

番号	著者	発表年	タイトル	出版	分類 カテゴリ	研究 デザイン	対象・人数	主たる アウトカム	結果	結論
13	西村茂子(旭川敬老園)、安達悦子、中西準、宮原伸二	1999	特別養護老人ホームにおける「望ましい死」に関する研究(第1報) 旭川敬老園の過去5年間の実態調査から	旭川荘研究年報 (0913-4603)30 巻1号 Page12-17	患者側の 要因	横断研究	旭川敬老院入所者 で平成5年-9年に死 亡した98名	特養での医療 処置内容	施設内死亡は69.4%。在所半数・年齢があがるにつれ、施設内死亡が増える。医療処置は91.9%の人が受けていた。	特養は突然死も多く、急性疾患への対応も必要。また、高齢死者も多く、その際の対応が重要である。
14	松下哲(東京都老人医療センター)、福松孝忠、橋本肇、高橋龍太郎、高橋忠雄、森真由美、木田厚瑞、小沢利男	1999	終末期のケアに関する外来高齢患者の意識調査	日本老年医学会雑誌 (0300-9173)36 巻1号 Page45-51	患者側の 要因	横断研究	東京都老人医療センター 外来通院中の患者	希望する終末 場所、延命治 療・告知の希望	対象562人、73.4歳±8.6歳。終末期での病名告知は60%が希望し、余命日数の告知希望率は53%。終末場所の希望は自宅64%、病院24%。終末の医療では、自然の葬命に任せて欲しいは80%、延命医療に徹するは9.3%。自己決定不能状態になったときの水分栄養補給は経管栄養8.7%(胃ろう2.7%、経鼻管6.0%)、点滴39%、何もしないは42%。	終末期のケアに関しては、病状の説明を望み、自宅で、自然に、を希望している。
15	森田達也(聖隷三方原病院)、角田純一、井上聡、他	1997	高齢患者の緩和ケアの特設当院における予備的調査から	Geriatric Medicine(0387- 1088)35巻11号 Page1505-1511	医学的情 報	横断研究	聖隷三方原病院の 終末期がん患者	年齢と身体症 状、オピオイド 使用、輸液、沈 静	高齢者では疼痛、オピオイド投与率、投与量、症状緩和のための鎮静が少なかった。一方、食思不振、呼吸困難、吐き気・嘔吐、輸液量に与える加齢の影響は疾患属性や全身状態に比して小さい	高齢者と若年者の適切な緩和医療の違いを知る必要がある
16	名倉英一(国立療養所中部病院)、柴田昌子、本城秀次、他	1995	家族からみた最終入院時における高齢患者の病識の検討 感患者と非感患者の比較	日本老年医学会雑誌 (0300-9173)32 巻8~9 Page571-580	コミュニケ ーションの 質	横断研究	国立療養所中部病 院で死亡した93例の 家族	病識について	合計65例から回答を得る。高齢の患者の病識はより悲観的。がん患者は非がん患者よりも病識を知っていた割合が低く、病識の説明に対する納得は有意に低かった。	コミュニケーションについて改善すべき
17	内閣府	2002	高齢者の健康に関する意識調査		患者側の 要因	横断研究	全国調査2307名	死亡場所、延 命治療の希望	最後を迎えるのは自宅が50.1%。病院などの医療施設が、30.1%。自分のための延命で、あらゆることを尽くしてほしいは、9.1%。「自然に」が81.1%。家族の場合は前者が18.8%、「自然に」が60.9%。	自分については自宅で自然に、が希望。しかし家族の場合は少し変わってくる。

持続的植物状態にある寝たきり高齢者の延命治療についての  
事前指示書「命の遺言書」作成に関する研究

研究協力者 多田理恵 京都大学大学院医療倫理学分野 修士課程  
分担研究者 浅井 篤 熊本大学大学院医学薬学研究部生命倫理学分野 教授

A. 研究目的

日本は高齢社会となり、人生の終末期を高齢期に迎えることがさらに顕著な時代になった。その中でも多くの高齢者（65歳以上）の終末期は、担癌状態というよりも、脳血管障害（脳内出血、クモ膜下出血、脳梗塞など）により、持続的植物状態となり、経管栄養補給、酸素チューブ（マスク）装着、人工呼吸器の装着、輸液による水分補給、抗生剤投与などの治療を必要とすることが多い。また、高齢者の終末期治療に関して、実際の臨床現場では、患者の意思に関わらず、家族の希望や個々の医療者の勧めにより延命治療を施される、あるいは、延命治療は中止されているのではないだろうか。

人間の命とは本来、その人自身のものである。そう考えるならば、自分の意思により終末期のあり方、延命治療についての意思を述べておくことは大切である。近年、医療における遺言書として、延命治療の継続、または中止などについて、事前指示書を遺し自分の命の終末を自らが自由に決定することを重要だと捉える考え方が受け入れられている。事前指示書（Advance directives、以下ADと記す。）とは、患者や健常人が、将来、意思（判断能力）を無くした場合に自分に対してなされる医療の治療に対する希望をあらかじめ書面にて表しておくことである<sup>1)2)</sup>。ADとは、①医療行為に対する医療者への希望（文章で記述されたものをリビング・ウィルと呼んでいる）と、②自分で判断できなくなった

場合は代理人に任せるという2つの形式がある<sup>3)4)</sup>。厚生労働省がH15年2~3月にかけて実施した意識調査ではADの考え方に「賛成する」と回答した者は、過半数となっており（一般国民59%、医師75%、看護師75%、介護施設職員76%）、これは、書面で自分の意思を明示しておくADという考え方が、国民の間で受け入れられつつあることを示した<sup>5)</sup>。

「持続的植物状態にある高齢者」の終末期医療現場では、ADがないために患者本人の明確な意思が分からず、家族の意思により、延命治療に対する決定を下す方法しか存在せず、家族と医療者はそのことのために非常に悩んだというケースも耳にする。ADとは、第一義的には患者の意向の尊重が目的であるが、医療者側の行為の保護（法的な点を含む）や家族や医療者側が患者の終末期医療における治療方針を判断する際の心理的負担の軽減といった側面も併せ持つと考える<sup>1)</sup>。

また、日本の国勢調査の結果、2015年には高齢者が全体の26.0%と、日本人口の約4人に1人が65歳以上となると予想される。このことから、将来日本の医療において今以上に、高齢者医療は中枢となっていく、医療者はさらに終末期の高齢者医療に多く携わることとなる。そこで、今回の研究では、「持続的植物状態にある高齢者」の延命治療に特化したADがあれば、高齢者の終末期医療にとって大きな助けとなるのではないかと考えた。そして、「持続的植物状態にある高齢者」の延命治療に対するAD作成の意義を検討し、作成する際

に必要と考えられる AD の内容について考察することとした。

## B. 研究方法

### B-1 既存の終末期医療に関する倫理ガイドラインの比較・検討

AD 作成を考える際には、国内の延命治療中止に対する見解も把握したいため、『厚生労働省科学研究費難治性疾患克服研究事業「特定疾患のアウトカム研究:QOL、介護負担、経済評価班(主任研究者:福原俊一)策定「重症疾患のための診療倫理指針」に関する提言書』6) 内に記載のある終末期医療に関する国内のガイドライン9つを用い調べた。その際、「持続的植物状態にある高齢者」の延命治療に特化した AD を作成するために認識したい「延命治療をやめることに対する立場」「延命治療をやめることを認める予後」「延命治療中止の意思表示」「リビング・ウィル(AD)」「差し控えてはならない治療」「法制定について」「家族」「意思の撤回」「代理人」の9項目に注目し比較・検討した。

さらに、日本における高齢者の終末期医療倫理ガイドラインの数、内容を知るために、医学中央雑誌のWebサイトにて「高齢者・老人・ガイドライン・指針・終末期・倫理」のキーワードをそれぞれ数個ずつ組み合わせ、1999~2004年分(現在の状況を知るため過去5年間分を利用)を検索し、上記と同様の9項目に着目し、分類、検討を行った。

### B-2 ADの比較・検討

「持続的植物状態にある高齢者」の延命治療に対するADを作成する際、必要とされる項目を掘むため、個人的に参考になると考えた国内の6つのAD(資料1参照)を用い、それらの内容を比較した。比較項目と

しては、「治療中止の状態別分類・状況設定例文、治療の種類別分類、ADと代理人の意見相異時の対処法、代理人の数、代理人内での意見相異時の対処法、証人記載の必要性、本人の署名、かかりつけ医の署名、自由記載欄、AD作成にかかる費用、AD記載のプロセス、年に一回の見直しを促す」の12項目に着目した。

米国では1976年にカリフォルニア州で初めて自然死法が制定され、1999年で42州が州法でADを法的に有効な文書として扱い、34州は特別法を制定している7)。そして、1997年以降、米国の各病院では、入院時、重症疾患患者の情報収集の際には必ず、事前指示書の有無を聞き8)、患者の自己決定を尊重し、患者の希望に沿った終末期医療が可能である9)。1995年以前において米国では、成人の15~25%のみしか事前指示書を完成させていない10)。しかし、入院患者のADの保有率は高くなり、ホスピス患者の79%がADを持っている11)。これらのことを踏まえて、ここでは、日本のADとアメリカのAD(資料2参照)の内容を比較する目的で、日本のADの内容分類と同様の12項目について、アメリカにて代表的と記されている12)7書のADについても検討した。

### B-3 「持続的植物状態にある高齢者」の延命治療に対するADのメリットと懸案事項

医療現場における「持続的植物状態にある高齢者」の延命治療に対するADの使用可能性を探るために、これを臨床現場で使用した際に考えられる、メリットと懸案事項をあげた。

## C. 研究結果

### C-1-1 日本の終末期医療に関する既

#### 存の9つの倫理ガイドラインの比較・検討

・「日本医師会」は1992年頃には、「終末期の延命治療中止に対して、患者本人の意思を尊重した際には、医師は法的責任を問われないもの」との立場をとった(13)が、2004年には、「医師は、単に患者が安楽に死ぬことを援助するのではなく(…中略…)最後まで支援することも必要。」と尊厳死に対して保守的な立場をとるようになった(14)。

・延命治療をやめることを認める患者の予後としては、癌末期状態にあるもの、もしくは不治の病であるものとされており、「持続的植物状態にある寝たきり高齢者」をあげているものはなかった。

・延命治療中止の意思表示としては、ほぼ全てのガイドライン内で患者の意思を尊重する、もしくはしたいと記載されていた。

・延命治療を中止する際に、ADを使用する事に対しては、「日本医師会」は2000年までは、延命治療を中止する際に、ADが必要と唱えていた(15)。しかし、2004年には、必要であるが、慎重な対応が大切と見解を移行した(14)。「日本学術会議」(16)、「富山医科薬科大学倫理委員会」(17)、「横浜地裁(東海大付属病院事件)」(18)はADを遵守あるいは必要としていた。

・「治療中止」や「差し控え」、「AD」の法制定に対する見解としては、ほとんどのガイドラインにおいて、法制定は必要ないとしていた。

・ほとんどのガイドラインでは、終末期の延命治療中止を実施する際には、本人の意思のみならず、家族や代理人の意見・同意を必要としていた。

・2つのガイドラインが、延命治療に対する患者の意思撤回についての記載をしていた。

(各ガイドラインの記載項目有無一覧については、表1を参照)。

#### C-1-2 高齢者の終末期医療における倫理ガイドラインについて

国内の高齢者に対する終末期医療の倫理ガイドラインを検討した結果、日本老年医学会の『「高齢者の終末期の医療およびケア」に関する「立場表明」』(19)のみがこれに該当した。しかし、実際の臨床現場での使用には、不十分な内容であった。

医中誌のWebサイトを利用して、1999～2004年迄を検索した結果、該当するものはなかった。1998年以前には、高齢者の終末期医療の倫理について記載のあったものが、「高齢者ケアプラン策定指針(厚生省老人保健福祉局1994年6月15日)」(20)と「在宅ホスピス・ケアガイドライン(厚生省健康政策局・日本医師会一編集：高齢者在宅療養普及・啓発委員会・ガイドライン作成分科会1996年3月31日)」(21)の2点のみ存在した。しかし、高齢者のケア全般についてのガイドラインであり、高齢者の終末期医療に特化したものとしては不十分な内容であった。

#### C-2 日本とアメリカのAD比較・検討

【日本(6書)と、アメリカ(7書)のADを比較した結果】

・状況設定例文を用いているかについては、日本では、1書のみに記載あり、アメリカでは3書に記載されていた。

・延命治療の種類別分類がなされていたかについては、日本では半数の3書、アメリカでは、半数以上の5書において記されていた。

・代理人・証人の記載については、日本では、代理人に関して半数以上の4書、証人に関しては半数の3書において必要とされており、アメリカでは、代理人についてのみ必要と記載のあるものが1書あった。

・希望する治療としては、国内の6書において、0~14項目(心肺蘇生・人工呼吸器・手術・化学療法・人工透析・人工栄養・輸液・酸素投与・単純な診断学的検査・抗生物質投与・疼痛・精神的苦痛の緩和・睡眠薬の使用・その他の追加事項)が提示されていた。アメリカの7書内では、希望する治療として、0~16項目を提示していた(心肺蘇生術・人工呼吸器の装着・endotracheal tube・非経口の栄養補給・点滴・全ての投薬・抗生物質投与・栄養チューブ・人工透析・検死・ICUへの搬送・在宅治療の急変時に救急への通報・外科的手術・輸血もしくは血液製剤・X線検査や血液検査といった単純な検査・その他の指示)。

・掛かりつけ医の署名記載の有無については、日本では、半数の3書において必要とされており、アメリカでは、1書のみで必要とされていた。

・AD作成の際に、必要とされる諸経費については、日本に限って、「日本尊厳死協会」22)と「終末期を考える市民の会」23)の2書において必要とされていた。

・AD作成時のプロセス記入については、日本でのみ2書において、必要とされていた。

### C-3 「持続的植物状態にある高齢者」の延命治療に対するADの医療現場における使用可能性を探る

【臨床現場で実際に使用した際のメリット】24)：意思表示ができない状態になっ

た際

「本人の立場からのメリット」

・ADにて残した本人の意思が、延命治療実施を検討する際に尊重される。

「家族の立場からのメリット」

・家族と医療者は本人の意思をADにおいて知り得た上で、延命治療の方針を決定することが可能となる。

「医療者におけるメリット」

・AD内に、誰に延命治療方針の決定権を託するかがあらかじめ記載されていると、医療者は、キーパーソンが認識しやすく、延命治療の方針を決定しやすい。

### 【臨床現場で実際に使用した際の懸案事項】

「本人の立場における懸案事項」

・家族が、患者・高齢者に対し、延命治療拒否・継続に対するADへの記載を強要する可能性があり、事前指示書本来の自発的な記述を脅かす恐れがある7)。

・高齢者は、ADについて医療者から説明されたりすると「死ね」と言われたと同様の恐怖感を持つ可能性がある2)。

・医療のレベルは日々向上しているため、ADを書いた時点と実際に使用する時点での医療レベルが一致しない7)。

・患者の一方通行の理解では、治療などに対して、患者の知識不足、理解不足などから、本人の意思の真意を書面上に十分に表出することは困難である7)。

・高齢になれば、ADの書き直しは身体的に困難・億劫となり、本人の意思が変化した際に適宜書き直したかどうかを掴めず、実際の使用時に存在する書面が、使用時点での本人の真意の希望かどうかという大切な点が、不明確になる恐れがある7)。

「家族の立場からの懸案事項」

・患者がADを単独記載していた場合、延命治療の方針を決定する＝実際のAD使

用時に家族がADの存在をはじめて知り、混乱を招く可能性ある7)。

- ・「医療者の立場からの懸案事項」
  - ・まだ、法制定されていないADに従い、医療者が医療行為を行った際、法的保護が不明確なため、刑法などにより、処罰される可能性がある24)。
- 「本人・家族・医療者に対する懸案事項」
- ・実際の使用時にADの存在や、ADの保管場所が分からず、使用できない。7)

#### D. 考察

命は本来、その人自身のものと考え。しかし、忘れてはならないこととして、命は本人だけのものではなく、本人を取り巻く家族などにより支えられているものであるという点である。そのことを踏まえて、「持続的植物状態にある高齢者」の延命治療に特化したADをこの度、本人の命の最終的な方針・方向性を、ともに支えてくれる人に遺し、伝えるという意味を込めて、「命の遺言書」と呼ぶことにした。

ここでは、今回の分析結果を踏まえて持続的植物状態になった高齢者の延命治療に特化したAD作成の意義と、その内容の基本的あり方について述べることにする。今回の調査により、持続的植物状態になった高齢者の延命治療に特化したADを作成する際には、以下の5つの点に考慮する必要があるとの考えに至った。その点について以下に記す。

##### D-1 具体性

懸案事項に挙げられた、問題の解決策として、ADを作成する人が、延命治療や、高齢者の終末期のイメージを捕らえやすくするために、ADの内容に「具体性を持たせる」ことが大切である。その為には、アメリカの事前指示書内に比較的用いられて

いた、状況設定例文をAD内に提示する必要がある。今回の「命の遺言書」は植物状態にある高齢者に特化したADであることから、脳神経外科学会が定義している、遷延性意識障害者＝いわゆる植物状態についての6つの項目、1. 自力移動ができない 2. 自力摂取ができない 3. 尿尿失禁など、の6項目については最低限、状況設定例文として、AD内に導入する必要がある(資料3のアメリカの定義も参考にする25))。

また、AD作成者に、持続性植物状態や延命治療のイメージがつきやすく、分かりやすいように写真や映像(人工呼吸器設置や経管栄養チューブによる栄養補給の治療等)を提示しての説明も大切といえる。

##### D-2 代理人

懸案事項にも挙げられたように、ADの記載内容を実行する時に、家族や代理人の間に揉め事が生じないよう、AD作成時には、本人の意思に加えて家族や代理人の意見や同意が必要である。比較・検討した既存の終末期医療に関する倫理ガイドラインや、国内のADの中でも、上記のことは重要と記されているものが多かった。そのためにも「命の遺言書」の作成時には家族を同席させるもしくは、家族や代理人の署名・捺印は必ず必要と考える。そして、ADと代理人の意見相異時、複数の代理人内での意見相異時の対処についての記載も必要といえる。

##### D-3 ADの保管

まずは、家族・代理人にもADのコピーを保管してもらおう。そして、掛かり付け医があれば、ADのコピーをカルテに貼ってもらい、保険書にもコピーを入れて置くといった3重の保管にて、実際のAD必要時に対する使用への可能性が強化されると考える。

#### D-4 分量

アメリカの EOLCDQII (= End-of Life Care Decisions Questionnaire) 12) は、記載内容が 48 項目も存在する。これは、高齢者になっても書き直しが容易かといった視点に立つと、分量的に不適切だと考える。懸案事項に挙げられた、AD の記載時と、使用時の医療レベルの進歩の違いを補うためには、高齢者になってもいつでも自発的に、AD を本人の自由な意思により億劫がらずに、何度でも書きなおせるものとする必要がある。そのためにも適した AD の記載分量を、今後検討していく必要がある。

#### D-5 運用マニュアルと「命の遺言書」作成に関する包括的な教育・説明プログラムの実施

ここで、高齢者が意思決定する際の特徴について試みる。日本老年学会の報告書 19) によれば、高齢者は、意見がころころ変わりやすい、家族の意見に左右されやすい、自分一人では意思決定ができないと記載されており、別の「入院中の高齢者になされた研究調査」においては、AD を指示する人が半数以上存在し、その理由としては、自分の終末期の方針を家族が勝手に判断するのは嫌だから、半数存在し、約 1/3 の人が、自分の意向を示す事が重要と答えている 2)。そして、100,371 人 (2002 年 12 月) の会員数を有する日本尊厳死協会の会員の 3/4 が 65 歳以上である 22)。これらを見れば、どれが本当の高齢者の姿なのかが掴みにくい。また、懸案事項にも挙げられた、AD について説明されるだけで高齢者は、「死ね」といわれていると同様の恐怖感を持つことや、患者の知識不足、理解不足を補い、本人の意思を十分に明確化させた AD を作成するため、そして先ほどあげた高齢者の様々な特徴を補うことも兼ね併せて、自発的参加型の AD 作成に関する包括的な教育・説明プログラムの開催が必

要となるのではないのか。これを開催することは、医療者は患者の疑問や不安、悩みなどに十分に答え、患者と医療者のコミュニケーションを充実させ、互いの信頼関係を築くことが大切とされている 26) 点を補い、本人の意思を十分に反映させた AD を作成できる結果につながると考える。

それに加えて、実際の臨床現場において、医療者が患者に提示された AD を使用する際の理解を助け、円滑な使用を可能とするためには「運用マニュアル」の作成が必要となる。そのマニュアル内容の例としては、AD は、現在ではなく将来自分で判断できなくなり、意思を伝えられなくなった時に効力を発揮し、自発的に記載することが大切であるということ十分に説明し理解してもらふ必要性。そして、懸案事項にも挙げられた、家族による事前指示書への記入・作成の強要の恐れを払拭し、本人が事前指示書を作成した時のことを思い出しやすくするために AD 作成時におけるプロセスを、AD 内に記載しておくことが重要であるといった点。また本人が記入困難の際には、内容代読による意思決定、代筆を可能とするということ。さらに先ほどあげた自発的参加型の AD 作成に関する包括的な教育・説明プログラムについての詳細などといった項目などがあげられる。

終末期医療では、人間としての尊厳を保ちながら治療やケアを行うことが最も重要である 27)。そのためにも、今後は、「持続的植物状態にある高齢者」の終末期治療の際に、自らの意思で治療方針を決定できる「命の遺言書」を医療者に提示するといった選択肢を整えていくことも必要となるのではないのか。しかし、日本の医療現場において AD を実際に使用していくことは、まだ法制定がなされておらず、医療者の法的保護が不明確なために難しいといった声が医療者からは必ずあがる。これに対し、2005 年 1 月に、自民、公明両党は、

末期がんなどで治る見込みのない患者が、自らの意思で過剰な延命治療を中止する「尊厳死」を認める法案を議員立法として2006年の通常国会に提出する方針を固めた<sup>28)</sup>。このことをきっかけとして、さらに今後は、日本の医療界で大きな位置を占める、持続的植物状態にある高齢者の延命治療に対する検討も進められていくことが期待できる。

#### E. 結論

「持続的植物状態にある高齢者」の延命治療に特化したAD＝「命の遺言書」は、本人の意思の尊重や、医療者の法的保護、家族の心理的負担の軽減に繋がるといった可能性を踏まえ、今後ウェートの高まる日本の高齢者医療の終末期現場では役立つと考える。

また、今回の研究で、高齢者の終末期医療に関するガイドラインなどは、数・質的に非常に乏しいことなどが明らかとなった。これらを踏まえて、今後は、高齢者の終末期医療における倫理的に適切な政策を進めていく必要がある。

最後に、今回の調査結果の解釈にはいくつか留意しておく必要がある。今回、比較・検討したものは文献のみといった範囲に限られており、対象としたADやガイドラインは既存の全てのものを踏まえているのではないといったことより、医療現場において、実際に「命の遺言書」を使用する際の総体的な視点を反映したものとはいいきれない。その点を補うためにも、今後、高齢者の終末期医療従事者と、記入者本人を対象とした調査を踏まえ、AD記入者とその家族、ADの運用者である医療従事者らが実際に好む、具体的なADと、運用マニュアルの内容検討を行っていく必要があると考える。

#### F. 引用文献

- 1) 赤林朗他, アドバンス・ディレクティブ (事前指示書に関する医師の意識調査), 日本医事新報, 平成9年, 24-28.
- 2) 松井美帆, 入院高齢患者の終末期ケアに関する意向. 生命倫理 2003;13(1):113-121.
- 3) Norman, L.C.: Advance directives and the pursuit of death with dignity. Indiana University Press Bloomington and Indianapolis, 1993.
- 4) King, N.M.P.: Making sense of advance directives, Revised edition, Georgetown University Press, Washington, D.C., 1996.
- 5) 終末期医療に関する調査等検討会報告書—今後の終末期医療の在り方について—, 厚生労働省, 2003年.
- 6) 浅井篤他, 「重症疾患のための診療倫理指針」に関する提言書, 2004年.
- 7) Sabatino CP: Survey of state EMS-DNR laws and protocols. J Law Med Ethics 27: 297-315, 1999.
- 8) 橋本肇, 高齢者の医療倫理, 中央法規出版株式会社, 2000, 56-69.
- 9) Galla JH: Clinical practice guideline on shared decision-making in the appropriate initiation of and withdrawal from dialysis. J Am Soc Nephrol 11:1340-1342, 2000.
- 10) Lawrence S, et al. Advance Directives Among Elderly Primary Care Patients, Journal of General Internal Medicine, 2004;19(9): 944-951.
- 11) Voltz R, Akabayashi A, Reese C, et al: End-of-life decisions and advance directives in palliative care: a cross-cultural survey of patients and health-care professionals. J Pain Symptom Manage 16: 153-162, 1998.
- 12) BARBARA KLUG REDMAN.



- MEASUREMENT INSTRUMENTS IN  
CLINICAL ETHICS.2001; 113-203.
- 13) 末期医療に臨む医師の在り方, 日本医師会 第Ⅲ次生命倫理想談会, 1992 年.
- 14) 「医療の実践と生命倫理」についての報告, 日本医師会・第Ⅳ次生命倫理想談会, 2004 年.
- 15) 「説明と同意」に関するアンケート集計結果報告書, 日本医師会生命倫理想談会 1990 年.
- 16) 死と医療特別委員会・最終報告書—安楽死について—日本学術会議 1994 年.
- 17) 終末期医療の基本指針, 富山医科薬科大学倫理委員会承認 1997 年.
- 18) 東海大学安楽死事件判決 横浜地裁判決, 平成 7 年 3 月 28 日, 判例 1530 号 28 項時報, 判例タイムズ 877 号 148 項.
- 19) 日本老年医学会 (立場表明作成に向けて—倫理委員会案—2000 年.
- 20) 厚生省老人保健福祉局老人保健課・老人福祉計画課監修. 高齢者ケアプラン策定指針. 厚生科学研究所出版; 1994. pp8-190.
- 21) 高齢者在宅療養普及・啓発委員会ガイドライン作成分科会編集. 厚生省健康政策局・日本医師会監修. 財団法人 総合健康推進財団; 1996. pp69-100.
- 22) 日本尊厳死協会ホームページ  
<http://www.songenshi-kyokai.com/dwd02.htm>
- 23) 終末期を考える市民の会ホームページ  
<http://www6.ocn.ne.jp/~syumatuk/>
- 24) 岡田一義, 本邦における終末期医療のあり方、腎と透析、55(5):815-818, 2003.
- 25) THE MULTI-SOCIETY TASK FORCE ON PVS,1994,Medical Aspect of The Persistent, Vegetatize, State, New England Journal of Medicine,330, 1499-1508,1572-79.
- 26) Molloy DW, Russo R, Pedlar D, Bedard M. Implementation of advance directives among community-dwelling veterans. Gerontologist.2000; 40(2):213-7.
- 27) Chochinov HM,Hack T,Hassard T,etal:Dignity in the terminallyill: across-sectional,cohortstudy.Lancet360: 2026-2030,2002.
- 28) 毎日新聞 東京朝刊 2005 年 1 月 10 日.
- 29) 「医師の職業倫理指針」, 日本医師会, 2004 年.
- 30) ALS 治療ガイドライン, 日本神経学会, 2002 年.
- 31) 板井孝吉郎, 私の希望書:筋萎縮性側索硬化症(ALS)患者さんのために, 宮崎東病院 ALS 事前指示書ワーキング・グループ(案), 2004 年.
- 32) 三浦康彦, 透析患者における事前指示書(私案), 2003 年.
- 33) レット・ミー・ディサイド研究会ホームページ  
<http://www1.doc-net.or.jp/~ninosa/ka/lmd-p1.html>

表1 終末期医療に関する既存指針の項目別の有無一覧

	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K
延命治療中止に対する立場	○	◎	○	◎	◎	◎	○	○	×	×	○
延命治療中止を認める患者の予後	×	○	○	△	○	○	◎	○	×	×	△
延命治療中止の意思表示	○	◎	◎	◎	◎	○	◎	◎	◎	×	△
リビング・ウィル(AD)	○	◎	○	◎	◎	◎	◎	○	×	×	×
延命治療の「中止」と「差し替え」の区別	×	△	○	○	△	○	×	△	×	×	×
延命治療中止に対する法制定	○	◎	×	○	◎	×	×	×	×	×	×
家族	○	◎	○	◎	○	◎	◎	×	◎	○	○
意思の撤回	×	×	×	×	◎	◎	×	×	×	×	×
代理人	×	×	×	◎	○	×	×	○	×	×	×
◎=その項目についての記載内容が多い。 ○=その項目について適度に記載あり。 △=その項目に対する記載はあるが少ない。 ×=記載なし											

- A: 日本医師会「生命倫理想談会」1990/1/9…15)
- B: 日本医師会「第Ⅲ次生命倫理想談会 1992/3/9…13)」
- C: 日本医師会「医師の職業倫理指針」2004年2月…29)
- D: 日本医師会「第Ⅳ次生命倫理想談会」2004/2/18…14)
- E: 日本学術会議「死と医療特別委員会」最終報告書 1994/5/26…16)
- F: 日本神経学会「ALS 治療ガイドライン」2002年…30)
- G: 富山医科薬科大学倫理委員会承認「終末期医

- 療の基本指針」1997/5/6…17)
- H: 横浜地裁(東海大付属病院事件)の治療行為中止の3要件 1996/3/28…18)
- I: 日本老年医学会「立場表明作成にむけて」倫理委員会案 2000年…19)
- J: 厚生省老人保健福祉局「高齢者ケアプラン策定指針」1994/6/15…20)
- K: 厚生省健康政策局・日本医師会一編集「高齢者在宅療養普及・啓発委員会・ガイドライン作成分科会」1996/3/31…21)
- (以上網掛け I・J・K は高齢者の終末期倫理ガイドラインである)

### 資料1 本研究で用いた日本の6つの事前指示書

- 1) 私の希望書:筋萎縮性側索硬化症(ALS)患者さんのために…31)
- 2) 「重症疾患のための診療倫理指針」に関する提言…6)
- 3) 日本尊厳死協会「尊厳死証書」…22)
- 4) 透析患者における事前指示書(私案) …32)
- 5) レット・ミー・ディサイド研究会発行「治療の事前指定書」…33)
- 6) 終末期医療を考える市民の会「終末期宣言書」…23)

### 資料2 本研究で用いたアメリカの7つの事前指示書…12)

- 1) Values Assessment and Directives Form
- 2) Values History
- 3) Advance Directive-HIV Questionnaire
- 4) The Medical Directive
- 5) Advance Directive Acceptability Questionnaire
- 6) Advance Directive Questionnaire
- 7) End-of Life Care Decisions Questionnaire

### 資料3 The vegetative state can be diagnosed according to the following criteria…25)

- 1) no evidence of awareness of self or environment and an inability to interact with others;
- 2) no evidence of sustained, reproducible, purposeful, or voluntary behavioral responses to visual, auditory, tactile, or noxious stimuli;
- 3) no evidence of language comprehension or expression;
- 4) intermittent wakefulness manifested by the presence of sleep-wake cycles;
- 5) sufficiently preserved hypothalamic and brain-stem autonomic functions to permit survival with medical and nursing care;
- 6) bowel and bladder incontinence; and
- 7) variably preserved cranial-nerve reflexes (papillary, oculocephalic, corneal, vestibulo-ocular, and gag) and spinal reflexes.

日本の事前指示書について

	「ALSJ」	「重症疾患」	「厳死協会」	「透折患者」	「レット・ミー・デイサイド 研究所」
治療中止の状態で分類 状況設定例文	ALS のみに特化している	状況設定事例として5例挙げている。	不治の状態であり、死期が迫っていると思われる場合	昏睡状態・重症臨終中・重症病状状態・末期がん	・命に関わる病状・栄養補給・心停止 上記各項目に対し、回復可能・不可能を分類上、治療中止の選択肢あり。
治療の種類別分類	<ul style="list-style-type: none"> <li>人工栄養補給を種類別に分類</li> <li>人工呼吸補助治療を種類別に分類</li> <li>睡眠薬の使用</li> <li>心肺蘇生</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>心肺蘇生</li> <li>人工呼吸器・手術・化学療法・人工透折</li> <li>人工栄養・輸液・酸素投与</li> <li>麻酔な移植学的検査・抗生物質投与</li> <li>疼痛・精神的苦痛の緩和</li> <li>その他の追加事項</li> </ul>	一切の延命治療	なし	なし
事前指示書と代理人の 意見相異時の対処法	なし	あり	なし	あり	なし
代理人の数	2人記入	2人記入	なし	代表者1人、複数指定希望時:2人まで可	2人記入
代理人内での意見相異時の 対処法	なし	あり	なし	あり	
証人記載必要性	作成時同席者の署名・捺印要	作成時の同席者の署名要	なし	必要とする	
本人署名	あり	あり	あり	あり	あり
かかりつけ医署名	必要	作成時同席の掛かり付け医の署名・記載場所記入、必要	なし	なし	必要
自由記載欄	あり	あり	なし	あり	あり
指示書作成にかかる 費用	記載なし	記載なし	正会員:年間3千円(夫婦:4千円)。終身会員:10万円(夫婦:15万円)	記載なし	記載なし
指示書記載のプロセス	あり	あり	なし	なし	なし
年に一回の見直しの 促進	なし	なし	なし	なし	あり

アメリカの事前指示書について

	VAD	VH	AD-HIV	MD	ADAQ	ADQ	EOLCQ011
治療中止の 状態別分類	あり (5つの疾患+2つの ケース+2つのテ ストを挙げている)	なし	あり (状況3つ)	あり (状況6つ)	なし	なし	なし
状況設定例文	なし	11項目あり	・CPR ・人工呼吸器 ・人工栄養補給 ・水分補給 ・抗生物質投与	9つ	なし	・心肺機能回復法ブ ログラム ・呼吸器装着	痛み止めについて はあり
事前指示書と代理人の意見 相異時の 対処法	なし	あり	なし	記載はあるが、ほっ きりとした方法は 不明確	なし	なし	記載はあるが、ほっ きりとした方法は 不明確
代理人の数	1人	なし	なし	1人	なし	なし	なし
代理人内での意見 相異時の対処法	設定例文内に含ま れている	なし	なし	なし	なし	なし	なし
証人記載必要性	必要	必要(2人)	なし	なし	なし	なし	なし
本人の署名	あり	あり	なし	なし	なし	なし	なし
かかりつけ医の署名	必要	なし	なし	なし	なし	なし	なし
自由記載欄	あり	あり	なし	なし	なし	なし	なし
指示書作成にかかる費用	記載なし	記載なし	記載なし	記載なし	記載なし	記載なし	記載なし
指示書記載の プロセス	なし	なし	なし	なし	なし	なし	なし
年に一回の見直しの促し	なし	なし	なし	なし	なし	なし	なし
特徴	設定例文を患者の 意思にて書き直さ せる。	自己の価値観を14 項目の質問により 測る。		治療の量、程度、質 と細かく分類、チエ ックする。		呼吸器装着に限っ た書面内容。	48項目に渡る質問 あり。

VAD= Values Assessment and Directives Form

VH= Values History

AD-HIV= Advance Directive-HIV Questionnaire

MD= The Medical Directive

ADAQ= Advance Directive Acceptability Questionnaire

ADQ= Advance Directive Questionnaire

EOLCQ011= End-of Life Care Decisions Questionnaire

終末期医療に関する既存指針の項目に対する有無一覧

	日本老年医学会 「立場表明作成に むけて」 倫理委員会案 2000年	日本医師会 「生命倫理 懇談会」 1990/1/9	日本医師会 「第三次生命倫理 懇談会」 1992/3/9	日本医師会 「医師の職業倫理 指針」 2004/2	日本医師会 「第四次生命倫理 懇談会」 2004/2/18	日本学術会議 「死と医療特別 委員会」 最終報告書 1994/5/26	日本神経学会 「ALS治療 ガイドライン」 2002年
延命治療をやめることに 対する立場	x	○	◎	○	◎	◎	◎
延命治療を止めることを 認める患者の予後	x	x	○	○	△	○	○
延命治療中止の意思表示	◎	○	◎	◎	◎	◎	○
リビング・ウィル	x	○	◎	○	◎	◎	◎
延命治療の「中止」と 「差し控え」の区別	x	x	△	○	○	△	○
決して差し控えては ならない治療	x	x	◎	x	○	◎	○
倫理委員会設置	○	x	x	x	x	x	x
「治療中止」や「差し控え」、 「リビング・ウィル」の法制 定	x	○	◎	x	○	◎	x
「尊厳死」を認める根拠	x	x	x	x	x	◎	x
家族	○	x	◎	○	◎	○	◎
「意思決定能力」の判断基準	x	x	○	x	○	x	x
意思の撤回	x	x	x	x	x	◎	◎
代理人	x	x	x	x	◎	○	x
施行者	x	x	○	○	x	○	x
医療スタッフ・ メンバー	x	x	x	○	◎	○	x
意思決定プロセスの記録	x	x	x	x	x	○	x
(積極的) 安楽死	x	x	x	○	○	x	x

高齢者の終末期医療に関する既存指針の項目に対する有無一覧

	日本老年医学会 「立場表明作成にむけて」倫理委員会案 2000年	厚生省老人保健福祉局 「高齢者ケアプラン策定指針」 1994/6/15	厚生省健康政策局・日本医師会 編集「高齢者在宅療養普及・啓発委員会・ ガイドライン作成分科会」 1996/3/31
延命治療をやめることに対する立場	x	○	◎
延命治療を止めることを認める患者の予後	x	x	○
延命治療中止の意思表示	◎	○	◎
リヴィング・ウィル	x	○	◎
延命治療の「中止」と 「差し控え」の区別	x	x	△
決して差し控えてはならない治療	x	x	◎
倫理委員会設置	○	x	x
「治療中止」や「差し控え」、 「リヴィング・ウィル」の法制定	x	○	◎
「尊厳死」を認める根拠	x	x	x
家族	○	x	◎
「意思決定能力」の判断基準	x	x	○
意思の撤回	x	x	x
代理人	x	x	x
施行者	x	x	○
医療スタッフ・メンバー	x	x	x
意思決定プロセスの記録	x	x	x
(積極的) 安楽死	x	x	x

◎=その項目についての記載内容が多い  
○=その項目について適度に記載あり

△=その項目に対する記載はあるが少ない  
x=記載なし

厚生労働科学研究費補助金（医療技術評価総合研究事業）  
分担研究報告書

”延命医療”の差控えおよび中止に関する刑法学的解釈についての考察

今村 みず穂

独立行政法人国立病院機構東京医療センター臨床研究センター  
政策医療企画研究部 臨床疫学室 リサーチレジデント

はじめに

安楽死および尊厳死という言葉が一般に知られるようになって久しいが、司法へ目を向けてみると、わが国においては、安楽死の判例はあるものの尊厳死については裁判で争われたことはない。しかし、医療の発展に伴い、医療現場では尊厳死に密接にかかわる「延命医療」の差控えおよび中止という行為の医療としての正当性および合法性が最大の懸案となっている。

現在、医療現場では、患者に一度生命維持装置を取り付けた場合、医師はそれを取り外すこと、すなわち「延命医療」を中止することはできないと認識されている。それは患者の生命を短縮することになり、「殺人罪」に問われる可能性があると考えからである。一方、はじめから患者に生命維持装置を取り付けなかった場合、すなわち「延命医療」を差控えた場合は、患者や家族の了解を得ていれば、医師が罪に問われることはないであろうと考えられている。

しかし、生命維持装置を取り付けたものの、患者に回復の見込みが認められず、患者にとって無益あるいは過剰と思われる「延命医療」を提供し続けることは、患者の尊厳を侵害することに成り得るとも考えられる。また、尊厳死を争点とした裁判例がないことから、実際のところ、特に「延命医療」の中止が「殺人罪」に該当するか否かも明らかではない。

そこで、本稿は、現行法上、特に「殺人罪」とかかわる刑法において、医師が「延命医療」を差控える、あるいは中止するということが、どのように解釈され得るか、を明らかにすることを目的とする。



## 一、「延命医療」とは

「延命医療」の差控えおよび中止を論ずるにあたり、そもそも「延命医療」とは何であるかを明らかにする必要がある。

まず、本稿の目的は、「延命医療」の差控えおよび中止について現行法上の解釈を明らかにすることであるから、この目的を前提として「延命医療」を定義する。したがって、この定義は一般的に通用するものであるとは限らない点を留意する必要がある。

「延命医療」について考察するにあたり問題となる事項としては、大きく二つの事項に分けることができる。本稿の母集団となるべき患者の様態、および治療の内容（範囲）である。

第一に、本稿が対象とする母集団となるべき患者の様態については、「延命医療」に移行する可能性のある治療行為に関する判断を必要とする人々、すなわち重症患者はもちろん、脆弱高齢者や具体的な予後を査定することが困難な終末期患者、とする。また、患者には、能力者のみならず植物状態<sup>1</sup>にあるような無能力者も含む。

第二に、「延命医療」の内容（範囲）については、人工呼吸器の装着、人工透析、化学療法、輸血とする。このように比較的身体的侵襲性が高いものは一般的に「延命医療」の内容として認められるところであるが、一方、鼻腔カテーテルや静脈注射等による人工的栄養補給までもが「延命医療」に含まれるかは意見が分かれるところである。この点については、後述（第三章）する。

「延命医療」と同様の意味としてしばしば用いられる言葉に「末期医療」がある。しかし、「末期医療」という場合、患者の余命が短期間（通常、半年以内）であることから、本稿でいう「延命医療」は末期医療とは異なる。

---

<sup>1</sup> ここでいう植物状態とは、日本脳神経外科学会が1972年に規定した定義によるものとする。すなわち、useful lifeを送っていた人が脳挫傷を受けた後で以下に述べる六項目を満たすような状態に陥り、ほとんど改善が見られないまま満三ヶ月以上経過したもの。（1）自力移動不可能、（2）自力摂食不可能、（3）尿尿失禁状態にある、（4）たとえ声は出しても意味のある発語は不可能、（5）「目を開け」、「手を握れ」、などそれ以上の医師の疎通が不可能、（6）眼球はかろうじて物を追っても認識はできない。

## 二、「延命医療」の差控えおよび中止に関する刑法学的解釈

まず、刑法学的解釈に入る前に、「延命医療」の差控えおよび中止とは尊厳死にかかわる問題である、ということを確認し、まず、安楽死と尊厳死との区別を明確にする必要がある。安楽死および尊厳死の定義は様々であるが、安楽死とは、一般に、死期が切迫した患者の激しい肉体的苦痛を、患者の真摯な要求に基づいて緩和・除去し、患者に安らかな死を迎えさせることであり、これに対して尊厳死とは、一般に、回復の見込みのない患者に対して、過剰な、あるいは無益な延命医療を行わずに、人間としての尊厳を保たせつつ死を迎えさせることと解される。したがって、尊厳死については、必ずしも末期とはいえない植物状態の患者も対象となる。そして、尊厳死が、倫理的、かつ法的にも正当とされるのは、それが憲法第13条で保障される「幸福追求権」により導かれる「自己決定権の尊重」と結びつくからである。患者が自己決定権を保持するのに対して、医師には公法上、生命保持義務が存在する。したがって、「延命医療」の差控えおよび中止については、患者の自己決定権と医師の生命保持義務との衝突という問題も内在していることがわかる。

実際の医療現場で「延命医療」の差控えおよび中止、特にその中止に関して最も危惧されることは、その行為により刑法第199条「殺人罪」が成立するかということである。また、患者の囑託であっても刑法第202条「囑託殺人罪」が成立することも考えられる。

刑法において、刑罰を科せられる行為である「犯罪」が成立する要件として、(1) 構成要件該当性 (2) 違法性 (3) 有責性、が挙げられる。構成要件該当性とは、行為が法の規定する犯罪行為類型に該当することであり、(2) 違法性とは、行為が刑法秩序に反することであり、(3) 有責性とは、行為者の道徳的非難可能性または反社会的危険性のことである。

医療行為が傷害罪等の構成要件に該当しながらも犯罪とならないためには、当該医療行為において上記(2)の違法性が阻却される必要がある。一般に、違法性が阻却される要件としては、(1) 当該行為の目的が疾病の治療やケアであり実験等ではないこと、(2) 患者の同意があること、(3) 当該行為が医療慣行・ルールに準拠して、医学的正当性(医学的必要性や技術的正当性)を有していることが挙げられる。

患者の「延命医療」の差控えや中止に関しても、原則として上記の3点が違法性阻却の要件となる。

そもそも、わが国には「延命医療」の差控えや中止の事案が、実際に裁判として直接争われたことはない。1991年の横浜地裁判決は、安楽死を事案とするものであるが、傍論として治療中止の要件として(1) 患者が治療不可能な病気に冒されて回復見込みがなく死が避けられない末期状態であること、(2) 治療行為中止を求める患者の意思表示が中止の時点で存在すること、を挙げている。また、治療行為の中止の対象となる措置として、薬物投与、化学療法、人工透析、人工呼吸、輸血、のほか栄養・水分補給も含むとしている。この横浜地裁の判決は以上のような治療中止の要件を述べたものとして評価されるが、実定法を原則とするわが国においては、当該判決の傍論には、いかなる法的拘束力も認められず、仮にそれらの要件を満たしても法的責任を問われないということにはならない。したがって、当該傍論は、「延命医療」の中止を正当化する根拠にも、ましてや合法性を付与する根拠にもなりえない。付け加えると、この横浜地裁判決は、医師が関与した初めてのケースである。

このように、わが国においては、「延命医療」の差控えおよび中止に関して合法性を付

与する法規範は存在せず、「延命医療」の差し控えおよび中止といった行為の医療としての正当性を保証する根拠も確立されていない。そこで、以下では、現行法上の刑法学において「延命医療」の差し控えおよび中止について、どのように解釈し、その合法性や正当性を認めるのか否かについて概観することとする。

個々具体的に論じる前に、刑法学での「延命医療」の差し控えおよび中止に関する解釈論では、主に、差し控えおよび中止するという行為が作為あるいは不作為であるか、という点が論点となる場合が少なくないことについて簡単に説明したい。実際の医療現場では、差し控えや中止という行為が作為であろうと不作為であろうと関わりがないように思われるし、事実そうであろうが、刑法学にとっては、医師の行為の刑法的評価を下すには、作為か不作為かを論じることが重要なのである。作為か不作為かによって殺人罪の構成要件に該当するか否かが判断され、そして構成要件に該当する場合には次に違法性について検討し、最終的に刑法における可罰性を論じるという過程を踏むからである。したがって、本稿においても、作為・不作為論を中心に概観することとなる。

#### (一)「延命医療」の差し控え

「延命医療」の差し控えは、中止と異なり、不作為と認めることが容易であることから、真正不作為犯と認められない限り殺人罪の構成要件に該当しないと考えられる。一般的に、患者が治療不可能な病気に冒され回復の見込みがなく死が避けられない状態であり、かつ患者の「延命医療」拒否の意思が確認するという要件があると解されるものの、医師が「延命医療」を差し控えたとしても罪に問われることはないであろう。したがって、差し控えについて刑法上の争点として個別に論じられているものはほとんど見受けられない<sup>2</sup>。「延命医療」の差し控えは、その中止を論ずる場合に、比較対象として意味をなすように思われる。

#### (二)「延命医療」の中止

一度開始した「延命医療」を中止することについて(1)不作為説、(2)不作為類似説、(3)作為説、の三つに分類する。ここでは、一般的に「延命医療」としてみなされる人工呼吸器を例とする。したがって、中止とは具体的には人工呼吸器を取り外す行為となる。ここでは、「延命医療」に含むか否か意見の分かれるところである人工栄養補給については除外し、これについては別途後述することとする。

##### (1) 不作為説

齊藤は、患者において脳機能の回復の見込みがないこと<sup>3</sup>を前提として、人工呼吸器を取り外す、すなわち「延命医療」を中止することは、「作為による不作為」であるので、構成要件に該当せず、不可罰とされる。ここで言う「作為による不作為」とは、はじめから回復が不可能な場合は医師には「延命医療」を行う義務(作為義務)がないのと同様に、途

<sup>2</sup>「延命医療」の差し控えについては、植松や甲斐等が論じているが、両者とも、「延命医療」の差し控えを当然に不作為として解釈されている。(植松正「安楽死問題の新局面」ジュリスト623号116、118頁(1976年))(甲斐克則『尊厳死と刑法』成文堂96-99頁(2004年))。

<sup>3</sup>「脳機能の回復の見込みがないこと」とは、脳死を意味するが、この論文が発表された1977年時点では、脳死が定義されていなかった。脳死については、厚生省(現・厚生労働省)「脳死に関する研究班」によって1985年に定義された。

中から回復の見込みがなくなった場合にも、医師にはその治療を続ける義務（作為義務）がないことであると説明される<sup>4</sup>。

甲斐は、エネルギーの傾注の有無によって作為と不作為とを区別されている。医師が患者の生命維持・救助にあたることはエネルギーを傾注している状態であり、その行為を作為と捉える。したがって、反対に医師が生命維持・救助行為を中止することはエネルギーを減少・消失させている状態であり、その行為を不作為と捉え、不可罰とされる。不可罰とするにあたり、患者の意思決定能力を要件として次のように説明される。①患者に明確に意思決定能力がある場合は、患者の意思に応じて「延命医療」を中止することは不作為となり、患者の治療拒否権に照応した適法な行為かつ生命維持義務（作為義務）も解除されこの不作為は正当化される。②患者が意識はあるものの意思決定能力のない場合、現実の意思表示と同視しうるような意思表示、たとえば手術直前になされる意思表示、が認められる場合は、生命維持義務が解除され、中止という不作為は正当化される。しかし、②と同様の状態にある患者の意思が把握できない場合には、「疑わしきは生命の利益に」の原則に従って、可能な限り、すなわち基本的には生命救助の可能性が医学的に絶無となる時点（全脳死の時点）まで「延命医療」を続ける義務がある、とされる<sup>5</sup>。

内藤は、患者を「植物状態、むしろ末期状態・昏睡状態」であると仮定した上で、人工呼吸器を取り外すという動作それ自体を物理的・形式的にみれば、その作為性を否定し得ないとしつつも、生命維持治療の中止という点では、「不作為」と解される心臓マッサージをやめることと同様であり、人工呼吸器を取り外すという行為の基本的性格は不作為である、と解される<sup>6</sup>。その上で、人工呼吸器の取り外しが、患者の死の直接の原因となり、生命を短縮することになることから、殺人罪の構成要件に該当する、とされる。しかし、患者の同意があることを要件として、「延命医療」を講じたとしても切迫した死の危険を回避できない場合は、医師の刑法上の治療義務がなくなり、違法性は阻却される、と説明される<sup>7</sup>。

「延命医療」を中止するという行為を不作為としながらも、殺人罪の構成要件に該当するとする点が他の説とは異なる。

## （2）不作為類似説（作為・不作為未決定説）<sup>8</sup>

大島は、患者が「植物状態である」と仮定した上で、患者の意識の回復可能性が全く失われた、すなわち人格的主体性が失われた、場合は、患者固体の生命は完全に消滅していないとしても、医師の積極的な特別な医療、すなわち「延命医療」、を施す義務（作為義務）が失われるとし、したがって、「延命医療」の取り外し、すなわち中止は、許容されると解

<sup>4</sup> 齊藤誠二「刑法における死の概念と人口蘇生術の中断3」法律のひろば30巻6号52頁（1977年）

<sup>5</sup> 甲斐克則『尊厳死と刑法[医事刑法研究第2巻]』成文堂（2004年）100-120頁。

<sup>6</sup> 内藤謙『刑法講義総論(中)』有斐閣、1986、574頁。

<sup>7</sup> 内藤・前掲書（注15）569頁。

<sup>8</sup> この分類名称は、武藤眞朗「生命維持装置の取り外し—わが国の学説の分析—」『西原春夫先生古希祝賀論文集 第一巻』成文堂、（1998年）より引用した。