

ドイツ刑事判例研究 (100)

ドイツ刑法研究会
(代表 曲 田 統)*

業としての自殺援助禁止の違憲性
GG Art. 2, Art. 1, Art. 12, Art. 9; StGB § 217

秋 山 紘 範**

BVerfG, Urteil. v. 26. 2. 2020–2 BvR 2347/15, 651/16, 1261/16, 1593/16,
2354/16, 2527/16

1. a) 一般的人格権 (GG1条1項と結び付いた2条1項) は、人格の自律性の表れとして、自己決定による死を求める権利を包摂する。
- b) 自己決定による死を求める権利には、自殺する自由も含まれる。自己の実存における生活の質と有意味性についての自己理解に即して自らの人生に終止符を打つという個人の決断を、国家と社会は、自律的な自己決定の行為としてまずは尊重しなければならない。

* 所員・中央大学法学部教授

** 嘱託研究所員・大東文化大学法学部非常勤講師

- c) 自己の生を終わらせる自由は、そのために第三者に援助を求める自由と、その援助が提供される限り、これを要求する自由をも包摂する。
2. 間接的な、あるいは事実上の影響力を及ぼすような国家の措置であっても基本権を侵害し得るものであることから、そうした措置は憲法上、十分に正当化されるものでなければならない。StGB217条1項が処罰の対象としている業としての自殺援助の禁止は、自殺を望む者が、自ら選び、業として提供されている自殺援助を要求することを、事実上不可能ならしめるものである。
 3. a) 業としての自殺援助の禁止は、厳格な比例性の基準に照らして判断されなければならない。
b) 期待可能性の審査（Zumutbarkeitsprüfung）においては、援助を受けた自殺の規制が、憲法上の種々の保護の観点が緊張関係にある中で推移していることを考慮しなければならない。自己答責において自己の生を終わらせることを決断し、そのための援助を求める者の、自己の終末期をも包括する根本的な自己決定権を尊重することは、自殺意思を有する者の自律性、そしてそれ以上に生命という重要な法益をも保護すべき国家の義務と衝突する。
 4. 憲法が自律性と生命に高度の地位を与えていることから、原則として、刑法をも用いてこれを効果的かつ予防的に保護することを正当化することができる。法秩序は、自律性にとって危険なくつかの自殺援助の形式を処罰する場合には、禁止されていても、個別事例においては、自由意思によって準備された自殺補助への門戸が現実に関わっていることを保障しなければならない。
 5. StGB217条1項における業としての自殺援助の禁止は、個人が自己の憲法上保障された自由を行使する余地を事実上残さない範囲で、援助を受けて自殺する可能性を狭めるものである。
 6. 何人も、自殺を補助する義務を負わない。

《はしがき》

本稿は、StGB217条の違憲無効を宣言したドイツ連邦憲法裁判所2020年2月26日判決の抄訳と、それに対する若干の評釈を付したものである。本稿では底本としてMedR 2020, 563を用いており、事実の概要及び理由はその訳出である。なお、本判決の全訳としては、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)」獨協法学112号471頁(以下続刊)があるほか、抄訳としては寺嶋文哉＝富川雅満＝平尾遼海訳「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——」法政研究87巻4号掲載予定が、本稿では省略している各申立人の申立番号について図解しているとのことであり、これらも併せて参照されたい。

《事実の概要》

憲法異議は、2015年12月3日の業としての自殺援助の処罰に関する法律(BGBI. I S. 2177)によって改正されたStGB217条に直接向けられている。申立人らは、業として提供される第三者の幫助を受けて自己の生を自ら終わらせることを希望する重病患者、ドイツ及びスイスを所在地としてかかる幫助を提供する団体、当該機関の代理人及び職員、外来患者又は入院患者のケアに従事する医師、並びに自殺援助についての助言とあっせんに携わる弁護士である。

自殺援助の提供を望む申立人は、とりわけ一般的人格権(GG1条1項(人間の尊厳)と結び付いた2条1項(人格の自由な発展))から、自己決定により死ぬ権利を導き出している。業としての自殺援助が可罰的となったことで、この者らは希望していた自殺援助を最早利用できないという。申立人である団体は、GG12条1項(職業の自由)、9条1項(結社の自由)及び2条1項(人格の自由な発展の権利)に基づく基本権の侵害を、また同団体の従業員らは、これに加えて良心の自由(GG4条1項2肢)の侵害を訴えている。申立人である医師らは、主として良心の自由及び職業

の自由(GG4条1項2肢及びGG12条1項)を異議の根拠としている。同様に、申立人である弁護士らは、自殺に関する助言及び自殺援助の機会のあっせんが処罰されることになったために、StGB217条によってGG12条1項に基づく職業の自由が侵害されていると主張する。

全ての申立人は一致して、問題となっている規定が明確性を欠いているという異議を唱えている。即ち、StGB217条は、個々の事例で行われる自殺幫助が不処罰であるということを必ずしも十分に保障していないという。同様に、これまで不処罰であった臨死介助(間接的臨死介助及び治療中止)及び緩和医療の諸形態をStGB217条が捕捉しているのか否か、しているとすればどの程度であるのかについて、確実な評価がほとんどなされていないという。以上のことから、当該刑法規範は患者の福祉に向けた医業の遂行を妨げるものであるという。

《理由》

C. [204] 自由な自己決定と自己答責の能力がある人間が自殺する権利は、一般的人格権(GG1条1項と結び付いた2条1項)の保障内容に含まれる。

[205] 人間の尊厳と自由を尊重し保護することは、人間を自己決定と自己答責が可能な人格として理解する憲法秩序の基本原則である(vgl. BVerfGE 5, 85 <204>; 45, 187 <227>)。一般的人格権は、基本法の特別の自由保障の対象ではないが、人格に対する自由保障を構成する意味において劣ることのないような人格の諸要素を、「不文の」(unbenanntes)自由権として保護している(確立した判例として、vgl. BVerfGE 99, 185 <193>; 101, 361 <380>; 106, 28 <39>; 118, 168 <183>; 120, 274 <303>; 147, 1 <19 Rn. 38>)。(…)

[209] 自己の生を終えるという決断は、人間の人格にとって実存的意義を有する。この決断は、自己理解の表れであり、そして自己決定と自己答責が可能な人間の本質的な表れである。個人が自己の生にどのような意味を見出し、一人の人間がその生を自ら終えることを想像し得るか否か、そ

してそれがいかなる理由によるものかは、その人だけの考え方と確信に基づく。この決意は、人間の現存在の根本問題に関わるものであり、人間のアイデンティティーと個性への関わりは他の決意の比ではない。それゆえ、一般的人格権は、自己決定による死を求める権利として顕在化するにあたっては、自由意思によって生命維持措置を拒否し、そのようなやり方で死に至る病という出来事を進行するがままに任せる、という権利だけを内容とするものではない (vgl. im Ergebnis auch 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.>)。自己決定による死を求める権利は、自らの手で自己の生を終えるという個人の決断にも及ぶ。自殺する権利は、個人が自身の自己イメージに合わせて自律的に決定し、それによって自己の人格を維持することを保障する (vgl. 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/Dürig, 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)。

[210] 自己決定による死を求める権利は、人としての自由の表れであって、他者によって規定された状況に限られるものではない。個人の自己決定の最も内面の領域に関わる、自己の生命を処分する権利は、重篤な若しくは回復の見込みのない病状又は特定の生命・疾病の段階に、特に限定されるものではない。保護領域を特定の原因や動機に制限すると、自殺を決意した者の動機を評価することとなり、またその内容について事前決定をすることになるであろうが、これは基本法の自由の思想とはかけ離れたものである。このような制限は、実務においてはその区別が極めて困難になるであろうし、のみならず、人間の尊厳及び自己決定と自己答責における自己の自由な発展という、基本法を支える理念と矛盾することになるであ

ろう (vgl. BVerfGE 80, 138 <154> für die allgemeine Handlungsfreiheit)。自己決定による死を求める権利がGG1条1項にいう人間の尊厳の保障に基づいているということは、自分自身の終末期についての自己答責的な決定にはそれ以上の根拠も正当化も要求されないということ、まさに含意している。GG1条1項は、その個性において自己を理解し、そして自分自身を自覚する、そうした人間の尊厳を保護するものである (vgl. BVerfGE 49, 286 <298>; 115, 1 <14>)。基準となるのは当該基本権の主体の意思であり、その意思は、死生を取り扱うための一般的価値観、宗教上の戒律、社会的模範又は客観的理性の考慮に基づいて評価されることはない (vgl. BVerfGE 128, 282 <308>; 142, 313 <339 Rn. 74> für Heileingriffe)。自己の終末期についての自己決定は、人間の「人格の最も生来的な領域」に属するものであり、そこでは、自己の基準の選択とそれに従った決断に制約はない (vgl. BVerfGE 52, 131 <175> abw. Meinung Hirsch, Niebler und Steinberger für ärztliche Heileingriffe)。この権利は、人間の実存のあらゆる段階で存在している。自己の実存における生活の質と有意味性についての自己理解に即して自らの人生に終止符を打つという個人の決断を、国家と社会は、自律的な自己決定の行為としてまずは尊重しなければならない。

[211] 自殺する権利は、以下の理由によって否定することはできない。即ち、自殺者は、自己の生命と同時に自己決定の前提を、そして主体的地位をも手放しているから、尊厳を放棄している、という理由である (vgl. aus ethisch-moralischer Sicht aber Böckenförde, in: Stimmen der Zeit 2008, S. 245 <256>; ähnlich 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>; a.A. etwa Antoine, Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung, 2004, S. 236)。確かに、生命は、人間の尊厳にとって不可欠の (vital) 基盤である (vgl. BVerfGE 39, 1 <41 f.>; 88, 203 <252>; 115, 118 <152>)。しかし、このことから、自由意思に基づく自殺がGG1条1項で保障されている人間の尊厳と矛盾する、という結論を導き出すことはできない。人間の尊厳は、個人に

自律のうちに生きることを保障するものであって、自由な自己決定と自己答責が可能な人間が自殺するという決断を妨げるものではない。むしろ、自己決定に基づく自己の生命の処分は、自律的な人格の発展という人間の尊厳に内在する理念の直接的な表れである。〔生の〕最後であっても、それは尊厳の表れなのである。自由意思をもって行為する自殺者は、自己の死の主体として決断している (vgl. BVerfGE 115, 118 <160 f.>)。こうした自殺者は、自己決定により、そして自己の目的設定に従って、人としての生を放棄している。したがって、人間の尊厳は、自己決定の限界ではなく、むしろその根拠である。人間は、自己の実存について、自ら設定した自身の基準に従って決定できる限り、自己答責的な人格であり、主体として認められ、その価値と尊重の要求が認められる (vgl. Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 154; Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990, S. 86 ff.; Nettessheim, AöR 130 <2005>, S. 71 <105 f.>)。

[212] GG1条1項と結び付いた2条1項が保障する自殺する権利は、自殺するために第三者に援助を求め、そして援助が提供される限度で、これを要求する自由をも含む。

[213] 基本法は、自分の立場で自由に行為する第三者との交流の中で、人格を発展させることを保障している。それゆえ、基本法で保護される自由には、第三者に接近し、支援を求め、そして彼ら彼女らの自由の枠内で提供されている援助を受ける可能性も含まれる。これはとりわけ、自分の手で自らの生を終えようと考えている者にも妥当する。こうした者こそ、専門知識を有してその意欲のある第三者、とりわけ医師による専門知識に基づく援助があって初めて、自殺について決断し、場合によってはその〔自殺希望〕者にとって期待可能な方法で自殺の決意を実行に移すことができるのである。基本権の擁護にとって第三者の関与が不可欠であり、人格の自由な発展がこのような形で他人の協力に依存するものであるならば (vgl. Suhr, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 1976, S. 80 f., 84, 88 ff.)、第三者がその自由の枠内で支援を提供するのを禁

止することで基本権が制限され〔る〕ことも、基本法は防止している。(…)

[215] 基本権の保護は、直接的に向けられた侵害だけに限られるものではない。間接的な、あるいは事実上の影響力を及ぼすような国家の措置であっても基本権を侵害し得るものであることから、そうした措置は憲法上、十分に正当化されるものでなければならない。こうした措置は、目的設定と影響の点で、規範的、直接的な侵害に匹敵し得るものであることから、こうした侵害と同じように取り扱われなければならない (vgl. BVerfGE 105, 252 <273>; 110, 177 <191>).

[216] StGB217条1項が処罰の対象としている業としての自殺援助の禁止は、これに対応する〔援助〕提供者がStGB217条の発効後、刑法及び警察法の帰結を回避するために活動を停止していることから、申立人らが選択した業として提供される自殺援助を利用することを、事実上不可能ならしめるものである。個人の保護を超えた法益保護を追求する抽象的危険犯として構成要件が作られたために、正当化する承諾は問題とならないので (vgl. Berghäuser, ZStW 2016, S. 741 <771 f.>; Oğlakcioğlu, 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>), その禁止は、(…) 外部からの圧力を受けることなく、そして熟慮の上で自殺することを自己決定により決意した者にとって、不利益に作用するものでもある。(…)

[218] StGB217条から生じる間接的な侵害は、その際、自殺する自由を客観的に制約する効果を発揮する。自己決定により、業として行う第三者の援助を受けて自身の生を終わらせようとする個人は、痛みがなく確実な自殺の期待可能な別の方法を事実上利用できないために、自己の決断を実現できないという高度のリスクを伴いながら、別の選択肢を採ることを余儀なくされる (…)。個人のアイデンティティー、個性、そしてインテグリティのための、自身の生についての自己決定に付随する実存的意義に照らせば、そして基本権の行使がいずれにせよ規範によって極めて困難になっているという事情に照らせば、申立人の一般的人格権に対する侵害もま

たとりわけ重大である。(…)

[223] b) 業としての自殺援助の禁止は、厳格な比例性の基準に照らして判断されなければならない (vgl. BVerfGE 22, 180 <219>; 58, 208 <224 ff.>; 59, 275 <278>; 60, 123 <132>)。基本権を制限する法律は、それが追求する正当な目的を達成するために必要かつ相当であり、かつ基本法上の個々の自由の領域の制限と比例している場合に限り、この原則を満たす (vgl. BVerfGE 30, 292 <316>; 67, 157 <173>; 76, 1 <51>)。期待可能性の審査においては、援助を受けた自殺の規制が、憲法上の種々の保護の観点が緊張関係にある中で推移していることを考慮しなければならない。自己答責において自己の生を終わらせることを決断し、そのための援助を求める者の、自己の終末期をも包括する根本的な自己決定権を尊重することは(…)、自殺意思を有する者の自律性、そしてそれ以上に生命という重要な法益をも保護すべき国家の義務と衝突する。自殺意思を有する者らは、自殺援助の提案に直面して彼ら彼女らを正当化状況に陥らせ得るような影響や圧力を免れるものでなければならない。

[224] こうした緊張関係の解消は、原則として立法者の責務である。国家の保護義務には、その形成と具体化が必要である (vgl. BVerfGE 88, 203 <254>)。その際、立法者には、判断、評価そして形成の余地が認められる (vgl. BVerfGE 96, 56 <64>; 121, 317 <356>; 133, 59 <76 Rn. 45>)。その範囲は様々な要素に左右されるが、とりわけ、その事案で論じられている問題領域の性質、自ら——特に規範の影響などの将来的展開について——十分に確かな判断を形成する可能性、そして当該法益の意義といった要素がそうである (vgl. BVerfGE 50, 290 <332 f.>; 76, 1 <51 f.>; 77, 170 <214 f.>; 88, 203 <262>; 150, 1 <89 Rn. 173>)。(…)

[227] 立法者は、業としての自殺援助の禁止によって、正当な目的を追求している。この規制は、生命についての個人の自己決定と、それによって生命それ自体を保護することに資する。この規制目的は前憲法的に存在している。この目的は、憲法が立法者に課している保護の責務の枠内にある。立法者は、まさに業としての自殺援助が無規制で提供されることによ

って自己決定と生命に対する危険が生じ得ると考えているが、これは十分支持し得る根拠に基づいている。(…)

[235] しかし、立法者は、例えば功利主義的考量に基づいて、一定の条件下で自殺せよという社会的圧力の発生を助長するような展開を阻止して然るべきである。個人は——第三者による具体的な影響をも超えた——社会的な期待に応える危険に晒されてはならない。確かに、意思の自由とは、個人が自ら決断するにあたって外部の影響を一切受けないことである、とみなすことはできない。人間の決断は、通常は社会的文化的諸要素に影響される。自己決定は、常に関係性の中でなされるものである。しかし、生命の保護は、正当化する必要がない自己目的として憲法によって個人に約束されたものであり、また個人を単に存在しているだけで無条件に承認することに基づくものであるから、立法者は、圧力として作用し得るものであって、第三者の側からの自殺の提案を拒否することについて正当化が必要であると思わせるような社会的影響に効果的に対抗することは許されるし、またこれに対抗しなければならない。したがって、立法者は、深刻な生命状況にない者が、かかる提案に少しでも立ち入って関わらなければならない、あるいはこれについて明確な態度をとらなければならないという状況に陥ることがないように、予防措置を講じることができる。(…)

[238] 本件のように、価値の高い基本権に対する重大な侵害が問題となっている場合には、原則として、事実評価の曖昧さが基本権主体の不利益となってはならない (vgl. BVerfGE 45, 187 <238>)。しかし、StGB217条の禁止がその達成に資するものである国家の保護義務もまた、それに匹敵する重要な憲法上の利益に関係している。業としての自殺援助の提供によって実際にどの程度これらの利益が危殆化されているかについては、——「援助を受けた自殺」の現象領域全体と同様に——口頭弁論で専門家である第三者が一致して主張するところによれば、依然としてほとんど研究がなされていない。業としての自殺援助を許容することによる長期的な影響について、学術的に認められたデータは存在していない。こうした状況では、利用可能な情報と知見の可能性を、実態に即し、かつ主張可能な形で

評価することへと立法者が向かっているのであれば、それで足りる (vgl. BVerfGE 50, 290 <333 f.>; 57, 139 <160>; 65, 1 <55>)。 (…)

[240] 個人が、自己イメージに合わせて現実に即したメリットとデメリットの衡量に基づいて自己の判断を下しているのであれば、自殺の決意は自律的に形成された自由な意思に起因するものである。

[241] これによれば、自由な自殺の決意とは、第一に、急性の精神障害に影響されることなく自由に自己の意思を形成し、この弁識に従って行為することができる能力を前提とする。この自由の要求は、自由意思によって決意する現実の可能性と切り離して評価することはできないことが、連邦憲法裁判所の判例において認められている (vgl. BVerfGE 58, 208 <224 f.>; 128, 282 <304 f.>; 142, 313 <340 Rn. 76 ff.>; 149, 293 <322 Rn. 74>)。

[242] 更に、決意にとって重要な (entscheidungserheblichen) あらゆる観点を、本人が実際に知っていなければならない。本人が全ての情報を利用できること、即ち、十分な判断の根拠に基づいて現実に即してメリットとデメリットを比較衡量できることが必要である。とりわけ本件の場合に自由な意思形成の前提となっているのは、決定する主体が自殺するための別の行為の選択肢を認識し、それぞれの帰結を評価し、そしてあらゆる重要な事情と選択肢を知った上で自ら決断していることである。その点では、治療行為の承諾の場合と同じ原則が妥当する。ここでも、この者は——自己答責のかつ自己決定による決断を下すことができるために——実際に存在する別の可能性も含めた承諾に関する本質的な事情を知っていなければならない (vgl. BVerfGE 128, 282 <301>; BGHZ 102, 17 <22>; 106, 391 <394>; 168, 103 <108 Rn. 13>)。

[243] それに加えて、本人が、許されない影響力の行使又は圧力に晒されていないことも、前提条件である (vgl. BVerfGE 128, 282 <301> für die Einwilligung in medizinische Maßnahmen)。

[244] 要するに、自由意思を前提とすることができるのは、自殺するという決断がある程度の「持続性」と「内心における確固さ」に支えられている場合のみである (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 2019 - 5 StR 132/18 -,

NJW 2019, S. 3092 <3093 f.> m.w.N.)。専門家である第三者の説明によれば、自殺願望は通常、複合的な動機に基づいている。死にたいという願望は、アンビバレントで不安定なものであることが少なくない。この点について、突発的な自殺の決意は——自殺が失敗に終わった場合——実に80~90%の事例において、後になってから本人が誤った決意であったと評価し、思い直しているということを、実証的なデータが裏付けている。これによれば、自殺願望は——たとえ外部から見て納得のゆく総括的な決断であったとしても——その大多数はごく一時的なものであって、長続きしていない。また、専門家である第三者の見解によれば、自殺願望の真剣さを追体験し(nachzuvollziehen)、この願望が一時的な人生の危機に基づくものではないということを確認するためには、持続性という基準が適している。

[245] 専門家である第三者の評価によれば、精神疾患は自由な自殺の決意に対する重大な危険を創出する。専門家らの述べるところでは、全世界で行われた実証研究によると、自殺行為者の約90%が精神の障害を、特にうつ病の形態で(事例の約40~60%)、有している。うつ病は、しばしば——医師にとっても——発見が困難なものであるが、自殺者の約20~25%において、その承諾能力を制限している(vgl. Vollmann u.a., *Patienten-selbstbestimmung und Selbstbestimmungsfähigkeit*, 2008, S. 176, 180 m.w.N.; vgl. auch BGH, Urteil vom 5. Dezember 1995 - XI ZR 70/95 -, NJW 1996, S. 918 <919>; Cording/Saß, *Der Nervenarzt* (9) 2009, S. 1070 <1072 ff.>)。とりわけ、高齢の重病者においては、抑うつ状態の自殺者の割合が高い。高齢の重病者にあっては、うつ病の発症と共に、自殺しようとするリスクが高まる。

[246] 自由な自殺の決意に関する、更に別の本質的なリスク要因は、不十分な説明にある。この点について専門家である第三者は、自殺したいという願望は極めて多くの場合、誤ったイメージや非現実的な思い込みと恐怖によるものであると説明している。逆に、自殺の願望は、自殺意思のある者が自己の置かれている状況について、そして他の方法があることについて説明を受ければ、通常は考え直して撤回されるものであるという。そ

れゆえ、自殺意思のある者が誤った評価に陥ることなく、自身の置かれている状況についての、現実と相関した合理的な評価を実際にできるよう保障するため、自由な決定とは必然的に、他のあり得る選択肢に関する包括的な助言と説明を前提とする。これは、この者が——関連するあらゆる事情を知った上で——自らの死について決定できることを保障するための唯一の方法である。

[247] 最後に、専門家である第三者の説明によれば、自由な自殺の決断は——強制、脅迫又は欺罔 (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 2019 - 5 StR 132/18 -, NJW 2019, S. 3092 <3094> m.w.N.) の他に——別の態様の影響力の行使によっても害され得るものであるが、それはこの影響力の行使が、熟考され、自己イメージに沿う形で考量する判断を阻害し、あるいは大きく鈍らせる場合である。とりわけ、心理社会的側面と、自殺意思のある者と周囲の環境との相互作用は、自殺傾向の発展を、社会学的要因と同様にもたらして促進する可能性がある。

[248] こうした背景から、法的に制限されていない業としての自殺援助によって自律性と共に生命が危殆化されるとする立法者の認識は、十分支持し得る根拠に基づいている。業としての自殺援助がとりわけ自律性を脅かす社会的圧力を強く受ける傾向のある高齢の病者にとって、生を終える通常の形態として定着し得る、という評価についても、同じことがいえる。

[249] 口頭弁論の結果、StGB217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の自殺援助の実務は、意思の自由と共に自己決定の自由をいかなる場合においても擁護するには適していなかったという立法者の評価は、いずれにしても支持し得るものであることが証明された。(…) 業として行為する自殺援助者が参入する場合には、自殺の遂行に役立ち、そしてそれゆえ自由な意思形成と判断への到達が十分に保障されていないような援助者の行為が前面に現れることになるという立法者の認識は、これに基づけば納得のゆくものである。

[250] また、業としての自殺援助を認めると自殺援助が「社会的に通常

化すること」になり、援助を受けて自殺することがとりわけ高齢の病者が生を終える際の通常の形態として定着する可能性があり、このような形態は自律性を脅かす社会的圧力を強めるはたらきがある、とする立法者の評価も、十分理解できるものである。特に、介護・医療制度におけるコストの逼迫に鑑みれば、業としての臨死介助と自殺援助を無規制で許容することがこのような効果をもたらし得ることには、理由がないわけではない。同様に、立法者は、自殺援助の通常化の危険として、人々が社会環境や家庭環境によって、自己の意思に反して自殺の問題に向き合わねばならず、そして有用性を考えて期待〔された行為に出なければならぬ〕という圧力に晒されるという状況に陥り得る、と考えることができるであろう。

[251] 業として提供される自殺援助を認めると、このようなサービスを利用する高齢の病者の自殺を増加させることになる、という立法者の予測の基礎にある認識には、十分な理由がある。自殺の増加それ自体は、社会的な通常化と自律性を脅かす社会的圧力の証明となるものではないが、それでもなお、業としての自殺援助の提供が規制されていないことによって自己決定が脅かされるということには、十分な根拠がある。(…)

[259] 確かに、自己決定による自殺のきっかけとなる利他的動機は、原則として評価の対象とはならない〔…〕。しかし、立法者は、家族あるいは社会にとって負担にならないようにするという必要から、まさに高齢の病者は、前倒しされた生の終わりの提供が社会に定着することによって、自己イメージに向けられた個人の考え方を取り下げて、この提供を受けるよう仕向けられるかもしれない、という帰結を引き出すことは許されるであろう。これは、専門家である第三者の評価によれば、強要、欺罔及び脅迫の閾値を下回る社会的条件及び影響が、どの程度自殺の決意を行為へと導くように影響を与えるのか、という問いが、これまで学術的にも実証的にも把握されてこなかったことを背景としてみれば、とりわけ重要なことである。

[260] StGB217条の規定は、刑法規範としては原則的には法益保護に適した手段であるが、それは、危険を孕んだ行為態様を処罰の対象として禁

止することが、追求される法益保護を少なくとも促進し得るからである (vgl. BVerfGE 90, 145 <172>; allgemein zum Kriterium der Geeignetheit BVerfGE 30, 292 <316>; 33, 171 <187>)。 (…)

[263] 立法者の正当な保護の関心を達成するために StGB217条の規定が必要か否かは、立法手続においても検討されたような、より侵害性の少ない代替的な保護措置の有効性について経験的な所見がないことを考慮しても、疑わしいものである (vgl. dazu (…)) BTDrucks 18/5373, S. 13f.)。しかし、この点について本件では未解決としてよい。

[264] いずれにせよ、一般的人格権から導き出される、自己決定による死を求める権利を当該規定によって制限することは、相当ではない。個人の自由の制限は、個人に課される負担の程度が、一般社会に生じる利益と比べてなお合理的な比例関係にある場合にのみ、相当である。希死念慮のある者に対して StGB217条によって課される負担は、この程度を超えるものである。業としての自殺援助の可罰性は、自己決定による死を求める権利の表れとしての自殺する権利が、一定の事情の下では事実上広い範囲で空洞化されるという結果をもたらす。これにより、終末期の自己決定は、ある本質的な部分的領域で効力を失うことになるが、このことは当該基本権の存在意義と調和するものではない。 (…)

[267] StGB217条により業としての自殺援助を禁止したことによって、立法者は、自己決定権の実存的意義に由来する、この権利の制限の限界を超えている。確かに、StGB217条が保護しようとしている自律性と生命という法益が憲法において高い地位にあるということは、刑法を用いることを——抽象的危険犯の形態であっても——原則としては正当化することができる。しかしながら、自殺とその援助を不処罰とすることは、個人の自己決定の承認が憲法上要請されていることの証左なのであって、これは立法者の自由裁量に委ねられていない。業としての自殺援助を刑法で禁止することは、個人がこの自己決定の領域では憲法上保障された自由を行使する余地を事実上残さない範囲で、援助を受けて自殺する可能性を狭めるものである。 (…)

[270] 立法者は、業としての自殺援助を禁止することによって、特殊な領域での法益保護のコンセプトを追求している。StGB217条は、業として自殺の機会を与え、得させ又はあっせんすることを、生命を抽象的に危殆化する行為として禁止している (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 3, 14; vgl. auch Rn. 25)。抽象的危険犯とは、予防的に法益を保護するための理念的な手段である。抽象的危険犯は、類型的なリスク形態としての危険源に対抗するものであり、そこでは具体的な保護利益の存在あるいは確実性が有効に捕捉されている必要はない (vgl. dazu bereits Rn. 25; vgl. allgemein Heine/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, Vor § 306 Rn. 4; vgl. auch BVerfGE 90, 145 <203 f.>, abw. Meinung Graßhof; Kasper, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 410)。

[271] 確かに、刑法的保護のこうした前倒しによって、必然的に、個別具体的な事例で遡及的に考察すればおよそ危殆化に至り得なかったような行為態様であっても処罰の対象となる (vgl. Stächelín, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, S. 94; Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 186)。しかし、憲法上は、立法者は原則として、一般予防を理由として、法益を危殆化する単なる一般的傾向を有する行為を、事情によっては既に早い段階で禁止することを妨げられない (vgl. BVerfGE 28, 175 <186, 188 f.>; 90, 145 <184>; vgl. auch BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 11. August 1999 - 1 BvR 2181/98 u.a. -, Rn. 92; kritisch BVerfGE 90, 145 <205 f.>, abw. Meinung Graßhof)。さもなければ、立法者は、学術的又は実証的に確かな知見がないために正確には評価できないような、高位の法益に対する危険に対処する可能性を奪われてしまう (vgl. Appel, Verfassung und Strafe, 1998, S. 572 f.)。個々の事例において、抽象的な法益保護に立ち戻ることの正当性は、保護されるべき法益の意義によって決定的に規定される (vgl. Jäger, JZ 2015, S. 875 <882>)。

[272] 以上のことから、憲法が生命と自律に付与している高い地位は、

これらが自殺援助の領域では特段の危険に晒されているためになおのこと、その実効的な予防的保護を正当化するには原則として適している。自殺の決意は脆弱なものであることが経験的に裏付けられているが (vgl. dazu Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 89 <Mai 2009>), このことが重要であるのは、自己の生命についての決断は実行に移してしまうと取り返しがつかないために当然ながら際立ったものであるという、まさにそのような理由からである。

[273] しかし、自己の生命を終わらせることについての個人の自律的な決定を保護するために刑法を用いることを正当化することは、自由な決断が最早保護されず、それどころか不可能にされているような場面で限界に直面する。

[274] 自殺とその援助を不処罰とすることは、個人の自己決定の承認が憲法上要請されていることの証左なのであって、これは立法者の自由裁量に委ねられていない。基本法の憲法秩序の根底にあるのは、人間の尊厳と人格の自由な発展により、自己決定と自己答責において規定されている人間像である (vgl. BVerfGE 32, 98 <107 f.>; 108, 282 <300>; 128, 326 <376>; 138, 296 <339 Rn. 109>)。この人間像は、あらゆる規制的アプローチの出発点でなければならない。

[275] 自己決定と生命を擁護する国家の保護義務は、首尾一貫して、自身の生命に対する自己決定を脅かすような影響が及んだままになっている場合に初めて、個人の自由権に優越し得る。法秩序は、こうした影響に、事前配慮と安全装置 (Sicherungsinstrumente) で対抗することができる。しかしそれでも、それを超えて、自己の実存の意義についての理解に即して生を終えるという個人の決断は、自律的な自己決定による行いとして承認されなければならない。

[276] 自己決定による死を求める権利を承認することは、立法者が一般的な自殺の予防をし、とりわけ緩和医療的治療の拡充と強化によって病気に起因する自殺願望を押し留めることを妨げるものではない。国家は、他人からの侵害を阻止するだけでは、自律における生命に対する保護義務を

果たしたことにはならない。国家は、現在の、そして予測可能な現実の生活関係に根ざし、自殺を肯定して生命を否定する個人の決断に影響し得るような、自律性と生命に対する危険にも対抗しなければならない (vgl. BVerfGE 88, 203 <258> für das ungeborene Leben)。

[277] しかし、立法者は、個人の自己決定を完全に剝奪することにより自律性を脅かすリスクに対抗しようと試みることによって、その社会政策的義務を免れることは許されない。医学的な事前配慮と社会政策的インフラの欠如も、また過剰医療というネガティブな現象形態も、いずれも自己決定を喪失する不安を煽り、自殺の決意を促進するものであるが、立法者は、憲法上保護された自己決定権を失効させることでこれらに対抗することはできない。個人には、生命の維持を目的とする申し出を拒否し、自己の実存の意味についての自己の理解に基づいた、用意のできている第三者の援助を受けて自己の生を終わらせるという決断を実行に移す自由が存しなければならない。自律に逆行する生命の保護は、人間の尊厳を価値秩序の中心に据え、それによって人間の自由な人格を憲法における至上の価値として、その尊重と保護を約束する共同体の自己理解と矛盾するものである。自己決定によって人格を維持するための自殺の自由が有し得る実存的意義に鑑みれば、現実に即して考えると、自殺する可能性は常に保障されていないなければならない (Rn. 208 ff.)。

[278] 憲法により強制力をもって保護されるべき自律的な自己決定を展開する余地を、業としての自殺援助の禁止は侵害している。確かに、StGB217条の規定は、それが専ら業としての自殺援助を、立法者がとりわけ自律性を脅かすと位置付ける現象として刑罰で威嚇することによって、憲法が要求する自殺とその幫助の不処罰を原則として認めている (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 2)。しかし、この禁止は、孤立した法的行為 (Rechtsakt) として展開されているものではない。むしろ、その導入の際に明らかになっていた法律状況との関連を見れば、その禁止について次のようにいうことができる。即ち、業として行われぬ自殺援助は不処罰のままであること、緩和医療とホスピスのサービス提供が法的に拡充されて

いること、そして自殺援助の提供が外国で利用できてしまうこと、これらは業としての自殺援助の禁止に由来する基本法上の自由の制限を埋め合わせるには不適合であるため、この禁止は、自殺する自由を広い範囲で事実上空洞化させてしまっているということである。個人に対して、自己決定権を侵害することなくその他の選択肢を利用することを示すことができないのである。

[279] StGB217条は、自殺の決意に自由と反省が欠けているという否定できない一般的な疑いをかけることによって、業としての自殺援助の絶対的禁止による保護のアプローチを用いて、個人の自己決定を、この法規が把握する領域において完全に剝奪している。これによって、自由に自己決定をして自己を発展させる能力を有する存在としての、憲法が形成する人間の基本思想 (vgl. BVerfGE 32, 98 <107 f.>; 108, 282 <300>; 128, 326 <376>; 138, 296 <339 Rn. 109>) は、歪曲されてしまう。それゆえ、自己決定に実際的な余地を残し、個人にその自己イメージと自己理解に反して生きることを強制しないためには、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は正当な関心事は、ここでは自律性を保障するような、より影響の少ない措置を目指して、断念されなければならない。

[280] 確かに、StGB217条の規定は、一定の——業としての——形態による自殺の援助に限られたものである。しかし、いずれにせよ、それと共に生じる自律性の喪失も、残された選択肢が提供する自己決定の見通しが単なる空論に過ぎず、現実的なものを提供していない限りでは、これに比例するものではない。StGB217条の反自律的な効果は、業としての自殺援助が得られない数多くの状況では、自殺の決意を実行に移すための信頼できる現実的可能性が個人には残されていない、というまさにそのことによって強められる。

[281] StGB217条を限定解釈することによって個別事例では自殺援助が依然として無罪であるということも、緩和医療が提供されていることも、あるいは外国で自殺援助の提供を利用できるということも、いずれも憲法上要求された終末期における自己決定を貫徹させる十分な助けとはいえない

い。(…)

[283] それにもかかわらず、援助を受けて自殺する可能性は業として提供されていなくても事実上利用可能であるとする立法者の暗黙の想定は、法秩序の統一性に配慮していない。立法者が継続的に存在する他の選択肢を示しながら一定の形式における自由の行使を不可能にするのであれば、残された行為の選択肢は、実際にも基本権を実現することに適していなければならない。こうした実際の影響力という条件は、自殺する権利にとりわけ妥当する。ここでは既に、自己の表象に即して現実に行為できるという個人の確証が、アイデンティティーをもたらしている。(…)

[284] したがって、法秩序が自律性にとって危険ないくつかの自殺援助の形式、とりわけ業としての自殺援助を処罰する場合には、少なくとも、禁止されていても、個別事例においては、自由意思によって準備された自殺援助への門戸が現実には開かれていることを保障しなければならない。自殺援助の包括的な刑法上の禁止を断念するだけでは、これを満たしてはいない。業としての自殺援助の提供がなければ、個人は存在している治療関係の内外を問わず、少なくとも必要な作用物質を処方することで補助的に自殺に協力してくれるような個人的準備をしている医師に頼らざるを得ない。現実的に考えれば、このような医師の個人的準備を前提とすることができるのは、ごく例外的な事例だけである。臨死介助団体は、まさにこうした状況に、自殺援助の提供をもって対応しているのである。一方で、医師は自殺を援助する義務を負うことはないが、他方で、職業法における自殺援助の禁止は、医師の職業法で主として予定されているように、少なくとも事実上は行為を誘導する効果がある。(…)

[290] 医師の職業法は、医師個人の良心に基づく判断を超えて、あるいはこれに完全に反して、自殺援助についての個人的準備に、更に多くの制限を課している。その結果、StGB217条によれば業としてではなく許される自殺援助は、個人にとっては通常の場合では単に理論的なものでしかなく、しかも——憲法で要求されている個人の自己決定の自由領域を維持するためには重要なものでありながら——非現実的な行為の選択肢となって

いる。いずれにせよ、連邦で規定されている医師の職業法は、連邦領域の大部分で自殺援助が職業法で禁止されることを予定している。医師の職業法が不均一に形成されると、個人の自己決定の実現は、憲法上容認できない態様で地理的偶然性に帰せしめられる。医師による自殺援助を職業法で禁止することが今日的な形において法的に有効であるか否かは、この点については重要ではない。いずれにせよ、この職業法には事実上、行為を誘導する効果がある。(…)

[298] ドイツにおけるホスピス及び緩和医療の提供を改善するための法律 (das Gesetz zur Verbesserung der Hospiz- und Palliativversorgung) (BGBl I 2015 S. 2114 ff.) によって、業としての自殺援助の禁止の導入と実質的な連関をもって議決された、患者の緩和医療による患者のケアの改善 (…) も、個人の自己決定の制限に比例性がないことを埋め合わせるには適していない。こうした改善は、緩和ケアが量的にも質的にも現に不足していることを解消するかもしれないし、それによって、ケアの不足ゆえに死にたいと願う重病者の数を低下されるのには適しているかもしれない。しかし、こうした改善は、それでもなお、あるいはそれとは無関係に自由な自己決定により覚悟した自殺の決意の制限を、是正するものではない。

[299] 緩和医学的な治療行為を受ける義務は存在しない。同時に医学的——緩和医学的なものも含め——治療行為が自律に反する義務に転ずることなく、あくまでも提供であり続けるためには、こうした治療は——個人が自分では自由に自らの保護に配慮することができない危険に晒されている場合は別としても (vgl. BVerfGE 142, 313 <341 Rn. 79>) ——患者の意思を蔑ろにしてはならない。自己の生を終わらせるという決断は、それが自由でありかつあらゆる関連事情を知った上でこれを考慮して決められたものである限り、存在する別の選択肢は採らないという決断も同時に含むものである。こうしたネガティブな点においても、この決断は自律的な自己決定の行為として、受け入れられなければならない。

[300] それに加えて、国家的共同体は、外国で自殺援助の提供を利用して

きる可能性を個人に提示してはならない。国家は、GG1条3項に従って基本権の必要的保護を、自国の法秩序の中で保障しなければならない (so bereits BVerwGE 158, 142 <158 Rn. 36>)。

[301] 最後に、第三者保護の観点から、StGB217条による個人の自己決定の制限を正当化するには適していない。確かに個人は、自分の属する共同体における相関性と拘束性という意味においては、自己の基本権的自由の制約に服さなければならず、その制約とは、立法者が所与の事情の下で一般的に期待可能な限度で、社会生活における義務と要求に結び付けているものである。もっとも、その際には、人間の自主性が保障されていなければならない (vgl. BVerfGE 4, 7 <15 f.>; 59, 275 <279>)。したがって、確かに、例えば自己決定において脆弱でありそれゆえ保護が必要な人のために、業としての自殺援助の提供が有する模倣的影響を回避し、あるいは誘因効果を防止するといった第三者保護という関心事は、こうした理由から自殺を予防する行為を正当化し得る。しかし、こうした関心事は、個人が自殺する自由を事実上空洞化されることを甘受しなければならない、ということ正当化するものではない (Rn. 273 ff., insbes. Rn. 281 ff.)。

[302] 以上の評価は、基本権の内容と射程を決める説明を補助するものとして援用することのできる欧州人権条約 (vgl. BVerfGE 111, 307 <317 f.>; 149, 293 <328 Rn. 86>) と、欧州人権裁判所が定めた条約法による基本的評価 (vgl. BVerfGE 148, 296 <354 Rn. 132, 379 f. Rn. 173 f.>) と一致するものである。(…)

[307] 憲法異議の申立人である医師及び弁護士については、ドイツ国民である限り、GG12条1項に基づき、業としての自殺援助の禁止に対して憲法上保護される。スイス国籍を有する医師である申立人、申立人であるドイツの団体並びに同組織の代表者及び従業員については、いずれにせよ、一般的行為の自由の保護が働く。これらの基本権の侵害は、憲法上正当化されない。(…)

[331] (…) 業としての自殺援助の禁止は、自己決定により自殺を決意した人の一般的人格権とは両立しないために (…) 客観的な憲法に抵触

し、その結果として、規範の直接の名宛人に対しても無効である (vgl. BVerfGE 61, 82 <112 f.>)。 (…) 自己決定による死を求める権利の表れとして基本権によって保護される、援助する準備のある第三者の幫助を受けると共に付き添われて自殺するという個人の自由は、自殺援助の基本権的保護に、内容的に依存している。自殺の決断は、その実行にあたっては、第三者が自殺の機会を与え、得させ又はこれをあっせんする用意があるということに、事実上の観点においてのみ依存するものではない。第三者は、自殺援助の準備をすることが法的にも許されなければならない。さもなくば、個人の自殺する自由は事実上空洞化してしまう。このような法的依存の諸事例においては、関与者の行為態様には機能的連関がある。一方の行為者の基本権的保護は、他方による基本権行使にとっての前提条件である (vgl. Kloepfer, in: Festschrift für Klaus Stern, 2012, S. 405 <413 ff.>)。二者が基本権を、共通の目的に向けられた方法で行使できることで、即ちここでは援助を受けて自殺するという願望の実現であるが、それによって初めて自己決定による死の憲法上の保護は有効となる。それゆえ、自殺する権利の保障は、それに対応する自殺援助者の行為を基本法上広く保護することとも一致するものである。 (…)

[334] StGB217条を憲法に適合するように解釈することはできない。業としての自殺援助は一定の事情の下で許されると説明することによってこの規範の適用範囲を限定する解釈は、立法者の意図に反すると共に、法律によって十分に定められていなければならないという命令 (GG103条2項) と相容れない、司法権による独自の法創造に等しいであろう (vgl. BVerfGE 47, 109 <120>; 64, 389 <393>; 73, 206 <235>; 105, 135 <153>)

[335] これはとりわけ、自由で答責的な自殺を援助することは可罰的でないとする解釈について妥当する (vgl. zu einem solchen Ansatz Kubiciel, ZIS 2016, S. 396 <402>)。こうした解釈は立法者の関心事 (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 3) と矛盾するであろう。この解釈は結果的に当該規定を実務上、空洞化してしまうであろう (vgl. Riemer, BRJ 2016, S. 96 <101>, zugleich m.w.N. zu abweichenden Ansätzen)。

[336] 医師は StGB217条 1項の例外であるとする解釈も採用できない。立法者は、StGB217条を一般的犯罪として制定し、医業従事者を特権化することは意識的に差し控えている (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 18)。 (…)

[338] StGB217条が違憲であるということは、立法者は自殺援助の規制を一切慎まなければならないとの結論を導き出すものではない。立法者は、個人が生を終わらせる決断をする際の自律性に対する立法者の保護義務から、憲法上要求し得ない態様で、行為する使命 (Handlungsauftrag) を導き出している。 (…) しかし、立法による保護のコンセプトは、基本法における憲法秩序の根底にある、自由に自己決定し、自己を発展させる素質を持った、精神的一道徳的存在としての人間像へと向けられるべきである (vgl. BVerfGE 32, 98 <107 f.>; 108, 282 <300>; 128, 326 <376>; 138, 296 <339 Rn. 109>)。個人を自己決定することができる人間として憲法上承認するためには、自己決定の保護に対する国家的介入を厳格に制限することが必要であり、自己決定の保護は医学的・薬理的な質の保証と、濫用からの保護といった諸要素によって、補完することができる。

[339] 自己の生についての自己決定を保護するために、組織化された自殺援助という現象に関して、立法者には幅広く多様な可能性が開かれている。この可能性は、例えば説明義務と待機義務を法律で定めるなど手続的な保護のメカニズムを積極的に調整することから、自殺援助の提供の信頼性を保証するための許可の留保、更には StGB217条の規制思想に即した、特に危険を孕んでいると思われる形態での自殺援助を禁止することまで及ぶ。そうした可能性は、保護されるべき法益の意義に照らして、刑法に位置付けられることも、あるいはいずれにせよ刑罰的制裁によって違反から守られることもあり得るところである (…)

[340] しかし、自殺には個人的な自殺の決断の根底にある動機が含まれ、この動機を客観的な理性の基準によって判断することはできないので (vgl. Rn. 210)、自殺する権利を憲法上承認することを根拠として、自殺援助の許容性を実体的基準に従って判断すること、例えば不治の病や死に至る病の存否にかからせることは不可能である。これは、生の状況に応じ

て、自殺意思の真剣さと持続性の証明に課される要件が異なり得るということ、妨げるものではない。手続的保障のコンセプトを展開することは、立法者の自由裁量に委ねられている。

[341] もっとも、援助を受けた自殺をどのように調整的に制限するとしても、それは自由な決断に基づいて第三者の援助を受けて自己の生を終わらせるといふ、憲法上保護された個人の権利に、これを展開し実行に移すための十分な余地を実際に残すことを保障するものでなければならない。そのためには、医師及び薬剤師の職業法を持続的に整備するだけでなく、場合によっては麻薬法の改正も必要である。

[342] 法秩序を持続的に形成する義務は、薬事法及び麻薬法の領域で保障されている消費者保護及び濫用の防止という諸要素を維持し、これを自殺援助の領域における保護のコンセプトへと組み込むことを、不可能ならしめるものではない。これらは全て、自殺援助の義務を負わせてはならないということについて、変更を加えるものではない。(…)

《研究》

1. 本判決は、2015年12月10日に施行された StGB217条「業としての自殺援助」が違憲無効であることを宣言するものである。本条項は、その成立当初より、学説からの強い批判に晒されていたが、本判決をもってこの論争には一つの終止符が打たれたことになる。本研究では、本条項の施行から本判決に至るまでの議論と、本判決に対するドイツ学説からの反応について概観する。

2. StGB217条は、1項で「他人の自殺を促進する意図をもって、その他人に業として自殺の機会を与え、得させ又はあっせんした者は、3年以下の自由刑または罰金に処する。」と規定し、2項において「みづから業として行動することなく、第1項に規定された他人の親族又はその他人と密接な関係にある者は、共犯として罰しない。」¹⁾と定めている。このよう

1) 本条項の訳については、グンナー・デュトゲ、海老澤侑＝鈴木彰雄＝谷井悟司＝鄭翔＝根津沈希訳「業としての自殺援助」(刑法217条)：不当なパターン

な規制が設けられた契機となったのは、スイスに本拠を置く、いわゆる臨死介助団体が、ドイツにその支部を設立したことにある。即ち、臨死介助団体がドイツ国内において臨死介助を提供することに対し、宗教的にこうした活動をタブー視する立場から、法的に規制すべきであるとの要請が高まったのである²⁾。こうした経緯から制定された StGB217条は、しかし、その成立前から既に法学界からの強い批判に晒されていた。その代表的なものとして、Hilgendorf 及び Rosenau の共同声明³⁾が挙げられよう。この共同声明には151名もの刑法学者が署名しており、この事実は端的に、StGB217条が伝統的なドイツ理論刑法学と相容れないものであるということを示している。結果として、立法府はこの共同声明を顧みることなく StGB217条の改正に踏み切ったのであるが、同条項に対してはその後も刑法学者から強い批判が差し向けられ続けていた⁴⁾。こうした状況の中で、

リズムの典型例！」比較法雑誌第52巻3号(2018年)48頁を参照した。

- 2) ドイツにおいて臨死介助団体に対する規制を支持する者の論拠については、エリック・ヒルゲンドルフ、高橋直哉訳『医事刑法入門：学習と実務』(2019年)94頁以下を参照。また、本稿では省略しているが、本判決の Rn. 144 ff. においても、StGB217条を支持する諸見解が参照されている。もっとも、本判決は「教会の陳述について内容的に検討しないどころかこれを無視しており、結果として、国の立法機関が全国民に特定の、つまり本件では宗教的見解を押し付けることを認めなかった」。vgl. Hartmut Kreß, MedR 2020, 572, 573.
- 3) Eric Hilgendorf und Henning Rosenau, Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer zur geplanten Ausweitung der Strafbarkeit der Sterbehilfe, medstra 2015, S. 129.
- 4) デュトゲ・前掲注1)のほか、日本に紹介されているものとしては、例えば以下を参照。ハロー・オットー、鈴木彰夫訳「自殺の幫助と自殺の介助」比較法雑誌50巻1号(2016年)117頁、アルビン・エーザー、嘉門優訳「ドイツにおける臨死介助と自殺関与罪の立法の経緯について」井田良＝井上宜裕＝白取祐司＝高田昭正＝松宮孝明＝山口厚編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』(2016年)567頁、グンナー・デュトゲ、神馬幸一＝只木誠訳「刑法的に規制された死一業としての自殺援助という新しい刑法上の構成要件―」比較法雑誌50巻3号(2016年)209頁、Eric Hilgendorf, Sterben im Schatten des Strafrechts: Neue Probleme der Sterbehilfe in Hospizen und Palliativstationen durch die Re-

本判決は本条項の違憲無効を宣言したのである。

3. 本判決について、ドイツ刑法学は結論を支持する方向で概ね一致している。もっとも、判決理由については個々の論者によって評価が分かるところである。例えば、Brunhöberは、本判決が、自己決定による死を求める権利が一般的人格権の表れとして基本法で保障されていると認めた点については、とりわけ賛同に値するものであると評価し、そしてかかる権利が保護される範囲を拡大した点についても正当であるとしているが、他方で本判決が、自殺する権利は、自殺するために第三者に援助を求め、そして援助が提供される限度で、これを要求する自由をも含むとした点については、理由付けに乏しいと評している⁵⁾。また、Brunhöberは、本判決が自己決定による死を求める権利を論ずるにあたっては、「自己決定性」とは何を意味するのかを更に明確にしておく必要があったとも述べている⁶⁾。その上でBrunhöberは今後の制度論との関連で、専門的な自殺援助の提供は家族や医療の負担を軽減するために高齢者や病者に自殺するよう強く促すものであるとする立法者の認識は納得できるものではなく、むしろ厳格な条件の下で専門的に自殺援助が行われることで、生命は高い位置価値を有していることが保証され、そしてまた、例外的状況と自殺者本人との近さから、場合によっては最早あらゆる注意の基準を満たすことのできない人が一度きりの自殺援助をするよりも、〔自殺の〕決断の自己決定性を保障するであろうとする⁷⁾。

form des assistierten Suizids in § 217 StGB, 比較法雑誌51巻1号(2017年)31頁, Henning Rosenau, Der Streit um die Sterbehilfe und die Suizidbeihilfe in Deutschland, 比較法雑誌51巻4号(2018年)1頁, Rosenau Henning, 海老澤侑=只木誠訳「ドイツにおける臨死介助と自殺幫助を巡る争い」白門70巻4号17頁, デュトゲ・前掲注1)47頁, フランク・ザリガー, 大杉一之=只木誠訳「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(2020年)1頁など。

- 5) Beatrice Brunhöber, NStZ 2020, S. 528, 539.
- 6) Brunhöber (o. Fn. 5), S. 540.
- 7) Brunhöber (o. Fn. 5), S. 541.

Duttge もまた、本判決の理由付け全てが等しく納得いくものではないとしても、StGB217条の無効を宣言するのは避けられないことであったと評価する。Duttge は、StGB217条の示す態度は、公共の福祉へと向かう責任倫理では一切なく、NIMBY (not in my back yard) と呼ばれる合理的エゴイズム⁸⁾であるとして、これを批判する。そのため、Duttge は基本的に本判決を正当と解するが、唯一、本判決が自己決定を論ずるにあたって、「関係性」の問題を持ち出したことについては、異を唱えている。即ち、Duttge によれば、関係性の中での自己決定という概念は、極めて多面的であると同時に、連邦憲法裁判所の意に反して、個々人の地位を相対化してしまうものである。それゆえ、Duttge は、「自律的」な自殺の決意に服する幫助として関与者の「所為」が評価し尽されるのであれば、刑法的な意味での不法も、また同意できない (missbilligungswürdig) 不法も存しない、とのロジックを連邦憲法裁判所は用いるべきであったとする⁹⁾。

また、Hillenkamp の指摘するところによれば、一般的人格権から自殺する権利を演繹するという事それ自体は目新しいことではなく、また BGB 1901a 条を承けた BGH の判例に照らしても意外なことではない。むしろ、Hillenkamp は、連邦憲法裁判所が BGH の判例の流れを取り入れたことそれ自体に新規性を見出す。そして、自殺とは基本権の行使であるのだとすれば、①自殺未遂は処罰されない(そうした議論自体が時代遅れである)、②憲法に基づいて、自殺は最早「甚だしく道徳律に反する」あるいは「違法である」と言われることはなく、それゆえ自殺者の意思は最早有意性がない (unbeachtlich) ものとして脇に退けられ得る、そして③ BGH が2019年の2件の判決¹⁰⁾において StGB323c 条の意味における「事

8) 本件に即して言えば、「臨死介助団体がスイスで活動するのは構わないが、ドイツではやめてくれ」という、いわゆる「総論賛成・各論反対」の態度である。

9) Gunnar Duttge, MedR 2020, S. 570, 571 f.

10) BGH, Urteil. vom 3. 7. 2019-5 StR 132/18, BGHSt 64, 121; BGH, Urteil vom 3.7.2019-5 StR 393/18, BGHSt 64, 135.

故」へと自己答責的な自殺をも包摂したことは、それを認めてしまうことによって基本権の行使を阻止せよという根本的な命令が生じてしまうため、憲法に反した解釈に基づくものである、との理解を導き出す¹¹⁾。

また、臨死介助団体の活動をドイツでどのように法的に扱うべきであるのかについても議論は始まっているところであるが¹²⁾、いずれにせよ、本判決はドイツにおける臨死介助団体をめぐる問題について最終的な決着をつけたものではなく、この問題を今後の立法に委ねたものであることは明らかである。

5. 最後に、本判決の比較法的意義について、若干ではあるが言及しておきたい。伝統的に自殺の共犯は罰さないという解釈学が展開されてきたドイツにおいて、StGB217条が「業として」という（それ自体問題のある）限定を付しながらも規制を及ぼしたことは、日本においても立法前¹³⁾から、あるいは立法後も関心を集めていた¹⁴⁾。もっとも、日本では刑法202条前段が自殺関与を処罰していることから、日独間の法律状況は根本的に

11) Thomas Hillenkamp, JZ 2020, S. 618, 620. もっとも、Hillenkamp は、本判決が口頭審理の開始から判決言い渡しまでに10か月を要したために、その間に原告の一部が死亡してしまった点を批判する。ders, S. 626.

12) 立法者は、専門家による自殺援助を調整的に許容することが望ましいとするのは、Brunhöber (o. Fn. 5), S. 541. また、Duttge (o. Fn. 9), S. 572. は、民間組織の活動を制限あるいは全面禁止するという〔立法〕裁量は最早ないとする。

13) 立法前のドイツの議論状況については、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年）347頁を参照。

14) StGB217条の立法理由書の翻訳は、神馬幸一訳「ドイツ刑法新217条の法律案理由書」獨協法学100号（2016年）横223（180）頁。立法後のドイツの議論状況を取り上げるものとしては、例えば、同「ドイツ刑法における「自殺の業務的促進罪」に関して」（同）横117（286）頁、甲斐克則「終末期の意思決定と自殺補助—各国の動向分析」井田良＝井上宜裕＝白取祐司＝高田昭正＝松宮孝明＝山口厚編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（2016年）545頁、山中敬一「ドイツにおける臨死介助と自殺関与罪の立法の経緯について」（同）611頁、只木誠「臨死介助協会と自殺援助処罰法—ドイツおよびスイスの現状」（同）647頁、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のもと

異なるものである。したがって、本判決が日本刑法学に及ぼす影響を過大評価することはできない。

しかしながら、それでもなお、本判決の核心部分というべきところの、一般的人格権から自殺する権利を導き出し、更には第三者に援助を求める権利もそこには含まれるとした点については、比較法的意義が認められるであろう。とりわけ、自殺関与罪とは正犯者(自殺者)の違法を前提とした共犯処罰規定であるとする、日本において有力に支持を集めてきた見解は、本判決とは明らかに両立し得ない。また、本判決が、自殺幫助を受けられる可能性を知ることには、条件付きとはいえ自殺を予防する効果があり得るとする専門家の意見を取り上げていることは、今後の日本の議論にとっても極めて示唆的である。

以上のことから、本判決は、法律状況の異なる日本においても、十分な比較法的意義が認められるであろう。

[追記] 校正中、柴嵩雅子訳「ドイツ連邦憲法裁判所、『業としての自殺幫助の禁止は違憲』」国際研究論叢34巻1号(2020年)125頁、神馬幸一「『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年)140頁、同訳「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(2)」獨協法学113号(2020年)423頁、同訳及び補足編集「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」同号459頁に接した。

づくわが刑法202条の処罰根拠の再考」井田良＝川出敏裕＝高橋則夫＝只木誠＝山口厚編『新時代の刑事法学―椎橋隆幸先生古稀記念〔下巻〕』(2016年)93頁、飯島暢「自殺関与行為の不法構造における生命保持義務とその例外的解除―ドイツ刑法217条の新設を契機とした一考察」井田良＝川口浩一＝葛原力三＝塩見淳＝山口厚＝山名京子『山中敬一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』(2017年)59頁、浅見昇吾「ドイツの自殺幫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(2017年)15頁など。