

翻 訳

自殺の幫助と自殺の介助

Beihilfe zum und Hilfe beim Suizid

ハロー・オットー*
訳 鈴木 彰 雄**

目 次

訳者はしがき

- I. 死にぎわの介助と死への介助
- II. 自殺幫助を殺人罪として処罰すること
- III. 共犯行為の限界
- IV. 自由答責的な自殺の決意
- V. 組織化された自殺幫助の可罰性

訳者はしがき

本稿は、*Prof. em. Dr. Dr. h. c. Harro Otto*, Bayreuth, *Beihilfe zum und Hilfe beim Suizid*, *Zeitschrift für Lebensrecht*, 3/2015, S. 77–86を、著者の許諾を得て翻訳したものである。同教授の業績については *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Hrsg. v. Gerhard Dannecker, Winrich Langer, Otfried Ranft, Roland Schmitz, Joerg Brammsen, Carl Heymanns Verlag, 2007, S. 1119ff. を参照されたい。なお、訳文中の […] は訳者が補った注である。

* 元バイロイト大学教授

Harro OTTO

Prof. em. Dr. Dr. h. c., Universität Bayreuth

** 所員・中央大学法学部教授

I. 死にぎわの介助と死への介助

1. 現在の公的な議論

近年の刑事政策的議論の重要な論点は、組織的形態による自殺幫助を法律によって禁止することは不適切か、適切か、それどころか必要か、またいかなる範囲でそうなのか、という問題である。その議論が頂点に達したのは、2014年11月13日のドイツ連邦議会での論争であった。そこでは5つの異なった立場が提案されたが、そのうちの4つは組織的形態による自殺幫助の禁止に賛成する意思を表明するものであった¹⁾。その原則的な禁止とともに一すでに公表された法律案にあるように²⁾—いわゆる医師の援助による自殺を法的に許容することの是非も重要な争点となった。しかし、公的な議論においても強調されてきたこの問題は、自殺の状況における適切で法的にも必要とされる介助のあり方という当初論じられた問題から離れてしまった。今やその中心テーマは、「人間の尊厳をもった死」に向けた介助の問題になった。自殺の状況における生に向けた介助、あるいは重

1) これについて FAZ v. 14. 11. 2014, Nr. 265, S. 1: „Deutsche Mehrheit der Abgeordneten gegen organisierte Sterbehilfe“.

2) *Schöch/Verrel* u. a., Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB) mit dem Entwurf eines Sterbebegleitgesetzes, GA 2005, 553ff; これについて *Roxin*, GA 2013, 313, 322ff.; *Schöch*, FS Kühl, 2014, S. 585, 586ff. —Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur Strafbarkeit der gewerbsmäßigen Förderung der Selbsttötung“, BT-Drucks. 17/11126; これと連邦司法省の担当部局によるこれまでの草案について *Dutge*, ZfL 2012, 51ff; *Freund/Timm*, GA 2012, 419ff.; *Roxin* GA 2013, 313, 324f.; *Schöch*, FS Kühl, S. 585, 591ff. —*Borasio/Jox/Taupitz/ Wiesing*, Selbstbestimmung im Sterben —Fürsorge zum Leben. Ein Gesetzesvorschlag zur Regelung assistierten Suizids, 2014 参照。これについて *Bubrowski*, „Wie hältst Du es mit dem Sterben?“, FAZ v. 27. 8. 2014, Nr. 198, S. 8; *Sahm*, „Die Irrtümer der Suizidhelfer“, FAZ v. 15. 10. 2014, Nr. 239, S. 12; そのほかの法律草案について *Feldmann*, GA 2012, 498, 502ff; *Schöch*, FS Kühl, S. 585, 589f 参照。

病者の死にぎわの介助の問題は後退してしまった³⁾。

1970年代半ば以降においては、死に瀕した者や重病者の自殺を阻止しなかった部外者の処罰の問題が、法的な議論の前面に出ていた。これに関連して—さらに続いて—苦痛緩和のための医療措置を尽くしても適切に軽減できない苦痛がある不治の患者について、医師の援助による自殺の禁止を緩和してよいかという問題が提起された⁴⁾。—現在の公的な議論は、これとは別の状況に由来している。すなわち、自殺は不測の苦痛を予防するものである、という議論である。自分の自殺を公然と正当化した著名な人物—*Gunther Sachs* [ドイツの写真家]⁵⁾、*Udo Reiter* [ドイツのジャーナリスト]⁶⁾、*Brittany Maynard* [アメリカ・カリフォルニア州の女性]⁷⁾、*Fritz Raddatz* [ドイツのエッセイスト]⁸⁾—の自殺の様子は、自殺の問題について人々に新たな別のオーラを与えた。問題となっているのは、当事者が苦痛を緩和することも耐えることもできずに対処できなくなった絶望的な状況を解消することではなく、予防すること、すなわち自律による自己実現、差し迫った苦悩、苦痛、苦悶からの自由、差し迫った、生きるに値しない生からの自由という問題である⁹⁾。—しかし、自己決定による自殺の決意を「人間の尊厳をもった死」の決意と解釈するならば¹⁰⁾、ややもすれば

3) これについて *Montgomery*, „Tötung auf Verlangen ist falsch“, FAZ v. 9. 8. 2014, Nr. 183, S. 4; *Marx*, „Gebt uns die Sterbenden“, FAZ v. 5. 9. 2014, Nr. 206, S. 5; *Huber*, „Hilfe im Sterben, Hilfe zum Sterben“, FAZ v. 3. 11. 2014, Nr. 255, S. 6.

4) これについて *Baumann* u. a., 1986, S. 34ff によって提案された Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe.

5) これについて *Bauer*, ZfL 2012, 113ff; *Roxin*, GA 2013, 313, 321.

6) これについて *Udo Reiter*, ZRP 2014, 62.

7) これについて *Schmitt*, „Einfach in Würde sterben“, FAZ v. 13. 10. 2014, Nr. 237, S. 7; *Heil*, „Für die Würde ein Barbiturat“, FAZ v. 3. 11. 2014, Nr. 255, S. 7; *Bubrowski*, „Kampf mit der Würde“, FAZ v. 10. 11. 2014, Nr. 261, S. 8.

8) これについて *Weidermann*, „Der bessere Andere“, FAZ v. 27. 2. 2015, Nr. 49, S. 9.

9) *Zastrow*, FAS v. 29. 3. 2015, Nr. 13, S. 2.

10) これについて *Fischer*, FS Roxin, Bd. 1, 2011, S. 557, 561ff も。

ば「命を絶つという自律的な決定こそが尊厳あるものだ」という印象を与えかねない¹¹⁾。こうした行為の介助を法的に認めるべきであるという要求，とりわけ医師の援助による自殺を合法化すべきであるという要求は，このような背景事情を考えれば一貫したものであり，理解しうるものである。

しかしながら，こうした見方は，自殺のもつ問題性，すなわち自殺の際の正当かつ必要な介助のあり方を見過ごすものである。自ら下した決断と人間の尊厳をもった決断を同一視することは，視角を狭めてしまうからである。

2. 人間の尊厳をもって死ぬことと人間の尊厳をもった死

基本法1条1項は，「人間の尊厳は不可侵である」という規定によって，比較的単純な事態，すなわち，人間は「人格をもつ」人（Person）であるという認識を述べている。そうした人としての人間には，その人の特性，行い，社会的地位を考慮することなく，その人に固有の人間の尊厳がある。いかなる人間についても，この尊厳を否認することはできない。同時に，いかなる人間についても人としての存在（Menschsein）を否認することはできないであろう。これに対して，その尊厳から生ずる尊重要請は侵害されうるものである¹²⁾。人間の尊厳という概念の内容については議論があり¹³⁾，人を法的主体として承認すること，拷問の排除，事態の性質に応じて尊厳をおとしめ，あるいは道具化することの排除¹⁴⁾，存在の最低限の保障¹⁵⁾といった，これまで承認されてきた典型的な事態をあげて，ある定義から意識的に離れることがあるとしても，その概念から実体的に把

11) *Bubrowski*, „Kampf mit der Würde“, FAZ v. 10. 11. 2014, Nr. 261, S. 8.

12) すでに *Otto*, JZ 2005, 473, 477; *ders.*, FS Schünemann, 2014, S. 199, 211ff.

13) この論争について詳しくは *Kahlo*, FS Frisch, 2013, S. 711, 719ff m. N.

14) これについて *Böckenförde*, Blätter für deutsche und internationale Politik 2004, S. 1216, 1225; *Dederer*, JöR 57 (2009), 89, 101.

15) BVerfGE 125, 175, 222f 参照。

握された内容の核心部分を引き出すことができる。すなわち、人間は、自己自身の人間存在のゆえに自己の固有性を意識し、自己を自由に規定し、自己の外界を形成し、先入観にとらわれずに他の人間とともに社会を形成することのできる存在として理解される。「したがって、自律こそが、人間などあらゆる理性的存在者の尊厳の根拠である。」¹⁶⁾

失うことができず、放棄することができず、侵すことができない尊厳の固有性は、その固有の価値の具体的な実現可能性にかかわらず、人としての人間に固有のものである¹⁷⁾。人間の尊厳のこのような理解は、別の解釈がありうるから不明確なものである、ということにはならない。むしろ、人間の尊厳という思想は、基本法1条1項がナチズムのイデオロギーとその現実に対する答えとして登場するもとなつた文化的伝統と歴史的経験にさかのぼる¹⁸⁾。人間の尊厳の思想の諸要素は、概念的に把握され、研ぎすまされ、当然ながら批判的にその根拠が問われなければならない。しかし、それが不明確すぎるという理由で、その実質的な内容と概念的に理解しうる諸要素を無視することは、基本法の創始者の認識と経験の背後に後戻りすることになる。

尊厳は人の本質的メルクマールであるから、自律的に実現された決断を、尊厳をもって実現された決断と同一視することはできない¹⁹⁾。したがって、尊厳ある死を求める権利、あるいは尊厳をもって死ぬ権利があるというのは、死に至る原因が確定された状況において、苦痛や苦悩や苦悶が、苦痛によって意識が損なわれたために外界や自分自身と折り合いがつかず、やむなくこのような状況に身をまかせなければならないほどに切迫

16) *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Akademieausgabe, Bd. IV, S. 436.

17) *Otto*, JZ 2005, 473, 476.

18) これについて *Otto*, FS Schünemann, S. 199, 212f.

19) これについて現在の議論のうち: *Spieker*, „Tödliche Fallen der Selbstbestimmung“, FAZ v. 17. 11. 2009, Nr. 267, S. 8; *Rothhaar*, ZfL 2013, 100, 103; *Bubrowski*, „Kampf mit der Würde“, FAZ v. 10. 11. 2014, Nr. 261, S. 8.

しているということを意味しているにすぎない。しかし、この場合に考慮すべきことは、[自殺のための] 死に至るカクテルではなく、適切な死の看取り、とりわけ苦痛を緩和する鎮痛措置を含む適切な看取りである²⁰⁾。

3. 問題点の関連性

もっとも、自殺の問題や自殺の介助の問題、それと関連する介助の可罰性の問題は、死の病に苦しんでいる者の状況に限られるものではない。その行為の可罰性の限界、その行為の規定のしかた、および自律的な自殺の決意の問題は密接な関連性をもっており、個々の問題状況を明らかにする際に、その関連性を見失ってはならない。

II. 自殺幫助を殺人罪として処罰すること

1. 作為による自殺の援助

刑法の殺人罪は、人を殺すことを前提とする。しかし、自殺する者は「自分を殺す」のであって「他人である」人 (*ein Mensch*) を殺すのではない。この法文の定式化が自殺未遂を処罰しないという歴史的な立法者の意思と一致することから、自殺はすでに構成要件の段階で殺人罪によって捕捉されておらず、これについて文献と判例に広く一致がみられる²¹⁾。このことから、自殺の共犯は、刑法26条 [教唆犯]、27条 [幫助犯] にいう構成要件に該当する違法な正犯行為を欠くので、殺人罪としては不処罰とされている²²⁾。もっとも、そういえるのは自殺が自殺者の自由答責的な意思決定の結果である場合に限られる。

20) Rothhaar, ZfL 2013, 100, 103 も参照。

21) 異説 Bringewat, ZStW87 (1975), 623ff; Klinkenberg, JR 1979, 183f; Schmidhäuser, FS Welzel, 1974, S. 801, 810ff; これについて Dölling, FS Maiwald, 2010, S. 119; MK-Schneider, StGB, Bd. IV, 2. Aufl. 2012, Vor §§211ff Fn. 136; Otto, 56. DJT – Gutachten, 1986, D 18ff; Roxin, FS Dreher, 1977, 331, 336ff.

22) Dölling, FS Maiwald, S. 119, 120; Herzberg, JA 1985, 131, 132; Ingelfinger,

これによれば、個々の点で争いのある自由答責性の諸基準を別論とすれば—これについては以下のIV—「自由答責的な自殺をそそのかし、可能にし、容易にすることは、殺人罪の意味では可罰的でないこと」²³⁾を議論の前提としなければならない。

2. 自殺を阻止しないこと

争いがあるのは、この原則的な不処罰が生命保護の保障人にも当てはまるか否かである。判例と一部の文献は、自由答責的な自殺の場合にも生命保護の保障人の救助義務を肯定するが²⁴⁾、保障人の結果回避義務は個々の事例の具体的な諸事情に左右されるとして、その例外を認める。すなわち、保障人が自殺者の真摯な自殺の決意を尊重して単なる幫助の意思をもってこれに従った場合や²⁵⁾、事象を支配していたのが保障人ではなく自殺者であった場合には²⁶⁾、その例外とするのである。その際に、自殺者がその行為を実行する段階でその事象を決定していた場合には、自殺者が自殺を試みたあとで意識不明になり、あるいは行為無能力になれば、行為支配の交代が生ずることになるとされる。すなわち、その場にいた者やその場にあらわれた保障人は、自殺者の死亡か延命かがもっぱらその者の意思にかかっているため、その時点から生死の支配者となるとされるのである。

Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, S. 219 ; LK-Jähnke, StGB 11. Aufl. 1992ff, Vor §211 Rn. 22 ; MK-Schneider, Vor §§211ff, Rn. 32 ; NK-Neumann, StGB, 4. Aufl, 2013, Vor §211 Rn. 47 ; Otto, Grundkurs Strafrecht, B. T., 7. Aufl. 2005, § 3 Rn. 1 ; Roxin, GA 2013, 313 ; Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben, StGB, 29. Aufl. 2014, Vor §§211ff, Rn. 35 参照。—異説 Kubiciel, JZ 2009, 600, 608 ; Schilling, JZ 1979, 159, 160ff.

23) MK-Schneider, Vor §§211ff, Rn. 37.

24) BGHSt 2, 150 ; 32, 367, 378f. ; Bringewat, JuS 1975, 155ff ; ders., ZStW 87 (1975), 623, 637ff. ; Geilen, JZ 1974, 145, 153ff ; Herzberg, JA 1985, 177ff ; Kutzer, MDR 1985, 710, 712ff ; Schmidhäuser, FS Welzel, S. 801, 819ff.

25) BGHSt 13, 160, 166f.

26) OLG Düsseldorf NJW 1973, 2215f.

る²⁷⁾。これを実際の事例に当てはめると、妻が生に疲れた夫の依頼により縊死するための縄を渡し、椅子を用意し、助言によって夫を援助することは許されるが、処罰されないためには、夫が意識を失ったらすぐにその縄を切らなければならないことになる。これに対して、必要な準備行為のあとで妻が夫に数分間待ってもらい、その間にもはや救助しえない所まで離れた場合には、事情が異なる。—これはまったく不合理な帰結である²⁸⁾。なぜならば、自殺者が行為無能力になった瞬間に行為支配の交代が生ずるという考え方は、帰属基準としての行為支配の誤解に基づくからである。正犯性が行為支配によって決められるかぎり、行為支配は一いかなる要素が個々の場合に行為支配を構成するかは重要でなく一常に、終了未遂の状況に至るまでの事象、すなわち行為者が法益侵害を生じさせるために必要なことをすべてなし終える時点までの事象についての支配だけを意味するからである。行為支配は、法益侵害が生ずるに至るまでの事象経過のすべての時点での事実的な支配可能性を意味するのではない。他者侵害の行為者が、終了未遂に至ったのちに事象についての支配を失い、そのため行為者がもはや結果を回避しえなくなったとしても、その事象についての行為者の刑法上の責任に影響しない。因果的事象の経過を知りつつその事象を法益侵害に向けて始動させた者は、その後の経過の中でその事象を修正しようとして介入する可能性を失ったとしても、その結果について責を負う。このことが自殺の状況について意味するのは、[自殺者が] 行為無能力に至ったのちにその事象に影響を与えうる他人に行為支配が移行して、その結果としてその他人が行為支配により他殺の正犯者の地位を獲得する、ということにはならないということである²⁹⁾。これと事情が異なるのは、自殺者が最後の瞬間に自分の考えを変え、保障人がそのことを認識し

27) BGHSt 32, 367, 374 参照。

28) MK-Schneider, Vor §§211ff Rn. 68; Gallas, JZ 1960, 686, 689; LK-Jähnke, Vor § 211 Rn. 24; Otto, Gutachten, D 67f; Sowada, Jura 1985, 75, 78; Wessels/Hettinger, Strafrecht, BT 1, 38. Aufl. 2014, Rn. 44 も参照。

29) すでに Otto, Gutachten, D 68 参照。

ていた場合だけである。

行為支配の移行それ自体がすでにして処罰を基礎づける機能をもつのではなく、むしろ、そのように理解された行為支配とは無関係に、介入する法義務が存在しているという議論がある³⁰⁾。しかし、その種の法義務は、自由答責的になされた自殺の決意の事例における生命保護の保障人について基礎づけられるものではない。生命保護の保障人的地位は、自殺者の自己答責的な決意にその限界を見出す。なぜならば、この保障人的地位といえども、保護されるべき者に対する「後見人としての地位」を基礎づけるものではないからである。このことは、患者の治療を引き受けた医師において明らかである³¹⁾。医師に「委ねられた無力な状態」³²⁾は病気から生ずる危険についていえることであって、自殺者の意思がその発生に向けられた、自由答責的になされた自殺の決意の結果には当てはまらないからである³³⁾。しかし、同じことが、他の保護者たる保障人にも当てはまる。なぜならば、保護するようにその者を義務づけている救助義務は、保護を命ぜられた相手方の自由と意思の尊重に基づいているからである。保護を命ぜられた相手方の自殺の決意は、それが自由答責的に行われたかぎり、その点に変更をもたらすものではない。なぜならば、この決意は、保護を命ぜられた相手方が自己の行為についての答責性を免れ、その行為の結果が保障人自身の仕業として保障人に帰属されるような形で、保護を命ぜられた

30) LK-Jähnke, Vor §211 Rn. 24 ; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 473 参照。

31) StA München I, NSTz 2011, 345, 346 ; MK-Schneider, Vor §§211ff Rn. 74 ; Otto, Gutachten, D 66 も参照。

32) Schünemann, GA 1985, 341, 379.

33) これと事情が異なるのは、患者が自殺の決意に恐れをなして医師の治療によって保護されたいと思ったために、医師の治療に身を委ねた場合である ; BGH (Z) MDR 1986, 218 ; Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, Vor §211 Rn. 14 ; 異説 LG Gießen ZfL 2013, 31f 批判的評釈 Bosch, JK 2013, StGB §13/48. この場合にはすでに、自殺の決意が自由答責的になされたか否かが問われるべきである。これについてさらに後述の V. 4.

相手方の法的無能力を惹起したのではないからである。そうした帰属を可能ならしめるに必要な支配的地位を基礎づけることはできない³⁴⁾。

III. 共犯行為の限界

1. 自殺関与と要求による殺人の区別

他人の自由答責的な自殺への関与は、殺人罪としては不処罰とされる。しかし、関与者の行為が正犯行為のメルクマールを充足する場合には、その行為は刑法216条の要求による殺人として可罰的となりうる。「共犯の限界を超えて第三者自身の正犯の領域に入ると、それによってすぐに他人の被害へと進み出たことになる」³⁵⁾。立法者は、「その遂行を他人に押しつけることを許さない」として、自己の死についての判断を実存的なものとなしている³⁶⁾。しかしながら、具体的にどのような行為がここで問題となっている〔要求による殺人の〕遂行行為とみなされるべきかについては問題がある。要求による殺人の状況は、自殺の状況と同様に、関与者の意思に依存している。このことが両者の区別の難しさの原因となっている。

a) 判例

判例とこれに従う一部の文献は、自殺関与と殺人の区別について、刑法の共犯論の諸原則を前提として、誰が死に至る事象を実際に支配していたかを確定するために、部分的に修正された行為支配説を拠り所としてい

34) *Achenbach*, Jura 2002, 542, 544 ; *Botke*, GA 1983, 22, 33 ; *Engisch*, FS Dreher, 1977, S. 309 ; *Fischer*, StGB, 62. Aufl. 2015, Vor §211 Rn. 25 ; *Hirsch*, FS Welzel, 1974, S. 775, 792 ; *Lackner/Kühl*, Vor §211 Rn. 15 ; *LK-Jähnke*, Vor §211 Rn. 24 ; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, B. T. 1, 10. Aufl. 2009, §1 Rn 24f ; *MK-Schneider*, Vor §§211ff, Rn. 74 ; *NK-Neumann*, Vor §211 Rn. 73ff ; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, B. T., § 6 Rn. 52ff ; *ders.*, Gutachten, D 65f ; *Roxin*, FS Dreher, S. 331, 349 ; *Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben*, Vor §§211ff Rn. 41, 43も参照。

35) *LK-Jähnke*, Vor §211 Rn. 22 ; これについて *Roxin*, in : Wolter (Hrsg.), 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1993, S. 177, 184.

36) *Schroeder*, ZStW 106 (1994), 556, 574.

る。

これについて、BGH [連邦通常裁判所] の見解によれば、個々の事例で「死者が自己の運命をどのような態様で定めていたかが重要である。死者が他人から死を与えられることを甘受していたために他人の手中に身を委ねた場合には、その他人が行為支配をもっていたことになる。これに対して、死者が最後まで自己の運命について自由な判断を留保していた場合には、他人の手を借りたとしても、死者が自分自身を殺したことになる」³⁷⁾、というのである。

b) 文献における行為支配の観点

一部の文献においては、被殺者が自分の生命を手中に留保していた最後の決定的な瞬間を加功者が支配していた場合には、その加功者の行為に殺人行為が認められ³⁸⁾、その際の状況を具体化するために自己答責性の原理が用いられ、その答責性の範囲は規範的な管轄の考慮 (Zuständigkeiterwägungen) という基準によって形成されるとする³⁹⁾。

c) 生命を直接的に終わらせる行為についての支配

事象全体についての行為支配という観点から区別することは、自殺関与と要求による殺人の状況において行為者の行為寄与と被害者のそれとが密接に結びついていることを正しく評価していない。*Roxin* が適切に指摘したように、「刑法216条を排除する自分の死についての支配は、共同の犯罪実行についての支配とまったく同じ原則に従うものではない。」⁴⁰⁾ここで決定的なのは、事象全体の経過についての支配ではなく、生命を直接的に終わらせる行為についての支配である。「誰が最終的に問題となっている生

37) BGHSt 19, 135, 139f.

38) *Roxin*, Täterschaft, S. 571f; *ders.*, NSTZ 1987, 345, 347; *v. Dellingshausen*, Sterbehilfe und Grenzen der Lebenserhaltungspflicht des Arztes, 1981, S. 275f; *Neumann*, JA 1987, 245, 249 参照。

39) *Hellmann*, FS *Roxin*, 2001, S. 271, 285; *Hohmann/König*, NSTZ 1989, 304, 308f; *Neumann*, JA1987, 244, 248f; *Roxin*, NSTZ 1987, 345, 347.

40) Täterschaft, S. 570f.

命を意のままにしたかが決定的である。生命を直接的に終わらせる行為が事象全体から分離され、自殺か他殺かという観点のもとで判断されるのである。」⁴¹⁾

2. 偶然の事実関係によって区別することの危険

生命を直接的に終わらせる行為についての支配という基準は、偶然的な判断を助長するように思われる⁴²⁾。これによれば、たとえば、死を決意した患者が注射器の取り扱いを知っているので、医師がその患者に人を死に至らせる注射器を手渡した場合には、他人の自殺への関与が認められるが、これに対して、医師が自分で注射をした場合には、刑法216条の要求による殺人が認められることになる。—それにもかかわらず、その区別は恣意的ではなく一少なくとも部分的に—刑法216条の適用を放棄することを正当化するものでもない⁴³⁾。この点について、ここで簡単に指摘できることがある⁴⁴⁾。

a) 自分自身を殺すことと自分を殺させることの違い

前世紀の最後の3分の1の時期における経験的研究の中で、当事者が自分の手で死ぬか、それとも死に至る行為を他人に委ねるかは、その者にとっては同じではないということがすでに指摘されていた。死の願望を真剣に表明した患者が致命的な薬を飲むという一表向きの一可能性を実際に利用したのは、決して大多数ではなかった。この経験は最近、1997年から致命的な作用のある薬物の処方を経験しているアメリカのオレゴン州で

41) Otto, FS Tröndle, 1989, S. 157, 162; ほかに Dölling, GA 1984, 71, 76; ders., FS Maiwald, S. 119, 120; Geilen, Jura 1979, 201, 202; Maiwald, ZStW 88 (1976), 728, 733f; MK-Schneider, Vor §§211ff Rn. 52; Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben, § 216 Rn. 11 参照。

42) とりわけ「医師の援助による自殺」と要求による殺人との区別がここで問題となると思われる。Fischer, FS Roxin, Bd. 1, S. 557, 573 参照。

43) これについて Rosenau, FS Roxin, Bd. 1, 2011, S. 577, 586ff.

44) 詳しくは、一方で Roxin, GA 2013, 313, 325ff 他方で Rosenau, FS Roxin, Bd. 1, S. 577, 587ff.

の認識によって確認された。ここでも、大部分の患者がその薬物を使用していないことが示されている⁴⁵⁾。

たしかに、この決断の背後にある動機が別の方向を示していることも考えられるので、この区別の実質的な正しさが説得的に示されているとはいえない⁴⁶⁾。しかし、そうした事態は、重大な違いがある評価の徴憑として、過小評価されてはならない。

b) オランダとベルギーにおける積極的な臨死介助の経験

たしかに、ベネルクス諸国の経験から濫用の危険とダムの決壊の危険に対処しなければならないと主張されるが⁴⁷⁾、この議論は主として、積極的な臨死介助、消極的な臨死介助、間接的な臨死介助、ならびに自殺幫助を同一に評価することに基づいている。[以下の]人数それ自体はさほど明確なものではない。

aa) オランダ

オランダでの経験的研究が示すところによれば、2010年に医師の付添いのもとで臨死介助を求めた患者が4050人いたという数字は、1991年から2001年までの確認されたデータにほぼ一致している。しかし、2013年には4829人が臨死介助を求めた。それは、2012年と比較してほぼ15%の増加に相当する⁴⁸⁾。さらに気がかりなのは、「積極的な臨死介助」が患者の同意なしに行われた事例があると認定されていることである。2001年には、このような運命をたどった982人の患者があり、その事例の20%が「積極的な臨死介助」であった⁴⁹⁾。このような事態によって医師と患者の間に重い負担が課せられていることを、オランダにおけるクレジット・カードの

45) これについて *Schöch*, FS Kühl, S. 585, 600 ; *Verrel*, *Ärztblatt Baden-Württemberg* 2011, 338, 340.

46) これについて *Schöch*, FS Kühl, S. 585, 600 ; *Tolmein*, „Der Tod ist etwas für Fachleute“, FAZ v. 20. 10. 2014, Nr. 243, S. 11.

47) *Rosenau*, FS Roxin, Bd. 1, S. 577, 587ff.

48) 一方で FAZ v. 12. 7. 2012, Nr. 160, S. 4 : Studie : „Sterbehilfe bleibt Ausnahme“ ; 他方で FAZ v. 1. 10. 2014, Nr. 228, S. 6 : „Mehr Fälle von Sterbehilfe“ 参照。

49) *Spieker*, „Tödliche Fälle der Selbstbestimmung“, FAZ v. 17. 11. 2009, Nr. 267, S. 8.

普及が示している。そのカードには「私を死なせないでください、ドクター」と印刷され、持ち主の名前が書かれているのである⁵⁰⁾。

要求のない殺人が認められた理由は、医学的な措置がすべて見込みがなくなったこと、快復の見込みがなくなったこと、隣人が耐えられなくなったこと、あるいは患者がどのみちわずかな生命の質を処分したにすぎないとされたことにあった⁵¹⁾。2012年に、法律で規定された患者の意思表示がないのに「積極的な臨死介助」が行われた事例の数が減少したことが確認されたが⁵²⁾、それにもかかわらずこの事態には驚くべきものがある。2013年には42人の精神病患者が「要求による殺人」を求めたという認定からも⁵³⁾、こうした患者の自律的な判断に疑問があると考えられる。これについては以下のIV. 4. と 5. で述べる。

bb) ベルギー

ベルギーでは、2002年に要求による殺人が合法化された。法律は、もはや苦痛に耐えられず、あるいはそれを望まない成人について臨死介助を許容している。この介助が、2012年には聾啞で盲目の2人の兄弟について認められ⁵⁴⁾、2013年には失敗した性転換の結果に悩んでいた44歳の男性に認められ⁵⁵⁾、さらに2014年には、複数の強姦と若い女性の殺害により30年間拘束され、オランダの特殊病院の治療を受けたいという希望が認められなかった50歳の男性による臨死介助の主張が認められた⁵⁶⁾。

ベルギーでは、積極的な臨死介助が成人に限定されているにもかかわらず

50) 注49) に同じ。

51) *Oduncu/Eisenmenger*, *Süddeutsche Zeitung* v. 17. 7. 2003, S. 11 参照。—詳しくは：*Oduncu/Eisenmenger*, *MedR* 2002, 327ff；これについて *Duttge*, in: *The Institut of Comparative Law in Japan* (Hrsg.), *Comparative Law Review*, Vol. XLIII, Nr. 3, Dez. 2009, S. 15, 30, Fn. 40.

52) *FAZ* v. 12. 7. 2012, Nr. 160, S. 4: Studie: „Sterbehilfe bleibt Ausnahme“.

53) *Stabenow*: „Sterben“, *FAS* v. 23. 2. 2014, Nr. 8, S. 12.

54) *Mühl*, „Dunkel und noch dunkler“, *FAZ* v. 17. 1. 2013, Nr. 14, S. 27.

55) 注53) に同じ。

56) *FAZ* v. 30. 9. 2014, Nr. 227, S. 2: „Gericht bestätigt aktive Sterbehilfe“.

ず、未成年者も広い範囲で臨死介助を要求できるようになり⁵⁷⁾、その後の2014年に、立法者は不治の病気の子どもについての積極的な臨死介助を合法化した。これが死に臨んだ者の適切な介助といえるかは疑わしいと思われる。

IV. 自由答責的な自殺の決意

自殺を決意した者の自由答責性をどのような基準によって判断すべきかについて争いがある。これについて2つの対立する見解がある。

1. いわゆる免責による解決

いわゆる免責による解決によれば、人の自傷行為の帰属は、刑法上の答責性阻却に関する諸原則の類推適用によって、したがって間接正犯の諸原則に従って行われる。これによれば、ある人が他人の自傷行為について答責的となりうるのは、その他人が、他人傷害であれば刑法19条〔児童の責任無能力〕、20条〔精神障害に基づく責任無能力〕、35条〔免責する緊急避難〕あるいは少年裁判所法3条〔少年の答責性〕により答責性が阻却されるような事情のもとで行為した場合、あるいはその他人が自己の行為の自傷の効果について欺罔されていた場合である⁵⁸⁾。

2. いわゆる同意による解決

いわゆる同意による解決は、他人の自殺への加功を不処罰とする限界

57) FAZ v. 27. 3. 2009, Nr. 73, S. 7: „Sterbehilfe“ für Kinder in Belgien.

58) たとえば *Bottke*, Suizid und Strafrecht, 1982, S. 250ff; *Charalambakis*, GA 1986, 485, 489ff; v. *Dellingshausen*, Sterbehilfe, S. 268f; *Dölling*, GA 1984, 71, 76, 78f; *ders.*, FS Maiwald, S. 119, 123ff; *Gallas*, JZ 1960, 686, 692; *Hirsch*, JR 1979, 429, 432; *Jäger*, Examens- Repetitorium Strafrecht, A. T., 6. Aufl. 2013, Rn. 247; *Jakobs*, Strafrecht, A. T., 2. Aufl. 1991, 21/97ff; *MK-Schneider*, Vor §§211ff, Rn. 54ff; *Roxin*, FS Dreher, S. 331, 346f, 349 参照。

を、明らかにより狭く画する。この解決は、刑法216条による要求の真摯性を手がかりとして、法的に有効な同意の諸基準を求める。すなわち、当事者が意思の欠缺なしに決意し、自己の判断の射程を認識していた場合に自傷行為を認める。「自己答責的に行為するのは、自己の決意の意味と射程を理性的に見極めて衡量するための判断力をもつ者だけである。」⁵⁹⁾

3. 自由答責性の概念規定の違いから生ずる帰結

連邦統計庁の報告によれば、ドイツでは2012年に9890人が自殺により死亡した⁶⁰⁾。自殺未遂の数は10万人をはるかに超えると見込まれる⁶¹⁾。国家倫理評議会(Nationaler Ethikrat)の認定によれば、「大部分の自殺は、たとえば抑うつ、統合失調症、慢性的なアルコール中毒症等によって引き起こされる病的な精神障害に基づいて行われる。また、抑うつと明確には区別されず、当事者の生存にとってきわめて耐えがたいものと思われるが、ほぼ確実に除去できるような絶望的な状況から行われる自殺と自殺未遂もある。そうした自殺を試みた大多数の事例は、何かを訴えようとする(apellativ)性質をもっている。こうした自殺は当然に阻止されるべき事故

59) Schreiber, FS Jakobs, 2007, S. 615, 617. —ほかに Amelung, in: Schünemann/Figueiredo Dias (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts. —Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, S. 247, 251ff; Christmann, Jura 2002, 679, 681; Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1998, S. 166; Geilen, JZ 1974, 145, 151; Gropp, Strafrecht A. T., 3. Aufl. 2005, §10 Rn. 74; Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 39f; Ingelfinger, Grundlagen, S. 228ff; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, B. T. 1, 15. Aufl. 2012, Rn. 90ff; LK-Jähnke, Vor §211 Rn. 26; NK-Neumann, Vor§211 Rn. 65; Otto, FS Wolff, 1998, S. 395, 402f; ders., Grundkurs Strafrecht, A. T., 7. Aufl. 2004, § 21 Rn. 103; Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben, Vor §§211ff Rn. 36; Wessels/Hettinger, B. T. 1, Rn. 48f 参照—BGHSt 32, 367, 376 も同意による解決の方向を示す。

60) Welttag der Suizidprävention—Deutschland, www.Suizidprävention.wordpress.com/suizide-in-deutschland-2012. —2006年から2009年までの自殺者は9451人から9765人の間で推移：これについて Schöch, FS Kühl, S. 585, 600 参照。

61) 注60)に同じ。さらに LK-Jähnke, Vor §211 Rn. 28 m. N.

であり、あるいはそのような事故であったと思われるという見解に対して、誰も反論できないであろう。]⁶²⁾

本来の精神病の結果として行われたのは、自殺を遂げた者の約3分の1にすぎない。その他の自殺は、ノイローゼ、神経症的反応、その他の異常な行為態様にその理由がある。抑うつ的人間の割合は60%から95%、[麻薬・アルコールなどの]嗜癖性の人間の割合は20%から30%に達すると見込まれる⁶³⁾。もっとも、これらの事例では、必ずしも刑法19条、20条、35条、あるいは少年裁判所法2条の意味での刑法上の答責性の阻却が認められるわけではない。したがって、いわゆる免責による解決に従うと、自殺が自由答責的な決意に基づかないのは、年間の自殺のごく一部分にすぎないという結論に至るが、いわゆる同意による解決の主張者は、自由な意思決定に基づいて行われる自殺は約5%にすぎず⁶⁴⁾、この5%についてもなお疑問があるという前提に立っている⁶⁵⁾。

4. 私の立場

いわゆる免責による解決の主張者からいわゆる同意による解決に対して、区別の明確性が十分でないという批判が向けられるとすれば⁶⁶⁾、その議論は同意と216条の真摯な要求の解釈の枠内でも意味があると思われる。しかし、その点はここでは重要ではない。

それとは別に、責任阻却を基準とすることは、間接正犯による他人傷害については完全に正当であると認められる。そこでは、一定の法益の侵害

62) *Nationaler Ethikrat*, Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende, 2006, S. 78f.

63) これについて LK-Jähnke, Vor §211 Rn. 27; Schreiber, FS Jakobs, S. 615, 616.

64) これについて Kutzer, in: Wolfslast/Schmidt (Hrsg.), Suizid und Suizidversuche, 2005, S. 181, 186; LK-Jähnke, Vor §211 Rn. 29; Langer, in: Kruse/Wagner (Hrsg.), Sterbende brauchen Solidarität, 1986, S. 101, 118.

65) これについて Duttge, ZfME 2009, 257, 262f; Fenner, in: Petermann (Hrsg.), Sterbehilfe, 2006, S. 249.

66) MK-Schneider, Vor §§211ff Rn. 62 参照。

だけではなく、その侵害を阻止しようとする規範的な制約の超克が同時に問題になっている。しかし、自傷行為においては、法的制約の超克、すなわち〔自傷を〕阻止する反対動機は存在しない⁶⁷⁾。この反対動機の不存在は、人間の自己保存本能によっても緩和されない⁶⁸⁾。なぜならば、抑うつが外部ではなく内部に向けられ、自己保存本能を低下させ、あるいは妨げているからである。このことから、他人傷害の諸原則とは別個独立に把握されるべき法的な帰結が必要となる。しかし、自殺関与に固有の不法内容は、他人傷害について認められた限界を超えて間接正犯を拡大することによっては把握されない⁶⁹⁾。

自殺者の答責性が法的に排除されている場合には間接正犯の諸原則を適用すべきであるという結論については、いわゆる免責による解決も同意による解決も一致している。その結論は一貫したものであり、実体的にも説得力がある。このことは、その限界を超えた場合には、直接行為者はたしかに法的には帰責能力を有するが、その判断力ないし認識力に欠陥があるならば、間接正犯が認められることを意味している。したがって、間接正犯において承認された諸原則をおおきく超える例外的な領域においては、間接正犯の特別規定を認める理由がある。〔しかし〕それは適切ではない。なぜならば、それによって直接行為者が事象について完全に答責的（も）あるということが隠蔽されてしまうからである。それは一方において、殺人罪の「共犯者」を単独正犯者とすることを斥けるが⁷⁰⁾、しかし他方において、「共犯者」によって実現された不法を独自に把握する可能性を妨げる。法的な意味では答責的に行為するが、判断力ないし理解力が損なわれており、そのために自己の生命を終えたいと思っている自殺者は、救助を

67) *Geilen*, JZ 1974, 145, 151; *Herzberg*, Täterschaft, S. 36; NK-*Neumann*, Vor §211 Rn. 65; *Otto*, FS Wolff, S. 395, 402 参照。

68) 異説 *Dölling*, GA 1984, 71, 79; *ders.*, FS Maiwald, S. 119, 124; *Jäger*, Repetitorium, Rn. 247; *Roxin*, FS Dreher, S. 331, 346.

69) これについて *Dölling*, FS Maiwald, S. 119, 128; *Feldmann*, GA 2012, 498, 506 も。

70) さらになお *Otto*, Grundkurs Strafrecht, B. T., §6 Rn. 51.

必要とする状況に置かれている。そうした自殺者は、たしかに法的な意味では自己の行為について答責的であり、およそ帰責無能力ではないが、完全な判断力と理解力をもって自己の状況について判断することができるという意味では、答責的に行為していない。それは、いわゆる同意による解決の意味で疑問視されている答責性が欠けていることを基礎づけている。したがって、抑うつ、重大な苦痛、社会的な孤立、あるいは個人の判断力ないし理解力を損なうような、それに類似した要素と関連して行われた自殺は事故であり、しかも法共同体の連帯的な救助によってできるだけ阻止されるべき事故である。なぜならば、こうした救助の拒否は独立の当罰的不法を実現するからである。

5. 自殺—事故—刑法323c 条

国家倫理評議会が次のような前提に立っていることは適切である。すなわち、抑うつ、統合失調症、慢性のアルコール中毒等の病的な精神障害に基づいているために、人に訴えかけようとする性質をもち、あるいは救助を求める叫びとして理解されうる自殺の試み、または絶望的な状況にあったために行われ、あるいは行われたであろうと思われる自殺は、阻止されるべきであった事故である、という前提である⁷¹⁾。この場合には、救助が求められているだけでなく、ぜひとも必要とされているのである。しかし、こうした救助の拒否が刑法の制裁の対象となるか、あるいは制裁の対象とすべきか否かについては問題がある。

a) 刑法323c 条にいう事故としての自殺

刑法323c 条〔不救助〕にいう事故を「人や物に対する重大な損害を引き起こし、継続的な損害を生じさせるおそれのある突然の外部的な出来事」⁷²⁾として定義すれば、法的に答責的に行為する者の自殺は事故ではない。それは突然に生じた外部的な出来事ではないからである⁷³⁾。

71) *Nationaler Ethikrat*, Selbstbestimmung, S. 78f 参照。

72) BGHSt 2, 150f.

73) これについて詳しくは *Otto*, Gutachten, D 76 ; *ders.*, Grundkurs Strafrecht, B.

事故とは、個人が身体あるいは生命に対する重大な損害を受けることを欲しない場合において他者の連帯を求めている緊急状態である⁷⁴⁾、と定義すれば、問題状況は違ったものとなる。一致した見解によれば、その出来事の発生に関する当事者の責任は重要ではないので、自殺を突然の外部的な出来事に限定するのは恣意的であると思われることが、後者の定義の実体的な正しさを裏づけている。したがって、連帯義務は、出来事の外面ではなく、その状況が当事者にとって絶望的であることに結びつけられなければならない。このような事態になれば、その自殺状況は刑法323c条の意味での事故の状況である⁷⁵⁾。しかも、その事故は、自殺の試みが「終了し」、あるいは「自分自身の被害者」としての自殺者が行為無能力になった場合のみならず、自殺者が自己の自殺計画を本気で実現しようとした時点ですでに認められる。この瞬間までにすでに危険状況が生じているかもしれないが、そこには同時に、当事者自身がその計画の実現をあきらめ、とりわけこの状況での第三者の救助措置が排除されていないという可能性もある。しかし、その当事者が、自殺によって中断されることなく進行するその後の状況を終了させようとする行為を実現した場合には、緊急に救助を必要とする状況が認められる。直接的な生命の危険が生じている必要はない。連帯義務の基準となるのは、当事者からみた状況の絶望性であって、生命の直接的な危殆化ではない⁷⁶⁾。したがって、自殺に関する可罰性は、積極的な共犯行為によってはじめて基礎づけられるのではなく、不行為があれば、すなわち部外者にとって自己の救助義務に違反するような不行為があれば、すでにして基礎づけられる。しかしながら、救助義務は救

T., §6 Rn. 67.

74) これについて BGHSt 6, 147, 149, 152f; 13, 162, 169; 32, 367, 375f; OLG Düsseldorf NJW 1973, 2215, 2216; *Geilen*, JZ 1974, 145, 150; *Otto*, Gutachten, D 78ff; *Schmidhäuser*, FS Welzel, S. 801, 821; *Schwalm*, FS Engisch, 1969, S. 548, 555.

75) *Dölling*, NJW 1986, 1011, 1016; *Otto*, Gutachten, D 79; *ders.*, Grundkurs Strafrecht, B. T., §6 Rn. 69; *Wessels/Hettinger*, B. T. 1, Rn. 60 参照。

76) *Otto*, Gutachten, D 79.

助行為の必要性と期待可能性によって限定される⁷⁷⁾。自殺者が意思の欠缺なしに自己の意思決定を行い、その決意の射程を認識していた場合、すなわち自殺者がいわゆる同意による解決の意味で自由答責的に行為した場合には、期待可能性は認められない。第三者も事故の状況から逃れるための許容しうる方法を指示することができない場合には、その救助行為は必要でない。

b) 事故を自由答責的に行ったとはいえない自殺の決意に限定すること
 いわゆる同意による解決の意味で自由答責的になされた自殺の決意の事例において、自殺を事故と解釈し、救助行為の必要性と期待可能性によってその可罰性を限定することは、事故を自由答責的に行われたとはいえない決意に基づく自殺に原則として限定することと比較して、回りくどい説明であるように思われるかもしれない⁷⁸⁾。しかし、この後者の解釈には2つの短所があると思われる。第1に、部外者は自殺未遂の際に、その自殺が自由答責的な意思決定に基づいているか否かをただちに知ることができない⁷⁹⁾。その検討と探知のための措置をとることは、結局のところ救助を必要とする者の不利益となってしまうであろう。第2に、その定義は、事故の状況について錯誤に陥っていたという救助義務を負う者の主張を、実体的な理由なしに助長することになるであろう。

c) 立法論としての独自の構成要件

独自の構成要件によって救助義務の違反が捕捉されれば、このジレンマ

77) BGHSt 32, 367, 375 ; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 161 ; *Geilen*, Jura1979, 201, 208 ; *LK-Jähnke*, Vor §211 Rn. 24 ; *Otto*, Gutachten, D 80ff ; *Wessels/Hettinger*, B. T. 1, Rn. 60 参照。

78) *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, B. T. 2, 10. Aufl. 2012, §55 Rn. 15 ; *Mommsen*, Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten, 2006, S. 142 ; *MK-Schneider* §323c Rn. 61 ; *NK-Wohlens*, StGB, 4. Aufl. 2013, §323c Rn. 5 ; *Schönke/Schröder-Strenberg-Lieben*, §323c Rn. 8 ; *SK-Stein/Rudolphi*, StGB, Stand : Okt. 2012, §323c Rn. 8 参照。

79) これについて BGHSt 32, 367, 376.

は解消するかもしれない⁸⁰⁾。しかし、それによって結局、独自の利点が認められないのに、解釈の問題が立法者に委ねられるという危険を基礎づけることになるであろう⁸¹⁾。これに対して、自殺は刑法323c条の意味で事故であるということを法文で明確にすることが役に立つと思われる。

V. 組織化された自殺幫助の可罰性

最初に述べたように、専門家による近年の公的な議論は、組織化された自殺幫助の問題に集中していた。これについて多くの立法提案が用意された。提案された諸規定の幅は、すべての自殺幫助を処罰の対象とすべきである⁸²⁾、あるいは原則として処罰の対象とするが、一定の人々を処罰の対象から除外すべきであるという主張⁸³⁾から、医師による自殺の援助を例外なく禁止するのは憲法に違反するという理由で、不可罰の自殺幫助を医師による自殺の援助に限定すべきであるという主張⁸⁴⁾まで広がっていた。2012年10月22日の連邦政府の草案「自殺の職業的促進の処罰のための法律」は、「職業として他人に自殺の機会を保障し、提供し、あるいは斡旋した」者を処罰するが、職業的に行為しない親族その他の親密な関係にあ

80) *Feldmann*, GA 2012, 498, 516 ; *Dölling*, FS Maiwald, S. 119, 129 ; *Hirsch*, JR 1979, 429, 431 ; *Kutzer*, in : Wolfslast/Schmidt (Hrsg.), Suizid, S. 181, 192 ; *Roxin*, Strafrecht, A. T. II, 2003, §25 Rn. 54ff, 70ff, 144ff 参照。

81) たとえば *Tolmein*, „Selbsttötung, selbstbestimmt“, FAZ v. 2. 8. 2006, Nr. 177, S. 30 による *Kutzer* の法律提案への批判参照。—原則として認めないのは *MK-Schneider*, Vor §§211ff Rn. 63.

82) *Bauer*, „Das Ende der Handlungsfreiheit“, FAS v. 27. 1. 2013, Nr. 4, S. 9 ; *Feldmann*, GA 2012, 498, 516 ; *Geis*, in : Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, 211. Sitzung am 29. 11. 2012, S. 25954f.

83) *Borasio* u. a., Selbstbestimmung, §§217, 217a. —他の論者は、自殺者の自由答責的な意思決定に基づく自殺の幫助の可罰性を排除することに賛成する。これについて *Engländer*, FS Schünemann, 2014, S. 583, 596.

84) *Lindner*, NJW 2013, 136ff.

る者を処罰から除外しようとする⁸⁵⁾。他の諸提案は、援助される自殺の職業的な促進⁸⁶⁾、利欲による援援⁸⁷⁾、あるいは自殺の機会の意図的で職業的な保障⁸⁸⁾を処罰の対象としようとする⁸⁹⁾。

自殺幫助ないし医師の援助による自殺を原則として禁止することの違憲性を考慮して、ドイツの価値判断と十分に比較しうる価値判断に基づく法秩序を有する他のヨーロッパ諸国において、自殺幫助が処罰されていることを考えてみるべきであろう⁹⁰⁾。自殺は殺人罪の構成要件に該当しないので、自殺に対する可罰的な共犯もありえないという、共犯の従属性の原則に基づく反論も、自殺の共犯を処罰することの妨げとはならない。この原則から導かれるのは、他人の自殺への加功を殺人罪の教唆あるいは幫助として処罰することはできないということだけである。したがって、他人の自殺への関与を、独立して処罰の対象とすることのできる独立した不法として把握する可能性は、決して排除されていない⁹¹⁾。

より重要なのは、法秩序が違法ではないとみなしている行為をそそのかし、可能にし、あるいは促進することを処罰するのは評価矛盾である、という議論である⁹²⁾。とりわけ *Kühl* は、自殺は不法でなく、したがって自殺への関与は不法共犯ではないと述べている。彼はその際に、人の自分自身に対する義務の存在を否定する *Kant* を引用している⁹³⁾。しかし、ここで問題となっているのは、人に帰属される法益に対する違反ではなく、法的な制度・秩序の承認・尊重に対する違反であり、それらの基礎となって

85) BT-Drucks. 17/11126, §217 参照。

86) *Merk*, Bundesrat, 901. Sitzung am 12. 10. 2012, S. 439f.

87) AE-StB §215a.

88) *Hillgruber*, ZfL 2013, 70, 78; *Tolmein*, ZfL 2013, 16, 21.

89) これについて詳しくは *Schöch*, FS *Kühl*, 585ff.

90) これについて *Roxin*, GA 2013, 313, 320; *Tolmein*, ZfL 2013, 16, 18f.

91) *Engländer*, FS *Schünemann*, S. 583, 591 参照。

92) これについて詳しくは *Engländer*, FS *Schünemann*, S. 583, 589ff.

93) *Kühl*, Jahrbuch für Recht und Ethik 2006, S. 242, 252ff.; これについて *Hillenkamp*, FS *Kühl*, 2014, S. 521, 530 も。

いる価値判断は、個人の尊厳の尊重が緊急状況における救助行為をも命じているという趣旨を含んでいるのである。たしかに、自由答責的な意思決定に基づく自殺について、このような考え方だけが説得力をもっていることに疑問がある。ここで考慮すべきことは、消極的な手本を示すことによって社会の状況に負担を課そうとすること⁹⁴⁾、自殺の共犯についていえば、人々が老人や病人を有償で排除することを目指して社会モデルを作るとすれば、それは法社会の価値秩序に反することになる、ということである。この観点からみれば、少なくとも、自殺を阻止しようとする行為に対する正当防衛権を自殺者に保障するような自殺の権利を認めることには異論がある⁹⁵⁾。たしかに、自殺幫助の不可罰性を、いわゆる同意による解決の意味での自由答責的な意思決定に基づく自殺に限定するならば、実際にそうであるように、固有の刑法上の規定を必要とするのは、これらの事例のうちの比較的わずかな数ではないか、という疑問が生ずる。とはいえ、これまで主要な論者がしてきた詳細な、部分的には感心させられる議論が示すところによれば、「手本としての効果」は量的な実態とは結びつかない。それにもかかわらず、自殺の共犯の問題を刑法によって解決することに対して、2つの反論が向けられる。その1つは、いくつかの立法提案の説明が、「原則・例外による解決」が求められると述べていることである。しかしその解決は、同時に〔上述の〕区別の問題と錯誤の問題をかかえているとすれば、不可能ではないが複雑なものとなる。それらの問題は、職業上の地位に関する規定によって補充された行政法上の（営業法的あるいは警察法的）規定によって、より柔軟に評価されるであろう⁹⁶⁾。もう1つは、営利的な自殺幫助を刑法によって禁止することは、結

94) *Bottke*, GA 1982, 346, 350f; *Erb*, FS Schünemann, 2014, S. 337, 348; *Hillgruber*, ZfL 2013, 70, 71f; *Nationaler Ethikrat*, Selbstbestimmung, S. 89 参照。

95) これについて BGHSt 6, 147, 153; 32, 367, 375f; 46, 279, 285; *Hillgruber*, ZfL 2013, 70, 77; *Hirsch*, FS Lackner, 1987, S. 597, 611; *Otto*, Gutachten, D 20f; *Roxin*, Strafrecht, A. T. I, 4. Aufl. 2006, §18 Rn. 5, 20 も。—異説 *Engländer*, FS Schünemann, S. 583, 589f; NK-*Neumann*, Vor §211 Rn. 37ff; *Verrel*, JZ 1996, 224, 230。

96) これについて *Duttge*, ZimE 2009, 257, 261; *Hilgendorf*, JZ 2014, 545, 551f; *Kempf*,

局は社会一般において、個人的な自殺の共犯を強化することになる、という点に注意すべきである。行政法的な規定には、これに比較しうる警告的効果はないであろう。職業的な自殺幫助を刑法で禁止することによって、社会一般において、私的な幫助は正当であり、自殺の際の適切な援助は正当である、という帰結がもたらされる⁹⁷⁾。それはとんでもない帰結であろう。なぜならば、自殺の状況における介助は、一方で生への介助 (Hilfe zum Leben) を、しかし他方において死にぎわの介助 (Hilfe beim Sterben) を意味するべきもので、死への介助 (Hilfe zum Sterben) であってはならないからである。医師らはすでに今日、重病者の適切な世話 (Betreuung) [の制度] とともに、たとえば終末期における鎮痛のための手段を用いることにより、あるいは苦痛の除去・緩和が不可能であるために、栄養や輸液を放棄して患者を死に至らせるという方法を用いて患者に付き添うことにより、合法的な臨死介助の可能性を手にしている。それは、緩和医療とホスピス医療を拡張するという方向である。「生の終わりに直面した人間に対する配慮、その者の苦痛の緩和、その者の自己決定権の尊重が重要である。」⁹⁸⁾ 2015年4月29日のホスピスと緩和作業を伴う世話の改善のための草案に関する連邦政府の閣議決定⁹⁹⁾は、それによって必要な道の終点には至っていないとしても、この点についてさらに前進している¹⁰⁰⁾。

JR 2013, 11, 13f; *Roxin*, GA 2013, 313, 324f.

97) これについて *Bauer*, „Das Ende der Handlungsfreiheit“, FAS v. 27. 1. 2013, Nr. 4, S. 9; *Huber*, „Hilfe im Sterben, Hilfe zum Sterben“, FAZ v. 3. 11. 2014, Nr. 255, S. 6; *Scholl*, „Jedes Verbot stärkt Grausone“, FAZ v. 28. 4. 2015, Nr. 98, S. 1 も。

98) *Huber*, FAZ v. 3. 11. 2014, Nr. 255, S. 6.

99) これについて FAZ v. 28. 4. 2015, Nr. 98, S. 19 : „In Würde und ohne Schmerzen sterben“.

100) これについて FAZ v. 30. 4. 2015, Nr. 100, S. 2 : „Reform der Hospizversorgung“.