

自殺関与罪・同意殺人罪の成立過程

福山好典

序

第1章 「自殺ニ關スル罪」に関する学説の展開

第1節 「自殺ニ關スル罪」に関する学説の概観・分析

- 1 高木豊三の議論
- 2 堀田正忠の議論
- 3 宮城浩藏の議論
- 4 井上操の議論
- 5 磯部四郎の議論
- 6 江木衷の議論
- 7 龜山貞義の議論
- 8 勝本勘三郎の議論
- 9 その他の議論

第2節 小括

第2章 自殺関与罪・同意殺人罪の立法過程

第1節 自殺関与罪・同意殺人罪の立法過程の概観・分析

- 1 司法省全部改正案から明治23年改正刑法草案まで：未遂処罰規定・刑罰の変遷
- 2 明治28年／30年刑法草案：自殺補助罪・自己凶利自殺教唆罪の規定の削除
- 3 明治33年刑法改正案：明治30年刑法草案の継承
- 4 明治34年刑法改正案：承諾殺人の明文化
- 5 2つの明治35年刑法改正案：明治34年刑法改正案の継承

6 現行刑法制定まで：未遂処罰規定・自殺補助罪の復活

第2節 小括

結語

序

本稿は、旧刑法における「自殺ニ關スル罪」(320条、321条)に関する学説の展開、および現行刑法における自殺関与罪・同意殺人罪(202条)の立法過程(「自殺ニ關スル罪」の改正過程)を分析するものである。

旧刑法は、「自殺ニ關スル罪」として、以下のような規定を設けていた。

第320條 人ヲ教唆シテ自殺セシメ又ハ囑託ヲ受ケテ自殺人ノ爲メニ手ヲ下シタル者ハ六月以上三年以下ノ輕禁錮ニ處シ十圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス其他自殺ノ補助ヲ爲シタル者ハ一等ヲ減ス

第321條 自己ノ利ヲ圖リ人ヲ教唆シテ自殺セシメタル者ハ重懲役ニ處ス

これによれば、自殺教唆と囑託殺人に同一の法定刑が規定され、自殺補助は一等減輕され(320条)、自己図利自殺教唆は加重処罰される(321条)。また、自己図利自殺教唆は重罪であるため、その未遂が処罰される(113条1項)。

⁽¹⁾別稿で明らかにしたように、「自殺ニ關スル罪」の立法過程を分析すると、以下の点を指摘することができる。まず、(1)自殺の不処罰根拠について、複数の解釈の余地が残された。すなわち、一方で、「人ノ……生命ハ他人ニ屬スル」がゆえに、あるいは少なくとも「各個人ハ恰モ人類ノ大連鎖ノ一環」であるがゆえに自殺は公益を害するが、自殺者はすでに死亡している(自殺既遂)、もしくは精神錯乱である(自殺未遂)がゆえに不可罰であるという解釈(ボアソナード)、他方で、自殺は自己の財産の自費と同様にそもそも公益を害しないがゆえに不可罰であるという解釈(鶴田皓)である。つき

に、(2)「自殺ニ關スル罪」の処罰根拠について、自殺と同様の公益侵害（および切腹という旧弊を破壊する必要性）に基づいて説明するポアソナードの見解は、比較的明快であった。これに対し、自殺の公益侵害性を否定する鶴田の見解から、「自殺ニ關スル罪」の処罰根拠をどのように説明するかは明らかでなく、旧刑法制定後の学説の課題となった。さらに、(3)「自殺ニ關スル罪」の各類型の軽重に関連して、「總則中ニ示ス所ノ法」、すなわち「數人共犯」との結び付きは、妥協的ながら維持された。そのため、自殺は犯罪でないにもかかわらず、自殺補助を含めて「自殺ニ關スル罪」が処罰される根拠をいかに説明するかが、問題となりえた。この点もまた、旧刑法制定後の学説の課題となった。なお、(4)「本人ニテ自殺セサレハ夫迄」であるから自殺教唆・自殺補助の刑を囑託殺人の刑より軽くすべきだという鶴田の主張は、自殺補助に関する限りで実現された。この説明は、「自殺ニ關スル罪」内部に矛盾を生む余地があるため、同罪の立法趣旨を解明するにあたっては、それほど重視するべきではない。

本稿の問題関心は、これらの立法過程から示唆される諸課題が、その後の学説、さらに、自殺関与罪・同意殺人罪の立法過程においてどのように捉えられ、解決されていったのか、である。これは、現在の自殺関与罪・同意殺人罪の処罰根拠をめぐる対立軸が、それ以前の立法上・解釈上の議論やそこから生じた諸課題を十分に踏まえて形成されてきたのか、それらをどのように解決してきたのかを歴史的に分析することなくしては、そうした対立軸の有効性やその対立を生む諸要請の意義を正確に理解することはできないのではないかと、という別稿からの基本的な問題意識に基づくものである。

第1章 「自殺ニ關スル罪」に関する学説の展開

第1節 「自殺ニ關スル罪」に関する学説の概観・分析

本章では、旧刑法における「自殺ニ關スル罪」に関する学説を論者ごとに取り上げ、概観・分析する。その際、「自殺ニ關スル罪」の立法過程を分析

した別稿の成果を踏まえ、(1)自殺の不処罰根拠、(2)「自殺ニ關スル罪」の処罰根拠、(3)総則「數人共犯」との関係、(4)その他、に區別して、また、ボアソナードおよび鶴田皓の見解との共通点・相違点に着目しつつ、学説に分析を加える。

1 高木豊三の議論

(1)高木豊三は、①「寔トニ自殺ハ道德ノ罪タリ又社會ニ有害ノトセハ之ヲ罰シテ可ナリ」⁽²⁾として、自殺の道德違反性・社会有害性を認める。これは、ボアソナードと一致する。それにもかかわらず自殺が処罰されない根拠について、高木は、イギリス・ロシアの例（遺産の没収、遺囑書の無効、礼葬の不許可）を挙げつつ、まず、自殺既遂の不処罰根拠を説明する。すなわち、②「蓋シ我刑法刑罰ハ一人ニ止マリ又死者ニ及ハサルヲ以テ主義ト爲ス英魯ノ法ノ如キ其名ハ死者ヲ罰シ其實ハ子孫ヲ罰ス大ニ我主義ト反シ且他ニ刑ノ施コス可キ方法無ケレハナリ」⁽³⁾として、自殺既遂者の処罰は刑罰の一身専属性に反する帰結を招き、それを回避する処罰方法もないので、自殺既遂は処罰されないと説く。このような説明は、ボアソナードにおいては、少なくとも明示的には見られない。つぎに、高木は、自殺未遂の不処罰根拠について、精神錯乱を援用するボアソナードとは異なり、③「試ニ思ヘ既ニ自カラ死ヲ欲スル者ナリ何レノ方法ヲ以テカ能ク之ヲ懲スモノアラン若シ之ヲ禁錮懲役ニ處スルトセン乎當ニ益無キ而已ニアラス却テ其再犯ヲ促カスニ至ラン」⁽⁴⁾と説明する。これは、刑罰の効果を問題とする点で、②の自殺既遂の不処罰根拠と共通する。しかし、その具体的内容を見ると、自殺既遂の場合には、刑罰の一身専属性に反する帰結を招かざるをえないことが問題視されるのに対し、自殺未遂の場合には、死を望んでいる者を処罰することがかえって再犯（再度の自殺）を招きかねないため、刑罰は有害無益であるとされている点で、異なる。

(2)高木は、そのうえで、「今日開明ノ世ニ在テハ是レ〔＝自殺ニ關スルノ所爲〕人ノ爲ス可カラサルノ所爲タリ人ノ人タル職分ニ反スルノ所爲タリ人

ヲ害フノ所爲ト爲ス蓋シ自殺ノ「タル」道德上ノ大罪ニシテ社會ノ公益上又之ヲ有害ノ「ト」爲ス故ニ若シ人ノ自殺セントスル者アルヲ知ラハ宜シク之ヲ止ムヘシ宜シク之ヲ救フヘシ而ルヲ反テ教唆シ下手シ補助ス其罪實ニ輕カラサルナリ」⁽⁵⁾として、自殺の道德違反性・社会公益上の有害性を前提に、「自殺ニ關スル罪」の処罰を根拠づける。これは、ボアソナードと同様の論理である。⁽⁶⁾

(4)高木は、その他に、同死を謀り一方のみ生き残った事例（以下、「謀同死事例」という）を取り上げる。高木は、例えば、「男女同死ヲ謀リ兩身一束河水ニ投シ而シテ一人ノ死セサルトキ」（設例㉞）や、「各自毒藥ヲ服シ而シテ一人ノ死セサルトキ」（設例㉟）は、「此條ニ依ルヲ得ス又之ヲ罰スルヲ要セサルナリ」としつつも、謀同死事例が「自殺ニ關スル罪」に当たりうる場合もあると説き、その際、「既ニ自カラ死ヲ欲シタル者ヲ罰スルハ無益云々ノ論亦此場合ニ當ラサルナリ何ソヤ自殺者ハ己レ一人死ナン「ト」ヲ欲スルモノナリ男女同死ヲ謀ル者ハ所謂一時痴情ニ迫リテ共ニ死セン「ト」ヲ欲シタルモノニシテ獨り自カラ死スルヲ望ムモノニ非ス之レヲ罰スル豈ニ無益トセンヤ」として、上記(1)③の主張との整合性に留意する。この説明からすれば、再度の自殺を招きかねないという(1)③の理由づけは、自殺意思が確定的なものであることを前提とするものと捉えることができよう。^{(7) (8)}

2 堀田正忠の議論

(1)堀田正忠は、①「凡ソ人ノ此世ニ生ル、ヤ祇ニ自己ノ爲メノミニ非ス必ス其身體生命ヲ保全シ社會ニ對スルノ義務ヲ拂ハサルヘカラス然ルニ自ラ擅ニ其生命ヲ害スルハ是レ其義務ヲ破ルモノニシテ幾何カ害ヲ公益ニ加フルモノナリ故ニ自殺人ハ其性質之ヲ罰スルヲ得サルモノニ非ス」⁽⁹⁾として、自殺の（社会に対する）義務違反性・公益侵害性を認める。これは、ボアソナードと一致する。それにもかかわらず自殺が処罰されない根拠について、堀田は、まず、自殺既遂の不処罰根拠を説明する。すなわち、②「抑死者ヲ罰スル能ハサルハ法ノ一大原則ナリ故ニ自殺ハ之ヲ遂ルヤ自殺人ハ必ス死去スル

ヲ以テ假リニ自殺人ヲ罰スヘシト爲スモ既遂罪ノ場合ニ於テハ決テ之ヲ罰スル能ハサルナリ」⁽¹⁰⁾、と。これも、ボアソナードの見解を超えるものではなからう。しかし、この説明は、自殺未遂には当てはまらない。そこで、堀田は、自殺未遂の不処罰根拠について別の説明を試みるが、それはボアソナードとは異なるものであった。すなわち、堀田は、③ボアソナードのように、自殺未遂の不処罰根拠を「自ら之〔=生命〕ヲ害スルハ一時其精神ノ錯亂シタルニ原因スルモノ」であることに求める「説ニ從フトキハ同死ヲ謀リテ遂ケサル者ハ一方ノ者ノ爲メニ手ヲ下シタリト雖モ之ヲ罰スルヲ得サルニ至ル」⁽¹¹⁾として同説を批判・排斥したうえで、「蓋シ自殺ノ罪ハ他人ノ生命ヲ害スルモノニ非サレハ固ヨリ悪意アルコトナシ故ニ通常殺人罪ノ如ク之ヲ嚴罰スルヲ要セス唯タ輕罪ノ刑ヲ以テ足レリトス吾カ立法官ノ教唆者下手者等ヲ罰スルニ輕罪ノ刑ヲ以テシタルハ豈ソレ此理由ニ外ナランヤ輕罪ノ原則ハ未遂犯ヲ罰セサルニ在リ然ラハ則チ自殺人未タ其死ヲ遂ケサルトキ亦之ヲ罰スルヲ得サルヤ既ニ明々白々ナリ」⁽¹²⁾と説く。旧刑法は、犯罪を重罪・輕罪・違警罪の3種に区分して、輕罪の未遂を「本條別ニ記載スルニ非サレハ」(113条2項)罰しないこととし、自己凶利自殺教唆を除く「自殺ニ關スル罪」(320条：輕罪)の未遂処罰規定を設けなかった。堀田の議論は、自殺が「輕罪」に相当する——320条の「自殺ニ關スル罪」が輕罪とされていることは、これを前提とする——ので、自殺未遂は処罰されないとするものと考えられる。堀田の議論は、自殺既遂の不処罰と自殺未遂の不処罰をまったく独立に根拠づけている点、「精神ノ錯亂」を理由に自殺未遂の不処罰を説明する見解(ボアソナード)を批判し、それを「輕罪ノ原則」に求める点⁽¹³⁾に特徴がある。

(3)堀田は、自殺の「教唆者下手者等ヲ罰スルハ其所爲ノ特立シテ公益ヲ害スルカ故ニシテ其自殺人ノ共犯タルカ故ニ非ス即チ特別ノ罪トシテ之ヲ罰スルモノニシテ毫モ自殺人ト聯絡ノ關係アルニ非〔ス〕」⁽¹⁴⁾と説く。

(2)堀田は、そのうえで、「自殺人ノ共犯」ではなく「特別ノ罪」として捉

えられた「自殺ニ關スル罪」における「特立シテ公益ヲ害スル」の具体的内容について、「④人ノ生命ヲ保護スヘキノ本分ニ背キテ從テ公益ヲ害スルモノニシテ⑤他ニ之ヲ罰スルノ障礙タルヘキモノアラサレハ本條之ヲ罰スヘシト定メタリ⁽¹⁵⁾」と説明する。「自殺ニ關スル罪」の義務違反性・公益侵害性（「人ノ生命ヲ保護スヘキノ本分」があるのに、それに背いた）は、形式的には自殺のそれ（自己の「身體生命ヲ保全シ社會ニ對スルノ義務ヲ拂」うべきであるのに、それを破った）とは異なるようであるが、いずれも、個人と社会の関係について、ポアソナードと同様の理解を前提とするもののように思われる。また、⑤の説明は、自殺既遂の不処罰根拠②に相当するような事情が「自殺ニ關スル罪」には当てはまらないという趣旨であろう。なお、「通常殺人罪ニ比スレハ強テ人ノ生命ヲ害スルニ非ス本人ノ囑託ニ因リ行フモノナレハ其害小ナリトス⁽¹⁶⁾」との指摘もある。

(4)堀田は、その他に、自殺補助の減輕根拠について、「下手者ニ比スルニ其害小ナリ」と説明する。また、謀同死事例を取り上げ、「精神ノ錯亂」に基づく上記の自殺未遂不処罰説を再度批判したうえで、自説からは処罰可能と説く。さらに、「自殺ヲ爲サントシテ遂ケス其重傷ニ疾苦スルヲ目撃シ單ニ其疾苦ヲ免カレシメント欲シ手ヲ下シタ」事例を取り上げ、同事例が自殺補助に当たるといふ説を批判したうえで、「尋常故殺ヲ以テ論スルコト少ク酷ニ失ス」ることを認めつつも、囑託を欠く以上故殺にならざるをえないと説く。また、自殺教唆についてのみ「自己ノ利ヲ圖ル」類型を加重処罰する規定を設けた理由を説きつつ、自己凶利囑託殺人は通常殺人罪に当たり、自己凶利自殺補助について、「特ニ之ヲ嚴罰スルヲ要セサルナリ」と説く。⁽¹⁷⁾

3 宮城浩藏の議論

(1)宮城浩藏⁽¹⁸⁾もまた、『刑法講義二』のなかで、自殺既遂の不処罰根拠と自殺未遂の不処罰根拠を別々に説明しようと（も）する。すなわち、宮城は、まず自殺既遂について、ポアソナードと同様に、①「自殺ノ既遂犯ハ罰スル能ハサルモノ」であると説き、ついで自殺未遂について、ポアソナードと異

なり、②自殺の「已遂犯ヲ罰セスシテ獨リ未遂犯ヲ本罪トシ罰スルトキハ是レ自殺ヲ遂ケサルノ所行ヲ罰スルカ如ク實ニ奇怪ノ有様ヲ生スルニ至ルヘシ」と説く。⁽¹⁹⁾この議論では、自殺未遂の不処罰の根拠づけが、自殺既遂の不処罰を前提に、それに依存する形で展開されている。さらに、宮城は、自殺既遂と未遂の統一的な不処罰根拠として、別の説明も加える。すなわち、宮城は、③「一所爲ヲ以テ罪トシ論スルニハ道德ニ背キ社會ヲ害スルモノタルヲ要スル……人ノ生存權タル最モ重ンスヘキモノナリト雖トモ其權タル自己ノ有スル所ニシテ此權ヲ棄損スルモ他ヲ害シタリト云フヲ得〔ス〕例ヘハ今我カ所有ナル金銭ヲ海中ニ投スルモ決シテ罰ヲ受クルヲナシ然ラハ己レノ所有ナル生命ヲ抛棄スルモ亦何ソ罰スヘキノ理アラシヤ」⁽²⁰⁾として、自己所有財産の放棄の不処罰から類推して、自殺の不処罰を説明する。これは、自殺を自己の財産の自費の如く説明した鶴田の見解と一致する。

(2)問題は、「自殺ニ關スル罪」の処罰根拠をいかに説明するか、である。この点、宮城は、次のように説明する。すなわち、自殺幫助者および教唆者は「必ス罰セサルヘカラス若シ法律ニ於テ別ニ正條ヲ設ケサルトキハ謀殺ノ正犯者ハ從犯ヲ以テ論セサル可カラス」。なぜなら、「假令本人ノ依託アルモ其所爲タル罪ヲ構造スルモノニシテ本人ノ自カラ死センヲ承諾シ之ヲ囑託シタルハ毫モ自殺ヲ助ケタル人ニ影響ヲ及ホスノ理」はないからである。しかし、自殺幫助・教唆は、「詐欺ノ意」を含まないから謀殺として論じるのは過酷であり、また、「本人ノ依託ヲ受ケ之ヲ助ケタルモノナレハ惡意ノ少ナキノミナラス或ハ本人ノ困難ヲ免レシムル如キ善意ヲ以テ爲ス」があるから故殺として論じるのも過酷であり、それゆえ、「別ニ本節ヲ設ケテ罰スル」⁽²¹⁾と。しかし、この説明は、どちらかといえば、「自殺ニ關スル罪」を軽く処罰する理由に焦点があり、同罪がいかなる意味で謀故殺であるのかを、積極的に明らかにしているわけではない。

(4)宮城は、その他に、自殺教唆と囑託殺人は「固ヨリ同一般ノモノニアラサ」るがゆえに、前者をより重く罰すべきであると説く。同様に、自己凶利

自殺教唆についても、「其刑ノ輕キヲ覺ユルナリ」として、批判的である。⁽²²⁾

もっとも、宮城は、その後、『刑法正義下巻』のなかで、(1)自殺の不処罰根拠と(2)「自殺ニ關スル罪」の処罰根拠について、異なる説明をも試みている。すなわち、(1)「**③**人は権利としては自己を殺害するを得ざる可し。且自ら其生命を擲棄する如きは多少背徳たるを免かれざる可し。然れども自殺は勇氣なき者の所為なり。其従容として自ら引決するは勇敢に近しと雖も是れ皮想の見のみ。何となれば自殺者は或事を忍ぶ能はずして貴重なる生命を棄つる者なればなり。故に自殺は勇氣なき者の所為なり。此勇氣なき者が自ら生命を棄つればとて果して何等の害ありや。或は仔細に観察すれば間接に社会を害することあるべきも直接なる損害なし。故に之を罪として論ずるは甚だ不可なり。**①**且夫れ自殺の既遂は道理上之を罰することを得ず。**②**故に之を罪として論ぜんとするは唯其未遂の場合のみ。既遂を罰せずして未遂を罰するは宛も汝自殺を遂行せよ、若し遂行せざれば之を罰すべしと謂ふに等しき結果を生ず。怪亦甚しからずや。是れ自殺者を罰せざる所以なり」、と。⁽²³⁾このうち、自殺既遂の不処罰根拠である『刑法正義下』**①**は『刑法講義二』**①**に、自殺未遂の不処罰根拠である『刑法正義下』**②**は『刑法講義二』**②**に、それぞれ対応する。これに対し、自殺既遂・未遂に共通する不処罰根拠である『刑法正義下』**③**は、自殺の社会有害性を否定する点では『刑法講義二』**③**と共通するものの、自殺の権利性を否定し、「勇氣なき者の所為」であるがゆえに社会有害性を否定する点——これは、勇氣なき者は社会にとって有用な存在ではないという理解と思われる——では、自殺の自己処分性を強調する『刑法講義二』**③**とは、したがって鶴田の見解とも、一線を画する議論である。

(2)また、宮城は、「自殺ニ關スル罪」がいかなる意味で謀故殺であるのかについて、積極的に明らかにしている。すなわち、宮城は、「自殺者は自ら其生命を抛棄したる者なりと雖も教唆者は是れ人をして生命を抛棄せしめたる者なり。幫助者は是れ自ら人の生命を奪ひたる者なり。其他人の生命を害

したる所為は決して責罰を免るることを得ず⁽²⁴⁾」として、他人にその生命を放棄させ、または他人の生命を奪ったという意味で、「他人の生命を害した」点に「自殺ニ關スル罪」の処罰根拠を求める。自殺の不処罰根拠に関する説明には変遷があるものの、この意味での他害性は、『刑法講義二』でも暗黙裡に前提とされていたと思われる⁽²⁵⁾。

4 井上操の議論

(1)井上操は、「法律ニ於テ罪トシ罰スルニハ、道徳上ノ悪アルノミナラス、尚社會上ノ害ナカルヘカラス、自殺ハ社會上ノ害アリトイフヲ得ヘキヤ」という問題設定をし、「立案者ノ註解」——ボアソナードの見解——を参照して批判しつつ、次のように説く。すなわち、「①余思フニ自殺ヲ公害アリトシテ罰セハ自殺モ亦公害アリトシテ罰スルヲ得ヘク、又生命ハ他ノ爲メニ賦與セラル、モノトセハ、身體モ亦他ノ爲メニ賦與セラレタルモノナルヘシ、然レハ②本國ヲ去テ他國ニ歸化スルカ如キモ、亦之ヲ罰スヘシ、且ツ③吾人ハ互ニ拘束スルノ權利アリ、又互ニ拘束セラル、ノ義務アリトイフヘキナリ、何トナレハ、我ノ身體ハ彼ノ共同物ニシテ、彼ノ身體モ亦我ノ共同物ナレハナリ、然レトモ、身體生命ハ如此キモノニアラサルナリ、且ツ④自殺ハ他ニ害ヲ加フルモノニアラス、故ニ⑤社會ノ公害アリトイフヘカラス、余ハ自殺ハ法律上罪トスヘキモノニアラストイウヲ穩當ナリトス⁽²⁶⁾」、と。井上の主張は、ボアソナードの見解を明示的に否定する点で注目される。②の主張は、生命と身体を同等に扱う論理(①)を前提に、自殺の社会有害性(ゆえに処罰)を肯定することにともなう、身体に関わる不当な結論(他国への帰化の処罰)を批判するものである。生命と身体を同等に扱う論理(①)は、鶴田の見解を想起させる。もっとも、井上の論理は、自殺を自己の財産の自費と対比した鶴田の見解とは、厳密には異なる。しかし、生命の共同物性に基づく自殺の公害性を否認するという、原理的なレベルの主張(③)に着目すれば、井上と鶴田の生命の捉え方には共通性がある。また、④の主張は、非共同物の放棄・処分でも、社会有害性・公害性を帯びる余地を認め

たうえで、自殺の場合にその意味での社会有害性・公害性を否定する議論であると考えられる。鶴田は、自損行為でもそれが公益を害するなら処罰するという理解に立っていたので、この点にも、井上と鶴田の共通性を見いだすことができる。そして、①②③④の結果、自殺既遂・未遂の統一的な不処罰根拠としての、自殺の公害性の否認が導かれているのである（⑤）。

(2)(3)井上は、このように自殺の公害性を否認するが、これに対し、(2)「教唆者從犯ハ公害アリ、之ヲ罰スヘキナリ」⁽²⁸⁾と説く。その際、井上は、(3)「正犯ナキカ故ニ、教唆者從犯トシテ、總則ニ照ラシテ罰スルヲ得サルノミ、別ニ其罪ヲ定メ、教唆者從犯ヲ一正犯トシテ、罰スルハ妨ナシ、今法律ノ罰スル所ハ、則チ如此シ」⁽²⁹⁾として、自殺の教唆・從犯を「總則ニ照ラシテ罰スル」可能性を否定する。問題は、「一正犯」としての、自殺の教唆・從犯の公害性の内実である。この点について、井上は、(2)「⑥自殺者本人ハ、自ラ死ヲ決シ、自ラ身ヲ殺ス者ニシテ、公害ナシト雖モ、其事タル道德ハ之ヲ犯スモノナリ、恰モ阿片烟ヲ吸食スルト一般ナリ、⑦教唆者從犯ハ其惡ヲ教唆シ幫助スルモノニシテ、世間ノ風俗ヲ害スルモノナリ、他人ノ生命ヲ害スルモノナリ、今之ヲ罰スルハ、健康ヲ害シ、風俗ヲ害スル者ヲ罰スルト、其趣旨ヲ同クスルナリ」⁽³⁰⁾⁽³¹⁾と説く。これは、阿片烟の吸食から類推しつつ自殺の道德違反性を認め（⑥）、それを前提に、「自殺ニ關スル罪」の処罰根拠を明らかにする（⑦）⁽³²⁾議論である。冒頭で述べたように、鶴田は、生命の共同物性を否認したうえでの、「自殺ニ關スル罪」の処罰根拠を十分に明らかにしていなかったところ、井上は、この点に関する1つの解釈を提示したのである。

(4)井上は、その他に、「人ノ自殺セントシテ創傷シ、其疾苦スルヲ見テ、其疾苦ヲ免レシメンカ爲メニ、手ヲ下シ死ニ致シタル」事例を取り上げ、「故殺ヲ以テ論スルハ酷」であるが、囑託を欠く以上故殺であり、ただ、「暗黙ニシテ囑託スルモ亦囑託ナリ」と説く。また、囑託殺人・自殺補助の場合、「自殺本人ニ於テ、已ニ決意シ、又已ニ其事ニモ着手スルカ故ニ、利ヲ

圖ルト否トハ、自殺ニ關係ナシトイフテ可ナ」るがゆえに、自己凶利囑託殺人・自殺補助は(旧)刑法320条に該当すると説く。⁽³³⁾

5 磯部四郎の議論

(1)磯部四郎は、①自己の「生命ヲ保存スト否トハ其自由権内ニ屬シ法律ノ問フヘキモノニアラス」⁽³⁴⁾として、自由権に基づき自殺の不処罰を説明する。また、磯部は、自殺の処罰を説く「歐洲ノ學説」に対する批判も行っている。すなわち、磯部は、第1に、「自殺ハ自己ノ權利ニ屬スト雖モ貴重ノ生命ヲ拋棄スルノ所爲ハ野蠻ノ陋習タルヲ免レス即チ社會ノ秩序ヲ紊乱スルモノナリ故ニ之ヲ罰スヘシ」として、自殺の権利性を認めつつもそれによる社会秩序の紊乱を肯定する学説に対し、「②自殺ノ既遂ハ固ヨリ之ヲ罰スルコトヲ得サルヲ以テ其未遂ヲ罰スルニ止ラシメサルヘカラス③既遂ハ之ヲ罰セス單ニ未遂ヲ罰スヘシト云フカ如キハ其條理ニ反スルコト辯ヲ俟タス」と説く。⁽³⁵⁾ここでは、ボアソナードと同様に、自殺既遂は処罰不可能であることが指摘され(②)、さらに、ボアソナードと異なり、②を前提に、自殺未遂のみを罰するのは不条理であることが指摘されている(③)。磯部は、第2に、「自殺ハ亦是背徳加害ノ所爲タルヲ免レス自ラ我生命ヲ拋棄スルハ他人ニ加害セサルカ如シト其死ニ因テ親屬ヲ飢渴ニ致ス乎然ラサルモ猶ホ多少ノ困苦ヲ感セシムルハ即チ是レ社會ニ加害スルモノト云ハサルヲ得ス」という学説に対し、「④天賦ノ生命ヲ保存スルト否トハ自己ノ權利ニ屬スルヲ以テ自ラ之ヲ拋棄スルノ所爲ハ社會ニ加害シタルモノト云フヲ得ス⑤若シ自殺シ亦背徳加害ノ所爲タリトセハ自ラ其所有財産ヲ遺棄毀損スルノ所爲モ亦罪視セサルヘカラス」と説く。⁽³⁶⁾ここでは、①の主張が繰り返され、自殺の権利性を理由にその社会有害性が否定されるとともに(④)、生命と財産を同等に扱う論理を前提に、自殺の背徳加害性を肯定することにとまなう、財産に関する不当な結論(「所有財産〔の〕遺棄毀損」の処罰)が批判されている(⑤)。生命と財産を同等に扱う⑤の論理は、鶴田の見解にも見られた。また、文脈的に見て、②③⑤の主張は、副次的な論拠として位置づけられていると考え

られる。

(2)(3)磯部は、このように自殺の権利（自由権）性を強調するが、これに対し、(2)自殺を「教唆シタル者ハ固ヨリ背徳加害ノ所爲ニシテ謀故殺ノ正犯ニ屬シ之ヲ幫助シタルニ過キサル者ト雖モ故殺ノ從犯タルヲ免レサ〔ス〕其幫助シタルハ囑托ヲ受ケタルニ因ルト云フト雖モ其囑托ハ自殺者ノ便宜ニ出ニ過キスシテ幫助者ニ利害ノ關係ヲ及ホサス故ニ幫助ノ所爲モ亦教唆ト共ニ罰セサルヘカラス⁽³⁷⁾」と説く。明示的ではないが、自殺補助の減輕根拠も、それが、総則の從犯同様、「犯罪ノ原因ヲ造出シタル者」ではなく、「犯罪ノ助因ヲ爲シタル者」である⁽³⁸⁾ことに求められているものと思われる。ただ、磯部は、「正犯ナケレハ從犯ナシ」という原則を説き、その際、この「原則ハ全ク正犯ノ罪跡アラサルトキハ從犯成立セストノ意味ニ解釋セサルヘカラス⁽³⁹⁾」と述べる。これによれば、自殺補助を総則「數人共犯」に従って「自殺の從犯」と捉えることは、困難とされることになるようにも思われる。

(4)磯部は、その他に、自殺教唆と囑託殺人に同一の法定刑を規定する旧刑法を「其當ヲ失スルノ嫌ヒナキニアラス」と批判し、また、囑託殺人・自殺補助の範囲について、介錯⁽⁴⁰⁾の如き事例や、首吊り自殺する者の足を引っ張る行為をも「自殺補助」に含める。さらに、自己図利自殺教唆について、「唯タ下手セサルノミ純然タル謀殺ノ性質ヲ有スルモノト云ハサルヲ得ス⁽⁴¹⁾」と指摘する。

6 江木衷の議論

江木衷は、「各個人ノ棄權ニ基ク不論罪」の見出しのもとで（も）、「自殺ニ關スル罪」を取り上げる。

(1)江木は、「①國家若クハ他人ハ一私人ニ對シテ其ノ生存ヲ強ユルノ權利ナク一私人ハ又國家若クハ他人ニ對シテ其生命ヲ保スルノ義務ナシ。故ニ自殺者ハ自己ノ權利ヲ害スルノ外他ニ國家若クハ他人ノ權利ヲ破ルコトナキモノナルヲ以テ生命權ハ決シテ賣買讓渡スルコト能ハサルモノタルニ關セス故テ刑法ノ問フヘキモノニアラス又承諾ノ上ニテ自ら其ノ身ヲ賣ル者ノ如キ買

主ノ外ハ罪トシテ之ヲ論スルコトヲ得ス唯民法上ニ於テ其ノ賣買ヲ無効トスル外ナカルヘシ〔改行〕②自殺ハ斯ク他人ノ權利ヲ害スルコトナシト雖徳義ヲ破リ公安ヲ害スルノ所爲タルノ點ヨリシテ刑法ニ於テ或ハ其ノ罪ヲ定メ以テ自殺ノ惡習ヲ禁スルコトヲ得サルニアラス。③現ニ英領印度ニ於テハ自殺ノ未遂ヲ以テ罪トナシ羅馬法ニ於テハ兵士ノ自殺未遂ヲ罰シタリシト雖其ノ既遂罪ニ至テハ罰金若クハ其ノ他ノ財産刑又ハ宗教法ニ於テハ破門刑ノミニ止マリ未遂罪ノ外之ヲ罰スルコトヲ得サレハ自殺ノ所爲ヲ罰スルハ到底公平ヲ得タルモノニアラス且ツ④一般自殺者ノ心意精神ヲ考察スルトキハ統計上十中ノ八九ハ精神錯亂ニ出テタル者ニシテ之ヲ罰スルコトヲ得サル場合極メテ多シトス⁽⁴³⁾と説く。この議論は、自殺の不処罰根拠について網羅的な説明を加えるものようであるが、自殺が国家・他者の権利を侵害することを否定する(①)一方で、徳義違背性・公安侵害性を理由とする処罰の可能性を否定しない(②)のであれば、自殺不処罰の決定的な論拠は③および④に求められていると考えられよう。

(2)(3)そのうえで、江木は、自殺は「本來罰ト爲ルヘカラサル所爲タルヲ以テ其ノ加功者モ亦罪トナルヘキ所爲ヲ行フコトヲ得〔ス〕。然レトモ自殺ハ即チ自ラ其ノ生命ヲ亡ホスノ所爲ナレハ彼ノ他人カ手ヲ下シテ自殺ヲ行ヒ又ハ自殺ヲ教唆シタル場合ノ如キハ素ヨリ殺人罪ニシテ單ニ之ヲ自殺ノ加功ト爲スコトヲ得ス。但シ我刑法ハ自殺ノ加功補助者ト雖尚之ヲ罰スヘキモノト定メタリ⁽⁴⁴⁾」と説く。この議論は、囑託殺人・自殺教唆と自殺補助を区別し、一方で、自殺補助には、自殺が犯罪でない以上その加功も犯罪でないという原則が当てはまるが、他方で、本来殺人罪である囑託殺人・自殺教唆には、この原則が当てはまらない、という趣旨であろう。なお、江木は、「承諾ニ出テタル所爲ハ權利ヲ犯スモノニアラス」という「棄權ノ原理⁽⁴⁵⁾」に関連して、承諾殺人を検討し、「⑤生命ハ決シテ之ヲ賣買讓與シ得ヘキ私權利ニアラサレハ承諾アリト雖人ヲ殺シタル者ニ至リテハ毫モ犯罪ノ責ヲ免ル、コトヲ得サルナリ。⑥但シ此場合ニ於テハ唯タ國家カ人命ヲ保護スルノ權利ヲ害

スルニ止マリ各人ノ私權利ヲ損スルコトナキヲ以テ其ノ刑ニ至リテハ謀殺ト同シク之ヲ論スルコトヲ得ス」と説く。これは、⁽⁴⁷⁾棄権原理の例外に当たるがゆえに承諾殺人は処罰されるが（⑤）、その犯罪性の内実は、専ら「國家カ人命ヲ保護スルノ權利ヲ害スル」点にあるので、承諾殺人を謀殺と同旨することはできない⁽⁴⁸⁾（⑥）とする議論である。

7 龜山貞義の議論

(1)(2)龜山貞義は、「①今日一般ノ上ヨリ之〔＝自殺〕ヲ觀ルトキハ自殺ハ決シテ稱賛ス可キモノニ非ス然レトモ②法律ハ各人ニ向テ其生命保全ヲ責ムルノ權ナキノミナラス③既ニ自殺ヲ遂ケタル者ハ之ヲ罰スルニ由ナク又④其未遂ノ者ヲ罰セントスルモ既ニ死ヲ決シタル者ニ對シテハ毫モ刑罰ノ効能ナキヲ以テ之ヲ刑法上ノ罪トシテ罰スルコトヲ得ス故ニ我刑法ニ於テモ自殺者ニ付テハ何等ノ規定ヲ設ケス唯其自殺ニ關係スル他人ニ付テ其刑ヲ定メタル⁽⁴⁹⁾ノミ」と説く。すなわち、(1)自殺既遂と未遂の統一的な不処罰根拠として②を、自殺既遂固有の不処罰根拠として③を、自殺未遂固有の不処罰根拠として④を挙げる。②はボアソナードと対立し、③はボアソナードと一致し、④はボアソナードには見られない。これに対し、(2)「自殺ニ關スル罪」の処罰根拠は、積極的に示されていない。①の「自殺ハ決シテ稱賛ス可キモノニ非ス」という自殺の性質に基づき、それに関わる行為の犯罪性を説明する議論とも考えられるが、確言はしえない。

(3)龜山は、「人ヲ教唆シテ自殺セシメ云々總則ノ規定ニ依ルトキハ人ヲ教唆スルモ其被教唆者ニシテ罪ト爲ル可キ事ヲ行ハサルトキハ之ヲ罰スルコトヲ得ス故ニ被教唆者タル自殺者ニシテ其罪ナキトキハ亦其教唆者ヲモ罰スルコトヲ得サルニ至ルヲ以テ特ニ此規定ヲ設ケタルモノナリ」と説く。⁽⁵⁰⁾

(4)龜山は、その他に、自殺教唆（320条・321条）の刑の軽さを疑問視し、その際、自殺教唆は「人ニ殺害ノ原因ヲ與ヘ」るものであり、また、特に、自己凶利自殺教唆は「其情状殆ト他ノ謀殺ト同一」である、と指摘する。また、自殺補助の範囲について、「自殺ヲ爲ス現時ニ當テ其所爲ヲ助成シタル

者ノ謂ニシテ總則ニ所謂從犯即チ豫備ノ所為ヲ以テ自殺ヲ容易ナラシムル者ハ之ニ包含セス」⁽⁵¹⁾として總則の從犯とは別異に解する。

8 勝本勲三郎の議論

⁽⁵²⁾
 (1)勝本勲三郎は、古代エジプト・ギリシャ以来の自殺処罰の歴史を回顧しつつ、自殺が処罰されなくなった理由を次のよう説明する。すなわち、「近世文化漸く進むに及び自殺は一方に於て①自殺者以外に何等の害悪を生ぜざるのみならず假令之れ有りとすも他の一方に於て②自殺者は其行爲自体に於て死も尚ほ之を避けざるものなるを以て之に對して刑罰を加ふるも何等の効果を奏す可きものに非ざるものなるよりして或は③道德の範圍に屬す可きものとするも國法の關す可きものに非すと思想を生し其結果近世開明諸國の法律に於ては全く之を罰するの形迹を断てり⁽⁵³⁾」、と。自殺には他害性がないという主張①が主たる主張であり、自殺者に刑罰は無効でないという主張②は、主張①が否定されたときに備えた予備的な主張である。①の主張は、自殺の他害性を否認する限りで鶴田と一致する。②の主張は自殺既遂固有の不処罰根拠と思われ、内容的にもポアソナードの見解と一致する。これに對して、自殺未遂固有の不処罰根拠は、特に挙げられていない。主たる主張①が自殺未遂の不処罰をもカバーするため、その必要性が見いだされなかったからであろうか。なお、主張①と③の相違、すなわち、他害性を欠いても「國法の關す可きもの」があるのかは、ここではあまり明確でない。

(2)勝本は、このように自殺の他害性を否認するが、これに對し、「自殺ニ關スル罪」については、「自殺そのものと異り④畜に背徳行爲なるのみならず多くの場合に於て自殺者は狂者と同一視す可きものにして之か兇行を助くるは一種の殺人と看做すことを得べきものなると同時に⑤之に對する刑罰亦能く其目的を達し以て其害悪を防止することを⁽⁵⁴⁾得る」と説く。「自殺者は狂者と同一視す可きもの」という主張④は、少なくとも文面上は——自殺(未遂)者の精神錯乱を援用するポアソナードと異なり——自殺(未遂)の不処罰根拠を説明する文脈では言及されず、専ら「自殺ニ關スル罪」の犯罪性の

内実（一種の殺人）を明らかにする文脈で援用されている。同時に、主張④は、主張①③のような事情（他害性なし、国法の範囲外）が「自殺ニ關スル罪」の場合には当てはまらないという趣旨を含意するものといえよう。主張⑤は、主張②に相当する事情（刑罰の効果なし）が「自殺ニ關スル罪」の場合には当てはまらないことを指摘するものである。

(3)勝本は、「自殺幫助の行爲〔＝自殺ニ關スル罪〕を罰するは自殺其ものか罪となるか故に非ずして自殺幫助そのものか一種の害悪たるか故なるを以て其性質は自殺行爲の從たる行爲に非ずして一種獨立の行爲たり」と説く。⁽⁵⁵⁾自殺幫助そのものの害悪性の内実は、(2)④のとおりである。

(4)勝本は、その他に、自殺と他殺（謀故殺）の區別および自殺の定義を検討したうえで、「此點に關し從來一の問題あり」と述べて承諾殺人の処理を検討し、それを謀故殺ではなく「自殺ニ關スル罪」に含める。⁽⁵⁶⁾

9 その他の議論

その他の論者による議論として、(1)自殺の不処罰根拠について、例えば、小疇傳は、「①既ニ自カラ死ヲ決シタル者ニ對シテハ如何程重キ刑ヲ科スルモ到底刑罰ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルノミナラス若シ②自殺者ニシテ其死ヲ遂ケサルトキハ刑罰ノ辱シメヲ受ケンコトヲ恐れ、ノ結果徒ラニ自殺者ヲシテ其死ヲ速カラムルノ弊ヲ生スヘキヲ以テナリ」と説明する。⁽⁵⁷⁾少なくとも主張②は、自殺未遂固有の不処罰根拠であろう。

(3)総則「數人共犯」との関係について、小疇は、「自殺ハ現行刑法〔＝旧刑法〕ニ於テ之ヲ處罰セサルカ故ニ他人ヲ教唆シテ自殺セシムルモ固ヨリ自殺罪ノ教唆ヲ以テ論スルコトヲ得ス」とし、自殺教唆を「獨立ノ一罪」と位置づけ、さらに、自殺補助についても同様であると説く。⁽⁵⁸⁾岡田朝太郎もまた、「自殺ハ犯罪ニ在ラサル」がゆえにその教唆・幫助は「共犯ノ關係ヲ生セス」とし、したがって、自殺教唆・囑託殺人・自殺補助を「獨立ノ一罪」と位置づける。⁽⁶⁰⁾さらに、富井政章も、特に従犯との関係で、「刑法ニ罰セサル所爲又ハ已ニ罰セサル者ト爲リタル所爲ヲ幫助スルモ従犯ト爲ルナシ例

へハ自殺ニ從犯ナキカ如シ但自殺者ノ囑託ヲ受ケテ手ヲ下シ又ハ白刃毒藥ヲ供スル如キ自殺ノ補助ヲ爲シタル者ハ特別犯トシテ之ヲ罰ス(第三百二十條)⁽⁶¹⁾」と説く。

(4)その他の問題について、岡田は、「囑託ヲ受ケスシテ進ンテ殺シタル時ハ縱令ヒ被害者ハ其時死ヲ欲シタル者ナリシトシテモ殺人罪タルヲ免レサラシテ情ニ於テ酌量ス可クハ減輕ヲ與ヘンノミ⁽⁶²⁾」と説き、また、自己図利囑託殺人・自殺補助はすべて(旧)刑法320条に該当すると説く。⁽⁶³⁾

第2節 小括

以上、旧刑法における「自殺ニ關スル罪」に関する学説上の議論を、論者ごとに、(1)自殺の不処罰根拠、(2)「自殺ニ關スル罪」の処罰根拠、(3)総則「數人共犯」との関係、(4)その他、に区別して分析を加えてきた。その結果、(1)ないし(4)をめぐる学説状況について、以下の点が明らかになる。

(1)自殺の不処罰根拠について、第1に、自殺の社会有害性・公益侵害性・他害性を肯定するか否かに対立が見られた。それを肯定する説(高木、堀田、小疇：以下、「他害性肯定説」という)は比較的少なく、それを否定する説(宮城、井上、磯部、江木、龜山、勝本：以下、「他害性否定説」という)が多数説であった。この対立は、「自殺ニ關スル罪」の立法過程(日本刑法草案会議)におけるボアソナード(他害性肯定説)と鶴田(他害性否定説)の意見対立を、その後の学説が受け継いだことを示す。具体的に見てみよう。他害性肯定説のうち、高木のいう社会有害性の具体的な内実は明らかでないが、堀田のいう公益侵害性とは、個人を「其身體生命ヲ保全シ社會ニ對スルノ義務ヲ拂」うべき存在として捉えたうえで、当該義務の違反に基づく公益侵害であった。個人と社会の関係についてのこの理解は、「人ノ……生命ハ他人ニ屬スル」もしくは「各個人ハ恰モ人類ノ大連鎖ノ一環」であるというボアソナードの理解と重なる。これに対し、他害性否定説は、通常、こうした理解を採用しない。すなわち、自殺の自己処分性を強調する説

（宮城『刑法講義二』〔生存権の棄損〕、井上〔共同物性の否認〕、磯部〔自由権〕）、そこまで積極的ではなく、法律（国法）の権限の範囲外という消極的な理由づけをする説（江木、龜山、勝本）が一般的であった。とりわけ、自殺の自己処分性を強調する説は、鶴田のように生命と財産を同等に扱う論理（宮城『刑法講義二』、磯部）、生命と身体を同等に扱う論理（井上）を展開していた。もっとも、個人と社会の関係について他害性肯定説のような理解を示唆しつつも、「勇気なき者の所為」ゆえに社会有害性を欠くとする説（宮城『刑法正義下』）も、例外的に見られた。この説は、個人（の生命）と社会の関係をどのように捉えるかに応じて、自殺の社会有害性の判断が分かれるという対立軸を相対化する可能性を有したが、少なくとも一般的な傾向としては、「自殺ニ關スル罪」の立法過程における、ボアソナードと鶴田の意見対立——これは、個人（の生命）と社会の関係をどのように捉えるかに関わる——は、旧刑法下の学説状況にほぼストレートに反映されていた。

自殺の不処罰根拠について、第2に、自殺既遂と自殺未遂の不処罰を別々に根拠づける議論が広く支持を集めていた（例外：井上）。そして、自殺既遂の不処罰根拠について、若干のニュアンスの相違はありつつも、それを処罰する方法がないという趣旨の説明は、ボアソナードのような他害性肯定説からだけでなく、他害性否定説からも、広く支持されていた。また、自殺未遂の不処罰根拠の説明にはかなり多様性が見られたものの、他害性肯定説からだけでなく、他害性否定説からも、自殺未遂固有の不処罰根拠が挙げられていた点は、自殺既遂固有の不処罰根拠をめぐる学説状況と同様であった。この学説状況は、ボアソナードのような他害性肯定説を採用したとしても、自殺の不処罰が説明しえなくなるわけではないと一般に認識されていたことを示唆する。と同時に、この学説状況は、旧刑法の制定過程において、自殺の不処罰根拠について複数の解釈の余地が残されたことの結果と見ることもできよう。このように、鶴田のような他害性否定説が広く支持されつつも、ボアソナードのように、自殺既遂と自殺未遂それぞれの不処罰根拠を提

示す議論を併用する手法も広く行われていたのである。ただし、自殺未遂の不処罰根拠について具体的に見ると、ボアソナードのように、自殺者の精神錯乱を援用する説(江木)は多くなく、批判さえ受けており(堀田)、自殺未遂処罰の有害無益性(高木)、有効性の欠如(龜山)、軽罪の原則(堀田)、自殺未遂のみを処罰するこの不合理さ(宮城、磯部、江木、小疇)という多種多様な主張が展開されていた。これらの主張は、日本刑法草案会議筆記には見られないものであり、旧刑法制定後の学説における新たな展開といえる。

(2)「自殺ニ關スル罪」の処罰根拠について、他害性肯定説は、自殺の道德違反性・社会有害性を前提とする説明を展開していた。すなわち、高木によれば、自殺は道德上の大罪であり社会の公益上も有害であるので、他者はそれを止め救うべきであるのに、かえって教唆・下手・補助した点に同罪の犯罪性が見いだされる。堀田が「人ノ生命ヲ保護スヘキノ本分ニ背キ從テ公益ヲ害スル」というのも、これと同旨であろう。これらの説明は、ボアソナードの見解を受け継ぐものである。では、他害性否定説はどのように「自殺ニ關スル罪」の処罰根拠を説明していたか。この点について、冒頭でも述べたように、「自殺ニ關スル罪」の立法過程における鶴田(他害性否定説)の見解は詳らかでなく、その後の学説の課題として残されていた。学説は、大別すると、「自殺ニ關スル罪」を殺人(謀故殺)の一種として捉える説(宮城、磯部、江木、勝本：以下、「殺人犯説」⁽⁶⁵⁾という)と風俗犯として捉える説(井上：以下、「風俗犯説」という)に分かれていた。風俗犯説は、自殺の道德違背性を前提とする説明を展開する。その意味で、「自殺ニ關スル罪」の犯罪性は、自殺の道德違背性に由来すると捉えられていると思われ、自殺の社会有害性まで認めるか否かでは対立があるものの、他害性肯定説に相当する論理を看取することができる。これに対し、殺人犯説の論理は、宮城の見解に端的に表れている。すなわち、「自殺ニ關スル罪」を「他人の生命を害したる所為」と捉え、本人の依託・承諾が「自殺ヲ助ケタル人ニ影響ヲ及ホ

スノ理」はないとするのである。磯部や江木の見解も、基本的にこれと同旨であろう。⁽⁶⁶⁾しかし、「己レノ所有ナル生命ヲ抛棄スル」行為もしくは「勇気なき者」の自殺という、社会有害性を欠く行為（宮城）にせよ、権利（自由権）の行使としての自殺（磯部）にせよ、国家・他人の権利を害しないものとしての自殺（江木）にせよ、それに関わる行為が、いかなる意味で社会有害性・他害性を帯びるのか、という疑問は生じうる。この点で、「多くの場合に於て自殺者は狂者と同一視す可き」であることを指摘する勝本の議論は、他の殺人犯説論者の議論とは一線を画する。

(3)冒頭で述べたように、「自殺ニ關スル罪」のうち、自殺教唆と囑託殺人に同一の法定刑が規定され、自殺補助が減輕処罰（一等）されるに至ったのは、「總則中ニ示ス所ノ法」に依拠したためであった。しかし、旧刑法下の学説を見ると、「總則中ニ示ス所ノ法」との結び付きは、否定される傾向にあった。自殺教唆と囑託殺人に同一の法定刑を規定し、自殺補助を一等減輕する理由について説明している論者はあまり見られず、堀田が、自殺補助の減輕根拠について、「之ヲ下手者ニ比スルニ其害小ナリ」と説明するくらいであった。⁽⁶⁷⁾また、自殺補助の範囲について、「總則ニ所謂從犯即チ豫備ノ所爲ヲ以テ自殺ヲ容易ナラシムル者ハ之ニ包含セス」（龜山）として、総則と異なる理解を示す論者も現れた。当時の学説は、自殺が犯罪でない以上、「自殺ニ關スル罪」を「總則中ニ示ス所ノ法」と切り離すことは当然であると解したのである。⁽⁶⁸⁾「自殺ニ關スル罪」は、「特別ノ罪」（堀田）、「獨立ナル別罪」（江木）、「獨立の行爲」（勝本）、「獨立ノ一罪」（小疇、岡田）、「特別犯」（富井）などと表現され正当化された。そして、その犯罪性の内実は、(2)で見たとおりである。

(4)旧刑法下の学説は、「自殺ニ關スル罪」に関するその他の諸問題として、様々な論点を取り上げていた。例えば、承諾殺人の処理、自殺に失敗して苦しむ者をその苦しみから免れさせるために殺害した事例の処理、自己図利囑託殺人・自殺補助の処理がそれである。これらの解釈論の展開は、当時の学

説における問題意識の一端を示すものであろう。と同時に、そうした展開は、旧刑法における「自殺ニ關スル罪」の規定のありように起因する面もあるので、そうした問題意識が「自殺ニ關スル罪」の改正過程にどのように反映したのかを分析することは、現行の自殺関与罪・同意殺人罪の立法趣旨を解明する手がかりとなるであろう。

第2章 自殺関与罪・同意殺人罪の立法過程

第1節 自殺関与罪・同意殺人罪の立法過程の概観・分析

本章では、自殺関与罪・同意殺人罪の立法過程における動静という観点から、これを6段階に区分して、概観・分析する。

1 司法省全部改正案から明治23年改正刑法草案まで：未遂処罰規定・刑罰の変遷

旧刑法は、公布(明治13年/1880年7月)直後から、近代学派(新派)や新律綱領・改定律例の復活を求める立場などから様々な批判にさらされた。司法省もまた、施行後まもなく、改正の必要性を認め、改正作業に着手した。⁽⁶⁹⁾ 司法省は、旧刑法の全部にわたる改正案(以下、「司法省全部改正案」という)を作成し、明治15年(1882年)末から翌16年(1883年)の初めにかけて、太政官に上申した。司法省全部改正案は、太政官で参事院に下付されて審議された。その審議の過程で種々の修正案が作成され、明治16年(1883年)7月12日、いわゆる参事院上申案が太政大臣に上申され、翌13日、内閣(参議)の回議に供された。しかし、参事院上申案は、結局、元老院の議定には付されなかったようである。⁽⁷⁰⁾

これらの改正案に、「自殺ニ關スル罪」の処罰範囲を変更する規定は見られない。⁽⁷¹⁾ ただ、重懲役の刑期に変遷があり、それにともない自己凶利自殺教唆(重罪)の自由刑の刑期も変動した。すなわち、旧刑法における重懲役の刑期は9~11年(22条2項)であったが、司法省全部改正案はこれを11~15年(22条2項)に引き上げた。⁽⁷²⁾ しかし、参事院における各修正案は、当初こ

れを引き継いだが、後にこれを再び9～11年⁽⁷³⁾に戻し、そのまま参事院上申案に至った。また、旧刑法は、祖父母父母に対する「自殺ニ關スル罪」を加重処罰（二等）していた（362条2項）ところ、司法省全部改正案から参事院上申案までの各改正案は、祖父母父母に対する自己図利自殺教唆⁽⁷⁴⁾についてのみ二等加重を改め、同罪を死刑に処する規定⁽⁷⁵⁾を設けた。

現行刑法の制定過程において「自殺ニ關スル罪」の処罰範囲を変更する規定が初めて見いだされるのは、明治18年（1885年）のボアソナードの刑法改正案（以下、「明治18年ボ草案」という）においてである。この改正規定は、以下のとおりである。⁽⁷⁶⁾

第三篇 人ノ身體及ヒ財産ニ對スル重罪輕罪

第一章 身體ニ對スル罪

第五節 自殺ニ關スル罪

第356條 左ニ記載シタル者ハ六月以上三年以下ノ重禁錮及ヒ十圓以上五十圓以下ノ罰金ニ處ス

第一 故意ヲ以テ人ノ自^{スワイシード}殺ヲ教唆シ且ツ之ヲ決心セシメタル者

第二 人ノ切迫ナル依頼ヲ受ケテ身體又ハ精神上ノ苦痛ヲ免カレシメンカ爲メ手ヲ下シテ之ニ死ヲ與ヘタル者

自殺ニ關シ直接ニ之ヲ幫助シタル者ハ前述ノ刑ニ一等ヲ減ス（刑第三百二十條）

第357條 前條第一項ニ指定シタル自殺ノ煽動者自己ノ情慾又ハ利益ヲ逞フ〔ウ〕スルカ爲メニ人ヲ教唆シテ自殺セシメタル者ハ重懲役ノ刑ニ處ス（刑第三百二十一條）

第358條 若シ煽動者又ハ其他ノ加功者意外ノ情狀ニ因リ自殺ヲ遂ケサルトキハ前二條ニ記載シタル刑ヲ總則ニ從テ減ス（刑零）

これを旧刑法の「自殺ニ關スル罪」と比較すると、以下のとおりである。

第1に、自殺教唆・囑託殺人（軽罪）に同一の法定刑を規定し、自殺補助（補助）を一等減輕し（356条）、自己凶利自殺教唆（重罪）を加重処罰する（357条）規定形式は、維持された。ただし、普通自殺教唆・囑託殺人の自由刑は、6月～3年の「軽禁錮」から、同刑期であるが定役つきの「重禁錮」に改められた⁽⁷⁷⁾。また、重懲役の刑期、したがって自己凶利自殺教唆の刑期は、11～15年（28条3項）に（再び）引き上げられた。第2に、未遂処罰規定（358条）が復活し、その結果、通常の「自殺ニ關スル罪」の未遂もまた、処罰対象とされるに至った。^{(79) (80)} なお、明治18年ボ草案は、第三篇第一章中の「第十三節 祖父母〔、〕父母ニ對スル罪」のなかに、「其自殺ニ關スル罪ハ第五節ニ記載スル刑ニ照シ一等ヲ加フ」（404条2項）という改正規定を設けた⁽⁸¹⁾。これは、旧刑法362条2項、および司法省全部改正案から参事院上申案までの当該規定との関係では、刑の引き下げを意味し、特に司法省全部改正案から参事院上申案までの当該規定との関係では、祖父母父母に対する自己凶利自殺教唆に対する死刑を廃止したことをも意味する。^{(82) (83)}

さて、明治19年（1886年）8月6日、条約改正交渉との関連で外務省に法律取調委員会が設置され、同委員会は、明治20年（1887年）10月21日、司法省へ移管されることになった。そして、司法省は、上記の明治18年ボ草案に修正を加える形で改正作業を進めていった。⁽⁸⁴⁾ その結果作成された種々の修正案を見ても、自殺教唆・囑託殺人（軽罪）に同一の法定刑を規定し、自殺補助（補助）を一等減輕し、自己凶利自殺教唆（重罪）を加重処罰する規定形式、および未遂処罰規定（の復活）は、維持された。⁽⁸⁵⁾ また、祖父母父母に対する「自殺ニ關スル罪」を一等加重にとどめる、明治18年ボ草案の態度も、維持された。⁽⁸⁶⁾

しかし、その後、明治22年（1889年）5月31日の法律取調委員会では、刑法改正作業の方針について、旧刑法施行後の実際において不都合な点や不備を改正する一部改正案とする方針が採られた。この方針に基づいて改正作業が進められた結果、明治23年（1890年）5月14日、刑法組合報告委員から法

律取調委員長に㉞刑法改正「法律案」が提出され、同年5月30日、法律取調委員長から内閣総理大臣に㉟「刑法中改正案」が提出され、同年6月26日、内閣より㊱「刑法中改正ノ件、刑法附則中改正ノ件」が元老院の議定に付された。元老院の審議では、㊲全部付託調査委員による修正案、㊳全部付託修正委員による（再）修正案が作成されたが、結局、内閣の要求により刑法中改正案（および刑法附則中改正案）は返納された。⁽⁸⁷⁾ 上記の改正方針もあってか、これらの改正案㉞～㊱には、明治18年ボ草案およびその各修正案に見られた改正点（特に未遂処罰規定の復活）を含め、旧刑法の「自殺ニ關スル罪」に対する何らの修正も見られず、同罪の規定がそのまま引き継がれた。⁽⁸⁸⁾ この点は、祖父母父母に対する「自殺ニ關スル罪」についても、同様である。⁽⁸⁹⁾

しかし、明治23年（1890年）12月3日、司法大臣より内閣総理大臣に提出された⁽⁹⁰⁾明治23年改正刑法草案（4編414条）は、再度、未遂処罰規定を復活させた。すなわち、明治23年改正刑法草案は、「第三編 私益ニ關スル重罪及ヒ輕罪」「第一章 身體ニ對スル罪」のなかに、「第五節 自殺ニ關スル罪」として、以下のような改正規定を設けた。⁽⁹¹⁾

第300條 人ヲ教唆シテ自殺セシメ又ハ囑託ヲ受ケテ自殺人ノ爲メニ手ヲ下シタル者ハ六月以上三年以下ノ有役禁錮ニ處ス其他自殺ノ幫助ヲ爲シタル者ハ一等ヲ減ス

第301條 自己ノ利ヲ圖リ人ヲ教唆シテ自殺セシメタル者ハ三等有期懲役ニ處ス

第302條 教唆者又ハ幫助者ノ意外ノ舛錯、障礙ニ因リ自殺者自殺ヲ遂ケサルトキハ前二條ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス

未遂処罰規定の再復活を除けば、自殺教唆・囑託殺人に同一の法定刑を規定し、自殺補助（幫助）を一等減輕し、自己図利自殺教唆を加重処罰すると

いう、旧刑法における「自殺ニ關スル罪」の規定形式は、なお維持されている。ただし、普通自殺教唆・囑託殺人（軽罪）の法定刑から罰金が削除され、その自由刑は6月～3年の「有役禁錮」に改められた。また、自己凶利自殺教唆（重罪）の法定刑も、「三等有期徒刑」に改められた。「三等有期徒刑」の刑期は4～9年⁽⁹²⁾であったから、明治23年改正刑法草案は、自己凶利自殺教唆の刑を引き下げたことになる。しかし、旧刑法の当該諸規定が基本的に維持されたためか、明治23年改正刑法草案の説明書『刑法案同説明書』は、これらの改正規定について、何ら言及していない。なお、明治23年改正刑法草案は、「第三編 私益ニ關スル重罪及ヒ輕罪」「第四章 父母、祖父母ノ身體、自由、名譽ニ對シ犯シタル罪ノ特例」において、「子孫其父母、祖父母ニ對シ前三章ニ記載シタル重罪〔、〕輕罪ヲ犯シタル者ハ本刑ニ一等ヲ加フ」(344条)として、明治18年草案およびその各修正案の一等加重規定に復帰した⁽⁹⁴⁾。『刑法案同説明書』は、父母祖父母に対する「自殺ニ關スル罪」についてははっきりと述べているわけではないものの、その理由は、おそらく——父母祖父母に対する殴打創傷監禁脅迫等の罪などについて明示的に説明されているのと同様に——、二等加重する旧刑法362条2項が「頗ル嚴ニ過クルヤノ感アリ且ツ其他身分ニ因テ刑ヲ加重スル場合ハ皆通常ノ刑ニ一等ヲ加フルノ例ナルヲ以テ此權衡ニ從ヒ現行刑法〔=旧刑法〕ノ規定ヲ改メ」⁽⁹⁵⁾たことにあるのだろう。ともかく、明治23年改正刑法草案は、翌明治24年(1891年)1月17日、政府より第1回帝国議會(衆議院)に提出されたが、会期終了で審議未了となった⁽⁹⁶⁾。

かくして、司法省全部改正案から明治23年改正刑法草案に至るまでの各改正案を概観すると、未遂処罰規定および刑罰に変遷があるものの、自殺教唆・囑託殺人に同一の法定刑を規定し、自殺補助(幫助)を一等減輕し、自己凶利自殺教唆を加重処罰するという、旧刑法の「自殺ニ關スル罪」の基本的な規定形式は、何ら修正されずに維持されてきたことが判明する。したがって、「自殺ニ關スル罪」の立法過程に関して、(1)自殺の不処罰根拠、(2)「自

殺ニ關スル罪」の処罰根拠、(3)「總則中ニ示ス所ノ法」すなわち「數人共犯」との関係としてすでに指摘した点は、この時期までの刑法改正案に、そのまま当てはまるといえる。

2 明治28年／30年刑法草案：自殺補助罪・自己図利自殺教唆罪の規定の削除

司法省は、明治25年（1892年）1月に刑法改正審査委員会を設けて、改正案の立案・審査にあたらせた。刑法改正審査委員会が、明治28年（1895年）12月に2編318条から成る刑法改正案（以下、「明治28年刑法草案」⁽⁹⁷⁾）を脱稿すると、司法大臣は、各裁判所・検事局に明治28年刑法草案に対する意見具申を求めた。刑法改正審査委員会は、その意見を参考に明治28年刑法草案に修正を加え、2編322条から成る刑法草案（以下、「明治30年刑法草案」⁽⁹⁸⁾）を作成し、広く社会に公表した。しかし、政府は、明治30年刑法草案の議会提出を見合わせた⁽⁹⁸⁾。

明治28年刑法草案は、「自殺ニ關スル罪」を改正する以下のような規定を⁽⁹⁹⁾設け、当該規定は、明治30年刑法草案（261条）にそのまま引き継がれた。

第二編 罪名

第十一章 生命、身體ニ對スル罪

第一節 殺人ノ罪

第257條 人ヲ教唆シテ自殺セシメ又ハ被殺者ノ囑託ニ依リ之ヲ殺シタル者
ハ七年以下ノ懲役又ハ禁錮ニ處ス

明治28年／30年刑法草案は、旧刑法の「自殺ニ關スル罪」を大幅に改めた。第1に、自殺教唆・囑託殺人に同一の法定刑を規定する形式は維持されたものの、旧刑法において一等減輕されていた自殺補助罪の規定が削除され⁽¹⁰⁰⁾た。第2に、自己図利自殺教唆を加重処罰する規定（321条）もまた、削除された。第3に、自殺教唆・囑託殺人罪の法定刑が、「七年以下ノ懲役又ハ

禁錮」に改められた。これは、旧刑法（および従来の旧刑法改正案）と比べると、法定刑の長期／短期が引き上げ／引き下げられ、法定刑の幅が拡大されたことを意味する。第4に、明治23年改正刑法草案と比べると、未遂処罰規定が再び削除された。この点、明治28年／30年刑法草案は、重罪・軽罪・違警罪という、旧刑法における犯罪の3区分を、「重罪」（旧刑法の重罪・軽罪）と「軽罪」（旧刑法の違警罪）という2区分に改め（1条）、「未遂罪ヲ罰スル場合ハ各本條ニ於テ之ヲ定ム」（59条2項／58条2項）という規定を設けた。⁽¹⁰¹⁾ その結果、旧刑法上処罰されていた自己凶利自殺教唆の未遂までもが、非犯罪化されるに至った。なお、自殺教唆・囑託殺人（257条／261条）の法定刑が7年以下の「懲役又ハ禁錮」に改められたのは、上記の「重罪」の主刑が死刑・懲役・禁錮・剥奪公権・監視・罰金の6種⁽¹⁰²⁾に改められたためである。第5に、旧刑法および明治23年改正刑法草案までの各刑法改正案のように、祖父母父母に関する特則を節・章として一括して規定するのではなく、個別の罪ごとに特則を規定するようになったが、⁽¹⁰³⁾ 尊属に対する自殺教唆・囑託殺人罪の特則は、見られなくなった。

このように、旧刑法（および明治23年改正刑法草案までの各刑法改正案）と比較して、かなり大幅な改正を行った明治28年／30年刑法草案であるが、「この改正案に対する『理由書』は発見されていない」とされる。⁽¹⁰⁴⁾ そのため、これらの改正の理由は、直ちには明らかでない。⁽¹⁰⁵⁾

3 明治33年刑法改正案：明治30年刑法草案の継承

明治32年（1899年）3月、法典調査会規則が改正され、刑法改正作業は、刑法改正審査委員会から法典調査会第三部に受け継がれた。明治30年刑法草案を原案とする旧刑法の根本的改正を行うという、明治32年（1899年）6月6日の刑法連合会第1回の方針決定を受けて、法典調査会第三部は逐条審議を進め、明治32年（1899年）12月から明治33年（1900年）初めまでの間に、2編308条から成る改正案（以下、「明治33年刑法改正案」という）を作成したが、その第14回帝国議会への提出は、見送られた。⁽¹⁰⁶⁾

上記の方針決定もあってか、明治33年刑法改正案が「第二編 罪」「第十一章 生命、身體ニ對スル罪」「第一節 殺人ノ罪」中に設けた、「自殺ニ關スル罪」を改正する規定（246条）は、明治28年／30年刑法草案のそれ（257条／261条）⁽¹⁰⁷⁾をそのまま受け継いだものであった。未遂が全面的に非犯罪化されたこと、および尊属に対する自殺教唆・囑託殺人の特則が削除されたことも、同様である。しかし、明治33年刑法改正案の理由書『刑法改正案参考書』が発見されており、そこには、次のような記載がある。すなわち、「第二百四十六條ハ現行法〔＝旧刑法〕第三百二十條及ヒ第三百二十一條ヲ合シ少シク之ヲ修正シタルモノニシテ即チ現行法〔＝旧刑法〕ハ自己ノ利益ノ爲メニスルト否トヲ分ツト雖モ其必要ナキヲ以テ本案ハ此區別ヲ廢セリ」⁽¹⁰⁸⁾、と。この説明からは、旧刑法の自己図利自殺教唆が普通自殺教唆に統合されたことが判明する。もっとも、この説明だけでは、なぜ「自己ノ利益ノ爲メニスルト否トヲ分ツ……必要」がないとされたのかは、必ずしも明らかではない。この点、『刑法改正案参考書』は、明治33年刑法改正案1条（犯罪の區別）について、「現行法〔＝旧刑法〕ノ重罪、輕罪ノ區別ハ固ト其罪質上明白ニ之ヲ區別スルニ足ル可キ標準アルニ非ス唯之ニ科ス可キ刑名刑期ヲ異ニスルニ過キス特ニ自由刑ニアリテハ重罪ノ刑期ハ輕罪ノ刑期ヨリ長ク輕罪ノ刑期ハ重罪ノ刑期ヨリ短キカ爲メ往々ニシテ重罪ノ自由刑ハ其短期モ重キニ過キ輕罪ノ自由刑ハ其長期モ輕キニ失シ罪狀ト刑罰ト相當タラサルノ弊ヲ生ス之ヲ濟ハントスルニハ現行法〔＝旧刑法〕ノ重罪、輕罪ノ區別ヲ廢シ刑期ノ範圍ヲ廣カラシムルニ如クハナシ」⁽¹⁰⁹⁾として、旧刑法の重罪と輕罪を「重罪」に統合した理由を説明し、さらに、明治33年刑法改正案10条（刑名）について、「現行法〔＝旧刑法〕ハ重罪、輕罪ノ自由刑ヲ分テ數種ト爲シ定役アル自由刑ハ無期、有期ノ徒刑、重輕懲役及ヒ重禁錮トシ定役ナキ自由刑ハ無期、有期ノ流刑、重輕禁獄及ヒ輕禁錮トシ主トシテ刑期ノ長短ニ依リ其輕重ヲ區別スト雖モ其執行方法ニ至リテハ殆ト之レカ輕重ヲ區別ス可キ標準アルコトナシ此ノ如ク多數ノ階級ヲ設ケタル結果トシテ刑期ノ範圍甚タ短キニ

失シ現時其弊ニ堪ヘサルモノ寡ナシトセス修正案カ重罪、輕罪ノ區別ヲ廢シ此二者ヲ合シテ更ニ一ノ重罪トナシタルハ専ラ自由刑ノ刑期ノ範圍ヲ廣カラシメント欲シタルニ在リ⁽¹¹⁰⁾」として、「重罪」の自由刑を懲役・禁錮の2種に減らした理由を説明する。上記のとおり、明治28年／30年刑法草案の理由書は発見されていないが、明治33年刑法改正案と同様の態度は、すでに明治28年／30年刑法草案に窺われた。⁽¹¹¹⁾したがって、明治28年／30年刑法草案が、⁽¹¹²⁾(旧刑法の)重罪と輕罪の區別を廢止したのも、自由刑の刑期の範圍を拡大するという基本方針に従ったためであると考えられる。かくして、明治33年刑法改正案246条、遡って明治28年刑法草案257条／30年刑法草案261条が、(旧刑法の)重罪である自己凶利自殺教唆罪と(旧刑法の)輕罪である普通自殺教唆罪の區別を廢止し、「自己凶利」の有無を量刑上の評価に委ねた理由(第2の改正点)、そして、その法定刑を「七年以下ノ懲役又ハ禁錮」として従来よりも拡張し、その長期を引き上げた理由(第3の改正点)は、自由刑の刑期の範圍を拡大するという刑法改正の全体的方針から、説明することができる。

これに対し、『刑法改正案参考書』は、自殺補助罪の規定が削除された——これも、同じくすでに明治28年／30年刑法草案に見られた——理由(第1の改正点)については、何らの説明も加えていない。また、自己凶利自殺教唆の未遂が非犯罪化された点(第4の改正点)については、明治33年刑法改正案58条2項に関する一般論として、旧刑法「ハ凡テ重罪ノ未遂犯ハ之ヲ罰スルコトトナセトモ其重罪中未遂犯ヲ構成スルコト能ハサルモノアルヲ以テ此ノ如キ規定ハ事理ニ反スルノミナラス又廣キニ失スルノ弊アリ⁽¹¹³⁾」という説明があるにとどまる。さらに、祖父母父母に関する特則の削除に関する一般論として、旧刑法第3篇第1章「第十三節ハ尊屬親ニ對シ加重ヲ必要トスル場合ハ之ヲ各本條ニ規定スルヲ以テ刪除スルコトト爲シタリ⁽¹¹⁴⁾」という説明はあるが、祖父母父母に対する「自殺ニ關スル罪」が削除された理由(第5の改正点)は、特に述べられていない。

4 明治34年刑法改正案：承諾殺人の明文化

法典調査会第三部は、明治33年刑法改正案を修正・整理して、2編300条から成る改正案（以下、「明治34年刑法改正案」という）を作成した。政府は、明治34年（1901年）2月8日、明治34年刑法改正案を第15回帝国議会に提出したが、貴族院刑法改正案特別委員会での審議中に、第15回帝国議会は、会期が尽き閉会となった。⁽¹¹⁵⁾

明治34年刑法改正案は、「第二編 罪」「第十一章 生命及ヒ身體ニ對スル罪」「第一節 殺人ノ罪」のなかに、「自殺ニ關スル罪」を改正する以下の規定⁽¹¹⁶⁾を設けた。

第238條 人ヲ教唆シテ自殺セシメ又ハ被殺者ノ囑託ヲ受ケ若クハ其承諾ヲ得テ之ヲ殺シタル者ハ七年以下ノ懲役又ハ禁錮ニ處ス

旧刑法および明治33年刑法改正案までの各改正案と比較すると、承諾殺人が明文化されるに至った。この点について、明治34年刑法改正案の理由書『刑法改正案参考書』は、「被殺者ノ承諾ヲ得テ之ヲ殺シタル場合ヲ規定シ以テ疑義ヲ避ケタリ」という説明を加える。これはかなり簡潔な説明であるため、これだけで、承諾殺人が明文化された理由が明らかになるとはいい難い。しかし、旧刑法下の学説状況を見ると、承諾殺人の処理については、勝本勘三郎が「從來一の問題あり」と指摘していたように（第1章第1節8）、見解の対立が見られた。すなわち、「自殺ニ關スル罪」に当たるとする勝本説や、「棄權ノ原理」に関連して、承諾殺人について少なくとも「謀殺ト同シク之ヲ論スルコトヲ得ス」と指摘する江木衷説（同6）がある一方で、殺人罪を免れないとする岡田朝太郎説（同9）もあった。もっとも、岡田自身も、酌量減輕の余地に言及しているところを見ると、承諾殺人を通常の殺人と同様に処理することに躊躇を感じていたと推測⁽¹¹⁸⁾しうる。その意味で、承諾殺人が何罪に当たるかには論争（疑義）がありつつも、それが通常の殺人よ

りも減輕処罰されるべきものであることは、上記のような立場の相違を超えて、認められていたといえよう。⁽¹¹⁹⁾「疑義ヲ避ケタリ」という上記説明は、承諾殺人の明文化により、一般的な認識に従ってその減輕処罰を認める方向で上記論争（疑義）が立法的に解決された、という趣旨と解される。

5 2つの明治35年刑法改正案：明治34年刑法改正案の継承

その後、明治34年刑法改正案は、刑訴法改正案とともに、意見書の提出を求めるために全国の裁判所、検事局、弁護士会に送付された。法典調査会第三部は、寄せられた意見をも参考にして改正作業を進めた。その結果、明治34年（1901年）11月、刑法再整理案が作成された。刑法再整理案はさらに修正・整理され、2編299条から成る刑法改正案（以下、「明治35年刑法改正案①」という）が作成された。政府は、明治35年（1902年）1月25日、明治35年刑法改正案①を第16回帝国議会に提出した。明治35年刑法改正案①は、貴族院で修正可決され、衆議院に送付されたが、審議未了とな⁽¹²⁰⁾った。

明治35年刑法改正案①が「第二編 罪」「第二十六章 殺人ノ罪」中に設けた、「自殺ニ關スル罪」を改正する規定（238条）は、明治34年刑法改正案のそれ（238条）をそのまま引き継いだものであ⁽¹²¹⁾った。そのため、明治35年刑法改正案①の理由書『刑法改正案参考書完』の説明も、その表現にわずかな相違はあるものの、実質的に維持されてい⁽¹²²⁾る。そして、明治35年刑法改正案①238条は、貴族院の審議では修正を受けな⁽¹²³⁾かった。

その後、法典調査会第三部は、第16回帝国議会の議論をもとに明治35年刑法改正案①をさらに修正・整理し、2編298条から成る刑法改正案（以下、「明治35年刑法改正案②」という）を作成した。政府は、明治35年（1902年）12月28日、明治35年刑法改正案②を第17回帝国議会に提出した。しかし、明治35年刑法改正案②は、衆議院解散のため、議会を通過するには至らな⁽¹²⁴⁾かった。

明治35年刑法改正案②における、「自殺ニ關スル罪」を改正する規定（237

(125) 条)も、その理由書『刑法改正案参考書完』における説明も、明治35年刑法改正案①のそれらをそのまま引き継いだものであった。⁽¹²⁶⁾

かくして、この時期には、嘱託殺人・自殺教唆に同一の法定刑を規定するという旧刑法以来の規定形式、さらに、自殺補助罪の規定の削除と未遂の全面的な非犯罪化という明治28年刑法草案以来の改正点、承諾殺人の明文化という明治34年刑法改正案以来の改正点に、変化は見られなかった。

6 現行刑法制定まで：未遂処罰規定・自殺幫助罪の復活

明治36年（1903年）1月1日、法典調査会（第三部）が廃止され、刑法改正作業は、その後3年間中断した。明治39年（1906年）6月、司法省に法律取調委員会が設置され、刑法改正作業が再開された。これ以降の改正作業は、㊦法律取調委員会委員総会第1回（既存の刑法改正案を基礎とする方針および刑法主査委員会の設置を決定）→㊧刑法主査委員会（明治35年刑法改正案②の修正）→㊨法律取調委員会委員総会第2回～第5回（刑法主査委員会議決項目の審議と起草委員の選定）→㊩起草委員会（後出・明治39年刑法改正案の起草）→㊪法律取調委員会委員総会第6回～第27回（後出・明治39年刑法改正案の逐条審議：第2次審議）→㊫法律取調委員会委員総会第28回（起草委員整理案の審議と後出・明治40年刑法改正案の起草）→㊬第23回帝国議会への提出、という流れで進んだ。⁽¹²⁷⁾

以上の過程で、明治35年刑法改正案②237条（自殺教唆および嘱託・承諾殺人）は、2度修正を加えられた。1度目の修正は、㊩起草委員会が2編289条から成る刑法改正案（以下、「明治39年刑法改正案」という）を作成する過程で行われた。明治39年刑法改正案は、第2編第26章のなかに、「自殺ニ關スル罪」を改正する以下の規定を設けた。⁽¹²⁸⁾

第222條 人ヲ教唆シテ自殺セシメ又ハ被殺者ノ嘱託ヲ受ケ若クハ其承諾ヲ

得テ之ヲ殺シタル者ハ六月以上七年以下ノ懲役又ハ禁錮ニ處ス

第223條 第二百十九條〔普通殺人罪〕、第二百二十條〔尊屬殺人罪〕及ヒ前

条〔自殺教唆・囑託殺人・承諾殺人罪〕ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

明治35年刑法改正案②237条(第17回帝国議会提出)と比較すると、第1に、自殺教唆および囑託・承諾殺人罪の懲役・禁錮に下限(6月)が規定された。旧刑法は、普通自殺教唆・囑託殺人罪の自由刑の下限を6月と規定していたので、結果的にはそれに戻されたという見方もできる。この点、明治39年刑法改正案については、法定刑の下限に関する一般論として、「明治二八年案〔=明治28年刑法草案〕以降の各草案が懲役・禁錮刑の上限のみを定めていたのに対し、多くの罪に下限をも規定するようになった。これは、第一六議会提出・明治三五年案〔=明治35年刑法改正案①〕にすでに見られるものであったが、その数がさらに増大している⁽¹²⁹⁾」と指摘されている。第1の改正も、こうした全体的傾向の一環であろう。第2に、これらの罪の未遂処罰規定(223条)が復活した⁽¹³⁰⁾。

2度目の修正は、㊦明治39年(1906年)12月24日の法律取調委員会委員総会第25回(第2次審議)で行われた。すなわち、①「現行法〔=旧刑法〕ノ如ク書キ分ケラレタシ」という勝本委員の提案、②「若クハ其承諾ヲ得テ」を削除する小河委員の提案、③「『人ヲ教唆シテ自殺セシメ』ヲ『人ノ自殺ヲ教唆又ハ幫助』ト修正」する小河委員の提案が、この順序で採決に付された。その結果、①②の提案が否決され、③の提案が可決された⁽¹³¹⁾。しかし、これらの提案の理由は、可決された提案③(自殺幫助罪の復活)のそれを含め、明らかでない。自殺幫助罪の復活というこの修正は、その後の㊧法律取調委員会委員総会第28回における、起草委員整理案の審議でも、維持された⁽¹³²⁾。その結果、2編265条から成る明治40年刑法改正案が作成された。㊨政府は、明治40年(1907年)2月2日、明治40年刑法改正案を第23回帝国議会に提出した。明治40年刑法改正案は、第2編第26章のなかに、「自殺ニ關スル罪」を改正する以下の規定を設けた⁽¹³³⁾。

第203條 人ヲ教唆若クハ幫助シテ自殺セシメ又ハ被殺者ノ囑託ヲ受ケ若クハ其承諾ヲ得テ之ヲ殺シタル者ハ六月以上七年以下ノ懲役又ハ禁錮ニ處ス

第204條 第二百條〔普通殺人罪〕、第二百一條〔尊屬殺人罪〕及ヒ前條〔自殺教唆・自殺幫助・囑託殺人・承諾殺人罪〕ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

明治40年刑法改正案の理由書『刑法改正案参考書完』は、自殺教唆・幫助罪および囑託・承諾殺人罪（203条）について、明治35年刑法改正案②の理由書と同じ説明を加えるにとどまり、自殺幫助罪の復活にまったく言及していない。また、未遂処罰規定（204条）の復活——旧刑法との関係では未遂処罰の拡大——については、「第二百四條ハ本章ノ罪ノ未遂ヲ罰スル規定ニシテ別ニ説明ヲ要セス⁽¹³⁴⁾」という記述があるにすぎない。したがって、自殺幫助罪の規定を復活させ、しかも同罪の法定刑をその他の類型（自殺教唆および囑託・承諾殺人）のそれと同一にした理由も、未遂処罰規定の復活の理由も、明らかでない。そして、明治40年刑法改正案は、帝国議会における審議を経て、2編264条から成る現行刑法に結実したが、その過程で、自殺教唆・幫助罪および囑託・承諾殺人罪の規定（203条・204条）は何ら修正されずに、現行刑法202条・203条に結実した⁽¹³⁵⁾。

第2節 小括

以上、旧刑法における「自殺ニ關スル罪」の改正過程、つまり、自殺教唆・幫助罪および囑託・承諾殺人罪の立法過程を概観してきた。すなわち、「自殺ニ關スル罪」は、未遂処罰規定および刑罰の変遷を除けば、当初は、基本的にそのまま維持されていた。しかし、明治28年刑法草案に至るや、自殺補助罪の規定が削除されるとともに、自己凶利自殺教唆罪と普通自殺教唆罪が統合されるという、大幅な修正が加えられた。その後、承諾殺人が殺人罪に当たるのではないかという疑義を解消するために、明治34年刑法改正案が承諾殺人の減輕処罰規定を明文化し、以後、しばらくそのままの規定が維

持されたが、明治39年刑法改正案が未遂処罰規定を復活させ、さらに、明治40年刑法改正案(法律取調委員会委員総会第25回)が自殺補助罪の規定を復活させ、そのまま現行刑法202条・203条に結実した。では、このような改正過程・立法過程における変遷は、どのように捉えられるだろうか。特に問題となるのは、自殺補助(幫助)罪に関する変遷であろう。

「自殺ニ關スル罪」に関する学説上の議論を参照すると、同罪は「特別ノ罪」(堀田)、「獨立ナル別罪」(江木)、「獨立の行爲」(勝本)、「獨立ノ一罪」(小疇、岡田)、「特別犯」(富井)などと表現され正当化されてきた。その反面として、「自殺ニ關スル罪」は、正犯としての自殺が処罰されないのであるから、「總則ニ照ラシテ」(井上)もしくは「總則ノ規定ニ依」って(龜山)、または「自殺人ノ共犯」(堀田)もしくは「共犯ノ關係」(岡田)として正当化することはできないと考えられてきた。この学説状況に照らせば、明治28年刑法草案が自殺補助罪の規定を削除したのも、理論的に見れば、このように、犯罪でない自殺の補助は総則にいう共犯の關係として処罰を正当化しえないという理解に基づくものと推測することが可能であろう⁽¹³⁷⁾。しかし、他方で、この理由づけは、(少なくとも江木の議論を除けば)必ずしも自殺補助に限定して説かれてきたわけではないようである。したがって、これを理論的に徹底すれば、自殺教唆罪・囑託殺人罪の規定も削除されるべきであるから、上記の推測は、このことと矛盾するように見える。

しかしながら、自殺教唆についていえば、旧刑法が専ら自己凶利自殺教唆を加重処罰していたことから推測されるように、自殺教唆にはかなり重大な類型があると認識されていたように思われる。したがって、その種の自殺教唆を一切不可罰とするような選択は、理論的には不徹底の誹りを免れないのだとしても、やはり受け入れ難かったのではないだろうか。明治28年刑法草案は、自己凶利自殺教唆と普通自殺教唆を統合したが、それは、自由刑の刑期の範囲を拡張するという方針に従ったためであって、自殺教唆に重大な事例が含まれるという上記の認識を否定する意味を持ったわけではない。ま

た、学説の議論を見ると、普通自殺教唆と自己凶利自殺教唆の刑をより重くすべきとする意見（宮城『刑法講義二』：第1章第1節3。なお磯部：同5）や、自己凶利自殺教唆について、「唯タ下手セサルノミ純然タル謀殺ノ性質ヲ有スルモノ」とする意見（磯部：同5）、「其情状殆ト他ノ謀殺ト同一」とする意見（龜山：同7）は見られたが、自己凶利自殺教唆を加重処罰することに批判的な意見は見られなかった。また、自己凶利嘱託殺人・自殺補助の処理を検討する論者（堀田、岡田）は、少なくとも自己凶利自殺補助が320条に当たると説き、その際、その結論を立法論上不当視するような意見を述べていなかった。これらの事情は、特に自殺教唆にはかなり重大な類型があると当時一般に認識されていたという推測を補強しよう。

つぎに、嘱託殺人についても、それが削除された場合にどのような帰結がもたらされるのかを考えなければならない。すなわち、不可罰になるのではなく、むしろ殺人（謀故殺）罪として処罰される余地も十分に考えられた（フランス刑法はそのような処理であった⁽¹³⁸⁾）。しかし、嘱託殺人が殺人（謀故殺）よりも軽く処罰されるべきであるということは、当時一般に認められていた。承諾殺人をめぐる学説上の議論も、これを裏づけよう。かくして、嘱託殺人を減輕処罰する規定を削除することも、やはり考え難かったのではないだろうか。

そして、いったん削除された自殺補助（幫助）罪の規定は、明治40年刑法改正案において復活することになる。自殺補助罪の規定が削除された理論的背景を上記のように捉える場合、自殺幫助罪の復活は、(3)総則「共犯」との関係をめぐる問題性を増幅させる。この点、谷直之教授は、自殺関与罪・同意殺人罪の立法過程に（も）歴史的分析を加えたくて、第1に、「二〇二条の規定を見てみると、その前段で自殺関与罪を、後段で同意殺人罪を規定している。すなわち、正犯の前に共犯を規定していることになってしまう」こと、第2に、「自殺幫助に対しては、総則上の幫助犯に認められている（正犯・教唆犯に対する）刑の減輕が認められていない⁽¹³⁹⁾」ことに基づき、自

殺関与の共犯性を疑問視する。

しかしながら、規定の順序に関わる第1の主張についていえば、明治40年刑法改正案(法律取調委員会委員総会第25回)が自殺幫助罪の規定を復活させたとき、どのような理由から、現行刑法202条のような規定順序としたのかは、明らかでないのである。しかも、旧刑法の「自殺ニ關スル罪」は、自殺教唆、囑託殺人、自殺補助の順序で規定していたのであるから、明治40年刑法改正案においても、自殺教唆、囑託殺人(および承諾殺人)、自殺幫助の順序で規定することも十分ありえた。⁽¹⁴⁰⁾しかし、そうすることなく、自殺幫助を自殺教唆の直後に配置したのは、暗黙裡に総則「共犯」の規定順序が意識されたからであるともいえる。加えて、文言が旧刑法と同様の「補助」ではなく「幫助」とされた点も指摘することができよう。したがって、規定の順序に基づいて自殺関与罪の共犯性を否定する第1の主張は、旧刑法の「自殺ニ關スル罪」と現行刑法202条の比較、および後者の立法過程に照らして、疑問が残る。

また、第2の主張についても、歴史的に見れば、自殺関与罪の共犯性を否定する十分な理由にはならないように思われる。特に明治28年刑法草案以降、自由刑の刑期の範囲を拡張するという方針のもと、重罪・軽罪・違警罪の3区分から「重罪」と「軽罪」の2区分に改められ、さらに、明治35年刑法改正案⁽¹⁴¹⁾①以降は、その2区分さえ廃止された。上記のとおり、明治28年刑法草案において、自己図利自殺教唆が普通自殺教唆と統合されたのも、この全体的傾向の一環であった。これは、相対的に重い自己図利自殺教唆の扱いに関わるものであったが、逆に、相対的に軽い自殺幫助の扱いについても同様の傾向の一環として理解することも可能なように思われる。この点、このように考えるなら、総則上の幫助に対する刑の減軽も否定されていたはずだという反論がなされるかもしれない。しかし、各則の個別の犯罪(自殺幫助)に限って幫助減軽を廃止することと、総則上の幫助減軽を廃止こととは、その及ぼす影響に格段に相違がある。自由刑の刑期の範囲を拡大すると

いう基本方針が前者を導いたからといって、後者をも同様に導くと直ちにいうことはできない。したがって、総則上の幫助と異なり、自殺幫助には刑の減軽が認められていないことをもって、自殺関与罪の共犯性を否定する第2の主張にも、疑問が残る。⁽¹⁴²⁾

結 語

本稿では、自殺関与罪・同意殺人罪の歴史的考察の一環として、旧刑法における「自殺ニ關スル罪」に関する学説の展開、および自殺関与罪・同意殺人罪の立法過程（「自殺ニ關スル罪」の改正過程）を概観・分析してきた。

学説の展開を見ると、(1)自殺の不処罰根拠については、その社会有害性を否定する他害性否定説が比較的多かったものの、「自殺ニ關スル罪」の立法過程において、この点について複数の解釈の余地が残されたためもあってか、別個の不処罰根拠をも併用する議論が比較的多く見られた。また、そうした議論は、自殺既遂の不処罰根拠と自殺未遂の不処罰根拠を別々に提示していたが、特に自殺未遂について、精神錯乱を援用するボアソナードの見解とは異なる多様な主張が新たに展開されていた。(2)「自殺ニ關スル罪」の処罰根拠について、自殺の社会有害性を肯定する他害性肯定説は、ボアソナードと同様の主張を展開していた。これに対し、他害性否定説からの説明は、鶴田皓の見解が詳らかでなく、その後の学説の課題となっていたが、殺人犯もしくは謀故殺として説明する殺人犯説と、自殺の道德違反性を前提に風俗犯として説明する風俗犯説に分かれた。これらの展開は、鶴田において明確にされなかった「自殺ニ關スル罪」の犯罪性の実質について、他害性否定説の立場から説明を試みる新たな展開として、注目される。(3)「總則中ニ示所ノ法」との関係については、「自殺ニ關スル罪」を総則に照らして自殺の共犯と捉える主張は、否定される傾向にあった。むしろ、殺人犯説に見られるように、自殺教唆等そのものとしての犯罪性を示そうとする主張が展開されていた。(4)その他にも様々な論点が検討されていた。そこには、承諾殺人

の明文化の背景となるような議論や、自己凶利自殺教唆の重大性を示唆する議論など、自殺関与罪・同意殺人罪の立法過程を解明するための手がかりとなる議論も見られた(第1章)。

自殺関与罪・同意殺人罪の立法過程については、特に自殺補助(幫助)罪に関する変遷が大きな問題を生じさせた。この点、自殺補助(幫助)罪の削除および復活について、どのような議論がなされたのか、必ずしも明らかでなかった。しかし、自殺補助罪の削除については、正犯としての自殺が処罰されないのであるから、それに関わる行為も処罰しえないという理解に従ったものと推測される。しかし、自殺教唆については、特に自己凶利自殺教唆のような重大な事例をも不可罰とすることは容認し難かったであろうこと、囑託殺人については、それが削除されれば、殺人(謀故殺)罪として処罰されかねないが、それも同じく受け容れ難かったであろうことから説明することが可能であろう。さらに、その後、自殺補助罪がその他の罪と同一法定刑で復活したこととの関係で、自殺関与罪の共犯性を否定する主張があるが、そうした主張は、自由刑の刑期の範囲を拡大するという旧刑法の全体的な改正方針に鑑みると、必ずしも説得的ではない。

以上のように、学説上は、自殺の不処罰根拠、および「自殺ニ關スル罪」(自殺関与・同意殺人)の処罰根拠について新たな展開が見られた。また、特に自殺補助罪について、それにその他の罪と同一の法定刑を規定したため、その理解について問題が生じた。このような新たな展開や課題が、その後の学説においてどのように捉えられ解決されていったのかを分析することは、今後の課題である。

【追記】本研究はJSPS 科研費23・56643の助成を受けたものである。

(1) 拙稿「旧刑法における『自殺ニ關スル罪』の制定過程」早稲田大学大学院法研論集138号(平成23年)166頁以下。

- (2) 高木豊三『校訂刑法〔明治13年〕義解（第三編・第四編）日本立法資料全集別巻73』（信山社・平成8年）892-893頁〔高木豊三『校訂刑法義解』（時習社・博聞社・明治15年）の復刻版〕。
- (3) 高木・前出注（2）893頁。
- (4) 高木・前出注（2）893-894頁。
- (5) 高木・前出注（2）891-892頁。なお、本稿において、文献や条文を引用する際の□内は、特に断りのない限り、筆者による補足・修正である。また、白・黒丸数字と傍点も、筆者が付したものである。
- (6) (3)総則「数人共犯」との関連性については、特段の言及がない。
- (7) 高木・前出注（2）894-896頁。しかし、この説明を認めるとしても、設例㊦㊧における自殺未遂が「一時痴情」に迫られたものである場合も想定しえよう。その場合、生存者（自殺未遂者）の処罰は、同じく有益であり再犯（再度の自殺）を招くわけでもないことになる。なぜなら、自殺意思が確定的でないからである。したがって、自殺意思の確定性に基づく本文(1)③の説明は、謀同死事例（の一部）における生存者の不処罰を十分に説明しえないように見える。
- (8) 本文以外の論点を含め、高木・前出注（2）894-899頁。
- (9) 堀田正忠『刑法釋義第三篇・第四篇 日本立法資料全集別巻178』（信山社・平成12年）246-247頁〔堀田正忠『刑法釋義第三篇第四篇刑法附則』（警視廳蔵版・明治18年）の復刻版〕。
- (10) 堀田・前出注（9）247頁。
- (11) ボアソナード自身は、この結論を容認する。ボアソナード『刑法草案註釈（下巻）〔復刻版〕（ボアソナード文献双書⑱）』（宗文館書店・昭和63年）426頁〔ボアソナード『刑法草案註釋下巻』（司法省・明治19年）の復刻版〕〔以下、「ボアソナード『註釋下』』として引用する〕。
- (12) 堀田・前出注（9）247-248頁。
- (13) 現行刑法は、重罪・軽罪・違警罪という犯罪の区別を廃止し、しかも自殺関与・同意殺人（202条）の未遂を罰する（203条）。したがって、「軽罪ノ原則」に基づいて自殺未遂の不処罰を説明する議論は、現行法のもとでは、採用困難である。
- (14) 堀田・前出注（9）249頁。
- (15) 堀田・前出注（9）250頁。
- (16) 堀田・前出注（9）250頁。
- (17) 本文以外の論点を含め、堀田・前出注（9）251-258頁。

- (18) 宮城浩藏の刑法理論については、駒澤貞志＝川端博「宮城浩藏の人と刑法思想」明治大学創立百周年記念学術叢書出版委員会編『刑法正義 宮城浩藏著（創立百周年記念学術叢書第四巻）』（明治大学・昭和59年）843頁以下、澤登俊雄「宮城浩藏の刑法理論」吉川経夫ほか編著『刑法理論史の総合的研究』（日本評論社・平成6年）23頁以下。
- (19) 宮城浩藏『刑法〔明治13年〕講義〔四版〕第二巻 日本立法資料全集別巻80』（信山社・平成10年）535頁〔宮城浩藏『四版刑法講義二』（明法堂・明治20年）の復刻版〕〔以下、「宮城『刑法講義二』』として引用する〕。
- (20) 宮城『刑法講義二』・前出注（19）535-536頁。
- (21) 宮城『刑法講義二』・前出注（19）536-537頁。
- (22) 本文以外の論点を含め、宮城『刑法講義二』・前出注（19）538-540頁。
- (23) 明治大学創立百周年記念学術叢書出版委員会編『刑法正義 宮城浩藏著（創立百周年記念学術叢書第四巻）』（明治大学・昭和59年）667-668頁〔宮城浩藏『刑法正義下巻』（出版社不明・明治26年）の復刻版〕〔以下、「宮城『刑法正義下』』として引用する〕。
- (24) 宮城『刑法正義下』・前出注（23）668頁。
- (25) ただし、宮城は、「本節の規定なくんば幫助者及び教唆者は之を無罪と為さざる可からず」（宮城『刑法正義下』・前出注（23）668頁）として、謀故殺罪に当たるとする従来立場を改めている。
- (26) 井上操『刑法〔明治13年〕述義第三編（上） 日本立法資料全集別巻128』（信山社・平成11年）214-216頁〔井上操『刑法述義』（博聞社ほか・明治23年）の復刻版〕。
- (27) 拙稿・前出注（1）157頁。
- (28) 井上・前出注（26）216頁。
- (29) 井上・前出注（26）216頁。
- (30) 井上・前出注（26）216-217頁。
- (31) 井上操『刑法〔明治13年〕述義第一編（下） 日本立法資料全集別巻125』（信山社・平成11年）1205-1206頁〔井上操『刑法述義』（出版社不明・明治16年版権免許）の復刻版〕では、（少なくとも）自殺教唆について、総則「數人共犯」の「變則」「特例」であり、「人ヲ死ニ致スノ所爲ヲ罰スル」ものと説かれている。
- (32) 阿片烟の吸食は、自傷行為の側面を有する。したがって、生命と身体を同等に扱う井上の論理（①）は、この文脈でも——ただし、自殺教唆・従犯の処罰根拠を

説明するという真逆の目的のために——意識されている。ただ、旧刑法は、阿片烟の吸食を処罰していた（241条）ので、それが自殺とまったく同じとはいえない。自殺の不処罰根拠に関する③の主張（共同物性の否認）は、自殺（生命）にせよ阿片烟の吸食（身体）にせよ、それ自体処罰を肯定する方向に働くものではありえないから、旧刑法における両行為の相違は、自殺の不処罰根拠に関する④の主張に関連して、自殺にはその他の有害性が否定され、阿片烟の吸食には肯定されるという相違に由来することになろう。それゆえ、自殺にその他の有害性が認められないことをより具体的に明らかにするのでなければ、自殺の不処罰根拠の説明として十分とはいえないが、これは行われていない。このことは、終局的に、自殺に存在しないが「自殺ニ關スル罪」には存在する社会有害性の内実を曖昧にしかねないように思われる。なお、井上は、阿片烟の吸食の社会有害性の内実について、それに特化して論じることなく、それを含む「健康ヲ害スル罪」一般について、「公益ニ關シ健康ヲ害スルモノニシテ」、「人ノ身體生命ニ關シ、危害ヲ加フヘキ恐アルモノナリ、而シテ此諸罪ハ必シモ直接二人ノ身體生命ニ危害ヲ加フルモノニアラス、只之ヲ加フルノ恐アルヲ以テ罰スルモノナリ」と説くにとどまる（井上操『刑法〔明治13年〕述義第二編（下）日本立法資料全集別巻127』（信山社・平成11年）873-874頁〔井上操『刑法述義』（博聞社ほか・明治21年）の復刻版〕）。

- (33) 本文の論点を含めて、井上・前出注（26）220-229頁。
- (34) 磯部四郎『改正増補刑法〔明治13年〕講義下巻第二分冊 日本立法資料全集別巻141』（信山社・平成11年）927頁〔磯部四郎『改正増補刑法講義下巻』（八尾書店・明治26年）の復刻版〕。同書926頁にも同旨の記述がある。
- (35) 磯部・前出注（34）926-927頁。
- (36) 磯部・前出注（34）927頁。
- (37) 磯部・前出注（34）928頁。ただし、「其死ハ自殺者ノ承諾又ハ囑託ニ出ルヲ以テ之ヲ謀故殺ニ比スレハ其惡意最モ輕少ナルモノニ屬シ之ヲ其本刑ニ處スルハ酷ニ失ス」（同書928頁）と説く。本文のように自殺教唆・幫助を謀故殺の正犯・従犯と捉える議論は、既述の宮城『刑法講義二』のそれと重なる。磯部は、「自殺ニ關スル罪」の規定を設けた理由についても、宮城『刑法講義二』と同様の説明を加える（同書928頁）。
- (38) 磯部四郎『改正増補刑法〔明治13年〕講義上巻第二分冊 日本立法資料全集別巻139』（信山社・平成11年）1030頁〔磯部四郎『改正増補刑法講義上巻』（八尾書店・明治26年）の復刻版〕。

(39) 磯部・前出注(38) 980-981頁。

(40) これに対し、高木・前出注(2) 891頁は、囑託殺人を、「屠腹者ノ囑託ヲ受テ介錯ヲ爲スノ類」と定義し、堀田・前出注(9) 251頁は、自殺補助について「下手ヲ除ク」と述べ、龜山貞義『刑法〔明治13年〕講義卷之二 日本立法資料全集別巻252』（信山社・平成14年）465頁〔龜山貞義『刑法講義卷之二』（講法會出版・明治31年）の復刻版〕は、囑託殺人を、「所謂介錯ヲ爲ス等ノ場合ナリ」と定義する。磯部の解釈は、これらの論者と比べると、一方で自殺補助の範囲を広げ、他方で囑託殺人の範囲を狭めるものであるように思われる。なお、自殺教唆と囑託殺人の軽重について、明示的ではないが、囑託殺人を軽くするべきという趣旨と推測される。その理由は、磯部が、おそらく囑託殺人と（一等減輕される）自殺補助を併せて「自殺幫助」と呼んでおり、両者の間に共通性を見いだしていると思われることに加え、（一等減輕される）自殺補助の範囲を比較的拡張的に解釈していることにある。

(41) 本文以外の論点を含め、磯部・前出注(34) 929-933頁。

(42) 江木衷の刑法理論については、木田純一＝吉川経夫「江木衷の刑法理論」吉川ほか・前出注(18) 67頁以下。

(43) 江木衷『現行刑法〔明治13年〕原論 日本立法資料全集別巻475』（信山社・平成19年）29-30頁〔江木衷『現行刑法原論』（東京法學院・有斐閣書房・明治27年）の復刻版〕〔以下、「江木『原論』』として引用する〕。また、江木衷『訂正増補現行刑法〔明治13年〕汎論全 日本立法資料全集別巻476』（信山社・平成19年）116-118頁〔江木衷『訂正増補現行刑法汎論全四版』（有斐閣・明治24年）の復刻版〕〔以下、「江木『汎論』』として引用する〕でも概ね同様の主張が見られるが、江木『原論』における「自殺ノ所為ヲ罰スルハ到底公平ヲ得タルモノニアラス」という記述は、見当たらない。なお、「自殺ニ關スル罪」の見出しの箇所における説明は、本文の内容を超えるものではない。江木『原論』205頁参照。同様に、江木衷『改正増補現行刑法〔明治13年〕各論全 日本立法資料全集別巻477』（信山社・平成19年）283頁〔江木衷『改正増補現行刑法各論全二版』（博聞社・有斐閣・明治22年）の復刻版〕〔以下、「江木『各論・明治22年』』として引用する〕、江木衷『刑法各論完』（東京専門學校・明治32年製本）45頁〔以下、「江木『各論・明治32年』』として引用する〕、江木衷『刑法各論完』（東京法學院・明治36年製本）44頁〔以下、「江木『各論・明治36年』』として引用する〕参照。

(44) 江木『原論』・前出注(43) 30頁。

- (45) 江木は、「自殺ニ關スル罪」の見出しの箇所でも、「苟モ自殺ニシテ罪トナラサル以上ハ其ノ從犯モ亦從ツテ罪ナキモノタルヘキハ自ラ分明ナリ。而シテ我刑法カ獨立ナル別罪トシテ之ヲ幫助シタルモノヲ罰スルハ敢テ不可ナシト雖囑託ヲ受ケテ自殺人ノ爲メニ手ヲ下シタルモノ、如キハ却テ純然タル謀殺犯タルヘキニ却ツテ之ヲ輕少ノ刑ヲ科スルニ過キサルハ能ク理論ニ適合シタルモノト云フヘカラス」（江木『原論』・前出注（43）205-206頁。江木『各論・明治32年』・前出注（43）45頁、江木『各論・明治36年』・前出注（43）44頁も概ね同様の表現である）とし、「獨立ナル別罪」としての自殺補助と、「純然タル謀殺犯」としての囑託殺人を区別する。なお、同じく「自殺ニ關スル罪」の見出しの箇所だが、江木『各論・明治22年』・前出注（43）283-284頁は、「我刑法カ之〔＝自殺の從犯〕ヲ罰スヘキモノト定メタルハ政策上ノ理由アルニ外ナラサルヘク」という記述であった。しかし、「政策上ノ理由」の具体的内容は、明らかにされていない。
- (46) 詳細については、江木『原論』・前出注（43）26-28頁、江木『汎論』・前出注（43）113-116頁。
- (47) 江木『原論』・前出注（43）30-31頁。江木『汎論』・前出注（43）119-120頁もほぼ同一の表現である。
- (48) (4)その他の論点については、江木『原論』・前出注（43）206頁。
- (49) 龜山・前出注（40）464頁。
- (50) 龜山・前出注（40）464頁。
- (51) 本文以外の論点を含め、龜山・前出注（40）465-468頁。
- (52) 勝本勘三郎の刑法理論については、中義勝＝山中敬一「勝本勘三郎の刑法理論」吉川ほか・前出注（18）140頁以下。
- (53) 勝本勘三郎『刑法各論完』（東京専門學校藏版・明治34年製本）697-698頁。
- (54) 勝本・前出注（53）698頁。
- (55) 勝本・前出注（53）698頁。
- (56) 本文以外の論点を含め、勝本・前出注（53）699-705頁（頁番号は799頁であるが、誤記であろう）。
- (57) 小疇傳『日本刑法論各論』（日本大學・明治38年）647-648頁〔以下、「小疇『各論』』として引用する〕。また、小疇傳『日本刑法論』（日本大學・明治37年）137-139頁には、「國家カ自殺ヲ罰セサルハ適法行爲トシテ之ヲ不問ニ付スルニアラス」、「生命身體權ハ……一個人ノ利益ト同時ニ公共ノ利益ノ爲メニモ之ヲ保護スルモノト云ハサルヘカラス」とある。小疇傳の刑法理論については、宮澤浩一「小疇傳の

- 刑法学」吉川ほか・前出注(18)214頁以下。
- (58) 小疇『各論』・前出注(57)650頁。
- (59) 小疇『各論』・前出注(57)654頁。
- (60) 岡田朝太郎『日本刑法論(各論之部)〔訂正増補再版〕復刻叢書法律学篇25』(信山社・平成7年)774頁〔岡田朝太郎『各論之部』日本刑法論完〔訂正増補再版〕』(有斐閣書房・明治28年)の復刻版)。岡田朝太郎の刑法理論については、小林好信「岡田朝太郎の刑法理論」吉川ほか・前出注(18)177頁以下。
- (61) 富井政章『刑法〔明治13年〕論綱全 日本立法資料全集別巻133』(信山社・平成11年)266頁〔富井政章『刑法論綱全』(寶文館・明治22年)の復刻版)。富井政章の刑法理論については、小林好信「富井政章の刑法理論」吉川ほか・前出注(18)84頁以下。
- (62) 岡田・前出注(60)773頁。小疇『各論』・前出注(57)651-652頁も、承諾殺人を謀故殺とする。
- (63) 岡田・前出注(60)776頁。
- (64) 旧刑法の注釈書『刑法註解第三篇』の「第三百二十條」の箇所には、「本邦旧法ニ於テハ同死ヲ謀ル罪アリト雖モ抑モ自カラ死セントスル者ハ何ノ刑ヲ以テ之ヲ罰スルモ固ヨリ其効ナキ者ナリ且ツ自カラ好ンテ死セントスル者ヲ之ニ刑ヲ加ヘントスルモ道理ニ的セサル者トス」という記載があるが、『刑法註解』は、「果たしてボアソナードが執筆したものが疑わしい」(吉井蒼生夫=藤田正=新倉修編著『旧刑法別冊(1)刑法草按注解上 日本立法資料全集8』(信山社・平成4年)34頁〔藤田正])とされる。
- (65) 古賀廉造もまた——「自殺ニ關スル罪」についてほとんど論じていないが——、「自殺ニ關スル罪ハ亦殺人罪ノ一種ニ外ナラス」(古賀廉造『刑法各論』(和佛法律學校・明治36年度講義録)194頁)と説く。古賀廉造の刑法理論については、中義勝=浅田和茂「古賀廉造の刑法理論」吉川ほか・前出注(18)109頁以下。
- (66) ただし、宮城が、自殺幫助・教唆を謀故殺とするのが酷である理由を、それらが詐欺の意思なく、悪意少なく善意をもってなされることもある点に求めるのに対し(磯部もほぼ同旨。前出注(37)参照)、江木は、(承諾殺人に関する文脈だが)本人の私権利を害していない点に求める。
- (67) 堀田は、総則の従犯が一等減輕される理由について、「罪ノ近由ニ非サレハ其罪惡タルヤ輕シ」(堀田正忠『刑法釋義第壹篇 日本立法資料全集別巻176』(信山社・平成12年)920頁〔堀田正忠『刑法釋義第壹篇』(警視廳藏版・明治17年)の復刻

- 版))と説明する。この説明は、自殺補助の減輕根拠の説明と変わらないと思われる。
- (68) 公布された旧刑法の注釈書である『刑法註解』になかでは、総則「數人共犯」との関連性に特段の言及はなかったが、それ以前の司法省作成の草案——旧刑法の「自殺ニ關スル罪」における刑の相違がすでに見られる——の注釈書である（吉井ほか・前出注（64）33-34頁〔藤田〕『刑法草按注解下』を見ると、総則「數人共犯」との関連を意識した説明もなされていた。すなわち、自殺教唆について、自殺の「教唆者ハ〔総則の教唆者と〕同シク眞正ナル自殺ノ正犯ト看做サル、ナリ」（吉井蒼生夫＝藤田正＝新倉修編著『旧刑法別冊（2）刑法草按注解下 日本立法資料全集9』（信山社・平成4年）42頁）、と。これに対し、自殺補助については、「縦令ヒ此者ハ豫備ノ行爲ニノミ加功シタルニ非スシテ〔第二百二十二條參看〕全ク自殺ヲ遂ケタル所ノ行爲ニ加功セシトハ雖トモ本法之ヲ通常ノ共犯トシテ論スルヨリモ寧ロ附從トシテ論シタルナリ」（同書43頁）として、総則「附從」と異なる理解が示されていた。
- (69) 牧英正＝藤原明久編『日本法制史』（青林書院・平成19年）381頁（浅古弘）。
- (70) 内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕（1）-I 日本立法資料全集20』（信山社・平成11年）9-10頁〔吉井蒼生夫〕〔以下、「内田ほか『全集20』』として引用する〕。
- (71) 内田ほか『全集20』・前出注（70）139-140頁（司法省全部改正案）、227頁、253頁下段、371頁（以上、各修正案）、422頁上段（参事院上申案）。
- (72) 内田ほか『全集20』・前出注（70）78頁。この点について、司法省全部改正案は、「全般的な『刑期の引上げ』・『刑種の格上げ』を求め」た（同書14頁〔内田文昭〕）と指摘されている。
- (73) 内田ほか『全集20』・前出注（70）175頁（11～15年）、268頁（9～11年）。なお、同書15頁〔内田〕の「資料7」に関する説明によれば、248頁下段には、旧刑法22条2項に係る修正（11～15年）があるはずだが、見当たらない。
- (74) 内田ほか『全集20』・前出注（70）415頁下段。
- (75) 内田ほか『全集20』・前出注（70）147頁（司法省全部改正案）、233頁、254頁上段、384頁（以上、各修正案）、422頁下段-423頁上段（参事院上申案）。ちなみに、旧刑法において、祖父母父母に対する自己図利自殺教唆は無期徒刑に処された（67条参照）。
- (76) 内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕（1）-II 日本立法

- 資料全集20-2』(信山社・平成21年)129頁下段-130頁上段〔以下、「内田ほか『全集20-2』』として引用する〕。□内は編著者による。本文の明治18年ボ草案は、明治18年(1885年)12月に「正条ニ係ル部分」だけを翻訳・印刷したものである(同書4頁〔吉井蒼生夫〕、46頁〔同〕)。明治18年ボ草案の訳は、ボアソナード『註釋下』・前出注(11)417-418頁でも参照しうが、訳文に若干の相違がある。
- (77) その理由については、ボアソナード『註釋下』・前出注(11)424頁参照。また、内田ほか『全集20-2』・前出注(76)58頁下段(明治18年ボ草案13条)参照。
- (78) 内田ほか『全集20-2』・前出注(76)60頁下段。
- (79) この種の未遂処罰規定は、旧刑法の制定過程において、司法省の「日本刑法草案(確定稿)」には置かれていたが、その後の刑法草案審査局による審査修正——ボアソナードはこれに関与しなかった——の際、削除されていた(拙稿・前出注(1)165-166頁参照)。明治18年ボ草案は、その復活を図ったことになる。明治18年ボ草案の未遂処罰規定(358条)については、ボアソナード『註釋下』・前出注(11)427-429頁参照。
- (80) ボアソナードは、明治18年ボ草案の注釈書『刑法草案註釋下巻』において、(1)自殺の不処罰根拠および(2)「自殺ニ關スル罪」の処罰根拠について、従来の(『刑法草按注解下』における)主張(拙稿・前出注(1)158頁参照)を繰り返している。すなわち、(1)「生命ハ自己一人ノ爲メニ屬セラレシニアラサルモノ」、「各人ハ人類間ニ存スル一大鎖中ノ一環」である。したがって、「吾人ノ自カラ生命ヲ毀傷シタルニ付キ刑ヲ受ケサルハ吾人之レヲ處分シ得ルトノ故ニ非サルナリ」。特に自殺未遂は、「自殺者ハ皆ナ常ニ一時道理智覺ヲ失シテ之レヲ謀リタリト推測」されるがゆえに処罰されない(ボアソナード『註釋下』・前出注(11)419-421頁)。これに対し、(2)自殺に関わる者には、「毫モ之レニ前述自殺ノ未遂犯ニ付キ論セシト同一ノ無罪ヲ宣告スルノ理由」がないがゆえに、また、日本では不名誉等を理由に「自カラ其生命ヲ斷ツヲ以テ或ハ本分ノ如ク思考セシモノナレハ立法者ニ於テハ殊ニ此ノ如キ不條理ノ本分アリトスル舊習ヲ破壊スルヲ必要トス」るがゆえに、「自殺ニ關スル罪」は処罰される(同書421-422頁)。また、自殺教唆・幫助に関する個別の説明も、『刑法草按注解下』(前出注(68)参照)と同様である(同書423頁、424頁)。
- (81) 内田ほか『全集20-2』・前出注(76)139頁下段。□内は編著者による。
- (82) 明治18年ボ草案において、特に、祖父母父母に対する自己凶利自殺教唆——旧刑法上、無期徒刑に処された——は有期徒刑に処され(79条1項)、その刑期は16

- ～20年（23条）であった（内田ほか『全集20-2』・前出注（76）69頁下段、59頁下段）。
- (83) この改正規定についての解説は、ボアソナード『註釋下』・前出注（11）586頁に見られるが、二等加重または死刑から一等加重に改めた理由は、そこでは明らかにされていない。
- (84) 内田ほか『全集20-2』・前出注（76）5頁〔吉井〕。
- (85) 例えば、内田ほか『全集20-2』・前出注（76）185頁、405頁（ただし、「自殺ニ關スル罪」は第6節に移動され、また、普通自殺教唆・囑託殺人（404条1項）の法定刑は「三等ノ有役禁錮及〔ヒ〕四等ノ罰金」、自己図利自殺教唆（405条）のそれは「三等ノ有役徴〔懲〕役」になった（□内は編著者による）。さらに、未遂処罰規定（406条）は、「教唆者ノ……」という文言になっており、囑託殺人・自殺補助の未遂を処罰対象としていないように読める）。
- (86) 内田ほか『全集20-2』・前出注（76）191頁下段、412頁上段。
- (87) 内田ほか『全集20-2』・前出注（76）7-9頁〔吉井〕。
- (88) 内田ほか『全集20-2』・前出注（76）466頁上段（㊦）、478頁下段（㊧）、内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕（1）-III 日本立法資料全集20-3』（信山社・平成21年）9頁上段（㊨）、110頁上段（㊩）、117頁上段（㊪）〔以下、「内田ほか『全集20-3』』として引用する〕。
- (89) 内田ほか『全集20-2』・前出注（76）466頁下段（㊦）、478頁下段（㊧）、内田ほか『全集20-3』・前出注（88）9頁下段（㊨）、110頁下段（㊩）、117頁上段（㊪）。
- (90) 内田ほか『全集20-2』・前出注（76）12頁〔吉井〕。
- (91) 内田ほか『全集20-3』・前出注（88）188頁。
- (92) 内田ほか『全集20-3』・前出注（88）161頁下段。
- (93) 内田ほか『全集20-3』・前出注（88）199-222頁参照。
- (94) 内田ほか『全集20-3』・前出注（88）191頁下段。□内は編著者による。
- (95) 内田ほか『全集20-3』・前出注（88）219頁。
- (96) 内田ほか『全集20-2』・前出注（76）13頁〔吉井蒼生夫〕、26頁〔同〕。
- (97) この改正案を明治28年刑法草案と推定する根拠については、内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕（2） 日本立法資料全集21』（信山社・平成5年）25-26頁〔吉井蒼生夫〕〔以下、「内田ほか『全集21』』として引用する〕参照。

- (98) 内田ほか『全集21』・前出注(97)5-10頁〔吉井〕。
- (99) 内田ほか『全集21』・前出注(97)171-172頁。
- (100) 明治28年／30年刑法草案は、教唆について、「正犯ニ准ス」(79条／78条)と改めた(内田ほか『全集21』・前出注(97)143頁)。なお、刑法改正審査委員会第53回の決議録(明治27年4月11日)を見ると、「教唆者ハ性質上正犯ニモアラス又従犯ニモアラサルヲ以テ改正刑法第七十五條〔＝教唆犯の規定〕ニハ特ニ正犯ニ准スト修正ヲ要シタリ」とある(同書99頁上段)。また、幫助について、明治28年刑法草案は、「重罪ヲ犯ス者ヲ幫助シ其實行ヲ容易ナラシメタル者ヲ従犯ト爲シ正犯ノ刑ニ照シ之ヲ減輕ス」(80条)と規定し、明治30年刑法草案は、「正犯ヲ幫助シタル者ハ従犯トス」(79条)、「従犯ノ刑ハ正犯ノ刑ニ照シテ減輕ス」(81条)と規定した(同書143頁)。いずれの案も、幫助を従犯とし、減輕する規定形式を維持したが、総則「共犯」との関連性という(3)の見地からすると、このことと自殺補助罪の規定が削除されたこととの関係が問題となりうる。
- (101) 内田ほか『全集21』・前出注(97)130頁、140頁。
- (102) 内田ほか『全集21』・前出注(97)131頁。
- (103) 例えば、尊属殺人の規定は、明治28年刑法草案254条1号／明治30年刑法草案258条1号とされ、普通殺人罪の直後に配置された(内田ほか『全集21』・前出注(97)171頁)。
- (104) 内田ほか『全集21』・前出注(97)26頁〔吉井〕。
- (105) 溝淵正気＝藤田次郎(龜山貞義校閲)『新舊對照刑法草案理由書完』(法典實習會・明治31年)276頁には、明治30年刑法草案261条(自殺教唆・囑託殺人)について、特段の解説は見られない。これに対し、中島晋治(石渡敏一＝勝本勘三郎校閲)『現行刑法對比改正刑法草案理由(罪名編)』(法政學會・明治32年)217頁には、同条について、「現行法〔＝旧刑法〕ニ所謂下手者ト補助者トヲ總括シ被殺者ノ囑託ニ依リ云々トシタルハ専ラ裁判官ノ斟酌ニ一任シタルモノナリ」という解説がある(ただし、いずれも「公式の『理由書』ではない」(内田ほか『全集21』・前出注(97)26頁〔吉井〕)。なお、自己凶利自殺教唆の規定の削除については、後出・明治33年刑法改正案の理由書と概ね同様の解説がある)。しかし、明治30年刑法草案において、囑託殺人罪と普通殺人罪(257条)は「殺シタル」という共通の文言を用いているので、自殺補助罪の規定の削除により、旧刑法上処罰される自殺補助(の少なくとも一部)が非犯罪化されるに至ることは否定できない。問題は、その理由をどのように説明するか、である。この点が、総則「共犯」との関係として

問題になる（本章第2節参照）。

- (106) 内田ほか『全集21』・前出注（97）10-12頁〔吉井〕、内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕（3）-I 日本立法資料全集22』（信山社・平成6年）5頁〔吉井蒼生夫〕〔以下、「内田ほか『全集22』』として引用する〕。
- (107) 内田ほか『全集21』・前出注（97）489頁上段。
- (108) 内田ほか『全集21』・前出注（97）571頁下段。
- (109) 内田ほか『全集21』・前出注（97）496頁。なお、旧刑法の違警罪は「軽罪」に改称された。
- (110) 内田ほか『全集21』・前出注（97）500頁上段。
- (111) この点については、内田ほか『全集21』・前出注（97）531頁をも参照。
- (112) 山火正則教授は、「法定刑の幅が大きいとい現行刑法の特徴は、この明治二八年案・明治三〇年案〔＝明治28年／30年刑法草案〕がすでにその基本的方向とするものであった」（内田ほか『全集21』・前出注（97）18頁）と指摘する。確かに、刑法改正審査委員会第6回（明治25年2月20日）の決議録を見ると、犯罪の区別を改めた理由について、「現行刑法〔＝旧刑法〕ニ於テ罪ヲ別テ重罪、軽罪、違警罪ノ三種ト爲シタルモ此區別タル當時立法者カ刑ヲ盛ルニ付テノ標準ニ設ケタルニ過キサルモノニシテ罪其モノニ決シテ此區別アルニアラス罪ハ一ナリ然ルニ此標準即チ重罪、軽罪、違警罪ノ區別タル其區別方法ノ適當ナラサル今日學者ノ抗撃ノ焦點トナレリ」とあり、さらに、「重罪」（旧刑法の重罪と軽罪）の主刑を死刑・懲役・禁錮・罰金——明治28年／30年刑法草案とは異なり、剝奪公権および監視は附加刑であった——とした理由について、「刑ニシテ其種類ノ多キトキハ徒ラニ實際ノ錯雜ヲ來スノミニシテ何等ノ實益」もないとある（同書49頁）。また、溝淵ほか・前出注（105）20頁にも、「刑名ヲ減シタルコト」という見出しのもとに、旧刑法「ニ於テハ……十四種ノ刑名アルニ至レリ……斯ノ如ク多數ノ刑ヲ設ケタルモ其實定役ノ有無刑期ノ長短ニ依ルノ外之ヲ區別スヘキモノナク唯其名ヲ異ニシテ其實ヲ同フシ徒ラニ監獄事務ノ煩雜ヲ來スノミニシテ何等ノ實益ヲ見サルナリ」という解説がある。さらに遡れば、刑名の減少は、すでに明治23年改正刑法草案——旧刑法のような重罪と軽罪の区別をなお維持していた——に見られた（内田ほか『全集20-3』・前出注（88）161頁上段。また、その理由については、同書201頁）。
- (113) 内田ほか『全集21』・前出注（97）520頁。
- (114) 内田ほか『全集21』・前出注（97）532頁下段。
- (115) 内田ほか『全集21』・前出注（97）11-12頁〔吉井〕、内田ほか『全集22』・前出

注(106)7頁〔吉井〕。

(116) 内田ほか『全集22』・前出注(106)54頁下段。

(117) 内田ほか『全集22』・前出注(106)142頁上段。なお、自己凶利自殺教唆と普通自殺教唆の統合については、明治33年刑法改正案の理由書『刑法改正案参考書』と実質的に同様の説明がなされている。

(118) すでに、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(平成元年)158頁注(29)が、本文と同旨の岡田朝太郎『刑法講義』(訂正三版・明治39年)252頁を参照しつつ、承諾殺人の明文化の理由を解明している。本稿の分析は、秋葉教授による分析を補強するものである。

(119) 承諾殺人そのものではないが、自殺に失敗して苦しむ者をその苦しみから免れさせるために殺害した事例について、堀田正忠(第1章第1節2)および井上操(同4)は、嘱託を欠く以上故殺であると論じるが、故殺とするのが酷であることを認める。堀田と井上が明示的に述べているわけではないが、この種の事例において(嘱託ではなく)承諾が肯定される場合はあるはずであり、その場合、承諾殺人を故殺とすることは、なおさら酷であると理解されることになろう。また、井上のように、暗黙の嘱託をも認める場合、嘱託殺人と承諾殺人の区別は、より曖昧になるだろう。

(120) 内田ほか『全集22』・前出注(106)15頁〔吉井〕、内田文昭=山火正則=吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕(4) 日本立法資料全集24』(信山社・平成7年)5-6頁〔吉井蒼生夫〕〔以下、「内田ほか『全集24』』として引用する〕、内田文昭=山火正則=吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕(5) 日本立法資料全集25』(信山社・平成7年)5-7頁〔吉井蒼生夫〕〔以下、「内田ほか『全集25』』として引用する〕。

(121) 内田ほか『全集24』・前出注(120)52頁下段-53頁上段(条文番号は338条であるが、誤記であろう)。明治34年刑法改正案238条(自殺教唆および嘱託・承諾殺人)について、特に意見は寄せられなかったようである(内田文昭=山火正則=吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕(3)-II 日本立法資料全集23』(信山社・平成6年)44頁下段、206頁上段参照)。そのためか、刑法再整理案にも、明治34年刑法改正案238条に対する特段の修正は認められない(内田ほか『全集22』・前出注(106)387頁上段参照)。明治35年刑法改正案①238条が、明治34年刑法改正案238条をそのまま引き継いだのは、このような事情に起因すると推測しうる。

(122) 内田ほか『全集24』・前出注(120)136頁下段-137頁上段。

- (123) 内田ほか『全集25』・前出注（120）47頁上段。ただし、明治35年刑法改正案①238条について、まったく議論がなかったわけではない。明治35年（1902年）2月17日の貴族院刑法改正案特別委員会では、菊池武夫委員より、238条の「教唆」という文言の直前に「脅迫又ハ」という文言を加えることが提案された。しかし、この提案は、若干の議論の末、否決された（内田ほか『全集24』・前出注（120）524頁上段-525頁下段）。この議論については、谷直之「自殺関与罪に関する一考察」同志社法学44巻6号（平成5年）160頁上段参照。
- (124) 内田ほか『全集25』・前出注（120）9-10頁〔吉井〕。
- (125) 内田ほか『全集25』・前出注（120）342頁下段-343頁上段。
- (126) 内田ほか『全集25』・前出注（120）427頁上段。
- (127) 内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕（6）日本立法資料全集26』（信山社・平成7年）6頁、8-11頁〔吉井蒼生夫〕〔以下、「内田ほか『全集26』』として引用する〕。
- (128) 内田ほか『全集26』・前出注（127）143頁下段-144頁上段。
- (129) 内田ほか『全集26』・前出注（127）20頁〔山火正則〕。明治35年刑法改正案①／②に係る同種の指摘として、内田ほか『全集24』・前出注（120）21頁〔同〕、内田ほか『全集25』・前出注（120）17頁〔同〕。
- (130) 普通殺人・尊属殺人については、明治39年刑法改正案以前から、未遂処罰規定が置かれていた。祖父母父母に対する特則を節・章として一括規定する方式が改められた以降に限っても、例えば、明治28年刑法草案255条、明治30年刑法草案259条（以上、内田ほか『全集21』・前出注（97）171頁）、明治33年刑法改正案245条（同書489頁上段）、明治34年刑法改正案236条（内田ほか『全集22』・前出注（106）54頁下段）、明治35年刑法改正案①236条（内田ほか『全集24』・前出注（120）52頁下段）、明治35年刑法改正案②235条（内田ほか『全集25』・前出注（120）342頁下段）。
- (131) 内田ほか『全集26』・前出注（127）236頁。なお、⑤第2次審議の結論・総会の修正条項一覧とされる資料（同書16頁〔山火〕）にも、「第二百二十二條 『人ヲ教唆シテ自殺セシメ』ヲ『人ヲ教唆又ハ幫助シテ自殺セシメ』ト云フ趣旨ニ修正シ文字及ヒ整理ハ起草委員ニ一任ス」（同書106頁下段）という記載がある。また、⑥法律取調委員会委員総会第28回での「議事の対象とされた整理案」とされる資料（同書25頁〔同〕）にも、「第三十九 第二百二十二條 『人ヲ教唆シテ』ヲ『人ヲ教唆若クハ幫助シテ』ト修正ス」（同書94頁下段）という記載がある。

- (132) 内田ほか『全集26』・前出注(127)254頁下段(「第三十九 異議ナク可決」)。
- (133) 内田ほか『全集26』・前出注(127)276頁下段。
- (134) 内田ほか『全集26』・前出注(127)352頁上段。ちなみに、明治35年刑法改正案②(第17回帝国議会提出)233条(普通殺人)および234条(尊属殺人)の未遂処罰規定(235条)に関する理由書『刑法改正案参考書完』の説明を見ると、「第二百三十五條ハ殺人ノ未遂ニ關スル規定ニシテ現行法〔＝旧刑法〕ト全ク同一趣旨ニ基ク規定トス」(内田ほか『全集25』・前出注(120)427頁上段)と記載されていたが、これが本文のように書き改められたことになろうか。
- (135) 内田ほか『全集26』・前出注(127)11頁〔吉井〕、内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕(7)日本立法資料全集27』(信山社・平成8年)5-12頁〔吉井蒼生夫〕〔以下、「内田ほか『全集27』」として引用する〕。
- (136) 内田ほか『全集26』・前出注(127)458頁下段(貴族院刑法改正案特別委員会)、473頁上段(第一読会)、497頁上段(第二読会)、498頁上段(第三読会)、内田ほか『全集27』・前出注(135)48頁下段(貴族院修正可決案)、197頁下段(衆議院刑法改正案委員特別調査委員会)、286頁上段(衆議院刑法改正案委員会)、327頁下段(第二読会)、328頁上段(第三読会)、348頁下段(衆議院修正可決案)、406頁下段(改正刑法正文)。
- (137) ただし、自殺補助罪の規定の削除に関する中島・前出注(105)の解説を前提にすると、本文のような理解が意識的に基礎に置かれていたとまでいうことは困難であろう。ちなみに、司法省雇法律顧問であり、法律取調委員会委員をも務めたが、明治23年10月に帰国したオットー・ルードルフ(Otto Rudorff)は、「自殺ニ關スル罪」について、「抑、法理上ノ當然ヲ以テ之ヲ推セハ自殺ノ教唆及補助ヲ罰スヘカラス何トナレハ自殺ハ罰スヘキ所爲〔二〕アラサレハナリ若シ是ヨリシテ特ニ重罪及輕罪ヲ設ケント欲セハ道義上決シテ之ヲ非難スヘカラス去レト其他謀殺、放火等ノ所爲ニシテ若シ罰スヘカラサル時ハ其教唆モ亦斷然罰スヘカラサルカ如キ論點ヨリシテ考フレハ此重罪輕罪ヲ設クルハ頗ル不穩当ナリ故ニ宜シク第三百二十條ノ末文ヲ改正シ只故意ヲ以テナセル補助ノミヲ罰スルハトスヘシ」(内田ほか『全集20』・前出注(70)518頁上段。□内は編著者による)と論評していた。山火正則教授は、この論評を、「自殺教唆及び補助(『囑託ヲ受ケテ自殺人ノ爲ニ手ヲ下シタ』行為)」を不可罰とし、囑託のない単なる補助のみを可罰とすべしとするものと思われる」(同書30頁)と解釈する。当時のドイツ刑法の立場に従って、自殺教唆・幫助——囑託殺人を除く——を不可罰とすべきであるという意見のようにも

- 読めるし、最後の記述にいう「第三百二十條ノ末文」は、自殺補助の規定と解釈せざるをえないように思われるが、その一方で、「故意ヲ以テナセル補助」の意義は明らかでない。なお、オットー・ルードルフについては、小柳春一郎「裁判所構成法原案起草者オットー・ルードルフ」小柳春一郎＝蕪山巖編著『裁判所構成法 日本立法資料全集94』（信山社・平成22年）297頁以下参照。
- (138) ボアソナード（日本刑法草案会議）による指摘として、西原春夫ほか編著『旧刑法〔明治13年〕(3)-III 日本立法資料全集34』（信山社・平成9年）226頁上段。なお、旧刑法の囑託殺人を念頭に置くものではないが、小野清一郎博士は、明治20年代は「フランス法學の影響が壓倒的であつた」（小野清一郎「刑法學小史」『刑罰の本質について・その他』（有斐閣・昭和30年）412頁）と指摘する。
- (139) 谷・前出注（123）185頁下段-186頁上段。
- (140) なお、旧刑法における「自殺ニ關スル罪」について、囑託殺人と自殺補助を「自殺幫助」として一括し、それと自殺教唆を対比していたものとして、宮城『刑法正義下』・前出注（23）668-669頁。また、前出注（40）参照。
- (141) 明治35年刑法改正案①の理由書『刑法改正案参考書完』は、「現行法〔＝旧刑法〕ハ重罪、輕罪ノ自由刑ヲ分テ數種ト爲シ定役アル自由刑ハ無期、有期ノ徒刑、重輕懲役及ヒ重禁錮トシ定役ナキ自由刑ハ無期、有期ノ流刑、重輕禁獄及ヒ輕禁錮トシ刑期ノ長短ニ依リ僅ニ其輕重ヲ區別スト雖モ其執行方法ニ至リテハ殆ト其輕重ヲ區別ス可キ標準アルコトナシ斯ノ如ク自由刑ニ多數ノ階級ヲ設ケタル結果トシテ刑期ノ範圍狹隘ニ失シ現時殆ト其害弊ニ堪ヘサルモノアリ改正案カ重罪、輕罪、違警罪ノ區別ヲ廢止シタルハ專ラ因リテ以テ自由刑ノ刑期ノ範圍ヲ擴張セント欲シタルニ在リ是ヲ以テ本條〔＝9条〕ニ於テハ現行法〔＝旧刑法〕ノ徒刑、懲役及ヒ重禁錮ヲ合シテ之ヲ懲役ト爲シ流刑、禁獄及ヒ輕禁錮ヲ合シテ之ヲ禁錮ト爲シ定役ノ有無ニ依リテ判然二者ヲ區別シタリ」（内田ほか『全集24』・前出注（120）65頁下段）として、明治28年刑法草案以降の、「重罪」（旧刑法の重罪・輕罪）と「輕罪」（旧刑法の違警罪）の區別すら廢止した理由を、明治28年刑法草案と同じく自由刑の刑期の範圍を拡張するという方針に求めた。この説明は、「明治40年刑法改正案」の理由書『刑法改正案参考書完』でも、維持された（内田ほか『全集26』・前出注（127）289頁下段参照）。
- (142) 歴史的観点からではないが、自殺関与の共犯性を否定する谷教授の主張に批判的なものとして、中山研一「刑事法學の動き 谷直之『自殺関与罪に関する一考察』」法律時報67卷8号（平成7年）96頁。

