

講演

治療中止を例とした作為と不作為の区別

Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen am Beispiel
des Behandlungsabbruchs

クリスティアン・シュワルツェネッガー^{*}
監訳 只 木 誠^{**}
訳 秋 山 紘 範^{***}

訳者はしがき

本稿は、2019年1月21日に中央大学市ヶ谷キャンパスで開催されたクリスティアン・シュワルツェネッガー教授（チューリヒ大学）による講演「治療中止における作為と不作為の区別」の原稿を訳出したものである。

本稿では、刑法学において今日でも議論のある作為と不作為の区別という問題について、スイス刑法学の見地から検討が加えられている。周知の通り、ドイツではBGHSt 55, 191が治療中止という上位概念を採用したことにより、臨死介助の文脈では作為と不作為の区別が最早意義を持たなくなっている。しかし、スイスの通説的見解は依然として両者の区別を重視しており、シュワルツェネッガー教授もこうした立場から治療中止概念について批判的に検討を加えている。日本でも治療中止の問題は盛んに議論されており、BGHSt 55, 191は参照されることが多い判例であるが、これに批

* チューリヒ大学教授

Christian SCHWARZENEGGER
Professor, Dr., Universität Zürich

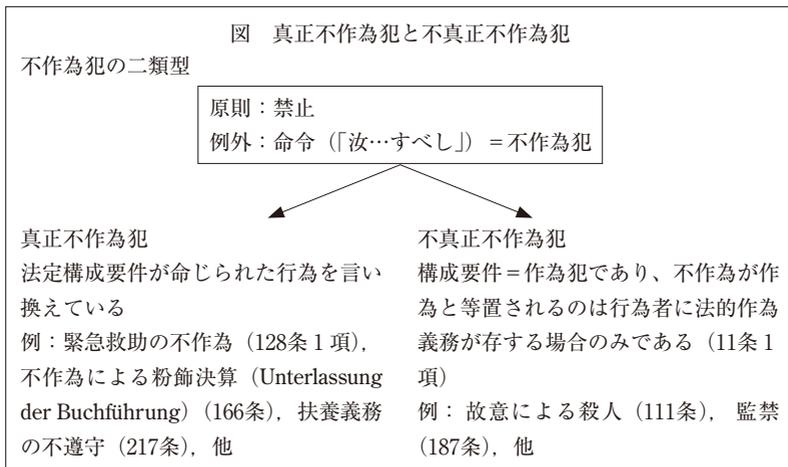
** 所員・中央大学法学部教授

*** 中央大学大学院法学研究科博士課程後期課程在学中

判的見地から分析を加える本稿は、多くの示唆を含んでいるものである。

I. 序 論

刑法各則の犯罪構成要件は、通常は、遂行のみを対象としている。例：故意による殺人は StGB111条^{〔訳注1〕}で以下のように言い換えられている。「殺した…者は…」。StGB11条〔不作為による遂行〕と関連付けることで初めて、不作為という態度形態も刑法上捕捉されることになる。作為犯がこのようにして不作為犯へと拡張される場合、それは不真正不作為犯と呼ばれる。



幾つかの犯罪構成要件にあっては、行為しないことが明示的に処罰の対象とされる。例：StGB127条〔遺棄〕では遺棄のバリエーションの一つが以下のように記述されている。「…放置した者は…」。ここでは作為義務、そして不作為の可罰性が、既に刑法各則の刑罰規則から明らかとなる。

〔訳注1〕 以下、特別の記載がない場合はいずれもスイス法を指す。

StGB11条との関連は必要ではない。これらの犯罪は真正不作為犯と呼ばれる¹⁾。

従って、概念上の区別は、ドイツ、オーストリア及び日本と同じである。

II. スイスの学説及び判例に従った作為と不作為の限界付け

作為と不作為の限界付けには、実務上、大きな意義がある。何故なら、不真正不作為犯の場合、追加の構成要件メルクマール、つまり保障人的地位が存在しなければならないからである。つまり、法的作為義務である(表を参照せよ)²⁾。

表 刑法における一般的・個別的作為義務

不作為の刑法的重要性

人間相互の一般的最低限度の社会的連帯を無視した場合 例：StGB128条1項第2類型〔緊急救助の不作為：生命の危険が迫っている者の不救助〕	特別な作為義務に違反した場合	
	例：StGB127条〔遺棄〕, 128条1項第1類型〔緊急救助の不作為：自己が傷付けた者の不救助〕, 158条〔不誠実な財産管理〕, 166条〔不作為による粉飾決算〕, 217条〔扶養義務の不遵守〕, 319条〔囚人の脱走の放置〕	StGB11条参照
	真正不作為犯	
	不真正不作為犯	

刑法理論的に見ると、作為と不作為とは異なった方法論が採用されて

1) これについては Donatsch/Tag; Seelmann/Geth; Stratenwerth; Trechsel/Noll/Pieth 等の教科書を見よ。

2) BGE 121 IV 10 E. 2.b.

いる^{〔訳注2〕}。（積極的な）作為の場合には、原則的には、因果的に結果を惹起するような全ての行為が構成要件を充足している（これでは広すぎる）。例：ナイフの売主は、謀殺者のその後の所為を因果的には幫助している（中立的日常行為による謀殺幫助）。それ故、構成要件の射程は限定されなければならない。かかる限定を根拠付けるのは、例えば、許された危険、社会的相当性、客観的帰属の阻却若しくは相当因果関係の阻却、目的論的縮小又は憲法解釈である。その際に問題となるのは、規範的修正である。

不真正不作為犯の場合には、これとは逆である。原則的に、不作為は構成要件を充足していない。ある者が特別の作為義務—つまり保障人的地位—を有しており（StGB11条2項）、かつ不作為が作為と同価値である（StGB11条3項）場合にのみ、この者は刑法上答責的であるとされるのである。規範的修正は、作為義務の規定の枠内で既に行われている。

ドイツとは対照的に—しかしオーストリアとは同様に（作為の優位性）—スイスにおいて作為と不作為の限界付けは、補充性の原則ないしは理論（Subsidiaritätsprinzip oder -theorie）に従って行われる。「行為と不作為の区別は、疑わしきは補充性の原則に従って行われるべきである。常に初めに検討されるべきは、構成要件に該当し、違法でかつ有責的な、積極的な作為が存在するか否かである。」³⁾ドイツにおいては、支配的見解及び判例が、「非難可能性の重点」説（Schwerpunkttheorie）に従った区別を主張している。個別事例のあらゆる事情と行為の社会的意味の考察が行われ

〔訳注2〕 以下の本文において論旨は既に明快であるが、補足として、シュワルツェネッガー教授が講演で用いられた図解をここで紹介したい。作為犯は頂点が下にある三角形（▽）になぞらえられ、およそ結果に対して因果性を有する無際限の行為（底辺）は、種々の篩にかけられることで、ごく一部のもの（頂点）だけが刑法上処罰されることになる。これに対して不真正不作為犯は頂点が上にある三角形（△）になぞらえられ、本来的には無であるはずの不作為（頂点）は、保障人的地位などの諸要件の検討を経て、有としての犯罪（底辺）へと拡張されることになるのである。

3) Ständige Rechtsprechung: BGE 115 IV 199 Erw. 2a; 120 IV 265 Erw. 2.b.; 129 IV 119 Erw. 2.2.

る、というのである。積極的な作為の中に非難可能性が主として見出され得る場合にのみ、刑法的な意味における作為と呼ばれるとする。従って、この段階で既に規範的な制限が行われている。

「非難可能性の重点」説に説得力がないのは、この説が社会的事実関係（証明可能な事実）の概念的分類と、構成要件の規範的制限とを混同しているからである。その結果、「不作為による作為」あるいは「作為による不作為」という、奇妙な概念構造が誕生してしまうことになる⁴⁾。治療中止は、これが当てはまる一例としてうってつけである。周知の通り、支配的見解によれば、治療中止は消極的臨死介助と称されている。その例としては、人工的な水分及び栄養法の供給、酸素供給又は人工呼吸の停止、静脈投与、輸血及び透析の取り止めがある。「非難可能性の重点」説を用いて、この考えの主張者は、行為の社会的意味にとって重要であるのは、自然な死に至る過程を阻止しないこと、つまり死ぬがままにすることである（作為による不作為）、と述べるのである⁵⁾。

区別の際に社会的事実関係の概念的分類が問題となっているのは、刑事訴訟法に目を向ければすぐに分かることである。周知の通り、訴訟法とは実体法を達成するためのものであり、そして社会環境において法益を侵害又は危殆化する行為者の可罰的態度は如何なる方法及び態様で非難され得るのか、という手続諸原則を打ち立てるものである。その際、中心的な役割を果たすのが証拠である。実体的真実は、証拠を用いることで突き止められなければならない。StPO139条1項は、以下の通り定めている。「刑

4) Zu Recht kritisch: Harro Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Verbrechenlehre, § 9 N 3 mit zahlreichen Hinweisen.

5) スイスに関して模範的であるのは：Brigitte Tag, Die Strafbarkeitsvoraussetzungen des StGB AT nach der Revision – Teil I, in: Brigitte Tag/Max Hauri (Hrsg.), Die Revision des Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil, Zürich/St. Gallen 2006, 17 f. mit Nachweisen. ドイツについては Harro Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Verbrechenlehre, § 9 N 4; Satzger/Schmitt/Widmaier/Kudlich, StGB-Kommentar, § 13, Rn. 7.; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, § 16, Rn. 703 mit weiteren Hinweisen.

事機関（Strafbehörden）は、真実発見のため、学説と経験の現状に従って適切であり法的に許容された全ての証拠を用いる。」

以下のような事例を想像して頂きたい⁶⁾。高齢の女性が昏睡状態にあり、胃ゾンデを経由して人工栄養を供給されている。彼女は話すことができず、健康状態が回復する見込みはない。彼女は判断能力がまだあった時点で、自身の娘に、そのような延命措置は一切望まないと告げていた。娘は母親のこの意思を実現させたいと考え、鋏で胃ゾンデを切断した。

検察官は刑事訴訟手続で、どのような証拠を収集するであろうか。不作為に関する証拠を探すであろうか。言うまでもなく、答えは否である。検察官は「実体的真実」を証明しなければならない。即ち、病室で実際に起こったことを証明しなければならないのである。その際、検察官は人証によって、そしてまた物証（ゾンデ）によって、娘の積極的な作為と母親の死との間に因果関係があったことを立証するのである。娘は何もしないことによって母親を死なせたと起訴状に書いてあったら、それはおかしいことであろう。

実体刑法においても問題はまさに同じである。社会的事実関係を概念的に分類することが重要なのであり、この点について、危殆化された法益に向けられたある種のエネルギーの投入を通じて、行為者が構成要件に該当する結果を因果的に（共同）惹起したか否か、ということ問うのは正しい。積極的なエネルギーの消費が、相応する結果にとって因果的であったのなら、不作為は問題となり得ない。可罰性の規範的な限定は、まずはそれに応じて、しかも犯罪構造の全ての段階で、つまり構成要件段階、違法段階、そして責任段階で、重要なのである。

III. ドイツのBGHによる、治療中止の場合における区別の放棄

2010年のBGHの基本的判断によって、積極的臨死介助と消極的臨死介

6) Ähnlich der Fall in BGHSt 55, 191.

助という伝統的区分は、不作為によっても、そしてまた作為によっても行われ得るところの、治療中止という規範評価的な上位概念に取って代わられた⁷⁾。

この基本的判決は、作為と不作為という「自然主義的な」区別を放棄している。同時に、作為を不作為へと規範的に再解釈することも最早ない。もし臨死介助行為が客観的にも主観的にも医療行為との直接的な関連を示しているならば、生命維持治療の差し控えも、その中止も、そして間接的臨死介助の形態における行為も、正当化され得る。許容された治療中止は、それに加えて、本人の生命を脅かすような疾病という要件によって制限される⁸⁾。更に、治療中止の正当化は、患者を治療する医師、世話人そして任意代理人の行為に限られず、それが医師、世話人又は任意代理人によって世話に関して招かれたヘルパーとして活動する人物である限りでは、第三者の行為も含まれ得るということが明示的に述べられているのである⁹⁾。これによって、結論においては、積極的態度と消極的態度との従前の区別に代わって、治療関連性及び治療に関連する本人の意思の実現という、治療中止の概念に内在する基準が新たに標準となっている¹⁰⁾。

結論において本判決は、患者の自己決定権に由来する臨死介助の許容性の演繹に関して賛成すべきものであり、本判決によって刑法判例はドイツ BGB1901a 条以下の法律上の決定と結び付いている¹¹⁾。同様に、作為によ

7) BGHSt 55, 191, 201 ff.; Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, Vor §§ 211 ff. Rn. 28a; Fischer, Vor §§ 211 ff. Rn. 61 ff.; Kraatz, Arztstrafrecht, § 6 Rn. 184 f.; Ulsenheimer-Ulsenheimer, Arztstrafrecht, Teil 3 Rn. 700. この判決によって、積極的臨死介助と消極的臨死介助という伝統的区分はその意義を失った。Fischer, 2. Roxin-FS, S. 571は、従前の区別を「時代遅れで紛らわしい」とし、それに加えて適切にも、消極的臨死介助が積極的行為をも包括しているのだとしたら、この専門用語はその意味を失うということを指摘する (BGHSt 55, 191 Ls. 2)。

8) BGHSt 55, 191, 204; Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, Vor §§ 211 ff. Rn. 28a.

9) BGHSt 55, 191, 205 f.

10) BGHSt 55, 191, 205.

11) BGHSt 55, 191, 204; Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, Vor §§ 211 ff. Rn. 28a;

る不作為の理論構成を引き合いに出さなくとも、積極的な作為による臨死介助は許容される、ということが明確化されたのは好意的に受け止められるべきである¹²⁾。この判決は、今日の医学的水準に従って、様々な行為が実施される中で治療中止はよくあることであり、単なる無為に尽きるものではないという事実を考慮を払っている。治療連関という区別のメルクマールは、全く治療とは無関係な措置だけでなく、故意に薬剤を過剰投与することも殺人犯として限界付けるための適切な基準として現れる¹³⁾。しかしながら、間接的臨死介助を理由付けなくして取り入れることには失敗しているように思われる¹⁴⁾。何故ならば、鎮痛剤の投与による生命の短縮は、治療中止と直接的には何の関わりもないからである¹⁵⁾。

私の考えでは、作為と不作為という法律上定められた行為形態の区別の放棄は、批判されるべきである¹⁶⁾。作為と不作為の限界付けが行われるべきであるのは、偏に、不真正不作為犯の場合には、例えば保障人的地位の要求といった可罰性に関する付加的な前提条件が存在し、そしてドイツStGB13条2項は不作為による遂行の場合にのみ発動するからである¹⁷⁾。

NK-Neumann, Vor §§ 211 ff. Rn. 130; Fischer, 2. Roxin-FS, S. 572; Kutzer, Rissing-van Saan-FS, S. 355.

12) Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, Vor §§ 211 ff. Rn. 28a.

13) MK-Schneider, Vor §§ 211 ff. Rn. 169; Verrel, NStZ 2010, 671, 673; vgl. auch Rissing-van Saan, ZIS 2011, 544, 547, ここでは治療関連性という要素によって、正確にも、医師の手伝う自殺又は自殺幫助という異なった問題が、治療中止による適法な臨死介助とは区別されている。krit. Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, Vor §§ 211 ff. Rn. 28a.

14) BGHSt 55, 191, 204.

15) MK-Schneider, Vor §§ 211 ff. Rn. 169; Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, Vor §§ 211 ff. Rn. 28a; Engländer, JZ 2011, 513, 519; Hirsch, JR 2011, 37, 38も参照。

16) Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, Vor §§ 211 ff. Rn. 28a; Dölling, ZIS 2011, 345, 346 f.; Joerden, 2. Roxin-FS, S. 505; Streng, Frisch-FS, S. 747; Walter, ZIS 2011, 76, 77; a.A. Fischer, Vor §§ 211 ff. Rn. 62; MK-Schneider, Vor §§ 211 ff. Rn. 171.

17) Dölling, ZIS 2011, 345, 346; Verrel, NStZ 2010, 671, 674; Walter, ZIS 2011, 76, 77 f.

それに加えて、問題があると思われるのは、患者の承諾による正当化を積極的治療中止の領域へと拡張することである。BGHは、ドイツ StGB32条（緊急救助）又は34条（緊急避難）による治療中止の正当化を認めていない¹⁸⁾。ドイツ BGB1901a条以下による医的侵襲の拒否に向けられた権利と、ドイツ StGB216条による要求に基づく殺人（殺人行為への承諾の禁止）との間には、依然として相違がある¹⁹⁾。Walterは、この文脈において正当にも、ドイツ StGB216条の目的論的制限を提案している²⁰⁾。

学説の一部には、患者の自律性という前提から出発して、治療の中止ではなく治療の実施が既に正当化を必要としているのだとする見解がある²¹⁾。〔この見解によれば、〕治療に向けられた現実の又は推定的な承諾が最早存在しないとなれば、直ちにそれ以上の治療は違法である〔とする〕²²⁾。理論上は、基本法で保護されている患者の自律性に方向付けられた構成要件の制限か、そうでなければ独自の違法性阻却事由が問題となる²³⁾。

18) BGHSt 55, 191, 197 f.; a.A. MK-Schneider, Vor §§ 211 ff. Rn. 173 f. m.w.H.

19) Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, Vor §§ 211 ff. Rn. 28a; MK-Schneider, Vor §§ 211 ff. Rn. 172; Eidam, GA 2011, 232, 241; Rosenau, Rissing-van Saan-FS, S. 558; Walter, ZIS 2011, 76, 78.

20) Ausführlich Walter, ZIS 2011, 76, 81; ähnl. Duttge, MedR 2011, 36, 37 f.; ドイツ StGB216条の目的論的制限を認めないのは MK-Schneider, Vor §§ 211 ff. Rn. 175; Engländer, JZ 2011, 513, 518は、行為を伴った治療中止という数多くの事例において問題となっているのはドイツ StGB216条による可罰性ではなく212条による可罰性であり、そしてドイツ StGB216条によって優遇されるためには、被害者によるあらゆる現実の又は推定的な承諾では不十分であり、むしろ被害者による明示的な要求が必要であるとの論拠を備えている。auch Rissing-van Saan, ZIS 2011, 544, 547 f.

21) Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, Vor §§ 211 ff. Rn. 28a; Dölling, ZIS 2011, 345; 347; Engländer, JZ 2011, 513, 517; Kubiciel, ZJS 2010, 656, 660; Walter, ZIS 2011, 76, 80.

22) Engländer, JZ 2011, 513, 517.

23) Engländer, JZ 2011, 513, 517; 客観的帰属を論ずるのは、NK-Neumann, Vor §§ 211 ff. Rn. 132.

このように批判される点があるにも拘わらず、BGHのこの基本的判決が、とりわけ医師と看護スタッフにとっては、それ以前に存在していた法的不安定性の解明に貢献していることは否定できない²⁴⁾。法的基準が不明確であるが故に、治療中止ではなくそれ以上の治療という安全な道がより好んで選択されるということは、容認できない。事実、BGH判決への批判は、ドイツにおいて消極的臨死介助があまりに頻繁に行われているのではなく、逆に減多に行われていないという点に問題性がある、ということを誤解している。その上、第二刑事部の裁判は、患者の自律性を補強するための実質的な貢献を果たしているのである。それにも拘わらず、生命維持措置の中止とその差し止めとを同列に扱う連関において、消極的臨死介助の法規定が、依然として望まれている。同じことは間接的臨死介助に妥当するものであり、その連関においては、生命を脅かす疾病の場合に、死の時間的切迫性とは無関係に間接的臨死介助が問題になることが明らかにされるべきだろう²⁵⁾。

IV. スイスにおける治療中止

スイスにおいても、治療中止は作為であるのかそれとも不作為であるのか争点となっている。広く浸透した見解によれば、治療中止とは消極的臨死介助の一形態を意味するものである——これは、自然な死に至る過程を阻止しないこと、つまり「作為による不作為」を理由とする²⁶⁾。別の見解は、これとは逆に、生命維持措置の中止を積極的行為と看做し、そこから積極的臨死介助の領域への分類が明らかになる²⁷⁾。この第二の見解は適

24) Fischer, Vor §§ 211 ff. Rn. 63; Engländer, JZ 2011, 513, 520; Rosenau, Rissing-van Saan-FS, S. 561; im Ergebnis auch Walter, ZIS 2011, 76, 82.

25) So § 214a AE-StB; NK-Neumann, Vor §§ 211 ff. Rn. 146.

26) PK-Geth, Vor Art. 111 Rn. 6; Donatsch, Strafrecht III, S. 25; Geth, Passive Sterbehilfe, S. 29 ff.; Seelmann/Geth, AT, S. 108 f.; Trechsel/Noll/Pieth, AT/1, S. 237.

切にも、支配的学説が行うように、作為を不作為へと評価的に再解釈することは、スイス刑法において支配的である補充性の理論に従えば維持できないという問題を認識している²⁸⁾。行為無価値の点においても結果無価値の点においても違いはあるというのに、支配的学説が——治療中止を不作為に分類するにも拘わらず——第三者を通じて中止が為された場合には作為だとするのは、矛盾している²⁹⁾。従って、機械的な治療中止が積極的行為として分類されるのだとすれば、この行為は StGB114条〔要求に基づく殺人〕(場合によっては StGB111条〔殺人〕, 113条〔故殺〕)の客観的構成要件を満たしている。だが、現在の、そして自己答責的な又は事前指示書によってあらかじめ表明された若しくは少なくとも確認可能である推定的な瀕死の者の意思が、生命維持治療の中止を目指しているならば、憲法上の財の衡量に基づいて、この直接的積極的臨死介助には超法規的正当化が認められるべきであろう³⁰⁾。患者が判断無能力又は発話不可能で、その推定的意思が確認できない場合には、この違法性阻却事由は適用できないが、他方で死が間近に迫っている場合に医師の治療義務は——不作為のバリエーションの場合のように——見込みがないことを理由に、なくなるのである³¹⁾。より長く生きる見込みはあるが継続的な植物状態 (PVS) にある人の場合に、積極的な治療中止は正当化されるのか否か、そしてされるとすればいつからなのかは、憲法及び刑法の現状によっても明らかではない³²⁾。だが、スイス国民の考え方は医療実務と同様に、最も重度の脳障

27) BSK-Schwarzenegger, Vor Art. 111 Rn. 59; BSK-Seelmann, Art. 11 Rn. 22; Ege, in: Andorno/Thier (Hrsg.), Menschenwürde und Selbstbestimmung, S. 299 ff.

28) BSK-Schwarzenegger, Vor Art. 111 Rn. 59.

29) PK-Geth, Vor Art. 111 Rn. 6 m.w.N.; BSK-Schwarzenegger, Vor Art. 111 Rn. 60.

30) BSK-Schwarzenegger, Vor Art. 111 Rn. 61は BGHSt 55, 191を参照指示するが、それによれば治療中止が正当化されるのは、「このことが現実の又は推定的な患者の意思に合致し (BGB1901a 条), そして治療しなければ死ぬ疾病の進行を成り行きに任せた場合である。」

31) BSK-Schwarzenegger, Vor Art. 111 Rn. 61.

32) BSK-Schwarzenegger, Vor Art. 111 Rn. 61.

害がある長期的患者の治療中止の場合には、無罪を求めているということを示している³³⁾。だが、BGHSt 55, 191における作為と不作為の伝統的区分からの脱却は、スイスにおいて支配的である補充性の原則と、そこから判明する作為としての治療中止の分類を顧慮すれば、何も新しい理解を提供してはいない³⁴⁾。それ故 Ege は、StGB114条の承諾の限度に基づいて、同条の目的論的制限を提案しており、それによれば最も重度の脳障害がある患者にあっての機械的な治療中止は、同規定の文言からは最早落ちてしまう—これは、持続的な遷延性意識障害、直接の治療関連性、そして疑う余地なく確認可能な患者の推定的意思という、厳格な前提を条件としている³⁵⁾。

33) Ege, in: Andorno/Thier (Hrsg.), Menschenwürde und Selbstbestimmung, S. 306 m.H. auf SAMW, Langzeitpatienten, S. 5.

34) Ege, in: Andorno/Thier (Hrsg.), Menschenwürde und Selbstbestimmung, S. 305 m.w.H.

35) Ege, in: Andorno/Thier (Hrsg.), Menschenwürde und Selbstbestimmung, S. 306 m.w.H. そして、BGHSt 55, 191 ff. に関連して、この判決は、治療中止への承諾に関する中心的な前提条件として、一方では治療関連性を、他方では治療の終了に関係する本人の意思の実現を定めている。ドイツの法律状況に関しては、同様に Walter, ZIS 2011, 76, 81 f.