

## 《翻 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）

神 馬 幸 一（訳）

## 訳者解説

## 1. 本件の背景

本稿は、ドイツ刑法第217条「業としての自殺援助罪（geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung）<sup>1)</sup>」を違憲無効と判示したドイツ連邦憲法裁判所

---

1) 本稿訳者自身は、以前、本条項が新規立法された直後の段階で、その定訳が見出せない時期に、それを「自殺の業務的促進罪」という訳語により紹介した（拙稿「ドイツ刑法における『自殺の業務的促進罪』に関して」獨協法学100号〔2016〕横117〔286〕頁以下）。その訳語自体は、当該新規立法の根拠が示された法律案理由書（Bundestagsdrucksache 18/5373）を参考にして考案したものである（拙訳「ドイツ刑法新217条の法律案理由書〔Bundestagsdrucksache 18/5373〕」獨協法学100号〔2016〕横223〔180〕頁以下）。しかし、その後の我が国における議論の進展を介して、かかる条項は「業としての自殺援助罪」という訳語で紹介される機会が増えてきたように思われる。また、本稿訳者自身も、最近では、そのような訳語に改めた上で、紹介を試みている（例えば、拙訳〔監訳：只木誠〕「グンナー・デュトゲ『刑法的に規制された死 — 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〕209頁以下）。確かに、訳語の選定は、日独両国における刑法概念の比較を介して、慎重な検討が必要であろう。ただし、かかる分析作業は、本稿の主要な目的とするところではないので、この点は、改めて別稿を起こす際の機会に譲り、本稿では、慣行化してきたものと思われる「業としての自殺援助罪」という訳語を用いることにする。

第2法廷2020年2月26日判決<sup>2)</sup>全文の翻訳である。

このドイツ刑法第217条は、2015年12月3日付けのドイツ刑法典一部改正<sup>3)</sup>により新設され、2015年12月10日以降、施行されていたものである<sup>4)</sup>。当該条項が導入されるまで、ドイツ刑法典は、自殺に関連する処罰規定を有していなかった<sup>5)</sup>。しかし、そこに生じた法的な間隙を突くかたちで、2000年代以降、会員制の臨死介助協会により、終末期医療の一環として不治の疾患に苛まれる患者の自殺を支援する活動がドイツでも展開され始めてきた<sup>6)</sup>。實際上、当該条項は、このドイツで社会問題化した「医師介助自殺(ärztlich assistierter Suizid)」の動向を牽制するという意味合いが含められていた<sup>7)</sup>。

確かに、医師介助自殺自体は、一見すると必要以上に人々を死へと駆り立てる傾向が懸念されうる<sup>8)</sup>。それは、ある意味、医療の濫用的形態とも考えられ

2) BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020 - 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16, 2 BvR 2527/16.

3) Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, BGBl I 2015, S. 2177. この立法内容を批判的に検討するものとして、アルビン・エーザー(訳: 嘉門優)「自殺関与の不処罰性 — ドイツにおける新たな制限 —」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)』成文堂(2016)567頁以下、甲斐克則「終末期の意思決定と自殺補助」(同)565頁以下、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頁以下、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頁以下、同「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=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)』信山社(2016)93頁以下参照。

4) ただし、判決文第89段落及び第124段落によれば、当該条項の適用事案は、従前において皆無とされている。

5) この点の背景事情に関しては、判決文第18段落以下でも紹介されている。

6) そのような当地の動向に関しては、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)349頁以下参照。

7) 前掲注(1)の拙訳で紹介された刑法第217条の法律案理由書においても、そのような臨死介助協会の動向は批判的に受けとめられている(Bundestagsdrucksache 18/5373, S. 9)。

よう。しかし、この医師介助自殺の問題のみならず、自殺一般に対して広範な刑法的介入を実施することは、たとえ、そのような類の倫理的違和感のみならず、一定程度の危険予測を前提にしているのだとしても、それだけで直ちに立法行為として憲法的観点から正当化されうるものではない<sup>9)</sup>。また、前述したように、当該条項の導入以前、自殺に関連する処罰規定を有してこなかったドイツ刑法の体系的観点からも、その論理的整合性に関して、刑法学者から多くの批判が展開されてきた<sup>10)</sup>。本稿で紹介する違憲判決の内容は、そのような憲法学的及び刑法的な疑問や批判に対する応答の集大成として位置付けられる。

## 2. 判決の概要

### 2-1 全体の構成

先ず、本判決は、最上位の項目建てとして、「事実調査報告 (Sachbericht)<sup>11)</sup>」, 「適法性 (Zulässigkeit)<sup>12)</sup>」, 「理由具備性 (Begründetheit)<sup>13)</sup>」, 「費用補償裁

- 
- 8) この点の立法事実に関しては、判決文第248段落以下でも詳細に検討されている。
- 9) 刑事立法行為と憲法判断の関係性に関して、ドイツの立法例も含め、精緻に分析するものとして、仲道祐樹「法益論・危害原理・憲法判断 — 刑事立法の分析枠組に関する比較法的考察 —」比較法学53巻1号(2019)25頁以下参照。
- 10) このような当地の憲法的及び刑法的議論状況を紹介するものとして、前掲注(1)、(3)及び(6)における論考の他、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 — 考察 —」井田良＝川口浩＝葛原力三＝塩見淳＝山口厚＝山名京子(編)『山中敬一先生古稀祝賀論文集(下巻)』成文堂(2017)59頁以下参照。
- 11) 判決文第1段落以下。
- 12) 判決文第181段落以下。Zulässigkeitに関しては、辞書の語義として「許容性」とも訳し得る。しかし、「許容性」の用語は、証拠能力に関する表現として定着している。訴訟法上のZulässigkeitは、むしろ当事者適格性の有無を表しており(本判決でも、当該部分では、そのような資格の有無が検討されている)、現在では、かかる訴訟要件に関する「適法性」という訳語が一般的とされている。本稿でも、そのような訴訟法上の翻訳慣行に従う。ただし、この訳語は、実体法概念との「適法性」との判別が付きにくいという難点は残されている。同様の事情を指摘するものとして、吉中信人「少年法の起訴強制手続について」広島法学22巻1号(1998)147頁以下参照。

判 (Auslagenentscheidung)<sup>14)</sup>」の4部で構成されている。したがって、大まかな流れとしては、本件に関する立法事実が確認された上で(事実調査報告)、本件を導く関連事件における当事者適格性等の形式的要件が検討され(適法性)、当該条項の違憲性を巡る実体的な意味での理由付けが述べられ(理由具備性)、費用負担の問題に関する判断で締め括られている(費用補償裁判)。最後の「費用補償裁判」を除いて、各々の概要は、次の通りである。

## 2-2 「事実調査報告」部分

この事実調査報告においては、連邦議会資料から読み取れる刑法第217条の立法経緯のみならず、自殺一般を巡る法規制の沿革に関しても、古代ローマ法にまで遡るかたちで、その淵源が検証されている。また、刑法第217条の立法事実にも大きな影響を与える諸外国(スイス、オランダ、ベルギー、アメリカ・オレゴン州、カナダ)の法制度が併せて紹介されている。そのような意味で、当地の憲法訴訟における「事実関係(Sache)」の確認は、法制史という時間的拡がりと比較法という空間的拡がりすら伴うものであることが示されている。

かかる立法事実の確認に引き続いて、事実調査報告では、本判決を導く6件の「憲法訴願(Verfassungsbeschwerde)<sup>15)</sup>」に関する要約が展開されている<sup>16)</sup>。そこでは、各々の憲法訴願における訴願人の状況及び訴願内容の概要が

---

13) 判決文第200段落以下。Begründetheitに関しては、辞書の語義として「論拠性」とも訳し得る。しかし、現在では、実体審理の理由付けを論述する部分として、「理由具備性」という訳語が(特にドイツにおける行政訴訟の翻訳では)定着しているようである。本稿でも、そのような(行政)訴訟法上の翻訳慣行に従う。

14) 判決文第343段落以下。

15) 「憲法異議」とも訳される。おそらく、ドイツ憲法訴訟の研究者の間では、「憲法訴願」という訳語には異論があるものとも思われる。例えば、ドイツ憲法判例研究会(編)『ドイツの憲法判例(第2版)』信山社(2003)その他の典拠参照。しかし、本稿では、後述する「訳出方針」で参照した文献に従って「憲法訴願」とする。

16) 判決文第33段落以下。各々の憲法訴願は、原文において、IからVIまでのローマ数字で略記されている。本稿では、各々、第1事件(2 BvR 2347/15)、第2事件(2

記載されている。全ての訴願人は、一致して刑法第217条の違憲性を主張している。ただし、そこで問題とされた権利侵害の内容及び程度は、様々である。また、訴願人の中には、自然人のみならず、法人（登記社団としての臨死介助協会）も含まれており、また、ドイツ刑法は、場合により国外犯への適用が考慮されうることから、外国（法）人も訴願人に含まれている。この点は、本件における適法性の審査にも関連してくる。

かかる6件の憲法訴願を巡る概要が示された後、連邦憲法裁判所法の規定に従って、統治機構の担い手である立法府（ドイツ連邦議会、連邦参議会<sup>17)</sup>・行政府（連邦政府、州政府）・司法府（連邦通常裁判所長官、準司法的機関として同裁判所に属する連邦検事総長）の関係者から、刑法第217条に対する「意見表明（Stellungnahme）」が紹介され<sup>18)</sup>、それを補充するかたちで、本件に関して大きな影響力を有するものと思われる宗教界・医療界・法曹界に属する主要な団体からの意見表明が賛否両論のかたちで併記されている<sup>19)</sup>。そして、事実調査報告の最後は、2019年4月16日及び17日において、連邦憲法裁判所で実施された本件の口頭弁論に関する概要をもって締め括られている<sup>20)</sup>。

---

BvR 651/16), 第3事件 (2 BvR 1261/16), 第4事件 (2 BvR 1593/16), 第5事件 (2 BvR 2354/16), 第6事件 (2 BvR 2527/16) という表記で紹介している。

17) Bundesradは、従前、「連邦参議院」と訳出されてきた。しかし、それは、我が国における二院制のように、連邦議会と相俟って一体化した立法府を形成する機関ではない。また、Bundesradは、国民代表機関としての選挙制度も有していないことから、我が国の「参議院」とは大きく異なる。その意味で、「連邦参議会」と訳出するべきであるという主張がなされている。例えば、初宿政典（訳）『ドイツ連邦共和国基本法：全訳と第62回改正までの全経過』信山社（2018）ii頁、村上淳一＝守矢健一／ハンス・ペーター・マルチュケ『ドイツ法入門（第9版）』有斐閣（2018）56頁以下参照。本稿でも、後述する「訳出方針」で参照した当該文献に従って、「連邦参議会」とする。

18) 判決文第88段落以下。

19) 判決文第142段落以下。

20) 判決文第178段落以下。

### 2-3 「適法性」部分

以上の事実調査報告に引き続いて、本件の適法性に関する判断がなされており、そこでは、各々の憲法訴願における当事者適格性が検証されている<sup>21)</sup>。その冒頭では、本件訴願人の中でも、かかる判決以前の時点で、死亡した者に関しては、その手続の終了が宣言されている<sup>22)</sup>。また、本件訴願人の中でも、外国法人（具体的には、スイスの臨死介助協会）の当事者適格性は、否定されており、その論証が述べられている<sup>23)</sup>。更に、権利侵害の内容が間接的にすぎないことから、当事者適格性が疑わしい本件訴願人に関して、逐一、連邦憲法裁判所の判断が展開されている<sup>24)</sup>。

結論として、本件で当事者適格性が否定された者は、訴訟係属中に死亡した者と外国法人に留まる。このことから、連邦憲法裁判所は、比較的、広範なかたちで、刑法第217条の違憲性に関わる当事者適格性を認めたものと考えられる。

### 2-4 「理由具備性」部分

当該判決によれば、先ず、大前提として、死に関する自己決定は、基本法上、一般的人格権に含まれるものと位置付けられる<sup>25)</sup>。その上で、自殺する自由も、死に関する自己決定の延長線上にあるものとして、かかる自由の権利性が認められている<sup>26)</sup>。更に、この自殺する自由に関しては、そのために第三者の助力を要求する（介助自殺の）自由さえも含まれると判示されている<sup>27)</sup>。

この点、刑法第217条により可罰的とされた「業としての自殺援助罪」は、自殺支援に関わる様々な活動を実際上、不可能な状態にしており、たとえ、そ

---

21) 判決文第181段落以下。

22) 判決文第181段落以下。

23) 判決文第184段落以下。

24) 判決文第192段落以下。

25) 判決文第208段落以下。

26) 判決文第209段落以下。

27) 判決文第212段落以下。

れが間接的又は事実上の効果を有するにすぎないとしても、単なる反射効ではなく、前述の基本権に影響を与えうるものとして、そこでも憲法的に十分な正当化が求められなければならないと判示している<sup>28)</sup>。

そのような意味で、「業としての自殺援助罪」は、かかる重要な基本権と抵触する可能性が認められる。このことから、厳格な比例性の基準を用いて、その正当性が審査されるべきと述べられている<sup>29)</sup>。その一方で、受忍限度の審査(Zumutbarkeitprüfung)<sup>30)</sup>に際しては、介助自殺が憲法上、様々な保護領域(特に生命という高度な法益の保護に関する国家的義務)との間で葛藤を生み出している状況も併せて考慮されなければならないと判決文は指摘している<sup>31)</sup>。

かかる違憲審査基準によれば、ドイツ基本法上、高度な地位が認められている生命と自律性という両者の法益間の緊張関係を刑法により調整すること自体は、とりわけ生命を予防的に保護するという意味で正統性が認められるものと判示されている<sup>32)</sup>。しかし、たとえ、そのような刑法という手段により、自律性を危殆化する形態としての自殺支援のみが可罰的と定められているにすぎないのだとしても、同時に、ドイツの憲法的秩序は、個別具体的な事案で、任意に準備された自殺支援の利用可能性を現実的なかたちで保障するものでもなければならないと述べられている<sup>33)</sup>。

以上に照らして、刑法第217条における「業としての自殺援助罪」は、基本法で保護された死に関する自己決定の余地を実質的に残しておらず、事実上、介助自殺の可能性を空疎化していることから、同条項は、違憲であると結論付けられている<sup>34)</sup>。また、同条項が違憲だとしても、それ自体は、自殺支援に応

---

28) 判決文第215段落以下。

29) 判決文第223段落以下。

30) 訳語の選定に関しては、須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』法律文化社(2010)46頁以下の考察に依拠した。

31) 判決文第233段落以下。

32) 判決文第268段落以下。

33) 判決文第284段落以下。

34) 判決文第284段落以下。

じるべきことを何人にも義務付けるものではないと併せて指摘されている<sup>35)</sup>。

### 3. 訳出方針

本稿における訳語の選定に関しては、初宿政典(訳)『ドイツ連邦共和国基本法：全訳と第62回改正までの全経過』信山社(2018)、初宿正則＝須賀博志(編訳)『原典対訳・連邦憲法裁判所法』成文堂(2003)に概ね準拠している。その他、ドイツ憲法判例研究会(編)『ドイツの憲法判例(第2版)』信山社(2003)を含めたドイツ憲法判例研究会による一連の叢書及び本稿の注において引用した文献も参考にしながら訳出した。

各段落の冒頭には、段落番号を〔 〕内で示し、また、読者における理解の便宜を図るため、段落番号に引き続く( )内で、判決文「目次」部分に記載されている各段落の「見出し」を再掲している。この「見出し」再掲部分の付記は、原文には無いので注意されたい。更に、事件番号及び事件当事者に関わる詳細な情報部分は、判決文を理解する上で妨げにならない範囲で省略し、かかる省略箇所に関しては、【 】内で注記を付している。原語の定訳が不明の場合、原語の付記により文意が補える場合又は訳注を付記した方が理解の補助となりうる場合には、そのことを〔 〕内で付記している。これらの部分も、原文とは異なる点であるので注意されたい。

なお、この本件判決文では、原文上、ほぼ類似する行為概念が異なる単語・熟語により表現されている場合がある。基本的な訳出方針としては、原文における単語・熟語の使い分けに忠実であることを目指し、特に下記の頻出単語・熟語は、以下で示す対応関係において、訳語を固定化している。この点、「自殺幫助」という訳語の採用は、我が国において可罰的な「自殺幫助」概念との混同が生じることに加え、それとは異なり、比較法的に、不可罰的な行為態様を表す場合には、そこでの誤解も懸念されることから、本稿では、可及的に回避している。ただし、Beihilfeという単語が可罰的な意味合い(ドイツ刑法第27条の概念を指す場合又は我が国の幫助概念と類似する場合)で用いられて

---

35) 判決文第289段落、第342段落。

いる限りで、「幫助」という訳語を採用している場合もある。

### 自殺関係

- ärztliche Suizid(bei)hilfe ⇒ 医師による自殺介助
- Assistenz zur Selbsttötung (o.) zum Suizid ⇒ 自殺のための介助
- assistierte Selbsttötung (o.) assistierter Suizid ⇒ 介助自殺
- begleiteter Suizid ⇒ 看取られる自殺 (o. 自殺の看取り)
- Beihilfe zur Selbsttötung (o.) zum Suizid ⇒ 自殺に際しての助力 (ただし、可罰的な場合は、自殺幫助)
- Death with Dignity ⇒ 尊厳死
- (geschäftsmäßige) Förderung der Selbsttötung ⇒ (業としての) 自殺援助
- Hilfe zur Selbsttötung (o.) zum Suizid ⇒ 自殺のための助力
- medizinische Assistenz beim Sterben ⇒ 死に際しての医療的介助
- sich das Leben zu nehmen ⇒ 自殺する (こと)
- Sterbebegleitung ⇒ 死の看取り
- Sterbehilfe ⇒ 臨死介助 (ただし、ベルギーの法制度を紹介する場合は、現地語euthanasieを参考として「安楽死」)
- Suizidhelfer ⇒ 自殺支援者
- Suizidhilfe ⇒ 自殺支援

### 団体関係

- beschwerdeführender Verein ⇒ 訴願人社団
- e. V.(eingetragener Verein) ⇒ 登記社団
- Organisation ⇒ 組織
- Sterbehilfeorganisation ⇒ 臨死介助組織
- Sterbehilfeverein ⇒ 臨死介助協会
- Verein ⇒ 社団 (ただし、結社法の説明場面においては「団体」)
- Vereinigung ⇒ 結社

- Vereinsgesetz ⇒ 結社法
- Vereinsverbot ⇒ 結社の禁止

それ以外の単語も、基本的には、原語と訳語の対応関係を崩さないように努めている一方で、例外的に、文脈に応じて（特に専門用語ではなく、日常用語的な表現の場合）、同一原語であっても訳語を変更している。

訳	文
---	---

### 判決要旨

#### 連邦憲法裁判所第2法廷2020年2月26日判決

【事件番号部分：省略】

1. a) 一般的人格権（基本法第1条第1項と併せて適用される場合も含めた第2条第1項）は、個人的自律性の表れとして、自己決定的な死に関する権利を含む。  
b) 自己決定的な死の権利は、自殺する自由を包含している。人生の質及び自身の存在における意義の理解に従って、その人生を終わらせるという個人の判断は、自律的な自己決定に基づく行為として、国家と社会により尊重されなければならない。  
c) 自殺する自由には、そのために第三者の助力を求めたり、その助力が提供される限りで、それを要求する自由も含む。
2. 間接的又は事実上の効果を有する国家的措置も、基本権に影響を与えうるものであり、このことから憲法的に十分な正当化が必要となる。刑法第217条第1項で処罰されうる業としての自殺援助の禁止は、業として提供される自殺支援が自殺願望者により選択され、要求されることを事実上、不可能にしている。
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より衡量されな

ければならない。

- b) 受忍限度の審査に際して、介助自殺の規制は、憲法上、様々な保護領域との間で緊張関係にあることが考慮されなければならない。自己答責的に人生を終わらせる判断をし、そのための支援を求めるという他ならぬ自身の人生の終え方も含めた基本的な自己決定権を尊重することは、自殺願望者の自律性だけでなく、その上で、生命という高度な地位の法益を保護しなければならない国家的義務において、葛藤をもたらすものである。
4. 憲法が高度な地位に据えている自律性と生命において、刑法という手段により、その効果的な予防的保護を正当化することは、原則的には適合性が認められる。自律性にとって危険な特定の形態における自殺支援の処罰を法秩序が規定していたとしても、その禁止にかかわらず、法秩序は、個別の事案で任意に準備された自殺支援の利用可能性が現実的に残されたままであることを保障しなければならない。
5. 刑法第217条第1項による業としての自殺援助の禁止は、個人において憲法で保護された自由を行使する余地が事実上残されていない限りで、介助自殺の可能性を狭めている。
6. 自殺支援に応じることは、何人も義務付けられない。

## 連邦憲法裁判所

【事件番号部分：省略】

2020年2月26日付け

事務局文書官公示

【ドイツ国章部分：省略】

### 人民の名において

2015年12月3日付けの業としての自殺援助の可罰性に関する法律（連邦法令官報第I部2177頁）の版による刑法典第217条に対して、【本件訴願人列举部分：省略】による各憲法訴願の手續に当たり、連邦憲法裁判所 — 第2法廷 — は、【担当裁判官列举部分：省略】裁判官の関与の下における2019年4月16日及び

17日の口頭弁論に依拠して、公正に、次の判決を下す。

## 主文

1. 各手続は、同時審判のために併合される。
2. 2015年12月3日付けの業としての自殺援助の可罰性に関する法律（連邦法令官報第I部2177頁）の版による刑法典第217条は、第1事件第1番、第1事件第2番及び第6事件第5番の訴願人における基本法第1条第1項と併せて適用される場合も含めた第2条第1項による基本権を侵害し、第2事件及び第3事件第2番の訴願人における基本法第2条第1項による基本権を侵害し、第3事件第3番から第3事件第5番まで及び第6事件第2番の訴願人における基本法第2条第2項第1文及び第104条第1項と併せて適用される場合も含めた第2条第2項第2文による基本権を侵害し、並びに第3事件第6番、第4事件、第5事件第1番から第5事件第4番まで及び第6事件第3の訴願人における基本法第12条第1項及び第104条第1項と併せて適用される場合も含めた第2条第2項第2文による基本権を侵害する。この規定は、基本法と両立しえず、無効である。
3. 第6事件第1番の訴願人における訴願申立て及び第6事件第4番の訴願人における訴願申立ては、本人死亡により終了する。
4. 第3事件第1番の訴願人における訴願申立ては却下する。
5. ドイツ連邦共和国は、— 第3事件第1番の訴願人を除き — 憲法訴願に必要な費用を申立人に補償する。

## 目次

	段落番号
A. 事実調査報告	1
I. 序論	1
II. 手続対象と規制背景	8
1. 刑法第217条の規制内容	8

a) 文言	9
b) 立法手続	10
aa) 連邦議会資料第18期5373号	11
bb) 連邦議会資料第18期5374号	12
cc) 連邦議会資料第18期5375号	13
dd) 連邦議会資料第18期5376号	14
c) ドイツにおけるホスピス及び緩和ケアの改善に関して付随する法律	15
2. 法的沿革	16
a) 古代、中世及び近現代	17
b) ドイツ連邦共和国における展開	18
3. 従前の刑法解釈論	23
4. 刑法第217条の類型	24
III. 法制比較	26
1. スイス	27
2. オランダ	28
3. ベルギー	29
4. オレゴン	30
5. カナダ	31
IV. 憲法訴願	33
1. 第1事件：2 BvR 2347/15	33
a) 訴願人	34
b) 訴願申立て	35
aa) 介助自殺に関する権利の基本権的保護	36
bb) 侵害	37
cc) 憲法的正当化	38
2. 第2事件：2 BvR 651/16	41
a) 訴願人：登記社団S	42
b) 訴願申立て	46
aa) 基本法第9条第1項による保護	47

bb) 侵害	48
cc) 憲法的正当化	49
(1) 正統な規制目的	50
(2) 適合性	51
(3) 必要性	52
(4) 狭義の比例性	53
3. 第3事件：2 BvR 1261/16	56
a) 訴願人	56
aa) 第3事件第1番の訴願人：D	57
bb) 第3事件第2番の訴願人：登記社団D	62
cc) 第3事件第3番及び第3事件第4番の訴願人	65
dd) 第3事件第5番の訴願人	66
ee) 第3事件第6番の訴願人	67
b) 訴願申立て	68
aa) 訴願人社団の申立て	69
bb) その他における訴願人の申立て	70
4. 第4事件：2 BvR 1593/16	71
a) 訴願人	71
b) 訴願申立て	72
aa) 医師介助自殺の基本権的保護	73
bb) 刑法第217条の不十分な明確性に基づく医師介助自殺の可罰性	74
5. 第5事件：2 BvR 2354/16	75
a) 訴願人	76
b) 訴願申立て	77
aa) 医療実務における刑法第217条の影響	77
bb) 正統な規制目的及び危険予測	79
cc) 業としての自殺援助の禁止における必要性及び相当性の欠落	80
6. 第6事件：2 BvR 2527/16	81
a) 第6事件第1番の訴願人	82

b)	第6事件第2番の訴願人	83
c)	第6事件第3番の訴願人	84
d)	第6事件第4番及び第6事件第5番の訴願人	85
e)	第6事件第2番及び第6事件第3番における訴願申立て	86
f)	第6事件第5番における訴願申立て	87
V.	意見表明	88
1.	連邦憲法裁判所法第94条第4項による意見陳述権者	88
a)	連邦政府, 連邦参議会及び州政府 (バイエルンを除く)	89
b)	ドイツ連邦議会	90
aa)	適法性	91
(1)	第2事件及び第3事件第2番の訴願人における憲法訴願	92
(2)	第3事件第1番の訴願人における憲法訴願	96
(3)	第3事件第5番の訴願人における憲法訴願	97
(4)	第5事件の訴願人における憲法訴願	98
bb)	理由具備性	99
(1)	刑罰的生命保護を首尾一貫して拡大化した刑法第217条	100
(2)	自殺願望を有する訴願人の基本権的自由に関して比例性に適う制限	105
(a)	保護領域及び侵害	106
(b)	憲法的正当化	107
(aa)	正統な規制目的	108
(bb)	適合性	109
(cc)	必要性	114
(dd)	相当性	117
(3)	その他における訴願人の基本権的自由に関して比例性に適う制限	119
c)	バイエルン州政府	121
2.	連邦通常裁判所長官	124
3.	連邦通常裁判所における連邦検事総長	125

a)	介助自殺に関する権利の基本権的保護	126
b)	侵害	129
c)	刑法第217条という禁止規範の憲法的正当化	130
d)	刑罰による威嚇の憲法的正当化	131
aa)	刑罰による威嚇の正統性	134
bb)	適合性	135
cc)	必要性及び相当性	140
4.	連邦憲法裁判所法第27条aによる他の意見表明	142
a)	賛成の意見表明	144
aa)	キリスト教系宗教団体及びユダヤ人中央評議会	145
(1)	キリスト教系宗教団体	146
(2)	ユダヤ人中央評議会	149
bb)	連邦医師会及びマルブルク同盟	150
cc)	ドイツ看護協会	152
dd)	ドイツ緩和ケア財団, ドイツ緩和医療学会, ドイツ患者保護財団及び ドイツ・ホスピス及び緩和ケア連盟	154
(1)	自殺願望を有する訴願人の基本権的自由に関する憲法適合的な制限	155
(a)	一般的人格権に対する侵害	155
(b)	比例性	156
(2)	その他における訴願人の基本権的自由に関する憲法適合的な制限	162
b)	ドイツ弁護士会, 人道主義連合及びドイツ人道主義連盟における反対の意見表明	163
aa)	正統な規制目的の欠落及び不十分な危険予測	164
bb)	反比例性	168
(1)	必要性の欠落	169
(2)	非相当性	170
5.	独自発案的意見表明	174

a)	G B財団及びF世界観共同体	175
b)	E作業部会及びK作業連盟	177
VI.	口頭弁論	178
1.	第三者的な専門家に対する審尋	179
2.	ドイツ連邦議会の答弁	180
B.	適法性	181
I.	終了した憲法訴願	181
1.	第6事件第1番の訴願人	181
2.	第6事件第4番の訴願人	183
II.	第3事件第1番の訴願人における憲法訴願	184
1.	実体的基本権に鑑みて訴願人への基本権付与が欠如していること	185
a)	欧州連合法による第三国国民の基本権付与は拡大されないこと	186
b)	欧州人権条約による基本権保護は拡大されないこと	189
2.	基本法第103条第2項に関する狭義の当事者性の不十分な陳述	190
III.	その他における憲法訴願	192
1.	第1事件第1番、第1事件第2番及び第6事件第5番の訴願人	194
2.	第2事件及び第3事件第2番の訴願人	197
3.	第3事件第3番、第3事件第5番及び第6事件第2番の訴願人	198
C.	理由具備性	200
I.	第1事件第1番、第1事件第2番及び第6事件第5番の訴願人における一般的人格 権への侵害	202
1.	保護領域	204
a)	保障内容	205
b)	適用	208
aa)	一般的人格権の表れとしての自殺に関する権利	209
(1)	自身の人生終焉に関する自己決定の特別な人格的意義	209
(2)	一定の病状又は人生段階における保護に限定されないこと	210
(3)	基本法第1条第1項による自己決定権に例外はないこと	211

bb)	自殺の実施に際して第三者に助力を求めることの基本権的保護の拡大	212
2.	侵害	214
a)	間接的・事実上の侵害	215
b)	刑法第217条による自由制限の客観的影響	217
3.	侵害の非正当性	219
a)	制限性	221
b)	比例性原則の重要性	223
c)	小括	226
aa)	正統な規制目的	227
(1)	立法者の目的	228
(2)	立法目的の正統性	231
(a)	自律性及び生命という利益に関する保護義務	232
(b)	保護義務の範囲と射程	233
(3)	危険予測	236
(a)	憲法的統制密度	237
(b)	立法者の危険予測に関する審査	239
(aa)	任意の意思判断に関する要件	240
(bb)	任意の自殺判断における危険性	245
(cc)	立法者が仮定した危険性に関する審査	248
(a)	業として行為する自殺支援者をもたらず任意の自殺判断における危険性	249
(β)	社会的圧力をもたらず任意の自殺判断における危険性	250
(aa)	リベラルな自殺支援規制を設けている国々における自殺相談の展開	252
(ββ)	自殺率増加に関する限定化された実証的訴求力	256
(γγ)	社会的圧力という危険性の信憑さ	257

bb) 適合性	260
cc) 必要性	263
dd) 相当性	264
(1) 憲法的統制密度	265
(2) 適用	267
(a) 法益保護のための不可欠な手段としての刑法	268
(b) 自殺支援という繊細な基本権領域における謙抑的規制の要請	273
(c) 介助自殺に関する権利の刑法第217条による空疎化	278
(aa) 業としての自殺支援の領域における自己決定の保留化	279
(bb) 受忍可能な不可罰的代替行為の余地がないこと	281
(a) 個別事案において不可罰とされる自殺支援	282
(aa) 現実的な利用可能性の限定化	285
(ββ) 医療者の職業法による限定化	290
(β) 緩和医療的処置	298
(γ) 外国における自殺支援の提案	300
(cc) 第三者保護という観点による非正当化	301
4. 欧州人権条約による裁判との両立可能性	302
II. その他における訴願人の理由具備性	306
1. 刑法第217条の禁止規範による基本権への侵害	307
a) 憲法訴願を主張する医師及び弁護士における基本権への侵害	308
aa) 基本法第4条第1項第2肢を侵害しないこと	309
bb) 基本法第12条第1項を侵害すること	310
b) その他における訴願人の基本権への侵害	313
aa) 特別な自由権に損害を与えていないこと	314
(1) 基本法第12条第1項により保護されないこと	315
(a) 人的保護領域	316
(b) 物的保護領域	317

(aa) 第3事件第4番の訴願人	318
(bb) 訴願人社団	319
(a) 基本法第19条第3項による職業の自由という基本権の適用可能性	320
(β) 定款目的の事業実施に関するものではないこと	321
(2) 基本法第9条第1項により保護されないこと	323
(a) 人的保護領域	324
(b) 物的保護領域	325
(aa) 社団目的を実現化する活動は保護されないこと	326
(bb) 一般刑法に優先して保護されないこと	327
bb) 基本法第2条第1項を侵害すること	330
c) 憲法的正当化の欠如	331
2. 刑法第217条の刑罰による威嚇がもたらす基本権侵害	332
3. 秩序違反法第30条第1項第1号に応じて適用可能な過料による基本権侵害	333
Ⅲ. 合憲限定解釈の除外	334
Ⅳ. 憲法違反の効果	337
1. 刑法第217条の無効	337
2. 代替的規制の構想	338
D. 費用補償裁判	343

## 理由

### A. (事実調査報告)

#### I. (序論)

#### [1]

本件憲法訴願は、2015年12月3日付けで成立した業としての自殺援助の可罰性に関する法律（連邦法令官報第I部2177頁）の版による刑法第217条を直接的な対象とするものである。

[2]

訴願人は、第三者の助力を受けて、自身の人生を終わらせたいと考えている深刻な病気の患者、そのような支援を提供する目的でドイツ及びスイスに本拠地を置く社団、かかる組織の代表者、その協力者として外来又は入院患者のケアに従事する医師並びに自殺支援の助言及びあっせんに関わる弁護士である。

[3]

自殺支援を求める訴願人は、特に一般的人格権（基本法第1条第1項と併せて適用される場合も含めた第2条第1項）から自己決定的な死に関する権利を導出する。自律的な自己決定の表れとして、この権利は自殺において第三者の助力を求めることも含んでおり、そのような権利が刑法217条により侵害されているとする。業としての自殺援助における可罰性の帰結として、その者が求める自殺支援は、もはや利用できないものと主張されている。

[4]

訴願人社団は、基本法第12条第1項、第9条第1項及び第2条第1項に基づく基本権の侵害を主張し、かかる社団に従事している者のために、良心の自由（基本法第4条第1項第2肢）の侵害も併せて主張している。その者が提供する自殺援助は、刑法217条の構成要件を満たすものとされている。したがって、その者は、処罰されることなしに、この領域で活動できず、又は、社団の場合には、秩序違反法第30条第1項第1号による過料、若しくは、結社法第3条による結社の禁止に当たる危険性にさらされている。

[5]

訴願人の医師は、かかる憲法訴願により、基本的に、その者における良心の自由及び職業の自由（基本法第4条第1項第2肢及び第12条第1項）の侵害を主張している。

## [6]

同様に、訴願人の弁護士は、現在、自殺に関連する助言及び自殺支援に関する選択肢の提供をあっせんすることが可罰的とされているため、刑法第217条により、その者における基本法第12条第1項に基づく職業の自由が侵害されていると主張している。

## [7]

全ての訴願人は、当該規定における明確性の欠如に関する不服を一致して述べている。刑法第217条は、自殺援助の実施が個別の事案で不可罰とされうることを十分に保障していない。同様に、従前、不可罰とされてきた種類の臨死介助（間接的臨死介助及び治療の中止）と緩和医療が刑法第217条に含まれるかどうか、そして、どの程度まで含まれるかも確実に評価できないものとされている。したがって、この刑法規範は、患者の健康を志向する医療職の活動を妨げるものと主張されている。

## Ⅱ. (手続対象と規制背景)

## [8] (刑法第217条の規制内容)

1. 刑法第217条は、2015年12月3日付けで成立した業としての自殺援助の可罰性に関する法律（連邦法令官報第I部2177頁）により、2015年12月10日から施行された。

## [9] (文言)

a) 当該規定は、次の通りである。

業としての自殺援助

- ① 他者の自殺を援助する目的で、その者に、自殺に関する機会を業として提供し、作出し、又はあっせんした者は、3年以下の自由刑又は罰金刑に処する。
- ② 自らは業として行わず、かつ、第1項に定める他の者と親族であ

る者又は密接な関係にある者は、共犯として罰しない。

[10] (立法手続)

b) この版における刑法第217条は、業としての自殺援助の可罰性に関する法律案(連邦議会資料第18期5373号)に由来し、集中的な議会討論を経て、2015年11月6日にドイツ連邦議会の過半数において採択され(連邦議会議事録第18期134号13101頁)、その帰結として、2015年12月9日付けの連邦法令官報に業としての自殺援助の可罰性に関する法律として公布された(連邦法令官報第I部2177頁)。この立法過程においては、4つの法律案が投票にかけられ、ここでは、自身の人生を自己決定的に終わらせたいという願望に対処するために、その立法的対応として様々な構想が提案された。すなわち、それらは、業としての自殺援助の可罰性に関する法律案(連邦議会資料第18期5373号)、人生の終焉における医療的看取りの規制に関する法律案(自殺支援法、連邦議会資料第18期5374号)、自殺のための助力の不可罰性に関する法律案(連邦議会資料第18期5375号)及び自殺に対する共犯の可罰性に関する法律案(連邦議会資料第18期5376号)である。

[11] (連邦議会資料第18期5373号)

aa) 業としての自殺援助の可罰性に関する法律案(連邦議会資料第18期5373号)は、具体的に限定化された形態としての自殺援助を可罰的と定めており、かかる法律案が採用された。この法律が本件手続の対象である。

[12] (連邦議会資料第18期5374号)

bb) 人生の終焉における医療的看取りの規制に関する法律案(自殺支援法、連邦議会資料第18期5374号)は、従前の刑法的規制構造を維持したままにしておき、法的確実性を目的として、医師による自殺介助に関する特別な民法的規制のみを提案していた。そこでは、成年かつ同意能力を有する患者が自身の人生を終わらせるために、医師による任意の助力を求める権利は、積極的に確立されなければならないと述べられた。それによると、もっぱら患者が真摯かつ

最終的なかたちで自殺を望んでいること、他の治療選択肢や自殺援助の実施に関して医学的助言が与えられおり、疾患の経過の不可逆性と死亡の蓋然性が医学的に判断され、同様に、患者の自殺願望及び同意能力に関しては、第2の医師による確認が義務付けられなければならないとされている。

[13] (連邦議会資料第18期5375号)

cc) 自殺のための助力の不可罰性に関する法律案(連邦議会資料第18期5375号)は、医師による自殺介助のみならず、自己答責的な自殺のための助力の不可罰性を一般的なかたちで、法律上、明示的に規定することを目的としている。それは、法定された待機期間、助言及び記録義務並びに営利的行動の違反のみを可罰的とする。更に、この法律案は、自殺支援の義務化により、医師を明示的に免責すると同時に、これを職業法により禁止することもできないと定めた医師による自殺介助の特別な規制を主張している。これに矛盾する規制は、明らかに無効であることが宣言されなければならないと述べられている。

[14] (連邦議会資料第18期5376号)

dd) これに対して、自殺に対する共犯の可罰性に関する法律案(連邦議会資料第18期5376号)は、現行の刑法第217条の規制を上回るかたちで、自殺を教唆し、幫助することを総じて可罰的と定めるものである。

[15] (ドイツにおけるホスピス及び緩和ケアの改善に関して付随する法律)

c) 同時に、2015年11月5日に採択され、2015年12月1日に成立した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(ホスピス及び緩和ケア法、連邦法令官報第I部2114頁)も並行して立法化され、そこでは、外来及び入院によるホスピス及び緩和ケア事業の拡充が目的とされた。これによれば、とりわけ、法定健康保険の枠内での疾病治療及び在宅看護の一部として、緩和ケアが含まれ(社会法典第5編第27条第1項第3文、同第37条第2項a)、死の看取りは、法定長期介護保険の対象となる一連の事業の一部として定義されている(当初は、社会法典第11編第28条第5項;近時における条文の位置替えとして、

2015年12月21日付けの第2次介護ケアの強化及び関連法令の改正に関する法律〔連邦法令官報第1部2424頁〕第2条第13号〔c〕及び〔d〕により、社会法典第11編第28条第4項)。

#### [16] (法的沿革)

2. 業としての自殺援助の可罰性に関する法律により、1871年にドイツで統一された刑法的秩序の導入以来、初めて、自己答責的に行動する者の自殺に対する関与は、部分的に可罰化された。

#### [17] (古代、中世及び近現代)

a) ローマ法によれば、自殺及びその加功における刑の免除は、特殊な場合、例えば、自殺により兵役を回避したい兵士又は自殺により有罪の言渡し及び財産没収を回避したい被告人における例外として知られていた(この点を包括的に扱うものとして、Frantzen, *Mors voluntaria in reatu*, 2012参照)。中世及び近代の領邦法秩序は、もはや圧倒的多数の場合において、自殺未遂自体を処罰しなくなった一方で、しかし、その関与は散発的に単独で処罰されていた(Feldmann, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, S. 18-70参照)。後に1871年5月15日付けの法律によるライヒ刑法典へと継受される1870年の北ドイツ連邦における刑法典は、自殺の不可罰性を根拠として、従属性の原則によれば、自殺関与も同時に不可罰と結論付けたかたちで自殺関与の可罰性を規制していた。被害者の要求により、その死への加功行為が可罰的とされる場合は、刑法第216条の構成要件で定められた要求に基づく殺人のみであり、それは今日まで変更されていない(Oppenhoff, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 13. Aufl. 1896, S. 499参照)。

#### [18] (ドイツ連邦共和国における展開)

b) その後、自殺関与の規制化を目的として、改革への努力が繰り返された。しかし、それは、頓挫したままである。

## [19]

ドイツ連邦共和国では、1950年代の刑法大委員会の枠組みにおいて、殺人犯に関する連邦司法省の提案と理由書の中で、最初の改革案を見出すことができ、そこでは、「自殺するように他者を追い詰める者」又は「利己的な動機により他者の自殺を助力する者」に対する補充的な可罰性が見込まれていた（Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 7. Bd., Besonderer Teil, 67. bis 75. Sitzung, 1959, Anhang Nr. 3, Umdruck J 68, dort § 320参照）。それは、道徳的で非体系的な性格を有するという批判を理由として、これらの提案は、1962年の刑法草案（連邦議会資料第4期650号）には含まれていない。更には、立証の困難性に加え、医師、介護者及び親族における煩雑な捜査手続が懸念された。同様に、大抵の場合、そのような事件の状況は、間接正犯の適用並びに強要及び救助義務の不作為として理解しうることを考慮して、処罰の必要性も低いと評価された（Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 7. Bd., Besonderer Teil, 67. bis 75. Sitzung, 1959, 69. Sitzung, S. 87 ff.参照）。

## [20]

その後の数年間において、自殺関与に対する第三者の可罰性に関する規制の主導権は、主として学術界に依拠しており、先ず、それは、1970年の刑法改正対案と1986年の臨死介助に関する法律の対案というかたちで表れた。どちらも当時の判例（これに関しては、BGHSt 2, 150; 6, 147; 7, 268; 13, 162; 32, 367参照）の進展に対して批判を加えており、そこでは自己決定の強化に向けて、「自殺を回避しないこと」の可罰性を制限する刑法的規制が提案されている（Baumann et al., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, Erster Halbband, 1970, S. 7, 21 sowie Baumann et al., Alternativentwurf eines Gesetzes über die Sterbehilfe <AE-Sterbehilfe> - Entwurf eines Arbeitskreises von Professoren des Strafrechts und der Medizin sowie ihrer Mitarbeiter, 1986, S. 25-33参照）。その後、2005年に、いわゆる死の看取り対案により引き続かたちで「利欲心から」自殺を

支援する者の可罰性が提案されている(Schöch/Verrel, GA 2005, S. 553 <581 f., 585>参照)。

[21]

2006年において、ザールラント州、テューリンゲン州、ヘッセン州は、業として自殺の機会をあっせんすることの禁止に関する法案を連邦参議会に提出した(連邦参議会資料230/06号)。この法律案は、業としての自殺援助の可罰性に関する規制を定めていた。これは、自殺に関する機会のあっせん及び作出という行為類型に対する制限を除いて、現行の刑法第217条における規制内容と同一である。それに引き続き、2010年、ラインラント＝プファルツ州は、連邦参議会に、自殺支援の広告を処罰するための法律案(連邦参議会資料149/10号)を提出し、更に、2012年には、連邦政府により、営利的な自殺援助の可罰性に関する法律案(連邦議会資料第17期11126号)も提出されている。

[22]

これらの発議は、一般社会で組織又は個人による自殺支援の提供が増加傾向にある状況を介して、これが常態化し、それに対する期待感の増大により社会的弱者への圧力が生じ、それに関連して自律性が阻害される危険性に対抗することを動機としている(連邦参議会資料230/06号3頁以下；連邦参議会資料149/10号3頁以下；連邦議会資料第17期11126号6頁以下参照)。ただし、これらが立法化されることはなかった。

[23] (従前の刑法解釈論)

3. 現在の刑法秩序は、自殺を処罰していない。したがって、自己答責的な自殺において、正犯なき関与とされる自殺支援は、基本的に不可罰である(BGHSt 2, 150 <152>; 6, 147 <154>; 32, 262 <264>; 32, 367 <371>; 53, 288 <290>参照；Schneider, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, Vorbem. zu § 211 Rn. 32その他の典拠参照)。そのように理解されている自殺支援と臨死介助は異なるものである。臨死介助という概念は、

自殺支援とは対照的に、外部の第三者により支配された行動を共通項として、種々の様々な状況を含有しており、かかる行動により因果的に余命を短縮し、又はその他の方法でそれを助長するものと理解されている（Berghäuser, ZStW 2016, S. 741 <743 ff.>参照；他の見解として、Saliger, KritV 2001, S. 382 <432>では、自殺への関与が概念的に「臨死介助」の範疇に含まれている）。更に、その定義によれば、臨死介助には、苦痛の存在が要件とされる。この文言上の構成要素である「介助〔Hilfe〕」は、当事者の明示的又は推定的意思に反して実施される（殺人）行為を概念的に排除している（Kämpfer, Die Selbstbestimmung Sterbewilliger, 2005, S. 35参照）。判例は、不可罰的な臨死介助の様々な事案類型を区別している。それらは、先ず一方で、医学的適応が認められる疼痛緩和療法又はその他の方法による緩和療法の結果、意図的に惹き起こされなかつたかたちで早められた死期を臨死状態又は致死の疾病の者が受容する間接的臨死介助として（BGHSt 42, 301 <305>参照）、他方で、いわゆる治療の中止は、事実的又は推定的な患者の意思に応じて、積極的又は消極的なかたちで生命維持的又は延命的医療処置を制限又は終了するものとして（BGHSt 55, 191 <202 ff. Rn. 30 ff.>参照）理解されている。これらの事案類型に当てはまらない場合、刑法第216条により、同意を得た上での他殺は、要求に基づく殺人として可罰的とされる。

#### [24]（刑法第217条の類型）

4. 刑法第217条は、死への願望に関連する不可罰的及び可罰的の行為態様の差異を更に類型化している。この規範は、自殺と自殺関与における原則的な不可罰性を疑問視せずに、業としての自殺援助の提供が自己決定及び生命を危殆化することに対して、是正措置を図るものである（連邦議会資料第18期5373号2頁、11頁以下、17頁参照）。

#### [25]

この規制は、具体化した自殺ないしは少なくとも未遂段階に達した自殺のために、業として、刑法第27条における意味の幫助行為に相当するかたちで、故

意に提供された助力を限定的に処罰するものではなく、むしろ、それとは別に、抽象的危険犯として制度設計されたものである。生命を抽象的に危殆化する行為として、自殺の機会における業としての提供、作出又はあっせんを処罰するものである(連邦議会資料第18期5373号3頁, 14頁参照)。自殺が事実上、実施されること又はそれが未遂に終わることも求められていない(連邦議会資料第18期5373号19頁参照)。

### Ⅲ. (法制比較)

#### [26]

自殺幫助は、大方の欧州諸国で禁止され、処罰されている(概要に関しては、Jacob, Vorgänge – Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik 2015, S. 79 <94 ff.>参照)。よりリベラルな規制は、特にスイス、オランダ、ベルギーにおいて見られる。スイスでは、自殺に際しての助力のみが実施されうる一方で、オランダとベルギーでは、要求に基づく殺人も、— 一定の要件下で医師に限定して — 不可罰とされている。欧州以外では、米国オレゴン州とカナダにおいて、一定の要件下で医師による自殺介助が不可罰とされている。

#### [27] (スイス)

1. スイスでは、要求に基づく殺人は、— 医師であっても — 禁止されており(スイス刑法第114条参照)、それに対して、(既遂又は未遂の)自殺に際しての幫助は、スイス刑法第115条により、利己的な動機から行われることを要件として可罰的とされる。この規定は、医師である者と医師でない者の両者共に適用される。故意とは別個に必要とされる「利己的な動機」という主観的要素は、行為者が一身上の利益、特に経済的な利益を求める場合に充足される。スイスで自殺支援のために活動している臨死介助組織により請求される手数料は、単に、その組織の管理費用として充当されている限りで、この要件は充足しないものと考えられている。したがって、かかる組織の従事者は、スイス刑法第115条における可罰性の下に置かれない。スイスにおける自殺支援の提供

は、医師の権限とはされていない一方で、その者は、實際上、重要な統率者としての役割を負担している。スイス連邦裁判所は、2006年の裁判において、ペンバルビタールナトリウム及び自殺に適した類似の作用物質の処方箋に関する要件を明確に定めた。先ずもって、この処方箋に関する義務は、— 自殺支援に関連して — 犯罪行為を防止し、濫用の危険性に対抗することを目的としている。それは、他方で、医療職的義務及び注意義務に適合的とされる診断、医学的適応の判断及び十分な情報提供が行われた上で、かかる患者の判断能力のみならず、その者の医療的記録及び治療の処置が検討し尽くされたものとして、医師による審査が保障されることも目的としている。これによれば、処方箋は、自殺の判断が事実上、当事者における任意で熟慮された意思に対応していることを保障する統率的手続として表現されている (BGE 133 I 58 <71 f.> 参照, 欧州人権裁判所による追認として, Haas v. Switzerland, Urteil vom 20. Januar 2011, Nr. 31322/07)。したがって、スイスの麻薬法又は薬物法の対象となる作用物質を用いて実施される自殺の看取りに、医師は、全て関与する必要がある (スイスの法的状況に関して, Gavela, Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe, 2013, S. 64-107; Tag, ZStW 2016, S. 73 ff 参照)。

## [28] (オランダ)

2. 要求に基づく殺人と (実行された) 自殺幫助が共に可罰的であるオランダでは (オランダ刑法第293条第1項, 第294条第2項第1文参照), 2002年から、医師に対して、特別な処罰阻却事由が適用されている (オランダ刑法第293条第2項, 第294条第2項第2文参照)。これによれば、積極的臨死介助又は自殺幫助を実施した医師は、「要求に基づく人生の終結及び自殺に際しての助力に関する法律 (いわゆる臨死介助法) 第2条」による一定の注意義務要件を満たし、その経緯に関する報告義務を果たしたときには、不可罰とされる。臨死介助法第2条によれば、医師は、先ず、患者が任意に熟慮して検討した上で、自身の人生を終わらせたいという意思表示をしているかどうかを検証しなければならないとされている。更に加えて、医師は、患者に対して、その病状と医学的予後を説明し、他に少なくとも1名の第三者的な医師に助言を求め、この第

三者的な医師は、かかる患者を診察し、その医師の観点から注意義務基準が遵守されているかどうかに関する意見書を提出しなければならない。精神科の受診は、規定上、強制されていない。臨死介助又は自殺幫助も医学的に専門的な方法で行わなければならない。要求に基づく殺人及び自殺幫助は、終末期の病気に限定されていない。回復の見込みがなく、患者における「耐え難い苦痛」及び患者の病状において「他に採りうる解決策」がないことだけで十分とされている。一定の要件下では、第12番目の人生年〔Lebensjahr〕以降にある未成年者に臨死介助を実施することもできる。いわゆる臨死介助地域審査委員会は、臨死介助法第2条による注意義務要件を満たしているかどうかを検証する。臨死介助及び自殺支援は、医師において任意なものとされている（オランダの法的状況に関して、Gavela, *Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe*, 2013, S. 107-144; Lindemann, *ZStW* 2005, S. 208 ff.; Mackor, *ZStW* 2016, S. 24 ff.参照）。

### [29] (ベルギー)

3. ベルギーも同様の法的状況が存在する。2002年から、故殺又は謀殺としても処罰されうる要求に基づく殺人（ベルギー刑法第393条、第394条）に対して、医師の不可罰性に関する要件が法律で定められている。オランダとは異なり、ベルギーでは自殺に際しての助力は処罰化されていない。この安楽死に関する法律第3条によれば、安楽死を実施する医師は、その依頼の時点で、患者に意識があって、その者は行為能力を有しており、かかる依頼が任意で、熟慮され、反復的に記録化されたものであり、それが他者の圧力によるものでないことを確認しなければならないとされている。オランダと同様に、安楽死は、終末期の病状に限定されない。単に、ここにおける要件は、患者が医学的に見込みのない状況にあり、緩和困難な持続的で耐え難い身体的又は心理的な苦痛に苛まれていることだけである。更に、それは、重篤で不治の病気又は事故に起因する苦痛の帰結であることが求められる。その上で、医師は、処罰されないために、この法律により、更に細かく定められた要件及び手続を遵守しなければならない。特に、医師が患者に対して、健康状態や余命に関する情報を提供し、

その他に考えうる療法や緩和治療の可能性に関して患者と話し合うことも、そこでは求められている。また、かかる医師は、他に第三者的な専門医に対して、その身体的又は精神的苦痛の評価に関する助言を求め、医療上の書類に所見を記録し、患者を診察しなければならない。見通しが利く期間内には（自然）死に至らないものとされる限りで、精神科医又は当該疾患の専門医である他の医師に相談し、健康状態並びに死への願望の任意性及び熟慮性を独自に評価してもらわなければならない。更に、患者が安楽死を依頼してから、その実施に至るまでには、少なくとも1ヶ月の期間が経過しなければならない。安楽死に関する法律第4条によれば、殺人の要求は、いわゆる事前意思表示の方法によっても、5年間有効なかたちで表明することができる。安楽死が実施されてから4日以内に、医師は、この法律を管轄している連邦監督評価委員会に報告しなければならない。この委員会は、安楽死が法的要件と所定の手続を充足しているかどうかを検証する（安楽死に関する法律第5条、第8条参照）。また、年齢に制限なく、未成年者にも安楽死を実施することが許されている。ただし、オランダと同様、ベルギーでも医師に安楽死を実施する義務はない（ベルギーの法的状況に関して、Khorrami, MedR 2003, S. 19 <22 f.>; Adams/Nys, Medical Law Review 2003, S. 353 ff.; Nys, European Journal of Health Law 2005, S. 39 ff参照）。

### [30] (オレゴン)

4. 米国のオレゴン州においても、死への願望を実現するための支援が医療現場で行われている。しかし、オランダ及びベルギーとは異なり、オレゴン州では、医師による自殺介助は終末期の病状にある場合のみにおいて不可罰とされる。医師は、1997年に施行されたオレゴン州尊厳死法の要件を満たしていれば、処罰されることなく患者に致死薬を処方できる。この規定の下で、判断能力があり、成年のオレゴン州居住者は、致死薬の処方を申請可能である。その者は、正当な医学的評価により、最長でも6ヶ月以内に死に至りうる不治の不可逆的な疾病に罹患していることが求められる。主治医は、病状が終末期であること、患者の判断能力、死への願望における任意性を認定しなければならない。これ

に関しては、顧問医の助言が必要とされており、顧問医は、— 独自の診察と医療記録を見直した上で — 主治医の評価を書面で認証しなければならない。疑義が残る場合には、精神科の診断が必要である。また、主治医は、患者に対して包括的な情報を提供する義務がある。すなわち、主治医は、患者における医学的診断と予後、致死薬の服用によるリスクと予想される結果、並びに、緩和ケア、ホスピスケア及び疼痛管理を含んだ可能性のある代替案を患者に説明し、それにより、患者が人生の終焉に関して十分な情報を得た上で判断できるようにしなければならない。手続的観点において、自殺願望者は、証人2名の立会いの下で、口頭で2回、書面で1回、死への願望を表明し、同時に、ここでは、自殺願望者の判断能力に加え、表明された死への願望の任意性が確実なものとして認められなければならない。かかる表明は、少なくとも15日の間隔を置いて行わなければならない。致死薬を調剤する者は、発行された処方箋の写しを保健当局に提出しなければならない(オレゴン州の法的状況に関して、Ganzini, in: Borasio/Jox/Taupitz/Wiesing, *Assistierter Suizid: Der Stand der Wissenschaft*, 2017, S. 7 ff.; Gavela, *Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe*, 2013, S. 192-203; Schmaltz, *Sterbehilfe, Rechtsvergleich Deutschland - USA*, 2000, S. 107-114参照)。

### [31] (カナダ)

5. カナダでは、2016年に、— 未だ可罰的とされている — 臨死介助及び自殺幫助が例外的に不可罰となる要件を定めた法律案(Bill C-14)が発効しており、これは、その1年前のCarter v. Canada(2015年2月6日判決[2015] 1 S.C.R. 331参照)における司法判断として、それまで例外なく適用されていた自殺幫助及び臨死介助の刑罰的禁止をカナダ最高裁判所が違憲と宣言したことを受けている。この法律案によれば、医師又は看護職が「死に際しての医療的介助(死に逝く中における医療的介助)」を行う場合には、それらの者は、故殺のみならず、自殺幫助を理由としても処罰されることがなく、この「死に際しての医療的介助」という概念には、積極的臨死介助と自殺幫助の両者が含まれる(刑法第227条第1項及び刑法第241条第2項)。その他、医師又は看護職が「死に

際しての医療的介助」を行うことに助力した者又は患者の明示的な要求に応じて、その（処方された）致死薬の服用に助力した者も、同様に全て不可罰とされている（刑法第227条第2項、第241条第3項及び第241条第5項）。致死薬を調剤する薬剤師も同様に不可罰とされる。刑法第241条の2第1項及び第2項は、「死に際しての医療的介助」の許容要件を詳細に定めている。特に、患者は、成年であり、かつ、判断能力を有していることが求められる。「死に際しての医療的介助」の要求は、任意に形成されたものでなければならず、外圧によるものであってはならない。更に、患者は、緩和ケアを含む代替療法に関しても、十分な情報を得ていなければならない。その上で、患者は、想定しうる条件では緩和できないところの持続的で耐え難い身体的又は精神的苦痛を惹き起こす重篤で不治の病状でなければならない。そして、その者に残された寿命に関して、正確な予後は求められてはいない一方で、あらゆる医学的知見を考慮すれば、その自然死が「合理的に予見可能」なものでなければならない。

### [32]

また、刑法第241条の2第3項から第6項までにおいては、そこでの手続が規定されている。自殺幫助又は臨死介助を行う医師又は看護職は、自殺願望者において、上記の基準が全て満たされていることを把握しなければならない。この基準が満たされていることは、他の第三者的な医師又は看護職により、書面で認証される必要がある。患者は、— その重篤な病状に関する説明を受けた後で — 自殺幫助又は臨死介助の要求を書面で表明し、各々個別に署名の明記が求められている第三者的な2名の証人の前で、患者自身の署名が明記されなければならない。更に、患者は、いつでも、その要求を撤回できることが説明されていなければならない。待機期間は、原則として、10日間が遵守されなければならない。本人における死への願望が再度、明示的に確認された場合のみ、医師と看護職の両者又は一方が自殺幫助又は臨死介助を行うことができる。その上で、致死薬を調剤する薬剤師には、かかる目的に関する情報が提供されなければならない。これらの要件を満たさない者は、可罰的とされる（刑法第241条の3参照）。カナダでも同様に、自殺幫助及び臨死介助を行う義務は

誰にも課せられていない。

#### IV. (憲法訴願)

##### [33] (第1事件：2 BvR 2347/15)

1. 第1事件第1番及び第1事件第2番における両者の訴願人は、第2事件の訴願人、すなわち、いわゆる臨死介助協会の会員であり、時宜に応じて、その自殺支援の提供を受けたいと考えている者である。

##### [34] (訴願人)

a) 両者の訴願人は、長年、不治の病気に苛まれており、更に、親しい家族における苦痛に満ちた死の経験を理由として、介助自殺による自己決定的な死を決断していた。その者達は、これ以上、病気が進行するならば、自己決定のための能力を喪失した下で、他者の助力に依存しなければならなくなることを恐れている。緩和ケア施設又は老人ホーム等で第三者の看護を受けることは、その者達において拒否されている。このような理由から、その者達は、第2事件における訴願人の会員となり、刑法第217条が施行される前に、自殺支援に関する取決めを交わしていた。この取決めが交わされたことに関しては、かかる者達自身の主張によると、既に、その過去において、激しい痛みと多大な苦しみの状況を耐え抜くことに役立つものであったとされている。訴願人には、健康状態が急速に悪化した結果、死への願望を具体化しなければならない場合に、それを支援するための準備をしてくれる家族又は友人がいない。

##### [35] (訴願申立て)

b) 訴願人は、業としての自殺援助の禁止により、基本法第1条第1項と併せて適用される場合も含めた第2条第1項の一般的人格権に由来する自己決定権に加え、補充的には、一般的な行動の自由(基本法第2条第1項)という基本権が侵害されていると述べている。

**[36]** (介助自殺に関する権利の基本権的保護)

aa) 一般的人格権から導出された自身の死に関する自己決定権には、死の時期のみならず、死の方法に関する判断も含まれるものとされている。これには、自殺をするために第三者の助力を求めることも考慮されている。

**[37]** (侵害)

bb) この自己決定権の行使は、少なくとも業としての自殺援助の禁止を介して、著しく困難になっており、そのために自殺願望者の自己決定的に死ぬ権利が侵害された状況にあるものと述べられている。確かに、刑法第217条における規範の名宛人は、自殺願望者ではなく、業として行動する自殺支援者である。しかし、この刑罰化された禁止は、自殺願望者が自己決定権を一定の方法で行使することを妨げ、結果として、基本権により保護された自由な領域を閉ざす目的で、正に、その者達に向けられたものとされる。具体的な事案として、ここで問題視される法律は、第2事件における訴願人の会員という枠組みで既に現実化されていた専門家による自殺援助を求める可能性を訴願人から奪うものと考えられている。自己決定的なかたちで人生を終わらせるために、その者達の信頼を得た支援者により正統なかたちで支持を受けることは、もはや、その者達のみでは成しえないか、又は著しく困難な状況下でのみ成しうる状況であり、かかる禁止は、それ以上の実施措置が無いにしても、その者達に、現在のところ、既に直接的な影響を及ぼしているものとされている。死への願望が最終的に具体化される段階に至るまで、憲法訴願を静観するかたちで忍ばせることは、その者達にとって期待可能ではないものとされている。

**[38]** (憲法的正当化)

cc) この自己決定権の制限は、立法者が追求する目的において憲法上正当化されないと述べられている。確かに、立法者は、生命という法益が突出した意義を有しているという観点から、それが危殆化される状況に際して、広範な判断特権を有している。しかし、業としての自殺援助の禁止に由来する介入は、自己決定の中核領域に影響を与えることから、特に、その強度が高いものと述

べられている。したがって、もはや立法的な危険予測は、一層、高められた要請に服するものとされる。

[39]

基本権保有者において、その者自身に対する父権主義的な保護は正当化できないとされ、例えば、共通了解が得られている治療中止の場合、その中断及び不作為の態様が許容されており、それとの矛盾から、自己答責的に行動する自殺願望者の生命を保護するという懸念は、既に正統性を欠くものと主張されている。基本権的に保障された自由の行使に際して自己答責的に行動する者が自殺願望の実現のために専門家の支持を求めることの禁止に関する正当性は、世俗的な国家において存在しないものと主張されている。

[40]

自殺願望者の判断に際して、その自律性を脅かす影響又は早急な自殺から、その者を守ることにより、自律性の保護を保障しなければならないとする限りで、この規範は、正統な目的を追求しているものとされる。しかし、行政法的に規定化された監督措置及び宣伝禁止の可能性を介して、より制限的ではないかたちで、同等の適切な手段が利用しうることから、刑法第217条の禁止は、かかる目的のために必要なものではなく、また、相当でもないと主張されている。この自己決定権に対する侵害の強度と射程は、特に、業として提供される自殺援助に対して、かかる代替案が残されていることを参考にしても、縮減可能なものである。困難な経過の中で、可能な限り安全に、苦痛が少なく、そして尊厳が保たれた自殺のためには、専門家の助力が最も重要とされる。したがって、このような助力行為の禁止は、補充的で容易に代替可能な方式だけではなく、少なくとも多くの自殺願望者にとって、その者により要求される自己決定的な死の大部分を構成する根幹部分にも関係してくる。特に独り身の自殺願望者は、本質的に専門家の助力が必要とされる。刑法第217条第2項による親族及び密接関係者の特権的な取り扱いでは、そのような者達を助けることができない。緩和医療的ケアという選択肢は、個別の事案で定められた限界があるか

らというだけでなく、個人の願望は尊重されるべきであって、人生の終焉において固有の自己像と矛盾した他者への依存状況に陥るべきではないという理由からも受け入れられないものと主張されている。

[41] (第2事件：2 BvR 651/16)

2. 第2事件の訴願人は、ドイツで登記済みの社団であり、その設立目的は、スイスを模範として、ドイツにおいても「息を引き取るまでの自己決定権」を確立し、かかる権利行使のために会員を支えることである。

[42] (訴願人：登記社団S)

a) 刑法第217条が施行されるまで、訴願人の活動内容は、患者の事前指示、事前配慮代理権及び世話指示の作成と実施に関連した助言と支援事業に限定されておらず、自殺の看取りも含まれていた。この社団には、4種類の会員形態がある。自殺の看取りを要求する資格を含まない月額50ユーロの会員資格に加え、自殺の看取りまでの待機期間の長さに応じて、— 1回限りで支払われる手数料の金額が200ユーロから7,000ユーロの間で設定された — 3種類の会員資格がある。これらの会費を除いて、かかる社団は、その倫理原則を遵守するかたちで、経済的又は営利的な目的を追求してはならない。社団役員は、無償奉仕として、職務を遂行しており、対価のみならず、費用支出又は概算経費の一括支給も受けていない。特に、自殺の相談は、全くの無償である。社団の常務理事をはじめ、その他の正規及び非正規の職員が受け取る対価は、自殺の看取りに関係するものではなく、あくまでも訴願人が行うその他の活動内容に限定されている。自殺の看取りに際して、贈答品や金銭の受領は禁止されている。

[43]

この社団の会員になるためには、成年者であり、かつ、ドイツ若しくはスイスの国籍又はドイツ若しくはスイスに正規の住所を有する者でなければならない。

[44]

この団体の定款第2条第1項第4文に従って理事会で決定された倫理原則によれば、訴願人が行う自殺の看取りには、特に、医学的鑑定を介して自殺願望者の認識能力及び意思能力が限定化されていないと裏付けられていること、かつ、自殺願望者に対して代替的な医学的選択肢の説明が行われたにもかかわらず、その死への願望は、熟慮を経た確固たるものであることが必要とされている。更に、自殺願望者は、失敗のリスク及び自身で選択した自殺方法における特別なリスクに関して説明されなければならない。これらの要件を遵守していることも記録化されなければならない。自殺の実施に関しては、通常、共同体制にある医師及び薬剤師を介して、訴願人が当事者に提供するところの混合薬物を用いる。訴願人は、この混合薬物の構成を開示していない。

[45]

2009年10月1日の設立以来、かかる団体の会員は、延べ1300名を超える。この内、456名は、自殺の看取りが解禁されることを目指して、医学的鑑定を受けている。その内、411名が要件を満たしている。この中で、実際に訴願人の助力を介して自殺した者は、254名であり、その自殺者の年齢層は、26歳から101歳までとされている。業としての自殺援助の禁止が施行されると、訴願人は、ドイツにおいて自殺の看取りに関する活動を一時的に打ち切らざるを得なくなった。2018年1月以降、訴願人の会員は、チューリッヒに本部を置くスイスの提携団体を經由して、刑法第217条第2項により不可罰とされた親族の関与下で、自殺支援を実施することしかできなくなった。

[46] (訴願申立て)

b) 第2事件の訴願人は、その者において基本法第9条第1項の基本権が侵害されていると述べている。

[47] (基本法第9条第1項による保護)

aa) 連邦領域内で活動する登記済み団体として、その者は、基本法第19条第

3項を超えて、集団的自由権として特徴付けられた結社の自由（基本法第9条第1項）の個人的保護領域内に含まれるものと主張されている。基本法第9条第1項は、各々の組織における自己決定、意思形成の手續、事業の実施だけでなく、少なくとも、かかる社団の存在と役割に照らして、その活動の実存的中核領域に組み込まれなければならない限りでの「団体に特有の活動」も保護の対象にしているものと述べられている。確かに、かかる社団の自律性により共同して追い求められる社団の目的は、原則として、個人が追求する目的よりも広範囲には保護されていない。しかし、訴願人による自殺支援は、集団的に構成された枠組みの中で行われるものであるから、個人的な自殺支援の実施と質的観点において同一視されるものでもない。実用的な支援に必要な専門知識を結び付け、医師のネットワークと連携するという協働的組織における特殊な結合体であることを根拠として、自殺支援の提供は、基本法第9条第1項による物的保護の対象にならざるを得ないと主張されている。

#### [48] (侵害)

bb) 業としての自殺援助の禁止は、社団内部の意思形成過程を阻害するだけでなく、社団の定款に定められた社団活動の実存的中核領域をも阻害するものと主張されている。この点、私法上の法人としての訴願人は、刑法第217条第1項における犯罪行為の適格な行為者に該当せず、したがって、その者は、かかる刑罰規定の直接的な名宛人ではない。ただし、それは、職員及び従業員その他の協力者には適用されうる。そのために、定款に定められていた自殺支援の提供を中止せざるを得なくなり、その結果、社団としての自律性が損なわれたと主張している。臨死介助協会において、会員の自殺支援を可能にすること又はそれを促進することが禁止された場合、かかる機能は、相当程度奪われ、その意義が疑問視されうる。更には、その存在も公的に脅かされたと述べられている。これは、臨死介助組織として活動していた社団を結社法的に禁止するために、その要件を刑法規範により定めるという立法者の意図に対応するものとされる。したがって、ドイツ刑法第217条は、組織的な自殺支援の提供を目的とした全ての活動を控えるように、訴願人へと直接的に向けられた法的命令

の効力を必然的に有するものとされる。その結果として、社団の自律性及び社団特有の活動における自由が損なわれることは、単に、業としての自殺援助の可罰的禁止による反射効ではないとされる。それは、単に、基本法第2条第1項を介する補充的なものではなく、基本法第9条第1項が保護する基本権的地位を直接的に侵害するものであり、訴願人自身に対して現行的かつ直接的な悪影響を及ぼすものと述べられる。定款に従うように自殺支援の提供を堅持することで、結社法第3条第1項第2文による結社の禁止に関わる疑義が生じ、それに対して法的保護が模索されるという状況は、そのような社団において受忍可能なものではないと主張される。

#### [49] (憲法的正当化)

cc) かかる基本権侵害は、立法者が意図した保護目的を達成するために、適合的でもなく、必要かつ相当な手段でもないことから、正当化されないものと述べられている。

#### [50] (正統な規制目的)

(1) この規制における憲法的に正統な目的とは、死への願望の早急な実施又は他者の決定による実施から、自殺願望者を保護することに他ならない。

#### [51] (適合性)

(2) ドイツ刑法第217条は、自殺願望者の自律性を最も確実に保障できる自殺支援の形態を可罰化した規範であることから、かかる目的の追求に適合的ではないものと述べられている。この異議が申立てられた法律の施行前に、訴願人が提供していた組織的形態の自殺支援は、自殺願望の早急な実施を効果的に留める手続上の安全対策が設けられていたとされる。これに対して、自殺願望者の家庭環境において、その自律性を危うくする利害関係の対立の方が遙かに懸念されている。しかし、この点に関しては、刑法第217条の下で、一般的に不可罰なものとして、自殺支援の提供継続が可能とされた。厳格な刑罰的禁止がなければ自殺支援が「常態化された事業」へと推し進めるかのように発展する

という立法理由の補充的な懸念は支持できないものと述べられている。組織的な自殺支援の提供と自殺傾向を有する者における自殺への誘引との間で想定されたリスクの関連性は、検証可能なかたちで裏付けられていないものと考えられている。従前、自殺に際しての助力を不可罰としてきた国内の経緯又は特にスイス、ベルギー及びオランダというようなりべラルな外国の法制度における進展も、自殺支援の需要を創出しているという想定を支持するために適切ではないものとされている。

### [52] (必要性)

(3) 更に、刑法第217条という不明確な刑罰的禁止の実施を介して、基本法第9条第1項により保護されるべき訴願人における行動の自由を広範に制限する必要性はないものと述べられている。自己答責的ではないかたちで把握される死への願望の実施から自殺願望者を保護するという憲法的に正統な目的は、行政法上の規制手段を介して、より良く達成することができる。これは、刑法と比較して、より緩やかなだけでなく、認識及び意思の欠如に対する保護のために、予防的な行動基準と成りうるだけでなく、時として生じうる自律性への脅威に対抗するため、遥かに効果的な手段と成りうるものと述べられている。制御可能な法的基準に依拠しながらも、自由裁量的で、それが故に自殺予防的な助言制度は、自殺願望者に対して可能性のある選択肢を示し、軽率又は早急な行動を引き留めることが可能となるため、臨死介助協会に対する厳格な刑罰的全面禁止よりも、生命の保護のために有益と述べられている。この点、「利己的な動機」により実施された自殺幫助を不可罰と定めていないスイスが模範として有用と考えられている。

### [53] (狭義の比例性)

(4) ドイツ刑法第217条は、その侵害の重大性が総合的な評価において当該侵害を正当化する理由の重要性と不釣り合いであることから、狭義の意味での比例性原則にも違反するものと述べられている。

[54]

この異議が申立てられた法律は、基本法第9条第1項で保護されている社団内部の意思形成過程に加え、定款に定められた社団の活動における中核領域に関しても、訴願人の実存を危殆化する態様で侵害するものとされる。更に、この権利の保障が制限されてはならないことは、訴願人の会員による基本権の行使も制限されてはならないことに関連付けられている。基本法第1条第1項と併せて適用される場合も含めた第2条第1項が保護する一般的人格権の表れとして、自身の死に関する自己決定的判断が基本権的な保護を享受していると仮定するならば、上記のような訴願人における行動の自由への侵害は、必然的なかたちで、基本権的に保護されるべき訴願人の会員における自己決定権の抑制に相当するものと述べられている。したがって、この規定は、正に自律性を保障するための手段としてではなく、むしろ自律性を制限するものであり、どの時点で、どのように死ぬかを自身で、自己答責的に判断する個人の権利を大きく損なうものであると論証されている。そのような基本権的に保護された自由における広範囲な制限は、単に抽象的な危険を回避するためのものであり、ドイツの法制度において、個人の自己決定権は、生命保護との緊張関係関係の中で、その重要性が認められていることを十分に考慮に入れていないものとされる。これは、ドイツ民法第1901条a以下により、患者の事前指示という方法を介して、急激な病状悪化に先立つ時点で、その場合における医療的処置の中止を決断し、それに伴い予期される死の到来に関して拘束力のある指示が出せる可能性を個人に開いていることから明らかであり、その一方で、刑法第217条は、かかる重要な局面において現実化しうる決意に依拠しながら組織的な自殺支援を求める自由を個人から剥奪するものとされている。

[55]

結論として、この異議が申し立てられた規定の非相当性は、立法理由から、刑罰により威嚇されるべきではない者が可罰性のリスクの下に置かれているということにも表されている。特に、医療職及び看護職の親族がドイツ刑法第217条第1項の意味における業としての態様で行動した場合、そこに違反性が

見出せないのだとしても、そのような医師及び看護職は、異議が申し立てられた刑事規定との間で葛藤に巻き込まれる。更には、従前、不可罰とされてきた類型の臨死介助との区別において大きな問題を抱えており、そこでは、医療職にある親族が検察当局の捜査を懸念して、医学的適応のある処置を自粛する危険性も生じうると述べられている。

[56] (第3事件: 2 BvR 1261/16) (訴願人)

3. a) 第3事件第1番から第3事件第6番までの訴願人は、いわゆる臨死介助協会として、スイス及びドイツに本拠地を置く2団体並びにその代表者及び協力者である。

[57] (第3事件第1番の訴願人: D)

aa) 第3事件第1番の訴願人は、スイス法による社団であり、スイスのフォルヒに本部を置いている。

[58]

この社団は、定款に従って、会員における「人間の尊厳に適う人生と同じく、人間の尊厳に適う死を保障し、かかる人権を行使するために他者を助け、その全世界的な実現のために戦うこと」を目的としている。この社団の活動は、スイス領域内に限定されている一方で、第2事件の訴願人と同様に、介護や患者保護の分野における一般的な助言事業と共に、死の看取り及び自殺のための介助も含まれている。それは、定款第2条第4項により営利目的で実施されない。かかる社団は、会費、遺産贈与、寄付金、入会金により運営されている。

[59]

会員資格は、スイスにおける正規の住所又はスイス国籍の有無に関連付けられない。社団定款第3条第1項に従って、社団は、会員資格を執行役員、評議員、いわゆる受報者会員〔Destinatär-Mitglieder〕に区別している。この最後の会員だけが自殺支援を要求できる。1回限りの入会金200スイスフランに加

えて、受報者会員の会費は、直近で年額80スイスフランに達している。自殺支援を利用する場合は、追加費用が発生する。準備費用として3500スイスフラン、実施費用として2500スイスフラン及び埋葬及び家族関係登録関連の官庁で必要とされる手続費用は、選択的な処理として1000スイスフラン上乗せになる。経済的に余裕の無い会員は、申請により、入会金及び会費の支払いの全部又は一部が免除される場合もある。

### [60]

かかる社団の定款によれば、自殺支援は、自殺願望者が死に至りうる病状であること、受忍困難な障害又は制御できない苦痛に苛まれていること、判断能力の減弱化を示す証拠がないこと及び死への願望が一時的ではないことに関連付けられている。これらの要件の審査は、第一段階として、死への願望の理由に関して自殺願望者が個人的に作成した陳述書に加え、訴願人に協力している医師が審査した病歴及び治療歴が記載された医学的書類に依拠して行われる。この審査で肯定的な結果が得られたならば、訴願人は、本人に対して、いわゆる青信号〔手続続行〕を暫定的に示す。その上で、事実上の自殺支援の容認は、2段階目の個人的な医療相談に留保されることになる。その後も、本人の意思形成に誤りが無いことに関して、医師の見地から疑われない場合には、医師は、訴願人の手に委ねるため、致死量のペントバルビタールナトリウムの処方箋を発行する。そして、訴願人の協力者は、かかる処方箋により薬物を受領し、自殺願望者が任意に服用できるための準備を整え、本人自身の手での服用に際して、その看取りを行う。薬物の受け渡しと服用は、もっぱらスイス国内で行われる。自殺を実施する直前に、自殺願望者は「自裁宣言書〔Freitoderklärung〕」に署名しなければならない。その中で、本人が任意に人生を終わらせたい旨を証明し、時として生じうる自殺のリスクに関連する責任から訴願人は免除されることになる。

### [61]

訴願人自身の陳述によると、訴願人は、1998年5月の設立から2017年までの

間に、総計2550件の自殺支援を実施したとされる。この内、1150件は、ドイツ出身の自殺者とされている。

[62] (第3事件第2番の訴願人：登記社団D)

bb) 2005年以降、ドイツ出身の自殺願望者をあっせんすることが第3事件第2番の訴願人により実施されている。その者は、ハノーファーに本部を置く登記済み社団であり、陳述によれば、かかる社団は、商業的な利益を追求することはなく、寄付金、入会金、会費のみで運営されている。入会金は120ユーロであり、会費は月額20ユーロである。

[63]

第3事件第2番の訴願人における定款目的の実現、特に自己決定の強化に関しては、適格な死の看取りの提供も含まれる。しかし、この点に向けられた活動は、刑法第217条の施行前から、かかる社団において、スイスの提携社団である第3事件第1番の訴願人との協力協定に依拠しながら、スイスでの自殺支援の可能性を会員へあっせんすることに限定されていた。そのような選択肢を利用する会員は、ドイツでの会費に加えて、自殺支援のためにスイスで別途請求される費用を支払わなければならない。2005年から2016年までの間に、第3事件第2番訴願人は、自殺支援を行う目的で、スイスの提携社団に総計724名の会員をあっせんしている。

[64]

刑法第217条の施行に伴い、かかる訴願人は、あっせん実務を停止している。

[65] (第3事件第3番及び第3事件第4番の訴願人)

cc) 第3事件第3番の訴願人及び第3事件第4番の訴願人は、訴願人社団両者における有責的機関としての立場で活動している。第3事件第3番の訴願人は、両社団の設立者であり、スイスにおける社団の事務総長である。第3事件第4番の訴願人は、ドイツにおける社団の設立委員であり、現在は、その第2

代理社長を務めている。かかる職責において、その者達は、各社団の業務を指揮し、過去には、社団内部の手続において、自殺願望者の看取りのために、重要な判断を行い、そして、介助自殺に際しては、社団の会員へ助言を自ら行い、更に、その看取りを実施してきた。

[66] (第3事件第5番の訴願人)

dd) 第3事件第5番の訴願人は、専従担当者として、自殺支援の全ての案件で、訴願人社団両者の会員に対する助言を行い、自殺を実施する際にも、その看取りを自ら行う者である。

[67] (第3事件第6番の訴願人)

ee) 第3事件第6番の訴願人は、第3事件第2番の共同設立者である。弁護士として、訴願人社団両者の活動に関連して生じる全ての法的問題に対し、その機関的の代表者、協力者及び会員に助言を行っている。刑法第217条が施行されるまで、この活動には、スイスにおける自殺支援の事実上及び法的可能性に関する個別の助言及び訴願人社団へのあっせんも含まれていた。

[68] (訴願申立て)

b) 第3事件の訴願人は、自身が業としての自殺援助の禁止における名宛人に当たるとして、基本権が侵害されているものと述べている。その者達は、現行の刑法第217条により、自殺支援に向けられた活動の一部を継続して行うことが妨げられているものと述べている。更に、基本法第103条第2項に対する違反を主張している。

[69] (訴願人社団の申立て)

aa) 訴願人社団によれば、自殺支援の分野における活動の継続は、刑法第217条の施行以降、秩序違反法第30条第1項第1肢を介して過料の対象とされており、したがって、その者自身は、直接的、かつ、現在において、その影響を受けていると述べられている。このことは、国内法人として基本法第19条第3項

による基本権が明示的に付与されているドイツ社団のみならず、スイスで設立され、専らスイスで活動している第3事件第1番の訴願人にも妥当するものと述べられている。このようなドイツの提携社団との協力体制は、その新たな法的状況によれば、刑法第217条第1項による行為惹起への共同正犯を構成するものであり、その結果、刑法第25条第2項に従って、かかる行為への関与は、相互に帰責されることになる。したがって、刑法第9条第1項に従って、スイス社団の活動も、刑法第217条第1項及び秩序違反法第30条第1項第1肢による制裁の対象となりうる。このことから、外国法人として、例外的に、少なくとも基本法第2条第1項及び第103条第2項の保障に依拠した権原が付与されるべきと述べられている。ドイツ刑法第217条は、抽象的危険犯として、立法者が意図した保護目的を達成するために適格的ではなく、不可罰的な行為自体の単なる反復により、その可罰性を理由付けることはできないとして、かかる権原への侵害が主張されている。更に加えて、ドイツ社団は、基本法第12条第1項及び第14条の違反を各々基本法第19条第3項と併せて主張している。

[70] (その他における訴願人の申立て)

bb) 訴願人社団の機関的代表者、協力者、助言者も、追加的に、自身が良心の自由(基本法第4条第1項第2号)を行使する者であり、ドイツ国籍を有しない限りで、基本法第12条第1項に由来するドイツ人の基本権に対して補充的なかたちで、基本法第2条第1項により保護される者と主張している。ここにおいては、第3事件第3番の訴願人と第3事件第5番の訴願人も同様に、スイス国内で専ら活動しているにもかかわらず、業として自殺する機会のあるに關与する活動を継続した際には、刑法第217条第1項及び第27条が併せて適用される場合を含めた第9条第1項第1文により、いつでも可罰的とされうることから、その訴願人としての当事者適格性があるものと述べられている。

[71] (第4事件: 2 BvR 1593/16) (訴願人)

4. a) 第4事件の訴願人は、内科医であり、その30年以上にも及ぶ職歴の中で、ベルリンにおける病院の救急部門の部長医師、そして、彼が設立したホス

ピスの常務理事として活動してきた。今日に至るまで、彼は致死的な病気を伴う患者のケアをしながらも、その医療的活動の枠組内において、常に無償で、自殺願望者に致死量の薬物を提供する方法により、既に何度か自殺支援を実施してきている。更に、栄養及び水分の補給を任意に中断した者への医療的な看取りも実施してきた。

[72] (訴願申立て)

b) 訴願人は、刑法第217条により、その者における良心の自由(基本法第4条第1項第2号)及び職業選択の自由(基本法第12条第1項)が侵害されていると述べている。自殺支援は、彼の医療的活動における中心でもなければ、重要な部分でもない。それにもかかわらず、訴願人は、重篤な苦痛を伴う例外的事案において、例えば、呼吸困難又は骨痛等により優先的な緩和治療及びケアの選択肢が限界に達したときには、かかる自殺支援を将来的にも実施したいと考えている。

[73] (医師介助自殺の基本権的保護)

aa) 医師による自殺介助は、良心の自由及び職業の自由という基本権により保護されるものと述べられている。ドイツ国内で活動する医師のための模範職業規則(MBO-Ä)第2条第1項から第3項まで及び地域医師会における職業規則の対応規制で表現されているように、医療活動は、良心の自由と特に密接なかたちで、その専門職固有の結び付きを有している。特に終末期における処置の判断は、医師の内心的葛藤として経験されている。したがって、医師による自殺介助は、基本法第4条第1項第2肢で保護された良心からの判断の結果でもある。そのようなものとして、このことは、同時に医療専門職の活動の一部であり、したがって、職業の自由の保護を享受するものとされる。かかる保護は、刑法第217条を介した一般的な法律による禁止又は個別の地域医師会により定められた自殺支援の職業法的な禁止により断念されるものでもない。基本法第12条第1項による保護範囲の確定において、医師による自殺介助が一般的な法律を介して許容される活動であるかどうかは些細な問題でしかないもの

と考えられている。憲法それ自体により禁止されている活動だけが基本法第12条第1項の保護から除外される。そのことが自殺支援には妥当しないものと主張されている。

[74] (刑法第217条の不十分な明確性に基づく医師介助自殺の可罰性)

bb) 立法者は、医師による自殺介助の犯罪化を意図していないにもかかわらず、刑法第217条は、その明確性の欠如を理由として、自殺支援の可罰的な形態と不可罰的な形態の間における法的に確実な区別を保障していないとされる。その業としての構成要件要素も主観的構成要件も、例外的事案において実施された医師による自殺介助の可罰性を排除するためには適合的ではないと述べられている。自殺のための助力が医療者の職業像と一致していないこと及び個別の事案で止む無く実施された自殺支援が典型的には業として行われていないものとして立法者が想定した限りで、医師が反復して自殺願望に直面していること及び医療従事者の中でも自分自身に対する統一的な理解がないことを立法者は認識していないものとされる。立法者が考慮するように、治療不可能な病気の事案で自殺支援を覚悟している医師は、典型的な意味で「反復性が意図された」業として行動する者ではない。しかし、ある状況下で、患者における自殺の支援を行うべきという良心に導かれた医師は、今後の医療現場において、いつでも起こりうる同様の事案で、同様の行動を採る場合もありうる。したがって、反復性は、その回数及び頻度により想定できないような特異な紛争状況の相互関連性の中で見出される。この反復されうる自殺支援の形態から可罰性を排除するために、業としての要素は、適合的ではないとされる。更に、刑法第217条は、主観的に高められた要件を課すのではなく、むしろ自殺支援の反復性に関連付けられた条件付き故意で十分であるとされている。したがって、自殺支援を実施する医師は、具体的な自殺願望の認識があり、それを実現するために行動した場合、刑法第217条の主観的構成要件を充足することになる。栄養及び水分の補給を任意に中断するような医療的な看取りの事案も同様である。そのような刑法第217条における不明確性を介して、訴願人は、患者の福祉及び自己決定を尺度として、そこに向けられた治療が妨げられていると主張

する。この比例性に反する犯罪化は、便宜主義的な観点から捜査手続の中止に関する手続的可能性を介したとしても、十分に対処できないものとされる。医師の可罰性を排除するため、かかる規定を合憲限定的に解釈することは、その文言及び立法者の明示的な意思と相容れないものとされている。

[75] (第5事件：2 BvR 2354/16)

5. 第5事件の訴願人も同様に医師である。その者達は、入院及び外来の両者における緩和ケアに従事している。

[76] (訴願人)

a) 第5事件第1番の訴願人は、緩和医療の専門医であり、重症患者の在宅医療及び介護施設への出張緩和ケアを実施している「緩和ケアチームS」の指導的立場にある。第5事件第2番の訴願人は、内科医であり、E大学の臨床研修施設であるN総合病院の緩和医療科における主任医師である。第5事件第3番の訴願人は、一般医として開業している専門医であり、鍼術療法及び緩和医療も付加的に実施している。同様に、第5事件第4番の訴願人は、緩和ケアの分野に従事する医師である。これら4名の訴願人は、いずれも入院又は外来の重症患者をケアしており、かかる実務の中で、自殺支援への願望と何度も向き合ってきたとされる。その者達の活動は、先ずもって、緩和医療的な施術及び自殺予防が優先されているものと特徴付けられる。しかし、そのような緩和医療が限界に達し、患者の苦痛を和らげることができなくなった個別の事案において、その者達は、自殺支援の要求を根本的に拒否しているわけではない。

[77] (訴願申立て) (医療実務における刑法第217条の影響)

b) aa) その者達は、第4事件の訴願人も含めた総意として、ドイツ刑法第217条における明確性の欠如により、医師による自殺介助の実施が制限され、また、栄養及び水分補給を任意に断念するかたちでの医療的看取りの不可罰性においても、同様に、不確実なものとして主張する。また、この規制における構成要件的な曖昧さは、医師の職業的実践の中で生じうる限界事例を

確実なかたちで整序しうるものでもないと補充的に主張している。特に外来における薬物交付の場合、刑法第217条は、治療中の医師に解決困難な葛藤を生じさせている。総量を濫用した場合に致死的な効果があるとされる薬物に関して、それを医学的な指示容量に従って外来の患者へと交付する場合、医師が患者の自殺傾向の可能性を認識し、少なくとも薬物濫用を是認しながら甘受しているにもかかわらず、その濫用的摂取のリスクに関する説明義務が医師に課せられているのであれば、その者は、刑法第217条第1項の意味で、自殺に関する機会を業として提供し、又は、作出したと考慮されかねない。

### [78]

訴願人は、この可罰性のリスクを回避するために、患者の利益として状況的に求められていながらも、それを無視し、自身の自己像に背くかたちで職業的实践を余儀なくされており、その結果、基本法第4条第1項第2肢及び第12条第1項による基本権が侵害されていると主張している。

### [79] (正統な規制目的及び危険予測)

bb) 医師の職業的实践及び良心からの判断を制限することは、もはや正統性を欠くものと主張される。訴願人によれば、自由答責的に把握された患者の意思に沿って行われることは、法益侵害には当たらないと述べられている。自殺に関して、自己答責的に、熟慮した上で決断した患者を支援する立場にある医師は、不法を実現化する者ではないとされる。同様に、法的にも倫理的にも非難されない行為の単なる反復から、独自の不法内容が導き出されることもないと考えられている。したがって、業としての性質を基準として、不可罰的な行為と可罰的な行為とを区別することはできないものと述べられている。生命保護の一般的な相対化に加え、自殺支援が任意に利用可能なことによる誘因効果から一般市民を保護するという懸念は、そのような危殆化の状況が実証的に裏付けられておらず、刑法第217条の禁止は正当化できないものと主張される。

[80] (業としての自殺援助の禁止における必要性及び相当性の欠落)

cc) 医療活動の観点から、この禁止は、具体的な形態において、その必要性も相当性もないものとされる。信頼性に疑義がある臨死介助組織の活動を防止するという本来的な立法者の目的は、刑法第217条の禁止から明示的なかたちで医師を除外することにより、法的明確性が保障され、それを介して医師の良心及び患者の幸福を志向する職業的実践が可能になることで達成しうるものと述べられている。

[81] (第6事件：2 BvR 2527/16)

6. 第6事件(2 BvR 2527/16)は、5名の訴願人を一括したものである。

[82] (第6事件第1番の訴願人)

a) 第6事件第1番の訴願人は、泌尿器科の開業医として活動しており、その者の陳述によれば、その職業的実践の過程で、不治の病気で重篤な苦痛に苛まれている何百人もの患者における自殺支援を実施してきたとされる。刑法第217条の施行後、彼は自殺支援の依頼に応じていない。第6事件第1番の訴願人は、2019年4月12日に死亡した。

[83] (第6事件第2番の訴願人)

b) 第6事件第2番の訴願人は、スイスで一般医として開業している者である。彼女は、第3事件第1番の訴願人における元相談医であり、2011年以降、共同設立したE財団のために、医療的な「自殺の看取り者 [Freitodbegleiterin]」として活動している。この財団は、スイスに本拠地を置くL社団の会員制度と提携しながら、スイスの法律に基づいて、スイスで自殺支援を提供している。かかる提供は、スイス国籍を有していない者及びスイスに正規の住所を有していない者も対象としている。そのような活動の枠組み内で、かかる訴願人は、過去にもドイツへ自殺願望者を訪ね、その決断能力及び判断能力並びに自殺支援の申請における真摯性を審査したことがある。同様に、自殺願望者におけるスイスへの渡航にも同行したことがある。刑法第217条の施行以降、ドイツで

の活動は停止している。

**[84]** (第6事件第3番の訴願人)

c) 第6事件第3番の訴願人は、保健及び介護法の分野を専門とする弁護士である。彼は、過去に、臨死介助及び自殺支援に関する法的問題の依頼人に対して助言をするだけでなく、スイスで介助を受けながら自殺するための渡航が単身では不可能な重病者において、その同行を何度も実施してきた。刑法第217条が施行されて以降、訴願人は、自殺支援、特に医師に看取られる自殺に関する問題への法的助言に加え、スイスへの同行に関しても、それらが自殺の機会を業として提供するものと見出せることから、拒否せざるを得ないと感じている。

**[85]** (第6事件第4番及び第6事件第5番の訴願人)

d) 第6事件第4番及び第6事件第5番の訴願人両者は、過去において自殺支援の申請が受理されなかった夫婦であり、第6事件第4番の訴願人は、この訴訟係属中に死亡している。慢性疾患により身体的愁訴が増大してきたことから、尊厳を保ちながら死ぬには自殺しかないという共通の信念の中で、両者は、自律性及び依存性の喪失を避けるために、緩和医療施設やホスピスへの入院を自殺支援により免れたいと考えていた。しかし、特に第6事件第2番の訴願人は、刑法第217条施行後のドイツにおける法的状況に言及することで、これらの訴願人による要請を拒否していた。

**[86]** (第6事件第2番及び第6事件第3番における訴願申立て)

e) 第6事件第2番及び第6事件第3番の訴願人は、その者達において自殺支援の実施が妨げられていると主張している。そこでは、その者達における良心の自由及び職業の自由が阻害され、補充的には、一般的な行動の自由が阻害されたと述べられている。かかる阻害は、正当化されないものと述べられている。更に、基本法第103条第2項の明確性の原則に対する違反も主張されている。

[87] (第6事件第5番における訴願申立て)

f) 第6事件第5番の訴願人は、— 第1事件第1番及び第1事件第2番の訴願人と同様に — ドイツ刑法第217条により、死の在り様に関して、自己答責的で、自己決定的な判断が制限されたと主張している。自殺支援者による専門的事業の利用が事実上不可能となることで、その訴願人が想定する人道的な自殺の方法は否定されたものと考えられている。このような判断の基本権的保護は、基本法第1条第1項と併せて適用される場合も含めた第2条第1項による一般人格権に加え、基本法第2条第2項第1文による生命権の両者から導き出される。一般的人格権は、自身の死に関する自己決定権として顕在化される中で、自己決定的なかたちで自身の人生を終わらせる個人の権利だけでなく、そのために第三者の助力を求める判断も包含していると述べられている。基本法第2条第2項第1文には、消極的な意味での行動の自由として、自身の生命に対する処分権、すなわち、死への権利が含まれるものと主張される。この処分権は、生命維持処置に対して、拘束力を有するかたちで拒否することだけでなく、自殺によっても行使可能とされる。いずれにしても、補助的に、基本法第2条第1項による一般的な行動の自由は、その保護が妥当するものと考えられている。これらの自由の制限は、正当化されないものと述べられている。刑法第217条は、その抽象的危険犯としての形態から、父権主義的な配慮に依拠するものであり、それは、基本権的に保護された自由の要請において、国家の中立性の義務と内容的に両立しない評価を基礎に置くものと主張されている。

(以下、次号に続く)