

翻 訳

「業としての自殺援助」（刑法217条）：
不当なパターンリズムの典型例！

Die „geschäftsmäßige Suizidassistentz“ (§217 StGB):
Paradebeispiel für illegitimen Paternalismus!

グンナー・デュトゲ*
海老澤侑*¹ 鈴木彰雄*²
訳 谷井悟司*³ 鄭 翔*⁴
根津洗希*⁵

目 次

訳者はしがき

- I. 法によるパターンリズム
- II. 刑法による自殺予防？
- III. 展 望

訳者はしがき

本稿は Professor Dr. Gunnar Duttge, Die „geschäftsmäßige Suizidassistentz“ (§217 StGB): Paradebeispiel für illegitimen Paternalismus!, in: ZStW

* ゲッティンゲン大学教授

Gunnar DUTTGE

Prof. Dr. Georg-August-Universität Göttingen

- * 1 中央大学大学院法学研究科博士課程後期課程在学中
- * 2 所員・中央大学法学部教授
- * 3 中央大学法学部助教・中央大学大学院法学研究科博士課程後期課程在学中
- * 4 中央大学大学院法学研究科博士課程後期課程在学中
- * 5 中央大学大学院法学研究科博士課程後期課程在学中

2017; 129(2), S. 448-466 を筆者の許諾を得て翻訳したものである。

周知のように、他人の自殺を援助した者の刑事責任については古くから議論があり、各国の法状況も区々であったが、近年、医師の介助による自殺を認めるべきであるとする主張や「死ぬ権利」の具体化を求める運動の高まりとともに、欧米のいくつかの国や州で自殺関与が合法化されるようになった。従前のドイツ刑法は、自殺関与を処罰する規定をもたなかったが、合法化された他国での自殺を支援するいわゆる「自殺ツアー」の問題性が表面化したこと等の事情により、ドイツ連邦議会は2015年12月3日、刑法の一部改正により「業としての自殺援助」を禁止する新条項を設けた。

第217条

- ①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、3年以下の自由刑または罰金に処する。
- ②みずか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、共犯として罰しない。

しかし、学説においては、すでに立法の段階で本条の立法化に対する批判的な意見が多く表明されていたことに加えて、本条の制定後もその解釈上の疑義を指摘する意見が少なくない。とりわけ本条の「業として」については、立法理由から導くことのできない要件であるという批判や、行為態様を限定する機能をもたないのではないかという疑問が提起されている。本論文も批判的な立場から本条の解釈論上の問題点を検討しているが、そもそも自殺関与を限定的にせよ処罰の対象とすることが「不当なパターンリズム」になりはしないか、あるいは刑法による自殺予防は、自殺をめぐる現代の状況にそぐわないのではないかという根本的な問題を論じていることから、わが国の自殺関与罪（刑法202条前段）をめぐる議論に有益な示唆を与えるものと思われる。本誌にその翻訳を掲載させていただ

く理由もまさにその点にある。

デュトゲ (Duttge) 教授は現在、ゲッティンゲン大学 (Georg-August-Universität Göttingen) の医事刑法学・バイオ法学部門の部長職にあり、この分野における指導的な立場にある研究者である。同教授の医事法に関する業績の一部はすでにわが国でも紹介されており、只木誠監訳＝神馬幸一訳「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——」本誌50巻3号(2016年)209頁以下等がある。なお、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——」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集上巻』(2016年、成文堂)647頁以下、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)117頁以下、同「ドイツ刑法新217条の法律案理由書」獨協法学100号(2016年)223頁以下、Henning Rosenau(只木誠監訳＝海老澤侑訳)「ドイツにおける臨死介助と自殺幫助を巡る争い」白門70巻4号(2018年)17頁以下も併せて参照されたい。

I. 法によるパターナリズム

法共同体のすべての構成員は、自己の生命の行く末を自己の価値規準に従ってみずから決定できると主張してよい。ただし、他の——同じ権利をもつ——構成員が損害を受けない限りではあるが。このことが、我々の法秩序の中核になっていることには疑いがない(ドイツ基本法2条1項)。そこから生ずる尊重要請は、その行為(ないしその行為類型)が「思慮分別のある状態」で行われる限り、「自律」の基本的な価値の表明であり、それを認めることによってはじめて人間を(権利の)主体(「人格」)に高めることができるのである。哲学者の *Holmer Steinfath* は、「生命の根本問題において、自己の良心と自己の目的や理想に従うという道徳的権利と道徳的責任こそが、今日では人間の尊厳の中核になっているのである」¹⁾

1) *Steinfath*, in: *Steinfath/Wiesemann/Duttge* u.a. (Hrsg.), *Autonomie und Ver-*

と述べている。

以上のことを背景にすれば、純粹に個人的な関心事については（他者侵害の可能性が無ければ）法の担い手（立法機関と司法機関）が自由を制限する準則を設ける余地は必然的に制限される。すなわち、あらゆる法的当為はその「最終的な正当性をその対象となるすべての個人に」²⁾見出さなければならないという「規範的な個人主義」を基礎にすれば、「個人を自分自身から保護する」ための唯一の正当な目的設定となるのは「自律」の維持である。*Rawls* は、社会契約の文脈において次のように述べている。「いかなる場合に他者が当事者の代わりに行為し、必要ならばその当事者の一時的な望みを無視する権限をもつかについての諸原則を、その当事者が設定するのが合理的である。当事者がそのような設定をするのは、当事者が自分のために合理的に行為する能力を発揮できず、あるいはそもそもその能力を欠いているかもしれないという認識をもっているからである。……パターナリズムの介入は我々自身の非理性に対する防御に役立つのであり、人々の信念や性格への侵害を許容するものではない」³⁾。「パターナリズム研究の始祖」⁴⁾とされる *John Stuart Mill* のしばしば引用される「橋の事例」〔訳者注：橋が壊れかけていることを知らないで渡ろうとしている人を、役人は時間がなければ腕づくでも押しとどめてよいという例。ソフトパターナリズムの一例とされる。〕⁵⁾をみると、パターナリズムの介入をその根拠に照らして正当化するのは、個人の選好それ自体ではなく、そうした選好を追求する能力の不足である。

trauen. Schlüsselbegriffe der modernen Medizin, 2016, S. 11.

2) *von der Pfordten*, JZ 2005, 1069: 「人権の承認と政治的支配の民主主義的正当化は規範的個人主義の重要な具体化である」。

3) *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975 (Original 1971), S. 281 f.

4) *Heinig*, in: *Anderheiden/Bürkli* u.a. (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 157, 165.

5) *Mill*, On Liberty, 1985 (Original: 1859), S. 166.

この違いは法倫理的に重要な意味をもつ。なぜならば、その違いは結局、公的徳と私的徳の限界、あるいは社会倫理的(法的)義務と善く/幸福に生きることの限界を浮き彫りにするからである。この場合に自律が意味するのは、その時々我的生活様式を選択し、予め認められた自由の範囲の中で高潔な野心を追求することが個々人の関心事となっており、共同体は「道德教育の強制的装置」⁶⁾とならないために、中立的な態度を取らねばならないということである。——*Kant*の古典的な言い回しによれば、「父権支配(imperium paternale)とはパターナリスティックな支配のことをいう。そこでは、何が真に有益であり何が真に有害であるのかを区別することができない未熟な子供である臣民は、ただ受動的な態度を取るよう強いられている。この時臣民は、自分たちがどのようにして幸福であるべきかについて、もっぱら国家元首の判断を……待たなければならない。このような支配は、考えられる限りもっとも強力な専制政治であり、臣民のすべての自由を破棄し、その結果臣民は一切の権利をもたなくなる体制を保持することになる」⁷⁾。それゆえ、万人の適法な自由行使の両立性⁸⁾に疑問がないにもかかわらず、国家権力が個人の行為の自由に強制的に介入した場合には、自由権の観点から考察すると、国家権力は「不法」⁹⁾を行っていることになる。なぜならば、国家権力が「自律的に……理解する主体

6) *Pauer-Studer*, in: *Schmücker/Steinvorth* (Hrsg.), *Gerechtigkeit und Politik. Philosophische Perspektiven*, 2002, S. 77, 92.

7) *Kant*, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, in: *Weischedel* (Hrsg.), *Werkausgabe* Bd. XI, 1977, S. 125, 145 f.

8) *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, in: *Weischedel* (Hrsg.), *Werke in zehn Bänden*, 1983, Bd. 7, *Einleitung in die Rechtslehre*, §B (S. 337): *Recht als „Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“*.

9) *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten* (Anm. 8), *Einleitung in die Rechtslehre*, §C (S. 337); *Kant*のアンチ・パターナリズムについて詳しくは *Gutmann*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* 2005, 150, 164 ff.

の存在の自立性 (Selbstständigkeit) を軽視している」からである¹⁰⁾。

たしかに、こうした見通しは二重の留保のもとにある。第一に、実際に問題になっているのは、もっぱら当該個人の幸福への介入である。なぜならば、他者の(法的に)保護された利益や財が問題となればすぐに「侵害原理」¹¹⁾が全面的に(比例原則の枠内で)禁止を正当化するからである。もっとも、この侵害の規模がどの程度拡大し流動化するのかは、およそ前もって判断できるものではない。すなわち、不確定な未来の中でいずれにせよ現実化するかもしれない単なる(なお抽象的な)危険状況を考慮して判断することはできないのである。「侵害」の概念は規範的に形成されるので、対立する諸利益を予め評価する必要がある、ここでいう対立する諸利益は、その維持にとって重要な社会的な諸制度と大枠の条件(たとえば財政的に賄える健康保険制度)をも含みうる¹²⁾。こうした理解をすれば、社会的には重要でない純粹に自分だけに関係する態度、つまり「純粹なパターンリズム」は、はじめからほとんど考えられないであろう¹³⁾。その場合にはもちろん、そのように拡大された侵害の規模について、その潜在的な損害が第三者にとって本当に自由への介入を正当化するほど深刻であるか否かを慎重に検討しなければならない¹⁴⁾。なぜならば、そのように第三者が巻き込まれた場合にも、介入の名宛人の自由権は決して無視されてはならず、そこから「必要最低限度の介入のみを許す原則」が導かれるからである¹⁵⁾。その場合に、決定の自由を厳格な「選択の禁止」によって

10) *Kahlo*, in: *Anderheiden/Bürkli* u.a. (Anm. 4), S. 259, 264.

11) *Mill* (Anm. 5), S. 68 f.

12) これについてたとえば *v. d. Pfordten*, in: *Anderheiden/Bürkli* u.a. (Anm. 4), S. 93, 104: 「集団的に組織化され責任を負うべき取引と工業的生産態様」による侵害の可能性。

13) 本稿と同じくすでに *Wolf*, in: *Anderheiden/Bürkli* u.a. (Anm. 4), S. 55, 62.

14) 適切な指摘として *Rehborn*, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 65 (2017), S. 144, 150.

15) 詳しくは *van Aaken*, in: *Anderheiden/Bürkli* u.a. (Anm. 4), S. 109 ff. そのために一般的に「パターンリズムを原則的に許容するか否かの二元的判断を時代遅れ

制限するためには——情報伝達に関する「選択の援助」(啓蒙, 助言, 代替手段の提示等)と比較すると——より高度の正当性を必要とする。なぜならば、それによって「より合理的な決断は促進されるが、結局は個人の決断が奪われてしまう」からである¹⁶⁾。予防効果を強めるために強制的介入が刑罰威嚇を備えている場合には、正当性の問題はより深刻になる。なぜならば、支配的見解によれば、状況に応じて科される刑事罰には、必然的に特殊な「社会倫理的な無価値判断」¹⁷⁾が内在しているからである¹⁸⁾。これは、自己侵害の意思ある者を直接的に目標とした直接的パターンリズムによる措置だけでなく、間接的パターンリズムによる措置にも同様に妥当する¹⁹⁾。なぜならば、このような措置も非当事者の行為の自由を制限することによって——間接的ではあるが——やはり強制を絶対的に禁止しているからである²⁰⁾。

二つ目の留保は「自律的」で「合理的」な決断に必須の「思慮分別のある状態」についてである。これについては、思慮分別が欠けている限りパターンリズム的介入が原則的に正当化されるという、大方の合意が存在する。さらに、保護を要する者の幸福に配慮することが基本的な尊重要請の当然の帰結であると考えられている²¹⁾。この場合、多くの論者によれば、

なもの [である]」とする (S. 133).

16) *van Aaken* (Anm. 15), S. 124.

17) これについて詳しくは *Kühl*, *Festschrift für Eser*, 2005, S. 149ff. (m.w.N.).

18) それゆえたとえば *von Hirsch* は、直接的パターンリズムの目的設定の領域での刑法の介入を一般に認められないものとする。in: *Anderheiden/Bürkli* u.a. (Anm. 4), S. 235, 244 を参照。

19) 直接的パターンリズムと間接的パターンリズムの区別について *Kleinig*, *Paternalism*, 1983, S. 11.

20) 直接的パターンリズムが間接的パターンリズムに「正当性の点で依存している」ことについて *von der Pfordten*, in: *von Hirsch/Neumann/Seelmann* (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 2010, S. 193 を参照。

21) そのように主張するのはたとえば *Rehbock*, *Personsein in Grenzsituationen*, 2005, S. 312 ff.

自律が存在しなければ無視されることもないという理由で²²⁾、(いわゆる「ソフトな」) パターナリズム²³⁾さえも観念できないとされる。しかし、ここで重要なのは、「合理的選択仮説〔訳者注：人がある選択を行うのは、その人が何らかの目標をもち、その目標を達成するためにはその選択が最適であると考えたからだとする仮説〕」が行動経済学と認知心理学の近年の知見²⁴⁾によって破綻してしまった以上、今日までに定着している周知の類型(児童・青少年、精神病患者、および一時的に判断能力を欠いた者)に限定するのは、もはやおよそ自明のことではないということである。むしろ、基本的な情報不足、認知のゆがみ、長期的な将来計画に対する意思薄弱、そして人の理解が社会的な共通認識の範囲(枠)に左右されていることが、あらゆる——「健全」で人生経験のある——人々にも当てはまることを認めてもよいであろう²⁵⁾。それゆえ、少なくとも一時的に(一時しのぎで) パターナリズム的に介入するための十分な根拠は、自傷行為の重さ、あるいはその不可逆性の中にあるといえるであろう²⁶⁾。自殺の恐れは、その模範的な例である。なぜならば、自殺は一般に「非理性的」であり、あるいは常に人の「熟慮に基づく意思」に反すると考えられているからである。しかし今日では、人格的観点でも状況的観点でも例外を認めようとしないう一般化に対して、(期待された)「正当な自由の行使」についてこのように他律的に想定された(「客観的な」) 当為の要求によって自律の

22) たとえば *Schöne-Seifert*, in: *Schramme* (Hrsg.), *New Perspectives on Paternalism and Health Care*, 2015, S. 147.

23) 「ハードな」パターナリズムと「ソフトな」パターナリズムの区別について *Feinberg*, *Canadian Journal of Philosophie* 1(1971), S. 106 ff. および *ders.*, *Harm to Self*, 1986, S. 12 ff.

24) それらが現実離れしていることについて、特に *Hahn*, *Rationalität. Eine Kartierung*, 2013, S. 190 ff. (m.w.N.).

25) *van Aaken* (Anm. 15), S. 114 ff. および *Gutmann*, *Paternalismus und Konsequentialismus*, Reprints of the Centre for Advanced Study in Bioethics, 2011/17, S. 15 f. (jew. m.w.N.) にその概説がある。

26) この意味で *Dworkin*, *The Monist* 56 (1972), S. 64 ff.

原則が無視されてしまう、という批判がある。²⁷⁾ 他方で、その際に適切な支援によって「最大限の自律」²⁸⁾のもとで自殺の基本的な意味を判断することができるように保障することが、自殺者の主観的な利益にも道徳共同体の尊重義務にも適っている。しかし、その結果として、自殺願望が「本心からのもの」であり、その願望がその者の熟慮による自己実現の一環であると明らかになった場合には²⁹⁾、それ以上の介入をする権利は認められない。なぜならば、「真に自律的な自殺の試みを何度も阻止することは、行為者の希望を根本から無視してしまうことになる」からである³⁰⁾。

II. 刑法による自殺予防？

1. 刑法217条の(非)合理性について

それぞれの行為がもたらす帰結の複雑性・重要性に、必要な内省能力の程度が比例するのであれば、自身の存在を意図的に抹消する場合に「自律能力」が重要となってくるのは当然である。数世紀にわたって、いわゆる自殺が絶対的に「非難されるべき考え」だという「宗教的価値観」³¹⁾は、なお基本的な考え方であったため(そして部分的にまだ常に機能しているため)³²⁾、「健全かつ完全に理性的な(!)人間であれば生きることを熱烈

27) 適切なのは *Heinig* (Anm. 5), S. 170: 「他律的な決定が第三者の(国家の)判断によれば当事者の幸福に奉仕し、その現実的で長期的な自由を最大化するであろうということによって、他律的な決定が自律的な決定に変化するものではない」。

28) *Harris*, *Der Wert des Lebens. Eine Einführung in die medizinische Ethik*, 1995 (Original 1985), S. 281.

29) その信憑性の概念について詳しくは *Bittmann*, in: *Baranzke/Duttge* (Hrsg.), *Autonomie und Würde*, 2013, S. 223, 233 ff. および *Quante*, *Personales Leben und menschlicher Tod*, 2002, S. 158 ff. (jew. m.w.N.).

30) *Harris* (Anm. 28), S. 282.

31) *Wolfersdorf*, *Der Nervenarzt* 2008, 1319, 1320: 「大罪としての自殺」

32) 最近のものとして BGHSt. 46, 279, 285: 「法秩序はそれゆえ一極端な例外的事例は別として一自殺を違法と評価している……」。

に愛している」³³⁾から自殺したいと思うことは「一種の病気」であるという考えが、今日に至るまで支配的である³⁴⁾。加えてドイツ精神医学精神療法神経学協会（DGPPN）は、現在の研究状況をみれば、統計上「自殺者の約90%が精神的な病気（とりわけうつ病、ただし統合失調症や精神病、一部の依存症もまた誘因となる）」にかかっていると報告した³⁵⁾。それに応じて、同時に自殺防止の強化のための大きな努力がなされている。というのも、依然として軽視できない実際に起きた自殺件数（2015年：10,080人。もっとも、これは1980年代半ば以降明らかに減少している³⁶⁾）および自殺未遂の推定件数（調査結果によると、年間200,000人である³⁷⁾）に鑑みると、ますます「社会全体の課題」³⁸⁾であるとされてきたからである。もっとも、重要なのは、自殺に関連する専門分野の研究でさえ（もはや）精神病と自殺との間に必然的な相関関係があるということを前提にしていないうことである。最近ではそれどころか、今まで承認されてきた90%の割合は、現実を表したもののなのか、それとも誇張したものなのかは明らかでないとの指摘もある³⁹⁾。

33) *Osiander*, Über den Selbstmord, seine Ursachen, Arten, medicinisch-gerichtliche Untersuchung und die Mittel gegen denselben, 1813, *Wolfersdorf*, Psychiatrie im Dialog 2012, 2による引用。

34) *Auenbrugger*, Von der stillen Wuth oder dem Triebe zum Selbstmord als einer wirklichen Krankheit, mit Originalbeobachtungen und Anmerkungen, 1783.

35) DGPPN, 2015年10月12日の「自殺予防を改善する…」(BT-Drucks. 18/5104) というテーマについてのドイツ連邦議会のヒアリングのための立場。Aus-schussdrucks. 18 (14)0135(3).

36) *Statistisches Bundesamt*, Gesundheit. Todesursachen in Deutschland, 2017 (Fachserie 12, Reihe 4), S. 32.

37) *Hegerl/Rummel-Kluge/Hein*, Bundesgesundheitsblatt - Gesundheitsforschung - Gesundheitsschutz 2016, 406; *Bronisch*, Der Suizid, 6. Aufl. 2014, S. 25: 116/100.000 bei Männern, 185/100.000 bei Frauen も参照。

38) たとえば *Wedler*, Suizid kontrovers. Wahrnehmungen in Medizin und Gesellschaft, 2017, S. 129 ff.

39) DGPPN の2015年の年次会議において示された著名な精神科医 *Brieger* の研

ドイツ本土における中高齢者による自殺問題(とりわけ男性;いわゆるハンガリーモデル〔訳者注:年齢とともに自殺率が高まる,ハンガリーにおける自殺者分布〕)⁴⁰⁾の重要性が増していること,ならびにスイスの自殺団体 Dignitas⁴¹⁾の会員名簿では(2005年に設立されたドイツ支部の仲介による)⁴²⁾ドイツ国籍者の割合が他国を大幅に上回っていることから,なぜドイツの立法者が,国民的な議論を呼んだ「組織的な自殺介助」という選択肢を受け入れないと決断したのが容易に想像できる。激論の末,2015年の年末に施行された刑法217条⁴³⁾は,明らかに,自殺の援助が一種の「通常の健全なサービスの提供」になってしまうことや,「一定の(場合によってはたとえ無料でも)業務モデル」として定着してしまうことを防ごうとしたのである⁴⁴⁾。そこで,当該構成要件は,不法を根拠付ける中心的なモーメントを,自殺援助の「業務性」の中に見出している。ただしその「業務性」は,旧来の解釈によれば反復するための心積もりさえあれば(場合によっては一回目の行為であっても)満たされるとされる⁴⁵⁾。「業務モデルないし組織モデル」の運用により生じる「プロフェッショナル化」は,自律性を危殆化する利益衝突をもたらす傾向がある。なぜなら,たとえば死期の迫った近親者のため(217条2項参照),というような「特異な状況」における同情からの介助とは異なり,「企業の自己利益」の追求により,当事者の判断が真に自律的であるかについて疑義が生じてしまうか

究の成果はそのようにいう: Wedler (Anm. 38), S. 16 による引用:「最大で60%にすぎない」という。

40) Wolfersdorf/Schneider/Schmidke, Der Nervenarzt 2015, 1120, 1123.

41) <http://www.dignitas.ch/> (Rubrik Statistiken) [2017年8月2日閲覧] を参照: 全会員7,764人中の3,223人 = 41,51%。

42) <http://dignitas.de/>.

43) Gesetz v. 3. 12. 2015 (BGBl. I, 2177) による。

44) BT-Drucks. 18/5373, S. 2, 13 f., 18.

45) 多数の文献の中から1つだけ。Duttge, in: Prütting, Fachanwaltskommentar Medizinrecht, 4. Aufl. 2016, §217 StGB Rdn. 12.

らである⁴⁶⁾。また、刑法の介入が必要とされたのは、そうしなければ高齢者あるいは病人が安易に臨死介助を求めたり、直接的あるいは間接的に臨死介助へと急き立てられているように感じてしまうことが懸念されたからである⁴⁷⁾。

この立法者の構想の合理性についてより詳しくみるためには、議論を明確にすべく、三つの観点で区別されねばならない。まず、目的合理性と価値合理性を区別する必要がある。次に——立法活動の実際の目的という観点から——最低限の経験上実証された適切性も同様に必要である。後者に関しては、（先行する）専門的知見が存在しない場合には、一般常識に依拠することになる⁴⁸⁾。前者の区別によれば、目的合理性が、選択された手段（ここでは刑法217条）によって、十分な事前予測に基づき設定された目的が達成されうるかを問う一方で⁴⁹⁾、価値合理性は、その目的がそれ自体として、つまり予測されうる帰結を無視した上で、既存の規範的原理や規範的要請にかなうものであるかを問うのである。適切性についていえば、行為者の「業務性」を基準として判断されるどころの、「善き」（社会的に相当な）自殺援助と「悪しき」（当罰的な）自殺援助という、立法者が想定した二項対立には大きな疑問ありとされることは一目瞭然である。利害の衝突のある特殊な場合において（とりわけ近親者による）援助が問題となる場合、それが自殺援助者の「利他主義的な動機」を保証するものでは必ずしもないということである⁵⁰⁾。このような業務的でさえなければ

46) BT-Drucks. 18/5373, S. 17, 19.

47) BT-Drucks. 18/5373, S. 2.

48) *Max Weber*, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 7. Aufl. 1988, S. 393: 「当然のことながら、日常的な経験が……すべての経験的な個別的学問分野の共通の出発点である。個別的学問分野はすべて、日常的な経験を越えようとし、越えようと望んでいる——その『学問』として存在する権利はまさにその点にあるからである」。

49) たとえば *Röhl*, *Rechtssoziologie*, 1987, §30 III.

50) もっとも BT-Drucks. 18/5373, S. 12: もっぱら「人的な結びつきによる」とする。

良いとする一般化は、高度に理想化された家族の絆というイメージを前提としているのが明らかであって、物質的・非物質的な利益が時として行為の誘因となりうるという常識的な発想を見落としている。また、死を望む者に対して人為的な働きかけがなかったからといって、そこから直ちに、その望みが、立法者が明らかに保護しようとした⁵¹⁾「生命の終期に関する自律的決断」であるとはいえない。それゆえ(家族が通常自由答責性を正確に評価できることはほとんどない点は別論として)この点では「自由答責性」⁵²⁾についての精神医学の経験や判断はあからさまに無視されている。また逆に、サービス提供者の(必ずしも金銭目的とは限らない)⁵³⁾「自己利益」は純粹に非物質的なもので、死を求める者の利益と一致するという理由で、「専門的なサービス」であれば、憂慮されるべき「自律性を危殆化する働きかけ」ではないとは言い切れないのである。近時下されたOLG Hamburg 決定は、現実が真逆であることを物語っている。その事例においては、「ドイツ安楽死協会」の業務活動の一環⁵⁴⁾によりなされた致死薬の処方問題となったにもかかわらず、同裁判所は、2名の自殺志願者の(その上さらに高いレベルでの)「自由答責性」が存在するというに、一切の疑いなしとした⁵⁵⁾。

もっとも、目的合理性に着目すると、より一層納得のいかない点がもう一つあることが分かる。すなわち、立法者は、明らかに、刑罰威嚇を通じて職業的に継続しているサービス提供が一掃されれば、意図された「自律

51) BT-Drucks. 18/5373, S. 10 und 13.

52) Anm. 35 ff. を参照。

53) BT-Drucks. 18/5373, S. 11 f. を参照。「業として」というメルクマールを意識的に放棄する。

54) 普段は神経科と精神科の専門医として仕事をしていた被告人が「ドイツ安楽死協会」(SterbeHilfe Deutschland)の会長の許可を得ずに致死量の薬物を処方した。

55) OLG Hamburg MedR 2017, 139, 141 f. (m. Anm. *Duttge*, 145ff.) を参照。「より深い思慮」という表現を用いて自殺意思の「内心の確かさ」と「目的志向性」を付加的な要件とする。

性および身体の完全性（Integrität）の保護⁵⁶⁾はすでに保証されている、あるいは、少なくとも実質的に促進されることになる、という考えに依拠していたのである。「そのようなサービスの利用可能性がないところでは、彼ら〔すなわち、高齢と病気の両方または一方の状態にあることから生命が危ぶまれている人々〕が、それを利用するかどうかを検討することはないのであって、そもそも、そのような意思決定をすること自体あり得ないのである⁵⁷⁾。もっとも、この新しい刑罰法規の場所的適用範囲は、ドイツ国内に限られているが（刑法3条）、人々は今後も——すでに今日までそうであったように——国外で、たとえば、特に *Dignitas* からそのようなサービスの提供を受けることが可能である以上（この点、自殺企図者の教唆的態度は、「必要的共犯」の原則により、刑法上重要ではないとされている⁵⁸⁾、そのようなサービスの利用可能性は、潜在的な利用者の観点からすれば、本質的には損なわれないのである（いわゆる「野蛮な方法での自殺（Brutal-Suizid）」⁵⁹⁾の可能性は全く別として⁶⁰⁾。もっとも、そうだとすると、新たな刑罰法規を設けるこのような措置には、すでに以上の理由から、自殺防止のための目に見える効果が何ら認められない一方で、むしろ反対に、ドイツの「競合他社」⁶¹⁾を排除することによって、スイスの著名な「サービス提供者」を利する形で、サービス利用者の増加に拍車をかけることとなってしまう。さらに付け加えるとすれば、まさに本質的

56) BT-Drucks. 18/5373, S. 10.

57) BT-Drucks. 18/5373, S. 2.

58) 明示的にそのようにいうのは BT/Drucks. 18/5373, S. 20; BVerfG NJW 2016, 558, 559; *Weigend/Hoven*, ZIS 2016, 681, 690; 他方でこれを疑問とするのは *Berg-häuser*, ZStW 128 (2016), S. 741, 773 ff.; *Taupitz*, medstra 2016, 323, 328 f.

59) *Rosenau/Sorge*, NK 2013, 108, 116.

60) いわゆる「鉄道自殺」の重大性について詳しくは *Kraus/Graw/Gleich*, Rechtsmedizin 2016, 2 ff.

61) 「ドイツ安楽死協会 (Sterbehilfe Deutschland e. V.)」の発表によれば、同協会は今のところ死の看取りのための手段を提供していない。<http://www.sterbehilfedeuutschland.de/index.php?site=fragen> (2017年8月2日閲覧)

なこととして、自殺にかかわる調査研究の知見によると、防止措置の中心にあるのは、いうまでもなく(危険を知らせるサインに基づいて適切なタイミングで発見した後の)「関連医学の立場からの水際での介入」なのである。この種の介入は、組織的な観点から、当然、効果的なマネージメントを必要とするものである(特別な専門機関、金融面でのバックアップ、訓練を受けたスタッフなど)⁶²⁾。自殺傾向は結局、個人々人を具体的に分析し、治療的に介入することによってはじめて緩和され得るのである。すなわち、「自殺に走りかねない人は、注視しなければならない患者である」⁶³⁾。それに対して、社会全体の枠組み条件は、心がまえの段階は、自殺を促しかねない作用を有する一方で(いわゆる、内面的に強化される「ウェルテル効果(Werther-Effekt)」⁶⁴⁾、実行の段階では、実生活の具体的なリスク要因(たとえば、自殺に適した、ある特定の手段への到達)を除去することによって、これを食い止めようとするにすぎない。そこにあるのは、「自殺へと通じる出口を閉ざす」戦略という適切な理念である⁶⁵⁾。しかしながら、刑法の規定が異なるにもかかわらず、ここ200年間のヨーロッパ諸国を比較してみても、各国の自殺者数にそれほど目立った差異がみられないように、自殺防止のために必要なのは、より一層の現実的な解決策なのであって、直接的には自殺者、あるいは、その者を取り巻く個人的な環境に焦点を当てた抽象的なものにすぎない刑法上の禁止などではないのである⁶⁶⁾。これとは正反対に、刑法的にタブーとすることには、次のような具体的かつ実質的な危険が内在することになるかもしれない。それは、刑法的にタブーとすることによって、自殺者およびその介助者が適切

62) 詳しくは *Wolfersdorf/Schneider/Schmidtke*, *Der Nervenarzt* 2015, 1120, 1127 ff.

63) *Wolfersdorf*, *Notfall+Rettingungsmedizin* 2016, 172, 176.

64) 報告することの問題性について詳しくは *Reinemann/Scherr*, *Publizistik* 2011, 89ff.; *Ziegler/Hegerl*, *Der Nervenarzt* 2002, 41 ff. 「エンケ効果(Enke-Effekts)」の現代の例について *Schäfer/Quiring*, *Publizistik* 2013, 158 ff.

65) *Bronisch* (Anm. 37), S. 102 f. たとえば家庭用ガスの無毒化や害虫駆除薬の販売制限等。

66) たとえば *Bronisch* (Anm. 37), S. 102. 著しい違いや変更はない。

なタイミングで胸中を打ち明けることを妨げられてしまい、ひいては、現実の自殺防止がはるかに困難となる、あるいは、全くの不可能になってしまうという危険である⁶⁷⁾。

価値合理性の観点からは、「規範的個人主義」⁶⁸⁾に基づき、以下のことが確認されなければならない。それは、刑法217条という広範な禁止規定が、「業として」行為している自殺介助者すべての自由領域に、直接的、かつ強力に、介入するとともに、——間接的に——自殺企図者の(少なくとも)10%にとっては、ハード・パターナリズム的な介入を行うことにもなる、ということである。というのも、このグループに属する人々は、自分自身の「自律的な」確信に反して、専門のサービス提供者による援助を要求することが妨げられてしまい、自分で決定した死を遂げることを完全に諦めてしまうか、あるいは、やむをえず「素人の介助者」に助けを求めるかの、どちらか一方を選ばざるを得なくなってしまうからである。したがって、この点で、当該刑罰法規は、そこに付与された「自律性の保障」という目的設定⁶⁹⁾を見誤っており、完全にやり違えてしまっているのである。なぜならば、先に述べたグループに属する人々は、「自律的に」自殺を決意しているのであり、それゆえ、自殺へと「誘惑された」、あるいは、「急き立てられた」などは考えられないからである。そもそも職業的に活動している自殺介助者と直接的にコンタクトをとることそれ自体が、(欺罔あるいは強制によって)自律性を害するような影響を及ぼすことになりかねないのではないかと、との懸念も存在するであろうが、その限りでいえば、間接正犯という構成や、法治国家の観点から当罰行為を法益に近い侵害に限るといった方法も併せて考えると、「処罰の間隙」は生じないのである。もちろん、刑罰威嚇が向けられるのは、もっぱら介助者であっ

67) すでにそのように指摘するのは *Duttge*, NJW 2016, 120, 124. 同様に *Henking/Vollmann*, *Ethik in der Medizin* 2016, 121, 132.

68) 上記 I.

69) 上記 Anm. 43 ff. を参照。

て、自殺企図者本人ではない⁷⁰⁾。以上のことからいえるのは、この場合、有責に行われた不法に向けられた非難という刑法的観点が、パターンリスティックな後見というコンテキストの中では、それほど重要性をもたなくなってしまうといわれる。しかしながら、このように考えたとしても、刑罰威嚇を用いることによってまさに意図されていたことではあるが、自殺企図者にとっては、無条件に(部分的ではあるものの)自殺への接近を制限されるという事実に何ら変わりがないのであって、死を望む者個々人の「自律能力」が、実際に適法に証明されなければならないとの主張がなされる限り、「過度の広汎性」⁷¹⁾という問題もまた依然として残っているのである。というのも、以上のことを前提とすれば、正当化されるのは常に、一時的な禁止にすぎないのであって、時間的な制限のない無条件の禁止ではないからである⁷²⁾。このことは、第三者の保護利益にもかかわり、「誘惑的な作用」を有するのではないかと危惧される⁷³⁾。というのも、彼らの場合、いうまでもなく、必要な「合理性」はもっぱら慎重に、すなわち、コミュニケーションによる「選択の手助け」⁷⁴⁾を通じて促進されるからである。

2. 臨終段階での自己決定

自殺を実行し、あるいは準備する場合であっても「自律的な」決定が現実になされる⁷⁵⁾、という事実によって支えられている上述の基本的な評

70) 「必要的共犯」の問題については上記 Anm. 58.

71) アメリカ合衆国の overbreadth-Doktrin の概説についてはたとえば *Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, 2015. S. 229 ff. より詳しくは、たとえば *Buell*, in: *New York University Law Review* 2008, 1491 ff.

72) 本稿と同じくすでに *von Hirsch/Neumann*, in: *von Hirsch/Neumann/Seelmann (Anm.)*, S. 71, 86 f. および⁹⁷ f.

73) 上記 Anm. 47を参照。

74) *van Aaken (Anm. 15)*, S. 125 ff.

75) 近時の法実務もこの意味に解する。VG Hamburg MedR 2009, 550, 555; LG Deggendorf GesR 2014, 487 f.; LG Gießen NSTZ 2013, 43; StA München MedR

価値は、必然的に、自殺介助者が種々の状況を判断する際に一定の影響を与える。たしかに、自殺介助者だけをみれば、厳密な意味ではパターンリズムの問題は生じない。なぜならば、当該刑罰法規が重きを置いているのは、自殺介助者の幸福ではなく、潜在的な自殺者の幸福だからである。それにもかかわらず、刑罰威嚇の直接的な対象となっているのは、自殺介助者なのである。もっとも、自殺企図者が「自由な行動」として自殺介助者の援助を得ることもありうるので、その限りで当罰的な不法は存在しないのである。というのも、自殺企図者と自殺介助者の協働によって形作られる社会的関係は、自己答責的な自殺を可能にするという全く同一の目標を向けられているものであり、また、自殺のための機会などを提供する者、これを調達する者、あるいはこれを斡旋する者は、このような——それ自体は個人的かつ私的な⁷⁶⁾——目標に向けた努力を行う者だからである。*Pawlik* は、正当にも次のように述べている。「自由答責的に行為する自殺者が自ら行動する際に援助をなす者は、……自殺者の権利を侵害するものではなく、自殺者自身が権利領域を整序するにあたって、その者を手助けしているのである」⁷⁷⁾。そうだとすれば、介助者が、「回復継続の意図」をもって行為していたのか、あるいは、「組織的な」体制で行為していたのか、それとも、もっぱら利益を得ようとする意図をもって（「職業的に」）行為していたのかは、極めて些末なことにすぎないのである⁷⁸⁾。したがって、法的禁止の正当な適用範囲は、自殺者の「強制状態、経験の未熟さ、判断力の不足又は著しい意思の弱さ」（刑法290条〔訳者注：現行の291条〕1項に対応）につけこまれたような事例に限られるであろう⁷⁹⁾。しかしな

2011, 291を参照。

76) *Kühl*, Festschrift für Kühne, 2013, S. 15, 28. 「自殺者は自己の自由領域にとどまっており、他人を煩わせることはない。」

77) *Pawlik*, Festschrift für Wolter, 2013, S. 627, 634.

78) すでに *Duttge*, medstra 2015, 257 f. 同様に *Eidam*, medstra 2016, 17, 19; *Roxin*, NStZ 2016, 185, 189; *Schöch*, Festschrift für Kühl, 2014, S. 585, 599; *Taupitz*, medstra 2016, 323, 325.

79) 間接正犯を考慮した処罰の欠缺についてはすでに上記 Anm. 69 f.

がら、刑法217条の構成要件は、上述したような自律性を明らかに危殆化する事案にのみ適用されるわけでは決してなく、——「業として」行為している場合——考えられる自殺行為の前段階を広く取り込むものとなっていることから、このような犯罪化は、単なる不法の疑いに依拠するものにとすぎず、また、個別具体的な事案においては、不当な嫌疑刑による事後的な処罰となってしまうのである⁸⁰⁾。

個々人の努力が、このような方法で自らの命に終止符を打とうとすることに向けられている限りで、個人の権限を上述した形で決定的に後退させることは、治療の限界(「治療中止」)⁸¹⁾、や間接的臨死介助⁸²⁾の事案においても、臨終段階での自己決定権を承認していることと明らかに相反する。当該事案において、このような自己決定権の行使が必然的に死に至るような結果をもたらすものであったとしても、その権利が妥当することには何の疑いもないが、自分の命を(間接的に)終わらせることに向けた計画的な行為をする際に、他者の協力を利用することは(2015年の終わりから)およそできなくなってしまったのである⁸³⁾。すなわち、現行法は、患者の同意能力が途中で失われている場合であっても、生命維持のための治療を終わらせるという患者の決定の自由の下でなされる「正しい死」(患者による事前指示、将来に備えた委任状、世話にかかる指示によるもの)と⁸⁴⁾、直接の当事者によって意図された生命の終結を積極的に実現しよう

80) 適切にも *Verrel*, GuP 2016, 45, 46.

81) BGHSt. 55, 191, 202 f.

82) BGHは「プッツ事件」判決(Anm. 81)の中で、(推定的)同意の理論を間接的臨死介助にも適用するという筆者の提案(たとえば *Duttge*, in: *Kettler/Simon/Duttge* u.a. [Hrsg.], *Selbstbestimmung am Lebensende*, 2006, S. 36, 52 ff.)を詳しい理由をあげずに付随的に認めた。

83) 「業として」の概念の幅によって限定される。

84) 人命保護の観点から生ずる現行の法状況のリスクについて、詳しくは *Duttge*, in: *Duttge/Syn* (Hrsg.), *Human Dignity at the end of life: Ethical, medical, sociological and juridical aspects*, 2016, S. 313 ff.; 特に患者の事前意思表示の制度に対する批判について *Duttge*, in: *Coors/Jox/in der Schmitt* (Hrsg.), *Advance*

とあえてなされた「誤った死」とを区別しているのである。もちろん、個人々人に対し、その者の最期の生き方について、——その帰結がもっぱら本人に関わる限りにおいて——有無をいわず指図することが、国家権力の及ぶものでないことは明らかである。結局のところ、何人も主体的地位を有することが原則的に承認されている以上（ドイツ基本法1条1項）、自分自身の在り方という「クオリティ・オブ・ライフ」と、まだ甘受しうる苦痛の限界に関する一身専属的な判断特権がそこには含意されているのであって、かかる特権は、（チームや専門家、あるいは、公的機関による）「客観的な理性の留保」に服する必要はおよそ認められないのである。

このようにして死という概念について正反対の規範的な特徴付けをするには、十分な根拠がなければならず、矛盾がないように法秩序全体へと組み込まれる必要がある。自己決定権保護の側面のみを重視する従来の説明に説得力はない。自殺志願者にとっては、自殺をするという行為自由を承認してもらうことが重要であり、治療を限定ないし中止しようとする治療者との間にも間違いなく社会的関係性が存在していることはさておき、この従来の説明は基本的自由の保護義務の側面に照らしても、何らの合理性もない⁸⁵⁾。さらには、事前指示書を用いて患者が事前配慮（Vorsorge）を自ら決定することの中には、死を望むことも含意されているが（民法1901条a第1項第1文）、なぜこのように考えられているのかについて、単純な法律的な説明を付すことすらできないであろう。結局のところ、現行法が規範的に正しい死と間違った死とを区別していることには、明らかに父権主義のイメージが見て取れる。そのイメージとは、人の手によって直接に「外部から」死を惹起した場合には、客観的かつ自然的な観察からすれば原則的にその死を避けることができるように思える一方で、死ぬことが

Care Planning: Neue Wege der gesundheitlichen Vorausplanung, 2015, S. 39ff.

85) 欧州人権裁判所は、「私的領域における権利」（欧州人権条約8条）は他殺の状況においても認められる可能性があるが、それにもかかわらず他殺が禁止されているのは「法秩序の存立」に立ち戻ってはじめて正当化されるという（NJW 2002, 2851 ff.: „Diane Pretty“）。

避けられない病の進行を理由に治療を制限する場合には、その死は運命的に不可避である、という点に主な差異を見出そうとするものである。無論、ここからは、自己決定権や「身体の完全性」⁸⁶⁾(生命保護)に即した法的ガイドラインを明確にするような、厳格な区別基準は生じない。なぜならば、因果経過への「自然的な」ないし「人為的な」関与は、せいぜい量的なものであり、生きることに疲れ切って、少なくともその意味で苦しんでいる人々の目からすれば、死が避けられない病ではなかろうとも、死よりほかに選択肢はあり得ないのである。近時の法実務が、自殺患者と「普通の患者」の間に何らの質的差異を認めない理由⁸⁷⁾、そして最近、患者が麻酔剤の使用によって「尊厳を保ち、苦痛なく自殺が可能となる」場合に、連邦行政裁判所が自己決定権という題目で麻酔剤の使用可能性を説明した理由はここにある⁸⁸⁾。そこで注意を要するのはただ一点である。人の意思は誤りやすく、また移ろいやすいものであることから、具体的な生活状況や人の生命の価値の高さ、結果の不可逆性に応じ、死が切迫しているという生命要件を満たした場合の治療拒否よりも、自身の死を自ら決定し、積極的にこれを惹起することに対して社会が課すハードルが(明らかに)高いということは当然である。無論、濫用の可能性は、決して作為的殺人のみにかぎられない⁸⁹⁾。

3. 副 作 用

前述した法原理的性質をめぐる疑念の他にも、刑法217条は、医師と患

86) 上記 Anm. 56を参照。

87) Anm. 75.

88) BVerwG, Urteil v. 2. 3. 2017 - 3C19. 15, Pressemitteilung des BVerwGNr. 11/2017を参照。

89) *Harris* (Anm. 28), S. 130 f. は「それゆえ、早急に考えなければならない道徳的問題は、比較的少数の人に当てはまる任意的な安楽死の問題ではない……。本当の問題は、社会によって許容され実践されている膨大な数の非任意的な……安楽死の事例である。」と強調する。

者の関係に支障となることが予想される⁹⁰⁾。いうまでもなく、(緩和)医療によるケアにとって重要なのは、互いの信頼である。これは、死に瀕した患者の終末期ではなおさらである。医療の現場においては、回復の見込みのない状況で、患者がはっきりと死にたいと言うこと、時として医師や看護人に向けて決然とそう言うことが常日頃であると知る者は少なくない⁹¹⁾。心に寄り添う「対話医療」⁹²⁾の本来の意味に含まれるのは、そのような場面で何も語らないことや、無茶な要求に対してぶっきらぼうに説教臭く非難するようには応えるのではなく、患者に対しては引き続き、よく理解して付き添う姿を示すことである。しかし、これらの行為を自殺援助として犯罪化してしまえば、自らが巻き込まれることを恐れて拒絶するようになる。これこそが従来から「およそ医師にあるまじき」⁹³⁾ものと理解されている「防衛医療」への傾斜であるとして嘆かれているものである。

そうしている間に広まってしまった、刑事追迫に対する医師の不安と恐れには理由がないとされることは⁹⁴⁾、将来への危険な方針転換であることが明らかとなる。周知のように、長きに渡り、必ずしも全ての医師会が医師模範職業規則16条3文に含まれる禁止条項の導入を推奨してきたわけで

90) *Gaede*, JuS 2016, 385, 387; *Hilgendorf*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 23. September 2015, S. 4 (<http://www.bundestag.de/blob/387792/03e4f59272142231bb6fdb24abe54437/hilgendorf-data.pdf>にて閲覧可能である); *Taupitz*, *medstra* 2016, 323, 325も同様である。

91) そのため、ケルン大学病院の緩和医療センター (Palliativzentrum der Universitätsklinik Köln) は、医師および看護スタッフと死を望む患者との交流について独自の教育を行っている。<https://palliativzentrum.ukkoeln.de/forschung/umgang-mit-todeswuenschen/> [2017年8月2日閲覧] を参照。

92) *Maio*, in: *Duttge/Zimmermann-Acklin* (Hrsg.), *Gerecht sorgen. Verständigungsprozesse über den Einsatz knapper Ressourcen bei Patienten am Lebensende*, 2013, S. 169 ff.

93) 多くの文献の中から1つだけ。*Wieland*, *Strukturwandel der Medizin und ärztliche Ethik*, 1986, S. 86 f.

94) 立法者の主張はそのようにいう。BT-Drucks. 18/5373, S. 18.

はなかったため⁹⁵⁾、医師による臨死介助が全くあり得ないとはいえない。同様に、近時のアンケート調査によれば、少なからぬドイツ人医師は、やむを得ない場合には一定の条件下で、自身の患者に対して致死薬を用意することも選択肢の一つであって、これを完全に否定することはできないと考えているようである⁹⁶⁾。これは、毅然とした基本姿勢に動機付けられているものであろうし、類似の事例においては同様の取り扱いをすることになるから⁹⁷⁾、「業務性」は決して否定されることはない。たとえ医師が単に「特異なコンフリクト」において不承不承、具体的な支援を提供することに同意した場合であっても、医師は、処罰されないものと安心することはできない。なぜならば、刑法217条2項の例外条項において、医師が処罰の対象外とされることを直接的に読み取ることができないからであり、それゆえ処罰されてしまうかもしれないという逆の推論を働かせてしまうのである⁹⁸⁾。そして、構成要件の適用範囲が不明確であるがゆえに、処罰のリスクを明らかな「援助」(たとえば致死薬の提供や自殺援助法人への仲介)の事例に限定することもできない。それゆえ、刑法的には、患者自らの意思に基づく人工栄養・輸液の中止(いわゆる絶食死)を可能にすることも、可罰的とみなされる⁹⁹⁾。かかる措置は、ケースバイケースではあ

95) これについて詳しくは、たとえば *Ostgathe*, in: *S. Höfling/Rösch* (Hrsg.), *Wem gehört das Sterben?*, 2015, S. 11, 13 f.

96) 近年では、ドイツ血液・腫瘍学会のメンバーによって行われている。詳しくは *Schildmann/Wünsch/Winkler*, *Ärztlich assistierte Selbsttötung*, 2015, 特に S. 24 (無条件で認めないのは57%にすぎない) を参照。これ以前にすでに *Schildmann/Dahm/Vollmann*, *DMW* 2014, DOI 10.1055/s-0034-1387410; *Schildmann/Hötzel/Müller-Busch et al*, *Palliative Medicine* 2010, 820 ff.

97) 適切なのは *Jox*, *Vortrag zum 9. Straubinger Ethiktag am 17. 11. 2015*. 良心は……「はかないものではない」(www.egt.meduni-muenchen.de/personen/mitarbeiterjor/vertraege/straubing-2015.pdf).

98) 本稿と同じく *Magnus*, *medstra* 2016, 210, 215.

99) とりわけそのように主張するのは *Berghäuser*, *ZStW* 128 (2016), S. 741, 778; *Hecker*, *GA* 2016, 455, 457 f.: いずれにせよ「語義によれば」。 *Hilgendorf*, *Stellungnahme* (Anm. 90), S. 14; *ders.*, in: *Legal Tribune Online* v. 12. 11. 2015.

るものの、医療の現場では、自己決定に基づく苦痛緩和という意味で、従来の臨死介助に代わる、受け入れ可能なより良き選択肢と考えられているにもかかわらず、刑法上は許されないこととなる。このことを、連邦医師会とドイツ緩和医療協会（DGP）という背景の全く異なる両団体が強調したのである¹⁰⁰⁾。このような当然の理解と現行の217条の理解が理論的にどれほど調和しうるかについては、無論、目下大いに疑問である¹⁰¹⁾。

これとは別に、同様に法的観点からも副作用は予測され、あるいはすでに——不作為の可罰性が問われた近時のOLG Hamburg 決定¹⁰²⁾の事案のように——それは、現実のものになっている。この事例において、すでに過去のものとして忘れられていた¹⁰³⁾、いわゆる「所為支配の転換」¹⁰⁴⁾についてのBGH判決が突如復活した。しかも、とりわけ217条に明示的に言及されていることが目を引く。その文言から読み取ることができる立法者の「価値判断」が示しているように、意識を失った自殺者のための救助義務が、その自殺の事象経過が以前から「業として」援助されていたのか、ただ偶然に支援した者により援助されたのかにかからしめられるべきであるということは、二つの中心的価値原理——生命保護と自己決定権——に照らすと、およそ説明がつかないのである。さらなる可罰性リスクは、自殺傾向を見誤ってしまった場合の責任に目を向けると明らかとなる。というのも、217条の射程内では、自殺者が具体的事情において自由

100) *Bundesärztekammer*, Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung (§217 StGB): Hinweise und Erläuterungen für die ärztliche Praxis, Deutsches Ärzteblatt 114 (2017), A-334 ff.; *Tolmein/Radbruch*, Balanceakt in der Palliativmedizin, Deutsches Ärzteblatt 114 (2017), A-302 ff.

101) 具体的な問題分析と、提案については、*Duttge/Simon*, NStZ 2017, S. 512 ff.

102) 上記 Anm. 55.

103) 多くの文献の中から1つだけ。*Rosenau*, medstra 2017, 54: 「とっくの昔に解決済みである」。 *Saliger*, medstra 2015, 132, 136 「実際には時代遅れとなった」。これに対してより慎重なのは *Hillenkamp*, Festschrift für Kühl, S. 521, 530 f. 「依然として計算できないリスクがある」。

104) BGHSt. 32, 367 ff.

答責的に行為したかどうかは無視され、つまり自殺者の処分権は脇に置かれるからである。しかし、麻薬法(BtMG)違反の枠内では、従来から、自己答責的な自己侵害・危殆化の原則がその実定法的限界となることが承認されてきた¹⁰⁵⁾。したがって、これとパラレルに、たとえば医学的・精神学的鑑定的事例においても、217条によって自律性原理が阻害されてしまうであろう。いずれにせよ、認識の困難性や予測の困難性が存在するため、刑法的圧力の高まりが機能不全をもたらすであろうことは自明である。

III. 展 望

以上により、刑法217条の新たな構成要件は、価値合理性の観点からは極めて自由侵害性が高く、目的合理性の観点からは適切でないどころか、大きな害にすらなるとまとめざるを得ない。それゆえ、この構成要件は連邦憲法裁判所により無効であると宣言されることが、何より求められるであろう。行為と危険性との関係がほとんど分からなくなるほど、そして可罰性の範囲を現実的な危険性が生じる前段階へと前倒しするほど、この構成要件を無効とすることが、強く求められる¹⁰⁶⁾。しかし、刑罰正当化論の見地からすれば、処罰される行為には現実的な侵害リスクが内在していなければならない¹⁰⁷⁾。そうでなければ、犯罪的態度は——行為主義という基本原則に反して——単なる(一見して「悪しき」)心情に尽きてしまうからである。もっとも、一時的な権利保護のために¹⁰⁸⁾、立法者の動機

105) BGHSt. 37, 179, 183; BGH NJW 2000, 2286, 2287; *Beulke/Schröder*, NStZ 1991, 393f.; *Duttge*, in: Münchener Kommentar StGB, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, §15 Rdn. 155; *Rudolphi*, JZ 2001, 572, 573 f. を参照。

106) すでに *Herzberg*, ZIS 2016, 440 ff.; *Verrel*, GuP 2016, 45, 47 も同じ。

107) たとえば *Duttge*, Festschrift für Weber, 2004, S. 285, 295; *Frisch*, in: *Hefendehl/Wohlens* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 215, 227; *Wohlens*, GA 2002, 15 ff. *Roxin*, Festschrift für Hassemer, 2010, S. 573, 589 「十分な法益連関」も参照。

108) *Gaede*, JuS 2016, 385, 387; *Weißer*, ZJS 2016, 525, 529 f. も本稿と同じ。

を無批判に引き受けるならば¹⁰⁹⁾、連邦憲法裁判所がこの構成要件を合憲限定解釈によって維持しようとすることもできる。しかし、自殺の意思決定を何らかの方法で(たとえば刑法27条の幫助理論を使って可能にするという方法で)容易にすることが直ちに当罰的な不法であるとされないためには、不法を基礎付ける実行行為を特徴付ける際に、217条を明確に限界付けることが必要である¹¹⁰⁾。また、前述の「絶食死」の問題状況が示しているように、217条の文脈においては、「自殺」の概念も、それ以外に(特に医療倫理で)¹¹¹⁾一般に言われているよりも、さらに厳格に理解されねばならないであろう。とりわけ喫緊の課題となっているのは、ドイツ連邦議会有識者会議がすでに警告したように¹¹²⁾、「業務性」の著しい曖昧さを明瞭な線引きによって排除することである。さらに、特別な目的メルクマールについても、行為者の目的指向的で計画的な意欲は単に自身の支援行為に関わるもので足り、そこから生じる危険の側面については未必の故意で足りるとする立法者の解釈は、自明であるとはいえない¹¹³⁾。というのも、実行行為は、(一種の「余剰の犯罪結果」¹¹⁴⁾としての)「機会」の提供と必然的に結びついており、この「機会」の提供それ自体は、計画された自殺に照らしてのみ理解されうるからである。しかし、これらのすべて

109) BVerfG NJW 2016, 558 f.

110) *Verrel*, GuP 2016, 45, 49; *Weigend/Hoven*, ZIS 2016, 681, 682 ff. も批判的。
Oglakcioglu, in: Beck'scher Online Kommentar StGB, 33. Edition (1. 12. 2016), §217 Rdn. 18: 「最後の障害」を排除する行為のみである。

111) *Birnbacher*, Ethik in der Medizin 2015, 315, 320の引用による WHO の定義：「自殺とは、死者が重大な結果を知り、あるいは期待しつつ、自分の望む変化を引き起こす目的をもって着手し、遂行した重大な結果である。」

112) WD 3-3000-188-15, S. 8 ff. (<https://www.bundestag.de/bleb/405550/92dd7bcf5c9ca2b2ea34991e89e898ce/wd-3-188-15-pdf-data.pdf>).

113) BT-Drucks. 18/5373, S. 19: 「したがって、自殺を援助した者は、たとえば自殺の意思のある者に致死薬を提供したが……、その自殺を最終的に意欲したわけではなく、むしろ否認していたのである、という理由をあげることはできない。」

114) *Gaede*, JuS 2016, 385, 389; *Duttge*, in: *Prütting* (Anm. 45), §217 Rn. 7も参照。

「業としての自殺援助」(刑法217条)

の疑問点が最終的に、制限的に理解された余剰構成要件 (Resttatbestand) として解釈されたとしても、次のような昔からの洞察は、いまだその説得力を失わない。

「確実に言えるのは——善きこと、それは許されている悪しきことである！」

Wilhelm Busch 『Die fromme Helene』(1872) の結語より引用