

「尊厳死の問題を抜本的に解決するためには、尊厳死法の制定ないしはこれに代わり得るガイドラインの策定が必要であろう」とする。

解釈が無理であるのなら、それは現行法の文言に正面から衝突するか、あるいは、現行法の基本的精神に反する場合のいずれかである。私自身はそのようには思わないが、いずれにしても、法律あるいはガイドラインを制定するためには、その基礎となる原理が必要である。無原則な学説は不当であることは言うまでもないが、無原理な立法がもしあるとすれば、それも不当である。

控訴審判決は次のようにいう。

「裁判所は、当該刑事事件の限られた記録の中でのみ検討を行わざるを得ない。むしろ、尊厳死に関する一般的な文献や鑑定的な学術意見等を参照することはできるが、いくら頑張ってもそれ以上のことはできないのである。」

たしかに当該事件を超えて、一般的な原則を定立することは裁判所の役割ではないのであり、この観点から見るとこれまでの安楽死裁判には問題のあるものがあつたことは否定できない。特に東海大学病院事件判決のように、起訴されていない行為について、治療行為中止の適法要件に関する一般論を展開した上で、それを違法と断じたことは、やはり妥当ではない。しかし、基本的な考え方を示すことをせずに、現行法の解釈論では無理であるとして、立法・行政に問題の解決を委ねた控訴審判決の中には、司法謙抑主義というより、ルールができればそれを守るだけだという、法実証主義的思想が見える。

(d) 控訴審判決は、裁判所が決着をつけるべき

問題ではない理由について、さらに続けて次のようにいう。

「しかも、尊厳死を適法とする場合でも、単なる実体的な要件のみが必要なのではなく、必然的にその手続的な要件も欠かせない。例えば、家族の同意が一要件になるとしても、同意書の要否やその様式等も当然に視野に入れなければならない。医師側の判断手続やその主体をどうするかも重要であろう。このように手続全般を構築しなければ、適切な尊厳死の実現は困難である。そういう意味でも法律ないしこれに代わり得るガイドラインの策定が肝要なのであり、この問題は、国を挙げて議論・検討すべきものであって、司法が根本的な解決を図るような問題ではないのである。」

たしかに、尊厳死問題、治療中止の問題の解決のためには、このようなことは考えなければならない。しかし、刑事裁判で問題なのは、尊厳死問題の抜本的解決ではなく、当該被告人Xを処罰すべきかである。

控訴審判決は、仮にXに限らず、延命医療を中止した被告人を無罪としたら、これは終末期医療の中止に「お墨付き」を与えたと受け取られ、例えば、他の医療スタッフに相談せずに、独断で治療行為を中止する医師が次々と出てくる、などと考えたのであろう。それは理解できないわけではないが、Xを処罰することと、終末期医療を規制し、その適切な運用を図ることとは別の問題である。後者は、控訴審判決のいう法律あるいはガイドラインで行われるべきものである。そして、仮にこのような手続を決める法律、ガイドラインができたとしても、それに違反した治療の中止がただち

に殺人罪になるわけではない

控訴審判決は、これらの点についても問題を混同していると思われる。

2. 患者の自己決定権論・医師の治療義務論

(a) 積極的安楽死の合法性を肯定する論理があるとすれば、それは自己決定でなければならないと考える（後掲Ⅰ.文献6.）なら、尊厳死状況における治療中止の問題もそのように考えなければならないとするのが一般的である。特に、カレン・アン・クインラン事件に始まるアメリカ法の展開は、これを自明のものとしていた。

しかし、意思能力を失い意思表示のできない終末期の患者については、その積極的な自己決定の行使を期待することはできない。そこで、この場合にも、本人の推定的意思によって彼の治療拒絶の決定を認定しようとするのは擬制に過ぎないとして、このような場合には、患者の立場に拠ったその最善の利益を治療中止の可否の基準とすべしである、医師は、患者の最善の利益を判断して延命医療の中止を決断すべきである、そのようなときには医師の治療義務が存在しなくなる、とする医師の治療義務論による尊厳死論が主張されることとなった（後掲Ⅰ.文献7.）。

治療行為中止を許容する根拠として、患者の自己決定権と医師の治療義務を並列する東海大学病院事件判決は、このような背景の中で現れたのである。

(b) 患者の自己決定権と医師の治療義務とは、どちらも行為の合法性を基礎づける別個の違法阻却原理であるという佐伯教授の見解（後掲Ⅰ.文献

5.）を受けて、C. 5. (b)で紹介したように、一審判決も同趣旨を述べている。同判決が述べているように、医師が患者の治療を望んでいる治療を中止しても、つまり、その自己決定権によれば正当化されない場合であっても、それが医学的にみて有害、無意味であると判断される場合には、医師には治療を続ける義務がないとして、正当化されることはありうるというのである。

だが、“どちらのアプローチをとってもXの行為を合法とすることはできない”という控訴審判決は、この両者を、「同じ山頂を目指す2つのルート」というような意味での、2つの「アプローチ」と考えているのかもしれない。そうだとすると、これは、一審判決の論理と異なっていることになるが、妥当ではないと思われる。法律の論理は登山におけるアタック・ルートとは違うのだから、同じ場所に行くことが分かっているのに、わざわざ別のルートをとることに、それほど意味があるとは思われないからである。

3. 家族の意思と患者の自己決定

(a) 控訴審判決は、治療行為の中止を患者の自己決定権の観点で合法化することは、刑法202条（自殺関与及び同意殺人）との関係の説明が困難であるとする。しかし、医療の中止が同罪の構成要件に該当するとしても、患者の承諾の内容、医療的配慮などを考慮して、その違法阻却を論じる余地があるのだから、この議論は妥当しない。

患者の自己決定権に基づく治療行為中止合法論の最大の問題は、控訴審判決の指摘するもう一つの点、その意思を現実に表明することができない患

者にその推定的意思を援用せざるを得ないという点にある。

「さらに、自己決定権説によれば、本件患者のように急に意識を失った者については、元々自己決定ができないことになるから、家族による自己決定の代行か家族の意見による患者の意思推定かのいずれかによることになる。前者については、代行は認められないと解するのが普通であるし、代行ではなく、代諾にすぎないといっても、その実体にそう違いがあるとも思われぬ。そして家族の意思を重視することは必要であるけれども、そこには終末期医療に伴う家族の経済的・精神的な負担等の回避という患者本人の気持ちには必ずしも沿わない思惑が入り込む危険性がつきまとう。なお、このような思惑の介入は、終末期医療の段階で一概に不当なものとして否定すべきであるというのではない。一定の要件の下で法律にこれを取り入れることは立法政策として十分にあり得るところである。ここで言いたいのは、自己決定権という権利行使により治療中止を適法とするのであれば、そのような事情の介入は、患者による自己決定ではなく、家族による自己決定にほかならないことになってしまうから否定せざるを得ないということである。後者については、現実的な意思（現在の推定的意思）の確認といってもフィクションにならざるを得ない面がある。患者の生前の片言隻句を根拠にするのはおかしいともいえる。意識を失う前の日常生活上の発言等は、そのような状況に至っていない段階での気楽なものと考え余地が十分ある。本件のように被告人である意思が患者の長い期間にわたる主治医であるような

場合ですら、急に訪れた終末期状態において、果たして患者が本当に死を望んでいたかは不明であるというのが正直なところであろう。」

(b) 患者のリビング・ウィルがあれば、それによって本人の治療中止の意思を推定すべきである、それがないときには、家族の意思によって本人の意思を推定することを原則とすべきである、患者が自ら決定することを望まず、家族に決定を委ねられていると思われる場合には、その家族の意思によって治療中止を決定することができる、というのは、一審判決の前に主張されていた佐伯教授の見解である（後掲Ⅰ．文献5.）。本判決の【患者の自己決定権によるアプローチ】（前掲C．5.(c)）、および上掲の引用部分は、それを否定したものである。

佐伯教授は、医療の中止についてはあくまでも本人の推定的意思を基本とすべきであるとされている。教授の提案は、家族の決定があるときにはそれに従うことによって、比較的安心して、決定能力のない患者への医療の実行・中止を決定する医療の実務にも適合している。その立場から、教授は、東海大学病院事件の家族が患者の意思を正しく推定していないから、その要請によって医療を中止した医師の行為は、患者の推定的意思に合致していないとした東海大学病院事件判決は、「過度の要求であり、現実的でない」と批判された。

しかし、控訴審判決が批判するように、患者の推定的意思の認定にはフィクションがつきまとうし、患者外的要素の混入が避けられない（なお、後掲Ⅰ．文献7.）。佐伯教授のように、家族の意思に従うことを原則とするときには、一層このおそれが

高まる。

患者の意思が確認できないときには、家族による本人意思の推定を行うとする厚生労働省「終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン」（後掲Ⅰ．文献4.）も、「家族が患者の意思を推定できる場合には」という限定を付けるとともに、それによって直ちに決定すべきだとしているのではなく、「医療・ケアチーム」がさらに判断すべきだとしている。佐伯教授の提案はきわめて医療実務的なものであり、傾聴に値するものではあるが、医療実務もここまで踏み切ること躊躇を覚えたということであろう。

4. 患者の最善の利益・患者の自己決定・医師の治療

(a) 教授は、推定的意思の概念がパーフェクトなものか、家族の意思による推定を広く認めることが理想的なのかではなく、「患者の意思による推定を認めないことの結果が、現状のまま患者を放置するか、医師の裁量的な判断を認めるかの、どちらかであるとすれば、患者の自己決定権の観点からは、家族の意思による推定を広く認めた方が望ましいように思われる」といわれる。

しかし、患者の自己決定と医師の治療義務とは、終末期医療の実行・回避が患者の最善の利益に合致するかを判断するための2つの要素であり、両者は対立するものではない（後掲Ⅰ．文献10.）。また、どちらの道具を使っても、それはアプローチの相違に過ぎず、結論は同じだから一つでいいというものでもない。

終末期医療の実行・中止は、患者の最善の利益に

従って決定されなければならない。それは患者本人から見た主観的利益であり、客観的に、社会の多数者なら治療の中止を望むだろうということによってではなく、本人が望むことによって決定される。従って、患者が実際に意思表示を行うときには、それが基準となるのが原則である。患者が意思表示できないときには、その推定的意思によって決定することになる。リビング・ウィルもその一場合であり、それ以外の事情による推定もそうである。

以上の、本人の選択の意味で、患者の自己決定はその最善の利益を判断するための重要な要素である。しかし、医療的考慮も、患者の最善の利益を判断する一つの要素である。患者の決定があつたとしても、それが自殺のように明らかに非合理的なものであるときには、そのような場合をどの範囲まで認めるべきかには問題があるにせよ、患者の選択を否定して医療的措置をとることを認めるべきである。また、患者の推定的意思がある程度は推定しうる場合であつたとしても、そのことを考慮しながら、これに医療的考慮を総合して、本人の最善の利益の判断を行うことはある。さらに、推定的意思がまったく不明なときには、医療的観点から本人の主観的な最善の利益を判断すべきことになる。

このように、患者の自己決定と、医師の医療的判断は、患者の最善の利益という観点で統合されているのである（後掲Ⅰ．文献7.においては、患者の自己決定権ではなく、医師の治療義務の存否によって治療行為の中止を考えるべきであるとしていたが、以上の趣旨に改める）。

(b) 佐伯教授は、医師には、純粹に医学的判断からの治療義務の限界を認めることはできるが、それを超えて、患者の福利を考慮して行動する裁量的権利までは認めるべきではないという。その後の川崎協同病院事件一審判決も、医師の治療義務を論じたところで（前掲C. 5.(b)）、次のようにいう。

「なお、この際の医師の判断はあくまでも医学的な治療の有効性等に限られるべきである。医師があるべき死の迎え方を患者に助言することはもちろん許されるが、それはあくまでも参考意見に止めるべきであって、本人の死に方に関する価値判断を医師が患者に代わって行うことは、相当ではないといわざるを得ない。もちろん、患者が医師を全面的に信頼し全てを任せるということも自己決定の一つとしてあり得る。さらに、医師と患者・家族の揺るぎない信頼関係が確立され、死に方の問題も医師の判断・英知に委ねるのが最も良い解決法であるとの確信が一般化しているような状況があれば（それは終末医療の一つの理想ともいえよう。）、医師の裁量に委ねることは望ましいことともいえよう。しかし、残念ながら、そのような状況にあるとはいえない現状であることは大方の異論のないところであろう。」

また、Aの死期は切迫していなかったから、「治療義務の限界からのアプローチ」によってもXの抜管行為を正当化しえないとする控訴審判決（C. 5.(c)参照）も、医師の治療義務の限界を、治療が医学的に無意味になった場合についてだけ考えている。

「治療義務の限界からのアプローチは、医師に

は無意味な治療や無価値な治療は行うべき義務がないというものであって、それなりにわかりやすい論理である。しかし、それが適用されるのは、かなり終末期の状態であり、医療の意味がないような限定的な場合であって、これを広く適用することには解釈上無理がある。」

(c) 患者の福利の判断は患者の推定的意思に従うという見解と、医師の判断にも委ねるべきだという上記の見解との間には、具体的事例に関する結論にはそれほど大きな差はないのかもしれない。しかし、考え方の基本的な相違があることは確かである。

患者の最善の利益に関する判断はその自己決定権にだけ委ねるべきであり、医師にはその権利を否定しなければならないという考え方の背後には、根深い医療不信があることは、「医師と患者・家族の揺るぎない信頼関係が確立され、死に方の問題も医師の判断・英知に委ねるが最も良い解決法であるとの確信が一般化している…とはいえない現状であることは大方の異論のないところであろう」という、上記の一審判決の判示からうかがえる。

だが以上の見解は、終末期医療の決定を全面的に医師の裁量に委ねるべきだというのではなく、上記のように、患者の主観的事情を考慮しながら、医師は決定するというモデストな範囲において医療の裁量性を認めようとするにすぎない。そして、これが人々に受け入れられている状況とほど遠いとは、私には思われぬ。

5. 終末期医療の立法とガイドライン

(a) その合法性自体についても、その許容範囲についても、意見の対立が厳しい現在の段階で、終末期患者の治療中止の要件を規定する法律を作ること、ましてや、一審判決、控訴審判決がともに違法としたXの行為を許容するような法律を作ることには、かなりの議論の積み重ねが必要であり、早急に実現することはありません。

しかし前項1.(d)で述べたように、終末期における医療中止のあり方について、法律ではない、何らかの医療的ルールを作るとは有益であると思われる。法律でない以上、治療中止が許される終末期の概念、許容される中止の範囲などの実体要件について独自に規定することはできない。現在以上に、終末期医療の中止を「非犯罪化」し、患者の死を選ぶ権利を認めることもできない。しかし、どのような手続によって、治療を中止すべきかという手続要件を規定することはできる。このようなものでも、終末期における延命医療の実行・中止が密室で一人の医師の独断によって行われているのではないかという、人々の不信感を軽減し、終末期のベッドサイドへの不必要な刑事司法の介入を避けることにはつながるだろう。

(b) このようなガイドラインは、本来は、医師会、医学会などの医療プロフェッションが、市民の意見を聞きながら作るべきものであり、国の行政指導として、上から行うべき筋合いのものではないと思われる。しかし、「終末期医療民間ガイドライン」策定の試みが遅々として進まないなかで、延命医療の中止の事件が相次いで問題になったため、国（厚生労働省）は、ガイドラインの作成を開始し、2007年5月に、「終末期医療の決定プ

ロセスに関するガイドライン」、「終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン解説編」（後掲I. 文献4.）を公表した。

この「官製ガイドライン」がこれからの終末期医療にどのような影響を持つのかは、その内容の妥当性ととも、今後も検討して行かなければならない。

E. 結論

終末期における医療の中止は、患者の自己決定と医師の医療的配慮を総合して、何が患者本人の最善の利益であるかという判断に基づいて行われなければならない。この点に関する川崎協同病院事件の一審判決、控訴審判決は必ずしも妥当とは思われない。「尊厳死立法」を直ちに行うことは困難であるが、終末期医療の適切な実行を確保し、それに可視性を与えるためには、何らかのガイドラインが必要であり、厚労省の「終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン」は、この意味で歓迎すべきものと思われる。

G. 研究発表

1. 論文発表
なし。
2. 学会発表
なし。

H. 知的財産権の出願・登録状況（予定を含む）

1. 特許取得
なし。
2. 実用新案登録

なし。

3. その他

なし。

1. 文献

1. 横浜地方裁判所判決平成7年3月28日判例時報1530号28頁＝判例タイムズ877号148頁（東海大学病院事件判決）。
2. 横浜地方裁判所判決平成17年3月25日判例時報1909号130頁＝判例タイムズ1185号114頁（一審判決）。
3. 東京高等裁判所平成19年2月28日（控訴審判決）（公刊物未掲載）。
4. 厚生労働省「終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン」、「終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン解説編」（2007年）。
5. 佐伯仁志「末期医療と患者の意思」樋口範雄（編著）『ケース・スタディ生命倫理と法』（ジュリスト増刊、2004年）、86頁。
6. 町野朔「安楽死——ひとつの視点——」（1）・（2）ジュリスト630号（1977年）59頁・631号（同年）114頁。
7. 町野朔「法律問題としての『尊厳死』」加藤一郎＝森島昭夫（編）『医療と人権 医師と患者のよりよい関係を求めて』（有斐閣、1984年）203頁。
8. 町野朔「『東海大学安楽死判決』覚書」ジュリスト1072号（1995年）106頁。
9. 町野朔「違法論としての安楽死・尊厳死——複合的な視点——」現代刑事法14号（2000年）37頁。
10. 町野朔「自己決定と他者決定」年報医事法学15号（2000年）44頁。

川崎協同病院事件控訴審判決の意義

——町野報告書へのコメント——

分担研究者 辰井聡子（横浜国立大学国際社会科学研究所）

研究要旨

川崎協同病院事件に関する控訴審判決は、東海大安楽死事件判決、川崎協同事件第1審判決への批判に応え、司法の役割の限定性を示した上で、前述の両判決や有力な刑法学説に見られる「自己決定権に基づく正当化」論の自明性に疑念を呈しつつ、より開かれた議論の必要性を司法の立場から述べたものであり、高い評価に値する。患者の自己決定権と医師の治療義務とを、患者の最善の利益（患者の主観的利益）の観点で統合する町野教授の立場には疑問がある。

A. 研究目的：川崎協同病院事件控訴審判決の検討

報告書の中で、町野教授は、川崎協同病院事件控訴審判決が不当であること、終末期における医療の中止は、患者の自己決定と医師の治療義務を統合して判断される患者の最善の利益の観点からなされるべきであることを述べておられる。本稿は、このいずれの点にも疑問を感じるので、意見を述べる。定見を示さず疑問のみを述べることになるが、公共的な議論の一過程としてお許しいただきたい。

B. 研究方法：

文献をもとにした考察、研究会における討論による。

【倫理面への配慮】

公開された情報のみを用いている。プライバシーに配慮し、判決文における個人名等は匿名化し、事件名のみ、一般に通用し

ている名称を用いた。

C. 考察

1 川崎協同病院控訴審判決の評価について

(1)「解釈論と立法論」

町野教授は、控訴審判決が、解釈論によって治療中止・尊厳死を正当化することはできないから、正当化するには立法ないしこれに代わるガイドラインの策定が必要であると主張するものと理解され、これを「基本的な考え方を示すことをせずに、現行法の解釈論では無理であるとして、立法・行政に解決を委ねた」ものであり、「司法謙抑主義というより、ルールができればそれを守るだけだ」という、法実証主義的思想」であるとして、厳しく非難されている。しかし、前提とされている判決の理解は、おそらく裁判所の意図したものと異なっている。以下に見るように、控訴審は、本事案の解決にとって不要な判断はし

ないという司法謙抑主義を貫こうとしているだけであり、これは決して不当なことではない。

①「解釈上の限界」

控訴審判決は、確かに、自己決定権論、治療義務論の「いずれのアプローチにも解釈上の限界があ」と述べている。しかし、これは、町野教授の理解とは異なり、「いずれのアプローチも解釈論として採用できない」という意味ではないと思われる。

「解釈論上の限界」という文脈で、控訴審がいおうとしているのは、解釈としてそれらを採用したとしても、治療中止に関わるすべての問題を解決することはできないということである。自己決定権を根拠に治療中止を正当化する解釈については、刑法202条との関係で、現行法の解釈論として採用することについて疑義がある点も指摘されているが、重きがおかれているのは、かりに採用したとしても、意識を失った患者については、深刻な問題が残るという点である。「治療義務の限界」を根拠に正当化する解釈についても、指摘されているのは、かりにそれを採用したとしても、異論なく正当化が認められるのは相当末期の、限定された状況だけであり、わずかでも助かる可能性がある場合についてもそれが認められるのかは自明でないということである。解釈論でできることには限界がある。ゆえに、「尊厳死の問題を抜本的に解決するには、尊厳死法の制定ないしこれに代わり得るガイドラインの策定が必要である」という認識が示しているのは、ごく普通の認識である。

したがって、控訴審が「解釈上の限界」

があると述べている点を捉えて、控訴審が、自己決定権論、治療義務論を解釈論として採用する可能性を封じていると解するのは妥当ではない（このことは、2つの観点から本事案を検討する前に、「ここで重要なのは、いずれのアプローチが適切・妥当かということ的前提とするのではなく、単に仮定している」と述べられていることから明らかである）。控訴審はただ、かりに解釈論としてそれらを採用したとしても、すべてを解決することはできないことを示すことで、国を挙げての議論の必要性を指摘しているにすぎない。手続的な要件の重要性を指摘しているのもこの文脈であるから、控訴審が「問題を混同している」ということではないであろう。

本判決において、控訴審は、東海大安楽死事件判決、川崎協同事件第1審判決に向けられていた批判に答え、司法の役割の限定性を確認することを最重要視したものと考えられる。「解釈上の限界」は、司法の役割について考察する前提となる認識—いずれにせよ司法にできることには限界があるという—を示したものにすぎず、「立法ないしガイドラインの策定が必要」という認識がごく一般的なものであることと併せ、別段不当な判示であるとは思われない。

②司法の謙抑性

その上で、控訴審判決は、患者の自己決定権と治療義務の限界の双方の観点について、「いずれかのアプローチによれば、…適法とするにふさわしい事案に直面したときにはじめて、裁判所としてその要件の是

非を判断すべきである」と述べる*1。①で見たように、控訴審が双方による正当化の可能性を否定していないことを前提とすれば、この趣旨は明らかであろう。控訴審としては、治療停止等の正当化をめぐって、自己決定権の観点や治療義務の限界の観点から議論がなされていることは当然承知しており、議論を継続する必要性も認めている。しかし、本事案が、かりに両方あるいはいずれかの観点からの正当化を認めたとしても、治療停止が許容される事案ではないならば、判決を下すにあたって、それらの議論を行う必要はないし、議論を行ったとすれば、かえって、「国を挙げての議論」に介入することになり、妥当ではない。控訴審が、2つのアプローチから本件を検討しているのは、この事案がそれぞれの観点を採れば許容される事案であったかを確認するためであり、「傍論として示すのは却って不適切」との立場を採る控訴審にとっては、それぞれについて解釈論としての妥当性を判断する必要があるか否かを明らかにするために不可欠の作業である。決して、「2つのアプローチを試してみ」ているわけではないであろう。

*1この文章の前に「患者の自己決定権と治療義務の限界の双方の観点から、当該治療中止をいずれにおいても適法とすることができなければ、殺人罪の成立を認めざるを得ない」と述べられている点は、理解が困難である。本稿の理解が正しければ、「いずれにおいても」ではなく「いずれかにおいて」とされるべきである。しかし、引用文が後に続くことから、全体としての趣旨は明らかであろう。

司法の役割が、控訴審の考えるような意味で謙抑的でなければならないのかには、議論の余地はある。しかし、控訴審の立場は、当該事案の解決に必要な限度を超えた一般原則を定立することは司法の役割ではないという、わが国ではほぼ自明視されている立場に依拠したものであり、穏当なものである。

治療停止に関する議論に対しての態度という点では、控訴審は、(2)で見るように、自己決定権論による正当化を半ば自明視する風潮に疑念を呈してもいるが、それにもかかわらず、解釈論として自己決定権論を採る可能性を否定してはいない。控訴審が、上述のような抑制的な態度を採ったのは、むしろ自己決定権による正当化や治療義務の限界論による正当化の可能性を封じないためと見るべきであろう。これは、裁判所の構えとして、きわめて正当なものではなかろうか。

(2) 「患者の自己決定権」は自明か

控訴審判決には、治療停止の正当化に関して実質的な議論を展開している部分が一カ所だけある。それは、患者の自己決定権からのアプローチについてである。

「……終末期において患者自身が治療方針を決定することは、憲法上保障された自己決定権といえるかという基本的な問題がある。通常の治療行為においては患者の自己決定権が最大限尊重されており、終末期においても患者の自己決定が配慮されなければならないとはいえるが、患者が一旦治療中止を決定したならば、医師といえども直ちにその決定に拘束されるとまでいえるのかという疑問がある。また、権利性に

ついて実定法上説明ができたとしても、尊厳死を許容する法律（以下「尊厳死法」という。）がない状況で、治療中止を適法と認める場合には、どうしても刑法202条により自殺関与行為及び同意殺人行為が違法とされていることとの矛盾のない説明が必要となる。そこで、治療中止についての自己決定権は、死を選ぶ権利ではなく、治療を拒否する権利であり、医師は治療行為を中止するだけで、患者の死亡自体を認容しているわけではないという解釈が採られているが、それはやや形式論であって、実質的な答えにはなっていないように思われる。」

町野教授は、この議論、とりわけ刑法202条との関係について指摘した点について、「医療の中止が同罪の構成要件に該当するとしても、患者の承諾の内容、医療的配慮などを考慮して、その違法阻却を論じる余地があるのだから、この議論は妥当しない」、とされる。しかし、控訴審も、「矛盾のない説明が必要となる」と述べているのであるから、適切な理由によりその違法阻却を認める可能性があることは認められていると考えられる。ただ、これまでの議論の中には「実質的な答え」が見当たらず、死に直結する治療停止についてまで患者の自己決定権を及ぼすことを自明とみなせる状況ではないことを指摘しているにすぎないと見るべきである。

町野教授がこの点を不当とみなすのは、教授が、患者の自己決定^{*2}があれば治療停止が正当化されるべきことをほぼ自明視さ

*2ただし、ある程度合理的なものであることは要件とされている。

れているためであろう。アメリカ法の展開に言及した下りでは、その含意が見て取れる。わが国でも、多数の見解が、患者の自己決定権に基づく治療停止の可能性を認めている。しかし、他方で、202条の解釈においては、「生命の絶対的価値」の故に、自由かつ真摯な自殺意思が存在したとしても同罪が成立するという見解が一般的なのである。もちろん、自由かつ真摯な意思の存在に加え、治療義務の限界等の別の要素を考慮して、正当化を認める可能性は残されている。また、町野教授自身は、自由かつ真摯な意思が存在すれば、202条の成立を否定する立場を採っておられるから、教授自身においては、202条との「矛盾のない説明」が見出されているといえる。しかし、学説全般の状況としては、治療の停止にまで及ぶ「自己決定権」と、202条が同意の存在にもかかわらず保護する「生命の絶対的価値」の調整が図られていないことは否定できない。このような状況で、自己決定権論による正当化という、ある意味では楽な方向に流れなかった控訴審の態度は、むしろ理性的な慎重さとして、高く評価すべきではないかと思われる（なお、この部分は、解釈論としての自己決定権論の可能性を一般的に検討した部分であるから、「Xを処罰することと、終末期医療を規制し、その適切な運用を図ることとは別の問題である」との批判はあたらない）。これを、例えば「すべりやすい坂道」論に基づく逡巡とみなすのは、自己決定権論の基本的な正当性に傾きすぎた見方である。じじつ、終末期ですらないのに、「患者の自己決定権」を根拠として、治療中止の選択に事実上誘導されている難治患者はた

くさんいる。坂道からは、とうにすべり落ちていてもいえるのである。

本稿は、患者の自己決定に基づく治療停止を一切認めるべきでないと主張するものではない。しかし、「(生き方としての)死に方を選ぶ権利」といった説明によって「生命の絶対的価値」という建前を崩すことの意義について、また患者の利益を守る楯であるはずの「自己決定権」を医師、家族の側の免責のために用いることの意義について、すでに議論が尽くされたとは到底いえないと思われる。もちろん、その判断が必要なき時には、議論が不十分な状況でも、裁判所には一定の判断を下す義務がある。しかし、控訴審が詳細に説明しているように、本事案はそのような事案ではなかった。自己決定権の観点から治療停止を認めることについて控訴審判決が示した懸念はもっともなものであり、本稿もそれを共有するものである。

3 患者の最善の利益・患者の自己決定・医師の治療義務

町野教授は、「患者の自己決定と医師の治療義務とは、……患者の最善の利益を判断するための2つの要素であり、両者は対立するものではない」とされる。この立場は、患者の最善の利益とは「患者本人から見た主観的利益であり、……本人が望むことによって決定される」とする教授の見解に依拠したときに初めて成り立つものである。しかし、例えば202条について論じる文脈で、「生命の絶対的な価値」といわれるとき、そこで想定されているのは必ずしも主観的利益としてのそれではない。生命

の価値をも患者の主観的利益に還元しようとすることは、生命を財産と同様のものとして、すなわち本人が価値があると思うから価値があるのであって、それ自体に絶対的な価値を持つものではないと理解することであるが、このような理解の妥当性は少なくとも自明とはいえないであろう。財産の価値の本質は主観的利益である—これ自体も必ずしも一般的な理解ではないが—と考えられるのは、財産の意義は持ち主が随意に利用できるという点にあると、一般に考えられているからであろう。しかし、生命について、持ち主が利用するから価値があるのだと考えることは、その「絶対的価値」を認める社会通念とは相当に異なるものである。

生命を自己決定に委ねることそれ自体への疑念、またその弊害については、川崎協同病院事件控訴審判決にも述べられているところであり、既述のとおり、その懸念には理由がある。医師の治療義務論や「患者の最善の利益」論は、もともと、患者本人の意向を価値の源泉とするものの問題性

(これには理論的な問題性と機能的限界の双方が含まれよう)に配慮して、患者の意思を離れた客観的な事情を根拠に医療上の決定を正当化する試みである。患者の自己決定からの判断と治療義務論に基づく判断、また「最善の利益」による判断は、相反がありうるものと理解してこそ意味があるのであり、これを患者の主観的利益の観点に統合して理解することは、妥当とはいえないのではないか。

上記のような理論構成は、生命に対する自己決定権の存在を前提とする町野教授の立場からは一貫したものであるが、その前

提が自明といえないことは、川崎協同病院事件控訴審判決が指摘するとおりである。

D. 結論

川崎協同病院事件に関する控訴審判決を、町野教授が述べるように、「自己決定権論、医師の治療義務論は解釈論として採用できない」としながら「立法に待つべきである」とする、無責任な態度を採るものと読むことはできない。同判決は、事案の解決にとって必要な限度を超えて公の議論に介入することを避け、より開かれた議論を促したものであり、その真率な態度は高く評価されるべきである。

患者の自己決定権と医師の治療義務とを、患者の最善の利益（患者の主観的利益）の観点で統合する町野教授の立場は、生命をも患者の主観的利益に還元することを前提

とするが、生命に本人の意思や本人にとっての利用価値とは無関係の絶対的価値を認める社会通念に反するものであり、疑問である。

G. 発表

1. 論文発表 特になし
 2. 学会発表 特になし
- (発表誌名巻号・頁・発行年等も記入)

H. 知的所有権の取得状況

(予定を含む。)

1. 特許取得 特になし
2. 実用新案登録 特になし
3. その他 特になし

延命治療の中止行為についての刑法的観点からの検討

分担研究者 和田 俊憲 慶應義塾大学大学院法務研究科

研究要旨

延命治療の中止の許容要件を画定する際には、医師による治療の中止行為を、作為によるものであっても「作為による不作為犯」と捉え、そもそも不作為として捉えられる場合も含めて、すべて、作為義務、即ち、治療義務の有無・範囲の問題とし、治療義務に反しない場合は作為・不作為を問わず犯罪不成立と解するのが妥当である。重要なのは治療義務の有無・内容であり、行為が作為か不作為かは問題でない。

治療義務の有無・内容を画定する際には、患者の自己決定、家族の意向、社会の経済的資源配分の適正さなどの考慮可能性を検討するほか、適切な終末期医療ガイドラインは医療社会ルールであり、それに従えば治療義務違反はない、と解することができるかなどを検討する必要がある。

A. 研究の目的

終末期医療において犯罪の成否という点で重要なのは、原則として違法と解されている積極的安楽死と、比較的緩い要件で認められるべきであると解されている延命治療の中止との区別である。

延命治療の中止に関しては、次のような理解が一般化しているといわれている。即ち、「取り付けた生命維持装置が一旦患者の生命を維持し始めたら、患者が死亡するまでそれを取り外してはならない。」というのである。この奇妙な帰結は、次の4つの前提から導かれるものと解される。

前提A 故意に死期を早める行為は、殺人である。

前提B 延命装置を取り外す行為は、作為である。

前提C 作為による犯罪は、すべて作為犯である。

前提D 故意作為犯は、必ず不作為義務が課され禁止規範の対象となっている。

そうすると、延命治療の中止を刑法上許容するための法的構成を考える際には、前提A～Dのいずれかを否定すればよいことになる。

そこでA～Dのいずれかが否定されるか検討することを目的とした。

B. 研究方法

主として文献を参考とした。

（倫理面への配慮）

すべて公知の情報によっているため、個人情報などを扱うことはしていない。

C. 考察

1. 前提A（殺人）の否定

刑法学説においては、死亡結果を時刻によって高度に具体的に特定する考え方から、死因によって特定する考え方へ、移行させようとする見解が主張されている。論者は、死因の形成に関わることなく、健康状態を悪化させて死を早めたに過ぎない場合は、発生させたのは殺人結果でなく傷害結果とする。これによれば、同意があっても同意殺人になりうる（さらに、他の理由付けによって違法性阻却することも極めて困難な）殺人とは異なり、本人の同意があれば構成要件該当性なしとすることができ、本人の同意（推定的同意を含む）のみによって延命治療の中止は可能となる。

しかし、そもそも初めから救命義務を果たさなかった者に死の責任を問えなくなる可能性がある。逆に、（推定的）同意がない場合には、医学的に無駄な治療であっても中止が認められない。

そうすると、むしろ、治療義務がない医師による延命治療の中止を正面から許容する構成を目指すべきである。

2. 前提B（作為）の否定

ある行為による犯罪を不作為犯として構成することには、作為犯よりも成立範囲を限定的にできるというメリットがある。不作為犯においては「保証人的地位」およびそこから生ずる「作為義務」が、自由主義の観点から付加的要件とされているからである。

作為と不作為は、言葉の操作により、いずれにも表現可能である。例えば、「立ち話を続ける」といえば作為であるが、これ

は「救助しない」という不作為としても表現可能である。従って、作為と不作為の区別は、何らかの実質的な観点からなさねばならず、種々の見解が主張されている。

エネルギー説は、一定方向にエネルギーを投入することが作為、そうでないものが不作為であるとする。しかし、エネルギーを投入することによってエネルギー投入の継続を止めた場合、判断が困難となる。因果関係基準説は、取り除いた場合に結果が発生しなくなるものが作為、取り除いても結果が回避されないものが不作為とする。しかし、これによるとあらゆる行為が作為になりかねない。

法益状態説は、そのままでは結果発生に向かっている事実経過を結果発生へと向ける行為が作為、結果発生に向かっている事実経過を結果回避へと向けない行為が不作為であるとする。基本的にはこの考え方が妥当であると解される。しかし、これによると、患者から生命維持装置を取り外す行為は、装置がついたままであれば保持される生命法益の状態を悪化させるものであるので、作為とされることになる。なお、継続的治療行為だけでなく、断続的治療行為の中止も作為となりうる点に注意が必要である。

3. 前提Cの否定（作為犯）

通常は、作為による場合が作為犯、不作為による場合が不作為犯と解されている。しかし、例外としての「作為による不作為犯」を認める見解がある。もとはドイツで主張された学説であるが、我が国でも延命治療の中止を適切に処理するために傾聴に値するとの評価も見られるところである。

この説は、禁止規範の対象領域（作為犯の領域）と、命令規範の対象領域（不作為犯の領域）とを分け、後者については、行為が作為であるか不作為であるかに関わりなく、作為義務が否定される者の行為については不可罰となる、と解するものとして理解することができる。これによると、医師による治療義務に反しない治療の中止を、作為か不作為かを問わず不可罰とすることができる。

作為犯領域と不作為犯領域の区別においては、作為義務がない者（＝医師でも第三者でも同じ）であることが重要なのではなく、治療を継続してきたが作為義務がなくなった者（＝担当医師のみ）であることが重要である。その点を自由主義の観点から捉えなおすと、治療を継続してきた者に対して、生命維持装置の取り外しを行うな、と命令することは、個別の救命行為を命令する場合と大きくは変わらないといえるかもしれない。

4. 前提Dの否定（禁止違反）

作為犯であるが不作為義務がない・禁止規範違反がないとする見解もある。人工呼吸器の取り外しを、救命の方向に向けて流れている因果経過を断ち切る「作為」として捉えるが、救命に向かう因果の流れを断ち切ることは、そもそも救命が可能であるかぎりにおいてのみ法的禁止の対象となりえ、それが不可能であるときには、禁止規範が否定されるとする。

これによると、生命維持装置の取り外しは作為犯の問題となるが、救命の可能性がない限りで禁止違反が否定され、殺人罪の構成要件該当性が否定される。しかし、延

命可能性がある場合にはおよそ治療中止が認められなくなる。また、第三者が救命妨害した場合と医師による中止とを区別できなくなる点も問題である。

D. 結論と残された課題

以上の検討により、延命治療の中止の許容要件を画定する際には、医師による治療の中止行為を、作為によるものであっても「作為による不作為犯」と捉え、そもそも不作為として捉えられる場合も含めて、すべて、作為義務、即ち、治療義務の有無・範囲の問題とし、治療義務に反しない場合は作為・不作為を問わず犯罪不成立と解するのが妥当である。重要なのは治療義務の有無・内容であり、行為が作為か不作為かは問題でない。

治療義務の有無・内容を画定する際には、患者の自己決定、家族の意向、社会の経済的資源配分の適正さなどの考慮可能性を検討するほか、適切な終末期医療ガイドラインは医療社会ルールであり、それに従えば治療義務違反はない、と解することができるかなどを検討する必要がある。

G. 発表

1. 論文発表 特になし
 2. 学会発表 特になし
- （発表誌名巻号・頁・発行年等も記入）

H. 知的所有権の取得状況

（予定を含む。）

1. 特許取得 特になし
2. 実用新案登録 特になし
3. その他 特になし

英米における尊厳死をめぐる法的状況

分担研究者 佐藤 雄一郎 横浜市立大学医学部

研究要旨

わが国において、尊厳死ないし消極的安楽死をめぐる議論はさまざまになされているが、治療の中止まで殺人罪として起訴された事件があり、現場は混乱ないし萎縮している可能性がある。英米における状況および議論を検討し、それぞれ異なったやり方によって一定の解決を見ているが、議論はなお続いていることを確認した。

A. 研究目的

わが国において、尊厳死をめぐる議論は、消極的安楽死をめぐる議論と分かちがたいが、後者においては、その違法性が阻却される要件につきさまざまな議論があり、また、たとえば東海大学安楽死事件判決における患者の自己決定と意思の治療義務の限界との関係など、諸要件の関係もはっきりしない。そのため、同じコモン・ローの法制をとりながら、基本的な考え方が異なると思われる、イギリスとアメリカとを例に挙げ、わが国における議論の整理のための一助としたい。

B. 研究方法

主として、公刊されている判決文や文献などによった。

（倫理面への配慮）

すべて公知の情報によっているため、個人情報などを扱うことはしていない。

C. 研究結果

英国におけるリーディングケースであるブランド事件（Airedale NHS Trust v Bland [1993] 1 All ER 821, (1993) 12 BMLR 64 (HL)）においては、裁判所は、患者の最善の利益を諮るという患者に対する医師の義務と、それにあたっての裁量という観点から検討を行った。ゴフ卿は、先例が、患者が治療への同意・不同意が表明できない場合にもボーラム基準を用いたことを受け、治療中止もこの枠組みで扱われるべきとして、BMAのディスカッションペーパーの存在も理由として治療中止を認めた。キース卿も、PVS患者に治療やケアを継続することが患者にとって何らかの益となるかは、本質的に、治療にあっている医師の判断によるとした。また、ゴフ卿は、一般論としては最善の利益の判断にあたって患者のパーソナリティを考慮に入れることを認めながらも、PVS患者からの延命治療の中止が問題になる場合には、パーソナリティが最善の利益基準にかなうかは定かでないとしてこれを退けた（本人の意思と信じ

ることができることで家族に慰みをもたらすかもしれないという)。また、マステイル卿は、仮に意思を表明できるとすれば患者がどのような意思決定をするかという代行判断原則について、意識はあるがコミュニケーションの能力がない場合にはともかく、本件には適用にならないとした。

一方、アメリカ合衆国においては、治療の中止は本人のプライバシー権、あるいは、これを制限するためには連邦憲法の適正手続の問題となるというのが裁判所の立場である。よって、PVSの場合には現在の本人意思が明らかでないという事情はあるものの、かつての言説などから、本人の意思が clear and convincingに証明されたと考えられる場合には、本人と密接な関係を有する者が、本人に代わって (substituted)、治療の中止を裁判所に求めることになる

(裁判所を経なければいけないのか、あるいは病院倫理委員会 Hospital Ethics Committeeの判断でよいのかについては裁判所の判断が分かれている)。この判断は、代行判断 substituted judgment と呼ばれる。

アメリカ合衆国においては、一度も能力を有したことの無い人の治療差し控えについてすら代行判断原則をとるもの (Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz, 370 N.E. 2d 317 (Mass. 1977)). もちろん、最善の利益基準を用いた判決もある (*In re Storar*, 438 N.Y.S. 2d 266, 420 N.E. 2d 64 (N.Y. 1981).)) があるくらいであり、かつて能力を有したことのある人の治療行為の中止事例においては、おおむね代行判断原則が用いられている。もっとも、代行判断原則といっても、コンロイ事件判決 (*In re Conroy*, 486 A. 2d 1

209 (N.J. 1985)) は、主観的テスト、制限的客観テスト、純粹客観的テストを挙げており、最後のものは実質的には最善の利益判断と同じことになるが、PVS患者の治療中止については、カレン、クルーザン事件とも、そして本事件においても、裁判所は主観的テストないし制限的客観テストによっているものといえよう。もっとも、PVSの場合、主観的テストをとれるほど本人の意思が明確でない場合もあろうし、治療を継続することによる負担はほとんどないと思われるから制限的客観テストの要件も満たされない。このため、家族は患者にとって最善の選択ができることを理由として、本人の明示の意思表示が残されていない場合に家族の判断による治療の中止を認めた判決もある (*In re Jobes*, 108 N.J. 394, 529 A. 2d 434 (N.J. 1987))。

しかし、近年のテリ事件においては、このアメリカの伝統的な判例法理が根底から争われることになった。同事件において、経管栄養の中止を求めた夫側は、治療の中止が本人の意思であるとの主張をし、裁判所もこれが clear and convincingに証明されているとして中止を認めた。しかしながら、テリの両親は、本人の意思と無関係に (?)、彼女は生かされるべきだ、と主張し、共和党が多数を占めていたフロリダ州議会および連邦議会においても、両親のための特別法が制定されたのである。もっとも、これら法律は憲法違反であるとする夫からの訴えを受け、フロリダ州および連邦の裁判所は、これら法律を退けた。また、これら立法に対する世論はどちらかという批判的であると伝えられており、さらに、連邦議会においては民主党が多数をにぎっ

ていることから、法的にはこれまでどおり、本人のプライバシー権を理由とした治療の中止が認められていくことになるだろう。

D. 考察

(1) アメリカ流の問題—実質的な決定過程における家族内の意見の対立—

カレン、クルーザン、テリがそうであったようなPVSの事例、また多くの終末期がそうであるような本人の意識レベルが下がっている状態においては、いよいよ治療の中止が問題となる時点においては、本人はその意思を発することができない。よって、本人意思を、本人の以前の言動から推測する（あるいは、現在の家族の希望を本人意思と擬制する？）ことが求められることになるが、テリ事件のように、家族の間で意見が割れた場合が問題となる（これまでのケースでは、おおむね、家族と病院との間の意見の対立が問題であった）。家族はそれぞれに患者の延命治療の中止について何らかの思いを持っているであろうから、その家族の証言は何らかのバイアスがかかっている可能性もあり、またそれゆえに、異なる思いを有するメンバーがお互いに疑心暗鬼になることも考えられる。現に本件においても、テリの両親は、夫が暴力をふるっていた、既に新しい女性と同棲している、離婚よりも前にテリが死亡すれば医療過誤訴訟の損害賠償金の相続を受けることができる、などと主張していたのである。

(2) 裁判所の役割

ともかくにも、（少なくとも形式的には）本人の意思が問題になる場合に、当事者間の意見の対立を解決し、あるいは裁断することにより、本人の意思が何であった

かを判断することは、まさに裁判所の役割であろう。テリの両親は、連邦議会による介入により認められた連邦裁判所での審理において、州事実審判事はテリのヘルスケア代理人と裁判官という両立しない役割を担っていたから、公平な裁判を受ける権利が侵害されたと主張したが、連邦地方裁判所は、医療における代理人に関するフロリダ州法の規定も引用し、家族の間で意見の衝突が生じた場合、その紛争を解決するために判事が出てくるのは当然であると判示した。

医師や家族など他者が患者本人の最善の利益を判断する場合には、裁判所の関与は本人意思の確定にとどまるものではなく、本人の保護という役割が求められることになるものであろう。しかし本件においては、治療行為の中止はあくまで本人の意思によってのものであり、紛争の解決・処断の対象は本人意思であったのであるから、それ以上に本人の後見的保護を図る必要はなかったとあってよいだろうか。あるいは、代行判断と最善の利益との判断プロセスに実質的な相違はないとすると、本人意思の確定の段階で、本人の後見的保護という判断が入ることになるのであろうか。一度も能力を有したことの無い人に関して代行判断原則をとったSaikewicz事件において、裁判所の関与が不可欠と判示されたのも、このような理由によるものであろうか。

E. 結論

英米における尊厳死の法状況を検討した。イギリス流の医師の裁量というやり方に関しては、人権法1998との関係でさまざまな法的な問題が噴出しており、また、アメリカ

カ流の自己決定というやり方に関しても、本人が意識がない場合にフィクション性がぬぐいきれず、家族内での対立を呼ぶ可能性がある。しかし、意識レベルの低下した患者の治療中止を問題とせざるを得ない以上、現在の明示の本人意思によることはできない。このアポリアについては各国とも模索中であるものと思われ、今後とも検討を要する。

G. 発表

1. 論文発表 特になし
 2. 学会発表 特になし
- (発表誌名巻号・頁・発行年等も記入)

H. 知的所有権の取得状況

(予定を含む。)

1. 特許取得 特になし
2. 実用新案登録 特になし
3. その他 特になし