



# 自殺関与行為の処罰とパターンリズム論

王, 天聡

---

**(Citation)**

六甲台論集. 法学政治学篇, 70(2):1-41

**(Issue Date)**

2024-03-22

**(Resource Type)**

departmental bulletin paper

**(Version)**

Version of Record

**(JaLCD0I)**

<https://doi.org/10.24546/0100488534>

**(URL)**

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100488534>



# 自殺関与行為の処罰とパターンリズム論

王 天 聡

## 要旨

本稿の目的は、自殺関与行為の処罰を巡る日本の議論が倫理学上どのようなパターンリズム論に依拠しているのかを解明した上で、倫理学上の議論を紹介・検討し、パターンリズムが自殺関与罪の正当化根拠となりうるかを確かめるというものである。

第一章では、自殺の法的性質（違法性阻却説、可罰的違法性阻却説、責任阻却説）、生命法益に対する理解（自己決定できる生命、物理的生命、抽象レベルの生命）、自殺関与罪の根拠（パターンリズム、危害原理、義務論）を明確にする。さらに、パターンリズムに依拠することの要否を検討するため、日本の刑法学の領域で直接的にパターンリズムを扱った論文を参考にして、自殺関与行為の処罰が自由最大化モデル（ハード・パターンリズム）または任意性モデル（ソフト・パターンリズム）に依拠することを明らかにする。このために、自殺関与行為の処罰が奴隷契約の例と危ない橋の例の延長線上で論じられうるかを確認する必要がある。さらに、危害原理と間接的なパターンリズムの関係に対する理解が重要であり、それは介入の正当性に関わることを指摘する。

第二章では、ジェラルド・ドゥウォーキンとジョエル・ファインバーグの見解を紹介し、ミルの奴隷契約の例と危ない橋の例に関する議論が自殺関与罪を正当化できるかを確認する一方で、間接的なパターンリズムによって自殺関与罪を正当化する見解と間接的なパターンリズムによって自殺関与罪を正当化できないとする見解を紹介し、間接的なパターンリズムによって自殺関与罪が正当化困難であると論じる。

かくして、いずれの形態であってもパターンリズムによって自殺関与罪を正当化することが困難であることを示す。

## 〈目次〉

### 第一章 自殺関与罪の処罰根拠

#### I 日本における議論の現状

## II パターナリズム論との関係

### 小括

#### 第二章 パターナリズムの正当化根拠と介入の限界

I ミルの奴隷契約の例に関する議論は自殺関与罪を正当化できない

II ミルの危ない橋の例に関する議論は自殺関与罪を正当化できない

III 間接的なパターナリズムによって自殺関与罪が正当化されない

### 小括

おわりに

## 第一章 自殺関与罪の処罰根拠

### I 日本における議論の現状

1 日本刑法 202 条前段では、自殺関与罪が規定されている。自殺関与とは自殺を補助または教唆する行為である。自殺行為が処罰されない前提で、自殺関与行為の可罰性をどのように説明するかが問題である。自殺関与行為の処罰根拠を論じる際に、自殺関与行為の違法性が自殺行為の違法性に由来するかどうかは先決問題である。自殺の違法性を認めた上で自殺関与の違法性の自殺の違法性への連帯に訴える見解を採用するならば、自殺関与行為の違法性を説明しやすいが、違法である自殺がなぜ不可罰であるのかを説明する必要がある。他方で、自殺と自殺関与の違法性の相対性を認める見解を採用するならば、自殺が不可罰であることの説明は容易だが、自殺関与行為の可罰性が説明し難い。自殺の法的性質を論じるこれまでの学説には、大きく分けて、違法性阻却説、可罰的違法性阻却説、責任阻却説がある。その中で、違法性阻却説では違法の相対性に訴えるため、自殺関与行為を独立した犯罪として論じる必要がある。責任阻却説では違法の連帯性に訴えるため、違法である自殺が不可罰であることを説明する必要がある。可罰的違法性説の中では、違法性阻却説と同じように違法の相対性に訴える見解がある一方で、責任阻却説と同じように違法の連帯性に訴える見解がある。

2 まずは、違法性阻却説である。当説によると、生命は個人の利益であるため、自己決定の対象になる。つまり、自己の生命を処分することは違法ではなく（自己決定によって要保護性が解除され）、刑法によって許される。他方で、自殺関与行為は自殺者による生命の自己処分の一部であるため、自殺関与に対する処罰は自殺者による生命の自己処分に対する干渉であり、自殺が違法でないとする違法性阻却説では自殺関与行為の違法性を説明することが困難である。当説は以下のように自殺関与行為の可罰性を説明している。(1) 自殺関与が介入する場合には、それは自己の生命の処分ではなく他者による生命の処分・他者危害であり、それに対する制限は生命の自己処分に対する制限ではない。従って、自殺関与は可罰

的でありうる<sup>(1)</sup>。(2) 自殺に関与することは生命の保護にとって有害であるため可罰的である<sup>(2)</sup>。(1) は関与者の行為を自殺者の生命に対する外部からの危害と理解しているので、ここで保護されるのはあくまでもその自殺者本人の生命である。(2) のある捉え方によると、関与者は自殺に協力することによって、自殺の風潮を助長し、間接的に他人の生命(=潜在的な自殺者の生命)を侵害することになる<sup>(3)</sup>。ここで保護されるのは当該自殺者本人の生命ではない。しかし、この二つの見解には問題がある。(1) については、自殺者の同意があるにもかかわらず、自殺関与行為を外部からの危害行為とみなすことができるかどうかは疑問である。自己決定によって自殺者の生命の要保護性が解除されるのであれば、生命という利益の減少はいまや(違法な)危害とはみなされえない。(2) については、自殺者が積極的に他者に援助を求める場合、自殺者も間接的に自殺の風潮を助長しているのであって、自殺は違法であるはずである。

3 次は、可罰的違法性阻却説である。ここでは、四つのバージョンがある。

(1) まずは、利益・価値を比較衡量する見解である<sup>(4)</sup>。違法性阻却説とは違い、この説は自己決定の利益と生命そのものの利益を区別して比較する。死の自己決定の利益を認めながら、生命の価値が自己決定の利益の価値より高いことによって、自殺の違法性を説明する。

- 
- (1) 香川達夫『刑法講義〔各論〕』(1982) 305頁。「自己の法益の自己処分の範囲をこえ、他人による処分を殺人罪の減輕類型としたのが本罪と解すればたりのからである」。
  - (2) 川端博『刑法』(2014) 212頁。「自殺は自己の法益の処分行為であるから、違法ではないと解すべき。…生命は、あらゆる価値の根元であるから、本人が同意していても他人が自殺に関与することは生命の保護にとって有害であるので、それを違法とするのである」。日高義博『刑法各論』(2014) 21頁。「自殺が自己決定によるもの限り、刑法上、違法とは言えない…第三者の関係においては、人の生命は侵害を許さない法益である」。

なお、法的放任説も違法性阻却説に属する。井田良によると、自殺は結果不法を有するが、行為不法を有しない故に、自殺は違法ではない。但し、その場合でも自殺関与者に対し「他者の生命を否定する行為」を禁止する規範はあり得る。ほとんどの自殺者は覚悟がかたまっておらず、心が激しく動揺しているため、この様な禁止規範は法政策学的に合理的である。自殺適法行為説は生命に対する自己決定の効力を正面から肯定する。法的放任説は自殺自体を評価しない、つまり、自殺を消極的に容認する。自殺に対する態度以外、両者はほとんど同じである。井田良『講義刑法学・各論〔第2版〕』(2020) 30-1頁。

- (3) 松宮孝明『刑法各論講義〔第5版〕』(2018) 27頁。「自殺者の生命そのものとは異なる『タブー』そのもの、または、自殺の風潮が蔓延することから人々の生命を守ることになり、自殺関与罪は、『社会法益としての人々の命に対する危険犯』という性格を帯びる」。
- (4) 本文は曾根が支持する優越的利益説を紹介するが、他に、価値衡量説も存在する。利益優越説は自己決定をその存在意義から捉える。他方で、価値衡量説は自己決定を当該個人の主観的評価と捉える。北川敦子「法益主体の自己決定と正当化原理——承諾の犯罪阻却根拠に関する問題を契機に——」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 上巻』(2014) 271-2頁。

例えば、優越的利益説を支持する曾根威彦の以下のような見解である。『自己決定』は憲法十三条前段の『個人の尊重』条項に由来し、自殺の形式的手続き的側面を表している。「自殺によって失われる『生命の尊重』の価値は、十三条後段の『生命に対する権利』（生命追求権）に淵源を持ち、『生命の喪失』は自殺の実質的側面を表している」という。後者が前者に優位するから、自殺は違法である。その上で、違法性阻却説と同じく、自殺者と関与者の違法の相対性（しかし、ここでは柔らかな違法の相対性）を論じて、自殺の違法性が不可罰のレベルに止まることを説明する。「自己決定の自由は、内心的な意思決定の自由と外部的な行為の自由とから構成されていると解することができる」。「ただ、自殺者が文字通り自分の生命を処分しているのであって、直接的に真正な『自己決定』を行っているのであるが、自殺関与者は、自殺者の自己決定を間接的に受け入れているにすぎず、関与者から見ればそれは他人である自殺者の『他者決定』にとどまっている」。「被害者の自己決定は被害者自身に対し直接的意味（価値）を持つのにに対し、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ある」<sup>(5)</sup>。自己決定と他者決定を区分して外部の行為の違法性を説明する点は、違法性阻却説が自己処分と他者処分を区分して外部の行為の違法性を説明する点に類似する。

同意殺人は自殺と異なり可罰であるが、違法の相対性に訴えるこの二つの説からは、その違法性が説明しやすい。それによって、自殺（不可罰の違法性）や同意殺（可罰の違法）を区分できる。しかし、自殺の（不可罰の）違法性に従属する関与行為の可罰性が問題である。曾根によると、「現行二〇二条は、自己決定の間接性（他者決定の側面）を強調して同意殺人と自殺関与を同一に取り扱っているが、行為の危険性という観点からは、同意殺人より程度の低い自殺関与（自殺教唆・幫助）を刑事罰から解放する、少なくとも同意殺人とは異なった取り扱いをすべきものと思われる」。曾根のこの指摘に見る通り、自殺関与は不可罰にしか違法でない行為への関与であって、不可罰であるとするのが自然なはずである。つまり、違法の相対性に訴える説が自殺関与行為の可罰性を説明できるかが依然として、問題となる。

(2) 二つ目は「自由の自己矛盾」である。曾根と同じように生命の価値を優先させることによって、自殺の違法性を論じる一方で、曾根説と違法性阻却説と異なって、生命が自己決定の基盤と理解し、生命（自己決定の基盤）を処分する自己決定を否定する<sup>(6)</sup>。自殺は真に

(5) 曾根威彦「自己決定の自由と自殺関与罪」『刑事法の理論と実践——佐々木史朗先生喜寿祝賀』（2002）276-80頁。

(6) この点は曾根説とは異なる。当説は生命を自己決定の基盤と理解し、自己決定の基盤を否定する自己決定自体を否定し、生命の処分の衝突を自由の内部の衝突として捉えて、死の自己決定を否定する。その反面、曾根説は両者を切り離して、両者の衝突を自由の外部の衝突として捉えて、死の自己決定を認める。曾根は「自由の自己矛盾説」を「自己決定の一元論」と呼び、当説の支持者で

自己決定的ではないのであり、それゆえ自殺は違法である。注意すべきは、当説が自殺の違法性が不可罰なレベルにとどまると理解するのではなく、違法の連帯性に訴えて、自殺関与行為の可罰性を説明する点である。前述の通り、違法の連帯性に訴える場合に、自殺行為の不可罰性をどのように説明するかが問題であるが、当説では、パターンリズムによって自殺が不可罰であることを説明する<sup>(7)</sup>。自殺関与罪の根拠がパターンリズムであり、パターンリズムが被介入者のために本人の自己決定的な自由を制限するので、自殺者を処罰することは被介入者の利益というパターンリズムの目的に違反することになってしまうので処罰は正当化されないというのである。当説は曾根説と違法性阻却説と比べて、自殺関与行為の可罰性については説明がしやすい。

(3) 三つ目は、曾根説と同じように違法の相対性に訴える抽象的危険性説である。酒井安行によると、他人が介在せずに、自己決定によってかつ自己執行する場合に、自殺は合法的なのである（この点では違法性阻却説である）。しかし、他人が介在する場合には二種類の抽象的危険が存在する。まずは自殺に対する教唆・幫助については、「完全に自由で真意に基づかない自殺意思が形成、促進される危険」がある<sup>(8)</sup>。従って、自殺教唆・幫助の場合、他者の手を借りる自殺は当然に違法であり、違法の連帯性に基づいて、関与者の行為も違法である。その際、酒井はこの現象を名義人の承諾を得た場合でも偽造者に私文書偽造罪が成立することと同視した。この場合、「承諾者は名義人本人である以上、偽造罪の正犯とはならないが、協力者は偽造の正犯となる。同様に、自殺者は正犯とはならないが、協力者は関与罪の正犯となるというのである。次に、囑托、承諾殺人の場合、「真に最終的な自殺意思にもとづかない自殺が行われる危険がある」。ここではあくまでも自殺者の真意を確保す

---

ある佐藤幸治や福田正雅の見解を批判した。曾根・前掲注(5)270頁。同様に、橋本正博は同意殺人罪という形の介入の根拠を「自己決定の原理的・内在的制限」と理解することを批判して、そのような介入が「自己決定尊重思想」と矛盾すると述べる。橋本正博『刑法各論』(2017)33頁。

- (7) 若尾岳志「自殺と自殺関与の違法性」早稲田大学 法研論集(107)(357)158- (362)153(2003)。注意すべきは、この見解は生命の自己決定の任意性を否定していないという点である。
- (8) しかし、自殺者の請求に基づく自殺補助行為の場合は、既に意思決定があったことを前提にするのだから、自殺意思を維持する効果があるに過ぎない。つまり、意思形成に影響を与えたことではなく、異なる意思形成に向かわせるべきであったこと、自殺者が「後悔する可能性」があることが処罰根拠であることになる。だとすれば、処罰の前提が、「死を選ぶこと」は良くない選択であるという価値判断に依存している。当説を支持する論者は、自殺が自由意思の産物であるから、違法ではないと述べる。そこには、内容面の価値判断に依存しない（自己決定を尊重する）態度があったはずである。それでいて、他者の関与から直ちに自殺が不自由であるという抽象的な「危険」を導き出すのは理論の飛躍ではなからうか。それが決め手だというならば、この見解は後に責任阻却説の部分で紹介する自殺が不自由だと考える見解と同じになる。

るための介入であり、自殺者の真意を確保できる場合に介入する必要がないため、処罰範囲を「自殺追い込み」型（自殺させる行為・自殺に駆り立てる行為）に限定する方向の解釈的努力が求められる。この見解と曾根の見解とは以下の点で異なる。曾根の見解が、自殺が違法であることを前提として、自殺の自己執行の場合、それが個人内で完結しているが、他人が介在する場合、自殺自体の潜在的な違法性が顕在化することを自殺関与行為が処罰根拠であり、一方で、この見解は自殺自身に潜在的な違法性を認めず、他人が介在する場合に自殺意思が真意に基づかない抽象的危険性が違法性の根源である<sup>(9)</sup>。

(4) 四つ目は、行為無価値論から自殺の不可罰的な違法性を論じる見解である。飯島暢によると、「生命保持義務は、法における人格に対して相互的に課されるものであり、他者関係性という法に特有の性質を有する法的な義務に捉えられるのである。この意味で、不可逆的な生命放棄（自殺）は他者人格性に対する（間接的な）侵害となるため、パターンリズム的な論拠に依拠するまでもなく不法となる。ただし、他者に対する侵害性は、いずれにせよ間接的なものにとどまるため、自殺（未遂）を国家の処罰対象とする必要はなからう」<sup>(10)</sup>。（少なくとも、このような義務がある限り、自殺自体は違法である。）そして、このような生命保持義務は「生命の終期が目の前に迫り、耐え難い苦痛に苛まれ、その緩和の手立てがもはやないような末期患者」のような「自由な人格として現存していくことが著しく困難な場合」に解除される。そして、「関与者の行為については、自殺者による生命法益の侵害に対する他者関係性は直接的に認められるため、可罰的なものと解され得るのである」。関与者に課するのは他者の生命を尊重する義務であり、それは自殺者の自身に対する生命保持義務とは異なるため、違法の相対性は容易に説明できる。しかし、この二つの義務は異なるものではあるが関わりあうものでもある。上記の例外状況では、自殺者の生命保持義務が解除されるため、関与行為を禁じる行為規範も不要になる<sup>(11)</sup>。

4 最後は責任阻却説である。ここでは、当該自殺者以外の存在の利益を保護する見解である。内田文昭はドイツの議論を紹介して、自殺の権利を認める見解を批判する一方で、生命法益には公益を含めると考える見解を支持する。「人の生命はミッテルマイヤーが指摘していたように、人の『神聖な法益』である。それ故に、『タブー』なのである（生命の不可処分性・非意思従属性）。それは『人の法益』であるが、決して『その人だけのものではない』」

(9) 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）69-75頁。同じように、「自殺追い込む」型に限定する方向へ努力するのは松宮孝明「自殺関与罪と実行の着手」『生命と刑法・中山研一先生古稀祝賀論文集』（1997）251頁以下。

(10) 飯島暢「自殺関与行為の不法構造における生命保持義務とその例外的解除—ドイツ刑法217条の新設を契機とした考察—」『山中敬一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（2017）76頁。

(11) 飯島・前掲注（10）76-8頁。

い』。『人類の法益』なのである（生命の没個人性）。ここでは生命を抽象レベルの生命と理解している。生命の自己決定権、「個人の自由」や「財産権」は「『他者』との調整の結果、『認められた自由』であり『権利』であるにすぎない」。エンギツシュが考えるように、自殺しない義務は「自己に対する義務」という名の「他者に対する義務」である。自殺未遂を処罰しない理由は、自殺が「構成要件」に該当しないことと「『自殺』には『定型的』に『適法行為の期待可能性』がないことである。ここで、自殺が「定型的」に「適法行為の期待可能性」がないと考える理由は、日本刑法 103 条に「罰金以上の刑に当る罪を犯した者」が処罰を免れるために逃げ隠れる行為を処罰しないことは同じ考量に基づく。「非理性的な『自己否定』を処罰するのも非理性的なのである」<sup>(12)</sup>。内田説は前述の飯島説と同様に、義務論から、自殺関与罪の可罰性を論じる。どちらでも、自殺者の自分に対する義務の中に、他人に対する義務があると考ええる。したがって飯島説でも、内田説でも、パターンリズムを根拠にする必要はない。両説における自殺未遂を処罰しない理由はパターンリズムとは異なるものである。前述の通り、飯島説では、自殺による他者侵害性が間接的なものととどまるためであるのに対して、内田説では、自殺には「定型的」に「適法行為の期待可能性」がないことを理由にしている。これらは自殺者の不可罰性を理由づける文脈でも、パターンリズムに訴えるものではない。

曾根説と内田説の間に位置するのは佐藤陽子の見解である。佐藤は殺人罪における被害者の承諾に関するドイツの見解や日本の見解を紹介した上で、自分の見解を述べる。曾根と同じく、佐藤は、202 条の法益を当該個人の生命の存在性そのものと理解し、これが 199 条の法益と同じであることを主張した。その上で、こうした形での自殺者に対する制限をパターンリズムによって説明する。「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るから、パターンリズム的にその処分を制限することには価値がある」。ただし、佐藤から見ると、パターンリズムだけでは自殺関与者に対する処罰を説明するには足りないため、ドイツに由来するタブー説を加味する。パターンリズムによる自由制限は「自己決定権を内在的に制限する、当該個人を対象とした制約であろう。つまり、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」からである。つまり、パターンリズムは自殺者が国家からの協力を貰える権利を否定する根拠であるが、パターンリズムを関与行為の処罰根拠にすることは不十分である。「被害者の自己決定は確かに近代国家への要請として尊重に値するが、『他人の生命のタブー化』を維持する公共の利益も存在するため、完全な形では尊重できず、『同意』は違法性減少の効果しか持ちえない

(12) 内田文昭「受託殺人・自殺関与の可罰性—「正犯なき共犯」肯定論序説」『刑事法・医事法の新たな展開 町野朔先生古稀記念 上巻』（2014）364-70頁。

い」のである<sup>(13)</sup>。とはいえ、ドイツ刑法には同意殺人罪しか規定されていないから、「タブー説」が直接的に自殺関与行為の処罰根拠に成り得るかは疑わしい。もっとも、その反面、「タブー説」は、「自殺関与がなぜ許されるかが十分に説明できない」とも批判されている<sup>(14)</sup>ため、逆に言えば、「タブー説」からむしろ自殺関与行為の可罰性が導かれる可能性もある。

他に、自殺の違法性を認めながら、刑事政策的理由に基づいて自殺の不可罰性を説明する見解がある。自殺を自由の欠如だと考える見解である。秋葉悦子によると、「本人が何らの病的な意思に基づくことなく、熟慮の上でなお不合理に思われる決定を取って下した場合とは異なり、それがただの軽率になされたものであるとき、あるいは何らかの病的な原因に基づいてなされたものであるような場合にまでそれを尊重すべきであるとするに疑問があるように思われる。このような場合、これによって放棄される法益が生命という取り返しのつかない最重要なものであることにかんがみて、後見的な配慮から特別に、一定程度の自己決定権の後退を認めることが許される」。そして、「自殺者本人については刑罰の効果は期待しえないため、謙抑的に刑法の介入が差し控えられているにすぎない。従って、本条は、他害行為を処罰する一九九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した独立罪の規定であるともいえる」<sup>(15)</sup>。しかし、この見解には問題点がある。秋葉の見解によると、自由の欠如がない自殺は許されるはずである。しかし、日本刑法によると、自由の欠如のない場合を含めて全ての自殺関与行為が処罰される。

まとめると、自殺関与行為の処罰根拠を論じる際、自殺の法的性質に基づいて、議論が分岐する。そして、保護対象となる生命をどのように理解するかについて、当の自殺者の真意による処分を尊重する見解、生命の存在性そのものを保護する見解、抽象的レベルの生命を保護する見解という三つのアプローチがある。どのアプローチを採るかは自殺の法的性質に関わる。アプローチの違いに着目して整理し直してみると、違法性阻却説は自殺のアプリオリな権利性を根拠にする一方で、自殺関与行為を一律に処罰するという結論を引き出す。これに対しては、自殺関与行為の侵害対象は何であるかという問題がある。当の自殺者の真意を尊重するという点を出発点とすれば、権利行使が適正になされている限り関与行為の処罰の必要性は疑わしいのだから、真意性が疑われる場合にのみ関与罪の処罰を想定する（可罰的違法性阻却説における）酒井説または（責任阻却説における）秋葉説のように、一部の自殺関与行為の処罰のみ（とその他の場合の不処罰）を導くしかない。自殺関与行為を一律に処罰するという結論を同時に保有したいなら、違法性阻却説は自殺のアプリオリな権利性

(13) 佐藤陽子「被害者の承諾—各論的考察による再構成—」（2011）96-8頁。

(14) 佐藤・前掲注（13）74頁脚注172におけるヤコブスの批判。

(15) 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（1989）189-91頁。

を捨てるしかない。もし、生命が当該個人の法益であることを堅持するのならば、曾根説と佐藤説のように、生命と自己決定を分離して、関与者との関係では生命の存在性そのものを保護するものと理解すべきであろう。ここで、生命の価値と自己決定の価値の衡量において前者が優越するということは、死の自己決定が客観的に不合理・非理性的であることを意味する。ただし、自己侵害を肯定すると、自殺未遂を処罰しないことの説明がなお必要なのである（そしてここでパターンリズムの発想が表れてくることになる）。そして、曾根説には、生命の一身専属性を強調して、自己決定と他者決定の対比を土台とすることで「違法の相対性」を唱える面もあるが、それが法益侵害説の枠内に留まっているのならば、この問題も完全には解決出来ない（だからこそパターンリズムとの関係を検討する必要がある）。それらの問題は規範的關係の相違に着目する人的不法によって解決するしかない。他方で、生命が個人法益であることを否定するのならば、飯島説と内田説のように、生命の没個人性を認めて、義務論の見解から自殺関与罪の可罰性を説明する可能性もある。

## II パターンリズム論との関係

1 上述の通り、自殺関与行為の処罰根拠について扱う場合、自殺の法的性質や自殺関与罪の保護対象が論じられた上で、処罰根拠に少しだけ話が及ぶことが多い（その中身について詳しく論じられることは少ない）。学説には、パターンリズムを自殺関与行為の処罰根拠とする論者が少なくない。違法性阻却説を支持する山口厚によると、「自殺関与・同意殺人を処罰することが、生命法益のかけがえのない重要性から、自殺者・被殺者の当座の意思に優越する、生命保護の要請（パターンリズム）によるものだ」とされる<sup>(16)</sup>。生命法益が本人の意思に優越するという言い方は、生命の処分権の否定を導く。他方で、同様に自殺適法行為説を支持する前田雅英によると、「生命は本人個人の手でのみ処分可能であり、他人の死に原因・影響を与える行為は、その関与態様によって処罰に値する」。「本人が放棄しようとしていても、生命を否定する行為は処罰に値する。同意が完全ではない場合を想定し、パターンリズムの見解から処罰しているとも言えよう」<sup>(17)</sup>。ここでは、パターンリズムを以下のよ

(16) 山口厚『刑法（第三版）』（2015）206頁。

(17) 前田雅英『刑法各論（第7版）』（2019）15-6頁。井田良も、自殺関与行為を「他者の生命を否定する行為」と理解して、自殺者を孤立させるために、「刑法による被害者の生命の後見的保護の見地から処罰を正当化する」。井田・前掲注（2）31頁。「それは、国が個人の保護者としての役割を引き受け、『その人をその人自身から守る』ために、自由を制約する、パターンリズムの考え方に立脚するものである。とはいえ、自己決定権の思想と矛盾するような制約を認めるべきではないから、自己決定権を行う主体そのものを破壊するような重大な結果をもたらす場合に限り、自己決定権の内在的制約として、刑法による干渉を認めるべきであろう」。井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（2018）

うに用いていると考えられる。①生命の自己決定・自己処分を認める一方で、他人の行為が自己処分を超えることを理由にする。パターンナリズムによって自己処分を自己執行的なものへと部分的に制限すること、言い換えると、自殺関与行為の従属性を否定すること（＝外部侵害として捉えること）を説明する。さらに、②関与行為は他人の死に影響を与える行為であるが、199条に該当する殺人行為ではないため、パターンナリズム（自殺者本人のため）によって当罰性を補足する。

可罰的違法性阻却説を支持する曾根もパターンナリズムに言及する。「自殺は個人に生命の完全な処分権が認められていないことから違法であるが（パターンナリズム）、自己加害原理として本人保護の為に認められるパターンナリズムに基づく介入が本人に刑罰を科するというのは自己矛盾であるから、自殺は不可罰となる」<sup>(18)</sup>。つまり、ここではパターンナリズムによって、自殺の違法性と自殺の不可罰性を同時に説明する。違法性阻却説と同じく、違法の相対性に訴えて、自殺関与行為の可罰的違法性を説明するが、前述の通り、違法性阻却説がパターンナリズムによって、生命の自己処分を制限して、関与行為が他者処分であること（＝違法であること）を説明するのと異なって、曾根説は自己決定と他者決定の差によって、自殺者と関与者の間での柔らかい違法の相対性を説明する。自殺者と関与者の柔らかい違法の相対性に訴えるため、パターンナリズムによって、自殺の不可罰性を説明する必要がある。つまり、パターンナリズムによって違法の相対性を説明しつつ同時にパターンナリズムによって自殺が不可罰であることを説明しなければならないのである。

前節に述べた通り、可罰的違法性阻却説に属する自己矛盾説はパターンナリズムによって、死の自己決定を否定し（＝生命処分の自己矛盾）、自殺や自殺に従属する関与行為の違法性を肯定しながら自殺の不可罰性（＝自殺者処罰の自己矛盾）を説明する。自殺者処罰の自己矛盾（これはパターンナリズムから導かれている）を理由にして自殺者の不可罰性を説明する点は曾根説とは同じである。結局、柔らかい違法の相対性に訴えても、違法の連帯性に訴えても、自殺の違法性を認める前提に立つならば、パターンナリズムによって自殺者が不可罰であることを説明しなければならないのである。

他に、死の自己決定を認めながら、パターンナリズムによって他人の行為を経由する自己決定の抽象的な危険性を強調し、このような抽象的な危険性がある場合に限って自殺の違法性を認めるのは酒井の見解である。「刑法二〇二条の処罰根拠は、他人を関与させることによる不自由意思の惹起、現実の抽象的危険性に基づくものであり、この様な危険から自殺者

---

351頁。

(18) 曾根威彦『刑法各論（第五版）』（2012）11頁。

を保護するためのパターンリズムであるというほかはないであろう<sup>(19)</sup>と酒井は論じている。だが、前述のように、自殺の真意性が確保される場合には介入する必要がなくなるため、真意による自殺への関与行為を処罰することは正当化できなくなる。

酒井の見解は自殺の自由の欠如（任意でないこと）による抽象的危険性を前提とする。他方で、違法性阻却説、可罰的違法性阻却説に属する曾根の見解と自己矛盾説は自殺者の自殺行為の任意性自体を否定していない。酒井の見解を措いて、違法性阻却説、可罰的違法性阻却説に属する曾根の見解と自己矛盾説について一步進んで検討したい<sup>(20)</sup>。

第一節では、可罰的違法性阻却説に属する曾根の見解と自己矛盾説を比較した。両者は死の自己決定を肯定するかどうか（自己決定の内在的制約か外在的制約か）という点で異なる。曾根の見解によると、生命法益の重大性を考えると、生命の自己決定が有効であっても、介入する必要がある。自己矛盾説によると、生命は自己決定の基盤であり、死の自己決定はそもそもあり得ない。そして、本節では、曾根の見解と違法性阻却説のパターンリズム論法を比較した。両者はともに死の自己決定を肯定するが、自殺の違法性に対する理解が異なる。その理由は、違法性阻却説が関与の制限を自己決定の制約としては理解していないからである。つまり、関与行為は生命の自己処分の一部ではない。従って、自己決定の肯定（自殺適法）と関与の制限（関与違法）が両立し得ると考える。つまり、自殺の任意性を肯定する見解には、自己決定を否定する（＝自己決定の内在的制約）見解（＝自己矛盾説）、自己決定を肯定する（関与の制限＝自己決定の外在的制約）見解（＝曾根説）、自己決定を肯定する（＝関与の制限≠自己決定の制約）見解（＝違法性阻却説）という三つの見解がある。

そして、この三つの見解にも共通性があると考えられる。それはパターンリズムの論法（パターンリズムと危害原理の関係に対する理解）に反映されている。違法性阻却説はパターンリズムに依拠して、前田のように、関与行為を他人の死に原因・影響を与える行為、つまり、外部侵害として捉えて、自己決定権に対する尊重や関与行為の処罰を両立させる。私見では、それは危害原理とパターンリズムが両立し得ることを意味する。他方で、曾根の見解は最初から「外部的な行為の自由」を自己決定に取り込む。ただし、自殺関与の場合と同意殺人の場合には、行為の捉え方（共犯関係か、対向関係か）が異なる。私見では、それはすでに同意殺の限度では、介在者の行為を他者決定＝外部侵害と理解し、他者決定に対する介入と自己決定に対する介入を区別している。（自殺関与は自己決定の一部であるため、その可罰性が説明し難い）他方、自己矛盾説は生命の自己決定を否定する。従って、自殺という自己危

(19) 酒井・前掲注(9) 74頁。

(20) 後述の通り、自殺の任意性を疑問視する場合の介入はソフト・パターンリズムに依拠する。他方で、自殺の任意性を肯定する場合の介入はハード・パターンリズムに依拠する。ここでは、ハード・パターンリズムに依拠する見解を検討したい。

害は外部危害と同じように違法であって、自己危害と他者危害の区分をそもそも重要視していない。ただ、自殺者処罰の自己矛盾によって自殺の不可罰性を説明するので、曾根の見解（違法の相対性）と比べて、自殺関与行為の可罰性を説明しやすい。この三つの説は自殺関与行為を外部危害または外部危害と同一視できる自己危害と理解している。それは、パターンリズムを適用しながら、危害原理によって、自殺関与罪の可罰性を説明している。つまり、パターンリズムティック介入が防ぐ害と危害原理が防ぐ害が同じである。それは、危害原理とパターンリズムを衝突関係にあるものとして捉えていない。

しかし、パターンリズム以外の根拠による見解もある。パターンリズムではなく、危害原理によって自殺の違法性（生命処分の自己矛盾）と自殺の不可罰性（自殺者処罰の自己矛盾）を説明するのは小林憲太郎である。小林はかつて、「将来の自分」に対する危害と理解して、危害原理によって自殺関与行為の可罰性を説明していた（別人格説という）。「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、死にたいと思っていた自分（現在の自己）と思い直した自分（将来の自己）とは、別人格を構成すると考えるわけである。比喩的に言えば、器物損壊罪が他人の所有権を侵害するのと同じように、自殺は他人（将来の自己）の被覆決定の自由を侵害するということになるだろう」という。「そして自殺（未遂）自体が処罰されない理由は責任阻却ではなく、むしろ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よう」<sup>(21)</sup>。小林説は将来の自分を別の人格と理解して、現在の自分に将来の自分の自由を処分する権限がないことを理由にして、死の自己決定を否定する。その上で、刑罰が将来の自分の自由を制限することを理由にして、自殺の不可罰性を説明する。従って、自殺の処罰についての、危害原理による自己矛盾説（＝小林説）とパターンリズムによる自己矛盾説は、同様に生命処分の自己矛盾や自殺者処罰の自己矛盾を説明する。しかし、パターンリズムによる自己矛盾説によると、重要なのは、現在の自己決定である。

その後、小林はパターンリズムを自説の根拠にして、自殺関与行為の可罰性を論じるに到っている。「人はいったん死んでしまえばもはや自己決定の余地が永遠に失われてしまうのであるから（こういう発想を自由の自己矛盾とかパターンリズムなどと呼ぶ）、個人の自己決定を十全に保障するためには、むしろ自殺関与や同意殺人を処罰する」（強調は原文に

(21) 小林憲太郎『因果関係と客観的帰属』（2009）84頁。しかし、小林説は危害原理を自殺関与行為の処罰の根拠としており、パターンリズムによる正当化には批判的であった。「パターンリズムについても、これらの犯罪の根拠づけに使用することはできない。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にのみ刑事罰を科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」（同書82-3頁）。

よる)。自殺関与罪の「実体は自殺に対する従属的共犯である、ただ従属性が緩和されているに過ぎない」<sup>(22)</sup>。「刑法202条は被害者の同意があっても、これを殺人の一種として処罰しているのである。その法定刑が刑法199条に定める通常の殺人罪より軽いのは、従って、部分的に自律性が実現されているなどといった理由によるのではなく、単に『被害者の意に反して』という意思侵害の要素に欠けるからである」という<sup>(23)</sup>。注意すべきは、小林によれば、自説の根拠は「自由の自己矛盾」であると理解しているものの死の自己決定自体を否定してはいない。それは、本章第一節で紹介した死の自己決定を否定する「自由の自己矛盾」説とは違う。むしろ、「自己決定の余地」を意味する生命と現時点の自己決定を比較衡量する点は曾根説と同じである。つまり、それは自己決定を肯定する（関与の制限＝自己決定の外在的制約）見解である。しかし、曾根の見解（違法の相対性）は「外部的な行為の自由」を自己決定に取り込み、自殺者と関与者の行為を共犯関係と理解しながら同意殺人者の関係を対向関係と理解する。他方で、小林の見解（違法の連帯性）は自殺者と関与者、同意殺人者の関係を共犯関係と理解する。違法の連帯性から自殺関与行為の処罰を説明する点では、自己決定を否定する（＝自己決定の内在的制約）見解と同じである。

ほかに、秋葉説では自殺者の真意に反する危険性に訴えるのではなく、自殺が端的に不自由だと考える。したがって、秋葉説は、パターンリズムではなく危害原理に依拠する可能性がある。更に、可罰的違法性阻却説における飯島説と責任阻却説における内田説は義務論に依拠すると同時に、「他者に対する義務」に訴えるため、社会的法益を保護するに等しいものとなってしまっている。もっとも、この見方は日本ではパターンリズムと異なるものと考えられているものの、生命の没個性を認めたとしても、直接的には自殺者本人以外の他者のためであっても、「人」に対する一般の保護を通して間接的には本人のためになる介入といえるのであれば、そこにパターンリズム的な傾向を見出す余地はあるのではないか<sup>(24)</sup>。このような評価の可能性も踏まえて、自殺関与罪の処罰に関してパターンリズムがどのように論じられてきたかをより詳しく確認する必要がある。

2 刑法学の領域で直接的にパターンリズムを扱った研究も存在する。かつて、福田雅章は、パターンリズムの定義と分類、ミルの「自由原理」とパターンリズムの関係を紹介し、

(22) 今井猛嘉ほか『刑法各論（第二版）』（2013）10頁。（本章の執筆者は小林憲太郎である）。

(23) 小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』（2018）193頁。パターンリズムの役割を自殺の不処罰を説明することと理解しているようにも思われる。こうすると、小林説はそれほど変化したわけではないと考える余地もある。

(24) 秋山紘範「生命に対する処分と自己決定権」中央大学大学院法学研究科刑事法専攻博士課程後期課程卒業論文（2020）28頁脚注81Jakobs (o. Fn. 28), S. 519. ヤコブスは、社会法益を保護する規制であっても、パターンリズムと矛盾するわけではないと述べている。

自殺関与罪を含めて、刑法全体においてパターンリズムを論じた。福田によると、パターンリズムとは「本人の意思に反してでも、本人自身の利益になるという理由から、国家が一定の介入（干渉）を行うことをいうものとする」ことである。そして、「本人の真意の有無」に基づいて、パターンリズムを「弱いパターンリズム」と「強いパターンリズム」に分類する。「真実を告げられるならば容易に同意するであろう場合、すなわち平均人としての推定的同意が存在する場合」は「弱いパターンリズム」の適用である一方で、「錯誤や不完全な情報に基づかないで形成された意志が存在する場合に、その本人の意志を排除してまで介入を加える場合」は「強いパターンリズム」の適用である。さらに、利益を受ける主体と介入を受けるものが同じであるかに基づいて、パターンリズムを「直接的なパターンリズム」と「間接的なパターンリズム」に分類する。利益を受ける主体と介入を受けるものが同じである場合は「直接的なパターンリズム」の適用である。利益を受ける主体と介入を受けるものが異なる場合は「間接的なパターンリズム」の適用である<sup>(25)</sup>。

福田によれば、パターンリズムによる介入は制限されるべきである。自殺が道徳的に悪い・不正であるという主張に依拠するモラリズムは「社会倫理を人に強制し、個人の自由の領域を狭める」するので、モラリズムではなくパターンリズムが適用されるべきである。しかし、福田によれば、パターンリズムには二種類あり、「実体的パターンリズム」は自己決定が利益をもたらさない場合に適用されるものであり、「形式的パターンリズム」は「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」を保証する場合、つまり自己決定自体を保証する場合に適用されるものである前者はモラリズムと同様に自殺は本人の利益にならないとする社会倫理を人に強制するので許されないが、後者は「自由原理」の内在的制約のため許される<sup>(26)</sup>。

そして、福田は形式的なパターンリズムと危害原理がともに「自由原理」から内在的に導かれし、相互に補完し合う関係にあると論じる。パターンリズムが自由＝自己決定の形式的側面の内在的制約であり、危害原理が自由＝自己決定の実体的側面である。「自己決定の構成要素を、それを実現するために不可欠な形式的要素と、それに由来する自己決定の実現結果としての実体的要素に分類」できる<sup>(27)</sup>。つまり、自己決定の形式的要素が欠ける場合、具体的に言うと、それはミルがあげる子供の例（能力が欠ける場合）、危ない橋の例（情報が欠ける場合）、奴隷契約の例（自己決定できるという地位を本人自身が否定する場合）における介入が許される。他方で、危害原理が適用される場合、自由の実体的側面が否定される。

(25) 福田雅章「刑事法における強制的根拠としてのパターンリズム：ミルの『自由原理』に内在するパターンリズム」(1990)一橋論叢103巻1号3-4頁。

(26) 福田・前掲注(25)3、5頁。

(27) 福田・前掲注(25)5頁。

「他人の自由を犠牲にして自己の自由を優先させること…を是認すると、究極的には自由の形式的側面の絶対性が崩壊してしまう」。つまり、他人の自由を犯す行為を許し、そのようなことが広がると、結局、人々の自由が損なわれるのでそれらは制約されなければならない<sup>(28)</sup>。

福田は、ミルが言う自己決定できる地位の絶対性が否定される三つの場合を論じる。一つ目は、「生物学的・心理学的基礎を欠くために、自己決定の可能性が否定される場合」であり、その典型例として子供に対する干渉が挙げられる。二つ目は、「自己決定に必要な情報を欠く」場合である。典型例はミルが挙げる「危ない橋」の例である。この例には二つのバージョンがある。(1)「確実に危険だとされている橋を渡ろうとしている人を見、しかも彼に危険を告げるだけの暇がないとき」には当人を止めることが許される。(2)「災害が確実ではなく、その虞れがある」<sup>(29)</sup>時には当人にその危険を警告することが許される。私見では、福田論文は、この二つのバージョンを区別して分析しておらず、単に危ない橋の例は情報を欠く場合に属すると述べていた。三つ目は、『自己決定できる』という地位を本人自身が否定する」場合である。ここでの典型例はミルが挙げる『奴隷契約』の例である。この場合、自分を奴隷として売る人は「将来における自由の行使を、このただ一つの行為ののちには放棄する」<sup>(30)</sup>。

一つ目の場合や二つ目の場合はどちらかという、本人の真意が存在しないため、弱いパターナリズムに対応する一方で、三つ目の場合には本人の真意が存在するため、強いパターナリズムに対応すると考える。そして、同意殺人は三つ目の状況と同じだと考える。福田は生命処分についての自己決定の存在(任意性)を肯定するが、「自由原理の自己保存」の為に、その自己決定を否定する。つまり、生命が自由=自己決定の基盤であるであり、それを破壊する自由は認められない。なぜならば、福田によると、「たとえ真の判断能力に基づいて生命の処分が自己決定されようとも、将来に連なる現にある自律的生存主体を、本人自身の利益のために保護してやらなければならない必然性があり、これが二〇二条の可罰性の根拠を提供する」(強調は原文による)<sup>(31)</sup>と捉えられているからである。

3 若尾岳志もパターナリズムの概念=定義、類型を紹介している。その上で、中村直美と田中成明によるパターナリズムの正当化モデルの検討や刑法においてパターナリズムの介入を受け入れる限界について論じている。若尾の直接的・間接的パターナリズムの定義と、

(28) 福田・前掲注(25)12頁。

(29) 福田・前掲注(25)10頁。

(30) 福田・前掲注(25)10頁。J.S. Mill(早川忠訳)『自由論』(中央公論社、1967)326頁に対応する。

(31) 福田・前掲注(25)15頁。

強い・弱いパターナリズムの定義は福田論文における定義と概ね同じである<sup>(32)</sup>。若尾は福田と同じように、生命が自由、自律の基盤・前提であるため、自殺に対する間接的・強いパターナリズムが例外として正当化し得ると主張している<sup>(33)</sup>。

若尾はパターナリズムの正当化モデルの部分で、自由最大化モデル（功利主義的原理）、任意性モデル、同意・意思モデルを紹介している。任意性モデルは弱いパターナリズムの正当化根拠である。「自己加害行為が任意性を欠いていると評価できるような場合に介入が正当化される」。「被介入者の自律的な決定がないことから、自律性を害するような介入ではないといえる。そのゆえ、自律性を重視するリベラルな立場と調和し、むしろ他者侵害原理を補完するものとして認められている」。つまり、任意性が欠ける場合の介入がその人の自律・自由を侵害しないため、自身が唯一の自由制限原理だと主張する危害原理とは衝突しない。その上で、「さらに、どのように介入することが正当化されるかについて、任意性が欠けていなければ本人がどのような決定をしたかを考慮する必要がある」。他方、自由最大化モデル（功利主義的原理）と同意・意思モデルは強いパターナリズムの正当化根拠である。自由最大化モデルによると、より大きな自由を保護するパターナリズムが正当化できる。しかし、若尾によると、このモデルには三つの問題がある。(1) 介入によって制限される現にある決定の自由と介入によって保護される自由を比較衡量するのは困難である。(2) 介入によって保護される自由が介入によって制限される自由がより大きいすべての場合に介入すると、介入の範囲が広すぎる。(3) 自由の基盤となる生命・身体の自己処分についての説明が困難である。同意・意思モデルによると、「本人の意思そのものに依拠しうる介入である場合、それが本人の自由・自律を支援・保護するものであり、正当化できるものである」。ただし、「結局、国家が想定し、価値があると認めることができるような『将来の本人の人格』に基づく判断に従って、国家が介入することになる」。さらに、「『将来の本人』が一般化、抽象化されれば、現実の本人から離れた、『合理的な人間像』に近づく<sup>(34)</sup>。そのため、国家が個人の領域に過剰に介入する恐れがある。すなわち、若尾によれば、強いパターナリズムの二つの正当化モデルは、どちらにも問題がある。従って、パターナリズムの適用は極めて制限されるべきである。

若尾は間接的なパターナリズムと危害原理の関係をどのように理解するかによって、自殺関与行為が可罰的かどうか（の解釈・理解）に影響があることを認識している。若尾は、自殺関与行為や同意殺人行為の処罰のような間接的パターナリズムは危害原理によっては説明

---

(32) 若尾岳志「刑法上のパターナリスティックな介入とその限界」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 上巻』(2014) 47、48頁。

(33) 若尾・前掲注(32) 自殺が強いパターナリズムに属することは52頁参照。

(34) 若尾・前掲注(32) 49-51頁。若尾は中村の著書における正当化モデルを参照する。

できないとする。ドイツでは、同意に基づく侵害行為を危害原理によって説明する見解がある。何故ならば、同意があっても侵害行為には他者危害の形態があるからである。しかし、若尾は以下のように反論する。自己決定がある限り、介入者の行為が正犯的行為であったとしても、決定者の「自己加害行為の一部」である。ここでは、同意殺人行為を含む「自己加害行為」に対する制限を問題にしているため、危害原理を適用できず、パターンナリズムによって説明するしかない<sup>(35)</sup>。更に、「間接的なパターンナリスティックな介入において、介入を受ける被介入者の行為が、正犯的行為であるか否かによって、行為類型として一応区分が可能である。この区分は、ドイツにおいて、一方で要求に基づく殺人が犯罪である（ドイツ刑法216条）のに対し、自殺への関与（教唆・幫助）が基本的には不可罰とされていることから、一定の意義を持ちうる可能性がある」としている<sup>(36)</sup>。つまり、危害原理によって、間接的なパターンナリズムの正当性を説明しない場合、自殺関与行為が不可罰になると考える。

生命は自由、自律の基盤・前提だという場合、将来の自由を保護対象としてそれを現在の自由と衡量することによる理由付けになるため、それは自由最大化モデルに基づくものだと考えられる<sup>(37)</sup>。そうだとすると、自殺に対する介入を認める理由と奴隷契約の例における介入を認める理由は同じものだと考えられる。パターンナリズムを根拠とする自殺関与行為の可罰性を論じる日本の学説は、生命が自由、自律の基盤・前提であることまたは生命法益の重大性を理由にするので、自由最大化モデルによるものだと考えられる。

その中で、違法の相対性に訴える曾根説と違法性阻却説が違法の相対性に訴えて、介入行為を外部侵害と理解し、その可罰性を説明する点から見ると、それが福田と同じく、侵害惹起との関連で自殺に対する介入と関与者に対する介入を区別して評価し、危害原理と間接的なパターンナリズムを融合する論法であると考ええる。若尾が言うように、自己決定がある限り、

---

(35) 若尾・前掲注(32) 60頁。

(36) 若尾・前掲注(32) 53頁。もともと、2003年の段階で、若尾はこのように論じたのではない。若尾によると、「自殺関与が『自殺（自己加害）＋関与』というものであるのに対して、同意殺人・囑託殺人は『殺人（他者加害）＋同意』というものである。それゆえ厳密には、同意殺人・囑託殺人については自殺関与罪とは若干異なる考慮が必要である」。若尾・前掲注(7) 152(363)頁。

(37) 実は、この論文の中で、若尾は202条がどのモデルによるかを明示していない。2003年の論文では、自己矛盾説の実質的根拠について、合理的な人間または将来の自己を基準とする同意モデルを批判する一方で、同意モデルに近い人格の統合性モデルを選択していた。若尾・前掲注(7) 158(357)-157(358)頁。人格の統合性モデルによると、被介入者「本人の全体的長期的な人生構想の促進と人格的統合の発達・維持」に最も役立つパターンナリズムが正当化し得る。田中成明『現代法理学』(2011) 184頁。しかし、それは自殺に対する介入を必ずしも正当化するわけではないと考える。若尾は、2014年の論文の中で、自由最大化モデルを批判するが、敢えて言えば、基盤説自体は自由最大化モデルに属すると考える。

関与行為は決定者の「自己加害行為の一部」であり、それを外部危害と理解して、危害原理によってその可罰性を説明できるかは疑わしい。

### 小括

第一節では自殺関与行為の処罰根拠を検討する際、三つの問題を検討した。一つ目に、保護対象に対する理解について、当の自殺者の真意による処分を尊重する見解、生命の存在性そのものを保護する見解、抽象的レベルの生命を保護する見解という三つアプローチがあると理解する。二つ目に、自殺の法的性質について、違法性阻却説、可罰的違法性阻却説、責任阻却説がある。三つ目に、自殺関与罪の根拠について、パターンリズム、危害原理、義務論がある。具体的には、生命法益を自己決定できる生命又は生命の存在性そのものだと理解する際、パターンリズムを自殺関与罪の根拠にする見解（通説、曾根説、酒井説、自己矛盾説、小林新説）がある一方で、危害原理によって自殺関与行為の処罰を説明する見解（小林旧説、秋葉説）もある。生命法益を抽象レベルの生命だと理解する見解（飯島説、内田説）によれば、義務論的倫理が自殺関与罪の根拠である。

その上で、パターンリズムに依拠することの要否を検討するため、刑法学の領域で直接的にパターンリズムを扱った福田と若尾の見解を参考にしつつ、刑法におけるパターンリズムの議論状況を確認した。ミルが例外的にパターンリスティックな介入を許す三つの例（子供の例、危ない橋の例、奴隷契約の例）やパターンリズムの類型（直接的/間接的パターンリズム、強い/弱いパターンリズム）を紹介する際に、パターンリズムの正当化モデルとして、強いパターンリズムの正当化モデルとしての自由最大化モデル、合理性モデル、そして、弱いパターンリズムに対応する任意性モデルを紹介した。

福田の言うように、パターンリズムには社会倫理を人に強制し、自由を過剰に介入する恐れがあるため、正当化されうるパターンリスティックな介入は極めて制限される。具体的には、それは、ミルが言う自己決定できる地位の絶対性が否定される三つの場合（子供の例、危ない橋の例、奴隷契約の例）に限定される。

自殺の任意性を認める説（通説、曾根説、自己矛盾説）によると、自殺関与行為の処罰は間接的・強いパターンリズムに属する。それは「将来の本人」の同意を理由にして介入するのではないため、同意・意思モデルに依拠するのではないと考える。それは生命法益の重大性を理由にする。生命は自由、自律の基盤・前提であることを考えると、それは自由以外の本人の福利を保護する同時に、将来の自由を保護対象にする。将来の自由を現在の自由と衡量することによる理由付けになるため、自由最大化モデルによって正当化されている側面があると考える。他方で、酒井説のように、自殺が真意でない可能性という抽象的危険性を処罰根拠にする場合、自殺関与行為の処罰は間接的・弱いパターンリズムに属する。自殺を自由の欠如だと考える秋葉説も弱いパターンリズムに属すると考える。自殺関与行為の処罰が

自由最大化モデル（ハード・パターナリズム）または任意性モデル（ソフト・パターナリズム）に依拠するならば、自殺関与の処罰が奴隷契約の例と危ない橋の例の延長線上で論じられるかを確認する必要がある。

さらに、間接的・強いパターナリズムを根拠とする見解は関与行為を外部危害と理解している。違法性阻却説によると、自殺関与は当該自殺者の生命に対する外部危害または潜在的な自殺者の生命を侵害する行為である。曾根説は自己決定と他者決定の差によって、自殺者と関与者の柔らかな違法の相対性を説明する。この自己決定は内心的な意思決定の自由と外部的な行為の自由から構成され、違法性阻却説がいう自己処分とは同じ意味であり、他者決定は違法性阻却説がいう他者処分と同じ意味である。従って、両説によると、関与行為は自己決定・自己処分の一部ではない。また、自己矛盾説は生命の自己決定を否定するが、自己危害と他者危害の区分をそもそも重要視していない。しかし、若尾は間接的なパターナリズムは危害原理に属さないこと——間接的なパターナリズムの正当性がより弱いこと——を説明したうえで、両者の区別日本と異なるドイツ的な理解（自殺への関与が基本的には不可罰である）を導くことを指摘する。この文脈から見ると、間接的なパターナリズムの場合に、関与者の行為をどのように理解すべきかが問題となる。間接的パターナリズムの下で、自己決定権と自殺関与行為の処罰が両立し得ると言えるのだろうか。

次章では、自殺関与の処罰が奴隷契約の例と危ない橋の例の延長線上で論じられうるかを確認した上で、間接的なパターナリズムで自殺関与罪を正当化できるかを検討する。なお、本稿はあくまでも、パターナリズムに関する議論を扱うので、義務論に関する研究は今後の課題としたい。

## 第二章 パターナリズムの正当化根拠と介入の限界

J.S. ミルはパターナリズムという言葉を使わなかったが、彼の『自由論』は既にパターナリズムによる介入の正当性を検討していた。ミルによれば、基本的に、パターナリズムは正当でない。ミルによると、「文明社会の成員に対し、彼の意志に反して、正当に権力を行使しうる唯一の目的は、他人に対する危害の防止である」<sup>(38)</sup>。このように、他者に対する危害が唯一の介入根拠である（このことは危害原理、ないし他者危害原理と呼ばれる）。従って、他人に対する危害が存在しない場合には、被介入者のために彼の自由を制限するのは許されない。

しかし、前述のように、ミルによると、危ない橋の例または奴隷契約の例では例外的に介

---

(38) Mill (早川訳)・前掲注(30) 224頁。

入が許される。もし、福田が理解するように、この二つの事例における介入が危害原理と衝突しないならば、ミルの見解は矛盾しない。従って、自殺に対する介入がこの二つの事例の延長線上に位置付けられるかどうかの問題である。

自殺をこの二つの例の延長線上に位置付けられると仮定しよう。まず、自由を放棄する自由がないならば、奴隷契約を結ぶことと同様に、自殺にも介入すべきことになる。また、危ない橋の例において、確実に危険だとされている橋を渡ろうとしている人にその危険を警告するための介入が許される。それは人の決定の任意性を確認するための介入であると考えられる。自殺の任意性が否定されるならば、自殺に対する介入が許される。従って、自殺関与罪が正当化される。しかし、本章の第一節と第二節では奴隷契約の例における介入と危ない橋の例における介入を受け入れる一方で自殺関与罪を受け入れない見解を紹介し、自殺に対するパターンリスティックな介入が正当化できるかが依然として問題であることを論じる。

他方で、間接的なパターンリズムが適用される場合、介入者の行為が危害原理における危害に該当する限り、介入は危害原理に反しない。この場合、間接的なパターンリズムが危害原理によって正当化される。従って、ミルは間接的なパターンリズムには反対しない可能性がある。つまり、自殺に対する直接的な介入を受け入れないが、自殺関与に対する介入は受け入れる可能性がある。本章の第三節では間接的なパターンリズムの正当性に関する議論を紹介し、間接的なパターンリズムが自殺関与罪を正当化できないことを論じる。

かくして、本章では、自殺関与の処罰を奴隷契約の例と危ない橋の例における介入の延長線上に位置付けられるかを確認した上で、間接的なパターンリズムとしての自殺関与罪の正当性を確認する<sup>(39)</sup>。結論を先に言えば、自殺関与罪という形の介入はパターンリズムによって正当化できないと論ずることになる。

### I ミルの奴隷契約の例に関する議論は自殺関与罪を正当化できない

ミルが介入すべき例として提示した奴隷契約の事例を検討している現代の論者としてジェラルド・ドゥウォーキンがいる。ドゥウォーキンはミルと同じく、奴隷契約の事例における介入を受け入れている。しかし、両者がこの事例における介入を受け入れる理由は異なる。

---

(39) 実は、ジェラルド・ドゥウォーキンによると、子供の例における介入の延長線上で、大人に対する介入を論じる見解があり得る。なぜならば、大人が子供と同じく、知識、理性思考能力と意思決定を思考する能力において欠陥がある。彼らが完全に理性的であれば、介入を受け入れるため、介入が彼らの心意に反しない。しかし、ドゥウォーキン自身が子供の例の延長線上で大人に対する介入を論じることを拒否する。その理由がパーリンの『二つの自由概念』に詳しく論じられたため、ドゥウォーキンの論文では展開していない。Gerald Dworkin, "Paternalism", *The Monist*, (57/1), 64-84 (1972): 77.

介入を受け入れる理由が異なるとすれば、自殺関与罪の正当化に関する両者の見解が異なってくる可能性がある。ドゥウォーキン<sup>(40)</sup>の議論はミルの見解を批判する際に展開される。本節ではドゥウォーキンの見解を紹介することによって、奴隷契約の例における介入を受け入れる一方で、自殺関与罪を受け入れないのもあり得ることを示す。

まず、ドゥウォーキンとミルが奴隷契約の例における介入を受け入れる理由は次のように異なっている。奴隷契約の例について、ミルは当人の自由を放棄する自由はないと述べている<sup>(40)</sup>。奴隷にされないという、より広い範囲の自由を守るための介入が許される。ドゥウォーキンによると、ここでミルが重要だと考えているのは功利の最大化ではなく、個人の自律と自由に対する関心である。つまり、ドゥウォーキンによれば、ミルの見解には二つの面があり、一つは功利主義であり、一つは選択自体の絶対的価値である。選択が絶対的価値を有するならば、それは選択自体が理性的、自律的であるからであると考える。選択が非理性的である場合には、選択の絶対的価値を守るための介入が許されるようになる。従って、選択自体の絶対的価値がミルが介入に反対する理由であるが、それは意外に広範なパターナリスティックな介入を正当化する恐れがある<sup>(41)</sup>。ドゥウォーキンによると、彼女自身が重要だと考えるのは当人の理性判断能力を維持し強化することである<sup>(42)</sup>。もし、当人の判断が、彼女が理性判断能力を有する場合の判断から外れる場合、彼女が理性判断能力を有する場合になすだろう判断に基づいて彼の行為に干渉することが正当である。当人の判断が彼女の理性的判断能力を有する場合になすだろう判断と一致することを確認した上で、介入を止めるべきである。つまり、それはあくまでも当人の実際の判断と理性的判断との整合性を確かめるための介入である。それはあくまでも一時的な介入にとどまる可能性がある。つまり、ミルによるならば奴隷契約の例における正当な介入は一時的でない介入であるが、ドゥウォーキンによるならば奴隷契約の例における正当な介入は（奴隷契約を欲する際にそれが彼女の理性的判断に合致していることが確認されるまでの間に限定された）一時的な介入である。

ここでは、ドゥウォーキンが判断の合理性をどのように理解しているか、自殺自体が合理的であるかが問題である。ドゥウォーキンは介入を認める三つの場合や、パターナリスティックな介入への同意の可否に影響を与える要因について述べている。それによると、自殺自体が不合理である可能性はおおいにあり得るが、それに対する介入は判断の整合性を確認するための一時的な介入でなければならず、自殺が本人のライフプランと整合的であることが判明した場合には、もはや介入は正当化されず、自殺関与罪は正当化できない。

---

(40) John Stuart Mill, *On Liberty* (J. W. Parker and Son West Strand M.DCCC.LIX., 1859):95.

(41) See Gerald Dworkin, *supra* note 39:76.

(42) *Id.*:83.

まずは、不合理な人間に介入が許されるのは以下の三つの場合である。それは、①「認識が不合理である場合」、②「意志の弱さの故に、合理的に行為できない場合」③「価値衡量そのものが不合理な場合」である。①の典型例は「空を飛べると信じて窓から飛び出す」場合である。②の典型例はシートベルトを着用しない危険性を認識し、生命との価値衡量自体には問題がなく、生命の方が重要であると考ええるにもかかわらず、シートベルトを着用しない場合である。③の典型例はシートベルトを着用する不便性を生命への危険よりも過大視する（ことが非理性的であるとみなされる）場合である。ドウウォーキンによると、①と②におけるパターナリスティックな介入は「善を無理強い（impose）しているわけではないが故に」、③におけるパターナリスティックな介入と比べて、説得力がより高い<sup>(43)</sup>。価値衡量そのものが不合理・非理性的であることが疑われる場合に介入が許される理由は、当人のライフプランが特異でない一般的なものであると仮定した場合に、彼女の利益やコミットメントがそのような衡量と矛盾すると予測できるからである。シートベルトの着用の不便さがシートベルトを着用しなくて運転するリスクより重要だと考える人が事故の後に後悔する可能性があるから、彼女を止めて、その結果（彼女が事故の後で価値衡量を変更して後悔する可能性があること）を彼女に教える必要がある<sup>(44)</sup>。だが、当人の価値衡量が当人のライフプランに合うことが判明するならば、それを以て介入を止めることになるだろう。自殺者の価値衡量が一見して不合理だと考えられる場合でも、それに対する正当な介入は一時的介入に止まる。

これに対して、ドウウォーキンのパターナリズム論を検討している中村直美はドウウォーキンのものとは異なった見解を取っている。中村の立場からは、合理的な人間ならば、①と②と同じように、③における一時的でない介入も同意するはずである。なぜならば、事故が起きた後になれば、シートベルト着用の不便さの不当な過大視は是正される。従って、③の永続的な介入についてなぜ消極的であるかを説明しなければならない<sup>(45)</sup>。しかし、そもそも、ドウウォーキンと中村では合理性に対する理解が異なっている。ドウウォーキンにとって、当人が「欲求することを欲求」する場合、つまり、一階の欲求と二階の欲求が整合的である場合、当人は一階の欲求の対象を価値づけていることになる。例えば、ニコチン中毒者がタバコを吸うことを欲求する一方で、タバコを吸いたいという一階の欲求を持ちたくないという二階の欲求（＝禁煙したい）を持つとする。彼の一階の欲求と二階の欲求が整合的でない

(43) 中村直美『パターナリズムの研究』（2007）63頁。同様に、喫煙行為によって生じる将来の害を過小視し、現在の快楽を過大視する場合に介入することも、善を無理強いしているものとして理解できる。中村同書65頁。

(44) See Gerald Dworkin, *supra* note 39:79-80.

(45) 中村・前掲注（43）63-4頁。

ため、このタバコを吸いたいという一階の欲求は自律的でないと言われ、それへの介入は自律を侵害しないため、介入が許される。ここでのタバコを吸いたいという欲求を持ちたくないという二階の欲求も本人が現に事実として持っている欲求である。つまり、ここでの二階の欲求の持ち主はあくまでも現実の主体である。二階の欲求（あるいはそれと整合する一階の欲求）の内容はそれらが整合的である限り問題とならず、それらの欲求の内容それ自体に対して理性性・合理性による規制はない。他方、中村は二階の欲求の持ち主を理想化された主体として理解する。例えば、シートベルトの例において、合理性において理想化された個人は理性的・合理的であることによって、シートベルトを着用する不便性を過大視しない。この理想化された主体は現実の欲求・目的を所与として単なる道具的理性のみを備える現実の主体ではなく、その欲求の内容自体が（道具的合理性を超えて）実質的に理性的でなければならない。それはすでに、ドゥウォーキン<sup>46</sup>の自律と合理性の理解から大きく外れている。中村の見解に従えば、自殺は実質的に理性的でなく、自殺者が理性的であれば有したであろう、自殺したいという欲求を有したくないという理性的な二階の欲求と、自殺したいという一階の欲求が整合しないため、自殺に対する干渉は自殺者の自律を制限しないのである。他方、ドゥウォーキンの見解によると、自殺者の二階の欲求はあくまでも彼自身の現実的な欲求であり、自殺者の二階の欲求と一階の欲求が整合し得るため、その場合には自殺関与罪は正当化できない。

次に、ドゥウォーキンがパターンリスティックな介入への同意の可否に影響を与える要因を挙げる際に、自殺に対する介入があくまで一時的なものであることを明示していることについて検討したい。パターンリスティックな介入への同意の可否に影響を与える要因は①害の不可逆性、②極端な心理的・社会的圧力の存在、③行為の危険を十分理解又は正しく評価しないことである。ドゥウォーキンによると、害が不可逆である場合のパターンリスティックな介入は「一種の保険をかけることとして考えられる」。ドゥウォーキンは、極端な心理的・社会的圧力がある場合の例として、自殺に触れているが、それは不可逆の決定であることも認める。「事態をよくわきまえた合理的な決定を妨げるような、ある一時的な状態」を解消するために、冷却期間を強制するような一時的介入が許される<sup>(46)</sup>。

しかし、自殺関与に対する制限（自殺に対する間接的パターンリスティックな介入）は許されるか、そして、刑事処罰によって制限すべきかについては、ドゥウォーキンはこの論文において、何も論じなかった。だが、他の論文において、ドゥウォーキンは医師による自殺補助の正当性を論じている。ドゥウォーキンによれば、医師による自殺補助の適用基準が延命治療の中止や差し控えの適用基準と一致する限り、両者は同等の正当性を有し、それゆえ、

---

(46) 中村・前掲注(43) 65頁。

医師による自殺幫助が許されるはずである。医師による自殺幫助について、悪用される可能性、立法の難しさ、「滑りやすい坂 (Slippery slope)」現象の発生可能性、福祉のコスト等の問題が指摘されるが、ドゥウォーキンが、それらの問題点の一つずつ反論した上で、医師による自殺幫助の正当性を論じる。だが、ドゥウォーキンが支持するのは、あくまでも医師による自殺幫助であり、他の積極的安楽死を支持するわけではない<sup>(47)</sup>。

まとめると、理性判断能力を維持し強化するためのパターンリズムは自殺に対する一時的でない介入を正当化できないため、自殺関与罪を正当化できない。

## II ミルの危ない橋の例に関する議論は自殺関与罪を正当化できない

危ない橋の例においては、情報を伝達するための介入が許される。その延長線上で、本人の決定の任意性 (voluntariness) を確かめるための介入を許すのがファインバーグである。情報不足は、任意性を否定する理由の一つであるが、橋を渡る人が子供であったり、錯乱状態に陥っていたり、思考能力を十分に発揮できていなかったりすることも任意性を否定する理由である<sup>(48)</sup>。危ない橋を渡る人を止めて、その人に橋が危ないものである事実を伝えるための一時的介入が許されるならば、橋を渡ろうとするその人の決定が任意的であるかを確認するための一時的な介入が許されるはずである。自殺の場合であれば、自殺者の決定が任意的ではない可能性があるため、まずもって自殺者の任意性を確認する必要がある。従って、自殺者の決定の任意性を確認するための介入が許されるかもしれない。しかし、それはあくまでも非任意的選択を阻止するためのものなので、任意性が認められる場合に介入を続けることは許されない。つまり、許されるのはあくまでも一時的な介入である。すべての自殺が非任意的であれば、介入が一時的な介入にとどまらないことになるが、自殺が任意である可能性がある場合には、正当な介入が一時的な介入にとどまることになるので、ミルの危ない橋の例に関する議論は、任意的に決定された自殺に対する自殺関与罪を正当化できない。

自殺の任意性の基準をどのように設定するかによって、自殺が任意的であるか否かが決まる。もし、自殺の任意性基準が非常に高く、自殺の任意性がその基準を満たす可能性がないならば、あらゆる自殺は任意ではなく、介入は正当である。あらゆる自殺に対する一時的でない介入が正当化されるならば、自殺関与罪が正当化されることになる。したがって、人々の選択・決定が任意的であると認められる際に満たすべき基準が自殺関与罪の正当化にとって極めて重要になる。

---

(47) See Gerald Dworkin et al, *Euthanasia and Physician-Assisted Suicide* (Cambridge University Press, 1998):64-80.

(48) Joel Feinberg, "Legal Paternalism", *Canadian Journal of Philosophy* (1/1), 105-124 (1971):112.

ファインバーグ（1971）によると、任意的な選択とは選択者の確固たる価値観と選好に合致する選択である。選択者の確固たる価値観と選好に合致する限り、それは本人が責任を取ることができる行為なのである<sup>(49)</sup>。任意性の基準が高く設定されていれば、その基準に照らして任意的な選択は当人の確固たる価値観と選好に合致する可能性が高い。そのため、ファインバーグ（1971）は厳しい任意性基準を設定していた。その任意性基準に従うと、自殺は任意的ではないため、危ない橋の例に関する議論によって自殺関与罪は正当化できる。しかし、このような任意性の基準はリチャード・アーネソンからの批判を受けた。この批判によってファインバーグはファインバーグ（1986）において任意性基準を変更した。変更後の任意性基準はファインバーグ（1971）より低く、その基準に従えば、自殺の任意性が認められる場合がある。あらゆる自殺が非任意的とは限らないので、自殺に対する介入は大きく制限され、自殺関与罪は正当化されない。それでも、ファインバーグ（1986）の新しい任意性基準はハード・パターンナリズムとの折衷案であると批判される。このような批判的見解によれば、純粋なソフト・パターンナリズムの立場に立つ限り、任意性基準が更にいっそう低く設定されるべきであり、自殺に対する介入はファインバーグの見解よりも更にいっそう制限されるべきである。

まず、ファインバーグ（1971）の任意性基準を確認する。ファインバーグはどんな場合に選択者の任意性を確認するための介入が許されるかを述べた後に、任意性を確認するための一時的な介入を中止する基準について述べている。まずは選択者の任意性を確認するための介入が許される場合についてであるが、当人が冒すリスクが不合理である場合には、当人の選択がその人の価値観を反映していない可能性が高いため、当人の任意性を確認するための介入が許される。ファインバーグは、リスクの評価に関連する事項を①侵害が発生する可能性、②侵害の重大性、③目的が実現する可能性、④目的の重要性、⑤リスクを冒す必要性とまとめる。次に、ファインバーグが一時的な介入を中止する基準を紹介する。当人の決定の任意性が認められる場合には、介入を止めるべきである。正当な介入はあくまでも決定の任意性を確保するためのものにとどまる。問題は、任意的リスクの引き受けと完全に任意的でないリスクの引き受けの区分である。ファインバーグは、任意的リスク引き受け（voluntary assumption of risk）を以下のように定義する。「あるリスクを完全に任意的に引き受けるということは、関連するすべての事実と不測の事態を十分に知らされ、いわば目を見開き、あらゆる強制的な圧力が押し付けられない状態でリスクを引き受けることである。冷静さと熟慮があつて、気を散らす感情や不安がなく、そして、病的な強迫や誤解がないことが必要である。強制、認識の錯誤、興奮、衝動、一定程度の（アルコールなどによる）判断力の低下、

---

(49) See Id:111.

推理力の未熟さ又は瑕疵や欠陥がある場合、その限りにおいて、その選択は完全な任意性に欠ける」。つまり、選択者の判断に何らかの欠落がある場合には、その判断の任意性が否定されることになる。ファインバーグはそれはアリストテレスの「熟慮に基づく選択 (deliberate choice)」の基準に近いものだと指摘している<sup>(50)</sup>。

介入を排除するためには、選択者は法廷 (official tribunal) で自分の選択が任意的であることを証明しなければならない。それは人が斧で自身の手を切り落そうとする事例をファインバーグがどのように扱っているかに反映されている。ドゥが斧で自身の手を切り落とそうとしているのを警察官が目撃した場合、それを阻止するために実力を行使することは完全に正当化される。ドゥは法廷で自分が冷静で、自由で、熟慮の能力を有することを証明しなければならない。このような任意性の存在は、法廷の通常の当事者対抗的な手続き、または利用可能な事実の法廷による集団的調査によって判断されることになる<sup>(51)</sup>。

しかし、たとえ自殺者が任意的であっても、実際には法廷で自分の決定が任意的だと証明できないかもしれない。それはファインバーグが有害な薬物を使用する例と奴隷契約の例をどのように扱っているかを見ることができる。まずは有害な薬物を使用する例であるが、患者がその薬を飲みたがるのは、自分自身を傷つけたいからである。この場合、当人の判断が不合理であると思われるため、当人の判断の任意性を確認するための介入が許される。ファインバーグによると、「錯乱状態に陥っていること、病気、重度のうつ病、落ち着かない興奮がないことの証拠があって、当人が客観的な委員会 (panel) に自分の選択が任意的であることを証明できる」限り、それ以上の介入を継続する必要はないが、実際にはこのようなことは起こりそうにない<sup>(52)</sup>。同様に、自身の自由を売り渡して他人の奴隷になる行為に対する介入も一時的な介入にとどまらないだろう。他人の奴隷になるという決定が不合理であると強く推定されその任意性が強く疑われるため、「国家は、そのような契約を有効にする前に、任意性の非常に強力な証拠——入念な検査、宣誓証言 (swearings)、精神科医による証言、待機期間、公的な証人喚問など——を要求すべきである。「間違いなく、このような手続きに耐え抜く奴隷契約はほとんどない、あるいはまったく存在すらしないだろう」<sup>(53)</sup>。有害な薬物を使用する例と奴隷契約の例と同じように、自殺の場合でも、自殺者が任意的であることを証明することは実際にはごく困難であるため、ここの介入も実際には一時的な介入にとどまらなないと考えられるだろう。

その後、ファインバーグはファインバーグ (1986) において自己決定権と個人の善の関係

---

(50) See Id:106-111.

(51) See Id:113.

(52) See Id:115.

(53) See Id:117.

を論じる上で、任意性基準を修正した。

まずは、自己決定権と個人の善の関係を見てみよう。ファインバーグによると、個人的善すなわち当人の利益・福利を守るために個人の自律的な選択に介入する行為は許されない。自律的な選択は必ずしも個人的善をもたらすわけではなく、両者が衝突する場合がある。そのような場合には、自律性・自己決定権の価値は個人の善の価値よりいっそう重要なものであって、他者による介入はなされるべきではない<sup>(54)</sup>。

次は任意性基準の修正である。

(1) ファインバーグはアリストテレスの「熟慮に基づく選択」基準を批判し、彼が以前に述べた任意的リスクの引き受けの基準を削除した<sup>(55)</sup>。その理由はおそらくアーネソンからの批判である。アーネソンはファインバーグの任意性基準について以下のように指摘する。①ファインバーグが厳しい任意性基準を設定する目的は選択が当人の確固たる価値観や選好を反映するためである。選択が当人の確固たる価値観や選好を反映する場合、選択の結果に全部の責任を負う。しかし、全ての任意性基準を満たす場合でも、当人の選択が彼の確固たる価値観と選好を反映しない可能性がある。この場合、任意性の基準にさらに条件を追加すると、それはもはや任意性ではなく合理性・理性性を要求することになってしまう。また、このような任意性基準は選択が当人の確固たる価値観や選好を反映することの必要条件ではない。熟慮的でない選択は依然としてその確固たる価値観と選好を反映している可能性がある。衝動的であることは当人の個性かもしれないし、当人がわざと衝動的に行動したいかもしれない。②厳しい任意性基準はすでにミルの絶対的アンチ・パターナリズムから逸脱している。ミルによれば、人は愚かな行いをする権利があり、しかしまたそうした失敗の責任を負う必要もある。つまり、愚かな行いをする場合でもその結果は本人が負えばよいのであり、第三者が介入する必要はない。これはミルの個性と自律性に対する理解に由来すると考えられる。ミルによると、個性は非常に重要な価値を持ち、自律性を侵害する行為は当人の個性を損なう。自分が選んだ人生を過ごすことで個性は獲得され、自律性とは自分のみに関わる領域において、自身の選択にしたがって生き、その責任を負うことである。自律的な選択は理性性からしばしば逸脱する。それは危ない橋の事例にも現れる。アーネソンによれば、橋の側に、橋が危ないことを提示する看板があれば、橋を渡る人がその看板を実際に見たかどうかを確認するための介入すら許されないというのがミルの立場である。③選択が完全に当人の確固たる価値観や選好を反映することはそれほど重要ではない。そうではない選択がそのような

---

(54) See Joel Feinberg, *The Moral Limits of The Criminal Law, vol. 3 Harm to Self*, (Oxford University Press, 1986):59.

(55) See Id:113-8.

選択より優れる可能性がある<sup>(56)</sup>。こうしたアーネソンからの批判はファインバーグが厳しい任意性基準を緩めることになった原因となったであろう。

(2) 当人が法定での手続きによって自分の選択が任意的であることを証明する義務を免れることができるようになった。ファインバーグは統計情報によって非任意性の推定による介入を許している。例えば、被介入者が自分の手を斧で切り落とす例において、統計情報によって当人が任意でないとい推定される場合、介入が許される。法廷 (official tribunal) が、当人の選択が任意であるかを調査する必要がある。この場合、被介入者は自分が判断の能力を有すること、冷静であること、自由であることを証明する義務を負わない。問題になっている選択のもたらす害が大きくて不可逆なものである場合、任意性の基準が変わるわけではないが、それについての証拠の基準はおそらくより厳格であるべきである<sup>(57)</sup>。従って、自殺者本人が、自分の選択が任意であることを証明する必要はないし、自殺の任意性基準は他の選択の任意性基準より厳しいものではない。自殺が任意的である可能性が少なからずあるため、そのような場合には自殺に対する正当な介入は一時的な介入にとどまらなければならない。

(3) 自殺自体は必ずしも不合理・非理性的ではないため、不合理であるため任意ではないという推定による介入 (= 任意性を確認するための一時的な介入) は極めて制限されるようになった。彼は統計情報によって非任意性を推定できる二つのカテゴリーに言及している。一つ目は統計情報によって、当人が精神障害を有することを推定できる状況である。例えば、自分の性器を切除する場合が挙げられる。ただし、ここでの「推定」は举证責任の転換を意味するわけではない。この場合、被介入者は自分が精神正常であることを証明する義務を負うわけではなく、この種の推定は法廷が非任意性を認定する際の証拠の強さを意味する。もう一つは、精神医学的な統計情報に頼る必要はなく、単に一般的な経験に基づく常識的な予想が十分である状況である。ミルが挙げる危ない橋の例のような場合である。ここでは、1971年論文とは同様に、情報が提供されても橋を渡ろうとする人はいるだろうがほとんどの人はそのような危険を冒したくないので、当人の危険を冒す選択が本当に任意的かどうかを確認するための介入が許される。統計情報による推定が入手可能な場合は極めて限られているため、ファインバーグによれば、他人が自殺すること以外の何らかの情報も知らない場合、自殺者の選択の任意性については、何の推定もできない<sup>(58)</sup>。つまり、自殺に対する任意性を確認するための介入も控えている。自殺に対する介入は、それが正当化される場合には、非任意的である確率が高いからではなく、自殺の重大性と不可逆性に基づいてそうで

---

(56) See Richard J. Arneson, "Mill versus Paternalism", *Ethics* (90/4), 470-489 (1980): 487-8.

(57) See Joel Feinberg, *supra* note 54:125.

(58) See Id:124-27.

なければならない。

注意すべきは、ファインバーグは実際には依然として、合理性という基準に基づいて任意性基準を制定しているということであり、彼もそれを自認している。それはファインバーグの任意性基準に関わる常識的な三つの経験法則に現れる。①リスクの大きさとリスクが発生する可能性。リスクが大きくなるほど、任意性の基準が高くなる。さらに、リスクが発生する可能性が高いほど、任意性の基準が高くなる。ファインバーグによると、リスクの大きさとリスクが発生する可能性に応じて任意性基準を設定するのはハード・パターナリズムに対する妥協ではない。合理性という基準に基づいて任意性基準を制定することが、任意性の基準を捨てて直ちに合理性を介入の基準にするパターナリズムとは異なる。リスクの大きさを評価する目的は自己危害を防止することではなく、あくまでも危害とリスクが非任意的に選択されることを防止するためである。例えば、当人が砒素を玉子焼きの上にかける時、他人がその人を止めて、それは本意（実は砒素ではなく塩を玉子焼きの上にかけたいのか）であるかを確認する必要がある。しかし、当人が砒素を玉子焼きの上にかけたいことを確認することができれば、さらなる介入の必要はない。②損害の不可逆性。損害が不可逆である場合、当人の真意を確認するための介入が許される。生命の自己処分は不可逆であるので、その任意性を確認するための介入が許される。しかし、すべての死は不可逆だが、すべての死が死者に同様の危害を与えるわけではない。例えば、不治の病でひどい痛みに耐えている高齢の患者にとっては死はもはや害ではない。他方で、若いうつ病の自殺者にとっては死は重大な害であるだろう。両者の死は同様に不可逆であるが、その任意性基準が異なる。ただし、死の害は不可逆であるため、その任意性基準は害が不可逆でない場合よりは高いはずである。ファインバーグが言うように、①害の大きさと②害の不可逆性が衝突する場合がある。「すべての死は等しく不可逆的である。したがって、第2の経験則は、死ぬこと、あるいは死の深刻な危険を引き受けることの意味決定の任意性を判断するための基準の基本線を設定する」。③任意性の基準はさまざまな特殊事情に合わせて調整されなければならない。制限のない状況又は一般的な状況における人の行為や選択に適用する基準と、制限された状況における人の行為や選択に適用する基準が区別される。例えば、懲役15年の判決を受け既に9年間服役した受刑者が、12ヶ月の薬物実験に参加するかどうか尋ねられ、参加する場合は懲役10年に減刑されるとする。制限のない状況と同じように考えると、劣悪な環境におけるあと5年の懲役か薬物実験かの選択を迫られた人には選択の余地がほとんどないため、当人の選択は任意でないとと思われるだろう。しかし、監獄の犯人が薬物実験に参加するという決定の任意性の判断は監獄という特殊な状況に基づいて行うべきである。監獄においても、当人の食事に麻薬を入れたり、当人が断れば監禁や殴打で脅したり、催眠術をかけた上で同意の意思表示を唆したり、危険性を伝えなくておくなどのことをしたりしない限り、彼の決定は任意的である。他に、頭が痛い人がアスピリンを飲む場合も、頭痛という特殊な背景に基

づいて任意性を判断すべきである。つまり、本人が頭痛の影響の下でアスピリンを飲むと決定したが、本人の決定は任意的である<sup>(59)</sup>。

しかし、ジェーソン・ハンナは、ファインバーグによるこのような任意性の基準が害の不可逆性、害の大きさに応じて変動するため（ハンナはこれをスライディング・スケールな任意性の基準と呼ぶ）、その基準設定自体がパターンナリスティックであると指摘する。例えば、同様な任意性を有している二人が以下のような三つのオプションからの選択に直面している場合を考える。そもそも同じ選択状況に臨む人にとって、任意性は選択肢ごとの性質ではなく選択状況自体の性質であるはずだが、ファインバーグの見解によると、選択者が異なるオプションを選択する場合に任意性の基準がその選ばれた選択肢に応じて変動することになる。以下の事例で考えてみよう。一つ目のオプションは自己危害をもたらさない。二つ目のオプションは中度の自己危害をもたらすが、それは回復不可能ではない。三つ目のオプションは非常に深刻で回復不可能な自己危害をもたらすと想定しよう。もし、同様な任意性を有する A と B について、A が一つ目または二つ目のオプションを選択する一方で B が三つ目のオプションを選択すると、両者が同様な任意性を有しているはずである、基準が危害の程度に応じてスライドするため、A と B にとって、彼らの選択が十分に任意であるといえるための基準、つまり、任意性の閾値が異なり、A の選択は任意性の閾値に達し介入が正当化されない一方で、B の選択は任意性の閾値に達さず介入が正当化されるということが生じてしまう。A の選択が任意であるのならば、B の選択も任意でなければならないはずであり、それを否定してしまうスライディング・スケール型の任意性基準は B の本来任意なはずの選択に介入してしまっている。このようなソフト・アンチ・パターンリズムはハード・パターンリズムに対する妥協である<sup>(60)</sup>。従って、ファインバーグがアンチ・（ハード）パターンリズムの立場であるかぎり、不可逆性と重大性を理由として自殺に高い任意性基準を設定することは許されないはずである。

ファインバーグは、認識的理由に基づいて、それに反論する。例えば、ある任意性基準を使う際に、非任意的な選択が間違っ、任意的な選択であると認定される場合（偽陽性と呼ばれる）がある一方で、任意的な選択が誤って非任意的な選択であると認定される（偽陰性と呼ばれる）場合がある。自己危害が大きいかまたは不可逆である場合に、偽陽性か偽陰性かが不可避であるならば、後者の方がより良い。なぜならば、非任意的自殺を任意的な自殺と認定する場合には非任意的な死の害が生ずる一方で、任意的な自殺を非任意的な自殺と認定

---

(59) See Id:117-23.

(60) Jason Hanna, *Hard and soft paternalism*, The Routledge handbook of the philosophy of paternalism 24:26 (Kalle Grill and Jason Hanna ed., 2018).

する場合には、非任意的な死の害は生じない。このことから、自己危害が大きいまたは不可逆である場合に、高い任意性基準を設定することを説明できるというのである。

ハンナはファインバーグのこのような反論に再反論している。純粹に認識的理由によると、害が大きいほど、当人の任意性があるとされる任意性基準を満たすことの証明基準が高まる。それは害が大きいほど、当人の任意性があるとされる任意性基準が高まることとは異なる。従って、任意性についての証拠の基準ではなく任意性の基準自体が変動するとするファインバーグの見解はやはりハード・パターナリズムに対する妥協である<sup>(61)</sup>。

注意すべきは、ファインバーグ（1986）が、完全に任意的であるための基準と十分な任意性（任意性の閾値）を分けて論じていた点である。前者は前述の任意的リスクの引き受けの基準と似ていて、選択者が健全な成人であること、強制と強要がないこと、操作による選択ではないこと、不注意や事実的錯誤がないことと一時的な歪み（*distorting*）がないこと（疲労、神経質、一時的な圧力、怒りなどの「強い情動」。うつなどの「とらわれた気分」がないこと）を要求する。これらの条件を全部揃える限り、当人の選択が完全に任意である。ファインバーグによると、これらの要素を全て揃える選択だけが任意的選択であるわけではないし、全ての場合に必要な要素でもない。これらの要素を全て揃える完全な任意性の基準は現実には無用である<sup>(62)</sup>。ファインバーグは完全な任意性基準を捨てて、選択が十分に任意的である（*voluntary enough*）ための基準を論じている。ハンナは、十分な任意性基準がパターナリズムに対する妥協であると批判した上で、完全に任意的であるための基準によって、ソフト・パターナリズムとハード・パターナリズムを区分することを批判する。ハンナによれば、一時的な歪みがある場合に任意性を否定すべきか、それをどのように理解すべきかが重要である。ハンナによると、一時的な歪みがないとみなされるための条件の共通点は、それらが欠ける場合には、選択したものが自己を忠実に表現していないということである。つまり、その歪みが当人の個性の一部である場合には介入する必要がない。このように自分を忠実に表現しているかどうかによって完全な任意性基準が統一的に説明される。このような完全に任意的であるための基準に満たない行為に対する介入をソフト・パターナリスティックな介入として理解し、それに満たす行為に対する介入をハード・パターナリスティックな介入として理解する。しかし、ハンナの見解に従うのであれば意図的に情報を収集しない場合の介入と意図的に一時的な歪みの下で判断しようとしている場合には、その選択が当人を忠実に表現するので介入の必要はないはずだが、このような事例に対する介入はソフト・パターナリズムとして正当化されると一般的に認められている。従って、このような任意性基準によ

---

(61) See Id:27.

(62) See Joel Feinberg, *supra* note 53:115-7.

て、ソフト・パターナリズムとハード・パターナリズムを区分するのは適切ではない<sup>(63)</sup>。ハンナは完全に任意的であるための基準と十分な任意性基準を一体に把握しているが、こうすると、害が大きくて不可逆である場合、任意性基準は完全に任意的であるための基準に接近することになる。他方で、フィンバークが完全に任意的であるための基準を無用のものとして捨てたと理解するならば、害が大きくて不可逆である場合に十分な任意性の基準は選択の結果に応じて高まるが、それは選択が完全に任意的であることを要求していないはずである。

フィンバークが実際には軽率な若者の自殺をも許しているはずだと考えるのはアーネソンである。その理由は上述のフィンバークの自己決定権と個人の善に対する理解<sup>(64)</sup>。フィンバークによると、患者が快樂のために体の健康を損なう薬を飲みたい場合、患者と医者が薬を飲むことの効果がどのようなものであるかについて異議がない限り、医者が患者を阻止することは許されない<sup>(65)</sup>。

フィンバークの観点からは、介入の目的はあくまでも、任意に選択されたものではないような侵害とリスクを防止することである。フィンバークのソフト・パターナリズムはあくまでも合理性ではなく任意性を保護するためのものである。彼が自身の見解をアンチ・ハード・パターナリズムとして理解する点から見ると、アーネソンの指摘するように、フィンバークの見解は、賢明ではないとしても十分に任意的であるような自殺への介入とそうした自殺に対する自殺関与罪を正当化するものではないと理解するのが正しいと考えられる。

### Ⅲ 間接的なパターナリズムによって自殺関与罪が正当化されない

自殺関与罪は自殺関与者を処罰することを通じて、自殺者の自由に対する間接的な制限を図る。これは間接的なパターナリズムである。間接的なパターナリズムが適用される場合には、介入者の行為が危害原理における危害に該当する限り、介入者への介入は危害原理に反しないので、ミルであっても間接的なパターナリズムには反対しない可能性がある。ミルの奴隷契約の例や危ない橋の例に関する議論が自殺に対する介入を正当化できないのだとしても、間接的なパターナリズムによって自殺関与罪が正当化される余地がある。本節では間接的なパターナリズムが自殺関与罪を正当化できると論じる見解を紹介した上で、それが成り立たないことを説明する。

(63) See Jason Hanna, *supra* note 59:26-8.

(64) Richard J. Arneson. "Joel Feinberg and the justification of hard paternalism", *Legal Theory* (11/3), 259-284 (2005): 279.

(65) See Joel Feinberg, *supra* note 53:133.

(1) 自殺関与行為を外部からの危害と理解することによって自殺関与罪を正当化できるとする見解は成り立たない

自殺関与罪を危害原理によって正当化できるとする見解は、中村直美のものである。中村は自殺関与罪を間接的なパターンリズム、つまり自殺者に対する間接的な自由制限だと理解している。中村によると、間接的なパターンリズムの場合、間接的に干渉を受ける人は、何らかの形で関与者という他者からの危害を受けている。従って、危害原理によってそうした関与者への介入を正当化することができる。そのため、関与者への介入を正当化する際に、直接的なパターンリズムに加えてさらなる正当化理由が必要とされるわけではない<sup>(66)</sup>。このような説明が成立するためには、その前提として、両者が同じ危害を防ぐものでなければならない。

だが、そもそも、危害原理によって、間接的なパターンリズムの正当性を説明することができるのだろうか。ファインバーグによると、危害原理が防ぐ害と間接的なパターンリズムが防ぐ害は異なり、間接的なパターンリズムが防ぐのは単なる利益の阻害であり、危害原理における危害はあくまでも権利侵害 (wrong harm) である<sup>(67)</sup>。法諺「欲するものは害されない Volenti non fit injuria」によると、有効な同意がある場合には、利益の阻害は存在するが、権利侵害は存在しない。そのため、危害原理を適用する余地はなく間接的なパターンリズムの正当性を危害原理によって説明することはできない。

たとえ、危害原理と間接的なパターンリズムが同じ害を防ぐものだと理解しても、両者を区分し、間接的なパターンリズムの正当性を疑う見解がある。ドゥウォーキン<sup>(68)</sup>は煙草の製造・販売禁止と大気汚染の禁止に対する介入を比べて、前者に対する介入が間接的なパターンリズムであり、後者に対する介入根拠は危害原理であると指摘し、両者を区別することによって、前者に対する介入の正当性が低いことを説明する。まず、両者は被害者の積極的協力行為 (つまり自ら進んで買い求め喫煙を楽しむ行為) の存否によって、区別される。「被

(66) 中村・前掲注 (43) 56頁。

(67) See Joel Feinberg, *supra* note 47:11.

(68) ドゥウォーキン自身は純粹でないパターンリズム (impure paternalism) という言葉を使うが、実はアーネソンやファインバーグのように、間接的なパターンリズム (indirect paternalism) という言葉を使う学者が多い。Thaddeus Mason Pope, “Counting the Dragon’s Teeth and Claws: the Definition of Hard Paternalism”, *Georgia State University Law Review* (20/3), 659-722 (2013):687. 純粹でないパターンリズムという言葉は依然として用いつつ、間接的なパターンリズムと異なるような意味を持たせるものとして、cf. Pope, *op. cit.*, at701.

害者は、侵害を避けようと思えば避けられる点に大きな違いがある」<sup>(69)</sup>。(なお、ここでの前提は煙草の製造・販売禁止の目的が喫煙者を保護するためであるということである。もし、禁令の目的が喫煙者の周りの人を保護することであれば、それは危害原理で正当化できる。)次に、関与者に対する介入は関与者自身のためのものではない<sup>(70)</sup>。しかも、関与者に対する介入は関与者自身のためのものではない。従って、間接的なパターンリズムの正当性は危害原理や直接的なパターンリズムの場合より低く、自殺関与罪は正当化できない。

中村はドウウォーキンの間接的なパターンリズムを紹介する際に、間接的なパターンリズムと危害原理に対する自身の理解を述べている。実は、両者の間接的なパターンリズムに対する理解はだいぶ異なっている。前述のとおり、両者は合理的=自律的な人間(整合的な一階の欲求と二階の欲求の持ち主)に対する理解も異なっている。ドウウォーキンによれば、一階の欲求とそれが整合することによってその主体が自律的主体であることになるような二階の欲求はあくまでも現実の主体の欲求であり、自律にとって重要であるのはあくまでも整合性である。他方で、中村の場合には、自律的な主体の欲求の内容は整合的であるのみならず実質的に理性的でなければならない(それゆえ自殺はア・プリオリに非合理的・非理性的であり、それゆえ非自律的な選択であることになる)。この二点から見ると、中村の見解とドウウォーキンの見解にはズレがある。中村はドウウォーキンやフィンバークとは違い、自律性・任意性ではなく、実質的な合理性・理性性を保護しようとしており、実はハード・パターンリズムに与してしまっているのである。

結局、フィンバークとドウウォーキンが指摘する通り、間接的なパターンリズムを危害原理によって正当化することはできず、自殺関与罪の正当性は自殺者本人に対する介入の正当性よりも更に低くなる。それゆえ、自殺関与罪は正当化できない。

(2) 間接的なパターンリズムは自殺者本人の自律を侵害しないので自殺関与罪は正当化できるとする見解は成り立たない

実は、間接的なパターンリズムと危害原理が防ぐ害を区別する一方で、間接的なパターンリズムと直接的なパターンリズムの規範的な差異によって、間接的なパターンリズムの正当性を論じる見解がある。トーマス・シュランメによれば、間接的なパターンリズムは直接的なパターンリズムと比べて自由に対する制限の程度が低いいため、正当化しやすい。自殺に対する直接的なパターンリズムが正当化できなくても、自殺関与罪という間接的なパターンリズム

(69) 中村・前掲注(43)55頁。

(70) 中村・前掲注(43)55頁。

ムが正当化される余地がある<sup>(71)</sup>。自己執行的な自殺への介入は直接的なパターナリズムとして許されないが、自殺関与への介入は間接的なパターナリズムとして許容される余地があるかもしれない。

しかし、彼によると、以下の二つの場合には、間接的なパターナリズムと直接的なパターナリズムの規範的な差異はなくなる。一つ目は、協力行為が本人にとって中立的である場合である。しかし、自殺に関与する行為は自殺者の利益を（ある意味において）阻害するため、中立的ではなく、これには当てはまらない。二つ目は、自殺者が自殺に対する他者の協力についての請求権を有する場合である。直接的なパターナリズムが正当化できないのは、我々が自律的な自殺への自由を有するからであるが、ここで論じられるのは当人が自分なりの人生を過ごせることについての、他者の協力自体の重要性である。自律の尊重という道徳的原理は、自律的主体の本物の自由、すなわち実効的な自由の確保を我々に要求する。シュランメは教育を受ける自由と自殺の自由を類比させて、他者に対する自殺関与の請求権があることを説明する。本と教師がない限り、教育を受ける自由は成り立たない。教育を受ける自由は単なるそれを阻害されない自由だけではなく、必要な手段を獲得する請求権を含む。同じように、身体の麻痺などによって物理的に自分では自殺できない人は自殺の自由を理由として自殺関与に対する請求権を持つ。更にシュランメは、心理的な原因（e.g. 苦痛を伴う自殺に踏み切る勇気が足りない）のゆえに、自殺の任意的な意志はきちんとあるのだが他人に協力してもらわないと自殺できない人についても同様に、自殺関与に対する請求権を有すると論ずる。誰が自殺の能力を欠きそれゆえ自殺関与の請求権を有するかは個別の事情に依存するので、全ての自殺者のための、自殺の実効的自由の有無（自分で自殺できるか）を審査するための仕組みが要求される<sup>(72)</sup>。

結局、心理的な原因の場合を含めて、他人の協力を得ないと自殺できない場合を考慮にいれるならば、自殺の自由ゆえに、他人の協力を望む自殺者には自殺関与への請求権があり、それゆえ、そのような請求に応じた自殺関与に対する間接的なパターナリズムは正当化できない。

(3) 自殺者が他の一定の自殺者を害するので全ての自殺に対する介入が正当化できるという見解はパターナリズムによって自殺関与罪を正当化していない

---

(71) Thomas Schramme, *Preventing Assistance to Die: Assessing Indirect Paternalism Regarding Voluntary Active Euthanasia and Assisted Suicide*, in *New Directions in the Ethics of Assisted Suicide and Euthanasia* 17:24 (Michael Cholbi, Jukka Varelius ed., 2023).

(72) See Id:26-7.

自殺に関する間接的なパターナリズムは、通常は、自殺関与者を処罰することを通じて、自殺者の自由を制限することとして理解されている。だが、自殺に関する間接的なパターナリズムはこれだけに限られない。リチャード・アーネソンは、意思決定能力が下手な自殺者を保護するために全ての自殺者の自由を制限することを間接的なパターナリズムとして擁護する。彼は優先主義と呼ばれる見解によって、自殺への介入の正当性を説明する。しかし、以下に見るように、このような見解はもはやパターナリズムに依拠していない。

アーネソンによると、人々は良好な選択者や下手な選択者に分けられる。前者は、優秀な遺伝子や望ましい社会化によって、能力及びその能力を使う機会を有している。他方で、後者は、有する能力も少なくその少ない能力を運用する機会も少ない<sup>(73)</sup>。前者は人生において概して良好な福利を享受するだろうし、後者はあまり良好でない福利水準にとどまるだろう。しかし、どちらも自身の能力がそうであることについて責任を負っているわけではなく、前者はその良好な福利に値するわけではなく、後者もその福利が良好でないことに責任を負っていない。

完璧な良好な選択者は、ハード・パターナリズムによる政策によって決して利益を得られないだろう。他方、下手な選択者はハード・パターナリズムによる政策によって利益を受けうるし、その中にはパターナリスティックな政策から多大な利益を得る人々がいるだろう。(他方で、ソフト・パターナリズムは選択が任意でない場合に適用されるので、良好な選択者も下手な選択者もソフト・パターナリズムによって利益を得ることができ、ソフト・パターナリズムの是非については両者の利益は衝突しない。)アーネソンは、同じ福利水準の上昇が可能であるならば、低福利水準者の福利の改善が高福利水準者の福利の改善において優先する(低水準者の福利改善は高水準者の福利改善よりも大きな道徳的価値を持つ)、という分配的正義論における優先主義によって、下手な選択者の利益がより重要であるので、ハード・パターナリズムを採用することが採用しないよりも分配的に望ましいとしてハード・パターナリズムを正当化する<sup>(74)</sup>。

アーネソンに従うと、下手な選択者を保護するために、良好な選択者の自由を制限することは間接的なパターナリズムである。タバコの販売禁止は典型的な間接系なパターナリスティックな介入であり、自由が制限される人(タバコの販売者)と自由制限によって保護される人(タバコを吸う人)が異なり、前者の自由を制限することによって、後者の自由を間接的に制限しつつその利益を促進する。ここでも同様に、自由制限される人(良好な選択者)と自由制限によって保護される(下手な選択者)人とは別人であり、前者を含む全ての人々

---

(73) See Richard J. Arneson, *supra* note 64:274-6.

(74) See Richard J. Arneson, *supra* note 64:275.

の自由を制限することによって、後者の利益が保護されている<sup>(75)</sup>。

このような優先主義的パターナリズム論に対しては、二つの反論がある。一つ目は、責任の視点からの反論である。スティーヴン・ウォールによると、国家が危険な薬物を禁止する際、国家の禁止によって一部の人の利益が損なわれる。それは能動的成本 (active cost) と呼ばれる。他方で、国家が危険な薬物を禁止しないことによって薬の濫用者の利益が損なわれる。それは受動的コスト (passive cost) と呼ばれる。コストが国家からの介入によって能動的に惹起される場合に、利益が損なわれる人 (例えば薬物を合理的に利用できる人) はコストを惹起する行動を一切していない。他方で、受動的コストを被る人 (例えば薬物の濫用者) はそのコスト (薬物濫用の効果) に対して責任を負う。責任の要素を含めて考えると、受動的コストより、能動的成本に重みをおくべきである。つまり、能動的成本を強く優先すべき (strong priority for active costs) である。たとえ、アーネソンのいうように、下手な選択者が自分自身の選好に責任を負わないといっても、能動的成本を弱く優先すべき (weak priority for active costs) である。能動的成本がある程度まで受動的コストに優先するため、良好な選択者に対してパターナリスティックな介入が適用されるべき場合は、より制限される<sup>(76)</sup>。

二つ目によると、優先主義的パターナリズムはもはやパターナリズムではない。優先主義は平等主義と同じく、悪い境遇にある下手な選択者の福利を優先すべきだと主張するが、両者は異なる見解である。平等主義は、下手な選択者が良好な選択者より悪い境遇にあることが不平等であり、相対的不平等自体が悪いと主張するが、優先主義は下手な選択者と良好な選択者の福利水準の間の不平等を解消するため、前者がより重要であると主張するわけではない<sup>(77)</sup>。優先主義によると、人の境遇が悪いほどその人に便益を与えることは一層重要であ

---

(75) See Richard J. Arneson, "Paternalism, Utility, and Fairness", *Revue Internationale de Philosophie* (43/170), 309-437 (1989) 417. 原文では、人々が他人の経験から得られた情報を収集する能力、それらの情報を正しく理解する能力且つ他人の経験から得た洞察を自らの自己決定へと統合する能力が大きく異なると想定する上で、他人の経験から誤った教訓を得る可能性が高い人々 (=潜在的な自殺者) の福祉を守るため、現にある選択者 (=現にある自殺者) の自由を制限する必要があると述べていた。それは間接的に潜在的な自殺者の自由を制限するため、アーネソンがそれを間接的なパターナリズムと理解していた。その後、アーネソンの見解は多少変わったとはいえ、下手な選択者を保護するために、良好な選択者の自由を制限することは間接的なパターナリズムの一形態として理解されるべきであると考えられる。

(76) Steven Wall, *Perfectionism and Paternalism*, in *The Routledge handbook of the philosophy of paternalism* (Kalle Grill and Jason Hanna ed., 2018): 170, 176-7.

(77) Gosepath, Stefan, "Equality", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/equality/>>.

る<sup>(78)</sup>。つまり、一人の境遇が改善されるとともに、その人の福利の増加分の重要性は次第に減少する。その福利の重要性は当人の福利水準が相対的に他者の福利の水準より悪いかより良いかとは関わらない。もし、パターナリスティックな介入がない場合と比べて、パターナリスティックな介入がある場合に、それが無い場合と比較して下手な選択者が得る福利の増加分と、パターナリスティックな介入がない場合に、それが無い場合と比較して良好な選択者が得る福利の増加分が同じであるならば、下手な選択者の福利の増加分が道徳的により重要である。従って、パターナリスティックな介入がある場合と比べて、パターナリスティックな介入がない場合に下手な選択者の福利が損なわれるならば、優先主義によると、パターナリスティックな介入が道徳的に望ましく、下手な選択者はパターナリズムへの権利を持つ。良好な選択者によるハード・パターナリズムの拒絶によって下手な選択者の利益が損なわれ、それは下手な選択者に対する権利侵害となる。従って、優先主義的パターナリズムはパターナリズムを拒絶することによる下手な選択者の利益の阻害は危害原理の適用を受けるべき権利侵害であると説明する。危害原理によって下手な選択者の利益を保護するために良好な行為選択者の自由を制限することが正当化され、このような間接的なパターナリズムにはドゥウォーキンが喫煙の例を巡って指摘したような問題は存在しない。しかし、注意すべきは、ここでいう下手な選択者の福利の重要性がその福利の個人的な価値を意味するのではなく、あくまでもその非個人的な道徳的価値を意味すると言う点である。結局、優先主義的パターナリズムは当人の福利の個人的価値・すなわち利益を理由として介入を正当化するのではなく、非個人的な道徳的価値に依拠してしまっており、もはやパターナリズムに属さない。

## 小括

本章では、ドゥウォーキンとファインバーグの見解を紹介し、ミルの奴隷契約の例と危ない橋の例に関する議論が自殺関与罪を正当化できるかを確認し、また間接的なパターナリズムによって自殺関与罪を正当化する中村直美、アーネソンの見解を批判した。また、自殺への協力を請求する権利が存在するため、間接的なパターナリズムが直接的なパターナリズムと同様に自殺者の自由を制限するため正当化できないことを論じるシュランメの見解を紹介し、間接的なパターナリズムが自殺関与罪を正当化できないことを確認した。

まず、奴隷契約の例の延長線上で自殺関与罪を正当化することはできない。たとえドゥ

---

(78) Hooker, Brad, "Rule Consequentialism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2023 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2023/entries/consequentialism-rule/>>.

ウォーキングが奴隷契約の例における介入を受けいれるとしても、それは当人の判断が一般人の判断から外れるために、当人の一階の欲求と二階の欲求の整合性を確認するためである。欲求の内容が実質的に理性的であるかどうかは重要ではない。自殺に対する正当な介入は選択の自律性、すなわち欲求の整合性を確認するための一時的な介入のみであり、自殺関与罪は正当化できない。

次に、危ない橋の例に関する議論は自殺関与罪を正当化できない。ファインバークの充分な任意性の基準がスライディング・スケール型の任意性基準と呼ばれるが、任意性の閾値が害の不可逆性と害の大きさに応じて変動する。従って、自殺の場合に、害が不可逆で大きいものであるため、任意性の閾値が高められてしまう。自殺の任意性が一律的に否定されるならば、自殺に対する介入が正当化される。しかし、ファインバークにとっての介入の目的はあくまでも害とリスクが任意的選択によらず生ずることを防止することである。さらに、ファインバークが不当に厳格すぎるとして批判されたかつての完全な任意性の基準を捨てているため、害が大きくて不可逆である場合に確かに任意性の閾値が高まることになるが、それは選択が完全に任意的であることを要求しない。実際に、薬物の有害性の例において、ファインバークは患者が快樂のために体の健康を損なう薬を飲むことが許されるとしているので、アーネソンのように、ファインバークが若者の軽率な自殺をも許していると考えるのが適切であり、ファインバークのパターナリズムは自殺関与罪を正当化しない。

他方で、間接的なパターナリズムによって自殺関与罪の正当性を論じる見解がある。(1) 中村は関与行為を危害原理に該当する外部危害と理解し、危害原理によって介入を正当化している。それに対しては、二つの反論がある。①間接的なパターナリズムが防ぐのは単なる利益の阻害であり、危害原理における危害は権利侵害である。危害原理によって、間接的なパターナリズムの正当性を説明することはできない。②危害原理が適用される場合と異なると、間接的なパターナリズムを適用する場合に、被害者の積極的協力行為が存在するため、介入の正当性が低い。(2) シュランメによれば、直接的なパターナリズムと比べて、間接的なパターナリズムは自由に対する制限の程度が低いためより正当化しやすいが、直接的なパターナリズムを避けるべき理由である自殺の実効的自由の要請から、自殺への協力を請求する権利が存在するため、間接的なパターナリズムも直接的なパターナリズムと同様に自殺者の自由を制限するため正当化できない。(3) アーネソンは下手な選択者を保護するために良好な選択者の自由を制限することを間接的なパターナリズムとして理解し、分配的優先主義によって介入の正当性を論じる。それに対しては、二つの反論がある。①下手な選択者が自分自身の選好に責任を負わないといっても、良好な選択者は積極的コストを招く行為を一切やっていないので、良好な選択者に課されるコストの方が下手な選択者に課されるコストよりも道徳的に優先されるべきである。②優先主義が重視するのは下手な選択者の福利の個人的価値ではなく、その道徳的価値である。優先主義的パターナリズムは当人の福利の個人的価値

値すなわち個人的利益を理由としてその自由を制限するものではなく、もはやパターナリズムに属さない。

従って、ミルが許される奴隷契約の例や危ない橋の例の延長線上で自殺関与罪を正当化することはできないし、間接的パターナリズムによって自殺関与罪を正当化することもできない。

## おわりに

本稿の第一章では日本刑法における自殺関与罪とパターナリズムに関する議論を紹介して、その上で二つの確認すべき問題を提出した。(1) 福田の言うように、パターナリズムは社会倫理を人に強制し、自由に過剰に介入する恐れがあるため、正当化されるパターナリスティックな介入は極めて制限されると理解されている。ミルが言う奴隷契約の例と危ない橋の例においては、自己決定できる地位の絶対性が否定されるため、そのような事例に対する介入は危害のみを介入根拠とする危害原理と衝突しない。奴隷契約の例は、パターナリズムの正当化モデルにおける自由最大化モデルに対応する一方で、危ない橋の例における介入は任意性モデルに対応する。日本刑法では、自殺関与罪の処罰根拠を奴隷契約の例の延長線上に位置付ける見解とそれを危ない橋の例の延長線上に位置付ける見解がある。この二つの事例の延長線上で、自殺関与行為の処罰が正当化できるかどうかが問題となる。

(2) さらに、若尾は間接的なパターナリズムは危害原理に属さないこと——間接的なパターナリズムの正当性がより弱いこと——を説明したうえで、両者の区分から日本と異なるドイツ的な理解（自殺への関与が基本的には不可罰である）が導かれることを指摘している。日本では、むしろ、危害原理と間接的パターナリズムを融合し、危害原理によって間接的なパターナリズムの正当性を強めようとする見解が多い。従って、間接的なパターナリズムによって自殺関与罪の正当性を説明できるかが問題となる。

本稿の第二章ではこの二つの問題を検討し、答えを与えた。(1) ミルが介入を正当だとしている奴隷契約の例や危ない橋の例の延長線上で自殺関与罪を正当化することはできない。まず、ドゥウォーキンの言うように、選択自体の絶対的価値が、ミルが介入に反対する理由であるが、それでは過度に広範なパターナリスティックな介入が正当化される恐れがある。むしろ、当人が自律的である限り、すなわち当人の一階の欲求と二階の欲求が整合的であるかぎり、介入する必要がないと考えるべきである。従って、奴隷契約の例の延長線上で自殺関与罪を正当化することはできない。次に、ファインバーグに従うと、選択は当人の確固たる価値観や選好を反映しなくても任意でありうる。害が大きくて不可逆である場合には任意性の閾値水準が高まるが、それは選択が完全に任意的であることを要求しない。任意性が欠けるとして許される介入はあくまでも当人の本意を確認するための一時的な介入であり、当

人は自分が任意であることを証明する義務を負わない。従って、ミルが介入を正当だとする危ない橋の例の延長線上で自殺関与罪を正当化することはできない。(2) 間接的パターナリズムによって自殺関与罪を正当化することもできない。間接的なパターナリズムは不正な利益阻害すなわち権利侵害を防止しようとしているのではなく、利益の阻害そのものを防止しようとしている。そのため、権利侵害のみを国家の介入根拠として認める危害原理と衝突し、正当化できない恐れがある。まず、同意がある限り、介入者の行為は権利侵害ではないため、危害原理によって介入を正当化できない。次に、間接的なパターナリズムは自由に対する制限が直接的パターナリズムより少ないため両者には規範的差異があるが、後者を禁止すべき自律の尊重の理念から、自殺が必要な手段を獲得する請求権が導かれ、間接的なパターナリズムと直接的なパターナリズムは同一の規範的理念によって等しく斥けられることになる。アーネソンによる、ハード・パターナリズムの擁護は、危害原理と間接的なパターナリズムを調和させることができているように見えるが、下手な選択者を保護するために良好な選択者の自由を制限すべきであるという根拠となる分配的優先主義が、当人の福利の個人的価値すなわち利益ではなく、あくまでもその非個人的な道徳的価値に基づくものであるため、もはやパターナリズムに属さない。

従って、パターナリズムによって自殺関与罪を正当化することがきるかどうかは疑わしいというべきである。