

講 演

# 業として行われた自殺幫助に対する 刑罰規定をめぐる諸問題 (ドイツ刑法217条)

Probleme der Strafvorschrift gegen die geschäftsmäßige Förderung der  
Selbsttötung (§ 217 D-StGB)

フランク・ザリガー\*  
共訳 只 木 誠\*\*  
大 杉 一 之\*\*\*

## 目 次

訳者はしがき

- I. 例外的な刑罰規定としての刑法217条
- II. 刑法解釈論の問題
  1. 刑法217条と個別的行われた自殺幫助との限界
  2. 刑法217条への関与の問題
  3. 医師や看護師にとっての予測不可能な処罰のリスク
- III. 合憲性? — 刑法217条の法益の問題
  1. ドイツの立法者の犯罪化コンセプト
  2. この犯罪化コンセプトについての刑法理論上の批判
  3. 刑法217条の違憲性
- IV. ま と め

---

\* ミュンヘン大学法学部教授

Frank SALIGER

Prof. Dr., Ludwig-Maximilians-Universität München, Juristische Fakultät

\*\* 所員・中央大学法学部教授

\*\*\* 嘱託研究所員・北九州市立大学法学部准教授

## 訳者はしがき

本稿は、Frank Saliger 教授（ミュンヘン大学法学部）が、2019年4月18日に日本比較法研究所で行った講演の原稿をもとにした論文を、同教授の了解を得て、翻訳、公表するものである。ドイツでは、2015年に、これまで不可罰とされて来た自殺幫助を、それが業として行われた場合に犯罪化する刑法217条が導入された。この規定により可罰的とされる自殺幫助を限定的に解釈する見解が提出されているが、この論文は、刑法解釈論の観点からも合憲性の観点からも刑法217条による犯罪化を支持できないことを論じるものである。わが国においては、自殺幫助は一般的に可罰的とされる。そして、安楽死や尊厳死の場合に極めて限定的に正当化されると解されているが、どのような要件のもとで正当化されるのかが争われている。自殺幫助の限界の問題は、尊厳死に対する刑事法的対応についての議論においても有益と思われるので、ここに紹介する次第である。

### I. 例外的な刑罰規定としての刑法217条

刑法217条1項<sup>1)</sup>により3年以下の自由刑または罰金刑に処せられるのは、他人の自殺を促進する意図をもって、この者に対して、業として自殺の機会を提供し、手配し、または仲介した者である。この場合に、自らは業として行為せず、かつ第1項が規定する他人の親族またはこの他人と密接な関係にある者は、共犯者としては処罰されない（刑法217条2項）。

この規定は、2015年12月3日の法律によってドイツ刑法典に導入され、2015年12月10日に施行された<sup>2)</sup>。この規定は、多くの点で、特異性を示す。本稿では、この規定が成立した歴史から話を始めよう。2006年以来、ドイ

---

1) [訳者注] とくに断りがなければ「ドイツ刑法典」を指す。以下同じ。

2) BGBl. I 2015, S. 2177.

ツの立法者は、ドイツにおいて自殺幫助を提供してきた活動、とりわけ自殺幫助組織の活動を犯罪化する努力を続けてきた。刑法217条は、この努力に終止符を打つものである<sup>3)</sup>。この刑罰規定は、その意味で、これまでの諸法案を組み合わせたものを表現している<sup>4)</sup>。ドイツの立法者は、多くの反対にあいながらも粘り強く犯罪化を追求してきた。しかし、この成立史において注目すべきなのは、その粘り強さではない。

むしろ2つの異なる事情に注目すべきである。ひとつは、ドイツ連邦議会の専門調査官が、法律がまだ可決される前に、最終的に法律となったBrand/Griese草案<sup>5)</sup>の合憲性について、明確性の原則に照らして疑念を抱いたことである<sup>6)</sup>。もうひとつは、立法手続の間に、147名のドイツ刑法学者らが、自殺幫助の可罰性を拡大することに反対を表明したことである<sup>7)</sup>。ドイツ刑事法学会の意思表明が、このように（ほぼ）全員一致したことは未だかつてない。

それ以上に、新しい刑罰規定は、体系的、法律史的、そして国際的な観点からも比類のないものである。体系的にみて、刑法217条は、自殺の実行が成功に終わることも、未遂に終わることも必要としていない。立法者は、この刑罰規定を正犯とは独立した援助行為として設計していて、この援助行為は「主たる行為」（ここでは自殺）の未遂のさらに前の段階を捕

- 
- 3) さまざまな運動については、次の文献を参照。*Gottwald*, Die rechtliche Regulierung von Sterbehilfegesellschaften, 2011; *Gavela*, Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe, 2013; *F. Neumann*, Die Mitwirkung am Suizid als Straftat, 2015; *Saliger*, Selbstbestimmung bis zuletzt, 2015.
  - 4) 第1項は、本質的に、2006年3月27日のザールラントその他の諸州の法律案に相当する。BR-Drucks. 230/06, S. 1. を参照。第2項は、本質的に、2012年10月22日の連邦政府草案を受け継いでいる。BT-Drucks. 17/11126, S. 5. を参照。
  - 5) Gesetzentwurf *Brand/Griese* u.a., BT-Drucks. 18/5373.
  - 6) Wissenschaftliche Dienste, Deutscher Bundestag, Ausarbeitung zu BT-Drucks. 18/5373, WD 3-3000-188/15 v. 24.8.2015, S. 8 ff.
  - 7) *Hilgendorf/Rosenau*, Stellungnahme von 147 deutschen Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrern zur geplanten Ausweitung der Strafbarkeit der Sterbehilfe v. 15.4.2015, medstra 2015, 129.

捉するものである<sup>8)</sup>。その点では、刑法217条は、拳動犯の形式での抽象的危険犯を意味する<sup>9)</sup>。ドイツ刑法の人を死亡させる罪は今日までもっぱら結果犯と解されていたのだが、このように未遂のさらに前の段階を犯罪化することで、刑罰規範は、それが人を死亡させる罪の中での体系的な異物であることを示している。なぜなら、人を死亡させる罪は、今日まで、侵害犯（刑法211条、212条、216条、218条以下、222条）か具体的危険犯（刑法221条）の形で、もっぱら結果犯を内容としていたからである<sup>10)</sup>。

ドイツの法律史においても、また国際的にも、この刑罰規定は類をみないものである。法律史的にみると、刑法217条は、ドイツ刑法にとって重大な転換点を示す。なぜなら、この規定は、ドイツ刑法において自殺への関与を例外なく不可罰としてきた、140年以上も続いてきた原則に別れを告げるからである<sup>11)</sup>。国際的にみても、刑法217条には同様に先例がない。確かに、数多くの国々に、自殺に対する誘惑（*Verleitung*）および支援（*Hilfe*）（たとえば、オーストリア刑法78条、スイス刑法115条、ギリシア刑法301条）や、教唆および幫助（例えば、日本刑法202条）を犯罪とする刑罰規範が存在する。しかしながら、世界的にみて、知りうる限り、業として行われる自殺幫助だけを処罰する刑罰規定は存在しない。

刑法217条のこの特異な位置を考えると、この刑罰規範が数多くの問題に直面しているのは驚くことではない。以下では、2つの問題群を取り上

---

8) BT-Drucks. 18/5373, S. 16; NK-Saliger, StGB, 5. Aufl. 2017, § 217 Rn. 4; MüKo-Brunhöber, StGB, 3. Aufl. 2017, § 217 Rn. 23. A.A. Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, StGB, 30. Aufl. 2019, § 217 Rn. 9.

9) BT-Drucks. 18/5373, 16; auch 3 und 14 (abstrakt das Leben gefährdende Handlung); ferner SSW-Momsen, StGB, 4. Aufl. 2019, § 217 Rn. 1; BeckOK StGB-Oglacioglu, Stand: 1.8.2018, § 217 Rn. 1.

10) NK-Saliger, StGB, 5. Aufl. 2017, § 217 Rn. 4; ders., Selbstbestimmung, 2015, S. 158.

11) 詳しくは, Saliger, medstra 2015, 132 (133 f.) und ders., Selbstbestimmung, 2015, S. 131 ff., 136 ff., Einen Nachruf auf die straflose Suizidbeihilfe stimmt entsprechend an Hoven, ZIS 2016, 1 ff. を参照。

業として行われた自殺幫助に対する刑罰規定をめぐる……

げようと思う。すなわち、刑法解釈論の問題（II.）と刑法理論の問題ないしは憲法問題（III.）である。

## II. 刑法解釈論の問題

刑法解釈論の観点からみると、私には、次の3点が主要な問題であるように思われる<sup>12)</sup>。第一に、業として行われる自殺幫助を個別に行われる自殺幫助から区別することである（1.）<sup>13)</sup>。第二に、刑法217条の共犯の問題である（2.）。第三に、医師と看護師が処罰されるリスクの問題である（3.）。

### 1. 刑法217条と個別に行われた自殺幫助との限界

個別に行われる自殺幫助は、深刻な葛藤状態において、または純粋に利他的な理由から行われる。立法者は、刑法217条をもって、このような自殺幫助が不可罰であることに明確には触れようとはしない<sup>14)</sup>。現在のところ、自殺幫助の可罰性を決定するにあたっては、（自由答責的な）自殺に対する支援が個別に行われるがゆえに不可罰とされるのか、それとも、それが業として行われるがゆえに可罰だとされるのかにしがっている。これにより、「業として」というメルクマールが、刑罰の不法を基礎づける中核的な要素として考察の焦点に据えられる<sup>15)</sup>。

---

12) さらに別の問題については、NK-Saliger, § 217 Rn. 8. の概要を見よ。

13) [訳者注]「個別に行われる自殺幫助」(die Förderung der Selbsttötung im Einzelfall) は、「業として行われる自殺幫助」(die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung) の対概念であり、業としては行われない自殺幫助、したがって適法とされる自殺幫助を意味している。反復・継続して何度も行われるのではなく、単発的に行われる自殺幫助である。そこで、本稿では、「個別に行われる自殺幫助」の語をもって訳すこととした。

14) BT-Drucks. 18/5373, S. 3, 14.

15) 営業 (Gewerbsmäßigkeit) という以前のメルクマールは (so noch BT-Drucks.

a. 「業として」というメルクマール

立法者は、「業として」という要件を、刑法206条1項において用いられている同名の概念にしたがって定めている<sup>16)</sup>。それによれば、行為者が「同種行為の反復を自らの仕事の対象にするつもりである」場合、あるいは自殺幫助が「組織または個人により繰り返し行われる提案という形での計画的な活動」を示している場合に「業として」の要件に該当する<sup>17)</sup>。最初の提案または一回限りの提案では「業として」というには原則として不十分である。確かに、最初の提案であっても、それが「継続を企図した活動の開始」を示す場合には、「業として」の要件にあたる<sup>18)</sup>。

この概念の理解にしたがえば、「業として」の要件は、その活動を同種の態様で反復する意図をもって実行された外的な活動を意味する（最初の活動であってもよい）<sup>19)</sup>。「業として」の要件は、立法者にとっては、それと同時に、客観・主観の混合メルクマールなのであって、このメルクマールにとっては、同種行為（自殺の機会の提供、手配など）の反復（そしてそれが目標とされていること）が決定的なのである。「業として」の要件がもつ意図的な反復コンセプトと言ってよいであろう。

それ以上の限定を立法者は拒否する。「業として」の要件は、営業とは異なり、少なからぬ収益を連続して獲得することに向けられたものではない<sup>20)</sup>。そのうえ、「業として」の要件は、経済的な関係も職業上の関係も前提としていない。自殺幫助団体のもとに組織された無給の自殺幫助者を

---

17/11126), もはや目的に適っていない。組織化された自殺幫助者は、自分たちのサービスを可能な限り頻繁に提供する点に自己の利益を有する一と想定される一のだが (BT-Drucks. 18/5373, S. 11), 以前のメルクマールはこの特有の自己利益を考慮に入れていないし, そのうえ, 容易に裏をかかれてしまうだろうことが, その理由である (vgl. BT-Drucks. 18/5373, S. 13 f.)。

16) BT-Drucks. 18/5373, S. 16.

17) BT-Drucks. 18/5373, S. 17 (強調筆者).

18) BT-Drucks. 18/5373, S. 17.

19) Vgl. *Hillenkamp*, KriPoZ 2016, 3 (8).

20) BT-Drucks. 18/5373, S. 16.

業として行われた自殺補助に対する刑罰規定をめぐる……

も取り込むためである<sup>21)</sup>。要約すると、立法者にとっては、自殺の機会の提供、手配、または仲介を「継続的または反復的に行うという要素をその者の活動が有していれば、収益を獲得する意図をもつかどうか、あるいは経済的または職業的な活動と関係するかどうかとは関わりなく」、「業として」行動するものである<sup>22)</sup>。

#### b. 医師が介助した自殺の限界という問題

立法者は、「業として」というこの概念を「比較的容易に用いることができる」と考えている。なぜなら、この概念は、他の多くの法的なコンテキストにおいて統一的に用いられ、正式なものであるとされているからである<sup>23)</sup>。とりわけ、「業として」の要件が、限界を画する中心的な働きをするのは、個別的行われる自殺補助行為、死に際しての支援、消極的な自殺補助（治療中止）と間接的な自殺補助、ならびに医師が介助した自殺の場合である<sup>24)</sup>。

ここに挙げた、限定が問題となる大半の場合に、「業として」の概念はまったく必要ではない（さらに不適當である）というのだから、この見解には困惑させられる。なぜなら、消極的な自殺補助や間接的な自殺補助、ならびに（生命の短縮を伴わない医学的処置としての）死に際しての支援を刑法217条の構成要件から、事実に行為の基点としての自殺の概念だけで除外してしまうからである。

個別に行われ、不可罰とされる自殺補助行為の限界を、立法者は、深刻な葛藤状態において自殺意思を持つ者に対して、「入念に調査をして、自由答責的に決定されたことを厳密に確かめたくて」、利他的な動機から、しばしば個人的な連帯に基づいて、自殺補助が行われたものであるかどうかを基準として判定する<sup>25)</sup>。これに対して、業として行われ、可罰的

---

21) BT-Drucks. 18/5373, S. 17.

22) BT-Drucks. 18/5373, S. 17.

23) BT-Drucks. 18/5373, S. 11 f.

24) BT-Drucks. 18/5373, S. 17 f., auch 11 f.

25) BT-Drucks. 18/5373, S. 3, 12 und 18 (強調筆者) を、このようにパラフレー

とされる自殺幫助が認められるのは、自殺幫助が「通常のサービスとして提供されていて、したがってある意味で（場合によってはたとえ無償のものであったとしても）業務モデル（Geschäftsmodell）にあたと説明できる」場合である<sup>26)</sup>。言い換えれば、立法者は、「反復と継続を指向する自殺幫助行為を提供し、そうすることでこの『業務モデルまたは組織モデル』の継続に焦点を合わせている」自殺幫助者を犯罪化するつもりなのである<sup>27)</sup>。

実務的には医師が介助した自殺が重要である。それにもかかわらず、医師の介助した自殺が緩和治療やホスピス緩和ケアに関係して行われると、もはやこの限定は助けにならない。立法者がこれに対して何の支援もしないばかりか、その現象を否定しようと試みていることが目立つ<sup>28)</sup>。とにかく、立法者の意見はなるほど次の通りである。業として行われる自殺幫助と緩和治療との間には類型的な違いがある。医師が介助した自殺は、例えば間接的な自殺幫助とは異なり、医学的に適応するものではないし、それゆえにこれらの職業や機関が持つイメージにも合っていないのであるという<sup>29)</sup>。それから、立法者は続けて次のように述べる。「介助された自殺は、それゆえに、上述の職業や機関によっては原則として行われることもない。……それにもかかわらず、この範疇に属する者によって自殺幫助が個別的行われたとすれば、これは類型的にみてもまさに『業として』は行われていないのである。つまり、これは反復的または継続的に行うという要素をその仕事に与える意図で行われていないのである。だから、特別な除外規定は必要ない」<sup>30)</sup>。

しかしながら、医師が介助した自殺が抱える問題点をそんなに簡単には

---

ズすることができる。

26) BT-Drucks. 18/5373, S. 18 (強調筆者).

27) BT-Drucks. 18/5373, S. 17.

28) Vgl. dazu auch *Eidam*, medstra 2016, 17 (20).

29) BT-Drucks. 18/5373, S. 17.

30) BT-Drucks. 18/5373, S. 18 (強調筆者).



消し去ることができない。何と言っても、ドイツの医師の41%しか、医師が介助した自殺の禁止を支持していないのである。それに加えて、医師としての職業生活において、医師全体の78%の者が5回以下、16%の者が6回から10回、そして1%の者が26回から150回、自殺のための薬剤の処方箋を交付するよう求められている<sup>31)</sup>。それ以上に、17ある各州の医師会のうちの7つが、(拘束力はない)医師のための模範職業規則16条3文による自殺介助の禁止を各医師会の(法的に拘束力のある)医師の職業規則に受け入れていない。その限りでは、刑法217条が、緩和治療やホスピス緩和ケアの枠内で自殺補助を行った医師が処罰されるリスクを生み出すのである。なぜなら、当然のことながら、集中治療や緩和治療に携わる医師が、死ぬ意思がある患者を治療し、これらの患者を死に至るプロセスにおいてなお積極的に支えているのであり、その際には一度ならずともこのような「自殺を補助する」状況に置かれるからである。この点で、「ただちに限界線に達して、自殺補助を履行したこと自体が、その活動に反復的という要素を付与することになる」という<sup>32)</sup>。

c. 限定の試みとその批判

医師がこのように処罰されるリスクに鑑みて、「業として」の要件をさまざまな形で限定する提案が出されている。そこで、「業として」という概念、およびその概念の由来から、この概念により医師が主たる活動として行う自殺補助だけが捕捉されているのであり、医師が自殺補助を「本業」としている場合に限って、医師は質的にみて業として行為するものであると推論される。自殺補助団体における医師の活動については、おそらくこの場合にこれが当てはまるが、しかしながら緩和治療の領域に

---

31) *Freund/Lüftner/Wilhelm* (Hrsg.), *Ärztlich assistierte Selbsttötung. Umfrage zur ärztlichen Versorgung von Krebspatienten usw.*, 2015, S. 25 bzw. 23.

32) *Wissenschaftliche Dienste, Deutscher Bundestag, Ausarbeitung zu BT-Drucks. 18/5373, WD 3-3000-188/15 v. 24.8.2015, 11; auch Eidam, medstra 2016, 17 (20 f.)* が該当する。

における医師や医療従事者には当てはまらない<sup>33)</sup>。

同じ方向で出された提案に、反復された自殺幫助が活動の主要な任務であること、または、患者との関わりの内で自殺幫助が最後の手段（ultima ratio）であると示さないようなやり方で自殺幫助が行われたことを「業として」の概念に追加的に要求しようというものがある。これによると、医師と患者のありのままの関係に照らすと、業として行われる自殺幫助行為は現実離れしている。患者がまさしく自殺願望に基づいて医師に依頼し、その患者が自殺幫助をいつでも肯定しなければならないというからである<sup>34)</sup>。第三の見解は、「業として」の概念を客観的かつ主観的により狭く要求しようとする。それによれば、医師により業として行われる自殺幫助は、医師が、客観的にみて、自殺幫助をもって自己の活動が反復的または継続的であることを示す要素とすること、いわば自殺幫助を業務モデル（Geschäftsmodell）とすることを要求する。さらに、医師は、主観的にみて、事実的行為をもって自分の仕事が継続的で定例のものであることを示す要素とする意図を有さなければならない。この見解によれば、個別に行われる行為は「業として」の要件を基礎づけるものでは決してありえない。むしろ、刑法217条は、自殺幫助団体とならんで、自殺幫助を専門にしている医師だけを捕捉することができる<sup>35)</sup>。もっとも広いのが、文言を援用する第4の提案である。その提案は、行為者が自殺幫助の実行をもって自らの経済的または職業的活動が反復的であることを示す要素とする場合にだけ、業として行われる自殺幫助を認めようとするのである<sup>36)</sup>。

これらの提案をどう評価したらよいか。第一に、あまりにも広く感じられる刑罰規定を限定的に解釈しようとする点で、それらの提案には共感がもてる。確かに、限定しようという提案が、（新しい法律の

---

33) BeckOK StGB-Oglakcioglu, § 217 Rn. 31.

34) Gaede, JuS 2016, 385 (390).

35) Hillenkamp, KriPoZ 2016, 3 (8 f.).

36) Weigend/Hoven, ZIS 2016, 681 (689); ebenso Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, § 217 Rn. 17.

業として行われた自殺補助に対する刑罰規定をめぐる……

もとで拘束力がある<sup>37)</sup>立法者の意思と一致しているかは疑わしい。これ  
がもっとも顕著なのは、自殺補助の「業として」の要件を経済的または職  
業的活動（第4提案）に、あるいは行為者の本業（第1提案）に結び付け  
ようとする提案である。立法者は、自殺補助団体にいる無給の自殺補助者  
を捕捉するために、『業として』の概念がもつ経済的または職業的な含意  
を放棄した』のであって、それらの提案は、このような形で明らかにされ  
た立法者の意思とは矛盾するからである<sup>38)</sup>。同じことが、自殺補助をもつ  
て行為者の活動が客観的に反復されまたは継続することを示す要素である  
場合にだけ、自殺補助を犯罪化すること（第3提案）にも当てはまる。な  
ぜなら、立法者は、刑法217条を、反復する意図のもとで自殺補助が行わ  
れているならば、初回の自殺補助に対しても適用しようとしていることが  
明らかだからである。

最後に、主たる活動（第1提案の一部）、主要な任務（第2提案の一部）、  
または医師の専門化（第3提案の一部）に焦点を合わせている提案は賛同  
を得られない。それらの提案は、有意に自殺補助を行った診療医に、自殺  
補助は自らの主たる活動ではないとか、あるいはむしろ自分は自殺補助を  
専門としていないといった、否定できない抗弁を可能にしてしまう。自殺  
補助を申し出た診療医は、一般的に刑法217条の可罰性を免れるであろう。  
しかし、このことは立法者がまさに望まなかったところである。というの  
は、立法者は、刑法217条に、医師に適用できる除外規定を置かなかつた  
からである。医師が介助した自殺の合法化が立法手続において議論され、  
部分的に提案されていたのだが<sup>39)</sup>、立法者はそのような合法化を、たとえ  
裏口からのものであろうとも、何としてでも避けたかつたからである。

このことは、合憲的解釈の可能性と限界に影響を及ぼす。「その解釈が  
文言及び明確に認識できる立法者の意思に矛盾するような場合に」、この

---

37) Vgl. BGH (Z) NJW 1994, 457 (458); *Schmalz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 1998, S. 95.

38) BT-Drucks. 18/5373, S. 17 (強調筆者).

39) So vom Gesetzentwurf *Hintze/Lauterbach*, BT-Drucks. 18/5374.

解釈は連邦憲法裁判所の確定した判例によって排除される<sup>40)</sup>。そのため、医師が介助した自殺に関してさえも、結果として、意図的な反復というコンセプトにしたがった一般的な（満足できない）限定にとどまるのである<sup>41)</sup>。

d. 医薬品・医療機器連邦研究所（BfArM）の職員による自殺幫助の限界という問題

自殺幫助の限界について、さらに別の問題が、2017年のドイツ連邦行政裁判所の判決によって生じている。この判決は、自殺を目的とする麻酔剤を要求する行政法上の請求権という問題を取り扱う。なるほど、裁判所は、医薬品・医療機器連邦研究所（BfArM）に対して自殺を目的とする麻酔剤の取得を申し出たとしても、原則として許可される可能性はないということを出発点とする<sup>42)</sup>。むろん、裁判所は、自律的な死に対する人権および基本権を援用して、自殺の意思のある申請人が重篤で治癒の見込みのない病気に罹患して極度の苦境にある場合に、適切にも、例外を肯定した。その種の極度の苦境は、次の場合に認められるという。「——第一に——重篤で治癒の見込みのない病気に罹患していて、その病気が深刻な身体的症状、とりわけ強い苦痛と結び付いた症状を伴う場合であって、その苦痛が当事者に耐え難い苦悩を与え、かつ十分には緩和されえないであろうという場合である。——第二に——当事者に決定能力があり、自分の生命を終わらせるつもりであると自由かつ真意に基づいて決定した場合である。そして、——第三に——自殺の願いを実現するために期待できる他の手段を当事者が自由に利用できない場合である」<sup>43)</sup>。

この判決についてはさかんに議論されているが、この判決が投げかけた

---

40) BVerfGE 18, 97, 111; 35, 263, 280; 54, 277, 299 f.; 90, 263, 275; BVerfG NJW 2015, 2949 (2952).

41) 結論においてこれと同様なものとして、Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 217 Rn. 7; auch SSW-Momsen, § 217 Rn. 11. がある。

42) BVerwG NJW 2017, 2215 (2217 Rn. 21).

43) BVerwG NJW 2017, 2215 (2219 Rn. 31).

業として行われた自殺補助に対する刑罰規定をめぐる……

数多くの問題の中から<sup>44)</sup>、刑法217条との調和という問題だけを取り上げよう。連邦行政裁判所は、申請を承認した場合に、刑法217条により政府職員に認められる可罰性のリスクをまったく危惧していない。なぜなら、

「当局がこの種の許可を与えることは、個々の特別な場合に限って、かつ非常に狭く解釈された要件のもとでのみ許されているが、……刑法の意味で、私人の自殺補助者が自殺を業として補助することに比肩するものではない。医薬品・医療機器連邦研究所 (BfArM) は自身の利益を追求するものではないが、その決定は、法的な根拠から示された要件のもとでは当事者に許可を拒むことは許されないことに依拠している。その種の許可が与えられる範囲が狭いことを考えると、『常態であるとの外観』が発生するとは言い得ない」<sup>45)</sup>。

私は、結論としてはこれが正しいと考える。しかしながら、刑法217条の文言が一応充足されていることを認めなければならない。自殺の機会を仲介したこと、当時100を超えた申請が「業として」の要件にあたりと認められること、そして促進する意図があること、これらを否定することはほとんど不可能だからである。したがって、自殺補助の限定は構成要件を目的論的に制限することによってのみ達成することができる<sup>46)</sup>。これが論

---

44) これに同意するのは、たとえば *Brade/Tänzer*, NVwZ 2017, 1435 (1439); *Lindner*, ZRP 2017, 148; *Hufen*, NJW 2018, 1524 (1527 f.); *Neumann*, FS Rengier, 2018, 571. である。拒否するのは、たとえば、ドイツ倫理審議会 (Deutscher Ethikrat) の多数である。 *Deutschen Ethikrat*, Suizidprävention statt Suizidunterstützung usw., 2017, S. 2 f.; *di Fabio*, Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur Selbstötung in existenziellen Notlagen, Rechtsgutachten, November 2017, S. 99 ff.

45) BVerwG NJW 2017, 2215 (2220 Rn. 38).

46) 結論としてこれと同様なものとして、次のものを参照。 *Kuhli*, ZIS 2017, 245 ff.; *Lindner*, ZRP 2017, 150; *Brade/Tänzer*, NVwZ 2017, 1438 f.; *Hufen*, NJW 2018, 1528; *Neumann*, FS Rengier, 2018, 579 ff. A.A. die Mehrheit des Deutschen Ethikrates, Suizidprävention statt Suizidunterstützung, 2017, S. 2.

争の場である。いずれにせよ、これによっても、現実の法的に不安定な状況は取り除かれていない<sup>47)</sup>。現在のところ、この問題は現実のものとはなっていないが、それはもっぱら、連邦保健省の事務次官が連邦研究所の所長に対して、連邦行政裁判所の決定に従わないで提出されている申請を拒否するよう非常に問題のある方法で要請したからである<sup>48)</sup>。

## 2. 刑法217条への関与の問題

刑法217条の場合における関与の問題は、とりわけ2つの点に現れる。

### a. 刑法217条への関与と個別的行われた自殺への関与の限界

業としてではなく、個別的行われた自殺関与が不可罰であることは不可侵とされているが、このことを考慮すると、第一に、刑法217条への関与が可罰的とされることと、個別的行われた自殺関与が不可罰とされることをどのようにして区別すべきかという難しい問題が生じる<sup>49)</sup>。これは、関与者としての医師についても問題となる<sup>50)</sup>。

その区別は、関与者の視点から見た関与の客観的かつ主観的な目標設定にしたがう。例を挙げよう。自由答責的に行動するBは、病気の終末期にあって自殺する意思を持っている。仕事の同僚Aが、このBを、彼の死に付き添うために、スイスに居る自殺幫助を業として行う者のもとへと連れて行く場合に、刑法217条、27条の幫助が認められ、可罰的とされる<sup>51)</sup>。これに対して、AがBに対して、ドイツ国内において、自殺幫助を業として行う者として関与するのではなく、自殺のための薬剤を調達した場合には、Bの自殺への個別的行われた関与と認められて、不可罰となる。

自殺幫助を業として行う者が関与して自由答責的な自殺が行われたとし

---

47) Vgl. auch *di Fabio*, Rechtsgutachten (Fn. 44), S. 74.

48) Schreiben von *Lutz Stoppe* vom 21. Juni 2018, S. 1.

49) 次のことについては、すでに *NK-Saliger* (Fn. 10), § 217 Rn. 33 ff. で述べている。

50) *Fischer* (Fn. 41), § 217 Rn. 12, auch Rn. 9 f.

51) (不可罰な) 親族の事案については、BT-Drucks. 18/5373, S. 20. を参照。

業として行われた自殺補助に対する刑罰規定をめぐる……

よう。この関与者が自分の仕事を遂行して引き上げた以降については、業としてではなく行動している関与者にとっては、それが個別に行われた自由答責的な自殺へと再び転じることがあり得るのだろうか。この問題は未解決のままである。主たる行為が終了しており（刑法217条の既遂と終了）、関与者の目標設定が変更されたのだから、これは肯定し得るであろう。したがって、スイスへ移動した事例では、同僚のAは、次の場合には（もはや）可罰的ではなくなる。すなわち、Aが、ホテルの部屋において、自殺補助を業として行う者が引き上げてしまった後になって、Bが致死性の薬剤を服用してから、Bを安心させて彼の手をしっかりと握ったという場合である。刑法217条への関与が認められるのか、それとも自由答責的な自殺への個別に行われた関与が認められるのかが明らかではないのであれば、疑わしい場合には後者を出発点とすべきである。

#### b. 刑法217条2項の処罰阻却事由の問題

第二に、刑法217条2項の処罰阻却事由に関連して、刑法217条への関与が問題となる。刑法217条2項は次の根拠に基づいている。すなわち、1項にいう「業として」の要件については、刑法28条1項にいう刑罰を基礎づける特別な人的メルクマールが問題となる。その結果、自らは業として行為しなかった者も、刑法217条への関与を理由に可罰的とされる可能性がある<sup>52)</sup>。そうすると、行為者と関与者を不平等に取り扱うことになり、そのような取り扱いは緊張を強えられる。すなわち、行為者は、業として行為していなければ刑法217条により処罰されないであろう。これと対照的に、関与者については、「業として」の要件にはあたらないとしても、刑法217条、26条〔教唆〕または217条、27条〔幫助〕による処罰は妨げられないのである<sup>53)</sup>。

刑法217条2項は、親族または自殺の意思を持つ者と密接な関係にあるその他の者について一身的刑罰阻却事由を規定することで、関与者のこの

---

52) BT-Drucks. 18/5373, S. 19.

53) それゆえに、批判的なのは, *Hoven*, ZIS 2016, 1 (8) と *Weigend/Hoven*, ZIS 2016, 681 (690) である。

ような厳しい取り扱いを緩和する<sup>54)</sup>。こうすることで、2項は、自分と親密な関係にある者を、普通は心に重い負担がかかる難しい例外的状況において助力しようとする者に対して、処罰の必要性を欠いていることを言葉で表現することになる<sup>55)</sup>。立法者が例として挙げるのは、病気で終末期にある妻がその自殺の決意を実行するにあたって、夫が、妻の死に付き添うために、業として行為する自殺幫助者のもとへ妻を連れて行く場合である。自殺幫助者の主たる行為を客観的にみて促進することになるこの態度には当罰性がない。この態度には、類型的にみて深い思いやりと共感が刻み込まれているからである<sup>56)</sup>。

刑法217条2項の根拠がこのように理解しやすいものであるにもかかわらず、適用に関していくつもの問題が明らかになる。医師が親族または自殺の意思を持つ者と密接な関係にある者、たとえば親友であるといった場合に、その医師が2項により特権を与えられていることに争いの余地はない<sup>57)</sup>。これに対して、自殺意思がある者を比較的長期にわたって治療してきた医師または看護師が密接な関係にある者という概念に含まれるのかについては争いがある。これをときたま肯定する者もいるが<sup>58)</sup>、正当にも圧倒的多数はこれを否定する<sup>59)</sup>。立法者は、法案理由の他の多くの箇所でも医師に言及しているにもかかわらず、2項の処罰阻却事由に関しては、法律の文言においても法案理由<sup>60)</sup>においても医師に言及していない<sup>61)</sup>。そのうえ、立法者は、1項において、医師が介助した自殺についての除外規定を明確に拒絶していた。このことを考慮すると、医師（と看護師）が自殺意

---

54) BT-Drucks. 18/5373, S. 19.

55) BT-Drucks. 18/5373, S. 19 f.

56) BT-Drucks. 18/5373, S. 20.

57) *Fischer* (Fn. 41), § 217 Rn. 11.

58) *Hillenkamp*, KriPoZ 2016, 3 (9) Fn. 71; *Weigend/Hoven*, ZIS 2016, 681 (691).

59) *Fischer* (Fn. 41), § 217 Rn. 11; BeckOK StGB-Oglakcioglu, § 217 Rn. 39.1; SSW-Momsen, § 217 Rn. 17; *Duttge*, NJW 2016, 120 (124); *Gaede*, JuS 2016, 385 (392).

60) Vgl. BT-Drucks. 18/5373, S. 20.

61) Vgl. BT-Drucks. 18/5373, S. 9, 10 f., 17, 18.



思のある者を治療してきたという関係——たとえそれが比較的長期にわたるものであったとしても——を根拠にするだけでは、立法者は2項により特権を与える範囲に彼らを含めるつもりはなかったという帰結は正当化される。

さらに、刑法217条、27条による可罰的な補助の範囲が問題を投げかける。典型的な補助行為とは、自殺を実行するための部屋を準備することや適合する薬剤を入れたカクテルを作ることである<sup>62)</sup>。この場合、共犯処罰の成立要件は、常に、主たる行為との具体的な関連、つまり1項にいう自殺の具体的な機会の提供、手配等である<sup>63)</sup>。とりわけ、補助が処罰されるのは、補助が主たる行為の遂行を具体的に可能にし、または容易にした、つまり事実上促進した場合に限られる<sup>64)</sup>。

そういうわけで、すでに自殺の具体的な機会との関連が欠けているために1項により処罰するには足りない行為は、いずれも刑法217条、26条または27条による共犯としての処罰を基礎づけることはいよいよもってないのである。これは、例えば、単なる情報提供、啓発、一般的な指示、問い合わせなどへのしかるべき対応、あるいは団体の設立および運営にもあてはまる。これにしたがえば、自殺の具体的な機会と関連がない限り十分ではない。例えば、自殺補助団体の組織的な活動（経理、経営、ウェブサイトの管理）<sup>65)</sup>、その種の団体の一般的な電話相談の当番やホット・ライン<sup>66)</sup>、自殺補助団体への会費の支払<sup>67)</sup>、事前医療指示書を作成する際の助言と協力<sup>68)</sup>といった場合である。

広告は原則として無罪だが、広告であっても具体的な主たる行為を促進

---

62) BeckOK StGB-Oglakcioglu, § 217 Rn. 45.

63) BeckOK StGB-Oglakcioglu, § 217 Rn. 38. が該当する。

64) BT-Drucks. 18/5373, S. 19.

65) BeckOK StGB-Oglakcioglu, § 217 Rn. 46. A.A. ウェブサイトの管理については、SSW-Momsen, § 217 Rn. 18.

66) BeckOK StGB-Oglakcioglu, § 217 Rn. 46.

67) A.A. SSW-Momsen, § 217 Rn. 18.

68) Fischer (Fn. 41), § 217 Rn. 13.

する場合には刑法217条、27条により処罰される<sup>69)</sup>。それに対して、自殺意思を持つ者を治療している医師が、刑法217条、27条により処罰される可能性があるのは、この医師が自分の患者に、業として行為する同僚により介助された自殺の可能性を指摘した場合、または自分の患者がその結果として他の医師と連絡を取った場合である<sup>70)</sup>。

### 3. 医師や看護師にとっての予測不可能な処罰のリスク

医師が自殺に付き添うことを刑法217条の適用領域から除外しなかったことで、医師、ならびに日常業務において緩和治療に携わる者およびホスピス緩和ケアに携わる者に不安を与えた<sup>71)</sup>。ここで生じた疑問のうち、医師が、自分の患者の自由答責的な断食死（Sterbefasten）にあたって部屋を準備し、他の部屋へと移動させ、看護や世話をするなどして付き添った場合に、刑法217条によって処罰され得るのだろうかという問題だけを取り上げよう。

この問題はわかりにくい。断食死が自殺の一形式であることに、一見して反論はないように思われる。医師が然るべく開業した限り、「業として」のメルクマールを否定することはやはりできないだろう。自殺の機会を提供し、あるいは手配した場合にはなおさらである。それゆえ、解釈論としては、すべては他者の自殺を促進する意図というメルクマールの解釈によることになる。その際に、意図を自殺の機会の促進だけに関連付けなければならないのであり、自殺を実際に実行したと関連付けてはならないことに注意すべきである。後者については、未必の故意で足りる。それゆえに、医師は、私は他者の自殺を結局のところ望んでいなかった、あるいは私は完全に拒んでいたと言ったとしても、責めを免れることはできない

---

69) So BT-Drucks. 18/5373, S. 19.

70) *Hoven*, ZIS 2016, 1 (8).

71) 最近の典型的なものとして、*Duttge*, ZStW 2017, 448 (461 ff.); *Kuhli*, ZStW 2017, 691 (710 ff.)。

のである<sup>72)</sup>。

医師が自分の患者の断食死を積極的に助けることで、少なくとも中間目標として、自殺の機会を促進しようと努めているかどうかは明らかではない。二重作用理論には問題があるが、この理論を用いれば、それを否定することができるであろう。これによると、医師にとって、自分の患者の自律的な（そして痛みのない）死を可能にするという善良な意図が第一義的に重要である場合には、自殺補助は甘受された、避けることのできない副次的結果にすぎないのであって、促進意図は排除される<sup>73)</sup>。

しかしながら、問題となっている行為の作用から見れば<sup>74)</sup>、その行為から自殺補助という作用が生じているという点でまったく同じであり、それが——有害な——直接的意図で行われようと、——なお許容される——間接的（本来的でない）意図で行われようと、道徳的に重要な差異はない。直接的意図を持って行為する者は、後悔の念をわずかであっても示す必要はないからである（たとえば、トラック運転手が事故に遭って車体に挟み込まれ、焼け死ぬおそれが差し迫っていたのだが、この運転手を同僚が直接的意図を持って殺害した場合である。）。さらに、間接的意図を持って企てられた行動が、常に納得のゆく行動であるとは限らない（例えば、二重作用理論によれば、産道に頭部が固く嵌ってしまった胎児を母体の死後に安全に出生させるために、妊娠中の母親を常に死ぬに任せる場合である。なぜなら、母体を救命するために胎児を殺害するなら、およそ直接的意図を持って行われるだろう<sup>75)</sup>）。

---

72) BT-Drucks. 18/5373, S. 19.

73) この点では、実際は二重作用ドクトリンとは関係しない。Kampmann, Die Pönalisierung der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung – eine kritische Analyse, 2017, S. 100 f.

74) Nach Thomas von Aquin ist es erlaubt, etwas mit indirekter (uneigentlicher) Absicht zu tun, was mit direkter Absicht zu tun verboten wäre (Summa theologica, II. Buch, II. Teil, Quaestio 64 Artikel 7).

75) これについては次のものがある。Saliger, in: Bormann (Hrsg.), Lebensbeendende Handlungen, 2017, S. 320 ff.

他方で、断食死の促進は、断食死が（受動的かつ消極的な）自殺の一形態を意味するがゆえに、刑法217条の構成要件を充足しないという見解がある。これも、刑法217条の立法者の念頭に浮かんでいた積極的な自殺形態とは根本的に異なるという<sup>76)</sup>。これも納得のいくものではない。立法者は、構成要件に該当する積極的な自殺と、構成要件に該当しない消極的な自殺を区別していなかった。

断食死の事案において、自分が促進意図を有することを医師が否認した場合、概して解消できない矛盾に至る。作為（部屋の移転、疼痛管理）の事案においては、次の点でまさに矛盾している。自殺意思を持つ者が自殺を自由答責的に決定したことを、客観的構成要件においては「業として」の要件にあたることを理由に顧みないでおきながら、主観的構成要件においては促進意図を否認することでその決定を考慮に入れるからである。類似のことは、不作為にもあてはまる（医師が断食死をしようとしている患者をその部屋に留めておく場合）。この点で、「業として」の要件にあたることを認めて自殺意思を持つ者の自由答責的な決定を無視するか、患者の自殺の自律性を援用することで医師の保証人的地位を否定するかというパラドックスに陥る<sup>77)</sup>。したがって、この問題も未解決である<sup>78)</sup>。これにより法的安定性が失われ、医師が処罰されるリスクを算定するのが難しいことと相まって、致命的な結果となる。それは、共感する医学、対話する医学を終末期においても抑制して<sup>79)</sup>。刑法217条の形で自殺の前段階を犯罪化しようとしたことのプラスとなる<sup>80)</sup>。

---

76) So *Duttge/Simon*, NStZ 2017, 512 (515 f.).

77) すでに、NK-*Saliger* (Fn. 10), § 217 Rn. 31. で述べている。

78) 可罰性については、*Hilgendorf*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des deutschen Bundestages am 23.9.2015, S. 14, および NK-*Saliger* (Fn. 10), § 217 Rn. 31を参照のこと。それぞれにまた別の組み合わせがある。

79) *Duttge*, NJW 2016, 120 (124).

80) 批判的なのは、例えば *Rosenau*, Bayerisches Ärzteblatt 2016, 100 (101f). である。

### III. 合憲性？——刑法217条の法益の問題

解釈論上の問題と並んで少なからず慎重な配慮を要するのが、刑法217条をめぐる刑法理論上の問題と憲法上の問題である。

#### 1. ドイツの立法者の犯罪化コンセプト

ドイツの立法者のコンセプトによれば、刑法217条は二重の法益保護を追求するものである。この規定が目的とするのは、人の生命の保護と業として行われる自殺補助の抽象的危険からの個人の自律を保護することである<sup>81)</sup>。刑法217条が対処しようとするものは、明らかに、ドイツ安楽死協会（Sterbehilfe Deutschland）といった臨死介助組織による組織的な自殺補助であり、個々の医師が繰り返し自殺補助を行うこと、および国外で組織的な自殺補助を宣伝することである<sup>82)</sup>。立法者は、自殺補助（介助された自殺）が健康保障のサービス提供のひとつへと進展する可能性に気付いたのであり、およそ刑罰規範が保障すべきなのは、この進展を阻止することなのである。

この際に立法者が出発点とするのは、ひとつには、自殺意思を持つ者は、その種の提案を受けなければ自殺を考へてみることもないだろうし、決定もしないだろうということである。もうひとつは、組織的な自殺補助の場合であっても、問題のある利益衝突を生み出すであろうということである。もっとも、そのような利益衝突が生じるのは、自殺補助の専門家が、自分たちの活動が頻繁に、かつ効果的に行われ、そしてそれが継続することに固有の利益を生み出し、またそうすることによって、判断の難しい自己決定をしなければならぬ状況において自殺意思を持つ者が影響されるであろうという場合に限られる<sup>83)</sup>。

81) BT-Drucks. 18/5373, S. 12, ferner S. 2 f. und 10.

82) Vgl. BT-Drucks. 18/5373, S. 2, 9, 20.

83) BT-Drucks. 19/5373, S. 11, また, S. 2 und 8.

## 2. この犯罪化コンセプトについての刑法理論上の批判

このような形で法益を定めることに対しては、多くの疑問が投げかけられる<sup>84)</sup>。第一に、自殺幫助の「業として」という要件がそれ単独で、どのような形で刑罰的不法を基礎づけることになるのかが明らかではない。個別的に行われた自殺幫助が不可罰であることに立法者が言及しようとならないのであれば、不可罰な行為をただ繰り返すことからどのようにして刑罰的不法が生じるのかは見当がつかないままである<sup>85)</sup>。

それ以上に、立法者による処罰の根拠付けは矛盾すらしている（この矛盾は救いがたい）。法律は、個別的に行われる不可罰な自殺幫助と業として行われる可罰的な自殺幫助を区別するが、その際に当然の前提としているのは、個別的に行われる自殺幫助は常に葛藤の影響を強く受けているか、または利他的であって、それゆえに生命と自律性を守っているものであるとされるのに対して、業として行われる自殺幫助は常に自分自身の利益をはかるものであって、それゆえに生命と自律性を危険にさらして行われているとされることである。この仮定を支持することはできない。まさに家族による自殺幫助の場合に、過大な要求や親族に固有の利益があるために、自殺幫助が常に葛藤状態で、または利他的な形で行われることが保証されてはいないのである。そういうわけで、生命および自己決定という法益は、個別的に行われる場合であっても侵害されてしまうことが実に多いであろう。これとは反対に、自殺意思を持つ者のこれらの法益が、ドイツ安楽死協会やディグニタス（Dignitas）といった、専門家であり、訓練され、そして倫理的諸原則を指向する自殺幫助者によって危険にさらされているとは認められないのである。その限りにおいて、法律は目指し

---

84) すでに、NK-Saliger (Fn. 10), § 217 Rn. 3 ff. で述べている。

85) これについては、もっぱら次の文献を参照。Schroth, GA 2006, 549 (570); Saliger, ZRP 2008, 199; Schöch, FS-Kühl, 590; Eidam, medstra 2016, 17 (19); Hoven, ZIS 2016, 1 (7); Duttge, NJW 2016, 120 (122); Weigend/Hoven, ZIS 2016, 681 (688); Nakamichi, ZIS 2017, 324 (328)。同様に、BT-Drucks. 17/11126, S. 8.

業として行われた自殺幫助に対する刑罰規定をめぐる……

ていた法益保護を真逆のものに変えてしまうのである<sup>86)</sup>。

要するに、刑法217条は主張されているような法益保護には役立たない。むしろ、この規定は、自殺文化は社会政策にとって望ましくない状態であるとして、自殺文化を道徳的に弾劾するだけなのである<sup>87)</sup>。そうやって刑罰規定がとりわけ道徳的なメッセージを表明する限り、その規定は象徴的刑法に属する<sup>88)</sup>。教会が立法手続に強い影響を及ぼしているが、それがアンケートによって明らかにされた人間の実際の欲求に反しているために、刑事政策的にみてイデオロギー的な批判を招ききっかけとなっている。

### 3. 刑法217条の違憲性

このような背景のもとで、ドイツ連邦憲法裁判所が係属中の刑法217条の憲法違反の申立についてどのような判断を下すのかを緊張感をもって待たなければならない。正しくみれば、刑法217条を憲法違反であると考えなければならないであろう<sup>89)</sup>。生命の終結を自己決定する市民の基本権は、人権として（ヨーロッパ人権条約8条1項<sup>90)</sup>）、また憲法上の権利として（ドイツ基本法1条1項と関連する2条1項）基礎づけられている。業として行われる自殺幫助の犯罪化は、とりわけこの市民の基本権を直接的に侵害する。この基本権は、自殺幫助にまでおよぶ第三者による支援の利用を含めて、死の方法と時点とを決定する自由を内容としている。刑法217条はこの基本権を極端に制限する。なぜなら、この規定は正当な法益を矛盾なく保護するものではないからである。その代わりに、この刑罰規

---

86) Vgl. *Duttge*, NJW 2016, 120 (122 f.); *Kubiciel*, ZIS 2016, 396 (401); *Weigend/Hoven*, ZIS 2016, 681 (687 ff.).

87) Vgl. *Roxin*, NStZ 2016, 185 (186 f.); auch BeckOK StGB-*Oglakcioglu*, § 217 Rn. 1.

88) Vgl. auch *SSW-Momsen*, § 217 Rn. 2.

89) *Hilgendorf/Rosenau*, Stellungnahme von 147 deutschen Strafrechtslehrern, *medstra* 2015, 129; *Saliger* (Fn. 11), *Selbstbestimmung*, 2015, S. 22 ff., 113 ff., 154 f., 160 ff.; *Fischer* (Fn. 41), § 217 Rn. 3a ff.; *SSW-Momsen*, § 217 Rn. 2; *Hoven*, ZIS 2016, 1 (8); *Duttge*, NJW 2016, 120 (122 ff.); *Roxin*, NStZ 2016, 185 (188 ff.).

90) Vgl. nur EGMR NJW 2011, 3773 (3774) – Haas/Schweiz.

定は、より緩やかで、かつ同程度に効果的な刑法以外の選択肢(例えば、民法の規定)があるにもかかわらず、「終末期医療」においてこれまで認められてきた形式(たとえば、医師による自殺介助、緩和治療、断食死)の法的安定性を不必要に害するのである。この規定は、そうすることで、重篤な病気に罹患して自殺意思を持つ者を、ドイツ国内においては専門家による自殺幫助から全面的に遮断する。そして、自殺意思を持つ者に孤独な自殺を強いるか(残虐な自殺によることさえもありうる)、そうでなければ、スイスで自殺幫助を利用するよう追い払うのである。しかし、スイスで自殺幫助を利用するのは苦勞が多いし、しばしば発病した結果としてまったく利用できなくなるのである。

立法者は、純粹に自殺幫助のための組織ですら、自殺幫助者自身の固有の利益に基づいて自殺意思を持つ者の生命と自律性を抽象的な危険にさらしていると想定しているが、これこそが純然たる推測によるものである。立法者に評価の余地、予測の余地、そして判断の余地があることを指摘したとしても、このような想定を維持できない<sup>91)</sup>。なぜなら、立法者自身が抽象的危険を生み出すことは許されないからである<sup>92)</sup>。

これを別としても、刑法217条は評価矛盾の原因となり、この矛盾を解消することができない。このように、この刑罰規範は、ドイツにおいてこの20年間、自律性を指向して正犯として自殺幫助を行う権利を発展させてきたこととパラドックスに陥っていて、それが解消できていない(キーワード:事前医療指示法、フルダ事件)<sup>93)</sup>。そのうえ、ハード・パターンリズムに基づいて業として自殺幫助を行った者を犯罪化したという見方をすると、刑罰規範は責任原理に違反することになる。なぜなら、幫助者は、自由答責的な自殺を促進した場合に、不法が欠如し、したがって不法につ

---

91) So aber *Augsberg*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung usw. (Fn. 78), S. 6 ff.

92) Vgl. *Merkel*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung usw. (Fn. 78), S. 3.

93) この詳細については *Saliger* (Fn. 11), Selbstbestimmung, 2015, S. 117 ff. を参照。



業として行われた自殺補助に対する刑罰規定をめぐる……

いて非難できないのに処罰されるからである<sup>94)</sup>。およそ合憲的解釈というものは、どのように考えてみても不可能である。法律を制定するにあたって、——実際にはもちろん矛盾している——立法者の意思がたびたび明らかになっているが、一方において、そのような合憲的解釈に、この立法者の意思は制約を加えるからである。他方において、統一性のある刑事政策的な代替プログラムが存在していないので、規範を制限するとしても恣意的にならざるを得ないのである。

#### IV. ま と め

1. 刑法217条における業として行われるというメルクマールの基礎には、意図的な反復というコンセプトがある。そのメルクマールは制限的な解釈にはほとんど親しまない。
2. 刑法217条は、とりわけ緩和治療やホスピス緩和ケアの領域において、医師および看護師に対して著しい処罰のリスクを生み出している。断食死が刑罰規定に該当するかどうかは明らかではない。
3. 医薬品・医療機器連邦研究所 (BfArM) の職員が、極度の苦境において、自殺を目的とする麻酔剤の取得の申請を許可した場合には、この職員は刑法217条によっては処罰されない。
4. 刑法217条は刑法理論として維持できない。なぜならこの規定は正当な法益を保護するものではないからである。
5. 刑法217条は、相当性を欠いているために違憲である。

[追記] 本稿の脱稿後、刑法217条を違憲であるとするドイツ憲法裁判所の判決に接した(2020年2月26日)。「業として行われた自殺補助」を犯罪化するドイツ刑法217条の規定は、「生命の終結を決定する自己決定権」(基本法1条1項と結びついた2条1項の一般的人格権に含まれる)を侵害するも

---

94) 嫌疑刑については、*Duttge* (Fn. 85), NJW 2016, 120 (123 f.); *Hillenkamp* (Fn. 58), KriPoZ 2016, 3 (7). を参照。

のであり、この権利には第三者からの支援を利用する自由が含まれると判示している。今後の議論の深化が期待される。

Urteil vom 26. Februar 2020, 2 BvR 2347/15, 2 BvR 2527/16, 2 BvR 2354/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 651/16.