

## 自殺関与罪の処罰根拠

鈴木 晃

### 1 はじめに

刑法202条は、「人を教唆し若しくは幫助して自殺させ、又は人をその囑託を受け若しくはその承諾を得て殺した者は、6月以上7年以下の懲役又は禁錮に処する。」と規定している。このうち同意殺人についてはともかくも、自殺関与については、「教唆」「幫助」という文言上は共犯であるかのような立法形式をとっている。ところが、自殺については刑法は規定するところがない。これをどのように解釈するのか。自殺関与に関する問題の原点はここにある。

自殺の違法性を肯定し、自殺を処罰するというのであれば、共犯の従属性についての制限従属形式を前提にすれば、自殺関与を共犯として理解する道が開けるし、また、自殺者は自己の生命法益を放棄できないのであるから、保護法益は存在し、それを関与者が独立して侵害するという構成も可能となる。しかし、自殺の違法性を認めるにしても、構成要件該当性がない以上、共犯の成立を考えることには疑問が残る。さらに、自己法益の自己処分であっても生命法益では違法性が残るとしても、自殺者が処罰されないのに、その法益を関与者が侵害した場合に可罰的と

いえるのかについても問題が存在する。また、憲法的価値を有する自己決定権を軽視するものでない限り、自己の生命の放棄は法益の保護性を失わせるものであるから、結果無価値的な思考方法からすれば、そもそも自殺の違法性を無条件に肯定することは困難であるはずである。そこで自己決定権の限界を論じ、国家的あるいは社会的観点から生命の処分権は純粹に個人に付与されていないのではないかという主張を行うことによって、自殺の違法性を維持しようとする。確かにあらゆる人権の源としての生命権については、他の権利と同じ意味で自己決定を考えることは不当であるかもしれない。例えば自分のパソコンを他人に単純贈与する場合には、所有権の侵害がそれによって生じるものでないことは当然であるが、同じ意味で自分の生命を処分することが可能になるものではないかもしれない。そこには、生命の自由な処分権を個人に認めることになると、全体として生命軽視の傾向を生じ、人権の基盤を危うくするおそれがあるのであろう。ここでは自己決定権は「生命」という価値に譲歩せざるをえないことになる。換言すれば、個人の自律と個人の尊厳がここでは分断することになるのである。しかし、個人の尊厳とは何かという点で問題を内包するものである上に、生命という法益は一体誰のものなのかという点で素朴な問題を生じる。

このように考えると、自殺が適法であるという主張（あるいは法的に自由な領域に属するという主張）にも一定の合理性がある。しかし、そのように考えると、自殺関与にしても同意殺人にしても、既に法益が放棄され適法とされているにもかかわらず、それに関係する者を処罰することになるために、重大な矛盾が生じていることになる。保護すべき法益が存在しないところに法益侵害も、したがって違法性もないと言わざるをえないからである。そこで、この立場をとる場合には、法益を自殺者の生命とは認めず、何か別の法益を創出せざるをえないか、あるいは法益の相対化を図るほかなくなるのである。もちろん、徹底した立場をとれば、自殺関与も同意殺人も不可罰であるという結論もありうるが、

現行法の立場とは異なり、立法論というほかない。

自殺の違法性と自殺関とおよび同意殺人との関係についてのこのような理論状況を、どのように評価しうるのであろうか。以下では、自殺関与罪に絞って、若干の学説について検討を加え、その処罰根拠について論じることとする。<sup>(1)(2)</sup>

## 2 自殺適法説と自殺関与罪の処罰根拠

まず、自殺の違法性を認めない説から検討しよう。この説によれば、自殺を何らかの根拠に基づいて違法性を否定するのであるが、すでに述べたように、自殺が適法であるのに、その関与行為が可罰的であることの説明が困難となる。そこで、自殺関与罪の可罰性を肯定するために、自殺行為とのある種の「切り離し」を行う点で共通するものがあるように思われる。ではその「切り離し」はどのようにして正当化されるのであろうか。

### (1) 自殺適法説

香川博士は、自殺が罪とならず処罰されない理由を、「自殺とは、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だからである。」とされる。そして、このように考えるなら、「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しなければなるまい。同様に普通殺人罪にいう人とは、他人を意味し自己を含まないとするなら、やはり自殺は同条の構成要件該当性を欠くとするほかな」と結論付けられる。それでは、香川博士は適法とされた自殺行為への関与が処罰される理由をどのように考えるのであろうか。「たしかに、従属性論的な思考によるかぎり、その説明には困難をとまなう。だが、それに関連づけて考えること自体が基本的にみて適切でない。」と述べ、自殺行為と自殺関与との分断を行う。そして、「自己法益の自己処分の範囲を

こえ、他人による関与・処分は、基本的には殺人罪であり、その殺人罪の減輕類型としたのが本罪<sup>(3)</sup>であるとされるのである。このように、自殺を適法であるとし、自殺関与を独立共犯として構成する見解は、その限りでは明快であるが、しかし、殺人罪の減輕類型とした場合、保護法益として何を考えるべきであるのか不明である。自殺が「自己法益の自己処分」であるから法益侵害性がないとするなら、自殺関与が「基本的には殺人罪」であるということも不可能である。ここに何らかの理論構成が必要であると思われるのである。<sup>(4)</sup>

この理論構成は、要するに、そこで保護される法益とは何かということが問題になるものと思われる。法益の相対性を認めることも可能であるが、自殺者の有する生命法益とは別の法益が侵害されるとする見解もある。平野博士は、「自殺は犯罪ではない。」「自殺は法的には放任された行為であり、違法な行為ではないというべきであろう。ただ生命は本人だけが左右しうるものであり、他人の死に干渉し原因を与えることは違法」であるとされ、「したがってこの場合の教唆・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、独立の行為形態なのである。」と主張される。<sup>(5)</sup>さらに、「わが国の刑法学者の中には、自殺も違法な行為であり、ただ自殺しようとした本人まで処罰するのは苛酷だから処罰しないだけのことだという人もかなりあります。命は国のものだという考えが、まだその根底にあるのかもしれない。」「生命はその人にとって最も貴重なものですから、それにもかかわらず死のうというのは、そうせざるをえない追い込まれた状況があるからこそでしょう。死ぬことは、自分をますます不幸にすることです。ですから、表面は自分で決めたように見えますが、その本来の意思には反しているといっているのです。その意味で自殺者は、被害者なのです。ですから他の人は、その人をますます不幸にするようなこと、本人を被害者におとしめるようなことをしてはならない。」そのような観点からすれば、たとえば、自殺教唆については「教唆行為自身が犯罪とされているのであり、教唆行為

自身が、この罪の実行行為だと考えるべきでしょう。」と述べられている。<sup>(6)</sup> 生命が個人法益であり、国家や社会がそれを所有するものではない、つまり国家や社会が生命を自由に処分する権限をもつものではないという大前提からすれば、自殺がその自殺者の意思に基づく限りにおいては、違法性を欠くという主張には正当なものがあるといえよう。憲法的な人間の尊厳に基づく自己決定権を考慮すれば、<sup>(7)</sup> 当然の結論ともいえる。そして、自殺を違法ではないとする場合における、自殺関与の処罰根拠について、自殺行為との法的な分断を行い、関与行為を共犯とは異なる独自の行為形態であると考えられることも、自殺が違法でない以上、論理的な整合性がとれていると評価しうる。しかしながら、問題は、法益の性質である。「他人に干渉し原因を与えること」あるいは「その人をますます不幸にすること」ないしは「本人を被害者におとし入れるようなこと」を自殺関与罪の違法性の基礎とするならば、必然的に生命という個人法益の性質からは離反せざるを得ないように思われる。それが個人と個人との適切な関係を保護しようとするものならば、社会法益として規定し直されているのではないかという危惧が生じる。もちろん、殺人罪とは異なり、自殺関与となり同意殺人なりがそのような法益を保護するものと考えること自体は不可能ではないが、自殺行為との関連性をそのように「切り離す」ことは妥当とは思われない。生命を純粹に個人法益として規定するならば、自殺関与罪の保護法益も同様に個人法益として規定される生命を法益として考慮するのが整合性があるといえる。しかし、それでは、生命法益が放棄されているのであるから自殺関与罪の法益も存在しないことになるという原則的な疑問が生じる。そこで、生命を個人法益として維持しつつ、自殺関与罪については独自の法益を創出するのであるが、「結果として」生命の社会法益化を生じさせているように思えるのである。この点、前田教授は、「『生命の放棄という自己決定』は違法ではないものの好ましくない行為であり、それを助長する行為は禁圧すべきであるとするのである。これは、『生命の軽視』を否定する

という道義観の保護に通じ、また個人の生命支配権（生命に関してはすべて本人が司らなければならない）という抽象化した法益概念を承認することにもなる。<sup>(8)</sup>とされているが、このような法益の生命法益に対する影響を慎重に見極める必要があると思われるのである。また、西田教授も、「人間の生命は、その者自身に属するものであり、本来、その者の処分の自由を認めるべきであるから、自殺行為を違法とするのは妥当でな<sup>(9)</sup>」いし、「自殺は合法なのであるから、これに関与する行為も不可罰とするのが理論的に一貫しているともいえよう。しかし、生命という重大な法益の自己処分については、刑法がパターンリズムの見地から介入し他人の関与を排除することには十分な合理性があると思われる。<sup>(9)</sup>」とされる。ここでも、生命という法益は放棄されているのであるから、自殺関与行為の処罰根拠を純粹に個人法益の侵害に求めることが出来なくなったこととの関係で、生命という法益とは別個の外部的な根拠 パターンリズム に求めているのである。しかし、生命という法益の重大性から導かれる法益の性質そのものではなく、その意味で内在的な制約ではなく、外部的な制約原理を生命法益に認めることは、制約の幅をいちじるしく不安定にすることになりかねない。<sup>(10)</sup>さらに、原理的に言えば、「パターンリズムは、[その主張の多様さを認めるにせよ] 基本的に国家が前面に出てくる後見的干渉である。これは、個人主義を基調とするわが憲法秩序に矛盾する懸念がある。そして何よりも、裏を返せば、ある場合には国家に生殺と奪権を認めることにもなりかねない。」<sup>(11)</sup>といえる。もちろん、パターンリズムがどのような場合にも認められないということはできないであろうが、たとえば、パターンリズムによる説明がよくなされる未成年者の人権制約は、未成年であることから生じる権利主体としての未熟さの問題として、権利自体と関連して論じられるのであり、一般条項的な制約として論じられるものとは思えない。<sup>(12)</sup>なお、後見的配慮を行い、自殺関与の処罰を正当化するにしても、問題を実質的に考慮する場合には、後見的配慮が不要な場合には、自殺関与の処罰

も不要となるはずであるが<sup>(13)</sup>、そこではおよそ自殺者にパターンリスティックな配慮が必要であるのかどうかについての実態把握が決め手になるように思える。もちろん、それがどのようなものであるにしても、法規範が抽象的に介入を命じていると判断することは理論的には可能であろう<sup>(14)</sup>。

## (2) 「法的に自由な領域」論

このような国家的干渉に反対し、自殺関与罪自体の存在意義を疑うのが上田教授である。自殺関与罪は、明治時代初期における初めての処罰化においては、「はじめての『ナショナリズムの高揚』、言い換えれば、『忠君愛国』、『一君万民』、『富国強兵』をスローガンとする中央集権的天皇支配体制と緊密に関連していた」とされる<sup>(15)</sup>。そして、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延びたのは「奇異としか言いようがない」とされ、「これは、自殺が、たとえ国家法益ではなくなっても、『妻子または社会がその上に持っている利益』を侵害する行為であり続けるという見解が、戦後になっても一貫して支持されていることによるもの」と述べられる<sup>(16)</sup>。さらに、自殺に関する哲学的論証において、「自殺は、社会がその前では沈黙しなければならないひとつの自由の行為であり、したがってそこには被害というものは全く存在していない」ことが「もはや原則的に動かしがたい」と主張される<sup>(17)</sup>。しかしながら、このことは禁じられていないものは許されているという法理の妥当性を直接導くものではないとし、たとえば、自殺権は同時に殺害請求権を生じかねないし、また、それぞれ何らかの説得力を有する多くの自殺論を一つの価値観で断定することにも問題がある上に、「他人の生存基盤の剥奪を伴う自殺(たとえば妊婦の自殺!)」も自殺適法説とどのように調和するのか問題が生じるとされる<sup>(18)</sup>。そこで、自殺は違法でも適法でもない、「法的に自由な領域」に属することになるとし、それゆえに「その関与形態のすべても,」「同様にこの領域に属する」のであるが、それは「自殺関与もまた自己答責的な良心の決断に基づく行

為だからである」とされる。<sup>(19)</sup>そして刑法202条の処罰根拠についての試みがすべて挫折するのは、「個々人の純然たる私事という聖域に踏み込むことにならないわけにはゆかないからである」と主張されるが、「個々人の真摯な自殺意志が第三者の利害関心によって濫用されるという危険があり得る」し、「その防止手段としての処罰規定はなしで済ませることはできないであろう。」とされ、そのための条文の表現形式として、「他人の自殺行為への関与および彼の要求に基づく殺人は、当該行為が自殺者または被殺者の真摯な死への意思の尊重によって決定されている場合には、罰せられない。」という形式が望ましいと主張されている。<sup>(20)</sup>

このような見解にはどのような問題があるのであろうか。まず、仮に「法的に自由な領域」を認めるにしても、その領域においてどのような法的帰結を求めていくのが不明である。ロクシンは、「法的に自由な領域による解決は、墮胎のケースにおいて、墮胎に賛成の者と反対の者が、手術の行われている病院で、法的効果を伴わない互いに重傷を伴う野戦を繰り広げること意味する。一方当事者は手術は禁じられていないとし、他方当事者は救助も禁じられていないとする。この種の『法的カオス (Ein rechtliches Chaos)』を容認することは、法秩序の任務と矛盾する。」と批判する。<sup>(21)</sup>このようなロクシンの事例が現実的かどうかはともかく、法的評価から免れている領域においては、どのような事態が生じるのかは予測不可能である。法規範はそのために市民生活を規律しようとするのである。法的に自由な領域の思想は、法規範の行為規範としての側面を軽視するものにほかならない。上田教授は、この思想がモデルとする人間像はロクシンの言うような「人食い人種」ではなく、「成熟した市民」であり、そこには「寛容原理」が妥当していると主張されるが、<sup>(22)</sup>それが望ましい事態であることは承認できても、一つの価値判断であり、起こりうる不測の事態に法は無力であることに変わりはない。さらに、詳細は不明であるが、このことを意識して自殺関与の処罰自体は容認されるかのようであるが、そうであればそのための処罰根拠は必要



である。<sup>(23)</sup>

### (3) 生命を保護法益とする独立共犯説の展開

自殺の違法性を否定しつつ、自殺関与罪を独立共犯として構成するのが谷講師である。その見解を簡単に述べれば次のようになる。個人の尊厳の内容には、「自律と存在、すなわち生命との二面性」がある。そのうち自律の尊重から同意による生命の処分権を認めることは、個人の尊厳のもう一方の生命の尊重という側面を傷つけることになる。これは、個人の尊厳による個人の尊厳の否定であり、自己矛盾となる。<sup>(24)</sup>したがって、「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」から、同意殺人においては、被害者の承諾があるにもかかわらず、法益侵害が肯定される。<sup>(25)</sup>しかしながら、「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。」<sup>(26)</sup>このように考えてくると、自殺について構成要件該当性も違法性も欠けている以上、自殺関与罪を共犯として考えることは出来ない。「正犯として独立した犯罪類型」であるということになる。この結論は、刑法202条の条文形式が、まず、自殺関与を規定し、同意殺人が後に規定されていることによって補強される。つまり、正犯行為である同意殺人が先に規定されるべきであるのに、そうでないのは、自殺関与も正犯としての性格を有するからであるとされるのである。さらに、自殺幫助については刑の減輕がないことも、この犯罪が共犯でないことを証明する。<sup>(27)</sup>

この見解に対しては、「『教唆・幫助』という『共犯形態』での犯罪実

行が構成要件化されているのであって、その共犯的 = 従属的性格は軽視されるべきでなく、とりわけ『自殺幫助』が『同意殺人』と同一の法定刑で処断されていることは、むしろ『立法論的』にそのあり方が疑われるべきなのである。<sup>(28)</sup> という批判がある。しかし、谷講師は、条文の形式が「共犯形態」であることを否定しているのではなく、共犯としての処罰の根拠付けを否定していると思われるのである。その意味で「共犯的 = 従属的性格」を軽視するものではない。このことは谷講師が「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<sup>(29)</sup>」とされていることから明かである。自殺行為と自殺関与との「切り離し」は行うものの、自殺関与が侵害する法益は自殺者の生命であることを承認する点で、その「関連性」自体は否定しないのである。しかしながら、問題はまさにその「関連性」にある。自殺が不可罰で、その根拠が自殺の違法性を否定する点にあるとするなら、何故自殺関与者がその否定された法益を侵害することができるのであろうか。また、同意というモメントでは自殺の正当化が導かれれないという前提から、生命法益性は残るとしながら、生存義務を国家が課すことは憲法理念からゆるされないとして自殺の違法性を否定する場合、それは法益論から自殺の違法性を否定するのではなく、国家の不介入論理からのみ否定するのであるから、国家観によって容易に結論が異なることになる。これはいわば「逆立ちしたパターンリズム」を承認することにならないのであろうか。あるいは、それは法益性を潜在的に認めるのであるから、論理的に考えれば「違法性を否定」しているのではなく、すでに検討したような「法的に自由な領域」を認めることにならないのであろうか。そうだとすればすでに指摘したような批判がここでも妥当と思われるのである。もっとも、ともかくも自殺の違法性を否定し、刑法202条が独立共犯であり、その保護法益として自殺者の生命を考える点では正当な側面があるように思われる。ただ、その保護法益がどのようにして肯定されるのかについて理論構成が必要であるように思われるのである。

#### (4) 共犯論からの試み

自殺が適法なものだとしても、共犯論から独自に自殺関与の処罰を認める説がある。大越教授は次のように述べられる。自殺を適法とすると、共犯である自殺関与についての処罰根拠が問われることになるが、一つの解決策として、自殺関与を独立の行為形態であるとする見解がある。しかし、共犯における制限従属性説は共犯が成立するすべての場合に妥当するものではないのだから、自殺関与を独立の行為形態とする必要はない。そして、違法判断は相対化することもあり、その例として、猥褻文書の販売者と(不可罰な)買受人、非弁護士と(不可罰な)自己の法律事件の解決を依頼した者の例が認められる。「被害者の地位に基づく違法阻却効果は一身的に作用するのである。」さらに、構成要件該当性がない場合でも、たとえば、犯人自身による犯人蔵匿は構成要件がないが、第三者が犯人の自己蔵匿に関与した場合には共犯として可罰的であるように、共犯者が違法結果を惹起することが可能なら、正犯の構成要件該当性は不要である。自殺関与も通常の共犯と同様に、違法結果の惹起のゆえに処罰されることになる。<sup>(30)</sup>

確かに、行為無価値論的な考え方に立てば、違法の相対性は認めやすくなるし、自殺の適法性と自殺関与の可罰性を共犯論として肯定することができるであろう。しかし、二元論的な考え方では法益関係的な視点も重要である。ましてや、かりに結果無価値的な立場を採るのであれば簡単に違法の相対性は認められないであろう。<sup>(31)</sup>このような原則的な疑問は一応おくとしても、なお個別的には次のような疑問がある。違法の相対化の例として大越教授が挙げられている例は、正犯行為は当然処罰され、ただその関与者が「被害者」としての地位によって違法阻却される場合である。<sup>(32)</sup>つまり、制限従属性説からいっても形式的には従属性が認められ、ただ、関与者の一身専属的な違法阻却事由によって不可罰とされるだけである。しかしながら、自殺関与の場合において、その正犯行

為 (自殺行為) 自体が適法であるとするなら、関与者は正犯への従属性を否定される。全面的に違法の相対性を肯定されるなら、自殺者が否定した生命法益でも、関与者にとっては法益性が否定されないと考えることによって、共犯論から自殺関与の可罰性を説明することができようが、人により法益性が変わるといのは、法益関係的な思考とは断絶し、少なくとも結果無価値論からは説明は困難である。さらに、正犯に構成要件該当性が欠ける場合でも共犯処罰が可能である<sup>(33)</sup>ことの例として挙げられる犯人蔵匿の場合において、正犯の構成要件該当性が欠けるのは期待可能性がないからであるが、そうすると当然ながら違法性が肯定されていることになる。この点で、共犯論としては、自殺の違法性を肯定しなければ、やはり自殺関与の可罰性を肯定する根拠とはなりえない<sup>(34)</sup>。しかしながら、ここで指摘しておかなければならないのは、共犯論としては以上の結論を受容しなければならぬとしても、独立共犯として、新たな法益の創出に向かわず、自殺者の生命法益に対する罪として、新たな法的構成ができないのかということである。つまり、自殺者に放棄された生命法益を、その性質から新たな法益性として容認することができないのかということである。ここでは、大越教授の試みを独立共犯説の<sup>(35)</sup>立場から再構成する可能性が探られることになる。この点については後述することにする。

### 3 自殺違法説と自殺関与罪の処罰根拠

次に、自殺を基本的に違法と考える説から自殺関与罪の処罰根拠をどのように考えるのかについて、若干の学説をたよりに考察してみたい。自殺者の自殺意思によっては生命法益が完全に放棄されないとするなら、それを教唆・幫助する行為は、共犯として処罰するか独立して処罰するかの問題はあるものの、可罰的であろうし、同意によって殺害した場合でも、殺害者の可罰性を認めるのに困難はないと思われる。しかしなが

ら、その場合、自殺者の自殺意思(法益主体者の法益放棄)をどのように評価するかについて問題があるであろうし、その評価次第では、自殺関与罪が合理的に根拠付けられるのかも問題である。なお、自殺を違法とみるかどうかは、関与罪との関係で言われることであり、論者によっては本来的な(真摯な意思による)自殺を適法とするものでも、ここに便宜上含めて論ずることにする。

### (1) 責任阻却説

#### 生命の国家的社会的法益性

まず、生命法益の国家的性格を認める見解がある。佐伯博士は、「自殺は、自己に対する殺人行為である。それ自体として違法である。蓋し、生命が法益であるのは、単に本人自身との関係においてのみでなく、国家も、また、その構成員の生存につき利害関係を有し、親族また同様であって、それらの利益は、法により保護せられているからである。自殺行為は、これらの者の利益を侵害するものであるから、違法といわざるをえないのである。」<sup>(36)</sup>とされる。そして、「自殺の教唆または幫助は、それ自身一の殺人方法ではあるが、その違法性は、普通の殺人またはその教唆より少い。」同意殺人についても同じ論理で考えることが可能である。法はこれを考慮して、「一括して特殊の減輕類型」を規定したのである、と述べられている。<sup>(37)</sup>生命法益の処分権が法益主体にないとするなら、自殺は違法であるから、関与者がその生命法益を侵害することができると考えることには合理性がある。しかし、その生命法益が国家主義的な観点から自殺者の処分権の範囲にないと思える前提に疑問があるといわざるをえない。実際、佐伯博士は、自殺関与は殺人罪の減輕類型と考えられるわけであるから、殺人罪を国家法益あるいは社会法益に対する罪と構成しなければならないはずであるが、このような帰結は承認できないと思われる。しかし、自殺関与罪の保護法益を自殺者の生命法益とみなすのは、この犯罪の自殺との「共犯形態」あるいは違法連関を承

認するものであり、この限度では正当性があると思われる。そこでは「独立」共犯とはいっても、「教唆・幫助」という行為形態が問題となるのであり、自殺の違法性との何らかの関連性を否定することはできない<sup>(38)</sup>と考えることに合理性があると思えるからである。

### 共犯論的アプローチ

自殺を責任阻却としつつ、共犯論として自殺関与罪の処罰根拠を考える見解がある。阿部教授は次のように述べられる。自殺は犯罪とはいえませんが、その理由付けが問題である。まず、自殺は199条の構成要件に該当するののかという問題であるが、構成要件の「人」は「他人」を前提としたものであり、仮に自殺を含めると、自殺関与は通常の共犯規定で処罰が可能であり202条は不要となるし、この論理を自傷にあてはめると自傷も傷害罪になってしまう。しかしながら、自殺を適法と考えると次のような不都合が生じる。すなわち、自殺が適法なのに、なぜ自殺の教唆・幫助が違法であるのかの説明が困難になる。また、自殺よりもその関与の方が違法性が重いということになるのは背理である。さらに、「自殺を強制力を用いて阻止できるかという古い問題がある<sup>(39)</sup>。」最後に、安楽死・尊厳死について安易な正当化が行われることになりかねない。以上の観点から自殺は違法であるが、自殺者が生存義務に従うことは期待不可能であるから、責任が阻却されると考えられる。そして、「自殺はたしかに一九九条には該当しないが、二〇二条前段から論理的に導出し得る自殺の基本的構成要件が存在し、これに該当すると考えることができる。」とされている。このようにして、阿部教授の見解では、202条から引き出される自殺の構成要件該当性と違法性に従属することによって、自殺関与の可罰性が肯定されることになると思われる<sup>(40)</sup>。

この見解においては、生命法益は誰のものなのか、あるいは自己決定権の問題をどのように考えるのかということについての原則的問題がある。そしてまた、書かれざる構成要件を認めることの正当性についても重大な疑義があるといわざるをえない。本来、正犯として考えられてい

る自殺が法定されていないのなら、それに関与する行為も共犯として処罰しない趣旨であると考えられる。自殺の違法性を認め、法益主体が法益を放棄している場合でも保護法益は残るとするなら、自殺関与は共犯としては不可罰であるが、残された法益を独立して侵害するものとして構成すべきであると考えの方が論理は一貫している。共犯として構成するために、書かれざる構成要件を認めようとするのは、<sup>(41)</sup>確かに処罰の範囲を広げるものではないが、処罰を縮小しようとするでもない(つまり被告人の利益のためのものではない)。あくまで処罰を根拠付けるための推論である。そうであるなら、阿部教授自身は否定されてはいるものの、やはり罪刑法定主義違反の疑いが強いと思われる。<sup>(42)</sup>

#### 特別規定説

この自殺関与罪の共犯性の問題については、塩谷助教授が積極的な見解を示される。つまり、「自殺関与罪が自殺の『教唆・幫助』という『共犯形式』の行為であると規定されているにもかかわらず、その『従属共犯的性格』を無視し、あるいは過小評価し、『正犯』であると説明するのは慎重でなければならない。」とされるのである。そして、自殺がたとえ、「自己答責的な」ものであったとしても、なお違法な行為であると主張され、その理由は、自殺が適法であるなら、自殺阻止行為が強要罪に該当することになってしまう点にあるとされている。したがって、「刑法202条における『自殺教唆・幫助』は、『共犯従属性』および『制限従属性』の原則からはそれがなければ不可罰になるはずの、違法な行為への教唆・幫助が、特別に構成要件化されたもの」と理解されている。そして、共犯の従属性の程度の問題について、「狭義の共犯の対象となる正犯行為は、必ずしも条文として犯罪類型化されている必要はないが、可罰的な違法行為でなくてはならず、共犯行為はそのような違法行為に従属するもの」とであるとされるのである。

自殺関与罪が、自殺行為の違法性と何らかの関連性をもたなければならぬことについては正当な側面があるとしても、「特別に構成要件化」

されたものであるという主張は、前提である共犯論的構成と必ずしも整合性がないのではないかとと思われる。塩谷助教授は、「それがなければ不可罰」であるとされるのであるが、この思考方法は、むしろ独立共犯説になじむものである。ただ、独立共犯説を採る論者が、保護法益として、自殺行為によって侵害される生命法益以外のものを考えるところを批判するものであるようにも思える。確かに自殺行為の違法性に従属するものであることを主張されるのではあるが、阿部教授のように構成要件該当性を創出せずに、自殺関与罪の構成要件の存在によってはじめて正犯としての自殺行為の違法性が意味をもつのではないかとと思われる。しかし、正犯は共犯に論理的に先行して存在するものでなければならない。正犯の違法性が共犯規定によってはじめて意味をもつというのは逆立ちした議論である。従属するものが先行するものを規定することは背理である。阿部教授のように共犯規定に正犯としての構成要件が当然に前提されているというのであれば、上述した問題はあつたものの、論理的には正当である。やはり、自殺行為に違法性を認めるとしても、その関与罪は自殺行為とは独立して存在し、ただ、その侵害法益が自殺者の生命であるという構成にならざるをえないのではないかとと思われる。

#### 自己決定権濫用説

また、生田教授は、自殺の不処罰根拠を責任阻却としつつ、可罰違法性のある行為として、自殺関与罪の処罰根拠をそこに求めていこうとされている。そこでは、自己決定権は一定の制限をうけることになるが、それを説明して次のように述べられる。つまり、「生命権を『生きる権利』として構成することが、ますます重要になっているというべきであろう。生命は、その他のすべての権利が発する根元である。根元として保護されるとは、その他の個別的権利に優越するということではなければならない。そのようなものとして、生命権は、至高の権利なのである。生命権には、『生き抜く』という積極面と、『他人によって侵害されない』という消極面がある、といってよい。自己の生命の処分は、『生き抜く』



権利の濫用であり、その意味において違法であるというべきであろう。」とされるのである。ここでは、自己決定権は生命を凌駕するものではなく、しかも自己決定権が一人歩きすると、たとえば自律的生存が不可能になった者の切り捨てが容易に起こってしまう危険性を指摘されるのである<sup>(44)</sup>。また、直接的な説明はないが、自殺関与罪を共犯的に構成するのかどうかについては、「自殺関与罪は、共犯行為のみで、行為は法益侵害に対し間接的であるにすぎない。」<sup>(45)</sup>とされるので、少なくとも独立共犯説ではない。

このような見解のうち、自殺関与罪を共犯として構成することに対する問題についてはすでに述べた。ここでより重要であるのは、自殺が生命権の濫用であるという指摘である。ここでは「濫用」ということの前提として、「生命」そのものの至高性を承認する必要があるが、それが生物学的な生命に優越的価値を認めるものであるなら疑問である<sup>(45)</sup>。生命権の内容として、「生き抜く」という性格を認めるのであるから、人格権としての人間の尊厳を背景にした生命権を考慮されているのかもしれないが、すでにそれは「生命」という即物的なものに、一定の価値判断が加えられているように思われる。そうであるなら、一つの思想の表明として尊敬に値するが、論理必然的に帰結されるものではなからう。もちろん、自律が人間の尊厳のすべてではない。しかし、自律原理の後退は人間の尊厳の軽視につながることも自明であると考えられる。自殺を一般的に自己決定権の例外と考えることには躊躇せざるをえない<sup>(47)</sup>。

#### 自殺・自殺関与一体化説

このように共犯論として自殺関与罪の処罰根拠を論証しようとするのではなく、自殺関与罪を自殺行為と一体とした特殊な犯罪類型として構成しようとする見解がある。これは共犯として構成することの困難性を意識した議論であり、正当な側面があると思う。吉田教授は次のように説かれる。承諾による違法性阻却根拠は法的保護放棄説によるべきである。法益としての生命は客観的価値であり、自殺は客観的価値の侵害と

して、原則として違法である。しかし、客観的価値といっても、個人法益について、現行法秩序の基本主義である個人主義・自由主義の観点から、自己決定権が尊重される場合がある。特に生命は、「その基本性、一回性、回復不可能性、代替不可能性等を理由に、又、法秩序自体がこの生命の精神的・物質的充実を目指しているという観点からも、法的保護の放棄の効力が制限され」る。生命の保護に関しては、自己決定という個人主義的側面と国家の法政策的決定の側面があることになり、後者により自己決定権の制限が行われるのは、上述の生命法益の特殊性から導かれる<sup>(48)</sup>。ところで、自殺を違法とした場合、自殺関与罪の可罰性をどのように考えるのか。これを共犯として構成することはできない。「自殺には構成要件がない」からである。しかし、だからといって、独立共犯説も採ることができない。それは、「団体主義を排し、個人主義を基本とする現行法の前提に反する」からであるし、実行の着手時期の点で問題があるからである。そこで「正犯対共犯という分断的思考」から脱却して、「狭義の共犯と自殺との一体的犯罪行為類型であると総合的に把握されるべきである。」「違法な自殺行為と違法な教唆・幫助行為を生命という基本価値に対する危険行為として一体的に把握する」<sup>(49)</sup>のである。

このような見解については、まず、被害者の承諾の違法性阻却根拠については議論<sup>(50)</sup>があり、ここでは検討する余地はないが、少なくとも法益保護放棄説については、それが「被害者の利益放棄があっても、ただちに法秩序が法益の保護を放棄することはしないというのであれば、妥当ではないと思われる。刑罰法規が、法益をその保持者の利益のために存在すると考える以上、法益の侵害・危殆という違法性の実質は、彼がその利益を放棄している以上、原則として存在しなくなるからである」<sup>(51)</sup>という、結果無価値論からの批判があることを指摘しておく。違法観の対立が背景にある議論であるので、一概にこのような批判の正当性を論じることができないが、より重要であるのは次のような問題である。すなわち、この見解では、法的保護放棄説をとりながら、生命法益について

は、法的保護の放棄の制約を認めるのであるが、その根拠として生命法益の特殊性を指摘される。この点までは、十分納得できるものがあると思われるのであるが、その特殊性の内容が「国家の法政策的決定」と結合されて論じられている点で、生命法益の特殊性に法益自体の性質以外のものが混じり込む可能性を孕んでいるようにもみえるのである。それが、パターンリズムであったり、国家法益としての性格であったりするならば、それを否定する議論の前提自体が崩れることにもなりかねない。さらに、自殺関与罪を「狭義の共犯と自殺との一体的犯罪行為類型」であるとされる場合、その意図するところは理解できるが、内部構造がどのようなものであるのか疑問がある。間接正犯的構造でないことは自ら表明されているので、このような構造として構想されているわけではない。生命の否定への認識を自殺者も関与者も持っていて、行為も生命否定の危険性を有している、とされるのであるから、共同正犯的構造と理解してよいであろうか。しかし、そうであるなら、自殺関与における狭義の共犯的性格を無視するものであるし、共犯を正犯として処罰するものである。自殺と関与行為とを、まさに一体化された犯罪として構造化するものであるということであろうが、一体化されると共犯的性格のものがどのような変質をし、その変質がどのようにして合理性を得るのかがなお疑問なしとしない。この見解では、むしろ、本来は「外部的に」、自殺関与が独立共犯であり、それが侵害するのが自殺者の生命法益であると構成すべきところを、独立共犯への疑問から、「内部構造化」し、自殺関与と自殺を結合させることにより、実質上、自殺関与の正犯化を行っているように思えるのである。そうであるなら、独立共犯を「内部から」承認するものに他ならないのではないか。そうであるなら、理論構成としては確かに「無謀なことでは」ないとしても、<sup>(52)</sup>独立共犯を正面から否定するほどの理由をそこに見いだすことはできないと思われる。

## ( 2 ) 可罰的違法性阻却説

自殺行為が処罰されないのは可罰的違法性がないからであるとしつつ、自殺そのものは違法性があり、これを侵害する行為は可罰的違法性があるとする見解がある。この見解を採られる大塚博士は次のように述べられている。すなわち、「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とみるべきである。すなわち、生存の希望を失った者が、その生命を絶つ行為には、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旨であると解する。<sup>(53)</sup>」と主張される。しかし、自殺を犯罪としないことは、自殺関与を当然に不可罰とするものではなく、それは「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あきらかに質を異にする」とされ、「自殺自体が犯罪とされない以上、共犯従属説の立場においては、自殺に関する行為を刑法総則的な自殺の共犯として捉えることはできない」のであるから、各国の立法例にみられるように、「自殺の教唆・帮助行為を独立罪としたもの」と考えることができるとされている。<sup>(54)</sup>

この見解に対しては、大塚博士が、被害者の承諾の基本的な理解において、「被害者の個人的法益が主であっても、同時に、国家的法益や社会的法益をも含む犯罪については、承諾は違法性を阻却しないのが一般である」<sup>(55)</sup>とされていることが、自殺行為に可罰的違法性が欠けると主張することと矛盾するという批判がある。しかしながら、これは自殺関与の違法性について述べられているのであって、自殺そのものではない。しかし、どちらも生命法益を問題にしているのであるから、一方で承諾が違法性を阻却しないとしている以上、他方でも違法性を阻却しないとするのが合理的であるという疑問もある。ただ、大塚博士は、国家・社会法益をも含む犯罪について、「一般」に違法性を阻却しないだけで、「これらの犯罪についても、被害者の承諾のもとに行われることによってその違法性が軽減されうる」<sup>(57)</sup>ことを認められている。このことは、自

殺行為についても、違法性が軽減されることに結びつくし、可罰的違法性を有しないと主張と整合性があるものといわなければならない。しかも、大塚博士は、自殺と自殺関与との質的相違を指摘され、自殺関与行為を独立罪とすることを認められるのである。自殺関与行為について被害者の承諾が可罰的違法性を阻却しないとしても、自殺について可罰的違法性を阻却するということは、形式論理としては問題がないと思われる。しかし、問題は実質的にそのように考えることができるかである。たとえば、「正犯(=自殺)においてないとされる可罰的違法性が、なにゆえ単なる加担犯において可罰性を獲得するかはそれほど明確にされているとはいえない。」<sup>(58)</sup>とか、「可罰的違法性のない行為に関与するする行為は、やはり可罰的違法性がないと解すべきではないか」<sup>(59)</sup>、あるいは、「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に違法性が減少する」<sup>(60)</sup>という批判が存在するのは、違法性の実質的な関連性を自殺と自殺関与との間に求めようとするからであろう。しかし、これらの批判は、自殺行為の不処罰根拠に関する自己決定権の重要性を軽視するものであると思う。さらに、正犯の違法性が軽ければ共犯の違法性も軽いというのは、狭義の共犯について妥当するものの、独立共犯には必ずしもあてはまらないという原則的な疑問もある。自殺と自殺関与との質的な相違を認めるとしても、「教唆・幫助」の形式で規定されている自殺関与については、やはり自殺行為との関係で法益を考慮するほかないと思われる。大塚博士の見解にはこの点において正当な核心があるものと思われるのである。しかし、そうであるなら、自殺者の処分する法益の意味と関与者の処分する法益の意味とは、同じ生命法益とはいっても異なることを承認する方向に進むべきではなからうかと思う。<sup>(61)</sup>

## (3) 他者の利益説

このような生命法益を自殺関与罪の保護法益とすることを疑問視し、「周囲の人々の法益」を保護法益とする見解が林教授によって主張されている。林教授は、次のように主張される。「自殺とは、本人の意思と行為によって生命が失われる場合である。この場合に生命を保護するということは、本人の意思に反して本人の利益を保護することを意味する。」「刑罰権は市民の意思に反してその利益が侵害されるときにのみその発動が許されるのであって、市民がその意思に基づいて自己の利益を処分するときには、国家はこれに干渉することは許されないというべきである。」このような前提から、生命を処分する権限を制約する説を検討され、結局、「自殺行為は生命侵害行為としてはやはり違法ではな」とされ、「その教唆・幫助もそのことを根拠として犯罪とするべきではない」とされる。しかしながら、これでは自殺関与罪の処罰根拠を説明することはできないのであるから、自殺関与罪の保護法益を生命とすることは不可能ではないかとされるのである。そこで、自殺関与罪の保護法益は、「本人以外の、周囲の人々の法益」であるとされるのである。たしかに、生命そのものは国家や社会のものではないが、「各人の生命には、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」である。殺人罪においても同様の利益が認められるが、生命法益があまりに大きな価値をもつため背後に退いているにすぎない。以上のように林教授は説明されているのである。<sup>(62)</sup>

この見解に対しては、自殺を適法と捉えているとみる見解もあるが、<sup>(63)</sup>自殺を適法と捉えることができるのは、自殺を生命法益に対する侵害であると捉えた場合である。その場合には、自殺関与も不可罰となることを認められるので、林教授は、そのようなものとして自殺を考えているのではないように思える。<sup>(64)</sup>自殺関与罪が本人以外の周囲の人々の利益の侵害であると捉えるならば、自殺行為自体も同様に考えることができる。

このような法益のとらえ方を前提にすれば、自殺も違法であると考えられることになる。このような見解では、自殺者の自己決定権は軽視されるところと考えられるし、何よりも自殺関与罪の保護法益の社会法益化が問題である。そして、その法益の内容について具体的な問題が生じる。「周囲の人々の精神的・経済的利益」が保護法益であるとするなら、人間関係が豊かな人ほど法益侵害性が大きいということになってしまう。この点で、「自殺者の性格・人格や生き様によって法益の存否を判断することを意味」することになるという批判もある<sup>(65)</sup>。もちろん、「周囲の人々の精神的・経済的利益」を抽象化して考えることも可能である。その場合、人間は一人では生きられないという大前提から法益侵害の危険性を引き出すことになる。しかし、これではあまりにも抽象化しすぎであり、処罰範囲が無限定になる。

#### (4) 不自由説

このように考えてくると、自殺関与罪の法益を生命法益としてしか考えることができなくなるが、生命法益は個人法益であることを前提とし、自己決定権を尊重するなら、自殺は違法ではないというのが論理的帰結である。そうであるなら、自殺関与罪も違法ではないというのが妥当な結論ということになる。この点を認め、刑法202条の処罰根拠を不自由な自殺の違法性に求める見解が有力に主張されている。秋葉助教授は次のように主張される。自殺研究の知見によれば、多くの自殺は不自由なものであることが認められる。したがって、刑法202条は、この不自由な自殺意思を前提にした規定であることになる。確かに自殺意思が自由な場合もあり、刑法202条は他人の生命侵害行為を処罰する規定であるので、この場合には自殺者の自己決定権を尊重する立場から、自殺関与罪の処罰根拠が失われ、違法阻却が認められる。しかしながら、多くの自殺が不自由であるなら、その自殺は違法であり、ただ刑罰効果を期待できないため謙抑的に刑法の介入が差し控えられているにすぎないとす

るなら、他人の生命侵害行為としての自殺関与の処罰根拠はあるといわざるをえない。もっとも、この場合、自由な自殺についての関与者の処罰は嫌疑刑の疑いがあるが、生命という法益の重要性を考慮すると、後見的配慮から不自由さを擬制しても不当とはいえない。なお、刑が199条に比較して軽減されるのは、法益主体が主観的には自由に法益を放棄しているからである。このような立場からすれば、従来、判例が殺人罪を認めてきた偽装心中は本条で処理されることになる。また、真摯な自由意思に基づくものであるなら (安楽死・延命治療の拒絶・信仰に基づく輸血拒否など)、本条の適用自体が差し控えられることになる。<sup>(66)</sup>

この見解では、経験科学的観点より自殺の実態を重視し、そこから自殺関与罪の解釈論を導き出したわけであるが、問題もそこに存在する。この見解においては、結局のところ、自殺の不自由さを論証するのであるが、自殺関与罪の前提である自殺の自由・不自由というのは法的概念である。経験科学の知見はもちろん重要であり、それを無視することはできないのではあるが、それに拘泥するのも問題である。<sup>(67)</sup> 規範としての刑法は、その特有の目的から本条の解釈を許していると考えてもよいのではないか。だとするならば、間接正犯としての殺人罪の成立範囲を慎重に見極めながらも、自由・不自由に関係なく自殺を本条の射程内におくことが妥当ではないだろうか。また、この見解においては、202条の減刑根拠を、生命法益が法益主体によって主観的に放棄されている点に求めているが、議論の前提として、不自由な自殺は違法であり自己決定権が制限されるとしているので、これが矛盾ではないかとの批判がある。<sup>(68)</sup> 自己決定権が尊重されず、不自由な自殺が違法であるなら、保護法益は残るわけであるが、ともかくも法益主体は法益放棄の意思を表明しているのであるから、減刑されるというのは、確かに、一旦否定した自己決定権を減刑理由の場で復活させるものであるかもしれない。しかし、「不自由な」自殺といっても、間接正犯となるほどの強制はなく (その意味で刑法202条の問題となるのである)、完全に自由が喪失してしまう



訳ではないと考えるなら(その意味で自己決定権はなお尊重されている)、刑の減輕の場で自己決定が語られても、それは背理ではない。ただ、問題は自由・不自由・強制という区別自体の基準の問題であろう。実際、判例が強制から強盗殺人を認めた事例について秋葉助教授は202条の成立を認めようとするのである<sup>(70)</sup>。さらに、この見解によれば、不自由な自殺を基本型として擬制し、自由な自殺も一応は不自由なもののみならずことになるが、これは批判されているような嫌疑刑<sup>(71)</sup>といえるかどうかはともかくも、抽象的危険を処罰することになるであろう<sup>(72)</sup>。そうであるなら、論者が意図していることとは異なり、自己決定権の輕視につながるともいえよう<sup>(73)</sup>。

#### (5) 抽象的危険犯説

自殺関与罪を抽象的危険犯として再構成しようとされるのが酒井教授である。教授はまず、「生命についても基本的に処分権を認め、その限界を事実として、自由で真意による自己決定ができない状況に求めるべきであること、202条は、類型的にみてそのような状況が肯定されることに鑑みて設けられた一種の抽象的危険犯と解すべきこと、したがって、そのような抽象的な危険もないときは202条の適用は排除されることが認められる。」とされる。これは、「自殺は自分で行う場合のみが適法であり、他人を手段として利用した場合は違法となるという」ことを前提とする。したがって、202条の処罰根拠は、「まさに他手を利用し、死の意思決定およびその実行について、他人(それも第三者ではなく、殺害を担当し、または自殺に加担するその他人)とコミュニケーションを交わすことによる生命放棄意思への影響、不自由な意思形成への抽象的な危険」に求められることになる。そして、この抽象的危険から「自殺者を守るためのパターンリズム」こそが重要である<sup>(74)</sup>。

この見解が、202条の処罰根拠を抽象的危険に求めた点は、その最初の意図とは異なり、上述したような自己決定権の輕視につながることを

指摘することができる。「生命が典型的な一身専属的<sup>(76)</sup>法益」であることから、自手による自殺を適法としたために、刑法202条を他手による自殺のみを対象とするものと考えられたのであるが、その結果、他手による自殺はおよそ不自由なものという仮定を行うことになるのである。この仮定が覆されるなら、秋葉説と同様に、自殺は自由なものとなり刑法202条の処罰根拠は消失するはずであるが、抽象的危険犯である以上、この見解ではそうであるとは言い難いのである。自殺に関与者がいる場合、自殺は一般的に不自由なものみなされ（したがって違法とみなされ）、202条の処罰根拠は常に肯定されることになるであろう。この点を考慮して、この見解では、他人とコミュニケーションを交わすことによる生命放棄意思への影響を考えるのではあるが、この影響を否定するのは、それが抽象的危険として構成されているため、かなり困難である。自己決定権を尊重する立場からは、自手のみならず他手の場合でも、自由な自殺意思があることを肯定する必要がある。人間はもともと関係の中で生きる存在である以上、如何に生命が一身専属的な性格を持つものであっても、他人の影響を受けながらも、自己の自由な意思による自殺を否定することはできないのではないかと思われる。また、この見解において、法益として何が考えられているのかも疑問である。純粹に生命法益であるというよりも、他人の生命に関係し、影響を与えることとしてそれを構成するなら、法益の社会法益化は避けられないのではないかと考えられる。秋葉説でもこの酒井説でも、自己決定権を尊重する立場から、(自由な)自殺を適法と考える点では一致がみられるが、問題はそこから自殺関与罪の処罰根拠に(特に生命法益の侵害の問題に)どのように結びつけていくのかという基本的な点で、理論的な困難性が生じているのである。

#### 4 まとめ

自殺関与罪は、少なくとも形式的には「教唆・幫助」を手段として行われる。このことの意味を無視することはできないとするなら、狭義の共犯として構成しないまでも、自殺行為との何らかの関連性を否定することはできないと思う。条文の形式を重視し、自殺関与を自殺の狭義の共犯としてとらえるならば、制限従属性説を採る限り、正犯としての自殺行為の違法性を前提としなければならない。しかし、自殺者が侵害する自己の生命法益はやはり個人法益として考えられるべきであり、そうだとするなら、法益主体の自己法益の処分は自己決定権の尊重の観点からも許されているとするのが論理的である。ここで自殺行為の違法性を認めるならば、自己決定権の軽視につながるばかりでなく、生命法益を国家法益あるいは社会法益として考慮するほかになく、現行法の立場と大きく乖離することになるように思われる。生命はやはり個人のものである。その個人法益性を否定することは不当であると考えられる。

生命法益を個人法益として考え、自己決定権を尊重することによって、法益主体の自己法益の処分を適法と考えるなら、狭義の共犯として構成することはできない。そうであるなら、自殺関与罪は独立共犯ということにならざるをえないと思われる。しかし、ここでもまた自殺行為の違法性の問題、すなわち放棄された法益を自殺関与者が侵害することができるのかという問題が生じる。この問題については、大きく分ければ2つの方向が認められた。1つは自殺はもともと不自由であり、自己決定の表れとみることにはできないのであるから、そこに自殺関与と行為の法益侵害性が認められるという方向であり、もう1つは自殺は違法とはいえないのであるから、自殺者の有する生命法益以外の何らかの法益を創出するほかにないとする方向である。これらの試みにはいずれも問題があることは指摘した。それでは、自殺の違法性を否定しつつ、独立共犯として自殺関与行為が侵害する法益をどのようにして見出すことができるの

であろうか。

生命法益は極めて一身専属的なものである。団藤博士も、「帰属においても行使においても文字どおり高度に一身的なものである<sup>(77)</sup>」とされている。その意味で生命は他人の手に委ねることができない、いわば「流通不能」の法益であるといえる。このような前提から考えるなら、自殺行為において法益主体が自己の生命法益を処分しても、個人法益性を前提にして自己決定権が強く働き、その行為は違法性が阻却されるといわなければならないが、他人がその法益に関与する場合には、たとえ法益主体が放棄していたとしてもその効果は他人には及ばないと考えることができる<sup>(78)</sup>。この意味では、自己決定権は制約される<sup>(79)</sup>。生命法益は「流通不能」であるからである。このような前提から考えるなら、自殺行為は適法であるが、それに関与する行為は違法とすることが可能である。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からである。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い。その意味であくまで法益関係的な構成である。また、形式的には人により違法性が異なることから、法益の客観性が薄れるとの批判があるかもしれない。しかし、それは生命法益の「流通不能」性という法益の性質から導かれる結論であり、「人によって」違法性が相対化するわけではない。むしろ、その論理構造は可罰的違法性阻却説に類似するものであり、それを基にして自己決定権の尊重を貫こうとするものである。

ところで、このように考える場合には、自殺関与罪の減刑理由についての問題が生じると思われる。自殺者自身の生命の放棄は不可罰であるが、それへの関与者の違法性が認められ、関与者からは完全な法益として存在することになるなら、自殺関与罪の減刑理由が存在しないことになるのではないかという疑問があるからである。生命を「流通不能」の法益と見る立場からは、法益主体の自己決定は第三者に影響を及ぼすこ

とはない。被害者の同意論から違法性の減少を減刑の根拠として説明することが困難になるのである。しかし、第三者からみれば確かに保護法益は完全なものとして残るものの、法益主体が自己の生命法益を放棄していることも事実である。この事実を重視して、国家的な政策決定によって刑の減輕が行われていると考えることができる。<sup>(80)</sup> パターナリズムの観点から違法性が影響を受けることに問題があることはすでに指摘した通りであるが、刑量における政策的要素は当然に肯定されると思われる。重罰化の論理はいかに政策的要素が認められるからといっても慎重であるべきであるが、ここでは被告人の利益の方向での政策的考慮が行われているのである。<sup>(81)</sup>

自殺行為の適法性を容認した場合、自殺者の自殺を妨害する行為が強要罪等に該当するのではないが、そしてそのことは生命の尊重という我々の一般的理解にあまりにもかけ離れた結論を容認せざるをえなくなるという点に批判が集中している。しかしながら、自殺は秋葉説においても主張されていたように、多くが真意に基づかないものである。そのような自殺を第三者が防止することについては、自殺防止について推定的承諾があるものとして許される。問題は真意に基づくと思われる自殺についてこの推定的承諾が働くかどうかである。思うに、生命法益は一身専属的な、いわば「流通不能」の法益であり、自殺の自己決定は本人にとって意味をもつにすぎない。したがって、第三者にとっては保護される法益がまだそこに存在していると考えることができる。真意に基づく自殺の場合でも、保護される法益を守るようとする第三者の行為は許容されるべきであり、推定的承諾がなお援用されるべきであるし、その承諾と自殺者の意思とのずれについては許された危険の法理から違法性が阻却される。<sup>(83)</sup>

本稿では、自殺関与罪について独立共犯説を支持するのであるが、教唆・幫助が構成要件として規定されていることから、その実行の着手時期の問題が従来から存在した。すなわち、単なる教唆・幫助行為を実行

の着手と認めることは、狭義の共犯においては正犯に従属すると考えられるし、202条に同様に規定されている囑託・承諾殺人においても、殺害行為自体に実行の着手時期を求めるべきであることから考えると、「早すぎる」という判断が働くのである。確かに、自殺関与罪を独立共犯とし、自殺者の生命以外の社会法益化された法益を保護法益とみる場合には、実行の着手時期が相当に早くなる可能性がある。しかし、本稿の立場では、自殺関与罪の保護法益は自殺者の生命である。生命の危険が具体化しなければ実行の着手があったとはいえないであろう。団藤博士も言われるように間接正犯の着手時期と同様の問題と考えるべきであろう。<sup>(84)</sup>

[注]

- (1) 刑法202条の問題領域には、安楽死・尊厳死の問題が存在している。これらは、医療技術の急速な発展が人間の尊厳の上に落とす影の部分をもどくように捉えていくのかという問題である。これらの問題については、「人間の科学技術の進歩、特に医療技術の発展による延命技術の進展と、それに伴い、『死』が『自然』なものからかけ離れていき、ただ人工的に生かされているだけという状況が生じたこと。その結果、『安楽死』あるいは『尊厳死』が求められるようになったこと。つまり、不治の病に侵されている者が肉体的苦痛からの解放を望み、その手段として『死』しかないような状況が生じ、あるいは『人間としての尊厳』を侵すような医療が存在し得るようになり、そのような措置からの解放が望まれるような状況が生じたのである。このような要望に応えるため、患者の生命に関する自己決定を尊重することが求められるようになる。」(若尾岳志「自殺関与罪の処罰根拠(1)」早稲田大学大学院法研論集第94号(2000年)316-7頁)と説明されたり、また、「何本もの管を差し込まれ、様々の医療機器によって人工的に『生かされている』状態が人間の尊厳に反するのではないかという問題意識よりも、そのような回復の見込みのない状態になった場合に、生命維持治療を中止して速やかに死を迎えることを求め、人生の最後をどのような形で迎えるかについて自らの意思で決定することが尊厳の内容であり、そのような選択の機会を与えられることもないままいたずらに延命されることが人間の尊厳に反するのではないかということが自覚されるようになってきたのである。要するに、安楽死も尊厳死も、患者の生命、死

に関する自己決定権という文脈で語られる傾向が強まっていたといえよう。」(酒井安行「自殺関与罪と死の自己決定・パターンリズム」青山法学論集第42巻第4号(2001年)33-4頁)と説明されていることが参考になる。これらの問題領域では、自己決定権の価値は相当に大きくなりつつあるように思えるのであるが、しかし、それをどこまで一般化して刑法202条の解釈に適用できるのかは一つの問題であるといえる。本稿では、この安楽死・尊厳死に特有の問題を扱うものではないが、基本的な視野については異なるものとも考えていない。

- (2) 厚生労働省の平成14年度人口動態統計特殊報告 (<http://www.dobtk.mhlw.go.jp/toukei/data/012/2002/toukeihyou/0004119/t0079180>) によると、自殺数は、平成7年が21,631人、平成8年が22,360人、平成9年が23,713人で、2万人程度であったが、平成10年には32,122人と増加し、平成11年が31,715人、平成12年が30,540人、平成13年が29,671人となって、ほぼ3万人前後になっている。年齢別では45~64歳、男女別では男性の方が多く、社会的要因の重要性を示唆しているといえる。
- (3) 香川達夫『刑法講義[各論]第三版』(1996年)370頁。
- (4) この点、団藤博士も結論においては、「殺人罪の減輕的構成要件として」の承諾殺人罪と自殺関与罪の性格を認め、「自殺したいはむろん失敗に終わったばあい問題になるだけだが罪ではない。したがって、自殺教唆・幫助罪における「教唆」・「幫助」は共犯としてのそれでないことはもちろんである。」(団藤重光『刑法綱要各論第三版』[1990年]399頁)とされ、独立共犯説を採用されるようであるが、しかし、一方で、「生命は本人の意思によって処分することのできるものではなく、したがって、たとえば、自殺をはかって死に瀕している者であってもこれを殺せば殺人罪になることはいうまでもない。しかし、本人の意思にもとづいて本条に規定されたような態様の行為をすることは、通常殺人罪よりも違法性が少なく、また、期待可能性も乏しいことが多い。」と述べられる。このように、自殺の違法性を少なくとも否定はされないのであるから、共犯として構成することも可能ではあろう。ただ、自殺を処罰する規定も、また殺人罪の構成要件にも該当しない以上、共犯としての理論構成を放棄されたものであると思われる。
- (5) 平野龍一『刑法概説』(1977年)158頁。
- (6) 平野龍一「生命の尊厳と刑法」立教法学27号(1986年)189-191頁。
- (7) 憲法の個人主義的な価値観からすれば、人間の尊厳と個人の自律権とは矛盾するものではない。生命を後見的な観点から保護するために人間の尊厳を引用するとするなら、人間の尊厳は極度に抽象化され、具体的にどの

- ような性格付けも可能な内容空虚なものになりかねないように思える。
- (8) 前田雅英『刑法各論講義第3版』(1999年) 18 - 9頁。
  - (9) 西田典之『刑法各論第二版』(2002年) 14 - 5頁。
  - (10) この点については、公共の福祉による人権制約原理が参考になる。既に外在的制約説は過去のものといえる。芦部信喜『憲法新版』(1997年) 96頁以下、辻村みよ子『憲法』(2000年) 182頁。
  - (11) 甲斐克則『安楽死と刑法』(2003年) 31頁。
  - (12) さらに、そこには、常に違憲問題が存在しうるのであり、この点の留保なしにバターナリズムを論ずるなら、理論の空洞化を招くことにもなりかねない。
  - (13) 小暮得雄・内田文昭・阿部純二・板倉宏・大谷実編『刑法講義各論』(1988年) 26頁 [町野朔] は、「本人の死ぬ意思が真摯であることが疑いえない場合には、自殺関与も合法であり、202条で処罰されるものではないことになる。」とされる。
  - (14) 西田・前掲書15頁は、自殺意思が真摯な場合でも、刑法は他人の関与を禁じていると解すべきであるとしている。
  - (15) 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編集委員会編『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) 224頁。
  - (16) 上田・前掲225頁。
  - (17) 上田・前掲247頁。
  - (18) 上田・前掲254 - 6頁。
  - (19) 上田・前掲266頁。
  - (20) 上田・前掲267 - 8頁。
  - (21) Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. I, 3. Aufl., 1997, S. 513.
  - (22) 上田・前掲263頁。
  - (23) 法的評価から免れているという場合、完全に価値自由な領域を認め、いずれにしても処罰をしないというのであるなら、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従って処理すると結論において変わりはない。濫用のための処罰規定が必要であるという場合には(「濫用」の程度も問題となるが)、もはやそれは「自殺」関与と言えるのかという点も問題である。
  - (24) 谷直之「自殺関与と罪に関する一考察」同志社法学44巻6号(1994年) 175頁。
  - (25) 谷・前掲176頁。



- (26) 谷・前掲182頁。
- (27) 谷・前掲185 - 6頁, 191 - 2頁。
- (28) 塩谷毅「自殺関与事例における被害者の自己答責性(二・完)」立命館法学257号(1998年)87 - 8頁。
- (29) 谷・前掲192頁。したがって、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であるとも主張されている。
- (30) 大越義久「自殺関与と同意殺人の区別」内田文昭編著『刑法各論100講』(1984年)19 - 20頁。
- (31) 大越教授もこのような原則的疑問を正面から否定するものではない。参照、大越義久『共犯の処罰根拠』(1981年)228頁。
- (32) 必要の共犯における、対向犯の不処罰根拠については、内藤謙『刑法講義総論(下)』(2002年)1416頁を参照。
- (33) この点について、「自殺関与罪の可罰性の認定の際の、正犯行為(=自殺)の構成要件該当性不必要の指摘、即ち、自殺教唆・幫助の狭義の狭義の共犯性を認めつつ、その正犯たる自殺の構成要件該当性を否定することは、個人主義を基礎とし、それ故に、刑法61条で『人ヲ教唆シテ犯罪ヲ実行セシメタル者』と、62条で『正犯ヲ幫助シタル者』と規定する現行法に形式的にも、実質的にも反する議論である」という原則的批判がある(吉田宣之「自殺教唆・幫助罪の処罰根拠」西原春夫・渥美東洋『刑事法学の新動向上巻・下村康正先生古希祝賀』(1995年)556頁)。
- (34) 秋葉助教授も、「自殺の正犯について構成要件が定められていないのもまた期待可能性の欠如にあることを認める趣旨であるなら、教授は、自殺関与罪の実質的な違法性が、実は自殺の本来的な違法性に由来するということを認められているようにも見える。このことは、自殺関与罪の違法性は、形式的には違法の相対性を認めることによって自殺の違法性判断とは独立に導かれるようにも見えるが、実質的にはやはり、自殺の本来的違法性と同じところに求めざるをえない」と批判されている(秋葉悦子「自殺関与罪に関する考察」上智法学論集32巻2 = 3号合併号(1989年)186頁)。
- (35) この立場を人的違法観から行為無価値論へ向かうものと評価するかどうかは(あるいは主観的違法論であるかどうかは)、法益関係的な議論の枠を超越するかどうかに関わると思う。
- (36) 佐伯千仞『刑法各論』(1964年)100頁。
- (37) 佐伯・同書101頁。
- (38) しかしながら、佐伯説では、自殺の不処罰の根拠が説明されていないように思える。この点については、同様の見解に立つ、滝川春夫 = 竹内正『刑法各論講義』(1980年)13頁が、「自殺者という身分が、法の非難を停

止させる原因、すなわち、責任阻却原因と考えられて、自殺処罰の規定は設けられなかった」と説明されていることが参考になろう。

- (39) 自殺適法説に対しては、現在でもこの批判が強い。たとえば、伊東研祐『現代社会と刑法各論第二版』(2002年) 66 - 7頁は、「絶対的な『死ぬ権利』を認める場合、ある人の自殺行為着手後に介入して死亡結果を阻止した第三者の行為は如何に評価されるのであろうか。絶対的な権利の侵害として、少なくとも観念的には、違法ということにならざるを得ないのではなからうか。法の守るべきものがないから許される・適法であるとすれば、この第三者の行為は、許された行為・適法な行為を妨げたという観念的な意味で、不当ないし違法なものということになるのであろうか。…筆者には、このような結論を首肯するだけの勇気がないのが事実である。」とされるし、また、橋本正博「自殺は違法か」一橋法学2巻1号(2003年) 56頁も、「自殺の権利があるならば、自殺者の命を奪うことは権利侵害となってしまう。刑法上の違法性はないとしても、法はこれを望ましくない行為として否定するのが論理的帰結である。道徳と法との峻別をいかに強調しても、さすがにこの結論は受け入れがたいように思われる。」とされている。さらに、松宮孝明「自殺関与罪と実行の着手」中山研一先生古稀祝賀論文集編集委員会編『中山研一先生古稀祝賀論文集第一巻生命と刑法』(1997年) 253頁は、「自殺が仮に適法なら、自殺を阻止する行為は強要罪ないし暴行罪となることになろう。」と批判される。なお、参照、生田勝義「『被害者の承諾』についての一考察」立命館法学228号(1993年) 189 - 190頁。
- (40) 阿部純二「自殺の刑法解釈論」Law School No.2 (1978年) 94 - 5頁。
- (41) 吉田・前掲563頁は、「論証過程の逆転がある」とされている。
- (42) 参照、吉田・前掲563頁。
- (43) 生田・前掲203 - 4頁。
- (44) 生田・前掲202頁。
- (45) 秋葉・前掲190頁。
- (46) その意味で、「生命の放棄は被害者の承諾による違法性阻却の基礎である憲法の個人の自由の尊重の理念には直接反しないが、その目的であるところの個人の尊重・個人の尊厳に反し、結局憲法の理念に反する」(平川宗信「承諾殺人罪」西原春夫・藤木英雄・森下忠編『刑法学4《各論の重要問題》』(1977年) 5頁)とされたり、「自殺は自己の生命の毀損であって、そこに自己決定の自由が実現されているとはいえ、この利益に優越する生命の毀損という事態が存在する以上、自殺は違法行為である」(曾根威彦『刑法における正当化の理論』(1980年) 149頁)とされるのには、十

分な理由があることを認めなければならない。

- (47) 自律原理を至高のものとする、自律的決定能力を欠くものを切り捨てることになるのか。言い換えれば、自律原理が人間を人間としてしているなら、自律能力を喪失した者は生きるに値しないのか。確かに、自己決定能力のない者の同意は無効であることから考えれば、そのような疑問が生じるのは当然である。しかし、憲法上の自律原理が、個人の自律能力の問題と直接結合するのかどうかについて、原則的な疑問がある。それを一応置くとしても、かりに人間の尊厳が自律原理を中核とするなら、自律能力が減退すればするほど、自律への配慮が増大すべきなのではないかと思う。自律的決定能力を喪失した者は、その意味で最も配慮に値する(人間の生きる質に差をつけるものではないし、そこにパターンリズムを介在させるものでもないが)者である。自律原理が人間の尊厳の中核であるという意味はそういうことだと考える。
- (48) 吉田・前掲570 - 1頁。
- (49) 吉田・前掲572 - 4頁。
- (50) 議論の状況の概観については、須之内「被害者の承諾」阿部他編『刑法基本講座第3巻違法論／責任論』(1994年)147頁以下参照。
- (51) 町野朔「被害者の承諾」西原他編『判例刑法研究2巻』(1981年)168頁。
- (52) 吉田・前掲574頁。
- (53) 大塚仁『刑法概説(各論)[第三版]』(1996年)18頁。
- (54) 大塚・前掲18頁。
- (55) 大塚仁『刑法概説(総論)[改訂増補版]』(1992年)364頁。
- (56) 吉田・前掲559頁。
- (57) 大塚・前掲(注55)364頁。
- (58) 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第94号(2000年)324頁。
- (59) 西田・前掲書15頁。
- (60) 塩谷・前掲91頁。
- (61) なお、可罰的違法性阻却説については、橋本・前掲45頁以下でも主張されている。しかし、自殺の違法性について同種の見解を主張されているとはいえ、自殺関与罪の処罰根拠に限って言えば、むしろ、後述の酒井教授の見解に近似する。つまり、橋本教授は、生命法益の処分は、法益主体自体がなくなることを意味するから、その放棄を完遂することはできないとされ、この意味で「法益主体の行うことができない処分」であり、違法であるとされる。しかし、自殺が違法であっても、「処罰の必要性を認めない点で」は一致しており、自殺には可罰的違法性がない。しかし、「刑事

政策上、たとえ法益『放棄』がひとまず前提とされていても、現実の『処分』の支配の点から不当な侵害のおそれがある行為を処罰対象とし、他人が関与する自殺関与罪として規定していると考え。」とされる (同52 - 3頁)。しかし、ここでは、もはや自殺関与罪について、生命法益以外の法益が仮定されているように考えられる。

- (62) 林幹人「自殺関与罪」法学セミナー402号 (1988年) 108 - 9頁。なお、刑法202条の法益を「生命が他人によって侵害されないという一般人が抱く安心感」であるとする見解もある。この見解では、他人による侵害のないことの安心感が法益であるから、自殺者がこの法益を侵害することはできない。したがって、自殺者はあくまで生命法益を侵害するものと捉えられることになり、自己決定権を尊重して自殺を適法とみることが可能となる。しかし、自殺関与罪の保護法益が社会法益化してしまうことに疑問があるし、何よりも「安心感」の基準が曖昧であろう。この見解については、生田・前掲188 - 9頁、平川宗信「ワークショップ・被害者の同意」刑法雑誌34巻1号 (1995年) 126頁を参照。
- (63) 塩谷・前掲89頁。
- (64) 林教授は、「わが国の刑法が自殺関与を犯罪としているのは、自殺を違法とする 少なくとも違法なものがある という前提に立ったものと解さざるをえない。それにもかかわらず自殺を犯罪としていないのは、やはり、自殺が刑罰による抑止の不可能な、すなわち責任のない行為だからであろう。」と述べられている。
- (65) 伊東・前掲77頁。また、「臨死介助の状況などにおいては、周囲の人々の『看病疲れ』などからむしろ被殺者の死への願いを聞き入れてやるのが『周囲の人々の利益』と考えられる場合には、本規定の構成要件該当性が失われるということが安易に認められてしまう」(塩谷・前掲89頁) という批判もある。
- (66) 秋葉・前掲187 - 197頁。
- (67) 極論すれば、すべての犯罪は不自由であるということも可能である。しかし、規範的観点から処罰を放棄はしない。ここでは自由は前提されているのである。しかし、秋葉悦子「同意殺人 自己決定権の限界」法学教室232号 (2000年) 3頁は、自由主義自体の後退に伴う自己決定権の制約に注目され、「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『共同体への義務と結びついた自由』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。」とされている。そこに規範的観点の組み込みが行われること自体に問題はないと思われるが、自己決定権の後退は、個人法益としての生命

- 法益自体の変質をもたらす可能性がある。202条の解釈を全面的に再構成する必要も生じる。
- (68) もっとも、その場合、自己決定権への尊重から、適法となる自殺に関与する行為の処罰根拠が、さらに問題となる。
- (69) 上田健二「刑事法学の動き」法律時報64巻5号(1992年)102頁。
- (70) もっとも、酒井・前掲63 4頁は、「生命に関する自己決定権の思想を貫き、それを具体的な限定解釈にまで高めた」と評価される。
- (71) 谷・前掲174頁。
- (72) 酒井・前掲62-3頁。Vgl. Günther Jakobs, Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen, Zugleich zum Verhältnis von Rechtlichkeit und Sittlichkeit, in Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 467ff.
- (73) 生田・前掲187-8頁。
- (75) 酒井・前掲69-74頁。
- (76) 酒井・前掲70頁。
- (77) 団藤・前掲406頁。
- (78) 上田・前掲(注69)102頁は、「本人の自己答責的決意によって無に帰した生命であっても、他人にとっては依然として完全な重みをもつ生命であり続けると解する余地がありうる」とされる。
- (79) この点で、ミハヤエル・マルクス (Michael Marx, Zur Definition des >Begriffs Rechtsgut<. Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, 1972, S.62ff.), ルドルフ・シュミット (Rudolf Schmitt, Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst? Gleichzeitig ein Beitrag zur Reform des Optiumgesetzes, in Festschrift für Reinhard Maurach zum 70 Geburtstag, 1972, S.113ff.) らのような、囑託殺人さえも自己決定の射程内にあるとする見解は、自己決定権の過度の拡張であるように感じる。
- (80) 参照、大塚・前掲書(注55)363頁。
- (81) なお、類型的に責任非難が減少するともいえるが、この点は留保しておく。
- (82) そこから202条の予定する自殺を不自由な自殺を前提とするものであるとすることの問題性についてはすでに述べた。
- (83) 須之内克彦「被害者の承諾」阿部他『刑法基本講座<第3巻> 違法論, 責任論」(1994年)156頁は、「行為者が被害者の特異な反対の意思を知っていたときは別として、行為時に両方の意思が合致する高度な蓋然性があるときには、万一事後にずれが判明しても許容されるべきであり、その限

りで許された危険という側面が認められよう。」とされる。なお、自殺者の真意な自殺意思を知っていたという場合であっても、生命が「流通不能」の法益であることの性質から、第三者による自殺防止は、保護される法益を守る行為であり、許された危険であると考えることができる。これを俗な言葉で言うと、「私は断固として死ぬ。しかし、あなたがそれを阻止することはあなたの勝手だ。」ということになる。分断的思考であるとの批判があるかもしれないが、自殺において、これはそれほど奇異なこととは思えない。なお、自殺防止をする第三者の責任非難が減少し、期待可能性がなくなるということも可能である。

- (84) 団藤・前掲書408頁。なお、この問題を敷衍して、自殺関与罪を「自殺追い込み」型の関与を処罰するものであるとの仮説が論ぜられている(松宮・前掲252頁)。自殺不自由説の結論を自殺関与の実行行為の観点から再構成したものと考えられるが、間接正犯との区別の問題や法定刑の問題が生じるものの、自殺関与罪の限定解釈と共に、殺人罪から自殺関与罪への処理の移行をもたらすものとして、注目されるべきであると思う。