



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	日中における積極的安楽死の比較法的考察
Author(s)	徐, 春子
Citation	北大法政ジャーナル, 17, 1-29
Issue Date	2011-01-07
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/44827
Type	departmental bulletin paper
File Information	HHJ-001.pdf



日中における積極的安楽死の比較法的考察

じょ しゅん し
徐 春 子

目次

序章	3
1. 研究の目的	
2. 研究の方法	
第1章 日本における安楽死に関する学説と判例	3
第1節 学説	
1. 安楽死の定義	
2. 安楽死の分類	
3. 積極的安楽死の学説	
第2節 判例	
小括	
第2章 中国刑法の基礎理論	10
第1節 罪刑法定原則と類推適用 [類推定罪]	
1. 概念	
2. 罪刑法定原則の導入と類推適用の廃止	
第2節 犯罪概念と犯罪構成	
1. 犯罪概念	
2. 犯罪構成	
第3節 犯罪性排除行為	
1. 概念	
2. 生命権の承諾	
第4節 故意殺人罪	
1. 概念	
2. 囑託・承諾殺人	
3. 自殺教唆・幫助	
小括	

第3章 中国における安楽死に関する学説と判例	14
第1節 学説	
1. 安楽死の分類	
2. 一般的な説明	
3. 反対する理由	
4. 賛成する理由	
第2節 判例	
小括	
第4章 検討	18
第1節 日本における安楽死に関する学説と判例の整理	
1. 学説	
2. 判例	
第2節 中国における安楽死に関する学説と判例の整理	
1. 学説	
2. 判例	
第3節 日中比較とその検討	
1. 学説の異同	
2. 日本の学説と異なる賛成理由の批判	
3. 日本の学説と同様の賛成理由の検討および本稿の基本的立場	
第4節 安楽死の適法要件に関する本稿の見解	
小括	
総括	26

序章

1. 研究の目的

安楽死の問題はそれがかかわる生命の重大さからも、また末期患者の耐えがたい苦痛から逃れたい願望に応えることの緊急性からも、まだ立法がないことを理由に避けて通ってよいものではない。安楽死の可否、正当化根拠・違法性阻却根拠、そして安楽死の適法要件も、喫緊の解決の必要性がある問題である。

しかし、中国の安楽死に関する議論は1980年代から始まって、まだ20年が経過したにすぎない。法的理論が少なく、一定の体系を形成していない。そして、公表された関連判例も1件しかなく、しかもその判断基準は必ずしも明確であるとはいえない。そのため、中国法にのみ依拠した安楽死研究にはその限界が感じられる。

一方で、日本の安楽死研究はより長い歴史を持ち、議論もより深いところまで到達し、一定の理論的体系を形成している。また、判例も公刊物に登載されたものが7件に上り、判決の中で正当化根拠を分析し、適法要件を示したものもある。

そこで本稿は、日本のこれまでの理論を参考にして、中国の安楽死問題を解決する道を探ることを研究の目的とする。

2. 研究の方法

本稿では、従来の日本・中国における（積極的）安楽死に関する刑法上の学説・判例の状況を整理し、比較・検討することによって、安楽死が正当化されるとすればそれはどのような根拠によるのか、また具体的にはどのような要件が充足された場合に適法とされるのか（適法要件）を明らかにする。

具体的には、まず第1章において、日本における安楽死に関する学説・判例を紹介する。次に第2章では、以下の比較法的検討の前提となる、中国刑法の基礎理論を概観する。続く第3章では、中国における安楽死に関する学説・判例を紹介する。さらに、第4章において、これまでの内容を

再度整理した上で、安楽死の正当化根拠と適法要件に関する本稿の立場を明らかにしたい。

第1章 日本における安楽死に関する学説と判例

まず、日本における安楽死に関する学説と判例の状況について概観する。第1節において、安楽死の定義・分類を簡単にまとめた上で、積極的安楽死に関する刑法学説を取り上げる。そして第2節において、これまで出された7件の判例を紹介することとする。

第1節 学説

1. 安楽死の定義

安楽死は“Euthanasie”（独）“euthanasia”（英）の訳語で、広義では、死期が切迫した患者の耐えがたい苦痛を緩和・除去して安らかに死を迎えさせる行為をいう。ここでいう「耐えがたい苦痛」に、精神的苦痛を含む見解もある。しかし、精神的苦痛は患者自身の主観によるものであって、客観的に判断できないため、肉体的苦痛に限定すべきだという見解が有力である。また、本人の意思とは無関係に、家族や他人の要望で実施したものは、生命に対する権利を奪うことにほかならず、患者に安らかな最期を迎えさせるという安楽死の趣旨に反するため、法的正当性が認められる安楽死を患者の同意を前提とする「任意的安楽死」に限定すべきだという見解もある。これらを前提にして厳格に定義すれば、安楽死は「死期が差し迫っている患者の耐えがたい肉体的苦痛を患者の真摯な要求に基づいて緩和・除去し、安らかに死を迎えさせる行為」であるといえることができる。こうした定義の広狭は、最終的には安楽死の適法要件（許容条件）に何を掲げるべきかによって決定されるものであり、詳細は本稿の第4章第4節で検討する。ここでは、一応上記の厳格な定義を前提として論を進めることとする。

第三者が、患者の要求に基づいてその死期を早めることは、形式的には刑法202条の自殺関与罪の

構成要件に該当することになる。しかし、刑法上その違法性あるいは責任が阻却される場合がありうるか、あるとすればいかなる根拠で阻却されるかについて、以下、場合を分けて考えることとしたい。

2. 安楽死の分類

安楽死は、周知の通り、一般に「純粋な安楽死」、「間接的安楽死」、「消極的安楽死」、「積極的安楽死」に分類される¹。

まず「純粋な安楽死」とは、生命の短縮を伴うことなく苦痛を緩和・除去することをいう。純粋な安楽死は治療行為そのものであり、患者の希望がある限り、一般的に適法である。むしろ医師の医療義務であるといえる。このように、死期を早めることなく、死にいたるまでの苦痛を緩和・除去することにとどまる行為を、安楽死と呼ぶことには疑問がある。

次に「間接的安楽死」とは、鎮痛薬の継続的な投与による苦痛の緩和・除去の付随的結果として死期を早めるものである。治療型安楽死ともいう。患者の真摯な要求があれば適法であることに異論はないが、その正当化根拠については争いがある。

さらに「消極的安楽死」とは、積極的な延命治療を差し控えることにより死期を早めるものである。いわゆる不作為による安楽死である。これは、自己決定権を重視するという観点から、患者の延命拒否の意思を尊重することにより、法的に正当化できる。また、患者が治癒可能性のない状況下で延命を拒否する以上、治療義務がないという作為義務の不存在の観点からも違法ではないとされる。

最後に「積極的安楽死」とは、作為により直接に生命を短縮することによって苦痛を除去するものである。殺害型安楽死・直接的安楽死ともいう。これは、これまで最も議論されてきたものであり、現在でも法的評価は分かれている。以下では、積極的安楽死の議論を見ることとする。

3. 積極的安楽死の学説

積極的安楽死に関して、学説上は大きく分けて、2つの見解がある。すなわち、違法性阻却を主張する見解（安楽死適法説）と責任阻却を主張する見解（安楽死違法説）である。前者のうち、正当化根拠の違いにより、さらに3つの説に分けられる。以下、順次に紹介したいと思う。

(1) まず、「人道主義」あるいは「惻隱の情」といった視点から、違法性阻却を主張する説がある。

かつて小野博士は、安楽死を是認しなければならないという要求は「個人の生命を尊重しなければならないとする、その同じ要求のうちにある、人間の苦悩に対する同情である。東洋の言葉でいへば、慈悲又は惻隱の心である。近代の観念でいへば人道主義である」とされた。すなわち「現代の医学と技術とをもって、もはやどうすることもできないならば、せめてその苦痛を緩和してやりたい、その苦悶するだけの生命を若干短縮しても、楽に死なせてやりたい、と願ふのが人情であり、「ただ純粋な人間的同情、惻隱の行為としての安楽死」が現代における安楽死肯定の論理・倫理であると主張された²。そして、刑法上の違法阻却の問題としても「安楽死を正当化するものは本人の『意思』ではなく、「人間的同情であり、人道主義的な動機である」と主張された³。

また、植松博士は、「科学的合理主義に裏づけられた人道主義」を根拠にして安楽死を適法とされた。すなわち、「他の諸条件ことに死にまさる苦痛との関係を考え合わせると、死期の切迫した者の生命を短縮する措置を講じても、それによって無用の苦痛を免れしめるという目的のある場合には、それを適法視することが許されてよいと考える」との観点から、「どんな場合にも生存を続けることが幸福であるとか、それを続けさせることが人道的であるとか、きめてしまうことは、一種の信仰であって、近代的な合理主義精神に合致するものではない。一定の事態のもとにおいては、生命の短縮を行うことが、かえって科学的合理主義にかなうものである」⁴とされたのである。

さらに、こうした「人道主義」的見解とはやや

異なる立場から、一定の範囲の安楽死が「社会倫理的要請」であるとしてその適法性を主張されるのが大塚博士である。大塚博士は、「人間の生命がなにものにも増して尊重されるべきことは、今日の文化をささえる社会倫理的要請である。だが、現代の医学をもってして救済される可能性のまったくない傷病者が、死に臨んではげしい肉体的苦痛にあえいでいるときには、その苦痛を緩和して安楽に死なせてやることも、また社会倫理的要請ではなかろうか」とされ、「これをひろく許容することは危険であるが、一定の範囲では、適法な安楽死の観念を肯定すべきである」⁵と結論づけられている。

(2) 次に、残りの生命とその間における苦痛とを比較衡量し、後者が前者を超過していると考えられる場合のみ、積極的安楽死が許されるという平野博士の見解がある。

すなわち、「この安楽死（積極的安楽死、引用者注。）を認める場合にも、苦しみを見るに見かねた同情心から行ったときは、犯罪にならないという見解がある。…しかし、同情心から行った場合ということになると、『ガン』のためあと数ヶ月しかもたず、しかも苦しむだけだというような場合、あるいは奇形児であって、一生辛い目にあうであろうという場合などまで、安楽死を認めることにもなりかねない。死期が切迫した場合に限るためには、残りの生命と、その間における苦痛とを比較考量したとき、後者が前者を超過していると考えられる場合に限られなければならない。したがって、生命の価値は絶対であって、いかなる苦痛とも相殺できないという考えのもとでは、安楽殺は一切許されないことになる。ただ、生命といえども、死期がごく迫っているときは、いたずらに激しい苦痛にさいなまれて生きるよりも、それを終わらせて苦痛から免れさせる方がよいという考えをとったとき、あるいはこの場合については価値観が対立しており、刑法でそのどちらかに決するのは妥当でないという考え方をとったとき、安楽殺も、処罰しないことになる。それは極めて

狭い範囲に限られるであろう」⁶と主張される。

(3) そして、患者本人の視点から、患者本人の意思を重視して、自己決定権をもって違法性阻却を主張する説がある。

例えば、町野教授は、「苦痛のある生命と苦痛のない短い生命とが衝突する」安楽死の問題において、「病者の自己決定こそが、安楽死の本質的要素」である。通常の緊急避難の場合と異なって、「安楽死の場合は、一人の利益主体しか存在しない。そして、安楽死の問題は彼一人に関することである。第三者が客観的に『利益衡量』して本人のために結論を出して良いものではない。この意味で、病者の自己決定こそが、安楽死の本質的要素でなければならない」⁷と主張している。

井田教授は、患者の自己決定で安楽死の違法性阻却を認めているが、予め要件を定立してその許容性を一般的に宣言することに反対している。すなわち、「安楽死を合法とする根拠は、患者本人が『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取ったとき、この『究極の選択』を尊重して、法が介入・干渉しないというところに求めるほかはない。安楽死状況とは、生命の維持と苦痛の緩和・除去とが共存不可能な形で対立する例外的局面である。この場面で死にゆく者の自己決定を尊重することは、202条による禁止に必ずしも抵触しない、と考えることは可能である。耐え難い死苦にあえぐ末期患者が、残された最後の逃げ道を求めるとき、自殺関与の形態においても、同意殺の形態においても他人がこれに協力すること不可能とし、究極のジレンマから逃れようとする患者に対しあらゆる道を封じようとするのに対しては、『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』とする批判的中すると思われる。…しかし、安楽死行為が合法となるために必要な条件を列挙し、これを特に医療従事者にとっての行動準則に高めることが適切かどうかは、また別の問題である。違法性阻却のための一定の条件を定立できるとしても、それらが充足

されるかどうかを行為の時点において一定の信頼性をもって確認することが原則的に困難であり、逆に、誤った判断に基づく行動が取返しのつかない結果を引き起こすおそれがあるということが考えられる。これまで明らかにされてきたような積極的安楽死の要件とは、そのような性質をもったものの典型例といえるであろう。積極的安楽死は、仮にそれを合法とされるべき場合があるとしても、あらかじめ要件を定立してその許容性を一般的に宣言し、それを特に医療従事者の行動基準とすることに適さないのである⁸⁾とされる。また、井田教授は、期待可能性の減少・欠如による責任の減少・阻却も肯定される。すなわち「他人（とりわけ近親者）がもたえ苦しむ様子を見て、やむにやまれず苦痛の除去のために意思決定したというのであれば、良心の葛藤により規範意識による動機づけの制御の可能性は低下しているといえる。したがって、適法行為の期待可能性の減少・欠如を根拠とする責任の減少・阻却を肯定することの可能な場合がある⁹⁾と。

さらに、「間接的安楽死」が許されるのであれば、その延長線上の「積極的安楽死」も許されうるといふ見解もある。山口教授は、「間接的安楽死」について、「死期が迫った患者に対しては、苦痛の受忍を強制することはできないのであり、苦痛除去と生命維持の利益とを比較衡量することが本人に許され、苦痛除去の利益を優先させた場合には、それを法的にも承認されなければならないから」、「一般に許されると考えられているといえよう¹⁰⁾と述べた上で、「直接的安楽死」（積極的安楽死）について、「否定的な態度が示されることが多いが、『間接的安楽死』とその構造が論理的に異なるわけではないから、極めて例外的な場合には許される^(ママ)ことを論理的には否定しえないであろう。ただし、患者の明示の意思表示がない場合には、それを肯定することは困難であると思われる¹¹⁾とされ、積極的安楽死の違法性阻却の可能性が認められている。

(4) 最後に、期待可能性論を基軸とする責任阻却

を主張する説がある。

例えば、佐伯博士は、「安楽死、すなわち、とうてい回復の見込みのない瀕死の病人に楽な死を与えるために治療を手控えまたは注射により死期を早める行為で不可罰的な場合は、通常、違法阻却事由として説明されているが、それをすべて適法とみることが困難であって、特に後の注射その他の行為により自然の死期を早める場合は、むしろ違法であるが期待可能性がない超法規的責任阻却事由として理解すべきである¹²⁾と主張している。

内藤教授は、患者の自己決定の考え方を認めつつ、「個人の尊厳の基礎にある生命の不可侵性を他人の手による侵害からまもらなければならないという殺人禁止のつよい要請」と、『生存の価値なき生命の毀滅』に連なるおそれがあることへの危惧から、積極的安楽死を違法と解する。すなわち、「近親者などが病者の苦痛をみるに忍びないで殺害の手段をとらざるをえない状況におかれることも、ありえないわけではない。が、それは、期待可能性の問題として責任阻却の段階で考慮されるべきである¹³⁾と。

甲斐教授は、人間が社会的存在であることに注目し、人間の社会性のゆえに生命は個人が処分できる法益ではないから、違法性阻却ではなく、期待可能性不存在あるいは義務衝突という観点からの責任阻却を主張している。すなわち、「人間の存在態様として、人間は個として孤立的に存在するのではなく、社会とのつながりにおいて存在する以上、その根源を成す生命は、個人法益であっても自由に処分できないような法益¹⁴⁾である。『刑法202条が同意殺人、つまり本人が死にたいと言って殺してもなお殺人だとしているのは、個としての存在のみならず、社会的存在でもある人間の生命の重さを示しているといえる。『自殺の権利』あるいは『死にたい患者を殺害してよい』ということを経験が正面から認めるわけにはいかない¹⁵⁾のである。ただ、「家族が思い余って病者の命を奪った場合、あるいは長年の親しい医師が良心的葛藤からやむなく積極的安楽死を行った場合、たとえ違法ではあっても、刑法上、その緊急状態で

の期待可能性不存在あるいは義務衝突という観点から、きわめて例外的ながら責任を問わないという場合があります¹⁶とされるのである。

このほか甲斐教授からは、自己決定権による違法性阻却説に対して以下の批判もある。「総じて人間は、苦しい状況になると、弱気となり、通常感じないプレッシャーを感じて、弱音を吐いたりする傾向がある。急に周りが親切になると、何かしら、『そろそろ自分も死にたいと言わなければならないのかな』などと思う人も出てくるかもしれない。それだけに、『もう死にたい』という言葉や安易に鵜呑みにすることには、注意を要する。…憲法上、『生きる権利』は存在しても、『殺害されることを請求する権利』は存在しないであろう。そもそも、直接的殺害による苦痛除去ということ自体、規範倫理的に矛盾しているといえよう。自己決定権は重要だが、万能ではないことを自覚する必要がある」と¹⁷。また、「人道主義」あるいは仏教の「惻隱の情」から正当化しようとする考えに対して、「その基準の曖昧さは、正当化根拠とするには問題がある」¹⁸との批判もなされている。

第2節 判例

次に、日本における安楽死に関する判例を紹介する。

日本の積極的安楽死に関する判例は現在まで7件存在した。すなわち、(1) 東京地判昭和25年4月14日(裁時58号4頁)、(2) 名古屋高判昭和37年12月22日(高刑集15巻9号674頁)、(3) 鹿児島地判昭和50年10月1日(判時808号112頁)、(4) 神戸地判昭和50年10月29日(判時808号113頁)、(5) 大阪地判昭和52年11月30日(判タ357号210頁)、(6) 高知地判平成2年9月17日(判時1263号160頁)、(7) 横浜地判平成7年3月28日(判タ877号148頁)である。以下、事実の概要と判決理由を順次見ることとする。

(1) は、脳溢血で倒れてから10年間半身不随で、数ヶ月前から病状が悪化して全身不随の状態にあった母親(56歳)を長期間にわたり介護してきた

被告人が、帰郷の望みを断たれ落胆した母親の懇願に応じて、青酸カリ溶液を母親に飲ませて死亡させたという事案である。

東京地裁は、弁護人が主張した緊急避難行為について、保全法益と侵害法益が同一の人に属する場合にも緊急避難を認めることができると解し、全身不随となった被害者の身体に対する現在の危難を認めたと、激しい肉体的苦痛がなく、むしろ精神的苦痛によって懊悩していたこと、その苦痛を軽減又は終息させるには他の手段もあったことから、やむを得ずに行った行為と認めず、緊急避難の要件を欠くとして、被告人を懲役1年執行猶予2年に処した。

(2) は、脳溢血で倒れ全身不随となった父親Y(52歳)が、衰弱して激痛を訴え、「早く死にたい」、「殺してくれ」などと叫ぶので、孝行息子である被告人が父親の願望を容れて牛乳瓶に有機リン殺虫剤を混入して、事情の知らない母親を介して飲ませ、死亡させたという事案である。

第一審(名古屋地判一宮支判昭和37年7月4日公刊物未登載)は尊属殺人罪の成立を認め、これに対して弁護人が控訴した。第二審の名古屋高裁は原判決を破棄自判して、嘱託殺人罪の成立を認めた。そして、判決理由の中では積極的安楽死の6つの適法要件が提示された。

- 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 病者の苦痛がはなはだしく、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
- ③ 専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って意思を表明できる場合には、本人の真摯な嘱託または承諾のあること
- ⑤ 医師の手によることを本則とし、これによりえない場合には、医師によりえないと首肯するに足り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

名古屋高裁はこれらの要件がすべて充足されてはじめて違法性阻却できるとした上で、「医師の手によることを得なかっ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、右の⑤、⑥の要件を欠如し、被告人の本件所為が安楽死として違法性を阻却するに足るものでないことは多言を要しない」と判示し、違法性阻却されないとした。しかし、④の要件について、行為当時は「Yは5年有余のながきにわたる病苦のためにすでに精根をつかい果していたとはいえ、意識はまだ明瞭であって、しかもその頃から病状は日に日に急激に悪化してきたので、Yもいよいよ死期の迫ったことを自覚し、どうせ助からぬものなら、こんなひどい苦しみを続けているよりは、一刻もはやく死んで楽になりたいと希っていたことを推認するに難くないのであるから、Yの発した右の『殺してくれ』『早く楽にしてくれ』という言葉は、むしろ同人の自由なそして真意にいでたものと認めるのが相当であって、原判決がYは当時52歳であって現代時においてはむしろ働き盛りであったとか、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ったもので判決に影響することは明である」として、原判決を破棄し、被告人を懲役1年執行猶予3年に処した。

(3) は、長年肺結核や自律神経失調症・座骨神経痛などで不眠や全身の疼痛に苦悶する妻（50歳）に執拗に哀願された被告人が、死を覚悟して睡眠薬を飲んで眠りについた妻を絞殺したという事案である。

鹿児島地裁は、①必ずしも不治の病というわけではなく、②死期が目前に迫っているというわけでもない、また、③殺害の方法も医学的な処置ではないことから、被告人の行為の社会的相当性を

否定し、被告人を懲役3年執行猶予4年に処した。

(4) は、数年前に高血圧で倒れて半身不随になって以来通院治療を受けていた母親（67歳）が、1ヶ月余り前から激しい痙攣発作をたびたび起こすようになり、病状が次第に悪化し、被告人に対して、「もう長生きできへんわ」等と死期を自覚しているかのような言葉をはくようになったところ、被告人が、医師の言葉から、母親の病気が治らないものであると感じとり、その夜思案の末、どうせ病気が不治であるなら一層のこと自分が母親を殺して楽にしてやろうと決意し、朝からいびきをかいて眠り続けたままの母親が再び痙攣発作を起こしたところを、電気コタツのコードで絞殺した、という事案である。

神戸地裁は、まず「①被害者Aが現代医学の水準からみて不治の病に冒されていたことは認められるものの、その死が目前に切迫していることが明白な状態にあったとは認め難く、②その苦痛の程度も何人も見るに忍びないような死にまさる程激烈なものであったといえず、また、③被害者自身が被告人に殺してくれるよう囑託しあるいは積極的に死を希望したものと認められない」とした上で、「医師の手によって行われるべきこと、その方法自体も社会観念上相当と目されるものであることなどの要件…について論ずるまでもなく、いわゆる安楽死として行為の違法性の阻却される場合に該当しないことは疑いをいれないところである」と判示し、被告人を懲役3年執行猶予4年に処した。

(5) は、末期状態の胃がんで入院中の妻（65歳）の容態が次第に悪化し、激痛を訴えるようになり、さらに連日のように「助からないのだから早く殺してくれ」と被告人に泣訴哀願したり、治療に抵抗を示したり、自殺を試みるなどしていたところ、被告人が医師に対して、妻を楽にしてくれるよう依頼したが、あと1週間位だから我慢しろと諭されたので、翌日、被告人は刺身包丁を購入してこれを仰臥している妻に示したところ、妻がこれを

左胸部に持って行くので、右包丁で妻を刺殺した、という事案である。

大阪地裁は、上記(2)の名古屋高裁判決を援用し、「医師以外の者にそれ(安楽死を行うこと、引用者注)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、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」とした上で、本件において、「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、また、実行方法も倫理的に妥当なものではないことから、被告人を懲役1年執行猶予2年に処した。

(6)は、かねてより妻が軟骨肉腫のため苦しむのを不憫に思っていた被告人が、妻から「死にこくったき、引いて」等と殺してほしい旨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、妻が死なないうばかりか、その頸部の傷口の大きさに動転して、妻を早く死亡させようと考え、妻の頸部を両手で強く締めつけ、扼死させた事案である。

高知地裁は「いわゆる安楽死に該当する場合には、当該行為は違法性がなく、犯罪の成立が否定されるものであることは、当裁判所もこれと同一の見解を有するものである」とした上で、安楽死に該当する6要件を挙げた。

- ① 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
- ② 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、
- ③ もっぱら病者の苦痛を緩和させる目的で行なわれること

- ④ 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
- ⑤ 医師の手によって行なわれるべきこと
- ⑥ 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

この6要件は上記(2)の名古屋高裁判決の6要件とほぼ同様であるが、⑤⑥の要件に若干の相違がある。⑤は安楽死の行為者を医師に限定し、医師によりえないと首肯するに足りる特別な事情がある場合を排除した。⑥は、「倫理的に妥当な方法」から「社会通念上相当な方法」に変えた。これは、「倫理的」は法的根拠ではないという批判を避けるためであろう。本件では、⑤⑥の要件が充足されていなかった。それでも安楽死を認めるべきである旨の弁護人の主張に対して、高知地裁は、「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」として、被告人を懲役3年執行猶予1年に処した。

以上(3)(4)(5)(6)の判例は、名古屋高裁の6要件を援用したが、いずれもすべてを充足するには至らなかった。これに続く(7)の判例は、従来の6要件に代わる要件を提示することになった。

(7)は、いわゆる「東海大学安楽死事件」であり、医師が被告人として関与した初めてのケースである。事案は次のとおりである。

被告人は、大学付属病院の内科医として、多発性骨髄腫で入院中の患者の治療にあたっていたが、患者の病状が悪化し意識もなく余命数日の状態となったことから、患者の妻と長男が患者を苦しそうな状態から解放してやりたいとして、再三、治療中止を申し出たため、これを受け入れ、点滴等の治療を中止した。しかし、さらに長男が「楽にしてください」などと強く迫ったので、被

告人は呼吸を抑えるために鎮静剤を注射、さらに患者が死亡することを知りながら塩化カリウム等を注射し、急性高カリウム血症に基づく心停止により患者を死亡させた。この最後の注射行為が殺人罪に当たるとして起訴された。

もともとこの事件では、患者本人から直接的に苦痛除去の要求があったわけではない。横浜地判は結論として有罪判決を下した。判決の中で、医師による末期患者に対する積極的安楽死の適法要件として、次の4つの要件を示した。

- ① 耐えがたい肉体的苦痛があること
- ② 死が避けられずその死期が迫っていること
- ③ 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

本判決は、上記の判例(6)における「原則として医師の手による」との要件は、「苦痛の除去・緩和のため他に医療上の代替手段がないときという要件に変えられるべきであり、医師による末期患者に対する積極的安楽死が許容されるのは、苦痛の除去・緩和のため他の医療上の代替手段がないときであるといえる。そして、それは、苦痛から免れるため他に代替手段がなく生命を犠牲にすることの選択も許されてよいという緊急避難の法理と、その選択を患者の自己決定に委ねるという自己決定論の理論を根拠に、認められるものといえる」と判示している。すなわち、上記の①～④は、「緊急避難」と「自己決定権」を要件化したものであるといえる。ここでは、判例上、初めて積極的安楽死の正当化根拠と要件論が関連づけられていることが注目される。

小括

本章では、日本における安楽死に関する学説と判例を紹介した。学説においては、(1)「人道主義」あるいは「惻隠の情」などの視点から違法性阻却を主張する説、(2) 残りの生命とその間における苦痛との優越的利益衡量により違法性阻却を主張する説、(3) 患者本人の視点から、患者本人

の意思を重視して、自己決定権をもって違法性阻却を主張する説、(4) 期待可能性論を基軸とする責任阻却を主張する説がある。他方、判例においては、安楽死の適法要件として、名古屋高裁の6要件と横浜地裁の4要件が出されている。これらの学説と判例については、第4章において再度整理し、検討することにした。

続いて、中国における安楽死に関するこれまでの議論を紹介する。

第2章 中国刑法の基礎理論

中国における安楽死に関する学説と判例を紹介する前に、それを理解するための、安楽死の議論にかかわる中国刑法の基礎理論をまず紹介しておきたい。

第1節 罪刑法定原則と類推適用〔類推定罪〕

1. 概念

罪刑法定原則は、中国刑法¹⁹第3条に定められている。

「第3条 法律が明文で犯罪行為と規定する場合は、法律により罪を確定し、刑に処する。法律が明文で犯罪行為と規定していない場合は、罪を確定し、刑に処してはならない。」²⁰

罪刑法定原則は、「平等原則」及び「罪刑均衡原則」とあわせて、中国刑法における「3つの基本原則」といわれている²¹。罪刑法定原則は、①何が犯罪であるか、②どのような犯罪があるか、③個々の犯罪の構成要件は何であるか、④どのような刑罰があるか、⑤個々の刑罰はどのように適用するか及び⑥個々の具体的な罪に対して具体的な量刑の幅は如何になるか、などについて、すべて刑法により定められることを意味する²²。

2. 罪刑法定原則の導入と類推適用の廃止

罪刑法定原則は、1997年の刑法改正により、新たに定められたものである。改正前の1979年刑法には、罪刑法定原則の規定がなく、逆に、第79条に類推適用の制度が定められていた。

「第79条 本法の各則に明文の規定がない犯罪は、本法各則の最も類似する条文に照らして犯罪を確定し刑罰を言い渡すことができる。ただし、最高人民法院に報告してその許可を得なければならない。」²³

この規定により、罪刑の類推適用が許されていた。

当時の刑法において罪刑法定原則が取り入れられたかどうかについて、高銘暄教授は、基本的に罪刑法定原則が妥当していたという考えを示した。すなわち、「この原則は刑法が犯罪の概念、犯罪と非犯罪・各々の犯罪の区別、犯罪構成の一般要件と具体的な犯罪構成要件及び法定刑などに関する立法内容の中に反映されていた。ただ、当時は類推制度が存在していたため、罪刑法定原則を充足しなかった点もあった。したがって、当時の中国刑法は罪刑法定原則に対する認識、その重視・貫徹の程度が足りなかったにすぎないだろう」²⁴と。

確かに、上記立法内容から罪刑法定原則は一定程度反映されていたかもしれない。しかし、罪刑法定原則の趣旨は行動の予測可能性・行動の自由が侵害されないようにする点にある。1979年刑法には罪刑法定原則の明文規定がなく、逆に類推制度が肯定され、また、各則の条文・罪名が少なく、条文の実用性が低かった（明確性が足りなかった）が故に、予測が立てられず、行動の自由が侵害されることは目に見えているだろう。したがって、以前の中国刑法には罪刑法定原則が存在せず、1997年刑法改正により罪刑法定原則が明文化され、類推適用が廃止され、かつ、各則の条文・罪名が詳細・具体的に規定されて、はじめて罪刑法定原則が中国刑法に導入されたと考えられる。

第2節 犯罪概念と犯罪構成

1. 犯罪概念

ここでいう犯罪概念は「何が犯罪であるか」という問題を解決する犯罪の一般的な概念であり、さまざまな具体的な犯罪の概念から抽象化されたものである²⁵。現行刑法の第13条²⁶は犯罪概念を次のように規定している。

「第13条 国家の主権、領土保全及び安全に危害を及ぼし、国家を分裂し、人民民主独裁の政権を転覆し、社会主義制度を覆し、社会秩序及び経済秩序を破壊し、国有財産又は勤労大衆による集団所有の財産を侵害し、公民の私的所有財産を侵害し、公民の人身の権利、民主的権利及びその他の権利を侵害しその他社会に危害を及ぼす行為で、法律に従って刑罰を受けなければならない場合は、いずれも犯罪である。ただし、情状が著しく軽く、危害の大きくない場合は、犯罪としない。」²⁷

まず、この条文から、犯罪行為には3つの特徴があることがわかる。すなわち、社会危害性・刑事違法性・刑事可罰性である。第一に、社会危害性は犯罪の最も基本的な特徴であり、犯罪の実質的特徴である。社会危害性は、①行為により侵害された客体、②行為の手段・結果及び時間・場所、③行為者の状況及び主観的要素によって左右される²⁸。第二に、刑事違法性は犯罪の法的な特徴である。ここでは、犯罪を一般の違法行為と区別するために、単に「違法性」ではなく、「刑事違法性」を強調している²⁹。「行為の社会危害性は刑事違法性の基礎であり、刑事違法性は社会危害性の刑法上の現れである。行為が社会危害性を有するのみならず、刑法に違反し、刑事違法性も有する場合のみ、犯罪と認定されることができる」³⁰。第三に、刑事可罰性は犯罪の法的帰結である。この可罰性は「罰されるべき」ことを意味するのであって、「要罰性」とは異なる。前者を欠く場合には、犯罪は構成されないが、後者を欠く場合には、犯罪自体は成立し、ただ処罰されないだけである。

次に、本条ただし書きは、「情状が著しく軽く、危害の大きくない場合は、犯罪としない」と規定している。「『犯罪としない』とは、当該行為は犯罪とみなさないあるいは犯罪を構成しないことをいう。『犯罪としない』ことと『犯罪ではない』とはやや異なる。前者の『犯罪としない』場合は刑事規範に違反したが情状が著しく軽くまたは危害の程度が重くない行為であるから、その行為に行政処罰を与えることができる。これに対して、後者の『犯罪ではない』場合は、刑事規範に違反

しないから行政処罰を与えることはできない。また、『犯罪としない』ことと『刑を科する必要はない』ことも異なる。前者は犯罪自体を構成しないことを意味するが、後者は犯罪を構成したことを前提にして、その情状を酌量するならば刑を科す必要がないことを意味する³¹。さらに、『『情状が著しく軽く』とは、行為の方から考えて当該行為が極めて軽いことをいう』³²。『『危害の大きくない』とは、結果の方から見て実質的な結果がないかまたはその結果の危害性が極めて低いことをいう』³³。

2. 犯罪構成

犯罪構成は「犯罪成立の具体的な基準・規格」の問題を解決するものである。犯罪概念は犯罪構成の基礎であり、犯罪構成は犯罪概念の具体化である³⁴。

犯罪構成は4つの要件を含む。すなわち犯罪客体・犯罪の客観的側面・犯罪主体・犯罪の主観的側面である。まず、犯罪客体とは、刑法に保護され、犯罪により侵害された社会主義社会関係をいう。次に、犯罪の客観的側面とは、犯罪活動の客観的・外在的な現れをいい、危害行為・危害結果及び危害行為と危害結果の間の因果関係を含む。一部の犯罪の犯罪構成は特定の時間・場所あるいは特定の方法を要求することもある。さらに、犯罪主体とは、刑事責任年齢に達し、刑事責任能力を有し、危害行為を実行した自然人をいう。一部の犯罪構成はある種類の職務もしくは身分を有する人であることを要求することもある。少数の犯罪において、法律の特別規定に基づき、企業事業組織・機関・団体も犯罪主体になりうる。最後に、犯罪の主観的側面とは、行為者の故意・過失をいう。一部の犯罪構成は特定の犯罪目的もしくは動機も要求する³⁵。

中国の犯罪論は、犯罪客体・犯罪の客観的側面・犯罪主体・犯罪の主観的側面という「犯罪の構成要件論」の形で展開されている。この4つの要件は犯罪を構成するための不可欠の要件であり、いずれも備えなければならない。しかし、この4つ

の要件を認定する前後の順序は重要でなく、4つの要件は同時に備えれば足りる³⁶。日本刑法理論の構成要件、違法性、有責性という「段階的、順次的、立体的」に犯罪成立要件を判断する方法と異なっており、中国刑法理論が「総括的、無順序的、平面的」に犯罪構成要件を判断する点は、両者の基本的な差異であるといえる³⁷。

第3節 犯罪性排除行為

1. 概念

犯罪性排除行為（「社会への危害性を排除する行為」、「正当行為」³⁸ともいう）とは、「客観的に一定の損害結果をもたらす、形式的に犯罪の客観的要件に符合するが、実質的には社会危害性がなく、刑事違法性も有しない行為をいう」³⁹。刑法上明文規定があるのは正当防衛（第20条）と緊急避難（第21条）の2つのみである。なお、中国の正当防衛と緊急避難は、違法性のみを阻却することではなく、社会への危害性の全体（犯罪客体、犯罪の客観的側面、犯罪主体、犯罪の主観的側面）を阻却するのである⁴⁰。

正当防衛と緊急避難以外の犯罪性排除行為について、明文規定がなく、学説上見解が分かれているが、以下の5つに分類できるように考えられる。すなわち、①自力救済・②正当業務行為・③職務履行行為・④権利者の承諾あるいは自願（自ら志願して）に基づく損害・⑤法令行為である。このうち、まず、②正当業務行為は、医療行為と競技行為を含み、③職務履行行為は、直接に法に基づいて実施した職務行為と命令執行の職務行為を含む。また、④権利者の承諾あるいは自願（自ら志願して）に基づく損害は、権利者の明確な承諾による損害と権利者の推定的な承諾による損害を含む⁴¹。ここで問題となるのは、「承諾」が生命侵害の承諾を含むのか否かである。

2. 生命侵害の承諾

生命侵害の承諾（「生命権」侵害に対する承諾）の可否について、2つの見解がある。まず、通説は、個人は財産・名誉・秘密・自由の法益につい

て承諾できるが、少なくとも生命侵害に関しては承諾できないとしている。もっとも身体については通説的立場からは必ずしも明らかではないものの、およそ傷害については承諾を無効とする見解が主張される一方で、軽傷については承諾できるが、生命に危険を及ぼす重大な傷害については承諾できないとする立場も有力である⁴²。

他方、生命に関して制限的ではあるが承諾ができるとする見解がある。例えば、高維儉副教授・薛林判事によると、「権利者は個人の法益を処分する権利がある。生命権に関しても例外視する十分な理由はない。これはこの法益の個人性によって決定づけられたものである。さもなければ、自殺行為も犯罪となってしまう。…（しかし、）権利者の同意さえあれば、行為者（加害者）が当然にこれにより罪責を免れるわけではない。行為者が犯罪になるかどうかは、（行為者が）主観面における悪意と客観面における危害を同時に有しているかを見る必要がある」⁴³。また、鄭莉芳講師の「特殊生命権の承諾」によれば、「ここでいう生命権は…社会による保護の程度が弱いあるいは保護期待の程度が低い生命権（例えば、安楽死における瀕死患者の生命権）、及び合法的な手段によって高度の危険状態に陥った生命権（医療行為、人体医学実験、生体臓器移植手術を受けている患者の生命権を含む）に限る。このような生命権の承諾（特殊生命権の承諾、引用者注）は、主観目的の正当性あるいは生命権保護価値の弱化により、被害者の承諾をもって犯罪の成立を阻却する」⁴⁴とされている。

第4節 故意殺人罪

1. 概念

中国の故意殺人罪は、刑法第232条に定められている。

「第232条 故意に人を殺した者は、死刑、無期懲役又は10年以上の懲役に処する。情状が軽い場合は、3年以上10年以下の懲役に処する。」⁴⁶

故意殺人罪とは、他人の生命を不法に剥奪する行為をいう⁴⁷。

中国刑法には、日本刑法第202条のような自殺関与の明文規定が置かれていない。実務上、自殺にかかわる犯罪に関して、次の通り故意殺人罪の一類型として処罰している。

2. 嘱託・承諾殺人

嘱託・承諾殺人の合法性は認められておらず、故意の殺人とされるが、量刑上は寛大に扱われる⁴⁸。

3. 自殺教唆・幫助

自殺幫助・教唆について、大きく分けると3つの見解がある。すなわち、①故意殺人罪に該当する（直接適用）とする見解、②故意殺人罪を類推適用する見解、③犯罪を構成しないとする見解である。

まず、①直接に故意殺人罪に該当するとする見解は、自殺の教唆・幫助とほかの犯罪の教唆・幫助との違いに着目し、（1）自殺の教唆行為が実質上他人の手を借りて殺人の目的を果たすものであること、（2）自殺の幫助行為が他人の死に対して一定の働きを与えており死亡結果と一定の因果関係があることから、普通の共犯理論を適用すべきではないと主張する⁴⁹。

次に、②故意殺人罪を類推適用する見解は、自殺の教唆・幫助と普通の殺人との違いに着目し、

（1）主観的には、法に反して他人の生命を奪うという故意がなく、他人の自殺行為を惹起・促進または容易にしたにすぎないこと、（2）客観的にも他人の意思に反しておらず、自殺者に働きかけて、その自殺行為の実行を促したにすぎず、それゆえ教唆・幫助の行為は自殺結果を発生させているが、主たる原因ではないこと、（3）主観面における悪意の程度からしても、客観面における死亡結果に与えた影響及び死亡結果が死者の意思に反した程度からしても、その危害性は故意殺人より明らかに弱いこと、（4）故意殺人罪の法定刑が重く、直接適用すると罪刑不相応になりかねないことから、直接に故意殺人罪にするのではなく、故意殺人罪に照らして類推適用すべきだと主張する⁵⁰。もっとも、②故意殺人罪を類推適用する見解は、1997

年刑法改正以前に主張されたもので、罪刑法定原則が明文化され、類推適用が廃止された現行刑法の下では、類推適用は厳しいと思われる。

最後に、③犯罪を構成しないとする見解は、自殺教唆・幫助行為は法に明文規定がないことから、罪刑法定原則によると、故意殺人罪で処罰すべきではない⁵¹、刑法に規定される犯罪の構成要件に該当しない、つまり、自殺教唆・幫助行為は刑事的違法性がない⁵²、と主張する。もっとも、一般的には犯罪として処理すべきではないが、社会危害性が大きいときにだけ故意殺人罪に類推し、教唆・幫助した上に直接に殺人行為に手を下した、あるいは、未成年や責任無能力者に自殺を教唆したときにだけ故意殺人罪で処罰する見解もある⁵³。

小括

本章は、安楽死にかかわる中国刑法の基礎理論を簡単に紹介した。すなわち、罪刑法定原則と類推適用、犯罪概念と犯罪構成、犯罪性排除行為、生命権の承諾、故意殺人罪、囑託・承諾殺人と自殺教唆・幫助である。これらの基礎理論を念頭において、次章では、中国における安楽死に関する学説と判例を紹介することとしたい。

第3章 中国における安楽死に関する学説と判例

本章においては、まず、第1節で中国における安楽死に関する学説を紹介する。中国における安楽死の分類、一般的な説明を述べた後、安楽死関連の諸論文から反対理由と賛成理由を抽出し紹介することにした。

第1節 学説

1. 安楽死の分類⁵⁴

日本で安楽死を純粋な安楽死、積極的安楽死、消極的安楽死、間接的安楽死に分類しているように、中国でも安楽死にはいくつかの分類がある。

適用対象の広さで分けると、最広義の安楽死、広義の安楽死と狭義の安楽死がある。最広義の安

楽死は、生まれつき障害を持つ新生児、極度の苦痛に耐え死期の迫った患者、重症の精神病患者、植物状態の患者といった生命の質が低い状態にある人を対象としている。ここでいう生命の質の低い状態とは、生命に重大な瑕疵があり、生命の存在自体が自分自身、家族友人及び社会全体に重い負担を負わせるような、生命の価値がマイナスである状態をいう。このような安楽死は、(人間功利主義理性の観点からの)人間の理性と(人為的に生命を終わらせることは許しがたいという)人間の感情で議論される一方で、濫用される恐れがあることから、一般には支持されていない。

広義の安楽死は、極度の苦痛に耐え死期の迫った患者を対象としている。これは、また、本人の自由意思の有無により、本人の自由意思による安楽死〔自願安楽死〕と本人の自由意思によらない安楽死〔非自願安楽死〕に分けられている。本人の自由意思によらない安楽死とは、患者本人が意識不明で自己の意思を表明できないときに、その家族が代わりに意思を表明するものである。広義の安楽死は現在の議論の中心であり、一般に受け入れられるとも言われているが、範囲がまだ広すぎるという考えもある。

狭義の安楽死は、本人の自由意思があり、重大で治癒不可能の病気により肉体的、精神的苦痛に耐え、自ら進んで治療を放棄又は自ら進んで医療手段を使い死期を早める患者を対象にしている。ただし、無痛で人の尊厳を維持することが必要である。狭義の安楽死の適用対象が厳格に制限されているため、濫用される可能性がほぼないと考えられるものの、なお反対する見解や消極的安楽死に限定されるという中間的な見解がある。

さらに、実施態様により、日本と同じように積極的安楽死〔主動安楽死〕、消極的安楽死〔被動安楽死〕に分けているが、上の分け方と合わせて、①本人の自由意思による積極的安楽死、②本人の自由意思による消極的安楽死、③本人の自由意思によらない積極的安楽死、④本人の自由意思によらない消極的安楽死に分けることもある。

以下、広義の安楽死に関する議論を中心に紹介

する。

2. 一般的な説明

安楽死の問題に対して、一般的な説明は、立法上安楽死が未だ認められていない現在、少なくとも積極的安楽死は故意殺人罪に該当する。ただし、具体的な状況により寛大に処されることがある。

中国で一般的に使われている体系書・教科書から見てみよう。

「現在、立法上『安楽死』が未だ承認されていない状況では、実務上『安楽死』を依然として故意殺人罪で処すべきである。ただし、具体的な状況によって処罰を免除あるいは減軽することができる」⁵⁵。

「わが国では現在、安楽死を合法化する条件はまだ規定されていないため、また、この状況（不治の病に罹って、死期が迫っている患者の苦痛を除くために、患者の嘱託に基づいて、無痛の手段で速く死なせるという積極的安楽死の状況を指す。引用者注）においても、医者にはなお医療救助義務が存在するため、たとえ患者の苦痛を軽減しようという人道的動機からであっても、耐えがたい苦痛を抱える患者に対してその生命を人為的に早めに終わらせることができない。たとえ被害者の承諾が存在するとしても、この行為が故意殺人罪の構成要件に該当することには変わりはなく、依然として本罪が適用される」⁵⁶。

「積極的安楽死を実施する行為に対しては、故意殺人罪をもって処理すべきである。…わが国において、瀕死の者を救助し、負傷した者を手当てすること〔救死扶傷〕は市民の道義的な責任であり、医療関係者の職業上の責任である。死に瀕して耐えがたい苦痛を抱えている患者に対しては、医学的治療と精神的慰めを与えることでその苦痛を軽減すべきである。人為的に患者の生命を早めに終わらせる行為は、まだ一般国民に許容されがたい；たとえ被害者が同意しても、このような殺人行為は他人の生命に対する侵害であることに変わりはない。特に法律が積極的安楽死を実行する条件・方法・手続などについて明確な規定がない

状況において、積極的安楽死を実行することがもたらすその他の一連の結果はどうか見当がつかない。法律が未だ積極的安楽死を実行することを認めていない状況において、積極的安楽死を実行する行為は、依然として故意殺人罪に該当する；この行為が故意殺人罪の犯罪構成に該当しないと考えることはできない、また、刑法13条但書をもって無罪にすべきではない。もちろん、量刑において寛大に処することができる」⁵⁷。

このように、中国の教科書はいずれも同様に説明しており、さほど違いは見られない。しかし、一方で、論文においては、安楽死の合法性の賛否をめぐって、激しく議論されている。ここでは、安楽死関連の諸論文から反対意見と賛成意見を抽出して、その理由を見ていくことにしたい。

3. 反対する理由

典型的な反対理由としては、以下のものがある。

①伝統的な倫理道徳観念からすると、生命は最高至上であり、本人でさえ自由に処分できない。②医学観念からいうと、医者 の 責 務 は 生 命 を 助 け る こと であ っ て、患者の生命を短縮するのは医療関係者における人道主義に反する。また、医療技術が日進月歩の今、不治の病の定義と範囲は確かではなく、安楽死は患者の治癒の機会を奪いかねない。③法律上、患者の意思によるとはいえ、本質的に殺人であることに変わりがない。④社会にもたらす帰結でいえば、安楽死を合法とすることを認めることは、殺人医者を大量に発生させ、家族の間の相互扶助責任の冷淡、濫用で患者の生命権を恣意的に侵害することになる⁵⁸。

また、次のような理由を掲げる論者もいる。①人の生命を保障するのは人道主義の最も基本的な原則である。安楽死は伝統的な倫理道徳観念と人道主義の最も基本的な原則に反する。②命を救うことは医学関係者の職業道徳である。③安楽死を容認することは医学の発展を阻害する。④安楽死の肯定は消極的な人生态度である。⑤安楽死は社会に不適切な結果をもたらすことになる⁵⁹。

4. 賛成する理由

まず、故意殺人行為との区別に着目し、社会危害性と悪意の犯罪故意がないとして、安楽死は犯罪ではないとする見解がある⁶⁰。

また、故意殺人罪との区別に着目し、客体（適用対象は不治の病にかかっている瀕死の患者だから、患者の生命権を侵害していない）・客観（穏やかで、患者に苦痛を与えない行為態様）・主観（患者の依頼で厳格な条件や手続きで実施する安楽死は専ら患者の耐えがたい苦痛を除去する目的だから、主観において落ち度がない）が異なるとして、安楽死は故意殺人罪ではないとする見解がある⁶¹。

さらに、李明華講師は、①人々がすでに安楽死を受け入れた（信用度に問題があるが、中国ではいろいろな調査が存在した）、②医療資源の不必要な浪費を避けることができ、社会にある限りのある資源をより合理的に利用できる、③患者にとっては傷つけることではなく、苦痛から逃れさせて、その生命の尊厳を維持することである⁶²、と主張する。

陳曉青副教授、李瑾氏によると、まず、社会学的な観点から、①人は生きる権利だけでなく、安楽で死ぬ権利もある、②患者の苦痛を減輕するのも医者 の責務だから、医療道徳や人道主義に反しない、③医療技術が日進月歩であるとはいえ、不治の病が未だ存在する。耐えがたい苦痛を抱える患者に予測できない新療法を待つことを期待することは人情からいっても道理からいっても許しがたい、④家族の経済的負担、社会の資源を節約することができ、社会主義建設と人民生活の改善に役立つことが挙げられる。次に、法学的な観点からは、①社会危害性がない（あるとしても、小さい）から、犯罪ではない、②故意殺人罪とは主観・客観において本質的な違いがある⁶³、ということができる。

劉国祥氏によると、憲法的には、国家が市民に自己の生命を延長するよう強制できると規定しておらず、他方で、国家が市民のために自己の生命を終わらせることを手伝えることができないとは規定していない。刑罰的には、①罪刑法定原則から

すると、安楽死を犯罪として処理する法律上の根拠がなく、②社会危害性がないから、犯罪ではないといえる。さらに、その他、①倫理（医者 の責務、人道主義）に反しない、②医療資源を節約し、公正合理的に使用するの は社会公益の需要である、という理由も挙げられる⁶⁴。

また、①生命は個人のものであり、自由意思で処分できる、②人の尊厳は最高の価値があり、人に生命終結の自由を与える、③無理やりに苦痛の生命を延長するのは人道的ではない、④社会資源の節約⑤死亡は人類の敵ではない、という見解もある⁶⁵。

第2節 判例

中国で公表されている唯一の安楽死の判例は、陝西省漢中地区中級人民法院1992年3月25日裁定である。これは、患者の家族の再三の要求に応じて安楽死の処方を出し、看護師に注射を命じた医者X1と、安楽死を強く求め、責任を取ると処方箋に署名をした患者の息子X2が無罪とされた事案である。

・陝西省漢中地区中級人民法院1992年3月25日裁定⁶⁶

被告人X2の母親Yは長期にわたって病床にあり、1984年10月に肝硬変腹水と診断された。1987年初め、Yの病状が酷くなり、重度の腹水で腹部が膨らんでいて、意識不明になることも何度もあった。同年6月23日、X2は兄弟（姉と妹）と相談した上、母親Yを漢中市伝染病病院に入院させた。被告人X1が主治医であった。Yの病状が①肝硬変腹水、②肝性脳症、③滲出性潰瘍と褥 躁瘡2 - 3度と診断され、病院が即日 に危篤通知書を出した。X1が従来一般の治療法にしたがって、腹水を除いて輸液をした後、Yの病状は少し緩和された。6月27日、Yの病状が悪化し、苦痛で焦躁していて、死にたいと叫んでいた。その夜Yがけたたましく叫んでいて落ち着かず、当直の医者に睡眠薬 [安定] を10mg注射された後やっと眠りにつき、28日朝に意識不明状態に陥った。8時ごろ、院長Aが病室

を巡回したとき、X2は母親が助かるか否かをAに尋ねた。Aがもう手遅れだと答えたら、X2は、助からないなら、何らかの措置で早めに息を引き取らせて苦痛から解放させることができるかを尋ねた。Aは承諾しなかった。X2が苦痛からの解放に固執したが、Aが断り続けた。9時ごろ、X2は主治医Y1を訪ねて、母親Yに何らかの薬を投与して、無痛で死なせてほしいと要求したが、X1に断られた。X2が再三に要求し、サインして責任を取ろうとする旨をX1に伝えた。その末、X1がYに100mgの睡眠薬〔複方冬眠靈〕を処方し、処方箋に家族の要求であったことを明記して、X2がサインをした。当該病院の医師看護師が処方の執行を拒絶したところ、X1は陝西省衛生学校の研修生B/Cらに注射を命じたが、B/Cらに断られた。X1が「打たないのなら、学校に帰れ！」と怒り出して、B/Cらはやむを得ずYに75mgの睡眠薬〔复方冬眠靈〕を注射した。さらに退勤時に、X1は当直の医者Dに「12時でもだめだったら（死ななかつたら）、Yに睡眠薬〔複方冬眠靈〕をもう一回打ってください」と伝えた。当日午後1時から3時までの間、X2は母親がまだ死んでいないのを見て、Dを二度も訪ねた。Dがさらに100mgの睡眠薬〔複方冬眠靈〕をYに処方し、当直の看護師Eが注射をした。Yは6月29日の明け方5時に死亡した。陝西省上級人民法院の法医学鑑定によると、Yの主な死因は肝性脳症であった。Yが二回に分けて摂取した睡眠薬〔複方冬眠靈〕の総和は175mgであり、用量は正常の範囲内であり、かつ、患者は二回目の注射から14時間後に死亡し、最期において血圧が急に下がる症状あるいは呼吸中枢抑制の症状が現れなかった。したがって、睡眠薬〔複方冬眠靈〕は患者の昏睡の程度を深めて、死亡を促進しただけで、Yの直接の死因ではなかった。

検察側は、X1が主治医として、肝硬変患者Yに対して注意深く使用すべき又は避けるべき睡眠薬〔複方冬眠靈〕を故意に投与し、かつ、研修生に注射を強制的に命令し、当直の医者に当該薬物の継続使用を指示して、Yの死亡を促進したこと、また、X2が院長の制止を振り切って、母親を早く

死なせるための薬物注射を頑固に要求し、かつ、母親の死の責任を取るよう処方箋に署名したことが、刑法第132条に反するとして、X1とX2を故意殺人罪で起訴した。

弁護側は、X1とX2の行為とYの死亡との間に直接因果関係がなく、犯罪を構成する4つの要件を満たさないため、X1とX2の行為は犯罪ではなく、無罪と宣告されるべきであると主張した。

一審（陝西省漢中市人民法院1991年4月6日判決）は、X2について、母親が危篤で瀕死の状況下、主治医X1に薬物注射で母親を無痛で死なせることを再三に要求する行為は、母親の生命権を故意に剥奪する行為に当たるが、情状が著しく軽微で、危害も大きくないため、犯罪には該当しないと判示し。そして、X1について、X2に再三に願われ、自ら処方して他人に危篤患者Yに死亡促進の薬物を注射するよう指示した行為も、公民の生命権を故意に剥奪する行為に当たるが、その薬の用量が正常範囲内にあり、Yの直接の死因ではなく、かつ、情状が著しく軽微で、危害も大きくないため、犯罪には該当しないと判示し、中華人民共和国刑法第10条⁶⁷と中華人民共和国刑事訴訟法第11条により、被告人X1とX2に無罪を言い渡した。

判決後、弁護・検察の両方から上訴がなされた。（弁護側は、判決書の中で他人の生命権を故意に剥奪する行為に当たると認定されたことに不服であると主張し、検察側は、両被告人は主観において他人の生命権を不法に剥奪する故意があり、客観において他人の生命権を不法に剥奪する行為を実施し、社会危害がより大きく、中国刑法に規定する故意殺人罪の基本特徴と一致し、故意殺人罪に該当すると主張した。検察側の上訴理由は犯罪性質の把握が不正確であること〔定性錯誤〕と、適用法律が妥当でないことであった。）

二審（本裁定）は、原審が本案に対する事実認定が明瞭で、証拠が確實・十分で、犯罪性質の把握が正確であり〔定性正確〕、審判手続きが合法で、適用法律も結論も妥当であると判示し、原判決を維持すべく、双方の上訴の理由が成立しないとして、双方の上訴を棄却し、原判決を維持した。

本裁定が、「社会危害性が大きくなく、情状が著しく軽微で、かつ、直接的な因果関係がないこと」で被告人を無罪にしたことから、裁判所が危篤状態にある患者に対する安楽死を容認していると理解できるかもしれない。しかし、本案の決め手は「直接的な因果関係がないこと」であって、「直接的な因果関係がある」場合にどうなるかについて、本裁定は必ずしも明確な態度をとっていなかったのである。

小括

以上で中国における安楽死の議論と判例を紹介した。積極的安楽死は、原則として故意殺人罪に該当するが、具体的状況により寛大に処されるべきであるとする教科書上の説明のほか、諸論文においては故意殺人罪自体を成立させるべきではないとする見解が主張されていることが明らかになった。唯一公表されている判例も、結論的には後者に近いと評することができるだろう。日本の学説・判例との類似点あるいは相違点については、第4章でこれまでの内容を再度整理した上で検討することにしたい。

第4章 検討

本章では、以上で紹介した日中における積極的安楽死に関する学説と判例を整理し、両者を比較することによって本稿の立場を明らかにする。

第1節 日本における安楽死に関する学説と判例の整理

1. 学説

日本における安楽死に関する学説は、大きく分けて違法性阻却説と責任阻却説がある。違法性阻却説の中で、まず「人道主義」や「惻隠の情」の視点から違法性阻却を主張する説があり、また優越的利益の比較衡量による違法性阻却説があり、さらに利益衡量の主体を患者本人に限定し、患者の自己決定権をもって違法性阻却を主張する説がある。

まず、「人道主義」や「惻隠の情」に基づいて違法性阻却を主張する説に対しては、以下の批判がある。①その基準の曖昧さは、正当化根拠とするには問題がある⁶⁸。②「人道主義」や「惻隠の情」は倫理的根拠であっても、法的根拠ではなく、違法性を阻却することができない。動機だけで殺人の違法性を阻却する根拠にはならない。③同情心から行った場合ということになると、余命数ヶ月しかも苦しむだけだというガン患者、あるいは一生辛い目にあうであろうという奇形児まで、安楽死を認めることにもなりかねない⁶⁹。

次に、優越的利益の比較衡量による違法性阻却説に対して、①客観的に生命そのものは常に健康より大きな利益とせざるをえない、②生命の利益主体は患者本人しかいないから、第三者が客観的に利益衡量して本人のために結論を出してよいものではないという批判がある⁷⁰。

さらに利益衡量の主体を患者本人に限定し、患者の自己決定権をもって違法性阻却を主張する説に対して、①苦しい状況における患者の意思の真实性に問題がある⁷¹、②弱い立場にある患者の自己決定に基づいた他人の手による殺害は、結局、「生存の価値なき生命の毀滅」に連なるおそれがある⁷²、③人間は社会的存在でもあるから、「自殺の権利」あるいは「死にたい患者を殺害してよい」ということを法律が正面から認めるわけにはいかない⁷³、④憲法上、「殺害されることを請求する権利」は存在しない⁷⁴、⑤殺人禁止の強い要請から、自殺と他人の手による殺害という積極的安楽死の間に一線を画すべきである⁷⁵、という批判がある。

2. 判例

第1章でみたように、日本の積極的安楽死に関する判例は公刊物に登載されているものでは現在まで7件存在する。近親者間の事案が多く、厳密には積極的安楽死に当てはまらないものもある。7件とも有罪になったが、一方で、量刑は比較的寛大で、すべて執行猶予付きだった。この傾向から見ると、判例は、積極的安楽死について、個々の事案における法的正当性を認めることには躊躇

しているものの、行為者の背景事情を考慮して、非難を軽減しようとしていると考えられる。

まず、東京地裁昭和25年判決だが、東京地裁は精神的苦痛だけでは不十分であることから、安楽死の主張を容れなかったものの、理論的に安楽死として行為の違法性が阻却される場合のあり得ることを承認している⁷⁶。

そして、名古屋高裁が安楽死の6つの適法要件を挙げた後、鹿児島地裁昭和50年判決・神戸地裁昭和50年判決・大阪地裁昭和52年判決及び高知地裁平成2年判決はこの6要件を援用していた。以下に再度掲げる。

- 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 病者の苦痛がはなはだしく、何人も真にこれを見るに忍びない程度のもなること
- ③ 専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って意思を表明できる場合には、本人の真摯な囑託または承諾のあること
- 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

この6要件は初めて明示された積極的安楽死の適法要件として著名であるが、次のような批判も提起されている。まず③の「死苦緩和目的」については、それが客観的目的ではなく、もっぱら動機を意味するとすれば、違法性阻却の要件としては疑問がある⁷⁷。次に⑤の「本則」にするという点については、場合によっては患者の承諾がない場合にも違法性阻却を認めることになり問題がある⁷⁸。また、⑥の「方法の倫理的妥当性」については、その内容が極めて抽象的かつ曖昧であり⁷⁹、そもそも倫理的に容認しうる「殺し方」というものがあるか疑わしい⁸⁰。——このように見てくると、この判決は一見、安楽死を一定限度で認めた

ように見えるが、実際上はこれを否定したに等しく、限界が明らかにされたとはいいがたい。それだけでなく、判決であらかじめ要件を抽象的に列挙するのは疑問がある⁸¹。

名古屋高裁の6要件を「更新」したのは、横浜地裁の4要件である。これも再度掲げることにする。

- ① 耐えがたい肉体的苦痛があること
- ② 死が避けられずその死期が迫っていること
- ③ 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

この4要件を名古屋高裁の6要件と比較してみると、(1) 苦痛に関して、「何人も真にこれを見るに忍びない程度」という第三者の視線からの要求がなくなり、「肉体的苦痛」の制限が加えられた。判決文の中では、精神的苦痛に関して、「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」と説明されている。(2) 患者の承諾の意思に関して、患者の意思が明瞭でなく、あるいは意思を表明できない場合の承諾可能性をなくし、「明示の意思表示」を要求した。また承諾の「真摯」性が削除されているが、この点は批判も提起されている⁸²。(3) 「専ら病者の死苦の緩和の目的」、「医師の手によること」、「倫理的にも妥当な方法」の3要件が除かれたが、代わりに「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」が要件として掲げられた。横浜地裁は、この要件が満たされれば、上記3要件も満たされるのが当然であろうから、特に要求する必要がないと考えたものとみられる。しかしここでも、「他に代替手段がない」ことに対しては判断基準が不明であるとの批判がなされている⁸³。

第2節 中国における安楽死に関する学説と判例の整理

1. 学説

ここでは、第3章で紹介した学説を反対意見・賛成意見に分けて、その理由を整理することにした。

(1) 反対する理由

①伝統的な倫理道徳観念から、生命は最高至上であり、本人でも勝手に処分できない。

②患者の生命を短縮するのは医学関係者の人道主義、職業道徳に反する。医者医療救助義務に反する。

③医療技術が日進月歩の今、不治の病の定義と範囲は確かではない、安楽死は患者の治癒の機会を奪いかねない。

④医学の発展を阻害することになる。

⑤法律上、患者の意思によろしいえ、本質的に殺人であることは変わらない。

⑥家族・医者に濫用されるおそれがある。

⑦消極的な人生態度である。

(2) 賛成する理由

①犯罪概念からみると、社会危害性がなく、情状が軽微だから、犯罪ではない。

②犯罪構成の客体・客観的側面・主体・主観的側面からみて、安楽死は実質的に故意殺人罪を構成しない。

③刑法上、安楽死が違法である明文規定がないから、罪刑法定原則により、安楽死を犯罪として処理する根拠がない。

④憲法は、国家が市民に自分の命を延長するよう強制できるとは規定していないし、また国家が市民のために自分の命を終わらせることを援助できないとも規定していない。

⑤生命は個人のものであり、自由意思で処分できる。

⑥生命の質・生命の価値から考えて、安楽死は理性的な選択である。

⑦現代の人道主義（憐憫）に適合する

⑧家族の経済的負担、社会の人的・物的資源を

節約することができ、社会主義建設と人民生活の改善に役立つ。医療資源を節約し、公正合理的に使用するの社会公益の需要である。

⑨患者を尊重し、患者のためである。

⑩現代医学の発展に影響しない。

⑪社会責任の否認ではない。

⑫現代的な社会価値を有する。

⑬死亡は「人類の敵」ではない。

2. 判例

中国の判例は「社会危害性がなく、情状が軽微であること」、かつ、「直接的な因果関係がないこと」をもって被告人を無罪にしたが、その決め手は死亡結果との直接的な因果関係がないことであって、死亡結果との直接的な因果関係がある場合の安楽死について必ずしも明確な態度を示さなかった。

第3節 日中比較とその検討

1. 学説の異同

中国の学説に明らかなように、賛成意見・反対意見のいずれにおいても、その理由は多く挙げられているものの、挙げられた理由の多くが法的根拠とはいいがたいのが特徴である。また、賛成意見の中で、家族や社会の負担を軽減するために安楽死を実施すべきであるとの意見もあるが、これは、個人主義を尊重する日本では到底考えられないであろう。

反対意見に対する主な批判は賛成意見にほぼ網羅されているので、賛成意見の中で、日本の学説とは異なるものについて簡単に検討を加えることにする。

2. 日本の学説と異なる賛成理由の批判

中国の賛成理由から4つを抽出して、順次、批判的に検討することにした。

①犯罪概念からみると、社会危害性がなく、情状が軽微だから、犯罪ではない。

これは、中国刑法第13条に依拠するものであるから、一応法的根拠であるとはいえるが、第13条

における犯罪概念の判断は個々の犯罪の犯罪構成要件の判断に先立つものであって、ここで「社会危害性がなく、情状が軽微である」という条件さえクリアすれば犯罪ではなくなるから、後の犯罪構成の客体・客観的側面・主体・主観的側面の判断が不要なものとなる。この意味で、この判断は極めて重要な意味をもつとはいえる。それにもかかわらず、「社会危害性がなく、情状が軽微である」の判断基準は曖昧である。結局、裁判官に任せることになり、裁判官の価値観の違いにより判断結果が多様性をもつことになりかねない。つまり、裁判官が、正しいと思うことを「社会危害性がなく、情状が軽微である」と判断し、正しくないと思うことを「社会危害性があり、情状が軽微でない」と判断しかねないということである。そのため、基準の客観性が重視される安楽死の正当化根拠・違法性阻却根拠にするのは相応しくないと考える。

②犯罪構成の客体・客観的側面・主体・主観的側面からみて、安楽死は実質的に故意殺人罪に構成しない。

犯罪構成要件で安楽死の適法性を判断するという方法自体は、法的判断としてありうると思われるが、問題は、いずれの要件においても、実質的には故意殺人罪と異なるが、形式的にみると、故意殺人罪を構成するといわざるをえないことにある。形式的に故意殺人罪に当てはまる以上、実質的な違いをもって安楽死を正当化するのは難しいであろう。

③刑法上、安楽死が違法である明文規定がないから、罪刑法定原則により、安楽死を犯罪として処罰する根拠がない。

これは、罪刑法定原則に対する誤解である。安楽死は形式的に故意殺人罪の犯罪構成要件に該当するので、罪刑法定原則によれば、特別規定がない限り、故意殺人罪で処理されるべきであろう。

⑦家族の経済的負担、社会の人的・物的資源を節約することができ、社会主義建設と人民生活の改善に役立つ。医療資源を節約し、公正合理的に使用するの社会公益の需要である。

ここで挙げられた集团的利益・社会的利益のいずれも生命というかけがえのない個人的法益に対抗できないのは自明であろう。そのみならず、もしこの考え方を徹底するならば、不治の病に罹った患者がなお生き続ける行為は社会危害性を有する行為になるという不合理さがある。

3. 日本の学説と同様の賛成意見の検討および本稿の基本的立場

日本の学説と同様の賛成意見について、ここでは、日本の学説に沿って検討し、その上で、本稿の基本的立場を明らかにすることにした。なお、日本の学説の中で、中国の賛成意見にみられなかった見解として平野博士の優越的利益衡量説があるが、これに対する批判は本章第1節で紹介したので、以下ではその他の見解について取り上げる。

(1) 人道主義からの違法性阻却

日本の学説と同様の主張として、人道主義から違法性を阻却する、あるいは犯罪性を否定する見解は、古くから多く主張されている。

しかし、すでに紹介した批判の通り、これは倫理的根拠であっても、法的根拠ではない。判断基準が曖昧であり、違法性を阻却する根拠としては適切でない。また、最も問題となるのは、この考えによると、患者の生命に対して、その法益主体である患者本人ではなく、それと無関係の第三者にその処分権を委ねることになることである。

また、これと類似の見解として、「生命の質」・「生命の価値」から安楽死に賛成する主張がある。この主張もまた、生命の質・価値に関して、無関係の第三者に決められてよいという大きな問題を抱えている。

(2) 自己決定権による違法性阻却

本稿は、自己決定権による違法性阻却説の根底にある「患者の自己決定の尊重」という考え方を支持する。「個人の尊厳」に基づく自己決定権の重要性は、基本的には患者の生命にも妥当するものと解されるからである。これに対しては、①苦

しい状況における患者の意思の真実性に問題がある、②弱い立場にある患者の自己決定に基づいた他人の手による殺害は、結局「生存の価値なき生命の毀滅」に連なるおそれがある、③人間は社会的存在でもあるから、「自殺の権利」あるいは「死にたい患者を殺害してよい」ということを法律が正面から認めるわけにはいかない、といった批判があるが、以下のように反論することが可能である。

①確かに、人間は苦しい状況になると弱気になる傾向があり、周囲の人に気を使ってつい「死にたい」と言い出す人もいるかもしれない。しかし一方で、「自己の生命を終わりたい」、「もう一秒でも生きたくない」という確固たる意思をもつ患者がいることも確かである。患者の意思の真実性が疑わしいことがあるからといって、それをもってすべての患者の自己決定の正当性を否定することはできない。むしろ、患者の自己決定の正当性を肯定した上で、患者の意思の真実性をどうやって保証できるか、安楽死を実施する段階においてその対策を考え出すべきである。

②「生存の価値なき生命の毀滅」に連なるおそれがあるという批判に対しても同様である。おそれがあるからといって、それをもって患者の自己決定権を否定するのはあまりにも消極的な考え方である。安楽死の適法要件を厳しく設定することによって、「生存の価値なき生命の毀滅」に連なるおそれは回避することが可能である。

③確かに人間は社会的存在であり、国家を構成する基本単位である。一人が死ぬことで、その周囲の人に感情的あるいは事実上のダメージを与えることがある。国家を構成するが個人がなくなったら、国家が成り立たなくなる。この意味において、死ぬことは個人だけのことではないかもしれない。しかしだからといって、周囲の人・社会・国家の都合で個人に生きることを強制することができるかという、そうではない。なぜなら、生きることを強制することも生命に対する処分行為の一種だからである⁸⁴。人間が社会的存在であるからといって、生命が個人的法益であることには変

わりはない。生命の基本的な利益主体はあくまで個人である。周囲の人・社会・国家はそれに付随したものに過ぎない。生命というかけがえのない最も重要な法益に対して、その基本的な利益主体（＝本人）よりも、それに付随するものに処分権を委ねることは到底考えられない。むしろ、周囲の人・社会・国家のように利益主体に付随するものではなく、基本的な利益主体である個人に生命の処分権を認めることを、法律をもって保証すべきである。

したがって、患者の生命に対する自己決定権自体は是認するべきものであり、それを尊重する考え方も妥当であると思われる。

ただし本稿は、自己決定権による違法性阻却説のみによっては積極的安楽死を完全には正当化できないと解する。なぜならば、自己決定権は「自殺権」を基礎づけることができるが、「殺害請求権」を基礎づけることができないからである⁸⁵。つまり、患者には自己の生命を処分する権利があるが、一歩進んで「安楽死を実施せよ」と請求する権利、あるいは何者かにその請求に応じて安楽死を実施する権利は中国・日本のいずれにおいても憲法上保障されていない。しかし、患者の自己決定による生命の放棄は、「被害者の同意」として、安楽死を実施する者の違法性を減少させることができると考えられる。一方で、安楽死を実施する者にとって、違法性が一部減少されたとはいえ、完全に阻却されたわけではない。同意殺人罪を規定する刑法の下では、患者の真摯な要求さえあれば、いかなる場合も安楽死を実施してよいというわけではない。したがって、安楽死実施の違法性を阻却するには、新たな(更なる)正当化根拠が必要になるとと思われる。

その新たな正当化根拠を考察するに先立って、まず判例を再度検証することから始めたい。

(3) 正当業務行為による違法性阻却

中国の判例は「社会危害性がなく、情状が軽微であること」、かつ、「直接的な因果関係がないこと」をもって被告人を無罪にしたが、その決め手

は死亡結果との直接的な因果関係がないことであって、死亡結果との直接的な因果関係がある場合の安楽死について必ずしも明確な態度を示さなかったことは、第3章で述べたとおりである。ここで、日本の判例、とりわけその中で示された安楽死の適法要件とこれらの要件を支える正当化根拠を中心に検討したい。

まず、名古屋高裁の6要件に関して見てみよう。

③の「専ら病者の死苦の緩和の目的でなされたこと」の要件に対する批判に対して以下のように反論することが可能である。確かに、患者の死苦の緩和の目的は客観的な要件ではなく、判断に困難さが伴い、それだけでは違法性阻却要件とはなりえない。しかし、正当な目的は行為の正当性を基礎づけるには必須の要件であり、客観的な状況から一定程度判断できるであろう。また、「専ら」患者の死苦の緩和目的を要件とすることは厳格すぎるが、その目的が主たる目的であれば足りると思われる。

⑥の「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」の要件に対する批判に対しては次のように反論できるだろう。「倫理的に妥当な方法」は確かに法的根拠ではなく、判断基準も曖昧で、違法性阻却根拠としては相応しくない。しかし、高知地裁のように「社会通念上相当な方法」と解するならば、それ自体は刑法上しばしば使われる判断基準であり、曖昧ではあるが、行為の正当性を基礎づける諸要件の中の一つとしては問題ないであろう。さらに、「医学的に相当な方法」などにすれば、一層明確になるであろう。いずれにしても、方法の相当性は行為の正当性を基礎づけるに欠かせない一要件である。

④の「病者の意識がなお明瞭であって意思を表明できる場合には、本人の真摯な囑託または承諾のあること」の要件に対する批判は、患者の承諾がない場合にも違法阻却を認めることになるという懸念によるものであったが、患者の意思とは無関係に家族や医師に勝手に決められるのは確かに大きな問題である。しかし、瀕死状態の患者の多くは意思表示のできない状態に陥っていることに

鑑みると、推定的同意をまったく認めないのも問題ではないであろうか。重要なのは、どの程度の推定的同意が許されるかということである。これは、実施上の細かい規則によってさまざまな制限が可能であると思われるが、その一つの基準として、誰からみても患者本人が同意するであろうと推定できるほどの客観的証拠を要求することができる。というのも、家族だからといって、患者の生命に対して優越的な処分権を持つわけではないから、家族の意思あるいは家族だけの推定では不十分だと考えられるためである。患者の同意を証明する客観的証拠の一つとして、リビング・ウィルのような生前の意思表示が書面に残された場合が想定されるが、そのほかにも、論文・日記・ブログなどの中でそれに近い価値観が表明されていた場合も当てはまると思われる。また、制度的に生前の意思表示を残させることもできると考えられる。例えば、保険証や診療券にリビング・ウィルの項目を設けて、記入するか否かは自由に任せながら意思表示の機会を与えることによって、その意思表示に到達するまでの手間を省くことができる。

この6要件の中で最も問題があると思われるのは②の「何人も真にこれを見るに忍びない程度」の要件である。この第三者的な視線からの要求は、法益主体（患者本人）と何らの関係もないことであって、患者の自己決定権の観点からは到底考えられないものである。こうした点からみると、この6要件は、法益論に基づく違法性阻却要件というより、「人道主義」に基づく慈悲殺の要件であると考えられる。前にも述べたように、人の生命は他人に左右されてよいものではない。他人の視点を基礎にする「人道主義」を正当化根拠としていることは、この6要件の根本的な問題点である。

次に、横浜地裁の4要件を見てみよう。横浜地裁は、自己決定権と緊急避難をあわせて安楽死の正当化根拠としている。この4要件には批判があるものの、自己決定権と緊急避難からきた要件であることを考えてみれば、要件自体としては理論的背景をもつものということができる。しかし、こ

ここで正当化根拠として緊急避難を援用することの是非が問題となる。客観的に考えると、侵害された法益「生命」は、常に保全された法益である「苦痛の緩和」よりも優越的であるといわざるをえない。緊急避難を根拠とすることによっても、ただちに正当化が導かれるわけではないように思われる。確かに、かつて東京地裁昭和25年判決も侵害法益と保全法益が同一の人に属する場合の緊急避難を認めたが、ここまでの議論でも明らかなように、この場合の侵害法益と保全法益の優越的利益衡量は客観的な利益衡量ではなく、法益主体の主観的利益衡量、換言すれば自己決定権による違法阻却すなわち「被害者の同意」である。上述したように、「被害者の同意」は生命侵害に関する行為者の違法性を一定程度減少できるが、その違法性を完全に阻却することができない。その違法性を完全に阻却するには、やはり更なる正当化根拠が必要となる。

では、どのような根拠が考えられるであろうか。ここで判例をもう一度見てみよう。注目すべきことは、東京地裁昭和25年判決と大阪地裁昭和52年判決において、弁護人による「正当行為（正当業務行為）に該当する」という主張に対してなされた判示である。

東京地裁は、「元来、刑法第35条に規定する『正当の業務に為したる行為』とは法令上形式的に権利又は義務とせられる旨の規定がなくても、社会観念上正当と認められる行為を業務として行うことを謂い、かような行為は違法性を阻却するものである。しかし違法性を阻却せられるのはひとり業務行為に限らず、いやしくも社会観念上正当と認められる行為即ち正当行為であれば、前者と同様に解すべきである」と述べ、さらに安楽死の場合について、「現代医学の智識および技術の上から見て、不治又は致命的と認められる重傷病者とその疾病のため激しい肉体的苦痛に悩んでいる際、その重傷病者に対して故意に死を惹起する行為が行われた場合、いかなる条件においてこれを正当行為としてその違法性を阻却するかは個々の具体的要件を仔細に検討してこれを決定しなけ

ればならない」と述べた上で、本事案を検討し、「被害者は本件犯行の当時その疾病により激しい肉体的苦痛のため苦悩していたとは認め難い」として、弁護人の正当業務行為の主張を採用しなかった。

また、大阪地裁は、名古屋高裁判決を援用し、「刑法35条の正当行為に当たる、いわゆる安楽死が考えられるとするならば、…それは、原則として、医師の手によらなければならないと考える。…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」、「更に、いわゆる安楽死の実行方法としても、…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ぬと考える」と述べ、この2点につき本事案を検討した結果、「本件は、少なくともこの2点において、刑法35条にいう正当行為には当たらないというべきである」として、弁護人の正当行為の主張を採用しなかった。

この2つの判決では、いずれも事案の具体的事情を検討した結果、被告人の行為を正当行為には該当しないとした。しかし、ここで留意すべきことは、積極的安楽死が正当行為（正当業務行為）として違法性が阻却される可能性自体は、両者において認められていたことである。翻って考えるならば、積極的安楽死が単なる「被害者の同意に基づく（許された）殺人」ではなく、医療の現場において、一定の医療水準の下で、「患者の尊厳」を保ちつつ医師によって行われるべきものであるとの視点からは、この正当化根拠は極めて重要な意味をもつものである⁸⁶。そこで本稿は、積極的安楽死に関して、患者の自己決定権（被害者の同意）と併用すべき正当化根拠として「正当行為」性（「正当業務行為」性）を提示し、両者の統合（併用）によって説明することが適切であると解する。この両者が機能することによって、積極的安楽死は違法性「減少」にとどまらず違法性「阻却」に至るのである。また、適法要件もこうした視点から導かれるべきである。適法要件の詳細は、次節で論じることにした。

第4節 安楽死の適法要件に関する本稿の見解

上記の患者の自己決定権（被害者の同意）と医師の正当行為（正当業務行為）を併用した正当化根拠から、以下のような安楽死の適法要件を導き出せると考える。

まず、患者の自己決定権（被害者の同意）という正当化根拠から、患者の明示の意思表示が必要とされる。ここでの「患者の明示の意思表示」は、本章第3節ですでに述べたように、患者の自由意思によること、確固たる意思であることが必要であるが、推定的同意による場合も含むと解すべきである。患者の自由意思によることを担保するために、複数の医師から説明を受け、その説明を正確に理解することが要請される。確固たる意思であることを担保するために、上記説明を理解した上で、一定期間にわたって継続する請求と書面による意思表示が必要となる。また、患者本人が意思表示をなさない場合、客観的な証拠により本人の意思を推定することができる。この場合の意思は過去の既成のものだから、一定期間にわたって請求が継続することを要件とすることはできないが、その意思を推定する際に、推定する主体（家族）がやはり複数の医師から説明を受け、その説明を正確に理解すること、また、本人の意思が客観的証拠により推定され、最終的には書面により安楽死の実施を請求することを要件とすべきである。

次に、医師の正当行為（正当業務行為）という正当化根拠から、行為の必要性、目的の正当性、行為主体の業務性、行為態様の相当性と患者の同意が必要とされる。行為の必要性を担保する要件として、不治の病に罹り、死期が差し迫っていることが必要とされる。ここで誤診を防ぐために、複数の医師による診断が必要であると考えられる。目的の正当性を担保する要件として、耐えがたい肉体的苦痛を除去する目的が必要とされる。精神的苦痛は、その有無・程度について客観的に判断しようがないことから、この要件から排除されると考える。行為主体の業務性を担保するには、資格を持つ医師により行われることが必要とされる。ここで行為主体を医師に限定するのは、「業務性」

を担保する一方で、濫用される危険を避けるためでもある。また、制度的に、安楽死に関する特定の医師資格を設け、その特定の資格を持つ医師に限定すれば、医療倫理によって安楽死に反対する医師の信条の自由を害さないで安楽死を適法化することもできる。最後に、行為態様の相当性を担保するために、相当な医療手段が必要とされる。どのような手段が相当な手段であるかは一概にはいえないが、絞殺・刺殺・射殺のような残虐な手段でなく、患者に安らかな死を与えられる医療手段であれば足りると思われる。例えば、薬物を投与することによって安楽死を実施するという行為態様は、適切な医療手段として是認できると思われる。さらに、ここでの患者の「同意」は、通常の治療行為における患者の同意では足りず、法益侵害行為（この場合は、生命を終わらせること）に対する被害者の同意が必要である。なぜなら、通常の治療行為は、医学的適応性と医術的正当性によって患者の身体利益を優越的に維持する行為であるから、その違法性を阻却するための患者の同意は、法益侵害行為に対する被害者の同意より、その要件がゆるやかで、また、その効果範囲が広いと考えられる⁸⁷のに対して、安楽死においては、客観的に利益衡量すると、侵害利益は常に保全利益にまさるから、その違法性を阻却するために患者の同意の要件をゆるめたり、効果範囲を広げたりする理由がないためである。したがって、安楽死の場合は、より厳格かつ確実な被害者の同意が必要であり、それは実質的には上述した患者の自己決定権（の行使）と合致するものといえよう。

以上のことから、本稿が患者の自己決定権（被害者の同意）と医師の正当行為（正当業務行為）を統合（併用）した正当化根拠から導き出した安楽死の適法要件は次の5項目である。

①患者本人の自由意思による真摯な請求、又は、患者が意思表明しえない場合に客観的な証拠から客観的に推定される患者本人の意思に基づく書面による請求があること

- ②不治の病に罹り、死期が差し迫っていること
- ③耐えがたい肉体的苦痛を除去する目的でなされること
- ④資格を持つ医師により行われること
- ⑤相当な医療手段で行われること

小括

本章では、第1章と第3章の安楽死に関する学説・判例について整理し、分析した上で、積極的安楽死の正当化根拠を探った。それは、患者の自己決定権（被害者の同意）と医師の正当行為（正当業務行為）を統合（併用）した考え方によるべきことを明らかにした。そして、その正当化根拠から、結論的に5つの適法要件を掲げることとなった。

しかし、これらは唯一の正当化根拠あるいは適法要件ではない。安楽死の正当化に賛成するにせよ、あるいは反対するにせよ、その見解の根底にある価値観は必ずしも矛盾しないことがある。例えば、同じ「生命は重要である」という価値観から出発して、重要だから誰にも（本人にも）その処分権を与えてはならないという見解にも発展しうるし、大切だからこそ、一番の自己決定権として本人に認めなければならないという見解にも発展しうる。考え方によっては、異なる正当化根拠あるいは適法要件が当然ありうるだろう。

したがって、本章で示した見解は、いうまでもなく積極的安楽死を正当化するための一つの可能性にすぎない。

総括

生命は最も重要な法益であり、本人の承諾があるからといって、他人の生命侵害にむやみに干渉することはできない。そのため、安楽死が法的に許される場合を厳しい要件をもって限定しなければならない。一方で、生命が最も重要であるからこそ、生命に対する自己決定権は最も重要な人権として保障されなければならない。生命に対する自己決定権を基本とする安楽死をすべて違法とするのは望ましくない。その意味で、安楽死の中で、

限られているごく一部であっても、せめて一つの類型に該当する安楽死を違法性阻却し、適法であると認める必要がある。確かに、安楽死の事案はケース・バイ・ケースで、個々の事情が異なってくるため、事前に一定の基準を定立することには常に困難が伴う。しかし、何の行動規範・ルールも存在しないのならば、医師（安楽死を実施する者）にとって、当該行為が違法になるかどうかを予測できず、医師の行動の自由を害する。一定のルール（安楽死の適法要件）を提示することで、医師に予測可能性を付与する一方で、安楽死行為の「規範化」という法実務上の需要にも応えることができる。こうした観点から、本稿は極めて厳格な適法要件を提示したのである⁸⁸。

もちろん本稿で示した適法要件は、安楽死を正当化する唯一の基準ではない。しかしながら、規範化されうる一つの方途として、将来、中国が安楽死を立法化するとき、安楽死のガイドラインを作るとき、あるいは、医療倫理の指針として安楽死の評価を行うときに、何らかの参考になることがあれば幸いである。

- 1 甲斐克則『安楽死と刑法』（成文堂・2003年）3頁以下参照。ドイツにおいては、カール・エンギッシュが、1948年の著書の中で安楽死を純粋な安楽死・間接的安楽死・直接的安楽死（延命措置の差し控えおよび積極的安楽死）・生存の価値なき生命の毀滅の4つに分類した。Vgl. Karl Engisch, Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens in strafrechtlicher Beleuchtung, 1948, S.3ff.（要約として、町野朔ほか（編著）『安楽死・尊厳死・末期医療』（信山社・1997年）61頁以下〔丸山雅夫〕。）さらに、金沢文雄「安楽死の問題」法學25巻1号（1961年）25頁以下参照。
- 2 小野清一郎「安楽死の問題」同『刑罰の本質について・その他』（有斐閣・1955年）210-211頁。
- 3 小野・前掲注(2)217頁（なお、同219-220頁は、

安楽死が責任阻却される余地をも認めている)。因みに小野博士の本論文は、本章第2節で紹介する名古屋高判昭和37年12月22日(高刑集15巻9号674頁)に多大の影響を与えたものとみられる。

- 4 植松正「安死術の許容限界をめぐる」ジュリスト269号(1963年)45頁。
- 5 大塚仁『刑法論集(1)』(有斐閣・1976年)148頁。
- 6 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣・1976年)251-252頁。

なお、こうした利益衡量論そのものではないが、比較的早い時期に「治療行為」としての違法阻却を主張した学説として、瀧川幸辰博士の見解がある。瀧川博士は、安楽死が「避けることのできない死因の転換」、「純然たる治療行為」であり、「違法阻却原因」であるから適法であるとしている。すなわち、「形式的に解釈すれば、死にかかっている人であろうが、健康な人であろうが、殺人の対象としては同一である。しかし、突き込んで考えると、大きな疑問がある。安死術の問題を論ずるには、その行われる状態を明らかにする必要がある。第一は、死が確実なこと、第二は、苦しみの多い死であること、この二つが条件となる。死の迫っている場合には、苦痛のない点でまさっている他の死因をもって、現在の死因とおきかえる以外に道はない。これは法的意味の殺人行為ではなく、避けることのできない死因の転換である。実は純然たる治療行為である。苦痛を除くことも治療である。食塩注射をすることは、多少の苦痛を与えるが、生存期間を延ばすことができる。それにも拘らず、医師は病人、親族の希望により、注射をやめて、引延ばしうる生命を引延ばさないことが多い。モルヒネ注射をして死期を早めることも、食塩注射をしないで、引延ばしうる生命を引延ばさないことも、法上は価値の同じ行為である。その一つが禁ぜられ、他の一つが許されるわけではない。安死

- 術は違法阻却原因である」とされていた(瀧川幸辰『刑法各論』(世界思想社・1951年)34-35頁)。
- 7 町野朔「安楽死——ひとつの視点(2・完)」ジュリスト631号(1977年)121頁。なお、福田雅章「安楽死をめぐる二つの論点」自由と正義34巻7号(1983年)54頁以下参照。
 - 8 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣・2009年)332-333頁。
 - 9 井田・前掲注(8)333頁。
 - 10 山口厚『刑法総論(第2版)』(有斐閣・2007年)165-166頁。
 - 11 山口・前掲注(10)167頁。
 - 12 佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(有斐閣・1981年)291頁。
 - 13 内藤謙『刑法講義総論(中)』(有斐閣・2001年)540頁。
 - 14 甲斐克則「安楽死・尊厳死と法」戸波江二=棚村政行=曾根威彦=甲斐克則=岩志和一郎『生命と法』(成文堂・2005年)135頁。
 - 15 甲斐・前掲注(1)5頁。
 - 16 甲斐・前掲注(1)5頁。
 - 17 甲斐・前掲注(1)4-5頁。
 - 18 甲斐・前掲注(1)5頁。
 - 19 現行の1997年刑法である(以下、説明のないときは1997年刑法を指す)。
 - 20 野村稔=張凌『注解・中華人民共和国新刑法』(成文堂・2002年)9頁。
 - 21 野村=張・前掲注(20)9頁。
 - 22 高銘暄「第2章 刑法の基本原則」高銘暄・馬克昌主編、趙秉志執行主編『刑法学(第3版)』(北京大学出版社・高等教育出版社・2008年)29頁参照。
 - 23 野村=張・前掲注(20)10頁。
 - 24 高銘暄・前掲注(22)30頁(引用者訳)。
 - 25 高銘暄「第4章 犯罪概念と犯罪構成」高銘暄・馬克昌主編、趙秉志執行主編『刑法学(第3版)』(北京大学出版社・高等教育出版社・2008年)46頁参照。
 - 26 1979年刑法では第10条に規定されている。

- 27 野村=張・前掲注(20) 28頁。
- 28 高銘暄・前掲注(25) 51-52頁参照。
- 29 野村=張・前掲注(20) 30頁参照。
- 30 高銘暄・前掲注(25) 53頁(引用者訳)。
- 31 野村=張・前掲注(20) 30-31頁。
- 32 野村=張・前掲注(20) 31頁。
- 33 野村=張・前掲注(20) 31頁。
- 34 高銘暄・前掲注(25) 56頁参照。
- 35 高銘暄・前掲注(25) 57頁参照。
- 36 野村=張・前掲注(20) 27頁。
- 37 野村=張・前掲注(20) 12頁。
- 38 中国刑法でいう「正当行為」の範囲は、日本刑法でいう「正当行為」の範囲より広く、「正当防衛」、「緊急避難」なども含む。日本刑法でいう「違法性阻却事由」に相当する。
- 39 黄京平「第9章 正当行為」高銘暄・馬克昌主編、趙秉志執行主編『刑法学(第3版)』(北京大学出版社・高等教育出版社・2008年) 138頁(引用者訳)。
- 40 野村=張・前掲注(20) 40頁。
- 41 黄京平・前掲注(39) 139頁参照。
- 42 通説の見解として、高銘暄・馬克昌主編『刑法学』(中国法制出版社・2007年) 167頁、趙秉志主編『刑法新教程』(中国人民大学出版社・2001年) 207~208頁参照。身体に関しては、およそ傷害について承諾を無効とする見解として、陳興良『規範刑法学(上)(第2版)』(中国人民大学出版社・2008年) 155頁、重大な傷害については承諾を無効とする有力説として、張明楷『刑法学(第3版)』(法律出版社・2007年) 200、643頁参照。
- 43 高維儉・薛林「論心権利人同意之行為——被害人同意理論的重構」政治与法律2004年第3期98頁(引用者訳)。
- 44 鄭莉芳「刑法中的生命權承諾」河北法学第24卷第3期(2006年) 100頁(引用者訳)。
- 45 1979年刑法では第132条に定められている。
- 46 野村=張・前掲注(20) 315頁。
- 47 野村=張・前掲注(20) 315頁。
- 48 野村=張・前掲注(20) 316頁。
- 49 趙秉志主編『刑法争議問題研究(下卷・刑法各論)』(河南人民出版社・1996年) 231頁。
- 50 趙秉志主編・前掲注(49) 231-232頁。
- 51 陳興良「教唆或者幫助他人自殺行為之定性研究——邵建国案分析」浙江社会科学2004年第6期75頁。
- 52 馮凡英「教唆・幫助自殺行為芻議」人民檢察2004年第2期27頁。
- 53 趙秉志主編・前掲注(49) 232頁。
- 54 魏東『刑法各論若干前沿問題要論』(人民法院出版社・2005年) 61-62頁参照。
- 55 林亜剛「第24章 侵犯公民人身權利、民主權利罪」高銘暄・馬克昌主編、趙秉志執行主編『刑法学(第3版)』(北京大学出版社・高等教育出版社・2008年) 520頁。
- 56 林維「第15章 对个人法益的犯罪: 侵犯公民人身權利、民主權利罪」陳興良主編『刑法学(第2版)』(復旦大学出版社・2009年) 312頁。
- 57 張明楷『刑法学(第2版)』(法律出版社・2006年) 676-677頁。
- 58 張玉堂「我們有死的權利——对安乐死争論的法理学思考」法学2001年第10期、10頁以下参照。
- 59 李惠「情与法的撞擊: 安乐死在中国的必然性与突然性研究」上海大学学报第13卷第5期(2006) 102頁以下参照。
- 60 李宝珍「応為“安乐死”立法」中外法学1998年第1期(総第55期) 126頁。
- 61 王軍「对安乐死的認識与立法思考」人民檢察2001年第12期19頁。
- 62 李明華「安乐死: 生命的尊嚴」西南民族学院学报第21卷第10期(2000年) 116頁以下。
- 63 陳曉青・李瑾「論安乐死的法律問題」內蒙古大学学报第34卷第1期(2002年) 86頁以下。
- 64 劉国祥「对我国安乐死立法的幾点思考」中華医院管理雜誌第21卷第1期(2005年) 56頁以下。
- 65 張玉堂・前掲注(58) 10頁以下参照。
- 66 『人民法院案例選——刑事卷(上)(1992-1999年合訂本)』(中国法制出版社・2000年) 387頁以下。

- 67 1979年刑法、1997年刑法第13条に相当する。
- 68 甲斐・前掲注 (1) 5頁。
- 69 平野・前掲注 (6) 251頁。
- 70 町野・前掲注 (7) 121頁。
- 71 甲斐・前掲注 (1) 4頁。
- 72 内藤・前掲注 (13) 540頁。
- 73 甲斐・前掲注 (1) 5頁。
- 74 甲斐・前掲注 (1) 5頁。
- 75 内藤・前掲注 (13) 539-540頁。
- 76 小野清一郎「安楽死に関する判例評釈」判例タイムズ5号 (1950年) 233頁。
- 77 平野・前掲注 (6) 252頁。
- 78 平野・前掲注 (6) 252頁。
- 79 甲斐・前掲注 (1) 7頁。
- 80 平野・前掲注 (6) 253頁。
- 81 平野・前掲注 (6) 253頁。もちろん、これがガイドラインのような形で精密化される場合は別論であろう。
- 82 甲斐・前掲注 (1) 10頁。ここでは、本人が熟慮の上ではなく、衝動的に承諾したような場合が排除されないことが問題となる。
- 83 甲斐・前掲注 (1) 10頁。例えば、主治医が緩和医療に消極的な立場を採っている場合には、「代替手段がない」と判断されやすくなるのではないかが問題となりうる。
- 84 「処分」というとき、普通は「売却・棄却・寄贈などして対象物を始末すること」をイメージするかもしれない。そのイメージから、安楽死をする（申請する）ことを「生命に対する処分行為」といい、安楽死をしない（認めない）ことを「生命に対する処分行為」といわない。それ故、安楽死を申請する患者本人には「生命に対する処分権」が必要だが、安楽死を認めない周囲の人・社会・国家には「生命に対する処分権」が必要でないと考えらるであろう。しかし、「処分」の意味は決して「売却・棄却・寄贈などによって対象物を始末すること」に限られるわけではない、「対象物の扱い方について決めること」も「処分」である。生命を終わりにすると決める行為も、生命を存続させると決める（強制する）行為も、同じく「生命に対する処分行為」であり、どちらにも「生命に対する処分権」が必要となる。
- 85 この点については、甲斐・前掲注 (1) 5頁、171頁参照。
- 86 日本では、積極的安楽死を「超法規的違法性阻却事由（超法規的正当化事由）」の一つとして位置づける見解も少なくない（最近のものとして、高橋則夫『刑法総論』（成文堂・2010年）313頁以下参照）が、刑法35条によって根拠づけようとする立場は、多少なりとも実定法上の基礎を求めようという方向性を示すものといえよう。
- 87 内藤・前掲注 (13) 532-533頁参照。なお、佐伯仁志「被害者の同意とその周辺(2)」法学教室296号 (2005年) 91頁は、「被害者の同意においては、同意が違法性阻却の『基礎』であるが、治療行為における患者の同意は、医学の専断を抑制し、違法性阻却を限界づける『柵』である」とされる。
- 88 日本では、2007年5月に、厚生労働省が「終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン」を公表した (<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2007/05/dl/s0521-11a.pdf>)。もっとも、このガイドラインは、疾患に伴う耐え難い苦痛は緩和ケアによって解決すべきであるという立場を採っており、「生命を短縮させる意図をもつ積極的安楽死は、本ガイドラインでは対象としない」としている。

(じょ しゅんし 北海道大学大学院法学研究科
修士課程修了)