

終末期医療をめぐる比較法的考察 ——日本と中国を中心に——

劉 建利

はじめに

本研究は、「終末期医療」における安楽死・尊厳死行為を比較法的な観点から検討するものである。まず、第一章で、「終末期医療」とは何か、「安楽死」「尊厳死」とは何か、「自己決定権」、「インフォームド・コンセント」など、総論的なものを検討する。次に、第二章で日本における終末期医療の現状を踏まえたうえで、安楽死・尊厳死を中心とした終末期に関する刑法上の学説と重要判例と重要なガイドラインとを概観し、若干の考察を加える。また、第三章で、中国における終末期医療の現状に基づいて、とくに安楽死に関する学説と判例、及び立法的動きを紹介し、その問題点を検討する。さらに、第四章で、他国の動向を踏まえた上で、日本、中国における終末期医療に関する刑事法のあり方について、私なりの結論を提示することにした。

第一章 終末期医療の概説

安楽死という用語は法律上の用語ではなく、世界各国で、状況ごとにさまざまな用い方がなされている。中国において、安楽死の定義は、統一されていない。従って、安楽死に関する議論では、論者が使っている安楽死概念によっては、伝統的な態様（末期に陥り激痛に喘ぐ病者の明示の要求に基づいた医師による生命の終結）のみならず、重度障害新生児、遷延性植物状態病者などという明示的意思表示がもはや不可能な末期病者のケースも含めて議論されている。さらに、日本のような「尊厳死」という概念は定着しておらず、「医療中止行為」が主に「消極的安楽死」という範疇内で議論されている。また、平均的な医療水準が低く、医療保険制度が不十分であるため、「消極的安楽死」はしばしば行われており、法律上いまだ問題とされていない。もっとも議論されているのは「自発的積極的安楽死」である。

日本において、尊厳死と消極的安楽死、間接的安楽死との関係については微妙に見解が分かれている。また、最近よく使われている「治療中止」という概念においても、尊厳死と消極的安楽死が混ぜて論じられている様に見受けられる。治療中止は、何のために治療を中止するかによって分類される。治療を継続すれば、患者の苦痛が持続することになるので、それを防止するために治療が中止されるということもあれば、回復の見込みもなく、死期が切迫している患者の「尊厳」を守るため、つまり、無駄な延命治療を打ち切って自然な死を迎えさせるために治療が中止されることもあるであろう。すなわち、「消極的安楽死」として位置づけられる治療中止と「尊厳死」として位置づけられる治療中止があることになる。「安楽死」と「尊厳死」では意味づけが異なるので、「治療中止」を一律に論

じるべきではない¹。

中国においても、「安楽死」を日本と同じように、様々な態様によって、細かく分類してから論じるべきである。他方で、日本においても、同じ議論の土俵を作るために、尊厳死を安楽死から切り離して論じるべきである。

第二章 日本における安楽死、尊厳死

日本において「安楽死」や「尊厳死」をめぐるのは、その行為が病者の死期を早めることから刑法上の殺人罪(199 条)や嘱託殺人罪(202)に該当し得るものであるため、果たしてそれが刑法上許容されうるかが問題とされてきた。

日本において、安楽死に関する判例は合計 7 件挙げられるが、そのうち 1962 年の「名古屋高裁判決」と 1995 年の「東海大学病院事件判決」は、安楽死の適法要件を示した。名古屋高裁によれば、6 つの要件を満たせば積極的安楽死が適法化できる。また、1995 年横浜地裁判決によれば、医師による積極的安楽死の適法化要件は 4 つある。つまり、日本の判例は、非常に限定された枠内で安楽死を認めていると言える。

積極的安楽死に関する学説は激しく対立している。違法性が阻却される場合があると主張する合法説は有力であったが、近時では、むしろ積極的安楽死の不可罰性を、期待可能性論を基軸とする責任阻却として理解しようとする違法説が有力になりつつある。

他方、尊厳死について、1995 年の「東海大学病院事件」と 2005 年の「川崎協同病院事件」の各 1 審判決はともに、一定の要件を満たせば、尊厳死は合法であると判断した。1995 年の「東海大学病院事件」判決は治療中止行為の適法化 3 要件を提示した。また、2005 年の川崎協同病院事件 1 審判決は、治療中止の根拠を「患者の自己決定」と「医師の治療義務の限界」に求めた。

しかしながら、2007 年の「川崎協同病院事件」控訴審判決は、「患者の自己決定権」及び「医師の治療義務の限界」という判断枠組みについては、これらには解釈上限界があり、終末期医療における治療中止の問題は立法あるいはガイドラインの策定をもって解決されるべきとの判断を示した。最高裁は、処置が回復をあきらめた家族の要請でなされたことを認めたが「病状を適切に伝えた上でなされたものではなく」、患者の「推定的意思に基づくということもできない」として、「法律上許容される治療中止には当たらない」と結論付け、被告人側の上告を棄却する決定を下した。控訴審判決が否定的評価をしている「自己決定権」と「治療義務の限界」のアプローチについて、本決定は、治療中止の許容要件とするか否かを明示的に示していないが、少なくともそれを否定はしていないと思われる。なぜなら、本決定は「法律上許容される治療中止には当たらない」という文言を使っているが、それを反対解釈すれば、「法律上許容される治療中止がある」とも言えるからである。

学説についていえば、患者の「自己決定」の尊重と「治療義務の限界」を根拠として尊厳死を認める肯定論が広がりつつある。しかし、この 2 つ根拠の関係、尊厳死の許容範囲、

¹ 武藤眞朗「川崎協同病院事件最高裁決定」刑事法ジャーナル 23 号 (2010) 87 頁。

末期段階の判断基準、意思の確認と代行判断の範囲、中止しうる生命維持措置の種類などについて、いまだ不明確である。

また、2007 年以来、厚生労働省、日本救急学会、日本医師会、日本学術会議、全日本病院協会は、それぞれ終末医療に関するガイドラインを公表してきました。これらのガイドラインは、リビング・ウィルなど本人の事前指示（Advanced Directives）があればそれを尊重すべきであるという基本的スタンスにおいて一致していると言える。また、患者の意思が明確でない場合は、家族との十分な意思疎通を図りつつ、患者にとって最適な治療方針を決定する方向にある。

これらのガイドラインの共通点は、手続面を重視している点にある。だが、手続的要件を機械的に遵守しても、当然に治療中止が適法になるわけではなく、個別事案で意思確認が不十分と評価される場合は有りうることである。他方、手続的要件を遵守しなくとも、治療中止が即違法となるわけでもない。最終的には、実体的要件の充足の有無が当該行為の適法性を決定するのであり、手続的要件が遵守されたどうかは、あくまで事実認定上の（重要ではあるが）一考慮要素にすぎない。一般的に望ましいプロセスの問題と、当該事案の適法性は意識的に区別する必要がある。従って、今後実体的要件を具体化していく必要がある²。

「医療資源の適正配分」、「家族の経済的負担」という社会的問題関心は、日本においては、あまり真正面から論じられていないように思われる。安楽死と尊厳死の問題には、家族の今後の平和な生活が無情に奪う「巨額な経済負担」、無益な治療をめぐる「限りある医療資源の適正配分」などの社会的・公共的問題関心も絡んでいる。日本においても、病者の医療費は医療保険によって 100%カバーされるわけではなく、また、すべての人が無制限に最新の医療ケアなどの医療資源を享受できるとはいえない。今後、安楽死・尊厳死を議論する際に、病者の家族へのサポート、保険制度、医療システムといった社会的視点からの問題関心も考慮に入れる必要があるのではなかろうか。もちろん、いうまでもなく、この社会的問題関心は第 1 義的なものとなってはならない。病者の生命権を優先的に保護しなければならない。

第三章 中国における安楽死

中国の安楽死に関して、日本と同じようにこれを許容または禁止する特別の法律や命令は存在しない。また、諸外国にみられるような自殺関与罪および同意殺人罪に相当する規定も存在しない。しかし、安楽死が行われた時に適用されるべき法律規定は存在する。それは、刑法典の定める 232 条「故意殺人罪」である。もっとも、情状がかかるく、危害が少ない場合には 13 条の「犯罪の定義」に該当しないとして正当化を許す規定があるため、この規定との関係をどのように理解すべきかが問題となる。

安楽死に関する判例は 4 つ挙げられる。陝西省漢中市で起きた安楽死事件は、中国における安楽死のリーディングケースである。直接の死因が安楽死を目的とした睡眠薬投与に

² 本庄武「終末期医療における治療中止の許容性」速報判例解説 2 号（2008）190 頁参照。

よるものではないとしながらも、生きる権利を奪う故意の行為にたいして無罪の判決を言い渡したことで、安楽死を判例が容認したと思われるかもしれない。だが、その後の河南省寧陵県安楽死事件、上海市安楽死事件、江蘇省阜寧県安楽死事件では、いずれも有罪判決が下された。つまり、中国の裁判例は真正面から安楽死を認めたとはいえない。だが、4つの判例のうち、1つが無罪とし、3つが有罪としながら、刑法 232 条の故意殺人罪の法定刑の下限に近い刑を言い渡した。要するに、裁判所は、安楽死事件を一般の故意殺人と区別して、これを認容する方向にあると言える。

学説において、反対派と賛成派は激しく論争しているが、どちらかと言えば、安楽死を法制化することを認めていく見解が多い。学説上の争点は、積極的安楽死の是非にある。安楽死に賛成する見解は大きく 2 種類に分けられる。ひとつは、現行刑法に基づいて解釈論のレベルで積極的安楽死を合法化しようとする形式的安楽死合法論である。もうひとつは、現行刑法上、積極的安楽死が違法であることを認めながらも、実質的違法性がないと主張し、立法で積極的安楽死を認めていくという実質的安楽死合法論である。

また、1994 年から、何度も安楽死を合法化する請願書が全国人民代表大会（日本の国会に相当）に提出されたが、いずれも立法へと繋がらなかった。さらに、最近、マスコミが一般の世論調査を行った。その結果によると、上海の老人 72.56% は安楽死に賛成である³。北京では、91% の人が安楽死に賛成し、85% は安楽死について立法すべきと考えている⁴。

以上のことから、中国では、安楽死を容認する方向で社会のコンセンサスが形成されつつあると言える。では、なぜ中国において、安楽死の肯定論が盛んになってきたのか。この現状の背景として、以下の 2 点を指摘することができる。

(1) 社会的原因

中国はなお発展途上国であるため、社会福祉制度や医療保険制度は、いまだ十分に整備されていない。また、「一人っ子政策」とともに非常に急速な高齢化が進んでいるため、弱っていく親の面倒をみる子供の数が減少し、彼らに過度の負担がかかっている。そのため、子供に迷惑をかけたくないという心情は、老人の思いやりであると共に、老人のプライドであり、また苦しみたくないという願望もあり、これらが安楽死への願望とつながりうるといえる。

(2) 伝統文化の影響

中国の伝統的な文化といえば、儒教文化である。中国の伝統的儒教文化は、生命が最高の価値を有するものとは考えていない。儒教の教えによれば、生と死を選択する際には、一般的には生の価値のほうが高いが、「生命」と「義」⁵が衝突してしまう場合には、「生命」を放棄し「義」を選ぶべきである。なぜなら、「義」の価値は「生命」より遥かに高いからである。つまり、儒教文化において、キリスト教と異なり「生命」は絶対的な価値

³ 北京青年報 2004. 4. 13。

⁴ 健康報 2005. 4. 23。

⁵ 道理、条理、物事の理にかなったこと。人間の行うべきすじみち。

を有しない。時には、放棄すべきものでもある。さらに、儒教思想から「個人よりも階層を重んじる」という考えがかなり昔から強い。「個人の発展より集団の発展の重視」という点が美德として重視されている。これも安楽死に対するアンケート調査の結果と繋がると言えるであろう。

現在、何らかの形で安楽死が許容されているのは、一般に比較的経済・文化が発達していて、法制度が比較的整い、各人の自由と権利意識が強く、医療水準も高い国である。他方で、中国の経済発展はなお途上にあるといわざるを得ないこと、法制度の整備の程度と医療保障の水準や人々の権利意識と価値観の低さも見逃すことはできないこと、安楽死合法化を支持する見解が「病者の家庭の経済的・精神的負担」や「社会の医療資源の合理的分配」を主な理由とすることから、現在の状況で立法に踏み切るとは危険性が高く、望ましくないとされる。今後についても時間をかけて、全国的に、議論を深めなければならない。

また、中国において、特に「同情」、「社会利益」に関する論調は非常に肯定的なものである。この点、前述したような儒教思想といったものの影響もかなり高いと思われる。しかし、日本においては「同情」については「殺す側の論理」となり得ることも指摘されており⁶、この点からも、中国における安楽死論は死を望まない病者を巻き込む可能性が十分あると考えられる。安楽死を容認するにしても否定するにしてもやはり「自己決定権」の観点は重要なファクターである。今後、中国における安楽死を議論する際、「自己決定権」の視点からの検討も入念に行う必要がある。

第四章 終末期医療をめぐる法的議論の新しい展開

1、終末期医療をめぐる諸外国の動向

世界的にみれば、オランダやベルギーでは法律により、「安楽死」行為を行った医師が刑事訴追から解放されることとなった。次に、スイスでは、安楽死に代わる道として「組織的自殺介助」が重大な問題となっている。また、アメリカにおいては、多くの州がリビング・ウィルを認める規定を法整備してきたが、「代行判断」をめぐる司法判断が積み重ねられている。そして、オレゴン州とワシントン州は「医師による自殺幇助」を立法で合法化した。さらにイギリスでは、判例の態度は、安楽死は受け入れないが、他方、疼痛治療、緩和医療を推進し、治療方法の選択に関しては本人の自己決定を尊重しつつも、判断能力のない者に対しては医的慣行に照らし合わせて患者の「最善の利益」となるように、一定の要件に従って治療を中止することを許容している。

2、積極的安楽死合法化の意義

現在日本においては、緩和ケアの発達に伴って、患者の苦痛を相当コントロールできるようになってきた。そのため、積極的安楽死の議論をする必要が比較的なくなってきたように思われる。だが、現在の医学では、患者の苦痛を100%抑制できるようになっていない。また、すべての患者が苦痛除去処置の恩典に浴することが確実に保障されていない。

⁶ 町野朔『犯罪各論の現在』（有斐閣・1996）27頁。

そして、癌の末期患者の「全体としての苦痛」をあらかじめ除去することはできない⁷。さらに、病者が自己の生命を処分する権利が絶対に存在しないのだとすれば、新たに問題が生じる。すなわち、末期病者にとって、「生」がもはや個人の幸せでなく、激しい苦痛を味わうだけの時には、何故法律は人に多大な苦痛をとまなう「生」という悲惨な義務を強要できるのか。「法が人のためにあるのであって、人が法のためにあるのでない⁸」。

以上のことから、現在積極的安楽死の合法化を議論することには意義がある。

3、積極的安楽死の再構築の試み

日本における積極的安楽死適法説として、「人道主義説」、「社会的相当性説」、「緊急避難説」、「自己決定権説」などが挙げられる。そのなかで、もっとも有力な合法説は「自己決定権説」である。その代表的主張者によれば、積極的安楽死が合法化される根拠は、近い将来における「自律的生存(自己決定をなしうる主体)の可能性がないことおよび死の意思の真実性が担保される場合」には、患者本人が「苦痛を伴う残りわずかな生命」と「耐え難い苦痛からの解放」とを比較し、その自己決定権に基づいて後者を選びとったとき、この「究極の選択」を尊重し、国家によるパターナリスティックな介入・干渉が排除されることにある⁹。

しかし、この説に対して、有力な反対論が主張されている。まず、甲斐教授は「仮に死ぬ意思が真なものであっても、刑法 202 条が同意殺人罪を規定しているのは、生命が個人的法益とはいえず、単なるパターナリズムによる処罰という側面よりも、むしろ個的存在であると同時に社会的存在ないし類的存在でもある人間の生命の重さに起因する不可処分性を示しているといえる」とし、「人間の生命はその人 1 人のものであることは間違いないが、この処分権の有無という点では、1 人だけで処分可能なものかということ、そうでもない部分があるのではないか」¹⁰と有力に反論を展開された。最近でも同じような批判が宗岡教授や山崎教授からなされている。この 3 つの批判の共通点としては、人間社会、人間全体の利益を重視する点である。人間全体の利益を考慮すると、自己決定権のみを根拠にして、積極的安楽死を合法化することは、確かに困難と言わざるを得ない。

かくして、現在においても、例外的ながら、積極的安楽死を許容せざるを得ない場合がありうるとすれば、「自己決定権」に代替できるような理論を模索しなければならない。そこで、試論を展開してみる。個人主義に立脚した自己決定権論の立場は、日本のような現代社会においては、その憲法秩序の基本原則として承認されているだけでなく、その社会の基底的な社会構成原理としても、なお妥当していると考えられる。他方で、中国のような社会主義の国においては、からなずしも「個人主義」が優位に立っておらず、国家の維持とその繁栄のため、「国家主義」に基づき「社会決定権」（つまり、社会全体の利益を優先する、ある意味での社会のコンセンサス）がなお強力に主張されている。「社会決定権」は、多数の個人で構成される「社会」によって行使される「決定権」であり、社会全体の利益を重視する立場である。「自己決定」と「社会決定」はどちらか一方が絶対的に良

⁷ 福田雅章『日本の社会文化構造と人権』（明石書店・2002）345 頁以下。

⁸ 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣・2009）333 頁。

⁹ 前述横浜地裁判決、福田・前掲注（7）376 参照。

¹⁰ 甲斐克則『安楽死と刑法』（成文堂・2003）38 頁以下参照。

いというものではない。また、双方は対立する場合もあるし、一致する場合もあり、相互に制限し合う機能を有する。

一般的には、「共同生活」に重大な支障が生じない限度で「社会決定権」は「自己決定権」を尊重すべきだが、本人の「自己決定」が明確に不合理な場合（例えば自分を奴隷にする場合）には、その本人の「自己決定」がいくら明白、真意であっても、「社会決定権」によって制限される余地を認めるべきである。「積極的安楽死」につき、「個人主義」的な「自己決定」だけでは不十分であるが、その場合にもし社会のコンセンサスとしての「社会決定」もこの患者個人の「自己決定」を承認するならば、最後の出口として、「積極的安楽死」も認められるべきではないであろうか。

つまり、個人的な「自己決定」と全体的な「社会決定」のうち一方の原理を完全に放棄し、他方の原理だけで安楽死合法論を構築していこうという二者択一ではなく、その 2 つの原理を並立的に考え、双方が互いを補完し合って統合的な原理とすることで積極的安楽死問題を解決できるのではないであろうか。

本人の主観的価値判断をできるだけ尊重することは、自己決定権のもっとも重要な発想であると考えられる。患者本人は、肉体的苦痛を伴わなくても、「強い精神的な苦痛で苦しみたくない」、「回復の見込みもなく機械につながれたまま生かされたくはない」、あるいは、「家族や他人に迷惑をかけたくない」と考え、真意から「積極的安楽死」を求めることもあるだろう。個人法益は基本的には放棄することができ、本人の意思に合致した「法益侵害」は原則として適法とされる。しかし、日本刑法 202 条は、生命については、本人の放棄にもかかわらず、その侵害が依然として違法であることを明らかにしているので、ここでは、患者本人によって処分可能な生命を想定しなければならない。嘱託殺人罪の違法性を阻却するためには、「患者の自己決定」つまり「被害者の承諾」だけでは足りず、それに加えて、「プラスアルファ」が必要になってくる。この「プラスアルファ」を充足できるのが「社会決定」である。この「社会決定」の判断要素としては、患者の余命（死期がどの程度切迫しているのか）、苦痛の程度（肉体的苦痛、精神的苦痛）、家族構成、医療資源の適切な配分などの社会事情などの客観的事実が考えられる。この意味で、「人道主義説」「社会的相当性説」という学説も、この範疇に属すると考えられる

すなわち、社会的利益および国家的利益に害を与えず、場合によっては、社会国家にとって利益になり、社会の多数市民が当該患者の「自己決定」を尊重してもよい場合であれば、安楽死も、一種の例外状況とみることができ、202 条もクリアされうることになる。もちろん、この「社会決定」の主な判断基準は社会生活観念上妥当と認められる基準というものであって、かならずしも絶対的なものではなくて、流動的であり、国や時代や文化によって違ってくると思われる。

「自己決定」と「社会決定」とは、それぞれ積極的安楽死が許容されるための必要条件であるが、十分条件ではない。両者とも充足されて初めて積極的安楽死が許容されると解すべきであろう。だが、「社会決定」を強調しすぎると、「殺す側の論理」になり、「弱者」が社会利益のために、犠牲にされることになりかねない。個人の生命権を手厚く保護するために、この「社会決定」は「自己決定」を生命保護の方向へ修正することのみが可能で

あるという「消極的機能」に限定すべきである。つまり、患者の「自己決定」は前提であり、「自己決定」がないとき、すなわち本人が安楽死に反対し又はそれを望んでいることが不明であるとき（表1のケース1ないしケース4）は、そもそも「社会決定」が登場しないのであって、もちろんこの場合の安楽死は許容されない。「自己決定」がある場合、すなわち、患者の真摯な要求があるとき（表1のケース5とケース6）にのみ、「社会決定」が登場してくる。しかも、様々な要素を考慮したうえで、当該ケースでは安楽死にふさわしくないと「社会決定」によって判断されたときは、「社会決定」は、生命を保護する方向へ「自己決定」を修正することができる。従って、「自己決定」があり、「社会決定」からもそれを尊重しうる場合にのみ（表1のケース6）、積極的安楽死が認められるべきであろう。

表1

	自己決定	社会決定	積極的安楽死の評価
ケース1	×	×	論外
ケース2	×	○	論外
ケース3	△	×	論外
ケース4	△	○	論外
ケース5	○	×	許されない
ケース6	○	○	許される

×=反対 ○=賛成 △=不明

つまり、乗り越えられないどうにもならない限界状況における患者の自死へ「自己決定」があり、「社会決定」もそれに同意するならば、この「自己決定」に対する第3者の援助も、それが自律的人格たる本人の人間としての尊厳を実現することを目標とする限りで、すくなくとも、理論上は、刑法もこの種の援助を認めるべきであろう。

4、積極的安楽死の刑事政策論

理論上、積極的安楽死の違法性が阻却される場合があると先ほど証明した。また、立法で積極的安楽死を合法化した国や地域もある。だからと言って、すべての国が、直ちに立法で積極的安楽死を認めてよいのであろうか。

そこで、安楽死問題を解決するための1つ刑事政策論的考えとして、各国は自国の法制度、国民性、社会事情、医療制度に応じて、安楽死を段階的に、「非犯罪化」していけばよいのではないかと考えられる。すなわち、積極的安楽死問題につき、「非犯罪化」を①「ケース・バイ・ケース」で期待可能性の理論を慎重に適用して「責任阻却」の問題として、無罪判決を図る段階、②判例で定める一定の要件を満たした積極的安楽死を「典型的な責任阻却事由」とであると認定して、必ず無罪にする段階、③有権組織から出されたガイドラインなどの「ソフトな法」に従って、積極的安楽死を「違法阻却事由」とであると認めて、訴追から免れさせて、「事実上の非犯罪化」をする段階、④刑法改正、または「ハードな法」を作って、積極的安楽死について「法律上の非犯罪化」をする段階の4段階に分

け、各国は自国の実態に応じ、段階的に①から④まで進んでいくという考えである¹¹。

5、尊厳死の適法化根拠

日本において、川崎協同病院事件の控訴審判決を除いて、判例や多数の学説は、患者の自己決定権、医師の治療義務の限界を尊厳死の適法化根拠として認めている。私見によれば、尊厳死の適法化根拠も患者の「自己決定」や「社会決定」に求めるべきである。「医師の治療義務の限界」は、「社会決定」の1つの判断要素にすぎないと考えられる。「医師の治療義務の限界」論が適用できる場面は極めて限定されるが、「社会決定」はより広い適用範囲を有する。例えば、遷延性植物状態にある患者が挙げられる。安楽死の場合と異なり、この2つの根拠のいずれかを充足すれば尊厳死が許容されうると考える。

表 2

	自己決定	社会決定	尊厳死の評価
ケース 1	×	×	論外
ケース 2	×	○	論外
ケース 3	△	×	許されない
ケース 4	△	○	許される
ケース 5	○	×	許される
ケース 6	○	○	許される

×=反対 ○=賛成 △=不明

末期状態にある患者が、尊厳死について、自ら現実に同意を表明する場合、また、事前の意思表示がある場合には（つまり、表2のケース5とケース6の場合には）、医師が患者の希望に即して医療を差し控え又は中断した結果、かりに患者が死亡しても、この行為は適法と言える。なぜなら、もともと医療行為が正当な行為といえるためには、患者の同意が必要だからである。つまり、患者の意思に反する医療行為は専断的治療行為であって、場合によって、暴行罪や傷害罪にもなりうるからである。しかも、安楽死と異なり、患者の生命の短縮を伴わず、ただ過剰な医療措置を中止しただけであるから、安楽死と比べると一層認めやすいと言えよう。

他方、本人が、事前に明確な意思を表明しておらず、本人の意思が完全に不明確な場合には、尊厳死がどのように認められるかが問題になる。終末期医療の現場では、患者の意思が不明確な場合、家族の納得が重視され、家族が延命治療中止の意思を表明している場合には、家族の意向を尊重して医師の判断で治療を中止することが、医療慣行として一般的であると言われている。この点につき、家族の代行・代諾による治療拒否を認める見解¹²が見られる。これに対しては、家族の意思によって患者の推定的意思を認定するという理論構成は擬制的すぎるし、患者の意思決定を無視して事実上家族独自の判断を認めることになり、患者の自己決定権の尊重の趣旨に反して、「家族の他者決定権」になってしまうのではないかという批判が正に妥当であろう。

¹¹ 梁根林「事実上の非犯罪化と期待可能性」中外法学第2期(2003)141-153頁参照。

¹² 佐伯仁志「末期医療と患者の意思・家族の意思」ジュリスト1251号(2003)106頁。

「家族の意見を尊重すべき」という結論自体に対しては、賛成できるが、その根拠は、理論的には、「患者の自己決定」に求めるべきではなく、別の原理つまり「社会決定」に求めるべきである。つまり、「患者の自己決定」がないとき（つまり、表2のケース3とケース4の場合）には、「社会決定」に委ねるべきである。この場合、国により、文化により、社会決定の結論は、違うかもしれない。異なる結論が出ることも自体に問題があるわけではないが、公平のために、この結論を選んだ社会は、相応の責任を負うべきと指摘おきたい。つまり、国家或いは社会は、終末期医療において、尊厳死を一切認めないならば、国家が患者の家族を支援して、すくなくとも経済面では、その患者の世話をするべきである。

なぜなら、このような場合において、社会の構成員である多くの第3者は、自身の価値観に従って、“YES” OR “NO”をいうだけであるのに対し、患者の家族は患者の継続的な生存を維持するために、身体、精神、時間、経済など大きな代価を払わなければならないからである。従って、普通の第3者たちの集合意思としての「社会決定」は患者と親しい関係がある特定の者の大きな負担になる場合が多いのである。少数の特定の者の負担を考慮せずに、多数の普通の第3者たちの「社会決定」に応じるのは、あまりにも不公平である。それ故、もし患者の意思表示を確認できない場合の尊厳死を禁止するなら、国はその患者たちの全ての世話をしなければならない。言い換えると、全国民の税金で負担すべきである。つまり、権利を有する者は義務を負うということである。もし、多数の国民がこの患者たちを世話することに責任を負いたくないなら、国は、一定の手続きに基づいて、治療中止について患者本人を代行して判断する権利を特定の者に与えるべきではなかろうか。

終わりに

以上、終末期医療における法的諸問題について、比較法的視座から、安楽死と尊厳死を中心に、考察してきた。「いずれにせよ、この種の領域では、法の役割ないし守備範囲は限定されざるをえない。法律（特に刑法）は、基本的に踏み外してはならない外枠を規律するとことに意義がある。むしろ、医療現場では、適正な生命倫理ないし医療倫理を踏まえた対応こそ、患者及び患者を支える家族等の支えとなるように思われる。法律と生命・医療倫理は、その意味で、相互補完的にこの問題に連携して取り組む必要がある」¹³。

また、法律解釈論のみならず、医療費、福祉、介護の問題、カウンセリング体制の整備その他の社会的問題とも深く関わるものであるので、社会多方面からこの問題に真摯に取り組む必要があることを強調しておきたい¹⁴。

さらに、これらの問題について、国々は国境を越えてさまざまな考えを交換し、比較検討することが極めて重要である。しかし、他国の制度が良いといっても、全面的に真似する必要はない。国民性や社会事情、法制度や医療保障制度などが異なるために、各国が、それぞれの国情に合わせて解決していくしかないと考える。

¹³ 甲斐克則「終末期医療における病者の自己決定の意義と法的限界」飯田亘之＝甲斐克則編『終末期医療と生命倫理』（太陽出版・2008）55頁。

¹⁴ 甲斐・前掲注(10)17頁。

以上