

安楽死の法的問題と仏教の倫理

—小野清一郎の安楽死論と仏教的応報刑論—

寿台 順誠

(和文要旨)

本稿では、日本の代表的刑法学者の一人で熱心な真宗門徒でもあった小野清一郎(1891年～1986年)の、安楽死論と仏教的応報刑論の関係を検討する。

小野は日本初の安楽死事件・成吉善事件東京地裁判決(1950)に関連する論文で、社会的合理性と個人の意思に基づく西洋近代の安楽死論に対する東洋的・日本的オルタナティブとして、同情・惻隠に基づく人道主義的慈悲殺論を提示し、それを仏教の慈悲によっても容認できるとした。

ところが、小野は安楽死問題が自身の仏教的応報刑論とどう関わるかは記していない。彼は「目的刑論」に対抗して「応報刑論」を唱えた代表的論者だが、彼の議論は「目には目を、歯には歯を」という「同害報復」ではなく、仏教の業論(因果応報)によって犯罪行為の道義的責任を根拠づけるものだった。

結局、安楽死に関しては、すべて慈悲によって違法性を阻却する理論よりも、個々の行為の責任に基づき合法・違法を判断する責任阻却論の方が仏教倫理には適合的である、という結論が導き出される。

(SUMMARY)

This article examines the relationship between the theories of euthanasia and Buddhist retribution put forth by Seiichiro Ono (1891-1986), who was one of the representative Japanese scholars of criminal law of his time and a devout believer in Shin Buddhism (*Jōdo Shinshū*).

In his paper written on the occasion of the Tokyo District Court judgment of the Sung Kil-sun case (1950), which was the first Japanese euthanasia case, Ono propounded a humanitarian mercy-killing theory based on compassion (*dōjō, sokuin*). This theory is meant to serve as an Oriental and Japanese alternative to the modern Western euthanasia theory based on

social rationality and individual will. He also argued that euthanasia could be accepted as a form of Buddhist mercy.

However, Ono did not deal with the manner in which the problems of euthanasia relate to his own theory of Buddhist retribution. He was the representative scholar who insisted on “*Theorie der Vergeltungsstrafe* (the theory of retribution),” which was opposed to “*Theorie der Zweckstrafe* (the theory of consequentialism).” However, he based the moral responsibility of criminal acts on the Buddhist karma theory (*gōron, ingaōhō*), and not on the idea of “*lex talionis* (the law of retaliation)” —the idea of “an eye for an eye, a tooth for a tooth.”

The present article concludes that, according to Buddhist ethics, the legality or illegality of euthanasia should be judged on the moral responsibility of each individual’s act (*Schuld-ausschließungsgründ*), rather than on eliminating illegality (*Rechts-widrigkeitausschließungs-gründ*) through an appeal to mercy.

はじめに

安楽死に対する仏教の立場を、初期仏典などを用いて検討した研究はあるが¹、安楽死に関する現行法規（近代法制）と仏教のあり得る関わりについて検討した研究は、ほとんどないだろう。本稿では、日本近代の代表的な刑法学者の一人であると同時に、熱心な真宗門徒として仏教関係の著作も少なからず残した小野清一郎（1891年～1986年）の安楽死論と仏教的応報刑論とが、どのように関係しているのかを検討することにした。

1 安楽死論

小野は特に安楽死を詳しく研究した人だというわけではない。関連する小野の論考は、日本初の安楽死事件である成吉善（Sung Kil-Sun）事件東京地裁判決（1950年）の「評釈」²と本件に関連する「論文」³（＝以下「安楽死論文」）が一つあるだけである。にもかかわらず、小野の「安楽死論文」には、以下に述べるような三つの意義がある⁴。

¹ 木村文輝 2008；小池 2001, 2008；Keown 1999, 2001: 168-173 参照。

² 小野 1950a。

³ 小野 1950b。

⁴ 以下 (1)～(3) は寿台 2015: 49-51 を、安楽死と仏教の問題を中心に組み替えたものである。

1-(1) 山内事件名古屋高裁判決への影響

小野の「安楽死論文」の第一の意義は、「世界に先駆けて合法的な安楽死の一般的な要件を提示したリーディング・ケース」⁵とされている山内事件名古屋高裁判決（1962年）に大きな影響を与えたことである。山内事件名古屋高裁判決は、東海大学病院事件横浜地裁判決（1995年）によって塗り替えられるまで30年以上にわたり、日本における安楽死裁判の基準として機能した（文末【表1】参照）。

1-(2) 人道主義的慈悲殺論の提示

小野の「安楽死論文」の第二の意義は、西洋近代の安楽死論を批判的に検討し、東洋的・日本的なオルタナティブとして「人道主義的慈悲殺論」を提示していることである。

1950年当時、成吉善事件を契機に書かれた他の諸論文⁶と比べて、小野の議論には西洋近代の議論に対する東洋的・日本的オルタナティブを提示しようとする意図が強く出ていた。小野は原始・古代以来の安楽死の歴史を辿った上で、西洋近代の安楽死思想が、自殺を罪とする中世のキリスト教的立場に対して、人間的な合理性を主とするギリシア・ローマの倫理・法律思想が復活してきたところから生じたもので、近代の最初の基礎的な文献としてトマス・モアの『ユートピア』⁷を挙げ、そこでは社会的合理性を根拠に、それを個人的意思によって正当化する形で、安楽死の主張が成り立っていると述べている⁸。

小野はこれに対して、今日では、生命の尊重が普遍的な要請となっているので、個人の意味、つまり本人の承諾・嘱託をもってしても安楽死を合法化する根拠とはならないと批判した上で⁹、しかし、安楽死にはこれを認めざるを得ないもう一つ別の倫理的な要求があって、それが人間的苦悩に対する同情、東洋の言葉でいえば慈悲又は惻隱の心、近代の観念でいえば人道主義であり、それもまた普遍的な要請だとして、人道主義的慈悲殺論を提示しているわけである¹⁰。

⁵ 町野他 1997: 2.

⁶ 岡垣 1950 ; 加藤 1950 ; 木村亀二 1950年 ; 瀧川 1950.

⁷ トマス・モア 1957: 160-161.

⁸ 小野 1950b: 27-29.

⁹ 小野 1950b: 29-30.

¹⁰ 小野 1955: 210.

1-(3) 人道主義的慈悲殺論の仏教的正当化

小野の「安楽死論文」の第三の意義は、以上の人道主義的慈悲殺論の仏教的正当化を試みていることである。これは、本稿においては最も重要な意義である。

これは少し複雑な論理構造になっている。というのは、小野はパーリ律蔵から次のような事例を示しながら、もともと原始仏教では安楽死は否定されていたと言っているからである。すなわち、ある比丘が刑場で罪人が死刑にされるのを見て、行刑者にこの男を苦しめずに一撃で殺せと言ったのは最も重い波羅夷罪（出家者に課される戒律の内、僧団永久追放に値する最も重い罪＝邪淫・偷盗・殺生・妄語が該当）とされたといった事例である¹¹。そして小野は、元来仏教における「安楽」とは精神的な「さとり」から来る安楽（精神的寂靜・涅槃）であるので、人為的な生命の短縮を「安楽死」と呼ぶのは言葉の濫用であり、冒瀆であるとさえ言っている¹²。

しかし、それにもかかわらず、小野は、仏教的信仰の立場からはなお安楽死を肯定する余地があるとして、次の二つの理由を挙げている¹³。

第一は、仏教はもと慈悲を根本としており、生命を尊重するもこの慈悲心からであるが、現実の人間生活では、もはや救う方法のない苦悩、特に肉体的苦痛を物質的な方法でとり除いてやろうとする近代的な人道主義の精神を、仏教的慈悲の立場においても許容してよいのではないか、ということである。慈悲は単に人間的同情ではなく、それよりも遙かに深いものではあるが、人間的同情と別ものではなくて、人間的同情を超えながらそれを包むものである、と小野は言うのである。

それから第二に、実は仏教は現存の生命を単純に肯定するものではなく、むしろ人生を苦・空・無常・無我として否定するものである。しかし、そのようにして絶対に人生を否定するところに、かえってその絶対の肯定が成り立つものであるという、生死即涅槃・煩惱即菩提といった大乘仏教における否定即肯定の論理においては、近代的な人道主義はなお浅はかな人間的まよいであるかもしれないけれども、それはそれとして許容されるのではないか、と小野は言うのである。

¹¹ 長井他 1932: 138. この他にも、ある比丘が重病で到底助からない状態なので諸比丘がこれを愍み、死後極楽に行くことを説いて死を賛美したため、その比丘が速やかに死んでしまったのは殺人罪であるとされた事例が挙げられている。

¹² 小野 1950b: 30.

¹³ 小野 1950b: 30-31.

1-(4) 「安楽死論文」の問題点

以上、小野の「安楽死論文」の意義について述べてきた。この議論について疑問に思うのは、小野は同情・惻隠によって安楽死を正当化するわけであるが、果たしてこれがそのまま法的な意味での違法性阻却事由（刑罰法規に規定された犯罪の類型たる構成要件に該当して、違法性が推定される行為について、その違法性がないとされる事由）になり得るものかどうかということである。仏教の慈悲が「人間的同情を超えながらそれを包むものである」ということは、宗教的・大乘仏教的な意味においては理解できることだとしても、がんらい原始仏教では否定されていた安楽死の行為の違法性が、小野自ら「なお浅はかな人間的まよいである」にすぎないとしている人道主義によって、本当に阻却されうるものかどうかは疑問なのではないだろうか。

そこで次に、この問題を念頭に置いて、小野の仏教的応報刑論を見てみたい。

2 仏教的応報刑論¹⁴

ここではまず、小野の仏教的応報刑論を見る前に、日本の刑法学における小野の立場に触れておきたい。

2-(1) 日本の刑法学における新・旧両派の対立

日本の刑法学では、戦前から戦後にかけて、旧派・古典学派と新派・近代学派の間の激しい論争が展開されてきた¹⁵。古典学派が、人間は自由に自分の行為を選択できる、という意思自由論・理性的人間観に立つがゆえに、人が自由意思で行った行為には責任があり、その責任に基づく応報として刑罰が科せられる、という応報刑論を主張するのに対して、近代学派は、人間も自然の法則に規定されるもので、その意思や行為も素質と環境によって決められているので自由意思は存在しない、という意思決定論・科学的人間観に立つがゆえに、犯罪を行なうような危険な人たちから社会を防衛するための予防として刑罰を科す必要がある、という目的刑論を主張する。両者は今では互いに接近して折衷的な見解が多数を占めるようになってきているが、現在でも人間観をめぐる議論に決着がついたわけではない（文末【表2】参照）。

¹⁴ 以下の注に挙げる文献の他、小野における仏教と刑法学との関係全般については、古賀 2001、小野の刑法理論全般については、小野 1932 を参照。

¹⁵ 以下、新・旧両派の対立については、大塚 1957: 32-36 ; 平川 2014: 153-154.

まずは古典学派が先行し、それに対する批判として近代学派が起こったヨーロッパとは逆に、日本ではむしろ近代学派の理論が先に導入され、それに対して後から古典学派の批判が起こったというネジレがあったが、近代学派・目的刑論の立場を最も鮮明に打ち出したのが小野の師である牧野英一（1878年～1970年）であり、小野はその牧野を批判する中で、日本における代表的な応報刑論者の一人となったという経緯がある。

2- (2) 新・旧両派の対立を止揚する試みとしての仏教的応報刑論

但し、応報刑論の立場に立ったと言っても、小野は単に古典的な応報刑論をそのまま復活すればよいと主張したわけではない。小野の議論には、むしろ古典学派と近代学派の対立を止揚しようとする意図があったと思われる。というのは、小野は、古典学派が全く抽象的・アトム的な人間観に立つものであったのに対して、近代学派が犯罪を社会的現象と考へて、具体的な人間観を打ち出そうとしたこと自体は評価しているからである。ただ、その近代学派の人間観もまた、抽象的な自然法則によって人間を割り切ろうとする機械論的な人間観であって、生きた人間の実存を捉えるものではないと、小野は見ていた¹⁶。従って、小野は古典学派のアトム的人間観と近代学派の機械的人間観の両方乗り越えるものとして、仏教の業論に基づく人間観を打ち出そうとしたとも考えられるのである。

2- (3) 業論

業論に関して小野が最も影響を受けたのは、東京大学の仏教青年会を共に立ち上げた木村泰賢（1881年～1930年）であった。ここでは、木村の業論¹⁷を確認し、それに関連する縁起論争を見た後、小野の業論¹⁸の意義について考えてみたい。

2- (3) ①木村泰賢の業論

木村は「仏教における業観と意志の自由」という論文において、「業」を次のように説明している。すなわち、「吾らの活動は意識的たるにせよ無意識的たるにせよ、必ずその反動として吾らの心理活動自体に一種の性格を刻みつけ、その刻みつけられた性格

¹⁶ 小野 1955: 40.

¹⁷ 木村泰賢 2004b.

¹⁸ 小野 1934: 46-52, 2002: 493-510.

は更に次の活動を決定する因となるのである。…吾らの意志活動は絶えず変化しつつ流れながらも、その間を一貫して、いわゆる自己の同一を保ち得る所以は実にこの性格の連続あるがためである。仏教でいわゆる業というのは実にこの行動によって刻みつけられた性格を指すもので…ある」¹⁹、と。

しかし、これだけの説明であれば、それは一種の決定論に終わるおそれがある。また、実際に業論は運命論として受け取られる傾向があった。そこで、木村は、仏陀（釈尊）が、一切を神意に帰する神意論、一切を前世の業に帰する宿業論や、一切を自然の規定によるものとする自然主義的必然論などを、人間の努力の意味を見失わせ、責任を無視することにつながるという理由で拒否したという事実を明らかにした上で²⁰、意志の自由の根拠を、「行」（意志）と「識」（理性的認識）との関係を通して、次のように説明する。すなわち、「無明→行→識→名色→六処→触→受→愛→取→有→生→老死」という十二縁起の順序に従うならば、理性的認識たる「識」は意志たる「行」から、そしてさらにその「行」は盲目意志たる「無明」から生じたものであるが、「識」は発達すると「行」を裏切る作用を呈してくるものであり、「識」の発達が低ければ低いほど人の活動は本能的意志・先天的気質によって支配される度合いが強いが、その発達が高くなるにつれて、「識」は「行」の支配から脱して自由を獲得することができるようになる²¹、そこに意志の自由が成立するというのである。

2- (3) ②縁起論争

このような木村の業論に関しては、当時（大正末～昭和初期）の縁起論争に触れておいた方がよいであろう。木村は原始仏教における縁起の見方を、(a) 現実生活の相互依存関係を心理活動の様式を中心にして見る立場（後に般若や華嚴系の思想を導出）、(b) 生命発動の進展の経過を人の一生涯に割り当てて見る立場（後に唯識思想を導出）、(c) いわゆる分位説で三世にわたる輪廻の姿を明らかにしたものと見る立場（後に小乗教の三世両重観を導出）の三つに分類し、木村自身は(a)と(c)の止揚を試みる(b)に立っていると表明したが、これは伝統的な立場((c))に立つ赤沼智善と、論理主義的な立場((a))に立つ宇井伯寿・和辻哲郎の両方面から批判を受けることになったという²²。

¹⁹ 木村泰賢 2004b: 355-356.

²⁰ 木村泰賢 2004b: 357-359 ; 小野 2002: 502-503.

²¹ 木村泰賢 2004b: 360-361.

²² 木村泰賢 2004a: 363-366.

すなわち、「近頃の新しい仏教学者の解釈は、大抵阿毘曇の伝統的解釈と違っているのであるが、阿毘曇の由緒ある解釈は左様に容易に一蹴され得るものかどうか」²³ という不満を表明する赤沼 ((c)) から見るならば、(a)(b)とも「近頃の新しい仏教学者の解釈」として批判されることになるし、また立場を変えて、十二縁起は「原因結果の関係順序で説かれて居るのでなく、寧ろ条件と帰結との関係を追うて列挙したものと解すべきである。…之を誤って一々実在的に考へるから、輪廻の進程を示すとか一々を時間的の考で結合せしめむとかするに至るのである」²⁴、つまり十二縁起は「観念の仕方の順序である。実在せるものの事実的關係でもなければまた時間的關係でもない」²⁵ とする宇井・和辻 ((a)) から見るならば、(b)(c)とも十二縁起を「誤って一々実在的に考へる」ものとして批判されることになるのである。このように、以上の(a)(b)(c)については、「三者三つ巴の大論争」²⁶ を展開したと言われている²⁷。

そして、このような論争の中で、宇井が「無明」を四諦（苦諦・集諦・滅諦・道諦）等の教説に表現された「仏陀の根本思想を知らぬこと」²⁸ と解し、和辻がそれを継承して「不知聖法」（四諦等の聖法を知らないこと）²⁹ とするのに対して木村は、「經典には無明を説いて四諦の理を知らぬことゝ言つてゐる…けれども、併し之では例の「仏出づるも出でざるも異なる所なし」と言はれた縁起法則、常恒性の意味が、判然と表われて来ぬではないか。仏出でたる後の無明はそれでよしとしても、出でざる以前の無明は少なくも、それだけでは説明することの出来ぬ欠点を伴って来よう」³⁰ と批判している。確かに無明は四諦等の根本教説に対する無知と解するのが一般的であろうが、木村の解釈は、伝統的な教説（無知としての無明）を人間の心理（盲目意志）に根ざしたものとして根拠づけ、普遍化しようとする試みだったと言えるのではないだろうか³¹。

²³ 赤沼 1925: 45-46.

²⁴ 宇井 1925: 38.

²⁵ 和辻 1962: 174-175.

²⁶ 木村泰賢 2004a: 458（渡辺模雄「解説」）。

²⁷ 但し、直接相手の名を挙げて批判の応酬をしていたのは木村と和辻の間のもので、赤沼と宇井は名指しの論戦には加わっていない。それでも、この論争は内容的には「三つ巴」の意味をもっていたと言えるであろう。なお、この論争の意義を、木村の側から整理したものとして山折 1987、和辻の側から見たものとして高橋 2007 を参照。

²⁸ 宇井 1925: 11, 15 等.

²⁹ 和辻 1962: 234.

³⁰ 木村泰賢 2004a: 380.

³¹ 木村の言う「盲目意志」がショーペンハウエルから借りた概念であることは随所で述べられているが（木村泰賢 2004a: 442-443, 2004b: 355 等）、これを和辻は「ほしいままな解釈」と批判している（和辻 1962: 210-211）。それに対して木村の方は、和辻によって「論理化」「認識

2-(3) ③「決定されつつ決定する業」

小野は、このように「無明」を「盲目意志」と捉える木村の十二縁起の自由な解釈を、赤沼のような古い胎生学的解釈でも、宇井・和辻のような単なる論理的相関の理論でもない、一種の生物学的・心理学的な人間観を示す独創的な解釈であるとし、従来は主知的に解されてきた「無明」を「盲目意志」と主意的に解釈するのは「仏教学における重要な思想展開であった」と高く評価しながら³²、これに影響されて「決定されつつ決定する業」という小野自身の犯罪観・刑罰観を確立してきた³³、と言っている。ここには、無明を「無知」と解する従来の主知主義的な解釈よりも、「盲目意志」と解する主意主義的な解釈の方が、行為（業）の道義的責任を問うことにつながりやすいという意味が読み取れるのではないかと思われる。ともあれ、このようにして打ち出された「決定されつつ決定する業」という小野の業論は、単なる近代学派以前の古典的応報刑論への復古ではなくて、近代学派の決定論的な要素を踏まえつつ、しかもそれを乗り越えた意味での応報刑論を確立するという意図をもっていたと言えるのではないだろうか。

2-(4) 応報観念に関する補足

ここで小野の応報観念について、三つの点を補足しておきたい。

2-(4) ①私法的刑法観から公法的刑法観へ

第一に、小野は応報を「目には目を、歯に歯を」として示されるタリオ的正義、すなわち「同害報復」の意味に解する必要はない³⁴、と言っている。なぜなら、タリオ的・賠償的・復讐的な応報観念は私法的な刑法観と結びついたものであるが、もともと日本では、古代以来、仏教の「因果応報」に基づく道義的責任が深く根づいており、それと儒教思想とが相俟って、公法的な刑法観が成立してきたからだというのである³⁵。

論化」された「法」とは、「事実その者ではなく、事実をしてあらしむる根本規範の意味、即ち言ひ得るならばカントの所謂、範疇に近き考にまで推し進めたもの」（木村 2004a: 372）にすぎないと反論している。このように、ショーペンハウエルに依拠する木村とカントに依拠する和辻の応酬が、日本近代仏教思想史における興味深い論点を提起していることにつき、山折 1987: 48-51 を参照。

³² 小野 2002: 499, 501, 503.

³³ 小野 2002: 509-510.

³⁴ 小野 2002: 202.

³⁵ 小野 1943: 101-102, 107-119, 1974: 23 ; 佐々木 2001: 159, 2003: 161.

2-(4) ②教育刑論としての応報刑論

第二に、よく応報刑論は目的刑論・教育刑論と両立しないと言われるが、小野は因果応報に基づく道義的責任の観念は目的や教育を排斥するものではない³⁶、と言う。「謂ゆる教育刑論は、近代自由刑における改善の意義を重んじ、其の政策的展開を意図する点に於て正しいものがある。しかし、その「教育」は結局において目的主義的、従って功利的・便宜的な教育である。… 実は単なる改善の見地よりするも明かに応報の観念を必要とするのである。応報と責任との観念なきところに真の教育はあり得ない」³⁷、と言うのである。つまり、単に社会防衛のためだけに犯罪者の再社会化をはかる目的刑論の立場では、道義的責任を自覚させることはできないので、真の「教育刑」にはならないというわけである。

2-(4) ③仏教的応報刑論と浄土真宗——『歎異抄』13条（宿業）の問題——

第三に、以上の小野の仏教的応報刑論が浄土真宗理解とどう関係しているのかを見るために、『歎異抄』13条（宿業）の問題を取り上げておきたい³⁸。小野は『歎異抄講話』等において、『歎異抄』13条には、著者とされる唯円が親鸞の厳しい倫理思想を十分理解していなかったことが示されているとして、以下のような説明をしている。

すなわち、『歎異抄』3条（悪人正因）等を示された念仏の信は善悪を超える超倫理的な信であるが、それによって倫理が放棄されるわけではなく、本願を信ずる者もこの世にある限り倫理の実践に悩むことが、「くすりあり毒をこのめとさふらふんことは、あるべくもさふらはず」³⁹として「造悪無碍」（「悪を造っても往生の碍りにならない」とする異義）を親鸞が消息において戒めているところには示されている。ところが、『歎異抄』3条は信心のもつ超越の面（往相）は明らかにしながら、そこから翻って倫理的

³⁶ 小野 1943: 109.

³⁷ 小野 1943: 189.

³⁸ 『歎異抄』は真宗聖教全書編纂所編 2009: 773-795 を使用。なお『歎異抄』13条（同書 782-785）は、いくら「他力をたのみたてまつる悪人、もとも往生の正因なり」（3条, 同書 775）と言われているからといって悪をおそれないのは「本願ばかり」である、と主張することを異義だと批判する条である。唯円は、そのような異義は「善悪の宿業をこころえざる」ことに由来するものであるとして、運命論的とも言える宿業論（善も悪もすべて過去世の行いによるものであるという主張）を展開し、「またく悪は往生のさはりたるべしとはならず」とまで述べて「本願ばかり」を擁護している。

³⁹ 真宗聖教全書編纂所編 2009: 691.

な反省と実践を深める還帰の面（還相）には触れていない。そこで唯円は還帰の面を十分理解できず、13条では親鸞の意に反して悪を誇る態度にまで堕している、というのである⁴⁰。

そして小野は「宿業」については、「親鸞はその実存的自覚において決定論的であるが、しかし本願を信ずるところに自由が与えられる、という意味で、非決定論者である。…本願によって与えられる信心もまた一つの「業識」である。…宿業を超える信心の業識は、私どもを道徳的完成にみちびきこそすれ、本願をもってみずからの悪のいいわけとするようなことにはならないのであり、意志の自由である」⁴¹として、上記「決定されつつ決定する業」の考え方の線に沿った解釈を提示している⁴²。

『歎異抄』に関しては、全く倫理など放棄されたかの如き極端な解釈もなされてきたが⁴³、以上のように小野は同抄が超倫理的な信を表明していることの意義を強調した上で、問題のある点には的確な批判を加えながら、超倫理的な信から翻って倫理の世界に還帰することの重要性を示そうと苦心している。稀有な試みだと言えるであろう。

3 業論・道義的責任論に基づく安楽死論に向けて

さて、以上の仏教的応報刑論から、その前に紹介した小野の「安楽死論文」の問題を改めて検討してみたい。が、それにはまず、小野の刑法理論が道義的責任論を「核」⁴⁴（「最大の基盤」⁴⁵）とするものであることを強調しておく必要がある。

3- (1) 小野刑法理論における道義的責任論の基底性

小野刑法理論の全般的性格については、構成要件論と道義的責任論を二本柱とする倫理的刑法論であると言われている⁴⁶。但し、①構成要件（刑罰法規に規定された犯罪類

⁴⁰ 小野 1973: 106-108, 1987: 348-350.

⁴¹ 小野 1973: 109.

⁴² 『俱舍論』研究の立場から『歎異抄』13条の「宿業」を批判したものとして、櫻部 2003: 37-39, 71-87 参照.

⁴³ 例えば暁烏敏は、「〔阿弥陀仏の〕真実の御力を信じ御光に照らされていったならば、ぬすむ者でも、殺す者でも、火つけする者でも、酒を呑む者でも、姦淫する者でも、徳者でも、仁者でも、悪人でも、愚人でも、ことごとく仏の真実にたよって大安心ができるということをていねいに教示したのがこの『歎異抄』である」（暁烏 1981: 35. [] 内は寿台の補足. また同書 332 も参照）とまで言っている.

⁴⁴ 小野 1955, 79 ; 佐々木 2003: 157.

⁴⁵ 佐々木 2003: 154.

⁴⁶ 団藤 1986: 331 ; 佐々木 2003: 164.

型)を単に「行為の種類」とだけ見るのではなく、「行為の⑧違法性と同時に、行為者の⑨道義的責任を類型化してゐる」⁴⁷と捉えるのが小野の構成要件論の特徴である。小野は、⑨構成要件・⑧違法性・⑨道義的責任の関係について、これら三つを「並列的に見ることは、訴訟手続における認識の順序に従ったもの」にすぎず、「其の実体的な法理を考へるならば、其は正に立体的に重り合ふ三つの概念であり、浅きより深きに進むならば⑨構成要件・⑧違法性・⑨道義的責任の順序であるが、形而上学的に最も根本的なものは⑨道義的責任であり、⑧違法性は其の部分的表現、⑨構成要件は更に其の部分的表現である」⁴⁸、とも言っている。このように、小野の刑法理論の基底にあるのは⑨道義的責任論なのである。

3-(2) 安楽死に関する刑法上の論点

次に、安楽死に関する刑法上の論点を確認しておきたい。安楽死が犯罪とならない場合としては、以上の刑法理論の基本的な問題構成に従って、⑨当該行為がそもそも殺人又は嘱託殺人の構成要件に該当しない(当該実行行為が存在しない、当該行為と当該死亡との間には因果関係がない)場合か、⑧当該行為が刑法35条「正当業務」による行為又は刑法37条「緊急避難」に当たる行為として違法性が阻却される場合か、或いは、⑨当該行為の際の諸事情を考慮するならば、行為者にはそれ以外の行動をすることは期待できなかつたとする「期待可能性」の理論によって責任が阻却される(原則として責任が認められる行為について、その有責性が否定される)場合か、のいずれかになる⁴⁹。実際の裁判でもこれら三つの主張がなされてきたが、日本では無罪とされた判例はない。三つの論点の中では、構成要件に該当しないという主張(⑨)は本稿では重要度が低いので、以下では、安楽死を容認する場合、⑧違法性阻却の問題として認めるべきか、それとも、⑨責任阻却の問題として考えるべきか、という点に絞って問題を指摘しておきたい。

3-(3) 責任阻却の問題の重要性

⁴⁷ 小野 1953: 19 (=⑧⑨は寿台による追加)。

⁴⁸ 小野 1953: 427-428 頁 (=⑨⑧⑨は寿台による追加)。

⁴⁹ 小野 1950b: 199-202, 214-220 ; 立山 2002: 48-67。

先に見たように小野の「安楽死論文」では、同情・惻隱を安楽死の⑧違法性阻却事由に挙げていた。しかし、彼自身の仏教的応報刑論から考えるならば、安楽死問題はむしろ行為者の◎責任阻却の問題として考えるべきではないかと思われる。というのは、不治の病に苦しむ家族への同情から患者を殺害してしまったというような場合、それは家族に対する自然な情によって「決定された」行為とは言えるかもしれないが、単にそうした自然の情に任せるだけでよいかどうかを深く考えた上で、自由意思に基づいて「決定した」行為と言えるかどうかは分からない、という問題があると思うからである。道義的責任を基盤に据える小野の倫理的刑法理論から考えるならば、この行為者自らが「決定した」行為の責任こそがもっと大きくクローズアップされてしかるべきではないだろうか。ところが、小野は「安楽死論文」においては、◎責任阻却の問題に言及はするものの、通りいっぺんの説明しかしていないという印象を受ける⁵⁰。

但し、実は小野は「安楽死論文」とは別に書かれた成吉善事件東京地裁判決の「評釈」では、事件に即して具体的に◎責任阻却の問題に踏み込んでいる。この判決は、脳溢血で倒れて帰郷の望みが絶たれた在日朝鮮人の母親の依頼を受けて、同女を青酸カリで死亡させた息子を「囑託殺人」で有罪としたものであるが、この事件では◎責任阻却に関わる論点として、被告人は親の命令を絶対視する儒教の影響を強く受けた朝鮮人であるので、母親からの殺害依頼を聞かないことへの期待可能性は存しなかった、従って責任が阻却される、という主張が弁護人からなされており、裁判ではその主張は退けられている。小野は「評釈」でこの論点を取り上げ、「私は私の道義的責任論の立場においてこの〔期待可能性の〕理論を承認すると同時に、その濫用を戒めてきた」として、「儒教そのものが、たとへ親の命令であるからといって、殺害の命令に一も二もなく従へといふやうなことを教へてあるものではない。…健全な儒教的倫理思想は、かやうな場合における『意思の自由』を『期待する』ものであるといへよう」⁵¹、と述べて判決を支持している。業論に基づく道義的責任論を核とする小野の刑法理論からすれば、このように事件に即して◎責任阻却の問題に踏み込み、問題を厳格に扱うのは納得できることである。ところが小野は、具体的事件に即した「評釈」ではこの問題に踏み込んでおきながら、より一般的な理論問題を論じた「安楽死論文」では、この◎責任阻却の問題

⁵⁰ 小野 1950b: 219.

⁵¹ 小野 1950a: 235-236 (= [] 内は寿台の補足) .

を理論上の問題に組み込んでいない。これは、道義的責任論を基礎に置く小野自身の立場から考えても、やはり中途半端だと言わざるを得ないのではないだろうか。

おわりに

以上に述べてきたことから、人が環境によって「決定されつつ」も、それを踏まえた上で自由意思から主体的に「決定する」行為の道義的責任を基礎に置く業論的仏教倫理に従うならば、安楽死に関しては、人道主義的な同情・惻隠や慈悲を根拠に当該行為の違法性を阻却するという議論をするよりも、むしろ個々の事例に即して行為者が自ら「決定した」ことの責任に焦点を当てる責任阻却の論点をこそ重視すべきだと思われる⁵²。そして、このことが現在の日本における関連事項とどう関わるのかということ、例えば尊厳死法案の問題に関して次のような指摘ができるだろう。すなわち、現在、尊厳死法案は出そうと出ないといった状況にあるが⁵³、仮に日本でも延命治療の不開始や中止に関して何らかの法的解決を図るべき事情があることを認めるとしても、法律さえ通せばそれで問題がすべて解決するというものではなくて、むしろ一つ一つの具体的な事例に即して関係者が状況的に「決定されつつ」、最終的には自ら「決定する」行為の道義的責任をこそ問うべきだと考えるのが、業論に基づく仏教倫理に適う考え方だということである。

現在、終末期のケアについては、患者本人の意思を最重要原則とする社会的動向がある一方で、認知症高齢者などの場合、意思表示自体が困難だという実状が指摘されている⁵⁴。だからこそ意思表示が可能な段階で終末期医療についての希望を記すリビングウィルや、それに加えて代理意思決定者の指定も含む事前指示書 (advance directives) を作成しておくといったことも考えられてきたわけであるが、しかしこうしたことを法制化してきたアメリカ等でも実際の利用率はさほど高くなく、またそのような書面を作成しても、いざ終末期になると患者本人の望み自体が変わってしまうこともあるといったことから、単なる書面作成で済ますのではなく、むしろそれも含めて関係者 (患者本人・家族・医療者等) がもっと問題を包括的に話し合うプロセスこそが重要であるという意味で、アドバンス・ケア・プランニング (advance care planning) を重視する方へと

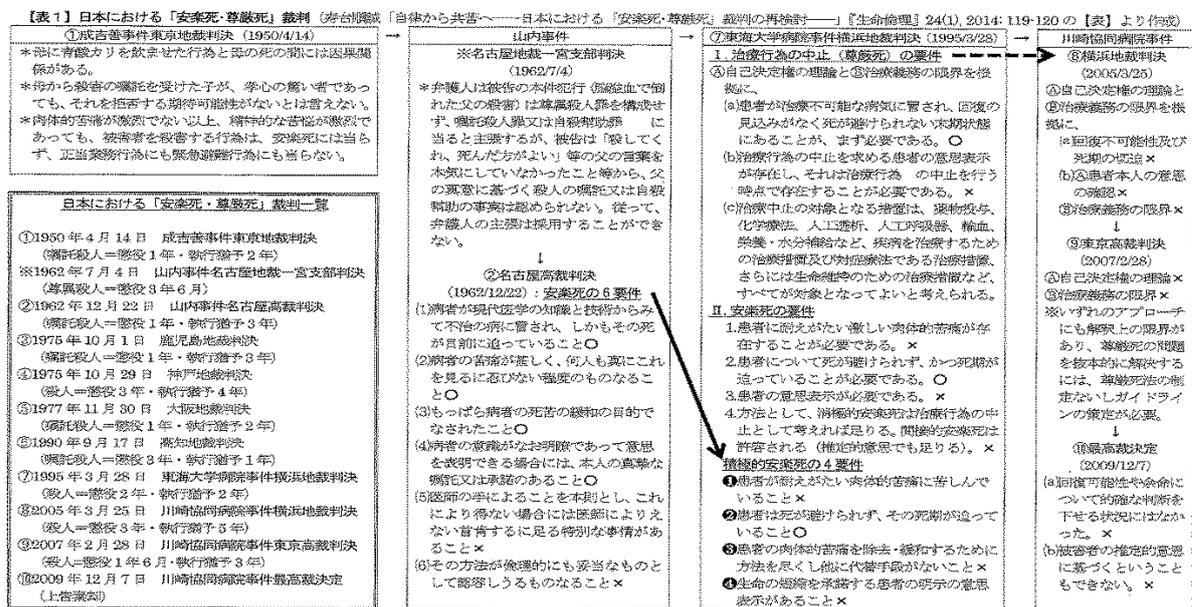
⁵² 責任阻却の論点に目を向けるものとして、甲斐 2003: 5, 8-9, 16, 38, 41-42, 172 参照。

⁵³ 尊厳死法案については、<http://www.arsvi.com/o/giren.htm> 参照 (2016/ 7/27 確認)。

⁵⁴ 園田他 2009。

終末期ケアの動向は変わってきており、近年日本でもこれには大いに注目されている⁵⁵。こうした動向に照らしても、安楽死の法と倫理の問題を考える場合には、関連する行為一般をまとめて免責することにつながる違法性阻却の法理よりも、関係者の一回一回の行為の責任に焦点を当てる責任阻却の法理に基づいて考える方が、書面よりもプロセスを重視する思考に適していると言えるのではないだろうか。

釈尊の「対機説法」(各人の機根に応じて法を説くこと)には、「法は普遍であるが機は個別である」⁵⁶ という意味があるという。このことから、安楽死に関わる諸事例の違法性を一括して阻却するよりも、関連する個々の行為の道義的責任を問う方が、業論に基づく仏教倫理により適している、という本論文の結論は裏づけられるであろう。と同時に、本論文では安楽死問題を通して、仏教の倫理はやはり対機的なものであるということが、改めて確認されたとも言えるしだいである。



⁵⁵ Emanuel et al. 1995 ; Jordens et al. 2005 ; 足立他 2015 ; 大関 2012 ; 角田 2015 参照。

⁵⁶ 舟橋 1970: 2.

【表2】刑法における新旧両派の対比 (大塚仁『刑法における新旧両派の理論』日本評論社、1957: 32-36より作成)

	思想的・国家的背景	犯罪概念	責任論	刑罰論
旧派・古典学派	近世の啓蒙主義的・合理主義的精神に胚胎し、自由主義的法治思想を基礎として、犯罪及び刑罰の法理的把握を志す。犯罪人(人閥)を、理性に従って、自己の行動を規律できる自由人(抽象的理性人)と解する。	非決定論に立って、自由意思を有する理性人を理論的前提とし、外部的・現実的に発現した個々の犯罪行為及びその結果に着目して、行為主義・現実主義及び客観主義を採る。	個別的行为に対する犯罪人の犯罪意思に向けられた道義的非難をその核心とする、行為責任・個別行為責任・意思責任ないし道義的責任論を唱える。	応報刑論ないし贖罪刑論をとり、刑罰は、犯罪行為に均衡するものとして、犯罪人に科せられる善悪であり、また、それを介して犯罪人をしてその罪を贖わせるものとする(刑罰権の法的根拠を道義的必然性に求める絶対主義)か、又は、一般人を威嚇・警戒して犯罪の将来的防止を期す点に刑罰の目的があると解して一般予防主義(刑罰権の法的根拠をその有用性ないし不可欠性にあると解する相対主義)を説く。犯罪と均衡した刑罰を要求する応報刑論の立場から、不定期刑の概念を否定し、また、責任に基づく刑罰と危険性を前提とする保安処分との異質性を強調する(二元論)。
新派・近代学派	政策的任務を担う社会的国家的概念を基底におき、実証科学的見地において犯罪の原因を探究し、その除去についての目的意識的な方法を論じる。犯罪人を、素質と環境の支配の下に必然的に罪を犯す宿命的存在(具体的宿命人)と解する。	決定論に立って、罰せられるべきは、素質と環境とによって宿命的に導かれる犯罪行為ではなく、行為に徴表される社会的危険性ないし危惧性を有する犯罪人じたいであるとして、行為者主義・徴表主義及び主観主義を主張する。	社会的に危険な性格を有する犯罪人については、社会は常に自己を防衛・保全する必要があり、犯罪人はまた防衛の処分をうけるべき地位に立つとして、性格責任論・社会的責任論を唱える。	相対主義的立場において、刑罰は、社会を保全・防衛するために、犯罪人を教育し、その再社会化をはかることを目的とするものであり、一般人に対する威嚇・警戒よりも、犯罪人じたいの改善による犯罪の予防こそ重視すべきであるとする。目的刑論・保護刑論・改善刑論・教育刑論ないし特別予防主義。犯罪人の社会的危険性ないし社会的道徳性の差異に基づく刑罰の個別化を論じ、法定刑の範囲の拡張から、さらには不定期刑の採用を主張し、また、刑罰と保安処分とは、犯罪人に対する改善・教育の手段としては、いずれもその性質を同じくするものであり、両者の代替性も当然みとめられると説く(一元論)。

【参考文献】

赤沼智善 (1925) 「十二因縁の伝統的解釈に就て」『宗教研究』新 2(1): 32-60.

暁鳥敏 (1981) 『歎異抄講話』講談社.

足立智孝・鶴若麻理 (2015) 「アドバンス・ケア・プランニングに関する一考察——米国のアドバンス・ディレクティブに関する取組みを通して——」『生命倫理』25(1): 69-77.

宇井伯寿 (1925) 「十二因縁の解釈——縁起説の意義」『思想』39: 1-72.

大関令奈 (2012) 「アドバンス・ケア・プランニングとは何か？」『緩和ケア』22(5): 403-406.

大塚仁 (1957) 『刑法における新・旧両派の理論』日本評論社.

岡垣学 (1950) 「安楽死に関する諸問題(一)(二)」『法学新報』57(3, 5).

小野清一郎 (1932) 『刑法講義 全』有斐閣.

小野清一郎 (1934) 『仏教と現代思想』大雄閣.

小野清一郎 (1943, 再版) 『日本法理の自覚的展開』有斐閣.

小野清一郎 (1950a) 「安楽死に関する判例評釈」『判例タイムズ』5: 233-239.

小野清一郎 (1950b) 「安楽死の問題」『法律時報』22(10): 25-33, 56.

小野清一郎 (1953) 『犯罪構成要件の理論』有斐閣.

小野清一郎 (1955) 『刑罰の本質について・その他』有斐閣.

小野清一郎 (1973, 増補新版) 『歎異抄講話』大法輪閣.

小野清一郎 (1974) 「改正刑法草案の批判に対する再批判 上」『ジュリスト』570: 17-25.

小野清一郎 (1987) 『仏教と法律——小野清一郎博士論文集——』成文堂.

小野清一郎 (2002, オンデマンド版) 『刑法と法哲学』有斐閣.

- 甲斐克則 (2003) 『安楽死と刑法』 成文堂.
- 加藤隆久 (1950) 「刑法上における安楽死(一)～(六)」『日本弁護士連合会誌』1(2-7).
- 木村亀二 (1950) 「安楽死と刑法」『法律タイムズ』4(5): 8-13.
- 木村泰賢 (2004a, オンデマンド版) 「原始仏教における縁起観の開展——（特に赤沼、宇井、和辻所教授の説を読んで）——」『木村泰賢全集 第3巻 原始仏教思想論』大法輪閣: 363-447.
- 木村泰賢 (2004b, オンデマンド版) 「仏教における業観と意志の自由」『木村泰賢全集 第6巻 大乘仏教思想論』大法輪閣: 354-368.
- 木村文輝 (2008) 「「自殺」を是認する仏教の立場 —— 「人間の尊厳」の具現と安楽死問題——」『生命倫理』18(1): 158-165.
- 小池清廉 (2001) 「仏教思想から見た自殺、安楽死・尊厳死問題——阿含・ニカーヤ、律を中心に——」『龍谷大学大学院文学研究科紀要』23: 157-160.
- 小池清廉 (2008) 「仏教思想と生命倫理」『龍谷大学大学院文学研究科紀要』30: 106-126.
- 古賀勝次郎 (2001) 「小野清一郎——仏教と古典派刑法学」『近代日本の社会学者たち』行人社: 327-372.
- 櫻部建 (2003) 『業・宿業の思想』（仏教と真宗と:真宗の若い人々と語る）平楽時書店.
- 佐々木聰 (2001) 「小野刑法理論の思想的・哲学的背景——仏教思想を中心として——」『東洋大学大学院紀要』38: 168-145.
- 佐々木聰 (2003) 「小野清一郎の倫理的刑法観に関する一考察——改正刑法準備草案および改正刑法草案に対する批判とその反論と中心にして——」『東洋大学大学院紀要』40: 164-140.
- 寿台順誠 (2014) 「自律から共苦へ——日本における「安楽死・尊厳死」裁判の再検討——」『生命倫理』24(1): 116-125.
- 寿台順誠 (2015) 「安楽死の比較文化論を構想する——小野清一郎の安楽死論の検討を通して——」『生命倫理』25(1): 48-56.
- 真宗聖教全書編纂所編 (2009, 再版) 『真宗聖教全書 二 宗祖部』大八木興文堂.
- 角田ますみ (2015) 「日本におけるアドバンスケアプランニングの現状——文献検討と内容分析から——」『生命倫理』25(1): 57-68.

- 園田芳美・石垣和子（2009）「明確な意思表示のできない終末期高齢者と家族のターミナルケアにおける意思決定に関する訪問看護支援」『老年看護学』13(2): 72-79.
- 高橋淳友（2007）「和辻哲郎と〈原始仏教の無我論〉——木村泰賢との論争に鑑みて——」『比較論理学研究』5: 13-22.
- 瀧川政治郎（1950）「安楽死を論ず」『法律タイムズ』4(3): 21-26.
- 立山龍彦（2002, 第2版）『新版 自己決定権と死ぬ権利』東海大学出版会.
- 団藤重光（1986）「小野清一郎先生の人と学問」『わが心の旅路』有斐閣: 319-341.
- トマス・モア（1957）平井正穂訳『ユートピア』岩波書店.
- 長井真琴・上田天瑞・小野清一郎（1932）『仏教の法律思想』大東出版社.
- 平川宗信（2014）『憲法的刑法学の展開——仏教思想を基盤として——』有斐閣.
- 舟橋一哉（1970）「釈尊における対機説法——一人と一人との対話——」『仏教学セミナー』12: 1-10.
- 町野朔・丸山雅夫・西村秀二・安村勉・山本輝之・清水一成・秋葉悦子・臼木豊編著（1997）『安楽死・尊厳死・末期医療』信山社.
- 山折哲雄（1987）「やせほそった「仏陀」——近代仏教研究の功罪を問う——」『仏教』1: 28-57.
- 和辻哲郎（1962）「原始仏教の実践哲学 第二章 縁起説」「付録 木村泰賢氏の批評に答う」『和辻哲郎全集 第5巻』岩波書店: 173-246, 569-580.
- Emanuel, Linda L., Danis Marion, Pearlman, Robert A. and Singer, Peter A. (1995) Advance Care Planning as a Process: Structuring the Discussions in Practice, *Journal of the American Geriatrics Society*, 43(4): 440-446.
- Jordens, C., Little, M., Kerridge I. and McPhee, J. (2005) From Advance Directives to Advance Care Planning: Current Legal Status, Ethical Rationales and a New Research Agenda, *Internal Medicine Journal* 35(9): 563-566.
- Keown, Damien (1999) Attitudes to Euthanasia in the Vinaya and Commentary, *Journal of Buddhist Ethics* 6: 260-270.
- Keown, Damien (2001, Paperback ed.) *Buddhism and Bioethics*, Palgrave.

キーワード: 安楽死、慈悲殺、応報刑論、目的刑論、業論

Keywords: euthanasia, mercy-killing, the theory of retribution, the theory of consequentialism,
the Buddhist karma theory

研究論文執筆者一覧（五十音順）

岩井 謙太郎	中部学院大学・非常勤講師
小原 克博	同志社大学神学部・教授
寿台 順誠	早稲田大学大学院社会科学研究科・博士後期課程在籍中
深谷 耕治	天理大学・非常勤講師
辻村 優英	神戸大学経済経営研究所ジュニアリサーチフェロー、 高野山大学密教文化研究所受託研究員
山口 隆介	聖泉大学・講師