



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	被害者の承諾（七）：各論的考察による再構成
Author(s)	佐藤，陽子
Description	論説
Citation	北大法学論集，59(5)，105-152
Issue Date	2009-01-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/35640
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-5_p105-152.pdf



被害者の承諾（七）

—— 各論的考察による再構成 ——

佐藤陽子

目次

序論	
第一章	国家・公共の法益に対する罪と被害者の承諾
第二章	財産に対する罪と被害者の承諾

（以上、五八卷三号）
（以上、五八卷四号）

第一節 はじめに

第二節 領得罪（窃盗罪・強盗罪・詐欺罪・恐喝罪）

第三節 毀棄罪（器物損壊罪）

第四節 盗品等関与罪

第五節 小括

第三章 自由に対する罪と被害者の承諾

第一節 はじめに

第二節 住居侵入罪

第三節 監禁罪

第四節 小括

第四章 生命・身体に対する罪と被害者の承諾

第一節 はじめに

第二節 殺人罪（同意殺人罪）

一 はじめに

二 殺人罪に係る承諾の犯罪論体系上の地位について

（一）ドイツ刑法における二一六条の正当化

（二）日本刑法における二〇二条の正当化

（三）二〇二条の法益と被害者の承諾の犯罪論体系上の地位―私見―

三 同意の真意性について

四 錯誤・強制に基づく同意

五 その他の要件

六 まとめ

第三節 傷害罪

（以上、五八号五号）

（以上、五九卷二号）

（以上、五九卷三号）

（以上、五九卷四号）

（以上、本号）

第四節 小括
――総論的考察への示唆――

第四章 生命・身体に対する罪と被害者の承諾

第一節 はじめに

被害者の承諾の総論的考察においてもっとも熱心に議論されているのは、生命・身体に対する罪であろう。一般的に生命・身体といったものは、我々が社会生活を送る上で必要不可欠な要素であり、またこのような要素が相互に侵害されないという信頼があるからこそ、我々の社会生活は比較的安寧にそしてスムーズに存在し続けることができる。そのため生命・身体に対する罪は個人に關係する犯罪の中でもっとも重要な犯罪であるということが出来るだろう。

しかし、被害者の承諾論でこれらの罪が大きく取り扱われているのは、ただそのような重要性にだけ由来するのではない。生命・身体に対する罪は、被害者の承諾との關係でこれまで論じてきた他の犯罪と異なる性質を有するように見えるからである。たとえば財産犯においては、被害者の意思は財産犯の保護する財産権を支える基盤として必要不可欠なものであった。それゆえ被害者の承諾がある場合には、財産犯は保護されるべき財産権的基盤を失い、結果、刑法は処罰を正当化するための根拠を失うことになった。また自由に対する罪においては、構成要件状況に關係した人の自由が保護されているため、構成要件に規定されている状況を望まない被害者の意思が処罰のために必要となり、それゆえ

被害者の承諾がある場合には、そこには自由の侵害はなく、保護法益、つまりは処罰の基盤は欠けるということになった。このような犯罪においては、被害者の意思は法益侵害と密接な関係を有しており、両者は不可分一体であるからゆえに、被害者の承諾はどのような場合においても犯罪の不成立に重要な役割を果たすことになったのである。しかし、生命・身体に対する罪においては、事情が異なっている可能性がある。なぜなら、現行刑法は二〇二条に自殺関与および同意殺人罪の規定をおり、被害者の処分意思だけでは、犯罪が阻却できないことを示しているからである。また、序論でも述べたように、現行法の規定はないが傷害罪においても被害者の承諾に一定の制限を設けることは一般的に認められている。つまり被害者の意思に反しない殺人・傷害であっても、処罰に値する法益侵害性は認められ、この点で被害者の意思と生命・身体という客体侵害との間の完全な不可分一体性への疑問が生じるのである。

財産とは異なつて、誰の物でもない生命・身体は存在しないし、監禁罪等の自由に対する罪とは異なつて、被害者が侵害を許容しているときであっても、当該被害者の生命・身体そのものは侵害されている。そのことから、殺人罪・傷害罪という罪においては、保護法益は被害者の意思とは独立した客観的な被害者の生命・身体それ自身ではないかという疑問が生じるのである。そしてこのような疑問が肯定され、また一般に認められているように、殺人罪・傷害罪に関する被害者の承諾に犯罪阻却あるいは違法性減少としての効果があるのだとすれば、ここで本稿の分類に基づく、違法性阻却の効果しか有さない「同意」の存在が明らかなものとなりうるのである。しかし、果たしてこの疑問は肯定されるのか、さらにいえば「同意」は実際に存在するのであるか。また、存在するとすれば「同意」の違法性阻却の根拠は何か、反対に何が被害者の自由な法益の処分（利用）を妨げる要素となるのだろうか。そして、有効な同意のために必要要件はどのようなものであるのだろうか。本章ではこれらの論点について、第二節では殺人罪（同意殺人罪）を、第三節では傷害罪をもとに論じていきたい。

第二節 殺人罪（同意殺人罪）

一 はじめに

刑法二〇二条（自殺関与及び同意殺人罪）は「人を教唆し若しくは幫助して自殺させ、又は人をその嘱託を受け若しくはその承諾を得て殺した者は、六月以上七年以下の懲役又は禁錮に処する」と規定している。被害者の承諾論との関係で重要なのは後段であり、ここには嘱託殺人と同意殺人という二つの類型が含まれている。嘱託殺人とは、被害者にその殺害を依頼され、それに応じて被害者を殺害すること、より具体的にいえば、被害者がすでに自殺の企図を有するが、みずからそれを遂行する意思のないばあい^①に、その依頼をうけた行為者が手を下して被害者を殺すことをい^②、同意殺人は被殺者からその殺害に関する承諾を得てこれを殺すことをいう。ここでは、被害者の承諾はせいぜい違法減少の役割しか果たさず、また前段では自殺幫助すらも禁止されているゆえに、被害者側から見れば自己の生命の処分は非常に制限されていることになる。

なぜならある人が自己の生命を放棄したいと思ったときに、二〇二条による刑罰威嚇の存在ゆえに、その者には他者の協力が見込めない蓋然性が高くなるからである。自己の生命を処分する際に協力した他者は刑罰威嚇から免れえず、そして自殺だけが刑罰威嚇からはずされている唯一の手段であるがゆえに、被害者はその唯一残された「単独での自殺」を選ばなければならないのである。しかし、単独での自殺は周知のように恐怖や痛みといった自己保存本能の障礙ゆえに実行が困難なものである。つまりこのような意味で、条文に規定された以上に、被害者は自己の生命の処分を限りなく制限されているといえよう。これは、一見すれば個人法益にもかかわらない処分権の制限とみることができる。被害

者は自らの命であるにもかかわらず、生命を（他者の協力を得て）自由に処分することができない。なぜこのような制限が許されるのだろうか。

確かに刑法は個人法益の保護にもかかわらず処分権を制限する規定をいくつか設けている。たとえば刑法一七六条（強姦罪）や刑法一七七条（強姦罪）は、一三歳未満の女子の承諾を無効とすることで、その性的自己決定を制限している。しかしこのような規定はいずれも、（擬制的にとはいえ）彼らが承諾能力を欠いていることを前提としていて、つまり正確に言えば自己決定の制限ではなく、自己決定の保護なのである。結果として、ここでの承諾には違法性減少としての役割すら法的には認められないことになる。

それに対して同意殺人罪における承諾は明文によつて違法減少（あるいは責任減少）の効果が認められている。そのことからすれば、上記の（承諾無能力を擬制した）規定の性質をそのまま当てはめることはできないであろう。それゆえこのような規定の性質と存在根拠が問題となるのである。

このような疑問を解決するためには、被害者の承諾と殺人罪の関係を考察しなければならない。そして本稿の立場によれば、それはまず文言の確認、法益の確認という二つの作業によつて行われる。

前者における解答は明白である。殺人罪における「殺した」という文言は、被害者の意思との関係で特別な意味を持つてはいない。なぜなら本人が承諾してもしなくても、そこに「殺した」という行為自体があることには変わりがないからである。これは同意殺人罪が同じく「殺した」という表現を用いていることから読み取ることができる。

他方で後者の問題に関係して、刑法一九九条（殺人罪）の法益が、一次的に、個人法益としての人の生命であることは間違いない。しかしそれだけなのか、ということが問題である。あるいは殺人罪の保護法益が個人法益である「生命」だとして、同意殺人罪（自殺関与罪を含む）においても同じ法益が保護されているのだろうか。実は生命は放棄可

能で、同意殺人罪は殺人罪とは全く異なる法益を保護しているのかもしれない。また「生命」という法益は、実は個人の法益ではない可能性もある。

殺人罪の保護法益については、日本では自殺関与罪の処罰根拠との関係で主に論じられている。正犯が罪にとわれないにもかかわらず共犯だけが処罰されるというこの不均衡は、自殺の、そして自殺関与の法的性質を解明していくことで始めて正当化されることになる。

その一方で、このような問題はドイツでも論じられている。ドイツ刑法二二六条一項（要求に基づく殺人罪）は「被殺者の明白で真意な要求により、ある者が殺人を動機付けられていたときは、六月以上五年以下の自由刑に処する」として、被害者の要求に特権的な効果（*privilegierende Wirkung*）を認めている。ここでは殺人の動機が被害者の要求に基づくかなければならないので、このような効果は共犯には及ばず、各々の行為者が要件を満たしている必要がある^④。二二六条の特権化の根拠は、行為者の葛藤状況による責任減少と被害者の高められた同意（つまり要求）から導きだされた違法性減少であり、あるいは責任減少のみであり、あるいは違法性減少のみである^{⑤⑥⑦}。しかし、いずれの見解によっても、ここで必要なのは単なる承諾ではなく、同意以上の「明白で真意な要求」である^⑧ので、このことから、殺人罪に対する被害者の単なる承諾は無効であることが明らかにされている。なお、ドイツには自殺関与の規定がおかれていないので、自殺関与罪は不可罰であることも通説的に認められている。

このようなドイツの条文下では、日本とは異なり自殺と自殺関与の不均衡は生じておらず、自殺や自殺関与の性質についてはなんら問題が生じないように思われるかもしれない。しかし可罰的な同意殺人（要求に基づく殺人も含む）と自殺関与の限界は微妙なものであり、たとえば部屋にガスを充満させて心中する場合は、コンロのスイッチを入れた者が心中相手の殺人を行ったと見ることも、部屋を出ないという不作為によってそれぞれ自殺行為を行っているだけだと

みることもできるし、被殺者の要求に基づいてその者に毒を飲ませる場合でも、口に毒を流し込んだことをもって要求に基づく殺人とみることも、被殺者が自ら毒を飲みこんだということをもって自殺への幫助と見ることも可能である。これらの例が示すような共同正犯的な態様で行われた自殺とそれへの協力⁹は、どのように評価すべきであろうか。また、自殺関与罪が不可罰であるにもかかわらず、自殺の不救助を不救助罪として、あるいは殺人罪の不作為正犯として処罰した判例がある。¹⁰ 作為の幫助が処罰されないのに対して、不救助が処罰されるのは矛盾ではないだろうか。このような問いに答えるには、自殺、自殺幫助、同意殺人は、それぞれどのような性格をもち、なぜ同意殺人だけが許されないのかについて検討する必要があるのである。このようなドイツの議論は、日本でも自殺関与と自殺の不均衡を検討する際に用いられ、それを参考にした議論がなされているので、本稿でもドイツのこのような議論を参考としたい。

上記のような殺人罪（同意殺人罪）の法益論の検討により、当該犯罪における被害者の承諾の犯罪論体系上の地位について結論付けることが次節（二）の目的である。その上で同意殺人罪成立のために必要な要件を、三では真意性について、四では錯誤・強制に基づく承諾について、五ではその他の要件についてそれぞれ論じていきたい。

二 殺人罪に係る承諾の犯罪論体系上の地位について

殺人罪の法益は個人の生命である。

当然のように主張されているこのテーゼに一抹の疑問を投げかけるのは、刑法二〇二条である。二〇二条は自殺関与罪を処罰しており、そのことから自殺関与罪の正犯として自殺はそもそも違法な行為なのではないか、結果として二〇二条、そして殺人罪（二一九条）は実は個人の法益（のみ）を保護した規定ではないのかという疑問が生じる

のである。他方で、ドイツ刑法三二六条は同意殺人を可罰的だとしつつ、自殺関与は不可罰であるとしている。しかし、両者の限界は非常に微妙であり、また「自殺を違法だ」と宣言することで自殺関与罪の規定なしに、通常の殺人罪の共犯として自殺関与を処罰することも可能である。つまり、ここでも自殺は違法ではないのかという疑問に行き着くのである。そして、もし自殺が違法、とりわけ殺人罪の法益を侵害するというのであれば、終局的に日本刑法二〇二条の議論と同様に殺人罪の保護法益は個人法益（のみ）ではない何かがあるのではないかと疑問にたどり着く。あるいは通説に従って、自殺関与は不可罰だと解したとしても、なぜ自手では処分できる法益が他人の手にそれを委ねた途端に処分できないものになるのかは疑問だろう。「自らが自由に処分できない個人法益」という分類に果たして矛盾はないのだろうか。この疑問は、同様に、殺人罪では生命という個人法益以外にも個人で処分できないような他の法益が内在しているという帰結へとたどり着く可能性を有しているのである。果たして殺人罪、とりわけ日本では自殺関与及び同意殺人罪の、ドイツでは要求に基づく殺人罪（同意殺人も含む）の保護法益は何なのであるか。

（二）ドイツ刑法における二六条の正当化

本節の目的は、日本刑法二〇二条（自殺関与及び同意殺人罪）における被害者の承諾の役割を明らかにすることである。上述のようなドイツ条文との違いに鑑みれば、とりわけ自殺関与罪の処罰を認めないことを前提としたドイツの議論の果たす役割はささいなものということができるかもしれない。しかし、刑法二〇二条に関する日本の議論は、ドイツの議論に多くの刺激をうけている。それゆえに、以下ではまずドイツにおける同意殺人の法的性質に関する分析を通じて、殺人罪の保護法益について、結果として被害者の承諾と生命の関係がどのようなものと理解されているのかについて検討していきたい。

なお、自殺関与と同意殺人の不均衡に関するドイツの学説は、主に三つの主張からなっているといえることができる。まずそもそも自殺関与を不可罰とはせずに、このような不均衡を実力行使的に排除する見解であり、あるいは全く反対に、二一六条の体系違反を主張し、同意殺人を不可罰とする見解であり、最後にその中間に位置し、そして現行法と一致する、同意殺人と自殺関与の区別をなんらかの理由で正当化する見解である。これらの主張の中で、殺人罪の保護法益は詳細に検討されることになる。本稿の目的は、これらの説が殺人罪、そして嘱託殺人罪の法益についてどのように解しているかを検討することにあるが、便宜上、これらの三つの主張に区別して論じていきたい。

①自殺関与を可罰的と解する説

上述のように、ドイツの判例のいくつかは、自殺者が完全に自己答責的に行為できる者であるにもかかわらず、不作為による自殺の不阻止を不救助罪（三三三c条）として、又は、殺人罪の間接正犯として処罰してきた。作為による自殺関与が不可罰である以上、このような判例は違法だとして批判されうるものである。しかし、このような判例を、自殺関与をも可罰的だと解することで支持しようとしたのはシュミッドホイザーであった。

シュミッドホイザーは、自殺の際にも他殺の際にも、人間の生命が自然的な経過の前に終わらされるという点で、最終的に考えられうる不法状況は同じであると考えた。⁽¹¹⁾ それゆえ他殺はもちろん、自殺も正当化されえない。しかし、自殺は、自殺者がその命を終わらせることが彼にとって唯一の逃げ道だとみなすほどに、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。ゆえに、自殺は殺人罪の特別な責任阻却事由であるというのである。⁽¹²⁾

この見解によれば、殺人罪の法益である個人の「生命」は、本人ですら放棄できない絶対的な価値をもつものである。結果、人には生きる義務が肯定されることになるが、このことに対してシュミッドホイザーはなんら疑問を呈さない。なぜなら、自分の生命は他人の生命に比べてわずかな価値しかもたないわけではないから、個人が他人の生命を尊重す

るように義務付けられている時には、自分の生命を尊重することをも義務付けられているのである。⁽¹³⁾

また序論で述べたように、シュミッドホイザーは被害者の承諾の総論的考察において、個人に関係した犯罪類型の法益は権利者の「客体に関する自律性」⁽¹⁴⁾と解しており、法益所有者の意思と密接に関係付けている。しかし生命・身体に関係した犯罪類型はもはや被害者の承諾が可能な領域ではなく、なぜなら社会には個人が他人によって犠牲にされないという利益が存在しているからであると主張する。⁽¹⁵⁾以上のことに鑑みれば、殺人罪における法益は、個人法益である生命であり、被害者の承諾は「生命を尊重する」という社会的な利益ゆえに無効ということになる。

それではここでいう社会の利益は、それ自体が殺人罪の法益であるのか、それとも被害者の承諾を顧慮する際の単なる利益にすぎないのか。結論から言えば後者のように思われる。というのも、シュミッドホイザーは「共に保護されている社会的利益は処分可能ではない」とは言わず「生命は処分可能ではない」として法益が「生命」であることを明記しているからであり、⁽¹⁶⁾ここでいう尊敬要求が、社会ではなく生命から生じるものであることを主張しているからである。⁽¹⁷⁾同意を制限する「社会の利益」は、絶対的な価値をもつ「生命」に由来するものであり、二二六条の法益は、その「生命」ということができよう。

なお、シュミッドホイザーの見解に対しては、自殺と他殺の不法を同一と見る点に批判がなされている。⁽¹⁸⁾また、「刑事立法は一般予防の目的設定でもって、原則的に社会的に耐えられない方法で他人の法益又は我々の自由主義的に作られた公共団体 (Gemeinwesen) の機能を侵害するような違法な行為だけを犯罪とする」⁽¹⁹⁾のだから、自己危殆や自殺を処罰するのは、明白に重要な社会法益の危険が同時にあるときに限られるべきだという批判もある。⁽²⁰⁾さらに基本法二条二項一文は生きる権利だけを保障しており、生きることを義務付けるものではなく、⁽²¹⁾仮にそのようなものがあつたとしても、自殺の違法性が導き出されるだけで、構成要件該当性までも基礎付けられないこと、そして自殺における責任

阻却は、超法規的責任阻却であり、そのような要素が認められるのか、あるいは常にそのような責任阻却状況は存在するのかが疑問視されている。²²⁾

他方、自殺関与の可罰性を主張する見解の中でも、プリングバートは、自殺は自殺者にのみむけられた慣習法的な犯罪阻却事由であるので、他者が行った自殺関与は可罰的であると解する。²³⁾ プリングバートの理論の開始点は、自殺の意思は顧慮に値しないということである。医学的な見地によれば、実務的なあらゆる事例において、自殺行為は自殺前症候群 (Präsuizidale Syndrom) とよばれる精神的な疾患に起因するという。あらゆる自殺者に救助が必要という意味で、医学的経験的にみれば自殺者の自己答責性は根拠のないフィクションであるので、規範的刑法的な側面でも自殺の意思の顧慮性は根拠のないフィクションを意味し、結果として自殺の不救助は不救助罪としてあるいは不作為の殺人罪として可罰的となり、また保障者の地位の者の作為による自殺関与も作為による不作為というカテゴリーで殺人罪の不作為正犯となる。²⁴⁾ そして保障者の地位にない者の作為による自殺関与に関しては、一般に認められているように自殺者に責任能力がない場合は間接正犯になりうるが、それ以外の場合には間接正犯は事実に見合って拡張できないと主張した。他方、間接正犯以外の理論構成によつて作為的な自殺関与の可罰性を肯定できるかについては、自殺自体は法益侵害行為ではあるが殺人とは不法の内容が異なっており、それゆえ自殺は殺人罪によつて完全にはカバーできないとし、さらに自殺 (未遂) には独自の構成要件が必要であることを、要求者が自殺惹起の道具として行為者を用いた場合、すなわち二一六条との対比から導きながらも、その上でその条文 (自殺との類似性) ゆえに自殺関与の可罰性に疑いがないことを指摘した。²⁶⁾ プリングバートは、これらのことから自殺の不可罰は慣習法であり、このような慣習法は二八条二項の「法」である²⁸⁾と主張、結果として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と結論付けたのである。²⁸⁾

プリンゲバードの理論の基礎には、自殺の意思が顧慮に値しないことがある。つまり、同意殺人にせよ、嘱託殺人にせよ、被害者の自らの命を絶つという決断は、常に瑕疵があるというのである。

プリンゲバードのこれらの議論の中では殺人罪の法益については明確に述べられていないが、特別な言及がない以上、一般的に考えれば、殺人罪の法益を（個人法益である）被害者の生命とし、被害者の承諾の真意性の欠如でもって、承諾の有効性を否定しているといえる。この理論を貫徹し、真の承諾があるとしても仮定すれば、人は自らの生命についても放棄することができるのであろう。つまり、ここでは（現実的には起こりえない）真意の承諾により処分可能な個人法益「生命」が観念されている。

プリンゲバードの見解に対しては、自殺を慣習法的に排除するには、はじめからそれが殺人罪の構成要件に含まれていることが必要であるが自殺はそうではないので、構成要件該当ではない行為の共犯は認められないという批判や、刑法二八条二項の「法」に慣習法を取り入れることへの批判がなされている。⁽²⁹⁾ また自殺前症候群を理由に自殺の意思を顧慮しないとしたことに対して、このような者は「真」の要求も表明できないから、常に二二六条の不適用へと導いてしまうとの批判もなされている。⁽³⁰⁾

このように自殺関与が可罰的であることを主張する見解の中でも、殺人罪と被害者の承諾の関係については考えが大きく異なっている。いずれも殺人罪の保護法益は個人法益である生命と考えるが、シュミッドホイザーは、このような法益は放棄することができないと解するのに対して、プリンゲバードは、理論的には個人が生命を処分できる可能性を残しつつ承諾の真意性を類型的に否定することになる。

②同意殺人と自殺関与の差別化を正当化する説

ドイツの通説は、現行法の立場と一致して、同意殺人の可罰性と自殺関与の不可罰性を認めているが、このような区

別を正当化するための根拠は大きく二つに分けられる。一つは殺人罪の法益を個人法益である「生命」とし、他殺の時にのみなんらかの根拠でその処分権を制限する見解であり、もう一つは二一六条（同意殺人を含む）に人の「生命」とは異なる法益を付与し、自殺の場合には責任阻却等で犯罪の成立を否定する見解である。さらに前者の見解は、そのような承諾は被害者の自律的決定ではないとする見解と、自律的な決定は肯定しながらも自己決定権の限界であるとする見解に分かれている。

被害者の自律的決定を否定して二一六条を基礎付ける論者は、たとえばヤコブスが挙げられる。ヤコブスは生命の放棄は常に可能であると考え、同意殺人罪においても、被害者の目的追求があれば、自殺行為者と同じように彼は生命と⁽³¹⁾いう一身専属的な財についての自らの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と解する。自殺と要求に基づく殺人の唯一の差異は、自手での目的追求か分業的な（*arbeitsteilig*）目的追求かということになる。そのような行為の目的が何で、どのようにそれが追求されるかということは、双方とも死にたがっている者（*Lebensmüde*）が自ら決定しているのであって、同意殺人罪における同意の決定は生命の譲渡不可能性という意味で憲法に反した決定ではない。⁽³²⁾つまりヤコブスによれば自殺者が目的設定をした要求に基づく殺人は分業的に行われた自殺ということになるのだが、しかし、他手の場合においては、その行為は自己の決定ではなく他者目的で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いう。自己決定に基づく同意殺人は自殺と同じであり、しかし他殺と言う形態においてはその行為が実際に自己決定に基づくのかに疑問がより生じること鑑みて、結論においてヤコブスは二一六条を抽象的危険犯であると解し、それは死にたがっている者の自殺の意思をただ、彼が主観的に実行を待たばかりで、つまり他人による再検討がもはや許されないような彼の目的設定に基づいて行われた時にのみ、それが実現されることを保障するための規定であると主張するのである。⁽³³⁾

このような理論によれば、二一六条の保護法益は殺人罪と同じく「生命」であり、それは個人が(どのような形であっても)自由に処分できるものであるが、他殺という形態においては自由な処分についての疑いがより高く生じるので、抽象的危険犯という形で二一六条が規定されていることになる。³⁴⁾殺人罪は意思に反した生命侵害を、要求に基づく殺人罪は意思に反している危険のある生命侵害を刑法的に処罰しているのである。

同意が真意でない可能性に由来する処罰は、カツイコスタス (Charikostas) によつてもパターンナリズムの観点を取り入れた形で支持されている。カツイコスタスはまず、自殺は事実上あらゆる個人の自己保存本能に由来する自然的な阻止閾 (Hemmschwelle) を克服しなければならないのに対して、第三者はせいぜいモラル的な葛藤は働くが自己保存本能は働かないゆえに阻止閾は相対的に少ないことを指摘する。そして、(自殺者がそうでないように) 被殺者が仮に第三者の助力でもつて阻止閾を克服したとしても、このような個人が進んで自殺をする気がないことは、場合によっては自殺の決定が欠けている事を示すのであり、法的な介入が必要になるというのである。³⁵⁾立法者は、表面上は殺人を真意に要求しているにもかかわらず、内心的には実際にその死を望んでいない者を救うために、あらゆる当事者の要求に基づく殺人の道を妨げる。これは個人の自律性に関係している点でその(生命を処分する自由を選択できないという意味での)選択肢に関係する強度のパターンナリズムとは異なった、特別な種類のパターンナリズムということになる。

このような見解に対しては、二一六条を十分に正当化できていないとの批判がなされる。³⁶⁾なぜなら客観的に合理的な要求であれば、(カツイコスタスが可罰的だと解する積極的安楽死も含めて) 要求に基づく殺人(場合によつては同意殺人も)を不可罰にしなければならない可能性が生じるからである。

被害者の自律的決定を否定する形で二一六条を基礎付ける見解は、いずれも殺人罪の保護法益を個人法益である「生命」とし、その放棄は完全な形で可能であるとしながらも、他殺の場合にはその自律性が問題となるゆえに抽象的危険

犯としてあるいは後見的保護ゆえに、処罰を正当化するというものであった。ここでの「生命」という法益は、絶対的な価値を有するもの（二元説）と相対的な価値しか有さないもの（一元説）のいずれも考えられる。有効な自己決定権には常に犯罪阻却効果があるという理解はたしかに一元説から導かれやすいが、ヤコプスが三元説に立っていることから判明するとおり、論理的必然性はない。違法性の段階で、（とりわけ安楽死との関係で）自己決定権を強調する説は、このような方法論で要求に基づく殺人罪（同意殺人も含む）を根拠付けることになるといえよう。それゆえ自律性に疑いがないれば、要求に基づく殺人罪は排除されることになる。それがなぜ安楽死だけに係わるのかは疑問だが、これらの説は、それが適切か否かは別として、生命は常に処分可能だという前提ゆえに、場合によっては被害者の承諾に基づいて二一六条の適用を広く排除する可能性を有しているのである。

それに対してドイツの通説は二一六条による処分権の制限を法政策的な側面から基礎付けている。⁽³⁷⁾つまり、承諾の存在の証明が困難で、それゆえに濫用されるおそれがあることであり、また生命のタブー化を維持するという公共の利益が優先されることである。多くの論者は前者を後者の補強要素として用いている。

公共の利益によって生命の処分を制限する見解によれば、二一六条が個人に対する罪であることは疑いがなく、自由な法治国家において、個人の自由の領域が刑法によって制約されることは自明のことであるという。⁽³⁸⁾あるいは同意をした法益所有者の観点からは同意に基づく他者侵害は、間接的な自己侵害つまり「仲介者（Mittelsperson）」による自殺を表しているとする見解も、同意的に行われた他殺の刑法的な禁止は保護に値する第三者の利益の重要性で正当化されうることになる。⁽³⁹⁾つまり二一六条の必要性は、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ことになるのである。⁽⁴⁰⁾

なおこのような理解は、上述のように殺人罪における承諾の証明の困難性から、あるいは被害者の承諾の真意性の⁽⁴¹⁾

問題から補強されることになる。⁽⁴²⁾ 殺人罪においては、被害者はすでに死亡しているために承諾の存在の証明は困難で濫用されるおそれがあるし、殺人に同意をした者は普通抑うつ状態にあるから、そういった者には一時的な抑うつ状態の願望に基づく取り返しのつかない結果から彼を守るための心的な話しかけが必要なのであって、殺人を許された者による侵害が必要なのではない。それゆえに刑事政策的に二一六条が必要になるのである。

このような見解に対しては、まず証明の困難性に対して、嫌疑処罰 (Verdachtsstrafe) になるといふ批判や、構成要件メルクマールの「真意性」を嚴格に解釈すると (真意性の証明が困難なために) 二一六条が適用できなくなるといふ批判がなされている。⁽⁴⁴⁾ 次にタブー化に対しても、(消極的) 安楽死の時にそのようなタブー化はあてはまらないといふ批判⁽⁴⁵⁾ や、自殺と他殺に本質的な差異はないとする批判、自殺関与罪はなぜ許されるのか⁽⁴⁶⁾ が十分説明できないといふ批判⁽⁴⁷⁾、正当防衛や戦争の場合のように殺人のタブー化自体が疑わしいといふ批判や、社会的に有利なように個人の意思を制限することは社会的な目的を促進するための個人の道具化へと導くといふ批判がなされている。⁽⁴⁹⁾

前述のように刑事政策的に自己決定権の制限を主張する見解によれば、二一六条の法益は個人法益である「生命」であり、しかし一般予防的な側面から殺人のタブー化を維持するという利益を侵害するために、そのような法益の処分は犯罪阻却の効力を持ち得ないことになる。なお、ここでの「生命」が、被害者の処分意思とは別に存在する絶対的な価値を有した「生命」か否かは論者によって様々である。一元説に立つロクシンは法益として (共に) 保護されている自己決定権の内在的制約として、このようなタブー化を挙げているし、⁽⁵⁰⁾ ヒルシュは、殺人罪の法益を客観的な「生命」だと解しつつ、違法性の段階でこのような自己決定権の制限を行っている。⁽⁵¹⁾ ただ、いずれの見解も、生命のタブー化そのものを法益と解していない点に注意すべきであろう。⁽⁵²⁾

それに対してヴァイゲントは、あらゆる個人法益は処分可能であるという前提に立ちながら、生命は一定の範囲で公

共の利益があり、それは社会的生活の継続の利益であつて、社会はその存在のためにその個人的な構成員が肉体的に存在していることを必要としているので、人の生命の処分可能性は制限されるとして、生命という法益が純粹な個人法益ではないと主張した。そしてさらに上述のタブー化の理論でもって「生命」という社会法益を侵害する自殺と同意に基づく殺人の区別を基礎付けている。⁽⁵⁴⁾つまりヴァイゲントによれば、このような処分権の限界は自殺関与と要求に基づく殺人において異なっていて、後者のみが可罰的であるという事実は殺人のタブー化を維持するという利益によって正当化されることになるのである。

ヴァイゲントが生命に公共の利益があると理解する点については、このような国家利益的、社会利益的な根拠は、国家と市民の関係を逆転させてしまうとして批判がなされている。⁽⁵⁵⁾とはいえヴァイゲントが自殺を可罰的だと解さなかったことに鑑みれば、実際に同意殺人の可罰性にもちいた理論は殺人のタブー化であろう。

ヴァイゲントによれば殺人罪の法益は個人的なそして社会的な利益を有する「生命」であつて、しかし、社会的な利益によって個人の自己決定権を制限するためには、殺人のタブー化という更なる刑事政策的な顧慮が介入しなければならないのである。

このように他人の生命のタブー化という刑事政策的な要素を重要視する見解が多い中で、それを徹底させたのがゲーベルであつた。ゲーベルは、同意殺人罪の保護法益を社会的平穩と解する。⁽⁵⁶⁾ゲーベルによれば、もしも二一六条の保護法益としての「生命」から解放されたときに、新たな説明のモデルが現れるという。この際に顧慮されるべきは、規範は社会的背景と切り離して解釈されえないことであり、我々の社会において生命はもつとも価値のある財だとみなされていることである。そしてこの新たな説明モデルから、あらゆる人間の自己決定の基礎は殺人によって破壊しつくされるので、死にたいという単なる意思は死を望んでいる者を殺す根拠をあらわさないという帰結が導かれることになる。

ここには、たとえば動物保護法に基づく動物の保護の際よりもより広範囲で深く社会的に定着した、行為者が侵害した価値の確信 (Wertüberzeugung) が存在⁽⁵⁷⁾して、少なくとも法は、このような評価が連邦共和国的社会的良俗的確信にふさわしいことを出発点にしているという。ゆえに行為は同意にかかわらず良俗に反している。ゲーベルはこのような理解を前提にして、ここで重要なのは刑法的な禁止と命令の対象として排除されるべき単なる良俗違反ゆえの処罰ではなく、社会的平穩の直接的な保護であると主張したのである。⁽⁵⁸⁾

ゲーベルの理解によれば、要求に基づく殺人罪の法益は「社会的平穩」である。これは「生命」そのものとは異なるが、「生命」と深く関係した(生命は尊い、という)社会的な確信を意味している。結果として同意殺人においては、生命という法益は個人によって処分されたがゆえに侵害されていないが、生命がもつとも重要な価値であって、自己決定権によつても生命の侵害は許容されないという社会的な価値の確信は、同意者には処分できずに残ることになるので、このようなものの侵害だけが同意殺人の可罰性を基礎付けることになるのである。

このように同意殺人と自殺関与の差別化を正当化する見解は、承諾の真意性に疑問を呈する見解、「他人の生命のタブー化」という社会的利益により、生命の処分権を制限する見解、生命という法益は社会的な法益でもあるとする見解、そしてそもそも二一六条の法益は生命ではなく、「社会的平穩」であるとする見解がある。

③二一六条の体系違反を主張する説

生命という法益は個人法益であり、個人法益は処分可能であるという理解を完全な形で徹底したのは、R. シュミットであった。序論で略述した通り、彼は二一六条の体系違反を主張して、同意の制限を一切排除する。R. シュミットは同意を制限する前述のあらゆる説への批判を通して、例えば生命を公共の法益でもあると解することは、基本法二条二項⁽⁶⁰⁾が生命・身体を個人法益としていることに矛盾すること、純粋な個人法益だと解した上で処分権を制限する論法

は、なぜ処分権が制限されるのかを十分説明できないことをあげて、将来的な刑法典ではこのような規定をやはり含まれないことが望まれると提言している。⁽⁶¹⁾

R. シュミットによれば、殺人罪の法益は個人法益である「生命」であり、また個人法益は例外なく処分可能であるので、同意殺人の際にはそのような法益侵害はなく、ゆえに不可罰ということになる。ここでは、R. シュミットが一元説に立つかは明らかではないが、生命の保護は被害者の意思（処分権）に常に左右されることになる。

このようなR. シュミットの見解に対しては、その帰結が経験則的に維持できないという批判や、基本法二条二項は国家の手による殺人の阻止に向けられた規定であって、ある人がそれについて同意した人を殺すことが許されるという憲法的な保障までも含んでいないという批判がなされている。⁽⁶²⁾

ドイツ刑法二一六条（同意殺人も含む）においては、多くの論者が個人法益である「生命」をまず観念し、その処分権を制限することで、同意殺人の、又場合によっては自殺関与の可罰性さえも肯定している。処分権制限の根拠として有力に挙げられているのは、本人にさえ向けられる「生命の尊重」に関する全法秩序的な尊敬要求であり、あるいは刑事政策的な他人の生命のタブー化である。ここでは、このような社会の要求が、自己決定の制約としての役割を果たしているが、このような制約が法益侵害（構成要件該当性）の問題としてなされるか、正当化の問題としてなされるかは論者によって異なっている。他方で、処分権自体を法益に組み込むかどうかは別にして、個人にとって常に処分可能な「生命」という法益からスタートしつつ、同意殺人の際には個人の自律性に疑いがあるとして二一六条を正当化する見解、あるいは「生命」を（おそらく共有関係的なイメージにおいて）公共の法益でもあるとする見解、二一六条に「生命」とは全く異なる法益を付与する見解、そして被害者の処分権を強調して二一六条の憲法違反を主張する見解があった。また、同意の総論的な理解に基づけば、序論で紹介したように、個人法益であり絶対的な価値を有する「生命」か

らスタートして、自己決定権との比較衡量によって同意殺人罪の可罰性を基礎付ける見解も存在している。⁽⁶⁴⁾

(二) 日本刑法における二〇二条の正当化

これまで、ドイツの議論を中心に検討してきたのだが、それでは日本刑法二〇二条はどのように正当化されるのだろうか。前記のように日本では自殺は処罰されない一方で、自殺関与と同意殺人は可罰的な行為である。不可罰な自殺と可罰的な自殺関与の間にある不均衡は、二〇二条の存在に疑問を投げかける。⁽⁶⁵⁾しかし日本においては、ドイツと異なっている。このような条文の存在にほとんど疑問は投げかけられていない。それゆえここでは、どのようにして二〇二条を正当化するかということが問題となってくるのである。その際に中心的役割を果たすのが二〇二条の法益論である。本項では二〇二条の法益が何であり、それがどのように二〇二条による処罰を正当化し、また殺人罪に比して減輕された刑を正当化するかについて検討していきたい。

①二〇二条に個人法益を超えた法益を認める見解

自殺関与罪の処罰根拠を認めるために、もっとも容易な方法は、自殺を違法だと宣言し、何らかの根拠で自殺者に一身専属的な責任阻却事由等を認めることである。それによって自殺の違法と、共犯の違法・責任が残ることになる。そして自殺の違法を説明する一つの手段として考えられるのは、自殺と二〇二条に保護法益として(処分可能な)個人の生命とは別の何かを付与することである。このような別の法益として考えられるのは、公共の利益、個別具体的な第三者の利益である。

前者の見解によれば、一九九条(殺人罪)においては、①個人の生物学的基盤としての生命(個人的法益としての「人」と)、②個人が社会共同体のメンバーであることについての社会共同体の期待(社会法益としての「人」とが複合的に

法益として規定されており、そのため二〇二条（自殺関与・同意殺人罪）においては、①の個人的法益の側面は（完全に法益主体に属するものであり、法益主体による自律的Ⅱ自己決定的処分が可能である以上）、自律的Ⅱ自己決定的処分によって放棄されているから、②の社会的法益としての「人」のみが独立に保護法益として規定されているという。そして、①の個人的法益の主体であっても、それ以外の者であっても、この②の社会的法益については、およそ個人の処分権は及ばないので、その侵害は違法として評価されることになる。⁶⁶ここでは、そもそも二〇二条の保護法益は生命ではないと解するので、二〇二条の保護法益を脱個人化しても、個人主義に反することにはなっていないと考える。また、社会法益としての「人」を保護していると考えると、結局は個人の生命処分権を制約し、生命保持義務を認めることになり、憲法と合致しないのではないかと考えられる批判に対しては、自己のペットの殺害が動物保護管理法で社会的法益侵害として可罰的であることを挙げて、同様のことが二〇二条でもあてはまるとして反駁している。

社会的法益侵害説に対しては、全体主義的であるという批判は当てはまらなくとも、現行憲法が国籍離脱の自由を承認し、その意味で個人に対して右共同体から脱退する自由を明文で認めていることと、明らかに矛盾するように思われるという批判⁶⁷があてはまるだろう。また確かにこの見解によれば、生命という法益は国家のものではなく、二〇二条では生命と別個の法益（社会的法益としての「人」）が保護されているが、社会法益としての「人」が究極的には「生命」の存否に還元される限り、やはり生命に関する処分権を国家が有していることと同義であるように思われる。そうである以上、「社会や国家に、ある個人と並び、当該個人の生命に関する対等な法益主体性を認める立場は、自己決定権を端的に制限・否定するものであって、現行憲法下での刑法解釈としては受け入れ難いし、危険性が大きい。社会的ないし国家的な関心・利益をいおうとするのであるなら、なぜそのようなものの侵害が違法性を基礎付けるのかという問いに改めて答えねばならない」といったような批判が再びあてはまることになるだろう。動物保護管理法を例にした反

論は、ゲーベルのように、法益を個人と切り離した、生命に関する「価値の確信」、換言すれば生命を尊ぶ社会秩序と解するのであれば十分説明しうるであろうが、個人に向けられた社会的期待を表に出す以上、十分なものではないように思われるのである。

それに対して侵害された本人の利益や公共の利益とは異なる第三者の利益を保護法益とする見解の中には、被害者とは別の人格を持つ将来の被害者を問題とする見解と、実際に存在する第三者を問題にする見解がある。

前者の見解によれば、「自殺によって、同時に他人の被覆決定（⁶⁹）、ひいてはそれに基づく諸々）の自由が侵害される」ことになるという。⁶⁹「人は生きてゆく中で、死にたいと思うこともあれば、思い直して『自分はなんて馬鹿なことを考えていたんだろう』と感ずることもある。そしてそのような場合、死にたいと思った自分（現在の自己）⁷⁰と思い直した自分（将来の自己）とは、別人格を構成する」のであり、自殺は後者の人格の侵害であるというのである。ゆえに、将来の自己による被覆決定の可能性が存在しない場合には、違法性がなくなることになる（たとえば安楽死）。そしてこのような被覆決定の可能性の存否は、その者の信条・価値観に照らして判断する。このように解すると、「将来の自己は現在の自己の生命利益と表裏の関係にあり、両者を切り離して考えることは不可能ではないか」という批判も考えられるが、それに対しては技巧的な事例としつつも、「Aを殺害した上で死体を処分し、直ちにその脳をBことAのクローンに移植した」という例を挙げて、Aは現在の自己の生命利益は侵害されていても将来の自己は侵害されておらず、またBは将来の自己を侵害されているものの、現在の自己の生命利益は侵害されていないとして、不可分一体性を否定し反論している。生物学的な個体の生命と人格の同一性とは、切り離して考えることができるというのである。⁷¹

このような別人格の侵害を主張する見解に対しては、『刑法における』自己決定権の重要性とは、『自己の法益について自律的決定』自己決定的処分をなした以上、国家は干渉し得ない』という点に存在するのであり、それを超えて、

直ちに、将来の被覆決定可能性のない者に対する劣後的取り扱いを正当化するものではない」という批判や、将来の被覆決定可能性の存否の判断基準を「その者の信条・価値観に照らして判断する」ことは不適切な結論をもたらす可能性があること、そして現在の自己と将来の自己とは別人格(他人)であるにも拘らずこのような判断基準をとることは、「なお現在の自己による自己決定が将来の自己に影響を与える」ことになり、論理として徹底されていないという批判がなされている。⁽⁷²⁾

他方で、後者の見解によれば、⁽⁷³⁾「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である」という。そして「殺人罪もこのような利益を保護している」のであるが、「生命があまりに大きな価値を持つために、いわば背後に退いているのにすぎない」と解する。

このような見解に対しては、『周囲の人々の精神的・経済的利益』を問題にするのであれば、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容易に認められてしまうのではないか」という批判がなされている。⁽⁷⁴⁾ また自殺者の自己決定権が軽視されること、⁽⁷⁵⁾そしてもし自殺者が全く身寄りのない者等、「一人密やかに暮らしていたとしたら、法益は存するのかわらないのか」、「存するとするならば、それは『周囲の人々』の範囲を事実上無限定とし、『精神的・経済的利益』の内実を極めて稀薄・抽象的なものとするものであつて」、「社会をも生命という法益の主体とする説と変らないのではないか」という批判がなされている。⁽⁷⁶⁾

上述の見解はすべて二〇二条の保護法益を、公共の利益あるいは被殺者とは別の個人(あるいは人格)と解している。これらの見解は殺人罪の保護法益(の一部)である個人の「生命」は、常に個人の処分権に服することを前提とし、そ

の上で自殺関与罪の処罰を基礎付けるための更なる法益の存在を肯定しているといえよう。この考えに従えば、二〇二条の刑の減軽根拠は、個人の生命の保護が自己決定によって放棄されたためと説明することができるし、あるいは殺人罪とは異なる法益侵害が問題となっているので殺人罪よりも減軽されたのではなく、本来そのような法定刑であったと解することで容易に説明することができるだろう。

②二〇二条の法益を個人の「生命」だと解する説

日本においては多くの論者が、二〇二条の法益は殺人罪と同じく個人法益である「生命」であると解している。このような法益論は自殺の違法あるいは適法について、直接的に解決をもたらし⁽⁷⁷⁾ないが、しかし二〇二条、とりわけ同意殺人罪においては、第三者の行為は「生命」侵害であり可罰的であるという結論をもたらしことになる。しかし、本人がそれを放棄した時にも、なぜ個人法益である「生命」は侵害されるのか。この点についての説明は論者によって異なっている。

第一の見解は、自殺は通常不自由な自殺意思を前提に行われるので、後見的保護として、二〇二条が規定されたと解⁽⁷⁸⁾する。この見解は、上記プリンゲバートのように、自殺研究の知識に基づいてほとんどの自殺は「自殺前症候群」と名づけられた精神異常によって引き起こされるものであることを理由に、「わが国の二〇二条は、最初から不自由な自殺意思を前提にしたものとして理解することが可能である」と主張する。⁽⁷⁹⁾それゆえ二〇二条は「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。その上でまた、「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、一定程度自己決定権の後退を認めることが許される」というのである。なお、不自由な自殺意思の場合でもその生命は主観的には放棄されているの

で、「その法益の価値は、このような法益放棄の意思が全く存在しない一九九条のそれと比べていくらか減殺されたもの」になり、ゆえに二〇二条の法定刑は一九九条よりも軽いものとなる。⁽⁸⁰⁾

このような見解に対しては、「不自由な自殺意思」でも生命は主観的に放棄されているので、刑法二〇二条の法益の価値は刑法一九九条のそれに比べていくらか減殺されたものであるという命題と「不自由な」自殺決定に基づく自殺者の生命は本人の意思に反しても保護価値を失わないという命題は調和しうるのかという批判や、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はないという批判がなされている。⁽⁸²⁾ また、不自由な自殺意思を二〇二条の前提とするこの見解には、もし自由かつ自己答責的な自殺の決意というものの存在が確認されないままに関与行為がなされたのであれば、それはもはや自殺関与の問題ではいささかもなく、通常殺人罪の成否がそこでは問題になつていくにすぎないという批判があてはまるだろう。⁽⁸³⁾

第二の見解として、不自由な意思性を根拠に、パターンリズム的な介入ではなく、抽象的危険犯として二〇二条を構成する見解があげられる。⁽⁸⁴⁾ この見解によれば自手による場合に適法な自殺が、他手を利用した場合に違法評価を受けることになる理由は、「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）⁽⁸⁵⁾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危険」があるからである。これは「一般的な自殺意思の不自由さに基づく抽象的危険犯ではなく、教唆・幫助・囑託・承諾という形態での他人との接触のゆえに醸される自殺意思の不自由性を根拠とする」抽象的危険犯である。

このような見解に対しては、「他者の影響を受けているとはいえ、意思決定能力を有する者が意思を強制されることなく、また錯誤に陥ることなく行う自己決定はなお『自由』なものと言えるのではないか」という批判がなされている。⁽⁸⁶⁾

これら二つの見解は、(同意) 殺人罪の法益を個人の「生命」とし、個人の自律的な決定は常に犯罪阻却の効果を有するという理解から、被害者の自律的な決定自体の瑕疵を二〇二条の処罰根拠にする見解である。このような立場は、とりわけ(一部の)安楽死を不可罰にしようとする論者によって主張されることになる。

自殺者の意思の真意性に疑問を投げかける上記の見解に対して、第三の見解は自己の生命の放棄といった自己決定は自己決定権と矛盾する故に無効であるとする見解、あるいはそのような決定はパターンナリズム的な介入で制限されるという見解である。

前者の見解は、そもそも生命を放棄する自己決定のパラドックス性を指摘して、このような自己決定は自己決定権の内在的制約であると理解する。⁽⁸⁷⁾ この見解によれば、「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」ため、生命には同意の正当化効力が及ばないことになる。

パラドックス性の理論に対しては、「生命が自己決定の存在論的基盤であること自体は動かしようのない自然的事実であるが、他面、そうであればこそ、その生命を放棄する自己決定がいわば究極の自己決定であることも否定できない。生は死をもって完結するのであり、死のあり方が最後の生き方である以上、死の選択の自由なくしては自らが自らの自由の作者たり得ないのかもしれないと考えるとき、少なくとも、一義的に自己矛盾論を正当であるとするには躊躇を覚えざるをえない」という批判や、⁽⁸⁸⁾ 「法益主体の生命処分の自由が否定されているのだとすれば、その同意はおよそ無効である以上、法益性Ⅱ違法性の減少に言及することは困難である」という批判がなされている。⁽⁸⁹⁾

他方、後者の立場、すなわち生命放棄の自己決定にパターンナリズム的な介入を認める見解は、おそらく日本の通説であるといえるだろう。この見解によれば、生命(あるいは身体も)は自己決定の基盤であり、すべての価値の基礎で

あることから、そしてこの法益が持つ特殊性、例えば、一回性、回復不可能性、代替不可能性、あるいは、幸福追求のための必要不可欠性からも国家の後見的配慮等の政策的決定が期待されることになり、それゆえ法益主体の意思に反しても刑法で保護され、結果として同意による殺人罪の違法性阻却はなく、また自殺関与罪は可罰的であることになるのである。しかし、同意による違法減少は認められるので、同意殺人罪が減輕類型として規定されることになる。

このようなバターナリズムの介入に対しては、「国家が本人の利益を図るためにその自由を制限する」というのであれば、自殺を放任しつつそれに加功した第三者のみに刑事罰を課するという現行法のあり方は、大きく改められる必要がある」という批判や、⁽⁹¹⁾「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」ので、「バターナ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」といった批判がなされている。⁽⁹²⁾

これらの説は、(同意 殺人罪の法益を個人法益である「生命」と解しているが、処分権の限界を個人の利益・あるいは自己決定権そのものから導き出している。なお、「生命」が客観的な存在か、被害者の処分権も含んだ存在かという点については、多くの論者は特別に触れていない。日本においては一元説・二元説の対立は、あまり意識されていないからであろう。しかし、上述したようにドイツにおいても一元説・二元説を問わずに自己決定の制約により同意殺人罪の可罰性は基礎付けられているのであって、ここでは法益論の内部でそれを制限するか、正当化の段階でそれを制限するかの違いはあるものの、いずれの法益理解に依拠してもこのような理論でもって二〇二条を正当化することは可能である。

第四の見解は、一般的には自殺者の自己決定の尊重の要請よりも保護に値する生命保護の要請が上位に置かれることを根拠に、自己決定を制限する見解である。⁹³ この見解によれば、自殺の場合を除いて、一般的には自殺者の自己決定の尊重より、生命保護の要請の方が上位にあるので（そしてそのような決定は法政策的に合理的である）自殺者の生命もなお法益として保護に値するものであるゆえ、自殺関与罪の処罰規定は、「自殺者以外の第三者に自殺への関与を禁止すること（自殺関与を禁止する行為規範の設定と維持）を通じて生命保護に役立とうとするもの」であるという。このようにして、「被害者たる自殺者に最終的な意思決定が委ねられる自殺への関与行為の処罰が根拠づけられるとすれば、進んで、行為者により殺人行為が行われたときは当然であ」り、「それは、被害者の真意にもとづく同意があるため法益の要保護性が減弱することにより違法性の程度が通常の殺人罪よりは低いと評価される行為であるにすぎない」ことになる。⁹⁴

この見解は第三のパターナリズムで同意を制限する見解に類似のものである。しかし、第三の説との決定的な（そして私見によれば、これが重要なのだが）違いは、生命は重要であり、自己決定に基づいても侵害できないという生命の優位的な価値に関係した法政策的判断に言及していることである。法政策的考慮を認める点で、「他人の生命のタブー化（生命の不可侵性）」の理論との共通項もあるが、あくまでも「生命維持」という法政策を強調する点で独自のものといえるだろう。なお、「他人の生命のタブー化」に対しては、なぜ自殺に適用されずに殺人罪だけを対象とするのかという疑問や、⁹⁵「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」という批判⁹⁶がなされている。法政策的に自己決定に対する生命の優位性を主張するこの見解にも、同様の批判があてはまりうるだろう。

最後に第五の見解として挙げられるのは、同意の総論的理論とリンクさせ、法益衡量により生命の価値が自己決定権

に優位するゆえに同意殺人は可罰的であると解する説である。⁽⁹⁷⁾ ここでも法益侵害は意思とは別個に絶対的なものとして保護された生命侵害によって認められることになる。しかし、自己決定が生命という法益より劣ると解するのであれば、自殺を不可罰とするさらなる根拠を必要とする。それによればここで重要なのは自手による行為と他手による行為との違いであって、すなわち「行為者の殺人行為は被害者の承諾に基づくとはいえず、それは、行為者の側からみれば他者（被害者）の意思に基づくいわば「他者決定」（他者の自己決定）による行為といわざるをえない」ことである。「被害者の自己決定は被害者自身に対し直接的な意味（価値）をもつのに対し、行為者に対する関係では、他者（の自己）決定として間接的な意味（価値）しか有していない」ので、「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ために、すでに被害者自身の自己決定の価値に優越したのであるが、その差は可罰性を基礎づけ得ない程度のものであったのに対し、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、承諾殺人は可罰性を獲得することになる」という。⁽⁹⁸⁾

ここで紹介したすべての見解によれば、二〇二条の保護法益は個人法益である「生命」である。そして、個人法益は完全な形で自己決定権による処分を認められるとする第一、第二の見解は、被害者の同意（自己決定）の真意性への疑いを根拠に、パターンナリズム的あるいは抽象的危険犯としての刑罰介入を認め、他方で第三の説は、自己決定権の内在的制限として、あるいはパターンナリズム的な制限として、処分権の限界を導き出す。第四の説は、法政策的判断に基づいて自己決定にも一定の社会的制限がかけられることを根拠に二〇二条を正当化し、最後の見解は生命という法益が自己決定権に優越するという法益衡量説の理論を用いて二〇二条の処罰根拠としている。

（三）二〇二条の法益と被害者の承諾の犯罪論体系上の地位——私見——

以上が、同意殺人罪に関するドイツ及び日本の議論である。ここにはいくつかの分岐点があったように思われる。第一の分岐点は、同条の法益を個人の「生命」とみなすか否か。みなすのであれば、第二の分岐点は、個人の「生命」という法益の所有者は、当該個人なのか否か。個人であるとすれば第三の分岐点へと進む。つまり、そこで保護されている「生命」は絶対的な価値を有するものか、法益所有者の意思との関係で相対的な価値しか有さないのか（ここまで判明すれば、殺人罪における承諾の犯罪論体系上の地位は明らかになる）。そして、最後の分岐点として、「生命」の処分が不可能なのは、何故なのかというその理論である。

それでは、まず第一の分岐点から見ていきたい。つまり、二〇二条の法益は個人法益である「生命」なのだろうか、それとも別の何かなのだろうか。ドイツと日本の通説は前者の立場であるが、後者の立場も有力である。

後者の見解に立ち公共（国家）の法益を保護する規定として二〇二条を観念した場合には、まずそのような法益の具体的な内容が問題となってくるだろう。なぜ国家は二〇二条でもって、個人の生命処分権を事実上制限するのか。人が構成員として肉体的に存在することに社会的にどのような意味があるのか。考えられるのは、労働力としての存在であり、あるいはそれ以外のなんらかの社会的な期待を実現することである。しかし、このような期待の侵害は国籍の離脱やひきこもりによっては生じないものなのだろうか。前者は日本という社会の構成員であることを自らやめ、後者は社会の構成員としての役割を自ら放棄している。あるいは重大な自傷あるいは同意傷害の際にはどうだろうか。殺人への承諾と傷害への承諾の問題をリンクさせ、両者に同じ解決方法を提案するのであれば、傷害に際しても社会的期待は個人の身体という法益と共に保護されていることになるだろう。このような理解は決して不可能なわけではない。しかしそうだとすれば、同意傷害罪のない日本においては、同意傷害の処罰は罪刑法定主義違反のおそれがあるように思われるのである。つまり、同意殺人罪では殺人罪とは異なる法益（あるいは殺人罪においては重層的に保護されている法益

の一部）が保護されていると解しても、そのような異なる法益侵害に基づく処罰は二〇二条の存在ゆえに正当化されるが、傷害罪の場合にはそれは用意されていないので、処罰の正当化の根拠は存在しないのである。これらのことに鑑みれば、同意殺人と同意傷害を同じように取り扱うことができなくなってしまう、両者の解決に溝ができてしまうことになるだろう。このような批判は、もちろん同意傷害罪は常に不可罰であると解すれば問題なく回避することが⁹⁹⁾できる。しかしそのことで再び、ただ国家の構成員として人が生存していることについての国家の利益の内実が不明確になってしまうのである。またあらゆる同意傷害を不可罰とすることは、おそらく一般的に認め難いことであるし、それを認めた場合の社会に対する影響は重大なものであるように思われる。

さらに国家の利益の内実として考えられるのは、殺人や自殺幫助という形を禁止するという社会の利益である。他者の生命を否定するような行為をタブー化すること、それ自体が公共の法益であると解することもできる。ドイツの見解の多くは、殺人のタブー化（他人の生命のタブー化）でもって同意を制限したが、それ自体を法益として捕らえることも可能であるし、実際にゲーベルはそのような解釈を行う。しかし、このような解釈に基づいても、やはり同意傷害罪の規定がない以上、上記の説と同様の批判が向けられるだろう。

他方、具体的な第三者の利益を法益とする説は、すでに指摘されたように、被殺者の交友関係によって処罰範囲が大きく左右されることになる。また、二〇二条の可罰性を被害者の承諾論とリンクして考えようとするのであれば、ここでも同意傷害罪の理論との間に大きな隔たりができてしまうであろう。生命・身体という法益の類似性・連続性に鑑みれば、また通常被害者の承諾論で同意殺人と同意傷害がリンクして論じられていることに鑑みれば、このような両者の溝は望ましくないというべきである。

また別人格説については、そのような別人格が存在するかどうかを、現在の本人の価値観から検討するのであれば、

常にそれは存在しないということができないだろうか。自殺者はおそらく、もしこれから更に生きていたのであればこのような行為を後できっと後悔するだろうとは考えていないだろう。あるいは後悔するだろうと考えているのであれば、そこには将来の自分とは別人格を構成する人格は存在していない。そしてまた、仮に別人格の誰かが将来的に現れるのだとして、行為時に存在しないそのような者への侵害を、二〇二条の違法として捉えてよいのかは疑問であろう。

傷害罪と殺人罪における被害者の承諾はリンクして論じられるべきだとする本稿の立場によれば（詳細は本章第三節でも述べる）、同意殺人罪の法益はやはり殺人罪と同じ「生命」のみであると考えられるであろう。それでは、二〇二条の法益が「生命」だととして、それはどのような内容を有するのだろうか。

つまり第二の分岐点として問題となるのは、「生命」は純粹に個人法益であるのか、あるいは公共の法益でもあるのかということである。これは、生命という一つの法益に個人と国家の共有関係を認めるのかという問題であり、おそらく近代刑法においてこれを肯定することは難しいだろう。確かにこのような法益理解に基づいても法益を放棄する有効な承諾のためには両者の承諾がいるから、生命が国家によって自由に処分されるといった意味でのナチズム的な帰結は生じ得ないが、それでも「個人の生命は国のものでもある」という命題は問題であろう。やはり、個人の生命は当該個人のものというべきである。

そこで二〇二条の法益が個人法益である「生命」だととして、次にこのような法益が客観的な存在としての「生命」なのか、処分権も加えた「生命」あるいは「生命の処分権」そのもののかが問題となる。これが第三の分岐点である。これまで本稿で行った個人法益に対する罪の議論の中では保護法益は、自己決定と不可分一体のものとして保護されてきたのだが、生命においても同じことがいえるのだろうか。

上述のように、殺人罪・傷害罪に関係した被害者の承諾が主に違法論として理解されていることに鑑みれば多くの論

者はこれを否定する⁽¹⁰⁾一方で、一元説の論者はこれを肯定し、その上で法益として解された処分権（自己決定権）を制限することによって、二〇二条（あるいはドイツ刑法二一六条）とのバランスを保っている。たとえばロクシンは一元説を主張しつつも、他人の生命のタブー化という刑事政策上の根拠をもって自己決定そのものを制限し、二一六条を正当化している。ここでは同意殺人罪の保護法益は制限された生命の処分権そのもの、あるいは生命と制限された処分権ということになるだろう。⁽¹¹⁾しかし処分権が被害者自身の任意で一切用いることができないとするのならば、ここで処分権が単独で、あるいは生命とは別に保護されていると宣言することの意義は、それを維持したいという意思と処分あるいは処分権と法益が共に分かちがたく保護されていると解することの意義は、それを維持したいという意思と処分したいという意思の双方が顧慮されるからこそあるはずである。維持したいという意思しか刑法上の価値を有しないのであれば、それは客体そのものを保護していることと同じであろう。またこのような処分権の制限自体が、生命という存在そのものに独自の重要性を認めていることにならないだろうか。⁽¹²⁾一元説へ向けられる、精神障害者など、意思の自由を伴わない者の生命は、「意思の自由」に侵害はないとして常に承諾殺人罪の限度でのみ保護されることにならないだろうか⁽¹³⁾という批判は、たしかに他の罪と同じように、承諾が表明されていない場合には侵害に反対の意思が表明されていると推定することで解決をはかることができるが、果たして、反対の意思の推定がなければ、人の生命は財産と同様に保護に値しないようなものなのかは疑問である。

一元説が主張するように、法益所有者の意思を保護するのが刑法であるというのなら、私人に近すぎた刑法は、代理執行のある刑罰権にすぎなくなってしまうだろう。それは、現在の公法的な刑法の役割とは一致しないように思われるのである。このことは、法益概念と自己決定権を結びつけることは単なる信仰の告白にすぎないと批判されるところなのであろう。⁽¹⁴⁾さらにこの見解に基づけば、要求に基づく殺人罪の法定刑が通常の殺人罪よりもはるかに低いこと

を説明できず、ただ責任減少によってのみ説明することができるようと思われる。なぜなら、法益としての処分権の放棄が一切認められないのであれば、そこには「処分権」の侵害も完全な形で残ってしまうからである。ロクシンによれば、財は所有者によってのみ行使することができ、それに関係していなければ意味のない表象であって、また身体さえも骨と肉の集合体ではなくて、ただ彼の中に存在し、彼を支配している魂との関係においてのみ、保護客体となりうるものである。⁽¹⁰⁵⁾しかし、魂が宗教的な意味ではなく、脳の機能の一部だと考えるのであれば、「魂」はその肉体を完全に支配していないのではないだろうか。人は手を伸ばして目の前にある物をとることができる。その点で身体は「魂」によって支配されているが、またその「魂」を支配しているのは身体なのである。人はとまった心臓を「魂」によって動かすことはできない。人の意識しないところで心臓が動き、体中を血が巡っていることで、人は自己という意識、すなわち「魂」をかううじて手にしているのではないだろうか。両者は確かに同時に存在し相互に支配しあっているという意味では不可分一体であるが、そこに優劣関係はなく、また「生命」が侵害されることによって生じる物理現象的な「死」は、不可分一体に自我（つまりは魂）の崩壊を招くだろう。ロクシンのいうように身体は骨と肉の塊ではなく、脳の機能としての自我（魂）をも有する存在ではあるが、一方でそれは、骨と肉と魂をそれぞれ別個に観察して説明できるような単純なものでもない。生命の価値は魂の存在ゆえにのみあるのではなく、また魂は完全に身体を支配していないのだから、生命は魂がそれに価値を認めていなくても、十分に保護に値するものということができ⁽¹⁰⁶⁾るだろう。このように解すれば、（同意）殺人罪においては一元説的な理解は不適切であるように思われるのである。

このことから、本稿においてひとつのことが確認された。すなわち違法性阻却事由の「同意」の存在である。「同意」に分類される犯罪類型は、法益侵害性に係る合意とは異な⁽¹⁰⁷⁾って、保護法益を自己決定権（処分権）とは別に、それ自体として保護している。殺人罪における保護法益「生命」は、その所有者がそれに十分な価値を認めていなくとも絶対的

な価値を有するものとして客観的に保護に値するだけの十分な価値を有しており、被害者の承諾は、法益の放棄（結果として法益侵害性の欠如）ではなく、違法性の段階における刑法的保護の放棄（結果として要保護性の減少）と理解されるべきなのである。

それでは、同意殺人罪の保護法益が直接的には処分権を含まない個人法益「生命」であるとして、なぜここで法益保護の放棄要求は全能ではなく、違法性が減少するにとどまるのだろうか。これが最後の分岐点である。

同意が全能ではない理由としては、二つのものが考えられるだろう。一つはここでの同意は自律的な決定ではないことであり、もう一つは自律的な決定ではあるが、なんらかの理由で被害者の当該法益の処分権が制限されていることである。

しかし第一の考察方法には疑問がある。確かに、上記のようにリンゲルによれば自殺者は常に病的状況にあり、死に関する自己決定は彼の真の自己決定ではない。⁽¹⁰⁸⁾しかし医学的にこのような理解が適切だとしても、つまりこの定義から自殺を防止する方法を導き出すことができるとしても、刑法上の自己決定との関係で、これを直接的に用いることができるかは疑問である。他の同意能力の要件がすべて備わっているにもかかわらず、このような医学的見地を殺人罪において例外として付与するためには根拠がなお不十分であるように思われるのである。⁽¹⁰⁹⁾また自律的な決定でないのであれば、そもそも「同意」殺人ではないであろう。さらに同意傷害は不可罰だという理解に立たない限り、あるいはとりわけ重大な傷害に同意をした者は病的な状況であるといわない限り、同意傷害の可罰性を認めるためにあらたな根拠が必要となってくる。同意殺人罪・自殺帮助罪を抽象的危険犯として構成する方法も確かに魅力的であるが、嫌疑刑に繋がりがねないし、医学的見地を刑法に移し変えるという性質上、法的根拠に欠けるという問題を抱えているといえよう。

第二の考察方法としてここでの同意が自律的決定であることを認めつつ、パターンナリズムや、自己決定権の内在的制約によって処分権（自己決定権）を制限するという方法が考えられる。確かに、生命という法益は一度放棄すれば二度と取り戻せないものであり、パターンナリズム的に制限することには価値があるし、自己の基盤を破壊する自己決定は矛盾を表すようにも思われる。しかし、これらの理論については、なぜこのような制限が、行為者の処罰にまで結びつくかをさらに解明しなければならないように思われる。「自由の原理」は個人に自由でなくなるために自由であるべく要求することはできず、このような制限が個人の尊厳を確保・実現するために欠くことのできない生物学的・社会的必須条件の保障を目的とした制約であるとしても、それは自己決定権を内在的に制限する、当該個人を対象としたパターンナリズムといえるであろう。だから、個人は国家に自らを殺すよう要求することはできないし、奴隷契約を認めるよう要求することもできない。しかし自らの意思で死ぬことや、自らの意思で奴隷のようにふるまうことはなお可能であろう。被害者の被害者からの保護を意味するパターンナリズムは、なお処罰根拠としては不十分であるように思われるのである。ここでは一七七条後段などの様に、パターンナリズム的に被害者を承諾無能力者とする、あるいは承諾が真意でないことを推定するのではなく、パターンナリズムという裸の根拠が同意制限の根拠となっている。⁽¹²⁾ パラドックス性の理論やパターンナリズム説が打ち立てる「被害者は自己の生命を放棄することができない」という命題は適切だとしても、そこから自殺や同意殺人の行為者を羽交い絞めにして止める権限のみならず、事後的に行為者処罰の権限を導きだすためにはもう一段階進まなくてはならないように思われるのである。

そして私見によればこの一段階は、社会現象としての同意殺人を観察したときに可能となるように思われる。⁽¹³⁾ つまり「他人による生命の侵害」という現象を社会に許容させるほどの権利は、個人にはないと解するのである。ここではパターンナリズムではなく、「他人の生命のタブー化」を維持するという秩序に関係した社会的利益を重視している。あ

らゆる自己決定を優先した、個人主義的な社会、被害者が同意をしているというただそれだけのことで殺人も当然のように許される社会は異常だといえるだろう。法的に保護の薄くなったヒトの命は、社会的にもその重要性を、あるいは国民の意識にとってもその重要性を失っていくように思われる。将来的に、(場合によっては真意でないかもしれない)同意殺人の発生を防止し、あらゆるヒト(そして人)の生命を保護するという秩序を維持するために、このような自己決定権の制限が必要なのである。つまり被害者の承諾を制限するのは、(終局的には被害者も含まれるが)「人が他人を殺さない」秩序を維持するという社会的利益であるといえよう。

その一方で、ここで注意すべきことは、法益所有者(人)の自律的な財の放棄は、なお存在しているということである。自己決定として行われた生命の処分は、同意として生命侵害の違法性を排除することはないが、それは十分に違法減少の効果を有するものであろう。なぜなら、本稿によれば被害者の自己決定権の制限は自己決定権の内在的な制約ではなく、そのようなものの尊重を国家が公共の利益に鑑みて認めないという意味で外在的なものである。この点で、法益所有者の自律的な処分(自己決定)があれば、常に法益侵害性が排除される法益侵害性に係る合意とは異なっているのである。同意においては法益侵害が被害者の意思(自律性の)侵害とは別に肯定される、つまり実質的な法益侵害が肯定されるゆえに、刑法の禁止規範を排除する(侵害を許容する)可否かを判断する違法性の段階で、外在的な制約が許されることになるのである。

以上のことから本稿は、被害者の同意になぜ違法性阻却(減少)の効果があるかについては、優越的利益説(ドイツでは刑事政策説⁽¹⁵⁾)に立つことになる。この説に基づけば、同意の制限についても最も無理なく説明することができるのである。

なお第三の考察方法として、法益衡量による解決も考えられる。このような見解は、正当化事由としての同意を刑事

政策という場合によつては拒否反応を起こさせるような要素を用いずにもっともドグマティックに説明することができ
る点で、優れているように思われる。しかし、本稿がこの立場に依拠しないのは、生命と自己決定というあまりにも性
質の異なる、しかしどちらも重要なものを比較衡量し、その優劣を判断することに躊躇しているからである。⁽¹⁶⁾

以上のことに鑑みれば、同意殺人罪の保護法益は個人法益である（ヒトの）「生命」であり、被害者の承諾は確かに
近代国家への要請として尊重に値するが、それが結果的に個人の生命を尊重するという秩序を著しく破壊してしまうよ
うな場合においては、完全な形で尊重できず、ゆえにここでの承諾は違法性減少の効果しかもち得ないことになる。他
人の生命のタブー化については、個人が社会秩序を維持する道具として利用されることになるという批判がなされてい
るが、あくまで行為者は「生命」という重大で絶対的な価値をもつ法益を侵害していることに注意しなければならない
（つまり法益侵害は肯定される）。被害者の生命が公共の利益のために用いられたのではなく、被害者の処分権が公共
の利益のために制限されたにすぎないといえよう。殺人罪においては法益（生命）が処分権と分かちがたく保護され
ているのではないゆえに、このような外在的な制限（同意の効果の制限）が許されることになるのである（これが本稿で
いう「同意」の最も重要な特徴であるといえる）。またここでの秩序は、個人の生命の保護を目的とした秩序であるこ
とも見逃してはならない。将来的に無思慮な生命の放棄を、そして場合によっては真意ではない生命の放棄を促進する
可能性があるために、被害者による殺人への承諾（自己決定）を一〇〇%の形で尊重することはできないのである。ゆ
えに同意殺人は可罰的であり、他方で殺人罪よりも軽い刑が科されることになる。

（1）大判大一一二年四月二七日刑集一・三三九。

- (2) 西原春夫ほか編『判例刑法研究五』（一九八〇、有斐閣）〔宮野彬〕三頁、団藤重光編『注釈刑法（五）』（一九七六、有斐閣）〔大塚仁〕六六頁以下。
- (3) 二項で未遂は処罰される。
- (4) *Fischer*, Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetze, 55. Auflage, 2008, §216, Rdn. 2 ff.; *Lachner/Kühl*, Strafrechtsgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, 2007, §216, Rdn. 1 ff.; *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafrechtsgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, 2006, §216, Rdn. 1 f.; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht Besonderer Teil 1, 9. Auflage, 2003, §2, Rdn. 60 ff.; *Burkhard Jähnke*, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 2001, §216, Rdn. 2; *Arzt/Weber*, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, 2000, §3, Rdn. 12; *Horn*, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 6. Auflage, 2000, §216, Rdn. 2.
- (5) *Peter Bringewal*, Die Strafbarkeit der Beteiligung an fremder Selbsttötung als Grenzproblem der Strafrechtsdogmatik, ZStW 87, 645; *Lachner/Kühl*, aa.O.(Anm.(4)), Rdn. 1; *Eser*, aa.O.(Anm.(4)), §216, Rdn. 1.
- (6) *Jörg Laber*, Der Schutz des Lebens im Strafrecht, 1977, S. 181; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, aa.O.(Anm.(4)), §2, Rdn. 62.
- (7) *Fischer*, aa.O.(Anm.(4)), §216, Rdn. 2; *Jähnke*, aa.O.(Anm.(4)), §216, Rdn. 2; *Arzt/Weber*, aa.O.(Anm.(4)), §3, Rdn. 4.
- (8) 刑の減輕効果があることは認められよう（Vgl. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, aa.O.(Anm.(4)), §2, Rdn. 62）[○]「一方、要求に基づく殺人罪の要求は同意で十分であると解する見解もある」（Vgl. *Rudolf Schmitz*, Euthanasie aus der Sicht des Juristen, JZ 1979, 464）。
- (9) ドイツ刑法三三三c条「事故若しくは公共の危険又は「急迫の際に」、それが必要で状況に基づき彼に期待されていて、とりわけ著しい自らの危険がなく、他の重要な義務を侵害する」となく可能であるにもかかわらず、その救助を行わなかった者は、「一年以下の自由刑又は罰金に処する」。
- (10) BGH, NJW 1952, 552; BGH, NJW 1954, 1049; BGH, NJW 1960, 1821. Vgl. BGHSt. 13, 162; BGH, NSiZ 1983, 117; OLG Düsseldorf, NJW 1973, 2215.
- (11) *Schmidhäuser*, Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 812.
- (12) *Schmidhäuser*, in: Welzel-FS (Anm.(11)), S. 814.

- (13) *Schmidhäuser*, in: *Welzel-FS* (Anm.(11)), S. 818.
- (14) *Schmidhäuser*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, 1984, 5. Kapitel, Rdn. 107.
- (15) *Schmidhäuser*, *AT*(Anm.(14)), 5. Kapitel, Rdn. 119.
- (16) *Schmidhäuser*, *Strafrecht Besonderer Teil*, 2. Auflage, 1983, 2. Kapitel, Rdn. 2.
- (17) Vgl. auch *Schmidhäuser*, *BT* (Anm.(16)), 2. Kapitel, Rdn. 9.
- (18) *Ulfrid Neumann*, *Abgrenzung von Teilnahme am Selbstmord und Tötung in mittelbarer Täterschaft*—BGHSt 32, 38, *JuS* 1985, 678; *Wilfried Botke*, *Probleme der Suizidbeteiligung*, GA 1983, 26; *Claus Roxin*, *Die Mitwirkung beim Suizid—ein Tötungsdelikt?*, in: *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, 1977, S. 337; *Bringewat*, aa.O.(Anm.(5)), 640 f.
- (19) *Botke*, aa.O.(Anm.(18)), 26.
- (20) *Botke*, aa.O.(Anm.(18)), 26; *Roxin*, in: *Dreher-FS* (Anm.(18)), S. 337 f. Vgl. *Bringewat*, aa.O.(Anm.(5)), 641 f.; *Neumann*, aa.O.(Anm.(18)), 678.
- (21) *Konstantinos Chatzikostas*, *Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid und Euthanasie*, 2001, S. 216; *Botke*, aa.O.(Anm.(18)), 26; *Roxin*, in: *Dreher-FS* (Anm.(18)), S. 336.
 ただし、ドイツ刑法「二二二条（故殺罪）は行為客体として「einen Menschen（人）」を規定しており、他方ドイツ刑法二二三条（傷害罪）は、行為客体として「eine andere Person（他人）」を規定している。後述のように立法上の趣旨は異なるようだが、純粹な文言解釈によれば構成要件該当性を認めるとは可能であろう。
- (22) *Bringewat*, aa.O.(Anm.(5)), 642 f.; *Botke*, aa.O.(Anm.(18)), 26 f.; *Roxin*, in: *Dreher-FS* (Anm.(18)), S. 341 f.
- (23) *Bringewat*, aa.O.(Anm.(5)), 632 ff.
- (24) *Bringewat*, aa.O.(Anm.(5)), 632 ff.
- (25) *Bringewat*, aa.O.(Anm.(5)), 640 ff.
- (26) *Bringewat*, aa.O.(Anm.(5)), 646 ff.
- (27) ドイツ刑法二八条二項「特別な人的メルクマールが刑罰を重く、軽く又は排除することを法律で定めるときには、それは、そのメルクマールが存在する関与者（正犯あるいは共犯）にだけ適用する」

- (28) *Bringewul*, aa.O.(Anm.(5)), 646 ff.
- (29) *Neumann*, aa.O.(Anm.(18)), 678; *Roxin*, in: Dreher-FS (Anm.(18)), S. 342 f.; *Chalzikostas*, aa.O.(Anm.(21)), S. 216.
- (30) *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 110 f.; *Alfred A. Göbel*, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992, S. 35.
- (31) *Jakobs*, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, 1998, S. 15ff. (「*Jakobs*, Die Tötung 2 番」)
- (32) それ以外「*Friedrich-Christian Schroeder*, Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen, ZStW 106, 573 ff. 2 番」生命という法益は譲渡不可能なところを根拠に「同意殺人罪と自殺幫助の区別を基礎付けよう」。
- (33) *Jakobs*, Die Tötung (Anm.(31)), S. 23.
- (34) それゆえに同意に疑いのない安楽死の場合においては「二一六条の適用は排除されることになる」(*Jakobs*, Die Tötung (Anm.(31)), S. 24 ff.)。
- (35) *Chalzikostas*, aa.O.(Anm.(21)), S. 265.
- (36) *Sternberg-Lieben*, aa.O.(Anm.(30)), S. 112.
- (37) *Hanno Otto*, Eigenverantwortliche Selbstschädigung und –gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und –gefährdung, in: Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, 1989, S. 158; *Jürgen Möllering*, Schutz des Lebens – Recht auf Sterben, 1977, S. 96; *Hirsch*, Einwilligung und Selbstbestimmung, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 785 ff.; *Roxin*, in: Dreher-FS (Anm.(18)), S.339; *Sternberg-Lieben*, aa.O.(Anm.(30)), S. 117 ff.
- (38) *Hirsch*, in: Welzel-FS (Anm.(37)), S. 785. 「*ヘルマン・ウェゼル*」人間は「*ヒンツンの島*」の島なのではない「*社会的群島の部分である*」の「*個人主義の誇張は時代遅れであることなる*」(S. 800)。
- (39) *Sternberg-Lieben*, aa.O.(Anm.(30)), S. 114 ff.
- (40) *Roxin*, in: Dreher-FS (Anm.(18)), S. 339; *Sternberg-Lieben*, aa.O.(Anm.(30)), S. 117f.; *Otto*, in: Tröndle-FS (Anm.(37)), S. 158; *Möllering*, aa.O.(Anm.(37)), S. 96; *Hirsch*, in: Welzel-FS (Anm.(37)), S. 790.
- (41) *Sternberg-Lieben*, aa.O.(Anm.(30)), S. 106.
- (42) *Roxin*, in: Dreher-FS (Anm.(18)), S. 349 f.; *Hirsch*, in: Welzel-FS (Anm.(37)), S. 791.

- (43) Göbel, aaO(Anm.(30)), S. 30; Schneider, aa.o. (Aum.(32)), 570.
 - (44) Rudolf Schmitt, Strafrechtlicher Schutz des Opfers von sich selbst?, in: Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S.118; Jakobs, Die Tötung (Anm.(31)), S. 21.
 - (45) Ulfried Neumann/Frank Saliger, Sterbehilfe zwischen Selbstbestimmung und Fremdbestimmung – Kritische Anmerkungen zur aktuellen Sterbehilfedebatte, HRRS 2006, 285.
 - (46) Jakobs, Die Tötung (Anm.(31)), S. 19.
 - (47) Jakobs, Die Tötung (Anm.(31)), S. 19.
 - (48) Chazikostas, aa.O.(Anm.(21)), S. 241.
 - (49) Chazikostas, aa.O.(Anm.(21)), S. 240 f.
 - (50) Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Auflage, 2006, §13, Rdn. 37.
 - (51) Hirsch, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 1994, Vor§32, Rdn. 105, 447; Thomas Rönnan, in: Leipziger Kommentar, 12. Auflage, 2007, vor §32, Rdn. 156 は「法益の保護はそれが具体的な法益所有者に人格発展の基礎として貢献するので行われるのであり、ゆえに、権利者の同意をもって法益を侵害すれば構成要件該当性を欠くとして、生命の場合は、例外であると明示している (Rdn. 188)」。
 - (52) 例えは、Otto, aa.O. (Anm.(37)), Rdn. 158 は「二二六条は「個人の法益」を保護すると明記している」; Hirsch, in: Wezel FS (Anm.(37)), S. 785 も「法益の問題とは独立して」と記している。さらに Roxin, aa.O.(Anm(50)), Rdn. 37 45 「人間の生命という個人法益の際には同意は無効である」としており、またより明確に Rönnan, aa.O.(Anm(51)), Rdn. 188 は「生命は人的発展の基礎としてではなく、法益所有者から切り離された純粋な存在」において保護されていると解している。
 - (53) Thomas Weigend, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, ZStW 98, 66.
 - (54) Weigend, aa.O.(Anm.(53)), 67.
 - (55) たとえばシュテルンベルク・リーベン は「国家は人間のためにあるが、人間は国家のためでない」というべきであると主張する。 Sternberg-Lieben, aa.O.(Anm.(30)), S. 115.
- Vgl. auch Arthur Kaufmann, Relativierung des rechtlichen Lebensschutzes?, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70.

- Geburstag, 2001, S. 851; *Göbel*, aa.O.(Ann.(30)), S. 31; *Schmitt*, in: Maurach-FS (Ann.(44)), S. 117.
- (56) *Göbel*, aa.O.(Ann.(30)), S. 39ff.
- (57) *Göbel*, aa.O.(Ann.(30)), S. 40.
- (58) 前述したように、ドイツの傷害罪は、同意にもかかわらず行為が「良俗違反」の場合には、同意傷害として可罰的なことが明文で規定されている。
- (59) *Göbel*, aa.O.(Ann.(30)), S. 42.
- (60) 基本法二条二項「各人は、生命及び身体を害されない権利を有する。個人の自由は、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、これを侵害することが許される。」(対訳にあたつては、須郷登世治『独英日対訳ドイツ憲法の解説』(一九九一、中央大学出版部 七八頁を参考にした。))
- (61) *Schmitt*, in: Maurach-FS (Ann.(44)), S. 117ff.
- (62) *Schroeder*, aa.O.(Ann.(32)), 568.
- (63) *Hirsch*, in: Wezel-FS (Ann.(37)), S. 777.
- (64) *Noll*, Übersetzliche Rechtfertigungsgründe im besondern die Einwilligung des Verletzten, 1955, S. 60.
- (65) ただし、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」宮澤古稀編集委員会『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第二巻・刑法理論の現代的展開』(二〇〇〇、成文堂)二六八頁参照。
- (66) 深町晋也「危険引受け論について」本郷法政紀要九号(二〇〇〇)一二六頁。この見解によれば自殺は類型的に期待可能性Ⅱ責任を欠くものと評価されることになる。また、吉澤三枝「違法性の本質と被害者の承諾」司法研究所紀要一二巻(二〇〇〇)六三頁以下は、生命には社会的法益としての側面が競合していると解する。
- (67) 小林憲太郎「被害者の関与と結果の帰責」千葉大学法学論集一五巻一号(二〇〇〇)一六三頁を参照。
- (68) 伊東研祐『現代社会と刑法各論』(第二版、二〇〇二、成文堂)六八頁。
- (69) 小林・前掲論文(注(67))一六四頁以下。
- (70) 自殺(未遂)の不可罰根拠は、刑罰によって真の被害者である将来の自己の自由が制限されてしまうという自己矛盾の

回避に求められることになる(小林・前掲論文(注(67))一六五頁)。

(71) 小林・前掲論文(注(67))一六六頁以下。

(72) 深町・前掲論文(注(66))一二五頁以下。

(73) 林幹人「自殺関与罪」法学セミナー四〇二号(一九八八)一〇九頁。

(74) 塩谷毅「自殺関与事例における被害者の自己答責性(二・完)」立命館法学二五七号(一九九八)八九頁。

(75) 鈴木晃「自殺関与罪の処罰根拠」中京法学三八卷三・四号(二〇〇四)四八五頁。

(76) 伊東・前掲書(注(68))七二頁。

(77) 構成要件該当性の問題や自手による自殺の権利といった問題が別個に残されているからである。

(78) 秋葉悦子「自殺関与罪に関する考察」上智法学三三卷三・四号(一九八九)一八八頁以下(以下、秋葉・自殺関与罪と略す)。また、前田雅英『刑法各論講義』(第四版、二〇〇七、東京大学出版会)一三三頁参照。なお秋葉悦子「同意殺人―

自己決定権の限界―」法学教室二二三号(二〇〇〇)三頁は、自殺研究に基づく自殺意思の不自由性の理論に修正を加え、「二〇二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」と叙述している。これは、「共同体への義務と結びついた自由」を重視する点で、以下で紹介する公共の利益ゆえに自己決定権を制限する見解に類似したものといえるだろう。

(79) 秋葉・自殺関与罪(注(78))一八八頁。

(80) 秋葉・自殺関与罪(注(78))一九〇頁以下。

(81) 塩谷・前掲論文(注(74))八八頁以下。

(82) 谷直之「自殺関与罪に関する一考察」同志社法学四四卷六号(一九九三)一七三頁以下、上田・前掲書(注(65))二六七頁。また伊東・前掲書(注(68))六九頁も参照。

(83) 井田良「自殺関与罪と同意殺人罪」刑事法ジャーナル四号(二〇〇六)一三六頁。

(84) 酒井安行「自殺関与罪と死の自己決定・パターンリズム」青山法学論集四二巻四号(二〇〇一)六九頁以下。

(85) 酒井・前掲論文(注(84))七二頁以下。

(86) 曾根威彦「自己決定の自由と自殺関与罪」西原春夫ほか編『佐々木史朗先生喜寿祝賀・刑事法の理論と実践』(二〇〇二、第一法規) 二七六頁。

(87) 吉田宣之「自己決定権と自殺関与罪の処罰根拠」刑法雑誌四三卷三号(二〇〇四) 三八五頁、長谷川裕寿「刑法における同意とその客観的制約——同意殺人の禁止」をめぐり議論を中心に(二・完) 法学研究論集一五号(二〇〇二) 三四頁以下、西原春夫ほか編『刑法学四・各論の重要問題I』(一九七七、有斐閣) 一二頁(平川宗信)、谷・前掲論文(注(82)) 一七五頁以下。なお長谷川・前掲論文三五頁はさらに、同意殺人罪においては、「お互いを人格的存在として、またコミュニケーション・パートナーとして承認し、尊敬することは普遍的要請であり、それを可能とする基盤たる生命を相互に承認、尊敬することもまた普遍的要請であると考えられる」として、行為者に自分という「他人」を殺害することを許容するような被害者の決意には、自己決定として法的重要性をもたせることができないゆえに、このような生命の処分は「被害者の自律」の範疇にあるということができないとしている。

(88) 酒井・前掲論文(注(84)) 四八頁以下。また小林・前掲論文(注(67)) 一六二頁以下を参照。

(89) 深町・前掲論文(注(66)) 一二四頁。

(90) 西田典之『刑法各論』(第四版、二〇〇八、弘文堂) 一四頁、佐伯仁志「被害者の同意とその周辺(1)」法学教室二九五号(二〇〇五) 一一〇頁、山口厚『刑法各論』(補訂版、二〇〇五、有斐閣) 一二二頁、吉田宣之「自殺教唆・幫助罪の処罰根拠」西原春夫ほか編『刑事法学の新動向上巻』(一九九五、成文堂) 五六〇頁、芝原邦爾「自殺関与罪・同意殺人罪」法学セミナー二七巻四号(一九八三) 一三三頁、町野朔「被害者の承諾」西原春夫ほか編『判例刑法研究第二巻』(一九八一、有斐閣) 一八六頁、福田雅章「大阪地裁安楽死事件解題」阪大法学一〇八号(一九七八) 二二〇頁、内藤謙「刑法講義総論(中)」(一九八六、有斐閣) 五八八頁。その他、被害者の承諾の総論的考察において、パターンリズム的介入は通説的に認められている(拙稿「被害者の承諾(二)——各論的考察による再構成」北大法学五八巻三号(二〇〇七) 一七頁以下参照)。

(91) 小林・前掲論文(注(67)) 一六三頁。

(92) 谷・前掲論文(注(82)) 一七二頁以下。また、高橋則夫「自殺関与罪をめぐる諸問題」現代刑事法一六号(二〇〇〇) 一〇一頁参照。

- (93) なお、ここではさらに加えて刑事政策的な考慮としてパターンナリズム的な制限に基づき「被害者の被害者からの保護」を図ろうとしている(井田・前掲論文(注(83))一三五頁)。また、井田良「被害者の同意」現代刑事法一四号(二〇〇〇)八九頁は、傷害罪における同意の制約をパターンナリズムに求めている。
- (94) 井田・前掲論文(注(83))一三五頁。
- (95) 長谷川裕寿「刑法における同意とその客観的制約(一)——「同意殺人の禁止」をめぐる議論を中心に——」法学研究論集一四号(二〇〇一)三〇頁以下、深町・前掲論文(注(66))一二五頁、
- (96) 谷・前掲論文(注(82))一七四頁、長谷川・前掲論文(注(95))三一頁。
- (97) 曾根・前掲書(注(86))二六一頁以下。反対は、酒井・前掲論文(注(84))五九頁参照。
- (98) 曾根・前掲書(注(86))二七七頁。同論稿によれば、自殺関与は正犯行為の違法性が低いゆえに、「立法論的にはむしろ自殺関与行為の違法性の程度を不可罰的なレベルにまで引き下げることによって、これらの行為を刑罰から解放する方向が模索されるべきである」という。
- (99) 実際に、深町晋也「主観的正当化要素としての同意の認識の要否——同意の処罰阻却効果の「絶対性」との関係について——」岡山大学法学会雑誌五一巻四号(二〇〇二)八四頁以下によれば、首尾一貫して同意傷害は、すべて不可罰とされている。
- (100) 同意殺人罪に関しては曾根・前掲書(注(86))二七一頁、吉田・前掲論文(注(90))五七〇頁参照。
- (101) なお他人の生命のタブー化自体を保護法益としていないことは、注(52)を参照。
- (102) 佐久間修「医療行為における「被害者の承諾」——特に生命の処分について——」阪大法学四四巻一三三号(一九九四)七〇二頁参照。
- (103) 佐久間・前掲論文(注(102))七〇二頁。
- (104) Hirsch, in: Welzel-FS (Anm.(37)), S. 785.
- (105) Roxin, a.a.O.(Anm.(50)), §13, Rdn. 14.
- (106) また宗像紀夫「被害者の承諾」は犯罪の成否にいかなる影響を及ぼすか」研修四一三三号(一九八二)九七頁、佐久間・前掲論文(注(102))六九六頁を参照。

(107) このことは人の終期について（脳死説ではなく）三徴候説が通説である日本の刑法には、よりあてはまることであるように思われる。

(108) *Erwin Ringel, Neue Untersuchungen zum Selbstmordproblem*, 1961, S. 77 ff. なお、とりわけ近年の刑法学においては、（一部の）安楽死の場合のみ、患者の承諾は真意であるとして、安楽死の違法性を阻却しようとする見解が多く見受けられるが、リングエルによればこのような状況下の者も何らかの精神疾患を有している。

(109) 林（幹）・前掲論文（注（73））一〇九頁も参照。

(110) 福田雅章「刑事法における強制の根拠としてのパターンナリズム—ミルの「自由原理」に内在するパターンナリズム—」一橋論叢一〇三巻一号（一九九〇）五頁以下。

(111) 拙稿「被害者の承諾（二）——各論的考察による再構成——」北大法学五八巻四号（二〇〇七）八三頁以下。

(112) 塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』（二〇〇四、法律文化社）一六〇頁も、「パターンナリズム」そのものが処罰を根拠付けることのより説得的な論証がなされなければならないと批判している。

(113) 例えばシュトラーターテンベルトもこの点を意識しており、ここでのパターンナリズム的介入は、すべての状況下で殺人の禁止をタブーにするという努力のなかで基礎付けられると解していた（*Stalenuwerth, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. neubearbeitete Auflage, 1996, §10, Rdn. 10）。

(114) ここで「ヒト」という言葉を用いたのは、人格とは切り離れた「生物学的な人」を表すためであり、当然のことながら胎児は含んでいない。

(115) 拙稿・前掲論文（注（90））一一頁以下参照。

(116) 秋葉・自殺関与罪（注（78））一九〇頁も参照。

〔付記〕

本稿は北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇〇七年三月二三日授与）「被害者の承諾——各論的考察」に補筆したものである。なお、補筆にあたっては、平成一九・二〇年度日本学術振興会科学研究費補助金（若手研究（スタートアップ））による研究成果の一部を取り入れている。