

自殺幫助に対する基本権

——ドイツ法における議論——

Das Grundrecht auf Suizidhilfe: Die Debatte im deutschen Recht

ヘニング・ローゼナウ*
訳 盧 家 儀**

訳者はしがき

本稿は、2022年10月19日、中央大学市ヶ谷キャンパスで行われた Henning Rosenau 教授の「Das Grundrecht auf Suizidhilfe: Die Debatte im deutschen Recht (自殺幫助に対する基本権—ドイツ法における議論—)」と題する講演原稿を和訳したものである。Rosenau 教授は、今回、日本比較法研究所の招聘によって来日し、同研究所の「生命倫理と法」共同研究グループ（代表：只木誠教授）との共同研究を行い、学部・大学院では「トリアージと義務の衝突」の講演を行っている。

Rosenau 教授は、1964年に生まれ、1996年にゲッティンゲン大学 (Georg-August-Universität Göttingen) で法学博士の学位を、2005年に同大学で教授資格を取得した。現在は、ハレ大学 (Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg) において刑法、刑事訴訟法、医事法の教鞭を執る傍ら、法経学部の学部長、医学・倫理・法の学際センター (Interdisziplinäre Zentrum Medizin-Ethik-Recht) 所長等の職にある。教授は医事 (刑) 法と

* ハレ大学教授

Prof. Dr., Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

** 中央大学大学院法学研究科博士課程後期課程在学中

生命倫理という領域の専門家であり、また、刑法・刑事訴訟法に関する伝統的な解釈論に加え、比較刑法や刑法のヨーロッパ化、メディア刑法等の現代的なテーマも研究の対象としている。

I 前提となる状況：連邦憲法裁判所2020年2月26日の判決

ドイツにおいて自己決定に基づく死を認めていこうとする道は、ドイツ連邦議会2015年11月6日の決議によって突如として閉ざされ、その決議によって業としての自殺幫助の可罰性が100年以上ぶりにドイツで認められることになった。これは終末期の自己決定にとって不吉な金曜日であった。それ以来、ドイツの刑法学界全体からよせられた警告にもかかわらず¹⁾、刑法典217条において、「業としての自殺幫助」は3年以下の自由刑または罰金刑に処せられることになった。この条項は、医師の間にも法的不確実性と不安感をもたらすものであった。というのも、きわめて技巧的な解釈によらなければ、医師は可罰性を免れることができなかったからである²⁾。

2020年2月26日、連邦憲法裁判所は、終末期において個人の自由を制限するとするかかると試みを峻拒した。連邦憲法裁判所は、刑法典217条を違憲無効と宣告したのである。この判決は衝撃的なものであった³⁾。日本語でいうならば、「鳴り物入り」で下された判決といえよう。2日間の公判において憲法裁判官からの多くの批判的な意見が聞かれたが、連邦憲法裁判所が中核刑法の規範を無効と宣告するなどとは誰も予想していなかった。刑法典217条は法政策に関する十分な議論を経て連邦議会で比較的明確に、かつ賛成多数で決議されたものであった。2020年2月26日の判決は

1) FAZ vom 15. 4. 2015, S. 1; medstra 2015, S. 129 ff.

2) Vgl. die entsprechenden Versuche von Kubiciel ZIS 2016, S. 396, 403; BeckOK-StGB/Oglakcioglu § 217 StGB Rn. 25 ff.; Gaede medstra 2016, S. 65, 66; ders. JuS 2016, 395, 390; Berghäuser GA 2017, S. 383, 389.

3) Bernat, Recht der Medizin 2021, S. 88.

連邦憲法裁判所の判例の中でも異例なものである。この判決には特別な効力がある。というのは、本判決は8人の裁判官の全員一致で下されたものであるからである。刑法典217条は全面的に無効である、すなわち、通常の違憲とされた条項の場合と異なって、刑法典217条は直ちに無効とされた。また、連邦憲法裁判所は過渡的な効力を認めなかった。連邦憲法裁判所は、憲法適合的解釈の余地さえ否定した。つまり、刑法典217条の違憲性には、実際に何かがあったに違いないのである。

II 自己決定に基づく死に対する基本権

1. 憲法上の前提

連邦憲法裁判所にとっての出発点は、憲法上保障された、自己決定に基づく死に対する権利である。今般、ドイツにおいて、連邦憲法裁判所は、はじめてこの権利を基本法1条1項と併せて2条1項の一般的人格権から導き出して、確認したのである⁴⁾。もちろん、それ自体は新しいことではない。欧州人権裁判所は、かなり昔、Pretty事件の判決⁵⁾において人権と基本的自由の保護のための条約第8条——この規範はある程度、一般的人格権の内容に合致している——から、既に相応の権利を定式化し、そして、その後の判決において確認している⁶⁾。その点については、欧州人権裁判所の確立した判例がある。ドイツ連邦行政裁判所も、2017年2月3日の判決において、このような権利を定式化している。連邦行政裁判所は、重症患者の権利のために、重症患者にはペントバルビタールナトリウムという自死に導く薬品にアクセスすることが認められると結論づけた。ペントバルビタールナトリウムは臨死介助のための最先端の医学に対応する唯

4) BVerfGE 153, 182 (261 f.), Rn. 209.

5) EGMR, Urteil vom 29. 4. 2002 – 2346/02, NJW 2002, 2851, Rn. 65.

6) *Haas/Schweiz*, Urteil vom 20. 1. 2011 – 31322/07, NJW 2011, 3773, Rn. 51; *Koch/Deutschland*, Urteil vom 19. 7. 2012 – 497/09, NJW 2013, 2953, Rn. 51 f.

一の薬品である⁷⁾。連邦行政裁判所によれば、麻薬法はそれに応じて限定解釈されるべきだということになる⁸⁾。

しかし、ドイツ最高裁判所もこのような憲法状況を明らかにした、ということそれ自体に、当然、既に価値が存している。誰も後戻りすることはできないのである。連邦議会といえども同様である。連邦憲法裁判所が決して特異な見解を述べたわけではないということは、わずか9か月後のオーストリア憲法裁判所2020年12月11日の判決によって示されている。つまり、オーストリアにおいても、自殺幫助に可罰性を認めることは違憲だということが明らかになったのである⁹⁾。2016年のオーストリアでは、当時でも立法者の法政策的な形成の余地(Gestaltungsspielraum)に言及して異なる判決が下されていたのである¹⁰⁾。しかし、このたびオーストリア憲法裁判所によってオーストリア刑法典78条後段における自殺幫助の可罰性は無効とされるに至ったが、その理由は、この条項が自己決定権に違反するからだとされている¹¹⁾。ドイツの判決に一言も言及しなかったとして

7) その他の薬品はほぼ研究されておらず、迅速かつ完全に無痛で確実な死をもたらすとのエビデンスがない、*Sperling Suizidbeihilfe in der Rechtsprechung des EGMR*, 2019, S. 185。したがって、疑わしい上に認可されていない薬剤カクテルを用いるように死を望む者に対して指示するVG Köln, *medstra* 2021, S. 192 Rn. 52は誤った判断である、a.a.O. Rn. 66 ff.

8) BVerwGE 158, 142. 連邦保健省が、不適用法令(FAZ vom 30. 6. 2018, S. 1)によって、しかも、任命された専門家の意見に基づいて、連邦行政裁判所の判決に従わないことを公然と宣言したことは、法治国の原則に対する憂慮すべきな違反となるものである(*Vosskuhle SZ v. 26. 7. 2018, S. 2; Duttge MedR 2020, S. 570, 571*)。

9) Österr. VerfGH, *Recht der Medizin* 2021, 75 ff.

10) Öst VfGH, *Erkenntnis v. 8. 3. 2016 – E 1477/2015–10*, Rn. 22, これに反対するものとして、現在では、Öst VfGH, *Erkenntnis v. 11. 12. 2020 G 139/2019–71*, *MedR* 2021, 538, Rn. 82. 同判決について、*Gamper JBI* 2021, S. 137, 138 f. は、連邦憲法裁判所が見解を改めた理由を不適切だと評価する。Vgl. *Bernat MedR* 2021, S. 529, 532. *Brade/Friedrich RdM* 2021, S. 225 f. は、連邦憲法裁判所が自身の判決に自ら拘束されることについて詳しく論じている。

11) Öst VfGH, *Erkenntnis v. 11. 12. 2020 – G 139/2019–71*, *MedR* 2021, 538 ff., Rn.

も¹²⁾、ドイツ連邦憲法裁判所の判決に相応する根拠づけがなされていることは大筋において理解できるところである¹³⁾。オーストリアにおいて様々な法源から導かれる、憲法上保障された自由な自己決定の権利を通して、「生命を形作る権利のみならず、人間の尊厳をともなって死ぬ権利」も認められるというのである¹⁴⁾。

連邦憲法裁判所は、基本法1条1項と併せて2条1項の一般的人格権から、終末期の自己決定という制限をともなわない基本権¹⁵⁾の概念を展開した¹⁶⁾。それをもって、連邦憲法裁判所は、この権利は人間の尊厳にも基礎をおくものであるとし、あるいは、自己決定にとって生命（の終わり）が存在するきわめて重要な意義から、この権利を人間の尊厳と特定の関係においているのである¹⁷⁾。死を決定することは、個人的人格的自律性の表れ

104.

12) *Duttge* MedR 2021, S. 538; *Gamper* JBl 2021, S. 137, 138; *Schmoller* JBl 2021, S. 147, 148. Rechtsvergleichend umfassend *Fremuth* ZÖR 2021, S. 841 f.; *Kneihs* NLMR 2020, S. 425 f.

13) *Khakzadeh* RdM 2021, S. 47, 53 f.

14) Öst VfGH, Erkenntnis v. 11. 12. 2020 – G 139/2019–71, MedR 2021, 538, Rn. 65. *Pöschl* EuGRZ 2021, 12, 13によれば、この権利は、人権と基本的自由の保護のための条約第8条から既に導き出されたことになる。*Gamper* JBl 2021, S. 137, 140 „deriviertes Super-Grundrecht“; krit. auch *Khakzadeh* RdM 2021, S. 47, 54; *Lewisch* ÖJZ 2021, S. 978, 980.

15) *Rosenau* in: Leipziger Kommentar StGB, 13. Aufl., Vor § 211, Rn. 35 (im Erscheinen); *Sternberg-Lieben* GA 2021, S. 161.

16) BVerfGE 153 182, 261 f., Rn. 209; *Hecker* GA 2016, S. 455, 463; *Schroth* GesR 2020, 477, 478 f.; *Brunhöber* NStZ 2020, S. 538, 539; *Kienzerle* Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 2021, S. 63 ff.; *Sachs* GS Tröndle, S. 641, 645; *Saliger* Selbstbestimmung bis zuletzt, 2015, S. 63 f. Für eine Anknüpfung an Art. 2 Abs. 2 GG auch *Lang* NJW 2020, 1562, 1563; für eine Anknüpfung an Art. 2 Abs. 1 GG *Tenthoff* Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips, 2008, S. 38; zur verfassungsdogmatischen Einordnung, die wenig weiterführt *Rosenau/Sorge* NKrimP 2013, S. 108, 110.

17) BVerfGE 153 182, 266 u. 283, Rn. 218 u. 266; *Kaiser/Reiling* in: Uhle/Wolf

である。これは、次のことを意味している。すなわち、死を望む意思が自由意思に基づく場合、つまり、強制や精神的な疾患の影響からではなく生じる場合、国家も社会もこの死を望む意思を評価したり貶めしたりしてはならず、反対に、この死の願いは国家と社会によって受け入れられ、尊重されなければならない、ということである¹⁸⁾。死の意思は、——医師による通常の治療の場合のように¹⁹⁾——国家機関の理性の高権 (Vernunftthoheit) に服するものではない。死の意思に対しては、道徳的に説教したり、非としたり、恥辱を与えたりすべきではない²⁰⁾。このような意思に対して、例えば重い疾患や不治の病が自殺意思の誘因である場合を除き²¹⁾、その内容に関して客観的に評価することは、憲法上許されていないのである。それゆえ、連邦憲法裁判所も、臨死介助を求める権利の射程をなんらかの方法で制限することに対して、否定的な態度を示している。むしろ、これは、人間存在のあらゆる段階に関係することである²²⁾。それに加えて、このような権利は——連邦憲法裁判所がその他の文脈でも求めている²³⁾——実際に実行可能なものでなければならない。権利は、机上の空論にすぎないものであってはならず、実際に機能するものでなければならない²⁴⁾。したがって、この権利は実際に中身のない入れ物であってはならないのである²⁵⁾。

(Hrsg.) *Entgrenzte Autonomie?* 2021, S. 120, 154; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgen-*
dorf BT § 3 Rn. 2; *Schlink* ZRP 2022, S. 126; krit. *Hartmann* JZ 2020, S. 642, 644.

18) BVerfGE 153 182, 263, Rn. 210.

19) Zuletzt BVerfG Beschl. v. 8. 6. 2021 – 2 BvR 1866/17, HRRS 2021 Nr. 740 Rn. 117 m.w.N.

20) BVerfGE 153 182, 271, Rn. 234.

21) *Brechtken/Leifeld* medstra 2019, S. 339, 344.

22) BVerfGE 153 182, 263, Rn. 210.

23) Ständige Rechtsprechung z.B. in Bezug auf den Rechtsschutz: BVerfGE 79 80, 84; 107 395, 405; dazu *Rosenau* FS Fischer, S. 791, 798 ff.

24) Vgl. zu dieser Dichotomie *Rosenau* FS Puppe, S. 1597, 1606.

25) BVerfGE 153 182, 288, Rn. 278.

結局、刑法典217条はこの点で失敗に終わった。なぜなら、——列車への飛び込みや高層ビルからの飛び降り、ロープやリボルバーによるといった——きわめて残酷な自殺を除けば、そして臨死介助が特定の条項のもとで法的に許されているスイスへの理不尽な逃避を除けば、ドイツにおいて自殺は事実上不可能だったからである。まさに刑法典217条の緩やかな解釈によって医師でさえも罰せられ得たことから²⁶⁾、また、それに加えて、多数の州医師会では、臨死介助は関係法令において職業法上許容されていなかったことから²⁷⁾、自己決定に基づく死に対する権利は、ドイツにおいて事実上無効なものとしていたのである²⁸⁾。この点については、刑法典217条の影響力が決定的であったので、当該処罰規定は比例原則に反して、したがって違憲だったのである。

2. 判決への非難について

連邦憲法裁判所の判決に対する批判は激しく²⁹⁾、時に極端なものであった(例えば「ひどい法学者だ」といったものである)³⁰⁾。Schöchは、不合理な反応について論じている³¹⁾。また、社会の価値の基礎が見捨てられた³²⁾とか、連邦憲法裁判所は「自殺のスーパー基本権」を見いだした³³⁾と

26) *Rosenau* in: *Leipziger Kommentar StGB*, vor §§ 211, 12. Aufl. 2012, 2019, Rn. 92.

27) これは、17のうち10の州医師会に影響を与えた。7つの州医師会は、ドイツ連邦医師会の模範職業規則16条の自殺幫助の禁止を実施していなかった。2つの州医師会は、医師は自殺の手助けをしてはならないとする模範規範(DÄBl. 2011 A 1980, A 1984)を義務として規定した。ザクセン＝アンハルト州の医師会を含む5つの医師会が、より自由主義的な解決策を提示した。

28) BVerfGE 153, 182, 282, Rn. 264.

29) Dokumentation der Reaktionen bei *Kusch/Hecker* Handbuch der Sterbehilfe, 2. Aufl. 2021, S. 106 ff.; knapp auch bei *Lindner* MedR 2020, S. 527, 529.

30) *Thierse* FAZ v. 29. 2. 2020, S. 20.

31) *Schöch* GA 2021, S. 690, 693.

32) *Deckers* FAZ v. 27. 2. 2020, S. 1.

33) *Geyer* FAZ v. 5. 3. 2020, S. 11.

いわれたりもした。実は、このような反応と同じ立場³⁴⁾を、連邦憲法裁判所は長いあいだ堅持してきたのである。2001年の連邦憲法裁判所の判決は、自殺とは、道徳律に違反する、自分の生命に対する自分勝手な処分であり、そのような処分は何人にも許されないとともに、自殺は誰かに助けを求める声にはかならないものである、としていた³⁵⁾。

このような非難は、上述の臨死介助に関する憲法上の議論を完全にフェードアウトさせてしまうのである。このような批判は時代遅れで、あってはならない「生きる義務」を認めることになるであろう³⁶⁾。それは、基本法によって自由保障を強化するものではなく、むしろこれを脆弱なものとするであろう³⁷⁾。仮に、自由意思による生命の終了は確かに違法ではないが、社会にとっては望ましくない行動であると考えたとしても、この結論は変わらない³⁸⁾。

したがって、自殺の権利を認めれば、自殺、自殺未遂と自殺関与の不可罰性は憲法上の要請であるのである。連邦憲法裁判所の判決には賛同すべきである。217条は比例原則に反し、「刑法の最終手段性」の原則³⁹⁾に違反するものであり、そのため、正当にも、憲法違反の規定とされたのである⁴⁰⁾。

34) *Lüttig* ZRP 2008, S. 57, 58; *Goos* ZfL 2016, S. 49, 50.

35) BGHSt (GS) 6, 147, 153; daran anknüpfend BGHSt 46, 279, 285. 2019年になっても、連邦通常裁判所はこれに明確に反対する立場をとるには至っていない (BGHSt 64, 121, 133 Rn. 45; krit. *Engländer* JZ 2019, S. 1049, 1051)。

36) *Dreier* JZ 2007, S. 317, 319 m.w.N.; *Kubiciel* NJW 2019, S. 3033, 3034; *Kuhli* ZStW 129 (2017), S. 691, 697; Öst VfGH, Erkenntnis v. 11. 12. 2020 G 139/2019-71, MedR 2021, S. 538, Rn. 84.

37) *Hillgruber* Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 82.

38) *So Lobinger* in: Uhle/Wolf (Hrsg.) Entgrenzte Autonomie? 2021, S. 46, 70 f.

39) 「刑法の最後手段性」の原則に関する近時の判例として、BVerfGE 120, 224, 239 f. 中間手続きにおいて、連邦憲法裁判所は当初、刑法第217条の施行を差し止めなかった (BVerfG MedR 2016, 714, 616 = medstra 2016, S. 97, 99 f.)。

40) *Rosenau* in: Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl. 2019, Vor § 211 ff. StGB, Rn. 91; ebenso *Brunhöber* NSTZ 2020, S. 538, 539; *Hecker* GA 2016, S. 455, 471; *Kamp-*

III 自殺に関する権利からの推論

1. 自殺における不確実性

終末期の自己決定を強調したとしても、誤解されてはならないのは、ほとんどの自殺が自由答責的に行われていないということである。多くの事例において、むしろ重い精神病や個人の危機が、短絡的な意思決定の背景になっているのである。このような事情は——精神医学がこの点について種々の評価を行っているが——毎年およそ1万件的自殺と10万件的自殺未遂があるドイツにおいて、その3分の2に当てはまるのである⁴¹⁾。すなわち、立法者にとって重要なのは、このような状況において自殺者には助けが最も必要であるということである。自殺しようとする者は助言と寄り添いを必要としている。これは自己答責性を有しない自殺者にその段階で自殺を思いとどまらせることができるからである。

死の願いは、同時に高度にアンビバレントな感情をともなっていることに特徴がある。それは常に不変であるわけではなく、時の経過とともにう

mann Die Pönalisierung der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung – eine kritische Analyse, Zugleich ein Reformvorschlag zur Normierung ärztlicher Suizidassistenten, 2017, S. 141; *Kienzerle* Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 2021, S. 253; *Oğlakcıoğlu* Beck-OK-StGB § 217 StGB Rn. 12.1; *Taupitz* medstra 2016, S. 323, 330; *Rosenau/Sorge* NKrimP 2013, S. 108, 115; *Hillenkamp* KriPoz 2016, S. 1, 7; *Hoven* MedR 2018, S. 741, 744 f.; *Hufen* NJW 2018, S. 1524, 1527; i.E. auch *Kienzerle* Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 2021, S. 121; *Prütting/Duttge* § 217 StGB Rn. 2; *Sternberg-Lieben* medstra 2020, 3. 6; mit anderer Begründung *Roxin* NStZ 2016, S. 185, 188; aA *Rissing-van Saan* in: Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl. 2019, § 217 Rn. 5 ff.; *Nakamichi* ZIS 2017, S. 324, 328; *Augsberg/Szczerbak* in *Bormann* Lebensbeendende Handlungen – Ethik, Medizin und Recht zur Grenze von „Töten“ und „Sterbenlassen“, 2017, S. 725, 739; *Kubiściel* ZIS 2016, S. 396, 403; verfassungskonforme Auslegung sei möglich.

41) *Rosenau* in: Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl. 2019, Vor § 211 ff. StGB, Rn. 104 f.

つろうものである。しかし他方で、忘れてはならないのは、自殺は、精神的に健康な人間によっても行われるということである。彼らは、自由な自己洞察において、意識的に、かつ、自己制御を失わずに、人生を終わらせようとしているのである。このような場合を完全に排除しようとする精神医学からの試みは、断固として拒否されなければならない。人間にその総体において禁治産の宣告を下す権限など、精神医学にはない⁴²⁾。自殺の願いそれ自体は、当然ながら、精神医学上の疾患を意味するわけではないのである。

2. 自殺幫助の法規定の必要性

そもそも自殺幫助に対する規則は必要であろうか。いかなる制限も自己決定に基づく死に対する人間の権利を必然的に侵害することになる。連邦憲法裁判所でさえも、2015年に立法者が想定した危険が現実存在するか否かについて疑義があるといっていることから、この疑問はますます大きくなる⁴³⁾。例えば医療関係者による組織的な自殺幫助の申し出があるときにはこのような危険が存在するという点について、実証的なデータはない⁴⁴⁾。また、老人や病人に対して社会的圧力がかかることも証明されていない。特徴的なのは、当時はまだ消極的臨死介助と呼ばれていたもの(今日では正しく「治療の中止」と呼ばれている)の許容性に対して、既に、同じ論拠が持ち出されていたということである。例えば、無制限に有効な患者の事前指示に対しては、重い病に罹患した患者の治療を中止することによって、患者自身をして社会や家族にこれ以上負担をかけなくて

42) Deutlich OLG Zweibrücken, NJOZ 2006, 3171, 3176.

43) BVerfGE 153, 182, 273 u. 279, Rn. 238 u. 256.

44) *Eidam* medstra 2016, S. 17, 19; *Duttge* in: Uhle/Wolf (Hrsg.) *Entgrenzte Autonomie?* 2021, S. 87, 110 f., *Sternberg-Lieben* GA 2021, S. 161, 177; *Schöne-Seifert* in von Schirach, Gott, 2020, S. 131, 140; unter Hinweis auf die Zahlen im Ausland *Kampmann* Die Pönalisierung der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung – eine kritische Analyse, Zugleich ein Reformvorschlag zur Normierung ärztlicher Suizidassistenz, 2017, S. 157.

済むという思いに直面させることになってしまうという批判もあった⁴⁵⁾。治療の中止について、あるいは、自殺幫助についても、これらの論拠には現実的な基盤がないといわなければならない⁴⁶⁾。そのようなことは何一つ起こっていない。同時に、潜在的な自殺者が自殺幫助団体の活動によって、急に思い立って、または、そうしなくてはならないと感じ、その気持ちにかられて思わず自殺をするかもしれないという点に高次の法益たる「生命」に対する抽象的な危険が存在するのだ、ということもまた立証困難なのである。「人をそそのかして自殺をさせるなどということは難しい⁴⁷⁾。」

このような考え方からすれば、立法者は自殺幫助についてなんら規制していない現在の法的状況をそのままにしておいて構わないのである。この点では、連邦憲法裁判所は立法者に何の行動指針も与えていなかった⁴⁸⁾。連邦憲法裁判所が指摘した行動の選択肢は単なる傍論でしかない。もっとも、立法者が立法による保護の構想を発展させようとするれば、それが妨げられることはない。

一方、連邦憲法裁判所も、自己決定の自由に対する危険を察知した場合、立法者はいつでも規制して介入できると定式化している⁴⁹⁾。これも、既に、欧州人権裁判所の言明に遡る。2011年1月20日の Haas/Schweiz 判決において、欧州人権裁判所は次のように説示した。つまり、「国が自由

45) BT-Drs. 16/11316, S. 8; *Beckmann* ZfL 2008, S. 49, 55; *Magnus* in Lindner (Hrsg.) *Selbstbestimmung durch und im Betreuungsrecht*, 2018, S. 93, 98; *Riedel* Ethik Med 2005, S. 28, 30; *Rogmeier* ZErB 2009, S. 236, 238.

46) *Hecker* GA 2016, S. 455, 465; *Schöch* FS Kühl, S. 585, 599; differenziert *Großkopf* ZfMER 2019, S. 21, 44 f.

47) *Christian Garve* (1775), zit. nach *Safranski* Goethe, *Kunstwerk des Lebens*, 2013, S. 162.

48) *Dorneck et al.* S. 30; aA *Kaiser/Reiling* in: *Uhle/Wolf* (Hrsg.) *Entgrenzte Autonomie?* 2021, S. 120, 134 m.w.N.; *Pfeifer* KriPoZ 2021, S. 172, 173; *Schlink* FAZ v. 22. 4. 2021, S. 6.

49) BVerfGE 153, 182 (285 f.), Rn. 272.

主義的な解決策を選択した場合、そのような法律を実施するために、特に濫用を防ぐために、適切な措置を講じなければならない」とした⁵⁰⁾。連邦憲法裁判所は——オーストリアの憲法裁判所と異なって⁵¹⁾——立法者に法的拘束力がある行動指針を与えていないとしても、この判決は、終末期における自己決定権の有効な行使をいかにして可能にするのかについて、多かれ少なかれ一貫した規則が促されている⁵²⁾、という趣旨で理解されるべきである。同時に、それによって、自己決定に対して起こり得る危険、例えば、個々の事案においてすべての濫用が排除され得るわけではないという危険も防止できるのである。明白なのは、立法者には、相応の評価の特権と広い形成の余地（Gestaltungsspielraum）が依然として残っているということである⁵³⁾。欧州人権裁判所は、生物医学の形成の問題における、広範な評価の余地について論じている⁵⁴⁾。

3. 自殺幫助の規制における基本対立

立法者は、未解決の問題にあって、重大な葛藤状況の中にある。つまり、一方では、立法者は生命の保護を保障しなければならない、しかし、他方では、個人の自律性と尊厳の保障もしなければならない。したがって、それぞれの形態の臨死介助が自律的で自己決定的な意思決定に基づくものであることを確認するための予防措置を講じなければならないのである。

50) EGMR, NJW 2011, 3773, Rn. 58.

51) Öst VfGH, Erkenntnis v. 11. 12. 2020 – G 139/2019–71, MedR 2021, 538 ff., Rn. 102.

52) *Dorneck/Gassner/Kersten/Lindner/Linoh/Lorenz/Rosenau/Schmidt am Busch* Gesetz zur Gewährleistung selbstbestimmten Sterbens und zur Suizidprävention. Augsburg-Münchener-Hallescher-Entwurf, 2021; zit.: *Dorneck et al.*; AMHE-SterbehilfeG, S. 29.

53) EGMR *Haas/Schweiz* NJW 2011, 3773, Rn. 55.

54) Vgl. dazu *Rosenau* in: Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), *Strafrecht der Medizin*, 2022, § 6 Rn. 6 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

a) 自殺予防

自殺予防は理性的な規制の一つの要素でなければならない⁵⁵⁾。自殺しようとする者は助言と寄り添いを必要としている。それによって、一方では自己答責性の確立や確保ができ、他方では自己答責性のない段階にある人々に自殺を思いとどまらせることができるのである。

b) 効果と法的安定性

他方、自殺幫助をしてもらう人権が存在し、それによって人は自己決定によって自らの生に終止符を打つことができる。人はこの権利を実行に移すことが可能でなければならない。この権利は有効かつ可能でなければならない。そのために、この権利は法的な安定性と法的な明確性を必要とする⁵⁶⁾。そのため、単に自殺幫助を取り上げて規制することはあまり意味がないように思われる⁵⁷⁾。広義の臨死介助の領域全体は判例法によって形成されているが、判例法は常に整合的であるものではなく、また、必ずしも一貫してはおらず、逸脱した判断を下すこともあり、誤解をもたらし、そのために特に医師と看護師に誤った判断と不安定性をもたらしている。種々の状況にある終末期の自律性が何を意味しているのか、ということは判例法にのみ委ねられてはならない。このことは、臨死介助に関する、包括的な、それ自体整合した規則を定めることの正当性を裏づけている⁵⁸⁾。臨死介助が自律的な自己決定に基づいていることを確認する対応策を予め立法者は講じなければならない。そのために、臨死介助のあらゆる形態に適用される、説明 (Aufklärungs-)、助言 (Beratungs-)、そして制御の構想 (Kontrollkonzepte) はどうしても必要となるのである。この点について、連邦憲法裁判所は、手続きにおける保障の仕組みを提唱してい

55) BVerfGE 153, 182, 286, Rn. 276.

56) Zur fehlenden Rechtsklarheit *Kaiser/Reiling* in: Uhle/Wolf (Hrsg.) *Entgrenzte Autonomie?* 2021, S. 120, 132 f. Zum tatsächlichen Bedürfnis unter Medizinern *Schildmann et al.* ESMO Open 2021, Heft 6, 1, 5.

57) Das hatte schon der AE-Sterbehilfe 1986 im Blick, *Kunze medstra* 2022, 2.b).

58) So auch die Forderung des Kriminalpolitischen Kreises KriPoZ 2021, S. 322, 323; *Hörnle* JZ 2020, S. 872, 876; *Schlink* ZRP 2022, S. 125, 126.

る⁵⁹⁾。

c) 医療関係者の関与

特に説明と助言のことを併せ考えると、医療関係者も全体の枠組みに組み入れることは必要と思われる。医療関係者が自殺にかかわることは可能とされるべきである。特に医師については、協力者として自殺へ関与すべきである。医師はこの形態の臨死介助の実施にとって必要な専門知識をもち、何よりも、不安と苦痛に苛まれた自殺志願者に理解を示し、それによってそもそも自殺を予防すること⁶⁰⁾ができるような共感をもっているのである。その間に、Karlsruheの判決に対して、医療関係者は対応を行った。2021年の医学会議で、ドイツ連邦医師会の模範職業規則は、自殺幫助を禁止した以前の模範職業規則16条3文が削除されたという点で、現行の法状況に適合するように改正された⁶¹⁾。

d) 麻薬法と葬儀法における重要な付属規定

最後に、終末期の自己決定を無に帰することのないようにするために、補助的な規定が必要である。すなわち、規制は薬剤の処方をも可能にし、確実にしなければならない。麻薬法もそのように修正されるべきである⁶²⁾。

実務上考えなければならない事項は他にもあり、それは決して取るに足らないものではない。例えば、自殺は、今まで、検死の領域では「不自然死」として分類されている。死亡を確認する医師は該当の項目にチェックしなければならない。もっとも、その結果、刑事訴訟法159条によって、関与した医師に対して直ちに刑事死亡捜査手続きが開始されなければならないことになる。つまり、警察が医師の業務活動範囲に入ることは十分あり得ることなのである。これでは、最終的には自殺予防にも役立ち得るところの⁶³⁾自殺幫助を責任をもって行おうとする医師などおおよそいなくなっ

59) BVerfGE 153, 182, 309 Rn. 339.

60) BVerfGE 153, 182 (290), Rn. 283.

61) DÄBl. 2021 vom 11. 6. 2021, A 1; krit. *Duttge* in: Uhle/Wolf (Hrsg.) *Entgrenzte Autonomie?* 2021, S. 87, 116.

62) *Herzog/Sotiriadis* NKrimP 2020, S. 223, 226.

てしまうことは明らかである。したがって、許容された臨死介助の事例は、検死の第三カテゴリーに分類されなければならない。

IV ドイツにおける自殺幫助の新規定の草案

その間に自殺幫助を規制しようとする様々な草案がみられた。ここでの中心点は自殺者の自由答責性である。自殺の決定が自律的に形成された自由意思に基づくことはどのようにして保障され得るのであろうか。すべての草案は自殺のための麻薬の処方許容している。自殺幫助の義務はあらゆる提案において否定される。連邦憲法裁判所も既にこれをあらかじめ示していた。自殺幫助を行う義務は、何人にも課されてはならない⁶⁴⁾。

議会において提出された超党派の草案は3つあった。すなわち、自由民主党代表 Helling-Plahr と緑の党代表 Künast からの2つの自由主義的な草案^{65), 66)}、および、社会民主党代表 Castellucci からの制限的な草案⁶⁷⁾である。この制限的な草案は、連邦保健省から出されたきわめて保守的な討論の草案にほぼ対応しており、再び自殺幫助を原則的に処罰する内容である⁶⁸⁾。この議員団は、キリスト教民主同盟が主導した当時の連邦保健省と同じく、違憲とされた刑法典217条の責任をも負わなければならない存在であった。

ドイツの学界はこれに対抗して二つの草案を提出した。一つは Borasio

63) BVerfGE 153, 182 (290), Rn. 283.

64) BVerfGE 153, 182 (292), Rn. 289.

65) BT-Drs. 20/2332.

66) BT-Drs. 20/2293.

67) BT-Drs. 20/904.

68) Art. 1 des Diskussionsentwurfs des BGM. Der Entwurf ist abrufbar unter https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/S/Diskussionsentwurf_Suizidhilfe_Gesetz.pdf

らからの、旧217条を一部書き換えただけの草案⁶⁹⁾であった。もう一つはAMHE 臨死介助法 (Gesetz zur Gewährleistung selbstbestimmten Sterbens und zur Suizidprävention: Augsburg-Münchner-Hallescher-Entwurf) であって、それは217条の補修法案にとどまらず、包括的に臨死介助に関する法を再整備することを試みて、2021年2月1日に公表されたものであった⁷⁰⁾。これは、様々なレベルに分散している臨死介助の規則を、一つにまとめあげようとするものである。

時間の関係から、様々な提案をここで個別に分析して、評価することはできない。そのため、各草案において特徴的な二つの相違点だけを取り上げることにはしたい。

1. 自殺幫助の原則的な可罰性

いくつかの提案は刑法典217条を蘇らせようとしている。すなわち、自殺幫助を処罰の対象とし、一定の条件のもとでその可罰性を否定するという、正当化の留保を置こうとするものである⁷¹⁾。このような、自殺幫助を再び「包括的に」処罰する規則⁷²⁾は、連邦憲法裁判所が発展させた人間

69) *Borasio/Jox/Taupitz/Wiesing Selbstbestimmung im Sterben – Fürsorge zum Leben*, 2. Aufl. 2020.

70) *Dorneck et al.*; AMHE-SterbehilfeG, S. 33.

71) これは、*Borasio et al.* in § 217 Abs. 3 StGB-E, S. 32 u. S. 117に隠れている。さらに、この草案は刑法典の体系的な構造に矛盾している。*Berghäuser et al. MedR* 2020, S. 207, 210; *Huber/Ruf medstra* 2021, S. 135, 141も同じである。しかし、懲罰に関する熱意という非難 (*Kusch/Hecker Handbuch der Sterbehilfe*, 2. Aufl. 2021, S. 211) は誇張されている。オーストリアも同じように、しかし体系的には一貫した道を歩んでいる。同国では、オーストリア刑法典78条2項が2022年1月1日に施行された (BGBl I 242/2021, S. 7)。この条文によって処罰される「自殺への関与」とは、未成年者に対して実行される場合 (1号)、非難されるべき動機による場合 (2号)、または、新たに制定された「死の事前指示書法」の特定の但し書きに違反した場合である。BGBl I 242/2021, S. 1 ff. *Krit. Rosenau FS Joerden*, 2023 (im Erscheinen).

72) *DiskussionsE BGM* S. 16, ähnlich *CastellucciE* S. 2, 11.

像⁷³⁾に矛盾し、そして「自己答責的な自殺は個人の自律の表現である」という説明にも矛盾している。したがって、これらの提案は憲法に合致していない⁷⁴⁾。この帰結は刑罰論の考慮から導かれるものである。このような規制技術は、刑法上の構成要件が充足されるためには——民法の状況とは異なって——単に刑事不法が徴表されるだけではなく、刑事不法が根拠づけられていなければならない、ということを見落としている⁷⁵⁾。連邦憲法裁判所の判決によって、自殺幫助はもはや不法を根拠づけられ得ない。なぜなら、自殺幫助は憲法によって保護された個人の領域に由来するからである。そのため、刑法典に新たに自殺幫助の刑罰規範を定めることはもはや考えられないのである。自由答責的に行動する自殺者の個人法益としての生命は、保護法益たり得ない⁷⁶⁾。なぜなら、自殺者は自ら自分の法益を、ここでは自分の生命を処分しているからである⁷⁷⁾。可罰的な不法を根拠づけるために必要不可欠なのは、保護価値のある他者の法益への侵害であるが、このような法益がここでは欠如している⁷⁸⁾。さらに、刑法体系に関する考慮も必要となる。共犯の従属性に基づいて、自殺幫助を理由とする処罰は、正犯行為が存在しないためにもはや解釈学的な理由からは考えることができない。したがって、幫助を処罰することは原則として刑法体系に反するので、それゆえにすでに認めることができない⁷⁹⁾。

73) Pfeifer KriPoZ 2021, S. 172, 175 f.; Schlink ZRP 2022, S. 126, 127.

74) Dorneck et al. S. 51; aA Pietzsch KriPoZ 2022, S. 148, 155, obwohl er nennt den Ansatz zuvor problematisch nennt, a.a.O., 154.

75) Eser/Burkhardt Strafrecht I, S. 45; SSW/Rosenau vor § 32 Rn. 3.

76) これは生命対案 (AE-Leben) の作成者も認めている。それにもかかわらず、対案作成者らは営利目的の自殺幫助を処罰の対象とすることを望んでいるのである。Vgl. Schöch/Verrel u.a. GA 2005, S. 553, 582.

77) Puppe NSTZ 2012, S. 409, 410.

78) Henking JR 2015, S. 174, 175; Roxin NSTZ 2016, S. 185, 186; aA Lobinger in: Uhle/Wolf (Hrsg.) Entgrenzte Autonomie? 2021, S. 46, 74 f.; vgl. Duttge in: Uhle/Wolf (Hrsg.) Entgrenzte Autonomie? 2021, S. 87, 106.

79) Duttge HK-GS Rn. 34; ders. MedR 2020, S. 570, 572; Eidam medstra 2016, S. 17, 19; Pfeifer KriPoZ 2021, S. 172, 175; Rudloff S. 253; Tsambikakis/Rostalski/Henking

念のために説明すると、これは、自由答責的でない自殺に関与することも不可罰となるという意味ではない。ここでは過失致死罪(刑法典222条)や間接正犯による故殺罪(刑法典212条, 25条1項2文)というような通常の犯罪構成要件が適用されて、それでもって全く十分であり、とりわけ、刑法典217条のいかなる規制よりも懲罰的であり、かつ、刑罰による威嚇において、より適切であるといえる。

2. 待機期間

自殺を願う者の自律性を守るために、すべての草案が、包括的な説明と助言を規定していることには説得力がある⁸⁰⁾。特に緩和ケアのような代替策が考えられるべきであろう。なぜなら、十分な情報根拠に基づいてはじめて意思が自由かつ自己決定的に形成され得るからである。これに対して、一部で提案されている待機期間は——恣意的なものであるため——疑問の余地がある⁸¹⁾。厳格な Castellucci 草案においては、3か月と2週間の待機期間、そして全部で3回の診察ないし助言を行うという、手続き上の高いハードルが設けられており⁸²⁾、これらの高いハードルは、自殺の願いに対する巧妙な拒絶として現れるに違いなく、潜在意識的に自殺の意思を失わせようとするものである。このような試みは連邦憲法裁判所の判決と矛盾しており、合憲だとはいえない。なぜなら、自殺それ自体に関する基本権の主体の決定に対して、非としたり、タブーとしたり、恥辱を与えたりするということは、立法者の正当な目的にあってはならないからである⁸³⁾。Schlink は、正当にも、Castellucci 草案は、連邦憲法裁判所の判決

§ 212 Rn. 83; aA *Dölling* FS Maiwald, S. 119, 129 f.

80) Zust. BRAK Stellungnahme S. 12 f.; *Pfeifer* KriPoZ 2021, S. 172, 179; krit. *DAV* MedR 2021, S. 536, 537 (höchstpersönliche Beratung). Gegen eine Beratungspflicht *Neumann* NJOZ 2021, S. 385, 388.

81) AA *Scholz* medstra 2021, S. 157, 160; *Pfeifer* KriPoZ 2021, S. 172, 180.

82) § 217 Abs. 2 und Abs. 3 StGB-E, BT-Drs. 20/904, S. 5.

83) BVerfGE 153, 182, 271, Rn. 234.

に反する立法措置をとるもので、連邦議員の反抗的な決意を示すものだと断じている⁸⁴⁾。

V 自己決定に基づく死に対する人間の権利および積極的臨死介助の可罰性（刑法典216条による「要求に基づく殺人」）

連邦憲法裁判所の判決の直後から、終末期の自律性を受け入れることが憲法上の要請であり、「要求に基づく殺人」（刑法典216条）のいまなお認められている可罰性についてはこれまで以上に疑わしくなったことが見受けられた⁸⁵⁾。連邦憲法裁判所2020年2月26日の判決⁸⁶⁾をもって、憲法の視点から考察すると、「要求に基づく殺人」の無制限の可罰性を根拠づけることはいっそう困難になった⁸⁷⁾。確かに、連邦憲法裁判所の判断は自殺幫助の問題においてのみ判決を下したものであった。しかし、その判決は終末期の自己決定と自己答責性の意義に対する一般的な検討に基づくものである。そのような一般的な検討は当該事件に限定されていない。したがって、それらの説明はあらゆる臨死介助の形態に対して効力を有するのであり、それゆえ、刑法典216条の解釈においても参照されるべきなのである⁸⁸⁾。なぜなら、216条でも217条のように終末期の自己決定を制限しているからである。死への自由な願いが国家によって尊重されるべきであって、基本権の主体の決定がタブー視されてはいけなとするならば⁸⁹⁾、立

84) *Schlink* ZRP 2022, S. 125, 126.

85) *Pietzsch* KriPoZ 2022, S. 148, 157.

86) BVerfGE 153, 182.

87) *Öz* JR 2020, S. 428, 433; entsprechend für Österreich *Lewisch* ÖJZ 2021, S. 978, 980.

88) *Dorneck et al* S. 55; *Hörnle* JZ 2020, S. 872, 873 u. 876; *Lobinger* in: Uhle/Wolf (Hrsg.) *Entgrenzte Autonomie?* 2021, S. 46, 49; *Sternberg-Lieben* GA 2021, S. 161, 170 f.; *Weilert* MedR 2020, S. 814, 818; *Rostalski* GA 2022, S. 209, 228; aA *Tsam-bikakis/Rostalski/Henking* § 212 Rn. 85.

89) BVerfGE 153, 182, 271, Rn. 234.

法者に残されているのは——自由答責的な自殺の場合と同じく——（医師や委員会などからの）説明、助言、そして自由答責性に対するコントロールといった手続きの保障を包括する規則領域のみである⁹⁰⁾。補助された自殺のほかに積極的臨死介助は必要ではないという純粋に現実的な考慮⁹¹⁾は、オランダにおいて示される当事者の希望による積極的臨死介助の存在が反論として出されるが⁹²⁾、憲法上保障された自由の行使への侵害や、刑法典216条のような刑罰規範を正当化するものではない⁹³⁾。しかし、少なくとも、現実の理由から自己決定に基づく死の権利が行使できず、または期待できない場合のために、刑法典216条を柔軟に解することが必要になる⁹⁴⁾。自己決定に基づく死の権利はすべての者に与えられるのである。意思表示のための能力が退化したとしても、例えば閉じ込め症候群の患者の場合⁹⁵⁾においても、表情の変化や目配せは、機械医学によって、なお自殺を作動させるメカニズムに転換できるため⁹⁶⁾、主張されているように、意

90) *Leitmeier* NSTZ 2020, S. 508, 514; *Rostalski* JZ 2021, S. 477, 483.

91) *Borasio et al.* S. 75; *Fischer* HRRS 2021, S. 24, 32; AMHE 臨死介助法 6 条の補充規定では、積極的臨死介助を個別のケースに限って認めているが、方向性はこれと同じである。*Dorneck et al.* S. 54 f u. 59.

92) *Boer* in: *Uhle/Wolf* (Hrsg.) *Entgrenzte Autonomie?* 2021, S. 201, 214は医学上の根拠のみならず、寄り添う医師に対する信頼にも言及している。

93) *Öz* JR 2020, S. 428, 430. *Dorneck et al.* S. 54 ff. による提案は、積極的臨死介助を刑法典から削除し、AMHE 臨死介助法15条で処罰できるようにしたものである。AMHE 臨死介助法 6 条では、厳しい要件のもと、積極的臨死介助は「きわめて甚大な、当事者にとって耐えることができず、他に回避する方法がない苦痛の状態を終えるために」正当化されると考えられている。他の方法で回避することはできるというのは、「間接的臨死介助が可能である、または当事者が医師による援助による自殺を要求することができ、かつ当事者がそれについて期待できる場合」である。

94) *Leitmeier* NSTZ 2020, S. 508, 513; *Kunze medstra* 2022 (im Erscheinen) III. 2. b); *Schroth* GesR 2020, S. 477, 479; *Duttge* in *Bormann* *Lebensbeendende Handlungen – Ethik, Medizin und Recht zur Grenze von „Töten“ und „Sterbenlassen“*, 2017, S. 569, 588.

95) Vgl. *G. Merkel* *Behandlungsabbruch und Lebensschutz*, 2020, S. 318 ff.

思表明の可能性が実際にまったく存在しないとは断言できないのである。少なくとも、——Bluetooth インターフェースを利用する視標追跡とペインポンプといった⁹⁷⁾——複雑な機械は、どこでもいつでも望むとおり適時に使えるわけではないであろう。もう一つの問題は、基本権の主体にとって期待可能性の限界にいつ到達するかということである⁹⁸⁾。例えば、自殺幫助の試みがすでに失敗しているときである⁹⁹⁾。

その間、連邦通常裁判所第6刑事部もこのような方向性で意見を述べているが、傍論にすぎない。したがって、その部分は判決の結論命題ではない。しかし、私見と同じように、刑事部は、連邦憲法裁判所が刑法典217条に関して発展させた原則は刑法典216条に転用すべきだと定式化した¹⁰⁰⁾。少なくとも、刑法典216条は次のように憲法適合的に解釈されるべきであろう。すなわち、自殺が事実上不可能である場合、つまり第三者に致命的な行為を実行させる必要がある場合には、第三者の行為については可罰性がなくなるということである¹⁰¹⁾。これは注目すべき判断であり、私が *Leipziger Kommentar* で展開した見解と合致している¹⁰²⁾。

私たちは、ハレの草案において、慎重に、したがって最終的な結論を示すことはしなかったが、刑法典216条の改正案に取り組み、そして新たな条項を提案した¹⁰³⁾。

AMHE 臨死介助法 6 条 積極的臨死介助

他の者の明示的かつ真摯的な要求に基づいて、きわめて困難な、当

96) *Borasio et al.* S. 75.

97) Vgl. *Huber/Rufmedstra* 2021, S. 135, 141.

98) *Rostalski* spricht vom würdevollen Sterben, *JZ* 2021, S. 477, 481.

99) *Öz* JR 2020, S. 428, 429.

100) BGH; Beschluss vom 28. 6. 2022 – 6 StR 68/21, Rn. 23.

101) BGH; Beschluss vom 28. 6. 2022 – 6 StR 68/21, Rn. 23.

102) *Rosenau* in: *Leipziger Kommentar StGB*, 13. Aufl., Vor § 211, Rn. 49 (im Erscheinen).

103) *Dorneck et al.* S. 4 f., Begründung S. 54 ff.

事者にとって耐えることができず、他に回避できる方法がない苦痛の状態を終えるために、正犯としてその者の死を惹起する行為（積極的臨死介助）は、次の場合には違法ではない。

すなわち、

1. その行為が医療関係者によって行われ、
2. 独立した医学者の意見が求められ、その医学者によって、苦痛の状態であることおよびそれが他の方法では回避不可能であることが確認され、
3. 本法8条1項に基づく助言が行われ、
4. 同9条に基づき担当の委員会が死への願いの自由答責性を確認し、かつ、
5. 同8条2項に基づく文書化が行われた場合。

間接的臨死介助（本法7条）が可能である、または当事者が医師による援助される自殺（本法5条2項）を要求することができ、かつ当事者がそれについて期待できる場合、苦痛の状態は他の方法で回避できるものとする。

15条 刑罰規定

- 1項 本法6条に違反して積極的臨死介助を実行した者は、6月以上5年以下の自由刑に処する。
- 2項 前項の罪の未遂は、罰する。

AMHE 臨死介助法6条では、連邦憲法裁判所の判例を顧慮している。この判決を背景とすると、直接的積極的臨死介助を、15条の刑罰規定に定められているように刑罰をもって禁止することには根拠づけが必要となってくる。なぜなら、人間の尊厳に対する保障（基本法1条1項）と、人間の尊厳から推論される、終末期の自己決定に対する権利は、第三者が死亡経過に関わったとしても、効力が否定されることはないからである。このことは、終末期の自己決定を抽象的な危険から保護することによって正当化されるべきである。連邦憲法裁判所が認めるように、自己決定を危険か

ら保護することは正当な目的である¹⁰⁴⁾。第三者が最終的かつ致命的な行為を実行する場合、自殺者が自ら自殺行為を完成する場合よりも、自己決定に対する危険は抽象的には容易に考えることができる。本人の手によること（自手性）は、本人が死の願いの実現を真摯に行っていることを徴表している。なぜなら、自己保存という自然の本能を克服することがその中にはっきり現れているからである。耐えがたい苦しみや耐えがたい痛みといった、個別的かつ例外的な状況において、当事者の明示的な意思に基づいてその者を苦痛から救い出す医療関係者を処罰するとすれば、それは比例原則に反しており、したがって、憲法上もはや正当なものではない。同時に、間接的臨死介助との類似性も法的に引き合いに出される。なぜなら、この要件は苦痛の状態に広く対応するものであって、そのような苦痛の状況の中では、積極的臨死介助の許された形態である間接的臨死介助も適法であるとみなされるからである。ここにおいて、明示的かつ真摯な要求という要件によって明らかになるのは、ここでは推定的な意思ではなく、自由答責的に形成された意思のみが問題となり得るということである。

しかし、立法者が、連邦憲法裁判所の判決からこのような推論をかくのごとく大胆に導き出したり、あるいはそれを超えて完全に刑法典216条を放棄したりする勇気を奮い立たせるなどは考えられない。しかし、判決の結論が積極的臨死介助にも適用されるのだとすれば、首尾一貫したものになるであろう。

VI 結 論

ドイツの明確な判決によれば、終末期においても個人の自己決定と自由は出発点とされるべきであり、第三者の基本権や優越的な公共の利益を保護するために比例原則が厳格に守られている場合にのみ、このような自由

104) BVerfGE 153, 182, Rn. 222 ff.

に干渉することが可能であるとされたが、この判決をもって、自殺幫助に対する法的な観点は自己決定の側に立つものとなった。もはや、誰も後戻りすることはできない。このことは、新しい規則において確定されるべきである。これ以外の領域についても、本判決に照らして新たに考えなければならない。これは、上述したように、積極的臨死介助にかかわるものではあるが、積極的臨死介助に限られるものでもない。例えば、刑法典228条による身体傷害への承諾の場合についての制限は、もはや維持するのが困難なように思われる。しかし、これは別の講演で語られるべきことであろう。