。丁度ビンディングのいう白痴の事例に相当するものと考えればよい。

ホッへは、生きる価値のない生命に、精神的死者 (Der geistige Tod) という名称を授けた。その実態を二つに分する。第一は、人生のはじめ頃はその精神に完全なあるいは標準的な価値が認められたが、終りに近づくにつれて精神的に死者となってしまうものである。(Hoche, S. 51.) これには、脳の老衰性変質の場合、脳軟化症および麻痺剤や脳における動脈硬化性変質による痴呆の場合あるいは大多数の事例を占める幼少の頃の愚鈍が年月を経るにしたがって確実により高度に精神的荒廃をもたらす場合などが含まれる。(S. 52.) 第二は、先天的にかあるいはごく幼少のころにすでに脳に変化をきたし精神的に死者となったものである。(S. 51.) これには、脳の極度の奇形とか個々の器官の相当程度における欠損の場合、胎内にいるときまたは出生後一年以内に効果をあらわす発育阻止の場合あるいは正常の形をしている脳の器官が出産直後の病気のために発育をとめてしまった場合などが含まれる。(S. 52.)

精神的死者という特異な身体的特質については、一般につきのように解されている。(S. 52.) 外部的には、社会において生産的な仕事に従事しえないことおよび他人の世話を受けなければ生存そのものが不可能な状態にあることである。また内部的には、脳の働きによって観念や感情をはっきり表示できず意思の伝達もまったくないこと、世界像を意識的によびおこしえないこと、さらにその感情を環境に反映させることが不可能なことなどである。ホッへは、精神的死者の内実についてなおつぎの点を指摘する。「もっとも本質的な点は、自己の人格を意識する可能性を欠いていることすな

わち自覚のないことである。精神的死者は、動物界においても非常に低いところでなければ見出し出すことのできないような知的水準にある。動物的な生命と結びつけられているその生存の過程において、基本線以上にその感情を興奮させることはむづかしい。したがってなにかある精神的な処置をなす能力がないのと同じように、内部的には生きることに主観的な要求すらもなすことができないのである。(S. 51-52.)そして、いう。「精神的にまったく死んでしまった者を排除することが、犯罪でも不道徳な行為でも、また感情的に野蠻だともおもえず、むしろかえって許された有用な行為であることに気づく日がそのうち必ずやってくるであろう。(S. 52.)」

かれはまた、精神的死者の排除を他の殺人行為の場合と同視することの誤りを指摘しつつ、純法律的にいうならば人間の生命の否定は常にまったく同じとはいえず、殺人を犯す動機の点ばかりでなく生存を要求する被殺者の境遇をも加味して責任を論じなければならぬ旨を強調する。(S. 53.)さらに、精神的死者というまったく無価値な存在の処置の場合には、現存の主観的な法と客観的な合目的性との間に不一致が認められる。この解決については、長い間かかって築きあげられた人道主義という尺度でもって通例は処理されることになるが、最高の国家道徳の見地からみれば、このような生命を無条件に保護する努力の中には人道主義思想のゆきすぎや誇張が含まれているという。(S. 54.)そして、「精神的死者の殺害の場合には、かれの脳の状態が事情に応じて何かあることがらを、または生存を主観的に要求することができないので、そのものの主観的要求を侵害したことはない。その結果、精神的死者の内部状況を語る場合に、それにただちに同情を寄せることは誤りを招くことになる。なぜならば、同情とは生きる場合および死ぬ場合に直面して精神的死者に最後の立場を定めさせる感情の働きであるが、苦痛のないところには同情の働く余地がないからである」とも述べていた。(S. 59.)

なおここで一言注意すべき点は、ホツヘもビンディング同様に絶対的な排除を強調しているわけではなかったということである。つぎのように附言する。「われわれは、どんなに困っている時代でも身体的欠陥者や病人が精神的に死んでい

ないかぎり、決してその世話を止めるようなことはしない。いくらかでも状態が良くなる見込みのあるうちは身体的なし精神的病人をとことんまで看護するものである。」(S. 57.)

結局、ホッへの右の見解をみちびき出す根拠となつた主要な事由を挙げると、つぎの三つの点であつたようにおもふ。

第一は、財政的な負担⁽¹⁾⁽²⁾⁽³⁾(経済的事由)で、この非生産的な仕事のために病院の年間の経費は巨大な額にのぼるといふ。

(S. 54.) 第二は、前進的な仕事がなしえないということと看護のための労力が莫大だといふ悩みである。(S. 58.) これは、白痴を医学的に多少なりとも改善しうる見込みがないために単に純然たる世話にのみあけてしまい、そのためその他の生産的な人類のために役立つ有益な仕事がまるで停滞してしまふとともに、通常精神的死者は長期間生存をつづけるためにその看護がなみなみならない苦勞を伴うといふ。第三は、医学倫理は絶対的なものではないといふ理由である。(S. 49.) (この点は、ホッが医者という身分を有する) 医者の任務は、生命を保持または延長しあるいは苦痛を軽減または除去することにあるが、これも相対的な概念で事情が変化すれば反対の方向に走ることも是認せられるといふ。したがつて精神的死者を排除することが一般の福祉からみて願わしいものであるならば、法律上可罰的とはみなされないと説く。(S. 49-50.)

ところで、最後に注意すべき点は、ビンディングもホッへもともに優生学的事由をその根拠においていなかったという点である。つまり、生きる価値のない生命を人間の殻同然とはみなしてしたが、これを淘汰することによって人種の改良をはかる意図は毛頭なかったとみられる。

(一) 精神的死者の状態については、医者とくに精神病医や神経科医のあいだでは、しばしば論争的となつていとホッへはうつ。(S. 51.) ハリー・ロバーツ (Harry Roberts) は、白痴の実態につき、つぎのように説明している。「私にとって、生まれつきの低能者は肉体的にはひどい奇形を伴つていても、他人の意思や感情に対して敏感に反応する能力ももつて生まれてきたものよりも哀れさや痛ましさを感ぜさせない。先天的な白痴が精神的な苦惱を多く経験しているかど

うかは疑わしい。かれらは、当世風の貴婦人が甘やかして喜んでいる動物の多くと同じ程度の人間的な理解力しかもちあ
わせいふな³⁰」 H. Roberts, *Euthanasia and Other Aspects of Life and Death* London, 1936,
P. 9.

(二) ホッヘは、ドイツ全国にある精神病院を巡回し、そこから得た資料にもとづいてつぎのような結論を下した。「これまで
白痴の世話について一人一年間に必要とされる費用は平均して一、三〇〇マルクであった。(一九二〇年前後を規準にお
いていることに注意せよ)いま、
ドイツの病院において看護を受けている白痴の数を総計すると、おそらく全部で二万人から三万人の数にのぼると推定さ
れる。そこで個人一人の平均寿命を仮りに五〇才とした場合に、食糧、衣服、煖房などの名目で途方もなく莫大な資金が
この非生産的な目的のために国家の資産のなかからすいあげられることになるのは容易に想像しうる。」(S. 54.)

(三) ホッヘは、経済的負担に関連してつぎのように説明している。「幼少のころ精神的に頹廢しても、事情によってはそのよ
うな状態のまま二十年も三十年も生きつづけることができる。一方、すべてがもつとも早い時期に変質してしまつた白痴
の場合には、二世代にわたる他人の世話を受けることによつて成長が可能となる。経済面では、この完全な白痴は完全な
精神的死者に必要なすべての前提を具備していると同時に社会全体に対し非常に重い負担をかけている」(S. 53.) 「こ
の厄介もの的存在 (Die Ballastexistenz) の部類に属するものに対し必要な経費がすべての面において認められな
ければならないかどうかは、過去の繁栄した時代にはそれほど切実な問題ではなかつた。しかし今では事情がすっかり変
つてしまつている。われわれは、真剣にこの問題ととり組まねばならない。現在のわれわれの状態は、丁度困難な探険に
出かける場合と同じである。できる限りの最大の実行力がすべて計画を成功させる不可欠の条件となる。半分や四分の一
や八分の一の力ではとうてい成功はおぼつかない。」(S. 55.)

四 反 響

ビンディングらの呼びかけは、強い反響をまきおこした。真面目できびしい批判もあったが、同時にまた多数の共鳴者をも得た。中には新しいある部分ではもっと拡張した提案をなすものもいた。以前のドイツ大審院の見解と刑法学者クレー (Klee) の考えは、ビンディングに近かった。(Engisch, s. 31.) リーグニッツェル (Liegnitzer) の市参事会員ホルハルト (Borchardt) は、ビンディングの思想を受けついで自己の見解をドイツ刑法新聞 (一九二二年九月号二〇六頁以下、Stadtrat Borchardt, Die Freigabe usw., Deutsche Strafr. Zeitg. IX, 1922, s. 206 ff.) 紙上に発表した。その中でかれは、精神的死者が誤った人道主義のもとに多数公共の費用で扶養されているために社会全体の財政上の負担が相当額にのぼっていることおよびそれに伴う有益な仕事の推進の不可能な事実を指摘してビンディング以上の公の勧めをなした。(Engisch, s. 31-32.)

外国からの反響もあった。常によりよい社会環境を誇るスイスにおいてさえ、町医のハウスビルト (Dr. Hauswirth) が、一九二三年九月にベルン州の大評議会において精神病者の殺害を提議していた。かれは、その正当化の根拠を真正のヒューマニズムにおいている。(Engisch, s. 32.) トランドルフ (Dr. Thrandorf) は、適用の拡大提案に賛意を示していた。(Engisch, s. 32.) またレーメ (Dr. Lemme) は、重い負担をかけている劣等人間の生命を短縮してもキリスト教倫理に抵触しないと主張した。(Engisch, s. 32.) さらにテイテイウス (Dr. Titius) は、神の創造主としての意思は完全なもののみを要求しておりそれ以外のものは保護外におかれると論じた。(Engisch, s. 32.) かように、医学的方面のみならず神学的方面においても拒否的態度をとらずにかえって同調するものが現われたのは奇妙な現象であった。

くだって、一九三六年二月四日づけの国際ニュース社特報は、ポーター (Dr. C. F. Potter) が不治の白痴のために無痛のガス屠殺室の使用を提案したことを報じた。⁽¹⁾ またアメリカの安楽死協会は、そのプログラムの中にはじめは奇形と低能に対する非任意的安楽死を含むつもりでいたが、一九四一年にニューヨーク州在住の医師に送った質問表に対する好

意的でない解答に鑑みて運動の目標を任意的安楽死に限定することに決めた。(三)

ビンディングらの論文が公表された後、直ちに著名な精神病医メルツァー (Dr. Ewald Metzger) は、精神的死者をかえて苦惱している家族のものを対象に、本問に関する実態調査に乗り出した。かれは、二百人の教育不可能な精神薄弱児の両親や後見人を選び出して一つの質問表を送った。(四) その結果、二百通の質問表のうち回答を寄せたのが一六二通、うち賛成が一一九通で全体の七三%、反対が四三通で全体の二七%という事実が判明した。(五)

賛成者は、つぎのように述べていた。(Engisch s. 34.) 「野蛮だとか無情だとかいうが、そういう考え方自体が、間違った人道主義から出ているのだ。外部の人は、このような苦しい内情を一般に理解することは絶対にできない。」「いのような行為は、キリスト教の精神にも反しない。」「賛成しても別に罪を犯したともおもえない。」「なるほど両親にとつては非常に名状しがたいものであろう。しかし自分の子供の死に同意を与えるときには、知性の認識の前に心の興奮は後退しなければならぬ。」

ビンディングらの見解に対する一般的な反対意見には、様々な理由が見い出された。以下のとおりである。(Engisch, S. 34.) 第一に、白痴にも生きる意思がある。第二に、その存在にも客観的な価値が認められる。すなわち、(イ) かれらにも大きな愛情を抱く家族がいる。(ロ) ごく下等な仕事でも確実に行わせることができる。(ハ) かれらの存在は、周囲に宗教的および道徳的観念や刺戟をよびさますことになる。(ニ) 医学に対し観察材料を提供しうる。第三に、罪のないものを冷静な態度でもって殺害することは法感情に反する。死の判断は、まさに犯罪者に対しなされるもので重い厄介な病気にかかって苦悩しているものになしてはならない。第四に、医者は病人を治療するというかれ本来の職責に背くことになり絞首刑の刑吏になりさがってしまう。第五に、淘汰の期待は財政的な節約からみちびき出されるが、この点は実際にはそれほど大きな比率を示さない。第六に、生きる価値のない生命の殺害の思想に対する抵抗の下には、常に、生命の神聖さの前における畏敬と畏怖の念が存在する。

なおメルツァー自身は、質問の結果にもかかわらず、「われわれは、無条件に多数の家族のものが精神的劣等者の排除に賛成していると結論すべきである」という見解にはしたがっていなかった。質問に対する不快で意外な結果は、質問をおこなった地域（ザクセン）における特別の経済的ならびに宗教的事情のあらわれであると考えていた。(Engisch, s. 15.)

(一) ヒンディングは、申立権を親族と後見人のみしか認めていなかったが、ホルハルトは「さらに救貧施設(Der Armenverband)に対しても与えている。かれの主張する手続の詳細についてはEngisch, a. a. O., S. 31ff. 参照。

(二) Charles J. McFadden, O. S. A., *ph D Medical Ethics*, 4th ed., 1958, P. 246.

(三) G. Williams, *op. cit.*, P. 349; Norman St John - Stevas, *Life, Death and the Law*, London, 1961, P. 286. なおイギリスの安楽死協会は、アメリカのそれと異って回復の希望のない欠陥をもった幼児に対する非任意的安楽死を弁護していなかった。また、アメリカの安楽死協会のこの初期のプログラムの中における幼児と老衰の痴呆に対する提案のうちでも、前者は後者ほど強い反対がなかったといわれている。それは、成人の場合よりも社会に不安な感じを生ぜしめることが少いからであるという。しかし、親の意思に反しての殺害のなされないことと、その実施を立法化することの困難な点は指摘されている。G. Williams, *op. cit.*, P. 349.

(四) 回覧式質問表の内容は、つぎのようなものである。

「著名な法律学者であったライプツヒの故ヒンディング教授とある非常に有名な医科大学の教授の共著にかかる最近出版された書物の中に、つぎのような古い問題が新しく装いをこらして提唱されている。すなわち、われわれは同情心および慈悲心からかながみて、ひどい白痴の子供の生命をまったく苦痛を感じさせない方法で短縮することを認めないものであろうか。なぜならば、かれらは自分で生を楽しむことがまったくできないからである。しかもその上、ときどきその脳病によって非常に不快な病苦を経験しており、かつまたかなりの年令に達するまでその長わずらいのために家族のもの

に財政的にも看護の上からも大変に重い犠牲を負わせている。

神学の高貴な弁護者自身ですら、このような行為はキリスト教の精神に反するものではない、なぜなら、それは苦悩している者に対する純粹な好意からもたらされるもので真に道徳的であるからという解釈をとっている。そこでは、このように不幸で親に心配をかけている子供の両親としてあなたがたがこの問題に対してどのような心構えをもっているかを知らなければならないことである。それゆえに、この問題を肯定するかあるいは否定するかについて、その動機を述べてもらいながら（詳細に答えてくれればなお結構なことであるが）賛否いずれであるかをあなた方に依頼することにする。

手紙や直接両親を見舞ったことなどから、私はつぎのようなことを知るようになった。すなわち、はじめは感動的な愛情をもって子供を看病していても、それがだんだんと長びけば長びくほどすでにそのときに相当に悩まされるようになることを知るために、次第にその子供の悲惨な存在を短縮するのは良いことだ、ということを知るようになる。しかしまた、同じような不幸な目にあっている両親からより多くの承諾が得られるならば、近いうちに一度この問題を法律に規定する方向に導いてゆくことができるからあなた方の意見は、とくに重要である。

メルツァー」

質問事項は、つぎの四点であった。

- (1) あなたは、専門家が治療不可能な低能であることを確認した後には、その子供の生命を苦痛なしに短縮するようなケースに同意しますか。
- (2) あなたは子供の場合だけでなく、たとえば老衰者にも関連させることができるようなケースにも同意を与えますか。
- (3) あなたは、子供がげいしい肉体的あるいは精神的な苦痛を受けているときにのみ同意を与えますか。
- (4) (1)から(3)までの問題を、その婦人にどのような方法で提示したらよいと思いますか。

Ewald Melitzer, Das Problem der Abkürzung „Lebensunwerten“ Lebens, 1925, S. 85-87

(五) E. Melitzer, a. a. O., S. 88.

五 問題の検討

歴史的回顧　生きる価値のない生命にどのような内容を盛るかとは別として、従来ときおり功利主義的な価値概念、経済的社会的問題の誇張および優生学的責任理念の強調などが陰に陽に唱えられてきた事実を否定することはできない。歴史的な回顧に目を転じてみてもこのことは明瞭に証明せられる。^(一)原始未開民族ならびに古代人のあいだにおいて、遺棄およびそれと同視せられる無用の存在者に対する排除が大きな役割を演じていたことはまぎれもないことがらであった。これらは、その当時の文化的見地にもとづいて無造作に殺害を肯定する。^(二)（生産力の乏しい文化の程度が低い社会では、これは当然の要請であり、その社会的生存のための倫理でさえもあつた）

ストラボンの伝説によると、祖国においてなんらの役割をもはたしえず死を好ましいと信ぜられるときには、ケオスの老人たちは死の準備にとりかかったといふ。^(三)スパルタにおいては、生存能力のない虚弱児を Taygetos に遺棄したことは良く知られている。この点につき、ギリシヤの歴史家プルターク (Plutarch) は、生まれつき健康や生活力に恵まれない子供は本人のみならず国家にとつてもなんらの利益をもたらさないからであるとしていた。^(四)プラトンのえがくユートピアの社会では、不具の子供の遺棄を是認するとともに、不治の病気にかかり救済不能となつたものに対する医療処置を無意味と排斥していた。^(五)またセネカは、De ira) の中で、劣等者の淘汰を当然のように考えている。子供が虚弱で不恰好な状態のまま生まれたときは溺死させるといい、無用で虚弱なものと有用で健康なものを区別するのは、怒りからではなく理性のしからしむるところであると説く。^(六)同じような思考はゲルマン民族のあいだでもみられた。^(七)

しかし、右のような考え方ないし習慣は西洋の世界においてキリスト教が出現するとともに根本的な変化を受けることになった。キリスト教の出現は、人道主義の道徳の発展に一時代を画することになった。^(七)その信仰は、教義的には神のつくった自由で不滅の魂を与えられている人間がもつとも高い尊敬を払はれることを確信する。エキソドスの古い原理、なんじ殺すなかれは、全キリスト教哲学に生命に対する尊敬の念を吹き込んだ。

初期のキリスト教は、はじめから人間の正義に道徳的な基礎をおいていた。したがっていかなる種類いかなる理由にもとづく殺人行為をもすべて絶対的に非難した。これらの精神によって満たされた思想は、やがてすみやかにひろがってゆき中世の社会全体に強く影響を及ぼすことになった。キリスト教によると、神は人間の生命の創造主であり主である。何人といえども神からの授権なしに人間の生命を奪うことは許されない。国家も私人も罪のない人間を殺害する権利を確立しえない。罪のない人の生命は不可侵のものであるからかれらに対するあらゆる直接的な侵害は、絶対に排斥される。それゆえに、生存の胎児の生命に危険をおよぼす開頭術を施すこと、慈悲による殺人、奇形児や無用の存在者に対する殺害または直接的墮胎（たとえ治療的事由によるものにせよ）などは、すべて禁止される。人間の生命は、あまりにも神聖であるからその処分を人間のコントロールに委ねることは許されないとする。

要するにキリスト教の出現以来すべての人間の生命は、奇形でも変質したものでも、とにかく神の創造物として不可侵で神聖なものと宣告されるようになった。結局、このような種類の身体の中にも一つの純粹な魂が宿っているという確信がその根底を形成することになる。その後、トーマス・モア（Thomas More）のユートピアないしプロテスタント側からのマルチン・ルター（Martin Luther）の考^(八)えのようにキリスト教の生命観と相反する見解が述べられたこともあったが、所詮、大勢を占めるに至らず今日におよんでいる。

- (一) 歴史的叙述については、つぎのものを参照されたい。小野清一郎・刑法講義各論（昭和三一年）一五五頁以下、同・「安楽死の問題」法律時報二二卷一〇号（昭和二五年）二七頁以下、同・刑罰の本質について・その他（昭和三〇年）二〇三頁以下、Engisch, a. a. O., S. 22ff.; Götzeler, a. a. O., S. 413-414; Hermann Mannheim, Criminal Justice and Social Reconstruction, 1946, p. 18et seq. (ケルペン・ペンハイム) 刑事裁判と社会改良、法務資料三五号（昭和三三年）二二頁以下、H. J. Rose, Euthanasia, Encyclopedia of Religion and Ethics (by James Hastings) vol. V, 1937, p. 598 et seq.; Willard L. Sperry, Euthanasia—Pro,

The Ethical Basis of Medical Practice, 1956, p.136 ; G. Simson, Euthanasie als Rechtsproblem, N. J. W. 1964, S. 1154.

(II) 誰かへて C. Vogt, Die Philosophie des Freitodes, 1927, 37 参照。

(III) Willard L. Sperry, op. cit., P. 136.

(IV) Plato, "Politeia," deutsche Übersetzung (Der Staat) von Otto Apelt (Verlag Felix Meiner), 4. Aufl., 1916, 3. Buch s. 116 ; 5. Buch s. 192.

(V) Seneca, "De ira", deutsche Übersetzung "Über den Zorn" (Bd. 19 der Gesamtausgabe "Römische Prosaiker" Verlag Metzler, Stuttgart) 1828, Teil I Kap. 15 S. 46.

(六) G. Simson, a. a. O., S. 1154.

(七) 1954年12月1日 Götzelzer, a. a. O., S. 414 ; Engisch, a. a. O., S. 22 ; Simson, a. a. O., S. 1154 ; L. Portes, Medicine and Euthanasia, New Problems in Medical Ethics, 3rd Series, 1955, P. P. 267-267 参照。

(八) ルターは「アンハルト州 (Anhalt) デッセンウ (Dessau) の王侯に「奇形で精神病にかかっている十二才の少女を川に投げられることを勧告した。かれは「このような人間を悪魔の私生児で怪物で魂のない生きる価値のないものとみなした。 Simson, a. a. O., S. 1155. ; Martin Luther, "Tischreden," Kritische Gesamtausgabe der Werke (Verlag Hermann Böhlau, Weimar) 1919, Bd. 5 s. 81 (Nr. 5207) ; Helen Silving, Euthanasia : A Study in Comparative Criminal Law, Univ. Pennsyly. Law Rev. vol. 103 No. 3 1954, P. 356 (note 21) (西村克彦訳) 安楽死—比較刑法的研究(その二)法経学会雑誌二三号(一九五三年)一〇八頁)

現代の状況 それでは「いわゆるビンディング問題の現代の状況はどうか。経済的および看護労力の負担にたえかねて

個人的に私的に問題の処理をはかれば、刑法上殺人罪に問われ、せいぜい量刑の際にその責任について軽減的な処置がとられるにすぎないであろう。安楽死の事例にみられる激しい苦痛に苦悩する者に対する同情というさし迫った気持の動きはなく、この際には、エンギツシュの表現する「もはやともにみるに忍びなく」(Nicht — mehr — Mitanschen — Können) という感情、すなわち生きる価値のない生命に対する忍びがたい感情が、行為の決定的な動機の一因となる。(家族のものは被殺したい感情と、このような生命を看護しなければならなくなった身の不運についての感情とが混合) (者に対する忍びが合) してしまった動機からやがては生命の短縮を求めようになるといわれている (Engisch S. 18.) さらに、周囲のものに対する考慮(病院内で隣合に、他の患者に対する考慮から重傷患者や瀕死者の絶叫や喘鳴を) も動機の一因に加えられるといわれている。(Engisch S. 19.) 止めさせるために情の一例を勧めるといふ (Engisch S. 18—19.)

要するに、安楽死にみられる純粹に個人的な倫理的要素はかなり払拭されて、周囲に対する配慮が大きく浮び上ってくる。その意味において、本事例は生命短縮の社会的適応症 (Die soziale Indikation der Lebensabkürzung) あるいは、社会的淘汰 (Die soziale Auslese) の問題であると一般に解されている。すなわち、本質的には社会からの選択の意味における不治の精神病者の殺害を問題とする。その際に慎重に確認せられた劣等な生命は、内部的に人間としての存在価値を失っており、同時に社会全体少くともその家族のものに対して堪えがたい負担をかけているために、国家または社会は所有する必要がないというのが、殺害を是認するビンディングらの基本的な考え方であった。公的で集団的な解決という観点にたつならば、それはあくまでも立法において処理されなければならない問題といえる。なぜならば、今日における刑法理論によれば、ビンディングらの予想する殺人形態に正当性を附与するなんらの根拠もない。殺人罪の客体たる人は、犯罪当時、一定の生活機能を有しているだけで十分に保護の対象となり、この点については(九) なんと異論をみない。マウラツハのいうように、(十) 生命の保護は社会的機能の担い手としてのみならず、自然的ないし生物学的な事実としても認められることを要する。通例、人間の生命は生物学のおよび社会的に一体なものとして観察される。社会的に価値がなく共同社会に重い負担をかける生命であってもまた生命の所有者自体に自己感情や生存の意識が失われ

ていても、そのようなものとして保護するのが法社会における要請である。したがってビンディングのように生命の保護

法益性を否定する見解は受け入れられない。刑法の解釈上、生きる価値のない生命の殺害を是認する権利はまったくなく、その殺害は違法であり謀殺とみなされることは当然である。^{(十一)(十二)(十三)}

また、第一次世界大戦後のような極度に悪い経済事情の下においては^(戦争後はすべて同じよう)不治の精神病者は、健全

で有用な人間の生存を脅ひやかす存在であるために緊急避難の法理を適用して法律上その排除を正当化しようとする考え

(社会的緊急避難 Sozialnotstand) もあるが、生命に関しては、このような法解釈の曲解は許されないといわなければ

ならない。^(十四) (緊急避難の要件は厳格に) いずれにせよ、現代における刑法上の学説は、こぞってビンディングの見解に反対を唱

えている^(この点においても、) (まったく異論はない)

もしもかりに生きる価値のない生命という存在が認められるとしても、いかなる価値判断をもって区別の規準とするか

というもつとも重大で困難な問題に直面することになる。ビンディングらの唱える対象も具体的事例においてはかなり恣

意的な解釈が下される可能性があり、それが、結局は、後述の濫用への足がかりとなるのではないだろうか。

宗教上肯定的態度をとつてもキリスト教倫理に反しないという見解の妥当でないことは、前述の叙述からみてあきらか

となる。^(十五) さらに、ホツへの医学倫理相対説も全面的に承服しえない。たしかに医学倫理が変化を受けることは認められ

る。(たとえば人工妊娠中絶に対する態度の推移をみよ) しかし、医者が病人の治療者または救済者としての任務をもつ

ている事実は、時代を超越して不変の真理ではなからうか。医者は終始、病人に対する慈善家として行動をとる必要があ

る。^(病人との間にある自然的信頼関) したがって、生きる価値のない生命の殺害の場合には、エンギツシユのいうように、かれ

は突然自己の態度を変えて社会における選択の道具とならなければならなくなる。^(同上) (そうなるもまったく絞首刑の刑吏) 医者はい

つの時代でも、伝統的な医学倫理と矛盾するような役目の引き受けを回避するよう努力するのがその職業上の名誉であり、

身分上の義務でもある。^(ヒポクラテスの誓) またもしもひとたびこのような殺害が公然とみとめられるならば、精神病医や看

護婦から継続的で辛抱強い徹底した治療方法によって精神病治療の秘密を探ろうとする意欲をまったく奪い去ってしまう

ことになる。こうなると医学の内部は崩壊の危機にさらされることになり、学問上の進歩向上はまったく考えられなくなってしまう。

もう一つ重大な点を見落してはならない。それは濫用に対する危惧である。もしもこのような殺害の必要論がひとたび伝播すると、それ以上に蔓延する危険が考えられる。^(十七)その危険は、絶対的な絶望者から相対的な絶望者へ、精神的死者から精神的劣等者へ、精神的劣等者から不具者や盲人・聾啞者などへと移ってゆく。さらには、政治的人種の原理から大量殺人へとふみこむことになる。^(十八)(ナチス・ドイツの安楽死計画を想起せよ)

このほかエンギツシュは、身体の健康な人間が常に価値の多い存在だろうかと疑問をもち、殺人を犯したり人に危害を加えるおそれのある健康だが粗野な人間よりも思いやりのある精神病者のほうがはるかに優れていると考え、健全性のみが人間の序列を定める唯一の規準ではないと述べている。^(十八)

以上みてきたように、あらゆる角度から検討してみても理論的に正当性を与える根拠はなにもない。したがって立法上問題を解決することはなおさら不可能だといえる。^(十九)(これがこの問題に対し今日までとられてきた規準的態度である)

(九) 大判明治四三年五月一二日刑録一六輯八五七頁、大判大正八年二月一三日刑録二五輯一三六七頁参照。

(十) Reinhart Maurach, Deutsches Strafrecht, (Ein Lehrbuch) Bes. Teil, 3, Aufl., 1959, s. 15 ; 4. Aufl., 1964, s. 15.

(十一) 学説のほとんどもは、理由が同一理由を以てすに違法と解している。R. Maurach, a. a. O., 3. Aufl., 1959, S. 15 ; 4. Aufl., 1964, s. 15 ; Kohlrausch - Lange, Strafrechtbuch, 41. Aufl., 1956, s. 423 ; A. Schönke - H. Schröder, Strafrechtbuch, Kommentar, 8. Aufl., 1957, s. 739 ; 13. Aufl., 1967, s. 972 ; Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 7. Aufl., 1960, s. 245 ; 9. Aufl., s. 255. Helmut Mayer, Strafrecht, Allg. Teil, 1953, s. 172 ; Edmund Mezger, Strafrecht, (Ein Stu -

dienbuch) Bes. Teil, 6. Aufl., 1958, s. 22 ; 9. Aufl., 1966, s. 21 ; U. Dressler u. M. Naundorf, Materialien zum Strafrecht, Bes. Teil, Heft 2, 1955, s. 20 ; Ernst Hafter, Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil, 1. Hälfte, 1937, s. 11 ; Vital Schwander, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, 1952, s. 235 ; Friedrich Nowakowski, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, 1. Aufl., 1955, s. 133 ; Wilhelm Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl., 1955, s. 141 Anm. 160 ; Der Große Brockhaus, Bd. 18, 1934, s. 137.

ケルンは「精神病者の殺害は安楽死ではない」(Eduard Kern, Grundriss des Strafrechts, Bes. Teil, 1950, s. 24.)と云う。またオルスハウゼンは「法律の改正をなすことによってのみ罪となさうとするのがよい」

(J. von Olshausen's Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Aufl., Bd. 2, 1927 s. 950.)と述べている。

ここで、さらに、この問題に関する刑法学者の意見を三三紹介することにしよう。

エーバーマイヤー・「純道義的見地からみれば、ビンディングやホッへの要求にはある程度の正当性のあることは認められる。だが単に経済的あるいは国庫的な理由だけでもとづいてこのようにひろく他人の生命の否定を認めることはわれわれの法感情に反することになる。通常の安楽死の場合には、嘱託の事実は事情によっては行為者に有利なように主張されるが、この場合にはその嘱託をまったく欠いている。もしも生きる価値のない人間が、生きる意思のほんの閃きだけでももっているとしたら、その意思を絶つことは一般にいかなる感じを与えるであろうか。なんらの意思をもたない場合でもわけは同じである。安楽死の場合には、殺されたいという固有の嘱託が正当化事由となるが、ここではそれが常に欠けている。道徳的な考慮は別としてもビンディングとホッへの要求を許すとした場合に、その実行は通常の安楽死とはまったく異ったという打ち勝つことのできない困難にぶつかるとであろう。それは実行に対するビンディングの提案から生

じてくる。すなわち医者や精神病医や法律家からなる無数の委員会が作られなければならない。場合によっては、素人もこれに加わって個々の事例において生か死かの決定を下さなければならぬ。そしてかりにかれらが死の判断を下しえたとしても、一体誰が執行するのか。医者を強制しておこなえるであろうか。それとも国家が執行官としての特別の医者を任命すべきであろうか。」Ludwig Ebermayer, *Der Arzt im Recht*, 1930, s. 120 - 121.

シェーファー・「われわれは、純生物学的な考えからしばしばいゆる厄介もの存在を人為的に除くための社会衛生的処置の要求されることを知っている。当時世間にセンセーションをまきおこしたビンディングとホッへの著書は適切な条件をつけた規定をもうけたが、無益な刺戟を与えただけに終ってしまった。法律上の根拠を欠くために、不具者または完全な白痴に対するこのような殺人は違法と考えなければならぬ。患者みずからこのことを囑託できるであろうか。つまり生存の意思を挫折させることができるであろうか。具体的生命の価値性の有無は単に生物学的なものだけでなく、法律的、道徳的ないし社会的なものであることは異論のない確かなことではないだろうか。医者は生命の保護のために奉仕し戦っているときには、あまり早く降参してはならないし、この要求はまた医学に精通していない人に対してもあてはまる。」Schaefer, in: *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, (Ebermayer - Lobe - Rosenbergs) 6. 7. Aufl., Bd. 2, 1951, s. 192 ; 8. Aufl., Bd. 2, 1958, s. 212 - 213.

シュミット・「エンギツシュは、一九三三年以前から問題となっている生きる価値のない生命の殺害と対決している。今日では何人といえどもこのような殺人の正しいことの可能性を主張するものはあるまい。私は、あらためてこの問題を解明しようとはおもわない。エンギツシュのつぎの見解はまったく正しい。すなわち、『おそらく時勢によって制約を受けるであろうが、グロテスクは法律家に社会的有用性の機能を發揮させるべき権利があるという考えをおこさせるであろう。』しかし、これは法律上の概念でも道徳上の観念でもない。ましていわんや人間の仲間に向かって精神病者の淘汰をキリスト教上の義務と一致させることはできない。国民にとって有益であるとか国家にとって合目的であるとかの理由によって正当化されることはない。そこで医者は、ただかれの人間性のすべてと医者としての体面を失うときにおいてのみそ

のような淘汰の処置において自由に殺人の実行に対し手をさしのべる準備をすることができるのである。」Eberhard Schmidt, *Der Arzt im Strafrecht*, in: Albert Ponsold, *Lehrbuch der Gerichtlichen Medizin*, 2. Aufl., 1957, s. 16.

ゲッツェラー・「精神病者の殺害は、本人自身に対しても、また家族のものに対しても不法をなすものである。生存を要求させないことは、老人は労働能力がないから生かしておく必要がないという主張と同じで正しいとはいえない。劣等な人間または人間の殻としての資格しかないものである精神病者を殺害しようという試みおよびその許容は、失敗に終らなければならぬ。白痴には人間としての資格が認められないかどうかを云々しえない確実な証拠として、ヴィクトール・フォン・ワイツェッカー (Viktor v. Weizsäcker) は「一つの経験を数多く積み重ねてゆくことによって多くの医者や一般の人を十分に納得させることができるという。これとの関連において、精神病者には生きることへの強い執着意思がみられることを顧慮しないわけにはゆかない。なるほどこの点については、各方面から異論が唱えられている。しかしメルツァー (Melzer) のようなすぐれた精神病医が多年の精神病院における医者としての実際上の経験にもとづいて、精神薄弱者にもおさえることのできない生に対する愛着のあることを述べている。精神病者に人間としての存在を認めないことが許されないならば、法秩序がかれにその保護を与えないということが正しくない。このことが (人間の自由の要求から出発したものであるが) 人間の権利一般およびとくに社会から駆逐されるものの人間としての権利をはっきりさせ、それを保護すべきことを明瞭ならしめたことは疑うことのできない功績である。」R. Götzeler, a. a. O., S. 430—431.

エンギツシユ・「医者 of 眞の職業上の目的が、現段階の科学にもとづいて回復絶望の病気を治癒させることにあることを絶えず見失わないようにしなければならない。事実以前には欠けていた治療の可能性が新しい時代には生み出されていく。精神病者に対する監視と看護をおこなってもそれを殺害することに足をふみ入れてしまえば、仕事を中途で挫折させてしまうのと同じように、人を長く働かせて人生を終らせるといことが信じられなくなることを意味する。われわれは

これを、破産宣告 (Bankerottklärung) と呼んでいる。厄介ものであるとか非生産的であるとかの理由によって人間の特性を抹殺するのは妥当でない。また死を許しても責任がないというのは、法律思想の軽視と分解である。緊急避難の思想は、精神病者の殺害には十分の根拠になりえない。人間の最終の基本的権利は、われわれが一般にかれを法社会に所属させてかれを動物よりも下等な人間としないことであり、法律の保護外におかないことである。なぜなら、そうしないことは死にあたいする犯罪によって法社会の外になるからである。このような法律思想からいえば、いわゆる有益すなわち実際に有用性の点について精神病者に対して問題となる抹殺は、正しいとはいえなくなる。」K. Engisch, a. a. O., s. 38-40. (K. Engisch, Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens, 1948. については、平野教授の紹介がある。刑法雑誌二巻一号(外国学界の消息)一九一頁—一九二頁)

(十二)この問題の立法上の処置について、ドイツでは以前に安楽死の法制化が国会の法律委員会にかけられたときに関心がもたれたことがあった。この点についてハイムバークは、法律委員会が承認ということを考えないでただ軽く言及したにすぎなかった旨を報告している。そしてさらに「これを法律上規定することは克服しがたい困難にぶつかることになるうし、またこの際に必要とされる死の判断の宣告に対する責任を裁判所に負わせることはまったくできないことは真実であるうし、」*」述ぐし*。Joseph Heimberger, *Arzt und Strafrecht, Festgabe für Reinhard von Frank* Bd. 1, 1930, s. 418.

(十三)わが国においても、例外なく違法とみる。小野・法律時報二二巻一〇号三三五頁五六頁、同・刑罰の本質についてその他二二〇頁以下、木村亀二・刑法総論(法律学全集昭和三四年)二九〇頁—二九二頁、同・犯罪論の新構造上(昭和四一年)二七九頁、同・安楽死事件(活きている判例)法学セミナー一九五八年二月号四九頁、同・サリドマイド奇形児殺害事件と刑法 時の法令昭和三九年四月三日号(四九三号)三三三頁—三四頁、平野竜一・生命と刑法 刑法の基礎(一九六六年)一八一頁、同・生命(東京大学公開講座一九六五年)一七二頁、莊子邦雄・安楽死 新法律学演習講座刑法(総論) I (昭和三七年)二六一頁、同・体系刑法事典(一九六六年)一九八頁、宮内裕・刑法各論講義(昭和三五年)二二二頁、滝川

正竹内・刑法各論講義（昭和四〇年）一七頁、熊倉武・日本刑法各論上巻（一九六〇年）一三四頁—一三六頁、金沢文雄・安樂死の問題 法学二五卷一号（昭和三六年）一四八頁以下。

(十四) Vgl. *Engisch, a. a. O.*, S. 39—40.

(十五) この点についてはつぎのものを参照されたい。カール・ハルト・キリスト教倫理Ⅲ生への自由（昭和三八年）、デイトリ・森野善右衛門訳・ボンヘッファー選集Ⅳ現代キリスト教倫理（一九六二年）、熊野義孝・キリスト教倫理入門（昭和三七年）、

ゴットゼラー, a. a. O., S. 422, S. 426.

(十六) *Engisch, a. a. O.*, S. 36.

(十七) 宮内・前掲書二二頁、熊倉・前掲書二三頁以下、*Engisch, a. a. O.*, S. 36, S. 38 参照。

(十八) *Engisch, a. a. O.*, S. 40.

六 む す び

この問題は、もともと本質的に刑法規範に触れるような行為によってその処理をはかつてはならない性質のものである。たしかに、あらゆる意味において困窮の極限に達したときにはこの方法がもつとも手つとりばやい簡単な解決方法であろう。しかし理論的にあまりにも問題が多すぎるにもかかわらず、それらの事実を目をつぶって全面的に刑法に解決をゆだねるところに悲劇の根元がある。理想としては、刑法に無関係な形で処理されるのが好ましい。それには、まず私的に家族内の問題としてあるいは公的に社会問題として提起されたときに、国や社会が生きる価値のない生命をも経済的に財政的に扶養しうるだけの能力をそなえ（個人負担を一部ないし全部）さらに、これらのものを公的な施設に十分収容しうるゆりのあることが望ましい。（看護上の労力の）（公的な引受け）なかならず、医学的には技術的に白痴を含めて精神病を治癒させることができ、それとともに完全に価値ある人間を造り出せるようにすることが理想といえる。

しかし、現実にもどつて冷静に観察した場合これはあくまでも理想であつて、そのギャップはかなりのなほだしいものがあるように感ぜられる。もつとも医学的には、以前には欠けていた治療の可能性が今日ではいろいろ生み出されてきて徐々に改善されてきていることは認められる⁽¹⁾。精神医学の分野においても不治という概念はたえず変化しており、昔は不治とみられていた精神病も今日では新しい治療方法、たとえば麻痺の場合におけるマラリア療法とか精神分裂症の場合における電気による衝撃療法などによつて全治したり良くなつたりしているといわれている。(Götzel, s. 430.) ワインゼッカー (V. Weizsäcker) によると、精神病の場合の診断上の誤りは、異常性と精神病の区別がはっきりしないという点を除けば克服されてきているという。(Götzel, s. 430.) さらにかれは、不治の病気にかかつている人間でも訓練によつて社会的に有用なものに仕上げることもできるし、かれらとは反対に精神病にかかつていなくても、反社会的で破壊的な行動に出る異常性格者がいることを強調する。(Götzel, s. 431.)

ところで、現実の社会の複雑な様相を念頭において本問題のあり方を検討する場合に、これを部分的にたとえば医学的に解決しえたところで十分とはいえないし、なんといつても総合的なあらゆる方面からの解決をはからなければならぬ。犯罪行為形式を採つてはいけないのだといくら声を大にして叫んでみたところで、結局、前述した理想に到達するのが困難なあいだは永久に刑法に抵触する解決という悲劇的な誘惑に打ち勝つことはできない⁽²⁾。ことに、家族内および国や社会の内部がひどく混乱におちいつているときには、容易に刑法抵触の解決にしたしみやすくなる。

われわれは、エンギツシュのつぎの言葉を深く銘記しなければならぬのではないだろうか。「おそらく時勢に制約されることであろう。厄介ものという存在が認められる浪費のできる良き時代であれば、精神病者も十分に生きる権利を有するであろう。しかしひとたび時代が悪化するならば、劣等者は早速死の身仕度をととのえなければならなくなる。今日の合目的性が明日には必ず正義になるとはいえない。正義は、常にまったく合目的であるが、合目的性は、常に正義とは

いえない。合目的性は、法と正義の限界内で遵守されなければならない。正義は、国家的合目的性の前では決して降参し(三)てはならない。」

(一) 『英法』(5)頁、A. Leslie Banks, op. cit., P.P. 304 - 305 ; G. Simson, a. a. O., s. 1155.; Englisch, a. a. O., s. 38. 参照。

(二) ここにペンディング問題が折りにふれても出される土壤がひそんでいるといえる。したがって根本的には、この土壤そのものをとり去ることが望ましいが、そうなると刑法の問題ではなくなってくる。

(三) Englisch, a. a. O., s. 40.