

ドイツ刑法判例研究：ドイツ刑法典第217条の合憲性 について：ドイツ連邦憲法裁判所2020年2月26日判 決の翻訳

九州大学ドイツ刑法判例研究会（訳）

富川，雅満
九州大学大学院法学研究院：准教授

平尾，遼海
九州大学大学院法学府：博士後期課程

寺嶋，文哉
九州大学大学院法学府：博士後期課程

<https://doi.org/10.15017/4370935>

出版情報：法政研究. 87 (4), pp.170-117, 2021-03-15. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン：

権利関係：

ドイツ刑法判例研究：ドイツ刑法典第 217 条の合憲性について—ドイツ連邦憲法裁判所 2020 年 2 月 26 日判決の翻訳—

九州大学ドイツ刑法判例研究会*（訳）

はしがき：訳者を代表して

富川雅満

本稿は、ドイツ刑法典217条（業としての自殺促進）の合憲性につき判断を示した、2020年2月26日のドイツ憲法裁判所判決を翻訳したものである。

わが国とは異なり、ドイツ刑法においては自殺関与（幫助及び教唆）が原則的に不可罰とされていたところ、2015年にドイツ刑法典217条が導入されたことで、従来不可罰とされていた一部の自殺関与が処罰の対象に含まれることとなった¹。刑法217条は、下記に参照する通り、自殺の機会の提供・手配・仲介が業として行われた場合に、その促進者を処罰する構成要件である。本条の導入により、医師が患者の希望に従い、いわゆる安楽死（臨死介助²）を施すような場合や、臨死介助を受けさせるために臨死介助が比較的広く合法的に実施されているスイスへ自殺希望者を

* 富川雅満、平尾遼海（九州大学大学院法学府博士後期課程）、手嶋文哉（九州大学大学院法学府博士後期課程）

1 217条の内容及び解釈問題を紹介するものとして、アルビン・エーザー（嘉門優訳）「自殺関与の不処罰性」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（成文堂、2016）567頁、フランク・ザリガー（只木誠、大杉一之訳）「業として行われた自殺幫助に対する刑罰規定をめぐる諸問題（ドイツ刑法217条）」比較法雑誌54巻1号1頁。

2 近時、従来「安楽死」と称されてきた類型を、「臨死介助（Sterbehilfe）」と呼称する傾向がドイツにはある（これを受けてわが国にも同様の傾向が見られる）。本判決においても、この臨死介助という用語が用いられている。臨死介助の用語法については、アルビン・エーザー（甲斐克則、天田悠訳）「治療中止、自殺幫助、および患者の事前指示」早稲田法学88巻3号（2013）241頁参照。

連れていくような場合が処罰対象になることとなった。

刑法典第217条：業として行う自殺促進

- (1) 他者の自殺を促進しようとする目的で、自殺のために業として機会を提供し、手配し、又は仲介した者は、3年以下の自由刑又は罰金に処する。
- (2) 自ら業として行為せず、かつ、前項に規定された他者の親族であったり、この他者と密接に関係する者である場合には、共犯として罰しない。

この217条については、その制定前後にわたり、ドイツ国内で活発な議論が積み重ねられ、中にはその合憲性を疑問視する見解も少なからず見受けられた⁶。そして、6つの憲法異議の申立に基づき、ドイツ憲法裁判所が217条の合憲性に検討を加え、同条が違憲であるとの判断を示すに至った。この違憲判決は、とりわけ医師による自殺関与の可罰性を検討する上で、わが国にも参考になるところが多いと思われ、その一部（欄外番号200以下）⁸の翻訳文を掲載することとした。

本稿に掲載する翻訳は、約半年間にわたりドイツ刑法判例研究会で検討を重ねつ

3 従前の臨死介助に関するドイツ判例を網羅的に紹介するものとして、鈴木彰雄「臨死介助の諸問題」法学新報112巻11・12号（2016）267頁。学説上の議論に関しては、例えば、山中敬一「ドイツにおける自殺関与罪をめぐる最近の議論にもとづくわが刑法202条の処罰根拠の再考」井田良ほか編『新時代の刑事法学：椎橋隆幸先生古稀記念 下巻』（信山社、2016）93頁。

4 臨死介助に関するスイスの議論動向については、神馬幸一「間接的臨死介助（安楽死）の正当化根拠」獨協法学101号（2016）125頁、同「消極的臨死介助（延命処置を諦めること）に関するスイスの議論状況」獨協法学102号（2017）227頁、クリスティアン・シュワルツネッカー（只木誠監訳、秋山絃範訳）「治療中止を例とした作為と不作為の区別」比較法雑誌53巻3号（2019）135頁。さらに、スイスの臨死介助団体については、同（只木誠監訳、海老澤佑訳）「臨死介助団体と刑法的観点から見た自殺補助」比較法雑誌53巻3号（2019）147頁。

5 217条導入前の議論動向につき、佐藤拓磨「ドイツにおける自殺関与の一部可罰化をめぐる議論の動向」慶應法学31号（2015）347頁が詳しい。さらに、浅見省吾「ドイツの自殺補助に関する法律とその問題点」上智大学総合人間科学部看護学科紀要3号（2018）15頁も参照。217条の立法趣旨については、神馬幸一訳「ドイツ刑法新217条の法律案理由書」223頁。

6 例えば、グンナー・デュトゲ（只木誠監訳、神馬幸一訳）「刑法的に規制された死」比較法雑誌50巻3号（2016）209頁、同（海老澤佑、鈴木彰雄、谷井悟司、鄭翔、根津洗希訳）「『業としての自殺援助』（刑法217条）：不当なバターナリズムの典型例！」比較法雑誌52巻3号（2018）47頁、ヘニング・ローゼナウ（甲斐克則、福山好典訳）「ドイツにおける臨死介助および自殺補助の権利」比較法学47巻3号（2014）205頁、同（只木誠監訳、海老澤佑訳）「ドイツにおける臨死介助と自殺補助を巡る争い」白門70巻4号（2018）17頁。

7 申立人の概要については、後記の一覧を参照されたい。

8 翻訳では欄外番号（Randnummer）をRnと略称している。

つ、九州大学の大学院生である平尾遼海氏、寺嶋文哉氏が緻密に原文を読み込むことで作成した訳文に、富川が表現に関して修正を加えたものである。専門用語については一読して内容理解に難しいものであっても、定訳と思われる訳語に従っている⁹が、昨今、自殺関与に対する刑事処罰の是非に法律専門家以外からも高い関心が寄せられていることに鑑みて、幅広い読者を想定し、平易な表現を心がけた。したがって、必要最小限ではあるが、原文の文章構造から離れ、意識を施した部分も存在する。また、訳注については、【】で記した。その他、判決原文では過去の判例や文献の参照が本文内に括弧書きで記されているが、読みやすさを優先させ、参照文献は全て脚注に記すこととした。本テーマに関心を持つ方にとって、少しでも参考になるところがあれば、幸いである¹¹。

〔付記〕

脱稿後に、神馬幸一訳「ドイツ連邦憲法裁判所第2法廷2020年2月26日判決：ドイツ刑法第217条の違憲性(1)(2)」獨協法学112号（2020）471頁、113号（2020）423頁同「『業としての自殺援助罪（ドイツ刑法第217条）』の違憲性」判例時報2456号（2020）140頁同「連邦憲法裁判所『業としての自殺援助禁止の違憲性』報道資料2020年12号（2020年2月26日付け）補足編集版」獨協法学113号459頁に接した。

【申立人一覧】

申立番号	申立人	説明
I	I.1	共に、自殺介助団体（申立人II）の構成員。臨死介助の提供を希望している。
	I.2	
II		ドイツで登録されている臨死介助団体。団体の定款では、スイスに倣い、終末期に至るまで自己決定権が保障されるべきとの考えをドイツに定着させ、この権利実現に際して団体構成員を支援することが目的とされている。

9 判文の読解にあたり、ドイツ・ゲッティンゲン大学のUwe Murmann教授、Gunnar Duttge教授、Melanie Steuer助手から助言を頂戴した。御三方には届かないかもしれないが、この場を借りて、御礼申し上げたい。

10 憲法上の概念の訳出については、ドイツ憲法判例研究会が編集する『ドイツの憲法判例』（信山社）シリーズを参考にさせていただいた。

11 なお、秋山絃範氏が比較法雑誌54巻4号に本判決の翻訳、さらに検討を加えた論稿を掲載されるとのことである。そちらも併せて、参照されたい。

Ⅲ	Ⅲ.1	スイスのForchに所在する臨死介助団体。団体構成員に「尊厳に即した生死」を保障し、その権利行使に際して手助けを行い、世界中でこの権利実現が認められることを目的に活動している。
Ⅲ	Ⅲ.2	ドイツのHannoverに所在する臨死介助団体。Ⅲ.1の姉妹団体であり、ドイツ国内の自殺希望者を支援している。
	Ⅲ.3	Ⅲ.1及びⅢ.2の創設者であり、Ⅲ.1の事務総長。
	Ⅲ.4	Ⅲ.1及びⅢ.2の創設者であり、Ⅲ.2の副代表。
	Ⅲ.5	Ⅲ.1及びⅢ.2の職員。団体の構成員に対して臨死介助に関する助言を行なっており、臨死介助を行う際に同行するなどしていた。
	Ⅲ.6	Ⅲ.2の共同創設者。弁護士として、Ⅲ.1及びⅢ.2の活動に際して生じた法的問題に関して、両団体の代表者や構成員らに助言を行なっていた。
Ⅳ	内科医であり、ベルリン病院の救急センター長及び同病院に付属するホスピスの代表。末期病患者に対する医療活動を行うとともに、自殺希望者に対して無償で自殺介助を行なうなどしていた。	
Ⅴ	下記に挙げる4名の医師は、入院・通院患者への看護を行なっている中、何度も臨死介助の希望を聞いており、患者の苦痛を除去できない緩和医療の限界に達するケースでは、臨死介助の要求を拒否することはできなくなるであろうと感じていた。	
	V.1	緩和医療の専門医であり、重病者の自宅で緩和ケアを行う「Palliative Care Team S」のリーダー。
	V.2	内科医であり、E大学N病院の緩和医療部局の部局長。
	V.3	一般医の他に鍼灸や緩和医療を行う開業医。
	V.4	緩和ケアに携わる医師。
Ⅵ	Ⅵ.1	泌尿器科の開業医。治癒不可能な多くの重病患者に対して自殺介助を行なってきたが、217条の制定後は、その活動を行なっていなかった。
	Ⅵ.2	スイスで活動する一般開業医。かつてⅢ.1の共同参加医であり、Ⅲ.1とともにスイスでの臨死介助の提供を支援する基金を設立した。
	Ⅵ.3	医療分野を専門とする弁護士。過去に、臨死介助に関する法的問題につき、依頼者へ助言を行なったり、自力で渡航できない重病患者をスイスに連れて行って臨死介助の提供を受けさせたりなどしていた。217条の導入後、これらの活動を中止していた。
	Ⅵ.4 (死亡)	過去に臨死介助を受けようとしたが、失敗した夫婦。
	Ⅵ.5	

ドイツ連邦憲法裁判所2020年2月26日判決

—2 BvR 2347/15—

—2 BvR 651/16—

—2 BvR 1261/16—

—2 BvR 1593/16—

—2 BvR 2354/16—

—2 BvR 2527/16—

要旨

1. a) 一般的人格権（基本法第1条第1項に関連する第2条第1項）は、人格の自律性の表出として自己決定に基づいて死ぬ権利を含む。

b) 自己決定に基づいて死ぬ権利は、自ら生命を絶つ自由を包含している。QOL（クオリティ・オブ・ライフ）に関する理解や自らの存在の意味に関する自身の理解に従って自らの生命を絶つという個人の決断は、まず出発点として、自律的な自己決定の行為として国家及び社会から尊重されなければならない。

c) 自らの生命を絶つという自由は、このために第三者の手助けを探し求め、それが提供される場合には、その手助けを要求するという自由も含む。

2. 間接的又は事実上の影響を及ぼす国家の措置も、基本権を侵害しうるものであり、それゆえ、憲法に従って十分に正当化されていなければならない。刑法典第217条第1項で処罰の対象となっている業として行う自殺促進の禁止は、自殺希望者において、自ら選択した業として提供される自殺介助を要求することを、事実上不可能としている。

3. a) 業として行う自殺促進の禁止は、厳格な比例性の基準に照らして評価されなければならない。

b) 受忍可能性の検討においては、援助された自殺の規制がそれぞれ異なる憲法的保護対象の緊張領域の中にあるということが、考慮されなければならない。自己答責的に自身の生命を絶つ決断を行い、このために支援を求める者には自らの生命の終え方も含む根本的な自己決定権が認められ、この自己決定権を尊重することは、自殺希望者の自律性、ひいては生命という高い法益を保護するという国家の義務と衝突する。

4. 憲法が生命及び自律性に認めている高い地位は、基本的に、その有効で予防的な保護が刑法という手段でなされることも、正当化するに適している。法秩序が一定の、自律性を危殆化する自殺介助の形態を処罰の対象とするならば、この法秩序は、【業としての自殺促進が】禁止されていたとしても、個別事例においては、自殺介助が自由な意思に基づき提供される限りで、この提供を実際に利用できることを保障しなければならない。

5. 刑法典第217条第1項において業として行う自殺促進が禁止されると、個々人の援助された自殺の可能性が狭められ、憲法上保護された自由を保全する余地が事実上残されないことになる。

6. 何人も、自殺介助を行うことを義務付けられ得ない。

理由

C.

[200] 本憲法異議は、これが許容されている限りにおいて、根拠のあるものである。

[201] 刑法典第217条は、異議申立人 I.1、I.2 及び VI.5 につき、基本法第1条第1項に関連した第2条第1項にいう一般的人格権を根拠とする、自己決定に基づいた死を求める権利を侵害している（後述 I.）。その他の異議申立人らについては、同申立人らが職業上の活動の枠内で自殺介助を提供することを望んでおり、かつ、ドイツ国籍を有する限りにおいて、業として行う自殺促進を禁止することで、その者らの職業の自由という基本権（基本法第12条第1項）、及び、その他の点では、一般的行為自由（基本法第2条第1項）が侵害されている。さらに、異議申立人ら III.3 から III.6、IV.、V.1 から V.4 並びに VI.2 及び VI.3 については、刑法典第217条の刑罰による威迫は、基本法第104条第1項に関連した第2条第2

項第2文の自由権を侵害している。異議申立人Ⅱ.及びⅢ.2については、業として行う自殺介助を処罰することに伴い、秩序違反法第30条第1項第1号で過料が設定されていることで、基本法第2条第1項の基本権が侵害されている（後述Ⅱ.）。刑法典第217条の規定には、憲法適合的解釈は認められない（後述Ⅲ.）。したがって本規定は、基本法に抵触し、無効である（後述Ⅳ.）。

I.

[202] 刑法典第217条に規定された業として行う自殺促進の禁止は、自殺を決心した者の自己決定に基づく死を求める権利として具体化される、一般的人格権（基本法第1条第1項に関連した第2条第1項）を侵害している。これは、本規定を厳格に解釈し、自己の生命を自らの手で絶つ行為である自殺を、反復継続する意図に基づいてこのような自殺を促進することに限定して理解したとしても、変わるものではない。

[203] 基本法第1条第1項に関連した第2条第1項が保障するのは、次の権利である。すなわち、自己決定に基づいて決定する権利、自らの手で意識的かつ意欲的に自己の生命を絶つ権利、及び、自殺の実現にあたり、第三者の手助けを求める権利である（後述1.）。刑法典第217条は、これらの権利を侵害している（後述2.）。この基本権介入は正当化されない（後述3.）。自殺を求める権利を認めること、及び、ここでその権利制約に限界を設定することは、欧州人権条約と合致している（後述4.）。

[204] 1. 自由に自己決定し、自ら責任を負うことのできる人が有する、自ら生命を絶つという権利は、一般的人格権（基本法第1条第1項に関連した第2条第1項）の保障内容に含まれている。

[205] a) 人間の尊厳及び自由の尊重及び保護は、自己決定し自ら責任を負うことのできる人格として人間を理解する、憲法秩序の基本原則である¹²。一般的人格権

は、「不文の」自由権として、人格を構成する諸要素を保護するものであって、このような諸要素は、基本法の特別な自由権保障の対象となるわけではないが、しかし、これらが人格を構成するという意義を有する点でその自由権保障に劣るものではない¹³。

[206] 一般的人格権と基本法第1条第1項との特別な関連性は、この人格権の保護内容を明らかにしている。一般的人格権の一明確には確定されていない保護範囲の内容及び射程を確定するに際しては、次のことが考慮されなければならない。すなわち、人間の尊厳が不可侵（unantastbar）であり、あらゆる国家権力に対して尊重と保護を求めるということである。人間が自由に、自ら決定し発展するという考え¹⁴を出発点にすると、人間の尊厳の保障には、とりわけ、人の個性、アイデンティティ及び統合性（Integrität）の保持が含まれている¹⁵。ここには、人間を国家的な行為の「単なる客体」とすることを禁止し、もしくは、人の主体性をその根本から疑わしいものとするような取扱いを行うことを禁止する、社会的な価値承認要求と尊重要求が付帯する¹⁶。以上によれば、人として失われることのない人間の尊厳は、人が自己答責的な人格として常に是認され続けるという点に認められる¹⁷。

[207] 人間の尊厳に根ざした、この自律的自己決定という思想は、一般的人格権の保障内容において、より詳細に具体化される¹⁸。一般的人格権は、個々人が自己決定に基づいて自らのアイデンティティと個性を見出し、発展し、維持できるようにするための根本条件を確証している¹⁹。とりわけ、自己の人格を自己決定に基づいて

12 BVerfGE 5, 85 <204>; 45, 187 <227>参照。

13 確立した判例。BVerfGE 99, 185 <193>; 101, 361 <380>; 106, 28 <39>; 118, 168 <183>; 120, 274 <303>; 147, 1 <19 Rn. 38>参照。

14 BVerfGE 27, 344 <351>; 34, 238 <245>参照。

15 BVerfGE 45, 187 <227>; 117, 71 <89>; 123, 267 <413>参照。

16 BVerfGE 144, 20 <207 Rn. 539>参照。

17 BVerfGE 27, 1 <6>; 45, 187 <228>; 109, 133 <149 f.>; 117, 71 <89>; 144, 20 <207 Rn. 539 f.>参照。

18 BVerfGE 45, 187 <228>; 109, 133 <171>参照。

19 BVerfGE 54, 148 <155>; 65, 1 <41, 42 f.>; 80, 367 <373>; 103, 21 <32 f.>; 128, 109 <124>; 142, 313 <339 Rn. 74>参照。

20 BVerfGE 35, 202 <220>; 79, 256 <268>; 90, 263 <270>; 104, 373 <385>; 115, 1 <14>; 116, 243 <262 f.>; 117, 202 <225>; 147, 1 <19 Rn. 38>参照。

維持するためには、人間が、自らの尺度に基づいて自己を自由に処分することができ、自らの人間像や自己理解と解消できないほどに矛盾する生活様式を押し付けられることがない、ということが前提となる²¹。

[208] b) したがって、一般的人格権には、人格的な自律性の表出として自己決定に基づく死を望む権利も含まれ、この中に自殺をする権利も存在する（後述 a a）。基本権保護は、自己決定に基づいて死ぬために第三者の手助けを探し求め、それが提供される場合には、その手助けを要求する自由にも及ぶのである（後述 b b）。

[209] aa) (1) 自らの生命を絶つという決断は人間の人格にとって本質的な意味を有する。この決断は自身の自己理解の産物であり、かつ自己決定し自ら責任を負うことができる人による根本的な表現なのである。個人が自身の生命においてどのような意味を見出し、人が自身の生命を絶つことをイメージできるかどうか、どのような理由からイメージできるのかは一身専属的な感覚と信条に属する。この決断は人間の存在という根本問題に関するものであり、他の決断にはないほどに人間のアイデンティティと個性に触れる事柄なのである。それゆえ、一般的人格権が自己決定に基づく死を求める権利として具現化されるのであるが、この一般的人格権に含まれるのは、自由な意思に従って生命維持の処置を拒否し、そのようにして死に至る病気の進行に身を委ねる権利だけではない²²。自己決定に基づく死を求める権利は自身の生命を自身の手で絶つという個人の決定にも及ぶ。自ら生命を絶つ権利によって確認されるのは、個人が自分自身に関して自らの人間像に従って自律的に決定し、それによって自身の人格を維持することができる、ということである²³。

21 BVerfGE 116, 243 <264 f.>; 121, 175 <190 f.>; 128, 109 <124, 127>参照。

22 BVerfGE 142, 313 <341 Rn. 79>; BGHSt 11, 111 <113 f.>; 40, 257 <260, 262>; 55, 191 <196 f. Rn. 18, 203 f. Rn. 31 ff.>; BGHZ 163, 195 <197 f.>における結論も参照。

23 Bethge, in: Isensee/Kirchhof, HStR IX, 3. Aufl. 2011, § 203 Rn. 41, 44; Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 154; Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990, S. 90 f.; Herdegen, in: Maunz/Durig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 89 <Mai 2009>; Hufen, NJW 2018, S. 1524 <1525>; a.A. Lorenz, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1 Rn. 54, 303 <April 2008> sowie Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Rn. 420 <Juni 2012>; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Abs. 2 Rn. 192参照。

[210] (2) 自己決定に基づく死を求める権利は人格的自由の表明であって、他者によって定義される状況に限定されない。自身の生命を支配する権利は個人的な自己決定の最も中心的な領域に関するものであるが、この権利はとりわけ重篤で治癒不可能な病状又は特定の生命段階及び病状段階に限定されない。特定の外的要因及び内的要因へ保護領域を限定すると、自殺の決断をした者の動機を評価したり、その内容を事前判断することにつながり、これは、基本法の自由思想とはなじまない。そのような制限は実務において線引きが相当に困難であると思われ、のみならず、そのような制限は基本法を規定する理念、すなわち人間の尊厳という理念、そして、自己決定と自己答責の中でその尊厳を自由に発展させるという理念と抵触するであろう。自己決定に基づいて死ぬ権利が基本法第1条第1項の人間の尊厳の保障の中に根差しているということは、まさに、自身の生命の終え方に関する自己答責的な決定がこれ以上の根拠や正当化を必要としないということを含意しているに他ならない。基本法第1条第1項は、人が自身の個性の中で自分自身を把握し、その個性を自身で認識しているままに、その人の人間の尊厳を保護するのである²⁴。基準となるのは基本権主体の意思であり、それは、生と死の関わり合いに関する一般的な価値観、宗教上の掟、社会的な模範による評価から、さらには客観的理性による思慮から独立したものである²⁵。自身の生命の終え方に関する自己決定は人間の「人格の最も生来的な領域」に属するのであり、その領域において、人は自分の基準を選択し、その基準に従って決定する自由を有する²⁶。この権利は人間の生活のあらゆる局面で認められる。QOLに関する理解や自らの存在の意味に関する自身の理解に従って自らの生命を絶つという個人の決断は、まず出発点として、自律的な自己決定の行為として国家及び社会から尊重されなければならない。

[211] (3) 以下のような理由で、自ら死ぬ権利を否定することはできない。すなわち、自殺者が自身の生命を捨てることで、同時に自身の自己決定の前提、それと

24 一般の行為自由については、BVerfGE 80, 138 <154>参照。

25 BVerfGE 49, 286 <298>; 115, 1 <14>参照。

26 治療的侵襲については、BVerfGE 128, 282 <308>; 142, 313 <339 Rn. 74>参照。

27 医師による医療的侵襲について、BVerfGE 52, 131 <175>。Hirsch、Niebler及びSteinbergerの反対意見も参照。

ともに自身の主体的地位を捨てているのであるから、その尊厳を放棄しているという理由である。²⁸ たしかに、生命は人間の尊厳の根源的な（vitale）基礎である。²⁹ しかし、そのことから、自由な意思に基づく自殺が基本法第1条第1項で保障された人間の尊厳と矛盾することにはならない。人間の尊厳は自律性という点で個人の生命を保障し、自由に自己決定し自ら責任を負うことのできる人間による自殺の決断と対立しない。むしろ、自身の生命に対する自己決定に基づく処分は自律的な人格発展という人間の尊厳に内在する理念の直接的な表明である。その処分は、たとえ最期の表明であったとしても、尊厳の表明である。自由な意思によって行動する自殺者は主体として自ら死ぬことを決定するのである。³⁰ その人は自身の生命を人として自己決定に基づき自身の目標設定に従って放棄するのである。したがって、人間の尊厳は人の自己決定の制約ではなく、むしろその根拠なのである。人が自己答責的な人格として、そして主体として承認され、その価値承認要請と尊重要請が保持されるのは、まさしく、その人が自ら設定した自身の基準に従って自己の存在に関して決定できるときである。³¹

[212] bb) 基本法第1条第1項に関連する第2条第1項によって保護される自殺の権利は、このために第三者に手助けを採し求め、これが提供される場合には、その手助けを要求する自由も含む。

[213] 基本法は、自らも自由に行動する第三者とのやり取りのなかで人格を發展させることを保障する。それゆえ、基本法によって保護される自由には、第三者にアクセスし、支援を求め、その第三者からその者の自由の範囲内で提供される手助

28 しかし、倫理的道德的観点からは、Bockenforde, in: Stimmen der Zeit 2008, S. 245 <256>参照。同様に、Niestroj, Die rechtliche Bewertung der Selbsttötung und die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung, 1983, S. 75; Lorenz, in: Isensee/Kirchhof, HStR VI, 2. Aufl. 2001, § 128 Rn. 62; ders., JZ 2009, S. 57 <60>、さらに同旨として例えば、Antoine, Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung, 2004, S. 236参照。

29 BVerfGE 39, 1 <41 f.>; 88, 203 <252>; 115, 118 <152>参照。

30 BVerfGE 115, 118 <160 f.>参照。

31 Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 154; Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990, S. 86 ff.; Nettesheim, AoR 130 <2005>, S. 71 <105 f.>参照。

けを受ける可能性も含まれるのである。とりわけ、このことは、自身の生命を自らの手によって絶つことを考えている者に対しても妥当する。まさにこのような者はしばしば、適切な能力を持ち、協力する意思のある第三者、とりわけ医師による専門的な知見に基づいた手助けがあつて初めて、自殺について決定し、場合によっては自身の自殺の決意を本人にとって受忍可能な (zumutbar) 方法によって実現することが可能となると考えるのである。基本権の実現が第三者との関わり合いにかかつており、人格発展がこのようにして他人の寄与に依存するのであれば、基本権は、第三者がその自由の範囲内で行う支援の提供を禁止することによって、この基本権が制限されてはならない、ということも保障している。

[214] 2. 刑法典第217条は、たとえその者らが刑法典第217条の直接の名宛人でないとしても、異議申立人 I.1、I.2 及び VI.5 の一般的人格権に介入している (後述 a)。当該規範のこのような作用は、当該法律が他の目的を追求することの反射的作用に過ぎないとはいえない (後述 b)。

[215] a) 基本権保護は、直接的に向けられた介入に限定されるものではない。間接的又は事実上の作用を及ぼす国家の措置も、基本権を侵害しうるものであり、それゆえ、憲法に従って十分に正当化されていなければならない。このような措置は、その目的設定及び作用において、規範的・直接的な介入に匹敵しうるものであり、そうであるからには、これと同様に扱われなければならない³³。

[216] 刑法典第217条第1項で処罰の対象となっている、業として行う自殺促進の禁止は、異議申立人らにおいて、自ら選択した業として提供される自殺介助を要求することを事実上不可能としている。なぜなら、刑法典第217条が発効したことにより、自殺介助の提供者は、刑法上及び秩序法上の帰結を回避するために、自らの活動を停止したからである。同条では、個人の保護を超えて法益保護を追求する抽象的危険犯として構成要件が形成されるため、正当化的な承諾は問題とならないか

32 Suhr, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 1976, S. 80 f., 84, 88 ff. 参照。

33 BVerfGE 105, 252 <273>; 110, 117 <191> 参照。

³⁴ら、この禁止は、異議申立人 I.1 及び I.2 並びに VI.5 が主張するように、自己決定に基づき、外部からの圧力を受けず、熟慮の上で自殺を決心した者の不利益にもなる。

[217] b) これらの侵害は、この法律が他の目的を追求していることの結果として、単に反射的に生じているわけではない。³⁵ これらの侵害はむしろ、この法律が目的とする方向に意識的に含まれており、したがって、その目的設定及び間接的・事実的效果において、自殺希望者に対する介入も基礎付けている。³⁶ 立法者の意思によれば、業として行う自殺介助を禁止することで、自殺希望者にこのような提供を利用させないこととなり、ひいては、自己決定と生命に対する基本権の保護がまさに達成されるというのである。³⁷

[218] この場合、刑法典第217条に由来する間接的な介入は、客観的に自殺の自由を制限する作用を及ぼしている。業として行動する第三者の手助けを借りて、自己決定に基づいて自らの生命を絶ちたいと考える個人は他の代替手段を強いられることとなり、これにより、苦痛なく安全な自殺をするための他に受忍可能な選択肢が事実上存在せず、自らの決断を実現できない、という重大なリスクが生じる（この点についてはRn. 280以下参照）。自己の生命に関する自己決定が、人のアイデンティティ、個性及び統合性にとって極めて重要な意義を有すること、及び、この基本権の行使が、この規範によって少なくとも著しく困難なものとなっているという事情に鑑みれば、異議申立人らの一般的人格権に対する介入は、特に重大なものもある。

[219] 3. 一般的人格権に対する介入は、正当化されない。

34 Berghäuser, ZStW 2016, S. 741 <771 f.>; Oğlakticioğlu, in: BeckOK StGB, § 217 Rn. 38 <November 2019>; Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 217 Rn. 32; Taupitz, medstra 2016, S. 323 <327>参照。

35 BVerfGE 116, 202 <222 f.>参照。

36 BVerfGE 148, 40 <51 Rn. 28> m.w. N. 参照。

37 BTDrucks 18/5373, S. 2 f. 参照。

[220] 一般的人格権の制限は、合憲的な法律上の基盤を必要とする（後述 a）。刑法典第217条に規定される業として行う自殺促進の禁止は、比例原則に従って評価されなければならない（後述 b）。刑法典第217条は、以上のことから生じる要請を満たすものではない（後述 c）。

[221] a) 一般的人格権は、公権力の作用から完全に自由なわけではない。個人は、ある国家的措置が、公共の優越的利益のためのものであり、もしくは、基本法上保護される第三者の利益に関するものであって、比例性の要請を厳守するものである場合には、その国家的措置を甘受しなければならない³⁸。比例性の観点のもとでは、一般的人格権については、一般的行為自由としての基本法第2条第1項の保護に比して正当化がより高度に要請される。この要請は、その保障内容が、基本法第1条第1項にいう人間の尊厳の保障との特別な関連性を示しているときには、特に高いものとなる。この場合、この保障は、個人が自らの極めて限定された私的領域（engste Privatsphäre）の中で行動すればするほど広範に及ぶものとなり、逆に、外部との社会的なつながりが強まれば、弱まることとなる³⁹。

[222] 第三者の手助けを借りて自己の生命を絶つという自由答責的ななされた決定は、依然として、極めて限定された私的領域にとどまるものではない。この決定は、たしかに、一身専属的な性格を有する。しかしながら、この決定は、他者の態度との相互作用の中で成り立っている⁴⁰。自らの自殺の決断を実現するに際して、業として提供される第三者の自殺介助を要求したいと考え、その支援を求める者は、社会に対して影響を与えている。したがって、業として行う自殺介助の提供は、自由な決断に基づいて行動する自殺希望者と自殺介助者との間の関係の中で完結するものではない。このような提供からは、重大な濫用の危険や、第三者の自律的自己決定に対する危殆化といった先行効果（Vorwirkung）及び波及効果（Folgewirkung）が生じる。

38 詳細についてはBVerfGE 120, 224 <239> 参照。

39 Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 157 ff. <Juli 2001>参照。

40 Suhr, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 1976, S. 80参照。

[223] b) 業として行う自殺促進の禁止は、厳格な比例性の基準に照らして評価されなければならない。基本権を制約する法律がこの原則を満たすのは、当該法律がそれによって追求される正当な目的を達成するのに適合しており、かつ必要である場合で、さらに基本権の各自由領域を制限することがこの目的に対して相当な比例性（angemessenes Verhältnis）を有しているときのみである。⁴¹ 受忍可能性（Zumutbarkeit）の検討においては、援助された自殺の規制がそれぞれ異なる憲法的保護対象の緊張領域の中にあるということが、考慮されなければならない。自己答責的に自身の生命を絶つ決断を行い、このために支援を求める者には自らの生命の終え方も含む根本的な自己決定権が認められ、この自己決定権を尊重するということは、自殺希望者の自律性、ひいては生命という高い法益を保護するという国家の義務と衝突する。自殺希望者は、自殺の提供に直面した際【自殺を行わないという決断を】 釈明する状況（Rechtfertigungslage）に追い込まれるような影響と圧力から解放されていなければならない。

[224] こうした緊張関係を解消することは、基本的に立法者の課題である。国家による保護義務は、その形成と具体化を必要とする。⁴³ この際、立法者には、見通し、評価及び形成に関する裁量が認められる。⁴⁴ どの程度の裁量が認められるかの判断は、様々な要素に依存し、とりわけ、関連する専門領域にどのような特徴があるのか、一特に、ある規範がもたらす影響といった将来の展開に関するものであれば、なおさら十分に確実な判断を行う可能性があるのか、問題となっている諸法益がどのような意義を持つのか、といった要素に左右される。⁴⁵

[225] 憲法上の審査は、立法者が上述の諸要素を十分に考慮し、立法者の評価裁量を適切な方法によって行使したのかという点にまで及ぶ。⁴⁶ 立法者は基本法におけ

41 BVerfGE 22, 180 <219>; 58, 208 <224 ff.>; 59, 275 <278>; 60, 123 <132>参照。

42 BVerfGE 30, 292 <316>; 67, 157 <173>; 76, 1 <51>参照。

43 BVerfGE 88, 203 <254>参照。

44 BVerfGE 96, 56 <64>; 121, 317 <356>; 133, 59 <76 Rn. 45>参照。

45 BVerfGE 50, 290 <332 f.>; 76, 1 <51 f.>; 77, 170 <214 f.>; 88, 203 <262>; 150, 1 <89 Rn. 173>参照。

46 BVerfGE 88, 203 <262>参照。

る自由の次元と保護の次元との衝突を適切に考慮しなければならないのである。

[226] c) 刑法典第217条の中で規定された業として行う自殺促進の禁止はこれらの諸要件を満たさない。たしかに、この禁止は正当な公共の福祉という目的(Gemeinwohlzwecken)を追求し(後述aa)、この目的を達成することに適合してもいる(後述bb)。しかし、当該禁止の必要性については最終的な判断を下すことはできないものの、(後述cc)少なくとも、相当性がない(後述dd)。

[227] aa) 立法者は業として行う自殺促進の禁止によって正当な目的を追求している。この規制は自身の生命に関する個人の自己決定を保護することと、その保護によって生命それ自体を保護することに資する(後述1)。この規制目的は憲法的に問題ない。この目的は憲法によって立法者に課せられた保護任務の範囲内で展開されている(後述2)。まさに業として行う自殺介助の提供が規制されないと自己決定や生命に対する危険が生じ得るという立法者の想定は、十分に支持可能な根拠を有している(後述3)。

[228] (1) 自己決定と生命に対する基本権を保護するために、立法者は刑法典第217条という禁止によって業としての自殺介助の提供を阻止しようとしている。⁴⁷

[229] 立法者の目的は、第1に、自殺幫助が「健康上のケアとしてのサービス提供」へと発展することの防止である。このような発展は、自ら生命を絶つことに人を誘いかねないものである。⁴⁸立法者は、ドイツとスイスにおける援助された自殺の発展を踏まえ、⁴⁹以下のような危険性が存在すると判断している。すなわち、業として行う自殺介助が提供され、その提供が拡大した場合、「それが一般的であるという見方」、又はそれどころか自殺が社会的に要請されているとの見方が生まれ、そうすると、まさにこのような【自殺介助の】提供を利用するべきであるといった、

47 BTDrucks 18/5373, S. 2 f. 参照。

48 BTDrucks 18/5373, S. 2参照。

49 BTDrucks 18/5373, S. 9参照。

一種の期待圧力が生じるという危険性である。立法者によれば、援助された自殺が「社会的に一般化する」おそれがあるという⁵⁰。とりわけ高齢の疾病者は、そのように【自殺介助の】提供が一般的であるとの暗示を受けることで自殺に誘われたり、又は直接的もしくは間接的に自殺に追い込まれていると感じたりする可能性が⁵¹ある。

[230] 第2に、立法者は、当該禁止規定によって統合性と自律性保護の利益を顧むために「自律性を脅かす利益衝突」に対抗しようとしており、そこから一般的に生じる、「自己決定といえるか判断困難な状況で他者決定的な影響が働く」危険性を防止しようとしている⁵²。業として行う自殺促進の禁止という規範が前提としているのは、自殺の技術的な側面にばかり注力すると、確固として自殺の決意が存在するという基盤が揺らぐとの想定である⁵³。それによれば、自殺介助者は、典型的には、自殺の実施に伴う固有の利益を追求するのであって、そのような介助者が業として行動する者として介在することで、自由な意思形成及び最終決定が潜在的に影響を受け、それによって個人の自己答責性も潜在的に影響を受けかねないのである⁵⁴。立法者の見解によれば、自律性を保護する規制によってこのような事態に対抗しなければなら⁵⁵ない。

[231] (2) 自律性及び生命の保護という目的を持つ刑法典第217条の禁止は、憲法において基礎付けられた国家の保護義務の履行に資するものであって、それゆえ、正当な目的に資する。

[232] (a) 基本法第2条第2項第1文に関連した基本法第1条第1項第2文は、自己の生命の終え方に関する決定に際しての個々人の自律性を保護すること、及

50 BTDrucks 18/5373, S. 2参照。

51 BTDrucks 18/5373, S. 2, 8, 11, 13, 17参照。

52 BTDrucks 18/5373, S. 17参照。

53 BTDrucks 18/5373, S. 11参照。

54 BTDrucks 18/5373, S. 11参照。

55 BTDrucks 18/5373, S. 11, 12, 17, 18参照。

56 BTDrucks 18/5373, S. 11参照。

び、それによって、生命それ自体を保護することを国家に義務付けている。基本法が要求している、個人々の自律的自己決定の尊重⁵⁷は、決定が自由に形成され、かつ自律的になされることを前提としている。自殺の決定の実現が不可逆であることに鑑みれば、基本法秩序の中で生命が最も高い価値を有するとの意義は、自由な自己決定や自己答責に基づかない自殺を防止することを命じている。国家は、看取られた自殺をするという決断が実際に自由な意思に基づいてなされるように、配慮をしなければならない。したがって立法者が、自己の生命に関する自律的な自己決定の前提を成す自由な意思形成や意思自由に対する危険に対処しようとしている場合、正当な目的を追求している。

[233] (b) この保護義務を遵守するにあたり立法者に認められる権限は、人格の自律性に対する具体的に差し迫った、第三者による危険を防止することにとどまらない。立法者は、援助された自殺が社会において生命の終え方の通常形態として認められることを阻止しようとしている限りにおいては、正当な関心を追求している。

[234] もっとも、価値観や倫理観に関する事実的・推定的コンセンサスを維持することは、刑事立法者の活動の直接的な目的ではあり得ない⁵⁸。したがって、特に高齢や病気の場合に自己の生命がどのように扱われるべきであるのかという問題に関する社会の多数意見に、自殺や自殺への介助が矛盾することだけを理由として、自殺介助を禁止することは、立法者の正当な目的ではない。それゆえ、業として行う自殺介助の禁止が、援助された自殺の件数を抑えることを目的としているならば、これは許容されるものではない。それは、第三者の援助を借りて意識的かつ意欲的に自殺するという、自律的な意思によってなされた基本権主体の決定を、それ自体拒絶し、禁忌とし、もしくは恥ずべきものであると考えるあらゆる目的設定が許容されないのと同様である。

57 BVerfGE 142, 313 <344 Rn. 86>参照。

58 BVerfGE 120, 224 <264>, Hassemerの反対意見も参照。

[235] もっとも、立法者は、一定の条件下で、例えば有益性という考え（Nützlichkeitsabwägungen）から生命を奪うという社会的圧力の発生を助長するような展開に対抗することは許される。個々人は、一第三者による具体的な影響以外にも一社会的な期待という危険にさらされてはならない。たしかに、意思自由とは、個々人がその決定において完全に外部の影響から自由であるということと同じではない。人間の決定は、通常、社会的・文化的要因の影響を受けている。自己決定は、常に他者関係的に形成される。生命の保護が、正当化を要しない自己目的として憲法により個々人に約束され、この保護が、人を純然たる存在として無条件に認めることに基づいているのであるから、社会的作用が【個人の自己決定に】圧力として働く可能性があり、第三者による自殺の提供の拒絶には理由付けが必要になると思わせるような場合、立法者はこの社会的作用に対して有効な対処を講じて良いし、そうしなければならない。これに応じて、人が生命に困難を抱える状況においてこのような提供に対してしっかりと対応しなければならない、もしくは、これについて明確な態度を取らなければならないといったような事態に陥らないよう、立法者は予防措置を講じることができる。

[236] (3) 業として行う自殺介助の提供が、自己の生命の終え方を決める際の自己決定に対する危険を含んでおり、国家の保護義務を履行するためにこの危険を阻止することが肝要であるという立法者の想定は、憲法を理由に反論できない基盤に基づいている。

[237] (a) 個々人又は公共を脅かす危険の評価や予測は、憲法上、その判断・予測が十分に確立された基盤に基づいているかどうかという検討に服するべきである⁵⁹。その際、憲法裁判における審査は、関連する専門領域にどのような特徴があるのか、危険にさらされている法益がどのような意義を持つのか、及び、十分に確実な判断を行う可能性が立法者に認められるのかに応じて、単なる明白性の審査（Evidenzkontrolle）、主張可能性の審査（Vertretbarkeitskontrolle）、厳格な内容審査（intensivierte inhaltliche Kontrolle）に分かれる⁶⁰。

59 BVerfGE 123, 186 <241>参照。

[238] 一本件のように一序列の高い基本権への介入が問題となっているときには、事実評価の不明確性は、原則として、基本権主体の不利益に⁶¹されてはならない。しかしながら、その実現に刑法典第217条のいう禁止が役立っているところの国家の保護義務も、重大、かつ、それと同等の地位にある憲法上の財と関係している。業として行う自殺介助の提供により、この財が事実上どの程度危殆化されているかは、口頭審理における専門家の一致した供述によると、一そもそも「援助された自殺」という現象領域の全体がそうであるように—いまだほとんど明らかにはされていない。業として行う自殺介助を許容する場合にどのような長期的影響が生じるかについて、学問上確立した知見は存在しない。このような状況においては、立法者が、利用可能な情報及びありうる知見を、事実⁶²に即し、かつ、主張可能なかたちで (vertretbar) 評価し、その評価を指針としている場合には、それで十分である⁶³。

[239] (b) 上述のことに従えば、立法者による危険予測は憲法上の検討に堪え得る。立法者は、業として行う自殺介助が自身の生命に関する自律的な自己決定に与える危険性を、主張可能なかたちで想定していたのである。

[240] (aa) 個人が自身の人間像と現実⁶⁴に即して自殺の是非について考慮した上で決断を下すとき、自殺の決断は自律的に形成された自由な意思に起因すると言えるのである。

[241] それゆえ、自由な自殺の決断は第1に、差し迫った心理的な妨害から影響されずに自由にその意思を形成することができ、この分別に従って行動することができる能力を前提とする。連邦憲法裁判所の判例において次のことが確認されている。すなわち、自由の要請は、自由な意思決定を行うことができる⁶⁵事実的な可能性とは無関係には判断され得ないということである。

60 BVerfGE 50, 290 <332 f.>、さらに詳細については 123, 186 <241>; 150, 1 <89 Rn. 173>参照。

61 BVerfGE 45, 187 <238>参照。

62 BVerfGE 50, 290 <333 f.>; 57, 139 <160>; 65, 1 <55>参照。

63 BVerfGE 58, 208 <224 f.>; 128, 282 <304 f.>; 142, 313 <340 Rn. 76 ff.>; 149, 293 <322 Rn. 74>参照。

[242] 第2に、当事者は、決断するに際して重要となるあらゆる事項を実際に知っていなければならない。当事者が全情報を把握する、つまり十分な評価基盤の上で事実在即して是非を検討できるということが求められている。その際、自由な意思形成が前提とするのは、とりわけ、意思決定者が自殺に対する行為代替案を知っており、それらの行為のそれぞれの帰結を評価し、そしてあらゆる重要な事情及び選択肢を認識したうえで自身の決断を下す、ということである。その限りで、治療行為に対する同意と同様の諸原則が妥当する。治療行為に対する同意の場合も、一自己答責的で自己決定に基づいた決断を下すことができるように—当事者は、存在する代替案を含めた、同意にとって本質的な事情を知っていなければならない⁶⁴。

[243] 第3に、許されない影響力又は圧力に当事者がさらされていないことも前提とされる⁶⁵。

[244] 最後に、この世を去る決断が一定程度「継続して（Dauerhaftigkeit）」おり、「内心において断固とした（innere Festigkeit）」ものであるときにのみ、自由な意思を肯定することができる。専門家たる第三者の説明によれば、自殺願望は、通常、複雑に絡み合う複数の動機の上に成り立っている。死にたいという要求はしばしばアンビバレントで、うつろいやすいものである。この点につき、経験的なデータによれば、自殺の決断が短期的に形成されたとき、—その自殺が失敗した場合—約80%から90%において当事者自身がその自殺の決断を誤った決断であったと後に評価し、撤回したとされている。したがって、自殺願望は、一たとえ外部的に見て納得のいく決断であると評価される場合であっても—大部分において一定程度継続するだけで、持続はしない。専門家たる第三者の見解によっても、継続性の基準には、自殺願望の真摯性を確認し、例えば、その願望が一時的な生活危機に基づいているわけではないことを確認するという性質が認められる。

64 BVerfGE 128, 282 <301>; BGHZ 102, 17 <22>; 106, 391 <394>; 168, 103 <108 Rn. 13>参照。

65 医学的措置に対する同意については、BVerfGE 128, 282 <301>参照。

66 詳細については、BGH, Urteil vom 3. Juli 2019 - 5 StR 132/18 -, NJW 2019, S. 3092 <3093 f.>参照。

[245] (bb) 専門家たる第三者の評価によれば、精神的な疾患は自由な自殺決意に対して重大な危険性をもたらす。この専門家らが述べるところでは、世界的に実施された経験的な調査によれば、命を脅かすような自殺行為の約90%において、特にうつ病といった（全体の約40%から60%）精神障害が認められる。うつ病はしばしば一医師らにとっても一認識困難であるが、【うつ病に罹患する】自殺者の約20%から25%において限定同意能力が見られる⁶⁷。とりわけ、高齢者又は重病罹患者のうちうつ病に罹患する自殺者が占める割合は大きい。これらの者においては、うつ病の発生により自殺を望むリスクが増していくのである。

[246] 自由な自殺決意に対するその他の本質的な危険因子は、説明が不十分である場合に認められる。この点につき、専門家たる第三者は、死にたいという願望が誤解や現実に反する想定や不安を理由とすることがある、と証言した。これに対して、自殺希望者が自身の状況や存在する行為の代替案について説明を受けた場合、自殺願望を考え直したり、撤回したりするのが通常であろうともいう。それゆえ、自由な決意とは、必然的に、あり得る決断の選択肢に関する包括的な助言と説明を前提としており、その結果として、自殺意思が誤った判断によらずに、現実に即して合理的に自身の現状を評価できるようになることが保障される。このようにしてしか、当事者が一あらゆる重要な事情を知ったうえで一自身の死を選ぶ決断ができるということは保障されないのである。

[247] 結局のところ、専門家たる第三者によれば、一強制、脅迫又は欺罔⁶⁸と並んで一その他の形態の影響によっても、その影響が、自身の間像に即して熟考を重ねた上での決断を妨げ、著しく侵害する性質を有する場合には、自由な自殺意思は侵害され得る。とりわけ、心理社会的な観点や、自殺希望者とその者を取り巻く環境との相互影響は、社会学的な諸要因がそうであるように、自殺へとつながる展開を条件付けたり助長したりする可能性がある。

67 Vollmann u.a., Patientenselbstbestimmung und Selbstbestimmungsfähigkeit, 2008, S. 176, 180 m.w. N. 参照。BGH, Urteil vom 5. Dezember 1995 - XI ZR 70/95 -, NJW 1996, S. 918 <919>; Cording/Sas, Der Nervenarzt (9) 2009, S. 1070 <1072 ff.>も参照。

68 詳細については、BGH, Urteil vom 3. Juli 2019 - 5 StR 132/18 -, NJW 2019, S. 3092 <3094>参照。

[248] (cc) 以上のことを背景として、業として行う自殺介助が法律上制限されなければ自律性が危殆化され、したがって生命が危殆化されるという立法者の想定は、十分に根拠のある基盤に基づいている（後述 a ）。業として行う自殺介助が、特に高齢の疾病者にとって生命の終え方の通常形態として定着し、これは、自律性を危殆化する社会的圧迫を助長する可能性がある、との評価も同様に十分な根拠ある基盤に基づいている（後述 β ）。

[249] (a) 口頭審理の結果によれば、以下のような立法者の評価は、少なくとも主張可能であると証明された。すなわち、刑典第217条が発効するまで存在していたドイツにおける業として行う自殺介助の実務は、いかなる場合にも、意思の自由、及び、それを保護することによる自己決定の自由を保全することには適していなかったということである。たしかに、異議申立人IIの代表が口頭審理において説明するところによれば、医師は、致命的に作用する医薬品の処方箋を発行する場合、自殺の看取りの前段階において、当事者の弁識能力・判断能力を制限する事情が存在しているかどうかを調査するという。しかし、その他の点では、自殺願望が自由意思に基づいているかどうかを調査する際の視点は、十分な説得力を持つとは言えない。とりわけ、身体的・精神的疾患が存在する場合で、自殺希望者の医学的資料に目を通さず、また、専門医による診察・助言・説明の機会を保障することなくして、自殺介助がなされていたということである。以上によれば、業として行動する自殺介助者がかかわると、自殺の実行に役立つサービスが前面に押し出され、したがって、自由な意思形成や決定付け（*Entscheidungsbindung*）が十分に保障されないとの立法者の想定は合理的なものである。

[250] (β) 業として行う自殺介助により、自殺介助の「社会的一般化」がもたらされ、とりわけ高齢者や疾患を有する者にとっては、援助された自殺が生命の終え方の通常形態として定着しうるものであり、これは自律性を危殆化する社会的圧力を生じさせる、との立法者の評価も十分に了解可能である。とりわけ、看護制度や公衆衛生制度において費用面での圧迫が高まっていることに鑑みれば、業として行う臨死介助や自殺介助を規制せずに許容するとこのような作用が認められる、

との考えにも説得力がないとはいえない。同様に、自殺介助の一般化によって生じる危険として立法者が挙げうるものに、人々が自らの社会的・家庭的環境によって、自らの意思に反して自殺の問題に取り組まざるを得ず、また、有益性を理由に期待の圧力に屈してしまうという状況に陥る可能性がある、という点がある。

[251] 業として提供される自殺介助により、高齢者及び疾患を有する者がこのようなサービスを利用して自殺することが増える、という立法者の予測に基づいた想定には、十分な基盤がある（後述 $\alpha\alpha$ ）。この増加が、それ自体としてみれば、社会的な一般化や自律性を危殆化する社会的圧力を証明するものではないとはいえ（後述 $\beta\beta$ ）、それでもなお、業として行う自殺介助の提供が規制されないことで自己決定が危殆化される、ということには、十分な論拠が認められる（後述 $\gamma\gamma$ ）。

[252] ($\alpha\alpha$) スイスにおいては、連邦統計庁が、1998年以降の自殺介助の事例を把握している。2009年及び2014年の死因統計によれば、1998年以降、スイス居住者の援助された自殺が恒常的に増加していることが記録されており、その数は、2009年から2014年にかけて2倍以上になっていることが読み取れる。2009年には、62,476件の死亡例のうち、297人のスイス居住者が自殺介助を要求したにとどまる（全体の0.5%に当たる）のに対して、2014年には、63,938件の死亡例のうち、742人であった（全体の1.2%に当たる）。前年と比較すると、2014年の自殺の看取り件数は、26%増加した。2016年には、援助された自殺の数が、64,964件の死亡例のうち、さらに928件まで増大した（全体の1.4%に当たる）。2005年から2009年の期間においては自殺者の約半数が75歳以上であって、85歳から94歳の自殺者の割合は約20%（2005年から2009年）であったが、2010年から2014年の期間においては約26%にまで増大している⁶⁹。看取られた自殺は、主として、身体的疾患が存在する場合、とりわけ、癌及び神経変性疾患（neurodegenerative Krankheit）がある場合に実行されている。

[253] オランダ及びベルギーでは積極的臨死介助（aktive Sterbehilfe）も行われ

69 Bundesamt für Statistik, Todesursachenstatistik 2014, S. 2, Abbildung G3参照。

ているが、これらの国においても同様に増加が見られる。オランダでは、一臨死介助に関する地方監査委員会の年報から明らかなように—2002年から2016年にかけて、臨死介助及び自殺介助の報告件数は、2002年の1,882件から、2016年の6,091件にまで増加した。臨死介助及び自殺介助は、2016年には全ての死亡例の4%に及ぶとされる⁷⁰。2002年には、全体の死亡例142,355件のうち1.32%を占めるにとどまっていた。さらに、2016年の年報によれば、自殺希望者の半数以上が70歳以上であったことも明らかにされている。オランダにおいても、主として、重篤な身体的疾患が臨死介助及び自殺介助の要求の原因となっている。

[254] ベルギーの展開もこれに類似する。ベルギーでは、臨死介助及び自殺介助の報告件数は、2002/2003年から2015年までの期間で、おおよそ8倍になった⁷¹。全ての死亡例における臨死介助及び自殺介助の報告件数が占める割合は、2012年では1.3%、2013年では1.7%、2014年及び2015年では1.8%であった⁷²。2002/2003年の報告期間では、全ての死亡例の0.2%を占めるにとどまっていた⁷⁴。ベルギーにおいても、臨死介助を要求するのは、主として高齢で重篤な疾患を有する者である⁷⁵。

[255] スイス・オランダ・ベルギーにおける自殺介助ないしは臨死介助の数の増大が、外国からの自殺希望者の数の増大にも起因しているかどうか、どの程度起因しているか、という問題に関しては、未だ十分な経験的研究が存在しない。したがって、増加を評価するにあたっては、これに対応する件数を算入することができない。

70 Regionale Kontrollkommissionen für Sterbehilfe, Jahresbericht 2016, S. 4参照。

71 2002/2003年では259件、2015年では2,022件。この点につき、Berichte der Federale Controle- en Evaluatiecommissie Euthanasie für die Jahre 2002/2003 und 2014/2015 参照。

72 Bericht der Federale Controle- en Evaluatiecommissie Euthanasie für die Jahre 2012/2013, S. 14参照。

73 Bericht der Federale Controle- en Evaluatiecommissie Euthanasie für die Jahre 2014/2015, S. 19参照。

74 Bericht der Federale Controle- en Evaluatiecommissie Euthanasie für die Jahre 2002/2003, S. 13参照。

75 Bericht der Federale Controle- en Evaluatiecommissie Euthanasie für die Jahre 2014/2015, S. 5, 6参照。

[256] ($\beta\beta$) たしかに、科学の現況によれば、業として行う自殺介助があることで高齢者及び疾患を有する者への社会的圧力が生じていることを示す証拠は存在しない。したがって、例えば、医療における目覚ましい進歩が見られるとか、人の余命が延長したといった要素も、臨死介助又は自殺介助の要求をする個人の決定に影響を与えた可能性がある、と考えることもできるが、しかし、今日まで、この点についての統計的な調査も存在しない。加えて、この増加については、社会において臨死介助及び自殺介助がより受容されるようになった、自己決定権が強化されている、もしくは、自己の死に影響の与え得ない運命としてもはや甘受する必要はないとの意識が芽生えている、という説明も考えられうる。

[257] ($\gamma\gamma$) それにもかかわらず、立法者は、業として行う自殺介助の提供に規制を設けないと自己決定に対する危険性が社会的圧力という形で発生し得ると考えてよいであろう。この点につき、専門家たる第三者は口頭審理においてオランダとアメリカのオレゴン州を参考にした。これらの地域では自殺介助及び臨死介助が看護制度及び公衆衛生制度に定着するまでに発展したことが注目されるべきである。オランダでは、現在では老人ホームや介護施設の中で公然と臨死介助が提供され、それゆえに、国境付近に居住する高齢者たちが、ドイツの介護施設へ逃れる事態も考えられうる。オレゴン州の公衆衛生政策においては、末期病における特定の医学的治療のための費用負担を拒否する一方で、援助された自殺のための支出の補填を予定する、との経済指示がすでに取られている。これらの試みは、一看護制度及び公衆衛生制度において費用面での圧迫が増大していることに鑑みても一臨死介助及び自殺介助が社会における生命の終え方の通常形態へと発展し、これによって社会的圧力が基礎付けられ、個人のあり得る選択肢と判断裁量が制限され得る、という危険を示している。とりわけ、医療と看護におけるケアが不足すると自己決定の喪失に対する不安が生じ、それにより自殺の決断を促進しかねないことを背景とすれば、上述の危険が認められる。

76 この理由から、2008年から2012年のスイスにおける援助された自殺の数が増大したと見るものとして、例えば、Gauthier/Mausbach/Reisch/Bartsch, *J Med Ethics* 2015 <41>, S. 611 <613, 616>を参照。

77 EGMR, *Pretty v. The United Kingdom*, Urteil vom 29. April 2002, Nr. 2346/02, § 65も参照。

[258] 専門家たる第三者の見解によれば、しばしば自殺の基礎となっている動機状況も立法者の評価の根拠となる。援助された自殺に対する重要な動機は、親族や第三者の負担にはなりたくないという希望である。この点につき、オレゴン州のデータによれば、2017年に医師の援助を受けて自殺を行った者のうち55.2%が自身の決断の理由として自分の家族、友人及び世話人に対する負担への懸念を挙げて⁷⁸いる。1998年から2016年までの調査では平均して42.2%が上述の回答を行なっている⁷⁹。専門家たる第三者によれば、さらにBerlin-Charité大学病院内の医学史及び医療倫理研究機関による調査が、他人、特に親族の負担になってしまうという不安が重要な動機であることを明らかにしている。この調査は、2010年から2013年までの異議申立人Ⅱの118件の事例記録をもとに、異議申立人Ⅱによる自殺介助を要求した人たちの診断と動機を回顧的に分析したものである。この研究からは、自殺希望者の約4分の1が他人の助けに依存したくない、親族に負担をかけたくないと望んでいることが明らかになっている。

[259] たしかに、自己決定に基づいた自殺にそのきっかけを与える利他的な動機は原則的に評価から除外される（Rn. 210参照）。しかし、立法者には、家族や社会の負担になりたくないという望みから以下のような結論を引き出すことが許されるであろう。それは、まさに高齢者や疾病者が、生命を早期に終了させるための提供が社会に根付くことで、自身の人間像に即した個人的な考えを押し殺して、そのような提供を受け入れるようになる可能性があるとの結論である。特に、専門家たる第三者の評価によれば、とりわけ強制、欺罔及び脅迫に達しない社会的条件や影響が自殺の決断に対してどれだけ行為指導的に作用しうるのかという問題についてはこれまで科学的経験的な調査がなされていないことを背景とすれば、上述の推論は妥当なものである。

[260] bb) 刑法典第217条の規定は、刑罰規範として基本的に、法益保護に適合し

78 Oregon Health Authority, ODWDA 2017 Data Summary, S. 10参照。

79 Oregon Health Authority, ODWDA 2017 Data Summary, S. 10参照。

80 Bruns/Blumenthal/Hohendorf, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2016, S. e32 <e34>参照。

た手段となっている。なぜならば、危険をもたらす行為態様を刑罰によって禁止することは、目的とする法益保護を少なくとも促進しうるからである。⁸¹

[261] 異議申立人は、特に親族が自殺介助者となる場合のように、依然として不可罰である業によらない自殺介助が、業として行う非親族者による自殺介助と同程度に、自己決定に対する潜在的危険性を有していると主張するが、この主張により適合性が疑問視されることはない。たしかに、複数の危険源のうち特定のものだけを防止しようとする立法者の判断は、法益保護の間隙を作ることになりうる。しかし、保護が十分な程度に達していると言えれば、法益保護に間隙があるとしても、その適合性は疑問視されない⁸²のである。

[262] したがって、この禁止規定からは、刑法典第217条第2項により本来不可罰に留まる人間を共犯者として関与させることで、国境をまたぐ自殺介助団体が刑罰を回避する可能性が個々の事例において否定できないとしても、そのことを理由に、業として行う自殺促進の禁止が、この規定の追求する目的を達成するのに適合していないとも言えない。すなわち、個別事例で一定の条件下では業としての自殺介助が不可罰に留まる可能性があるとしても、その個別事例の中でも、潜在的に自殺を希望している人たちの生命と自律性を保護するという刑法典第217条の一般的な適合性は否定され得ない。⁸³外国において業として行動する自殺介助者が不処罰となることは、立法者の規制権限の限界による帰結なのである。刑法典第217条第2項の意味における親族やその他の密接に関係する者が、外国で組織された業として行う自殺介助に関与する場合で、不処罰となることは、立法者の意識的な決断に起因⁸⁴することである。

81 BVerfGE 90, 145 <172>参照、適合性の基準について一般的にはBVerfGE 30, 292 <316>; 33, 171 <187>。

82 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 11. August 1999 - 1 BvR 2181/98 u. a. -, Rn. 73参照。

83 BVerfGE 96, 10 <23>も参照。

84 BTDrucks 18/5373, S. 19参照。

[263] cc) 立法者の正当な保護目的を達成するために刑法典第217条の規定が必要かどうかは、立法過程で考慮されたように、より介入度の強くない代替的な保護措置の有効性に関する経験的な所見がないことに照らすと、問題となる可能性⁸⁵がある。しかし、この点につき、当裁判所は扱わない。

[264] dd) いずれにしても、一般的人格権から導かれる、自己決定に基づいた死を求める権利を本規定により制限することは、相当ではない。個人の自由の制限は、個人の不利益の程度と公共に生じる利益とがいまだ合理的に均衡（vernünftiges Verhältnis）している場合にのみ、相当であるといえる（後述（1））。刑法典第217条によって自殺希望者に生じる不利益は、この程度を超えている。自殺を求める権利は自己決定に基づいた死を求める権利を具体化するものであって、業として行う自殺促進を処罰することで、この権利が一定の状況下では事実上、広範に無に帰しているという結果に至る。以上によって、生命の終末期における自己決定は、その本質的部分で効力を失っており、これは、当該基本権に認められる重大な意義とも合致しない（後述（2））。

[265] (1) 自由の制限が相当であると言えるのは、個人の不利益の程度と公共に生じる利益とがいまだ合理的に均衡している場合に限られる⁸⁶。この点の検討には、基本権の介入がその実現に資するところの公共の利益と、その当事者の法益に対する効果との衡量が不可欠である⁸⁷。この場合、個々人の自由への侵害の程度が強ければ、公共の利益も重大でなければならない⁸⁸。他方、完全に自由な基本権行使から生じうる不利益や危険が大きければ大きいほど、共同体の保護の必要性は差し迫ったものとなる⁸⁹。この過剰侵害禁止（Übermaßverbots）に従った検討からは、投入された手段が当事者の権利を不相当に侵害しているのであれば、それ自体正当に追

85 この点についてはRn. 10 ff.並びにBTDrucks 18/5373, S. 13 f.参照。

86 BVerfGE 76, 1 <51>参照。

87 BVerfGE 92, 277 <327>参照。

88 BVerfGE 36, 47 <59>; 40, 196 <227>; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 790参照。

89 BVerfGE 7, 377 <404 f.>参照。

求されるとしても、【国家による】保護が差し控えられなければならないということが導かれる。このように考えてこそ、国家的介入の相当性の検討に、意義が認められる。すなわち、投入された手段によって生じる基本権の制約を考慮して当該手段がその制約によって達成可能な法益保護と相当程度に均衡しているかどうかという観点に照らし、適合性と、かつ、場合によっては必要性を有する措置に対抗審査（gegenläufige Kontrolle）を課すという点に、相当性の検討の意義がある。⁹⁰

[266] その際、本件で検討の対象としている業として行う自殺促進の禁止のように、基本権への重大な介入が問題となっているときには、立法者の決定は高い審査密度（Kontrolldichte）に服する。自己の生命との関係で、特に人の個性、アイデンティティ、統合性の保全のために自己決定に認められる重大な意義に鑑みれば（これについてはRn. 209を参照）、自殺介助との関連で保護の構想を規範的に形成するに際して、立法者には厳格な条件が課せられる。

[267] (2) 刑法典第217条による業として行う自殺促進の禁止によって、立法者は、自己決定権の重要な意義から生じる、この権利に対する制限の限界を超過した。たしかに、刑法典第217条が保護しようとする自律性及び生命という法益に憲法上の高い地位が認められることに鑑みれば、—抽象的危険犯の形態であっても—基本的に、刑法の投入は正当化される余地がある（後述 a）。しかしながら、自殺の不可罰性及び自殺への手助けの不可罰性は、憲法上要請された個人の自己決定を認めることの現れであって、立法者が自由にできるものではない（後述 b）。業として行う自殺促進を刑法上禁止すると、この種の自己決定の領域において個々人の援助された自殺の可能性が狭められ、憲法上保護された自由を保全する余地が事実上残されないことになる（後述 c）。

[268] (a) 刑法典第217条が保護しようとしている自律性及び生命という法益に憲法上の高い地位が認められることに鑑みれば、基本的に、刑法の投入は正当化さ

90 BVerfGE 90, 145 <185>参照。

91 BVerfGE 45, 187 <238>参照。

れる余地がある。

[269] 国家が社会生活の根本的な価値を保護することによって、秩序ある人間の共同生活を創出し、保障し、実現するという任務を担うとき、刑法には、不可欠の役割が認められる。⁹² 個別事例において、国家の保護義務は、特に、すでに基本権侵害の危険がある時点でこの危険を阻止できるように法の規定を形成することを命じることができる。⁹³

[270] 立法者は、業として行う自殺促進の禁止によって、ある特定の範囲の法益保護の構想を追求している。刑法典第217条は、業として自殺の機会を提供し、手配し、又は仲介することを、生命を抽象的に危殆化する行為として禁じている。⁹⁴ 抽象的危険犯は、予防的な法益保護にとっては理想的な道具である。抽象的危険犯は、類型化されたリスクのかたちをとる危険源に対抗し、具体的な保護財が、リスクの存在ないし確実性に実際に関連付けられていることを要しない。⁹⁵

[271] たしかに、刑法上の保護が前倒しされることによって、必然的に、具体的な個別事例において、回顧的に考えれば全く危殆化には至らなかったであろう行為態様も、処罰の対象とせざるを得ない。⁹⁶ しかし、憲法的に見れば、基本的に、立法者が、一般予防を理由に単に一般的に法益を危殆化しうる行為を状況によってすでに早期段階で阻止することは妨げられない。⁹⁷ そうでなければ、立法者は、確立した学問的及び経験的な知見がないために、高い地位にある法益に対する危険を正確に

92 BVerfGE 123, 267 <408>参照。

93 BVerfGE 49, 89 <142>参照。

94 BTDrucks 18/5373, S. 3, 14, Rn. 25も参照。

95 これについては上述Rn. 25を参照。また、一般的にはHeine/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, Vor § 306 Rn. 4。BVerfGE 90, 145 <203 f.>及びGraßhofの反対意見、Kasper, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 410も参照。

96 Stächel, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, S. 94; Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 186参照。

97 BVerfGE 28, 175 <186, 188 f.>; 90, 145 <184>を参照。同様に、BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 11. August 1999 - 1 BvR 2181/98 u.a. -, Rn. 92。これに批判的なものとしてBVerfGE 90, 145 <205 f.>及びGraßhofの反対意見も参照。

評価することのできないとき、この危険に対応する可能性を奪われることになる。⁹⁸
個別事例において、抽象的な法益保護を根拠とすることの正当性は、保護されるべき法益の意義を基準として決定される。⁹⁹

[272] 以上によれば、憲法が生命及び自律性に認めている高い地位は、基本的に、その有効な予防的保護を正統化する (legitimieren) に適している。とりわけ、自殺介助の領域においては特別の危険がそこに差し迫っているのであるから、なおさらである。自己の生命に関する決定にはその実現が不可逆であるという点で顕著な特徴があることをまさに理由として、経験的に裏付けられている自殺の決断の脆弱性は特に重大である。¹⁰⁰

[273] (b) 自身の生命の終え方に関する個人の自律的な決断を保護するために刑法を正当に投入することの限界は、自由な決断が保護されず、不可能になってしまう場合に認められる。

[274] 自殺とそれに対する介助の不可罰性は憲法的に要請された個人的な自己決定の承認の現れであり、立法者の自由な裁量には属さない。基本法による憲法秩序が基礎に置く人間像とは、人間の尊厳と、自己決定及び自己答責性の中での人格の自由な発展によって規定される人、である。¹⁰¹ この人間像はあらゆる規制的試みの出発点でなければならない。

[276] 自己決定に基づいて死ぬ権利を承認しても、一般的な自殺予防を試みたり、とりわけ緩和医療措置の提供を強化・拡充することで病気による自殺願望を予防したりしようとするのが立法者に禁止されるわけではない。まさに他人の生命を脅かす攻撃を禁止するだけでは、国家が自律した生命を保護するための自身の義務を充足したことにはならない。国家は、自律性と生命に対する危険、すなわち、現在

98 Appel, Verfassung und Strafe, 1998, S. 572 f参照。

99 Jäger, JZ 2015, S. 875 <882>参照。

100 これについては Herdegen, in: Maunz/ Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 89 <Mai 2009>参照。

101 BVerfGE 32, 98 <107 f>; 108, 282 <300>; 128, 326 <376>; 138, 296 <339 Rn. 109>参照。

する又は予想される現実的な生活状況の中で基礎付けられており、自殺を選択し、自分の生命を捨てるような個人の決断に影響を及ぼし得る危険も防止しなければならない。¹⁰²

[277] しかし、立法者は個人の自己決定権を完全に停止することで、自律性を危殆化するようリスクを防止しようとし、これによって自身の社会政策的な義務を逃れてはならない。医療供給と社会政策的インフラが不足していること、及び過剰医療という負の現象が生じていることは、それぞれ自己決定の喪失に対する不安を掻き立て、自殺の決意を促進する性質を有するものであるが、立法者は憲法上保障された自己決定権を無効化することによって、これらに対処することはできない。生命維持に向けられた提供を断る自由や、自身の存在意義に関する自身の理解に合致した、【自殺を】手伝うつもりのある第三者の手助けを借りて自らの生命を絶つという決断を実現する自由が個人に残されていなければならない。自律性に反した生命保護は、人間の尊厳が価値秩序の中核となっており、憲法の最高価値としての自由な人間の人格を尊重し、保護することに義務付けられているとする共同体の自己理解と矛盾するのである。人格を自己決定に基づいて保全するために自殺するという自由に根源的な意義が認められうることに鑑みて、自殺の可能性は現実に即した観察の下で常に保障されていなければならない（Rn. 208以下参照）。

[278] (c) 業として行う自殺促進の禁止は、憲法上絶対に保障されている、自律的自己決定の発展領域を侵害する。たしかに、刑法典第217条による規定は、憲法上要求された自殺及び自殺への幫助の不可罰性を原則として承認する。というのも、この規定はもっぱら業として行われる自殺促進のみを、立法者が自律性にとって危険であると評価した現象として、刑罰規定で禁止しているからである。しかし、この禁止規定は独立した法律行為として展開されるのではない（後述aa）。むしろ、この規定の導入の際に既に存在していた法制度と相まって、この禁止規定は、自殺を求める権利が広範に事実上無力化される、との帰結をもたらす。なぜならば、業

102 出生していない生命について、BVerfGE 88, 203 <258>参照。

103 BTDrucks 18/5373, S. 2参照。

によらない自殺介助が不可罰のままであり、緩和医療とホスピスサービス介護業務の提供が法律的に拡充し、外国において自殺介助の提供が利用可能であるとしても、そのことは、業として行う自殺促進の禁止が基本法上保障された自由を制約することを埋め合わせるものではないからである。個々人がこれらの代替的手段の要求を指示される場合、その自己決定権が侵害されることになる（後述bb）。

[279] (aa) 刑法典第217条は、業として行う自殺介助を絶対的に禁止することで保護を試みており、これによって、個人の自己決定権をその規定の範囲において完全に停止させている。というのも、同規定により、自殺の決意が、その自由や実現が認められないのではないかと、否定できない包括的疑念に晒されるからである。これは、人間は自由に自己決定及び自己発展する能力を有する存在であるという憲法上明確にされた基本的な考え¹⁰⁴と真逆である。それゆえ、自己決定に事実上の余地を残し、個人を自身の人間像と自己理解と矛盾する生活に追いやらないための、より介入度の低い措置があるので、抽象的危険犯を導入することによって法益を保護するという一般的に正当な関心は自律性の保護に劣後しなければならない。

[280] たしかに、刑法典第217条の規定は特定の一業として行う一自殺促進形態に限定されている。しかし、それに伴って生じる自律性の喪失も、残された選択肢が自己決定に対する単に理論的な展望を提供するのみで現実的な展望を提供しない限りでは少なくとも、比例性を有しない。刑法典第217条が有する自律性を害する効果は、業として行う自殺介助の提供以外に様々な状況において個人に自殺の決意を実現するための、許された現実的で確実な可能性が残されていないことで、強まる。

[281] (bb) 刑法典第217条を厳格に解釈すれば個別事例において自殺介助が不処罰になること（後述a）、緩和医療の提供がなされること（後述β）、外国で自殺介助の提供を利用できること（後述γ）も、憲法上要請された生命の終え方に関する自己決定の実現に、十分に資するものではない。

104 BVerfGE 32, 98 <107 f>; 108, 282 <300>; 128, 326 <376>; 138, 296 <339 Rn. 109>参照。

[282] (a) 立法者は、個別事例において自殺介助が業として行われていなければ、これは不処罰にとどまることを理由に、業として行う自殺介助の禁止が相当性を有すると考えている。このように考えることで、立法者は、その規制構想の内部において、このような自殺介助が可能である点に、自己決定権の保全と実現のための¹⁰⁵決定的な意義を認めている。

[283] しかしながら、援助された自殺の可能性が、業として行われる提供以外にも事実上利用可能であるという立法者の暗黙の想定は、法秩序の統一性を考慮に入れていない。立法者が、存在する代替策を参照して一定の自由の行使形態を排除するのであれば、基本権実現のために残された行為の選択肢は、事実上もその実現に適したものでなければならない。現に効力がなければならぬという、この条件は、特に、自殺を求める権利について妥当する。ここではすでに、実際に自らの考えに沿うよう行動できるという個人の確信は、アイデンティティの支えになっている。このことは、各人が耐えうる苦痛の限界に達した場合に自殺意図を抱くであろうという異議申立人の経験にも合致している。特に異議申立人 I.2 は、口頭審理において、客観化できるかたちで次のように述べている。すなわち、刑法典第217条の導入前には自殺介助が認められていたことで、実際には、自身の病気の行く末を受け入れること、手っ取り早く自殺によってこの行く末から逃れるようとはしないことに貢献していたのである、と。精神医学と自殺研究の分野に専門的知識を有する専門家は、援助された自殺の可能性について知ると、少なくとも、限定的ではあるが、自殺予防的に作用しうることを確認している。

[284] 以上によれば、法秩序が一定の、自律性を危殆化する自殺介助の形態、とりわけ、業として行う自殺促進を処罰の対象とするならば、法秩序は、【業としての自殺促進が】禁止されていたとしても、個別事例においては、自殺介助が自由な意思に基づき提供される限りで、この提供を実際に利用できることを保障しなければならない。自殺介助を刑法で包括的に禁止しないというだけでは、このような保障を行なっているとは言えない。業としてなされる自殺介助の提供が認められない

105 BTDrucks 18/5373, S. 2, 13, 14参照。

場合、個々人は、現在の治療状況の枠内外において、医師が個人的に、少なくとも必要な作用物質を処方することで自殺に補助的に協力する心づもりがあるかどうかにより左右されざるを得ない。現実的に考察すれば、このように医師が個人的に心づもりを持つのは、例外的な場合に限られよう。まさしくこの事情に対応するのが、自殺介助を提供する自殺介助団体である。一方では、いかなる医師も自殺介助を行うことを義務付けられることはなく（後述 α ）、他方では、大多数の医師の職業法に規定されているように、自殺介助の職業法上の禁止は、少なくとも事実上、行動指針としての効果を生じさせる（後述 β ）。

[285] (α) 統計的な調査及び世論調査の結果によれば、医師の多数は、少なくとも、自ら自殺介助を行う心づもりはないということが示されている。2009年にアレンスバッハ世論調査機関によってなされた、外来・入院患者のケアを行う医師の代表調査においては、多数が、自らの職能階級が自殺に際して専門的に人を看取することに特に適していると考えているにもかかわらず、61%の調査対象者が、自らが自殺介助を行うつもりはないと回答した。¹⁰⁶緩和医療の分野で活動していた医師のグループにおいては、医師による自殺介助の拒絶は、よりいっそう明白となる。医師による自殺介助を、条件付きではあるが、自ら行うつもりがあるとしたのは、わずかに14%に過ぎなかった。¹⁰⁷

[286] 医師による自殺介助を利用できる蓋然性が限定的であることは、ルール大学フォーラムの医療倫理及び医学史に関する研究機関が2013年に行ったアンケートによる標本調査（Querschnittsumfrage）からも明らかである。そこでは、調査対象者の41.7%が自殺介助を行うことを考えられないと、40.2%のみが条件付きであれば行うつもりであると、18%は決めかねると回答している。たしかに、33.7%は医師としての自殺介助の職業法上の禁止に反対し、他方、このような禁止を支持するのは25%にとどまる。しかし、41.4%がこの問題について決めかねていた。¹⁰⁸

106 Institut für Demoskopie Allensbach, Ärztlich begleiteter Suizid und aktive Sterbehilfe aus Sicht der deutschen Ärzteschaft, 2010, S. 10, 15, 21参照。

107 Institut für Demoskopie Allensbach, Ärztlich begleiteter Suizid und aktive Sterbehilfe aus Sicht der deutschen Ärzteschaft, 2010, S. 27参照。

[287] ドイツにおける緩和医療の講座担当者らは、2014年、一致して、医師による自殺介助に反対を表明した。なぜなら、自殺介助は、尊厳ある死を保障するために人を世話するという医師の任務ではないからである。彼らはその代わりに、病気及び死亡という問題について公で集中的に議論すること、重症患者及び死に瀕した者の看取りの領域における医療関係者の基本的、継続的、発展的教育を改善すること、並びに、ニーズを満たすように緩和医療ケアを構築することを提案した。¹⁰⁹

[288] 上述のように医師による自殺介助への拒絶が見られるとしても、たしかに、これは、ドイツ緩和医療団体の全構成員の多数派【の考え】を反映しているわけではない。しかし、ドイツの緩和医療団体でも、拒絶的な態度が多く見られ、実務もその態度に対応して制限的になされている。ドイツの緩和医療団体が、権限ある専門団体として、2015年に医師及び医師でない構成員に対して行った調査においては、1,836名の調査参加者のうち56%が、基本的に、医師による援助された自殺に自ら関与するつもりはないとしている。¹¹⁰ その中で、今までの職業活動の中ですでに1名以上の人に対して何らかのかたちで自殺への幫助を行ったと申告したのは、47名にとどまり、そのうち医師は28名であった。¹¹¹

[289] 個々人は、自らの決定が相手方の良心の自由によって保護される結果、医師個人が自殺介助を行うつもりがない場合には、そのことを甘受しなければならない。自己決定に基づいた死を求める権利から、第三者に対して、自殺意図があれば支援を受けられるとの請求権を、導き出すことはできない（上述Rn. 212以下を参照）。

108 全貌については Schildmann/Dahmen/Vollmann, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2014, S. e1 <e4> 並びに Schildmann/Vollmann, Ärztliche Handlungspraxis am Lebensende: Empirische Daten, ethische Analysen, in: Frankfurter Forum, Sterbehilfe - Streit um eine gesetzliche Neuregelung, S. 22 <25>参照。

109 Pressemitteilung der Lehrstühle für Palliativmedizin vom 9. Oktober 2014, abgedruckt in: Hoffmann/Knaup, Was heißt: In Würde sterben?, 2015, S. 297参照。

110 Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Palliativmedizin zur Anhörung zum Thema Sterbebegleitung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 23. September 2015, S. 4参照。

111 Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Palliativmedizin zur Anhörung zum Thema Sterbebegleitung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 23. September 2015, S. 4参照。

[290] ($\beta\beta$) さらに、医師の職業法によれば、個人的に自殺介助を行うつもりがあると看做しても、個々の医師の個人的な良心に従った決定を超えた、時にはそれと対立するさらなる限界が設定される。その結果、刑法典第217条が許容する業によらない自殺介助は、通常、個人にとって理論的な行為選択肢となるだけで、現実的な行為選択肢とはならないのである—【しかし、】後者こそが個人の自己決定における憲法上要請される自由領域の保障にとって重要なのである—。いずれにせよ、州ごとに規定された医師の職業法では、大部分の連邦領域において、自殺介助に関する職業法上の禁止規定が設けられている ($a a a$)。【各州の】医師の職業法がそれぞれ異なった内容を持つことで、個々人の自殺の実現は、憲法上受忍できないかたちで地理的な偶然性に左右されることになる ($\beta\beta\beta$)。以上のことにつき、医師による自殺介助を職業法上禁止する現行の各規定が法的効力を有するか否かは重要ではない。職業法は少なくとも事実上行動指針として作用するのである ($\gamma\gamma\gamma$)。

[291] ($a a a$) 連邦医師会によって発せられたドイツで従事する医師のための模範職業規則は、その第16条第3文において2011年の第114回ドイツ医師会議の決定を根拠として、医師による自殺介助を職業法上、明確に禁止する旨、規定している。この規定は人間の尊厳及び患者の自律性が基準となることを明らかにしているのみならず、同時にこれによって医師の行動に限界が設定されることを明白に記すものである。この禁止規定は死に瀕した者にのみ¹¹²妥当するのではなく、あらゆる患者に¹¹³妥当する。

[292] たしかに、職業規則に基づいた各準則は、それぞれの州医師会の定款に盛り込まれて初めて法的拘束力を有するに至る。¹¹⁴ 医師の職業遂行を職業身分法で規則

112 Glorius, Vorwort zur Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte, DÄBl 2011, S. A 1980 参照。

113 Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte - Erläuterungen zu § 16 MBO-Ä, DÄBl 2011, S. A 1980 <A 1990 f.>参照。

114 Bauer, Notausgang assistierter Suizid, in: Hoffmann/Knaup, Was heißt In Würde sterben?, 2015, S. 49 <68>; Laufs, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 5 Rn. 5; Lippert, in: Ratzel/Lippert, MBO, 6. Aufl. 2015, Einl. Rn. 6, § 1 Rn. 4; Sickor, Normenhierarchie im Arztrecht, 2005, S. 178 参照。

化することは、州の立法管轄に属する。¹¹⁵ その州における医療職業法及び医師会法は、公法上の団体である各州の医師会に、医師の職業上の義務を規約（職業規則）に設ける権限を付与している。それゆえ、ドイツで活動する医師のための模範職業規則は、直接的な法的効果を発揮せず、単なる規範化の提案を行うにとどまる。¹¹⁶

[293] 全17州の医師会のうち10州の医師会が、その職業規則において、この規範化の提案の例に従っており、Brandenburg、Bremen、Hamburg、Hessen、Mecklenburg-Vorpommern、Niedersachsen、Nordrhein、Saarland、Sachsen及びThüringenの各州がこれに当たる。Westfalen-Lippe及びBerlinの州医師会は、その職業規則において、少なくとも自殺介助を行わないように医師に要求する「べき規定（Soll-Vorschrift）」を採用している。医師による自殺介助に否定的な傾向すらない規則を持つのは、Badenwürttemberg、Bayern、Rheinland-Pfalz、Sachsen-Anhalt及びSchleswig-Holsteinの州医師会だけである。

[294] (β β β) 医師による自殺介助を職業法上否定することで、自身の自己決定に沿って自殺の援助を受ける現実的な見通しが広範囲にわたって排除されてしまう。【各州の】医師の職業身分法がそれぞれ異なる内容を持つと、重病で移動が制約又は不可能な状態にある個人にとっては自己決定の実現が地理的な偶然性に左右されてしまうのであるから、この制約の程度は特に著しいものといえる。

[295] (γ γ γ) 医師による自殺介助が職業法で禁止されるためには正式な法律として規定されなければならないのであるから、当該禁止が単なる定款として規定されている現状が形式的には憲法違反と言えるかとの問題は、医師による自殺介助が職業法で禁止されることで行動指針的な効果が生じるとの結論に影響を与えない。¹¹⁷

115 arg. e Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG; BVerfGE 4, 74 <83>; 68, 319 <331 f.>; 102, 126 <139>参照。
Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. II Rn. 5も参照。

116 Lindner, NJW 2013, S. 136 <138>; Sickor, Normenhierarchie im Arztrecht, 2005, S. 177 参照。

[296] たしかに、当該禁止の合憲性に対する異議の主張する通り、自殺介助を職業法で禁止する場合、その有効性において不明確な法が問題となっている。しかし、この禁止規定はその規範の名宛人に対して、少なくとも事実上、行動指針として作用する。個人的に自殺介助を行うつもり医師が、法がたとえ憲法的に問題があるにせよ明文化されている場合に、その法に基づいて行動せず、憲法上認められた自由を引き合いに自ら専断的にこの職業規則を無視することがありうるとして、自殺の援助を受ける機会が事実上認められている、と考えることはできない。

[297] 以上の状況が存続する限り、業として行う自殺介助の提供を求める事実上の需要が生じるのであって、この自殺の提供には、法的リスクがあるにもかかわらず、医学的・薬学的に必要な方法で自殺に関与し、それによって憲法上保護された個人の自己決定の実現を助けようとする医師・薬剤師とコンタクトが取れるようになるという点で意義がある。

[298] (β) 業として行う自殺促進の禁止を導入することに実質的に伴い、ドイツにおけるホスピス及び緩和ケアの改善に関する法律が制定され、当該法律により緩和医療的な患者のケアの改善が決定されたが（この点については、Rn. 15を参照）、この改善も、個人の自己決定の不均衡な制限を埋め合わせることに適していない。この改善は、量的及び質的な緩和ケアにおける現在の不足状況を取り除くものであり、これを通じて、この不足状況に帰する重病患者の死亡願望の数を減らすことに適しているのかもしれない。しかしながら、この改善は、それでもなお、又は、これとは無関係に自由な自己決定に基づいて自殺の決断がなされた場合に、その決断の制約に対する埋め合わせにはならないのである。

117 VG Berlin, Urteil vom 30. März 2012 - 9 K 63. 09 -, juris, Rn. 54; Antoine, *Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung*, 2004, S. 385 ff.; Lindner, *NJW* 2013, S. 136 <137 f.>; Lipp, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Abschnitt II Rn. 9参照。結論としては同様に Freund/Timm, *GA* 2012, S. 491 <494>; Freund, in: *Festschrift für Bohl*, 2015, S. 569 <571, 578 f.>; Hil-lenkamp, in: *Festschrift für Kühl*, 2014, S. 521 <532 f., 535>; Jäger, *JZ* 2015, S. 875 <884> も参照。

118 Hoven, *ZIS* 2016, S. 1 <3> も、医師による自殺介助に対して連邦医師会が否定的な態度を採っていることを理由に、このような需要が存在するとしている。

119 *BGBI I* 2015 S. 2114 ff.

[299] 緩和医療的な処置を要求しなければならない義務は、存在しない。—緩和医療的な処置を含む—医療的な処置を、自律性を脅かす義務に転化させることなく、あくまで提供にとどめるためには、この処置が—自由に自分自身を保護できない個々人が危険にさらされる場合を別にして—¹²⁰患者の意思を軽視するものであってはならない。自らの生命を絶つという決定は、その決定が自由に、かつ、全ての関連事情を認識し、吟味してなされている限りにおいては、同時に、存在する代替手段を取らないという決定をも含んでいる。この否定的な側面も含めて、この決定は、自律的な自己決定の行為として受け入れられるべきである。

[300] (γ) 加えて、国家共同体は、個々人に対して、外国において利用可能な自殺介助の提供を要求するという可能性を指示してはならない。国家は、その国家の法秩序の内部において、基本法第1条第3項にいう必要な基本権保護を保障しなければならぬ。¹²¹

[301] (cc) 最後に、第三者保護という観点からは、刑法典第217条に起因する個人の自己決定の制約を正当化することには適していない。たしかに、立法者が、当該事情の元では一般的に受忍可能と言える限りで、社会の共同生活の保護及び促進のために基本権たる自由に制約を課している場合、個々人は、自らも共同体と関連し（Gemeinschaftsbezogenheit）、共同体に拘束されている（Gemeinschaftsgebundenheit）のであるから、この制約を甘受しなければならない。もっとも、この場合、人の独立性（Eigenständigkeit）は保たれたままでなければならない。¹²²したがって、たしかに、例えば自己決定の点で脆弱で、それゆえに保護を要する人にとって業として行う自殺介助の提供が模倣的効果や誘惑的効果を持つためにこれを阻止すべきである、との第三者保護の関心は、原則的には自殺予防的な行動（Handeln）を正統化しうる。しかし、この関心によっても、自己決定を求める権利が事実上無に帰されることを個々人は甘受しなければならないとの帰

120 BVerfGE 142, 313 <341 Rn. 79>参照。

121 この点についてはすでにBVerwGE 158, 142 <158 Rn. 36>。

122 BVerfGE 4, 7 <15 f.>; 59, 275 <279>参照。

結が正当化されるものではない (Rn. 273 以下、特に、Rn. 281 以下)。

[302] 4. 以上の評価は、基本権の内容及び射程の決定のための解釈補助として参照されるべき欧州人権条約¹²³、及び、欧州人権裁判所によって定式化された条約上の評価と整合する¹²⁴。

[303] 欧州人権裁判所は、個々人がどのような場合に、どのようにして自らの生命を絶ちたいかを決定するという個々人の権利を、欧州人権条約第8条第1項にいう私生活の尊重を求める権利の現れとして認めており、さらには、当該裁判所によればこの権利は、たしかに第三者の生命保護とその自律性を根拠として制約されるが、しかし、完全に無効とされてはならないということが認められている。

[304] 欧州人権裁判所の判例によれば、欧州人権条約第8条第1項を根拠として、自己決定に基づき、個人の考えに従って自らの生命を取り扱う権利が認められる。欧州人権裁判所のPretty v. The United Kingdom決定では、身体に重大な疾患を有する人が援助された自殺を求める権利について問題提起がなされたが、当該裁判所は、人格の自律性が、欧州人権条約第8条にいう保障を解釈する際に基礎とされる重要な原理であると強調した¹²⁵。人間の尊厳及び自由の尊重という、欧州人権条約の根幹をなす原則に鑑み、当該裁判所は、欧州人権条約第8条がQOLの考え (notions of the quality of life) を包含しているとの解釈を支持している。医学がますます発展し、平均寿命 (Lebenserwartung) が伸びている時代において、何人も、高齢又は重度の身体的・精神的な衰弱状態に至っても、個々の自己理解や人格的なアイデンティティに反して生き延びることを強制されてはならない。国家及び社会は、援助された自殺によって身体的・心理的苦痛に終止符を打つという決定を尊重しなければならぬ¹²⁶。Haas v. Switzerland事件は申立人が精神疾患を有する事案であったが、この事件で当該裁判所は判例をさらに明確にし、次の通りに判示した。すな

123 BVerfGE 111, 307 <317 f.>; 149, 293 <328 Rn. 86>参照。

124 BVerfGE 148, 296 <354 Rn. 132, 379 f. Rn. 173 f.>参照。

125 EGMR, Pretty v. The United Kingdom, Urteil vom 29. April 2002, Nr. 2346/02, § 61参照。

126 EGMR, Pretty v. The United Kingdom, Urteil vom 29. April 2002, Nr. 2346/02, § § 64 f.参照。

わち、個々人がどのようにして、どのような場合に自らの生命を絶ちたいかを決定する権利は、欧州人権条約第8条にいう自らの私生活の尊重を求める権利の一面面である。しかし、その条件として、当事者が自由な意思を形成することができ、その意思に従って行動できなければならない、¹²⁷と。

[305] もっとも、欧州人権裁判所も、欧州人権条約第8条第2項にいう第三者の生命保護を根拠として、このような権利が制約されうることも是認している。しかしながら、当該裁判所は、この慎重さを要する領域では、個人の自己決定権と、欧州人権条約第2条に由来する国家の生命保護義務とを衡量するに際して、条約締結国に対して相当程度の評価裁量・判断裁量を認めている。¹²⁸以上のことに従えば、条約締結国の使命は、第一に、自殺介助に由来するリスク及び濫用の危険を評価することである。¹²⁹ある国が自由主義的な規定を選択するならば、濫用も防ぐような、実現と予防のための適切な措置が必要である。¹³⁰自殺をするという決定が自由な意思に基づかず、もしくは、事情を十分に理解してなされていないならば、欧州人権条約第2条は国家当局に対して当該自殺の阻止を義務付ける。欧州人権条約第2条で保障される生命権（Recht auf Leben）は、国家に対して、脆弱な人々を一自己を危殆化する行為からも一保護したり、自らの生命を絶つとの決定が現に当事者の自由な意思に合致することを保障する手続を創設したりするように義務付けている。¹³¹他方で、欧州人権裁判所は、いつ、どのようなやり方で自らの生命を絶つのかを自ら決定する権利が理論的・外観的にのみ（merely theoretical or illusory）認められるだけであってはならない、¹³²と強調した。

127 EGMR, Haas v. Switzerland, Urteil vom 20. Januar 2011, Nr. 31322/07, § 51参照。

128 EGMR, Pretty v. The United Kingdom, Urteil vom 29. April 2002, Nr. 2346/02, § § 70 f.; Haas v. Switzerland, Urteil vom 20. Januar 2011, Nr. 31322/07, § § 53, 55; Koch v. Deutschland, Urteil vom 19. Juli 2012, Nr. 497/09, § 70参照。

129 EGMR, Pretty v. The United Kingdom, Urteil vom 29. April 2002, Nr. 2346/02, § 74参照。

130 EGMR, Haas v. Switzerland, Urteil vom 20. Januar 2011, Nr. 31322/07, § 57参照。

131 EGMR, Haas v. Switzerland, Urteil vom 20. Januar 2011, Nr. 31322/07, § § 54, 58参照。

132 EGMR, Haas v. Switzerland, Urteil vom 20. Januar 2011, Nr. 31322/07, § § 59 f.参照。

II.

[306] その他の異議申立人による憲法異議はいずれも根拠のあるものである。刑典第217条は申立人らの職業の自由（基本法第12条第1項）、そして補充的に一般的行為自由（基本法第2条第1項）を制限するもので、この制限は憲法に適合しない（後述1.）。加えて、この規定は自然人としてこの刑罰規定の名宛人である異議申立人の基本法第104条第1項と関連する基本法第2条第2項第2文に基づく自由権を侵害している（後述2.）。さらに、秩序違反法第30条第1項第1号は業として行う自殺促進の処罰として過料を予定しているが、この過料により、異議申立人II及びIII.2の、基本法第2条第1項に基づく基本権が侵害されている（後述3.）。

[307] 1. 異議申立人たる医師及び弁護士がドイツ国籍を有する限りで、この申立人らには、基本法第12条第1項を根拠に、業として行う自殺促進の禁止からの憲法上の保護が認められる（後述a）。スイス国籍を有する医師、申し立てを行ったドイツの団体及びこの団体の組織上の代表並びに構成員である異議申立人VI.2については、少なくとも一般的行為自由の保護が争点となる（後述b）。これらの権利への介入は憲法上正当化されない（後述c）。

[309] aa) 良心による決断とは、健全な政治的秩序、政治的理性、社会正義及び経済的便益についての真摯で厳格な見解に基づき下される、人間の態様の合目的性に関するあらゆる関係の判断を指すのではない。良心による決断とは、もっぱら善悪の分別を指針として下される真摯で道徳的な決断であって、個々人が具体的な状況下でそれ自体守るべきもの、無条件に義務付けられているものとして内心で感じる決断を指すのであり、それゆえ、各人がこの決断に反して行動する場合、その良心が著しく危機に晒されることとなる¹³³。自殺の機会の提供、手配及び仲介がそのような良心の決断に基づいて行われる場合、それ自体として反復の意思によって担

133 BVerfGE 12, 45 <55>; 48, 127 <173 f.>参照。

われていない限りで、これは業として行う自殺促進に当たらず、刑法典第217条第1項¹³⁴に捕捉されていない。

[310] bb) しかし、刑法典第217条の規定が、少なくとも、医師や弁護士がその職業遂行一生活基盤の確立及び維持のための継続的活動の遂行一の範囲内で業として自殺の機会を提供し、手配し、又は仲介することを刑罰により禁止するのであれば、ドイツ国籍を有する医師及び弁護士の職業の自由に介入する。

[311] 職業上の活動の一部として提供された自殺介助は、初めから職業の自由の保護範囲から排除されるわけではない。とりわけ、下位法に当たる（einfachgesetzlich）刑法典第217条による禁止は、業として行う自殺促進を、職業の自由による基本法的保護から排除するものではない。というのも、この保障による保護内容は、法律上の禁止のための憲法的基準であって、下位法がこれを決定することはできないからである。¹³⁷

[312] 基本法による保護が認められないのは、せいぜい、当該活動がその社会有害性及び共同体有害性によって職業の自由という基本権の保障をおよそ享受し得ないゆえに、その本質からしてすでに禁止されていると評価されるような場合にとどまる。¹³⁸たとえ業として提供されるものであっても、自殺介助はこれに該当しない。

[313] b) スイス国籍を有する医師である異議申立人VI.2、ドイツの団体である異議申立人II.及びIII.2、及び、その機関の代表者及び職員である異議申立人III.3からIII.5は、業として行う自殺促進を禁止されることで、その特別な自由権を侵害されているとはいえず（後述aa）、単に、一般的行為自由による補充的保護（基

134 BTDrucks 18/5373, S. 2, 18参照。

135 BVerfGE 7, 377 <397>; 54, 301 <313>; 102, 197 <212>; 110, 304 <321>; 126, 112 <136>参照。

136 異なる見解にBTDrucks 18/5373, S. 12。これはVG Hamburg, Beschluss vom 6. Februar 2009 - 8 E 3301/08 -, juris; Lorenz, MedR 2010, S. 823 <824>; Neumann, Die Mitwirkung am Suizid als Straftat?, 2014, S. 266に依拠している。

137 BVerfGE 115, 276 <300 f.>参照。Lorenz, MedR 2010, S. 823 <825>も参照。

138 BVerfGE 115, 276 <300 f.>; 117, 126 <137>参照。

本法第2条第1項)を主張することができるにとどまる(後述bb)。

[314] aa) この異議申立人らは、職業の自由による保護(後述(1))も、結社の自由による保護(後述(2))も根拠としない。

[315] (1) 職業の自由の保護は、異議申立人Ⅲ.3及びⅢ.5並びに異議申立人Ⅵ.2にとって、その属人的性質を理由に、すでに認められない(後述(a))。その他の異議申立人らについては、刑法典第217条によってその者らに禁止されている行為は、いずれにしても、基本法第12条第1項の保護を享受する職業上の活動の一部ではない(後述(b))。

[316] (a) 異議申立人Ⅲ.3及びⅢ.5並びに異議申立人Ⅳ.2は、スイス国籍を有するものであるから、属人的性質において、職業の自由という基本権を主張できない。同基本権の保護は、基本法第12条1項1文に従い、基本法第116条1項にいうドイツ人に留保されている。

[317] (b) 異議申立人Ⅲ.4(後述(aa))及び異議申立人たる団体(後述(bb))は、自殺介助を提供しようとするに際して、基本法第12条第1項にいう職業上の活動を行うものではない。

[318] (aa) 異議申立人Ⅲ.4は、異議申立人Ⅲ.2の代表としての活動を行うに際して、生活基盤の確立及び維持を目的としておらず、したがって、その活動は職業上のものとはいえない。¹³⁹少なくとも、異議申立人Ⅲ.2の定款は、公益団体の理事会構成員は原則として無償で活動していることを要求する民法典第27条第3項第2文の原則と異なる規定を予定していない。

[319] (bb) 異議申立人たる団体自体にとっても、自殺介助の提供は、基本法第12条第1項にいう職業上の活動又はその一部ではなかった。

¹³⁹ BVerfGE 7, 377 <397>; 54, 301 <313>; 102, 197 <212>; 110, 304 <321>; 126, 112 <136>参照。

[320] (α) たしかに、団体は原則として職業の自由の保護を主張することができる。基本法第12条第1項の職業概念は、人に限定されない広い概念理解に基づいており、¹⁴⁰それゆえ、基本法第19条第3項という職業の自由という基本権は、国内に所在を有する私法上の法人に対しても適用可能である。¹⁴¹

[321] (β) しかしながら、基本法第12条第1項の保護財は、法人においても、専ら収益目的に資する活動を行う自由に限定され、かつ、その活動が、その本質及び性質に従い、法人によっても自然人によっても同じように行われうる場合に限られる。¹⁴²法人の場合に団体が問題となっているならば、基本法第12条第1項は、その営利事業が定款上の目的に適っている場合にのみ、その団体の活動を保護する。¹⁴³団体の活動は、それが計画に即して継続する意図で、外部に向けられた、つまり、団体内部の領域を超えた、独立した事業者としての (eigenunternehmerisch) 活動であり、団体もしくはその構成員のための財産的利益の獲得を目的としている場合には、経済的営利事業となる。以上によれば、経済的営利事業と言えるためには、この団体が事業者として (unternehmerisch) 活動し、このような活動に典型的に付随するリスクを負担しているかどうかが決定的となる。団体が商人として市場に参加するような場合がこれに当たる。加えて、その活動が、団体の非経済的な主目的を内在・付随するものであって、したがって、その主目的達成のための補助的手段に過ぎないという場合には、団体の理念である目標を達成するための事業者としての活動では不十分である。¹⁴⁴以上のことが当てはまらないのは、団体がその構成員に対して、構成員であるか否かを問わず第三者によっても通常提供される給付の提供者として相対している場合に限られる。¹⁴⁵

[322] 異議申立人たる団体が当時提供していた自殺介助は、この例外に該当しな

140 この点を明示するものに、BVerfGE 97, 228 <253>。また、上述のBVerfGE 50, 290 <363>参照。

141 BVerfGE 50, 290 <363>; 102, 197 <212 f.>; 126, 112 <136>参照。

142 BVerfGE 21, 261 <266>; 22, 380 <383>; 30, 292 <312>参照。

143 BVerfGE 65, 196 <209 f.>; 74, 129 <149>; 97, 228 <253>参照。

144 BGHZ 85, 84 <92 f.>参照。

145 BVerwGE 105, 313 <317>参照。

い。この団体の活動は、それぞれ、自己決定に基づいて死亡する権利をドイツに定着させるため、及び、この権利の実現に際して団体の構成員を支援するためであった（Rn. 41及び63参照）。団体の構成員が負担金を支払うべきであったとの事情も、この判断に変更を加えるものではない。たしかに、この負担金の額は、少なくとも異議申立人II. の場合には一、構成員が自殺介助を要求する資格を有するかどうか、また、どれほどの期間内に取得するかどうかによって決定され、これは、自殺介助の提供と、基本会費を超える負担金との間に反対給付の関係があることを示唆するものである。しかし、この自殺の看取りの提供の基礎には、団体の構成員に共通の信条及び団体の目的が存在している。会員資格の本質は自殺の看取りの提供という点に見出され、これは、単なる一般的に利用可能なサービス給付の交換を超えるものである。

[323] (2) 異議申立人たる臨死介助団体及びその構成員らは、結社の自由（基本法第9条第1項）による保護を明確に主張するが、業として行う自殺促進の禁止に対しては当該保護を要求することもできない。

[324] (a) たしかに、基本法第9条第1項の保護の下で結社がなされた場合、その結社は、それ自体として当該基本権の保障を享受し、その際に基本法第19条第3項を援用する必要はない。¹⁴⁶

[325] (b) しかし、業として行う自殺促進が処罰され、その処罰に付随して秩序違反法第30条第1項第1号による過料が科されるとしても、このことは、結社の自由の事実上の保護領域を害することにはならない。

[326] (aa) 基本法第9条第1項は、団体又は組合を構成する権利を保障する。この保護は、選択した共同形態の中で【団体又は組合を】設立・存続させる権利を含む。¹⁴⁷ この権利には、第1にその設立と存続の権利が、さらには効果的な基本権

146 BVerfGE 3, 383 <391 f.>; 6, 273 <277>; 13, 174 <175 f.>; 149, 160 <189 Rn. 86>参照。

147 BVerfGE 13, 174 <175>; 80, 244 <253>参照。

保護を保障する目的で、団体活動の中核的領域に当たる行動をする権利も含まれており、これは、構成員に対してのみならず、その団体自体に対しても認められる¹⁴⁸。この中核領域には、持続的な組織自律性、つまり、どのように組織を構成するか、どのような意思決定の手続を採用するか、経営執行をどのように行うかといった点についての自己決定は含まれるが、これに対して、団体を設立・維持・存続させるための行為には当たらない、単に団体の目的を達成するために過ぎない種々の活動は含まれない¹⁴⁹。後者はむしろ、当該活動を保護対象とする基本権や、基本権に相應する保障に応じて保護される。というも、結社は、その団体の構成員の個人的な行為の基本権保護を拡張するものではないからである¹⁵¹。それゆえ、基本法第9条第1項は、組織に対する特別な保障、すなわち組織活動のためだけの自由保護を内容とするのであって、これに対して、その活動が団体の趣旨に合致しているとはいえない一般的行為自由及び目的追求の自由を保障するものではない。

[327] (bb) 刑法典第217条は、基本法第9条第2項第1肢の意味における関連要件（Anknüpfungstatbestand）であり、それゆえ実体法的に見て結社法第3条と関係する基本法第9条第2項に基づく結社禁止の基礎をなすとしても、そのことを理由に、存続及び組織自律性を含む保護内容の点で、結社の自由を侵害しているとは言えない。

[328] 刑法に違反する目的を迫及する結社が実質的に無価値と評価されることは、基本法第9条第2項自体から導かれ、この評価は憲法上直接的に作用する¹⁵²。この評価を実現するには、ただ刑罰法規が存在していればよく、それゆえ、基本法第9条第2項の制約を拡張することは許されないものの、結社の禁止を構成することは立法者に委ねられている¹⁵³。その際、基本法第9条第1項という保護を回避さ

148 BVerfGE 30, 227 <241> m. w. N.; 80, 244 <253>参照。

149 BVerfGE 50, 290 <354>参照。

150 BVerfGE 70, 1 <25>; 84, 212<224>; 149, 160 <192 Rn. 98>参照。

151 BVerfGE 149, 160 <192 Rn. 98>; その端緒としてはすでに BVerfGE 70, 1 <25>。

152 Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 113 <September 2017>参照。

153 Kemper, in: v. Mangoldt/Klein/ Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 9 Rn. 75参照。

154 BVerfGE 80, 244 <254>参照。

せないために、行為全般（作為又は不作為）を処罰する、すなわち、団体の行う犯罪だけを処罰したり、これを特別な形態として処罰したりすることのない一般刑罰規定¹⁵⁵だけを結社禁止に対する関連規範として利用することが考えられる¹⁵⁶。規範が一般的性質を持つのであれば、そのような刑罰規定は、基本法第9条第1項の保護目的に抵触しない。結社の自由は、その他の基本権で保護される行為自由を、団体に固有の一般的行為自由に拡大するものではなく、もっぱら団体固有の特別法からの保護を認めるに過ぎない。¹⁵⁷

[329] 刑法典第217条は一般刑罰法規である。同規定は、業として行う自殺促進が団体として組織的に行われる場合に限って処罰するのではなく、この規範にいう業として行動する者に該当する者全てを処罰するのである。立法者が同規定を導入することで一異議申立てを行っている両団体のように一公に自殺介助提供を行うつもりでの結社を禁止するための法的基盤を整えたとの目的を有していたとしても、このことの反論とはならない¹⁵⁸。問題となっている事実関係の性質によれば、当該規範が不特定多数の広範な事例を規制する性質を有しているのであるから、個別事例においてその法的規制への端緒が存在するかどうかは、一般法として位置付けられることにつき重要とはならない¹⁵⁹。

[330] bb) しかし、異議申立人Ⅲ.3及びⅢ.5、異議申立人Ⅲ.4並びにⅥ.2及びドイツの異議申立団体は、刑法典第217条の基準に抵触しないように、自殺介助の調達又は仲介のための活動を（一時的に）中止することを余儀なくされており、この点で、これらの申立人及び団体は、一般的行為自由（基本法第2条第1項）を害されている。

[331] c) この基本権介入は正当化されない。業として行う自殺促進の禁止は、

155 Kemper, in: v. Mangoldt/ Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 9 Rn. 75 m. w. N. 参照。

156 BVerfGE 149, 160 <196 Rn. 105>参照。

157 Kemper, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 9 Rn. 43, 75参照。

158 BTDrucks 18/5373, S. 14参照。

159 BVerfGE 7, 129 <150 f.>; 10, 234 <243 f.>参照。

自己決定に基づいて自殺を決意した個人の一般的人格権（Rn. 202）と調和しないがゆえに、客観的な憲法規範に抵触し、それゆえ、直接的な規範の名宛人との関係でも無効である。¹⁶⁰ 刑法典第217条が処罰対象とする行為を憲法で保護することは、異議申立人Ⅱ.、Ⅲ.2からⅢ.6、Ⅳ.、Ⅴ.1からⅤ.4並びにⅥ.2及びⅥ.3に認められる基本権と、基本法第1条第1項と関連する第2条第1項を根拠として認められる、自己決定に基づいた死を求める権利とを機能的に組み合わせることによって導かれる。【自殺希望者の】手助けを行うつもりがある第三者の支援を受け、もしくはその第三者に看取られて自らの生命を絶つという憲法上保護された個人の自由は、自己決定に基づいた死を求める権利として具体化されるもので、この自由は、自殺介助を基本法で保護することに内容的に依存している。自殺の決断は、これを実現するに際して、第三者が自殺の機会を提供し、手配し及び仲介するつもりがあるのか、という事実的観点に左右されるわけではない。この第三者は、自らが自殺介助をしようとするにつき、法的にも許されていなければならない。そうでなければ、自殺を求める個人の権利は事実上空洞化するのである。そのように法的な依存性が認められる場合、各関与者の行為態様は相互に機能的に関連し合っている。一方の行為が基本法で保護されることが、他方が基本権を行使するための条件となる。¹⁶¹ 双方が共通の目的に向けて基本権を行使できること、本件でいうと、援助を受けて自殺したいとの望みを実現できることによって初めて、自己決定に基づいた死の憲法的保護が効力を持つ。それゆえ、自殺を求める権利を保障することは、これに対応する範囲で自殺介助者の行為を広く基本法で保護することに同じである。

[332] 2. 加えて、業として行う自殺促進の禁止が自由刑を予定していることで、当該禁止は、自然人として刑法典第217条の規範の直接的な名宛人となる異議申立人Ⅲ.3からⅢ.6、Ⅳ.、Ⅴ.1からⅤ.4並びにⅥ.2及びⅥ.3を、基本法第104条第1項に関連した第2条第2項第2文の自由権の点で侵害している。¹⁶²

160 BVerfGE 61, 82<112 f.>参照。

161 Kloepfer, in: Festschrift für Klaus Stern, 2012, S. 405 <413 ff.>参照。

162 BVerfGE 96, 245 <249>; 101, 275 <287>; 140, 317 <345 Rn. 58>参照。

[333] 3. 業として行う自殺促進の処罰には秩序違反法第30条第1項第1号で過料が科されうるが、この過料の存在により、異議申立人Ⅱ.及びⅢ.2は、一この点につき、異議申立人Ⅲ.2は基本法第14条第1項にいう所有権保障を明示的に主張するが、この保障は財産それ自体を保護するものではないから、この所有権保障には当たらない—(不当に)過料を科せられない権利も含む基本法第2条第1項の基本権につき、侵害されている。

Ⅲ.

[334] 刑法典第217条に、憲法適合的解釈の余地はない。業として行う自殺介助が一定の事情においてなお許容されていると考え、当該規範の適用範囲を制限する解釈は、立法者の意図と矛盾し、それゆえ、司法に法創造の権限を本来的に認めるようなものであって、これは、法律上の十分な明確性の要請(基本法第103条第2項)と相容れない¹⁶⁵。

[335] 以上のことは、とりわけ、自由答責的な自殺の促進を可罰的範囲から除外する解釈に妥当する¹⁶⁶。この解釈は、立法者の関心と矛盾する¹⁶⁷。結論において、この解釈は、この規定を實際上無に帰させるものとなるであろう¹⁶⁸。

[336] 刑法典第217条第1項の禁止から医師が除外されるとの解釈も、不可能である。立法者は、刑法典第217条を非身分犯(Allgemeindelikt)として形成しており、医療従事者を優遇しないことを意識的に選択した¹⁶⁹。

163 BVerfGE 4, 7 <17>; 74, 129 <148>; 81, 108 <122>; 96, 375 <397>参照。

164 BVerfGE 92, 191 <196>参照。

165 BVerfGE 47, 109 <120>; 64, 389 <393>; 73, 206 <235>; 105, 135 <153>参照。

166 このような試みとして、Kubiciel, ZIS 2016, S. 396 <402>参照。

167 BTDrucks 18/5373, S. 3参照。

168 Riemer, BRJ 2016, S.96 <101>, 及び、他の見解についてもそこに引用されている文献を参照のこと。

169 BTDrucks 18/5373, S. 18参照。

IV.

[337] 1. 刑法典第217条は、以上確認した憲法違反によって無効を宣告されなければならない（連邦憲法裁判所法第95条第1項第1文）。単なる不一致宣言（Unvereinbarkeitserklärung）にとどめる条件は認められない¹⁷⁰。

[338] 2. 刑法典第217条が違憲であるとしても、このことから、立法者が自殺介助の規制を完全に断念しなければならないとの帰結は導かれない。立法者は、自らの生命の終え方を決断する際の自律性を保護するという立法者に課せられた義務から行動使命を導いていたが、このことには憲法上異論を唱えることはできない（Rn. 231以下参照）。しかし、立法上の保護構想は、基本法による憲法秩序の基礎をなす考え、すなわち、人間が、自由に自らを決定・展開することを目指す精神的・道徳的な存在であるとの考えを指針としなければならない。個人を自己決定能力のある人間として憲法上承認するということは、自己決定の保護に対する国家的干渉の厳格な制限を要求し、ここでの自己決定の保護は、医学的・薬学的な質の確保という要素、濫用防止という要素によって補充され得る。

[339] 自身の生命に関する自己決定を保護するために、立法者には組織的な自殺介助という現象に関して広く多様な手段が開かれている。これらの手段には、例えば説明義務及び待機義務を法律に規定するなど、手続的な保護の仕組みを実定法に規定するとの方法や、信頼に足る自殺介助の提供を保障するために認可制を設けるとの方法、刑法典第217条の規定の趣旨に沿うかたちで、特に危険な自殺介助の現象形態を禁止するとの方法がありうる。これらの手段は、保護されるべき法益の意味に照らして刑法に規定を設けたり、又は、少なくとも刑法上の制裁によって違反行為を防止したりすることも考えられる（このことについては既にRn. 286以下参照）。

[340] しかし、自殺を求める権利を憲法上承認するのであれば、この承認は個人

170 BVerfGE 128, 282 <321 f.>; 129, 269 <284>参照。

171 BVerfGE 32, 98 <107 f.>; 108, 282 <300>; 128, 326 <376>; 138, 296 <339 Rn. 109>参照。

が自殺を決断した動機にも及ぶのであって、それゆえ、これらの動機を客観的理性という基準で評価することはできない（Rn. 210参照）のであるから、例えば、不治の病や致死的に進行する病の存在を要求するといったような、自殺介助の許容性に実質的な基準を設定することは禁止される。このように考えたとしても、自殺願望の真摯性と継続性を証明するために、生命状況に応じた要請を設定することは妨げられない。立法者には、手続的な保護構想をどのように発展させるかにつき、裁量が存在する。

[341] もっとも、援助された自殺を規制によって制限する場合、自由な決断に基づいて第三者の支援を受けて生命を絶つという憲法上保障された個人の権利に、事実上も発展と実現のための余地が十分に認められるよう、保障がなされなければならない。このことから、医師及び薬剤師の職業法をこれに矛盾しないよう規定するだけでなく、場合によっては麻薬法もこれに合わせて改正することも要請される。

[342] 法秩序を矛盾なく規定する責務があるとしても、医薬品法及び麻薬法で基礎とされる消費者保護及び濫用防止という要素を維持したり、この要素を自殺介助の分野における保護構想に取り入れたりすることは否定されない。以上述べてきたこと全ては、自殺介助の義務付けが存在してはならないこととは無関係である。

D.

[343] 支出の償還に関する決定は連邦憲法裁判所法第34条 a 第 2 項及び第 3 項に基づく。

Voßkuhle	Masing	Huber
Hermanns	Kessal-Wulf	König
Maidowski	Langenfeld	