

作為による殺人行為にもかかわらず、 自殺に対する不可罰の介助？

— 刑法典216条と自己決定による死に関する基本権との矛盾について —

Liane Wörner (著)、Alexandra Windsberger (著)

玄 守道* (翻訳)

◆訳者はしがき

本稿は、コンスタンツ大学のProf. Dr. Liane Wörner、LL. M. (UW-Madison) 及び執筆当時ザールント大学所属で、現在、Prof. Dr. Liane Wörnerの下でwissenschaftliche MitarbeiterinであるDr. Alexandra Windsbergerの共著による Strafbare Suizidassistenz trotz aktiver Tötungshandlung? - Über Widersprüche zwischen § 216 StGB und dem Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben, in: Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL) 32 (2023), S. 43-55. の全訳である。

本稿では、いわゆるインスリン決定 (BGH, Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = BGH NJW 2022, 3021、なお、本決定の紹介および簡潔な解説については、神馬幸一「直接的死因と認定された殺害行為が不可罰的自殺幫助として規範的に評価された事例」判例時報2550号110-111頁がある) を素材に、ドイツ刑法典216条の要求による殺人罪と不可罰の自殺幫助の区別基準及び刑法典216条の憲法適合性、さらには夫婦間の保障人義務に関して検討が加えられている。すなわち、可罰的な要求による殺人と

* ひょんすど 龍谷大学法学部教授

不可罰の自殺幇助との区別基準については、従来、行為支配の有無、より具体的には「事実上の支配」及び「自手性」によって区別されてきたところ、インスリン決定においてはむしろ「全体計画」が重視されているとして、この点につき検討が加えられている。次いで、刑法典216条の憲法適合性については、連邦憲法裁判所が刑法典旧217条につき違憲であるとの判断を示し、その際、死の自己決定権が基本法上の権利として認められたこととの関係について検討が加えられ、最後に、このこととも関連して、刑法典216条の枠内で死の自己決定権を認めることと夫婦間の保障人義務との関係について検討がなされている。

本稿は、これらの3つの問題に関するドイツの議論状況を知ることができる点で有益なだけでなく、3つの問題のうち、第1の問題は行為支配という基準それ自体について、第2, 3の問題はいわゆる安楽死や日本刑法202条の自殺関与罪について、それぞれ再検討の契機を与えるものであり、日本刑法学においても参考に値するものと思われる。それゆえ、本稿を紹介することにした。

最後に、本稿の訳出を快諾いただいたProf. Dr. Liane Wörner及びDr. Alexandra Windsbergerに記して感謝申し上げる。

◆本文

I. 導入

多くの注目を浴びたいわゆるインスリン決定¹において、BGHは、夫の望みに従って、死亡結果の原因となった6回のインスリン注射を行った被告人に無罪を言い渡した。原審である地方裁判所は、被告人に刑法典216条の要求による殺人ゆえに一年の自由刑の有罪判決を言い渡した。なぜな

1 BGH, Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = BGH NJW 2022, 3021 m. Anm. *Grünwald*

ら、彼女は彼女の夫をインスリン注射によって「作為による (aktiv)」臨死介助を行ったからである。BGHは被告人の無罪を、行為支配論を新しく記述することで根拠づけた。これによれば、誰が自殺という事象を正犯として「支配」するのかという規範的問題にとって、「全体計画」が重要とされる。本決定は、「Putz」²で始まり、そして「死の看取り (Sterbebegleitung)」の刑法上の評価に対するその全体像において、パラダイム転換の到来を強める一連の最高裁判例に適合するものである。というのも、とりわけ、連邦憲法裁判所が最近、自己決定による死に関する基本権を明白にしたからでもある³。

作為による殺人行為にもかかわらず、不可罰の自殺幫助とすることへの法的な説明と刑法典216条の憲法適合性に関して述べられた疑念の両方が、自殺者の意識喪失後の夫婦の保障人義務が再生しないための基礎づけも同様に、この判例の基礎的な位置づけに対する手がかりを与える。というのも、本判例はこれまでの不可罰の臨死介助に関するトポスと一線を画し、現時点で、自殺の援助というテーマが実際に3つの政府草案と超党派による議員団の法律案提出要請動議によって取り扱われている最中であるからである⁴。ますますの変則化 (Anomalie) と適合への努力によって裏打ちされるこのようなダイナミックな生命保護刑法において、インスリン決定は、おそらく最終的にその中心領域からの刑法の撤退を定着させる裁判例であることを啓示するものである。

2 BGH, Urteil vom 25. 6. 2010 - 2 SrR 454/09 = BGHSt 55, 191 = NJW 2010, 2963.

3 BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 - 2 BvR 2347/15 BVerfGE 153, 182 = NJW 2020, 905.

4 <https://dserver.bundestag.de/btb/20/009/2000904.pdf>; <https://dserver.bundestag.de/btb/20/022/2002293.pdf>, (Grüne); <https://dserver.bundestag.de/btb/20/023/2002332.pdf>, (FDP-Fraktion); <https://dserver.bundestag.de/btb/20/011/2001121.pdf>, (Fraktionsübergreifender Gruppenantrag) (2. 2. 2023).

II. 本判例の対象と構造

被告人と後の自殺者（被告人の夫）は1970年に結婚した。1990年代以降、彼は複合的な、しかしいまだ生命の危機にまでは至っていない病気に侵されていた。加えて、慢性的な痛み及び下肢静止不能症候群（Restless legs syndrome）と中程度の鬱病及び変形性関節症（Arthrose）を発症していた。2016年以降、彼はそれゆえ自宅で被告人によって看病されていた。2019年初めから、彼は寝たきりとなり、何度も死の願望を表明した。苦痛の増大と健康状態が悪化した後の春に、彼は臨死介助団体を利用しようとの考えを抱いたが、しかし、その時点で妥当していた刑法典217条による禁止によって、その点につき阻まれているとみなした。2019年8月以降、彼は耐え難い激しい苦痛を被った。さらなる苦痛の襲来後に彼は、妻に「今日、実行しよう」と言った。被告人にとって、彼がそう言うことでその日、自己の生命を終わらせようと考えていたことは明らかだった。彼は彼女と結婚生活の期間について語り、彼は彼女に一人残すのは本意でないが、しかしそれでも今日逝かなければならないといった。

被告人は遅くともこの時点までに夫の死の願望が真摯に考えられたものであったことを意識していた。23時ごろ、彼は被告人に、家にあるすべての錠剤と薬を使って、包装から取り出すよう求めた。というのも、変形性関節症ゆえ彼にそれは困難だったかである。彼はなお震える手でメモ帳に、重大な苦痛を思い、これ以上生きるつもりはない、医者に介在させることを妻に禁じた、そして望むらくは、錠剤の残りが苦痛を解放してくれれば、と書いた。被告人はすべての錠剤を持ってきて、これらを包装から取り出し、彼に手渡した。50ml分のプロメタジン（Prothazin）入りのほぼ満杯の瓶の中身をコップに注ぎ、彼に渡した。彼は錠剤を自ら受け取り、その錠剤をコップの中身とともに飲み込み、被告人にまだあるすべてのインスリン注射器を持ってくるよう求めた。被告人は、各100単位分の6個の即

作為による殺人行為にもかかわらず、自殺に対する不可罰の介助？

効性のあるインスリン注射器を持ってきて、それらを彼の腹壁に注射した。彼女はその後、インスリン投与が死亡させるものであることをわかっていた。彼女が彼に注射した後、彼はもう一度、本当にこれらが残りの全部の注射器だったのか、「ゾンビとして戻ってくることはない」のかと問うた。その後、彼は再び頭に手をやり、眠りについた。被告人は再三再四、彼がまだ息をしているのかを確認し、最終的に3時30分頃に死を確認した。彼女は夫との約束通り医者には知らせなかった。彼は、インスリンゆえの低血糖症で死亡した。最初の錠剤の服用による作用物質は同様に死を引き起こすのに適していたが、しかしより遅い時点で初めて作用するものであった。これは実際にインスリン投与より遅かった。

BGHはその決定においてまず、刑法典216条の文脈において、不可罰の自殺の看取りと、可罰的な、要求による作為による殺人との区別に関して明らかにし、これに続いて、その結果として、いわゆるGashahn事件及びGiesela事件との相違を除外している（直後のⅢ）。主に刑法典217条に関する憲法裁判所の判決に依拠するところの、刑法典216条それ自体の憲法適合性に対する一般的性質についての疑念なしには（続くⅣにおいて）、BGHは最終的に救助の試みの不実行ゆえの不作為の可罰性を否定することはできない（Ⅴ）。

Ⅲ. 要求による殺人あるいは不可罰の自殺の看取り？

当刑事部の見解は、自殺者は被告人自らの手による作為の注射によって死に至ったのであり、自殺者が（被告人の助けを得つつも）自身に提供された薬によって死に至ったのではないにもかかわらず、被告人の態度は作為による殺人ではなく、不可罰の自殺に対する幫助であるというものである。このことをBGHは要求による殺人と不可罰の自殺に対する幫助との区別に関して通常引き合いに出される行為支配の基準で主として基礎づけ

た。もっとも、それは、より子細に見ることを必要とする行為支配の新種の解釈においてである。前提となるのは、さしあたり、正犯とは、「生命を終了させる行動を自らの手で実行する」ために、「死に至る事象を実際に支配する者」であり、しかも、「彼が他者の自殺意思に」従属する「場合であっても」、である。

これに含まれる刑法典216条の再定式化は、何十年前前から、法⁵ また倫理⁶ においても一般的に合意されている。それによれば、許される（受動的な）臨死介助と許されない（積極的な）臨死介助との間の区別は、第一段階では純粹な因果性基準に依拠して行われる。決定的なのは、常に、積極的に死に対する十分条件を創出する者であった。薬入りのカクテルやロープの単なる提供は許される不可罰の自殺の援助にとどまるのに対して、死に至る注射の設定は、許されない臨死介助あるいは他殺である。以上によれば、ここで判断しなければならない事態に照らせば、事象の前半部分—包装から取り出された錠剤の自己服用—だけでは受動的な活動に尽きているということが明らかになる。しかも先の自己服用は直接的に死の原因となるものではなかった。むしろ、被告人によって作為によって行われた、六回のインスリン注射の投与という後の事象が、それ単独で死の原因だった。これまでの支配的な基準によれば、本件は、積極的な臨死介助の明白な事案である。

BGHは、違いを示すことなく、それでも—そしてその限りでセンセーションを巻き起こしている—刑法典216条ゆえの可罰性をその核心において次のように基礎づけることで否定した。すなわち「自殺者が、自身の死を認めつつ受け入れるため、全体計画によれば、他者の掌中に自らを委ねる場合、後者（援助者：著者注）が行為支配を有している。これに対して、

5 M. w. N. MüKo-StGB/Schneider, 4. Aufl., StGB § 216 Rn. 40 ff.

6 倫理的な議論について、Birnbacher, Tun und Unterlassen, 1995, S. 337 ff.; Hoerster, Sterbehilfe in säkularen Staat, 3. Aufl. 2021, S. 42.参照。

自殺願望者（Sterbewillige）が最後の最後まで自己の運命に関する自由な決定を維持する場合、彼が他者の手助けを伴う場合であっても、自ら亡くなったのである。このことは原因の連鎖が彼自身によってだけでなく、他の者によって生じた場合であっても当てはまる。他者による犯行への寄与が行われた後に、自殺願望者に、その影響を取り除きあるいは終了させる完全な自由がなお残されている限り、自殺に対する幫助が存在するに過ぎない」⁷。BGHは可罰的な、要求による殺人との区別について、その区別が積極的な振る舞いか消極的な振る舞いかの自然主義的な区別基準に応じてではなく、規範的な考察に基づいてのみ行うことができると指摘することに関して、BGHはこれまでの判例との架橋に成功している⁸。治療中止に対する裁判例で明らかにされた患者の自律性への転換点をBGHが次のように説明する場合、さらなる具体化を行っているのは明白である。すなわち、「この（作為による殺人の：著者注）態度の個別評価は死の惹起へと向けられた全体計画を十分考慮に入れていない。評価的考察において、錠剤の服用とインスリンの注射は、全体計画によれば、その実行に関してRS（夫のこと：著者注）が彼単独で決定した、統一的な生命を終了させる行動を形成したのである。全体計画によれば、インスリンが死を引き起こした一方、薬はその死の作用をより後の時点で初めて具現化されたであろうことは単に偶然によるものであった。この点に鑑みて、LGの想定、すなわちRSは被告人の掌中にあり、彼女が死を認めつつ受け入れたというその想定は、事案の特殊性を適切に把握していない」⁹と説明する場合

7 BGH, Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = NJW 2022, 3021 (3022) Rn. 14.

8 BGH, Urteil vom 25. 6. 2010 - 2 StR 454/09 = BGHSt 55, 191, 202 f. (Fall Putz); BGH, Urteil vom 3. 7. 2019 - 5 StR 393/18 = BGHSt 64, 135 (138) = NJW 2019, 3089.への参照の下で。その他に、BGH, Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = NJW 2022, 3021 (m. Anm. Grünwald) = NStZ 2022, 663 (m. Anm. Hoven/Kudlich) = Jus 2022, 1073 (m. Anm. Hecker) もみよ。

9 BGH, Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = NJW 2022, 3021 (3022) ㄸ

である。

よくよく考えてみれば、BGHはそこで刑法典216条からその作業の基礎を取り去っている。今後、自殺願望者の全体計画だけが決定的になるとすれば、そこでは自殺願望者の主観的な表象が重要な基準となる。純粋な事実的な因果経過及び場合によっては作為による殺人行為はもはや決定的に重要ではないとなろう。被告人によるインスリン投与が死を惹起し、その限りで因果経過が被告人によって支配されていたということは、以上によれば、可罰性にとってもはや決定的ではない。しかしながら、このことと当初、設定された前提、すなわち「事実上の支配」と「自手性」が重要であるとの前提とは矛盾している。現行の区別公式とのこの断絶を見逃すことはできない。譲歩して刑法典216条を救い出すために、(本件のように)自殺願望者が自律と他律が混在して行われた全体事象の枠組みにおいて、部分的に自手による殺人行為が行われる場合であれ、部分的に—自殺願望者が物理的に自ら行為することが不可能な場合—援助者が作為によって介入する場合であれ、如何なる殺人行為が死の原因であるのかは(もはや)重要ではなく、「全体計画」が重要であると定式化しえよう。先の「全体計画」の方式はもっともBGHによって十分に規定されていない。例えば、誰が自殺のやり方をこの全体計画に応じて決定しなければならないとされるのか、自殺願望者自身によって具体的に何が前提とされなければならないのか、誰が死の発生にとって原因となる手段を選択しえたのか、自殺願望者は自己の計画の実施のため(行為支配なしに)人間という道具をどの範囲で利用するのが明確に認識可能でなければならないとされるのかどうか不明確である。死を受け取るために、「他者の掌中」に委ねるという定式化は¹⁰、依然として曖昧なままである。本件でも、最終的にRSが、

↘ Rn. 16.

10 BGH, Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = NJW 2022, 3021 (3022) Rn. 14.

家にあるすべてのインスリン注射の投与によって被告人から死を受け取るために、被告人に身を任せたとすることに耳を貸すこともできるだろう。すなわち決定的なのは、自殺願望者自身が手段を選択したのかどうか、あるいは如何なる意図を援助者が追求したのかどうかである。

加えて、自由答責的に行動する自殺願望者（自殺者）が自殺援助者を用いて常に何らかの点で決定的に自殺援助者に頼らざるをえなかった、いわばその手に自らを委ねなければならない一方で、如何なる場合であっても態度ややり方に関するイニシアティブは彼（自殺者）にのみ帰せられるのである。したがって、BGHがそこで事実的一自然主義的ではなく、規範的に考察し評価するつもりであれば、それについて、（BGHによれば）さらなる徴表、すなわち、（事前の）潜在的に死をもたらす（援助者の）行為の終了後に自殺者が自殺事象をなお回避しえたのであろうかどうか（仮定的な「中止可能性」）が決定的でなければならない。これが肯定されるのであれば、このことは同時に援助者の行為支配に反することを意味する。仮定的な「中止可能性」は、伝統的に自殺刑法の文脈において大きな意味を与えられている、刑法典216条及び13条の枠内における意識喪失後の救助的不作為ゆえの可罰性に目をやるにしても、である¹¹。これは、自殺がむしろ何かを訴えるために行われ、ほとんど常に不自由であるとする経験的な考えと密接に結びついている¹²。自殺願望者は死を望んでいるのではないとされ、休息（Pause）を望んでおり、自由答責的な決定はほとんど存在しないとされる¹³。

11 この点につき、以下V。

12 この古典的な「臨死介助の反対者の論拠」に対して批判的なのは、*Hoerster* (Fn. 6), S. 138.

13 そのように言うのはいわゆるCastellucci-Entwurf, BT-Drs. 20/904, S. 9と特に超党派の法律案提出要請動議においてであり、BT-Brs. 20/1121, S. 2.をみよ。
„Castellucci-Entwurf“ は（冷静にする）実地テストを受けた。Spiegel v. 26. 11. 2022 (Prof. Dr. *Hecker*の説得的な評価も含めて), <https://www.spiegel.de/panorama/sterbehilfe-reform-auf-gar-keinen-fall-wollte-sie-so-enden-a-4dcd6850->

BGHが明示的に依拠するGiesela事件¹⁴において—Gashahn事件¹⁵も同様に—すでに構成要件上の幫助行為終了後の自殺者の態度に大きな意義が与えられているとされる。自殺者の態度が、Giesela事件では援助者の行為支配にとって十分とされ、Gashahn事件ではその否定にとって十分とされた。決定的だったのは、各事件で異なる、BGHによって付与された中止の選択肢だった。Giesela事件では、被告人とその友人は共同の自殺を、被告人が排気管に接続したホースで排気ガスを車内へ流し込ませ、そのためアクセルを彼が意識を失うまでの長い間、踏み続けるというように計画した。Gieselaだけが死亡した。アクセルを踏み続けることによって被告人は最後の最後まで自殺の発生とその阻止の両方を事実上、手中にし、それによって行為支配を有していた。Gieselaは助手席で自殺事象の終了についてどうすることもできないものとされた。Gashahn事件では、被告人と被害者は、一緒にこの世を去るために、ホテルの部屋に移った。この目的のため、被害者は扉の隙間（Türrritze）を塞ぎ、被告人はガス栓をひねって開けた。被害者はガス中毒で死亡した。被告人は助かることができた。BGHは刑法典216条の枠内での行為支配を否定した。なぜなら、被害者は難なく救助措置を取り得たからであり、しかも被告人の積極的な寄与（ガス栓の開放）が終了した後であっても、であった。なぜ救助措置を取ること（ガス栓を閉じること、扉の隙間を開けること、部屋から去ること）がGashahn事件において被害者にとって可能であったのに、Giesela事件ではしかしそうではなかったのか（車から去ること、被告人の足をアクセルから退かすこと）は、BGHの秘事にとどまっている。

BGHが、インスリン投与事件に対して、「被告人が彼にインスリンを注射し、このことでその作為による寄与が終了した後」、彼を死に導く事象

↘ 3279-48b2-9af4-a58071506b21（最終閲覧日は31.01.2023）参照。

14 BGH, Urteil vom 14. 8. 1963 - 2 StR 181/63 = BGHSt 19, 135, 139 f.

15 RG, Urteil vom 27. 8. 1920 - 905/20 II = JW 1921, 579.

を以下のためになおもRSが支配していたと説明する場合¹⁶、脱呪術化は成功していない。すなわち、RSはその後もなお一定の間、意識が残っており、被告人が彼に実際にも残りのすべての注射をあてがったことを確認したとされるためである。Gieselaは一言い換えると一、被告人が実際にも計画通り（ordentlich）アクセルを踏むのかどうかに関してのみ問われなければならなかったであろう。被告人が場合によっては自動車を去ったりあるいはアクセルから足を離したりできたというようなことが付け加わる場合、Gashahn事件との区別はほぼ不可能になる。抗事実的な救助の選択肢の対象は不明確なままである。BGHが明らかにこれまで、そしていずれにせよ引用される裁判例においてそうであるように、自殺願望者が援助者の援助なくその作為による働きかけの終了後になお實際上助かることができたとされるのかどうかに着目しようとするのであれば、このことはまさに本件では否定されなければならないであろう。自殺願望を有するRSは最終的に長い間、ベットに寝たきりであったし、すでに薬を包装から取り出すことに伴う諸問題を有していた、とりわけ彼がすでに自らをこの薬の強力な作用にさらしたのであるからなおさらある。いまやRSがなお意識を保ったまま被告人の行為を確かめたということだけが重要となる場合、このことは多くの事例に当てはまるだけでは許されないであろう。それはとりわけ将来的に同様の証拠調べを必要とする。自殺願望者が、ありうる帰還の意味において事象を支配していたのかどうか、そもそも支配しえたのかどうかあるいはなお甘受しつつ死を予期したに過ぎないのかどうかがいかに区別されるべきなのかは、説明されていなければ、このことは評価的には一義的に確定することもできない。自己救助可能性の抗事実的な考察は、むしろ（そしてBGH自身によって認識されていないとして

16 BGH, Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = BGH NJW 2022, 3021 (3022) Rn. 17 m. Anm. Grünwald.

も、しかし正当にも)、それ自体疑わしいのである¹⁷。というのもそれは最終的に過去に存在する第二の可能世界、すなわちその他の事実と自然法則に目を向けると我々と類似する世界を取り上げるもので、自殺者が所与の事情の下で自身を助けることができたのかどうか、すなわちa(死)ではなく、非a(生)を選択しえたのかどうかを仮定的に問うからである。この抗事実的な認定の真理条件はしかしながら必然的にフィクションにとどまっている。疑わしき場合において、行為支配を排除するのに適している何らかの逆転可能性は、おおよそあらゆる場合に見出されうるのである。このことは意識があることがそれにとって十分である場合、より一層、妥当する。

(BGHとともに) 行為支配基準を適用し、抗事実的な中止問題を付け加えることで根拠づけるつもりの方は、いずれにせよ行為支配基準の相応の充足を通じてその前提に適合させるために、好都合な結論を選び出す危険を免れないのである。方法論上極めて疑わしく¹⁸、結論において恣意的でかつ矛盾に満ちた法実務がその帰結である。その際、(いまやBGHによっても「Putz」¹⁹を前提としつつ考慮されている) ひとつのありうる解決は明らかである、それに代わる、すなわち行為支配基準を、援助された自殺の文脈において、自殺願望者及び自己決定による死に関する基本権を前提にしつつ、連邦憲法裁判所²⁰もまたそうであるように、首尾一貫するよう規定すること、である。その際、刑法典216条にとって十分な領域が残されているのか、そして保障人義務の解釈論が義務の免除を許容するのかどうかだけをなお明らかにするのが適切である。

17 この基準に対して、*Frauzke/Verrel*, JZ 2022, 1116 (1118).もまた批判的である。

18 ほとんどは異ならないのは、*Hoven/Kudlich*, NSStZ 2022, 663 (665), 彼らは裁判例を「大まかだが、しかしその場合最終的に一貫している」とする。

19 BGH, Urteil vom 25. 6. 2010 - 2 StR 454/09 = BGH NJW 2010, 2963.

20 BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 - 2 BvR 2347/15 ua = BVerfG NJW 2020, 905.

IV. 刑法典216条の憲法適合性について

治療中止の適法性にとって患者の自律性が決定的に重要であるところの、Putz以来の今日の確定判例²¹に関連して、本稿で問題とするインスリン決定を下した当刑事部は、一正当にも一、次のことへの「傾向を有している」²²、すなわち、この間に、刑法典旧217条に関する連邦憲法裁判所によって展開された諸原則²³を刑法典216条に転用する傾向である。というのも、刑法典216条は、比肩しうるほどに自己決定による死に関する基本権へと介入するからである²⁴。刑法典216条を（BGHと同様に）これに必要な憲法適合的解釈に服させる場合、いずれにせよ次のような諸事例を当該規範の適用領域から除外しなければならない。すなわち、この世を去るという自殺願望者による自由になされた決断を自ら実行することが、自殺

21 BGH, Urteil vom 25. 6. 2010 - 2 StR 454/09 = BGH NJW 2010, 2963.

22 BGH, Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = NJW 2022, 3021 (3023) Rn. 23.

23 想定されているのは、正当にもBVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 - 2 BvR 234/15 ua = BVerfG NJW 2020, 905.に関する自己決定による死の権利について展開された諸原則である。さらにEGMR, Urteil vom 29. 4. 2002 - 2346/02 = EGMR NJW 2002, 2851; BVerwG, Urteil vom 2. 3. 2017 - 3 C 19/15 = BVerwGE 158, 142 = BVerwG NJW 2017, 2215; BGH Urteil vom 3. 7. 2019 - 5 StR 393/18 = BGHSt 64, 135 (142) = BGH NJW 2019, 3089.参照。

24 BGH, Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = NJW 2022, 3021 (3023) Rn. 23.とともに *Kiezerle*, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 2021, S. 433 ; *Godinho*, GA 2015, 329 (331); *Huber/Ruf*, medstra 2021, 135 (141); *Kunze*, medstra 2022, 88 (91); *Lindner*, NStZ 2020, 505 (507); *Öz*, JR 2021, 428 (429); *Rostalski*, JR 2021, 477 (480); a. A. *Grünwald*, JR 2021, 99 (105); *Höfling*, GesR 2021, 351 (354); *Leipold/Tsambikakis/Zöller/Mitsch*, StGB, 3. Aufl. 2020, § 216 Rn. 1; *LK StGB/ Rissing-van -Saan*, StGB, 12. Aufl. 2019, § 216 Rn. 4; *Matt/Renzikowski/Safferling* StGB, 2. Aufl. 2020, § 216 Rn. 2; *Müko-StGB/Schneider*, § 216 Rn. 60; *Scholz*, medstra 2021, 157 (161) を参照。さらにこの意味において、*Hoven/Kudlich*, NStZ 2022, 663 (665), Rn. 2; *Duttge*, GesR 2022, 642 (642) 参照。

願望者は他の者が「直接的に死に至る行為を実行する」ことに頼らざるを得ないために、自殺願望者にとって実際上ありえないとされるような諸事例である²⁵。このことは同意に値するが、しかし補足を必要とする。

確かに、刑法典旧217条（とこれに関連する裁判例）が、第一に、業としての自殺の援助者、すなわち自殺援助団体と医者とを名宛人とすることは正しい。しかし、連邦憲法裁判所は、刑罰威嚇の名宛人だけが当該規定によって基本権を害されうるのではなく、当該刑罰規範によって名宛人とされていない第三者（例えば自殺者自身）もまた侵害されうる、すなわち第三者が社会的相互作用において決定的に規範の名宛人との協働に頼らざるをえない場合にすでに侵害されうると明示的に断言した²⁶。基本法上考えられ得るコンフリクトに目をやると、すでに、刑法典旧217条は、ほとんど成功していないがしかし多くの議論のある刑法典旧217条2項で、親族を一定の状況において刑罰威嚇から除外することを試みていた。刑法典216条の諸状況へ転用する場合、しばしば先の親族が臨死介助の要請の最初に接触する相手方（Ansprechpartner）であり、物理的にその場にいることが多いため、ここでもまた、親族が刑法上の検討の焦点にあることが示されている。

それでも、連邦議会において、実際に議論された新草案はすべて、刑法典216条に触れるのはとどまるべきであることを強調している²⁷。このこ

25 そのように明示するのは、BGH, Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = NJW 2022, 3021 (3023)Rn. 23. この点について、*Godinho*, GA 2015, 329 (338), *Kunze*, medstra 2022, 88 (92); *Leitmeier*, NStZ, 2020, 508 (512); *Lindner*, NStZ 2020, 505 (507); *Jäger*, JA 2022, 870 (873); Schönke/Schröder/*Eser/Sternberg-Lieben*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 216 Rn. 15 a; a. A. *Matt/Renzikowski/Safferling*, § 212 Rn. 39.

26 BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 - 2 BvR 2347/15 ua = BVerfG NJW 2020, 905. この点について詳細は、*Windsberger*, Suizidbegleitung: Erlaubt oder verboten?, ZERB 2021, 95 ff. - 憲法解釈論上、このことは拡大された介入概念から導かれる。

27 明示しているのは、BT-Drs. 20/904, S. 9; BT-Drs. 20/2293, S. 10. 草案BT-ノ

とは驚くべきである、とりわけ刑法典216条はこれまであらゆる作為による自殺の援助を禁じているのであるからなおさらである。BGHが本稿で述べられた決定で自殺願望者にとってこの世を去るという自由に下された決定を自ら実行することが實際上不可能であり、それゆえ実行された他者の援助を最終的な行動において確認する先の事例のみを刑法典216条から除外することによって、問題は解決されない。というのも、自己決定に基づく死に関する基本権は、実行することで死をもたらす行為が理論的に—そして、腕ずく的手段によるものであっても—独自に実行しうが、しかし（専門職業上の）援助を求めることを望んでいる者にも当てはまるからである。それゆえ、本来、死をもたらす行動がインスリン投与にあるのかどうかは重要ではなく、RSはすべての薬の服用と追加的に自ら設定できなかったインスリン投与によって確実にこの世を去ろうとしていた全体事象の規範的評価が必要となろう。

しかし、その場合、刑法典216条はその実際の把握において、連邦憲法裁判所の裁判例それ自体ともはや両立しえない。逆に、そしてそのことをBGHのインスリン決定が示すように、連邦憲法裁判所とBGHの判例を首尾一貫させる場合、自己決定による死に関する基本権と衝突する際の刑法典216条の適用領域に対して、事実上、如何なる余地も残されていないのである。このことは、自殺願望者が援助をされうることを望み、かつさらに自らはもはや実行できないために、他の者が直接的に死に至る行為へと実行することに頼らざるを得ない場合にも当てはまる。生命の終期に関する自己処分権は、基本法上保証された自己決定権の表れである。

もっとも、そこでは、法秩序がそれゆえ自殺願望者と一致のもとで行われる作為による殺人行為を不可罰と位置付けるべきかどうかについては、まだなにも述べていない。そのような結論は、刑法典216条の削除を必要

↘ Drs. 20/2322において、いずれにせよ、刑法典216条もまた変更されるべきということとは述べられていない。

とするであろう。しかしながら、立法者は、このことを同決定が明確に示すように、包括的かつ部分的だけではなく、刑法典旧217条の範囲において臨死介助の標準的な状況と取り組まなければならないのである²⁸。自己決定による死の権利が（積極的かつ受動的な）第三者の援助を含むとすれば、犯罪構成要件は同時に死の看取り過程におけるあらゆる積極的行為を禁止することはできない。立法者がその限界づけを判例にのみ委ねる場合—行為支配の基準の規定で—、立法者は同時に自殺者の自己決定権に徐々にダメージを与えるのであり、標準状況において当該権利を誤認しているのである。最終的な作為による殺人行動が実際の同意によって担われている場合、処罰は、原理的にパターンリスティックな思想を超えて正当化することはもはやできない。

（自己の死における）そのような同意の妥当性は、伝統的には不可侵テーゼによって疑問視されている²⁹。自己決定による死の権利を承認する刑法典217条に関する連邦憲法裁判所の判決の観点において、このことは新たな評価を必要とする。というのも、不可侵テーゼは、これが上位の脱存在論的な命法に対応するため、同意に基づく殺人を処分権者の明示的な意思に反して制限するからである³⁰。しかしながら、「承諾あれば害なし（volenti non fit injuria）」原則の強力な停止は、生命という法益の絶対的な不処分性の帰結を有するので、法において重要性を具体化する根拠を必要とする。任意の臨死介助の文脈におけるこの同意の厳格な停止はどこから来

28 Hoerster (Fn. 6), S. 37における定義の提案。Gierok, GuP 2022, 190 (194). もまた参照。

29 BeckOK- StGB/*Eschelbach*, 55. Ed., Stand: 01. 11. 2022, § 212 Rn. 26; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/*Neumann/Saliger*, StGB, 5. Aufl. 2017, § 212 Rn. 21; LK- StGB/*Rissing van-Saan*, § 216 Rn. 2, Matt/Renzikowski/*Safferling*, § 212 Rn. 76; MüKo-StGB/*Schneider*, § 212 Rn. 90; Schönke/Schröder/*Eser/Sternberg-Lieben*, § 212 Rn. 6; Spockhoff/*Knauer/Brose*, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 212 Rn. 19.

30 この点について詳細は、Hoerster (Rn. 6), S. 13 ff.

るのか？それは主にキリスト教の表象かつ／あるいはカントの脱存在的な立場に還元される。生命に関して、人間はみずから処分してはならない。カントによれば、そのような同意の無効は自己目的公式の帰結である、なぜなら人間は自殺の過程において自らを道具化しているからとする。「人間が、つらい状況から逃れるために、自らを破壊する場合、彼は生命の終わりまでの、耐えうる状態を得るための単なる手段として人格（自ら自身：著者による注釈）を用いているのである」³¹。「人間はしかし物ではない、すなわち単に手段として用いられうるものではなく、人間は、あらゆる彼の行為においていかなる時でも目的それ自体として自らをみなさなければならないのである」³²。自殺はカントにおいて自ら自身に対する最高度の義務違反である。それによれば、自殺と自殺の幫助は許されない道具化であり、それは自己目的公式に反し、それゆえ（脱存在論的に）否定されなければならないのである。

倫理的にこの立場を正当とみなすことはできるが、しかしながら、法におけるこの立場の実装に目を向けることで、問題がおのずと明らかになる。すなわち、なぜ、自殺願望者はそもそも、彼が医者によって（作為で）殺害されうる場合（そのような場合のみ）そもそも（自己）道具化禁止に反し、しかし、彼が電車の前に身を投げ出すあるいは縊死する場合にはそうではないのか。彼がその願望に応じて死ぬことができる場合に、まさに自己決定が促進されないのか？³³ 法における臨死介助というテーマのカント的脱存在論上の考察は、いずれにせよ自殺それ自体の禁止を含意している。自殺の可罰性について、しかし世俗の憲法国家においてはもはや如何なる基礎も存在しない³⁴。神学上の基礎に基づいて同様の結論に至る、なぜな

31 *Kant*, Grundlegung der Metaphysik der Sitten, S. 66 f.

32 *Kant*, Grundlegung der Metaphysik der Sitten, S. 66 f.

33 *Hoerster*(Rn. 6), S. 15.

34 *Wörner*, NK 2018, 157 (167).

ら生命は神からの贈り物として把握され、処分不可能であるとされるからである³⁵。「苦痛に終止符を打つため、意図して死を引き起こす行為は謀殺であり、生きた神つまり創造主に対して責任を負うところの、畏敬 (Achtung) に対する重罪である」³⁶。

これによれば、この例外なき不可侵テーゼの規定は前実定的な価値秩序を含意するものであり、否応なしに一定の人間像の固定化を含んでいる。そのような後見は、これが積極的な死の看取りへのあらゆる同意が無効なものとされ、自己決定による死に関する基本権との軋轢を投げかける場合、リベラルで世俗の法治国家においては問題を孕むものである。物理的に自ら自身で殺人行為を遂行する理論的な可能性が残酷な自殺を強いてはならず³⁷、臨死助を不可罰とする求めを排除するよう作用してはならない。さもなければ、必要とするあるいは望む援助の方法を得ることが許されるために、腕と足を折るよう仕向けられることになるであろう。これらすべては、自己決定権に徐々にダメージを与えるだけの愚かな唆しである。自殺者は、自己決定による死に関する基本権の表れとして（積極的に）殺害される権利を有するのだろうかという問題は、肯定的にも否定的にも答えられ得る。人間自身が自己の生命と死に関して決定する場合に、なぜ自己の生命の不可侵が、それは好ましくない攻撃に対する保護領域として把握されるが、突然、侵害されるものとして妥当すべきなのかは、カトリック

35 Dörner, Tödliches Mitleid, 3. Aufl. 1993, S. 90.

36 Katechismus der Katholischen Kirche, Nr. 2277 参照。

37 この点について説得的なのはすでに、*Rosenau/Hilgendorf*, Die Stellungnahme der deutschen Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer zur Neuregelung der Sterbehilfe (<https://hpd.de/artikel/11581>); *Rosenau/Sorge*, NK 2013, 108 (116); 極端な諸事例における自殺のための麻酔剤の要求を肯定するのは、BVerwG, Urteil vom 02. 03. 2017 - 3 C 19. 15, BVerwGE 158, 142 ff.; Art. 8 I EMRKにおける介入を承認するのは、EGMR, Urteil vom 29. 4. 2002-2346/02 (Pretty/Vereinigtes Königreich) = NJW 2002, 2851; NJW 2022, 3021 (3025)m. Anm. *Grünwald*.

教会の思想を超えて、法における基礎付けを必要とする³⁸。

議論の核心はそれゆえ、自己の死への同意が「自己決定による死」であり、それゆえ有効であることをどこで見極めることができるのかという問題へと転回しなければならない。有効で自由答責的になされる同意を承認することができるために必要とする保護メカニズム³⁹に関する議論を必要とする。判断能力及び洞察能力、意思の瑕疵及び強制からの自由、かつ任意性が、ここでは大きな拠り所の役を演じる。援助はの場合、許されなければならない。結論において、このことは、刑法典216条に対して実際の把握において、刑法典216条がいずれにせよ無内容となり、憲法上その内容の範囲において非常に疑わしく、適用を停止するよう促さなければならないし、立法者によって新草案において必然的に考慮に入れなければならないことを意味する。

V. 生命に対する保障人義務の再生？

最後に、なお疑わしいのは、憲法上の理由から必要な刑罰からの解放は、刑法が犯罪規範の名宛人を一定の条件の下で保障義務者に割り当てることによって制限されなければならないのか、である。BGHはこのことを本件において、被告人が（RSとの）合意通りに救助措置をとることを思いとどまっているために、否定している。これは2019年7月の裁判例⁴⁰に続くもので、それより以前の裁判例⁴¹から逸脱するものである。自由で冷静に表明された彼女の夫の自殺意思から、保障義務（Einstandspflicht）の

38 結論において同旨なのは、*Hoerster* (Rn. 6), S. 165; *Birnbacher* (Fn. 6), S. 364 f.

39 *Birnbacher* (Fn. 6), S. 364 f. における諸提案。

40 BGH, Urt. vom 3. 7. 2019 - 5 StR 393/18 = NJW 2019, 3089 ff.; BGH, Urteil vom 3. 7. 2019 - 5 StR 132/18 = NStZ 2019, 662.

41 この点について特に、BGH, Urteil vom 4. 7. 1984 - 3 StR 96/84 (Wittig) = NStZ 1985, 119. 参照。

状況関連的な免除が生じる⁴²。この点につき、BGHは2019年⁴³の医者／患者関係に対するいわゆる自殺看取りの合意の基準を夫婦の下での保障人義務へと転用している。その限りでも、インスリン決定は新たな方向へと進んでいる。もっとも、法律上基礎づけられた保障人義務が合意の方法において失効されうるのかどうか、同様に事前に契約上基礎づけられた保障人義務もまた失効されうるのかどうかは議論されていない。すなわち、BGHは刑法典13条の枠内における死の看取りの合意も刑法典216条における全体計画と同様の立場にある。意味論上開かれた代替（Platzhalter）の道程において、新たな基準が提示されることが意図されているが、しかしそれは基準ではない。なぜならその実質的な内容が意識的に未決定のままにされているからである。このように刑事部は改めて個別事案の修正を行っているが、法的安定性を生み出していないのである。

裁判所構成法132条3項1文による照会手続きにおける付託の要求を顧慮しても、当刑事部は2019年の両裁判例⁴⁴に続いて、これを否定し、いわゆるPeterle判例⁴⁵（Wittig）は妨げになっていないと説明している。本稿で重視すべき事案もまた「Peterle」の状況から、以下の限りで逸脱している、すなわち、自殺願望者（RS）が本件において被告人に明示的に医師による助けを呼んでくることを禁じた限りで、である⁴⁶。これに対して、Peterleにおいて、被告人は自殺者のメモをあらかじめ見つけていたに過ぎなかった。「主治医のところで—病院は勘弁してほしい—救いを！」、そ

42 同旨なのは、BGH: Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = NJW 2022, 3021 (3024) Rn. 25 (m. Anm. Grünwald).

43 初めてそのように明示して主張するのは、BGH, Urt. vom 3. 7. 2019 - 5 StR 393/18 = NStZ 2019, 666 (m. Anm. Sowada) においてである。

44 いわゆるBerlier Verfahren(5 StR 393/18) と、いわゆるHamburger Verfahren(5 StR 132/18)。

45 BGHSt 32, 367 = JZ 1984, 893.

46 BGH, Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = NJW 2022, 3021 (3024) Rn. 26 (m. Anm. Grünwald).

して「私はPeterleに会いたい」⁴⁷。なぜ、明らかに冷静で、さらに文書で表明された意思が保障人義務を事前に失わせず、しかし出来事が進行する中での口頭の指示がすでに失わせるのかは明らかではない⁴⁸。Peterle判例は連邦憲法裁判所の判決によって古びたものとなったとする刑事部の付加された注釈は⁴⁹、むしろ、BGHがその2019年代の諸判例において連邦憲法裁判所を通じて確定されたものとみなし、いまや古い裁判例は放棄されなければならないことにプラスの材料を提供している。その場合、しかし、若干の者はまったくもって原則的意義を有する問題が取り扱われていることを擁護する。それは裁判所構成法132条4項によれば、それが当刑事部の見解によれば、法の継続性あるいは統一的な裁判例の保証のため必要であれば、受訴刑事部によって大刑事部に決定するよう審議をかけることができる。しかも、本件がそうである。臨死介助の標準的な状況の中で、行為支配の従来の規定と、行為支配の転換を条件づける意識喪失後の保障人義務の承認は自己決定による死の権利を、連邦憲法裁判所がいまや自ら承認するように、侵害しており、Peterle判例はしたがってそれ自体放棄されるべきという一般的かつ原則的な明確化が自ずと明らかとなるであろう。刑法典216条の適用領域はこの基本権への視点なしにはもはや有意味に規定しえないのである。

47 „Peterle“ は彼女の亡くなった夫であり、被告人のWittigは家庭医であった、BGH, Urt. v. 3. 7. 2019 - 5 StR 393/18, (LG Berlin) = BGH 64, 135 (145)Rn 36.

48 すでにそのように指摘するのは、Wundsberger, Goodbye Peterle, leb wohl Lehre vom Tatherrschaftswechsel ! Oder doch nicht? Ärztliche Suizidbegleitung im Lichte der aktuellen BGH-Rechtsprechung, jM 2019, 477 (481).

49 BGH, Beschluss vom 28. 6. 2022 - 6 StR 68/21 = NJW 2022, 3021 (3024)Rn. 29 (m. Anm. Grünwald).

VII. 結論

刑法典216条は連邦憲法裁判所によって認められた基本権の文脈において新たなタイプを必要とする。自己決定による死に関する権利は連邦憲法裁判所で正当にもその実現に第三者の援助を引き合いに出してもよいというように決定されている⁵⁰。これによって第三者もまた基本権の名宛人になる。自己決定による死の権利は必然的に刑法典216条と216条、13条による自殺援助者の可罰性にも包括的に作用しなければならない、しかも、本件のように、自殺者の寄与と第三者の寄与の両方が行われ、そのうちの（偶々）一方の寄与が他方の寄与よりも速く作用する場合だけでなく、自殺援助が積極的にあるいは受動的に、共同であるいは単独で行われたのかに関わりなく、それらがその限りでBGHとともに全体計画によれば自己決定による死の願望にまさに対応する限りで、自殺の援助のすべての事案に対しても影響を及ぼさなければならない。個別事案を、行為支配及び保障人義務へ関連付けることは、Putz、Peterle、2019年の諸裁判例との比較が示すように、ほとんど適切ではない⁵¹。立法者は求められる法的安定性を確立しなければならない、創出された法を解釈することが判例の義務であり、その裁量による適用は義務ではないのである。

50 再度、BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020 - 2 BvR 2347/15 ua = NJW 2020, 905 (908). をみよ。

51 BGH, Urteil vom 25. 6. 2010 - 2 StR 454/09 = BGHSt 55, 191 = NJW 2010, 2963 (Fall Putz); BGHSt 32, 367 = JZ 1984, 893 (Fall Peterle); BGH, Urteil vom 3. 7. 2019 - 5 StR 393/18 = NJW 2019, 3089; BGH, Urteil vom 3. 7. 2019 - 5 StR 132/18 = NStZ 2019, 662.