

## 《論 説》

## 間接的臨死介助(安楽死)の正当化根拠

— ドイツ・スイスにおける議論を中心に —

神 馬 幸 一

## 1. はじめに：問題提起

いわゆる「間接的臨死介助ないし安楽死 (indirekte Sterbehilfe; indirect euthanasia)」という法律用語は、人生の最終段階 (end of life stage), 特に終末期 (terminal stage<sup>1)</sup>) の患者に対して、その病状に伴う苦痛 (特に「疼痛」ないし生理学的な痛み) を緩和・除去するため、そのような医療的処置 (ドイツの判例では、専ら「薬物の投与」に限定<sup>2)</sup>) を実施する際、そこで意図され

- 1) ここでいう「終末期」における医療・ケアの重要性は、1950年代から60年代、主として英米で提唱された。そこでは、人が死を受容するまでの段階的過程において人間的な対応の必要性が見い出された。この点に関しては、阿部泰之「緩和ケアの本質とは — 歴史から意思決定支援まで」旭川医科大学研究フォーラム14号1号 (2014) 21頁参照。また、いわゆる「緩和医療・ケア」は、後掲注(9)で紹介されるように、病状の進行過程とは関わりなく実施されることに注意を要する。
- 2) BGHSt 42, 301 (305) によれば、間接的臨死介助とは「Eine ärztlich gebotene schmerzlindernde Medikation bei einem sterbenden Patienten wird nämlich nicht dadurch unzulässig, daß sie als unbeabsichtigte, aber in Kauf genommene unvermeidbare Nebenfolge den Todeseintritt beschleunigen kann (死に逝く者において医療的に求められた鎮痛剤の投与は、それが意図的ではないにもかかわらず、不可避の付随的効果 (副作用) として死の経過を早めうることが甘受された場合、全く許容されないわけではない)」と表現されている (下線は筆者による)。このような言い回しは、その後の判例においても維持されており、多くの文献においても採用されている。例えば Wessels J./Hettinger M., Strafrecht Besonderer Teil 1, 39.

ない結果として(例えば、投薬の副作用<sup>3)</sup>により)不可避に死期が早められる場合を概念化したものである<sup>4)</sup>。これは、しばしば治療の延長線上において行われることから、治療型臨死介助(安楽死)とも呼称されている<sup>5)</sup>。

しかし、医療の進展に伴い、このような概念が将来的に意義を有し続けるかは、疑問の余地も生じてきた<sup>6)</sup>。現在、医療現場において、特に終末期の病状に伴う疼痛自体は、相当程度、制御可能とも言われている<sup>7)</sup>。更に、先進的な医療施設で実施される緩和医療・ケアに関しても、世界保健機関(World Health Organization: WHO)が示した標準的な定義によれば<sup>8)</sup>、その実施の必

---

AufI., C. F. Müller, (2015), Rn 31a. ちなみに、本判例は、ドイツ連邦通常裁判所が処理した第一例目の間接的臨死介助事件とされている(使用された薬物名から「Dolantin事件」とも呼ばれている)。この点、Schöch H., Die erste Entscheidung des BGH zur sog. indirekten Sterbehilfe: Zum Urteil des BGH vom 15. 11. 1996, NStZ (1997), S. 409 ff. この判例の紹介に関しては、甲斐克則『安楽死と刑法』成文堂(2003)103頁以下参照。

- 3) ただし、医学用語としての「副作用(side effect)」は、好ましくない薬の作用のみを意味するわけではないことに注意を要する(そのような否定的作用は、別に「有害反応(adverse drug reaction)」と呼ばれる)。この用語に関する概要は、大野能之「副作用について理解しよう」日病薬誌50巻9号(2014)1114頁以下参照。
- 4) 間接的臨死介助の概念化を巡る最近の議論状況に関してはRoggendorf S., Indirekte Sterbehilfe: Medizinische, rechtliche und ethische Perspektiven, Centaurus Verlag & Media, (2011), S. 24 f. 特に、そのような概念化における問題性に関してはS. 27 ff. なお、間接的臨死介助(安楽死)は、医療者が医療的処置を施すことにより積極的なかたちで患者の疼痛緩和・除去に取り組むという側面もあり、この点を強調して「間接的積極的臨死介助(安楽死)」と表現される場合もある。しかし、本稿では、紙幅の都合上、短縮形の「間接的臨死介助」を用いる。
- 5) 我が国における一般的な定義付けに関しては、甲斐・前掲注(2)3頁参照。
- 6) 間接的臨死介助を巡る問題点に関しては、拙稿「安楽死・尊厳死」法学教室418号(2015)10頁参照。
- 7) 木澤義之「がん緩和医療——症状緩和とエンド・オブ・ライフケア」臨床泌尿器科69巻9号(2015)706頁以下参照
- 8) World Health Organization, WHO Definition of Palliative Care, (2002). この定義に

要性は、病状の段階に応じて限定化されているわけではない(すなわち、緩和医療・ケアの時期≠終末期)<sup>9)</sup>。特に1990年代以降、慢性疾患においても早い段階から緩和医療・ケアが推奨されている<sup>10)</sup>。そして、現在、そのような医療的処置により余命延長の効果すら報告されている<sup>11)</sup>。したがって、医療の将来的発展を考慮するならば、おそらく、間接的臨死介助という概念が問題となる場面は、今後、大幅に限定化されることになるであろう<sup>12)</sup>。

ただし、このような将来的展開が見込まれる一方で、苦痛(特に心理面から生じる苦しみ)を一般的に緩和し、調整する医療的技術は、現在において完全

---

関してはWHOのウェブサイト下で確認可能(2016年10月1日参照)。

- 9) 前掲注(8)におけるWHOの定義によれば、緩和ケア実施の必要性は、疾患の種類、病状の進行段階に応じて判断されるというよりも、むしろ患者のQuality of Life (QOL:生活・人生の質)の改善において見いだされる。更に、そのケアの対象は、患者のみならず、患者の家族も含まれるという点も留意される。また、最近、我が国では「終末期医療」という用語を「人生の最終段階における医療」という表現に置き換える傾向が見られる。これも、病状の進行過程に着目するよりかはQOLを重視した表現の導入を目指していることの一環であるように思われる。この経緯に関しては、町野朔「この人に聞く『人生の最終段階における医療』に名称を変更:町野朔氏(終末期医療に関する意識調査等検討会座長)」週刊社会保障68巻2773号(2014)36頁以下参照。
- 10) 阿部・前掲注(1)21頁参照。
- 11) Temel J. S., et al, Early palliative care for patients with metastatic non-small cell lung cancer, *N Engl Med* 363, (2010), pp. 733 ff. この論文は、医学界でも相当な衝撃を伴う成果として受け止められており、宮下光令「早期からの緩和ケアはQOLを改善するだけでなく、生存期間も延長する可能性がある(転移がある非小細胞肺癌患者を対象とした無作為化臨床試験)」日本緩和医療学会ニューズレター49号(2010)においても、当該論文の日本語訳による要約と好意的な講評が紹介されている。日本緩和医療学会ニューズレターは、日本緩和医療学会のウェブサイト下で確認可能(2016年10月1日参照)。
- 12) 前掲注(2)で紹介された判例は1990年代のものである。その時代背景を考慮すれば、法的に慣用化された表現も医療現場から見ると陳腐化したものに映る可能性は否定できない。

な段階にあるわけではない。そして、先進的な緩和医療・ケアの体制が整備されていないところでは（ある意味で杜撰な）鎮痛剤等の薬物投与により死期が早められてしまう危険性も払拭し切れていないであろう。また、そのような薬物投与による身体的影響に関しては、その科学予測が未だ困難であり、そのことも鑑みれば、苦痛緩和のための医療的処置が（特に瀕死状態にある）個々の患者に対して、どのような作用を及ぼすのかは、実際のところ予想しがたい。

しかし、そのような現状においても、間接的臨死介助は、一般社会のみならず、法律家の間でも、広く許容されている<sup>13)</sup>。このことから、間接的臨死介助を巡る問題は、既に解決済みと評価できるだろうか<sup>14)</sup>。本稿筆者には、疑問である。なぜなら、その許容性に関する学説状況を具に検証してみると未だに不一致があり<sup>15)</sup>、また、この問題に関して実務的解決法を指し示す最高権威的な

13) 甲斐・前掲注(2)4頁参照。井田良「再論・終末期医療と刑法」岩瀬徹ほか(編)『刑事法・医事法の新たな展開：町野朔先生古稀記念（下巻）』信山社（2014）132頁によれば「間接的安楽死行為は、もはや日常的に行われるようになってきているといえよう。学説においても、これをおよそ違法とするものは存在しない」と評されている。ドイツにおいても、同様の状況を示すものとして Hilgendorf E., Einführung in das Medizinstrafrecht, C. H. Beck, (2016), S. 39; Ulsenheimer K., Arztstrafrecht in der Praxis, 5. Aufl., (2014), Rn. 697 ff.

14) 実際、我が国では、間接的臨死介助の法的問題に焦点を当てた学術論文は、極端に少ない。例えば、CiNii Articlesを用いた文献調査において「間接的臨死介助（又は、安楽死）」に関する論文を検索すると、前掲注(2)のドイツにおける判例を紹介した甲斐克則「死期を早める苦痛治療（いわゆる『間接的臨死介助』）の許容性に関するドイツBGH刑事判決」広島法学22巻1号（1998）351頁以下の1件しか関連論文が表示されない。ちなみに、当該論文は、甲斐・前掲注(2)103頁以下に「死期を早める疼痛治療の許容性——『間接的臨死介助』に関するドイツ連邦通常裁判所刑事事件判決の分析・検討——」と改題して収録されている。また、ドイツの間接的臨死介助の議論状況を整理するものとして、鈴木彰雄「臨死介助の諸問題——ドイツ法の現状と課題——」法学新法122巻11=12号（2016）269頁以下参照。我が国における間接的安楽死の議論を紹介するものとしては、加藤麻耶「安楽死の意義と限界」甲斐克則（編）『終末期医療と医事法』信山社（2013）39頁以下参照。

15) 甲斐・前掲注(2)4頁によれば、間接的臨死介助の正当化論拠に関しては、刑法解

判例も我が国では存在していないからである<sup>16)</sup>。

そこで、以下、この間接的臨死介助の正当化根拠に関して検討を行う。ここでは、刑事立法の沿革上、我が国の刑法解釈論に対しても影響力を与え続けているドイツ法の議論状況<sup>17)</sup>に加え、そのドイツの隣国として、法体系上も親近

---

積上、争いがあり、ここでは、正当業務行為であるとか、目的が正当であるとか、社会的正当行為であるとか、緊急避難的な解決法というような説明が列挙されている。また、井田・前掲注(13)133頁(脚注5番の記述)においても、大方の通説的論証は、殺人罪又は同意殺人罪の構成要件該当性を認めた上で違法性を阻却するものとされている。しかし、同時に、その違法性阻却の要件及び根拠が何かという問題は、答えることが容易ではないとも指摘されている。

- 16) ただし、いわゆる「東海大学附属病院事件(横浜地判平7・3・28判時1530号28頁)」により、その傍論中、直接的安楽死に至る途中の段階で密接不可分な行為として、間接的安楽死の許容要件が触れられている点には留意されるべきであろう。それは、ある意味、直接的安楽死と間接的安楽死が連続性を有しているということを示唆しているようにも思われる。当該事件に関しては、辰井聡子「安楽死」山口厚=佐伯仁志(編)『刑法判例百選I(第7版)』有斐閣(2014)42頁以下参照。これに対し、いわゆる「川崎協同病院事件(最決平21・12・7刑集63巻11号1899頁)」においては、間接的安楽死の類型に近似的な行為が起訴事実に含まれているにもかかわらず、その許容要件に関する言及は見られない。当該事件に関しては、拙稿「治療行為の中止」山口=佐伯(編)・前掲書44頁以下参照。
- 17) 現在、我が国で普及している安楽死(臨死介助)の類型化は、そもそもドイツ刑法学の泰斗であるEngischにより一般化され(Engisch K., Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens in strafrechtlicher Beleuchtung, Kreuz Verlag, [1948]), それに準じた類型を平野龍一が我が国に紹介し(特に、平野龍一「生命と刑法——特に安楽死について——」同『刑法の基礎』東京大学出版会[1966]155頁以下)、その後、日本の判例に流入したという経緯を有している。その過程に関しては、丸山雅夫「安楽死論の系譜」町野朔ほか(編)『安楽死・尊厳死・末期医療』信山社(1997)37頁以下参照。したがって、そのような意味でも、我が国における安楽死論は、ドイツの議論に沿革を有しているといえよう。従前のドイツにおける安楽死論の一般的な紹介に関しては、町野朔『生と死、そして法律学』信山社(2014)220頁以下参照。また、現在のドイツにおける間接的臨死介助の議論状況を概説するものとしてMagnus D., Patientenautonomie im Strafrecht, Mohr

性を有するスイス法の議論状況<sup>18)</sup>をも参照する。この比較法的検討から、我が国の法体系にも共通して依拠しうる価値観を探り、この問題に対して、より客観的な法的視座の構築を試論する。

先ず、従前、ドイツ及びスイスにおいて展開されてきた間接的臨死介助の不可罰性に関する論拠を概括的に紹介し、そのような論証における不明確性及び問題点を確認する(2. 従前の論証における不明確性)。そして、そのような論拠の中でも、正当化緊急避難の適用による解決が両国において最も支持されていることを示す(3. 正当化緊急避難という解決法)。その上で、この正当化緊急避難を根拠にした場合に求められる正当化要件を例示して検討する(4. 間接的臨死介助の正当化要件)。最後に、本稿の結びとして、このドイツ及びスイスの議論状況を検証することで、そこから得られる我が国への示唆を探る(5. おわりに：我が国への示唆)。

## 2. 従前の論証における不明確性

端的に結論の概要を述べるならば、どのような論拠により間接的臨死介助が解釈論として不可罰とされるのかは、未だドイツ及びスイスにおいても論争の最中にある。ちなみに、この間接的臨死介助に関連する規定として、両国の刑法典は「要求に基づく殺人罪(Tötung auf Verlangen：以下、同意殺規定)」を以下のように設けている。

### ドイツ刑法 第216条第1項

被殺者の明確かつ真摯な要求により、それを殺害するに至らしめた者は、6月以上5年以下の自由刑に処する。

---

Siebeck, (2015), S. 274 ff.

18) 現在のスイスにおける間接的臨死介助の議論状況を概説するものとして Jenal F., Indirekte Sterbehilfe: Gebotener Dienst am Patienten oder strafbare Tötung auf Verlangen?, ZStrR 134, (2016), S. 100 ff.; Magnus, a. a. O. (17), S. 451 ff.

**スイス刑法 第114条**

特に同情の念というような尊重に値する動機により、当人の真摯かつ切実な要求に基づいて、人を殺した者は、3年以下の自由刑又は罰金に処する。

したがって、両国共に上記のような同意殺規定を有していることから、生命という法益は、刑法体系上も絶対的な優越性が示されている<sup>19)</sup>。すなわち、単純な利益衡量に依拠する説明だけでは、その障壁を乗り越えることは困難である。そのことを受けて、両国で学説上、主張されていた幾つかの見解は、以下のように説明され、また、批判的に評価されてきた。

**2-1 客観的構成要件該当性が阻却されるという論証**

両国における幾人かの論者によれば、間接的臨死介助は、単純殺人罪又は同意殺規定の客観的構成要件該当性が阻却される。しかし、その論証の仕方は、多岐に渡る。ここでは、幾つかの代表的な論証を類型化して紹介する<sup>20)</sup>。

**(1) 実行行為の社会的受容**

ドイツでは、従前、間接的臨死介助は、殺人行為としての「社会一般的な感覚 (sozialer Gesamtsinn)<sup>21)</sup>」とは全く異なることを理由として殺人罪の規制

19) 特にドイツにおける「要求に基づく殺人罪」の法的議論に関しては、塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』法律文化社(2004)91頁以下参照。

20) ドイツ法における議論の概説として Roggendorf, a. a. O. (4), S. 96 ff. 間接的臨死介助に関しては、本文で紹介した見解の他に、因果関係又は客観的帰属ないし帰責 (objektive Zurechnung) が類型的に欠けているという論証も挙げられる。例えば、因果関係を規範的に評価することで間接的臨死介助の不可罰性を説明するものとして Schöch, a. a. O. (2), S. 409 ff. しかし、このような論証により、殺人罪における規範的保護の範囲外に間接的臨死介助が置かれてしまう場合、そこにおいて、患者の生命保護が軽視される事態も生じることが懸念されている。この点に関しては Merkel R., Früheuthanasie: Rechtsethische und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin, Nomos Verlagsgesellschaft, (2001), S. 214.

21) Wessels/Hettinger, a. a. O. (2), Rn 32.

領域から類型的に排除する見解が主張されてきた。また、間接的臨死介助は「社会的妥当性 (Sozialadäquanz)」を有するとして、これを一律に許容する見解も主張されている<sup>22)</sup>。

また、スイスにおいても、同様の見解が主張されている。例えば、生命短縮のリスクを伴いながらも苦痛緩和を目的とする医療者の行為自体は「社会的に公認化された要請ないし命令 (sozial anerkanntes Gebot)<sup>23)</sup>」によるものであり、このことから、間接的臨死介助の類型的な不可罰性を説明する見解がある<sup>24)</sup>。ただし、この見解においては、次のような状況的要件が設定されている。すなわち、それは、生命短縮作用のない薬物では患者の苦痛を緩和することができない場合であり、その苦痛の緩和こそが患者の生命・生活の質を改善する唯一の行為であることも求められる<sup>25)</sup>。

しかし、このような解決法は、結論の先取りであると批判されている<sup>26)</sup>。すなわち、上記見解の主張者は、本来、その論証の結論として得られるべきところの「社会的受容」自体を当然の前提に据えていることになる。そして、鎮痛剤の投与等の処置が終末期における患者に対して「許される」こと自体は、患者の死を因果的に惹起する薬物の投与が「殺人行為に当たらない」という論証にはならないと批判される<sup>27)</sup>。なぜなら、鎮痛剤の投与等により、生命・生活

22) Herzberg D. R., Sterbehilfe als gerechtfertigte Tötung im Notstand?, NJW (1996), S. 3048. この見解によれば、間接的臨死介助の場面では、法的な意味において生命維持の利益が見い出されないために、比較衡量自体が成立しないと主張されている。この論証は、後述する正当化緊急避難による解決法に向けられた批判でもある。

23) Kunz K.-L., Sterbehilfe: Der rechtliche Rahmen und seine begrenzte Dehnbarkeit, in: Donatsch A./Forster M./Schwarzenegger C. (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte: Festschrift für Stefan Trechsel, Schulthess, (2002), S. 619.

24) Kunz, a. a. O. (23), S. 618 f. ただし、ここでは、前掲注 (19) にあるような客観的帰属・帰責の観点も加味された上で客観的構成要件該当性が否定されている。

25) Kunz, a. a. O. (23), S. 619.

26) 例えば, Merkel, a. a. O. (20), S. 204.

27) Merkel, a. a. O. (20), S. 204.

の質が改善されたとしても、その者における人生の終期は何らかのかたちで早められるからである。

確かに、患者における人生の最終段階を安らかなものにするのが医療者の義務であるならば、間接的臨死介助は、医師にとって、しばしば唯一の選択肢とも考えうる。このような主張は、妥当なようにも思われる。しかし、なぜ、そのこと自体が客観的構成要件該当性の阻却事由になるのかに関しては、更に説明を要するはずであると批評されている<sup>28)</sup>。なぜなら、間接的臨死介助の許容性は、鎮痛剤投与等の処置行為自体において求められるのではなく<sup>29)</sup>、むしろ、それが惹き起こす死という帰結において求められるからである<sup>30)</sup>。そして、このような見解は、苦痛の緩和を強調する一方で、それに密接不可分な殺人行為を覆い隠すものとも批判されている<sup>31)</sup>。

少なくとも、この社会的受容に依拠する見解は、可罰的な殺人と不可罰的な間接的臨死介助の区別に関する明確な基準を提示していない。そして、その区別においては、やはり利益の比較衡量が緻密なかたちで求められるように思われる。しかし、それは、後述するように、正当化緊急避難の枠組みにおいて検証されるべき事柄ということになろう<sup>32)</sup>。

---

28) Merkel, a. a. O. (20), S. 206.

29) また、両国の刑法学説上、原則として、薬物の投与は、同意により正当化され、その同意の範囲に死の結果は含まれていないものとされる。Jenal, a. a. O. (18), S. 108.

30) Merkel R., Aktive Sterbehilfe - Anmerkungen zum Stand der Diskussion und zum Gesetzgebungsvorschlag des «Alternativ-Entwurfs Sterbebegleitung», in: Hoyer A. u. a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, C. F. Müller, (2006), S. 302.

31) Merkel, a. a. O. (20), S. 205.

32) Merkel, a. a. O. (30), S. 305; Neumann U., Sterbehilfe im rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), in: Putzke H. u. a. (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag, Mohr Siebeck, (2008), S. 577.

## (2) 医療水準

また、あるドイツの論者によれば、間接的臨死介助は、医療水準 (lex artis) の枠内で把握されることにより、その不可罰性が認められるものとされている<sup>33)</sup>。すなわち、そのような医療者の行為が不可罰であるかどうかは、医療水準のみにより確定されなければならない、規範的内容に左右されるものではないということになる。

しかし、この医療水準により構成要件を目的論的に限定化する見解に対しても批判が寄せられている。なぜなら、医療的行為の主要な目的が病気の治癒に据えられる一方で、間接的臨死介助は、そのような病気の治癒に向けられた処置ではないからである。そのような意味で、当該行為が医療水準に調和しているかは、疑問が示されており、そのために医療者の職業倫理とも衝突しうることが指摘されている<sup>34)</sup>。

また、この見解の主張者によれば、刑法に違反する医療者の行為とは、医療水準上、明らかに問題を有する行為であるとして、その点が強調される<sup>35)</sup>。しかし、この説明は、循環論法であると指摘されている。すなわち、医療水準に合致すれば、刑法上、許容される一方で、刑法上、許容されるためには、医療水準に合致することが求められる<sup>36)</sup>。そして、この循環論法において、実質的な中身は実際のところ何も語られていないということになる。更に、このよう

---

33) Tröndle H., Warum ist die Sterbehilfe ein rechtliches Problem?, ZStW (1986), S. 25 ff., 48.

34) Merkel, a. a. O. (20), S. 202. ただし、スイスにおいて、例えば、スイス医師会 (Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte - Fédération des médecins suisses: FMH) の職業規則 (Standesordnung der FMH) 第2条によれば「Es ist Aufgabe des Arztes und der Ärztin, menschliches Leben zu schützen, Gesundheit zu fördern und zu erhalten, Krankheiten zu behandeln, Leiden zu lindern und Sterbenden beizustehen (人命を保護し、健康を促進・維持し、疾病を処置し、苦痛を和らげ、死に逝く者に寄添うことは、医師の義務である)」とされている。この職業規則は、スイス医師会のウェブサイト下で確認可能 (2016年10月1日参照)。

35) Tröndle, a. a. O. (33), S. 47.

36) Merkel, a. a. O. (20), S. 202.

な間接的臨死介助の問題は、倫理的・法的価値判断が不可分に伴うことから、科学的な医療水準論の示唆のみにより解決しうる問題ではないとも批判されている<sup>37)</sup>。その意味で、医療水準に依拠する論拠は、間接的臨死介助という殺人行為を許容するだけの民主的な正統性に欠いているともいえる。

更に派生的な見解として、スイスでは、間接的臨死介助を医師の職業的義務の範疇で捉えようとする主張もある<sup>38)</sup>。しかし、この点に関しても批判が加えられている。例えば、スイス医師会職業規則は、法形式上も、実質的な意義においても、スイスでは法律としての扱いを受けていない<sup>39)</sup>。すなわち、そのような職業規則に法的拘束力を付与した連邦法上の規定は、存在していない<sup>40)</sup>。したがって、そのような当該規則は、そもそも一般法上の客観的構成要件該当性を阻却するだけの法的効力が体系上、付与されていないことになる。

### (3) 許された危険の法理

また、ドイツの解釈論によれば、間接的臨死介助の不可罰性は、許された危険(erlaubtes Risiko)の法理に見出される<sup>41)</sup>。ただし、そこで許された危険

---

37) Merkel, a. a. O. (20), S. 202.

38) Donatsch A., Strafrecht III: Delikte gegen den Einzelnen, 10. Aufl., Schulthess, (2013), S. 25.

39) スイス医師会職業規則に関しては、前掲注(34)を参照。この点に関しては Geth C., Passive Sterbehilfe, Helbing & Lichtenhahn, (2010), S. 11.

40) この点に関して Bänziger C., Sterbehilfe für Neugeborene aus strafrechtlicher Sicht, Schulthess, (2006), S. 50. スイスでは連邦法とは別に、州法により殺人行為を正当化することはできないとされている。なぜなら、生命保護の領域において連邦憲法は、州に正当化に関する立法権限を付与していないからである。

41) Engisch K., Aufklärung und Sterbehilfe bei Krebs in rechtlicher Sicht, in: Kaufmann A. u. a. (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, C. H. Beck, (1979), S. 519 ff, 特に S. 532. 類似の見解として Baronin von Dellingshausen U., Sterbehilfe und Grenzen der Lebenserhaltungspflicht des Arztes, Mannhold, (1981), 159 f. しかし、Baronin von Dellingshausenによれば、Engischの見解とは異なり、その許された危険の法理による不可罰性の付与は、生命

の法理が適用可能となるためには、結果の発生が不明確なものでなければならない<sup>42)</sup>。確かに、間接的臨死介助の場面において、どの時点で死に至るかは、不明確である。しかし、その人生の過程を短縮すること自体は、概念設定上、自明のものとされている。したがって、医療者が意図的ではないにしても、間接的臨死介助を許された危険の法理により不可罰とすることはできないという批判がある<sup>43)</sup>。

何よりも、許された危険の法理は、社会生活上、不可避とされるリスク発生の蓋然性に対処するための説明である。したがって、侵襲的行為に正当化の権限を付与するための説明ではないとも批判されている<sup>44)</sup>。すなわち、その法理は、必要不可欠な注意義務が遵守される限りで、結果の客観的な帰責が阻却されうる場合を典型的に把握するものである。したがって、間接的臨死介助の場面では、たとえ鎮痛剤の投与等が許される行為であったとしても、当然に死という結果の帰責が認められなくなるわけではないと批判されている<sup>45)</sup>。

#### (4) 客観的構成要件該当性阻却説に秘められた主張理由

以上、間接臨死介助に関しては、その客観的構成要件該当性の阻却を支持す

---

短縮が事実上、不明確な場合にのみ認められると主張されている。そして、生命短縮が明確に生じる場合には、違法性阻却の段階において、その正当化が試みられるべきことも付言されている。

42) スイスの一般的な学説においても、結果発生の不明確性が求められる一方で、それが全く蓋然性に欠けることまでは求められていない。この点に関して Stratenwerth G., Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., Stämpfli Verlag, (2011), § 9, Rn. 39.

43) Jenal, a. a. O. (18), S. 105 f.

44) Merkel, a. a. O. (30), S. 299.

45) Merkel, a. a. O. (30), S. 300. ここにおけるMerkelの平易な説明によれば、自動車を運転していたところ、突然、飛び出してきた児童を避けきれずに轢き殺してしまった場合、そのような行為者において、自動車運転という行為自体は許されたものである一方で、そのような殺人という結果が許されることにはならないのは明白であろうと指摘されている。

る論証が様々に展開され、また、その論証に対しては、種々の批判が展開されてきた。しかし、ドイツとスイスの両国において、当該見解は、繰り返し根強く主張されている。なぜなら、そのような解決法により、間接的臨死介助と直接的臨死介助との間において、明確な線引きが可能となるからである<sup>46)</sup>。すなわち、間接臨死介助を客観的構成要件該当性の段階で処理する一方で、直接的臨死介助を違法性の段階で処理することにより、それらの法的区別は、刑法体系上、明確化される<sup>47)</sup>。これに対し、両者を違法性の段階に位置付けて処理する方法論は、そこに明確な境界線を見出すことが困難となる。

しかし、このような体系的処理の明確性のみを理由として、ここで見込まれる境界線が観念的に維持されるべきかは、疑問である。また、間接的臨死介助において疼痛治療の副作用により患者の生命が短縮されるという状況は、場合によっては、間接的というよりかは、むしろ直接的に死が惹き起こされる場面とも説明しうる。そのような意味において、両国では、間接的臨死介助と直接的臨死介助を重ね合わせて理解する方が実態に即しているという意見も最近、主張され始めてきている<sup>48)</sup>。

## 2-2 故意が阻却されるという論証

以上の論証とは別に、主観的構成要件該当性の観点からも間接的臨死介助の不可罰性が両国で説明されてきた。それは、間接的臨死介助において故意が阻却されるという論証である<sup>49)</sup>。医療者は、単に苦痛を緩和するという職業的義

---

46) そのような隠された目論見を推論するものとして Jenal, a. a. O. (18), S. 107 f.

47) 例えば Herzberg, a. a. O. (22), S. 3049によれば、積極的臨死介助は、一定の場合において緊急避難による許容可能性が指摘される一方で、それ以外の類型における臨死介助は、前述したような社会的妥当性を論拠として、類型的に殺人罪の保護範囲から除外されることになる。

48) そのような意味で間接的臨死介助という概念が誤解されていることを端的に指摘するものとして Bänziger, a. a. O. (40), S. 60; Merkel, a. a. O. (20), S. 174 f.; Schubarth M., Assistierter Suizid und Tötung auf Verlangen, ZStrR 127, (2009), S. 15. 同趣旨の問題意識を我が国の議論において指摘するものとして、拙稿・前掲注(6)10頁参照。

49) 例えば、ドイツの論者として Bockelmann P., Strafrecht des Arztes, Georg Thieme

務を履行しているだけであり、したがって、死は意図されない副作用である点が強調される<sup>50)</sup>。すなわち、間接的臨死介助の場面において、医療者の意図は、単に苦痛の緩和にあり、殺意は否定されることから、殺人罪の故意が阻却されると論証する<sup>51)</sup>。

しかし、この見解は、両国の刑法上、採用することが困難とされている。故意と過失の限界が一般的に「同意又は是認説 (Einwilligungs- oder Billigungstheorie)」を基礎として把握されている両国の刑法的状況からすれば<sup>52)</sup>、通例、間接的臨死介助の事案において、故意が存することに問題はなものと考えられている<sup>53)</sup>。例えば、生命短縮の副作用を有する鎮痛剤の投与

---

Verlag, (1968), S. 25. また、スイスの論者として Peterková H., *Sterbehilfe und die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes*, Stämpfli Verlag, (2013), S. 65. また、ドイツ法における議論の概説として Roggendorf, a. a. O. (4), S. 101 f.

50) 我が国においても、類似の論証(間接的安楽死として許容される範囲における事実の認識をもって故意が阻却されるという見解)を紹介するものとして、例えば、井田・前掲注(13)134頁参照。

51) この点に関連して「二重結果論(Doppelwirkung)」という哲学上の原理が言及されている。ある行為の帰結を意図された帰結と予見される帰結とに区別し、行為者が責任を負うのは、前者における意図された帰結のみであり、副産物とも言える予見された帰結に関しては責任が問われないとする原理である。この原理に関しては Ingelfinger R., *Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots: das Menschenleben als Schutzzobjekt des Strafrechts*, Carl Heymanns, (2004), S. 260.

52) ドイツにおける刑法解釈論に関しては Roxin C., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, (2006), § 12, Rn. 36 ff. この旧版翻訳として、ロクシン、クラウス(平野龍一:監修、町野朔=吉田宣之:監訳)『刑法総論第1巻[基礎・犯罪論の構造]第3版(翻訳第1分冊)』信山社(2003)479頁参照。Sternberg-Lieben D./Schuster F., in: Schönke/Schröder StGB Komm., 29. Aufl. (2014), § 15, Rn. 81 f. また、スイスの場合、2007年刑法定改正により刑法12条の文言上、明確に同意説が採用されている。この点に関しては Niggli M. A./Maeder S., in: Basler Kommentar StGB I, 3. Aufl., (2013), Art. 12, Rn. 52.

53) Eser A./Sternberg-Lieben D., in: Schönke/Schröder StGB Komm., 29. Aufl., (2014), Vorbemerkungen zu den §§ 211 ff., Rn. 26; Jenal, a. a. O. (18), S. 103 f.; Schneider H., MüKo StGB, Bd. 4, 2. Aufl., (2012), Vorbemerkung zu den §§ 211 ff.,

に際して、その薬効自体が認識されていたのであれば、たとえ疼痛緩和のためであっても、医療者は、死に至る過程が早められることを是認していたと考えられる。

また、この見解は、なぜ、内心的意図が故意の有無に重要な役割を果たすのかに関する明白な説明に欠けている。そもそも、この見解において注目されている事柄は、動機にすぎない部分であり、故意に関する問題ではないとも指摘されている<sup>54)</sup>。

### 2-3 憲法的・国際人権法的な利益衡量による論証

以上で展開された刑法上の解釈論における論拠は、いずれも批判に晒されている。そこで、間接的臨死介助の正当化論拠を刑法規範よりも上位にある憲法ないし国際人権法上の規範内で捉え直す議論も両国において展開されている。すなわち、間接的臨死介助の問題は、単に刑法という枠組みで論じられるだけでなく、より普遍性を有する憲法・国際人権法において保障された基本権ないし人権上の問題としても配慮されている<sup>55)</sup>。

例えば、憲法的な基本権との利益衡量を理由として、その正当化を試みる解釈論によれば、刑法上における医師の生命維持義務は、憲法上、より重要な意義が付与される人格的自由権（自己決定権）に劣位し、非人間的な延命行為は、

---

Rn. 104. より詳細に議論状況を検討するものとして Merkel, a. a. O. (20), 166 ff.

54) Donatsch A., Die strafrechtlichen Grenzen der Sterbehilfe, recht (2000), S. 144; Merkel, a. a. O. (20), 186 ff. また、一般的に、立法者が刑法上、明確に主観的構成要件要素を規定している場合にのみ、行為者の内心的意図に着目して、その不可罰性を論じることが可能となる。しかし、間接的臨死介助に関して、そのような主観的構成要件要素の拠る所がないことを指摘するものとして Jenal, a. a. O. (18), S. 103 f.

55) ドイツ基本法上の議論に関しては Roggendorf, a. a. O. (4), S. 88 ff. スイス憲法上の議論に関しては Schwarzenegger C., in: Basler Kommentar StGB II, 3. Aufl., (2013), vor Art. 111, Rn. 64. 主に Diane Pretty 事件の分析を介して、同趣旨の見解を展開するものとして Breitenmoser S., Das Recht auf Sterbehilfe im Lichte der EMRK, in: Petermann F. T. (Hrsg.), Sterbehilfe: Grundsätzliche und praktische Fragen. Ein interdisziplinärer Diskurs, IRP-HSG, (2006), S. 167 ff.

禁止されることになる<sup>56)</sup>。

また、間接的臨死介助の問題において、人権及び基本的自由の保護のための条約（以下、欧州人権条約）が有意義な国際人権法として指摘されている。すなわち、そこでは、欧州人権条約第8条第1項<sup>57)</sup>に規定された私生活の権利の保障に加え、当該条約第3条<sup>58)</sup>における非人道的待遇の禁止が重要な規定として注目されている。

この点、欧州人権裁判所における最近の判例によれば、欧州人権条約第8条第1項は、個人において人生の終焉を決定する権利及び苦痛に苛まれる終末期を避ける権利を内包していることが明確に指摘されている<sup>59)</sup>。また、スイスの憲法学者の意見によれば、間接的臨死介助を受ける権利は、欧州人権条約に由来するものとして明確に肯定されている<sup>60)</sup>。その場面で対立利益とされる「生命に対する権利（right to life）」も、確かに欧州人権条約第2条<sup>61)</sup>に規定され

---

56) Roggendorf, a. a. O. (4), S. 89 ff.; Schwarzenegger, a. a. O. (55), Rn. 64.

57) 当該条文第1項は「Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence(全ての者は、その私的及び家庭生活、住居及び通信の権利を有する)」と規定されている。当該条文の注釈に関しては Schabas W. A., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, (2015), pp. 358 ff.

58) 当該条文は「No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment(何人も、拷問又は非人道的な若しくは品位を貶める取扱い若しくは刑罰を受けることがあってはならない)」と規定されている。当該条文の注釈に関しては Schabas, *supra* note (57), pp. 201 ff.

59) スイスの終末期医療法制に対して下された欧州人権裁判所の重要判決の中でも、この点を指摘するものとして *Case of Haas v. Switzerland*, 20. January 2011, (no. 31322/07), para. 50 f.; *Case of Gross v. Switzerland*, 14. May 2013, (no. 67810/10), para. 58 ff. また、終末期医療の領域における欧州人権裁判所の影響力に関しては、山本紘之「ヨーロッパの自殺幫助と延命治療の中止」年報医事法学31号（2016）193頁以下参照。

60) Müller J. P./Schefer M., *Grundrechte in der Schweiz*, 4. Aufl., Stämpfli Verlag, (2008), S. 154.

61) 当該条文第1項第1文は「Everyone's right to life shall be protected by law(全て

ている。しかし、それは、生命における主観的権利性を保護するものと解釈されており、純粋に生物学的な意味で理解される生命現象自体を客観的に保護するものではないと考えられている<sup>62)</sup>。

この欧州人権条約第8条により間接的臨死介助が許容されるのみならず、更に当該条約第3条における非人道的待遇の禁止は、その個々の状況下で、間接的臨死介助の実施を命令するものとさえ解釈されている<sup>63)</sup>。その解釈によれば、当事者において加えられる身体的又は精神的な影響が単に一定程度の強度に達したことのみをもって、当該行為は、非人道的待遇とされ、そこにおいて特殊な目的の存在(例えば、拷問目的を有していること)は、要件として求められていない<sup>64)</sup>。したがって、患者が強い苦痛を苛まれているにもかかわらず、なおも鎮痛剤の投与等により苦痛を緩和しないような場合、その状況は、非人道的待遇として欧州人権条約上、問題視されうることになる。そして、この欧州人権条約第3条は、国家に対する個々人の防御権としての意味を有するだけでなく、積極的な個々人の保護義務を国家に課すものとも理解されている<sup>65)</sup>。このことから、欧州人権条約第3条は、間接的臨死介助が妥当とされる限りで、国内の刑法典における同意殺規定の適用を禁止するものとも解釈されている<sup>66)</sup>。

---

の者の生命に対する権利は、法により保護されなければならない」と規定されている。当該条文の注釈に関しては Schabas, supra note (57), pp. 117 ff. また、同条項における「生命に対する権利 (right to life)」の意義内容を解説するものとして、胡慶山「ヨーロッパ人権条約第二条の生命権について (一～三・完): その制定の経緯および解釈・適用」北大法学論集49巻3号(1998)611頁以下、同49巻4号(1998)957頁以下、同49巻6号(1999)1281頁以下参照。

62) Breitenmoser, a. a. O. (55), S. 182. 同趣旨の考えをスイス憲法にも反映させるものとして Müller/Schefer, a. a. O. (60), S. 45 f. そこでは欧州人権条約の趣旨に従って「willkürliche Tötung(恣意的ないし専断的な殺人)」の禁止と「absolut notwendige Tötung(絶対的に必要不可欠な殺人)」の許容性が説明されている。

63) Müller/Schefer, a. a. O. (60), S. 61.

64) Müller/Schefer, a. a. O. (60), S. 62.

65) Breitenmoser, a. a. O. (55), S. 185 f.

66) 同趣旨の結論を示すものとして Schubarth, a. a. O. (48), S. 12.

しかし、以上に対して、憲法及び欧州人権条約は、その趣旨から間接的臨死介助の全面禁止が法的にできないことを示唆するに留まるという見解も示されている<sup>67)</sup>。確かに、憲法及び欧州人権条約上の規範は、立法者に対して、その権限の限界を単に設定しているにすぎないものとも考えられる。すなわち、間接的臨死介助の不可罰性が一般的な刑法の枠組みにおいて論証できるような場合、憲法及び欧州人権条約の規範は、必ず援用されなければならないものではない。

### 3. 正当化緊急避難という解決法

以上から示唆されるように、間接的臨死介助の許容性は、患者の生命を維持する利益と患者が苦痛から解放される利益とを比較衡量する方向性において、その解決が見い出されることになる<sup>68)</sup>。両国の立法者は、正当化緊急避難の規定により、様々な利益が衝突する場面における調整的規範を設定している。そして、この正当化緊急避難の条文内容（又は義務衝突の解釈論<sup>69)</sup>）に依拠して間接的臨死介助の違法性を阻却する説明は、通説的な学説として両国で支持を

---

67) Jenal, a. a. O. (18), S. 111.

68) Magnus, a. a. O. (17), S. 453 f.; Roggendorf, a. a. O. (4), S. 102 ff.

69) スイスにおいて、義務衝突は、法文上、明確に規定されていないにもかかわらず、間接的臨死介助の場面で、その適用を主張するものとして Pieth M., *Strafrecht Besonderer Teil, Helbing Lichtenhahn Verlag*, (2014), S. 24. この点、間接的臨死介助における作為義務（疼痛の緩和）と不作為義務（医療者に妥当する殺人禁止）との対立は、正当化緊急避難の規定により解決しうる状況とも考えられている。例えば、ドイツの論者として Merkel, a. a. O. (20), S. 155 f. スイスの論者として Bänziger, a. a. O. (40), S. 151. それに対し、作為義務同士が対立しあう状況のみに義務衝突の理論を適用すべきという見解として Stratenwerth, a. a. O. (42), § 10, Rn. 65. この義務衝突の適用場面を巡る解釈論に関しては Neumann U., in: NK-StGB, 4. Aufl., (2013), Vor § 211, Rn. 103; Roxin, a. a. O. (52), § 16, Rn. 117. この翻訳として、ロクシン、クラウス（山中敬一：監訳）『刑法総論第1巻 [基礎・犯罪論の構造] 第4版（翻訳第2分冊）』信山社（2009）235頁参照。

集めている<sup>70)</sup>。ちなみに、両国の刑法典は、正当化緊急避難に関する規定を以下のように設けている。

**ドイツ刑法 第34条**

生命、身体、自由、名誉、財産又はその他の法益のため、自己又は他者を危難から回避させた者は、それ以外に回避可能性のない現在の危難において、対立しあう利益、特に関係する法益とそれらを脅かす当該危難の程度とを比較考量し、そこでの被保全利益が侵害利益を著しく超過するとき、違法に行為したものではない。ただし、このことは、その行為が危難を回避するために適切な手段である場合に限り、妥当する。

**スイス刑法 第17条**

直接的で他の方法では回避することができない危険から自己又は他人の法益を守るために、刑が定められた行為をした者は、これによって、より価値の高い利益を保全した場合、適法に行為したものとす。

しかし、この正当化緊急避難に依拠する解決法に対しては、様々な批判が加えられている<sup>71)</sup>。以下、特に幾つかの重要な論点を採り上げる。

### 3-1 同意殺規定との矛盾

先ず、正当化緊急避難による間接的臨死介助の正当化は、同意殺規定により生命の処分権が制限されていることに矛盾すると批判される<sup>72)</sup>。

---

70) 例えば Geilen G., Euthanasie und Selbstbestimmung: juristische Betrachtungen zum «Recht auf den eigenen Tod», Mohr Siebeck, (1975), S. 26; Geth, a. a. O. (39), S. 12; Jenal, a. a. O. (18), S. 125; Kutzer K., Strafrechtliche Grenzen der Sterbehilfe, NStZ (1994), S. 115; Merkel, a. a. O. (20), S. 154; Roggendorf, a. a. O. (4), S. 114 ff.; Schubarth, a. a. O. (48), S. 15; Stratenwerth G., Sterbehilfe, ZStrR (1978), S. 80; Neumann, a. a. O. (32), S. 577.

71) このような批判を展開する重要な論考として、特に Engländer A., Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen, GA (2010), 15 ff.; Ingelfinger, a. a. O. (51), S. 266 ff.

72) Ingelfinger, a. a. O. (51), S. 246.

しかし、このような批判に対しては、次のような反論がなされている<sup>73)</sup>。すなわち、同意殺規定が禁止しているのは、単純な同意のみによる殺人行為の正当化である。そして、同意殺規定は、それ以上に深読みするべきではなく、すなわち、明示的にも黙示的にも正当化緊急避難の適用は、刑法上、排除されていないという反論である<sup>74)</sup>。

また、そこで生命の処分権が制限されている趣旨は、特に重大な危険性を有する行為から、被侵害者たる利益主体自身を典型的に保護するためとも反論されている<sup>75)</sup>。確かに、このような同意殺規定の趣旨は、緊急的状況下において、その利益主体を個別具体的に保護しようとする正当化緊急避難の規範と必ずしも矛盾するものではない。すなわち、そのような「利益主体の保護」という趣旨に適合的な範囲内で利益の比較衡量は、同意殺規定においても可能と考えられている<sup>76)</sup>。

### 3-2 同一主体内における正当化緊急避難の適用可能性

更に同一主体内において正当化緊急避難は適用できないのではないかという問題が提起されている<sup>77)</sup>。なぜなら、正当化緊急避難が想定している場面とは、ある危難ないし危険源から本人又は第三者が逃れるために、他者の利益が侵害されるという場合であり、その本人自身の利益が侵害される場合に関しても適用可能であるかは、不明だからである。そのような意味で、間接的臨死介助の状況は、様々な当事者間における利益の比較衡量が問題とされない。むしろ同一当事者内において対立する利益の調整が問題となる<sup>78)</sup>。

---

73) 例えば Merkel, a. a. O. (30), S. 309; Neumann, a. a. O. (32), S. 584.

74) 特に Merkel, a. a. O. (30), S. 309 f.

75) 特にスイスの議論に関して Jenal, a. a. O. (18), S. 113.

76) Jenal, a. a. O. (18), S. 113.

77) Donatsch A./Tag B., Strafrecht I: Verbrechenslehre, 9. Aufl., Schulthess, (2013), S. 246 f.; Engländer, a. a. O. (71), S. 21 f.

78) Merkel, a. a. O. (20), S. 154. この論点に関するドイツの議論状況を詳細に紹介するものとして、山中敬一「臨死介助における同一法益主体内の利益衝突について——推

この点、正当化緊急避難は、連帯性の原理を表明するものであることから、同一主体内における利益衝突の調整は、想定していないと考える立場がある<sup>79)</sup>。すなわち、そのような連帯性の原理によれば、緊急的状况においては、他者である誰かが侵害を甘受しなければならないことこそ、正当化緊急避難の前提とされる<sup>80)</sup>。

ただし、そのような考えに依拠したとしても、ここでいう連帯性の原理を規範的な観点から一般社会(法秩序)に対する受忍義務として捉え直すことにより、臨死介助全般を容認する見解も主張されている<sup>81)</sup>。すなわち、そこでは、患者と一般社会との間に対立関係が生じることになる。そして、患者における苦痛緩和の利益のために、同意殺規定から導出される生命維持の利益を一般社会が例外的に断念することは、死に逝く患者と一般社会との間に生じる連帯性の原理から説明できるものと主張される<sup>82)</sup>。

以上に対して、同一主体内における利益衝突のために、正当化緊急避難の適用を肯定する見解も両国では試論されている<sup>83)</sup>。そのような解釈論の一例によ

---

定的同意論および緊急避難論の序論的考察——」近畿大学法学62巻3=4号(2015)287頁以下参照。同一法益主体の利益衝突におけるドイツ刑法学上の問題意識に関しては、Schmitz, J. L., *Rechtfertigender Notstand bei internen Interessenkollisionen*, Duncker & Humblot, (2013), S. 15 ff. このような論点は、同意により違法性阻却が認められない場面において意義を有するものと考えられている。

79) Engländer, a. a. O. (71), S. 20 f.; Neumann U., in: NK-StGB, 4. Aufl., (2013), § 34, Rn. 32. この同一主体内の利益衝突における緊急避難の適用可否という論点に関して、ドイツの一般的な議論状況は Roxin, a. a. O. (52), § 16, Rn. 101. この翻訳として、ロクシン・前掲注(69)226頁以下参照。Schmitz, a. a. O. (78), 122 ff.

80) Engländer, a. a. O. (71), S. 20 f.

81) Merkel, a. a. O. (20), S. 395 ff.; Neumann, a. a. O. (32), S. 582 f. スイス刑法にも同様の主張が当てはまるとして Jenal, a. a. O. (18), S. 114.

82) Merkel, a. a. O. (30), S. 310によれば、本来的な意味で正当化的緊急避難は同一主体内での適用が困難とされる一方で、その類推適用は可能と説明される。

83) スイスの論者として Geth, a. a. O. (39), S. 66 f. ただし、そこでは、ドイツの議論が多く参照されている。ドイツの議論状況に関しては Roxin, a. a. O. (52), § 16, Rn.

れば、医療現場では、患者の疼痛を緩和する義務のために、生命を維持する義務が後退することにより、間接的臨死介助の実施が可能になると主張されている<sup>84)</sup>。

### 3-3 被保全利益の欠如

以上の論点に関連して、ドイツでは、緊急避難的解決法に対し、そこでの被保全利益が見当たらないという批判も展開されている<sup>85)</sup>。すなわち、そのような救助行為の結果、利益主体自身が殺されてしまう場合、そこに保全されるべき利益は存在しないという批判である（ただし、この批判は、一般的に直接的臨死介助の正当化根拠に対して主張されていることに注意を要する<sup>86)</sup>）。このような指摘が間接的臨死介助の場合にも妥当するかは、検証の余地がある<sup>87)</sup>。

この点、間接的臨死介助の場合、利益の主体は、死を求めるのではなく、生きる者として、その耐え難い苦痛から解放されることを求めており、実際、そのような利益を享受することになる。したがって、このような批判は、間接的臨死介助の場合、適切ではないと反論されている<sup>88)</sup>。

---

101 f. この翻訳として、ロクシン・前掲注(69)226頁以下参照。Schneider, a. a. O. (53), Rn. 110.

84) Roxin C., Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe, in: Roxin C./Schroth U. (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl., Richard Boorberg Verlag, (2010), S. 87 f.; Verrel T., Der BGH legt nach: Zulässigkeit der indirekten Sterbehilfe. Anmerkung zur Sterbehilfeentscheidung des BGH vom 15. 11. 1996, MedR (1997), S. 250によれば、患者により希望され、医学的適応性を有する疼痛治療を差し控えることは、不作為による傷害罪に該当するとまで評価されている。このことから、苦痛・疼痛の緩和は、医療者における作為義務として強く求められることになろう。

85) Ingelfinger, a. a. O. (51), S. 249 f.

86) Ingelfinger, a. a. O. (51), S. 249 f.

87) Merkel, a. a. O. (30), S. 311.

88) Neumann, a. a. O. (32), S. 584 f.

### 3-4 対立利益の欠如

更に、以上の論点に関連して、ドイツでは、次のようなことも指摘されている。すなわち、間接的臨死介助の場面において、患者は、苦痛に満ちた終末期を送ることに利益を見出しえない。このことから、そもそも、その患者において利益の比較衡量が成立しないという主張である<sup>89)</sup>。これを平易に言うならば「死にたい者は、生きたいと思うことができない<sup>90)</sup>」ということになる。

しかし、そのような状態は、むしろ利益衡量の結果として得られるものにすぎないと反論される<sup>91)</sup>。例えば、逆に患者が場合によっては、いくらかの延命を望み、そこでの苦痛に耐えるという道を選ぶこともあり、その状態は、明らかに利益衡量の結果として得られるものである<sup>92)</sup>。そのような意味で、苦痛緩和の利益に対して、生命維持の利益が無価値と評価されることも、むしろ、その当事者による選択の結果であって、利益が欠如していることを意味するものではないと反論されている<sup>93)</sup>。

### 3-5 生命という利益の衡量可能性

両国において、正当化緊急避難は、より重要な利益の保全を要件としている。したがって、結局のところ、間接的臨死介助の正当化は、どのような場合において、生命という利益が比較衡量により劣後することになるのかという問題に収斂される。また、その意味において、絶対的な生命保護の原理には、疑問符が打たれることになる<sup>94)</sup>。

---

89) Herzberg, a. a. O. (22), S. 3046 f.; Ingelfinger, a. a. O. (51), S. 254.

90) Ingelfinger, a. a. O. (51), S. 255.

91) Merkel, a. a. O. (30), S. 313; Neumann, a. a. O. (32), S. 588.

92) Merkel, a. a. O. (30), S. 313.

93) Merkel, a. a. O. (30), S. 313; Neumann, a. a. O. (32), S. 588.

94) Tröndle, a. a. O. (33), S. 30. この生命の絶対的優越性に対する疑問をドイツの緊急避難論の紹介と関連付けながら指摘するものとして、深町晋也「ドイツにおける緊急避難論の問題状況」現代刑事法69号(2005)39頁参照。

今日、両国における多くの論者によれば、生命の価値は、むしろ人生の質という観点から終末期において相対化されることが認められている<sup>95)</sup>。ここでは、苦痛を伴いながら延長される人生よりも、その苦痛から解放される利益の方が高い価値を有しているということになる<sup>96)</sup>。また、正当防衛における論点を参照してみても、そもそも生命は、刑法上、当初より比較衡量の対象として排除されてはいない<sup>97)</sup>。

更に、生命における権利(Recht auf Leben)は、生き続ける義務を同時に課すものではない<sup>98)</sup>。また、前述でも指摘したように、生命における(対する)権利は、その主観的な意思活動的側面を保障するものであり、単に生物学的な生命現象を客観的に保護するものでもない。これらの理由から、そのような主観的利益を比較衡量することの許容性が裏付けられている<sup>99)</sup>。そして、そもそも生命における主観的な権利性は、その利益主体自身による比較衡量を妨げるものではないことも併せて主張されている<sup>100)</sup>。

---

95) 例えばKunz, a. a. O. (23), S. 619; Neumann, a. a. O. (69), Rn. 99; Roxin, a. a. O. (84), S. 88; Schreiber H.-L., Das Recht auf den eigenen Tod- zur gesetzlichen Neuregelung der Sterbehilfe, NStZ (1986), S. 341; Schwarzenegger, a. a. O. (55), Rn. 64.; Stratenwerth, a. a. O. (70), S. 80.

96) Geilen, a. a. O. (70), S. 26; Kutzer, a. a. O. (70), S. 115.

97) スイスの法秩序によれば、身体が危険に晒されているにすぎない場合であっても、一定の状況下で、正当防衛における殺人も許容可能とされている。この点に関してはDonatsch/Tag, a. a. O. (77), S. 235. また、両国において容認化されている妊娠中絶も、生命という利益が相対化された一例である。なぜなら、墮胎罪の構成要件は、たとえ刑法的な意味における「人」を保護するものではないとしても、広い意味で人間の生命を保護するものだからである。ここでは、妊婦における生命という利益が未出生の子供における生命という利益に対して比較衡量されている。以上の点に関してはJenal, a. a. O. (18), S. 117 ff.

98) Jenal, a. a. O. (18), S. 119.

99) Merkel, a. a. O. (20), S. 527. すなわち、医学的処置は、患者自身に役立つものでなければならず、単なる肉体的な入れ物(器)に役立つものであってはならないとされる。

100) Merkel R., Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmassliche Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom, ZStW (1995), S. 572.

#### 4. 間接的臨死介助の正当化要件

間接的臨死介助における正当化緊急避難に依拠した解決法に対しては、以上のように様々な批判が展開されていた。しかし、これらの批判に対しては、同時に示したような反論も加えられてきた。したがって、当該解決法が通説的な位置を占めていることは、両国において、依然、変わらない状況にあるといえよう。

このことを受けて、そこにおける要件の設定が更に問題となる。以下、その点に関して、特に議論の余地がある要件に焦点を絞り、両国の議論状況を検証する。

##### 4-1 現在性・切迫性

両国の刑法解釈論上、正当化緊急避難においては、回避されるべき危難ないし危険源の現在性(Gegenwärtigkeit)又は切迫性(Unmittelbarkeit)が問題となる<sup>101)</sup>。この点に関連して、間接的臨死介助は、死に切迫性が認められる患者(平たく言えば「瀕死状態の患者」)においてのみ、その実施を認めるべきであるという見解が主張される<sup>102)</sup>。

しかし、この見解に対しては、異論も主張されている。そのような異論においては、例えば、不治の癌患者の場合、瀕死の状態ではなくとも、制御困難な

---

101) この概念に関して、ドイツの議論状況は Erb V., in: MüKo StGB, 2. Aufl., (2011), § 34, Rn. 78. スイスの議論状況は Seelmann K., in: Basler Kommentar StGB I, 3. Aufl., (2013), Art. 17, Rn. 5.

102) Donatsch, a. a. O (54), S. 144; Riklin F., Die strafrechtliche Regelung der Sterbehilfe: Zum Stand der Reformdiskussion in der Schweiz, in: Holderegger A., Das medizinisch assistierte Sterben: Zur Sterbehilfe aus medizinischer, ethischer, juristischer und theologischer Sicht, 2. Aufl., Universitätsverlag Freiburg i. Ue. (2000), S. 331; Stratenwerth G./Jenny G./Bommer F., Schweizerisches Strafrecht: Besonderer Teil I, 7. Aufl., Stämpfli, (2010), § 1, Rn. 8.

疼痛が生じることもあり、その状況への配慮が試みられている<sup>103)</sup>。確かに、そのような場合、効果的な鎮痛剤の投与等を法的に認めないことは、現実的ではない。したがって、致死的な病気により生じる全ての苦痛は、現行性又は切迫性を認めるべきとする見解も支持を集めている<sup>104)</sup>。

また、間接的臨死介助の場面では、その対象者が瀕死の患者に限られない補足的理由として、次のような説明も主張されている。すなわち、それは「死に向かう経過において、もはや医療的行為が決定的な侵襲とはならない<sup>105)</sup>」段階に至れば、当該行為の許容性を認めるという指摘である。この表現は、一定程度、生命の保護に配慮しながらも、同時に耐えがたい苦痛は回避されるべきことを示唆するものでもある。なぜなら、仮に回復の見込みがある場合、生命

---

103) Roxin, a. a. O. (84), S. 89.

104) Bänziger, a. a. O. (40), S. 146; Neumann, a. a. O. (69), Rn. 99; Roxin, a. a. O. (84), S. 89; Schneider, a. a. O. (53), Rn. 104; Stratenwerth, a. a. O. (70), S. 79.

105) Schöch H./Verrel T., Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB), GA (2005), S. 575. この表現に賛意を示すものとして Roxin, a. a. O. (84), S. 89. ちなみに、同様の表現は、ドイツにおいて、治療中止 (Behandlungsabbruch) に関する正当化要件を論じた「Putz事件 (BGHSt 55, 191)」の判決理由中にもみられる。すなわち、その判決によれば、治療中止の正当化は、病気により死に向かう過程が自然に進行している場合に限定される。このPutz事件に関しては、拙稿「ドイツ連邦通常裁判所2010年6月25日判決 (Putz事件)」法学研究 (慶應義塾大学) 84巻5号 (2011) 109頁以下、武藤真朗「ドイツにおける治療中止 — ドイツにおける世話法改正と連邦通常裁判所判例をめぐって —」甲斐克則 (編)『終末期医療と医事法』信山社 (2013) 194頁以下参照。その一方で、スイス医科学アカデミー (Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften: SAMW) の医療倫理ガイドライン「Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende (人生の終焉を迎えた患者の世話)」の適用範囲 (S. 6) によれば、数日又は数週間の内に死に至る終末期の患者が当該ガイドラインの適用対象とされている。また、その注釈 (S. 10) において、終末期の患者と不治の患者とを区別しなければならないとも規定されている。しかし、この区別も各々の医療者の判断に委ねられることから、その曖昧さが指摘されている。この点に関しては Jenal, a. a. O. (18), S. 120. また、このガイドラインの最新版は、スイス医科学アカデミーのウェブサイト下で確認可能 (2016年10月1日参照)。

維持の利益は、優先される一方で、そのような見込みがない場合、苦痛を患者に強いることは、断念されるべきだからである<sup>106)</sup>。したがって、このような表現をもってして、緊急避難における状況的要件は、充足しているものと考えられている<sup>107)</sup>。

## 4-2 苦痛の強度

また、正当化緊急避難においては、危難ないし危険源の存在が要件とされる。間接的臨死介助の事案では、特に重篤な苦痛に苛まれている状態が当該要件に当たる。

この点、ドイツ連邦通常裁判所の判例によれば「破壊し尽くされた（全てを無に帰せしめる）かのような痛み（Vernichtungsschmerzen）」として、この状態が象徴的に描写されている<sup>108)</sup>。したがって、このような表現に鑑みれば、正当化緊急避難の利益衡量に際して、その苦痛は、特段に強い程度が求められよう。

しかし、この苦痛の種類に関しては、特に肉体的な疼痛のみならず、心理的な問題も含まれるかは、両国で様々な議論の余地が生じている。例えば、あるドイツの論者によれば、強度な心理的不安感も、間接的臨死介助の許容要件に含めて議論されている<sup>109)</sup>。また、終末期医療に関するスイス医科学アカデミーの医療倫理ガイドラインによれば「(肉体的) 痛み及び (心理的) 苦しみ (Schmerzen und Leiden) を和らげること<sup>110)</sup>」も医療者の義務として位置付けられている。いずれにしても、より決定的に重要であることは、苦痛における強度であり、その種類ではないという見解が主張されている<sup>111)</sup>。

---

106) Schneider, a. a. O. (53), Rn. 113.

107) この点 Seelmann, a. a. O. (101), Rn. 5.

108) BGHSt 42, 301, (305).

109) Neumann, a. a. O. (69), Rn. 99; Roxin, a. a. O. (84), S. 89; Schneider, a. a. O. (53), Rn. 104.

110) SAMW, a. a. O. (104), S. 7.

111) Jenal, a. a. O. (18), S. 121.

### 4-3 被保全利益の優越性

前述で掲げたように、両国における正当化緊急避難の文言によれば、それにより保全されるものは、利益 (Interesse) であり、法益 (Rechtsgut) ではない。したがって、そこでは、患者の生命維持という利益と苦痛の緩和という利益において、どちらに優越性が見い出されるかが問題となる。

この点、患者が残された人生を苦痛なく安らかに過ごすために、その余命が部分的に短縮されることは、より重要な利益の選択であるとして、両国における多くの論者により支持されている<sup>112)</sup>。

ただし、そこでの比較衡量において、どのような場合に被保全利益が対立利益よりも本質的に超過していると評価できるかは、両国で議論されている<sup>113)</sup>。特にドイツ刑法では、被保全利益の優越性において、その本質的な超過性 (wesentliches Überwiegen) が文言上も求められている<sup>114)</sup> (スイス刑法では、文言上、そのような要件は求められていない。しかし、解釈論上、問題とされている<sup>115)</sup>)。

この点に関して、学説上、次のような主張がなされている。まず、正当化緊急避難の状況が類型化される。すなわち、利益保全のために無関係な第三者を侵害しなければならない類型としての「攻撃的緊急避難 (Aggressivnotstand)」と関係当事者間で利益主体自身が危難ないし危険源に相当する類型としての「防衛的緊急避難 (Defensivnotstand)」に分類される。その上で被保全利益の本質的な超過性は、攻撃的緊急避難の状況においてのみ求められ、その一方で、間接的臨死介助は、防衛的緊急避難に相当し、その場合、被保全利益は、

---

112) 例えば Kunz, a. a. O. (23), S. 619; Neumann, a. a. O (69), Rn. 99; Roxin, a. a. O. (84), S. 88; Schreiber, a. a. O. (95), S. 341; Schwarzenegger, a. a. O. (55), Rn. 64; Stratenwerth, a. a. O. (70), S. 80.

113) この点、明示的に本質的な超過性を認めるものとして Merkel, a. a. O. (20), S. 532 ff.

114) Perron W., in: Schönke/Schröder StGB Komm., 29. Aufl., (2014), § 34, Rn. 45.

115) Jenal, a. a. O. (18), S. 121.

対立利益と比較して単に超過していれば足りると主張されている<sup>116)</sup>。

しかし、この攻撃的・防御的緊急避難という分析手法を用いた説明は、間接的臨死介助の場面に適合的ではないという批判もある<sup>117)</sup>。そのような批判によれば、むしろ、被侵害者(患者)の(推定的)同意が引き合いに出されることで、被保全利益の重みは、追加的に上乘せられ、その結果、被保全利益が対立利益よりも本質的に超過していることになると主張されている<sup>118)</sup>。

#### 4-4 患者の意思決定

両国の学説上、通説的見解によれば、間接的臨死介助の場面で違法性阻却が認められるためには、正当化緊急避難における状況的要因に加えて、患者の意思決定が見い出されなければならないと主張されている<sup>119)</sup>。

先ず、自身の生命という価値に対して、苦痛から解放された人生という価値を重く評価するかどうかは、その者に決定権限が付与されている<sup>120)</sup>。仮に、患者から、そのような決定権限が奪われるのであれば、それは、患者の生命における主観的権利が否認されていることになり、憲法の基本精神とも調和しないからである<sup>121)</sup>。

---

116) この類型化の説明に関しては Seelmann, a. a. O. (101), Rn. 10 f.

117) Jenal, a. a. O. (18), S. 122.

118) Jenal, a. a. O. (18), S. 122. 類似の論証として Merkel, a. a. O. (20), S. 532.

119) Geth, a. a. O. (39), S. 12; Schneider, a. a. O. (53), Rn. 109. 一般的な解説に関しては Seelmann, a. a. O. (101), Rn. 8. 少なくとも鎮痛剤の投与等、医療的処置の実施自体は、(推定的)同意を許容要件とする。そのような要件を充足しない医療的処置は、傷害罪か強要罪に該当することになる。この点に関しては Merkel, a. a. O. (20), S. 158.

120) Merkel, a. a. O. (20), S. 163. また、この権限は、自律性・自己決定権の原理からも導き出される。この点に関しては Lüthi A., Lebensverkürzung im medizinischen Kontext: Behandlungsbegrenzungen und Leidenslinderung Ein strafrechtlicher Regelungsvorschlag, Schulthess, (2014), S. 141; Schwarzenegger, a. a. O. (55), Rn. 64.

121) この点、同趣旨の見解として Müller/Schefer, a. a. O. (60), S. 45 ff.

そして、そのような生命における主観的権利に依拠する意思決定は、正当化緊急避難における比較衡量の際、被保全利益の一要素として把握することが可能なものと考えられている<sup>122)</sup>。言い換えるならば、苦痛緩和に比して残された余命が相対的に軽微であるという評価に達した場合、その状況は、前述したように生命の（意思的活動面を保障する）主観的権利性における側面が重視されたことを意味する<sup>123)</sup>。すなわち、そこでの比較衡量における利益の重み付けは、患者の主観的な意思決定からも影響を受けうる<sup>124)</sup>。

したがって、間接的臨死介助の際、正当化緊急避難は、患者の主観的利益も同時に保障する客観的な枠組みとして考えられている<sup>125)</sup>。また、その実質的な比較衡量の前段階において、刑法の同意殺規定による生命保護の原理にも配慮が及ぼされることで、患者における拙速的な判断も回避可能となる<sup>126)</sup>。そのような中で、患者の意思決定は、刑法的評価において、限定的ながらも影響を及ぼすものとなりうる。

しかし、上記の理由付けによれば、持続的な判断無能力者における間接的臨死介助は、全く問題状況が異なることに注意を要する<sup>127)</sup>。特に出生時より判断無能力状態にある者（例えば、重度障害新生児）においては、当初より主観的利益を見い出すことが困難である<sup>128)</sup>。すなわち、そのような場合、患者に関わる客観的利益を見い出すことができたとしても、それを患者の主観的利益に完全なかたちで還元することはできない。この意味で、推定的同意という構成は、患者の意思決定を擬制するものでしかない。問題は、その擬制において、

---

122) Jenal, a. a. O. (18), S. 122 ff.

123) Merkel, a. a. O. (100), S. 572.

124) Merkel, a. a. O. (20), S. 163.

125) Neumann, a. a. O. (69), Rn. 103; Schneider, a. a. O. (53), Rn. 113.

126) Jenal, a. a. O. (18), S. 114 f. ただし、我が国の医療現場では「強制的な義務的自己決定」が求められかねないことを危惧するものとして、只木誠「被害者の承諾と保護義務論」同『刑事法学における現代的課題』中央大学出版部（2009）10頁参照。

127) この点に関しては Bänziger, a. a. O. (40), S. 145.

128) Bänziger, a. a. O. (40), S. 151.

どのような重み付けが見い出せるかである<sup>129)</sup>。いずれにせよ、この場合、正当化緊急批判の枠組みが用いられるのであれば、そこでは客観的な利益のみが比較衡量され、患者における最善の利益を志向するかたちで、その調整が試みられるものと考えられている<sup>130)</sup>。

## 5. おわりに：我が国への示唆

以上で概観したように、ドイツ及びスイスの両国では、間接的臨死介助を不可罰とする論拠が構成要件該当性から違法性の段階に至るまで様々に検討されてきた<sup>131)</sup>。そして、いずれの国においても、正当化緊急避難の枠組みの中で

---

129) 我が国において、特に治療中止の場面で、この推定的同意の擬制に積極的な意義を見出すものとして、佐伯仁志「末期医療と患者の意思・家族の意思」樋口範雄(編)『ケーススタディ生命倫理と法(第2版)』(有斐閣, 2012年)71頁以下参照。また、この患者の推定的意思を確定する作業とは別に、法定代理人自身による代諾は、民事法上、一定の効果が付与される場合がある。しかし、この代諾に関して、刑法上、特別な効果が付与されているかは基本的に不明である。それは、事実上、医療的行為が法定代理人により監視・監督されているという意味にしかすぎないものとも考えられる。このことから、患者の代理人が患者の利益に反する行動を採る場合、たとえ、その代理人の指示に従わなくても、医療者の行為は、正当化されると主張する見解もある。この見解に関しては Seelmann K., Drittnützige Forschung an Einwilligungsunfähigen, in: Donatsch A./Forster M./Schwarzenegger C. (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte: Festschrift für Stefan Trechsel, Schulthess, (2002), S. 572 f.

130) Geth, a. a. O. (39), S. 62; Merkel, a. a. O. (20), S. 165.

131) Roggendorf, a. a. O. (4), S. 105によれば、ドイツにおいて、この間接的臨死介助に関する問題は、ほぼ全ての文献が構成要件該当性阻却か、違法性阻却を志向して論考を展開しているものとされる。すなわち、間接的臨死介助における免責の緊急避難の適用に関しては、支持者が少ない。なぜなら、ここにおいて構成要件該当性又は違法性が阻却されなければ、医療現場における補助者は、従犯規定により可罰的とされることになり、また、全ての第三者は、間接的臨死介助に対して正当防衛が可能になるからである。このような指摘に関して、例えば、ドイツの論者として

間接的臨死介助の正当化を試みる見解が支持されているものと考えられる<sup>132)</sup>。

このような両国における議論が我が国の刑法理論に与える示唆に関して、以下、解釈論と立法論の2点に分けて、その要点化を試みる。

### 5-1 刑法解釈論への示唆

まず、刑法解釈論においては、次のようなことが指摘できよう。すなわち、根本的な問題として、同意殺規定により高められた生命保護の原理は、極限的な状況下で相対化されうることが認められなければならない。確かに刑法体系上、生命に対しては様々な防御線が張られている。その中で、どのようにして、この相対化が説得的に論証されうるのか。この問題の出口は、依然として、そこに現れる。

この点、ドイツ及びスイスと類似の体系を有する我が国の刑法解釈論においても、間接的臨死介助の場面との関係で緊急避難の枠組みを再検証する必要性があるように思われる。その中で、前述の議論内容（特に「生命における主観的権利」の取扱い）を援用することは、十分に可能であろう。また、そこにおける説明に普遍性を持たせるという意味でも、スイスで議論されているように、憲法・国際人権法的な視点にまで遡りながら「生命の法的在り方」を論証する方向性も試論されるべきであるように思われる<sup>133)</sup>。

---

Merkel, a. a. O. (20), S. 216. スイスの論者として Bänziger, a. a. O. (40), S. 151.

132) ドイツとスイスの比較に関して、そのような一般的な評価を端的にまとめるものとして Magnus, a. a. O. (17), S. 452 ff.

133) 我が国においては、刑事立法学の領域に憲法学的な視点の導入が考察され始めてきている一方で、刑法解釈論の場面において、どのように憲法的価値を反映させるべきかは、今後の課題とされている。そのような問題意識に関して、上田正基『その行為、本当に処罰しますか：憲法的刑事立法論序説』弘文堂（2016）213頁参照。また、この点に関する意欲的な言説を展開するものとして、亀井源太郎「憲法と刑事法の交錯」法律時報86巻4号（2014）93頁以下参照。更に、憲法的観点から、我が国の同意殺規定における違憲性を指摘するものとして、松井茂記「安らかに死なせてほしい——尊厳死の権利および安楽死の権利」同（編）『スターボックスでラテを飲みながら憲法を考える』有斐閣（2016）1頁以下参照。

しかし、ここで仮に、ドイツ及びスイスの両国と同様の方向性において、我が国の解釈論でも(正当化)緊急避難的な解決を志向していくのであれば、次のような点が留意されなければならない。すなわち、前述で紹介したように、そのような解決法は、臨死介助における類型化の境界(特に間接的臨死介助と直接的臨死介助の実質的区別理由)を曖昧化するものでもある。この派生的問題は、我が国の刑法解釈論が維持してきた安楽死(臨死介助)の類型化においても妥当する。このように、ある論点の解決は、波及的な広がりを生じさせる。その中で、従前において用いられてきた類型化の意義を改めて問い質す必要性があるのではないか<sup>134)</sup>。安楽死の類型化は、本当に意味があるのだろうか。

## 5-2 刑事立法論への示唆

更に、刑事立法論の観点からは、次のことが指摘できる。確かに、両国における議論を参考にする限り、我が国でも、現行法上、間接的臨死介助を許容する解釈論は、何らかのかたちで構築可能であろう。しかし、この問題は、人生の在り方に関わる。その意味で重大な事柄が立法的解決によらずに、判例実務における運用又は学説上の通説的な理解が広がることにより解決済みとされるかは、議論の余地がある。

この点、ドイツでは、このような問題に対して法的安定性を付与するため、立法化に向けて、様々な努力が尽くされてきた。そのような立法を具体的に実現化するための叩き台として、例えば、1980年代においては「臨死介助対策(AE-Sterbehilfe)<sup>135)</sup>」が公表され、2000年代に入ってから「死の看取り対

---

134) 我が国においても、間接的安楽死と積極的安楽死の区別に伴う問題性が指摘されている。例えば、山口厚「刑法における生と死」有馬朗人ほか『生と死』東京大学出版会(1992)229頁、井田・前掲注(13)133頁参照。また、従前の終末期医療を巡る学説状況が難点を抱えながらも種々の法律構成を示してきたことは、形式論理を実質に適合させるための苦心の立論であると批判した上で、結局のところ、終末期医療は、通常医療と本質を異にしないと主張するものとして、米村滋人『医事法講義』日本評論社(2016)188頁以下参照。

135) Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe. (AE-Sterbehilfe). Entwurf

案(AE-Sterbebegleitung)<sup>136)</sup>」が提起されたのである。しかし、このような立法化の動向が頓挫している現状からは、ここで提起される問題の解決を立法者に委ねることの限界が垣間見える。

これに対して、スイスの立法実務において支配的な動向は、個別的に妥当な解決が可能であるならば、この臨死介助に関して立法的解決は不要であるという結論に親近性を有している<sup>137)</sup>。例えば、スイス連邦議会及び連邦政府は、ここ数年、再三にわたり、臨死介助及び医師介助自殺に関する法的規制の設定を拒否してきた<sup>138)</sup>。すなわち、そのような法的規制は、当地では、不要とされてきたのである。なぜなら、既存の法的状況及び法令解釈で十分な対応が可能であると考えられてきたからである<sup>139)</sup>。

---

eines Arbeitskreises von Professoren des Strafrechts und der Medizin sowie ihrer Mitarbeiter, Georg Thieme Verlag, (1986). この対案の紹介及び条文翻訳に関しては、松宮孝明「西ドイツの『臨死介助対案』とその基本思想」刑法雑誌29巻1号(1988)167頁以下参照。

136) Schöch/Verrel, a. a. O. (105), S. 553 ff. この対案の紹介及び条文翻訳に関しては、吉田敏雄「対案 臨死介護(一〜三・完)」北海学園大学法学研究42巻1号(2006)317頁以下、同巻2号(2006)465頁以下、同巻3号(2006)683頁以下参照。

137) Jenal, a. a. O. (18), S. 125.

138) 特に医師介助自殺を巡るスイスの経緯に関しては、拙稿「医師による自殺幫助(医師介助自殺)」甲斐克則=谷田憲俊(編)『シリーズ生命倫理第5巻:安楽死・尊厳死』丸善(2012)173頁以下参照。この点、新しい動きとして、2013年5月に欧州人権裁判所は、スイスにおける医師介助自殺の実施要件を不明確とし、当該要件は、民主的な正統性を有する法律により規制されるべきことが求められた。前掲注(59)におけるCase of Gross v. Switzerland参照。しかし、この判決は、再び破棄されている。なぜなら、この異議申立当事者が係争中に死亡したにもかかわらず、そのことが判決に際して秘匿されていたからである。Case of Gross v. Switzerland, 30. September 2014 (no. 67810/10).

139) このような政府方針を示すスイス連邦法務・警察省(Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement: EJPD)の報告書としてEJPD, Sterbehilfe und Palliativmedizin - Handlungsbedarf für den Bund?, (2006), S. 50. この報告書は、スイス連邦法務・警察省のウェブサイト下で確認可能(2016年10月1日参照)。

我が国においても、終末期医療ないし人生の最終段階における医療に関しては、立法的対応により硬直的な規制を強いるよりかは、各種ガイドラインにより多職種による確認手続の遵守が推奨されている現状にある<sup>140)</sup>。死の在り方を統制する手法に関しては、どの国においても試行錯誤の段階にある。そのような意味でも、ドイツ及びスイスの両国における議論内容は、我が国にも重要な示唆を提供しているように思われる。

本稿は、2016年度科学研究費補助金「若手研究（B）課題番号25870294：緩和ケアの妥当な在り方に関する比較法的研究（研究代表者：神馬幸一）」による研究成果の一部である。

---

140) この各種ガイドラインの運用状況に関しては、前田正一「終末期医療における患者の意思と医療方針の決定——医師の行為が法的・社会的に問題にされた事例を踏まえて——」甲斐克則（編）『終末期医療と医事法』信山社（2013）17頁以下参照。また、終末期医療の領域におけるガイドラインの在り方に関連付けながら、その法制化の本質論を問うものとして、樋口範雄「終末期医療と法」医療と社会25巻1号（2015）31頁以下、同『超高齢社会の法律、何が問題なのか』朝日新聞出版（2016）63頁以下参照。また、終末期医療（特に、治療中止）における手続保障を重要視する見解として、辰井聡子「終末期医療とルール」甲斐克則（編）『終末期医療と医事法』信山社（2013）222頁以下参照。