

研 究

終末期における自己決定権を巡るドイツ判例 及び学説の動向

Die Tendenzen der Rechtsprechung und Literatur zum
Selbstbestimmungsrecht am Lebensende

秋 山 紘 範*

目 次

- I はじめに
- II ドイツにおける近年の判例の推移
- III 判例の趨勢に対するドイツ法学からの反応
- IV 展望と課題
- V おわりに

I はじめに

ドイツ連邦憲法裁判所は、2020年2月26日、業としての自殺援助を禁止する StGB217条は違憲であるとの判決を下した¹⁾。本判決は、既に日本においても多数の紹介がなされており²⁾、その比較法的意義は決して小さく

* 嘱託研究所員・大東文化大学法学部非常勤講師

- 1) BVerfG, Urteil. v.26.2.2020-2 BvR 2347/15, 651/16, 1261/16, 1593/16, 2354/16, 2527/16, NJW 2020, 905. 本稿では、以下「2020年判決」と表記する。
- 2) 神馬幸一訳「ドイツ連邦憲法裁判所第2法廷2020年2月26日判決：ドイツ刑法第217条の違憲性(1)・(2)」獨協法学112号(2020年)471頁, 113号(2020年)423頁(以下続刊), 同訳及び補足編集「連邦憲法裁判所『業としての自殺援助禁止の違憲性』報道資料2020年12号(2020年2月26日付け)補足編集版」同号459頁, 同「『業としての自殺援助罪(ドイツ刑法第217条)』の違憲性」判例時報2456号(2020年)140頁, 柴崎雅子「ドイツ連邦憲法裁判所, 『業として

ないものと考えられる。他方で、2020年判決は、一般的人格権から「自己決定による死を求める権利」が導き出されるとし、更にはこれには自殺する自由も含まれるとするが、このような自己決定権の承認は、日本法の観点から見れば、非常に極端なものとしても映り得るであろう。このように極めて先鋭化した形における自己決定権の推進を比較法的に検討するにあたっては、その背景にある法学的文脈を十分に認識することが不可欠であると言える。

他方で、2020年判決が下されるまでも、連邦憲法裁判所、連邦行政裁判所、そして連邦通常裁判所が、StGB217条あるいはこれに関連する問題領域について、先駆的な判断を下していたところである。そして、これらの判例においては、「自己決定による死を求める権利」を正確に理解するにあたっての視座となるべき自己決定観が述べられている。したがって、これらの判例を分析し、あるいはそれに対するドイツの学説からの反応を検討することには、終末期における自己決定権、更には「死ぬ権利」を考察するにあたっての、軸となるべき思考を抽出するという意義が認められるであろう。そこで本稿では、StGB217条における業としての自殺援助禁止が施行されてから2020年判決が下るまでの間、これに関連する問題について下された4件の判例を取り上げ、そしてこれらの判例に対する法律学からの反応を検討し、よって今後の日本の議論にとって有益となる視座を獲得することを試みる。このような本稿の問題関心から、また、筆者は既に2020年判決について判例研究を行っていることから³⁾、本稿では2020年判決は直接的には取り扱わず、必要な限度において言及するに留める。

の自殺援助の禁止は違憲』国際研究論叢34巻1号(2020年)125頁、九州大学ドイツ刑法判例研究会誌「ドイツ刑法判例研究：ドイツ刑法典第217条の合憲性について—ドイツ連邦憲法裁判所2020年2月26日判決の翻訳—」法政研究87巻4号(2021年)170頁参照。また、拙訳として、拙稿「業としての自殺援助禁止の違憲性」比較法雑誌54巻4号(2021年)249頁。

3) 拙稿・前掲注2) 249頁。

II ドイツにおける近年の判例の推移⁴⁾

1 BVerfG, Beschluß vom 21. 12. 2015–2 BvR 2347/15⁵⁾

(1) 事案の概要⁶⁾

異議申立人らの請求は、2015年12月3日の業としての自殺援助の処罰に関する法律 (BGBl. I S.2177) の施行を停止することを求めるものである。StGB217条1項の改正によって、他人の自殺を促進する意図をもって、その他人に業として自殺の機会を与え、得させ又はあっせんした者は処罰されるようになった。この所為には、3年以下の自由刑又は罰金が科される。StGB217条2項によれば、自ら業として行動することなく、第1項に規定された他人の親族又はその他人と密接な関係にある者は、共犯として罰せられることはない。

2015年12月10日に施行された当該規定において、異議申立人らは自らの死についての自己決定権が侵害されたものと考えているが、同人らは、この自己決定権は一般的人格権 (GG1条1項と結び付いた2条1項) の構成要素であって、少なくとも一般的行為の自由 (GG2条1項) に包括されるものであるとしている。

全ての申立人は Vereins Sterbehilfe Deutschland e. V. の会員であるが、同協会の目的は、定款2条1項によれば、とりわけ、会員が「最後の息までの自己決定権」を貫徹することを支援することにある。定款2条4項によれば、同協会は、死を望む会員に「ドイツ及びスイスそれぞれの法秩序を遵守して」看取られて自殺することを可能にしている。

申立人らは、自殺という選択肢に長期にわたって詳細に取り組んできたこと、健康を害しているために、一定の条件下で近い将来に自殺することを真剣に望んでいることを主張した。また、申立人らは、自らの弁識能力

4) 以下、本稿では、判例中で引用された文献は原則として省略する。

5) 以下「2015年決定」と表記する。

6) Vgl. MedR 2016, 714.

及び自己決定による意思形成能力には制限がないことについての証拠として、神経科及び精神科の専門医の鑑定書を、それぞれ提出している。

同協会は、2014年4月から6月の間に、申立人らの希望を受け、同協会の倫理諸原則の基準に従い、申立人らが自己答責的に死を望む場合には、自殺を支援するという——「青信号の光」(grünes Licht)と呼ばれる——約束をしていた。もっとも、申立人らが異議を唱えているところの StGB217 条の立法手続が完了したことを受けて、同協会は2015年11月27日付けのプレスリリースで、自殺の看取りは今後実施しないことを表明している。既に2015年8月30日の定款改正によって、同協会は定款2条aにおいて、自殺の看取りを禁止する規定が施行されたならば、これを遵守するとの意向を定めていた。

申立人らは、一方では刑法規範の(潜在的)名宛人として、自らの死についての自己決定権を侵害されたものと見ている。申立人らが StGB217 条の所為の共犯として処罰され得ることは、十分な確実性をもっては排除されていないという。とりわけ、申立人らが自殺意思を有する者として、潜在的な自殺支援者に対し、StGB217条の意味における所為の決意を惹起せしめたとされる場合には、StGB217条、26条による教唆を理由とした可罰性が問題となり得るという。他方で、自らの死についての自己決定権の保護領域には、この目的で第三者の援助を利用することも含まれるという。しかし、StGB217条は、業としての自殺援助者を刑罰で威嚇することによって、申立人らが希望するところの専門的な自殺援助の利用を困難にし、あるいは妨げているという。

(2) 決定要旨

BVerfG は、仮処分命令の申立は認められないとした上で、その理由を以下の通り説示している。

[11] 3. 本件憲法異議は、初めから許されないものでもなければ、明らかに理由がないものでもない。しかし、現時点では、とりわけ厳格な審査基準に照らして考えても、本案の判断が下されるまでに、争われている刑

罰規定が引き続き有効であることによって申立人らの被る不利益が、連邦憲法裁判所法（BVerfGG）32条を根拠として、争われている法律の施行を停止することが現時点で不可欠であるほどまでに深刻であると認定することはできない。

[12] a) StGB217条の施行が停止されない限り、業としての自殺援助が刑罰を伴って禁止されることによって、Sterbehilfe Deutschland e. V. 協会が申立人らと約束した支援を行うことが妨げられるため、申立人らは少なくとも本案の判断が下されるまでの間、申立人らが基本的に望む形態であるところの看取られた自殺を要求することが妨げられるであろう。

[13]aa) しかし、申立人らの主張する法的見解とは異なり、申立人らが、協会の協力者その他の業としての自殺介助者である人物に、StGB217条の意味における構成要件に該当する援助行為を決意させ、あるいはかかる所為の幫助行為をしたとしても、処罰のリスクに晒されることはないであろう。業としての自殺援助の教唆又は幫助を理由とした可罰性は、いわゆる必要的共犯の原則に照らせば、問題になることはない。必要的共犯とは、構成要件の実現が概念上複数人の参加を前提としている場合である。これによれば、とりわけ刑罰規定で保護されている被害者は、参加行為をしたとしても無罪である（…）。保護法益の主体による参加行為の場合には、一般的に、可罰的な共犯にとって必要な独自の不法実現が欠如しているため（…）、共犯行為が必要的な構成要件実現の程度を超えているか否かは、問題とならない。

[14] まさに潜在的自殺者が業としての自殺援助という形態における個人の生命と自律性を抽象的に脅かすような行為から保護されるべきであることは、法案の理由書から明らかである（…）。それゆえ、死を望む者が、被害者の明示の意思に基づく殺人が未遂に終わった場合、要求に基づく殺人（StGB216条）の共犯として処罰され得ないと全く同様に（…）、自殺意思を有する者もまた、他人にStGB217条の意味における援助行為を決意させ、あるいはそのための幫助行為を提供したとしても、処罰されない。こうした自殺意思を有する者を処罰しないことは、専ら必要的共犯の

原則の適用に鑑みて、無罪と明示することを問題にしなかった立法者の明示的な意思にも、合致するものである（…）。

[15] bb) それゆえ、申立人らは、StGB217条の刑罰による威嚇の名宛人ではなく、以下の限度、即ち、業としての自殺援助の禁止が、Sterbehilfe Deutschland e. V. 協会の支援を受けて看取られた自殺という、申立人らが基本的に望む具体的な方法を妨げる限度においてしか、StGB217条には関係しない。

[16] しかし一方で、その際に考慮すべきは、申立人らは既に2013年5月から2014年1月までの間に、Sterbehilfe Deutschland e. V. 協会に対して記入した調査用紙の中で、看取られた自殺を基本的に望んでいることを表明しており、その願望は未だ実現していないということである。他方で、本案の判断が下されるまでの間StGB217条が引き続き有効であっても、それは意図した形態での看取られた自殺が更に先延ばしにされるに過ぎず、本案で憲法異議が認められれば、これは依然として実現可能性があるであろう。それゆえ、不可逆的な帰結が生じるとの懸念はない。最後に考慮すべきは、申立人らが望む自らの死についての自己決定は、StGB217条が引き続き有効であることによって完全に妨げられるものではなく、支援者として問題になる人の領域に関してのみ制限されるということである。専門家である医師の支援の利用それ自体は、当該援助者が業としてという構成要件メルクマールを充足しない限りは、申立人らにとって完全に排除されるものではないであろう。

[17] b) 本件で仮処分を認めても、後に憲法異議が認められなかった場合について考慮すべきは、申立人ら、そして申立人らと同様に自由に形成された意思決定に基づいて、StGB217条の意味における業として活動する援助者に看取られて自殺することを決意した者らにとって生じる帰結に尽きるものではない。むしろ、帰結を考量する際には、法律に関係する全ての者への影響が考慮されなければならない（…）。

[18] それゆえ、立法者はStGB217条を議決した際に、援助を受けた自殺が徐々に普及するという展開が、将来的に危惧されるのみならず、既

に生じてしまっているということを前提にしていたということが、考慮されなければならない。立法者は、このような展開には、「通常であるという致命的な外観」や、更には最悪の場合には社会的な自殺への要求が発生し、これによって、援助された自殺の提供がなければ自発的には行為しなかった人までもが自殺するよう誘導され得るという危険が伴うと評価している（…）。申立人らの提出した証拠その他の論拠はいずれも、立法者が出発点とした事実認定は明らかに不正確なものであった可能性があり、立法者が予測した今後の展開は合理的な理由を欠いたものである可能性がある、との結論を導き出すものではない。

[19] それゆえ、StGB217条の施行を停止した場合には、とりわけ重病を患っており、他人の援助に頼らざるを得ない者であって、自己決定と熟慮に基づいて自らの死について決定する能力が本件申立人らよりも遥かに僅かな程度しかない者が、その場合に継続している業としての自殺援助の提供によって、自殺へと誘導され得るということが憂慮される。その場合には、自殺援助を業として提供する全ての者が、Sterbehilfe Deutschland e. V. 協会が定款2条1項4文によって拘束力があると表明する「倫理諸原則」に合致するような倫理基準を満たしている前提で仕事をする、ということから出発することもできない。

[20] 最後に、仮処分命令を下した場合には、少なくとも抽象的な危険からの、StGB217条が目的とするところの、GG2条2項1文によって憲法上保護された最高位の法益である人間の生命の保護（…）と、個人が自己の法益と自律的に関わることの保護とが、失われることになることを顧慮すべきである。その場合、仮処分命令が下されてから本案の判断が下されるまでの間に、どれほどの数の人にとってこの抽象的危険が現実化するかを、評価することはほぼ不可能である。

[21] c) 総合的には、StGB217条の施行を停止した場合に差し迫ったものとなる不利益の方が、仮処分を認めない場合に申立人らに生じる不利益な帰結を上回る。

2 BVerwG, Urteil vom 2. 3. 2017-3 C 19.15 (OVG Münster)⁷⁾

(1) 事実の概要⁸⁾

原告は、連邦医薬品医療機器庁(以下、BfArM)には、その間に死亡した妻が自殺するためにペントバルビタールナトリウム15gを取得することを許可する義務があったとの認定を、原状回復の訴えによって求めたものである。

原告の妻(以下、K女)は、2002年4月から、事故によってほぼ完全な横断性運動麻痺に陥っていた。同女は、首から下が麻痺し、人工呼吸しなければならず、常に医療の世話と看護に頼らざるを得なかった。〔更に、〕頻繁な痙攣発作が激しい痛みを惹き起こしていた。医師の見立てによれば、彼女の容体が回復する見込みはなかった。この苦しみの状況を耐え難く屈辱的なものと感じていたことから、K女は、自らの生を終えたいとの願望を抱いていた。

同女は、2004年11月12日付けの手紙でBfArMに、看取られた死を実現する目的でのペントバルビタールナトリウム15gの取得を許可するよう申請した。その理由として同女は、原告、K女と原告の娘、主治医、心理学者、看護スタッフ及び牧師との間で自らの死の願望について話し合ったこと、そしてこれらの者は彼女の判断を尊重したと説明した。同女にとって、リスクがなくかつ痛みのない自殺とは、申請した薬剤によるもの以外あり得なかったという。麻薬法(以下、BtMG)によれば、ペントバルビタールとは、取引可能かつ処方可能な麻醉剤であるとされる。しかし、医師は、現行の医師法及び職業法によれば、致死量を処方することは許されていないという。加えて、自由かつ答責的な自殺への幫助が刑法上どのように評価されるのかは、不確かであったという。スイスにおいては、同女が求めていたペントバルビタールナトリウムによる自殺が可能であったという。もっとも、〔スイスへの〕旅は、負担を伴うものであったために、

7) 以下「2017年判決」と表記する。

8) Vgl. NJW 2017, 2215.

期待可能な選択肢ではなかったという。2004年12月16日付けの通知で、BfArM は申請を却下した。求められていた許可は、BtMG5条1項6号によって拒否されるとしたが、その理由は、自殺のための麻酔剤取得は、国民にとって必要な医療の供給を保障するという法の目的と両立しないものであるとされたからであった。当該規定の意味における医療上の世話とは、専ら生命を維持又は援助するような使用目的を指すものとされた。2005年3月3日の異議審査決定で、BfArM は、K女の異議には理由がなく、被告人には異議が許されていないとして、これらを却下した。

異議審査決定が下る数日前に、K女は、原告及び娘に付き添われてスイスに旅立ち、臨死介助協会の幫助を受けて自殺していた。

VG Köln は、2004年12月16日の通知は2005年3月3日の異議審査決定という形において違法であり、被告には許可を与える義務があったとの認定に基づいた上で、2006年2月21日の判決で、訴えは認められないとしてこれを棄却した。同判決は、原告には訴権がないとした。原告は、GG6条1項に由来する諸権利を侵害されたと主張することもできなければ、欧州人権条約（EMRK）8条による私生活及び家族生活の尊重を受ける権利を侵害されたものとも考えられないとされた。許可の拒否によって問題になり得るのは、妻の権利だけであるとされた。この判決に対する上訴許可の申立を、OVG Münster は却下した。これに対する原告の憲法異議を、BVerfG は判断しなかった。その後、原告は欧州人権裁判所（EGMR）に上訴したところ、EGMR は、原告が自らの訴えの理由具備性について検討することを国内の裁判所に拒否されたことによって、EMRK8条1項による私生活の尊重を受ける権利を侵害されたものと判断した。同判決は、2012年12月17日に確定したものとなっている。

原告は、2013年1月15日にVG に訴訟手続の再開を申請すると共に、確認の要請（Feststellungsbegehren）を求めた。VG Köln は、2006年2月21日の判決を取り消した上で、訴えを棄却した。原状回復の訴えは、民事訴訟法（ZPO）580条8号と結び付いた行政裁判所法（VwGO）153条1項により、許されるものとされた。しかし、確認の要請を新たに検討しても、

継続的確認訴訟（Fortsetzungsfeststellungsklage）を認めることには理由がないとされた。原告の控訴を、OVG Münsterは却下した。原告の上告は、その一部が認められた。これによって、2004年12月16日のBfArMの通知が2005年3月3日の異議審査決定という形において違法であったことが認定された。BfArMには許可を与える義務があったとの認定を原告が求めていた点について、原告の上告は却下された。

(2) 判決要旨

BVerwGは、BtMG5条1項6号が自殺目的で取得許可を得ることを原則として排除しているとした上で⁹⁾、以下の通り判示した。

[22]bb) 自殺目的でのペントバルビタールナトリウムの取得を例外なく禁止することは、重篤かつ不治の病に侵された人が、いつどのように自らの生を終えるのかを自己決定により決断するという、基本法上保護された権利を侵害するものである。

[23](1) 人格を自由に発展させる権利、そして人間の尊厳を尊重し、これを保護する義務は、GG1条1項と結び付いた2条1項に従い、個人がその個性を展開させ、維持することができる私的生活を形成する自律的な領域を、あらゆる人に保障する(…)。これは、人間が自己処分をすることができると共に、自己答責において自らの運命を形作ることができるということを含意している(…)。病気に取り組むこともまた、個人の自律性の表れである。そのため、基本法で保護された自由には、治療を目的とした医療行為その他の治療措置を拒否する権利が含まれる(…)。このことは、延命措置を拒否する場合にも当てはまる。単純法律上は(Einfachgesetzlich)、患者の事前指示に関する規定(BGB1901a条以下)でこのことが確認される。承諾能力がある患者から承諾を得ずに又は承諾無能力の患者の実際に表明された若しくは推定的な意思に反しては、生命維持措置あるいは延命措置を開始することも、あるいは継続することも許されない。

9) BVerwG, NJW 2017, 2216 Rn. 18 ff.

[24] (2) 以上のことを出発点として、GG1条1項と結び付いた2条1項に由来する一般的人格権には、重篤かつ不治の病に侵された人が、いつどのように自らの生を終えるのかを決断するという権利も含まれるが、その前提となっているのは、その人が自由に意思を形成し、それに応じて行為することができるということである〔…〕。ここにおいて、当該基本権の保護は、死に至る病の最終局面であるために死の経過が既に始まっている、あるいは間近に切迫しているという事例に限られるものではない。個人が病気と自らの死に個人的に取り組むことの尊重は、憲法上要求されたものであるが、これには、死の段階に到達する前に、あるいは死に至る病の経過とは切り離して自らの生を終えたいという、重篤な病者が自由答責的に下す決断も含まれる。

[25] (3) 重篤かつ不治の病に侵された人の、自殺という方法における自己決定による死が基本法上保護されることの承認は、欧州人権裁判所の判例にも合致する。欧州人権裁判所の判例によれば、EMRK8条1項による私生活の尊重を受ける権利は、自己決定権を内容として含む（…）。このことから〔欧州人権〕裁判所は、ある人が尊厳を失い苦痛に満ちた生の終わりであると評価するものを避けようとする決断は、EMRK8条の適用範囲にあることを導き出す。このことを出発点として、欧州人権裁判所は、EMRK8条1項には個人がいつどのように自らの生を終えるべきかを決定する権利が含まれるが、その前提となっているのは、その個人が自由に意思を形成し、そしてそれに従って行為することができる状態にあることであると判断している〔…〕。

[26] (4) BtMG5条1項6号の規定は、同号所定の要件に該当する場合には許可を与えることを禁止することで、麻酔剤の取引に制限を課している。これを根拠として取得許可の申請が拒否されたことにより、K女は意図していた方法で自殺を実行に移すことを妨げられた。BtMG5条1項6号は、いつどのようにして自らの生を終えるべきかを自己決定により決断するという同女の権利を、このような形で制限することになった。これを古典的な意味における侵害と見るべきか否かについては、未解決としてよ

い。このことの前提となるのは、基本法上の自由が直接かつ意図的に狭められたということであろう。本件ではこのことは疑わしいが、それは麻薬法がGG1条1項と結び付いた2条1項に基づいた、自己の生の終わりについて自ら決定する権利の制限を直接の目標とはしていないためである。しかし、基本権の防御的内容は、間接的妨害(Beeinträchtigung)の目的設定及び効果が侵害に匹敵する場合には、間接的妨害の場合にも及び得る(…)。本件はこれに該当する。資料IIIの麻酔剤へのアクセスを、例外なく狭義の治療目的に制限することは、ペントバルビタールナトリウムのような薬剤を自殺のために自由に使用することを妨げる。かかるアクセスの禁止は、重篤かつ不治の病に侵されており、その者にとって耐え難いと感じられる生命状況にあるために、自らの生を終えることを自由かつ真摯に決断し、そして麻酔剤を使用してその効果で痛みなく確実な自殺を遂げたいという人にも該当する。このような麻酔剤にアクセスできないことは、こうした人が死の願望を実現することを一切、あるいは期待可能な条件下では不可能にするという帰結を伴い得る。こうした人の、GG1条1項と結び付いた2条1項に由来する基本権の間接的妨害は、この点に存する。

[27] 自殺目的での麻酔剤の取得禁止が、重篤かつ不治の病に侵された人の、上述した基本権の侵害とは評価されないとしても、いずれにせよBtMG5条1項6号を解釈するにあたっては、GG1条1項と結び付いた2条1項から推論される、病気との取り組みにおける自律性のための保護義務を顧慮しなければならないだろう。前述した自己決定権が防御的側面と保護的側面を併有しているということは、GG1条1項においてもその基礎から既に明らかである。GG1条1項2文によれば、人間の尊厳の尊重と保護は、全ての国家権力の義務である。確かに、当該保護義務を、GG2条2項1文に由来する生命のための保護義務と調整する際には、立法者には判断、評価そして形成の余地が認められることから、原則として個人は、自殺を可能にし、あるいは容易にするような枠組み条件や構造を国家が創出するように要求することはできない。しかし、重篤かつ不治の病に侵された人が、自らの病気ゆえに、その人自身にとって逃げ道のない極限的な緊

急状況にあるならば、自己決定のための具体的保護義務を手厚くすることは考慮に値する。国家共同体は、寄る辺のない人を単独で自分自身に委ねてはならない（…）。これが当てはまるのは、その人の生命が危険に晒されている場合だけでなく、その人の自己決定権が危険に晒されている場合もそうである。とりわけ終末期と重病の場合には、個人はその自己決定権の尊重と保護を要する。

[28]cc) 前述した自己決定権の基本法上の保護を考慮して、BtMG5条1項6号は、自殺意思を有する取得者が重篤かつ不治の病のために極限的な緊急状況にある場合には、自殺のための麻酔剤の取得は、国民にとって必要な医療の供給を保障するという法の趣旨と、例外的に両立するものであると解釈されなければならない。

[29](1) GG1条1項と結び付いた2条1項に由来する人格の自由な発展の基本権は、無制限に保障されるものではない。その限界は、とりわけ憲法秩序に見出される。これには、先に述べた生命のための国家の保護義務が含まれる。GG2条2項1文による生命の基本権と身体は無傷性の基本権は、これらの法益への国家的侵害に対する主観的防御権のみを保障するものではない。この基本権は同時に、国家の保護義務を根拠付ける憲法の客観的価値判断も意味している。相応する保護のコンセプトを作り、これを規範的に実現するにあたっては、立法者には判断、評価そして形成の余地が認められる […]

[30](2) また、自殺を目的とした麻酔剤の取得が、BtMG5条1項6号に従って原則的には許可することができないことに対する異論はない。原審が適切に述べているように、この禁止は、傷付きやすい立場と状態にある人を、もしかすると軽率にも弁識能力を欠き自由答責的でもない状態で判断を下してしまうことから保護すること、そして濫用を防止することに資するものである。かかる危険を防止することで、立法者は、麻酔剤へのアクセス禁止を正当化するに足りる正当な目的を追求している […]

[31](3) しかし、これらの目的は、取得者が重篤かつ不治の病に侵されているために極限的な緊急状況にある場合には、GG1条1項と結び付いた

2条1項に照らして、自殺目的での麻酔剤の取得禁止を最早正当化できない。これに該当するのは、第一には、深刻な身体的苦痛を伴う重篤かつ不治の病が、とりわけ激痛に結び付いており、患者本人にあってはこの激痛が耐え難い生の負担になっており、これを十分に緩和することができておらず（…）、第二には、本人には判断能力があり、自らの生を終えたいと自由かつ真摯に決断しており、かつ第三には、死の願望を実現するための他の期待可能な選択肢が利用できない場合である。

[32] このようにして本人が病気に晒されているならば、その自己決定権がとりわけ重要になるのであって、GG2条2項1文に由来する生命のための国家の保護義務は、自己決定権の後景に退く。国家共同体は、自らの生を終えたいと自己決定により下した本人の決断を尊重しなければならず、またその決断の実行を不可能ならしめてはならない。致死量の麻酔薬の服用が、死の願望を実行するための唯一の期待可能な選択肢であるならば、麻酔剤へのアクセスを禁止されてしまえば、本人は、耐え難いと感じる苦しみ状況を、回復の見込みもなければあるいはいずれにせよ死が間近に迫ることもなしに、更に耐え忍ぶように指図されることになるであろう。本人は、自らの生を終えられる可能性がなければ、その自由意思による決断に反して、生き続けなければならなくなる。自己の意思に反して生き続ける義務は、自己答責的な自己決定の核心と抵触する（…）。国家は、重篤かつ不治の病に侵されてはいるが、自己決定の能力は有している人に——たとえ間接的であっても——このような義務を負わせてはならない。ここで問題となっている本人の尊厳のための法益の意義、そしてその寄る辺のなさを理由として、前述した要件が満たされている場合には、自殺目的での麻酔剤取得をこの者に許可するという趣旨で、GG1条1項と結び付いた2条1項に由来する国家の保護義務もまた手厚くなる。

[…]

[34] (4) 死の願望を期待可能な方法で実現する別の可能性については、より詳細な考察を要する。このような可能性を前提にすることができるのは、通常は、例えば呼吸器のスイッチを切り、あるいは人工栄養を中止す

るなど、生命維持又は延命のための治療措置を、緩和医療を伴いながら中止することによって、本人が自らの生を終えることができる場合である。既に述べた通り、医療措置は患者の意思に反して継続してはならない(…)。しかし、死の願望を実現する別の期待可能な選択肢が治療中止であるというのは、あらかじめ予見可能な時点で死が始まっている場合だけであって、つまりは単に健康状態が一定期間にわたって徐々に悪化しており、もしかすると判断能力の喪失と結び付いているかも知れない、というような場合ではない。加えて、本人が治療中止後も緩和医療で十分世話をされることが保障されていなければならない。とりわけ、痛み、呼吸困難そして不快感の軽減がこれに該当する。

[35] 医師による自殺幫助は、判断の基準となる時点においては、代替案ではなかったし、現在もそうである。医師が患者に自殺目的で麻酔剤を譲渡することは許されるか否か、また許されるとすればそれはどのような要件の下においてであるかは、現在まで決定的に明らかとはなっていない。これは、場合によっては可罰的であり得ることを考慮しても、また医師の職業法の観点からも妥当する(…)。したがって、医師が自殺幫助をすることには高度の法的リスクが伴っている。かかる状況においては、法秩序は本人に対して、こうしたリスクを引き受ける覚悟のある医師を探すよう命じてはならない。

[36] 同様に、国家共同体は本人に対して、希望する麻薬による自殺を海外で遂げられる可能性を示してはならない。GG1条3項は、基本権にとって必要な保護を自国の法秩序の中で保障するよう、国家に義務付けている。

[37] BtMG5条1項6号と結び付いた3条1項は、このような意味において憲法適合的に解釈し得る。GG100条1項に従ったBVerfGへの提示(Vorlage)は不要である。憲法適合的解釈の限界とは、その解釈が文言や明確に認識可能な立法者意思と矛盾する場合のことである[…。]。本件はこれには当たらない。BtMG5条1項6号における必要な医療の供給という概念は、治療目的のための麻酔剤の使用を意味する。前述したような態

様での極限的な緊急状況においては、自殺のための麻酔剤の使用は、例外的に治療目的に資するものと見なし得る。こうした場合の使用は、病気と関係し、本人にとって耐え難い苦しい状況を終らせるための、唯一の可能性である。極限的な緊急状況であると言えるためには、他の方法では緩和することができず、死の願望を実現するための他の期待可能な選択肢がないということが要求されることから、麻酔剤の供給もまた必要なものであることが明らかとなる。これは、BtMG5条1項6号の文言の限界を超えるものではない。

[38] また、こうした憲法適合的解釈が、立法者意思に反するものであるかは明らかではない。確かに、BtMGの立法資料では、自殺のための取得許可はそもそも論外であることが窺われる。しかし、これらの資料は、前述した厳格な要件の下ですらも禁止の例外を排除するための論拠を与えるものではない（…）。2012年10月19日の第二次薬事法等改正法（BGBl. I S. 2192）により挿入されたBtMG13条1a項も、自殺目的での取得許可の禁止に一切の例外を設けるべきでないのかという問題にとっては、生産的でない。これに付随する立法資料についても同様である。最後に、2015年12月10日に施行されたStGB217条の規定も、BtMG5条1項6号と結び付いた3条1項の憲法適合的解釈が立法者意思に反することになることを窺わせるものではない。2015年12月3日の業としての自殺援助の処罰に関する法律（BGBl. I S. 2177）により改正されたStGB217条1項によれば、他人の自殺を促進する意図をもって、その他人に業としての自殺の機会を与え、得させ又はあっせんした者は処罰される。この犯罪構成要件によって、潜在的自殺者は、個人の生命と自律性を抽象的に脅かすような、業としての自殺促進という形態における行為から、保護されることになる（…）。その立法資料では、ドイツにおいていわゆる援助を受けた自殺を、不都合にも公然と、自然かつ医学的にも人的にも看取られた死に代わるものとして宣伝し、業としての自殺の援助を提供するような者らや組織が勢力を増している、ということが問題視されている（…）。こうした展開は、潜在的自殺者のインテグリティと自律性の保護を理由として、防ぐべきで

あるとされている。業としての自殺幫助の禁止は、自殺の実行にあって自殺援助者自身の利益が存する場合に生ずるような、利益衝突の危険に対処するものであるとされる(…)。加えて、「提供の示唆がこのように通常化すること」によって、そうでなければ行為しなかったであろう人が自殺へと誘導され得る危険には対抗すべきであるとされる(…)。これによれば、StGB217条の創設は、麻薬法上の自殺のための取得許可を、前述したような重篤かつ不治の病に侵されている人の極限的な緊急状況を斟酌することなく、例外なく禁止することが立法者意思に合致するという点について、何らの論拠を与えるものではない。特段の個別事例においてのみ、かつ極めて厳格に解される要件の下でのみ、かかる許可を当局が与えることを認めるということは、StGB217条の意味における私的な自殺援助者による業としての自殺援助とは、比較することができない。BfArMは自己の利益を追求するものではなく、その判断の基礎となるのは、これまで述べてきた法的根拠に基づく要件が満たされているならば本人に許可を与えることを拒んではならない、ということである。同様に、かかる許可の限界が厳格であることに鑑みれば、「通常性の外観」が生じるということは、ほとんど問題になり得ない。BtMG5条1項6号と結び付いた3条1項の憲法適合的解釈によって、国家による「援助された自殺の提供」が創出されることはなく、むしろ重篤かつ不治の病に侵された人の、基本法上要求される自己決定権の保護が顧慮されるのである。立法者はこの権利を、StGB217条を議決した際に明文で承認している(…)。[…]

3 BGH, Beschluß vom 3.7. 2019–5 StR 132/18 (LG Hamburg)¹⁰⁾

(1) 事実の概要¹¹⁾

LG Hamburg の認定は以下の通りである。

10) 以下「ハンブルク事件」と表記する。本決定を日本において紹介するものとして、神馬幸一「患者の自殺に際して医師の救助義務を否定した事例」判例時報2438号(2020年)128頁参照。

11) Vgl. MedR 2020, 120 f.

W女（当時85歳）とM女（当時81歳）は長年にわたって自宅で共に生活し、家計はほぼ独立していた。両名とも資格付きの職業に従事しており、経済的にも良好であった。両名とも、死亡するまで、精神的に活発であり、社会生活に積極的に参加しており、多くの友人関係と家族関係を維持しており、趣味に勤しんでいた。しかし、両名共に、生命を脅かすものではないが、生活の質と個人の行動の可能性を著しく制限する病気の数々（例えば高血圧、失明の発症、心臓の障害）に苦しんでいた。死ぬ前の最後の数か月に、これらの苦痛は明らかに増大していた。

W女とM女は、2010年に既に患者の事前指示を作成していた。2010年の末から苦痛と病気が悪化していたため、両名にとって、看護が必要になることへの不安は増大していた。両名は、お互いを看護することで、肉体的にも精神的にも過度の負担をかけられることを危惧していた。適切な情報に接した後、両名は、介護ホームに入居する、あるいは訪問看護師を雇うという可能性を、最終的に拒否した。両名は長年にわたって自殺と死の看取りというテーマに取り組んだ後に、——2012年の春と考えられるが——共に人生を終えようと決意した。両名は、徐々に増していく苦痛を「耐え難い」と感じており、「行くべき時が来た」と考えた。両名は、痛みがなくなかつ看取られた臨死介助を要求するために、S協会（以下S）、とりわけその会長であるKと連絡を取って、寄付金をそれぞれ1,000ユーロ支払うことを対価として、同協会の会員となった。

Kは本件被告人と接触した。本件被告人は、神経科及び精神科の免許を有する専門医であって、長年にわたり医師として病院に勤務し、2003年以降は専ら自殺希望者の判断能力及び弁識能力について、そして自殺幫助の希望が熟考されたものであることについての神経科及び精神科の鑑定書を作成している。W女及びM女は被告人に、協会が自殺の看取りについて判断するための根拠となるべき鑑定書の作成を依頼した。

2012年9月9日の個人面談で、両名は被告人に、自分たちの来歴、健康上の苦痛、そして自殺を決心した理由を語った。被告人は、身体検査を実施しなかった。この時点において、この女性たちの自殺を望むという決意

は、既に確固たるものであった。この面談の中で、老人ホームへの転居あるいは在宅での世話の手筈といった、人生を終えるためのあり得る代替案にも言及はあったが、両名とも変わらずこうした選択肢を拒否した。両名は、自殺を確固として決意していること、そしてよく熟考した上で決意したものであるということを、何度もはっきりと言葉にしていた。このことについて被告人は一切の疑いを抱かなかった。

面談の終わりに、この女性たちは、この後も個人的に自分たちの自殺を看取って欲しいと依頼したが、被告人は当初これを拒否した。2012年9月13日に作成された鑑定書において、被告人は、二名の女性はそれぞれ精神科医の見地から弁識能力と判断能力に制限がないことを保証し、医学的・精神医学の見地からは両名が自殺幫助を望むことに対する異議は何ら認められないと結論付けた。両名が被告人に手紙で自分たちの自殺を看取って欲しいと再度依頼した後、最終的に被告人はそのための準備をすると表明した。死の3週間弱前の再度の面談で、両名は被告人と、自殺の実施の詳細と手続について話し合い、それから自殺は2012年11月10日と取り決められた。この面談の中では、改めて死の願望とその代替案がテーマとして扱われた。

その後の数日間に、この女性たちは遺産の清算の準備をし、「遺族のための手引き」を作成した。両名は最後に友人や家族と会い、あるいは電話をしたが、その際には引き続き自殺の計画を明らかにすることはなかった。2012年11月5日、被告人の指示で、両名は「説明と承諾」と題されたテンプレートに署名し、ここにおいて両名は、自分たちの生命を安息と尊厳のうちに終えたいという願望を述べた。行為無能力となった場合に備えて、両名はあらゆる救助措置を禁止した。自殺の前日、両名は新たに声明を作成したが、その中で両名は——患者の事前指示も参照しながら——例えば自分たちをまだ生きている状態で発見した者全てに、自分たちが行為無能力に陥っている場合には、救助措置を取ることを禁止した。両名は補足的に、W女の甥に、この禁止に違反した者に対して、「遡及及び感謝料の請求」をするよう依頼した。最後に両名は、家族と友人に別れの手紙を

書いた。

2012年12月10日、被告人が取り決め通り女性らの住居に到着してから、両名は被告人に、自分たちの死のために行ってきた準備について説明し、取り決められていた鑑定書の報酬である1,100ユーロを支払った。それに加えて、両名は被告人に寄付金として2,000ユーロを預けたが、被告人はこれを取り決めに従って小児ホスピスに寄付した。次いで、被告人は両名と、改めて薬剤服用の詳細について話し合った。被告人は両名に、その希望に従って確かに心臓が停止するまで〔その場に〕留まることを約束した。女性たちは別れの気持ちを語った。被告人はもう一度、今自殺をするという望みは確かであるのか否かを両名に尋ねた。両名ともこれを肯定した。両名は、長きにわたって計画してきた自殺を実行に移すことを確かに決意していた。両名は、被告人の協力を得ながら、自殺のために必要な薬剤を砕き、水に溶かした後、自らの手で溶液を服用した。間もなくして両名は眠りに就いた。

確かに、この女性たちが意識を失った時点では、生命を維持する「一定のチャンス」はまだ存在していた。しかし、救助に成功する蓋然性はごく僅かであった。もし救助に成功したとしても、両名は重度の脳障害を負って生存したであろう。被告人はこのことを認識していた。被告人は、女性たちの意思に添うために、救急医を呼ばず、また一切の救命の努力も行わなかった。薬剤を服用した後も、女性たちが翻意したとの兆候は見られなかった。女性たちはいずれも、約一時間後に死亡した。

(2) 決定要旨

BGHは、LGの無罪判決に対する検察官上告には理由がないとして、その理由を以下の通り判示している。

[16] 被告人は、法的に誤りのない事実認定に基づいて、作為による殺人既遂（StGB212条1項又は216条1項）を理由として処罰されることはない。むしろ、この点について被告人の行為は、自己答責的な自殺の補助として処罰されない。

[17] a) 自己答責的に望み、現実化した自殺は、殺人罪の構成要件を満たさない(…)。——これに応じて正犯行為の違法性が欠けるために処罰されない——自殺幫助と、他人の殺害、場合によってはその他人の真摯な要求に基づく殺害とを区別するためには、BGHの判例によれば、誰が死に至る事象を最終的に支配していたかが問題となる(…)。死を望む者が第三者に身を委ねており、その者による死を受忍しているならば、事象についての行為支配はこの第三者にある。これに対して、死を望む者が自ら致命的な行為を行い、その際に自己の運命についての自由な決断を維持しているのであれば、たとえ他人の援助を受けていたとしても、この者は自殺したと言える。

[18] 本件は後者の場合に当たる。確かに、被告人は薬剤を用意するために、Sの要求した鑑定を行い、兩名の女性に当該薬剤の服用について助言をし、兩名が致死量の薬剤の溶液を作成する際にこれを支援している。しかし、事実認定によれば、本件自殺者らは液体を飲み、これによって死に至る事象を最後まで自ら支配していたのであるから、本件自殺者らは生命を終える行為を自らの手で行っていた。

[19] b) 被告人には、間接正犯の原理に基づいて、本件女性らの自殺行為を帰属させることもできない。

[20] aa) 自殺の事例状況において、殺人の間接正犯を理由に処罰するためには、単独で又は第三者の手を借りて自殺した者が、自由に行為していなかったということが必須の条件である(…)。それゆえ、自殺者を自殺者自身に対する「道具」として利用して所為を行ったと言えるためには、この者が認識又は答責性を欠いているために、自殺の決意を自由答責的には形成していないということが前提となる(…)。自殺者が——「自殺援助者」の認識では——自由な意思形成を阻害されている状態にあるならば、自殺の可能性を得させることは間接正犯としての殺人罪に該当し得る(…)。

[21] これに対して、被害者が自己の決断に関して本来的な弁識能力及び判断能力を有しており、自殺意思に瑕疵がなく、その決意が内心におい

て確固たるものであるならば、自殺の決意は自由答責的なものである(…)。自由答責性を排斥するためには、具体的な事情が認定されなければならない(…)。かかる事情として問題になるのは、とりわけ被害者が未成年であること、あるいは病気や酩酊による〔意思の〕瑕疵である(…)。また、自殺の決意が強制、脅迫又は欺罔に基づく場合にも、自殺の決意は十分であるとは言えない(…)。自殺の決意が単なる一時的な抑うつ気分起因しており、それゆえ内心における確固たる意思とひとむきな努力に支えられたものでない場合についても、同じことが言える(…)。

[22]bb) これに照らすと、本件両女性の自殺の決意は自由答責的なものであったという法的に誤りのない事実認定に基づいたLGの評価は、異を唱えるべきものではない。

[23] 原審刑事部は、収集した証拠を詳細に評価した上で、例えば精神の障害による同女らの弁識能力及び判断能力の減少(Beeinträchtigungen)はなかったと認定している。本件女性らは、例えばうつ病を認識していなかったのではないかとするだけの根拠はなかった。人生を終えるという両名の願望は、長期にわたって別の可能性を考慮した上で熟慮されたものであって、同女らが臨死介助団体に依頼をし、被告人があっせんされた時点において既に固まっていた。この決意は、致命的な行為の時点において持続していた。両女性は、被告人から、自殺についての正確な経過と、致命的な薬剤の作用について説明を受けており、この説明によって同女らはこの点について、被告人と同程度の知識を有していた(…)。これにより、同女らの自殺の決意には、被告人の行為支配を根拠付けるような認識又は意思の瑕疵はなかった。

[24]cc) これに関しては、学説において主張されている基準も根拠として、同女らの決意は自由答責的であったことを出発点とすべきであろう。

[25] 事実認定によれば、同女らは、StGB19条、20条、35条にいう答責性阻却(Verantwortlichkeitsausschluss)となるような状態ではなかった(…)。同女らの自殺は清算的熟考の結果であって、そのため承諾の諸原理を援用したとしても、自由答責的な決意は存在していた。同女らの死

の願望の真摯性（StGB216条参照）についても疑いはない（…）。

[26] 2. 同様に、LGは正当にも、不作為による殺人既遂を理由とした被告人の処罰は、事実上の理由から既に問題にならないとしている。何故ならば、同女らが意識不明に陥った後に被告人が救助行為をしなかったことは、同女らの死とは因果関係がなかったからである。

[27] (不真正) 不作為犯の因果性が存在するのは、裁判官に確証を形成させるために必要となる確実性に境を接する蓋然性の証拠を伴って、義務に応じた行為を実行していれば、構成要件に該当する害の結果が防がれたであろう場合である（…）。

[28] 医師による救助措置が直ちに開始されていたならば、死を防ぎ、あるいは先延ばしにすることができたとの証拠は提出されていない。何故ならば、LGの事実認定によれば、本件女性らは「間もなくして」眠りに就いたからである。その時点から、救助に成功する蓋然性は「極めて低い」ものであった。

[29] 3. 被告人は、両女性の生命のための保障人的地位になく、それは被告人の表象にも合致するものであったことから、被告人は不作為による殺人未遂を理由としても処罰されない。

[30] a) StGB13条1項によれば、不作為による殺人未遂をなし得るのは、自己の表象に従って結果が発生しないことを法的に保障する者だけである。加えて、不作為は、作為による法律上の構成要件の実現に相当するものでなければならない。不作為を作為と同様に扱うための前提となるのは、行為者が「保障人」として構成要件的结果の回避を義務付けられていることである。保障人的地位を形成する法律上の特別の根拠となるのは、例えば法令、特別な信頼関係、あるいは先行する危険な行為である（…）。そこでは、全ての発生根拠に共通する要素は、常に、保護又は監督する義務を負う者が、当該法益のための特別な保護の役割を委ねられていることである（…）。

[31] b) 被告人は、医療行為の引き受けを理由としては、両女性の生命に対する責任を負っていなかった。何故ならば、当事者らの間には、医師

と患者としての関係が存在しなかったからである（…）。両自殺者らは、自分たちの死を看取ることのみ合意していたのであって、そのため被告人は、両女性らの生命を保護する保障人的地位にはなかった（…）。

[32] c) 被告人は、先行する危険な行為（Ingerenz）を理由としても、保障人的地位にはない。かかる前提となるのは、義務に違反した——間接的であっても——危険の創出である（…）。

[33] aa) 薬剤の譲渡は、この点については連結点として問題とならない。何故ならば、被告人が両女性に薬剤を自由に使わせ、それゆえこのような形で両名の生命にとっての危険源を創出したことを、LGは認定できていないからである（…）。

[34] bb) 精神科医の観点から、両女性には弁識能力及び判断能力が備わっていることについて鑑定書を作成したことは、先行する危険な行為による保障人的地位の理由にはならない。何故ならば、当該行為は義務に違反していなかったからである。

[35] (1) 被告人の先行行為の義務違反性は、連邦医師法（BÄO）1条1項によっても、また医師の職業法によって生じない。

[36] (a) 確かに、自殺の際の援助が認められるよう準備するために鑑定することは、BÄO1条1項と矛盾する。しかし、BÄOは医師の職業像（Berufsbild）と医業遂行の要件、とりわけ開業免許の要件しか規定していない。

[37] (b) 医師の職業規則には、医師は自殺援助を一切行ってはならない（…）、あるいはすべきではない（…）とする規定が含まれている。しかし、被告人がこうした規定を無視している限りでは、これ自体は（in seiner Person）先行行為による保障人的地位の根拠とはならない。

[38] ここにおいては——LGが考慮したように——被告人が所属するヴェストファーレン・リッペ医師会が、模範職業規則で提案されている明文かつ無制限の自殺援助の禁止を採用していないということは、重要ではない。また、当審は、形式的立法の水準にはない医師の職業規則が処罰に値する結果阻止義務を根拠付けるに相応しいか否か（…）、あるいは保障

人的地位の確立が立法者の決定に帰するべき生活領域の規則を意味するか否か(…)を決定する必要はない。

[39] 何故ならば、いずれにせよ義務違反とは、まさに具体的に危殆化されている法益の保護に資するよう定められた命令の違反でなければならぬからである(…)。医師の職業規則は基本的に職業倫理的な(行動)基準の確立に向けられたものであって、法益保護に向けられたものではないことからしても、既にこのことは疑わしい(…)。しかし、いずれにしても、医師の態度が自殺者の自律的な意思に合致する場合には、職業法は処罰を根拠付けるような影響力を及ぼすものではない(…)。

[40](2) 義務違反性の判断は、2015年12月10日に施行された業としての自殺援助の処罰に関する法律(BGBI. I S.2177)によってStGB217条に挿入された犯罪構成要件からも導き出すことはできない。確かに、立法者は、被告人が臨死介助組織にとっての前提である本件のような鑑定書を規則通り提供したような形で業として自殺の機会を得させることは、処罰に値すると同時に義務違反であると評価することを明言している(…)。もっとも、この規範は、本件所為の時点がその施行前であったことから既にして、本件被告人の先行行為の義務違反性の根拠とはなり得ない(GG103条2項, StGB1条, 2条)。

[41] それ以外にLGの認定した、特に死亡当日の助言活動や、薬剤を砕いて水に溶かす際の援助といった被告人の積極的貢献も、前述したことに従って、義務違反的な先行行為の要件を満たさない。LGの認定によれば、両女は既に被告人の助言活動よりも前に、錠剤を服用して自殺することを決意していたのであるから、被告人の先行行為がそもそも構成要件に該当する結果発生危険を創出し、あるいは高めたか否かについては、既に疑わしい(…)。これとの関連では、いずれにせよ、本件女性らは自由答責的に自ら錠剤を服用したのであり、そのため、被告人の先行行為により場合によっては高められた危険が現実化するリスクは、専ら同女らの答責領域に存していた(…)。

[42] これは、予期に反して展開した自己危殆化の事例において、BGH

の判例が、行為手段（Tatmittel）の用意ができている行為者の結果回避義務を認めたことと、矛盾するものではない（…）。何故ならば、自己危殆化の事例においては、まさに首尾よくゆくことを期待して自己の法益をリスクに晒すという点において、自己の法益の放棄が尽くされているからである（…）。これに対して、自殺者は、自己の法益をそこへと送り込もうとしている危険が現実化しないことを信頼しているのではない。むしろ自殺者にとって重要なのは、まさに法益の妨害が生じることである。

[43] 4. 最後に、LGは正当に、不救助（StGB323c条1項）による可罰性を否定している。

[44] a) この点について原判決が述べる疑義に反して、当審は、自殺未遂によって惹起された危険状況が、StGB323c条1項の意味における事故を意味するものであるとの見解を維持する（…）。学説においてはこれに対する異論が提起されているが（…）、それを考慮しても、この解釈を転換する端緒は存在しない。

[45] 過去にはBGHが自殺を道徳律違反として評価したことがあるが（…）、それにも拘わらず、基本法で保護された法益である生命が自殺によって破壊されることは——重大な例外事例を除けば（…）——自然な考察によれば、法的意味における事故を意味するものである（…）。個人の保護に資する殺人罪や傷害罪とは異なり、自己決定権に由来する自殺者の弁識能力及び判断能力は、StGB323c条の規定の根底にもある人間の連帯（Solidarität）の要求を排除しない（…）。それゆえ、自殺を事故と解することは、自殺の共犯が不処罰であることと、何ら矛盾するものではない（…）。

[46] b) しかし、被告人には、本件女性らが意識不明に陥った後に救助措置を講ずることは期待不可能であった。その結果、被告人は、StGB323c条の構成要件を充足しない（…）。

[47] 意識を失った女性たちの救命措置が問題になるとするならば、被告人は、StGB323c条1項による一般的救助義務と、一般的人格権において保障されている当該女性らの自己決定権の尊重義務との間で、解消不能

な葛藤状況に陥ることになるであろう。同女らの計画していた自殺について見ると、同女らはその一週間弱前に書面にて、明文でかつ明瞭に、自分たちが行為能力を喪失した後には一切の救助措置を禁ずる旨記載していた。当該指示書は、致命的な薬剤を服用した後に生じる状況に向けられたものであり、被告人を拘束するものであった(…)。加えて、同女らは、W女の甥に宛てた書面においても、これに違反した者には損害賠償請求をするよう依頼することで、救助を望まないという意思を表明していた。StGB323c条は、被告人に、こうした明示の意思に反する救助を義務付けるものではなかった(…)。[…]

4 BGH, Urteil vom 3.7.2019–5 StR 393/18 (LG Berlin)¹²⁾

(1) 事実の概要¹³⁾

D(当時44歳)は、16歳から、生命を脅かすものではないが、過敏性腸症候群による痙攣性の激しい痛み苦しんでいた。数々の古典的な治療法や代替治療の手を尽くしても、彼女の健康状態には改善が見られなかった。それに加えて、Dは思春期の頃から再発性尿路感染症や痔瘻の繰り返しに苦しんでおり、精神障害も見られた。彼女は人生の中で、複数の精神療法医の治療を受けた。健康状態が原因となって、彼女は——それでも本人には生きる喜びがあったが——いずれにせよ死亡する前の時点では、反応性うつ病を発症していた。彼女は何度か自殺未遂をしたことがあり、死というテーマに集中的に取り組んでいた。

これらの状況下にあって、Dは最早生きがいを見出せなくなったことから、2013年2月8日に、彼女の家庭医であった被告人に、自殺を幫助してもらうよう依頼した。被告人は、[彼女の]長年にわたる病苦の歴史と、治療の試みが失敗に終わってきたことを承知しており、そして医師は自分が長年治療してきた患者がこのような状況にあることを放置してはならな

12) 以下「ベルリン事件」と表記する。本判決を日本において紹介するものとして、神馬・前掲注10) 128頁参照。

13) Vgl. NSZ 2019, 666 f.

いとの確信を抱いていたため、この依頼を聞き入れた。被告人は、詳細不明の量のルミナルの私的処方箋（Privatrezepte）を2枚作成し、少なくとも内1枚は被告人自身が薬に換えて、後に死亡したDに薬剤を譲渡した。2013年2月15日に被告人がDを最後に往診した際、Dは自暴自棄になっており、自殺を固く決意していたが、被告人から見てDは行為能力が十分にあった。この往診の際に、Dは被告人に玄関の鍵を手渡し、そして彼女が自宅で錠剤を服用した後に面倒を見てもらうと共に、死亡診断書に記入してもらうよう依頼した。

被告人も、そしてまた後に死亡したDも、死のプロセスが厳密にはどの程度の時間にわたって続くものであるのかは知らなかったが、両名とも、死の前に昏睡状態に陥るということを前提としていた。

2013年2月16日の遅くとも14時前に、Dは「自分が何を行っているのか明確に理解し、十分に意識しながら」、詳細不明だが致死量のルミナルを服用した。彼女はあらかじめの取り決め通り、被告人にSMSでこのことを伝えた。この直後に被告人は彼女の住居に赴き、そこで彼女が正常なバイタルサインを示してはいるが深い昏睡状態でベッドに仰向けになっているのを発見した。Dの死の願望に義務感を覚えていた被告人は、救助措置を講ずることなく、脈拍、瞳孔反射、そして呼吸を検査するだけに留まった。被告人は同日の夕方に再度、2013年2月17日に三度、そして2013年2月18日に三度、D方を訪問した。最後の二度の訪問時、Dは既に末期状態にあった。

詳細な時点は認定できないが、いずれにせよDが昏睡状態に陥ってから死亡するまでに、被告人は嘔吐を防ぐために、同女に少なくとも一度、メトクロプラミドのアンフルを投与した。もし同女が嘔吐していたならば、その死が早まっていたことについて高度の蓋然性があったと考えられるが、それは同女が仰向けであったために吐瀉物で窒息したか、あるいは嘔吐によって短時間で再度大量のフェノバルビタール（ルミナルの作用物質）を吸収し、それによって中毒が加速した可能性があったからである。更に被告人は同女に、緩和医療で用いられる鎮痙剤であるブスコパン

を注射した。被告人は、まさに死のうとしている同女が無用な苦痛に見舞われることのないよう保障することを望んでいた。

2013年2月18日の朝、Dの母親は被告人に電話をし、Dの友人である証人Pが、Dと連絡が取れないために心配しており、Dの住居に向かっている旨説明した。その後、被告人はDの母親と証人Pに、Dが錠剤を服用したこと、死に瀕していること、そして同女はいかなる措置も望んでいないことを伝えた。21時頃、Dの息子であって、以前より祖母から母の容体について教えられていた証人Fが、被告人に直ちにシュトゥットガルトからそちらへ向かいたい旨を伝えた。面談はDの住居で行うことが約束された。

2013年2月19日4時30分頃、被告人はDの死亡を確認し、死亡診断書に記入した。被告人は死亡の種類として「自然死」にチェックを入れ、死因として「腎不全」「薬物中毒」「うつ病」と手書きで記入した。Dがルミナールを服用した後直ちに治療を受けていれば、なお救助が可能であったか否かについては、現実性をもって認定することができなかった。

(2) 判決要旨

BGHは、検察官の上告には理由がないとしてこれを棄却し、自殺の決意の自己答責性についてはハンブルク事件¹⁴⁾と同一の規範¹⁵⁾を定立した上で、以下の通り判示している。

[18] (2) これに照らすと、D女は意思あるいは責任を欠くことなく、自殺するとの真摯な決意を自由答責的に固め、これを実行に移したものであるという、法的に誤りのない事実認定に基づいたLGの評価は、結論において異を唱えるべきものではない。

[19] この点について原審刑事部は、D女を長年にわたって治療してきており、それゆえその人格や苦しみの歴史を相当に熟知していた被告人に

14) BGH, NJW 2019, 3093, Rn. 21.

15) BGH, NSStZ 2019, 667, Rn. 17.

よる評価にのみ依拠するものではない。自由答責性を評価するためには、それにも拘わらず、——認識可能な限りでは——認知義務（Kognitions-pflicht）の遵守について精神医学及び心理学の領域で教育を受けていない被告人の見解のみで十分か否かについて、未決定としてよい（…）。何故ならば、その上で原審刑事部は更に詳細に、本件自殺者の長年の病歴について検討し、そこでは同女の病気と精神状態の展開について家族と知人の証言を援用しているからである。この証人らに対しても、D女はそれぞれ長期にわたって別々に、自らの死の願望を述べていた。

[20] これによれば、確かに、D女には——持続的な身体的苦痛によって消耗して——自殺の時点において「深い絶望」によって精神の障害があったということは、あり得ないわけではない。しかしながら、原判決からは、同女が弁識能力及び判断能力を一時喪失していたとの想定に至らしめるような、あるいは単なる「一時的な抑うつ気分」からの行為であったことの兆候となるような事情を、読み取することはできない。むしろ、同女は、死というテーマに集中的に取り組んでおり、長年にわたって既に何度も自殺を試みており、友人ら、母親、そして息子に何度も死の願望を伝えており、そして2012年12月以降は友人らに別れを告げていたのである。したがって、同女の決意は、長い時間をかけて蓄積し、そして自身の苦痛を原因とする「生きることへの疲れ」に由来するものであった。同女は「長年にわたって真摯な死の願望」を抱いていたのである。

[21] (3) 自由答責的な自殺の決意について学説の中で定立された基準も踏まえて、以上のことを出発点とすべきである（…）。D女は、StGB19条、20条、35条にいう答責性阻却となるような状態ではなかった。むしろ、同女は、痛みの緩和に向けた治療を全て尽くした後に、このような状況では最早生きがいを見出すことができなくなったために、自殺することを固く決意したのである。LGが「清算自殺」（Bilanzselbstmord）と評価し、合理的な熟考に基づいたこの決意は、確固たる意思とひたむきな努力により形成された内心の態度を特徴付けるものであり、それゆえ、承諾の諸原則に従っても、自由答責的なものであると評価すべきである。この決意の根

底にあるのは、何年もの間耐え忍んできた痛みを終わらせるという動機付けであるが、——この動機付けが弁識能力及び判断能力を阻害するような病気に起因するのではないのであれば——既に以下の理由から、より詳細な検討を行うことは困難である。何故ならば、痛みという感覚は、その人自身の内心における出来事であって、評価するために必要な客観視を行うことができないものだからである。

[22] b) 事実認定によれば、死に至るまでの間に投与された筋弛緩剤は、死亡結果の発生とは既に因果関係がなかった。薬剤の投与は、死の結果を早めるものでもなければ、新たな死の因果経過を生じさせるものでもなかった。

[23] c) 最後に、被告人は、証人 P 及び証人 F にそれぞれ通話で本件自殺者の当時の容体と死の願望を知らせたことを理由としては、作為による殺人既遂犯にも当たらない。これによって既に、被告人は可罰的な態様で救助のための努力を妨げたことにはならないが、それは両証人がかかる措置を講じておらず、それゆえ被告人が干渉しなければ本件自殺者は直ちに救助されていたと言えるような救助の因果経過は生じていなかったからである (…)。むしろ、証人らは、電話の後に「各々が自ら…、自殺者本人の願望を尊重し、何もしないこと」を決心したのである。

[24] 2. 意識不明の状態で見られた本件自殺者の救助の努力を怠ったことを理由とする、本件被告人の不作为による殺人既遂の処罰は、事実上の理由から既に問題にはならなかった。錠剤の服用直後に措置を開始していれば、本件自殺者の生命を確実性に境を接する蓋然性をもって救助できたか否かを、LG は認定していない (…)

[25] 3. 被告人は、最早 D 女の生命のための保障人ではなかったため、不作为による殺人未遂を理由としても処罰されない。

[26] a) 確かに、被告人は長年にわたって家庭医として D 女を世話し、そして医師として彼女を治療することを引き受けたため、かつそれによって信頼関係が生じていたために、当初は同女の身体と生命にとっての特別の保護地位 (Schutzposition) にあった (…)。この家庭医としての義務的

地位 (Pflichtenstellung) は、遅くとも、D 女が死の願望を (再度) 表明し、被告人が「同女が錠剤を服用した後に家で世話をしたい」という、被告人が引き受けた依頼とこの願望を結び付けた時点で終了した。この取り決めにより、被告人は看取り士 (Sterbebegleiter) として、死に至るまでの間の不慮の苦しみや痛みを軽減し、あるいは防止することだけを義務として負っていた (…)

[27] b) こうした評価にとっては、以下の考慮要素が有利に作用する。

[28] aa) 自らの死という出来事についての決断を含んだ (患者の) 自律性は、近年では人命の保護の要請を考慮しながら (…), より高く評価されるようになっている。

[29] 基本法によれば、あらゆる人は原則として、自分の考えに従って自身の健康への取り組みについて決定する自由を有する (…)。判例は、人格の自由な発展の基本権 (GG2条2項1文) 及び一般的人格権 (GG1条1項と結び付いた2条1項) から、「病気についての自由」、即ち医学的に指示された治療行為であっても、これを拒否することを原則として含んだ自由を導き出す (…)。命にかかわる医療措置の場合であっても、患者の自己決定権は、医学的根拠からは支持できないと思われるような決心を保護している (…)。基本法は、個人に、自分自身という人に関して医学的に見て非理性的な行いをし、客観的に要請されていることをしないという権利を保障している (…)。これに従って、承諾能力を有するあらゆる病人は、救命治療を禁止し、そして自己の生命を処分することを、自由に行うことができる (…)

[30] (2) それを超えて、人間の尊厳は、その者が承諾能力を有する状態において行使した自己決定権を、たとえ自己答責的な決断を最早下すことができなくなった場合であっても、なお尊重することを命じている (…)。2009年7月29日の第三次世話法改正法 (BGBl. I 2286) により BG-B1901a 条に患者の事前指示の規定を法律上定めたことで、立法者は、承諾無能力となった時点を越えても治療の決定に対する患者の意思の拘束力を明確に承認しており、そこでは病気の態様と段階は問題にならない

(BGB1901a 条 3 項)。そこでは立法者も、人間の自己決定権が「自己放棄に至るまで自己危殆化し、同時に治療の医学的適応とは無関係に延命措置をも拒否する権利」を含んでいることを出発点としている(…)。これに応じて、BGH は、BGB1901a 条を考慮に入れて、治療中止が患者の現実の又は推定的な意思に合致しており、そして治療しなければ死に至るような病気の経過を進むがままに任せることに資するものである場合には、——犯行形態と切り離して〔作為か不作為かを問わず〕——違法性阻却されるものと評価している(…)。

[31] (3) 欧州人権裁判所はこれを更に推し進めて、RMRK8 条の意味における私生活の尊重を受ける権利から、人がいつどのように自らの生を終えるのかを決断する権利を導き出している(…)。加盟国においては現在のところ援助を受けた自殺の可罰性の問題に関するコンセンサスがなく、それゆえ各国の裁判所にはこの文脈において高度の判断の余地が認められているとしても(…)、欧州人権裁判所による人権と基本的自由の保護のための条約の解釈には、StGB216 条、13 条を憲法及び条約と適合して適用する枠内では、方向付けと指導の機能がある(…)。

[32] (4) この欧州人権裁判所の判例を考慮して、BVerwG は、一般的人格権から、重篤かつ不治の病に侵された人が「その人が自由に意思を形成し、それに応じて行為することができるということを前提として、いつどのように自らの生を終えるのかを決断する」権利を読み取っている。このことは、自殺意思を有する者が自己の病気に起因する極限的な緊急状況にある場合において、痛みなく確実な自殺を可能ならしめる麻酔剤へのアクセスを例外なく制限することとは両立しないとされる(…)。

[33] (5) 学説上の支配的見解は、自殺者の一般的人格権から、それとは別の広範な「安息の内に死ぬることの請求権」を読み取る(…)。それゆえ、治療中止の真摯な願望を尊重する医師その他の第三者を、殺人犯を理由として訴追することはできないとされる(…)。

[34] bb) このようにして、自己の生命についての決断にあっても個人の自己決定の意義が法的に大きく発展してきたという経緯に鑑みれば、自己

答責的な自殺の場合には、事情を知っている医師には、刑法上首尾一貫して、自殺者の意思に反して行為する義務を負わせることはできない(…)。D女は認識及び答責性に欠けるところがなく、真摯な自殺の決意を自由答責的に形成し、それを実行に移したのであって、死ぬ意思の変化は示されていなかったのだから、被告人には同女の救助措置を講ずる必要はなかった。

[35] c) これは、先行する危険な作為、とりわけ薬剤の調達から、保障人的地位の生じることがあり得るとしても、妥当することである。この点に関して、D女は自由答責的に自ら錠剤を服用したのであるから、被告人の先行行為によって場合によっては高められていたかも知れない危険が現実化するリスクは、同女の答責領域にしか存在していなかった(…)。[…]

[37] また、LGは、不救助(StGB323c条1項)による被告人の可罰性を正当にも否定している。確かに、LGの法見解とは異なり、BGHの判例によれば、自由答責的な場合であったとしても、自殺状況はStGB323c条1項の意味における事故を意味するものであって、事故は何人に対しても、必要かつ期待可能な限度で、救助行為の実施に向けられた救護義務を根拠付ける。しかし、D女が表明した意思に反して救助することは、被告人には期待不可能であった(…)。[…]

III 判例の趨勢に対するドイツ法律学からの反応

以上で概観した通り、ドイツにおいては連邦憲法裁判所がStGB217条の違憲判決を下すに至るまでに、連邦行政裁判所、そして連邦通常裁判所においても、GG1条1項と結び付いた2条1項に由来する権利である「自己決定による死を求める権利」を巡る問題が、実質的に取り組まれてきていたところである。そこで以下では、これらの判例の動向に対するドイツ法律学、とりわけ刑法学からの反応を確認し、そしてそこで展開されてきた議論を概観することによって、「自己決定による死を求める権利」がどのような経緯で形成されてきたのか、そしてどのような文脈において法学

者にとっての共通認識となっているのかを検討したい。

1 StGB217条の問題性

StGB217条の合憲性に関しては、2020年判決が下されるに至るまで、盛んな議論が交わされていたところであるが、その核心とも言うべき問題は、同条による処罰が正当な保護目的に基づくものであるか否かである。この問題について、Roxin は以下のように整理している。

即ち、この問題を解明するにあたっての出発点となるべき認識とは、全〔ドイツ〕国民は答責的な決断を下す能力を有する限り、自分が死ぬべき時と死に方について自己決定する権利を有する、との認識であるという。そして、生きる義務はないが、自己決定による死を求める権利はある、とする¹⁶⁾。

Roxin は、この自己決定による死を求める権利が、近年の立法や判例において承認されてきたと指摘する。それは2009年にBGB1901a条に規定された患者の事前指示、あるいは2010年にBGH¹⁷⁾が、患者の現実の又は推定的な意思に基づく治療中止は正当化されるとした判例などにおいて確認されるものである。また、「その人が自由に意思を形成し、それに応じて行為することができるということを前提として、いつどのように自らの生を終えるのかを決断するという権利は、EMRK8条に基づく私生活の尊重を受ける権利の一部である」との見解を唱えていることも、ドイツにおける自己決定による死を求める権利の承認の文脈と結び付けられている。また、Roxin によれば、自己決定による死を求める権利は刑法学においても一般的に承認されており（「支配的見解」であると評する向きもある）、StGB217条を支持する論者においてさえ、あるいはStGB217条の草案も、こうした権利自体は認めているとする¹⁸⁾。

16) Claus Roxin, Die geschäftsmäßige Förderung einer Selbsttötung als Straftatbestand und der Vorschlag einer Alternative, NStZ 2016, 186.

17) BGH, Urteil vom 25. Juni 2010-2 StR 454/09, BGHSt 55, 191.

18) Roxin (o. Fn. 16), 186.

他方で、Roxinは、神の与え賜いし命の不可処分性を理由としても、あるいは自殺者自身の人間の尊厳を援用しても、自己決定による死を禁止する理由とはなり得ないとする。即ち、基本法4条1項で保障された信仰の自由は、神学的根拠に基づく禁止を認めておらず、そしてまた人間の尊厳とは防御権であって、自己決定に基づく行為を制限するものではないというのである¹⁹⁾。

また、Duttgeは、法と道徳の峻別という観点からもStGB217条に対して批判を展開している。即ち、心情を刑罰の根拠としてしまえば、大抵の場合は法と道徳の区別が曖昧になるというのである。確かに、ある一つの宗教的・形而上学的立場を基盤として、あらゆる形態の自殺を原則として制限すると定めることは可能であって、とりわけカントの説く「道徳の主体の消滅」の考え方は、BGHの判例にも、あるいはそれとは異なる立場にも、余韻を残しているという。そして、いかなる世界観的想定からこうした「畏敬の念」を個人的信仰の対象にしようと、それは確かに個人の自由ではあるが、しかし価値の多様化が進み、とりわけ死への取り組みの「個人化」が進んで久しいことに鑑みれば、世界観的中立を義務付ける基本法(4条1項, 140条)は、内容に満ちた(「自然」だから)「良い」死のイメージを押し付けることを、賢明にも断念してきたというのである。その上でDuttgeは、「全国民の住処」であることを自負するリベラルな法治国家は、特定の死生観を「より正しい」「より追求する価値がある」と証明することを、断念しなければならないとする²⁰⁾。

このように、ドイツにおいては、StGB217条に対して、自己決定権の観点と法と道徳の峻別の観点から、法学界からの異議が唱えられていたことが確認できるところである。

19) Roxin (o. Fn. 16), 186.

20) Gunnar Duttge, *Strafrechtlich reguliertes Sterben*, NJW 2016, 124. 同論文の既訳として、グンナー・デュトゲ(只木誠監訳、神馬幸一訳)「刑法的に規制された死一業としての自殺援助という新しい刑法上の構成要件―」比較法雑誌50巻3号(2016年)209頁がある。

2 2015年決定に対する学説からの反応

2015年決定は、あくまでも StGB217条施行停止の仮処分申立を却下したに留まるものであり、本案である憲法異議の訴え（2020年判決）の結論を先取りするものではなかった。しかしながら、2015年決定が下された時点では、BVerfG が憲法異議を認めないのではないかとの見通しも論者からは立てられていた。

そのような予測を立てていた者としては Gaede がいる。まず Gaede は、StGB217条による基本権侵害は正当化できないという自身の見解を明確に示している。即ち、自己答責的な自殺が不可罰である以上、自殺の準備に何度繰り返し参加したとしても、それによって直ちに刑法上の不法が生じることはあり得ないとするのである。また、Gaede は、立法者が想定する本罪における抽象的危険、即ち臨死介助団体が数多くの人々を自己答責的でない自殺へと誘導しかねないとする想定は、経験的な証拠を欠いた憶測に過ぎないとする。その上で Gaede は、まさに業としての提供によって、自律性を犠牲にして自殺を目指すという傾向が構造的に生じるということについて、立法者はその理由を説明していないとする。そして、営利的な利害関係が認められるならまだしも、個別的な検討をせずにあらゆる組織が自殺を誘発していると仮定するならば、それは詰まるところ、立法者が個人の自律性に相反する形で、自殺の蔓延とは阻止すべき悪と見なすのを美化することに他ならないとする²¹⁾。

ここにおいて Gaede は、StGB217条に対する批判を展開しながら、基本法において保護された自律性を思考するにあたって重要な示唆に富むと思われる指摘を行っている。Gaede によれば、本条において目論まれた保護と、本条によって生じる権利侵害は比例性がない、言い換えれば、抽象的に導き出された生命のインテグリティのための保護が、自己の生命への取り組みにおける自律性に対する制限を、比例性を欠いて代償としてしま

21) Karsten Gaede, Die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung des Suizids – § 217 StGB, JuS 2016, 387.

っている。そして、立法者は軽率にも、自殺者がやむなく残忍な方法での自殺へと鞍替えしてしまうことを甘受し、そして同様に、生命の問題に関心を有する医師との必要な開かれたコミュニケーションを制限しているという。また、立法者は自殺者本人を孤立させ、あるいは医師とは違って重要な専門知識を有していない自殺援助者の手を借りることを余儀なくさせるといふ。これに加えて、Gaedeによれば、StGB217条とは、例えば臨死介助団体が自律性を減じさせるような行為に出たことを前提とするものではなく、個々の自殺者の自己答責性は一切問題にされていない。そのため、個人の自己の生命への取り組みにおける自律性はほとんど保護されておらず、むしろ立法者は、あらゆる点で自律的に行動している人から、自らの行為によって自分自身の死を形作る自由を剝奪してしまっているのであって、これはStGB216条（要求に基づく殺人）よりも更に顕著であるという。そして、自分自身の死を形作ることは最も個人的な根本問題を形成するものであるために、事態はとりわけ深刻であって、他殺が問題とはならないからこそ、こうした状況では自律性をとりわけ厚く尊重することが求められるというのである。しかし、立法者の態度は、自らの生への取り組みにおける自律性が憲法上の原則として承認されていることに鑑みると、基本法と相容れないものであって、最終的にはある一つの道徳観だけに刑法上の拘束力を持たせてしまっているという。そして、自殺意思を有する者にとって、個々の事例で助けてくれる者が誰もおらず、かつ残忍な形態での自殺は選択肢に入らないのであれば、立法者はこの者から唯一であるかも知れない自殺の手段を奪い取ることによって、事実上、生き続ける義務を課してしまっているというのである²²⁾。

以上のように、Gaedeは根本的な自律性の考察に基づいてStGB217条に対して批判的態度を示しているが、それにも拘わらず、連邦憲法裁判所が違憲判決を下すことは（中期的にはあるが）期待できないとの予測を立てていた。その理由は、国会で多数の支持を得たBrand/Griese草案が

22) Gaede (o. Fn. 21), 387.

立法のために言及していた理由を、連邦憲法裁判所が可罰性の一応の (*facie plausible*) 根拠として評価し、その上で仮処分を認めなかったということにある。即ち、StGB217条は徹底的な民主主義的議論を経て成立したものであるが、連邦憲法裁判所は立法者に対して、回避すべき危険と処罰することによる影響とを評価するにあたって、広く裁量の余地を認めているのであり、それゆえ、この点について連邦憲法裁判所の基本的姿勢が変わらないのであれば、立法者の判断が尊重される見込みが高いとしたのである^{23), 24)}。

Fateh-Moghadam は、2015年決定は StGB217条の合憲性についての実質的判断について内容的検討を可能な限り避けており、それゆえ憲法異議についての判断を先取りするものではないとしながらも、実際にはメディカルパターナリズムへと逆行するものであると評していた。Fateh-Moghadam が2015年決定をそのように評価する理由は、同決定が、『通常であるという致命的な外観』や、更には最悪の場合には社会的な自殺への要求が発生し、これによって、援助された自殺の提供がなければ自発的には行為しなかった人までもが自殺するよう誘導され得る」という危険が、援助を受けた自殺が徐々に普及することに伴うものであるとする立法者の評価を差し当たり引き合いに出していること、そしてそれゆえ StGB217条の執行が停止されたならば、「とりわけ重病を患っており、他人の援助に頼らざるを得ない者であって、自己決定と熟慮に基づいて自らの死について決定する能力が本件申立人らよりも遥かに僅かな程度しかない者が、その場合に継続している業としての自殺援助の提供によって、自殺へと誘導され得る」ことが憂慮されたとした点にある。即ち、「通常化という論拠」に基づいて業としての自殺援助を刑法で禁止することが必要であるとの論拠を有効に構築するにあたっては、何故終末期の自己決定を犠牲にしてまで自由答責的な自殺を予防すべきであり、あるいは予防することが許され

23) Gaede (o. Fn. 21), 387.

24) こうした Gaede の見解に同調するものとして、例えば、Gerhard Christl, NZS 2018, 102. を参照。

るのか、という問いに対応するような規範的理由付けが本来必要であるはずのところ、2015年決定にはそれが欠けているというのである。そして、合法的な行為が通常化することには、少なくとも法的観点からは原則として問題はないのであって、宗教的・世界観的に中立の国家には、核心において暗黙のうちに自由答責的な自殺についての否定的な倫理的評価に基づきながら、業としての自殺補助を禁止する権限はないとするのである。したがって、Fateh-Moghadamによれば、通常化の論拠は本来であれば規範的理由付けが必要でありながら、その内容が空疎である以上、これは文字通り自殺のタブー化を目指すものであるというのである²⁵⁾。

また、Fateh-Moghadamは、2015年が自律性保護の論拠、即ちStGB217条は自殺の決意に瑕疵があることからの保護に資するとの論拠も、その具体的な定式化において不明瞭であるとする。Fateh-Moghadamによれば、「とりわけ重病を患っており、他人の援助に頼らざるを得ない者であって、自己決定と熟慮に基づいて自らの死について決定する能力が本件申立人よりも遥かに僅かな程度しかない者が、その場合に継続している業としての自殺援助の提供によって、自殺へと誘導され得る」との定式化は、自由答責性の段階的理解を含意するものであり、これは心理学的には納得がゆくかも知れないが、法的には運用不可能なものであるという。そして、自傷行為の結果に関して、法的な答責性の帰属(Zuschreibung)が問題となる限りは、自由答責性とは必然的に閾値の概念として、つまり自殺が自由答責的に行われたか否か(即ち、一般的な承諾能力や情報提供があること、強制、欺罔、錯誤がないことというハードな基準)の問題として、構想されなければならないとする²⁶⁾。

以上のように、2015年決定の中には、連邦憲法裁判所がStGB217条の合憲判断へと傾くことを予感させるような説示が散見されたところであった。そして、こうした学説の反応からは、2015年決定が、ドイツ法律学か

25) Bijan Fateh-Moghadam, Anmerkung zu BVerfG, Beschl v.21.12.2015-2 BvR 2347/15, MedR 2016, 717 f.

26) Fateh-Moghadam (o. Fn. 25), 718.

らの自律性への要求を、事実上満たしていないものと解されていたことが窺えよう。

3 2017年決定に対する学説からの反応

このように、連邦憲法裁判所がStGB217条について違憲判決を下すことについては悲観的な予測も立てられていたところであったが、その流れに一石を投じることになったのが2017年決定である。2017年決定は、当時の連邦保健大臣が、役所を自殺の「手先」にするものであると批判するなど、政治家やメディアの激しい怒りを買うこととなったほか²⁷⁾、ドイツ倫理委員会からも激しい批判が展開されるなど²⁸⁾、ドイツ国内において多くの批判が寄せられたものであったが、法律学においては少なくともその結論を支持する方向で概ね一致が見られたところである。そこで以下では、法学的見地からの2017年決定に対する分析を検討することで、同決定の意義と問題点を抽出することを試みる。

Schütz/Sitteは、前述した激しい批判を「文化的に限定された形而上学的な前理解(Vorverständnissen)によるものであって、憲法解釈学的な基礎を欠くものである」とする²⁹⁾。Schütz/Sitteは、何よりも尊厳から帰納的に導き出されることを理由に、一般的人格権が広い意味での自らの死についての決定権を含むことは、憲法学における共通意見と言ってよいものであるとした上で³⁰⁾、BfArMが「自殺の手先」になる、あるいは「殺

27) Vgl. Ulfrid Neumann, Rechtstheoretische und -methodologische Aspekte der Diskussion zum Natriumpentobarbital-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Jacqueline Neumann, Gerhard Czermak, Reinhard Merkel, Holm Putzke (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Weltanschauungsrecht, 2019, 175.

28) ドイツ倫理委員会からの批判に対して、法律学の立場から方法論的な反論を試みるものとして、Vgl. Josef Franz Lindner, Deutscher Ethikrat als praeceptor iurisdictionis?, ZRP 2017, 148.

29) Carsten Schütz/Thomas Sitte, Sterben-Dürfen an der Grenze der Verhältnismäßigkeit, NJW 2017, 2155.

30) Schütz/Sitte (o. Fn. 29), 2155.

人のための薬剤の交付窓口」になるといった道徳的憤慨への反論として、本決定の理由では保護義務の解釈学の意味におけるような国家の「履行義務」は問題となっていないことを強調する。そして、基本法の出発点となるのは、自殺の禁止ではなく、GG1条1項と結び付いた2条1項に由来する、麻酔剤を服用してでも死ぬことについて決定する個人の自由であり、個人はこの自由を消極的に行使することができるのであるから、こうした道徳的批判を正当化することは不可能であるとするのである³¹⁾。

Muckel は、2017年決定はGG1条1項と結び付いた2条1項に由来する一般的人格権から出発し、そして重篤かつ不治の病に侵された人が極限的な緊急状況において死にたいと自由な決意をした場合に、自殺のための麻酔剤の取得は例外的に法律上許されるのか否か、という問題に限定しているものであると位置付けた上で³²⁾、同決定が極めて例外的な事例に限定して判断を下したことには得心がゆくと評する。即ち、国家にはGG2条2項1文に基づき、生命のための保護義務がこれからも存在するが、しかし連邦行政裁判所は正当にも、一般的人格権もまた相応の保護を受けて然るべきであることを強調している。そして、最終的な結論において、自己決定により自らの生を終わらせる権利を個人に認めることは、基本法的には一貫しているように思われる、と評するのである³³⁾。

また、Merkel も、2017年決定を支持した上で分析を試みている。2017年決定は、いずれにせよベントバルビタールナトリウムの潜在的取得者が「重篤かつ不治の病に侵されているために極限的な緊急状況にある」と感じている場合には、自殺目的での麻酔剤の取得に抽象的な集団保護的(kollektivschützende) 禁止を課すことは、具体的な当該個人との連帯的共人間性(Mitmenschlichkeit) という基本的命令に劣後しなければならないとするが、Merkel は、この考量には説得力があると評価する。即ち、

31) Schütz/Sitte (o. Fn. 29), 2156.

32) Stefan Muckel, Recht auf selbstbestimmtes Sterben in extremer Notlage, JA 2017, 795.

33) Muckel (o. Fn. 32), 796.

この考量は、生死に関わる根本的な緊急状況において、もっともな理由から本人にとって耐えられないと感じられる形態での死を強制されない権利を、自己の死についての自己決定の基本権保障と結び付けているというのである。確かに、自律性とは自己処分の自由においても制約を受け得るものであるし、BtMG5条1項6号の追求する目的である傷付きやすい公衆の保護は、そうした制約に十分な根拠を与えるものではある。それでもこうした制限を「例外なく」あらゆる根本的な人としての緊急事例にまで及ぼせば、制限を非人道的であり強制的な法的命令へと転じさせることに他ならないというのである。そして、誤った「立法者意思」を引き合いに出しながらもGG1条1項との衝突を黙殺するような、こうしたパターンリズムと功利主義の混同には、2017年決定をもって緊急状況という限界が引かれたのであって、本件においてそれは説得力のあることであるとするのである³⁴⁾。

このようにして、2017年決定は法律学において支持を集めるものであったが、同時に、正犯行為が反復継続してなされる傾向にあることによって、StGB217条にいう「業として」に該当するリスクは完全に排除されるものではないとの指摘もなされており、連邦憲法裁判所が違憲判決を下すことへの期待が寄せられていたところであった³⁵⁾。

4 ハンブルク事件及びベルリン事件に対する学説からの反応

両事件は、事案を異にするものではあるが関連性を有するものであったことから、BGHはこれらを統合した上で、いずれも原審の無罪判決を維持している。両事件でBGHは、自殺がStGB323c条に言う「事故」に該当するという従来の判例の立場を踏襲しており、この点において学説からは批判的検討が展開されているが、以下で確認する通り、これらの批判はいずれも自律性についての基本的思想に裏打ちされたものである。

34) Reinhard Merkel, Anmerkung zu BVerwG, Urt. v.3.2.2017-3 C 19.15 (OVG Münster), MedR 2017, 829 f.

35) Merkel (o. Fn. 34), 830.

Kudlich は、ハンブルク事件について、以下の通り分析する。まず、BGH が自殺は StGB323c 条の意味における「事故」に該当するという従来の判例の立場を踏襲した点については、厳密に読むとそこには根本的な本質が備わっているとす。即ち、自由答責的に錠剤を服用したことによって「被告人の先行行為によって場合によっては高められていたかも知れない危険が現実化するリスクは、同女の答責領域にしか存在していなかった」ことになり、そして自殺者はまさに「自己の法益を送り込もうとしている危険が現実化しないことを信頼していないのではなく」、むしろ自殺者にとっては「まさに法益の妨害が生じること」が重要であったことは、あらゆる自由答責的な自殺への援助の事例に原則として妥当するものであるというのである。また、StGB323c 条は不救助者に「明示の意思に反する救助を義務付けるものではない」とした点についても、自己答責的な自殺の場合にはそうした救助に反対する意思は必ず存在するものであるから、これも個別事例に限定されない一般的意義が存するものであるとす³⁶⁾。

Kubiciel は、両事件においては2017年決定におけるような「重篤かつ不治の病」が問題となるものでもなければ、自己決定による死を求める基本権の射程が問題になるものでもなかったとした上で、むしろ以下の点が重要であると指摘する。まず一方には、何人も他人に生きることを義務付けることはできないのであるから、何人も少なくとも自由意思によって自己の手で自殺する権利を有する。他方で、たとえそれが治療や救命に資するものであったとしても、何人も自己の身体は無傷性への干渉を禁止できることが、憲法、民法そして刑法によって承認されている。そこで、この二つの権利を組み合わせると、患者が自殺で即死できない場合に治療を禁じているのであれば、医師その他の保障人には救助措置を義務付けることはできない、というのである³⁷⁾。

36) Hans Kudlich, Stärkung der Selbstbestimmung am Lebensende, JA 2019, 869.

37) Michael Kubiciel, NJW 2019, 3034.

他方で Sowada は、両事件の結論は支持しながらも、その理由には一部賛同できないとする。即ち、その根底にあるのは BGH が Wittig 事件判決³⁸⁾に示された判例を変更しなかったという問題意識であるが³⁹⁾、それに加えて、BGH が自律的に行われたものも含めたあらゆる自殺未遂を StGB323c 条にいう「事故」に当たるとしている点についても、Sowada は以下の理由から反対している。即ち、こうした解釈の根底にあるのは共人間的な連帯の思想であり、それ自体は尊重に値するが、まず一般人は「事故」という文言から、通常であれば、不慮であって意図せず生じた出来事を想起するところ、自殺未遂をこれに含めるとすると、言語的に越えられない壁に直面することになるという⁴⁰⁾。また、自由答責的な自殺者が自殺を実行に移す際にこれを支援した者は、StGB216条による処罰は免れるが、StGB323c 条によって処罰される、とするのは価値矛盾であり、期待可能性の欠如を理由としたのでは、自殺関与によって生じた処罰を適及的に打ち消すことが十分にはできないという。その上、自殺行為の実行直後に翻意するかも知れないとの想定は、判断無能力の段階になっても（場合によっては推定的な）表明された意思が継続しているということが出発点とならなければならないと定める BGB1901a 条と矛盾するという⁴¹⁾。更に、「期待可能性」による処理についても、以下の点から概念的な問題があるとする。即ち、期待可能性とは、本来であれば義務の名宛人の側から見て相反する利益を問うものである。そして、自由答責的な自殺者が、一切の干渉を、場合によっては患者の事前指示の要件を満たした上で禁ずるとするのは、専ら自殺者の領域の問題である。ところが、既に望まれていなかった介入を第三者には「期待」できないとすることによって、問題は第三者の領域へと転換してしまうというのである⁴²⁾。

38) BGH, Urteil vom. 4.7.1984-3 StR 96/84, BGHSt 32, 367.

39) Christoph Sowada, NStZ 2019, 671.

40) Sowada (o. Fn. 39), 671.

41) Sowada (o. Fn. 39), 671 f.

42) Sowada (o. Fn. 39), 672.

以上のように、ドイツ刑法学においては、自己答責的な自殺における自殺者自身の自律的なコントロールを前提に、自殺者は他人からの救助を禁止することができることを、自律性の観点から承認していることが確認される。そして法律学におけるこうした共通認識は、「自己決定による死を求める権利」を承認することの土壌となっているものであると言えよう。

IV 展望と課題

以上では、ドイツ連邦憲法裁判所において StGB217条違憲判決が下されるに至るまでの近年の判例の動向と、それに対するドイツ法律学からの反応を概観した。それでは、果たしてこうしたドイツの動向は、日本の法律学にとって、どのような比較法的視座を与えるものであろうか。この点について若干ながら検討を加えることとしたい。

ドイツと日本における法律状況の決定的な違いは、自殺関与の法的取り扱いである。ドイツにおいては、自殺関与は不可罰であることが刑法における所与の前提であり、その例外として StGB217条に規定されるような「業として」の関与形態が処罰の対象とされたが、2020年判決で当該規定は違憲であると判断された。これに対して、日本においては刑法202条前段が、一切の留保なしに自殺関与を処罰しているため、日独の法律状況は根本的に異なるものである。そのため、この点を看過してドイツの判例ないし学説を直ちに無条件に援用することは差し控えなければならない。

他方で、終末期における患者の自己決定権を巡る問題は、日本においても関心を集めてきた。とりわけ、安楽死正当化のための6要件を示した名古屋高裁昭和37年12月22日高刑集15巻9号674頁を皮切りに、東海大安楽死事件として知られる横浜地裁平成7年3月28日判決判時1530号28頁、更には治療中止の正当化について事例判断を下した最高裁平成21年12月7日第三小法廷決定刑集63巻11号1899頁など、この問題に関連する判例が蓄積されてきたこともあり、この問題は日本でも既に活発な議論が交わされているところである。そのため、法律状況の違いを越えて、ドイツにおける

判例や学説を比較法的に検討するにあたっては、条文解釈それ自体よりも、その背景にある自己決定概念を読み解いていくことが重要であると言ふべきであろう。

このような比較における視座として重要と思われるのは、ドイツにおいて「自己決定による死を求める権利」という、自律性の極致とも思われるような権利は、一朝一夕に承認されたものではないということである。即ち、1954年3月10日のBGH大法廷判決においては「いかなる自殺も——場合によっては極端な例外事例を除いて——道徳律は断固として承認しないのであり、何人も自己の生命を独断で処分し、自ら死ぬことは許されないのであるから、第三者の救助義務が、自殺者の自らの死についての道徳的に認められない意思に劣後することを、法は承認することはできない」⁴³⁾と述べていたように、ドイツにおいてもかつては自律的な自己決定により自らの死を求めることは、法的に許容されていなかった。しかし、その後1984年にBGHはいわゆるWittig事件において、道徳律違反が未だ全面的に認められるか否かを未決定としており⁴⁴⁾、自然法的な観点ではなく実際の観点、即ち精神医学的・心理学的専門知識がなければ、自殺を試みてから死に至るまでの僅かな時間の間には、自殺の動機付けの要素を判断することはほとんど不可能であるとしたのである⁴⁵⁾。そして、2009年にはBGB1901a条において患者の事前指示についての規定が法制化され、2010年にはいわゆるPutz事件⁴⁶⁾において治療中止の正当化が認められるに至っていた。「このようにして、自己の生命についての決断にあっても個人の自己決定の意義が法的に大きく発展してきたという経緯」⁴⁷⁾は、ベルリン事件においてもBGHによって確認されたところであるが、このような判例の動向は、判例法理による患者の自己決定権の段階的強化と評価

43) BGH (Gr. Str. Sen.), Beschluß vom. 10.3.1954, - GStt 4/53, BGHSt 6, 147, 153.

44) BGH, BGHSt 32, 367, 375 f.

45) Vgl. Kubiciel (o. Fn. 37), 3035.

46) BGH, BGHSt 55, 191.

47) BGH, NSTz 2019, 669, Rn. 34.

することが可能であろう。即ち、判例は2010年にはPutz事件において、作為か不作為かを問わず治療中止を再評価し、2017年には薬剤を求める権利を認め、2019年には明らかに自由答責的な自殺願望の場合に保障人的地位を制限し、そして2020年には自己決定による死を求める権利を認めた、という形で、患者の自己決定権をより強固に承認してきたと見ることができるのである⁴⁸⁾。

翻って、日本の法律状況に照らして考えると、前述した通り刑法は自殺関与の一切を禁止しており、これが日本における患者の自己決定権を（ドイツのように）承認ないし強化する際の障壁となっていることは事実であろう。また、現行刑法202条前段が、個人の自己決定権を侵害するものであって違憲無効であるとの主張⁴⁹⁾も、差し当たって刑法学においては多数の支持を集めているとは評し難いところである。しかしながら、ドイツにおいてもこうした自己決定権は基本法の成立当初から承認されていたものではなく、漸次的に推進されていったのであって、こうした議論の進展それ自体が、日本法を前提とした終末期における自己決定権を（再）検討するにあたって、重要な示唆に富んでいると言えよう⁵⁰⁾。

48) Liane Wörner, Organisierte Sterbehilfe und menschenwürdiges Sterben – ein Kommentar aus deutscher Sicht—abgefasst unter Berücksichtigung der weitreichenden Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 26. Februar 2020—, 只木誠, グンナー・デュトゲ編『終末期医療, 安楽死・尊厳死に関する総合的研究』(2021年) 243頁参照。

49) 松井茂記は、憲法学の見地から、「治療不可能な病気ないし傷病の故に末期の状態にあり、しかも激しい苦痛にあえいでいるような患者であれば、患者が自発的に本心から死ぬことを望むなら、医師の帮助のもとに死ぬことも認めるべきではあるまいか」とした上で、少なくともこのような患者の事例における医師への自殺帮助罪の適用は違憲である可能性を指摘する。松井茂記「安らかに死なせてほしい—尊厳死の権利および安楽死の権利」松井茂記編著『スターバックスでラテを飲みながら憲法を考える』(2016年) 22頁以下。

50) 神馬・前掲注2) 判例時報2456号142頁以下は、「ドイツで展開されている法理論から見れば、我が国の自殺関与罪規定は、『違憲無効』とすら推論しうる」とした上で、ドイツの立法者が追求すべき利益は「おそらく我が国も同様に追

そして、ドイツとの比較においても一つ共有されるべき視座は、自殺の予防の観点は裁判所においても学説においても放棄されていないということである。即ち、2020年判決はStGB217条を違憲と判断するにあたって、その立法目的、即ち生命についての個人の自己決定と、それによる生命それ自体の保護とは正当な目的であると評価しているが⁵¹⁾、保護の重要性は刑法の学説においても一貫して共有されているところである。即ち、Roxinは、心理学の専門家による助言やソーシャルネットワークへの参加、そして世話と医療を通じて自殺を予防する必要性を説き⁵²⁾、また、Duttgeは、自殺を単なる象徴としてではなく実際に予防するためには、人と向き合い、その要求や恐怖、そして自己決定の主張を真摯に受け止めることが不可欠であるとし、世話の過程の中で自殺への傾向が消えることが期待されるとする⁵³⁾。このように、ドイツにおいても自殺の予防は正当な関心事であると考えられているが、それでもなお、これを理由として、しかも刑法を手段として個人の自己決定権を侵害することは許されないと、法律的には評価されているのである。

さて、日本においては、令和2年度版自殺対策白書によれば、令和元年の自殺者数は20,169人と、昭和53年の統計開始以来過去最少となつてはいるものの⁵⁴⁾、依然として高い数値を保っており、また、国際的に見ても、日本における自殺死亡率は、先進国の中では高い水準にあるとされている⁵⁵⁾。

求されるべき普遍的なものであろう」と評する。

51) BVerfG, NJW 2020, 909 Rn. 227.

52) Roxin (o. Fn. 16), 187.

53) Duttge (o. Fn. 20), 125. なお、Duttgeは同頁において、自由答責性を入念に確認するためには専門的な提供が必要であるが、これは医師に委ねるのではなく、新たな種類の(複数の専門分野にまたがる)鑑定委員会から選ばれた代表者を任命するという提言を行っている。

54) 厚生労働省「第1章 自殺の現状」『令和2年版自殺対策白書』2頁 (<https://www.mhlw.go.jp/content/r2g-1-1.pdf>) (2021年1月31日最終閲覧) 参照。

55) 『令和2年版自殺対策白書』前掲注54) 34頁 (<https://www.mhlw.go.jp/content/r2h-1-10.pdf>) (2021年1月31日最終閲覧) 参照。

また、自殺対策基本法が2006年に施行、2016年に改正されており、法的にも自殺を予防しなければならないという前提が存在している。そして、同法の改正を承けて、2017年には自殺総合対策大綱が閣議決定され、その副題には「誰も自殺に追い込まれることのない社会の実現を目指して」という目標が掲げられているところである⁵⁶⁾。このように、日本においては国家的取り組みとして自殺の予防が重要な課題として掲げられており、生命に対する国家の保護義務が政策として極めて重きを置かれている。

また、このような発想は、日本の刑法学においても現在のところ、支配的な見解であると言ってよいであろう。例えば、只木誠は、医師による嘱託殺人事件を契機とした論考の中で、被害女性を取り巻いていた状況を巡って、以下のように論じている。即ち、「生命倫理の観点から、難病に苦しむ人々、終末期にある患者それぞれの尊厳が全うされるような、『共生』の意義を広く市民において共有しあえる社会を目指し、対応策の策定が急務である。（…）外国の自殺援助団体に送り込んで患者を死に追いやるのではなく、また、闇の手によって生命が剥奪されることのないよう、最後まで患者が『生きていて良い』と思えるよう、われわれは、ケアやサポートの仕組みを設計し、システム化し、あわせてそれをさらに検証するシステムを作っていくべきである」⁵⁷⁾と説くのである。こうした見解は、政策的な自殺予防が必要であるとの考えから出発しているものと解することができるであろう。

このような自殺予防の観点は、日本において今後とも維持されるべきものであって、またそのための取り組みも必要不可欠なものであるという点においては、筆者も当然異論はない。しかしながら、ドイツにおける判例や学説の動向は、自殺の禁止あるいは予防を出発点として、極限的な事例

56) 厚生労働省「自殺総合対策大綱（本文）」(<https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12200000-Shakaiengokyokushougaihokenfukushibu/0000172329.pdf>)（2021年1月31日最終閲覧）参照。

57) 只木誠「医師による嘱託殺人事件と安楽死」法学セミナー 793号（2021年）15頁。

における自己決定権の制約もやむを得ないとする日本の現行制度の在り方に対して、再考の契機をもたらすものであろう。とりわけ、ドイツの学説で承認されているところの、他人に生きることを義務付けることはできないことの裏返しとしての自殺する権利が何人にも備わっているとする基本思想は（もしもそれが普遍的なものであるとすれば）、患者が「生きていて良い」と思えるようにする政策と、果たしてどのように調和可能であるだろうか。また、「難病に苦しむ人々、終末期にある患者それぞれの尊厳」と説くとき、2020年判決が「生命は人間の尊厳にとって不可欠の (vital) 基盤であるが、このことから、自由意思に基づく自殺がGG1条1項で保障されている人間の尊厳と矛盾する、という結論を導き出すことはできない⁵⁸⁾と理解するような尊厳概念は、日本においてどれほど共有されている（あるいはすべき）ものであるのだろうか⁵⁹⁾。仮に最終的には日本の現行法は妥当であるとの結論に至るとしても、「自己決定による死を求める権利」はどれほど尊重に値するのか（あるいは尊重すべきでないのか）について、日本法の文脈において検討することは今後の大きな課題である。

V おわりに

以上、本稿においては、ドイツにおいてStGB217条が制定されてから違憲判決が下されるまでに展開された判例と学説を概観した。StGB217条についてはドイツのみならず日本においても活発な議論が展開されてきたところであり、同条を巡る問題の所在は既に先行研究において十分明らかにされていたところである。他方で、ドイツと日本では自殺関与についての刑法上の扱いに明確な違いがあり、少なくとも日本において自殺関与罪は所与のものとして把握されているため、ドイツにおけるStGB217条の

58) BVerfG, NJW 2020, 907 Rn. 211.

59) 「人間の尊厳」の概念には意義があることを認めながらも、法的な概念としての用法においては一定の限定を施すべきであると主張するのは、高橋直哉「終末期における人間の尊厳」只木、デュトゲ編・前掲注48) 3頁。

改廃を巡る議論は、日本刑法学においては必ずしも直接的に参照可能なものとは捉えられてこなかった⁶⁰⁾。しかし、仮に人間の尊厳が間国家的・間文化的な普遍概念であるとするならば⁶¹⁾、たとえ目下の法律状況においては異質な思考に見えるものであったとしても、人間の尊厳を擁護するという前提を日本と共有しながらも、そこから自殺する権利を肯定するドイツ法律学とは、断絶するのではなく対話的に議論を構築していくことが必要であろう。このような問題意識から、本稿ではドイツの諸判例や学説を検討し、その背景に通底している思想を浮き彫りにすることによって、自殺関与罪、あるいは刑法における終末期の自己決定権を巡る問題について、今後のドイツ刑法学と日本刑法学の議論の結節点となるべき前提を確認することを試みた。そして、本稿における検討を通じて、ドイツにおける以下のような認識を確認することができたと言えよう。即ち、人間の尊厳と自殺する自由は排他的関係にはないこと、自殺幫助を禁止することで自殺する自由を間接的に奪うことは許されないということ、このように考えて

60) 佐藤拓磨「ドイツにおける自殺関与の一部可罰化をめぐる議論の動向」慶應法学31号（2015年）348頁、神馬幸一「ドイツ刑法における『自殺の業務的促進罪』に関して」獨協法学100号（2016年）143頁、只木誠「臨死介助協会と自殺援助処罰法—ドイツおよびスイスの現状」井田良＝井上宜裕＝白取祐司＝高田昭正＝松宮孝明＝山口厚編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（2016年）663頁以下参照。また、StGB217条を参照して日本の自殺関与罪の処罰根拠をむしろ積極的に論ずるものとして、山中敬一「ドイツにおける自殺関与罪をめぐる最近の議論にもとづくわが刑法202条の処罰根拠の再考」井田良＝川出敏裕＝高橋則夫＝只木誠＝山口厚編『新時代の刑事法学—椎橋隆幸先生古稀記念〔下巻〕』（2016年）132頁以下、飯島暢「自殺関与行為の不法構造における生命保持義務とその例外的解除—ドイツ刑法217条の新設を契機とした—考察」井田良＝川口浩一＝葛原力三＝塩見淳＝山口厚＝山名京子『山中敬一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（2017年）77頁以下参照。

61) 高橋・前掲注59) 5頁以下は、人間の尊厳の普遍性について批判的に検討した上で、「人間の尊厳は、普遍的な内容をもつ概念ではないけれども、普遍的な関心の対象となり得る概念として現に存在している、といえるのではないだろうか」と指摘する。

も生命のための保護義務それ自体が放棄されているわけでは決していないこと、そして以上のような認識はドイツにおいても所与のものではなく歴史的に構築されてきたものである、ということである。人間の尊厳とは国家間で相対化されるものではないとするならば、ドイツにおけるこのような認識を何らかの形で日本においても共有していくことが求められるであろう。

もっとも、本稿は今後の議論における土壌となるべき前提の確認に努めたものであって、具体的な解釈論あるいは立法論に対する態度決定には至らなかった。本稿においては、ドイツ基本法の思想から自殺する権利を肯定する見解を紹介したところであるが、他方で日本国憲法の理念あるいは条文解釈から自殺する権利を肯定することができるか否かについては、未だ検討を尽くせていない。また、本稿では専ら法学的見地からの検討を行ったが、この問題領域については緩和ケアの見地からの検討も必要不可欠なものである。これらの問題は、筆者にとっての今後の検討課題として残されたものである。