

## 《資 料》

ドイツ刑法新217条の法律案理由書  
(Bundestagsdrucksache 18/5373)

神馬幸一(訳)

## 訳者解題

本稿は、ドイツ刑法典の一部改正として2015年12月10日に施行された新217条の法律案段階における理由書の全訳である(但し、法律案提出議員213名が連記されている部分に関しては、長大になるので一部省略した)。実際の法律案審議は、この理由書の内容を巡って議論が交わされたことになる。従って、その内容は、立法者の意図を探る上でも重要な示唆を多く含んでいる。今後、新条文を解釈・運用する際にも多く参照されよう。そのことから訳出する意義は、十分に見出せるように思われる。

なお、この法律案理由書では、原文において Suizidhilfe(自殺の手助け)、Beihilfe zum Suizid(自殺幫助)、assistierter Suizid(介助された自殺)のように、ほぼ類似する行為概念が異なる用語により表現されている。訳出に当たっては、原文における用語の使い分けに忠実であることを目指し、上記のように原語と訳語を対応させている。その他の訳語に関する解説(特に条文訳部分)に関しては、本誌(獨協法学100号)に同時掲載された拙稿「ドイツ刑法における『自殺の業務的促進罪』に関して」を参照されたい。

また、本文中、四角で囲んだ太字題目部分は、読者における理解の便宜を図るために付したものであり、原文にはないことも併せて記しておく。

## 【付記】

本稿は2016年度科学研究費補助金「若手研究(B)課題番号25870294:緩和ケアの妥当な在り方に関する比較法的研究(研究代表者:神馬幸一)」による研究成果の一部である。

**原文表題部分**

ドイツ連邦議会・公式議会文書(18/5373番)

第18被選挙期・2015年7月1日

連邦議会議員 Michael Brand, Kerstin Griese, (以下省略。その他211名による連名)による法律案

**要旨部分**

自殺を業務的に促進することの可罰性に関する法律案

**A. 問題**

自己答責的な自殺は、それ自体、他者に向けられた侵害ではなく、自由を重んじる法治国家においては、生きることを強いる法的義務が一般的に認められていないことから、ドイツの法体系は、その処罰を断念している。それに応じて、自殺未遂又は自殺(未遂)の共犯も同様に不可罰である。

この規制理念は、基本的に維持されてきた。従って、自殺及び自殺関与における原則的な不可罰性は、疑問視されるべきことではなかった。しかし、自殺を手助けすることが医療的処置における健全な選択肢として業務的に提供されるようになり、それに応じて人々が自らの命を絶つことに惑わされ得るところでは、修正が迫られるのである。

ここで提起される法律案の目的は、保健医療的処置上のサービス提供として自殺幫助(介助された自殺)が発展していくことの回避にある。ドイツでは、例えば、致死薬を付与し、獲得させ、又はあっせんすることで自殺幫助を日常的に提供する団体又は関連する著名な個人を巡る事件が増加している。組織的形態により介助された自殺が「日常的なことであるかのような影響力」を浸透させていき、その経緯において社会の「健全性」が脅かされている。そのことで特に高齢と病気の両方又は一方の状態にある人々は、介助された自殺に惑わされやすくなるか、又は全く直接的若しくは間接的なかたちで急き立てられているように感じることになる。そのようなサービスの利用可能性がないところ

では、それを利用するかどうかの比較衡量は不要であり、そもそも、そのような意思決定をする必要すらない。従って、そのようなサービスが営利目的によるものではなかったとしても、業務的に、すなわち反復的に実施される活動であるならば、自己決定権及び生命に関する基本権の保護のため、それに対しては、刑法という手段により対抗されなければならない。

ここで提起される案は、明らかに、個別的事案において解決困難な葛藤状況にある自殺の手助けを犯罪化するものではない。他の欧州諸国において個々に規定されているように自殺幫助を刑罰化するかたちで完全に禁止することは、政治的に求められておらず、基本法による憲政の基本的態度決定にも調和しないとされる。同時に、親族又は自殺企図者と密接な関係にあるその他の者は、単なる自殺の共犯にすぎず、自ら業務的な行動をとる者ではない場合、その者は可罰的ではないことも他の規定により明確化されている。

## B. 解決案

この案は、刑法典 (StGB) 中における新しい刑罰的構成要件の考案を提起するものであり、それは、第1項において、自殺の業務的促進を刑罰下に据えるものである。この活動は、抽象的なかたちで生命を危険に晒す行為として禁止されるべきである。第2項によれば、自ら業務的な行動をとらず、単なる自殺の共犯として関与する親族又は自殺企図者と密接な関係にあるその他の者は、刑罰的威嚇から除外される。

## C. 代替的選択肢

既に継続審議されていない2012年における連邦政府の法律案 (Bundestagsdrucksache 17/11126) は、自殺の営利目的による促進のみ刑罰下に据えることを提起するものであり、従って、ここで提起された案よりも狭い範囲を規定するものである。同時に、本来的な法益危殆化の前段階に位置付けられる宣伝広告的方法を刑罰下に据えることも提案されている (Bundesratsdrucksache 149/10)。この発議の修正案は、営利目的による自殺幫助に加えて自殺の手助けを結社化するための宣伝広告も刑罰に値するもの

と見込んでいる (Bundesratsdrucksache 149/1/10)。更には、これらに対して、自殺幫助を完全なかたちで刑法的に禁止する提案がなされている。

#### **D. 実施費用以外の財政支出**

なし。

#### **E. 実施費用**

##### **E.1 市民における実施費用**

市民において発生し、又は負担される実施費用は、なし。

##### **E.2 産業界における実施費用**

産業界において発生し、又は負担される実施費用は、なし。

#### **以上の内、広報義務より生じる公官庁の費用**

なし。

##### **E.3 行政における実施費用**

ここで予定されている刑法的構成要件の導入により、その執行官庁及び行刑官庁において、場合により必要となる捜査及び行刑の観点から詳細に見積もられた追加的支出は、今のところ、各州において生じないものと考えられる。しかし、このような追加的支出は、この禁止により期待される一般予防的な効果を理由として、狭い範囲で実施されうるものであり、その他においても法益保護の観点から正当化しうる。

#### **F. その他の費用**

市民に加え、産業界においても、その他の費用は生じない。物価水準、特に消費者価格水準における影響も何ら生じないものと予想される。

**条文案部分****自殺を業務的に促進することの可罰性に関する法律案**

連邦議会は、以下の法律を議決した。

**第1条 刑法典の改正**

(...) 付けの法律（連邦官報第 I 部...頁）第 (...) 条により、直近において一部改正された1998年11月13日付けの全面改正版刑法典（連邦官報第 I 部3322頁）を以下のように改正する。

1. 目次において第217条に関する文言を以下のように規定する。

「第217条 自殺の業務的促進」

2. 第217条は、以下のように規定する。

「第217条 自殺の業務的促進

- (1) 他者の自殺を促進する意図において、その他者に対し、業務的に自殺の機会を付与し、獲得させ、又はあっせんする者は、3年以下の自由刑又は罰金に処する。
- (2) 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」

**第2条 施行**

本法は、公布された翌日に施行される。

ベルリン、2015年7月1日

Michael Brand, Kerstin Griese, (以下省略。その他211名の国会議員による連名)。

**理由書本論部分****提出理由****A. 総 論****I. 規制の目的設定と必要性**

死の看取りと介助された自殺に関する現在の議論は、人生の最期を思い描くときに多くの者が感じている不確かさと不安に特徴付けられる。そこでは、苦しみと痛みを避け、又はそれらを和らげることが先ずもって問題となる。人生の最期における自己決定権は、多くの者にとって重要である。そして、高齢になることのみならず、病気又は孤立に際して他者の重荷になることを多くの者が懸念していることに関して、どのように社会が立ち向かおうとしているのかも問題となる。人生を取り巻く倫理的問題において、自由裁量と自律性は、一定の役割を果たす。生命への敬意は、苦痛に満ちた重い疾病と障害を伴う人生への敬意と同様に、思い遣りが溢れる社会の理想像を示すものである。

この点、多くの者において、自身が重荷として受け止められ、完全に第三者に依存し、その自律性を喪失することに対する懸念が多数の調査により明確に示唆されている。更には、そこにおいて粗悪で尊厳の無い看護がなされ、又は強い苦しみに耐え忍ばなければならないのではないかという深い懸念も示されている（例えばKlostermann und Schneider: „So ist kein Leben“ – Suizide alter und hochaltriger Menschen. In: Suizidprophylaxe. Theorie und Praxis. 31, 2004, S. 35 – 40; Abé u. a.: „Der moderne Tod.“ In: Der Spiegel 6/2014, 3. 2. 2014; Deutscher Hospiz- und PalliativVerband: Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage zum Thema „Sterben in Deutschland – Wissen und Einstellungen zum Sterben“, 20. 8. 2012参照）。

あるドイツでの質問調査によれば、長期間に及ぶ死の過程への不安(61.8%)、強い痛み又は重篤な呼吸困難への不安(60.1%)が最も広範に示されていることに加えて、自身が親族の重荷になるのではないかという心配(53.8%)も同

様に示されている (Sozialwissenschaftliches Institut der Evangelischen Kirche in Deutschland: „Sterben? Sorgen im Angesicht des Todes. Ergebnisse einer bundesweiten Umfrage des Sozialwissenschaftlichen Institutes der EKD“, 12. 5. 2015参照)。

ドイツ倫理審議会は、年間約10万件に及ぶ自殺未遂を危惧している (Deutscher Ethikrat: „Zur Regelung der Suizidbeihilfe in einer offenen Gesellschaft: Deutscher Ethikrat empfiehlt gesetzliche Stärkung der Suizidprävention. Ad-hoc-Empfehlung“, 18. 12. 2014, S. 3参照)。2013年には、10076名が自身の命を絶った。そのことからドイツにおける年間死亡者数の約1%は、自殺によるものとなる。ドイツにおける国家的自殺予防計画 (NaSPro) の数値によれば、高齢者における全自殺の3分の2は、鬱的疾患に由来するものとされている。全ての自殺者の約4分の3は男性である。完遂された全自殺の約73%は45歳以上において行われ、30%は65歳を超える者である (Informationen des NaSPro unter [www.suizidpraevention-deutschland.de](http://www.suizidpraevention-deutschland.de) 参照)。

まさに高齢者において、鬱的疾患は、全くといっていいほど気付かれないか、正しく把握されないものであり、不適切又は不十分に取り扱われてきたものである。そのことを受けて、NaSPro、ドイツ自殺予防協会 (DGS)、ドイツ倫理審議会、ドイツ社会奉仕事業団 (Diakonie Deutschland)、その他の団体は、介助された自殺に対抗する新たな規制の議論に関連して、特に高齢者のための自殺予防の重要性を指摘している (Nationales Suizidpräventionsprogramm für Deutschland (NaSPro) und Deutsche Gesellschaft für Suizidprävention (DGS): Memorandum. „Wenn alte Menschen nicht mehr leben wollen – Situation und Perspektiven der Suizidprävention im Alter“, 11. 3. 2015; Deutscher Ethikrat: „Zur Regelung der Suizidbeihilfe in einer offenen Gesellschaft: Deutscher Ethikrat empfiehlt gesetzliche Stärkung der Suizidprävention. Ad-hoc-Empfehlung“, 18. 12. 2014; Diakonie Deutschland: „Grenzen des Helfens oder Hilfe an der Grenze? Position der Diakonie Deutschland zur aktuellen Debatte um die Beihilfe zur Selbsttötung (sog.

„Assistierter Suizid“), 29. 9. 2014参照)。

広く普及した印象において、特に高齢であることや重い疾病は、重荷として捉えられ、そのことに関連付けて、自殺を業務的に補助するサービスは、まさに、そのような「重荷」から親族及び社会を完全に開放するかのような期待感を生じさせ、同時に受け入れられてきた手法である。立法者の観点から、これを実効的に阻止しなければならないことは悩ましい展開である。

このことに併せて、人々の間で死に逝くことに関する社会的な議論が求められる。全ての個々人と同時に社会においても総じて、早期に、公然と、可能な限り不安のないかたちで、死に逝くことに関与できる機会を認める必要があるものとされている。

先ずは、その帰結として、保健的及び看護的な処置並びにホスピス及び緩和医療が改善されることにより、前述のような人々が抱えている不安と心配が取り除かれなくてはならない。入院看護施設での緩和医療への良好な財政支援と定着化が図られ、外来の緩和医療における強化と改善された情報提供に加え、専門性が高められた外来の緩和医療により、過疎地においても大都市圏並みにホスピス及び緩和医療を拡充することが重要な歩みとなる。この人々の不安に対処し、全面的に人間味に溢れ、医療的にも尊厳に満ちた死の看取りを達成するため、苦しみと痛みを良好に処置する現代的な緩和医療の可能性は、公衆に知れ渡る必要がある。

ホスピス及び緩和医療の強化並びに看護の強化に関する最近の法律案発議は、高齢者及び重篤な患者における人間味溢れる寄添いの文化のため、更に重要な支柱となる。

同時に事前配慮代理権又は患者の事前指示という可能性に関しても、その改善がなされ、広く告知される必要がある。自律性を強化するための助力及び手段は、人生の最期においても、より確実に獲得することができ、そして、そもそも医療的処置を希望するのか、希望するならば、どのようなものか、又は何もして欲しくないのかというような各々の決定は奨励しうるものである。ここにおいて2009年7月29日付けの第3次世話法改正 (BGBl. I 2286) に由来する超党派的な法律案発議は、その適切な土台を形成するものである。

以上の対策は、それ以外のものも含めて、人生の最期においても尊厳が維持される文化のために、業務的な自殺幫助の拡大化を総じて回避することを目論んでおり、そのような規制を強化する枠組みとして講じられた。

この提出された法律案の定義における業務的に介助された自殺の数は、公表されている全ての情報によれば、ドイツにおいて増加してきている。かなり以前から、ドイツにおける（同様に更に以前から幾つかの隣国においても）法的規制の空白を理由として、いわゆる介助された自殺という方法は、自然で医学的で人間的に寄り添われた死として影響力を有するかたちで公的に宣伝され、そのような自殺を業務的に支援する組織と人物が登場してくる心配が具体的に広がってきている。報道によると、例えば、あるベルリンの医師が度々、自殺を手助けしたことを告白しており、その証言において、過去20年間、自殺を手助けする者として依頼を受け、200名を超える者の自殺を介助したとされている（Hart aber fair: „Therapie Tod – dürfen Ärzte beim Sterben helfen?“, Sendung vom 6. 10. 2014; Report Mainz: „Arzt gibt Suizidhilfe in bis zu 200 Fällen zu“, Sendung vom 6. 6. 2011 参照）。あるドイツ国内に存在する団体は、2012年中に総計29件、2013年中に総計41件、いわゆる自殺の看取りを実施したとされる（Kamann: „Der Tod wird teuer“. In: Die Welt, 5. 2. 2014参照）。2010年から2013年の間に、その団体は、総計118回、自殺を介助したとされている（Kamann: „Befördert Sterbehelfer Roger Kusch sich selbst ins Aus?“. In: Die Welt, 14. 5. 2014参照）。2013年中だけで少なくとも総計155回の看取られた自殺の内、12回は自殺を手助けした者が不明であるとされている（Katholische Nachrichten-Agentur, Meldung vom 14. 1. 2014）。

このような現象は、現実的かつ現代特有の問題であり、同様に欧州における隣国では数字上、顕著なかたちで増加傾向が示された問題でもある。スイスにおける展開状況の最新報告では、その方向性が指摘されている。報道によると当地では介助された自殺数が激しく増加したとされる。それによれば、2014年中に前年よりも25%も多く介助された自殺を決断した者がおり、その多くの部分は、ドイツ国民であるとされている（Kobler: „Selber entscheiden, „wann genug ist“. In: Neue Zürcher Zeitung, 13. 3. 2015 参照）。スイスの組織におけ

る幾つかの数値によれば、2011年だけでも、その74名がドイツ人とされている (Interview von Christian Rath mit Ludwig Minelli: „Gute Arbeit soll bezahlt werden“. In: Die Tageszeitung, 16. 8. 2012参照)。

既に2006年において、連邦参議院は「業務的」自殺促進の刑法的禁止に関する法律案を発議している (Bundesratsdrucksache 230/06)。2012年の連邦政府の法律案は、自殺の営業的促進を刑罰下に据えるという目的を有していた (Bundestagsdrucksache 17/11126参照)。

ドイツ倫理審議会又は、その前身組織である国家倫理評議会は、2003年より何度も詳細に「人生の最期」という課題に取り組んできた。2014年12月に、ドイツ倫理審議会は、この点に関して、臨時の特別勧告を公刊した。ドイツ倫理審議会は、そこにおいて、次のようなことを明確に示している。「自殺の介助は、悲劇的な例外状況における個人的な手助けというよりかは、むしろ医師における一定の提案という意味において、又はある団体におけるサービスという意味において、一般的な手法とされてきており、生命に対する社会的な尊重を弱める傾向を有しているものとされている (Deutscher Ethikrat: „Zur Regelung der Suizidbeihilfe in einer offenen Gesellschaft: Deutscher Ethikrat empfiehlt gesetzliche Stärkung der Suizidprävention. Ad-hoc-Empfehlung“, 18. 12. 2014, S. 4)」

ホスピス及び緩和医療の領域に力点を置きながら、それを有意義に絶え間なく追い求める努力がなされるべき一方で、自己決定権と生命における基本権を実効的に保護することに加えて、ここでは業務的に介助された自殺を刑法的に禁止する提案が求められる。憲法的に、この法律案は、一方で人間的な自己決定権に対して、他方で人間の生命に関する基本的な保護を保障しなければならない緊張関係の中にある。両者は、密接に関連するものである。すなわち、基本法 (GG) 第2条第2項における身体の統合性を基本法的に保障するため、そして、基本法第1条第1項と併せて第2項第1項における人格権を保護するために、自己決定権は、広範に基本権から参照されるものであり、それは、医療分野にも影響を与え、自律的な当事者における治療の決定は、他者においても拘束力を求めるものでもある。このような自己決定権は、自分自身における

死の決定に関する権利としても理解される。同意能力を有する者が意思決定する際に重要な具体的状況を認識した上で、更に治療されたくないと決定しているようなとき、それに医療職員及び看護職員は拘束されることになる。それにより、当事者において表示された意思に反する治療の継続は、治療しないことが死を導くものであっても、憲法規範的に禁止されることにもなるのである。

しかし、このことから、国家的に保護を講じることが一切、この領域において排除されているわけではない。自殺の試みが自由答責的に妥当な決定に基礎付けられているか不明確な限りにおいて、それを阻止することは法的に許容されるどころか、むしろ要請されるものである。自由答責性への不当な操作及び感化に対抗することは、身体の統合性という利益を保護するのみならず、自律性という利益をも同様に保護する。その他、たとえ自己の人生における最期の自律的な決定が基本権に基礎付けられるかたちで公認されているとしても、そのことを根拠に当該決定を実現するための法的仕組みを導入しなければならない憲法的義務が成立するわけでもない。

ドイツの立法者は、このような出発的から、生命と自己決定という法益を同等に考慮し、それらを調和させるための良く考え抜かれた刑法的規制の概念を発展させてきた。自由答責的な自殺は不可罰であり、帰結として、その関与(刑法〔StGB〕第26条、第27条による幫助、教唆)も正犯がないことから刑法的な意義を有していないとして同様に不可罰となる。それゆえに、身体的又は精神的な助力を得ながら自主的なかたちで自由答責的に実施された自殺に関与する全てにおいて、自殺幫助は、基本的に不可罰である。これに対し、刑法的な考慮に入れられ、禁止されるものは、刑法第216条における要求に基づく殺人である。

基本的には、次のことが一般的とされている。すなわち、故意により第三者の人生を積極的に短縮することは、刑法第211条以下により犯罪行為として説明される。ここにおいて、ドイツ法は、非常に明確なかたちで、積極的臨死介助と呼ばれるものも含めて刑法第216条による要求に基づく殺人と自由答責的な自殺における不可罰の幫助(介助された自殺)を区別している。刑法第216条によれば、死を希望する者の明示的で真摯な要求により、その死が導かれ、

それに相応する行為者は可罰的とされる。すなわち、その固有の死における同意自体は、第三者により導かれた死に関する法的正当化として何らの効力を有さないように展開しうるものである。1991年の判決において、連邦通常裁判所も同様のことを確認している。「絶望的な予後の診断に際しても、臨死介助は、殺人を目的としたものであってはならず、むしろ明示的又は推定的な患者の意思において、生命維持的処置の不開始又は中断により、必要に応じて効果的な鎮痛剤が用いられながら、死は自然で人間の尊厳が保持された過程の中で適切に導かれるべきである (BGH, Urteil vom 8. 5. 1991 – 3 StR 467/90, BGHSt 37, 376)」多数の有力な解釈に従えば、このような刑法規範は、今まさに描写しようとしている規制の構造という観点において、確かに客観的ないし超個人的側面により正当化することができない。しかし、それは、個人的な自律性の保障に資する手段として、目下の絶望的状况において生じがちな拙速的ないしは他人により導かれ得るものでもある死の欲求に抵抗するために、そこに保護を付与するという意味でも有意義に再構築しうるものである (Schneider in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 2. Auflage 2012, § 216 Rn. 2 ff.その他の文献参照)。

不可罰の自殺関与と可罰的な要求に基づく他殺の区別において、その死が引き起こされた出来事を誰が現実的に支配していたのか、すなわち、誰が直接的に死を引き起こす行動をとっていたのかということが重要である (BGH, Urteil vom 14. 8. 1963 – 2 StR 181/63 = BGHSt 19, 135; 死に至る時機における支配, Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., 571)。

可罰的ではない要求に基づく殺人は、従前、「消極的臨死介助」として描写されていた正当な治療中止に加え、いわゆる間接的臨死介助としても説明されている。

(着手された) 延命のための医学的治療の不作为、制限及び終結は、それが患者の意思に合致している限りで、正当な治療中止として説明される。いわゆる消極的臨死介助という従前に用いられていた概念及び更なる類型化は、2009年7月29日付けの第3次世話法改正 (「事前指示法」JGBLI. I 2009, 2286) 及び連邦通常裁判所刑事第2部における「プッツ事件判決」(「フルダ事件」BGH,

Urteil vom 25. 6. 2010 – 2 StR 454/09 = BGHSt 55, 191-206) の結果として既に老朽化した。むしろ連邦通常裁判所が礎石となる判決の中で明確化したように、患者の意思に合致するかたちで積極的に生命を終結させる処置により、その治療を中断した場合、可罰的な要求に基づく殺人には該当しないとしたことからも、消極的臨死介助という概念は誤解を招くものなのである。「治療中止は、不作為のみならず、積極的な作為によっても同様に実施しうる」

「死に寄添う手助け (Hilfe beim Sterben)」は、「死への手助け (Hilfe zum Sterben)」から区別されなければならない。それは、基本的にホスピス及び緩和医療において達成されるものである。「死に寄添う手助け」の下で医療的及び看護的処置は、人生の短縮という目的を伴うことなく、苦痛の緩和を通して理解される (Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Auflage 2014, Vorbemerkungen zu §§ 211 ff. Rn. 23参照)。「死に寄添う手助け」は、刑法的に無視できることであり、この法律の意味において自殺の業務的促進に当たると説明されるものではない。それは、むしろ人間味溢れる当前の要請とされる。それは、この法律案により犯罪化されない。反対に、この新しい規制を介して「死に寄添う手助け」は、より強い法的保障がもたらされるのである。

自殺を手助けすることは、外国における既存の適当な組織を利用することのあっせん可能性も含めて、通例、主に致死的な薬物か機器の両方又は一方の準備によるか、更に場合によっては、自殺の実施場所を利用可能にすることで行われる。そこにおいて相談支援的な活動により自律的な意思形成がなされることは、重要視されていない。同時に、自殺の技術的な実施に際して、その自殺意思の確実な具体化に、その尽力が集中されているところでは、そのような相談支援的な活動を想定することができない。なぜなら、自殺を手助けする者の関与において、その者の特異で独自の利益が追求されるからであり、当事者の意思形成及び意思決定の獲得は、その影響を受け得る。このことに対しては、自殺幫助において自律性が保障される規制により対処されなければならない。ドイツ倫理審議会は、その意義を非常に強調している。「更に何よりも、困難な自己決定が求められる状況において、他者が決定的に影響を与える危険が回避されなければならない (Deutscher Ethikrat: „Zur Regelung der

Suizidbeihilfe in einer offenen Gesellschaft: Deutscher Ethikrat empfiehlt gesetzliche Stärkung der Suizidprävention. Ad-hoc-Empfehlung“, 18. 12. 2014, S. 4)」

まさに介助された自殺の度重なる拡大化を通して、それが「健全な出来事であるかのような宿命的外観」と確かな社会的妥当性、それどころか最悪の場合、自殺の社会的要請にまで発展し、それにより、そのような要請さえ無ければ行われないはずの自殺に人々が惑わされてしまうことも示唆されている(Bundestagsdrucksache 17/11126, S. 1, 6 und 7 その他の文献参照)。

このような発展に対しては、身体における統合性及び自律性の保護という理由付けにより抵抗されなければならない。2012年における連邦政府の法律案は、介助された自殺のサービスにおいて、特に商業化の可能性から、関与者における異質な利害関係の錯綜的状况と人生の最期において常に困難が伴う自由答責的な意思決定に対する特別な危殆化を推論している。それは、実際に「臨死介助の実務における質的な変化として説明される。生と死において、その苦しみと疲弊に満ちた手助けをすることに代わり、積極的で、おそらく安易に人生を終結すること自体が業務的な活動対象として形成されようとしている(Bundestagsdrucksache 17/11126, S. 1, 6 und 7)。」しかし、この基本的に賛同できる評価も未だ不十分である。そこにおいて同様の利益衝突は、単に商業化を理由として懸念されるわけではなく、むしろ(金銭的な動機付けがなされない場合も同様に)自殺の実施を手助けする者においては、独自の利益が常に存在しうるのであり、そのことが誤認されている。利潤を獲得することに向けられていないサービスも同様に、独自の「事業を可能な限り頻繁に効果的なたちで行う(Bundestagsdrucksache 17/11126, S. 7参照)」という目的設定を介して、根本的に誘引化されたものに成り得るのである。決定的なことは、実質的な利潤への志向性ではなく、むしろ要望された活動が続行される際に実在していた個別の利益なのである。しかし、後者は、利潤の獲得が前面に押し出される場面のみならず、むしろ介助された自殺が「特殊な」団体又は人物における「業務的な形態」により発展し、継続的に営まれる(ことを望む)場面でも、想定されるものである。その禁止を営利目的の活動に限定する場合、自殺

において定期的に反復継続又は連続する支援自体に対抗する可能性が脱落してしまう。更に、それは例外が公式化されてしまうことにも賛意を示すものになってしまう。従って、この法律案は、比較的、取扱いやすく、他の法的関連性における統一的な概念理解からも多く用いられているところの業務性という形式的基準を採用した。それによれば、営利目的又は利潤獲得の意図は既に要件として求められず、むしろ、行為者が「その活動の対象として同様の行為を反復継続して実施すること (Bundesratsdrucksache 230/06, S. 4, Begründung II において既出)」ないし自殺を手助けすることが計画的な活動により定期的に提供される形態であれば足りる。従って、個別的な事案において、利他的な動機により、しばしば格別な個人的な連帯感から惹き起こされる行為は、そのような活動として把握されず、結果として不可罰とされる。

このように業務的に活動する人物及び団体を含めることを介して、自殺の不可罰性の根拠とされる個々人独自の答責性が影響を受けるとき、その活動は、人間の生命と個人の自律性というような高位の法益を少なくとも抽象的に危殆化するものとして意味される。このような種類の危殆化に対しては、刑法を手段として伴う国家的対応が求められる。刑法的規制は、侵害の強度に関連付けられた特別な要請を満たさなければならない。ここで提出された法律案において当該法益の高度な重要性は適切に考察されていることから、そのような要請は、正当に考慮されている。

この提案された規制は、高位の法益と調和しうるものである。それは、特に基本法規定と抵触しない。業務的に介助された自殺に尽力する者において、基本法第12条第1項による職業の自由が最重要の違憲審査基準として検証される。基本法第12条第1項の保護領域には、伝統的又は法的に固定化された職業像に適合しない活動も同様に含まれる。しかし、本質的に禁止されるべきことが見込まれる活動は、それ自体が社会的有害性及び共同体の有害性の観点において職業の自由という基本法による保護を付与するに値しないことから、基本法第12条第1項により保護される職業としての要件を充足しないのである (BVerfG, Urteil vom 28. 3. 2006 - 1 BvR 1054/01 = BVerfGE 115, 276 [301]; 営利目的による死の看取りに関しては VG Hamburg, Beschluss vom 6.

Februar 2009 - 8 E 3301/08 = MedR 2009, 550 [553 f.]。自殺幫助に関して、その立法者の意思を明確化するという観点のみならず、まさしく職業の自由における保護領域から排除されるべき禁じられた活動という観点からも、その根本的な理由付けにおいて、たとえ人々が望まなかったとしても、業務的な自殺の手助け自体が一定の期間をかけて「職業」とされてきたことをもって可能な限り法体系に組み入れることは、再び異質な利害関係の錯綜という問題性を生じさせる。少なくとも、その禁止に関しては、職業の自由に対して許される制限の範囲が問題となる。連邦憲法裁判所により従前から用いられてきたいわゆる段階説の意味において、それは、客観的な職業選択の規制に関する最も強化された制限形態に位置付けられなければならない (BVerfG, Urteil vom 11. 6. 1958 - 1 BvR 596/56 = BVerfGE 7, 377. 「薬局判決」参照)。しかし、そこにおいては、厳格な正当化の要件が求められる。すなわち、連邦憲法裁判所の判決によれば、客観的な職業選択の規制は、原則として、明白又は高度の蓋然性を有する重大な危険の予防に関して、優越する重要な共同体の利益のために、止むを得ず命じられるべき場合に許容される (例えば BVerfG, Beschluss vom 19. 6. 2000 - 1 BvR 539/96 = BVerfGE 102, 197 [214 f.])。自殺を手助けするという業務的なサービスは、自身が選んだ死という在り方において「健全なこと」であるかのように思われ、人々は、そのようなサービスが無ければ行われなければならないの自殺に惑わされることになる。既に2012年の連邦政府の法律案において、基本的に人間の生命に対する抽象的な危険性が(刑法的)対応を正当化しうるものであり、自殺数の値と「介助された自殺」の利用可能性における厳格な因果的関連性は不要であることが正当に強調されている (Bundestagsdrucksache 17/11126, S. 7)。客観的な職業規制を正当化するために、ここにおいて概括的に参照された生命に関する基本権の危殆化という単なる蓋然性だけで十分であるとする帰結的推論は、段階説が求める前提条件から全く問題がないわけではない。しかし、連邦憲法裁判所がカジノ営業に関して言及した判例において、次のようなことが明確に修正されている。すなわち「非典型的な」、特に「それ自体、望ましくない」活動においては、その客観的な許可の制限は、比例原則が妥当する限りで軽減化された要件の下において許容される (BVerfG,

Beschluss vom 19. 6. 2000 - 1 BvR 539/96 = BVerfGE 102, 197 [215])。これは、硬直化した段階説的な位置付けの代わりに、個別的な状況に関連付けられた比較衡量を行う最近の憲法裁判所における一般的傾向に適合しており、同様に(なお一層)自殺の促進が利他的な動機付けによる場合のみならず、自殺の業務的又は組織的促進に関しても適用可能である。それによれば、提起された禁止規範において「侵害の目的と侵害の強度が(…)適切な関係性の中で構成されている(BVerfG, Beschluss vom 20. 3. 2001 - 1 BvR 491/96 = BVerfGE 103, 172 [183]; より詳細には Dietlein in Stern: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1: Die einzelnen Grundrechte, 2006, S. 1890 ff.)」かどうかが決定的である。危険に晒された法益の高度な重要性を考慮に入れながら、許容されるべき制限の在り様が問題とされなければならない。

自殺幫助を非職業的に実施する者においては、基本法第2条第1項により、その違憲審査基準が検証される。基本法第2条は、広範な意味において、一般的な行動の自由を保障している(BVerfGE 6, 32 [36] = NJW 1957, 297 から維持されている判例)。それによれば、人格形成のための限定的な領域のみならず、人間の行動における全ての形態が保護されており、そこにおいて人格形成のために重要性を有する活動として適切であるか否かは考慮されていない。しかし、この一般的な行動の自由は、公的権力の作用から免れた絶対的に保護される核心的領域としての私的生活状態という例外(BVerfG, Urteil vom 16. 1. 1957 - 1 BvR 253/56 = BVerfGE 6, 32 [41] = NJW 1957, 297)を伴いながら、基本法第2条第1項後半部分の制限内でのみ保障されるものである。従って、それは、特に憲法的(法)秩序の留保下に置かれている(BVerfG, Urteil vom 16. 1. 1957 - 1 BvR 253/56 = BVerfGE 6, 32 [37 f.] = NJW 1957, 297; BVerfG, Beschluss vom 14. 1. 1987 - 1 BvR 1052/79 = BVerfGE 74, 129 [152] = NZA 1987, 347)。敬意を払うべき無償の自殺幫助は、基本法第2条第1項の保護領域における人間的振る舞いの活動形態に当たる一方で、しかし、それは、私的生活の現象形態における核心的領域には含まれない。従って、それを法的に制限することは基本的に可能であり、そこでは実質的な観点から比例性原則が考慮に入れられなければならない。業務的な自殺幫助の禁止は、そのようなサー

ビスが無ければ行われなければならないの自殺が健全なことであるかのように人々を惑わす危険性に対処するものである。その限りで、2つの高位の法益、すなわち基本法第2条第2項第1文において定められた生命に関する権利と憲法的に保護された個人の自律的な意思決定が保障されなければならない。従って、その禁止は、それにより達成しようとする目的以上に均衡性を失うものであってはならない。この点で一般的な行動の自由に関して許容される制限とは何かの問題となる。

何よりも基本法第1条第1項と併せて第2条第1項に定められた自己決定権に関しては、全ての者に適用される。この新しい規制は、自分自身における人生の最期を自由に自己答責なかたちで決定するという全ての個人における可能性に抵触しないだけでなく、それどころか、むしろ自由な意思形成に対する他者の影響からの保護を目論むものである点が決定的に重要である。個々人の自殺を手助けすることに関して、これ以上の要求は、基本法においても、欧州人権条約においても知られていない(この点は、まさに Bundestagsdrucksache 17/11126, S. 7 f.において既出; Bundesratsdrucksache 230/06, S. 1; EGMR Urteil vom 29. 4. 2002 - 2346/02 Pretty/Vereinigtes Königreich = NJW 2002, 2851 ff.を同様に参照すること)。

ここで提起されるように、刑罰に相当する禁止が同様に必要とされる。厳格な刑罰的禁止以外に位置付けられる統制的措置のような緩和化された対策は、同等の適切さを有する手段ではない。それは、まさに、その威嚇的な執行の困難性が指摘されるのみならず、そのような対策により自殺を手助けすることが国家的統制という「品質保証印」を付したサービス内容として理解されうることから、それが「健全な事業」として理解される傾向を事実上、更に後押ししてしまうものでもある(Bundestagsdrucksache 17/11126, S. 8)。

以上に対して、刑罰的な文脈における選択肢として提案された規制案には、自殺促進の宣伝広告のみの禁止(Initiative Rheinland-Pfalz, Bundesratsdrucksache 149/10 参照)又は自殺の支援するために企図された団体の設立(その試行のみも同様)(Landtag Baden-Württemberg, Drucksache 14/3773 参照)があり、それらは、同様の規制として狭すぎるか広すぎるもの

として把握される。それは、本来、自由な意思形成の阻害という問題視しうる促進的行動が全く把握されないことから、狭すぎるものである。それは、本来的な法益の危険化よりも前の段階において、単なる情報伝達又は組織化を狙い撃ちに行っているか、個人では許される行動様式が団体化された場合、それを禁止しようとするものであることから、広すぎるものである。これらの規制案によれば、基本法第5条第1項第1文の第1項目における意見の自由及び基本法第9条第1項の結社の自由において、その十分な正当化の根拠が見出せないことから、それらの侵害として認識されることになる。自由で民主主義的な基本秩序のために意見の自由が「真正正銘の憲法的」意義を有していることから、このような思想及び情報伝達の禁止は、厳格に拒否されている。この点、ここで提起される法律案は、まさに自殺を手助けすることに関する自由な意見表明及びそれに属する情報伝達ないしは宣伝広告を刑罰下に据えるわけではない。それは、むしろ自殺を手助けすることに関する賛成及び反対という意見交換を受容し、自殺関与の法的限界付けは、憲法的な許容性の観点のみならず、特に、そのような課題の社会的な問題性と重要性という観点からも、政治的に議論されるべきものとして認識される。

同様に営利目的のサービスとして自殺を促進することの禁止という限界付け(Bundestagsdrucksache 17/11126 参照)も、その問題性に適合しないことから、解決に導かないものである。その営利目的性に関しては、行為者により利潤が追求される意図、すなわち、自己の身辺に留まる収入源を獲得する意図が求められる。基本的に営利目的性は、行為者が直接的に自殺企図者から財産的利益を得ることだけに限定されない。利潤を獲得する意図は、結成された組織の枠組み内において、特に事務の運用費に算定されることで容易に覆い隠され(Lüttig: „Begleiteter Suizid“ durch Sterbehilfvereine: Die Notwendigkeit eines strafrechtlichen Verbots“. In: ZRP 2008, S. 57 [59]も同旨)、それにもかかわらず、そのような組織は無償で活動しているとされる場合もある。このことは、例を挙げると「ドイツ臨死介助協会 (Sterbehilfe Deutschland)」という組織が営利目的による自殺幫助の禁止という将来的動向を受けて、2012年、死の看取りに際して当事者から支払われた会費を再び遺族に返還しなければなら

らないというように定款を一時的に改正したことに指し示されている。商業的行為から生じてくる印象は、そのように回避されうるのである。この立法化の動向が挫折すると、2014年、新たな定款により、それまでに適用されていた「金銭返還保証」は、再び削除された。更に現在の定款によれば、通常1年から3年にわたり自殺の看取りにかかるるとされる待機期間において、年間最大7000ユーロに及ぶ会費が支払わなければならない、その金額に応じて、より早く処理されることもあるという。

その他の非刑罰的な対策は、効果が期待できず、同様に適当な手段とはいえない。従前の実務的経験によれば、特に一般的な警察・秩序法だけではなく、麻薬法又は(医療者の)職業法においても、ドイツ国内で介助された自殺をサービスとして定着させる試みに対し、効果的なかたちで対処するためには十分ではないとされてきた。ベルリンの医師に関する事件において、その独自の供述によれば200名以上に対し、自殺の看取りが行われたとされる場合であっても、刑罰的な訴追がなされないばかりか、ベルリン行政裁判所は、職業法な不作為命令を棚上げにしている(VG Berlin, Urteil vom 30. 3. 2012 – VG 9 K 63. 09 = MedR 2013, 58 ff参照)。

秩序維持官庁が当該サービスに対して、そのような態度で臨んでいる以上、自殺を業務的に促進することの禁止は、刑法以外において、まさに現実的ではない。例えば、結社法の枠組みにおいて、そのような事業への対処に当たっては、結社の自由という高度な法益の濫用が問題となる(結社法〔VereinsG〕第1条第2項)。結社の目的及び活動が刑法と矛盾しており、それが憲法的秩序又は国際間の協調的思想に対抗するものに向けられている場合にのみ、結社の禁止が結社法第3条第1項により実施される。そこにおいて法的安定性を生み出し、結社法第3条第1項の要件解釈における裁量的余地を減らすという限りで、刑法による規制が求められる。

ここで提起される案は、個別的な事案において困難な葛藤状況にあり、又は純粋に利他的な理由付けにより選り取られた自殺の手助けを犯罪化しようとするものではない。他の欧州諸国において見られるように、自殺幫助を刑罰的に全面禁止することは、法体系的な問題を有するのみならず、様々な倫理的条件

を比較衡量する中でも自殺企図者の自己決定に対する過剰な侵害と成り得るであろう。

## II. 提案の本質的内容

この案は、刑法典(StGB)中における新しい刑罰的構成要件の考案(刑法第217条案)を提起するものであり、それは、第1項において、自殺の業務的促進を刑罰下に据えるものである。この活動は、抽象的なかたちで生命を危険に晒す行為をして禁止されるべきである。第2項によれば、自ら業務的な行動をとらず、単なる自殺の共犯として関与する親族又は自殺企図者と密接な関係にあるその他の者は、刑罰的威嚇から除外される。

## III. 代替的選択肢

ここで提起された案よりも狭い範囲を規定するものとしては、自殺の営利目的による促進のみを刑罰下に据える提案が挙げられる(Bundestagsdrucksache 17/11126)。この解決法は、自殺を手助けする実際のサービスにおいて、その多くの部分を広範に十分なかたちで取り扱う可能性を開くものではないことから、目的に適うものではない。

同様に、自殺促進のための宣伝広告を刑罰下に据えるという限定を付している提案(Bundesratsdrucksache 149/10)も拒否されなければならない。ここでは自由な意思形成を阻害する促進的な行為が全く把握できない一方で、他方においては本来の法益侵害よりも前段階において広範すぎるかたちで可罰性を設定してしまうことになる。

適切な制裁的構成要件を伴うことなく、相応しい範囲のサービス内容を民事法的及び行政法的に禁止することのみでは、同様に効果が期待できない(更には法的にも不可能である)。

業務的な自殺促進の全ての形態に対して厳しい態度をとる目的において、一般的な警察・秩序法、麻薬法又は医療者の職業法が十分に確実な法的枠組みを提供することは信用できない。刑法的な禁止規範は、明確で十分な内容と境界

を有する範囲において、その禁止を確定できる。

自殺幫助を完全なかたちで刑法的に禁止することは、均衡に失するものとされる。

#### IV. 立法権限

連邦の立法権限は、基本法第74条第1項第1号(刑法)から導かれる。

#### V. 欧州連合上及び国際法上の条約における権利との調和

この法律案は、欧州連合上の権利に調和しており、特に欧州連合の機能に関する条約(AEUV)第56条を侵害するものではない。たとえ業務的に自殺を手助けするサービスの自由が統制されたとしても、その制限は、公共的な利害関係の調整という強制的な理由付けにより許容される(Patientenschutz-Info-Dienst 2/14, S. 11 f.)。このことに加えて、欧州司法裁判所の判決(その帰結に関しては EuGH, Urteil vom 8. 9. 2009 - C-42/07, Rn. 56 f. = NJW 2009, 3221 [3223] その他の文献参照)によれば、消費者保護、詐欺の防止と同様に社会的秩序の妨害を一般的に予防することも、その目的として掲げられている。この法律案が意図するところの自殺企図者の保護に加え、自殺を手助けするサービスが健全なことであるかのような外観を生じさせないようにすることも、疑いなく、そのような目的に含めることができるだろう。ここでは、自殺に関する法的取扱いと自殺を業務的に介助するサービスの許容性という観点から、加盟国間でも、様々な生活領域において組み込まれ、部分的には著しく異なる道徳的・宗教的・文化的な違いが存在することも考慮される。幾つかの加盟国では、自殺幫助が総じて禁止されている一方で、他の加盟国では、むしろ積極的臨死介助を一般的に刑罰下に据えていないところもある(オランダ・ベルギー)。本件のように共同体を介して課題の調和が未だ果たされていないような場合、それは、個々の加盟各国において独自の価値観に一致するかたちで何が関係者の利益保護という必要性を満たすのかが評価されるべき事柄となり(EuGH, Urteil vom 8. 9. 2009 - C-42/07, Rn. 57 = NJW 2009, 3221 [3223]; EGMR, Urteil vom 19. 7. 2012 - 497/09 = NJW 2013, 2953参照)、その上で当地において達成

されるべき保護水準が的確に確定されなければならない。

この法律案は、ドイツ国により締結されている国際法上の条約に抵触するものではない。

## VI. 法的効果

### 1. 実施費用以外の財政支出

この法律案は、実施費用以外において重要な財政支出はないことが予想される。

### 2. 実施費用

ここで予定されている刑法的構成要件の導入により、その執行官庁及び行刑官庁において、場合により必要となる捜査及び行刑の観点から詳細に見積もられた追加的支出は、今のところ、各州において生じないものと考えられる。しかし、このような追加的支出は、この禁止により期待される一般予防的な効果を理由として、狭い範囲で実施されうるものであり、その他においても法益保護の観点から正当化しうる。

市民及び企業においては、何らの実施費用も生じない。

### 3. その他の費用

市民に加え、産業界においても、その他の費用は生じない。物価水準、特に消費者価格水準における影響も何ら生じないものと予想される。

### 4. 持続可能性の観点

この法律案は、国家の持続可能な発展戦略という意味において、その持続的影響に関する連邦政府の基本的な方針にも調和している。法律案は、自殺を手助けすることの業務性に関連付けられた危険に対抗する目的を追求するものである。自殺企図者、特に重い病気と高齢の両方又は一方により、死が間近に迫る者において、可能な限り、そのようなサービスに身を委ねないようにするための関連規定は、同時に、市民間における社会的結束を促進するものと成り得

る。

## VII. 平等政策的影響

平等政策的意義における影響は、何ら予想されない。

### B. 各 論

#### 第1条(刑法の改正)に関して

##### 第1号(目次)に関して

目次の改正は、第217条案による改訂の帰結として必要である。

##### 第2号(刑法第217条案)に関して

ここで提起される規制は、新しい刑法第217条として刑法典各則編第16章の中に挿入される。この規制は、既に規定されている刑法第216条の要求に基づく殺人と内容において密接に関連付けられることから、このような位置付けは、妥当である。この第217条案は、理論解釈学的に抽象的危険犯として取り扱われ、まさに「正犯行為(自殺)」の未遂よりも前の段階において把握される独立の支援的行為に更なる正犯性を見出すものである。

##### 第1項に関して

自殺の業務的促進が刑罰下に据えられる。具体的には、他者に自殺の機会を業務的に付与し、獲得させ、又はあっせんする行為において、他者の自殺を促進する意図を伴う場合、その行為は刑罰下に据えられる。この規制は、その構造の大部分において、2006年における各州の法律案発議(Bundesratsdrucksache 230/06)を志向するものである。

業務性という概念の限定化により、ここにおける規範は、様々な法領域で統一的な概念理解として広く通用する表現法を参考にする。

詳細に述べると、今日、「業務性」という概念は、他に刑法第206条第1項に

において見出せる。この点、それに関連する注釈によれば、一貫して反復ないしは継続する活動であることを要件として求めており、郵便法 (PostG) 及び電信電話法 (TKG) における適切な法的定義に従うように要求されている。郵便法第4条第4号は、業務的行為を「利益獲得の意図を有するか否かにかかわらず、他者のために郵便を運搬する継続的な事業」として定義しており、電信電話業の領域においても、電信電話法第3条第10号は、それに相応するように「電信電話事業の業務的供給」を「利益獲得の意図を有するか否かにかかわらず、第三者のための電信電話における継続的なサービス」として定義している。従って、この業務的供給という意味は、刑法でも同様に「利益獲得の意図を有するか否かにかかわらず、第三者に対する継続的な事業(…)又はサービス(…)」として理解されなければならない (Altenhain in: Münchner Kommentar zum StGB, Band 4, 2. Auflage 2012, § 206 Rn. 15 ff.; 同様に Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen [Hrsg.], StGB, 4. Auflage 2013, § 206 Rn. 8; Lackner, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 206 Rn. 2; Fischer, StGB, 62. Auflage 2015, § 206 Rn. 2; Weidemann, in: von Heintschel-Heinegg [Hrsg.], Beck'scher Online-Kommentar StGB, Stand: 02/2015, § 206 Rn. 5)。

以上から、業務性は、ここにおいて利益を必要としないという意味で、営利目的性とは区別されることになり、そのことから業務性は、少なからぬ意味で継続的な利益獲得に向けられたものである必要もない (BVerwG, Beschluss vom 27. 8. 1987 - 1 WB 34/87 = NJW 1988, 220; OLG Hamm AnwBl 1965, 350 [352]; Beschluss vom 9. 6. 1982 - 7 VAs 8/82 = NStZ 1982, 438; OLG Karlsruhe AnwBl 1979, 487 [487 f.]参照)。むしろ、それは、そのような活動の客体に対して同様の行為を繰り返そうとする者でありさえすれば足りる (Fischer, StGB, 62. Auflage 2015, vor § 52 Rn. 63; BVerfG, Urteil vom 18. 6. 1980 - 1 BvR 697/77 = BverfGE 54, 301 [313]; BGH, Beschluss vom 5. 11. 2004 - BLw 11/04 = NJW-RR 2005, 286 [287]; BGH, Urteil vom 26. 7. 2001 - III ZR 172/00 = BGHZ 148, 313 [317]; BGH, Urteil vom 5. 6. 1985 - IVa ZR 55/83 = NJW 1986, 1050 [1051 f.]; von Galen/Senge in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche

Nebengesetze, Stand: Januar 2015, StBerG § 2 Rn. 2 その他の文献参照)。

従って、基本的に初回で一回限りのサービスは、ここにおいて要件を満たさない。しかし、その初回のサービスが当初から継続することを目的とする活動として描写される場合は異なる(同様に類似のものとして Kargl in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen [Hrsg.], StGB, 4. Auflage 2013, § 206 Rn. 9.; RG, Urteil vom 9. 8. 1938 - 1 D 336/38 = RGSt 72, 313 [315]; BVerwG, Beschluss vom 27. 8. 1987 - 1 WB 34/87 = BVerwG NJW 1988, 220; von Galen/Senge in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand: Januar 2015, StBerG § 2 Rn. 2 その他の文献参照)。

そのような概念理解に関して、幾つかの見解は、何らかの経済活動に親和的な文脈の中で判例及び文献を見出すものがある一方で(同様に、例えば Sternberg-Lieben/Bosch in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Auflage 2014, vor § 52 Rn. 97; Lackner in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Auflage vor § 52 Rn. 20 und § 206 Rn. 2; RG, Urteil vom 25. 11. 1926 - II 24/26 = RGSt 61, 47 [51 f.]; Urteil vom 9. 8. 1938 - 1 D 336/38 = 72, 313 [315]; BayOLG, Beschluss vom 17. 7. 1980 - 3 Ob OWi 95/80 = NStZ 1981, 29; OLG Hamm, Beschluss vom 21. 5. 1997 - 2 Ss Owi 499/97 = NJW 1998, 92 [93]参照。「趣味的な活動」に懐疑的なものとして、同様に Kargl in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen [Hrsg.], StGB, 4. Auflage 2013, § 206 Rn. 9), ここにおいて業務性の概念は、経済的又は職業的な含意を放棄しているものと考えられている。

従って、一般的な業務性の用語法において確認されるように、そこでは明確に営利獲得目的の要件化が拒否されてきており、今ここで問題となっている用語法との関連性においても、経済的又は職業的関連性を目論むことは、ある種の矛盾を生じさせてしまうという意味で説得力がない。更に、そのような捉え方は、営利目的性との限界付けを不可能にしてしまうものと考えられている。そこでは、非職業的又は非経済的な文脈における組織的な行為態様が考慮に入らなくなってしまうことから、その限りで規定内容が空文化する。しかし、まさに組織又は個々人により繰り返されるサービスという形態を伴う計画的な活動こそ、ここにおいて把握されるべきものなのである。

以上から、この規定の意味における業務性は、利益獲得目的とは無関係であり、経済的又は職業的活動との関連性においても無関係なものとして、反復継続的な活動を構成要素とし、そのように自殺に関する機会を付与し、獲得させ、又はあつせんする者を対象とする。

構成要件として、このように理解される業務性は、以上で説明された意味において、当事者の自律的な決定を特別に危殆化するものとして示唆される。ここで重要なことは、自殺の実施に際して目指される特有で典型的な独自の利益が自殺を手助けする者により追求されたかどうか、そして、その状況が当事者の自律的な決定によるものと把握することが疑わしいかどうかである。

まさに前述で強調された潜在的利益衝突の意義は、自殺を手助けすることが有償で提供される場合のみに妥当するのではなく、むしろ自殺を手助けする者が業務的に活動し、反復継続化した態様において自殺が促進され、そのために「業務的・組織的形態」の継続が目指されているような場合にこそ、妥当するのである。なぜなら、収入目的又は利益獲得目的がないところであっても同様に自律性を危険に晒す常習的影響及び依存的関係は生じうるからである。そこから生じ得る帰結こそが、まさに問題視すべき事柄である。もし継続的に自殺の手助けが行われた結果として、このような手法が「標準性」を確立化した場合、一見すると自殺を手助けする者は、ある種の職業として、その明確な自己像を形成したということになる。他方で、当事者に対しては、更なる（意思決定の）重圧が生じることになる。

その点で、自律性を危険に晒す利益衝突は、何も利益供与が必要不可欠なわけではない。従って、刑法的規制は、何よりも自殺を手助けすることが「健全な治療の選択肢」として理解されてはならないということを実質化するものでなければならない。更には、そのような手法に代わって、緩和医療的処置が単に段階的に異なるというよりも、むしろ断定的に異なるということが明確化されなければならない。まさに刑法による制裁は、間違われた同一化に抵抗するものである。自殺促進の「健全化」により、そのような手法さえ無ければ人々が自殺に惑わされることもないであろうと考慮される懸念は、まさに業務的な自殺促進においても同様に妥当するのである。

これに対して、病院、介護施設、ホスピスその他の緩和医療を行う施設における医療及び看護の従事者により実施されるところの死に寄添う手助けは、一義的に不可罰である。反対に介助された自殺は、まさに医学的必要性に欠けることから、そのような職業及び施設の自己理解に合致しない。その点で、介助された自殺は、事実上若しくは推定的な患者の意思による治療中止、又はいわゆる間接的臨死介助若しくは治療目的の変更とも異なる。これらは、医療的に必要とされた特に苦痛緩和処置が潜在的に死の経過を早めうるものであり、個別的事案において図らずも不可避に生じる副次的帰結として描写される状況である。

従って、上記で示された職業及び施設において、介助された自殺は、基本的に実施されるものではなく、同時に医療費支払規制によっても把握されるものではない (Bundestagsdrucksache 17/11126, S. 10参照)。

更に、新しい法律案によれば、個別的事案において、自殺企図者が確固として、その決意するところを求め、その決意の固さが入念な検証により確認される場合、そこに可罰性は付与されない。ここで提起される構成要件により明確化されることは、結論として、個別的事案で利他的な動機による自殺を手助けする立場にある者は、そこに含まれないということである。

しかし、自殺に関する手助けが「健全」な業務として提供され、それが(たとえ可能な限り無償の態様であっても)いわば業務的形態であると説明される場合、そのような状況では、自律的な意思形成に潜在的な影響を与えていることが問題視され、全く異なる事案と評価されるのである。

独自の法益危殆化において、単に、その前段階にあるだけの行為は、いずれにせよ新しい規制の対象外である。従って、特に自殺に関する情報伝達及び情報交換は、自殺に関して具体的な機会を付与し、獲得させ、又はあつせんすることに向けられていない限りで許容される。

ある機会を付与し、又は獲得させることにおいては、自殺を可能にし、又はその負担を本質的に軽減するのに適した外因的状况を犯人が惹起したことで足りるものとされている (Fischer, a. a. O., § 180 Rn. 5; Perron/Eisele in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Auflage 2014, § 180 Rn. 9 参照)。付与すること

とは、そのような外因の状況が犯人により既に利用可能であることを意味しており、獲得させることとは、その自殺に必要不可欠な外因の状況が犯人により手配されることをいう。例えば、自殺するための部屋の貸与であるとか、自殺するために適切な手段の提供は、その機会を付与することに当たる。そのような部屋又は手段の手配は、獲得させることに含まれる。ある機会のあっせんとは、自殺企図者と自殺の機会を付与する者又は獲得させる者との間において、その具体的な接触が元々一般的に知られているところの示唆のみでは不確実である際に、犯人を介して、その接触が可能になることを要件としている (Renzikowski in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage 2012 § 180 Rn. 27 その他の文献参照)。犯人は、そこにおいて、両者と関係性を有しながら、そのような「助力」のため、少なくとも基本的な準備状況を明確化することが求められる。しかし、第180条第1項第1号における場合と異なり、ここでは、ある機会のあっせんが問題となることから、そのような両者が未だ互いに連絡を取り合っていないくとも、その行為は既遂に達する。機会を付与すること又は獲得させることに関しては、自殺のために好都合な外因的条件が生じた時点で、その行為は既遂に達する (Fischer, a. a. O. Rn. 22参照)。

「死に寄添う手助け」とは、例えば、病院、ホスピス、その他の緩和医療を行う施設というような医療的処置の枠組みにおいて実施される救済的職務に属するものであり、それも同様に刑法第217条案には含まれない。正当な治療中止 (かつての「消極的臨死介助」) 又はいわゆる間接的臨死介助と異なり、死への手助けは、そのような職務及び施設の自己理解に合致せず、従って、基本的には、その規定によっても容認されない。しかし、それにもかかわらず、個別的事案として、そこにおける人的範囲内で自殺を手助けすることが容認されるべき場合とは、まさに自殺の手助けが典型例として「業務的に」実施されていないこと、すなわち、その取り組みが継続的又は持続的構成要素を作り出す意図において実施されていないということが求められる。従って、特別な除外規制は必要ではない。それは、既に容認化され、自殺の手助けとは異なる形態として許容化された治療中止及び間接的臨死介助と抵触しない。

主観面において、自殺に関して付与される手助けは、意図的に、すなわち目

的に適うかたちで実施されることが求められる(その限りで同様に Bundesratsdrucksache 230/06 参照)。既に述べられているように、個別的な事案において、自殺の機会を付与する意図がなく、単に利用可能な自殺に関して一般的なことを示唆するだけの場合、その者を可罰的に扱うということは、ここにおいて除外されている。更に付け加えると、この意図に応じた例外は、正当化される治療中止及び正当化される間接的臨死介助として前述で描写された形態との限界付けを明確化し、そこにおける評価の矛盾を回避するためである。なぜなら、その行為は、まさに他者の自殺を促進するという意図により実施されるわけではなく、むしろ自然な病状経過において、治療が奏功することのない中で、ないしは鎮痛剤の使用により図らずも不可避に生じる副次的帰結として、たとえ死期が早められるにしても、当該患者の痛みと苦しみは、そのような行為により和らげられることになるからである。そのように不治の患者における苦痛緩和を目的として鎮痛剤を準備する緩和医療の従事者は、そのような鎮痛剤の投与が図らずも患者の死期を早める可能性があることに関して、それを認識していた場合であっても、依然として不可罰なのである。

その他の点で、行為者の意図は、単に自殺の促進に関連付けられるものでなければならず、自殺を実際に実施することにまで関連付けられる必要はない。ここでは、正犯の実行に関連付けられた幫助犯の故意と類似するように、未犯の故意で足りる(幫助犯の故意に関しては Lackner in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Auflage 2014, § 27 Rn. 7参照)。自殺を手助けする者は、自殺企図者に対して致死薬物を譲渡する際、自殺企図者が場合によっては、自殺に至るかもしれない一方で、最終的には自殺することを望まず、又は自殺を執行しない事態もありうるという説明をもって自己に有利な証拠とすることはできない(BGH, Urteil vom 25. 4. 2001 - 3 StR 7/01; Lackner in: Lackner/Kühl, a. a. O.参照)。

ある機会を付与し、獲得させ、又はあっせんするという要素は、時間的に自殺の前段階に位置付けられる行為であることから、未遂の可罰性は、別個に必要なとはされない。この規定は、実際に自殺が既遂に至ること又は未遂に留まることを要件とはしていない。むしろ、ここにおける行為とは、自殺を促進する

行為に尽きるのである(前述参照)。

自殺を独自に又は他者において業務的に促進するための単なる宣伝広告は、刑法以外に存在する法的手段により基本的に対処することができる。このことは、国内又は国外で、その正犯(自殺の業務的促進)の惹起が全く予期されない場合であったとしても妥当する。例えば、営利目的の活動として実施される宣伝広告に対しては、営業法第35条による営業禁止が考慮に入れられる。更には、その宣伝広告が可罰的な幫助行為として説明されるものであり、それにより公共の安全と秩序が危険に晒される場合、少なくとも補充的に、各国における警察法的な規制が用いられることになる。

ここで提起される量刑の範囲は、刑法第216条における行為者が他者の殺害を惹き起こす一方で、刑法第217条案は、不可罰の自殺に関して単に支援する行為を刑罰下に据えるものであることから、第216条における刑の上限に対して、それよりも低いものを考案している。他方で、その量刑の範囲において、刑の下限を(刑法第216条のように)高める規定がないように設定することは、個別的に重大な意義を有さない事案を刑法的な量刑に反映させるため、そこに十分な裁量の余地をもたらす意味がある(Bundestagsdrucksache 17/11126, S. 12において既出)。

## 第2項に関して

第1項における規範は、自殺だけではなく、それが業務的に実施されない場合の幫助に関する不可罰性も疑問視していない。例えば、病気で死に逝く親族を支援する立場にある者が同情心から一回限りの状況で自殺を手助けする場合、その者は第1項の対象とはならない。同様の事案を刑罰下に据えることは、今後も望ましいことではない。業務的な自殺の手助けこそが可罰的な関与行為として説明される場合、親族及び自殺企図者に密接な関係にあるその他の者による特殊な関連事案であり、かつ業務的な行為様式ではない事案に関しては、第2項により、新しい構成要件を介して罰せられないということが確実なものとされている。

自殺の業務的促進に関して、その教唆又は幫助の形式における共犯も同様に、

総論的な原則に従えば、刑法第26条及び第27条により可罰的である。ある者が業務的な自殺を手助けするために、他者を勧誘したり、正犯行為の惹起を具体的に可能にしたり、それを容易にする等、事実上、それを促進した場合、ここにおいて自殺促進の幫助が個別的に考慮される（Heine/Weißer in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Auflage 2014, § 27 Rn. 10 ff参照）。

業務性に関しては、刑法第28条第1項の意味における刑罰構成的要素であるかが問題となる（例えば Rengier in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 4. Auflage 2014, § 14 Rn. 39 参照）。共犯の可罰性は、その者自身が業務性を有することを要件としていないものと考えられる。従って、その者自身が業務的に行為しない者であっても、業務的自殺促進の共犯として原則通り罰することが可能である。

第2項は、親族及び自殺企図者に密接な関係にあるその他の者のための一身的処罰阻却事由を規定している。親族又は密接な関連性を有するその他の者は、通常、心理的な負担に苦しめられ、困難な例外的状況に置かれており、そのような者に対して、この規制は、処罰の必要性に欠けることを考慮している。致死的な病に苦しむ妻において、その自己答責的に理解される決定に従って妻を死に至らせるために、業務的に自殺を手助けする者の下へと夫が妻を運んだ場合、その夫は、自殺を手助けする者という正犯の幫助者として、その行為を促進したことになる。しかし、ここにおいて、そのような夫は、処罰に値するものではなく、むしろ通常は、その深い同情と共感に裏打ちされる態度が白日の下に明らかにされる。

ここにいう親族の概念は、刑法第11条第1項第1号の法的定義により用いられ、（その他の）密接な関係にある者という概念も、刑法第35条第1項、第238条第1項第4号、同第2項及び第3項並びに第241条第1項に規定された文言において発展してきた解釈により用いられるものである。それは親族との同等性という観点から、一定期間において存続する人的互惠性を基礎とした関係性の構築が要件とされている。そこでは親族関係に相当する連帯感が存在することから、それに比肩しうる程の心理的窮地に置かれることが重要視されている（Perron in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Auflage 2014, § 35 Rn. 15）。この

ような「人的互惠性を基礎とした関係性」としては、例えば、恋愛関係、密接な友情関係、非婚姻ないしは婚姻登録していない長年の生活居住共同体が当てはまる。これに対し、単なる「スポーツ仲間及びパーティー友達又は職場の同僚及び近隣の者というような共感を抱き得る交際の相手」は、そのような条件を満たしていないものとされる (Müssig in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, 2. Auflage 2011, § 35 Rn. 19)。

刑法第35条第1項、第238条第1項第4号、同第2項及び第3項並びに第241条第1項において、密接な関係にある者が親族と並んで考慮に入れられていることは、通常、親族と同程度に密接な関係にある者に対しても、ここでいう構成要件的な行為が分かち難い束縛をもたらす場合もありうるとして、その点が立法者により公認されたということである。これに対し、業務的に自殺を手助けする者の行為が自殺企図者の働きかけによって最終的に支援された場合、その自殺企図者自身における働きかけは、いわゆる必要的共犯の原則により、そのような行為が既に不可罰であることから、それに関する明示的な規定化は必要とされない (Heine/Weißer in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Auflage 2014, vor §§ 25 ff. Rn. 41 ff. 参照)。

刑法第9条第2項第1文によれば、共犯(教唆、幫助)において、その犯罪地は、どこで共犯者が行為したのかに従って、確定される。国外では、その正犯が処罰の対象とされていない場合であっても、刑法第9条第2項第2文によれば、ドイツ法により、その処罰は可能であるとされている (Ambos in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, 2. Auflage 2011, § 9 Rn. 36)。従って、国外で運営され、当地では不可罰とされている自殺の業務的促進を国内で宣伝広告した場合、そのような正犯の活動を促進する限りで、その国内における宣伝的幫助は可罰的となる。そのことにより、この新しい規制は「国境を超えたサービス」として介助された自殺を提供するという試みに対抗する。

## 第2項(施行)に関して

この規定は、施行を定めるものである。