

「医師による臨死介助」に関するドイツ判例の動向と日本の議論への示唆

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学大学院 公開日: 2021-03-30 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 石居, 圭 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/21556

「医師による臨死介助」に関するドイツ判例の動向と 日本の議論への示唆

Der Trend in deutscher Rechtsprechung in Bezug auf „ärztliche Sterbehilfe“ und der Hinweis für die japanische Debatte

博士後期課程 公法学専攻 2019 年度入学

石 居 圭

ISHII Kei

【論文要旨】

日本において安楽死を許容すべきだとする市民の声がよく聞かれる。しかし「死にたい者は死なせてあげた方がいい」という主張は果たして正しいといえるのであろうか。本稿ではこのような問題を議論するための基本的な指針を得ることを目的とする。

そのためには、自殺関与罪が不可罰とされながらも、医師による臨死介助の可罰性について議論が盛んとなっているドイツの法的状況が参考となるだろう。そこでまず、医師による臨死介助に関する議論が深まる契機となった Wittig 判決をみていき、自己決定を軽視する理論構成に多くの批判が集まっていたことを確認する。次に 2019 年の Hamburg 事件判決と Berlin 事件判決、そしてそれらに対する学説の反応を概観すると、そこでもやはり個人の自己決定を尊重する考え方と矛盾する点に批判が集中していることがわかった。最後に、こうした個人の自己決定を強調していくドイツの議論を参考に、「死ぬ権利」を行使する要件は厳格に定められなければならないこと、日本刑法 202 条の限定解釈の可能性、自由答責性の判断基準措定の困難さなど、日本において「安楽死」を議論するためのヒントを得ていく。

【キーワード】 臨死介助、自殺関与、死ぬ権利、安楽死、自己決定

【目次】

- I はじめに
- II 「医師による臨死介助」に関するドイツ判例とそれに対するドイツ学説の評価
- III 日本の議論への示唆
- IV おわりに

I はじめに

日本において、市民が「安楽死」について議論するとき、その大部分の意見が「死ぬ権利」を認めて、安楽死を合法化すべきと考えているようである。2014年の調査¹によれば、安楽死は許容されると回答した者は42%、どちらかといえば許容されると回答した者は31%であり、圧倒的に安楽死を許容する声が多いことがわかる。また、2020年に京都で起きた、ALS患者に依頼され、医師2名が患者に対し致死量の鎮静剤を投与し、死に至らせた事件²に対し、SNS上では当初称賛の声すらあがり、嘱託殺人容疑での逮捕に多くの疑問が寄せられていた。このような個人の自己決定を最大限尊重すべきという主張には首肯し得るものがある。しかし「死にたい者は死なせてあげた方がいい」という主張は果たして正しいのだろうか？そもそも「死にたい者」とはどのような者を指すのか？「死ぬ権利」の具体的な中身は何なのか？これらの点をはっきりさせなければ、「安楽死」や「死ぬ権利」について議論するための基礎がないまま、見切り発車でその是非を考えることになってしまうだろう。

刑法学に目を向ければ、日本の刑法202条においては、自殺関与罪と嘱託・同意殺人罪が処罰されている。しかしドイツ刑法においては、自殺関与罪については不可罰と考えられている。この意味で日本とドイツの法的状況はたしかに異なるが、上記の様に市民一般の議論において、安楽死を許容すべきだとする考えが多数を占める中では、ドイツ刑法上の議論は参考になると思われる。

ドイツでは、死期の切迫性など、日本の裁判例³が示してきた要件を重要視せず、以下で見ていくように、むしろ自殺者の病歴や病期などは問題外とされ、十分に熟慮された自己決定であれば、自殺の決定であっても個人は尊重されるべきであるとする見解が支配的である。また、2019年には、BGHが自殺者の自己決定の尊重を強調して、臨死介助（Sterbehilfe）⁴をした医師を不可罰とする判決を出しており、比較法的検討として注目に値する。本稿ではこの2019年Hamburg/Berlin事件判決を見ていき、「医師による臨死介助」をめぐる現在のドイツの議論状況を確認し、日本に

¹ 河野啓=村田ひろ子「日本人は“いのち”をどうとらえているか～『生命倫理に関する意識』調査から～」放送研究と調査65巻4号（2015年）39頁以下参照。

² 多く報道されているが、例えば、デイリー新潮「京都 ALS 安楽死事件、“優生思想”医師の今後は？実刑となるか？」2020年7月24日（<https://www.dailyshincho.jp/article/2020/07241731/?all=1>、2020年9月15日最終閲覧）参照。

しかし、参照記事でも報道されているように、医師の1人が優生思想を持っていることがわかると、称賛の声はびたりと取まった。

³ 名古屋高裁安楽死事件判決（名古屋高判昭和37年12月22日高刑集15巻9号4頁）、東海大病院事件判決（横浜地判平成7年3月28日判時1530号28頁）、川崎協同病院事件判決（横浜地判平成17年3月25日判タ1185号114頁、控訴審判決は東京高判平成19年2月28日刑集63巻11号2135頁、最高裁判決は最決平成21年12月7日刑集63巻11号1899頁）で、安楽死の要件が言及されている。

⁴ ドイツでは、ナチスが「安楽死（Euthanasie）」の概念を拡張しすぎたことの反省から、安楽死に代わって、「臨死介助（Sterbehilfe）」という用語が用いられている。

において「安楽死」や「死ぬ権利」について議論を始めるための示唆を得ることを目的とする。

以下ではまず、医師による臨死介助の議論が盛んになるきっかけとなった「Wittig 判決」とそれに対する学説の反応など、ドイツ国内における判決当時から 2019 年までの議論状況を確認する（II-1.）。次に BGH が 2019 年に出した Hamburg 事件判決と Berlin 事件判決の事実関係と判決理由をみていき、それに対する学説の反応を概観していく（II-2.）。その上で、日本において安楽死や「死ぬ権利」を考える際の基本的な方向性を得ようと思う（III）。

II 「医師による臨死介助」に関するドイツ判例とそれに対するドイツ学説の評価

医師による臨死介助に関する議論は、1984 年のいわゆる「Wittig 判決」により活発なものとなる。Wittig 判決が議論を深めることになった理由は、本判決の理論が自己決定を軽視するものだったからだ指摘されている⁵。本判決は以下で見ていくように、多くの批判にさらされるが、その後、後述の 2019 年判決に至るまでの 35 年にわたって、BGH の立場として維持されてきた。そこでまず、Wittig 判決の概要とそれに対する学説の反応を概観し、ドイツにおける医師による臨死介助の議論の出発点としたい。なお本章では「刑法」はドイツ刑法典を指すものとする。

1. Wittig 判決 (BGH, Urteil vom 4. Juli 1984—3 StR 96/84, BGHSt 32, 367=NJW 1984, 2639)⁶

(1) 事実関係

本件の実事関係は以下のようなものであった。重病患者は事前に、口頭及び文書で繰り返し、これ以上の治療を受けず、人としての尊厳のうちに死にたいと W 医師に伝えていた。患者が多量のモルヒネと睡眠薬を服用した後、家庭訪問に訪れた W 医師は、無意識に陥った患者を発見した。W 医師は、患者の呼吸が極めて弱く、救助不可能であり、救助できたとしても、重い障害が残らざるを得ないと判断した。また、現場の患者の手の中には、「私の医師へ、病院には入れないでください」というメモがあった。W 医師は繰り返し述べられてきた患者の死への望みと目下の状況を考慮して、何の措置もとらずにそばにただ付き添った。患者は翌朝死亡した。

(2) 判決とその理由

本件につき BGH は、結論としては W 医師を無罪とした。その理由は、患者の救命がほぼ不可

⁵ 甲斐克則『安楽死と刑法』（成文堂、2003 年）65 頁以下、71 頁。

⁶ 本判決の詳細については、秋葉悦子「自殺者の不救助」警察研究 58 巻 4 号（1987）68 頁以下、岩間康夫「自殺を図った患者に対し措置を施さなかった医師の可罰性に関する BGH 判決」警察研究 56 巻 12 号（1985）69 頁以下、白木豊「死を選ぶ権利、自殺関与、臨死介助——ドイツの尊厳死問題」町野朔他編著『安楽死・尊厳死・末期医療』（信山社、1997 年）219 頁、228 頁以下、甲斐克則「患者の自殺企図と意志の刑事責任——西ドイツのヴィツィッヒ医師事件 BGH 判決と A・エーザーの批評をめぐって——」海保大研究報告 32 巻 1 号（1986）63 頁以下、同「自殺企図患者に対する医師の救助義務——西ドイツのヴィツィッヒ医師事件 BGH 判決から」年報医事法学 1 号（1986）215 頁以下、同・前掲注(5)67 頁以下、同『医事刑法への旅 I 〔新版〕』（イウス出版、2006 年）213 頁以下参照。

能で、可能だったとしても重い障害が残るという特殊な状況において、W 医師が医師としての患者の生命保護義務と患者の自己決定権尊重の要請との間で葛藤状態に陥っていたという特殊な状況を考慮すれば、W 医師に対する救助行為の期待可能性は無いというものであった。

しかし原則的には、自殺者の生命につき保障人的義務を有する者が自殺に関与した場合、殺人罪によって可罰的なのだとされた。すなわち、323 条 c 不救助罪の「事故」には、自由答責的な自殺も含まれる。そして 323 条 c が自殺の事案にも連带的生命保護機能を果たすべきだとすれば、一般的救助義務は、自殺者の意思の自由答責性の有無に左右されない。そして、自殺者が意識喪失になれば、事実上の「行為支配」はなくなり、死の発生は自殺者の生命に対し、(たとえば夫や治療医として)保障人的義務を有する者の態度に左右される。自殺状況においてこの「行為支配の移行」は、一般的救助義務の他に被害者の生命に対する保護義務がある場合についてのみ意義を有する。つまり、保障人に行為支配が移行すれば、すでに生じている 323 条 c による可罰性の代わりに殺人罪による処罰が可能となる。したがって保障人は、意識喪失者を生命に危険のある状態で発見した際、必要かつ期待可能な救助措置をしない場合、不作為による殺人罪で可罰的である。また保障人は、成り行きが自身の決定に依存していることを認識している場合は、正犯意思も有している。

(3) 学説の評価と実務・立法の状況

本判決は、それが出された直後から厳しい批判にさらされた⁷。Eser は以下のように批判する。すなわち、第 1 に、患者の死ぬ意思は、医師の決定の内部での単なる衡量要素に格下げされ、自己決定は「権利」としての性格を失う⁸。第 2 に、医師に大幅な裁量権を認めることは、患者に心理的な不信感を募らせ、医師には法的により重い責任を課すことになる⁹。第 3 に、近親者は、愛する者の意思表明を尊重せず、その運命を第三者に委ねるというジレンマに陥り、結局、生に疲れた者は、家族を刑事訴追の危険にさらすまいとして完全な孤独に追い込まれるであろう¹⁰、と。

Brändel は解釈論レベルでの問題について次のように論じる。「一方で、医師は、エホバの証人が(宗教的理由から)救命のための輸血をしないように望めば、輸血を差し控えなければならない。

⁷ 以下で取りあげる論者の他、vgl. *Gropp*, Suizidbeteiligung und Sterbehilfe in der Rechtsprechung, NSStZ 1985, 1397 ff.; *Schmitt*, Der Arzt und sein lebensmüder Patient, JZ 1984, 866 ff.; *ders.*, Ärztliche Entscheidungen zwischen Leben und Tod in strafrechtlicher Sicht, JZ 1985, 365 ff.; *Schultz*, Aufhebung von Garantstellungen und Beteiligung durch Unterlassen, Jus 1985, 270 ff.; *Sowada*, Strafbares Unterlassen des behandelnden Arzts, der seinen Patienten nach einem Selbstmordversuch bewusstlos auffindet?, Jura 1985, 75 ff.

⁸ *Eser*, Sterbewille und ärztliche Verantwortung—zugleich Stellungnahme zum Urteil des BGH im Fall Dr. Wittig, MedR 1985, 13 (邦訳については、アルビン・エーザー『先端医療と刑法』上田健二=浅田和茂編訳(成文堂、1990年)79頁以下(甲斐克則訳)、甲斐・前掲注(5)71頁を参照した。); *ders.*, Medizin und Strafrecht: schutzgutorientierte Problemübersicht, ZStW 97 (1985), 35 f. (邦訳については、エーザー・前掲注(8)1頁以下(上田健二訳)を参照した。)

⁹ *Eser*, MedR 1985 (Fn. 8), 16.

¹⁰ *Eser*, MedR 1985 (Fn. 8), 16 f.

他方で、医師は、食物栄養補給を拒否して、その結果死を早めることにもなる、完全に答責的な自由死の意思を有する者に対して、その患者が意識を喪失するやいなや、強制的に食物補給をしなければならないことになる。何故、前者では自己決定権が医師の保障義務を排除し、後者では逆なのかは、明らかにされていない¹¹、と。

本判決は現在でも、近年の患者の自己決定権を最大限に尊重しようとする社会の傾向とは乖離した時代錯誤的な判決であるとして批判されており¹²、とりわけ、保障人的地位にある者が自由答責的な自殺へ参与した際の殺人罪の可罰性や自殺者の意識喪失後の作為義務の発生については、多くの論者¹³が否定していると指摘されている¹⁴。

実務においても、本判決後、これに従わない下級審判決が形成されてきた¹⁵。とりわけ、OLG Münchenは「Hackethal事件¹⁶」において、Wittig判決に類似した事案であったにもかかわらず、その判断方針からは乖離した形で判断を下した。すなわち、Hackethal事件では、もはや欲していない苦痛に満ちた生命よりも、自殺による苦痛解放を自殺者が望み、自己答責的な自殺をするに至った。OLG Münchenは、このような自殺者の状況を関与者が習熟しており、自殺者の死の願望が明白に真摯でかつ自由なものである場合には、自殺阻止は苦痛を押し付けることになり、もはや刑法323条cの意味での「救助」とは評価されないとしたのである。そのような中で、BGHはWittig判決以降、医師により介助された自殺の可罰性という問題について、明確な意見表明をしてこなかった。OLG Hamburgも2016年の判決¹⁷でこの点を指摘し、自由答責的な自殺の回避についての保障人的義務という考え方を排除するような価値の変化の根拠があるか否かは、BGHの「判

¹¹ Brändel, Über das Recht, den Zeitpunkt des eigenen Todes selbst zu bestimmen, ZRP 1985, 85 ff. (邦訳については、甲斐・前掲注(5)71頁を参照した。)なお、同様の批判として、vgl. Kudlich, Stärkung der Selbstbestimmung am Lebensende, JA 2019, 868.

¹² Vgl. Berghäuser, Der „Laien-Suizid“ gemäß §217 StGB—Eine kritische Betrachtung des Verbots einer geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, ZStW 128 (2016), 749; Duttge, Anmerkung zu LG Hamburg, Urteil v. 08.11.2017—619 KLS 7/16—Strafbarkeit eines Arztes wegen Überlassung tödlicher Medikamente zur Selbsttötung bzw. Unterlassener nachfolgender Lebensrettung, Zeitschrift für Medizinstrafrecht (medstra) 2018, 124.

¹³ Vgl. Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch: Kommentar, 30. Aufl., §§211 ff. Rn. 41; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 67. Aufl., Vor §§211–217 Rn. 24; Jähnke, LK—StGB, Bd. 5, 11. Aufl., Vor §211 Rn. 24; Neumann, NK—StGB, Bd. 2, Aufl. 5, Vor §211 Rn. 71; Rosenau, LK—StGB, Bd. 7, 12. Aufl., Vor §§211 ff. Rn. 96; Schneider, MK—StGB, Bd. 4, 3. Aufl., Vor §211 Rn. 74.

¹⁴ Schreiber, Strafbarkeit des assistierten Suizides?, Festschrift für Günter Jakobs, 2007, S. 620. (邦訳については、只木誠「医師による自殺幫助の可罰性について——ドイツの理論状況の紹介——」中央ロー5巻1号85頁以下を参照した。)

¹⁵ 例えば、LG Gießen, Beschluss vom 28. 6. 2012–7 Qs 63/12, NStZ 2013, 43 (44); StA München I, Verfügung vom 30. 7. 2010–125 Js 11736/09, NStZ 2011, 345.

¹⁶ OLG München, Beschluss vom 31. 7. 1987, NJW 1987, 2940. 本決定については、白木・前掲注(6)220頁、235頁以下、甲斐・前掲注(5)85頁以下、同・前掲注(6)『医事刑法への旅I〔新版〕』216頁以下参照。

¹⁷ OLG Hamburg, Beschluss vom 8. 6. 2016–1 Ws 13/16, NStZ 2016, 530 (535) = MedR 2017, 139 (144).

例がまだ有効であるために」、未解決のままであると述べて、明確に問題視していた。

次にドイツの立法状況をみると、相矛盾する形での法制化が進んでいることが分かる。すなわち2009年、「患者の事前指示」に関する規定が民法1901条a, 1901条b, 1904条に規定され、それにより、患者の自由裁量にしたがった治療の制限が法的に可能とされた¹⁸。ここでは、患者の自己決定権を尊重する傾向が確認でき、実務の傾向とも沿うものであると評価できる。しかしその一方で、2015年に刑法217条「業としての自殺援助罪¹⁹」が導入され、自殺支援団体による組織的な自殺援助が犯罪化されることとなる。このようにドイツにおいては、自由な意思に基づく自殺の介助をめぐる法的状況は混迷したものとなっている。

2. Hamburg/Berlin 判決

以上のような、学説、実務、立法の混迷した法的状況の中で、2019年に注目すべき2つのBGH判決が出された²⁰。ここではWittig事件同様、医師による自殺の介助の可罰性が検討されたため²¹、BGHによる判例変更が期待され、多くの注目を集めた。両事件は同様の論点を含むことから、BGHは同一日中に両事件に対して判決を下した。

(1) Hamburg 判決 (BGH, Urteil vom 3. 7. 2019–5 StR 132/18 = NJW 2019, 3092)

(i) 事実関係

本件の実事関係は以下のようなものである。長年一緒に暮らしてきた81歳のWと85歳のMは、経済的に裕福で、精神面や人間関係での問題もなかった。兩人とも、生命を脅かすことはないが日常生活が制限される病気をいくつか患っていた。2人は病気を理由に一緒に死ぬことを決め、臨死介助協会Sに問い合わせた。協会Sは2人の意思決定に問題無しとする鑑定書を求め、神経学・精神医学の専門医 (Facharzt für Neurologie und Psychiatrie) である本件被告人に連絡を取っ

¹⁸ 本立法の詳細については、新谷一朗「世話法の第3次改正法(患者の指示法)」年報医事法学25号(2010年)201頁以下、アルビン・エーザー(甲斐克則=福山好典訳)「患者の事前指示と事前配慮代理権:臨死介助におけるそれらの刑法上の役割」比較法学47巻2号(2013年)195頁以下、神野礼斉「ドイツにおける任意後見制度の運用」公証法学41号(2011年)1頁以下、松田純「ドイツ事前指示法の成立とその審議過程」医療・生命と倫理・社会9巻1・2号(2010年)34頁以下、武藤真朗「ドイツにおける治療中止——ドイツにおける世話法改正と連邦通常裁判所判例をめぐって——」甲斐克則編『終末期医療と医事法』(信山社,2013年)190頁以下、山口和人『『患者の指示(リビング・ウィル)』法の制定』外国の立法240-2号(2009年)10頁以下等参照。

¹⁹ ドイツ刑法217条の規定は以下のようなものである。

「第1項 他者の自殺を促進する意図において、他者に対し、業として自殺の機会を付与し、獲得させ、又は斡旋する者は3年以下の自由刑又は罰金に処する。

第2項 自ら業務的な行動をとる者ではなく、かつ、第1項において規定された他者の親族又はその他者と密接な関係にある者は、共犯として処罰されない。」

²⁰ 両判決の紹介として、神馬幸一「患者の自殺に際して医師の救助義務を否定した事例」判時2438号(2020年)128頁以下。

²¹ なお、両事件は刑法217条「業としての自殺援助罪」の施行前に起こった事件であるため、本条の適用はされない。

た。W と M は鑑定書の作成を被告人に委任した。その後 W と M の 2 人と被告人の間で、生命の終了についての採り得る代替案（老人ホームや在宅介護の利用など）が何度か議論されたが、どれも 2 人により拒否された。2 人は、自殺を決意していること、そしてその決意は慎重に検討された上でのものであることを数回にわたって表明していた。

作成された被告人の鑑定書では、2 人の認識能力と判断能力が証明された。W と M は、自身らの自殺を看取ってくれるように被告人に頼み、被告人はそれを承諾した。さらに 2 人と被告人は自殺の実行の詳細と手順について話し合った。2 人は被告人の指示に基づき、平和と尊厳のうちに人生を終わらせたいという自身らの望みを表明した用紙に署名した。自殺の前日に 2 人は、いかなる救命措置も禁ずると宣言を一患者の事前指示書にも一書いた。加えて 2 人は W の甥に、その禁止に違反した者を「償還請求および慰謝料請求」で訴えるよう依頼した。

被告人は取り決め通り予定日当日に女性の家に到着し、再び 2 人と一緒に薬の服用の詳細について話し合った。被告人は、2 人が今自殺したいと確信しているかどうか再度尋ね、両人ともそれを肯定した。2 人は被告人の助けを借りて、自殺に必要な薬を砕き、水に溶かした後、自らその溶液を飲んだ。その後、2 人はすぐに眠りに落ちた。

W と M が意識を失った時、2 人への救助が成功する可能性は極めて低かった。もし助かって、どちらも深刻な脳の損傷を負うことになることを、被告人は知っていた。被告人は、両名の意思にしたがって、救急車を呼んだり、他の救助活動をしたりはしなかった。薬を服用した後でも意思の変化の兆候はなかった。両人は約 1 時間後に死亡した。

(ii) 判決理由

BGH 第 5 刑事部は以下の様に判示して、被告人を無罪とした。

a) 作為による殺人既遂罪と殺人の間接正犯について

第 1 に、作為による殺人既遂罪の成立が否定されている²²。その根拠として、被告人に行為支配が認められないことが指摘されている。すなわち、自己答責的に望まれ、実現された自殺は殺人罪の構成要件を充足しない。そして不可罰の自殺幫助と（真摯な要求に基づく）他者殺人の限界づけにとって重要なことは、誰が死に至る事象を最後に支配していたかである。本件では、自殺者は液体を飲んで生命を終わらせる行為を自らの手で実行したのであるから、W と M 自身が最後まで死に至る事象を支配していた。したがって、被告人の作為は不可罰の自殺幫助と評価される。

第 2 に BGH は殺人の間接正犯の成立も以下の様に否定する。すなわち、自殺者を「道具」として利用したと評価するためには、知識や答責性の欠如を理由に、自殺の決心が自由答責的に形成されていないことが必要である。それに対し、被害者に認識能力と判断能力があり、その自殺の意思に瑕疵がなく、決意に関して意思の堅さがある場合は、自殺の決断は自由答責的である。その決心が単なる憂鬱な気分から生じ、したがって意思の堅さと目的に向かうひたむきさ（innere Festig-

²² BGH, NJW 2019, 3092 Rn. 17 f.

keit und Zielstrebigkeit)に基づいていない場合には、自由答責性が排除される²³。

本件では2人の認識能力と判断能力に問題はなかった。そして死にたいという両人の願いは、代替案を考慮に入れた上で長期間にわたって検討され、致命的な行為の時まで持続していた。またWとMは、自殺の正確な経過と致死薬物の効果について被告人から説明を受けていたので、被告人と同レベルの知識を有している。したがって、2人の自殺の決意には被告人の行為支配を根拠づけるような知識や意思の瑕疵はなく、WとMの自殺の決心は自由答責的に行われたものである。

b) 不作為による殺人既遂罪について

第3に、BGHは不作為による殺人既遂罪の成立を否定している。すなわち、WとMが意識を喪失した後の被告人による救助行為の不作為は、その死について因果関係をもたない。なぜならWとMが眠りについて以降、救助が成功する可能性は「極めて低い」ものであり、救助行為が行われたならば、確実性に隣接する蓋然性(an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit)という証明の程度で、構成要件に該当する損害結果が防がれたであろうとはいえないからである。

c) 不作為による殺人未遂罪について

第4に、不作為による殺人未遂の成立についても以下の様に否定する²⁴。すなわち被告人とW・Mは、不作為犯成立のために必要な保障人的地位を根拠づける「医師と患者の関係」にはなく²⁵、被告人は2人の生命を保護するよう義務付けられていない。また、被告人には先行行為(Ingerenz)を理由とする保障人的地位もない。なぜなら、鑑定書の作成などの被告人の先行行為は、連邦医師法のような職業倫理上の基準を規定する命令に違反するものであっても、法益保護を目指す命令に違反するものではなく、刑法上の義務に違反するような危険の惹起はないからである。よって、医師が自殺者の自律的意思に沿って行動しても、刑法で罰せられることはない²⁶。

また、被告人の積極的寄与(助言を与えたり、錠剤を砕いて水に溶かしてあげたこと)も義務違反的な先行行為の要件を満たさない。なぜならWとMは、被告人が寄与する以前から自殺を決意していたため、被告人の先行行為により危険の現実化のリスクが増大したかについては疑問があるからである。仮にそうだとすると、自ら自由答責的に薬を服用したのであるから、危険の現実化のリスクは被害者らの答責範囲に属する。

このことは、行為手段(Tatmittel)を提供した行為者が被害者の予想に反する自己危殆化状況で結果回避義務を負っているとする判例と矛盾しない²⁷。なぜなら自己危殆化状況における法益放

²³ BGH, NJW 2019, 3092 Rn. 19 ff.

²⁴ BGH, NJW 2019, 3092 Rn. 30 ff.

²⁵ そのような特別な状況については、Wittig判決でも述べられている。Vgl. BGH, Urteil vom 4. 7. 1984-3 StR 96/84, BGHSt 32, 367, 377 f.

²⁶ Vgl. § 1901 a BGB.

²⁷ Vgl. BGH, Urteile vom 9. November 1984-2 StR 257/84, NStZ 1985, 319, 320; vom 27. Juni 1984-3 StR 144/84, NStZ 1984, 452 und vom 24. November 2016-4 StR 289/16, NStZ 2017, 219, 221 ; Beschluss vom 5. August 2015-1 StR 328/15, BGHSt 61, 21, 26.

棄とは、良い結果を期待してそれをリスクにさらすことを指すからである²⁸。自殺者は自身が法益にもたらす危険が実現しないと考えていない。むしろ自殺者にとっては、まさに法益侵害の発生こそが重要なのである²⁹。

d) 不救助罪について

第5に、不救助罪についても本条の一般的救助義務違反はないとして、その成立を以下の様に否定した³⁰。すなわち、基本権上保護される法益である生命の破壊（Zerstörung）は、自然的観察（natürlicher Betrachtung）によれば、事故（Unglücksfall）である。個人を保護するための殺人罪や身体傷害罪とは異なり、自殺者に認識能力と判断能力があっても、刑法323条cの基礎となる連帯（Solidarität）の要請は排除されない³¹。しかし意識喪失状態のWとMへの救助措置をするにあたり、被告人は刑法323条c第1項から生じる一般的救助義務と一般的人格権において保障される2人の自己決定権を尊重する義務との間で葛藤状況（Konfliktsituation）に陥った。2人は書面でいかなる救助措置も明確に禁止しており、この事前指示は致死薬物を服用した後の状況ことを指し、被告人を拘束するものだった³²。このような状況下では、被告人に救助措置を取ることに期待可能性はなく、刑法323条cの要件は満たされていない³³。よって、刑法323条c第1項は被告人に対し、表明された意思に反する救助を義務付けていない。

最後にBGHは刑法323条cの構成要件充足の否定について、1984年7月4日の前掲Wittig判決における第3刑事部の見解から、裁判所構成法132条3項1文の照会手続き（Anfrageverfahren）を必要とするような逸脱はしていないとした³⁴。すなわち、女性が「救助された」場合—Wittig判決でもそうだったように—、深刻な脳損傷が予想されたことを考慮すると、裁判所構成法132条3項1文の意味での乖離（Divergenz）はない。

(2) Berlin 事件（BGH, Urteil vom 3. 7. 2019–5 StR 393/18=NJW 2019, 3089）

(i) 事実関係

44歳のD女は、16歳のときから、命にはかかわらないが大きな肉体的苦痛を伴う病気に悩ま

²⁸ Vgl. BGH, Beschluss vom 5. August 2015–1 StR 328/15, BGHSt 61, 21, 26 f.; Urteil vom 24. November 2016–4 StR 289/16, NStZ 2017, 219, 221 f.

²⁹ BGH, NJW 2019, 3092 Rn. 42.

³⁰ BGH, NJW 2019, 3092 Rn. 43 ff.

³¹ Vgl. *Otto*, Recht auf den eigenen Tod?, Gutachten D für den 56. Deutschen Juristentag, 1986, D 77; *ders.*, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, NJW 2006, 2222.

³² § 1901 a Abs. 1 BGB; vgl. BGH, Beschlüsse vom 17. 9. 2014–XII ZB 202/13, BGHZ 202, 226, 238; vom 6. 7. 2016–XII ZB 61/16, BGHZ 211, 67, 82; vom 14. 11. 2018–XII ZB 107/18, NJW 2019, 600, 602; BT–Drucks. 16/8442, S. 11 f.

³³ 刑法323条cにおける期待可能性（Zumutbarkeit）は責任要素ではなく、構成要件メルクマールとして理解されている。Vgl. BGH, Beschluss vom 2. 3. 1962–4 StR 355/61, BGHSt 17, 166, 170; *Hecker*, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch: Kommentar, 30 Aufl., §323 c Rn. 18; *Schöch*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 4 Aufl., §323 c Rn. 17.

³⁴ BGH, NJW 2019, 3092 Rn. 48.

れていた。Dは既存の全ての治療法を用いたが、その症状を改善できなかった。さらにDは数回にわたり自殺未遂をしており、亡くなる前には抑うつ状態だった。Dは自殺を決意し、家庭医である本件の被告人にその協力を求めた。被告人はDの病歴と苦痛の歴史、そしてそれに対するあらゆる治療が失敗したことを知っていた。そして自身が医師として何年も治療を担当した患者をそのような状況に一人で放置するべきではないと確信したため、その要求に応じた。最後の訪問診療中、被告人は、Dが絶望して自殺の決意を固めており、また、完全な行為能力を有するものと判断した。この診療中Dは被告人に、薬剤服用後に自身をD宅で世話することと死亡証明書の記入を頼んだ。

Dは被告人の助けを得て入手した致死量の薬を摂取した。打ち合わせ通り、Dは被告人にそれをメールで知らせた。後に被告人がDの家に行ったとき、Dはすでに深い昏睡状態にあった。3日後にDの死を看取るまで、家庭医はDを数回訪問し、Dに嘔吐を防ぐ薬物と不要な痛みを避けるための抗けいれん薬を投与した。Dは仰向けになっていたので、嘔吐した場合には嘔吐物をつまらせ窒息したか、または、嘔吐により薬の有効成分が短時間に再度大量に摂取され、その結果中毒症状が速まり、実際よりも早く死亡した蓋然性があった。Dが息を引き取るまでの間、被告人は何らの救命措置もとらなかった。ここでは、医的救助措置によって死亡結果を回避できたかは不明だった。

(ii) 判決理由

BGH第5刑事部は以下の様に判示して、被告人を無罪とした。その際、作為による殺人罪、殺人の間接正犯、不作為による殺人既遂罪、そして不救助罪についてはHamburg判決と同じ観点からその成立を否定した。しかし不作為による殺人未遂罪については、Hamburg事件とは異なり、被告人とDの間に医師と患者の関係という、通常は不作為犯の保障人的地位を根拠づける特別な関係が存在していたため、被告人の保障人的地位についてはさらに詳細に検討している。

a) 作為による殺人罪、殺人の間接正犯、不作為による殺人既遂罪について

第1に、作為による殺人既遂罪成立の否定については、自身の死を引き起こした薬を自由答責的に服用したことで、Dが自身を死に至らしめる事象を支配していたと評価し、被告人の行為は不可罰の自殺幫助だったと判断している³⁵。

第2に、殺人の間接正犯の成立についてもHamburg事件判決と同様の観点から否定されている。すなわち、Dはたしかに抑うつ状態だったが、それまでも何度か自殺未遂を繰り返しており、自殺意思は長期間かけて成熟し、持続していた。そして、長年に渡って続いてきた痛みを終止符を打つという決定の根底にある動機は、それが認識能力と判断能力を妨げる疾患によるものではない場合、さらなる検討をされ得ない。なぜなら、内的で、最も個人的な事柄である痛みという感覚は、価値判断に必要な客観化を回避するからである。したがって、その死の決意は自己答責的だ

³⁵ BGH, NJW 2019, 3089 Rn. 13 f.

った³⁶。

第3に、不作為による殺人既遂罪については、Dの生命の救助可能性について、确实性に隣接する蓋然性が認められないとして、その成立を否定した³⁷。

b) 不作為による殺人未遂罪について

第4に、不作為による殺人未遂罪の成立も否定した。すなわち、Hamburg事件とは違い、本件では被告人とDとの間に医師と患者の関係が存在したため、被告人はDの生命と身体を保護する特別な立場にあった³⁸。しかし家庭医としてのこの義務は、遅くともDが(再度)死にたいという彼女の願いを表明し、そして、錠剤を服用した後彼女の世話をするというDの依頼がなされたときに終了した。この取り決めによると、死を看取る者(Sterbebegleiter)として、死ぬ間の苦しみや痛みを緩和または防止することだけが、被告人の唯一の義務であった³⁹。

この評価は、以下の諸々の考慮によって支持される。すなわち、人格の自由な発展の権利(基本法第2条第1項第1文)と「人格の自由」(基本法第1条第1項及び第2条第1項)から、治療を拒否する自由が導き出され、命に係わる医療措置の場合でさえ、医学的見地からは不合理と思われるような治療の許否が可能なのである⁴⁰。

また、民法1901条aの患者の事前指示に関する規制により、患者が同意無能力になった時点以降の治療に対する患者の意思は拘束力を有し、その際疾患の種類と病期は問題にならない。立法者によれば、患者の自己決定権には、「自己放棄(Selbstaufgabe)に至るまでの自己危殆化の権利、そして治療の医学的適応に関係なく、延命措置を拒否する権利」が含まれる⁴¹。それにしたがって、連邦通常裁判所の判例⁴²は、—その態様に関係なく—治療の中止が、患者の実際のまたは推定される意思に合致し、その治療を受けなければ死に至る病気の進行にその経過を委ねることに資する場合には、治療中止が正当化されると見なしている⁴³。

さらに欧州人権裁判所は、欧州人権条約第8条における私生活を尊重する権利から、「どのように」、そして「どの時点で」自身の生命を終了させるかを決定する権利を導き出している⁴⁴。この

³⁶ BGH, NJW 2019, 3089 Rn. 15 ff.

³⁷ BGH, NJW 2019, 3089 Rn. 24.

³⁸ この点は Wittig 事件の事実関係と共通している。医師と患者の関係から生じる生命保護義務については、vgl. *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch: Kommentar, 30 Aufl., §13 Rn. 28 a.

³⁹ BGH, NJW 2019, 3089 Rn. 26.

⁴⁰ BGH, NJW 2019, 3089 Rn. 28 f.

⁴¹ BT-Drucks. 16/8442, S. 8.

⁴² Vgl. BGH, Urteil vom 25. Juni 2010–2 StR 454/09, BGHSt 55, 191, 199, 203 f. 本判決は「Putz 事件」と呼ばれる有名な判例である。Putz 事件についての詳細は、甲斐克則『終末期医療と刑法』(成文堂, 2017年) 133頁以下、神馬幸一「ドイツ連邦通常裁判所 2010年6月25日判決(Putz 事件) —人工的栄養補給処置の中止に関する新しい判例動向—」法学研究 84 卷 5号(2011年) 109頁以下、西元加那「治療中止の刑法的評価——患者の意思と生命保護の関係——」博士(法学)、東洋大学(2020年) 81頁以下、武藤・前掲注(18) 194頁以下参照。

⁴³ BGH, NJW 2019, 3089 Rn. 30.

見解を考慮に入れて連邦行政裁判所⁴⁵は、一般的人格権から「自由に意思を形成し、それに応じて行動できることを条件に、自身の人生をどのように、どの時点で終了するかを決定する」重篤かつ末期の病人の権利を導き出している⁴⁶。

そして学説における支配的な見解⁴⁷は、自殺者の一般的人格権から多種多様な「平穏に死ぬ権利 (Anspruch, in Ruhe sterben zu können)」を導き出す。したがって、治療を中止するという真摯な望みを尊重する医師または第三者を殺人罪で起訴することはできない⁴⁸。

以上のように発展してきた個人の自己決定の重要性を考慮すれば、自由答責的な自殺の場合に状況を把握する医師は、自殺者の意思に反して行動する刑法上の義務を課されない⁴⁹。Dは知識や答責性の欠如なく、死を選ぶという真摯な決定を自由答責的に形成し、実行し、そしてその死ぬ意思には変化の兆候がなかったのであるから、被告人はDへ救助措置を講じる必要はない。

これは、先行する危険な行動、特に医薬品の調達から生じ得る保障人的地位にも当てはまる。というも、Dはその後薬剤を自由答責的に引き受けたので、危険が実現するリスクは専らDの答責範囲内にもみ存在するからである。

この見解において当刑事部は、前掲 Wittig 判決における第3刑事部の決定から、裁判所構成法132条3項1文の照会手続き (Anfrageverfahren) を必要とするような逸脱はしていない。家庭医としての保障人的地位の終了と単なる死の看取りに関する取り決めという点で、本件は Wittig 判決の事実関係とは、すなわち、医師と患者の関係の継続とその種類に関する最終的な取り決めにはまだ至っていないという点で異なるのである。

c) 不救助罪について

最後に BGH は不救助罪について、Hamburg 判決と同様の根拠づけをして、その成立を否定している。すなわち、たしかに自殺未遂により惹起された危険状況は323条cにいう「事故」にあたる。しかし被告人に対しては、Dの表明された意思に反する救助行為をすることについての期待可能性はなかったとしたのである⁵⁰。

(3) 小括

以上で、医師による臨死介助を無罪とした2つの判決を紹介してきたが、ここで一度両事件の

⁴⁴ EGMR, NJW 2011, 3773, 3774 ; 2013, 2953, 2955 f.

⁴⁵ BVerwGE 158, 142, 152 ; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 28. Mai 2019-3 C 6/17.

⁴⁶ BGH, NJW 2019, 3089 Rn. 31 f.

⁴⁷ Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Grundwerk mit Fortsetzungsbezug, 84. EL, Art. 2 Abs. 1 Rn. 205 ; *Gärditz*, Suizidale Betäubungsmittlautonomie?, ZfL 2017, 41 f. ; *Müller-Terpitz*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., §147 Rn. 101 ; *Roxin*, Die geschäftsmäßige Förderung einer Selbsttötung als Straftatbestand und der Vorschlag einer Alternative, NStZ 2016, 186 ; *Saliger*, Freitodbegleitung als Sterbehilfe-Fluch oder Segen?, medstra 2015, 135.

⁴⁸ BGH, NJW 2019, 3089 Rn. 33.

⁴⁹ Vgl. *Rissing-van Saan*, LK-StGB, Bd.7, 12. Aufl., §216 Rn. 26.

⁵⁰ BGH, NJW 2019, 3089 Rn. 37.

共通点・相違点をまとめておく。共通点として、第1に、最後まで「行為支配」が自殺者にあったことを理由として、被告人の作為による殺人罪が否定されている。第2に、自殺者の決定が自由答責的であったことを理由に、殺人の間接正犯が否定されている。第3に、不作為による殺人既遂罪については、自殺者に対する救助可能性が認められていないことを理由に否定されている。第4に、自殺の状況がドイツ刑法323条cの「事故」にあたるとしたが、一般的人格権として保障されるべき自己決定権と323条cから生じる一般的救助義務の間で葛藤状況下にあったことを理由に、被告人には期待可能性がなかったとした。

次に相違点として、第1に、被告人と自殺者との間の「医師と患者の関係」がHamburg事件では認められなかったもののBerlin事件では存在していたことが指摘できる。それと関連して、第2に、不作為による殺人未遂罪について、被告人の保障人的地位を否定する根拠づけが異なる。

両判決の意義はWittig判決に明確に矛盾することなく、個人の自己決定の尊重という観点から、殺人罪の不可罰性が導き出された点である。すなわち、Wittig判決では、期待可能性という点でのみ、不作為による殺人未遂の可罰性が否定されていたが、両判決においては、不作為犯を基礎づける保障人的地位が欠けるとして、その可罰性が否定されている。とりわけ、Berlin事件では、医師と患者の関係という保障人的地位を基礎づける事情が存したにも関わらず、両者間で死の看取りについての取り決めがなされたことで、その関係が終了したとする。そしてこの主張を、判例、立法、学説など様々な観点から裏付け、個人の自己決定の尊重を強調するのである。このような「自己決定の尊重」という観点到立脚するBGHの理論は学説上特に反論されていない。

しかしながら、第4の共通点である不救助罪についてのBGHの理論構成は、学説において一致して批判されている。そこでは、323条cに関する理解が前記の「自己決定の尊重」という観点とは矛盾するものとして、BGHの見解は支持し得ないというのである。以下では、不救助罪に関する点についての学説の反応をみていきたい。

(4) 両判決に対する学説の評価

(i) ドイツ刑法323条cの「事故」について

Armin Engländerは、自殺状況を323条cの「事故」にあたるとするBGHの主張において採用された「自然的観察」について以下のように批判する⁵¹。すなわち、BGHは「自然的観察」によれば、自殺は「事故」だとする。しかし基本法第2条第2項第1文は、生命という法益をその保持者による自由答責的な侵害から保護していない。むしろ憲法は生命をどう扱うかを個人に任せている。BGHの「自然的観察」によれば、事故という構成要件メルクマールは「悲劇的な出来事」として理解され、323条cの特別な保護目的から切り離されてしまう。

Ulfrid Neumannは、「事故」という概念に内在する要件との関係から以下のように論じる。すなわち、「事故」を認めるためには、その概念上、計画にない結果、そして損害の発生や損害が迫

⁵¹ Engländer, JZ 2019, 1052.

ることが不測の結果であることを要件とする。しかし個人の自律により責任を課される自殺者の観点からは、十分に考え抜かれた自殺未遂はどちらの結果にも該当しない。入念に準備された自殺未遂が計画通りの経緯をたどった場合に、それが、第三者の介入が正当化される、または、刑罰による威嚇すら必要とされるような「事故」とみなされる余地はない⁵²。

さらに Bettina Weißer は以下のように述べる⁵³。一方では、法益保持者の自律性を強調してその自己答責的な自殺の決定を尊重し、他方では、この敬意を示す態度としての救助の不作为を理由として、第三者に対する刑事責任を導き出すことは一貫していない。そもそも、自由答責的な自殺を事故として分類することは誤っているのである。長い意思決定過程で生じた自殺意図の実現は「突然の出来事」とは見なされず、そのため「自然的観察」をした場合に自殺は法的な意味での事故として分類されるべきだと主張をすることはできない。法益保持者の自己答責的な決定を破棄するのであれば、それは法益保持者の明確な決定よりも、生命という法益は法的には自由に処分し得ないという、一般的な、宗教上内包される基準を置くことを意味する。それはリベラルな法秩序に反する⁵⁴。自殺が自己答責的な決定に基づいている場合、これによって引き起こされる状況は事故ではなく、法益保持者の自由な法益処分の結果である。

(ii) 「連帯」概念について

Armin Engländer は「事故」が「悲劇的な出来事」だと理解されてしまうとの批判の関係から、以下のように主張する。すなわち、「自殺者に認識能力と判断能力があっても、刑法 323 条 c の基礎となる連帯の要請を排除しない」という、Wittig 判決から変更されなかった BGH の主張も支持し得ない。まず第一に、連帯は刑法 323 条 c の保護法益ではない。それにより保護されるべきなのはとりわけ、刑法 211 条以下や 223 条以下によっても保護されている個人的法益である⁵⁵。連帯の概念は、他者の個人的法益保護のために行動することを保障人でない者に、刑罰による威嚇をもって義務付けることを正当化する立法根拠を形成するだけである⁵⁶。連帯は原則として、自分だけでは助からない状況で望まない法益侵害を回避するために助け合う、という相互約束として理解できる。しかし、法益保持者が自分の財を危険にさらすだけでなく、この危険の現実化に努めている場合、連帯としての援助をする理由はない。自殺者が自分の行動により処置されることなく死ぬという状況にあるならば、自殺者から見ればそれは「事故」ではなく、臨んだ結果までの道のりの中間である。したがって、自由答責的な自殺未遂は 323 条 c における「事故」ではない⁵⁷。

⁵² Neumann, Ärztliche Unterstützung eines freiverantwortlichen Suizid-eine Wende in der Rechtsprechung des BGH?, StV 2020, 128 f.

⁵³ Weißer, ZJS 2020, 88 f.

⁵⁴ Vgl. Popp, LK-StGB, Bd.7, 12. Aufl., §323 c Rn. 24.

⁵⁵ Freund, MK-StGB, Bd. 5, 3. Aufl., §323 c Rn. 2; Hecker, a.a.O. (Fn. 33), §323 c Rn. 1; Popp, a.a.O. (Fn. 54), §323 c Rn. 22; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 19. Aufl., §42 Rn. 1.

⁵⁶ Eisele, Strafrecht Besonderer Teil I, 5. Aufl., Rn. 1246; Gaede, NK-StGB, Bd. 3, 5. Aufl., §323 c Rn. 1.

⁵⁷ Engländer, a.a.O. (Fn. 51), 1052. Auch Freund, a.a.O. (Fn. 55), §323 c Rn. 58 f.; Hecker, a.a.O. (Fn. 33), §323 c Rn. 8; Gaede, a.a.O. (Fn. 56), §323 c Rn. 5.

Ulfrid Neumann は、「事故」は不測の状況であることが要件とされることとの関係で、以下のように述べる。すなわち、自殺未遂が一時的な状況に起因するものであり、自殺をしようとした者の事後的な観点からは「不測の」状況だとみなされることを根拠として「事故」は認められる。しかしこの論拠は、自殺未遂における第三者の介入が、自殺を望む者に対する連帯としての救助と記述し得ることを必要とする。よく考え抜かれ、一時的な状況に起因するのではない自殺未遂（清算自殺）はこれにあてはまらない。本件では後者である。自殺者の自殺の決意の動機である生活状況を改善することは期待できなかった。本件において連帯があり得るのは、自殺者が置かれていた状況が、他者との対話や精神的な支えによって軽減される場合だけである。「事故」という言葉によっても、「連帯としての救助」という目的設定（Zielsetzung）によっても、323 条 c は「清算自殺」とは関係がない⁵⁸。

Bettina Weiser はさらに厳しく批判する。すなわち、法益保持者の自律的な決定を無視し、その意思に反する救命措置、つまり強制治療を開始する「同胞の連帯義務（mitmenschliche Solidarpflicht）」はあり得ない。刑法 323 条 c で要求される同胞の連帯は、危険にさらされた法益保持者に関係している⁵⁹。それゆえ、本件のような状況では同胞の連帯による義務としてあり得るのはせいぜい、自殺者の表明された意思を尊重し、いかなる処置もしないことである⁶⁰。

(iii) その他の点について

BGH による 323 条 c の解釈論への批判の他に、以下のような重要な指摘も存在する。Hans Kudlich は⁶¹、BGH の見解は一般化され得るものとみなしているようである。すなわち Hamburg 判決において BGH は、危険の現実化のリスクが被告人の先行行為によって仮に増大したのだとしても、その「リスクは被害者らの答責範囲内にある」と主張する。さらに自殺者にとっては、「自身が法益にもたらす危険が実現しない」ことではなく、むしろ「まさに法益侵害の発生こそが」重要であるとも主張する。この BGH の主張が一般的なものとして爆発的に広まること（Sprenkraft）は確実である。というのもこれは原則として、自由答責的な自殺を支援するすべての状況に当てはまるからである。つまり、自由答責的な自殺に居合わせ、状況を把握する医師は自殺者の意思に反するような行為を刑法により義務づけられ得ないということが、自殺の決意から導き出される。

また、刑法 323 条 c は不作為者に対し「表明された意思に反する救助を義務付けていない」という主張も、個々のケースに限定されない一般的な重要事項である。というのも、自己答責的な自殺の場合、そのような反対意思は常に存在するからである。

⁵⁸ Neumann, a.a.O. (Fn. 52), 129.

⁵⁹ Lorenz, Freiverantwortlicher Suizid und Unterassungsstrafbarkeit—Die neue Rechtsprechung des BGH, HRRS 2019, 359; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht Besonderer Teil I, 43. Aufl., Rn. 1089.

⁶⁰ Weißer, a.a.O. (Fn. 53), 89. Auch vgl. Grünwald, JR 2020, 173.

⁶¹ Kudlich, a.a.O. (Fn. 11), 869.

Michael Kubicielによれば、自殺の自由答責性を実際上どのように決定し得るかという問題が実務上生じる⁶²。すなわち、注意すべきは、十分に検討され、自由答責的であると見なすことができるのは少数の自殺未遂のみだということである⁶³。しかし自由答責性の欠如の兆候はあるが、死ぬ意思の不自由性が確かでないという場合、どのように判断されるのだろうか？自殺支援がなされる前であれば疑わしきは生命の利益に (in dubio pro vita)、または行為後ならば疑わしきは被告人の利益に (in dubio pro reo) が妥当するのか？Berlin 事件は、これがいかに緊急な問題であるかを示している。すなわち、実際に自殺したのは完全に健全な者ではなく、精神的に落ち込んでおり、繰り返し心理療法を受けていた者だった。

さらに2つの事件では、誰が（どのような基準で）自由答責性を認定することができるかという問題が生じる。Berlin 事件ではこの認定は専門家でない家庭医によって行われ、Hamburg 事件では長年自殺者の認識能力を評価してきた神経学と精神医学の専門家が行った。どちらも認定の資格があると見なすことができるのであり、それゆえこの点に関する法的要件は示されていないのである。

(iv) 小括

以上のようにドイツ学説においては、323条cに関わる点については一致して批判が集まっている。とりわけ、自殺状況を「事故」とする点は、BGHのいうような「自然的観察」によっても支持し得ないという点、そして「連帯」という観点から、自己答責のないし自由答責的な自殺状況において一般的救助義務を導き出すことはできないという批判はほとんどの論者が主張しているところである。さらには、すでに生活状況の改善の余地のない事例においては「連帯としての救助」はあり得ず、むしろそこで「連帯として」義務付けられるのは、自殺者の意思に沿うように何もしないことであるという主張は、我が国には見られない非常にリベラルな考え方であり、注目に値する。

また、Kudlichのいうように、もはや自由答責的な自殺に対する救助措置は常に自殺者の意思に反することになり、自殺に居合わせる医師は救助の不作为を続ける限り、処罰されなくなるだろう。むしろ意思に反する強制的な医的侵襲は傷害罪の構成要件に該当し、処罰される可能性すらある⁶⁴。

しかしながらほとんどの論者が、熟慮を重ね、自殺願望を維持し続けた場合の自殺の決意が自己答責的な自己決定の結果であるとする点は注意を要する。ここでは自殺願望の真摯性だけでは足りず、代替手段の不存在や自殺者の熟慮性などが自己答責的な自己決定の要件とされている。

さらにKubicielのいうように、このような自己答責性の評価を誰がし得るのかという問題はたしかに生ずる。すなわち、Berlin 事件では精神医学の専門医ではないものの、この評価をなし得る者としてみなされている。しかしこれは、Berlin 事件の被告人が「医師」だったことが理由なので

⁶² Kubiciel, Die strafrechtlichen Grenzen der Suizidbegleitung, NJW 2019, 3035.

⁶³ Rosenau, a.a.O. (Fn. 13), vor §§211 ff. Rn. 104 f.

⁶⁴ Lorenz, a.a.O. (Fn. 59), 357 f.

あろうか？親類や友人、恋人など、自殺者の病歴や自殺の決意をするまでの経緯を詳細に把握してはいても、「医師ではない者」は、自己答責性の評価をすることができるであろうか⁶⁵？この点については明らかとされておらず、依然重要な課題として残されているのである。

III 日本の議論への示唆——今後の検討の基本的方向性として——

さて、以上のドイツの判例の動向とそれに関する学説の反応から、日本の法状況に対していかなる示唆が得られるであろうか。以下では、「死ぬ権利」について、日本刑法202条自殺関与罪および嘱託・同意殺人罪（本章においては、特に断りがない場合、「刑法」は日本刑法典を指すものとする）の解釈論への影響について、そして自由答責性の判断の問題の3つの点を確認していく。

(1) 「死ぬ権利」について

まずドイツ学説における支配的な考え方は、個人の自己決定が何よりも重要な価値を持つという強い個人主義的主張にその特徴がある。ドイツにおいては、「死ぬ権利」⁶⁶は基本権上保護されるという考え方が支配的である。そこには、個人の自由な決定は他者を侵害しない限り尊重されるべきであり、それこそが人間の尊厳の前提としておかれなければならないという信念が垣間見える。このことはWittig判決に対する批判や、Hamburg/Berlin判決に対して集中した批判に顕著に表れている。たしかに、とりわけHamburg事件の2人の自殺者のように、自殺を決意する理由となる状況が不治の病とその苦痛以外には存在しないような場合にまで「苦しみで満ちた生」を個人に選ばせることは「生の強制」である。BGHが厳しく批判されているように、「連帯」など超個人的な概念を持ち出して個人の自己決定を無視することはできない。また、このような自殺者を救助しなかった者を処罰することもできない。なぜなら、ここで自殺者を救助するよう義務付けることは、「生」を自殺者に押し付けるよう救助者に対し義務付けることと同義だといえるからである。

しかし、「死ぬ権利」という形での自己決定を認める見解は日本ではほとんどみられない。甲斐克則は、むしろ「死ぬ権利」を一度認めれば、「死なせる権利」ないし「殺す権利」へと通じる恐れすらあると批判している⁶⁷。たしかに、例えば経済的困窮ゆえに苦痛緩和処置を受けることのできない重篤患者に対して「死ぬ権利」を認めて、経済的困窮者が死を欲している以上殺してもよいとするのは、経済的困窮を理由に「殺す権利」を認める「強者の論理」であり、「命の選別」に他ならない。ここではそのような弱者を如何にして救うかという議論こそが必要なのである。

以上のことを考慮すると、「死ぬ権利」というものを議論する際、それを行使し得る要件は、ド

⁶⁵ *Windsberger*, Goodbye Peterle, leb wohl Lehre vom Tatherrschaftswechsel! Oder doch nicht?, JM 2019 (12), 481.

⁶⁶ *Hillgruber*, Die Erlaubnis zum Erwerb eines Betäubungsmittels in tödlicher Dosis für Sterbenskranke—grundrechtlich gebotener Zugang zu einer Therapie „im weiteren Sinne“?, JZ 2017, 777; *Kubiciel*, Tötung auf Verlangen und assistierter Suizid als selbstbestimmtes Sterben?, JZ 2009, 602 f.; *Lindner*, Grundrechtsfragen aktiver Sterbehilfe, JZ 2006, 376 f.; *Saliger*, NK-StGB, Bd. 2, 5. Aufl., §217 Rn. 6.

⁶⁷ 甲斐・前掲注(5)41頁。

イツにおける議論よりもさらに厳格に示される必要がある。少なくとも、「死を選ぶ以外に取り得る代替案が存在しないこと」、「自殺者に完全な認識能力と判断能力が備わっていること」は必要条件だと思われるが、代替案の不存在が何に起因するのかという点も考慮に値するのではないだろうか。認識能力と判断能力が備わっていることだけを理由として「死ぬ権利」を認めることは妥当ではない。経済的困窮など、もはや自身では自己決定し得ない社会的な要因から死を選んだにもかかわらず、それを自由な自己決定だとすることは、過剰な自己責任論へと転ずることになるだろう。

さらに、自殺をしようと望む者が、他に取り得る手段があり、生命という法益を放棄する必要がないにもかかわらず、その代替案を知らなかったがゆえになされる自殺のような「性急な自殺」の事例においても、それを「死ぬ権利」の表れとみなすことも認めてはならない。むしろそのような性急な自己決定は、瑕疵ある意思に基づくものとして、国家が積極的に介入すべきである⁶⁸。代替手段についての無知に関して、そもそも情報へのアクセスが困難であるなど、自殺者の自己責任では片づけられない問題を孕んでいるのであり、それを「自己決定」とすることはできない。

また、「死ぬ権利」を認める要件としての「死期の切迫性」の要否も問題となる。ドイツの議論を見る限り、むしろ患者の病歴や病期は問題とされず、専ら「個人の自己決定」という観点から関与した者の不可罰性が導かれている。日本の裁判例はいわゆる東海大学病院事件（横浜地判平成7年3月28日判時1530号28頁）において、「患者について死が避けられず、かつ死期が迫っていること」を必要としている。この死期の切迫性の程度については、「直ちに死を迎えさせる積極的安楽死については、死期の切迫性は高度のものが要求されるが、」副次的効果として生命の短縮の危険を伴うが、患者の苦痛の除去・緩和を目的とする行為である「間接的安楽死については、それよりも低いもので足りる」として、安楽死の類型により相対化されるとする。そしてこの要件の根拠として、苦痛の緩和・除去の利益と生命短縮の不利益の均衡からして、死期が切迫している状況で初めて、苦痛の緩和・除去するための死をもたらす措置が問題となり得るのだと説明される。

この点について一方では、あらゆる自殺者の主観にとって死期の切迫性が自殺を決意する理由となり得るはずはなく、こうした要件は個人の自己決定を強調する立場からは不純物としてみなされることになるだろう。しかし他方では、「死に方を選ぶ権利」としての「死ぬ権利」を認めるという立場から死期の切迫性を要求するものという解釈もできる。すなわち、この要件の要否は「死ぬ権利」の具体的な内容を明らかにするという根本的な課題と関連しており、検討を要する。

(2) 日本刑法 202 条の解釈論について

以上の「死ぬ権利」についての基本的な考え方を軸に、仮に「死ぬ権利」が認められたとして、次に刑法 202 条の解釈が問題となる。重要な点としてまず、死ぬ権利を承認する場合自殺は適法な行為だと解釈できる。しかしその場合、自殺関与類型を「正犯なき共犯」として解釈するのか、

⁶⁸ 瑕疵ある意思決定について詳細に論じたものとして、菊地一樹「法益主体の同意と規範的自律」博士（法学）、早稲田大学（2018年）参照。菊地は「弱いパターンリズム」と「規範的自律」という観点から、被害者の承諾に関わる様々な論点を検討している。

それとも特別な正犯類型として理解するのか、という刑法解釈学上の問題が生ずる。後者を取るとしても、行為者が行為支配を有する囑託・同意殺人類型と自殺者がそれを有する自殺関与類型で、なぜ法定刑が同一なのかという疑問が次に生ずる。この点はすでに長きにわたって議論がされている点でもあるが、「死ぬ権利」の議論とともにもう一度検討し直す必要があるだろう。

次に「死ぬ権利」を認めることの帰結として、自殺関与の可罰性が否定され得るかという問題が生ずる。ドイツの様に自殺関与を不可罰とするならば、当然日本でも自殺関与罪を削除すべきである。しかしこの点については、性急な自殺等の「死ぬ権利」の表れとはいえない自殺であることを認識しながら、あえてその自殺に関与する者に対してのみ、自殺関与罪が適用されるという限定解釈の可能性を検討したい。

このような限定解釈は、現行法の規定上、たしかに困難かもしれない。しかし、あらゆる自殺への関与を処罰するのは、結局自殺者を1人にし、また、半身不随などで自己の生命に自ら終止符を打つことのできない個人は苦痛に満ちた生を強いられることになってしまう。さらに、自殺を企図する者が他の取り得る代替案を理解し、検討して、その上で自殺をするか否か再度決断するまで、他者の生命処分に関与しないよう他者に禁止することは、個人の生命の保護にもつながることになる⁶⁹。このように考えれば、刑法202条の限定解釈には一定の合理性があるように思われる⁷⁰。

(3) 自由答責性の判断基準について

さらに、自殺者が完全に自由であるという評価をどのような基準でし得るかという問題、そして誰が評価をする有資格者としてそれをなし得るかという問題が生じる。ここでは、生命という取り返しのつかない利益の処分が問題となっている以上、確実に自殺者の自由答責性を判断することが重要だと考えれば、精神医学医など専門家のみにその資格を認めるべきことになる。しかしその評価に過失があったとなれば、評価した医師は過失致死罪に問われる可能性すらあり、医師に過剰な責任を負わせることにはなる。いずれにしても、この状況では、「死ぬ権利」行使の要件や、安楽死が違法ないし責任阻却によって不可罰とされる要件を定めたとしても、医師をはじめとして自殺者のそばにいる者の可罰性は依然として不安定なままである。

IV おわりに

以上、今後の検討の方向性として、ドイツの議論から得られる示唆を確認してきた。今後も生命

⁶⁹ しかし代替案を認識能力と判断能力が完全に備わる自殺者に強制することもできない。なぜならその代替案を選択しないという決定もまた、尊重されるべき自己決定とみなすべきだからである。その場合本人にとってみればそれは「代替案」とはいえない。そこで他者がなし得るのは、せいぜい代替案の「提示」が限度とされるべきであろう。

⁷⁰ 以上の点は、刑法202条の規範目的の解明の必要性にもつながる。秋葉悦子「自殺関与罪に関する考察」上法32巻2=3号(1991年)142頁以下は、自殺関与罪による非難が何に向けられているのかという点、そして殺人罪とは異質な違法性を有すると理解されながらも、その具体的な内容は何かという点については、以前不明確なままであることを指摘する。

に対する個人の自己決定とその限界について検討していきたい。

最後に、ドイツ連邦憲法裁判所（BVerfG）が2020年に出した判決に触れておきたい。ここでは、ドイツ刑法217条「業としての自殺援助罪」が違憲無効とされた。すなわち本規定は様々な基本権侵害にあたるとして、憲法適合的な解釈をすることはできないとされたのである。とりわけ、慎重に検討される自殺の場合においては国家による生命保護への侵害は比較的少ないため、死を望む者の一般的人格権がより重要であるとした点、そしてそれゆえに自由な意思に基づく自殺においてすら、それに対する援助を制限することとなるドイツ刑法217条は比例原則違反であるとみなした点⁷¹は、個人の「死ぬ権利」が広範に認められているものとして注目される⁷²。

しかし一方で、本稿でも触れたように、慎重とはいえない性急な自殺から個人を保護する必要性も指摘されている。そして、そのためにはどのような規定が望ましいのかという問題が生じているようである。これについてはすでにドイツ刑法217条の代替案も出されており⁷³、BVerfGもその判決の中で代替案について言及している⁷⁴。今後ドイツ刑法217条は近いうちに改正されることが予想されるが、その動向にも注視していきたい。

⁷¹ Vgl. BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020–2 BvR 2347/15, Rn. 264.

⁷² *Freundorfer/Steinker*, Famos 2020, 30.

⁷³ Vgl. *Freundorfer/Steinker*, a.a.O. (Fn. 72), 30.

⁷⁴ Vgl. BVerfG, Urteil vom 26. 2. 2020–2 BvR 2347/15, Rn. 338 f.