

同意と自己決定

Einwilligung und Selbstbestimmung

— Von Professor Dr. Hans Joachim Hirsch, Köln

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ
石 原 明 (訳)

〔はじめに〕

私は、一九八一年四月から一九八三年三月までの二年間、「生命科学と法」に関する研究をテーマに、西ドイツ、ケルン大学刑事法研究所に留学し、同研究所所長であるヒルシュ教授にいろいろとお世話をいただくことになった。ヒルシュ教授は大へん親切に私を遇してくれ、研究上の便宜をごまごまと与え、また相談にも応じて下さった。そこで私も、ヒルシュ教授の御親切に少しでもむくいるため、私の研究テーマ

に関連する同教授の論文をほん訳して我が国に紹介したいと思
い立った。そのことをヒルシュ教授に話すと、同教授もそれ
を快諾し、また大いに喜んで下さった。それで私は、先ず本
稿で、ヒルシュ教授が一九七四年に、ヴェルツェル教授七〇
才祝賀論文集に寄せた、「同意と自己決定 — *Einwilligung*
und Selbstbestimmung」をほん訳して紹介したいと思う。
ただこの論文は、公表されてからかなりの年月がたち、すで
に我が国においてもこの論文は広く読まれているので、今さら
私がかん訳するまでもないのであるが、同教授の親切にむく

いるという、ただそれだけの理由で同教授に申し出たところ、教授は次のようなコメントを寄せて下さった上、この論文の公表後の状況を記した追録原稿まで書いて下さった。即ち、「Diese Aufsatz ist in deutsche Sprache erschienen in der Festschrift für Hans Welzel, 1974, S. 775ff. Die japanische Übersetzung hat freundlicherweise Herr Professor Akira Ishihara, Kobe-Gakuin-Universität, angefertigt, dem ich dafür herzlich dank. Sie enthält einen Nachtrag, in dem ich zu der Entwicklung seit 1974 Stellung nehme. (この論文は、ドイツ語によって、ハンス・ヴェルツェル祝賀論文集一九七四年、七七五頁以下に掲載されたものである。その日本語訳が親切にも、神戸学院大学の石原明教授によってなされ、このことを私は心より感謝している。このほん訳には、私が一九七四年以来の展開に対してつけ加えた追録が、含まれている)」。このようなコメントと追録原稿をいただいたことに対して、私はここに改めて、ヒルシュ教授に心より感謝したい。なお、そのほかのヒルシュ教授の最近の二つの講演、すなわち妊娠中絶に関するものと治療行為の中断に関するものをも順次ほん訳して、近く本誌で紹介する予定である。

〔ほん訳〕

一

エンギッシュが一九六六年に、ヘルムートマイヤーの記念論文集で、「同意による断種の当罰性」の問題を論じた際に、自傷(あるいは自傷の試み)と、同意による他害とで異なった取扱いをすることが、首尾一貫性を欠くかどうかを原則論的に問題にしたが、そのときエンギッシュは、次のように記した。「私の見たかぎりではまだ、要求による殺人を一般に不可罰とすべきだとの主張がなされていないのが注目される。即ち、要求による殺人に減刑の特典を与えることが正しい。即ち、要求による殺人に減刑の特典を与えることが正当であるか(むしろ故意の殺人に関する一般規定を適用すべきでないかどうか)、また、懇願されて「慈悲殺」を行なう特殊な場合を不可罰とすべきかどうか、更には、明示的かつ真挚な要求がなかったけれども被殺者に対する同情から殺した場合にも、特典を及ぼすことができるか、ということについてである⁽¹⁾。だが、エンギッシュのこの見方は、今日ではもはや当たらない。すでにアルトゥール・カウフマンが、一九七〇年の刑法学会で報告して以来、彼は、要求による殺人に

は、将来、刑罰を科すべきではないとの方向に傾斜しており、またカウフマンの弟子ミカエル・マルクスも、「実質的法益概念」の理論から、同意による殺人の不可罰性を導き出している。またその間にルドルフ・シュニットも「マウラツハの記念論文集の「Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst? (自ら望んだ被害者の刑法的保護とは?)」と題する論文⁽⁴⁾で、明確に次のことを主張している。即ち、被害者の自己損壊行為が無罪であるという命題は、被害者の完全な同意にもとづく他害行為もまた無罪であるべきだとの命題によって、補充されなければならない。刑法第二二六条は、今や、現行法に体系矛盾を持ち込むものである。将来の刑法典は、そのような規定を持たないことが望まれる。同じく身体傷害の場合に、刑法第二二六条aが、完全な同意があっても、それだけでは不可罰とするためには不十分であるとしていることもまた、体系矛盾である。むしろ代案第一二二条第一項の提案⁽⁵⁾の方が適切であろう。一般のジャーナリズムにおいても、最近はそのような考え方が見られる⁽⁶⁾と。

(1) S. 411f. なお、R. Kefler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, 1884を参照。
そこでは、著者独特の思考から、同意による殺人の可罰性を除去

同意と自己決定 石原

することが一貫して主張されている。この見解は「Arzt, ZStW 83, 36 Anm. 94」により、世紀をこえて存続し得る見解と評価されているが、それは明らかに過大評価である。

(2) J. Meyerによる学会報告「ZStW 83, 252」。カウフマンは、その際「Gallas, JZ 1960, 649ff.」を根拠にしていることだが、それに対する見解は見落している。

(3) Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut". Prolegomena einer materialen Verbrechtslehre, 1972, S. 62ff., 82.

(4) S. 113ff. 特に S. 117ff. 上の論文の副題は「Gleichzeitig ein Beitrag zur Reform des Opinngesetzes (フヘン法改正にあたっての寄稿)」となっている。

(5) 代案第一二二条第一項は、「身体傷害は被害者が同意した場合には、違法でない」と規定している。

(6) 例えば、「要求による殺人」というテーマを取扱った一九七三年四月一二のARD放送の「Pro und Contra (賛否)」を参照。また、一九七三年四月二〇日の「Die Zeit」紙におけるこの放送に関する R. W. Leonhards の報告を参照。

二一

シュニットが、要求による殺人、その他、完全な同意にもとずいて行なわれた全ての殺人の可罰性を排除するために与えた理由は、次のとおりである。⁽¹⁾即ち、個人の生命は同時に公共の法益でもあるという考え方は、⁽²⁾維持することができな

(五八九)二〇九

い。ただし、基本法第二条第二項は、生命は最高の個人法益であるとしており、全ての刑法教科書もこの位置づけから出発していることは、明らかだからである。生命は個人法益であるが放棄し得ず、それ故法益の担い手の処分を許さない⁽²⁾という⁽³⁾ことを、可罰性の説明のために用いる見解に対しては、その放棄不可能性の理由をどこに求めるかを、問いかけなければならぬ。その答えとして、次のことが述べられているにすぎない。「人は、その生命を自由に処分する権限を、神からさずかかっていないから」と。だがこの見解は、国家刑罰の基礎づけとしては失格である。このことは、法益の放棄不可能性を、立証の困難性(被害者は、同意があったとの加害者の主張に対して、もはや反ばくし得ないから)に求める考え方に對しても、一そう当てはまる。なるほど、自分の殺害にすら同意する者は、通常は正しく同意する能力を欠いているという命題をたてて、同意を再検討することによってのみ、刑法第二二六条を体系に合致したものとする試みは成功するであろう。だがこの考え方もまた、一般に通用しない。ただし、その構成要件要素である「真摯な(ernstlich)」ということを嚴格に解釈すれば、結局は第二二六条は適用することができなくなってしまいうからである。したがってやはり、第

二二六条は、現行刑法において、体系矛盾となるものである以上。

だが、シュミットのこの見解は、これまでの説を論ばくするには適切でない。彼が明白だと考えているよりも問題はもっと複雑であり、通説が保持している論拠は、もっと内容的に豊富である。

先ず、基本法第二条第二項を援用することは、誤まっている。なるほど、個人の生命が国家ないし社会にも属するが故に、それが国家もしくは社会の自由な処分にも委ねられると言うならば、個人の生命は公共の法益であるとする思考は誤まっていると言えるであろう。シュミットも、その思考がそうした考え方をもっているとは思っていないであろう。むしろこの思考は、自己の生命の保護という個人的利益をこえて、同胞の生命を尊重するという、刑法上重要な公共の利益を肯定することを、もっぱら問題としているのである。基本法第二条第二項は、このことに対して何の異議をもさしはさまない。基本法は生命に対する個人の権利について規定しているが、その権利を憲法で言及するのは、周知のように、「生きる価値のない生命の否定」「ある一定の人種的、宗教的集団の絶滅」「政治的敵対者の排除」という標語で示されたナチ

ス政権時代の経験の、反作用として理解すべきである。したがって、生命に関する基本権の意味は、「国家によって実施され、合法化されもしくは認容された殺人を防止することに⁽⁴⁾ある」。それ故この規定は、殺人の全面的阻止に向けられた規定であるというべきである。この規定は、殺されることに同意した者を殺してもよいとするような憲法的保障を、何も含んでいないのである。⁽⁵⁾「現行法の生命に対する基本権は、原理的にも何ら個人の生命に対する処分権を認めるものではない」。⁽⁶⁾

刑法教科書体系のシュミットの援用も、彼の見解を支えるのに何ら役立たない。刑法教科書は、当然のことながら、殺人罪は個人に対する犯罪であることから出発する。だが、同意者本人によって、第三者が、人の生命抹殺の禁を守ることから解放されるほどにまで高度の個人的法益を口にする⁽⁷⁾ことは、補足的な言い回しにすぎないのであって、そのことは、刑法教科書が第二一六条を肯定することによって、拒否されている。

また、生命はなるほど個人の法益であるが、放棄できないものであり、それ故、法益の担い手による処分が禁じられるとする、ある部分はこの規定の説明のためにも念頭に浮かべ

同意と自己決定 石原

られた命題に対して、シュミットが述べていることを受容することは、殆んどできない。人々はすでに、この見解が本質的な点において、「ヤヌスの頭」的な法益論を主張する見解とどう異なるのか、疑問をもつであろう。それは、法益の放棄不可能性を同様に肯定することによって、法益保護の個人主義的な観点を拒否するものである。⁽⁷⁾だが、何れともあれシュミットが、これまで保持されてきた放棄不可能性を、人はその生命を自由に処分する権限を神からさずかっていないという観念だけに依存させることができると考えるならば、それは単なる唱え文句にすぎない。けだし、そのような純粹に宗教的な理由づけは、国家刑罰の基礎づけとしては、あまりにも貧弱であることは、明白だからである。最近の法律文献中にそのような理由づけを探しても、おそらくそれは、無駄な骨折りでであろう。もしもそれを引き合いに出すならば、自殺の試みをも可罰的としなければ首尾一貫しないが、自殺については誰も、真剣にその可罰性を考える者はない。

法益の放棄不可能性を、証明の困難性—同意の有無に関して生じる—だけに求めることはできないという、シュミットの主張はなるほどもっともである。だが、これを主張する学者は少数で、彼等は法益の高度の個人的性格を主張し、どの

ようにして体系的に矛盾なく刑法第二一六条を説明するかの問題に直面して、この理由づけを用いる。⁽⁸⁾だがこの見解は、すでに文献において、刑法規定の「少し古ぼけた理由づけ」として斥けられている。⁽⁹⁾

さて最後にシュミットが、刑法第二一六条を体系的に合致させ得る唯一の視点として、自己の殺害に同意する者は通常、正常な同意能力を欠くとの観点—これはシュミットによって、正当にも拒否されているが—が残されていると考えるならば、彼が論ばくしたこの見解の重要な論拠、ことに、ガラスおよびエンギッシュの著作にみられる重要な論拠を見落していることは、明らかである。エンギッシュによれば、体系矛盾は存在しないのである。ただし、一方、自傷による自己の身体、生命の自由な処分と、他方、侵害の許容もしくは要求にもとづく「第三者」によるその法益の自由な処分との間に存する相違に、注目すべきだからである。刑法第二一六条、およびそれと同質のすべての刑罰規定（機会的に企図された自殺への勧誘もしかり）の根拠は、同胞の生命を保持する法秩序の公共的利益であって、ただそれは自殺の場合にのみ、かかる場合には自己否定を決意した者に刑罰威嚇しても何も期待できないことも考えて、例外的に自殺者の精神状態を特に考

慮すべく、譲歩するのである。だが、その他の場合には、たとえ生の喜びが消えていくような場合にも、したがって人が自らの抹殺を願望する場合にも、他人の生命を尊重することは、意味をもつ。「生命に対する畏敬の念」の再三の誓いは、立法者をも動かして、たとえ、自己否定を望み死を熱望する者が、自分自身では法的に禁じられることなく生命を断つことができる場合でも、自らを否定させることを許さないのである。一般に、単に自殺の場合にのみ、同胞の生命を保持する法秩序の利益が身を引く、というエンギッシュの指摘は、おそらく実定法上に成立している状態の単なる言いかえではない。それ故、個人が自らその殺害を願望している場合にも、なぜ法秩序の利益が存続しなければならないかの問題が残る。その真の論証は、エンギッシュによって述べられた第二の思考中に存する。即ち、他人の生命を尊重すべきとの主張が、同意ある場合の殺人を許容することを阻止するのである。それ故エンギッシュは、その少し後で、「他人の生命の不可侵性(タブー)」の必要性を強調している。⁽¹¹⁾したがって、通説の次の見解、即ち、同胞の生命の安全のために、他人の生命をタブー視することが—ただ、正当防衛のような極端な例外的場合には、それが破られることはあるが—導入される

べきだとの見解が、決定的に重要であると考えなければなら
ない。⁽¹²⁾

通説のこの原則論的な見解には、なお次の思考がつけ加え
られる。即ち、自から進んで命を奪う場合に当然に生じる強
い阻止力が、要求による殺人の場合には後退するので、法的
否定の形で、手を下す第三者に反対動機を生じさせることが
とりわけ必要である、ということである。⁽¹³⁾ さらに次のことも
また、意味をもつ。即ち、殺害に同意することは、まさしく
取返しのできない侵害に同意することであるが、他方、同意
者の動機が単に一時的なものであったり、思い違いであった
りすることが容易にあり得るので、そのためにもまた、第三
者による殺人は—法的な刑罰威嚇による阻止が通常はなされ
ていない自殺とは異なつて—許容されるべきではない、とい
うことである。⁽¹⁴⁾

こうした通説の見解を見るならば、通説に対して論理矛盾
の非難を浴びせることができないのは、すでに明らかである。
この際、やはり通説の法的重要性を評価すべきであるが、と
もかく通説は、次のような否定することのできない思考を基
礎としていることにも注目すべきである。即ち、自傷を行な
う被害者本人の態度をどう評価すべきかということ、同意

により他害を行なう第三者の態度をどう評価すべきかという
ことは、二つの異なった問題であるというのである。自傷
行為から生じる論理的結論を、簡単に他害行為の判断に援用
することはできないのである。^(14a)

(1) S. 117f.

(2) BGHSt. 4, 88(93); Bay OLG St. 1957, 75(76); Wel-
zel, IJb. II. Aufl., S. 96; Wessels, AT 3. Aufl., S. 53. 々

参照。

(3) たゞは Maurach, BT 5. Aufl., S. 12. 々参照。

(4) Maunz-Dürig-Herzog, GG, 3. Aufl., Art. 211 Rdn. 8.

(5) 通説は Maunz-Dürig-Herzog, GG, 3. Aufl.,
Art. 211 Rdn. 12; Maunz, Deutsches Staatsrecht 19. Aufl.,
S. 123; Gallas, JZ 1960, 653ff., 686 (auch näher zu Art. 2
Abs. 1 GG); Schwalm, Küchenhoff-Festschrift, S. 699ff.
を参照。ただ, Hamann-Lenz, GG, 3. Aufl., Art. 2 Anm.
B 8. は、くわしい理由を以ていながら、基本法第二条第一
項から、自己の生命を自由に処分する基本権を導き出さうとして
いる。しかしその場合にも、基本法第二条第二項第三文の法律の
留保により、刑法第二二六条に対しては、何らの憲法上の異議を
申しはねしてゐない。

(6) Maunz-Dürig-Herzog, a. a. O.

(7) そのためにマウラッハは、次のように記述している。即ち、
生命が個人の法益であるか、はたまたま全体社会の法益であるか

とらふ論争問題は、生命保護の絶対性よりむしろ直面した場合何ぞ実際のな意味をあたふこと。(AT 4 Aufh., S. 340; BT 5 Aufh., S. 12) など Lackner-Massen, StGB, 8. Aufh., Vor § 51 Anm. 5add を参照。そこでは一方で、それは、個人的法益であると述べているが、他方で、「その担い手は、その処分権を持たない。ただし、公共の利益がそれに関係するからである」と述べている。

(8) 例えは Arzt, ZStW 83, 36f. Anm. 97 (同意があったにもかかわらず処罰することは——刑事政策的に見れば——同意がなかつたを邪推して処罰することである。)

(9) Engisch, H. Mayer-Festschrift, S. 412.

(10) Gallas, JZ 1960, 649, 653; Engisch, a. a. O. S. 399, 412f. を参照。(1)の問題に対する、まさに最も重要な見解が、シテマッタによって引用されていること。

(11) S. 415.

(12) Peters, JR 1950, 743. を参照。

(13) Engisch, a. a. O. S. 412.

(14) 単なる「抑圧の願望」への比較。Simson, Schwinge-Festschrift, S. 109. 聞きかたの可能性については、v. Kress, Deutsches Medizinisches Journal 1960, 548. また、前章の注(9)で述べた、テレビ放送における医師たちの見解を参照 (S. R. W. Leonhardt, a. a. O.)

(15) Honig, Die Einwilligung des Verletzten, 1919, S. 94ff. など、テレビの同意を強調している。

三

他人の生命を尊重すべきことの主張の観点に立脚する通説を検討する場合に、先ず、この見地が原則論的に、刑法の任務および法益論の認識と一致するかどうかが問題となる。

(a) 今日しばしば主張されている次の見解、即ち、刑法による威嚇は社会侵襲的もしくは社会的に危険な行為に限定されるべきである、との見解は、(完全な) 同意にもとずいて行なわれる殺人を可罰的とすることが、そうした刑法概念の基礎の上に成り立ち得るかとの問いかけ、これは重要な問題であるとする。この見解は周知のように、「社会侵襲性」の観点の助けをかりて、単なる道徳違背をすべて、刑法から排除することをその狙いとしている。

この見解は、次の考え方に近い。即ち、その生命を奪われる者は殺害に同意しているので、その者には保護すべき利益を欠いている。そして当人の生命よりも大きな財は侵害されていないので、全体社会の侵害も存在しない。通説によって肯定されている公共の利益は、単なる道徳的な評価を受けるにすぎないものである。それ故、同意による殺人は、社会侵害性を欠いている、と。

しかし、すでにポツケルマンは、⁽¹⁾刑法概念上の侵害の概念は非常に不確かなので、それは―彼の一派が容易にそれを行なっているように―柔軟に解釈されると指摘している。全体社会の實質的損害―侵害される個人をこえて―が生じた場合に限って、公共の利益を刑法的に保護するのであれば、「社会侵害性」という公式は、そもそもあまりにも狭すぎるであろう。明白に処罰が必要な行為領域を念頭に置いて、公共の利益の侵害を問題とするところでは、ただその一部の場合のみについて、そうした侵害が認められるにすぎない。だが、これまで正当と認められている刑罰規定のうちで、社会の秩序観念もしくは価値観の保護「だけ」を問題にしているものも多くある。したがって、ある一派の刑法観が、合憲法的秩序、経済秩序および国家的信条、性に関する少年補導、などの刑法的保護、もしくは―特に啓発的な―暴行行為処罰規定などともまた、社会侵害性の標識と調和し得ると考えても、それは何らの不都合をも生じない。のみならず、平穩の保護（刑法第二六六条を参照）、およびそれと殆んど切り離すことができない公共の感情の保護を念頭におくことは、処罰が必要と思われるすべてのものを、社会的に有害として、実際に社会侵害性のもとに包含する可能性を、立法者に与えるもの

である。⁽²⁾それ故、社会侵害性の概念はその幅を広げる可能性をもち、したがって刑法規範と単なる社会倫理規範とを質的に限界ずける学問上正確な標識とはなり得ないことが、明らかになる。しかもそれは、そもそも刑法と倫理を区別し得る思考ではあり得ない。けだし、刑法規範は刑罰によって武装した社会倫理規範であって、刑罰威嚇を伴わない単なる社会規範との区別は、量的なものにすぎないからである。⁽³⁾実際、「社会侵害性」への限定の旗印しのもとで主張されている、単なる道徳的なものはすべて刑法から排除すべきとの主張には、次のような特別な願望があるのである。即ち、社会倫理上の否定的判断が弱まった結果、刑罰威嚇が時代おくれとなった⁽⁴⁾と思われる刑罰規定を、刑法から排除しようとの願望である。社会侵害性の思考が、性刑法を制限するたかいかいにおいて、すなわち、変貌の過程がきわめて分りやすいこの題材において動員されたのも、あなたがち偶然ではない。その場合に、社会が忍受できる単なる「非社会的な」行為と、「反社会的な」行為とのちがいを鋭く洞察することが、重要な役割りを演じる。また同様に、本来当該行為を禁圧する（より）納得のいく理由が与えられるかどうかの考察、および、社会秩序との衝突を（より）一そう重く評価すべきか、それとも刑罰威嚇

とは別の手段で十分に、社会における平和な共同生活を保障することができかどうかの考察もまた、重要な役割りを演じてるのである。

したがって、これまで論じられた問題に対して、次のことが明らかになる。即ち、「社会侵害性」を目指す刑法概念は、もともと、同意による殺人を可罰的とすることと対立するものではない。むしろ、その可罰性を保持するための理由が一そう説得的で、心にきざみ込むに十分であるかどうかが問題なのである。その場合に、刑法第二一六条について主張されている通説の見解を不合理なものとして片ずけてしまうことができないことは、すでに本節で強調された。ただし、生命を不可侵とすることによって同胞の生命の保護を強化しようとすることは、全く合理的な思考であるからである。

(b) 個人の自己決定権は、同意があるにもかかわらず刑法が介入することを排除する、という考え方もまた、有力に主張されている。シュミットにおいても明らかに重要な役割りを演じたこの命題は、ミカエル・マルクス⁽⁵⁾によって主張された「実質的法益概念」において、最も鮮明に現われる。それは、「実質的保護客体」の問題に対して、次のように答えるべきだとする。即ち、「刑法は、人間の自己実現を可能にす

る客体を保護する」。それ故法益とは、実質的には、人が自由な自己実現のために必要とする事物である、と定義づけられる。その「事物」が、人の自己実現に役立つが故に、また役立つかぎりにおいて、それは同時に、正当に保護されるべき「財」としての価値をもつ。その「事物」は、人間との関係をもつが故に、保護されるのである。それ故に、この人との関係性がまた、侵害の対象となる。即ち、その事物の所有者が有する、事物の特別な処分可能性、事物の「所有性」が侵害されるのである。この「法益の関係概念性」から、同意の重要性が結果される。ただし、この事物は、その価値を評価しそれによって活発に自己実現をしている主体との特別な関係によってのみ、「財としての資質」を獲得しているからであって、もし主体がその関係を解き、その事物を「放棄」するならば、それは財としての資格を失なうからである。したがって、その論理的帰結として、次のことが結論づけられる。即ち、—実際に同意能力のある—被害者の同意は、常に当該法益の侵害性を排除する。そしてそれは、故意の殺人の場合にもまた同様である⁽⁶⁾と。

次に、これと同じ出発点に立ちながらも、シュミットホイザー⁽⁷⁾とシュトラーターベルト⁽⁸⁾が、別の結論に達していること

には、注意すべきである。彼等は、個人の法益が問題となる場合に、その法益論を本人の自律ということに結びつけて考える。シュミットホイザーによれば、ここではまさに、「有権者の自律的支配」ということが、本来の法益であるとされる。そしてシュトラーターテンベルトはこの場合に、法益の侵害とは、「他人の自己決定の蔑視である」と考える。そしてこの法益の「真の基礎」の侵害が、本人の意思によっておこなれた自由な自己決定と調和して矛盾しないならば、それは決して不法ではないとされる。だがこの両者は、M・マルクスと同様に、自己決定をその出発点として選びながらも、個人に対する法益（生命・身体）の場合には、その処分権の制限を肯定する。シュトラーターテンベルトは、純粹にパターナリスティックな思考によってこれを支えることができると考えている。彼は、その制限を次のことによつて理由づける。即ち、自由の最低限度の基礎として、本人自身の利他的な自由の行使―そこでは、取返しつかない、もしくは痛切な侵害が行なわれる―から、法益の担い手である個人を保護することが、一定限度において必要と思われる、即ち、「簡単に言うると、個人は、事情によっては彼自身に納得のいく利益を後見されなければならぬ」と。だがこの理由づけは、独断的であつ

て適切ではない。それは、本人の「納得のいく」利益が一体どこにあるのかの問いに具体的に答えなければならぬときに、ただちに困難に遭遇する⁽¹⁰⁾。加えてそれは、法益を問題にする場合に強く妥当するとされた自己決定の思想との矛盾をぬぐい去ることが、困難であると思われる。けだし我々は、自己決定の能力のあるいわゆる成年者としての国家市民を背景として、その観点から個人の法益を考えているのであつて、国家を女家庭教師のように考へることは、適切でないからである。この考へ方は、評価すべき通説の見地よりも、そのリベラルな思考においてより後退しているとさえ、言わなければならないであろう。それに対してシュミットホイザーは、その制限を、人間の尊厳といふことの中に見る。けだし、誰も他人に対して、人間の尊厳を意のままにするような態度を要求することができないからである⁽¹¹⁾。したがつて、シュミットホイザーは、通説の中心思想―他人の生命を尊重すべきとの主張―と親近性をもつ。だがやはり、行為客体に対する権利者の自律的支配が、原則的に個人に対する犯罪の本来の法益であるとする彼の出発点からすると、彼においても矛盾が生じる。身体傷害の場合のように、法益の放棄不可能性が、その一部分についてのみ問題になるところでは、シュミット

ホイザーにおいて、法益の分解が生じるであろう。彼は次のように述べている。「ここでは、有権者の自律性という財は、その前面において自律性の対象である個人の財それ自体にかわる。この個人の財は、生命自体がおよそその尊重要求をなくし得ないのと同様に、人間の尊厳によって設定された限界をこえて、その尊重の要求を消滅させることはできない。したがってここでは、二つの財、即ち、先ずただ間接的にのみ本人の自律性に尊重要求が及ぶ財と、その尊重要求の直接性の故に、もはやそれを自由に処分することができない財との、意味深重な置きかえがみられる。それ故シュミットホイザーは、一つの同じ財(身体の完全性)についてすら、法益概念の分解を持ち込んでいる―故意の問題および未遂の問題についても、それは疑わしい結果を招いている―。けだし彼は、「自律性」という出発点にもかかわらず、処分可能性を制限することを必要と考えているからである。

このように、M・マルクスの個人主義的な「実質的」法益概念に対して、他の著者が、同じく自己決定と結びついた法益概念をたてながらも、その処分範囲の制限を―ことに生命法益に対する制限―認めていることが指摘できるとすれば、そもそも法益概念と自己決定との結合は疑問であると言わな

ければならない。個人犯罪における法益を、行為客体に対する「自律的支配」もしくはそれを「評価する」主体との関係における客体として握把するならば、生命、身体、行動の自由等々はもはや法益ではなくて、生命、身体、行動の自由等々を保持する意思が法益であることになって、これには異議が生じるであろう。これはすでに、第二次刑法改正法第三四条における実定法上の概念理解と矛盾すること、法益概念と自己決定とを結びつけることは、単に信仰告白を意味するにすぎない。アーメルングも、M・マルクスに反対して、伝統的な法益概念からそのような思考を引出すことはできないと、指摘している。また法益概念は、決して刑法上の特別な概念ではなく、法的な禁止および命令規範が発現するすべての場所でその役割りを演じると考えるべきである。このことは既に早くから、ヴェルツェル⁽¹⁴⁾が指摘していた。法益概念によって刑事立法の可能性を制限することを期待する見解は、次のことを見誤まっている。即ち、法益概念は刑法に方向づけられた特殊な機能をもつのではなく、またそれは、決して法秩序に制限を劃するものではない、という事実である。法益とはむしろ、「法がその侵害から守ろうと欲するそれぞれに望ましい社会状態」である(ヴェルツェル⁽¹⁵⁾)。したが

って、法益概念から立法者による処罰の制限論を展開することはできないのである。⁽¹⁶⁾

それ故、法益問題とは全く関係なく、次のことが問題となり得るであろう。即ち、同意にもとずいて行なわれる殺人は個人に対する行為であるが故に、自己決定権を考慮して、もともと刑法の有効な課題領域の外にある問題ではないか、ということである。個人に必須の自由領域は刑罰規定によって狭められてはならないのは、自由主義的法治国家において当然のことである。それ自体禁じられる行為について同意が許容され得る場合を認めることは、個人の自由の妨げられない行使に付与する社会的意味を、法秩序が尊重していることを物語っている。だがその場合、それは刑事政策的観点に場を委ねる領域をもっている。けだし、絶対に通用する自由の領域の限界を画するのは、もっぱら憲法のみだからである。だが、殺人に対する同意の問題は、まだまだそれとの接点を持たない。同意によって殺人に対する禁止を自由にする基本法上保障された権限などは、成り立つものではないことは、既に前述した。基本法の間像は、独裁的な個人のそれではなくて、共同社会の中に生きて、多くのことを義務づけられている個人のそれである（連邦憲法裁判所判決、一一一、四五

〔五一〕、二八、一七五（一一八九）。自己決定の思考は、次のこと、即ち、ここで論じられている問題は、第三者の行為を刑法上放任するかどうかについてであることを、特に注意すべきである。それ故シニミット⁽¹⁷⁾は、ある箇所ですでに、限定的に「間接的な自己損傷」という言葉を使っている。なるほど、自己決定の実現のために必要な第三者の行為を制約することによって、必要な自己決定が侵害される場合も考えられよう。だが常に問題とされるのは、人の人格性の自由な発展のために絶対に必要な意思形成領域を各人に保障するということである。同意にもとずく殺人を可罰的とするとしても、それによって自殺の可能性が妨げられることはないであろうが、それは別としても、自己決定の「間接的な」行使ということがここに援用することは、合憲的な法益放棄不可能性の思考をはるかに超えて理解される、強調された個人主義的思考と関連するものである。このことは、自殺する個人の権利というものが決して承認されないことを考えるとき、なおさらである。さらに、一九七二年の麻薬法第一条が示しているように、事情によっては、身体の自己危殆化に介入することは、不可避的とすらみている。これらすべては、次のことを明らかにする。即ち、同意にもとずく殺人の問題は、刑

法の権限の原則論的な範囲に関する問題ではなくて、むしろそれは、今日の社会倫理上の判断がそのような行為の当罰性を証明するかどうか、また、刑事政策的考慮がその処罰の必要性を認めるかどうかに関する問題である。ところが、

- (1) ZStw 74, 315
- (2) 〔邦文〕 Knut Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1973, S. 339ff., 344ff., 394.
- (3) Welzel, Lb. II Aufl. S. 5f.; Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., S. 166. 〔参照〕
- (4) Englisch, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie, 1971, S., 103.
- (5) A. a. O. S. 62ff., 67, 82 Anm. 18.
- (6) M. Marx, a. a. O. S. 64ff., 82 Anm. 18
- (7) Strafrecht AT, 8/130ff., 137, 140 ff.
- (8) ATI, Rdn. 377f., 389ff.
- (9) ATI, Rdn. 389; 〔邦文〕 Hoerster, JZ 1971, 123ff.
- (10) 〔邦文〕 Stratenwerth, a. a. O. 自身発言として「それか、それに対する Schnitt, a. a. O. S. 117. の反論は、正確である。」
- (11) Strafrecht AT, 8/131, 140ff. それ故、彼は、要求による殺人を「もはや」と「自律が妥当でない場合」として説明している。
- (12) 〔邦文〕 シュミットマン、ザーに於ては「すでに述べたよ

うに、「生命」という法益については自律性の思考を後退させ、また、身体および行動の自由については、法益問題に関しては必ずしも「貫しなり」「自律性の財」が考えられている。

- (13) A. a. O. S. 11f., 262
- (14) ZStw 58, 512 Anm. 30
- (15) Lp. II, Aufl., S. 4.
- (16) Jescheck, AT 2. Aufl., S. 194 もまた「法益概念のたすけを借りて、刑事政策的目的をめぐって、当罰性の限界を画する」ともまた広く受容している傾向に「反対している。同じく Amelung, a. a. O. S. 263, 271, 339ff., 394. の批判を参照。40 頁」 Hassener, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, S. 245, は「法益論の任務は決定的な理論の構築に向かうことではなくて、法益をめぐる政策の具体的前提の見取図を作成することに向かうべきである」と述べている。
- (17) A. a. O. S. 115
- (18) Maunz-Dürig-Herzog, GG, 3. Aufl., Art. 2 II Rdn. 12; Gallus, JZ 1960, 653, 686. を参照。これは「州警察法の中に、自殺者に対する処分を規定することが法的に可能であるかについて述べている。

四

したがって先ず、これまでの支配的な見解に対して、「この」に提出される法律の問題を個人主義的に解決する方向への評価の変更が、社会の中に生じたかどうかが問題となる。

まず、福音主義の倫理およびカトリックの道徳神学においては、神の五つの命令に於いて、同意にもとづく殺人を否定することが確定している。なるほど、直接に生命の短縮を目的とせず、間接的、偶然的に死を少し早めることによって、死の苦しみの一部もしくは全部をまぬがれさせることについては、何の異議もとなえられない。だが、もし生命の短縮が意図されているならば、そのような直接的な殺人は、常に有罪とされる。そしてそれは、いかなる事情があっても——何らかのよい目的との組合わせにおいても——患者の要求があることによつて、正当化することはできない。人間は、自らの主人および所有者であるのではなくて、ただその身体およびその存在の用益者であるにすぎない⁽¹⁾というのが、キリスト教的道徳の基本原理の一つである。

また、医学上の文献においても、同意による殺人を許容する問題は、ただ真の安楽死の問題との関連においてのみ——したがって、ここで論じられているよりもずっと狭い範囲で——取扱われているにすぎない。ここでは、救助の見込みのない不治の患者に対して、死への介助のために死を結果する医療処置を行なうことは、殆んど一致して拒否されている。このような処置は、医師の任務に適合するものではなく、そ

れは、医師の使命に対する疑問視を招くとされる⁽²⁾。またそれと相応じて、救助の見込みのない患者の苦しみを除去するために必要な鎮痛剤を投与することも、その必要量または患者の状態により、それが鎮痛作用とともに確実に生命の短縮をもたらず場合には、それも否定される⁽³⁾。医師協会の多くは、さらにそれ以上に、苦痛を緩和する目的で、死に直面している患者に医師が鎮痛剤を投与することも、生命短縮の可能性があらかじめ予見される場合には、やはりそれを否定する⁽⁴⁾。その理由として、次のことが述べられている。即ち、医師はもっぱら生命保持のために奉仕すべきであつて、生命を短縮する可能性のあるいかなる処置も行なうべきではない。そのような行為は、医師の保護義務に違反し、また、医師に委ねられた患者の生命の不可侵性を犯すものである、と。

現在の哲学の文献においても、私が見たかぎりでは、同様に、同意殺の原則論的な肯定論は見当らない。これについては我々は、ニーチェおよびヘッケルにまで、さかのぼらなければならぬ。ニーチェは、「道徳と医者」に関するテーマについて、次のように書いている。「患者は社会の寄食者である。ある状態においては、なおながく生き続けることは、行儀の悪いことである。生命の意義、生命への権利を喪失した後に

において、医師や治療者への憶病な従属のうちにかろうじて生き続けることは、社会において深い軽べつを招来するに違いない。他方、医師はその軽べつの仲介者とならなければならぬ……。生命の、上昇する生命の最高の利益が、退化する生命を容赦く下部や側面へ押しつけることを要求する場合にはいづれも、新たな責任が、医師の責任が、作り出される……。ヘッケル⁽⁶⁾においては、次のように述べられている。

「もし回復の見込みのない重い病気が、その生存を耐え難いものにしてゐるならば、あるいは、もし彼等自身が我々に『不幸からの救済』を願うならば、我々は、同胞の重い苦悩を終らせる権利をもち、あるいはそれを義務というならば、その義務をもつ」。ここで注意すべきことは、全く治る見込みのない精神病者に対して、彼は次の処置を論じていることである⁽⁷⁾。即ち、そのような病者については、「信頼し得る良心的な医師たち」から成る委員会の決定によつて、モルヒネの投与により殺すことができる。同じく、毎年生まれる何千という不具者、ろう啞者、クレチン病者、不治の、顕著なわざわいを負わされた者、等々を、出生後すぐに殺すことによつて、端初から人生の道を遮断することは、「より理性的であり、よいことである」と。だが、そう言っている間にも、ヒット

ラーの時代に、いわゆる生きる価値のない生命の殺害が実際に行なわれたが、その後に至つてこの見解を引き合ひに出すことは、もはや問題にならないことであろう。

マルクス主義もまた、同意殺の許容性を否定する。これについては、社会主義国家の刑法典を参照することができる⁽⁸⁾。

カール・マルクスは、自殺のテーマについては——「自殺について」の章において——ごく短かく取扱つているにすぎない。彼の論述は、同意により行なわれる殺人の許容性を弁護することから、ほど遠い。

法律以外の現今の文献においては、個々ばらばらにジャーナリストが、要求による殺人の自由化を弁護する自由主義的な方向を強調しているだけである。だがそれを詳しく読んでみると、彼等が念頭に置いている事実関係は——オランダのファン・ボーフェン事件との関連において——懇願された安楽死の領域に関するものであつて、したがつて、ごく狭い問題領域を扱つているにすぎない⁽¹¹⁾。

それ故、社会倫理的評価が、同意殺を一般に許容すべきだという方向に変化したということはできない。むしろ依然としてエンギッシュの次の見解、即ち、他人の生命の原則論的な不可侵性(タブー)の命題は、個々の集団の習俗的、隔世

遺傳的な思想ではなくて、公共の精神的な所有物である、とする見解が真実であることを証明している。シムソン⁽¹³⁾も、⁽¹²⁾最近においてこのことを指摘している。彼は要求による殺人の原則論的禁止の正当性を力説し、真の安楽死の問題となる一定の場合のみを例外的に取扱おうとしている。強調された個人主義の段階は明らかに後退し、個人間の強い社会的結合の傾向が進んでいるときに、極端な個人主義的解決を、今日の社会の世界観に依拠せしめることは、次第にできなくなりつつある。また、真の安楽死の特殊な問題性をめぐる議論に還元して考察することについては、シムソンは明確に、次のように述べている。即ち、そこでは決して「自己決定」のテーマが問題となるのでなくて、それは、重い苦痛のもとに死の床に横たわっている死の承諾者の苦悩に直面して、人道的な観点から、他人の生命の尊重が例外的に道を譲るべきかどうかという、困難な問題にかかわるものである。この問題については、なお後述する。

(一) カットリット道徳神学の大綱(1917)に『Häring, Das Gesetz Christi, Bd. 3, 3. Aufl., S. 227f.; Mausebach-Ermecke, Katholische Moralthologie, Bd. 3, 9. Aufl., S. 72ff., 80; die Ansprache von Pius XII v. 24. 2. 1957, abgedr. in:

同意と自己決定 石原

Herder-Korrespondenz 1956/57, 378. 参考。福音主義の神學(1917)に『Barth, Die kirchliche Dogmatik, Bd. 3 Teil 4, 2. Aufl., S. 487; Bonhoeffer, Ethik, 7. Aufl., S. 171.; Krapp, in: Evangelisches Kirchenlexikon, Bd. 1, 2. Aufl., S. 1185; Thielicke, Theologische Ethik, Bd. 3, S. 438ff.; Trillhaas, Ethik, 2. Aufl., S. 185f. 参考。

(12) Heilbrügge, Deutsches Ärzteblatt 1963, 1493f.; Kautzky, Hochland 1960/61, 306; ders., bei F. Valentini, Euthanasie, 1969, S. 42; v. Lutterotti, Herder-Korrespondenz 1973, 241; Zillig, Hochland 1949/50, 347; Die Berufsordnung für die deutschen Ärzte in der vom 59. Deutschen Ärztetag 1956 beschlossenen Fassung, abgedr. bei Kuhns, Das gesamte Recht der Heilberufe, 1958, I/255, II/153. 参考。

(13) 前注(12)に於て挙げた文献の見解を参照。

(4) Gruber, Arzt und Ethik, 2. Aufl., S. 32; v. Kress, a. a. O.; Lang, JR 1953, 55; Zillig, a. a. O. S. 341. Abw. jedoch Kautzky, Hochland 1960/61, 304, 306; ders., bei F. Valentini, a. a. O. S. 41f.; Victor v. Weizsäcker, Euthanasie und Menschenversuche, 1947, S. 6, 10, 22.

(5) Götzendämmerung, Streifzüge eines Unzeitgemäßen, Aph. 36.

(6) Die Lebenswunder, 1904, S. 132.

(7) A. a. O. S. 135f.

- (8) Simson-Geerds, *Strafaten gegen die Person und Stittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht*, 1969, S. 43ff. の報告を参照。東独の刑法典によれば、殺人が要求された場合とは、故殺として(第一二三条)処罰してゐる(Lehrkommentar, 1970, Vorbem. 2 vor §112)。
- (9) Marx-Engels, *Gesamtausgabe*, Bd. 3, Berlin 1932, S. 391ff.
- (10) 「丑(9)」および「ト」の討論をなすの Seb. Hafner: „Die Zeit” 紙、一九七三年四月二〇日、一五頁の R. W. Leonhardt.
- (11) R. W. Leonhardt, a. a. O. (“conclusion”); Hirschauer, *Vorgänge* 1973 Nr. 2, S. 4ff. それに引くは一九七三年に行なわれた「ヒューマン」研究所の代表質問の際に「問題とされたはずなもの」。(s. FAZ v. 14. 8. 1973)。
- (12) H. Mayer-Festschrift, S. 415. その場合、なお次のことが特に強調されるべきである。即ち、第三者の行為に関する社会倫理的判断と自殺のそれとを明確に区別すべきである、ということである。BGHSt. (GrS) 6, 147 に基づく主張された「道徳律は自殺を——きわめて例外的な場合は、たぶんそれを度外視するとして——きびしく非難する」とする見解は、——ある集団の道徳的見地を絶対視しているために——正当にも多くの批判をうけてゐる。このことは、最近再びランゲによって強調されている。
- Lange, *LK* 9. Aufl., §216 Rdn. 2.
- (13) Schwinge-Festschrift, S. 89ff., 109

五

真の安楽死の特殊問題をめぐる議論への還元についてはここではなしおくとして、同意にもとづく殺人の拒否を、存続する社会倫理の承認に依存させるためには、刑法を介入させることが刑事政策的に有意義であるかどうかを検討することなくして、すまずことはもちろんでないであらう。

(a) すでに前述したように、否定的評価が弱まったために刑罰はあまりにも強い国家的制裁となる、とするための手がかかりは、どこにも見出すことができなかった。むしろ、人の生命を第三者の行為から可能なかぎり保護することについて、顕著な社会的利益が存立している。ただし、正当防衛の場合、戦争における殺人、そのほかなお若干の極端な緊急状態の場合以外の、刑罰からの解放は、同胞の生命の尊重をいちぢるしく低下させ、それによって殺人に対する心理的な抑止力が弱められるからである。これを説明するために、何も神秘的な映像を用いる必要はない。それは、墮胎禁止を緩和した後、イギリスに見られるように、墮胎病院に類似した、人生に疲れた者を「眼らせる病院」をつくり出すであらう。だが、タブー視すべき領域があるとすれば、それは他人の生命の領

域である。すでに述べたように、刑罰威嚇によって、真の自由が何ら個人から奪われるものではなく、かえってそれによって個人に安全の利益が与えられ、またそれによって、自己決定の本来の前提条件が個人に付与されるのである。

通説が法的基礎としているこの一般的、基本的観点——他人の生命を尊重すべきとの主張——には、なお次の考察が、補足としてつけ加えられる。即ち、自らの殺害に同意する者は、通常、精神的な沈滞状態にある。耐えがたい身体の苦痛、あるいはまた、通常の生活抑圧、生活倦怠もしくは生活嫌悪、そのほか精神病理学の領域に属する理由が、自らを殺させるための心の準備の原因と思われる。この、病氣と類似の、あるいは真の病氣であるような状態は、完全な同意がもはやできない状態とそう大きくかわらないかも知れない。だがここでは、実際には、全く同意能力のある者を問題としている。けだし、そうでなければ、はじめから刑法第二二一条、第二二二条に関する問題となるからである。だが、多くの場合において、単なる一時的な抑圧感からの願望により、取返しのつかない結果を招くことから彼等を守るための精神的な激励こそが彼等には必要なのであって、処罰されずに彼等を殺し得ることに手を貸す必要はないのである。その上、既に述べ

たように、死の願望がもともと誤まった動機にもとづく場合もあり得るのである（例えば、誤まったガン診断、誤まった配偶者の事故死の通報など）。

またここで今一度、次の論拠を参照すべきである。即ち、同意者には、自分を自殺から守るための自発的な抑止力が後退しているので、刑法的否定の形において、行為者に反対動機を形成させることが必要である、ということである。

さらにそれに追加すべき考察項目として、証明の問題を挙げることが出来る。当人はすでに死んでいるので、同意があったとの主張にもはや反ばくすることができないが、そのことから生じる、各個人の生命に対する危険度は大きい。けだし、行為者の方は、疑わしきは被告人の利益にとり命題によって信頼を受け、刑法的に危険な立場に置かれていないからである。それ故ジムソンは、⁽¹⁾一般的な刑罰からの解放と結びつく濫用の危険性を、正当にも強調している。

さらに、極端な緊急状態の場合を別として、一たび同胞に對する同意殺を許容したならば、もつとも手近かなところから、次の危険も生じる。即ち、その同意が、両親の同意によってにせよ国家機関によってにせよ、代替され得るといふことである。

そして一たび、本人自身のために生命を保護するのではなくて、主観的な個人的利益のためにそれを守る方向に本筋をそれるならば、保持への個人的利益と破壊への共同の利益との間に、衝突が生じるであろう。そしてそれは、単なる衝量の問題となる。その結果、例えば死刑について、もしその廃止が、他人の生命の尊重ということによって支えられなかつたならば、抹殺される個人の利益に優先する共同の利益が常に引き合いに出され、そのことによって、その廃止は挫折したであろう。これらはすべて、同意殺の可罰性を原則論的に肯定するための——ただ、真の安楽死の場合におそらく生じるであろう例外の問題を留保するとして——擁護論となる。

(b) だがしかし、同意によって行なわれる殺人の事例は比較的稀であることを指摘して、ここから刑罰の過剰論を引き出す見解がある。⁽²⁾ 事実、西ドイツでは、一九五〇年から一九六八年までの間の、刑法第二二六条にもとづく有罪判決は、四〇件であったにすぎない(そのうち七件は、一九六八年におけるものである)⁽³⁾。また、同意はあったが刑法第二二六条の特別な恩典に値しないような殺人の事例は、ごく少数と見ることがができる。だが、処罰の必要性にとって意味をもつものは何であろうか? 刑事立法の問題にたずさわる者は誰で

も、刑罰規定を必要とするかどうかの問題は、統計的なものによって決定されるのではないということを知っている。むしろ決定的なのは、その行為が行なわれ、かつ、個人の行為として重大であるために、刑罰によって威嚇されるにふさわしいということである。刑法典中の刑罰規定を観察するとき、犯罪統計としては出現することが少なくても、その規定をおく必要性について、争う余地のないものが多くある。そしてここにさらに、次のことがつけ加わる。即ち、ここでは事は生命の問題であり、したがって、保護されるべき法益のうち最も重大なものが問題となっているということのみならず、もし刑罰から解放すれば、同意殺の数は飛躍的に増大するところが、予想されるということである。

(e) さらに、不可罰的な自殺関与と、可罰的な承諾殺人とが、明確に区別できるかどうかが疑問視される。⁽⁴⁾ しかしこれには、理論的な限界づけのより詳細な説明として、連邦通常裁判所刑事法廷二、一五〇の判決以来行なわれている議論を参照することができる。⁽⁵⁾ 即ち、自由な決心にもとずいて、自分自身の殺害を行なうものには、自発的な自殺行為が存在しており、それ以外のすべての関与者は、保証人的地位の者であろうとなかろうと、単なる不可罰的な関与者である。同様

に、心中の場合にも、行為支配ということが、決定的な標準として機能する。だが、アルツトは、この事物論理的な限界づけが、すべてにおいて明白なものとして評価し得るかどうか、疑問視する⁽⁶⁾。彼は、次のように述べている。即ち、保証人的地位にある者による要求殺人と、保証人的地位にある者による自殺の非阻止とに事態を分けて、一方に数年間も続く自由刑を課し、それに対して他方を不可罰とすることができるかどうか、疑問である。次の例は、その区別がむずかしいことを明瞭にする。即ち、致死量の銃剤をコップの中に入れてくれと医師に頼む患者（それを自分で飲む）と、そのコップを自ら口へ持っていくことができない患者（しかし、それを自分で飲む）と、自分で燕下することができないほど病状が重いために、人の手によって栄養を与えられなければならない患者の例である。だがこの例は、それほど確証的でもないであろう。ただし、アルツトの懸念にもかかわらず、はじめ二つの実際上の行動は、不可罰的な単なる自殺補助にすぎない。ただし、——飲むことについての——最後の決定は、患者が行なうからである。それとの関係で、人工的な栄養供与の続行を中止する場合と、医師が要求にもとずいて、致死量の毒を注射する場合とを、対比すべきである。そこには、

同意と自己決定 石原

明確な評価の相違が示される。即ち注射の場合は、医師の殺人行為が問題となり、それは、前述した理由から当罰的である。それに対して栄養供与の中止は、それが問題となることは僅少である。ただし、患者が自らを救済（救助）させることを望むか否かは、原則としてその個人に委ねられているからである。いづれにしても、このような比較を行なう場合、真の安楽死の事態を想起することは、避けなければならない。ただし、その事態においてはまた別の評価の観点が入り込むからである。我々が、殺人の正犯と不可罰の自殺関与との限界についての議論を観察するとき、そのことと、要求にもとづく殺人の可罰性を適切でないとし、もしくは制限する必要があるとすることとは、関連性がないことに気づく。逆に、可罰性を現行法の範囲に限ることを、時には狭すぎると感じる人がいることが、まさに問題となるであろう。

(d) 最後に、同意にもとづく殺人の可罰性を支持する通説の正当性は、諸外国の立法を見ることによっても、証明される。法律規定の多くは、要求にもとづく殺人を構成要件的に無罪とするような特典化を行なっていない⁽⁸⁾。それらは、故意の殺人に弾力的な刑罰の枠づけをもつ限りで、刑の量定のおくの中で被害者の要求を考慮している。外国のほとんどの立

法は、有効な同意（明示のかつ真摯な要求、等）がある場合に、刑法第二一六条に相当する軽減の特典をもった構成要件を設けている。⁽⁹⁾ それとは別に、何ら有効な同意を必要とせずして特典化を行っているものも見れるが、反面それは、高い刑罰の枠づけを残している。⁽¹⁰⁾ それと並んで、要求による殺人を——体系的に見て不満足であるが——自殺に対する可罰的な関与との関連において、特別な「協力行為」としている法律規定もある。⁽¹¹⁾ スエーデンの一九六五年刑法もまた、要求にもとづく殺人が可罰的あることを前提としている。そして、その行為は故殺の刑罰規定のもとに置かれている。もつとも特別の事情により処罰が必要でないと考えられたならば、減刑および刑の免除に関する一般原則にしたがって、裁判所は刑を科さないこともできる。そのほか、スエーデンの刑事訴訟法は、これらの前提条件のもとで公訴提起を放棄することもできるとしている。⁽¹²⁾

(e) すでに私は、同意殺の可罰性を原則論的に肯定する場合にも、真の安楽死の場合には例外があり得ることを留保すると述べた。だがこの問題は簡単に、自己決定および同意を参照して答えることができるものではないことは、明らかである。この問題はむしろ、すでに暗示したように、死の床に

横たわる者の耐えられない苦しみによって生じる極端な苦悩が、本人の意思に則して正犯的な安楽死を行なうことを正当化するかどうかの、限定された扱いにくい問題にかかわるものである。この新たな、「安楽死」の現代的なテーマをめぐって、近年行なわれている討論が、こうした問題設定にかかわるものであるとの視野を失なわなければ、多くの成果が期待できるであろう。

この問題は、最近、ジムソンによって、前述したシュビンゲの記念論文集における彼の寄稿の中で、詳しく論じられた。彼は、苦痛の緩和を目的として行なわれるが、その際、死の床に横たわる者に残された生命期間の短縮が結果される、いわゆる間接的安楽死は、今日の刑法の文献において、それを認めることがきわめて有力であることを指摘している。⁽¹³⁾ ヴェルツェルも、次のように述べている。⁽¹⁴⁾ 即ち、「死の床に横たわる者の苦悩にみちた死との闘いを、鎮痛剤によって緩和することは、その副作用によって死が早められることがあっても、それは許容される」と。こうした処置（いわゆる間接的な殺人）を許容することに關する法的な問題については、神学上の文献では、法律家の理論構成よりもその成果は少ないようである。ところで、故意殺人の構成要件が存在するため

に、問題の解決は正当化事由の領域で行なわなければならない、その際、次に述べる（超法規的に）正当化される緊急避難が持ち出されるであろう。⁽¹⁵⁾

さらにジムソンは、自殺の可能性を指示することが期待できないか全くそれを欠いている場合で、非常に悲劇的で悲惨な葛藤状態の場合には、直接に生命を短縮することによって、耐えがたい苦痛から解放することを目的とする安楽死もまた、許されるであろうとしている。そのほか彼は、そのような葛藤状態においては、すでに確実な死が近いとか、逆に、予測される残存生命はまだ比較的ながいとかにかからしめることは、必ずしも必要でないとしている。これについて彼は、「数ヶ月もかかって、即ち、長い間かかって死ぬ」という不幸な事態もあり得ると述べている。そしてジムソンは、これらすべての場合を、いずれも（超法規的に）正当化される緊急避難とみようとしている。

このことは、次のような極端な場合を考えるかぎりでも、賛成することができる。即ち、消え行く生命の、鎮静されない肉体的苦痛が耐えられなくなり、その結果、それを願う者の死を、直接、積極的な行為によって早めることが唯一の人道的な救済の方法として残されている場合である。⁽¹⁷⁾このような

同意と自己決定 石原

積極的な安楽死は、真の極端な例外的場合に限り——しかしそれも、大抵の場合、間接的な安楽死または自殺の方法にすることができるので、そのような場合は通常は殆んどないであろう——事実上、体系的には正当化される緊急避難によって、解決することができるであろう。⁽¹⁶⁾だがジムソンは、それに該当する範囲をあまりにも広く拡大している。これは、当人自身が自殺することが「期待できない」と思われる場合にのみ妥当するものである。だがジムソンは、それより時間的に早い段階で「安楽死」が許される可能性を強く主張しているが、それは特に重大な問題を提起する。万一考えられる正当化を、当初から絶対に、厳格な意味において、死にぎわの協力、すでに消滅しつつある生命の短縮、が問題となる場合に限るのでなければ、法益の尊重が次第に軟弱化される危険が生じ、この危険は、社会にとって耐えられないものとなる。この危険を受容するならば、早い段階で大抵の場合、本人が望んで自ら自殺することができる機会を、ますます少なくしてしまおうであろう。

だがいづれにしても、立法者がこの問題を法律規定に取り上げて、安楽死の許容性を法定することの方向に、軽々に誘惑されてはならない。この問題は、これまであまり大きな実

際の意味を發揮しなかつたとはいえ、緊急避難の理論に委ねることができるであろう。ただし、法律問題としては、すべての行為者に適切ならしめるために、刑法第二一六条のこれまでの自由刑の最下限を引下げることは、考慮されてよいであろう。ただし、刑法第一四条の適用は、単に見せかけにすぎないものではないからである。

(f) 総括的に見て、同意にもとずいて行なわれる殺人の可罰性に関しては、次のように確言することができる。即ちシュニットおよびその他によって主張されている見解とは逆に、それは、矛盾でもなければ時代錯誤的でもない。むしろ、原則論的な可罰性を堅持することの實際上理由づけられた必要性がある。その際、要求にもとずく殺人は、通常の故意殺の場合と比較して、行為無価値性が少ないことを考慮して、これまでと同様、特典を与えられた犯罪として、規定すべきである。⁽⁸⁾

- (1) A. a. O. S. 109.
- (2) R. W. Leonhardt a. a. O. の報告を参照。
- (3) Die Statistik in Dotzauer-Jarosch, Tötungsdelikte, Schriftenreihe des Bundeskriminalamts 1971/1-3, S. 44. を参照。
- (4) Arzt, ZSt W 83, 33ff.; Arthur Kaufmann, ZSt W 83,

251.

(5) Welzel, Lb. II, Anf., S. 280f., 286 およびさうしておける指示を参照。

(6) 前掲書。その場合、彼の批判は特に提案一〇三条に向けられる。ここでは、自由な決意にもとずく自殺の場合に、不作為による殺人正犯の構想によって限界があいまいになることが、明示的に避けられている。だがそこにおいても、刑法第二一六条との限界は未解決のままに残る⁹とする。

(7) 保証人の場合には、刑法第三三〇条Cを適用する。BGHの判例の原則にしたがって、OLG Stuttgart, (MDR 1964, 1024) は、そのような場合は、少なくとも刑法第三三〇条Cによって処罰される¹⁰とした。これに対する、Dreher, JR 1972, 342, は正当である。

(8) ベルギー、ブルガリヤ、フランス、ユーゴスラビヤ、ソ連、チェコスロバキヤ、トルコ、ハンガリー、アメリカ合衆国。イギリス刑法については、Glennie Williams, The Sanctity of Life and the Criminal Law, London 1958, S. 283ff.; A. B. Downing, Euthanasia and the right to death, 1972, S. 134 氏を見よ。

- (9) テンマーク (二三九条)、フィンランド (第二章三条)、ギリシヤ (三〇〇条)、グリーンランド (五七条II)、アイルランド (二二三条)、オランダ (二九三条)、オーストリア (二九九条a)、ルーマニヤ (四六八条一)、スイス (一一四条)。
- (10) 特に、イタリア (五七九条)。

(11) スペイン(四〇九条二文)、ポルトガル(三五四条)、なお、日本刑法二〇二条は、要求にもとずく殺人を、自殺関与と同一の条文に規定している。

(12) Schwedisches Recht: Kap. 3 § 2, Kap. 33 § 4 Krim G.; Kap. 20 § 7 Prozeß G. を参照。

(13) A. a. O. S. 96f.

(14) Lb. II Aufh, S. 281m. Nachw.

(15) 他人の生命の故意による侵害は考慮されない、との原則が、緊急避難を正当化する理論において妥当しているが、それは、多くの人々の法益衝突が問題となる場合に関するものである。だが、殺人の未必的故意によって他人の生命を賭けるが、それがその生命の確実な破壊から救う唯一のチャンスである場合には、その行為を行なうことは、すでにこれまで許容されている。Weizel, Lb. II. Aufh, S. 91f. の「消防夫の例を参照。それ故、正当化される緊急避難の場合において、それが多くの人々の間の衝突に関するものか、それとも一人の、同一人物についての衝突であるかということが、明らかに意味をもつ。こうして、同意した患者の耐え難い苦しみを緩和するという利益が、わずかの生命の短縮の危険性に対して優越するところがあるであろう。」

(16) A. a. O. S. 108ff (mit Nachw. ausl. Stellungnahmen S. 101)

(17) そのような状況を生じしめる医療上の実状については Simons, a. a. O. 94. 治療打ち切りの場合は、問題性は少ない。ただし医師は消え行く苦悩にみちた生命を、積極的な措置によって人

為的に長びかせる義務をもたないからである。通説に対する実証として Weizel Lb. II. Aufh, S. 281 を参照。

(17a) その無罪の可能性を開くための *„Anspruch“* English, *Der Arzt an den Grenzen des Lebens*, 1973, S. 52. だがその場合 *„Hinterkennung“*、その違法性は堅持しようとしている。

(18) 刑法第二六条の継承規定である代案二〇一条の理由書によれば、それは「法益侵害性が軽い」ために、特典が与えられるとしている。だが、同意によって減少した法益が侵害の対象だというつもりならば、すでに法益問題について述べた理由から、それは拒否すべきである。他人の生命という法益は侵害の時点において完全なかたちで存立しており、それは、同意が表明されようとならないと関係がない。明示の真摯な要求は、ここではただ、行為無価値に関係するだけであって、行為の結果無価値にかかわるべきではない。Jeschek, AR 2. Aufh, S. 279f.; Maurach, BT 5. Aufh, S. 12, 14; Neul, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten*, 1955, S. 79f. を参照。なお、ある一定の場合に「生命にとって危険な行為を正当化する同意を与えることができる」ということだが、前述したところからは導き出せない。(RGSt. 57, 172; RG JW 1925, 2250; BGHSt. 4, 88 [93]; 7, 112 [115]; h. M.; それに対しては、特に Zipf, *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, 1970, S. 70) のように、その次のことを明らかにする。即ち、法益問題と同意の問題とは、二つの異なった平面に存するものであるということである。ただし、

厳密に言えば、ここでは法益の処分権限が問題となるのではなくて、——法的保護の放棄の理論を是認し得るかぎり——正確には、法益の保護に向けられた法規範からの解放資格が問題となるからである。他人の生命を不可侵とする公共の利益を絶対を守るために、故意殺人を禁止するのであるが、それにもとるような同意を与える可能性は成り立ち得ない。それほど他人の生命という法益は重要なのである。それに対して、過失殺人の禁止を保持する関係では、それは完全には排除されない。したがって、法益について提起される、高度に個人的なものであるか、それとも公共の利益に関するものであるかという問題は、より正確には、その保持のために立てられたそれぞれの規範、したがって故意の殺人の禁止の上位にある規範が、変更の予地があるかどうかの問題と考えられるのである。その場合にもその法益の内容自体は、同一性を保持している。

六

同意殺人について述べた範囲において、すでに同意と自己決定の関係に関する原則論は、すべて論じた。そして身体傷害に対する同意についても——それは、自由剝奪に対する同意についても当てはまるが——このことが広範に関連させられる。ここでは、問題はその意思を尊重するかしないかの二者択一ではなくて、限定的に尊重するか無限定的に尊重する

かであり、それがここでの特徴となる。ところで、同意の規約を規定している刑法第二二六条 a および一九六二年草案第一五二条とは異なつて、代案第一一二条第一項によれば、(欠陥のない) 同意にもとづいて行なわれる身体傷害は、原則としてすべて許容される。これについて理由書は、次のように述べている。即ち、成年者が自分の身体の完全性を自由に処分することは、原則として自由である、と、またシュニツト⁽¹⁾は、次のような論拠にもとづいて、この制約に反対する。即ち、刑法第二二六条 a に規定されている制約は、主として同意にもとづく断種を不可罰とすることを避けるために、一九三三年に導入されたものであつて、そのときは、第三国家の人口政策目的が決定的となつたものである。刑法第二二四条、第二二五条は、もっぱら高度に個人的な法益を保護しており、加えて、第三国家の人口政策目的がもはや理由となり得ない今日においては、欠陥のない同意が何故に行為の不可罰性を導き得ないか、明らかでない、と。

だが、この制約を、本来ナチスの思想的産物として性格づけることは、明らかに誤りである。けだし、それはすでに、一九一三年の委員会草案第二九三条、一九二五年草案第二三九条、および一九二七年草案第二六四条にも見られるからで

ある。また、刑法第二二六条aの制定以前の判例や有力な学説も、刑法第二二三条以下の規定について、無制約的な同意権限を付与することを、その基点としていない⁽³⁾。むしろ身体傷害については、それが重大な傷害である場合には、不可罰を導くような同意を与えることはできないとすることが、文化国家の法秩序にかなっている。したがって、刑法第二二六条aによって、ナチの立法者は、自由意思による断種を可罰的とすることを意図したとするシュミットの主張は、歴史的にも正当でない⁽⁴⁾。また、成年者は、原則として自分の身体の完全性を意のままにすることができるという議論は、成年者が自らそれを行なうことができることと、第三者が他人に傷害を加えることができることとの両者を区別すべきであるのに、それを考慮しないものである。それ故、一方で自傷を不可罰とし、他方で同意にもとづく他害の重大な場合を可罰的とする⁽⁵⁾ことに、何らの矛盾も存在しない。これに関しては、

要求による殺人の場合と照応する問題を参照することができ。身体傷害の同意の場合にも、同胞の身体の完全性の尊重を主張する社会の責任の思考が、かかわり合いをもつ。ただし故意の殺人の場合には、一般に同意の正当化作用は排除されるが、ここでは侵害の程度がさまざまであり得るので、そ

れを不可罰とする領域も存在する。即ちここでは、身体の完全性の中心領域にかかわることが明らかである場合にのみ、それをタブー視する必要性が生じるのである⁽⁵⁾。代案が、要求にもとづく殺人の場合には、正当にも、他人に対する重大な侵害については、法益を尊重する公共の利益が、個々の個人の意思に優先するとしているにもかかわらず、ここでは自己決定を重視しているのは、きわめて意外なことである。

身体傷害に対する同意の本来の法律問題は、そもそもその制約を行なうべきかどうかではなくて、どのようにその制約を行なうべきかの問題である。その場合、「行為の反道義性」という見地は、何ら有用な標識となり得ないことについては、今日、意見が一致している。自由意志による断種についての特別規定が設けられて以来、重大な身体傷害の限界に切れ目が生じている。その際、刑法第二二三条および第二二三条aは、私訴犯罪であることを、想起すべきである⁽⁶⁾。

(b) シュミットが、アヘン法第一条の新規定の制定（現在の麻薬法第一条）がもくろまれていた当時に行なった論述⁽⁷⁾において、彼は、同意について先に主張した論旨を、ここでは貫ぬいていないことに、注意すべきである。彼は、この規定にもとずいて成立する、健康の抽象的危殆化について同

意した第三者、および行為者の可罰性を、体系違背として拒否してはいない。ただし、ここでは保護法益は、個人の健康ではなくて「国民の健康」にしたがって公共の法益とされているからである。だが、ここに矛盾がある。もしシニミットのように、自分自身の身体を損傷させ、もしくは自分自身を殺させるかどうか、全く個人の自己決定の問題であると考えるならば、必然的に同じことが、麻薬の濫用の場合にも妥当しなければならぬからである。国民の健康保護の観点の背後には、市民の健康の保護についての公共の利益が存立している。だがシニミットによれば、これは自己決定の故に全く刑法上の重要性をもたなかったはずである。彼の見解は、次の結果を導くであろう。即ち、一方では、同意がある場合に公共性を口にする可能性を全く否定しながら、他方では、立法者が抽象的危険犯を設定するや直ちに、それを肯定する、ということである。だが、なぜ公共性が侵害犯の場合に意味を持ち得ないのであるのか？ たとえ本人が同意をしても、人が不具にされたり殺されたりしないことについての重要な公共の利益が同様に存立しているはずである。抽象的危険犯の機能は、単に可罰性の時点を早めるだけにすぎない。

(1) S.45 Vorbem. vor § 108.

(2) A. a. O. S. 119

(3) その証拠として Mezer, Strafrecht. 2. Aufl. 1933, S. 215ff を参照。それは、「欲する者に損害は与えられず (volenti non fit injuria)」という命題の「無制限のもの」と解することはできないことを、指摘している。

(4) より正確には、それは逆である。即ち、この規定は、いかなる口実であれ、公の利益において本人の同意にもとずく断種や去勢が求められた場合に、それに反対するのに法的なためらいがあったが、そのためらいを払拭するために、この規定が制定されたのである。Vgl. Schäfer-Dohnanyi, Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931. bis 1935, § 226a Anm. IV, 1.

(5) この問題については「Hirsch, ZStW 83, 165ff.; LK 9. Aufl. § 226a Rdn. 36f.」を参照された。

(6) それについて詳細は「Hirsch, ZStW 83, 167f.; LK 9. Aufl., § 226a Rdn. 7.」同意が考慮される場合「それはここでは、理論的に、正当化事由となるものである。最近、構成要件阻却的同意と正当化的同意との区別をなくそうとする傾向があるが (Vgl. zuletzt D. Kientzy, Der Mangel am Straftatsbestand infolge Einwilligung des Rechtsträgers, 1970, mit weit Nachw.)」それは「これまで述べた批判をれるべき見解」即ち、個人の法益につき、法益概念を自律性の観点から主観化するそれと、関連性をもつ。だが、動機すけの自由に対する侵害を禁止するか、行為者の意思とは独立して存する、それ自体価値を

備えた客体の侵害を禁止するかの区別は、意義があると思われる。本人の同意にもとずいて行なわれる身体傷害は、常に保護される法益を侵害するものである。この区別はまた、要求される故意の内容にも明確に反映する。

(7) A. a. O. S. 122ff.

七

これまで述べた検討から、次の結論が導びかれる。即ち、シニミットおよびその他の人たちによってなされている次の主張、即ち、被害者の（完全な）同意によって行なわれたすべの行為、したがって故意の殺人や故意の身体傷害についても、その可罰性を廃止すべきであるとの主張に対しては、きつぱりと反対すべきである。その主張は極端な個人主義の見地からのもので、なるほど結論の大胆さゆえに知的な魅力はあるとしても、それは社会生活およびその関連問題にとっては、得るところが少ない刑法上の帰結をもたらしている。人間は隔離された離れ小島にいたるのではなくて、社会的な群島の一部に住んでいることを、この際最後に、一そう強く意識の中に入れるべきである。本稿で批判した見解は、六〇年代の後半の、誇張された個人主義的刑事政策の方向に動機づけられている印象を受ける。それは今なお、ここここで影響

同意と自己決定 石原

力をもっているが、しかし社会全体の発展という視点からすれば、すでに時代おくれであるといってもよいであろう。

〔追録——一九八三年〕

一 先の論稿は、一九七三年に書いたものである。その当時は西ドイツでは、国民の間に、安楽死の許容性をめぐって活発な論議が行なわれていた。そして、要求にもとずく殺人（刑法第二二六条）の自由化を要求する声が、刑法第二二六条は廃止すべきだとのスローガンのもとに、大きく広まった。この「第二二六条改正」のテーマは、先に議論の多かった「第二二八条（妊娠中絶）改正」のテーマを引継ぐものであり、後者については、妊娠中絶の不可罰性を著しく拡大する方針をうち出した立法者の努力によって、最近、立法的に解決されるに到った。

私の論稿の目的は、要求にもとずく殺人の原則論的な可罰性を説くことが、全く合理的であることを、できるだけ早く明らかにすることであった。さらには、西ドイツ刑法が、要求にもとずく殺人を——それは他人による殺人であるが故に——可罰的とし、反面、自由な決意にもとずく自殺に関与す

(六一五)一三五

ること(教唆、幫助)を——それは構成要件にない自殺への関与にすぎないが故に——不可罰としていることにも、何らの矛盾はないことを明らかにするためであった。同時にまた、次のことも述べたいと思った。即ち、本来の積極的安楽死は、自己決定や同意の問題として簡単に答えられるのではなくて、それは、耐えがたい苦痛から生じる苦悩状態において、本人の意思にしたがって安楽死を行なうことが刑法上の判断にも影響を与えるという、局限された場面におけるむずかしい問題であるということである。それ故私は、当時、「今後新しいテーマであるオイタナジーをめぐって展開される議論が、そうした問題点をもっていることをその視野から見失なうことがなければ、多くの成果が期待できるであろう」と書いた。

論稿を発表したあとも、ドイツの文献中にこのテーマについての他の著者による、多くの刑法上の刊行物が公表された。例えば、ゲルト・ガイレンの「安楽死と自己決定——Euthanasie und Selbstbestimmung, 1975」¹⁾、ワルター・ハナックの「刑法的視点から見た安楽死——Euthanasie in strafrechtlicher Sicht, (ヒヤーンシエ編) オイタナジー…安楽死の問題点——Euthanasie=Probleme der Sterbehilfe, 1975.

S. 121ff)「エルゲン・メレリングの「生命の保護——死ぬ権利——Schutz des Lebens=Recht auf Sterben, 1977」などがある。そのほかにも、アルビン・エーザーの編になる「人間科学ならびに社会科学の問題としての自殺と安楽死——Suizid und Euthanasie als human-und sozialwissenschaftliches Problem, 1976」があり、特にその中で展開されている種々の学問分野の専門家の見解は、大いに参考にすべきである。

二 一九七三年以降に行なわれた論議においても、要求にもとずく殺人を自由化する要求は、貫徹されていない。むしろ、法学者の支配的な見解は、私が先の論稿で述べたように、そうした動きに反対している。むしろ、西ドイツの刑法は、この点に関しては大ヘンリベラルである、という点で、見解が一致している。ただし、単なる自殺関与(教唆・幫助)は処罰しないからである。そのほか、刑法適用の実際においても、可罰性を欠くと思われる場合には、事情に応じて柔軟な解決をする範囲を拡大している。次のような事例を見れば、それがわかるであろう。

(a) 消極的安楽死 患者の自由かつ真摯な決意により、治療の継続を望まないならば、患者の意思と対立する医師の保

証人的義務は消滅する。患者が自由な決意により、治療の継続を拒否するならば、患者に対する医師の責任は終了する。

医療上の生命延長が行なわれているところでは、患者の拒否は、自己決定の表明として無条件に尊重しなければならぬ。

また、もし患者が意識不明もしくはその他の理由で、有効な意思表示をすることができない場合には、通説によれば、それがただ死の無意味な引延ばしにすぎない場合には、消極的な安楽死は不可罰とされている。その場合には、人工的な延命措置を講じる医師の法的義務は生じない。患者の苦痛を引延ばすにすぎない、あるいは患者を若干の期間、回復の見込みのない意識不明の状態に置いておくにすぎないのに、技術的なあらゆる可能性を尽すことは、法秩序の要求に反しさえするものである。

(b) 尊厳死との関係で、特に刑法理論上問題となるのは、人工蘇生のための器械のスイッチを切ることによって、治療を中止することである。その主要な事例は、患者の意識がもはや回復しないことが確認された場合に、人工呼吸器をはずすことである。先に述べた例が純粹に消極的なものであったのに対して、この場合は、スイッチを切ることが行為として行なわれるために、特別な法律問題が生じる。もしこの場合

に、スイッチを切ることを、治療を中止するという観点から不作為と見ることができるとすれば、先に述べたのと同様に、医師の保証人としての義務が消滅するから、それは不法ではなくなる。だがそれを作為と見るならば、理論上むずかしい問題が生じる。その理論問題は、これまでまだ最終的な解決を見ていない。しかしいずれにしても、結論的には、そのような場合には不法性を欠き、したがって可罰的ではないということでは、一致を見ているようである。文献におけるほぼ一致した見解によると、脳死が生じた後までも器械を動かしておくことは、要求されていない。むしろこれ以上、治療の見込みがなくなったということが、決定的である。特に意識の回復の見込みが確実になくなった場合には、可罰性を欠くことになる。

(c) 積極的な安楽死の場合に含まれるとしても、それがいわゆる間接的な積極的な安楽死であれば、それは許容されるであろう。その実例としては、鎮痛剤が次第に習慣性となり、用量が多くなってその副作用が生命に害を与える、といった場合である。さらに特別な場合として、臨終近い状態において、鎮痛のための注射が死を招くことがある場合が考えられる。致命的な病気にかかり、苦痛にさいなまれている患者に対

して、苦痛をやらわげることが望ましい医療上の救済であるという考え方、および、時に死を早める副作用があっても、耐えがたい苦痛と比較した場合に、その害悪性は軽いという考え方は、医学ならびに道徳神学上の文献中に見られるが、刑法もまた、その考え方を排斥するものではない。なるほど法律家にとっては、この場合を不可罰とするための理論構成はむずかしいであろう。けだし、ここでは構成要件的に、単に認識ある過失が問題となるのみならず、未必の故意による殺人が問題となるからである。しかし今日では、このような行為を緊急避難の法理によって正当化するという見解が、支配的である。

(d) しかしながら、直接的な積極的安楽死については、支配的な見解はこれを違法としているが、しかし極端な場合には、責任阻却が可能であるとしている。この点について私は、先の論稿において、緊急避難による正当化を肯定したジムソンの見解（ジュビンゲの記念論文集、一九七三年、八九頁以下および一〇八頁以下）をかなり多く引き合いに出した。それは、ジムソンによって正当化され不可罰とされる範囲が、かなり広範に及ぶからである。私は、緊急避難によって正当化される基準を厳格に解して、不可罰とされる場合を制限し

たい。私はそれを、厳格な意味における安楽死、すなわち死が間近かにせまっている状態で苦しんでいる患者の生命の短縮のみに限るべきだと考える。支配的な見解もまた、直接的な積極的安楽死は決して正当と見なされないとということで、一致をみている。けだしさもなければ殺人の禁止が相対化されて、人の生命という法益が尊重されない危険を生じるからである。むしろここで考え得ることは、刑法上の責任の問題である。そうした事例は稀にしか存しないであろうが——西ドイツの裁判においても、これまでまだその例がない——状況がきわめて悲惨であって、誰も責任非難を加えることのできるような場合に限られる。そのような極端な場合において、医師もしくは近親者の良心の葛藤によって、その行為動機をおさえることができない場合には、そのことが認められのである。責任阻却を招来するような良心の葛藤において、超法規的な責任阻却的緊急避難に関する理論（詳しくは、ライプツィガー・コンメンタール第九版、五一条の前注一七七頁以下を参照）が、そうした極端な場合の不可罰性に根拠を与えるであろう。不可罰となるのは、そのような極端な場合に限られるので、行為者が無造作に無罪とされることはなく、したがってその濫用の危険性は少ない。それに加えて、患者の明示的

かつ真摯な願望（要求）が存在する必要があるもので、病床につき添う医師が、患者の意思に反して致死量の注射をするという事態が生じることをおそれる必要もない（エンギッシュ、生命の限界の場にある医師——Der Arzt an den Grenzen des Lebens, 1973. S. 52 Ygl.）

それ故、現行の西ドイツ刑法によれば、直接的で積極的な安楽死は違法とされ、したがって原則的には可罰的であるが、極端な場合には——それは間接的な安楽死とくらべて実際上は少ないであろう——法律上の安全弁が用意されているということができる。

三 そうしているうちに、安楽死の問題は国民の論議において、環境保護という新しいテーマにとってかわられ、あまり脚光を浴びなくなった。また、安楽死問題は、時にテレビやシンポジウムや議会での流行のテーマになったが、その後、公的な討論はしずまっている。そして政治的左派は、妊娠中絶問題の場合と異なり、これにはあまり関心を示さないことは、注目すべきである。私は、先の論稿でも、カール・マルクスは、要求にもとづく殺人の許容性については、あまり論じていないことを、既に指摘した。

ところで、公の議論においてはいつも、西ドイツの現行法

同意と自己決定 石原

に対する認識が不十分であることを露呈する。例えば、決して可罰的でない消極的安楽死についても、新聞はセンセーショナルな取上げ方をしている。また、広く国民の中にも、法律状態に関するあいまいさと、事態に対する適切な判断に必要な諸事例の分析のあいまいさが見られ、安楽死を不可罰とすることに賛成する場合にも、その事例を分けて考えるべきであるのに、十把一からげに安楽死の不可罰を要求したり、要求にもとづく殺人を不可罰にすることを要求したりする事態を招いている。なお、これまで述べた問題は、要求にもとづく殺人の単に一部分に関連するにすぎないものである。実際により問題である事例においては、患者の殺人要求はむしろ前面に出てこない。けだし、そのような場合には患者が意識を失っているか、その他の理由で意思決定をすることができない場合が、むしろ多からである。

法を改正することは、目下のところでは、現実的であるとは言えない。けだし、現行法においても、事態に則した解決が可能であることを、人々は明白に認めることができるからである。

終りに、医療倫理委員会の設置につて述べる。その場合、倫理委員会は、法的な限界を定めることができなことを、

(六一九) 一三九

強調しておかなければならない。どのような場合に可罰性が生じるかは、現行刑法規定の解釈にもとずいて決められるべきものである。しかしそれでも、医学上の倫理基準は、ときに法律上、そして刑法上の基準よりも厳しいことがある。例えば、医師が自殺を積極的に幫助することは、刑法上は可罰的ではないが、そのような医師の態度は、ヒポクラテスの誓いによって示される医学上の倫理規範に反することになるからである。

以上