

## 刑法202条の処罰根拠論

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2023-05-31 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 石居, 圭 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/00023146">http://hdl.handle.net/10291/00023146</a>

明治大学大学院法学研究科

2022年度

博士学位請求論文

(要約)

刑法202条の処罰根拠論

The Ground for Punishment under Article 202  
of the Japanese Penal Code

学位請求者 公法学専攻

石居 圭

## 1 問題意識と目的

日本において、市民が「安楽死」について議論するとき、その大部分の意見が「死ぬ権利」を認めて、安楽死を合法化すべきであると考えているようである。安楽死に関する世論調査や囑託殺人事件に対する SNS 上の声などをみればそれは明らかである。これは「個人の自己決定を最大限尊重すべき」という主張であって、確かに首肯し得るものがある。しかし「死にたい者は死なせてあげた方がいい」という主張は果たして正しいのだろうか？「死にたい者」とはどのような者を指すのか？「死ぬ権利」の具体的な中身は何か？これらの点をはっきりさせなければ、「安楽死」や「死ぬ権利」について議論するための基礎がないまま、見切り発車でその是非を考えることになってしまうだろう。

これに対して、刑法は、202 条において自殺関与のあらゆる行為態様を禁止している。このような自殺関与罪規定は、諸外国でもみられるものであって、それ自体珍しいものではない。しかし最近になって、欧米諸国でこうした自殺関与罪規定を違憲無効とする判決が出されるようになってきている。しかも各国の憲法裁判所は、わが国の刑法 202 条の処罰根拠としてしばしば用いられる主張を退け、「死ぬ権利」は個人に保障されるものだとして明確に主張するのである。「死ぬ権利」に関する世論の声、そして各国における自殺関与罪規定をめぐる議論状況に鑑みれば、わが国の刑法 202 条の処罰根拠を再考する必要がある。

本稿は、以上の問題意識から、「死ぬ権利」とパターンリズムの限界、そして自殺の法的性質を検討し、そこから導き出される刑法 202 条の処罰根拠論の解明を試みるものである。

## 2 構成及び各章の要約

本稿は序章、第一章から第六章、終章で構成からなる。

序章では、本研究の背景と目的、そして本稿の構成について概略を示した。

第一章では、刑法 202 条の処罰根拠を探るための準備として、憲法における「死ぬ権利」の是非、そしてパターンリズムの限界について明らかにすることを目的とし、以下の 2 点が検討対象とした。

第 1 に、「死ぬ権利」は、日本の憲法秩序において、どのように考えられてきたのかということである。憲法学では、死ぬ権利が「基本的人権として」保護されるに値するものであるか否かがこれまで議論されてきた。憲法学における「死ぬ権利」の立場と刑法 202 条による「自殺関与行為」の禁止はどのような関係に立つのであろうか。

第 2 に、自己加害に対する介入を正当化する原理としての「パターンリズム」の限界である。「死ぬ権利」は「自己決定」の 1 つであるが、これを制約する主な原理がパターンリズムである。しかし、パターンリズムによる制約はなぜ、そしてどのような要件の下で正当とされるのであろうか。

これらの点を検討した結果、以下の結論が得られた。まず、「死ぬ権利」の是非に関する憲法学上の議論については、結局生命観の争いに帰するところが大きいと言わざるを得ず、生命を放棄する自己決定が、生命と「同等の」価値を有するとする主張を一義的

に退けることのできるものではない。それを踏まえた上で私見を述べれば、自己決定権及びその一つとしての「死ぬ権利」は憲法 13 条前段の「個人の尊重」に基づくと理解すべきである。また、死ぬ権利の是非に関わらず、以下の 3 点が刑法 202 条の処罰根拠論との関係で問題となる。

- ①自殺の法的性質に関する立場によって「生きる義務」の是非が決まる。したがって、自殺の法的性質を検討しなければならない。
- ②「生きる義務」を認めない場合には、自殺は禁止されない行為である。そうすると、刑法 202 条は禁止されていない行為への関与を処罰し、間接的ではあるが、自殺の実行を強制的に制限するものである。その根拠が検討されなければならない。
- ③刑法 202 条による自殺行為の強制的制限は、平等原則・比例原則に照らして、合理的なものかが検討されなければならない。

次にパターナリズムに関する検討からは、侵害原理が妥当しない刑法 202 条を、自己加害原理に基づいて説明する場合の重要な視点を得ることができた。すなわち、「生命の保護」と「自己決定の尊重」の双方のバランスをどのように取るかが重要だということである。前者の観点からは、結果の重大性に鑑みて、パターナリズムに基づく介入も認めなければならない。しかし後者の観点からは、その介入も一時差し止めを限度とするものでなければならず、個人は「最終決定者」として尊重される。その点からは、パターナリズムの限界は「弱いパターナリズム」に求められなければならないのである。

第二章では、自殺関与罪が不可罰とされながらも、医師による臨死介助の可罰性について議論が盛んとなっているドイツの法的状況を概観した。

まず、医師による臨死介助に関する議論が深まる契機となった Wittig 判決を確認した。そこでは自己決定を軽視する理論構成に多くの批判が集まっていたことが確認できた。次に 2019 年の Hamburg 事件判決と Berlin 事件判決、そしてそれらに対する学説の反応を概観する。するとそこでもやはり、個人の自己決定を尊重する考え方と矛盾する点に批判が集中していることがわかった。

本章の最後では、こうした個人の自己決定を強調していくドイツの議論を参考に安楽死や「死ぬ権利」について議論するためのヒントを得た。まず「死ぬ権利」を行使する要件は厳格に定められなければならない。すなわち、個人の自己決定を強調していただくだけでは足りず、単に自己責任というだけでは問題解決にはならないような特殊事情も考慮に入れて、「死ぬ権利」を議論していかなければならないのである。また、「死ぬ権利」の具体的な中身を解明することと関連して、「死期の切迫性」という要件の要否も議論されねばならない。

次に日本の刑法 202 条における解釈学上の問題を確認した。仮に「死ぬ権利」を承認する場合自殺行為は適法であると理解できるが、そこでは自殺関与を「正犯なき共犯」として理解するのか、それとも特別な正犯として理解するのかという問題が生じる。も

し後者の立場を採用するのだとしても、行為支配が自殺者に存するときまで、行為支配が行為者に存するときと同じ法定刑なのはなぜなのかという疑問が生じる。

また、自殺関与の一般的な不可罰性に関する問題も生じてくる。ここでは性急な自殺においてのみ日本刑法 202 条を適用するという限定解釈の可能性を検討したい。さらに自由答責性の判断基準措定の困難さという実務上の問題も検討しなければならないだろう。

第三章では自殺の法的性質を検討した。すでに多くの文献で議論されてきたが、いまだに決着はついていない、古くて新しい論点である。しかも、ドイツやオーストリアで相次いで、自殺幫助の禁止規定に違憲判決が出され、各国裁判所によって、「死ぬ権利」が肯定されている。議論状況は今まさに推移している最中なのである。

まず、自殺幫助罪の合憲性の議論に伴って、自殺の法的性質の議論が盛んになされている、ドイツとオーストリアの学説を検討の対象にし、次に日本の学説を検討した。これらの検討により、得た結論は以下のものである。

- ①自殺を決意する原因がもはや克服できないものである場合にまで「生きる義務」を課すことはできない。その意味で、「死ぬ」という個人の自己決定は尊重されなければならない。
- ②しかし他方で、経済的困窮など、自分ではどうにもならない環境下での選択を「自由な自己決定」という名の「自己責任」とするのも妥当ではない。個人の自己決定を尊重するという議論をする時には、単に「本人がそうするというならば、それで良い」というだけでは足りず、自殺の様々な社会的要因にも目をむけ、さらにその死の決定が第三者から不当な影響を受けたものか否か、本当に自殺以外の選択肢を検討した上での決定なのかという視点が重要である。
- ③「死ぬ権利」を検討する際は、「人間の尊厳」等の理論的説明だけでは、説得力という点で十分とはいえない。やはり、自殺防止という政策的観点から議論を進めるべきである。

これらの検討を踏まえて上で私見を示した。まず自殺の法的性質については、自殺意思二分説を採用し、自殺の権利を認める要件について、以下のように結論づけた。すなわち、「強いパターナリズム」は否定され、個人は「死ぬ権利」を有する。しかし「性急な決断」に基づく自殺は権利とはされず、むしろ自殺防止という政策的観点から（他害でない故に可罰的ではないが）違法と評価される。自殺が（問主観的な）権利性を獲得するためには「提示された案が熟慮の上でも代替案とはならないこと」を自殺志願者が他者に証明することが必要である。また「熟慮」とは検討の期間を直接意味するのではなく、代替案が出し尽くされたか否かを意味する。そして、「死期の切迫性」や「自殺の動機」は問題とされない。

第四章では、第三章での検討を前提に、「性急な決断を防止する」という観点から、日本刑法 202 条を解釈するための手がかりを得ることを目的とし、要求に基づく殺人や自殺幫助に関するドイツ・オーストリアの議論を検討した。

まずドイツの通説が、要求に基づく殺人の可罰性を根拠づける際、超個人的な利益を考慮しようとする点で妥当ではないことを確認し、あくまで個人的法益として理解される生命を保護法益としなければならないことを主張した。

次に、生命を社会的利益と紐づけずに理解し、「性急性」からの保護という観点から要求に基づく殺人や自殺幫助の可罰性および不可罰となる事例を導き出そうとする主張を概観した。これらの見解の共通点は以下のようなものである。すなわち、可罰性を導くにあたり、自己決定というものが曖昧で、様々な外的影響から人格は揺れ動くものだという点を前提とする政策的な考慮を重視し、さらに喪失すれば元には戻らないという生命の特殊性を根拠にする点である。また、各見解においては、不可罰性を認めるか否か、そして認めるとした場合、いかなる基準とその範囲が置かれるかという点に差異が生じる。

そこで各見解の主張する基準について検討を加えた。緩和し得ない苦痛の存在を要件として承認される「最後の選択肢」、決定の撤回可能性を確保するための「一時的な」自律からの保護など、各説の主張する基準は支持できる部分もあるものの、不可罰性を認める範囲が狭すぎる、論理的一貫性を欠くといった問題点があることがわかった。

以上の検討を前提にして、最後に私見として以下のように結論付けた。すなわち、死の決定は性急性からの保護という刑事政策的な観点から制限を受け、それに基づき、要求に基づく殺人や自殺幫助の可罰性が肯定される。しかしそれは「弱いパターンリズム」に基づく介入にすぎず、それゆえ「第三者の助力を用いて死ぬ権利」を個人は有する。そして「死に代わる代替案をすべて使い果たしたか、検討しつくしたか」という形で性格づけられる「熟慮性」が肯定されれば、要求に基づく殺人や自殺幫助の可罰性は阻却される。

第五章では、ドイツの連邦憲法裁判所がドイツ刑法旧 217 条を違憲と判断したことを契機として、同国で活発に議論されている臨死介助法制度に関する立法案を概観した。そして、私見の依拠する「性急性から保護」という観点から以下の点を検討した。まず、各法案における 4 つの対立点、すなわち、①「自殺介助の原則的可罰性と『親族又は密接な関係にある者』の一身の処罰免除」、②「自殺介助広告の処罰」、③「未成年者に対する臨死介助の余地」、④「間接的臨死介助と積極的臨死介助」について検討した。そして最後に、各法案では語られていない論点である、⑤「自殺教唆及び承諾殺人の不法」について検討した。

①「自殺介助の原則的可罰性と『親族又は密接な関係にある者』の一身の処罰免除」については、まず、自殺介助を原則可罰的とすることはできない。というのも、そのよ

うな規定の下では、介助者は手続きの不履行により、それがたとえ過失であっても、処罰されることになるからである。これでは、自殺介助者の法的地位が余りにも不安定であり、第三者は処罰を恐れて介助を引き受けることを避けることになる。こうした規定は結局、臨死介助の権利を空疎化するものであって妥当ではない。

また、親族等の一身的処罰免除事由を定めることも妥当ではない。自殺介助の事案では、新しいパートナーを迎えたい、金銭的負担から解放されたいといった事例など、親族や密接な関係にある者でも、むしろ要罰性が高い場合もあるからである。

②「自殺介助広告の処罰」については、刑事罰というもっとも強い国家権力を用いて達成すべきであるかという点に疑問がある。たしかに、臨死介助においては、決定者の「生命」法益が問題となっており、その要保護性だけを考えれば、一見刑事罰による規制が必要にも思われる。また、同じく宣伝行為を処罰する 219 条 a「妊娠中絶の広告」の議論において、強い規制が必要だとする主張がされるのは、(未出生の)生命という極めて高い価値を有する利益が関係するがゆえである。

しかし、自殺介助そのものの処罰根拠は「性急な自己決定から決定者自身の生命を保護する」という観点から説明されるべきものであり、他者の利益が侵害される危険は想定されない。さらに、「第三者の助力を用いて死ぬ権利」を保障するためには、自殺介助に関する情報についての個人の知る権利も保障されなければならない。このように考えれば、せいぜい行政罰による規制で十分である。

③「未成年者に対する臨死介助の余地」については、性急性からの保護という観点からは、あらゆる事例において、未成年者に対する臨死介助を認めることはできない。すなわち、幼年期や青少年期、そしてとりわけ思春期において、子どもと青少年の動機や利益というものは、行き過ぎる傾向を有する内容のものであると特徴づけられ得るのであり、成年者よりも厳しい要件を課すなど、成年者と比較してより強いパターンリスティックな介入が要請される。

④「間接的臨死介助と積極的臨死介助」では、間接的臨死介助と積極的臨死介助の区別、そして積極的臨死介助の許容要件について検討した。前者については、惹起される結果により区別されるべきことを主張した。そもそも限界事例における苦痛緩和措置は、定義上はもはや積極的臨死介助とは区別不能である。しかし、それ以外の事例における間接的臨死介助は傷害罪の構成要件に該当するものと理解すべきである。すなわち、当該措置が「生命の短縮」を伴うとはいっても、それは「死の惹起」とは確実に異なり、「健康状態の悪化」に過ぎない。したがって、積極的臨死介助と間接的臨死介助は、当該行為が苦痛からの開放を目的として、「死を惹起させる」のか、「生命を短縮させる」のかによって区別することができる。

次に積極的臨死介助の許容要件については、「本人が代替案を検討し尽くしたか否か」という「検討基準」が妥当である。法案では、深刻な苦痛を終わらせる手段が他にない

場合にのみ、積極的臨死介助の違法性を阻却する規定が置かれている。これは、自殺者本人が間接的臨死介助などを望むか否かにかかわらず、そうした他の手段が利用し尽くされていなければならないことを意味する。しかし、このような「利用基準」は、代替案を自殺者に強制することになり、他者決定や強いパターンリズムと限りなく接近するものであり支持し得ない。やはり、性急であるか否かという判断は決定者本人を基準として、「代替案が提示され、それを検討し尽くしてもなお、死を選ぶ」場合には、決定の性急性は否定されなければならない、「検討基準」が採用されるべきである。

⑤「自殺教唆及び承諾殺人の不法」では、「自殺教唆」と「承諾殺人」の処罰の是非について私見を述べた。まず、自殺教唆は処罰すべきである。要求に基づく殺人や自殺幫助を処罰する根拠である「性急性からの保護」という観点から自殺教唆を理解すれば、行為者は、自殺者に対し「性急な死の決定」を教唆している。すなわち自殺教唆においては、行為者が、自殺者が知るべき代替案へのアクセスを故意に遮断しているのであり、嘱託殺人や自殺幫助よりも処罰の必要性が高い。このように、性急な決定へと駆り立てる行為については可罰性を認めるべきである。自殺者の決断は、誰からの影響も受けずに自己答責的な形で下された場合にのみ、熟慮された自己決定として尊重されなければならない。しかしこれは、自殺教唆という状況下においては満たされておらず、自殺者は保護されなければならない。

次に、承諾殺人については、処罰すべきであるが、ドイツ・オーストリアのように普通殺人罪で処罰する必要はない。というのも、承諾殺人は、自由答責的ではあるが性急な決定を故意に惹起している点で自殺教唆とその不法内容は変わらないからである。異なるのは、せいぜい誰が最後の行為を行ったかという点にすぎない。この差異は重要な意味を持っておらず、したがって、自殺者の決定は自由答責的であるがゆえに、殺人罪と比して軽く処罰する日本刑法 202 条のような規定が採用されるべきである。

第六章では、わが国の刑法 202 条の処罰根拠論について私見を提示し、最後に同条の改正案を示した。まず、従来の 202 条の処罰根拠に関する見解が、有効な承諾のある場合を全て処罰することを前提として同条を解釈しており、「なぜ 202 条があるのか」、すなわち 202 条が本来目指すべきである「自殺予防」という視点が抜け落ちている点で妥当ではないことを示した。また、202 条による一律処罰は、「強いパターンリズム」を根拠とした場合に主張可能となるが、そのようなパターンリズムは、他者決定を強制するものであり、個人主義に反する。202 条を解釈する上では、「生命の保護」と「自己決定の尊重」の双方を、個人主義の趣旨に沿って矛盾なく保護することが求められるのである。

そこで私見は、202 条が、「死ぬ権利」の一つとしての「第三者の助力を用いて死ぬ権利」を「弱いパターンリズム」に基づき制限し、そして、自殺の決定が熟慮されたものであることが確定されるまで、性急な自殺の抽象的危険から生命を保護する規定だと

結論した。このような解釈は、202 条が、なぜ「自由答責的」あるいは「任意」の自殺意思があっても、関与者を処罰するののかという点（生命保護の観点）を説明し得るものであり、また、従来の一律処罰の理解を改め、202 条を限定解釈しようとするもの（自己決定の尊重の観点）でもある。そして、「性急性」論拠に依拠することで、自殺者を孤立させることなく、202 条が本来目指すべきである「自殺予防」に資する形で、同条を理解することができる。

もっとも、現行の 202 条の文言には「性急性」要件が現れていないこと、そして、「性急性」が排除されたことを確認する手続き要件や保護策を裁判所が決めることは妥当ではない。そこで、限定解釈にこだわることなく、同条を一部違憲無効とすべきであることを主張した。本章の最後には、「性急な自己決定からの生命の保護」のための新規定の方針を示しつつ、改正案を提案した。

終章では、本研究を通じて明らかとなった結論を要約し、今後の課題を示した。本研究により、これまで一律処罰を前提に解釈されてきた刑法 202 条の議論に新たな視点を発見することができた。すなわち、個人主義に基づく法秩序においては、たとえ生命が極めて高い価値を有することが認められるとしても、その保護は法益主体個人の選好を無視して、「強制」する形で達成することはできない。それゆえ「強いパターナリズム」は否定され、刑法 202 条による一律の処罰は承認され得ない。しかし、あらゆる自殺の決定を「自己決定」として介入を一切否定すれば、孤独に陥った個人を放置する「自己責任論」に加担することになり、これも個人主義に基づく「自己決定の尊重」の思想に反する。そこで私見は、「性急性」論拠に基づき、他者が自殺者に対して死に代わり得る選択肢を「提示」するシステムを前提とした、202 条の解釈論を提案する。ここでは、一方で、当該個人の自殺決定が熟慮に基づくものであることを確認し、それが権利行為であって他者に妨害され得ないものであることを確定し、自己決定の最大限の尊重を図る。他方で、他者とともに代替案を模索するシステムにより、1 人ではどうにもできない状況にある、自殺を望む個人の生命を保護することにもなる。このように、「性急性」論拠に基づいて刑法 202 条を理解することで、個人主義に沿う形で、「生命の保護」と「自己決定の尊重」のバランスをとることができるのである。

もっとも私見は、自殺意思の熟慮性の確認に一定の手続きを予定しているが、本稿ではその点を検討することができなかった。すでにドイツやオーストリアでは、「刑法の手続化論」として、これに関する議論が進んでいる。この点は臨死介助にとどまらず、他の犯罪の成立如何にもかかわる重要な論点であり、今後の検討課題とする。