

《翻 訳》

アロイス・ビルクルバウアー「自殺関与（刑法第78条）
の部分的違憲性：判決の初見分析及び発展的考察」

神 馬 幸 一（訳）

訳者解説

本稿は、オーストリアのリンツ＝ヨハネス・ケプラー大学（Johannes Kepler Universität Linz：以下、リンツ大学）法学部教授で、同学部実務刑事法学及び医事刑法研究科長のアロイス・ビルクルバウアー（Alois Birklbauer）による論文「*Teilweise Verfassungswidrigkeit der Mitwirkung am Selbstmord (§ 78 StGB): Erste Analyse des Erkenntnisses und weiterführende Überlegungen*, Journal für Strafrecht 8, (2021), S. 10-20」を全訳し、公刊するものである（この翻訳・公刊に関しては、原著者から許諾書を得ている）。

以下、原著者であるビルクルバウアー教授の略歴を簡単に紹介する（より詳しくは、次に掲げるリンツ大学のウェブサイト下で公開されている所属研究者の情報を参照されたい。<https://www.jku.at/institut-fuer-strafrechtswissenschaften/abteilungen/praxis-der-strafrechtswissenschaften-und-medizinstrafrecht/team/alois-birklbauer>）。

ビルクルバウアー教授は、1965年4月3日に、オーストリア・オーバーエスターライヒ州の州都リンツ近郊のホーフキルヒェン・イム・トラウンクライス（Hofkirchen im Traunkreis）にて出生した。ギムナジウム卒業後、リンツ＝カトリック神学私立大学（Katholisch-Theologische Privatuniversität Linz）で、先ず、神学を学び（ただし、中途退学）、その後、ウィーン大学及びリンツ大学にて法律学を修め、1998年に、法学博士号を取得した。職歴としては、1994

年からリンツ大学法学部の助手に採用され、2004年から同学部准教授に就任し、2009年以降、同学部教授として招聘され、現在、同学部実務刑事法学及び医事刑法研究科長を務めている。

ビルクルバウアー教授は、公務も数多く歴任されており、例えば、2000年から2002年の間には、刑事法学的課題に関する国会調査委員会の委員を務め、2003年から2004年の間には、刑事訴訟改革法を検討する国会法務委員会専門部会の委員も務めている。また、2014年以降、現在に至るまで、連邦首相府における生命倫理委員会の委員として、当地の政策提言に関与している。

また、学術的活動として、2008年からはJournal für Strafrecht(本稿で紹介される原著論文が掲載されている学術誌)の編集委員、2016年からは、Journals für Medizin- und Gesundheitsrechtの編集委員を務めている。当地の刑法逐条解説書として、最も定評のある「Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch」の最新版においても、今回、違憲判決が出された当該条文の解説を担当しており、実際に、違憲判決文中にも、ビルクルバウアー教授の論考は、随所に参照されている。以上から、原著論文は、オーストリアの医事刑法領域における第一人者の手によるものといえよう。

当該原著論文は、2020年12月11日の時点で、オーストリア憲法裁判所が下したオーストリア刑法第78条「自殺関与 (Mitwirkung am Selbstmord)」の後段における「自殺幫助」の規定部分を違憲無効とした判決 (VfGH-Erkenntnis, G 139/2019-71 vom 11. 12. 2020) の暫定的な評釈である。我が国と同様に、従前、オーストリアでも、あらゆる態様の自殺関与が刑法上、禁止されていた。しかし、当地では、終末期患者に対する(渡航)自殺支援を巡る刑事事件が幾つか発生しており、社会問題化していた。このような動向を巡り、以前、オーストリア憲法裁判所は、2016年3月8日付けの判決において、当該条項を合憲と説示していた。したがって、今回の違憲判決は、(従前の判例とは、ある意味、真逆の方針を示すものであることから)当地でも衝撃をもって受け止められている。原著論文は、かかる違憲判決に関して、平易・簡潔なかたちで解説を加えているだけではなく、そこにおける問題性を批判的に論評している点で、訳出・紹介することに十分な意義を有するものと思われる。また、オーストリア

の事情が我が国において伝えられることは少なく、特に、刑法的な観点から、我が国の自殺関与を巡る現状と比較する上でも、参考になる点が多いものと考えられる。

なお、上記判決の背景及び概要は、本誌に同時掲載される拙稿「オーストリア憲法裁判所2020年12月11日判決：オーストリア刑法第78条の部分的違憲性(1)」獨協法学115号(2021)横343(152)頁以下の冒頭において紹介していることから、本稿では省略する(判決全文の翻訳は、以降、連載予定)。また、本稿における訳出方針も、上記拙稿で示されているところと同様なので、併せて参照されたい。

訳 文

自殺関与(刑法第78条)の部分的違憲性：判決の初見分析及び発展的考察

アロイス・ビルクルバウアー

リンツ＝ヨハネス・ケブラー大学、オーストリア

alois.birkbauer@jku.at

2020年12月11日に下された憲法裁判所の判決により、刑法第78条後段で規範化されている自殺幫助が違憲として廃止されたことは、まさに衝撃的であると説明されうる。2016年において、かかる最上級審は、生命に対する権利又は自分の生命を処分する権利も含めた自己決定権の意義を評価することに関して、それを立法者の裁量に委ねていた。今回の裁判において、憲法裁判所は、自己決定権を優先させ、自殺願望者の支援を全て否定することは、その限りで(もはや)合憲ではないとしている。以下の寄稿では、この最上級審の裁判における論証を分析し、弱者を適切に保護するために、場合によっては、實際上、廃止された規範の修復が必要かどうかという問題も検討する。

1. 序論

2020年12月11日17時において、憲法裁判所長官は、事件番号G 139/2019¹⁾に関する判決を言い渡した。「共和国の名において！憲法裁判所は、連邦憲法第140条に従って、正当に、次のような判決を下す。

1. 司法罰を科す行為に関する1974年1月23日付けの連邦法（刑法典：連邦官報1974年第60号）第78条の「又は自殺に関して他人を幫助した者」という文言は、違憲として廃止される。
2. この廃止は、2021年12月31日の経過をもって発効する。
3. 先の法的規定が再び発効されることはない。
4. 連邦首相は、これらの言渡しを遅滞なく第一連邦官報において公告する義務がある。」

憲法裁判所は、2016年の時点で、刑法第78条の違憲性に関する検討を既に済ませていたことから、かかる判決は、衝撃的であった²⁾。当時は、次のように言い渡されていた³⁾。

「刑法第78条の（中略）違憲性を第一申立人が詳細な理由付けをもって主張したとしても、行為の不法内容を評価するに際して、すなわち、刑罰による威嚇を確定するに際して、立法者には広範な法政策上の形成裁量が付与されているという憲法裁判所の恒常的な判例法（例えば、VfGH 10. 3. 2015, G 203/2014 ua; 10. 3. 2015, E 1139/2014等）により、抗弁されることで、当面は十分と考えられる。

第一申立人の見解とは異なり、立法者は、刑法第78条の禁止を介して、かかる法政策上の形成裁量の範囲を超えておらず、私生活の尊重に関する権利又は差別禁止を侵害していない。欧州人権裁判所は、2002年4月29日の裁判（プリティ事件, Appl 2346/02, 第76段落以下）において、自

1) 判決宣告に関する文書の冒頭に表示。

2) VfGH 8. 3. 2016, E 1477/2015-10 = VfSlg 20.057/2016.

3) E 1477/2015-10, 第22から24段落（下線強調部分は筆者による）。

殺への支援に関する一般的禁止に関して何らの異論も唱えておらず、すなわち、この判決では、自殺への支援に関する禁止が緩和されたり、例外が認められたりした場合の濫用のリスク及びその蓋然性の評価は、主に締約国自身に委ねられていることも同様に強調されている。また、この判決から、自殺への支援等の事実状況に対する規制は、各々の立法者による独自の権限に属することが導かれる。

立法者は、自殺への支援に関する一般的な禁止が健康及び道德の保護又は他者の権利及び自由の保護として必要であると考察しており、それは、立法者に付与された裁量の範囲を超えていないことから、刑法第78条を根拠とする団体設立の拒否は、欧州人権条約第11条第2項が考慮される下においても、違憲ではない。したがって、第一申立人は、そのような政策上の形成裁量において、それを立法者が諸々の結論へと行使し得ることも受け入れなければならない。」

2. 目下の判決における憲法裁判所の論証

2.1. 任意の自己決定権の延長線上にある自殺幫助に関する権利

今回の判決で、憲法裁判所は、先ず、欧州人権条約第2条(生命に対する権利)及び同第8条(私的領域に関する権利)を直接的な根拠とするのではなく、むしろ、先ずもって、1920年から連邦憲法律として有効とされているサン＝ジェルマン条約第63条第1項を根拠としている。それによれば、国家は、「出生、国籍、言語、人種、宗教の区別なく、全ての住民における生命と自由を完全かつ無欠に保障する」義務を負っている。「このことは、幾つかの基本権の保障、特に、欧州人権条約第8条による私生活の権利及び欧州人権条約第2条による生命に対する権利並びに国家基本法第2条及び連邦憲法第7条第1項による平等の原則から具体化され、そこから、憲法的に保障された任意の自己決定権が導き出される。この任意の自己決定権には、自身の人生を形成する権利だけでなく、人間の尊厳を伴いながら死ぬ権利も含まれている⁴⁾。」

4) G 139/2019, 第64段落以下(下線強調部分は筆者による)。

それに引き続き、欧州人権条約第8条との関連で自殺に際しての支援禁止の適合性を検討した欧州人権裁判所の判例として、プリティ事件、コッホ事件、ハース事件に言及しながら(第66段落以下)、憲法裁判所は、特に次のことを強調している。「いつ、どのようなかたちで人生を終えるべきかを自身で決定する権利は、(中略)欧州人権条約第8条による私生活の尊重に関する権利の一側面であると判断された(欧州人権裁判所、ハース事件、第51段落;コッホ事件、第52段落参照)。欧州人権裁判所の見解によれば、この権利は、単に空理空論的又は非現実的なかたちで保障されるものであってはならない(欧州人権裁判所、ハース事件、第60段落;同様に、欧州人権裁判所1980年5月13日判決、アルティコ事件、*Appl. 6694/74, EuGRZ 1980, 662* [第33段落])。

しかし、同時に、欧州人権裁判所は、ハース事件において、欧州人権条約第2条による生命に対する権利も、欧州人権条約第8条違反の可能性を検討する際に考慮に入れなければならないとした。これによれば、弱者が自身の生命を危険にさらす行為から、国家機関は、その者を保護する義務、及び自殺に関連する決断が任意のものではなく、その事情を十分に認識していない場合には、個々人の自殺を防止する義務があるとされている(欧州人権裁判所、ハース事件、第54段落;この点に関して、同様に、欧州人権裁判所2015年6月15日[大法廷]判決、ランベール事件、*Appl. 46.043/14, NJW 2015, 2715* [第136段落以下])。

条約加盟国の法的状況は、この点に関して、著しく異なっており、その結果、共通理解を見出すことができないため、欧州人権裁判所は、最終的に、自身の人生における終焉の時期及び方法を決定する個人の権利に関して、かなりの国家的な形成裁量を認めている(欧州人権裁判所、ハース事件、第55段落;コッホ事件、第70段落;ランベール事件、第144段落以下)。欧州人権裁判所の見解によれば、国家は、そのような裁量において、リベラルな取組みを採用する限りで、それを実施するための適切な措置を講じ、かつ、濫用に対する適切な予防策を講じなければならず、特に、欧州人権条約第2条で保護されている生命に対する権利は、自殺願望者において、その決断が任意の意思内容に事実上合致しているかどうかを確認するために、国家に対して、その予防策を講じる

ように義務付けている(欧州人権裁判所, ハース事件, 第56段落以下)。

人間全ての生命に対する権利を保護する欧州人権条約第2条第1項は, 国家の側からの危殆化だけでなく, 非国家的行為者の側からの危殆化からも, 生命に対する権利の保護を国家に義務付けている。欧州人権裁判所の判例法によると, これに関しては, 一定の特別な状況を満たす場合, 自殺の危険にさらされている者のための保護措置も含まれている(例えば, 欧州人権裁判所2016年11月22日判決, ヒラー事件, *Appl. 1967/14, NLMR 2016, 503*)。しかし, 任意に願望された自殺からの保護は, 国家の任務でもなく, 義務でもない(*Berka/Binder/Kneihls, Die Grundrechte*⁵⁾。]

その帰結において, 憲法裁判所は, 基本権的秩序が人間の自由を保障するとして, 次のことを強調している。「人間は, その人格性及び個性において自己答責的である。

任意の自己決定に関しては, 先ず, どのように, 自身の人生を形成し, それを導くのかという個人の決断が含まれている。しかし, 任意の自己決定には, 個人が尊厳ある人生の終焉を希望するかどうか, そして, どのような理由で, それを希望するのかの決断も含まれている。これらは, 全て個人の信念及び考え方に依存しており, その自律性の内に据えられる。

連邦憲法から導き出される任意の自己決定に関する権利は, 自殺願望者自身の決断及び行動だけではなく, 自殺願望者が(それに関して準備のある)第三者を利用する権利も対象としている。多くの場合, 自殺願望者が自己決定的な自殺の決断を実際に行使し, それを的確に実施するためには, 第三者の助力が必要となる。自殺願望者が尊厳あるかたちでの自己決定的な死に関する権利を有していることに対応して, そのために, 準備のある第三者の助力を利用できる可能性もなければならない⁶⁾。]

欧州人権裁判所の判例及び任意の自己決定権に関する詳論に続いて, 憲法裁判所は, 従前において刑法第78条を検討した判決(VfSlg 20.057/2016)に言及

5) G 139/2019, 第68から71段落(下線強調部分は筆者による)。

6) G 139/2019, 第73段落以下(下線強調部分は筆者による)。

しながら、次のことを確認している。「憲法裁判所は、連邦憲法第144条による訴願手続において、刑法第78条の規制を検討し、それに伴うかたちで、(立法審査手続においてではなく)特定の事件の背景に照らして、それを憲法上、疑義のないものとした。したがって、このことは、本件において評価される刑法第78条に対して、憲法裁判所を拘束するかたちで、憲法上の疑義内容を否定するものではない。

本件の判断において、従前の判決 (VfSlg.20.057/2016)とは異なる意見が表明されている限りで、そのような従前の判決は維持されない⁷⁾。」このことは、憲法裁判所が後述の箇所で次のように確認していることを考慮すると特に興味深い。

「このような文脈において、憲法裁判所は、臨死介助の規制に関して立法者が幅広い法的政策形成の裁量を有していること [著者注：憲法裁判所がVfSlg 20.057/2016において示唆的に言い渡したこと]に依拠する連邦政府の見解に同意できない。

刑法第78条(後段の構成要件)の規制は、生死の在り方に関する実存的な決断に関係し、それにより、本質的には個人の自己決定権にも関係してくることから、そのような意味で、立法者における法的政策形成の裁量は、決して広範なものではない⁸⁾。」

2.2. 人間の尊厳を損ねる自殺が生じうる危険性としての自殺幫助における例外のない禁止

更に、憲法裁判所は、自己決定権に関して立法者が法的政策形成の広範な裁量を有していないという想定を詳細に説明している。その際、まず、刑法第78条における前後両段の行為態様(第77段落以下)に関して検討し、基本権的評価において、前後両段の態様を区別しなければならないという結論に達している。「刑法第78条後段は、第三者の助力を伴う自殺を例外なく禁止している

7) G 139/2019, 第75段落以下(下線強調部分は筆者による)。

8) G 139/2019, 第82段落以下(下線強調部分は筆者による)。

ので、自身の任意の決意により個人の無傷性と同一性ひいては尊厳を有する中での自己決定的な人生を送ることに関して、もはや、それを保障できない状況が生じたとき、かかる規定により、人間の尊厳を伴わない形態での自殺が惹き起こされかねない⁹⁾。」その結果、憲法裁判所は、VfSlg 20.057/2016における従前の法理に疑問を呈することなく、むしろ、自殺に際しての支援を厳格に禁止することにより、それは、「人間の尊厳を伴わない形態での自殺」を惹起する危険性があることで、結果的に自己決定権が過度に広範なかたちで制限されていることを強調するに留まっている。以降における憲法裁判所の詳論も、これに適合する。すなわち、「刑法第78条後段の憲法的評価は、自殺願望者の生命保護に対して、その者の自己決定権を利益衡量する問題ではない。自殺が任意の自己決定に基礎付けられることが疑いなく確立されているのであれば、立法者は、これを尊重しなければならない。欧州人権条約第2条に規定されている生命の保護に関する権利から生命を保護する義務を導き出し、その結果、基本権の担い手を保護義務の名宛人にするという説明の仕方は、既に誤りである¹⁰⁾。」

この文脈において、憲法裁判所は、医師法第49条 a 第2項との関連性に言及し、そこで実施される規制は、自殺に際しての支援を厳格に禁止するための(十分な)客観的正当化事由であるとは容認できないとして、次のように述べている。「かかる規定は、緩和医療的処置の枠組み内で、すなわち、死に至る過程が本質的に医師単独の答責性に委ねられている場合に適用されるものである¹¹⁾。」この規範は、明らかに臨死者の尊厳と関連付けられている。医師法第49条 a 第2項は、例えば、集中的な疼痛療法に「生命機能の喪失を早める」リスクがあったとしても、それを強調することにより、同条第1項において規範

9) G 139/2019, 第80段落(下線強調部分は筆者による)。更に、その要約として、第104段落を参照。「刑法第78条後段は、例外なく、自殺に関する助力の全ての種類を禁止し、それにより自殺願望者が求める尊厳を伴いながらの死を不可能にしていることから、この規制は、連邦憲法に由来する自己決定権を侵害している。」

10) G 139/2019, 第84段落(下線強調部分は筆者による)。

11) 重ねてG 139/2019, 第80段落参照。

化された医師が臨死者に「尊厳が十分に配慮された下で」立ち会う義務を具体化したものであり、それにもかかわらず、かかる箇所において、この規範に言及していることは、その限りで驚くべきことである。結論としては、それは、死を望む者における自己決定と何らの関係もない¹²⁾。その点で、かかる箇所における論証は、違和感がある。

2.3. 自殺幫助禁止の緩和による延命の可能性

更なる論述において、憲法裁判所は、自殺幫助禁止の緩和が場合によっては延命の可能性と関連付けられるとして、その比例性の検討を採り上げている。「当事者が自身により選んだ時点で、任意の自己決定に従って第三者の助けを受けながら尊厳ある中で人生を終えられる法秩序が許容されるならば、人間の尊厳が伴わない方法で人生を早々に終わらされることが強いられずに、当事者は、より長い人生を全うしう。すなわち、当事者は、後日、第三者の助力を受けながら自殺を遂行することもできるので、それにより、余命の時間を得ることが可能となる。刑法第78条後段の構成要件が自殺に際しての第三者の助力を例外なく禁止している結果として、個人は尊厳を有する中で自身の死を決定することが阻まれている¹³⁾。」早期の段階で自殺を断念したことによる延命は、特に、死を望んでいる者において、後日、自殺に必要な薬物の提供を含む医療的支援が約束されている場合には、確かに想定しうるのであろう（これに関しては、後掲3.5を参照すること）。

2.4. 自殺幫助の根拠となる医療分野での自己決定権

この判決の中で、憲法裁判所は、当事者の生命及び健康が問題となる場合であっても、立法者が個人における任意の自己決定権に関して、どのように、そ

12) 当該規定に関しては、例えば、Birkbauer, Die gesetzliche Verankerung der „indirekten Sterbehilfe“: ein Schritt in die richtige Richtung, JMG 2018, 200; ders., Schmerzbehandlung vor Leidensverlängerung – Zielrichtung und Grenzen des neuen § 49a Ärztegesetz, DAG 2020, 33参照。

13) G 139/2019, 第81段落（下線強調部分は筆者による）。

れを認識し、詳細に規制するべきかを説明している。そこでは、一般民法典第252条以下で規範化されている医療的処置への同意に関する要件及び専断的治療行為という刑法上の構成要件(刑法第110条)並びに患者の事前指示法の規制における自己決定権の定着化に関しても言及されている。そこから、憲法裁判所は、次のように、結論付ける。すなわち、「これら全ての規定は、立法者により医療的処置の分野で個人の自己決定権が中心的価値に据えられていることを示している。更に、患者の事前指示は、特定の医療的処置又はいかなる医療的処置の拒否に関して、その重要な時点で患者が能力を喪失していたとしても、患者の意思に — それ故に、患者の自己決定に関する権利として — 主治医は、従わなければならないことが保障されている。特に、患者の事前指示に関する規定は、立法者が人生の終焉における決断の文脈でも個人の自己決定権が認められていることを示している。

憲法裁判所の見解によると、基本権的観点からすれば、治療に関する主導権ないしは患者の事前指示の枠組み内で、患者が自己決定権の行使において、延命又は生命維持のための医療的措置を拒否することも、自殺願望者が自己決定権の行使において、その者により追求される尊厳を有する中での死を可能にするために、第三者の助力を求めながら自身の生命を絶とうとすることも、両者は基本的に何らの差異はない。むしろ、個別の事案において決定的に重要なことは、各々の決断が任意の自己決定に基づいているということである¹⁴⁾。」

このような文脈において、憲法裁判所は、2019年に導入された医師法第49条aを再び検討している。かかる規範により、立法者は、「一定の厳格な範囲内で、積極的(間接的)臨死介助が明示的に許容されるものとして根拠付ける規制を制定した。(中略)このような形態の臨死介助に際して、医師は、疼痛緩和的措置による死の早期化を当該行為の回避できない副作用として甘受することになる。

オーストリアにおける通説的意見によれば、— 1998年医師法第49条a第2項とは無関係に — 間接的積極的臨死介助は、殺人罪の客観的構成要件を満たしていないとされている。すなわち、間接的積極的臨死介助は、オーストリア

14) G 139/2019, 第91段落以下(下線強調部分は筆者による)。

における通説的意見によれば、殺人罪との対比から、社会的妥当性を有する態様として適格化されている。これは、とりわけ、苦痛への処置に対して表明又は推定された臨死者の利害関心が『どんな代償を払ってでも』生命を維持することに對する当事者の利害関心よりも、明らかに優越するという事実により、正当化されるものである¹⁵⁾。』

ここで憲法裁判所が「臨死介助」という術語を不明確に用いていたとしても¹⁶⁾、このことは、不作為による臨死介助(消極的臨死介助)に関する論述でも展開され、そこでは同意を撤回した結果として治療が終了することも含まれており¹⁷⁾、この文脈において、社会的妥当性という想定は、とりわけ言及に値することである。憲法裁判所は、刑法上の通説と同様に、社会による公認の結果として、不法が排除されるものと理解している。その考察における結論は、次のようなものである。『刑法第78条後段の構成要件が自殺に関連して、いかなる支援も禁止しているという事実は、一方で、(憲)法的に理由付けられた処置の主導権という点においても、他方で、1998年医師法49条aにおいて、一少なくとも、患者の事前指示に関する現行法に鑑みて — そこで表現された任意の自己決定に関する相対的意義と矛盾する。一方で、医療的処置による救命又は延命を(不同意又は同意の撤回を介して)患者が判断できるだけでなく、他方で、1998年医師法49条aにより、そこで定められた要件の下、患者における早急な死亡も医療的処置の枠組み内で止むを得ないものと甘受されているのであれば、自殺願望者において、どのような手法及び形態であれ、自殺に関連するかたちでの第三者による自殺の助力を禁止し、そのような自己決定に関する権利を例外なく否定することは、正当化されない¹⁸⁾。』

15) G 139/2019, 第93段落以下(下線強調部分は筆者による)。

16) この専門用語に対する批判として、例えば、人生終焉期の医療的判断に関する専門用語に関する2011年版生命倫理委員会勧告、以下で入手可能<https://www.bundeskanzleramt.gov.at/themen/bioethikkommission/publikationen-bioethik.html> (13.12.2020)。

17) G 139/2019, 第95段落。

18) G 139/2019, 第98段落(下線強調部分は筆者による)。

医師法第49条 a への言及は、既に2016年において下された判断に関して、当時、かかる規範が未だ法体系の一部ではなかったことから、その時点の路線からの一定の逸脱が首尾一貫しているかのように思わせるという意味でも、憲法裁判所にとっては有意義なことであろう。臨死者の尊厳に鑑み、「最も重篤な痛みと苦しみ」を緩和するためであれば、重篤な患者の死を早めることも許容されるという一般的に公認された原則が確立されたことは、多元的社会において、もはや国家が生命の包括的な保護を保障する義務はないということを表現しているものと考えられる。苦痛の緩和は、少なくとも同等に高い価値を有している。言い換えれば、医師法第49条 a により、医師は、場合に応じて、更なる延命より苦痛の緩和を優先したとしても、(もはや) 刑法的に有罪判決を懸念する必要はない。これは、究極的には臨死者の尊厳に由来するものである¹⁹⁾。

2.5. 不十分な解決策としての量刑に際する考慮

刑法第41条で規範化されている特別な刑の軽減が十分な解決策に成りうるとして、審理中に提起された議論は、いずれにせよ、憲法裁判所が次のように述べることで明確に否定されている。「同様に、量刑の規制ないしは刑法第41条による特別な減輕という権限により、(著しい) 減輕事由が存在する場合、量刑の水準で、その責任に応じた差別化を立法者が考慮していたとしても、それは、刑法第78条後段における構成要件の違憲性を変更するものではない。総じて、区別なく、考えうる全ての自殺支援を刑法第78条後段に帰するような客観的の不法に基づく非難は、個別の事案における量刑では排除できない²⁰⁾。」このことにより、立法者は、社会的妥当性の観点から、既に刑法上の不法を欠くものとして、自殺支援の事案が許容されなければならないことを強調している。

19) 最終的に、この規範に至る契機となった事案に関して、Birkbauer/Haumer, Entscheidungen zur Komforttherapie bei infauster Prognose. Ein Grenzgang zwischen zulässiger Behandlung und strafbarer Sterbehilfe, RdM 2017, 17参照。

20) G 139/2019, 第105段落。

2.6. 社会的弱者における必要な保護

更なる展開として、この判決は、一定の枠組み条件の帰結として、自殺の選択を迫る圧力がかけられる可能性を指摘することで、先の箇所でも表明された弱者の保護という想定を再び採り上げている。すなわち、「憲法裁判所は、任意の自己決定が様々な社会的及び経済的事情により影響を受けることを看過するものではない。したがって、立法者は、第三者の影響下で当事者本人が自殺を決断しないために、その濫用に関する対策（回避措置）を（同様に）講じなければならない。

自殺に関連付けられる自己決定権の文脈においては、現実の社会的関係性に鑑みて、そのような決断に至るまでの実際の生活状況が同様ではないことを決して見落としてはならない。

このような決意に際しては、その自殺願望者の環境ないし素質だけでなく、その者の家族の状況、収入及び経済的状況、介護の状況、助力の必要性、活動範囲の制限、現実に予期される死の過程とその看取り、その他の生活状況及び予期される帰結という状況も決定的な役割を果たしている。

したがって、当事者の生活状況における差異を解消し、誰もが緩和医療的処置を受けられるようにするためには、立法等の国家的対策が必要不可欠である（この点に関して、「人生の終焉期における尊厳」という題目に関する議会調査委員会報告書、491 B1gNR 25. GP）。それにもかかわらず、その無傷性と同一性において、自身の人生を決定する個人の自由、そして、それとの関連性において、第三者の助力を伴いながら、人生を終わらせることの決断に関する個人の自由それ自体が否定されてはならない²¹⁾。」

そうすることで、憲法裁判所は、最終的に、この問題を十分に検討し、軽率な判断を望んでいないことを表明した。緩和医療的ケアと自殺支援を禁止することの緩和は、互いに対立するものであってはならない趣旨を明確化することで、自殺幫助のリベラル化に対して、それにより緩和医療の推進が犠牲になる危険性に関連付けようとする批判に対して、憲法裁判所は反論したことになる。

21) G 139/2019, 第99から102段落（下線強調部分は筆者による）。

それどころか、そもそも、十分に自己決定的な判断による自殺を可能とするためには、緩和医療の推進が重要とされている。ただし、弱者集団の保護のために必要不可欠とされる「立法等の国家的対策」に関して、憲法裁判所は、それを刑法の枠組みの中で求めているわけではないことに留意すべきである。

2.7. 自殺が任意に決断されたことに関する要件

憲法裁判所は、自殺の決断における任意性の要件を多くの箇所ですり上げています。まず、次のように述べている。「自殺は、不可逆的なものであるから、自殺を決断した者において、適切とされる任意の自己決定とは、実際には、(単に一時的なものではなく、むしろ)恒久的な決断であると裏付けられなければならない。」ここにおいて、憲法裁判所は、そのような「恒久的な決断」が、どのように事実認定されるかに関しては(未だ)言及することなく、従前の想定を繰り返し述べている。「自殺が任意の自己決定による決断に裏付けられていること、すなわち、十分に説明され、情報が提供された上での意思決定に依拠している限りで、生命の保護のみならず、任意の自己決定権も同様に、それらは、立法者に対して、自殺に際して第三者の助力が許容されることを義務付けるものとなる。その際、立法者は、自殺願望者が任意の自己決定に基づいて、助力する第三者が実際に自殺の意思決定をしたという十分な根拠を有していることも確認しなければならない²²⁾。」

後の箇所では、次のように述べている。すなわち、「自殺願望者が第三者の助力を受けて人生を終わらせるという決断に加えて、自殺願望者による実際の殺人が任意の自己決定に裏付けられるものであるかどうかは、一定の状況下において、事実認定が困難な場合がありうる。しかし、このことは、刑法第78条後段の規定により、いかなる種類及び形態の自殺に関する助力の例外のない禁止を介して、任意の自己決定と自己答責的な能力を有する者において、あらゆる状況下で第三者の助力を受けて自殺する権利の否定を正当化するものと受け止めてはならない²³⁾。」このように、憲法裁判所は、問題点を指摘しただけ

22) G 139/2019, 第85段落(下線強調部分は筆者による)。

であり、何らの方向性も示していない。

2.8. 刑法第78条前段及び第77条との相違点

憲法裁判所は、判決の最後において、自殺への誘引（刑法第78条前段）との区別も強調している。「既に詳述されたところからも明らかであるように、第三者の関与の下で自殺するという自殺願望者の決断は、任意に、誰からの影響も受けずに決断された場合にのみ、基本権的な保護を享受する。この前提条件は、刑法第78条前段において、当初から満たされていないので、かかる規定は、国家基本法第2条及び連邦憲法第7条第1項による平等原則のみならず、欧州人権条約第8条による私生活に関する権利又はその他の憲法的に保障された権利にも違反していない。

申立人により（共同で）不服が申し立てた刑法第78条前段の規定（中略）において、連邦憲法第18条による不明確性の疑義内容が提起されている限りで、かかる申立ては、理由が具備されていないことを示唆している。この点に関して、刑法第78条前段の刑罰規定は、どの時点で、その「誘引」という行為態様が成立したかを文言上明らかにしていないので、連邦憲法第18条に違反すると申立人は主張する。

連邦憲法第18条第1項 — 及び欧州人権条約第7条も同様に — に規定されている明確性の要請は、一般的に、法律により公的機関又は裁判所の行動は予め規定されており、法律には、そのような内容が含まれなければならないことを求めるものである。ただし、立法者が法的基準を記述化及び定式化する際に、不明確な法的概念を使用すること、及びそれに必然的なかたちで伴う曖昧さにより、公的機関の行為の明確な確定化が控えられることは、各々の規制対象の観点から、必要不可欠であるとも考えられている（*VfSlg. 20.279/2018, 13.785/1994*その他の参考資料参照；欧州人権条約第7条に関しては、*欧州人権裁判所2007年1月8日、ヴェット事件, Appl. 18.397/03, NJW 2008, 2322*）。

23) G 139/2019, 第103段落（下線強調部分は筆者による）。

事前に予測することが困難な様々な能動的な行為において、(故意に)自殺の決意が他者に喚起させうる心理的作用が考えうるため、立法者は、決定的な定義を自覚的に控えてきた。したがって、刑法第78条前段による「誘引」という構成要件は、(必然的に)一定の開放性を有している一方で、しかし、特に、刑法78条前段に関する判例に照らして、同構成要件は、解釈により理解可能な状況にある。すなわち、最上級審の判例によれば、(前段における構成要件としての)刑法第78条の「誘引」という概念は、教唆行為として理解されている(最高裁判所1998年10月27日, 11 Os 82/98その他。同様に, *Erläut. zur RV 30 B1gNR 13. GP, 196 f.*参照)。したがって、連邦憲法第18条の観点から見た刑法第78条前段に対する申立人の疑義内容は、根拠に乏しい²⁴⁾。」

憲法裁判所は、要求に基づく殺人(刑法第77条)に対する不服申立てを形式的な理由により却下している。そうであるとはいえ、かかる刑罰規定の内容的評価も加えている。「憲法裁判所は、刑法第78条後段の廃止を導く検討事項に関して、それを一適法性がないかたちで異議が申し立てられた一刑法第77条における合憲性の疑義へと安易に援用することは、かかる規定が刑法第78条後段と本質的状況において異なることから、認容できないものと結論付ける²⁵⁾。」

3. 当該裁判の初見分析

3.1. 将来を見据えて熟慮された妥協点

初見分析において、この憲法裁判所の判決は、「臨死介助」という課題に関して熟慮された妥協的な裁判であると評価しうる。要求に基づく殺人(刑法第77条)は、一申立ての形式的不適法性という理由ではあるものの一第三者による意図的で能動的な生命の終わらせ方として、(現在のところ)合憲であるとされた。この限りで、オーストリアの法的状況は、ドイツ(ドイツ刑法第216条参照)又はスイス(スイス刑法第114条参照)²⁶⁾と同様である。これは、

24) G 139/2019, 第108から112段落(下線強調部分は筆者による)。

25) G 139/2019, 第115段落。

26) スイス刑法第114条は、「尊重に値する動機、とりわけ同情の念」を必要としてい

本人が自ら積極的に最後の段階に踏み込まなければならないのか、本人の代理として、第三者が最後の原因となる行為を行うのかで、価値観や自殺願望者に生じうる心理的圧力の状況に大きな違いが生じるため、正当化される。憲法裁判所は、自殺関与に関して妥協点を見出しており、自殺への誘引(刑法第78条前段)は、心理的圧力を同等にもたらす可能性があるとして、その結果、憲法に適合するものと評価している。したがって、当該裁判所の裁判(VfSlg 20.057/2016)の原則は、ここでも伸張するかたちで適用されている。すなわち、自殺への誘引を禁止することは、それを立法者が健康と道徳の保護又は他人の権利と自由の保護のために必要であると判断して、ここで立法者が諸々の結論へと法政策上の形成裁量を行使したとしても、立法者は、権限が付与されている形成裁量の範囲を超えていないことになる²⁷⁾。

自殺幫助(刑法第78条後段)に関しては、この禁止により例外なく自殺に際しての支援ができなくなり、基本権で保障されている自殺者の自己決定の自由を不適切に侵害することになるため、憲法裁判所は、それを違憲であると想定している。この刑罰規定は、自殺者及び支援者に大きな良心的葛藤を生じさせる可能性があることに言及していない。自殺願望者が支援者に助力を求めれば、その支援者は刑事訴追を受け入れざるを得なくなることから、支援者は、その密接な関係にある者の最後の願いを叶えられないか、自分が刑事訴追を受けるかという問題に直面することになる。憲法裁判所は、明示的に言及していないにもかかわらず、このような事案においては、長い間、可罰性の排除が求められていた。この連邦憲法裁判所による刑法第78条の類型化が欧州にとってリベラルな基本的判断に合致しないことは、近隣諸国の状況が示している。ドイツでは、自殺教唆も自殺幫助も不可罰である。この点、オーストリアの規制は、一同じような共通の歴史があるにもかかわらず、生命の保護に関してはドイツの規制よりも、更に厳しいものとなっている。この事実は、「価値のな

ることから、要求に基づく殺人は、故意の殺人(スイス刑法第111条)の特別減輕類型とされている限りで、より狭いものとも捉えられる。

27) 本稿における前掲脚注2番を参照。

い生命を組上に載せた罪深い歴史〔訳者注：ドイツにおけるナチ党政権下の安楽死政策〕に言及することで、この課題の客観的議論を当初から弱めようとする全ての者へ明確に指摘されるべきであろう。スイスでは、自殺の誘導と介助の両方が処罰の対象となる一方で、それは「利己的な動機によるもの」に限られる(スイス刑法第115条)。憲法裁判所の判決により、オーストリアでは自殺教唆は教唆者の動機にかかわらず処罰されることになるため、この点でも、スイスより厳しい規制となる。一方、この憲法裁判所の判決により(新たな規制が設けられない場合)、2022年1月1日以降、自殺幫助が処罰の対象ではなくなるのであれば、オーストリアにおける当該分野の規制は、自殺幫助の動機が(もはや)重要ではないとされる意味で、よりリベラルな傾向にあるものと分類することができる。

3.2. 自殺支援と緩和ケアを関連付けることによる考察の具体化

憲法裁判所の裁判は、その考察及び論証において、*自殺幫助の可能化と緩和ケアの推進化が互いに対立するものではない*ことを明確にしている点でも評価されるべきである。これは、それに留まるどころではない。すなわち、不可罰的な自殺幫助の実現化は、自殺願望者における自殺の決断が任意かつ自己決定的な方法によることを前提とする。この決断を迫ることは、生命の保護と矛盾する。少なくとも、このために、憲法裁判所は、自殺への誘因(刑法第78条前段)を従前のままとしている。更に、自殺願望者が心理的圧力を感じるような状況を避けるために、緩和ケアの拡充が必要であると判決は明記している。これは、結果的に、考察を具体化するという方向性において、決定的な進歩と思われる。

3.3. 刑法第78条に関する新たな規制の必要性が強いられていないこと

憲法裁判所は、当事者が第三者の影響下で自殺を決断しないように、立法者は、*濫用を防止する措置*を講じなければならないと述べているので、立法者は、弱者に対して、この規定の濫用から、十分な保護を確立するために、刑法第78条を改正すべきか、又は、どの程度、改正しなければならないかという問題が

生じる。この点に関して、最初に指摘しておきたいことは、他殺から区別される刑法第78条の「自殺」という概念自体が本質的に濫用からの保護を内在化しているということである。ここでいう「自殺」とは、自然主義的要素と規範的要素が含まれている。他殺との違いは、自殺者が最終的な原因となる行為を自分自身で行うこと（自然主義的要素）だけでなく、この行為が完全な意思決定能力を持った状態で行われること（規範的要素）も重要とされる²⁸⁾。例えば、自身を殺害する行為は、精神疾患のために判断能力が十分でない者において、法的に「自殺」とはいえない。したがって、そのような行為における全ての支援には、他殺の犯罪（故意の場合、刑法第75条、第76条、第77条、又は過失の場合、刑法第80条、第81条）が適用される。このことから、自殺願望者の側に完全な「支配性」がない同種の場合には、自殺願望者が保護に値するかどうかに関する間隙が生じないことから、その結果、濫用を防ぐために、刑法第78条の新たな改訂版を策定する必要はない。それは、現時点での刑罰規範で十分に保護されている。

3.4. 重篤な患者における不法性に限定化されない新規制

確かに、憲法裁判所が採用したりベラル化に対しては、刑法第78条後段の廃止により、余命が限られた重篤な患者の支援とは無関係に、あらゆる自殺支援が不可罰にされてしまうと反論することができる。重篤な患者の支援を実現するためには、自殺幫助の可罰性を原則として残したまま、特定の人物及び組織に対しては正当化や免責を認めることでも達成されうるのであろう。しかし、3.3で示した考察と3.1における法的比較を考慮すれば、その必要はない。

私は、既に2016年の時点で、人生終焉期における尊厳に関する連邦首相府生命倫理委員会（BEK）の声明²⁹⁾を受けて、削除と無修正の維持との間における

28) これに関する詳細な論拠として、Birkbauer in WK-StGB² § 78, 第2段落以下及び第38段落以下。同様に、本件裁判G 139/2019, 第48段落も参照。

29) 人生終焉期にある者の看取り及びケア並びにそれに関連する問題提起に関する勧告, 2015年2月9日付けの生命倫理委員会声明, 以下で入手可能<https://www.bundeskanzleramt.gv.at/themen/bioethikkommission/publikationen-bioethik.html>

妥協点として、刑法第78条の新しい規制を提案した。そこでは、*自殺幫助*に関して、*幫助行為の動機を十分に考慮した上で*、特定の者に対する免責理由があれば、より軽い刑罰(3年以下の自由刑)に留めることができるものとした。したがって、死に至る不治の疾患により余命が限られている者に対して、その親族又は個人的に密接な関係にある者が自殺を幫助した場合であっても、その動機が法律上保護された価値に関わりを有する者(刑法第10条)において了解可能なものであれば、処罰されるべきではないとした³⁰⁾。これにより、自殺願望者と個人的な密接な関係にある支援者の(倫理的・道徳的な)対立状況を十分に考慮することが可能になる。「個人的に密接な関係にある者」という概念が十分に定義されているかどうかは、今後の議論が必要である。

3.5. 重篤な患者において許容された医師介助自殺

更に、憲法裁判所の考察によれば、最終的に、悲惨な方法で望むよりも早く人生を終えなければならぬことがないように、いかなる場合でも、自殺に際して、医療的支援が受けられる可能性は許容されている必要がある。弱者を保護するために、刑法第78条の新しい規制の枠組みの中で、これを規定することは確かに必要ではない。医師自身も、適切な指針により、*自殺願望者の自律的な意思が十分に確認され*、その意思決定のための記録化がなされることに関心を有しているだろう。自殺行為が自分の意思で行われたものではないことが明らかになった場合、— 既に述べたように — 支援者は、「他殺」として起訴される危険性があり、これは、全ての医師が避けたいところである。医師は、患者の意思を確認することに慣れており、それは、治療の根拠として必要であるから、このこと自体は、必ずしも新機軸を打ち出すものでもない。

立法者が刑法第78条の改正を決定した場合、少なくとも、不可罰とされるべき法的可能性は、規定されなければならない。中絶に関する規制(刑法第97条

(13.12.2020).

30) Birklbauer, Die Kriminalisierung des assistierten Suizids (§ 78 StGB): Eine (un)notwendige Strafbestimmung zum Schutz des Lebens?, RdM 2016, 84 (88).

参照)に鑑み、私は、2016年の時点で、刑法第78条の改革の可能性を提案しており、そこでは、成年に達し、自殺に同意できる重篤な患者を医師が支援する場合、かかる医師は正当化されるとした³¹⁾。患者が十分な認識能力を有していると判断するためには、支援する医師は、患者との個人的な面談に基づいて、患者が熟慮した上で任意に自殺幫助を希望していること、及びかかる医師は、患者が死に至る不治の疾患により余命が限られていることの確認を有していなければならない。更に、医師は、患者の状態、その見通し、自殺の場合に可能な支援の形態等 — 特に緩和的な医療の選択肢 — に関して、包括的かつ生命保護を志向する方法で患者に説明しなければならない³²⁾。これらの基準の充足に関して、少なくとも1名の他に独立した医師からの助言が求められなければならない。その助言する医師は、患者との個人的な面談を介して、上記の条件が満たされているかを確認しなければならない。軽率性からの保護という理由から、十分な説明を伴う面談後に表明された支援の要求に加え、自殺に際しての支援との間には、少なくとも10日間の期間が必要である。

もちろん、このような規制においては、医師の良心の保護に十分な配慮が与えられることも必要とされる。そのため、医師は、自殺幫助の義務を負うべきではない。その他方で、概説された(許容)要件の下での支援提供により、かかる支援者が何らかの不利益を被ることがあってはならない。

ここは、そのような医療現場のための正当化の規制の是非を全て議論する場ではない。しかし、今回の憲法裁判所の判決は、自殺に際して、全ての支援が刑法で禁止されてはならないことを示している。この点では、新たな違憲性を誘発しないために、あらゆる手段により現状を再構築することで、医師介助自殺の在り方が検討されなければならない。

3.6. 自殺幫助における社会的妥当性の想定

最後に、憲法裁判所は、医師法第49条 a により規範的に許容化された「間接

31) Birkbauer, RdM 2016, 88.

32) この文脈における十分な説明と情報提供が行われた上での意思決定に関して憲法裁判所が述べている点は、脚注22番を参照。

的（積極的）臨死介助」という文脈で、自殺幫助における不法性が阻却される構成要件要素としての社会的妥当性という想定を持ち出してきたことに関して、簡単に指摘しておく³³⁾。このような想定に従って、重篤な患者により任意に選択された自殺計画を — 誰であれ、常に — 支援し、— その者の視点から — 尊厳ある死が迎えられる場合、それを支援した全ての者は、刑法上の不法を充足しないものとされる。この限りで、支援者が自殺願望者と個人的に親密な関係にあることにより、かつ、その動機の結果として免責されるかどうかは重要ではない。自殺に際しての支援は、一般的に重篤な患者が尊厳を持って自己決定的な死を迎えることができるのであれば、社会的に妥当な（＝社会的に許容される）ものと考えられている。

このような観点からすると、例えば、かかる設定に従って専門的に自殺支援を組織している団体は、結論として、社会的に妥当な自殺支援を可能にしていることから、もはや違法な目的を有しているとは非難されない。そうすると、「臨死介助協会」を禁止した判決（VfSlg 20.057/2016）は、もはや判例的な価値を持たなくなり、そのような協会を承認するための決め札は、おそらく、ここでも新たに切り直されることになるだろう。もちろん、本稿は、このような想定を大々的に展開する場ではない。しかし、この課題に関する開かれた議論への道は舗装されたものといえよう。更に、専門職による事業として、社会的に妥当な支援が提供され、そして、それに対価が生じたとしても、それ自体が忌避され、嫌悪される雰囲気は付与されていない。

要約された結論

刑法第78条の部分的な違憲性に関する憲法裁判所の判断は、生命の保護と自己決定に対する基本権との間の必要な均衡を一貫して求めたという意味で合理的な前進である。それは、個人の自律性を尊重するだけでなく、自殺願望者にとっても、その支援者にとっても、人間的な苦しみを軽減するのに役立つ。1年間の移行期間を経て、今度は立法者が許容された自由の濫用から弱者を守

33) G 139/2019, 第93段落以下。これに関して、前掲脚注15番を参照。

るために必要な枠組みを作ることになる。この点に関して、憲法裁判所は、刑事法の分野内で、代替となる規則を要求しているわけではない。この最後の段階に踏み込む自殺願望者の意思決定の自由を守るためには、かかる最上級審が明確に指摘しているように、むしろ緩和医療の拡大が必要である。また、オーストリアと類似の経緯を有するドイツを見ても、濫用に対する十分な保護は、刑法以外により保障されていることが分かる。刑法的規範では、自殺も自殺支援も防止できない。

刑法第78条の改正が必要であるとされた場合には、2015年において、連邦首相府生命倫理委員会の多数派が既に要求していたように、密接な関係にある支援者又は医師を不可罰とする可能性が法律に明記されるべきである。もちろん、新しい改正が必ずしも求められているわけではない。結局のところ、憲法裁判所が選択した合理的な道筋が政策立案者により断念されることのないよう、また、少なくとも — 数年前のように — 憲法上、臨死介助の禁止が求められることのないように願う。憲法裁判所の裁判が押し開いた更なる自由のために、時は熟しているのである。