

タイトル	臨死介助、自殺及び自殺患者に対する医師の治療義務 (上)
著者	モース, ラインハルト; 吉田, 敏雄
引用	北海学園大学法学研究, 43(2): 469-485
発行日	2007-09-00

臨死介助、自殺及び自殺患者に対する医師の治療義務（上）

ラインハルト・モース
吉田敏雄（訳）

臨死介助、自殺及び自殺患者に対する医師の治療義務（上）

目次	I
問題提起	I
病人の自己決定	II
原則	1
消極的安楽死	2
積極的安楽死	3
間接的安楽死（以上 本号）	4
自殺未遂後の自己決定	III
刑法第一一〇条と刑法第七七条、 第七八条の関係	1
自己謀殺の非難可能性	2
特別の犯罪としての自己謀殺への関与	a
自己謀殺の社会倫理的非難可能性	b
治療義務の二軌道体系	3
分離原則	a
刑法第七八条の自殺患者への拡張	b
治療拒否	c
減刑	IV
まとめ	V

I 問題提起

自殺患者に対する医師の治療義務の問題というのが生ずるのは、自殺者が自殺行為に出たが、それに失敗した後、自殺意思を放棄せず、それ故、治療に当たる医師に対して生命に危険のある負傷を治療することを許さない場合である。ここに、二つの意思領域が衝突していることになる、つまり、患者は死にたいが、医師は助けたいということである。医師は患者の意思に屈服しなければならないのだろうか、それとも、基本的に医師の義務であるのだが（一九九八年医師法第四九条と結びついて刑法第二条）、生命維持の努力をしなければならないのだろうか。

これに関係するオーストリア刑法典の規定はこの対立関係を反映している。一方で、刑法はその第一一〇条で、医師に治療をしてもらわない患者の自己決定権を尊重しているのであり、それが患者の生命を失わせるかもしれないとしてもそうである。⁽¹⁾自殺（未遂）を罰する規定はないから、生命に危険のある負傷をした自殺患者は、いかなる他の患者とも同じく、刑法第一一〇条の定める自己決定権という尊重請求権を有しているように見える。他方で、他人の自殺に関与するい

かなる者も、刑法第七八条により処罰されねばならない。この緊張関係からは、自殺患者は通常の負傷者とは異なった位置づけを与えられ、医師は自殺患者をその継続的な死の意思に反しても治療しなければならぬという帰結が生ずるかもしれない。この問題性は臨死介助の可罰性と関連している。

II 病人の自己決定

1 原則

刑法第一一〇条は、疾病があるからといって、その者の承諾がないのに治療することを禁止している。同意の要請は医学の規則にのっとった治療にも妥当する。医師にはこういった場合に治療を差し控える義務がある。医師の「専断的治療」は六月以下の自由刑又は罰金刑に処せられる。刑法第一一〇条は、患者の承諾が欠如している場合ばかりでなく、ますますもって、明白な「医療拒否」の場合にも適用される。その場合、医師の専断は、なるほど、実践的履行不能の故に、行使されないことが多いが、⁽²⁾しかし、専断的治療行為の禁止というのは、これらの場合においても、臨死介助と自殺の概念を解明するために重要な意味を有する。

医師から免れたいという患者の動機、それ自体にはなんら

の限界も設けられていない。保護されているのは自由な意思であり、それが他人にとっては依然としてきわめて無分別だと思われるのもそうである。この意思自由から致死の結果が生じうるということが意味しているのは、誰もが運命的に免れない自分の体の死への権利をもっているということである。したがって、例えば、誰もが、輸血を受け入れるよりもむしろ死ぬ方を選択するほど、強情であつても良いのである。

刑法第一一〇条の定める自己の死に関する患者の処分権は、生命に危険な疾病ないし負傷に際して治療を差し控える場合にだけ関係している。その他の点では、他人による殺害への承諾又は自殺への他人の関与への承諾は刑法第七七条、同第七八条により許されない。すなわち、その限りで、生命という法益は自由に処分できないのである。

刑法第一一〇条の定める患者の自己答責の承認の前提となつてゐるのは、患者が治療への承諾を拒否することの意味を判断できるということである。「拒否成年」⁽³⁾は承諾能力に対応する。患者は十分な自然的認識・判断能力をもたねばならず、医的射程距離に関して教示されていなければならない。⁽⁴⁾患者が一時的に承諾無能力か意識喪失であり、したがって、患者から救命治療の承諾が時間的理由から得られない場合、

実際に、生命の危険があるか、又は、なるほど、生命の危険はないが、しかし、思い違いをしている医師が相当な注意を払つてその存在を想定しえたときには、医師は専断的治療の廉で処罰されることはない（刑法第一一〇条第二項）。

患者の中には、用意周到にも、まだ完全な意識があるときに治療を拒否することによつて、医師の活動を妨げる者もいる。それは、口頭又は書面で行われうる。後者の場合、いわゆる「患者遺言」とか「患者指図」とか言われる。それは、完全に具体的な、現在の又は切迫している状況に関係しているとき、確実に拘束力を有する。⁽⁵⁾しかし、医師が、その他の場合、こういった先取りされた意思表示をどの程度尊重せねばならないのか、この点につき、争いがある、というのは、それが一般的に書かれていれはいるほど、非常に長期にわたつていれはいるほど、患者が他でもなく具体的事例のことを考えていたのか否かがますます不確かになるからである。しかし、いずれにしても、患者指図は、医師に、尊重すべき推定的意思の根拠を与える。宗教的又は世界観的理由からの基本的拒否は、例えば、イエホヴァの証人に見られるように、⁽⁶⁾この指図の作成後の時間経過によつてこの態度にまったく変化がないと推定されるとき、常に尊重されるべきである。長

期にわたって承諾能力のない人の生命意思に関しては、世話人が決定するし、未成年者の場合は両親が決定するが、ただし、宗教的な条件からの片面性の場合には、子供の生命権を中心に考える後見裁判所が決定する。⁽⁷⁾

ただし、刑法第一一〇条の定める反抗的医師の実際の処罰は高が知れている。医師が患者にその強情に抗って故意に助けたり、場合によってはそれどころか救命したなら、なるほど、医師は可罰的に患者の自己決定権を侵害したが、刑法第一一〇条第二項によれば、訴追の公的利益がない。刑法は、むしろ、六週間以内に医師に対する私訴を提起することを、患者に委ねている(刑法第二条第二項、同第四六条)。これは実際には行われない。しかし、専断的行為する医師が救命できなかったとき、私訴権がなくなる。なぜなら、逝去者はもはや訴えることができず、親族にはその権限がないからである。⁽⁸⁾ すなわち、可罰性は紙の上にあるに過ぎない。⁽⁹⁾

それにもかかわらず第一一〇条は重要な意味を有する、というのは、それは、——医師の教示義務の確保は別として——基本的な次のことを表現しているからである。すなわち、われわれは、治療に関して、個人主義の自律性原理を家父長的原理よりも高く評価する自由な社会に生きているということ

である。⁽¹⁰⁾ 自律性原理は、一九三七年以来この方、治療目的の診療に妥当している(旧刑法四九九条a)。刑法典は一九七五年に旧刑法のこの規定を引き継いだのである。ただし、この規定がオーストリアに自明の理というわけではなかった、というのは、その他の点で、マリーア・テレージアの時代から一九七五年までの諸刑法典によると、損害を蒙った者の承諾は問題外だとの絶対主義的一般的原则が妥当したからである。⁽¹¹⁾

自律性原理からは逆に、治療意思のある患者にあっては、結果回避義務のある医師(刑法第二条)は、患者を助けたり、延命するために、自分に可能なことはすべてしなければならぬということが導かれる。この希望は周知の通り普通に見られる希望である。患者には苦しみしか残っていないので、この希望が具体的事例で追体験的理解に困難を来たすのではないか否かというようなことはここでも重要ではない。患者が最後の最後まで耐え抜きたいか否かは、患者の問題である。治療に当たる医師が、しようと思えばできるにもかかわらず、患者をその意思に反して助けないとか、あるいは、差し控えることによって、死の発生を早めるとき、不作為による殺害の責めを負う、すなわち、謀殺の故意かそうでなければ過失

致死の責めを負う（刑法第二条と結びついた同第七十五条又は同第八〇条）。その際、被害者がいずれにせよ死に瀕しているということは重要ではない、というのは、いわゆる仮設的因果関係は無視されるからである。したがって、刑法第一一〇条によって保障された、自然死を遂げる患者の権利に、患者の生きる権利が対置されるのであり、この生きる権利は殺害犯罪によって保護される。規準となるのは患者の自由な意思である。

2 消極的安楽死

どの人間ももっている、救命治療を拒否する自己決定権と結びついているのが、いわゆる消極的安楽死⁽¹²⁾を一般に不処罰と認めるということである、これは、ドイツ語で、不作為による臨死介助と呼ばれる。次のような場合、つまり、人が生命維持の医療処置を受けることなく死ぬだろうが、しかし、医師又は他の自ら救命義務のある第三者（刑法第二条）が介入せず、したがって、不作為のゆえに死が生ずる場合である。生命維持処置がまったく開始されないか、継続されない。刑法第一一〇条の原則によると、患者が望まないとき、医師は活動してはならない。そうでなければ、治療に当たる医師に

は、患者が死なないように、可能なことはすべてをするべき保障人となるのだが、この場合、作為の治療義務はない。この場合、「保障人義務遮断」⁽¹³⁾という表現が用いられる。医師は、何もしなくとも、刑法第七五条、同第二条による不作為による謀殺の廉でも、刑法第九五条の不救護の廉でも処罰されることはない⁽¹⁴⁾。医師が、この自己決定権にもかかわらず、常に患者の福利のために行為するというヒポクラテスの誓いに従うなら、刑法第一一〇条で処罰される。

患者が逆に治療を明白には断っていないとき、医師には治療義務がある。ただし、意識喪失者の場合、治療に同意していないと想定されるときは別である。こういった場合、推定的意思是、昔の発言、生活態度又は主観的忍耐力(Leidenfähigkeit)⁽¹⁵⁾といったような具体的根拠によって探求されるべきである。危険が差し迫っている場合、刑法第一一〇条第二項によると、意識喪失者のありうる反対意思が重要なのではなく、実際に生命の危険があったのか否かが問題となる⁽¹⁶⁾。

この関連で問題となるのは、患者が、なお意識があるときに又は書面の指図によって、生命維持を要求しているのに、非可逆的意識喪失の場合、その生命が維持されねばならないのか否かである。私見によれば、この人間が意識を取り戻す

ことはもはやないことが医学的に確実であれば、生命維持義務はもはやないということである。⁽¹⁷⁾この一例に、心臓―肺―装置つまり呼吸器の遮断も入る、それは、通説によると、法的には不作為と位置づけられるのであり、⁽¹⁸⁾したがって、積極的安楽死の禁止がここで妨げとして働くのではない。ただし、永久に意識喪失の生命であっても価値がないわけではないという理由から、生命維持義務は生存能力のある者の非可逆的意識喪失の場合であっても肯定されると論ずる者もいる。⁽¹⁹⁾昏睡の場合、永続的意識喪失とは言えない。その限りで、救助義務があることに疑問はない。同じことはアルツハイマー病にも言える。この場合、患者は意識喪失ではなく、もはや何も分からず、理解しないのである。ただし、永続的人工栄養補給には長期的にはおそらくたいいの場合経済的限界が設定されよう。⁽²⁰⁾つまり、具体的資金提供問題によってばかりでなく、他人から奪われる、病院の資源によっても。患者が、逆に、なお意識のあるときに、生命維持処置は差し控えてほしいといったときは、医師は基本的にそれに従わねばならない。ここでまたもや、患者は、望めば、自分の病気で死んでもよいという刑法第一一〇条の規則が妥当する。

患者の非可逆的意識喪失がない場合でも、極端な例外事例

では、医師の一方的治療中止が患者意思なしに又はそれに反しても考えられうる、つまり、苦痛の形態が、患者が集中治療手段の技術的機能になっているにすぎず、患者がそこから解放される可能性もないというような場合である。この場合、治療継続は人間の尊厳に反し、思いやりがないことになりかねない。⁽²¹⁾このような状況が生ずる原因は医学の巨大な進歩にある。あらゆる技術的可能性を利用し尽くしていかなる犠牲を払っても自分の生命にしがみつく患者に、患者は本来そうあつてよいのだが、この場合、客観的に規範的限界が設定される。これは法的にさまざまな理由付けが為される。特に、苦痛緩和と生命の残りを衡量した正当化緊急避難によって、又は、医師にとっての期待不可能性を理由とする保障人義務の脱落によって、ないし、不作為が積極的作為とは同価値としないことが指摘される。⁽²²⁾私見によると、行為の客観的不法帰属という法思想が適用される、すなわち、こういった不作為は実体法上不法とは評価できない、なぜなら、この行動は社会的に容認されるからである。⁽²³⁾このことは作為への法義務の否定に帰着する。「万難を排して生命維持を」の限界に関して、医師は医師の倫理によって判断しなければならない。⁽²⁴⁾この極端な事例においてのみ、医師に、生と死の判断におけ

る裁量が許されるべきである。医師がこういった状況の下で、生命を集中医療処置によって延長する義務はもはやないにせよ、基礎処置は確保しなければならない⁽²⁵⁾。すなわち、医師は飢えさせたり、渴かせたりしてはならず、傷の処置をしなければならず、苦痛を鎮めなければならず、その他の身体的、人的面倒を見なければならない。これは臨死介護(Starbepflichtung)の領域に入る。これはますます注目を得ており、無条件に医師の教育及び実務の一部とならなければならない⁽²⁶⁾。人間的に大いに助けとなる臨死介護によって、予定より早く死なせてもらう、あるいは、それどころか殺す、あるいは、自殺する患者の希望を色あせたものにするが多くなるかもしれない。

3 積極的安楽死

刑法第一一〇条の定める患者の自己決定権から、医師が次のような結論などを導いてはならない。すなわち、医師がどうせ死病に罹っていて死ぬ意思のある患者の生命を維持する必要があるとき、医師は患者の生命をその承諾を得て積極的介入によっても短縮してよいという結論。もしそういう結論を下すと、刑法第一一〇条の治療拒否ないし承諾の欠如が致

死にいたる不作為を不処罰にするばかりか、作為をも不処罰にすることになる。しかし、この結論は許されない。患者が他人の不作為によって、又は、他人の作為によって死ぬか否かといったことが、事情によっては、死ぬ意思のある者にとつて大きな違いをもたらさない場合でもそうである。いわゆる(直接的)積極的安楽死——標語「死の注射」——は、通説によると、常に許されない。それは、本人の死の希望や死の関心が如何に説得的であろうと、関係がない⁽²⁷⁾。死病者の場合に許されないことは、瀕死ではないが、しかし、耐え難い苦しみの患者においても許されない、ましてや生活に飽きた健康者においても許されない。

これを支持するいくつかの理由がある。人を納得させずにはおかない法律体系的理由は、他人の囑託に依じてこの者を殺害することを禁止する第七七条、自殺関与を禁止する第七八条にある。それによると、——刑法第一一〇条の定める死の意思のある病人の治療の差し控えという例外があるが——第三者の行動に対する承諾遮断がある、すなわち、死ぬ意思というのは、生命にたいする他者からのいかなる侵害にあつても、無視されるということである。

一方で、刑法第一一〇条、他方で、刑法第七七条、同第七

八条によつて差異化されるより深い根拠は倫理にある。すなわち、刑法第一一〇条の定める、差し控えに關係する、患者の自己決定権によつて、患者には、死病によつて患者に授けられる運命に委ねられること、それ以外の何物も起こらないのである。患者には、自分の中にある身体的生長を甘受することは許されるべきである。この意味で、「自然死因」と言つてもよい。自然死因がどのようにして生じたのかはどうでも良いことである。すなわち、例えば、内的疾病、負傷、事故または他人の責任によつて、又は、自分自身による過失の惹起によつてであろうと關係ない⁽²⁸⁾。なぜ患者がこういった場合に自分の運命に逆らつて可能なすべての力を動員することを望まないのかは、専ら患者の問題である。運命を尊重することによる「自然死」へのこの権利は、倫理的、法的に、人格の自由、したがつて、人間の尊厳に入れられる。この権利に対応するのが、この権利を尊重する他人の義務である。

本人の同意を得て、第三者の手によつて生命を積極的に終結させることは、これとは違つた倫理的性質をもつ。なぜなら、それは恣意的に独自の不自然な死因をおくからである。医師は、生命を單純に消えるに任せるのではなく、生命を、有機的の生長に鑑み、「力づくで」断絶するのである。換言する

と、その場合、死は病氣ないし傷害の帰結ではなく、直接的に他者の「業」なのである。その際、死を望む者がどつち道瀕死状態にあつたか否かは重要ではない。仮設的因果關係は、積極的介入によつて断絶されるのであり、重要性をもたない。この客觀的に見てかなり大きな生命輕視に加えて、殺すことへの内的抑制闕は、積極的作為の場合、差し控えの場合におけるよりもはるかに高いということ、作為はより多くの行為エネルギーを要するということが付け加わる。刑法第一一〇条の場合における差し控えは作為と同値でない⁽²⁹⁾。それ故、人は、作為よりも不作為に寛容な態度をとりうるのである。さらに、積極的安樂死の禁止により、生命が一般的により効果的に保護されるばかりか、医師が、相続人、看護職によつて又は経済的条件によつても、自然死に先手を打つべきとの圧力にさらされる危険もなくなる。

ただし、不治のそして絶望的に激痛であるが、自ら死ぬことのできない人を、その希望に應えて哀れみから殺すことが問題となるとき、積極的殺害の倫理的非難が揺れ動く⁽³⁰⁾。死によつて耐えがたい苦しみから救済するということが「安樂死(Eutanasie)」という言葉の意味内容である、つまり、善意の動機から出た殺害。殺害は積極的に「臨死介助(Sterbehilfe)」

と婉曲に表現される。オランダ人は、周知のようになり前から、実務でも、いまや法律上も、改善の見込みのない「耐え難い苦しみ」の場合に嘱託に応じる慈悲殺ないし積極的作為による自殺幫助を許容している。ベルギーは、最近、臨死介助法を可決した。それによると、見込みのない、「永続的及び耐え難い心理的又は精神的苦しみ」の場合に積極的嘱託殺人が許される⁽³¹⁾としてある。ドイツでもオーストリアでも、これに賛成する声がある⁽³²⁾。耐え難い及び見込みのない身体的又は精神的苦しみの終結ということが積極的殺害を許容すべしとの要求の決定的側面を意味する。一方で、死の過程が既に始まったこと、したがって、短縮されるということは必要とされず、他方で、オランダでもベルギーでも健常者が生活に飽きたということでは十分でない。

超法規的緊急避難によって積極的臨死介助を正当化すること、つまり、激痛からの救済という利益と長短はあれ生存期間の維持という利益の間の利益衡量をすることで、生命を犠牲にすること、これによって、苦しみを「最終的に」除去するという考えは、オーストリアでは承認されない。

この法倫理的判断は、絶対的に妥当する法則を定立しているのではなく、社会におけるそれぞれの価値意識、換言する

と、異なった国で異なった時代に異なっている社会倫理に従っている。かくして、オランダ人やベルギー人だけが別の考え方をするのではなく、ドイツ語圏でも、観念論的な、キリスト教的色彩の、伝統的文化ではなく、苦しんでいる者又は瀕死者の客観的人的生命利益とその自己決定を指向し、消極的及び積極的安楽死の間に基本的差異を認識しない、功利主義的倫理の声がある⁽³³⁾。しかし、この個人主義的功利主義的哲学は、安楽死に関しては、オーストリアにおける答責のある社会階層や機関の合意のある価値意識ないし「道徳律」に相応しないのであり、人々の過半数が統計質問でそれを支持してもそうである。こういった国民投票は、国民の倫理的価値をそれほど代表するものではない。例えば、過半数が死刑を支持しているとか、応報刑の叫びがあるとかいっても、それは国民の倫理的価値意識を表すものではない。こういった声の状況を重視することはむしろ大衆迎合主義の領域に入る。

生命の価値を社会にとってのその価値によって測る功利主義の方向は論議するに値しない。こういった見方は国家社会主義の災い多き過去に引き戻す、そこでは、「法とは、国民に効用のあるものである」という標語、「生命の価値なき生命」

という概念が用いられたのである。それ故、「積極的安楽死」という言葉は、われわれにとつて、大いに重荷を背負っている言葉であり、何らかの形で「生命利益の欠如」という概念を正当化の方向で持ち出すことを自制するようにと促すのである。「生命の利益」というのは、むしろ、われわれの存在の最高の価値としての生命それ自体に内在しているのである。

4 間接的安楽死

積極的安楽死に近接しているが、しかし、別問題といえるのが、いわゆる間接的積極的安楽死である。これらの場合、苦痛を伴う生命を終結させることが問題となるのではなく、死病患者に鎮痛剤によつて生命を耐えるものにし、患者をそれによつて瀕死状態において助けることが問題となつている。ただし、この手段、特に、アヘンは、死の発生を早めるという悪い副作用をもつことが多く、この手段は等価説によると死に対して因果関係がある。医師は形式的には謀殺の客観的構成要件を充足する。医師は、こういった場合、積極的安楽死をいわばついで行っている。それは望んでいないことだとはいえない。というのも、医師は、この働きを知っているし、これを避けがたい又はありそうなことと考えている

からである。したがって、医師は、刑法第五条第一項又は第三項のいう確定的故意又は未必の故意で行為をする。医師が患者に強い薬剤を処方するほど、医師はますます患者の終焉を早める。

患者の意思がこれを正当化することはできない。なぜなら、積極的安楽死のいかなる形態も患者の承諾に親しまないからである。しかし、通説によると、こういった態度は許される。というのは、死病者の多くの者が耐えなければならぬ苦痛において、苦痛の軽減を禁止するなら、それは非人間的であろうし、積極的安楽死の禁止を倫理的に過度に緊張させることになる。ドイツの通説は、未必の故意をもつた行為を不処罰とするのを正当化緊急避難で根拠付ける、つまり、苦痛軽減と致死の副作用が衡量されるのである。⁽³⁴⁾ 筆者はむしろ社会的相当行為が一般的法倫理的に承認される典型的事例を見る、つまり、それ自体として構成要件該当行為が客観的には(行為)不法として帰属されないものである。⁽³⁵⁾ 生命を短縮する医師の意識ないし医師の故意があつても、こういった行為を不法としては客観的に帰属させないことの妨げとなるものではない。客観的に許されることは、いつ行われても良いのである。したがって、いかなる故意の形態で医師

が生命短縮に関して行為しているかは問題とならない。相応の目的も、医師が苦痛軽減の薬剤を客観的に正しい用量で用いるとき、その行為を違法とするものではない。⁽³⁶⁾

間接的安楽死を許容することは、待機医学がさらに発展する本質的条件である。待機医学は、ほかならぬ瀕死におけるこの助けを苦痛軽減によって果たすことを自己目的としているが、適切な更なる発展のまだ初期段階にあるのである。待機医療は死ぬことをより耐えるものにするから、それは、積極的安楽死の要求も減少させる。待機医療は先に言及した臨死介護の領域の医学的補充である。

「オーストリア刑法典関連条文」（訳者付記）

第二条（不作為による遂行）

法律が結果の招来につき刑を科しているときは、法秩序によつて自己に特に課せられている義務に従い結果を回避すべき事情にあり、かつ結果の回避をなさないことが作為によつて客観的構成要件を実現したものと同視すべきであるにもかかわらず、結果の回避をなさなかった者も罰する。

第五条（故意）

一 客観的構成要件と一致する事実関係を実現しようとした

者は、故意に行爲したものである。そのためには、行為者が、その実現を真摯に可能と考えかつこれに甘んずるをもつて足りる。

二 法律が目的のある行動を前提としている事情又は結果を実現することが行為者にとって問題となつた場合には、行為者は、目的をもつて行為したものである。

三 法律が確定的認識を前提としている事情又は結果を単に実現可能と考えたばかりでなく、その存在又は発生を確実なものと考えた場合には、行為者は、確定的に行爲したものである。

第七五条（謀殺）

他人を殺した者は、一〇年以上二〇年以下の無期自由刑に処する。

第七六条（故殺）

一般的に理解できる激しい興奮状態において他人を殺害するにいたつた者は、五年以上一〇年以下の自由刑に処する。

第七七条（切望に基づく殺人）

他人を、その真摯且つ心に迫る要望に依えて、殺した者は、六月以上五年以下の自由刑に処する。

料 第七八条（自殺関与）

他人を誘惑して自殺させ又は他人の自殺を幫助した者は、六月以上五年以下の自由刑に処する。

第八〇条（過失致死）

過失で他人の死を招来した者は、一年以下の自由刑に処する。

第一一〇条（専断的治療行為）

一 医学の規則に従うにせよ、他人をその承諾なく治療した者は、六月以下の自由刑又は三六〇日以下の日数罰金に処する。

二 行為者が、治療を延期すれば被治療者の生命又は健康が重大な危険にさらされるであろうと想定して、その者の承諾を得なかったときは、想定した危険が存在せず且つ必要な注意（第六条）を払えばそのことを認識できたと認められる場合に限り、第一項によってこれを罰する。

三 行為者は、専断的な治療を受けた者の要望に基づいてのみ訴追されうる。

（条文の訳出に当たり、法務資料第四二三号「一九七四年オーストリア刑法典」（昭和五〇年六月）を参照した。）

注記

(1) Vgl. EBRV 1971, 242; *Zipf*, Probleme eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung, in: Bockelmann-FS (1979) 577 ff, 587; *Schmoller*, Strafrechtliche Folgen einer unterlassen oder übermäßigen ärztlichen Aufklärung, in: *Mayer-Maly/Pratt* (Hrsg), Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung (1998) 75 ff, 103 f mwN; ders, in: Triffterer-Komm § 110 Rz 47, 76; *Bernat*, Rechte des Patienten, Pflichten des Arztes und Entscheidungen an der Grenze zwischen Leben und Tod, in: *Wienke/Lipbert* (Hrsg), Der Wille des Menschen zwischen Leben und Sterben - Patientenverfügung und Vorsorgenvollmacht (2001) 119 ff, 121; *Schick*, Fremd- und Selbstbestimmung zum Tode im Lichte strafrechtlicher Wendungen, in: *Zipf-Geds* (1999) 393 ff, 406 ff; *Leukauf/Steininger*, StGB (3. Aufl.) § 110 Rz 19; *Kienapfel*, BT I (4. Aufl.) § 110 Rz 33; *Bertel*, in: Wiener Kommentar zum StGB (WK) (2. Aufl.) § 110 Rz 33; *Lewisch*, BT I (2. Aufl.) 16; *Kneibls*, Grundrechte und Sterbehilfe (1998) 345; *Moos*, in WK (2. Aufl.) (33. Lfg 2002) Vorbem § 75 Rz 32 mwN.

(2) 患者の意思に反した治療の場合の刑法第一一〇条の適用については、次の文献を参照された。' *Leukauf/Steininger*, StGB (3. Aufl.) § 110 Rz 19; *Foregger/Fabrizzy*, StGB (7. Aufl.) § 110 Rz 2; *Kienapfel*, BT I (4. Aufl.) § 110 Rz 10;

- Bertel*, in: WK (2. Aufl.) § 110 Rz 32.
- (3) *Bernat*, Behandeln oder sterben lassen?, in: Deutsch-Festschrift (1999) 443 ff, 447; *ders*, in: *Wienkel/Lipbert* (FN 1) 122.
- (4) 註記「教示義務」について、次の文献を参照せよとす
Schmoller, in: *Mayer-Maly/Pratt* (FN 1) 96 ff; *ders*, in: *Triffterer-Komm* § 110 Rz 38 ff, 89 ff; *Zipf*, in: *Bockelmann-FS* (FN 1) 585; *Leukauf/Steininger*, StGB (3. Aufl.) § 110 Rz 7 ff; *Bertel*, in: WK (2. Aufl.) § 110 Rz 9 ff; *Bernat*, in: Deutsch-FS (FN 3) 447 ff; *ders*, Behandlungsabbruch und mutmaßlicher Patientenwille, RdM 1995, 51 ff, 54 ff; *Schick*, Die strafrechtliche Verantwortung des Arztes, in: *Holzer/Posch/Schick* (Hrsg), Arzt und Arzneimittelhaftung in Österreich (1992) 73 ff, 92 ff; *Brandstetter*, Die Begrenzung medizinischer Behandlungspflicht durch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, in: *Mazal* (Hrsg), Grenzfragen der ärztlichen Behandlung (1998) 45 ff, 49 ff; *Foregger/Fabrizzy*, StGB (7. Aufl.) § 110 Rz 1.
- (5) 詳細は次の文献を参照せよとす
Kopetzki (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen (2000); *Bernat*, in: *Wienkel/Lipbert* (FN 1) 126 ff; *ders*, RdM 1995, 55; *ders*, in: Deutsch-FS (FN 3) 449 ff, 460; *Schmoller*, Lebensschutz bis zum Lebensende?, ÖJZ 2000, 361 ff, 374; *ders*, in: *Triffterer-Komm* § 110 Rz 86 ff; *Moos*, in: WK (2. Aufl.) Vorbem § 75 Rz 36 mwN.
- (6) 詳細は、次の文献を参照せよとす
Kohlhofer, Das Patiententestament aus der Sicht der Zeugen Jehovas, in: *Kopetzki* (FN 5) 143, 146 ff, 149; vgl. auch *Bernat*, RdM 1995, 54, 56 mwN; dagegen für eine stärker fallbezogene Konkretisierung *Mazal*, Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung von Zeugen Jehovas, in: *Mazal* (Hrsg), Grenzfragen der ärztlichen Behandlung (1998) 27 ff, 32.
- (7) 次の文献を参照せよとす
Maleczky, Unvernünftige Verweigerung der Einwilligung in die Heilbehandlung, ÖJZ 1994, 681 ff; *Schmoller*, ÖJZ 2000, 373 ff; *ders*, in: *Triffterer-Komm* § 110 Rz 43; *Bernat*, in: *Wienkel/Lipbert* (FN 1) 122 ff; *Leukauf/Steininger*, StGB (3. Aufl.) § 110 Rz 8 ff; *Kienapfel*, BT I (4. Aufl.) § 110 Rz 24; *Bertel*, in: WK (2. Aufl.) § 110 Rz 25 ff; *Moos*, in: WK (2. Aufl.) Voebem § 75 Rz 35 mwN.
- (8) 次の文献を参照せよとす
Bertel, in: WK (2. Aufl.) § 110 Rz 37.
- (9) 次の文献を参照せよとす
Schmoller, in: *Triffterer-Komm* § 110 Rz 15. 裁判所の犯罪統計と刑法第110条は独立して扱われつつある。
- (10) 次の文献を参照せよとす
Zipf, in: *Bockelmann-FS* (FN 1) 578; *Schmoller*, in: *Triffterer-Komm* § 110 Rz 16; *Schick*,

in: Zipf-Geds (FN 1) 406; *Brandstetter*, in: Mazal (FN 4) 45, 49.

- (11) CCTh (1769) Art 3 § 6 (Randglosse): “immo in volentes delictum committitur”; Josephina (1787), 1. Teil, 3 6; StG 1803, 1. Teil, § 4; StG 1852, § 4.

- (12) 次の文献を参照された。Moos, in: WK (2. Aufl.) Vorbem § 75 Rz 32; vgl auch *Bernat*, Das österreichische Recht der Medizin - eine Bestandsaufnahme, JAP 3/1999/2000, 105 ff, 113; *Wildhaber/Breitenmoser*, in: *Golsong* ua (Hrsg), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Lfg. (1992) Art 8 Rz 270. ヲイルトハーパーとブライトマンガーは、この点で、「西洋世界における臨死介助に関する原則的な倫理的、法的合意」があるという。

- (13) 次の文献を参照された。Bernat, in: Deutsch-FS (FN 3) 447; *ders*, RdM 1995, 54; Brandstetter, in: *Mazal* (FN 4) 47; *Hirsch*, Behandlungsabbruch und Sterbehilfe, in: Lackner-FS (1987) 597 ff, 600 f; *Kneihls* (FN 1) 475.

- (14) 次の文献を参照された。Kienapfel, BT I (4. Aufl.) § 95 Rz 37; Moos, in: WK (2. Aufl.) Vorbem § 75 Rz 34.

- (15) 判例の言根拠について BGHSt 40, 257 ff, 263, 265. 註細は次の文献を参照された。Bernat, RdM 1995, 51 ff, 56 ff; Moos, in: WK (2. Aufl.) Vorbem § 75 Rz 36.

- (16) 刑法第一一〇条第二項は、客観的に見て生命の危険がある

場合、又は、その過失で誤ってあると考へる場合を目的とした規定である。錯誤は推定的承諾には関係しない。適切にもつては、誤謬についてのみ、Schick, Intensivmedizinische und strafrechtliche Aspekte, in: *Bernat/Kröll* (Hrsg), Intensivmedizin als Herausforderung für Recht und Ethik (1999) 34 ff, 41; Zipf, in: Bockelmann-FS (FN 1) 586 mit Verweis auf den entgegengesetzten Regelungsvorschlag im deutschen Entwurf 1962; Bertel, in: WK (2. Aufl.) § 110 Rz 34; *Leukauf/Steininger*, StGB (3. Aufl.) § 110 Rz 18; *Schnolzer*, in: Triffterer-Komm § 110 Rz 74, 78 ff, 82. 誤謬についてキーナップは、誤謬な場合についてのみ、生命の危険があるとして、Kienapfel, BT I (4. Aufl.) § 110 Rz 32.

- (17) Moos, in: WK (2. Aufl.) Vorbem § 75 Rz 39.

- (18) 詳細は、次の文献を参照された。Moos, in: WK (2. Aufl.) Vorbem § 75 Rz 45; Kienapfel, BT I (4. Aufl.) Vorbem §§ 75 ff Rz 26; Schick, Todesbegriff, Sterbehilfe und aktive Euthanasie. Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Erwägungen, in: *Bernat* (Hrsg), Ethik und Recht an der Grenze zwischen Leben und Tod (1993) 121 ff, 138; *Bernat*, RdM 1995, 59.

- (19) 例として Schick, in: *Bernat/Kröll* (FN 16) 42f, 46.

- (20) 次の文献を参照された。Schnollner, ÖJZ 2000, 375 f; Moos, in: WK (2. Aufl.) Vorbem § 75 Rz 41; Eser, in: *Schönke/Schröder*, StGB (26. Aufl.) Vorbem §§ 211 ff Rz

- 30.
- (21) 詳細は、次の文献を参照された。Moos, in: WK (2. Aufl.) Vorbem § 75 Rz 41. 最近、法皇ヨハネス・パオル二世もある医学会議で同趣旨の発言をしている。法皇は、安楽死を基本的には全面否定するものの、「何が何でも最後まで集中治療」に反対するが、その理由は、精神で規定される存在としての人間には人間の尊厳ある死が認められるからだ。「技術の成功だけを信じるなどということは不遜である」。s.F.A. Z. vom 25.3.2002, 9.
- (22) 次の文献を参照された。Eser, in: Schönlke/Schröder, StGB (26. Aufl.) Vorbem §§ 211 ff Rz 29.
- (23) Moos, in: WK (2. Aufl.) Vorbem § 75 Rz 42, § 75 Rz 16, 21 f.
- (24) Moos, in: WK (2. Aufl.) Vorbem § 75 Rz 41, 43; BGHSt 32, 367 ff, 379; Kienapfel, BT I (4. Aufl.) Vorbem §§ 75 ff Rz 25; s auch Bernat, in: Deutsch-FS (FN 3) 444. 医学の専門知識と医の倫理を分離する必要性について論じている。ders, RdM 1995, 58.
- (25) 次の文献を参照された。Schmoller, ÖJZ 2000, 375; Moos, in: WK (2. Aufl.) Vorbem § 75 Rz 44 mwN.
- (26) Moos, in: WK (2. Aufl.) Vorbem § 75 Rz 17, 24.
- (27) 次の文献を参照された。Leukauf/Steininger, StGB (3. Aufl.) § 75 Rz 9; Kienapfel, BT I (4. Aufl.) Vorbem §§ 75 ff Rz 16; Lewisch, BT I (2. Aufl.) 14; Schick, in: Bernat (FN 18) 132; Schmoller, ÖJZ 2000, 132 mwN; Bernat, JAP 3/1999/2000, 113; Moos, in: WK (2. Aufl.) Vorbem § 75 Rz 20 mwN.
- (28) シュモラーは誤解している。Schmoller, in: Triffterer-Komm § 110 Rz 77. シュモラーは、「自然の疾病」という概念ないし死の諸原因をその帰結をひっくり返して拒否するが、その理由は、この概念が第三者による違法な侵害行為を把握しないというものである。明確な説明をしているのが、Moos, in: WK (2. Aufl.) Vorbem § 75 Rz 47. これに対して、ベルナートは、EBRV 1971, 242を指摘しながら、「刑法第一〇条の趣旨でもあるが、自殺と単に「自然の過程に委ねる」を厳格に区別する。Bernat, RdM 1995, 54 FN 36. 「自然の死因」については、本論説III注(37)と(61)を参照された。
- (29) 次の文献を参照された。Schick, in: Bernat (FN 16). しかし、期待不可能性の概念を差別的に論ずるものに、Moos, in: WK (2. Aufl.) § 75 Rz 22.
- (30) このことを明らかにしているのが、ヨーロッパ人権裁判所（小法廷）の二〇〇二年四月二九日の裁判例である。報道によると、中枢神経系の急速に進行している死病（筋萎縮性側索硬化症、ALS）で頭部から下が麻痺した四三歳のイギリス人女性ダイアン・プリティの予防的申し立て、つまり、その夫が、患者の囑託に応じて作為によって直接殺すか、患者の自殺を補助するかするとき、夫の刑事訴追は許されないとい

う申し立てを却下した。ヨーロッパ人権裁判所は次のように判示した。ヨーロッパ人権条約第二条の定める生命への権利から、「いかなる個人も、生命よりもむしろ死を選ぶ権利を有するという意味での自己決定」権を導くことはできない。「死への基本権なるものは存在しない——第三者の手によるものであれ、公の権威の助けであれ」(zitiert nach Salzburger Nachrichten v 30.4.2002, s auch SN v 20.3.2002, 7)。⁶⁾ イングランドでも自殺関与は可罰的であるが、他人の助けを借りない自殺が、当該患者には可能でなかったのである。当該患者は麻痺のためになんとか吸引できるものの、人工栄養補給がなされていなかったため (s zur Vorgeschichte und den ablehnenden englischen Gerichtsentscheidungen *Tolmeir, Kehrt England um?*, F.A.Z. v 1.11.2001, 41)。⁷⁾ オーストリア法から見ると、当該患者の願いに応じて医療を中止することによる消極的安楽死の可能性が開かれていよう (上述 II 2 参照)。しかし、昏睡状態ではない患者にあっては、人工栄養補給による基礎処置を完全に断絶することは許されない。参照: Moos, in: WK (2. Aufl.), Vorbem § 75 Rz 44)。⁸⁾ 不作為の場合だったら、苦痛に満ちた窒息によって死ぬ時期を速めたことだろう。これに対して、禁止されている直接の作為による殺害の方がより人道的のように思われる。但し、窒息死は、苦痛緩和 (モルヒネ) によって、許されている間接的安楽死 (下記 II 4) という方法で、幾分耐えやすくすることもできただろう。ダイアン・プリティは、ヨーロッパ裁判所の裁判に

よるとこの方法を選んだ。当該患者は、二〇〇一年五月一日にある死のホスピスで窒息により死亡したが、常日頃これを恐れていたのだった (s *Der Standard* v 14.5.2002, 6)。⁹⁾ 同じ頃、人工呼吸器の遮断によって死なせてほしいというあるイギリス人女性の最高裁判所への申し立ては受け入れられた。当該患者も首から下が麻痺しており、人工呼吸に頼らざるをえなかった (vgl SN v 23.3.2002, 9 und 30.4.2002, 7; *Schwiebel*, Den Tod leichter machen, SN v 27.3.2002, 3)。¹⁰⁾ Nachtrag nach Redaktionsschluss: Das Urteil des EGMR v 29.4.2002 wurde inzwischen veröffentlicht in ÖMR - Newsletter 2002/3, 91 und in EuGRZ 2002, 234 mit zust Ann von Kneibls (242).

(31) 次の文献を参照されたい。二〇〇一年四月一〇日のオランダ法については、*特ダ Tak*, Das niederländische Gesetz zur Kontrolle der Tötung auf Verlangen und Beihilfe zum Selbstmord, ZStW 113 (2001), 905 ff, 914 ff; *Taupitz*, Sterbebegleitung im internationalen Vergleich, JBl 2001, 557 ff, 558. 二〇〇二年五月一六日のベルギー法は、治癒の見込みのない肉体の病気を明白に、早晚死ぬことになるが、死の時点はまだかなり先になるかもしれないことを知っている患者に関係付けている。さらに、耐え難い心理的苦痛にも明白に触れている。この二つの点は、オランダ法が格別に触れているところではないが、排除されていない。それ故、ベルギー法が、報道機関での別趣旨の批判があるにもかかわらず、オ

- 「ヘルテールとシムン・マンホーファーは、刑法第17条に反して「被害者」の状況が絶望的で、その人の願いが普通の人は「おごころ」と思われるところ、安楽死は不処罰と考える。」
Bertel/Schwaighofer, BT I (4. Aufl.), § 78 Rz 3. 自由主義的キリスト教側からの立憲論として、*King*, Menschenwürdig sterben, in: *Jens/King* (Hrsg), Menschenwürdig sterben. Ein Plädoyer für die Selbstverantwortung (1995), 14 ff, 47 ff, 55, 65; *Bernstein*, Kriminologie und Theologie - Notwendigkeit einer gegenseitigen Öffnung, in *Triffterer-Festschrift* (1996), 15 ff, 35.
- (33) 特に、次の文献を参照せよ。『*Hoerster*, Sterbehilfe im säkularen Staat (1998) 28, 124 ff; *ders*, Rechtsethische Überlegungen zur Freigabe der Sterbehilfe, NJW 1986, 1786 ff, 1789; *Merkel*, Teilnahme am Suizid, Tötung auf Verlangen, Euthanasie, in: *Hegselmann/Merkel* (Hrsg), Zur Debatte über Euthanasie (1991) 71 ff, 97.
- (34) BGHSt 42, 305; 46, 285; siehe Literaturnachweise bei *Moos*, in: WK (2. Aufl.) Vorbem § 75 Rz 28.
- (35) 詳細は、次の文献を参照せよ。『*Moos*, in: WK (2. Aufl.) Vorbem § 75 Rz 27, 29 f, § 75 Rz 16; zust *Schick*, in: *Bernat* (FN 16) 132, 134; *Kienapfel*, BT I (4. Aufl.) Vorbem §§ 75

- ff Rz 18; *Schmoller*, ÖJZ 2000, 372.
- (36) 次の文献を参照せよ。『*Schmoller*, ÖJZ 2000, 372; *Moos*, in: WK (2. Aufl.) § 75 Rz 27, 30; anders noch *ders*, in: WK (1. Aufl.) Vorbem § 75 Rz 20.

【記者後記】

本資料は、ヘルマン・ヘーギース教授 (Prof. Dr. Reinhard Moos) (ヘルマン大)執筆の「ヘルマン語論文」"Sterbehilfe, Selbstmord und die ärztliche Behandlungspflicht von Suizidpatienten" (in: Alois Birkbauer (Hrsg.), Recht zu sterben oder Pflicht zu leben? Rechtliche, ethische und medizinische Aspekte zur Behandlungspflicht von Suizidpatienten) を、同教授の快諾を得て翻訳したものである。次から本翻訳 (下) を掲載する予定である。