

PD Dr. *Liane Wörner*、刑法における生命保護の矛盾？

—首尾一貫した刑法上の生命保護に関する考察—

玄 守道（翻訳）

翻訳者はしがき

本翻訳は、2018年3月に大東文化大学で行われたPD Dr. *Liane Wörner*, LL.M. (UW-Madison) による「刑法における生命保護の矛盾？」と題された講演原稿の翻訳である。

著者のPD Dr. *Liane Wörner*は、ライプツィヒ、ギーセンの両大学でProf. Dr. Dr. h.c. *Walter Gropp*のもとで学び、アメリカのウィスコンシン大学で修士号を取得、その後、ギーセン大学で博士号を取得し、2017年にギーセン大学に教授資格請求論文を提出している（教授資格請求論文は近く公刊予定である）。

本論文は、教授資格請求論文の概要を紹介するもので、ドイツにおける刑法上の生命保護に関して包括的かつ法理論及び刑罰論上の詳細な検討がなされている点で出色の論文である。このような研究は、日本における刑法上の生命保護のあり方を考えるうえでも示唆に富み、有益であると思われるため、以下に紹介する次第である。

目次

- A. 導入と研究関心
- B. 検討対象：諸矛盾
- C. 保護の違いを実質的に正当化することに関するテーゼ
- D. 実際の適用事例と展望

A. 導入と研究関心

生命保護における矛盾と取り組むことは新しくはありません。この取り組みは、妊娠中絶の許容性、体外受精（In-vitro-Fertilisation）及び着床前診断（PID）の許容性に関する議論の核心です。このことは、しかしまた臨死介助、治療中止そして一ロゼナウ（*Rosenau*）教授がこのことにつきすでにみなさんに講演したように一ドイツにおいて可罰的でもある業としての自殺の奨励（ドイツ刑法217条d）の許容性を規定します。それぞれ、刑罰によって担保された他殺禁止が妥当するかどうか、いつ妥当するのかが問題となるのです。このことは、各危殆化状況において答えが様々であることが明白であるために、単にリストにまとめられうるものでもなく、解釈によって解消されうるものでもない矛盾が見いだされるのです。

矛盾の確認はパースペクティブに依存します。生命保護の文脈における胚保護をより早い段階に位置付ければ位置付けるほど、胚研究は広範に制限されなければなりません。このことは、とりわけ国際的な比較において見られます。しかしながら、私の関心は、今日はひとまずドイツにおける刑法上の生命保護の「基本的な骨格」にあります。無数の断絶が形作られているように見えるのです。広範な着床前診断の禁止は、出生前診断の広範な許容と矛盾します。試験管内での包括的な胚保護は、子宮内での断片的にすぎない胚保護と矛盾します。生命の始期における断片的な胚保護は、生命の終期における包括的な保護と矛盾しています—そう見えるのです。

問題は、これらの矛盾が体系化されうるのか、です。というのも、このことが、刑法上の生命保護の諸帰結を規制適合性（*Regelungsanpassungen*）と一般的な規制準則（*Regelungsvorgaben*）の形式において定式化することを許容するだろうからです。そのために、歴史的／（法）哲学的に生命保護に関する一つの特定の立場を手に入れようと努力するのではなく、現にある保護の欠如と諸矛盾に対して、現行の法秩序における基礎づ

けモデルを追求する法理論的な検討が必要となるのです（法は何ができるのか？）。

このことにつき、私は以下で、矛盾を苦心してフィルタリングするため、すべての刑法上の生命保護を分析するつもりはありません。二つの観点に限定します。

一視点は、次のような生命に対する特別な危殆化状況にだけ向けられます。すなわち、保護が欠如しているがゆえに矛盾が議論されている生命に対する特別な危殆化状況です。これは、出生前の、試験管内と子宮内における生命の始期についての危殆化状況であり（我々の今日の検討対象です）、しかしまた自殺、自殺への援助及び臨死介助における生命の終期についての危殆化状況です。

一危殆化状況において、それぞれ、保護と保護の欠如が対置されます。保護の欠如がある場合には、憲法上の保護規範（Schutzmaßstab）が特定され、刑法上の保護と単行法上の保護が検討され、次いで、確認されます。

決定的なのは、保護の不完全性と保護の例外が区別されうることです。保護の不完全性において、現行法は生命を事実上初めから保護しないままにしています。それに対して、保護の例外は、解釈上作り上げられ、生命への介入が更に許容されることによって、完全な保護の取り止め（Schutzausfall）を招来するのです。すなわち、ここでは生命の保護が段階づけられるのかどうかの問題ではないのです—特に、出生前の生命保護に関する一般的な議論。むしろ問題なのは、保護の取りやめの原因として、（刑法による）生命保護に値しないということが確認されうるのかどうか、そのため生命保護が相対的であるのかどうか、なのです。というのも、その場合、保護はいずれにせよ各危殆化状況に対して個別に確認されなければならないだろうからです。諸矛盾は問題ではないでしょう。しかも、そ

れは否定されうるのです。

B. 検討対象：諸矛盾

危殆化状況における諸矛盾を整序する際に明らかになること：

Schutz	In utero	In vitro	Lebensende
Grundgesetz	Art. 2 II S. 1 GG iVm Art. 2 I, 1 I GG BVerfG 39, 1; 88, 203 (ab Nidation)	Art. 2 II S. 1 GG iVm Art. 2 I, 1 I GG Recht auf Transfer?	Art. 2 II S. 1 GG iVm Art. 2 I, 1 I GG Recht auf Selbsttötung?
dStGB/Gesetze	§§ 218 ff. StGB, SchwangerschaftskonfliktG	präinaktiv (+): ESchG, GenDG, StZG, (AME- FMedG)	§§ 212, 216, 217 dStGB
Schutzunvollständigkeiten	§ 223 (-), § 222 (-) § 218 präinaktiv (-), § 218a I dStGB	§ 223 (-), Liegenlassen (-), Überzähligkeit (-)	Selbsttötung (?)
Schutz- ausnahmen	§ 218a II, III dStGB	§ 3a ESchG iVm PIDV	indirekte Sterbehilfe Behandlungsabbruch Patientenverfügung § 217 II dStGB gesetzliche Ausnahmen fehlen weitgehend

I. 子宮内 (In utero)

出生前の子宮内では、未生の人間の生命はドイツ法において憲法上、細胞核の合体 (Kernverschmelzung) 以降、保護に値するものとされ、「少なくとも着床以降」¹、保護されなければならなりません。国家に保護義務が帰せられるのです。連邦憲法裁判所は、着床での生命に対する保護義務を原則的な処罰義務へと強化しました。それゆえ、処罰義務の履行において、次の場合に、葛藤が生じるのです。すなわち、着床後に妊娠中絶が可

1 BVerfGE 39, 1; BVerfGE 88, 203.

能なままで、生命が完全には保護されていない場合、です。しかしながら保護義務は、その限界を女性の基本権に見出します。女性には、妊娠と平行して生じる、生命保護に関する負担（Belastungen）のゆえに、期待不可能なことは、要求されないのです。

出生前の子宮内での刑法上の生命保護は、ドイツにおいては不完全です。なぜなら、子宮内の侵害や過失致死に対して保護されておらず、そもそも完全な (intakt) 妊娠との結びつきにおいてのみ保護され、着床前段階においては保護されていないからです。それ以上に、ドイツ刑法218条a第1項で、立法者は、刑法上保護しないことを、次の通り、法律によって作り出したのです。すなわち、(受胎後 (post conceptionem=nach Empfängnis)) 12週までの助言による、構成要件に該当しない違法な妊娠中絶を、です。その際、保護の不完全性が問題です（保護の例外ではありません）。なぜなら、刑法による保護は助言による保護によってのみ代替されるからです。しかしながら、介入は許されません。それに対して、刑法上の生命保護の例外を許容するのは、医療的・社会的な適応事由（Indikation）におけるドイツ刑法218条a第2項と刑事学上の適応事由の場合における12週までの218条a第3項です。

時系列的に見れば、出生前の、子宮内での生命保護の様々な段階が以下の通り、認識可能です。すなわち、（１）着床前の、事実上の構成要件不存在、（２）作り出された12週までの構成要件不該当、（３）ドイツ刑法218条a第2項、第3項による、適応する妊娠中絶における保護の例外、（４）22週までの、急迫下での、助言による中絶における妊婦の不可罰。しかしながら、これらの確認と、出生前の生命の、高まっていく価値（Werthhaftigkeit）と高まっていく当保護性（Schutzwürdigkeit）とは平行して生じていません。なぜなら、そのような意味内容を諸規定から読み取ることができないからです。

II. 試験管内 (In vitro)

試験管内における胚の生命保護について、すでに多様な意見の広がりを見せています。一致しているのは、試験管内における胚は、原則として保護に値することです。未解決なのは、生命権あるいは生命保護が胚に認められるのかどうか、そしてこのことがいかにして貫徹されうるのだろうか、ということです。例えば、*Müller-Terpitz*とともに、「移植への権利」²として、認められるのかどうかです。ドイツにおいては、試験管内での保護は、胚保護法 (ESchG) によって保障されています。胚保護法は、試験管内での、着床前の胚の、あらゆる操作を禁止しています。それによって、胚保護法は、胚の生命保護につき、子宮内での着床前の保護を超える、著しい保護の強化をも達成しているのです³。

それでもなお、保護は不完全なままです。試験管内での着床前の胚は、明白な故意の損壊あるいは殺害に対して保護されていないのです。前核期 (Vorkernstadium) における損壊と余剰な胚の放置は、不可罰なままです。2011年12月に、着床前診断規制に関する指令 (PDIV) に係る胚保護法 3 条a第2項において限定的に許可されている着床前診断で、当該法は、(細菌培養用の) ペトリ皿における胚に対しても、侵害を許容するところの、作り出された保護の例外を含んでいます。当該規制は一般に失敗、もっとも矛盾しているとみなされています。特に非難されているのは、当該規制が、胚の初期段階に対する胚疾患上の適応事由 (embryopathische Indikation) を、「再び」導入している、すなわち選択しているという点です。というのも、着床前診断の許容性にとって、決定的なものとして、胚疾患上の知見に注意が向けられているからです。もっともこのことは、妊娠が試験管内においてまったく存在していない点にかかっています。

2 in *Spickhoff* MedR Art. 2 GG Rn. 27 f.

3 まったく正当なのは、*Müller Terpit*z, *Pränatales Leben*, 2007 (Habilitationsschrift).

この結論からあまりに多くのことを先取りすることなしに、着床前診断の許容性に対して、そもそも（このことをも本研究は示しています）、事前の検査（vorherige Untersuchung）なしには女性にとって妊娠を引き受けることが期待不可能なことに注意が向けられるべきでありましょう⁴。

Ⅲ. 諸状況にとって決定的な葛藤（Situationsübergreifende Konflikte）

危殆化状況において発生した葛藤を保護の不完全性と保護の例外に応じて整理すると、この整理から、危殆化状況にとって決定的な葛藤が認識になります。すなわち、着床前の胚は、子宮内よりも試験管内においてより広範に保護されているのです。出生前診断は、それが適法に、適応した妊娠中絶に対する要件をそもそも初めてもたらず場合であっても、妊娠に付随して広範に許容されています。それに対して、着床前診断は、確かに許容されていますが、しかし、非常に狭い、特別な知見に注意を向ける独自の手続きの限定的要件の下でのみ、なのです。

完璧を期するという理由からのみ私は以下のことに言及します。すなわち、生命の終期では、法律上の手続き保障が欠けているのです。特に治療する医者と、自己決定による患者の死に共に従事する（Sterbebegleitung）その他の医療関係者に対して、です。葛藤は、意思の確認が不可能であるか、「はっきりしない（unsicher）」、あるいは意思形成に影響を与えたであろう（それゆえ、自殺促進に対する新たな可罰性、ドイツ刑法217条）場合に特に生じます。

C. 保護の違いを実質的に正当化することに関するテーゼ

保護の違いが実質的に正当化されるのかどうか、そして、その体系化

4 期待されうるところであります、すでに提案されている改正でも、代理母、胚の提供、さらなる着床前診断の許容性のため、ドイツに導入されうる包括的生殖医療法に関する立法論を議論することが適切です。

から生命保護に対するすべての解釈論上の解決のための端緒が明らかになるのかどうかを、私は以下で二つの中心的な点において議論するつもりです。

(1)多元的な社会における、刑法を通じた生命保護についての憲法上の基礎、かつ

(2)生命保護違反を犯罪化することの正当化に関する刑罰構成法上の考察。ここでは、刑法を基礎づける要因（基本権の保護機能）が、行為者に対して国家が許容されること（Dürfen）（基本権の防御機能）の範囲に依存することが、重要となります。このことは、刑法上の生命保護を首尾一貫して説明する用語上の相違を可能ならしめます。

あらかじめ断っておくと、私は、法秩序の統一性を、エンギッシュを前提としつつ、公理的なもの（axiomatisch）として考慮された法秩序の前提条件として理解しており⁵、法秩序の無欠缺性（Lückenlosigkeit）の要請として理解していません。多元的な社会における、不十分にしか記述しえない規範階層ゆえに⁶ 増大する法における矛盾は⁷、その際、恒常的な作業

5 類似するのは、*Felix Einheit der Rechtsordnung*, S. 146 ff.; *Schuhr in Schuhr* (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und axiomatische Methode*, S. 123 ff., insbes. 143 ff., 168.

6 さしあたり、*Marietta Auer* (Antrittsvorlesung Gießen, 2015), S. 10, passim 一義的に記述可能な規範階層が欠けることは、秩序の多元性において、それどころか正当なものです。なぜなら、さもなければ、容易に「より強力な」秩序が決定権を持ち、支配するからです。他方で、しかしまた、あらゆる個々の規範的秩序にとって克服するのが適切である「答責的な法人格」に関する要請が増えています。複数の法秩序に関して（すなわち部分的な法秩序だけでなく；ここではしかし、それは同じように妥当します）具体的には、近時、*Klaus Günther in Moos/Schlette/Diefenbacher* (Hrsg.), S. 43, S. 47 ff., 54 f. は、「歴史の経験が教えるのは、規範秩序の多元性は、即座に、権力の非対称性の被害者になりうる、あるいはそれを生み出すことである」(S. 48) としています。

7 詳細は、*Felix Einheit der Rechtsordnung*, 1998. 性刑法内部での評価矛盾

プロセスにおいて解消されなければなりません⁸。真の不調和は⁹、立法者によって行われる評価が矛盾した状態で、かつ実質的な正当化なしに、法律上の個々の規定に転換される場合に、評価矛盾を通じてのみ生じるのです。このことは刑法に対する前提条件としての憲法上の検討を必要とします。なぜなら、評価の基準は、道徳や社会倫理的な表象あるいは価値観ではなく¹⁰、多元的な諸利益の同等性 (gleichrangige Pluralität der Interessen) を表している憲法だからです¹¹。刑法上の生命保護において、保護の不完全性と保護の例外が正当化されうるならば、結論において矛盾は存在しないのです。事実その通りなのです。

I. 憲法上の保護義務

1. 多元的社会における刑法と憲法

多元的社会は、記述的視点によれば一つの「事実」です¹²。その構成員は、宗教上—世界観上の確信、そして生活の方向付けと生き方という中心的な

を検討するのは、*Sick* ZStW 103(1991), 43 ff., insbes. S. 57 ff.(Ungleichbehandlungen durch die Rspr.), S. 71 ff.(der unterschiedliche Schutz von Jungen und Mädchen bei Verführung im Hinblick auf Art. 3 GG und das sexuelle Selbstbestimmungsrecht von Mädchen), S. 77 ff.(zur Ungleichbehandlung durch Nichtpönlisierung weiblicher Homosexualität im Hinblick auf Art. 3 GG und auf die männliche Selbstbestimmung; das galt bis 1994), S. 83, 85 ff.(zur geschlechterspezifisch ungleichen Bestrafung des Exhibitionismus).

8 Wörner S. 346.

9 Canaris Systemdenken und Systembegriff, S. 115.

10 価値感情について述べるのは、例えば、*Geilen* ZStW 103(1991), 829, 838; *von Wietersheim* PID, S. 138 f. の議論において根本的考慮として受け入れられており、それゆえ、それはさらなる価値表現を拒否するのです。

11 基礎づけの中立性の要請に関して、*Huster*, *Ethische Neutralität des Staates*, S. 633 ff. によって仕上げられ、憲法に結びつけられています。結論について：S. 686.

12 *Rawls*, *Der Gedanke eines übergreifenden Konsens*, in: *Hinsch*(Hrsg.), *Aufsätze 1978-89*, S. 293, 298; siehe auch *Huster* *Ethische Neutralität des Staates*, S. 5.

問題において一致を見ないのです。各人は、自己のあらゆる態度を自己の確信に準拠し、それに応じて、自由に振舞ってよいのです¹³、しかも一般に受け入れられている世界観の規範的序列が存在することもないのです¹⁴。

憲法上の自由保障及び憲法上の保護の「中立性」¹⁵は、ドイツにとって生命保護においては、例えば、以下の点において示されています。すなわち、連邦憲法裁判所は第2次妊娠中絶判決において出生前の子宮内の人間の生命に、生命権を、まさに、「宗教上一世界観上、中立的な国家の法秩序に対していかなる判断の権限も認められない特定の宗教上あるいは哲学上の確信とは独立して、〔認めているのです〕」¹⁶。

増大する人間の移動が、他の伝承されている確信、生活準則、世界観を我々の社会において「作用 (wirkungsmächtig)」¹⁷ させ、コンフリクトの潜在的可能性を高めるのです。法において、諸利益が上位の規範関係にも

13 Huster *Ethische Neutralität des Staates*, S. 5 f., この文脈において「倫理的」多元主義と述べています。なぜなら個々人は、自らにとって成功しかつ良き生を見出すよう生きているという事情の記述の基礎が、ロールズの公正としての正義における善の構想 in: Hirsch (Hrsg.), *Aufsätze 1978-1989*, S. 255, S. 278 ff., passim. に依拠しているため、「倫理的」であるからです。

14 プラトン説における自己決定性の欠如とアリストテレス説における規範的な序列の存在ゆえに、両者はここで記述されている多元主義概念を満たすことはできません。両者は原理的に開かれていないのです。多元主義の理論にとって、社会における（政党と利益団体による）諸力の「多元的」作用が、例えばそれらが全く同質的な社会においても現れうるように、問題なのです（規範的政治理論）。さしあたり、*Fraenkel Deutschland und die westlichen Demokratien*, S. 65 ff., 及び *Brugger in: Brugger (Hrsg.), Legitimation des Grundgesetzes*, S. 273 ff. 参照。価値多元主義にとって、価値一元主義との区別において重要なのは、真の価値が存在するというを排除することなく、様々な価値が存在する一方で、事実としての（倫理的な）多元主義の構成部分がまさに価値一元的な解釈と並んで価値多元的な解釈が存在するという主張です、*Lamore The Morals of Modernity*, S. 152, 173 f.; Huster *Ethische Neutralität des Staates*, S. 10.

15 Huster *Ethische Neutralität des Staates*, すでに研究書のタイトルにあります。

16 BVerfGE 88, 203, 252 (強調は筆者によります)

17 Huster *Ethische Neutralität des Staates*, S. 20.

はや導かれない場合に、矛盾というのです。社会学的に記述される個人化の影響は、安心感の喪失、リスクの変位 (Risikoverschiebungen)、最終的に刑法において、刑法の拡大の下での可罰性の変化です。同等の利益多数派によって形成される社会において、刑法は、その際、一面の基本権を危殆化される者 (Grundrechtsgefährdeten) を、その法益への介入から、他面の基本権権限者 (Grundrechtsberechtigten) を通じて保護する任務を担うのです。刑法は、国家権力の独占の貫徹にほとんど資することなく、むしろその個人的な利益追求を国家に委ねた同等の権利を有する個人の保護に資するのです¹⁸。

結論において、基本法第2条第1項 (人格と自己決定) に基づく個人の基本権保護からの除外は、犯罪構成要件上類型化された態度に、いかなる事情の下でも、他の権利者に対する優位が認められないということでは、(もはや) 基礎づけることはできないのです。自由の保護は価値中立的であり¹⁹、犯罪構成要件は自由権への介入を正当化します²⁰。正当化レベルでの緊張関係の相殺は、体系的には、第一に、個人の自由が共同体の拘束と国家の (制御) 権力から切り離され、保障されるという利益を有しま

18 (Hassemer/Neumannに基づいて) ある者の、他の者による基本権侵害からの保護は、基本権を危殆化される者と基本権権限者のありうる人格の同一性を排除しないのです。国家は危殆化される基本権権限者自身に対しても行動を起こしうるのはです。例えば生命の終期に自殺補助のような状況においてです。その場合、パターンリスティックな利益擁護の許される範囲の問題が付け加わります。

19 Jarass DÖV 1995, 674, 675 f.; Murswiek in Sachs GG, Art. 2 Rn. 53. 広範な構成要件の解決が、事実的な多元主義社会の視点からは当然に優先されます。導出について、S. 59 ff.

20 ある態度の単行法上の処罰による比例性原則の侵害の検討は、さらに可能です。具体的には、BVerfGE 6, 389 bis zu 1 BvR 1164/07, Beschl. v. 07. Juli 2009 (Hinterbliebenenversorgung) und 1 BvR 3247/09, Urteil v. 19. Februar 2013 (Sukzessivadoption) の同性愛に関する正当化と承認についての展開を手掛かりにして、です。

す²¹。介入の正当化において初めて、いかなる自由の行使が共同体の利益 (Belang) と一致するのかということについての決定として、必要な共同体との接続が行われるのです²²。その際、正当化は消滅しうるし²³、あるいは別のものがあらたに付け加えられることができるのです²⁴。なぜなら、社会的な価値表象の変遷で共同体を害する態度が共同体に適合する態度へと発展しうるし、またその逆もあるからです。基本権保護は発展に対して開かれているのです。このことは生命保護にも妥当します。比例性の原則に認められるのは、そのため、正当化レベルでは、決定的な限界づけ作用なのです²⁵。

2. 保護義務の調和

ある者を他の者の介入から保護するよう刑法を発展させることは、諸利益の相殺が不可能と思われるところでは、特に困難です。それゆえ、ドイ

21 Maunz/Dürig-Di Fabio GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 13.

22 実際にそのような区別は法的安定性にも資するものですが、しかしさしあたり個々人は単独で、基本権の担い手として、ある特定の態度が人格にとって意味があるのかどうかを決定しているのです。しかし彼・彼女は、国家がそのために説得的な共同体の根拠を挙げうる場合、この自由の限定を引き受けなければなりません。さしあたり、BVerfGE 54, 143(146) (Taubenfüttern) 参照。

23 例えば、姦通 (1969年9月1日の改正で、当時の § 172 StGB) と同性愛の可罰性 (1994年6月11日の改正で、当時の § 175 StGB) は失われており、あるいはハッシシ消費ゆえの医療上・心理学上の鑑定書の作成に関する介入の正当化もまた、失われているのです。さらに、現存の近親相姦に関する議論について、さしあたり、BVerfGE 120, 224 ff. 参照。

24 議論されているのは、その他に、テロ結社との接触について、§ 89b StGBにおいて可罰的ですが、あるいはさらに、公共の場所での喫煙 (その限りでの介入の正当化: すでにBGHZ 79, 111(115) です。そのうえ、さらに議論されているのは介入の義務付けについてです、krit. mwN. Maunz/Dürig-Di Fabio GG, Art. 2 Rn. 62(zuletzt aktualisiert mit der 39. Lieferung 2001))。

25 Maunz/Dürig-Di Fabio GG, Art. 2 Rn. 41(zuletzt aktualisiert mit der 39. Lieferung 2001); siehe auch Starck in FS-Paul Kirchhof, Leitgedanken des Rechts, Band 1, § 46 Rn. 13 f.

ツにおける基本権保護義務の「道程 (Karriere)」が妊娠中絶に関する連邦憲法裁判所の第一次判決 (BVerfGE 39, 1) で始まったのは驚くことではないし²⁶、連邦憲法裁判所が保護義務を唯一、ここで、結論において正當にも、処罰義務に限定した (BVerfGE 88, 203) のも驚くことではありません²⁷。というのも、国家は (ドイツにおいて基本法第 2 条から) 生命を保護するよう義務付けられているからです。出生前の生命を承認する場合、この義務は原則的にここでもまた存在するのです。それがいかにして実際に保護されるのかは、確かに、原則的には、形成裁量 (Gestaltungsermessen) の下にあります。そして、国家が一定の態様において行動に移すよう求める権利は存在しません。しかしそのため、いつ憲法上の保護義務が、ここでは基本法第 2 条第 2 項に基づく生命の保護についてですが、刑法を手段とする国家の最も峻厳な介入 (ロクシン) を正当化するのかあるいは義務的に強いるのか (処罰義務) が問題なのです。

出生前につき、生命の発展に際しての境目が實際上ありうるとされることはない (連続性論拠)、保護義務の開始が争われています。もっとも、「程度 (Wie)」が欠けるがゆえに、保護の「存在 (Dass)」が骨抜きにされるべきではないでしょう²⁸。ドイツのことわざでいえば、子供を風呂の

26 例えば、*Giwer* Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, S. 84; *Hermes* Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 43; *Isensee* Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 27; *Lindner* Grundrechtsdogmatik, S. 356; *Reis* Das Lebensrecht des ungeborenen Kindes, S. 131 ff.; *Starck* Verfassungsauslegung I, S. 62; *Szczekalla* Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 1112 iVm S. 71; *Unruh* Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 20 f.; 保護義務については、BVerfGE 39, 1, 41 f. しかし、すでにそれ以前に BVerfGE 1, 97, 104; E 29, 166, 175; E 35, 75, 114.

27 刑法上の視点に基づく要件について、*Müller-Dietz* FS Dreher, S. 97, 108 ff.

28 *Starck* Verfassungsauslegung I, S. 103:「未生の生命の保護を真剣に考慮し、程度の不十分さで保護の存在を骨抜きにすることのない者、そして当該判断を落ち着いて読み取り、その論拠をあとづけるよう努力する者は、連邦憲法裁判所の説明を、敬意をもって心にとどめるであろう」。

水と一緒に流してはならないのです。出生前の生命保護を真剣に考慮するのであれば、基本法上保護された、競合する諸立場の慎重な相殺（Ausgleich）は、その都度、胎児（Nasciturus）に優位を与えるよう求めるのです²⁹。なぜなら、妊娠中絶は常に未生の生命の殺害だからです³⁰。確かに、刑罰規範は、立法者の手段の中での最終手段です。しかしながら、効率的な生命保護がその他の手段では達することができない場合に、刑罰規範を必要とするのです³¹。女性の基本権上の地位は、確かに胎児に対して存在しますが、しかしそれは子供の懐胎についての法的義務が基本権によって一特定の時点に対してのみであっても一般的に解消されうるほどには広くはないのです³²。裁量はゼロに還元されます。なぜなら、妊娠中絶の刑罰による担保だけが保護義務を充足するからです（過少保護禁止）。このことは、出生前の生命保護を承認することの帰結です。

29 BVerfGE 39, 1, 43.

30 BVerfGE 88, 2013, 255.

31 BVerfGE 39, 1, 47; BVerfGE 88, 203, 253 f.

32 BVerfGE 39, 1, 42 f.; BVerfGE 88, 203, 253 ff., 255.

<i>Schutz</i>	<i>In utero</i>	<i>In vitro</i>	<i>Lebensende</i>
<i>Grundgesetz</i>	Art. 2 II S. 1 GG iVm Art. 2 I, 1 I GG BVerfG 39, 1; 88, 203 (Nidation)	Art. 2 II S. 1 GG iVm Art. 2 I, 1 I GG Recht auf Transfer?	Art. 2 II S. 1 GG iVm Art. 2 I, 1 I GG Recht auf Selbsttötung?
<i>dStGB/ Gesetze</i>	§§ 218 ff. StGB, SchwKG	präinaktiv (+): ESchG, GenDG, StZG	§§ 212, 216, 217 dStGB
<i>Schutzunvollständigkeiten</i>	§ 223 (-), § 222 (-), § 218 präinaktiv (-), Pflicht auf nidationsfähige Umgebung (-) § 218a I dStGB Pönalisierungspflicht (+) auch durch Beratung (+)	§ 223 (-), Liegenlassen (-), Überzähligkeit (-)	Selbsttötung (?)
<i>Schutz- ausnahmen</i>	§ 218a II, III dStGB Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Schwangerschaft	§ 3a ESchG iVm PIDV Unzumutbarkeit des Eingehens der Schwangerschaft	ind. Sterbehilfe, Behandlungs-abbruch, Patientenverfügung § 217 II dStGB (gesetzliche Ausnahmen fehlen) Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Behandlung

妊娠の中絶を行わないという命令で、しかし女性に対して、臨月まで懐胎すること、子どもを出産すること、さらに、出産後、長い間、子どものために行為し、配慮し、責任を負うことの義務が基礎づけられているのです。このことは、女性に対して、通常、妊娠と結びつけられる程度を超える負担を基礎づけるのです³³。この負担を刑法という手段をもつ国家は、なお女性に期待可能な限りでのみ強いることが許されているのです³⁴。なぜなら、国家は保護義務の履行のためにこの負担を要求しているからです。妊娠の継続は、精神的、個人的葛藤が存在する場合（医学的適応事由）、

33 BVerfGE 88, 203, 256.

34 BVerfGE 39, 1, 49. 女性に対する期待不可能性は、負担が期待されえない程度の犠牲を求める負担から明らかにすることができます, BVerfGE 88, 203, 256.

期待不可能になります—中絶が正当化される帰結を伴います。このことは、1927.3.11のライヒ裁判所の決定³⁵以来、確定的なものともなされています。同様のことは、医療的—社会的適応事由において、中絶理由が、胚疾患上の知見ではなく、そこから生じる女性にとっての妊娠継続の期待不可能性である場合に、妥当しうるのです³⁶。さらに、立法者が他の諸事例における考量の結果、刑事罰を放棄するが、それでも立法者がその基本権上の保護義務を履行する場合、このことは憲法裁判上、受け入れなければならないのです³⁷。立法者は妊娠の初期段階において、子どもの臨月までの懐胎について助言を得るために、保護の重点を女性の助言に置くことができます。しかし、立法者はこのことが未生の生命の保護について妊娠中絶の禁止よりも効果的であるのかどうかを観察しなければなりませんし、それでもなお実施された妊娠中絶は依然として違法であることを保障しなければなりません³⁸。この観察義務は、ドイツの立法者には現状では十分に注意が払われていません。

胚は、着床前では、子宮内において同様の態様において保護することができません。なぜなら、母胎内にあるその存在は着床前では全く証明する

35 RGSt 61, 242, 254 ff.

36 BVerfGE 88, 203, 257. すでにBVerfGE 39, 1, 49. それはその限りで憲法上、必然的ではないのです（「可能にすぎません」）。

37 BVerfGE 39, 1, 49.

38 構成要件はないが、しかし違法な妊娠中絶の形式における保護の不完全性という構成は、ドイツ刑法の何でも屋ではなく、一方で保護義務の承認の適切な実施であり、他方で女性の助言を通じて、単なる犯罪化に対する保護構想をなお高める試みの適切な実施なのです。類型化された構成要件該当性は、犯罪化へと承認された反価値としてのみ、違法性の「海洋」において生じるために、立法者は明らかな憲法上の違法性にもかかわらず、具体的な態度の類型化—ここでは12週までの妊娠中絶—を猶予することができます。それでもなお実務において最初の12週における妊娠中絶の数が非常に高いことは、さらなる保護構想の欠如に際して、助言だけでは不十分であることとして、議論されなければなりません。規定の不十分性ではありません。なぜなら禁止だけでは十分でないことは、とうの昔にもはや問題ではないからです。

ことができず、国家が女性を、着床に適した環境を確保し、利用するよう、少なくとも刑罰において義務付けることはできないからです。それに対して、着床前の試験管内では、胚は証明可能であり、それゆえペトリ皿の中でも保護されなければなりません。着床前診断（PID）は、女性にとって、妊娠に適応することが、着床前の事前の検査なしにその個人的な決定に基づいて期待できない場合には、妊娠中絶における状況との類比から、許容されなければなりません。試しにする妊娠（Schwangerschaft auf Probe）は—それと並行して生じる明らかな負担とともに—一期待不可能です。

II. 刑罰構成法上の正当化に関する考察

刑法の作用領域は、特に憲法上、正当化され—比例し—なければなりません。刑罰構成法上の考察は、刑法に対する基本権の防御権上の機能から明らかになる限界と取り組まなければなりません³⁹。刑法上の議論において、ある態度を刑罰において禁止するという国家の正当性は、今日まで細分化されずに、「当罰性（Strafwürdigkeit）」として検討されています。すでに1961年、アルビン・エーザーが当罰性は、「その本来的な意味においてなお認識されていない」と指摘していました⁴⁰。刑法上の生命保護においてもたいていは、基礎づけに関する当罰性—「（刑法による）当保護性（Schutzwürdigkeit）」と同義—の欠如が、段階付けられるにすぎず、まさに出生前では価値だけが増大する生命保護が引き合いに出されるのです。

39 公の法に対して開かれ、分野の境界を超え新たに思考する刑法学についての *Joachim Vogels* の訴えの意味において。基礎的なのは、すでに *Vogel StV* 1996, 110 ff.; 明示的にこれに関連するのは、*Burchard in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski (Hrsg.)*, S. 27, 29. 必然的な開放についてまた、*Tiedemann in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski (Hrsg.)*, S. 13 ff.

40 *Eser Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, S. 129 f., ここでは、当罰性原理を、犯罪行為と秩序違反の区別に関する負担能力の点で検討し、結論において不法の基準としてその使用を支持しています（明確には、S. 229）。

しかしながら、詳細な検討が、保護の欠如は生命の当保護性と無関係であることを示しています。

これに対して、決定的なのは、第一に、当罰性という多面的な概念から具体的な制裁関連的機能を取り出すことです。その、一般的な犯罪化の正当化のため、刑法上基礎づけられる機能は、刑法による生命保護－一般的な禁止の必要（Verbotenmüssen）－の義務付けと、刑法を用いた規範の名宛人の基本権への介入－具体的な禁止の許容（Verbietendürfen）－の義務付けとの区別を可能ならしめるのです⁴¹。第二に決定的なのは、生命保護は、生命に対する特別な危殆化状況において、刑法が保護しえない場合もまた行われないことを認識することです。すなわち、着床前の妊娠は証明不可能であり、手続きに沿って残されている余剰の胚は移植されえないのです。両者を一纏めにするなら、刑法を基礎づける要因（刑法の保護機能）の、行為者に対する国家の許容範囲（基本権の防御機能）への依存が明らかにされるのです。刑法は何をすべきであり、何ができるのかに応じて区別されるのです。

以上によれば、刑法は刑法に値し（*strafrechtswürdige*）、刑法にとって必要な（*strafrechtsbedürftige*）態度（のみ）を犯罪化すべきです。検討すべきなのは、いかなる態度が国家の保護義務の充足において市民に対して命令あるいは禁止すべきとされるのか（*soll*）、あるいはさらに命令あるいは禁止が必要なのか（*muss*）、です。

刑法に値するのは、以上によれば、態度規範に方向づけられ、そして、憲法という外部的基準によって規定される⁴² 法益保護論の助けでもって具

41 *Lagodny* Strafrecht vor den Schranken, S. 12.

42 Mit *Hassemer*, さしあたり *Hassemer/Neumann* in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* StGB, Vor § 1 Rn. 132 ff. mwN参照。

体化されるところの⁴³、刑法による保護機能の比例性の検証（(Über) Prüfung）なのです。すなわち、刑法に値することが正当な保護目標を記述するのです。つまり、なにが刑法による取り扱いに値するのか、です。

態度規範の要刑法性（Strafrechtsbedürftigkeit）は、フリッシュ⁴⁴は要罰性（Straferforderlichkeit）といますが、以上と並んで、刑法の限界づけ機能を含んでいます。すなわち、保護のため刑法を用いて、行為者の権利にそもそも介入してよいのかどうか（防御機能）です。しかしながら、先の許容性は、立法者から、基本権権限者（Grundrechtsberechtigte）が明らかに刑法によって過剰に労力を求められる場合に、はく奪されうるにすぎないのです。刑法上の生命保護において、このことは、生命に対する保護義務の引き受けがもはや期待不可能な場合に当てはまります。

刑法はしかしさらに、刑法が初めから行うことができないことによって制限されます。ある態度は一刑罰によって担保される命令あるいは禁止規範による一犯罪構成要件において、規範がその実効性を発揮—コンフリクトを、平和をもたらすよう解決—しうよう記述されなければならないのです⁴⁵。それによれば、刑法はそもそも平和をもたらすコンフリクト解決の有効な手段でなければなりません（刑法の有効性）⁴⁶。刑罰によって担保された命令あるいは禁止を用いて保護されうるのは、それ自体保護に適したもののみです。その他は、犯罪構成要件が空虚なものとなり、それゆえいかなる効果も発揮しえないのです。立法者がこのことをますます軽

43 類似するのは、Swoboda ZStW 122(2010), 24, 47 ff.; Goeckenjan in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, S. 184, 195 f.もまた結局のところ、法益論の具体化可能性が過小評価されていると考えています。Wörner in: in Kuhli/Asholt (Hrsg.), S. 97 ff.も参照。

44 S.u. Fn. 47.

45 H.-L. Günther JuS 1978, 8, 11は「事実上の有効性」と述べています。

46 刑法の限界についての刑法の有用性は刑罰の限界についての刑罰の有用性に対応しています。それゆえ、行為者は刑罰に適してなければならなし、刑罰は彼を再社会化する有用な道具でなければならなりません。

視していることが、「刑事立法上の過剰行動（straflegislatorische Hyperaktivität）」の結果に至っているのです⁴⁷。

蛇足にすぎませんが、立法者には詳細において検証できない次のような判断特権（Einschätzungsprärogative）が認められています。すなわち、いかにして立法者は基本権の保護機能から導かれる保護義務を単行法上実現したいのかということについての判断特権です⁴⁸。刑法と憲法の接続（Rückanbindung）が結論において以下のモデルを可能ならしめます。

（一）第一段階では、刑法に値することに、刑法を通じて保護に値する利益の存在を証明する機能が認められます。それは正当な目標を規定し、憲法上補われた法益論を通じて具体化されうるのはです。

（一）第二段階では、刑法は正当な目標の保護に適していなければなりません。保護に適さないことと刑法が役立たないことが、適性を欠くため刑法を限界づけるのです。

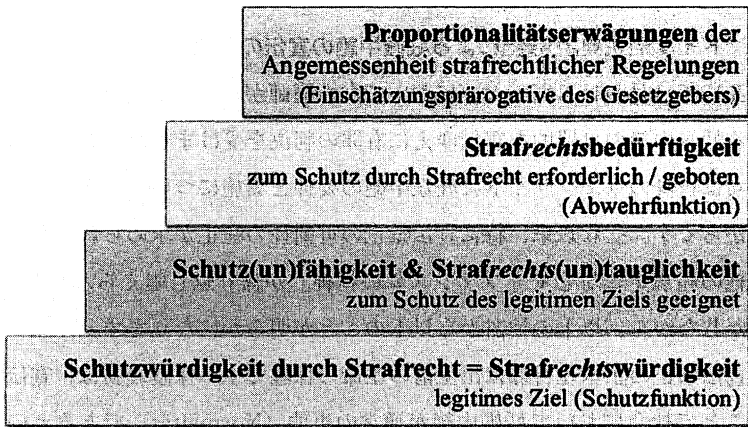
（一）第三段階では、刑法は保護のために必要一要刑法性一でもなければなりません。このことは、最終手段としての刑法の次のような要件に対応します。すなわち、それは、刑罰構成法上の考察の下で、態度規範と制裁規範の結合の下での考量過程の道程において、保護のため介入的に規定されてよいものに刑法を限定するのです（防御機能）。

（一）第四段階では、刑法上の規定の相当性の比例性考量が立法者の判断

47 Jahn/Brodowski JZ 2016, 969, 970). Weigend in StV 10/2016, S. I(Editorial) は、正当にも以下の点に「3つの側面の損害」を見出しています。すなわち、「自由が制限される、当該被害者が適用されないことによって改めてフラストレーションを起こし、そして、規範が安定するよう刑法を維持することが、インフレーションによって無価値化される」のです。刑法の適用領域の実際の開放性と新規定の誤った方向について批判的なのは、Zabel ZRP 2016, 202, 205.

48 立法の（判断特権なしの）完全な検証を求めるのは、Frisch NStZ 2016, 16, 24です。民主的に選出された立法者の正統化権力ゆえの検証不可能性それ自体を本質的とみなすのはGärditz JZ 2016, 641, 644, 647.

特権の枠組みにおかれます。立法者の回廊（Burchardはそうに言います）は広範です。狭義の具体的な比例性コントロールは不可能です。



断片的な規制ゆえの生命保護における保護の不完全性は首尾一貫して記述可能です。刑法は、ここでは生命が具体的状況において保護にとって不適格であるためか—子宮内での着床前の胚は知覚不可能でその存在を証明できない—、刑法は葛藤解決にとって役立たないため—避妊薬や初期妊娠中絶の犯罪化は、女性にとって存在する葛藤を解消しないのです—適切な手段ではないのです。ドイツ刑法典218条a第2項、第3項による適法な妊娠中絶にとって基本的な、妊娠継続の期待不可能性という保護義務の免除は、その他に、生命における危殆化状況に転用されうるし、生命の当保護性が失われることなしに、保護の例外の一貫した説明を可能にするのです。生命の当保護性がしきりながら失われることがなければ、生命保護における保護の不完全性は、例えば価値的に増大する生命保護に対する基礎付けとして引き合いに出すことはできません。

D. 実際の適用事例と展望

このことが具体的に意味するものを、最後に、私はドイツ法に関する二つの実際の議論を手掛かりにして簡潔に示します。

I. ドイツ刑法典219条aによる妊娠中絶の宣伝の可罰性

2017年11月24日、ギーセンにおいて女性医師がドイツ刑法典219条a⁴⁹による妊娠中絶の可罰的な宣伝ゆえに有罪の判決を受けました。なぜなら、彼女は自身のウェブサイト妊娠中絶の要件と実施について情報を提供したからです。それ以来、特に宣伝禁止の可罰性の廃止が求められ、さらに中絶の諸規定に対して「ファシズムの精神」が繰り返し唱えられました⁵⁰。しかしながら、以上の検討から以下のことが明らかになります。

宣伝禁止の正当化目標は出生前の生命の保護です。保護義務は、宣伝することで社会において妊娠中絶が通常の事態 (Normalität) であるとの印象が生じるだろうことによる、出生前の生命への介入を阻止する点にあります。刑罰によって担保されている宣伝の禁止は個々の出生前の生命の保護が問題なのではなく、社会のすべての参加者の、濫用の影響からの抽象的な保護が問題なのです。このことをはじめから許されないものとみなすのではなく、抽象的危険犯を全体として拒否する場合でも、少なくとも刑罰によって担保されているそのような抽象的な禁止の適正は否定されうるものではありません。このことは特に連邦憲法裁判所によって第二次妊娠中絶決定 (BVerfGE 88, 203, 251 ff.) において求められたのです。すなわち、

49 § 219a dStGB:(1) 公然と、集会でまたは文書 (第11条第3項) の頒布により、自己の財産的利益のために、又は、著しく不快な態様で、1. 妊娠中絶を実行もしくは促進する事故もしくは他の者の労力、又は2. その適正を示しつつ、妊娠の中絶の適した薬剤、器具、処理方法、を提供し、広告し、推奨し、又は、その用の説明を知らせたものは、2年以下の自由刑に処する。

50 Simon Süddeutsche Zeitung v. 24.11.2017 (<http://www.sueddeutsche.de/leben/interview-am-morgen-der-staat-unterstellt-frauen-dass-man-sie-kontrollieren-muss-1.3763702>, 19.2.2018).

適応事由のない妊娠中絶は違法とみなすことを保障すること、です。同様に、連邦憲法裁判所はその決定においてしかした、緊急状況にある女性は妊娠中絶への機会（Zugang）を有さなければならないことも強調しています。この点につき、女性は、助言手続きに関与する医師と相談所において、情報の提供を受けることができなければなりません。ドイツ刑法典219条aのドイツにおける刑罰によって担保された宣伝の禁止は、以上によれば、維持しうるものですが、しかし限定的に解釈されなければなりません。その導入に際して、例えば70年代のアメリカのように、妊娠中絶における自由化が斡旋事務所のビジネスにならないこと、中絶クリニックの宣伝を制御し、中絶を害のないものにすることが、立法者にとって問題でした。以上によれば、インターネット上で医師としての自己の活動領域を記述し、当該要件を説明して緊急状況において適切な医療的、かつ心理的に看護する者は、そこで財産上の利益を追求することがなければ、妊娠中絶を宣伝していないのです。私の情報によれば、事態はこのようになっています。

II. GKV給付としての非一侵襲的な出生前診断—妊娠中絶法の必要な新規定

我々に全く新たな問題がもたらされています。非一侵襲的な出生前診断（以下、NIPDとする）が、あらゆる妊婦を保護するための配慮（Schwangerenorsorge）に影響を与えるのです。というのもそれは、侵襲的な介入なく、分子遺伝学上のテストのみを用いて、妊娠の最初の3分の1の期間において、未生（Ungeborenen）の遺伝学上条件づけられた病気と障がいを確認することを可能ならしめるからです。このテストは複雑ではなく、妊婦にとってリスクも僅かであり、相対的に高い信頼性によって際立っています⁵¹。目下のところ、連邦委員会（Gemeinsame Bundesausschuss）は、

51 さしあたり、<https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/87149/Nichtinva->

出生前診断が法律上疾病保険の基準給付 (Regelleistung) として引き受けられうるのかどうかを検討しています。批判されているのは、特に、妊娠の3分の1の期間におけるそのテストに対する自由な機会 (Zugang) が、その利用への女性に対する圧力を高めることです—費用が健康保険によって引き受けられる場合には、特にそうです。この懸念は、特に不規則性が胚で確認される場合、結果的に初期の妊娠中絶への圧力もまた高める点にあります。

ここでのモデルを手掛かりにした検証は、以下のことを明らかにします。助言による受胎後12週までの初期の妊娠中絶の可能性は、非—侵襲的な出生前診断について自由裁量に任されています。というのも、それは、助言にもかかわらず他の逃げ道が見いだせない女性の社会的な葛藤に関わるからです。この妊娠中絶はそれゆえ違法です。出生前診断後の妊娠中絶は別の場合に関わります。すなわち、場合によっては適法な妊娠中絶 (ドイツ刑法典第218条a第2項) の帰結を伴う、医療上の、あるいは医療—社会上の適応事由の場合です。その要件をリスクのわずかな、非—侵襲的な方法を用いて妊娠初期において既に確認することについて反対する者はいません。もっとも、立法者は、女性が出生前診断の手続きを利用する前に包括的にその帰結について説明される (aufgeklärt) ことを保障しなければなりません。検討すべきなのは、妊娠の葛藤に関する法律 (Schwangerschaftskonfliktgesetz) 第2条aによる助言が十分なのかどうかです。胚疾患上の知見ではなく、知見の結果としての、女性の妊娠継続に対する期待不可能性だけが中絶の根拠であることが保障されるべきです。着床前診断と出生前診断の許容性に関する法律上の要件は、それが妊娠しないことあるいは継続しないことに対する権利を付与すべきであれば、その限りで相互に対応しなければなりません。それ以上に、生命保護に対する機会が、

↘ sive-Praenataltests-auf-Trisomie-21-arbeiten-zuverlaessig v. 20.12.2017 (19.2.2018) 参照。

妊娠中の出生前診断と将来それと並行して生じる治療方法のさらなる展開において過小に評価されるのではなく、促進されなければならないでしょう。

このことは最終的に以下の全景を明らかにします。刑法を通じた生命の保護において、さまざまな保護の不完全性とさらに保護の例外が検出されるのは、正当であります。刑法上の生命保護は、すなわちそう望めば、事実上相対的です。しかし、その検討が示すのは、保護の取り止めは刑法上の規制の事実上の限界に達していることに還元されうることです。あるいはしかしそれはさらなる保護義務の充足の期待不可能性ゆえの保護義務の免除の帰結です。生命の当保護性は、それとは無関係です。すなわち、価値的に増大する（あるいは、減少もする）生命保護は証明できないのです。

立法者には、課題が残されています。立法者は妊娠中絶、着床前診断と将来的には出生前診断をも、妊娠に応じることあるいは継続することの期待不可能性により強く結び付けるべきでしょう。なぜなら、その点にまさに保護義務の免除が存在するからです。これ以上に、等価的な保護が出生前あるいは着床前診断上、唯一胚疾患を契機とする知見の事例において保障されうででしょう。それゆえ、立法者は、生殖医療法を用いて全体的に試験管内での胚の保護を強化し、余剰な胚の保護を、例えば胚養子（Embryo adoption）を許容することを通じて、おそらく許される代理母との結びつきにおいても、改善すべきでしょう。