

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 (下)
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(3・4): 619-637
発行日	2008-03-00

臨死介助、自殺及び自殺患者に対する医師の治療義務（下）

ラインハルト・モース
吉田敏雄（訳）

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

III 自殺未遂後の自己決定

1 刑法第一一〇条と刑法第七七条、第七八条の関係

以下では、先ず、刑法第七八条の定める自殺関与の禁止と刑法第一一〇条の定める生命に危険のある病人ないし負傷者の治療を本人の希望に応じて差し控えることの命令の関係が関心の的になる。問題となるのは、負傷した自殺者をその願いに応えて存命援助をしない医師が、刑法第一一〇条で援護されるか否かである。刑法第七七条、同第七八条は、死ぬ意思のある者を助ける人を、刑罰をもって警告している。これは、死ぬ意思のある者を生命へと助ける者を刑罰をもって警告する刑法第一一〇条の反対である。刑法第七七条、同第七八条と刑法第一一〇条は同時に同じ事例に適用できない。刑法第七七条、同第七八条が刑法第一一〇条に優先するののか、あるいは、刑法第一一〇条が、逆に、自己攻撃による生命に危険のある負傷の発生には、刑法第七七条、同第七八条によって考慮されないののか、又は、両方の規制領域が次のように解釈されねばならないののか、つまり、自己攻撃に関してそれぞれ異なる概念的前提から出立し、それ故、事例がまったく衝突しないのか。後者が実際当てはまる。

刑法第一一〇条は、既に指摘したように、患者の自己決定の原理により、誰でも、自分の身を守ることができるにせよ、いかなる根拠からであれ、身体的に内在する死を死ぬことが許されるべきだということから出立する。人は、自己の身体が「意思する」ことを意思する。死因は内因的であり、この意味で自然である。治療の拒否はなるほどある意味で自己殺害(Selbsttötung)ではある、しかし、自己謀殺(Selbstmord)が問題となっていないのではない、なぜなら、疾病が決定の前提として運命的に与えられている又は「神によって与えられて」いるからである。病人又は負傷者が、具体的状況の下で、抵抗することなく、迫り来る運命に屈するか否か、それは本人の個人道徳の原則に委ねられている。生命に危険な病人のこの自己決定への自由に、消極的安楽死の不処罰が根拠付けられるのである。

これに対して、刑法第七八条では、人は、まだ身体には内在していない死因を軽はずみにそして突然、自分に与えるのである。人は、自己の身体が「意思」しないことを意思する。死因は外因的であり、この意味で不自然である。自己謀殺者は自ら運命ないし神を演じている。法的意味での自己殺害(Selbsttötung)なこし自謀殺(Selbstmord)又は自殺

(Freitod)の下では、こういった態度だけが理解されるべきである。自己謀殺者は自分自身に暴行を行使しているのである、どのように実現するかはどうでもよい。暴行の概念はここでは反自然性に根拠がある⁽³⁷⁾。これは積極的安楽死における生命への介入の禁止に対応する。

したがって、刑法第一一〇条の定める治療行為の拒否による自発的に死ぬという概念と刑法第七七条、同第七八条の定める法律の意味での「暴行」自己殺害の概念は、根本的に異なり、事例群は重ならない。

法律の意味での自己殺害の定義は、刑法第七八条の定める自己殺害の関与にも、刑法第七七条の定める嘱託他人殺害にも妥当する。刑法第七八条においては、標語としていうと、「自己の手になる自己殺害」が問題となり、刑法第七七条においては、「他人の手になる自己殺害」が問題となる、なぜなら、死の意思のある者に、行為を自ら行う勇気がないか、可能性がないからである。行為を直接実行する者は、なるほど、それぞれ異なっているが、しかし、死の意思のある者による自己の生命への反自然的独断的侵襲という位置づけは等しい。自己謀殺は作為でも不作為でも為されうる。任意に且つ故意に積極的に「手を自分自身に」かけるか、その効力を自分

だけが支配している他人の行動や自然の力から逃れずに、それ故、不作為によつて自ら、死ぬか否かを「支配している」⁽³⁸⁾。こういった不作為による自己謀殺は、例えば、次の場合である。ハンガーストライキで自害するとか、運転者には適切な注意を払っていてもはや適宜にとめることができなければ、自らは可能にもかかわらず、列車や自動車を故意に避けられない、したがって、死ぬ意思のある者がその事象を専ら支配している場合である。あるいは、ガス栓を自ら開けるのではなく、他人がガス栓を開けた部屋にとどまり、その部屋を去ることができるともかわかわらず、ガスを吸い込むといった場合である。

2 自己謀殺の非難可能性

a 特別の犯罪としての自己謀殺への関与

一九三四年から、自己謀殺関与について独自の犯罪があるが、それは可罰性のためには概念的に次の理由から必要となる、現行法上、謀殺（刑法第七五条）と嘱託殺人（刑法第七七条）においては他人殺人が問題となっていることは明らかであり、行為の客体は「他人」であるが、刑法第七八条においては、行為客体が同時に行为主体であり、したがって、「他

料人」でない。「自己謀殺」という伝統的概念は、正確に見ると、それ自身、矛盾している、なぜなら、自己殺害は刑法の謀殺概念に入らないからである。自己殺害への関与は、他人殺人の形態ではなく、⁽³⁹⁾独自の法現象である。他人殺人犯罪というのはこれには当てはまらないから、独自の処罰化がなければ関与は不処罰とならざるをえないだろう。したがって、自己謀殺関与は、嘱託殺人とは異なって、謀殺の特別形態ではなく、独自の犯罪 (delictum sui generis) ⁽⁴⁰⁾である。そうでなければ、自己謀殺者の嘱託に応じた自己謀殺への関与は嘱託殺人と理論的に同じくなくなってしまふ。この見解を主張するものは誰もいない。

刑法第七八条は概念的には奇妙な性格を有している、というのは、それは、誰でもが関与できる構成要件の存在しない「行為」への共犯ないし関与を処罰するからである。関与者は、行為の結果を直接にはまったくもたらさないが、法律上第七八条によって直接正犯者に高められる。刑法第七八条はこれにより独自の共犯犯罪になる。その中心に自己殺害がある。自己殺害が実質的に正犯の機能を果たすが、形式的には正犯ではない。この規定の意味によると、決定的に重要なのはこの内容的関係性である。この内容的関係性の後ろに引き下が

るのが、「他人の」殺害、しかし、自らを殺すのではないこの他人殺害の関与にある因果関係ないし促進である。⁽⁴¹⁾かくして、ドイツでも、等価説が通用しているが、刑罰で警告されていない自己謀殺関与を他人の故意殺害(ドイツ刑法第二二二条)を経由して処罰することは誰も考えていない。同様に、自己謀殺への利己的関与だけを処罰するスイスでも、その他の関与事例は謀殺や故殺をもって捉えることはできない。⁽⁴²⁾

刑法は故意の関与だけを可罰的と宣言している。したがって、刑法第八〇条の定める他人の過失の他人殺害は自己謀殺関与に適用できないし、自己謀殺への故意の関与の犯罪は刑法第七五条(謀殺罪)の基本的構成要件にもそぐわない。⁽⁴³⁾このことは、自己謀殺防止の前地において治療にあたる医師にとつては特に意味がある。⁽⁴⁴⁾ただし、裁判所が自己謀殺への過失関与の不処罰を常に承認しているわけではない。裁判所は、内容的には、一八五〇年から一九三四年までの、「人の」生命危殆化にかかわる旧刑法第三三五条の判例を続けてるが、⁽⁴⁵⁾刑法第八〇条は限定的に「他人の」殺害にのみ関係し、それ故、自己殺害への関与を捕捉するものではない。

b 自己謀殺の社会倫理的な非難可能性

関与の刑罰化にとって、一方において、死ぬ意思のある者の身体に既にある自然過程の不阻止による自己死への自己決定権（刑法第一一〇条）と、他方で、法的意味での自己殺害（刑法第七八条）の間に、範疇的評価差異がある。治療行為の差し控えによる自己殺害への関与は刑法第一一〇条により完全に受け入れられるが、狭い意味での自己謀殺への関与は第七八条により犯罪となる。差異は、関与の対象である行為の非難可能性にあらねばならない。したがって、自己謀殺者は第三者との関係では死ぬ権利をもたない。もしも自己謀殺が非難されないなら、刑法第一一〇条との関係では差異が生じないことになる。自己謀殺患者は、刑法の視点からは、他の患者と同じ患者となってしまうであろう。自己謀殺未遂で負傷した者がその傷で死にたいとき、医師は援助的侵襲をすることが許されないということになる。

自己謀殺の非難可能性は学説上争いがある。最近次第に広まっている見解は、自己謀殺は違法ではなく、法的に中立であるとして位置づけられるべきである⁽⁴⁶⁾。これに対して、伝統的見解によると、自己謀殺は刑法第七八条との関係では違法であるが、ただ可罰的ではないのだと⁽⁴⁷⁾。ドイツでは自己謀殺関

与はまったく犯罪ではないが、ドイツ連邦裁判所がこの見解を最近まで維持している⁽⁴⁸⁾。しかし、ドイツでは、この見解は嘱託殺人（ドイツ刑法第二一六条）との関連でも役割を果たしている。確かに、昔から、違法なものがすべて可罰であるとは限らない。不法に刑罰が続くべきか否かは、さまざまな要因に依存する立法者の独自の判断である。自己謀殺未遂を乗り越えた者を処罰することは、きわめて不適切なように見える。処罰を避けるために、自己謀殺者は、自分の行為がともかくうまくいき、生き延びないように注意を払わねばならないことになる。刑罰警告は反生産的になる。絶対主義の時代には、生き延びた自己謀殺者は監獄刑を言い渡された⁽⁴⁹⁾。一八五〇年に、皇帝フランツ・ヨーゼフは一八四八年の革命の自由主義的余韻の下で、自己謀殺者は責任無能力であるという理由で、自己謀殺の犯罪を廃止した⁽⁵⁰⁾。自己謀殺者を処罰するには及ばないとするためには、自殺謀殺者をこれ以上に真剣に考える必要はなかった。これにより、しかし、行為は依然として不法と見られ、ただ、責任が欠如すると見られることが多かった。次の時代、学説・判例は、自己謀殺関与を、関与の対象となる行為の不処罰にもかかわらず、生命の安全それ自体に対する過失又は故意の違反の旧刑法第三三五条の

料 危険犯の下に包摂した⁽⁵¹⁾。もはや可罰でない自己謀殺への関与がこの実質にそぐわないやり方で他人殺害のように扱われたのであり、自己謀殺の法的性質に考えが及ばなかった。

筆者自身は、以前、自己謀殺を間接的に違法としていたが、その理由は、自己謀殺は関与の可罰性によってこの関与の形式的違法性へ引つ張り込まれるからである、というのは、関与が違法であるとき、関与の対象となる行為も本来違法たらずるをえないからであると。自己謀殺は法的に中立である、なぜなら、われわれはもはや国の家父長主義の時代に生きているのでないからだ、ということを示唆する数多くの正当な自由主義の見解に鑑みると、筆者は今では、自己謀殺を法的に中立であると見る見解に賛成する⁽⁵³⁾。刑法第七八条は、結局、関与者に対してのみ違法性の非難を下すが、自己殺害の法的性質には明確な態度を表明していない。旧刑法の沈黙を、既にリットラーは、「刑法は自己謀殺を違法行為とは見ていない」と解釈していた。リットラーの研究の成果は含蓄に富んでいる、「自己謀殺は、『非倫理的であるから』、なるほど、決して正しくない、しかし、違法でも禁止されてもいない、法的には無関心である⁽⁵⁴⁾」と。

ただし、自己謀殺は常に社会倫理的には非難すべきである、

というのは、もしも関与の対象となる行為が社会的に相当であるなら、自己謀殺関与が非難されるべきであるはずがないからである。このことは、欧州人権条約第二条が生命という法益を、法益主体自身からではないが、しかし、——法益主体の承諾にもかかわらず——第三者の侵害から保護することを示唆することからも受け入れられる⁽⁵⁵⁾。自己の生命への処分自由には、自己殺害への承諾への正当化効果を拒否する刑法第七七条が立ちほだかる。この制限の憲法上の理由は次の点にある、欧州人権条約第二条の定める私的領域の尊重は明らかに同条約第八条第二項の定める倫理の保護の留保の下にある。したがって、倫理的には、自己謀殺も他人による殺害への要求も非難されるべきである⁽⁵⁶⁾。

一方で、違法性と倫理違反が区別されるべきであり、他方で、「倫理」の下で、この法的関連においては社会倫理が理解されるべきである、つまり、法共同体における一般的（間主観的）評価による「社会倫理的最小限」の意味における逸脱行為の非難がそれである⁽⁵⁷⁾。自己謀殺の非難の背後には、オーストリアでは、自分の生命を譲渡し得ない、絶対的価値と見るアリストテレスからカントにいたる伝統的な、キリスト教——ヨーロッパ文化がある⁽⁵⁸⁾。刑法の違法性はその実質的基礎

を社会倫理非難のなかに発見する。逸脱行為の社会倫理的非是認を、相応の、法秩序の外的段階に持ち上げるか否かは、立法者の仕事である。刑法第七八条は自己殺害の社会倫理的酷評に基づくのであるが、自己殺害自体も違法と宣言されることはない。こうも言うことができる、自己謀殺は、なるほど、法律上禁止されていない、すなわち、適法である、しかし、法に優越する社会倫理規範に対する違反であるが故に、実質的には正当とは位置づけられない。関与の処罰はその内的正当化についてこれをよりどころとしているし、積極的安楽死の拒否及び囑託殺人の処罰もそうである。

刑法第七八条「自己謀殺関与」という法律標題は、一般的言語用法と一致して、自己殺害が倫理的に相変わらずいわずに謀殺と見られることを表現している。立法者が、語義悪化の、概念的に不適切な「謀殺」という名称で認識させているのは、立法者の見解では、人の生命の殲滅という非難に値する行為が問題となつていくということである、もしもそうでなければ、立法者は中立的に「自己殺害」と言わねばならなかつたであろう。

自己謀殺が良俗に反するという見解は、自己謀殺者の目前の自己謀殺行為を、刑法第一〇五条の強要罪を犯すことなく、

妨げることが許されるか否かという問題への判例の基礎にもある。刑法第一〇五条第二項は、暴行の「違法性」判断にあたり、明白に、暴行が「良俗」に反しているか否かに照準を合わせている。⁵⁹それは、通説により、自己謀殺の阻止にあつては否定されるのであつて、暴行はさまなければそれ自体反倫理的と見られるのである。⁶⁰「良俗」のこの解釈は刑法第七八条に相応する、つまり、人は、自らを自己謀殺者の自己謀殺行為の共犯者となつてはならないのであり、それどころか、暴行をもつてでも自己謀殺行為を妨げることが許されるのである。

社会倫理というのは、不法と同じく、行動類型に関する集合意識の一般的、客観的判断をあらわしている。それは具体的事例の個人倫理とは一致しない（主観的倫理的心情としての道徳性）。個人倫理というのは、一般的「道徳律」を背景に、誰もが、自ら、自分の良心に照らし、具体的事情の下でそのように行動すべきか否か、一般的に承認された価値がどう指図するのかに關して与えねばならない答えと關係する。行為者が一般的倫理的命令に従わないとき、行為者に対する非難に値する動機の非難は、次の場合、減少したり、それどころか、排除されたりする、すなわち、行為者の代わりに、なる

料 ほど、一般的道徳律に拘束されると感ずる他人が、しかし、
資 具体的状況における特別の生活状況の下で、その個人的判断
に基づく、同じように逸脱行動をとりえた場合。それは、
量刑で軽減的に考慮されるが、法的責任を消滅させることは
しない。それ故、自己謀殺者は、次の場合、その絶望のゆえ
に、まさに個人的に倫理的に免責されうるか、それどころか、
特別の個人的尊重に値しうる、すなわち、他人の重い負担や
耐え難い哀れみを節約するために、他人のために自分の生命
を犠牲にする、あるいは、(積極的)安楽死の基礎にある理由
から行為するとき。最後に、既に指摘したように、死ぬ意思
のある者自身にとって、消極的安楽死においては第三者の非
介入が許容されることが、積極的安楽死にあつては苦痛のあ
る死を短縮することが禁止されていることの間、そんなに
大きな差異は存在しない。

3 治療義務の二軌道体系

a 分離原則

したがって、刑法の基礎には二軌道体系がある。⁽⁶⁾

aa 自然の死因。既に医学的に患者の中に素質のある原因か

ら生命の危険が迫っているときで、患者から直接的自己殺害
の目的のために呼び出されるのでないとき、医師は、患者の
治療の承諾が欠けていること、ないし、治療拒否を尊重せね
ばならない。ややぞんざいというと、自然死はもちろん、患
者がそれを望むとき、甘受されねばならない。倫理学は生物
学に従う。刑法第一一〇条は疾病における自己の生命に関す
る処分自由を承認し、したがって、消極的安楽死を許容する。
治療にあたる医師にとっての保障人義務は脱落する。それは
自由主義の原理である。

bb 自己謀殺。これに対して、自分の生命に直接終止符を打
つために、患者が自分の体に故意に侵襲する場合、倫理は生
命への畏敬の念という客観的命令に従う。それ故、刑法第七
七条、同第七八条は、昔からの家父長的原理にとどまる、そ
れによれば、患者の生命が問題となつてるとき、患者にとつ
て何が良いのか、医師の方が患者よりも知つていふといふこ
とである。患者は、自然因によつて決定されない自己殺害へ
の第三者の関与において、自分自身に対して保護される。そ
れ故、不作為によつて刑法第七七条、同第七八条を実行する
ことは、刑法第一一〇条の事例が問題となつていない限り、

可罰的である。同じことは、刑法第九五条の定める誰でも犯しうる不救護の不作为にも妥当する。

この二軌道への転轍は、社会倫理的非難を伴う刑法第七七条、同第七八条の定める狭義の自己殺害の概念にある。刑法第一〇条は、刑法第七七条、同第七八条の例外と見られるべきでなく、むしろ、刑法第七七条、同第七八条は刑法第一〇条の意味での自然に死なせることとまったく関係なく、狭義の自己殺害とのみ関係する。

二軌道体系を拒否し、自殺患者のためにも第三者との関係で自己決定権を無制限に承認する者は、⁽⁶²⁾刑法第七七条及び同第七八条の廃止を要求するか、治療行為における不作为の不処罰のゆえに少なくとも刑法第七七条、同第七八条を積極的作為へ圧縮することを要求せねばならない。⁽⁶³⁾これに対して、筆者自身は、刑法の分離原理を正しいと思う、なぜなら、刑法第一〇条の定める自己決定権の肯定と、刑法第七八条の定めるその否定を区別する一般的価値観に組するからである。この評価は、積極的安楽死の承認に反対するのと同じ評価である。積極的安楽死の支持者は、多くの場合徹底して、刑法第七七条、同第七八条の廃止に賛成する。

社会倫理的立場と並んで、自己謀殺における家父長的体系

を支持するのが、自殺未遂を克服した多くの者が、後に幸せな生活を続けるという、実地の経験である。最近のドイツの統計によると、九五%がそうだということである。⁽⁶⁴⁾自殺未遂後、なお継続している患者の生活嫌きを尊重しない仲間や医師が、これにかなり関与している。自己謀殺者の多くは、やはり根本的には救われたいと思っている、なぜなら、自己謀殺者は、自己謀殺未遂後当初はなお人間社会から別れを告げたいと固執するけれども、その絶望において又は完全な内的孤独において、この者に欠如している人間的慈しみに訴えているからである。

b 刑法第七八条の自殺患者への拡張

治療にあたる医師は、重傷を負った自殺者にその意思に反しても治療しなければならぬという筆者の立場には、自己謀殺の失敗とともに、刑法第七八条の定める関与の禁止がその効力を失ったという反論が妨げとなるかもしれない。「主犯」は形式的には失敗した、したがって、存命者は普通の患者にすぎない、この治療には第一〇条が適用されるべきである。しかし、これは刑法第七八条の意味に矛盾する、というのは、最初の攻撃行為と時間的に接着したときにまだ結

料 果を回避できることをしないということ、事前に禁止され

ていること、つまり、自己殺害の支援が惹起されるのである。

資 治療に承諾を与えない自殺者は、刑法第七八条によって非難

される自分自身に対する攻撃行為を直接続けている。自分自

身に対する最初の攻撃とは異なった判断のできない中間段階

が問題となっているのである。さもなければ、治療にあたら

ない医師は、自殺者を死ぬに任せることで、自己謀殺者に自

己謀殺の仕事の完成のための二回目の攻撃を省かせることにな

らう。したがって、治療にあたらぬ医師は自らを自己謀

殺者の共犯にすることになる。

最初の攻撃行為は失敗に帰した謀殺未遂である、というよ

り狭い理論的立場に立つと、事後的支援は刑法第七八条の定

める行為への関与ということにはならないだろう。保障人(刑

法第二条)による結果惹起の独立の行為として、事後的支援

は再度刑法第七八条に包摂されなければならないことになる

う。負傷者自身による救済の拒否というのは、死ぬ意思のあ

る者だけが支配する直接の最終的殺害行為となる。した

がって、接続の自己謀殺(未遂)が問題となり、これに医師

が刑法第七八条により不作為によって関与することにな

らう。⁽⁶⁵⁾これに対して、この方が当然だと思ふのだが、最初の

自己殺害行為を、厳格に構成要件該当行為に似せて扱わない

とき、実際、最初の攻撃行為は構成要件該当行為ではないの

だが、失敗に帰した未遂というものもない。最初の自己攻撃行

為と引き続く救済拒否の第二行為は自己謀殺の意味統一体を

成す。

c 治療拒否

刑法第一一〇条の定める生命救助への自殺患者の承諾が欠

如していることは、分離原則からして、無視される。これは、

承諾能力のある患者が承諾を与えないか、明白に治療行為を

拒否する場合に⁽⁶⁶⁾関係する。意思なしの治療は、自殺患者の場

合、実際には次の場合に考慮の対象になる、自殺患者が、自

分の負傷が生命に危険のあることを認識しないため、有効な

承諾がないとか、ショック、激痛又は意識混濁をもたらす

薬剤によって、必要な承諾能力をもたない場合である。⁽⁶⁷⁾患者

が、何が問題となっているかを認識して、医師に継続治療を

禁止するや否や、医師は自殺患者のこの禁止に従ってはなら

ない。⁽⁶⁸⁾ただし、患者の意思に反した治療には、実際上の限界

がおかれることが多いだろう。実行が実際上できないという

ことが既に刑法第二条の定める生命維持への医師の保障人義

務を限界付ける。医師が治療行為のために暴行するとき、治療行為は、自己謀殺の阻止の場合と同じく、良俗違反ではない。⁽⁶⁹⁾

自殺患者が意識喪失であるとき、医師は、隠れた又は事前の指図で表明された患者意思を無視して救助しなければならぬ。すなわち、医師は、例えば、生命適応の手術にとつて死ぬ意思が推定的に継続していると考えられるか、はたまた、死ぬ意思が行為によつて「効果を失った」か否かを探索するに及ばない。自己謀殺はなお続いている。このことは、結果としては、刑法第一一〇条の定める危険が迫っている場合の特別規定に帰着する。これによると、生命の危険があつたか、又は、医師が生命の危険を落ち度なく想定できたとき、患者に質問することができたなら、患者は治療行為に推定的に承諾しなかつただろうといえる場合であっても、医師は正当化される。⁽⁷⁰⁾ 自殺患者の場合、分離原則によると、刑法第一一〇条第二項に頼る必要はまったくない。このことは、死を伴侶から回避する法律上の義務をもつ婚姻者にも（民法第四四条、同第九〇条第一項）、伴侶が「死なせてくれ」と書いたメモを手握っていてまだ生きているのを見つけた場合にも妥当する。

最後に、分離原則に立ちほだかりうるのは、治療意思のない患者によるこの原理の迂回が可能だということである、つまり、第三者の責任だとの主張だろうと、不可抗力又は自分の過失であろうと、治療意思のない患者は事故だとの嘘の説明をすることがある。⁽⁷¹⁾ 医師が、刑法第一一〇条の状況の存在があると誤つて信ずるがゆえに、自殺患者を治療しないとき、患者が死ぬと、医師は、なるほど、客観的には刑法第七八条の構成要件を実現している。しかし、自分が保障人の地位にあることの医師の錯誤は、刑法第七八条の故意を脱落させる。⁽⁷²⁾ 過失は刑罰で警告されていない。⁽⁷³⁾ この欺罔の可能性は分離体系を覆すものではない。逆に、実際に、患者に治療承諾が欠如している基礎に事故があるけれども、医師が誤つて自己謀殺未遂を考え、患者の拒否にもかかわらず患者を治療するとき、客観的に充足された刑法第一一〇条による処罰のためには故意が欠ける。

刑法第二条の定める自殺患者の生命の維持のためのいわゆる保障人の義務は、一方で、病院施設法第二三条の定める公立病院の医師及び急救治療医師（医師法第四八条 一九九八年）に関係するが、家庭医は、具体的治療を引き受けることによつて、治療の過程で自己謀殺未遂に至った場合に、一九

料 九八年医師法第四九条により救助義務がある（一九八四年医師法の対応規定第二二条）。なるほど、患者は、治療拒否により、民事法上の契約を破棄するが、しかし、医師が引き受けた生命という法益の保護義務は医師に存続する、というのは周知のように、自殺患者は生命の価値それ自体を処分できないのであり、それ故、医師を生命の維持から免れさせることができないからである。⁽⁷⁴⁾ 自殺患者は自分自身に対してのみ自己の生命を放棄している。

自己謀殺者は、通常、そして、特に、自殺行為に接続しても、責任無能力であるあるいは承諾能力がなく、⁽⁷⁵⁾ それ故、概念的には、自己謀殺も顧慮に値する治療拒否も存在しないから、刑法第一一〇条の定める自己決定権が否定されるとき、やはり、治療義務を肯定することができる。法律家の間に次第に人気を博しているこの理由付けは、自己謀殺の本質にも又現実にも的の中にない。⁽⁷⁶⁾ 確かに、自己謀殺者の多くの者は深い鬱から又は絶望から行為に出る。しかし、その異常な心理状態は、心理的疾患と診断され、治療されるときでも、刑法第一一条の定める精神病に当たらない。自己決定能力の等級付けは、刑法第一一条の認識能力のそれと同じく、非常に広い心理学的解釈が可能である。しかし、法律概念は、非

常に狭く把握されねばならない、というのは、さまなければ、真剣に取られるべき自己謀殺は存在しなくなる。疑わしいときは「自殺（自由死Freitod）」は自殺であり、精神病から流出したのではない。自由答責の概念を狭く取るとは、特にドイツでは、自殺関与の不可罰性の裏をかくのに役立つ。オーストリアでは、認識能力の否定は刑法第七七条、同第七八条を実際には不用にするだろう。第七七条では、この特典の脱落にいたるだろうし、刑法第七八条は、概念的には自由答責の自己謀殺だけでありうる自己謀殺の脱落のゆえに、他殺に変化するだろう。すなわち、両犯罪類型に代わって、謀殺処罰にいたるだろう、それは実態にそぐわないし、⁽⁷⁷⁾ 刑事政策的にも意味あるものではない。

IV 減刑

刑法第七七条、同第七八条の処罰は、不当に厳しいと思われることが多々あり、多くの場合、一般的に理解できる、利他的動機の事例が問題となる、哀れみからの殺害、または、特に積極的作為の場合、それから、死病者の求めに応ずる慈悲殺（Gradentod）、それらはこれ以上の苦痛を耐えるに及ばないようにするためである。上述した、⁽⁷⁸⁾ 行為者の主観的、道徳

的態度（道徳性）は、刑法第三二条第二項二文により、量刑において軽減的考慮されるべきである、それが、生命という法益に対する拒否的又は無関心の真情に基づくものではない限りであるが。例えば、次の例を考えられたい、耐え難く苦しんでいる、そして、誰も救い得ない家族の者、又は、最良の友人を殺すとか、自動車の中に救済できないように挟まれ、焼死が迫っている者に慈悲の一発（Gratenschuß）をする者。動物の場合なら、それは善行であろうが、人間の場合には、それは犯罪である。それに劣らず、自殺行為の結果として死ぬことを許してもらいたいと懇願する自殺患者に救助をしない場合（刑法第七八条）、減刑が適切である。最後に、スイス刑法第一一五条をも考慮すると、自己謀殺関与にあつて、特に、利己的動機は刑罰に値すること、それ故、利他的関与は刑法第七八条の下の縁に位置づけられるべきであることを無視してはならない。

刑法は、第四一条第一項一文において、終身自由刑又は二〇年以下の刑で警告されている謀殺の廉での刑罰（刑法第七五条）を、例外的に、特別の減輕事由のゆえに、それぞれどこか、一年以下の自由刑に下げることが許している。刑法第七七条でも、刑法第七八条でも、それぞれ六月から五年以下の

自由刑を用意しているが、刑法第四一条第一項五文により、特別の減刑の方法で、刑の下限を六月から一年の自由刑に下げること、刑法第三七条により単に罰金刑を科することが可能である。裁判所が特別の減輕法定刑を利用したくないとき、そして、普通の法定刑から出立するとき、裁判所は、一九九七年ないし二〇〇一年から刑法第四一条第三項により、特別の減輕事由において、宣告刑の執行を五年まで全部又は一部を執行猶予にすることができる（刑法第四三条、同第四三条⁽⁷⁹⁾）。その時まで、刑の執行猶予の可能性は二年ないし三年までの刑においてのみあつた。不処罰だけが現行法には存在しない。しかし、具体的事例で、刑罰の完全な裁判官免除の可能性は、特に、刑法第七八条における救助の構成要件選択肢のために、意味があろう。それは、立法者によつて両方の犯罪のために導入されるべきである、そして、通常の法定刑を下限のない三年の最高刑という現実的程度に引き下げること⁽⁸⁰⁾も導入されるべきである。

一九七五年刑法の施行以来、第七八条では、特別の減刑が事件のおよそ三分の一で利用されている。その他のたいいていの場合、科刑は最高刑の警告の下の部分四分の一内で変動する⁽⁸¹⁾。それどころか、刑法第七七条の場合には、通常の最低

料 法定刑六月の下にとどまりうるために、特別の法定刑が事例

資 三分の二において利用される、なぜなら、最低法定刑が、
具体的事例における動機のわずかな非難可能性の故に、あま
りにも重すぎると感じられるからである。⁽⁸²⁾

V まとめ

1. 誰でも、刑法第一一〇条により、自らが直接死の意思で
もたらしたのではない死病又は死傷で死ぬ権利をもつ、その
際、誰もが治療行為によってその妨げをしてはならない。死
に至る苦痛の甘受は法律の意味での自己謀殺ではない。医師
は患者をその意思に反して救ってはならない。医師のそうで
なければ存在する保障人義務は介入しない。これに相応する
のが、死病者における消極的安楽死、つまり、不作為による
臨死介助の許容である。しかし、寛容は、耐え難い苦痛に終
止符をおくために、生命への積極的介入を許容するところま
では行かない。生命の短縮という副作用を伴う鎮痛、つまり、
いわゆる間接的積極的安楽死だけが許される。

2. 自己謀殺ないし自己殺害は、積極的安楽死と同じく、自
然に対する暴力的侵襲である。現行刑法によると、自分の生

命へのこういった自己決定権は、それが他人の作用に関係す
る限り、認められない。自己謀殺は社会倫理的には非難に値
する。それ故、医師は、自殺患者をできる限り救わねばなら
ない、自殺患者が治療の承諾をしなくともそうである。刑法
第一一〇条は適用できない。それは、刑法第七七条及び第七
八条による嘱託殺人又は殺人関与禁止の帰結である。それは、
自殺者の死の意思が変わらない場合、自己謀殺未遂に直接接
続する時点にも関係する。

「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
よっ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つた者も罰する。

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、故意に行為したものである。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

もって足りる。

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った場合には、行
為者は、目的をもっ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定
なものと考えた場合には、行為者は、確定的に行為したも
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。

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補助した者は、
六月以上五年以下の自由刑に処する。

第八〇条（過失殺人）

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。

第二一〇条（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
諾を得なかつたときは、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。

「スイス刑法典関連条文」（訳者付記）

第二一五条（自殺誘導及び補助）

利己的な動機により人を自殺に誘導し又はこれを援助した
者は、自殺が実行され又は未遂に至ったときは、五年以下の
重懲役、又は軽懲役をもって罰する。

注記

(37) 上記本文II・3、注28及び下記注61を参照されたい。テレ

ジアーナ刑法典は、自己謀殺を故意の「力づくの自手の自殺」と定義しており (CCTh Art. 93 § 1)、「自然死」(§ 2)とは区別している。ヨゼフイーナ刑法典は、自殺を「自分自身に向けられた暴行」(I. Teil, § 89)と呼び、「自殺とは、力づくの、そして死を招く行為によつて自ら生命を奪うこと……」 (§ 123) と定義している。

(38) Vgl Moos, in: WK (2. Aufl.) § 78 Rz 9, 43 f.

(39) 簡潔且つ適切に「シトメースは、言ひつゝ、自己謀殺は謀殺である。それ故、自己謀殺による責任を負ふことは不可能である」。Stoos, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts (2. Aufl.) (1913) 260.

(40) HM, vgl SSt 21/42; FvBI 1972/328. 詳細且つ説得的に論じていたのがリッターマンである。Rittler, Ist Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord nach österreichischem Rechte strafbar?, ZStR 13 (1900), 230 ff, 239, 244 ff, 259; ders., Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Allg. Teil (2. Aufl.) (1954) 279. 価値状況からすると「基本的な別物」であり、それ故「独自の犯罪」である。Kienapfel, BT I (4. Aufl.) § 78 Rz 7; Moos, in: WK (2. Aufl.) § 78 Rz 7 mwN; aM *Lenkauf/Steininger*, StGB (3. Aufl.) § 78 Rz 1.

(41) Vgl Moos, in: WK (2. Aufl.) § 78 Rz 7; ders., Urteilsanmerkung, JBI 2001, 196 ff, 197. オーストリア最高裁判所 (KH 3395) は、以前に旧刑法第三三五条に関して、自己謀殺への過失の補助行為というものがそもそも自己謀殺と因果関

係を有するの否かの問題を扱ったのだが、それは、自己謀殺が他人の自己決定から生じているからである。最高裁判所は因果関係を肯定した。今日の視点からは、因果関係が問題ではなく、関与者に対する他人の危険領域の客観的帰属が問題となる。他人の危険領域が刑法第七八条の中核をなすのだが、刑法第七七条では外部の者がその自らの危険領域に責めを負わねばならない。s Moos, in: WK (2. Aufl.) § 75 Rz 16, § 77 Rz 5, § 78 Rz 6, 8, 39.

(42) *Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht, BT I (5. Aufl.) § 1 Rz 55: 「自己謀殺によつて招来された死は殺害犯罪の意味における構成要件該当の結果ではない」。Treichsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar (2. Aufl.) (1997) Art. 115 Rz 5: 「第一一五条は自己謀殺関与を完結的に定めよう」。Vgl auch Moos, in: WK (2. Aufl.) § 78 Rz 11 ff.

(43) 今の帰結が故意の調査である。siehe Moos, in: WK (2. Aufl.) § 78 Rz 12: 自己謀殺への過失の関与は、故意がある場合刑法第七八条を充足するとき、不処罰である。これに対して、故意行為が刑法第七七条の嘱託殺人に包摂せざることを刑法第八〇条の過失犯が適用される。

(44) 事例群の詳細な区別については、Moos, in: WK (2. Aufl.) § 78 Rz 12, 42 ff.

(45) 旧刑法第三三五条については、下記注51参照。ブルクシュタラーもこの見解をとっている。Bungstaller, in: WK (2.

- Aufl.) § 80 Rz 85.ブルクシュタラーは、なぜ、刑法第八〇条の過失犯がそもそも独自の犯罪としての自己殺害への関与に適用可能であるのか、といった前提問題（及びリットラー）に深く立ち入ることなく、過失では特別の注意義務があるか否かを論じている。ブルクシュタラーはラーツの見解に組んでいる。Ratz, Zur strafrechtlichen Haftung des Arztes beim Selbstmord, ÖJZ 1988, 619 ff. ラーツによると、独自の犯罪として刑法第七八条が故意の関与を処罰していることから、排他的規定が問題となっているという帰結が導かれることは無く、したがって、自己殺害への過失の関与は他人殺害と見ることができるといっているのである。そうなるなら、ラーツは刑法第七八条を刑法第七五条の減輕類型と見なければならぬはずだが、しかし、そうはしていない。
- (46) Vgl etwa Schmoller, ÖJZ 2000, 363; Bernat, in: Wienke/Lippert (FN 1) 120; Brandstetter, in: Mazal (FN 4) 46; Wildhaber/Breitenmoser (FN 12) Art 8 Rz 268; Kneihls (FN 1) 485; Schick, in: Zipf-Geds (FN 1) 400.
- (47) Vgl SSt 21/42; EBRV 1971, 242; Leukauf/Steininger, StGB (3. Aufl.) § 110 Rz 19.
- (48) BGHSt 6, 147 ff, 153 (Großer Strafsenat); 35, 367 ff, 375; 46, 279 ff, 285.
- (49) Vgl CCTH Art 93 § 7 sechstens: poena extraordinaria. しかし、行為がうまくいったとき、神の肉体、つまり魂の救済を忘れた悪漢の肉体は……理性を有しない牛に等しいのであって、根絶されたのであるが、それは、「その肉体の追憶が世の中において永久に軽蔑され、破廉恥と考えられるべきであったため」であった (Art 93 § 7)。一七八七年のヨゼフイーナ刑法典は、自己謀殺の犯罪には「改善」が期待されるまで「不定期」の監獄刑を定めていた (1. Teil, § 125)。一八〇三年の刑法 (2. Teil, §§ 89 bis 92) は、ここから生命の安全に対する重い違警罰 (§ 90) を定め、保安拘禁制裁 (§ 91) を科すこととし、「多くの義務を侵害する企図の下劣者」 (§ 90) を強調した。第八九条は後の一八五二年の旧刑法第三三五条に対応し、これが一九七五年まで効力を有した。
- (50) Siehe zur Geschichte seit der CCTH auch Ritter, ZStR 13 (1900), 230 ff; Moos, in: WK (1. Aufl.) § 78 Rz 2.
- (51) Vgl etwa KH 3395; dazu kritisch Ritter, ZStR 13 (1900), 245 ff, 248, 225; § 335 StG ist unanwendbar; ders (FN 40), Bes. Teil (2. Aufl) (1962) 10 FN 9.
- (52) Moos, in: WK (1. Aufl.) § 78 Rz 3.
- (53) Moos, in: WK (2. Aufl.) § 78 Rz 3.
- (54) Ritter, ZStR 13 (1900), 238 und 239 unter Zitierung von Hilschner.
- (55) Vgl Dutige, Sterbehilfe aus rechtsphilosophischer Sicht, GA 2001, 158 ff, 174 f. Kneihls (FN 1) 486 f, 504 f. 但し、刑法第七八条は「他人殺害禁止の特別類型」だというクナイスの見解は拒否されるべきである。ヴィルトハーバーとブライテンモーザーも強調しているが、自己の生命を放棄する憲法

- 上の自律性といふのは「第三者に及つては侵害しない」。 *Wildhaber/Breitemmoser* (FN 12) Art 8 Rz 267.
- (95) *Kneibls* (FN 1) 359, 377 ff, 500 ff, 503.
- (96) Nach *Georg Jelinek*, siehe dazu näher *Moos*, *Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert* (1968) 490 ff, 493; auch *Schnollner*, *ÖJZ* 2000, 363.
- (98) Vgl etwa *Dutige*, GA 2000, 165 ff und zur wechselnden Einschätzung im Laufe der Geschichte *Kaiser*, *Strafwürdigkeit von Selbstverletzung und Selbsttötung*, in: *Braun* (Hrsg), *Selbstaggression, Selbstzerstörung, Suizid* (2. Aufl.) (1988) 221 ff, 222 f.
- (99) 但し、刑法第一〇五条第二項の良俗違反条項は、三分犯罪概念の独自の要素としての違法性に関係するのではなく、構成要件に関係する。それは、行為の社会的相当性の法律的表现でもある。s näher zu dieser *Moos*, in: *WK* (2. Aufl.) § 75 Rz 16. 良俗違反が欠如しているといふことは構成要件の実質的不法性格を除去したがついて、これ自体を除去する (so auch *Schwaighofer*, in: *WK* (2. Aufl.) § 105 Rz 82)。それは、それ自体として構成要件をそのままとする正当化事由では決つてない。異説、依然としてかなり昔の理論から出立する通説 (vgl *Leukauf/Steininger*, *StGB* (3. Aufl.) § 105 Rz 22; *Kienapfel*, *BT I* (4. Aufl.) § 105 Rz 59 mwN) は、不承認の、客観的帰属を結果にだけ関連付けている。
- (99) Vgl *Leukauf/Steininger*, *StGB* (3. Aufl.) § 105 Rz 25;
- Kienapfel*, *BT I* (4. Aufl.) § 105 Rz 60; *Mayerhofer*, *StGB* (5. Aufl.) § 110 Anm 8.
- (99) So auch *Leukauf/Steininger*, *StGB* (3. Aufl.) § 110 Rz 19; *Brandstetter*, in: *Mazal* (FN 4) 46; *Kienapfel*, *BT I* (4. Aufl.) § 110 Rz 34; tendenziell auch *Bernat*, *RdM* 1995, 54 FN 36; ders., in: *Deutsch-FS* (FN 3) 447; siehe näher mwN *Moos*, in: *WK* (2. Aufl.) Vorbem § 75 Rz 46 ff, 48, 50; aM *Schnollner*, in: *Triffterer-Komm* § 110 Rz 34, 77 (vgl oben FN 28, 37); ders., in: *Meyer-Maly/Pratt* (FN 1) 104; *Bertel*, in: *WK* (2. Aufl.) § 110 Rz 33 ohne Begründung.
- (99) 自口謀殺への関与の違法性を前提とせざるにせよ、法がさるべきである。ケントンの法は「刑法第七八条」を知らぬからである。vgl etwa *Botke*, *Probleme der Suizidbeteiligung*, GA 1983, 22 ff, 35. この見解をホーストリンの刑法に於けるものとするべきである。
- (99) Siehe *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, *StGB* (26. Aufl.) Vorbem §§ 211 ff Rz 28, § 216 Rz 10.
- (99) Vgl F. A. Z. vom 23. 3. 2001, 9.
- (99) 刑法第七〇条と第七八条の相互境界について *Moos*, in: *WK* (2. Aufl.) § 78 Rz 39 ff.
- (99) *Schnollner*, in: *Triffterer-Komm* § 110 Rz 42.
- (99) Zur Einwilligungsfähigkeit siehe auch oben bei FN 4.
- (99) もしも、刑法第一〇条が自殺患者にも適用されるならば、逆の事態が発生し得る。すなわち、同意の与えつゝない患者

- を治療するための強要は、他の場合と同様に、刑法第一一〇条も第一〇五条も充足するものではない。Vgl. *Schnollner*, in: *Trifflerer-Komm* § 110 Rz 110.
- (69) Siehe oben FN 58 f.
- (70) Siehe oben FN 16.
- (71) Vgl. *Lewis*, BT I (2. Aufl.) 16.
- (72) Vgl. *SSt* 54/21; *Lenkauf/Steininger*, StGB (3. Aufl.) § 2 Rz 15 ua.
- (73) 上記注43参照。患者が死ななかつた場合、救助をしなかつたことによる関与（補助）の未遂は刑法第一五条第二項を準用してこの道不処罰である。siehe näher *mWN Moos*, in: *WK* (2. Aufl.) § 78 Rz 14, 16, 37.
- (74) Vgl. *Moos*, in: *WK* (2. Aufl.) § 78 Rz 32; *BGHSt* 32, 367 ff, 378; *Schick*, in: *Zipf-Geds* (FN 1) 417.
- (75) Vgl. *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, StGB (26. Aufl.) Vorbem §§ 211 ff Rz 34 *mWN*; *Lewis*, BT I (2. Aufl.) 16: 「強要（少なくとも短期的に）病的」であり、それ故「法的に重要ではない」。*Kienapfel*, BT I (4. Aufl.) § 110 Rz 34: 「「強要」及び「多々の場合」」。*Brandstetter*, in: *Mazal* (FN 4) 54.
- (76) Siehe *Moos*, in: *WK* (2. Aufl.) Vorbem § 75 Rz 49, § 78 Rz 21, 32.
- (77) Vgl. *Moos*, Urteilsanmerkung, *JB1* 2001, 197.
- (78) Siehe oben III. 2. b) Textabsatz nach FN 60.
- (79) *Einschränkung auf fünf Jahre durch BGBI I 2001/19*.
- (80) Vgl. *Moos*, in: *WK* (2. Aufl.) § 77 Rz 3, 52, § 78 Rz 5 *mWN*.
- (81) Siehe *Schnollner*, *ÖJZ* 2000, 377; *Moos*, in: *WK* (2. Aufl.) Vorbem § 75 Rz 22, § 77 Rz 3, 52, § 78 Rz 5, 49.
- (82) Vgl. *Moos*, in: *WK* (2. Aufl.) § 77 Rz 53.

【記者後記】

本資料は、ライオンント・モース教授 (Prof. Dr. Reinhard Moos) (リンツ大学) 執筆のドイツ語論文「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。前号に本翻訳（上）が掲載されている。