

安楽死による違法阻却と責任阻却が認められなかった事例

(嘱託殺被告事件、高知地裁平二(わ)九四号、平二・九・一七判決、有罪〔確定〕、判例時報一三六三号一六〇頁)

鈴 木 晃

一 事実の概要

被告人の妻は、昭和六〇年一月頃に発病し、検査の結果、軟骨肉腫であることが判明し、以後入退院を繰り返していたが、平成二年一月三日退院後、自宅で静養することになり、被告人も会社を休職して看病にあたっていた。しかし、妻の痛みがひどく、しばしば「死にたい」などもらさずようになり、被告人自身も妻とともに自殺を考えるようになり、車で「排ガス心中」を試みたりしたが、失敗に終わった。そこで、さらに被告人は妻と心中することを決意して、平成二年三月一五日午後四時ころ、妻を車に乗せ、飛び降り場所を探したがみつからず、

結局、自宅風呂場で妻がカミソリ自殺をすることになり、帰宅した。同日午後九時過ぎに、風呂を沸かし、被告人が妻を風呂場まで連れて行き、妻から「ここで切るき、手伝って」と依頼され、妻がカミソリの刃を頸部に当てて引くのを、被告人が上から手で押さえるなどして手伝った。その後、死にきれずにいる妻に再度「死にくったき、また、引いて」等と哀願されてこれを承諾し、妻の頸部をカミソリで切ったり、傷口に湯をかけるなどしたが、妻が死にきれないばかりか、その傷口の大きさに動転して、早く死亡させようとして、その頸部を両手で強く締めつけ、妻を扼死するに至らしめた。

弁護人は、被告人の行為につき、(1)安楽死であって違法性が

阻却されるし、また、(2)期待可能性がなく責任が阻却される旨主張した。

二 判旨

いわゆる安楽死の場合、違法性が阻却されることを認めつつ、その要件については、次のように判示した。

「いわゆる安楽死に該当するためには

a 病者が現代医学の知識と技術からみて救済の見込みのない不治の傷病により死期が目前に迫っていること

b 病者の苦痛が著しく、何人も真にこれを見るに忍びない程度のものであること

c もっぱら病者の苦痛を緩和させる目的で行われること

d 病者の意識が明瞭であって意思を表明できる場合には、本人自身の真摯な嘱託または承諾があること

e 医師の手によって行われるべきこと

f 安楽死の方法が、それ自体社会通念上、相当な方法であること

の各要件をすべて具備することが必要であると解すべきである。

これを、本件について見るに、前記e及びfの各要件が充足されていないものである。」「もともと生命の尊厳は絶対的なものであって、これを損なう行為が社会的相当性を具備してその違法性が阻却されるのは、きわめて例外的な場合に限りらるると解すべきである。そうだとすると、安楽死の認められるべき場

合の要件についても、やはり厳格に全要件を満たした場合のみ認められるべきものと解すべきである。」「

次に、期待可能性については、次のように判示している。

「期待可能性とは、行為の当時における具体的事情のもとにおいて、行為者にその違法行為に出ないで他の適法行為をなしたであろうと期待しうることをいうものである。そして責任要素としての『故意』あるいは『過失』の内容を為す要件であると解され、すなわち期待可能性がない場合には、『故意』も『過失』も認められないから、犯罪が不成立となるものである。」「

「被害者の『軟骨肉腫の末期症状』のような不治の疾病で著しい苦痛を伴うような場合には、医師により、例えばモルヒネなどの麻薬を使用するなどして、その苦痛を緩和することも現代の医学において承認されており、心中することや患者が自殺するのに手助けをする前にとるべき方法（再度入院し、患者の苦痛をやわらげるための医師の治療行為を受けることなど）を、なお期待できる余地があり、従って被告人の本件行為に期待可能性がなかったものとはいえない。」「

被告人は懲役三年、執行猶予一年。

三 解説

1 本件においては、判旨にも表れているように、安楽死における違法阻却と責任阻却が認められる基準が問題とされた。個々の論点について、とりたてて目新しいものが含まれている

わけではないが、安楽死や期待可能性に関する判例は数の上では相当少ないわけであり、現在の判例が従来判例と比較してどのような見解にたつたのか必ずしも明確でないと思われるのである。そこで、安楽死の問題領域が現時点においてどのような広がりあるいは狭まりを見せているのかを、本件判決によって検証することが重要な問題となる。

2 まず、本件判決によって取り扱われている安楽死が、概念上いかなる類型に属するのかを明確にしておく必要がある。従来、我が国においては、エンギッシュの分類に従って、安楽死の類型を次の五類型に分類するのが通常である。すなわち、(1)純粋型安楽死、(2)治療型安楽死、(3)殺害型安楽死、(4)不作為型安楽死、(5)生存の価値なき生命の毀滅、である。^①(1)の類型においては、死期に影響のない苦痛緩和を行うのであるから、特に違法問題は生じないとされる。^②(2)の類型は、間接的安楽死とも呼ばれ、苦痛緩和のために麻酔剤を投与するが、それが同時に生命の短縮を伴う場合である。これは一般に適法であるとされるが、その正当化根拠については争いがある。^③(3)の類型は、不治で瀕死の病者の生命を断つことによって、その苦痛を除去しようとするものである。この類型においては、後述するように、その適法・違法について厳しい争いがある。(4)の類型は、不治で瀕死の病者の苦痛を長びかせないために、延命の措置をとらない場合である。この類型においては、当然、不作為が中心の問題となるのであるから、その前提である作為義務が存在

するかどうかを検討されるべきである。この場合、家族・患者の延命措置を控えるとの意思表示により作為義務はなくなるという見解が妥当であろう。^④最後の(5)の類型は、国家的・社会的見地から生存の価値のないと思われる精神病患者などを殺害するものであり、ナチス政権によって行われた。これはもちろん違法であり、それ以上に、「安楽死」という呼称で、他の類型と同一レベルで論じることさえ疑問視される。

ところで、本件は、事案の説明をみれば明らかのように、(3)の類型、つまり殺害型安楽死に該当する事例であった。そして、実は、学説上、この類型において最もその適法・違法が争われているのであり、「この類型が適法とされるならば、その他については論ずる実益はない。」^⑤とまで言われているのである。そこで次に、この類型についての適法説、違法説を概観しておくこととする。

3 まず、適法説であるが、これにもいくつかの根拠付けが存在する。たとえば、小野博士は、生命の尊重を鉄則としつつ、人道主義的見地より、ある狭い限界内では安楽死は肯定されるとする。そこでは社会的合理性であるとか、本人の意思とかが問題になるのではなく、ただ純粹な人間の同情、惻隱の行為としての安楽死があるとされている。^⑥また、植松博士は、合理的見地から、どんな場合にも生存を続けることが幸福であるとか、人道的であるとかいうのは一種の信仰であるとし、一定の場合には、生命短縮を認めることがかえって科学的合理主義

に裏付けられた人道主義にかなうものである、と主張されている。さらに、団藤博士は、正当化根拠について、明確には触れられないが、「(1) 死期が目前に切迫していることが確実で、しかも (2) 耐えがたい極度の苦痛を訴えるときにかぎり、(3) 本人の真意に出た積極的な希望があれば、(4) 相当な方法による安楽死は許される」とされる。また、最近では、緊急避難の法益権衝の基準としての自己決定権を重視して違法阻却を論じる見解もあらわれている。⁹⁾

これに対し、違法説(責任阻却説)は、基本的には、甲斐助教授の主張されるように、憲法上、生きる権利は存在するが、死ぬ権利は存在するものではなく、もしそれを権利として認めることになれば、死なせる権利あるいは殺す権利にまで発展しかねないし、人間の社会的存在としての側面を危殆化せしめることになる、という危惧がその根底にあるものと思われる。¹⁰⁾ また、生命という法益が個人法益として純化できないという側面も、この説に反映されているものと思われるのである。本説は、いうまでもなく期待可能性を中心に理論構成するものであるが、論者によって若干ニュアンスが異なる。まず、佐伯博士は、安楽死は死期を早めるものである点で医療の本質と矛盾するものであり、正当業務行為として正当化できないが、ただ、適法行為の期待可能性なしとされる場合が医師に限らず存在することは認めねばならない、とされる。¹¹⁾ 一方、金沢教授は、佐伯博士が安楽死を超法規的責任阻却の問題としてとらえられるのに対

して、これを過剰避難の問題として考え、期待可能性の有無によって減輕または免除を認めるのが妥当である、と主張されているのである。¹²⁾ さらに、内田(文)教授は、責任阻却説に立ちつつ、期待可能性の不存在による超法規的責任阻却、人間的良心の錯誤、義務の衝突などによる基礎付けが可能であることを示している。¹³⁾

なお、宮野教授は、「安楽死の場合には、生命の侵害に優越する、耐え難い苦痛の回避という利益が、違法性阻却の主たる根拠を形成する」とされつつ、「法益保持の客観的な可能性の程度を検討して、具体的な事情の下において、法の要求する法益の保護をまっとうしえない状況に立ち至ったときには、かりに法益を否定する事実が惹起されたとしても、行為の違法性を阻却する場合があります」という「法益保持可能性の理論」により安楽死の違法性阻却を説明されている。¹⁴⁾ これは、基本的には違法阻却説に立つものであるが、期待可能性論の重要な部分を違法論において先取りしていると思われる、その意味において、相当程度、主観的違法論に接近するものであることは否めない。ところで、このような学説の状況にあって、その帰結を軽々しく論ずることはできないのではあるが、「生命」という法益の性質の重大性や複雑性を考慮すると、何らかの利益較量をするにしても、その比較対象の厳密な個別的検討が必要であるし、ましてや自己決定権を万能視することには躊躇を感ぜざるを得ないのである。その意味で、一般的な要件を定めて違法阻却を

認めることには最低限反対せざるをえない。⁽⁶⁾次に紹介するように、本件判決を含めて、判例は一般的に違法阻却の可能性を認め、その要件を列挙しているが、重大な疑義を感じる。⁽⁷⁾⁽⁸⁾

4 そこで、次に判例を概観しておこう。判例上、安楽死が問題とされた事例は少ない。まず、東京地判昭二五・四・一四判例体系三〇―二、七一六の三五は、脳溢血で倒れ、全身不随となり、食事のほか大小便の始末に至るまで、すべて家人をわずらわす状態になっていた被害者の囑託に基づいて殺害したという事例である。これに対して、東京地裁は、「被害者が本件犯行当時苦悩したのはむしろ精神的のものであって、このことは判示認定のように被害者が待ち望んでいた帰郷の望みが絶たれて失望落胆し死を囑託するに至った事実により明らかである。このような精神的苦悩はそれがいかに激烈であっても、疾病による肉体的苦痛が激烈でない以上、精神的苦悩を取り除くため死を惹起する行為があっても、これを正当行為とすることができない」とし、また以上のような事情であるとするなら、「被告人の所為は已むを得ずに行つた行為と認めることができない」と判示した。本判例においては、精神的苦悩では安楽死を認めることができないということ、従って、逆に肉体的苦痛を前提条件とするということ、また、比較すべき法益が同一人に帰属するとしても緊急避難が認められる場合のあることを判示した点に意義が認められるが、⁽⁹⁾事案の性質上、安楽死の違法・責任阻却についての深い意義はまだ認められない。本件判決にも反

映されている先例としての重要な意味をもつのは、次の名古屋高判昭三七・一二・二二高刑集一五・九・六七四である。これは、脳溢血で倒れ、全身不随となった父親が、体を動かすと激痛を訴えるようになり、その上「しやくり」の発作におそわれ、言語に絶した苦悶の有様で、「早く死にたい」「殺してくれ」などと叫んだりしていたところ、父をその病苦から免れさせることが最後の孝行であると考えて、有機燐殺虫剤を混入した牛乳を飲ませたというものである。裁判所は、囑託殺人の成立を認め、被告人を懲役一年、執行猶予三年に処したが、その中で、安楽死が違法性阻却される場合の要件を明示した点において、先例としての重大な意義を有するのである。その要件は次の通りである。「(1)病者が現代医学の知識と技術からみて不治の病に冒され、しかもその死が目前に迫っていること、(2)病者の苦痛が甚しく、何人も真にこれを見るに忍びない程度のものなること、(3)もっぱら病者の死苦の緩和の目的でなされたこと、(4)病者の意識がなお明瞭であつて意思を表明できる場合には、本人の真摯な囑託又は承諾のあること、(5)医師の手によることを本則とし、これにより得ない場合には医師によりえない首肯するに足る特別な事情があること、(6)その方法が倫理的にも妥当なものとして認容しうるものなること。」しかしながら、裁判所は、このような違法阻却の安楽死の概念を認めながら、結局は、要件(5)と(6)が欠如することを理由に、安楽死を許容しなかつたのである。⁽¹⁰⁾その後、この名古屋高裁の判例の基準を基礎にし

て、安楽死の事案は処理されてきた。まず、鹿兒島地判昭五〇・一〇・一判時八〇八・一一二は、長年肺結核や自律神経失調症・座骨神経痛などで療養中の妻の苦悶したり死を訴えたりする姿を見たりしているうちに、むしろ愛情から睡眠薬を飲んで寝ている妻を殺害しようと決意し、絞殺したというものである。その判決理由をみると、前記名古屋高裁の判断基準がそのまま用いられているのが判る。すなわち、「妻の病（肺結核・自律神経失調症・座骨神経痛など）は現代の医学上必ずしも不治の病というわけのものではなく、その程度も（左右両肺に著しい癒着が認められるなど、肉体的にも相当な苦痛を伴なう状況にあったことがうかがえるもの）」²¹ 死期が目前に迫っているというような状況にあったわけではなく、また殺害の方法としても、医学的処置によることなく、判示のような絞頸の方法によったというのであるから、このような被告人の所為は、社会的相当性を欠く行為として、実質的な全体の法秩序に照らしてみても、違法性を阻却されるものではない」と判示しているのである。また、神戸地判昭五〇・一〇・二九判時八〇八・一一二も、けれども感じとった被告人が、就寝中の母親の頸部に電気こたつのコードを巻きつけて殺害した事案について、名古屋高裁の基準に従って、主に、死期が切迫していないこと、苦痛の程度がさほどでないこと、囑託がないこと、を理由として違法性が阻却されない」と判示している。さらに、大阪地判昭五二・一一・三〇

判時八七九・一五八も、妻が末期癌の苦痛から自殺を図ったり、「殺してくれ」と哀願されたりしていた被告人が、その囑託をいれ刺身包丁で殺害したという事案で、医師の手によっていない点と倫理的に妥当でない点を理由として、正当行為にあたらぬと判示している。

5 さて、本件判決は、このような判例の流れからみれば、従来の判例の枠内にあるものと評価されるが、若干注意が必要な点がある。まず、本件判決が形式的に医師以外の者による安楽死を認めなかった点である。これは、もちろん曽根教授も指摘されるように、安楽死の濫用を戒めるという意味や、医師以外の者に社会通念上相当な方法が期待できないという意味があるものと思われるが、²² さらに、全体として、ペインクリニックの発達によって、安楽死そのものの重要性が相対的に低下してきており、²³ ペインクリニックを含めた総合的な医療の見地から違法阻却を考えようとする傾向が強まっているのではないかとも思えるのである。さらに、本件判決においては、方法的倫理的妥当性という表現が変更され、社会通念上相当な方法であることという表現が用いられている。これはもちろん刑法から倫理色を払拭すべきであるという見解を反映したかと思われるが、より根本的には倫理的な殺害方法がありうるのかという点に配慮したものといえる。²⁴

なお、本件判決において、期待可能性がないとはいえないと判示している点はともかくとして、その体系的な位置付けについ

て、故意・過失に内在する要素であるとするのが、本件判決にどのように影響を及ぼしているのか必ずしも明確ではない。むしろ、期待可能性論の独自の展開を期待するならば、これを事実的な故意・過失の内在の問題として考慮するよりも、独自の責任要素ないしは責任阻却事由として純化し、理論の深化を図るべきであるように思われるのである。本件判決のように内在的要素とすると、事実上、故意・過失が認定されれば、それだけで期待可能性ありとされてしまう危険があるように思われるのである。

以上のように、本件判決には結論的には賛成であるが、期待可能性の体系的地位が問題となるほか、名古屋高裁の判例において示されたほとんど現実味のない違法阻却基準²⁾を盲目的にあてはめて事案の処理を行い（すなわち犯罪の成立はこれを確認）、実際の解決方法として、被告人を執行猶予にし、刑事政策的目的を達成させようとする態度にも一考が必要な時期がきているのではないかと思えるのである。

(注)

(1) 甲斐克則「安楽死問題における病者の意思—囑託・同意殺の可罰根拠に関連して—」九大法学第四一号（一九八一年）九六頁。なお、平野博士は、(1)純粹の安楽死、(2)狭義の安楽死、(3)不作為による安楽死、(4)本来の安楽死、(5)不任意の安楽死、の五類型に分類され（平野龍一『刑法の基礎』（一九六六年）一七六—一八二頁）、また、金沢教授も、(1)生

命短縮の危険をとまわらない安楽死、(2)生命短縮の危険をとまわらず安楽死、(3)不作為による安楽死、(4)生命短縮を手段とする安楽死、(5)生存が無価値な生命の毀滅、(6)五類型に分類されている（金沢文雄「安楽死の許容性をめぐって」『広大政経論叢第一七巻第五・六号』（一九六八年）一〇八—一九頁）。なお、宮野教授は、(1)生命短縮の危険を伴う苦痛緩和の医療処置にもとづく死、(2)消極的安楽死、(3)積極的安楽死、(4)回復不能の身体的損傷を解決するための死の惹起、(5)四類型に分類して、説明をされている（宮野彬「安楽死から尊厳死へ」『一九八四年』一七九頁以下）が、分類の実質的基準について他説と大きく異なるわけではないと思われる。

(2) もっとも、全く死期に影響がないというわけではないが、特に常識の見地から、死期を早めたとされない場合をいうとされるのである。平野・前掲書一七七頁。

(3) たとえば、生命の価値と苦痛がなくなるといふ価値を比較較量する点に緊急避難的構造をみる説（平野・前掲書一七八頁）、社会的相当性の見地から適法とする説（金沢・前掲一—一八頁以下）、患者の自己決定権を中心に構成する説（町野朔「安楽死—一つの視点（下）」『ジュリスト』六三—一七〇頁（一九七七年）一一二頁）などがある。

(4) 平野・前掲書一七八—一九九頁。但し、期待可能性のない超法規的責任阻却でとらえる説もある（佐伯千因『四訂刑法講義（総論）』（一九八一年）二九二頁）。

(5) 金沢・前掲一〇九—一一〇頁。

(6) 小野清一郎『刑罰の本質について・その他』（一九五五年）二二〇頁以下。ただし、ここでは治療型との区別がなされておらず、これらを同一にあつかうのは問題であるとおもわれる。参照、平野・前掲書一七九頁。

- (7) 植松正「安死術の許容限界をめぐって」ジュリスト二六九号(一九六三年)四三頁以下。
- (8) 団藤重光『刑法綱要総論・第三版』(一九九〇年)二二六頁。ただし、許容される場合は、責任阻却も含めて相当限定されることを認められている(同書二二六頁)。
- (9) 参照、町野・前掲二二二頁。
- (10) 甲斐・前掲一〇五一六頁。
- (11) 佐伯千仞『刑法に於ける期待可能性の思想・増補版』(一九八五年)三八四―三五頁。
- (12) 金沢・前掲一一七一八頁。
- (13) 内田文昭「安楽死」刑法の判例第二版(一九七三年)三七頁。ただし、緊急避難としての違法阻却の可能性を示される。参照、内田・同三七頁、内田文昭『改訂刑法I(総論)』(一九八六年)二二六頁。
- (14) 宮野・前掲書一八七頁。
- (15) 宮野・前掲書二七六頁。
- (16) もっとも、これだけ学説上争いがあり、それが団藤博士の指摘されるように世界観・宗教につながるものである(団藤・前掲書二二五頁)ならば、規範的評価を差し控えるべきである(つまり結論的には適法とみる)との論理も可能であろう。この点の留保はせざるをえない。
- (17) 参照、平野龍一『刑法・総論II』(一九七五年)二五三頁。
- (18) なお、学説としては、生命保護をどのように一貫させるのかという問題を考慮しておく必要がある。たとえば死刑廃止の問題、墮胎、正当防衛による殺人の問題などが考えられる。
- (19) 参照、宮野・前掲書二五四頁、植松正「安楽死」平野

- 龍一・福田平・大塚仁編『判例演習・刑法総論(増補版)』(一九七三年)七〇頁。
- (20) これらの要件はかなり厳格なものであり、實際上、安楽死を適法と認める余地はほとんどないと思われるため(参照、小暮得雄・内田文昭・阿部純二・板倉宏・大谷実編『刑法講義各論』(一九八八年)二九頁(町野朔担当))、これら要件に対して特に強い反対がないのかもしれない。但し、緊急避難的構造から安楽死を理解する説によれば、(5)や(6)の要件は消極的にとらえられることになろう。参照、内田・前掲書二二六頁。
- (21) 曾根威彦「安楽死と違法・責任の阻却」法学セミナー四三五号(一九九一年)一一六頁。
- (22) 内藤謙「安楽死・尊厳死と刑法」大東法学第一七号(一九九〇年)一九五―八六頁。しかし、宮野・前掲書八頁は、ペインクリニックに期待しうる範囲はまだまだ狭いと評価している。
- (23) 曾根・前掲一一六頁。
- (24) 平野・前掲書(注(17))二五三頁は、実際上は安楽死を否定したにひとしいとされている。