

論文

自殺幫助（安楽死）と違法阻却

清水 晴 生

Aided Suicide (Euthanasia) and Justification

SHIMIZU Haruki

1 安楽死の隘路

2 憲法13条

3 判例

(1) 名古屋高裁昭和37年判決以降

(2) 東海大安楽死事件

(3) 川崎協同病院事件

4 刑法35条による違法阻却要件の検討

1 安楽死の隘路

安楽死¹に係る自己決定²の尊重如何に関しては、立法化においても、また判例での基準定立による実践的解決においても、隘路に行き詰まった状況が続いている。

安楽死の法制化については、安楽死に係る判例群においても指摘されてきたとおり、生命軽視や自殺容認を公認することにもなりかねないことが懸念されてきたであろう。介助する家族への負担を危惧しての安楽死を増やしかねないといったこの懸念には確かに理由があると思われる。

その一方で、望まない生を強いられる個人の生と自己決定とが置き去りにされている側面もまったく否定はし切れない。あらゆる生命の尊重を最大限保障することは、安楽死を法制化しないことにより達成すべき事柄なのか（むしろそのような生命尊重を積極的にまた具体的に保障する立法により達成すべきではないのか）、また介助者の負担を危惧しての安楽死を許さないことについても、安楽死の禁止によって達成すべきことなのか（むしろ負担を取り除くことこそが立法の役割ではないのか）といった反論を考える余地もある。

立法的解決の困難さゆえに、判例は自己決定権に一定の配慮を見せながら積極的安楽死（ないし尊厳死や治療中止）が違法阻却³される要件をこれまで何度か提示してきた。しかし、医師の手によらない場合にはそのことを理由に、医師による場合には治療限界に達していないことや意思確

-
- 1 多くの論稿があるが、近年のものとしては例えば、岡山七星「自殺の法的評価と権利性」桃山学院大学学生論集26号137頁以下、佐瀬恵子「安楽死と自己決定権」創価大学大学院紀要25号43頁以下、同「尊厳死に関する一考察」目白大学人文学研究4号35頁以下、林（平野）美紀「死の自己決定－自殺と安楽死－」49号67頁以下、富山侑美「正当化要件としての患者の同意とインフォームド・コンセント——『仮定的同意』の問題を手掛かりとして——（1）」72巻4号頁、等を参照。また、松田道雄『安楽死』（岩波ブックレット24）41頁以下も参照。
 - 2 例えば、大久保邦彦「生命・身体の処分と私的自治（1）」神戸学院法学27巻3号1頁以下参照。
 - 3 前提となる犯罪構成要件は殺人罪ないし自殺関与罪である。

認の不十分さを理由に、ことごとく正当化を否定してきたがために、判例の指針提示による問題解決の道も閉ざされる結果に至った。およそ正当化されることのない基準に従って、あえて安楽死を実施する医療主体など存在するはずもなく、いかに医療的に適応が認められる余地があっても、法的観点からはガイドラインに沿った終末期延命治療の中止以上の積極的安楽死は禁忌とされるほかない。

立法があえて不作為を貫き、また判例も実質的に実施をおよそ許さない基準を定立し続ける背景には、現状においてなお安楽死には社会的相当性、すなわち社会通念上の許容性が認められないとの価値判断があると思われる。立法や司法の判断が想定される社会通念に従うことは無理からぬことである。

ただ一方で、安楽死がおよそ許されないことにより、短期間ではなく長期に亘って絶望を抱えたまま、家族への負担以上に自己実現の困難さに直面し続けることで個人の尊厳が返って損なわれているとの自己認識がむしろ高まり続けてしまう人が少数でもいた場合に、そのような意識の是正を取り除きうる社会変革の遅々とした発展を俟ちながらも、ついには俟つに堪えなくなった人にとっては、むしろ上記多数者の価値判断により個人の尊厳がさらに損なわれているのだという認識をもつかもしれない。どんな状況でも希望を失わずに強く生きて自己実現していくべきであり、現にそのような人も多くいるという言説が、むしろどうしてもそうできない個人をさらに苦しめる可能性も否定し切ることはできないように思われる。

2 憲法13条

憲法13条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と定める。

同条は、「生命、自由及び幸福追求」に対する権利が「最大の尊重を必要とする」と定めているから、どれほど不自由な状態になろうともその権利保障は全うされなければならない。

他方、同条は「公共の福祉」に対する「個人」の尊厳を保障した規定であるから、総体としての全ての生命の尊重という「公共の福祉」に対して、「個人」の尊厳ある生を享受する自由が保障されなければならない。すなわち、堪えがたい生を強いることが、返って憲法13条の保障した「生命、自由及び幸福追求」に対する権利を侵害するという事も考えられる。つまり、生と死とが表裏一体であることからすれば、同13条が望まない形の生を拒否するという幸福追求の自由権をも保障していると解すべき余地がありうる。

3 判例

判例に現れた安楽事案とそれらに対する裁判所の判断がどのようなものであったかについて、以下、概観していく。

(1) 名古屋高裁昭和37年判決以降

名古屋高裁昭和37年12月22日判決⁴の事案は、父親が脳溢血で倒れ長く全身不随となり、いよいよ激痛を訴え発作にも悩まされ、担当医ももって十日と告げる中、死にたい、殺してくれと口走る様子を見かねた息子が、毒物を混ぜた牛乳を飲ませ死亡させたというものであった。

名古屋高裁は「人為的に至尊なるべき人命を絶つのであるから、つぎのような厳しい要件のもとにのみ、これを是認しうるにとどまる」と前置きした上で、著名な6つの要件を掲げた。

4 高刑集15巻9号674頁。これ以前にも、東京地裁昭和25年4月14日判決（裁判所時報58号4頁）がある。これを紹介したものとして、木村亀二「安楽死事件」法学セミナー23号48頁。

- 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、本人の真摯な嘱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

判決はこのうちの①から③は満たすとし、他方⑤と⑥については「医師の手によることを得なかつたなら首肯するに足る特別の事情が認められないことと、その手段として採られたのが病人に飲ませる牛乳に有機燐殺虫剤を混入するというような、倫理的に認容しがたい方法なることの二点」において充足しないものとしたが、④の真摯な嘱託については、原判決が「当時五二才であつて現代時においてはむしろ働き盛りであつたとか、同人が平静時に死をのぞんでいたことが認められないというようなことから、その言葉が真意に基くものではないと認定したことは事実を誤認し、ひいては法律の適用を誤つたもので判決に影響することは明」らかだとして尊属殺を認めた原判決を破棄した上で、やはり違法阻却は認めなかったものの202条の罪の成立を認めて懲役1年、執行猶予3年とした。

その後、この高裁判決の6要件に依拠した判断が続いて現れている。

・ 鹿児島地裁昭和50年10月1日判決⁵

本判決事案は、長年結核等を患い療養するも快方に向かわず苦悶する妻が自殺を試みたり、苦しみを免れるために殺してくれと執拗に哀願された

5 判例時報808号112頁、判例タイムズ333号362頁。単独の裁判官により審議された。

末、死を覚悟し睡眠薬を飲み眠った妻の首をロープ等により絞めて窒息死させ、もって囑託により殺害したというものである。

判決は「安楽死の成否について」と題した上で、心情は察しうるものの、妻の病が「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」、その程度においても「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」、また殺害方法が「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」という点を挙げた上で、「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、刑法202条の成立を認め、被告人を懲役1年、執行猶予2年に処した。

・ 神戸地裁昭和50年10月29日判決⁶

本件は、発作を繰り返し苦しんでいた母親を、同居する息子がこたつのコードを用いて絞殺したものである。

神戸地裁は、被害者の脳の病巣が治療困難であったことは認められるものの死期が切迫していたとはいえ、肉体的な苦痛も死に勝るほど甚だしいものではなく、意識明瞭な被害者が殺してくれるように望んだこともないことからすると、医師の手によるといった手段の社会的相当性を問題にするまでもなく、安楽死として違法阻却する余地はないとした。

・ 大阪地裁昭和52年11月30日判決⁷

本件は、胃がんの激痛に苦しむ妻から数日間くり返し殺してくれるように哀願された夫が、治療を受け入れなくなりまたくり返し自殺を図った妻を病苦から解放するために、囑託を容れて包丁でその左胸部⁸を刺して殺

6 判例時報808号113頁。合議体により審議された。

7 判例時報879号158頁、判例タイムズ357号210頁。単独の裁判官により審議された。

8 夫が包丁を示すと、妻が自ら左胸部に持って行くので、夫は決意を固めたものと認定されている。

した事案である。

大阪地裁は、名古屋高裁昭和37年判決を挙げた上で、まず「原則として、医師の手によらなければならないと考える。医師以外の者にそれを許すとしたら、濫用の危険は甚だ大きいといわなければならないから、原則として、医師の手によるべきである。しかして、例外的に、医師の手によることができない特段の事情があれば、医師の資格がない者が行っても、認められる場合もありうると思われる」が、本件では被害者が「病院に入院中で、医師の医療行為を受けていたものであるから、医師の手によることができない特段の事情はなかったというべきである。医師が不治の病及び死期切迫を確認しながら安楽死の頼みを拒否している場合であっても、それが右の特段の事情に当たるといえることはできないと思われる」とし、更に「実行方法としても、また、前掲判決の指摘するように、倫理的にも妥当なものとして容認されるものでなければならないと考える。単に、死にゆく者の苦痛が少なければそれで足りるものとは思わない。本件では、被告人は刺身包丁で胸部を二回刺突しているが、このような、刃物を用いた殺害方法が果たして倫理的に妥当なものといえるものか甚だ疑問であり、消極に解さざるをえない」とした上で、「したがって、本件は、少くともこの二点において、刑法三五条にいう正当行為には当たらないというべきである。」と結論づけた⁹。

本件の特徴は、判例が安楽死の正当化要件の内の手段的な要素について判示し、その点の判断により正当化を否定する結論を導いている点である。これは裏を返せば、それ以外の死期切迫、肉体的苦痛、死苦緩和目的、本人からの真摯な囑託といった要素が満たされていると認められているため

9 本判決はその他、緊急避難、過剰避難、期待不可能についても判示しているが、安楽死要件不成立におけるのと同様、抽象的な認定に終始しているように見える。緊急避難については身体的苦痛除去のために生命を奪うのは不釣り合いだという終末期を前提としない論を展開し、過剰避難と期待不可能については医師の助けを得られたはずだというおよそ具体的状況を踏まえたとはいえない判断が示されている。

であろう¹⁰。

しかしその認定を裏返せば、病院の中だから医師の手によることができたということになるが、果たしてそんなことがあるだろうか。周辺に病院のない地域でもない限り、病院に医師がいるのだから医師の手によることができるはずだという認定がなされるのであれば、この要件が充足されることはおよそないことになり、そもそもこの要件は安楽死の正当化要件として意味を成さないことになろう。

同じことは「刃物を用いた殺害方法が果たして倫理的に妥当なものといえるものか甚だ疑問」とした点にもあてはまる。医師の手によることができない場合、より穏当であろう筋弛緩剤投与といった手段を取ることが困難となるため、手段の社会的相当性も同時に満たさないことになる。絞殺等の手段による場合よりも即死に近い形で死を導けるとして心臓への刺突という手段が選択されるものと考えられるとすれば、本件で用いられた手段は死苦緩和目的に沿うという意味で相当な手段ともいべき余地がある。入手困難な薬物等を手に入れるために時間がかかるとすれば死苦緩和目的と矛盾する以上、手段選択の相当性は具体的状況を踏まえて判断されるべきである。

・高知地裁平成2年9月17日判決¹¹

本件は、病に痛み苦しむ妻を不憫に思い、心中の試みを繰り返すなどしたのち、妻の囑託に基づき扼死するに至らせたというものであった。

10 判決も量刑理由を説明する中では、「がんに侵され激痛に苦しむ妻の囑託により」殺した事案であり、「妻に対する深い愛情の故に、かえって、医師からあと一週間位だから我慢しろと言われながらも、被告人としては、妻の激痛に苦しむ様子を見守るのは、相当心を痛め容易ではなかった」などと認定し、更には「本件で、刺身包丁を用いた理由も全く理解できないわけではない」とまでいい、肉体的な甚だしい苦痛、本人からの囑託、死期切迫並びに死苦緩和目的を認めている。

11 判例時報1363号160頁、判例タイムズ742号224頁。単独の裁判官により審議された。評釈として、鈴木晃「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」中京大学大学院生法学研究論集11号83頁以下。

高知地裁は、名古屋高裁昭和37年判決の6要件を掲げ、医師の手によらず、社会通念上相当な方法ともいえないとし、それでも違法阻却すべきとの弁護人の意見に対して、「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られ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にのみ認められるべきものと解すべきである。」と述べた。その上で、医療・治療がなお期待できるから期待可能性がなかったともいえないと判示した。

本判決も、一つ前の大阪地裁判決と同様、およそ認められる余地のない医師要件と手段相当性要件の不充足を取り上げ、また治療限界にも達していないといった紋切り型の判断を示したように思われる。

こういった裁判所による紋切り型の判断が示しているのは、安楽死事案の違法／違法阻却の限界を司法が示すということに対する躊躇であろう。そして立法府もまたこれに躊躇を覚えざるをえないがゆえに、安楽死の問題は隘路に嵌り行き詰まっているのである。しかし立法による指針が示されない以上、これに憲法秩序に基づき指針を示す役割を負託されているのは司法であるというほかない。

（2）東海大安楽死事件¹²

本件は、治療困難であり死期も切迫している患者の家族から再三に互り治療中止が申し入れられたのち心停止させることまで求められた挙句、自然の死期を待たずに薬剤を注射することにより死亡させた事案である。

本判決はまず治療中止¹³につき、特に患者家族の意思からの患者自身の

12 横浜地裁平成7年3月28日判決判例時報1530号28頁、判例タイムズ877号148頁。

13 この安楽死の前段階にあった治療中止について、本判決は、安楽死に至る経過を含めて安楽死の可罰的・実質的違法性を判断する必要があると前置きして、この治療中止の適法性について検討している。治療中止が適法と解されるときには、その後の安楽死の違法性の低減が考えられるということになろう。

意思（同意）の推定が認められるかに焦点を当て、患者家族の意思も十分な情報に基づくものではなく、それを汲み取り理解する被告人医師も担当して二週間足らずで十分判断しえなかったとして、いわば患者の意思・自己決定に基づくものとはいえない違法なものであったと判断した。

さらにその上で薬剤注射により心停止に及んだ行為について、本裁判の時点において安楽死として正当化されうる要件を掲げる。

第一に、耐えがたい激しい肉体的苦痛を挙げ、治療中止¹⁴では考慮しうるものの安楽死では精神的苦痛を考慮すべきでないとした。しかし裁判時から年月を経て肉体的苦痛が緩和可能といわれるようになってきた現在、むしろ精神的苦痛を如何に考慮すべきかこそが問題となっているともいえる。

判決は「この苦痛について弁護士は、安楽死によって免れることの許される対象としては、肉体的苦痛のみならず精神的苦痛をも考慮すべきであると主張する。なるほど、末期患者には症状としての肉体的苦痛以外に、不安、恐怖、絶望感等による精神的苦痛が存在し、この二つの苦痛は互いに関連し影響し合うということがいわれ、精神的苦痛が末期患者にとって大きな負担となり、それが高まって死を願望することもあり得ることは否定できないが、安楽死の対象となるのは、現段階においてはやはり症状として現れている肉体的苦痛に限られると解すべきであろう。苦痛については客観的な判定、評価は難しいといわれるが、精神的苦痛はなお一層、その有無、程度の評価が一方的な主観的訴えに頼らざるを得ず、客観的な症状として現れる肉体的苦痛に比して、生命の短縮の可否を考える前提とするのは、自殺の容認へとつながり、生命軽視の危険な坂道へと発展しかねないので、現段階では安楽死の対象からは除かれるべきであると解される。もちろん精神的苦痛は、前記の治療行為の中止に関連しては、患者がそれを望む動機として大きな比重を占めるであろうし、それを理由に治療行為

14 本判決は「消極的安楽死といわれる方法は、前記治療行為の中止の範疇に入る行為で、動機、目的が肉体的苦痛から逃れることにある場合であると解される」ともいう。

の中止を拒む根拠にはならない。」と判示した。

判決はいわば、生の自己決定である治療中止と、死の自己決定である安楽死とを分けて、両者の間で自己決定の尊重の程度について区別をしたということであろう。

しかしまさに「客観的な症状として現れる肉体的苦痛」であるがゆえに緩和措置が可能であるのに対して、「その有無、程度の評価が一方的な主観的訴え」であるがゆえに医療的な緩和措置が十全に機能しえない場合も考えられるのだとすれば、苦痛の激しさ・耐えがたさは現在において逆転しているともいえるかもしれない。

第二に、安楽死による利益と衡量される関係に立つ死期切迫（生命の僅少さ）を挙げる。しかし、死期が切迫しているなら、衡量される安楽死の利益も相対的に小さくなるともいえよう。逆に、治療法がない等の理由で苦痛が治まることなく継続し、まして増大する場合を考えれば、死期が遠ざかるほど安楽死の利益も増す関係になるともいえる。

そもそも、数時間後に死ぬであろうしかし希望を失っていない人を殺害した場合に違法性が低減しえないように、たとえ自己決定との衡量においても生命が量的に僅少だから保護価値（・違法性）が低いということは少なくとも刑法上は考え難い。

したがって、死期切迫はむしろ治療限界に到達していることの一証左と考えるべきである。ただし、死期切迫によりむしろ自己決定の保護価値が高まり、いっそう自己決定を優先すべきとの評価はありえよう。

第三に、苦痛緩和に伴う生命短縮たる間接的安楽死なら格別、死に直結する積極的安楽死では推定的意思では足りず、患者の明示の意思表示を要するとする。

第四に、医療上の手段を尽くしたことが要求され、その意味において医師の手によるというのと社会的に相当な方法という昭和37年判決の要件はここに吸収されるとした。

そして各要件の具体的なあてはめとしては、末期状態にあったことは認

められるものの、患者はすでに苦痛を覚える状態ではなくなっており、本人の意思表示が欠けていたことも明らかであって、手段が尽くされたともいえない（この点の具体的な認定内容は不明）として、違法性の阻却も減少さえも否定した。つまり、判決がいうとおり、自己決定の観点でも緊急避難の観点でも、安楽死を認める要素は充足されていなかったということであろう。

上述のとおり、甚だしい肉体的苦痛要件と死期切迫要件については疑義が残るところである。また治療中止に関する推定的意思の有効性についても、終末期に際しての濃密な二週間足らずという期間が（チーム医療がなされていることも踏まえて）推定的意思の理解に本当に足りない期間であるのかどうか、また苦しそうにいびきをする姿を見るのが忍びない（だから安楽死を望むことの当否は別として）という家族につき、判断の前提となる情報が足りなかったからということが推定的意思の有効性を否定する根拠となるのかといった疑問が生じる。手段が尽くされたとはいえないとも判示されたが、あともって一日、二日とされた患者に、他にいかなる代替手段が採りえたのかも明らかではない。

本件はむしろ、そもそも患者の推定的意思に基づいてなされたともいえない行為であった点において正当化が否定されざるをえない事案であったように思われる。

（3）川崎協同病院事件¹⁵

本件は、喘息発作の結果として終末期に至った患者の家族からの申出を受けて、窒息死の危険があることを知りながら気管内チューブを抜管する

15 最高裁第三小法廷平成21年12月7日決定刑集63巻11号1899頁。判例の判断構造に批判的な評釈として、根本晋一「医師が、気管支ぜんそく重積発作に伴う低酸素性脳損傷のため意識が回復しない患者の家族の要請に基づいて患者の気管内に挿管されていた気道確保のためのチューブを抜管し、併せて筋弛緩剤を使用して死亡させた行為について殺人罪の成立を認めた事例—川崎協同病院気管内チューブ抜管・筋弛緩剤投与患者死亡事件上告審決定—」企業法學研究2巻1号110頁以下。

とともに筋弛緩剤を投与して死に至らしめたとされる事案である¹⁶。

第一審横浜地裁¹⁷は、本件行為に至った経過の点ではこれと異なり、治療中止につき家族の同意があるものと速断して本件行為に及んだと認定した。また、治療中止が正当される要件として苦痛要件を排した上で、死期切迫と自己決定、並びに治療を尽くし治療限界に達していることの三要件を掲げた。その上で、自己決定を推定しうる家族の意思の有効性を情報不足を理由に否定し、治療限界到達も認められないとした¹⁸。

これに対して控訴審の東京高裁¹⁹は、まず原審が家族の同意がなかったとした点を逆転させ、(被告人の示唆に伴う)家族からの要請に基づくものであったとした²⁰。また治療中止につき立法的な解決こそが必要であり、傍論的な仮の要件を設定するに過ぎないと前置きしながらも、被告人が患者自身の推定的意思に基づいて行為したともいえず、また治療限界にも達していなかった²¹(死期切迫がなかった)として、違法性を阻却せず殺人罪の成立を認めた²²。

そして最高裁は、発症から未だ2週間の時点であって必要な検査もされ

- 16 東海大事件とは逆に、治療中止にあたるチューブの抜管が主たる行為とされ、筋弛緩剤投与はいわばそれを完結させる行為と見ているように思われる。
- 17 横浜地裁平成17年3月25日判決刑集63巻11号2057頁。
- 18 しかし、事後の鑑定によっても植物状態からの回復の可能性が10%という状況を前提とすれば、有効な推定的同意について誤信していたことも踏まえると、十分な治療経験を有する被告人において尽くすべき治療義務の内容に関しても誤信(違法阻却事由に関する事実の錯誤)が生じていたものとする余地があるが、この点の検討は判決文には現れていない。
- 19 東京高裁平成19年2月28日判決刑集63巻11号2135頁。
- 20 多くの家族や病院の看護師・医師らが関わっている事案であるにもかかわらず、原審の認定はあたかもお互いが誤解をしながらそれが一度も確認されないまま不幸な結末を迎えたといった不自然さを示しており、その点を被告人の思考の異常さを強調することで糊塗した憾みがあったが、その点が正されたものといえる。
- 21 患者自身が仮に治療中止を望んでいたことが明らかな場合、治療中止は治療限界到達を俟たずに開始されるように思われることからすると、治療限界に達していなかったという違法阻却否定の根拠は後付けのようにも感じられる。むしろ自然な死を希望する患者の意思を尊重することが医療上相当な段階で治療中止が開始されたかが問われるべきで、それは治療限界や死期切迫とは必ずしも一致しないのではないかという疑問が残る。
- 22 ただし酌量減輕まで認めた。

ておらず、それ故担当医師である被告人が家族に患者の意思を推定するに足りる適切な情報を与えたとはいえない以上、家族から患者の推定的意思（同意）を得ることもできないとして、若干高裁とはニュアンスを変え、むしろ東海大事件の判示と類似する論拠から、本件治療中止は違法阻却されず、殺人罪が成立すると判示した。

東京高裁判決は、家族やリビングウィルによる患者の意思の推定に配慮を示すと同時に限界も突きつけることで、司法が積極的な判断を示しえないことを体現して見せたといえる。つまり、治療限界を司法が判断するというのはおよそ専門外であって困難であるために違法阻却もやはり困難となって、それ故積極的安楽死という死期を早める行為は刑事司法の論理上殺人というほかないことが繰り返し確認されるという結論に至ることになる。

4 刑法35条による違法阻却要件の検討

(1) 刑法は自殺した本人が生き残った自殺未遂の場合に、その本人を処罰する規定を設けてはいない。しかし自殺関与者を処罰する規定は用意しており、関与自体の倫理規範違反的な側面を強調したとしても、自殺そのものもまたある程度違法視している（本人からも保護している）ことは間違いないように思われる²³。その意味では、自己に帰属する法益に対する自己決定による処分についても一定のパターナリスティックな制限をかけているわけである²⁴。

23 行為支配を有する自殺者本人が可罰的違法阻却に値すると解した場合、これに関与の度合において劣後する関与者が可罰的に違法となるという理解は困難である。自殺関与が処罰されている以上、自殺（未遂）者の行為にも同等以上の違法性が認められるのでなければおかしい。

24 その意味では、自殺幫助や囑託殺人未遂（刑法203条）の教唆の違法・責任を問われる余地がありうるが、自殺そのものが（期待不可能により）処罰されていないことに鑑みて不処罰と解すべきである。ただし、自殺関与の違法を独立共犯的に解する立場に立てば、他人の自殺に関与するような行為を、他人に教唆すべきではないし期待可能でもあるということになり、処罰可能ともなりえよう。

他方で、延命治療を望むかといった意思が尊重されるべきということとは、医療におけるだけでなく、法秩序においても認められようになってきている²⁵。生き方に対する自己決定が認められるのだとすれば、その終わらせ方である死に対する自己決定も認められる余地がありうる²⁶。

そして現状、必ずしも甚だしい死苦を伴わない終末期や医療限界状況が

-
- 25 輸血拒否の意思の固い、30年にわたりエホバの証人の信者である患者に、国立の大学病院の医師が輸血を伴う手術をしたことに対する損害賠償事件で、第一審東京地裁平成9年3月12日判決（民集54巻2号690頁）は、輸血することを告げれば手術が拒否されるから告知義務違反の違法はないとして、患者の自己決定を限定する判断を示した。これに対して、控訴審である東京高裁平成10年2月9日判決（高民集51巻1号1頁）は、患者の同意について「各個人が有する自己の人生のあり方（ライフスタイル）は自らが決定することができるという自己決定権に由来するものである。被控訴人らは自己の生命の喪失につながるような自己決定権は認められないと主張するが、当裁判所は、特段の事情がある場合は格別として……一般的にこのような主張に与することはできない。すなわち、人はいずれは死すべきものであり、その死に至るまでの生きざまは自ら決定できるといわなければならない（例えばいわゆる尊厳死を選択する自由は認められるべきである。）。本件は……その手術をしたからといって必しも治癒が望めるというものではなかった（これは、現に当審係属中に花子が死亡したことによっても、裏付けることができる。）。この事情を勘案すると、花子が相対的無輸血の条件下でなお手術を受けるかどうかの選択権は尊重されなければならなかった。」「手術等に対する患者の同意は、各個人が有する自己の人生のあり方（ライフスタイル）ないし何に生命より優越した価値を認めるか）は自らが決定することができるという自己決定権に由来するものである……、いかなる場合であっても医師が救命（本件ではむしろ延命）のため手術を必要と判断すれば患者が拒否しても手術をしてよいとすることに成り兼ねないものであり、これを是認することはできない。」とし、医師の説明義務違反により「診療を受けることとするかの選択の機会（自己決定権行使の機会）を奪われ、その権利を侵害された。」として訴えを認めた。そして最高裁平成12年2月29日（民集54巻2号582頁）も、「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない。」と述べ、輸血する場合があることを説明した上で、なお入院を継続して手術を受けるかどうかを本人の意思決定に委ねるのが相当だったとし、医師らが右説明を怠ったことにより患者本人が「輸血を伴う可能性のあった本件手術を受けるか否かについて意思決定をする権利を奪ったもの」といわざるを得ず、この点において同人の人格権を侵害したものとして、同人がこれによって被った精神的苦痛を慰謝すべき責任を負うものというべきである。……これと同旨の原審の判断は、是認することができる」とした。
- 26 本稿の問題意識に関わる場面につき丁寧な検討と考察を加えている論稿として、石居圭「自殺の法的性質と『死ぬ権利』の検討」法学研究論集（明治大学）55号119頁以下、特に133頁以下も参照。

現出しているのだとすれば、むしろ精神的苦痛の増大に対してどこまで自己決定を認めるべきかの判断に迫られてくることにもなる。

(2) 冒頭で述べたとおり、安楽死法といった成文法の制定が困難であって、また現に存在しない以上、安楽死への関与自体むしろ刑法上違法というべきであり、判例上の安楽死についてもこれを書かれざる違法阻却事由のカテゴリーと見る余地はないのではないかとさえ思える²⁷。つまり現行法上、人は安楽死を強いられ、またはこれに晒されることから、刑法により保護されているのであって、この点はむしろ強調され、再確認されるべきである。

もう一点確認するとすれば、法が現世において適用を見るものである以上、死を志向する（生を終了する）自己決定よりも、生を志向する（生を継続する）自己決定の方を優先する姿勢を立法や司法がとることもまた避けがたいだろうということである。そしてそれはむしろ生命を最大限に尊重すべきものとする憲法・刑法秩序とも矛盾しない姿勢といえる。

以上の二点は、単に刑法秩序といった抽象的な価値基準にとどまるべき事柄ではなく、医療、社会福祉、介護福祉の具体的なサービスの充実と保障という形で具現化されるものでなければならない。つまり、安楽死が自己決定を装いながらも、実は社会のあり方によって強いられるものであるということだけは決してあってはならない。

結局、刑法上・刑事裁判上、安楽死は違法行為であり、違法阻却事由ではない²⁸。しかしそれでもなお、違法な自殺幫助たる安楽死への関与を違法

27 判例は正当化（違法阻却）される場合を安楽死と呼び、それ以外を殺人や自殺関与・同意殺（囑託殺人）としていよう。しかし成文法で正当化要件や範囲を定立できないという意味でも、また判例の要件を満たし安楽死となる安楽死事案がほぼ存在しないことからしても、安楽死は違法視されなければならない、犯罪・違法とならない死のカテゴリーがあるかのごとくいい回すことはむしろ誤解を招きかねない。同じことは尊厳死についてもあてはまる。

28 安楽死に関しては、違法だが非難可能性がないということは難しいように思われる。安楽死の違法性は実質的に、非難可能性ないし適法行為の期待可能性に相当する実体やその評価に依拠しているように思われるからである。

阻却しうる複数の諸事情が遺漏なく認められるような場合に、同関与により得られる患者本人の利益が、損なわれる患者の生命の利益と均衡するものとされ、刑罰の発動を差し控えるべく違法阻却が認められるという余地はありうるだろうか。もしあるとすれば、どのようなことがそうした諸事情に含まれるだろうか。

最後に、以下のとおり、違法阻却要件を考えてみる。死を許容しうる要件を考えることほど困難なことはない。死の自己決定に関する憲法学上の深い考察と十分な議論が俟たれる。

(3) ①まず、一定の標準化された治療を、それを提供可能な医療機関において、当該治療に十分な期間これを受け、その上でそれ以上の回復を見込めない治療限界に達していることが、当該医療機関により書面で証明されていることを必要とする。

これは患者の尊厳や自己決定を尊重すべき契機を高める要素といえる。また、この点において死期切迫が必須でないとき、この正当化は自己決定と緊急避難を合わせたというよりも、自己決定と自救行為とを合わせた性格を有することになる。

②また、十全な介護福祉を享受できており、家族・親族に介護負担が認められないと証明できることも必要である。

この点もまた、自己決定を尊重すべき契機を高める要素である。

③疾病により改善しえない状態が自己の尊厳を損ない、安楽死・臨死介助によるほかこれを回避する術がないことの申述と、その申述が本人の意思によりなされたことの映像による証明も必要である。

この点も同様に、自己決定を尊重する契機を高める要素である。

④最後に、積極的安楽死にあたる行為の実行が本人の意思に基づいて行われたこと、及びこれへの他者による関与も、身体の不自由がなければ自ら容易になしうる範囲を超えてその実行を「容易にした」とはいえない最小限度内でなされたことの映像による証明が必要である。

清 水 晴 生

この点は、自己決定の尊重に加え、関与行為の反規範性が低いこと、また法益侵害惹起が本人のほぼ完全な行為支配の下にあり、関与者の違法従属の程度が最小限度にあったことを示す要素である。

(本学法学部教授)