

翻 訳

刑法的に規制された死

——業としての自殺援助という新しい刑法上の構成要件——

Strafrechtlich reguliertes Sterben: Der neue Straftatbestand
einer geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung

グンナー・デュトゲ*
監訳 只 木 誠**
訳 神 馬 幸 一***

訳者はしがき

本稿は、Professor Dr. Gunnar Duttge, Strafrechtlich reguliertes Sterben: Der neue Straftatbestand einer geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, NJW 2016, S. 120–125を著者の許諾を得て翻訳したものである。原著者は、現在、ゲッティンゲン大学法学部における刑法学的医事法・バイオ法部門（Die Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht）の部門長を務める。文字通り、ドイツの「医事刑法」を牽引する研究者として、多数の論考を公刊し、また、数々の研究企画の立ち上げに関与している。本稿は、ドイツ刑法典の一部改正として2015年12月10日に施行された新

著者は、ゲッティンゲン大学刑法学的医事法・バイオ法部門長及び同大学医事法センター理事。

* ゲッティンゲン大学法学部教授

Gunner DUTTGE

Professor für Medizinrecht an der Universität Göttingen

** 所員・中央大学法学部教授

*** 獨協大学法学部准教授

217条「業としての自殺援助罪」を批判的に検討するものである。我が国にも、その新しい動向を伝えるものとして訳出する意義があるものと認め、今回、その全訳を試みたものである。

なお、訳文においては、原著者の指示により、幾つか修正を加えた上で訳出している部分がある。その点に関しては、適宜、訳注というかたちで示してある。

（原文要約部分）

自殺は、それにより他者の同情、共感を呼び起こす一方で、それを「サービス行為」として提供することは、嫌悪感を覚えさせる。このような感情論の余韻に喚起されて、2015年12月3日付けの法律（BGBl I 2015, 2177）により「業としての自殺援助（geschäftsmäßige Suizidförderung）」（刑法第217条）という構成要件が新しく規定された。全ての不道徳性が直ちに刑法上の介入を正当化するわけではないことに加え、今回の法政策により喧伝された「偽善的態度（Gutmenschentum）」により、死期が「本来より早められた」かたちで選び取られる場合であっても、高度に熟慮された人格的な意思決定は行い得るということが今まさに覆い隠されようとしている。

I. 法と道徳

死は「法（制）化」に馴染まない（これは、特にドイツの医療業界で言われてきたことでもある）¹⁾。法的に「動かさうる事柄」とは、当初から人間的な行為と意思決定のみが対象とされており、不可避の自然的因果性からは逃れられないことから、死は、純粋に自然科学的な方法で考察され

1) 例えば Beschluss I 3 (Nr. 4) des 110. Deutschen Ärztetages 2007; Pressemitteilung der Bundesärztekammer v. 3. 3. 2009; *Montgomery*, *Hamburger Ärzteblatt* 2008, 12 (13).

るべきであり、このことは、有意義な検討をする上でも核たる真実として受け入れられなければならない。従って、法政策的・医療倫理的議論は、長い間、事实现象の評価、すなわち、患者又は社会に（潜在的な）損害が生じる限りにおいて、そのような「自然的経過」に人的介入が変化を及ぼしたものでどうかという点に集中していた。しかし、この医療的処置の絶対的で専断的な性格を前提とする範囲内において、法の作用を及ぼすべきではないという医療からの叱責は、（幾つかの根拠により）²⁾憲法的に規定された「患者の自律」という観点から、既に時代遅れなものと考えられている。ただし、高度に人格的な利益の比較衡量と個々人の自己決定が問題とされている以上、そのような個人が最低限度の人間の合理性（同意能力）³⁾を有しているという限定付きで、従前、そのような個々人の良心は、いかなる「より高位な」理性的統制に服することもない点に関して疑問が抱かれなかった。そうであるならば、生死に関わる場面で見込みのある治療の申し出が個人的な理由から拒否された場合、その者の決定は、時に専門家又は平均的一般人の観点から「非理性的」とされることも考えられる。しかし、そのような帰結は、少なくとも法的公準に従うのであれば、各人が自分自身において独自の「裁判所（最終審判所）」であることに帰責されるべきであり、決して他者又は社会に対して帰責されるべきものではないということになる。

ただし、このような自由の理念型と自己答責性により根拠付けられた現行の医事法における基本方針から外れるかたちで、既に重要な例外が設定

2) 同意無能力者における自己決定権の法的保障に関する議論の詳細は、例えば *Duttge in Breitsameter, Autonomie und Stellvertretung in der Medizin*, 2011, 34; 特に、患者の事前指示に関しては *ders. in Coors/Jox/in der Schmitt, Advance Care Planning: Neue Wege der gesundheitlichen Vorausplanung*, 2015, 39を参照すること。

3) より詳細な前提に関しては *Duttge in Wiesemann/Simon, Patientenautonomie*, 2013, 77 (79 ff.)。

されていた。すなわち、個人が「自らの」(1) 命を予定よりも早く終わらせようとする範囲内では、今日、たいていの場合、自己決定権の行使としては許容されず、むしろ、判例上、他者による救助義務に焦点が置かれることになる。既に長い間、自殺は「事故」として捉えられたことにより、(救助義務違反に関する【訳者注】) 刑罰(第323条c)の回避を促すことで、自殺者の意思に反して生命を救助することが義務付けられている⁴⁾。そして、特に医師及び親族に保証人的地位(第13条)を課すことにより、連邦最高裁判所は、およそ30年以上も前から、この法秩序における自己矛盾の中で形成されてきた法的状況を標準化し(「行為支配の転換」)⁵⁾、そのことを介して生きることへの徒労感という「自然的意思」を可能な限り無に帰せしめようとしてきた。

15年近く前、更に連邦最高裁判所は、法秩序が自殺を基本的に「極限的な例外を除いて、それは違法である」と評価し、同時に、そこにおける偶発的な関与が「単に不可罰であるにすぎない」ことの正当性を主張した⁶⁾。「自殺」における否定的な意味合いが明確に示しているように、ここでは、生きることへの強制に対する拒否を求めて非「自然的」な方法により死ぬ限りで、その個人の「専断」は、最終的な帰結として規範的に受容されないことが問題となる。

しかし、このような自殺者と「通常の患者」との間における類型化は、個人の自己決定という思想を基礎に置くものではなく、むしろ、「良い」(許容される)死なのか、「悪い」(禁止された)死なのかを厳格に峻別することを介して、そのような個人の処分権に関する基本的評価が形成され

4) 例えば BGHSt 6, 147 (153) = NJW 1954, 1049; BGHSt 13, 162 = NJW 1959, 1738; BGHSt 32, 367 (376) = NJW 1984, 2639; *Dölling*, NJW 1986, 1012; *Kutzer*, MDR 1985, 712; 詳細は, *Duttge*, FS Schöch, 2010, 599.

5) BGHSt 32, 367 = NJW 1984, 2639 — ペテルレ事件(我が国では「ヴィティヒ事件」と紹介されることが多い【訳者注】); この通説に否定的な多くの見解を代表して *MüKoStGB/Schneider*, 2. Aufl. 2012, Vor §§211 ff. Rn. 67 ff.

6) BGHSt 46, 279 (285) = NJW 2001, 1802. 批判的な評釈として *Duttge*, NStZ 2001, 546及び *Sternberg-Lieben*, JZ 2002, 152.

る場合にしか論理的には説明できない。まさに、このような意味において、結論的には自己決定権に親和的であることが重要な意味合いを含んでいる「ブツ事件」の判決理由も形成されており、すなわち、その判決により「正当化」されたものとして考慮に値する行為とは「(再度の) 状態回復を制約しながら、既に始まっている病気の〔自然な：原著者追加〕進行過程に委ねる場合」である一方で、「病気の過程から切り離された生命の終結を意図した侵害の場合」は、許容されないことになる⁷⁾。しかし、各人において「自然な」過程で死に至ることのみが許され、むしろ「死に至る不可逆的な病気の過程」に従わざるを得ないような場合（民法第1901条a第3項⁸⁾によれば、事前指示の効力及び推定的意思の探索に関連する「客観的な」限界は、法的に何ら規定されていないにもかかわらず）、このことは、形而上学的・神学的前提に向かう傾向性を示しているようにも思われ、そこでは、世俗的で自由主義的な法秩序とは異なる公準の形成が先ずは目指されることになるだろう。

II. 新たな犯罪化における関心事

自殺に関して今日まで維持されてきた法の道徳化を背景にすれば「業としての」自殺援助が近時の議決により刑法に規定化されたこと（刑法第217条⁹⁾）も驚きに値しない。確かに「自殺及びその関与における原則的な

7) BGHSt 55, 191 (205) = NJW 2010, 2963 (2967); 同様に BGH, NJW 2011, 161 (163) を参照すること。

8) BGHZ 202, 226 = NJW 2014, 3572 (我が国における紹介として、山本絃之「海外法律事情ドイツ刑事判例研究 [91]」比較法雑誌50巻1号 [2016] 275頁以下【訳者注】)において、近時、その法的保証が再び強められた。民法1901条a第2項第2文において言及される「その他の処置に関する希望」も同様である。その評釈として *Duttge*, JZ 2015, 43.

9) 2015年11月6日付けドイツ連邦議会決議。採決結果に関しては <https://www.bundestag.de/bundestag/plenurn/abstimmung/grafik> で確認可能（全てのウェブサイトは2016年1月4日に最終確認）。連邦憲法裁判所第2部第2部会は、

不可罰性 (!) は疑問視されるべきではない。しかし、この従前の法的状況は「自殺を手助けすることが健全な治療の選択肢であるかのように業として提供され、それに応じて人々が自らの命を絶つことに惑わされ得るところ¹⁰⁾」では、ある種の修正が必要不可欠とされた。優越的公益（自己決定の保護と生命に関する基本権¹¹⁾）が危機に瀕していることを考慮すれば、刑法という手段により、自殺の介助が「保健医療的処置における健全なサービス提供」として発展することは回避されなければならないと考えられている¹²⁾。高齢であるか病気であるか、あるいは両方に当たる者は、希死念慮に陥りやすいことから¹³⁾、そのようなサービス提供により直接的にも間接的にも急き立てられないようにするため、そのような手段は、利用できなくされるべきものと考えられている。なぜなら、当該手段が利用できなくなるにより「それを利用するかどうかの比較衡量どころか、そもそも、そのような意思決定をする必要すらなくなる¹⁴⁾」からである。ただし、そこでは、単に（団体又はそれを率いる有名人を介して）「手助けされた自殺の組織的形態」のみが犯罪化されるべきとも考えられている。更に例外も考慮されており、それは「個別的事案の中で重大な葛藤状況が認められるような」自殺介助の場合とされている¹⁵⁾。それらをまとめて、次のようなかたちで、新しい刑法上の構成要件は、規範的に定式化された。

刑法第217条（業としての自殺援助）

(1) 他人の自殺を援助する目的で、業として自殺の機会を付与し、調達し、又はあ

2015年12月21日の決定（2 BvR 2347/15, BeckRS 2016, 40214）により、刑法217条の公布に対する仮差止め命令の申立てを棄却した。

10) BT-Drs. 18/5373, 2.

11) BT-Drs. 18/5373, 2.

12) BT-Drs. 18/5373, 2; 同書 S. 17における「健全な治療の選択肢」も参照。

13) BT-Drs. 18/5373, 8:「期待感」

14) BT-Drs. 18/5373, 2. (脚注14番に関しては、原著者の指示により変更した【訳者注】)

15) BT-Drs. 18/5373, 3.

っせんした者は、3年以下の自由刑又は罰金に処する。

- (2) 自ら業として行為せず、かつ、第1項が規定する他人の親族又はその他人と密接な関係にある者は、共犯として処罰しない。

III. 刑法解釈学的構造

そのように規定された不法構成要件の核は、事実上、自殺を現実化させることではなく、又は自殺が単に試みられようとするだけでもなく、その計画（死に逝く機会を付与し、調達し、又はあっせんすること）が現実化される中で自殺を「業として」支援することにある¹⁶⁾。従って、刑法解釈学的には、多かれ少なかれ（潜在的な）自殺の前段階に広がる領域に見出された行為が可罰的とされ、ここでは抽象的危険犯としての取扱いが問題となる（このことから、立法者は、未遂犯を追加して処罰することを断念した）。すなわち客観的な行為惹起の観点からは、不完全で不適當な援助的寄与であっても足り（さもなければ、實際上、そのような「機会」を生じさせるということではなくなってしまう）、例えば、自殺するための手段又は部屋を譲り渡したり、そのようなものを調達したり、その他死に至らしめるだけの介入を可能にするための契機を生じさせれば足りるものと考えられている。その他の行為惹起として、特に自殺に関連する情報提供のような専ら外縁に置かれるべき援助的働きかけであっても「自殺に関する具体的な機会を伝えるもの¹⁷⁾」として提供されたのであれば、決して当初から除外されるわけではない。（緩和）医療的処置という枠組みの中で行われる信頼関係に依拠した情報交換に関して、それが自殺の具体的な機会提供の可能性を含まない場合に、立法者は、その不可罰性を保証している¹⁸⁾。なぜなら、そこでは特に自殺を援助する目的としての主観的構成要

16) BT-Drs. 18/5373, 19も明確に同趣旨。

17) BT-Drs. 18/5373, 18が明確に同趣旨。

18) BT-Drs. 18/5373, 18において「利用可能な自殺に関して一般的なことを示唆すること」は、ここにおける構成要件からは除外されている点を参照すること。

件が求められるからである。同時に許容される態様として強調化された必要不可欠な例外とは、いわゆる（間接的・消極的）臨死介助であり、なぜなら、それらは正に真逆な行為として「自然な病状経過にあって決定的な介入とはならない¹⁹⁾」ところを目的としているからである。

更に、看護を担う親族に関しても、この刑法規定は、適用されないことになっており、なぜなら、通常、そのような者は、少なくとも「業として」自殺の手助けを実施するものではないと典型的に考えられているからである²⁰⁾。すなわち、そこでは、相当程度、共有化された概念理解として、反復継続性を有する活動というものが求められている。ただし、そのような傾向は、一度目の行為惹起においても、継続的な一連の行為を開始する契機として認められる限りで内在化されたものかもしれない。更に、それは「営業性」とは異なり、利益又は収入獲得をもくろむものではない。自殺幫助が（たとえ方法的に無償であったとしても）「業的形態として説明される²¹⁾」限りで、それは、定期的活動性を内在化しており、全ての無償の活動でも足りる。それに対して「自由答責的な」自殺に関する「個別的で利他的な動機により実施された」幫助は、不可罰である。このことから、立法者は「死に瀕した患者の親族」の例を念頭において、そのような親族内で「特異な状況により、純粋な同情心から自殺の手助けが実施される²²⁾」場合を非難していない。

親族（刑法第11条第1項第1号）ないし自殺者と密接な関係にある者（刑法第35条第1項参照）は、確かに、その者自身が業として行為していない以上、自殺を業として、あっせんする者に対し、共犯者（第26条以下）の立場で影響を及ぼしたとしても、第2項によれば、その行為は、可罰性が排除されなければならない。ここでは、刑法第28条第1項に関する特別な例外が求められている。もし夫が、死に至

19) BT-Drs. 18/5373, 18.

20) BT-Drs. 18/5373, 18.

21) BT-Drs. 18/5373, 18.

22) BT-Drs. 18/5373, 19.

る病に苦しむ妻を眼前にして、自由答責的に理解される自殺の希望に合致するように、彼女を業として活動する自殺幫助者の下に連れていき、その死の過程に付き添った場合、その夫は「処罰に値するものではなく、むしろ通常は、その深い同情と共感に裏打ちされる態度が吐露された²³⁾」ものと考えられている。

IV. 法論理的軋轢

上記で描写された比較衡量は、注目すべき矛盾点があることを既に露わにしている。それは、両条項の関係性において、なぜ、第2項の例外規定が親族及び密接な関係にある者に限定されているのかが説明できないという点である。立法者が当該条項により、反復性を有する自殺幫助のみを対象として可罰性を見出し、それが現実に妥当であるならば、第2項において、いわゆる「親族」又は「密接な関係にある者」の非該当者が自殺を一回限りで手助けしようとしている場面は（このような法の論理に従えば）困難なかたちで不平等に取り扱われることになる²⁴⁾。確かに「密接な関係にある者」という表現は、通例、自殺を複数回にわたり手助けする地位にない者として立法者が考えているという仮説も受け入れ可能かもしれない。しかし、事実上、この仮説が広く妥当するならば、そのように選び取られた人的範囲は、論理矛盾するようなかたちで第1項の例外を認めることになってしまうであろう。その一方で、逆に、この仮説を立法者が採用していないにしても、少なくとも相互依存的な人間関係において、そもそも自殺に取り組もうとする個人的な態度の在り様が前提とされているならば、そのことは親族間の行為においても反復性が当然に排除されているわけではないことを意味している。しかし、そうであるとすると、第2項において、親族が、それ以外の者に比べて特別扱いされていることの理由付けは困難となる。

23) 明確に説明された例示として BT-Drs. 18/5373, 20.

24) 仮に、ある者が自殺の計画において、その場で手助けする者を巻き込むことにより（むしろ巻き込まれるが故に?）、確たる証拠をもって、そのような者を「密接な関係にある者」として見出そうとしている場合は別である。

このことは、同時に、不法を核心的に基礎付けるはずの「業的性質」という概念が典型的に不明確であることを示している。すなわち、それは、この通説的な解釈において、識別可能な検証性を有する基準ではなく、むしろ、それは、行為とは無関係な目的設定を含んでしまうものであり、そのような目的設定は、行動の動機付けにおいて不可避に発生するにすぎないものでもある。しかし、ここにおいて、行為の将来的（一回性？複数回？任意の）反復性を現実的に（又は蓋然的に？）形成する意図が確定されるために、どのような状況証拠を許容するべきかは、全く不明確である。

仮に、例えば、自殺希望者において適切な自殺の機会が獲得されるために、ある「親族」が必要な手段を用立てし、又は必要な人物との接触をあっせんし、更に、そのような意味における活動に従事していた場合、第1の行為、第2の行為、又は第3の行為惹起において、それが既に「業としての」活動に達しているのか（または未だ達していないのか）は、どのようにすれば、十分に確実な立証が行われたことになるのか？ なぜなら、このような行為惹起における第2又は第3の契機は、（常に）「一度限りの葛藤事例」の中に潜伏させることが可能であり、全て自殺に好意的な理由付けの中で1度目の行為として位置付けられる可能性もある。しかし、そのような要因が最終的に不法であるか、不可罰性であるかを画するにもかわらず、理論上、その反復性は、決して確実に排除できないことから、結局、全ての自殺補助は、潜在的に業的性質を帯びることにもなる。従って、このような要因は、可罰性を限界付ける機能として不法を基礎付ける基準性を結果として失うことになる。

しかし、たとえ立法者の意思に従ったとしても、そのような刑法的に重要ではない行為態様が単に複数回、反復されていると観察される限りで、突如として、それが可罰的不法に変化するという不可解さは依然として残る²⁵⁾。ここで検討されるべき「業」が社会的な重要性の観点から、その従

25) 同様の見解として *Merkel*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung am 23. 9. 2015 im Ausschuss des Deutschen Bundestages für Recht und Verbraucherschutz, S. 4. (www.bundestag.de/blob/388404/ad20696aca7464874fd19e2dd93933c1/merkel-data.pdf において確認可能)

事者に対して高められた（例えば、資格を伴う）要請及び（情報・秘密保持）義務を課する場合であったとしても、現在の法秩序は、そのような業的性質に特段の価値を見出してはいない。しかし、自殺幫助の合法性を維持しながら、更に法的共同体の意思によれば、その職業的実践は、良質な内容が保障されなければならないと考えられる場合、そのような業的性質に文脈上の意義が見出されるのである。

その一方で、新しい刑法第217条により刑罰化された禁止が当てはまらない領域も生じてくる。すなわち、以上から逆説的なかたちで、（親族のような【訳者注】非専門職による自殺幫助のみにおいて、まさに裁量の余地が与えられるということになる。しかし、「自己決定と生命に関する権利²⁶⁾」という優越的法益を保護することが立法者により強調されたという観点から、どのように、そのことが正当化できるのかは、不可解である。なぜなら、そのような考えは、自殺幫助者が予期しない状況に直面しうる具体的な葛藤事案において「自由答責性への不当な操作及び感化に対抗する²⁷⁾」ために、又は自殺希望者において生き続けたいと思わせる代替的選択肢が示唆されるために、そこで必要とされるべき専門家が全く活用されないからである²⁸⁾。しかし、それとは逆の帰結を導くかたちで、有意義な支援者の役割が担われるべき専門家の信頼できる説明なしに、各人が全く個人的に「同情及び共感²⁹⁾」を抱く場合に限り、この新しい刑法規定

26) BT-Drs. 18/5373, 2.

27) BT-Drs. 18/5373, 10.

28) 同様の見解として *Schöne-Seifert*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung am 23. 9. 2015 im Ausschuss des Bundestags für Recht und Verbraucherschutz, S. 7:「その者達（医師）は、自由答責性を評価するための権限に加え、助言を介して、相当程度、自殺予防の可能性を保持しうるように処置及び緩和医療の可能性を示唆し、伝えるための権限も専門的に有する者である」。(www.bundestag.de/blob/388596/3f89ba6f985b7667af403bedfd001358/schoene_seifert-data.pdf において確認可能)

29) その論証として、前掲脚注23)。

により自殺幫助が許容されるとして、そのような専門家の存在を立法者が全く考慮に入れていないのであれば、意図しようとしている法益保護は、完全に笑話である。その一方で、そもそも自殺が不任意かつ自己答責的でもないかたちで惹起されたわけではなく、むしろ、しばしば（とはいっても、おそらく稀なことかもしれないが）尊重されるべき個人的な極限事例として具体化されたのであれば³⁰⁾、(実体的な)不法従属性の原則³¹⁾により、全ての関係者に対して、自律原則は、不可避に効果が及ぼされ、当該行為が「一度限りの葛藤事例」であるのか、又は「業としての」活動であるのかということによって、その効果が変わることもないはずである。この「行為者の側」における業務性が同様に「被害者の側」における自己答責性を排除してしまう傾向を有していることは、全く法の趣旨に合致していないか、中途半端な了解しか得られない内容を付与してしまうことになる。「自律的な」行為を援助するにすぎないところにおいて、反復性という観点から(可罰的な)不法を生じさせることはできないのである。従って、この新しい規定における規範的な基礎付けは、決定的な矛盾を含んでいる。

V. 正統性に欠ける疑惑的刑罰

しかし、新しい規定の問題性は、更に深刻なのである。なぜなら、それは、正犯がないところで刑事的な制裁を科すために、何を「業としての自殺援助」における本質的な可罰的不法として法的社会は捉えているのかという根本的な問いを投げかけるからである。確かに、刑罰的威嚇は、関連行為よりも前の段階において、その規範の名宛人を怯ませるという目的

30) そのような新しい判例実務は、近時のものとして、特に VG Hamburg, MedR 2009, 550 (555) = BeckRS 2009, 31346; LG Deggendorf, RDG 2014, 237 = GesR 2014, 487; LG Gießen, NSTZ 2013, 43; StA München, MedR 2011, 291を参照すること。

31) 例えば *Neumann/Saliger*, HRRS 2006, 280 (288) を参照すること。

設定を不可避に内在している（基本法第103条第2項，刑法第1条参照）。しかし，刑罰それ自体における「社会倫理的な非難³²⁾」は（その非難の真摯性が一応確からしいという確証を得る目的から）³³⁾そのような敵意を示すことが法的社会の名の下において不可欠とされ，それに相当する重大な法的平和の侵害結果を伴うだけの「無権限な自由の平等違反的な不当行使」のみを起因として，その権限が付与される³⁴⁾。従って，この刑罰に見出される唯一の正統化根拠と誘因においては（個人における結果回避可能性と非難可能性という）重大な不法が求められる。しかし，自殺は，そのような他者の自由な領域を侵害するという論拠に欠けている。「自殺者は，その者自身の自由な領域に留まるのであり，他者を煩わせるものではない³⁵⁾」

自殺意思に関して話し合われ，その意思表示が全く純粹な内心から外部に表現されている場合に比べて，自殺幫助者が関与してくる場合は，幾分か事情が異なりうる。しかし，そこにおいて形成される社会的関係性は，同様の目的に向けられており，関与してくる者が任意性に影響を及ぼさない限りにおいて，両者の自由な領域は互いに侵害されていないことになろう。従って，自殺が真実の意味で全く「自由な行為」ではないことが証明された場合，それが（刑）法の対象として把握されるということも起こりうる。法的禁止が正統性を有する適用領域は，自殺者における（刑法第291条第1項に対応して）「強制的状況，未熟，判断力の欠如又は著しい意思薄弱」に付け込むような場合の事案に限定化される。しかし，新しい刑法規定において，このような説明により，法益性が認められ，意思決定と行為の自由（自己

32) この刑罰において不可避の非難的性格に関して，詳細は *Kühl*, FS Eser, 2005, 149; *Neumann*, *Neue Theorien von Kriminalität und Strafrecht*, 1980, 6 f.

33) 適切な指摘として *Puppe*, FS Grünwald, 1999, 469 (479).

34) *Duttge in Schumann*, *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat*. 15. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“, 2010, 1 (10); *Kahlo*, FS Hassemer, 2010, 383 (421); *Pawlik in Schumann*, 59 (87 f.).

35) *Kühl*, FS Kühne, 2013, 15 (28) (翻訳として，クリスティアン・キュール [鈴木彰雄・他訳]「犯罪行為の中核としての不法」比較法雑誌48巻4号 [2015] 57頁以下【訳者注】).

決定権)³⁶⁾に関連付けようとする理解は、間接正犯による殺人により實際上、可罰的であることから、これ以上の議論は不要であるという気付きを不可避に導いてしまうものである。

しかし、この新しい刑法第217条は、決して、このような事例に限定化されるわけではなく、むしろ潜在的な自殺の前段階における全ての領域の可罰性を(それを支援する者にも関連付けながら)問うものである。しかし、既に定着した法解釈³⁷⁾によれば、自殺が(僅かながらも)ある部分において「自由答責的」なかたちで実施される場合、本法における全ての援助的行為の犯罪化及び刑罰化は、過剰であり、その範囲において、この例外なき刑法の威嚇は、嫌疑刑を科し、執行することを意味する。自由答責的な自殺の経過を支援するかたちで関与した者に対する刑罰的介入は、自律原則の観点において合法化することができないことから、そのような嫌疑刑は誤りである。このように広範な前段階において見い出される(通説の見解により強いられるかたちで求められた)³⁸⁾法益関連性は、そうでなくとも希薄な形態でしか指摘できない。しかし、刑罰を科することは、実質的で切迫した損害の危険性³⁹⁾を有していない限り、刑罰的に正統化されず、さもなければ、この非犯罪的な行動が(行為原則に矛盾するように)単なる心情のみで罰せられることになる。確かに、この核心的な問題が新しい刑法第217条には存在する。すなわち、自殺の援助という客観的な行為態様は、社会に損害を与える傾向を一義的に有していないばかりか、むしろ、自己答責的ではない自殺の拡大化を支援する状況が導かれ得るといふ有り触れた共感可能な理由付けによる抽象的な危険にしかすぎないもの

36) BT-Drs. 18/5373, 2.

37) その論証として、前掲脚注30)を参照すること。

38) 多くの見解を代表する基礎的なものとして *Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil* 1, 4. Aufl. 2006, §2 Rn. 1 ff.

39) *Duttge*, FS Weber, 2004, 285 (295); *Frisch in Hefendehl/Wohlers*, *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, 215 (227); *Wohlers*, GA 2002, 15; 同様に *Roxin*, FS Hassemer, 573 (589)における「十分な法益関連性」も参照すること。

である。それは法益保護に裏付けられた結果関連性を構成要件的に全く考慮することがなく⁴⁰⁾、むしろ、幫助者の心情自体は、自由答責性に働きかけることで場合によっては法益を危殆化しうるにすぎないものとして、疑わしいかたちで捉えられる。しかし、これは、法治国家的自由主義の原則に反するものであり、そこでは、在りのままに人間が把握されることなく、むしろ禁止規範の対象として具体的に限定化され、非合理的であることが期待されないものとして受容されるのみである。

一定の思想良心が可罰性の本質部分を形成するとき、法と道德の境界線は、同時に霞んだものとなる⁴¹⁾。すなわち、そのような思想良心は、特定の宗教的・形而上学的見解を基礎として、基本的には、自殺における全ての形態を拒否するように形成されうるものである⁴²⁾。人間は天からの賜物であるという比喩は、現在に至るまで最も大きな影響力を有しており、それによれば、全ての人間存在における「不可侵性」は「より高みにある天界」に由来して付与され、「自己支配的な」処分権は、それを侵害しうるものとされる。このカント的な理解において「道徳性を有する主体の破壊」という問題は、「そのような存在が依拠すべき道徳性自体の破壊」と同等ということになる⁴³⁾。このような定式化は、連邦裁判所の判例⁴⁴⁾における定言命法的な基本見解又は現在の議論において様々な見解が準拠し

40) その論証として、前掲脚注16)を参照すること。

41) 適切な指摘として *Hirsch*, FS Lüderssen, 2002, 253; *ders.*, Strafrechtliche Probleme II, 2009, 13 f.; 同様に *Gropp* in *Sinn/Gropp/Nagy*, Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, 2011, 99 (115); *Vogel*, ZStW 115 (2003), 638 (646)を参照すること。

42) この哲学史において生じてきた基本方針に関して、より詳細は *Decher*, Die Signatur der Freiheit, 1999; 同様に *Duttge*, GA 2001, 158を参照すること。

43) *Kant*, Metaphysik der Sitten, Zweiter Teil, 1. Ethische Elementarlehre 1. Teil, 1. Buch §6 (「自己殺害について」), Akademieausgabe; 1902 ff. VI, 422 f.

44) BGHSt 6, 147 (153) = NJW 1954, 1049を参照すること。同様に、前掲脚注6)を参照すること。

ている説明⁴⁵⁾であるように思われる。しかし、そのような「神聖な畏怖」という世界観の受け入れに依拠して、そこに個人的な信仰対象をも同時に形成すべきか否かは、全ての者において、各々の自由である。世界観上の中立性が義務付けられた世俗的な権利（憲法第4条第1項、第140条参照）によれば、通説的な価値多元主義及び長い間進展してきた「個人化」という観点から、死者と死の取扱い⁴⁶⁾に関しても、本質的に規範の名宛人に対し、「自然」であるからこそ⁴⁷⁾「良い」という内容が充填化された理想像を押し付けることは断念されているのである。

「全ての市民における居場所⁴⁸⁾」として理解されるリベラルな法治国家では、一定の生命及び死の在り方を「正しいもの」及び「追求に値するもの」として掲げることが拒絶されなければならない。先ず「個人的な道徳」から「公的な道徳⁴⁹⁾」を分離することは、人間の主体性に確かな基礎を付与し、それを介して、その者に自己答責的な意思決定に伴う自由を負荷するものであり、それは、独自で高度の人格的規範に従うものであって「好き勝手な自己決定」を意味するわけではない。治療の限界付け（「消極的臨死介助」ないしは「治療中止」）という文脈において、ここでの自己決定権が第三者の「理性的な支配権」に帰結として対抗できないのであれば、多大な苦痛が強いられる「自然な」死に方に耐えられないとする人間の「自由な」（主体的＝合理的）意思決定も、もはや第三者に対抗できないものとなる。論理一貫させるならば、自殺を試みることのみならず、同等の意味において、全ての個別具体的な死の援助が刑罰化されなければならないはずであろう。

45) 例えば *Bauer in Bauer/Krause/Landt/Schneider*, *Wir sollen sterben wollen* 2013, 93 (113, 117).

46) *Kersting in Kersting/Esser/Schäfer*, *Welchen Tod stirbt der Mensch?*, 2010, 199 f. その他の論証を参照。

47) この「自然」という比喩に関して、詳細は *Duttge in Duttge/Baranzke*, *Autonomie und Würde*, 2013, 339.

48) BVerfGE 19, 206 (216) = NJW 1966, 147.

49) *Pauer-Studer in Schmücker/Steinorth*, *Gerechtigkeit und Politik. Philosophische Perspektiven*, 2002, 77 (92).

VI. 波及的悪影響

以上のような法的本質を思想的背景として伴いながら、この新しい規制は、決して些細ではない意味において、明らかな悪影響を医師＝患者関係に及ぼしている⁵⁰⁾。不治の病気により人生の最終的局面に至る際、周知のように、そこでの信頼関係においては、禁忌なきことが（緩和的）医療ケアにとって核心的に重要であると考えられている。多くの臨床的实践において、回復の見込みに乏しい状況に置かれた患者が希死念慮を口にして、しばしば、その確固とした決意を医師と看護師の一方又は両者に語ることは、珍しいことではないとされている。そこにおいては、対話を放棄し、希死念慮に関して突き放し、厳しく批判するかのような対応が採られるべきではなく、むしろ継続的に理解ある態度で患者につき添うことが求められており、それこそが共感溢れる人間味に富んだ医療の理想像を示すものと考えられている。しかし、「本来の医療に反する⁵¹⁾」ものとして嘆かれてきた「防衛医療」を生じさせる方向性において、その不吉な進展が懸念されているように、ここにおける刑罰化は、禁忌化と防衛的傾向をもたらそうとしている。人間が在りのままに存在する限りで、自殺幫助団体に人々が押し掛けること自体は、何ら驚くことではない。少なくとも表面上、その回避に向けて新しい刑法規定が今まさに始めようとしていることこそ著しく問題なのである。

刑罰化を眼前にして医療者が感じている懸念が杞憂だとされる一方

50) 同様の見解として Hilgendorf, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 23. 9. 2015, S. 4. (www.bundestag.de/blob/387792/03e4f59272142231bb6fdb24abe54437/hilgendorf-data.pdf において確認可能)

51) 多くの見解を代表するものとして Wieland, Strukturwandel der Medizin und ärztliche Ethik, 1986, 86 f.

で⁵²⁾、リスクを伴う変化が将来的にもたらされうることも示されている。周知のように、ドイツにおける医療従事者のための(模範)職業規則第16条第3文において定められた禁止(医師介助自殺をしてはならないとする内容【訳者注】)の勧告は、決して全ての州医師会において採用されているわけではなく⁵³⁾、このことから医師介助自殺が全く度外視されていると断言できるわけではない。同様に最近の質問調査によれば、ドイツの医療者において相当数の者は、一定の条件下で止むを得ず致死的手段を患者に用いるという選択肢に対して厳格に拒否の態度を示しているわけではないことが明らかにされた⁵⁴⁾。このような手段は、まさに熟慮された上で動機付けられた態度決定であり、そこにおいて、業的性質は、決して完全に排除できるわけではないことをも意味している。たとえ「一度限りの葛藤事例」として、ある医師が関与したにすぎないのだとしても、自殺幫助団体への道を切り開く可能性さえあれば、その者が不可罰であるかは決して明らかではない。なぜなら、その者に刑法第217条第2項の例外規定が適用できないのであれば⁵⁵⁾、正反対の帰結が待ち受けていることになるからである。しかし、以上の懸念とは別個に、立法者が明らかに見落としていることは、特に自殺傾向が過失により見過ごされた場合、その責任の所在においても、医師の可罰性が高められているという点である(これは、原著者に確認したところ、過失致死罪に問責されるリスクが医師において生じるという意味である【訳者注】)。確かに、自殺者が個別的事案において

52) その論証として、前掲脚注19)以下を参照すること。

53) この点に関して、より詳細は、例えば *Ostgathe in S. Höfling/Rösch, Wem gehört das Sterben?*, 2015, 11 (13 f.)。

54) 近時、ドイツ造血管腫瘍学会の会員に対して実施。*Schildmann/Wünsch/Winkler, Ärztlich assistierte Selbsttötung*, 2015, 特に24頁における該当部分(57%のみが断定的に拒否している)。従前のものとして *Schildmann/Dahm/Vollmann, Deutsche Medizinische Wochenschrift* 2014, DOI 10.1055/s-0034-1387410; *Schildmann/Hötzel/Müller-Busch et al, Palliative Medicine* 2010, 820 ff。

55) 立法資料上、その他の点においても、同様に否定される。BT-Drs. 18/5373, 19 f. を参照。

「自己答責的」に行動したものとはいえないのではないかという問題以前に、その自殺者の自由裁量性は、刑法第217条による限りで、そもそも無視されていた。しかし、従前から、自己答責的な自己損害ないしは自己危殆化の原則は、麻薬法違反の枠組みにおいて、その法的限界が積極的に指摘されてきたのである⁵⁶⁾。従って、医師の精神鑑定が必要とされる場合、新しい第217条が求める公準に従えば、ここでも同様に自律原則の適用は保留されることになる。いずれにせよ、自律性の十分な確認と診断が困難なところで刑法的威嚇を高めたとしても、むしろ全く機能的ではないことは明白である。しかし、自殺の危険性を有する者は、信頼関係が保たれる状況下において、好意的で理解に満ちたケアを受けるべき者であり、そのような者の健康に関しては、医療が責任を果たすべきであって、そこでの（相互理解的な）配慮から脱落してしまうかのように、対立関係を構築してはならないのである。

VII. 展 望

現実的で、単に象徴化されることのない自殺の予防とは、各人に向き合い、そして、その要求と不安、そして何よりも自己決定に裏付けられた本人の主張を真摯に受け止めるということが前提とされる。しかし、確かに、全ての選択肢が徹底的に吟味された最終的局面において、自殺に寄り添うという可能性が全く排除できないときに限り、そのような手段を提案することも考える。現実的には、そこにおいて、緩和医療のケアを質的にも量的にも更に強化することで、その苦痛の十分な緩和と希死念慮の除去が先ずは条件とされなければならない。同時に、そのような共感と慈しみに溢れたケアの過程において、自殺傾向が再び消えてなくなることも期待されてしかるべきなのである。特に「自由答責性」が慎重に判断される

56) BGHSt 37, 179 (183) = NJW 1991, 307; BGH, NJW 2000, 2286 (2287); *Beulke/Schröder*, NStZ 1991, 393; *MüKoStGB/Duttge*, 2. Aufl. 2011, §15 Rn. 154; *Rudolphi*, JZ 2001, 572 (573 f.) を参照すること。

ためにも、民間組織の不透明な手続に委ねられるべきではないことから、そこでは専門職の関与が要求される。結局のところ、ここで決定的に重要な問題は、自殺の機会が用立てられる際に誰が責任を負うべきなのかということに収斂される。既に医療者の間においては致死的な効果を有する手段への需要が意識されているにもかかわらず⁵⁷⁾、同時に、医療者に求められる模範像という観点から、その需要が過熱化しているわけでもない。そのような考え方によれば、ここでの役割は、一般的に医療者が担うべきではないことから（そして、その気風が汚染されないように）、むしろ新しい手法として（学際的に構成された）鑑定委員会において選ばれた専門的代表者により審議されるべきという解決策が求められよう。このような事前審査は、「軽率な判断の予防⁵⁸⁾」を理由として、危機に瀕した優越的法益のために必要不可欠であることから、自殺を求める者に対し、その自由答責性に疑義を唱える全ての当事者にとって、その仲を取り持つものとなるかもしれない。そのような手法による「制度化された死」は、一見すると違和感を覚えるものかもしれない。しかし、むしろ「無統制な」自殺及び自殺未遂における数の方が多いものと考えられている。この点、新しい刑法の規定は、将来的な展望を何も含んでいないことから、そこでは、何らの（良い方向に向かう）変化も期待できないだろう。

57) 「医師に寄り添われた人生の終焉における規制に関する法律」案（BT-Drs. 18/5374）も同様である。同趣旨の方向性は *Borasio/Jox/Taupitz/Wiesing, Selbstbestimmung im Sterben-Fürsorge im Leben*, 2014における規制案でも示されている。

58) *Duttge*, ZfL 2004, 30 (34).