

ドイツ刑法の変遷における生命の保護

——比較法史における生命の『神聖性』と『質』について*——

アルビン・エーザー
野村 稔
関 哲 夫 訳

〈目次〉

- 一 生命保護の比較法的意味
 - 二 カロリナ法典以前の刑法上の生命保護
 - 一 生命の原則的な要保護性について
 - 二 墮胎と嬰兒殺
 - 三 自殺—安死術
 - 四 戦争での殺人—正当防衛—死刑
 - 五 小括
 - 三 現代法およびその動向
 - 一 すべての基本権の基礎としての生命
 - 二 死刑の廃止—正当防衛制限の傾向
- ドイツ刑法の変遷における生命の保護（エーザー・野村）

- 三 妊娠中絶の許容範囲の拡大
- 四 新生児の死の容任—「モンスターム」
- 五 「心臓死」から「脳死」へ
- 六 瀕死者の治療中断
- 四 展望

一 生命保護の比較法的意味

諸国家の法律、制度、その他伝統を相互に比較することはそもそも努力に価いすることなのか、という疑問に、比較法研究

は、繰り返し晒されております。事実、何ら比較する意味のない領域が存在しますが、それでもなお普遍的な意味を有する領域が、少くとも一つ存在します。すなわち、人間生命の価値と保護に関する領域がそれです。といいますのは、真実、「神聖 (Heilig)」とみなすことができる価値が存在するとしたら、それは人間生命だからです。この点は、不可知論者として、決して宗教を基礎に自説を主張しながらない論者達によっても認められております。例えば、当時、英国安楽死協会会長であった G・ウィリアムズは、『生命の神聖性 (The Sanctity of Life)』という彼の有名な著作の中で、「たとえ個人が無能で、無価値で、嫌悪すべき存在であろうとも、あらゆる人間生命を神聖なものと考える」のが我々の義務であることを「現代の無神論者達」でさえ認めている、と断言していたのです。

しかし、様々な国家間および法秩序間の比較を可能にし、必要とさせているのは、何も生命に対すごうした普遍的な価値評価に限られません。おそらく、もっと強い誘因となっているのは、人類史上、生命が正に今日ほど重大な危険に晒されている時代はかつてなかったという認識が広く行き渡ったことでしょう。その最初のきっかけとなったのは、生活圏をますます狭めている環境破壊という驚愕すべき事実到我々が気づいたことです。さらに、そのきっかけは、人間の自律性要求、すなわ

ち、人間が独断により自らの死を惹起しても、それによって生命が処分されたとは考えず、反って死にさえ打ち克とうとしているとする自律性要求にも表われています。そして、最後に、そのきっかけは、言うまでもなく生物医学の万能思想に表われており、これによると、生物医学にとって、生命を発生させる場合も、生命を実験し、また、毀滅させる場合も、超え難い限界など存在していないように思われるのです。

こうした一連の傾向の中であって、伝統的に「神聖」不可侵と考えられてきた生命が、ますます「質的な」評価に晒されることで、必然的に他の諸価値との比較衡量にも晒されるのは、別に不思議ではありません。その意味で、一方の「神聖性」を志向する生命保護から、他方の多分に「質的な」考察へと至るこの種の動向を実際、長期にわたって確認することが可能か、また、どの程度可能なのかという問題、そして、その原因は一体どこにあるのかという問題を検討する理由は、十分にあるのです。その目的のために、以下では、今日のドイツ法を、とくに近世初頭における刑法上の生命保護と比較していきたいと思えます。

正にこのような比較の視点を選択する所以は、何よりもまず、幸運にも、刑法史上きわめて意義深い記念の年という偶然が存在していることにあります。といいますのは、およそ四五

○年前、最初のライヒ統一刑法典にあたる一五三二年カール五世の「刑事裁判令 Peinliche Halsgerichtsordnung」が、当時の「神聖ローマ帝国」に誕生しております。ヨーロッパ大陸の広い地域にわたって、ほぼ三五〇年もの間、少くとも補充的な効力をもっていたこの「カロリナ裁判令 Constitutio Criminalis Carolina」(CCC)を今日の法と比較することには、しかし、重要な実質的理由もあります。といいますのは、後述しますように、このいわゆる「カロリナ法典」は、正に生命保護に関して、ある種の頂点をきわめていたからです。この法典では、ローマ法に起源をもち身分的差別で骨抜きにされた生命保護の考え方と、ゲルマンに由来する贖罪金制度とが、神聖性を志向する生命観をもった教会法の影響を受けて融合した結果、生命保護は、それまで到達したことのない絶頂にまで達していたのです。

しかし、その過程に言及する前に、なお話しの順序として一言前置きしておきたいと思えます。本日の講演において、生命の「神聖性」と「質」とが対置されるとき、これはただ、ある種の定位点を標示しているにすぎないとお考え下さい。その場合、「神聖性」は、人間生命を、肉体的・精神的欠陥や社会的有用性を顧慮せずに、それ自体として保護しようとするあらゆる傾向を特徴づけるものとして用いられます。これに對し、

ドイツ刑法の変遷における生命の保護(エーザー・野村)

「質的」志向は、生命をそれ自体不可侵で比較衡量できないものと解するのではなく、質的に序列を付すことのできるものと解する、あるいは、ともかく他の諸価値との比較衡量を初めからすべて封じたりはしないあらゆる見方を念頭においているとお考え下さい。二つの基準が意識的に曖昧にされていますので、生命の「神聖性」と「質」の語は、その都度、引用符をつけて用いることにします。

検討の順序としまして、「神聖性」志向か、それとも、「質的」志向かの傾向をめぐる問題を、二つの発展段階に分けて究明しようと思えます。第一の段階では、一五三二年のカロリナ法典を比較の視点に据え、その後、第二の段階では、当時達成された水準を、今日の刑法上の生命保護と比較したいと考えています。その場合の素材として、とくに生命保護の泣きどころとなっている、墮胎、嬰兒殺、自殺および安楽死をそれぞれとりあげることにします。

二 カロリナ法典以前の刑法上の生命保護

一 生命の原則的な要保護性について この点について、カロリナ法典で関連する殺人罪の構成要件では、一ひとまず、墮胎と嬰兒殺を除外して考えてみます―何ら人的制限は付されてはいません。確かに、殺人罪の客体について、大抵の場合、

「人 jemand」、「子ども Kind」、あるいは、「被殺者 Enleibter」という文言が用いられているだけです。しかし、疑う余地なく、カ、ロ、リ、ナ法典は、これらの文言により、人間としての出自をもつあらゆる存在を念頭においていたのであり、しかも、性別、年齢、身分あるいは健康状態をまったく顧慮していなかったのです。したがって、精神病者であっても、病衰者や瀕死者であっても、刑法的保護を十分に享受していたのです。⁽²⁾ただ、いわゆる「モンストルム（重度形態不全）」や権利喪失宣告者だけは、その例外とされていました。この点については、後に改めて言及するつもりです。

このように、原則として人間生命を平等に評価する立場とは異なり、ローマ法では、人間は必ずしも平等ではありませんでした。実際の実務状況については不明瞭な点も多いのですが、それでもとにかく、一二表法 *Twelftalfrecht*（紀元前四五〇年頃）の支配下にありながら依然として古代ローマ法が通用していたといわれており、そこでは「自由人 homo liber」を殺害した者だけが殺人犯であるとされました。⁽³⁾このように、公的な生命保護を自由人に限定したために、奴隷を殺害することは、一奴隷は人間ではなく、物とされるため一私有財産に対する犯罪、つまり、単純な器物損壊にしかありませんでした。しかも、これさえも、奴隷が他人の所有に属しているという前提があつて初

めて言えたことであつて、主人が自分の奴隷を殺害しても、制裁は科されませんでした。殺人に関する法の基礎をなした、紀元前一世紀の「謀殺に関するコルネリウス法 *lex cornelia de sicario*」が次第に奴隷殺害にも適用されるようになったのは、ようやく、自由人にあらざる者も人間であると認められるようになってからのことですし、しかも、実際にそれが謀殺罪の構成要件の中に完全に包摂されたのは、ようやく、コンスタンティヌス帝治世（紀元四世紀）になってからのことといわれているのです。⁽⁴⁾

このように、古代ローマ法では、人間生命に身分的条件を付すと同時に、質的な差別を設けていたわけですが、その点の特徴をなしていたのは、特定の階層にはそもそも人間としての要保護性を認めないと同時に、なお、生命を純粹個人的な存在および実在とは認めずに、ただ個人の社会的役割の中でその都度認められるものと考えていたことです。

同じように、ゲルマンの法思想にとつても、奴隷は未だ「人」ではなく、「法的には動産」にすぎませんでした。⁽⁵⁾その意味で、奴隷は、所有者の支配権能に服し、場合によっては殺害することも許されました。必ずしも明らかになっていませんが、部族法上の構成体系 *Kompositionssystem*（紀元八世紀）による差別的な贖罪金賦課——この一部は、中世後期まで存続することがで

きましたが—もまた、同じく、生命を身分に応じて評価するやり方に依拠していたといえます。これによりますと、戦闘能力のある自由人への「人命金 *Werd*」の性格を持った贖罪金⁸⁴が、人を殺害したことに對する贖罪としての「頭格の評定 *capitis*」にもとづき、地位、性別、および、年齢に應じて段階的に評定されていたのであり、その場合、例えば、女性の出産能力や子どもの洗礼の有無が、加算点として贖罪金の査定に影響を与えていたのです⁸⁵。

かような生命価値の序列化を一度意識して初めて、カローナ法典の人間像を十分に評価することができるのです。個人が封建法上どのような位置を占め、また、社会的ヒエラルキーにおいてどのような階層を占めているかに関わりなく、カローナ法典は、人間としての刑法上の要保護性に関し、原則として、主人と奴隸、男性と女性、知識人と文盲人、健康人と重病人とを同列に扱っていたのです。生命に質的な差別を設けていたそれまでの考え方をこうして克服したことについては、キリスト教思想の影響を抜きにしては考えられません。これによりますと、生命は、賜物ならびに天命と解すべき、神からの贈り物なのです⁸⁶。しかも、人間は神の被造物として、その存在において、原則としてすべて平等なのです。といえますのは、後年、ナチ強制収容所で殺された、プロテスタントの神学者D・ボン

ドイツ刑法の変遷における生命の保護（エーザー・野村）

ヘーファーが述べていたように、「神が人間の創造主、守護者および救済者である」ということは、神の御前にては、最も哀れな生命であっても生きるに価いすることになる⁸⁷」からです。その限りで、人間生命は、肉体的性質とか社会的身分に関わりなく、それ自体として「神聖」不可侵なのです。教会の教義が中世の法に次第に影響を及ぼしていくにつれ、結局、生命それ自体を価値と評価するこの考え方が、カローナ法典にも受け容れられていったわけです。

二 墮胎と嬰兒殺 右に述べたような精神的な生命観は、墮胎と嬰兒殺の可罰性においても一層明瞭にあらわれています。出生後の生命は肉体的に捕捉できるので、その保護も比較的容易に理解することが可能なのに對し、出生前の生命の保護は、生命権が文字通り「自立能力 *Aut-eigene Freiheit*」に依存するのでなく、既に胎芽の状態の人にも認められるのだ、という考え—今日でも再三拒絶されますが—を前提にしています。ですから、ローマ法が、帝政時代（紀元頃）に至るまで、墮胎を不処罰にしていた点は、それが明らかに肉体的自立性を過大に評価していたことを念頭におくならば、別に怪しむに足りません。確かに、墮胎は、反倫理的な行為と感じられるようになり、家長（*Pater familias*）によって懲戒されることもありましたが、共和政時代末期には、とくに上

流階級の間に墮胎が蔓延するようになり、社会的悪行として公に非難されるようになり、結局、セペロ帝政 *Septimius Severus* (紀元二〇〇年頃) 以降には、刑罰さえ科されるようになりました。⁽⁹⁾ しかしながら、墮胎と避妊とが同列におかれていたことでもおわかりのように、⁽¹⁰⁾ そこにおいて重要だったのは、個人の生命保護というよりも、むしろ人口政策上の利益であったといえるのです。そして、木の実は、それが未だ落下しない限り木の一部分とみなされるのと同じように、胎児もまた、「母体の一部 (*mulieris portio vel viscerum*)」にすぎないと考えられていました。⁽¹¹⁾ もちろん、最近のデモで、「私のお腹は私のもの」というスローガンによって声高に表現される、女性解放運動 (*Emancipation*) のローマ法上の原型が右の点にあると考えたがる論者は、ローマの男性自身の利益を過少評価するものです。といえますのは、今日のように、確かに、男性が生殖行為によって子どもをつくり、そして、一出生した暁には一扶養することができけれども、しかし、その子どもの出生前の毀滅を阻止することができないのと異なり、ローマ法では、父親は墮胎によってその嫡出の後継ぎを奪われると考えられていたため、墮胎は父親に対する攻撃とみなされていたからです。⁽¹²⁾ また、新生児を遺棄する父親の権利が帝政下になってようやく否定されるようになった背景には、社会衛生上の理由があったものと推測さ

れます。この点は、いずれも形態不全者 (*Misgeburt*) に関することですが、これを殺害することは、古来の人倫によれば、父親にとって義務とさえされていました。⁽¹³⁾

同じく、ギリシャの偉大な哲学者にとっても、人間生命は未だ価値そのものではなく、その社会的有用性に依存していました。といえますのは、プラトンが、彼の『ポリテイア *Politeia*』の中で説いているように、女性には「公務員としての家柄の純血を維持する」ために、その時々生まれた子どもを主轄官庁に引致しなければならず、また、「障害をもって生まれたときには、女性はその子どもを立入りできない密かな場所に隠していた」⁽¹⁴⁾ つまり、実際には、遺棄して、死ぬがままに放置していたからです。同様の意味で、アリストテレスも、両親が、その扶養能力を超えるほど多くの子どもをもった場合には、墮胎するよう進言すべきだと考えていました。⁽¹⁵⁾

この既に社会進化的な傾向を帯びた生命評価が、胎児や新生児自身の権利に未だ何の理解も示していないと思われるのに比べ、ゲルマンの部族法やラント法 (紀元八世紀以降) では、墮胎と嬰兒殺は次第に厳しく処断されました。⁽¹⁶⁾ こうした生命保護の強化もまた、他ならない、教会の影響に因るものと説明することが出来ます。その場合、決定的な要点となっていたのは、キリスト教の靈魂の教義でした。すなわち、人間にとって、そ

の靈魂が(も)本質的であるのなら、もはや生命保護は肉体の状態や社会的有用性だけを志向するものであってはならず、靈魂(Anima)をも尊重するものでなければならぬわけだ。この新しい神学的・人間学的見解は、とくに次の三つの態様において結実しました。

―第一に、胎児の生命保護を強化し、かつ、その独自性を確立しました。といいますのは、靈魂が人間存在の本質的部分を成し、そのうえ、靈魂が既に胎児にも注がれているとするなら、胎児は、その入靈(Beedung)の時点から人間生命として保護に値いし、しかも、単に母体の一部にとどまらず、固有の権利をもつ個性的人格の萌芽として保護に値いすることになるからです。そのため、教会法大全 Corpus juris Canonici(紀元一世紀)は、「アウグステイヌスに依拠し、墮胎犯人を「殺人犯 homicida」と呼称すべきだと考えていました」⁽¹⁷⁾。

―さらに、この精神的な人間観には、生命の「神聖性」を論ずる起源も存在しているといえます。といえますのは、人間が自分の靈魂を通して神の御心による生命を分かち合うことができる、その人間は、心身の統一体として、自然を超越した聖人という聖域にまで達するからです。

―しかしながら、他方、人間を靈魂のうちに基礎づけることによって、その保護は制限されざるをえませんでした。といいま

ドイツ刑法の変遷における生命の保護(エーザー・野村)

すのは、入靈した人間だけが生命尊重に値いするのであれば、靈魂を否定すべきだと考えられる存在はすべて、保護されなくなってしまうからです。そして、この点は、初期段階にある胎児⁽¹⁸⁾、とくにいわゆるモンスタームに妥当しました⁽¹⁹⁾。

このようなわけで、結局のところ、カトリク法典においても、こうした教会法上の(Kanonisches)人間観がもたらした刑法上の効果、すなわち、墮胎、嬰兒殺および新生児遺棄を原則として普通殺人と同列に扱うことによって保護を拡大する傾向をはっきりと読み取ることができるのです。他方、墮胎においては、「生きている」子どもと「生きていない」子どもとを区別することによって、保護を制限する傾向も読み取ることができます。すなわち、「生きていない」胎児を墮胎した場合、その処罰は法に通曉した者の裁量に委ねられ、その結果、とにかく死刑を科されることはなかったのに対し、既に「生きている」と考えられる胎児を男性が墮胎させた場合、殺人と同じく、断頭刑によって贖罪しなければならず、妊婦については溺死刑によって贖罪しなければなりません(カリリナ法典一三三条)。したがって、「生きている」という判断基準には、墮胎する者の運命にとっても、文字通り、生死を分かち意味があったわけですから引用符をつける位置を逆にすべきかもしれません。少数説が、「生きている」という言葉を「生存能力あ

る(Obensching)」という意味に解することができると考えていたのに対し、多数説は、それをカノン法上の觀念の意味における「入靈した」という意味に解していたのであり、殊に當時は、formatus, vivificatus あるいは animatus は一般に同義に解されていきました。⁽²²⁾

これにより、実務は、そうした入靈がいつの時点から認められるのかという解決困難な期限問題をつきつけられました。九〇日経過すれば胎児は入靈したものと考えるアリ、スト、テ、レスの見解を支持する論者もいれば、聖書のモーゼの言葉を誤解して、男の胎児は女の胎児に比べ、二倍も早く入靈できるとする見解を支持する論者もいましたが、支配的な見解は、受胎後四〇日を決定的な節目にしていきました。⁽²³⁾ 今日から見れば、当時のこうした論争は、ややもすると一笑に付されるのが常です。もっとも、胎児は初期段階においては単なる「細胞塊(Zellhaufen)」であるとして比較的僅かな価値しか認めない、漸時有力になっている見解も、正に formatus と informatus を区別する先ほどの見解とそれほどかけ離れているわけではないのです。その点とはともかくとして、人間存在にとって本質的と考えられる入靈の問題が、講壇理論家の頭を悩ませただけにとどまらず、堕胎裁判をも支配していたという事実のもつ歴史の意味は、いずれにしても変わりません。

しかし、入靈説にも少なからず憂慮すべき裏面があったことを隠蔽するわけにいきません。すなわち、この説によりますと、いわゆるモン、スト、ルムを殺害することが一般に許容されることになるという裏面がそれです。⁽²⁴⁾ 靈魂を否定できると考えられる存在であると同時に、当時の人々の觀念によるなら、人間としての本質的な徴候を欠く存在はそもそも生命保護をまったく保証されないとする点では、これは確かに理論的に一貫しているように思われます。といいますのは、その基礎となっている人間学に立脚するなら、そうした帰結によっても、生命の「神聖性」はそもそも損われていないからです。言うまでもありませんが、体系内在的な一貫性と引き替えに、望ましくないと考える生命を初めから人間の概念から放逐することで、一体いかなる代償が支払われているのが重要となってくるのです。この点に関し、入靈説もまた、生物学的に存在しているという理由だけで生命を「神聖」と解するわけではなく、そもそも一定の人間学的な質に合致する場合に限って「神聖」と解するのです。

三 自殺—安死術 生命の始期段階と同様、生命の終期を考察することによっても、生命の刑法的評価を解き明かすことができます。といいますのは、法は「いかなる代償を払っても」「最後の息を引きとるまで」生命を維持すべきだと命じて

いるのか、それとも、自分の手によって、あるいは、他人の手によって生命を短縮することを許容しているのかによって、逆に、生命の不可侵性か、それとも、生命の自由処分性かを推論することができると考えられるからです。しかし、それと同時に提起される自殺と安死術の許容性の問題について、カロリナ法典、それ自体からは断片的な見解しか得ることができません。

まず初めに、「自殺の処罰 *Straf wegen tödung*」について述べますと、確かに、カロリナ法典(二三五条)は、罪を犯して生命財産を喪失した犯罪者の自殺と、肉体的あるいは精神的な障害のために自殺した場合とを区別しています。しかしながら、こうした区別から導き出される帰結は、もっぱら遺産相続の運命に関連しているだけであって、「通常の」自殺の場合には、遺産は依然相続人が相続しうるのに対し、犯罪者が没収併科の死刑執行前に自殺した場合には、その財産は(ラント君主に帰属し)相続人は相続できませんでした。

それはそうと、カロリナ法典には、しかし、自殺未遂や自殺幇助を罰する規定は見られませんし、また、その他の略式の制裁についても規定はありませんでした。この点を基礎にして、カロリナ法典は原則として自殺を許容していたとか、少くとも、免責されるものと考えていたとか、あるいは、いずれにしても自殺を犯罪と考えていなかったというような結論を出すこ

とができるかどうかについては、この法典が通用していた期間の間じゅうずっと争われていた点です。⁽²⁵⁾それはともかくとして、実務に関する限り、カノン法の影響を軽視するわけにはいかないものであって、カノン法によると、アウグステイヌス以来、自殺は神の殺人禁令に反するものとして明確に否認され、⁽²⁶⁾そして、教会埋葬の拒絶という制裁が科されていました。⁽²⁷⁾この点は、皮剥場でのいわゆる驢馬による埋葬(*Eeselsbegräbnis*)によって、自殺既遂者の市民的名誉を剝奪することとは、ほんの紙一重にすぎませんでしたし、また、結局、これは自殺未遂の処罰へもつながっていったわけです。

したがって、確かに、カロリナ法典は少くとも当時の没収の濫用を抑えようとする善意を有していたと言うことはできません。しかし、それ以上に、カロリナ法典は自殺を否定するのを断念していたとか、自殺の自由を承認していたと考えるとしたら、それは当時の精神に反することになりましょう。といいますのは、当時の精神によりますと、自分の生命であっても——たとえ、それがいかに悲惨なものであっても——神の賜物であるがゆえに、「神聖」とされていたからです。そして、精神錯乱のため生命を放棄した者だけが、神の御恵と人の慈悲を期待することが許されると考えられていました。

右のことを基礎にして、カロリナ法典では、同意にもとづく

殺人が許容されていたので、ひょっとして安死^{（28）}術が容易だったと考えようとしても無駄であることは、別に異とするに足りません。といいますのは、自分の手によって生命を放棄することが許されないのに、他人の手による殺害が許されることなどありえまじうか。また、それと同時に、カロリナ法典は、ローマ法ともほとんど矛盾していないといえます。といいますのは、（場合によって）不処罰の自殺の場合と異なり、要求にもづく殺人の場合、「同意は違法をつくらず *volenti non fit iniuria*」の原則に従い、はたしてこれが正当化されたのかどうかは、まったく不確かだからです。いづれにしても、古代においては、医師がそれ以上無意味な治療措置を施すことを禁ずることによって、瀕死の病人の死を容任すること^{（29）}（*Stephenlassen*）をある程度許容していたといえるのです。

四 戦争での殺人——正当防衛——死刑　しかしながら、たとえその生命保護の防護壁が様々に破砕されている点を考慮に入れないにしても、右で述べました、総体的に強くて包括的な生命保護の様相は、きわめて婉曲的言い回しであることに変わりはありません。この場合、重要なのは、生物学的な生命は一例えは、古代ローマ法では奴隷が、また、カロリナ法典では形態不全者がそうであったように——初めから人間存在を否定されていたということよりも、むしろ、ご承知のように、人間を殺害

することが正当と認められる場合が存在していたということです。こうした場合が生じたのは、平和喪失宣言、*Friedenserklärung*により犯罪者の人権を否認すると同時に、彼を野獣を殺すように射殺したことを通してなのか、それとも、例えは、正当防衛の場合のように、殺人を正当化する特別な正当化事由を承認することを通してなのか、というような構成上の差異は、この際重要ではありません。といいますのは、人間生命を死の犠牲にしてしまふほど重要な利益とは一体何であるのか、ということこそ、実質上重要だからです。ここでは、生命と他の諸利益との比較衡量がその都度行われていたことは否定できないことです。もっとも、その評価のメカニズムは——法規あるいは慣習によって、既に一般的に先取りされているがために——個々の事例においてそれほど意識されないことが多いのですが。

以上のような観点からカロリナ法典における生命の評価を考察したとき、神聖性という外套は、醜く穴のあいた外観を呈しておりました。戦争の敵軍を殺害することは、明文をもって許容されていたわけではありませんが、正当と考えられていました。確かに、これは人間の強権志向（*Machtübertreibeit*）の表われとして遺憾なことではありますが、しかし、永い伝統をもとに考えると、別に驚くべきことではありません。正当防衛による殺人も、今日にいたるまで、慣習の枠内にあるものとして許

容されてきました。それだけに、死刑による権利喪失宣言を問題にするとき、明らかに生命価値が低廉化していることには一層驚かされます。死刑が科されたのは、とにかく生命と生命とが衝突している殺人罪（カロリナ法典二三〇条以下）に限られなかったのです。例えば、瀆神犯（二〇六条）、有害な呪術師（二〇九条）にも死刑が科されていましたし、通貨偽造者（二二一条）、道德違反者（二二六条）や強姦犯人（二二九条）、反逆者や脱走兵（二二四条）、放火犯（二二五条）や暴徒（二二七条）にも、また、言うまでもなく、強盗（二二六条）や加重窃盗（二六〇、一六一、一七二条）にも死刑が科されていたのです。これらの場合、当時の人々の観念によるならば、価値の高い法益の保護が問題となっていることを考慮するにしても、生命はおよそすべての比較衡量を禁じていたわけではなく、場合によっては純粹物質的な財産的利益のために犠牲にされることさえ許していたということは、見誤りようがないのです。

五 小括 かくして、生命の絶対不可侵性を語ることは、もはやできないのです。きわめて巧妙な理論として既に平和喪失の基礎をなし、かつ、死刑擁護者によって繰返し持ち出される権利喪失理論⁽³¹⁾も、この点を隠蔽できたとしても、しかし、実際に詭弁を弄して消去することはできないのです。といえますのは、死刑を正当化事由と解することにより、制裁によって

保護されるべき法益を犯罪者の生命よりも優先させるのか、それとも、所為によってその生命は既に喪失されたものとみなすのかは、結局は同じことであり、どのような解釈をとろうとも、生命を比較衡量可能なものと解し、また、社会的に質的な把握の可能なものと解する点は、避けられないからです。したがって、生命は、もはや既に絶対的不可侵性を具えたものではなく、せいぜい相対的不可侵性を具えているにすぎないのです。そして、あたかも生命尊重の序列化の相対性が視覚上可視的でなければならないとでもいうように、中世においては、恐ろしいほどの死刑の厳格化が正に犯罪的な空想力を用いて図られたのでした。そこでは、溺死刑（Ertränken）や焚刑（Verbrennen）、車裂き刑（Rädern）や四裂き刑（Verteilen）、引き摺り刑（Schleifen）や生き埋め刑（Lebendigbegraben）と比べて、斬首刑（Schwert）や絞首刑（Galen）の方がまだ比較的人道的だとして例外視されていたのです。

かくして、カロリナ法典の生命評価は、正に分裂した様相を呈していたのです。すなわち、死者を慮る熱心さのあまり、生者へのヒューマニティが忘却されていたよう⁽³²⁾です。生命の保護を生命の毀滅を通じて貫徹しようとすることで、生命の神聖性の要請それ自体が放棄されていたのです。生命は他の法益を保全するために毀滅することが許されるとすることで、生命は比

較衡量可能な客体になっていたわけですから。

三 現代法およびその動向

比較の対象をカ、ロ、リ、ナ、法、典から現代ドイツ法およびその諸傾向へと移してみると、とくに、以下で述べる動向が注目しに値するように思われます。

一 すべての基本権の基礎としての生命 今日、人間生命は、原則としてすべての法益の中で最も高い序列が与えられております。すなわち、連邦憲法裁判所の言葉を借りるなら、人間生命は、「人間の尊厳にとって肝要な基礎であり、また、他のすべての基本権にとって前提条件⁽³⁵⁾」なのです。このように高い評価は、既に、P・J・A・フ・オ、エルバ、ッハの影響を受けた一八一三年バイエルン刑法の半官註釈書の中で、当時としては稀なほどはつきりと記述されています。すなわち、

「胎児と同様、老衰の老人、死が迫っている病人あるいは死刑の宣告を受けた犯罪人に対して、そして、国籍、宗教、地位および年齢の別なくすべての人間に対して、同じように殺人という重罪を犯すことができることは、人という法文言により明らかにされている⁽³⁴⁾。」と。

したがって、同一の生命権がすべての人に保障されているために、生命を生命で相殺することは許されず、それゆえ、他人

を殺害することによってしか自分を救助できない生命への切迫した緊急状態であっても（カルネアデス事件）、せいぜい主観的に責任が阻却されるだけで、客観的に正当化されないのです⁽³⁵⁾。これによりますと、いかなる積極的安楽死も許されないことは言うにおよびませんが、生命維持義務もまた「いかなる代償を払っても」かつ「最後の息を引きとる時まで」憲法上の命令であると解されることになります。要約しますと、生命には不可侵性という序列が授与されており、宗教的教義につき不可知論者であることが疑いない論者でも、それを「神聖」とみなすことに躊躇を感じないのです⁽³⁶⁾。

二 死刑の廃止——正当防衛制限の傾向 問題は、先に確認した絶対主義的要請が単に綱領的原則にとどまることなく、実際上もどの程度貫徹されるのか、です。この点の疑問については、一カロリナ法典の場合と同じように——今日の生命保護の泣きどころとなっている若干の問題を素材にして明らかにしていきたいと思えます。

まず初めに、殺人禁止に対する三つの「古典的」例外（すなわち、正当防衛、戦争での殺人および死刑）について述べますと、確かに死刑は、西ドイツでは憲法上廃止されております⁽³⁷⁾。もっとも、周知の通り、死刑はいまだに毒性が強く、その効果や正統性に疑問があるにもかかわらず、外国では芝居じみた執行に

よって実現されてはいますが。

死刑に対するこうした抑制的傾向とは異なつて、正当防衛による殺人は、一個別的に、特定の攻撃者に対するものであるうと、一般的に、「戦争の敵軍」に対するものであらうと一いずれにしても、事実上むしろ拡大されました。もちろん、その場合、正当防衛による殺人については制限する傾向にあったことは考慮しなければなりません⁽³⁹⁾。これに対して、戦争の場合、個人生命それ自体の価値がいかに低廉しているかを表現するについて、次のような言い方ほど皮肉なものはないでしょう。すなわち、核兵器の威力は今や「メガトン級の殺戮(Megatoten)」規模で測るほどにもなっているにもかかわらず、国際法上廃絶することができない、というのがそれです。

それはともかくとして、殺人禁止に対する例の「古典的」例外を根拠づけるものとして、これらは一いずれにしても観念類型上ですが一違法な攻撃に対する反動にすぎないこと、つまり、毀滅された生命が自分から先に自分を危険に陥れた点を援用することが可能です。その点で、正当防衛、死刑および防衛戦争での殺人は、以下で考察する予定の、例えば、妊娠中絶、安楽死および自殺の場合のように、毀滅される生命が攻撃者の生命ではなく、犠牲者のそれである場合とは根本的に異なっております。

ドイツ刑法の変遷における生命の保護(エーザー・野村)

三 妊娠中絶の許容範囲の拡大 生命保護の構成要件の中

で、妊娠中絶ほど、一方で神聖性の傾向と他方で利益衡量とが顕著に対立するものは、おそらく他にないでしょう。一方で、生成中の生命に関する原則的な要保護性は、カロリナ法典以降、変わることなく強化されてきました。普通法の実務が、身体形成の程度、成熟度あるいは生命力を入霊の印として指摘し、そして、母胎での子どもの胎動をその証拠とみていた点において、入霊した生命と入霊しない生命との区別は、確かにかなり長く効力を發揮していました⁽³⁹⁾。こうした実務は、まず初めに、一七九四年のプロイセン一般ラント法にいたるまで、ドイツラントの幾つかの地方特別法典が単純に妊娠後半期の墮胎を前半期のそれよりも重く処罰したことで、さらに広まってもいったのです。これに対して、そうした区別を既に一七八七年のヨゼフィーナⅡ世オーストリア刑法に求めようとしても無駄です。その区別は、その後、あらゆる墮胎を区別なく処罰する一八一三年バイエルン刑法では、既に克服済みのものとなりました⁽⁴⁰⁾。他のドイツラント法もまたこのバイエルン刑法に倣った結果、一八七一年のライヒ刑法典が、墮胎を例外なく処罰し、しかも、受胎の時点から処罰すべきとしたのは当然だったわけ⁽⁴⁰⁾です。

ライヒ刑法典で規定された出生前の生命の要保護性は、一九

七四年のドイツの「期限規定」(受胎後三カ月未満での妊娠中絶を不処罰とする規定)によっても、基本的には影響を受けませんでしたし、また、それだけに一層、この点は、現行の適応症の規定(一定の適応症が存在する場合に限って不処罰とする規定)にも言えます⁽⁴¹⁾。といいますのは、「期限規定」を廃棄するにあたって、連邦憲法裁判所が法規と同一の効力を付与して確認していたところによれば、「各人」に保障された権利は、胎児にも独自の法益として帰属し、母親保護の意思によって左右されないからです⁽⁴²⁾。かくして、出生前の生命は、それまでに到達したことのない絶頂にまで引き上げられたのです。

他方で、しかしながら、—これは、メダルの裏面のごときものです—近代史において、正に今日ほど、これほど多くの對抗利益が生成中の生命よりも優先している時代はなかったにちがいありません。生成中の生命に対する刑法上の防護壁を破砕した最初のものとしてあげなければならないのは、ライヒ裁判所が一九二七年にいわゆる医学的適応症を認めたことです。これによれば、胎児は、母親の生命という利益のためだけでなく、母親の健康という利益のためにも後退を強いられることとなります⁽⁴³⁾。しかも、これは単にこれを優先させるべきかの問題を扱っているにすぎないのに対し、一九三三/三五年のナチス優生保護法にもとづく優生学的適応症では、既に生命権それ

自体が問題にされたのです。すなわち、遺伝的疾患をもった後継者には、例の社会では占める席がもはや与えられなかったのです。この点を人種・人口政策的考量をもってごくあからさまに根拠づけるにしろ、あるいは、病気その他の望ましくない生命にとってはそもそも生まれない方が良いのだとして利他的に根拠づけるにしろ、肉体に遺伝的疾患をもった生命はそれだけで「神聖」とされないだけでなく、社会衛生学上の「質的淘汰(Qualitätskontrolle)」にさえ耐え抜かなければならないというのが実情なのです。

とくに、最近数十年間における堕胎規定の改正によって、出生前の生命はますますもって、比較衡量の対象にされてきました。独立した人間生命という質は既に受精卵それ自体に認められるのではなく、胎児が確定的に「個体化した」時に初めて認められ、したがって、そもそも、いわゆる着床(Implantation)の完了があつて初めて刑法的保護が認められた(刑法二九条d)ことにより、既にその企ては始まっていたのです。さらに、そうした性格づけは、第一・四半期における妊娠中絶の解禁を、この生命段階の価値の軽微性でもって根拠づけるとともに、—確かに不本意ではあるのですが—とうの昔に克服された入霊説を復活させようとする様々な試みによって続けられています。こうした傾向は、最後に、無意識のうちにローマ法の觀念に立

ち帰り、胎児を「母体の一部 *partio ventris*」にまで格下げすること、母親の非独立部分にまで降格してしまう酷評のどん底にいたってしまったのです。⁽⁴⁴⁾

しかも、現行の堕胎規定で妊娠中絶を正当化する適応症（刑法二八条a）もまた一胎児につき独自の、一般的生命権を規定しておりますが―相対的に低い評価を行うための便利な指標となっており、この指標は、実際にも生成中の生命を妊婦の肉体的、精神のおよび社会的な危険性との葛藤状況に置いているのです。なるほど、純粹社会的な必要性を何とか正当化事由として優先させて理解するには、人道的に納得し易い根拠や支持しうる解釈方法もあるかもしれません。⁽⁴⁵⁾しかし、これにより、出生前の生命が比較衡量可能な価値になってしまっていることは認めざるを得ません。すなわち、（母親の）生命の質の方が、（子どもの）生命の存在に優先しているのです。その上、妊婦に有利なその他の一身的処罰阻却事由（刑法二八条三項）を念頭におくと、むしろ実際には、胎児保護の要請は例外と化しているように思われるのです。⁽⁴⁶⁾

四 新生児の死の容任―「モンストルム」 生命の神聖性の要請は、いわゆるモンストルムの場合、一層困難な試練に立たされていることがわかります。妊娠中絶は、それでも妊婦に有利な緊急避難の観点から説明を加えることができますが、モ

ンストルムの場合には、人間の質とともに人間の原則的な要保護性も既に問題とされているのです。カローナ法典は、モンストルムには靈魂が存在しないので、その要保護性を否定しようと考えていました。しかし、こうした「無邪気な状態」は、入霊説の放棄とともに既に跡形もなく消失し、また、遅くともナチスの安楽死運動によって完全に信用を失墜してしまいました。生物学も医学も、この問題を軽視していたわけではなく、モンストルムと形態不全 (*Mitbildung*) は相互に移行可能な流動性を具えていることを指摘することで、両者の明確な分類可能性に異論を唱えており、その上、多くの障害は技術的に除去可能であることを指摘しております。他方、もし精神的あるいは肉体的に重度の障害者に慈悲ある死が訪れなかった場合、困難な運命がその者を待ち受け、家族にとっても筆舌に尽しがたい負担を強いられることがあることは認めざるを得ません。そのため、当該新生児を積極的に殺害しないまでも、ともかく、生命維持措置の施用を放棄することによって死を容任しうよう、既に人間の質を否定することですべての保護義務を初めから回避したくなる誘惑は、実際、強いのです。しかも、そうした措置は、密かにではありますが、既にかなり頻繁に行われているのです。⁽⁴⁸⁾

それだけに一層緊急に、この足取りの基本的な意味を確認す

ることが求められているのです。といいますのは、肉体的存在それ自体がもはや人間存在を形成せず、身体形態の「通常性」、精神力の程度、固有の自己保存能力あるいは社会的有用性が決定的な判断基準になるやいなや、完全に生命の質的評価が断行されるからです。

五 「心臓死」から「脳死」へ 同じような問題が、生命の終期について、しかも、既に死の概念についても生じます。従来の法は、F・C・V・サヴィニーの素朴な見解、すなわち、死は「非常に単純な自然現象」であるため、死の諸要素を確定する必要はない、という見解を採用する余裕がまだありましたが、今日、我々は、次のような生物・医学的知見と対峙しているのに気づきます。すなわち、その知見とは、死は継起的現象であり、そこでは様々な生命機能が速さを異にして死滅していき、部分的には相互に独立して蘇生させることも可能である、というものです。これにより、今日、心臓循環と呼吸の停止に依存する古典的な死の概念がとくに問題となっているのです。といいますのは、もし心臓と呼吸の停止を死と同一視しなければならぬなら、それとともに生命保護義務は終了する結果、循環機能は停止しても、未だ脳機能が正常であるのに、蘇生義務が否定されることになってしまいうからです。また逆に、事故の犠牲者が脳全体に損傷を受けたのに、心臓だけがまだ拍

動している場合―この場合、犠牲者が臓器提供者になっている場合は一応措くとして―、あらゆる生命維持措置を採り続けなければならぬとなります。

結局、右の問題をどのように解決したらよいのかは、本日の講演の枠内では未解決のままにせざるを得ません。ただ、ここでは、死期の問題を医学・実用主義的な専門領域の問題に限定してしまふなら―もちろん、これは広く行われていることです―が、根本的な誤りを犯してしまうことになる、という点を原則上確認しておくことが大切です。といいますのは、一定の死概念を支持するにしろ、拒否するにしろ、その決定は、同時に一定の人間像についての規範的判断を含んでいるからです。すなわち、人間存在にとつて、もっぱら自然・生物学的な生命だけを基準にするのであれば、そのような生命の灯が僅かでももっている限り、原則として、延命義務が存在することになります。これに代えて、脳死を基準にするのであれば、それは、人間性の印をその人の精神性に見出すことを前提にしています。しかも、これによって、我々は再び生命の「質的」な考察へといたるのであり、これは―人間学的な評価に依存しているために―、規範的性格を有し、それゆえ、逆に新たな法的拘束を必要とするのです。⁽⁴⁹⁾

六 瀕死者の治療中断

それゆえ、一見純粹医学的になさ

れる専門的決定のもつ規範的意味を洞察することが、死の前段階において、つまり、安死術の場合、一層肝要なのです。安死術の出現形態は多様ですので、ここでは、「神聖性」を志向する生命保護と「質」を志向する生命保護との緊張関係が従来予想もしなかったほど顕著になっている場合、すなわち、重病人や瀕死者の死を容任する場合だけを採り上げるにとどめたいと思います。そのような「消極的安楽死」が、患者の明示的もしくは、少くとも黙示的な同意を得て行われる限りにおいては、やはり、治療中断は自己決定権の優越性でもって根拠づけることができると考えられます―し、結論においても、おそらく正当でありましょう⁵⁰⁾。

しかしながら、もっと問題となるのは、医者が患者の真意を必ずしもはっきりとつかむことができない場合です。例えば、面会謝絶の慢性重篤患者とか意識喪失状態で収容された事故犠牲者の場合、確かに蘇生させることはできるかもしれないませんが、そのために反って苦痛に苦しむだけで、結局のところ、回復の見込みのない生命状態に引き戻すことにはならないことがあります。もしこのような場合にも、「生命の神聖性」原則を実際上厳格に貫徹しようとするなら、「いかなる代償を払っても」かつ「最後の息を引きとるまで」生命を維持すべきことが、おそらく無条件の命令となることでしょう。この帰結に対

しては、そのような延命が果してその人間にとって真の救済たりうるのかという問題が一層強く提起されており、その場合、その背後には、人間の本质が自然・生物学的存在に尽きるのか、それとも、さらに一定の精神的な質をも前提とすべきなのか、という原則問題がひそんでいるのです。また、「意味のない」生命維持措置を採る義務から解放して欲しいとの医師の要望も、言うまでもなく「意味に満ちた存在」という人間像に依拠しているといえるのです。

医師のこの要望を正當に評価するとともに、もはや全く行動能力のない人間を放逐しないことが、将来の重要課題の一つになることでしょう。一方の純粹植物状態患者の生命維持と、他方のいわゆる「生きるに価しない生命」の放棄との間を行く危険な綱渡りは、おそらく、次のような形で落ち着くものと思われまふ。すなわち、確かに、生命のあらゆる質の評価を―したがって、生命価値の切り下げも―差し控える結果として、人間生命は脳死と認められない限り、いかなる積極的な毀滅もタブーとされるけれども、しかし、とにかく、生命があらゆる形式のコミュニケーション能力を不可逆的に喪失してしまった場合には、延命義務が消滅してしまうことまでも排斥するものではない、というのがそれです。ここでもまた、当然、人間的な評価がなされています。しかし、既に別稿で明らかにしまし

(5) 通り、この治療の限界は、そもそも医師の治療任務の内在的制約から既に生ずることなのです。すなわち、医師の治療目的が、もはや自然・生物学的な延命それ自体のためにあるのではなく、自然・生物学的な延命により、せいぜいのところ、ごく僅かに残された当該人間の自己認識および自己実現を可能にするためにある、と考えるなら、不可逆的な意識喪失が証明されれば、遅くとも、コミュニケーション能力の回復見込みが完全に絶たれた時点で、医師の治療義務は終了せざるをえなくなるのです。

右のような評価問題は、単に当該患者の固有の利益だけ（生命維持対苦痛緩和）が問題になっている場合に限らず、「外的」な比較衡量がなされる場合、例えば、とくに他の患者の利益をも考慮しなければならぬ場合（器械の不足―選択的使用）とか、あるいは、正に一般的に経費と効果との均衡が問題になる場合にも、深刻に提起されます。この場合、果してどの程度、治療は「割に合う」と考えられるのか、という問題設定の深刻さのために、生命が既に実質的にも比較衡量可能な価値になっていることがわかるのです。

七 自殺関与の刑罰免除 さて最後に、本日の講演テーマに関するまったく別の機軸、すなわち、自殺ならびに同意にもとづく殺人の場合に生ずる生命保護と自己決定権との緊張関係

に言及しておかなければなりません。ただ、ここでは、こうした殺人現象においても、結局は、生命の「神聖性」と「質」が問題になっていることだけは述べることができます。すなわち、生命が個人の意思や評価を顧慮せずとも要保護性ある利益とみなされるときには、「神聖性」が語られているのに対し、「質的面」においては、生命に関するあらゆる価値や要因が統合され、これらを（事実上であろうと推測上であろうと）喪失してしまえば、個人の生命は、もはや生きるに値いするとはみなされず、それゆえ、その人は自殺や安楽死を要請することが許されることになるのです。その限りで、生と死の自己決定要請のうちには、生命の「質的」理解のラディカルな要求が存在していることになるのです。(52)

四 展 望

刑法上の生命保護についての変化に満ちた歴史をもとに、ある結論を引き出すことができるとしたら、それは、とくに、生命もまたもっぱら神聖性の要請によって保護されたり、あるいは、一面的に質的要因によって保護されたりすべきではなく、両原則が「実践的調和」(ハッセル)の形で相互に結合されるべきである、という結論になります。また、昔のような生命保護の絶頂は実際には下降している、という周知の見解も偏見である

ことが判明いたしました。それに代わって明らかになりましたのは、その種の一方的な生命価値の切り上げが存在するのではなく、生命保護が―振幅はありながらも―実に様々な揺れ幅によって特徴づけられており、そこでは、神聖性の側面と質的側面とがただありうる基準価値を画しているにすぎない、ということでした。

この意味で、おそらく将来においても、生命の「神聖性」と「質」との間で、耐えうる妥協を求めている格闘だけは繰り広げられるでしょう。一方で、生命の「神聖性」の尊重が硬直化して、具体的な人間の意味的要請 (Sinnanspruch) を押え込むための形式的な口実になってしまつてはなりません。他方で、生命の「質」を探究する努力をしたとしても、優越する存在要請 (Existenzanspruch) を掘り崩すことは許されません。この点は、とくに、自分の生命ではなく、他人の生命の評価が問題になっている場合に妥当します。この点を軽々に見誤つてしまう傾向は、全面的な女性解放を旗印にしてきた人達に往々にして見られる態度です。といひますのは、例えば、出生前の生命を生まれて欲しくないために―、また、消えなるとする生命を―適切な介護がもはやできないために―、むしろ生まれて来ない方がよいのだとか、もう死んでしまった方がよいのだと考えるなら、それは、他人の生命より自分独自の質的観念を正に後

見的なやり方でもって優先させているからです。「それは、本当に君のために良いことだと、我々は思う。」このような言い回しは、それでなくとも、自分自身にとって都合のよいことを自分に保障するための口実にすぎないことがよくあります。自称ヒューマニズムの外套をまとったエゴイズム。これに対しても、生命が保護されることが肝要なのです。

〈注〉

* 本稿は、日本刑法学会のお招きにより、一九八五年三月九日、早稲田大学において行つた講演原稿を再録したものです。翻訳の労をお取り下さつた早稲田大学・野村稔教授に感謝申し上げます。また、本講演旅行を可能にして下さつた日本学術振興財団に、ならびに、親切にお世話して下さい下さつた西原春夫教授に、感謝申し上げます。

- (1) G. WILLIAMS, *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, London 1958, S. 30.
- (2) E. HENKE, *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, Teil II, 1826, S. 12f.
- (3) 「もしある者が自由人を殺害したときは、彼は神に捧げられ
ε (Si qui hominem liberum morti duit, parricidas esto)。」
例えど Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, 1899,
S. 612 Anm. 4 に於て「祝祭せられ」。
- (4) Th. MOMMSEN, S. 616f.

- (6) C. v. SCHWERIN/H. THIEME, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl. 1950, S. 17 参照°
- (7) J. F. H. ABECC, Revision der Lehre von den angeblich strafflosen Tötungen, in : Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft, 1830, S. 55-378, ヌヾヾ' S. 206ff. ; K. F. ROSSHIRT, Geschichte und System des deutschen Strafrechts, II. Teil 1. Abt., 1839, S. 194f. 参照°
- (8) THOMAS VON AQUIN, Summa theologiae II. Buch, 2. Teil q. u. 64 art. 5 参照°
- (9) D. BONHOEFFER, Ethik, 1949, S. 108f.
- (10) SPANGENBERG, Über das Verbrechen der Abtreibung der Leibesfrucht, in : Archiv des Criminalrechts II (1818), S. 1-53, 173-193, ヌヾヾ' S. 20ff.
- (11) ULPPIAN, D. 48. 8, 8 ; PAULUS, D. 48. 19. 38. 5.
- (12) ULPPIAN, D. 15. 4. 1. 1.
- (13) MARCIAN, D. 47. 11. 4.
- (14) ABBEGG, Untersuchungen (通称 拙作) S. 209f.
- (15) PLATO, Politeia V. 9.
- (16) ARISTOTELES, Politik, 7. Buch, 16. Kapitel.
- (17) SPANGENBERG (通称 拙作), S. 7ff. 参照°
- (18) Decretum Gratiani can. 20 Causa 2 qu. 5.
- (19) Decretum Gratiani c. 8, 9, C. 32, qu. 2 参照°
- (20) ヲンベネディクトゥス 8 世 P. HINSCHIUS, System des katholischen Kirchenrechts, Band IV, 1888, S. 31 Anm. 1, 47 参照°
- (21) C. G. WÄCHTER, Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechts, II. Teil, 1826, S. 173f 参照°
- (22) SPANGENBERG (通称 拙作), S. 40ff.
- (23) WÄCHTER (通称 拙作), S. 155ff.
- (24) AUGUSTINUS, Decretum Gratiani c. 8, 9. C. 32 q. 2, 40 ヌヾヾ' P. HINSCHIUS, System des katholischen Kirchenrechts, Band I, 1868, S. 44, G. SIMSON/F. GEERDS, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht, 1969, S. 86ff. 参照°
- (25) WÄCHTER, Lehrbuch (通称 拙作), Teil I (1825) S. 99, Teil II (1826) S. 120 参照°
- (26) C. G. WÄCHTER, Revision der Lehre von dem Selbstmord, nach dem positiven, römischen und gemeinen Deutschen Rechte und den neuen Gesetzgebungen, in : Archiv des Criminalrechts X (1829) S. 72-111, 216-266, 634-680, ヌヾヾ' S. 75ff. 参照° ヌヾヾ' ABBEGG, (通称 拙作) S. 69f. 参照°
- (27) Decretum Gratiani c. 9-11, C. 239 q. 5 参照°
- (28) Decretum Gratiani c. 12, C. 239 q. 5 ; P. HINSCHIUS, System des katholischen Kirchenrechts, Band V, 1893, S. 32, 179, 541f, 797 参照°
- (29) MOMMSEN (通称 拙作), S. 626 参照°
- (30) ABBEGG (通称 拙作) S. 62, 215ff. 参照°
- (31) ABBEGG (通称 拙作) S. 186ff, 202ff. 参照°
- (32) F. WALTER, Die Euthanasie und die Heiligkeit des Lebens, 1935, S. 158ff. 参照°

- (22) WILLIAMS (前掲註1) S. 35 参照°
- (23) BVerfGE (=Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts) Band 39, S. 1/42.
- (24) ベトナム共和国政府の請求に関する、国際保護施設事務録第一巻(1971年) 11-12頁に49°
- (25) Th. LENCKNER, in : A. SCHÖNKE/H. SCHRÖDER, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 21. Aufl. 1982, Vorbemerkung 115-117 vor § 32, § 34 Rn. 23f. 参照°
- (26) 本稿の冒頭の註1で言及したマウリツィウスは引用文を参照°
- (27) ユーニオン共和国基本法101条°
- (28) 刑法防衛の範囲を定めるための社会倫理的理論の構築に関する LENCKNER, in : SCHÖNKE/SCHRÖDER (前掲註28) § 32 Rn. 43ff.
- (29) SPANGENBERG (前掲註29) S. 44ff. 参照°
- (30) A. F. BERNER, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, 6. Aufl. 1872, S. 470 参照°
- (31) 註釋に関する A. ESER, in : SCHÖNKE/SCHRÖDER (前掲註29) Vorbemerkung 3 zu § 218.
- (32) BVerfGE 39, 1/30ff.
- (33) RGSt (=Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen) Band 61, 242/245.
- (34) 1) この点出典は、この1巻巻頭の1つに A. ESER, Aspekte eines Strafrechters zur Abtreibungsreform, in : D. HOFMANN, Schwangerschaftsunterbrechung, 1974, S. 117-177, 320-329, 1) の種々問題の註釋に関する A. ESER, in : SCHÖNKE/SCHRÖDER (前掲註29) § 218a Rn. 5ff.
- (35) 1) この点出典は、この1巻巻頭の1つに W. GROPP, Der straflose Schwangerschaftsabbruch, 1981, 1) に S. 164ff. 219ff.
- (36) ESER, in : SCHÖNKE/SCHRÖDER (前掲註29) Vorbemerkung, 11ff. vor § 218 参照°
- (37) 例として W. CATEL, Grenzsituationen des Lebens, Beitrag zum Problem der begrenzten Euthanasie, 1962.
- (38) A. ESER, Grenzen der Behandlungspflicht aus juristischer Sicht, in : P. LAWIN/H. HUTH, Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht, 1982, S. 77-94 参照°
- (39) A. ESER, Der Arzt zwischen Eigenverantwortung und Recht : Zur Problematik "ärztlichen Ermessens", in : D. MIETH/H. WEBER, Anspruch der Wirklichkeit und christlicher Glaube, 1980, S. 166-189, 1) に S. 177ff. 参照°
- (40) G. GEILEN, Euthanasie und Selbstbestimmung, 1975, 9) に S. 1) の見解について、連邦通常裁判所が Wittig 事件の判決の中で、自殺者の死の意思は原則として考慮しなされるべきこと (BGHSt 32, 365ff.) 1) に対して批判的な A. ESER, Sterbewille und ärztliche Verantwortung, in : Medizinrecht 3 (1985) 6-17.
- (41) A. ESER, Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch aus rechtlicher Sicht, in : A. AUER/H. MENZEL/A. ESER, Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe, 1977, S. 75-147, 1) に S. 129.
- (42) A. ESER, Suizid und Euthanasie als human- und sozi-

alwissenschaftliches Problem, 1976, S. 392ff. 参照。

〈訳注〉 Sterbenlassen には「死を容任すること」という造語を当てた。これは、人が死ぬのを受け容れ、死ぬがままに任せて、敢えて延命措置を採らないこと、つまり、消極的な安楽死を意味している。

なお、浅田和茂訳「アルビン・エーザー『ドイツ堕胎刑法の改革―その展開と現状―』」(大阪市立大学・法学雑誌三二卷二号五七七頁)も併せて参照されたい。