

《論 説》

ドイツ刑法における
「自殺の業務的促進罪」に関して

神 馬 幸 一

1 はじめに

不治の病により耐え難い苦しみに苛まれている患者が「残された最後の手段」として医療現場で自殺を試みる場合、その遂行を医療者（特に医師）が何らかのかたちで止むを得ず関与した行為に対し、どのような法的評価が下されるべきか（以下、医療現場で法的な可罰性が保留されうる悩ましい行為を「医師介助自殺」と表現する。その一方、比較的、その可罰性が認められやすい行為を「自殺幫助」と表現する。そのような区別を導入しないと比較法的な検証が困難になるからである。但し、後述で検討するように、自殺関与罪規定を有する我が国では、両者の類型は、共に可罰的として処理されるのが一般的であろう）。この「医師介助自殺（physician assisted suicide: ärztlich assistierter Suizid）」に関する問題は、現在（2016年6月時点）、世界各国で議論の最中にある¹⁾。

1) この点に関して、拙稿「医師による自殺幫助（医師介助自殺）」甲斐克則（編）『医事法講座第4巻：終末期医療と医事法』信山社（2013）77頁以下を参照されたい。最近において公刊された論文集として、甲斐克則（編訳）『海外の安楽死・自殺幫助と法』慶應義塾大学出版会（2015）に所収された各国の情報も有用である（特に、ドイツに関しては83頁以下参照）。また、欧州各国における最近の動向に関しては Grosse C./Grosse A., Assisted suicide: Models of legal regulation in selected European countries and the case law of the European Court of Human Rights, *Medicine, Science and the Law* 55 (4), (2015), pp. 246 ff.

この議論との関連で2015年12月3日付けのドイツ刑法典一部改正²⁾により、新217条「自殺の業務的促進罪 (geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung)」が新設された。同条項は、2015年12月10日に施行されている。本稿は、その意義を考察するものである(以下、特に断りが無い限り、引用条文は、ドイツ刑法典のものとする)。この新条項は、次のように規定されている(訳出上の問題は、後述)。

第217条 自殺の業務的促進

- (1) 他者の自殺を促進する意図において、その他者に対し、業務的に自殺の機会を付与し、獲得させ、又はあっせんする者は、3年以下の自由刑又は罰金に処する。
- (2) 自ら業務的な行動をとる者ではなく、かつ第1項において規定された他者の親族又はその他者と密接な関係にある者は、共犯として処罰されない。

従前、ドイツ刑法典は、自殺関与を処罰する規定を有していなかった³⁾。しかし、当地では、それにもかかわらず、実質的には、自殺関与を可罰的に処理

2) Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, BGBl I 2015, S. 2177. この立法の概要を伝えるものとして、渡辺富久子「立法情報【ドイツ】業としての自殺補助の禁止」外国の立法266-1号(2016)16頁以下参照。

3) 医師介助自殺に関してドイツで展開されていた従前の議論内容は Magnus D., Patientenautonomie im Strafrecht, Mohr Siebeck, (2015), S. 243 ff.; Ulsenheimer K., Arztstrafrecht in der Praxis, 5. Aufl., C. F. Müller, (2015), Rn. 715 ff.; Roxin C., Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe, in: Roxin C./Schroth U. (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl., (2010), S. 108 ff. そのような議論状況に関する我が国での紹介として、拙稿「医師による自殺補助(医師介助自殺)」甲斐克則=谷田憲俊(編)『シリーズ生命倫理第5巻:安楽死・尊厳死』丸善(2012)173頁以下、只木誠「医師による自殺補助の可罰性について:ドイツの理論状況の紹介」同『刑事法学における現代的課題』中央大学出版部(2009)127頁以下、甲斐克則『安楽死と刑法』成文堂(2003)65頁以下参照。

するかのような解釈論が判例上、展開されてきた(この点は、後述)。

その一方で、近年、医師介助自殺は、法的に許容されるべきだという主張も諸外国において、強く展開されてきた。実際に、このような傾向は「死ぬ権利」の具体化を目指す政治的運動の影響もあり、医師介助自殺を合法化とする地域が世界各国でも幾つか存在し始めてきている⁴⁾。ドイツ国内でも、前述したように、そもそも自殺関与が刑法典中には明確に禁じられていないことに対して、判例による医師介助自殺の可罰化という解釈論上の展開が拮抗していた。しかし、その解釈論における曖昧さに生じた間隙を突くかたちで、近時、会員制の団体が不治の疾患に苛まれる患者に対して、その自殺を支援する動向がドイツでも勢力を拡大し始めてきた⁵⁾。實際上、本稿で採り上げる新条項は、ドイツ

4) 現在までに、オランダ・ベルギー・ルクセンブルクのベネルクス3国、スイス連邦、アメリカの5州(オレゴン州、ワシントン州、カリフォルニア州、バーモント州、モンタナ州)において(更に将来的には、カナダでも)、立法上・判例上・解釈上、医師介助自殺を合法的に行うことが可能である。近時2015年に成立したカリフォルニア州における医師介助自殺の法制度に関しては、古川原明子「カリフォルニア州『終末期の選択法(End of Life Option Act)』」龍谷法学48巻3号(2016)1275頁以下参照。ちなみに、カナダ連邦法律案(Bill C-14)として提起されていた「medical assistance in dying」には、自殺類型としての医師介助自殺も含まれている。この法律案は、2015年2月6日にカナダ連邦最高裁において連邦刑法典の自殺幫助規定に違憲判決が出されたことに対応するものである。当該法案は、2016年6月17日に成立し、後は施行を待つだけである。この点に関する最新情報は、カナダ連邦法務省のウェブサイト www.justice.gc.ca において確認できる。その他にも、コロンビア、アルバニア、イングランド及びウェールズにおいて、医師介助自殺は、処罰されない余地があるという紹介も散見される。外国における最新の法的状況に関しては、自殺する権利の擁護団体 ERGO(Euthanasia Research & Guidance Organization) 又は Death with Dignity National Centerのウェブサイトにおいて、最新の動向が入手可能である。

5) 例えば、2007年9月に R. Kuschという元政治家が自己の名前を冠する自殺支援団体(Dr. Roger Kusch Sterbehilfe e.V.)を設立し、2008年11月において警察に活動禁止が命じられるまでの間、複数人の依頼を受けて自殺を支援したことがドイツでも社会問題になった。そのような当地の動向に関しては、佐藤拓磨「ドイツにおける自

で社会問題化してきた医師介助自殺の動向を牽制するという意味合いも有している⁶⁾。

確かに、医師介助自殺は、一見すると必要以上に人々を死に駆り立てる傾向を有している⁷⁾。それは、ある意味、医療の濫用的形態とも考えられよう。ここにおいて、そのような動向に違和感を覚える生命倫理・医療倫理的な観点から議論することも有意義である⁸⁾。しかし、医師介助自殺に関しては、そこで

殺関与の一部可罰化をめぐる議論の動向」慶應法学31号(2015)349頁以下参照。なお、Kusch自身による刑法新217条の評価に関しては Kusch R., *Der Ausklang: § 217 StGB verändert Deutschland*, StHD-Schriftenreihe, (2016), S. 14 ff.

- 6) 刑法新217条の法律案理由書においても、前掲注(5)にあるような急進的自殺支援団体の動向が批判的に検証されている(Bundestagsdrucksache 18/5373, S.9)。
- 7) その一方で、欧米圏において医師介助自殺を支持する論者は、この切迫した状況を「hastening death(急がれる死)」として、むしろ肯定的な意味合いで正当化(必要性と許容性)の理由付けに用いる傾向がある。この点に関して Cantor N. L., *On hastening death without violating legal and moral prohibitions*, *Loy. U. Chi. L. J.* 37, (2006), pp. 407 ff.; Bosshard G. / Fischer S. / Bär W., *Open regulation and practice in assisted dying: How Switzerland compared with the Netherlands and Oregon*, *Swiss medical weekly* 132, (2002), pp. 527 ff. この Bosshard/Fischer/Bär の分析に関しては、拙稿・前掲注(1)97頁以下参照。すなわち、この論証を平易に表現すれば「人間は死に逝くのに適切な時期を逃すべきではない」ということになる。このような発想は、F. Nietzsche による「Sterben zur rechten Zeit(時機を得て逝くこと)」に連なるものとして、死を巡る現代的な哲学的思潮の中で位置付けることも可能であろう。この Nietzsche の自殺論に関しては Decher F., *Die Signatur der Freiheit*, Dietrich zu Klampen, (1999), S.141 ff.
- 8) 一般的に、ドイツにおける生命倫理的な議論は、自殺に対して否定的とされている。このような否定的論調は、ドイツでは、近代の思想家として最も影響力があったとされる I. Kant に由来する義務論的な倫理観を表現したものと考えられる。I. Kant の自殺禁止論に関しては Wittwer H., *Über Kants Verbot der Selbsttötung*, *Kant-Studien* 92 (2), (2001), S.180 ff. すなわち、自己支配的な処分権は「より高き世界(天界)」に由縁する人間の存在に対して付与される「不可侵性」を帯びたものとなる。この理解において自殺は「倫理に依拠すべき存在自体の破壊」に等しい行為と評価される。しかし、いわゆる Kant 主義から自殺否定論が一義的に説明しうるわけで

殊更に強調される非倫理性ないし非道徳性だけに依拠して、直ちに刑法上の介入が正当化されるというわけでもない⁹⁾。従って、今回の刑法典改正に対しても「偽善主義 (Gutmenschentum) ¹⁰⁾」であると強く批判する論者もいる。そして、この規定は、今後、終末期医療の現場において、どのような影響を及ぼし得るのか。このような点も現在ドイツでは、懸念され始めてきている。そもそも、この新条項導入以前において自殺関与を必ずしも禁止していなかった法体系との関連性から、当該条項の論理構造には、刑法学者からも様々な批判も加えられている¹¹⁾。これらの批判を具に検証すると、医師介助自殺に関する刑

もない。例えば、Kant主義的な人格概念に依拠しながらも、自殺に対して肯定的な見解も主張可能である。Engelhardt H.T. Jr., *The foundations of bioethics*, Oxford University Press, (1986), pp. 349 ff. 同書の翻訳として、エンゲルハート、H・T (加藤尚武 = 飯田亘之: 訳) 『バイオエシックスの基礎づけ』朝日出版社 (1989) 393頁以下参照。

- 9) 処罰感情が刑法の本質部分を構成するとき、同時に刑法と道徳の境界線は霞んだものとなる。この点に関しては Hirsch H. J., *Tatstrafrecht – ein hinreichend beachtetes Grundprinzip?*, in: Prittwitz C. u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Nomos, (2002), S. 253 ff. 我が国の刑事立法に関する同趣旨の指摘として、松原芳博「立法化の時代における刑法学」井田良 = 松原芳博 (編) 『立法学のフロンティア第3巻: 立法実践の変革』ナカニシヤ出版 (2014) 133頁以下参照。同様に、刑法による処罰の「早期化 (Vorverlagerung)」に関しては Gropp W., *Tatstrafrecht und Verbrechenssystem und die Vorverkagerung der Strafbarkeit*, in: Sinn A./Gropp W./Nagy F., *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht: Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrecht*, Universitätsverlag Osnabrück, (2011), S. 99 ff., 特に S. 115. 我が国における処罰の早期化に関しては、井田良「近年における刑事立法の活性化とその評価」井田良 = 松原芳博 (編) 『立法学のフロンティア第3巻: 立法実践の変革』ナカニシヤ出版 (2014) 109頁以下参照。
- 10) Duttge G., *Strafrechtlich reguliertes Sterben: Der neue Straftatbestand einer geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung*, NJW (2016), S. 120.
- 11) 例えば Duttge, a. a. O. (10), S. 120 ff.; Eidam L., *Nun wird es also Realität: § 217 StGB n. F. und das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung*, medstra

法的規制は多くの問題が伴うことも分かる¹²⁾。

以上の問題状況を受けて、先ず、従前、ドイツにおいて展開されてきた自殺を巡る刑法的評価の変遷を概括的に確認する（**2. 自殺を巡る刑法的評価**）。次に、新条項により導入された規制内容を紹介する（**3. 新条項の内容**）。その上で、現在までに指摘されている新条項の主要な問題点を刑法解釈論的な観点と刑事立法学的な観点に分けて検証する（**4. 新条項の問題点**）。最後に本稿の結びとして、このドイツの経験を考察することで、我が国において関連する論点への示唆を探る（**5. おわりに：我が国への示唆**）。

また、後述において頻繁に引用される当該新条項の法律案理由書に関しては、本誌（獨協法学100号）において「**ドイツ刑法新217条の法律案理由書（Bundestagsdrucksache 18/5373）**」という別稿により、その訳文が同時掲載されるので、併せて参照されたい。

2 自殺を巡る刑法的評価

2-1 議論の前提

ドイツでは、憲法的な観点から患者の自律性が高められてきた¹³⁾。すなわち、

(2016), S. 17 ff.; Gaede K., Die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung des Suizids – § 217 StGB, JuS (2016), S. 385 ff.; Roxin C., Die geschäftsmäßige Förderung einer Selbsttötung als Straftatbestand und der Vorschlag einer Alternative, NStZ (2016), S. 185 ff.

12) 当地では、実際に、この新しい刑典第217条が憲法違反的内容を含んでいるとして連邦憲法裁判所に仮差止めの異議申立てが提訴された。しかし、連邦憲法裁判所第2部は2015年12月21日決定（2 BvR 2347/15, BeckRS 2016, 40214）において、この申立てを棄却している。

13) より具体的には、基本法第1条第1項における「人間の尊厳（Menschenwürde）」と併せて第2条第1項における「一般的人格権（allgemeines Persönlichkeitsrecht）」に依拠する。基本法における患者の自己決定権の位置付けに関しては Di Fabio U., Art. 2, in: Maunz/Dürig GG-Komm., 76. EL, (2015), Rn. 204 ff. 但し、このように自己決

最低限度の判断能力を有している者が熟考を重ねた上で、ある帰結を選び取る場合、そこにおける自己決定は、最大限に尊重されなければならない。先ずは、そのような憲法的基盤を背景にして刑法上の議論も展開されることになる¹⁴⁾。

その反面で、自殺という意思決定は、人間の存在自体に疑問を投げかけるという意味で時に一般的な感覚からは受容し難い行為であることも想定される。しかし、この一見すると非合理的とも思える決断であっても、法的観点によれば、先ずは自分自身で独自の判断を下したことに帰責されるべきという結論に

定権が憲法上の議論として、一般的人格権のみならず、人間の尊厳からも基礎付けられる点は、注意を要する。なぜなら、ドイツにおける自己決定権は、このような憲法上の議論による帰結として、いわゆる米国流の個人主義的な自律性を推し進めた結果において生じてきた概念というよりも、人間と人間との関係性、すなわち社会的な連帯 (Solidarität) の中に埋め込まれた概念として理解される傾向が読み取れるからである。すなわち、そこにおける自己決定権は「自由にして依存的な存在としての人間 (Mensch als freies und abhängiges Wesen)」に相応しいものとして想定されることになる (Bundestagsdrucksache 14/9020, S. 24 f.)。この社会的文脈の中で把握された人間観を踏まえ、ドイツの生命倫理学において「自己決定とは、既に決定されてあることだ」という言説は、比較的、違和感なく受け入れられるとされている。この点に関しては、松田純「独語圏の生命倫理」今井道夫＝森下直貴『生命倫理学の基本構図』丸善 (2012) 121頁以下参照。

- 14) 患者における同意能力の在り方に関しては Duttge G., *Patientenautonomie und Einwilligungsfähigkeit*, in: Wiesemann C./Simon A. (Hrsg.), *Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen, Praktische Anwendungen*, mentis, (2013), S. 77 ff. 終末期医療の場面では、更に進んで同意無能力者における自己決定権の保障も重要である。その点の議論に関しては Duttge G., *Selbstbestimmung bei einwilligungsunfähigen Patienten aus rechtlicher Sicht*, in: Breitsameter Ch. (Hrsg.), *Autonomie und Stellvertretung in der Medizin: Entscheidungsfindung bei nichteinwilligungsfähigen Patienten*, Kohlhammer, (2011), S. 34 ff. 同意能力者が当該能力を喪失した場合に備えるための「事前指示 (Patientenverfügung)」に関し、最近のドイツにおける議論状況を紹介するものとして Duttge G., *Juristische Fragen und Kritik am Instrument der Patientenverfügung*, in: Coors M./Jox R./In der Schmitt J., *Advance Care Planning: Neue Wege der gesundheitlichen Vorausplanung*, Kohlhammer, (2015), S. 39 ff.

なる¹⁵⁾。医師介助自殺の問題も、基本的に（他殺類型ではなく）自殺の範疇で捉えられる限りで、ドイツでは、この自己答責性¹⁶⁾における議論の中でも同時に検討されることになる¹⁷⁾。

2-2 自殺事案における矛盾的方向性

しかし、この自己決定と自己答責性という自殺正当化の論拠に関して、ドイツでは、それに対抗するかのような判例実務も形成されている。すなわち、自殺に対する不作為的関与事例において、それを可罰的とする判例実務が展開されてきた¹⁸⁾。例えば、戦後まもなくから、判例上、自殺は「事故 (Unglücksfall)」として把握されるか否かがドイツでは焦点となる。自殺が「事故」概念に当てはまるのであれば、それを放置することは、社会的法益を保護するための「緊急救助義務違反罪 (323条c)」に該当する。このような解釈論により、判例実務では、自殺者の意思に反して、その生命を救助することへの一般的義務付けに関心の焦点が置かれることになる¹⁹⁾。

15) このような非合理的な決定をする権利に関しては Rothärmel S., Einwilligung, Veto, Mitbestimmung: Die Geltung der Patientenrechte für Minderjährige, Nomos, (2004), S. 35 ff. 同書の翻訳として、ロートエルメル、ソーニャ（只木誠：監訳）『承諾、拒否権、共同決定：未成年者の患者における承諾の有効性と権利の形成』中央大学出版会（2014）29頁以下参照。

16) ドイツにおける自己答責性の議論に関しては、塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』法律文化社（2003）171頁以下が詳しい。また、近時のドイツにおける議論状況を紹介するものとして、瀬川行太「結果発生への被害者の過失的関与について(1):被害者の自己答責性の原理を中心に」北大法学論集63巻5号（2013）159頁以下参照。

17) そのような立論を典型的に示すものとして Schütz C., Jeder stirbt für sich allein: Plädoyer für das Recht auf einen selbstbestimmten Tod mit straffreier Hilfe, Betrifft Justiz (2015), S. 83 ff.

18) Schmitt R., Das Recht auf den eigenen Tod, MDR (1986), S. 618 によれば、戦前において、自殺を阻止しなかった事例は、倫理的に非難されることはあるにせよ、法的に処罰されることはなかったのに対して、戦後、連邦通常裁判所の判例により、そのような態度に変化がもたらされたものと説明されている。

19) 例えば BGHSt 2, 150 = NJW 1952, S. 552; BGHSt 6, 147 = NJW 1954, S. 1049; BGHSt

この法秩序における自己矛盾を抱えながら、更にドイツ連邦通常裁判所は、1980年代から、死への自己決定を可能な限り無に帰せしめようと尽力する方向に突き進んでいく。特に Wittig 事件判決²⁰⁾では、不作為犯を基礎付ける保証人的地位(刑法13条)を巡り「行為支配の転換(Tatherrschaftswechsel)」という解釈論が定式化され、これにより、自殺に関して保証人的地位にある者(特に医師)は、一般的救助義務以上の生命保持義務が課せられ、それに違反すれば、殺人罪で可罰的とされる方向性が定着した²¹⁾。

また、ドイツでは、薬事行政法としての「麻薬法(Betäubungsmittelgesetz: BtMG)」違反²²⁾が問題とされた致死的薬物の授受事件において、そのような薬物を譲り受けた者、すなわち被害者自身により惹起された自傷行為ないしは自己危殆化を巡り、被害者の自己答責性を制限する(≒自殺者に帰責できない)という判例実務が公認され始めてきた²³⁾。なぜなら、麻薬法の罰則規定により設定される保護法益は「国民の健康(Volksgesundheit)」という社会的法益であり、そこでは、自殺者の自律性ないし自己決定の作用が排除されるからである。

13, 162 = NJW 1959, S. 1738. そのような判例の流れを分析するものとして Duttge G., Der Arzt als Unterlassungstäter, in: Dölling D. u. a. (Hrsg.), Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010: Verbrechen, Strafe, Resozialisierung, De Gruyter, (2010), S. 599 ff. これらの判例に関しては、塩谷・前掲注(16)200頁以下参照。

20) BGHSt 32, 367 = NJW 1984, S. 2639.

21) このような解釈論に対する批判も含めて Schneider H., MüKoStGB, 2. Aufl., (2012), Vor §§ 211 ff., Rn. 67 ff.

22) 麻薬法第30条第1項第3号は「麻薬を譲渡し、他者に投与し、又は直接的な使用に委ね、それによって軽率にも(leichtfertig)死を惹起した者は、2年以上の自由刑に処する」と規定されている。

23) このような判例の動向に関する分析として Gavela K., Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe, Springer, (2013), S. 46 ff. このような傾向を紹介するものとして、瀬川・前掲注(16)196頁以下参照。代表的な判例として BGHSt 37, 179 = NJW 1991, S. 307. この判例に関しては、小池信太郎「量刑における構成要件外結果の客観的範囲について」慶應法学7号(2007)34頁以下参照。

すなわち、ドイツにおいて、致死薬物を用いた自殺の場合、そのような自殺者の自己答責性は、判例実務により重要視されていないものとも考えられる²⁴⁾。

以上の経緯を鑑みれば、ドイツの判例実務は、自殺に関する自律性ないし自己決定を規範的に受容するのではなく、むしろ、それに対抗する解釈論の構築を目指してきたようにも思われる²⁵⁾。

24) そのような動向の一方で、例外的な判例として BGHSt 46, 279=NJW 2001, S. 1802 が挙げられる。この事件における判旨の中には「自己答責的な危殆化に関する判例の基本原則によれば、麻薬法第30条第1項第3号の適用範囲は、目的論的に縮減化されなければならない (teleologisch zu reduzieren)」とも述べられている。その限界付けの基準となるのが当該条項の文言において参照される「軽率性 (Leichtfertigkeit)」である。従って、この判例によれば、致死薬物の授受事件においても、加害者側に軽率性が認められない場合、被害者側に自己答責性が認められる余地も生じうる。また、この判例は、生命を最高の価値に位置付けるドイツ基本法秩序の世界観において、自殺は「違法 (S. 285)」と評価される可能性を指摘している点 (但し、刑法的には不処罰とされる) でも異色である。この点に関しては Ulsenheimer, a. a. O. (3), Rn. 663; Murmann U., Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, Springer, (2005), S. 257 f.

25) Duttge, a. a. O. (10), S. 121によれば、この「自殺者が惹き起こす異常な死」と「通常の過程を辿る自然な死」を規範的に区別する傾向は、個人の自律性という憲法的基盤から演繹されるのではなく、むしろ「その死は、良いのか、悪いのか」という一定の価値観を押し付ける場合にしか論理的には説明できないとする。更に、Duttge は、ドイツの治療中止 (Behandlungsabbruch) に関する正当化要件を論じた「Putz 事件 (BGHSt 55, 191=NJW 2010, S. 2963)」の判決理由も同様に、そのような価値観の押し付けにより形成されたものと分析している。すなわち、その判決によれば、治療中止の正当化は、既に病気による回復不可能な過程が自然に進行している場合に限定される。その一方で、この病気の過程から切り離された (ある意味、異常な) 死期の短縮は、許容されないことになる。しかし、民法第1901条a第3項によれば「被世話人 (= 患者) の疾病の種類と進行段階のいかんにかかわらず」事前指示の効力及び推定的意思の探索は、有効とされるべきことが規定されている。確かに、この条文の趣旨を鑑みれば、判決で示されたような限界付けは、法律上、むしろ排除されるべきとも考えられる。この Putz 事件に関しては、拙稿「ドイツ連邦通常裁判所2010年6月25日判決(Putz 事件)」法学研究(慶應義塾大学)84巻5号(2011)

3 新条項の内容

3-1 立法趣旨

このドイツにおいて展開されてきた自殺に対して否定的な態度を背景にすれば、刑法典上に新しく「自殺の業務的促進罪」が導入されたことも驚きに値しないものとされている²⁶⁾。この新条項の導入における立法者の意図を探る上でも、本条項の法律案理由書²⁷⁾は、重要な内容を多く含んでいる(別稿の翻訳資

109頁以下参照。また、治療中止に関して、ドイツで展開されている一般的な議論内容を紹介するものとして、武藤真朗「ドイツにおける治療中止」甲斐克則(編)『医事法講座第4巻:終末期医療と医事法』信山社(2013)185頁以下参照。

26) Duttge, a. a. O. (10), S. 121.

27) Bundestagsdrucksache 18/5373.この法律案は、提出議員213名の代表者であるMichael Brand(CDU)とKerstin Griese(SPD)の名前を冠してBrand/Griese案とも呼ばれていた。この法律案は、2015年7月1日に連邦議会に提出され、その翌日に開催された第1読会において第1回目の審議に付された(BT-Plenarprotokoll 18/115, S. 11036D ff.)。Brand/Griese案の他にも、同時にHintze/Reimann案(Bundestagsdrucksache 18/5374)、Künast/Sitte案(Bundestagsdrucksache 18/5375)、Sensburg/Dörflinger案(Bundestagsdrucksache 18/5376)も提出されている。Hintze/Reimann案の趣旨は、民法第1921条aを新設することで医師による死の看取りを法制化しようとするものである。Künast/Sitte案の趣旨は、特別刑法を新設して、営利目的による自殺幫助の可罰化を目論むものである。Sensburg/Dörflinger案の趣旨は、刑法第217条を新設化して自殺幫助の完全可罰化を試みるものである。この第1読会の審議内容を踏まえ、その後の2015年9月23日に、連邦議会内に設置された法務・消費者保護委員会において、関連分野の専門家12名に対する公聴会が実施された。この12名の内、刑法学者として聴聞を受けた者は、Würzburg大学のE. HilgendorfとHamburg大学のR. Merkelである。その他は、公法学、神学、倫理学、医学分野の専門家に加えて、法律実務家として連邦通常裁判所判事の経験を有するR. Rissing-van Saanも名を連ねている。この公聴会を経て2015年11月4日に、当該委員会により各々の法律案に対する勧告及び報告書

料参照)。以下、当該理由書の概要を示しながら、その立法趣旨を紹介する。

法律案理由書によれば、この規定自体は「自殺及び自殺関与における原則的な不可罰性」という従前の刑法体系を維持するものと宣言されている²⁸⁾。その一方で「自殺を手助けすることが医療的処置における健全な選択肢として業務的に提供されるようになり、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²⁹⁾」では、この従前の法体系性は一定程度の修正が必要であるとも考えられている。すなわち、ここにおいて最上位の法益として位置付けられた「自己決定権と生命に関する基本権³⁰⁾」が危機に瀕しており、そのことを考慮すれば、刑法という手段により、自殺幫助ないし医師介助自殺が「保健医療的処置上のサービス提供として³¹⁾」発展していくことは回避されなければならない。特に病気の高齢者は、自殺企図傾向にあることも実証的に明らかにされている³²⁾。このことから、そのような者達が直接的にも間接的にも医師介助自殺という手段へと急ぎ立てられないようにするために、先ずは、このような医師介助自殺という手段を利用不可とする方策が考えられなければならないとい

(Bundestagsdrucksache 18/6573) がまとめられた。そして、その翌々日に開催された第2読会において、これらの法律案は、最終審議に付された(BT-Plenarprotokoll 18/134, S. 13065A)。この第2読会の最後に実施された投票により Brand/Griese案は309票、Hintze/Reimann案は128票、Künast/Sitte案は52票、Sensburg/Dörflinger案は37票を獲得した。残りは、無効3票、否認70票、保留3票である。同日中に引き続き開催された第3読会でBrand/Griese案の賛否に関する投票が行われ、賛成360票、反対233票、保留9票というかたちで、同案は可決された。同案は、連邦参議院に送付され、2015年11月27日に審議に付された後、そのままのかたちで承認された。

28) Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 2.

29) Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 2.

30) Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 2.

31) Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 2. 特に S. 17においては「健全な治療選択肢 (normale Therapieoption)」という表現が用いられている。

32) Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 8では、そのような状況を示すドイツにおける実証的調査の概要が列挙されている。

う危惧感を法律案は示している³³⁾。

3-2 処罰を基礎付ける要素

そのような立法趣旨から規定された不法構成要件の核は、自殺を具体化することに据えられるものではない。むしろ、その焦点は、自殺の計画（自殺に関する機会を付与すること、獲得させること、あっせんすること）を「業務的に（geschäftsmäßig）」支援するところに置かれている³⁴⁾。ここでいう「業務性（Geschäftsmäßigkeit）」は、ドイツ法令用語としての使われ方を参考にするに「反復継続性（Wiederholung und Nachhaltigkeit）³⁵⁾」が要件とされ、利益獲得の意図を有するか否かは問わないものと説明されている³⁶⁾。従って、業務性は、ここにおいて利益獲得を求めていないという意味で「営利目的性（Gewerbsmäßigkeit）」とは区別されることになる。そして、それは、同様の行為を繰り返そうとすることでありさえすれば足り、その活動を継続する意図を有していたことが求められる³⁷⁾。すなわち、一見すると一回限りの行為としての外形を有していたとしても、その意図としては継続的に行われようとしていた行為であり、その一連の行為の開始点として認識される限りで、初回の行為惹起において、この業務性が認められることになる³⁸⁾。

33) Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 8.

34) Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 16 ff.

35) Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 16.

36) Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 16. 同様の文言が使用されている刑法第206条第1項及び郵便法、電信電話法の解釈論を参考に説明が加えられている。特に刑法上の用法に関しては Altenhain K., MüKoStGB, 2. Aufl., (2012), § 206, Rn. 15 ff.; Kargl W. in: Nomos Komm. StGB, 4. Aufl., (2013), § 206, Rn. 8.

37) Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 17.

38) このような刑法上の用法に関しては Kargl W. in: Nomos Komm. StGB, 4. Aufl., (2013), § 206, Rn. 9. 我が国の刑法において、業務性が規範違反を高める意味で問題となる典型的な犯罪類型として「業務上過失致死傷」が挙げられよう。ここにおける「業務」とは、判例上、社会生活上の地位に基づく反復継続的な行為とされる（最判昭33・4・18刑集12・6・1090）。そして、この「社会生活上の地位」とは、社会

従って、本罪は、自殺の計画上、その潜在的な危険性を生じさせうる反復継続的な行為を可罰性の対象としている。すなわち、刑法理論的には、抽象的危険犯として区分される³⁹⁾。そして、本罪における行為は、この抽象的危険犯という性質上「自殺を可能にし、又はその負担を本質的に軽減するのに適した外因的状況を犯人が惹起したこと⁴⁰⁾」で足りると説明されている。

新条項では、具体的に3種類の行為態様が挙げられている。まず、自殺の機会を付与すること（Gewähren einer Gelegenheit）とは、そのような外因的状況が犯人により既に利用可能であることを意味している⁴¹⁾。例えば、自殺するために犯人の部屋を貸与すること、そして、自殺するために犯人が有する適切な手段を提供することは、ここにいる機会の付与に当たる⁴²⁾。また、そのような機会を獲得させること（Verschaffen einer Gelegenheit）とは、自殺に必要不可欠な外因的状況が犯人により手配されることをいう⁴³⁾。例えば、犯人以外の者が有する部屋又は手段を自殺させる目的で手配することは、ここにいる機会を獲得させることに含まれる⁴⁴⁾。更に、自殺の機会をあっせんすること

活動一般を広く指すものとされ、前掲判例では、必ずしも行為者の目的が収入を得ることに限られないとも説明されている。また、判例上、将来的に同種の行為を反復継続する意思を有していれば、1回限りの行為であっても「業務」に当たると考えられている（例えば、京都地判昭38・3・11下集5・3=4・215）。このような意味で、ドイツ刑法上の *Geschäftsmäßigkeit* と我が国における「業務」は、類似の概念である。以上に関しては、和田雅樹「第211条（業務上過失致死傷等）」大塚仁＝河上和雄＝中山善房＝古田佑紀（編）『大コンメンタル刑法（第3版）：第11巻』青林書院（2014）33頁以下参照。

39) このことから、立法者は、本罪の未遂犯処罰を断念している。Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 19.

40) Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 18. 同様の文言が使用されている第180条の解釈論を参考に説明が加えられている。第180条における用法に関しては Eisele J. in: Schönke/Schröder, StGB-Komm., 29. Aufl., (2014), § 180, Rn. 9.

41) Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 18.

42) このような例に関しては Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 18.

43) Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 18.

44) このような例に関しては Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 18.

(Vermittlung einer Gelegenheit)とは「自殺企図者と自殺の機会を付与する者又は獲得させる者との間において、その具体的な接触が元々一般的に知られているところの示唆のみでは不確実である際に、犯人を介して、その接触が可能になること⁴⁵⁾」と説明されている。

この点、以上のように説明される行為態様は、終末期医療の現場において、どのように位置付けられるのか。特にドイツでも許容される「死に寄添う手助け(Hilfe beim Sterben)」としての間接的臨死介助・治療中止に対して、新条項における可罰的行為態様の限界付けが問題となる。この点、そのような医療的処置という枠組みの中で展開される当事者間での意思疎通ないし情報伝達に関しては、それが自殺を具体的に示唆するものではない場合、基本的に不可罰であると立法者により宣言されている⁴⁶⁾。なぜなら、本罪が成立するためには、自殺を促進する意図という主観的要素が認定されなければならないからである⁴⁷⁾。むしろ、そのような「死に寄添う手助け」は、自然の病状進行中に苦痛緩和を意図して実施されることから、依然として不可罰と評価される⁴⁸⁾。

3-3 処罰を阻却する要素

更に、本罪は、一身専属的処罰阻却事由を設定している。すなわち、自殺(企図)者の親族⁴⁹⁾又は自殺(企図)者と密接な関係にある者⁵⁰⁾に対して、本罪は、

45) Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 18.

46) Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 18.

47) Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 18.

48) Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 18 f.

49) ここでいう「親族」の概念は、刑法第11条第1項第1号の法的定義に従って用いられる。この親族の範囲は、民法及び生活パートナー法により形式的に確定される。この点に関しては Radtke H., in: MüKoStGB, 2. Aufl., (2011), § 11, Rn. 3 ff.

50) ここでいう「密接な関係にある者」という概念は、刑法第35条第1項、第238条第1項第4号、同第2項及び第3項並びに第241条第1項に規定された文言として発展してきた解釈に従って用いられるものである。それは親族との同等性という観点から、一定期間において存続する人的互惠性を基礎とした関係性の構築が要件とされている。そこでは親族関係に相当する連帯感の有無が重要視されている。Perron W.,

適用されない。なぜなら、本罪の趣旨から鑑みて、自殺の業務的促進こそが可罰的行為として説明されることに依拠すれば、そのような親族又は密接な関係にある者による自殺の手助けは、通常、業務的な行為態様によって把握されるものではないからと説明されている⁵¹⁾。更に立法者は、自殺企図者の親族ないし密接な関連性を有する者において、次のような事も想定している。すなわち、そのような者達は「通常、心理的な負担に苦しめられ、困難な例外的状況に置かれており、そのような者に対して、この規制は、処罰の必要性に欠けることを考慮している。致命的な病に苦しむ妻において、その自己答責的に理解される決定に従って妻を死に至らせるために、業務的に自殺を手助けする者の下へと夫が妻を運んだ場合、その夫は、自殺を手助けする者という正犯の幫助者として、その行為を促進したことになる。しかし、ここにおいて、そのような夫は、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⁵²⁾」

4 新条項の問題点

4-1 理論刑法学の観点から

上記で説明されたような内容を有する新条項に対しては、既に理論刑法学ないし解釈論上の問題点が幾つか指摘されている。

in: Schönke/Schröder StGB-Komm., 29. Aufl., (2014), § 35, Rn. 15. このような「人的互恵性を基礎とした関係性」としては、例えば、恋愛関係、密接な友情関係、非婚姻ないしは婚姻登録していない長年の生活パートナーが該当する。これに対し、単なる「スポーツ仲間及びパーティー友達又は職場の同僚及び近隣の者」というような共感を抱き得る交際の相手は、そのような条件を満たしていないものとされる。このような限界付けに関しては Müssig B., in: MüKoStGB, 2. Aufl., (2011), § 35, Rn. 19.

51) Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 19.

52) Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 19 f.

(1) 「業務性」の曖昧さ

先ず、本罪における不法の核を基礎付ける「業務性」という概念の不明性が指摘されている⁵³⁾。確かに、ある行為の継続反復性を（潜在的な可能性も含めて）明らかにするために、どのような状況証拠が必要とされているのかは、全く不明確である。例えば、自殺企図者に対して自殺の機会が指し示されるような場合、おそらく本罪においては、それが一度きりの行為ではなく、反復継続的な活動として具体的に把握しうるだけの十分な立証が求められる。

しかし、そのような活動は、当事者間における心理的葛藤を強調することで、単に一度きりの行為であったと僭称される可能性が否定できない。このような意味で、その後に継続して実施される予定であった一連の潜在的な行為は、隠蔽することが可能となる。

その一方で、全ての事案が一度きりの行為として、好意的に評価されるわけではないだろう。むしろ、このような継続反復性は、全ての行為において明確に除外できない性質を有している。従って、結局、自殺を手助けすることの全てが潜在的に業務性を帯びることにも成りかねない。このような意味で「業務性」は、その可罰性を基礎付ける機能として、不法を限界付ける基準性を喪失したものとして批判されている。

(2) 一身の処罰阻却事由の曖昧さ

また、第2項によれば、一身の処罰阻却事由の範囲は、自殺企図者の親族ないし密接な関係にある者に限られる。この限定化の説明が困難である点も指摘されている⁵⁴⁾。ここで特に問題となるのは「密接な関係にある者」という表現に含まれる人的範囲である。前述から繰り返されるように、法律案理由書によれば、本罪の可罰性は、自殺促進の反復継続性に求められる。そして、一身の処罰阻却事由における人的範囲も、この反復継続的な実施の可能性に関連付けられている⁵⁵⁾。この立法者意思を強調する観点から「密接な関係にある者」と

53) Duttge, a. a. O. (10), S. 122; Roxin, a. a. O. (11), S. 189.

54) Duttge, a. a. O. (10), S. 122.

55) Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 19.

は、広く自殺を複数回にわたり手助けする地位にない者に相当するという解釈も成り立ちうる。しかし、事実上、そのような解釈を推し進めるならば、ここにおける人的範囲は、実質的に第1項と矛盾するようなかたちで広範な例外を認めうることにもなりかねない。

その一方で、法律案理由書によれば、自殺の場面では特に心理的葛藤が生じることに着目して、当事者の相互依存関係が重要視されているようにも読める⁵⁶⁾。仮に、その点を強調すると、当事者間における継続的な協力関係に着目して一身的処罰阻却事由における人的範囲も条件付けられていることになる。確かに「親族」の場合は、そのような関係性の説明が容易である。そして、この解釈によれば「親族」と併記されている「密接な関係にある者」においても同様に、そのような継続的な協力関係が求められることになろう⁵⁷⁾。この場合、反復継続的な関係性は、可罰性を基礎付けるのではなく、むしろ、それとは相反するかのように可罰性を阻却する方向性で考慮されていることになる。しかし、そのような認識を立法者が示しているのだとすれば、第1項と第2項は、論理矛盾を起こしていることになる。

以上のような意味で、第2項における一身的処罰阻却事由は、その立法趣旨を鑑みながら第1項と整合的に解釈した上で、その人的範囲を明確に示すことが困難な状況にあると批判されている。

(3) 「業務性」と医療専門職との関係

以上における問題は、突き詰めると「業務性」という概念に内在する反復継続性的の内容が曖昧であることに起因している。更に、理論刑法学が実践的な意義を示しうる場面として、この業務性は、医療職との関係で、どのような内容に限定化しうるのかが明らかにされる必要がある。

確かに、刑法的に重要ではない一定の態度が単に反復継続されうるものとして観察されただけで、突如として、可罰的行為に変化してしまうならば、その

56) Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 19 f.

57) Gaede, a.a.O. (10), S. 391 f.では、このような趣旨が展開されている。

帰結には不可解さが残る⁵⁸⁾。特に医療職は、その社会的な重要性という観点から、公認の資格が付与され、その専門性が高められている。そのような専門性を有する者と患者との人的関係性が当該「業務性」に関連付けられてしまう場合、この刑法による新条項は、このような医療職における専門性を無価値なものに帰してしまう可能性も有する⁵⁹⁾。しかし、医師介助自殺の世界的潮流を鑑みれば、無謀な自殺を防止するという文脈からも、むしろ、そのような医療職による患者への反復継続的な関与こそが重要性を増してくるものとも考えられている⁶⁰⁾。

そもそも、ここで問題とされる「業務性」という概念は、新条項の法律理由書によれば、次のような意味で導入されたものと説明されている。すなわち、業務性は「当事者の自律的な決定を特別に危殆化するものとして示唆される⁶¹⁾」ものであり、なぜなら、そこにおいて「収入目的又は利益獲得目的がないところであっても同様に自律性を危険に晒す常習の影響及び依存的関係は生じうるから⁶²⁾」である。すなわち、業務性が求められる理由は、それが当事者の自律性ないし自己決定権に重圧をもたらすところにある。

しかし、この自律性ないし自己決定権という法益を保護するという説明だけにより、業務性という概念の導入が正当化できるかは、疑問視されている⁶³⁾。

例えば、まさに自殺が自律的な自己決定権の行使というかたちで惹起され、それを尊重する意味において当該個人に死の結果が帰責されることが妥当であるならば、理論刑法学的には不法従属性の原則⁶⁴⁾に従って、ここにおける自己

58) 同趣旨の批判を展開するものとして Duttge, a. a. O. (10), S. 122; Roxin, a. a. O. (11), S. 190; Merkel R., Stellungnahme für die öffentliche Anhörung am 23. 9. 2015 im Ausschuss des Deutschen Bundestages für Recht und Verbraucherschutz, S. 4.

59) Duttge, a. a. O. (10), S. 122.

60) Duttge, a. a. O. (10), S. 124において同趣旨の主張が強調されている。

61) Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 17.

62) Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 17.

63) Duttge, a. a. O. (10), S. 123; Roxin, a. a. O. (11), S. 189.

64) この点に関しては Neumann U./Saliger F., Sterbehilfe zwischen Selbstbestimmung und Fremdbestimmung: Kritische Anmerkungen zur aktuellen Sterbehilfedebatte, HRRS (2006), S. 288 (特にFn. 82).

答責性の効果は、客観的な意味で関係当事者全てに影響を及ぼすことになる。そして、本来、そのような説明は、自殺促進という観点から、一度きりの行為であるのか、業務的活動であるのかとは無関係に妥当するはずである⁶⁵⁾。この「行為者の側」における業務性という事情が同時に「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ないものと批判される⁶⁶⁾。

また、自殺に伴う心理的葛藤を巡って予期しない事態が生じうる場面では、「自由答責性への不当な操作及び感化に対抗する⁶⁷⁾」という意味でも、自殺企図者に生き続けることへの希望的選択肢が示唆されるための専門家が必要とされる⁶⁸⁾。しかし、この新しく導入される条項は、上記のような「業務性」の意味において、そのような専門家の関与を排除する方向性にも働きうる。これでは、本条項が間接的に保護しようとしている生命という法益は、むしろ蔑ろにされることが批判されている⁶⁹⁾。

以上のような意味において、この新条項の内容は、少なからぬ影響を医師＝患者関係にもたらすものであることも指摘されている⁷⁰⁾。

65) 更に Roxin, a. a. O. (11), S. 189 によれば、本法の趣旨において当該業務性に見出される危険性が「自殺企図を刺激することで個人の自己決定に影響を及ぼす」という点に求められているのであれば、そもそも当該業務により心理的影響を受けることなく自殺において任意性が保持された場合、そのような立法趣旨は全く当てはまらないはずであることも指摘されている。

66) Duttge, a. a. O. (10), S. 123 は、この点において「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」と痛烈に批判している。

67) Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 10.

68) 同様の指摘として Schöne-Seifert B., Stellungnahme für die öffentliche Anhörung am 23. 9. 2015 im Ausschuss des Bundestags für Recht und Verbraucherschutz, S. 7.

69) Duttge, a. a. O. (10), S. 123.

70) 同趣旨の危惧を示すものとして Hilgendorf E., Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 23. 9. 2015, S. 4. 更に Duttge, a. a. O. (10), S. 124 によれば、特に自殺傾向が過失により誤認された場合、その責任を医師が引き受けなければならない

そもそも人生の最終的段階において実施される緩和的医療ケアでは、特に禁忌なき信頼関係の形成が求められる。そのような状況下における多くの臨床的実践例によれば、患者が死の願望を口にして、しばしば確固とした死への想いを医師又は看護師に語ることが知られている⁷¹⁾。そこにおいては、死に関する対話がなされ、死に逝くことへの希望に関して継続的に理解ある態度で患者に向き合うことが求められている。

しかし、ドイツにおいて進展してきた医療の「法(制)化(Verrechtlichung)⁷²⁾」

という観点 (Inverantwortungnahme bei fahrlässigem Verkennen der Suizidalität) においても、医師の可罰性が高められていることが懸念されている。この点は、Duttge 本人に確認したところ、新条項の影響で「過失致死罪」に問責されるリスクが医師において生じやすくなるという意味であるとの回答を得た(ここでいう Inverantwortungnahme とは、英語で表現し直せば In taking responsibility となり、答責性の引き受けを意味する。)しかし、これは、そもそも過失的な自殺関与 (fahrlässige Suizidbeteiligung) が一般的に不可罰とされていることを考慮すると確かに不均衡である。過失的な自殺関与に関しては Schneider H., MüKoStGB, 2. Aufl., (2012), Vor § § 211 ff., Rn. 86 ff.

- 71) Erdogan-Griese B., Todeswunsch und Lebenswille: Beides zur gleichen Zeit ist möglich, Rheinisches Ärzteblatt 3/2014, (2014), S. 15 f. 我が国でも同様の状況が指摘されている。例えば、明智龍男「緩和ケア(特集:一般内科診療で役立つ病の知識:こころの問題にどう対処するか)」内科115巻2号(2015)241頁以下参照
- 72) 従前、ドイツの医療界において「死は、決して規範化されるものではない (Sterben ist nicht normierbar)」として (Beschlussprotokoll des 110. Deutschen Ärztetages vom 15.-18. 2007 in Münster, S. 7), 法(制)化に馴染まないもの (BÄK, Pressemitteilung v. 3. März 2009) と主張されてきた。しかし、一般的な意味で「法(制)化」とは、社会学者 N. Luhmann が想定するように、社会の複雑性を縮減化する「法システム」が生活領域に浸透していく過程を意味している。そして Luhmann も的確に指摘しているように、いわゆる法(制)化を巡るドイツでの議論は、多かれ少なかれ官僚主義的な福祉国家(ないしは統制国家)に対する批判という政治的な意味合いを有していたとされる。そして、その利益衝突を消失させようとする政治的主張の多くは、法における機能とは無関係の問題設定であるとも批判されている。なぜなら、法システムは、利益衝突の無いところに見出されるのではなく、利益衝突を予期して設定されるからである。この点に言及した英文要説集として Luhmann N., Essays

が本来的な医療の在り方とは逆行するかたちで「防衛医療(Defensivmedizin)⁷³⁾」をもたらしてきたことに鑑みれば、刑罰による自殺の禁忌化も、死に関わる医療に防衛的傾向を付与することが懸念されている⁷⁴⁾。

確かに、人間の弱く儂い有り様から考えれば、医師助死自殺を支援する団体に人々が押し掛けること自体は、何ら驚くべきことではない。むしろ、刑法典の新条項が今まさに推し進めようとしていることの方が医療現場の側からすると著しく配慮に欠けている場合も考えられる。例えば、ドイツ連邦医師会が策定した模範職業規則 (Musterberufsordnung)⁷⁵⁾ 第16条第3文によれば、医師の職務として、自殺を手助けすることの禁止が勧告されている。しかし、医師に対して拘束力を有する州医師会の職業規則において、この大綱的勧告は、全ての州医師会により採用されているわけではない⁷⁶⁾。すなわち、このことは、

on Self-reference, Columbia University Press, (1990), pp. 236 f. その翻訳として、ルーマン、ニクラス(土方透=大沢善信:訳)『自己言及性について』ちくま学芸文庫(2016)306頁以下参照。この Luhmann の社会システム論に着想を得た法(制)化論に関しては、戸部真澄「不確実性の法的制御・序説」立命館法学321=322号(2008)380頁以下参照。

73) ドイツにおける防衛医療の議論状況に関しては Wieland W., Strukturwandel der Medizin und ärztliche Ethik: Philosophische Überlegungen zu Grundfragen einer praktischen Wissenschaft, Universitätsverlag Winter GmbH Heidelberg, (1986), 86 f.

74) Duttge, a. a. O. (10), S. 124

75) (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte in der Fassung des Beschlusses des 118. Deutschen Ärztetages 2015 in Frankfurt am Main. ドイツでは、連邦を構成する各州に強制加入の医師会が存在し、その医師会が自律的に医師「職務規範 (Berufsordnung)」を制定することが義務付けられている。州医師会によって構成されるドイツ連邦医師会は、各州医師会医師職務規範の統一を図るために「Musterberufsordnung(模範職務規範)」を作成し、改訂を重ねている。しかし、この連邦医師会は、州医師会の連合体という意味合いから、公的機関ではなく、私的な組織にすぎない。従って、Musterberufsordnung には、法的拘束力が生じない。この点に関しては、村山淳子「ドイツの医療法制」西南学院大学法学論集43巻3=4号(2011)249頁以下参照。

76) ドイツ国内に存在する州医師会17団体(原則は各州に1団体。但し、Nordrhein = Westfalen 州は、人口が多いことから州医師会を2団体有している)の内、現在まで

医療現場で医師介助自殺が何らかのかたちで考慮されなければならない実情を示唆しているものとも考えられている⁷⁷⁾。同様に最近の質問調査によれば、ドイツで従事する医療者の相当多数において、一定の条件下で患者に対し致死的手段を用いることに必ずしも明確な拒否の態度が採られているわけではないことも示されている⁷⁸⁾。

このような状況を鑑みれば、医療現場において、自殺に関わることが当初から完全に排除できるわけではないことを意味している。このことから、たとえ医療者が一度きりの行為として、自殺の機会に関係していたとしても、それが医療という潜在的な反復継続性の中で見出されるものであるのならば、その者が犯罪者とされないかは決して明確ではないということになる⁷⁹⁾。

4-2 刑事立法学の観点から

この新しい条項に対しては、そもそも刑事立法化する必要性和許容性を満たしているのかという根本的な疑問も投げかけられている。すなわち、それは「自殺の業務的促進」という行為において、何が刑事的制裁の正統性を基礎付けているのかという憲法的観点からの疑問である。

に10の医師会が医師介助自殺の禁止を採用している。

77) この点に関しては Ostgathe C., *Ärztlich assistierter Suizid: Reflexionen eines Palliativmediziners*, in: Höfling S. / Rösch E. (Hrsg.), *Wem gehört das Sterben?: Sterbehilfe und assistierter Suizid*, Hanns-Seidel-Stiftung e.V., (2015), S. 13 f.

78) ドイツ造血器腫瘍学会 (Deutsche Gesellschaft für Hämatologie und Medizinische Onkologie) の会員医師における最近の質問調査によれば、34%の回答者が個人的な意見として、患者の自殺を手助けするために致死的な薬物を何らかの条件付きで利用可能にするべきだとしている。また、医師介助自殺を職業法的に禁止することも36%の回答者が反対している。この調査結果に関しては Schildmann J. / Wunsch K. / Winkler E., *Ärztlich assistierte Selbsttötung: Umfrage zur ärztlichen Versorgung von Krebspatienten. Ethische Überlegungen und Stellungnahme*, Deutsche Gesellschaft für Hämatologie und Medizinische Onkologie e.V., (2015), S. 24 f.

79) Duttge, a. a. O. (10), S. 124.

(1) 新規立法の不必要性

確かに、刑罰の威嚇は、その規範の名宛人を怯ませるという効果を不可避に内在している。しかし、無権限で平等違反的に不当な侵害に対向する必要性こそが刑罰それ自体に伴う「社会倫理的な非難 (sozialethische Missbilligung)⁸⁰⁾」としての性格に正統性を付与し、そのような非難の真摯性が確認されるために、刑罰を加えることは、法的社会の名の下において不可欠なものと考えられている⁸¹⁾。

しかし、自殺は、そのような他者の自由な領域を不当に侵害するという性質を欠いている。すなわち「自殺者は、その者自身の自由な領域に留まるのであり、他者を侵害するものではない⁸²⁾」

その一方で、自殺企図を形成する意思決定に関与する場合は、幾分か事情が異なりうる。そこに関与する者の影響が他者の自発性を損なうものであるならば、そこにおいて自由が侵害されているとも評価できる。その意味で自殺が全

80) 刑罰において不即不離に伴う非難的性格に関しては Kühl K., Zum Missbilligungscharakter der Strafe, in: Arnold J. u. a. (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, (2005), S. 149 ff.

81) この点を強調するものとして、特に Pawlik M., *Staatlicher Strafanspruch und Strafzwecke*, in: Schumann E. (Hrsg.), *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat: 15. Symposium der Kommission »Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart«*, De Gruyter, (2010), S. 87 f. ドイツ刑法学では、近年、このように刑罰を規範の確認として把握しようとする学説ないし学派が有力化している。この点の紹介としては、安田拓人「一般予防論の現在と責任論の展望」法律時報88巻7号(2016)10頁以下、松宮孝明「今日における犯罪論と刑罰論の関係」立命館法学317号(2008)494頁以下参照。このようなドイツの刑罰理論における最近の傾向を詳細に検討したものとして、飯島暢『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』成文堂(2016)第1部(特に103頁以下)参照。

82) Kühl K., *Das Unrecht als Kern der Straftat*, in: Esser R. u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, (2013), S. 28. 同論文の翻訳として、キュール, クリスティアン(鈴木彰雄: 監訳, 高良幸哉=樋笠亮士=谷井悟司=根津洗希: 訳)「犯罪行為の中核としての不法」比較法雑誌48巻4号57頁以下参照(該当引用箇所は78頁以下)。

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。自殺関与の法的禁止が正統性を有する範囲は、自殺者における自由意思が侵害された場合に限られる⁸³⁾。

しかし、新条項の法律案理由書において、このような説明を基礎にして示唆された限定的状況は⁸⁴⁾、既に理論刑法学の領域では「間接正犯」により實際上、十分に可罰的である。従って、新条項は、立法化の必要性に乏しいということになる。

(2) 規制態様の過剰性

更に、この新条項の適用対象は、自殺における直接的関与事例に限定化されているわけではない。むしろ潜在的な自殺の前段階における領域の可罰性を問うものである。しかし、自殺が「自己答責的に」実施されるのであれば、本法のような全てにおける促進的行為の犯罪化及び刑罰化は過剰な立法である⁸⁵⁾。前述から繰り返すように、自己答責的な自殺の経過に関与しただけの者に対する刑罰的介入は、本来、正統性を有することができないはずである⁸⁶⁾。

その上で、ここで抽象的に設定された法益関連性も、非常に希薄であることが指摘可能とされている。そもそも法益侵害が実質的で切迫した危険性を有していない限り、刑罰の行使は、不当に過剰なものとなる⁸⁷⁾。

83) Duttge, a. a. O. (10), S. 123 によれば、刑法第291条（暴利罪）に対応するかたちで「強制的状況、未熟、判断力の欠如又は著しい意思薄弱」に付け込むような事案が想定されている。

84) Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 2.

85) Duttge, a. a. O. (10), S. 123.

86) Roxin, a. a. O. (11), S. 188.

87) Frisch W., Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens, in: Hefendehl R./von Hirsch A./Wohlers W. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel, Nomos, (2003), S. 215. 特に S. 227. また Roxin C., Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, in: Neumann U./Herzog F., (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, Müller, (2010), S. 589 においても「十分な法益関連性 (hinreichender Rechtsgutsbezug)」が重要視されている。また、我が国におけ

しかし、新条項により規制された行為態様における社会的な危険性の内容は、一義的に明らかではない。その一方で、一身の処罰阻却事由が設定されることにより、その例外に当たる当事者間においては、非自発的な自殺の予防が企図されずに、そこにおける抽象的な危険は放置されることになる。すなわち、その阻却事由に当てはまる限りで個人の自律という法益関連性は、構成要件的に全く問題とされないことになる。このような意味で法益関連性が希薄な刑法的規制は、リベラルな法治国家の原則に反するものと批判されている⁸⁸⁾。

ここでいうリベラルな法治国家とは、連邦通常裁判所が提示した言葉に従えば「全ての市民における居場所⁸⁹⁾」として把握されるものである。そして、ここでは、一定の生き方又は死に方を「正しいもの」として掲げることが断念されなければならないとも説明されている⁹⁰⁾。従って、以上のような意味におい

る最近の刑事立法に関して「法益概念の危機」が指摘されている。この点、松原芳博「刑事違法論と法益論の現在」法律時報88巻7号(2016)25頁以下参照。

88) Duttge, a. a. O. (10), S. 123は「人間が在りのままに把握されるのではなく、むしろ禁止規範の対象として具体的に書き込まれ、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」と懸念する。

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

90) 確かに、価値相対主義を基調とする場合、規範の名宛人に対して「良い」という評価が充填化された理想像を押し付けることは断念される。Kersting D., Gibt es einen Tod?: Normativ-kritische Überlegungen zu heutigen Leitbildern des Todes, in: Esser A. M./Kersting D./Schäfer C. G. W. (Hrsg.), Welchen Tod stirbt der Mensch?: Philosophische Kontroversen zur Definition und Bedeutung des Todes, Campus, (2012), 199 f.「自然な死」という表現が「良い」という評価と関連付けられていることへの批判として Duttge G., Menschenwürdiges Sterben, in: Baranzke H./Duttge G., Autonomie und Würde: Leitprinzipien in Bioethik und Medizinrecht, Königshausen & Neumann, (2013), S. 339. しかし、より根源的な政治哲学的意味におけるリベラリズムとは、このような価値相対主義が生起させる正当性の危機的状况を眼前にして、価値への追求を断念することなく、むしろ、一定の態度で克服するべきものだともされている。例えば、井上達夫『他者への自由：公共性の哲学としてのリベラリズム』創文社(1999)8頁以下参照。特に同書11頁では「価値の多元的対立が孕む固有の正当性危機を直視し、かかる対立の下で対立当事者に受容さるべ

て、新条項の内容は、刑法の過剰な道德化を招くものとして批判されている。

5 おわりに：示唆と展望

以上で概観したように、ドイツでは医師介助自殺に関する国内外の議論を受けて、新たに「自殺の業務的促進罪」を刑法典に導入した。しかし、その内容は、医師介助自殺の規制派と容認派の対立から生じた妥協の産物である⁹¹⁾。そのため、様々な矛盾を含んでいる。今後の解釈運用の中で、どのように、その曖昧さを克服していくのかが注目される。

このようなドイツの動向と比較すると、我が国において、医師介助自殺が固有の問題として注目されたという経験は、ほとんど皆無である。確かに、我が国では、ドイツと異なり、自殺関与一般が既に可罰化されている⁹²⁾。このことから、今後、ドイツと同様の議論状況が生じる可能性は低い⁹³⁾。

むしろ、自殺に関して可罰的な領域が浸透してきたという意味で、ドイツにおける法状況が日本に接近化したとも表現可能である。その意味で、この改正により生じたとされる自殺の禁忌化という法現象自体は、我が国でも「既に生

き共通の正当性基盤を探求するというリベラリズムの伝統的な企てを引き受け直す政治哲学的営為」が現代には必要不可欠とされている。そのような営為の提言に関しては、井上達夫「立法理学としての立法学：現代民主政における立法システム再編と法哲学の再定位」井上達夫（編）『立法学のフロンティア第1巻：立法学の哲学的再編』ナカニシヤ出版（2014）41頁以下参照。また、この価値相対主義を克服する意味でのリベラリズムに関して、より平易な概説は、井上達夫『リベラルのことは嫌いでも、リベラリズムは嫌いにならないでください：井上達夫の法哲学入門』毎日新聞出版（2015）79頁以下参照。

91) 前掲注(27)における立法過程参照。

92) 但し、我が国の現行刑法典中において、なぜ、自殺関与規定が維持されているのかという処罰根拠論に関しては、その立法経緯を丹念に検証している秋葉悦子「自殺関与罪に関する考察」上智法学論集32巻2=3号（1989）148頁以下によれば、必ずしも判然としたものではないことが分かる。

93) 佐藤・前掲注(5)348頁も同趣旨。

じている法現象」として言及することが可能であろう⁹⁴⁾。すなわち、我が国の刑法においては、ドイツ以上に他人の自発的な死に触れてはいけないものとして、刑法上の行為規範が設定されているようにも思われる⁹⁵⁾。この行為規範により、自殺者は「死にたいのであれば一人で死ななければならない」という状況に追い込まれる。もちろん、我が国の刑法は、その状況を救おうとして手を差し伸べた者までも処罰しようというわけではない。しかし、前述でも触れたように、自殺企図者に寄り添うこと、そして、その不安のみならず、何よりも自殺の主張を真摯に受け止めることが自殺の予防には求められており、そこにおいては「この人を一人で死なせてはいけない」という医療者にとっての規範が成立しうる。そして、実際に「苦しみから救い出してあげよう」という行為は、自殺企図者を死から遠ざけるものなのか、むしろ近づけるものなのか。両者の方向性は、自殺企図者に真摯に向き合えば向き合う程、限りなく曖昧なものとなりうる⁹⁶⁾。

94) 但し、同じドイツ語圏において（日本と同様に）自殺関与を可罰化しているオーストリアでは、この自殺の非道徳化又は禁忌化は、むしろ肯定的に受容されているようにも思われる。この点に関しては Moos R., in: WK, 2. Aufl., (2002), § 78, Rn. 3. 若尾岳志「オーストリア刑法における自殺関与及び要求にもとづく殺人」早稲田大学大学院法研論集 105号（2003）161頁以下参照。

95) 例えば、井田良「自殺関与罪と同意殺人罪」刑事法ジャーナル4号（2006）133頁以下によれば、自殺者自身に対しては自己決定を尊重する観点から自殺禁止の規範は向けられない一方で、第三者に対しては、自殺関与禁止の規範を設定することは可能であり、妥当であると論証されている。

96) もちろん、そのような者が生命を尊重するための法規範に違反する意図を有さないのであれば刑法理論的に問責されないという点は変わらない。しかし、何らかの有害事象が発生した場合、刑事司法機関が重大な結果の発生に囚われて法規範違反を遡及的推論（abduction）することにより、事実が誤認される傾向にあることにも配慮されるべきである。すなわち、そのような憶測に巻き込まれること自体が医療者にとって実際上の負担・不利益になるということである。結果発生的事後的観察により刑事事件が物語化される過程に関しては Posner R. A., Law and Literature, 3rd ed., Harvard University Press, (2009), pp. 419 ff. 同書の翻訳としてポズナー、R・A（坂本真樹＝神馬幸一：訳）『法と文学（下巻）』木鐸社（2011）515頁以下

この点、上記で検証してきたドイツの新条項に対する批判においては、むしろ、自殺者を孤立させる規範的設定を否定的に捉えていたように思われる。そして、当事者間における現状と展望が徹底して検証された後に最後の選択肢として自殺が選択される可能性もドイツの医療現場においては完全に排除できていないことも実際に示されている⁹⁷⁾。このような事情も踏まえた上で、我が国の刑法理論は、ドイツの議論状況を把握し直すことが今後の課題となるようにも思われる。

また、そのような状況を打破する現実的な対応としては、自殺の意思決定がなされる以前の段階において、むしろ質的にも量的にも十分な医療的ケアの提供体制が整備されるべきであろう⁹⁸⁾。特に、自律的な自己決定による自己答責性が慎重に保障されるためにも、そのような医療的ケアを支援する法制度が必要不可欠となる⁹⁹⁾。この整備の充実化を待たずして、医師介助自殺を容認する

参照。

- 97) 前掲注(78)における調査結果参照。我が国においても、医師介助自殺は、医療者間で決して関心が低い事柄ではない。例えば、森田達也「緊急収録：安楽死・医師による自殺補助：緩和ケアの臨床家が知っておくべき知識」緩和ケア25巻2号(2015)124頁以下参照。
- 98) 従前、自殺補助が犯罪化されているイングランドにおいても、同趣旨の報告書がまとめられたことがある。この点に関しては、拙稿・前掲注(1)100頁以下参照。オーストリアにおいても同様の主張がある。例えば、Glaser P., *Assistierter Suizid – eine Alternative auch in Österreich?: Ursachen und Lösungsmöglichkeiten für den Wunsch nach Tötung auf Verlangen*, Akademikerverlag, (2014), S. 109。我が国においても、現実的には、このような緩和医療的ケアの充実化が先ずは優先的に取り組まれるべきであろう。我が国における自殺対策の運用と成果に関しては、澤田康幸＝上田路子＝松林哲也『自殺のない社会へ：経済学・政治学からのエビデンスに基づくアプローチ』有斐閣(2013)161頁以下参照。
- 99) 実際、本稿で紹介した刑法改正に前後するかたちで、ドイツでは、病院・介護施設・自宅全般において緩和ケアを促進するため、公的医療保険法(社会法典第5編)を改正する「ホスピス・緩和ケア法(Hospiz- und Palliativgesetz: HPG)」が2015年12月1日付けで成立している(BGB I 2015, S. 2114)。この法律の概要に関しては Rixen S. u. a., *Gesundheitliche Versorgungsplanung für die letzte Lebensphase: Das*

ことは、確かに性急である。

以上の問題をまとめると、結局のところ、「違法と断言することが困難であるにもかかわらず、しかし、社会的には禁忌とされている領域」に対して、どのような姿勢で法律家が立ち向かうべきかということに尽きる¹⁰⁰。本来、そのような領域においては、刑法は沈黙しなければならないように思われる。すなわち、そこでは、刑事実体法的な「正当性」から回答を用意することは困難である。むしろ、現場で必要とされる話し合いの手続を十分に保障することで、そこに規制の「正統性」が付与されるかが問題となる¹⁰¹。

Hospiz-und Palliativgesetz, NJW (2016), S. 125 ff. 我が国における簡単な紹介として、渡辺富久子「【ドイツ】緩和ケアの強化」外国の立法266-2号(2016)30頁参照。この法律により、緩和ケアは、公的医療保険の給付対象である病気治療の一部である旨が定められた(社会保障法典第5編第27条)。また、開業医が他機関と連携して基準を満たす緩和ケアを行う場合の診療加算(同法第87条)、病気治療を必要としないホスピス入院患者に対する公的医療保険からの補助金額の引上げ(同法第39条a)等の緩和ケア導入に対する金銭的な誘因の付与に加え、介護施設における医療提供の強化(同法第119条b)、介護施設における終末期医療計画の提供及び相談(同法第132条g)等の体制的強化も盛り込まれている点が注目に値する。

100) この点 Roxin a. a. O. (11), S. 190 ff.によれば、医師介助自殺の問題は、刑法よりも行政刑法(秩序違反法)の領域に馴染むものとして、その公的な規制の構想が提案されている。また、我が国においても、伊東研祐「自救行為の禁止原則と法的保護コスト分配の効率性」法律時報88巻7号(2016)42頁以下によれば、医師介助自殺の問題に限らず、広く一般的な意味で、自己答責的な行動領域に関しては、国家的介入の正統性が失われており、そこにおける国家的・社会的コストに関しては、より効率的な非刑事法的・私的介入により対処されるべきという同趣旨の見解が主張されている。

101) ドイツ語圏における「手続化(Prozeduralisierung)」の傾向に関しては A. Eicker, Die Prozeduralisierung des Strafrechts, Stämpfli Verlag, (2010), S. 203 ff. 我が国では、辰井聡子「終末期医療とルールの内実」甲斐克則(編)『終末期医療と医事法』信山社(2013)222頁以下が終末期医療における手続保障の重要性を強調している。この点、拙稿「安楽死・尊厳死」法学教室418号(2015)15頁においては、そのような傾向における長所・短所を指摘した。

そこで求められる制度設計において（特にスイスで問題視されているような¹⁰²⁾）民間の自殺介助団体による不透明な手続に委ねるべきではないのであれば、専門的な医療職による自殺の機会提供を保障することも完全には否定できない。その意味で、既に致死的な手段の利用可能性に関して、医療職の間で真剣に議論されていることには十分な理由が見出せる¹⁰³⁾。しかし、そのような手段は、一般的に医療職が負担するべきではないという意見が根強い¹⁰⁴⁾。

その一方で、ドイツでは、今回の刑法改正を巡る議論を受けて、一部の論者により、自殺という選択肢は、新しい死の在り方として、学際的な鑑定委員会により事前審査されるべきという方策も提起されている¹⁰⁵⁾。なぜなら、そのような医師介助自殺における事前審査制度の導入は、自殺企図者を保護し、そこで試みられる自殺の自己答責性に資するものと考えられているからである。このような「死（自殺）の手続的保障」は、一見すると違和感を覚えさせるものかもしれない。しかし、無統制な自殺及び自殺未遂が放置されている現状と比較して、どちらが好ましい方向性であるのかは確かに悩ましい問題である¹⁰⁶⁾。

102) スイスにおける最近の議論状況に関しては Magnus, a. a. O. (3), S. 439 ff.

103) そのような内容の法律案として Bundestagsdrucksache 18/5374. 同様の法的規制を提案するものとして Borasio G. D./Jox R. J./Taupitz J./Wiesing U., Selbstbestimmung im Sterben – Fürsorge zum Leben: Ein Gesetzesvorschlag zur Regelung des assistierten Suizids, Kohlhammer, (2014), S. 19 ff.

104) そのような医療者の意見を受けて、前掲注(75)におけるドイツ連邦医師会模範職業規範第16条は医師介助自殺禁止を掲げている。このドイツ連邦医師会の医師介助自殺に対する態度の変遷に関しては、松田純「事前医療指示の法制化は患者の自律に役立つか? : ドイツや米国などの経験から」理想 692号(2014) 83頁以下参照。

105) Duttge, a. a. O. (10), S. 125.

106) この点、全く無規制の状態よりかは、何らかの規制を敷いた方が自殺企図者の保護になる点を経済学的に説明するものとして Posner, R. A., Aging and Old Age, University of Chicago Press, (1997), pp. 235 ff. 同書の翻訳として、ポズナー, R・A (國武輝久: 訳)『加齢現象と高齢者: 高齢社会をめぐる法と経済学』木鐸社(2015) 314頁以下参照。

そして、何よりも以上で試行錯誤されるような手続保障への移行は、特にリベラルで民主主義の伝統を享受する多くの法律家にとって、居心地の良さを感じさせるものである。なぜなら、そのような法律家が依拠する価値相対主義は、社会において一定の道德観の設定に違和感を覚える人々 (moral strangers)¹⁰⁷⁾ を必然的に生み出し、そこにおいては、価値観の押し付けが拒否されることにより、話し合いで解決する方向性が妥当とされるからである。

しかし、手続を保障さえすれば、全てが解決するわけでもない¹⁰⁸⁾。なおも、そのような手続を形骸化させないためにも、そこで目指されるべき最良の妥協点が「規範」として確立されなければならないからである¹⁰⁹⁾。結局のところ、ここにおいては「自由を求めれば求める程、その自由という場に拘束される」という状況が始終付きまとうことになる¹¹⁰⁾。

107) Engelhardt H. T. Jr., *Bioethics and Secular Humanism: The Search for a Common Morality*, SCM Press, (1991), p. xiii. ここでEngelhardtが用いるところの「moral strangers」とは「論争解決を見出すために具体的な道德の在り方を共有化しようとしない」人々のことである。

108) 民主主義的な手続が必ずしも道德的な力を有するわけではないことの例証として Engelhardt, *supra* note (8), pp. 46 ff. 同書の翻訳として、エンゲルハート・前掲注(8) 63頁以下参照。

109) 前述にもあるように Engelhardt が指摘した moral strangers の存在を前提にした上で proceduralism(手続主義) が有する倫理的意味の再構成を試みた興味深い論考として Jotterand F., *Moral Strangers, Proceduralism, and Moral Consensus*, in: Rasmussen L. M. etc. (eds.), *At the Foundations of Bioethics and Biopolitics: Critical Essays on the Thought of H. Tristram Engelhardt Jr.*, Springer, (2015), pp. 201 ff.

110) このような価値相対主義に伴う問題は、実際のところ、特に目新しい問題ではない。かなり以前から、法哲学・生命倫理学の領域では、意識されていた。例えば、アメリカの医事法・生命倫理学において権威的存在である G. J. Annas は、既に80年代における自身の著書 *Judging Medicine*, Humana Press, (1988) の「はしがき(特に p. xiii)」で、手続保障に逃げ込もうとする当時の論調を厳しく批判し、実体的な要件を明らかにすることこそ、法律と社会政策にとって有意義なものとする。そして、それは、医事法(又は医療倫理)が単なる恣意的な権利の行使に墮することを防ぐ唯一のものであるとも主張している。また、そのような価値相対主義を克服する試

また、我が国でも、終末期医療ないし「人生の最終段階における医療¹¹¹⁾」に関して、多職種による審査手続の導入が推奨されている¹¹²⁾。ここでの我が国の議論内容は「他殺」の問題という点で、前述のドイツとは異なるところを対象としている。しかし、死の在り方を統制しようと試行錯誤を重ねているという観点においては、共通している。そして、終末期医療の手続保障という点に関しても、そこにおいて「防衛医療」化に抗うドイツの議論内容は、我が国にも重要な示唆を提供しているように思われる。

【付記】本稿は2016年度科学研究費補助金「若手研究(B) 課題番号25870294：緩和ケアの妥当な在り方に関する比較法的研究(研究代表者：神馬幸一)」による研究成果の一部である。

本稿の執筆に当たっては、Gunnar Duttge 先生(Universität Göttingen)、只木誠先生(中央大学)、飯島暢先生(関西大学)より、多くの御助言を頂いた。ここに記して、感謝の意を申し上げたい。なお、只木先生の御尽力により、本稿に関連するDuttge先生の論文「Strafrechtlich reguliertes Sterben(NJW 2016, S. 120 ff.)」の翻訳が近く比較法雑誌(中央大学)に公刊される予定である。

また、本稿脱稿後に、Herzberg R. D., Strafbare Tötung oder straflose Mitwirkung am Suizid?, ZIS 7/2016, (2016), S 440 ff. に接した。Herzbergの当該論考においても、新刑法217条は、批判的に検討されている。

みに関しては、前掲注(90)における論考を参照。

111) 最近「終末期医療」という専門用語が「人生の最終段階における医療」という名称に変更された経緯に関しては、町野朔「この人に聞く『人生の最終段階における医療』に名称を変更：町野朔氏(終末期医療に関する意識調査等検討会座長)」週刊社会保障68巻2773号(2014)36頁以下参照。

112) 「人生の最終段階における医療の決定プロセスに関するガイドライン」の前身である「終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン」作成の経緯に関しては、樋口範雄『統・医療と法を考える』有斐閣(2008)83頁以下参照。