

フランク・ザリガー

「ドイツにおいて医師による死の看取りが 処罰されるリスク」¹⁾

飯 島 暢(訳)

I. 「医師による死の看取り (Ärztliche Sterbebegleitung)」の 概念の精緻化

法的なコンテキストにおいて「医師による死の看取り」について語ろうとする者は、この概念を精緻化することを要する。何故なら、医師による死の看取りの概念は、とりわけ医学及び倫理学において用いられているが²⁾、法的な分野においてはそれ程でもないからである。ドイツにおいて医師による死の看取りを刑法的に判断する際には、少なくとも3つの区別が根本的に重要となるが、死の看取りについて広い概念を使用してしまうと、特にこれらの区別が不分明になってしまう。

第1の区別は、医師による死の看取りにおいて問題となる、死ぬ意思がある者の法益の観点に基づくものであり、生命を短縮させる死の看取りと生命を短縮させない死の看取りの差異として表される。生命を短縮させる死の看取りだけが、人間の生命という刑法上の保護法益を侵害し、同時に殺人の罪（ドイツ刑法211条以下）の対象となる。このような死の看取りに、刑法学及び刑法実務が焦点を定めることは当然である。

1) 本稿は、2018年9月21日にビーレフェルトにおいて開催された学際的な研究大会「医師による死の看取りの基本問題とアクチュアルな挑戦」での講演に基づいている。

2) 例えば、DÄBl. 2011, 346における医師による死の看取りに関する連邦医師会の諸原則を見よ。倫理学の分野については、例えば、Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz, Sterbehilfe und Sterbebegleitung. Ethische, rechtliche und medizinische Bewertung des Spannungsverhältnisses zwischen ärztlicher Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung des Patienten, Bericht vom 23. 04. 2004.

ザリガー「ドイツにおいて医師による死の看取りが処罰されるリスク」

第2の区別は、医師による死の看取りの概念によって見えにくくされてしまっているが、生命を短縮させる死の看取りの範囲内でなされるものである。この限りで、区別の基準となるのは、誰が医師による死の看取りの際に死に至る事象或いはポイント・オブ・ノーリターン（蘇生限界点）を支配していたかである。それが死ぬ意思がある者である場合、刑法上は自殺が問題となり、医師による死の看取りを行った者は、死ぬ意思がある者による自殺に対する共犯として扱われる。これに対し、医師が死に至る事象を支配していた場合には、刑法上は他者に対する殺人が問題となり、医師による死の看取りを行った者は、他者殺害の正犯として扱われるのである³⁾。

この第2の区別は、第1のものと同様に実務上非常に重要である。何故ならば、自由答責的な自殺への共犯は、ドイツでは原則的に不処罰であるのに対し、他者の殺害の正犯は、——正当化事由或いは免責事由の場合を除き——原則的に処罰の対象とされているからである。処罰されるリスクの範囲は、6月の自由刑（ドイツ刑法216条の要求に基づく殺害）から、医師において謀殺メルクマールが認められ得る限りでは、無期自由刑にまで及ぶ（ドイツ刑法211条参照）。

第3の刑法上重要な区別は、医師による死の看取りの概念が関係するものではなく、2015年の終わりにドイツ刑法217条として、業による自殺の促進（geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung）に対する処罰規定が導入されたことによる。このような新たな処罰化により、医師による死の看取りが個別の事案としてなされたか、或いは業としてなされたかが重要となる。このような区別もきわめて実務的に重要である。何故ならば、個別的になされた（自由答責的な）自殺の促進は従来通り不処罰とされているからである。これに対し、業による自殺の促進については、3年以下の自由刑又は罰金刑によって処罰されることになる。

以上の区別を通じて、医師による死の看取りが処罰され得るリスクの範囲が輪郭づけられる。これら以外の区別は、重要性が否定されるわけではないのだが、この点に関しては意義を失っている。ここで特に挙げ得るのは、作為と不作為の区別であり、この区別により、積極的な臨死介助は例外なく可罰的であるが、一定の前提の下、消極的な臨死介助は不処罰になるという実務上重要な帰結が以前においては導き出されていた⁴⁾。同様に意義を喪失したのが、死における介助と死への介助の相違である。これは、死の

3) 多くの文献にかえて NK-Neumann, StGB 5. Aufl. 2017, Vor § 211 Rn. 50 ff.

4) 全ての文献にかえて Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben, StGB, 30. Aufl. 2018, Vor §§ 211 ff. Rn. 24 ff. 及び 27 ff.

プロセスが既に開始されたか（この場合は死における介助である）或いはまだか（この場合は死への介助である）によって区別されていた⁵⁾。このような区別が意義を失ったことの背景には、2009年に導入されたドイツ民法1901条a第3項により、患者の事前指示の拘束力はその患者の病気の種類及び段階には関係がないとされたことがある。憲法ではない民法上のこのような規定が刑法にも影響を与えているのである⁶⁾。

以下では、私は本稿のテーマ領域を明確にしていきたいと思う。その内容は必ずしも先に挙げた3つの指導的な区別に沿ったものではないが、そこで生じる問題点の全てに言及することは当然である。むしろ、ドイツ法におけるアクチュアルな展開を見る限り、現在のドイツ刑法上の法的安定性という医学者及び法律の素人全ての者にとって特に重要となる問題を前面に出すべきであると思われる。そこで、既に法的安定性が長い間認められてきた題材から論じることにしたい(II.)。これに続いて取り扱うのが、少なくとも相対的な法的安定性が確定され得る領域である(III.)。但し、本稿の中心にあるのは、現在のドイツにおいて残念ながら著しい法的不安定性が確認されるテーマ領域であり、このようなテーマ領域はますます増えている(IV.)。

II. 法的安定性：生命を短縮させない医師による死の看取り

刑法上の特別な問題が決して生じることのない領域であるのが、生命を短縮させない医師による死の看取りである。このことは、生命を短縮させない医師による死の看取りが、問題の中心にある殺害に関する諸規定に定義上該当しない場合だけに限られるわけではない。そのような看取りは、更に緩和医療、看護的な措置のきっかけ、或いはサイコソーシャル・サポートとしても刑法上重要な法益を毀損するものでは決してないのである。

それ故に、このような看取りについては、次のような自明の原則だけが認められる。つまり、例えば、苦痛緩和のための薬を渡さない場合のような、生命を短縮させない医師による死の看取りに関する義務違反的な拒絶だけが、保障者的地位があるときには不作為の傷害として（ドイツ刑法223条、13条）、或いは保障者的地位が欠けるときには救助の不作為として（ドイツ刑法323条c）処罰され得るということである⁷⁾。刑法解釈学

5) 代表的な文献として NK-Neumann, Vor § 211 Rn. 93. 更にケンプテン事件に関する BGH NJW 1995, 204 を挙げておく。

6) フルダ事件に関する BGH NJW 2010, 2963 (2966 Rn. 24 f.) を挙げておく。

7) 代表的な文献として Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben, Vor §§ 211 ff. ↗

ザリガー「ドイツにおいて医師による死の看取りが処罰されるリスク」

上の問題がここで生じることはなく、刑事手続上の争いも殆ど聞いたことがない。それ故に、生命を短縮させない医師による死の看取りについては、刑法上の法的安定性が確固として存在するのである。

III. 大まかな法的安定性：生命を短縮させる医師による正犯的な死の看取り

このことは、医師が死ぬ意思がある者の死へと至る事象についての支配を有する場合、つまり生命を短縮させる死の看取りが医師によって正犯的に行われる場合にも原則的には当てはまる。

1. 間接正犯における殺害

従って、医師が自由答責的でない死ぬ意思がある者についてその死の事象を故意的に支配している場合に、医師による死の看取りが問題にならないことは、まず自明の事柄として理解される。例えば、医師が死ぬ意思がある者に対し、その者の病気が治癒不能であると信じ込ませるとか⁸⁾、自殺を一緒に行う旨の決断を装うことにより、当該の者を自殺へと導いた場合である⁹⁾。

ここでは、医師による他者殺害の正犯的な実行は、医師が自由答責的でない自殺者を不足した道具 (defizitäres Werkzeug)、いわば自分自身に対する道具として利用することを通じて可能である。この点から、刑法解釈学的には間接正犯としての医師による殺害の可罰性が基礎づけられることになる。何故ならば、医師は他者を通じて犯行を実行しているからである (ドイツ刑法212条、25条1項)¹⁰⁾。

自由答責性を規定する際の基準については、ドイツの実務では、免責による解決と同意による解決が対立していたが、後者の方が貫徹されている¹¹⁾。免責による解決によれば、自殺者が他者の殺害の際に、例えば責任能力が欠如していた場合 (ドイツ刑法20条の準用) 又は強要されて強制的に行為させられる場合 (ドイツ刑法35条の準用) のように刑法上責任なく行為していたであろうと言えるのであれば、その者の死ぬ意思は既

↘Rn. 23.

8) NK-Neumann, Vor § 211 Rn. 65 参照。

9) BGH GA 1986, 508 f. 参照。

10) OLG Hamburg NSTZ 2016, 530 (532).

11) BGH StV 2011, 284; BGH NSTZ 2012, 319 (320) のみを見よ。

に自由なものではなかったことになる。これに対し同意による解決は、死ぬ意思がある者の自由答責性について、その者が自己の決定に関して自然的な洞察能力及び判断能力を十分に有していることと、その者の死ぬ意思が欠如から免れていて、内心においてゆるぎないものとして特徴づけられることを要求する。欠如から免れている点は、錯誤、欺罔或いは強制の場合には否定される。死ぬ意思がある者の内面的なゆるぎなさは、付随的な意見及び即断的な見解の際には認められず、根本的な態度 (Grundhaltung) に抑鬱性が認められる場合にも否定され得ることになる¹²⁾。

納得できるのは、同意に基づく解決の方である。自己の生命に対する死ぬ意思がある者の処分可能性については、傷害に対する同意と比べてより低いハードルが設定されることはあり得ない¹³⁾。それ故に、自殺者が前もって自殺する意図を全く表明してはならず、一般的な危険の認識があるにもかかわらず、自分への注意を向けさせるために、とっさの決断によって洗剤を飲んだ場合には、自由答責的な自殺は欠けるのである¹⁴⁾。他方で、同意による解決からしても、自由答責性のその他の要件が存在する場合に第3者の立場から見て自殺の見かけ上の「無思慮さ」があるからとって、その自由答責性が否定されることはない¹⁵⁾。

2. 過失致死

客観的に行為支配が存在する場合に、医師が注意義務に違反して、死ぬ意思がある者が自由答責的に行動していない点を見誤ったときには、同様に医師による正犯的な死の看取りを認めることができる。しかしながら、そのような状況においては、専ら過失致死 (ドイツ刑法222条) による医師の処罰が考慮されるだけである。

3. 正当化される治療中止 (Behandlungsabbruch) の不処罰

医師による正犯的な死の看取りが不処罰となる領域が疑いなく始まるのは、死ぬ意思がある者が自由答責的に行動するときである。何故ならば、そのような場合には、死ぬ意思がある者の同意の存在を出発点にすることが可能となり、この同意を通じて医師に

12) 最新のものとして OLG Hamburg NStZ 2016, 530 (532 f.).

13) 代表的なものとして Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht Besonderer Teil 1, 42. Aufl. 2018, Rn. 48.

14) BGH NStZ 2012, 319 (320).

15) Saliger, Selbstbestimmung bis zuletzt, 2015, S. 148.

よる正犯的な死の看取りから刑法上の殺害の不法性が除去され得るからである。フルダ事件に関する連邦通常裁判所第2刑事部の判決が2010年に下されるまで、医師の活動に関するそのような領域は、不処罰の間接的臨死介助、不処罰の消極的臨死介助、例外なく処罰される積極的臨死介助の区別を通じて形成されていた。第2刑事部は、このような区別から距離を置き、その代わりに正当化される治療中止の理論を発展させたのだった。

それによると、不処罰となる正犯的な死の看取りは、生命を脅かす病気に罹患した患者の存在を前提とし、その際に、死ぬ意思がある者の（推定的）同意の下、医師、世話人、代理人或いはそれらの補助者によって、病気の進行を自然のなりゆきにまかせる目的の下、生命維持に関わる適切な処置がなされないか、限定的に行われるか、或いは中止される場合に認められる。これらの条件が満たされるときには、もはや意図されない処置が不作為によって終了させられるか、或いは作為によって終了させられるかは重要ではない¹⁶⁾。それ故に、フルダ事件では、女性の世話人が人工的な栄養補給チューブをハサミで切断したことが正当化されたのである。

治療中止という価値的な (wertend) 上位概念は、連邦通常裁判所によれば間接的臨死介助をも含んでいる¹⁷⁾。従って、その諸条件を満たす限りでは、医療的に要請される投薬について、不可避の副次的な結果として死の発生を促進させることが意図はされないが、甘受はされる場合でも、それは従来通り不処罰となる¹⁸⁾。

これに対して、例外なく正当化され得ないままであるのは、生命の終結を病気のプロセスから切り離すことを狙った侵害である¹⁹⁾。ここで念頭に置かれているのは、従来は積極的臨死介助と呼ばれていたものであり、苦痛から解放する目的で作為を通じて他者を的確な形で直接的に殺害する場合である²⁰⁾。もっとも、積極的臨死介助が治療中止以外の直接的な苦痛からの解放に限定される点では従来とは異なっている。従って、自動車事故の際に挟まれて身動きがとれず、苦痛に満ちたまま焼かれている運転手の求め

16) BGH NJW 2010, 2963 (2967). 評釈としては以下のものがある。Gaede, NJW 2010, 2925; Verrel, NStZ 2010, 671; Duttge, MedR 2011, 36; Eidam, GA 2011, 232; Engländer, JZ 2011, 513; Hirsch, JR 2011, 37; Rissing-van Saan, ZIS 2011, 544; Rosenau, FS Rissing-van Saan, 2011, 547; Walter, ZIS 2011, 76.

17) BGH NJW 2010, 2963 (2967).

18) BGHSt 42, 301 (305).

19) BGH NJW 2010, 2963 (2967).

20) BGHSt 37, 376 (379).

に応じて拳銃を発射してその者を殺害した同乗者は、以前と同様に処罰されるのである。

フルダ事件における連邦通常裁判所の判決は、原則的に賛同するのにふさわしいものである。何故ならば、裁判所は正当にも2009年の患者事前指示法に基づく民法における新たな評価を刑法へと転用したからである。これにより、法秩序の統一性が強化された。更に言えば、少なくとも治療中止の領域では、積極的臨死介助と消極的臨死介助との間で、そして積極的に直接的な臨死介助と間接的な臨死介助との間でこれまで存在してきたカテゴリー的な限界問題は無意味になったのである²¹⁾。

当該の判決に関連して、多くの問題が論争の対象となっており、その限りでは実際上はいくつかの側面が解明されていないことが個別的に考慮されるべきである。例えば、作為と不作為の区別の意義がまだ認められていること²²⁾、不処罰の間接的臨死介助でも、それが早められた死の発生に関して新たな原因を設定しているという状況との関係では、医療処置の終了にかかる苦痛から解放する毒薬の投与が処罰され得ること²³⁾、或いは、看護人でも代理人でもない近親者は正当化され得る人的範囲から除外されると²⁴⁾がこれに当てはまる。

他方で、当該の判決との関係では問題点として扱うのは疑わしいはずの多くのものが過度に強調されている。例えば、治療中止に関する新たな理論と要求に基づく殺害の処罰規定（ドイツ刑法216条）の関係は不明確なものではない。第2刑事部によれば、要求に基づく殺害に対する処罰規定の構成要件上の限界は、正当化される治療中止とは無関係なままである²⁵⁾。これにより、裁判所は、正当化される治療中止の適用領域ではドイツ刑法216条が妥当しないことを適切にも明確にしたのである²⁶⁾。また、世話法上の正当化と刑法上の正当化の関係も不明確なものではない。医師が世話法上の要件を遵守しているときには、その医師による正犯的な医療上の死の看取りは争いなく正当化さ

21) 既に *Saliger*, in: Bormann (Hrsg.), *Lebensbeendende Handlungen*, 2017, 313 (322 ff.) で言及した。

22) *Verrel*, *NStZ* 2010, 674; *Dölling*, *ZIS* 2011, 346 f.; *Walter*, *ZIS* 2011, 80 f. 参照。

23) 呼吸機能の低下を生じさせるための毒物の注入及び過剰投与は疑いなく治療のための処置ではないと主張する *Verrel*, *NStZ* 2010, 673 及びそれとは異なる立場を示す *Engländer*, *JZ* 2011, 519 f. を参照。

24) *Rosenau*, *FS Rissing-van Saan*, 564; *Engländer*, *JZ* 2011, 519.

25) *BGH NJW* 2010, 2963 (2967).

26) 同様の見解として *Verrel*, *NStZ* 2010, 673 f.; *Gaede*, *NJW* 2010, 2927; *Rissing-van Saan*, *Rechtsmedizin* 2/2018, 96.

ザリガー「ドイツにおいて医師による死の看取りが処罰されるリスク」

れる。これに対し、その医師が世話法上の要件を満たさないときには、刑法上の独自の正当化は、従来通り同意及び推定的同意の一般的な規則に基づいて可能となる²⁷⁾。

以上述べたことから、私は医師による正犯的な死の看取りの領域については、刑法上の法的安定性が大方のところ認められるとの結論を主張したい。

IV. 医師による死の看取りについて法的不安定性が現在のところ認められる領域

以上のような法的安定性の程度ですらも、ドイツにおける3つの新たな展開によって損なわれようとしている。これらの3つの展開は、いずれも今日に至るまでまだ完結していない。そのような刑法的な法的不安定性は、第1に、不作為による要求に基づく殺害という処罰を基礎づけるための古い構成を医師による自殺介助に対して用いる最近の試みに見受けられる(1.)。第2に、刑法217条における業による自殺の促進に対する新たな処罰規定についても同様であり(2.)、そして第3に、2017年3月における自殺のために致死量の麻酔剤を取得するための許可に関する連邦行政裁判所による原則となる判決(Grundsatzurteil)の結果、法的不安定性が生じるようになってきているのである(3.)。

1. 不作為による要求に基づく殺害？

不作為による要求に基づく殺害としての処罰(ドイツ刑法216条、13条)の見かけ上のルネサンスは、特にハンブルクとベルリンで起きた事件をその出発点としている。

ハンブルク事件においては、ある医師が、重大ではないが不治の病に侵された高齢の2人の女性から執拗に急き立てられて、自殺の介助者になる準備がある旨を表明していた。その医師が女性達につき洞察能力及び判断能力が限定されていないことを鑑定書の中で保証した後、彼女らは複数の文書で自らの自殺意思を明確に表明し、自らの行動能力が喪失した後は全ての救命措置を拒絶することを明らかにした。自殺の当日、医師は致死性の薬物を持参し、薬物を摂取する際の詳細を説明した。自殺を遂行する意思があるか否かの問いに対して改めて肯定した後、女性達は13時にグラスに入った致死性の液

27) 既にそのように主張していたものとして、*Saliger*, KritV 1998, 118 (139 ff.). 更には *Verrel*, NStZ 2010, 674; *Gaede*, NJW 2010, 2927 f.; *Rosenau*, FS Rissing-van Saan, 562 f.; *Rissing-van Saan*, ZIS 2011, 548. なお BGH NStZ 2011, 274 (276) も参照。異なる見解としては *Walter*, ZIS 2011, 79 f. 及び 81; *Dölling*, ZIS 2011, 348; *Engländer*, JZ 2011, 518 f.

体を飲みこんだ。彼女達はその後すぐに眠りにつき、1時間以上たってから死亡した。医師は死亡を確認し、更に約40分待ってから、救急隊に通報した。

ハンブルク地方裁判所は主要手続 (Hauptverfahren) のための起訴を許容しなかった。ハンブルク上級地方裁判所が介入し、同裁判所は不作為による要求に基づく殺害の未遂に当たるとして医師の処罰を肯定し、主要手続を開始させた²⁸⁾。ハンブルク地裁は、医師は保障者の地位を有していなかったし、女性達の自己答責的な自殺について、その死を回避するように義務づけられていなかったとして、再度無罪にした²⁹⁾。この無罪判決はまだ確定していない。

ベルリン事件では、少女のときから非常に痛みを伴う慢性の過敏性腸疾患を患っている自殺意思がある44歳の女性の家庭医が同様に自殺の介助を行った。その医師により薬物の調達がなされ、その女性が薬物を摂取した後、その医師は3日以上に渡り、毎日3回の頻度で意識のない女性患者の経過観察を行った。その際、医師は制吐剤も投与していた。この事件においても、ベルリン地方裁判所は主要手続の開始を認めなかった。ベルリン上級地方裁判所は介入を行い、主要手続を開始させた。同裁判所は、特に制吐剤の投与に着目して、医師について作為による要求に基づく殺害を肯定した。また、自殺した女性の自由答責性についても、彼女は腸疾患になる以前の既に子供のときに精神的に病んでいたとして疑わしいとした³⁰⁾。これに対し、ベルリン地裁は、制吐剤の注入が死の発生を促進させる作為ではなかったとして、正当にも医師を再度無罪にした³¹⁾。

ハンブルク事件において、不作為による要求に基づく殺害の未遂での処罰を基礎づけるために援用されたのが、連邦通常裁判所によって1984年に出されたヴィッティヒ判決である³²⁾。その際、連邦通常裁判所は、当時自殺の介助を行わなかった家庭医の処罰を行為支配の転換に基づいて基礎づけていた。何故なら、自由答責的な自殺者の意識消失により、行為支配は、原則的に死の回避へと義務づけられる保障人に割り当てられるとされたからである。保障人が自殺者の死ぬ意思を実現させることは、自殺者が救命措

28) OLG Hamburg NStZ 2016, 530 (*Miebach* によって批判的な評釈がなされている); *Duttge*, MedR 2017, 145; *Kraatz*, JR 2017, 299 及び *Wilhelm*, HRRS 2017, 68.

29) LG Hamburg NStZ 2018, 281 (*Hoven* によって肯定的な評釈がなされている); *Duttge*, medstra 2018, 124 及び *Hillenkamp*, MedR 2018, 379.

30) KG Berlin medstra 2017, 190 (*Eidam* によって評釈がなされている).

31) LG Berlin NStZ-RR 2018, 246 (*Miebach* によって肯定的な評釈がなされている) 及び *Lorenz/Dorneck*, jurisPR-StrafR 18/2018.

32) OLG Hamburg NStZ 2016, 530 (534 f.) を見よ。

ザリガー「ドイツにおいて医師による死の看取りが処罰されるリスク」

置を明確に拒絶した事情と同様に重要ではないとされた³³⁾。

ヴィッティヒ判決及び同判決への依拠は、拒絶されるべきである。確かに、連邦通常裁判所がヴィッティヒ判決を今日まで明確には放棄してこなかったとするハンブルク上級地方裁判所の立場を容認することは形式的には可能である。しかしながら、連邦通常裁判所が、その後の判決において、自由答責的に把握された自殺の決意に対してヴィッティヒ判決のときよりもより強い法的な意義を認める旨を明確にしているだけでなく³⁴⁾、更には、検察及び下級裁判所もヴィッティヒ判決から明白に距離を置いたのである³⁵⁾。いずれにせよ重要であるのは、ヴィッティヒ判決が実質的に誤りであることである。何故なら、同判決は、自殺及びそれへの共犯が不処罰であるとする原則と解消しがたい矛盾に陥っているからである。

刑法典における殺人の罪は、人間の生命を専ら他者による殺害から保護しているのだから、自由答責的な自殺は原則的に構成要件に該当せず、それ故に不処罰となる。そして、正犯行為が欠けるため、その際の共犯も従属性の原則に基づいて不処罰である。このような原則と、医師が死をもたらす薬物をその摂取のために自由答責的な自殺者に与えた場合は不処罰であるが、自殺者の意識消失後にその救命を行わなかったときには処罰されるとするヴィッティヒ判決は整合しない。医師の保障人的義務の限界については、当該の義務が具体的な事件においてそもそも肯定され得る限りで（ハンブルク事件では否定されるべきであった）、自由答責的に行動する自殺者の意思がある場合に認めることが正当である。従って、医師は当該の事件では救命措置を行うようには義務づけられていなかったのである³⁶⁾。

ドイツ刑法323条cに基づく不救助罪の犯罪構成要件からも医師には救助義務が生じることはない。何故ならば、自由答責的な自殺は、事故ではないし、そのような場合には救助について必要性も期待可能性も認められないからである。このことは、自由答責的な自殺が存在し、救助義務の名宛人に自殺意思が知らされており、自殺意思者の意思の変更について何らの理由も認められないときであれば、いずれにせよ妥当する³⁷⁾。

連邦通常裁判所の第5刑事部は、上告の際にこれらの問題について決断を行わなければ

33) BGHSt 32, 367 (373 ff.) = NJW 1984, 2639 (2640 ff.).

34) そのような立場を明確にとるものとして BGH NJW 1988, 1532 を見よ。なお BGH NJW 1991, 2357 (2358).

35) 例えば、StA München NStZ 2011, 345 (346); LG Deggendorf BeckRS 2015, 20138.

36) 適切なものとして LG Hamburg NStZ 2018, 281 (282 f.).

37) LG Hamburg NStZ 2018, 281 (283).

ばならないであろう。これは、ヴィッティヒ判決を完全に放棄する機会なのである。

2. ドイツ刑法217条と医師による死の看取り

現在、医師による死の看取りに関する法的不安定性を更に発生させているのは、業による自殺の促進に対する処罰規定である（ドイツ刑法217条）。この規定によれば、他者の自殺を促進させる目的で、その者に対し業として自殺の機会を付与し、調達し、或いは斡旋した者は、処罰される（同条1項）。自ら業として行為する者ではなく、かつ第1項で規定する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（同条2項）。

同規定の目的は、まず職業的な自殺助動者の申し出による他者決定から自殺意思者を個人的に保護する点にある。また他方で、ドイツ刑法217条は自殺文化の確立によって人間の生命に対する配慮が弱体化することに対抗しようとするものである³⁸⁾。可罰的であるのは、専ら自殺の業による促進だけである。個別の案件としてなされる自殺助動は従来通り不処罰のままである³⁹⁾。ここで決定的に重要であるのは、業によるというメルクマールである。これは、行為者が、「同種の行為の反復を自己の仕事（Beschäftigung）の対象とする」ときに認められる⁴⁰⁾。初回時の活動も、それが「継続することへと固定化された活動の開始」として際立たされる場合であれば十分である⁴¹⁾。その際に業によるの概念は、立法者の意思によれば、明らかに経済的或いは職業的な関係性を前提とするものではない⁴²⁾。立法者の意思によれば、死ぬ際の助動、許容される治療中止、間接的臨死助動は対象とはされない⁴³⁾。

医師による死の看取りとの関係で好ましくないのは、立法者が処罰の対象から医師を明確には除外していないことである。立法者は、どのみち医師は業による自殺助動を行わないであろうことを理由に、特別な除外規定は必要ではないと主張していた⁴⁴⁾。このような簡潔な基礎づけは、その日常的な作業の中で医師、緩和医療及びホスピスの従事者を今日に至るまで不安定な地位に置いている⁴⁵⁾。ここでは、処罰を肯定すること

38) BT-Drucks. 18/5373, S. 2 f. 及び 10 ff.

39) BT-Drucks. 18/5373, S. 2 及び 10.

40) BT-Drucks. 18/5373, S. 17.

41) BT-Drucks. 18/5373, S. 17.

42) BT-Drucks. 18/5373, S. 17.

43) BT-Drucks. 18/5373, S. 17 f., なお 11 f.

44) BT-Drucks. 18/5373, S. 18.

が疑わしく思われるような問題が生じてくる。その内容は、専ら次のようなものである。つまり、自由答責的な死ぬための断食を患者が行う際に、医師が場所の準備、他の部屋への移動、世話及び看護を通じて看取った場合に、ドイツ刑法217条によって処罰され得るのか否かという問題である。

この問いは不明確なものである。死ぬための断食が自殺の形態の一つであることは、一見したところでは争い得ない事柄であろう。医師がそれに対応した業務を確立させていた限りでは、業によるというメルクマールも同様に否定し得ないであろう。また、自殺の機会が付与或いは調達されたわけである。従って、解釈学的には、結局のところ他者の自殺を促進させる目的というメルクマールの解釈にまずは帰着することになる。その際には、目的は専ら自殺のための機会の促進に向けられるものであって、この自殺の実際上の遂行に関係づけられる必要はないことが配慮されるべきである。なお、この点については、条件づけられた故意で十分である。従って、医師は、他者の自殺を最終的には意図していなかった、それどころか是認すらしていなかったという理由では、罪を免れることはできないのである⁴⁵⁾。

医師が自己の患者による死ぬための断食を積極的に看取ることにより、自殺のための機会の促進を少なくとも中間目標として追求したことになるのか否かが問題となるが、決着はついていない。この点は、疑わしい論拠ではあるが二重結果の理論を用いて否定できるのかもしれない。同理論によれば、自殺の介助が専ら甘受されるべき回避不能副次結果でありながら、医師においては、患者の自律的な（そして苦痛からの解放である）死を可能にするという良い目的が主たる目的であったときには、促進させる目的が排除されるのである⁴⁷⁾。しかしながら、一悪い—直接的な目的と—まだ許される—間接的な（非本来的な）目的との区別は、問題のある行為の結果⁴⁸⁾に関しては道徳的に重要な違いを表すものではない。何故ならば、直接的な目的で行動する者が必然的に

45) 最新の模範的な叙述として *Duttge*, ZStW 2017, 448 (461 ff.); *Kuhli*, ZStW 2017, 691 (710 ff.) があり、それぞれ更なる文献への参照を行っている。

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

47) 実際には二重結果ドクトリンとは関係なしに、このような方向性を示すものとして *Kampmann*, Die Pönalisierung der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung – eine kritische Analyse, 2017, S. 100 f.

48) 二重結果の理論はトマス・アクィナスに遡るが、彼によれば、直接的な目的で行えば禁止されるであろうことを間接的な（非本来的な）目的で行うことは、許されることになる（*Summa theologiae*, II. Buch, II. Teil, Quaestio 64 Artikel 7）。

り少ない後悔を示すというわけでもなく（例えば、事故の後、車体に挟まれ、焼かれそうになっているトラック運転手を同乗者が直接的な目的で殺害する場合）、間接的な目的でなされた行為が常により説得的なものとなるわけでもないからである（例えば、産道で頭がひっかかってしまった赤子を母親が死亡した後に確実に生まれてこさせるために、母親の生命を救助するための子供の殺害は専ら直接的な目的で惹起され得るとして、二重結果の理論に基づいて、必ず妊婦である母親の方を死なせる場合⁴⁹⁾）。

他の論者は、死ぬための断食の促進は、ドイツ刑法217条の立法者の念頭に浮かんでいた攻撃的な自殺の形態とは根本的に異なる（消極的で防御的な）自殺の形態であることから、死ぬための断食の促進はドイツ刑法217条の構成要件には該当しないとの見解を主張する⁵⁰⁾。これもまた説得力のあるものではない。何故ならば、立法者は明らかに攻撃的な自殺とそれが明らかではない防御的な自殺を区別していなかったからである。

そもそも、断食死の事案において促進させる目的自体を医師について否定することは解消しがたい矛盾に至るものである。つまり、まず作為（場所的な移動、苦痛のケア）の事案において、自殺に関する死ぬ意思がある者の自由答責的な決断が客観的な構成要件では業によることを理由にしてまずは配慮されずに、その後で主観的な構成要件において促進させる目的の否定を通じて配慮されるというのは矛盾である。同様のことは、不作為（医師が断食死を行う患者を部屋に放置する場合）にも当てはまる。その限りで、業によるという要件から生じる、死ぬ意思がある者の自由答責的な決断に対する無配慮は、患者の死への自律性の援用の下で医師の保障者の地位が否定されることと緊張した関係に陥るのである⁵¹⁾。

以上のような問いについては、決着がついておらず⁵²⁾、現在のところ法的不安定性が存在するのである。法的不安定性は、ドイツの連邦憲法裁判所がドイツ刑法217条の合憲性について今後どのような決断を下すのかという緊張状態を通じて高められている。

49) この点及び更なる論拠づけについては、*Saliger*, in: Bormann (Hrsg.), *Lebensbeendende Handlungen*, 2017, S. 320 ff.

50) そのように主張するものとして *Duttge/Simon*, *NStZ* 2017, 512 (515 f.).

51) 既にそのように主張していたものとして *NK-Saliger*, § 217 Rn. 31.

52) 処罰の可能性については、例えば *Hilgendorf*, *Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des deutschen Bundestages am 23.9.2015*, S. 14; *NK-Saliger*, § 217 Rn. 31. それぞれ更なる状況について言及がなされている。

3. 自殺をする目的で麻酔剤を要求する行政法上の権利——BVerwG NJW 2017, 2215

ドイツにおける医師による死の看取りにつき、アクチュアルな法的不安定性を生じさせている最後の原因として、自殺をする目的で麻酔剤を要求する行政法上の権利に関して、2017年3月に連邦行政裁判所によってなされたセンセーショナルな判決を挙げることができる。

連邦行政裁判所は、医薬品・医療機器連邦研究所への申請によって、自殺をするための麻酔剤を取得することは原則的に許可し得えないものであることを出発点にする⁵³⁾。但し、同裁判所は、自殺意思を有する取得申請者が重大で治癒不能な病気のため極度の緊急状態にあるときには、自律的な死に関する人権及び基本権に依拠して憲法に適合した解釈を行うべきとして、正当にも例外を肯定した。そのような極度の緊急状態は、「——第1に——重度で治癒不能な病気が重大な身体的苦悩、特に強い痛みと結びついて、その痛みが対象者において耐え難い負担になっていながら、十分に緩和することができず、——第2に——対象者が決定能力を有していて、自己の生命を終結させることを自由にそして真摯に決定しており、——第3に——死ぬ希望を実現するためにその者の意のままになる他の期待し得る可能性が存在しない場合に」⁵⁴⁾認められる。

同判決は、非常に大きな反響を呼び、論争を引き起こした⁵⁵⁾。それは、国家が自殺の下働きをするとの激しい批判⁵⁶⁾から、裁判所は「法的な慈悲の活動」を行っているとの断固とした賛同⁵⁷⁾まで様々のものがある。連邦行政裁判所が、死への自律性に関する基本権の国家による実現を注意深く患者の極度の緊急状態に限定したことは、事実

53) BVerwG NJW 2017, 2215 (2217 Rn. 21).

54) BVerwG NJW 2017, 2215 (2219 Rn. 31).

55) 賛同するものとして、例えば *Brade/Tänzer*, NVwZ 2017, 1435 (1439); *Lindner*, ZRP 2017, 148; *Rothfuß*, jM 2017, 290; *Hufen*, NJW 2018, 1524 (1527 f.); *Neumann*, FS Rengier, 2018, 571. *Mandla*, medstra 2018, 143 も基本的に同旨である。反対するものとして、例えば *die Mehrheit des Deutschen Ethikrates*, Suizidprävention statt Suizidunterstützung. Erinnerung an eine Forderung des Deutschen Ethikrates anlässlich einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, 2017, S. 2 f.; *di Fabio*, Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur Selbsttötung in existenziellen Notlagen, Rechtsgutachten, November 2017, S. 99 ff.; *Weilert*, DVBl. 2017, 910.

56) そのように主張するのは、*Gröhe* である。FAZ v. 24. 5. 2017, S. 1 からの引用による。

57) *Lindner*, FAZ v. 1.6.2017, S. 6.

上賛同を受けているように思われる。同判決が投げかけた多くの問いの中から2つだけ言及することにした。

第1の問いは、判決の射程に関わるものである。この射程は不明確である。何故ならば、麻酔剤の取得を要求する権利は、他の期待し得る代替手段が存在しない場合にのみ認められるからである。そのような代替手段は、2010年のフルダ事件判決以来、正当化される治療中止に見出されている⁵⁸⁾。しかし、これは非常に問題のある考えである。何故ならば、正犯的な他者の殺害は、正当化される治療中止のコンセプトによれば⁵⁹⁾、現象学的及び価値適合的には麻酔剤の交付によって自由答責的な自殺を可能にすることから明確に区別されるからである。加えて言えば、正当化される治療中止は、自由答責的な自殺の場合よりも時間的にはかなり異質な死の段階及びその直前の段階を捉えるものである⁶⁰⁾。

第2の問いは、判決とドイツ刑法217条の整合性に関するものである。連邦行政裁判所は、申請を承認した場合にドイツ刑法217条に基づいて研究所職員が処罰されるリスクについては懸念していない。何故ならば、「そのような許可の当局による付与は、専ら特別な個別事案及び非常に狭く捉えられた前提の下でのみ許容されるものであり、……刑法の意味での私的な自殺介助者による業による自殺の促進に匹敵するものではない。医薬品・医療機器連邦研究所は、独自の利益を追求しているわけではなく、その決定は、上述の前提の下では法的な理由から許可が対象者に拒絶されることは許されないことに基づいている。同様に、そのような許可が極めて限定されていることからすると、『通常性の外観』が生じているとの主張はほぼ成り立たない。」⁶¹⁾

以上のことは、私からしても結論的に正当であると思われる。しかしながら、ドイツ刑法217条の文言が一応のところ充足されることは認めなければならない（自殺のための機会の斡旋、現在100件以上の申請があることに基づく業によること、促進させる目的）。それ故に、一定の限定を行うべきであるとすれば、それは、構成要件の目的論的な限定を通じてのみ達成され得る⁶²⁾。これは争いの余地のある問題である。いずれに

58) 例えば、そのように主張するものとして *Schütz/Sitte*, NJW 2017, 2155 (2157)。

59) この点については、上述 III. 3。

60) 例えば、同様の見解としては、*Brade/Tänzer*, NVwZ 2017, 1438 を参照。

61) BVerwG NJW 2017, 2215 (2220 Rn. 38)。

62) 結論的に同様の見解として *Kuhli*, ZIS 2017, 245 ff.; *Lindner*, ZRP 2017, 150; *Brade/Tänzer*, NVwZ 2017, 1438 f.; *Hufen*, NJW 2018, 1528; *Neumann*, FS Rengier, 2018, 579 ff. を参照。異なる見解として die Mehrheit des Deutschen Ethikrates, ↗

ザリガー「ドイツにおいて医師による死の看取りが処罰されるリスク」

せよ、アクチュアルな法的不安定性が、これにより排除されるわけではない⁶³⁾。法的な不安定性は、連邦保健省の次官であるルッツ・シュトッペが医薬品・医療機器連邦研究所所長に宛てた、連邦行政裁判所の判決には従わずに、現在なされている申請を拒絶すべきとした2018年6月の通知を通じて改めて高められているのである⁶⁴⁾。

V. まとめ

1. ドイツ刑法において、生命を短縮させない医師による死の看取りについては、法的安定性が、生命を短縮させる医師による正犯的な死の看取りについては大まかな法的安定性が認められる。
2. 以上を除くと、ドイツにおける医師による死の看取りは、現在のところ多くの法的不安定性を伴いながら執り行われている。
3. 自由答責的な自殺が行われた際に救命措置を行わなかった医師は、正当な見解によれば処罰されない。その明確化のために、ヴェイティヒ判決は放棄されるべきである。
4. 医薬品・医療機器連邦研究所の職員は、極度の緊急状態において自殺のための麻酔剤の取得にかかる申請を認可した場合でも、正当な見解によれば、ドイツ刑法217条によっては処罰されない。
5. 患者の断食死を看取る医師がドイツ刑法217条によって処罰されるのか、そしてそれはどのような範囲でのことなのかは、未確定である。

[訳者あとがき]

本稿は、ミュンヘン大学法学部のフランク・ザリガー (Frank Saliger) 教授が本学法学部学術講演会において行った講演の内容を訳出したものである。ザリガー教授は、本年(2019年)の4月1日から30日間、関西大学法学研究所の招聘研究者として日本に滞在され、法学部学術講演会(4月22日開催)の他、法学研究所の第146回特別研究会(4月10日開催)において「企業の経営判断が孕む背任罪のリスク」というテーマで講演を行っている。また、本学以外でも、中央大学と慶応大学で講演を行った。

本稿の基になっている、ザリガー教授の講演の内容は、死の看取りに関して現在のドイツ法において生じる種々の問題点を最新の判例動向等に留意しながらポイントを押さ

↘ Suizidprävention statt Suizidunterstützung, 2017, S. 2.

63) *di Fabio*, Rechtsgutachten (Fn. 54), S. 74 も参照。

64) Schreiben vom 21. Juni 2018, S. 1.

えて適格に紹介し、検討を加えるものであり、比較法的にも参考になる点が多いと考え、ザリガー教授の許可の下、訳出した次第である。

また、ザリガー教授の経歴と業績については、ミュンヘン大学法学部における同教授に関するウェブサイト (https://www.jura.uni-muenchen.de/personen/s/saliger_frank/index.html) を参照されたい。