

自殺関与・同意殺人の法的性質について

法学研究科公法学専攻博士後期課程1年

西元 加那

要旨

現在わが国の刑法には、自殺を処罰する規定はない。しかし、刑法202条において自殺に関与する行為の処罰を規定し、次条203条にてその未遂の処罰を定めている。つまり、自殺は不可罰な行為であるにもかかわらずそれに関与する行為は処罰されるのであり、その理由について考察を行う必要がある。そのためにまず検討すべきであるのが、自殺そのものの法的性質についてであり、これは様々な論点に影響を及ぼす。本稿は、自殺関与・同意殺人の法的性質についてドイツと日本の議論状況を比較し、さらにその処罰根拠、未遂犯の成立時期（実行の着手時期）に関して、整理・検討を行うものである。

キーワード 自殺関与、同意殺人、自殺の法的性質、未遂の成立時期、実行の着手

目次

第一章 序論

第二章 ドイツにおける自殺関与と同意殺人の取り扱い

- (1) 制度—自殺関与の不処罰と「要求による殺人」の処罰—
- (2) 自殺違法説
- (3) 自殺適法説
- (4) 小括

第三章 日本における自殺関与・同意殺人の取り扱いとこれをめぐる議論状況

- (1) 立法史
- (2) 自殺の不処罰根拠、自殺関与の処罰根拠
- (3) 自殺適法説（違法阻却説）
- (4) 可罰的違法阻却説
- (5) 自殺違法説（責任阻却説）

(6) 放任行為説

(7) 小括

第四章 実行の着手時期

(1) 自殺関与の法的性質との関連性

(2) 教唆・幫助着手時説

(3) 自殺開始時説

(4) 自殺駆り立て時説

(5) 学説の検討

第五章 結論

第一章 序論

個人の生命はかけがえのないものであり、個人の生命の保護といえは法の最大の責務であるといえることができるだろう。しかし、法による生命保護が問題となると、ぶつかり合う複数の利益の間の調整ないし均衡が求められる。生命を保護法益とする殺人罪は、殺意をもって人の死を惹起する犯罪であるが、それに含まれる行為はさまざまである。伝統的に西欧諸国の刑法は、死刑を含む重い刑罰を加える比較的重大な殺人を謀殺として、比較的軽く処罰されるそれ以外の殺人を故殺として扱ってきた¹。日本の旧刑法も、フランス刑法を手本として、複数の殺人罪の類型²を規定していた。しかし現行刑法は、その区別を廃止し、殺人罪を199条ひとつにまとめ、そしてそれぞれの殺人行為の情状に合わせた量刑が可能となるように「死刑又は無期若しくは3年以上の懲役（2004年に法定刑の下限を5年に改正）」という幅広い法定刑を規定し、その加重類型として200条尊属殺人罪³、減軽類型として202条自殺関与罪をそれぞれ規定した。202条の法定刑の上限は、204条傷害罪の10年を下回り、かなり軽いものとなっている。この202条はいったいどのような性格をもつものなのか、本稿で追究を試みたいと思う。

現在、刑法上自殺自体を処罰する規定はない。しかし、この刑法202条は、前段でそれに関与する行為について自殺関与罪、後段で囑託・承諾殺人について同意殺人罪を規定し⁴、次条203条はその未遂について定めている。また、ドイツの刑法は、自殺に関与することは処罰せず、ドイツ刑法216条にて「要求による殺人（Tötung auf Verlangen）」を罪として定めている。わが国の刑法202条とドイツ刑法216条は、まず自殺関与の可罰・不可罰という点を両者の違いとして挙げるができるが、その他にも、例えば前者は「被殺者の要求によって行為者が殺害行為を行うことが動機づけられること」が必要であるが後者は「被害者の囑託が存在したこと」のみが要件である、などといった点も挙げるができる。

このようなドイツ刑法216条とわが国の刑法202条に関する様々な諸論点に関して検討を加えることにより、「自殺関与・同意殺人」というテーマについて以下考察を行う。

第二章 ドイツにおける自殺関与と同意殺人の取り扱い

(1) 制度—自殺関与の不処罰と「要求による殺人」の処罰—

ここでは、日本における研究状況との比較の意味で、ドイツにおける論点について少し触れておきたい。すでに述べたように、現在ドイツでは、刑法216条において、被殺者の要求に基づく殺人を、「要求による殺人」として通常の殺人罪の減輕類型という形で規定している。そこに自殺関与の処罰規定はなく、真摯な囑託に基づく殺人のみが処罰の対象とされているのである。自殺関与も処罰すべきという主張と、同意殺人（「要求による殺人」）も非犯罪化すべきという主張を両極とする中で、ドイツにおいて多くの論者は、その中間で「自殺関与を処罰する規定はなく真摯な囑託に基づく殺人のみが可罰的であること」を矛盾なく説明することを試みている。自殺、自殺関与、「要求による殺人」、それぞれの法的性質について、生命処分の自由を原則として否定する立場（自殺自体を違法とする立場）と、原則として肯定する立場（自殺自体を適法とする立場）に大別し、以下検討する。

(2) 自殺違法説

まずシュミットホイザーは、被害者の同意による犯罪阻却について、そもそも「被害者 (Verletzter)」の同意という言い方は不適切であるという。同意者は正確にみれば全く「侵害」されていないのだから、「権利者 (Berechtigter)」あるいは「当事者 (Betroffener)」の同意と呼ばれるべきであると主張するのである⁵。シュミットホイザーは、殺人罪の保護法益は個人の「生命」であり、これは本人ですら放棄できないものであるとする。結果として、個人には生きる義務があるというのである⁶。シュミットホイザーによると、自殺も他殺も、人間の生命が自然的な経過よりも前に終わらせられるという点で、最終的に考えられうる不法状況は同じものであるという⁷。したがって、本説によると、他殺はもちろん、自殺も正当化されえないということになるのである。しかし、自殺は、自殺者がその命を終わらせることが行為者にとっての唯一の逃げ道だと考えるほど、自らの命を価値がないものと感じていることに由来しているがゆえに、自殺は殺人罪の特別な責任阻却事由であると彼は主張する⁸。シュミットホイザーの見解は、以下のようにまとめられる。すなわち、自殺は、刑法212条（故殺罪）の構成要件該当的な行為であり、ここに規定される「人を殺害した者は」とは「自己もしくは他人を殺害した者は」という意味で読まれるべきである。しかし、社会に別れを告げた人に対して刑罰をもって威嚇することは意味がないので自殺（未遂）の可罰性が断念される、つまり自殺は超法規的に責任が阻却され、その共犯は制限従属性説から可罰的なままであるというのである⁹。

ブリングヴァートは次のように述べる。まず、自殺行為は自殺前症候群とよばれる精神的な病気に起因し、それゆえ自殺意思は「病的」であることに疑いがないから顧慮に値しないものであり、「自由死」あるいは「自殺決意の自由答責性」は医学的に維持不可能な擬制であ

り、それだけでなく規範的・刑法的にもやはり維持不可能な擬制である。ゆえに、自殺者の「自殺意思」は刑法上重要でなく、自殺関与者が保障人である場合には、関与者が被害者の自殺意思を尊重しようとしたか否かにはかかわりなく、被害者に対して義務的な地位におかれる¹⁰。また、自殺は自殺者にのみ向けられた慣習法的な犯罪阻却事由であるので、自殺の不可罰は実は慣習法であり、慣習法的な刑罰阻却の恩恵を受けない関与者は殺人罪の共犯として処罰される¹¹。自殺の不救助は、不救助罪¹²として、あるいは不作為の殺人罪として可罰的となり、保証人的地位にある者の不作為は殺人罪の正犯としての帰責を基礎づけ、保証人的地位にある者による積極的関与は、「作為による不作為」のカテゴリーに関して不作為の正犯の領域で関連付けられる¹³。プリンゲヴァートは、殺人罪の法益というのは個人法益であり、かつ、理論的には処分可能な「生命」であるが、個人は常にそれを処分する真の意思を有さない、すなわち承諾能力のある人は常に生きたいと思っている、と解していると理解することができるだろう。

(3) 自殺適法説

ルドルフ・シュミットは、生命は公共の法益でもあると解することは、ボン基本法¹⁴が生命・身体を個人のものとしていることに矛盾するとして、生命というものは個人的法益であり、個人的法益は処分可能であるというテーゼを徹底する。彼によれば、殺人罪の法益は個人的法益の「生命」であり、また個人的法益は例外なく処分可能であるので、同意殺人の場合には法益侵害はなく、ゆえに不可罰となる。シュミットは、将来的に刑法は、現行法に体系矛盾を持ち込むことになる「要求による殺人」罪のような規定を持たないのが望ましいと提言し、「被害者の瑕疵のない同意は他者侵害の可罰性を排除する」という原則を実現させようとする¹⁵。

ヒルシュは、生命処分の自由を肯定しながら、生命という法益とは別の角度から刑法216条の処罰根拠を説明しようとする。ヒルシュは、もし「要求による殺人」を許容したならば他人の生命に対する尊重も阻害されることになるといい、合意に基づく他殺禁止の背後には、単に「生命への敬意」の思想だけでなく、むしろ「同胞の生命への敬意の擁護」という思想があるのだという¹⁶。それゆえ、彼によると、他人の生命は原則的に不可侵のものとしてタブー視される必要があり、「自殺」と「合意に基づく他殺」との間には重大な違いが存在するのである。そして自殺においては、言葉通り「他人の」生命に対するタブーに触れることはないのである¹⁷。このような他人の生命への「タブー違反」という根拠は、刑法216条を一般予防への侵害と性格づけることになるといえるだろう。

さらに、生命のタブー化という刑事政策的な要素を「要求に基づく殺人」の処罰根拠とするこのような見解が有力になる中で、ゲーベルはそれを徹底させ、刑法216条の保護法益を「社会的平穏そのもの」とであると説いた¹⁸。ゲーベルによれば、例えば動物虐待が単なる器物

損壊とは異なった意味を付与されている理由は、われわれの社会に深く根を下ろした価値観に違反する点にこの規定の趣旨があることに求められるという。「要求による殺人」もこの趣旨の下で根拠づけることが可能であり、合意に基づく他殺禁止には、「生命は社会において最高の財であり、他人の生命に対する侵害は禁止されている」というドイツ連邦共和国の国民に深く根を下ろした価値観があるのだとゲーベルは主張する¹⁹。

ヤコプスがいうには、生命の放棄は常に可能であり、同意殺人においても、被害者自身の目的を追求したものであれば、自殺者と同じように被害者は生命という一身専属的な財についての自己決定を放棄しておらず、むしろそれに他者を参加させているだけであるという。彼は、自殺と「要求による殺人」の違いは、自分の手で目的を追求したのか、分業的に目的を追求したのかにあり、そのような行為の目的が何で、それがどのように追求されるかは、どちらの場合も死にたがっている者が自ら決定しているのであり、同意殺人における同意の決定は生命の譲渡を禁止した憲法に反する決定ではないという。つまり、ヤコプスは、自殺者本人が自ら目的を定めた「要求による殺人」は、分業的に行われた自殺であるが、しかし、他人の手によりそれが実行された場合、その行為は自己決定でなく他者の目的に基づいて行われた可能性が自殺の場合よりも高い蓋然性で存在すると指摘する。それゆえに彼は、自己決定に基づく同意殺人は自殺と同じだが、他殺という行為形態においてはそれが真に自己決定に基づくのか疑問が生じるから、「要求による殺人」罪を、結論として抽象的危険犯であると説いている²⁰。

カツイコスタスによる理論は、一部の安楽死を不可罰にするために展開されたものであるが、その前提として、殺人罪の保護法益は個人的法益である「生命」とであると解されている。カツイコスタスによると、立法者は、外観上は殺されることを真摯に要求しているにもかかわらず、実際にはその死を望んでいない者を救うために、「要求による殺人」を禁止しているのである（パターンリズム）²¹。そして殺人罪の保護法益は個人的法益である「生命」であり、個人はこれを自由に処分することができるが、真意でない生命の処分を防ぐため、真意性に疑いが生じる他殺という形式における生命の放棄だけをパターンリズム的に制限するために、「要求による殺人」は可罰的であるという²²。

(4) 小括

以上、まずドイツにおける自殺の法的性質と、それに関連して刑法216条について若干の考察を行った。生命処分の自由を否定して（すなわち自殺を違法と捉え）、自殺関与の可罰性さえも肯定する論者として、シュミットホイザーとブリンゲヴァートを挙げた。両者の違いは以下のようにまとめることができる。前者は、刑法212条（故殺罪）に規定される「人」を「自己または他人」と解したうえで、自殺は殺人罪の超法規的な責任阻却事由であるとするのに対し、後者は、自殺は自殺者にのみ向けられた慣習法的な犯罪阻却事由であるとする。

ただ、ドイツにおいては、わが国とは規定が異なり、現に自殺に関与することに対する規定は存在しないので、議論の中心となっているのは「要求による殺人」の処罰根拠であるといえる。

これに対し、生命処分の自由を肯定する（すなわち自殺を適法ととらえる）立場に立つ者として、以下の論者を挙げた。まず、ルドルフ・シュミットは、「生命」という法益は例外なく処分可能な個人法益であり、ゆえに同意殺人のような場合も、法益侵害はなく不可罰とすべきであると主張する。ヤコプスも、これについては同様の考え方であり、同意殺人における同意の決定は生命の譲渡を禁止した憲法に反するものではないという。しかし、「要求による殺人」についての考察は、前者が、刑法に対し立法論的に本罪を削除することまで提言するのに対し、後者は、「要求による殺人」という「分業的に行われた自殺」が、他人の手によって実行された場合には、自己決定以外の他人の目的に基づいて行われたという蓋然性が高いと指摘し、それを抽象的危険犯としてとらえる。そして、他人の手によって行われた生命の放棄について、その真意性に疑いがあるとして、パターンリズムの観点からそれを制限するため同意殺人を可罰的であると解するのが、カツィコスタスである。

さらに、自殺を適法ととらえる立場の中でも、ドイツで有力とされている見解は、ヒルシュやゲーベルの唱える、「要求による殺人」罪の必要性は、刑事政策的な「他人の生命のタブー化」という一般予防的な命令から生じるという見解である。本人の承諾だけで殺人を許容してしまえば生命に対する尊重が失われうるというこの考え方は、殺人罪における承諾の証明が困難であることや、あるいは被殺者の承諾の真意性に疑いがあることなどで補強することができると思われる。また、殺人を承諾した者というのは、普通抑うつ的な状態にあると考えられる。したがって、このような者に必要なのは、殺人を許可された者による侵害ではなく、その一時的なものである可能性の高い願望に基づく取り返しのつかない結果の発生を防ぐことである。それゆえに、「要求による殺人」罪というものが刑事政策的に必要なものである、ということは否定しえないという結論に異論はない。「要求による殺人」罪の法益は個人的法益である「生命」であるが、一般予防的な側面から犯罪阻却効果を持ち得ないというこの見解に立ちながら、ヒルシュは殺人罪の法益を客観的な「生命」とであると解しつつ違法性の段階でこのような自己決定の制限を行っているのである。ゲーベルは、これをさらに徹底させたくて、「要求による殺人」の背後にはわれわれの社会に深く根を下ろした価値観があるとする。この点についてドイツではおおむね妥当な見解とされているようだが、証明の困難性に関して嫌疑処罰になるという批判や、消極的安楽死のときにそのような殺人のタブー化は当てはまらないという批判が考えられ、また嘱託殺人罪を社会法益化する危険についても懸念されるべきであり、まだ慎重な検討が必要であるといえよう。

第三章 日本における自殺関与・同意殺人の取り扱いとこれをめぐる議論状況

(1) 立法史

さて、ドイツにおける自殺関与や同意殺人の法的性質に関する議論状況については以上概観を行った通りである。ドイツでの解釈は、日本における自殺関与・同意殺人の取り扱いに一定の影響を与え、密接な関係を有するものであるといえる。たとえば後述する「法的空白領域理論」などはドイツから取り入れられた考え方であるし、自己決定権との兼ね合いについてよく援用される「人間の尊厳」という概念も、ドイツ憲法からヒントを得たものであると考えられる。そのような影響を受けた点や類似点はもちろん顧慮すべきであるが、比較法的考察を行ううえで重要なのは、ドイツとわが国では文化や宗教観の違い等が存在するという点も考慮した上で比較・検討を行うことであると思われる。したがって、まず、わが国における自殺の取り扱いやその法的規制について、立法史的な考察を行っておく。

明治時代初期に西欧法文化を受け入れるまで、わが国が死ぬことに対する自由を禁ずることはなかった。わが国における本格的な自殺関与行為に対する最初の処罰の規定は、旧刑法の「自殺二関スル罪」²³であるとされる。「自殺二関スル罪」は、未遂処罰規定および刑罰の変遷を除けば、当初は基本的にそのまま維持されていたが、明治28年（1895年）刑法草案に至るや、自殺補助罪の規定が削除されるとともに自己図利自殺教唆罪と普通自殺教唆罪が統合されるという、大幅な修正が加えられた。その後、承諾殺人が殺人罪に当たるのではないかという疑義を解消するために、明治34年（1901年）刑法改正案が承諾殺人の減輕処罰規定を明文化し、以後、しばらくそのままの規定が維持された。しかし、明治39年（1906年）刑法改正案が未遂処罰規定を復活させ、さらに、明治40年（1907年）刑法改正案（法律取調委員会総会第25回）が自殺幫助の規定を復活させ、そのまま現行刑法202条・203条に結実した²⁴。

同意殺人罪が、同意のない殺人罪の減輕類型であることは明白であるが、自殺関与罪については、殺人罪との関係は必ずしも明らかではない。「教唆・幫助」という共犯例の用語を用いているが、自殺という処罰されない行為の「共犯」を認めるというのは異例の立法であり、教唆と幫助が同一の刑で処罰されている点でも、通常の共犯例とは異なる。しかし、だからといってその共犯性を全面的に否定して、これを特別な「正犯」としてとらえることも、自殺者の自由な意思と行為が介入する点で容易ではなく、同意殺人の行為と同列におくことは構造的に困難であると言える。自殺関与罪については、立法論的にも解釈論的にも問題が多くあることが自覚され、様々な議論がなされている。自殺関与も同意殺人も可罰的と規定されているわが国の現行刑法において、とりわけ問題となるのは両者の不均衡や区別ではなく、不可罰的な自殺と可罰的な自殺関与の間にある不均衡、さらには未遂の成立時期と、それについて重要な意味を持つ実行の着手の問題についてである。

(2) 自殺の不処罰根拠、自殺関与の処罰根拠

自殺²⁵とは、わが国の標準的な辞書によると「自ら自分の生命を絶つこと」（広辞苑第六版）とされているが、これでは武士の切腹やいわゆる神風特攻隊など範囲が広がりすぎているので、本稿では「自らの自由意思によって自分の生命を絶つこと」に限定しておく。現代では、多くの自殺は、その評価には見解の違いもあるとはいえ、一般的にいうならばそれは道徳的には許されない行為であるというべきであろう。すなわち、問題が残されているのはその法的評価である。自殺自体が不処罰である根拠として、自殺を可罰的であるとしてしまうと「自殺未遂者や中止者が罰せられてしまう」、つまり「自殺の実行に着手した者は死ぬか刑を受けるか」という状況に追い込まれてしまうという政策的な理由が存在するのは確かである²⁶。しかし今日では、それだけでなく違法性あるいは有責性の欠如といった実質的理由からも根拠づけようとするのが一般的である。以下、自殺そのものの法的性質に従って学説を分類し、それぞれについて自殺関与の処罰根拠について検討する。

(3) 自殺適法説（違法阻却説）

自殺を適法な行為とし、個人にその生命に対する処分権を全面的に認めるという自殺適法説が主張される。しかし、これは現行法の解釈論としては自殺関与罪との整合性という点が問題となる。すなわち、自殺が適法であるにもかかわらず、それに関与する行為（教唆・幫助）は違法として定められている根拠が問われなくてはならない。

①その点についての解決策としてまず、自殺関与罪は適法行為に対して一種の正犯を規定していると解する方法が挙げられる。

たとえば香川達夫は、自殺は、意識的になされる自己の生命の断絶であり自己法益の自己処分であるから罪とはならないが、自殺不処罰の根拠を自己法益の自己処分に求めるなら、専属的法益である自己法益の自己処分は構成要件該当性を欠くとしなければならないという。そして彼は、199条にいう「人」とは他人を意味し自己を含まないとするなら、やはり自殺は構成要件を欠く、と結論付ける。さらに、自己法益の自己処分の範囲を超えた他人による関与・処分は基本的に殺人罪であるから、その減輕類型であるとして、自殺関与罪の処罰根拠を共犯の従属性論的な考えに求めることは適切でないという²⁷。

また、谷直之は次のように述べる。法秩序が自殺を違法として評価するとすれば、それは自殺が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し、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ほかならない。それはつまり、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から、法は自殺を違法としてこれを禁止し得ないが、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というのである²⁸。また、谷直之は、自殺の違法性は欠落し不可罰となることを前提に、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をする。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、自殺関与罪は共犯としてはとらえられないということになるのである。さらにこの結論は、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みると同意殺人）が先に規定されるべきであるが、202条の規定はこれに反しているため、解釈論としても妥当であるとする²⁹。

②また、自殺を適法とすることと自殺関与を処罰することの整合性のほかにも、自殺阻止行為の違法性という問題点がある。たとえば自殺を適法行為と解するのならば、自殺を制止する行為が223条の強要罪等に当たるのではないかということになるが、実際にはそのような行為は正当とされている、という批判が考えられる³⁰。

これに対して自殺適法説としては、自殺阻止行為を正当な行為だとみること自体が誤りであると反論するのが最も論理的であるようだが、例えば曾根威彦はその主張は無理があるとして次のように述べる。すなわち、自殺阻止行為に対して強要罪・暴行罪の成立を認めること、あるいは少なくとも自殺阻止行為を違法と解することは、そこに被害者（自殺者）の意思ないし移動の自由（強要罪・逮捕罪）、あるいは身体の安全（暴行罪）といった保護法益とその侵害（危険）が予定されているということになるが、しかし、自殺適法説において生命が保護の対象とされていないにもかかわらず、生命の存在を前提として初めて成り立ちうる意思・移動の自由、身体の安全等を保護法益と解することは背理であるということである³¹。

③また、自殺意思による二分説として、秋葉悦子は、自殺の違法性を否定する立場に立ったうえで自殺関与の可罰性を以下のように根拠づけていた。202条は、本人が自己の生命を放棄する意思を有している場合でも、その自己決定の多くは不自由なものであることを根拠として、これが覆されない以上、原則として生命保護を優先させるべきことを定めた規定であるという。すなわち、ほとんどの自殺は、分別ある自由な自己決定を極めて慎重かつ十分な熟慮に基づいたものではないとしたうえで、尊重されるべき自殺意思、すなわち、病的原因による、あるいは軽率に下された不自由な死の決意ではない真意による自殺意思に基づいたものであるときは、このような生命を侵害する行為の違法性は阻却されるという。つまり、不自由な自殺意思に基づく自殺それ自体もまた原理的には違法であるということになるが、自殺者本人については刑罰の効果は期待し得ないため謙抑的に法の介入が差控えられているにすぎず、そのため202条は、他害行為を罰する199条とは罪質の異なる、それ自体が違法である自殺の周辺行為だけを処罰しようとする独立罪的な規定であると理解し、これをもって教唆や幫助をも処罰の対象とする根拠としている³²。言い換えると、自殺関与罪の成立範囲を自殺意思が不自由なものである場合に限定するという見解である。

これには、自殺が不自由な精神によるというのは中世における自殺不名誉死を回避する手段ないし便法だったことから、このような言説を過度に重視するべきではないという指摘³³や、

完全に自由な場合とそうでない場合を区別する基準を提示できない限り嫌疑刑との批判が妥当と言った批判³⁴が寄せられている。

(4) 可罰的違法阻却説

これは、自殺それ自体は法からみて好ましくない行為であり、やむを得ない場合は自殺者の意に反して制止されてもいいが、立法政策的理由から、自殺は刑罰に値する違法性はないとする立場である。

大塚仁は、自殺は自損行為の極端な場合として可罰的違法性を有しないものであるという立場に立つ。すなわち、生存の希望を失った者がその生命を断つという行為には、行為者に対する非難を躊躇させるだけでなく、刑法秩序の範囲内においても不問に付してよいとするのが刑法の趣意であると解している。自殺関与行為を不可罰としない根拠については、それらは他人の生命を否定する行為であって、本人自身の自殺とは明らかに質を異にするためであるとする。彼は、自殺の教唆・幫助は独立罪であり、同意殺人に関しては被殺者自身の生命に対する法益の放棄を前提としてなされるのであるから自殺に準じて考えられるべきものであるという。それゆえにその違法性は通常の殺人罪に比して軽く、また行為者の責任も減輕されうるとする³⁵。

この立場に対しては、たとえば正犯行為自体が、可罰的違法性がないまでに違法性が減少し、教唆・幫助行為も一般に正犯行為に比べれば違法性が低いと考えることができる以上、その両者が相まって共犯は不可罰になるまで違法性が減少するとも考えられるから、そうだとすると、自殺幫助・教唆が可罰的であるためには、やはり自殺が可罰的違法性のある行為と考えざるを得ない³⁶、という批判がある。

曾根威彦は、「人間の尊厳」の理念に基礎を置き、他の権利・自由に優位する地位にある「生命の尊重」の要請が「自己決定権」（自己決定の自由）の価値に優位するため自殺は違法という評価を受けるとする。そのうえで、自殺者が実現した自己決定の価値と失われた生命の価値の差は僅少であるから、自殺行為の違法性の程度は不可罰的程度にとどまるが、関与者の受け取る（自殺者の）自己決定の価値と失われる生命の価値の差は必ずしも軽微とはいえないため、自殺関与行為の違法性は可罰的なまでに至るという³⁷。

また、若尾岳志による次のような見解もある。すなわち、自殺が不処罰とされる理由を可罰的違法性が欠けるからと考える根拠を、以下のように説くものである。パターンリズムの本質は「本人の保護のため」に行われるものであり、（刑罰の目的を相対的応報刑あるいは一般予防のいずれと捉えるにせよ）刑罰は制裁であり、「本人の保護のため」にその本人に制裁を加えるということは説明できることではない。これに対して、本人の保護のためにそれに関与する他者に制裁を与えること自体は矛盾の生じることではない。それゆえ、自殺や自殺関与においてパターンリズムに基づく介入としての要保護性が生命法益に付与されるため

に違法と評価できるが、自殺においては刑罰を科すための可罰的違法性を欠き、自殺関与においてはパターンリズムに基づく介入によって可罰的違法とされとする³⁸。

さらに山中敬一は、自殺行為は可罰的類型性を欠き、構成要件化できない理由を、以下のよう述べる。法秩序は自殺を権利として承認しているわけではなく、しかし（放任行為というカテゴリーがありうるかどうかは別として）各人の恣意に委ねているわけでもない。むしろ自殺は法秩序によって否定的に評価されており、自己決定の自由な行使よりは生命の維持に対する社会的合意を重要視し、また、自らの生命の否定よりは肯定に価値を置き、それを促進するというその基本的態度からこれを違法とみなしているというべきであるという。極論すれば、自殺を違法とするのは法秩序の生命に対する価値体系を支えるためのフィクションであり、つまり自殺は全法秩序からみて違法と評価されるべき行為であるが、犯罪とするべき適格性をもつ行為とは言えないのであるとする。すなわち山中敬一の見解に従うと、自殺関与罪の保護法益は自殺者の生命であり、それは自殺者の意に反してでも保護されることになるが、自殺者自身の攻撃からは保護されていないということになる。彼の見解は、自殺そのものは何ら犯罪ではなく、ゆえにその構成要件も存在しないため、自殺関与罪は、教唆・幫助を内容とする独立の構成要件を定めたものとも解される、とまとめられる³⁹。

(5) 自殺違法説（責任阻却説）

自殺は可罰的に違法であるといえる行為であるが責任が阻却されるために可罰性を欠くという自殺違法説（責任阻却説）が有力に主張されている。

塩谷毅は、自殺の責任阻却の根拠を期待可能性の欠如に求めるべきであるとする（自殺期待不可能説）。彼は、自殺は可罰的違法性もある行為であるが、自殺者にとってぎりぎりの選択でなされるものである以上、期待可能性がなく典型的に責任が欠けるため不可罰となると解するべきであるという。自殺関与罪の可罰性については、構成要件該当性なき（可罰的）違法な正犯行為への共犯も可罰的であるとする単純違法従属性説から根拠づけられるとしている⁴⁰。

生田勝義は、自殺者の多くがうつ病患者であると言われることなどから、自殺というものが、人にとっていかに異常な事態であるかを説く。自殺を容易に精神病のせいにすることは慎むべきことであるとしつつも、一般的に自殺者はそれ以外に逃れようのない精神状態に追い込まれていることは確かであるから、（精神病による極端な場合をも含んで、）自殺には一般的に適法行為への期待可能性がなく、一般的に非難可能性がないということから、現行刑法は、自殺をそもそも犯罪類型として規定しなかったと解し、この考え方を自殺についての類型的非有責性説と呼ぶとしている⁴¹。

(6) 放任行為説

これは、自殺は違法でも適法でもなく、法的に放任された行為であるとする立場である。

たとえば、かつて大谷實は、生存の希望を失った人が自らの手で生命を放棄することに法が介入するのは、人格の尊厳に対する侵害であり、自殺によってもたらされる社会や家族に対する有害な事態は、この人格の尊厳を保障するために刑法上放任されているという見解を示していた⁴²。

上田健二は、自殺関与罪を現行憲法下において民主主義・個人主義の理念と調和しないままに生きのびたのは奇異としか言いようがないものであるとし、自殺は、社会がその前では沈黙しなければならない一つの自由の行為であり、したがってそこに被害は全く存在しないと主張する⁴³。

平野龍一は、自殺は法的に放任された行為であり、違法な行為ではないと言うべきであるとする。ただ生命は、本人だけが左右しうるものであるから、この場合の教唆・幫助は正犯に従属する総則の教唆・幫助とは違ったものであり、独立の行為形態であるとする⁴⁴。

あるいは、金澤文雄は、自殺は、法が違法か適法かの法的評価を行うことを差控えて、各人の良心にゆだねる「法的に空虚な領域（法的空白領域）」に属する行為であると述べる。この「法的に空虚な領域」という考え方に対しては、自殺についてのみならず、緊急避難や人工妊娠中絶等を例に挙げた批判も強力に主張される⁴⁵。この批判に対しては、誤解を避けるために少し修正した「法的評価空白領域」又は「禁止されてもいないし許されてもいない」という用語を提案したアルトゥール・カウフマンの論拠⁴⁶を用いて対処している。さらには、従来、二つに分けられてきた法的評価空白領域の理論を四つに分類し⁴⁷、自殺はこのうちの「法価値観的重要性はあるが実定法的規範を欠くために空白な領域」に含まれるという。彼によると、自殺は、法的には「禁止されてもいないし、許されてもいない行為」であるが、道徳的には悪であり、法的にも望ましくないことであるから、自殺防止のために努力することは、法と道徳にとって有意義なことであるという。なお金澤文雄は、刑法が自殺の教唆・幫助を処罰するのは、自殺を違法とみるからではなく、それが他人の生命に対する加害行為の一種であるからだとする⁴⁸。

(7) 小括

以上のように、自殺の不可罰根拠および自殺関与の処罰根拠に関する日本における議論状況の概観を行った。これらの学説を整理し、検討を加える。

自殺の法的性質、その不可罰根拠に関しては、まず自殺違法説（責任阻却説）は個人にその生命に対する処分権を認めないという立場であり、199条にいう「人を殺した」ことに自殺も該当するとしたうえで、自殺者は精神的に追い詰められているということを理由に、非難することのできない行為であるとしている。しかし、199条等の「人」に行為者自身も含まれ

るとすると、自傷行為も204条傷害罪の構成要件に該当することになり、「人」という文言に自己を含むと解するのは、自他の区別をしている現刑法の規定方法的にやはり無理があるように思われる。また、精神的に追い詰められていない自殺者による場合は非難可能性があり、理論的には処罰対象とされるべきこととなる。

次に違法阻却説に関しては、自殺は適法行為であるにとらえてしまうと、前述したとおり自殺関与罪の処罰根拠との整合性や自殺阻止についての強要罪等成立の可能性など、問題が多い。なによりも、個人にその生命に対する処分権を全面的に認める、すなわち生命という最重要な法益よりも自己決定権を安易に優先させることには、慎重であるべきである。

さらに、自殺を「適法でも違法でもない法的に放任された行為」として位置付けるとする放任行為説も、自殺への関与を処罰しないドイツにおいては採用される可能性があるとしても、やはりある行為を「適法」か「違法」かという枠付けから外して取り扱うのは、法学分野における解釈論としてはなお疑問が残る。

したがって、自殺は違法な行為であるが、その可罰性に関しては否定しうるとする可罰的違法阻却説が妥当であると考え⁴⁹。生命という重大な法益を侵害するという点で、自殺はやはり違法行為であると解さざるをえないが、自己決定の自由による違法減少が認められるとする主張に従うべきと考える。

この見解には、可罰的違法性のない行為に関与する行為も同じく可罰性がないと解すべきなのではないかという問題点がある。

これについて、まず、同意殺人と自殺の相違について考える。自殺は自己の生命を自ら断つという行為によって自己決定の自由が「完全に」実現されているといえるが、同意殺人は他人を手段とすることによって自由の実現が部分的にしか成し遂げられていない。この点において、自殺と同意殺人において実現された自由の価値の差、すなわち行動の自由の実現の有無が、他の考慮と相まって一方を不可罰とし、他方を可罰的とする区別が基本的に支持できる⁵⁰。

また、これは、行為者の側から考察することで以下のような説明をすることもできる。すなわち、同意による殺人行為は被害者の同意に基づくとはいえ、それは、行為者の側からみれば他者（被害者）の自己決定に基づくいわば「他者決定」（他者の自己決定）による行為といわざるを得ない。「自己決定」が、自己の法益の取り扱いについて自由な判断を認めるものである以上、他人（被害者）の法益の処分についてそれを認めることはできない。侵害法益が生命の場合は、その価値がきわめて重大であるので、「被害者自身の自己決定の価値に優越するが可罰性を基礎づけ得ない」のに対し、被害者の自己決定より価値的に劣る他者決定は、「生命の価値よりはるかに劣後に位置し、同意殺人は可罰性を獲得する」のである。結局、自殺と同意殺人の相違は、自己決定の実現が直接的（自殺）か間接的（承諾殺人）か、すなわち（自己の）自己決定に基づくか他者（の自己）決定に基づくか、という点にあ

ると考えられるのである⁵¹。

次に、自殺関与と自殺の関係についてであるが、これはまず、パターンナリズムの見地から解決を試みたいと思う。パターンナリズムとはそもそも、「本人の保護のため」に行われるものである。刑罰の目的については様々な見解がありうるだろうけれども、少なくとも特別予防によってのみ説明するのは困難であり、これを（相対的）応報刑あるいは（積極的）一般予防のいずれと捉えるにせよ、刑罰は制裁であり、「本人の保護のため」にその本人に制裁を加えるというのは、十分に説明されることではない。これに対して、本人の保護のために、それに関与する他者に制裁を加えること自体は、矛盾の生じるものではない。それゆえ、自殺や自殺関与においては、まさにパターンナリズムに基づく介入としての要保護性が生命法益に付与されるために違法と評価できる。しかし、自殺においては刑罰を科すための可罰的違法性を欠き、自殺関与においてはパターンナリズムに基づく介入によって可罰的違法とされるのである⁵²。

また、立法論的観点からの解釈として、以下のような見解にも言及しておく。自殺者と自殺関与者とで自己決定のもつ意味は、同意殺人と自殺との関係と基本的に同じであるといえる。そのうえで、自殺とその関与行為を対比した場合、（i）自己決定については、自殺は直接的で高度の価値、関与行為は間接的で程度の低い価値をそれぞれ有し、（ii）生命侵害の危険については、自殺は直接的で高いマイナスの評価、関与行為は間接的で低いマイナスの評価をそれぞれ有する。そうすると、違法性の総量という点では、自殺と自殺関与とに大差があるものとは思われない⁵³。このような、同意殺人より危険性の低い自殺関与について、刑罰から解放するか、あるいは少なくとも同意殺人とは異なった取り扱いをする方向を模索するという見解も、価値ある一考であるといえよう。

第四章 実行の着手時期

（1）自殺関与の法的性質との関連性

さて、わが国の現行法では、202条という一つの条規の中に自殺関与（前段）と同意殺人（後段）が規定されているため、両者の区別は重要ではなく必ずしも明確でないが、両者の関係で問題となるのは、203条においてその未遂を処罰する規定を置いている点である⁵⁴。ここまで、自殺や自殺関与の法的性質について検討を行ってきた。自殺や自殺関与の性質は、自殺関与罪の未遂の成立時期と深く関わる。すなわち、自殺が適法な行為であり、自殺関与は独立罪であると理解するならば、「教唆・幫助」行為それ自体に実行の着手を認めることとなり、他方、自殺が違法な行為であり、自殺関与をそれに対する一種の共犯と理解するならば、従属性説により正犯の実行の着手があるはずである。そこで、自殺関与罪の実行の着手時期と未遂の開始時期について学説を概観し、検討する。なお、本稿では、日本の議論に論述を限定する。

他方、202条後段の嘱託殺人・承諾殺人の実行の着手時期については、行為者が殺人行為を開始した時点として学説に争いはない。被殺者の承諾・嘱託を受けこれに応じるということは、構成要件要素であることは間違いないが、それだけでは足りず、実行行為はやはり殺害行為そのものに求めるべきである⁵⁵。しかし、前段の自殺教唆・自殺幫助の着手時期に関しては、次のような見解が対立している。すなわち、①教唆・幫助着手時説（行為者が自殺の教唆・幫助に着手しようとした時とする見解）、②自殺開始時説（教唆や幫助を受けて本人が自殺に着手した時とする見解）、③自殺駆り立て時説（実際に自殺に駆り立てる行為をもって本罪の実行の着手を認める見解）である。

（2）教唆・幫助着手時説

まず、202条前段の実行の着手時期を、行為者が自殺の教唆・幫助に着手しようとした時に認めるとする教唆・幫助時説が主張される。この立場に立つ論者は、自殺関与罪の教唆・幫助は総則の教唆・幫助とは異なり、独立の行為形態であるという見解を前提としている。すなわち、自殺を適法な行為と評価する論者によるものであるといえる。そのうえで、自殺開始時説は、自殺関与罪が独立罪とされている趣旨を見失った見解であるとして、また自殺駆り立て時説は、現行法は関与行為について特別の規定をつけていないのであるからそのような概念を持ち込むのは少なくとも解釈論としては不当であるとして、両説を批判する⁵⁶。この見解は、自殺関与罪の正犯としての独立罪的性格を強調する見地からならば、論理的に最も一貫しており、導かれるはずの立場であるといえよう。

（3）自殺開始時説

これに対して、自殺違法説の立場から、すなわち自殺関与罪の共犯従属性を重視する論者から唱えられるのが、自殺開始時説である。つまり、同意殺人罪の未遂との関係や殺人罪の教唆・幫助の関係において未遂処罰の範囲を広げすぎる、あるいは、形式的にも自殺教唆・幫助罪は嘱託・承諾殺人罪と一緒に規定されているのだから実質的にも同程度の違法に至ることを必要とする、として教唆幫助時説を批判し、教唆や幫助を受けて、本人が自殺に着手した時に202条前段の実行の着手を認めるという立場である⁵⁷。

（4）自殺駆り立て時説

この他に、団藤重光の説く自殺駆り立て説を挙げることができる。これは、教唆・幫助を超えて、それとは区別された「自殺させる行為というもの」、すなわち現実的に自殺に駆り立てる行為があったときに狭義の自殺関与罪の実行の着手を認めるべきである、とする見解である⁵⁸。これについては、現実的に自殺に駆り立てる行為というものが具体的にどのような行為を意味するのかその内容が必ずしも明らかでないため着手時期を明確に認容しえな

い⁵⁹という点や、「教唆・幫助」という行為がまさに「自殺へと駆り立てる行為」なのではないか⁶⁰という点が指摘され批判されている。

(5) 学説の検討

さて、自殺や自殺関与の法的性質に関する自身の見解と矛盾のないように、狭義の自殺関与罪の実行の着手時期を説明するには、自殺開始時説が妥当であると考ええる。そもそも自殺は刑法上処罰されておらず、「犯罪」ではないので、自殺教唆を「人を教唆して『犯罪』を実行させた」という刑法61条の総則上の教唆犯としてみることはできない。ゆえに自殺教唆の処罰には特別の規定が必要となり、それを規定したのが202条である。ここで、教唆又は幫助が行われたのに何らかの理由で自殺に着手がなかったときに、はたして202条がいうところの「人を教唆し…て自殺させ」た場合に該当するののかという問題が生ずる。しかし、被教唆者が自殺を開始していない場合に「自殺させた」というのは無理があるうえ、そもそも自殺を、(可罰的な程度には至らないとしても) 違法な行為であるとする理解する立場をとるならば、自殺を開始する時点を実行の着手とすることに、何らの不合理は生じていないといえる。それに加えて、やはり教唆や幫助を受けた本人が自殺に着手する以前に未遂の成立を認めてしまうのは、同意殺人の実行の着手との間の不統一のみならず、例えば他殺教唆の未遂などに比べても成立が早すぎる。また、原因において自由な行為、間接正犯等にみられるような実行の着手時期と具体的危険の発生との隔離を考慮し、行為者の行為(教唆・幫助)自体とは概念上区別できる時点に実行の着手を認めることを、本罪においても認めるべき⁶¹であると思う。自殺駆り立て説に関しては、すでに述べたとおり「教唆・幫助」こそがまさに現実に自殺に駆り立てる行為なのではないかという疑問があり、教唆・幫助着手時説に対する批判と同様の批判が妥当する。

第五章 結論

以上の通り、本稿では自殺関与罪に関する法的性質と実行の着手について考察を行ってきた。まず、自殺が違法かどうか、すなわち許される行為であるかどうかということは、すでに述べたように古くから議論されてきたテーマであるといえる。しかし、以前は、例えばそれが違法であるという評価は、生命を処分できるのは神であるとか、自殺は神への反逆であるなどといった宗教的なものか、あるいは生命に対して国家の利益を大きく認め、自殺を国家法益の侵害に当たる行為であるとしてみる考え方と結びつけて主張されていた。自殺を違法とするとしても、自由主義・個人主義を根幹とする現在の法秩序のもとにおいて、そのような理由に基づかせるのは適切ではない⁶²。それゆえ、とりわけそのような観点以外からの自殺の法的性質に関する考察を行う必要があるとして、本稿は日本とドイツにおける自殺の不処罰根拠に関して検討するところから起稿した。続けてわが国における自殺関与の処罰根

拠、そこから連関した論点である狭義の自殺関与罪の未遂成立時期について、考察を試みてきた。

自殺というのは、自己の生命という重大な法益を自ら放棄する行為であり、生命法益と自己決定権とが衝突する場面である。しかし、生命という法益は最高次の価値を有するものであるから、自己のものであるとしても、生命侵害の違法性が阻却されることを認められるのは極めて限られた範囲においてである。すでに述べたように、自己決定権は憲法上保障された権利であるとしても、最高法益である生命に対しては原則的に優越はしないとされている。その意味において自己決定権の行使としての自殺は、違法な行為であるといえるが、しかし、自己決定の自由が完全に実現されていることにより、その可罰性は否定されるという理解に帰結する。その場合の自殺関与罪の処罰根拠のとらえ方に関しては、本罪を通常総則上の共犯としての教唆・幫助犯ではなく、それを補充する特別の規定としたうえで、不可罰的な自殺と可罰的な自殺関与では両者の自己決定の価値や自由における差をもって、自殺関与行為の違法性のみが可罰的に達するとする見解を支持した。

また、狭義の自殺関与罪の実行の着手時期に関しては、まず、自殺を違法な行為として捉える以上、自殺に着手する時点をもって実行の着手とすることは十分説得的な考え方であるといえる。さらに、同意殺人罪と自殺関与罪とは同じ法定刑であることに照らして、実行の着手についても統一して考えるべきであり、同意殺人罪において囑託を受け、承諾を得ただけでは実行行為とならない以上、単なる教唆・幫助だけで自殺関与罪の実行行為とするのはあまりにも両者が不均衡であるため、教唆・幫助を受け自殺行為を開始した時点に実行の着手を認めるという自殺開始時説が妥当であるとした。

なお、自殺関与罪について検討すべきその他の論点として、殺人罪との限界づけがあり、それは特に偽装心中の法的評価などにおいてあらわれる。偽装心中をめぐる解釈論上の問題は、被害者の承諾や自己決定権に関する考え方、202条の処罰根拠をも含む様々な観点をふまえて議論されなければならない課題であり、その解決はなかなか困難である。これらの論点については、また他の機会に論究を試みたい。

-
- 1 ただし現在、西欧諸国は軒並み死刑を廃止している。
 - 2 謀殺（292条）、毒殺（293条）、故殺（294条）、惨刻殺（295条）、便利殺（296条）、誘導殺（297条）、尊属殺（362条）、など。
 - 3 200条は憲法違反で無効とされ、1995年の口語化に伴い、尊属傷害致死等の規定とともに削除された（最大判昭48年4月4日刑集27巻3号265頁）。
 - 4 本条には、自殺教唆罪・自殺幫助罪・囑託殺人罪・承諾殺人罪の4種類の犯罪が並列して規定されている。前二者が、自殺者本人の自殺行為に対する「従たる行為」「間接的行為」であるの

に対して、後二者は、生命を奪う「主たる行為」「直接的行為」であって、行為の性質が異なる（改正刑法草案256条）。前二者を狭義の「自殺関与罪」、後二者を「同意殺人罪」と称して扱うことが多い。

- 5 Eberhard Schmidhäuser, Handeln mit Einwilligung des Betroffenen-strafrechtlich:eine scheinbare Rechtgutsverletzung, in Festschrift für Friedrich Geerds (1995), S.602.
- 6 Eberhard Schmidhäuser, Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag (1974), S.818.
- 7 Schmidhäuser,a.a.O. (Anm.6), S.818.
- 8 Schmidhäuser,a.a.O. (Anm.6), S.814.
- 9 Schmidhäuser,a.a.O. (Anm.6), S.812.
- 10 Peter Bringewat, Die Strafbarkeit der Beteiligung an fremder Selbsttötung als Grenzproblem der Strafrechtsdogmatik, ZStW87 (1975), S.634. なお、本論文に関して以下の紹介がある。園田寿「ペーター・ブリングヴァート 刑法ドグマティークの限界問題としての自殺関与の可罰性」法学ジャーナル（関西大学大学院）（1978）230号101頁以下。
- 11 Bringewat,a.a.O. (Anm.10), S.646.
- 12 ドイツ刑法323条cは、「事故又は公共の危険若しくは緊急の際に、救助が必要であり、当該状況によれば行為者に救助を期待することができ、特に自身への著しい危険も他の重要な義務に違反することなく救助が可能であったにもかかわらず、救助を行わなかった者は、1年以下の自由刑又は罰金に処する（法務資料の訳による）」と規定する。
- 13 Bringewat,a.a.O. (Anm.10), S.637, 638.
- 14 ボン基本法2条2項は、「何人も生命への権利及び身体を害されない権利を有する。人身の自由は、不可侵である。これらの権利は、法律の根拠に基づいてのみ、これに介入することが許される」と規定する。
- 15 Rudolf Schmid, Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst? Gleichzeitig ein Beitrag zur Reform des Opiumgesetzes, Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag (1972), S.117, 118.
- 16 Hans Joachim Hirsch, Behandlungsabbruch und Sterbehilfe, Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag (1987), S.612.
- 17 Hans Joachim Hirsch, Einwilligung und Selbstbestimmung, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag (1974), S.779. なお、本論文に関しては以下の翻訳がある。石原明「ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ 同意と自己決定」神戸学院法学14巻3号（1983）207頁以下。
- 18 Alfred A. Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts (1992), S.29.
- 19 Göbel,a.a.O. (Anm.18), S.41.

- 20 Günther Jakobs, Zum Unrecht der Selbsttötung, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, S.467, 468.
- 21 Konstantinos Chatzikostas, Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid und Euthanasie. S.267.
- 22 Chatzikostas, a.a.O. (Anm.21), S.263ff.
- 23 旧刑法は、「自殺ニ関スル罪」として以下のように規定していた。
「三百二十條 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者ハ六月以上三年以下ノ輕禁錮ニ處シ十円以上五十円以下の罰金ヲ附加ス其他自殺ノ補助ヲ為シタル者ハ一等ヲ減ス
三百二十一條 自己ノ利ヲ図リ人ヲ教唆シテ自殺セシメタル者ハ重懲役ニ處ス」。
- 24 福山好典「自殺関与罪・同意殺人罪の成立過程」早稲田法学会誌63巻2号245頁以下。また、この他の自殺関与罪の立法史に関する詳細な論文として、同「旧刑法における『自殺ニ関スル罪』の制定過程」早稲田大学大学院法研論集138号（2011）149頁以下。
- 25 自殺という行為は、ラテン語のsui（己、そのもの）とcide（切れ、殺す）の複合語に発祥している。フランス語、英語ではsuicide、イタリア語とスペイン語ではsuicidio、ドイツ語ではSelbstmordとなり、すべて一様に「自己殺害」という宗教的、道徳的、評価的な意味を持つ。対して日本語では、自決、自害、殉死、情死、厭世自殺、切腹、入水、心中など、非常に語彙が豊富で原則的に「描写的」表現が多い点が特徴といえる。布施豊正『自殺入門—クロス・カルチャラル的考察』（誠信書房、1990年）2頁参照。
- 26 滝川幸辰『刑法各論』（世界思想社、1951年）30頁。
- 27 香川達夫『刑法講義各論（第三版）』（成文堂、1996年）370頁。
- 28 谷直之「自殺関与罪に関する一考察」同志社法学44巻6号（1994年）182頁。
- 29 谷直之・前掲論文（注28）192頁。
- 30 たとえば、生田勝義『行為原理と刑事違法論』（信山社、1993年）200頁以下、塩谷穀・『被害者の承諾と自己答責性』（法律文化社、2004年）227頁以下。
- 31 曾根威彦「自己決定の自由と自殺関与罪」佐々木史朗先生喜寿祝賀『刑事法の理論と実践』（2003年）266頁以下。本論文は、同『刑事違法論の展開』（成文堂、2013年）に所収。
- 32 秋葉悦子「自殺関与罪に関する考察」上智法学32巻2・3合併号（1991年）187頁以下。ただし、秋葉悦子「同意殺人—自己決定権の限界—」法学教室232号3頁にて、以下のように自説を修正している。「筆者はかつて自己決定権を尊重する立場に立ちつつ、ほとんどの自殺意思は不自由であるという自殺研究（病理学）の知見を論拠に、202条を最初から不自由な自殺意思を前提とした規定と解することで、その処罰根拠を説明しようと試みた」がしかし、「202条の処罰はむしろ自己決定権の内在的限界によって根拠づけられるべきであるように思われる。これを『共同体への義務に結びついた自由』の概念に則して、自殺意思は自由でないと表現

することもできよう」。

- 33 谷直之・前掲論文（注28）193頁。
- 34 谷直之・前掲論文（注28）173頁。
- 35 大塚仁『刑法概説各論（第三版増補版）』（有斐閣、2005年）18頁。
- 36 塩谷毅・前掲書（注30）105頁。
- 37 曾根威彦・前掲論文（注31）279頁以下。
- 38 若尾岳志「自殺と自殺関与の違法性」早稲田大学大学院法研論集107号（2003年）361頁。
- 39 山中敬一『刑法各論（第二版）』（成文堂、2009年）26頁。
- 40 塩谷毅・前掲書（注30）106頁。
- 41 生田勝義・前掲書（注30）203頁。
- 42 大谷實『刑法各論の重要問題（新版）』（立花書房、1990年）19頁以下。ただし、大谷實『刑法講義各論（新版第4版）』（成文堂、2013年）では、自身の立場を可罰的違法阻却説であるとしている。すなわち、人の生命は個人的法益であるが社会・国家の存立の基礎となる法益として最高の価値を有するものであるから、法益の主体といえども生命を勝手に処分することは法律上許されることではないが、生存の希望を失った者が自ら命を絶つことに国家が刑罰をもって干渉することは「個人の尊重」を侵害する結果を招くところから、現行刑法は個人の幸福追求権（憲13条）を保障するために生命についての自己決定を認めて自殺を処罰しないと解すべきであるという（同17頁）。
- 43 上田健二「自殺——違法か、適法か、それとも何か——自殺関与・同意殺人罪の処罰根拠と『法的に自由な領域』の理論——宮沢浩一先生古希祝賀論文集第二巻刑法理論の現代的展開（2000年）223頁以下。
- 44 平野龍一『刑法概説』（東京大学出版社、1977年）158頁。
- 45 山中敬一「法的に自由な領域の理論再批判—金澤論文を読んで—」『法の理論3』（成文堂、1983年）173頁以下。
- 46 Arthur Kaufman, Die Lehre vom “rechtsfreien Raum”, in: ders., Rechtsphilosophie, 2. Aufl., München (1997), S.226ff.
- 47 「法的に重要性がないために空白な領域」、「法的に重要性があり規制もあるがその枠内で評価を差し控える領域」、の二つであった法的評価空白領域の理論について、（i）法的重要性がないために空白な領域、（ii）法価値観の重要性はあるが実定法的規範を欠くために空白な領域、（iii）法的重要性も法的規制もあるがその枠内であえて空白とする領域、（iv）法的重要性も法的規制もあるが国民がこれを無視して事実上の無・法状態を生じている領域、の四つに分類することを提案した。
- 48 金澤文雄「生命の尊重と自己決定権—「法的評価空白領域理論」に関連して—」ホセ・ヨンパルト教授古希祝賀『人間の尊厳と現代法理論』（2000年）98、99頁。

- 49 可罰的な違法性が阻却されるという説に類似の考え方として、以下のような理論構造も挙げられる。生命という法益は「流通不能」なものであり、このような前提から考えるなら、自殺者が法益を放棄していたとしても関与者にとっては完全な保護法益として存在するがゆえに、自殺行為は適法であるがそれに関与する行為は違法であるとすることができるという。このような結論は「生命」という法益の特殊性から導かれるものであり、「主観」や「行為態様」から生じるものではなく、その意味であくまで法益関係的な構成であり、これは生命法益の「流通不能」性という法益の性質から導き出される結論であるので「人によって」違法性が相対化するわけではないがゆえに、法益の客観性が薄れるということもない。鈴木晃「自殺関与罪の処罰根拠」中京法學38巻3・4号合併号（2004年）490頁。
- 50 曾根威彦『刑法における正当化の理論』（成文堂、1980年）150頁。
- 51 曾根威彦『刑事違法論の展開』（成文堂、2013年）117頁。
- 52 若尾岳志「自殺と自殺関与の違法性」早稲田大学大学院法研論集107号（2003年）154頁。
- 53 曾根威彦・前掲書（注51）118頁以下。
- 54 旧刑法においては、自殺教唆が利己的な動機で行われた場合には「重罪」として総則の未遂規定の適用があったにすぎず（旧刑法321条）、単純な自殺の関与に未遂処罰は規定されていなかった。
- 55 大塚仁『刑法要論（各論）（第六版）』（成文堂、1993年）15頁、団藤重光『刑法綱要各論（第三版）』（創文社、1990年）407頁。
- 56 平野龍一・前掲書（注44）159頁。大谷實・前掲書（注42）『刑法各論の重要問題』52頁。
- 57 須之内克彦『刑法における被害者の同意』（成文堂、2004年）139頁以下。齊藤誠二『刑法講義各論1』（多賀出版、1979年）112頁以下。谷直之・前掲論文（注28）193頁。大塚仁・前掲書（注35）21頁。
- 58 団藤重光『刑法綱要各論（第三版）』（創文社、1990年）408頁。
- 59 岡野光雄「自殺関与罪の諸問題」受験新報32巻8号44頁。
- 60 大谷實・前掲書（注42）『刑法各論の重要問題』19頁。
- 61 曾根威彦『刑法における実行・危険・錯誤』（成文堂、1991年）179頁。自殺を教唆する行為に自殺関与罪の実行行為性を求めたこと、すなわち教唆行為の開始時点に実行の着手時期を求めたことに問題があるのではなく、その時点ですでに生命に対する具体的危険が発生したものとして未遂犯の成立を認めた点に問題があると指摘する。
- 62 若尾岳志「自殺関与罪の処罰根拠（一）」早稲田大学大学院法研論集94号（2000年）336頁。

A quality of legal about instigation or assistance in suicide and homicide with consent.

NISHIMOTO, Kana

Abstract:

Today, we don't have the regulation that punishes to put an end to one's own life. However, art.202 of the criminal law regulates punishment of the instigation or assistance in suicide. And art.203 of that regulates the attempt. Although suicide is not punishable, participation in suicide is punishable. We have to explore the reason.

For that purpose, I will consider the character of suicide itself in the first place. That influences a variety of issues.

In this paper, I compares circumstances about the character of the instigation or assistance in suicide and homicide with consent in Germany to in Japan. Moreover, I find out the grounds that punish the participation in suicide and from which stage it is punishable.

Keywords:

suicide, participation in suicide, homicide with consent, quality of legal about suicide.