



# HOKKAIDO UNIVERSITY

|                  |                                                                                   |
|------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| Title            | 援助による自殺を求める被収容者の権利                                                                |
| Author(s)        | ローゼナウ, ヘニング; 小名木, 明宏//訳                                                           |
| Citation         | 北大法学論集, 74(3), 259-277                                                            |
| Issue Date       | 2023-09-20                                                                        |
| Doc URL          | <a href="https://hdl.handle.net/2115/90668">https://hdl.handle.net/2115/90668</a> |
| Type             | departmental bulletin paper                                                       |
| File Information | lawreview_74_3_06_Rosenau.pdf                                                     |



# 援助による自殺を求める 被収容者の権利\*

ヘニング・ローゼナウ

小名木 明 宏 (訳)

## A. はじめに

自殺援助 (Suizidhilfe) の問題はここ数年多くの国で道德、倫理、そして法の観点から激しく議論されている。スイスでは刑法115条が従来から自殺援助 (Suizidassistentz) は、それが自分勝手な動機による場合にだけ、可罰的としている。ドイツでは憲法裁判所が2020年2月26日に、4年ほど存続した刑法規範「業としての自殺援助」(旧217条)を憲法違反であるとした<sup>1</sup>。そのうえ、それを引き継ぐ諸規定ができるかどうかとも不透明である。連邦議会内部<sup>2</sup>や学会<sup>3</sup>から出された多くの法律案が議論されているが、どれも憲法裁判所の提示した基準に収まることはできて

---

\* 本稿はかつての助手 Felix Flaig (現在は Juristenfakultät der Universität Leipzig, Lehrkraft für besondere Aufgaben im Strafrecht) との研究プロジェクトによるものである。

<sup>1</sup> BVerfGE 153, 182.

<sup>2</sup> Um die Abgeordneten *Helling-Plahr*, *Lauterbach* und *Sitte*, BTDrucks. 20/2332; *Künast*, BTDrucks. 20/2293; und *Castelluci*, BTDrucks. 20/904.

<sup>3</sup> *Borasio/Jox/Taupitz/Wiesing*, Selbstbestimmung im Sterben – Fürsorge zum Leben, 2. Aufl. 2020; *Dorneck/Gassner/Kersten/Lindner/Linoh/Lorenz/Rosenau/Schmidt am Busch*, Sterbehilfegesetz. Augsburg-Münchner-Hallescher-Entwurf, 2021 (AMHE-SterbehilfeG).

いない<sup>4</sup>。これはポイントを絞って、生命の終期についての自己決定のための制限されることのない、広く了解された基本権であると論じており<sup>5</sup>、それはドイツ基本法1条1項、2条1項による普遍的人格権を明確にしたものである<sup>6</sup>。これに同調し、その後すぐにオーストリア刑法78条後段による自殺幫助の可罰性を憲法違反としたオーストリア憲法裁判所<sup>7</sup>の例に見られるように、比較法的に形成されつつあるトレンドを継承しているのである。欧州人権裁判所は、今では確立された判例—最近ではスイスの事件—において、いつ、いかなる方法で自分の生命を終えるかを自分自身で決定する個々人の権限を欧州人権条約8条に認めている<sup>8</sup>。要するに、生命の終期についての自己決定を尊重し、臨死介助 (Sterbehilfe) の自由化へとつながる一般的な傾向が認められる<sup>9</sup>。

ここでのドイツの議論は目下のところ自殺援助に集中している<sup>10</sup>。こ

---

<sup>4</sup> *Rosenau*, medstra 2021, 133 ff.

<sup>5</sup> *Sternberg-Lieben*, GA 2021, 161.

<sup>6</sup> BVerfGE 153 182, 261 f., Rn. 209. Zustimmend *Brunhöber*, NStZ 2020, 538, 539; *Hecker*, GA 2016, 455, 463; *Kienzerle*, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 2021, S. 63 ff.; *Sachs*, GS Tröndle, S 641, 645; *Schroth*, GesR 2020, 477, 478 f; *Saliger*, Selbstbestimmung bis zuletzt, 2015, S. 63 f. 基本法2条2項の保護機能が援用されるべきかという憲法上の位置付けについては *Rosenau/Sorge*, NKP 2013, 108, 110.

<sup>7</sup> Öst VfGH Erkenntnis v. 11.12.2020 – G 139/2019-71, MedR 2021, 538 ff. Rn. 104.

<sup>8</sup> EGMR *Haas/Schweiz*, NJW 2011, 3773 Rn. 51; その後の裁判例については *Koch/Deutschland*, NJW 2013, 2953 Rn. 51 f.; *Lambert/Frankreich*, NJW 2015, 2715 Rn. 142. Vgl. *Sperlich*, Suizidbeihilfe in der Rechtsprechung des EGMR, 2019, S. 140.

<sup>9</sup> 概観については、LK-*Rosenau*, vor §§ 211 StGB, 13. Aufl. 2023, Rn. 35 ff.; *Rostalski*, GA 2022, 209.

<sup>10</sup> 旧217条についての連邦憲法裁判所の判決により、216条「要求に基づく殺人」による積極的臨死介助の禁止も限定されるのかという問題は、まだ始まったばかりである。たとえ積極的臨死介助は無条件に可罰的であることが、もはやうまく理由づけられなくても、その問題はここでは括弧付きの保留にしたい。vgl. LK-*Rosenau*, vor §§ 211 StGB, 13. Aufl. 2023, Rn. 49; *Öz*, JR 2020, 428, 433;

れが行刑と処分においても認められるべきかどうかの問題につながっている。社会の高齢化は被収容者についても歯止めがかかっていない。被収容者はずっと高齢化しつづけている<sup>11</sup>。そして、そこでは常に自殺がテーマとなっている。最新の研究では、被収容者の自殺率は一般社会でのそれと比べて明らかに高い<sup>12</sup>。したがって、収容施設生活での生命の終期についての自己決定にどのような意義が認められるのかが問われるのである。

ドイツでの議論がなお初期の段階にとどまっている一方で、スイスではすでに長らく議論がなされてきている。2023年2月28日にスイスの団体「Exit」はツーク州のポスターデル刑事施設の被収容者に対して初めて自殺援助を実施した。すでに2020年に州の司法・警察長官らは、援助による自殺を行刑においても一定の条件の下で可能とすることで合意していた。この判断の基礎となったのはとりわけチューリッヒ大学の法律意見であった<sup>13</sup>。

収容施設での援助による自殺の許可を求める最初の申請はすでにドイツの被収容者からも提出されている。本稿はドイツの視点から収容施設における自殺援助の許容性の本質的な問題を検討するものである。

---

*Pietsch*, KriPoZ 2022, 148, 157. BGH も生命の終期についての自己決定権と216条が矛盾するとみている。BGH, NJW 2022, 3021, 3023, Rn. 23; ebenso *Dorneck et al* (Fn. 3), S. 55; *Hörnle*, JZ 2020, 872, 873 u. 876; *Lobinger*, in: Uhle/Wolf (Hrsg.), *Entgrenzte Autonomie?* 2021, S. 46, 49; *Sternberg-Lieben*, GA 2021, 161, 170 f.; *Weilert*, MedR 2020, 814, 818; *Rostalski*, GA 2022, 209, 228.

<sup>11</sup> *Drenkhahn*, in: Maelicke/Suhling (Hrsg.), *Das Gefängnis auf dem Prüfstand*, 2018, S. 51 (60).

<sup>12</sup> Vgl. *Bennefeld-Kersten*, *Suizide von Gefangenen in Deutschland 2000 – 2012*, 2012, S. 36, 42 ff.; *Suhling/Dietzel*, *Suizide im deutschen Justizvollzug 2000 bis 2017*, 2018, S. 11 f.

<sup>13</sup> *Tag/Baur*, *Suizidhilfe im Freiheitsentzug*, Expertise zuhanden des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Justizvollzug, abgerufen unter: [https://www.skjv.ch/sites/default/files/documents/Gutachten\\_Suizidhilfe\\_im\\_Justizvollzug.pdf](https://www.skjv.ch/sites/default/files/documents/Gutachten_Suizidhilfe_im_Justizvollzug.pdf) (Stand: 04.04.2023).

## B. 行刑における自殺援助

### I. 収容施設における基本権

1972年の憲法裁判所の判決以降、ドイツでは被収容者は「執行中の市民」<sup>14</sup>として基本権を享有できることが認められている<sup>15</sup>。収容施設での基本権の制限はそれ以来、法的な根拠が必要とされ、合憲的な正当化に堪えうるものでなければならず、とりわけ比例原則の基準を満たすものでなければならない。そのような基盤は1976年に連邦レベルでは行刑法<sup>16</sup>により形作られた。2006年の連邦制度改革の中で、州へ立法権限が委譲されたことにより、各州は独自の行刑法<sup>17</sup>を立法し、そこでは連邦法の諸規定を本質的に受け継いだ。

### II. 行刑法における自殺防止の基本思想

その際、施設内 (*intra muros*)<sup>18</sup>での自殺防止の基本思想も一緒に受け継いだ。「特別な保安措置」および「健康扶助のための強制措置」に関する規定は各行刑施設に自殺防止のための包括的な予防的・抑止的介入権限を認めている (vgl. z.B. § 89 JVVollzGB I Sachsen-Anhalt)。従って自殺の危険が高度に認められる被収容者は、特に嚴重な拘禁区画に収容されるか、さらに身体の拘束が行われる。被収容者の生命の危険が切迫している場合には、一定の条件の下で本人の自然的意思に反する医学的措置が認められる。確かに医学的強制措置の範囲では州法の多数は被収容者の洞察能力により差異を設けている。洞察能力のある患者は憲法的に保障された「病気の権利」を享有することで医学的に適応する侵襲を

---

<sup>14</sup> Goerdeler, in: Feest/Lesting/Lindemann (Hrsg.), Strafvollzugsgesetze, 2022, § 4 LandesR Rn. 4.

<sup>15</sup> BVerfGE 33, 1. (Strafgefangenen-Entscheidung).

<sup>16</sup> Strafvollzugsgesetz vom 16. März 1976 (BGBl I, S. 581).

<sup>17</sup> スイスも25州にわたる州ごとのばらつきがある。vgl. Tag, in: Tag/Hillenkamp (Hrsg.), Intramurale Medizin im internationalen Vergleich, 2008, S. 1, 23 ff.

<sup>18</sup> この概念については、

拒否することができる。その際には、連邦憲法裁判所がそのような強制措置は狭い限定においてのみ認められるとした<sup>19</sup>ことに注意しなければならない。しかし、自殺の研究から自殺の大多数が精神的な疾病、鬱、中毒依存に関連していることがわかっている。多くの場合、それは人格的な危機状態であり、短絡的な自殺行為へとつながる。確かに、自殺の意図から意思の自由を排除する精神的疾病の存在を結論付ける<sup>20</sup>ことは、かつては精神科医がそのように判断する傾向があった<sup>21</sup>ものの、許されない。しかし、収容されているという事実との関連では、被収容者の自律と判断・洞察能力<sup>22</sup>への脅威がとりわけ重大なものであるということとは明白である。他方で、自殺行為者の判断により実行された自由答責的な自殺も存在する。

また、収容施設がそのような自由答責的な自殺に際しても自殺防止の執行規定を的確に運用できるかという究極の不安も存在する。例として、ノルトライン・ヴェストファーレン州クレーヴェでは、自殺を望む被収容者がいて、致死量の薬物の手渡しによる自殺援助の方法を施設長に申請し、これにより数日間にわたり自殺の危険があるという理由により特に嚴重な拘禁区画に移されたということがあった<sup>23</sup>。

この規定とは対照的に、同じく行刑法に規定された社会同化の原則<sup>24</sup>も存在する。これにより、執行は一般的な生活関係にできる限り近づけなければならないのである。施設の外での自殺援助が連邦憲法裁判所の

<sup>19</sup> BVerfG StV 2012, 94; BVerfG StV 2012, 102; zuletzt: BVerfG medstra 2022, 36.

<sup>20</sup> OLG Zweibrücken, NJOZ 2006, 3171, 3176.

<sup>21</sup> Wedler, Suizid kontrovers, 2017, S. 132 f.

<sup>22</sup> これと責任能力の欠如については正しく理解されなければならない LK-Rosenau, vor §§ 211 StGB, 13. Aufl. 2023, Rn. 103; so auch BVerfGE 153, 182, 274, Rn. 242; SK-Sinn, § 212 Rn. 13 ff.

<sup>23</sup> OLG Hamm, medstra 2021, 401 m. Besprechung Lindemann, medstra 2021, 344.

<sup>24</sup> この社会同化の原則について詳細は *Lesting*, in: Feest/Lesting/Lindemann, Strafvollzugsgesetze, 2022, § 3 LandesR, Rn. 22 ff.

判決により自己決定に基づく死の権利として認められている限り、これは施設内での行刑にも妥当するべきであろう。

拘禁に特有の事情は、行刑における自己決定に基づく死の権利の適用範囲を閉ざすとか、特別な介入を認めるだけの利益があり、これが基本権の包括的な制限を正当化するというならば、別の見方も可能であろう。

### Ⅲ. 施設内での自由答責性

そこで、適用範囲の観点では、施設に収容された人間の判断能力に関する問題が出てくる。生命の終期に関する自己決定は、自律的な判断を下す能力を前提としている。自己決定に基づく死の権利を行使する基本的前提を連邦憲法裁判所は「自由答責性」と表現した<sup>25</sup>。それは自殺を望む人の自然的洞察・判断能力の存在、自殺を望む者に瑕疵がないこと、そして、自由な死への決定が内心的に確固たるものを前提としている<sup>26</sup>。

施設の外では、精神の障害、あるいはその他の障害がない限り、この判断能力は原則として推定されうる<sup>27</sup>。これに対して、拘禁という例外状況はそのような推定を難しくする。つまり、「自由な意思が、自由のない状態でも、無制限に把握され、認められうるのかが問題視される」<sup>28</sup>。被収容者は、日常的にその判断能力において、一般社会の中で生活する人とは全く別の影響にさらされており、これは拘禁ショックや拘禁疲れといった固有の現象に現れる。また、収容施設において、精神疾患は自由な社会と比較して優勢であることも確認される<sup>29</sup>。

それでもなお、行刑において、熟慮の末の自殺ないしは得心自殺

---

<sup>25</sup> BVerfGE 153, 182, 273, Rn. 240 ff.

<sup>26</sup> BGH NJW 2019, 3089, 3090; BGH NJW 2019, 3092, 3093 f.

<sup>27</sup> Siehe auch *Tag*, Gutachten S. 52.

<sup>28</sup> Vgl. *Tag*, Gutachten S. 53.

<sup>29</sup> Siehe *Tag*, Gutachten S. 28.

(Bilanzsuizid)をする者は統計的に稀であることが示されている<sup>30</sup>。拘禁以外の場合では、全自殺者の5%が熟慮の上での(得心)自殺をおこなっていると考えられている<sup>31</sup>。しかし、拘禁中に熟慮の末の自殺を最初から排除することはできない<sup>32</sup>。精神疾患のみならず、拘禁中の特別な状況も、それだけでは直ちに判断能力の喪失につながるわけではないからである<sup>33</sup>。

それにもかかわらず、被収容者の判断能力の調査は、一般社会の中で  
の自殺を望む者の調査以上に、大きなハードルとなる<sup>34</sup>。国の扶助義務により、判断能力についての医師の評価は個別的に、そして拘禁の特別な状況を考慮してなされなければならない<sup>35</sup>。彼らに自殺援助の可能性を最初から、そして継続的に排除することは、憲法論的には無理がある。したがって、収容施設においても個別の判断を許すような確実な精神医学的知見が集積される日まで、静観し続けることもできない<sup>36</sup>。死を望む自由は国家によって疑義無く尊重されなければならない。このことはまた、自己決定による死の権利は基本法1条1項の人間の尊厳の直接的

<sup>30</sup> So auch *Arloth*, in: *Arloth/Krä*, *Strafvollzugsgesetze von Bund und Ländern*, 2021, § 101 StVollzG Rn. 4; *Lindemann*, in: *Feest/Lesting/Lindemann*, *Strafvollzugsgesetze*, 2022, § 78 LandesR Rn. 13; *Verrel*, in: *LNNV*, *Strafvollzugsgesetze*, 2015, M Rn. 152.

<sup>31</sup> *Duttge*, *ZfL* 2012, 51, 52; *Saliger* *Selbstbestimmung bis zuletzt*, 2015, S. 49.

<sup>32</sup> *Lindemann*, *medstra* 2021, 344, 348.

<sup>33</sup> *Hecker/Kusch*, *Handbuch Sterbehilfe*, 2.Aufl. 2021, S. 443 ff.; *Laue*, in: *Hillenkamp/Tag* (Hrsg.), *Intramurale Medizin, Gesundheitsfürsorge zwischen Heilauftrag und Strafvollzug*, 2005, S. 217, 236.

<sup>34</sup> *Tag/Baur*, *Suizidhilfe im Freiheitsentzug*, *Expertise zuhanden des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Justizvollzug*, S. 57, abgerufen unter: [https://www.skjv.ch/sites/default/files/documents/Gutachten\\_Suizidhilfe\\_im\\_Justizvollzug.pdf](https://www.skjv.ch/sites/default/files/documents/Gutachten_Suizidhilfe_im_Justizvollzug.pdf) (Stand: 04.04.2023).

<sup>35</sup> *Breitschmid*, in: *Tag/Groß* (Hrsg.) *Tod im Gefängnis*, 2012, S. 143, 146 f. spricht von „verschärftem Regime“.

<sup>36</sup> *Anderer Ansicht Tag* im Gutachten, S. 57.

な部分ではない<sup>37</sup>ものの、しかし、それに根拠づけられてもいるということとも関連する。連邦憲法裁判所は、自己決定による生命の終期というきわめて重要な意義を根拠にして、人間の尊厳との特別な関連性の中にこの権利を理解しているのである<sup>38</sup>。自らの死に対する決定は自律的な生命体としての個々人の人格的な地位の重要な表出である。自由な決定をゆるがす危険性が高いことを理由に、このような判断能力を一般的、絶対的に否定する者は被収容者から自己決定に基づく死を求める彼らの人権を奪うことになる。したがって基本権の適用をあっさりと否定することは許されない。様々な制限がなされてよいかは、まずは比例原則に従って判断されなければならない。

#### IV. 拘禁中に自己決定による死を求める権利を制限する根拠

自由答責的な自殺の判断が拘禁中にも原則的に可能であるとする、収容施設における自己決定による死を求める権利の行使を包括的に制限することは、優越的な対抗利益を根拠にしてのみ正当化されるであろう。連邦憲法裁判所に従うと、自己決定による死を求める権利への介入は、それが優越的な一般的利益または第三者の基本権として保護された利益のために行われる場合、比例原則の限度で、正当化される<sup>39</sup>。

##### 1. 国家による保護・扶助義務

まず、国家による保護・扶助義務が挙げられねばならない。人の生命に対する普遍的な国家的保護義務 (Art. 2 Abs. 2 S.1 GG) と並んで、拘禁中は、被収容者の健康扶助のための収容施設の特別な義務が存在す

---

<sup>37</sup> Hilgendorf, in: Gröschner et al. (Hrsg.), Wege der Würde, 2023, S. 191, 200.

<sup>38</sup> BVerfGE 153, 182, 266 u. 283, Rn. 218 u. 266; Kaiser/Reiling, in: Uhle/Wolf (Hrsg.), Entgrenzte Autonomie? 2021, S. 120, 154; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, 4. Aufl. 2021, § 3 Rn. 2; krit. Hartmann, JZ 2020, 642, 644.

<sup>39</sup> BVerfGE 153, 182, 267, Rn. 221 ff.

る<sup>40</sup>。

しかし、この義務はまず第一に適切な医学的援助を求める権利を被收容者に保障するものである<sup>41</sup>。受忍義務という逆の意味では理解されていない<sup>42</sup>。一般社会におけるのと同様に拘禁中の洞察力ある患者も強制的治療に服する必要はないこともこれを示している。患者としての被收容者の自己決定権はこのような事案では客観的な理性ある国家高権に優越するのである<sup>43</sup>。同じことは、拘禁中の自由答責的な自殺の決意についても妥当しなければならない。

同様に、人の生命に対する普遍的な国家的保護義務は、自殺についての自律的な判断と対立するものではない。連邦憲法裁判所は保護義務をおそらくは繊細なグループ、とりわけ精神疾患の患者を考慮して、自己決定による死を求める権利を制限するために用いたのであろう<sup>44</sup>。厳密に言えば、そこでは対象者の自律の保護が問題なのである。従って、自己決定による死を求める権利が制限されてよいかという問題ではなく、むしろ、自由権の適用範囲を認めるかどうかの問題なのである。ある人の自律能力が保証されていない限り、国家による生命の保護は優先される。自律能力が認定されると、国家の生命保護は衡量基準としては無用になる。

<sup>40</sup> *Arloth*, in: *Arloth/Krä*, *Strafvollzugsgesetze von Bund und Ländern*, 2021, § 56 Rn. 1, § 88 Rn. 2a; *Galli/Lesting*, in: *Feest/Lesting/Lindemann*, *Strafvollzugsgesetze*, 2022, Vor § 62 LandesR, Rn 2; *Kaiser/Schöch*, *Strafvollzug*, 5. Auflage 2003, § 7 Rn. 145, § 8 Rn. 15.

<sup>41</sup> *Laue*, in: *Hillenkamp/Tag* (Hrsg.), *Intramurale Medizin, Gesundheitsfürsorge zwischen Heilauftrag und Strafvollzug*, 2005, S. 217, 234.

<sup>42</sup> *Laue*, in: *Hillenkamp/Tag* (Hrsg.), *Intramurale Medizin, Gesundheitsfürsorge zwischen Heilauftrag und Strafvollzug*, 2005, S. 217, 234.

<sup>43</sup> Bezüglich Krankheit so ausdrücklich: BVerfG, StV 2012, 944.

<sup>44</sup> BVerfGE 153, 182, 270, Rn. 231 ff.

## 2. 再社会化

ドイツ行刑法の第一の目的は、犯罪者を社会へ再び受け入れることと、社会的責任において犯罪行為を行うことなく生活できるようにすることである<sup>45</sup>。拘禁中の（援助による）自殺を認めると、この目的は、もはや実現できない。

もっとも、再社会化は自己目的ではない。その背後には、社会福祉国家原理と並んで、まずは普遍的人格権による被収容者の基本権（Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG）が存在する<sup>46</sup>。このことから、一方では、再社会化に関する被収容者の自律的利益がそのためには不可欠であり<sup>47</sup>、他方では、自らの自己決定権に基づいてこの基本権を放棄しようということが明らかになる<sup>48</sup>。

一般社会の中で暮らす人が自由答責的に自殺の決断をすると、それはもう生きていたくないということの表明である。自己決定による死を求める権利は、この決断の尊重を要請する。同じことは、拘禁中の人にも妥当しなければならない。社会に受け入れたいという理由で、自己決定による死を求める権利の行使を被収容者に認めないのは、正しいとは思えない。まして、自由になったその初日に、真剣に死を望んで、さよならしてしまうかもしれないのである。

---

<sup>45</sup> Siehe § 2 Satz 1 StVollzG; BVerfGE 35, 235; *Lindemann*, in: Feest/Lesting/Lindemann, Strafvollzugsgesetze, § 2 LandesR, Rn. 6 ff.; *Laubenthal*, Strafvollzug, Rn. 139 ff.

<sup>46</sup> BVerfGE 98, 200; *Lübbe-Wolf*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafvollzug und Untersuchungshaftvollzug, S. 46 ff.; *Jarras*, in: Jarras/Pieroth/Jarras, GG, Art. 2 Rn. 50, 72a.

<sup>47</sup> *Lindemann*, in: Feest/Lesting/Lindemann, Strafvollzugsgesetze, Vor § 2 LandesR, Rn. 4; 被収容者の「社会的義務」については *Laubenthal*, Strafvollzug, Rn. 148.

<sup>48</sup> 基本権の放棄については: *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 23 Rn. 19 f.

### 3. 刑罰の目的と国家の刑罰権

最後に、国家の刑罰権は、拘禁中の（援助による）自殺を認めない根拠となりうる<sup>49</sup>。第四の段階に行刑を含む全刑事手続きは、通説によれば、実体刑法を実現するものであり、このように見ると、いわゆる国家刑罰権を貫徹するものである<sup>50</sup>。我々は刑法を理解して、ここから国家の刑罰権を導き出しているが、それはここでは刑罰の目的につながる。ここで、行刑における援助による自殺を認めることはこの刑罰の目的を無効にするかという具体的な問題が出てくる。そのままの表現で言えば、刑期が終了する前に自殺した場合、被収容者は。結局、これから逃れることになる<sup>51</sup>。拘禁中に自殺する被収容者は「正当な刑罰」から逃れているという言い方をすると、相違なく、少々攻撃的に反駁されるだろう。行為者は自分自身の決断で、自らの死を以って行為を償っているという反論もこれと同じレベルである。手間をかけて、刑罰の目的を少し詳細に検討してみよう。

周知のように刑罰の目的は議論のあるところである。絶対的刑罰論は刑罰を将来の目的から切り離す（absolutus [lat.] : losgelöst）。規範の侵害によって行われた不法への応報だけが問題となる。すでに聖書に含まれるこの考え方は *Immanuel Kant*<sup>52</sup> と *Georg Friedrich Wilhelm Hegel*<sup>53</sup> によって理念化され、応報刑論として解釈された。その航跡は今日なお刑法46条1項1文に見られ、これにより刑罰は責任に応じたものでなければならず（そしてそれを越えてはならない！）、よって、違法で有責的な行為は報いを受けなければならない。これに対して、相対的刑罰論

<sup>49</sup> 行刑における刑罰権については： *Lindemann*, in: Feest/Lesting/Lindemann, *Strafvollzugsgesetze*, § 2 LandesR, Rn. 3 ff.

<sup>50</sup> *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, Rn. 1.

<sup>51</sup> In diese Richtung: *Kaiser/Schöch*, *Strafvollzug*, § 8 Rn. 17.

<sup>52</sup> *Kant*, *Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie*, *Die Metaphysik der Sitten*, herausgegeben von Wilhelm Weischedel, Bd. IV, Darmstadt 1956, S. 452 – 455

<sup>53</sup> *Hegel*, *Grundlegung der Philosophie des Rechts*, 1821, §§ 97 – 100.

は刑罰を不法と責任を越えて将来的に犯罪行為が行われなくようにする目的と関係づける (*referre, relatus* [lat.])。これは消極的一般予防論では威嚇によって実現され<sup>54</sup>、*Jakobs* の積極的一般予防論では、規範の妥当性が確証されることで、安定した規範の信頼性を通じた法忠実性の学習によって実現される<sup>55</sup>。その際、一般予防論の論者は公共に着目する。現行法ではこの理論の航跡は、47条1項、56条3項の「法秩序の防衛」という文言に見出される。これに対して、1889年から1898年までハレ・ヴィッテンベルク大学の刑法教授であった *Franz von Liszt* に遡る特別予防論は、改善、威嚇、あるいは社会から確保されるべき行為者を中心に考える<sup>56</sup>。これもまた現行法に見出される。つまり、46条1項2文、47条1項（「行為者に対する効果」）、56条1項である。ここでは、行刑法も加わる。つまり、行刑法2条は、被収容者、すなわち犯罪者が将来、犯罪をしない生活を送れるようにすることが執行の目的であるとしている。

個々の理論はそれ自体取り上げれば批判は可能である。本テーマとの関係でこれ以上の議論については、個別の刑罰目的を魔方陣の中で組み合わせるだけでなく、それぞれの具体的な機能に応じた特別の意義を付与する *Roxin* の妥当な体系構築を取り上げてみるといいだろう。彼は、刑罰の目的は論理的に段階付けて組み合わせられるべきであるという。つまり、立法者による抽象的刑罰威嚇に関しては消極的一般予防論が、具体的な科刑に関しては絶対的刑罰論と積極的一般予防論が、行刑に関しては特別予防論が、とくに重要となるのである<sup>57</sup>。

国家の刑罰権の背後にあるどの刑罰目的が危うくされるのかを問う場合、この重点配分によれば、我々は特別予防に集中しなければならない。

---

<sup>54</sup> *Paul Johann Anselm von Feuerbach*, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 1801, §§ 12 ff.; *Cesare Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen, 1764.

<sup>55</sup> *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 1/14 ff.

<sup>56</sup> *Franz v. Listz*, ZStW 3 (1883), 1, 33 f.; Marburger Programm.

<sup>57</sup> *Roxin*, JuS 1966, 377 ff.

行為者の消極的特別予防は、(援助による)自殺を決断する際、この実現を保障することになる。刑法の規範はここでは無関係である。規範の妥当性の確証(積極的一般予防論)も応報(絶対的刑罰論)もすでに有罪判決の段階で保障されている。従って、刑期を満了するかどうか問題ではない。保護観察のための刑の執行猶予の場合、*Roxin* の論理ではある観点がなおざりにされることになる。これについてはさらに見てみよう。

被収容者が生命を絶つことを望む場合、特別予防の観点は無に帰することになる。どんなに遅くとも収容が終了した時点で、自殺の意思は実現されうるだろう。しかし、その時には特別予防の対象である本人はもはや生存していないのである。死者はもはや処罰できない。同様の状況は今日、病気で生命が危ぶまれている犯罪者に見てとることができる。かつての東ドイツの国家主席であり、社会主義統一党書記長、つまり東ドイツの政治的指導者であった *Erich Honecker* は、有名な例である。重篤なガンという診断<sup>58</sup>に鑑みて、ベルリンの憲法裁判所は *Honecker* 氏の尊厳を侵害するものと考えた。もはや刑罰の目的は達せられず、自己目的化するので、この刑事手続きはその意義を失ったとしたのである<sup>59</sup>。これが言わんとするところは、自殺を確固と決意した犯罪者にもあてはまる。病気により、あるいはその他の状況により死が迫った被収容者には、徹底してその意思に反しないように、拘禁の最後の日まで延命措置がなされるのである。

これに加えて、これまで述べてきたことから明らかなように、国家の刑罰権は絶対的なものではない。終身刑であっても15年経過後には保護観察のための刑の執行停止(57a条)がなされる可能性があるというこ

<sup>58</sup> ベルリン高裁 KG, NJW 1993, 347 は1992年12月21日に、*Honecker* は悪性の肝臓ガンのためほぼ確実に刑事手続きに耐えられないであろうとした。しかし、現実には考えられていたほど致命的ではなかった。*Honecker* は病を患いながらもチリに住む娘のところで二年ほど生きながらえた。彼は1994年5月29日に死亡した。

<sup>59</sup> Berliner Verfassungsgerichtshof, NJW 1993, 515, 517.

とは、一度科せられた刑罰がいかなる状況下でも最後の日まで執行されねばならないというわけではないということになる。立法者が6月以上の自由刑の執行猶予について、それでも一般予防のストップガードを規定したことは目を引く。法秩序の防衛が要請される場合には、56条3項、つまり、消極的または積極的一般予防の視点が執行継続を要請する時は、自由刑の執行猶予というわけにはいかないのである。規範の妥当性を明確にするために行刑がなされるという考え方は、これが被収容者の自己決定による死を求める権利をはるかに上回るというほどまでの重みをもっているわけではない。なぜなら行刑においても人間の尊厳は尊重されるべきであり、これは重大犯罪者に対しても同様である<sup>60</sup>。ここに根拠づけられる自由答責的な（援助による）自殺を求める権利は国家の刑罰権の問題で妨げられないのである<sup>61</sup>。さもないと、被収容者が生存する目的が専ら国家の刑罰権の実現の中に存在すること、つまり、国家の行為の単なる対象になり下がることになるからである<sup>62</sup>。

## V. 刑事施設の協力義務

拘禁中の自由答責的に援助された自殺を認める場合、実際の運用の問題がある。ある被収容者がドイツで当該施設に対して要求したように、死をもたらす薬物を手渡すことは、これに伴う危険性を理由として、簡単に実現可能であるとは思えない。現行の規定から離れても、このような自殺援助は施設の保安と秩序から拒否されるであろう。それに関連する規定は各州の行刑法に存在する<sup>63</sup>。

これとは別に臨死介助団体や医師による自殺援助を利用することも考えられる。その場合、施設の保安を考慮して、例えば、施設内での面会

---

<sup>60</sup> BVerfGE 72, 105, 118.

<sup>61</sup> Vgl. BVerfGE 45, 187, 245; BVerfGE 117, 71, 95.

<sup>62</sup> *Laue*, in: Hillenkamp/Tag (Hrsg.), *Intramurale Medizin, Gesundheitsfürsorge zwischen Heilauftrag und Strafvollzug*, 2005, S. 217, 224.

<sup>63</sup> Vgl. § 4 Abs. 2 S. 2 StVollzG.

許可により<sup>64</sup>、あるいは施設外で開放処遇により<sup>65</sup>実現可能である。しかし、どちらにしても施設の協力は必要となる。被収容者の権利がここまで認められるかについては様々な議論により批判されている<sup>66</sup>。

例えば施設管理部のような第三者は自らの良心の自由 (Art. 4 Abs. 1 GG) があるのだから、自殺を援助することを義務付けられることがあってはならない<sup>67</sup>。連邦憲法裁判所もその判決の中で明確に、誰も自殺援助へと義務付けられるものではないとしている<sup>68</sup>。このような議論は現在のところ空虚なものとなっている。なぜなら施設とは関係のない臨死介助者による自殺援助を利用することを是とするかについて判断する際、施設管理部は私人としてこれをおこなうのではなく、監督官として、そして基本法を遵守する行政の一部分として行動するからである<sup>69</sup>。

自己決定による死を求める権利は、正当な基本権享有が付与される次元にはないという批判も十分ではない<sup>70</sup>。確かに自己決定による死を求める権利には、他の基本権と同様に基本的に防御機能があることは正しい<sup>71</sup>。しかし、まさにこれは援助による自殺を可能にするよう収容施設

<sup>64</sup> Vgl. beispielhaft § 19 StVollzG-NRW.

<sup>65</sup> Vgl. beispielhaft §§ 53 ff. StVollzG-NRW.

<sup>66</sup> Vgl. OLG Hamm, medstra 2022, 403, 404, Rn. 10.

<sup>67</sup> OLG Hamm, medstra 2022, 403, 404, Rn. 11 f.

<sup>68</sup> BVerfGE, 153, 182, 292 Rdn. 289.

<sup>69</sup> Vgl. *Epping*, Grundrechte, 9. Auflage 2021, Rn. 698. 重病患者に致死薬を手渡すことが連邦薬剤研究所に義務付けられているかについての同様の議論: *Gassner/Ruf*, GesR 2020, 485, 491; *Höfling*, ZME 2020, 245, 254; zurückhaltender *Lindemann*, medstra 2021, 344, 346.

<sup>70</sup> Verfehlt *Di Fabio*, Rechtsgutachten zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2.3.2017, 3 C 19/15, [https://www.bfarm.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Presse/Rechtsgutachten.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bfarm.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Presse/Rechtsgutachten.pdf?__blob=publicationFile&v=2); abgerufen am 7.4.2023, S. 22 ff u. 40; *Hillgruber*, JZ 2017, 777, 780; Justizministerium Nordrhein-Westfalen, zitiert nach BVerfG, medstra 2022, 102, 104, Rn. 13.

<sup>71</sup> *Manssen*, Staatsrecht II, 18. Auflage 2021, § 3 Rn. 52 f.

が協力するにより、有効に機能するのである<sup>72</sup>。自殺に際して必要な援助を要求する被収容者の権利を正当にも承認するならば、施設が「提供」できることは、この権利の実行を不可能ならしめる不当な介入をしないことに尽きる<sup>73</sup>。国家による援助が問題なのではなく、収容施設が生命の終期に関する自由な決定を拘禁や施設の規則により妨害したり、よって、基本法1条1項、2条1項に由来する当該被収容者の基本権を制限したりすることを控えることである。それは現存する権利の範囲を拡大するのではなく、既に存在する権利の地位の確証を可能にするものなのである。

## C. まとめ

憲法論的な観点からは行刑においても援助による自殺は許されることになる。自殺防止のための行刑法の現行規定が合憲的解釈につながるかどうかであるが、それらの規定が自殺の決意の自由答責性に従った区別をしていないという現状に鑑みれば、疑わしいように思われる。

援助された自殺を行うための施設へ協力を求める権利を普遍的な社会同化の原則に結び付けることは可能であるように思われる<sup>74</sup>。この原則は被収容者の法的な地位が一般社会に置ける状況とできるだけ同化され

---

<sup>72</sup> Zutreffend zur parallelen

<sup>73</sup> 同じく、連邦薬剤研究所が致死薬ナトリウム＝ペントバリビタールを自由化しなければならないかという同様の問題が議論される。(so BVerwGE 158, 142); *Fischer*, HRRS 2021, 24, 28; *Gassner/Ruf*, GesR 2020, 485, 491; *Hufen*, NJW 2018, 1524, 1527 f.; *Fontaine*, Folgen der (Teil-)Kriminalisierung der ärztlichen Suizidassistenten für den Stellenwert der Patientenautonomie am Lebensende., 2020, S. 281; *Lindner/Huber*, medstra 2017, 268, 270; *Huber/Ruf*, medstra 2021, 135, 138; *Scheinfeld*, GS Tröndle, 2019, S. 661, 666 f.; *Schütz/Sitte*, NJW 2017 2155, 2156; *Weilert*, MedR 2018, 76, 78; *Sachs*, GS Tröndle, 2019, S. 641, 655; LK-Rosenau vor §§ 211 ff., 13. Aufl. 2023, Rn. 102.

<sup>74</sup> Ausführlich dazu: *Feest/Lesting/Lindemann/Lesting*, § 3 LandesR, Rn. 22 ff.; *Laubenthal*, Strafvollzug, 8. Auflage 2019, Rn. 197 f.

ねばならないということを示している。結局、被収容者の権利は、一般社会において認められている自殺援助への道を可能にするものであり、刑罰は自由の剥奪にのみ本質を置き、その他の基本権の剥奪はなされてはならないという良識が認識されねばならないのである<sup>75</sup>。

州行刑法の合憲的解釈に際しては、とりわけ、三権分立の原則 (Art. 20 Abs. 2 und 3 GG) が守られるように注意しなければならない。この議論は行刑法については特に重要であり、そこから自殺の許容ではなく、自殺の防止のための明確な立法者の意思が読み取れる。基本権の本質的な問題も立法者に立法委任されているのであり、すでに連邦憲法裁判所の判決で問題となった社会における自殺援助の規定に関しても多くの論者がそう考えている<sup>76</sup>。そこには、被収容者の自殺願望が自由な判断と、強制や脅しがない状態でなされたものであることをできる限り保障する安全策が規定されねばならない。収容施設での自殺援助は自律的で、自己決定による決断に基礎を置いている。包括的な啓発とカウンセリングが用意されねばならない。十分な情報が提供されることで、自由に、そして自己決定により、意思が形成される。自殺を望む人の保護には複数人ルール<sup>77</sup>が有効である。つまり、自由答責的な決定について援助を行う施設医の手だけに委ねるのは妥当とは思われない。われわれの AMHE-SterbehilfeG (Gesetz zur Gewährleistung selbstbestimmten Sterbens und zur Suizidprävention: Augsburg-Münchener-Hallescher-Entwurf : 自己決定による死の保障と自殺予防のための法律 : アウクスブルク・ミュンヘン・ハレ草案) では、様々な専門領域にまたがって構成され、個別のケースからは完全に独立し、ヒアリングを行ったうえで、自殺願望の任意性、ここと言えば被収容者の自殺願望の任意性についての意見書をまとめるための委員会を提案している<sup>78</sup>。

<sup>75</sup> Feest, Forum Strafvollzug 2006, 259.

<sup>76</sup> Kaiser/Reiling in: Uhle/Wolf (Hrsg.), Entgrenzte Autonomie? 2021, S 120, 134 m.w.N.; Pfeifer, KriPoZ 2021, 172, 173; Schlink, FAZ v. 22.4.2021, S. 6.

<sup>77</sup> Vgl. Schütz/Sitte GuP 2020, 121, 127.

<sup>78</sup> § 10 AMHE-SterbehilfeG:

スイスにおいて既に行われたように、立法化がなされるまでは、行政による解決は可能である。連邦収容施設施設長会議にも同様の専門委員会が存在する。さらに、ノルトライン・ヴェストファーレン州での「自発的餓死」というテーマとの関連での活動<sup>79</sup>に見られるように、布告による州司法省の活動も着目される。

いずれにしても、援助による自殺は収容施設においても正当なものであり、正当な地位が与えられる。

### 訳者註

本稿は、2023年4月15日14時から北大刑事法研究会特別例会においてなされた同題の講演を翻訳したものである。ヘニング・ローゼナウ教授は1964年にリュネブルクに生まれ、フライブルク大学、ゲッティンゲン大学で法律学を学び、1989年からゲッティンゲン大学のシュライバー教授の研究室で、研究補助員、助手を歴任してきた。1996年に「国家の命令による射殺行為—ドイツ内国境での武器使用に対する国境警備兵の刑事責任について」(Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag. Die strafrechtliche Verantwortung von Grenzsoldaten für den Schußwaffengebrauch an der deutsch-deutschen Grenze; 2. neubearbeitete Aufl. Baden-Baden 1998)で法学博士号を取得し、2005年には「刑事手続きにおける上告の根拠と限界」(Grund und Grenzen

---

### 「委員会

(1) 州法により分野横断的に構成され、独立し、死の意思が自由答責的に形成されたかどうかについて意見書をまとめる委員会が構成される。意見書は対象者の個別のヒアリングを前提とする。

(2) 各委員会には、利害関係のない医師、裁判官有資格者、心理学に関する有識者が加わる。構成、組織、手続き、代理人、財源等の詳細は州法で定める。」  
*Dorneck et al.*, (Fn. 3).

<sup>79</sup> Legal Tribune Online, Bericht vom 30.8.2021, <https://www.lto.de/recht/justiz/j/hungertod-verhungerner-haeftling-nrw-sterbefasten-erlass-anweisungen-selbstbestimmung-sterben-nahrungsverweigerung/> (zuletzt abgerufen am 7.4.2023).

der Revision im Strafverfahren)で教授資格を取得した。その後、ハンブルク・バームベック区裁判所で一年間、刑事裁判官を務めた後、2006年4月にアウクスブルク大学正教授に就任し、2007年7月には就任講演「積極的臨死介助 (Aktive Sterbehilfe)」をおこなった。その後、2015年にハレ・ヴィッテンベルク大学教授に就任している。その他詳細は、ローゼナウ教授のHP <https://www.jura.uni-halle.de/rosenau/> を参照されたい。

自殺援助の問題は、刑法総論各論の交錯領域であり、とくにドイツでは、刑法217条が「業としての自殺援助の禁止」を規定していたが、憲法裁判所が2020年2月26日にこれを違憲であるとし、同様にオーストリアの憲法裁判所も2020年12月11日に刑法78条後段の自殺関与罪を違憲としている。本文中にもあるように、生命の終期についての自己決定を尊重し、臨死介助の自由化というのが、トレンドとなっている。これについては一般の関心も高く、朝日新聞が「ゴダール監督はなぜ自死を選んだのか 「死を選ぶ権利」を考える」と題して、自殺の問題を連載している(これについては、[https://www.asahi.com/rensai/list.html?id=1811&ioref=pc\\_rensai\\_article\\_breadcrumb\\_1811](https://www.asahi.com/rensai/list.html?id=1811&ioref=pc_rensai_article_breadcrumb_1811)を参照)。

このような死に対する個人の権利の尊重は、一般社会のみならず、刑事施設内においても認められなければならない。というのは、連邦行刑法3条1項により、施設の内外での生活環境を同様に整えねばならず、死に対する権利の尊重は施設内においても当然に認められねばならないということになる。これを如何に保証するかが本稿の検討課題となっており、これが今後の議論の先駆けとなるものと思われる。

本稿に関連する参考文献としては、クラウス・ラウベンタール(土井正和/堀雄訳)「ドイツ行刑法第三版」(2006年、矯正協会)、神馬幸一「ドイツ及びオーストリアにおける医師介助自殺に寛容な判例動向」年報医事法学36号(2021年)245頁、同「オーストリアにおける新しい自殺幫助法制」独協法学118号(2022年)93頁があるので、適宜参照されたい。

なお、ローゼナウ教授の本講演は、2019年科学研究費・基盤研究C「効果的な再犯防止を実現するための改善指導のあり方についての総合的研究」の一部としてなされたものである。