

創価

ロージャーナル

vol.17

March

2024

論 説

「中華人民共和国法律援助法」の制定

●岡本 梢

ドイツ刑法217条の違憲判決における

「生命の保護」と自殺関与の可罰性

●佐瀬 恵子

研究ノート

アメリカ法における精神的苦痛の故意加害の

不法行為（I I E D）の保護法益

●土平 英俊

報 告

「2023年度 創価大学法科大学院教員研究活動

報告会」

●花房 博文



創価大学 法科大学院

SOKA LAW SCHOOL

Contents

論 説

「中華人民共和国法律援助法」の制定

……………岡 本 梢 (1)

ドイツ刑法217条の違憲判決における「生命の保護」と

自殺関与の可罰性

……………佐 瀬 恵 子 (27)

研究ノート

アメリカ法における精神的苦痛の故意加害の

不法行為（IIED）の保護法益


……………土 平 英 俊 (53)

報 告

「2023年度 創価大学法科大学院教員研究活動報告会」

……………花 房 博 文 (75)

March 2024 Vol. 17



創価大学法科大学院

論 説

「中華人民共和国法律援助法」の制定

岡 本 梢

一 はじめに

2021年8月、「中華人民共和国法律援助法」¹⁾(以下、「中華人民共和国」は省略する。)が制定され、2022年1月1日に施行された。同法は、第1章総則、第2章機構と人員、第3章形式と範囲、第4章手続きと実施、第5章保障と監督、第6章法的責任の全71条で構成されている。社会主義国家にとって、社会的・経済的弱者に対し救済の手を差し伸べ、公正な社会を実現することは、重要な任務であり、「共同富裕」を掲げる中国にとっても、法律援助事業の拡大・発展は、刑事分野における最重要課題であった。そこで制定されたのが、法律援助法である。

同法の「法律援助」には、①法律相談、②法文書の代行作成、③刑事弁護、④民事事件、行政事件、国家賠償訴訟の代理人、⑤当番弁護士による法的援助、⑥労働紛争調停及び仲裁の代理が含まれるが(第22条)、刑事手続において、法律援助の重要な役割を担っているのが刑事弁護における「指定弁護制度」である。日本でいうところの国選弁護制度と同様に、弁護士費用を公的に援助する制度であるが、弁護人の選任権者が裁判所ではなく、公的資金を受けた第三者団体たる「法律援助機構」である点で公選弁護人制度と

1) 日本の資料では「法律支援法」と翻訳しているものも見られるが(国立国会図書館調査及び立法考査局「外国の立法」NO.290-2)、ここでは中国語原文をそのまま使用し「援助法」と表記する。「法律援助」は他に「法律扶助」などとも訳される。

いうカテゴリーに属するものと考えられる。

本稿は、指定弁護制度を中心に、同法が従前の法律援助制度からいかなる発展を遂げたのか、その特徴を述べた上で、残された課題について検討するものである。

二 法律援助法制定の経緯

1979年に制定された中国初の刑事訴訟法において、形式的に指定弁護の規定は置かれたが（79年刑訴法第27条）、「刑事弁護」という概念がそもそも浸透していなかったことから、弁護人の選任者であった裁判所の裁量によって弁護人が選任されないケースが多く、ほぼ機能していなかった。

実質的な法律援助のスタートは1996年に改正された刑事訴訟法（96年刑訴法）からであるといつてよい。その時点において、指定弁護の対象となったのは、①貧困者、②盲人、聾啞者、未成年、③死刑事件のいずれも「被告人」のみであったが、その後、2003年には法律援助条例が制定され、「被疑者」も法律援助の対象となった。同条例により、法律援助が、これまでの弁護士による慈善事業型から、「政府の責任」で実施されるべき事業であると明記され、全国に「法律援助機構」も設立された。これを受けて、2012年の刑事訴訟法改正において、被疑者、精神疾患患者、無期刑の場合も刑事訴訟法上法律援助（指定弁護）が受けられると規定され、必要的弁護の対象が拡大された。また、弁護人の指定権者を裁判所から法律援助機構へと移行することにより、裁判所の裁量により弁護人を付していた従来の制度よりも法的援助を受けられる機会が広がった。

さらに、2018年改正刑事訴訟法では、指定弁護の他に、当番弁護士制度が規定された。日本において、当番弁護士制度は刑事訴訟法上の制度ではないが、中国では、刑事訴訟法上の制度とされ、法律援助機構は、人民法院（裁判所）もしくは看守所（拘置施設）に当番弁護士を派遣して常駐させることができる。被疑者、被告人は、私選弁護人を付しておらず、指定弁護人も選任

されていない場合には、当番弁護士に法律相談をすることができ、手続きについてアドバイスをもらったり、強制措置（強制捜査）の変更申請や事件処理に対する意見書の提出等の諸活動を行ってもらえることができる。

以上の通り、法律援助制度については、常に発展に向けた改革が行われ続けており、2014年に一部の地域で行われた調査によると、「経済的事情により弁護人を付せられない場合に法律援助を受けられるか。」との質問に対し、「非常に受けられる。」と回答した者が40.6%、「受けられる。」と回答した者が47.3%と高水準に達しており、地域によっては成果を上げた²⁾と評価できる。

このように発展を遂げてきた法律援助制度であったが、どうしても経済発展の違いからくる地域差が生じ、法律援助条例が制定された後の2007年には、チベット自治区を除く全ての地域に法律援助機構が設立され、その数は3259にまで至っていたもの³⁾、近年では、法律援助機構がなくなる地域も出てきていたとのことである⁴⁾。特に、資金面の問題や捜査機関側の協力体制、弁護士の質などをめぐる問題点が残されており、その一因として、刑事訴訟法及び法律援助条例には、法律援助の実施手続きに関する規定や経費の取り決めに関する規定がほぼ空白であったことが指摘されてきた⁵⁾⁶⁾。

そこで、法律援助の更なる発展と十全化を目指して制定されたのが、法律援助法である。法律援助法は、経済的に困難な状況にある国民に対し、国が、法律相談、訴訟代理、刑事弁護等を無償で提供する制度を定めた法であり（同法第2条）、民事及び刑事両面にわたる法的支援を定めたものである。

2) 拙稿「中国刑事手続きにおける『公判中心主義』に向けた取組みと2012年刑訴法改正後の『刑事弁護制度』の現状」創価ロージャーナル第12号（2019年）106頁。

3) 人民網日本語版2008年9月5日。

4) 顧永忠「〈法律援助法〉立法历程中的六个重要問題」中国檢察官（2021年第19期）7頁。

5) 拙稿「中華人民共和国における弁護権の保障—被疑者の弁護人依頼権を中心に—」中央大学博士論文（2015年）98頁。

6) 陈永生「论刑事法律援助的保障机制—以法律援助范围之扩大为分析重点」政治与法律（2022年第6期）160頁。

日本でいうところの「総合法律支援法」（平成16年法律第74号）に近い。日本では、総合法律支援法のもと、その運営主体として日本司法支援センター、通称「法テラス」が設置され、同センターが、民事法律扶助事業関係の業務、国選弁護人の選任に関する業務、司法過疎地域における法律事務に関する業務、犯罪支援者の支援に関する業務等を行っている。中国も同様に、法律援助機構が設置され、当該機関が法律相談、法律文書の作成代理、刑事弁護、訴訟代理、当番弁護士による法的援助、労働争議の調停・仲裁代理等の法的サービスを提供している（第22条）。

三 法律援助法の特徴

1 法律援助対象者の拡大

日本においては、勾留状が発せられている被疑者及び被告人に対し、国選弁護制度が用意されており、具体的な対象者は、①貧困その他の事由により弁護人を選任することができない被疑者、被告人、②未成年の被告人、③年齢70歳以上の被告人、④耳の聞こえない又は口のきけない被告人、⑤心神喪失又は心身耗弱の被告人、⑥精神上の障害その他の事由により弁護人を必要であるかどうかを判断することが困難である疑いがある被疑者となっており、①が請求により認められる国選弁護（刑訴法第36条、第37条の2）、②以降が職権による国選弁護となっている。職権による場合、裁判所が弁護人を付することになるが、義務的ではなく、「付することができる」として裁量を認めている。

中国においても、指定弁護の対象は日本とほぼ同様である。すなわち、中国刑事訴訟法上、刑事法律援助の対象者として、①経済的困難もしくはその他の理由で弁護人を依頼できない被疑者、被告人（刑訴法第35条1項）、②盲人、聾啞者、精神病者の被疑者、被告人（同2項）、③無罪、死刑に処せられるおそれのある被疑者、被告人（同3条）、④未成年（刑訴法第278条）が規定さ

れており、①については、本人もしくは近親者から法律援助機構に対する申請を要するが、②から④については、職権で付される。職権による場合、日本とは異なり、指定弁護を付すように法律援助機構へ通知を行うことは必要的とされており、その義務を負う機関として、人民法院だけではなく、検察院及び公安（警察）も含まれている。

法律援助法では、刑事訴訟法に定められている上記対象者に加え、⑤死刑再審事件の被告人（同法第25条1項5号）、⑥欠席裁判の被告人（同6号）に対象を広げている。さらに、⑦簡易手続や迅速手続を経ない一般手続（普通手続）についても、被告人に私選弁護人がいない場合には、人民法院は法律援助機構に通知することができるとしており（同法第25条2項）、法律援助の範囲を拡大している。⑤及び⑥は必要的であり、⑦については、人民法院の裁量に委ねられている。

⑦の一般手続の被告人にも法律援助を認めた点については、簡易手続及び迅速手続を経ない場合、すなわち、中国版司法取引制度である「認罪認罰從寬制度」によって罪を認めた者以外を基本的には対象としていると考えられるため、同制度との関係を意識しつつその性質を見ていく必要がある。公募意見では、全ての被告人に法律援助弁護士を付けるべきであるとされたが、人員的に加重負担となることから、同案は採用されなかった。他方で、認罪認罰制度導入以来、簡易手続ではなく、一般手続に入る被告人数は減少したことから、その範囲であれば人的資源を活用できるとして、一般手続の被告人に法律援助を認めることとしたと考えられる。また、一般手続に入る被疑者は、認罪認罰制度を利用しなかった者、すなわち否認事件の被告人を主とすることから、事件の性質上、専門家たる弁護士⁷⁾介入の必要性が高まるといえ、立法にあたりその点も考慮されたと考えられる。さらに、一般事件における被告人の場合、人民法院は、法律援助弁護士を手配するよう法律援助機構に通知「しなければならない」ではなく、「できる」として、裁量の幅を認めているのは、認罪認罰制度の浸透に地域差があるからである

7) 陈卫东「《法律援助法》的三点创新」中国檢察官（2021年第19期）10頁。

と考えられる。認罪認罰制度は、2018年改正刑事訴訟法によって開始された制度であり、その実施状況は地域毎に異なるのが現状である。認罪認罰制度の進んでいない地域において、一般事件の全被告人を法律援助の対象として含めると、対象となる被告人が多数に上るため、地域の実情に応じて決定できるよう、法律援助の手配を義務化しなかったものと考えられる⁸⁾。

⑤乃至⑦以外の類型は、いずれも刑事訴訟法上も法律援助の対象者とされてきたが、条文上の文言に対象の隔りがある。例えば、刑事訴訟法では、「盲人、聾啞者」と規定されているが、法律援助法においては、「視力、聴力、言語能力に疾患のある者」と規定されている（同法第25条1項2号）。2011年5月から実施されている中国の「残疾人残疾分類と分級」によると、視力障害には、盲人（全盲）及び低視力の者も含むとされていることからすると、法律援助法は、刑訴法が対象とする身体障害者の範囲を拡大したものと考えられる⁹⁾。

以上のとおり、法律援助法は、その対象者を拡大した点で、被疑者・被告人の弁護人依頼権の保障に資するものであり、評価できる。

2 法律援助実施のための手続き

法律援助の充実のためには、法律援助事業を担う法律援助機構、弁護士と捜査、公判を担う公安、検察院、人民法院がいかに協力して法律援助を実施するかが重要となる。特に、公安をはじめとする捜査機関の権限が強大な中国においては、検察院、公安、そして人民法院の果たすべき職責が重要となる。そこで、法律援助法は、人民法院、検察院、公安が各自の職責の範囲内において、対象者が法律援助を受けられるよう保障しなければならないとし、法律援助を担う弁護士等が円滑に職務を遂行できるよう便宜を図らなければならないとした（第6条）。具体的にどのように法律援助機構と連携して

8) 顧・前掲4) 8頁。

9) 程滔「法律援助制度的创新与发展—以《法律援助法》的颁布为视角」法治视点(2022年) 101頁。

いくつかについては、第四章「手続と実施」に比較的詳細に規定されている。これまで、刑事訴訟法においても、法律援助条例においても、法律援助の詳細な実施手続きを欠いており、それを要因として法律援助事業、特に捜査段階での法律援助が進まなかったこと¹⁰⁾から、第四章においてその実施手続きを詳細に定めたものと考えられる。

(1) 法律援助を受けられる権利の告知

まず、法律援助の対象となる者に対して、法律援助を受けられる権利の告知がなされるよう、関係機関に告知義務が課せられた。

日本では、身柄を拘束された被疑者については、弁護士選任権の告知の際に、弁護士、弁護士法人又は弁護士会を指定して弁護人の選任を申し出ることができる旨とその申出先を教示しなければならないとされており（刑訴法第203条3項）、通常このタイミングで当番弁護士制度についても説明があるが、日本において当番弁護士は刑事訴訟法上の制度ではないから、当番弁護士についての告知を欠いても違法とはならない。一方、被疑者国選弁護制度については、逮捕時に弁解録取とあわせて「直ちに」勾留を請求された場合には国選弁護人を選任できる旨告知される（刑訴法第203条1項、4項）ため、当該告知を欠くと違法となる。また、被告人についても、公訴の提起があった場合、遅滞なく裁判所から被告人に対し、国選弁護の選任請求権が告知される（刑訴法第272条）。日本においても、¹¹⁾ 弁護士の選任を巡って問題が生じた事例も見受けられるが、基本的には以上の告知制度をもって当番弁護士制度及び国選弁護制度が十分に機能している。

他方、中国刑事訴訟法においては、弁護士依頼権を有する旨の捜査官から被疑者に対する告知義務については規定があるものの（第34条2項）、被疑者が貧困その他の理由で弁護士を付せない場合に法律援助が申請できる点については、特に告知義務を課しておらず、そのような被疑者は法律援助を「申

10) 陈永生・前掲6) 162頁。

11) 京都地判平18.11.15 LLI/DB 判例秘書登載。

請できる」と規定するのみである（第35条1項）。つまり、日本のような国選弁護の選任請求権の告知について、刑訴法上は規定を欠くのである。

いずれの国においても、被疑者・被告人は法律に精通していないことが多く、法律援助を受けられる権利があることを知らない者も多い。中国では、教育格差もあることから、そのような被疑者は更に多くを占めると考えられ、かつ、そもそも、中国は、当初刑事弁護人の介入に消極的であったのであるから、捜査機関側の自主的な運営に委ねることは妥当ではなく、明確に捜査機関側の告知義務等、法律援助の円滑な実施のために果たすべき義務を条文上示す必要がある。そこで、法律援助法は、人民法院、検察院、公安に対し、「事件処理もしくは関係する事務を行う際」には、「速やかに」、対象者に対し、法律援助を申請する権利がある旨を告知しなければならないとして告知義務を明確に定めた（第35条）。この規定に対しては、「事件処理、関係する事務を行う際」とは具体的にどの手続き段階か、また、「速やかに」とは具体的にいつまでか明確ではなく、より具体的な文言による限定が必要であるとの問題点の指摘はあるものの、¹²⁾長年に渡り告知義務がなかった点を克服したものであり、全人代の法律援助事業発展に向けた真摯な姿勢が表れていると評価できる。

また、当番弁護士についても、中国は日本と異なり刑事訴訟法上の制度であることから、法律援助法は、人民法院、検察院、公安は弁護人がいない被疑者・被告人に対し、当番弁護士と面会できる旨の告知をしなければならないと定めている（第38条）。当番弁護士は、日本のようなボランティアという位置づけではなく、法律援助事業のみならず、認罪認罰制度を担う重要な役割を有することから、¹³⁾このような規定が置かれたものと考えられる。中国では、当番弁護士が拘置施設に常駐していることから、より迅速な援助が受けられる。

12) 陈永生・前掲6) 166頁。

13) 拙稿「中国刑事手続きにおける認罪認罰制度と当番弁護士制度」創価法学第50巻第1号（2020年）21頁。

以上の通り、告知義務に関しては、法律援助法の制定を以て、一応の解決が図られたといえる。

(2) 捜査機関等と法律援助機構との連携

次に、捜査機関が法律援助機構へ法律援助の申請をし、同機構が弁護士を手配するための手続きである。まず、人民法院、検察院、公安は、事件処理の過程で、法律援助対象事件（第25条1項）、あるいは強制医療事件であることが判明した場合には、3日以内に法律援助機構へ、弁護士の手配を通知しなければならないとされており、同機構は、通知を受け取った後、3日以内に弁護士を手配しなければならないとされている（第36条）。また、身柄が拘束されている被疑者・被告人が薬物治療等による強制隔離のために法理援助の申請ができない場合、処理機関が24時間以内に法律援助機構に申請することとなっている。さらに、法律援助の対象となる被疑者・被告人は、当番弁護士を通じて法律援助の申請をすることも可能となっており、当番弁護士は24時間以内に法律援助機構へ申請することとなっている（第39条）。このように、法律援助法上、各機関からの法律援助機構の申請については、時間制限が設けられており、迅速かつ確実に法律援助申請がなされるよう配慮されている。

他方で、問題点も指摘されている。規定上、時間制限の起算点が不明瞭であり、結局は法律援助機構への通知が迅速に行われぬ場合が想定できるのではないかとの懸念である。すなわち、人民法院、検察官、公安は、法律援助の対象事件であると「判明してから」3日以内に法律援助機構へ通知しなければならないとされており、その始期が捜査官らの主観に委ねられている点で、通知の遅れが生じかねないのである。実際に、過去の事例として、指定弁護事件であることに捜査官が気づかず、立件後10日以上、事件によっては2ヶ月以上経ってからようやく気づき、通知を行ったとの事例が報告されている¹⁴⁾。立件から2ヶ月以上たつて、はじめて法律援助が受けられるとすれば、それは法律援助を受けていないも同然であり、かつ、捜査官は「判

14) 陈永生・前掲6) 168頁。

明してから」「3日以内」に通知しているのであるから、何ら法に違反せず、被疑者としてはそれに対して取り得る対抗手段もない。法律援助法によって、上記のように法律援助機構への通知に期限が付された以上、今後はそういった事態が生じないことを期待したい。

3 社会、国民の参与

法律援助事業を担うのは、弁護士を中心とした法律専門家及び法律援助機構であり、それらと被疑者・被告人をつなげる重要な役割を担うのが人民法院及び捜査機関である。これらの他に、法律援助法では、広く社会、国民の参与を促しており、この点は中国法律援助制度の大きな特色とあってよい。法律援助に対する国民の関心と知識が深まれば、権利主張ができる被疑者・被告人が増加し、法律援助の利用率が高まる。また、国民による国家機関及び弁護士等の専門家への監視・監督機能も期待できる。さらに、法律援助の担い手不足を全国民でカバーすることが可能となるなど、メリットは多い。

法律援助法が定める社会参加についての規定を見るに、第3条では「法律援助事業は、中国共産党の指導及び人民中心を堅持し、人権保障を尊重し、公開・公平・公正の原則を遵守し、国家保障と社会参与の結合を実行する。」と規定し、法律援助事業への社会参加について宣言している。これを受けて、第8条では「国家は、¹⁵⁾群团组织、¹⁶⁾事業体、社会組織が司法行政部門の指導の下、法に従い法律援助を提供することを奨励及び支持する。」として、各種団体による法律援助の参加を奨励している。そのような、法律専門家集団ではない団体がいかにして「法律援助を提供」するのは条文上明らかではないが、第9条が、第8条とは別に、経済的支援について各種団体や個人の関わりを奨励していることからすると、第8条の「法律援助の提供」は、

15) 群团组织とは、群衆性団体組織の略。共産主義青年団のほか、中華全国婦女聯合会や中華全国総工会（労働組合の全国組織）、中国赤十字会など。

16) 社会組織とは、基金会や社会服務機構のことをいい、国際的分類から言えばNGOやNPOに近いものと考えられる。

単に経済的支援を超え、人的支援なども含むように思われる。人的支援でいうと、国家は「法律援助ボランティア業務」を支持するとしており、条件に沿う個人は、ボランティアとして法律援助を提供できるとしている。具体的には、法学を専門とする研究者及び学生は、法律援助ボランティアとして、司法行政部門の指導の下、法律相談及び法律文書の代書等の法律援助行為を行うことができるとされている（第17条）。2021年12月には、《法律援助ボランティア管理弁法》という法律も制定されている。これにより、法律援助業務を行う弁護士不足を補うことができるばかりではなく、弁護士よりも安価で法律援助業務を遂行できることとなり、資金不足の面においてもメリットとなるとの考えがあるものと思われる。法学を専攻する学生もその対象とすることで、将来弁護士等になって、法律援助に本格的に参入する人材を確保するという面もあり、法律援助を広く国民に知れ渡らせる機能もある等、法律援助への国民の理解、社会の参与を進める上で有益であり、中国らしい制度といえる。

経済的支援による社会参加については、上記団体に加え、個人レベルにおいても、寄付などを通して法律援助事業を支持することを奨励しており、法律援助に寄付を行った場合、条件を満たせば税制優遇が受けられるとしている（第9条）。高まる法律援助の需要に応えるためには、多面的な資金源が必要であり、その一つとして、国民からの寄付は重要な役割を果たす。寄付を推進すべく、法律援助の広報活動と支援者への報奨もわすれてはならない。この点については、司法行政部門に、法律援助の宣伝教育を行うこと等により、法律援助の知識の普及に努めるよう義務付けており、新聞メディアにも法律援助を宣伝するよう求めている（第10条）。また、情報公開についても、インターネットによる法律援助の情報化の強化を図っている（第51条）。支援者への報奨については、団体もしくは個人が法律援助に対し、顕著な貢献を果たした場合には、国家から表彰、奨励される旨規定されており（第11条）、社会的榮譽を受けるといふ、寄付への一つの誘引を用意している。

国民が法律援助事業に対し関心を寄せることで、事業全体のさらなる発展

に向けた機運が高まることに期待が寄せられている。

四 法律援助業務の質の確保

1 質向上のための各種取組み

法律援助法において、法律援助に従事するとされているのは、「弁護士」と「基層法律服務従事者」である。後者は、1980年代の弁護士不足と大都市偏在の問題に対応すべく作られた制度であり、¹⁷⁾ 郷鎮レベルで法的サービスを行う専門職である。¹⁸⁾ 主に民事事件を取り扱うが、刑事事件においても、訴訟の代理や当番弁護士以外の法律相談などは請け負うことができる。現在も民事事件においては、弁護士に匹敵する業務を行っているようであるが、¹⁹⁾ 司法試験のような高度な国家試験を経る必要はないため、²⁰⁾ 高度の専門性を要する刑事事件について被疑者・被告人の有効な弁護を受ける権利を保障するためには、法律相談の段階から、弁護士による法律援助を受けられることが望ましい。しかし、法律援助弁護士に対する報酬の低さなどから、全体的に、経験の浅い若手弁護士や弁護士資格を持たない基層法律服務従事者が法律援助の主たる担い手となっているのが現状であり、法律援助の質に疑問が

17) 中国における行政区画のひとつで、末端の自治区。中国憲法第30条1項：中華人民共和国の行政区画の区分は、次の通りである。(一) 全国を省、自治区及び直轄市に分ける。(二) 省及び自治区を自治州、県、自治県及び市に分ける。(三) 県及び自治県を郷。民族郷及び鎮に分ける。

18) 当該職責に関する法規として、《基層法律服務工作者管理弁法》(2000年3月30日司法部令第60号公布、2017年12月25日司法部令第138号改正)、《基層法律服務所管理弁法》(2000年3月30日司法部令第59号公布、2017年12月25日司法部令第137号改正)がある。

19) 三阪佳弘他『「前段の司法」とその担い手を巡る比較法研究』大阪大学出版社(2019年)259頁。

20) 省や自治区、市の司法行政機関が資格試験を実施している(基層法律服務工作者管理弁法第6条)。

21) 呈されている。法律援助法は、この点についていくつかの対策を講じた。

第一に、重罪事件については、法律援助の参入資格を設けた。すなわち、無罪事件、死刑事件及び死刑再審事件については、3年以上の執務経験を有する弁護士のみが参入できることとした。これにより、新人弁護士が右も左もわからないままに重大事件を請け負う危険は免れるため、一定程度の質の確保は適う。もっとも、当該重大事件はかなり限定的であり、さらに3年以上の執務経験との要件だけでは依然として経験不足も否定しえない場合もあるから、今後、弁護士に対する研修の機会を増やす等して全体的な刑事弁護技術の向上が望まれるところである。

第二に、法律援助業務に対する管理監督システムの強化である。まず、①司法行政部門に対し、法律援助業務に関する苦情申出及び調査処理制度の構築を要求し、苦情を受理した場合には、関係規定にしたがって調査及び処理を行い、合わせて申立人に処理の結果を告知しなければならないとした(同法56条)。また、②司法行政部門は、法律援助業務に対し監督を強化し、法律援助業務質量基準を定めなければならないとし、第三者評価などにより定期的に質量の審査を行うこととした(同法57条)。そして、③法律援助に関する情報公開制度を設立し、法律援助について広く国民に情報を開示し、社会による監督を可能とした(同法58条)。更に、④弁護士協会に対し、弁護士事務所及び弁護士に対する年度審査の際に、法律援助義務の履行状況を考慮に入れるよう義務付け、法律事務所ないし弁護士に義務の不履行や任務懈怠があった場合には、懲戒の対象とするよう義務付けた(第60条)。このように、法律援助業務について管理監督を強化することにより、法的サービスの質の向上を図ろうとしている。

第三に、費用の問題である。法律援助制度は、その開始時より、地域によっては常に経費不足の問題を抱えていた。例えば、州政府が法律援助の予算を全額負担する地域については、一定程度経費の問題はクリアしていたが、地域によっては、政府予算には頼らず、私的団体が運営・管理をして

21) 陈卫东・前掲7) 11頁。

いる都市などもあり、そういった地域では常に経費不足の問題を抱えていた²²⁾のである。法律援助の経費が適切に政府予算に計上されず、弁護士に支払われる報酬が少額となる一方で、法律援助制度の認知度があがるにつれて、サービスの質の向上が求められるようになった。刑事弁護人らは、低報酬で困難な業務を抱えることになり、当然にモチベーションは下がり、全体の質の低下が見られたのである。

そこで、かかる問題を解決するために、法律援助法は、以下のような規定をおいた。まず、県級以上の政府は、法律援助事業を国民経済と社会発展計画及び基本公共サービス体系に組み入れ、法律援助事業と社会経済の協調及び発展を保障し、法律援助にかかる経費を政府予算として計上しなければならないとした(第4条1項)。この「国民経済と社会発展計画に組み入れる」という文言に、新しい法律援助法の十全性が現れていると評価されている²³⁾。すなわち、中国では、1953年より、国を挙げて国民経済と社会発展をスローガンとし、國務院が5年ごとに計画を策定してきたが、これまで法律援助事業については、その計画における位置づけが曖昧であったところ、上記規定によって、同計画に組み入れると明確にされており、その点が評価に値するとされているのである。

また、各級政府は、予算を計上した後、「動態調整システム」を構築しなければならないとされている(第4条2項)。例年、同額の政府予算を形式的に決定すれば済むのではなく、各地域における社会経済の発展に応じて、流動的に経費を調整させるものである。従来は、財政が十分な地域であっても、「紅頭文書(共産党指導部により出される重要文書)がなければ支出しない」ことを表明し、しかし現実にはそのような文書が出されることはなく、法律援助の経費を欠いていたことから、まずは予算に組み入れることを義務付けた上で、地域の実情に応じて、また経済的発展に応じて予算を変動させるシステムの構築を義務付けた。

22) 拙稿・前掲5) 88頁。

23) 顧・前掲4) 7頁。

そして、法律援助を請け負う者に対して、法律援助機構は、「直ちに」手当を支給しなければならないと定め（第52条1項）、従来、報酬がすぐには支払われず、事件終了後しばらく経った後においても数百円さえ手元に届かないといった問題が頻発していたことに対する手立てを講じた。また、報酬基準についても、地方の社会経済の発展と法律援助の類型に基づいて、流動的に政府が調整すべきであるとして一応の基準を示した（第52条2項）。さらに、法律援助で得た報酬については、増値税と個人所得税の免税対象とすることで（第53条3項）、法律援助事業への意欲を高め、もって質の向上をはかろうとしている。

2 関与者の法的責任

上述の通り、法律援助法は、法律援助業務の質の確保のためにさまざまな規定を用意している。そしてさらに、法律援助事業の健全さと公正さを確保し、質の向上を図るべく、第6章「法的責任」において、法律援助業務を扱う各機関に対する法的責任を規定している。

法律援助機構及びその職員については、①法律援助を拒み、又は法律援助の条件を充たさない者に対し故意に法律援助を実施した場合、②本法に適合しない者に法律援助をさせた場合、③援助対象者から財物を受け取った場合、④有償でサービスを行った場合、⑤法律援助の費用を私的流用した場合、⑥業務上知り得た国家秘密、商業秘密、個人情報をも漏洩した場合、⑦法律法規に規定されているその他の事情がある場合に処罰されると定められている（第61条）。

弁護士事務所や弁護士個人の法的責任についても規定があり、法律事務所（基層法律事務所も含む）については、①正当な理由なく法律援助の手配を拒んだ場合、②依頼を受けた後、直ちに弁護士を手配しなかった場合、③無断で法律援助を停止した弁護士及び法律援助義務を懈怠により履行しない弁護士を放任した場合、④法律法規に規定されているその他の事情がある場合に、司法行政部門から処罰される（第62条）。弁護士は、①正当な理由なく法律援

助義務を拒絶した場合又は法律援助義務を怠った場合、②勝手に法律援助を停止した場合、③援助対象者から財物を受け取った場合、④業務上知り得た国家秘密、商業秘密、個人情報をも漏洩した場合、⑤法律法規に規定されているその他の事情がある場合には、司法行政部門から処罰される（第63条）。

2012年に制定された法律援助条例において、法律援助は「政府の責任」で行われる旨、はじめて明記されたが（同条例3条）、同条例制定以前は、法律援助は主に弁護士の責任感や使命感に頼っており、弁護士の責任において、ほぼ慈善事業として行われていた²⁴⁾。基本的に、法律援助は弁護士の責任において行われるべきであるという根本的な精神が、法律援助法において、弁護士事務所や弁護士に対する履行義務違反等に対する厳しい制裁という形で現れているように思われる。これにより、法律援助事業が適正かつ公正に行われるのであれば、被疑者・被告人の権利利益保護に資するものといえよう。

このように、法律援助機構及び法律事務所、弁護士に対しては、細かく処罰要件を定め、もって法律援助の履行を義務付けようとしている反面、法律援助機構へ被疑者・被告人をつなぐ重要な役割を担っている捜査機関側の業務懈怠に対しては、詳細な法的責任が置かれていないように思われる。法律援助法では、第66条において、「国家機関及びその職員が、法律援助サービスを実施するにあたり、職権乱用、職務怠慢、私情による不正を行った場合、直接の責任を負う主管者及び直接責任を負う者は、法に従い処分される。」と規定されているが、捜査機関の、具体的にどのような行為が、どのような処分の対象となるのか明確ではない。おそらく、これら公務員は、国家監察法²⁵⁾による処罰の対象となるから、法律援助事業を行う上で不正行為を行った場合には、監察委員会による調査、処罰の対象となるものであり、違法行為に対する実体的な責任については、そちらに委ねればよいと考えられる。

24) 程・前掲9) 100頁。

25) 国家監察法については、拙稿「中華人民共和国監察法と刑事訴訟法の関係」創価ロージャーナル第16号（2023年）1頁で紹介している。

他方で、手続き的な制裁については、捜査機関が被疑者・被告人に法律援助を受けられる権利を告知し、法律援助機構へ通知を行うべき義務を担っている建付け上、その告知や通知を怠った場合の手続き上の効果につき、法律援助法に明確な規定を置くべきであると考えられる。それにより、当該手続きへの国民の信頼をさらに深めることができ、中国政府にとってもメリットなのではないかと思われる。

日本において、接見交通権等弁護人依頼権の侵害があった場合、その間の被疑者の自白については自白法則、ないし違法収集証拠排除法則によって排除される場合がある。²⁶⁾ 中国においても、供述証拠、非供述証拠双方について、違法収集証拠排除法則を定めていることからすれば、²⁷⁾ 法律援助を受けられる権利の告知を欠いたために、もしくは法律援助機構への通知が遅延したために、被疑者・被告人が適切に法律援助を受けられず、もって実質的に弁護人依頼権を侵害されたといえる場合には、同規定によって、当該自白は証拠能力を欠くと理論構成をすることも可能と思われる。しかし、刑法第56条が、違法に収集された供述の証拠能力を否定することを定めているとしても、明示的に規定されているのは、「自白強要等」であり、そこに法律援助を受ける権利を侵害された場合まで含むと解釈することは困難のように思われる。²⁸⁾

従来、捜査機関による法律援助についての被疑者・被告人の告知を欠いたために、実質的に被疑者・被告人が法律援助を受ける機会を逃すといった事

26) 最判平元・1.23 判時1301号155頁、判タ689号276頁。

27) 刑事訴訟法第52条「拷問による自白の強要及び脅迫、誘引、欺罔又はその他の違法な方法による証拠収集は、これを厳禁とする。」

同第56条「拷問等の違法な方法により収集した被疑者若しくは被告人の供述又は暴行若しくは脅迫等の違法な方法により収集した証人の証言又は被害者の陳述は、これを排除しなければならない。証拠物又は証拠書類の収集が法律の定める手続きに違反し、司法の公正に重大な影響を及ぼす可能性のあるときは、これを補正し又は合理的な説明をしなければならない。補正又は合理的な説明ができない場合には、その証拠を排除しなければならない。」

28) 陳永生・前掲6) 170頁。

態が発生していたようであり、必ずしも法律援助についての告知、法律援助機構への通知の懈怠が違法とは認識されてこなかったように思われる。今回の法律援助法の制定によってはじめてそのような告知義務、通知義務の時間制限等の規定が設けられたものであるから、告知、通知を欠いた場合には、当該手続きは違法であり、そこで得られた自白等も排除される場合があると明確に規定すべきであると考えられる。捜査機関が、実体的にも手続的にも不利益を被らなるとすれば、弁護士を介入させない方が自白獲得に有利であり、事件処理の効率もあがるわけであるから、法律援助弁護士を付すための様々な手続的義務の履行怠るのではないかといった疑念が生じかねず、そのような疑念を払しょくするためにも、明確な規定を置くことには意味があるといえる。

五 法律援助弁護士と委託弁護士の関係

法律援助法第27条では「人民法院、人民検察院、公安機関は、法律援助機構に弁護士を弁護人として手配するよう通知する際、被疑者・被告人の弁護人に委託する権利を制限し、又は損害してはならない。」と規定している。これは、法律援助の弁護士を付す際に、被疑者・被告人が私選弁護人を選任する権利を奪ってはならないというものであり、法律援助の弁護士よりも私選弁護人が優先することを規定したものである。当該規定は、中国における刑事法律援助制度、ひいては刑事弁護制度全体が抱えていた見えづらい問題を解決するための前向きな規定であるといえる。

その問題点とはどのようなものだったのかを述べる前に、まずは、法律援助による弁護士が付される要件について確認したい。法律援助の弁護士は、申請による場合は、被疑者・被告人が貧困故に「弁護士に委託できない場合」に、職権による場合には、「私選弁護人がいない場合」に付される。日本においても、被告人、被疑者が貧困その他の事由により「弁護人を選任することができないとき」（刑訴法第36条、37条の2第1項）に国選弁護人を付す

よう請求することができ、職権による場合も「被告人に弁護人がないとき」（刑訴法第37条）、勾留状が発せられた被疑者については「弁護人がない場合」（刑訴法第37条の2）に国選弁護人が付せられる。公判段階においては当事者対等主義の実現、捜査段階においては被疑者が単なる捜査の客体となることを防ぐ役割から、弁護士による弁護を受ける権利は、一般的に法的知識を持ち合わせない被疑者・被告人にとっては重要な権利であり、被疑者・被告人は、自由に弁護人を依頼することができる。被疑者・被告人は、国選弁護人を選任してもらう以前に、まずは自分自身で「自由に」弁護士を雇うことができ、それは当然の権利として認められるのである。しかし、高度な専門的知識を要する弁護士への委託には高額な報酬を要することが多く、公的な援助を行わなければ、ほとんどの被疑者・被告人が弁護士による弁護を受けることができないため、国による公的援助制度として、国選弁護制度が存在するのである。国選弁護人は、あくまで私選弁護人の不存在を補うものであるといえる。このことは、当然のことであり、日本において、国選弁護人が付された後、被疑者・被告人が私選弁護人を付せば、国選弁護人は不要となり解任される。私選弁護人が国選弁護人に優先するのは、疑問の余地がない。

中国においても、同様であり、刑事訴訟法において、貧困等を理由とする申請による法律援助の場合及び職権による指定弁護の場合の双方ともに、被疑者・被告人は、「委託した弁護人がいないとき」に法律援助を受けることができる旨規定されている（第35条）。2003年に制定された法律援助条例も同様である（同条例第11条）。そして、同条例では、法律援助弁護士による弁護は、私選弁護人を選任した場合には終了する旨定められていた（同条例第23条）。

そこで問題は、このように私選弁護人が法律援助の弁護士に優先することは自明の理であるのにも関わらず、なぜ、中国法律援助法第27条において、法律援助の弁護士を付す際には「私選弁護人に委託する権利を制限してはならない」との規定が置かれたのであろうかという点である。それは、中国において、実務上、私選弁護人を付しても、捜査機関が手配した法律援助の

弁護士が優先し、私選弁護人は介入できないという案件が多発したことによ²⁹⁾る。法律援助条例制定後も、法律援助の弁護士が私選弁護人に優先する現象が起こり、私選弁護人が接見に赴いても、捜査機関は法律援助の弁護士が選任されていることを理由に接見を認めない事態が生じていたとのことである。中国法学界では、この問題を、法律援助の弁護士が弁護人の身分を占拠することから「占坑弁護」などと呼んでいた。³⁰⁾

そして、それは、特に、被疑者・被告人の家族・親族が委託した弁護人³¹⁾に対して起こっていた。日本においては、被疑者・被告人が身柄を拘束されているか否かにかかわらず、その法定代理人、保佐人、配偶者、直系の親族、兄弟姉妹は、独立して弁護人を選任することができる（刑訴法第30条2項）。中国においても、被疑者・被告人が身柄を拘束されている場合に限っているものの、やはり被疑者・被告人自身のみならず、近親者も弁護人を委託することができる³²⁾と規定されている（中国刑訴法第34条3項）。したがって、家族、親族が弁護士を選任した場合には、私選弁護人として被疑者・被告人を弁護することができるのであり、この場合は、自己が私選弁護人を選任した場合と同様、法律援助の弁護士が付される要件である「弁護人がいないとき」に該当しなくなるわけであるから、当然に法律援助の弁護士は解任され、私選弁護人が弁護を行うことになるものと考えられる。

そうであるのに、なぜ中国では、法律援助の弁護士が私選弁護し優先して³³⁾弁護に当たっていたのだろうか。中国では、2014年に「公判中心主義訴訟改革の推進」を決定して以降、それまでの捜査中心主義から、公判中心主義への移行を推進してきた³³⁾。その関係で、昨今、起訴される事件数が増え、刑

29) 曾庆容「“委托辩护优先于法律援助”原则的实践异化与消解 - 兼评法律援助法第27条」西安电子科技大学学报第32卷第4期（2022年）105頁。

30) 中国刑事弁護制度の研究者として著名な顧永忠博士もこの問題を「占坑弁護」と読んでいる。「占坑」という言葉は、日本語では馴染みがないことから、日本語に訳す場合には「占拠弁護」などの方が理解しやすいかもしれない。

31) 陈永生「论委托辩护优先与法律援助辩护」比较法研究2022年第6期43頁。

32) 2014年10月「中国共产党第18回中央員会第四次全体会議」において決定された。

33) 拙稿・前掲2) 95頁。

事裁判にかかる経費が増大した。刑事事件数が増大するということは、法律
援助件数も増大するわけで、前述の通り、常に法律援助制度についての経費
不足を抱えていた地域もあった中国にとって、被疑者・被告人が自費で私
選弁護人を選任するのであれば、経費負担の点からは、メリットしかないは
ずである。また、被疑者・被告人にとっても、経費不足により報酬が少ない
ことや研修の機会が少ないことを理由として、その刑事弁護の質とモチベー
ションに問題を抱えている法律援助の弁護士に弁護を依頼するよりも、刑事
弁護の専門性を備えた弁護士を自己で選任し弁護にあたってもらえた方が利
益は大きい。被疑者・被告人のみならず、人民に対し有効な弁護を受けられ
る権利を保障できるという点で、国家にとっても有益である。

特に、身柄を拘束されている被疑者・被告人は、外界の情報が遮断される
ため、その家族・親族による弁護人の選任は、重要な意義をもつ。この点に
関連し、2021年に発布された《中国刑事訴訟法の適用についての最高人民法院
の解釈》は、第51条において、被疑者・被告人に指定弁護人が選任された
後、家族、親族が私選弁護人を選任した場合、捜査機関は被疑者・被告人に
対し、その選任に関し意見を聞かなければならない旨規定している。かかる
条項は、被疑者・被告人の意向に沿うように弁護人を依頼できるよう定めた
ものであると考えられ、被疑者・被告人の権利保障に手厚い規定という側面
もある。しかし、被疑者・被告人の家族及び親族も独立して私選弁護人を選
任できるのであれば、それらの者が選任した私選弁護人がいれば、被疑者の
意見を問うまでもなく、法律援助による弁護は終了し、私選弁護人の弁護が
開始されるべきである。同解釈第51条によると、当然に私選弁護人による弁
護が開始されるのではなく、被疑者・被告人の意向によっては、法律援助の
弁護士が優先するということになる。ここでの被疑者・被告人の意向は、家
族・親族が事前に確認のしようもなく、相談の機会もない。なぜなら、中国
では《看守所条例》によって、捜査機関の許可を経れば家族、親族も被疑
者・被告人に面会できると定められているが、実務上その実現は困難であ
り、家族らは被疑者・被告人の意向を確かめようがないからである。また、

指定弁護は、捜査機関が手間をかけて選任するものであり、実際には、被疑者・被告人自身が、家族が選任した私選弁護人を選択し、法律援助の弁護士拒否するのは、心情的に困難であるといえよう。被疑者・被告人の意向に沿って、私選弁護人か法律援助の弁護士かを選択できるという建前であっても、事実上、法律援助の弁護士を選択せざるを得ないのである。

このように、捜査機関が私選弁護人に優先して、常に法律援助の弁護士を弁護人として選任するのであれば、捜査機関は、捜査機関側に不都合な弁護人を付すことを回避しようとしているのではないかとの疑念が生じる。例えば、2018年に導入された中国版司法取引制度である認罪認罰従寛制度と弁護士との関係についても、その点が指摘されていた。すなわち、同制度は、被疑者が罪を認め、処罰を受け入れた場合、軽く処罰される制度であるところ、その自白の任意性を巡っては容易に疑義が生じることが予想されるため、2018年改正刑訴法はあらかじめ、被疑者が認罪認罰の誓約書に署名する際には、弁護人の立会いを必要的とした(第174条1項)。そして、その人員確保のために、当番弁護士制度も刑事訴訟法上の制度として確立させ、当番弁護士が看守所に常駐することとなったのである(第36条1項)。このような、弁護人の取調べの場への立会いや、当番弁護士制度は、被疑者・被告人の弁護人依頼権を手厚く保障するものであり、捜査機関にとってはやや「煙たい」存在であるとも思われる。しかし、捜査機関側の反応は実に肯定的で、実際に捜査官を対象にして行われたアンケートでは、多くの捜査官が、弁護士の立会いを肯定的に捉え、その理由として、「自らの行為の合法性が証明されるのでよい。」というものであった。³⁴⁾このことから、捜査機関側が意図してか否かは別として、結果的に、当番弁護士が、被疑者・被告人の権利利益を擁護する立場ではなく、自白の任意性・真実性について、公判廷の場で捜査機関の有利に証言をする「捜査機関側の協力者」としての役割を担って

34) 顧永忠「关于建立侦查讯问中律师在场制度的尝试与思考」現代法学(2005年)67頁。

35)
いるのではないかと指摘されていたところである。

これと同様に考えると、被疑者・被告人及びその家族らが委託した私選弁護人による弁護よりも、比較的捜査機関に協力的な弁護士を指定弁護人とし、付すことにより、認罪認罰制度を推し進めることが可能となり、場合によっては、捜査機関の違法、不当な行為に対して積極的な対抗手段を講じる弁護士を捜査の場から排除することも可能となる。しかし、そのような弁護士に偏ることになれば、法律援助の弁護士は、被疑者・被告人の実体的、手続的権利を擁護するものではなく、「捜査機関側の協力者」ではないかとの疑念が再びわき上がることになるのではなからうか。刑事訴訟法及び法律援助法の理念とするところはそうではないと否定したとしても、そういった疑念自体が広く伝播すれば、被疑者・被告人は、いかに貧しくとも法律援助を申請しないという選択肢を採らざるを得なくなると思われる。かといって私選弁護人も付すことができず、結局弁護人依頼権の保障が適わない結果となる。それでは、法律援助制度が根本から否定され、これまで法律援助制度の確立のために不断の努力を重ねてきた意味が失われる。

そこで、そのような事態を防ぐべく、法律援助法は、第27条で、被疑者・被告人の私選弁護人を委託する権利を制限してはならないと規定したものと考えられる。これにより、状況の改善が見込まれるが、上記の通り、被疑者・被告人の家族らが選任した私選弁護人について特に問題となっていることに照らすと、今後は、「被疑者・被告人の家族らの私選弁護人を委託する権利を制限してはならない。」との文言を付加することが望ましいといえる。いずれにせよ、今後はこの第27条の下、被疑者・被告人が安心して私選弁護人もしくは指定弁護人のいずれかを「自由に」選択できる制度となることを期待したい。

35) 拙稿・前掲13) 35頁。

六 むすびに

以上のように、中国では、法律援助法を制定し、法律援助の対象を広げ、詳細な手続きを規定するなど、法律援助制度の強化に成功した。今後は、この理念の下、被疑者・被告人が有効な弁護を受けられるよう、実務上も不断の努力を重ね、国民の同制度に対する信頼を勝ち取ることが重要である。法律援助制度の取組みが成功を治め、弁護士自身の権利と被疑者・被告人の有効な弁護を受ける権利の保障が十分に認められることこそ、中国が国際社会の中で「法治国家」として認められ、更なる信頼を勝ち取る最良の手段であるといえる。洋の東西を問わず、文明国家としての進歩は、刑事手続き、なにかんづく刑事弁護制度の進歩によって成し遂げられてきたものといえるからである。

2024年1月現在、法律援助法の施行から2年が過ぎた。この2年間の成果については、また別途検証を要するものの、公布から1年余りが過ぎた2023年3月、法治日報の紙面には次のような見出しが躍った。「法律援助の陽光は更に多くの人民群眾を暖めた」³⁶⁾と。同記事によると、法律援助法施行からの1年、関係機関は、人民中心の思想のもと、法律援助法の制定した手続きの遵守に努め、便利かつ迅速で、質の高い法律援助業務の提供を実施し、もって法律援助を必要とする人民を「法治の陽光」で照らしたとある。刑事弁護法律援助制度発展への取組みも功を奏し、例えば浙江省の例を挙げ、2022年1年間の取組みとして、起訴審査段階（捜査段階）で法律援助が付された案件が、前年度比で175.6%と報告されている。その他、上述した通りの法律援助法で定められた、対象者の拡大や、実施手続きの詳細化、法律援助業務の質の向上について、一定の成果をあげていることが具体的な数字を伴って紹介されている。当該記事によっても、中国の法律援助制度は、法律援助法の制定とともに急激な発展を遂げたと評価できる。

36) 法治日報「法治中国」2023年3月1日。

今後も、制度全体の更なる発展を期待し、同制度及び中国における刑事弁護制度全体の研究を進めていきたい。

論 説

ドイツ刑法217条の違憲判決における
「生命の保護」と自殺関与の可罰性

佐 瀬 恵 子

1. はじめに

わが国の刑法では、他人の生命・身体を侵害する、あるいは危殆化する行為が刑法199条殺人罪等によって処罰の対象となっているが、自らの生命・身体を侵害する自殺行為や自傷行為は処罰規定が置かれていない。しかし、他方では、自殺に関与する行為や、死を望む者から囑託または承諾を得て殺害をする行為については、刑法202条において処罰の対象となっている。このため、わが国の刑法学においては、古くから自殺行為及び自傷行為の不可罰性の根拠と共に、自殺関与及び同意殺人の処罰根拠が議論の対象となっている。

日本の状況に対して、ドイツの状況はその様相が異なっている。ドイツではキリスト教的倫理観を持つ一方、自殺及び自殺関与は共に不処罰となっており、ドイツ刑法に処罰規定が置かれていないが、囑託殺人罪や不救助罪は処罰の対象として刑罰法規が置かれている状況にある。ドイツでは古くから自殺は犯罪行為ではなく、また、共犯従属性の見地から自殺に関与する行為も犯罪行為ではないと考えられている一方で、死を希望する者から囑託を受けて殺害する行為は、他人が自殺者の意思決定に干渉する行為であり許されないと解されている。これにより、ドイツ刑法学においては、不可罰な自殺関与と可罰的な囑託殺人の区別といった問題や、「医師の手による臨死介助

「Sterbehilfe」の可罰性が議論の対象となっていた。

そのような中、2015年2月13日、ドイツ刑法に自殺に関与する行為を処罰する新たな刑罰法規が制定されることとなった。それがドイツ刑法217条「業としての自殺援助」の規定である。ドイツ刑法217条の内容は、1項において「他人の自殺を支援する意図をもって、業として、そのために機会を供与、調達、仲介した者は、3年以下の自由刑または罰金刑に処する。」として「業としての自殺援助」を処罰の対象としているが、同条はその実行行為が自殺の実行に着手した時点ではなく、自殺の機会の供与、調達、仲介といった自殺の予備的行為を処罰の対象としている点や、営利・非営利を問わず、反復継続して行われる「業」の場合に処罰の対象としている点に特色が見られる。ドイツ刑法では過去140年以上にわたって自殺関与に関する処罰規定が置かれてこなかったにもかかわらず、2015年になってドイツ刑法217条の新設に至ったのは、ドイツ周辺諸国における積極的安楽死や「医師の手による臨死介助」を不可罰とする傾向が強く影響を与えたものであるが、このドイツ刑法217条は、その制定の前後にわたってドイツ国内において強い批判にさらされる刑罰法規となった。その結果、2020年2月26日、ドイツ連邦憲法裁判所はドイツ刑法217条に対し違憲判決を下すに至り、制定からわずか5年間で違憲無効に至ることとなる²⁾。

1) § 217 Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung

(1) Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Als Teilnehmer bleibt straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Absatz 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht.

ドイツ刑法217条「業としての自殺援助」

①他人の自殺を支援する意図をもって、業として、そのために機会を供与、調達、仲介した者は、3年以下の自由刑または罰金刑に処する。

②自らは業としての行為をしていない者、及び1項における他人（自殺者）の家族または親密な間柄にある者は、共犯として罰せられない。

2) BVerfG, 26.02.2020-2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16,

以上のドイツ刑法217条の新設から違憲判決に至る経緯の中で争われた自殺及び自殺関与の不可罰性に関する議論は、自殺関与について異なる価値観を持つわが国の自殺関与や安楽死・尊厳死の是非をめぐる議論においても、比較法的見地から影響を与えうるものであろうと推察される。このため、本稿では、ドイツ刑法217条新設の契機から違憲判決に至るまでを研究し、さらに、ドイツにおける「生命の保護」の意義及び自殺関与の可罰性について検討を行いつつ、わが国における「生命の保護」の意義及び自殺関与の可罰性³⁾に対する比較法的考察を行って参りたい。

2. ドイツ刑法217条の制定の背景

欧州諸国はキリスト教的倫理観及びキリスト教的文化が根強い傾向にあるが、それはドイツも例外ではない。中世においてのドイツでは、キリスト教的倫理観に基づき、元来、生命を侵害する行為は他殺であれ自殺であれ違法と考えられており、生命侵害行為として、囑託殺人だけでなく自殺関与も処罰されていた時代があった。しかし、その後、保護法益の中でも「人の生命」は一身専属的な個人的法益であり、自らの命を絶つ自殺も「権利の一種」⁴⁾であると考えられるようになった。

そして、ドイツ連邦から、プロイセンを中心とした統一国家が成立した

2 BvR 2354/16, 2 BvR 2527/16, S.1ff.

3) ドイツ刑法217条の新設に関しては、創価大学大学院法務研究科における教員研究報告会にて報告レジュメを作成し研究報告を行ったものであるが、本稿はその際の報告レジュメに同条に対するドイツ連邦憲法裁判所の違憲判決の内容を加え、ドイツ及び日本における自殺関与の可罰性について新たに考察を行ったものである。ドイツ刑法217条の新設の際の報告レジュメについては、拙稿『『業務としての自殺援助』という新しい構成要件に関する一考察』創価ロージャーナル第13号（創価大学、2020年）163頁～169頁。

4) ドイツにおける自殺関与の可罰性の歴史について、Lisa Stiller, Sterbehilfe und assistierter Suizid : Zur Bedeutung des Patientenwillens für die Rechtfertigung von Sterbehilfe und Suizidassistentz, S.24 f.

1871年以降、ドイツ刑法から自殺関与罪の規定が削除されることとなった。⁵⁾ 前述したとおり、ドイツ刑法では、嘱託殺人罪（ドイツ刑法216条）の規定が置かれる一方で、自殺関与罪の規定は置かれてこなかったため、ドイツは、統一国家となった1871年以降から140年以上にわたって、自殺への関与を例外なく不可罰とする立場を堅持し続けていたといえる。さらに、「医師の手による臨死介助」の是非の問題を受け、自殺は、ドイツ基本法2条1項及び2条2項が規定する一般的人格権、人格の自由な発展の権利の一種、生命の権利の一種として認められるようになり、特に「自由意思に基づく自殺は違法とすべきではない」と考えられるようになった。⁶⁾ しかし、そのような現状の中で、自殺関与の規定が削除されてから140年以上が経過した2015年に、ドイツ刑法は「業としての自殺援助」の刑罰法規を新設することとなる（2015年12月3日制定、2015年12月10日施行）。しかも、ドイツ刑法217条の内容を見ると、自殺の予備的行為である自殺の機会の提供等が処罰の対象とされており、そこで行われる自殺が未遂であるか既遂であるかは問われておらず、自殺の機会を供与、調達、仲介する行為を処罰の対象とする挙動犯・抽象的危険犯の形式での処罰となっているという点が、ドイツの法律史から見ても

5) 中山敬一『医事刑法概論Ⅱ（先端医療の比較規範体系）』（成文堂、2021年）674頁～675頁参照。

6) BVerfGE 52, 131, 171f.; BVerfGE 89, 120, 130 ; BGHSt 11, 111, 114.

ドイツ連邦憲法裁判所によれば、「基本法2条2項は、とりわけ、人間の肉体的・精神的な尊厳の領域における自由の保護を保障しており、患者は、自分の肉体的・精神的な尊厳について完全な自己決定権を有して」おり、そして、「自己決定権は、身体的・精神的完全性に対する自由で無制限の自律性という意味での自由の保護を当事者に保証するものであり、したがって、あらゆる医療行為に対する同意の要件を正当化するものである。これには、自己放棄を含む自己危険に対する権利も含まれる。したがって、自己の生命を処分する自由も含まれ、自己決定に基づく死の権利も保障される。このことは、自殺を人間生活の中核的領域と理解すれば、基本法2条1項からも導かれる」と認め、「自由意思に基づく自殺」が自己決定権の一種であることを肯定している。また、これについて、Marion Albers, *Patientenverfügungen*, S.18 f.

特異な印象を与える規定となった。⁷⁾

それでは、「自殺が自己決定権の一種」であると考えられていたドイツにおいて、刑法217条の「業としての自殺援助」の処罰規定が制定される契機になったのは一体どのような経緯からであろうか。それは、21世紀以降、自殺関与罪・同意殺人罪が規定されていたヨーロッパ諸国において、刑法改正により「医師の手による臨死介助」だけでなく、医師の手による積極的安楽死が許容される傾向が強まったことが大きな影響を与えている。まず、2001年にオランダで「要請による生命の終結と自殺幫助の規制に関する法律」が制定され、世界ではじめて、一定の要件を具備することによって、医師の手による積極的安楽死が許容されるようになったことを皮切りに、2002年にベルギー、2009年にルクセンブルクが医師の手による積極的安楽死の不可罰性を規定する法律を制定するようになった。⁸⁾その後、ローマ・カトリックの影響が根強いイタリアにおいても、2017年に終末期医療を決定する権利を成人に認める法律が可決され、かつ、2019年にイタリア憲法裁判所が一定の要件を備えた「医師の手による臨死介助」の許容を認めた結果、2022年に四肢に麻痺を受けた男性が医師の手により死に至った事例を許容したことも契機となっ⁹⁾て、患者に治療行為を選択し決定する権利が認められるだけではな

7) フランク・ザリガー（只木誠・大杉一之共訳）「業として行われた自殺幫助に対する刑罰規定をめぐる諸問題（ドイツ刑法217条）」比較法雑誌54巻1号（日本比較法研究所、2020年）3頁～4頁参照。

8) オランダ・ベルギー・ルクセンブルクにおける「医師の手による臨死介助」について詳細なものに、甲斐克則「終末期の意思決定と自殺幫助」井田良他編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2016年）547頁～551頁、アグネス・ヴァン・デル・ハイネ（甲斐克則・福山好典訳）「オランダとベルギーにおける安楽死と医師による自殺幫助」甲斐克則編訳『海外の安楽死・自殺幫助と法』（慶應義塾大学出版会、2015年）123頁～136頁、シュテファン・ブラウム（甲斐克則・天田悠訳）「ルクセンブルクにおける臨死介助」甲斐克則編訳『海外の安楽死・自殺幫助と法』（慶應義塾大学出版会、2015年）155頁～166頁、渡辺互「ドイツにおける『死への援助』への立法的対応—その憲法的論点を中心に」法政治研究2号（関西法政治研究会、2016年）146頁～147頁参照。

9) 朝日新聞 globe + 『ニューヨークタイムズ世界の話題』“「悔やんでいる。しかし

く、その延長として治療行為の選択の一つに「医師の手による臨死介助」もまた権利として認められ始めるようになった。以上のように、ローマ・カトリックの影響を強く受けているヨーロッパ諸国においても、自由な意思決定に基づく自殺は一つの権利行為であり、医師がそれを介助することは処罰されるべきではないとの思想が定着を見せつつあり、これがドイツ刑法217条新設の背景といわれている。

ヨーロッパ諸国において積極的安楽死や「医師の手による臨死介助」が容認され始めたのであれば、そもそも自殺関与に関する処罰規定のないドイツでは、なおのこと「医師の手による臨死介助」は許容されるべき方向に傾き、「業としての自殺援助」を禁止する刑罰法規の新設は必要性に欠けるように感じられるものであるが、これまでドイツの裁判所において、「医師の手による臨死介助」は当然に容認されてきたわけではないといった点がこの問題を複雑にさせることとなった。

前述のとおり、ドイツでは自殺関与に対する処罰規定はないものの、ドイツ刑法216条に囑託殺人罪の規定が置かれており、且つ、ドイツ刑法323c条において「事故により、当然に救助されるべきであるのに救助をしない不救助行為」が処罰の対象となっている。¹⁰⁾ ドイツ刑法323c条における「事故」

……」イタリアで初の「安楽死」男性が遺したメッセージ” <https://globe.asahi.com/article/14679515> (参照2023-12-21)。

- 10) § 323c Unterlassene Hilfeleistung; Behinderung von hilfeleistenden Personen
 (1) Wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nicht Hilfe leistet, obwohl dies erforderlich und ihm den Umständen nach zuzumuten, insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.
 (2) Ebenso wird bestraft, wer in diesen Situationen eine Person behindert, die einem Dritten Hilfe leistet oder leisten will.
 ドイツ刑法323c条「不救助罪・救助妨害罪」
 ①事故又は公共の危険若しくは緊急の際に、救助が必要であり、当該状況によれば行為者に救助を期待することができ、特に自身への著しい危険も他の重要な義務に違反することもなく救助が可能であったにもかかわらず、救助を行わなかった者

の解釈に自由意思に基づく自殺が含まれるかは議論があるものの、自殺の際であっても不救助が処罰の対象とされるのであれば、いくら「自由意思に基づく死」を望む患者がいたとしても、医師が直接患者を死に至らしめる行為は嘱託に基づく殺害行為となり、また、患者が死に至るまでそばで看取る医師の行為も不救助罪として処罰の対象となる。このような背景から、従前からドイツの判例の中では、自殺関与とは大きな相違はなくとも「医師の手による臨死介助」は可罰的であるとの解釈が展開されていた。以上のような背景から、欧州において「医師の手による積極的安楽死」や「医師の手による臨死介助」の許容性が当然に認められるべきとの思想が広がりを見せることは、ドイツ国内において「医師の手による臨死介助」を求める患者を増大させ、「医師の手による臨死介助」があたかも医療サービスの一環に発展しかねないとの危惧感を生じさせるものであり、これを防ぐべきであるとの思想を生む契機となったのである。¹¹⁾

さらに加えて、ドイツの隣国であるスイスでは、そもそも刑法において非営利による自殺行為が処罰の対象となっていなかったことから、1980年頃よりNPOが致死薬の入手を援助し、それを自殺志願者が服用するといった介助は許容されており、1990年代から自殺援助を行う非営利団体が設立され、医師の手に限らず、そのような非営利団体による自殺介助が認められるよう

は、1年以下の自由刑又は罰金に処する。

②このような状況下において、第三者に救助の提供を求める者、あるいは、救助を提供しようとする者を妨害した者も処罰される。

11) Deutscher Bundestag Drucksache 18/5373, S.1ff. ドイツ連邦議会による法案の内容については <https://dserver.bundestag.de/btd/18/053/1805373.pdf> (参照2023-01-12)。

12) スイスの自殺援助をめぐる議論に関しては、只木誠「臨死介助協会と自殺援助処罰法—ドイツおよびスイスの現状—」井田良他編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [上巻]』(成文堂、2016年) 647頁以下、クリスティアン・シュワルツネッカー(只木誠監訳、秋山紘範訳)「治療中止を例とした作為と不作為の区別」比較法雑誌53巻3号(日本比較法研究所、2019年) 135頁参照。なお、スイス刑法115条によれば、「利己的な動機により、人の自殺の教唆あるいは援助を行った者は、もしその自殺が実行された場合、5年以下の懲役に処する」と規定されており、利己的な動機によるものではない非営利による自殺関与は不可罰となっている。

になっていた。また、そのような非営利団体が自国民だけでなく、ドイツをはじめとした他国民に対しても自殺幫助を請け負いはじめたことにより、ドイツにおいて刑法217条の制定に向けた大きな影響を与えることとなった。¹³⁾特に、1998年にスイスにおいて創設された非営利自殺援助支援団体である「ディグニタス」は、自殺幫助が医療・福祉制度に根づき、医療措置として一般に開放されることを目標として掲げており、世界中で自殺幫助の合法化を推進するための活動を意欲的に行った結果、ドイツ国内において「ディグニタス」の支部を発足しドイツ人に対する非営利の自殺介助が推進されることとなった。¹⁴⁾さらに、ドイツ国内においても、ハンブルクにドイツ臨死介助協会という会員制の臨死介助団体が発足したり、「医師の手による臨死介助」の件数が増大したりといった状況が続いた。¹⁵⁾このような非営利による自殺幫助団体の確立や「医師の手による臨死介助」の増加といったドイツの状況を受けて、ドイツ国内においては、いくら自由意思に基づく自殺が自己決定権をはじめとした権利の一種であるとしても、まるで自殺が一種の医療サービスの一つのように捉えられたり、「自殺ツーリズム」が罷り通ったりすることは許されるべきことではないとの思想が一層強まるようになり、また、特に自殺や自殺幫助に反対する人々に反感を与えたことによって、「業としての自殺援助」を禁止すべきとする議論が2000年頃から活発化していくこととなった。¹⁶⁾

13) スイスにおける非営利な自殺幫助団体に関して詳細なものに、只木・前掲注12) 650頁以下、柴寄雅子「スイスにおける自死援助協会の活動と原理」国際研究論議24巻1号(大阪国際大学、2010年)51頁以下及びクリスティアン・シュワルツネッカー(只木誠監訳、海老澤侑訳)「臨死介助団体と刑法的観点から見た自殺幫助」比較法雑誌53巻3号(日本比較法研究所、2019年)147頁参照。

14) ディグニタスの活動内容及び哲学的思想について詳細なものに、柴寄雅子「ディグニタスの活動-その営為の哲学的基礎(上)・(下)」国際研究論議24巻2号・3号(大阪国際大学、2011年)251頁以下・141頁以下参照。

15) ドイツ・ハンブルクにおける自殺介助団体について、佐藤拓磨「ドイツにおける自殺関与の一部可罰化をめぐる議論の動向」慶應法学31巻(慶應義塾大学、2015年)350頁参照。

16) ドイツ刑法217条の制定議論の背景について詳細なものに、山中・前掲注5)660

確かに、ドイツは140年以上にわたり自殺及び自殺関与を犯罪としてこなかったが、その理由は、自由主義立憲国家として、一般的で強制力のある「生きる法的義務」は存在せず、また、強要されない点に求められていたからである。その結果、自殺未遂や自殺への関与も罰せられないが、それはあくまでも「生きる法的義務」が強要されないことを原則とするものであり、いくらドイツ刑法典が自殺関与を処罰する規定を置いていないとしても、それが業として提供されることにより、「自殺幫助が通常の見込みであると思われる、人々が自ら命を絶つことに向かわせる場合には、原則の修正が必要となる」といった点が、「業としての自殺援助」の禁止規定を制定する理由となっていた¹⁷⁾。現在のドイツにおいては、他者に自殺幫助を依頼する者が増えており、このままでは、重病で苦しむ者が、家族に負担をかけないために自殺幫助を依頼しなければならないのではないかという気持ちを生じさせてしまい、その結果、自殺幫助が社会的に普通のものになり、組織形態で行われることに慣れる効果が生じるおそれがある。とくに老人や病人は、これにより幫助を受けて自殺へと走り、あるいは間接・直接に自殺に追いやられていると感じることも危惧される。したがって、必ずしも商業主義的なものではなくとも業として行われている活動は、自己決定及び生命への基本権を保護するために刑法という方法を用いてでも阻止すべきであり、このような社会的風潮を抑制することが、刑法217条の立法の目的であったといわれている¹⁸⁾。以上のように、ドイツ刑法217条が新設された背景には、自殺援

頁以下、同「ドイツにおける臨死助と自殺関与罪の立法の経緯について」井田良他編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（成文堂、2016年）611頁以下、甲斐・前掲注8）559頁以下、神馬幸一「ドイツ刑法における『自殺の業務的促進罪』について」獨協法学100号（獨協大学、2016年）118頁以下、佐藤・前掲注15）348頁～351頁参照。

17) Deutscher Bundestag Drucksache, 18/5373, S.16 ff. (Fn.11).

18) Deutscher Bundestag Drucksache, 18/5373 S.16 ff. (Fn.11).

19) Deutscher Bundestag Drucksache, 18/5373 S.16 ff. (Fn.11). 及び、渡辺富久子「立法情報：【ドイツ】業としての自殺幫助の禁止」外国の立法 No.2016-1（国立国会図書館、2016年）参照。なお、ドイツ刑法217条の制定前後において、特に刑法学者が

助支援団体による自殺援助の提供により、自律性を脅かす自殺の増加に繋がりがねないとの危惧が強く影響していることが伺える。

3. ドイツ連邦憲法裁判所違憲判決の内容

以上のような経緯から新設されたドイツ刑法217条であったが、同条は新設される前後にわたってその合憲性を疑問視する議論が紛糾するようになる。そして、2020年2月26日、ドイツ刑法217条に対する6件の憲法異議の申立がなされた結果、ドイツ連邦憲法裁判所はドイツ刑法217条に対し違憲判断を下すに至る²⁰⁾。ここにおいてドイツ刑法217条に対し憲法異議の申立を行った申立人の立場は、「自己の生を自ら終わらせることを希望する重病患者」、「ドイツ及びスイスを所在地としてかかる幫助を提供する団体（ディグニタスを含む）」、「当該機関の代理人及び職員」、「外来患者又は入院患者のケアに従事する医師」、「自殺援助についての助言とあっせんに携わる弁護士」²¹⁾であった。申立人による違憲意義の内容については、次のとおりである。まず、「自己の生を自ら終わらせることを希望する重病患者」からは、一般的

ら強い批判が加えられていたことについて論じられているものに、山中・前掲注5) 712頁以下、只木・前掲注12) 655頁以下、秋山紘範「海外法律事情：ドイツ刑事判例集(100)業としての自殺援助禁止の違憲性」比較法雑誌54巻4号(日本比較法研究所、2021年)273頁以下参照。

20) BVerfG, aa.O. S. 1 ff. ドイツ刑法217条に対する6件の異議申立に対するドイツ連邦憲法裁判所の判決については、https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/02/rs20200226_2bvr234715.html (参照2023-12-21) を参照。なお、本判決の翻訳として、秋山・前掲注19) 249頁以下、九州大学ドイツ刑法判例研究会誌、代表訳者富川雅満「ドイツ刑法判例研究：ドイツ刑典第217条の違憲性について－ドイツ連邦憲法裁判所2020年2月26日判決の翻訳－」法政研究87巻4号117頁以下、神馬幸一訳「ドイツ連邦憲法裁判所第2法廷2020年2月26日判決：ドイツ刑法第217条の違憲性(1)・(2)」獨協法学112号・113号(獨協大学、2020年)471頁以下・423頁以下、柴嵩雅子訳「業としての自殺幫助の禁止は違憲」国際研究論叢34巻1号(大阪国際大学、2020年)125頁以下参照。

21) 刑法217条に対し違憲意義を申し立てた申立人について詳細なものに、富川・前掲注20) 167頁～168頁内の「申立人一覧表」を参照。また、柴嵩・前掲注20) 126頁。

人格権から、自己決定により死ぬ権利が認められるべきであるのに、「業としての自殺援助」が可罰的となったことで、希望していた自殺援助を利用できないとの理由から申し立てがなされている。²²⁾ また、「自殺援助を提供する団体」からは、基本法12条1項（職業の自由）、9条1項（結社の自由）及び2条1項（人格の自由な発展の権利）に基づく基本権の侵害を理由に申し立てがなされている。²³⁾ なお、「自殺援助を提供する団体の従業員ら」は、これに加えて良心の自由（基本法4条1項2肢）の侵害を訴えている。²⁴⁾ そして「医師ら」からは、主として良心の自由及び職業の自由（基本法4条1項2肢及び基本法12条1項）を異議の根拠としている。²⁵⁾ 最後に「弁護士ら」からは、自殺に関する助言及び自殺援助の機会のあっせんが処罰されることになったために、基本法12条1項に基づく職業の自由が侵害されていると主張している。²⁶⁾ これら全ての申立人からは、共通してドイツ刑法217条の規定が明確性を欠いているという点、また、個々の事例で行われる自殺補助が不処罰であることに對する十分な保障がなされていないという点に違憲異義の主張がなされている。²⁷⁾ また、これまでドイツの裁判所において、「医師の手による臨死介助」は当然にその許容性が認められていたわけではなかったが、それでも、憲法的な観点から患者の自律性が認められ、最低限度の判断能力を有している者が熟考を重ねた上で決定した「自由意思に基づく自殺」は自己決定権の一種であり最大に尊重されるべきであるとの意見が強まってきたことにより、

22) 秋山・前掲注19) 251頁、富川・前掲注20) 167頁～168頁、柴畚・前掲注20) 126頁参照。

23) 秋山・前掲注19) 251頁、富川・前掲注20) 167頁～168頁、柴畚・前掲注20) 126頁参照。

24) 秋山・前掲注19) 251頁、富川・前掲注20) 167頁～168頁、柴畚・前掲注20) 126頁参照。

25) 秋山・前掲注19) 251頁～252頁、富川・前掲注20) 167頁～168頁、柴畚・前掲注20) 126頁参照。

26) 秋山・前掲注19) 252頁、富川・前掲注20) 167頁～168頁、柴畚・前掲注20) 126頁参照。

27) 秋山・前掲注19) 252頁参照。

「医師の手による臨死介助」の法的許容性は幾度となく議論が重ねられていた。²⁸⁾しかし、ドイツ刑法217条が新設された結果、「医師の手による臨死介助」はもちろん、「医師の手による自殺幫助」も処罰されかねない状況に置かれることとなり、ドイツ刑法217条自体の新設が患者の福祉に向けた医業の遂行を妨げる結果に繋がっているとの理由から憲法異議の申立がなされたものである。²⁹⁾

これらの申立人から違憲異議申立を受けたドイツ連邦憲法裁判所は、自己決定による死ぬ権利、さらには第三者の手を借りて死ぬ権利は一般的な人格権であると認めた上で、「業としての自殺援助」を禁止するドイツ刑法217条の規定は合憲的な限定解釈を加えることすらできない規定であるとして、申立人の訴えをほぼ全面的に認め、同条に対し違憲無効の判断を示した。³⁰⁾

28) ザリガー・前掲注7) 21頁～25頁、神馬・前掲注16) 118頁～120頁参照。

29) ドイツ刑法217条に対する違憲性について、ザリガー・前掲注7) 23頁～25頁。

30) BVerfG, aaO. Rn.334. (Fn.2). なお、ドイツ連邦憲法裁判所による違憲判決の要旨は次のとおりである。

「第一、a) 一般的人格権（基本法1条1項と結び付いた2条1項）は、人格の自律性の表れとして、自己決定による死ぬ権利を包摂する。b) 自己決定による死ぬ権利には、自殺する自由も含まれる。QOL（生命の質）に関する理解や、自らの存在意義についての自己理解に即して自らの生命を絶つという個人の決断について、国家と社会は、自律的な自己決定の行為としてまずは尊重しなければならない。c) 自己の生を終わらせる自由は、そのために第三者に援助を求める自由と、その援助が提供される限り、これを要求する自由をも包摂する。

第二、間接的な、あるいは事実上の影響力を及ぼすような国家の措置であっても、基本権を侵害し得るものであるときは、そうした措置は憲法に従って十分に正当化されるものでなければならない。ドイツ刑法217条1項が処罰の対象としている業としての自殺援助の禁止は、自殺を望む者が、自ら選択した末に業として提供されている自殺援助を要求することを、事実上不可能ならしめるものである。

第三、a) 業としての自殺援助の禁止は、厳格な比例性の基準（法益衡量）に照らして（合憲性を）評価されなければならない。b) 受忍可能性の検討においては、業としての自殺援助の規制が、それぞれ異なる憲法的保護対象の緊張領域の中で推移しているということを考慮しなければならない。自己答責的に自身の生命を終わらせることを決断し、そのための援助を求める者に対しては、自己の生命の終え方をも包括する根本的な自己決定権が認められており、この自己決定権を尊重することは、自殺意思を有する者の自律性、そしてそれ以上に生命という重要な法益をも保護すべきと

ただし、この際のドイツ連邦憲法裁判所は、ドイツ刑法217条の立法趣旨や目的自体に対して違憲判断を行った訳ではない。ドイツ連邦憲法裁判所に
よれば、人間の生命が重要な法益であることを前提として、国家は、生命保護の見地から安易な自殺を予防することも、悪質な自殺援助支援団体を法によって規制することも可能であると述べている³¹⁾。故に、立法者が、自己の生命に対する個人の自己決定を保護するために、また、その保護によって生命を保護するために、刑罰法規を用いて、「業としての自殺援助」を禁止したのであれば、立法者の立法目的自体は憲法上問題のあるものではないと論じている³²⁾。加えて、ドイツ連邦憲法裁判所は、ドイツ刑法217条が立法された主たる目的につき、自殺援助は「健康上のケアとしてのサービスの提供」に発展する可能性があること、そして、その結果、全国民が人生の終結を自殺で結ぶという方向に誘導する可能性があることから、自殺による人生の終結が一般化した結果、とりわけ高齢の疾病者に対して「業としての自殺援

する国家の義務と衝突するものである。

第四、憲法が人間の自律性と生命に高度の地位（要保護性の高さ）を与えていることから、原則として、刑法を用いてこれを効果的かつ予防的に保護することを正当化することができる。ただし、法秩序が、人間の自律性を脅かすような一定の自殺援助の形式を処罰の対象とするならば、この法秩序は、（業としての自殺援助が）禁止されたとしても、個別事例においては、自殺援助が自由意思によって提供される限りにおいては、この提供を実際に利用できることを保障しなければならない。

第五、ドイツ刑法217条1項において「業としての自殺援助」を禁止することにより、援助を受けて自殺する可能性が狭められ、個人において自己の憲法上保障された自由を行使する余地が事実上残されないこととなる。

第六、何人も、自殺援助を行うことは義務付けられるものではない。」

また、ドイツ連邦憲法裁判所の判決の要旨については、前掲注20) https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/02/rs20200226_2bvr234715.html (参照2023-01-21)。及び、同判決要旨の翻訳について参照したものに、山中・前掲注5) 747頁以下、秋山・前掲注19) 249頁～250頁、富川・前掲注20) 165頁～166頁。

31) BVerfG, a.a.O., Rn.227 (Fn.2). また、翻訳として秋山・前掲注19) 257頁～258頁及び富川・前掲注20) 155頁。

32) BVerfG, a.a.O., Rn.227 (Fn.2). また、翻訳として秋山・前掲注19) 257頁～258頁及び富川・前掲注20) 155頁。

助」を受けるように圧力がかかる危険性が生じ、それによって自律性のある自殺行為とはいえない「業としての自殺援助」が拡大する危険性を防ぐ目的があると論じ、故に、そのような「業としての自殺援助」を禁ずる法規制を行うことも正当化される余地があると述べている。³³⁾

しかし、それではドイツ刑法217条の規定が違憲ではないかといえばそうではない。ドイツ刑法217条の立法趣旨や目的は正当ではありつつも、当該規定が制定されることにより新たな権利や利益が侵害・危殆化されるのであれば、保護されるべき利益同士の厳格な法益衡量を行って合憲性が評価されなければならないとしている。³⁴⁾ その結果、ドイツ連邦憲法裁判所は、ドイツ刑法217条の規定が、自律性が奪われた「業としての自殺援助」を処罰するだけでなく、自律性を有する「業としての自殺援助」をも処罰の対象になっている点を挙げ、妥当であるとはいえないとしている。³⁵⁾ このため、立法者に対しては、ドイツ刑法217条ではなく、その他の方法で自律性の奪われた「業としての自殺援助」を処罰の対象とする法整備を置く可能性があることについてふれられており、たとえば、自殺援助に向けた説明義務や待機義務を法律に規定する等の手続的な生命に関する自己決定の保護の仕組みを実定法に規定したり、信頼に足る自殺援助の提供を保障するために認可性を設けたり、特に危険な形態の自殺援助に対してのみ処罰規定を置いたり等、ドイツ刑法217条以外による「業としての自殺援助」を禁止する法整備の可能性について示唆されている。³⁶⁾

以上のことからドイツ連邦憲法裁判所は、「業としての自殺援助」を禁止

33) BVerfG, a.a.O., Rn.250 f. (Fn.2). また、翻訳として秋山・前掲注19) 261頁～262頁及び富川・前掲注20) 147頁～148頁。

34) BVerfG, a.a.O. S.1ff. (Fn.2). また、ドイツ連邦憲法裁判所要旨・前掲注30) 第三、a) にあるとおり、「業としての自殺援助の禁止は、厳格な比例性の基準（法益衡量）に照らして（合憲性を）評価されなければならない」ことが述べられている。

35) BVerfG, a.a.O., Rn.279 (Fn.2). また、翻訳として秋山・前掲注19) 267頁及び富川・前掲注20) 137頁。

36) BVerfG, a.a.O., Rn.338f. (Fn.2). また、翻訳として山中・前掲注5) 755頁、秋山・前掲注19) 272頁、富川・前掲注20) 118頁。

する刑罰法規自体が、人間の生命及び自律性を保護する目的で制定されたのであれば正当化されない訳ではない点を論じた上で、³⁷⁾ 他方、人間には自由な意思決定に基づき死を選択する権利だけでなく、他者に自殺の援助を求める権利も憲法上承認されるべきであることを理由に、自律性を有する真摯な意思決定の末の自殺及びその援助が処罰範囲に含まれている点を大きな理由として、³⁸⁾ 違憲判断を行ったものであると解される。さらに、ドイツ刑法217条の規定が違憲となったとしても、立法者が自殺援助の規制を行うことが全くできない訳ではないといった点を挙げつつ、改めて「業としての自殺援助」を禁止する法整備を行う際には、「自律性を有する自殺」の権利を不当に侵害しないよう、極めて調整的に制限して「業としての自殺援助」を禁止する規定を置かなければならないことを述べている。³⁹⁾ たとえば、他者に自殺の援助を求める権利が憲法上の権利であることを認めた以上は、自殺を決断した個々の動機を含めて承認したことになるため、自殺の動機を客観的理性という基準で評価することはもはや不可能であり、このことから、許される自殺か、許されない自殺を判断する実質的な基準を設定することは禁止されるとしている。⁴⁰⁾ さらに、許される自殺援助の要件として「不治の病であること」や「致命的に進行する病が存在していること」を要求することも妥当ではないとしつつも、今後、実務上においては自殺願望の真摯性や継続性を測る際に、このような状況にあるかの証明を要請することは妨げられないため、立法者に対しては自殺を求める権利を保障するための手続の制定が必要となるといった内容が論じられている。⁴¹⁾ これにより、ドイツ連邦憲法裁

37) BVerfG, a.a.O., Rn.267 (Fn.2). また、翻訳として山中・前掲注5) 753頁、秋山・前掲注19) 263頁、富川・前掲注20) 141頁。

38) BVerfG, a.a.O., Rn.212 (Fn.2). また、翻訳として秋山・前掲注19) 255頁及び富川・前掲注20) 160頁。

39) BVerfG, a.a.O., Rn.340f. (Fn.2). また、翻訳として山中・前掲注5) 755頁～756頁、秋山・前掲注19) 272頁～273頁、富川・前掲注20) 117頁～118頁。

40) BVerfG, a.a.O., Rn.340 (Fn.2). また、翻訳として山中・前掲注5) 755頁～756頁、秋山・前掲注19) 272頁～273頁、富川・前掲注20) 117頁～118頁。

41) BVerfG, a.a.O., Rn.340 (Fn.2). また、翻訳として山中・前掲注5) 755頁～756頁、

判所の違憲判決は、立法者に対して、自殺関与を処罰の対象とした刑罰法規を制定する際には、構成要件上、極めて困難な調整が必要となることを示唆する内容となっている。

4. 「生命の保護」と自殺関与の可罰性

ドイツ刑法217条に対するドイツ連邦憲法裁判所の違憲判断から、自律性を有する者が生命処分の自己決定を行うことは憲法上の権利であり、かつ、自律性を有する自殺の支援を他人に委ねることも憲法上の権利であることが承認された以上、今後、ドイツにおいて自殺関与罪を原則的に処罰する規定を置くことは不可能であることが推察される。わが国においては、自殺や自殺未遂を処罰する刑罰法規は置かれていないものの、原則的に自殺関与は刑法202条で処罰の対象となっており、安楽死や尊厳死といったような「医師の手による臨死介助」の事例に際しては、「医師の手による臨死介助」につき違法性阻却の余地があるかが検討されているが、他方、ドイツにおいては、日本の刑法のように自殺関与が原則的に処罰されるべきであるとして新たな自殺関与罪が制定されたり、それに対して違法性阻却事由を設けたりするような法整備が行われることは、今後、将来にわたっても起こりえないであろう。

このようにドイツ及び日本の両国において、自殺関与の可罰性や法制化をめぐる議論が大きく異なっているのは、個人の自己決定権の中に、「人の生物学的基礎である『生命』を自ら放棄することまで及ぶのか」という問題をめぐって異なる結論が導き出されていることが理由に挙げられる⁴²⁾。本章においては、ドイツにおける「生命の保護」の意義及び可罰性を有する自殺関

秋山・前掲注19) 272頁～273頁、富川・前掲注20) 117頁～118頁。

42) 山中敬一「ドイツにおける自殺関与罪をめぐる最近の議論にもとづくわが刑法202条の処罰根拠の再考」井田良他編『新時代の刑法学下巻—椎橋隆幸先生古稀記念—』（信山社、2016年）132頁。

与とは何かといった問題に触れつつ、わが国における「生命の保護」の意義と自殺関与の可罰性に関する比較法的考察を行ってみたい。⁴³⁾

(1) ドイツにおける「生命の保護」と自殺関与の可罰性の検討

ドイツ連邦憲法裁判所のドイツ刑法217条に対する違憲判決によって、「業としての自殺援助」を禁止する刑罰法規は違憲無効となった以上、自律性のある自殺に対して他者が関与した事例につき、その可罰性が問題とされる刑罰法規はドイツ刑法216条の嘱託殺人罪及び同法323c条の不救助罪のみとなった。前述のドイツ刑法217条の違憲判決からもわかるとおり、ドイツにおいては「死ぬ権利」は憲法上保障されるべき権利であること、そして、「自律性のある自殺」や「自律性のある自殺」を行うために他者に援助を求める権利が不当に侵害されるのであれば、いくら生命保護を目的としていても、自殺関与を処罰する規定は置かれるべきではないと考えられており、これによって「生命の保護」よりも「自律性のある自殺」の方が、ある種優先されるべき法益であるとの見解が確立したといえよう。

しかし、ドイツ刑法217条に対する違憲判決が、いくら「生命の保護」よりも「自律性のある自殺」をある種優先されるべき法益であると判示したとしても、ここにおいて人間の生命が全く保護の対象となっていない訳ではない。もしも、「生命の保護」よりも「自律性を有する自殺」が優先的に保護

43) ドイツにおける自殺関与の不可罰性や「医師の手による臨死介助」の是非に関して詳細なものに、山中・前掲注5) 660頁以下、同・前掲注42) 93頁以下、只木誠「臨死介助・治療中止・自殺幫助と『自己決定』をめぐる近侍の理論状況」井田良他編『新時代の刑法学下巻－椎橋隆幸先生古稀記念－』(信山社、2016年) 143頁以下、神山敏雄『臨死介助をめぐる刑法上の諸問題－安楽死、尊厳死、平穏死、早期安楽死を中心に－』(成文堂、2019年) 132頁以下、ヘーニング・ローゼナウ(甲斐克則・福山好典訳)「ドイツにおける臨死介助および自殺幫助の権利」甲斐克則編訳『海外の安楽死・自殺幫助と法』(慶應義塾大学出版会、2015年) 83頁以下、アルビン・エーザー(嘉門優訳)「自殺関与の不処罰性－ドイツにおける新たな制限」井田良他編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [上巻]』(成文堂、2016年) 567頁以下、甲斐克則『尊厳死と刑法』(成文堂、2004年) 213頁以下参照。

されるべき法益であり、「自律性を有する自殺」を不当に制限する刑罰法規は全て違憲であると解するならば、ドイツ刑法216条の「囑託殺人罪」や同法323c条の「不救助罪」も当然に違憲な規定ということにもなりかねない。特に同法216条の「囑託殺人罪」は被害者の囑託があることから、「自律性を有する自殺」の一種であると考えられることも可能である。しかし、同法216条の「囑託殺人罪」に違憲判断がなされず、依然としてドイツ刑法に規定が置かれている理由は、同法が人間の「自律性」と共に人間の「生命」もまた、憲法上最も保護を必要とする重大な利益であると考えた故であろう⁴⁴⁾。そもそも可罰的な囑託殺人罪と不可罰な自殺関与との大きな相違点は「自由答責的な死への自己決定」の有無にあり、「自由答責的な死への自己決定権」が危殆化されうる囑託殺人は処罰の対象となるが、「自由答責的な死への自己決定権」が危殆化されることがない自殺関与は不可罰と考えられている。それでは、「自由答責的な死への自己決定」の有無はいかに判断されているかであるが、ここにおいて重要なポイントとなるのが、自殺者が「自殺を実行する際の最後の瞬間までその決定権が行使されているか」という点である⁴⁵⁾。つまり、自殺関与である場合は、あくまでも自殺者は「自由答責的な死への自己決定権」を有しており、自殺を実行する最後の瞬間まで死への自己決定を思いとどまることも可能なため、他者から自殺者の「死にたいという思いが無条件で撤回されることがなく自由や自律が保障されていると考える。しかし、その一方で囑託殺人は、殺害の囑託が、いくら当時の自殺者による自由答責的な意思決定に基づくものであったとしても、最終的な殺害行為の実行は他者の手に委ねられているため、自殺者は死への自己決定を無条件に翻すことが困難な状態に置かれる⁴⁶⁾。このため、ドイツ刑法においては「他人の手を借りて」自身の生命を侵害することは自由答責的な意思決定に基づ

44) なお、ドイツ刑法216条「囑託殺人罪」の処罰根拠として詳細なものに、山中・前掲注5) 627頁～630頁、同・前掲注42) 104頁～108頁参照。

45) 山中・前掲注5) 625頁、同・前掲注42) 101頁～102頁参照。

46) 山中・前掲注5) 625頁～630頁、同・前掲注42) 101頁～107頁参照。

く自殺とは認められず、被害者自身が自ら自律権を侵害していると解されることから、それに関与した他人は被害者の生命保護の見地から処罰がなされ⁴⁷⁾ている。

以上を踏まえると、ドイツ刑法における「生命の保護」は、自己及び他者による生命への侵害・危殆化を一切排除するための国家による保護を意味するものではなく、一般的な「生命の保護」のために、まず「自由答責的でない、自律性の失われた生命を優先的に保護する」という意味であると解される。そして、このような理解は前述のドイツ連邦憲法裁判所におけるドイツ刑法217条違憲判決の中においても示されており、そこでは、人間の「自律性」と「生命」が両者ともに憲法上最も高い地位にある保護法益であることを認める一方で、「人間の自律性に相反する生命の保護」は、人間の尊厳を価値順序の中心に据え、それによって人間の自由な人格を憲法における至上の価値として、その尊重と保護を約束する共同体の自己理解と矛盾するものとなっており⁴⁸⁾、故に「自律性のある自殺」を広く制限するようなドイツ刑法217条の規定は合憲的限定解釈を加える余地のない違憲な規定であると判示していることから窺われる。また、この際、ドイツ連邦憲法裁判所は「自律性のある自殺」及び「自律性のある自殺の援助を他者に求める権利」を認めたことにより、「不治の病であること」や「致命的に進行する病が存在していること」といったような、自殺援助の実質的な許容要件を設定すべきではないことを述べていることから⁴⁹⁾、今後、「医師の手による臨死介助」においてドイツ刑法323c条の「不救助罪」の成否が問題となる事例においても、その臨死介助が自己答責性を有する死への自己決定の行使の結果であり、医師はあくまでも不作為でその場に付き添っていたに過ぎない状況であれば、当然に処罰が免れる方向へと移行していくものと推察される。

47) 山中・前掲注5) 625頁～628頁、同・前掲注42) 105頁参照。

48) BVerfG, a.a.O., Rn.267, 277 (Fn.2). また、翻訳として山中・前掲注5) 753頁、秋山・前掲注19) 263頁・266頁、富川・前掲注20) 141頁・138頁。

49) BVerfG, a.a.O., Rn.340 (Fn.2). また、翻訳として山中・前掲注5) 755頁～756頁、秋山・前掲注19) 272頁～273頁、富川・前掲注20) 117頁～118頁。

い社会的・経済的状况を保障する政策を実行することにあるのであって、自殺志願者にはそれを思いとどまり、生きた上での自己にとって有利な選択肢を選ぶよう動機づけることにある」と考えられている。⁵¹⁾

ただし、自己の生命を侵害する行為が違法であるといっても、自殺が刑法上の処罰の対象となっているかといえそうではない。自殺行為を刑法上処罰の対象とする場合、自殺を成し遂げた者に対しては常に免訴となるために処罰は不可能であるが、自殺未遂者に対しては処罰の余地が生ずる。しかし、わが国の刑法においては自殺未遂者を処罰の対象としておらず、自殺未遂につき処罰規定が置かれていない。これは、もしも自殺未遂者を処罰の対象としてしまうと、自殺をしようと実行に着手したが思いとどまった者や、自殺者の想定外に既遂に至らなかった者に対して刑事罰の処分を与えることとなり、国家及び法の役割である「自己の生命を放棄するに至らせない社会的・経済的状况を保障する政策」の実現を損わせることになる。このため、自殺未遂は国家による刑事政策的な観点から処罰が免れていると解される。⁵²⁾ 以上のことから、わが国における自殺に関する原則的な立場は、自殺は違法であるが、自殺未遂者に対しては「生命の保護」と「自殺を予防する刑事政策」の観点から処罰が免れているにすぎず、原則的に自殺が違法であるが故に、自殺関与もまた共犯従属性の見地から生命侵害や危殆化に向けた因果の惹起を理由に処罰の対象となっているといえる。⁵³⁾

また、ドイツの状況とは異なり、日本においては自殺関与や囑託・承諾殺人が同一の条文及び同一の法定刑で処罰の対象となっていることから、刑法から見て、両罪の構成要件要素の多くが重なり合うものであり、構成要件の同質性を有するとの理解に立っていると解される。このため、刑法202条は、

51) 山中・前掲注5) 651頁及び同・前掲注42) 132頁～133頁。

52) 同様の見解を示すものに山中・前掲注5) 651頁～652頁及び同・前掲注42) 132頁～134頁。

53) 日本における自殺関与の処罰根拠及び自殺不処罰の根拠についての議論及び私見の詳細については、拙稿『違法論における「被害者の承諾」と自己決定権—自己決定権の刑法学への導入の是非—』（創価大学大学院博士論文、2009年）40頁以下参照。

たとえ「自律性を有する死の自己決定」の結果、他人に殺害を囑託あるいは承諾して殺害させたとしても、または、他人が「自律性のある自殺」に関与してきたとしても、人の生命という法益侵害に向けた因果を惹起したことに変わりはないが、両者共に通常の殺人罪とは異なり「自律性を有する死の自己決定」するという「被害者の承諾」の存在から、違法性を完全に阻却することは不可能であっても、違法性を減少をさせることが可能であるため、殺人罪よりもその法定刑が軽くなっていると解される。以上のことから、わが国の刑法における「自律性を有する死への自己決定権」は「生命の保護」に優先して保障されるべきものではなく、あくまでも他人の生命侵害行為の違法性を減少する「被害者の承諾」の範囲内で認められているに過ぎないものといえよう。

以上を踏まえ、ドイツ連邦憲法裁判所によるドイツ刑法217条違憲判決において示されたような、「生命の保護」に優先して「自由答責的でない、自律性の失われた生命を優先的に保護する」といった考え方は、わが国において馴染みにくい考え方といえる。わが国の刑法において「人間の生命」は最も重要な保護法益であり、また、国家の構成員としての生命でもあることから、個人的法益の範疇にとどまらず、社会的・国家的法益の一種とも解される法益であるように思われる。故に、国家は、国家の構成員が自らの生命を侵害する自殺に対して予防措置を講じるべきであり、また、「生命の保護」というパターンリズムの見地から、国家の構成員の生命が侵害・危殆化されないよう刑法202条に自殺関与罪及び囑託・承諾殺人罪の規定を置いている状況にあるといえる。そして、今後、ドイツをはじめとするその他の欧米諸国において「自律性を有する自殺」や「自律性を有する自殺の援助を求める権利」が保障されるべきであるとの立場が定着を見せ始め、わが国に対しても何らかの影響をもたらしうるとしても、刑法202条に対する違憲無効の判断がなされる可能性は低く、「自律性を有する死への自己決定」は、被害者の承諾として違法性減少効果を生じさせうる根拠として機能するに過ぎないであろう。その結果、終末期医療における「医師の手による臨死介助」や

消極的安楽死並びに尊厳死を不可罰とする違法性阻却事由を定めた新たな立法が必要となった際には、当該行為の違法性が阻却されるための要件として、患者の「自律性を有する死への自己決定」のみでは足りず、「死期が目前に切迫している」とか、「家族による同意がある」等、その他の要件が要求されることになるものと思われる。⁵⁴⁾

5. おわりに

ドイツ刑法217条の違憲判決の内容にふれ、改めて、欧州や先進国における積極的安楽死や「医師の手による臨死介助」の問題につき研究を進めていく中で、「医師の手による臨死介助」を許容する国が以前よりも増加傾向にあり、近年においては、キリスト教的倫理観の強い国においても、積極的安楽死までには至らずとも、「医師の手による臨死介助」を合法化する動きが見られることがわかった。また、今回のドイツ連邦憲法裁判所のドイツ刑法217条に対する違憲判決の中で、自律性を有する「死ぬ権利」は自己決定権の一種として尊重されるべきであり、かつ、「自律性を有する自殺」の際に他人に援助を求める権利もまた保障されるべきであることが示されたが、この判決は自律性を有する「人間」には「死ぬ権利」が備わっているということ⁵⁴⁾を世界的に示唆するものになったといえよう。

54) 終末期における患者の延命治療の中止に関しては、わが国では実体法的・手続法的規定が置かれていないものの、日本医師会をはじめとする各団体や厚生労働省のガイドラインが公開されている。その中においても、自律性を有する患者の死の自己決定にのみ従って患者に死を迎えさせることはできず、患者の自己決定権と並び家族の同意や家族に対するケアが重要であることが記されている。

日本医師会「終末期医療に関するガイドライン」https://www.med.or.jp/dl-med/teireikaiken/20070822_1.pdf (参照2024-01-21) 及び厚生労働省「人生の最終段階における医療・ケアの決定プロセスに関するガイドライン」<https://www.mhlw.go.jp/file/04-Houdouhappyou-10802000-Iseikyoku-Shidouka/0000197701.pdf> (参照2024-01-21) を参照。また、各団体のガイドラインに関して詳細なものに、山中・前掲注5) 804頁以下参照。

その一方で、日本をはじめとする、アジア諸国・アラブ諸国においては、宗教的・文化的理由から自殺及び自殺関与はタブー視の傾向にあり、自殺関与に対して処罰規定を置いている国も少なくない。前述のとおり日本においては刑法202条に同意殺人罪・自殺関与罪の処罰規定が置かれており、正犯である自殺（及び自殺未遂）が違法である以上、それに関与する行為もまた違法であるという共犯従属性に基づき自殺関与も処罰の対象となっている。ただし、日本において自殺及び自殺関与が違法であるとの考えは、日本由来の宗教的倫理観が背景となって生まれたものではなく、ボアソナードが旧刑法を起草した際に、ボアソナードの宗教的倫理観が前提となって生まれたものである。つまり、自殺が違法であり、自殺に関与する行為もまた違法であるとする思想・価値観は、ボアソナードによって日本に植え付けられたものといっても過言ではない。しかし、そこから140年以上にわたって、同意殺人罪と並んで自殺関与罪の処罰規定が置かれ、自殺関与を処罰の対象としてきた日本の現在と、プロイセンによる統一国家を形成した際に、自殺及び自殺関与は処罰の対象とすべきではないと自殺関与罪を削除し、140年以上にわたって自殺に関する処罰規定を置かなかつたドイツの現在を比較してみたときに、「死ぬ権利」に関する両国の考え方の差、思想・価値観の差があまりにも大きいことに驚かされる。日本において自殺関与が可罰的であることは、ボアソナードによって与えられた思想・価値観であり、日本由来の宗教的倫理観に基づいたものではないにも関わらず、自殺関与は違法な行為であるとの認識を持つ国民が多く、自殺に対しても否定的な評価を行う国民は少なくない。このため、日本は、積極的安楽死だけでなく「医師の手による臨死介助」に対する合法化に対しても、長年審議の対象とはなっても法案の提出や可決に至っておらず、合法化に至るまでには「国民のコンセンサスを得る」という高い壁が横たわっており、その許容性は困難を極める問題となっている。

それでも、今回のドイツ連邦憲法裁判所による「一般的人格権から死ぬ権利を導き出し、更には自殺の援助を第三者に求める権利もそれに含まれる」

とした判断は、わが国においても大きな比較法的意義を有する判断であるといえる。もちろん、日本においては「死ぬ権利」を尊重する思想が導入されたとしても直ちに同意殺人罪・自殺関与罪の規定が違憲無効とはなり得ず、同意殺人罪・自殺関与罪が残された上で、違法性阻却事由として安楽死や「医師の手による臨死介助」の許容要件を定めて法制化を行うことが推察されるため、ドイツ連邦憲法裁判所の判断とは明らかに両立し得ない部分が多いものであるが、そもそも自己の死を選択する権利がどれほど尊重されるべき権利であるかを理解するといった点においては、日本の刑法学においても極めて示唆的な内容の判断であり、考察を加える上で意義のないことはない。

また、ドイツにおいて「自律性を有する自殺」及び「自殺の援助を第三者に求める権利」が尊重されるべきであるとの立場が貫かれた際に、従来から議論の対象とされている可罰的な嘱託殺人罪と不可罰な（むしろ権利行使の援助となる）自殺関与との相違点や「医師の手による臨死介助」の不可罰性についても再検討が必要となるであろう。この際の議論が、日本における可罰的な自殺関与罪と許容されるべき自殺関与の相違をめぐる問題に対しても影響を及ぼすものであることは間違いないため、ドイツにおける嘱託殺人罪と自殺関与の相違や「医師の手による臨死介助」の不可罰性に対しては、今後の研究課題として参りたい。

最後に、本稿の執筆にあたって、2019年度及び2023年度の2回にわたり本学大学院法務研究科の教員研究報告会において発表する機会を得られたこと、及び、報告会にご参加の先生方より、本研究に関する有益なご意見や新たな問題提起を頂戴できたことにつき、深く感謝の意を申し上げます。

以上

研究ノート

アメリカ法における精神的苦痛の故意加害の
不法行為（I I E D）の保護法益

土 平 英 俊

第1 はじめに

近年、SNS 上における誹謗中傷¹⁾が社会問題化しており、侮辱罪の法定刑引き上げや、プロバイダ責任制限法の改正などの対応がとられている。不法行為法の分野においては、損害賠償額の適正化などの救済手段の充実を図るべきであると指摘される²⁾。

具体的事実の摘示を伴ってなされる誹謗中傷は名誉毀損やプライバシー侵害の不法行為となり得る。しかし、誹謗中傷が人格否定にまで至る場合は、「社会的評価を低下させられた」という事実や、「知られたくない情報を知られた」という事実から生じる精神的苦痛以外にも、人格を否定された、屈辱感を味わされた、といったことに基づく精神的苦痛をも被っていると考えられるものの、名誉毀損やプライバシー侵害の慰謝料は、それらの精神的苦痛を填補するに足りる額には至っていない。また、具体的事実の摘示が黙示的

1) 商事法務編『インターネット上の誹謗中傷をめぐる法的問題に関する有識者検討会取りまとめ』4頁（商事法務、2022年。以下、「取りまとめ」という。）においては、対象者の名誉を毀損するなど人格権を侵害するもののみならず、対象者に対する否定的・消極的な事実や意見を内容とする投稿であるが人格権侵害には至らないものなども含まれるものとして、この用語を用いている。本稿においても、同様の意味合いで用いる。

2) 日弁連「侮辱罪の法定刑の引上げに関する意見書」（2022年3月17日）。

にも存在しない誹謗中傷事案では、名誉毀損やプライバシー侵害は成立せず名誉感情侵害のみが成立し得ると考えられるが³⁾、名誉感情侵害は「社会通念上許される限度を超える侮辱行為であると認められる場合に初めて…人格的利益の侵害が認められ得るに過ぎない」というように、一定限度を超えて初めて違法評価がなされる点で、名誉に比べその保護法益は弱いものとして受け止められているようにも見受けられる。名誉感情侵害の慰謝料は名誉毀損の場合よりも低い場合も少なくない。さらに、民法723条の特定的救済は、名誉感情侵害による場合は認められないと考えられている⁵⁾。

単なるスローガンとして、名誉毀損やプライバシー侵害、名誉感情侵害の慰謝料額の適正化を掲げるのみで、果たして十分な被害回復は実現されるだろうか。何らかの理論的基礎付けを必要とするのではないか。こうした中、そもそも被侵害利益を名誉感情と捉えることが適切なのか、という指摘がされ始めている。たとえばヘイトスピーチの民事的規制に関する議論や⁶⁾、侮辱罪の法定刑引き上げに関する議論において、名誉感情とは別の被侵害

- 3) 事実の摘示を前提とする意見・論評は、名誉毀損となる余地がある（最判平成9年9月9日民集51巻8号3804頁参照）。他方、黙示的にですら事実摘示を伴わない純然たる意見・論評がなされた場合に名誉毀損が成立するか（純然たる意見論評によって人の社会的評価が低下することがあるのか）には争いがある。石橋秀起「名誉毀損と名誉感情の侵害」（立命館法学363・364号1315頁、2016年）、村田健介「インターネット時代における名誉・名誉感情侵害」（法学教室502号10頁、2022年）など参照。
- 4) 最判平成22年4月13日民集64巻3号758頁。これに対して、名誉毀損は、当該表現が一般読者の普通の注意と読み方に照らして人の社会的評価を低下し得る意味に理解されるのであれば原則として違法である（被告において真实性・相当性の抗弁を主張立証する必要がある）と解されている。
- 5) 最判昭和45年12月18日民集24巻13号2151頁。
- 6) 名誉や名誉感情とは異なる法益として、「平穩に生活する権利」「内心の平穩」（梶原健佑「ヘイトスピーチに対する民事救済と憲法」法学セミナー736号30頁、2016年）、「平穩生活権（住居における平穩生活する人格権）」（若林三奈「集団に対する差別的言動と不法行為一人間の尊厳と平穩生活権」法律時報93巻2号94頁、2021年）、「（差別を）理由とする侮辱や害悪の告知を受けない利益」（佃克彦「ヘイトスピーチに対する民事的規制について」法律時報94巻1号115頁、2022年）などが指摘されている。
- 7) 西貝吉晃「アメリカにおけるサイバーいじめ対策立法の刑法的側面」（日本法学85

利益として、「自尊感情」「私生活の平穩」等が指摘されている。また、インターネット上の誹謗中傷投稿の削除の文脈でも同様の指摘がされている⁸⁾。たしかに、誹謗中傷によって、名誉・プライバシー・名誉感情が害されることがあるとしても、被害者の権利・法益侵害はそれらのみで捕捉しきれものではないように思われる。先行研究での指摘のように、自尊感情や私生活の平穩などの法益侵害を観念できそうである。

では、それらの法益が観念できるとして、名誉や名誉感情とどのように区別することができるであろうか。また、名誉・プライバシー・名誉感情とは異なる法益の侵害を観念することが、慰謝料が低額にとどまっている現状に対してどのような効果をもたらすことができるのであろうか。

卷4号、2020年）は、侮辱罪の保護法益を、「精神的な自由のうちの、著しい精神的な苦痛を与えられない利益と考えるのは1つの合理的な考え方」であるとする。

また、同「サイバーいじめと侮辱罪」法時93巻10号（2021年）は、侮辱罪に関する通説の法益解釈は、「公衆の評価の低下を通じた被害者の健全な精神状態を保護」（曾根威彦『刑法各論』第5版99頁）しているに過ぎないものであり、むしろ「自身による自己に対する評価の低下を問題にすべき」とする。

法学セミナーでの特集「言論に対するゆるしと制裁」（法学セミナー 803号5頁以下、日本評論社、2021年）では、「被害者に誹謗中傷・罵詈雑言がなされることによって被害者の自尊感情が傷つけられ、精神的負荷によりPTSDなどを発症し、あるいは自殺に追い込まれる危険性…ここでは私生活の平穩といった法益が問題となっており…脅迫罪・強要罪…ストーカー行為等規制法の犯罪に類似」している、また、「私生活の平穩を侵害するような性質を有している点を正面から考慮した刑罰的規律が不可欠」であるとの指摘（深町晋也「オンラインハラスメントの刑罰的規律」同書12頁以下）や、民事責任に関して「平穩生活権や『内心の静謐』への侵害といったタイプ的人格権の問題とできるのではないか」（志田陽子「ネット言論と表現の自由のこれから」同所26頁以下）などの指摘がある。

また、ジュリストでの特集「侮辱における法の役割——侮辱罪改正を契機に」ジュリスト1573号（有斐閣、2022年）では、「自尊の侵害」（巻美矢紀「自尊としての『名誉感情』とその憲法的保護に関する試論」）や、「自己に対する不当な評価やいわれない悪意を向けられることなく平穩に生活するという人格的利益」（仮屋篤子「インターネット上の侮辱」）の侵害などの指摘がある。

- 8) 前掲注1・「取りまとめ」70頁は「これまでの誹謗中傷とオンライン上の誹謗中傷は質的に異なっており、名誉感情侵害だけで捉えきれものではなく、保護法益として私生活の平穩を付加する必要がある。」とする。

こうした疑問を念頭に、アメリカにおける、インターネット上の誹謗中傷に関する裁判例（以下、私人間における誹謗中傷で、非経済的なものを念頭に置く）に目を向けると、そこでは、名誉毀損（libel）やプライバシー侵害以外に、IIED（Intentional Infliction of Emotional Distress—精神的苦痛の故意加害。以下、「IIED」という。）という不法行為の訴訟原因が主張されている例が少なくないことがわかる。

IIEDとは、極端かつ非道な行為によって故意または無謀に精神的苦痛を与えた個人によって引き起こされた深刻な精神的苦痛に対して損害賠償が認められる不法行為である。IIEDはもともと、インターネット上の誹謗中傷に特有の訴訟原因というわけではないが、後述するように、他の訴訟原因では提訴困難なインターネット上の活動による損害に対処し得る可能性がある⁹⁾と指摘されている。

先行研究には、IIEDはわが国の不法行為法でいう名誉感情侵害と対照可能¹⁰⁾ではないかという指摘がある。そこで本稿では、IIEDの保護法益は具体的に何であり、我が国における名誉感情侵害とどのような共通点・相違点があるかを確認することとする。そして、わが国において名誉・プライバシー・名誉感情とは異なる法益として観念できる可能性があるか、そのこと

9) Catherine E. Smith, *Intentional Infliction of Emotional Distress: An Old Arrow Targets the New Head of the Hate Hydra*, 80 Denv. U. L. Rev. 1 (2002)

10) 梶原健佑「Tortious Speech（不法行為言論）の憲法学・序説～Intentional Infliction of Emotional Distress法の『憲法化』を中心に」（上）（下）（山口経済学雑誌61巻1号93頁以下、2号59頁以下、2013年）。

同研究は、2つの連邦最高裁判決—①多数意見が、パブリック・フィギュア（公的人物。社会的に重要な問題の解決に密接にかかわったり、その名声に基づき社会全体が関心を持つ分野の行く末に関与している者。）に対する言論が問題となった事案であると捉えた *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988) と、②多数意見が、言論が公的関心事に関するものであった事案であると捉えた *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011)—とを踏まえて、憲法適合的なIIED法の要件検討を行っている。

本稿は、専ら私人間における公共の利害に関わらない言論の事案を念頭に、IIEDの保護法益と名誉感情侵害との比較を中心に検討するものである。

に有用性があるかの検討の足掛かりとしたい。

第2 I I E D の保護法益

1 I I E D の歴史的背景の概要

先行研究によると、英米法ではもともと、損害が些細な微々たるものであり不法行為による救済に適さないことや、客観的証明が困難であること、濫訴の危険があることなどを理由に、精神的苦痛それ自体に対する保護は否定されており、1934年の不法行為リステイトメント（以下、「第1次リステイトメント」という。）においても、故意により精神的苦痛を負わせた場合でも行為者は責任を負わない旨が規定されていたが、1930年代から故意により精神的苦痛を負わせることが独立の不法行為をなすと認識されはじめるようになり、1948年の不法行為リステイトメント（補遺）において、故意により他人に重大な精神的苦痛を生じさせた人はその精神的苦痛またそれから生じた身体的損害¹¹⁾に対して責任を負う旨の記述がなされた、とされる。

他方、旅客を侮辱した運送業者の責任が問われた事件の分野では、精神的苦痛を故意に与えたことに対する別個の訴因のようなものが登場した。当初は契約違反、すなわち、運送業者には旅客に対して礼儀正しくするという「黙示の契約」違反があるとの理屈で損害賠償が認められたが、乗客予定者がまだ切符を購入していないようなケースでは（契約違反を構成しないので）、運送人の公衆に対する特別な義務違反として不法行為であるとして認識されるようになり、被害者の被った精神的な障害が病気やその他の身体的な影響を伴わない場合でも、下品な言葉やわいせつな言葉、あるいは通常の間接的感覚を持つ人々にとって著しく侮辱的な言葉に対して運送業者に責任を負わせる、

11) この段落について、安次富哲雄「英米法における精神的苦痛に対する損害賠償」(琉大法学13号121頁、1972)、梶原・前掲注10参照。

といった判断がなされるようになったという。¹²⁾

その後、1965年の第2次不法行為リステイトメントでは、「『深刻な精神的苦痛を惹起する outrages な行為』¹³⁾に対する責任」(liability for outrageous conduct causing severe emotional distress)¹⁴⁾と題する46条が記述された。同条は、「(1) 極端かつ非道な行為 (extreme and outrageous conduct) によって、故意または無謀に (intentionally or recklessly)、他人に深刻な精神的苦痛 (severe emotional distress) を与えた者は、その精神的苦痛 (severe emotional distress) に対する責任を負い、その結果、他人に身体的損害 (bodily harm)¹⁵⁾が生じた場合は、その身体的損害に対する責任を負う。」と記述している。

さらに2012年の第3次不法行為リステイトメント—身体的及び精神的損害に対する責任—第46条では、表題が「故意又は無謀による精神的苦痛に対する加害」(Intentional (or Reckless) Infliction of Emotional Harm) と改められた。同条は、「極端かつ非道な行為によって、故意または無謀に、他人に対して深刻な精神的損害 (severe emotional harm) を与えた者は、その精神的損害 (emotional harm) に対して責任を負い、精神的損害が身体的損害 (bodily harm) を引き起こした場合は、身体的損害に対しても責任を負う」と記述している。¹⁶⁾この不法行為は、アメリカの裁判所においてほぼ普遍的に受け入れられている、とされる。¹⁷⁾

12) この段落について、WILLIAM L. PROSSER, PROSSER & KEETON ON TORTS § 12 (5th ed. 1984)。

13) 梶原・前掲注10による訳。

14) 梶原・前掲注10。

15) Restatement (Second) of Torts § 46 (1965)

なお同条2項は、前項の行為が第三者に向けられたものである場合に、その場に居合わせた者(※)に対して深刻な精神的苦痛を与えたときにも責任を負う旨、記述している(※その場に居合わせた者が、①近親者である場合は身体的損害がなくとも責任を負い、②その他の者である場合は身体的損害を生じることを必要としている)。

16) Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 46 (2012)

17) Marshall S. Shapo, PRINCIPLE OF TORT LAW 4th. (2016) Ch.12.01

2 IIED とインターネット上の人権侵害事件

「極端かつ非道」な行為によって「深刻な」精神的苦痛を与えた場合にはじめて成立する IIED は、その厳格な要件ゆえに、必ずしも多くの事例で認定されているわけではないものの、インターネット上の人権侵害（特に偏見に基づく攻撃的な表現がなされたもの他の不法行為ではカバーできない事案）において重要な役割を果たす可能性が指摘されている。すなわち、中傷、蔑称を含む投稿に事実の摘示が含まれないために名誉毀損の成立が困難な場合や、¹⁸⁾ 摘示した情報が一般に入手可能なものであるためにプライバシー侵害が成立しない場合においては、IIED が被害者の「精神的平穏と心の平穏」(mental tranquility and peace of mind)¹⁹⁾ を守るために機能する、とされる。

3 保護法益

(1) IIED は何を保護法益とする責任であると認識されていたか。

第1次不法行為リステイトメントでは、「精神的・情緒的平穏」「精神的苦痛からの解放」の利益 (the interest in mental and emotional tranquility, and therefore, in freedom from emotional distress) が観念されていたが、それらの利益は、「それ自体としては、他者に対し、その妨害を意図した、または妨害を引き起こす可能性がある」と認識し得る行為を差し控えるよう要求するに十分な重要性を有するとはみなされない²⁰⁾ と考えられていた。そのため、精神的苦痛を受けたことのみを理由とする損害賠償は否定されていた（第1次不

18) アメリカでは、純粋な意見によっては名誉毀損は成立しない。

19) 前掲注9・スミスは、具体例として、白人至上主義者のウェブサイトが、地域のヘイトクライム対策委員会の委員長である白人女性について「人種差別の裏切り者」「このような裏切り者は用心すべきである」とのコメントを掲載したり、同女性の娘（同女性にはアフリカ系アメリカ人の娘がいた）を「雑種」と表現したり、また同女性のオフィスが炎に包まれたアニメーションや爆弾の作り方を掲載するなどしたことが IIED に当たるとされた事件を紹介している。

20) Restatement of Torts § 46 comment c. (1934)

法行為リステイトメント第46条)²¹⁾。不法行為が成立するのは、例外的に、身体的接触またはそのおそれに起因して精神的苦痛が生じた場合であり、この場合の精神的苦痛は「自分自身や家族の安全に対する深刻な恐怖や不安」のように「誰もが極めて苦痛であると認識する」ものだから賠償の対象となる、とされる²²⁾。つまり、精神または感情に対する妨害は、身体的危害の危険を伴う限り、及び、身体的危害への継続的脅威により回復可能な損害に影響を及ぼす限りにおいてのみ、重要であるとされていた²³⁾。

(2) 精神的苦痛が賠償の対象外とされた理由の1つは、問題となっている利益が金銭的に評価できないためであると考えられていたことにある。「訴えられた不法行為が、精神的苦痛や不安だけを原因とする場合、法はそれを評価することはできないし、救済しようとし²⁴⁾ない」などと言われていた。

しかし、第1巡回区控訴裁判所判事で、第2次リステイトメント編纂時のアドバイザーであるカルバート・マグルーダーは、1936年の論文²⁵⁾において、一般的な書物では上記の命題が挙げられていることは事実であるし、コモン・ローが「心の平穏という利益」(the interest in one's peace of mind)をた

21) 第1次不法行為リステイトメント46条は、「精神的苦痛のみを意図した行為」(Conduct Intended to Cause Emotional Distress Only)と題し、「第21条から第34条および第48条に規定される場合を除き、意図した、または意図していなかったとしても他人に精神的または感情的な障害(a mental or emotional disturbance)のみを与える可能性のある行為は、行為者に対し、(a)それにより生じた精神的苦痛(emotional distress)または(b)そのような妨害から予期せず生じた身体的危害の責任を負わせない。」と記述していた。第21条から第34条は、行為者による有害または攻撃的な接触(contact)のおそれ(apprehension)によって精神的な障害が生じた場合の責任である。

22) 前掲注20・Restatement of Torts § 24 comment c.

23) 前掲注20・Restatement of Torts § 312 comment a.

24) Lynch v. Knight, 9 H. L. Cas. 577, 598 (1861)におけるフレーズであり、裁判例で度々引用された。

25) Calvert Magruder, *Mental and Emotional Disturbance in the Law of Torts*, 47 Harv. L. Rev. 1033 (1936).

とえ意図的な侵害からであっても、「一般的かつ独立した法的保護に値するものとして認めることに消極的であったことは事実である」としつつ、しかしながら、原告に苦痛を与えるために非道な行為がなされたような数々の裁判例では、次第に裁判所は感情や情動（feelings and emotions）に対して広範な保護を与えてきており、他の損害の要素がない場合でも精神的・情緒的苦痛に対する賠償が認められている、とする。そして、このことは、法が「精神的・情緒的平穩の利益」（the interest in mental and emotional tranquillity）を段階的に保護してきていることを示している、とする。そして「裁判所は、重要な人格的利益（interest of personality）に対するより深刻な侵害を救済するために、顕著な適応能力を示してきた」のであり「もはや、『訴えられた不法行為が、精神的苦痛や不安だけを原因とする場合、法はそれを救済しようとしもしない』という上記の命題は真実ではない」と結論づけている。

(3) 20世紀のアメリカでもっとも著名な不法行為学者と言われ、リステイトメントの首席レポーターでもあるウィリアム・プロッサー²⁶⁾は、1939年、「精神的苦痛の故意の侵害：新しい不法行為」と題する論文において、法律はかつては、たとえ意図的な侵害であっても心の平穩という利益（the interest in peace of mind）を独立の保護法益として受け入れることに消極的であったが、他方で医学の分野では以前から悲しみ、不安、怒り、羞恥心も、それ自体が「身体的」傷害であると認識していた、と述べる。そして、法律が「精神的な」利益を保護しようとすると架空の詐欺的請求がなされるなどの反論もなされるものの、「しかし、これは真に深刻な精神的傷害の回復を否定する理由としては不十分である」と述べた。そして、いくつかの事例を通じて、身体的接触やその未遂が存在しない限り精神的苦痛に対する賠償が与えられないことの不合理さを説き、非道な行為によって極度の精神的苦痛を意図的に与えることは、別個の独立した不法行為として扱われることになるだ

26) William L. Prosser, *Intentional Infliction of Mental Suffering: A New Tort*, 37 Mich. L. Rev. 874 (1939).

ろう、と結論づけた。

プロッサーによれば、極端で非道な行為によって精神障害を意図的に与えること自体が訴因となることが認識されるようになったのは、1930年頃からであるという²⁷⁾。前述したように、1934年の第1次リステイトメントでは、こうした行為が不法行為であるとはされていなかったため、そうした判例の考え方が共通認識として形成されていたとまではいえなかったであろうが、個々の裁判例のレベルでは不法行為との認識が存在したのである。

その後プロッサーは、1941年の「HANDBOOK OF THE LAW OF TORTS」において、2つの不法行為訴訟—「精神的動揺を引き起こす言動」(Words and Acts Causing Mental Disturbance)と題する類型と、「その他の不法行為」として「プライバシーの権利」と題する類型—を記載し、その後、前者が「精神的苦痛の故意加害」(IIED)と改められた。

(4) こうした中、1948年のリステイトメント(補遺)で、前述の46条が変更されるに至る。46条は、「特権がないにもかかわらず、故意に他人に深刻な精神的苦痛を与えた者は、(a) そのような精神的苦痛に対して、(b) その結果生じた身体的損害に対し、責任を負う」と改められた。

46条の変更理由についてリステイトメントは、「1934年以降に登場した判例は、深刻な精神的苦痛からの自由という利益(the interest in freedom from severe emotional distress)が故意の侵害から保護されることを立証している」こと、それらの判例が近時の文献で十分に検討されていることから、「現在のアメリカ法を正確にリステイトするために、46条の変更が必要である。今日の米国では、精神的苦痛からの自由という利益に対して、ますます多くの保護を与えようとする明確な傾向がある²⁸⁾」と述べている。

ここで重要と考えられるのは、利益の重要性に関する従前の評価が180度転換されている、という点である。「深刻な精神的苦痛からの解放という利

27) 前掲注12。

28) Restatement of the Law, 1948 Supplement 616.

益（the interest in freedom from severe emotional distress）は、それを侵害することを意図した行為を控えるよう他者に要求するのに十分な重要性を持つものとみなされる。」と述べられている。特に、同利益の侵害が不法行為となる理由について「その利益を侵害された者が被る損害は、身体的完全性の利益（the interest in bodily integrity）やその他の法的に保護された利益を侵害する不法行為よりも本人にとってははるかに深刻（far more serious）であることが多い」とされている。²⁹⁾

（5） 1965年の第2次不法行為リステイトメントにおいても、「不快な感情から解放される利益（interest in freedom from disagreeable emotions）」は比較的最近まで、意図的な侵害であっても訴えられるほど重要なものだと認識されておらず、他の法的に保護された利益の侵害に対し責任が生じる場合に損害賠償の要素として考慮されるという間接的な保護しかなかったが、近年は保護の対象となってきている、とする。³⁰⁾

（6） 2012年の第3次不法行為リステイトメント—身体的・精神的損害に対する責任（第2次リステイトメントはその後順次部分的に改訂がなされた）では、「精神的損害に対する責任」と題する章を置き、そこに、第46条を記述し（前述のとおり、表題がIIEDとされた）、さらに、“第2次不法行為リステイトメントの発表以降に裁判所が過失により精神的損害のみを生じさせたような場合にも責任を認めるようになった”と述べて、過失に基づく一定の場合の責任を定める47条及び48条も記述した。

これらについて第3次リステイトメントは、「裁判所は、合理的な人（reasonable person）であれば誰でも深刻な精神的損害を被るような状況である場合、損害の重大性や損害の影響が被害者の日常生活の活動を制限する場合、及び責任の範囲が十分に限定されている場合には、責任に同情的であ

29) 前掲注28・§ comment d.

30) 前掲注15・Restatement (Second) of Torts One 2 Intro. Note.

る」とし、「本章は、純粋な精神的損害に対する回復の自由化を反映したものである」とした。そして、プライバシーの侵害などの不法行為は、精神的平穩に関する利益 (the interest in emotional tranquility) のうち「明確な側面を保護するもの」であるのに対し、46条から48条は、身体的危害に対するものと、精神的な平穩という区別のない利益を保護するもの (for physical harm and those protecting an undifferentiated interest in emotional tranquility) だけを取り上げて³¹⁾いる、としている。

4 法益の具体的内容－重要性、他の法益との異同

(1) 法益の重要性

以上みてきたように、当初は独立の保護が与えられていなかった「精神的・情緒的平穩の利益」「精神的苦痛からの解放という利益」(第1次不法行為リステイトメント)は、時代の変化に伴い、その後不法行為上の保護法益であると認識されるに至った。もっとも、その法益の性質自体が変化したわけではないようである。すなわち、第1次リステイトメントとリステイトメント補遺とで念頭に置かれている保護法益は、「深刻な」(severe)、の語が付加されているものの、「精神的苦痛からの解放という利益」(the interest in freedom from emotional distress)という性質自体は変更がない。

そして、「深刻な」の語が付加されているのは、「精神的苦痛からの解放という利益」のうち、一定の重要性を持つもの、言い換えれば、当該利益の中核部分こそが不法行為の保護を受ける適格があることを示すものと言えよう。右の中核部分は、それを侵害することが「身体的完全性の利益 (interest in bodily integrity) やその他の法的に保護された利益を侵害する不法行為よりも本人にとってはるかに深刻 (far more serious)」と言える領域のものである。

この点に関して、アメリカでは、IIED は人間の尊厳に関わる不法行為で

31) 前掲注16・Chapter 8 scope note.

ある一すなわち、“Dignity”³²⁾に関する不法行為、または“Dignitary tort”³³⁾と位置付けられることがある点が注目される。

ケネス・S・エイブラハムは、プロッサーが初期の段階から I I E D とプライバシー訴訟を扱っていたことから、彼がこれらの共通の特徴に関心を持ち、それらをヨーロッパの不法行為法における「人格権」のようなもの（ヨーロッパでは、個人の多様な人格的価値、生命的利益、環境との関係との関係において具体的な形を生み出す「源泉的権利」としての意味を有する「人格権」(the right of personality) 概念が存在した) を保護する一般的な訴えに集約することを視野に入れていたことがうかがえる、と指摘している。³⁴⁾ またエイブラハムは、1940年代から1950年代にかけて、精神的苦痛 (mental suffering) の救済の気運が高まっていたのは、人間の尊厳 (human dignity) という概念の共鳴の高まりに基づくものであったろう、とも述べている。

このような点も加味すると、I I E D は「精神的・情緒的平穩の利益」「精神的苦痛からの解放という利益」全般を保護するというよりは、そのうち、人間の尊厳に影響する程度の重要性を持つ中核部分を保護するものである、と捉えることができる。

アメリカでは、名誉毀損の不法行為と区別される概念として、侮辱 (insult) があるが、人の自尊心に対する侮辱行為ではあるが、ほとんどの州では不法行為の訴因とならないとされる。³⁵⁾ これは言わば、精神的・情緒的平穩の利益のうち上記中核部分ではない、周辺部分の保護が対象となっているからだと考えることもできるのではないだろうか。言い換えれば、「精

32) 前掲注17・シェイポは「人間の尊厳」(human dignity) を保護する不法行為」と表現している。

33) Cristina Carmody Tilley, *Rescuing Dignitary Torts from the Constitution*, 78 *Brook.L. Rev.*(2012)

34) バージニア大学ロースクール教授で、第3次リステイトメント編纂時のアドバイザー。

35) Kenneth S. Abraham & G. Edward White, *The Puzzle of the Dignitary Torts*, 104 *Corn. L. Rev.* 317 (2019).

36) 前掲注17・シェイポ Ch.66.01(B)

神性的・情緒的平穩の利益」「精神的苦痛からの解放という利益」には、コア(核)となる領域と、フリンジ(周縁)の領域があり、IIEDはそのコア領域を保護する不法行為である、ということである(以下、それぞれ「中核領域」「周縁領域」と言う)。

(2) 名誉毀損との異同

名誉毀損の不法行為も“Dignitary tort”と呼ばれるが、では、IIEDの保護法益は名誉毀損の保護法益とどのように違うか。この点、IIEDは「恥辱、屈辱、無礼」からの保護を図っている点で名誉毀損と異なる、という指摘がある。エイブラハムは、一般的に用いられている“Dignitary”の語は、その利益の性質や範囲などの説明なしに言及されることが多く事実上全く分析されておらず、Dignitary tortと呼ばれるものが保護しようとする法益には多様なものがあるとしたうえで、このうちIIEDは「恥辱、屈辱、無礼」からの保護を図っている、と述べる。そして、恥ずかしさや屈辱に関わる不法行為としては名誉毀損も同様であるが、名誉毀損においては恥ずかしさや屈辱などは二次的な法益であり、名誉毀損の場合は、被告による表現の結果として他者(第三者)が原告をどのように認識するかという点に焦点を当てているが、屈辱、無礼は、そのような表現の結果である場合もあれば、そうでない場合もあり、それらの発生から保護することは不法行為の中心的な対象ではない、名誉毀損が保護しようとしているのは他者への評価の低下の利益である、と述べる。³⁷⁾すなわち、名誉毀損の保護法益は、第三者の原告に対する認識であるのに対して、IIEDの保護法益は、原告自身の感情である点で区別されている。

この点に関して、マグルーダーも前述の論文で、「通常、名誉毀損訴訟で保護される第一の利益は評判(reputation)である」が、「評判が傷つけられれば精神的苦痛(mental distress)を受けるのは当然であるが、いずれにせよそれは、精神的平穩の利益(the interest in mental tranquillity)と同一ではな

37) 前掲注35。

い。」とも指摘する。名誉毀損において「保護される根本的な利益は、感情の完全性ではなく、評判の1つであることに注意すべきである」と述べるものもある。³⁸⁾

このような意味で、IIEDの保護法益は、名誉毀損の保護法益とともに dignitary に関する利益であるという点で共通性があると認識されているものの、尊厳を構成する側面が異なるため保護法益そのものは別だということである。

第3 若干の検討

以上を踏まえて、我が国において、IIEDの保護法益とわが国の名誉感情侵害との共通点・相違点を確認し、同様の法益をわが国の不法行為法のもとで観念することができるか、そのことに有用性があるかにつき若干の検討を行う。

1 わが国の「名誉感情侵害」との共通点、相違点

名誉感情とは、人が自己自身の人格的価値について有する主観的な評価であり、それを侵害しても民法723条の特定の救済（「名誉を回復するのに適当な処³⁹⁾分」）は認められないような利益である。そして、名誉感情侵害行為が存在するだけで直ちに違法となるわけではなく、「社会通念上許される限度を超える侮辱行為であると認められる場合に初めて…人格的利益の侵害が認められ得る」ものである。⁴⁰⁾

38) 前掲注17・シェイポ Ch.66.01(B)

39) 前掲注5・最判昭和45年。

40) 前掲注4の最判平成22年。「このような記述は、…侮辱的な表現を含むとはいえ、被上告人の人格的価値に関し、具体的事実を摘示してその社会的評価を低下させるものではなく、被上告人の名誉感情を侵害するにとどまるものであって、これが社会通念上許される限度を超える侮辱行為であると認められる場合に初めて…人格的利益の侵害が認められ得るにすぎない」。

前述のとおり、IIEDの法益である「精神的・情緒的平穩の利益」「精神的苦痛からの解放という利益」が「恥辱、屈辱、無礼」からの保護を内実とするものであるとすれば、名誉感情の法益である主観的評価・主観的名誉とは、いずれも人の内心に関わる利益であり、屈辱感などの主観的感情を保護するという点で、共通性がある。また、加害行為が社会通念上の許容限度を超えて初めて不法行為が成立するという点は、IIEDが「故意」による「重大な」精神的苦痛のみを保護するものであるという点とも共通性が見いだせる。

他方、IIEDの保護法益が、ヨーロッパにおける人格権に相当するもので、人間の尊厳に関わる利益であるとか、その侵害は身体的完全性の利益よりも深刻であるといった捉え方がされている点は、わが国における名誉感情の捉え方とは異なるように思われる。わが国では、人格的利益のうち身体的利益(生命・身体・健康や身体の自由・性的自由)は絶対権、⁴¹⁾その他の狭義の人格的利益(名誉権やプライバシー)は非絶対権と整理されるのが一般的であると思われ、名誉感情侵害は、そこまでの位置付けは与えられていない。この点はどう考えるべきか。

そもそも、名誉感情侵害は、なぜ「社会通念上許される限度を超える」か否かが基準となっているか。言い換えれば、侮辱は一転限度甘受しなければならない、ということになるが、それはなぜか。この点については、客観的な基準の必要性が述べられる。⁴²⁾ たしかに、人の内心に関わる利益のうち周縁領域においては、その通りであろう。しかし、中核領域においては、絶対

41) 窪田充見編『新注民法(15)債権(8)』319頁〔橋本佳幸〕(有斐閣、2017)

42) 前掲注1・「取りまとめ」第4回議事録20頁の森田教授の発言。「名誉感情の侵害というのは、被侵害利益から見れば、本来は人ごとに違ってくるはずのものではないかと思います。しかし、そうなると、侮辱した側から見ると、相手方が傷つきやすい人というのを知らないで一定のことを言ってしまうと、同じ程度の表現行為であったとしても、違法行為とされる場合とそうでない場合とがあったりして、表現行為の萎縮をもたらすことになるので、ある程度相手方の主観的な評価から離れて、社会通念上許される限度を超えるか否かというところで線を引かざるを得ないという議論の構造になっているのではないか」。

権侵害を構成すると考える余地もあるのではないだろうか。IIEDの保護法益と名誉感情侵害の保護法益は、周縁領域においては重なり合っているが、中核領域が念頭に置かれているか否かという点では、異なるように思われる。

こうした考え方に対しては、次のような指摘が考えられる。すなわち、IIEDにおける「極端かつ非道」「故意」などの概念は、わが国の不法行為法でいえば保護法益ではなく行為態様を指しており、結局のところ、“社会通念上許される限度を超えて名誉感情を侵害した”ということと、“極端かつ非道な行為によって、故意または無謀に他人に深刻な精神的苦痛を与えた”ということは実質的には同じことを言っている、したがって保護法益自体は名誉感情侵害と異なるところはないのではないか、という指摘である。

この点については、たしかに「故意」等の概念は行為態様に関する要件という側面を持つと言えるが、以下のような意味で、保護法益と切り離して考えることのできない、保護法益に関わる要件であるとも考えられる。

それは、身体に対する加害が行われる場合と精神に対する加害との違いに基づくものである。すなわち、身体に対する加害の場合は、その客観的状況が同一である限り、加害者の行為が故意であろうと過失であろうと、被害者に生じる権利侵害及び損害もまた同一である（たとえば、後続車が追突して交通事故が起きたとき、後続車の衝突が意図したものであろうと過失によるものであろうと、スピードや衝突位置が同じである限り、生じる受傷には変わりはない）。一方、精神に対する加害の場合は故意か過失かによって法益侵害は変わり得る。たとえば人を侮辱する発言が同じようになされた場合であっても、行為者が相手に精神的苦痛を与えることを積極的に意図してなされた場合と、行為者がそのような発言をしたのが誤解に基づいていた場合（誤解が重過失に当たるような場合は除く）とでは、たとえ客観的状況は同じでも、被害者の精神的苦痛は異なるはずである。

このように考えると、「精神的・情緒的平穩の利益」には、過失によって侵害され得る領域と、故意行為によってでしか侵害できない領域が存在す

るのではないかと思われるのである。したがって前者は、原則として違法評価を受けないが、後者はその侵害は直ちに違法と評価され得る。

また、このように考えることで、裁判官による慰謝料算定上も影響を及ぼすことができる。実務上、交通事故により後遺障害が生じた場合の慰謝料の算定の際、自賠法上の後遺障害等級を基礎とされており、そこには、人の労働能力の低下の程度に応じて精神的苦痛の多寡を仮定するという考え方が現れている。同様の発想に基づけば、人の精神の中核に対する加害と周縁部分への加害とで精神的苦痛に多寡が生じると考えることは可能であり、IIEDの保護法益に相当するものを侵害した場合は、名誉毀損や名誉感情侵害とは異なる多額の慰謝料が生じると考えることができるであろう。

以上のように、IIEDの保護法益は、周縁領域においては名誉感情侵害と共通するが、中核領域は名誉感情侵害とは異なるものであり、慰謝料算定にも一定の影響を及ぼし得るものと考えられる。

2 わが国の名誉毀損との相違点

アメリカ法では、IIEDの保護法益は、名誉毀損の保護法益である評判の利益と異なるものとして観念されていた。

我が国において、名誉毀損の保護法益は「社会的評価」の低下であるとされる。この“社会的評価の低下によって生じる精神的苦痛”と、加害者の表現によって（社会的評価の低下を伴わないが）“意図的に深刻な精神的苦痛を与えられたことによって生じる精神的苦痛”は、我が国においても、区別可能である。

そうすると、名誉毀損事案においても、社会的評価の低下と同時に、意図的に深刻な精神的苦痛を与えられることはあり得る（利益の侵害が同時に生じる）。したがって、名誉毀損事件においても慰謝料を別途算定可能となる。

43) たとえば、後遺障害等級1級の場合は2800万円、2級なら2370万円、3球は1990万円…14級は110万円、というような一定の基準が存在し、それを基礎に算定されている。

このことは、慰謝料が低いとされる名誉毀損事案において、一定の解決策となる可能性がある。

3 損害との区別

IIEDの保護法益は権利・利益侵害要件の問題ではなく、「損害」そのものではないのか、という疑問もあり得るところであるので、この点についても若干の検討を行う。

この点については、同じ人格的利益の侵害である名誉毀損において、権利・法益侵害と損害との関係をどう理解するかにもかかわる。そこで、この論点に関して参考となる、名誉毀損における損害とは何かというテーマに関する最判平成9年5月27日⁴⁴⁾を取り上げたい。この事件では、「名誉毀損とは、…社会的評価を低下させる行為のこと」であり①、名誉を毀損する内容の新聞が発行され「閲読可能な状態になった時点で、右記事により事実を摘示された人の客観的な社会的評価が低下するのであるから、その人が当該記事の掲載を知ったかどうかにかかわらず、名誉毀損による損害はその時点で発生している」ことになり②、「したがって、上告人は、本件記事の掲載された新聞が発行された時点で、これによる損害を被ったものと言うべきである」③という判断が示された。この判例は、「具体的な精神的苦痛を被ったこと⁴⁵⁾をもって損害の発生とする、という見解」を採らなかったものである。

上記判示を、民法709・710条の要件に即して理解すると、どう理解できるか。

1つの考え方は、社会的評価の低下という事実そのものが「損害」であるとする見方である。上記の判示②③部分は、社会的評価の低下の時点で損害が発生すると述べており、あたかも、社会的評価の低下という事実そのものが「損害」であるとするかのようである。

44) 民集51巻5号2024頁。

45) 近藤崇晴・平成9年度判解648頁。

もう1つの考え方は、社会的評価の低下はあくまで「権利・法益侵害」要件であり、それと「損害」は別であるとする見方である。

709条は、故意過失「によって」権利・利益を侵害したこと（以下、「因果関係①」という）と、「これによって」損害が生じたこと（以下、「因果関係②」という）の、2つの因果関係を含んでいる。このことを念頭に上記判示を読むと、「名誉毀損とは、…社会的評価を低下させる行為」であり名誉を毀損する内容の新聞が「閲読可能な状態になった時点で、…人の客観的な社会的評価が低下する」と述べる部分（上記①と②前半）は、因果関係①を述べており、「その人が当該記事の掲載を知ったかどうかにかかわらず、名誉毀損による損害はその時点で発生している」「本件記事の掲載された新聞が発行された時点で、これによる損害を被ったもの」と述べる部分（上記②後半と③）は、因果関係②を述べている、という理解が可能であり、適切であろう。つまり最判平成9年は、名誉権の侵害（社会的評価の低下）が権利・法益侵害要件を構成し、それによって生じた抽象的な精神的苦痛が損害要件を構成する、と捉えていると考えられる。

このこととパラレルに考えると、「精神的・情緒的平穩の利益」が害されることと、それによって精神的苦痛という「損害」が生じることは別である、と考えることも可能と思われる。そして、この精神的苦痛は、名誉毀損のそれが「その人が当該記事の掲載を知ったかどうかにかかわらず」発生するのと異なって、自身について書かれたということを「知ったことによって」発生する精神的苦痛であるから、前述のように、名誉毀損による慰謝料とは別途算定可能と考えることができる。

4 おわりに

アメリカ法の IIED の保護法益は、人間の尊厳に関わる利益として捉えられていた。冒頭で述べたように、名誉感情とは別の被侵害利益として、「自尊感情」「私生活の平穩」等の利益が指摘されているが、いずれのように捉

えるにせよ、インターネット上の誹謗中傷事案への対応を念頭に置いたときには、人間の尊厳に関わる法益の侵害が問題となっていると捉えることが重要である。その意味で、現状のわが国の名誉感情侵害に関する捉え方には不十分な面があるように思われる。IIEDは、その保護法益や損害論においてわが国の名誉感情侵害とは異なる観点を示しており、誹謗中傷事案の対応について一定の理論的示唆を与える可能性を秘めているように思われる。

名誉毀損、名誉感情侵害では把握しつくせない法益の侵害は、事実として生じている。そこに焦点を当てて、理論的基礎が構築できるよう、本稿での検討を足掛かりに更なる検討を進めたい。

以上

報 告

「2023年度 創価大学法科大学院
教員研究活動報告会」

法務研究科長 島田新一郎

FD 委員長 花房 博文

本研究会は、教員相互の研究活動の活性化と共有を図る趣旨で開催致します。報告担当の先生は、現在取り組んでいらっしゃる研究内容について、1) 問題点の所在、2) 実務や学説等の状況、3) 考察・提言、4) 進捗状況・発表予定等について、報告時間45分（+ 質疑応答時間45分）程度の手前でご報告をお願い致します。

また、当日のレジユメは各報告担当の先生でご準備をお願い申し上げます。

第1回 日時・場所 令和5年12月15日（金）17:30～20:00 Zoom 開催
報 告

- 1 「区分所有法制における一部共用部分が抱える問題についての検討」
花房 博文 教授
- 2 「生命・傷害疾病保険契約における重大事由解除に関する一考察——最近の判例を契機として——」（生命保険論集224号29頁～46頁）
黒木 松男 教授

第2回 日時・場所 令和5年12月22日(金) 18:00～19:30 Zoom開催
報告

- 3 「ドイツ刑法217条違憲判決から見る自殺関与の可罰性に関する検討」
(本誌27頁掲載)

佐瀬 恵子 准教授

第3回 日時・場所 令和6年1月12日(金) 17:00～19:30 Zoom開催
報告

- 4 「中国援助法の制定について」(本誌1頁掲載)

岡本 梢 准教授

- 5 「主観的要件と要件事実」

田村 伸子 教授

第4回 日時・場所 令和6年1月26日(金) 17:00～18:30 Zoom開催
報告

- 6 「アメリカ法におけるオンラインハラスメントに対する民事的対応及び
精神的苦痛の故意加害の不法行為(IIED)について」(本誌53頁掲載)

土平 英俊 准教授

報告者の研究活動の概要報告を通じて、相互に他の研究者の研究領域に関心を広げ、研究活動面においても一層の連携を深めることができましたら幸いです。

ご多忙中とは存じますが、奮ってご参加、ご議論のほど宜しくお願い申し上げます。

執筆者紹介（掲載順）

岡 本	梢	創価大学法科大学院准教授・弁護士
佐 瀬	恵 子	創価大学法科大学院准教授
土 平	英 俊	創価大学法科大学院准教授・弁護士
花 房	博 文	創価大学法科大学院教授・弁護士

創価ロージャーナル 第17号

2024年3月25日 発 行

発 行 者 島 田 新 一 郎

編 集 代 表 黒 木 松 男

発 行 所 創 価 大 学 法 科 大 学 院

〒192-8577 東京都八王子市丹木町1-236

電 話 (042) 669-9476

印 刷 所 株 式 会 社 清 水 工 房

〒192-0056 東京都八王子市追分町10-4-101

電 話 (042) 620-2626

<https://www.simizukobo.com/>

vol.17
March
2024

SOKA LAW JOURNAL

Articles

Enactment of the Legal Aid Law in China

● Kozue Okamoto

Schutz des Lebens und Strafbarkeit der Suizidteilnahme bei der

Verfassungsbeschwerden von § 217 StGB

● Keiko Sase

Research note

Interests protected by Intentional Infliction of Emotional Distress

Hidetoshi Tsuchihira

Report

Staff's Research activity reporting session 2023

● Hirofumi Hanafusa



Published by
Soka Law School
Tokyo, Japan