

憲法上の「死ぬ権利」の行方

——Glucksberg 判決以降——

はじめに

一 「死ぬ権利」をめぐる Glucksberg 判決までの状況

二 Glucksberg 判決

1 Glucksberg 事件および法廷意見

2 Quill 事件および法廷意見

3 同意意見・結果同意意見

三 Glucksberg 判決その後

四 Glucksberg 判決の射程

1 なにが未解決として残ったのか

2 苦痛除去治療が「法的に」禁止されていない限り？

3 判決の性格

4 自殺幫助合法化立法への影響

松本哲治

5 Souter 裁判官の結果同意意見について

五 日本国憲法の解釈論への示唆

- 1 学説の分布
- 2 人格的自律権説による「死ぬ権利」の否定
- 3 検討
- 4 留保・限定

おわりに

はじめに

医療の高度化・社会の高齢化に伴い、生と死をめぐる議論は衰えることを知らない喧しきである。本稿は日本国憲法の解釈として「死ぬ権利」⁽¹⁾がどのような形で認められるべきか、あるいは、認められるべきでないのかを考察するための準備作業の一環として、主として一九九七年の合衆国最高裁判所判決の射程を検討し、あわせて、日本国憲法の解釈上の論点について若干の考察を行うものである。

一 「死ぬ権利」をめぐる Glucksberg 判決までの状況

合衆国において、「死ぬ権利」をめぐる論争が連邦最高裁に到達したのは *Glucksberg* が初めてではない。一九九〇年の *Cruzan* 事件⁽³⁾においては、遷延性植物状態にある患者の両親が人工的な栄養・水分補給の中止を求めた。そこで問題とされたのは、患者本人の希望が、法の定める書面または明確で説得的な (clear and convincing) 証拠によって証明されることを要求している州法の規定であった。法廷意見は「合衆国憲法は、判断能力のある者に、生命維持のた

めの水分・栄養補給を拒否する憲法上保護された権利を与えていると仮定する⁽⁴⁾と述べたが、結論としては、違憲との主張を退けた⁽⁵⁾。いずれにせよ、Cruzan 事件では、患者本人がすでに判断能力を失っており、判断能力ある成人の「死ぬ権利」が最高裁で問題になったのは Glucksberg 事件が初めてであった⁽⁶⁾。

Cruzan 以降も、合衆国では「死ぬ権利」をめぐる様々な訴訟・立法が行われた⁽⁷⁾。

まず注目されるのは、いくつかの州における州民投票である。このうち、Washington および California 州では医師による自殺幫助を合法化する提案がなされたが、一九九一年、一九九二年にそれぞれ州民投票で否決された⁽⁸⁾。他方、Oregon 州では、医師が薬を処方することだけに限定した医師による自殺幫助を合法化する提案が一九九四年の州民投票によって法律となった⁽⁹⁾。これに対しては、医師、患者などが平等保護条項違反などを理由として法律の施行差止を求めて出訴し、連邦地裁は暫定的差止命令を⁽¹⁰⁾、ついで、終局的差止命令を⁽¹¹⁾発した。しかし、連邦控裁は原告のスタンディングを認めず、地裁判決を覆した⁽¹²⁾。その一方で、州議会によって、この法律を廃止するか否かについての二回目の州民投票が行われることとなった。なお、連邦では、連邦の基金を医師による自殺幫助に支出することを禁止する法律が成立した⁽¹³⁾。

また、ある意味では「死ぬ権利」に関して合衆国で最も著名な人物である Jack Keovorkian も相変わらず活動を続けていた。彼の本拠地 Michigan 州では、一九九三年に自殺幫助を禁止する法改正⁽¹⁴⁾が行われたが、その改正の前および後に行われた Keovorkian による自殺幫助のいずれについても、州の事実審裁判所は全て無罪としていた。その後、改正前の行為については控訴審で、⁽¹⁵⁾コモン・ローの犯罪たりうるとして事実審の判決が破棄されたが、改正後の行為については自殺幫助とは別の理由に基づいてではあるが、改正法は州憲法違反とされ、事実審の無罪判決が支持された⁽¹⁶⁾。両控訴審判決に対する上訴を受けた州最高裁は、改正前についてはコモン・ロー上の犯罪でありうるとし、かつ

改正法についても州憲法上の問題はないとした。この州最高裁判決に対する連邦最高裁への裁量上訴は受理されなかったが、事件はさらに連邦地裁で争われ、改正前については、コモン・ロー上の犯罪であると前掲州最高裁が判断したことが曖昧性故に無効だとされ、改正法については連邦憲法上の問題はないとされた。⁽¹⁹⁾ また、これとは別に、自殺幫助を禁止する終局的差止命令に対して Kevorkian が不服を申し立てた事件では州控訴裁判所は差止命令を正当であると、この判決に対する州最高裁および連邦最高裁への裁量上訴は受理されなかった。さらに Kevorkian は California 州でも末期患者とともに自殺幫助禁止規定の連邦憲法適合性を争った。連邦地裁は、Kevorkian 自身のスタンディングは否定したが、Glucksberg の原審・第九巡回区控訴裁判所全員法廷判決に基づき、⁽²³⁾ 当該規定をデュー・プロセス条項違反と判示した。⁽²⁴⁾

合衆国の外に目を転じると、オーストラリアの北部準州では一九九五年に自殺幫助及び任意的安楽死が合法化され、実際にそれを利用して死ぬ者も現れたが、オーストラリア連邦議会は一九九七年三月、連邦法によって再びこれらを違法とした。⁽²⁵⁾ 判例上安楽死が認められ、一九九三年の埋葬法の改正で注目を浴びたオランダでは実際に安楽死が行われているが、ここからどういう教訓をくみ取るかということが、Glucksberg での裁判官の対立の一つの要素ともなっている。また、コロンビアでも憲法裁判所が安楽死を合法化する判決を Glucksberg 直前の一九九七年五月に下しているとのことである。⁽²⁶⁾

二 Glucksberg 判決

それでは次に Glucksberg 事件の概要と法廷意見および各裁判官の意見をみることにする。Glucksberg およびそれと同時に下された Quill はそれぞれ Washington 州および New York 州の自殺幫助禁止規定が問題とされた

ものである。それぞれの事件に別個の法廷意見があるが、同意意見および結果同意意見のいくつかは両者に共通のものとして付されている。以下ではまず、両事件の事実関係および法廷意見について紹介し(1)(2)、同意意見ないし結果同意意見についてはまとめて紹介することとする(3)。

1 Glucksberg 事件および法廷意見

Washington 州法は、他者の自殺未遂を故意に生ぜしめあるいは援助した者は自殺未遂を増進した罪とすると規定し自殺補助を禁止している。

原告(被上訴人)は、Harold Glucksberg 他三名の Washington 州で開業している医師、苦痛を伴う末期段階にある匿名の患者三名(一名は地裁判決までに、一名は控裁への上訴後死亡)および非営利団体である Compassion in Dying⁽²⁹⁾であった。彼らは、当該州法が文面上違憲であるとの宣言と差止を求めて出訴した。

連邦地裁はデュー・プロセス条項(“undue burden” test で判断している)および平等保護条項違反との主張をとみに認めたが、第九巡回区連邦控裁は、自殺を補助される憲法上の権利の存在を否定し、地裁判決を破棄した。⁽³¹⁾しかしその後、同控裁全員法廷は再審理を行い、当初の控裁判決を破棄、地裁判決に対する控訴を棄却した。⁽³²⁾全員法廷の判決は、最高裁の Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey⁽³⁴⁾ および Cruzan に依拠し、「自らの死の時および方法をコントロールすることに存するデュー・プロセス条項における自由に関する利益—すなわち、憲法上認識可能な『死ぬ権利』⁽³⁵⁾」の存在を認めた。もつとも、控裁は、厳格審査を採用したわけではなく、sliding scale 論的な比較衡量論を最近の最高裁判例から読みとれるものと主張し、それを基準とする。⁽³⁶⁾当該利益に対して比較衡量されるべき要素とされたのは、①生命の保護、②自殺防止、③第三者が巻き込まれることの回避および恣意的、不公正、あるいは不

当な影響の排除、④子供・家族・愛する者への影響、⑤医療専門家集団の統合性の保護、⑥「逆効果」(死の強要)の恐れであった。⁽³⁷⁾ その結果、自殺幫助禁止規定(“or aids” provision)は、「医師によって処方された薬によって自らの死期を早めることを望む末期の判断能力ある成人の患者に適用される限りで」⁽³⁸⁾ 違憲であるとされた。したがって、平等条項についての判断はされなかった。最高裁は裁量上訴を受理した。⁽³⁹⁾

Rehnquist 首席裁判官による法廷意見⁽⁴⁰⁾

法廷意見の結論は、破棄・差戻し⁽⁴¹⁾であり、この結論に関しては全裁判官一致であった。

法廷意見はまず、西暦六七三年に England で教会法上自殺が禁止されたことにまで遡って歴史を説き起こし、合衆国のほとんど全ての州および西側民主主義諸国において自殺幫助が犯罪であり、とりわけ英米コモン・ローの伝統が、自殺と自殺幫助とを否定的に評価してきたことを述べる。⁽⁴²⁾

次いで法廷意見は、「実体的デュープロセスの事件では、主張されるところの基本的自由利益の『注意深い記述』が必要である」とした上で、本件で問題になっているのは、「自殺幫助への権利を含む自殺する権利が、デュー・プロセス条項によって特別に保護されている『自由』に含まれる (the “liberty” specially protected by the Due Process Clause includes a right to commit suicide which itself includes a right to assistance in doing so) か否かである⁽⁴³⁾」とする。死ぬ権利とか死の時と方法を定める自由といった控裁の表現は不正確だというわけである。

その上で、法廷意見は、控裁が依拠した最高裁の二つの先例と本件とを区別する。

まず、*Cruzan* では、「判断能力ある人は生命維持のための水分・栄養分補給を拒否する憲法上の権利を有すると仮定⁽⁴⁴⁾したが、「自分自身の死を早める権利⁽⁴⁵⁾があるとしたわけではない。前者の権利はコモン・ロー等ではなく保護されてきた伝統を有するが、本件で問題になっている後者の権利は同様の法的保護を受けたことがない。⁽⁴⁶⁾

次に、*Cassidy*ではたしかに、「自由の核心にあるのは、存在、意味、世界そして人間生命の神秘を自分自身でどのように捉えるのかを決定する権利である。これらのことから関する信念は、州によって強制的に形成されたのでは、人格の属性を定義できない」(47)「... could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State.」と述べた。しかし、テュー・プロセス条項によって保護されている権利自由の多くが人として自律を保つこと (personal autonomy) にかかわるからといって、すべての重要で親密で個人的な決定 (all important, intimate, and personal decisions) が同様に保護されていると一概にはいえない。(48)

以上のことから、法廷意見は、自殺幫助への権利はテュー・プロセス条項の基本的自由利益にはあたらないと結論する。となると、残る問題は、自殺幫助の禁止は正当な政府利益に合理的に関連しているか否かだけである。(49) この問に答えるのは容易である。州法による自殺幫助の禁止は、①人命の保護、②医療という職業の統合性と倫理の保護、③貧困層・高齢者・障害者等の弱者保護、④自殺幫助を認めると広く任意的安楽死さらには本人の意思に反する安楽死 (voluntary and involuntary euthanasia) までが認められることになるのではないかと懸念の除去、といった重要で正当な利益の保護に少なくとも合理的に関連している。(50) 自殺幫助禁止規定は、文面上も、また、「医師によって処方された薬によって自らの死期を早めることを望む末期の判断能力ある成人の患者に適用される限りでも」(51) 修正一四条に違反しない。

2 Quill 事件および法廷意見

New York 州法も、自殺幫助を禁止している。(52) 原告(被上訴人)ちなみに代理人は Harvard の Laurence H. Tribe であった)は、Timothy E. Quill 他二名の同州の医師、および回復の見込みなく次第に身体の機能と統合性を失い苦

痛が増す状態にあった三名の末期患者であった。患者はいずれも地裁の判決までに死亡することになるが、原告らは、生命維持治療の拒絶が許されているのに医師による自殺幫助が禁止されているのは平等保護条項に違反すると主張し、差止による救済を求めた。

連邦地裁は「自然が自然な成り行きをとるようになすこと」と、「人工的に死を生み出すこと」は異なるとして請求を棄却したが、第二巡回区連邦控裁は、生命維持治療装置の取り外しと医師による自殺幫助を同じことだとして、合理性審査によりつつも平等保護条項違反の主張を認め、地裁判決を破棄した。最高裁は裁量上訴を受理した。

Rehnquist 首席裁判官による法廷意見

法廷意見の結論は原審判決破棄であり、やはり、この点については全裁判官一致であった。

法廷意見は、まず、*Glucksberg* を引用しながら、自殺幫助を禁止する州法が「基本的権利」にも「疑わしい範疇」にもかかわらずないことを確認し、当該州法は強い合憲性の推定を受けるとする。その上で、法廷意見は、「自殺幫助と生命維持治療の中止との区別、すなわち、医学専門集団と我々の法的伝統の中で広く承認され後押しされている区別は、重要であるとともに、論理的である。それはたしかに合理的である」とする。ここで法廷意見が注目するのは、因果関係と意図の二点である。まず、因果関係については、「患者が生命維持治療を拒否する場合、彼は元々罹っている致命的病気で死ぬのであるが、医師によって処方された致命的な薬を撰取する場合にはその薬によって殺されるのである」。次に、意図の点についても、「生命維持治療を中止するあるいはその開始を拒絶する患者の意図に従う医師は、単に患者の意思を尊重し、かつ、患者にとつてもはやなんの益もない無益で馬鹿げたあるいは尊厳を傷つける行為をやめることを意図するに過ぎない、あるいは、過ぎないであろう」。「医師が攻撃的苦痛緩和療法を施す場合であっても同様である。痛みをとる薬が患者の死を早める場合があるが、医師の目的と意図は単に患者の痛みを和らげる

ことにある、あるいは、あるであろう。自殺を幫助する医師は、しかしながら、必然的にかつ疑いの余地なく、患者が殺されることを第一義的に意図せざるをえない」。⁽⁶³⁾ Glucksberg で論じた①―④の諸目的に対して、上述の区別をすることは合理的に関連している。⁽⁶⁴⁾

3 同意意見・結果同意意見

以上の法廷意見に対して、法廷意見に参加している O'Connor 裁判官を含め、五人の裁判官が同意意見ないし結果同意意見を述べている。

O'Connor 裁判官の同意意見

O'Connor 裁判官は、法廷意見に決定的な五票目を投じつつ、次のような重要な留保を付した両事件に対する共通の同意意見を述べている。

「私は、『自殺する』一般的な権利がないということに同意するので法廷意見に同調する。しかし、被上訴人が我々に回答を迫っているのは、大変な苦痛を受けている判断能力ある患者が、その差し迫った死を取り巻く状況をコントロールすることについて憲法上認識されうる利益を有するか否かという、より限定された問題である。本件で争われている Washington および New York 州法に対する文面上の攻撃という文脈では、その問題に立ち入る必要はない」。

「当事者および法廷助言者も合意しているように、これらの州においては、病の末期にあり非常な痛みを苦しんでいる患者が、資格のある医師から、その苦痛を除去するために、たとえそれが無意識やより早い死に至るものであっても、治療を受けることに法的な障害はない。このことに鑑みれば、たとえ我々がそのような利益を認めると仮定しても、本当は判断能力がないとか、死が切迫していないとか、死を早めるという決定が任意のものでないとかいうよう

な人の保護に存する州の利益が、医師によって幫助された自殺に対する禁止を十分正当化するものであることに私は同意する。⁽⁶⁵⁾」

Ginsburg 裁判官の結果同意意見

Ginsburg 裁判官も両事件に共通の結果同意意見を述べる。曰く、「私は、これらの事件における法廷の結論に、実質的に O'Connor 裁判官の同意意見に述べられた理由に基づいて同意する」⁽⁶⁶⁾。Ginsburg 裁判官の結果同意意見はこれが全文である。

Breyer 裁判官の結果同意意見

「私は、私も共有するところの O'Connor 裁判官の見解が、法廷意見が示唆するよりも重大な法的意義を有するものであると信ずる。私は、彼女の個別意見に、それが多数意見に同調しているという点を除いて同調する」⁽⁶⁷⁾。

このようにやや皮肉を込めた前置きをした上で、Breyer 裁判官も、両事件に共通の結果同意意見を述べる。

法廷意見は、被上訴人の主張する権利を「他者の幫助を受けて自殺する権利」と定式化した上で退けたが、Breyer 裁判官によれば、他の、アメリカの法的伝統がより大きな支持を与えるかもしれない定式化についても検討する必要がある。

「それは大まかに言って、『尊厳をたもって死ぬ権利 (right to die with dignity)』というような言葉を用いる定式化である。しかし、厳密な言葉遣いはともかくとして、その中核には、死の方法についての個人的な支配 (personal control)、医療専門家の補助、不必要で深刻な肉体的苦痛の回避といったものが合わさって存在するであろう」。

「私は、そのような権利が『基本的』か否かを当法廷が判断する必要があるとも、今判断するべきであるとも信じていない。なぜなら、私見によれば、そのような権利の主張が成功するとしたら、そのためには、(死に伴う) 深刻な肉体的

的苦痛がその本質的な部分を占めなければならないが、O'Connor 裁判官が指摘するように、問題の州法はそのような痛みを死につつある人に強制していないからである。「それらの薬そのものが殺す危険性にもかかわらず」、痛みをコントロールする薬の提供は禁止されていないのである。極めてまれに、痛みを緩和する薬が効かず、鎮静剤によって昏睡状態にするしかない場合がある。また、苦痛緩和治療が十分に行き渡っていないという問題もあるが、「これは克服可能と思われる制度的な理由、不適切さ、障壁によるものであって、そこには一群の法律による禁止は含まれていない」⁽⁶⁸⁾。

Souter 裁判官の結果同意意見

Souter 裁判官⁽⁶⁹⁾、*Glucksberg* と *Quill* のそれぞれについて結果同意意見を付している。

Poe v. Ullman ⁽⁷⁰⁾ における Harlan 裁判官の反対意見に依拠する Souter 裁判官は、当該州法が、デュー・プロセス条項と調和しない「恣意的な負荷 (arbitrary impositions)」あるいは「目的のない制約 (purposeless restraints)」であるかが決定的な問題であるとす⁽⁷¹⁾。

Souter 裁判官は、被上訴人の主張を、「切迫した死に直面して肉体的苦痛と尊厳の喪失を予期し、かつ責任ある自発的選択能力を有する患者は、カウンセリングを受けて生命を早期に終結させるため患者自身が投与する薬を提供してもらおうという形で医師による幫助を受ける権利を有すべきである」というものとして捉える。その上で、①自殺が非犯罪化されてきたこと、②一定の制限に服しつつも承認されている堕胎についての選択の自由と同様の自由が自殺についてもそれ非犯罪化されることによって与えられてきたこと、③被上訴人の主張は自殺防止に存する州の利益を承認すれば例外を認めなければならぬような広範な原理に基づくものではなく限定されたものであること、を指摘し⁽⁷²⁾、次のように述べる。「ここで問題になっている個別的利益の重要性が、対立する州の主張の注意深い審査 (careful

scrutiny)を必要とする『ある種の利益』に属するものと同様であることは否定できない。しかしながら、その利益が、ある状況の下で、あるいはある時点で、対立する主張を打ち負かすほどに『基本的』であるとみなされるべきか否かについては、ここで結論を出す必要がない。というのは、以下の各節で見る州の利益が、州法が恣意的で無目的だという現在の主張を打ち負かすのに十分なほど重大なものであるからである⁽⁷⁴⁾。Souter 裁判官が念頭に置いているのは、「末期患者を意に反した自殺あるいは任意的または非任意的安楽死 (involuntary suicide and euthanasia, both voluntary and nonvoluntary) から守るといふ州の利益⁽⁷⁵⁾」である。この利益が重大なものであるといふのは、任意性の判断が困難であることと、医師が制限を遵守することを期待しがたいことによる⁽⁷⁶⁾。

被上訴人は、複数の医師による診断の要求すること、患者からの要請を書面により一定の期間を置いて複数回行われなくてはならないとすること、報告義務や諸種の強制についての刑事罰を課すことなどによる強力な規制を施すことによつて、これらの懸念は回避できるとする。これに対して、Souter 裁判官は次のような事実に関する状況を指摘して、デュー・プロセス違反の主張を退けている。「少なくとも現時点では」提案⁽⁷⁷⁾されている規制の有効性には注意が必要である。被上訴人の主張する規制はオランダで行われているものに類似するが、オランダで非任意的安楽死が適切に回避されているかどうかについては様々な立場がある⁽⁷⁸⁾。このような外国での法執行にかかわる事実をアメリカの裁判所が独立して最前線に立つて適切に調査できるか否かは疑問である。この問題は議会による調査と (Oregon 州のような) 実験に委ねられるべきである⁽⁷⁹⁾、というのである。

しかしながら、Souter 裁判官は裁判所による解決の可能性を全面的に否定するわけではない。「州は、問題となつている権利がそんなに簡単には限定できないと主張する。この主張を導く事実を確認することを立法者が意図的に怠ることがどれくらい重大なことか、ここでは判断しない。時には、政治部門の方が制度的には望ましいにもかかわらず、

裁判所が憲法上の主張を扱う場として行為せざるをえないかも知れない⁽⁸⁰⁾。

なお、*Quill* の *Souter* 裁判官の結果同意意見は、被上訴人の主張は高度に重要なものであるが *Glucksberg* の結果同意意見で述べたのと同じ理由により本件での区別は支持されるとするだけの簡単なものである⁽⁸¹⁾。

Stevens 裁判官の結果同意意見

Stevens 裁判官の結果同意意見も両事件に共通のものである。Stevens 裁判官はまず、死刑を定める州法が、かつて最高裁で文面上合憲とされ後に適用違憲判決を受けた例を挙げ、本件判決が文面上合憲の判断に過ぎず、将来の適用違憲の可能性が残されていることを強調する⁽⁸²⁾。文面上合憲であるとするのは、「人命の他人に対する価値は極めて貴重なものであって、個人の命を終わらせる決定をなしうる完全な自律を憲法上の権限として主張することは許され⁽⁸⁵⁾」ず、自殺幇助への権利を含む自殺する権利は、デュー・プロセス条項によって特別に保護されている自由に含まれないという限度では法廷意見が正当だと理解しているからである。

しかしながら適用違憲の可能性は残る。Stevens 裁判官は、原審判決が依拠した *Cass* を引きついで、「*Cruzan* は、すでに死の入り口に立っているがために生と死との選択をする余地のない個人は、いかなる犠牲を払っても生命を保護しようとする州の利益を上回る憲法上保護された利益を有することを明らかにした」。「それは、決定的な一線が越えられるべきか否かではなく、どのように越えられるべきかを決める利益なのである⁽⁸⁶⁾」と述べる。

Glucksberg 事件については、Stevens はまず、生命保護の利益は常に絶対的なのではないと述べる。「この「人間の生命の保護に存する絶対的」利益は、痛みや不能や鎮静を理由に彼女自身の人生を耐えがたいものと考え個人利益を常に上回る集約的利益であるわけではなく、個人の自由の一面である⁽⁸⁷⁾」。「州ではなく個人に、個人が享受する生命の『質』についての判断を許すことは……個人が、自分の価値を貶めたり自分についての記憶を汚すような最

終章ではなく、自分の人生という物語にふさわしい最終章を選択するという利益を適切に承認するものである⁽⁸⁸⁾。

次に、「自殺防止、強制および濫用からの弱者保護、安楽死の防止に存する州の正当な利益は、この文脈では重要度が低い⁽⁸⁹⁾」。また、苦痛除去療法も、全ての痛みと苦しみを除去できるわけではない。さらに、医療専門集団の伝統的統合性の維持という利益についても、ある患者にとっては自殺幫助の拒否こそが癒す者としての医師の役割の放棄であり、また、死期を早めることが承認されて時点ですでにこの伝統的統合性との緊張関係は始まっている。以上の諸利益は、文面上の攻撃を退けるには十分であるが、将来、何らかの適用が違憲になる可能性は閉ざされていない⁽⁹⁰⁾。

Quill事件についても⁽⁹¹⁾Stevensは法廷意見の二重効論を一般論としては承認するが、具体的な場合の意図と因果関係は様々でありうるとする⁽⁹²⁾。

三 Glucksberg 判決その後

この「Glucksberg」の分析に入る前に、その後の合衆国での「死ぬ権利」をめぐる動静をみておくこととする。

まず、Oregon 州では、州議会の決定によって、再度尊厳死法が州民投票にかけられることになってきたが、この二度目の州民投票に先立ち最高裁は、スタンディングを否定した控裁裁判決に対する裁量上訴を受理しないという決定を下した⁽⁹³⁾。その後、一九九七年一月五日に行われた二度目の州民投票では、議会に対する反感もあってか、初回⁽⁹⁴⁾(52 v. 48) より大差 (60 v. 40) で尊厳死法は支持された。実際に同法を執行するにあたっては、薬物取締局 (Drug Enforcement Agency) が、医師による自殺幫助のために医師が処方を書くことは、統制薬物法 (Controlled Substance Act) に違反すると警告したり⁽⁹⁵⁾、連邦の基金の利用が禁止されているなどの問題はあったが、一九九八年に入ってから、利用者があったことが明らかになっている⁽⁹⁷⁾。

これに対して Florida 州では、「全ての自然人は、憲法に他の規定がある場合を除き、一人で放っておいてもらう権利および私生活に対する政府の侵入から自由である権利を有する」とするプライバシーについての州憲法の規定があるにもかかわらず、州最高裁は、Glucksberg の法廷意見に強く依拠し、生命保護、自殺防止および医療専門家集団の統合性の維持に存する州の利益はやむにやまれぬものであるとして、州憲法のプライバシー条項を自殺幫助への権利を含むものと解釈することを拒否して、自殺幫助禁止に対する州憲法違反の攻撃を退けている。⁽⁹⁸⁾

また、Michigan 州では一九九八年になってから、あらたに自殺幫助を処罰する立法がなされ、さらに、この改正法をくつがえして、自殺幫助を合法化する提案がおこなわれたが、さきの中間選挙に合わせて行われた州民投票で否決された。⁽¹⁰⁰⁾ なお、この改正法の発効に先立ち、Kevorkian が積極的安樂死を行った模様が、十二月二日に CBS で放送され、同氏は第一級殺人で刑事訴追を受けるようである。⁽¹⁰¹⁾

四 Glucksberg 判決の射程

1 なにが未解決として残ったのか

Glucksberg は、最高裁が判断能力のある末期患者の「死ぬ権利」について初めて判断を下すものとして、当初から大きな関心を集めていた。膨大な数の法廷助言者書面が提出されたことにもその点はうかがわれる。⁽¹⁰²⁾ その中には、Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Thomas Scanlon, Judith Jarvis Thompson といった我が国の法学界でも名を知られた錚々たる顔ぶれの哲学者達の連名によるものも含まれていた。⁽¹⁰³⁾ そして、両判決はおそらく同開延期で最も注目を集めた判決であろう。一般の報道もさりながら、多くのロー・レビュー誌上に特集が組まれている。⁽¹⁰⁴⁾

そして、目下の最大の関心事は、兩判決の射程である。とりわけ、兩判決がなにをどう判断したかということよりも、なにを将来の問題として判断せずに残したかという点に注目が集中している。この点をめぐっては、*Chakraberg* の被上訴人側代理人である Kathryn Tucker が、Oregon 州のように医師による自殺幫助を合法化することに向けて「青信号」⁽¹⁰⁶⁾ が灯されたとコメントすれば、Kamisar が「医師による自殺幫助推進論者達のうち何人かは、彼らの被った敗北の重大さを認識することができないか、あるいは認識したくないようにみえる」と応じるなど様々な反応がみられた。

この点について、まず第一に確認できることは、将来の違憲判決の可能性は全ての裁判官が前提としているということである。⁽¹⁰⁷⁾

次に、兩判決の結論は全裁判官一致であるが、「評決の全員一致は欺網的である」といわれるように、各裁判官の意見の内容は極めて多様である。法廷意見は、法廷意見と銘打ってこそいるが、そこに参加している O'Connor 裁判官の同意意見は、むしろ、法廷意見に参加していない四人の裁判官のものに近く、いずれにせよ限定的にはあるが将来の違憲判決の可能性を法廷意見より強く示唆するものとなっている。そして、Stevens 裁判官は明らかに O'Connor 裁判官より被上訴人側に好意的であり、Souter 裁判官も、一義的には明らかではないにせよ、同様であると思われる。Breyer, Ginsburg 両裁判官は一心 O'Connor 裁判官と同意見であるというのであるから、将来の最高裁での多数派形成という観点から兩判決の射程を考へる際には、Breyer 裁判官が言うところ、Rehnquist 長官による法廷意見ではなく O'Connor 裁判官の同意意見が重要であり、彼女の意見が重要が今回判断しなかったものとして留保しているのはどこまでかということが決定的である。

この点について、Dworkin が、「さらなる意味のない苦痛を避けるために医師の助けを得て生命を絶つという、判断

能力のある末期患者の限定的な憲法上の権利は……原理的には退けられていない⁽¹⁰⁹⁾とするのに対し、Kamisar は、「痛み緩和治療へのアクセスを否定する法的障害を州によって課されない権利」が残ったにすぎないとする。いずれの理解が正当であろうか。

Dworkin が注目するのは、O'Connor 裁判官の結果同意意見の始めの方に現れる「大変な苦痛を受けている判断能力ある患者が、その差し迫った死を取り巻く状況をコントロールすることについて憲法上認識されうる利益を有するか⁽¹¹¹⁾」という部分である。たしかにこの部分だけをみれば、その「コントロール」は場合によって自らの命を絶つという方法で行使されるのかもしれないとも読める。

これに対して、Kamisar は非常に限定的な理解を提示する⁽¹¹²⁾。それによれば、O'Connor はたしかに Dworkin が引用するような点を問題にしているが、それに続けて「これらの州においては、病の末期にあり非常な痛み苦しんでいる患者が、資格のある医師から、その苦痛を除去するために、たとえそれが無意識やより早い死に至るものであっても、治療を受けることに法的な障害はない（傍点筆者、以下同）」とも述べている。そしてこれを前提に、「このことに鑑みれば、たとえ我々がそのような利益を認めると仮定しても……州の利益が、医師によって幫助された自殺に対する禁止を十分正当化するものであることに私は同意する」と述べ「苦痛にあえいでいる患者が苦痛から解放される憲法上認識可能な利益を有するか否かは判断する必要がない⁽¹¹³⁾」と述べているのである。また Breyer も「尊厳をたもって死ぬ権利」とはいうものの、「そのような権利の主張が成功するとしたら、そのためには、（死に伴う）深刻な肉体的苦痛がその本質的な部分を占めなければならず、O'Connor 裁判官が指摘するように、問題の州法はそのような痛みを死につつある人に強制していない⁽¹¹⁴⁾」と述べているのである。したがって、O'Connor、Breyer そして O'Connor に「実質的に」同意する Ginsburg が将来承認されうるものとして留保しようとしているものは、「痛み緩和治療へのア

クセスを否定する法的障害を州によって課されない権利」の範囲を出ないとみるべきであると Kamisar はいう。⁽¹⁵⁾
 たしかに、このような Kamisar による解釈は、相当に説得的で、最も自然な読み方でもあり、実際に各裁判官の意図しているのもそのような内容であるのかもしれない。しかしながら、O'Connor 達の意見が絶対にそのようにしか読めないものかと考えると、必ずしもそうではないようにも思われる。

Kamisar の解釈は、O'Connor 達の意見が法的に禁止されていないという主張である以上、かりに法的に禁止されているとしたら、要求されるのはその禁止の廃棄であるという理解を前提にしている。しかしながら、O'Connor はそのような法的禁止があれば、問題を再訪するといっているに過ぎない。したがって、そのような「再訪」に際しては、上記の法的禁止が違憲だとされる可能性があり、また、それが最も自然な成り行きだとも考えられるが、他方、そのような法的禁止を前提にした上で、医師による自殺幫助を受ける限定的な権利が承認される（法的な禁止は結果として部分的に違憲になる？）という可能性も、完全に排除されているわけではないとみる余地がある。⁽¹⁶⁾

Kamisar はこれに対し、そのような法的禁止が、現実にはどこの州にも存在していない以上、そのような想定をおくことは非現実的だとも応じるであろう。⁽¹⁷⁾ しかしながらここで注意が必要なのは、O'Connor は、*Glucksberg* と *Quill* については両当事者および法廷助言者が、両州ではそのような法的障害はないと合意していると理解しているの⁽¹⁸⁾で、この点自体を争点として扱っていないということである。このような前提が外れれば、実際には、法的な障害となっていないのではないかという疑いのあるものはいろいろと考えられる。そのようなものとして論じられているのは、第一に、制限的な薬の処方規制法、投与量についての規制、三枚綴りの書面 (triplicate form, 各一通が医師、薬剤師、州当局に保管される) を要求されるなどの行政上の負担などについての薬物に関する州法の規定⁽¹⁹⁾ 第二に、末期患者への薬物の大量使用に対する州の医事委員会 (medical board) による懲戒などがある。したがって、将来的にはこの

点を争う訴訟も考えられることになる。⁽¹²⁰⁾ さらに、攻撃的苦痛緩和治療などについては、今回の判決を機に一般にその存在に関する認識が普及する結果、逆に今後新たに規制立法がなされるということもありえないではない。そうなればそのような新規立法についても争われることになる。⁽¹²¹⁾

2 苦痛除去治療が「法的に」禁止されていない限り？

O'Connor 裁判官の同意意見の理解としては、さらに進んで、「O'Connor の同意意見および他の結果同意意見」をよく読むと、最高裁がそのような権利を事後的（原文イタリック）状況に基づいて認めるかも知れない少なくとも一つのシナリオが示されている⁽¹²²⁾とする見解もある。しかしながら、上述の Kamisar の見解が示しているように、この理解は少し無理であるように思われる。とりわけ、O'Connor 裁判官に「多数意見に同調しているという点を除いて同調する」Breyer 裁判官が、一部には昏睡に至るまで鎮静剤を利用するしか痛みを取り去りえない患者がいることや、苦痛緩和治療が十分に行き渡っていないという主張に触れつつも、「これは克服可能と思われる制度的な理由、不適切さ、障害によるものであって、そこには一群の法律による禁止は含まれていない」と述べている点に鑑みれば、そのような事実的状况に基づく「シナリオ」が、五名以上の裁判官によって想定されているとは考えがたい。そもそも Rehnquist や O'Connor は「無意識やより早い死に至るものであっても」攻撃的苦痛除去治療を認めているのであるから、純粹に医療技術の問題としての克服不可能な事実的障害は存しえないものと考えているように思われる。⁽¹²³⁾

事実の問題として、苦痛の除去ができないということがあるとすれば、それを放置することが望ましいということはないであろう。しかし、そのことと、判決の射程の理解とは別問題である。⁽¹²⁴⁾ また、死を直接の目的とする行為が禁止される一方で、いわゆる二重効論が承認されるため、苦痛の緩和を目的とする治療の結果として訪れる死について

は、規制がほとんど行われず野放しの状態にあることは望ましくないと(17)批判もあるが、これもさしあたり、判決の射程の理解とは無関係である(18)。

3 判決の性格

上述の1で述べた本判決の射程にも密接に関連するのであるが、本判決の性格を文面判断を下したものとみるか、適用上の判断を下したものとみるかについて裁判官の意見が分かれているかのようである。法廷意見は「文面上も、医師によって処方された薬によって自らの死期を早めることを望む末期の判断能力ある成人の患者に適用される限り(19)でも」合憲であると判示している。ところが、この法廷意見に参加しているはずの O'Connor 裁判官は、「本件で争われている Washington および New York 州法に対する文面上の攻撃という文脈では、その「大変な苦痛を受けている判断能力ある患者が、その差し迫った死を取り巻く状況をコントロールすることについて憲法上認識される利益を有するか否かというより限定された」問題に立ち入る必要はない(20)」と述べている。

一見したところ、法廷意見の自己理解と O'Connor 裁判官による理解との間には齟齬があるようにみえるが、この齟齬はある程度までは表面的なものであると思われる。この点の理解のために、本件両訴訟の経緯を確認する必要がある。

Chickensberg はもともと、患者、医師、非営利団体が、当該州法を、判断能力がある成人の末期患者に対して医師による自殺補助を禁止しているかぎり(21)で、修正一四条に違反しているものとして、宣言的判決と差止による救済を求めた事件であった(22)。地裁は、医師自身および非営利団体については、問題が適切に提出されていないことを理由に正式事実審理を経ない判決の申立を否定し(23)、地裁判決段階では生存していた患者一名と、患者の権利を主張する立場での

医師の申立について、デュー・プロセス条項および平等保護条項違反を認め、当該州法は無効であると宣言したのであった。差止による救済は認めなかった⁽¹³²⁾。この判決に対する上訴を受けた控裁の判決までに残りの患者も死亡した。控裁は、一旦、地裁の判決を破棄したが、控裁の全員(en banc) 法廷は、患者の権利を主張する医師によるデュー・プロセス条項違反の主張を認めた⁽¹³⁴⁾。その際、全員法廷は、地裁の宣言判決の射程には不明確な点があり、その点をはつきりさせる必要があるとし、まず問題となっているのが、州法のうち「or aids」の部分だけであることを確認する。その上で、①原告が論じているのは判断能力ある成人の末期患者の憲法上の権利のみであることと、②地裁の判決が医師自身および Compassion in Dying の申立についても将来判断することがありうることを理由として、違憲と宣言されたのは、「医師によって処方された薬によって自らの死期を早めることを望む末期の判断能力ある成人の患者に適用される限り⁽¹³⁵⁾」の「or aids」条項であるとした。その際、全員法廷は、「法律を、ある集団の構成員に適用される限りで違憲と宣言することは、典型的ではないが、異例ではない(atypical but not uncommon)」と注釈を付している。

Quill は、もともと、患者と医師が、判断能力ある成人の患者が医師による自殺補助を受けることに適用される限りで当該州法が違憲であると主張した事件であった⁽¹³⁷⁾。患者は全て地裁判決までに死亡し、医師が当該州法の執行の予備的差止を求める申立だけが残り、地裁はこれを退け、控裁は平等保護条項違反の点について、判断能力ある末期患者が病気の最終段階で自分に投与する薬を処方することを医師に対して禁じている限りで原告の主張を認め、事件を地裁に差し戻したのであった⁽¹³⁸⁾。

結局、両事件において最高裁で問題になっているのは、一定のカテゴリーの患者の権利との関係で医師が求めている宣言判決ないしは差止による救済であって、これは最も狭い意味で「適用」を問題にしているわけではないが、具

体的な適用を全く視野の外においた「文面」の問題でもない。まさに、「法律を、ある集団の構成員に適用される限りで違憲と宣言するかしないかという典型的ではないが、異例ではない」事例ということであろう。この事例のもつ文面判断の側面（あるカテゴリー）「医師によって処方された薬に自らの死期を早めることを望む末期の判断能力ある患者」について合憲と宣言するだけであるから、さらに絞り込んだカテゴリー「そのような患者のうち、法的な障害によって苦痛を強制されている者」については具体的適用が違憲となることはありうるのは、全面的に文面上合憲とされた法令について、後に適用違憲判決がありうるのと同様である）を強調しようとして O'Connor は「文面上の攻撃」という表現を用いているのであろう。

なお、Stevens 裁判官も、*Chusberg* は「すでに患者が死亡していることから、控訴審段階以降は特定の原告に限定して判断がなされているのではないことを強調し、「法廷「意見」は、被上訴人の主張を、面前の特定の原告への法律の適用を問題にするのではなく法律によるカテゴリーカルな禁止を問題にする文面違憲の主張としてとらえている」と述べ、いずれの事件についても将来の適用違憲判断がありうることを強調しているが、そのいわんとするところは O'Connor と同じと考えられる。⁽¹⁴⁾

そこで、法廷意見は、「我々は、本日我々が退けるのは、州法がある特定のクラスに『適用される限りで』違憲であるという控裁の特定の判示であることを強調しておく。Stevens 裁判官はこの点には同意するものの、『死期を早めることを求める個々の原告が、あるいは援助を求められた医師が、より特定された攻撃によって勝訴しうる可能性を排除するつもりはない、とする。我々の意見はそのような主張を絶対的に排除するものではない。』と応じている。⁽¹⁴⁾

4 自殺幫助合法化立法への影響

Gruksberg についての上述した Tucker の、医師による自殺幫助を合法化することに向けて「青信号」⁽¹⁴⁾が灯されたとのコメントに対して、Kamisar は、そんな青信号なら最初から点いていたはずだとも応じている。⁽¹⁵⁾それが本当であるならば、自殺幫助合法化には憲法上なんの問題もないということになるのであるが、果たしてどうであろうか。法廷意見自身は、「*Lee* 事件での裁判所の推論の効力についていかなる意見も与えるものではない」とし、後に最高裁は同事件について裁量上訴の受理を拒んでいる。⁽¹⁷⁾したがって、いかなる意味でも、医師による自殺幫助を合法化する立法の合憲性についての最高裁の先例は存在しないわけである。それはそれとして、医師による自殺幫助が憲法上要請されている場合があるか、という問題についての判断である *Gruksberg* および *Quill* は、医師による自殺幫助を合法化することが憲法上禁止される場合があるか、という問題に、厳密な先例的価値はともかくとして、どのような示唆を与えるものなのであろうか。

この問題についてはまず第一に、医師による自殺幫助合法化立法の合憲性を問うこの種の訴訟が、今後手続的に可能かという問題がある。前述のように *Lee v. State of Oregon* ⁽¹⁶⁾で第九巡回区連邦控裁は、平等保護条項、デュー・プロセス条項、障害者法およびリハビリテーション法違反を主張した患者についてスタンディングを認めなかった。この患者は、⁽¹⁹⁾進行性筋萎縮症にかかっており、医師によって余命六ヶ月以下と診断されながら、それより長生きし、以前に鬱状態に陥り生き続けたいのかどうか分からなくなったことがあり、真意に反して自殺してしまう危険という損害を受けていると主張した。⁽²⁰⁾これに対して控裁は、Oregon 州尊厳死法が講じている安全策を考慮すると、主張される損害は、①患者が ^(a)自殺幫助を受ける決定をすることができないとされるほどの鬱状態にあるのに、または ^(b)第三者からの不当な影響で自殺幫助を受けると決定し、②口頭および書面で致死薬を要求し、⁽¹⁵⁾③主治医および第二の医師

(consulting physician) がともに患者の判断能力について誤診をし、④上記書面についての二人の証人がともに患者の判断の瑕疵に気付かず、⑤一五日後にも患者が同様の状態にあって再度同じ要求をし、⑥主治医が当該薬を処方する直前にも再度患者の判断能力について誤診をし、⑦患者が真意に反して自殺をする、という不確かな (speculative) 推論に基づいているとして、「将来害悪が発生するという大変重大な可能性があるということが個別的に示されていまい」と判断した。⁽¹⁵⁷⁾

控裁は *City of Los Angeles v. Lyons* ⁽¹⁵⁸⁾ と *O'Shea v. Littleton* ⁽¹⁵⁹⁾ という最高裁の先例がこの判断を支持するとしているが、最高裁は、本件について裁量上訴を受理しなかったので、この場合のスタンディングについての最高裁の見解は明らかにはならなかった。ただ、さしあたり、控裁の見解を前提にする限り、本法の違憲性を訴訟で問題にするのは難しそうである。とりわけ、一方で、実際に本法を利用とする患者が本法の講じる安全策によって不適當な自殺幫助から保護された場合には本法の保護手続は十分であるということになるし、他方で、そのように途中で不当さが判明することがなく手続が進行した場合には当該患者は医師による幫助をえて命を絶ってしまうことから、スタンディングが認められる場合は極めて限られてくるように思われる。⁽¹⁶⁰⁾

第二に、それでは、かりに実体についての判断が問題になった場合はどうであろうか。ほとんどの最高裁裁判官は、この問題を、各州の議会あるいは州民投票での判断に委ねようという趣旨であると思われる。⁽¹⁶¹⁾ もっとも、Lee での控訴裁判所の判断がスタンディングについてのものであったため、現在までのところ、連邦裁判所が医師による自殺幫助合法化立法の合憲性について本案の判断をしたのは、地裁の違憲判決だけということになっている。そして、「最高裁が分析において採用する諸概念は、Oregon 州の自殺幫助事件である Lee 判決に適用可能である」との指摘もあるところである。⁽¹⁶²⁾

しかしながら、①人命の保護、②医療という職業の統合性と倫理の保護、③貧困層・高齢者・障害者等の弱者保護、④自殺幫助を認めると広く任意的安楽死さらには本人の意思に反する安楽死 (voluntary and involuntary euthanasia) までが認められることになるのではないかとという懸念の除去⁽¹⁶³⁾、といった Glucksberg の法廷意見が掲げるものが重要で正当な利益であるとしても、これらを保護する義務は、その懈怠がただちに無条件に実体的な違憲性の問題を論理必然的に惹起するような政府の義務であるわけではない⁽¹⁶⁴⁾。自殺幫助罪処罰規定を全て廃止したとしても違憲であるとは思われないのである。

これに対して Oregon の連邦地裁が問題にしたのは平等保護条項であった。同州尊厳死法では、末期患者のみが手続を利用できる⁽¹⁶⁵⁾。手続が適法に進行する限りで最終的には医師による自殺幫助が認められるわけであるから、その限りで末期患者は州法が他の場合には与えている自殺からの保護を奪われることになる。これは末期患者とそれ以外の人々に異なる取り扱いをするものである。この保護の剝奪について、当該患者の生と死を選択する権利を実現しようとするものであるとして正当化が主張されるわけであるが、この正当化が成功するためには、患者が本当に同法の手続の利用による生命の終結を望んでいるのではなくてはならない。したがって、「提案16号「同州尊厳死法となったもの」が規定する安全装置が、末期患者を他と異なっており取り扱うことを正当化するに十分であるか否かが決定的である⁽¹⁶⁶⁾」ということになる。同法は、判断能力が十分でない患者を排除すべく様々な規定を設けているが、地裁によればこれらは十分でなく⁽¹⁶⁷⁾したがって、同法の末期患者(とそれ以外)という区分は過剰包摂であって、平等保護条項違反ということになる。

地裁の理由づけに対しては、目的と手段との組み合わせを取り違えているという非難もあるが、むしろ問題は審査基準の点にあるように思われる。末期患者—それ以外という区分はいかなる意味でも「疑わしい」ものではありえず、

また、自殺からの保護を政府によって与えられる利益も「基本的」ではないであろうから、ここでの審査は合理性審査のほゞである。地裁自身も合理性審査として(169)いるのだが、果たして、地裁の実際に行っている審査がその限度にとどまっているのか否かについては疑念の余地がある。(170)結局、同州尊厳死法には改善の余地がある(171)が、それは平等保護条項上の合憲・違憲の問題とはならないように思われる。

5 Souter 裁判官の結果同意意見について

Souter 裁判官の結果同意意見も、O'Connor の同意意見と同様に、将来の違憲判断の可能性を留保するものである。Souter 裁判官は、医師による自殺幫助が適切に規律しうるかどうかという判断が現時点では事実の問題として不可能だという点に、特に強く依拠しており、もしこの点がクリアになれば、O'Connor 裁判官が想定しているのと少なくとも同様に、そしておそらくはより広く、医師による自殺幫助を認めようという趣旨であると思われる。その限りでは、Souter 裁判官の結果同意意見の地位は、将来の最高裁における多数派形成を占うという観点からみた場合、O'Connor 裁判官の同意意見ほどには決定的ではない。

それにしても、Souter 裁判官の結果同意意見は、両事件に関する諸裁判官の意見の中で唯一法廷意見を上回る長大なものである。そしてこれは、かつて「捕捉不能 (stealth)」とまで評された同裁判官が、Casey での共同意見(172)に加わったのに次いで、実体的デュー・プロセスについて、かつてのいわゆるリベラル派といわれた裁判官とは違うにせよ、Rehnquist, Scalia, Thomas の各裁判官と一線を画した立場に立つとの旗幟を鮮明にしたものとして注目される。(173)その Souter 裁判官は Poe への Harlan 裁判官の反対意見に強く依拠するのであるが、なぜ今さら Poe なのかという疑問がないではない。少し立ち入って、Souter 裁判官の見解をみてみよう。

Souter 裁判官は、まず、Corwin の著書⁽¹⁷⁴⁾を引証しながら、合衆国において、修正一四条の採択以前にも実体的デュー・プロセスに基づいた裁判所による審査が州憲法⁽¹⁷⁵⁾および連邦憲法⁽¹⁷⁶⁾の下で行われていたこと、修正一四条の下でも実体的デュー・プロセスの主張が合理性や恣意性といった用語を用いて行われていたことから説き起こす。むしろ、同裁判官もいわゆる Lochner 時代の諸判決は「逸脱」したものであったとしており、それらを支持するわけではないが、それらについても「憲法的に恣意性を審査する正しい基準」を定立したことはよかつたのだが、「定立したその基準を絶対主義的に実施した」⁽¹⁷⁷⁾点に問題があつたに過ぎないと捉える。そして Lochner 時代を超えて生き残つた、教師および親の教育権に関する Meyer v. Nebraska⁽¹⁸⁰⁾、私立学校にかかわる Pierce v. Society of Sisters⁽¹⁸¹⁾、二重の危険に関する Palko v. Connecticut⁽¹⁸²⁾を引き、平等保護条項の事件である Skinner v. Oklahoma⁽¹⁸³⁾が次の重要な一歩であつたとした上で、これらの延長線上に Poe での Harlan 反対意見を位置づける。

Poe は、Griswold v. Connecticut⁽¹⁸⁴⁾に先立つこと四年、原告が、同州の避妊具使用禁止法が違憲であるとの宣言的判決を求めたが、訴追の危険が示されておらず司法審査適合性がないとして請求が退けられたものであつた。Poe で Harlan 裁判官は本案の判断に入るべきだとして反対し、婚姻している男女の避妊具使用の刑事処罰は「個人のパーソナルな生活の最も親密な行為における許容できない正当化不可能なプライバシーの侵害である」⁽¹⁸⁵⁾とした。この Harlan の結論自体は、Griswold で最高裁の採るところとなる。Griswold での Douglas の法廷意見は半影部 (penumbra) 論に依拠したが、Harlan は結果同意意見で、権利章典の放射 (radiation) ではなく、デュー・プロセス条項それ自体に依拠すべきであることを強く主張する⁽¹⁸⁷⁾。Souter 裁判官に言わせれば、Harlan 裁判官の Poe での反対意見こそが、その結論を Griswold で採用され、その権威を Case⁽¹⁸⁸⁾で認められたのであり、⁽¹⁸⁹⁾歴史的にも正統なものであるということになる。⁽¹⁹⁰⁾

このように、実体的デュー・プロセス論の淵源を修正一四条採択以前にまで遡ってたどり、Lochner 時代以降のいわゆる現代的実体デュー・プロセス論の嚆矢⁽¹⁹¹⁾となった Harlan の後裔たるうとする Souter 裁判官に対し、法廷意見は、*Cruzan v. Doe* に依拠した議論をした裁判官などだれもいなかったと応じているが、この分野での今後の Souter の立場の展開が注目される⁽¹⁹²⁾。

また、Souter は事実問題の現段階での解答不能性に依拠し、とりあえず立法者に解決を委ねるのであるが、立法者の対応が遅れる場合 (foot-dragging) について、「時には、政治部門の方が制度的には望ましいにもかかわらず、裁判所が憲法上の主張を扱う場として行為せざるをえないかも知れない」と述べ、Washington, D.C. での人種別学解消に關する *Bolling v. Sharpe* を引用している⁽¹⁹³⁾。この点を捉えて *Brown II* のいう「十分に慎重な速度で」⁽¹⁹⁴⁾との類似性を見出し、Souter は本当は、医師による自殺幫助を承認するように州に対して要求できると考えているのだが、その実際上の問題に鑑み、時間的余裕を州に与えているだけだとする見解もあり、併せて注目される⁽¹⁹⁵⁾。

五 日本国憲法の解釈論への示唆

1 学説の分布

さて、では、*Chickensberg* が、日本の憲法学にもたらすインパクトはどのようなものであろうか。日本での「死ぬ権利」についてのより包括的な憲法学的研究は、筆者の怠惰により今後の課題とせざるを得ないが、ここでは覚書的に現段階での問題点を提出しておきたい⁽¹⁹⁶⁾。筆者は、*Chickensberg* で「自殺の自由」が否定されたという表面的結論よりも、最高裁判決に至る過程で提示された様々な議論から学ぶべきところが多いと考えている。

日本でのこの問題は、憲法一三条の解釈をめぐって争われることになる。学説の分類は論者によって様々であるが、⁽¹⁹⁹⁾

竹中教授は「限定説」対「無限定説」という図式で、問題状況を整理しておく必要がある⁽²⁰⁰⁾とした上で、A「人格的利益説」、B「自己統合希求利益説」、C「権利」という語の用法に「言語的限定」をくわえることによって、自己決定権の保障範囲の無限定な拡大にはどめをかけるべきである⁽²⁰³⁾とする説、D文字どおりの一般的自由権から「刑法犯のうちでも重大な自然的な」他者加害の態様を除いたものが自己決定権に含まれるとする説⁽²⁰⁴⁾、E文字どおりの一般的自由権から殺人の自由および自殺の自由を除いたものが自己決定権に含まれるとする説、F「公共の福祉に反しない限り一般的に自由を拘束されないとする一般的自由権」説⁽²⁰⁵⁾、G文字どおりの一般的自由権説から、殺人の自由を除いたものが自己決定権に含まれるとする説、H「文字どおりの一般的自由権説」という分類を提示している⁽²⁰⁶⁾。

「自殺の自由」に着目すれば、G・H説は肯定的であり、A・B・D・E・F説は一応否定的であるという点になる（C説については別途考慮が必要である）。しかしながら、前者が「自殺の自由」に肯定的である点は注目されるが、「憲法はそもそも全くの恣意を保障するものとはいえない難⁽²⁰⁸⁾」いとすれば、H説は妥当でないと考えられる。G説についても、一般的自由権説と称しながら、なぜ殺人の自由だけが除外されるのか、それは人権制約事由の問題ではないのか⁽²⁰⁹⁾といった批判がありうる場所である。いずれにせよ、従来一般的自由権説とされてきたD・H説のうちでG・H説が自殺の自由を肯定し、D、E、F説は否定するわるわけであるが、一般的自由権という枠組みをとる以上、それに応じて広範な制約自由を肯定せざるをえず⁽²¹¹⁾。「自殺の自由」の側に見れば、それら各説の支持を得たところで、さほど強固な憲法上の基盤を与えられたということにはならない⁽²¹²⁾。

むしろ本稿が焦点を当てたいのは、AないしB説が「死ぬ権利」に対して全面的に否定的である必要があるのかという点である。「人間の一人ひとり」が「自らの生の作者である⁽²¹³⁾」といい、「幸福の内容は各自の決定するところ、ただそれを追求する諸条件・手段を保障しようとする⁽²¹⁴⁾」ものとして幸福追求権を理解する場合、生きるか死ぬかという

決定はまさに「なにが幸福か」にかかわる個人の最も重大な決定であつて、「作者」にこそ留保されるべきものではないのか。⁽²¹⁵⁾

2 人格的自律権説による「死ぬ権利」の否定

しかしながら、AないしB説の主張者は、一致して、「死ぬ権利」のカテゴリカルな排除を説く。佐藤幸治教授は、アメリカでの議論について、「一般的には、延命措置を拒むことができるというところまでのよう⁽²¹⁶⁾で、積極的安楽死を受け⁽²¹⁶⁾る権利、いわんや自殺の権利が憲法上の権利として主張されるには至っていないようである」と理解した上で、「『基本的人権』ないし人格的自律権（自己決定権）の大前提には、生きるということ⁽²¹⁷⁾は尊いことである」という考え方があり、自殺を『権利の行使』と構成することはその大前提にもとるものになるであろうとする。

竹中勲教授も、「憲法の念頭におく人間をへまとまりをもった完成体、自律した個人そのもの」として捉えるのではなく、へかけがえのない人生において、生き方のその人なりのまとまり・自己統合を希求し模索する個人ないしへ生の人間に着眼し、各個人の人生はその生を閉じるまで、こうした自己統合を希求（パーシュート〔pursuit〕ないしアフエクション〔affection〕）する道程であるととらえる「自己統合希求的個人像論」を前提に、「自己統合希求的利益説」を主張し⁽²¹⁸⁾、「基本的人権たる地位を承認する要件として当該主張される人権が『人間として生きていく上において重要なもの』でなければならぬ」ことから、『自殺の自由』は憲法二三条後段を根拠とする『自己決定権』にはそもそも含ま⁽²¹⁹⁾れないとする。

これに対して、土井真一助教授は、「生は死を以て完結するのであり、死のあり方が最後の生き方である以上、死の選択の自由なくしては、自らが自らの生の作者たりえないのかもしれない。自らの死を通じて、自らの存在意義を鮮

烈に表現するという逆説的な行為を人は行なうことがある。生物学的な死を通じて、後に残された人々の精神のうち、生き生きと生き続けたいと願うこともある。……自殺の可能性は、いや『死』の観念それ自体が人間存在の精神性の証でもある」との洞察を示す。その上で、しかしながら、「自らがもはや人格として存在する意義がない」という決定である自殺しようとする者の決定を「彼が人格としてその根元的な存在意義を承認されなければならない」がゆえに尊重されなければならないというの「矛盾」であるとし、次のように問う。「人々が国家という共同体を形成し、その法を定めるに際して、一人ひとりの人間を人格として承認すべきであると考えた人格的自律権論は、共同体の構成員が相互にその存在意義を承認し、自律的存在として『共に生きていく』ことを求めるものと理解することができ、自らの命を絶つことが、絶対的な『罪』あるいは『悪』であると断じているわけではない。我々が、自らの命を絶とうとする者に対して、あなたは生きるに値するということ、あるいはあなたと共に生きたいという意思を法を通じて維持するか否かという点を問題にすることが許されるのではないだろうか」。そしてやはり、結論としては、「自殺を憲法上の権利として承認することは適切ではない。自らの存在意義に対する否定的評価を前提にして、自己の生命および身体に対する重大かつ不可逆的な侵害を直接にもたらす行為については、それ自体を憲法上の権利として類型化すべきではない」とする。⁽²⁰⁾

ただ、これらの論者も、消極的安楽死・延命治療拒否ないし停止要求権は承認する。佐藤教授は、「回復が不可能で苦痛を伴うような場合、本人の明確な意思をもとに、『延命治療拒否』（品位ある死）を選びとること」を認めうるのは、人の人生設計全般にわたる自律を問題とすべき余地がもはや存在しないからである」とし、竹中教授は、「④へ自己の人生を作り上げていく営みを終えてしまうことを目的とする自己決定」と、⑤へ自己の人生を作り上げていく営みを終えてしまうという不可逆的な効果をもたらす自己決定」との区別を強調し、「末期患者による延命治療拒否・

生命維持治療拒否行為」を「医療を拒否しつつも、残された時間をなおも生きるとの自己決定」⁽²²²⁾として、『死に行く人』の現実世界での最後のあり方(最後の生き方・死に方)に関する自己決定として「承認する」⁽²²³⁾。土井助教授も、Crizamを、「死にたいする権利」として論じるのではなく、インフォームド・コンセントの法理の観点から理解しようとするアプローチ」と肯定的に捉え、イギリスの事件も引きつつ「積極的安楽死は死を直接の目的とする行為としか理解しえない以上、これを基本的人権として保障することは、やはり『ルビコン河を渡る』ことを意味せざるをえない」とする。そしてこの問題は、「人間の精神を破壊に導くほどの激痛があるという現実を前にして、個人の尊厳原理に十分配慮した上で、立法政策の問題としてよりいっそうの検討がはかられるべきである」⁽²²⁴⁾とする。

3 検 討

「生きるというのは尊いことだ」、あるいは、基本的人権といっても命あつての物種なのだ、というこれらの見解がよって立つ前提は、相当の直観的説得力をもっている。もつとも、直観であるが故に、そこにはやや独断的断定の響きがないわけではなく、「生きるということが尊いかどうかは生きている本人が決めることだ」という直観的断定も、同等にもつともらしいとみる余地もあるのかもしれない。しかし、たんなる直観の応酬は生産的でないのでこの点はしばらくおくとしても、生きることが尊いのだというこれらの説の前提を承認した上でもなお問題が残るように思われる。

第一の疑問は、これらの見解が「強すぎる」のではないかというものである。これらの見解は、死に対する権利をカテゴリカルに排除しようとして、そもそも法共同体とはなにか、憲法を作るとはどういうことかという論点に訴えている。しかし、このような議論の展開の仕方は、さしあたりの主張のためには強すぎる論拠をもちだすことになら

ないであろうか。このような法共同体・憲法観を文字どおりに前提とすると、医師による自殺幫助を立法により合法化することも困難になるように思われる。少なくとも、相互の人格の尊重を前提とする法共同体にとつてふさわしくない措置ということになりかねないであろう。しかし、適切な立法上の施策が講じられるのであれば、論者がこのような立法を排除する趣旨とは考えられない。「自らの命を絶つことが、絶対的な『罪』あるいは『悪』であると断じているわけではない」というが、これらの見解の背後には、自殺幫助を合法化するような法共同体はその構成員が相互に人格を尊重している社会の名に値しないとの判断があるように感じられる。⁽²⁶⁾しかし、はたしてオランダや Oregon 州は、今なお自殺幫助を全面的に禁止している他の法共同体と、それほどに異質な法共同体であろうか。

第二の疑問は、これらの主張が前提とする基本的人権制約事由論にかかわる。佐藤教授は、「人格的自律そのものを回復不可能な程永続的に害する場合には、例外的に介入する可能性を否定し切れないと解される（限定されたパターンリスティックな介入）」⁽²⁶⁾とするが、そもそもいわれるところの限定されたパターンリスティックな制約が妥当する場面があるのであるか。同説においては、人格的自律権論の大前提からいって、自己の人格的自律を回復不可能なほど害する行為についてはそもそも基本的人権としての保障の範疇に入っていないはずである。それなのに、そのような行為について限定されたパターンリスティックな制約が説かれるということは、そもそも意味がないか、実は人格的自律権論が本来そのような行為であってもその射程に納めるだけの論理を内蔵していることを示すものであるのではないだろうか。

この点、竹中教授は、「警察官による自殺阻止行為は通常、身体への実力行使を伴うことになるので」、「身体の自由に対する強い自己加害阻止原理に基づく制約として構成される」とた上で、「『興奮状態ではない、よくよく考えての自殺行為』であつても、警察官が当該行為を阻止することは憲法二三条違反となら」⁽²⁷⁾ない、とする。人格的自律権（自

己統合希求的利益権説」からの行き届いた説明であるが、そうするとこの場合、身体の自由の保障はもともと、自己の人格的自律を回復不可能なほど害するような身体の利用も含むことになる点には注意が必要である。

第三に、これらの見解が、生命の終結にかかわる末期治療における行為のうちどの範囲のものを憲法上の保護を受けるとするべきであるとしているのかが必ずしも明らかでない。

Glucksbergの検討を通じて、実に多様な行為が、末期治療の現場で生命の終結にかかわるものとして論じられていることが知られた。⁽²⁸⁾ Glucksbergの法廷意見は、①「治療拒否・停止要求権」は憲法上の権利と考えていると一応いつてよさそうである。これに加えて裁判官の中で多数を占める立場を前提にすれば、州は、たとえそれが死期を早めるものである場合であっても、②「苦痛緩和治療」を法的に禁止することは許されないとされる余地が残った。苦痛緩和治療と考えられているものの中には、③「治療された薬物の作用によって患者が無意識に陥るとどまるもの」、④「投与された薬物によって患者の死期が早まるもの」、さらに、これは裁判官の多数が承認するものか否かは明らかでないものの、⑤「薬物投与によって無意識状態が創出された後に栄養・水分補給が停止されて死に至るもの」があるようである。加えて、多数を占める裁判官の見解を前提にすると、苦痛緩和治療のために用いられる薬物の使用について法的禁止が存在するのであれば、場合によっては⑥「医師による自殺幫助」に対する権利が憲法上のものであるとされる可能性も残っているとみる余地がある。なお、自殺幫助をこえた⑦「積極的安楽死」については Glucksberg では直接には問題になっていない。

以上のうち、①の治療拒否・停止要求権を承認することは論者によって明示的に述べられているが、『品位ある死』を選びとること「あるいは『死に行く人』の現実世界での最後のあり方（最後の生き方・死に方）に関する自己決定」といいうかにも含みを残した表現は、②、③、④のどこまでを権利として承認し、どこからを立法政策に委ね

るとの趣旨であろうか。あるいは、ただちに憲法上の権利としての保障は受けまいとしても、「規制の目的・態様如何によつては、確立された個別的人権の保障を全うせしむるため手段的に主観的利益としても憲法上保護すべき場合」⁽²²⁹⁾に含まれることもあるのであろうか。

第四に、しかしいづれにせよ、上記の諸見解は、死を

おいては明確である。では、このようなカテゴリカルな排除は、人格的自律権論から、そして、〃生きるということは尊いことだ〃ということから当然に帰結されるものなのであろうか。

ここで、憲法上の権利としての類型化を行うに際しては、土井助教授がいうように、「どのような風に体系化していくかという基準が問題である」⁽²³⁰⁾ことが確認されなければならない。「死ぬ権利」についてのスタンスは上述の見解と異なるかも知れないが、先にみたC説に立つ藤井助教授も、「自己決定権で問題になるさまざまな利益についても、抽象的なレヴェルから具体的なレヴェルまで様々なレヴェルでの表現が可能であり、そこにふくまれるさまざまな特徴のうちの属性に注目し、これをどのレヴェルで表現するかという問題自体が極めて重要である」として、「『死ぬ』という特徴に注目してこれを『死ぬ権利』の問題と表現するか、延命治療を拒否するという特徴に注目してこれを『延命治療拒否権』の問題と表現するかという問題は、表現に関するたんなる趣味の問題にとどまらず、憲法解釈論上きわめて重要な問題であるというべきではなからうか」⁽²³¹⁾としている。

抽象的にはまさしくその通りであるとして、問題は、どのようにここで権利を定式化するべきであるかである。

たしかに、末期患者には「死ぬ権利」「自殺の自由」が憲法上あるのだという類型化を採用すると、*Chickensberg*の被上訴人側の代理人が最高裁での口頭弁論で *Scalia* 裁判官から繰り返し詰問されたように、「なぜそれは死の入り口に立っている人に限定されるのか?」⁽²³²⁾「死の入り口に立っている者の自殺と、健康で若い人意気消沈している者の自殺

との間には憲法上一線が引かれるのか？」⁽²³⁾という疑問に直面する。生きることは尊いことだという大前提を承認するのであれば、このような疑問はもつともなことであり、その限りで、問題の権利を「死ぬ権利」とか「自殺の自由」という形で類型化するのは妥当ではない。

しかしながら、「品位ある死」を選びとること、あるいは、「死に行く人」の現実世界での最後のあり方（最後の生き方・死に方）に関する自己決定」という類型化が承認されるのであれば、⁽²⁴⁾そこから「死を直接目的とする行為」を一律に排除することは極めて不自然である。この局面での生と死の決定が、人生において最も根元的なものであることに鑑みると、これを単に立法政策の問題とすることは、人格的自律権説の根本的発想に却って反することになるというべきではないか。例えば、なお諸種の制約を受けうるものであるとしても、「除去できず耐え難い肉体的苦痛を伴う末期状態にある人が死に方を決める権利」というような類型化を考えることができるように思われる。死に対する権利そのものを基本的人権として保障せよというのではない。「死を直接目的とする行為」をそれ自体として基本的人権に数え上げるべきでないということが正しいとしても、そのことから、生き方の決定の最後の局面として現れる生と死をめぐる決定に際して与えられる選択肢の中から「死を直接目的とする行為」を機械的に排除することにはならないのではないかといいたいだけである。このような死に方の決定に際して、少なくとも上述の①、②(a)(b)(c)、③は等しく選択肢たりうるとも考えられるべきではないか。

Glucksberg が結局、自殺幫助を禁止しつつも緩慢な安楽死（栄養・水分の補給停止を伴う攻撃的苦痛緩和治療、先にみた②(c)）を野放しに認める効果をもたらすとする Orentlicher は、次のようにいう。「最高裁は末期患者に対する自殺幫助を承認することがこれらの人々「鬱症状から自殺する人々」に対して発するメッセージを心配したのかも知れない。しかしながら、最高裁が象徴的考慮について意を払った結果、象徴主義それ自体の問題が発生した。自殺幫

助を否定するには、本質的に安楽死に他ならないものを認めるしかなかったのである⁽²³⁵⁾。たしかに、「自らの命を絶とうとする者に対して、あなたは生きるに値するということを、あるいはあなたと共に生きたいという意思を法を通じて維持する⁽²³⁶⁾」ことが大切なのだという主張は理解できる。しかし、我々はこの象徴主義が同時にもたらす陥穽にも注意深くなくてはならないであろう。

4 留保・限定

憲法上の権利として「除去できず耐え難い肉体的苦痛を伴う末期状態にある人が死に方を決める権利」という類型化を行うことに対しては、様々な批判が予想される。また逆に、その程度のことと一体どれほどの実際上の意味があるのかという疑問もありえよう。たしかに、従来の人格的自律権論が主張するところと実際的な帰結の上での差異はあまり大きくない。しかしなお、寄せられる批判は決定的ではないように思われる。以下では予想される批判に対して応答するとともに、本稿の想定する権利が極めて限定的なものであることを確認する。

第一に、一般に承認されやすいように限定を付した上での権利を主張することは恣意的であるとの批判が予想される。たしかにここに恣意が入り込む危険はあるが、この危険は完全に回避することのできない性質のものである。まさに、「それにあてはまれば機械的に答えがすべて出てくるというものが、法学上の基準としてありうるはずがないわけ、それは一定の思考を統制する機能を果たすに過ぎない⁽²³⁷⁾」。それは承知の上で、⁽²³⁷⁾ 幸せのかたちは本人が決めるべきものだ⁽²³⁸⁾ という（生きるということは尊いことだ⁽²³⁹⁾ というものと並び立つはずの）人格的自律権論の大前提と整合的に類型化をしようとするならば、上述のような類型化が最も賢明なものではないかと本稿は主張しているのである。『生きるということ』は尊いことだ⁽²⁴⁰⁾ としても、ここでは、死はすでに何らかの原因で始まっている。「死に方」を決

めるの権利なのであって「死ぬ」ことを決めるのではないゆえんである。なにか「末期」かという判断も実際は難しい場合もあるが、このような限定はすでに論者も消極的安樂死を権利として認める際に採用しているところであり、また、「生きるということが尊い」とするのであればやはりこの限定は必要であろう。「肉体的苦痛」に限定することについては、精神的な苦痛も同様に深刻ではないかともいえるが、「除去できない耐え難い肉体的苦痛」はある程度客観的に何人にとっても「幸福」ではないはずだと一応いっているはずであるが、精神的苦痛は極めて多様であつて、さしあたり、判断が困難に過ぎる。一刀両断には割り切れない苦悩に包まれている医療現場を規律する法律論を論じる際に、理想化された極端な事例を前提にすることは危険であるが、このように考えると、やはりそこには死を直接目的とする行為のカテゴリカルな排除をためらわせるものがあるはずである。

ここで、適当な例であるかどうか疑問もありうるが、類型化における恣意性ということとの関係で、例を挙げるならば、まず生命は大切なものだという前提に立っている基本的人権保障体系の下では、「殺人の自由」をそれ自体基本的人権として類型化することは妥当でないといえる。しかしながら、急迫不正の侵害に対して、自己の生命を防御するために他人の生命を害した者を通常の殺人罪として処罰することが、憲法上許容されているとは考えがたい。そうだとすれば、ここで、「自分の生命を守る自由」のようなものを、憲法上保障されていると類型的に考えることは決して不当ではない。⁽²³⁸⁾ そうだとすれば、「殺人の自由」はそれ自体として類型化することは妥当ではないが、「自己生命防衛権」の行使の一態様として、他人の生命を終結する行為が憲法上の保護を受けることがありうる。そうだとすれば、「殺人の自由」「自己生命防衛権」「他人の生命を終結する行為」の関係は「自殺の自由」「死に方を決める権利」「自己の生命を終結させる行為」の関係とある程度パラレルであろう。むしろ、正当防衛の結果他人の生命を終結させる行為というのは、「自己の防衛」という「他者の生命の終結」とは異なる目的を有する行為であるのだから、むし

ろ（「自己の生命の終結」ではなく「苦痛の緩和」を目的とする）攻撃的苦痛緩和治療に擬すべき行為であるかもしれない。また、生命と生命が対立している事例と、生命と苦痛が対比されている事例とでは事情が異なるともいえる。しかし、どの抽象度で類型化を問題にするかということとの関連では、重要な類似性をみてとることができよう。また、かりに何らかの形で「死に方を決める権利」が認められても、それが一切制約不可能ということにはならないのも「自己生命防衛権」が認められたからといって、すべての自己生命防衛行為が正当防衛として刑法上の違法性阻却を帰結しなければならないわけではないのと同様である。

第二に、「除去できず耐え難い肉体的苦痛を伴う末期状態にある人が死に方を決める権利」という類型化を採用することには、濫用の危険が大きいという批判もあろう。

この点についてはまず、このような権利の承認によつて新たに発生する濫用の危険を深刻に検討しなければならないほど実際の医療現場が「安全」なのかという問題がある。その点はおくとしても、権利の類型化という観点からは濫用の危険を理由に権利の承認を拒否すること、そもそも死を目的とする行為は大前提からしてカテゴリカルに排除されるのだとするとは異なるということが確認されなければならない。後者の排除は撤回されることがありえないうが、前者の拒否は条件次第では撤回される余地がある。

第三に、すでに触れたように、「除去できず耐え難い肉体的苦痛を伴う末期状態にある人が死に方を決める権利」という類型化を承認するとしても、「除去できず耐え難い肉体的苦痛」の存在する事例自体が少ないために、その適用の余地は実際には極めて限定されたものであるということを確認しておかなければならない。

そもそも、医療技術上の事実問題として、除去できない苦痛はないということであれば、この権利は適用される余地がない（たんなる治療拒否・停止要求権は、このような苦痛の存在を前提とせずとも成立する余地があるので、そ

の限度では患者は「死に方」を決定できることになるはずではあるが。ただし、日本の実際の薬事法制・医療法制が、このような治療の妨げとなっていないかは合衆国におけるのと同様に検討の余地が残る。また、技術的には可能であるとしても、現にある現場でそれが可能であるかどうかということにも注意する必要がある。

ただ、薬物の投与による患者の意識を消失を苦痛の除去と評価できるか否かという点には注意が必要である。このような療法が現実には苦痛の除去を実現しえないものであるとすれば、⁽²⁰⁾当然、ここで検討している権利の適用の余地は残る。これに対して、そのような治療で苦痛を除去しようとすれば、この権利に妥当の余地はない。しかし、このような方法での苦痛の除去を、患者本人が苦痛の除去の名に値しないとして拒否する場合（当然このような「苦痛緩和治療」についても患者の同意は必要である）、なおこれを苦痛の除去として受容することを強制することができるとであろうか。このような患者の拒否によって苦痛緩和治療が不可能になることも「除去できない苦痛」に含めるとすると、当該権利の適用の余地は広くなる。

第四に、「除去できず耐え難い肉体的苦痛を伴う末期状態にある人が死に方を決める権利」を承認するとしても、実際の裁判で考えられる違憲判断の可能性は極めて限られていることも確認しておく必要がある。まず、刑法二〇二条の自殺幇助罪の規定のありうる適用がほとんど合憲なものである以上、考えられるのは適用違憲判決に過ぎない。さらに、刑法三五条の正当業務行為規定の存在を前提にすれば、ありうるのは「法令について複数の解釈が合理的に可能な場合に、合憲限定解釈の手法で対処できるにもかかわらず、かかる手法を用いず適用した⁽²¹⁾」というタイプの適用違憲判断のみであろう。しかも、このような適用違憲判決の可能性すら、実はほとんど考えられない。というのは、傍論ながら、日本の下級審判決は積極的安楽死さえも一定の要件の下に認める姿勢をとっているからである。⁽²¹⁾その限りでは、「裁判所は、いわば使い慣れた民法や刑法の解釈で事件を解決できる場合には、やや不慣れた憲法を援用すべ

きでない⁽²⁴²⁾」といつておけば済む。ただし、そのような権利が憲法上の地位を認められるということになれば、民事裁判等に全く影響がないということももないであらう。⁽²⁴³⁾

第五に、蛇足ながら、ここで扱っているのは、あくまでも判断能力ある患者本人の判断に基づいて行使される権利であることも確認しておく。「消極的安楽死を受ける権利、さらには、限られた範囲内で積極的安楽死を受ける権利が考えられうるとしても、それは、人格的生存を全うするために命を絶つという最も根元的な自己決定であるわけで、あくまでも病者本人の自己決定を本質とすべきで、安易に第三者の判断で結論を出すことは許されるべきものではないと解される」⁽²⁴⁴⁾。

第六に、さらに蛇足ながら、ここで問題としているのは、積極的に国家の助力を得て死に方を決める権利（たとえば全身麻痺の人が請求することが考えられるような）ではなく、同意して協力してくれる医師がいて、その協力で死のうとしているときにその医師が刑事罰などを受けるのは困るという意味でのあくまでも消極的な死に方を決める権利である。⁽²⁴⁵⁾ その意味で、治療拒否権は裁判上医師に対しても強制可能であるが、ここでの権利はそうではない。⁽²⁴⁶⁾

最後に、ここでは死に方を決める権利を問題にしているが、「国は生命維持治療に関する患者の選択等に対して干渉かつ中立の立場を厳格に維持しなければならないわけではない⁽²⁴⁷⁾」ということを否定しようとしているのではない。死を帰結する重大な判断について慎重な考慮を要求することができるのは当然である。

おわり

Chusberg での裁判官の意見の四分五裂ぶりを「混乱」と評し、死刑制度についての最高裁がかつて示した迷走の再現を予言する Robert A. Burt は、この「混乱」の原因を、死へ直面という心掻き乱す主題がもたらす感情面での衝

撃に帰している。⁽²⁴⁸⁾ 本稿もまた、その磁場から自由ではないと思わざるをえない。論者の哲学的重厚さを湛えた主張に對し、浅薄な疑問を羅列することに終始したことをおそれる。

筆者は、本稿がとりあげた角度からこの問題を扱うことが、基本的人権・憲法に対する見方の根幹にかかわるものであると信じるものであるが、また同時に、法学者という知的資源の一端をかりに本稿も担っているとしたら、当座の実際上の意義には乏しい論点への傾注は、資源の誤配であったのかもしれないと思う。

(1) 本稿が問題にする権利を、「死ぬ権利」と定式化することが適切か否か自体が問題である。この点については、後述五、3参照。

(2) *Washington v. Glucksberg*, 117 S.Ct. 2258 (1997); *Vacco v. Quill*, 117 S.Ct. 2293 (1997). 以下、両判決に言及する場合、主たる事件である *Glucksberg* とのみ表記する場合がある。なお、両判決について筆者は関西アメリカ公法学会一九九八年春期例会(五月三〇日：近畿大学)において報告の機会を与えられた。研究会の席上、貴重なお意見を賜った諸先生方にこの場をお借りして御礼を申し上げる。本稿は、同研究会報告原稿に大幅に加筆したものである。

(3) *Cruzan v. Director, Mo. Dept. of Health*, 497 U.S. 261 (1990). 同判決については、高井裕之「死ぬ権利」『英米判例百選』[第三版]八六頁(平成八年)、樋口範雄「植物状態患者と『死ぬ権利』」『ジュリスト』九七五号一〇二頁(平成三年)、丸山英二「最近の判例」『アメリカ法』[一九九一年]一二二頁(平成三年)参照。連邦憲法以外および *Cruzan* 以前の状況については本稿では原則として省略する。さしあたり、高井裕之「医療における自己決定権の憲法的考察—アメリカ法を素材として—」(二〇〇一年)「法学論叢」二三卷二号六一頁、四号九七頁(昭和六三年)参照。

(4) *Cruzan*, 497 U.S. at 279 (1990).

(5) この判決では四人の裁判官(Brennan, Marshall, Blackmun, Stevens, JJ.)が反対にまわり、O'Connor 裁判官は法廷意見に加わりつつも、同意意見を述べ(497 U.S. at 286 (O'Connor, J., concurring))、判断能力を失った者について、代行者による決定を憲法上認められなければならない場合があるとの留保を示した(*id.* at 289-290)。裁判官間の意見の分歧のこのよ

うなパターンは、後に検討するところの *Glucksberg* においても同様である。なお、*Cruzan* 事件では州裁判所で最終的には水分栄養分の補給停止が認められ患者は死亡している。See Paul Hendrickson, *The Morning After. In a Small Town, the Nancy Cruzan Vigil Ends. The Debate Doesn't*, WASH. POST, Dec. 28, 1990 at B01

(6) この時期になってこれらの問題が憲法上争われるようになったのは、もちろん医療技術の変化によるところが大きい。第二次大戦後のベビーブーマーが成人する六〇年代後半から出産に関係する問題が最高裁にも持ちこまれたのと同様に、彼らが親や同世代そして自分自身の死について考える時期に達したからかもしれない。See Sylvia A. Law, *Birth and Death: Doctor Control vs. Patient Choice*, 82 MINN. L. REV. 1045, 1046 (1998).

(7) 以下については、富田清美「米国の自殺幫助法」年報医事法学一三三—一五四頁(平成一〇年)および野野朔他編著『資料・生命倫理と法II安楽死・尊厳死・末期医療』(信山社、平成九年)七一—一二二頁参照。

(8) このほか、一九八九年以降、一六州で、自殺幫助を明文で禁止する立法が行われてきた。See Ezekiel J. Emanuel & Linda L. Emanuel, *Assisted Suicide? Not in My State*, N. Y. TIMES, July 24, 1997, at A21.

(9) Oregon Death With Dignity Act, ORE. REV. STAT. §8127, 800-897 (1997). アメリカにならば医師による自殺幫助(Physician-Assisted Suicide, PAS)と略称される)が積極的安楽死から区別して論争の中心に登場してきたのは比較的最近のことであると思われる。オランダとちがって、ことさらに医師による自殺幫助が検討の対象となるのは、積極的安楽死に比べて濫用の危険が小さく、貧富の格差が大きく保険制度が完備していないアメリカでは積極的安楽死の濫用の危険性が特に大きいからだと考えられる。See e.g., Marcia Angell, *Editorials: Euthanasia in the Netherlands—Good News or Bad?*, 335 NEW ENG. J. MED. 1676, 1677-8 (1996); Paul J van der Maas et al., *Special Reports from Netherlands: Euthanasia, Physician-Assisted Suicide, and Other Medical Practices Involving the End of Life in the Netherlands, 1990-1995*, 335 NEW ENG. J. MED. 1699, 1705 (1996).

(10) Lee v. Oregon, 869 F. Supp. 1491 (D. Ore. 1994).

(11) Lee v. Oregon, 891 F. Supp. 1421 (D. Ore. 1995).

(12) Lee v. Oregon, 107 F.3d 1382 (9th Cir. 1997). この事件のその後の経過については後述注(6)―(7)本文および四、4 参照。

- (31) Federal Assisted Suicide Funding Restriction Act of 1997, 42 U.S.C. §14401 et seq.
- (41) Mich. Comp. Laws. §§752. 1021-1027 (1998). なお、われらの規定は現在はずむら失効してゐる。See *Kevorkian v. Thompson*, 947 F Supp. 1152, 1155 n. 2 (1997).
- (45) *People v. Kevorkian*, 517 N.W.2d 293 (Mich. Ct. App. 1994).
- (49) *Hobbs v. Attorney General*, 518 N.W.2d 487 (Mich. Ct. App. 1994).
- (47) *People v. Kevorkian*, 527 N.W.2d 714 (Mich. 1994).
- (48) *Hobbs v. Attorney General of Michigan*, 514 U.S. 1083 (1995).
- (49) *Kevorkian v. Thompson*, 947 F Supp. 1152 (E.D. Mich. 1997).
- (40) *People v. Kevorkian*, 534 N.W.2d 172 (Mich. Ct. App. 1995).
- (41) *People v. Kevorkian*, 549 N.W.2d 566 (Mich. 1996).
- (42) *Kevorkian v. Michigan*, 519 U.S. 928 (1996).
- (43) 後述注(22)―(23) 本文参照。
- (44) *Kevorkian v. Arnett*, 939 F. Supp. 725 (C.D. Cal. 1996). この判決は *Glucksberg* 判決後 *Kevorkian v. Arnett*, 136 F.3d 1360 (9th Cir. 1998) にまで取り消された。
- (45) 町野他・前出注(7) 九三頁参照。
- (46) 憲法裁判所が、九七年五月二〇日の判決で、任意的安楽死を末期患者につけて合法化したとされている。See *Glucksberg*, 117 S.Ct. at 2266 n. 16; *Serge F. Kovalski, Columbia Debates Court Ruling That Legalizes Mercy Killing*, WASH. POST, Aug. 18, 1997. なお、オランダについては、後出注(22)参照。
- (47) 邦文で両判決を紹介するものとして、清水隆雄「医師の自殺幫助を禁止する州法は合憲」ジュリスト一一八号一一〇九頁(平成九年)、富田・前出注(7)、大石和彦「医師による末期患者の自殺幫助禁止の合憲性に関する九七年六月二六日合衆国最高裁判決について」白鷗法学一〇号一五七頁(平成一〇年)、鈴木義男「自殺幫助処罰規定の合憲性——アメリカ合衆国最高裁の二判決をめぐる——」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集上』(有斐閣、平成一〇年)五九三頁、中山道子「自己決定と死——自己決定の死?——」『若波講座現代の法一四自己決定権』一一一頁、一一〇―一三頁(岩波書店、平成一〇年)、藤井樹也「自殺幫

- 助を禁止する州法の合憲性」(ジュリスト一一五〇号(平成十一年)に掲載予定)参照。原審判決の紹介として、富田清美「一九九七—」アメリカ法二二八頁(平成九年)、原審判決の翻訳として、捧剛「一九九五年「オレゴン州尊厳死法およびオレゴン州尊厳死法違憲判決」(二)「國學院法学三四卷二二三頁、三三四七頁(平成八、九年)参照。なお、藤井樹也三重大学文学部助教授には公表前の論説を「好意により閲覧させていただいた。ここに記して御礼を申し上げる。」
- (28) “a person is guilty of promoting a suicide attempt when he knowingly causes or aids another person to attempt suicide.” WASH. REV. CODE §9a. 36. 060(1). ちなみに、同州の自然死法は「生命維持治療の患者の指示に基づく不実施および撤回は自殺ではなくとする。See *id.* §70. 122. 070(1)」。なお“aid”ならし“assist”という語が、法律用語としての日本語の「補助」に正確に対応するの否かについては疑問もありうるが、以下ではとりあえず全て「補助」と訳出する。なお、参照、H・L・A・ハート・トニー・オノレ(井上祐司「真鍋毅」植田博訳)「法における因果性」六六七—七一頁(平成三年、九州大学出版会)。
- (29) この団体は地裁段階で「正式事実審理を経ないでなされる判決の申立を否定されている。本件の経緯については後述四、3も参照。
- (30) *Compassion in Dying v. Washington*, 850 F. Supp. 1454 (W. D. Wash. 1994).
- (31) *Compassion in Dying v. Washington*, 49 F. 3d 586 (9th Cir. 1995).
- (32) “en banc”と呼ばれるが、控訴裁の規則(9th Cir. R. 35-3)により実際には一名の裁判官からなる合議法廷である。
- (33) *Compassion in Dying v. Washington*, 79 F. 3d 790 (9th Cir. en banc 1995).
- (34) *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U. S. 833 (1992)。この判決については、高井裕之「妊娠中絶と憲法上のブライヴァシーの権利(2)」『英米判例百選』第三版』八四頁、樋口範雄「妊娠中絶と合衆国憲法」憲法訴訟研究会・芦部信喜編『アメリカ憲法判例』(有斐閣、平成一〇年)二六九頁等参照。*Casey*判決に至るまでの最高裁内外の政治的情勢については、大石和彦「憲法裁判における原理と政治——合衆国最高裁判決 *Roe v. Wade* がもたらしたもの——」(二・完)『法学十六』巻三三五〇—三頁、四四六—六八頁、六二巻三三四—三三五頁(平成九、一〇年)参照。
- (35) *Compassion in Dying*, 79 F. 3d at 816.
- (36) *Id.* at 804. 「厳格審査よりは限定的で、合理性審査よりは厳しい比較衡量基準」と評されている。See Note, *The Supreme*

- Court 1996 Term—Leading Cases*, 111 HARV. L. REV. 197, 239 (1997). 判決はこの基準の提示に際して、後に最高裁で Souter 裁判官の4つに依拠される 'Poe v. Ullman' と Harlan 裁判官の反対意見を引用している。後述注(69)―(81)本文および四'を参照。
- (37) *Compassion in Dying*, 79 F. 3d at 816-7.
- (38) *Id.* at 798. この点、控訴裁の判決が文面違憲判決であるのか、適用違憲判決であるのかが最高裁で問題となっている。控訴裁判決は「法律を、ある集団の構成員に適用される限りで違憲と宣言することは、典型的ではないが、異例ではない (atypical but not uncommon)」(79 F. 3d at 798 n. 9)と述べている。後述四'を参照。
- (39) 117 S. Ct. 37(1996). なお、全員法廷に対する再審理の請求は退けられている (85 F. 3d 1440(1996))。
- (40) O'Connor, Scalia, Kennedy など、Thomas の各裁判官同調。ただし、O'Connor 裁判官は後述の通り、重要な留保を付した同意意見を述べている。
- (41) 差戻後の連邦控裁全員法廷はもともと本件を連邦地裁に差し戻している (*Compassion in Dying v. State of Washington*, 122 F. 3d 1262 (9th Cir. en banc 1997))。
- (42) *Glucksberg*, 117 S. Ct. at 2263.
- (43) *Id.* at 2269.
- (44) *Cruzan*, 497 U.S. at 279.
- (45) *Compassion in Dying*, 79 F. 3d at 816.
- (46) *Glucksberg*, 117 S. Ct. at 2270.
- (47) *Casey*, 505 U.S. at 851.
- (48) *Glucksberg*, 117 S. Ct. at 2271.
- (49) *Id.* 基本的自由利益には入らなくとする裁判官が、しかし、合理性審査を行うとするのは他にも例があり、堕胎の自由 (*Casey*, 505 U.S. at 953, 966-79 (1992) (Rehnquist, C.J., concurring in the judgment in part and dissenting in part))、ニューミール島の自由 (*Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 192(1986)) 等にそれを見ることが出来る。これらの裁判官の意見が意味するのは、ニュー・プロセス条項にいうべきものの「自由」にはおよそあらゆる自由が含まれ、その制約には常に合理性審査が課

- されるということなのであろうか。そうだとすれば、法廷意見の立場はその限りで我が国でいうところの一般的自由権説（後述五、1で問題にするところの無限定的な立場ではないかもしれない）に近いと理解するべきこととなるのであろうか。この点の立ち入った検討は今後の課題としたい。なお、藤井助教授は *Bowers* が合理性審査であったとみることは異論の余地がありうるとする。藤井樹也『「権利」の発想転換』二八五—七頁（平成一〇年、成文堂）。
- (50) *Glucksberg*, 117 S. Ct. at 2272-5. なお、弱者保護という点に関して、アメリカでは、白人と黒人とで医師による自殺幫助の合法化およびその他の末期治療に関する論点について大々く意見が異なることが知られている。See, e.g., Richard L. Lichtenstein et al., *Black/White Differences in Attitudes Toward Physician-Assisted Suicide*, 89 J. NAT'L MED. ASS'N 125 (1997). そのような差異の原因としては宗教上の理由、黒人が有する医師・医療機関・ヘルス・ケア・システム全般に対する不信感、医師より家族を信頼するようになったような文化的特質などが考えられるとされている。See Patricia A. King and Leslie E. Wolf, *Lessons for Physician-Assisted Suicide from the African-American Experience*, 82 MINN. L. REV. 1015, 1023 (1998).
- (51) *Glucksberg*, 117 S. Ct. at 2275.
- (52) N. Y. PENAL CODE §125. 15 (Consol. 1998).
- (53) *Quill* は急性骨髄性単球性白血病の末期患者に自殺に用いられる薬を知りつつ致死量の睡眠薬を処方し、自殺幫助を行なったと公表したケースと知られている。See Timothy E. Quill, *A Case of Individualized Decision Making*, 324 NEW ENG. J. MED. 691, 693 (1991).
- (54) *Quill v. Koppell*, 870 F. Supp. 78 (S. D. N. Y. 1994).
- (55) *Id.* at 84.
- (56) *Quill v. Vacco*, 80 F. 3d 716 (2nd Cir. 1996).
- (57) "... nothing more nor less than assisted suicide". *Id.* at 729. 控裁は、この点について、皮肉なのか戦術か、作為と不作為の区別を否定し、いずれの場合でも、すべて自らの存在を終わらせようとする自殺者の意思が死を命じらされたのであるとした *Cruzan* や *Scalia* 裁判官の同意意見を引用する (*id.* citing *Cruzan*, 497 U.S. at 296-297 (Scalia, J., concurring))。*66 Note, *Physician-Assisted Suicide and the Right to Die with Assistance*, 105 HARV. L. REV. 2021, 2028-31 (1992)。*控裁は、同血のこのように援用されている。

- (85) 判決は二一〇じもったが Calabresi 判事は同意意見 (80 F. 3d at 731 (Calabresi, J., concurring in the result)) と「明白に違憲……でも合憲でもない法律については、関連する州の利益についての州の明確な現在の言明が得られるまで、裁判所は法律の最終の有効無効について判断するべきではない」と、その点を留保して端的に無効とするべきだ (id. at 738) との理論を説く。Cass R. Sunstein, *The Right to Die*, 106 YALE L.J. 1123, 1126 n. 13 (1997) は、「アメリカ憲法にある種の『民主的政治問題の法理 (democratic political question doctrine)』が欠けている」ことを嘆き、Calabresi の立場に好意的に言及するが、現に論議された立法的対応もなされていく死ぬ権利に関する領域では「この議論が妥当するのは難しいとみる (id. at 1156). Cass R. Sunstein, *From Theory to Practice*, 29 ARIZ. ST. L.J. 389, 403 (1998) も同意。この論点については、大石・前掲注 (26) 一七七一―九頁参照。
- (86) 117 S. Ct. 36 (1996).
- (87) *Glucksberg* と同様、O'Connor, Scalia, Kennedy などと Thomas の各裁判官同調。ただし、O'Connor 裁判官はやはり同様に後述の通り、重要な留保を付した同意意見を述べている。
- (88) *Quill*, 117 S. Ct. at 2297.
- (89) *Id.* at 2298.
- (90) *Id.* at 2298-99.
- (91) *Id.* at 2302.
- (92) *Glucksberg*, 117 S. Ct. at 2303 (O'Connor, J., concurring).
- (93) *Id.* at 2310 (Ginsburg, J., concurring in the judgments).
- (94) *Id.* at 2310 (Breyer, J., concurring in the judgments).
- (95) *Id.* at 2311-2.
- (96) *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961).
- (97) *Id.* at 522 (Harlan, J., dissenting). 「この『自由』は、広く言えば、(権利章典の個別的列挙に尽きるものではなくて) 実質的な恣意的な負荷を目的のなから制約からの自由を含む、合理的な連続体 (rational continuum) である」(id. at 543)。
- (98) *Glucksberg*, 117 S. Ct. at 2275 (Souter, J., concurring in the judgment).

- (72) *Id.* at 2286.
- (73) *Id.* at 2289-90.
- (74) *Id.* at 2290.
- (75) *Id.* したがって、生命一般の保護および意図的自殺の防止という目的については考察する必要がないとする (*id.*)。
- (76) *Id.* at 2291. ただ、Souter が、生命維持治療の停止の場合や攻撃的苦痛緩和治療の場合と比べて、医師による自殺補助の場合の方が「よりな困難・危険の度合いが大きい」として (*id.* at 2291 n. 16) 点には疑問があり、認めない。 See Ronald Dworkin, *Assisted Suicide: What the Court Really Said*, N. Y. REV. BOOKS, Sep. 25, 1997, at 42-3 n. 9.
- (77) *Glucksberg*, 117 S. Ct. at 2291.
- (78) *Id.* at 2292. Souter 裁判官が、オランダの規制が有効に機能していることを認めることを引用するが、HERBERT, HENDIN, SEDUCED BY DEATH 75-84 (1997), John Keown, *Euthanasia in the Netherlands: Sliding Down the Slippery Slope*?, EUTHANASIA EXAMINED 261, 289 (John Keown Ed. 1995), CARLOS F. GOMEZ, REGULATING DEATH 40-43 (1991) (筆者未見) による。他方、そのための心証は、RICHARD EPSTEIN, MORTAL PERIL 322 (1997), RICHARD POSNER, AGING AND OLD AGE 242 & n. 23 (1995) を引用されている。このため、Hendin の著書について、調査の対象となつたオランダの医師たちが、後述 Hendin の著書に引用された論文 (Herbert Hendin, *Seduced by Death: Doctors, Patients and the Dutch Cure*, 10 ISSUES IN L. & MED. 123 (1994)) の公表に際し、同誌の編集部は「彼らに対するインタビューの記述・解釈に誤りがある」として書簡を寄せ、その書簡を Hendin の論文とあわせて公表するよう求めた経緯があり、その信頼性に疑問がある。Dworkin が指摘している。 See Dworkin, *supra* note 76, at 43-4. Dworkin が依拠している J. GRIFFITHS, ALEX BOOD & H. WEYERS, EUTHANASIA AND LAW IN THE NETHERLANDS (“forthcoming”) や、その書物と問題の医師のうち二人の彼自身の電話での会話をあるが、筆者は当該書物を手に入れている。Hendin の反論は、Dworkin の再反論として、Herbert Hendin, *To the Editors*, N. Y. REV. BOOKS Nov. 6, 1997, at 68-9; Ronald Dworkin, *To the Editors*, N. Y. REV. BOOKS Nov. 6, 1997, at 69-70 を参照。
- 他方、Souter が依拠するものうち前者のグループが実証的な研究であるのに対して、後者は非実証的なものに過ぎないことを指摘する見解もある。 See Susan M. Wolf, *Pragmatism in the Face of Death: The Role of Facts in the Assisted Suicide Debate*,

82 MINN. L. REV. 1063, 1097 n. 140 (1988).

オランダの状況のうち特に注目を集めたのは一〇〇人以上の非任意的安楽死が報告されたことであつたが、ここには死の最終段階にあつて同意できなかった者、医師による薬物の投与によつて数分死が早まつた者、以前には意思を表明していたが規則が要求している明確な要求がないとされた者、いずれにせよ数日で死亡するはずだつた新生児も含まれていることを Dworkin は指摘している。See Dworkin, *supra* note 76, at 44; Maas et al., *supra* note 9, at 1702. ちなみに後者は一九九〇年について九五年にオランダ政府によつて行われた調査に基づくものであるが、オランダが slippery slope を滑り落ちつてあるという証拠はない」と結論つけている。See Maas et al., at 1705.

本稿ではオランダそのものについてこれ以上は立ち入らない。邦文でオランダについては、宮野彬「オランダの安楽死政策——カナダとの比較——」(平成九年、成文堂)、「ベーター・タック」(山下邦也訳)「オランダにおける安楽死問題の法的側面」(香川法学一五卷二号二三九頁(平成七年))、山下邦也「オランダにおける安楽死評価調査と申告手続の改正等をめぐる動向」(香川法学一七卷二号四三三頁(平成九年))等参照。

(79) *Glucksberg*, 117 S. Ct. at 2292. なお、議会による判断に委ねられるのならばともかく、この問題についていくつかの州で見られたように問題が州民投票で決定されるようになるとはたして Souter が想定しているような事実の探究が十分に行われるのか疑問であるとする見解もある。See Wolf, *supra* note 78, at 1098-99.

(80) *Glucksberg*, 117 S. Ct. at 2293. なお、Souter 裁判官が引用するものは Washington, D. C. の人種別字解消に関する *Bolling v. Sharpe*, 347 U. S. 497 (1954) である。この点については後述注(76)―(81)本文参照。

(81) *Quill*, 117 S. Ct. at 2302 (Souter, J., concurring in the judgement).

(82) *Gregg v. Georgia*, 428 U. S. 153 (1976); *Proffitt v. Florida*, 428 U. S. 242 (1976); *Jurek v. Texas*, 428 U. S. 262 (1976).

(83) *Godfrey v. Georgia*, 446 U. S. 420 (1980); *Emmund v. Florida*, 458 U. S. 782 (1982); *Penry v. Lynaugh*, 492 U. S. 302 (1989).

(84) *Glucksberg*, 117 S. Ct. at 2304-5 (Stevens, J., concurring in the judgements). この点、本判決の性格の理解をめぐつて、法廷意見と Stevens 裁判官との間に齟齬があるようにみえる。後述四、を参照。なお、死刑をめぐる最高裁の判例の合憲―違憲―合憲という変遷につらつて「混乱」として否定的に評価しつつ、本件判決との類比を試みるものとして、see Robert A. Burt,

- Disorder in the Court: Physician-Assisted Suicide and the Constitution*, 82 MINN. L. REV. 965, 976-81 (1998).
- (55) *Glucksberg*, 117 S. Ct. at 2305 (Stevens, J., concurring in the judgments).
- (56) *Id.* at 2307.
- (57) *Id.* at 2307-8.
- (58) *Id.* at 2308. Stevens 裁判官は、明記は RONALD DWORKIN, LIFE'S DOMINION: AN ARGUMENT ABOUT ABORTION, EUTHANASIA, AND INDIVIDUAL FREEDOM 213 (1993) (邦訳は、ロナルド・ドゥワーキン (水谷英夫・小島妙子訳) 『トク・ユウリオン——中絶と尊厳死と個人の自由——』三四四—六頁 (平成一〇年、信山社)) に依拠する。
- (59) *Id.* at 2308-09.
- (60) 前出註(5) — (5) 本文参照。
- (61) *Glucksberg*, 117 S. Ct. at 2310.
- (62) *Lee v. Harclerod*, 118 S. Ct. 328 (1997). 後述四、4 参照。
- (63) *See, e.g.*, Kamisar, *Meaning and Impact*, at 897.
- (64) Timothy Egan, *Oregon Doctors Caught Between State and Federal Rules on Assisted Suicide*, N. Y. TIMES, Nov. 19, 1997, at A18.
- (65) 42 U. S. C. §14401 et seq.
- (66) 一九九八年八月一八日の州当局の発表によれば、「一〇名が自殺幇助を求めて申請したが、うち二名はまもなく死亡し、実際には八名が医師による自殺幇助を受けたことになり、二名は死んだ。See Sam Howe Verhovek, *Legal Suicide Has Killed 8*, *Oregon Says*, N. Y. TIMES, Aug. 19, 1998, at A16.
- (67) Fla. Const., Art. I §23. Florida 州の最高裁は、すでに「金融機関の保有する顧客の取引に関する記録についてプライバシーシヤが問題となった事件について」の権利は「連邦憲法上のそれよりもずっと広い射程をもつもの」としてきた。See *Winfield v. Division of Pari-Mutuel Wagering*, 477 So. 2d 544, 548 (Fla. 1985).
- (68) *Krischer v. McIver*, 697 So. 2d 97 (Fla. 1997). 本件については、Florida 州最高裁の先例との不整合を指摘するところ

- See Shannon Brewer, *Case Comment: Constitutional Law: Ending the Expansion of the Florida Privacy Amendment*, 49 FLA. L. REV. 821, 827-9 (1997).
- (19) See David S. Broder, *Choice on Physician-Assisted Suicide Comes Home*, WASH. POST Oct. 8, 1998 at A20; Sam H. Verhovek, *From Same-Sex Marriages to Gambling, Voters Speak*, N. Y. TIMES, Nov. 5, 1998. なおJの中間選挙に伴って州民投票は、Alaska, Arizona, Nevada, Oregon, Washingtonの各州で医療目的でのマリファナの利用を合法化する提案が州民投票で可決された。Jの州は2000年の後州議会が再度禁止し、Californiaの両州でこの提案の可決の可能性がある。Colorado州はWashington, D. C. では、同様の提案が多数の支持を受けた。Jの効力は争われつつある。See James Brooke, *5 States Vote Medical Use of Marijuana*, N. Y. TIMES, Nov. 5, 1998. 麻薬戦争のたたき中にある合衆国の社会的潮流の変化として注目されるが、その点には疑問が残る。マリファナがどの程度苦痛の緩和に役立つのか、マリファナでなく去りえない痛みがあるのか、この点には疑問が残る。Marijuanaがどの程度苦痛の緩和に役立つのか、マリファナでなく去りえない痛みがあるのか、この点には疑問が残る。
- (20) Jon Jeter and Amy Goldstein, *Keownkan Charged In Videotaped Death*, WASH. POST, Nov. 26, 1998 at A01.
- (21) Breyer 裁判官は「膨大なトランス流書面 (gigantic Brandeis'd brief)」を口頭弁論で述べた。Glucksberg, Transcript of Oral Argument, available in 1997 U. S. TRANS LEXIS 11, at *21.
- (22) 回書面は判決に先立つて Dworkin の解説を公表したのである。See Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Thomas Scanlon, and Judith Jarvis Thompson, *Assisted Suicide: The Philosophers' Brief*, N. Y. REV. BOOKS, Mar. 27, 1997, at 41. Dworkin 自身の解説によれば「最高裁は、この生命倫理学者の意見に、たいてい一般的道徳性学者の資格で法廷助言者書面の提出が認められたの、前例なきこの意見は、この意見の、この意見の (id.)。なお、Glucksberg の原々審判決についての Dworkin の見解については、See RONALD DWORCKIN, FREEDOM'S LAW 143-6 (1996).
- (23) See, e.g., 82 MINN. L. REV. 885 (1998); 24 FORDHAM URB. L. J. 777 (1997); 19 W. NEW ENG. L. REV. 313 (1997); 7 CORNELL J. L. & PUB. POL'Y 255 (1998); 75 U. DET. MERCY L. REV. 481 (1998). なお、この意見は、この意見の先立つて開催されたカンファレンスの記録によっても述べられている。
- (24) J. A. Farrell, *No Absolute 'Right to Die', Supreme Court Rules; Bans Uphold on Assisted Suicide; Issue Is Left Open*, Boston Globe, June 27, 1997, at A1.

- (106) Yale Kamisar, *The Physician-Assisted Suicide Cases: What Did The Court Hold? What Questions Did It Leave Open?*, Prepared Remarks at the U.S. LAW WEEKS 19th Annual Constitutional Law Conference (Sep 5, 1997) at 1. 筆者は、この講演原稿を Michigan 大学ローレンスールで研究中の土井真一京都大学大学院法学研究科助教授の「好意」として閲覧した。この日記への御礼を申し上げます。本件判決後に公表された Kamisar の論考については、他日「Yale Kamisar, To the Editor, N. Y. REV. BOOKS, Nov. 6, 1997, at 68 [hereinafter Editors]; Pope & John Lecture On Professionalism: Physician Assisted Suicide: The Problems Presented Compelling, Heartbreaking Case, 88 J. Crim. L. 1121 (1998); On the Meaning and Impact of the Physician-Assisted Suicide Cases [hereinafter Meaning and Impact], 82 MINN L. REV. 895 (1998) 等を参照してください。内容が重複している場合、引用は原則として最後者とする。
- Kamisar 氏 *Some Non-Religious Views Against Proposed "Mercy-Killing" Legislation*, 42 MINN. L. REV. 69 (1958) に米の安楽死合法化反対論者として知られる。最近の論考については、see e.g., Yale Kamisar, *The "Right to Die": On Drawing (and Erasing) Lines*, 35 DUQ. L. REV. 481 (1996); *Against Assisted Suicide-Even a Very Limited Form*, 72 U. DET. MER. L. REV. 735 (1995); *Physician-Assisted Suicide: The Last Bridge to Active Voluntary Euthanasia*, EUTHANASIA EXAMINED 225 (John Keown Ed. 1995); *When Is There a Constitutional "Right to Die"? When Is There No Constitutional "Right to Live"?*, 25 GA. L. REV. 1203 (1991).
- (107) 後述四を参照。
- (108) Dworkin, *supra* note 76, at 40.
- (109) *Id.* Cass R. Sunstein, *Supreme Caution Once Again, the High Court Takes Only Small Steps*, WASH. POST, July 6, 1997, at C01 を「最高裁の九人のうち五人の裁判官は各々に含まれぬ状況では医師による自殺幫助への権利が存在しなくてはならないを示した」とする。
- (110) Kamisar, *Meaning and Impact*, at 905.
- (111) *Glucksberg*, 117 S. Ct. 2303 (O'Connor, J., concurring).
- (112) Kamisar, *Meaning and Impact*, at 905-907.
- (113) *Glucksberg*, 117 S. Ct. at 2303.

- (114) *Id.* at 2311 (Breyer, J., concurring in the judgments).
- (115) 同前 Robert A. Burt, *The Supreme Court Speaks: Not Assisted Suicide but a Constitutional Right to Palliative Care*, 337 NEW ENG. J. MED. 1234, (1997)
- (116) Richard. H. Fallon, Jr., *The Supreme Court, 1996 Term—Foreword: Implementing the Constitution*, 111 HARV. L. REV. 54, 139 n. 516 (1997) 註 Kamisar の理解する範囲を超える権利の可能性を O'Connor が考へてゐるのかどうかは「明らかでない」とする。Kamisar 自身も自己の見解に「疑いの余地がないわけではない」とか「最ももつともらしい読み方」と慎重な留保を付した (Kamisar, *Editors*, at 68) 「医師による自殺幫助への権利の可能性をすべの状況で排除する」ことの躊躇」を O'Connor 裁判官の結果同意意見に見出しつゝ (Kamisar, *Meaning and Impact*, at 915) 。
- (117) Kamisar, *Meaning and Impact*, at 908 n. 56.
- (118) *Glucksberg*, 117 S. Ct. at 2303 (O'Connor, J., concurring). それに対して当事者間にそのような合意はなすとする見解と「*but see Burt*, *supra* note 84, at 968-9.
- (119) 先例には 3 枚綴り書面を要求する条項を含む New York 州法に於いて全員一致で合憲したものがある (Whalen v. Roe, 429 U.S. 589, 603 (1977)) が、最高裁はそれと異なる書面を要求するところが必要な薬物の処方妨げるところと前提には立つてゐないところである。ただし「この事件では、問題の薬物の処方を全面的に禁止することがべからぬ」といふ——O'Connor の立場とは整合しない——前提で判断がなされているという点には注意が必要である。
- なお、多少例外的な事例ではあるが、法的障害の例として、本文の場合に加えて、一般に違法薬物の中毒者には末期患者であつても苦痛緩和薬が使用できなくなつてゐることもあつた。See COMMITTEE ON CARE AT THE END OF LIFE, DIVISION OF HEALTH CARE SERVICES, INSTITUTE OF MEDICINE, APPROACHING DEATH: IMPROVING CARE AT THE END OF LIFE 195 (Marilyn J. Field and Christine K. Cassel Eds., 1997). このような事例には自業自得と見なす側面もなきが、苦痛を放置するのはたゞかに過酷に過ぎない。
- (120) Burt, *supra* note 115, at 1235-6. なお、このような懲戒が行われる例はそう頻繁にあるとは思われないが、皆無ではないところである。長時間作用するように作られたモルヒネの錠剤 (MS Contin) の試験に際して報告義務懈怠で刑事訴追を受けたが無罪になつた Blum 医師の事例に「*but see* MARILYN WEBB, THE GOOD DEATH: THE NEW AMERICAN SEARCH TO

RESHAPE THE END OF LIFE 91-3 (1997).

- (121) Howard Brody, *Physician-Assisted Suicide in the Courts: Moral Equivalence, Double Effect, and Clinical Practice*, 82 MINN. L. REV. 939, 960 (1998). 反対に、その有名な“sadistic”な州などからわれわれはさすがにこの見解をこぼす’ see Ezekiel J. Emanuel, *The Future of Euthanasia and Physician-Assisted Suicide: Beyond Rights Talk to Informed Public Policy*, 82 MINN. L. REV. 983, 987 (1998).

- (122) Note, *supra* note 36, at 245.

(123) 一般に、末期がん患者の90%以上は、意識を失わせないう痛みをコントロールが可能だとされているとされている。See, e.g., Ada Jacox et al., *New Clinical-Practice Guidelines for the Management of Pain in Patients with Cancer*, 330 NEW ENG. J. MED. 651 (1994). それに加えて、意識を失わせないうのであれば、すべての苦痛が除去可能だと主張してはならない。

これに対して Stevens 裁判官は、全ての苦痛が除去しうる訳ではないという前提に立っている (Glucksberg, 117 S. Ct. at 2308)。患者が無意識状態に至るまで鎮静剤を投与してもたらされる末期昏睡をもって苦痛の除去といわれても、それは尊厳を害する、というのが被上訴人の主張であるが、そのような立場に理解を示しているであろう。この立場からは、問題を法的な禁止の不存在に限定することの問題性が強調されることになる。

もっとも、つきつめれば、昏睡状態が本当に苦痛の除去であるのかという問題もある。手術の際の全身麻酔状態であっても、痛みを経験したという事後報告はないうわけではない。See e.g., N. Moerman et al., *Awareness and Recall During General Anesthesia: Facts and Feelings*, 79 ANESTHESIOLOGY 454, 492, 497 (1993).

さらに、このような無意識に至る薬物投与の場合、典型的には、水分・栄養補給の打ち切りが併用されており、このような形での「安楽死」は、二重効論と整合的には正当化不可能であるとも指摘する見解もある。この見解によれば、たんに末期患者に対する栄養・水分補給が停止されて患者が死に至る場合には、死が病気そのものによって直接もたらされるにせよ、病気が原因で患者自らが栄養・水分を摂取できないことによってもたらされるにせよ、患者は元々罹患している病気によって死ぬということが出来る。しかし、このような栄養・水分補給の停止が、薬物投与によって創出された無意識状態において行われる場合には、そしてそれがむしろ典型的であるというのだが、患者は病気によって死ぬではなく、医師によって栄養・水分の摂取をできなくされた上でその補給を停止されるために死ぬのである。このような、いわば緩慢な安楽死 (slow euthanasia)

は、医師による自殺補助や任意的安楽死と同様に濫用の危険があるのみならず、それらに比べて患者本人の意思が反映されないおそれ大きい。そして、末期昏睡＋栄養・水分補給停止が患者の希望で行われるとしても、患者ないし医師は直接死を意図してはならない。See David Orentlicher, *The Supreme Court and Physician-Assisted Suicide: Rejecting Assisted Suicide but Embracing Euthanasia*, 337 NEW ENG. J. MED. 1236, 1237-8 (1997).

「慢性的」Orentlicher が「慢性的」事例 (slow euthanasia) が「典型型」であることに對しては、この問題に對しての研究 (David A. Ash, *The Role of Critical Care Nurses in Euthanasia and Assisted Suicide*, 334 NEW ENG. J. MED. 1374 (1996); William C. Wilson et al., *Ordering and Administration of Sedatives and Analgesics During the Withholding and Withdrawal of Life Support from Critically Ill Patients*, 267 JAMA 949 (1992)) は、調査の規模や質問の構成などの点で信頼性が低く、一般にそのような事実があるとは確認されることがある。See Wolf, *supra* note 78, at 1093 n. 121. 多くの場合は、患者が生命維持治療の停止を要求し、それに伴いチューブなどをとり外す際の苦痛を避けるために薬物の投与が行われている—それならば本来は必ずしも昏睡に至る必要はないともいえるが—のかもしれない。

(12) Kathryn L. Tucker, *The Death with Dignity Movement: Protecting Rights and Expanding Options After Glucksberg and Quill*, 82 MINN. L. REV. 923, 927 n. 15 (1998) は苦痛除去がでない患者については「ただちに修正一四条の自由の問題になる」としているが、判決を「法的障害の存在を介せずにそのように理解することは本文に述べたように難しい。

(12) 攻撃的苦痛緩和治療はたとえ死期を早めるものであっても、死を直接目的とするのではなく、苦痛の緩和を目的とするから許容される」とするいわゆる「二重効論 (double effect theory)」は、苦痛緩和治療によって死期が早まるということを前提としているが、苦痛緩和のために用いられる薬物によって呼吸作用が阻害されて死に至ることは、理論的にはありうるが極めてまれであるとする研究もある。See Howard Brody et al., *Withdrawing Intensive Life-Sustaining Treatment—Recommendations for Compassionate Clinical Management*, 336 NEW ENG. J. MED. 652, 652-3 (1997). 他、Wolf, *supra* note 78, at 1079 & n. 58 も、データに照らせず、苦痛緩和に用いられる薬物が死をもたらすかどうかのは疑わしいとする。ただし、オピオイド (opioids) と催眠剤 (barbiturates) を區別して、後者については死を早める場合があるとする研究として、Truog et al., *Barbiturates in the Care of the Terminally Ill*, 327 NEW ENG. J. MED. 1678 (1992) があることに注意が必要と思われる。すなわち「死は早められていない」というこれらの主張が正しいとすれば、本文で続けて述べた(次注の) Dworkin の様な

主張は、前出注(123)のような水分・栄養補給の停止との併用例を除いて、ほとんどその基盤を欠くことになる。

- (126) Dworkin, *supra* note 76, at 44.
- (127) なお、以上のとおり「苦痛に焦点を当てる」とは議論を誤導するものであって、患者からの自殺帮助ないし安楽死の要請と患者の苦痛との間には想定されてくるような因果関係がないことを、医師・患者へのアンケート調査をもとに論じるものとし、*see* Emanuel, *supra* note 121, at 997-1000. もちろんこれは、「苦痛が理由で安楽死ないし自殺帮助を欲する患者がいない」ということにはなさない。
- (128) *Glucksberg*, 117 S. Ct. at 2275.
- (129) *Id.* at 2303 (O'Connor, J., concurring).
- (130) *Compassion in Dying v. Washington*, 850 F. Supp. 1454, 1455-6 (W. D. Wash. 1994).
- (131) *Id.* at 1467.
- (132) *Id.* at 1467-8.
- (133) *Compassion in Dying v. Washington*, 49 F. 3d 586 (9th Cir. 1995).
- (134) *Compassion in Dying v. Washington*, 79 F. 3d 790 (9th Cir. en banc 1995).
- (135) *Id.* at 798.
- (136) *Id.* at 798 n. 9.
- (137) *Quill v. Koppell*, 870 F. Supp. 78 (S. D. N. Y. 1994).
- (138) *Quill v. Vacco*, 80 F. 3d 716 (2nd Cir. 1996).
- (139) *Glucksberg*, 117 S. Ct. at 2305 (Stevens, J., concurring in the judgements).
- (140) *Id.* at 2309 & 2310.
- (141) *But see, e.g.*, Michael W. McConnell, *The Right to Die and the Jurisprudence of Tradition*, 1997 Utah L. REV. 665, 677 (1997) (Stevens の立場は反対意見として理解しなす限り、一貫しなす)。
- (142) *Id.* at 2275 n 24. さやうへに Rehnquist は「しかじなから、そのような主張は、ソムニ被上訴人が述べるものとは極めて異なるものでなければならなす」と付け加えるのを拒れなす。 *Quill*, 117 S. Ct. at 2302 n. 13 も同旨。法廷意見の

いずれも最後に付されたこれらの脚注は O'Connor の同意を得るためのものであろう。

- (14) なお、Souter 裁判官は、*Glucksberg* にて「州法に加えられている攻撃は、文面上のものではなく、適用上のものである。私はこれを法廷意見より狭く理解しよう」と述べた。 *Glucksberg*, 117 S. Ct. at 2275 n. 2.
- (144) Farrell, *supra* note 105, at A1.
- (145) Kamisar, *Meaning and Impact*, at 895. なお、Kamisar は「医師による自殺補助を受ける権利が憲法上のものではないとされたこと」を「推進論者によるネガティブな政治的なインパクトは大きいはずだ」としている (*id.* at 900).
- (146) *Glucksberg*, 117 S. Ct. 2262 n. 7.
- (147) Lee v. Harclerod, 118 S. Ct. 328 (1997).
- (148) Lee v. State of Oregon, 107 F. 3d 1382 (9th Cir. 1997).
- (149) 他の患者はすべて死した。 *Id.* at 1386 n. 1.
- (150) *Id.* at 1388.
- (151) Oregon Death with Dignity Act §§2.02, 3.06, ORE. REV. STAT. §§127. 810, 840 (1997).
- (152) *Id.* §§3.01-3.04, ORE. REV. STAT. §§127. 815-830 (1997).
- (153) *Id.* §2.02, ORE. REV. STAT. §127. 810 (1997).
- (154) *Id.* §3.08, ORE. REV. STAT. §127. 850 (1997).
- (155) *Id.* §3.04, ORE. REV. STAT. §127. 830 (1997).
- (156) Lee, 107 F. 3d at 1388-7.
- (157) したがって、患者の権利を主張する医師、滞在型ケア施設についてもスタンディングを否定した (*id.* at 1390)。なお、彼らが主張した RFRA にて「すべてのスタンディングも否定されてくる」 (*id.* at 1391-2)。
- (158) City of Los Angeles v. Lyons, 461 U.S. 95 (1983)。この事件は、市警が逮捕に際して締め技 (chokehold) を用いることが違憲であるとして差止を求めた事案について、かつてそのような逮捕によって損害を受けたと主張する市民にスタンディングを認めなかった事例である。
- (159) O'Shea v. Littleton, 414 U.S. 488 (1974)。この事件は、ある郡での刑事司法の執行が差別的であるなどの点で違憲である

としてクラス・アクションを提起した市民にスタンディングを認めなかったものである。

(160) 控裁は、「もし被上诉人がスタンディングをもたなければ誰ももつものがないということはスタンディングを認める理由にはなからず」(Valley Forge Christian College, 454 U.S. 464, 489 (1982), quoting Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War, 418 U.S. 208, 227 (1974)) と述べた (Lee, 107 F. 3d at 1390)。

(161) *Glucksberg*, 117 S. Ct. at 2293 (Souter, J., concurring in the judgement), at 2303 (O'Connor, J., concurring).

(162) Richard, E. Coleson, *Washington v. Glucksberg*, 13 ISSUES IN L. & Med. 315, 319 n. 2 (1997).

(163) *Glucksberg*, 117 S. Ct. at 2272-5.

(164) cf. *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189, 195 (1989). 本判決については、樋口範雄「児童虐待と合衆国最高裁——子供への公的保護責任と一九八三条訴訟——」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開上』二四七頁(平成五年、有斐閣)、福岡久美子「公立学校における体罰・いじめと合衆国憲法——『特別な関係』理論——」阪大法学四六巻四号五六九頁(平成八年)参照。この問題を日本の解釈論でどのように位置づけるかは、ドイツの文脈で語られる基本権保護義務に関する理論との関係で検討されなければならないであろうが、今後の課題としたい。さしあたり、小山剛『基本権保護の法理』四九—五〇、二七五—三〇六頁(平成一〇年、成文堂)参照。

(165) *Oregon Death with Dignity Act §2.01*, ORE. REV. STAT. §127, 805 (1997).

(166) *Lee v. State of Oregon*, 891 F. Supp. 1429, 1433 (D. Ore. 1995).

(167) 地裁が問題にするのは、患者を診断する主治医および第二の医師は精神科医や心理学者などの専門家であることが要求されること(これに対して Oregon 州の民事拘禁法では関係の医師に特別の免許が要求されている)、第二の医師は独立に選ばれるものではなくその選択が主治医に委ねられている、民事拘禁の場合にみられるような裁判所の関与がない、同法にかかわる限りで医師の責任・義務の基準が下げられている、医師が薬を処方した後の患者の管理が定められていない等の点 (id. 1434-7) である。See *Oregon Death with Dignity Act §§3.01, 4.01*, ORE. REV. STAT. §§127, 815, 885 (1997); ORE. REV. STAT. §§426, 231, 232, 110, 120, §670, 095, §127, 560 (1997)。

(168) Simon M. Canick, *Constitutional Aspects of Physician-Assisted Suicide After Lee v. Oregon*, 23 AM. J.L. & MED. 69, 89 (1997) (提案一六号は「とりわけ苦痛の防止とらう目的の増進のために」判断能力ある末期患者に医師による自殺補助を認めよ

らへんたあ(6)に於て) Glucksberg の原審の Reinhardt 裁判官の多数意見(七人の裁判官が同調)は、傍論で地裁の判決に「『「緊要の」Lee は負担を便益として披り便益を負担として披つてゐる。その点で Hogan 裁判官は明白に間違つてゐる』」と判つた。Compassion in Dying, 79 F. 3d at 838.

(89) Lee, 891 F. Supp. at 1431.

(90) Canick, *supra* note 168, at 91-2 註 New York City Transit Authority v. Beazer, 440 U.S. 568, 593 (1979) を引用して「『末期患者』」分類のある者は薬を受け取るべきであるが、地裁はこの下位集団が末期患者のほんの一部 (tiniest fraction) に限らざるべしとの判決を以て証拠を挙げつてゐる」と批判する。

(91) Canick, *supra* note 168, at 93-4 註地裁の判決を以て「前出注(89)の諸点にこの改善策を提案する。」

(92) Casey, 505 U.S. at 843 (opinion of O'Connor, Kennedy, Souter, JJ.).

(93) Dworkin, *supra* note 76, at 40 註 Souter の見解を解釈主義的立場として歴史主義的立場の「保守派」三裁判官と対置してゐる。

(94) EDWARD S. CORWIN, LIBERTY AGAINST GOVERNMENT 58-115, 121-36 (1948).

(95) See, e.g., Wynchamner v. People, 13 N. Y. 378 (1856).

(96) See, e.g., Dred Scott v. Sandford, 19 How. 393 (1857).

(97) See, e.g., Slaughter-House Cases, 16 Wall. 36 (1873).

(98) Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

(99) Glucksberg, 117 S. Ct. at 2279.

(100) Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923).

(101) Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925).

(102) Palko v. Connecticut 302 U.S. 319 (1937).

(103) Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942).

(104) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

(105) Poe, 367 U.S. at 539.

- (186) *Griswold*, 381 U.S. at 484-5.
- (187) *Id.* at 500.
- (188) *Casey*, 505 U.S. at 848, (opinion of O'Connor, Kennedy, Souter, JJ.) *cing* Poe v. Uhlman, 367 U.S. 497, 543. 共同意見のこの部分は Stevens 及び Blackmun 裁判官の支持を得て法廷意見となつた。ちなみに *Glucksberg* の原審控訴の全員法廷判決も基準の提示に際し、この部分を援用してゐた。
- (189) *Glucksberg*, 117 S. Ct. at 2277 n. 4.
- (190) *Id.* at 2279-81. おまかせ Souter 裁判官はこのような実体的審査が、何らかの絶対的なものを同定するのではなく、いずれもそれ自体価値のあるしかし人民としての我々の価値の歴史の中で衡量されるべき複数の衝突する原理間の衡量の問題であること、細部への注目が重要であることを強調する (*id.* at 2281.)。
- (191) *Griswold* 当時 Warren 長官のロー・クラークであった Ely は、長官へのメモにおおづつ「すつての点におおづつ Poe v. Uhlman における Harlan 裁判官の意見は、彼が当該 Connecticut 州法を好きではなかつたことと帰着するようには私には思われる。この曖昧な『怒り』に基づく修正一四条論は、最も危険な類の『積極主義』を構成する」とコメントしてゐた。John Hart Ely, *Memorandum for Chief Justice Warren Concerning Griswold v. Connecticut* (1965), ON CONSTITUTIONAL GROUND 279, 280 (1996). 反対に、保守的な Harlan の見解をもち、*Glucksberg* への法廷意見の立場に通ずるものとして Souter の Harlan 理解は誤解であることをおおづつ See McConnell, *supra* note 141, at 698-700.
- (192) *Glucksberg*, at 2268 n. 17.
- (193) なお、Souter は、いわゆる「基本的自由利益」論の中で、次のように言う。「しかしながら、用語の正確を期するため、『権利』というラベルは、個人の自由利益が政府の対抗利益に対して実際に切り札として作用する場合のためにとっておいた方がよい。その場合にのみ、個人は、州による規制の試みに対して法的に執行可能なものを有するのであるから」(117 S. Ct. at 2283-4 n. 10)。我が国におおづつ、言葉をおおづつか、機関としての裁判所の性格を強調し、正義の味方としての権利概念を説く藤井助教の見解との親近性が注目される。藤井・前出注(49)参照。
- (194) *Glucksberg*, at 2293.
- (195) *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954).

- (196) Brown v. Board of Education, 349 U. S. 294, 301 (1955).
- (197) Burt, *supra* note 84, at 973-4.
- (198) この問題についての論考として、以下で個別に引用するものの他、竹中勲「人権としての『自己決定権』」ジュリスト八八四号一八〇頁(昭和六二年)、高井裕之「生命の自己決定と自由」ジュリスト九七八号一〇六頁(平成三年)、駒村圭吾「生命・人間・倫理」の憲法論——「中絶の自由」・「延命治療拒否権」が提起した倫理的問題に関する憲法学的考察——(一)〜(三)」白鷗法学一号一四七頁、三号九九頁、四号八二頁(平成六、七年)参照。
- (199) 土井真一「生命に対する権利」と『自己決定』の概念、公法研究五八号九二頁、九五頁(平成八年)は、人格的利益説と一般的自由説に分け、後者を限定説と無限定説に分ける。
- (200) 竹中勲「自己決定権と自己統合希求的利益説」産大法学三二巻一号一頁(平成一〇年)三頁。
- (201) 佐藤幸治「憲法(第三版)」四四八頁(平成七年、青林書院)。
- (202) これが竹中教授自身の立場である。竹中前出注(200)一八頁。
- (203) 藤井・前出注(49)三五六頁。
- (204) 戸波江二「幸福追求権の意義」公法研究五八号一八頁(平成八年)。
- (205) 橋本公旦「日本国憲法〔改訂版〕」二一九頁、四二六―七頁(昭和六三年、有斐閣)。
- (206) 内野正幸「憲法解釈の論理と体系」三一五―六頁(平成三年、日本評論社)。ただし、内野教授の立場は必ずしも明白ではない。竹中・前出注(200)三二―二頁注(21)―(22)参照。
- (207) 竹中・前出注(200)四頁。なお、竹中教授は、「文字どおりの一般的自由権説から自殺の自由を除いたものが自己決定権に含まれるとする説」という分類は挙げていない。
- (208) 佐藤・前出注(201)四四七頁。
- (209) なお、人権制約事由の位置づけという点に関しては、本文のように定式化したF説はとくにストレートに憲法一三条後段の文言と衝突する。竹中勲「自己決定権の意義」公法研究五八号二八頁、三六頁(平成八年)。ただし、C説はこの矛盾の存在に対して懐疑的である。藤井・前出注(49)三三〇頁。なお、竹中・前出注(200)三〇頁注(10)参照。
- (210) D説に立つ戸波教授は「自殺の決定であっても、自己決定の本質に関するものとして例外的に保護を受けることがあろう」

として限定的に肯定するようであるが、その範囲は明らかでない。戸波・前出注(204)一八頁。

また、『幸福追求権』は『一般的行為の自由権』の別称である(阪本昌成『憲法理論2』(平成五年、成文堂)二四〇頁)と説き、D説と近い立場に立つように思われる阪本教授は、「自由を最も尊重する本書の立場からすれば、有益な結果が生ずることが前もって分かっている場合にだけ自由を認めることは自由の尊重ではない」としつつも、「長期的な観点からみて、回復不能で永続的な不利益をもたらす場合には、国家による介入は正当である」。「なかが回復不可能かという長期的な見通しは、自殺の本人にもたらす影響以外、誰も知るところではない」(同書一七六頁)として、やや明確ではないものの、「自殺の自由」を否定する。

(211) 内野・前出注(206)三四〇—三頁(平成三年、日本評論社)。

(212) 一般的自由権説と人格的自律権説との対立については膨大な文献があり、それ自体については本稿ではこれ以上は立ち入って論じない。とりあえず、藤井・前出注(49)三一五—五〇頁およびそこに引用された各文献参照。すぐ後に述べるように、本稿のさしあたりの関心は、AないしB説の立場でもなお、「自殺の自由」について考えるべき点が残るのではないかということにある。

(213) 佐藤・前出注(201)四四八頁。

(214) 前掲書四四三頁。

(215) なお、人格的自律権説にあつては、一三条の「生命、自由、幸福追求に対する国民の権利」を特に相互に区別せず、一括して「幸福追求権」として論じるのが伝統的であつたが、最近では三者がそれぞれ独立に文言化されていることからそれぞれの独自性を説く見解が有力である。土井・前出注(199)九二頁、棟居快行「幸福追求権について」ジュリスト一〇八九号一七九頁—一七九頁(平成八年)、藤井・前出注(49)三五四—五頁。

また、手続的基本権観・手続的憲法観に立つ松井茂記教授も、「自己決定権といわれるものの中には、日本国憲法の規定によつて部分的に保護されているものがある。例えば、生命や身体の処分にかかわる自己決定権と呼ばれるものの中には、憲法一三条の『生命』、『自由』の問題とすることができものがあつた」として「生命」に対する権利について別個に扱うことを提唱する。松井茂記「自己決定権について(二・完)」阪大法學四五卷五号七—一七頁、七七九頁(平成七年)。なお、松井教授の基本的な人権観・憲法観そのものの問題については本稿では立ち入らない。松井茂記「プロセス的司法審査理論再論」佐藤幸治先

生還曆記念『現代立憲主義と司法権』六七頁（平成一〇年、青林書院）、土井真一「司法審査の民主主義的正当性と『憲法』の観念——手続的司法審査理論の憲法的地平——」前掲書一一五頁、市川正人「違憲審査と民主制」佐藤幸治『初宿正典』大石眞編『憲法五〇年の展望Ⅱ自由と秩序』二八一頁（平成一〇年、有斐閣）、阪口正二郎「立憲主義と民主主義」10『法律時報八七一号五八頁（平成一〇年）等参照。

生命に関する自己決定が、「生命」と「自由」のどちらによって保障されると考えるべきかは難しい問題であるが、生命に対する権利を殺されない権利としてのみ考えたと仮定すると、死ぬ権利の問題は自由および幸福追求に対する権利の問題となる。ちなみに合衆国憲法修正一四条は「生命、自由および財産」について語るが、連邦最高裁判所はこの問題を「自由」の問題として扱ってきている。

(216) 樋口陽一「佐藤幸治Ⅱ中村陸男Ⅱ浦部法穂・注解法律学全集Ⅰ憲法Ⅰ（平成六年、青林書院）二九八頁「佐藤幸治執筆」。医師による自殺補助を受ける権利は積極的安楽死のものではないが、治療拒否権にとどまるものでもない。積極的安楽死と区別された医師による自殺補助がアメリカで主張されるようになったのは比較的最近（Brody, *supra* note 121, at 941 n. 5）によれば八〇年代末以降）のことである。既述のように、結局、最高裁によって承認はされなかったものの、九六年には二つの控裁がこれを承認したわけである。この分野での潮流の変化の速さを物語るといえよう。

(217) 佐藤・前出注(201)四六〇頁。

(218) 竹中・前出注(200)二四頁。

(219) 竹中勲「憲法学とバターナリズム・自己加害阻止原理」佐藤幸治先生還曆記念『現代立憲主義と司法権』一六七頁、二〇三頁注(44)（平成一〇年、青林書院）。

(220) 土井・前出注(199)九二頁。

(221) 佐藤・前出注(201)四六〇頁。

(222) 竹中・前出注(219)二〇三頁注(44)。

(223) *Airedale NHS Trust v. Bland*, 1993 App. Cas. 789 (appeal taken from Eng.).

(224) 土井・前出注(199)九九頁。『L』内は Lord Goff of Chieveley 裁判官の意見 (*Bland*, 1993 App. Cas. at 865.) からの引用である。

(225) なお、憲法学における人格的自律権論者の主張とは別に、近時、社会学等の領域において、自己決定権に否定的な論調が優勢であることが注目される。たとえば、立岩真也『私的所有論』(平成九年、勁草書房)は、臓器移植や代理出産の事例に自己決定権の論理を徹底して適用した場合の違和感に触れた上で、「身体の自己所有は正当化されない。自由主義者の呑気さはこのことを考えないことにある」(同書五五頁)と批判し、「自己による制御から出発する発想を裏返し、逆に考えたらどうだろうか」と問う。そして、「私が制御できないもの、精確には私が制御しないものを、「他者」と呼び、「私たちはこのような意味での他者性を奪ってはならないと考えているのではないか」(同二〇五頁)とし、このことは、「他人についてはなく、『私』についても」(同二〇九頁)妥当するとする。「Aは生命を自分で統御しているのではない。たまたま生命aがAのもとにある。というより、Aが生きているということ自体がある。Aはいのちを自分で統御しているわけではない。ただ生きているだけである」(同二〇三頁)というのである。もともと、立岩助教授は、生命についての自己決定を全面的に排除するわけではないようである(同二二三―二五頁)。また、大沢真幸助教授も、「身体を自己に所属する私的所有物のようにあつかうことは……言い知れぬ不安や嫌悪がともなう。そうであれば、むしろ逆に、身体は自己に完全には所属しきれていない、と考えるべきではないか。言い換えれば、身体はまさに自己に所属すると同時に、その限りにおいて、自己ならざる者、つまり(不定の)〈他者〉に所属しているのではないか」(大沢真幸「自由の牢獄―リベリズムを越えて」季刊アステイオン一九九八夏号六八頁、七九頁(平成一〇年))と問う。いずれも極めて興味深い主張であるが、その哲学的正当性をここで検討する準備が筆者にはない。ただ、論者が主張するようにその理論が従来の「自由主義」「リベリズム」に対する深刻な問題提起であるのだとすれば、その社会国家・福祉国家的側面はともかくとして一般には古典的・伝統的リベリズムの観点から理解されてきたと思われる日本国憲法の解釈論へ整合的に導入することは、それほど容易であるとは思われない。なお、筆者は、日本国憲法の社会国家・福祉国家的側面についての通説的理解に与する訳ではない。拙稿「経済的自由権を規制する立法の合憲性審査基準―人権基礎づけ編からみた目的二分論―」(二・二・完)「民商法雑誌」一三三巻四二五号七三六頁、六号八四〇頁(平成八年)参照。

(226) 佐藤・前出注(20)四〇五―六頁。

(227) 竹中・前出注(20)二〇三頁注(44)。

(228) 上述四、一および二参照。

- (229) 佐藤・前出注(201)四四八頁。
- (230) 「シンポジウム第一部会討論要旨」公法研究五八号一一四頁、一三〇—一頁(土井真一発言)(平成八年)。
- (231) 藤井・前出注(49)三五八頁。藤井助教教授はこの点について、具体的な結論を主張してはいないが、おそらく、後述する筆者のように諸種の制約をありうるものとしつつ「死に方を決める権利」を憲法上の権利と類型化することには反対されるであろう。藤井説にあつては、裁判所で「勝つ」ものだけが憲法上の権利だからである。かりに、実体的に本稿と同じ結論に帰着するとしても、藤井説にあつては「死に方を決める」利益が、総合考慮の中で判断されるべき利益に数え上げられるべきだということにならう。
- (232) Transcript of Oral Argument, *Glucksberg* (No. 96-110), available in 1997 U.S. TRANS LEXIS 19, at *22.
- (233) Transcript of Oral Argument, *Quill* (No. 95-1858), available in 1997 U.S. TRANS LEXIS 11, at *29.
- (234) 前出注(220)—(221)本文参照。
- (235) *Orentlicher, supra* note 123, at 1239.
- (236) 土井・前出注(199)九二頁。
- (237) 土井・前出注(230)一三二頁。
- (238) 高井裕之「合衆国憲法修正二条をめぐる最近の議論についての覚書」産大法学三〇巻三三四号六〇〇頁、六三八頁(平成九年)参照(私人による侵害に対する実力による抵抗は、現在では一般に刑法上の正当防衛の問題として考察できようが、個人の生命・身体・自由・財産の防衛のための実力の行使が憲法上保障されていると考えるならば、それは憲法上の権利でもあらう。したがって、日本国憲法下、正当防衛行為を処罰する法律は違憲とならう)。
- (239) 前出注(123)参照。
- (240) 佐藤・前出注(201)三六八頁。
- (241) 名古屋高判昭和三十七年二月二日高判集一五巻九号六七四頁にはじまり、横浜地判平成七年三月二八日判時一五三〇号二八頁に至る諸判決。町野他・前出注(7)二—三六頁参照。また、宗教的理由による輸血拒否に反して輸血が行われたことに対する損害賠償請求についての東高判平成一〇年二月九日判例時報一六二九号三四頁は、本件では絶対的無輸血の合意はなかったとしたが、そのような合意でもかりにあったとしたら、公序良俗に違反するものではないとしており(二三八頁)注目される。

さらにこの判決は、説明義務の存否の判断にあたって、「被控訴人らは自己の生命の喪失につながるような自己決定権は認められないと主張するが、当裁判所は特段の事情がある場合は格別として（自殺をしようとする者がその意志を貫徹するために治療拒否をしても、医師はこれに抱束されず、また交通事故等の救急治療の必要ある場合すなわち転医すれば救命の余地のないような場合には、医師の治療方針が優先される。）、一般的にこのような主張に与することはできない。すなわち、人はいずれは死すべきものであり、その死に至るまでの生きざまは自らで決定できるといわなければならぬ（例えばいわゆる尊厳死を選択する自由は認められるべきである。）」(三九頁)と判示している。本件の事案自体は尊厳死したものではないが、注目される。もともと、この判決の挙げた例外は、病的な自殺者や患者の意思確認の困難な緊急事態を念頭においているとも理解しなにかぎり、相当の違和感の残るところである。本件については棟居快行『憲法フィールドノート（第二版）』二四頁以下（平成一〇年、日本評論社）参照。

- (242) 高井裕之「憲法と医事法についての覚書」佐藤幸治先生還暦記念「現代立憲主義と司法権」二八五頁、二九八頁（平成一〇年、青林書院）。高井助教教授は、歴史・伝統に依拠した「限定説」を主張し、「*Glucksberg* 判決で問題となったような自殺幫助をする権利、ないしそれを受ける権利は、自己決定の範疇に入らない」とする。同書三〇五―六頁および三〇七頁注(39)参照。
- (243) 前出注(241)の東高判についても、絶対的無輸血特約の有効性の問題が、説明義務、輸血の違法性、損害の有無および額の判断に影響しているとの指摘がある。判例時報一六二九号三五頁参照。

- (244) 樋口他・前出注(216)二九八頁「佐藤幸治執筆」。同旨、竹中勲「生命に対する権利」と憲法上の自己決定権」佐藤幸治『初宿正典編』人権の現代的諸相」二四頁（平成二年、有斐閣）。土井・前出注(199)九二頁。ただし、竹中教授は、生命維持治療の不開始・中止決定について、一定の範囲で他者による決定への拡張を意図されているようである。竹中勲「『安楽死』と憲法上の自己決定権」法学教室一九九号八一頁、八九頁（平成九年）参照。

- (245) Dworkin, *supra* note 103, at 45; David Orentlicher, *The Legalization of Physician-Assisted Suicide*, 335 NEW ENG. J. MED. 663, 664 (1996); Alan Meisel, *Physician-Assisted Suicide: A Common Law Roadmap for State Courts*, 24 FORDHAM URB. L.J. 817, 850 (1997).

- (246) Dworkin, *supra* note 103, at 45. 以下同様。実際には例外は存在する。See Orentlicher, *supra* note 245, at 665; ALAN MEISEL, *THE RIGHT TO DIE* vol. 1 51 n. 69 (2nd ed., 1995).

(247) 土井・前出注(199)一〇〇頁。
(248) Burt, *supra* note 84, at 976.