

論 説

ドイツ刑法217条の違憲判決における
「生命の保護」と自殺関与の可罰性

佐 瀬 恵 子

1. はじめに

わが国の刑法では、他人の生命・身体を侵害する、あるいは危殆化する行為が刑法199条殺人罪等によって処罰の対象となっているが、自らの生命・身体を侵害する自殺行為や自傷行為は処罰規定が置かれていない。しかし、他方では、自殺に関与する行為や、死を望む者から囑託または承諾を得て殺害をする行為については、刑法202条において処罰の対象となっている。このため、わが国の刑法学においては、古くから自殺行為及び自傷行為の不可罰性の根拠と共に、自殺関与及び同意殺人の処罰根拠が議論の対象となっている。

日本の状況に対して、ドイツの状況はその様相が異なっている。ドイツではキリスト教的倫理観を持つ一方、自殺及び自殺関与は共に不処罰となっており、ドイツ刑法に処罰規定が置かれていないが、囑託殺人罪や不救助罪は処罰の対象として刑罰法規が置かれている状況にある。ドイツでは古くから自殺は犯罪行為ではなく、また、共犯従属性の見地から自殺に関与する行為も犯罪行為ではないと考えられている一方で、死を希望する者から囑託を受けて殺害する行為は、他人が自殺者の意思決定に干渉する行為であり許されないと解されている。これにより、ドイツ刑法学においては、不可罰な自殺関与と可罰的な囑託殺人の区別といった問題や、「医師の手による臨死介助

「Sterbehilfe」の可罰性が議論の対象となっていた。

そのような中、2015年2月13日、ドイツ刑法に自殺に関与する行為を処罰する新たな刑罰法規が制定されることとなった。それがドイツ刑法217条「業としての自殺援助」の規定である。ドイツ刑法217条の内容は、1項において「他人の自殺を支援する意図をもって、業として、そのために機会を供与、調達、仲介した者は、3年以下の自由刑または罰金刑に処する。」として「業としての自殺援助」を処罰の対象としているが、同条はその実行行為が自殺の実行に着手した時点ではなく、自殺の機会の供与、調達、仲介といった自殺の予備的行為を処罰の対象としている点や、営利・非営利を問わず、反復継続して行われる「業」の場合に処罰の対象としている点に特色が見られる。ドイツ刑法では過去140年以上にわたって自殺関与に関する処罰規定が置かれてこなかったにもかかわらず、2015年になってドイツ刑法217条の新設に至ったのは、ドイツ周辺諸国における積極的安楽死や「医師の手による臨死介助」を不可罰とする傾向が強く影響を与えたものであるが、このドイツ刑法217条は、その制定の前後にわたってドイツ国内において強い批判にさらされる刑罰法規となった。その結果、2020年2月26日、ドイツ連邦憲法裁判所はドイツ刑法217条に対し違憲判決を下すに至り、制定からわずか5年間で違憲無効に至ることとなる²⁾。

1) § 217 Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung

(1) Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Als Teilnehmer bleibt straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Absatz 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht.

ドイツ刑法217条「業としての自殺援助」

①他人の自殺を支援する意図をもって、業として、そのために機会を供与、調達、仲介した者は、3年以下の自由刑または罰金刑に処する。

②自らは業としての行為をしていない者、及び1項における他人（自殺者）の家族または親密な間柄にある者は、共犯として罰せられない。

2) BVerfG, 26.02.2020-2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16,

以上のドイツ刑法217条の新設から違憲判決に至る経緯の中で争われた自殺及び自殺関与の不可罰性に関する議論は、自殺関与について異なる価値観を持つわが国の自殺関与や安楽死・尊厳死の是非をめぐる議論においても、比較法的見地から影響を与えうるものであろうと推察される。このため、本稿では、ドイツ刑法217条新設の契機から違憲判決に至るまでを研究し、さらに、ドイツにおける「生命の保護」の意義及び自殺関与の可罰性について検討を行いつつ、わが国における「生命の保護」の意義及び自殺関与の可罰性³⁾に対する比較法的考察を行って参りたい。

2. ドイツ刑法217条の制定の背景

欧州諸国はキリスト教的倫理観及びキリスト教的文化が根強い傾向にあるが、それはドイツも例外ではない。中世においてのドイツでは、キリスト教的倫理観に基づき、元来、生命を侵害する行為は他殺であれ自殺であれ違法と考えられており、生命侵害行為として、囑託殺人だけでなく自殺関与も処罰されていた時代があった。しかし、その後、保護法益の中でも「人の生命」は一身専属的な個人的法益であり、自らの命を絶つ自殺も「権利の一種」⁴⁾であると考えられるようになった。

そして、ドイツ連邦から、プロイセンを中心とした統一国家が成立した

2 BvR 2354/16, 2 BvR 2527/16, S.1ff.

3) ドイツ刑法217条の新設に関しては、創価大学大学院法務研究科における教員研究報告会にて報告レジュメを作成し研究報告を行ったものであるが、本稿はその際の報告レジュメに同条に対するドイツ連邦憲法裁判所の違憲判決の内容を加え、ドイツ及び日本における自殺関与の可罰性について新たに考察を行ったものである。ドイツ刑法217条の新設の際の報告レジュメについては、拙稿『『業務としての自殺援助』という新しい構成要件に関する一考察』創価ロージャーナル第13号（創価大学、2020年）163頁～169頁。

4) ドイツにおける自殺関与の可罰性の歴史について、Lisa Stiller, Sterbehilfe und assistierter Suizid : Zur Bedeutung des Patientenwillens für die Rechtfertigung von Sterbehilfe und Suizidassistentz, S.24 f.

1871年以降、ドイツ刑法から自殺関与罪の規定が削除されることとなった。⁵⁾ 前述したとおり、ドイツ刑法では、嘱託殺人罪（ドイツ刑法216条）の規定が置かれる一方で、自殺関与罪の規定は置かれてこなかったため、ドイツは、統一国家となった1871年以降から140年以上にわたって、自殺への関与を例外なく不可罰とする立場を堅持し続けていたといえる。さらに、「医師の手による臨死介助」の是非の問題を受け、自殺は、ドイツ基本法2条1項及び2条2項が規定する一般的人格権、人格の自由な発展の権利の一種、生命の権利の一種として認められるようになり、特に「自由意思に基づく自殺は違法とすべきではない」と考えられるようになった。⁶⁾ しかし、そのような現状の中で、自殺関与の規定が削除されてから140年以上が経過した2015年に、ドイツ刑法は「業としての自殺援助」の刑罰法規を新設することとなる（2015年12月3日制定、2015年12月10日施行）。しかも、ドイツ刑法217条の内容を見ると、自殺の予備的行為である自殺の機会の提供等が処罰の対象とされており、そこで行われる自殺が未遂であるか既遂であるかは問われておらず、自殺の機会を供与、調達、仲介する行為を処罰の対象とする挙動犯・抽象的危険犯の形式での処罰となっているという点が、ドイツの法律史から見ても

5) 中山敬一『医事刑法概論Ⅱ（先端医療の比較規範体系）』（成文堂、2021年）674頁～675頁参照。

6) BVerfGE 52, 131, 171f.; BVerfGE 89, 120, 130 ; BGHSt 11, 111, 114.

ドイツ連邦憲法裁判所によれば、「基本法2条2項は、とりわけ、人間の肉体的・精神的な尊厳の領域における自由の保護を保障しており、患者は、自分の肉体的・精神的な尊厳について完全な自己決定権を有して」おり、そして、「自己決定権は、身体的・精神的完全性に対する自由で無制限の自律性という意味での自由の保護を当事者に保証するものであり、したがって、あらゆる医療行為に対する同意の要件を正当化するものである。これには、自己放棄を含む自己危険に対する権利も含まれる。したがって、自己の生命を処分する自由も含まれ、自己決定に基づく死の権利も保障される。このことは、自殺を人間生活の中核的領域と理解すれば、基本法2条1項からも導かれる」と認め、「自由意思に基づく自殺」が自己決定権の一種であることを肯定している。また、これについて、Marion Albers, *Patientenverfügungen*, S.18 f.

7)
特異な印象を与える規定となった。

それでは、「自殺が自己決定権の一種」であると考えられていたドイツにおいて、刑法217条の「業としての自殺援助」の処罰規定が制定される契機になったのは一体どのような経緯からであろうか。それは、21世紀以降、自殺関与罪・同意殺人罪が規定されていたヨーロッパ諸国において、刑法改正により「医師の手による臨死介助」だけでなく、医師の手による積極的安楽死が許容される傾向が強まったことが大きな影響を与えている。まず、2001年にオランダで「要請による生命の終結と自殺補助の規制に関する法律」が制定され、世界ではじめて、一定の要件を具備することによって、医師の手による積極的安楽死が許容されるようになったことを皮切りに、2002年にベルギー、2009年にルクセンブルクが医師の手による積極的安楽死の不可罰性を規定する法律を制定するようになった⁸⁾。その後、ローマ・カトリックの影響が根強いイタリアにおいても、2017年に終末期医療を決定する権利を成人に認める法律が可決され、かつ、2019年にイタリア憲法裁判所が一定の要件を備えた「医師の手による臨死介助」の許容を認めた結果、2022年に四肢に麻痺を受けた男性が医師の手により死に至った事例を許容したことも契機となっ⁹⁾て、患者に治療行為を選択し決定する権利が認められるだけではな

7) フランク・ザリガー（只木誠・大杉一之共訳）「業として行われた自殺補助に対する刑罰規定をめぐる諸問題（ドイツ刑法217条）」比較法雑誌54巻1号（日本比較法研究所、2020年）3頁～4頁参照。

8) オランダ・ベルギー・ルクセンブルクにおける「医師の手による臨死介助」について詳細なものに、甲斐克則「終末期の意思決定と自殺補助」井田良他編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2016年）547頁～551頁、アグネス・ヴァン・デル・ハイネ（甲斐克則・福山好典訳）「オランダとベルギーにおける安楽死と医師による自殺補助」甲斐克則編訳『海外の安楽死・自殺補助と法』（慶應義塾大学出版会、2015年）123頁～136頁、シュテファン・ブラウム（甲斐克則・天田悠訳）「ルクセンブルクにおける臨死介助」甲斐克則編訳『海外の安楽死・自殺補助と法』（慶應義塾大学出版会、2015年）155頁～166頁、渡辺互「ドイツにおける『死への援助』への立法的対応—その憲法的論点を中心に」法政治研究2号（関西法政治研究会、2016年）146頁～147頁参照。

9) 朝日新聞 globe + 『ニューヨークタイムズ世界の話題』“「悔やんでいる。しかし

く、その延長として治療行為の選択の一つに「医師の手による臨死介助」もまた権利として認められ始めるようになった。以上のように、ローマ・カトリックの影響を強く受けているヨーロッパ諸国においても、自由な意思決定に基づく自殺は一つの権利行為であり、医師がそれを介助することは処罰されるべきではないとの思想が定着を見せつつあり、これがドイツ刑法217条新設の背景といわれている。

ヨーロッパ諸国において積極的安楽死や「医師の手による臨死介助」が容認され始めたのであれば、そもそも自殺関与に関する処罰規定のないドイツでは、なおのこと「医師の手による臨死介助」は許容されるべき方向に傾き、「業としての自殺援助」を禁止する刑罰法規の新設は必要性に欠けるように感じられるものであるが、これまでドイツの裁判所において、「医師の手による臨死介助」は当然に容認されてきたわけではないといった点がこの問題を複雑にさせることとなった。

前述のとおり、ドイツでは自殺関与に対する処罰規定はないものの、ドイツ刑法216条に囑託殺人罪の規定が置かれており、且つ、ドイツ刑法323c条において「事故により、当然に救助されるべきであるのに救助をしない不救助行為」が処罰の対象となっている。¹⁰⁾ ドイツ刑法323c条における「事故」

……」イタリアで初の「安楽死」男性が遺したメッセージ” <https://globe.asahi.com/article/14679515> (参照2023-12-21)。

- 10) § 323c Unterlassene Hilfeleistung; Behinderung von hilfeleistenden Personen
 (1) Wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nicht Hilfe leistet, obwohl dies erforderlich und ihm den Umständen nach zuzumuten, insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.
 (2) Ebenso wird bestraft, wer in diesen Situationen eine Person behindert, die einem Dritten Hilfe leistet oder leisten will.

ドイツ刑法323c条「不救助罪・救助妨害罪」

- ①事故又は公共の危険若しくは緊急の際に、救助が必要であり、当該状況によれば行為者に救助を期待することができ、特に自身への著しい危険も他の重要な義務に違反することもなく救助が可能であったにもかかわらず、救助を行わなかった者

の解釈に自由意思に基づく自殺が含まれるかは議論があるものの、自殺の際であっても不救助が処罰の対象とされるのであれば、いくら「自由意思に基づく死」を望む患者がいたとしても、医師が直接患者を死に至らしめる行為は嘱託に基づく殺害行為となり、また、患者が死に至るまでそばで看取る医師の行為も不救助罪として処罰の対象となる。このような背景から、従前からドイツの判例の中では、自殺関与とは大きな相違はなくとも「医師の手による臨死介助」は可罰的であるとの解釈が展開されていた。以上のような背景から、欧州において「医師の手による積極的安楽死」や「医師の手による臨死介助」の許容性が当然に認められるべきとの思想が広がりを見せることは、ドイツ国内において「医師の手による臨死介助」を求める患者を増大させ、「医師の手による臨死介助」があたかも医療サービスの一環に発展しかねないとの危惧感を生じさせるものであり、これを防ぐべきであるとの思想を生む契機となったのである。¹¹⁾

さらに加えて、ドイツの隣国であるスイスでは、そもそも刑法において非営利による自殺行為が処罰の対象となっていなかったことから、1980年頃よりNPOが致死薬の入手を援助し、それを自殺志願者が服用するといった介助は許容されており、1990年代から自殺援助を行う非営利団体が設立され、医師の手に限らず、そのような非営利団体による自殺介助が認められるよう

は、1年以下の自由刑又は罰金に処する。

②このような状況下において、第三者に救助の提供を求める者、あるいは、救助を提供しようとする者を妨害した者も処罰される。

11) Deutscher Bundestag Drucksache 18/5373, S.1ff. ドイツ連邦議会による法案の内容については <https://dserver.bundestag.de/btd/18/053/1805373.pdf> (参照2023-01-12)。

12) スイスの自殺援助をめぐる議論に関しては、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—」井田良他編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [上巻]』(成文堂、2016年) 647頁以下、クリスティアン・シュワルツネッカー(只木誠監訳、秋山紘範訳)「治療中止を例とした作為と不作為の区別」比較法雑誌53巻3号(日本比較法研究所、2019年) 135頁参照。なお、スイス刑法115条によれば、「利己的な動機により、人の自殺の教唆あるいは援助を行った者は、もしその自殺が実行された場合、5年以下の懲役に処する」と規定されており、利己的な動機によるものではない非営利による自殺関与は不可罰となっている。

になっていた。また、そのような非営利団体が自国民だけでなく、ドイツをはじめとした他国民に対しても自殺幫助を請け負いはじめたことにより、ドイツにおいて刑法217条の制定に向けた大きな影響を与えることとなった。¹³⁾特に、1998年にスイスにおいて創設された非営利自殺援助支援団体である「ディグニタス」は、自殺幫助が医療・福祉制度に根づき、医療措置として一般に開放されることを目標として掲げており、世界中で自殺幫助の合法化を推進するための活動を意欲的に行った結果、ドイツ国内において「ディグニタス」の支部を発足しドイツ人に対する非営利の自殺介助が推進されることとなった。¹⁴⁾さらに、ドイツ国内においても、ハンブルクにドイツ臨死介助協会という会員制の臨死介助団体が発足したり、「医師の手による臨死介助」の件数が増大したりといった状況が続いた。¹⁵⁾このような非営利による自殺幫助団体の確立や「医師の手による臨死介助」の増加といったドイツの状況を受けて、ドイツ国内においては、いくら自由意思に基づく自殺が自己決定権をはじめとした権利の一種であるとしても、まるで自殺が一種の医療サービスの一つのように捉えられたり、「自殺ツーリズム」が罷り通ったりすることは許されるべきことではないとの思想が一層強まるようになり、また、特に自殺や自殺幫助に反対する人々に反感を与えたことによって、「業としての自殺援助」を禁止すべきとする議論が2000年頃から活発化していくこととなった。¹⁶⁾

13) スイスにおける非営利な自殺幫助団体に関して詳細なものに、只木・前掲注12) 650頁以下、柴寄雅子「スイスにおける自死援助協会の活動と原理」国際研究論議24巻1号(大阪国際大学、2010年)51頁以下及びクリスティアン・シュワルツネッカー(只木誠監訳、海老澤侑訳)「臨死介助団体と刑法的観点から見た自殺幫助」比較法雑誌53巻3号(日本比較法研究所、2019年)147頁参照。

14) ディグニタスの活動内容及び哲学的思想について詳細なものに、柴寄雅子「ディグニタスの活動-その営為の哲学的基礎(上)・(下)」国際研究論議24巻2号・3号(大阪国際大学、2011年)251頁以下・141頁以下参照。

15) ドイツ・ハンブルクにおける自殺介助団体について、佐藤拓磨「ドイツにおける自殺関与の一部可罰化をめぐる議論の動向」慶應法学31巻(慶應義塾大学、2015年)350頁参照。

16) ドイツ刑法217条の制定議論の背景について詳細なものに、山中・前掲注5)660

確かに、ドイツは140年以上にわたり自殺及び自殺関与を犯罪としてこなかったが、その理由は、自由主義立憲国家として、一般的で強制力のある「生きる法的義務」は存在せず、また、強要されない点に求められていたからである。その結果、自殺未遂や自殺への関与も罰せられないが、それはあくまでも「生きる法的義務」が強要されないことを原則とするものであり、いくらドイツ刑法典が自殺関与を処罰する規定を置いていないとしても、それが業として提供されることにより、「自殺幫助が通常選択肢であると思われ、人々が自ら命を絶つことに向かわせる場合には、原則の修正が必要となる」といった点が、「業としての自殺援助」の禁止規定を制定する理由となっていた¹⁷⁾。現在のドイツにおいては、他者に自殺幫助を依頼する者が増えており、このままでは、重病で苦しむ者が、家族に負担をかけないために自殺幫助を依頼しなければならないのではないかという気持ちを生じさせてしまい、その結果、自殺幫助が社会的に普通のものになり、組織形態で行われることに慣れる効果が生じるおそれがある。とくに老人や病人は、これにより幫助を受けて自殺へと走り、あるいは間接・直接に自殺に追いやられていると感じることも危惧される。したがって、必ずしも商業主義的なものではなくとも業として行われている活動は、自己決定及び生命への基本権を保護するために刑法という方法を用いてでも阻止すべきであり、このような社会的風潮を抑制することが、刑法217条の立法の目的であったといわれている¹⁸⁾。以上のように、ドイツ刑法217条が新設された背景には、自殺援

頁以下、同「ドイツにおける臨死介助と自殺関与罪の立法の経緯について」井田良他編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（成文堂、2016年）611頁以下、甲斐・前掲注8）559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』について」獨協法学100号（獨協大学、2016年）118頁以下、佐藤・前掲注15）348頁～351頁参照。

17) Deutscher Bundestag Drucksache, 18/5373, S.16 ff. (Fn.11).

18) Deutscher Bundestag Drucksache, 18/5373 S.16 ff. (Fn.11).

19) Deutscher Bundestag Drucksache, 18/5373 S.16 ff. (Fn.11). 及び、渡辺富久子「立法情報：【ドイツ】業としての自殺幫助の禁止」外国の立法 No.2016-1（国立国会図書館、2016年）参照。なお、ドイツ刑法217条の制定前後において、特に刑法学者か

助支援団体による自殺援助の提供により、自律性を脅かす自殺の増加に繋がりがねないとの危惧が強く影響していることが伺える。

3. ドイツ連邦憲法裁判所違憲判決の内容

以上のような経緯から新設されたドイツ刑法217条であったが、同条は新設される前後にわたってその合憲性を疑問視する議論が紛糾するようになる。そして、2020年2月26日、ドイツ刑法217条に対する6件の憲法異議の申立がなされた結果、ドイツ連邦憲法裁判所はドイツ刑法217条に対し違憲判断を下すに至る²⁰⁾。ここにおいてドイツ刑法217条に対し憲法異議の申立を行った申立人の立場は、「自己の生を自ら終わらせることを希望する重病患者」、「ドイツ及びスイスを所在地としてかかる幫助を提供する団体（ディグニタスを含む）」、「当該機関の代理人及び職員」、「外来患者又は入院患者のケアに従事する医師」、「自殺援助についての助言とあっせんに携わる弁護士」²¹⁾であった。申立人による違憲意義の内容については、次のとおりである。まず、「自己の生を自ら終わらせることを希望する重病患者」からは、一般的

ら強い批判が加えられていたことについて論じられているものに、山中・前掲注5) 712頁以下、只木・前掲注12) 655頁以下、秋山紘範「海外法律事情：ドイツ刑事判例集(100)業としての自殺援助禁止の違憲性」比較法雑誌54巻4号(日本比較法研究所、2021年)273頁以下参照。

20) BVerfG, aa.O. S. 1 ff. ドイツ刑法217条に対する6件の異議申立に対するドイツ連邦憲法裁判所の判決については、https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/02/rs20200226_2bvr234715.html (参照2023-12-21) を参照。なお、本判決の翻訳として、秋山・前掲注19) 249頁以下、九州大学ドイツ刑法判例研究会誌、代表訳者富川雅満「ドイツ刑法判例研究：ドイツ刑典第217条の違憲性について－ドイツ連邦憲法裁判所2020年2月26日判決の翻訳－」法政研究87巻4号117頁以下、神馬幸一訳「ドイツ連邦憲法裁判所第2法廷2020年2月26日判決：ドイツ刑法第217条の違憲性(1)・(2)」獨協法学112号・113号(獨協大学、2020年)471頁以下・423頁以下、柴嵩雅子訳「業としての自殺幫助の禁止は違憲」国際研究論叢34巻1号(大阪国際大学、2020年)125頁以下参照。

21) 刑法217条に対し違憲意義を申し立てた申立人について詳細なものに、富川・前掲注20) 167頁～168頁内の「申立人一覧表」を参照。また、柴嵩・前掲注20) 126頁。

人格権から、自己決定により死ぬ権利が認められるべきであるのに、「業としての自殺援助」が可罰的となったことで、希望していた自殺援助を利用できないとの理由から申し立てがなされている。²²⁾ また、「自殺援助を提供する団体」からは、基本法12条1項（職業の自由）、9条1項（結社の自由）及び2条1項（人格の自由な発展の権利）に基づく基本権の侵害を理由に申し立てがなされている。²³⁾ なお、「自殺援助を提供する団体の従業員ら」は、これに加えて良心の自由（基本法4条1項2肢）の侵害を訴えている。²⁴⁾ そして「医師ら」からは、主として良心の自由及び職業の自由（基本法4条1項2肢及び基本法12条1項）を異議の根拠としている。²⁵⁾ 最後に「弁護士ら」からは、自殺に関する助言及び自殺援助の機会のあっせんが処罰されることになったために、基本法12条1項に基づく職業の自由が侵害されていると主張している。²⁶⁾ これら全ての申立人からは、共通してドイツ刑法217条の規定が明確性を欠いているという点、また、個々の事例で行われる自殺補助が不処罰であることに對する十分な保障がなされていないという点に違憲異義の主張がなされている。²⁷⁾ また、これまでドイツの裁判所において、「医師の手による臨死介助」は当然にその許容性が認められていたわけではなかったが、それでも、憲法的な観点から患者の自律性が認められ、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決定した「自由意思に基づく自殺」は自己決定権の一種であり最大に尊重されるべきであるとの意見が強まってきたことにより、

22) 秋山・前掲注19) 251頁、富川・前掲注20) 167頁～168頁、柴嵩・前掲注20) 126頁参照。

23) 秋山・前掲注19) 251頁、富川・前掲注20) 167頁～168頁、柴嵩・前掲注20) 126頁参照。

24) 秋山・前掲注19) 251頁、富川・前掲注20) 167頁～168頁、柴嵩・前掲注20) 126頁参照。

25) 秋山・前掲注19) 251頁～252頁、富川・前掲注20) 167頁～168頁、柴嵩・前掲注20) 126頁参照。

26) 秋山・前掲注19) 252頁、富川・前掲注20) 167頁～168頁、柴嵩・前掲注20) 126頁参照。

27) 秋山・前掲注19) 252頁参照。

「医師の手による臨死介助」の法的許容性は幾度となく議論が重ねられていた。²⁸⁾しかし、ドイツ刑法217条が新設された結果、「医師の手による臨死介助」はもちろん、「医師の手による自殺幫助」も処罰されかねない状況に置かれることとなり、ドイツ刑法217条自体の新設が患者の福祉に向けた医業の遂行を妨げる結果に繋がっているとの理由から憲法異議の申立がなされたものである。²⁹⁾

これらの申立人から違憲異議申立を受けたドイツ連邦憲法裁判所は、自己決定による死ぬ権利、さらには第三者の手を借りて死ぬ権利は一般的な人格権であると認めた上で、「業としての自殺援助」を禁止するドイツ刑法217条の規定は合憲的な限定解釈を加えることすらできない規定であるとして、申立人の訴えをほぼ全面的に認め、同条に対し違憲無効の判断を示した。³⁰⁾

28) ザリガー・前掲注7) 21頁～25頁、神馬・前掲注16) 118頁～120頁参照。

29) ドイツ刑法217条に対する違憲性について、ザリガー・前掲注7) 23頁～25頁。

30) BVerfG, aaO. Rn.334. (Fn.2). なお、ドイツ連邦憲法裁判所による違憲判決の要旨は次のとおりである。

「第一、a) 一般的人格権（基本法1条1項と結び付いた2条1項）は、人格の自律性の表れとして、自己決定による死ぬ権利を包摂する。b) 自己決定による死ぬ権利には、自殺する自由も含まれる。QOL（生命の質）に関する理解や、自らの存在意義についての自己理解に即して自らの生命を絶つという個人の決断について、国家と社会は、自律的な自己決定の行為としてまずは尊重しなければならない。c) 自己の生を終わらせる自由は、そのために第三者に援助を求める自由と、その援助が提供される限り、これを要求する自由をも包摂する。

第二、間接的な、あるいは事実上の影響力を及ぼすような国家の措置であっても、基本権を侵害し得るものであるときは、そうした措置は憲法に従って十分に正当化されるものでなければならない。ドイツ刑法217条1項が処罰の対象としている業としての自殺援助の禁止は、自殺を望む者が、自ら選択した末に業として提供されている自殺援助を要求することを、事実上不可能ならしめるものである。

第三、a) 業としての自殺援助の禁止は、厳格な比例性の基準（法益衡量）に照らして（合憲性を）評価されなければならない。b) 受忍可能性の検討においては、業としての自殺援助の規制が、それぞれ異なる憲法的保護対象の緊張領域の中で推移しているということを考慮しなければならない。自己答責的に自身の生命を終わらせることを決断し、そのための援助を求める者に対しては、自己の生命の終え方をも包括する根本的な自己決定権が認められており、この自己決定権を尊重することは、自殺意思を有する者の自律性、そしてそれ以上に生命という重要な法益をも保護すべきと

ただし、この際のドイツ連邦憲法裁判所は、ドイツ刑法217条の立法趣旨や目的自体に対して違憲判断を行った訳ではない。ドイツ連邦憲法裁判所に
よれば、人間の生命が重要な法益であることを前提として、国家は、生命保護
の見地から安易な自殺を予防することも、悪質な自殺援助支援団体を法に
よって規制することも可能であると述べている³¹⁾。故に、立法者が、自己の
生命に対する個人の自己決定を保護するために、また、その保護によって生命
を保護するために、刑罰法規を用いて、「業としての自殺援助」を禁止し
たのであれば、立法者の立法目的自体は憲法上問題のあるものではないと論
じている³²⁾。加えて、ドイツ連邦憲法裁判所は、ドイツ刑法217条が立法され
た主たる目的につき、自殺援助は「健康上のケアとしてのサービスの提供」
に発展する可能性があること、そして、その結果、全国民が人生の終結を
自殺で結ぶという方向に誘導する可能性があることから、自殺による人生の
終結が一般化した結果、とりわけ高齢の疾病者に対して「業としての自殺援

する国家の義務と衝突するものである。

第四、憲法が人間の自律性と生命に高度の地位（要保護性の高さ）を与えていることから、原則として、刑法を用いてこれを効果的かつ予防的に保護することを正当化することができる。ただし、法秩序が、人間の自律性を脅かすような一定の自殺援助の形式を処罰の対象とするならば、この法秩序は、（業としての自殺援助が）禁止されたとしても、個別事例においては、自殺援助が自由意思によって提供される限りにおいては、この提供を実際に利用できることを保障しなければならない。

第五、ドイツ刑法217条1項において「業としての自殺援助」を禁止することにより、援助を受けて自殺する可能性が狭められ、個人において自己の憲法上保障された自由を行使する余地が事実上残されないこととなる。

第六、何人も、自殺援助を行うことは義務付けられるものではない。」

また、ドイツ連邦憲法裁判所の判決の要旨については、前掲注20) https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/02/rs20200226_2bvr234715.html (参照2023-01-21)。及び、同判決要旨の翻訳について参照したものに、山中・前掲注5) 747頁以下、秋山・前掲注19) 249頁～250頁、富川・前掲注20) 165頁～166頁。

31) BVerfG, a.a.O., Rn.227 (Fn.2). また、翻訳として秋山・前掲注19) 257頁～258頁及び富川・前掲注20) 155頁。

32) BVerfG, a.a.O., Rn.227 (Fn.2). また、翻訳として秋山・前掲注19) 257頁～258頁及び富川・前掲注20) 155頁。

助」を受けるように圧力がかかる危険性が生じ、それによって自律性のある自殺行為とはいえない「業としての自殺援助」が拡大する危険性を防ぐ目的があると論じ、故に、そのような「業としての自殺援助」を禁ずる法規制を行うことも正当化される余地があると述べている。³³⁾

しかし、それではドイツ刑法217条の規定が違憲ではないかといえばそうではない。ドイツ刑法217条の立法趣旨や目的は正当ではありつつも、当該規定が制定されることにより新たな権利や利益が侵害・危殆化されるのであれば、保護されるべき利益同士の厳格な法益衡量を行って合憲性が評価されなければならないとしている。³⁴⁾ その結果、ドイツ連邦憲法裁判所は、ドイツ刑法217条の規定が、自律性が奪われた「業としての自殺援助」を処罰するだけでなく、自律性を有する「業としての自殺援助」をも処罰の対象になっている点を挙げ、妥当であるとはいえないとしている。³⁵⁾ このため、立法者に対しては、ドイツ刑法217条ではなく、その他の方法で自律性の奪われた「業としての自殺援助」を処罰の対象とする法整備を置く可能性があることについてふれられており、たとえば、自殺援助に向けた説明義務や待機義務を法律に規定する等の手続的な生命に関する自己決定の保護の仕組みを実定法に規定したり、信頼に足る自殺援助の提供を保障するために認可性を設けたり、特に危険な形態の自殺援助に対してのみ処罰規定を置いたり等、ドイツ刑法217条以外による「業としての自殺援助」を禁止する法整備の可能性について示唆されている。³⁶⁾

以上のことからドイツ連邦憲法裁判所は、「業としての自殺援助」を禁止

33) BVerfG, a.a.O., Rn.250 f. (Fn.2). また、翻訳として秋山・前掲注19) 261頁～262頁及び富川・前掲注20) 147頁～148頁。

34) BVerfG, a.a.O. S.1ff. (Fn.2). また、ドイツ連邦憲法裁判所要旨・前掲注30) 第三、a) にあるとおり、「業としての自殺援助の禁止は、厳格な比例性の基準（法益衡量）に照らして（合憲性を）評価されなければならない」ことが述べられている。

35) BVerfG, a.a.O., Rn.279 (Fn.2). また、翻訳として秋山・前掲注19) 267頁及び富川・前掲注20) 137頁。

36) BVerfG, a.a.O., Rn.338f. (Fn.2). また、翻訳として山中・前掲注5) 755頁、秋山・前掲注19) 272頁、富川・前掲注20) 118頁。

する刑罰法規自体が、人間の生命及び自律性を保護する目的で制定されたのであれば正当化されない訳ではない点を論じた上で、³⁷⁾ 他方、人間には自由な意思決定に基づき死を選択する権利だけでなく、他者に自殺の援助を求める権利も憲法上承認されるべきであることを理由に、自律性を有する真摯な意思決定の末の自殺及びその援助が処罰範囲に含まれている点を大きな理由として、³⁸⁾ 違憲判断を行ったものであると解される。さらに、ドイツ刑法217条の規定が違憲となったとしても、立法者が自殺援助の規制を行うことが全くできない訳ではないといった点を挙げつつ、改めて「業としての自殺援助」を禁止する法整備を行う際には、「自律性を有する自殺」の権利を不当に侵害しないよう、極めて調整的に制限して「業としての自殺援助」を禁止する規定を置かなければならないことを述べている。³⁹⁾ たとえば、他者に自殺の援助を求める権利が憲法上の権利であることを認めた以上は、自殺を決断した個々の動機を含めて承認したことになるため、自殺の動機を客観的理性という基準で評価することはもはや不可能であり、このことから、許される自殺か、許されない自殺を判断する実質的な基準を設定することは禁止されるとしている。⁴⁰⁾ さらに、許される自殺援助の要件として「不治の病であること」や「致命的に進行する病が存在していること」を要求することも妥当ではないとしつつも、今後、実務上においては自殺願望の真摯性や継続性を測る際に、このような状況にあるかの証明を要請することは妨げられないため、立法者に対しては自殺を求める権利を保障するための手続の制定が必要となるといった内容が論じられている。⁴¹⁾ これにより、ドイツ連邦憲法裁

37) BVerfG, a.a.O., Rn.267 (Fn.2). また、翻訳として山中・前掲注5) 753頁、秋山・前掲注19) 263頁、富川・前掲注20) 141頁。

38) BVerfG, a.a.O., Rn.212 (Fn.2). また、翻訳として秋山・前掲注19) 255頁及び富川・前掲注20) 160頁。

39) BVerfG, a.a.O., Rn.340f. (Fn.2). また、翻訳として山中・前掲注5) 755頁～756頁、秋山・前掲注19) 272頁～273頁、富川・前掲注20) 117頁～118頁。

40) BVerfG, a.a.O., Rn.340 (Fn.2). また、翻訳として山中・前掲注5) 755頁～756頁、秋山・前掲注19) 272頁～273頁、富川・前掲注20) 117頁～118頁。

41) BVerfG, a.a.O., Rn.340 (Fn.2). また、翻訳として山中・前掲注5) 755頁～756頁、

判所の違憲判決は、立法者に対して、自殺関与を処罰の対象とした刑罰法規を制定する際には、構成要件上、極めて困難な調整が必要となることを示唆する内容となっている。

4. 「生命の保護」と自殺関与の可罰性

ドイツ刑法217条に対するドイツ連邦憲法裁判所の違憲判断から、自律性を有する者が生命処分の自己決定を行うことは憲法上の権利であり、かつ、自律性を有する自殺の支援を他人に委ねることも憲法上の権利であることが承認された以上、今後、ドイツにおいて自殺関与罪を原則的に処罰する規定を置くことは不可能であることが推察される。わが国においては、自殺や自殺未遂を処罰する刑罰法規は置かれていないものの、原則的に自殺関与は刑法202条で処罰の対象となっており、安楽死や尊厳死といったような「医師の手による臨死介助」の事例に際しては、「医師の手による臨死介助」につき違法性阻却の余地があるかが検討されているが、他方、ドイツにおいては、日本の刑法のように自殺関与が原則的に処罰されるべきであるとして新たな自殺関与罪が制定されたり、それに対して違法性阻却事由を設けたりするような法整備が行われることは、今後、将来にわたっても起こりえないであろう。

このようにドイツ及び日本の両国において、自殺関与の可罰性や法制化をめぐる議論が大きく異なっているのは、個人の自己決定権の中に、「人の生物学的基礎である『生命』を自ら放棄することまで及ぶのか」という問題をめぐって異なる結論が導き出されていることが理由に挙げられる。⁴²⁾本章においては、ドイツにおける「生命の保護」の意義及び可罰性を有する自殺関

秋山・前掲注19) 272頁～273頁、富川・前掲注20) 117頁～118頁。

42) 山中敬一「ドイツにおける自殺関与罪をめぐる最近の議論にもとづくわが刑法202条の処罰根拠の再考」井田良他編『新時代の刑法学下巻—椎橋隆幸先生古稀記念—』（信山社、2016年）132頁。

与とは何かといった問題に触れつつ、わが国における「生命の保護」の意義と自殺関与の可罰性に関する比較法的考察を行ってみたい。⁴³⁾

(1) ドイツにおける「生命の保護」と自殺関与の可罰性の検討

ドイツ連邦憲法裁判所のドイツ刑法217条に対する違憲判決によって、「業としての自殺援助」を禁止する刑罰法規は違憲無効となった以上、自律性のある自殺に対して他者が関与した事例につき、その可罰性が問題とされる刑罰法規はドイツ刑法216条の嘱託殺人罪及び同法323c条の不救助罪のみとなった。前述のドイツ刑法217条の違憲判決からもわかるとおり、ドイツにおいては「死ぬ権利」は憲法上保障されるべき権利であること、そして、「自律性のある自殺」や「自律性のある自殺」を行うために他者に援助を求める権利が不当に侵害されるのであれば、いくら生命保護を目的としていても、自殺関与を処罰する規定は置かれるべきではないと考えられており、これによって「生命の保護」よりも「自律性のある自殺」の方が、ある種優先されるべき法益であるとの見解が確立したといえよう。

しかし、ドイツ刑法217条に対する違憲判決が、いくら「生命の保護」よりも「自律性のある自殺」をある種優先されるべき法益であると判示したとしても、ここにおいて人間の生命が全く保護の対象となっていない訳ではない。もしも、「生命の保護」よりも「自律性を有する自殺」が優先的に保護

43) ドイツにおける自殺関与の不可罰性や「医師の手による臨死介助」の是非に関して詳細なものに、山中・前掲注5) 660頁以下、同・前掲注42) 93頁以下、只木誠「臨死介助・治療中止・自殺幫助と『自己決定』をめぐる近侍の理論状況」井田良他編『新時代の刑法学下巻－椎橋隆幸先生古稀記念－』(信山社、2016年) 143頁以下、神山敏雄『臨死介助をめぐる刑法上の諸問題－安楽死、尊厳死、平穏死、早期安楽死を中心に－』(成文堂、2019年) 132頁以下、ヘーニング・ローゼナウ(甲斐克則・福山好典訳)「ドイツにおける臨死介助および自殺幫助の権利」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年) 83頁以下、アルビン・エーザー(嘉門優訳)「自殺関与の不処罰性－ドイツにおける新たな制限」井田良他編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集【上巻】』(成文堂、2016年) 567頁以下、甲斐克則『尊厳死と刑法』(成文堂、2004年) 213頁以下参照。

されるべき法益であり、「自律性を有する自殺」を不当に制限する刑罰法規は全て違憲であると解するならば、ドイツ刑法216条の「囑託殺人罪」や同法323c条の「不救助罪」も当然に違憲な規定ということにもなりかねない。特に同法216条の「囑託殺人罪」は被害者の囑託があることから、「自律性を有する自殺」の一種であると考えられることも可能である。しかし、同法216条の「囑託殺人罪」に違憲判断がなされず、依然としてドイツ刑法に規定が置かれている理由は、同法が人間の「自律性」と共に人間の「生命」もまた、憲法上最も保護を必要とする重大な利益であると考えた故であろう⁴⁴⁾。そもそも可罰的な囑託殺人罪と不可罰な自殺関与との大きな相違点は「自由答責的な死への自己決定」の有無にあり、「自由答責的な死への自己決定権」が危殆化される囑託殺人は処罰の対象となるが、「自由答責的な死への自己決定権」が危殆化されることがない自殺関与は不可罰と考えられている。それでは、「自由答責的な死への自己決定」の有無はいかに判断されているかであるが、ここにおいて重要なポイントとなるのが、自殺者が「自殺を実行する際の最後の瞬間までその決定権が行使されているか」という点である⁴⁵⁾。つまり、自殺関与である場合は、あくまでも自殺者は「自由答責的な死への自己決定権」を有しており、自殺を実行する最後の瞬間まで死への自己決定を思いとどまることも可能なため、他者から自殺者の「死にたいという思いが無条件で撤回されることがなく自由や自律が保障されていると考える。しかし、その一方で囑託殺人は、殺害の囑託が、いくら当時の自殺者による自由答責的な意思決定に基づくものであったとしても、最終的な殺害行為の実行は他者の手に委ねられているため、自殺者は死への自己決定を無条件に翻すことが困難な状態に置かれる⁴⁶⁾。このため、ドイツ刑法においては「他人の手を借りて」自身の生命を侵害することは自由答責的な意思決定に基づ

44) なお、ドイツ刑法216条「囑託殺人罪」の処罰根拠として詳細なものに、山中・前掲注5) 627頁～630頁、同・前掲注42) 104頁～108頁参照。

45) 山中・前掲注5) 625頁、同・前掲注42) 101頁～102頁参照。

46) 山中・前掲注5) 625頁～630頁、同・前掲注42) 101頁～107頁参照。

く自殺とは認められず、被害者自身が自ら自律権を侵害していると解されることから、それに関与した他人は被害者の生命保護の見地から処罰がなされ⁴⁷⁾ている。

以上を踏まえると、ドイツ刑法における「生命の保護」は、自己及び他者による生命への侵害・危殆化を一切排除するための国家による保護を意味するものではなく、一般的な「生命の保護」のために、まず「自由答責的でない、自律性の失われた生命を優先的に保護する」という意味であると解される。そして、このような理解は前述のドイツ連邦憲法裁判所におけるドイツ刑法217条違憲判決の中においても示されており、そこでは、人間の「自律性」と「生命」が両者ともに憲法上最も高い地位にある保護法益であることを認める一方で、「人間の自律性に相反する生命の保護」は、人間の尊厳を価値順序の中心に据え、それによって人間の自由な人格を憲法における至上の価値として、その尊重と保護を約束する共同体の自己理解と矛盾するものとなっており⁴⁸⁾、故に「自律性のある自殺」を広く制限するようなドイツ刑法217条の規定は合憲的限定解釈を加える余地のない違憲な規定であると判示していることから窺われる。また、この際、ドイツ連邦憲法裁判所は「自律性のある自殺」及び「自律性のある自殺の援助を他者に求める権利」を認めたことにより、「不治の病であること」や「致命的に進行する病が存在していること」といったような、自殺援助の実質的な許容要件を設定すべきではないことを述べていることから⁴⁹⁾、今後、「医師の手による臨死介助」においてドイツ刑法323c条の「不救助罪」の成否が問題となる事例においても、その臨死介助が自己答責性を有する死への自己決定の行使の結果であり、医師はあくまでも不作為でその場に付き添っていたに過ぎない状況であれば、当然に処罰が免れる方向へと移行していくものと推察される。

47) 山中・前掲注5) 625頁～628頁、同・前掲注42) 105頁参照。

48) BVerfG, a.a.O., Rn.267, 277 (Fn.2). また、翻訳として山中・前掲注5) 753頁、秋山・前掲注19) 263頁・266頁、富川・前掲注20) 141頁・138頁。

49) BVerfG, a.a.O., Rn.340 (Fn.2). また、翻訳として山中・前掲注5) 755頁～756頁、秋山・前掲注19) 272頁～273頁、富川・前掲注20) 117頁～118頁。

い社会的・経済的状况を保障する政策を実行することにあるのであって、自殺志願者にはそれを思いとどまり、生きた上での自己にとって有利な選択肢を選ぶよう動機づけることにある」と考えられている。⁵¹⁾

ただし、自己の生命を侵害する行為が違法であるといっても、自殺が刑法上の処罰の対象となっているかといえそうではない。自殺行為を刑法上処罰の対象とする場合、自殺を成し遂げた者に対しては常に免訴となるために処罰は不可能であるが、自殺未遂者に対しては処罰の余地が生ずる。しかし、わが国の刑法においては自殺未遂者を処罰の対象としておらず、自殺未遂につき処罰規定が置かれていない。これは、もしも自殺未遂者を処罰の対象としてしまうと、自殺をしようと実行に着手したが思いとどまった者や、自殺者の想定外に既遂に至らなかった者に対して刑事罰の処分を与えることとなり、国家及び法の役割である「自己の生命を放棄するに至らせない社会的・経済的状况を保障する政策」の実現を損わせることになる。このため、自殺未遂は国家による刑事政策的な観点から処罰が免れていると解される。⁵²⁾ 以上のことから、わが国における自殺に関する原則的な立場は、自殺は違法であるが、自殺未遂者に対しては「生命の保護」と「自殺を予防する刑事政策」の観点から処罰が免れているにすぎず、原則的に自殺が違法であるが故に、自殺関与もまた共犯従属性の見地から生命侵害や危殆化に向けた因果の惹起を理由に処罰の対象となっているといえる。⁵³⁾

また、ドイツの状況とは異なり、日本においては自殺関与や囑託・承諾殺人が同一の条文及び同一の法定刑で処罰の対象となっていることから、刑法から見て、両罪の構成要件要素の多くが重なり合うものであり、構成要件の同質性を有するとの理解に立っていると解される。このため、刑法202条は、

51) 山中・前掲注5) 651頁及び同・前掲注42) 132頁～133頁。

52) 同様の見解を示すものに山中・前掲注5) 651頁～652頁及び同・前掲注42) 132頁～134頁。

53) 日本における自殺関与の処罰根拠及び自殺不処罰の根拠についての議論及び私見の詳細については、拙稿『違法論における「被害者の承諾」と自己決定権—自己決定権の刑法学への導入の是非—』（創価大学大学院博士論文、2009年）40頁以下参照。

たとえ「自律性を有する死の自己決定」の結果、他人に殺害を囑託あるいは承諾して殺害させたとしても、または、他人が「自律性のある自殺」に関与してきたとしても、人の生命という法益侵害に向けた因果を惹起したことに変わりはないが、両者共に通常の殺人罪とは異なり「自律性を有する死の自己決定」するという「被害者の承諾」の存在から、違法性を完全に阻却することは不可能であっても、違法性を減少をさせることが可能であるため、殺人罪よりもその法定刑が軽くなっていると解される。以上のことから、わが国の刑法における「自律性を有する死への自己決定権」は「生命の保護」に優先して保障されるべきものではなく、あくまでも他人の生命侵害行為の違法性を減少する「被害者の承諾」の範囲内で認められているに過ぎないものといえよう。

以上を踏まえ、ドイツ連邦憲法裁判所によるドイツ刑法217条違憲判決において示されたような、「生命の保護」に優先して「自由答責的でない、自律性の失われた生命を優先的に保護する」といった考え方は、わが国において馴染みにくい考え方といえる。わが国の刑法において「人間の生命」は最も重要な保護法益であり、また、国家の構成員としての生命でもあることから、個人的法益の範疇にとどまらず、社会的・国家的法益の一種とも解される法益であるように思われる。故に、国家は、国家の構成員が自らの生命を侵害する自殺に対して予防措置を講じるべきであり、また、「生命の保護」というパターンリズムの見地から、国家の構成員の生命が侵害・危殆化されないよう刑法202条に自殺関与罪及び囑託・承諾殺人罪の規定を置いている状況にあるといえる。そして、今後、ドイツをはじめとするその他の欧米諸国において「自律性を有する自殺」や「自律性を有する自殺の援助を求める権利」が保障されるべきであるとの立場が定着を見せ始め、わが国に対しても何らかの影響をもたらしうるとしても、刑法202条に対する違憲無効の判断がなされる可能性は低く、「自律性を有する死への自己決定」は、被害者の承諾として違法性減少効果を生じさせうる根拠として機能するに過ぎないであろう。その結果、終末期医療における「医師の手による臨死介助」や

消極的安楽死並びに尊厳死を不可罰とする違法性阻却事由を定めた新たな立法が必要となった際には、当該行為の違法性が阻却されるための要件として、患者の「自律性を有する死への自己決定」のみでは足りず、「死期が目前に切迫している」とか、「家族による同意がある」等、その他の要件が要求されることになるものと思われる。⁵⁴⁾

5. おわりに

ドイツ刑法217条の違憲判決の内容にふれ、改めて、欧州や先進国における積極的安楽死や「医師の手による臨死介助」の問題につき研究を進めていく中で、「医師の手による臨死介助」を許容する国が以前よりも増加傾向にあり、近年においては、キリスト教的倫理観の強い国においても、積極的安楽死までには至らずとも、「医師の手による臨死介助」を合法化する動きが見られることがわかった。また、今回のドイツ連邦憲法裁判所のドイツ刑法217条に対する違憲判決の中で、自律性を有する「死ぬ権利」は自己決定権の一種として尊重されるべきであり、かつ、「自律性を有する自殺」の際に他人に援助を求める権利もまた保障されるべきであることが示されたが、この判決は自律性を有する「人間」には「死ぬ権利」が備わっているということを示唆するものになったといえよう。

54) 終末期における患者の延命治療の中止に関しては、わが国では実体法的・手続法的規定が置かれていないものの、日本医師会をはじめとする各団体や厚生労働省のガイドラインが公開されている。その中においても、自律性を有する患者の死の自己決定にのみ従って患者に死を迎えさせることはできず、患者の自己決定権と並び家族の同意や家族に対するケアが重要であることが記されている。

日本医師会「終末期医療に関するガイドライン」https://www.med.or.jp/dl-med/teireikaiken/20070822_1.pdf（参照2024-01-21）及び厚生労働省「人生の最終段階における医療・ケアの決定プロセスに関するガイドライン」<https://www.mhlw.go.jp/file/04-Houdouhappyou-10802000-Iseikyoku-Shidouka/0000197701.pdf>（参照2024-01-21）を参照。また、各団体のガイドラインに関して詳細なものに、山中・前掲注5）804頁以下参照。

その一方で、日本をはじめとする、アジア諸国・アラブ諸国においては、宗教的・文化的理由から自殺及び自殺関与はタブー視の傾向にあり、自殺関与に対して処罰規定を置いている国も少なくない。前述のとおり日本においては刑法202条に同意殺人罪・自殺関与罪の処罰規定が置かれており、正犯である自殺（及び自殺未遂）が違法である以上、それに関与する行為もまた違法であるという共犯従属性に基づき自殺関与も処罰の対象となっている。ただし、日本において自殺及び自殺関与が違法であるとの考えは、日本由来の宗教的倫理観が背景となって生まれたものではなく、ボアソナードが旧刑法を起草した際に、ボアソナードの宗教的倫理観が前提となって生まれたものである。つまり、自殺が違法であり、自殺に関与する行為もまた違法であるとする思想・価値観は、ボアソナードによって日本に植え付けられたものといっても過言ではない。しかし、そこから140年以上にわたって、同意殺人罪と並んで自殺関与罪の処罰規定が置かれ、自殺関与を処罰の対象としてきた日本の現在と、プロイセンによる統一国家を形成した際に、自殺及び自殺関与は処罰の対象とすべきではないと自殺関与罪を削除し、140年以上にわたって自殺に関する処罰規定を置かなかつたドイツの現在を比較してみたときに、「死ぬ権利」に関する両国の考え方の差、思想・価値観の差があまりにも大きいことに驚かされる。日本において自殺関与が可罰的であることは、ボアソナードによって与えられた思想・価値観であり、日本由来の宗教的倫理観に基づいたものではないにも関わらず、自殺関与は違法な行為であるとの認識を持つ国民が多く、自殺に対しても否定的な評価を行う国民は少なくない。このため、日本は、積極的安楽死だけでなく「医師の手による臨死介助」に対する合法化に対しても、長年審議の対象とはなっても法案の提出や可決に至っておらず、合法化に至るまでには「国民のコンセンサスを得る」という高い壁が横たわっており、その許容性は困難を極める問題となっている。

それでも、今回のドイツ連邦憲法裁判所による「一般的人格権から死ぬ権利を導き出し、更には自殺の援助を第三者に求める権利もそれに含まれる」

とした判断は、わが国においても大きな比較法的意義を有する判断であるといえる。もちろん、日本においては「死ぬ権利」を尊重する思想が導入されたとしても直ちに同意殺人罪・自殺関与罪の規定が違憲無効とはなり得ず、同意殺人罪・自殺関与罪が残された上で、違法性阻却事由として安楽死や「医師の手による臨死介助」の許容要件を定めて法制化を行うことが推察されるため、ドイツ連邦憲法裁判所の判断とは明らかに両立し得ない部分が大きいものであるが、そもそも自己の死を選択する権利がどれほど尊重されるべき権利であるかを理解するといった点においては、日本の刑法学においても極めて示唆的な内容の判断であり、考察を加える上で意義のないことはない。

また、ドイツにおいて「自律性を有する自殺」及び「自殺の援助を第三者に求める権利」が尊重されるべきであるとの立場が貫かれた際に、従来から議論の対象とされている可罰的な嘱託殺人罪と不可罰な（むしろ権利行使の援助となる）自殺関与との相違点や「医師の手による臨死介助」の不可罰性についても再検討が必要となるであろう。この際の議論が、日本における可罰的な自殺関与罪と許容されるべき自殺関与の相違をめぐる問題に対しても影響を及ぼすものであることは間違いないため、ドイツにおける嘱託殺人罪と自殺関与の相違や「医師の手による臨死介助」の不可罰性に対しては、今後の研究課題として参りたい。

最後に、本稿の執筆にあたって、2019年度及び2023年度の2回にわたり本学大学院法務研究科の教員研究報告会において発表する機会を得られたこと、及び、報告会にご参加の先生方より、本研究に関する有益なご意見や新たな問題提起を頂戴できたことにつき、深く感謝の意を申し上げたい。

以上

