

ドイツにおける臨死介助法案について

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2022-09-27 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 石居, 圭 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/22642

【論 説】

ドイツにおける臨死介助法案について

石 居 圭

目 次

I はじめに

II 各法案の概要

1. 議員グループの提案
2. 緑の党の提案
3. 研究者たちの提案
4. 連邦保健省の提案

III 検討

1. 前提
2. 自殺介助の原則的可罰性と「親族又は密接な関係にある者」の一身の処罰免除
3. 自殺介助広告の処罰
4. 未成年者に対する臨死介助
5. 間接的臨死介助と積極的臨死介助
6. 自殺教唆及び承諾殺人の処罰

IV おわりに

I はじめに

ドイツにおける臨死介助をめぐる議論は、近年目まぐるしく変わっている。ドイツでは自殺関与は不可罰とされてきており、また少なくとも刑法学説上は、個人に「死ぬ権利」を認める見解が多勢であったといってよい⁽¹⁾。しかしこの議論は、自殺を試みた患者を救命しなかった医師を殺人の不作为犯として可罰的だと判断した Wittig 事件判決 (BGH, Urteil vom 4. 7. 1984 – 3 StR 96/84) を契機として盛んなものとなる。その後、数々の裁判例や「患者の事前指示」制度の立

(1) 石居圭「自殺の法的性質と『死ぬ権利』の検討」明大院 55 号 (2021 年) 121 頁以下参照。

法⁽²⁾、自殺の法的性質⁽³⁾とドイツ刑法典第 216 条「要求に基づく殺人」の処罰根拠論⁽⁴⁾等をテーマとして、様々な立場が主張されてきた。その中で 2015 年の刑法典の改正により、ドイツ刑法典第 217 条「業としての自殺援助罪」が導入され、不可罰であった自殺幫助が一部可罰化されることとなった⁽⁵⁾。本条により、ドイツの臨死介助団体はその活動を停止せざるを得なくなった。

しかしその 5 年後の 2020 年 2 月、連邦憲法裁判所 (BVerfG) 第 2 法廷はこの 217 条を違憲無効だと判断したのである⁽⁶⁾。この判決は、その成立以前から 217 条が学説による厳しい批判にさらされていたこともあって、非常に多くの注目を集めた。この判決により、臨死介助団体が活動を再開した⁽⁷⁾。またドイツ医師会は、MBO-Ä (Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (ドイツ医師のための模範職業規則)) から、医師による自殺介助を禁止する規定であった第 16 条第 3 文⁽⁸⁾を削除した⁽⁹⁾。

(2) Wittig 判決を含め、患者の自殺に関与した医師の刑事責任が問題となった事例について、石居圭「『医師による臨死介助』に関するドイツ判例の動向と日本の議論への示唆」明大院 54 号 (2021 年) 133 頁以下とそこで挙げた文献を参照。

治療の中止が問題となった事例と「患者の事前指示」制度の立法に関する近時の文献として、秋山紘範「生命に対する処分と自己決定権」博士 (法学)、中央大学 (2020 年) 93 頁以下、西元加那「治療中止の刑罰的評価 ―患者の意思と生命保護の関係―」博士 (法学)、東洋大学 (2020 年) 75 頁以下等参照。

(3) 石居・前掲注 (1) 119 頁以下とそこで挙げた文献を参照。

(4) 石居圭「要求に基づく殺人と自殺幫助の処罰根拠について」明大院 56 号 (2022 年) 85 頁以下とそこで挙げた文献を参照。

(5) 刑法典 (旧) 第 217 条の立法とそれに対するドイツ学説による評価については、秋山紘範「ドイツ刑事判例研究 (100)」比雑 54 卷 4 号 (2021 年) 273 頁以下、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」慶応ロー 31 号 (2015 年) 347 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」独協 100 号 (2016 年) 117 頁以下、渡邊互「ドイツにおける『死への援助 (Sterbehilfe)』への立法的対応 ―その憲法的論点を中心に―」関西法政 2 号 (2016 年) 145 頁以下等参照。

(6) BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 – BvR 2347/15. (本判決の訳語については、神馬幸一「[翻訳] 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) ~ (3・完)」独協 112 号 (2020 年) 471 頁以下、独協 113 号 (2020 年) 423 頁以下、独協 114 号 (2021 年) 345 頁以下も参照。)

(7) Vgl. Albrecht, „Sehnsucht nach Klarheit“, DIE ZEIT Nr. 18/2021 (3. 5. 2021), S. 30.

(8) MBO-Ä 第 16 条第 3 文「医師は自殺の介助をしてはならない。(Sie dürfen keine Hilfe zur Selbsttötung leisten.)」

(9) Beschlussprotokoll des 124. Deutschen Ärztetags (www.bundesaerztekammer.de/aerztetag/124-deutscher-aerztetag-2021-als-online-veranstaltung/beschlussprotokoll/, 最終閲覧 2022 年 6 月 10 日) S. 156 f.

本判決に関する文献はすでに多くあるが⁽¹⁰⁾、本稿の前提となるため、ここで簡単にその概要を確認したい。BVerfGは、自己決定的な死に関する個人の権利は一般的人格権に属するものであり基本権として保障されるとした⁽¹¹⁾。BVerfGによれば、「自己決定的な死の権利は外部的に定義付けられた状況に限定されない」ため、病状や人生段階による死ぬ権利の保護範囲の限定化は否定される⁽¹²⁾。そして自由な自殺の決定というためには、急性の精神障害に影響されずに、自由に自己の意思を形成し、この認識にしたがって行為することができる能力を本人が有し、その決定にとって重要な意義を有する観点の全てを実際に認識していなければならない⁽¹³⁾。そしてこの権利は、自殺の実施に際して、第三者に助力を求める権利を含む⁽¹⁴⁾。もっとも第三者は、医師か否かにかかわらず、援助を提供することを義務づけられない⁽¹⁵⁾。

他方で、国家は死を望む者の自律とその生命を保護する義務を負っている⁽¹⁶⁾。立法者は、これらのバランスをとらなければならない、そしてそれに沿う制度設計の裁量（*Gestaltungsspielraum*）を有する⁽¹⁷⁾。刑法217条による業としての自殺援助の包括的禁止は、少なくともこの裁量を越えており、したがって違憲かつ無効である⁽¹⁸⁾。すなわち、たしかにこの規定は、「支援される自殺が社会的に常態化すること」とそれに伴う自殺への圧力からの保護を正統に意図するものだった⁽¹⁹⁾。しかし、この規定は、「自己決定的な死の権利として顕在化した自殺の権利が一定の状況下で事実上、広範に空疎化されているという結果をもたらしている」

(10) 例えば評釈類として、Vgl. *Duttge*, MedR 2020, 570 ff; *Freundorfer/Steinker*, Famos 2020, 25 ff; *Hartmann*, JZ 2020 642 ff; *Holetzke*, VR 2020, 296 ff; *Johannes*, Recht und Politik 2020, 167 ff; *Kreß*, MedR 2020, 572 ff; *Lindner*, MedR 2020, 527 ff; *Razzaghi/Kremer*, HRRS 2020, 137 ff. また、Vgl. *Spittler*, Suizidhilfe und die letzten Stunden im Leben eines Menschen vor einer Lebensbeendigung, MedR 2020, 908 ff.

(11) BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 – BvR 2347/15, Rn. 204 ff.

(12) BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 – BvR 2347/15, Rn. 210.

(13) BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 – BvR 2347/15, Rn. 240 ff.

(14) BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 – BvR 2347/15, Rn. 208 ff.

(15) BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 – BvR 2347/15, Rn. 284 ff.

(16) BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 – BvR 2347/15, Rn. 232 ff.

(17) BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 – BvR 2347/15, Rn. 224 f.

(18) BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 – BvR 2347/15, Rn. 226.

(19) BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 – BvR 2347/15, Rn. 227 ff.

ため、比例性の原則に反している⁽²⁰⁾。死を望む者は、自己決定的な死の権利を実現するために、適切な行動の選択肢を持っていなければならない⁽²¹⁾。そして、医師が実際に「少なくとも必要な作用物質を処方することによって自殺を支援する」用意がない限り、臨死介助協会による提供は唯一の適切な行動の選択肢であり続ける⁽²²⁾。しかし、医師の側でのそのような用意は、尊重されなければならない個々の良心の決定だけでなく、MBO-Ä 第 16 条第 3 文、及び、州医師会の職業規則の多くにおける事実上の指導的効果をもつ (*handlungsleitende*) 臨死介助の禁止とも対立してしまう⁽²³⁾。

もっとも BVerfG は、刑法 217 条が違憲であるということが、立法者が自殺介助の規制を完全に控えなければならないことを結論付けるものではないとする。BVerfG は、個人の自律と生命を保護するために、「法律に定められた情報提供義務や待機義務」、「自殺介助の提供の信頼性を確保する許認可の留保」といった「手続き保障体制」、さらに「刑法典第 217 条の規制概念に適合する、特に危険な形態の自殺介助の禁止」といった、将来的な規制の選択肢を立法者に提案している⁽²⁴⁾。

以上の BVerfG の見解、とりわけ将来的な立法の方向性は妥当である。筆者はこれまでの論稿において、個人の「死ぬ権利」を承認しつつ、死に代わる選択肢があるにもかかわらず行われる自殺を（可罰的ではないが）違法とし、「要求に基づく殺人」や自殺幫助の処罰根拠はそうした「性急な自殺」から決定者を保護することであると主張してきた⁽²⁵⁾。私見がここで達成しようとするのは、他者決定的なパターンリズムをできる限り排除しつつ、「本当は生きたい」という願望が自殺志願者にあるならば、その真意に合致するような生命保護を図り、自殺を予防することである。それゆえ筆者も BVerfG の見解を支持する。個人を「性急な自殺」から保護するためには、他者からの不当な圧力からの保護はもちろん、性急性を排除する可能性のある「重要な意義をもつ観点全て」に自殺を望む者がアクセスできるように保障されなければならないのである。

(20) BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 – BvR 2347/15, Rn. 264 ff.

(21) BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 – BvR 2347/15, Rn. 283.

(22) BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 – BvR 2347/15, Rn. 284.

(23) BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 – BvR 2347/15, Rn. 290 ff.

(24) BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 – BvR 2347/15, Rn. 338 ff.

(25) 石居・前掲注 (1) 133 頁以下、石居・前掲注 (4) 97 頁以下参照。

そこでドイツでは現在、「自己決定の保障と生命保護」の両立を目的として、臨死介助を規制する法律の草案がいくつか提案されている。個人の自己決定権と国家による生命保護の境界線に関するこの議論は、ドイツにおいて大きな転換点を迎えつつある。

本稿の関心は、提案された法律案が「性急性からの保護」という観点から、「自己決定の保障と生命保護」を両立することのできる規定となっているかというものである。そこで本稿では、まず各法案を概観し（Ⅱ）、各法案の特徴や対立点を抽出・検討する（Ⅲ）。また、介助者の法的地位の安定に資するか否かも重要な問題である。「死ぬ権利」を保障する以上、その一部とされる「第三者の助力を用いて死ぬ権利」も保障されなければならない、したがって、介助者が処罰されることを恐れて協力しないという状況に陥らないよう、注意しなければならないからである。

なお、各法案では、助言制度をはじめとして、行為者に何らかの手続を経る義務を課して、それが履行されれば臨死介助行為についての犯罪成立を否定するというアプローチが採られているものもある。本稿では、行為者が一定の手続を履行することで犯罪の成否が左右されるかという、いわゆる「刑法における手続き化論⁽²⁶⁾」そのものの妥当性については紙幅の関係上取り扱わず、今後の課題とする。本稿では、各法案の中で見解が対立する規定の妥当性にしばって検討する。

Ⅱ 各法案の概要

本稿で取り扱う法律案は、**Katrin Helling-Plahr** たちによる党派を超えた議員 57 名のグループによる提案、緑の党所属の議員である **Renate Künast** と **Katja Keul** による提案、**Henning Rosenau** ら 8 名の研究者らによる提案、そして連邦保健省による提案、以上の 4 つである。

本章では、次章で検討する論点を抽出するために、各節の最後に小括を設けて、各法案の特徴と本稿で取り扱う論点を整理する。

(26) 天田悠「刑法における『手続き化』論の基礎的考察 (1) ～ (3・完)」香川法学 39 卷 3・4 号 (2020 年) 39 頁以下、40 卷 1・2 号 (2020 年) 67 頁以下、40 卷 3・4 号 (2021 年) 101 頁以下参照。

1. 議員グループの提案

議員グループ案は、新たに設けられる自殺介助法（SuizidhilfeG-E）及び麻薬法と刑法典の修正提案により構成されている⁽²⁷⁾。Katrin Helling-Plahr たちによる議員グループによれば、この提案の目的とその必要性は以下のように根拠づけられる⁽²⁸⁾。すなわち、個人による自己決定権の行使という基本的な決定を尊重する社会により、自殺を望む人々に対する保護と配慮が確保されるべきであるにもかかわらず、実務上の法的不確実性や事実上の障害が今もなお存在する。この法律案によりそれらは解消されるべきものであり、自殺介助が通常は不可罰であることを立法により明確にすべきであるし、そして当事者に対して自殺のための薬物を得る現実的な可能性を創出すべきである。また、自殺を決意した人は、深刻な病気の最中や終末期といった特に弱い立場にある。深刻で末期的な病気に罹っている場合には、誰もが従来医療又は緩和ケアを自由に利用できることは自明である。しかし、医学的な選択肢を利用し尽くしたくないということも、誰にとっても自由である。

また議員グループは、注目すべき基準は、各個人の自己決定権、つまり、死を望むという、人の自律的に形成された自由意思だけであり⁽²⁹⁾、性急で、自律的に形成されていない自殺の決定から死を望む者を保護すべきだとする⁽³⁰⁾。すなわち、立法活動の根拠と限界は、自殺の決定が実際に、自律的に形成された自由意思に基づくものであることの保証にある。

(1) 自殺介助の権利と自由意思の要件

SuizidhilfeG-E 第 1 条及び第 2 条第 1 項は、自殺介助を利用する権利と提供する権利を宣言する。さらに第 2 条第 2 項では、自殺介助提供義務が否定され、同条第 3 項では職業法において自殺介助を禁止してはならない旨が定められている。

SuizidhilfeG-E 第 3 条は、自律的に形成された自殺の自由意思の要件を定めている。また、同条第 1 項第 2 文によれば、自殺の決定の意味と範囲を理解できるの

(27) 以下の要約については、*Pfeifer*, Perspektiven der Suizidbeihilfe in Deutschland, KriPoZ 2021, 174 も参照。

(28) BT-Drs. 19/28691, S. 10 f.

(29) BT-Drs. 19/28691, S. 11.

(30) BT-Drs. 19/28691, S. 11.

は、「通常は（regelmäßig）」18歳に達してからであることが前提とされ、未成年者は原則として本法律案にいう自律的な自由意思は認められないこととなっている。第3条にいう自律的な自由意思の要件の存在は、自殺を目的とする医薬品の医師による処方に関して規定する SuizidhilfeG-E 第6条の要件とされている。

(2) 自殺を目的とする医薬品の処方と助言制度

SuizidhilfeG-E 第6条は、自律的な自由意思に基づき死を望む者に対して、自殺用の医薬品を処方することを医師に認め、また、その際に医師が負う医学的説明（Die medizinische Aufklärung）の義務を規定する。そして医師が、死を望む者が自律的な自由意思に基づいていることを前提とするためには、第4条にいう助言（Beratung）が行われてから10日が経過していなければならない。

さらに第6条は、自殺目的の医薬品の医師による処方が許可される要件として、自殺介助に関する助言が行われたことを確認する証明書の提示を医師に求めている。この証明書は第4条に基づき発行され、その有効期限は8週間とされている（SuizidhilfeG-E 第6条第3項）。

第4条はそのほかに、助言の内容と手順も規定する。自殺を望む者は直ちにこの手続きを受ける義務を負い、自殺を望む者には自殺に代わる選択肢が示されなければならない。この助言を行う者は自殺介助の実施に参加する者であってはならない。そして自殺を望む者の了解があれば、種々の専門家や近親者が助言を行うことができる。また、自殺を望む者が経済的事情に左右されないよう⁽³¹⁾、無料で実施されなければならないとされている。こうした助言制度と関連して第5条が、州による相談所（Beratungstellen）の設立と、その制度上の枠組みを定める。

(3) その他の点

SuizidhilfeG-E 第7条は、連邦政府に対し、この法律により行われた助言及び処方に関する年次報告書を作成し、3年ごとにこの法律の有効性を査定することを義務付けている。

最後に、麻薬法と刑法典の改正について記述されている。まず麻薬法第13条第1項を改正し、SuizidhilfeG-E 第6条に基づく、自殺を目的とする医薬品の処方

(31) BT-Drs. 19/28691, S. 15.

を認める規定を置く。次に刑法典については、SuizidhilfeG-E 第 4 条および第 5 条にいう、国により特別な認可を受けた相談所の構成員若しくは受任者 (Mitglied oder Beauftragten) を、刑法典第 203 条「私的秘密の侵害」の行為主体として含める改正を行うとする。

(4) 小括

本稿で注目すべき議員グループ案の規定は、第 3 条第 1 項第 2 文である。これによれば、未成年者には通常は自由意思が認められないことになるが、その根拠は提案の中で示されているわけではない。また、「通常は」という文言から、例外的に未成年者の自由意思が認められる場合があることがわかるが、その例外状況についても触れられていない。自殺介助を行う者の法的地位の安定に資するかという観点からは、こうした規定は問題があるといわなければならない。この点については、Ⅲでさらに検討する⁽³²⁾。

2. 緑の党の提案

緑の党案は、「自己決定的な死の権利の保護に関する法律 (Gesetz zum Schutz des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben (Selbstbestimmtes-Sterben-Gesetz - SelbstG))」と題する、自殺介助に関する新たな法律と、麻薬法の改正から構成されている。この法案を提案した緑の党所属の議員である、Renate Künast と Katja Keul は、自己決定的な死の権利を承認した BVerfG の判決に触れながら、「憲法が保障する自由には、一危険な、あるいは不快なものとして特定の自殺助の制限については、ドイツの法規命令が自己決定的な死のための適切な介助剤 (Hilfsmitteln) へのアクセスを他に十分に明確に保障している場合にのみ初めて、議論することができる。⁽³³⁾」とし、「とりわけ指摘されなければならないのは、自

(32) また、未成年者に対する自殺介助の特別な手続きが規定されているわけでもないので、実際に未成年者が例外的に自由意思を有するか否かについての判断は成年者と同様の手続きを経ることになる。この点につき、Pfeifer, a.a.O. (Fn. 27), 178 は、未成年者の脆弱性を考慮していないとして、手続き保障の面からも問題があることを指摘する。

(33) Künast/Keul, Entwurf eines Gesetzes zum Schutz des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben, 28. 1. 2021 (<https://www.renate-kuenast.de/berlin-thema/entwurf-eines-gesetzes-zum-schutz-des-rechts-auf-selbstbestimmtes-sterben>, 2022 年 6 月 10 日最終閲覧), S. 1, 9.

由に形成された自殺の願望を実現するために、規定された手続きを用意しておくことは、生命の保護にも資するということである。なぜなら、こうした手続きは自殺志願者の減少につながるからである。また、そのような手続きでは、当事者が自殺の願望を他者に話さなければならないという理由からだけでも、以上のことは妥当である。⁽³⁴⁾」とする。

(1) 死の権利と自由意思の要件、概念規定、他の法律との関係

SelbstG 第1条は、自由意思に基づく自己決定的な死の権利を明確にし、また、自殺介助の義務が否定されることを定める。第2条では、SelbstGにおける概念規定と他の法律との関係が規定される。同条第1項では、自由意思の要件を定め、また、「死を望む者 (Sterbewilligen)」は成年の者であることが示される。第2項では他の種類の臨死介助の可罰性について、現状の法的状況が維持されることが示され、第3項から第4項は、麻薬法との関係を規定する。

(2) 自殺用の麻酔剤の入手手続き

SelbstG 第3条は、医学的緊急状態における (in medizinischer Notlage) 自殺用の麻酔剤の入手手続きについて定められている。同条第2項により、その手続き要件が充足されていることについての証明書が医師から死を望む者に対して発行されるが、この証明書の発行と麻酔剤の処方との間には2週間以上経過していなければならない。もっとも例外状況にあっては⁽³⁵⁾、この2週間の待機義務は解除される (SelbstG 第3条第4項)。

SelbstG 第4条は、自殺用麻酔剤の一般的手続きについて、第3条よりも厳格にその要件を定める。とりわけ、死を望む者は、州法に基づき管轄を有する官庁から許認可を得た私営の相談所において、少なくとも2回の助言を受けなければならない。自殺用の麻酔剤を入手する権利を、死を望む者が有していることについての証

(34) *Künast/Keul*, a.a.O. (Fn. 33), S. 9.

(35) しかし SelbstG 第3条第4項は、この例外状況を「異常な困難 (einer außergewöhnlichen Härte)」と表現するにとどまり、同項の解説においても具体例は挙げられていない。「Schmerz」や「Leiden」といった表現でないことから、肉体的苦痛や切迫した死期以外の他の事情も「異常な困難」に含まれることは考えられるが、その範囲は全く明らかでなく、不明確な規定と言わざるを得ない。

明書が前述の官庁から発行されるが、その有効期限は 1 年間とされる。第 3 条又は第 4 条により入手された麻酔剤は、自殺の実行が断念された場合又は入手から 1 年間に経過した場合には返却しなければならない (SelbstG 第 6 条)。また、SelbstG 第 5 条によれば、自殺はあくまで死を望む者自らが行わなければならないとされる。すなわち、第 3 条と第 4 条により正統に入手された麻酔剤であっても、医師はそれを投与してはならない⁽³⁶⁾。

緑の党案では、SelbstG 第 2 条で「死を望む者」は成年であるとされているにもかかわらず、未成年者も第 3 条の手続きに入ることができる (SelbstG 第 7 条第 1 項)。これは、第 2 条第 1 項にいう自由意思の要件が、死を望む未成年者に認められた場合にのみ行うことができる。未成年者の自由意思が認められるためには、自由意思の存在が児童心理学又は児童精神医学的鑑定書により証明され、かつ、親権者が未成年者による死を望む宣言を承認しなければならない。

(3) その他の点

第 8 条には、SelbstG における手続きに違反した場合、特に証明書発行のために行政に対して虚偽の申立てをした場合の罰則が定められている。また、「著しく不快な (in grob anstößiger Weise)」方法により行われる、自殺介助の広告は秩序違反行為として可罰的であるとされる。

さらに SelbstG は、この法律の有効性についての定期的な評価制度 (第 9 条)、麻酔剤入手手続きにおける諸費用 (第 10 条)、連邦政府の命令権限 (第 11 条) について規定する。最後に、死の願望が自由意思に基づいていないにもかかわらず、死を望む者が自殺に至る急迫した危険がある場合に、第 3 条から第 5 条の手続きにおいて、死を望む者にその願望があることを知った者又は機関は、州法に基づきこの危険を避けるための権限を有する機関にこの危険を伝えることが正当化される (SelbstG 第 12 条)。

また、麻薬法の改正については、麻薬法第 4 条第 1 項が改正され、SelbstG 第 4 条により発行される証明書に基づく麻酔剤の譲渡については麻薬法第 3 条にいう免許は不要とされる。さらに麻薬法第 13 条第 1 項が改正され、自殺用の麻酔剤の処方については、SelbstG 第 3 条が優先して適用される。

⁽³⁶⁾ *Künast/Keul*, a.a.O. (Fn. 33), S. 13.

(4) 小括

本稿で取り上げる緑の党案の特徴は以下の2つである⁽³⁷⁾。第1に、未成年者に対する自殺介助が「医学的緊急状態」において、第3条に掲げる要件を充足した上で、さらに第7条による要件を充足する場合にのみ許容される点である。したがって、未成年者は第4条に基づく自殺介助を受けることはできないことになる。このような取り扱いの区別については、根拠づけが必要となろう。

第2の特徴として、「著しく不快な方法」で行われる自殺介助広告が秩序違反行為として処罰される。以下で、連邦保健省による提案を紹介する際にも言及するが、ここでは、自殺介助広告の処罰の必要性が問われることになる。

3. 研究者たちの提案

研究者案は、「自己決定的な死の保障と自殺予防についての法律（Gesetz zur Gewährleistung selbstbestimmten Sterbens und zur Suizidprävention: Augsburg-Münchener-Hallescher-Entwurf (AMHE-SterbehilfeG)）」とする新たな法律に加え、基本法と刑事訴訟法の改正により構成される⁽³⁸⁾。

Henning Rosenauら研究者たちの提案は、道徳的基準や宗教的行動指針は、一般的な拘束力を持ち得ず、国家の基準として妥当しないことを確認することから始まる⁽³⁹⁾。すなわち、「臨死介助の権利は、宗教的又は道徳的に根拠づけられる権利

(37) また、手続き保障の事例による区別も緑の党の提案の特徴の一つである。この提案は、「医学的緊急状態」とする特別な事例とその他の事例で要件を分けており、後者にはより厳しい要件を課している。たしかに、BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 – BvR 2347/15は病状や人生段階による自殺介助権の限定は否定していたが（Rn. 210.）、「自殺願望の、生活状況に応じて、真摯性及び持続性の裏付けに様々な要件が課せられることを妨げるものではない。（Rn. 340.）」として、手続き保障の構想については立法者の裁量を認めている。緑の党の提案はあくまで、要件に差を設けるにすぎず、一律に「医学的緊急状態」を除く事例における自殺介助を禁止しているわけではない。したがって、BVerfGの判決から逸脱するものであるとはいえない。この点は、「刑法における手続化」の議論に属するものであり、これ以上詳細に検討はしない。しかし、学説においてその概念や要件の不明確さなどの問題点が指摘されており、今後も議論を深める必要がある。Vgl. Pfeifer, a.a.O. (Fn. 27), 178 Fn. 59.

(38) 以下の要約については、Dorneck u.a., Gesetz zur Gewährleistung selbstbestimmten Sterbens und zur Suizidprävention: Augsburg-Münchener-Hallescher-Entwurf (AMHE-SterbehilfeG), Tübingen 2021, S. 33 f.も参照。

(39) Dorneck u.a., a.a.O. (Fn. 38), S.14 ff.

であってはならず、民主的に正統化され、基本権に適合する権利でしかあり得ない。[…] パターナリスティックに動機づけられる規制という幻想 (*paternalistisch motivierte Regulierungsphantasien*) に残された余地は、基本権が保障する（非常に限られた）ものでしかない。⁽⁴⁰⁾」

(1) 法律の目的と自己決定的な死の権利の要件

AMHE-SterbehilfeG は、この法律の目的に関する規律から出発する。第 1 条によれば、本法は、人間の尊厳、人格権、生命に対する権利及び身体の不可侵性に対する権利を保護し、また法的安定性 (*Rechtssicherheit*) を確保するために、自己決定的な死の権利と自殺予防を保障することを目的とする。第 2 条は、自己決定的な死の権利の要件を定める。自由な意思形成とそれにしたがって行為することができない場合、すなわち自由答責性が認められない場合には、事前の意思、治療の希望 (*Behandlungswünsche*)、そして推定的意思が決定的とされる。

(2) 治療の中止、自殺、自殺関与、間接的臨死介助

これを基礎に、自己決定的な死の権利の諸形態が展開される。治療の拒否、制限、中止（第 3 条）、自殺（第 4 条）、自殺関与（第 5 条）、積極的臨死介助（第 6 条）、間接的臨死介助（第 7 条）である。治療の中止の許容要件について定める第 3 条は、未成年者であっても、さらに一定の条件の下で当該未成年者が自由答責的に意思を形成することができない場合にも妥当する。

第 4 条は、自由答責的な自殺の権利を個人が有し、これを阻止することは許されないとする。提案者らによれば、自由答責性が認識可能であるにもかかわらず、これを故意に又は過失により阻止した場合には、対応する刑法上の規定により可罰的だとされる⁽⁴¹⁾。もっとも同条は、正当化事由が影響を受けることはないとしており、自殺の実行が第三者の権利と対立する場合には、正当防衛や緊急避難により、自殺阻止は正当化される⁽⁴²⁾。

さらに第 5 条により、自由答責的な自殺への関与が一般的に許容される。それに

(40) *Dorneck u.a.*, a.a.O. (Fn. 38), S. 16.

(41) *Dorneck u.a.*, a.a.O. (Fn. 38), S. 48.

(42) *Dorneck u.a.*, a.a.O. (Fn. 38), S. 48 f.

対し、医師により支援される自殺（*ärztlich assistierter Suizid*）と団体による業としての自殺関与が許容されるには特別な要件を充足しなければならない。前者については、第8条の助言の実施とその記録、及び第9条の鑑定書を要求される。後者については、州法に基づき管轄を有する官庁の許認可が必要であり、この許認可はとくに、その団体が自らの活動を「著しく不快な方法で」広告する場合には認められない。

第7条は、間接的臨死介助の不可罰性を規定する。本条において間接的臨死介助の違法性が阻却されるためには、主な動機（*das Hauptmotiv*）が死の惹起であってはならず、たとえ苦痛を緩和する目的が同時に存在していても、その場合には不可罰とはされない。というのもその場合、必要とされる主観的正当化要素が存在しないからである⁽⁴³⁾。

(3) 積極的臨死介助とその違法性阻却

そして第6条は、後述の第15条とともに、積極的臨死介助を原則として禁止している。研究者らによれば、積極的臨死介助を原則として違法とすることは、生の終わりにおける自己決定に対する抽象的危険からの保護により正当化される。すなわち、第三者が最後の致死的行為を行う場合、死を望む者が自ら行うよりも、自己決定に対する危険が抽象的に想像しやすい。というのも、そこでの自手性（*die Eigenhändigkeit*）は、自然に備わっている自己保存本能の克服を現すものであり、真摯にその死の意思を実行しようとしていることの表れだからである。そして、たしかに間接的臨死介助と治療の中止の場合にも自己決定に対する危険は存在するが、それは治療又は苦痛緩和という文脈においては著しく低く、その点で積極的臨死介助とは異なる。また、生命は譲渡不能の財（*unveräußerliches Gut*）として承認されなければならない、その結果、何者かが他者の生命を処分することを防ぐことができる⁽⁴⁴⁾、というのである。

もっともこのような抽象的危険が存在しなければ、積極的臨死介助は生命に対する自己決定権の行使として理解される⁽⁴⁵⁾。それゆえ第6条は、非常に限定

(43) *Dorneck u.a.*, a.a.O. (Fn. 38), S. 61.

(44) *Dorneck u.a.*, a.a.O. (Fn. 38), S. 57.

(45) *Dorneck u.a.*, a.a.O. (Fn. 38), S.57 f.

された事例においてのみ、積極的臨死介助を許容する。本条によれば、極めて深刻で、本人には耐えがたく、かつ、それを避ける手段が他にない苦痛を伴う状態（*Leidenszustand*）を終わらせる目的で、他者の明示的かつ真摯な要求に基づいてなされる積極的臨死介助は、特別な要件の下でその違法性が阻却される。すなわち、許容される行為主体は医師（*ärztliche Person*）に限られ、また、独立の立場の医師により、当該苦痛が先述のようなものであること、及び、それをもはや回避することができないことが証明されなければならない。そして第 8 条にいう助言の実施とその記録が義務付けられ、さらに第 9 条にいう委員会が自由答責性を証明しなければならない。また、第 7 条の「間接的臨死介助」や第 5 条の「医師により支援される自殺」が利用でき、それらを本人に期待し得る（*zumuten*）場合には、他に避ける手段があるものとされる。

(4) その他の点

以上の規定では、助言の義務とその記録の義務（第 8 条）、そして死ぬ意思の自由答責性の確定を任務とする学際的委員会の制度（第 9 条）により、当該死の決定が性急なものであるか否かが手続き上確認される。また、第 9 条の委員会は、一定の要件の下で、第 10 条にいう医師の処方箋と同等の効果をもつ証明書を発行することができる。これにより自殺志願者は、医師の協力に依存することなく、その「死ぬ権利」を行使することができる⁽⁴⁶⁾。

AMHE-SterbehilfeG はさらに、麻酔剤の処方、投与、譲渡に関する医師の諸権利（第 10 条）、医師により支援される自殺と積極的臨死介助がなされた後の検死（*Leichenschau*）（第 11 条）、臨死介助への関与の自由意思性と関与による不利益取扱いの禁止（第 12 条）、精神的危機にある人々のケア（第 13 条）、自殺予防プログラムの共同開発（第 14 条）、本法律の評価（第 17 条）と施行（第 18 条）について規定する。

AMHE-SterbehilfeG は、刑罰規定（第 15 条）と罰金（第 16 条）についても規定している。とりわけ、第 15 条は現行の刑法典第 216 条「要求に基づく殺人」に対応しており、第 6 条の要件に反して行われた積極的臨死介助を処罰し、6 月以上 5 年以下の自由刑に処す。未遂も処罰される。この規定により、刑法典は改正さ

(46) *Dorneck u.a.*, a.a.O. (Fn. 38), S. 67 ff.

れ、刑法典第 216 条は廃止されることになる。

最後に AMHE-SterbehilfeG の制定に付随して、臨死介助と自殺予防に関する競合的立法権（*einer konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz*）（基本法第 74 条第 1 項第 26 号）の明確化、及び刑事訴訟法第 159 条「死体の発見と不自然死の疑いにおける報告義務（*Anzeigepflicht bei Leichenfund und Verdacht auf unnatürlichen Tod*）」の改正が提案されている。

(5) 小括

研究者案は、積極的臨死介助の違法性阻却の余地を認める点で他の提案とは一線を画す異質なものといえるだろう。もっとも、違法性阻却の要件については検討の余地がある。第 6 条による違法性阻却は、厳格な要件の下で極めて狭い範囲においてのみ認められ、特に、間接的臨死介助と「医師により支援される自殺」が可能な限り、違法性は阻却されない。次章では、これとは異なる見解を主張したい。

さらにこれに関連して、従来から積極的臨死介助との区別が論じられてきた間接的臨死介助について、主観的正当化要素にその違法性阻却根拠を求めている点も興味深い。というのも、他の規定とは異なり、間接的臨死介助においてのみ、行為者の動機が問題とされているからである。行為者の主観に焦点をあてる正当化モデルには批判もあり、検討が必要である。

4. 連邦保健省の提案

連邦保健省案では、刑法典に新たに 2 つの犯罪構成要件が置かれ、これらを補完するために、自殺介助法（*Selbsttötungshilfegesetz - StHG-E*）が設けられ、麻薬法が修正される⁽⁴⁷⁾。連邦保健省がこの草案で目的とするのは、以下の 3 つ、すなわち、「自己決定と生命を保護し、自殺を決意した者がその決意に基づき、自己決定的な判断を行ったことを確かめるという、国家の保護義務の果たすこと」、「問題含みである自殺介助の社会的常態化（*einer problematischen gesellschaftlichen Normalisierung der Hilfe zur Selbsttötung*）を阻止すること」、そして「現在の法的状況における不確実性を一掃し、自殺の介助を行う人、機関、提供者に法的安

(47) 以下の要約については、*Pfeifer, a.a.O. (Fn. 27), 174* も参照。

定性をもたらすこと」である⁽⁴⁸⁾。

(1) 刑法典における、第 217 条と第 217 条 a の新設

連邦保健省案の提案によれば、まず刑法典に第 217 条「自殺の介助 (Hilfe zur Selbsttötung)」が置かれる。同条は第 1 項において、自殺介助を原則として処罰する。本項により、他人の自殺を援助する意図で、その機会を提供し、若しくは作り出した者は、3 年以下の自由刑又は罰金に処される。第 2 項は第 1 項の処罰の例外を規定するものであり、ドイツ民法典及び StHG-E の諸規定により具体化される、自律的な自殺決定とそれが手続き上確認されるための要件が満たされている場合に妥当する。また、同項によれば、自殺志願者が未成年者であっても、家庭裁判所による許可があれば、自殺介助の処罰の例外とされる余地がある。さらに第二の例外として、第 3 項は、自殺志願者の親族又は自殺志願者と密接な関係にある者を常に第 1 項の処罰の対象から除外する。

提案されている次の犯罪構成要件は、刑法典第 217 条 a 「自殺の介助の広告 (Werbung für die Hilfe zur Selbsttötung)」である。同条第 1 項は、財産的利益を目的とした自殺介助の広告又は著しく不快な方法で行われる広告を禁止し、これに違反した者は、2 年以下の自由刑又は罰金刑に処される。もっとも同条第 2 項から第 4 項においては、処罰の例外が規定されている。

(2) 第 217 条と第 217 条 a による処罰の例外規定

以上の構成要件において規定される処罰の例外規定は、StHG-E により具体化される。特に、刑法典第 217 条第 2 項第 1 号 c にいう、自殺志願者の自殺の決定に関連する急性の精神障害の有無を確定する手続きの要件 (StHG-E 第 3 条) 及び、刑法典第 217 条第 2 項第 1 号 d により義務付けられる助言の手続きと内容が定められている (StHG-E 第 4 条から第 7 条)。

(48) Bundesministerium für Gesundheit (BMG), Diskussionsentwurf (Entwurf eines Gesetzes zur Neufassung der Strafbarkeit der Hilfe zur Selbsttötung und zur Sicherstellung der freiverantwortlichen Selbsttötungsentscheidung), 3. 3. 2021 (<https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/gesetze-und-verordnungen/guv-19-lp/stellungnahmen-refe/neuregelung-der-suizidassistenz.html>, 2022 年 6 月 10 日最終閲覧), S. 1, 13 f.

(3) その他の点

さらに、StHG-E 第 8 条によれば、連邦健康啓発センター（Die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung）は、自殺防止に関する情報を集めた資料を作成し、普及させる義務を負う。また StHG-E は、相談所の設立、相談所に対する国家の許認可、相談所の管理、相談所に対する公的援助（StHG-E 第 9 条から第 12 条）、臨死介助組織の許認可（StHG-E 第 13 条）、臨死介助にかかる費用（StHG-E 第 14 条）について定めている。そして、以上の新规定が適用された場合には、連邦統計に記録される（StHG-E 第 15 条から第 18 条）。

麻薬法については、第 13 条第 1 項を修正し、刑法典（案）新 217 条及び新 217 条 a 並びに StHG-E の諸規定に基づく自殺は、麻酔剤の使用と、麻酔剤の使用のための処方および譲渡が正当化される事例として分類されることになる。

(4) 小括

連邦保健省案は他の提案とは異なり、自殺介助を原則として処罰する規定を刑法に置く点に特徴を有している。さらに、緑の党の提案と同様に自殺介助広告が処罰されるが、秩序違反行為としてではなく、刑法上処罰されることになっている。また、自己の「財産的利益」を目的とする広告も処罰の対象とされることから、刑の重さと処罰範囲の広さという点で特徴的である。そしてこの自殺介助広告の処罰規定は、現行刑法 219 条 a「妊娠中絶の広告」の条文と完全に一致する。そのため、自殺介助広告処罰を検討する際には、219 条 a における議論を参照することも有用だろう。

さらに、刑法典旧 217 条 2 項に規定されていた、「親族又は密接な関係にある者」に一身的な処罰免除を認める規定を復活させている。後述するように、この点は学説上批判のあった規定であり、これが妥当であるか否かも検討を要する。

III 検討

各法案の共通点として挙げられるものは実際には非常に少ない。まず各法案は、明文化するか否かの差異はあるにしろ、連邦憲法裁判所の 217 条違憲判決で述べ

られた、自由答責的な死の権利を承認しており、それを前提とする「自殺介助を受ける」権利ないしその自由も同時に承認している。また、自殺介助を請求する権利及び自殺介助をする義務を否定している点、そして自殺介助を提供する権利ないし自由を承認している点でも同じである。

このように、各法案で挙げられる共通点というのは、連邦憲法裁判所が 217 条違憲判決で示した判断に沿う部分でしかなく、その他の点では意見の一致はほとんどみられていないといってよい。

1. 前提

検討に入る前に、その基本的視座となる、他の論稿で述べてきたこれまでの私見について要約して確認しておきたい。筆者はこれまで、「自殺の法的性質」と「要求に基づく殺人と自殺幫助の処罰根拠」を検討してきた。まず「自殺の法的性質」については、自殺意思二分説を採用した上で、以下のように結論づけた。すなわち、「強いパターナリズム」は否定され、個人は「死ぬ権利」を有する。しかし「性急な決断」に基づく自殺は権利とはされず、むしろ自殺防止という政策的観点から（他害でない故に可罰的ではないが）違法と評価される。自殺が（間主観的な）権利性を獲得するためには「提示された案が熟慮の上でも代替案とはならないこと」を自殺志願者が他者に証明することが必要である。また「熟慮」とは検討の期間を直接意味するのではなく、代替案が出し尽くされたか否かを意味する。そして、「死期の切迫性」や「自殺の動機」は問題とされない⁽⁴⁹⁾。

次に、「要求に基づく殺人と自殺幫助の処罰根拠」もまた、「性急な決断を防止する」という観点から私見を展開した。まず、要求に基づく殺人と自殺幫助の可罰性を根拠づける際、超個人的な利益を考慮しようとする見解は妥当ではないことを確認し、あくまで個人的法益として理解される生命を保護法益としなければならないことを主張した。次に、こうした理解を起点とし、「性急性」からの保護という観点から、以下のように結論付けた。すなわち、死の決定は性急性からの保護という政策的な観点から制限を受けるが、それは「弱いパターナリズム」に基づく介入にすぎず、それゆえ「第三者の助力を用いて死ぬ権利」を個人は有する。そして「死に代わる代替案をすべて使い果たしたか、検討し尽くしたか」という形で性格づけ

(49) 石居・前掲注(1) 133 頁以下。

られる「熟慮性」が肯定されれば、要求に基づく殺人や自殺幫助の可罰性は阻却される⁽⁵⁰⁾。

以上では用語の定義の記述に揺れがあるため、一度私見において重要な用語の定義を以下のように整理しておく。まず「性急性」については、「自殺志願者がその他の選択肢を全て認識しているわけではなく、知っていれば用いた代替案にアクセスしていない状態、それゆえ『代替案があるならば本当は生きたい』という真意に反する自殺の決定をすること」として理解される。次に「熟慮性」とは、「自殺を決定した者以外からみれば、取り得るとされる選択肢を検討してもなお、又は他に代替案が存在しないために死を選ぶこと」として理解される。したがって「性急性」と「熟慮性」は、自由答責性を前提とする用語／概念であり、同じものではない。

以上のような前提に基づき、本章では、前章の小括で抽出してきた論点を検討する。冒頭でも述べたように、検討に際して重要となるのは、各法案の規定が「自己決定の保障と生命保護」を両立するものかという観点である。問題となる利益が生命であるがゆえに、秤は生命保護に傾きがちであるが、死ぬ権利を肯定する立場からは、「生きる義務」を認める規定にならないよう注意しなければならない。

論点は次の4つである。すなわち、「自殺介助の原則的可罰性と『親族又は密接な関係にある者』の一身の処罰免除」、「自殺介助広告の処罰」、「未成年者に対する臨死介助」、「間接的臨死介助と積極的臨死介助」である。以下ではこれらを順に検討し、最後に各法案では語られていない、「自殺教唆及び承諾殺人の処罰」という論点について私見を述べる。

2. 自殺介助の原則的可罰性と「親族又は密接な関係にある者」の一身の処罰免除

連邦保健省案は、提案する第217条第1項の新規定により、自殺介助を抽象的危険犯として原則的に禁止している⁽⁵¹⁾。旧規定が業として行われる自殺援助のみを処罰していたことを考えれば、連邦保健省の提案はむしろ処罰範囲を拡大するものともいえる。しかしこうした原則的な可罰性を定める規定は支持し得ない。連邦保健省案では、自殺介助者は、第217条第2項に規定される手続きを踏むこと

(50) 石居・前掲注(4)101頁以下。

(51) BMG, a.a.O. (Fn. 48), S. 16.

で第 1 項による処罰から免れることができる。しかし、第 1 項が原則的な処罰を規定していること、そして自殺介助が抽象的危険犯として処罰されることから、介助者は手続きの不履行により、それがたとえ過失であっても、処罰されることになる⁽⁵²⁾。こうした規定の下では、自殺介助者の法的地位が余りにも不安定であり、第三者は処罰を恐れて介助を引き受けることを避けることになる。こうした規定は結局、臨死介助の権利を空疎化するものであって妥当ではない⁽⁵³⁾。

また、連邦保健省案においては、旧 217 条 2 項に規定されていた一身的処罰免除事由が引き続き採用されている。この規定の根拠は、旧 217 条 2 項の立法の際と同じであり、親族又は密接な関係にある者が自殺介助をするときには、「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、」「その深い同情と共感に裏打ちされる態度」ゆえに、処罰に値しないからだとされる⁽⁵⁴⁾。

こうした規定については、すでに旧 217 条の議論において、学説上の確な批判がなされていた。例えば Kubiciel は、親族又は密接な関係にある者が置かれるとされる例外的状況は、「家族関係が機能している場合には当てはまるかもしれない。しかし、周囲の密接な家族が、親族の死に対して金銭的あるいは非金銭的な利益を有することは珍しくない⁽⁵⁵⁾。」とし、親族や周囲の身近な者を一律に処罰範囲から除外することはできないと主張していた。私見としても、やはりこのような一身的処罰免除は妥当ではない。すなわち、新しいパートナーを迎えたい、金銭的負担から解放されたいといった、同情や共感などみられない事例は容易に想像し得るのである⁽⁵⁶⁾。よって、親族や密接な関係にある者だからといって、一律に処罰しな

(52) Pfeifer, a.a.O. (Fn. 27), 175.

(53) BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 – BvR 2347/15, Rn. 278 ff.

(54) BT-Drs 18/5373, S. 19 f. (翻訳として、神馬幸一「ドイツ刑法新 217 条の法律案理由書」独協 100 号 (2016 年) 254 頁以下参照)。

(55) Kubiciel, Zur Verfassungskonformität des §217, ZIS 2016, 401. (Kubiciel の見解については、飯島暢「自殺関与行為の不法構造における生命保持義務とその例外的解除」井田良ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集 [下巻]』(成文堂、2017 年) 68 頁以下 (特に 70 頁以下) も参照)。

他の批判として、Vgl. Duttge, Die „geschäftsmäßige Suizidassistenz“ (§217 StGB): Paradebeispiel für illegitimen Paternalismus!, ZStW 129 (2017), S. 454 ff. (翻訳として、グンナー・デュトゲ (海老澤侑ほか訳) 『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!」比叢 52 巻 3 号 (2018 年) 47 頁以下も参照。) ; Gaede, Die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung des Suizids, JuS 2016, 391 f.

(56) Engländer, Strafbarkeit der Suizidbeteiligung, in: Festschrift für Bernd

い理由はなく、むしろ要罰性が高い場合もある。こうした規定は導入されるべきではない。

3. 自殺介助広告の処罰

緑の党案と連邦保健省案において、自殺介助広告を処罰する規定が置かれている。緑の党案は、現行ドイツ刑法典第 219 条 a「妊娠中絶の広告」と同じ文言である「著しく不快な方法で」なされる自殺介助広告を秩序違反行為として規定する。そして連邦保健省案は、219 条 a とまったく同じ文言を用いて、「著しく不快な方法」だけでなく、「自己の財産的利益」を目的とする自殺介助広告をも処罰する規定を刑法典に 217 条 a として置こうとしている。

連邦保健省案によれば、自殺介助の社会的常態化を防ぐことが自殺介助広告の処罰根拠である。たしかに、自殺を考える者らが置かれている、精神的・経済的状況を考えれば、自殺介助広告の規制はある程度までは必要である。規制がなければ、自殺介助のテレビ CM で、「家族の負担を減らすために死ぬべきである」という攻撃的な宣伝が流れることもあり得る⁽⁵⁷⁾。

もっとも、自殺介助広告の規制を、刑事罰というもっとも強い国家権力を用いて達成すべきかという点は議論の余地がある。たしかに、臨死介助においては、決定者の「生命」法益が問題となっており、その要保護性だけを考えれば、一見刑事罰による規制が必要にも思われる。また、同じく宣伝行為を処罰する 219 条 a「妊娠中絶の広告」の議論において、刑法による処罰が必要だとする主張がされるのは、(未出生の) 生命という極めて高い価値を有する利益が関係するがゆえである⁽⁵⁸⁾。

しかし、自殺介助そのものの処罰根拠は「性急な自己決定から決定者自身の生命を保護する」という観点から説明されるべきものであり⁽⁵⁹⁾、他者の利益に対する侵害は想定されない。仮に保護法益が生命ではないとすれば、公の不快感や風俗と

Schünemann, 2014, S. 593 は、新しいパートナーのために自由になりたいといった動機も考えられるとして、自殺関与の処罰を肯定すべきとする。

(57) 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二〇二条の処罰根拠の再考」井田良他編『新時代の刑法学下巻 一 権橋隆幸先生古稀記念一』（信山社、2016 年）133 頁参照。

(58) リアーネ・ヴェルナー（只木誠＝根津洗希訳）「〔講演〕より良き法を目指す論争における『勲章となるべき』一つの事例」比雑 54 卷 1 号（2020 年）46 頁以下。

(59) 石居・前掲注 (4) 98 頁以下。

いった社会的法益だということになる。たしかにこれらの利益は、「侵害の対象となりうるだけの経験的実在性と、刑法による保護に値するだけの人間にとっての有用性とを備えている⁽⁶⁰⁾」場合や、これらに対する侵害が「社会に対して一定の実害を及ぼす⁽⁶¹⁾」場合には、刑法上の保護に値するものとして処罰の正当性を主張し得るかもしれない。しかし、ドイツで臨死介助組織による攻撃的な広告が広まったという事実は見当たらないのであり⁽⁶²⁾、連邦保健省が立法目的として掲げる「自殺介助の社会的常態化の阻止」はここでは妥当しない。さらに、「死ぬ権利」の一つとしての「第三者の助力を用いて死ぬ権利」を保障するためには、自殺介助に関する情報についての個人の知る権利も保障されなければならない。攻撃的な広告や事実とは異なる情報ではなく、あくまで正確な情報を提供するものであれば、むしろ広告は必要とされる。

このように考えれば、せいぜい、情報とはいえない攻撃的な広告や虚偽の情報の流布に対する行政罰による規制で十分であるし⁽⁶³⁾、少なくとも「自己の財産的利益」を目的とする広告は規制の必要はない。

4. 未成年者に対する臨死介助

BVerfG は、217 条違憲判決の中で、「自身の人生の処分権は […], 人生や病気における一定の段階に限定されない。[...] そのような権利 [筆者注：原文で「そのような」が指しているのは、「自身の人生終焉に関する自己決定」] は、人間的存在の全ての局面において存在する。⁽⁶⁴⁾」と述べた。しかし、同時に「生活状況に応じて、自殺願望の真摯性及び持続性の裏付けに様々な要件が課せられることを妨げるものではない。⁽⁶⁵⁾」ともしている。ここでは、年齢制限を設けて例外なく自己決定権を制限することは許されないが、自己決定権を行使する要件を年齢によって区別することについては立法者の裁量に委ねられているのである。

(60) 松原芳博『刑法各論〔第2版〕』（日本評論社、2021年）511頁以下。

(61) 井田良『講義刑法学・各論〔第2版〕』（有斐閣、2020年）526頁以下。

(62) *J. Neumann, Vier Gesetzentwürfe zur Neuregelung der Suizidhilfe – eine Bewertung*, NJOZ 2021, 389.

(63) 同じ結論に至るものとして、*J. Neumann, a.a.O. (Fn. 62), 389; Pfeifer, a.a.O. (Fn. 27), 176.*

(64) BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 – BvR 2347/15, Rn. 210.

(65) BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 – BvR 2347/15, Rn. 340.

そこで、未成年者に対する臨死介助についてはそれぞれの案が、その要件について全く異なる主張をしている。以下では、未成年者の臨死介助を受ける権利を制限すべきか、そして、制限されるとすれば、その範囲はどこまでなのかについて検討する。

(1) 未成年者の臨死介助を受ける権利の制限

まず、未成年者にも臨死介助を受ける権利を認めるべきであることが確認されなければならない。すなわち、子どもも基本権の担い手であること、成人でない者も（年齢や発達段階に応じて）死の意味を理解できること、そして激しい苦痛を伴う状況における自己決定的な死は、子どもにとっても望ましい目標となりうることを考慮すれば⁽⁶⁶⁾、少なくとも例外なく未成年者の死ぬ権利を制限することは否定されなければならない。

しかしその一方で、性急性からの保護という観点からは、未成年者に対する臨死介助をあらゆる事例で認めることはできない。私見によれば、決定の「熟慮性」は「自殺の代替案を本人が検討し尽くしたか否か」ということを意味する⁽⁶⁷⁾。この熟慮性の（要件ではなく）前提として、失われる利益と得られる利益を衡量した上で、最終的かつ自由答責的な決定を下すことができなければならない。しかし、「子どもは通常、人格の発展がまだ最終的に完成していないことを考慮すれば、最終的な決定を下すことはない」と理解される⁽⁶⁸⁾」こと、そして、「幼年期や青少年期、とりわけ思春期において、子どもと青少年の動機や利益は、行き過ぎる傾向を有するもの（*überschießenden Innentendenzen*）として特徴づけられる⁽⁶⁹⁾」ことが考慮されなければならない。以上のような未成年者の特別な脆弱性に基づき、未成年者の自己決定的な死の権利を法律上制限することが要請されるのである。

(66) *Künast/Keul*, a.a.O. (Fn. 33), S. 14.

(67) 石居・前掲注(4) 102頁以下。

(68) *Künast/Keul*, a.a.O. (Fn. 33), S. 14.

(69) *Dorneck u.a.*, a.a.O. (Fn. 38), S. 39. 幼年期と青年期における自殺の実態を調査した文献として、Vgl. *Becker/Corell*, *Suizidalität im Kindes- und Jugendalter*, *Deutsches Ärzteblatt* 2020, 222 ff.

(2) 未成年者の臨死介助を受ける権利の制限の限界

では、どのように制限されるべきであろうか。この点については各法案がそれぞれの主張をしていることはすでに述べた通りである。以下では、各案の検討を通して、私見を述べたい。

まず議員グループ案は、「通常は」という文言により、未成年者の臨死介助を受ける権利が制限を受けること、そして同時に例外的状況によりその制限が解除されることを規定する。しかし「通常」という文言が不明確であって、未成年者に対する自殺介助が許容される例外的な状況がどんなものであるかが全く示されていない。それゆえに、自殺介助者に対する法的安定性が確保されているかという点で妥当ではない。また、議員グループはその提案の中で、自律的な自由意思が存するか否かは「形式的な行為能力の存在に拘束されるものではない」として、精神障害や認知症の事例では個別具体的な検討がなされるべきだとする⁽⁷⁰⁾。だとすれば、なぜ未成年者については、はじめから個別具体的な検討がなされないのか、そして自由意思を否定する擬制が出発点として置かれる根拠は何であるかという点に疑問が残る。

緑の党と研究者らの提案は未成年者の臨死介助を受ける権利の制限が解除される例外的状況を明確にしている。緑の党は医学的緊急状態においてのみ、そして研究者らは治療の中止に限って、これを許容する。2つの提案は、激しい肉体的苦痛を伴うなどの医学的緊急状態においては決定の修正を期待し得ない⁽⁷¹⁾、又は、先述の特別な脆弱性ゆえに未成年者は現在の又は持続的に自由意思を形成できない⁽⁷²⁾としてこの制限を根拠づける。しかし、このような論拠に対しては以下のような批判が考えられる。まず、自殺の決定の自由答責性を判断する基礎となるのは認識能力と判断能力である⁽⁷³⁾。肉体的苦痛の存在はこれを根拠づけるわけではない。しかも BVerfG はむしろ、一定の病状による制限を否定していたのであり、未成年者の権利を制限する根拠とはなり得ない。次に、未成年者の自由意思の持続性を一律に否定することも妥当ではない。未成年者であるからといって、認識能力と

(70) BT-Drs. 19/28691, S. 13.

(71) *Künast/Keul*, a.a.O. (Fn. 33), S. 14

(72) *Dorneck u.a.*, a.a.O. (Fn. 38), S. 39 f.

(73) BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 – BvR 2347/15, Rn. 240 f. Auch *J. Neumann*, a.a.O. (Fn. 62), 388; *Pfeifer*, a.a.O. (Fn. 27), 178; *Saliger*, Zur prozeduralen Regelung der Freitodhilfe, in: *Recht – Philosophie – Literatur Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag Teilband II*, 2020, S. 1073 f.

判断能力が完全に認められないわけではなく、むしろ、成人と同等またはそれを超える判断能力を有する未成年者がいることも事実である⁽⁷⁴⁾。未成年者にも自由答責的で、熟慮の上での死の決定をなし得ることがあるとすれば、未成年者に対する積極的臨死介助すら認められる余地があるというべきだろう。

結局、家庭裁判所によるその都度の審査を求める連邦保健省案のように、個別具体的に未成年者の自由答責性を判断するアプローチが採られなければならない。もっとも、未成年者の特別な脆弱性を考慮すれば、成年者と同じ要件の下で自由答責性を判断することは妥当ではない⁽⁷⁵⁾。また、BVerfGも生活状況に応じた要件を課すことは否定していない。そこで未成年者に対する臨死介助の制限についてあり得る方策としては、緑の党案のSelbstG第7条第1項のように、専門家による鑑定と親権者の同意を得るなど、未成年者の保護のための仕組みとして追加の要件を求めることが考えられる。

5. 間接的臨死介助と積極的臨死介助

以下では、研究者案のAMHE-SterbehilfeG第6条に関連して、まず「間接的臨死介助と積極的臨死介助の区別」を検討し、次に「積極的臨死介助の違法性阻却の要件」について検討する。

(1) 間接的臨死介助と積極的臨死介助の区別

間接的臨死介助と積極的臨死介助の区別については、前者は不可罰であり、後者は可罰的であること自体は異論のないものとされてきた⁽⁷⁶⁾。間接的臨死介助は苦痛緩和を目的としており、副次的効果として必然的に伴う生命短縮は許容される。これに対し、積極的臨死介助は、被害者の死を目的として、意図的にそれを惹起するために、殺人罪又は要求に基づく殺人により処罰されるのである。しかし、その2つを区別することは非常に困難である。なぜなら、被害者の死はどちらの場合で

(74) 永水裕子「未成年者の治療決定権と親の権利の関係 —アメリカにおける議論を素材として—」*桃山法学* 15号（2010年）155頁。永水は成熟した未成年者の治療決定権について詳細に論じている。

(75) Pfeifer, a.a.O. (Fn. 27), 178.

(76) Rosenau, in: LK-StGB, Bd. 7. 12. Aufl., Vor § 211 ff. Rn. 42; Schneider, in: MK-StGB, Bd. 4. 4. Aufl., Vor §211 Rn. 105.

あっても、積極的かつ故意に早められているからである。そこで、ドイツ刑法学説上、間接的臨死介助が不可罰となる理由づけをめぐって盛んに議論がなされてきた⁽⁷⁷⁾。

研究者案は、これを行為者の主観に求めた。しかし、すでに「死ぬ権利」が承認された現在の法的状況においては、この解決モデル⁽⁷⁸⁾はなじまない。他の種類の臨死介助と変わらず間接的臨死介助においても、不可罰の前提として被害者の自由答責的な承諾ないし要求が必要とされ、そしてその自己決定的な死の権利のみがこれらを不可罰とする根拠である。行為者側の事情がどのようなものであっても、臨死介助を求める者の自由答責性には直接関係しないのであるから、主観的正当化要素に臨死介助の不可罰根拠を求めることは妥当ではない。よって、研究者案のように行為者側の主観を問題とする必要はなく、自己決定的な死の権利を行使する要件が充足されているならば間接的臨死介助は違法とはならない（同意モデル）。

そして、積極的臨死介助と間接的臨死介助は、惹起される結果により区別されるべきである。そもそも限界事例における苦痛緩和措置は、定義上はもはや積極的臨死介助とは区別不能である。しかし、それ以外の事例における間接的臨死介助は傷害罪の構成要件に該当するものと理解すべきである。すなわち、当該措置が「生命の短縮」を伴うとはいっても、それは「死の惹起」とは確実に異なり、「健康状態の悪化」に過ぎない⁽⁷⁹⁾。したがって、積極的臨死介助と間接的臨死介助の区別については、当該行為が苦痛からの開放を目的として、「死を惹起させる」のか、「生命を短縮させる」のかによって区別することができる⁽⁸⁰⁾。

(77) *Rosenau*, a.a.O. (Fn. 76), Rn. 44 ff.; *Schneider*, a.a.O. (Fn. 76), Rn. 106 ff.

(78) 例えば、*Duttge*, *Der Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung* (AE-StB) 2005, GA 2006, 578 f. は、間接的臨死介助と積極的臨死介助を故意の種類により区別する。これについて、ヘニング・ローゼナウ（甲斐克則＝福山好典訳）「〔講演〕ドイツにおける臨死介助および自殺幇助の権利」比較法学 47 卷 3 号（2014 年）205 頁以下は、刑法解釈論上故意はすべて等しく扱われ、2つの臨死介助に主観面で相違はないと批判する。

(79) 井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣、2018年）363頁注59参照。

(80) このように考えると、間接的臨死介助はドイツ刑法 228 条の同意傷害の構成要件に該当し得るようにも思われる。というのも、行為が 228 条にいう「善良な風俗（*die guten Sitten*）」に反するのは、同意を得た傷害により死の具体的危険が生じる場合であるとするのが通説・判例であり（*Grünwald*, in: LK-StGB, Bd. 7. 12. Aufl., § 228 Rn. 12 f.; *Hirsch*, in: LK-StGB, Bd. 7. 11 Aufl., § 228 Rn. 7 ff.(insb. Rn. 10); BGHSt 49 166, 169)、間接的臨死介助が生命の短縮を伴う行為である以上、そこでは常に良俗違反性が認められてしまうからである。もっとも「死の具体的危険」が「生命の短縮」ではなく

(2) 積極的臨死介助の違法性阻却の要件

研究者案の第6条によれば、本人の明示的かつ真摯な要求に基づき、深刻で本人にとって耐え難い苦痛を終わらせる目的で行われる積極的臨死介助について、その苦痛を避ける手段が他にない場合のみ、その違法性が阻却される。他の手段が存在する場合として明文で挙げられるのは、間接的臨死介助又は医師により支援される自殺介助が可能で、かつ、それを自殺志願者に期待し得る事例である。すなわち、この規定は、積極的臨死介助の違法性が阻却されるためには、自殺志願者本人が間接的臨死介助などを望むか否かにかかわらず、そうした他の手段が利用し尽くされていないことを意味する。

しかし、このような「利用基準」は妥当ではない。以前の論稿において、私見は、「代替案を検討し尽くしたか否か」で性格づけられる「熟慮性」が肯定されれば、「要求に基づく殺人（積極的臨死介助）」の処罰根拠は否定されると主張した。というのも、「利用基準」のように代替案を強制する規定は、死の決定に至ることが他者にも通常は理解可能な場合のみ「性急ではない」と理解することになるからである。これは他者決定や強いパターンリズムと限りなく接近することを意味する。やはり、性急であるか否かという判断は決定者本人を基準として、「他の選択肢が提案され、それを検討し尽くしてもなお、死を選ぶ」という場合には、決定の性急性は否定されなければならない。だとすれば、他の手段が利用可能であるか否かにかかわらず、「本人が他の選択肢を検討し尽くしたか否か」という「検討基準」が採用されるべきである⁽⁸¹⁾。

また、そもそも緩和ケア等が尽くされた後で、現在のな意思表示などできるのか、という別の問題もある。すなわち、終末期にあつて、すでに意思表示が困難な状況となった者が「明示的で真摯な要求」をすることは困難であり、実質的に積極的臨死介助は不可能だということにならないだろうか。だとすれば、この規定が、死ぬ権利としての自己決定権を本当に保障するものであるかは疑わしい。

「死の惹起」の危険を意味するのであれば一応の区別は可能であるが、法的安定性にも資するという観点からは、自己決定的な死の権利が間接的臨死介助を正当化する旨の規定を新たに置くべきであろう。

(81) なお、生命の「不可侵性」を強調する見解及び「自手性」が死ぬ意思の絶対性を証明するとする見解が妥当でないことについては、石居・前掲注(4) 86頁以下、99頁ですてに述べた。

6. 自殺教唆及び承諾殺人の処罰

最後に、今回取り上げた各法案では扱われなかった、「自殺教唆」と「承諾殺人⁽⁸²⁾」の処罰について、私見を述べたい。まず自殺教唆については、ドイツでは、自殺幫助が一部可罰化されて以降も、不可罰とされてきた。今回提案されている各法案でも自殺教唆を処罰する規定は存在せず、しかも、これを不要とする主張すらされず、まさに無視されている状況といつてよい。

しかし、自殺教唆は処罰すべきである。要求に基づく殺人や自殺幫助を処罰する根拠である「性急性からの保護」という観点から自殺教唆を理解すれば、行為者は自殺志願者に対し「性急な死の決定」を教唆している。すなわち、要求に基づく殺人及び自殺幫助がすでに決意された性急な自殺の実行に関与するにすぎないのに対し、自殺教唆においては、行為者が、自殺志願者が検討すべき代替案へアクセスしていないことを認識しつつ、性急な自殺の決定へと誘引しているのであり、前者の犯罪類型よりも処罰の必要性が高いとすらいえる⁽⁸³⁾。このように、性急な決定へと駆り立てる行為については可罰性を認めるべきである。自殺志願者の決断が熟慮された自己決定として尊重されるのは、その決断が誰からの影響も受けず、重要な情報すべてを吟味した上で自由答責的になされた場合のみである。しかしこれは、自殺教唆という状況下においては満たされておらず、自殺志願者は保護されなければならない。

もともと、自殺教唆行為は通常の殺人罪ではなく、日本刑法 202 条のように原則として刑が減輕される自殺関与罪により処罰されなければならない。ここで注意しなければならないのは、自殺志願者の決定は、「性急ではあるが、なお自由答

(82) ここでいう「承諾殺人」とは、行為者が被殺者にその殺害を申し出て、それを被殺者が許可する場合を指す。

(83) オーストリア憲法裁判所は、2020 年刑法 78 条後段自殺幫助罪違憲判決 (VfGH, Erkenntnis vom 11. 12. 2020 G 139/2019 71) において、刑法 78 条前段自殺教唆罪について、「自殺願望者の決断は、誰からの影響も受けずに自己答責的な形で下された場合にのみ、基本権的な保護を享受する。しかし、この前提条件は、刑法 78 条前段が想定する自殺教唆という状況下において当初から満たされていない。(Rz. 108 ff.)」と判示している。

本判決の翻訳として、神馬幸一「オーストリア憲法裁判所 2020 年 12 月 11 日判決：オーストリア刑法第 78 条の部分的違憲性 (1) ~ (2)」独協 115 号 (2021 年) 343 頁以下、116 号 (2021 年) 365 頁以下も参照。

責的」であり、熟慮性と自由答責性は同じ概念ではないということである⁽⁸⁴⁾。ドイツの現在の議論において、死ぬ権利が認められるためには、自由答責的な自殺の決定がなされなければならない⁽⁸⁵⁾。「決定の熟慮性」とは決定者の生活状況や特別な脆弱性に応じて具体化される要件であり、これは当該決定が自由答責であることを前提として判断される。そして、「真意に反する自殺の決定」という先の定義によれば、性急性は自由答責性ではなく、決定者の真の選好に合致するか否かに関わる要素にすぎないのである。真の選好に合致しなくとも、なお自殺の決定が自由答責的だといえるのであれば、被害者の意思に完全に反する殺害行為を禁止する普通殺人罪による処罰は妥当ではない。自殺教唆罪の法定刑については従来の議論通り、被害者の自由答責的な承諾により減軽されることとなる⁽⁸⁶⁾。

そして、自殺教唆の処罰範囲は、教唆者による意思形成への介入が間接正犯を認める水準には達していないという意味で、なお当該自殺志願者の決定は自由答責的ではある事例に限られる。先にも述べた通り、間接正犯の閾値を超えた意思形成への介入行為については自殺志願者の決定の自由答責性が認められず、すでに普通殺人罪の処罰範囲に入っているからである。こうした処罰範囲の区分は、要求に基づく殺人（囑託殺人）及び自殺幫助についても妥当する。

次に、「承諾殺人」についてドイツでは、「要求に基づく殺人」とは異なり、刑が減軽された特別類型としてではなく、あくまで謀殺罪又は故殺罪として処罰され、

(84) *Engländer*, a.a.O. (Fn. 56), S. 589 ff. も「自由答責的ではあるが、性急な自殺」からの保護の必要性を主張する。

(85) BT-Drs. 19/28691, S. 10 f.; *Künast/Keul*, a.a.O. (Fn. 33), S. 11 f.; *Dorneck u.a.*, a.a.O. (Fn. 38), S. 37 f.; *BMG*, a.a.O. (Fn. 48), S. 17 f.; *BVerfG*, Urteil vom 26. 2. 2020 – BvR 2347/15, Rn. 210.

(86) 浅田和茂『刑法各論』（成文堂、2020年）31頁、井田・前掲注(61)30頁以下、大塚仁『刑法概説（各論）〔第3版増補版〕』（有斐閣、2005年）18頁以下、大塚仁ほか編（金築誠志執筆）『大コンメンタール刑法〔第3版〕』（青林書院、2021年）360頁、大谷實『刑法講義各論〔新版第5版〕』（成文堂、2019年）17頁、川端博『刑法各論講義〔第2版〕』（成文堂、2010年）30頁、関哲夫『講義 刑法各論』（成文堂、2017年）11頁以下、曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』（弘文堂、2012年）12頁、高橋則夫『刑法各論〔第3版〕』（成文堂、2018年）16頁以下、中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』（有斐閣、2015年）10頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第7版〕』（弘文堂、2017年）15頁、花井哲也『刑法講義（各論Ⅰ）〔改訂新版〕』（信山社、1997年）26頁以下、林幹人『刑法各論（第2版）』（東京大学出版会、2007年）24頁、平川宗信『刑法各論』（有斐閣、1995年）49頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2010年）12頁以下、山中敬一『刑法各論〔第3版〕』（成文堂、2015年）24頁。

承諾の有無は量刑で考慮されるにすぎない。これに対し日本の刑法典では、202条が殺人の減軽類型として承諾殺人を規定しており、その法定刑は199条の普通殺人と比べてかなり低い。「性急性からの保護」の観点からは、どちらの法的状況を採用すべきであろうか。

思うに、承諾殺人とは、自由答責的ではあるが性急性な決定を故意に惹起している点で自殺教唆とその不法内容は変わらない。学説上は、生命終了行為を誰が行ったかという点で不法・責任内容が異なるとする見解もある⁽⁸⁷⁾。しかし、生命終了行為の自手性が決定者の意思の絶対性を証明する際に決定的な意義をもつわけではない⁽⁸⁸⁾、「自殺関与と同意殺人とは、共に生命の主体が自分の自由な意思により死を選択したことに基づいてその生命が失われる場合で、基本的に同じ不法・責任内容をもっている⁽⁸⁹⁾」と解すべきである。異なるのは、せいぜい誰が最後の行為を行ったかという点にすぎず、規範的にはこの差異が重要な意味を持つことはない⁽⁹⁰⁾。したがって、自由答責的であるがゆえに、ドイツのように普通殺人罪による処罰は妥当ではなく、減軽類型として処罰する日本の規定を採用すべきである。

IV おわりに

本稿では、性急性からの保護という観点から、「自己決定の保障と生命保護」を両立させることを目的として検討を進めてきた。最後に、得られた結論を要約し、今後の検討課題を示して本稿の結びとしたい。本稿における検討の結論は、以下のようなものである。

(87) 内田文昭『刑法各論〔第3版〕』（青林書院、1996年）15頁、金築・前掲注(86)360頁、中森・前掲注(86)10頁。

(88) 石居・前掲注(4)99頁。

(89) 林・前掲注(86)23頁。また、松原・前掲注(60)11頁以下は、自殺教唆罪と自殺幫助罪とを合わせて自殺関与罪（狭義）と呼び、囑託殺人と承諾殺人とを合わせて同意殺人と呼びつつ、「狭義の自殺関与罪と同意殺人罪とは、ともに自殺者ないし被殺者自身が承認した死に原因を与える行為であることから、両者を合わせて自殺関与罪（広義）と呼ぶことができる。」としている。さらに早期の文献においてもすでに、大場茂馬『刑法各論上巻〔増訂4版〕』（中央大学、1911年）95頁以下が、日本刑法典第202条の4つの構成要件を「自殺ニ關スル罪」として整理していた。

(90) *Kubiciel, Tötung auf Verlangen und assistierten Suizid als selbstbestimmtes Sterben*, JZ 2009, 601.

- ① 自殺介助を原則として可罰的だとする規定は、介助者の法的安定性を脅かすものであり妥当ではない。そして、「親族又は密接な関係にある者」も利己的な動機により自殺に関与することもあり得るのだから、そのような関係性だけで不可罰となる一身の処罰免除規定は不要である。
- ② 自殺志願者の置かれている状況を鑑みれば、攻撃的な自殺介助広告の規制は必要ではあるが、それは刑法により達成されるべきではない。
- ③ 未成年者にも自由答責性が認められるのだから、臨死介助を受ける権利は、その種類を問わず、また、年齢に関係なく承認されねばならない。しかし、未成年者の特別な脆弱性を鑑みて、成人に課されるものに加えて、専門家による鑑定書等の要件を課す方策は取り得る。
- ④ 間接的臨死介助の正当化は自殺志願者の自由答責性にその根拠を求めるべきであり、主観的正当化要素の考慮は不要である。積極的臨死介助の正当化については、「他の選択肢を検討し尽くしたか」という意味での熟慮性を問題とする「検討基準」が採用されるべきである。
- ⑤ 自殺教唆も承諾殺人も「性急な決定からの保護」の観点からは可罰的と評価すべきである。もっとも、自殺志願者は性急ではあるが、その決定はなお自由答責的であるのだから、自殺関与罪と囑託・承諾殺人罪は原則減軽されるものと理解すべきである。

今後の課題として残された点とは、自殺教唆罪と承諾殺人罪の自由答責性判断の困難性である。すでに述べたように、自殺関与及び囑託・承諾殺人は、性急性を認識しつつ、被害者の自由答責的な生命処分に関与する行為である。すなわち、自殺教唆と承諾殺人は、「被害者に対し故意に、代替案が無いと欺罔し、又は、代替案を伝えることなく、被害者に死を決意させる」行為として理解され、「性急性に関する『錯誤に基づく同意』」が存するのが原則類型だということになる。私見によれば、性急性は自由答責性を前提とする概念であり、自由答責性がなければ性急性を問題とする前にそもそも死の決定すら存在しない。しかし逆に性急性への欺罔が自由答責性を排除する場合があります。あり得るだろうか。

この点については、今後具体的な事例の検討を通じて明らかにすべきである。さしあたり、行為者による積極的かつ執拗な働きかけのある事例（例えば、福岡高裁

宮崎支判平成元年 3 月 24 日高刑集第 42 卷 2 号 103 頁参照) ならばともかく、「代替案について聞かれなかったから教えなかった」にすぎないという場合には、(たしかに極めて大きい道義的非難には値するだろうが) やはり自己答責的な決定に基づく生命処分があったことを認めて、減輕類型としての自殺教唆又は承諾殺人による処罰に留めるべきであると思われる。

(明治大学大学院法学研究科博士後期課程)