

講 演

ドイツにおける臨死介助および自殺幫助の権利

ヘニング・ローゼナウ

甲斐克則・福山好典（訳）

- I. 臨死介助の伝統的形式
- II. 臨死介助の再編
- III. 結 語

I. 臨死介助の伝統的形式

2010年6月25日、連邦通常裁判所第2刑事部は、[臨死介助の]法史を叙述しつつ、ある臨死介助（Sterbehilfe）の事案に判断を下した⁽¹⁾。同判決により、従来の学説上の臨死介助の分類は、崩壊する。しかし、まずは、臨死介助が従来どのように理解されていたかを概観しよう。

伝統的に、間接的臨死介助（*indirekte Sterbehilfe*）、消極的臨死介助（*passive Sterbehilfe*）、積極的臨死介助（*aktive Sterbehilfe*）という3つの形式が区別されている。そのほかに、自殺幫助（*Suizidbeihilfe*）というカテゴリーがある。このカテゴリーは、ちょうど今、ドイツで論争的になっているものである。このカテゴリーは、本講演の最後に取り上げる。法状況が区別問題と評価矛盾により特徴づけられることを明らかにする。ドイツにおける臨死介助は、捉え直しを迫られている。

1. 積極的臨死介助の形式としての間接的臨死介助

間接的臨死介助の許容性は、ドイツでは、すでにずっと以前から異論を見な

(1) BGHSt 55, 191 ff.=NJW 2010, 2964 ff.

い。間接的臨死介助の場合、苦痛緩和に主眼があるので、不可避免な生命短縮を甘受することが許される。医師には、附随結果として死が早まることを認容し、または確実に予見しつつ、苦痛に喘ぐ死にゆく患者に多量の鎮痛剤を投与することが許される⁽²⁾。これに対し、死にゆく者に、その「明示的かつ真摯な」嘱託に基づき、狙って致死量の鎮痛剤を注射する者、つまり、意図的に死を惹起する者は、嘱託殺人（刑法216条）で処罰される。これは、積極的（直接的）臨死介助の事例に分類される。

この区別は、きわめて疑わしい。なぜなら、いずれの事例でも、患者の死が、積極的にかつ故意により早められている、つまり、承知のうで惹起されているからである。

支配的見解は、可罰性と不可罰性の境界を、故意の種類の違いにより判断する。苦痛緩和に主眼があり、死の発生の早期化が、意図されない附随結果である場合、医師は、未必の故意（*dolus eventualis*）により、または——確実な生命短縮を認識するときには——第2段階の直接的故意（*dolus directus* 2. Grades）により、行為する。この場合には、単に間接的臨死介助が存在するといわれる。これに対し、医師が死を意図する場合、彼は第1段階の直接的故意（*dolus directus* 1. Grades）により行為する。この死は、主結果になる。この場合には、積極的臨死介助が存在する⁽³⁾。

この支配的見解は、すでに刑法解釈論上の理由からして、あまり説得的でない。なぜなら、3つの故意の形式はすべて等しく扱われなければならない、という原則が妥当するからである⁽⁴⁾。刑法212条以下の諸々の殺人構成要件には、行為の主観面において、何らの相違も存在しない。間接的臨死介助は積極的臨

(2) BGHSt 42, 301, 305; 46, 279, 285. 一部で、医師の側から、間接的臨死介助の重要性が疑われている（*Oduncu* MedR 2005, 516, 518; *Beckmann* DRiZ 2005, 252, 253 f. 参照）。緩和医学研究の科学的データは、オピオイドおよびその他の鎮痛剤が終末期を短縮するのではなく、むしろわずかに引き延ばすものであることを明らかにした。しかしながら、これは、適切に薬剤を使用すれば間接的臨死介助はまったく存在しないも同然である、ということである。したがって、間接的臨死介助は存在する。実際、緩和医の間でさえ、意見は一致していない。常にとはいえないが、例えば、肺癌の場合、激烈な苦痛に対する有効な鎮痛療法が可能であるとされる。*Schöch/ Verrel* GA 2005, 553, 574; *Wolfslast* FS Schreiber 2003, S. 913, 918参照。

(3) *Duttge* GA 2005, 573, 578 f.

(4) *Merkel* FS Schroeder, 2006, S. 297, 314.

死介助の特別の下位事例であること⁽⁵⁾、そして、われわれはこの事例を不可罰と認めていることを、単純に承認しなければならない。

2. 消極的臨死介助

消極的臨死介助は、第1に、終末期に実施される。患者の疾患は、不可逆的に死に至る経過を辿っており、間もなく死が発生する。これは、死に際しての介助（*Hilfe beim Sterben*）と呼ばれている。この場合、もはや治療の適応は存在しない。それゆえ、死にゆく者は、もはや延命措置の投入を要求することができない。

さらに、消極的臨死介助は、疾患が不治の経過を辿っている場合に、死への介助（*Hilfe zum Sterben*）としても行われる。昏睡患者が、器具の助けを借りれば、さらに長期間生きられる場合にも、同様である。これらの場合、延命措置、特に集中医療措置は、行わなくてもよい。すでに開始された措置、例えば、人工呼吸器の装着は、中止することができる。

立法者は、第2の形態「消極的臨死介助」を認めている。なぜなら、立法者は、まさに、許容される臨死介助を終末期に限定しないことを意図していたからである。2009年9月1日の患者の事前指示（*Patientenverfügung*）の法制化⁽⁶⁾をもって、民法1901a条3項は現在、疾患の種類および進行度がもはや問題にならないことを明確に規定している⁽⁷⁾。いわゆる範囲制限を予定する反対の草案⁽⁸⁾は、退けられた。

「消極的臨死介助」の概念には、問題がある。第1に、患者を単に死にゆくにまかせればよいわけではない。基本的処置は、保障されなければならない⁽⁹⁾。治療目的は、新たな進路を与えられる。死の看取りに関する連邦医師会の原則（*Grundsätze der Bundesärztekammer zur Sterbebegleitung*）は、生命維持措置に替えて看護処置を含む緩和医学的処置を行う、と定めてい

(5) *Rosenau* FS Roxin zum 80. Geburtstag, 2011, S. 577; *MK-Schneider* Vor § 211 Rn. 91; *Birnbacher* Tun und Unterlassen, 1995, S. 345.

(6) BGBl. I, 2286 f.; いわゆる患者の事前指示法（*Patientenverfügungsgesetz*（*PatVG*））。

(7) これについては、*Hörr*, *Passive Sterbehilfe und betreuungsgerichtliche Kontrolle*, Baden-Baden 2011, § 7 AII 1を見よ。

(8) *Bosbach*, BT Drs. 16/11360ならびに *Eibach* MedR 2002, 123, 138の草案参照。

(9) *Schreiber* NSTZ 2006, 473, 474; *Hahne* FamRZ 2003, 1619, 1621.

る⁽¹⁰⁾。

第2に、消極的臨死介助は、まったくもって消極的ではない。ボタンを押すことにより、作動中の人工呼吸器のスイッチが切られる場合、法的見地から見て、このことは明らかである。

支配的見解は、この状況を[・]作[・]為[・]による[・]不[・]作[・]為[・]（*Unterlassen durch Tun*）と評価する⁽¹¹⁾。なぜか。こうしなければ、当該行為を不作為による殺人と理解することができないからである。そして、不作為には保証人的義務（*Garantenpflicht*）が必要であるところ、この義務は、臨死介助状況下の医師にはもはや向けられず、それゆえ、医師は不可罰にとどまるという望ましい結論が導かれるのである。結局、この構成は、解釈論上の技巧に手を出すものである⁽¹²⁾。

しかし、この臨死介助には、あいにく、消[・]極[・]的[・]なものは存在しない。人工心肺装置のスイッチを切るとは、毒薬の注射に劣らず、積極性を必要とする。人工呼吸器のスイッチを切ることや、栄養補給チューブを取り外すことを、現象的に積極的作為と正直に理解する者⁽¹³⁾は、積極的臨死介助を承認せざるをえない。刑法解釈論は、行為から非行為を生み出すことなどできないのである⁽¹⁴⁾。

もっとも、ここで刑罰を科すことはできないという点で、われわれの意見は一致している。規範的にも、社会的な意味内容に従っても、治療の断念（*Behandlungseinstellung*）がいかなる方法で行われるか、すなわち、治療を最初からまったく開始しないことにより行われるか（不作為）、それとも、治療を後に中止することにより行われるか（作為）で、区別を行うことはできない。ここでも、支配的見解は明らかに、積極的作為による臨死介助に接近することなく適切な結論を得ることを重視している。

(10) DÄBl. 2011, A 346, 347.

(11) BGHSt 6, 46, 59; Roxin FS Engisch, 1969, S. 380, 396; ders., in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. Stuttgart 2010, S. 75, 95.

(12) Gropp GS Schlüchter, S. 173, 182; Verrel, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, Gutachten C zum 66. DJT, München 2006, S. C 26; Fischer, StGB, 60. Aufl. München 2012, Vor § 211 Rn. 20.

(13) Rosenau, FS Roxin zum 80. Geburtstag, 2011, S. 577 ff.

(14) Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 11. Aufl. Bielefeld 2003, § 15 Rn. 33.

新たな連邦通常裁判所判決は、この問題に向き合うものである。この点については、すぐ後で詳述する。

3. 自殺幫助

第3の不整合は、自殺幫助の不可罰性を積極的臨死介助の可罰性と対比させる場合に、明らかになる。ドイツでは、正犯なければ共犯なし、という原則が妥当する。自殺は不可罰であるので、そこから自殺幫助の不可罰性も導かれる。生きることに疲れた者のために毒薬を入手し、提供する者は、その後、当該の生きることに疲れた者がその毒薬を自ら注射しても、処罰されない。自殺の理由は重要でなく、よくある失恋の苦しみのような、きわめて単純素朴な理由でも認められる⁽¹⁵⁾。これに対し、生きることに疲れた者の動機が非常に説得的で、あらゆる理性的人間が納得できるものであるのに、この動機に基づく切実な希望に応じて彼に注射を行う者は、処罰される。

判例が自由答責的自殺の場合にも救助義務を創出し、それにより自殺関与者の不処罰を回避したため、この混乱に拍車がかかる。生きることに疲れた者が意識を失うと、行為支配は、いまだその場に居合わせる医師に転換されるというのである。そして、当該医師は、保証人として、今や患者を救助する義務を負うとされる。かくして、幫助者は、当初、致死薬を入手することを許されていたのに、意識喪失が発生するやいなや胃洗浄を行わなければならない、という奇妙な事態が生じる⁽¹⁶⁾。その結果、医師は、生きることに疲れた者をひとりで死なせるか、または、恐るべき死を招くけれども、救助可能性を失わせる青酸カリを利用するようになった⁽¹⁷⁾。この判例は、一般に認められていることだが、時代遅れであり、検察官も、もはやこれに留意していない⁽¹⁸⁾。

(15) 適切なものとして、*Jakobs Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*, 1998, S. 14.

(16) BGHSt 32, 367, 376参照。

(17) *Hackethal*, OLG München, NJW 1987, 2940, 2942 f. の事件参照。

(18) Staatsanwaltschaft München I, Beschluss vom 30. 7. 2010, AZ 125 Js 11736/98. 適切なものとして、*Roxin* in: *Roxin/Schroth* (Hrsg.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4. Aufl. 2010, S. 75, 108; v. Heintschel-Heinegg/*Eschelbach* § 216 Rn. 5; *Dölling* FS Maiwald 2010, S. 119, 123; *Kutzer* ZRP 2012, 135, 137 f.

II. 臨死介助の再編

1. プッツ判決の位置づけ

2010年の連邦通常裁判所の基本的判決、いわゆるプッツ判決 (*Putz-Urteil*)⁽¹⁹⁾ は、2つの重要な言明を含んでいる。

第1に、本判決は、第3帝国の経験に根差す安楽死のタブーを片付けるものである。多くの者は、許容される臨死介助の形式が、積極的臨死介助から厳格に区別されると考えようとする⁽²⁰⁾。これに対し、プッツ判決は、積極的に行われる殺人でさえ許容され、要請される状況が存在することを明らかにする。間接的臨死介助の場合、このことは、ずっと以前から気づかれている。現在では、いわゆる消極的臨死介助の場合にも、この理解に従う最高裁判決が存在するわけである。「治療中止 (*Behandlungsabbruch*) は、不作為によっても、積極的作為によっても、行うことができる⁽²¹⁾」という「公式の」要旨2は、こうした連邦通常裁判所の勇気に対する敬意を、はっきりと表現している。

第2に、より重要なことであるが、ロクシン (*Roxin*) に由来する「作為による不作為⁽²²⁾」がフィクションであることが暴かれている。これにより、消極的臨死介助は、棚上げされることになる。今後は、治療中止のみを語ることができる。

2. 消極的臨死介助から治療中止へ

本判決は、76歳の高齢の昏睡女性患者に関わるものであった。本件の女性患者は、半昏睡状態にあり、もはや受け答えができなかった。それから5年後に、左腕切断手術を受けた後、本件の女性患者は、わずか身長159cm、体重40kgにまで痩せ衰えた。この症状の改善は、もはや期待できなかった。家庭医と娘は、治療中止を決断した。彼らは、人工栄養補給を停止した。医師の所見で

(19) BGHSt 55, 191 ff.=NJW 2010, 2963 ff. ならびに *Duttge MedR* 2011, 36 ff.; *Gaede NJW* 2010, 2925 ff.; *Hirsch JR* 2011, 37 ff.; *Kubiciel ZJS* 2010, 656 ff.; *Lipp FamRZ* 2010, 1555 ff.; *Rosenau FS Rissing-van Saan*, 2011, S. 545 ff.; *Wolfslast/Weinrich StV* 2011, 286 ff.; *Verrel NStZ* 2010, 671 ff. の評釈。

(20) *Holzhauser FamRZ* 2006, 518, 524.

(21) 強調点は筆者による。

(22) *Roxin FS Engisch*, 1969, S. 380, 396.

は、治療継続の適応はなかった。本件の女性〔患者〕は、夫が脳出血を発症した後、子どもらに対し、私は意識を失った場合に人工栄養補給および人工呼吸の形態における延命措置を希望しない、と伝えていた。本件の女性〔患者〕は、何らかのチューブにつながれることを望まないということであった。

もっとも、老人ホームの管理者が介入してきて、世話人に、栄養補給の再開を要求した。本件の女性患者に対し専断的に治療を継続することが、〔老人ホームへの〕立入禁止とともに通告された。その後、世話人は、患者への人工栄養補給に用いられているチューブを切断した。プッツ弁護士は、世話人に、この行動を助言していた。本件の女性患者は、病院に搬送されたが、同病院で死亡した。しかし、それは、数日後であり、自然死であった。フルダ・ラント裁判所は、プッツ弁護士に、刑法212条、22条、23条、25条の故殺未遂の共同正犯で有罪判決を下した⁽²³⁾。

a) 消極的臨死介助

まず、そもそも、いかにしてこうした事態が起こりえたのかに、疑問が生じる。なぜなら、プッツ弁護士は、明らかに消極的臨死介助の要件を充足しているからである。

(1) 疾患の種類と進行度

確かに、本件の高齢女性〔患者〕は、いまだ終末期には至っていなかった。しかし、疾患は、すでに不治の経過を辿っていた。本件の女性〔患者〕は、精神的・肉体的に衰弱しており、それゆえ、消極的臨死介助の第2段階が存在した。すなわち、死への介助を行うことが許されていた。

(2) 患者の意思

この場合、患者の意思が決定的である。患者の意思は、明示的に、または民法1901a条の患者の事前指示の枠内で書面により、表明されていた。その種の明示的な意思が存在しない場合には、推定的意思が重要である⁽²⁴⁾。

本件では、明示的な意思表示が存在した。本件の高齢女性〔患者〕は、意識

(23) LG Fulda, ZfL (Zeitschrift für Lebensrecht) 2009, 97 ff. 刑法25条2項の共同正犯として位置づけることには疑問がある。しかし、連邦通常裁判所はプッツを無罪としたので、これを問題とする必要はなかった。

(24) BGHZ 154, 205, 211をも参照。

を喪失した場合における人工栄養補給と人工呼吸を受け容れていなかった。もっとも、この意思表示は、きわめて不十分なものであった。生命維持措置を望まない、または、障害に煩わされる生を望まない、という大雑把な要請は、直接的な拘束作用を生じさせるには、大雑把であるように思われる⁽²⁵⁾。本件の女性〔患者〕は、夫の脳出血を目の当たりにして、こうした要請を表明した、という事情に鑑みると、有効な意思が存在したことから出発することができる⁽²⁶⁾。

(3) 世話法上の許可

栄養補給の停止に対する世話法上の許可は、ドイツでは、民法1904条4項によれば、常に必要とされるわけではなかった。同項によれば、監督機関としての世話裁判所 (Betreuungsgerichte) は、紛争事例 (Konfliktfälle)、すなわち、世話人と主治医の意見が一致しない場合にのみ、管轄を有する⁽²⁷⁾。世話裁判所による一般的な監督は、法律上予定されていない。

b) 消極的臨死介助の伝統的な正当化

しかし、本件では、ブツないし世話人が介入し、鉗でチューブを切断したため、消極的臨死介助は、正当化される治療中止として、その限界に直面する。「作為による不作為」説が認められていたことを思い出してほしい。したがって、もはや適応がない栄養補給、または患者が拒否した栄養補給が中止される場合、栄養補給器のスイッチを押すことは、(作為による) 不作為と評価される。これにより、可罰性は、問題なく根拠づけることができた。なぜなら、さらなる治療の不作為による犯行は、医師の保証人的義務が欠けるがゆえに排除されるものだからである。

しかし、本件では、処罰されない形で治療を中止した医師は、存在しなかった。この行為を行った世話人たる第三者ないし共同行為者としてのブツが、存在したのである。この行為により、両者は、他人の救助的な因果経過に介入した。しかし、救助的な因果経過への介入は、完全に支配的な見解によれば、決して不作為ではなく、常に積極的作為なのである！⁽²⁸⁾

(25) BTDrs. 16/8442, 15. この種の状況の珍しさについては、NK-Neumann, 3. Aufl. Baden-Baden 2010, Vor §§ 211, Rn. 119も同様である。

(26) BGHSt 55, 191, 196.

(27) BGHZ 154, 205, 227; BGH, NJW 2005, 2385.

c) 臨死介助の新たな構成としての治療中止

そうだとすれば、フルグ・ラント裁判所は、適切に判断を下したといえよう。それゆえ、連邦通常裁判所は、一步を踏み出さねばならなかった。連邦通常裁判所は、このもう一步を踏み出し、作為による不作為というカテゴリーを拒否し、積極的作為による臨死介助を——結論として限定的に——許容することを容認する⁽²⁹⁾。これには、全面的に賛意を表することができる。連邦通常裁判所は、支配的見解の疑わしい観念の中に、今や、許されざる「トリック」を見破り、この再解釈が現実を無視する結果とならざるをえないことを認めている。

しかし、これにより、法状況は、いっそう困難になる。なぜなら、もはや、保証人的義務の不存在を通じて不可罰になることはないからである。それゆえ、連邦通常裁判所は、治療中止という規範的に評価する（normativ-wertend）上位概念の下に統合される事例群を形成するのである。治療中止が不可罰となるのは、①患者の意思に基づき、ある措置が終結され、ないし制限され⁽³⁰⁾、かつ、②臨死介助行為が医療行為に関連する⁽³¹⁾ 場合で、かつ、③致命的な疾患の場合である。④医師またはその補助者は、行為を行うことが許される。

d) 治療中止の不可罰根拠

臨死介助には、不可罰根拠が内在していない。連邦通常裁判所は、患者の自律（*Autonomie*）を論拠として議論を展開する。連邦通常裁判所は、適切にも、臨死介助の裏面、すなわち、意思に反して治療が継続される場合、構成要件上傷害が存在する、という面に言及している。治療の開始・継続に関する患者の包括的な自己決定権（*Selbstbestimmungsrecht*）は、一方で、可罰的な傷害の存否を決定づける。治療に対する承諾がなければ、可罰的な傷害が存在する。他方で、どのような場合に臨死介助の要件が存在するかについても、この種の自己決定権により決定される。

(28) SSW-StGB/*Kudlich*, § 13 Rn. 7; Sch/Sch/*Stree/Bosch*, Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2010, Vor §§ 13 ff. Rn. 159.

(29) BGHSt 55, 191, 202. すでに *Gropp* GS Schlüchter, S. 173, 188は、このような要求をしていた。

(30) BGHSt 55, 191, 203.

(31) BGHSt 55, 191, 204

しかし、連邦通常裁判所が、患者の承諾に着目することにより、新たな問題が生じる。臨死介助は——十分正確に概観してきたように——積極的作為の場合にも問題になるので、刑法216条の承諾制限に違反せざるをえない⁽³²⁾。同条よれば、殺人は、明示的な承諾のある場合でさえ、嘱託に基づくとしても、可罰的である。

連邦通常裁判所は、民法1901a 条以下の新規定を援用することにより、窮地を脱しようとする。第1に、連邦通常裁判所は、民法典に表れた立法者の決断を、消極的臨死介助の刑法的評価に及ぼす。そもそも刑法は最終手段 (ultima ratio) としてのみ用いることが許されるのであるから、これは決して変えようのないことである。これは、法秩序の統一性 (Einheit der Rechtsordnung) の要請である⁽³³⁾。ある作為が民法上許容されるならば、決してそれを刑法上処罰することはできないのである。

したがって、可罰的な嘱託殺人と不可罰的な自殺幫助の境界線は、変化した⁽³⁴⁾。すなわち、「(世話法の) 新規定は、刑法にも影響を及ぼす」。だが、その後には、次のように書かれている。すなわち、「もっとも、刑法212条、216条の規定は、世話法の諸規定により変更されないままである……⁽³⁵⁾」。これは説得的でない。許容されない治療中止はすべて、すでに刑法212条、216条に基づき可罰的なのである。プッツが以前とは異なり現在もはや処罰されえないことからして、世話法の助けを借りた臨死介助の新構想が、必然的に、刑法212条、216条の適用をも変化させるものであることが、直ちに理解されうるのである。

治療中止の不可罰根拠は、承諾ではない。支持しうるのは、連邦通常裁判所の第3刑事部が間接的臨死介助の問題について展開してきた次のような考えである。すなわち、「表明された患者意思、または推定的な患者意思に基づいて、尊厳をもった安楽な死を可能にすること……は、きわめて重大な、とりわけ激烈な苦痛のもとで、さらに短時間生きながらえなければならないという見込み

(32) Sch/Sch/Eser, Vor §§ 211 ff., Rn. 21; Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, Köln 2004, S. 218; LK-Hirsch, 11. Aufl. 2003, Vor § 32 Rn. 115.

(33) BGHSt 11, 241, 244; HK-GS-Duttge, Baden-Baden 2008, Vor §§ 32 Rn. 4. BT Drs. 16/8442, 8参照。

(34) BGHSt 55, 191, 199.

(35) BGHSt 55, 191, 199. BGHSt 55, 191, 205をも参照。

よりも、高次の法益である⁽³⁶⁾」。

ここでは2つの害——大雑把に言えば、苦痛回避と延命——が衡量されなければならないという考えが、すでに解釈論的に適切な方策を呈示している。この方策は、2つの害が衡量され、より小さな害が選択されているかが問題となる刑法34条の緊急避難規定を志向するものである。

この解決に対する異議は、退けうるものである。第1に、刑法34条は二者間の法益衝突を念頭に置くものであるといわれる⁽³⁷⁾。しかし、臨死介助は、同一患者間の問題であり、したがって、利益保持者は1人しか登場しない。1人の法益保持者の相対立する内部的利益を衡量する場合には、特別事例として、承諾という構成を援用することができよう。しかし、この構成は、まさに刑法216条と矛盾する。われわれは、堂々巡りをしている。

だが、ここで、勿論解釈（Erst Recht-Schluss）が容易に思い付く。すなわち、刑法34条の規定に基づき、他人の利益を優先して、生命侵害を行うことができるなら、それは、自己の利益を優先する場合にはなおさら（erst recht）適切であるに違いない⁽³⁸⁾。規定の文言も、その体系的地位も、同一法益保持者の価値衝突の場合における適用可能性と矛盾しない。

第2に、保全法益が侵害法益に著しく優越していなければならないという刑法34条の要件について、疑問が生じる。憲法の最高価値としての「生命」という法益は、刑法34条の衡量を受け付けないのではないか。これは、関連する真の法益を誤解するものである。なぜなら、身体の不可侵性（körperliche Unversehrtheit）および自己決定権と、生命法益とが、対立しているわけではないからである⁽³⁹⁾。その代わりに、衡量では、尊厳をもった死、それゆえ、基本法1条1項で保護されている人間の尊厳（Menschenwürde）が問題とされているのである。そして、人間の尊厳は、憲法体系上——生命を前にしても——最高価値の称号をそれ自体で要求しうるものなのである⁽⁴⁰⁾。

(36) BGHSt 42, 301, 305.

(37) HK-GS/Duttge, § 34 Rn. 9; Kindhäuser, StGB, 4. Aufl. 2009, § 34 Rn. 39; Engländer, Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenskonflikte, GA 2010, 15; Jakobs, Strafrecht AT 1991, 13/34; その他の見解として, Kühl, Strafrecht AT 6. Aufl. München 2008, § 8 Rn. 34.

(38) SSW-Rosenau, § 34 Rn. 15; LK-Rönnau, 12. Aufl. 2006, § 34 Rn. 59, 61; Fischer, § 34 Rn. 7.

(39) BGHSt 55, 191, 197 f.

しかしながら、刑法216条の承諾制限にもかかわらず、この衡量過程において、表明された患者意思または推定的な患者意思を考慮することは、適切である。法益衡量において自己決定に基づく尊厳死を優越させる際、承諾は重要な要素である⁽⁴¹⁾。それゆえ、臨死介助を正当化するためには、正当化する緊急避難の規範構成のほかに——そのかぎりでは連邦通常裁判所に従う——承諾ないし推定的承諾も援用されなければならない。

3. 自殺幫助の新たな動向

2005年以降、ドイツでも、臨死介助組織が設立されてきた。それらは、しばしばディグニタス (DIGNITAS) やイグジット (EXIT) のようなスイスの施設の支部として設立されてきた。政治は、懸念を抱き、こうした行為の処罰を要求することにより、この動向に対応した。

現在、刑法草案の新217条、すなわち、営業的な自殺促進 (gewerbsmäßige Förderung der Selbsttötung) の構成要件を創設するための2012年10月22日の連邦政府草案⁽⁴²⁾ が議論されている。同草案には、以下の文言が含まれる。

「(1) 意図的に、営業として他人に自殺の機会を付与し、調達し、又は斡旋した者は、3年以下の自由刑又は罰金に処する。

(2) 営業として行為しなかった関与者は、第1項に掲げる他人が自己の近親者又はその他の自己と親密な者であるときは、罰しない。」

キリスト教民主同盟／キリスト教社会同盟 (CDU/CSU) 内部の保守勢力が、さらなることを欲して、あらゆる組織的臨死介助の禁止を要求しているため、本草案は、さしあたり暗礁に乗り上げている⁽⁴³⁾。本草案は、幸運にも、暗礁に乗り上げている。なぜなら、本草案は、①歴史を無視しており、②解釈

(40) SSW-Rosenau, § 34 Rn. 21; *Hufen* in: Albers (Hrsg.), *Patientenverfügungen*, Baden-Baden 2008, S. 91.

(41) *Roxin* in: Roxin/Schroth (Hrsg.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4. Aufl. Stuttgart 2010, S. 75, 88参照。

(42) BT-Drs. 17/11126.

(43) DÄ 2013, 110 (4), A 112; <http://www.rp-online.de/politik/deutschland/union-will-gesetz-zur-sterbehilfe-verschaerfen-1.3113671> (最終閲覧: 2013年5月26日) をも参照。

論的に無理があり、③憲法違反であり、④医療倫理的・法政策的に誤りであるからである⁽⁴⁴⁾。

a) 歴史を無視しているという異議

すでに古代に、自殺は、概ね、犯罪行為とは考えられていなかった。それどころか、自殺は、自由な万人の自然権としての地位を享受していた。キリスト教神学の普及以降、教会法においてはじめて、自殺は不法と評価されたが、それには、ゆるしの秘跡（Kirchenbußen）のみが課された⁽⁴⁵⁾。法的には、自殺は、ドイツではすでに数世紀にわたり容認されてきた。すでに1532年のカール5世の刑事裁判令（Peinliche Gerichtsordnung Karls V.）（カロリナ）は、自殺を犯罪行為として扱っていない⁽⁴⁶⁾。それでも、自殺は、啓蒙時代以降も、一部では、処罰されないが違法なものと考えられていた⁽⁴⁷⁾。刑法典もまた、自殺ないし自殺未遂の不可罰性を認めている。処罰規定案が成立すれば、そのとき、ドイツではじめて自殺の領域に処罰規定が創設されることになるだろう。

b) 体系違反であり、解釈論的に無理があるという異議

総則刑法解釈論に従うなら、常に故意により行われる違法な正犯行為を前提とする共犯の従属性（Akzessorietät der Teilnahme）のゆえに（刑法26条、27条参照）、自殺幫助の処罰は、正犯行為が欠ける以上、すでに解釈論的理由から、問題外である⁽⁴⁸⁾。かくして、幫助の処罰は、原則的に体系違反であり、それゆえ否定されなければならない⁽⁴⁹⁾。シュトゥットガルトにおける2006年ドイツ法曹大会（Deutscher Juristentag）もまた、圧倒的多数でもってその

(44) これらについて個別的には、*Rosenau/Sorge* NK (Neue Kriminalpolitik), 2013, 108 ff.

(45) *Dreier* JZ 2007, 317 f. における歴史の回顧参照。

(46) *Jakobs* Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, 1998, S. 5.

(47) *Jakobs* Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, 1998, S. 5 ff.

(48) 正当にも、*Bringewat* ZStW 87 (1975), 623, 649の反対説に従う論者は、依然として存在しない。

(49) *Bottke* R & P 1993, 174, 181; その他の見解として、*Dölling* FS Maiwald, S. 119, 129 f.

ように考え、私の提言に基づき、「自殺関与の処罰は——総則刑法解釈論の原則に従って——否定されるべきである」として、相当する諸提案にはっきりと反対を表明した⁽⁵⁰⁾。

c) 憲法違反であるという異議

自殺の不可罰性の規範的根拠は、憲法にある。自殺の不可罰性は、憲法上保障される個人の自律の表出である。時代遅れの反対説⁽⁵¹⁾は、生きる義務を基礎づけることになろうが、そうした義務は存在しないのである⁽⁵²⁾。それは、基本法の自由保障を強化するものではなく、切り詰めるものであろう⁽⁵³⁾。それゆえ、自殺および自殺未遂の可罰性の排除が、むしろ憲法上要請されるのである。

争いがあるのは、憲法から自殺権までもが導かれるか否か、である。自殺権は、明示的には保障されていない。連邦憲法裁判所は、この点について立場決定したことがない。しかし、自己決定権は、近年、とりわけ2010年のブッツ事件⁽⁵⁴⁾と2009年の患者の事前指示法⁽⁵⁵⁾において、相当に格上げされてきたので、この問いには肯定的に回答することができる。治療中止の場合に当てはまることは、真摯で、熟慮のうえでの自由答責的な自殺意思に、そのまま当てはまらなければならない。

そこで、自殺幫助を自殺それ自体とは別異に解する者もいるかもしれない。だが、幫助を禁止する場合、自殺の基本権が、その本質的内容において影響を

(50) この決議は、51:34:24の得票率で可決された。Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages, Band II/2, 2006, N 204ならびに N 207. もっとも、その直前に、この部門は、利欲心による、または強制状況を利用した自殺促進を処罰することにも賛成を表明した (a.a.O.). 両決議は、啞然とするほどに相対立していると認められるが、これは、ドイツ法曹大会の見識の特徴を明らかにするものでもある。

(51) この意味で、BGHSt (GrS) 6, 141, 153 (何人も自己の生命を自分勝手に処分してはならない). Lüttig ZRP 2008, 57, 58は、これを復活させる。

(52) Bottke Suizid und Strafrecht, 1982, S. 49 f.; Dreier JZ 2007, 317, 319ならびにそこに挙げられたその他の文献。

(53) Hillgruber Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 82.

(54) BGHSt 55, 191 ff.

(55) PatVG vom 29. 07. 2009, BGBl. I, 2286 f.: §§ 1901a ff. BGB.

受ける。自殺者が他者の幫助を必要としている事例では、特にそうである。

とりわけ、この提案は、正統な刑法の限界を無視するものである。合憲的な処罰規定の要件は、当該規定が他者または公共の保護に資することである。この場合にのみ、処罰規定は、比例性原則（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz）に合致し、基本法2条2項第2文の人身の自由への侵害であるところの、差し迫る自由剥奪を正統化しうるのである⁽⁵⁶⁾。すでに刑法草案217条の保護法益について、疑問がある。なぜなら、自己の自殺権を実現する者は、その際、介助を受けることができなければならないからである。自由答責的に行為する自殺者の個人法益としての生命は、決して保護法益たりえない⁽⁵⁷⁾。比例性の吟味に関わりうる、保護すべき法益は、まったく存在しない。

営業的な行為は、この点を何ら変更するものではない。そもそも、営業性のような純粋に刑罰加重的な要素によって可罰性を創出することは、体系的に誤りであるように思われる⁽⁵⁸⁾。医師もまた営業的に行為し、それゆえ処罰規定の対象となることを排除しえないという理由からしても、営業性の概念にはきわめて問題がある。反復的な行為遂行により、ある程度の期間・範囲における継続的な収入源を獲得しようとする者は、営業的に行為するものである⁽⁵⁹⁾。なるほど、関連する料金規定は、自殺の看取りを独立の業務として決算することを予定していない。しかし、自殺の看取りは、医師の日常において、終末期の意思決定に関連する医師の通常の業務や助言から完全に切り離しうるものではないので、すでに医師の通常の報酬を通じて、同じくその報酬と結び付いた自殺幫助という営業的行為が行われることになるのである⁽⁶⁰⁾。

そこで、立法者は、潜在的な自殺者の生命に対する抽象的危険を論拠として議論を展開する。潜在的自殺者は、自殺決意を決して固めておらず、性急な意思決定により、またはプレッシャーを感じて、つい自殺してしまうのである⁽⁶¹⁾。もっとも、この判断は、現実的基盤を欠いており、漫然と行われてい

(56) BVerfGE 120, 224, 239.

(57) 死の看取り法代案（AE-StB）の起草者もまた、これを承認しているが、それにもかかわらず、利欲心による自殺幫助を処罰しようとする。*Schöch/Verrel* u. a. GA 2005, 553, 582参照。

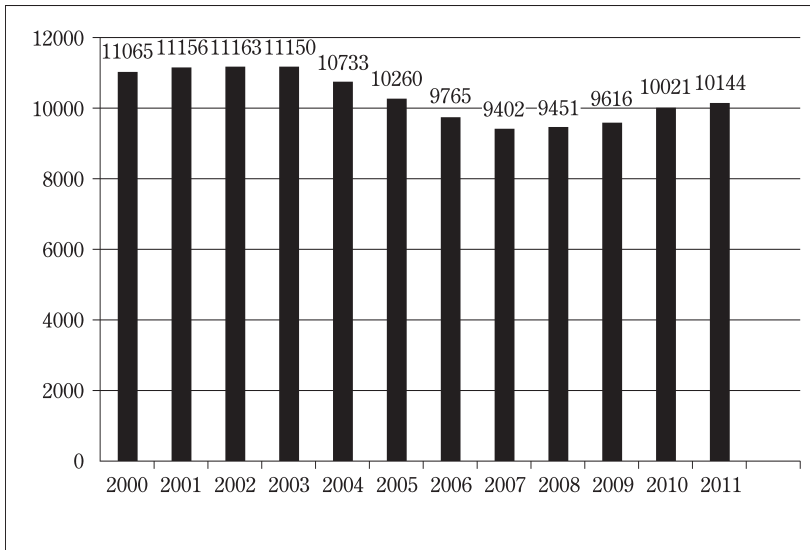
(58) *Feldmann* GA 2012, 498, 507; *Fischer* § 217-E, Rn. 4.

(59) BT-Drs. 17/11126, 9; 一般的定義については, *Matt/Renzikowski/Saliger*, *Strafgesetzbuch*, 2013, § 263 Rn. 316およびそこに挙げられたその他の文献参照。

(60) 可罰性のリスクについては, *Schreiber* NSTZ 2006, 473, 478をも見よ。

る。それゆえ、この判断が、単に外国の臨死介助数との大雑把な比較や漠然とした懸念に基づくにすぎないのであれば、憲法上不十分である。まったく逆に、実際の数を見ると、臨死介助組織と自殺の増加の結び付きは否定されるのである。

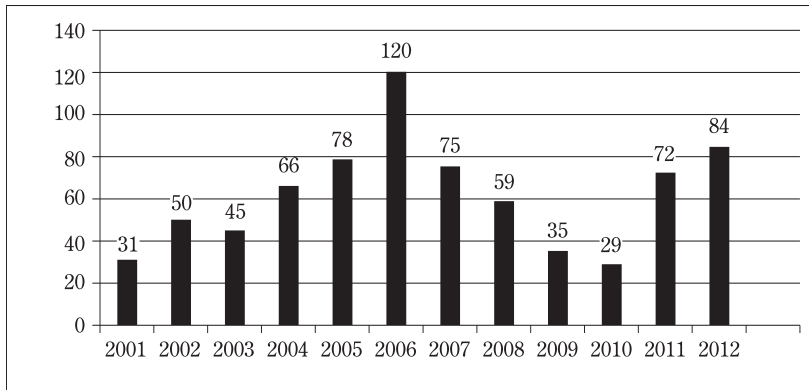
ドイツの自殺数は、年間 1 万件前後である⁽⁶²⁾。



しかし、2007年から2010年までは、少しずつ増え続けていたが、同一の期間において、「ディグニタス」による自殺の看取り (Suizidbegleitung) の利用数は、減少し続けていた。確かに、2011年までの絶対数は、「ディグニタス」でも増加に転じた。

(61) 例えば、BT-Drs. 17/11126, 9, 6 f.

(62) Statistisches Bundesamt, Zahlen unter <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/75844/umfrage/selbstmorde-in-deutschland-seit-2000/> (最終閲覧：2013年3月12日)。



しかしながら、[自殺] 方法に目を向け、首吊り (Erhängen)、自絞死 (Strangulieren) および窒息 (Ersticken) による自殺の数⁽⁶³⁾を、臨死介助組織の通常の方法である薬剤の服用と対比するなら、同一の期間におけるこの数は、全体として、わずかに減少していた。臨死介助組織の影響は、ごくわずかである。自殺全体に占めるその割合が1%未満であるということだけでも、その十分な理由となる。したがって、根拠のある抽象的危険が存在しないなら、法律の正統な目的が欠けることになるのである。これは、比例性に反する。

処罰の間隙はほとんど生じない。生きることに疲れた者に自由答責性が欠ける場合、刑法222条の過失致死罪で処罰されるし、故意があれば、それどころか、刑法212条、25条1項後段の故殺罪の間接正犯で処罰されるからである。実のところ、本草案は、社会的に表明された憤慨に反応し、単なる道德観を刑法の規範にまで高めるものである⁽⁶⁴⁾。これは、刑法における「最終手段」原理に違反するものである。この原理は、近時、連邦憲法裁判所が、近親姦姦決定 (Inzest-Entscheidung) で、再び、立法者をして、刑法の限界として、留意させたものである⁽⁶⁵⁾。

(63) ICD-10, Diagnoseschlüssel X70 unter http://www.gbe-bund.de/oowa921-install/servlet/oowa/aw92/dboowasys921.xwdevkit/xwd_init?gbe.isg-betol/xs_start_neu/&p_aid=i&p_aid=3446431&nummer=670&p_sprache=D&p_indsp=-55024&p_aid=80148366 (最終閲覧：2013年3月12日)。

(64) この意味では *Saliger ZRP* 2008, 199も同様である。

(65) BVerfGE 120, 224, 239 f.

d) 医療倫理上の異議

本草案は、法政策的に誤りである。なぜなら、臨死介助組織の犯罪化は、自殺意思を有する者を悲惨な自殺に追い遣るものだからである。本草案からは、ドイツではだれでも自殺することが許されるが、そのためには、橋から飛び降りるか、列車の前に飛び込むか、または、首を吊るかしなければならない、という破滅的なシグナルが発されている。この無理強いの結果に至る所で秘匿され、または黙秘されていることは、不可解である。この結果は、医療倫理的にきわめて疑問である。なぜなら、まさしく、生きることに疲れた者は、妨害ではなく、支援を必要としているからである。ドイツの医師までもが処罰を要求し、彼らの新たな規約——ドイツ医師のための模範職業規則 (MBO-Ä) 16 条——において、医師は自殺帮助を行ってはならない、と定めている⁽⁶⁶⁾ことは、それだけいっそう奇妙なことである。まさに医師は、必要な感情移入能力を備え、たいいてい患者との個人的な絆を育んでおり、尊厳に満ちた自殺に必要な確固たる医学的知識⁽⁶⁷⁾を有するのである⁽⁶⁸⁾。

かくして、臨死介助組織の活動は、続けられる。臨死介助組織は、完全に幸福をもたらさう。終局的に、臨死介助組織による看取りは、自殺意思を有する者が自己の自殺願望を放棄するか、または、ホスピスに移り、そこで死を迎える気になるかにつながりうるのである⁽⁶⁹⁾。

(66) DÄ 2011, 108 (38), A 1980, A 1984. これについては, *Wenker Ethik Med* (2013) 25: 73 ff.; 批判的なものとして, *Wiesing Ethik Med* (2013) 25: 67 ff. もっとも, この方向づけ規定 (Orientierungsvorschrift) は, 17のラント医師会のうち9のラント医師会によってしか置き換えられておらず, 3つのラント医師会はいまだ決定を下しておらず, そのほかの3つの医師会は, 別のよりリベラルな規律を行った。

(67) *Lorenz MedR* 2010, 823, 827.

(68) *Hillenkamp* in: *Anderheiden/Eckart, Handbuch Sterben und Menschenwürde*, 2012, Bd. 2, 1033, 1052; *Schreiber FS Jakobs*, S. 615, 622; *ders.* in: *ders., Schriften zur Rechtsphilosophie, zum Strafrecht und zum Medizin- und Biorecht*, 2013, S. 489, 493参照。

(69) オレゴン州の相当する経験については, *Kreß Patientenverfügungen, assistierter Suizid und Präimplantationsdiagnostik* 2011, S. 39.

III. 結 語

われわれは、ドイツにおける2つの完全に相反する展開を見てきた。ブッツ判決は、臨死介助を完全に新たな地平へと導き、個人の自律を旨として臨死介助を拡大するものである。

これに対し、ドイツの政治は、過剰な自律に抗っている。このことは、自殺幫助組織を犯罪化しようとするにより、自殺幫助が、歴史を無視し、解釈論的に無理を犯して、さらに、——私見によれば——反倫理的にも、抑圧される点に示されている。ここでも自由思想が普及することが、依然として期待されなければならない。

（訳者あとがき）

ここに訳出したのは、ドイツのアウグスブルク大学法学部のヘニング・ローゼナウ（Henning Rosenau）教授が2013年5月30日に早稲田大学で行った比較法研究所主催の講演会での講演原稿（原題は、Henning Rosenau, Recht der Sterbehilfe und der Suizidbeihilfe in Deutschland）を同教授の了解を得て訳出したものである。ローゼナウ教授は、これまで何度も来日されており、多くの講演訳やシンポジウムに関する訳書も刊行されているので、ここで詳細な紹介は割愛する（例えば、早稲田大学での講演訳として、ヘニング・ローゼナウ（甲斐克則＝福山好典（訳））「同意無能力者に対する研究」（比較法学43巻3号187頁以下参照）。今回は、早稲田大学高等研究所客員研究員として来日され、大学院法学研究科で授業を兼ねた講演「人を対象とする研究の法的要件」（原題は、Henning Rosenau, Die rechtlichen Voraussetzungen der Forschung am Menschen）もされた（この講演訳は、甲斐克則編「医事法研究」第1号（2014・信山社）に天田悠＝甲斐克則訳として掲載予定である）。

臨死介助に関する今回の講演では、ブッツ事件連邦通常裁判所判決等、近時のドイツにおける臨死介助をめぐる判例や議論を素描し、特に自殺幫助の部分で、現在、刑法草案の新217条として検討されている営業的な自殺促進（gewerbsmäßige Förderung der Selbsttötung）の構成要件の創設をめぐる議論について、ローゼナウ教授の独自の積極的見解がよく現れている。すなわち、ドイツでは自殺関与を処罰する規定はなく、医師が患者の自殺を幫助しても処罰されない。しかし、時として間接正犯理論を駆使したりして正犯として

自殺介助者を処罰したこともある。また、近年、スイスにおける自殺ツーリズムの影響がドイツでも出ており、これに対抗すべく、上記草案が検討されているが、ローゼナウ教授がこのような刑事規制には明確に反対の立場を表明している点が注目される。

なお、本訳出は、専ら福山好典君に負うものであることを特記しておくとともに、講演当日の通訳は甲斐が担当したものの、質疑応答については、いつもながら東洋大学法学部の武藤眞朗教授のご支援を賜ったことについて、この場をお借りして厚く御礼申し上げたい。(甲斐克則・記)