

安楽死不処罰の法的根拠の考察

安 里 全 勝

目 次

- 1 問題の所在
- 2 安楽死と尊厳死, 平穏死の概念
 - (1) 安楽死の概念と類型
 - ①安楽死の概念
 - ②安楽死の類型
 - (2) 尊厳死の概念
 - (3) 平穏死の概念
- 3 安楽死に関する判例・学説の概観と検討
 - (1) 判例の概観と検討
 - ①判例の概観
 - ②判例の検討
 - (2) 学説の概観と検討
 - ①学説の概観
 - ②学説の検討
- 4 むすび

1 問題の所在

(1) 2019(令和1)年11月30日に発生した「京都ALS患者囑託殺人事件」はわれわれに大きな衝撃を与えた。事案は次のようなものである。

京都市中京区のマンションで筋萎縮性側索硬化症(ALS)患者のHさん(当時51)が意識不明になり、搬送先の病院で死亡が確認された。これは、実は、亡くなった患者のHさんから依頼を受けた医師のO(42)と同じく医師のY(43)が薬物を投与して死亡させたというものであった。¹⁾

この事案につき、京都府警は捜査を開始し、医師O(42)とY(43)は2019(令和1)年11月30日に、京都市中京区のHさんの自宅で、囑託を受けて薬物を投与し、急性薬物中毒で死亡させたとして、2020(令和2)年7月23

日に医師O (42) とY (43) を逮捕した。²⁾

そして、同年8月13日、京都地検は、嘱託殺人の罪で、医師のO (42) とY (43) を起訴した。³⁾

この事案は、O被告が会員制交流サイト (SNS) で安楽死を肯定する投稿を続け、亡くなったHさんとツイッターでやりとりをしていたというものであった。

本事案につき、新聞に掲載された識者などの見解を二、三見ると次のようなものがある。「本事件は、安楽死の要件を逸脱し、論ずるに値しない」「安楽死の前提のインフォームド・コンセント (同意と説明) が十分だったかどうかにも疑問を呈する」というもの。または、「被害者Hさんが死を賭して訴えた患者本位的意思決定の在り方やケアの質の問題について、重く受け止めるべきだ」との意見、さらには、今回の事件は『『許されない違法行為』で、安楽死・尊厳死の議論と一線を画すべきだ』とも主張されている。⁴⁾

本事案につき、このような意見がなされているが、筆者も本件事案は安楽死の事案としてはその定義を逸脱していると解する。しかし、ただこのような事件が発生したということは、現代的な (デジタル時代とも言えようか) 安楽死事件の一側面を持っているのではないかとも思う。それは、安楽死への意思表示方法の多様性、また、関与形態の多様性があると思われるからである。本件事案は今後司法の判断に委ねられることになるが、どのような判断がなされるかが注目される。

(2) ところで、現代医学、医療技術、薬学等の進歩は、安楽死事案の発生にも多様なケースがあるであろうことを推測させる。それは、延命処置の多様性であり、それに伴い、重症患者が自らの生命を短縮するとの意思をもった場合に、その意思表示も多様な方法があり、また、その関与形態も多様であろうと思われるからである。その意味で、上記事案の意思表示の方法、関与形態はその一側面を持っていると言えよう。そのような意思表示の多様性、また、関与形態の多様性のなかで、安楽死事案について如何に的確な判断がなされるかが重要となる。

わが国の判例は、安楽死事案につき、未だ不処罰としたものはない。この主な原因は、安楽死の不処罰のための要件が極めて厳格であることにありと指摘されている。⁵⁾

ところで、安楽死概念の中で最も議論の対象となる積極的安楽死について次の点が問題となる。即ち、不治の重症の病でしかも末期状態⁶⁾にある患者が、激痛に喘ぎ死に勝る苦痛から解放してほしいと懇願している場合に、生命を短縮することは許されるのではないかということである。また、この場合、人為的に生命を短縮することが許されるとすれば、この不処罰とする法的根拠は何に求められるのかが重要となる。

名古屋高裁昭和37年12月22日判決（後述判例2参照）は、安楽死事案につき有罪としたが、安楽死の許容される六つの要件を示した。また、横浜地裁平成7年3月28日判決（後述判例7参照）も、安楽死事案につき有罪としたが、安楽死の許容される四つの要件を示した。名古屋高裁判決（判例2）は安楽死に関する下級審判例の代表的判例として位置づけられているが、後で検討するように、本判決の示した安楽死許容要件の内容の当否が問題となる。また、横浜地裁判決（判例7）の示した四つの安楽死許容要件の内容も然りである。

（3）安楽死につき、学説は違法説と適法説が対立する。違法説は、如何なる場合でも人の生命に関わることは許されないとする説、また、責任阻却事由ととらえて違法とする説、可罰的責任が阻却・減少するとする説がある。

これに対し、適法説は、①人道的立場から適法とする説、②純然たる治療行為として許されるとする説、③社会的相当性の範囲であれば許されるとする説、④病者の意思、自己決定権に基づいて違法性が阻却されるとする説、⑤耐え難い苦痛を抱えての生命（法益）と当該苦痛が除去される生命（法益）を比較し、後者の大なる法益・利益を実現することに違法性阻却を認める説がある。即ち、利益衡量説からの主張である。

学説の多くはこのように一定の法的根拠に基づいて安楽死を不処罰とするが⁷⁾、この場合、不処罰の法的根拠を何に求めるかが重要となる。従って、

後で検討するように学説の当否が問題となる。また、学説の当否を検討する上で重要となるのは、安定的理論となり得るかかどうかである。

(4) ところで、安楽死概念に対し、尊厳死という概念が定着している。そこで、安楽死と尊厳死の関連性をどのように捉えるか、また、尊厳死の概念の内容をどのように捉えるかが検討されなければならない。何故ならば、尊厳とは、価値評価的なものだからである。従って安定的概念となり得るかが問題となる。

さらに、平穏死という概念が主張されている。この概念は刑法学において独立の分野を形成しているものではないが、刑法的観点から問題はないかが検討されなければならない。

(5) 筆者は、本稿を執筆するに当たり、実際に医療現場で末期重症患者・末期老衰者の治療に携わられ、または携わられるであろう医師はどのような思いで医療に携わっておられるのであろうかと日頃思っていたので、医療現場で実際に医療に携わっておられる医師から、本稿が取りかかるテーマである「安楽死」について御意見を拝聴することができないだろうかと言う思いでいた。そのようななか幸いに、総合病院の消化器内科で肝臓病を専門とされておられるH医師からお話を拝聴することができた。

筆者が御質問をさせて頂くと、御多忙の中にも拘わらず、H医師は「安楽死は違法です。」と話された。その言葉は、H医師が考え抜いた言葉であったように私には思われた。私は貴重な御意見をお話し下さったH医師に御礼を述べさせて頂いた。医療現場で末期重症患者・末期老衰者の治療に携わられることもあるであろうH医師から、安楽死についての貴重な御意見を拝聴することができたことは、誠に有り難いことであった。

本稿は、殲滅的苦痛を伴って生きる利益とそれから解放される利益を比較し、後者の大なる法益・利益を実現するために前者の小なる法益・利益を犠牲にすることは止むを得ないという法益衡量論に立脚し、安楽死不処罰の法的根拠を求めようとするものである。

それでは、論者の学説に学びつつ、本稿を執筆させて頂くことにする。

注

- 1) 2019 (令和1) 年11月30日 朝日, 毎日, 読売各紙, 山口新聞等参照。
- 2) 2020 (令和2) 年7月26日 朝日, 毎日, 読売各紙, 山口新聞等参照。
- 3) 2020 (令和2) 年8月14日 朝日, 毎日, 読売各紙, 山口新聞等参照。
- 4) 2020 (令和2) 年8月14日 朝日, 毎日, 読売各紙, 山口新聞等参照。
- 5) 神山敏雄・臨死介助をめぐる刑法上の諸問題 (平成1年) 40頁。
- 6) 安楽死の定義の要件の一に「死の切迫性」があり, それは安楽死不処罰のための必要要件である。ところで, 切迫性について, 時間, 日, 週等が考えられるが, それには幅があり, 医療関係者にとってはある程度の目安があるか否かは知る由もないが, 因みに, それは一般人にとってはほとんど知られていない。

死期の切迫を示す用語として, 危篤状態という用語があり, それは社会的に受け入れられている用語であるが, しかし, それもある程度具体化され, 認識され得るものでなければならないのではないか。死期の切迫は医学的にある程度の統一的な目安が確立されるとしても, その時の幅についての争いは常時起り得る余地があると指摘される。そして, 不治の病で耐え難い苦痛で喘いでいる患者としては死期の長短に関係なく, 継続的に起こる苦痛状態からの解放を願望して生命の維持・延長処置を拒否するのであれば, 死期の長短を問題にする必要はないはずであると指摘される。

さらに, 安死術を施す行為者サイドからすると, どの程度の時の長さまでが切迫に該当するか判断するとなればその幅が不明瞭であり, 死期の切迫を安定的に認定することはできない。そのため犯罪成否は, 常に不安定の状態の下で決定され, 行為者間に不公平が生ずることも考えられる。

従って, 以上の事情を考慮し, 安楽死の要件として, 死の切迫に代えて末期状態という幅のある基準を導入することによって診断の安定性を確保することが望まれると指摘される (以上につき, 神山・前掲書34~35頁)。そこから, 本稿では, 本見解に学びつつ, 「死期の切迫」に代えて「末期状態」という用語を使用する場合がある。

- 7) わが国の刑法学説の多数は安楽死を不処罰とするが, ドイツの通説は可罰説に立脚すると指摘される。そして, その点でドイツの刑法学界と日本の刑法学界は対照的であり, ドイツではナチス時代の歴史的背景も影響しているように思われると指摘されて

いる（神山・前掲書34頁）。

2 安楽死と尊厳死，そして平穩死の概念について

(1) 安楽死の概念と類型

①安楽死の概念

安楽死とは，不治の病でしかも末期状態にある患者が，激痛に喘ぎ死に勝る苦痛から解放してほしいと懇願している場合に，その生命を短縮する行為である。そこでは，苦痛除去の目的と殺害の意図が同時に併存する。主目的は患者の苦痛除去であっても，その実現方法は直接的に生命短縮を惹起する行為である。¹⁾そして，その生命を断ち死に勝る苦痛から解放してやるその行為は許されるのかが問題となる。

②安楽死の類型

わが国では，安楽死の類型は次の四つに分類されている。ここで問題となるのは，各類型に共通する要件は何かである。

第一は，純粹安楽死で，麻酔薬の使用などの方法によって死期を早めることなく死に至るまでの苦痛を緩和・除去するにとどまる場合である。

第二は，狭義の安楽死（間接的安楽死）で，死苦緩和のための麻酔の使用などが副作用として生命短縮の危険をともない，その危険が現実化して死期をいくらか早めた場合である。

第三は，消極的安楽死で，積極的な延命措置をとらないことによって，死期をいくらか早める場合である。

第四は，積極的安楽死で，死期の切迫した不治の傷病者をその激しい肉体的苦痛から解放してやるために，その死期を早めた場合である。²⁾

安楽死の類型はこのように分類されるが，安楽死は治療行為として許されるかということが問題となる。そして，類型⊖⊖の場合はともに治療行為として適法であるとされる。⊖⊖の場合は不作為による殺人罪が成立するかが問

題となるが、この場合回復の見込みがなければ治療効果は期待できないから医師に作為義務を要求し得ないとして、当該不作為は殺人罪³⁾の構成要件に該当しないとされる。

問題は㉔の積極的安楽死の場合である。治療行為は健康の回復を目的とするものであるが、激しい苦痛を除去することも治療行為の極限として是認されるのではないかとされる。そして、従来、安楽死の論議の中心はこの積極的安楽死についてであった。

安楽死の類型はこのように分類されるが、各類型には次のような共通的・中核的要件があると指摘される。即ち、患者が不治の病に罹患し、肉体的に耐え難い苦痛の状態にあり、そして患者が苦痛緩和目的のためのモルヒネ等の投与に同意⁴⁾をしていることを前提にしているとされる。そして、この定義では、苦痛は肉体的苦痛に限定され、精神的苦痛は除去されているが、肉体的苦痛はある程度客観的に判断され得るとしても、精神的苦痛は極めて個人的な内面の問題であり客観的に判断され得ることは考えられないので、その場合にも他人の手をかりて命を断つ行為を合法化することは危険であるとの指摘がなされる。⁵⁾

(2) 尊厳死の概念

尊厳死とは、回復の見込みがないと診断された患者や老衰者が末期状態において生命の維持・延長装置に接続されている最中にこれらの者の現実的同意ないし推定的同意の下でその接続を中断して人間としての尊厳を保って死を迎えさせる行為である。⁶⁾

そして、尊厳死概念について、その形成要素においては次の点で一致しているとされる。第一点は、患者が回復の見込みがないと診断された末期状態にあること、第二点は、当該患者が生命の維持・延長装置に接続されていること、第三に、当該患者の同意ないし推定的同意の下で当該接続を中断すること、第四に、人間としての尊厳を保って当該患者に死を迎えさせることの四つであると指摘されている。⁷⁾

ところで、尊厳死も安楽死と同じく刑法的観点からすると生命短縮行為として位置づけられ、安楽死も尊厳死も、一応殺人罪の成否が問題となる。しかし、学説の多数は、両概念において、一定の要件の下に理論上不処罰との帰結を導く。そこで、安楽死と尊厳死は概念構成上どのような違いがあるのかをも見なければならぬ。この点について、次のような点が指摘されている。

第一点は、安楽死では一般的に肉体的苦痛（精神的苦痛については否定するのが通説）の除去・緩和との関係が求められてきたのに対し、尊厳死ではその関係は必ずしも求められていないこと。第二点は、安楽死では人間としての尊厳という特殊な要件は必ずしも必要とされないのに対し、尊厳死ではそれが必要となっていることである。⁸⁾

また、ここでの尊厳死における尊厳の概念が問題となる。何故ならば、「尊厳」は極めて抽象的概念であり、その上、価値評価的内容の用語であるだけに、患者のどのような現実の状態が人間としての尊厳を保っている、保っていないと評価されるかが問われると指摘されている。⁹⁾ さらに、尊厳と言う用語を援用することは容易であるが、その内容について具体的状態を通して説明することは至難の業となることも指摘される。¹⁰⁾

また、生命至上主義の観点からすれば、患者がどのような状態にあらうとも、生きていること自体、即ち、人間の生命自体が尊厳であると評価される可能性もあり、そのことからすれば、人為的に生命を短縮すること自体が尊厳に反することも考えられ得るということにもなる。¹¹⁾

(3) 平穏死の概念

このように、尊厳死の概念をめぐることは、尊厳の有無自体が抽象的・価値評価的に判断されるため、その基準が相対的・不安定的となることは否めない¹²⁾ということになる。従って、死に近づく患者の具体的状態について何を規準にして尊厳を保っていると評価するかは極めて困難であり、評価者によって異なる可能性もある。そこから、尊厳を保持して死に近づくという要件の代

わりに、「平穏に死に逝く状態」を要件とすることが提唱されており、そして、「平穏死」とは、その人自身の持っている生命力に寄り添いながら自然なかたちで迎える死であるとされている。¹³⁾ この平穏死概念について、次のような指摘がなされている。即ち、ここでは、不治の病、死期の切迫性、同意等の一定の要件の下で、末期患者に穏やかにあるいは静かに、死を迎えさせる行為として把握され得ることになり、末期老衰者の死以外の末期患者の死も包含するような平穏死を観念するとすれば、刑法上の用語として極めて有用となろうと指摘されている。¹⁴⁾ そして、「平穏死」は、「尊厳死」と違ってほぼ事実状態を通して事実判断によって認定され得るので、医師や研究者のみならず、裁判員や、一般市民にも共通的に理解し易いであろうとされる。¹⁵⁾

ところで、この平穏死という概念は特別養護老人ホームの常勤医師によって提唱されているが、この平穏死の概念は、不作為によって平穏な最期を迎えさせることには適するが、積極的作為によって生命を短縮する作為には当てはめることはできないので、刑法上の平穏死は、前述の尊厳死の概念要素のうち㊶㊷㊸の要件の下で、人為的に手を加え、又は手を加えずに平穏な最期を迎えさせる行為であると概念構成する必要があると指摘される。¹⁶⁾ そして、平穏死が不処罰となるか否かは、刑法的観点から刑法理論上の吟味が必要となるとされる。¹⁷⁾

注

- 1) 神山・前掲書34頁。
- 2) 内藤謙・刑法講義総論(中)(昭和61年)535～537頁、大塚仁・刑法概説(総論)(第4版)(平成20年)425頁、金沢文雄「安楽死の問題」法学25巻1号(昭和36年)122頁、神山敏雄・前掲書34頁、安里全勝・刑法総論(平成22年)136頁等。
- 3) 平野龍一・刑法総論Ⅱ(昭和50年)251頁、内藤謙・前掲書537頁等。尚、消極的安楽死の場合、それを一律化すべきではなく、具体的に解決すべきであるとする見解として、神山敏雄・「安楽死」石川才顯編刑法Ⅰ(総論)(第3版)別冊法学セミナー(平成5年)

45頁。

- 4) 神山・前掲書29頁。
- 5) 神山・前掲書161頁。
- 6) 神山・前掲書35頁。
- 7) 神山・前掲書35頁。
- 8) 神山・前掲書36頁。
- 9) 神山・前掲書37頁。
- 10) 神山・前掲書37頁。
- 11) 神山・前掲書37頁。
- 12) 神山・前掲書37頁。
- 13) 石飛幸三・「平穏死」を受け入れるレッスン (平成28年), 同・穏やかな死のために (平成30年)。
- 14) 神山・前掲書38頁。
- 15) 神山・前掲書38頁, 161頁。
- 16) 神山・前掲書39頁。
- 17) 神山・前掲書39頁。

3 安楽死に関する判例・学説の概観と検討

(1) 判例の概観と検討

①判例の概観

前述したように、わが国の判例においては安楽死を無罪とした事案はない。判例は、安楽死の事案について、刑法第202条の自殺関与罪（嘱託殺人罪）に該当するとする。しかし、理論的に一定の要件の下においては安楽死が許容されるとする。ここでは以下の判例を概観し判例の状況を観ることにしよう。

○ 東京地裁昭和25年4月4日判決¹⁾ (判例1)

被告人は、昭和24年5月31日、東京の品川の自宅で長年にわたって中風症

で全身不随となり、床に臥していた母親から、帰郷の望みも断たれたこともあって、「早く楽にしてくれ。」「早く殺してくれ。」と熱心に頼まれたので、床で長く呻吟させるよりは母親の願いを容れてその悩みから解放することこそ母親に対する最後の孝養であると考え、青酸カリを飲ませて母親を殺した。

被告人・弁護側は当該行為は安楽死として正当な行為であると主張した。これに対し、東京地裁は、被害者は激烈な肉体的苦痛のために苦悩していたとは認め難いとして、安楽死を否定して、被告人に対して嘱託殺人罪（刑法202条）を認め懲役1年執行猶予2年の有罪判決を言い渡した。

㊦ 名古屋高裁昭和37年12月22日判決²⁾ (判例2)

当該事案は、一定の要件の下においては安楽死を許容することができるとしてその六つの要件を示した。その点において、積極的安楽死に関する下級審の代表的判例といえる。事案は次のようなものである。

脳溢血で倒れ、半身不随で長く臥床している父を看病している息子が、激痛に苦しんでいる父から、「早く殺してくれ。」などと繰り返し頼まれていた。また、それを見るに忍びない状態になっていた。そのような中、被告人は、有機燐殺虫剤を混入した牛乳を事情を知らない母親の手を介して飲ませ死亡させた。

被告人・弁護側は、当該行為は安楽死として正当な行為であると主張した。これに対し、第一審の名古屋地裁は尊属殺人罪の成立を認めたが、名古屋高裁は当該行為は医師によるものではなく、手段も人道的ではないとして、原判決を破棄自判し、被告人に対して嘱託殺人罪の罪責を認め懲役1年執行猶予3年の有罪判決を言い渡した。

ところで、本判例は、傍論で、安楽死の許容要件について次の六つの要件を示している。即ち、①病者が現代医学上不治と見はなされ、しかも死が目前に迫っていること、②病者の苦痛甚だしく、何人もこれを見るに忍びないものであること、③専ら病者の死苦の緩和の目的でなされること、④病者の意識が明瞭で、意思を表明できる状態のもとに、本人の真摯な嘱託又は承諾

のあったこと、⑤医師の手によることを原則とし、これにより得ない場合には特別の正当理由、事情があること、⑥その方法が、人道的に妥当性のあるものであることとした。

㊦ 鹿児島地裁昭和50年10月1日判決³⁾ (判例3)

長年、肺結核や自律神経失調症を患っていた妻は、不眠や全身の疼痛に苦悶して自殺を試みたり、苦しいから殺してくれと執拗に夫に哀願した。夫は、妻をこれ以上苦しめるに忍びないとの気持ちに駆られ、自分が罪に陥るのと引き換えに妻の痛みを取り除いてやることこそ妻に対する愛情であると考え、タオル、ビニール製物干しロープで絞殺した。

当該殺害行為につき、判決は、不治の病ではない、死期も切迫していない、医師の手によっていない等で社会的相当性を欠き、違法であるとして、嘱託殺人罪として懲役1年執行猶予3年の有罪判決を言い渡した。

㊧ 神戸地裁昭和50年10月16日判決⁴⁾ (判例4)

母親は、高血圧で倒れて半身不随となっていて通院治療を受けていた。病状は次第に悪化して、激しい痙攣発作を度々起こすようになった。母親は、長生きできないと死期を自覚しているような言葉をはくようになった。被告人は、同居して母親を看病していたが、病気が不治であればいっそのこと自分が楽にしてやろうと決心し、痙攣発作を起こして終日いびきをかいて眠り続けていたところを電気コタツのコードで絞殺した。

この事案に対し、神戸地裁は、死期の切迫がない、激しい肉体的苦痛がない、当該患者からの殺害の嘱託がないとして、殺人罪を認め懲役3年執行猶予4年の有罪判決を言い渡した。

㊨ 大阪地裁昭和52年11月30日判決⁵⁾ (判例5)

妻は、末期症状の胃ガンで入院中であったが、次第に容態が悪化し、激痛を訴えるようになった。夫は、病院に泊まり込んで妻を看病していた。妻は助からないのだから早く殺してくれと夫に哀訴泣願したり、治療に抵抗したり、自殺を試みたりした。

夫は、妻が再度自殺を試みるのを阻止して元気づけたが、逆に睨まれ、つ

いに妻の嘱託を容れて殺害しようと考え、刺身包丁を購入してそれをもって妻を刺殺した。

大阪地裁は、当該行為が医師によっていない、殺害方法が倫理的でないとして嘱託殺人罪の成立を認め懲役1年執行猶予3年の有罪判決を言い渡した。

⑥ 高知地裁平成2年9月17日判決⁶⁾ (判例6)

妻は、軟骨肉腫を患い、数年来入退院を繰り返していたが、2か月前から痛みがひどく、死にたいともらすようになり、夫は排ガス心中なども試みた。事件当日も心中を企図したが果たせず、妻は風呂場でカミソリ自殺を試みた。夫は、妻から殺してほしいと哀願されてこれを承諾し、妻の頸部をカミソリで切り、傷口に湯をかけるなどしたが、死ななかつたため、動転して殺害した。

当該事案につき、高知地裁は、殺害が医師によっていない、殺害方法が倫理的でないとの理由で嘱託殺人罪を認め懲役3年執行猶予1年の有罪判決を言い渡した。

⑦ 横浜地裁平成7年3月28日判決⁷⁾ (判例7)

被告人(東海大学医学部助手)は、同大付属病院で勤務し、現代医学では不治の多発性骨髄腫で入院中の患者の治療に当たっていた。当該患者は、病状が悪化し、余命2、3日の状態に陥った。被告人は、患者の妻と長男から再三治療中止を申し入れられたため、悩んだ末、点滴等のチューブを抜去させた。被告人は、長男からまだ息をしているじゃないですか、などと激しく迫られたので、追い詰められた心境から、要求通りすぐ息を引き取らせてやろうと考え、最終的に塩化カリウム製剤(KCL)を希釈せずに注射し、患者を心停止によって死亡させた。

被告人・弁護側は、積極的安楽死に準ずるものとして少なくとも可罰的違法性がないと主張した。これに対し、横浜地裁は、肉体的苦痛及び患者の意思表示が欠けているので、それ自体積極的安楽死として許容されるものではなく、違法性が肯定できるとし被告人に対して殺人罪で懲役2年執行猶予2年の有罪判決を言い渡した。

そして、横浜地裁は、積極的安楽死が許容されるための要件として、次の四点を示した。

①患者が耐え難い肉体的苦痛に苦しんでいること、②患者は死が避けられず、その死期が迫っていること、③患者の肉体的苦痛を除去・緩和するために方法を尽くし他に代替手段がないこと、④生命の短縮を承諾する患者の明示の意思表示があることを挙げている。

㊦ 横浜地裁平成17年3月25日判決⁸⁾ (判例8)

被告人は、平成6年5月から川崎医療生活協同組合K病院の呼吸器内科部長に就任し、医師として同病院の患者の診療等に従事していたが、昭和60年頃から主治医として担当していたB(昭和15年生)が、平成10年11月2日から気管支喘息重積発作に伴う低酸素性脳損傷で意識が回復しないまま入院し、治療中のBについて、延命を続けることでその肉体が細菌に冒されるなどして汚れていく前に、Bにとって異物である気道確保のため鼻から気管内に挿入されているチューブを取り去って出来る限り自然なかたちで息を引き取らせたいとの気持ちをいただき、B(当時58歳)に対し、上記気管内チューブを抜き取り呼吸確保の措置を取らなければBが死亡することを認識しながら、あえてそのチューブを抜き取り、呼吸を確保する処置を取らずに死亡するのを待ったが、予期に反して、Bが「ぜいぜい」などと音を出しながら身体を海老のように反り返らせるなどして苦しうに見える呼吸を繰り返し、鎮痛剤を多量に投与してもその呼吸を鎮めることはできなかった。そのような状態において、在室していたその家族らに見せ続けることは好ましくないと考え、筋弛緩剤で呼吸筋を弛緩させて窒息死させようと決意し、事情を知らないC子准看護婦(当時24歳)に命じて、注射器に詰められた非脱分極性筋弛緩薬をBの中心静脈に挿入されたカテーテルの点滴管の途中にある方活栓から同静脈に注入させて、呼吸を停止させ、同室において、Bを呼吸筋弛緩に基づく窒息により死亡させて殺害した。

この事実に対し、弁護人らは次のように主張した。

被告人が気管内チューブを抜管したこと及び被害者が死亡したことは認め

たが、被害者の死因は筋弛緩剤投与による呼吸筋弛緩・窒息ではない。治療行為の中止についても被害者の家族の要請を受け自然な死を迎えさせようとしたもので殺意は無かったなどと主張した。そして、実質的違法性ないし可罰的違法性がない旨主張した。

これに対し、横浜地裁は、症状は快復不可能であるとはいえない、死期が切迫しているとはいえないとした上で、抜管は違法な医療行為の中止であり、それと違法な筋弛緩剤注射（積極的安楽死）を合わせて殺人行為を行ったとして、刑法第199条の殺人罪の成立を認め懲役3年執行猶予5年の有罪判決を言い渡した。

㊦ 最高裁平成21年12月7日⁹⁾ 決定（判例9）

本決定は判例8の事案に関するものである。

本件原審（東京高裁平成19・2・28）においては、上記抜管行為は、家族の要請によるものであり、量刑不当として原々審を破棄して、懲役1年6月執行猶予3年を言い渡した。

そして、本件において治療中止の許容要件を提示することは、不適切であり、仮に、どのような立場が採用されたとしても、被告人の行為は許容できないとした。

これに対して、弁護人は、意思表示できない患者の自己決定権を否定した原審は憲法違反であり、また治療中止の点については、死期の切迫性は不要である等と主張して上告した。

これに対し、本決定は上告を棄却して、次のように判示した。

「被害者が気管支ぜん息の重積発作を起こして入院した後、本件抜管時までに、同人の余命等を判断するために必要とされる脳波等の検査は実施されておらず、発症からいまだ2週間の時点でもあり、その回復可能性、余命についての確かな判断を下せる状況にはなかったものと認められる。そして、被害者は、本件時、こん睡状態にあったものであるところ、本件気管内チューブの抜管は、被害者の回復をあきらめた家族からの要請に基づき行われたものであるが、その要請は上記の状況から認められるとおり被害者の病状等に

ついて適切な情報が伝えられた上でされたものではなく、上記抜管行為が被害者の推定的意思に基づくということもできない。以上によれば、上記抜管行為は、法律上許容される治療中止には当たらないというべきである。」として、殺人罪の成立を認めた。

本決定は以上のように述べているが、抜管行為が被害者の推定的意思に基づくということではできないと述べている点をどのように解するかが重要であるように思われる。もし、当該抜管行為が推定的意思に基づく場合であれば、法律上許される治療行為として認められたであろうかと言うことである。そして、それが認められたとすれば、不処罰という結論を導くことになったであろうかと言うことである。¹⁰⁾

注

- 1) 裁判所時報58号4号4頁。
- 2) 高等裁判所刑事判例集15巻9号674頁。
- 3) 判例時報808号112頁。
- 4) 判例時報808号113頁。
- 5) 判例時報879号158頁。
- 6) 判例時報1363号160頁
- 7) 判例時報1530号28頁。甲斐克則・安楽死と刑法(平成15年)15頁以下、佐伯仁志「安楽死」刑法判例百選Ⅰ総論(第6版)44-45頁、辰井聡子「安楽死」刑法判例百選Ⅰ総論(第7版)42-43頁参照。
- 8) 判例時報1909号130頁。
- 9) 刑集63巻11号1899頁。判例タイムズ1316号。判例時報2066号159頁。尚、本件の解説として、入江猛・最高裁判例解説・刑事篇平成21年度557頁、神馬幸一「治療行為の中止 - 川崎協同病院事件」刑法判例百選Ⅰ総論(第7版)44-45頁。
- 10) 浅田和茂・刑法総論(第2版、令和1年)220頁は、当該抜管行為が被害者の推定的意思に基づく場合であれば、法律上許される治療行為に当たるとしたのではないとする。

②判例の検討

以上において判例を概観してきたが、ここで判例の特徴を指摘すると次のように言えるであろう。まず、判例は安楽死について無罪としたものではなく、刑法第202条の嘱託殺人罪に該当するとする。そして、事案によっては、安楽死の実施が医師の手によらなかった、また、その手段が人道的（倫理的）でなかったということで無罪とならなかった事案があった。そのことは、安楽死の核心部分である「不治の病で死期が目前に迫り、誰も見るに忍びない激痛に喘いでいる」状態にあるという事実を認識しながら、行為主体が医師でなかった、その方法が倫理的でなかったということで、「死に勝る苦痛から解放すること」が認められないということになる。

後で検討するように、死に勝る苦痛から解放するために、人為的に生命を短縮する場合において、医師（主治医）、または医師から指示を受けてそれに携わる看護師、または親族が行為主体（限定者）となる時には殺人罪は成立せず、他の行為主体（非限定者）の時には殺人罪が成立するということになれば、行為主体にいわれなき差別をつくることにならないか、ということがあるように思う。次に、その方法が倫理でないということについては、積極的安楽死において、倫理的な生命短縮というものはあるだろうかという問題があるように思う。

ところで、判例2と判例7は、安楽死が許容される場合の要件をそれぞれ示している。判例2は六つの要件を示し、判例7は四つの要件を示している。そこで、両判決の示す安楽死が不処罰とされる場合の許容要件について、その当否を検討することにする。また、両判決の示す要件に違いはあるのか、あるとすればどのような点なのかが問題となる。この点について次の点が指摘されている。

まず、横浜地裁判決（判例7）の示す要件が、安楽死事案における下級審の代表的判例とされる名古屋高裁判決（判例2）の示した要件のうち、③の、専ら病者の死苦緩和の目的でなされること、⑤の、医師の手によることを本則とし、これによりえない場合には医師によりえないと首肯するに足る特別

の事情があること、⑥の、その方法が人道的（倫理的）に妥当なものであること、の要件を挙げていないが、これの要件を積極的に否定するか否かは定かではなく、また、これに対し、名古屋高裁の示した要件の中には、当該横浜地裁の判例で示された④の、肉体的苦痛を除去・緩和するために方法を尽くし他に代替手段がないことを挙げていないが、それを積極的に否定するとも受け取れないと指摘される。¹⁾

それでは、名古屋高裁判決（判例2）と、横浜地裁判決（判例7）において示されている安楽死が不処罰とされる場合の許容要件の当否を観ていくことにする。

⊖ 先ず、「病者が不治の病に冒されていること」という要件については不治の病の診断は客観的な裏打ちがなされなければならないが、主治医だけの診断は、誤診や濫用を防ぐことはできないということである。そこで、患者の身内や主治医等と利害関係のない第三の医師なり医療機関によって不治の病の診断の客観性を担保する必要がある（セカンド・オピニオンの必要性²⁾）。

次に、「死期が目前に迫っていること」という要件については、死期の時点について数学的正確さを求めることはできなくても、その量的長さが問題となると指摘される。そして、単位として、時間、日、週、月等のうち何れかで示すことが考えられるとされる。³⁾ 因みに、名古屋高裁判決（判例2）の事案においても、被告人は、往診に来ていた医師から後7日か10日の命脈だと言われて犯行に及んでいる。

⊙の「病者の苦痛が甚だしく、何人もこれを見るに忍びないものであること」の要件は、原則的には肉体的に耐え難い苦痛（あるいは死に勝る苦痛）であり、安楽死（間接的臨死介助）の要件の中核的な要件である。⁴⁾

ところで、ここで検討されなければならないのは、耐え難い苦痛の感度は個人差があるのではないかということである。耐え難い苦痛の感度に個人差があるとすれば、主観的であるその感度をどの程度客観化できるかが問題となる。安楽死が「死に勝る苦痛から解放する」ことであるとすれば、その苦痛は犯罪成否の中心的な要件ともなる。しかし、どのような状態が耐え難

い苦痛と認定されるかは至難の業となり、結局は、患者の「苦痛ある生と苦痛から解放される死」との比較選択的な個人的意思を基準にして解決するか途はないように思われる。⁵⁾

次に、ここに言う苦痛は、判例・通説によれば精神的苦痛を除き肉体的苦痛を言うことされる。しかし、肉体的苦痛と精神的苦痛は質的又は量的に異なり、もし精神的苦痛が精神的治療によって耐え得るならそれも是認されようが、もしこれが不可能であれば問題であり、両者同等に位置づける途も出てくると指摘される。⁶⁾

㊦「病者の意識が明瞭で意思を表明できる場合には、その真摯な嘱託または承諾のあること」の要件は、中核的要件として挙げられる。

㊧「医師の手によることを本則とし、これによりえない場合には医師により得ないと首肯するに足る特別の事情があること」の要件は、安楽死実施の行為主体の問題をどのように捉えるか、また、刑法の違法性の本質をいかに解するかという重要な問題を含んでいる。

名古屋高裁判決（判例2）は、当該事案において、医師の手によらなかったということが安楽死不成立の一つの要件でもあった。ここで、安楽死が実施される具体的な場合を考えると次のことが言えるであろう。即ち、医師（主治医）の下にあり、その指示の下で助手、看護師、近親者等が実行する場合も実質的には医師（主治医）が行っている場合と解せられ、原則として、同様に扱われるであろうと思われる（限定者）。これに対し、医師（主治医）の指示の及ぶ者以外の者が行為主体となる時は殺人罪が成立することになりかねない。⁷⁾

ところで、この場合、限定者の手によらなかったということで犯罪（殺人罪）が成立するとすれば、非限定者が判例2の挙げる前記㊦～㊧の客観的要件に合致して苦痛を与えない方法で末期患者・末期老衰患者に対して安らかに死を迎えさせることは、限定者が実施する場合と同様に末期患者・末期老衰者に不利益を及ぼすとは考えられない。⁸⁾ このように、上記㊦～㊧の要件が客観的に合致している場合に、限定者、非限定者を区別することは、安楽

死実施につき、いわれなき差別をすることになりかねないという問題が出てくる。この場合、客観的許容要件は全て充足されているので、行為主体（実施者）が異なるだけで違法とする実質的根拠は見出せないで犯罪の成立は否定されるべきである。⁹⁾ただし、上記の㊸と㊹は医学的診断を必要とするので、医師の診断を必要とする。¹⁰⁾

㊸「その方法が人道的にも妥当なものとして容認し得ること」の要件は、次のような問題を含む。即ち、違法性の本質を行為無価値論から捉えるか結果無価値論から捉えるかにより違いが出てくるので、必ずしも見解が一致するとは限らない。¹¹⁾これまで判例事例において無罪となったケースがないのは、この「人道的（倫理的）に妥当な方法」が欠如しているという場合が圧倒的に多い。

㊹「専ら病者の死苦緩和の目的で行われること」の要件については次のような点が問題となる。この要件は、名古屋高裁判決（判例2）では三番目に挙げられている要件であるが、ここで検討することにする。

先ず、この要件は主観的正当化要素として位置づけられているが、違法性の本質を行為無価値と解するか、結果無価値と解するかにより正当化要素としての帰結が異なる可能性が出てくる。即ち、結果無価値論からすれば、苦痛緩和目的がなくても結果的に苦痛が緩和されれば正当化される余地がある。当該目的がなくても、結果として苦痛が緩和され、患者の望みどおりの結果がもたらされているので、当該行為を違法であるとする必要はない。¹²⁾

㊺「肉体的苦痛を除去・緩和するために方法を尽くし他に代替手段がないこと」の要件は、名古屋高裁判決（判例2）の示した安楽死が不処罰とされる要件では欠如しているが、横浜地裁判決（判例7）の示した安楽死要件では必要的要件とされている。この要件は、それだけ安楽死要件を厳しくすることを意味する。¹³⁾

ところで、苦痛緩和の手段は一般的にモルヒネなどの薬物が使用されているようであるが、次のような問題が指摘されている。即ち、当該要件において問題となるのは、死苦の緩和目的で緩和に効く必要量のモルヒネを投与し

たが、結果として早期死亡を引き起こした場合である。この場合、行為者の認識と罪責の関係が問題となる。

死ぬ可能性を認識したが、それは仕方のないことだと思った場合は未必の故意となる。これに対し、死んで欲しくないと思う場合は過失が考えられる。また、この場合、末期ガンを患者の激痛が極度に近づくに伴いモルヒネの量を投与することも考えられ、その際に苦痛緩和目的と未必の故意が併存しているか否かの心理状態を正確に分析し明確に区分することは極めて困難となる。¹⁴⁾

従って、両者が併存する場合も激痛緩和の処置は不処罰にしなければ、激痛緩和処置は実際上躊躇されることになるであろうから、積極的安楽死を不処罰とする立場からすれば、両者を区別する本質的根拠がない限り、両者の併存の場合も不処罰とせざるを得ない。¹⁵⁾ ただし、緩和剤の調合又は投与に際して明らかな過失がある場合は、業務上過失致死罪の成立の余地がある。¹⁶⁾

⑧「生命の短縮」の要件は、実際にどの程度の寿命が短縮されるかは医学的判断に委ねられることになる。¹⁷⁾

前述した死期の切迫と連動する問題であり、量の長さが問題となる。即ち、単位として時間、日、週、月等のうち何れかで示すことが考えられる。

注

- 1) 神山・前掲書46頁。
- 2) 神山・前掲書47頁。
- 3) 神山・前掲書47頁。
- 4) 神山・前掲書48頁。
- 5) 神山・前掲書49頁。
- 6) 神山・前掲書49頁。
- 7) 神山・前掲書49-50頁。
- 8) 神山・前掲書50頁。

- 9) 神山・前掲書50頁。
- 10) 神山・前掲書50頁。
- 11) 神山・前掲書50頁。
- 12) 神山・前掲書51頁。
- 13) 神山・前掲書51頁。
- 14) 神山・前掲書51頁。
- 15) 神山・前掲書51頁。
- 16) 神山・前掲書51頁。
- 17) 神山・前掲書51頁。

(2) 学説の概観と検討

①学説の概観

安楽死に関する事案について判例を概観し検討してきたが、次に学説を概観し検討することにしてしよう。まずは、学説の状況を概観することにする。

ところで、安楽死については、法的視点以外にも宗教学、哲学、社会学、生命学、人道主義、人生観、人間の尊厳等からも、肯定・否定の議論は、展開され得る。

しかしこれらの視点においていかに議論されようとも、法的拘束力はない。即ち、安楽死は人為的に人の命を短縮する行為である以上、それが処罰されるか否かは最終的には刑法規範の評価を受けなければならない。¹⁾

学説は、積極的安楽死について、違法説と適法説が対立する。違法説は、積極的安楽死は刑法202条との関係上いかなる意味においても違法阻却又は正当化の根拠とはなりえず、違法であるとする見解²⁾と、期待可能性論に基づく責任阻却事由の問題として理解し違法だとする見解³⁾、また、可罰的責任が阻却・減少するとする見解⁴⁾がある。

これに対し、適法説は、違法性が阻却される理由を①人道主義的見地に求める見解⁵⁾と、②純然たる治療行為とする見解⁶⁾があり、また、③相当な方

法によるときは違法性が阻却されるとする見解⁷⁾がある。さらに、㊸病者の意思、自己決定権に基づいて違法性が阻却されるとする見解⁸⁾がある。また、㊹耐え難い苦痛を抱えての生命(法益)と当該苦痛が除去される生命(法益)を比較し、後者の法益・利益を実現することにその理由を求める立場がある。⁹⁾

ところで、これらの見解は次のように見ることができる。まず、違法説の根底には、積極的安楽死について適法な場合があることを認めることは、人間の生命の不可侵性に対する人々の確信を動揺させ、やがては生命の価値なき生命の毀滅の承認をもたらすおそれがあり、不治の病者、寝たきり老人、精神病患者、身体障害者、障害児などを抹殺することにもなりかねないという考え方がある。¹⁰⁾ また、適法説からは生命の尊重は鉄則として維持しなければならないが、不治で瀕死の病者がはげしい苦痛に悩んでいるときに、病者をその苦痛から逃れさせてやるために、ほんの少し生命を短縮することは是認しうることであるとされる。¹¹⁾

責任阻却説、違法阻却説に対しては次のような指摘がなされる。まず、責任阻却説に対しては、このような状況においてすべてやむをえないものとして一般化できるか否かは疑問であり、適法行為が期待可能な場合には個別的に解決すればよいのであって、それを一般的責任阻却事由とする必要はないとされる。¹²⁾ また、違法阻却説の㊸㊹㊺㊻説に対しては、それらの説が主張する尊厳死する権利とか、人道に合致するとか、倫理の要請であると言っても、それらは価値観の一つであり、全く反対のことも主張できるので、一方の価値観を押しつけて生命を奪うことを正当化することは妥当でなく、さらに、本来の安楽死においては、苦痛緩和が中心問題となるので、殺害以外の手段によって苦痛緩和が可能となれば、それらの説の根拠は崩れると指摘される。¹³⁾

ところで、近年、医学、医療技術の進歩などに伴って生じた回復の見込のないいわゆる植物状態の患者などに対して、その生命維持装置を取り外すなど延命医療を中止する行為が違法性阻却事由となりうるかという新しい問題

が生じている。いわゆる尊厳死の問題である。これは安楽死に関して論議されているが、しかし、安楽死と尊厳死とは区別して考えるべきである。¹⁴⁾

②学説の検討

学説は以上のように概観することができるが、それらの学説の当否はどうかであろうか。

まず、違法説は刑法202条の規定との関係からいかなる場合においても安楽死は容認できないとする。しかし、重症の病で激痛に喘ぎ、死の目前にある患者が死に勝る苦痛から解放してほしいと懇願している場合に、生命を断ち死に勝る苦痛から解放してやる行為を許されないと違法とすると問題があるように思う。現在では、刑法学者の多くは不処罰論を主張していると言えよう。不処罰論に立脚する論者の主張は概観した通りであるが、その当否を見ることにしよう。学説の当否を見る上で重要なことは、それらの見解が刑法理論上安定的な理論的根拠となり得るかどうかである。次のような指摘がなされる。

まず、適法説に立脚し、①人道主義の見地から違法性が阻却されるとする説は、惻隠(哀れみ)の情からの人道主義を説く立場¹⁵⁾と、科学的合理主義に裏付けられた人道主義を説く立場¹⁶⁾がある。この説に対しては、次のような疑問がある。即ち、一定の価値観に基づく人道主義とか科学的合理主義に基づく人道主義という衣を着せれば直に正当化されるものではなく、その何れの立場に立脚しようとも、そのような殺害行為そのものがむしろ人道に反するとの評価もあり得、この立場は刑法上の安定的な理論的根拠づけをしているとは思えないとの指摘がなされる。¹⁷⁾

次に、②社会的相当性に基づく立場に対しては次のような疑問がある。即ち、社会的相当性自体が抽象的で曖昧な価値的評価であり、一般国民、刑事法研究者、裁判官、検察官、弁護士等の間においてさき明確な共通の基準を確立することは困難であるため、法適用者の価値観に左右される可能性があり、安定した基準の確立は到底望めなく、法的安定性の脆弱さを招くことに

なるとの指摘¹⁸⁾がなされる。

さらに、㊸治療行為に基づき違法性阻却とする説¹⁹⁾に対しては、苦痛除去のためとは言え、積極的な殺意で生命を短縮する行為を治療行為として位置づけることはペイン・クリニックの概念から逸脱する考え方であるといえようとの指摘²⁰⁾がなされる。

また、㊹患者の一定の苦痛状態において自己決定権に基づく死ぬ権利の行使を認める説²¹⁾に対しては次のような指摘がなされる。

この立場は、積極的安楽死要件の一つである患者の事実に同意（同意理論）によってその正当化を直接的に根拠づけるのではなく、自己決定権とか生命身体に対する処分権とかの権利に裏打ちされた同意でもって根拠づけていると言えようとする。²²⁾そして、患者の自己決定権や生命処分権を認めて患者自身がその権利を行使して生命を絶つならば、それはそれなりに理路整然として根拠づけとなろうが、第三者が苦痛除去のために積極的殺害行為を実行するとなれば、それは囑託・同意殺人規定（刑法202条）に正面から衝突することになりはしないかとの指摘²³⁾がなされる。この場合、当該論者は、この疑問に対し、積極的安死術は当該規定の処罰の範囲外にあるとする。²⁴⁾これに対し、当該規定の保護範囲外にあるというだけではその疑問を解消することはできない。当該構成要件の規範保護の範囲内と範囲外については、どのような基準をもって判断するか合理的根拠が示されない限り、当該見解の説得力は得られないと指摘²⁵⁾される。

次に、違法性阻却説に立脚し、その不処罰の根拠を利益衡量に基づく立場²⁶⁾は次のように観ることができる。

この立場は、患者の同意を前提にして、耐え難い苦痛を抱えての生命（法益）と当該苦痛が除去される生命（法益）との比較、あるいは耐え難い苦痛を抱えての生存利益と当該苦痛の除去される利益との比較によって後者の大なる法益・利益を実現するために前者の小なる法益・利益を犠牲にすることは止むを得ないという緊急避難の法理の考え方がはたらいっている。²⁷⁾

ここでは、殲滅的苦痛を伴って生きる利益とそれから解放される利益が衝

突する状況が起り、後者の利益を優先させることは、まさに緊急避難法理の考えを導入していることになる。²⁸⁾ ただ一般の緊急避難行為は、被害者の同意は必要でなく、客観的な法益衡量の判断の下で行われるのに対し、安楽死においては、被害者、少なくとも近親者の同意と緊急避難の法理のコンビネーションによって違法性阻却が根拠づけられていると指摘²⁹⁾される。

注

- 1) 神山・前掲書52頁。
- 2) 青柳文雄・刑法通論Ⅱ各論(昭和38年)301頁, 齊藤金作・刑法各論(昭和44年)183頁, 宮内裕・新訂刑法各論講義(昭和35年)22頁, 木村亀二・刑法総論(増補版[阿部純二増補])(昭和53年)290-291頁, 尚, 同290頁は, 被殺者の生命短縮を伴わない本来的安楽死は許されるとする。同「安楽死と刑法」法律タイムズ4巻5号(昭和25年)12頁, 金沢文雄・前掲「安楽死の問題」144頁など。
- 3) 佐伯千仞・刑法講義(総論)(改訂版, 昭和49年)291頁, 内藤謙・前掲書539-540頁, 井上祐司「安楽死の要件」法律のひろば19巻6号(昭和41年)49頁以下, 曾根成彦・刑法総論(第4版)(平成20年)143頁, 浅田和茂・前掲書219頁等。
- 4) 山中敬一・刑法総論(第2版)89頁, 松宮孝明・刑法総論講義(第5版補訂版)(平成30年)132頁, 井田良・講義刑法学・総論(平成20年)333頁。
- 5) 小野清一郎「安楽死の問題」(昭和25年)[「刑罰の本質について・その他」]210頁以下, 植松正「安楽死の許容限界をめぐって」ジュリスト269号(昭和38年)43頁以下等。
- 6) 滝川幸辰・刑法各論(昭和26年)34頁。
- 7) 団藤重光・刑法綱要総論(第3版)(平成2年)226頁, 福田平・刑法総論(全訂第5版)(平成23年)179頁, 大塚仁・前掲書427頁, 同・425頁は, 一定の要件が具備されるときは, 積極的安楽死も違法性を阻却されるとする。大谷實・刑法講義総論(新版第3版)(平成21年)269頁, 日高義博・刑法総論(平成27年)261頁等。
- 8) 町野朔「安楽死」ジュリスト630号59頁以下, 「安楽死ひとつの視点(2)」ジュリスト631号(昭和52年)121頁, 甲斐克則・安楽死と刑法(平成15年)33頁以下, 川端博・刑法総論講義(第3版, 平成25年)337頁, 高橋則夫・刑法総論(第4版, 平成30年)

342頁等。

- 9) 平野・前掲書251頁, 山口厚・刑法総論(第3版, 平成28年)178頁等。
- 10) 内藤・前掲書538頁。
- 11) 福田・前掲書178頁。
- 12) 神山・前掲「安楽死」45頁。
- 13) 神山・前掲「安楽死」45頁。
- 14) 福田・前掲書177頁, 大塚・前掲書428頁, なお, 生命維持装置の取り外しの問題については, 神山敏雄「作為と不作為の限界に関する一考察 - 心肺装置の遮断をめぐって -」平場安治博士還暦祝賀「現代の刑事法学(上)」(昭和52年)99頁以下, 宮野彬「生命維持装置の取り外しと刑法」刑法雑誌22巻3・4号(昭和54年)376頁以下, 甲斐克則・前掲「安楽死と刑法」19頁以下, 同・尊厳死と刑法(平成16年)7頁以下参照。
- 15) 小野・前掲書211頁。
- 16) 植松・前掲書45頁。
- 17) 神山・前掲書53頁。
- 18) 神山・前掲書53-54頁。
- 19) 滝川幸辰・前掲書34頁, 大塚・前掲書407頁。
- 20) 神山・前掲書54頁。
- 21) 町野朔・前掲「安楽死」59頁以下, 同・前掲「安楽死ひとつの視点(2)」121頁, 甲斐克則・前掲「安楽死と刑法」33頁以下。
- 22) 神山・前掲書54頁。
- 23) 神山・前掲書54頁。
- 24) 町野朔・「犯罪各論の現在」(平成8年)34頁。
- 25) 神山・前掲書54頁。
- 26) 平野・前掲書251頁, 山口・前掲書178頁。
- 27) 神山・前掲書55頁。
- 28) 神山・前掲書55頁。
- 29) 神山・前掲書55頁。

4 むすび

以上において、安楽死に関する判例・学説を概観・検討し、そして、安楽死が不処罰とされる場合の法的根拠を考察してきたが、ここで今一度論点を整理し、総括することにする。

(1) 先ず、安楽死と尊厳死、そして平穏死の概念を覗てきたが、尊厳死と平穏死概念については次のように指摘できた。

尊厳死については、「尊厳」という概念自体が抽象的であり、また価値評価的内容の用語であり、その内容について具体的事実を通して説明するのは至難の業であるとの指摘がなされた。

また、平穏死概念については、不作為の場合には適するが、積極的の作為によって生命を短縮する作為には当てはめることはできないとの指摘¹⁾がなされた。

ところで、安楽死の類型は次の四つに分類できた。㊶は、純粹安楽死であり、㊷は、間接的安楽死(狭義の安楽死)であり、㊸は、消極的安楽死であり、㊹は、積極的安楽死である。そして、最も議論の対象となったのが、積極的安楽死である。

(2) 判例は、安楽死事案において未だ無罪としたものはない。ただ、既に指摘したように、名古屋高裁昭和37年12月22日判決(判例2)は、安楽死が許容される六つの要件を示し、また、横浜地裁平成7年3月28日判決(判例7)は、安楽死が許容される四つの要件を示した。両判決の示した要件の当否については既に検討した通りであるが、ここでは、次の四つの要件について再度観ることにする。

㊶は、「病者の苦痛が甚だしく、何人もこれを見るに忍びない(肉体的に耐え難い苦痛、死に勝る苦痛であるとするもの。)ものであること」の要件は、安楽死要件の中核的要件である。しかし、耐え難い苦痛の感度は個人差があり、それで、その感度をどの程度客観化できるかが問題となった。何故なら、安楽死が「死に勝る苦痛から解放する」ことであるとすれば、その苦痛は犯罪成否の中心的要件となるからである。

しかし、どのような状態が耐え難い苦痛と認定されるかは至難の業となり、結局は、患者の苦痛ある生と苦痛から解放される死との比較選択的な個人的意思を基準にして解決するしか途はないように思われる。²⁾

㊦は、「医師の手によることを本則とし、これによりえない場合には医師により得ないと首肯するに足る特別の事情があること」の要件は、安楽死実施の行為主体の問題をどのように捉えるかという重要な問題である。

安楽死を実施する具体的な場合を考えると、医師（主治医）の下にあり、その指示の下で助手、看護師、近親者等（限定者）が実行する場合と、医師（主治医）の指示の及ぶ者以外の者（非限定者）が実行する場合が考えられる。そして、この場合、もし非限定者が行為主体となる時は殺人罪が成立することになりかねないという場合が出てくる。このことは、安楽死要件の客観的要件に合致して苦痛を与えない方法で末期患者・末期老衰者に対して安らかに死を迎えさせることは、限定者が実施する場合と同様に末期患者・末期老衰者に不利益を及ぼすとは考えられない。従って、苦痛を与えない方法などの安楽死の要件が、客観的に合致している場合には、限定者と非限定者で区別することは安楽死実施者を差別することになる。

この場合、客観的許容要件は全て充足されているので、行為主体（実施者）が異なるだけで違法とする実質的根拠は見出せない。ただ、医学的診断を必要とする場合は医者診断が必要となる。³⁾

㊦は、「その方法が倫理的にも妥当なものとして容認し得ること」の要件は、違法性の本質を行為無価値論から捉えるか、結果無価値論から捉えるかにより、違いが出てくるので、必ずしも見解が一致するとは限らない。

これまで、判例事例において無罪となったケースがないのは、この倫理的に妥当な方法が欠如しているという場合が圧倒的に多い。

㊧「専ら病者の死苦緩和の目的で行われること」の要件については、先ずこの要件は主観的正当化要素として位置づけられているが、違法性の本質を行為無価値と解するか、結果無価値と解するかにより正当化要素としての帰結が異なる可能性が出てくる。

即ち、結果無価値論からすれば、苦痛緩和目的がなくても結果的に苦痛緩和されれば正当化され得る余地がある。当該目的がなくても、結果として苦痛が緩和され、患者の望みどおりの結果がもたらされているので、当該行為を違法であるとする必要はない。⁴⁾

以上、名古屋高裁昭和37年12月22日判決（判例2）と、横浜地裁平成7年3月28日判決（判例7）の示したそれぞれの安楽死許容要件の当否はこのように観ることができた。

（3）学説は、積極的安楽死について、違法説と適法説が対立した。違法説は積極的安楽死は刑法第202条との関係からいかなる意味においても違法阻却又は正当化の根拠とはなり得ず、違法であるとする見解と、期待可能性論に基づく責任阻却事由の問題として理解し違法とする見解、また、可罰的責任が阻却・減少するとする見解がある。

これに対し、適法説は、違法阻却事由を①人道主義的見地に求める見解と、②純然たる治療行為とする見解、また、③相当な方法によるときは違法性が阻却されるとする見解があった。さらに、④病者の意思、自己決定権に基づいて違法性が阻却されるとする見解、また、⑤耐え難い苦痛を抱えての生命（法益）と当該苦痛が除去される生命（法益）を比較し、後者の大なる法益・利益を実現することに不処罰の根拠を求める見解があった。そして、学説の当否は既に検討してきた通りであるが、末期重症の患者が不治の病で死を目前にして激痛に喘ぎ、死に勝る苦痛から解放して欲しいと懇願している状況において、その場合、生命を短縮する行為を不処罰とするのが妥当だと解することができた。問題は不処罰の根拠をどのように解するかである。積極的安楽死を不処罰とする学説の根拠はそれぞれ主張されたが、学説によっては次のような問題が指摘された。

先ず、責任阻却説に対しては、このような状況においてすべてやむをえないものとして一般化できるかは疑問だとの指摘がなされた。即ち、適法行為が期待可能な場合には個別的に解決すればよいということになる。また、違法性阻却説に立脚する各説には次のように指摘された。①人道主義的見地か

ら不処罰とする学説は、惻隱の情から、又は科学的合理主義的見地から主張されているが、この立場が人道主義とか科学的合理主義に基づく人道主義という衣を着せても直ちに正当化されるものではなく、そのような殺害行為そのものがむしろ人道主義に反するとの評価もあり得、刑法上の安定的な理論的根拠づけをしているとは言えない。⁵⁾

次に、㊸社会的相当性に基づいて不処罰とする学説に対しては、社会的相当性自体が抽象的で曖昧な価値的評価であり、また、法適用者の価値観に左右される可能性があり、安定した基準の確立は到底望めなく、法的安定性の脆弱さを招くことになるとの指摘がなされた。⁶⁾ また、㊹治療行為に基づき違法性阻却とする説に対しては、苦痛除去のためとは言え、積極的な殺意で生命を短縮する行為を治療行為として位置づけることはペイン・クリニックの概念から逸脱する考え方であると指摘された。⁷⁾ さらに、㊺患者の一定の苦痛状態において自己決定権に基づく死ぬ権利の行使を認める説に対しては、次のような指摘がなされる。即ち、患者自身がその権利を行使して生命を絶つならば、それは理路整然として根拠づけとなるが、第三者が苦痛除去のために積極的殺害行為を実行するならば、それは囑託・同意殺人規定(刑法202条)に正面から衝突することになりはしないかとの指摘がなされた。⁸⁾

次に、㊻違法阻却説に立脚し、その不処罰の根拠を利益衡量に基づく立場については、次のように解することができた。この立場は、患者の同意を前提にして、耐え難い苦痛を抱えての生命(法益)と当該苦痛が除去される生命(法益)との比較、あるいは耐え難い苦痛を抱えての生存利益と当該苦痛の除去される利益との比較によって、大なる法益・利益を実現するために前者の小さな法益・利益を犠牲にすることは止むを得ないという緊急避難の法理の考え方がはたらいている。⁹⁾

ここでは、殲滅的苦痛を伴って生きる利益とそれから解放される利益が衝突する状況が起り、後者の利益を優先させることは、まさに緊急避難法理の考え方を導入していることになる。¹⁰⁾ ただ一般の緊急避難行為は、被害者

の同意は必要でなく、客観的な法益衡量の判断の下で行われるのに対し、安楽死においては、被害者、少なくとも近親者の同意と緊急避難の法理のコンビネーションによって違法性阻却が根拠づけられていることになる。¹¹⁾

安楽死を不処罰とする学説の当否は以上のように観ることができた。それでは、これらの学説の考察の結果、安楽死を不処罰とする法的根拠をどのように解すべきか。末期重症の患者が不治の病で死を目前にして激痛に喘ぎ、死に勝る苦痛から解放して欲しいと懇願している状況を考えると、殲滅的苦痛を伴って生きる利益とそれから解放される利益を比較し、後者の利益を優先させることに安楽死不処罰の法的根拠を求めるべきだと解することができた。

注

- 1) 神山・前掲書39頁。
- 2) 神山・前掲書49頁。
- 3) 神山・前掲書50頁。
- 4) 神山・前掲書51頁。
- 5) 神山・前掲書53頁。
- 6) 神山・前掲書53, 54頁。
- 7) 神山・前掲書54頁。
- 8) 神山・前掲書54頁。
- 9) 神山・前掲書55頁。
- 10) 神山・前掲書55頁。
- 11) 神山・前掲書55頁。

(元山口大学教授)