

末期医療と医師の生命維持義務の限界

——いわゆる「一方的治療中断」の許容基準をめぐって—— (三)

上 田 健 二

目 次

- 一 問題の所在
- 二 基本原則とその派生的要請
 - (一) 生命価値は絶対か
 - (二) 「生存に価値なき生命」思想とその展開
 - (三) 原則の再確認と問題の立て方
 - (四) 現代の延命医療の特殊性
- 三 一方的治療中断の許容基準の検討
 - (一) 問題事例の限定
 - (イ) 法的区切りとしての脳死(上以二〇七号)
 - (ロ) 失外套症候群患者とその実態
 - (ハ) 植物患者の生命意味
 - (二) 原則的に拒否すべきアプローチ
 - (イ) 法益論的アプローチ
 - (ロ) 自己決定論的アプローチの有効性とその限界(以上二〇八号)
- 四 医学的判断としての認定基準
 - (一) 絶望的な予後診断の確実性
 - (二) 医学的適応性と延命措置の段階的縮小
- 五 総 括
 - (一) 規範的な客観基準
 - (二) 医師の任務の内在的限界
 - (三) 「規範的期待不可能性」
 - (四) 行為の無意味性
 - (五) 「通常外の措置」と「通常医療」
 - (六) 治療Ⅱ延命義務限界論の方法論的批判
 - (七) 延命措置の停止は不作為か(以上本号)
 - (八) 殺人禁止規範の論理構造
 - (九) 決定的な基準としての「人間の尊厳」

(三) 規範的な客観基準

(イ) 医師の任務の内在的境界

患者の死に直結するであろう治療ないし延命措置を医師の側から一方的に中断することが刑法的に許容されるための条件ないし基準の中に、保護法益の側面から患者の生命を何らかの意味において考慮に入れたり、あるいは自己決定の法理を拡大さらには擬制して他人が本人の意思を推定さらには代行を認めることを前提とした解決策を採ることは、生命法益の基本原則と自己決定に固有の法理⁽¹⁾からしてわれわれには一切閉ざされていることが以上の論述で明らかになった。それゆえ、残る可能性としては、たとえ人工的にしか維持できないにせよなお人間の生命が問題である以上、死に直結する措置の中断は一切許されないという立場を堅持する⁽²⁾か、医師の任務にも自ずと内在的な限界があることから、そこに医師の治療ないし生命維持の客観的な義務の限界と明白な基準を新たに発見するかのいずれかしかないことになろう。疑いもなく理論的には最も一貫している前者の立場ではしかし、人間性に反してまでも無意味な延命措置を医師に義務づけることになりかねないことから、後者の方向から医師の延命措置中断の客観的な許容基準を見出そうとする努力が、西ドイツではすでに一般化していると言えよう⁽³⁾。それだけに一層、そうした立場から提出された諸々の許容基準の有効性とそれに内在する論理が慎重かつ批判的に検討されなければならないであろう。ところで、この立場はおおむね、医師の患者に対する生命維持義務も医師の任務に本来的に内在する制約から制限を受け、そこから——他の場合なら積極的な動作を必要とするがゆえに作為犯と理解される——生命維持装置の取り外しをいわば義務解除後の事後処理にすぎないという意味で、刑法的には不作為として不作為犯の一般理論の図式にこれを当てはめて問題解決を図ろうとする、それ自体として理解しえなくも理論構成に基づいている。この理論構成がそ

の前提からして支持しうるものであるかは後に検討するとして、ここでは、そこから呈示された個別的な限界基準とその具体的妥当性を見てゆくことにしたい。

エーザーは、医師の任務を内在的に限界づける要素として、したがって一方的治療中断の許容基準ともなりうると思われる要素として、事実上の不可能性、規範的な期待不可能性、非人間性および費用と効果との不均衡の四つを挙げて⁽⁴⁾いる。このうち、それ自体としては可能な延命措置であっても、いわゆる「看護経済」の見地から見てもその投入になお「価値がある」かを問題とする最後の視点とは、われわれはここで直ちに訣別することができる、というより訣別しなければならぬであろう。疑いもなく身体的または精神的に障害を負った人々の介護にはしばしば多額の費用がかかるし、またそのために犠牲者を必要とする。また生命は決して物質的な利益と比較衡量されてはならないという崇高な法原則も、たとえば物的・人的な手段の欠乏から実際上の救助機会が制約される医療の現実によってしばしば後退を余儀なくされることも⁽⁵⁾あろう。しかし、カウフマンも言うように、「可能なあらゆるぜいたくをしている社会が、この人間の介護には金と犠牲の準備を必要とするがゆえにこの者を片づけてしまつてよいとする、いかなる道徳上の権利」をも主張するのは許されない⁽⁶⁾のである。こうした看護事例は、要するに医学の進歩のために支払わねばならない代償というべきであるから、特別な措置がなければ患者はとうに生存機会を失っていたであろうといった論拠には何ら説得力がない。ここではすでに、もはや「看護経済」が第一次に問題にされているのではなく、この種の生命「価値」の査定、したがって「生存に価値なき生命の毀滅」という、あの絶対的に禁止された殺害領域の真只中に踏み込まれているからである⁽⁷⁾。医学的に見ても「失外套症候群患者は、生まれつきの痴愚者や脳組織が高度に硬化した老人と同じ救助を必要としている⁽⁸⁾」のであれば、法律家としては「余りにも多くの介護を余儀なくされる

という理由で、失外套症候群患者や硬化のために広範囲にわたって減退した患者を死に追いやることはいかなる事情のもとでも禁じられる。これについては見解の相異というものは全くあってはならない^(8a)というべきであろう。それゆえ、ここで生命保護原則の箍^{タガ}に緩みが生じないように楔をしっかりと打ち込んでおくことはどこまでも必要であると思われるのである。すなわち、いわゆる「尊厳死」は殺人になるという基本的な立場を安易に揺がせてはならないのである。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

とはいえ、個人は自分の生命維持のためにあらゆることがされなければならないという、際限のない要求を社会に対して持つと考えるのは、個人としてはゆきすぎではないかという懸念にも、全く根拠がないわけではない。特に誰もが同じ要求を高めるであろうときは、生命維持を無制限に要求することは確かにできない。しかしそこから直ちに生命保護も「ある内在的な、一定の衡量に依存する生命維持の限界から出発するほかはない」⁽¹¹⁾と帰結されるならば、そこではすでに事実上の不可能性を超え、規範的な期待可能性が生命保護原則を制限する要素としてはじめから前提されることになる。それだけに一層、その理論的可能性と根拠が、われわれの問題事例においてもたとえ例外的にもせよ、認められうるかということは、慎重に検討されなければならないであろう。

(ロ) 「規範的期待不可能性」

一般に、他の行為が期待不可能であるということが、生命維持義務の制限のための決定的な視点になりうると考える見解は、西ドイツにおいては決して少なくない⁽¹²⁾。この見解は、結果回避の期待可能性が存在しない場合は、すでにそれだけで行為者の作為義務は限界づけられるという不作為犯の一般理論が、患者の意識ないしは生命回復が不可能なわれわれの問題領域にも妥当するという見方を基礎にしていると言ってよい。

ここにいう期待不可能性が結果回避の事実上の不可能性を意味する限りでは、この考え方は疑いもなく正しいであろう。というのは、事実上不可能なところでは法はもともと結果回避は期待しえず、従って当然に回避義務は生じないからである。「何人も力以上のことはなしえず (ultra vires nemo passe)」という法原則は当然に医師の行為にも妥当するのであれば、治療引き受けによって医師に保障人義務が生じても、治療が事実上不可能であるときは、彼はこの義務から解放されよう。けれども、それがいかに自明の理であろうとも、それが適用されうる領域はきわめて限られたものにならざるをえない。精々のところ、患者がすでに脳死状態に陥っている場合に——勿論、その判定が確実であることを条件として——この原則に従って延命措置を打ち切っても問題は生じないと言いうるにすぎないように思われるのである。⁽¹³⁾

ところが、エーザーは、「開業医（または病院でも）が人についても装置についても集中看護のために必要とするものを用いることができないときに、例えば蘇生器の設置を拒否したとしても、彼に刑法上の非難を加えることができない」場合を医師の援用しうる事実上の不可能性の適例として挙げている。けれどもこうしたことは医療の常態として常に生じうることである以外に、患者の治療をすでに引き受けている場合には、結果回避義務がこの理由から直ちになくなるわけではない。治療義務がすでに成立している以上、患者を相応の救助手段を備えた別の病院に送致するなどして、別の方法を用いてもこの義務を履行すべきであるからである。⁽¹⁴⁾ 治療を引き受けなかった場合であっても、一般人としての救助義務から解放されることはないであろう。脳死以前の、従ってどのような状態であれまだ生きている人に対する救助義務がこの理由から否定されうると考えられるのはそれゆえ、精々のところ戦争その他の災害で一度に多数の重傷者が出たが、緊急出動した医師にはその一部しか救助しえなかった場合であろう。しかしこうした

場合でさえ、救助すべき患者と採るべき治療手段について医師には——限られているとは言え——一定の裁量と衡量の余地は残されているのである。⁽¹⁵⁾そして一旦「選択裁量」の余地が認められるならば、救助しえなかった患者に対してはもはや純然たる事実上の不可能性に訴えることは許されないのであろう。⁽¹⁶⁾患者が不可逆的な意識喪失状態に陥ってはいいても、生物学的な意味における生命ならなおそれ自体として維持することは可能であるわれわれの問題事例では、事実上の不可能性というものが問題解決に当って一定の役割を演ずることは一層ありえないのである。問題はそれゆえ、生命維持はこの場合ではどの程度までなお規範的に期待が可能であるか、ということではありえない。

エーザーは、この意味で規範的に理解された期待可能性が問題になりうる事態として、「延命措置の継続は技術的／人的には確かなお可能であるが、しかし全事情を考慮すれば、それが果して患者にとってなお真の『救助』であるのか、救助義務者が根本的に過大な要求を受けることにならないか、という疑問が提起される場合」を想定している。⁽¹⁷⁾ここで重要なのは頻死者にとってそのつどの延命措置に期待をかけることができるかということであって、医師、親族または社会に何が期待できるかということが優先的な目標とされていない限りでは、⁽¹⁸⁾この状況設定にも確かに意味はある。いずれにせよ延命措置をとるだけの「価値がある」かとか、治療方法の客観的形態の差違が衡量要素にはなりえないのである。⁽¹⁹⁾とはいえ、問題状況をこのように限定しても、エーザーの呈示する規範的な期待可能性基準は、生命維持義務がそれによって制限を被る要素としてはなお漠然としており、それ自体としてはいまだ決して説得的ではない。一般的に言って、この状況では確かに治療＝延命措置の継続に期待がかけられないにしても、しかし、法はこの場合ではそもそも何を期待しているのか、またそのためにいかなる価値基準を設定すべきか、についてはここでは何ら具体化されていないのである。考慮すべき「全事情」の中に行為者の個人的な関心や事情も入ってくるの

であれば、医師側の主観的な側面が前面に押し出されてくることにもなりかねない⁽²⁰⁾。規範的な期待可能性は、確かに「医師の治療任務という目標」を指示する指導原理ではありえよう。しかし、それが医師の生命維持義務を内在的に限界づける客観的な基準として有効でありうるには、他の具体的な、とりわけ患者の利益に関係づけられた要素によって補充されなければならない⁽²¹⁾。期待可能性それ自体としては、その本来の論理が示すように、この場合でも精々のところ、医師がいわゆる「良心の葛藤」に陥ったときに個別的に免責効を認める根拠として援用しうるにすぎないと言うべきである^(21a)。

(イ) 行為の無意味性

むろん、期待可能性も一つの規制原理にすぎず、これはこれでさらに具体化を必要とすることはエーザー自身も認めている⁽²²⁾。そこでこれを具体化する客観的要素として、治療＝延命を継続する「行為の無意味性」ということが考えられる。西ドイツの文献を一通り眺めると、治療努力の継続が「無意味 (sinlos)」または「無目的 (zwecklos)」であるとき、もしくは措置に「見込みがなくなった (aussichtslos)」ときには、医師の治療＝延命義務は終結するといふ見解が圧倒的に支持されていることが分かる⁽²³⁾。そのさい、「行為の無意味性」が単独で治療義務終結の要素となりうると思われているわけでは無論なく、多くは「非人間性」その他の要素と抱き合わせて主張される。しかし、他の要素に比べてこれに決定的といえるほどの重要な意義が認められているという印象も否みえないのである。他の要素との関係についてはしかし、ここでは不問のままにしておいてよい。たとえそれが治療義務終結の判例基準のための一要素であるにせよ、延命措置の中止が患者の死に直結するわれわれの問題事例において「行為の無意味性」を強調することは、いずれにせよ文字通りに言って死活上の問題にかかわるからである。

では、われわれの問題事例においては何が無意味であり、また無目的となるのか。いやしくも人間の生命が問題になっていく限り、この「無意味の意味」を厳密に規定するという課題を避けて通ることはできない。器械につながれたただその死が人工的に引き延ばされているにすぎない患者の生命が無意味であると規定することは、既述のように、許されない。そもそも人間の生命はその誕生から終末に至るまで価値的には同じであり、いかなる事情のもとでもその価値が減少させられることはないというのが、われわれの出発点であったのである。ここからは、刑法が保護法益としている人間の「生命」は自然的存在者である「個体としての生命」であって、例えば「人格的主体性」をもった人間の生命ではないという見解を、どこまでも維持するほかはない。それゆえ、意識回復の可能性の喪失を人間としての価値主体性の喪失と同視して、そこから延命措置の無意味性を引き出した⁽²⁵⁾、「生命という法益の積極的な保護が何人にとっても意味をもたなくなった」ことから、これに対する刑法の生命保護機能の停止を認める見解は、もともとわれわれにとって可能な考慮の範囲外にある。同じ理由から、主病の治療がすでに不可能になったとき、従って例えば癌種の治療が不可能であると診断されたときは患者を死なせてもよいとする見解も、患者の生物学的な生命維持がなお可能である限り、われわれは採りえない。その対極において、生物学的な生命を延引すること自体にもはや全く見込みがなくなったことを理由に、「行為の無意味性」が考えられるならば、それは事実上の不可能性に還元できるのであるから、⁽²⁹⁾ここで行為の無意味性の意味を考えることはそれこそ無意味であろう。

脳死前の段階で延命措置の継続の無意味性の意味を考えることになお意味をもちうるのは、それゆえ、死に至る患者の病状経過の阻止が医学的に不可能であるにもかかわらず医師はそのような患者の露命をいわば一寸刻みでつなぎ止めようとしている場合である。この場合でも、問題が頻死者の生命意味に向けてではなく、具体的な状況におけるそ

のつどの延命措置の継続になお意味があるかという方向に向けて立てられなければならないことは言うまでもない。⁽³⁰⁾とは言え、この方向からであっても、いかなる基準から行為の無意味性ないしは無目的性が決定されるべきかは、それ自体としては決して明らかではない。生死にかかわる重大な決断を医師の自由裁量に全面的にゆだねることができないことは、もともと明白である。他方、純医学的⁽³¹⁾「自然科学的な基準からこの問題に答えることもできない。「意味」を考えることは結局のところ、ある種の評価に依存することになるからである。医師の行為の意味がこのように不明確なものであれば、それは医師の主観的な観念や評価と離れて客観的に規定されうるのか、そもそも彼にゆだねられている生命の価値とは無関係に医師の行為の意味を確定することができるのか、ということが深刻な問題として提起されよう。⁽³²⁾エーザーもまた、延命措置の無意味性についての最終判断を医師にゆだねることは自己決定権と明確に矛盾するか、少なくとも右の疑問とともに一種の誤謬に陥っていることを認め、そこから「行為の無意味性」を志向した解決策を断念するに至った。⁽³³⁾彼はしかし、その代わりに「医師の任務の目標設定」から治療⁽³⁴⁾「延命義務を限界づける試みがより客観的であるとして、新たにこれを提案する。⁽³⁴⁾では、これならば十分な根拠を有するであろうか。医師の根本的任務には患者の治療および苦痛緩和義務と並んで、疑いもなく生命維持ないしは延命義務が属する。しかし、エーザーによれば、「医師の任務の目標設定」も一定の人間学的な根本言明に依存しないわけにはゆかない。すなわち、医師の任務の目標は「いかなる犠牲を払っても」延命を図ることではありえず、「人間にその人格的自己実現のための物理的および心理的条件を助けて獲得させ、可能な限りこれを維持することにある」というように理解されなければならない。⁽³⁵⁾医学本来の人間的な任務を自覚すれば、医学は人間の「全体的幸福」に役立つべきであって、技術的に可能なこと、または個々の器官の孤立した維持および回復には本質的な目標を置くべきではない。それゆえ、

「生命の量的⁽³⁶⁾ 生物学的な延引それ自体のためではなく、同時に人格的な自己実現の最小限をも少なくとも可能にするという、望みは高いが、しかし制限されてもいる」この目標が達成できないことが明白であるときは、医師の治療努力の継続はすでに根本的に人間への奉仕ではありえず、従ってそれが法的に命ぜられることもはやありえない。⁽³⁶⁾ エーザーはここから、医師の「生命維持義務は、反応および意思疎通能力の一切が不可逆的に喪失してしまったこと⁽³⁷⁾ によって人間からそれ以後の自覚と自己実現の可能性のすべてが奪われたところで終る」という、刑法上の重要な帰結を引き出している。これは、不可逆的意識喪失をもって医師の生命維持義務は終結するという、西ドイツにおける通説と一致する。しかし、なぜここで生命維持義務が終結するのかについてこれまで決定的な根拠に言及されることはほとんどなかっただけに、エーザーがここで医師の行為の人格的な目標設定にまで遡ってこの帰結を引き出していることが注目されるのである。それにもかかわらず、この試みからも「行為の無意味性」以上に明確な基準が引き出せるかは疑問であろう。

現代医学の諸成果は決してそれ自体として善であると評価されてはならず、それらは両義的な⁽³⁸⁾ 性格をもっていること、従ってそれが投入される場合にも個別的にそれぞれに適した目標値によって自ずと制約されることは、一般論として⁽³⁹⁾ は確かに否定できない。また、医学というものがいかに技術化されようともそれはつねに「応用自然科学」以上の⁽⁴⁰⁾ ものでなければならず、医師は単なる「健康技術者」であってはならない⁽⁴¹⁾ ということも、原則的には認できよう。医学の任務は今日では再び「歴史的な転換期」に立っている⁽⁴²⁾ という言明も、この意味では決して理解し難いことではない。しかし、医業の歴史をこのように大まかに記述するだけでは、なぜそのために医師の生命維持義務に制限を被るのかについて確定的な言明をそこから引き出すことができるとは、とうてい思われないのである。「人格的な自

「己実現の最小限」が維持できないときは人間への奉仕ではないという言明は、同時に、自己意識を失った生命はもはや人間の生命ではないという評価を含蓄していると言わざるをえないであろう。医業というものの「歴史的変遷」だから、数千年わたって西洋医学に妥当してきた古来のヒポクラテスの誓いに重大な修正を迫るこの評価を許容する合理的な根拠は見出し難いのである。とりわけ、人工的に維持されている不可逆的意識喪失者の生命を、なぜその状態で保護することも医師の任務ではないのかについては、何ら決定的な根拠は挙げられていないのである。要するに、いかなる規範的な基準がそもそも医師の任務のこの種の解釈を、また特に生命保護の制限を根拠づけるのかが明確にされない限り、望ましい目標設定それ自体が医師の行為義務の限定にとって十分な根拠とはなりえないのである。⁽⁴³⁾

「行為の無意味性」、あるいは——より客観的に——「医師の行為の人格的目標設定への顧慮」というのはそれゆえ、他のより具体的で明確な基準が適用された場合に生ずる結果を説明する原理として意味を持ちうるにすぎないと言ふべきである。では、事実的要素に環元できる、こうした具体的な基準を、われわれは別に発見することができるであろうか。この質問とともに、われわれは次に、延命治療の客観的形態と強度の差異に着目して解決策を呈示する見解の妥当性を検討することになる。

(二) 「通常外の措置」と「通常医療」

医療措置を一般に「通常のもの」と「通常外のもの」とに区別し、前者による治療は医師を義務づけるが、死にゆく患者に対する後者による延命治療には医師はもはや義務づけられないとして、そこに生命維持義務の限界のための客観的基準を設定しようとする見解は、既述のように、すでに一九五七年二月の国際麻酔学会における法王ピウス十二世の解答の中に表明されていた。⁽⁴⁴⁾ その要旨は、「ある患者の生命の維持が、通常の治療、通常の看護を越えた特別

の治療を必要とし、それが患者自身およびその家族に過酷な負担となるならば、医師は患者やその家族の治療辞退を受け入れてよい……。患者やその家族にあまりに過酷な生命維持義務を課することは、生命や健康よりもより高く、より重要な精神的利益の獲得を患者やその家族に著るしく困難にする虞れがある。したがって、通常、生命・健康の維持に絶対必要であると考えられている治療を越えた特別の治療は、それがより重要な義務の懈怠を招来しない限り、医師はこれを行ってよいけれども、良心的にみて患者およびその家族にとって過酷な負担であると考えらるならば、これを行う義務はない。心臓―血液循環の結滞に至る前にレスピレーターを取りはずすことも許される⁽⁴⁵⁾というものである。もっとも、この「通常の治療」と「特別の治療」との区別基準も、語の不正確さと病気の治療法の急速な進歩のために、多分今日ではあまり明瞭でないという理由から、期待されるプラスの治療効果とそれに随判するマイナスの治療効果、特に患者とその家族の負担とを比較衡量して、比例のとれない不相当な治療手段であるならば、これを用いる義務は存在しないという、優越的利益の原則に従った「相当の治療」「不相当の治療」という基準が、一九八〇年五月五日に法王庁の基本的な見解として改めて呈示されてはいる。とはいえ、はじめの基本的な考え方は一般原理としてローマ法王庁によって現在でも維持されている⁽⁴⁶⁾ということである。

この考え方はカトリック圏内にとどまらず、アメリカの判例の中にも導入された。例えば、一九七六年のニュージャージー州最高裁判決は、有名なカレン・クインラン事件における生命維持装置の停止が何ら刑事上の殺人の問題を起さない理由の一つとして、生命維持装置の使用が *Extraordinary Measures* とみられるときは、結果として続く死を殺人ではなく、「現存する自然の消滅」、つまりは単なる病死にすぎないとみるべきだとした。要するに、「他人の生命を違法に奪うこと……人為的な生命維持方法を終らせることとの間には、はっきりした決定的な違い

がある」というわけである。⁽⁴⁷⁾西ドイツの刑法学者の中にもこれと同じ考え方を支持し、基本的に同質の基準を提案している者は決して少なくない。すでにヘーリング⁽⁴⁸⁾とジムソン⁽⁴⁹⁾が生命維持措置を文字通り「通常のもの (gewöhnlich)」と「通常外のもの (außergewöhnlich)」とを区別することを提案している。医師の治療＝延命義務終結の時点を、例えば「患者の死が運命的に、回避しえない形ではじめから決定されている」⁽⁵⁰⁾ところ、「他の方法ではとうに自然の死によって終結しているはずの、不可避免的に死にゆく生命を人工的に引き伸しているにすぎない」⁽⁵¹⁾ところ、「延命がどこまでも死の延引を意味する」⁽⁵²⁾ところに求める見解もこれと同質のものであろう。

わが国においてこれと同じ見解を採用をはっきりと明言されている——決して多くはない——論者の一人が、前述のニュージャーシー州最高裁判決の理由づけを支持される宮野教授である。⁽⁵³⁾教授は、末期の重症患者の生命保持に対する医療措置には人工呼吸器に代表されるような生命維持装置を使用する「積極的医療処置」と、その他の、急激な身体的衰弱を防止するのに役立つ方法を用いる「消極的医療処置」の二種類があることを指摘された上で、「そこに生命保護の限界が見出せる」と主張される。では、なぜそこに限界が見出せるのか。教授によれば、「生命維持装置の使用が Extraordinary Measures になったというのは、治療上の効果が見込まれる Ordinary な治療段階を Extra するときには、医療における人為的な努力の空しさが感ぜられることを意味する」では、なぜここで空しさが感ぜられるのか。それは、ここで採られる「特別の」、あるいは「特殊な」医療行為の内容が「生物学的な植物的存在の無理強いされた持続」、「人間らしい恩恵も慈悲深い恩恵もまったく提供しないことがはっきりしている治療方法……」にほかならないからというのが、教授の説明である。それゆえ、「通常外の医療措置」というのは、教授自身⁽⁵⁴⁾が明言されるように、「無益な」、「効果のない」、「過剰な」措置と実質的に同じことを意味する。この段階で消

えゆく生命をそれ自体として保護しなくてよいより積極的な理由として、他の多くの論者ととも、ここでも「医療処置が無益な段階を迎えれば人間としての尊厳性は大いに失われてしまっている」ことが挙げられている。

消えゆく生命は人間の尊厳性を喪失しているのかという重大な問題については後に改めて検討するにして、ここでは、客観的な治療形態に着目した右の限界基準が「行為の無意味性」、あるいは「医師の任務の目標設定」に代わるほどに有効でありうるのか吟味されなければならない。確かに「行為の無意味性」という名称の下に表現されている実質的な事態が治療形態の客観的な区別に環元されうるならば、それは医師の主観的側面が混入しうる危険を排除しうるという意味では一応の評価はできよう。しかし、無意味な治療はすなわち特別な措置であり、逆もまた真であるという命題がそもそも論理的に成り立ちうるのかという問題は別論としても、現代医療の複合的な実態を直視すれば両治療間の限界はきわめて流動的であると言わざるをえず、すでにその理由だけからしても、右に提示された区別基準の一義的有効性に疑問が生ずるのである。

それというのも、この区別が信頼するに足りる限界基準を呈示しうるためには、断え間なく発達する医学のそのつどの水準と状態に照準を合わせ直し続けなければならないばかりでなく、おそらくは個々の病院の時代遅れの設備や慣習にあまりにも依存するということになりかねないからである。⁽⁵⁵⁾これを度外視するにしても、エーザーが言うように、すでに「基礎栄養補給や基本看護の場合に通常の補給（流動食補給？）と通常外の補給（点滴注入？）とを区別するのでさえ十分に難しいのであれば、諸種の蘇生術や循環補助（メースメーカー？）の場合では両者を区別することはほとんど不可能」になっているからである。⁽⁵⁶⁾その上、かつては「特別の」治療方法であったものが今日ではますます「通常化」しているのであれば、それとともに右基準に基づく治療中断の許容領域もますます狭められ、ついに

はこの種の区別をすること自体が現代医学の現実を前にして無意味ということになりかねない。⁽⁵⁷⁾ 何よりも決定的なのは、技術的に完備されたある病院ではごく「通常の」医療措置にすぎないのに他の（遅れた）病院ではそれが依然として特別の措置に属するがゆえにその投入の拒否が許されるのであれば、医師⇨患者関係の信頼性が完全に崩壊してしまうであろうということである。

この観点から視れば、死の過程の「自然性」または「運命性」を目標とした基準も、あるいは措置の「自然性」と「人工性」とを対置する基準^(57a)もほとんど成り立ちえない。前者では精々のところ、「老衰」をもって自然の死と言うことはできようが、しかしこれを時間的に固定させることはほとんど不可能である。⁽⁵⁸⁾ 何と言っても医師の任務というものは、まさに「自然な」、また「運命的な」経過に介入することであり、それゆえにまたこの任務はぎりぎりの限界まで追求されなければならないのであるから、⁽⁵⁹⁾ 後者の対置もおよそ無意味である。医師による「自然な」侵襲というようなものは、そもそも存在しないのである。かようにして、「通常外の措置」と「通常医療」を対置する基準も、表面的には義務の客観的な限界を呈示しているように見えながら、しかしその実は医師の望まぬ延命措置を中止する、あるいははじめから開始しないための口実としての役割しか演じていないことが明らかになった。

以上の検討から明らかのように、一方的な治療中断の許容性を医師の任務の規範的な目標設定から規定しようとする、一見するにもっともらしい観点から呈示された許容基準のいずれもが、具体的基準として一義的かつ明白なものでありうるかについて、全く有効でありえないとまでは言い切れないにしても、少なくとも多くの疑問を容れる余地を残している結論づけることは許されよう。そうであれば、医師の治療⇨延命義務にも自ずと内在的な限界があると

いう、これらの基準設定者が前提としている考え方それ自体をもう一度考え直してみる必要があるとは言えないであろうか。われわれはこの質問とともに、とりわけ生と死の限界領域における医師の任務の内在的限界論それ自体に方法的な反省を加えることが是非とも必要であると思われるのである。

(1) 既述のように、患者の事前の意思が「合理的な疑いを越えない程度」において現在の意思と見なしうる場合は、明示的に表明された意思が存在する場合と対応する。それゆえ、本人はいかなる治療の継続も望んでいないことが確実な根拠の上に明らかであるときは、明示的に表明された治療断念の場合と法的評価を同じくする。これについて詳しくは、Eser, in: Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 211 ff. Rdnr. 28; Hamack, Euthanasie in strafrechtlicher Sicht, in: Hiersche (Hrsg.), Euthanasie, 1975 S. 142; ders., Gynäkologie 1982 S. 112; Horn, SK, § 212 Rdnr. 26; Jahnke, LK, Vor § 211 Rdnr. 14; Otto, Recht auf den eigenen Tod? Strafrecht im Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung, 1986 D 49 f. なお、「治療行為における患者の意思」一般については、町野朔『患者の自己決定権と法』(一九八六年、東京大学出版会)一六三頁以下参照。

(2) 脳死後も含めてこの厳格な立場を堅持されているのは、(ドイツでもわが国でも)中山研一「植物状態患者をめぐる法的問題(上)」、(下)「ジュリスト」六六四号一三三頁以下、六六五号九四頁以下以外には見あたらない。このことを確認したものであって、内藤謙「尊厳死(三)」法学教室四五号七七頁、金沢文雄『刑法とモラル』(一九八四年、一粒社)二二二頁を見よ。

(3) 西ドイツにおけるこの立場をめぐる見解の状況については特に、Eser, Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch aus rechtlicher Sicht, in: Auer/Menzel/Eser (Hrsg.), Zwischen Heilaufrag und Sterbehilfe, 1977, S. 119 ff.; Dellingshausen, Sterbehilfe und Grenzen der Lebenserhaltungspflicht des Arztes, 1981, S. 384., 参照。

(4) Eser, Lebenserhaltungspflicht (前注(3)), S. 124 ff.; ders., Recht des Sterbens? Einige grundsätzliche Betrachtungen, in: Eser (Hrsg.), Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem, 1976, S. 400 ff.; ders., Sterbehilfe und Euthanasie in rechtlicher Sicht, in: Eid (Hrsg.), Euthanasie oder soll man auf Verlangen töten?, 1975, S. 57 ff.; ders., in: Schönke/Schröder/Eser, StGB 21 Aufl., Rdnr. 29 f. vor § 211., マンゲン・ヤーザー(上田健二、浅田和茂編訳)『先端医療と刑法』(一九九〇年、成文堂)二二三頁以下参照。なお、これらの要素を比較的

詳しく検討したものと、*Delingshausen, Sterbehilfe* (前注(8)), S. 373 ff.; *Arthur Kaufmann, Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Früh euthanasie*, in: *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen*, 1983, S. 126 ff., 参照。

(5) こうした事情から西ドイツでは特に、当の患者自身の利益という点でも、それが他の者の差し迫った治療の必要性からであれ、家族的・社会的な要素のほか、とくに経済的な要素をも考慮してであれ、生命維持義務をはや絶対的なものとして設定するのではなく、一種の衡量に服するという傾向が観察される(詳しくは、エーザー『先端医療と刑法』(前注(4))三一九頁以下参照)。個人の救助への期待は確かにつねに諸事情から可能であり、また期待できることに方向づけられることは認めないわけにはゆかないにしても、その結果として医師の治療義務をはじめから個人が国家や社会に救助を期待することが許される範囲に限定されると考えるのは、疑問であろう。事実上の期待不可能性だけでなく、規範的な期待不可能性まで生命維持義務の限界要素になりうるかということが、まさに問題なのである。

(6) *Kaufmann, Zur sogenannten Früh euthanasie* (前注(4)), S. 127.

(7) *Kaufmann, a. a. O.*

(8) *Menzel, Ziel und Grenzen ärztlichen Handelns im Extrembereich menschlicher Existenz*, in: *Auer/Menzel/Eser* (前注(8)), S. 73.

(8a) *Stratenwerth, Sterbehilfe*, in: *Schw. ZStR* 95 (1978), S. 80.

(9) 大谷豊『刑事規制の限界』(一九七八年、有斐閣)五七頁以下、同『医療行為と法』(一九八〇年、弘文堂)二二九頁以下、同『いのちの法律学』(一九八五年、筑摩書房)七九頁以下、町野遼「法律問題としての『尊厳死』」加藤一郎・森島昭夫編『医療と人権』(一九八四年、有斐閣)二二九頁以下。いずれも、「尊厳死」は原則的に殺人罪の違法性は阻却されないとするが、以上の理由からこの立場を動かすことはできないであろう。

(10) しかし、中谷瑾子「医療行為の限界」ジュリスト八五二号(一九八六年)二七頁は、「クサビ理論」を基礎として無益な末期医療を義務づけることは、却って真の意味の生命保護にはならないのではないかと疑問を表明され、「ただ息を吐くだけの生命の維持のために望みうる最高の技術と資源を投入することが妥当かどうか」を議論する必要性を強調される。が、この種の議論が本人の意思とは関係なく、例えば「高齢化社会が急速に進み、老人医療費が国民生活を圧迫する」とい

った功利的な見地から避け難いとされるならば、これはもはやビンディングとホッへの思想と共通の基盤に立っていると言うほかない。もっとも、論者も「最後まで能う限り生きつづけたいと願う人、意思が分明でない人に対して治療を打ち切ることは許されない」と言明されているのであるから、右の主張が論者自身のものではないとは分る。しかし、それにしても「自己決定」が決定的な要素であるならば、功利的な見地は議論の中に入り込む余地はないのではなからうか。

(11) エーザー『先端医療と刑法』（前注(4) 三二〇頁。

(12) 前注(4)以下の文献でこの見方を強調しているのは、Schwalm, Bayer. Ärztebl., 1975, S. 567. Wimmer, FamRZ 1975, S. 440. ^{なげ}Engisch, Der Arzt an den Grenzen des Lebens, 1973, S. 44; Kreuzer, Ärztliche Hilfeleistungspflicht aus der Sicht des Strafrechts, in: Mergen, Armand (Hrsg.), Die juristische Problematik der Medizin, Bd. II, Ärztliche Aufklärungs- und Schweigepflicht, 1971, S. 241.; Weißauer/Opelbeck, Bayer. Ärztebl., S. 110, ^を参照。

(13) この場合はしかし、延命措置の継続のための医学的適応性がなくなった場合であると言ひ換えることができよう。これについては、大谷実「脳死及び植物状態患者と医師の治療義務」判例タイムズ六八六号(一九八九年)一三七頁以下をも参照。

(14) Dellingshausen, Sterbehilfe (前注(e)), S. 378. なお、専門外の患者または診療上疑義のある患者を他の病院等に転送させ、または他の医師の対診を求めることが可能であるときは、医師には当然に患者を他のより適切な機関に転送する法的義務があることは、わが保険医療機関等療養担当規則第一六条からしても明らかである。

(15) 例えば、昨年(一九八九年)一二月の「ルーマニア革命」の際に生じた「テミショアラ大虐殺」の様子を、赤十字国際委員会^の指示で現地に出動したルーマニア救援日赤医療班の報告(文芸春秋一九九〇年三月号)が生々しく伝えているが、そこに見られる代表者の部長外科医の以下のような発言は、この問題を考える上できわめて重要であると言えよう。「医療現場では今回のような緊急医療の際、やむなく非常に冷酷な判断をしなければならぬことがあるんです。こういう場合、出来るだけ簡単に助かる人を優先しなければならぬんです。……手術しても助かるかどうか分からない患者には酷ですが、少数の医療スタッフで短時間に救命できる患者に労力をさけ、というのが緊急時の基本姿勢なんです」(同号一七三/四頁)。この「選択裁量」には刑法的にもどれほどの理解を示すことができようとも、しかし「見捨てられた」生命の救助が事実上

不可能であったとは言えないであろう。

(16) 例えに必要な装置は存在しているが、しかしそれが十分な数量には達していないために、救助を必要とする者の一部しか治療できない場合には、もはや無条件に事実上の不可能性に訴えることができないことは、エーザー自身も認めている。それというのも、この場合に医師に選択裁量が認容されるやいなや、純事実的な不可能性を超え、それが期待可能性にとって典型的であるような、規範的な評価と衡量とがかかわってくるからである。Eser, Lebenserhaltungspflicht (前注(3)), S. 126, を見よ。その上、同じ箇所で、「単に主病の除去に見込みがなくなつたが、もしくは植物患者が不可逆的意識喪失状態に陥っている場合であっても、はっきりした脳死の発言をとにかくも引き延ばすことができるときは、生物学的な生命維持の可能性を否定する」とはできなから」とも、彼は承認しているのである。

(17) Eser, Recht des Sterbens? in: Eser (Hrsges), Suizid (前注(4)), S. 403, ; ders., in: Frische/Goulon u. a., Recht auf einen menschenwürdigen Tod. 1977. S. 38.

(18) Kaufmann, Zur sogenannten Frühethanasie (前注(4)), 128 f.

(19) こうした「看護経済」を考慮に入れることの問題性については、Kaufmann, sogenannten Frühethanasie (前注(4)), S. 127, 参照。

(20) Dellingshausen, Sterbehilfe (前注(3)), S. 385 f.

(21) Dellingshausen, a. a. O.

(21 a) その上、本来は責任阻却事由である期待可能性を不可逆的意識喪失患者の治療＝延命義務が問題になるところでは特別に医師の行為義務を限定する違法阻却事由にまで「格上げ」されるのは、そこに他の場合とは異なる特別の事情が存在すると見られるからであろう。しかし、他の場合ではしばしば、行為者がどうにもならない窮迫状況に陥っているために適法行為への期待が不可能であるのに対し、われわれの問題事例では、生物学的な生命維持が問題である限り、措置の継続を医師に期待することはきわめて容易なのである。それにもかかわらず、医師の行為だけを「特別扱い」するのであれば、その明確な根拠が示されなくてはならない。そうでなければ、医師の中止行為のみをはじめから刑法上の危険から免れさせるために、期待可能性にこの場合に限りいわば「破格」の地位を得させるという「前後転倒」の誤謬を侵すことにならう。いずれにせよ、(生命)「法益を保護する可能性が客観的になくなる」(宮野「生命維持装置の取外しと刑法」(後注(23))三八

五頁)とつうだけでは、なぜ意識回復の可能性のない生命は保護されなくてよいのかの説明を欠く限りでも、決定的な理由がなからざるに置べきであらう。

(22) Eser, Lebenserhaltungspflicht (前注(20)), S. 126.

(23) Frische, Grenzbereich zwischen Leben und Tod. Klinische, juristische und ethische Probleme, 1973, S. 83.; Kautzky, Die Freiheit des Sterbenden und die Pflicht des Arztes, in: Eid, Volker (Hrsg.), Euthanasie oder soll man auf Verlangen töten? 1975, S. 30.; Kohlhaas, Medizin und Strafrecht, 1969, S. 109.; ders., Das Recht auf den eigenen Tod, NJW 1973, S. 550.; Lenckner, Strafrecht und ärztliche Hilfeleistungspflicht, Med. Klin. 1966, S. 277.; Regenbrecht, Zum Problem der "Sterbehilfe". Gedanken zur Operationsindikation bei schwersten Fehlbildungen Neugeborener, MMW 1973, S. 602.; Schubert, Bayer. Ärzteblatt. 1975, S. 578.; Simson, Ein Ja zur Sterbehilfe aus Barmherzigkeit, in: Festsch. f. Swinge, 1973, S. 98.; Sporcken, Darf die Medizin, was sie kann? 1971, S. 204.; Roxin, Der Schutz des Lebens aus der Sicht des Justen, in: Blaha, u. a (Hrsg.) Schutz des Lebens—Recht auf Tod, 1978, S. 89.; Samson, Rechtsfragen beim Einsatz von Reanimatoren, Internist 1974, S. 549.; Sax, Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung, JZ 1975, S. 148, 149. 以下に対して、わが国ではむしろ功利的な見地から「無益」という言葉が使われることの方が多い。例えば、宮野彬「生命伸長術の中止と違法性阻却の理論」警察論集三三三卷六号一一頁、同「生命維持装置の取り外しと刑法」刑法雑誌二二卷三二四号三八一頁、大谷実『いのちの法律学』(前注(9))九四頁、同「末期医療と医師の刑事責任」警察研究五六卷七号八頁。もっとも、大嶋「生命維持装置の取外しと義務衝突」刑法雑誌二二卷三二四号三八九九頁では、ドイツの用語例に倣って「無意味」という言葉が使われている。

(24) 内藤謙「尊厳死(二)」(前注(2))六三頁。既述のように(本稿三(一)(イ))、「人格的主体性」の有無が生命の刑法的保護の範囲を決定すると見るべき何の根拠もないからである。

(25) 大嶋・前掲論文(前注(23))三八五頁。

(26) 宮野「生命伸長術の中止と違法性阻却の理論」(前注(23))一三頁。なお、こうした見解に対する適切な批判として、甲斐克則「人工延命措置の差控え・中断の問題について(五)」海上保安大学校研究報告三二卷二号一部四頁以下を見よ。

- (27) *Regenbrecht*, MMW 1973 (編註(23)), S. 62.; *Schubert*, Bayer. Ärzteblatt 1975, S. 578.
- (28) *Bochelmann*, Ärtzl. Praxis 1975, 1235.
- (29) *Eser*, Lebenserhaltungspflicht (編註(3)), S. 127.
- (30) *Kaufmann*, Zur sogenannten Früh euthanasie (編註(4)), S. 129, が「適切にも」本人の生命の「無意味性」が目標として述べられておらず、その問題については「例外的に」*Opderbecke*, Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht; *Frische*, Der Patient als Mensch oder Objekt—Lebensverlängerung bis zum letzten Atemzug; v. *Luttenroth*, ärztlicher Heilfrag und Euthanasie—Gedanken zu ärztlichen, ethischen und juristischen Aspekten, in: *Eser* (Hrsg.), *Suizid* (編註(4)), S. 136 ff, 152 ff, 291 ff, 292 ff 参照。
- (31) 「意味」問題の解決は結局のとして「判断者の主観に依存する」として *Eser*, Lebenserhaltungspflicht (編註(3)), S. 127.; *Möllering*, Schutz des Lebens—Recht auf Sterben. Zur rechtlichen Problematik der Euthanasie, 1977, S. 55.; *Dellingshausen*, Sterbehilfe (編註(3)), S. 390, 参照。
- (32) 上の理由から特に *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, 1968, S. 25.; *ders.*, WMW. 1976, 148.; *Hirschmann* Materialdienst 2. 74 S. 11 f., 上の種の「意味」衡量に反対である。上の結論は *Wieder*, 上の決定の基礎としての「同意」について *Möllering*, *Med. Welt* 1974, S. 15.; *Dellingshausen*, *Sterbehilfe* (編註(3)), S. 386 f., 参照。
- (33) *Eser*, *Life Preservation Duty* (編註(3)), S. 128.
- (34) *Eser*, *Life Preservation Duty* (編註(3)), S. 129.; *ders.*, *Right of Dying?* (編註(4)), S. 403. 上の *Opderbecke*, Grenzen der ärztlichen Behandlung, in *Eser* (Hrsg.), *Suizid* (編註(4)), S. 137.; *Weißbauer/Opderbecke*, in: *Hutschenreuter/Wiemers* (Hrsg.), *Intensive Care and Its Limits*, 1971, S. 94., 参照。
- (35) *Eser*, *Life Preservation Duty* (編註(3)), S. 129.
- (36) *Eser*, *Life Preservation Duty* (編註(3)), S. 130.
- (37) *Eser*, a. a. O. 上の *Frische*, *Limit of Care* (編註(3)), S. 57 ff.; *ders.*, *The Patient as a Human Being or as an Object*, in: *Eser* (Hrsg.), *Suizid* (編註(4)), S. 150 ff.; *Sporcken*, *May the Doctor Perform Euthanasia?* (編註(23)), S. 188, 197.; *ders.*, *Euthanasia within the Framework of Life and Death Assistance*, in: *Eser* (Hrsg.), *Suizid* (編註(4)), 271 ff.; *Wiemer*, in: *Hutschenreuter/*

- Wiemars (Hrsg.), *Intensivbehandlung* (前注(24)), S. 92, 105. 同の見解は Samson, *Internist* (前注(23)), S. 549. 「形式的な」生命保護に反対する。 Arthur Kaufmann, *Zur sogenannten Früh euthanasie* (前注(4)), S. 129., も基本的な点に同意しながら「治療努力の継続が無意味となり、医師の任務が終るとして」が生命維持措置の限界であるとする。
- (38) 例として Fritsche, *Das Recht auf menschenwürdigen Tod?*, hrg. von der Deutschen Sektion der Internationalen Juristenkommission, 1977, S. 2 ff.; Thielicke, *Wer darf leben? Der Arzt als Richter*, 1968, S. 20 ff.; Schöllgen, *Ärztliche Ethik und christliche Moralleologie*, in: *Studium General* 1953, S. 40 f., が「特例の例を強調する」。
- (39) Kaufmann, *Zur sogenannter Früh euthanasie* (前注(4)), S. 122.
- (40) Eser, *Recht des Sterbens*, in: *Suizid* (前注(4)), S. 403.
- (41) Arthur Kaufmann, *Die eigenmächtige Heilbehandlung*, *ZStW* 73 (1961), S. 359.
- (42) Eser, *Lebenserhaltungspflicht* (前注(3)), S. 129.
- (43) 同じ意味で、基準を医師の任務の目標に設定する見解に批判的なのは Dellinghausen, *Sterbehilfe* (前注(3)), S. 390 f.
- (44) 本誌二〇九号二六頁、注(48)参照。
- (45) 大嶋一泰「生命の終焉と刑法」『現代刑罰法大系3 個人生活と刑法』(一九八二年、日本評論社)五二頁以下からの引用。
- (46) 大嶋前掲論文五五頁以下参照。
- (47) 宮野彬「生命維持装置の取外しと刑法」(前注(23))三七八頁からの引用。なお、この問題をめぐるアメリカ判例の紹介と分析としては、甲斐前掲論文(前注(26))が最も包括的である。
- (48) Höring, *Moraltheologische Überlegungen zu Suizid und Euthanasie*, in: Eser (Hrsg.), *Suizid* (前注(4)), S. 261 ff., 265 f.
- (49) Simson, *Ein Ja zur Sterbehilfe* (前注(23)), S. 98.
- (50) Weibauer/Opderbecke, *Tod, Todeszeitbestimmung und Grenzen der Behandlungspflicht*, *Anästh. Inform.* 1972, S. 13.

- (51) Sax, Zur rechtliche Problematik (前注(33)), S. 149.
- (52) Sanson, Rechtsfragen beim Einsatz (前注(33)), S. 549.; Møllering, Schutz des Lebens (前注(33)), S. 59 ff.
- (53) 宮野前掲論文(前注(47))三七六頁以下。
- (54) 宮野前掲論文三七九〜三八一頁。
- (55) 小堀ひろし『Eser, Lebenserhaltungspflicht (前注(33)), S. 128; Sporcken, Darf die Medizin (前注(33)), S. 198., 参照。
- (56) Eser, Lebenserhaltungspflicht (前注(33)), S. 128.
- (57) 小堀ひろし『Dellingshausen, Sterbehilfe (前注(33)), S. 392. 参照。
- (57 a) Auer, Die Unverfügbarkeit des Lebens und das Recht auf einen natürlichen Tod, in: Auer/Menzel/Eser (前注(33)), S. 34 ff.; Kühlendahl, Euthanasie-Sterbehilfe-Behandlungsabbruch. Haben die Juristen adäquate Vorstellungen von den gegebenenheiten der modernen Medizin? NJW 1974, S. 1419.; ders., ärztlicher Entscheidungsspielraum-Handlungszwänge, in: Festschr. f. Bockelmann, 1979, S. 467. 彼は「運命的な」死と「時間と制約されなく(unzeitigem)」死とを区別するが、およそ死というものは「時間的に限られた運命的なもの」であるから、この区別も意味あるものではない。小堀ひろし『Sax, JZ 1975, S. 147., 参照。
- (58) 小堀ひろし『Wawerski, Reanimation und ihre Grenzen, in: Eser (Hrsg.), Suizid (前注(4)), S. 125; Eser, Lebenserhaltungspflicht (前注(33)), S. 129, 参照。
- (59) Kaufmann, Zur sogenannten Früh euthanasie (前注(4)), S. 129

(四) 治療＝生命維持義務限界論の方法論的批判

(1) 延命措置の中止は不作為か

延命措置の停止、例えば生命維持装置を遮断して患者を死にゆくにまかせる行為が、それに積極的な動作——例え

ば停止ボタンを押すという身体運動——を伴う限り、自然主義的に見れば作為による殺人に該することは疑いのないところであり、そのこと自体については——作為犯説か不作为犯説かを問わず——見解はほとんど一致していると見てよい。しかし、ここから直ちに作為による殺人罪の成立を肯定することは法感情的に耐え難いことから、西ドイツにおける刑法学者の圧倒的多数は、他の方法によって患者の生命を救助する可能性が全く存在しないことが確実である場合には、かつその限りにおいてのみ、医師の生命維持義務が解除されることを根拠に、右の停止行為を、もはや救命が義務づけられている措置をとらないという意味で、法的・規範的な見地からは不作为として把握し、この場合は——いわば例外的に——殺人罪の成立も否定する見解を支持している。⁽⁶⁰⁾ 医師による装置の停止行為をこのように単純に不作为犯の一般理論に環元することができるのであれば、問題は比較的簡単である。けれども、治療行為のように数多くの積極的、消極的な要素の複雑な絡み合いから成り立っている行為を、その全部または一部を捉えて法的に作為または不作为と一般に編別することは、果して可能なのか。むしろ、この場合に殺人罪の成立を認めるべきではないという法感情レベルでの結論の先取りに不作为犯の一般理論が強引に合わせられているのではないか。そもそも死に直結する延命措置の中止行為を延命義務解除後のいわば「事後処理」にすぎないと見る不作为犯説の前提自体が、果して支持しうるものであろうか。不作为犯説の主張を一通り眺め渡して見ても、こうした疑問が払拭されるどころか、いよいよ深まるばかりである。

もつとも、装置の停止行為を刑法的にも作為と見る見解も、決して少なくはない。⁽⁶¹⁾ けれどもその多くは、ザムソンやザックスの例に見られるように、右停止行為が刑法的に作為であるにもかかわらず、絶望的な予後診断が確実である場合は、現代医療の特殊性から例外的に許容されるとしているので、いずれにせよそれが殺人罪として可罰的でない

いという点では、西ドイツに限って言えば、ほぼ結論的に一致しているのである。見渡しうる限りの文献の中で、死に直結する装置の停止を意図的な積極的殺害行為として位置づけた上で、それを根拠に無条件に殺人罪として処罰すべきことを肯定しているのは、ポツケルマンただひとりにすぎない⁽⁶²⁾。では、なぜこの見解が不当とされるのであろうか。

「ところでしかし」とポツケルマンは言う。「積極的な致死的侵襲とはそもそも何か。毒薬の注射だけでもないし、刺し傷や切り傷だけでもない。出血を防ぐための包帯を解くことや傷口を切開することも確かにこれに属するであろう。しかしそうであれば、脳機能の不可逆的脱落がすでに事実となったか否かがいまだはっきりしていない時点で行なわれる蘇生器の停止もまた同様に、積極的な殺害行為というものであって、単に露命をつなぐことに向けられた措置を続けたいというだけのことではない⁽⁶³⁾。これは、蘇生の試みの終結が現象的には積極的な動作を伴うものであっても、全体行為を目標として見ればどこまでも消極的な安楽死にすぎないという、すでにそれまでに表明されていたがガイレンの見解⁽⁶⁴⁾に反対するものである。けれども、このもっともらしいと思われるポツケルマンの見解も、最初は医師層から、次いで刑法学者たちから集中砲火を浴びることになる。一旦作動させた「蘇生器からはもはや逃げられない」のであれば、患者の人工呼吸がもはや医学的に適応しなくなったときであっても、一本の酸素ボンベが空になるまでは刑法上の危険なしにこれを取り外せなくなる⁽⁶⁵⁾。だとすれば、医師はむしろ、生命を永続的に回復できなくても、しかしともかく患者がそれによって一時的にもせよ意識ある生命を回復するわずかの機会が得られるかも知れない集中治療を、はじめから断念する方が「望ましい」ということになろう——が、これはグロテスクな考えであって患者の利益にも反する⁽⁶⁶⁾。要するに、「無限に作動し続ける装置という悪夢」が医師を恐怖に駆り立て、彼をして著

るしく不安定な状態に陥れるということが、医師層を嘆かせるのである。そこで、これに同情(?)し、生命維持装置の停止が法的に殺人罪として処罰される作為に属するのであれば、限られた時間帯でのみ作動し、稼動を再開させるためにはそのつど新たなインパルスを必要とする装置を作り変えるよう、医師に助言するだけで問題は解決するといった、シニカルな提言をする刑法学者も出てくる。⁽⁶⁷⁾ いずれにせよ、確実な死を延命するだけにすぎない装置の停止を積極的な殺害と見るのは、實際上、医師にとっても患者にとっても耐え難い不合理へと導くというわけである。ところで、「無限に稼動し続ける装置という悪夢」とか、そこから生ずる医師の恐怖、耐え難い不合理といった言い廻しが、こうした事態を表現するものとしていかに大げさであるかは、すでに前述のことから(三)(ロ)明らかである。脳死直前の不逆的意識喪失患者の生命が二週間以上も続くことはないし、その間は奇跡的な生環に一縷の望みをかけて最大限の延命努力を続けるよう医師に期待することが、何ら「不合理」であるとは思われないからである。

ポッケルマンの見解における「不合理」性はそれゆえ、実際上の結果にあるのではなく、装置の停止——例えば停止ボタンを押すこと——を(延命)治療行為の全体から切り離して、無媒介にこれに独立した刑法的評価を与えていることにあると言うべきである。ポッケルマンが生命維持装置の停止行為を、「包帯を解くことや傷口を切開すること」、さらには「刺し傷や切り傷」による致死行為と刑法的に同類と見なし、いずれも積極的な殺人行為と評価するのは、確かに妥当でない。装置の停止事例で問題になっているのは、脳の活動を再生して患者を意識ある生命に戻すという、装置への接続が当初に目標としていたことが、その経過によって達成不可能となったことがはっきりしている場合に、それでも延命装置を継続すべきか、ということである。これに対して、包帯や傷口の縫い合わせによる止血の場合では、この目標達成の可能性は依然として維持されているので、右のような問題はもともと起りえない。言

い換えれば、装置を停止する医師は、見込みのない治療を中止することによってどのみち回避できない死の原因を解放するのであるが、包帯を解く者はこの点では有望な治療を無効にさせ、別の死因（流血死）を新たに設定しているのである。それゆえ後者は明らかに積極的な殺人行為であるとしても、前者がこれと同類であるとは少なくとも断定できないのである。いずれにせよ、ポツケルマンの挙げる両事例は比較可能であるとは言えず、それゆえ彼の主張を補強するものとしてはいささかも寄与しない——といった批判は⁽⁶⁸⁾必ずしも失当ではない。

それというのも、医師の行為というものはそもそも、医師——およびその補助者——によって行なわれる数多くの動作と不動作とによって組み立てられる、一連の複合的な過程として理解されなければならないからである。⁽⁶⁹⁾このことは、医師の行なう個々の動作をこの「全体行為」から切り離し、前者に後者とは無関係に独立した刑法的評価を帰属させることは必ずしも妥当でない、ということを意味する。患者を切開するためには外科医がメスを使用する行為を暴漢が被害者を刀物で刺す行為とは刑法的評価の上で同類と見なすことはできないという——ドイツでは学説の上であまねく承認されている——見解もこの理由に基づく。従って、治療に見込みがないというわけで集中的治療措置をやめることにした医師の行為を、例えば「純然たる悪意」から死にゆく者の結末を促進するためにした権限のない第三者の、装置からの遮断行為とは刑法的に同視できないという見解⁽⁷⁰⁾も、決して理由のないことではない。しかし、だからといって、この医療行為の「全体的」考察の必要性から、死に直結する延命措置の中止を刑法的に不作為と見るべき必然的な論拠が見出しうるであろうか。そもそもこの場合を不作為と見られる十分な論拠が、論者によって疑問の余地のないほどに呈示されているであろうか。

(生命維持) 装置の停止を不作為と見る見方へと向けて一步踏み出したのは、ガイレンである⁽⁷¹⁾。生命維持装置の停止が明らかに積極的動作を必要とすることから、この「身体運動だけを孤立させて刑法的評価の結接点とすることは余りも皮相でな見方」であり、むしろ「全体行為」を目標とすべきであるという彼の出発点は、医療行為の特殊性に相應の考慮を払ったものとして、確かに方法論的には妥当である⁽⁷²⁾。しかし、そこから直ちに、装置は医師にとって単に「引き伸ばされた腕」にすぎず、医師は単に延命措置の継続を見合わせているにすぎない⁽⁷³⁾という理由だけから、患者の確実な死に結びつく装置の停止を刑法的に許容される不作為であると帰結することはできないであろう。それというのも、装置の遮断のための積極的な動作が生命短縮という重大な法益侵害を惹起するにもかかわらず、それは法的に何ら重要でないと説明することができるためには、規範的な論拠とそこから引き出される明確な基準が呈示されていなければならないからである⁽⁷⁴⁾。ここに「全体行為」としての医療行為の特殊性を引き合いに出すだけでは、全く説得力に欠けると言わねばならない。

要するに、不作為を単に前提として置くだけで、なぜ不作為と見るべきかについての積極的な論証が何らなされていないということが、ガイレン説の決定的な弱点である⁽⁷⁵⁾。行為の社会的意味や行為者の置かれた立場が不作為犯の理論構成に当たって何らかの意味を持ちうるにしても、もともとそれ自体として多分に曖昧な概念を単に目標と挙げるだけでは決して十分ではなく、それを——特にわれわれの問題事例について——判決基準として一義的明白性が得られるほどに具体化されなければならないのである。

この方向へ向けて一步踏み出したのが、エネルギー基準による「エネルギー基準」説である⁽⁷⁶⁾。彼も、作為か不作為かの問題にとって重要なのは、行為者の行為の直接的な性質でしかありえないと見る⁽⁷⁷⁾。そこで、彼によれば、「作為と

は一定の方向へ向けてエネルギーを消費することであり、不作為とは一定の方向へと向けてエネルギーを投入しないことである⁽⁷⁸⁾。一見して物理学上の概念を思わせるこの「エネルギー」という言葉は、彼にあってはしかし、「物理学上の意味ではなく、いわば『働きかけること (Leistung)』、『努力を傾けること (Anstrengung)』と呼ばれているのが常であるような、人間による有意的な力の投入という『日常の』意味において⁽⁷⁹⁾考えられる。そこから、不作為犯は何故に保障人によってのみ犯されうるのか、ということが理解される。エネルギーの投入を「働きかけ」もしくは「努力の傾注」と規定することがまさに、エネルギー基準の社会的意味を帯びた、規範的な出发点を指示するからである。「それをしないことが（それが「真正」であるか「不真正」であるかを問わず）答責を招くべきある動作が命じられているところでは、特殊な（おそらくはごくかなものであれ……）努力の傾注が、場合によっては格別の手腕も、要求されるが、狭い意味において法的に否認された行為の禁止は、犯罪的な思想から距離を置くこと以外にはいかなる手腕も、また『働きかけ』も要求しない⁽⁸⁰⁾」。

エンギッシュが提示するこの「エネルギー基準」が一般に作為と不作為という法的概念を相互に適切に限界づけるために有効でありうるかは、ここでは不問にしておいてよい⁽⁸¹⁾。それが人間行為の「日常性」という可視的な様相を基礎としているだけに、ある程度までは明確で安定した限界基準を提供していることは争いえないであろう。また、一定の方向へと向けられた努力の傾注に行為の社会的な意味が付与されることによって、「引き受けた治療を継続しない」医師の態度に適切な刑法的評価を与える方向性を指示するための「乗車駅」としての役割は果たしているとも言えるともできよう。実際、医師の行為およびそれから惹起される結果との間の因果構造は、他の場合と比べて必ずしも刑法的評価を同じくしないのである。けれども、エネルギーという要素を単に——定義通りに——自然主義的または物

理学的に捉えず、これに社会的意味を加味するという理解の仕方がまさに、われわれの当面する問題を解決するための基準としての有効性を「悪化」させてもいるのである。⁽⁸³⁾

患者の死を惹起する蘇生器の停止行為が医師の——ごくわずかなものであれ——エネルギーの消費を必要とするとは、エンギッシュ自身も認めているように、明らかである。しかしこれを不作為へと転換するのは、「それ自体として否認しうべくもない作為に、もはや意味あるとは思われない延命を蘇生器の停止によって中断する医師が、エネルギーの投入を、努力の傾注を……もはや継続しないという『意義(Bedeutung)』を賦与する⁽⁸⁴⁾」からである。この「意義」という短い引用符とともに「社会的有意義性」という「規範的な」要素が考慮の中に入ってくることは疑いえない。そうであれば、これによって再びエネルギー説の基準としての明確性が阻害されることになりはしないか。エンギッシュはしかし、「この規範的な要素はともかくもエネルギー原則の中に支柱を置いているのであるから、もはやそれほど漠然としたものではない」と考える⁽⁸⁵⁾。けれどもこれだけでは、説得力に欠けるであろう。彼自身もこの論拠だけでは不十分であると認めていることは、後に、「態度をとる者(Sichverhaltende)」としての行為者自身の視点を目標とするエネルギー基準に(患者)本人の視点が「追加」された⁽⁸⁶⁾ことから明らかである。その限りで、重要なのは、「作為」とは「(相手に何かを)加えること(Antun)」であり、不作為とは「(相手に)かまわないでおくこと(In-Ruhe-lassen)」であるというように、修正が試みられる。そこで、例えば致死量のモルヒネ注射によって死なせることは明らかに作為による殺人であるが、蘇生器のスイッチを切るという動作は患者の身体に対する直接的侵襲という「タブー」は侵害していない。なぜなら、この動作が直接に関係しているのは装置であって、それから切り離される患者の身体へは単に間接的にのみ関係しているにすぎないからである。その上、「蘇生器のスイッチを切ると

いう医師の行為の意味および目的は、治療行為の全体から引き出す必要がある」。器械のスイッチを切るために必要とする「ごくわずかな」エネルギーの投入も、この「全体観」のもとでは、積極的な配慮が単に消極的に「なりゆき」にまかせること(Geschehenlassen)」。すなわち死にゆくにまかせることへと転換させる「意義」、「説明」、「解釈」が、それゆえに「完全な重み」を獲得することになる。要するに、ここでも再び、医師の任務の目標設定が社会的有意味性という評価的要素をとり込んで、エネルギーの投入という——「日常的な」意味においてであれ——事実的な側面を決定的に凌駕する、というわけである——。

エンギッシュの提唱するエネルギー基準のための決定的な論拠が結局のところ、他人の法益のためのエネルギーの提供を何人にも期待できないことにある、と言うのであれば、作為犯では他人の法益への干渉が禁止されているのに対して、不作為犯では他人の法益のために寄与すること(eine Leistung erbringen)が命じられているとする、シユミットホイザーの説明とほぼ一致することになるであろう。彼によれば、作為と不作為とは規範的||目的論的に次のように区別される。すなわち、法益への尊重要求が客体にとって脅威となっている危険を除去するための働きかけを要求している場合に、この働きかけをしないことが法益侵害的であれば不作為であり、尊重要求が客体にとって危険となりうる侵害の除去を行為者に要求している場合に、この侵害に着手することが法益侵害的であれば作為である⁽⁸⁸⁾。そこで、この公式を具体的事案に適用するに当たっては、「不作為というものは、行為者に救助行為が可能であるとき

にのみ、法益侵害的な意思行為でありうるのであるから、具体的な場合にこの行為可能性が思考の上で消去できるかということが検討されねばならない。それにもかかわらずなお法益侵害的行為が残るのであれば、作為犯が成立す

る⁽⁸⁹⁾。この基準は確かに、当該行為がはじめから相異なる評価を可能にしているようなアンビヴァレントな事例を適切に解決するには有効でありうる。例えば、あらかじめ消毒せずに炭疽菌が付着したヤギの毛が毛筆工場の労働者に引き渡されたため、彼がこれに感染して死亡したという、シュミットホイザー自身が「テスト問題」として引用している有名な「ヤギの毛事件 (Ziegenhaarfall)⁽⁹⁰⁾」では、作為(ヤギの毛を引渡したこと)と不作為(消毒をしなかったこと)という二つの側面が絡み合っている。しかし、製造業者は消毒を施していないヤギの毛を工場に引渡すことが許されるか、というようにこの事案を刑法的に再構成することができよう。そうすると、ここでは行為可能性が思考の上で消去できないであろうから、作為犯の成立を認めても差し支えない。

蘇生器の停止もまた、エンギッシュが言うように、積極的に生命を短縮するという意味では作為であり、もはや意味あるとは思われない延命措置をやめるという意味では不作為であるという両評価を許するアンビヴァレントな、いわば「二色刷り」の行為である⁽⁹¹⁾。それにもかかわらず、——先の「ヤギの毛事件」とは反対に——シュミットホイザーもまたエンギッシュと同様にこれを不作為と見るのは、技術的装置によって患者に加えるべき働きかけを医師がしなかったと見うるか、というように「のみ」問題が立てられるからである⁽⁹²⁾。しかし、消毒剤が使えなかったので消毒できなかった先の「ヤギの毛事件」とは異なり、ここでは生命維持それ自体はなお可能であるという状況が存在するのに、言い換えれば、装置に接続されている患者がそれから遮断されることによってはっきりと殺されるのに、なぜ右のように「のみ」問題が立てられなければならないのか。また、ここではいかなる行為可能性が消去されるのか。こうした決定的なと言える前提問題は、両論者においてともに、何ら解決されてはいないのである。エンギッシュとシュミットホイザーとの考察の出発点は、前者がエネルギー投入を支柱とする意味論的視点に立っているのに対し、

後者ははじめから規範的目的論的見地を一貫させているという点では、確かに異なっている。しかし、事実的要素への環元という努力においてある程度までは説得的でなくもない「エネルギー基準」も、われわれの当面する問題においては「全体的考察」に規制されて行為の意味と目的が「完全な重み」に達すると言うのであれば、最終的な判断は結局のところ意味基準に基づくということになって、その重要性を決定的に失っているのである。その結果、判断構造としては実質的にシュミットホイザーの見解と同じに帰着する。いずれも、装置の停止は不作為であるという、まさに論証されなければならない帰結が暗黙に裡に前提され、それに不作為の一般理論がいわば操作的に利用されているにすぎない、と言うことができよう。ここからは、われわれの事例を不作為と想定するための設得的な根拠づけに成功するはずもなからう。⁽⁹³⁾

「作為による不作為 (, Unterlassung durch Begehung", od. "Unterlassen durch Tun") という、ドイツにおいて古くから提唱され、最近ではますます多くの支持者を見出して⁽⁹⁴⁾おり、疑いもなく事実としては作為にほかならない装置の遮断を特殊法的な理由から不作為として把握しよう、もう一つの決定的な方法が発見されたところ⁽⁹⁵⁾によって信じられている、あの法形象もまた、これを仔細に検討するならば、われわれが求める「賢者の石」と言えるようなものでないことが判明する。ロクシンもまた、無目的となった生命維持のための継続的機能を早い段階で遮断する行為が法的に重要でないことを論証しようとするのであるが、彼はそのために、とりわけ他人を救助するために設定した因果の連鎖を自ら切断する者の行為の法的性質を問う問題を解決するために案出された右の法形象を、理論的な道具立てとして用いるのである。

彼は、われわれの問題事例と一致する（と彼には思われる）、すでに発令されている行為命令を自らの手によって阻止する行為義務者の「古典的な出発事例」を次のように想定する。ドイツ刑法一三八条（計画された犯行を告発しないことを内容とした犯罪）により告発を義務づけられている者が犯行を告知する手紙をきちんと投函したが、しかしその後別な心配が生じたのでこれを郵便局で取り戻したために、被害者の死を招いた。もう一つは——こちらのほうが重要である——、ドイツ刑法三二三条c（一般人の救助不履行を内容とした犯罪）により救助を義務づけられている者が溺れかけている者に救助ロープを投げかけたが、被救助者がしがみつきぎりぎりの時点でそれを引き戻した。⁽⁹⁶⁾ いずれの場合も、行為者は作為犯として可罰的であることについては、西ドイツでは見解は広範囲にわたって一致している。けれどもロクシンは、行為者が自らの救助の試みから撤退したのは、結果的には、彼がはじめから行動を起さなかったであろう場合と状況が同じであると見て、両事例を通じて不作為犯であると理解する。「エネルギーの積極的投入と消極的投入とが互いに相殺される結果として、両行為者ははじめから救助を望んでいない者とは別異に扱われてはならない」⁽⁹⁷⁾ というのがその理由である。この事例から、ロクシンは次のような一般命題を引き出す。「ある作為がある命令履行の試みからの撤退を意味するならば、それは、その命令が積極的な介入によって無に帰せしめられる不作為犯の構成要件に該当する。……命令構成要件は、禁止の第二次的な副次規範（sekundäre Folge-norm）として結果を惹起する作為の禁止をその中に含む、というように解釈されなければならない」⁽⁹⁸⁾ からである。

「作為による不作為犯」というものが、作為構成要件の排除という実際上の帰結を伴う独自の理論的カテゴリーとしてそもそも承知しうるか、承認しうるとしても、いかなる限界の下でかという、ロクシンの主要な関心事となっている問題については、ここで詳細な検討を加える必要はない。⁽⁹⁹⁾ いずれにしても、ここで用いられている「作為」とい

う言葉を自然主義的に、一定の「身体運動」という意味において「のみ」理解されるならば、刑法学上の概念である「不作為犯」の成立を認めるのにそうした「身体運動」が存在したか否かは何ら法的に重要な意味を持ちえないのである。乳児に授乳しないでこれを餓死させた母親に不作為による殺人罪の成立を認めるのに、彼女が何もしなかった必要は全くなく、その間に一定の「身体運動」をしていた——例えば外出していた——としても一向に差し支えはない。それゆえ、もし右の法形象がこのような意味において理解されているのであれば、そうした同一用語の二様の使用が人をして混乱させるばかりで適当でないと批判しうるとしても、これを「法的には一種の不作為⁽¹⁰⁰⁾」として不作為犯の範疇にとり込むことは決して不当ではない。しかし、右のように確立された基本原則が、延命のための蘇生器を用いる医師の義務の限界をどう規定するかという、われわれが当面するもう一つの問題解決にとっても決定的に役立つとロクシンが考える⁽¹⁰²⁾ときに、疑問が生ずる。

装置を停止するときに用いられる身体的動作（ボタンを押すこと）を作為犯と見るならば、（まだ）生きている人の生命を積極的に短縮することに疑いがないのであるから、ロクシンにとってもそれが殺人罪として可罰的であるという帰結は避けられない。しかし、医師のこの動作を法的な意味において不作為、すなわち治療継続の中止として把握することが許されるならば、様相は決定的に異なってくる。では、何がロクシンをしてこのような重大な「転釈」、すなわち解釈上の意味換えを可能にさせるのか。それは、この場合における医師の葛藤状況の問題性をつきつめて考えるならば、「心肺器への接続が当初は客観的に命じられていたとしても、しかし患者の状態がその後、人工的な延命措置がもはや適応しないほどに広範囲にわたって悪化し、見通しがなくなってしまうときは、心肺器を取り外しても処罰されないと見られなければならない⁽¹⁰³⁾」からである。これも許される「作為による不作為」の場合であると見

られるのは、当初は根拠のあった行為義務がその後の状況の変化によって事後的に存在しなくなったときは、撤退によって作り出された状態がもはや行為義務の誘因となりえない場合と同様に、当の行為が作為構成要件から脱落するからにほかならない。装置の停止ボタンを押すという同じ「身体運動」であっても、第三者が「純然たる悪意から死の結末を促進するために」したときは作為による殺人罪となるのに対し、右のような事情からもはや「行為を義務づけられていない者の結果回避の試みからの撤退」を意味するにすぎないときは、作為による殺人として罪にならないと言うのも、ここから説明できる、というわけである⁽¹⁰⁴⁾。

この論拠に対しては、ロクシンはそもそもフォン・オーヴァーベックによって基礎づけられた理論を援用しうるかという、すでにその立場の基礎に疑問があることは別論⁽¹⁰⁵⁾にしても、ロクシンによって発見された(と、彼自身は信じている)われわれの問題解決のための法形象が、実質的な理由づけに成功しているとは、決定的ないくつかの疑念のために、とうてい思われないのである。まず、ロクシンの挙げる古典的な出発事例とわれわれの当面する問題事例とが刑法上同類と見ることができるか、ということがすでに疑問である。それというのも、装置の停止事例では、装置への接続によって患者の生命が確実に助かるとは言えないまでも、少なくともその状態で生命を維持することは可能なのであるから——これが問題の前提である⁽¹⁰⁶⁾——、もしすでに行為者が設定した救助のための因果の連鎖を新たな積極的動作によって断つ場合を、これと刑法的評価の上で同種事例と見なしうるためには、例えば溺れかけている者を救助するために投げ入れたロープを遭難者がしがみつく前に引き戻す場合とではなく、すでに彼がしがみついているロープを振りほどく場合、あるいはすでにボートに引き上げられた遭難者を改めて水中に投げ込む場合と比較しなければならぬように思われるからである。ところが後者の場合は、ロクシンによっても正当にも⁽¹⁰⁷⁾、

例えばクレパス（永河の割れ目）に落ち込んだ者に網梯子を投げ入れた救助義務者がこれにすがりついて半分ほどよじ登った遭難者を振り払って墜死させた場合と全く同様に、作為による殺人であると見られている⁽¹⁰⁷⁾。救助を必要とする者がこの段階で死に追いやられたのがザイルからの振り離しによるのか、それとも岩棚に固定されたロープの断ち切りによるのかとでは、全く違いはないからである。この例が作為による殺人と評価しうるのは、ロクシンによれば、救助されるべき者がいまや自分で助かることができるのであり、従ってその遮断行為には単なる不動作よりも重大な重み加わる状況にすでに到達しているからである⁽¹⁰⁸⁾。一般的に見て、「命令の履行が未遂の段階から既遂の段階に踏み込むやいなや、言い換えれば、救助に結びつく因果の経過が被害者の領域に到達するやいなや、作為による不作為は作為犯に転換する」という、ロクシンが提唱する「目的論的な見方」⁽¹⁰⁹⁾は、それ自体としては確かに不当なものではない。しかし、では、なぜ装置の停止事例がこれに該らないのか。

もし両事例に差異があるとすれば、救助ロープの例では、遭難者にとってはすでに自力で助かる状態が作り出されているのに対して、装置の停止事例では救助の可能性は依然として他人まかせになっている、ということくらいのものであろう。しかし、この事実上の差違に決定的な刑法上の評価を結びつけることはできないということ、というよりも許されないことは、生命保護の基本原則からして明らかである。にもかかわらず、存在論的な視点からは同じ作為と見られるべき行為者の態度が、この法形象を通じて一方では作為犯と評価され、他方では——許される——不作為にすぎないと言われるのであれば、その評価の相異を許す決定的な視点を提示することは不可欠であろう⁽¹¹⁰⁾。この論拠が示されていない以上、われわれの問題事例ではいかなる禁止規範も侵害されていないというロクシンの主張もまた、単に前提とされているだけで何ら根拠づけられていないと批難することも⁽¹¹¹⁾、決して不当なことではない。彼の見

解によれば、命令構成要件はそれ自体の中に「第二次的規範として……結果を惹起する作為の禁止」を含んでいる。しかし、溺れかけている者に救助ロープを投げかけよという命令は同時にこのロープを撤回してはならないという禁止を含んでいると見ることがいかに正しいとしても、それによって第一次的な禁止構成要件が原則的に充足されているのかという問題も、未解決のままである。救助ロープを撤回してはならないというこの禁止は、原則として何人に対しても向けられているはずである⁽¹²⁾。そうであれば、この規範は、命令構成要件から流出する第二次的な禁止規範というものの存在を承認するとしたとしても、何人にも妥当する本来の禁止規範と競合することになる。では、何故にここに副次規範が存在しなければならぬのか、とりわけ、何故に第一次的な禁止規範の存在がここでは顧慮されなくてもよいのか⁽¹³⁾。さらに、救助者自身によって設定された救助に結びつく因果経過からの撤退が不作為にすぎないと見られるならば、それを可能にする価値視点は何か、またどの範囲まで及ぶのか⁽¹⁴⁾。こうした疑問が余すところなく解消されない限り、「作為による不作為」という法形象も結局のところ、あとから取り出すつものものはじめにこっそりと忍ばせておく手品師の帽子としての役割しか演じさせられていない、ということになる。

その上、ここでいう「作為」が単なる一身体運動、いずれにしても法的に重要でない動作を意味するにすぎないのであれば、「作為による不作為」という言い方は、既述のように、ただ混乱を招くだけの不必要な用語法である。しかし、ここで「作為」という言葉を消去できないのは、死に結びつく積極的な動作のもつ法的重要性を完全に否定し去ることができないからであろう。そうと見るのは確かに正しい。しかし、そうであれば、「作為」と「不作為」とは同じレベルの意味において捉えられていることになる。すなわち、「a」と「非-a」とが並置されることになるのであるが、これが論理的に成り立たないことは誰の眼にも明らかである。このように、反対命題が同一視されるな

らば、概念の明確性が犠牲にならないわけにはゆかない。しかし、オットーが適切にも指摘しているように、⁽¹¹⁶⁾ 作為と不作為とは相異なる行為能様であるにもかかわらず、作為は不作為によって実現されると言われるならば、まさにこの理論的脱臼がやってのけられるのである。その結果として、両概念の限界が紛碎され、概念自体が可能な一切の内容に向けて開かれることになる。一切の内容に開かれているがゆえに無内容になった概念は、⁽¹¹⁶⁾ 言葉を操作的に用いる政治の世界では確かに有益であろう——が、刑法解釈論がその概念的明確性に真摯であろうとするならば、この種の「構成」には手をつけるべきではなからう。

(89) 例^々 *Engisch*, Suizid und Euthanasie nach deutschem Recht, in: Eser (Hrsg.), Suizid (編註(4)), S. 315 f.; *ders.*, Tun und Unterlassen, in: Festschr. f. Gallas, 1973, S. 177 f.; *ders.*, Konflikte, Aporien und Paradoxien bei der rechtlichen Beurteilung der ärztlichen Sterbehilfe, in: Festschr. f. Dreher, 1977, S. 325 ff.; *Eser*, Sterbehilfe, in: Eid (Hrsg.), Euthanasie (編註(4)), S. 60.; *ders.*, Lebenserhaltungspflicht (編註(8)), S. 140 f.; *Geiler*, Das Leben des Menschen in der Grenzen des Rechts, FamRZ 1968, S. 126.; *ders.*, Neue juristisch-medizinische Grenzprobleme; Betrachtungen zu Göppinger, Arzt und Recht, JZ 1968, S. 151.; *ders.*, Euthanasie und Selbstbestimmung. Juristische Betrachtungen zu, "Recht auf den eigenen Tod", 1975, S. 22.; *Hanack*, Euthanasie in strafrechtlicher Sicht, in: Hiersche (Hrsg.), Euthanasie. Probleme der Sterbehilfe. Eine interdisziplinäre Stellungnahme, 1975, S. 144. f.; *Kautzky*, Die Freiheit des Sterbenden und die Pflicht des Arztes, in: Eid (Hrsg.), Euthanasie (編註(4)), S. 33.; *Küper*, Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollisionen und übergesetzliche Entscheidung, JuS 1971, S. 476 f.; *Roxin*, An der Grenze von Begehung und Unterlassung, in: Festschr. f. Engisch, 1969, S. 395 ff.; *ders.*, Der Schutz des Lebens aus der Sicht des Juristen, in: Blaha u. a. (Hrsg.), Schutz des Lebens (編註(4)), S. 89 f.; *Schmidhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2. Aufl., 1975 16/107.; *Schönke/Schröder/Stree*, StGB, vor §§ 13 ff. Rdn. 159 a.; *Schwaalm*, Juristische Aspekte der Sterbehilfe, Bayer. Ärztbl. 1975, S. 567.; *Simson*, Die

Tötung aus Barmherzigkeit in rechtsvergleichender Sicht, in: Eser (Hrsg.), Suizid (前注(4)), S. 328.; Zimmermann, Der Sterbende und sein Arzt, Gedanken zur Euthanasieproblematik, NJW 1977, S. 2101 ff.—Dellingshausen, Sterbehilfe (前注(3)), S. 426 ff., も、批判的ながら結局「不作為犯説」を支持している。なお、西ドイツにおける学説の状況については、齊藤誠二「刑法における死の概念と人工蘇生術の中断(3)」法律のひろば三〇巻六号四・七頁以下、同「最近の安楽死論争をめぐる——生命維持の取り外し——」法学セミナー二七六号七六号五九頁以下、同『刑法における生命の保護』(一九八七年、多賀出版)三〇〇頁以下が詳しい。

これに対して、わが国では、装置の取り外しが作為か不作為かが正面から争われたことはほとんどなく、また「不作為説」を積極的に論証しようとした文献も見当たらないが、あえてこれを支持しないしは前提としているものを挙げれば、植松正「安楽死問題の新局面」ジュリスト六二二二号一頁以下、青柳文雄「安楽死について」警察学論集二九巻二二〇頁、齊藤前掲論文五二頁(しかし、前掲書三一九頁では、装置の取り外しを作為とみるか不作為とみるかには格別の実益はないとされている)、大谷「末期医療と医師の刑事責任」(前注(23))一三頁。もっとも、「脳死及び植物状態患者と医師の治療義務」判例タイムズ六八六号一二五頁では、植物状態患者になお「医学的適応性を有する限り、医師はいったん患者を引き受けた以上、……生命維持治療を行う法律上の義務がある」とされている。同号一三七頁でも、脳死患者に対する「生命維持治療の中止は、作為による殺人罪を構成することとなる」とされているのであるから、現在では作為犯説に変更(あるいは、以前の説に復帰)されたのであろう。

- (19) 例えは、Baumann/Weber, Strafrecht A. T., § 18 II 1.; Bockelmann, Strafrecht des Arztes (前注(3)), S. 112, 125 Fn. 45.; ders., WMW 1976, S. 149.; Gössel, in: Maurach/Gössel/Zipf, A. T. 2, § 45 Ie 2.; Jähne, LK, Vor § 211 Rdnr. 16.; Jescheck, A. T., § 58 II 2.; Otto, Grundkurs Strafrecht, B. T., § 6 II 4.; ders., Recht auf den eigenen Tod? (前注(一)), D 42 f.; Rudolphi, SK Vor § 13 Rdnr. S. 47.; Samson, Begehung und Unterlassung, in: Festschr. f. Welzel, 1974, S. 601 f.; Sax, Zur Rechtlichen Problematik (前注(3)), S. 138 ff.; Stratenwerth, Schw. Str. 95 (1978) S. 67.; Zimmermann, Der Sterbende und sein Arzt, Gedanken zur Euthanasieproblematik, NJW 1977, S. 2104 ff.

わが国で積極的に装置の取外しが作為であることの論証を試みられたものとして注目されるのは、金沢文雄「人工呼吸器末期医療と医師の生命維持義務の限界」

の遮断と刑法」政経論叢二五巻五号一一三頁以下（そこでは、「人工的生命維持装置からより簡易な治療方法への変更（つまり段階的に自発的な呼吸・血液循環への移行）が許されるかを問い、確実な死に直結する場合は許されず脳死判定をまつべきであるが、死の危険を伴うにすぎない場合は本人の承諾または保護者の承諾を得て治療方法を変更することは許される」とする『治療方法変更説』が主張される。なお、金沢文雄『刑法とモラル』（一九八四年、一粒社）二三三頁以下をも参照）、およびホセ・ヨンパルト「安楽死、延命処置とその中断についての覚え書き」上智法学論集上智大学法学部創設二五周年記念特集号（一九八三年）五五九頁以下（そこでは、装置を取外すことは人工的に生命を維持している新事態を停止させること（作為）であって、この新事態の破壊は人命に関する責任を生じさせるといふ『新事態設定説』が主張される）である。内藤「尊厳死(三)」(前注(2))八一頁も基本的にこれに同意される。

- (22) Bockelmann, 前注(19)参照。
- (23) Bockelmann, Strafrecht des Arztes (前注(21)), S. 1112, u. Anm 45.
- (24) Geilen, Das Leben des Menschen (前注(22)), S. 1968.
- (25) Steinberithner/Wawerski, in: Hutschreutner/Wiemars, Intensivbehandlung und Ihre Grenzen, 1971, S. 109; Weißbauer/Opderoecke, Bayer. Ärztebl., 1973, S. 109.
- (26) Dellingshausen, Sterbehilfe (前注(2)), S. 429 f., 参照。
- (27) 特ニ' Stree, in: Schönke/Schröder, StGB vor §§ 13 ff. Rdn. 159 a. が行った「助言」を行つてゐる。
- (28) Roxin, Begehung und Unterlassen (前注(2)), S. 397.; Dellingshausen, Sterbehilfe (前注(2)), S. 460.
- (29) Engisch, Tun und Unterlassen (前注(2)), S. 165, 167, ㊦' 装置の停止は、生命短縮と二方面に着眼すれば作為であるが、延命と二方面に着眼すれば不作為でもある。一種の「両義的な (ambivalentes)」行為であると述べてゐる。医療行為が複合的な「全体行為」としての性格を有するものと二つを詳しく述べた Dellingshausen, Sterbehilfe (前注(2)), S. 426 ㊦, 参照。
- (70) 例ニテ' Roxin, a. a. O., S. 399., を見よ。
- (71) Geilen, Das Leben des Menschen (前注(22)), S. 126 ff.
- (72) その意味ニテ' Geilen, a. a. O., S. 126., が言つてゐるに「装置の停止は「単に表面的にのみ、積極的な動作にすぎない」。

- (73) Geilen, Neue Grenzprobleme (前注(9)), S. 151; Das Leben des Menschen (前注(9)), S. 126 Fußn. 35.
- (74) Sax, Zur Rechtlichen Problematik (前注(9)), S. 138.; Dellingshausen, Sterbehilfe (前注(9)), S. 437.
- (75) それゆえ、不作為説を支持する論者からも決定的な批判を被る。例えが、Engisch, Tun und Unterlassen (前注(9)), S. 176, 44 (ガイン説)は「恣意以上のいかなる決断も導かぬ」として Roxin, Begehung und Unterlassung (前注(9)), S. 418, も単なる「非合理的な感情判断」にすぎぬと批判する。Dellingshausen, Sterbehilfe (前注(9)), は「婦結が評価すべき諸要素の選択によって先決される」としてこれを指摘する。作為説を以て Samson, Begehung und Unterlassung (前注(9)), S. 585, が行った批判と同調するの当然である。
- (76) 前注(9)に掲げたハンギンツの諸論文を参照。
- (77) Engisch, Aufklärung und Sterbehilfe bei Krebs in rechtlicher Sicht, in: Festsch. f. Bockelmann, 1979, S. 325.
- (78) Engisch, Tun und Unterlassen (前注(9)), S. 170. 彼はこの見解を以前から主張した。例えが、Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1930, S. 29, 44 Ed. Schmidt, Der Arzt in Strafrecht, くの批評論文 Mon, Schr. f. Krim. Biol 1939, S. 423, を見よ。このハンギンツの「キネルギーの基準」説は、西ゲインに於いて、多少の修正を被りながら、例えが、Welp, Voranganges Tun als Grundlage einer Handlungsgäquivalenz der Unterlassung, 1969, S. 10 ff.; Androulakis, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963, S. 51 ff.; に踏襲された。後述のホルツと Roxin, Begehung und Unterlassung (前注(9)), S. 380, も「基本的なこれを支持する Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 60 f., もまた「不作為を特徴づけるのは外部的にキネルギーを投入したという点である」と述べている。E. A. Wolf, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965, S. 35., が「作為によって結果を惹起する者は、客観的に確定している世界を破壊する」としてこれを彼の意味において変更する。不作為者はしかし、この事情をいささかも変更してはならない」として作為と不作為との区別基準を設定している。Engisch, Tun und Unterlassen (前注(9)), S. 170, Anm. 20., が言うように「基本的にこれと同じに帰するであろう。このように、ハンギンツの「キネルギー基準」説は、作為犯と不作為犯区別の一般理論として見ることができ、概ね受け容れられていると言いうことができよう。

- (79) *Engisch, a. a. O., S. 171, Androulakis, a. a. O., S. 57.*
- (80) *Engisch, a. a. O., S. 173.* 以下で用いられている「格別の手腕」という言葉は、*Schmidhäuser, AT, S. 114, 124* 以下も指示されている。
- (81) 「エネルギー基準説」の作為犯と不作為犯区別のための一般理論上の有効性については、わが国では概して否定的ないしは批判的である。例えば、神山幹雄「作為と不作為の限界に関する一考察」『現代の刑事法学』(平場安治博士還暦祝賀)(一九七七年、有斐閣)一一〇頁、一二〇頁(そこでは、「エネルギーとか社会的意味等は客観的基準要素としては余りにも漠然としており、判断者の主観によってかなりの振幅の差が生ずる恐れがあるので行為の存在論的把握方法としては理論的に耐えうるものではない」とされる)、中森喜彦「作為と不作為の区別」・同書二二八九頁(そこでは、エンギッシュの主張は、「作為と不作為との区別そのものに関するのではなく、その区別および両者の存在を前提としており、あるいは事実として存在する作為をエネルギー投入とは別の……態度の意味を区別基準として不作為と判定するもの」とされる)参照。なお、この問題性全般については、甲斐「人工延命措置の差し控え・中断の問題について」(六)海上保安大学校研究報告三三卷一号三頁以下をも見よ。
- (82) その上、エンギッシュにあつては、作為と不作為とを区別する要素としての「働きかけ」の存在を発見することが重要なのであるから、「心理的なエネルギーも全く顧慮の外に置かれるわけではない」。それゆえ、例えば、いわゆる「意味深い沈黙 (Beredeten Schweigen)」によって「気をつけ!」の号令をかけられた兵士をそのまま放置しておくことも、柔道やレスリングにおいて相手が首の絞め技にかけられたままにしておくのも、外部的にはそれと認めうる身体運動が存在しなくても、内心上のエネルギー投入という点を顧慮すれば、作為であるということになる (*Engisch, a. a. O. S. 127*)。しかし、そこまで「エネルギー概念の精神化」が認められるならば、この概念の本来持っているはずの現実的基盤が完全に失われることになるであろう。確かに、人間の「精神生活」のすべてを物理的に説明できるといふ思想もまた、ひとつの「人間観」である(例えば、ラ・メトリの『人間機械論』を見よ)——が、こうした「概念的遊戯」は、そのレトリックによっていつでも反対のものに転化させることが可能なのであるから、刑法「解釈学」にとってはむしろ有害であると言ふべきである。
- (83) 同じ意味で *Delingshausen, Serberhilfe (前注(80)), S. 439 f.* を見よ。
- (84) *Engisch, a. a. O., S. 178.*

- (55) *Engisch*, a. a. O., S. 178.
- (56) *Engisch*, Konflikte, Aporien und Paradoxien (前注(55)), S. 326 f.
- (57) *Schmidhäuser*, A. T., (前注(56)), 16/106.
- (58) *Schmidhäuser*, a. a. O.
- (59) *Schmidhäuser*, a. a. O.
- (60) *RGSt.* 63, 211 ff., はしかし「消毒しなかった物の「引き渡し行為」について述べてはいるが、しかし消毒しなかったという不作為に優先的な意義を認めない。
- (61) *Engisch*, Tun und Unterlassen (前注(59)), S. 165, 160.
- (62) *Schmidhäuser*, a. a. O., 16/107.
- (63) *Dellingshäuser*, Sterbehilfe (前注(62)), S. 444, 参照。
- (64) 「作為による不作為犯」という言葉に最初に言及したのは *v. Rohland*, *Die Kausallehre des Strafrechts*, 1903, S. 59, であるが、しかしその後も、今日では「不作為による作為犯」として特徴づけられる事態が念頭に置かれていた。これに対して、この言葉を今日の意味において初めて議論の中に導入したのは *v. Overbeck*, *Unterlassung durch Begehung*, in: *Der Gerichtsaal*, Bd. 88, 1922, S. 319 ff., である。永らく忘れられていたこの研究の功績に両ひ光を当てたのが、*Androulakis*, *Studien* (前注(64)), S. 152 ff., である。齊藤・前掲書(前注(64))が言うように、「この法形象は「法的には一種の不作為」を意味するにすぎないのであれば、前注(60)に列挙した、装置の停止行為を不作為と見るすべて見解の説明根拠を提供したものであると言えよう。
- (65) *Roxin*, *An der Grenze von Begehung und Unterlassung* (前注(64)), S. 381 ff.
- (66) *Roxin*, a. a. O., S. 382.
- (67) *Roxin*, a. a. O., S. 383. この婦結を支持するものとして *Armin Kaufmann*, *Unterlassungsdelikte* (前注(67)), S. 108; *Roxin*, *Täterschaft und Täterschaft*, 1/2. Aufl., 1963/67, S. 26., 参照。
- (68) *Roxin*, a. a. O., S. 383.
- (69) 「やのようなものは存在しない」とは「ありと否定するのだ」 *Armin Kaufmann*, *Unterlassungsdelikte* (前注(67)),

S. 203, である。が、彼はロクシンの挙げる第三事例である不作為犯への積極的な関与についてのみはっきりと否定しているだけであって、われわれの問題事例と関係する前述の二つの事例については、「事実上、……ドイツ刑法四六条二項が不作為の領域に類推的に適用される」(a. a. O., S. 108) ことを認めているのであるから、実質的にはロクシン説と一致することになるであろう。これに対して、「不作為による不作為」というような理論的カテゴリーは、そもそも解釈論的に成り立ちえなうとして、これを全面的に否定しているのは、ドイツの文献を見渡したる限りでは、Otto, *Recht auf den eigenen Tod?* (後注(115)), D. 42 ff., 46, だけである。

これに対して、わが国でロクシン説に多少とも批判的に対決した論者は、生命維持装置の停止は不作為かという問題に限っていえば、概して否定的であると言ってよい。例えば、神山「不作為と不作為の限界に関する一考察」(前注(81))一〇八頁以下、一一九頁(装置の停止「事例では既に維持されている法益を裸の行為によって物理的に現状よりも悪化させ、構成要件が予定する結果を現実に発生させるのであるから、かかる場合にまでそれを適用するというのは如何にも強弁ではなからうか」と言われる)、中森「不作為と不作為の区別」(前注(81))一三六頁(「蘇生器につながられ意識回復の見込みのない人間もなお法益性を失ったものではなく、法の関心の外にはないのであるから、蘇生器の取外しという不作為は禁止違反、不作為としての評価を受けるべきである」と言われる)、金沢文雄「人工呼吸器の遮断と刑法」*経政論叢*(広島大学)二六卷五号一一三頁以下(生命維持装置を取りつけることによって、川で溺れかけている子供が父親が投げてやったロープにつかまっていたときと同じように、確実に助かる状態がつけられた、といわれる)、参照。なお、甲斐・前掲論文(価前注(81))六頁以下をも参照。

- (100) 西原春夫「不作為と不作為の概念」『現代の刑事法学』(前注(81))九五頁、参照。
- (101) 齊藤・前掲書三一九頁。
- (102) Roxin, a. a. O., S. 395 ff.
- (103) Roxin, a. a. O., S. 399.
- (104) Roxin, a. a. O.
- (105) Sax, *Zur rechtlichen Problematik* (前注(23)), S. 139 ff., 45' v. Overbeck, *Unterlassung durch Begehung*, 1922, ① 論述を詳細に検討した結果、フォン・オーヴァーベックは確かに、真正の「不作為による不作為」および「不作為による不作為

為による作為犯」のほか、「作為による不作為」というものが存在することを明らかにしているが、しかしこれによって決して、それまで知られていなかった犯罪遂行形式としての新しい「法形象」が発見されたわけではないことを論証している。すなわち彼(ザックス)によれば、義務行為というものは「作為によって」も、つまり義務行為の非着手と同時的に行なわれることをなすことによって行なわれないことがありうるという、法的に重要でない自明のことが、これによって定式化された表現を与えられているにすぎないのである。実際、「作為による」という言い方が、法益を維持する効果が生ずる前に、義務行為の着手を不可能にさせるか、もしくはすでに遂行中の義務行為を終結させる何かを行っているということ在意味するにすぎないのであれば、「作為による不作為」には何ら特殊法的な意味は帰せられない(Sax, a. a. O., S. 141)。しかしロクシンは、本文中の叙述からも明らかのように、その理由づけはどうかであれ患者の死に結びつく装置の停止行為という、決して法的に重要でなくもない遂行形式をもこの範疇で扱えているのであるから、もしザックスによる右の論証が正しいとすれば、ロクシンの考えている「作為による不作為」という法形象はフォン・オーヴァーベックのそれとは決して同じでも、またその発展形式とも見ることはできず、彼独自のものと言わなければならない。したがって、それは決して「法的には一種の行為」であると言って済ませられるものではなく、法的には明らかに作為犯であるはずのものを、何らかの理由から特別に不作犯と見なす論理がそれ自身のうちに内在していることが見過ごされてはならないであろう。

(106) 齊藤・前掲書(前注(60))三一七頁は、生命維持装置を取りつけることによって患者が確実に助かる状態が作り出されたと見る不作為説の批判者たちの見解は誤解であるとし、この場合には助かる可能性ができただけであると言われる。しかし、救命の可能性さえあれば、生命保護命令の有効性にとっては十分ではなからうか。

(107) Roxin, a. a. O., S. 387., を見よ。

(108) Roxin, a. a. O., S. 386.

(109) Roxin, a. a. O., S. 387.

(110) Zimmermann, Der Sterbende und sein Arzt, NJW 1977, S. 2104, Dellingshausen, Sterbehilfe (前注(8)), S. 446., は、特にこの点を強調している。

(111) 例えば神山・前掲論文(前注(81))一二〇頁は、「本事例への適用の際にも、既に法感情によって不作為であるということとを右理論によって紛飾してゐるにすぎなからう」とされる。なお、Dellingshausen, Sterbehilfe (前注(8)), S. 446 ff., の批

判をよ見よ。

- (112) *Samson, Begehung und Unterlassung* (前注(19)), S. 583. なお *Engisch, Konflikte, Aporien und Paradoxien* (前注(20)), S. 183., を参照。
- (113) *Samson, a. a. O.; Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantentenprinzip*, 1972, S. 37.
- (114) *Samson, a. a. O., S. 587f.*
- (115) *Harro Otto, Recht auf den eigenen Tod? Strafrecht im Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung, Gutachten D zum 56. Deutschen Juristentag Berlin 1986*, 1986, D. 46.
- (116) *Otto, a. a. O., は* 概念のこつした操作的な用い方の適例を、*ジョージ・オーウェルの書『一九八四年』*の中に見出している。そこでは、「戦争は平和を意味する」、「自由は奴隷状態だ」、「無知は強味だ」というのが政権党のスローガンであった。——こつした命題の範型の中に、「作為は不作為である」という言明もぴったりと融け込んでいる!と、オットーは言うのである。