

[翻 訳]

ヨハネス・カスパー

絶対的な生命の保護 対 自己決定権

——自己答責的な自殺後の保障人の救助の不作为に
関する連邦通常裁判所の判決*

山 中 友 理 (訳)

目 次

- A. ドイツ法における絶対的な生命の保護 対 自己決定権
- B. 自己答責的な自殺後の救助義務についての BGH の新たな判例
- C. 未解決の問題点と結論

生命という法益が特別な地位を有することは、おそらくすべての刑法秩序の中での共通の認識であろう。しかしながら、正当な刑法上の生命の保護の範囲、および、その制限については、とりわけ、当事者がもはや生きたくないと望む事例においては、国ごとにかなり異なる判断がなされている。このような事例では、絶対的な生命の保護を一方とし、個々の自己決定権をもう一方とする対立関係が生じる。このような対立関係の一例が自己答責的な自殺の助成である。自殺助成は、日本のように原則的に可罰的とすべきであろうか。あるいは、ドイツ法下のように、「業として行った」場合のみを可罰的とし、不可罰の行為とすべきであろうか。

本稿では、最近、ドイツでは、さまざまな観点から、総じて自殺希望者の自己決定権がより厳格に保護される傾向にあるといえることを示す。本稿の後半部分で詳しく触れる最新の状況も、この傾向の表れであるといえる。2019年7月に連邦通常裁判所（以下、BGH¹⁾において、以下の2決定が確定した。これらの決定によって、自己答責的な自殺を行った自己の患者を救助することなく、そのまま死亡させたベルリン地方裁判所²⁾

* カスパー教授には、2019年9月25日に関西大学法学研究所で行われた第148回特別研究会で本テーマについてご講演していただいた。

1) BGH, Urt. vom 3.7.2019 - 5 StR 132/18 und 5 StR 393/18.

2) LG Berlin, Urt. vom 8.3.2018 - (502 KLs) 234 Js 339/13 (1/17), NStZ-RR 2018, 246 Miebach の注釈付きは NStZ-RR 2018, 248.

とハンブルク地方裁判所³⁾の事案の2名の医師に対して無罪判決が言い渡された。各事案において、それぞれの医師は、囑託殺人（要求に基づく殺害 Tötung auf Verlangen）を不作為で実行したとして起訴されていた。しかしながら、BGHは、上記の2地方裁判所と同様に、このような状況下においては、当事者の意思表示に反してその者を救助する義務がないことを明確にした。この限りで、当決定は、明確性をもたらすこととなったが、同時に、本稿の最後に示すとおり、新たな問題を生じさせることにもなった。

A. ドイツ法における絶対的な生命の保護 対 自己決定権

I. 生命という高ランクの法益 (Der hohe Rang)

「生命」という法益は、極めて正当なことに、法秩序上、特別な方法で保護すべき、特に高ランクの保護法益と理解されている。ドイツ憲法において生命に関する基本権は、基本法2条2項で保護されている。連邦憲法裁判所の判例によると、この条文は、国民の国家に対する防御権のみならず、国家に対して第三者からの国民の生命の保護を理由付けるものでもある⁴⁾。したがって、生命に対する権利は、仮に我々が死亡した場合には味わうことのできなくなる、他の全ての基本権の基礎をなすものであるといえ、ある程度の特別な法的地位を有するものであるといえる。生命に対する侵害は、不可逆的なもので、回復できないものである。したがって、人権保障によって、国家が、さまざまな生命に種類と「価値」を設けて区別することは禁止されている。ピンディングとホッヘによって提唱され⁵⁾、ナチスのコンセプトとして濫用された「生存の価値のない生命」は、基本権の価値基準 Wertordnung には存在しないのである。老齢の不治の病におかされた人間であっても生命に対する全権利を享受することができるし、殺人の実行行為後の被害者も死亡するまでの間は、たとえ寿命が数分縮まっただけであったとしても、死にゆく生存者である。

例えば、刑法34条の緊急避難におけるような「生命対生命」の衡量も圧倒的支配的見解（多数説 ganz h.M.）によると否定される。テロリストによってハイジャックされた飛行機というような緊迫した状態においても、立法者は、連邦憲法裁判所の見解に基づき、航空安全法14条3項への導入が検討されていたような、より多くの者の生命を守る

3) LG Hamburg, Urt. vom 8.11.2017 - 619 KLS 7/16, NStZ 2018, 281 Hoven の注釈付きは NStZ 2018, 284.

4) BVerfGE 39, 1 (I. Abtreibungsurteil) のみ参照。

5) Binding/Hoche, Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens, 1920.

ために、この飛行機を撃ち落として罪のない乗客の死を選択することを回避した⁶⁾。このような罪のない生命の犠牲は、基本法1条1項の人権保障に基づいても、「合法」とみなされないのである。この場合に、超法規的な免責の緊急避難 *entschuldigender Notstand* が検討されるのかについては、裁判所は、意図的に言及することを避けた。以上のような短い要約だけを見ても、生命と人権が憲法上いかに強く結びついているのかが分かるし、ドイツにおいては、ナチス時代の経験という暗い過去があることも手伝って、「絶対的な生命の保護」という言葉が何を意味するのかが分かる。

生命に対する絶対的な保護は、基本法102条における死刑の廃止の規定からも分かる。最悪の殺人鬼に対しても生命の保護は保障されるのである。死刑に対する賛成派が若干増えたにもかかわらず、依然として国民の多数が死刑を再導入することに反対し、再導入が憲法上可能なのかという問題を全く抜きにしても、政策的な課題にもなっていない。この例において、検討されるのは、刑事制裁を科された行為者の生命の保護である。他方、被害者の立場に立つと、生命という法益がいかに重要な法的地位を与えられているのかが次の2点からわかる。一つは、刑法は、生命の保護においては故意のみならず過失による生命の侵害も処罰することからも分かるように、「断片的なもの」ではなく、**刑罰法規から成る間隙のない網**であるという点である。次に、多くの犯罪において過失で死亡結果が発生した場合にも、かなりの刑罰加重がなされる点である。さらに、刑法211条の謀殺の事例が、ドイツ刑法典における唯一の「点の刑罰」、すなわち、必ず終身刑となり、少なくとも法的な規則に従う限り、刑を減輕する状況を考慮する可能性が全くないとされることもただの偶然ではないであろう⁷⁾。まさにこのことも（ついでにいうと）常に批判の対象となっている。私が第72回ドイツ法律家大会 *Deutscher Juristentag* において主張した絶対的な終身刑を廃止すべきという見解⁸⁾は、多数の支持を得るものであった。それにもかかわらず、立法者が将来的にも現在の規則を保持すると思われるのは、結局、（いささか大げさではあるが）人の命が特別の保護に値するものであるという原則を人々に印象付けるためであろう。

生命の保護の特殊性と絶対性は、刑法216条の囑託殺人罪の可罰性によって、より強調されることになる。つまり、被害者の明確で真摯な要求があるにもかかわらず、囑託

6) BVerfG 115, 118.

7) 周知の通り、BVerfGE 45, 187 の基準とその後発展した、いわゆる法効果モデル *Rechtsfolgenlösung* (BGHSt 30, 105) によって例外を認めることもできる。

8) Kaspar, Gutachten C Zum 72. Deutschem Juristentag, 2018.

殺人は可罰的である。もともと、故殺と比較すると法定刑は明らかに減輕されている。この点、日本の刑法202条が似たような規定となっている。このように可罰的となる理由は、法益保護が義務付けられている刑法典においては、必ず説明されなければならないだろう。なぜ、法益保持者自身が殺害されることを望んでいるにもかかわらず、同意が違法性阻却の効果をもたらさないのであろうか。なぜ、他の場合に適用される「volenti non fit iniuria」つまり、同意者に対して不法は発生しないという原則が通用されないのであろうか。そして、当事者がその保持に全く興味を示していない場合にも、生命という法益の保護の問題として扱われるのだろうか。この点につきさまざまな理由が示されているが、いくつかを挙げると、一般的な「殺人のタブー」を保持する必要がある、または、とりわけ、実際は安直に熟考せずにした真摯ではない見せかけの死への要求の場合を処罰しなければならないことが挙げられる。ここで詳しく述べることはできないが、私は、これらの理由が広い範囲の処罰化の理由となるかは疑わしいと思っている。この点については、本稿の最後に再度短く言及する。いずれにせよ、当規定が、生命という法益にどのような特別な地位を与えているものなのかがわかる。このような「同意の無効化」がドイツ法で規定されているのは、他には、刑法228条においてだけである。刑法228条は、傷害への同意が「公序良俗に反する」とみなされる場合に同意の無効化を規定している。この場合にも、比較的新しい判例によるとなかはずく、傷害が特に危険だった場合、とりわけ生命の危険があったかどうかが決定的となる⁹⁾。「無思慮（軽率性）の保護 Übereilungsschutz」の観点を含む絶対的な生命の保護は、刑法216条から傷害罪の分野である刑法228条まで広がっているのである。

II. 絶対的な生命の保護の相対化

ここで、自己決定権という特殊な観点について述べる前に、ごく簡単に、ドイツ法に対する印象を変えることになる、ドイツ法に規定されている「絶対的な生命の保護」の制限と相対化について述べておく。

国際比較を行った場合に、徹底的に生命に対する権利が制限されるのが、ドイツの正当防衛権である。刑法32条は、圧倒的支配的見解によると、攻撃を効果的に避けるための他により穏やかな手段がなかった場合に、攻撃者の殺害も認めている。盗品を持って逃走した窃盗犯を殺害することも、他の手段で盗品の喪失を回避できない場合には、正

9) BGH NStZ 2004, 621 ; 比較的新しいものとしては、BGHSt 60, 166 (典型的な段階的に拡大する危険 Eskalationsgefahren への拡張を含む)。

当化される。例外的に防衛の「相当性」がないとされるのは、保護法益の均衡性がとりわけ著しく欠ける場合だけである。もっとも、盗品の価値がまったく無意味なものでない限り、発砲することが許されている。幸いドイツではこのような事件はほとんど起きていない。それは、おそらく次の2つの理由による。はじめに、アメリカなどと比較して、ドイツでは私人が武器を手にすることが少ないからである。続いて、より重要なのは、この「大胆な」正当防衛権が国民の法感情と合致しないからである¹⁰⁾。それどころか、物を守るための殺人は、明らかに多数の国民によって認められないことにカテゴリー化されている。私はこのことを、基本法2条2項の観点から正しい結果であると考え、このような分野の正当防衛に対して厳格な限界点を設ける必要があると考える。しかし、この点に関しては、これまであまり賛同を得られていない¹¹⁾。

さらなる制限は、すでに述べた刑法34条によって正当化される緊急避難においてである。これは原則的に生命対生命の衡量を認めるものではない。もっとも、次のような例外が認められる場合がある。すなわち、母親の生命を守るために、出産の過程で子供を殺害しないとけないような場合（いわゆる Perforation）である。子供の保護のために、陣痛の開始以降は、刑法212条以下によって殺人罪からは保護されている。しかしながら、ここでは、未だ出生の過程にある、すなわち、まだ完全に誕生していない生命は、母親の生命よりも価値が低いという考えが受け入れられているのである。

さらに、刑法から少々目を離し、警察あるいは危険回避法に目を向けてみると、完全に予防目的で制定されている警察法には、それが「ある人の身体または生命に対する現在の危険を回避する唯一の手段」である場合には、機動隊に潜在的に人を死亡させる銃器を使用することを認める法規が存在する（例えば、バイエルン州警察防衛法 BayPAG 83条2項2号）。これは、とりわけ人質事件において重要となるであろう、「最後の救助のための発砲」と呼ばれている。

憲法的には、これらの国家による「許容された」殺人は、基本法2条2項が明確に生命に対する基本権において法の留保を規定しているから許容されている！1949年憲法の立法者は、将来的な立法者に重要な理由がある場合には、国家が生命権を侵害することを規定する可能性を残したのである。

10) Kilian, Die Dresdener Notwehrstudie, 2012 および Kaspar NK 2012, 162 ff. の書評のみ参照。

11) 全体は、Kaspar Rechtswissenschaft 2013, 40 参照。

Ⅲ. 自己決定権

これまで出した例はすべて、国家に対して、当事者の意思に反する生命侵害を認めるものであったため、とりわけ問題を多く孕み、理由付けの必要なものであった。反対に、当事者が、もはや生きたくないと思ふ場合はどうであろうか。私は、以下では、自己答責性に欠けるため、法的に別の評価が必要となる、とりわけ精神疾患による自殺願望を除く、成人の自己答責的な決定を扱う。ここで扱うのは、場合によっては、生命の保護とは矛盾する関係に立つ自己決定権についてである。自己決定権も憲法、とりわけ、連邦憲法裁判所が判例において憲法2条1項および1条1項から導いた、一般的な人格権に依拠している¹²⁾。人格権には、自己の死の時期および状況を決定し、場合によっては延命措置を拒否する権利も含まれている¹³⁾。ここからは、私が詳しく扱いたい臨死介助あるいは自殺幫助へと話を移す。

私が先ほど本稿で前提としたように自己決定権を生命の保護の「制限」とみなすことは、自明のことではない。というのは、例えば、国家による生命の保護は、どのみち当事者が保護を全く求めている場合には、自動的に終わる（そして、もしかしたら終わらなければならない）と考えることも可能であろう。もっとも、ドイツでも（日本でも）生命の保護の構想は、広く及び、場合によっては囑託殺人も処罰している。絶対的な生命の保護は、とりわけこのことから明確であるように、パターンリズムの傾向にある。すなわち、当事者の意思に反する国家による保護の規定も内包する。考慮した結果、もはや生きたくないと思つた不治の病におかされた者に対して積極的な臨死介助を行った者は、刑法216条の原則により処罰される。同様に、近年、業による自殺幫助者も処罰されるようになった。もっとも、これまでの例を通して見てみると、ドイツの法体系は、自殺希望者の自己決定権に対して重要な地位を認め、私の見解では、近年、より重要な地位を与えている。

1. 臨死介助

ここで示すべきなのは、一般的な基準によると、第三者が作為または不作為により、重病者の死亡を少なくとも共に惹起したが、患者の自己決定権を意味するとしか考えられない「患者の自主性 Patientenautonomie」に従って行った場合には、不可罰となる臨死介助のさまざまな類型である。

12) 恒常的な判例、比較的新しいものとしては、BVerfG NJW 2017, 53 ff. 参照。

13) さらに、「否定された基本権」についてするどく言及している Hoven NJW 2018, 1524 も参照。

はじめに、日本でも議論された間接的臨死介助という類型がある。間接的臨死介助とは、患者に、場合によっては（少なくとも甘受される）生命の短縮をもたらすこともある苦痛を緩和する薬が与えられる場合である。間接的臨死介助が不可罰になるという結論に関しては、十分に認められており、争われているのは解釈学的な理由付けだけである¹⁴⁾。その多様な理由のうちのいくつかを挙げると、構成要件に該当しないということ、または、責任や故意の阻却、刑法34条による違法性阻却を認めることなどである。このうち最後の違法性阻却説が、BGH に採用されている¹⁵⁾。もっとも、注意すべきなのは、同一人物の有する法益が比較衡量されている点で、ここでは、一方で生存権が、他方で自己決定権が衡量されている。通常、これは刑法34条の事案ではなく、刑法216条の無効が問題となる（推定上の）同意の事案である。結果的に、BGH は、刑法34条という「回り道」を通して、刑法216条の同意の無効化の範囲を制限することを認めている。

この考え方は、BGH がブッツ決定で用いた方針 Linie にも適用されている。本件においては、すでに述べた苦痛の緩和以外にも許容される積極的臨死介助の類型が定義された。本件において、かつて意思表示能力がある状況下で延命措置を拒否した高齢の昏睡状態の重症患者の娘が、母親の世話人に指名された。娘と担当医は、人工栄養を与え続けることは、母親の意思に合致しないため、中止されるべきであると考えた。ところが、介護施設の管理者がこれを実行することを拒否した。そこで、娘は、事前に弁護人に助言を求めた後で、人工栄養を送っていた胃ろうカテーテルの管を切断することで母親の意思を実現した。このことが、直ちに介護スタッフに発見され、母親は生き延び、娘および弁護人は、このような行為を行ったために、故殺未遂で起訴された。娘は、回避不可能な禁止の錯誤によって無罪を言い渡されたが、弁護人（「ブッツ」という名前なので、本件もそのような名前が付いている）は、第一審のフルダ地方裁判所で、故殺未遂で有罪となった。これに対して、注目された BGH の決定は、無罪を言い渡した¹⁶⁾。学説の一部で採られている「消極的臨死介助」として不可罰とするために、娘による作為を不作為とみなすことは、不自然な構成であると否定された。BGH は、一定の条件を充たす場合には、作為または不作為にかかわらず、違法性が阻却される治療の中止とすべきとした。重病とそれに相応する治療背景の他にも、BGH は、とりわけ、中止が患者の実際の発言または、少なくとも推定上の意思に基づくものであるかを重視

14) 詳細は、さらなる文献紹介付きの Berghäuser ZStW 2016, 752.

15) BGHSt 42, 301.

16) BGHSt 55, 191 ff.

した。その際、BGHは、2009年9月1日に民法に導入された患者の事前指示書（リビングウィル）Patientenverfügung（民法1901a条以下）の規定に従うことを明示した。患者の事前指示書によって、特定の将来的な状況下において、どのような治療が望まれるのか、または、拒絶されるのかがさしあたり確定されることとなった。立法者は、民法的な性質の規定であるにもかかわらず、一定の規則に対して刑法においても効力を持たせるという方法で、自己決定権を補強した。結果的に、当決定は、解釈学的には、BGHが、独自の法律をまたぐ違法性阻却事由を設けたのか、（推定上の）同意のある場合に刑法216条の目的論的制限を規定したもののなのかについては、明確になっていないという、いくつかの不明点を残してはいたものの、学説でも広く支持された。いずれにせよ、当決定は、自己の死に関する決定においては、かなりの範囲まで当事者に委ねるのがよいという社会の価値観に合致したものである。アンケートによると、ドイツ人の多数が、少なくとも部分的に積極的臨死介助を不可罰とすることに同意している。

2. 自殺幫助

臨死介助の特別な類型として、必ずしも病気が意味を持たない場合を含むのが、自殺幫助の場合である。ここでも、自己決定権と絶対的な生命の保護の制限という価値が示されるが、ここでは、日独の違いがある点が興味深い。

日本とは違い、ドイツでは、自殺幫助（刑法217条に規定の「業による場合」を除いて）は、不可罰である¹⁷⁾。幫助者は、例えば、遺産欲しさという承認しがたい動機によって実行した場合でも、殺人の間接正犯となりうる錯誤や強要の事例を除いては、「業によって」幫助したのではない限りは、不可罰となる。この点に関する古典的な論拠としては、ドイツでは（未遂に終わった場合にも）自殺には該当する構成要件が存在しないことがある。確かに、「（他の）人ではなく！」人の殺害を規定する刑法212条の文言から直接このことが導き出されるわけではないが、殺人罪の意義と目的によると、自殺は、可罰的な不法には位置付けられないとされる。したがって、自殺者による故意による違法な行為という必要な観点に欠けることから、刑法27条の可罰的な幫助からは外される。

しかし、すでに見たように、ドイツでは囑託殺人が可罰的であるため、当然、多くの場合において、自殺幫助との区別の難しさや矛盾点が生じている。自殺者に幫助者として毒薬を調達することはできるが、注射は自殺者が自分でしなければならず、このよう

17) 自由で真摯に熟考された自殺者の場合には、正当化事由とするという補足付きで、自殺への協力を犯罪構成要件として導入することに関しては、Engländer, FS Schünemann, 2014, 583 ff.

な場合に限って自ら死に至る時機を支配していたことになる¹⁸⁾。このような支配性の基準は、主として区別の解決法として強調されるが、ここでも次のような疑問が残る。すなわち、一緒に車に座り、一酸化中毒死しようとしたが、一方のみが、ガスのペダルを踏んでガスを流し込むというような一緒に計画された自殺の場合は、どうなるのか。はたまた、第三者が注射の準備をしたが、自殺者に解毒剤を用意し、自殺者もそれを注射できる状況にあったがしなかった場合は、どうなるのか。

さらに、とりわけ争われていたのは、自殺補助者が、例えば毒薬を調達するというように、当初は不可罰的な補助を行い得るのに、自殺者が昏睡状態に陥った後は、自殺者の死亡を回避しなければならないのかという点である¹⁹⁾。刑法13条の保障人の事案では、とりわけ配偶者や主治医が、このような場合に不作為による殺人で処罰されるのが問題となった。長年、判例は、まさしくこのことを肯定していたため、かなり多くの学説によって（正当にも）批判されていた。積極的に幫助してもよいとされつつも、その後不作為によって処罰するというようなことがあってもよいのだろうか。そして、このことは、自己答責的に人生を終えようとした者の自己決定権を無視することにならないだろうか。このような切迫した状況下で、自殺者の明確な意思を尊重した場合に、特別予防や一般予防の観点から、処罰する必要性はあるのだろうか。まさにこの点が、冒頭に紹介した2019年7月の決定の争点であった。

B. 自己答責的な自殺後の救助義務についての BGH の新たな判例

I. 出発点：Dr. ヴィッティヒ決定

自殺者の救助の不作為による保障人の可罰性の当否の問題は、BGH が、有名な指導決定 *Leitentscheidung* の「Dr. ヴィッティヒ」において明確な立場を示さなかったために、未解決のままであった²⁰⁾。本件において、高齢女性のホームドクターであったヴィッティヒ医師は、この女性が自宅で睡眠薬を過剰摂取し、死にかけているのを発見した。彼は、彼女が愛する夫の死後、もはや生きてはいたくないと思っていることを知っていた。このような（自己答責的な）死への願望を、彼女は、自宅にたくさんのメ

18) さらに文献紹介付きの *Berghäuser ZStW* 2016, 743 参照。

19) この点については、さらに文献紹介付きの *Berghäuser ZStW* 2016, 746 ff.; *LG Hamburg NStZ* 2018, 282 が明確に引き合いに出した *OLG München NJW* 1987, 2940 (*Hackethal* 事例) も参照。

20) *BGHSt* 32, 367=*NJW* 1984, 2639.

モで残っていた。そのうち1枚は「私は私のペトレ（彼女の夫がペーターのあだ名。本件は、そのためときとして「ペトレ事例」と呼ばれる）のところにいきたい」というものであった。ヴィッティヒ医師は、熟考した末に、彼女の死への願望を尊重し、救助を行わず、死が訪れるまで老齢女性の傍にすることにした。BGHは、当医師を不可罰としたが、その際、解釈学的には、不明確な、基本法4条の医師による「良心に基づく決定 Gewissensentscheidung」が例外的に可罰性を阻却することを理由とした。しかし、当決定の文言は、明らかに、BGHは原則的には保障人の救助義務を想定し、その救助には、自己答責的に自殺した者の明確な意思に反する救助も含まれるとするものであった。その後、私の知る限り、このような考え方に基づいて有罪判決が下されることはなかったが、BGHは長期間この立場を譲らなかった。多くの決定において、判例変更が暗示された後²¹⁾、そして、すでに述べたように、ベルリン地方裁判所もハンブルク地方裁判所も無罪判決を下した後で、今年の7月にBGHの明確な決定が出された。

II. 新しい決定

1. ベルリン地方裁判所

ベルリンの手續では、被告人は、44歳の女性患者に対して、致死薬を調達した。この女性は、若い頃から、生命を脅かすほどではないものの、強い痙攣性の痛みに悩まされていた。何度も自殺に失敗した後、彼女は、すでに12年も治療を受けている彼女の主治医に対して、2013年2月に自殺願望を実現するための協力を求めた。彼女の病氣と苦痛の歴史をよく知り、治療の可能性がないことも知る医師は、この願いを叶えることにした。自殺の願望は、彼が女性患者に致死量の薬を処方し、彼女がこの薬を服薬した後、2日間の死へのプロセスに付き添い、救助措置は取らなかったという形で実現され、全体的に上述のヴィッティヒ、別名「ペトレ」事例と同じような内容であったため、学説では、「ペトレ2.0」と描写された²²⁾。

地方裁判所²³⁾は、被告人を無罪とした。薬の調達は、不可罰の（自己答責的な）自殺の補助とされた。自己答責的な自己決定権の実行の場合には、救助義務も否定された。

21) この点については、BGH NStZ 2012, 319; BGH NStZ 2014, 709; BGH NJW 2016, 176 を参照するように指示した LG Hamburg, NStZ 2018, 282 を参照; さらなる文献紹介は、Berghäuser ZStW 2016, 748; Hoven NStZ 2018, 284.

22) Kraatz NStZ-RR 2019, 70.

23) LG Berlin, Urt. vom 8.3.2018 - (502 KLs) 234 Js 339/13 (1/17), NStZ-RR 2018, 246.

当地方裁判所は、明示的にヴィッティヒ決定の基本原則を否定し、学説の批判を引き継いだ。その際、とりわけ、「個人の自己決定権の適用範囲と徹底についての社会的観念の変化」を示した。この変化は、患者の事前指示書（民法1901a条以下）についての規則や自殺目的で麻酔薬を致死量入手することの許可を求めることが、ある特定の状況下では認められるという連邦行政裁判所の決定で印象付けられたものであった²⁴⁾。この限りで「社会における価値観の変化」が見受けられる²⁵⁾。刑事部は、生命の尊重は認識しているものの、基本権による生命の保護が生きる義務を負わせるものではないことを強調した。自己答責的な自殺は、結局は、当事者自身の事件であり、他の人の関心事ではない。地方裁判所は、このことを、自殺は、自殺者の「法域」だけに該当するもので、刑法上の不法にとって必要な「社会的側面」を有するものではないと表現した²⁶⁾。具体的に不作為の可罰性の観点について刑事部は、以下のように簡潔にまとめた。「保障人の義務は、保護に値する人（……）を外部や第三者による危険から守るものであるが、自己答責的な決定の結果についてパターンリクティックに守るものではない」²⁷⁾。その際、自殺者が高齢であろうが若年であろうが、その自殺願望に納得がいこうがいくまいが関係なく、重要なのは、その決定の自己答責性だけであるとされた。

2. ハンブルク地方裁判所

ハンブルクの事例では、生命を脅かすほどではないものの、人生の質を著しく侵害するような病気に苦しむ81歳と85歳の友達同士の女性の事例である。両者は、上記の理由から死にたいと考え、2012年に自殺幫助協会に接触した。この協会は、両者が神経学および精神医学の専門医の鑑定書を提出するという条件の下、自殺の幫助を約束した。鑑定書によって、自己答責的な決定の基礎となる弁識能力および決定能力が医師によって証明されなければならなかった。この鑑定書は、のちに被告人となる医師によって作成された。両者は、死ぬ前に行為能力が喪失した後もあらゆる救助措置を拒否するという内容が記された患者の事前指示書に署名した。被告人は、両者が、致死量の薬を飲む際に、傍におり、彼女たちの明確な意思に基づき、意識を喪失した後も救助を試みなかった。

ハンブルク地方裁判所²⁸⁾は、被告人に無罪判決を言い渡し、自殺願望の自己答責性

24) BVerwG NJW 2017, 2215 への指摘付きの LG Berlin NStZ-RR 2018, 247.

25) LG Berlin NStZ-RR 2018, 247.

26) LG Berlin NStZ-RR 2018, 247.

27) LG Berlin NStZ-RR 2018, 247.

28) LG Hamburg, Urt. vom 8.11.2017 - 619 KLS 7/16, NStZ 2018, 281.

を理由に被告人の救助義務を否定した（もっとも、そもそも鑑定書の作成人である被告人が二人の女性の保障人といえるのかについては、言及しなかった）。自殺者たちは、各々単独で事件に対する支配力を有していた。事件の過程において、自己答責的な自殺願望が変化したというような事実でも本件では見受けられなかった。当地方裁判所は、決定を理由付けるために、BGH がブッツ事件においてすでに確認したように、立法者が民法1901a条以下で印象付け、「間接的に刑法にも影響」²⁹⁾を及ぼした、自己決定権の尊重 hoher Stellenwert を示した。この決定を通して認識されたのは、患者の意思に相応する場合には、自殺補助が、医学的措置の積極的な制限や中止によっても行われる可能性があるということである。さらに、保障人のその後の救助義務が認められるとしても、そのことによって自己決定権がなくなる ausgehebelt ことにはならないとされた。さもなくば、事件が「評価的に矛盾する形で不可罰な部分と可罰的な部分に分割されることになるからである」³⁰⁾。本件では、刑法323c条による救助の不作为による処罰も否定された。自己答責的な自殺の事例を本規定の「事故事例」として認定できるかが疑わしいとされたのである³¹⁾。いずれにせよ、このような状況下では、救助は「必要」ではなく、「期待もできない」とされた。

3. BGH の決定 Revisionsentscheidung

BGH の第5刑事部は、上告審³²⁾において、2地方裁判所における無罪判決を支持した。両事例においては、精神の障害によるものではない自己答責的な自殺願望があった。両事例とも意識の喪失後も救助義務が発生することはないが、両者は次の点が異なる。ハンブルク事例においては、鑑定医である医師は、両女性の治療を引き受けておらず、このことから救助が義務付けられる刑法13条の意義での保障人ではなかった。自殺を喚起する一要因となった鑑定書の作成も救助義務を発生させるものではない。ベルリン事例の被告人は、主治医として患者を保護するという一般的な保障人の地位は有していた。本件の患者が自己決定権を実行したことによって、この地位から導かれる保障人の義務の限界点が明らかとなった。この論拠によって、矛盾することなく、刑法216条、13条による不作为による囑託殺人の可罰性のみならず、刑法323c条の不救助の可罰性も否定

29) LG Hamburg NStZ 2018, 292 f.; かなり類似している LG Berlin NStZ-RR 2018, 247 f.

30) BGH NStZ 2018, 283.

31) LG Berlin NStZ-RR 2018, 248 はこのことを明確に否定した。

32) BGH, Urt. vom 3.7.2019 - 5 StR 132/18 und 5 StR 393/18.

された。さらに BGH は、この点につき私は後に再び言及する予定であるが、2017年に新たに導入された刑法217条の業としての自殺幫助については、問題となった事例が2012年および2013年のもので、新たな規定が施行される前のものなので検討する必要がなかったと述べた。したがって、基本法103条2項の遡及処罰の禁止により当規定の適用はできないという。両医師が、自らの行為によって医師による自殺幫助が認められないことが明記されている医師の職業法 *Berufsrecht* に反したかもしれないことについては、刑法上の価値判断には影響しないとされた。

Ⅲ. 討 論

慎重に理由付けされた両地方裁判所および（現時点では概要のみが公開されている）BGH の決定は、結論的に、また、大部分において理由付けも賛成できるものである。

学問的・解釈学的な視点から残念と思われるのは、ハンブルク地方裁判所が（当裁判所の観点からは当然正当な方法で）何点かの決定に重要ではない点を解明しなかったことである。そこには、最終的には否定されてしかるべき、ハンブルク事例の被告人が保障人的地位を有するののかという点も含まれる。さらに、何が理由で刑法323c条による不救助による処罰が否定されるのか、医師の職業倫理法 *Standesrecht* が場合によっては可罰的となりうる医師の救助義務違反の問題にどのように影響するのかについても解明されなかった³³⁾。当該医師を管轄する医師会が自殺幫助を絶対的には禁止せずに、ただの「義務規定 *Soll-Vorschrift*」としたという事実は、正しいことに、刑法13条の意義での保障人の義務の問題を解消するのに何らの影響ももたらさないであろう。さもなければ、可罰性が、連邦全土で17ある州の医師会のうち、どの医師会の管轄になるかということと、その医師会がどのような規則を有しているのかという偶然に依拠することになるからである³⁴⁾。この限りで、BGH が明確に、上述の問題に医師の職業倫理法を本件で法的に関連付けることを否定したことは、評価できる。

他に説得的でないのは、医師や親族のような保障人が不救助を理由に処罰されるのに対して、第三者は、自殺者が死ぬまで処罰されることなく見守れるのは矛盾するというハンブルク地方裁判所の説明である³⁵⁾。なぜならば、一つには、この場合、保障人の

33) LG Hamburg (NStZ 2018, 282) は、これらの関連性を疑ったが、この問題について言及しなかった。

34) Hoven による的を得た批判 NStZ 2018, 284.

35) LG Hamburg NStZ 2018, 283 はこのように述べている。

みならず、全ての人に当てはまる刑法323c条による不救助の処罰については言及していない *unterschlagen* からである。もうひとつは、救助義務を課せられた保障人が救助しなかった場合に刑法13条の不真正不作為犯によって処罰されるが、第三者は処罰されないことは、特別なことではなく、単なる法的体系の内容 *Inhalt der gesetzlichen Systematik* 上のことといえるためである。したがって、上記の説明は、保障人の地位を認めることに反対する論拠とはならない。

しかしながら、これらはすべて些細な問題で、拡大鏡で探さないといけないような批判点である。というのは、その他の点において、両地方裁判所およびBGHの論拠は、完全に説得的であるからである。新しい判例の方針 *Linie* によって、かつての法的状況のように、積極的に幫助をしてもよい一方で、後には救助が義務付けられるというような奇妙な矛盾は解消された³⁶⁾。このような矛盾は、救助ができないような事例を無理強いするものであった。

また、これまでに解消されてこなかった矛盾も、新しい判例で解消された³⁷⁾。というのは、各人が医師による侵襲を自己答責的に拒否する権利を有していること自体は知られているからである。したがって、医師が意図的に（善意で）患者の意思に反して侵襲した場合には、彼は、本来ならば、傷害で処罰されることになる！例えば、BGHは、このことをブツ事件においてかなり明確に印象付けた。つまり、介護施設で行われる胃ろうを使った人工的な栄養補給の維持も違法かつ潜在的には可罰的な傷害となる。このような事情のため、医師は、自己答責的な自殺の自殺者の意識が喪失した場合にこれまで法的なジレンマにさいなまれていた。すなわち、彼が、意思に反して患者を救助した場合には、多くの事例でそうであるように、彼の行為は（例えば、人工的な呼吸や栄養補給によって）身体の不可侵性を侵害することになり、彼は（少なくとも定義的には）傷害罪で処罰されるのである。他方で、彼が救助せず、患者を死亡させた場合には、不作為による殺人によって明らかに深刻な刑に科せられることになった。したがって、疑わしき場合には、生命の保護のため、すなわち、いわゆる *in dubio pro vita* として行為することは何の不思議でもない！このような法的問題は、正しくも救助義務を請け

36) LG Hamburg NStZ 2018, 283 も Wessels/Hettinger, 23. Aufl., § 1 Rn. 44 を示してこのように述べている。批判に関しては、例えば、Hoven NStZ 2018, 284 は、「全く説得的でない」としている。Rosenau medstra 2017, 54 は、「伝統的な、全ての専門家から長年棚上げされている *ad acta gelegte*」判例としていることを参照。

37) 以下の部分については、Hoven NStZ 2018, 284 も参照。

負わない場合には生じない。今後は、むしろ、医師による侵襲が行われる場合には、自己決定権に注意を払わなければならないであろう！

C. 未解決の問題点と結論

BGH の決定によって実現された自己決定権の強化は、同時に緊急の課題であった、当事者である医師たちに法的安定性をもたらしたために、評価できる³⁸⁾。もっとも、この法的安定性という利益は、将来的にこのような類型の重要な事案には影響を与えることができないかもしれないため、再度相対化されなければならない。というのは、刑法217条の業としての自殺幫助は、先の事例では遡及処罰の禁止の原則によって役に立たなかった。しかしながら、業としての自殺幫助は、将来的には類似事例において考慮されることになると思われるからである。もしそうなれば、新たな難しい法的問題が発生することになるであろう。

第一に、主治医が積極的な幫助行為自体によって刑法217条に違反したかを確認する必要が生じる。このような違反が想定されることは、当規定が、初めての自殺幫助でさえも「業として」³⁹⁾に該当する可能性を示していることから、医師の職業的な活動の中で行われ、繰り返しが想定される限り、突拍子もないことではない。立法者は、収益目的のような利己的な動機による自殺幫助のみを是が非でも処罰することを明確に断念した⁴⁰⁾。したがって、無償の自殺幫助も業として行われるものとなりうる。このことは、ベルリン事例で起こったような自殺希望者が主治医を信用してお願いするということがほとんどなくなるという問題に行きつく。というのは、多くの医師たちは、将来的に処罰を恐れてすべての幫助を拒否すると考えられるからである。この点こそが批判すべき点の一つで、当規定の違憲判断が行われることにつながった。目下、口頭弁論はすでに行われ、連邦憲法裁判所の決定を待つ状態である。私の予想では、裁判所は、規定全体を違憲とすることははないと思われる。というのは、実体刑法の分野で違憲判決が出ることは、ほとんどないからである。しかしながら、少なくとも、医師の職業の自由（基本法12条1項）の保護のために、刑法217条の可罰性を一定の条件の下で阻却するという

38) Kraatz NStZ-RR 2019, 70.

39) 業としてというメルクマールをほとんど当規定の適用範囲がなくなる程度に狭く解釈するという Taupiz (medstra 2016, 323) による試みは、正しくも Berghäuser GA 2017, 383 ff. に批判された。

40) 「業として」というメルクマールについての詳細は、Berghäuser ZStW 2016, 763 ff.

ような、この分野独自の合憲的解釈は行われ得るだろう。

しかしこれは、将来的な可能性であり、現時点で医師が信用してもよいものではない。それどころか、刑法217条の導入は（ここで紹介したBGHの最新の決定があったとしても）、自殺補助者にとって、将来的に保障人として自殺の「成果」を回避するという追加の義務を負うかもしれないことについて考える最悪の契機となってしまうかもしれない。仮にそうなるのならば、刑法217条は、いわば二重の処罰を根拠付けるものになるだろう⁴¹⁾。一つには、刑法217条を正犯として行ったことと、さらには、刑法216、13条の不作为による囑託殺人に対する処罰である。立法者が、このことを望んだのかはさておき、保障人の地位を義務違反となる（この場合、さらに可罰的な）前の行為、すなわち、いわゆる先行行為の存在から導くことは、突拍子もないことではないだろう。この事例は、（可罰的な方法で）ドラッグを提供し、ドラッグを吸引した後に意識を喪失したドラッグ依存者の死を回避しないドラッグの売人の事例と比較できるであろう⁴²⁾。

しかし、これが正しい結果なのだろうか。今述べた例のドラッグ依存者とは異なり、自殺希望者は、少なくとも死にたがっている。すでに両地方裁判所が正しく解消したものの、仮に、自己答責的な自殺の場合にもその後の救助を求めるのであれば、自殺者の自己決定権を無視することにならないだろうか。両裁判所は、保障人の義務が自己決定という境界で終了するというを好ましい明確性をもって示したのではなかったのだろうか。この答えは、刑法217条が、まさに自己決定の制限を含むものであるために、そして、まさに自己答責的な自殺は、「業として」手伝ってはならないし、手伝われてもならないとされるために不明なままとなっている⁴³⁾。とはいうものの、仮に当規定が少なくとも具体的な自殺者の生命の保護にも間接的に役立つものであるとするのであれば⁴⁴⁾、この刑法217条の価値観をもって彼の意思を無視し、再び自己決定権を考慮することなく救助義務を認めることも、さほど見当違いのこととはならないであろう。

しかしながら、はたして刑法217条は、個人の生命を保護するためのものなのだろうか

41) Hoven NStZ 2018, 284 は、このように述べている。

42) 本稿で詳しく立ち入ることはしないものの、別の問題としては、医師による積極的な補助行為がない場合にも刑法217、13条の不作为による業としての自殺補助となるのかということが挙げられる。この点については、Berghäuser ZStW 2016, 762.

43) Berghäuser の刑法217条は、まさに自己決定権の保護に役立つとする立法理由に対する正しい批判は、ZStW 2016, 759 および 777.

44) この点については、Berghäuser ZStW 2016, 758 f. 参照。

か。私の見解によると、刑法216条の場合のように、本来自己答責的に人生を終えようとする個人の保護を（立法理由を見ても）重視するものでないのであれば、刑法217条は一体何を重視するものなのかを、問題に、あるいは相対化しなければならない。ここで問題となるのは、自殺が「普通のこと」になるという（抽象的な）危険で、例えば、親族の負担になりたくない高齢者のように、将来的に特定の状況で自殺しようとする気持ちに追い込まれる人が出てくることである。そして、一般的に問題となるのは、外観上は自己答責に見える「ひそかに自由意思に基づかない」自殺が存在するという危険性である。そして、これこそが、以下の理由により、問題であると考え。人が自由意思に基づかない自殺願望を持つような事案では、強制した者も、強要した者も、間接正犯として処罰しなければならないであろう。仮にこのような自由意思に基づかない死への願望を叶えることに対する処罰を想定するのであれば、そのことを相応の法律、すなわち、ここでは刑法217条に規定すべきである。私の見解では、明確性の原則や比例原則をもってしても、本来の保護すべき法益が含まれる、数少ない事例を捕捉するために、それ自体は全く処罰に値しないような多くの状況も含むように、規定を広く定めることは許されないであろう。この場合、一律の可罰性とは別に、通常、個々の事例において、自殺願望が自由意思によるものであるということを確実に確認し、記録するために厳格な手続的準備を課すというような比較的軽い手段も考える⁴⁵⁾。以上の理由から刑法216、217条の適法性について、依然として適法ではあるが、必要ではなくなった生命の保護という利益について、よく考え、修正に備えなければならない。BGHの本決定によってもたらされた、ドイツ法における一般的な傾向として導入された自己決定権の強化が、上述のようにかなり争いのある刑法217条のような規定⁴⁶⁾によって、再び後退化するのであれば、残念である。カールスルーエの憲法裁判所が、このような批判に目を向け、明確性をもたらしてくれることが望まれる。

45) この点について、オランダ法の参照を指示する Berghäuser ZStW 2016, 779 f. 参照。

46) Berghäuser ZStW 2016, 757 は、この限りで「立法者による誤った後退化」であるとしている。