

自殺関与罪に関する一考察

谷 直 之

第一章 問題の所在

一 序 論

一九九三年二月四日、イギリスの最高裁判所にあたる貴族院 (House of Lords) の法官貴族 (Law Lord) による裁判で、三年間昏睡状態にあった患者から人工給水、人工栄養などの取り外しが初めて認められた。⁽¹⁾ いわゆる尊厳死が、イギリスにおいても認められることとなったのである (アンソニー・ブランド事件)⁽²⁾。これにより、イギリス国内に約一、〇〇〇人ともいわれる同種の状態にある患者が多大な影響を受けるであろうと考えられている。⁽³⁾

この尊厳死を認める法制度が最も確立された国はアメリカ合

自殺関与罪に関する一考察

衆国であるといわれている。著名なカレン・クインラン事件 (カレン事件)⁽⁴⁾ を契機として、現在、ほとんどの州で尊厳死を認める尊厳死法もしくは自然死法とよばれる法律が制定されている。⁽⁵⁾ さらに一九九〇年には連邦最高裁判所がクルーザン事件⁽⁶⁾ に関して、患者の治療拒否権の問題に一步踏み込んだ判断を下し、アメリカの尊厳死問題は新たな局面を迎えつつあると言っている。⁽⁷⁾

我が国においては、特にアメリカの尊厳死をめぐる動きの影響を受け、尊厳死を望む声が次第に強くなってきており、一部には、医療実務慣行において既に密かに尊厳死が認められているとの指摘もあるが、いまだ立法化の段階にはない。⁽⁸⁾

一方で、一九九三年二月九日、オランダ国会下院が、おそら

く世界で初めてであろうと思われる安楽死を法的に認める法案を九一对四五の賛成多数で可決した。⁽⁹⁾その後、一九九三年九月三〇日、上院は同法案を三七对三四という僅差で可決し、翌年初めにも発効することとなった。⁽¹⁰⁾これにより、オランダ国内で年間三、〇〇〇人ともいわれる積極的安楽死および自殺幫助による死が、法律的に承認されることとなった。このニュースは、世界各国の新聞やニュースで報じられ、この問題への関心の深さを改めて示すとともに、賛否両論を巻き起こした。

イギリスでも一九九二年、ウィンチェスターの病院で自分の患者に塩化カリウムを注射し、安楽死させた医師が起訴され、殺人未遂で有罪とされた(コックス医師事件)。⁽¹¹⁾この事件も多くの耳目を集めたが、医療審議会がこの医師の免許を剥奪せず、そのまま元の病院で勤務することを認め、事実上法的責任を問わなかった点が注目される。⁽¹²⁾

これに対しアメリカでは、いくつかの州で安楽死を合法化する法案が議会に提出され、特にワシントン州とカリフォルニア州では住民投票に付されるに至った。いずれも僅差で否決されたが、これら法案の是非をめぐって、全米中でまさに世論を二分する議論が展開された。さらに現在、いくつかの州で同様の法案の準備が進んでいると伝えられている。⁽¹³⁾

ドイツでは、安楽死について、古くから、ナチス時代の経験を念頭に置きつつ、活発な議論が展開されてきたが、近年に至って、ヴィティヒ事件やハッケタール事件といった事件を契機として、再び議論が活発化してきている。さらに一九八六年には、いわゆる臨死介助対案が出され、一定の範囲で人が死にゆくにまかせることを許容しようとする動きが見られる。⁽¹⁶⁾

我が国では、昭和三七年の名古屋高裁判決がリーディングケースとなり、そこで示された六つの要件が実務上の一応の基準と考えられている。もともと、裁判所としては、まだ一度も安楽死を適法とした判例はなく、⁽¹⁸⁾また、最近の判例でも、名古屋高裁の六要件とは幾分異なった要件が示され、安楽死許容の要件が判例上確立したものとまでは言えないようである。⁽¹⁹⁾また最近では、東海大学医師安楽死事件が安楽死問題として注目された。本件では、死に対する患者自身の嘱託あるいは同意は欠けており、また病状も末期のものであるか疑わしいような状況下において、医師の手によって塩化カリウムが注射されたものであり、真の安楽死とは呼べないものであった。にもかかわらず、刑法学者を含めた少なからぬ人が、この医師の行為に好意的な、少なくとも同情的な態度をとっているのである。⁽²¹⁾

このように、世界各国において、今まさに、尊厳死や安楽死

など、人の生命の終焉に関わる問題が大きな関心を呼び、盛んに議論されてきている。そして多くの場合、そこには医師や看護婦などの、いわゆる医療プロフェッショナルが、まさに当事者として関わっていることがわかる。そして、このような潮流が現在、世界的な広がりをもってきていることは、何ら偶然ではないと思われる。

医療の目的が患者の利益の保護、増進であるということは、古くから意識されてきた。しかし、患者が医療の場において主体として登場してきたのはようやく最近のことである。インフォームド・コンセントや患者の治療拒否権といった言葉がよく聞かれるが、これらは、何が医療の目的である患者の利益にあたるのかということの決定に際しては、患者を主体として尊重し、患者自身の意思を無視してはならない、という考え方の表れである。

このような背景の下で、科学技術の飛躍的な発展は、人の生命、したがって死を、聖域から人為の及ぶ領域へと移し、生命の終焉に人が大きく関与するようになった。かつては救えなかったような患者も、延命治療技術の発達により、人工心臓や人工呼吸機などを使って、かなりの長い間、心肺機能を維持させることが可能になった。しかし、その反面、多くの患者が、

回復の見込みのないまま、生命維持装置につながれ、時には患者自身の意に反して、長期間にわたって病气や苦痛と闘わなければならないという状態が生み出されてきた。そして、このような医療の供給は、いたずらに生命を引き伸ばすだけで、かえって患者の利益に反するのではないか、という疑問が生じてきたのである。換言すれば、生命の維持が、必ずしも患者の利益に資するわけではないのではないか、ということが意識されてきたのである。

さらに、今日では我々のほとんどが、自分の家ではなく、病院で死を迎えているという現実が、——いわば量的側面から——、これら医療の問題を、他人事ではなく我々自身の実際的な問題として考えることを我々に余儀なくしているのである。そしてこの医療を我々に供給する主体として、医師や看護婦などの医療プロフェッショナルが、本問題関心に登場することになるのである。

ここで注意しておかなければならないのは、尊厳死や安楽死の問題においては、決して生命の質そのものが直接問われているわけではないということである。すなわち、ある状況下では、もはやその生命は生命としての尊厳を失い、保護に値しないという議論がなされているわけではないということである。そこ

では、患者の利益の決定の中で、患者の意思に対応して、いわば相対化されて、生命の質が問題になっているのである。したがって、——東海大学医師安楽死事件のように——患者の意思が介在しない場合は、もはや安楽死の問題ではない。尊厳死問題においても、現在および将来の意思を確認しえない患者の意思を、いかなる資料に基づいて推定し、それをどのようにして、いわゆる患者の自己決定権の問題に還元することができるか、という問題関心がその中核をなしているのである。こうして見てみると、今日の医療を取り巻く諸問題のほとんどは、患者の自己決定権と生命との関係という点に収斂していることがわかる。⁽²²⁾

二 自殺関与罪の問題性

このような尊厳死、安楽死を含む医療の様々な問題に対して議論が交わされているという世界的潮流に鑑みれば、我が国でもやはり、遅かれ早かれ、これら諸問題に対する態度決定が迫られることは必至であろう。そしてそれは、我々のほとんどが直接関わる可能性のある現実的な問題である。

ところで、意図的な生命の侵害行為に対して、我が国の刑法典は、英米やドイツなどとは異なり、包括的な殺人罪の規定で

ある一九九条を設けるほかは、二〇〇条の尊属殺および二〇二条の自殺関与罪・承諾殺人罪を規定しているに止まる。したがって、我が国において、医療をめぐるこのような問題が生ずれば、刑法的には一九九条の普通殺人罪と二〇二条の自殺関与罪・承諾殺人罪の規定が問題となることになる。そして、実際には、今日関心を集めている問題のほとんどが二〇二条に包摂されることになるのである。

そして、特に、二〇二条前段の自殺関与罪が重要となってくる。二〇二条前段は「人ヲ教唆若クハ幫助シテ自殺セシメ」る行為を処罰の対象としている。したがって、そこではまず、自殺が法的に許されるのかどうか、自殺はどのように評価されるのかということが、本条文理解の前提となる。そして、自殺の法的評価を問うということは、人は自分の生命を処分することが許されるのかという、まさに尊厳死、安楽死問題の中核問題を扱うことにはかならないのである。

また一方で、自殺関与罪に関しては、解釈論上も多くの問題を孕んでいるように思われる。まず、その行為が教唆・幫助という共犯上の行為と同じであるにもかかわらず、従来の共犯論では説明がつかないという点である。

自殺（未遂）は犯罪ではない。今日の有力な見解は自殺の違

法性を否定している。⁽²³⁾そして今日の通説である共犯の制限従属性説によれば、共犯が可罰的であるためには、正犯の行為が構成要件に該当し違法でなければならない。さらに、ほとんど考慮されていないが、共犯としての幫助犯の刑が教唆犯に比べて軽減されているのに対して、二〇二条の幫助行為者は教唆行為者と、さらには同意・囑託を得て殺害した者と同じ法定刑が予定されている。このことは、本条の教唆・幫助が共犯上のそれと異なっていることを示しているように思われる。したがって、通説は本条の教唆・幫助行為を独立の犯罪類型として見ているが、⁽²⁴⁾それがいかなる犯罪の実質を持つのかについては、十分な説明がされていない。違法でない行為に関与することがいかなる可罰性を有するのか、何が保護法益として予定されているのか、という問題に対して明確な回答を用意しないまま、多くの論争を生み出しているように思われる。

本稿は、このような問題意識の下で、まず英米、ドイツおよび我が国における自殺および自殺関与の取扱いを見た後で、二〇二条の解釈論、特に自殺教唆・幫助罪に関して一考察を加えるものである。

(1) Airedale NHS Trust v. Bland, [1993] 1 All E. R. at 821-96;

See, also, The Times, 5. Feb. 1993.

(2) 本件に関しては、後述第二章一、イギリス参照。

(3) The Times, Feb. 5, 1993, at 3.

(4) In re Quinlan, 70 N. J. 10, 355A 2d 647, Supreme Ct. of N. J., 76, 3, 31.

(5) 後述第二章一、イギリス参照。

(6) Cruzan v. Director, Missouri Department of Public Health, 110 S. Ct. 2841(1990).

(7) アメリカ合衆国の尊厳死問題に関しては後述第二章二参照。

(8) 一九九三年八月四日付けの厚生省のアンケート結果によれば、およそ四分の三の人が、単なる延命医療を望まず、尊厳死を容認すると答えている。「末期医療に関する国民の意識調査等検討会報告書」平成五年八月四日、政策情報センター、月刊ニューポリシー第二三巻九号所収。なお、大谷實「解決が急がれる尊厳死問題」研修五四一号、三頁以下参照。

(9) The Times, Feb. 10, 1993.; The New York Times Weekly Review, Feb. 14, 1993. なお、オランダにおける安楽死をめぐる状況に関して石原明「J. V. M. ウイリー著、医学特例：医師と安楽死とオランダ刑法」、神戸学院法学第二三巻二号、九三一—一〇六頁に紹介がある。原典は、J. V. M. Welie, The Medical Exception: Physicians, Euthanasia and The Dutch Criminal Law, The Journal of Medicine and Philosophy, Auf. 1992, vol. 17 = 4.

(10) 一二月一日付、読売、朝日各紙夕刊参照。オランダ刑法典は、二九三条で囑託殺人を、二九四条で自殺教唆・幫助を処罰している。本法案は、刑法典を改正するものではなく、医師が安楽

自殺関与罪に関する一考察

死を行う際の要件と検察局への届け出義務を埋葬法に規定したにすぎない。オランダでは、一九七一年に起きた医師による安楽死事件をリーディングケースとして、一九八一年ロッテルダム地区裁判所が十項目に及ぶ安楽死許容のための要件を提示した。この要件を受けて、検察などの司法関係者と医師会が共同し、一九九一年、安楽死のためのガイドラインを発表した。この間、多くの安楽死事件が発生し、判例の蓄積もかなりの数にのぼり、判例法上の要件を満たしている場合には医師の刑事訴追がなされないのが実務慣行となっていたとされる。本法案はこのガイドラインをもとに、不治の患者が耐え難い苦痛に見舞われ、繰り返し死を希望し、別の医師の同意を得るなど、厳格な要件を定め、実際上は、この要件を満たしていれば訴追が免除されることになる。これは、広く行われている安楽死に法の光をあて、適正な運用を図るための、現状追認の色彩が強いと思われる。このように、本法案は、十年以上にもわたる医療実務と議論の蓄積の上に成り立っており、またわが国に比べ、医療制度もはるかに整備されており、経済的理由による濫用の危険性もある程度緩和されていると考えられ、わが国に移して考える場合には注意を要すると思われる。なお、Albin Eser Hrsg. Materialien zur Sterbehilfe, Max-Planck-Inst. für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1991, S. 453 ff. じ、Hans-Joseph Scholten によるオランダの状況が紹介されている。

- (11) R. v. Cox (18 September 1992, unprinted.); The Times, Sep. 21, 22, 23, 1993. なお本件は先にアンソニー・ブランド事件判

同志社法学 四四巻六号 一二六 (九七六)

決でも引用されている。See, [1993] 1 All E. R., at 849. 本件が殺人既遂ではなく未遂として訴追されたのは、コックス医師の行為が病院側の内部告発により露見したときには、すでに被害者の遺体は埋葬された後で、死因等の因果関係の立証が困難であったからとされる。

- (12) Decision of the Professional Conduct Committee in the case of Dr. Nigel Cox, General Medical Council, 17th Nov. 1992.; also, The Times, Sep. 21, 22, 23, 1993.
- (13) 後述第二章「アメリカ参照」。
- (14) BGHSr. 32, 367. (Urt. v. 4. 7. 1984: 3StR 96/84)
- (15) OLG München, (Beschl. v. 31. 7. 1987-1 Ws 23187)
- (16) Alternative entwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe, Entwurf eines Arbeitskreises von Professoren des Strafrechts und der Medizin sowie ihrer Mitarbeiter, 1986.
- (17) 名古屋高判昭和三十七年二月二二日高刑集一五巻九号六七四頁。名古屋高裁が示した六要件とは、①病者が現代医学の知識と技術からみて不治の病に冒され、しかもその死が目前に迫っていること、②病者の苦痛が甚しく、何人も真にこれを見るに忍びない程度のものであること、③もっぱら病者の死苦の緩和の目的でなされたこと、④病者の意識がなお明瞭であって意思を表明できる場合には、本人の真摯な嘱託又は承諾のあること、⑤医師の手によることを本則とし、これにより得ない場合には医師により得ないと肯首するに足る特別な事情があること、⑥その方法が倫理的に妥当なものとして容認しうることであった。

(18) 大谷實、『刑法講義総論』第三版(成文堂、平成三年)、二六七―六八頁。

(19) 高知地判平成二年九月一七日(判時一三六三三―一六〇頁)は、名古屋高裁判決の要件⑤に関して、医師以外の者による安楽死を事実上否定する判断を示している。

(20) 本件は、一九九一年四月一三日、東海大学医学部付属病院で一人の助手が、末期状癌患者に対して塩化カリウムを注射し、電気的心臓死にいたらしめたものである。一九九二年九月八日に横浜地裁で行われた第一回公判では、被告人の医師は殺意を否認している。本件に関して、酒井安行『「死」「生命」についての自己決定権を問う』法学セミナー第四四八号、五八―六一頁、上村卓也「安楽死を考える―東海大学医学部付属病院安楽死事件から」法曹時報四七卷一〇号八九―九三頁。

(21) 報道によれば、本件被害者の家族を含め、本件医師の寛刑を求める署名が多数集められているとのことである。なお、植松正、法令ニュース二七卷八号、一四―一五頁。

(22) 患者の自己決定権に関する最近の文献として、上田健二、「臨死介助と自死への権利」刑法雑誌二九卷一号(昭和六三年)、九五頁以下、植松正、「瀕死医療の合理化」医事法学四(平成元年)、四頁以下、大谷實、「末期医療と医師の刑事責任」警察研究五六卷七号(昭和六〇年)、三頁以下、同、「終末医療と自殺関与罪をめぐる問題」研修第五二八号三頁以下(平成四年)、甲斐克則、「末期医療における患者の自己決定権と医師の刑事責任」刑法雑誌二九卷一号(昭和六三年)、一三一頁以下、同、

自殺関与罪に関する一考察

「自殺患者をめぐる刑法上の問題点」医事法学四(平成元年)、三一頁以下、木内道祥、「『エホバの証人』と輸血拒否―自己決定権の新しい局面―」自由と正義三四卷七号(昭和五八年)、三九頁以下、坂上正道、「現代の医療と医の倫理」自由と正義三四卷七号(昭和五八年)、四頁以下、内藤謙、「いわゆる『尊厳死』と刑法」医事法学一(昭和六一年)、三八頁以下、同、「安楽死・尊厳死と刑法」大東法学一七号(平成二年)、一八七頁以下、中川米造、「死んでいく者への医療」ジュリスト六三〇号、(昭和五二年)、四九頁以下など。

(23) 平野龍一、『刑法概説』(東京大学出版会、昭和五二年)、一五八頁、大谷實、『刑法講義各論』第三版(成文堂、平成二年)、二〇頁、前田雅英、『刑法各論講義』(東京大学出版会、平成元年)三一頁。

(24) 団藤重光、『刑法綱要各論』第三版(創文社、平成二年)、三九九頁、平野龍一、『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、昭和五〇年)、二五〇頁、同、「生命の尊厳と刑法―特に脳死に関連して―」ジュリスト八六九号、四一頁、同、「結果無価値と行為無価値」、同著、『刑法の機能的考察』(有斐閣、昭和五九年)、二七頁、大塚仁、『刑法概説(各論)』改訂版(有斐閣、昭和六二年)、二〇頁、大谷、前掲『刑法講義各論』第三版、二〇頁。

同志社法学 四四卷六号

一二七 (九七七)

第二章 各国の自殺関与罪

一 イギリス

イギリスをはじめ、ヨーロッパの各国の文化は、中世以来、キリスト教の影響を強く受けてきたが、刑法もその例外ではなかった。聖書には四件の自殺の事例が記されているが、自殺を非難する叙述は見られず、初期のキリスト教では、自殺を倫理的に非難するという感覚は持っていなかったとされる。⁽¹⁾キリスト教徒としての至高の義務は、欲を退け、罪を避けることであり、多くの者が、誘惑に負け、罪を犯す前に自ら命を絶ち、殉教したとされる。しかし、カトリックを中心として、キリスト教の教義では現在でも自殺は非難されるべき罪であると考えられている。この倫理感に最初に強い影響を与えたのはアウグステイヌスであるといわれている。⁽²⁾

アウグステイヌスによれば、自殺は自分という人を殺す行為であり、したがって自殺は自分に対する殺人 (*homicide*)⁽³⁾である。それは、改悛の機会を奪う行為であり、臆病な行為である。しかし、アウグステイヌスは、あらゆる自殺を非難することとはしなかった。すなわち、聖書上の人物の自殺および多くの聖人達の殉教という先例と、一般的な自殺の非難という彼の見

解との矛盾を避けるために、これら先例を、神からの特別の命令によるものとして位置付け、殉教など、一定の自殺を肯定したのである。⁽⁴⁾

キリスト教において最初に自殺が禁止されたのは、五世紀半ばのことであるとされる。しかし、そこで禁止の対象となったのは召使だけであり、主人や地主への影響を考慮してのことと考えられている。⁽⁵⁾その後、自殺の禁止は多くのカノン法により採用されていくことになる。そこでは、差別的な埋葬や教会との交流制限などの制裁が課されていた。⁽⁶⁾

六七三年、これらカノン法がイギリス法に導入され、この自殺者に対する差別的な埋葬慣習は、九六七年、エドガー王によって踏襲されることになった。⁽⁷⁾それ以後、イギリスでは、一般の墓地や聖地への自殺者の埋葬が禁止されるようになり、自殺者の遺体は、交差点や往来の多い公道に埋葬され、死体には杭が打たれたり、顔の上に石が置かれたりした。⁽⁸⁾このような慣習は、遠く古代ギリシャに端を発する自殺嫌悪の風習が影響していると考えられる。殺人の犠牲者と自殺者は、死後、亡霊や吸血鬼になると恐れられていたため、杭などでその霊が遺体から抜け出すのを防ぎ、また、交差点や往来は亡霊を惑わせ、その悪影響を防止すると考えられていたことによるものであった。⁽⁹⁾

もつとも、これら自殺死体への差別的な埋葬習慣や危害の付加を、単に迷信に基づくものとして完全に根拠付けられるかは疑問である。なぜなら、このような自殺体への危害の付加は、当初は死刑の宣告を受けた、あるいは受けるであろうと思われる犯罪者が、処罰を逃れるために自ら自殺した場合に、刑の執行の一形態として、公開の場で、絞首台へ自殺体を吊るしたり、杭で貫いたりしたものが、後に自殺体一般への扱いへと変わっていったもの⁽¹⁰⁾であり、そこでは明らかに、処罰の一般予防的な考慮が働いていたと思われるからである。さらに、自殺死体は、同じく亡霊になると考えられていた他殺死体と比べても格段に差別的に扱われていたのであり、やはり自殺に対する抑止効果という刑事政策上の配慮があったと考える方が自然であろう⁽¹¹⁾。

さらに、キリスト教が自殺を罪(sin)と考えるようになる⁽¹²⁾と、イギリスでは自殺を犯罪(sunde)と見なすようになった。まず、一三世紀に、トマス・アクィナスにより、自殺は神に対する大罪であるとされるようになる。すなわち、自殺は人間の本来の性向、自然の法、自分自身に対する自愛に反するがゆえに、社会からその存在と活動を奪うがゆえに、そして、人間の生死は神が決定し、その神の支配を侵害するがゆえに、自殺は

罪であり、大罪であるとされた⁽¹²⁾。その後、イギリスでは、自殺は、謀殺の一種として、重罪とみなされていくことになる。

当時、イギリスでは、自殺既遂者の財産の没収制度が設けられていた。このような制度の由来はローマ法にあるようである。自殺の一般的禁止を盛り込まなかったローマ法であったが、相続人への不正な財産の相続を防止するため、犯罪による財産の没収を避けるための自殺に対して、その財産の没収が定められていた⁽¹³⁾。イギリスにこの没収制度が導入された時期については明らかではないが、エドガー王のカノン法に、自殺者の全ての動産が領主に没収される旨の規定が見られる⁽¹⁴⁾。やがて、教会の見解に補強され、自殺は犯罪であり、重罪(heinous)であるという認識が定着することにより、没収財産は、他の重罪と同じく、王に帰属することになった。これは、王室の財産確保という目的に適ったものであった⁽¹⁵⁾。

一八世紀から一九世紀にかけて、啓蒙思想と功利主義の影響により、自殺への従来の態度を見直す動きが出てくる。差別的埋葬習慣については、一八二三年、午後九時から一二時までの夜間に限り、一般墓地への埋葬が許可された⁽¹⁶⁾。そして、このような埋葬習慣が完全に廃止され、通常の時間帯に一般墓地への埋葬が許されるようになったのは、一八八二年のことである⁽¹⁸⁾。

没収についても、重罪逃れのための自殺を除き、財産の没収は実務上差し控えられるようになり、一八一九年委員会の答申を受けて、一八七〇年没収法により、他の重罪と同様に、自殺に対する財産の没収は廃止されることとなった。⁽²⁰⁾

しかし、自殺が犯罪であるという観念は、自殺未遂に対する処罰という形で残ることとなる。すなわち、イギリスではあらゆる犯罪の未遂は可罰的であったため、犯罪である自殺の未遂も処罰されることとなった。未遂罪の適用が自殺に及んだのは一八五四年のこととされるが、その後の判例により、自殺未遂の可罰性は自明のこととして確立されていくことになる。⁽²¹⁾

自殺の可罰性根拠に関しては、トマス・アクィナスの理論がほぼ踏襲されてきたが、一六世紀頃には、自殺の可罰性を封建制度的に根拠付ける理論が現れてきている。すなわち、個人を、王を頂点とする封建制度の基礎を財源的・軍事的に支える人的資源として捉え、自殺はその人的資源を奪うがゆえに、領主あるいは王に対する罪であるとされたのである。⁽²²⁾したがって、人は、人間の本性のために、神のために、王のために、生きる義務を課されていたのである。

自殺が重罪として、しかも謀殺 (murder) の一種として考えられていたことは、自殺意思について、謀殺の主観的要件で

ある犯意 (malice) への転用が認められていたこと、⁽²³⁾ 心中で一方が生き残った場合、生き残った者は、自殺既遂者の自分自身に対する謀殺への第二級正犯として謀殺で有罪となったこと⁽²⁴⁾などからもうかがえる。

一方、自殺の教唆、幫助など、自殺への関与行為は、自殺が謀殺の一種として扱われていたことから、自殺と同じく、重罪として処罰されていたようである。⁽²⁵⁾その後、イギリス法での共犯理論が確立してくると、若干の変化が生じてきたようである。すなわち、イギリス法では、重罪への共犯につき、正犯者 (Principal in the first degree) の実行行為への関与は、第二級正犯とされ、正犯としての罪責を負っていたが、実行行為以前の関与については、関与者が犯行時に現場に居合わせなかった場合には、事前共犯 (accessory before the fact) として、共犯とされていた。⁽²⁶⁾そして、事前共犯の場合には、正犯者が有罪となった後でなければ、共犯として有罪とはされないというルールが存在していた。したがって、この理論の適用が自殺関与にも肯定されれば、自殺行為以前の単なる教唆、幫助行為による加功 (counsel と procure) は、正犯者である自殺既遂者とはもはや訴追され得ず、有罪とされ得ないため、常に有罪を免れることができることとなる。⁽²⁷⁾自殺関与行為が正犯としての責任を

負うものであるか、事前共犯の理論が適用される共犯としての責任を負うものであるかに関しては、判例や学説でも若干の混乱が見られるようである。⁽²⁸⁾このような事前共犯に対する特別の取扱いは、一九世紀後半には廃止され、⁽²⁹⁾自殺の事前共犯は謀殺の共犯と同じ取扱いを受けることとなった結果、自殺関与行為はいずれにせよ処罰されることになり、正犯とするか共犯とするかを問題とする実務的意義は失われてしまった。

イギリスでは、第二次大戦後、処罰の人道化、刑事裁判制度の組織化、刑法の法典化など、刑事裁判制度の包括的な見直しが行われることとなり、一九四八年の刑事裁判法改正以来、非犯罪化の動きが活発化してくる。⁽³⁰⁾社会構造の複雑化および価値感の多様化にともない、宗教あるいは道徳と法との分離が叫ばれるようになったのである。⁽³¹⁾そのような動きの中で、自殺を重罪として処罰することが疑問視されたのである。そして、一九六一年自殺法により、自殺および自殺未遂は、犯罪カタログから除外されることとなった。⁽³²⁾

もともと、それ以前から、実務上は自殺を犯罪者として取り扱うことに消極的であったようである。一九二一年に、内務省により、特に刑罰あるいは裁判所の保護命令を必要とすると考えられるような一定の場合にのみ自殺未遂者を訴追するという

ロンドン警視庁の実務慣行が紹介され、奨励された。そして、自殺未遂者に両親や親戚、友人などによる後見が期待でき、自殺未遂者が再度自殺を試みる虞がない場合、訴追されないのが一般的であったようである。また、訴追されても、治安判事による即決裁判で、被告人が自殺を試みない旨の約束をすれば、放免され、多くの場合、プロベিশョンに付された。⁽³³⁾そこでは明らかに、自殺の非難というよりも、自殺未遂者の保護に重点が置かれていたのである。

自殺および自殺未遂が犯罪から除外されたにもかかわらず、それへの関与行為は、犯罪として処罰の対象とされた。すなわち、一九六一年自殺法は、一条が「自殺を犯罪とする法の規定はここに廃止する」と謳った後で、二条一項で、「他人の自殺あるいは自殺未遂を幫助 (aid)、教唆 (abet)、協議 (counsel)、煽動 (procure)」する行為を罰している。これらの文言は、共犯上のそれであるが、⁽³⁴⁾本規定により、自殺関与者の罪責は、独立の犯罪類型の正犯者として捉えられることになった。⁽³⁵⁾

独立した犯罪類型であるにせよ、自殺の可罰性を否定しつつ、それに関与する行為の可罰性を肯定することについて、犯罪論上大きな論争は見られなかった。それには次のような事情が影響していると思われる。

第一に、刑法の法典化は、これまでのコモン・ロー上の犯罪を、単に成文化することを原則とし、特に問題があると思われるものだけを非犯罪化として個別的に抜き出すという立法傾向があるように思われることである。すなわち、コモン・ロー上の犯罪を体系的・総則的に見直すのではなく、各論的に、法典化、非犯罪化が進められたのである。その結果、これまで犯罪であった行為に対して、改めてその可罰根拠を論ずるという姿勢にはなかったのである。

第二に、一連の刑法改正を手掛けた内務省の関心は、当初から、自殺および自殺未遂の可罰性だけを否定しつつ、自殺関与行為の可罰性を肯定できるかという点にあり、その趣旨に沿って、刑法改正委員会で検討され、その答申に従って、自殺法が設立されたという立法経緯が掲げられる。⁽³⁶⁾

第三に、なによりも、自殺は成文法上の根拠規定がなく、もはや厳密な意味での犯罪ではないが、やはり、生命を侵害する非難すべき不道德な行為であり、その行為に加担することは、⁽³⁷⁾可罰性を有する犯罪であると考えられていることにある。自殺が非犯罪化されたのは、なんらかの、多くの場合、同情的な理由をもって、自らの命を断とうとして失敗し、生き残った者に、⁽³⁸⁾刑罰という過酷な制裁を加えることは残酷ではないか、むしろ

保護を必要としているのではないか、そして、命を捨てる決心をした者に対して、果して刑罰が抑止力を持つのかという点への反省によるものである、とする見方が有力であり、自殺の不可罰性は当然には、共犯に及ばないと考えられていると思われる。⁽³⁸⁾

第四に、一九六一年自殺法二条四項は、自殺関与罪の訴追については公訴局長官 (Director of Public Prosecutions) の承諾を必要とする旨を規定している。これは、現実的訴追判断を法務長官 (Attorney General) の指揮に委ね、訴追を弾力的、謙抑的に運用することを目的とするものである。しかし、本規定により、いかなる行為を処罰すべきかという問題への解答は、⁽³⁹⁾行政府の責任に転嫁され、結果として立法段階での議論が棚上げされることになった。

いずれにせよ、一九六一年自殺法制定の段階では、自殺関与行為がいかなる犯罪であるのか、したがって、どのような行為を処罰対象とすべきか、そのメンズ・レア、アクトゥス・レウスはいかなるものか、ということを経本から議論し、明らかにさせるという姿勢が欠如していたように思われる。そして、この点が後に、ある事件を通して、問題となった。

一九八一年に、イギリスの任意安楽死協会 (Voluntary

Euthanasia Society) が、自殺の手引書 (『A Guide to Self Deliverance』) と呼ばれる苦痛と失敗のない自殺の方法を記した文書を、当該協会の一定の会員に配布した。⁽⁴⁰⁾その後、わずかの期間に、この手引書の影響によると思われる自殺が多発し、自殺関与罪の訴追に関して権限を持つ法務総裁は、本件のような自殺の手引書を、現実の自殺意思あるいは自殺の可能性を有している者に配布する行為は、一九六一年自殺法二条一項の罪にあたり、手引書を受け取った者が自殺を遂行しなかった場合も、当該配布行為は同罪の未遂を構成する、という裁判所の宣言判決を求めて、高等法院に宣言を申請した。⁽³⁸⁾この決定の中で一番の争点となったのは、一九六一年自殺法二条一項の罪が独立の犯罪としての (sui generis) 正犯であるのか、共犯であるのか、特にそのメンズ・レアとしてどのような主観的要件が必要とされるのか、ということであった。⁽³⁹⁾

本判決を下した高等法院女王座部のウルフ判事は、同罪の責任が正犯のそれであるとして、自殺が遂行されなくても自殺関与罪の未遂が成立し得ることを認めた上で、⁽⁴⁰⁾同罪の成立に必要な三要件として、自殺の細部まで正確に知っていることは必要ではないが、手引書の配布を予定している者の相当数が自殺を企図しているであろうことをほぼ確実に知っていること、授受

者が自殺あるいは自殺未遂を行った場合に、出版者がそれを是認または同意していることが文書の内容から読み取れること、少なくとも一定の授受者において、文書の内容が自殺を促進したであろうことを掲げた。⁽⁴¹⁾しかし、ウルフ判事の三要件は、自殺関与罪のメンズ・レアが正犯のものか、共犯のものかを明らかにしないばかりか、実質的基準としても不十分であるとの有力な批判を受けることとなった。⁽⁴²⁾ほぼ同時期に、フランスでも、同様の自殺の手引書が配布され、問題となったが、この事件を契機として、新たに自殺教唆罪が新設されたことは注目される。⁽⁴³⁾

また、自殺関与罪の問題は、一九八〇年に出された刑法改正委員会の第一四次報告書でも取り上げられたが、刑の上限が四年から七年に引き下げられるべきであることが提言されている。ほかに、結論は持ち越されている。さらに、そこでは、一定の場合の安楽死を合法化することの是非が問題に登っている。⁽⁴⁴⁾

安楽死に関しては、イギリスでは厳格な立場がとられている。⁽⁴⁵⁾不治の病の末期患者が、自分の手で生命を絶つ行為を行えば、自殺として不可罰であるが、患者が自分では自殺し得ず、医師が殺害行為を行えば、医師は謀殺で可罰的となる。⁽⁴⁶⁾英米では、生命に関しては被害者の同意は抗弁とはなり得ず、同意殺人 (consent killing) はコモン・ロー上の重罪であり、謀殺として

処罰されてきたが、心中の約束 (suicide pact) により一方が生き残った場合には、一九五七年殺人法により、故殺 (manslaughter) とされた。⁽⁴⁹⁾ 被害者に対する同情的な動機から殺害に至った場合、すなわち慈悲殺 (mercy killing) であつても、謀殺となる。⁽⁵⁰⁾ 一八六九年には、上院に「任意案楽死法案」が提出されている。⁽⁵¹⁾ いくつかの案楽死事件でも謀殺により訴追されるのが通例であつた。⁽⁵²⁾ 最近、末期患者の囑託に応じ、慈悲的動機からこの患者を殺害したコックス医師の行為も、謀殺 (未遂) で有罪とされたが、ここからも、イギリスにおける生命の侵害に対する厳しい姿勢がうかがえる。⁽⁵³⁾

問題は、患者などが生命維持治療あるいは生存に必要な治療を拒否する場合、その意思にしたがつて治療を中止することの可否についてである。そこでは、医師などの生存に必要な治療を中止するという作為もしくは必要な治療を行わないという不作為が、殺人、あるいは自殺関与にあたるのではないか、という点が問題となる。そしてつい最近、このような治療拒否をめぐる問題、はやりの言葉を使えば、死ぬ権利 (right to die) に対する最初の判断が、イギリスの最高裁判所にあたる貴族院 (House of Lords) の法官貴族 (Law Lord) によつて下された。⁽⁵⁴⁾ 本件の被害者、アンソニー・ブランドは、一九八九年、多数の

死傷者を出したサッカー競技場での事故によって、脳に障害を負い、本判決までの三年半の間、いわゆる恒常的植物状態に陥っていた。本件は、この患者への集中延命治療の中止に伴うあらゆる民事的、刑事的責任を医師・病院側が負うことはないという確認を求めて、病院側が患者であるアンソニー・ブランドを被告として起こしたものである。法官貴族の決定によれば、回復の見込みのない恒常的植物状態にある患者に対する人工的な栄養補給を含む生命維持治療の打ち切りは、患者に同意する能力が欠けているとしても、それが患者の最善の利益と合致する限りは、合法的である。ただし、医療関係者に対し、有効な患者の同意がない場合、治療の打ち切りには、裁判所への事前の判断の参照が求められている。⁽⁵⁵⁾ 本決定により、一、〇〇〇人とも言われる恒常的植物状態の患者が影響を受けると考えられているが、本決定がどのような位置付けを与えられるのか、また従来の法制度に矛盾しないかなど、学界の反応が待たれるところである。

なお、心中 (の約束) に関しては、A が B を殺害した後で A 自ら自分の命を絶つような場合 (suicide-murder pact) と、A と B が同時に自殺を行う、すなわちそれぞれが自分自身を殺害する場合 (double suicide pact) とに分けられる。前者の場合、

Aが生き残りBが死亡した場合には、AはBへの通常の謀殺で有罪であったが、一九五七年殺人罪法(Homicide Act)により、故殺に軽減された。⁽⁵⁷⁾ また後者に関しては、一九六一年自殺法により、自殺教唆として論じられることになった。⁽⁵⁸⁾

最後に、付け加えておかなければならないのは、自殺関与行為は一九六一年自殺法によって犯罪であり続けることになったが、この犯罪での訴追は、実務上、非常に少なく、ウィリアムスによれば、年間一、二件であり、それもほとんど実刑を科されずに処理されているということである。⁽⁵⁹⁾ 動機などの面で、特に悪質な行為に対してのみ、この犯罪が適用される傾向にあるようである。⁽⁶⁰⁾ この犯罪類型が、実務上、限定的な要罰性しか持たないという点は、重要であろう。

このようにイギリスでは、キリスト教の強い影響により、自殺は長い間、謀殺として重罪であった。啓蒙思想や功利主義の発達したイギリスで、自殺が犯罪のカタログから除外されたのは、西欧諸国でも最も遅く、一九六一年であったという事実は驚きである。そこでは、自殺は個人の自由処分に委ねられていない生命を侵害する大罪であった。そして、生命の処分権を個人が持たない理由は、神や国家といった、超個人的な権威付けによってなされていたことがわかる。自殺関与行為は、重罪へ

の関与行為としての犯罪であったが、自殺が非犯罪化された際には、これらを独立した犯罪の正犯として捉えるのか、自殺という、やはり違法な行為への共犯として捉えるのかという点について、十分な議論のないまま、自殺関与罪が規定された。そして、この点の曖昧さが、後に処罰範囲の差となって問題にあがってくることになった。したがって、我が国での自殺関与罪の処罰根拠を考察するにあたり、まず第一に、現在の我が国憲法秩序の下において、このような超個人的な権威付けが可能であるか、またはそのような権威付けなしで生命の不可処分性が説明できるか、第二に、英法との共犯理論の差を考慮しながら、自殺関与罪を独立した犯罪の正犯と捉えるか、自殺への共犯と捉えるかによる、処罰範囲の差異や、共犯理論上の整合性などに留意した上で、その法的性質を明らかにする必要があると思われる。

(1) Granville Williams, *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, at 254.

(2) Williams, *op. cit.* at 255-57.

(3) これに対し、suicideは精神錯乱による自殺を指していた。スチュワート・D. B. ピッケン著、堀たお子訳、『日本人の自殺』(サイマル出版、一九七九)、一六八頁。

自殺関与罪に関する一考察

- (4) Williams, op. cit. at 255-57, 258.
 - (5) Williams, op. cit. at 257. 四五二年のアルルの宗教会議が最初とされる。クロード・ギヨン、イブ・ル・ボニエック著、五十嵐邦夫訳、『自殺』（徳間書店、一九八三）、七八頁参照。
 - (6) Williams, op. cit. at 257.; Derek Humphry, *Das Recht auf eigenen Tod*, C. Bertelsmann, 1986, S. 14 f.
 - (7) Williams, op. cit. at 257.
 - (8) H. J. Stephan, *New Commentaries on the Laws of England*, at 110. どのような聖地への自殺者の平穏な埋葬の禁止は、一七八四年のニームの宗教会議において決議された。Williams, op. cit. at 258-59.
 - (9) Blackstone, *Commentaries* (5), at 189.; Williams, op. cit. at 259. スチュワート、前掲書、一六四頁。
 - (10) Leon Radzinowicz, *A History of English Criminal Law*, at 196-199.
 - (11) Blackstone, op. cit. 190.; Leon Radzinowicz, op. cit. 216-217.; cf. Williams, op. cit. at 272.; H. J. Stephan, op. cit. at 110.; スチュワート、前掲書、一三頁、二〇九頁。
 - (12) Williams, op. cit. at 264-65. スチュワート、前掲書、七三頁、一六四頁。
 - (13) Williams, op. cit. at 254, 261. スチュワート、前掲書、一六五頁。
 - (14) ウィリアムズによれば、このような没収制度は、デーン人の移動によりもたらされたものではないかと考えられている。
- 同志社法学 四四卷六号 一三六 (九八六)
- Williams, op. cit. at 261. スチュワート、前掲書、一六五頁。
- (15) Williams, op. cit. at 277.
 - (16) Williams, op. cit. at 265-68.; ショベンハウエル、ヒュームの批判に関しては、スチュワート、前掲書、一六六-一六七頁。
 - (17) 4 Geo. 4, c. 52.; Leon Radzinowicz, op. cit. 197.; J. F. Stephen, op. cit. at 105.; H. J. Stephan, op. cit. at 110.
 - (18) 45 & 46 Vic. c. 19.; J. F. Stephen, op. cit. at 105.; Williams, op. cit. at 260. スチュワートによれば、自殺の差別的埋葬がイギリスに導入されたのは、一〇一三年頃の民事指令によるとされる。スチュワート、前掲書、一六五頁。
 - (19) Leon Radzinowicz, op. cit. 563-65. スチュワート、前掲書、一六七頁。
 - (20) 33 & 34 Vic. c. 23.; James Fitzjames Stephen, *A History of The Criminal Law of England*, at 105.; Williams, op. cit. at 262. スチュワート、前掲書、一六七頁。
 - (21) Williams, op. cit. at 273-277.; J. C. Smith, *Criminal Law* 7th. edit., at 379. イギリスでは、一八五二年刑事手続法により、未遂犯として有罪判決が出されることになり、未遂犯処罰は拡大されていた。
 - (22) Blackstone, op. cit. 188-189.; Williams, op. cit. at 264, 274.; H. J. Stephen, op. cit. *New Commentaries on the Laws of England*, at 108.
 - (23) Smith, *Criminal Law*, at 379.; Williams, op. cit. at 286-89.; H. J. Stephan, op. cit. at 109. 英米法では、重罪またはその未遂

を犯す際に、人の死を惹起した場合には、その死の意図あるいは認識していたかどうかにかかわらず、謀殺として処罰するという、重罪謀殺化原則 (felony-murder rule) が存在していた。

そのため、自殺が重罪である限り、自殺遂行中に第三者を死亡させた場合には、その意図にかかわらず、謀殺として処罰されることになる。これに対し、犯意の転用 (transferred malice) は、アクトウス・レウスとメンズ・レアが同一の犯罪において用いられるものであり、自殺意思を謀殺の主観的要件である犯意へと転用するということは、自殺は謀殺であり、したがってそのメンズ・レアは謀殺と同じものであり、同じ謀殺内での錯誤として扱うものであると考えられる。felony-murder rule に関しては、LaFAVE and SCOTT, *Substantive criminal law*, vol. 2, 87, 5.; Blackstone, *op. cit.* 189 参照。犯意の転用に関しては、Smith & Hogan, *Criminal Law*, 4th edit. at 59-60, 128-29. なお、一九六一年自殺法により、自殺はもはや犯罪ではなくなったため、犯意の転用の可能性はなくなった。See, Smith, *Criminal Law*, at 379-80.; Williams, *Textbook*, at 530.

- (24) Williams, *op. cit.* at 296.; J. F. Stephen, *op. cit.* at 104.
- (25) J. F. Stephen, *op. cit.* at 104.
- (26) Williams, *op. cit.* at 297.; H. J. Stephen, *op. cit.* 108.
- (27) Williams, *op. cit.* at 297.;
- (28) D. J. Lanham, *Murder by Instigating Suicide*, *Crim. L. R.* 1980, 215-218.
- (29) 大谷實、『刑法改正とイギリス刑事法』(成文堂、一九七五)。

自殺関与罪に関する一考察

五一頁。

- (30) 詳しくは、大谷實、前掲書、九一七頁。
- (31) 一九五〇年以降、法と道徳の分離の動きに特に影響を与えたのが、ケンブリッジ大学のG・ウィリアムズ教授であった。ウィリアムズにより、自殺の非犯罪化をはじめ、墮胎、性犯罪、猥褻罪、売春などの見直しが主張され、その後の刑法改正の嚆矢となった。大谷實、前掲書、一八頁以下。

- (32) まず、一九四七年に英国医療協会(British Medical Association)に自殺に関する特別委員会が設置され、自殺を非犯罪化し、必要に応じて後見的保護を与える旨の答申がなされた。British Medical Journal, Supplement, May 17, 1947, at 103. Williams, *op. cit.* at 293. その後、一九五九年十一月四日に、内務省 (Home Office) は、セラーズ裁判官を議長とする裁判官、学者らを中心とした委員会に審議を依頼、翌年六月二十九日付けで答申がなされている。See, Criminal Law Revision Committee 2nd, report, 1960 Cmd. 1187. そつで草起された草案にはほしたがって、一九六一年自殺法が制定された。

- (33) Williams, *op. cit.* at 278-79.; cf. Smith, *Criminal Law*, at 380-81.
- (34) Accessories and Abettors Act 1861, §8. Magistrates Court Act 1980, § 44.; Smith, *Criminal Law*, at 380.; K. J. Smith, *Assisting in Suicide*, *Crim. L. R.* 1983, at 579.
- (35) 1960 Cmd. 1187, pars. 5-7.
- (36) Criminal Law Revision Committee 2nd, report, 1960 Cmd.

同志社法学 四四巻六号 一三七 (九八七)

自殺関与罪に関する一考察

1187, Appendix 1.

- (34) Williams, op. cit. at 297.; Textbook, at 531.
- (35) Williams, op. cit. at 277, 290-92.
- (36) 1960 Cmd. 1187, pars. 9.; see, Smith, Criminal Law, at 381.
- (37) [SUICIDE, MODED' EMPLOI] という題の同様の手引書は一九八二年にフランスでも配布され、イギリス同様、この手引書に影響されたとみられる自殺が相次ぐ事件が起こり、問題となった。本書は日本でも翻訳されており、詳しい内容については、クロード・ギヨン、イブ・ル・ボニエック、前掲書参照。また最近、『完全自殺マニュアル』という、確実で苦痛の少ない自殺方法を紹介した本が我が国で出版され、その後わずかな期間に、この本を携帯した自殺体相次いで発見され、問題になりつつある。
- (38) Attorney General v. Able and Others, [1984] , 1 All ER, 277-88.; K. J. Smith, Assisting in Suicide, (1983) Crim. L. R. 579-86.; 本件に関する詳細な紹介および批評として、奥村正雄、自殺の手引書の配布と自殺関与罪の成否、徳島文理大学研究紀要、第二十九号 一―二三頁がある。
- (39) Smith, (1983) Crim. L. R. 581.; 奥村、前掲、六―九頁。
- (40) 1984, 1 All ER, at 285, 288.; Smith, (1983) Crim. L. R. 580.
- (41) 1984, 1 All ER, at 288.; Smith, (1983) Crim. L. R. 580-81.
- (42) Smith, (1983) Crim. L. R. 584-86.; Criminal Law, at 380.
- (43) 紹介として、青木人志「自殺教唆罪の新設」日仏法学一六号 一三六―三九頁がある。フランスでは、一七八九年刑法典にお

同志社法学 四四巻六号 一三八 (九八八)

いて、革命により自殺の不処罰を勝ち得る形で自殺および自殺関与が非犯罪化された。ただし、自殺関与については、一部にフランス刑法第六三條二項の不救助罪により、不作為犯として処罰する可能性が残されていたが、判例でこの理論構成をとったものはないようである。これに対し、同じく自殺関与罪を持たないドイツでは、最近、まさに StGB 323c の不救助罪により、一部の自殺関与行為を処罰する判例が現れている。後述、Ⅲドイツの項参照。

- (44) Criminal Law Revision Committee 14th report, 1980 Cmd. 7844, pars. 115, 126-139.
- (45) この点は、刑法改正委員会第一四次レポートにも表れている。Criminal Law Revision Committee 14th report, 1980 Cmd. 7844, par. 115.; イギリスにおける安楽死については、Williams, op. cit. at 331-50.
- (46) Williams, Textbook, at 528, 534.
- (47) Williams, Textbook, at 531-32.; Wayne R. La Fave and Austin W. Scott Jr. Substantive Criminal Law at 687.
- (48) Criminal Law Revision Committee 14th Report, 1980 Cmd. 7844, pars. 126-28.; Stephan, op. cit. at 109.
- (49) 1957 Homicide Act, 84.; 1980 Cmd. 7844, pars. 129-33.
- (50) 1980 Cmd. 7844, pars. 115.
- (51) Barbara Huber, Aser / Koch Hrsg. Materialien zur Sterbehilfe, S. 382 ff. なお宮野彬「イギリスの一九六九年安楽死法案(一)」、『ジュリスト』五五四号、五六頁以下、五五五号、一〇〇頁

以下に詳しい紹介がなされている。

- (52) cf. R. v. Adams (1958) ; R. v. Gray (1965). Barbara Huber op. cit. at 354 ff.
- (53) 本件は、一九九二年八月、ウインチェスターのロイヤル・ハンプシャー病院の医師、ナイジェル・コックスが、一二年間診てきた七〇才の女性の末期患者に、患者の囑託に応じて、塩化カリウムを注射し、安楽死させたという事件である。事件が発覚したのは、コックス医師自身が、カルテに塩化カリウムの使用を記入し、それを発見した病院側の内部告発によるものであった。事件当時、患者の病状は悪化しており、ひどい苦痛を伴っており、記録によれば、鎮痛剤や睡眠薬も効き目がなかった。塩化カリウムは血液中のイオン濃度を調整するために用いられるものであるが、短時間に稀薄せずに用いた場合、数分で心臓が停止することになる。コックス医師の行為に対しては、カトリック教会を中心に、激しい非難が寄せられた。一方で、患者の家族を含め、コックス医師の行動に同情的あるいは積極的な意見も聞かれ、高まる関心の中、裁判が開始された。患者の死体は検死を受ける前に埋葬されたため、コックス医師の行為は謀殺未遂によって起訴された。同年九月一九日、懲役一年、執行猶予一年の有罪判決が言い渡された。同判決の中で、このような末期患者に対する安楽死問題について、立法府による再検討が要請されている。R. v. Cox (18 September 1992, unreported.); see, Airedale NHS Trust v. Bland, (1993) 1 All ER, at 849; The Times, Sep. 21, 22, 26, 1992.

自殺関与罪に関する一考察

- (54) Airedale NHS Trust v. Bland, (1993) 1 All ER, at 821-96.; The Times, Feb. 5, 1993.
- (55) (1993) 1 All ER, at 859-96.
- (56) The Times, Feb. 5, 1993, p. 3.
- (57) 1957 Homicide Act, §4.; see, Smith, Criminal Law, at 381.; Williams, Textbook, at 533.
- (58) 両者の区別に関して Smith, Criminal Law, at 381-82.; Williams, Textbook, at 533-34.
- (59) Williams, Textbook, at 530-31. see, R. v. Robey (1979) 1 CrAppR. at 127.
- (60) McShane, Crim. L. R. 1977, at 507. 同様の傾向は、刑法改正委員会の第四次レポートの中でも、本罪の存在意識が主に、自殺者の死により利益を得る目的で、積極的に人を自殺へと誘い込む行為の処罰にあるとされている点からも読み取ることができ。1980 Cmd. 7844, para. 135.

二 アメリカ合衆国

アメリカでは、イギリス法の影響を受け、いくつかの州では自殺は重罪であり、自分に対する謀殺 (felony de se) であるとして、自殺は犯罪視され、同様に自殺未遂も処罰されていた。⁽¹⁾しかし、自殺既遂者に対する有効な刑罰は存在しないため、刑を科することはなかったようである。⁽²⁾またアメリカには、イギ

リスのような自殺者の財産に対する没収制度は移植されなかったようである。しかし、カノン法の流れを汲む自殺体の埋葬に関する差別的扱いは、唯一、マサチューセッツ州だけに見られるようである。⁽³⁾ 現在では、全米五〇州および三つの準州のいずれも、制定法で自殺を犯罪とはしていない。⁽⁴⁾ また自殺未遂も、制定法上の犯罪とはされていない。⁽⁵⁾

これに対し、旧コロニーのほとんどでは、判例法上、自殺関与を犯罪としてきた。⁽⁶⁾ そして、多くの州ではコモン・ロー上の謀殺として処罰してきた。⁽⁶⁾ 現在でも、アメリカのいかなる裁判管轄区州においても、自殺関与行為は許されていない。⁽⁷⁾ 最初に自殺関与を成文法上の犯罪としたのはニューヨーク州である。⁽⁸⁾

現在二九の州で、制定法により自殺関与が犯罪として規定されている。その内、一一州が故殺あるいは謀殺として処罰し、一七州が独立の犯罪として処罰している。⁽⁹⁾ 例えば、カリフォルニア州の規定では、自殺を幫助し、助言し、助長する行為を重罪としてしている。⁽¹⁰⁾ しかし、実際には過去三件程しか適用はないようである。⁽¹¹⁾ また、テキサス州の規定では、自殺あるいは自殺未遂を促進しまたは援助する意図で、自殺または自殺未遂を幫助する者を第三級の重罪としているが、幫助行為によって自殺者の死あるいは重大な傷害が引き起こされなかった場合にはC級の

軽罪となる。⁽¹²⁾ このように、アメリカにおいては、各州によって、規定の仕方が若干異なり、また、処罰の対象とされる行為も、幫助 (aid)、援助 (assist)、惹起 (cause)、勧誘 (solicit)、教唆 (abet)、助言 (advise)、助長 (encourage) などの言葉が使われているが、実際の処罰範囲について、有意的な差があるのかは不明である。⁽¹³⁾

模範刑法典もやはり、自殺関与を犯罪としている。それによると、まず、實力 (force)、脅迫 (duress)、欺計 (deception) を用いて、意図的に他人に自殺させた (cause) 者は、刑法上の殺人罪が適用される。⁽¹⁴⁾ そして、自殺幫助、勧誘 (aiding or soliciting suicide) は独立の犯罪として、意図的に他人の自殺を幫助または勧誘した場合、その行為が自殺あるいは自殺未遂を引き起こした場合には第二級の重罪となり、そうでない場合には軽罪となる。⁽¹⁵⁾

模範刑法典およびテキサス州刑法典の立場は、自殺者が自殺に着手した場合には、関与者の行為は殺人の一種としての性質を帯び、重罪となるが、自殺が着手もされなかった場合には、殺人とは異なった、より非難性の低い行為と考えているものと思われる。⁽¹⁶⁾

このような自殺関与罪の規定により、現実には訴追が行われて

いるが、アメリカでの自殺数に比べて、その数はごく僅かのようである。⁽¹⁷⁾ また、その行為態様には、様々なものが含まれており、この犯罪類型の複雑さを示している。⁽¹⁸⁾

一方で、いかなる州でも、殺人に対して被害者の同意を正当化抗弁として認めていない。⁽¹⁹⁾ 問題は、殺人と自殺関与との区別であるが、それは死を直接的に導く行為を行ったか否かによってなされると解するのが一般的である。⁽²⁰⁾ そして、心中 (suicide pact) の場合は、両者によって同じ手段で同時に行われた場合には、謀殺の条文ではなく、自殺関与罪の条文の適用を受けるとされている。⁽²¹⁾

このように、アメリカにおいても、自殺関与は、殺人に近い、非難すべき行為として処罰の対象とされている。にもかかわらず、連邦およびほとんどの州で尊厳死あるいは自然死を認める制定法が設けられている。⁽²²⁾ すなわち、アメリカで発達した患者の治療拒否権をさらに進め、生命を維持している治療を拒否し、生命維持装置の取り外しを求める権利を認めているのである。この二つの姿勢は矛盾しているように思われる。なぜなら、一方で、人工延命装置によって生命を保っている患者から、延命装置を取り外す医師の行為は、それが患者の死につながるとしても、犯罪とはならないのに対して、一方で、病気に苦しみ、

自ら死を望んでいる者に、その手段を提供する行為は、多くの州で、殺人に近い非難性のある犯罪として処罰されることになるからである。

患者の治療拒否権は、古くコモン・ロー上の原則および著名な *Roe v. Wade* 事件に対する連邦最高裁判決によって確立された憲法上のプライバシー権から導き出されるものであるとされる。すなわち、コモン・ロー上、患者の同意のない治療行為は暴行 (Battery) とされてきた。⁽²⁴⁾ 連邦最高裁は、*Union Pacific Railway v. Botsford* 判決で、「コモン・ローにおいては、法による明示的かつ疑いのない授権に拠らない限り、各個人が彼自身の身体を所有・支配し、他の者のいかなる拘束あるいは干渉からも自由である権利以上に尊重され、大事に保護されている権利はない」と述べて、コモン・ロー上、身体に対する自律に最も厚い保護が与えられていることを認めている。⁽²⁶⁾ そして、この身体に対する自律、自己決定を保護するために展開されてきたのがインフォームド・コンセントの法理である。⁽²⁷⁾ 一方で、このような自己決定権は、憲法上のプライバシーの権利として認められるようになってきた。連邦最高裁が最初に憲法上のプライバシーの権利を認めたのは、コンネチカット州の避妊を違法とする法律をめぐる争われた *Griswold v. Connecticut* 事

件判決においてであった。⁽²⁸⁾その後、この憲法上のプライバシー権は、*Roe v. Wade* 事件において、女性の中絶を決定する権利にまで拡張されることとなる。⁽²⁹⁾そしてカレン・クインラン事件 (*In re Quinlan* || カレン事件) に関するニュージャージー州最高裁判決によって、個人の治療拒否の選択が憲法上のプライバシー権に含まれるとされるに至り、多くの州裁判所の判決が同様に、——意思決定能力者、無能力者を含め——、死ぬ権利の解決のために、この憲法上のプライバシー権を援用するようになる。⁽³¹⁾そして、*Gray v. Romeo* の事件において、患者の治療拒否権の問題が連邦裁判所に持ち込まれることになる。⁽³²⁾そして、治療の中断が死の惹起という結果に至る場合にも、患者の治療拒否権を認める判断が、クルーザン事件において、連邦最高裁として初めて下されることとなった。⁽³³⁾

一方で、明らかにしておかなければならないのは、いかなる州においても、死ぬ権利は認められてはいないということである。すなわち、どの州でも、嘱託殺人あるいは自殺幫助を権利行使として正当化する法律を持っていないのである。⁽³⁴⁾過去、ワシントン州とカリフォルニア州の二つの州で、一定の場合に積極的安楽死としての嘱託殺人を正当化しようとする法案が住民投票に付されている。⁽³⁵⁾特に、カリフォルニア州口サンジェルス

での提案一六一は、全米中の関心を呼んだ。結局、いずれも僅差で否決されたが、⁽³⁶⁾近く三番目の州で同様の住民投票が行われる予定であり、また、いくつかの州でも同様の法案の準備が進んでいると伝えられている。⁽³⁷⁾

さらに、自殺に関して、かつては全ての者に自殺防止の権利・義務が存在するとされていたが、現在でも、自殺を防止する行為自体を、自由を侵害する行為として犯罪視しないばかりか、自殺防止行為に付随して発生した害害についての責任をも一定の範囲で除外することが多くの州で認められている。⁽³⁸⁾

このように、治療拒否であれば、患者の意思が尊重されるのに対して、嘱託殺、自殺など、死ぬ意思の場合は、個人の意思は尊重されないことになる。実務的には、これらの相違は、抗弁 (*defence*) として行為が正当化される要件、範囲の差となつてあらわれてくる。

医療を正当化する抗弁は、約三分の一の州で成文法で認められている。⁽³⁹⁾同時に、ほぼ同じ数の州で、自殺および重大な自損行為を防止しようとした行為に正当化抗弁を与えている。⁽⁴⁰⁾

医療による抗弁が正当化される場合、次の諸要件が衡量の対象となる。すなわち、①治療に含まれる利益とリスク、⁽⁴¹⁾②患者の自律の利益 (|| 治療を選択しまたは拒否する憲法上保証され

たプライバシーの権利⁽¹²⁾、③医療プロフェッショナルの基準を満たすケアを提供するという医療プロフェッショナルの利益⁽¹³⁾、④一般市民の生命と健康について社会が有する利益⁽¹⁴⁾、および⑤判断無能力者の保護に関する国家のパレンス・パトリエ上の利益⁽¹⁵⁾である。患者の治療拒否権に関する多くの裁判例でも、おむねこの五つの要件が考慮されている。ここでは、治療を拒否するという患者の意思は、①③④⑤の各要件との関係で、相対的に尊重されることになる。しかし、これらの諸要件のうち、最も重点の置かれるのが患者の自律性の問題であり、患者の同意のない治療行為は正当化されないのが原則である⁽¹⁶⁾。

これに対し、自殺あるいは重大な自損行為を防止するために行った行為が犯罪を構成する場合には、一般的に、他の者が自殺あるいは重大な自傷行為に着手したときかつその防止に必要な限りにおいて、被る傷害や害悪の重さと促進される利益の重要性との関係においてそれが合理的であるときに正当化される⁽¹⁷⁾。模範刑法典によれば、「行為者がその行使がその他者の自殺の防止、重大な自傷の防止、傷害、財産への損害あるいは損失、治安妨害を伴うまたはその虞のある犯罪の遂行またはその防止にとって緊急に必要であると信じていた場合」に正当化される⁽¹⁸⁾ことになり、より広い範囲で正当化が認められる。ここでも、

自殺者・自傷者によって犯されようとしている危害の重大性と、介入によって促進される利益との関係が考慮されるが、特に①被害者の個人的自律、②被害者の健康の保護、③社会の混乱の防止が顧慮される⁽¹⁹⁾。①に関しては、自殺者の意思が真正で、自由かつ不完全でなく、情報を与えられたものであるかどうかの問題となる⁽²⁰⁾。②については、自殺の場合、保全利益は生命であるため、自殺者の生命が失われない限り、この要件は満たされることになる。また、③に関しては、人間の生命の尊厳への違背が、単に傷付けられた人々だけでなく、全体としての社会を侵害する限度で、社会は、殺人を阻むことについてとほほ同じくらい強く、自殺を阻むことについて無形の利益を持つとされる⁽²¹⁾。いくつかの州では、単に、生命の保全に対する州の利益が個人的な死の志向に勝るとする判例も見受けられる⁽²²⁾。さらに、自殺防止については、医療の正当化抗弁のような主体の限定がない⁽²³⁾。したがって、自殺防止行為に対する正当化は、かなり広く認められることになる⁽²⁴⁾。

このように、自殺意思の場合に比べ、治療拒否の意思は厚く保護されているということになるが、自殺の事例と治療拒否の事例との明確な区別は、積極的には示されていない。特に、それによって患者の生命が維持されている生命維持治療の中断

の場合には、両者の区別はより一層困難になる。死ぬ権利を否定しながら、生命維持治療の取り外しを認めたクルーザン判決で、はたして両者の限界が明確につけられ得るのかということ(55)が問題となっている。

医療の正当化抗弁と自殺防止行為の正当化抗弁とは、個人の健康の保護、促進という点で共通点を持つが、医療の供給の場合には、患者は既に一次的な害悪(harm)としての病気に犯されており、医師らの行為は単に先行する病の治療に必要な二次的害悪を加えるにすぎないのに対して、自殺防止の場合には、一次的な身体への害悪は、正当化された防止行為者の行為によってもたされるといふ違いがある。したがって、自殺防止の正当化の基礎となる状況は、自己防衛および第三者防衛の正当化の基礎となる状況と類似しており、この類似性が、医療の正当化の基礎となる状況と異なる点であるとされる。(56)

このように、アメリカでは、尊厳死などを含めて、たとえそれが死に結び付くとしても、治療拒否権として本人の意思を尊重していこうとする大きな流れが一方に存在していると言えるが、しかし他方では、自殺意思それ自体は尊重されないという、一見矛盾しているように見える流れが存在している。後者の流れとして、自殺関与行為を制定法によって処罰化しようとする

動きが見られる。

一九九三年二月二五日、ミシガン州において、自殺関与行為を犯罪化する法案二一が採択され、即日施行された。これにより、自殺幫助行為は四年以下の懲役または二、〇〇〇ドル以下の罰金若しくは罰金の並科により処罰されることとなった。(57)このような立法の契機となったのは、J. キーヴォキアン医師が、自殺装置と呼ばれる器具を使って自殺を援助した、一連の事件である。(58)

事件の発端は、雑誌でキーヴォアン博士の自殺装置を知ったアルツハイマー病を患う五四才の女性が、一九九〇年六月四日、この自殺装置を使って自殺を行い、死亡したことであった。(59)当時のミシガン州法には自殺関与を処罰する明文の規定がなかったため、検事は謀殺で訴追を行った。(60)オークランド地方裁判所は、二月一三日、自殺幫助は謀殺にはあたらず、謀殺に必要なメンズ・レアおよび因果関係の主因性も欠けるとして無罪とした。そしてその中で、マクナリー判事は、本問題は立法により解決されるべきであるとの判断を加えた。

さらに立法府は、自殺関与罪の制定に関する政策判断を早急に下す必要性に迫られていた。というのは、被害者である女性オレゴン州の住民であったが、オレゴン州では当時、自殺関

与は犯罪であつたため、ミシガン州へ出向き、自殺を行ったという事情があつた。これによつて、ミシガン州は自殺関与や同意殺、安楽死を許容している州であるとの誤つたイメージが植え付けられ、死を求める人々がミシガン州へと押しかけることが憂慮されたのであつた。果たして、一九九〇年八月一日、実際にカリフォルニアのある夫婦が、ミシガン州で幫助による自殺を遂行した（ハーパー事件⁽⁶¹⁾）。

キーヴォキアン博士は、民事裁判で自殺装置の使用を含む自殺幫助の差止命令を受けていたにもかかわらず、⁽⁶²⁾その後自殺装置による自殺幫助を繰り返して、一九九三年二月二五日に自殺関与を処罰する州法が施行されるまでに、少なくとも一五件の自殺を幫助したとされる。⁽⁶³⁾

このような状況下において、ミシガン州の自殺関与罪は立法作業が進められた。まず、上院が一九九〇年九月一八日に法案を提出⁽⁶⁴⁾、その後下院でも一九九一年一月三一日に同様の法案が提出された。⁽⁶⁵⁾しかし、制定にまでは至らず、法案は修正されていくことになるが、その際に問題となつたのは、自殺関与を処罰する包括的な規定は、合衆国で展開されたプライバシー⁽⁶⁶⁾の権利に反するのではないかということであつた。すなわち、尊厳死や安楽死など、一定の状況下における医師などの医療関係

者の行為までも禁止の対象としてしまうことへの反対が強かつたようである。⁽⁶⁷⁾そこで、一九九一年三月七日に、安楽死や尊厳死、自殺関与に関する立法提言を行うための委員会を設立する法案が上院に提出され、⁽⁶⁸⁾一九九二年二月一五日、下院を通り、成立した。ここでは、自殺および自殺未遂の犯罪化をも含めた、広い範囲にわたつて考慮すべきことが定められている。⁽⁶⁹⁾この委員会の設置の動きとはほぼ同じくして、尊厳死を許容するための法改正に向けた動きも行われている。まず、一九九一年一二月一二日、一九九二年尊厳死法案との題目で、下院に法案五四一五号が提出された。本法案は、一九九二年六月一〇日に、両院決議案として、審議に入っている。⁽⁷⁰⁾このような経過を経て、一九九三年二月二五日に先の上院法案二二一号が可決され、制定されたのである。

ところが、キーヴォキアン博士は、博士の自殺援助行為が犯罪として処罰されることになつたにもかかわらず、かねてより主張していた通り、自殺関与行為を止めず、八月一七日、一七人目の自殺関与行為に対して、新設された自殺関与罪で訴追された。博士の目的は新法の合理性を問ひ、公共の目を博士の行為に向けることであつた。⁽⁷¹⁾

既に新法の立法技術的な合理性に関しては、五月に、ウェイ

ン郡裁判官によって疑問が提起されており、現在ミシガン上訴裁判所に係属中となっている⁽⁷²⁾。また新聞によれば、世論の大勢は、不治の末期患者の自殺への援助に対しては好意的であると伝えられており、さらに、本件の訴追を行ったオーヘアー郡検事自身が、新法の合理性に対して懐疑的であり、今回に限り実刑を求刑しないと語っているなど、自殺関与罪の可罰性の合理性が裁判の中で争われることは必死であると思われ、訴訟の帰趨を含め、今後の展開が注目される。

このように、アメリカにおいては、自殺はイギリス同様、犯罪としては処罰されることはなくなったが、自殺関与は未だ謀殺、故殺、あるいは独立した犯罪として処罰されており、自殺関与罪の処罰根拠について積極的に疑問を呈する動きは見られないようである。そこでは、安楽死や尊厳死など、特別な状況下における医師の関与行為をそれら自殺関与罪の例外として除外する動きは活発であるが、それが自殺関与罪全体の見直しという段階には至っていないといえる。さらに、生命の保持への公の利益がしばしば主張されているのも、アメリカの特徴であろう。我が国の自殺関与罪を考えるとときには、このような点が日本で受け入れられるかどうかをも合わせて考慮する必要があると思われる。

- (1) Williams, The Sanctity of Life and the Criminal Law, at 288.; Wayne/Scott, Substantive Criminal Law, at 246.
- (2) Catherine D. Shaffer, Criminal Liability for Assisting Suicide, Col. L. R. 86, 349-50.; Williams, id. 288.; 一八八一年ニューヨーク州刑法は、重罪に対する没収の廃止に伴い、自殺に対する没収を規定しなかった。New York Penal Code, §173, 1881, c. 676., see, The Consolidated Laws of New York, Book 39, 642-43.
- (3) G. Williams, id. 260.; C. D. Shaffer, id. 349.; 自殺は不可罰であり、厳密に言う犯罪ではないが、イギリスの通説と同様に、それはいまだ犯罪的、不法、あるいは違法な行為であると考えられている。Common wealth v. Mink, 123 Mass. 422, 25, Am. Rep. (1988); Wayne/Scott, id. 246.
- (4) Shaffer, id. 350.; 44 Suzan K. Jezewski, Can a Suicid Machine trigger the murder statute? Wayne L. R. 37, 1926 は、アラバマ、オレゴン、サウス・キャロライナをその例外としている。
- (5) Model Penal Code §210. 5, Comment at note 10(1980). 同解説によれば、自殺のような悲劇へ介入することは刑罰権の濫用であり、自殺未遂者は刑罰よりも医療的、精神医学的対応が必要であるという考えが示されている。Shaffer, id. 350.
- (6) Jezewski, id. 1927.; Williams, id. 289.
- (7) Jezewski, id. 1927.
- (8) New York Penal Code, §175, 1881, c. 676. では、あらゆる自殺への助言、助長、教唆、援助行為を第一級故殺であり、§176

では、自殺未遂への関与は重罪と規定された。同法によって自殺は犯罪から除外されたが、それはやはり重大な公的不法行為 (public wrong) であり、違法行為に匹敵するものと考えられてきた。The Consolidated Laws of New York, Book 39, 643-44.

- (6) Jezewski, id. 1927.; John H. Derrick, 40 ALR 4th, 704-14.; Shaffer, id. 352-53.

- (10) Cal. Penal Code §401(West, 1988).

- (11) Jezewski, id. 1941.

- (12) Tex. Penal Code Ann. §22. 08.

- (13) cf. Wayne/Scott, id. 249-51. また、causing に対して、どの程度の原因関係が求められているのかもはっきりとはしない。

Wayne/Scott, id. 250, supra note 28.

- (14) Model Penal Code §210. 5(1).

- (15) Model Penal Code §210. 5(2).

- (16) Shaffer, id. 353.; なお、自殺関与の行われる状況の分析として、id. 355-58, 参照。

- (17) シャッファーによれば、一九八六年までの一〇年間に *Nexis* や *N. Y. Times*, *Index* に現れる限りで約五〇件ということである。Shaffer, id. 358. これに対し、一九八二年の自殺者は約、二七、〇〇〇人にもほり、自殺未遂者はその一〇倍になるといわれよう。id. 369.

- (18) シャッファーはこれらを、消極的自殺幫助 (passive assistance)、自殺の促進 (facilitation)、自殺手段の提供、積極的参加、自殺の誘因 (causing)、心中 (suicide pact) の六つの類

自殺関与罪に関する一考察

型に分類している。id. 358-67.

- (19) Shaffer, id. 351.

- (20) Shaffer, id. 352.

- (21) In re Joseph G., 34 Cal. 3d. 439, 667 P. 2d 1182-83, 194 Cal. Rptr. 170(1983).

- (22) 一九七六年九月、世界に先駆け、カリフォルニア州で自然死法 (Natural Death Act) が制定された。その後数年間に、多くの州が同様の州法を設けるに至った。一九八三年には、大統領の諮問委員会 (President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research) によって、「延命治療の差し控えの決定」(Deciding to Forego Life Sustaining Treatment, A Report of the Ethical Medical and Legal Issues in Treatment Decisions.) が答申され、末期患者の権利に関する法律 (Uniform Rights of the Terminally Ill Act, 1985) を初めとして、連邦内における尊厳死許容のための要件や基準などの統一を目的とした法制度が整備されてきている。筆者の知るかぎりでは、48の州および準州でいわゆる尊厳死法が制定されているが、その要件や規定は各州でかなり異なっており、また最近、改正の動きも活発にみられるため、この点に関しては、後日の課題とした。

- (23) 410 U. S. 113 (1973). See, Bryan Marcus, Wayne L. R. 38, 249 以下参照。コロンビア特別自治区およびウェストヴァージニア州の自然死法では、両州には自殺関与罪の規定が存在しないにもかかわらず、Living Will に従って生命維持治療を中断す

る医師を「自殺幫助の罪に問わない」と規定している。

- (24) L. J. Gilbert, Cruzan and its impact on patient selfdetermination, *Journal of Family Law*, Vol. 30, 112.
- (25) 141 U. S. 250(1891).
- (26) *Id.* at 251.
- (27) インフォームド・コンセントの法理については、石崎泰雄、「医療契約における医師の説明義務と患者の自己決定権」早稲田法学会誌四二巻、三九頁以下、後藤峰男、「Informed Consentの法理研究序説」、愛知論叢四六号、二二頁以下。
- (28) 381 U. S. 479(1965).
- (29) 410 U. S. 113(1973).
- (30) 70 N. J. 10, 355 A. 2d 647, cert. denied, *Garger v. N. J.*, 429 U. S. 922(1976).
- (31) Bryan Marcus, Cruzan : No right-to-die for those without a will to live, *Wayne L. R.* 38, 250.
- (32) 697 F. Supp. 580.
- (33) Cruzan v. Director, Mo. Dep. of Health, 110 S. Ct. 2841 (1990). 連邦最高裁自身も、「(本件は) 合衆国憲法が、一般的な語法によれば死ぬ権利と呼ばれているものを認めているかという問題を正面から問われた初めての事例である。」と述べている。*id.* at 2851. クルーザン事件判決をはじめ、関連問題については、Missouri L. R. vol. 57, 831-48.; Daniel Patterson, The proxy puzzle & the durable power of Attorney for Health Care Act, *Missouri L. R.* vol. 57, 935-53.; *Missouri L. R.* vol. 57, 1-49.; Aida A. Koury, Physician-assisted suicide for the terminally ill : The ultimate cure?, *Arizona L. R.* vol. 33, 677-700.; Bryan Marcus, *id.* 249-87.; L. Jay Gilbert, Cruzan and its impact on patient selfdetermination, *Journal of Family Law*, vol. 30, 111-133. なお、囚人の望まない抗精神治療を拒絶する権利に関する以前の判例として、*Washington v. Harper*, 494 U. S. 210(1990). また治療拒否に関する個人の権利一般に関しては *Vitek v. Jones*, 445 U. S. 210 (1980).
- (34) *Jezewski*, *id.* 1297.
- (35) ワシントン州では一九九二年十一月五日に、カリフォルニア州では一九九二年十一月二日に、それぞれ住民投票が行われた。Washington Initiative 119, Initiative for Death with Dignity, amendment to Wash. Rev. Code 870. 122., 100(1979); California Initiative Statute Bill 116, Death with Dignity Act(1992).
- (36) 投票の結果は、ワシントン州では賛成が約四六%、反対が五四%、カリフォルニア州ではそれぞれ四七%、五三%といずれも僅差での否決であった。
- (37) 新聞によれば、オレゴン州とフロリダ州で同様の法案の準備が進んでいるということである。*L. A. Times*, Sep. 16, 1990, at 21.
- (38) *Williams*, *id.* 287.
- (39) 現在、十二州で規定が置かれている。さらに模範刑法典参照。Paul H. Robinson, *Criminal Law Defences*, at 173, *supra* note 1.
- (40) 十二州。模範刑法典 83. 07(5) 参照。Robinson, *id.* at 188, *supra*.

ra note 1.

- (41) Robinson, id. at 178, supra note 17.
- (42) Shaffer, id. 354, supra note 44.; Robinson, id. at 178, supra note 18.
- (43) See, Robinson, id. at 178, supra note 19.
- (44) See, Robinson, id. at 178, supra note 20.
- (45) See, Robinson, id. at 178, supra note 21.
- (46) Robinson, id. at 179-87.
- (47) Robinson, id. at 188-89.
- (48) Model Penal Code §3. 07(5).
- (49) Robinson, id. at 192-94.
- (50) Robinson, id. at 193-94.
- (51) Robinson, id. at 193.
- (52) In re Caulk, 125 N. H. 226, 230-32, 480 A. 2d. 93, 97-100 (1984); In re Holden, 87 A. D. 2d. 66, 69, 450 N. Y. S. 2d. 623, 625-26(1982).
- (53) Robinson, id. at 189.
- (54) Robinson, id. at 186.
- (55) クルーザン事件判決においては、裁判所は機能不全に陥っている人は、望まない治療を拒絶する憲法上保証された自由の利益を持つことは認めているが、死ぬ権利を認めてはいない。110 S. Ct. 2851.
- (56) Robinson, id. at 190.
- (57) Michigan 87th Legislature, 1993 regular session, Senate Bill

自殺関与罪に関する一考察

211(enacted, Feb. 25, 1993), Sec. 7. (1).

- (58) see, Jezewski, Wayne L. R. vol. 37, 1920-50, なお、デリック・ハンフリー（出口俊樹訳）、『安楽死の方法』、一八七頁以下に紹介がある。
- (59) Jezewski, id. 1924-26.
- (60) Jezewski, id. 1923. その当時、自殺関与の可罰性に関して、ミシガン州では二つの先例が、それぞれ異なった結論を出していた。一九二〇年のロバーツ事件では、自殺者の要請に基づき毒薬を入手し、妻の病床に置き去り、妻に自殺させた夫に対して、第一級謀殺で有罪が確定した。People v. Rovers, 211 Mich. 187, 178 N. W. 690(1920). 13 ALR 1253. これに対し、一九八三年のキャンベル事件判決では、ロバーツ事件はもはやミシガン州の先例性を失っているとし、自殺者に拳銃を売却し、自殺者を残して去っていった男性の行為は殺人にはあたらないとして無罪を言い渡した。People v. Campbell, 124 Mich. App. 333, 335 N. W. 2d. 27(1983). leave to appeal denied, 418 Mich. 905, 342 N. W. 2d. 519(1984). see, Dawn van Hoek, Criminal Law, Wayne L. R. vol. 30, 447-48.; Jezewski, id. 1929-33.; 40 ALR 4th, 710-14.
- (61) 本件は、ハーパー氏の妻が、彼の面前で睡眠薬を服用し、顔にビニール袋を被って自殺しようとした。しかし、妻はなかなか眠りに就けず、何度もビニール袋を無意識のうちに取り外してしまい、自殺はうまくいかなかった。ようやく妻が眠りに入ったとき、ハーパー氏自身が妻の顔にビニールを被せ、ゴム

同志社法学 四四卷六号 一四九 (九九九)

自殺関与罪に関する一考察

バンドで止めたため、八月三十一日、彼は謀殺で訴追された。

- (62) キヴォキアン博士に対しては既に、一九九〇年六月、オークランド郡巡回裁判所で自殺装置を含む、あらゆる自殺補助の予備的差止命令が出されていたが、一九九一年一月、ギルバート判事はこれを永久的差止命令へと変更している。Jezewski, id. 1925-26.

- (63) New York Times, Feb. 26, 1993, at 13.; The Times, Feb. 27, 1993, at 13.

- (64) Michigan Senate Bill 1084(1990).

- (65) Michigan House Bill 4038(1991).

- (66) Jezewski, id. at 1940.

- (67) 立法の経過を見ると、法案の修正はもっぱら、医師などの医療従事者による尊厳死にあたる場合を除外する規定の設置と、その主体の範囲の拡大に費やされたようである。

- (68) 同日付けで、下院にも自殺関与罪制定のための提言を行うための委員会設置のための法案が提出されている。Michigan Senate Bill 149(1991).

- (69) Michigan House Bill 4501(1991).

- (70) Michigan House Bill 5415(1991), Michigan House Joint Resolution 18(1993).

- (71) New York Times, Aug. 18, 1993, at 12.

- (72) New York Times, Aug. 18, 1993, at 12.

三 ドイツ

自殺は、当初は、一般の殺人の一種としてではなく、社会に対する特別な義務の侵害としてとらえられていたようである。

例えば、ローマ法では、自殺の禁止が規定されていたが、それは兵士についてのみであり、ギリシャ法の影響もあり、一般的な自殺禁止規定は置かれていなかった。⁽¹⁾しかし、やがて、イギリスと同様にキリスト教の影響を受け、自殺を犯罪視するようになった。アウグスティヌス以来、カトリック教会はアルル会議、オルレアン会議、ブラーグ会議などの宗教会議を経て、六九三年のトレド会議において、自殺者の破門を含めた非難を決議している。⁽²⁾やがて、一三世紀のトマス・アクィナスの見解が、カノン法の影響により、ラント法に取り入れられていくことになる。⁽³⁾そこでは、イギリス同様に、差別的な埋葬が通常の刑であった。⁽⁴⁾

中世の最も重要な法書で、後の多くのラント法の範となった一三世紀初頭のザクセンシュピーゲルでは、自殺は不罰とされていた。⁽⁵⁾シュヴァーベンシュピーゲル、フライジング都市法、ゴスラリエン法典など、一三世紀末から一四世紀にかけての法典のほとんどは、ザクセンシュピーゲルに倣い、自殺者の処罰規定を設けなかったが、ゴスラリエン法典には、カノン法の影

響とみられる不名誉な埋葬が規定されている。⁽⁶⁾ また、バンベルグ刑事裁判例（一五〇七）一六〇条やカロリナ法典（一五三二）一三五条も、自殺者への刑罰規定はもたず、ただローマ法同様、相続人への不正な財産の相続のみが禁止されていた。⁽⁷⁾ このようなリベラルな傾向は、一六世紀頃のハンプルグやフランクフルト・アム・マインなど、自由商業都市の都市法に受け継がれていった。

これに対し、リユーベック、ホルシュタイン、シュレスヴィヒ、ポメラニア、メクレンブルグ、マルクブランデンブルグなど、一六世紀頃のラント法の多くは、自殺を不処罰としつつも、カノン法の影響を受け、教会式の埋葬を禁止する規定を設けている。⁽⁸⁾

このような宗教的に構築された自殺非難の態度は、一六世紀に起こったルネサンスの動きに呼応して変化していくことになる。⁽⁹⁾ すなわち、自殺が許容されていた古代ギリシャやローマの文化への回帰が、このような自殺の犯罪視に疑問を生じさせることになった。これらの動きは一八、一九世紀の啓蒙主義に継受されていくことになる。一五一六年に出版されたトマス・モアのユートピアでは、自由意思による安楽死を肯定する見解が示された。⁽¹⁰⁾ さらにモンテニユー、ジョン・ドーンなどの影響

により、一七世紀末から一八世紀には、自殺を犯罪視することへの疑問が一般化することとなった。⁽¹¹⁾

この時代の最も良い例は、プロイセンの法制度であろう。プロイセン公国ラント法（一六二〇）および第一次改正法（一六八四）では、自殺に関する言及がみられなかった。しかし、第二次改正法（一七二二）には、自殺体への刑罰の付加を含む自殺処罰規定が新たに置かれることとなった。そこでは自殺をいくつかの類型に分け、それぞれに異なった規定が設けられている。すなわち、有罪逃れのための自殺に関しては、有罪の罪につき言い渡されたであろう刑が執行され、処刑台の下に、死刑執行官の手で埋葬された。またその未遂は極刑で罰せられた。他方、絶望や短気、借金苦などの理由による自殺および精神疾患などの病気による自殺の場合には、一定の証明により、教会の庭への埋葬が許された。そしてその未遂者には、自殺願望を除去するための精神的・身体的治療が行われた。⁽¹²⁾ このように、すでに一八世紀初めには、自殺を宗教から切り離して評価する見解の萌芽がみられるのである。そして、啓蒙主義の普及により、一八世紀半ばから、一部で刑法の脱宗教化がさらに進められることとなる。一七五一年には、フリードリッヒ大王により、自殺者の「名誉ある埋葬」が認可され、一七九四年に編纂され

たプロイセン一般ラント法では、自殺の処罰規定が削除された。⁽¹³⁾一七八七年のヨセフィーナ刑法典は、啓蒙絶対主義の特徴を最も良く表しているといえよう。すなわち、第一二五条では、自殺の障害未遂者は、傷害を惹起したかどうかにかかわらず、監獄に送られ、自分自身への暴行が不可能な状態で、教育によって、自己保存が神、国家および自分自身に対する義務であることを悟り、後悔と改善が示されるまで不定期間抑留される旨が規定されている。ここでは、自殺が神、国家に対する犯罪であることが宣言される一方で、自殺未遂者に対する刑罰は排除され、教育刑が科せられることが規定されている。⁽¹⁴⁾

自殺が不処罰とされた一方で、プロイセン一般ラント法には、八三四条で嘱託殺人、自殺幫助、教唆を処罰する規定が置かれていた。⁽¹⁵⁾このように、自殺の処罰規定を削除しつつ、自殺関与行為を犯罪とする規定を置く立法方法に多くのラント法が倣った。⁽¹⁶⁾例えば、バーデン公国刑法典二〇八条は、自殺への関与(Theil genommen hat)を包括して軽懲役あるいは城塞禁固で処罰する旨を規定している。⁽¹⁷⁾また、自殺関与罪と嘱託殺人罪とを同一条文で規定するものや、教唆犯を重く処罰するものもみられる。⁽¹⁸⁾

一方、プロイセン刑法典やバイエルン刑法典(一八一三年、

一八六一年)には、自殺関与を含む自殺に関する処罰が一切排除されたが、それはもっぱら共犯の従属性という刑法体系上の理由からであると考えられている。⁽²⁰⁾

その後、ライヒ刑法典(一八七一年)をはじめとして、ナチス時代を経てもなお一貫してこのような規定方法は維持され、現在に至るまで、ドイツでは自殺関与罪の規定は刑法典に置かれてはいない。もともと、その間に出された刑法改正法案のいくつかは、自殺への勧誘を独立罪として規定していたが、いずれも改正されるには至っていない。⁽²¹⁾

ドイツではこのように、共犯の従属性から一貫して、刑法典に我が国や英米のような自殺関与罪を規定していない。したがって、そこでは、可罰的な嘱託殺人と不可罰的な自殺関与との限界付けだけが問題となるはずであった。しかし、ドイツでは、一定の場合の自殺の不救助について、不作為犯の形での処罰を認めた判例が現れてきており、ここに不作為による殺人、あるいは救護義務違反による処罰の可能性が開かれ、それぞれの限界付け、相互関係が問題となってきた。

ライヒ裁判所は、ある恋人同士がお互いの体に縄を結び付け心中を行ったところ、男性のほうが生き残り、女性は死亡したという事例に対して、自殺および自殺幫助が不可罰であること、

他人の殺害あるいは殺害の幫助に関する規定はこのような自殺および自殺幫助には援用し得ないことを認め、無罪を言い渡した⁽²²⁾。本件当時には、既に旧三三〇条(c)の規定によって、緊急状態における救助の不履行は救助義務違反として処罰されており、しかも刑法二条に、可罰性を拡大する方向への類推解釈を許容する規定が置かれていたにもかかわらず、このような判断が下されていたのである。

これに対しBGHは、夫の自殺を意識しながら、自殺を防止せずに放置した妻に対して、旧三三〇条(c)の緊急救助義務違反で有罪とした原審を否定したが、さらに、妻に保障人としての救護義務を認め、不作為による故殺あるいは過失殺の責任を肯定した⁽²³⁾。また、自殺をほめめかし、水辺で殺害を囑託した姑の溺死について、少なくとも救助を行わなかった婿に対して、正犯者意思が欠けるとして、殺人の責任は否定したものの、このような場合にも殺人および緊急救助義務違反(旧三三〇条(c))の可能性を肯定した⁽²⁴⁾。そこでは、自殺関与の不可罰性が三三〇条(c)の適用を妨げるものではないことが言明されている⁽²⁵⁾。

さらに最近では、多くの判例において、不作為による自殺関与の責任が問題となったが、その中でも特に注目すべきは、ヴィティヒ事件とハッケタール事件である⁽²⁶⁾。前者は、繰り返し(27)

死への願望と自殺救助の排除を訴えていた女性のホームドクターである被告人が、彼女の自殺遂行を発見したが、女性の自殺意思や救助の可能性、後遺症などを顧慮して、死にまかせたものである。BGHは、自殺者が自殺の遂行過程において無意識状態に陥ったときに、自殺者の死の発生の行為支配は、発見した被告人のみに移っており、被告人は、保障人として不作為による致死罪によって、また三二三条(c)における事故発生時の救助義務違反によって処罰される可能性を認めた。特に学界の強い批判をあげたのは、本判決が医師の良心の葛藤に重点を置き、自殺者の自殺意思は、単に医師の裁量権の一要素としての意味を持つものであるとした点であった。この点は後述する一九八六年のいわゆる「臨死介助対案」が出されるきっかけとなった。後者のハッケタール事件は、末期癌患者の強い要求に基づいて、医師自身が毒薬を調合し、それを白らの手で服用した患者が死亡したものである。ミュンヘン上級裁判所は、死に至る事象を誰が支配していたかが決定的であるとして、自殺者自身が毒薬を服用したのであるから、囑託殺人およびその幫助は否定されとした。さらに、自己答責的な自殺意思は、治療を拒絶し、不作為による致死罪の前提となる保障人的地位および不救助罪の構成要件該当性を排除するとして、自己決定権を

尊重する立場から不可罰性を導いている。

このように、ドイツでは、確かに自殺関与は不可罰とされているが、不作為による致死罪あるいは不救助罪による処罰の可能性も否定されてはならず、むしろ本来は自殺関与罪の問題領域であったものが、不作為犯罪の領域へと移植されたような印象を受ける。我が国では、自殺関与罪と嘱託・承諾殺人罪が同一条文内で同一の法的刑で処断されるため、両者間の区別の必要性はドイツに比べ少ないように思われるが、ドイツ同様、不作為による殺人罪や保護責任者遺棄罪などの可能性も開かれており、今後、同様の問題が我が国でも起こり得ると思われる。

なお、判例のこのような傾向を前に、学界内では批判が相次ぎ、一九八六年には、エーザーやバウマンなど、二三名の著名な刑法学や医事法学の学者達の共同作成による臨死介助対案 (Alternative entwurf über Sterbehilfe) ⁽²⁹⁾ が提出された。本対案の主な目的は、患者の自己決定権を尊重し、医師に対しても拘束力をもたせ、延命治療の中断の許容される範囲および苦痛緩和のための間接的安楽死が許容されることの明確化であった。⁽³⁰⁾ 本対案では、二二四条で一定の場合の生命維持治療の中断又は不開始の正当化、二二四条(a)で限界事例における苦痛緩和のための間接的安楽死の許容を規定している。さらに、二二五条で

は自由答責的な自殺の不阻止の正当化を、および二二六条では、現行法の嘱託殺人の規定を排除こそしなかったものの、二項で当該殺害が、本人のものはや耐え難い極めて重大な苦痛の除去への最終手段として行われた場合の刑の免除を提言している。⁽³¹⁾

- (1) v. List, Lehrbuch des Deutschen Strafrecht 19 Aufl., S. 161.; Maurach-Schroeder, Strafrecht B. T. Teil 1, 6 Aufl., S. 18.; Williams, id. at 254.
- (2) A. Eser, Das Recht auf dem eigenen Tod, S. 14 f.; Williams, id. at 257.
- (3) Maurach-Schroeder, a. a. O. S. 18.; Eser, a. a. O. S. 16.
- (4) Eser, a. a. O. S. 16.; v. List, Lehrbuch 19 Aufl., S. 161.
- (5) Vgl. Sachsenspiegel, Kapitel XXXI. サクセンシュペーゲル (ザクセンの鏡) は西暦一二二〇から一二三五年の間に書かれた、中世で最も重要な法書であり、当時のザクセンのラント法や慣習を基にしている。なお、本規定に対応するラント法として、Landrecht II 31 881, 2 参照。Ruth Schmidt-Wiegand Hrsg., Sachsenspiegel, Akademie Verlag, 1993, S. 188 f.
- (6) Ossip Bernstein, Die Bestrafung des Selbstmords und ihr Ende, Breslau, 1907 S. 3 f.
- (7) Bernstein, a. a. O. S. 4 f.
- (8) Bernstein, a. a. O. S. 4 f.
- (9) Eser, a. a. O. S. 16 f.
- (10) Eser, a. a. O. S. 16 f.

- (11) Eser, a. a. O. S. 17.
- (12) Bernstein, a. a. O. S. 7 f.
- (13) Proßen ALR. II. 20. §803 bis §805. リストによれば、一六二〇年当時のプロイセン一般法では、自殺者に対する不名誉な埋葬および自殺未遂者に対する恣意的な刑罰が存在していたようである。v. List, Lehrbuch 19 Aufl., S. 161. 後に、プロイセンにおいては、フリードリッヒ大王により啓蒙哲学が法実践に多く取り入れられることとなった。自殺の不名誉な埋葬の廃止は、刑罰の緩和の一環として行われた。一七四五年および一七五一年には、自殺者の遺族の処罰、自殺体の刑吏による不名誉な埋葬が廃止されたが、佐伯博士によれば、これには大王のストア学派から受けた影響と刑事責任を犯罪者本人に限定しようとする刑事政策的思想が働いていたとする。佐伯千仞、「フリードリッヒ大王と刑法」(一)、法学論叢第四〇巻四号、五四八頁以下。また、H. リューピング著、川端博・曾根威彦訳『ドイツ刑法史綱要』、一二三―一二五頁、一一五―一六頁参照。さらに、啓蒙主義が刑法に与えた影響に関しては、佐伯千仞「啓蒙時代と犯罪類型」法学論叢第三九巻三号、三六九頁以下、石井三記「啓蒙期の刑法改革思想」(一)、法学論叢第一一七巻四号、三四頁以下、一一九巻一号、一六頁以下参照。
- (14) ヨセフィーナ刑法典第一二三条は、疾病また精神錯乱を除いて、自殺者の埋葬に関して差別的な埋葬を規定している。また第一二四条では、犯罪の処罰逃れの自殺の場合、その名前を証明可能であった罪名とともに絞首台に告知されるとある。ヨセフィーナ刑法典に関しては、足立昌勝、「ヨセフィーナ刑法典試訳」(一)、(二)、法経論集第四一号、五七頁以下、第四二号、五五頁以下に紹介がある。
- (15) 第八三四条「ある者をその囑託により殺害した者、または自殺に付き幫助した者は、六年以上一〇年未満の、自殺者自身に死への願望を誘発させた濃厚な疑いがある者は、終身の城塞禁固刑または懲役に処する。」Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, (Alfred Metzner Verlag, 1970), S. 699. なお、プロイセン一般ラント法以降のドイツの立法の動きについては、秋葉悦子、「自殺関与罪に関する考察」、上智法学論集第三三巻、二二三号、一六〇―一七四頁が詳しい。
- (16) v. List, Tötung auf Verlangen und Teilnahme am Selbstmord. Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. B. T. 5 Band, S. 128, 135.
- (17) Stragesetzbuch für das Großherzogthum Baden §208.; vgl. Sachsen §158.
- (18) v. List, a. a. O. S. 135. 前者の例として Hamburg §121、後者として Thüringen §121, Braunschweig §208. が挙げられている。
- (19) v. List, a. a. O. S. 127 f.
- (20) v. List, a. a. O. S. 134 ff. 秋葉悦子、前掲論文、一六三頁。
- (21) 一九二五年草案二二四条および一九二七年草案二四八条。
- (22) RGSt. 70, 313.
- (23) BGHSt. 2, 150. (Urt. v. 12. 2. 1952-1StR 59/50)
- (24) BGHSt. 13, 162. (Urt. v. 15. 5. 1959-4StR 475/58). なお、)

これらの判例については、Wilhelm Gallas, Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, Beiträge zur Verbrechenslehre, S. 165 ff.; Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 5. Aufl. S. 90 ff.; 神山敏雄、自殺をめぐる不作為犯、一橋論叢第六二巻四号、四三〇頁以下。同「不作為による正犯と共犯の限界に関するドイツ判例の研究」(一)、(二)、警察研究五七巻二二号、二六頁以下、二二号、二六頁以下参照。

- (25) BGHSt. 13, 168.
- (26) BGH Urt. v. 4. 4. 1985-4StR 93/85, GA 1985, S. 508 ff.; BGH Urt. v. 27. 11. 1985-3StR 426/85, NSZ 1986 S. 266 ff.; BGH Besch. v. 25. 11. 1986, 1StR 613/86, NSZ 1987 S. 365 ff.; NJW 1987, S. 1092 ff.; JR 1988, S. 336 ff.; LG Ravensburg, Urt. v. 3. 12. 1986-3Kis 31/86, NJW 1987, S. 229 ff.; NSZ 1987, S. 229 ff.; BGH Urt. v. 28. 4. 1987-5StR, NJW 1987, S. 2525 ff.
- (27) BGHSt. 32, 367, (Urt. v. 4. 7. 1984-3StR 96/84); NJW 1984, 2639 ff. わが国における紹介として、岩間康夫、「自殺を図った患者に対し措置を施さなかった医師の可罰性に関するBGH判決」警察研究第五六巻一二号、六九頁以下、秋葉悦子、「自殺の不救助」警察研究第五八巻四号、六八頁以下。関連文献として、上田健二、前掲「臨死介助と自死への権利」、九五頁以下、甲斐克則、前掲「末期医療における患者の自己決定権と医師の刑事責任」、一二二頁以下、同、前掲「自殺患者をめぐる刑法上の問題点」、二二頁以下。

- (28) OLG München, Besch. v. 31. 7. 1987-1Ws 23/87; NJW 1987, S. 2940 ff.; JZ 1988, S. 182 ff.; Herzberg, Strafbare Tötung auf Verlangen?, NJW 1986, 1635 ff. 紹介として、甲斐克則、「医師・患者関係における嘱託殺人と自殺幫助の区別」海保大研究報告三四巻一号、六七頁以下、上田健二・浅田和茂編訳『アルビン・エーザー・先端医療と刑法』(成文堂、平成二年)、二五二頁以下。

- (29) Alternative Entwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe, Entwurf eines Arbeitskreises von Professoren des Strafrechts und der Medizin sowie ihrer Mitarbeiter, 1986, 我が国での紹介として、上田健二「臨死介助と自死への権利」刑法雑誌一九巻二号、九五頁以下、松宮孝明「西ドイツの『臨死介助対案』とその基本思想」刑法雑誌一九巻一号、一六七頁以下、上田健二、浅田和茂編訳、前掲『アルビン・エーザー・先端医療と刑法』、二五二頁以下参照。
- (30) vgl. AE = Stebehilfe, S. 3.
- (31) 条文規定に関しては、脚注(29)中の紹介論文を参照。

四 我が国

我が国においては、英米やドイツなどの西欧諸国とは異なり、キリスト教の影響をあまり受けずにきており、元来自殺を罪と捉える思想的背景は存在していなかったようである。

徳川時代以前の自殺および自殺関与に対する法的評価につい

ては、あまり詳しいことはわかってないが、自殺事例に関しては、古くから、数多くの自殺が文献に残されている。⁽¹⁾しかし、自殺自体を罪悪とする記述は見受けられないようである。それどころか、皇親や五位以上の官吏には、死罪の寛刑あるいは閏刑として、刑部省官人の立会の下で、自宅にて自尽することが許される「賜死」と呼ばれる制度が法令上認められていた。⁽²⁾これが後に、禪宗の影響を受けた武士社会での切腹の風習の基となり、明治三年の新律令綱領の自裁へと受け継がれて行く。⁽³⁾また、これとは別に、武士の間では殉死、追腹が行われていた。⁽⁴⁾

貴族や武士などの、いわゆる支配者階級以外の間でも、自殺は行われていた。例えば、仏教の僧侶などによって、捨身（しゃしん）と呼ばれる信仰上の自殺が数多く行われた。⁽⁵⁾焼身、入水、餓死などを手段とする宗教自殺や僧侶の自殺は、いわゆる末法思想の影響を受けた一〇世紀末や、浄土思想が盛んであった平安から室町時代に多発したようである。⁽⁶⁾

この他にも、一般庶民の間では、情死、心中と呼ばれる自殺が存在した。⁽⁷⁾これは室町時代以降、商業の発達により発生した町人階級の間に、一種のロマンチズムを伴って受け入れられ、特に江戸中期、近松門左衛門の心中物が評判となり、その影響と見られる自殺が相次いだようである。⁽⁸⁾

このように、我が国においては数多くの自殺が行われていたようであり、英米やドイツのような、自殺に対する宗教的非難は読み取れない。さらに、*felo de se* という言葉や *selbstmord* という言葉が表すような、自殺を殺人の一種とみるような価値観はなかったようである。それどころか、武士が潔く自害しない場合や殉死して忠節を示さない場合には、むしろ、恥ずべきこととして非難が加えられた。⁽⁹⁾

もともと、これら一連の自殺行為があらゆる時代において、全て許容されていたわけではない。殉死に関していえば、豊臣秀吉や徳川家康などが殉死を禁止していたとされ、江戸時代に入り、殉死が流行した際には、寛文三年に四代將軍家綱によって殉死の禁令が出されている。⁽¹⁰⁾また、僧侶の宗教自殺に関しては、令義解（八三三年）の僧尼令に、「凡ソ僧尼身ヲ焚キ身ヲ捨ツルヲ得不レ。若シ違ヘラム、所由ノ者ハ並律ニ依テ罪ヲ科セヨ。」との規定がある。⁽¹¹⁾情死については、御定書百箇條に不義による相対死を下手人、すなわち普通殺人と同じ刑で処罰する規定があり、⁽¹²⁾これが後に明治元年の仮刑律を経て、新律綱領、改定律令に受け継がれている。⁽¹³⁾したがって、身分の差異によって規定は異なるが、明治以前の日本においても、自殺を違法視する見解は存在していたことになる。

しかし、ここでは次の二点に留意すべきであろう。まず第一に、これら自殺の禁止は、必ずしも自殺を殺人の一形態として捉えて禁止したものではないということである。すなわち、殉死は、確かにその当時、残された家臣にとっていわば強制された死に近い状態ではあったが、殺人のような生命に対する犯罪として理解されたわけではなく、それによって有能な武将たちが失われ、新体制の基盤が弱体化することへの危惧感が、禁止の主な理由であったと考えられている⁽¹⁴⁾。僧侶の自殺禁止についても、秩序維持の観点から、宗教を理由とする自殺が流行し、封建制度の基盤である農民などの生命が失われ、また生命の軽視から殺人や一揆などにつながる虞があるという理由で、すなわち、風俗や安寧秩序に対する罪と考えられていたとみるべきであろう。このことは、情死に至ってはよりはっきりとしてくる。すなわち、情死は、不義という、江戸時代以降の儒教的な道德秩序に反する行為として禁止されていたのである⁽¹⁵⁾。

第二に、これら一連の法制度を評価する場合、この時代の価値観念、価値状態を考慮に入れなければならないということである。封建制度を基盤としていた江戸時代社会においては、個人の自我や人権は全く未熟なものであった。武士の社会においては、武士道という精神論に基づいて、生命よりも、武士とし

ての面子や対面を重んじ、個人よりも家や主人、藩といった社会がより高い価値であると考えられ、制度を保つために、脱藩や出奔は禁じられた⁽¹⁶⁾。また、町人の世界でも、儒教の影響を強く受けた社会倫理が重んじられ、風俗犯が重く処罰されたりしていた。殺人に関して言えば、儒教思想の五倫の順序に従い、被殺者が主人、親、夫、年長者という順で重く罰せられていたが、逆に、主人や親、夫には、一定の範囲で従者、子、妻を殺すことが認められていた。例えば、夫には密通の現場で不義の男女を殺害することが認められていた。これは一種の私刑を許すものであったが、このように、不義という倫理違反行為の前では、生命は相対的に僅かな価値しかもっていなかったと言える。このような価値観が今日、もはや妥当しないということでは明らかであろう。したがって、今日の自殺関与罪を考えるにあたっては、これら一連の自殺の禁止は、限定的な意義しかもち得ない。

我が国での最初の体系化された近代刑法は、明治一三年の旧刑法であり、はじめて包括的な自殺関与罪の規定が設けられた。旧刑法三二〇条は「人ヲ教唆シテ自殺セシメ、又ハ囑託ヲ受ケテ自殺人ノ為ニ手ヲ下シタルモノハ、六月以上三年以下ノ輕禁固ニ処シ、十円以上五十円以下ノ罰金ヲ附加ス。其他自殺ノ補

助ヲ為シタル者ハ、一等ヲ減ズ。」との規定を置いている。さらに三二一条では、自己の利を図るために自殺を教唆して、自殺せしめた者を重懲役として重く罰する規定を設けている⁽¹⁸⁾。これらの規定は、泰西主義の名の下に明治政府によって召喚されたボアソナードの原案を基に、司法省において日本刑法草案が編纂され、刑法草案審査局、元老院の審議を経て、成立したものである⁽¹⁹⁾。日本刑法草案は、ボアソナードが仏刑法を軸に伊刑法草案、独刑法などを参考にして草起し⁽²⁰⁾、それを司法省刑法草案取調掛の中心であった鶴田皓が通訳によりボアソナードと審議するという形で進められた⁽²¹⁾。鶴田は後に刑法草案審査局の委員にも任命され、また元老院の審議でも議官を兼ねており、旧刑法制定の中心人物であった⁽²²⁾。したがって、旧刑法の自殺関与罪の性質を探るのに、彼の見解を参照することにする。

鶴田によれば、旧刑法三二〇条は、名誉のための自殺への関与行為について刑を軽減することが目的であったようである⁽²³⁾。すなわち、承諾殺人の規定を設けなかった旧刑法においては、自殺の介錯人は仏刑法における故殺として、普通殺人で処罰されることにならざるを得なかった。これを過酷と考え、ドイツ刑法における嘱託殺人の規定にあたるものとして、自殺の介錯人を念頭に、自殺幫助が規定されたようである⁽²⁴⁾。一方、江戸時

代、いわゆる教唆犯は正犯とされていたが、この考え方は旧刑法にも引き継がれ、犯罪を教唆したものは正犯として処罰されていた⁽²⁵⁾。しかし、名誉のために自害を諭すことは、悪意のない行為として、正犯とするには及ばないと考え、悪意のない自殺の幫助、教唆に対する刑を軽減する規定を設けたようである⁽²⁶⁾。もつとも、ここで重要なことは、これらの規定の保護法益である。刑法草案会議筆記によれば、自殺は「自己ノ生命ヲ自ラ殺スハ恰モ自己ノ財産ヲ自費スルガ如シ、故ニコレヲ罰スヘシトスル道理ヲ生セス」との記述が見られる⁽²⁷⁾。ところが、同時に「一体公益ヲ害スル點ヨリスレハ自殺スル本人トイエドモ無罪トスル理ナシ、然シ大抵其本人ハ死スルモノ故ニ之ヲ罰セサル訳ナリ」との記述も見られる⁽²⁸⁾。この「公益」が何を意味するかは明らかではないが、自殺の違法性を肯定していたと思われる。

刑法審査修正案では、自殺関与罪に関しては修正もされず、この草案がそのまま残ることになった⁽²⁹⁾。元老院の審議でも変化は見られないようである⁽³⁰⁾。いずれにせよ、旧刑法に鶴田の考えが反映されたのは疑いようもない。

明治二三年になり、刑法の改正のための草案が作成された。それによると、三〇〇条ではほぼ旧刑法と同じ規定が置かれた

が、法定刑が軽禁固、十円以上五十円以下の罰金の附加から有役禁固へと改められた。また三〇一条では自己の利を図った場合の刑も、重懲役から三等有期徒刑へと変更され、三〇二条には「教唆者又ハ幫助者ノ意外ノ舛錯、障碍ニ因」る未遂を軽く処罰する規定が置かれた。⁽³¹⁾

明治三五年改正案では、二三八条に自殺の教唆および囑託・承諾殺人の規定が置かれたが、それまでであった幫助の規定は削除されている。また刑も「七年以下ノ懲役又ハ禁固」とされたが、その理由は不明である。さらに自殺関与罪の規定は、これまでは過失致死罪の後ろに置かれていたものが、殺人罪の後に、傷害罪より前に規定された。⁽³²⁾これは、鶴田の見解においては明確にされなかった自殺関与罪の性格を、殺人と同じ生命に対する犯罪として規定されたものであるように思われる。また明治三五年の第十六回貴族院特別委員会会議録では、二三八条の教唆を「威迫又ハ教唆シテ」と修正し、威迫により自殺させた者の責任を殺人罪ではなく、自殺関与罪として規定することが論議されたが、結局このような場合が殺人罪に当たるのか自殺の教唆に含まれるのかは明確にされなかった。⁽³³⁾

ところが、明治四〇年の第二十回貴族院会議録の冒頭に刑法改正案が掲げられたが、二〇三条では「人ヲ教唆若シクハ幫助

シテ自殺セシメ又ハ被害者ノ囑託ヲ受ケ若シクハ其承諾ヲ得テ之ヲ殺シタル者ハ六月以上七年以下ノ懲役又ハ禁固ニ處ス」と規定して、三五年には削除された幫助が再び加えられ、しかも旧刑法のように幫助に対する刑の減輕は認められなかった。⁽³⁴⁾この点に関して、刑法改正政府提出案理由書は、「第二百三条ハ現行法第二百二十条及ビ第二百二十一条ヲ合シ少シク之ヲ補正シタルモノナリ。即チ現行法ハ自己ノ利益ノ為ニスルト否トヲ區別ストイエド雖モ其必要ナキヲ以テ此區別ヲ廢シ且被殺者ノ承諾ヲ得テコレヲ殺シタル場合ヲ規定シ以テ疑義ヲ避ケタリ」⁽³⁵⁾とあるが、同年の第二十三回衆議院特別委員会会議録でも、自殺関与罪に関しては議論が見られず、「疑義ヲ避ケタリ」⁽³⁶⁾とあるのがどのような意味であるのかは明らかでない。

このようにして、明治四〇年に現行の規定が置かれたわけであるが、明治三五年の規定に倣い、本罪が殺人と同様、生命に対する罪として規定されたものであると思われる。この点は、昭和二年の刑法改正予備草案においてはより明らかになる。二六〇条は、囑託・承諾殺と自殺教唆・幫助とをそれぞれ別項に定め、しかも囑託・承諾殺を自殺教唆・幫助の前に規定した。⁽³⁷⁾さらに自殺教唆・幫助の未遂を不可罰とした。しかし昭和一五年の改正刑法仮案では、二三八条で囑託・承諾殺人と自殺教

唆・幫助を同一の項で規定しつつ、法定刑を一年以上十年以下の懲役に引き上げられた。さらに別項で偽計・威力により嘱託・承諾を得たり、自殺を決意させた場合には、殺人罪で処罰することを規定している。⁽³⁸⁾そして、予備草案において削除された自殺関与罪の未遂処罰も復活された。⁽³⁹⁾

戦後に至り、刑法の見直しも進められたが、昭和三十三年に提出された「刑法改正に関する意見書集」において、莊子教授は、自殺教唆・幫助と嘱託・承諾殺人とは必ずしも同断には論じられないとして、項を分けることを提言されている。ここではやはり嘱託・承諾殺人が自殺教唆・幫助の前に置かれたが、刑の期間は現行法と同じ六月以上七年以下に戻された。⁽⁴⁰⁾しかしそこでは懲役のみで、禁固は刑としては削除されている。

昭和三六年に提出された改正刑法準備草案二六九条は、莊子教授の意見書と同様に、同一条文内でそれぞれ項目を分けて、嘱託・承諾殺の規定を自殺教唆・幫助の前に置いた。⁽⁴¹⁾しかし法定刑は一年以上十年以下の懲役に引き上げられた。昭和三八年に出された「改正刑法準備草案に対する批判要録」では、偽計・威力によって嘱託・承諾が与えられ、あるいは自殺の決意がなされた場合について、自殺の決意を生じさせる手段方法に制限を設けない現行法の規定においては、自殺関与罪の成立を

認めるのが解釈として妥当であるが、国民感情からすれば殺人に近いものと考えられるので、むしろ仮案の規定を採用して立法的に解決すべきとの金沢文雄教授の見解が報告されている。⁽⁴²⁾

さらに、「刑法改正準備会議事要録」では、規定の形式に関し、①承諾殺と自殺補助とのいずれにあたるのかはつきりしない場合もあるから、現行法のように同じ項に規定して、法令適用上の混乱を避けるべきであるとする意見と、②両者は性質が異なるから、別項に規定するのが相当であるし、項を分けるかどうかで運用上の差が出るとは考えられないとする意見が提出されている。⁽⁴³⁾しかし、昭和三八年の法制審議会刑事法特別部会、第五小委員会では、偽計・威力の使用に関して、「(仮案と)同趣旨の規定を設けるべきである」という積極的な意見はみられず、すでに判例で認められている以上わざわざ規定する必要はなく、規定することになれば偽計・威力を用いなかった場合を殺人罪とすることが全く不可能になるので、自由意思による真摯な死の決意があつたかどうかにより具体的に判断すべきであるという意見が強かった⁽⁴⁴⁾とあるのみで、自殺関与罪の性質については明らかにはならなかった。

結局、昭和四六年の改正刑法草案は、ほぼ準備草案と同じ規定方式を採り、ただ法定刑に禁固が復活された。⁽⁴⁵⁾

このように、現行法の成立過程および刑法改正の動きを見てみると、自殺関与罪の性質が殺人罪と共通する、生命に対する犯罪類型であるのか、あるいは生命以外の別のものを保護法益とする犯罪類型であるのか明確でなかった旧刑法とは異なり、その後は一貫して、生命に対する犯罪類型として考えられていると言って良いと思われる。したがって、我が国の自殺関与罪を考察するとき、まず自殺者の生命を保護法益としてとらえられるかどうか考察の出発点になるように思われる。

- (1) 例えば、日本書記には軽太子と軽大娘皇女の自殺が残されている。日本の自殺の歴史については、山名正太郎『世界自殺考』（雪華社、昭和三九年）六五頁以下、スチュワート前掲『日本人の自殺』、平山城児『日本文学にあらわれた自殺』、田多井吉之介・加藤正明編『日本の自殺を考える』（医学書院、昭和四九年）、布施豊正『自殺学入門』（誠信書房、平成二年）。
- (2) 日本史大辞典（平凡社）、日本歴史大辞典（河出書房新社）。
- (3) 新律令綱領、閏刑五参照。石井紫郎編、日本近代思想大系七『法と秩序』（岩波書店、平成四年）一四九頁以下。なお、禪宗と切腹との関係については、スチュワート、前掲書、一〇七頁以下。
- (4) 山名、前掲書、一〇六頁以下参照。最初の切腹は、一一五六年の保元の乱の際に行われたとされる。スチュワート、前掲書、

三三頁、平山、前掲書、五頁。また、山名、前掲書、一一〇頁は殉死の始まりは、足利時代の管領、細川頼之にまで遡るとされるが、スチュワート、前掲書、三八頁は、一一八五年の壇ノ浦での平家一門の入水や一三三三年の北条高時一門の殉死のほか、日本書記の中の雄略天皇に追従した貴族の死をも殉死と位置付けている。

- (5) 山名、前掲書、三七頁、
- (6) スチュワート、前掲書、三三頁、山名、前掲書、三七頁以下。
- (7) スチュワート、前掲書、三四頁、前述した日本書記の軽太子と軽大娘皇女の自殺がその初めといわれる。山名、前掲書、六四頁以下。
- (8) 平山、前掲書、八頁、
- (9) 山名、前掲書、九二頁以下、スチュワート、前掲書、三七頁以下。
- (10) 三上参次『江戸時代史』上（講談社学術文庫、一九九二）、五七一頁以下。
- (11) 令集解僧尼令、令集解卷八（内外書籍、昭和六年）、二二七―二八頁。
- (12) 山名、前掲書、七六頁以下。
- (13) 仮刑律、犯姦六ノ九は、「凡、姦事に依て女と死を約し俱に死を致すものは論無し。若し女を殺し其身未だ死せざれば刎首。」とし、男女の心中の生き残りを死刑で処罰している。前掲『法と秩序』、四二頁。また、新律綱領、人命律謀同死（三(a)）は、姦夫・姦婦の心中の生き残りを「流三等（二年）」とし、改定

律令第一九九条は、同じく姦夫・姦婦の心中の生き残りに対して、「闘一殴一傷二一等ヲ減ズ」とし、傷害の刑を減刑して処罰する旨規定していた。前掲『法と秩序』、二六二―六三頁。さらに、改定律令第二六五条は、和姦後、姦通が露見し、姦婦が後悔して自殺した場合、姦夫は事情を知らなくても第二六〇条の罪姦の罪に一等が加重された。同三二―三三頁。

(14) 三上、前掲書、四九五頁以下。

(15) 佐々波與左次郎『続日本刑事法制史』（有斐閣、一九七二）、六一―八頁以下。

(16) スチュワート、前掲書、一〇七頁以下、一四四頁以下、平山、前掲書、四頁以下。

(17) 佐々波與左次郎、前掲書、六一―八頁以下、高柳真三『江戸時代の罪と刑罰抄説』（有斐閣、一九八八）四〇七頁以下参照。

(18) 増補刑法沿革総覧、日本立法資料全集別巻二（信山社、一九九〇）、一頁以下、石井編、前掲『法と秩序』、三八〇頁以下に紹介されている。

(19) 旧刑法の編纂に関しては、「日本刑法草案会議筆記」早稲田大学図書館資料叢刊一、新井勉「旧刑法の編纂」(一)(二)、法学論叢九八巻一号、五四頁以下、四号、九八頁以下、浅古弘「刑法草案審査局小考」早稲田法学五七巻三号、三七九頁以下、岩谷十郎「二つの仏文刑法草案」法学研究（慶應義塾大学）六四巻一号、五七頁以下、同「内閣文庫所蔵旧刑法手稿仏文草案」法学研究六四巻九号、八七頁以下参照。

(20) 新井、前掲(一)、六九頁。

自殺関与罪に関する一考察

(21) 新井、前掲(一)、六三頁、岩谷、前掲「二つの仏文刑法草案」、七一頁。

(22) 新井、前掲(一)、一〇六頁。

(23) 前掲「日本刑法草案会議筆記」第三分冊、一七九五頁以下、一八〇三頁。

(24) 前掲「日本刑法草案会議筆記」第三分冊、一七九四頁以下。

(25) 旧刑法第一〇五条は、「人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ、亦正犯ト為ス」と規定していた。

(26) 前掲「日本刑法草案会議筆記」第三分冊、一七九四頁、一四九七―九九頁。

(27) 前掲「日本刑法草案会議筆記」第三分冊、一七九五頁。

(28) 前掲「日本刑法草案会議筆記」第三分冊、一七九四頁。

(29) 新井、前掲(一)、一〇二頁。

(30) 新井、前掲(一)、一〇六頁。

(31) 明治二十三年改正刑法草案、増補刑法沿革総覧、一一九頁。

(32) 明治三十四年改正案、増補刑法沿革総覧、一九五頁。

(33) 第十六回貴族院特別委員会會議録、増補刑法沿革総覧、一一五九―一六二頁。

(34) 第二十回貴族院會議録、増補刑法沿革総覧、一五八六頁。

(35) 刑法改正政府提出案理由書、増補刑法沿革総覧、二二九九頁。

(36) 第二十三回衆議院特別委員会會議録、増補刑法沿革総覧、二〇四四頁。

(37) 刑法改正予備草案、二百六十条参照。

(38) 改正刑法仮案、三百三十八条参照。法定刑の引き上げは、こ

自殺関与罪に関する一考察

の当時の国家全体主義的な価値観により、個人の権限が縮小されたためであろう。同旨、秋葉、前掲論文、一五二頁以下参照。

(39) 改正刑法仮案、二、百三十九条参照。

(40) 「刑法改正に関する意見書集」、法務省刑事局、刑事基本法令改正資料 第一号、二六四頁。

(41) 改正刑法準備草案、二、百六十九條参照。

(42) 「改正刑法準備草案に対する批判要録」、法務省刑事局（昭和三十八年六月）、一八二頁。

(43) 「刑法改正準備會議事要録（各則の部）」、法務省刑事局（昭和三十八年七月）、一五三、一五四頁。

(44) 法制審議會刑事法特別部会、第五小委員會議事要録（一）、法務省、四一五頁。

(45) 改正刑法草案、二、百六十條参照。

第三章 自殺の法的評価

一 問題設定

自殺の法的評価を考察するの出発点は、そもそも自殺が何らかの法益を侵害すると思え得るならば、自殺はいかなる法益を侵害するののかということである。そこでは生命のみを保護法益と捉える立場と、生命以外のものを保護法益として設定する立場とがある。前者によれば、自殺は殺人や同意殺、過失致死などと同様に生命に対する罪が問題となり、後者の立場からは、

風俗犯罪や公共危険犯などの犯罪が問題となることになる。そこでまず、生命を処分することが法的に許容されているかどうか、すなわち生命の処分権について、学説を概観してみたい。

二 生命の処分権

(1) 肯定説

まず、生命の処分権を完全に認める見解が、ドイツではケスラーやマルクスなどによって主張されている。

ケスラーは、まず、財概念と利益概念を区別し、法の保護客を利益として捉える⁽¹⁾。そして、財は人間の利益の対象として、財所持者との心理的關係においてのみ財として保護される⁽²⁾。事実にある財に対する本人の利益が存続する限り、財の法的保護も存在しなければならないが、本人がこの利益の対象に対して利益を感じない場合にはもはや財が欠落することになる⁽³⁾。そして利益本人の意思に反する利益保護はそれ自体矛盾するとして、被害者の承諾は常に侵害行為の可罰性を阻却するという結論に達する⁽⁴⁾。したがって、ケスラーによれば、嘱託殺人罪の規定の存在は、刑法の誤りであるという⁽⁵⁾。

同様に、マルクスは、ジイーナによる法益の関連構造論に立脚しながら、対象は人間への被関連性においてのみ保護され、

この被関連性、すなわち、様々な対象を自分の自己実現のために必要とする人間にとっての特殊な自由処分性が侵害の客体であるとする⁽⁷⁾。法の目的を人間に奉仕すること、すなわち人間の⁽⁸⁾本質である人格にその自由な育成を可能とする外部的条件を生みだし、維持することに限定するマルクスによれば、法益主体が侵害につき同意すれば、この対象の自由処分可能性が侵害されることはなく、むしろ自由処分権の行使と捉えられることになり、対象が法益としての適格性を失うことになる⁽¹⁰⁾。したがって、もはや法益侵害は存在せず、シュミットと同じく「もっぱら法益保護に方向付けられた刑法観からは、法益保持者の自由な決定を尊重し、嘱託殺人の可罰性を放棄することが首尾一貫し正当なものである。」と主張する⁽¹¹⁾。

このように、ケスラーやマルクスは、保護対象を利益と捉え、利益概念を財所持者との関係において把握し、生命の保持者を専ら個人に限定することによって、嘱託殺人の可罰性を否定している⁽¹²⁾。これらの見解は、いわゆる利益説を基礎とし、個人主義を徹底した立場と言えよう。この立場からは、生命の所持者である個人に生命の処分権は完全に認められることになり、自殺も何ら違法でないことになる。

ただし、仮にこのような利益説を肯定し得るとしても、必ず

しもそれが即座に、嘱託殺人や自殺の違法性を否定しなければならぬということにはならないように思われる。なぜなら、これらの行為により他の法益が侵害されるならば、やはりこれらの行為の法益侵害性を肯定し得ると思われるからである。嘱託殺人によりある人が殺害された場合、その家族は精神的・経済的な損害を受け、あるいは周囲の利害関係人にも少なからぬ影響を与えることはしばしば見られることである。また、法益主体として認めるかどうかは別として、社会や国家もまた、社会の一員としての個人の生命に関心を寄せるのであり、現にアメリカではこのようなものを利益として承認し、正当化の為の利益衡量に加えているのである⁽¹³⁾。したがって、ケスラーやシュミットのように嘱託殺人の不可罰性を導くためには、他の利益を保護法益として排除する積極的な論証が必要であると思われる。

しかし、この点に関しては、マルクスが若干の論述を行っている。まず、マルクスは、前世紀の極端に個人主義的・自己中心主義的見解を排し⁽¹⁴⁾、人格の自由な育成は環境・同僚との不断の関連において達成されるものであるとして、人間存在をカウフマン流の『社会的個性』として捉える⁽¹⁶⁾。そして社会の利益のための個人の自由の制限の余地が残るとするのである⁽¹⁷⁾。した

がつて、従来個人的法益とされてきた利益であっても、それは『社会的個性』としての個人の法益であり、必然的に社会との関連性をもつことになる。この社会関連によって対立利益・対立法益が設定されれば、「自由処分可能性」が否定されることになる。このことは、マルクスの風俗犯の説明において顕著に現れる。マルクスは風俗犯の法益性を原則的に否定するが、個人のある自由処分的行為に対して、利益社会の最大限多数の国家市民の（自由な自己展開という）利益が、対立利益として対置された場合には、保護法益の存在を肯定している。そして、その比較衡量の基準を、利益社会の意識に求めているのである。⁽¹⁹⁾すなわち、個人の処分可能性の存否は、最終的には社会意識によって決められることになる。

しかしマルクスは、生命の放棄に対して、社会の意識によって何らかの対立利益を設定する可能性を排除し、生命の処分権を認めている。そしてその実質的根拠を、ボン基本法の人間の尊厳という、憲法上の最高価値に求めているのである。⁽²⁰⁾

しかし、人間の尊厳ということから、生命の処分権を否定することが必然的に導かれるのであろうか。この点について、後に検討するシュトラーターテンヴェルトやシュミットホイザーが、マルクスと同じく、人間の尊厳という最高価値性に立脚しなが

ら、生命の処分権を否定している点が興味深い。

このような見解に対して、否定説は、生命の所持者が個人であることを認めつつ、何らかの理由付けにおいて、生命を個人が処分できないもの、すなわち同意による正当化の及ばないものとして位置付けている。

(2) 否定説

(ア) パターナリズムの援用による説明 シュトラーターテンヴェルトは、肯定説と同様に、個人の自律に最高価値性を見出しながら、パターナリスティックに生命の処分権を否定する。

シュトラーターテンヴェルトの見解は、先のケスラーやシュミット、マルクスらと同様に個人主義的性質が強く出ている。彼によれば、人間相互間の行動の根本規範は他人を自己存在として承認せよという命令であり、それは他人の利益圏への侵害の禁止である。⁽²¹⁾そして不法とは、自律的人格性としての他人の軽視であるとし、本人が彼の自己答責的人格性の領域において財もしくは利益の侵害に同意した場合には、何ら他人の自己決定の軽視が存在せず、不法も存在しない、⁽²²⁾として、同意の基本思想を説明する。そして、法益は自由の最小限度の基礎を構成するが故に刑法上保護されるとしながら、一定の状況の下では、個々人

の自由は彼自身に対しても保護されなければならないとして、生命法益の場合が同意の例外であることを認め、その根拠を、生命の自由処分の否定がむしろ、個人の自由を実現し、これを保護するためのものであるという点に見出す。⁽²⁴⁾

自律は、「そのときそのときの自律」と「人の人生設計全般にわたる包括的ないし設計的な自律」とに分けられるが、シュトラテンヴェルトは後者の設計的自律、すなわち将来における自律の可能性を含めた自律を、保護すべき価値のあるものとして捉えていると思われる。⁽²⁶⁾ 同様の見解は、わが国でも、福田雅章教授によって示されている。⁽²⁷⁾ 福田教授によれば、自己決定権は、最も基本的な権利である生命権の具体的内容の一つとして承認される。いかなる生命（身体）への干渉が本人の利益になり、またいかなるものが本人の不利益になるかの判断は、本人の意思が明白である限り、心的・肉体的統一体としての本人の意思に委ねられるのであり、理論的な帰結として、自己の生命に対する処分権が認められることになる。しかし、生命の自己決定権にも他の基本的人権と同様に、内在的制約ないしは公共の福祉による制限が存在するとして、刑法二〇二条の可罰性根拠を次のように説明される。⁽²⁸⁾

「個人の尊厳の保障を究極目標とする国家は、将来における

本人自身の自律的生存の可能性を保護するために、個人が万が一にも誤った判断に基づいて自らに不利益を課すこと（あらゆる人権の根源的価値である生命の放棄）に無関心でいるわけにはいかない。二〇二条は、まさに本人自身の利益のために国家によって加えられるパターンリスティックな干渉であり、自己決定権の行使の一般的不完全性を推定したものである……」⁽²⁹⁾

このように、生命を専らの個人法益として捉え、同意の基本思想を自律、すなわち自己決定権の尊重に求めながらも、自律を長期的・設計的自律として捉え、将来の自律の可能性を顧慮することにより生命の処分権を否定したシュトラテンヴェルトや福田教授に対して、同じく自律に重点をおきつつも、「尊重されるべきなのはまさに現在の自己決定権なのであり、将来の自己決定権の可能性の基礎なのではない」として、⁽³⁰⁾ 即時的自律に価値を見出だすのが秋葉悦子助手である。

秋葉論文は、自己決定権は元来、往々他人からいかに不合理に思われる決定を、他に害を及ぼすものでない限りは本人の自由任せようという思想の現れであるとし、⁽³¹⁾ この意味での自己決定権を至上の価値として位置付ける。⁽³²⁾ しかし、自殺意思が病的なものであるとする精神医学的研究結果を引用しつつ自

殺意思の自由答責性を否定するプリンゲヴァートの見解⁽³³⁾などに基づき、自殺意思のほとんどが不自由なものであるとして、放棄される法益が生命という取り返しのきかない最重要なものであることにかんがみて、後見的な配慮から特別に、一定程度の自己決定権の後退を認めるのである⁽³⁴⁾。さらに、自殺意思が真意に基づいた自由なものである場合には、違法阻却が認められ、自殺関与行為は不可罰となるべきであるとする、重要な提言がなされている⁽³⁵⁾。同様の提言は、ヤコブスによってもなされている。すなわち、ヤコブスによれば、ドイツ刑法二一六条の嘱託殺人罪の規定は、何ら人身に対する侵害犯罪ではなく、自分の生命との関わり合いにおいて万が一にも早まっていたはならないという規範を、パターンナリストイックに規定したものである⁽³⁶⁾とする⁽³⁶⁾。したがって、客観的状況から、死への意思が正当な理由をもつということが明らかになる場合には、不可罰となるべきであるとされる⁽³⁷⁾。

(イ) 人間の尊厳の不可侵性による説明 シュミットホイザーは、同意の限界を人間の尊厳・人格の尊厳 (Würde der Person) に求め、嘱託殺人、同意傷害の規定を肯定している⁽³⁸⁾。まずシュミットホイザーは、単なる法益客体の侵害は見せかけの法益侵害にすぎず、観念的な尊重要求に反して侵害される場

合にはじめて、法益侵害となるとする⁽³⁹⁾。そして、財の処分権限者がその自律により財を解放する場合、尊重要求が欠落し、正犯の行為の無価値性が欠落するとして、同意の正当化根拠を説明する⁽⁴⁰⁾。しかしこの同意を顧慮する場合においても、人間の尊厳だけは侵害されないとして、自殺、他殺を問わず、生命の処分権を否定する⁽⁴²⁾。

ここで注意しなければならないのは、先に見たマルクスも人間の尊厳に最高価値を置きつつ、生命の処分権を肯定している点である。したがって、両者の差異は、この人間の尊厳の理解の相違に基づくと考えられる。しかし、シュミットホイザーは、人間の尊厳についてそれ以上言及してはいないので、ここではそれが何を意味し、マルクスとの差異がどこから生じてくるのかは明らかではない。

(ウ) 生命の特殊性、絶対性による説明 生命の譲渡不可性、処分不可能性、絶対性を根拠として、生命の処分権を否定する見解がノルによって主張されている⁽⁴³⁾。ノルは、自らの法益に対して有効に同意し得る可能性を個人の自由の一部として価値付け、その自己決定の自由の価値に、侵害された法益が対置され、利益衡量により違法性が阻却されるとする⁽⁴⁴⁾。したがって、同意により不法が排除されるのは、法秩序が個人の法益の

領域においては被害者の主観的評価を承認しているということ(45)を意味することになる。しかし同時に、生命の不可譲渡性、不可処分性、絶対性の確証により、利益衡量は生命保護に傾くことになるとする。(46)

我が国では、内田教授が、生命を「意思を越えた『法益』」(47)とされ、甲斐助教授は、法秩序における生命法益の根源性、社会性、絶対的一回性をあげて生命の処分権を否定される。(48)しかし、問題は、生命の特殊性が何を意味し、何に對して特殊であり、絶対的なのかということである。ここでは処分権、すなわち同意による犯罪阻却原理が問題となっているのであり、したがって、同意原理に照らし合わせた特殊性、絶対性が導かれなければならないように思われる。

(エ) 同意の証明に関する刑事政策上の議論 トレンドレは、生命侵害の事例では、被害者はもはや死の状況を説明し得ず、明示的かつ真摯な同意が存在したことの証明が困難であるが故に、正犯は同意の存在を捏造して、これを盾にとることができ、という危険性を指摘し、同意の存在が証明できない殺人は統計的に増やしてはならないという、刑事政策的要求をその根拠に置く。(49)同様の見解はアルツトによっても示されている。すなわち、殺人の被害者は、ただ正犯によって主張されただけ

の同意をもちや否定できないのであり、in dubio pro reoの原則を信頼した正犯は、刑法的な危険を負担することはなくなるという、証拠性の議論を展開している。(50)

(オ) 他人の生命の不可侵性、殺人のタブーによる説明 この説は、ヒルシュ、エンギッシュ、オットーらによって支持されている。そこでは、自殺と合意による他殺との間には、法的にも重要な著しい差異が存在する点が指摘され、合意による他殺の禁止の背後には、単に生命の尊重という考えだけでなく、同胞の生命への尊重の保持という思想が存在するとする。そして、同胞の生命の安全のために、他人の生命の侵害が原則的に禁止され、タブー視されることが必要となる。(51)例えば、オットーは、同意殺人の許容によって人間の生命の尊重がいわば地ならしされ、殺人への障害物が低減されるとして、殺人のタブーを侵害する点を、生命の処分が否定される論拠とする。(52)

(カ) その他の利益を基礎に置く見解 ゲーベルは、システム論に基づき、規範はその社会的コンテクストと切り離されて解釈され得ないとし、社会において生命は最高の財として位置付けられ、他人の生命の侵害禁止は社会に深く根付いた価値信条であるとする。そして、嘱託殺人の可罰性根拠を、この社会に深く根付いた価値信条、すなわち社会における公共の精神

的財である殺人の禁止への抵触であるとして、保護財として社会的平穩を想定する⁽⁵⁷⁾。

また、ワイゲンドは、国家功利主義的に、個人の生命が保持され続けることに、全体の利益が存在すると説く⁽⁵⁸⁾。この考え方は、アメリカ合衆国において自殺阻止の正当化抗弁に際して、衡量される利益の一つとして承認されている⁽⁵⁹⁾。

また、我が国では林幹人教授が、「各個人の生命には、周囲の人々の精神的・経済的利益が依存していることが少なくない。自殺関与罪はこのような利益を保護しようとするものなのである⁽⁶⁰⁾。」とされ、本人以外の周囲の人々に対する罪として捉えられている。

(3) 各説の概観と問題の所在

以上の各学説につき、若干の考察を加えてみたい。まず、生命の処分権を肯定する見解では、非常に強い個人主義的傾向が読み取れる。そこでは個人の自律、自己決定というものに非常に重点が置かれていることが分かる。

ケスラーの利益説に対しては、心理主義的に構成された利益概念に疑問が寄せられる。すなわち、そこでは、最終的には財所有者の感覚が利益概念の中核に置かれたのであるが、これに

対しては、規範科学としての法学では、法的保護は個人の意思や利益を感じるということから独立しており、同意の法的効果は、個人の意思の力によるものではなく、法規において客観化された共同体意思の力によるものである、というホーニツヒの批判⁽⁶¹⁾があてはまる。刑法は専ら個人の主観的意思や感覚を保護するものではなく、個人にとっていかに主観的に価値の高いものであっても、それだけで法の保護が受けられるわけではない。法秩序にとつても、やはり価値が認められる場合に、法益として保護されることになるのであり、この意味で、法秩序もまた、あらゆる個人的法益に利益関心を寄せる。したがって、社会との関係を全く排除した極端な個人主義的傾向を示すケスラーの利益説は否定される。

一方、人間の本質を人格とし、人間存在を自由な自己決定にしたがって成長していく存在にとらえ、自律を最も人格的で剝奪も代替もできないものと考えたマルクスにも、同様の強い個人主義的傾向が見られる。しかし、社会との関連性について、マルクスは、その人間存在という前提の中で「社会的個性」として、社会との結び付きを顧慮しており、社会の利益のための自由の制限の余地を認めている。したがって、生命の処分権を肯定するためには、生命の処分行為に対して何らかの社会的利

益を設定することを排除する必要があるように思われる。マルクス自身認めるように、結局それは、社会意識に従い、利益衡量によって決定されることになる。

このように見てみると、肯定説と生命の絶対性、特殊性を主張するノルらの見解および人間の尊厳を援用するシュトラーター・ヴェルトの見解との径庭は、それほど大きいものではないと思われる。すなわち、利益衡量において、マルクスは自律を、ノルらは生命を、シュトラーター・ヴェルトは人間の尊厳を、それぞれ優越した利益として捉えたものであり、原理的にはほぼ同じ基盤に立っているといえよう。したがって、これらの学説を検討するためには、第一に、衡量される利益の概念定義を明確にすること、第二に、このような利益衡量を指導する原理原則を見出すことが必要となるであろう。

パターンリズムを援用する見解は、いずれも、自律、自己決定を重視しており、また生命の特殊性を強調して後見的な保護を導くのであるから、マルクスらの見解とノルらの見解の中間に位置付けられよう。ここではまず、パターンリズムという考え方が自律、自己決定という考え方と矛盾しないかどうかの問題となる。そして自律という概念を長期的、設計的なものと捉えるか、即時的なものと捉えるかが問題となる。ここでも

やはり、自律、自己決定という概念の明確化が必要とされていることになる。

殺人のタブーやその他の社会的利益を保護法益と捉える見解についても、まず、そもそもそのような利益を設定することが許されるかどうかということの検討が必要であると思われる。そして次に、それらの利益を法益として承認することの可否が論じられるべきであろう。

証明の困難性を根拠とする見解に対しては、嫌疑刑を認めるものであり、法治国家性に反するとの批判が当てはまるであろう。このような政策上の議論は、付加的、補充的には援用され得ても、ある規範の保護客体に関する問いに対しては何ら役に立たない。⁶²⁾

このように見てみると、生命の処分権をめぐる問題は、次の二点に収斂することがわかる。すなわち、第一に、個人法益の処分に関して、個人の自己決定と何らかの社会の利益とが対立する場合、どちらを優先させるかの判断を指導していく原理は何であるかということ、第二に、自己決定とそれに対立する利益の概念を明確化し、その指導する原理に照らして利益衡量を行うということである。

(4) 同意の基本原理と各説の検討

先に述べたように、個人法益は単にその本人が主観的に利益を感じているだけでは、保護法益として保護の対象になるわけではない。社会秩序もまた、それを保護することに対して利益関心を寄せる限りで、法的に保護されることになる。したがって、個人法益であっても、通常、本人以外の者の何らかの利益関心が、その法益に付着している。このことは、例えばある芸術家が自分の芸術作品を第三者に破壊させる場合を想定すれば明らかである。その作品が芸術的価値を認められ、社会にとっても価値のあるものと考えられていても、芸術家の嘱託あるいは承諾を得てこれを破壊する第三者の行為が器物損壊罪を構成するわけではない。⁽⁶³⁾ また、その家計を作品の売買に依存している芸術家の家族もまた、その作品に利益関心を持っているが、そのことから直ちに、第三者の行為が家族に対する何らかの犯罪を構成するわけではない。ここには、被害者の同意による行為者の犯罪阻却効果が働くからである。

被害者の同意に関しては、現在も様々な問題が未解決のままであり、学説も一致をみていないが、その基本原理が個人の自律、自己決定権の尊重に求められる点では一致していると言つてよい。⁽⁶⁴⁾ そしてその背後にあるのは、個人を個人として尊重し、

その生き方を尊重していこうとする、日本国憲法一三条に謳われている個人の尊重、二四条二項の個人の尊厳という、憲法上の最高価値であると思われる。⁽⁶⁵⁾ ドイツの基本法においても、二条二項に規定された、「人格の妨げられない自由な展開」としての自己決定権が、やはり高い価値を与えられており、マルクスらにおいては、それに最高価値性を認めている。⁽⁶⁶⁾ 個人の尊重の発露としての自己決定権の尊重要求は、個人が自分の持つ個人的法益の処分につき決定を下した場合、社会や他の者は、それがいかに不合理と思えるようなものでも、本人の自己決定を尊重し、自律に委ねることを要求するのであり、そのため、本人の自律に従った行為は、自由権の行使として、国家の刑罰権の介入を排除することになる。これが被害者の同意の基本思想であり、同意の犯罪阻却効果の根拠である。

このような視点からすれば、パターンリズムを援用することは疑問に思われる。もとより、人間は完全に理性的、合理的存在ではなく、苦しみ、挫折しながらも幸福を求めて自律している存在であることが前提とされており、そのような不完全性を前提としつつも、なお、その個人の自己決定を尊重し、その生き方を尊重していこうというのが、個人の尊厳ということである。そうであれば、パターンリズムは本人に代わって合理的、

理性的な判断主体が最善の利益を判断することを認めるものである以上、このような個人の尊厳とは相容れないものであると思われる。⁽⁶⁷⁾

自律を考える場合、自律していることそれ自体に価値を見出だす即時的価値付けと、自律によりなにが決定されるかという自律の内容によって評価する手段的価値付けの二種類が考えられるが、⁽⁶⁸⁾個人の尊重という基本思想からすれば、自律を手段として捉えるのは妥当ではなく、自律そのものを一つの社会的価値として承認する即時的価値付けが正しいということになる。

そうであるならば、重要なのは将来の自律の可能性ではなく、現在の自己決定そのものであることになり、シュミットホイザーや福田教授の見解とは相容れないことになると思われる。

また、自殺意思を不自由なものとする見解も疑問である。従来から、英米やドイツなどでは、自殺意思は正常でないものとして扱われる傾向が強かった。しかし、まずこの問題を考えるに際しては、その歴史的背景を顧みる必要があると思われる。すなわち、前述したように、キリスト教の影響下、自殺者の財産は没収され、その死体は教会のサービスも受けられず、不名誉な埋葬が行われた。しかし、これらの自殺者への制裁を回避する道が残されていたのである。それは、自殺が正常な精神に

よって行われたのではなく、精神錯乱あるいは病気の影響により、不自由な意思により行われた場合には、財産の没収が免除され、教会のサービスも受けることが可能であった。⁽⁶⁹⁾ドイツにおいても、カロリナ法典や統一刑法典にも大きな影響を与えたといわれるバンベルク刑事裁判令にも、病気または精神の欠陥から自殺が行われた場合には、財産の相続が許されるとする規定がある。⁽⁷⁰⁾したがって、自殺が行われた場合、往々にして、残された家族らにより、不自由な自殺意思に基づくものとして申請され、処理される傾向が強かった。⁽⁷¹⁾このような傾向が、果たして、どれほど自殺意思の不自由性を主張する精神医学的研究に影響を及ぼしているかは明らかではないが、少なくとも、自殺意思の不自由性を問題にする場合にはこのような歴史的背景を認識しておく必要があるように思われる。

確かに、自殺研究によれば、自殺志願者のほとんどは何らかの精神的疾患を患っているとされ、実際、一時的な錯乱状態に陥って自殺する場合も少なくないと言われている。⁽⁷²⁾しかし、責任能力と同様に、同意能力の問題は、法律上の問題であり、生物学的方法を基礎としつつも、法律判断であり、何らかの精神病に罹っていれば同意能力が欠けるわけではない。同意が自己決定権の尊重を基礎としている以上、いかなる状態でなされ

た自己決定を尊重すべきか、という視点から解決されるべきであり、このような自殺研究だけに基づいて自殺意思の不顧慮性を導くことは妥当でないと思われる。もし、自殺意思が完全に

不自由な場合には、端的に殺人の間接正犯が認められるはずであり、仮に、自殺意思の不自由性が、完全に不自由ではないが、完全に自由ではない状態を意味するならば、完全に自由な場合を不可罰とすべきと主張する以上、三つの自殺意思を区別する基準が示されなければならない。この基準が見出だされない限り、嫌疑刑を認めるものという、証明の困難性を根拠とする見解に対するのと同じ批判が妥当するように思われる。また、この見解からは、殺人への同意意思や嘱託意思に関しても完全に自由な場合が認められると思われるが、その場合、嘱託殺や同意殺も、適法なものとして承認されるという結論に達すると思われるが、はたしてその結論が維持されるのであろうか。

殺人のタブーを援用する見解に対しては、まず、そのようなものを法益として承認しうるのか、という疑問が向けられる。

このような規範自体を保護法益として承認することは、行為無価値を単に結果無価値に言い換えたにすぎず、これを承認することによって、法益概念が規範化され、概念が不明確になると思われる。この見解を主張しているメーレンク自身も、この

見解が一種の行為無価値に基づいていることを認めており、我が国における自殺の法的評価を下す際には相応しくないとと思われる。

また、他の公の利益を設定する見解も、同意の基本原則が個人の尊厳という憲法上の最高価値に基づいて導かれるということを考えれば、まさに、個人の自律、自己決定を優先させるべきであろうと思われる。

したがって、ここで考慮すべきは、生命という法益の特殊性が認められるかどうかということである。先に言及したように、生命という法益の価値付けを、自己決定権の価値付け、すなわち個人の尊厳という原理に照らし合わせて行い、両者を利益衡量する必要があると思われる。マルクスが人格の自由な展開人間の尊厳に不可欠な最高価値として承認し、生命を他の法益と同様に自律の対象あるいは自律のための前提として処分可能性を導いたのに対して、ノルらは、生命が単なる自律の対象にすぎないという見解を退け、生命の処分権を否定したのは、まさにこの両者の価値付けの差であると思われる。その場合、マルクスと同じく人間の尊厳に最高価値性を見出しながら、生命の侵害を人間の尊厳の侵害と同視し、処分権を否定したシュミットホイザーの見解が顧慮されなければならない。すな

わち、マルクスとシュミットホイザーの見解の差異は、人間の尊厳という概念の理解の差異に基づいていると思われるからである。したがって、自律、生命および人間の尊厳という三者の関係が問題とされる。

(5) 自律、生命および人間の尊厳

マルクスやシュミットホイザーは、自律と人間の尊厳との必然的関連性を暗黙のうちに前提にしているように思われる。ドイツのボン基本法は、人間の尊厳の不可侵性を謳っているが、この人間の尊厳は、カント流の人格主義に則った人格の尊厳であるとする見解がある。すなわち、そこでは、人間の尊厳性は、人間の人格的自律性にあるとする。⁽⁷⁴⁾したがって、生命もまた、他の法益と同様に、自律に従属するもの、自律の一前提としての意義を有するにすぎないことになる。この見解によれば、生命も自律のための手段的価値となり、自己決定による生命の処分権が認められることになる。

これに対して、日本では「個人の尊厳」が憲法上の最高価値を持つとされる場合、⁽⁷⁵⁾これは厳密にはドイツの人間の尊厳とは異なったものであるとされる。すなわち、人間の尊厳がその本質を人格的自律に求めるのに対して、個人の尊厳は、自律と存

在、すなわち生命との二面性を持つとされる。⁽⁷⁶⁾恒藤博士は、「法的自由の存立の基礎を成すものは個人の尊厳である。」とされた上で、「人間の精神的存在と身体的存在とは、相互に密接な依存関係を持ちながら、不可分の統一体を形成するのであって、かような根本的性格を有する個人の現実的存在が、全体としての個人の尊厳の基盤となっている次第である。もとより、個人の現実的存在がそれだけで尊厳の価値をそなえているわけではなく、価値意識との関係においてはじめて尊厳の価値が存立する基盤となりうるはずである。」⁽⁷⁷⁾と述べられる。ここでは生命は自律と等置され、不可分一体となって個人の尊厳を基礎付けるものとなる。したがって、個人の尊厳に由来する自律の尊重から同意の効果が認められる以上、同意による生命の処分を認めることは、個人の尊厳（自律の尊重）による個人の尊厳（生命の尊重）の否定であって、自己矛盾に陥ることになる。このため、生命には、同意の正当化効果及ばないことになる。ドイツでも、ノルやシュミットホイザーの見解をこのような人間の尊厳の理解に従ったものと見るならば、個人主義的な憲法秩序においても十分に基礎付け得ると思われる。我が国における自殺の法的評価を考える場合、個人の尊厳の意味を人格の尊厳に求めるか、自律と生命の二面的価値に求めるかによっ

て結論が分かれることになると思われ、それは結局は、憲法秩序に従った価値判断に委ねられることになると思われる。私見によれば、生命は単なる自律の対象にすぎないものではなく、自律の必要不可欠の前提であり、もとより、生命を欠く自律というものが想定し得ない以上、自律と生命とはそれぞれが不可分一体となって個人の尊厳を構成するものと考えるべきであろうと考える。そしてそれは、自律を即時的価値として尊重し、選択された内容によって自律自体の価値を決定することを退け、同様に、生命についても即時的価値として承認し、生命の質を認めることを否定することにつながると思われる。そして、このような立場に立つてはじめて、安楽死や尊厳死問題において、安易な生命の質の分類を否定し、生命の尊厳を基礎におく望ましい姿勢が導かれると思われる。

ホセ・ヨンパルト教授は、人間の尊厳や個人の尊重などの概念を言語学的に詳細に分析され、人間の尊厳が単なる人間の自由や生命ではないことを強調されておられる。⁽⁷⁸⁾ また、西野教授は、人間の尊厳という概念があまりにも多義的に使用されていることに対して警鐘を発しておられる。⁽⁷⁹⁾ 確かに、両氏が指摘されるように、人間の尊厳という概念に対しては、より厳密な概念定義や内実の探求が不可欠であろう。しかし、本稿の立場は、

人間の尊厳という概念の中核をなすものとして、個人の自律と生命を、共に即時的価値として承認すべきであり、それは憲法上の価値判断であると主張するにとどまる。⁽⁸⁰⁾

このように、個人の尊厳の内実をなす個人の自律であっても、生命だけは自由に処分できないことになる。すなわち、生命は、個人法益における被害者の承諾の違法阻却効果の、唯一の内在的制約である。

したがって、同意殺人においては、被害者の承諾が存在するにもかかわらず、生命法益が欠落せず、法益侵害が肯定されることになる。これが、同意殺人罪の処罰根拠である。すなわち、同意殺人罪は、法益主体において主観的には放棄された生命という法益を侵害する、個人法益に対する犯罪である。

それでは、自殺はどのように評価されるであろうか。次節で検討する。

(1) ケスラーは利益と利益対象＝財との区別は理論上も実務上も必要であるとして、両者を同一視するリストを批判する。Kessler, Rechtgut, oder rechtlich geschütztes Interesse, oder subjectives Recht?, GS. 39, S. 95., ders. Einwilligung des Verletzten, 1884, Berlin/Leipzig, S. 50, Anm. 2.

(2) 「およそ財とは、人間の肉体的・精神的幸福に貢献し得る限りの、あらゆる対象、関係である。」とする。GS. 39, S. 99. さらに

ケスラーは、「財保護と利益保護は、その最終的な目的からすれば同じものである。すなわち、人間の感覚である。」と述べ、財概念と利益概念を人間の感覚において統合する。GS. 39. 117. vgl. Sina. Die dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut" S. 64.

- (3) Einwilligung. S. 51.
- (4) Einwilligung. S. 52.
- (5) Einwilligung. S. 50.; GS. 39. 103.
- (6) Einwilligung. S. 86.; vgl. Honig. Die Einwilligung des Verletzten. 1919. Berlin/Leipzig. S. 69. なお、ケスラーの利益説に対するホーニッヒの批判として、a. a. O. S. 70.
- (7) ジイーナは、法益には存在的面と価値的面とがあり、法益概念は、価値的側面として本質的に関係構造を持つと捉えている。A. a. O. S. 93 f., 98 f., 102. マルクスは、「刑法は、人間にその自己実現を可能にさせる客体を保護する。この——我々が『対象 (Gegenstand)』と名付けた——客体が法益である。……この定義において、存在的面に、価値的側面として、対象の人間への関連付けが加わる。」とし、ジイーナの法益構造論を踏襲するが、法益とは「関係それ自体」ではなく、また人間それ自体あるいは対象それ自体でもないとし、人間との関連性における対象であるとする。Marx. Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut", S. 67.
- (8) Marx. a. a. O. S. 40.
- (9) Marx. a. a. O. S. 41. 48 f.

自殺関与罪に関する一考察

- (10) Marx. a. a. O. S. 64.
- (11) Marx. a. a. O. S. 66.; vgl. R. Schmitt. Strafrechtlichen Schutz des Opfers vor sich selbst? Maurach FS. 1972. S. 114 ff.
- (12) 利益説の代表的な論者として、Mezger. Strafrecht. Ein Lehrbuch. 3Aufl. S. 198 ff.; ders., GS. 89. S. 207 ff.; Honig. a. a. O. S. 68 ff.; Sina. a. a. O. S. 93 ff.
- (13) 上述「第二章」アメリカ合衆国、注(51)、参照。
- (14) Marx. a. a. O. S. 56.
- (15) Marx. a. a. O. S. 45, 50 ff.
- (16) Marx. a. a. O. S. 43, 52.
- (17) Marx. a. a. O. S. 53.
- (18) Marx. a. a. O. S. 54 f.
- (19) Marx. a. a. O. S. 87.
- (20) Marx. a. a. O. S. 32.
- (21) Stratenwerth. Prinzipien der Rechtfertigung. ZStW. Bd. 68. S. 44.
- (22) Stratenwerth. ZStW. Bd. 68. S. 45.
- (23) Stratenwerth. ZStW. Bd. 68. S. 44 f.
- (24) Stratenwerth. Strafrecht A. T. 3. Aufl., RdNr. 363, 374. 同様の見解を示すものとして、Dölling. Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers. GA. 1984. S. 84.
- (25) 佐藤幸治、「憲法において『自己決定権』をいうことの意味」法哲学年報一九八九、八五頁、同、「人間の具体的生活の中の憲法」「人權の現代的諸相」、二〇頁。

自殺関与罪に関する一考察

- (26) なお、佐藤幸治、前掲法哲学年報 一九八九、八九頁参照。
- (27) 福田雅章、「安楽死」、助立明・中井英雄編『医療過誤法入門』（青林書院新社、昭和五四年）、二二七頁以下。同、「大阪地裁安楽死事件解題」阪大法学一〇八号、一八五頁以下。なお、秋葉悦子、「自殺関与罪に関する考察」上智法学論集三二卷二・三号、一九〇頁参照。
- (28) 同、前掲「大阪地裁安楽死事件解題」二一九頁以下。なお一九六頁、二二七頁以下参照。
- (29) 前掲「大阪地裁安楽死事件解題」二二〇頁。
- (30) 前掲論文、一九〇頁。
- (31) 前掲論文、一八八頁。
- (32) 前掲論文、一九〇頁。
- (33) Bringewat, Unbeachtlicher Selbstötungswille und ernstliches Tötungsverlangen? Widerspruch?, Suizid und Euthanasie, A. Eser(Hrsg.), S. 368 ff.; ders. Die Strafbarkeit der Beteiligung an fremder Selbstötung als Grenzproblem der Strafrechtsdogmatik, ZStW. Bd. 87(1975), S. 632 ff.
- (34) 前掲論文、一八八頁以下。
- (35) 前掲論文、一八九頁以下。特に一九六頁以下参照。
- (36) Günter Jakobs, Zum Unrecht der Selbstötung und der Tötung auf Verlangen, Artur Kaufmann FS. 1993, S. 467 f.
- (37) ders. a. a. O. S. 470.
- (38) Schmidhauser, a. a. O., Rdnr. 5/120.
- (39) Schmidhauser, a. a. O., Rdnr. 5/25, 5/32, 5/48.
- (40) Schmidhauser, a. a. O., Rdnr. 5/107.
- (41) Schmidhauser, a. a. O., Rdnr. 5/25.
- (42) Schmidhauser, Welzel FS. S. 813 f.
- (43) Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955, S. 79. 同註 Jürgen Möllering, Schutz des Lebens-Recht auf Sterben, Enke Verlag, 1977, S. 27 ff. 87 ff.
- (44) Noll, ZStW 77, S. 15. なお、ノルは Übergesetzliche, S. 74 では、自由の利益に侵害行為の結果無価値、行為無価値、心情無価値が対置されるとし、さらに同意の有効性は侵害の程度と目的にかかっていると述べている。イエシエックもまた、自由な法治国家においては、人格的自由の妨害されない行使それ自体が一つの社会的価値と見なされ、それが法益保持についての共同体価値と衡量されることとする。Jeschek, Lehrbuch, 4. Aufl. S. 339.
- (45) Noll, Übergesetzliche, S. 74.
- (46) Noll, Übergesetzliche, S. 79.
- (47) 内田文昭『刑法各論』第三版（青林書院新社、昭和五九年）、一四頁。
- (48) 甲斐克則「自殺患者をめぐる刑法上の問題点」年報医事法学四、三六頁。
- (49) Tröndle, Warum ist die Sterbehilfe ein rechtliches Problem?, ZStW. Bd. 99, S. 38.
- (50) Arzt, Die Delikte gegen das Leben, ZStW. 83, S. 37.
- (51) Hirsh, Einwilligung und Selbstbestimmung, Welzel FS. S.

775 ff.

- (52) English, Die Strafbarkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung; Hellmuth Mayer FS, S. 399 ff.
- (53) Otto, Eigenverantwortliche Selbstschädigung und Gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und Gefährdung. Festschrift für Herbert Trondle S. 159 ff.
- (54) Hirsh, a. a. O. S. 779; English, a. a. O. S. 415; Otto, a. a. O. S. 158.; Dolling, Fahlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, GA 1984, S. 86.; C. Roxin, Strafrecht BT I (C. H. Beck, 1992) §3 Rnr. 18.
- (55) Otto, a. a. O. S. 159.
- (56) Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrecht. (Peter Lang, Frankfurt, 1992), S. 39.
- (57) Göbel, a. a. O. S. 39 ff.
- (58) Weigend, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen., ZStW, 98, S. 65.
- (59) 第二章「二、アメリカ合衆国」、注(51)参照。
- (60) 林幹人、「自殺関与罪」法学セミナー No. 402, 一〇九頁。
- (61) Honig, a. a. O. S. 70.
- (62) Dolling, GA 1984, S. 86.; Göbel, a. a. O. S. 30.
- (63) vgl. C. Roxin, Strafrecht BT I, §13, Rnr. 21.
- (64) この点を明確に主張するものとして、ゲーベルの前掲論文がある。そこでは、同意の一致して承認された基本思想は、個人の自己決定権であり、それは基本法二条二項から導かれるとし

自殺関与罪に関する一考察

つゝる。ders. a. a. O. S. 21.

- (65) 佐藤幸治、前掲法学年報 一九八九、八七頁、江橋崇、「立憲主義にとっての『個人』」ジュリスト八八四号、八頁、恒藤恭、「個人の尊厳——自由の法理との関連から見た個人の尊厳について——」、「自由の法理」尾高朝雄教授追悼論文集、二〇頁以下、ホセ・ヨンバルト、「日本国憲法解釈の問題としての『個人の尊厳』と『人間の尊厳』——尊属殺違憲判決をめぐる——」、判例タイムズ三七七号、八頁以下、三七八号一三頁以下。
- (66) 前節、注(20)参照。
- (67) 同旨、Göbel, a. a. O. S. 34 f.
- (68) 佐藤幸治、「個人の尊厳と国民主権」、法学教室一二七号、二一頁。
- (69) Williams, op. cit. 260—62.
- (70) バンベルク刑事裁判令第一六〇条。塙浩、「バンベルク刑事裁判令(一)」、神戸法学雑誌二卷一・二号、一〇九頁。同様の規定はカロリナ法典の第一三五条に見られる。カロリナ法典に関しても、塙氏による紹介が詳しい。神戸法学雑誌一八卷二号、二一〇—九九頁。
- (71) Williams, id. at 260—63.; スチュワート、前掲書、一六六頁以下。
- (72) 現代の自殺の科学的研究については、布施、前掲『自殺学入門』一四頁以下が詳しい。さらに、Jescheck/Rub/Williams, StGB, LK. Bd. 5(1989), Vor §211, 27. は、自殺者の多くが前自殺症候群 (Präsuizidalen Syndrom) にかかっているとみる。

同志社法学 四四卷六号 一七九 (二〇二九)

自殺関与罪に関する一考察

同志社法学 四四卷六号 一八〇（二〇三〇）

(73) Møllering, a. a. O., S. 27 ff.

(74) 恒藤恭、前掲「個人の尊厳」、二〇頁以下、江橋崇、前掲ジュリスト八八四号八頁、ホセ・ヨンバルト、前掲判例タイムズ三七七号、八頁以下、三七八号、一三頁以下参照。

(75) 恒藤恭、前掲「個人の尊厳」二〇頁以下、江橋崇、前掲ジュリスト八八四号、二頁以下、福田雅章「安楽死をめぐる二つの論点」自由と正義三四卷七号（昭和五八年）、五四頁参照。

(76) 佐藤幸治「個人の尊厳と国民主権」法学教室一二七号、二二頁。

(77) 恒藤、前掲「個人の尊厳」三三頁。

(78) ホセ・ヨンバルト、「人間の尊厳と国家の権力」、（成文堂、平成二年）、特に五七頁以下、二四二頁以下参照。

(79) 西野基継、「人間の尊厳の多義性（1）（2）」、法経論集（愛知大学）一三二号（平成五年）、四七頁以下、一三二号、二二頁以下。

(80) また、個人の生命を人間の尊厳の基礎に置くことによって、安楽死や尊厳死を一切否定しようとするものでもなく、さらには死刑の違憲性を必然的帰結として導こうとするものでもない。私見によっても、一定の状況においては安楽死や尊厳死を認めるべきであり、その場合には、人間の尊厳概念の内実を明らかにする作業が必要になると考えているが、本稿の目的を超えるため、それらは後日の課題としたい。

四 自殺の不処罰根拠

前節で見たように、個人を個人として尊重し、その生き様を尊重せよという、憲法上の個人の尊厳の要請に基づいて、個人の自己決定権が尊重され、したがって、法益主体の同意が存在する場合には、もはやその個人の自律を尊重して、可罰性が失われる、これが同意の一般的犯罪阻却効果であった。しかし、生命は自律と共に、即時的価値として個人の尊厳の基楚を構成するため、生命の処分については、自律と生命という等価値のものの間の衝突状態のため同意の効果が及ばないことになる。すなわち、生命は同意の唯一の内在的制約である。言い換えるならば、生命の放棄に関しては、同意論によっては正当化されないのである。これが同意殺人の処罰根拠のもととなるのである。保護法益は被殺者が主観的には放棄した生命として捉える可能性を開く。このことは基本的には自殺にも当てはまる。なぜなら、本人によって放棄されたとしても、やはり生命はその個人にとっても、また社会にとっても価値を失わないのであるから、自殺行為によってその生命が損なわれるということを法的に評価しなければならぬからである。それでは、なぜ自殺は現行法上犯罪とされていないのであろうか？

学説は大別すると、責任阻却説⁽¹⁾、違法性阻却説⁽²⁾、可罰的違法

性阻却説⁽³⁾、放任行為説⁽⁴⁾に分けられる。

責任阻却説は、自殺の法益侵害性を前提にした上で、自殺者を非難することは酷であるから、自殺者に対しては責任が阻却されるとする。第二章で見たように、キリスト教の影響を強く受けた英米の立場は、基本的にこの説を採り、自殺既遂者に対する有効な刑罰の欠如や抑止力の欠如、あるいは刑罰が酷であるという理由で自殺の不可罰性を導いていた。ドイツでも、古くはフォイエルバッハが、その教科書で「市民はその力と生命を公の目的のために活用する義務を負う。……しかし、自らの生命を強奪する者の処罰はばかっている。なぜなら、死自体を救済と見なすものに、威嚇となるいかなる害悪も考えられないからである。」⁽⁵⁾と述べていた。このように、責任阻却説の立場は、神や国家、社会など、個人を越えた優越的な權威存在を認め、それによって生命の処分権を否定してきた。したがって、個人主義的立場からは、責任阻却説に対して、生命はもっぱら本人のもので、本人による処分がなぜ違法行為となるのかという批判が寄せられてきた。⁽⁶⁾しかし、前節までで考察してきたように、個人主義に立ちながら、生命の処分権を否定しうるのであるから、自殺の違法性を肯定する責任阻却説は、見直されるべきであろう。したがって、責任阻却説に対しては、生命の処

分権を否定することが即座に、自殺の違法性を肯定することになるのか、という点が問題となる。

一方、可罰的違法性阻却説は、自殺行為の違法性を前提に、刑法上違法とされるためには、当の行為が刑罰という重大な国家的制裁に値する程度の違法性が必要であるとして、自殺の可罰的違法性を否定する。⁽⁷⁾ただし、ここでいう可罰的違法性は、量的可罰性の問題ではなく、質的可罰性の問題を扱っているように思われる。⁽⁸⁾その限りにおいては、自殺をプライヴァシーの問題として捉え、刑罰による介入には適さないという意味での放任行為と見る見解⁽⁹⁾と共通した基礎を持つと思われる。

すなわち、生命の放棄は、同意論のレヴェルでは正当化されないものであるから、この点で、法益侵害による違法性を肯定している責任阻却説あるいは可罰的違法阻却説は正しい方向性にあるものと思われる。これに対して、違法阻却説からは、生命という法益の存在が肯定され、それを自らの行為により侵害しているにもかかわらず、なぜ違法と評価されないのが問題となる。

この点について、自殺は法益主体による生命の自損行為であり、特別の考慮が必要であるとされるが、その根拠はどこに求められるのか。生命は同意論の限界にあり、同意による効果に

よって説明がつかないため、同意論以外の説明が必要となる。

曾根教授はこれを自律の程度の差によって説明される。すなわち、自己決定の自由を内心的な意思決定の自由と外部的な行動の自由とから構成されているとし、「他人の手」という夾雑物が入り込むときは、実現された自由の価値に差が生じるとされる。⁽¹⁰⁾しかし、もしそうであれば、教唆や幫助された自殺自体、自由の価値を損なうはずであり、自殺者自身も違法評価を逃れなくなるはずである。すなわち、これだけでは、自殺の不可罰性と同意殺人の可罰性は説明できても、自殺関与罪の可罰性と自殺の不可罰性の差異を説明し得ないと思われる。

法秩序が自殺を違法として評価するということは、自殺が法に違反するということ、法の見地から許されないものであると評価することを意味する。すなわち、法益主体本人に対しても自らの生命という法益を侵害してはならないと命令することにはかならない。それは裏を返せば、国家が個人に対して「生命の継続義務」を課すことを認めることとなる。シュミットホイザーは、これを明示的に認めるが、⁽¹¹⁾このような権限は、憲法の個人主義的な価値観とは矛盾するものであり、とうてい認められないものであろう。⁽¹²⁾

刑法はもっぱら、他人の法益を侵害する行為に対してのみ規

定されており、自損行為の禁止はそもそも刑法の任務ではない。⁽¹³⁾放任行為説や可罰的違法阻却説が、この意味で放任行為あるいは可罰的違法性という言葉を使用する限りにおいては、正当なものを含んでいるといえよう。

自殺は、個人の尊厳の根幹をなす生命という最も大切な法益の処分であるから、同意による正当化は認められないが、本人に対して、法が自殺を違法と評価し、禁止するならば、それは生命を押し付けることになり、ひいては個人の尊厳にも反することになる。このように、法は自殺を違法と評価してこれを禁止し得ないということが、自殺の不処罰根拠であると考えられる。

- (1) 瀧川春雄『竹内正、『刑法各論講義』(有斐閣、昭和四〇年)、一三頁。
- (2) 平野龍一、前掲『刑法概説』、一五八頁、前田雅英、前掲『刑法各論講義』、三二頁、大谷實、前掲『刑法講義各論』第三版、二〇頁。
- (3) 大塚仁、前掲『刑法概説(各論)』改訂版、一九頁、中山研一、前掲『刑法各論』、三五頁、註(2)参照、神山敏雄「自殺関与をめぐる正犯と共犯の限界——西ドイツの判例・学説を中心に——」岡山大学法学会雑誌三九卷四号、五九頁以下。
- (4) 金沢文雄『刑法とモラル』(一粒社、一九八四年)、二二二頁。
- (5) Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden

Peinlichen Rechts (1801), S. 215.

- (6) 例えば、林幹人、前掲「自殺関与罪」、一〇八頁以下。
- (7) 大塚仁、前掲『刑法概説（各論）改訂版』、一九頁。
- (8) 藤木英雄、『可罰的違法性の理論』（有信堂、昭和四二年）、二八頁以下、なお、須之内克彦、「刑法における被害者の同意⁽¹⁾」法学論叢九三卷二号（昭和四八年）、三六頁参照。
- (9) ドイツにおいて、自殺が放任された行為であるとする有力な見解に、Wilhelm Gallas, Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, Beiträge zur Verbrechenslehre (1968), S. 175f.
- (10) 曾根威彦、『刑法における正当化の理論』（成文堂、昭和五五年）、一五〇頁。
- (11) Schmidhauser, Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht, Festschrift für Hans Welzel, (1974), S. 817.
- (12) Bortke, Suizid und Strafrecht (Berlin, 1982), S. 34ff.; Neumann, Abgrenzung von Teilnahme am Selbstmord und Tötung in mittelbarer Täterschaft, Jus 1985, S. 678.
- (13) Neumann, a. a. O., S. 678.

第三章 自殺関与罪の処罰根拠

一 前提的考察

これまで考察を加えてきた自殺の法的評価に関する帰結を前提として、次に、自殺関与罪の法的性質が問題となる。すなわ

自殺関与罪に関する一考察

ち、それが、自殺という生命法益を侵害する行為の共犯としての責任を有するものであるのか、それとも、独立した犯罪類型の正犯としての責任を有するものであるのか、という問題である。イギリスでの自殺の手引書の配布に関して問題となったのは、まさにこの点であった。そこでは、正犯としてのメンズ・レアと共犯としてのメンズ・レアとが異なっているため、この点を論ずる実務的意義が存在していた。したがって、我が国の自殺関与罪を考える上で、正犯と共犯とに本質的な差が存在しないのであれば、この問題を論ずる実益はないことになる⁽¹⁾。

ここでは次の二点が問題になると思われる。まず第一に、教唆について、教唆の故意に結果発生⁽²⁾の認識が必要であるかどうかに関して、争いがあるという点である。すなわち、未遂の教唆の可罰性に関して、学説上、これを未遂犯の教唆犯とする⁽³⁾立場と、不可罰とする立場とがあるため、仮に、自殺関与罪を共犯として捉えたとすれば、左のいずれの見解を採るかによって教唆者が、被教唆者が自殺により死に至ることを認識せずに教唆行為を行った場合の可罰性範囲に差が生じると思われる。

第二に、幫助犯に関して、幫助の因果関係について、幫助行為と正犯者の実行行為の間に因果関係があれば足りるか、ある⁽⁴⁾いは幫助行為と結果との間の因果関係までも必要とするか⁽⁵⁾で、

激しい対立が続いている点である。これらの問題は、共犯の本質論を含んでいるために、ここではあまり触れないが、少なくとも、両説の共通の基盤として、自殺関与罪が共犯としての可罰性を有するのか、独立した犯罪の正犯としての可罰性を有するのかということを明らかにする必要があると思われる。したがって、ドイツでの議論を中心に、以下で考察を進めることとする。

二 共犯論的アプローチ

二〇二条の規定は文言上、総則上の共犯である教唆・幫助の語が使用され、通常の共犯規定のように思われる。その場合、正犯は法益を侵害する者、すなわち自殺者自身と捉える以外ない。しかし、自殺が違法ではない以上、共犯の従属性からは共犯の成立する余地はないと考えられる。要素従属性について、通説である制限従属性説をとった場合、自殺行為には構成要件該当性と違法性が具備しなければならない。ドイツでは、もっぱらこの共犯の従属性の見地から、自殺の教唆・幫助は不可罰とされた。⁽⁶⁾したがって、ドイツでの議論は、可罰的な殺人罪および嘱託殺人罪の正犯と、不可罰的な自殺への関与という、正犯と共犯の限界に関して行われてきた。⁽⁷⁾しかし、この共犯の従

属性による共犯の排除に対して、疑問が投げかけられるようになった。⁽⁸⁾

シュミットホイザーは、構成要件を不法構成要件と責任構成要件に分け、自殺が構成要件を欠くのは、責任構成要件の欠如によるとする。⁽⁹⁾なぜなら、不法構成要件においては、自殺も他殺も共に、ある人間の生命をその自然の満了以前に終了させるという点で、不法内容は同じであるからである。⁽¹⁰⁾したがって、自殺への関与行為は、ドイツ刑法二二二条の故殺の構成要件に該当する違法な行為への関与となり、可罰的になる。我が国でも、大越判事が同旨の見解を採られる。⁽¹¹⁾

シュミットホイザーの見解に対しては厳しい批判が寄せられている。⁽¹²⁾その中核は、刑法は原則として「他人の」法益を侵害する場合のみを禁止し、自損行為を禁止しておらず、殺人罪の構成要件には、本人による侵害を包摂していないというものである。⁽¹³⁾

もともと、ドイツとは異なり、二〇二条の自殺関与罪の中で「自殺」行為が構成要件に取り入れられているわが国では、ドイツでの形式的・体系的な正犯の構成要件該当性の議論は重要性を持たないともいえる。すなわち、ドイツでの議論は、総則に規定された共犯規定を自殺に適用できるか、共犯が処罰され

るには正犯はどのような要素を具備しなければならないか、という問題であるのに対し、二〇二条の規定がある我が国では、その処罰根拠、すなわちいかなる法益を侵害するのかということ、および法益と行為との関係が問題であるからである。大越判事の見解も、自殺関与罪の処罰根拠を説明するためのものであると思われる。そこでわが国では、違法性、あるいは可罰的違法性の相対性が認められるかという問題に重点が移されることになる。⁽¹⁴⁾

大越判事は、ジイーナの法益の関係構造を援用し、行為者の中に法益主体が含まれる場合には、法益主体と他の者との間で違法の相対化が認められるとされる。⁽¹⁵⁾しかし、違法論の中核としての法益概念自体の相対化を認めることには問題がある。結果無価値論、すなわち法益侵害説は、行為から切り離された対象としての法益を出発点としているからである。シュトラーターヴェルトのように侵害概念を規範的に捉え、侵害概念によって違法の相対性を認めることも可能であろうが、法益侵害に行為者の評価を組み入れることになり、純粋な結果無価値一元論の立場とは矛盾するようになる。それは可罰的違法性の問題と捉えても、同じである。これに対して、人的違法論、あるいは違法二元論を採る場合には、必ずしも不可能ではないよう

に思われる。

しかし、自殺関与罪を総則上の共犯と捉えることには問題があると思われる。

まず、自殺関与罪の本質を共犯と捉える場合、正犯＝自殺者によって侵害される法益は、自殺者の生命であるが、それは法益主体において主観的に放棄された生命であり、同意殺人の保護法益と同じであると考えられる。したがって、自殺の共犯は、同意殺人罪の共犯と同じであることになる。しかし、二〇二条の規定を見ると、その前段で自殺関与罪を、後段で同意殺人罪を規定している。すなわち、正犯の前に共犯を規定していることになってしまう。先に考察したように、確かに、現行法の規定された時代背景を考えると、一概にはこのような体系の整合性によって共犯の可能性を否定し得ないかもしれない。しかし、既に立法過程で、自殺関与を不可罰としていたドイツの法制度は知られており、あえて囑託殺よりも先に規定したのは、やはり自殺関与罪の性質が共犯のそれとは異なった、独立したものであることを示しているように思われる。

さらに、自殺幫助に対しては、総則上の幫助犯に認められている（正犯・教唆犯に対する）刑の減軽が認められていない。このことは、自殺幫助が、自殺に対する総則上の幫助とは異なっ

たものを含むことを示していると思われる。すなわち、そこでは単なる共犯ではなく、自殺の教唆とも、さらには嘱託殺・承諾殺とも同一の条文で同一の法定刑で処断されなければならぬ犯罪類型が予定されていたのであり、やはり、単なる幫助犯とは異なった側面を持っていることが意識されていたと考えられる。

このように、自殺関与罪を共犯と見ることには無理があると思われる。通説は、自殺関与罪は共犯ではなく、独立した犯罪類型であるとする。

- (1) 例えば中教授がこのような立場であられると思われる。中義勝『刑法上の諸問題』（関西大学出版会、平成三年）、四七一頁以下、四四一頁以下参照。
- (2) 団藤、前掲『刑法綱要総論』第三版、四〇七頁、大塚、前掲『刑法概説（総論）』、二六八頁、大谷、前掲『刑法講義総論』第三版、四四〇頁ほか。
- (3) 木村亀二『阿部純二』、『増補刑法総論』（昭和五三年）、四一五頁、福田平、『刑法総論』増補版（平成四年）、二五八頁、前田雅英、前掲『刑法総論講義』、四三五頁ほか。
- (4) 大谷實、刑判例百選Ⅰ総論（第三版）、一七八頁、内田文昭、判例タイムズ七一七号、三四頁、前田雅英、刑法演習講座（日本評論社、一九九一）、一三七頁、西田典之、平成二年重要判例解説、一五二頁ほか。

- (5) 曾根威彦、法学セミナー四三二号、一二二頁、大越、前掲『共犯の処罰根拠』、一七二頁、高橋則夫、判例セレクト90、三六頁。
- (6) Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch, 43. Aufl. (1986). Vor §211Rdnr. 4.; Eser, in: Schönte-Schröder, Strafgesetzbuch, 23. Aufl. (1988). Vor §8211. Rdnr. 35.; Stratenwerth, Strafrecht, A. T. I, 3. Aufl. (1981), Rdnr. 774.
- (7) 主なものとして Otto, a. a. O. S. 157 ff.; Roxin, Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubten Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen, NSZ 1987, S. 345; Schilling, Abschied vom Teilnahmeargument bei der Mitwirkung zur Selbsttötung, JZ 1979, S. 159 ff.; Bringewat, Die Strafbarkeit der Beteiligung an fremder Selbsttötung als Grenzproblem der Strafrechtsdogmatik, ZStW, Bd. 87(1975), S. 623 ff.; Gallas, a. a. O. S. 165 ff.; Herzberg, Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorität der Teilnahme, ZStW, Bd. 99(1987), S. 49 ff. (以下 Herzberg, ZStW, Bd. 99 を略す); ders., Die Quasi-Mittäterschaft bei §216 StGB: Strafrecht oder straffreie Suizidbeteiligung? BGH, NJW 1987, 1092, JuS 1988, S. 771 ff. (以下 Herzberg, JuS 1988 を略す)。
- (8) 自殺への共犯を認める見解からの問題提起として、Schmidhauser, Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht, Festschrift für Hans Welzel(1974), S. 810 ff.; Bringewat, a. a. O. S. 623 ff. づれに対して、共犯論を

擁護する立場からこれを批判するものとして、Bottke, Suizid und Strafrecht. (Berlin, 1982), S. 34 ff.。また、共犯論の適用を否定する方向で、自殺関与の可罰性を問うものとして、Herzberg, ZStW. Bd. 99, S. 49ff.; ders., Jus 1988, S. 771 ff.; Schilling, a. a. O. S. 159 ff.

(9) Schmidhauser, Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht, Festschrift für Hans Welzel(1974), S. 813 f.

(10) Schmidhauser, a. a. O. S. 812.

(11) 大越義久、「自殺関与と同意殺人の区別」、内田文昭編『刑法各論一〇〇講』(学陽書房、昭和五九年)、「一〇頁。

(12) Bottke, a. a. O. S. 34 ff.; Bringewat, a. a. O. S. 640 ff.

(13) Schönte-Schröder, Strafgesetzbuch, 23. Aufl. (1988), Vor §§211 ff. Rdnr. 33.; Silling, a. a. O. S. 160.; Bottke, a. a. O. S. 35.

(14) 大越義久、『共犯の処罰根拠』(青林書院新社、昭和五六年)、二三四頁以下参照。

(15) 大越義久、前掲『共犯の処罰根拠』、二二二頁以下。

三 正犯的アプローチ

通説は、自殺関与罪は総則上の共犯ではなく、独立した犯罪類型であるとするが、それがいったいどのような犯罪類型であるのか、どのような正犯性を帯びているのかという点について

自殺関与罪に関する一考察

は明らかになっていない。他方、ドイツでは、自殺関与は不可罰であるため、不可罰的な自殺の関与と可罰的な殺人・嘱託殺人の区別という形で、その限界が論じられてきており、一般に自殺への関与と評価できるような行為がどのような範囲で正犯として処罰されるか、という点が争われている。このドイツでの議論の深化は、自殺関与罪がどのような犯罪類型かという問いに對して、一つの示唆を含んでいると思われる。以下に若干の考察を加えてみる。

(1) シリングの見解

シリングは、自殺関与について広く行われている、「不可罰的な自殺への共働 (Mitwirkung)」と「可罰的な他殺への共働」との対置は、不完全なものであると通説を批判する。そして、自殺関与の場合、協働 (Zusammenwirken) の第三の形態、すなわち、被害者と連帯した (共同正犯的な) 第三者の行為が扱われているため、そもそも共犯論の適用が否定されるとして、ここでは、自殺への共働が他人の生命の正犯的短縮として処罰されるべきかどうかの問題であるとする。⁽²⁷⁾そして、共働者 (Mitwirkend) の行為のみが、他人の生命への侵襲を含み、(一二、一二六条を考慮して) 必然的に、共働者の行為に行為支

配が帰属するとした上で、構成要件を欠きながら行為する道具、特に非故意的に行為する道具に関する理論の適用を示唆し、間接正犯として理論を構築する。⁽⁵⁾

シリングの見解は、自殺への関与という事象について、共犯論を排除し、被殺者との殺人の共同惹起として捉える可能性を示した点で評価できる。

このシリングの見解に対しては、共犯論を擁護する立場から、ボトケーが批判を寄せている。⁽⁶⁾ボトケーの批判の要点は、シリングのような見解は、正犯概念を曖昧にし、間接正犯と共同正犯とが交互に入れ替え可能な現象となってしまうということ、および目的を持って、錯誤なしに自らを殺害する者は、背後者の単なる道具ではないということの二点に集約できる。⁽⁷⁾

ボトケーの批判の中でも、特に後者は重要であると思われる。自殺者をすべて、間接正犯における被利用者としてとらえ得るかは問題であろう。たしかに、自殺者の生命は自殺者自身に対しては法によって保護されておらず、その点で、法的意味での規範的障害はないであろう。しかし、自殺者に法的な規範障害が欠けているからといって、そこから直ぐに、間接正犯における道具性が認められるものではない。自分の生命を奪うことに対しては、かなりの心理的な抑止が働くことは想像に難くなく、

しかしだからといって、成功した自殺者のすべてが、自己答責性を失うほど、精神に障害を負っていると決め付けることはできない。自殺の場合、自殺者は、自分の生命という法益を侵害することを認識しており、すべての場合に単なる道具として使用することは不可能であると思われる。⁽⁸⁾

(2) ヘルツベルクの見解

ヘルツベルクも、自殺への関与行為を他人の死の共同惹起として捉え得るかどうかを問題にしている。⁽⁹⁾そして、被害者の身体への加害的作用における行為実行において、自殺者と関与者が本質的行為寄与によって形成的に共同実現した場合には、両者は共に正犯であるとしてこれを肯定する。そして、自殺者と関与者の共働が共同正犯として行われる場合には、共同した死の実現は、自殺者にとっては自殺であり、共働者にとっては構成要件に該当する他人の殺害であるとする。⁽¹¹⁾

ヘルツベルクに対しても、自殺への関与を他殺の共同正犯として捉えられるかが問題とされなければならない。⁽¹²⁾

(3) 自殺関与罪の正犯性

上で考察したシリングとヘルツベルクの見解は、いずれも自

殺への共犯を、他人の死を共同惹起する正犯として捉えられな
いか、ということの問題にしている。そこではまさに、可罰的
な正犯と不可罰的な共犯の区別が問題となっている。このよう
な視点は、わが国でもいわゆる「身分なき故意ある道具」の取
扱いをめぐる議論と軌を同じくするように思われる。⁽¹³⁾ 自殺が殺
人の構成要件に含まれていないということは、被殺者本人に
とって、自らの生命に対しては殺人罪を犯し得ないということ
を意味する。したがって、ある者の殺人は、被殺者本人以外の
者だけが犯し得るのであるから、一種の（真正）身分犯であり、
自殺者の行為は「身分なき故意ある道具」として扱われ得るこ
とになる。

この「身分なき故意ある道具」の利用者について、間接正犯
および共同正犯が認められるか否かに関しては、学説上争いが
あるが、肯定し得る場合もある。⁽¹⁴⁾ しかし、遡って考えてみれ
ば、ドイツで展開されたシリングやヘルツベルクの議論は本来、
あくまでも正犯の範囲を確定するためのものであり、これに
よって、一般には自殺への共犯行為と評価されるような関与行
為を行った者に、利用者として正犯性が認められたとしても、
それは単に承諾・嘱託殺人、あるいは普通殺人における正犯の
限界の問題に解消し得るのであり、自殺関与罪の正犯性を基礎

付ける理論ではないことになる。すなわち、これらの理論に
よって、やはり殺人の正犯には包摂し得ない領域が出てきたと
しても、自殺関与罪の規定をもつ我が国では、その残された領
域に属する行為が二〇二条で可罰的となるかどうかをあらため
て考える必要が生じてくる。

ここでは、自殺関与行為の特殊性に目を向ける必要があるよ
うに思われる。

嘱託殺人においては、被害者は生命の侵害を自ら望み、積極
的に同意し、場所や方法を加害者と共に選択し、通常生命の侵
害において予想される被害者の抵抗を自ら排除し、生命法益の
侵害を容易ならしめる、いわば生命侵害という結果の共同惹起
者でもある。⁽¹⁵⁾ もとより、同意殺人と自殺との限界付けは非常に
微妙であり、例えば、嘱託を受けて毒薬を入手し、口に含ませ
てやる行為は嘱託殺人が自殺幫助かという問題や、自動車に排
気ガスを充満させたが被害者は容易に立ち去ることができたとい
う事例では、⁽¹⁶⁾ その限界付けが困難である。自殺の教唆・幫助
においても、同様の状況が見出される。同意殺人の正犯と、自
殺の関与者との区別は、結局は、生命を最終的に処分した行為
を誰が行ったかという点に求めるしかないと思われる。⁽¹⁷⁾ しかし、
同意殺人および自殺の共同惹起において、このように被殺者が、

被害者の性格と共に加害者の性格をも持つ⁽¹⁸⁾ということを考慮するならば、最終的な行為を自ら行った第三者と、自殺者に行わせた第三者との間には、その本質において、本来的差異はかなり少ない場合が考えられる。したがって、同意殺人において、このような被害者と加害者による生命の侵害という結果の共同正犯的惹起を、「身分なき故意ある道具」の理論を用いることによって評価し、間接正犯や共同正犯の成立する可能性を考察することは妨げられるべきではないと考える。

このように、自殺関与罪を、自殺者と関与者による生命という法益の侵害の共同惹起という観点から見ると、同意殺人の間接正犯または共同正犯との差異が実質的に無くなってしまいう場合が出てくる。しかし、そのすべてが同意殺人罪の間接正犯あるいは共同正犯として可罰的であるわけではない。したがって、自殺関与罪は、そのような正犯として包摂し得ない領域に属する行為を、自殺の共同惹起における特殊性に鑑みて、自殺者の生命に対する侵害として処罰するものと考えるべきであらう。

そうすれば、自殺関与罪にいう、教唆、幫助は、総則上の教唆、幫助とは異なり、自殺による自殺者の死を同意殺人罪の共同正犯的惹起と同視させ得るような危険性を持った教唆・幫助

でなければならないことになる。すなわち、その行為自体が、自殺させる危険性を持った行為、被害者と共に被害者の生命を侵害する危険性のある行為として把握されるべきである⁽¹⁹⁾。このように限定的に理解されて初めて、嘱託殺・承諾殺と同一の法定刑によって処断されるに相応しい、自殺者の生命を侵害する行為と評価されることになると思われる。

- (1) Schilling, Abschied vom Teilnahmeargument bei der Mitwirkung zur Selbsttötung, JZ 1979, S. 160.
- (2) Schilling, a. a. O. S. 160.
- (3) Schilling, a. a. O. S. 163.
- (4) Schilling, a. a. O. S. 166.
- (5) Schilling, a. a. O. S. 166f.
- (6) Botke, a. a. O. S. 327 ff.; vgl. Otto, a. a. O. S. 160.
- (7) Botke, a. a. O. S. 240ff.
- (8) 同旨、神山敏雄、前掲「自殺関与をめぐる正犯と共犯の限界——西ドイツの判例・学説を中心に——」、五五頁、大塚仁、『間接正犯の研究』（有斐閣、昭和三十三年）、一一八頁以下参照。
- (9) Herzberg, Jus 1975, S. 37 ff.; ders., NSZ 1989, S. 559 ff.
- (10) Herzberg, Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt - Teil 1, JA 1985, S. 137. (なお、本稿では原典に接し得なかったため、Jus 1988, S. 775. のヘルツベルク本人の引用によった。)
- (11) Herzberg, Jus 1975, S. 38.

- (12) Neumann, a. a. O. S. 678. なお、ヘルツベルクは後に、自殺関与に間接正犯を適用する自らの立場に消極的な態度を示している。Herzberg, Jus 1988, S. 775.; ders., Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorität der Teilnahme, ZStW, Bd. 99(1987), S. 68 ff.
- (13) 大塚、前掲『間接正犯の研究』、一三六頁以下参照。なお、佐伯人志、「被害者の錯誤について」、神戸法学年報一号(昭和六〇年)、六八頁参照。
- (14) 大谷實、前掲『刑法講義総論』第三版、四一四頁。
- (15) 神山敏雄、「自殺をめぐる不作為犯の研究——ドイツの判例・学説を中心に——」、一橋論叢六二巻四号、四三〇頁以下など参照。
- (16) BGH Urt. v. 14. 8. 1963—2StR, BGHSt. 19, 135.; Botke, a. a. O. S. 68 ff.
- (17) Otto, a. a. O. S. 160 ff.
- (18) 神山敏雄、前掲「自殺関与をめぐる正犯と共犯の限界」、六一頁。vgl. C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 5. Aufl. S. 569 f., ders. Die Abgrenzung von strafloser Suizidteilnahme, strafbarem Tötungsdelikt und gerechtfertigter Euthanasie, 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht (1992), S. 181.
- (19) 団藤重光、前掲『刑法綱要各論』第三版、四〇七頁以下、大谷實、前掲『刑法講義各論』第三版、二〇頁以下参照。

第四章 本稿の帰結と若干の考察

一 総括

以上の考察により、明らかになった点を簡単に総括したい。

まず、被害者の同意が可罰性を阻却する根拠は、個人の尊厳という憲法上の最高価値に基づく個人の自律・自己決定権の尊重という点に求められる。

この個人の尊厳は、存在と自律の二面性を持ち、生命は、自律とともに個人の尊厳の内容を構成していると考えられる。したがって、同意によってこれを否定することは、個人の尊厳に反することになり、自己矛盾に陥る。したがって、生命の侵害は、同意によっても完全には不可罰とはならず、生命は同意原則の内在的制約といえる。

ただし、生命の処分意思も、高度に個人的な自律の表れであり、この被殺者の自己決定権の尊重から、違法評価が一定程度後退することになる。これが、同意殺人の刑の減輕根拠であると思われる。

自殺の場合も、そこには潜在的に侵害される保護法益としての生命が存在している。しかし、自殺を違法と評価することは、個人に生存義務を課することになるが、これは法の権限によつ

ては不可能であり、また憲法の個人主義的価値観と矛盾することになる。このため自殺の違法性は欠落し、自殺は不可罰となる。

このことを前提に、制限従属性説に従って自殺関与罪の処罰根拠について考察してみると、自殺関与罪は、共犯としては捉えられないということが明らかになる。すなわち、共犯は構成要件に該当しかつ違法な正犯の行為を前提としており、自殺はこの両者を欠く行為だからである。さらにこの結論は、解釈論としても妥当であると思われる。すなわち、自殺関与罪が共犯であるならば、正犯行為である自殺、すなわち共犯者から見ると同意殺人が先に規定されるべきであるが、二〇二条の規定はこれに反する。また総則上の幫助犯にみられる正犯・教唆犯に対する刑の減輕が認められていない。したがって、囑託殺・承諾殺と同一条文で同一の法定刑で処罰されるに相応しい犯罪類型が求められることになる。これにより、自殺関与罪は共犯ではなく、正犯として独立した犯罪類型であるという結論が導かれた。その場合、正犯性は、自殺の共同惹起の特殊性に鑑みて、同意殺人罪の間接正犯あるいは共同正犯と実質的に異ならないという点に求められる。

以上の帰結をもとに、自殺関与罪の解釈論上の諸問題について

て、若干の考察を加えてみたい。

二 解釈論上の若干の考察

(1) 自殺関与罪の構成要件

自殺教唆は、教唆により、自殺の意思のない者に自殺意思を起こさせ、それにより自殺を行わせる行為をいう。自殺意思を起こさせ、それにより自殺者の死が惹起される危険性のある行為であれば、方法、手段は問わない。自殺幫助は、自殺意思を有する者の自殺行為を援助し、自殺による死の惹起を容易にさせる行為をいい、物理的、心理的方法を問わない。一般に、自殺者には法的な規範障害が認められず、また通常予想される被害者の反抗も排除され、一旦自殺者の心理的恐怖感が克服されると、生命侵害の日時、場所、方法が決定された場合の生命侵害の危険性は、他殺行為に比べて高いという特殊性が存在する。この事実が自殺関与行為の危険性を高める。

自殺関与罪は自殺の教唆、幫助により自殺者の生命法益を侵害する犯罪であるから、自殺の教唆・幫助の故意は、自殺意思を生じさせ、あるいは自殺の遂行を容易にする行為を行っている認識および自殺者の生命の侵害の認識を必要とする。

また、教唆行為・幫助行為と自殺者の生命侵害との間に因果

関係が必要となる。

(2) 自殺関与罪の未遂成立時期

自殺関与罪の未遂の成立時期については解釈論上争いがあり、(1)教唆・幫助行為それ自体の開始時とする説⁽¹⁾と(2)被教唆者・被幫助者の自殺行為の開始時とする説⁽²⁾に分かれる。二〇二条を独立した犯罪類型と捉える立場からは、(1)説が導かれるはずであるが、独立した犯罪類型と捉えながら、(2)の立場を採る見解も主張されている。⁽³⁾その論拠は①同意殺人では単に囑託を受け、承諾を得ただけでは実行の着手とならないということ⁽⁴⁾、②殺人罪の教唆・幫助でも、正犯者が殺人の実行行為に着手しない限り共犯者が処罰されず、これとの均衡を図るべきという点に求められている。⁽⁵⁾

自殺関与罪の構成要件は教唆・幫助によって自殺せしめることであり、実行の着手時期は構成要件的結果発生の実現的危険の発生時に求められるべきであるが、⁽⁶⁾自殺関与罪は同意殺人の共同正犯と類似した正犯性を有する行為であるから、未遂の成立時期も共同正犯の実行の着手時期から導かれるべきものである。すなわち、一般に共謀共同正犯に類似する自殺教唆および自殺行為以前の幫助の場合には、自殺者の自殺行為の開始時が

未遂の成立時期であり、自殺行為以後の幫助行為については、幫助行為自体の開始時とされるべきである。

(3) 自殺関与罪と殺人罪

自殺関与罪も殺人罪も、共に生命を侵害する犯罪である点で共通しているが、自殺関与罪の場合、法益主体によって生命の侵害が容認されており、この法益主体の自己決定・自律により、違法性が軽減され、刑の減軽が導かれる。したがって、自殺意思は、尊重するに値するものでなければならず、自由な意思決定能力を持つ者により、自殺の意味を十分理解した上で自分の生命を断つ決定をなしたことが必要となる。

したがって、このような自己決定による自殺意思が認められない場合には、もはや囑託殺人・承諾殺人も認められず、間接正犯または共同正犯の肯定される限りでは、普通殺人に包摂されることになる。⁽⁷⁾

三 結 語

以上、自殺関与罪について考察を加えてきたが、生命法益の侵害については、自己決定の尊重による可罰性阻却の原理が完全には働かないため、今後ますます重要となってくると考えられ

る医療分野における安楽死や尊厳死についても、たとえ患者の自己決定権が介在したとしても、なお、二〇二条の構成要件に該当することになると思われる。したがって、これらの問題は、違法阻却あるいは責任阻却、もしくはその他の道が探求されていくことになる。しかし、二〇二条はまさに生命の価値の高さ、重要さを物語っており、昨今の諸外国のように、むやみに自己決定のみを強調し、安楽死・尊厳死問題の立法による早急な解決を図る態度には慎重でなければならないと思われる。

- (1) 平野龍一、前掲『刑法概説』、一五九頁、前田雅英、前掲『刑法各論講義』、三六頁、大谷、前掲『刑法講義各論』、一三三頁。
- (2) 中山、前掲『刑法各論』、三七頁、曾根威彦、『刑法各論』（弘文堂、平成二年）、一五頁、中森喜彦、『刑法各論』（有斐閣、平成三年）、一三頁。
- (3) 団藤重光、『刑法綱要各論』第三版（創文社、平成二年）、四〇七頁以下、大塚仁、『刑法概説（各論）』改訂版（有斐閣、昭和六二年）、一三頁。
- (4) 大塚、前掲『刑法概説（各論）』改訂版、一三三頁。
- (5) 大塚、前掲『刑法概説（各論）』改訂版、一三三頁。
- (6) 大谷、前掲『刑法講義総論』三三五頁、曾根威彦、前掲『刑法各論』、一五頁。
- (7) この点につき、谷口正孝、「殺人罪の限界」ジュリスト一七一号（昭和三四年）二二頁以下、中野次雄、「殺人罪と自殺関与罪

との限界」、法のひろば一二巻二号（昭和三四年）、一四頁以下参照。

脱稿後、生田勝義「『被害者の承諾』についての一考察」立命館法学二二八号、三一頁以下に接した。本文で触れることができなかったが、生田教授は近代ブルジョワ法の継受というコンテキストのもとで、被害者の承諾の法理が私的自治・自由の範囲内にある個人の処分権の行使として位置づけられるとされ、その限界として自殺関与罪の可罪性を論じられるなど、非常に重要な指摘をなされておられる。今後の研究の範とさせていただきます。

またアメリカ、ミシガン州の自殺関与を禁止した新法に対し、ウェイン郡巡回裁判所は一九九三年十二月十三日、違憲であるとの判断を下した。これら一連の動きについては、後日別稿で紹介する予定である。