

Title	終末期医療における治療差控え・中止を適法とする法的枠組再考
Sub Title	Justification for withholding and withdrawing of life-sustaining under the criminal law
Author	横山, 美帆(Yokoyama, Miho)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2018
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.39 (2018. 2) ,p.169- 221
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	リサーチペーパー
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20180207-0169

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

終末期医療における治療差控え・中止を 適法とする法的枠組再考

横 山 美 帆

はじめに

第1章 正当化の根拠に関する裁判例・判例の概観と分析

1. 平成7年判決（東海大学病院事件横浜地裁判決）
2. 平成17年判決（川崎協同病院事件第1審判決）
3. 平成19年判決（川崎協同病院事件控訴審判決）
4. 平成21年決定（川崎協同病院事件上告審決定）
5. 正当化根拠についての分析

第2章 患者の自己決定権による正当化

1. 患者の自己決定権と刑法202条との関係
2. 自己決定のフィクション性の問題点
3. 推定的意思の探求
4. 小括

第3章 治療行為としての正当化

1. 治療中止も治療行為の一環でありうるか
2. 治療行為としての正当化の本質——患者、家族、医師の合意形成
3. 私見の長所と想定される批判への反論
4. 治療行為の手続と実体的要件とガイドラインの関係について
5. 判例との整合性
6. 小括と次章への展開

第4章 客観的な治療義務の限界による正当化

1. 「無意味で無益な治療」が問題になる場面
2. 不作為構成か作為構成か
3. 構成要件該当性阻却の枠組——結果の不発生

おわりに

はじめに

高齢化社会を迎えて久しく、2015年の年間死亡者数は129万人¹⁾となり、そのうち7割が何らかの疾患を原因としており、8割は病院で死亡している。この傾向は今後も続き、20年後の死亡者数の予測は170万人と、多死社会が継続する²⁾。病院における終末期医療の在り方はそれ自体が大きな社会問題であり、法的に許容される治療中止の根拠や要件については、2009年の川崎協同病院事件上告審決定³⁾後も学界において活発に議論されている。

治療中止の正当化根拠として、多数説は東海大学病院事件判決や川崎協同病院事件第1審判決と同様に、「患者の自己決定権」と「医師の治療義務の限界」の二点を挙げている⁴⁾。

この二つの根拠の関係性については議論があるところであり、最高裁も法律上許容される治療中止というものの存在は認めたがその要件については具体的に明確にしなかった。その後、2004年に医師が北海道羽幌病院において脳死状態の患者から人工呼吸器を外した行為につき、また2006年に富山県射水市民病院において医師が末期患者からの人工呼吸器を外した行為につき、いずれも不起訴処分とされたため、裁判において医療者の刑事処罰が争われることはなかった⁵⁾。2012年に「終末期の医療における患者の意思の尊重に関する法律案（いわゆる尊厳死法案）」が超党派の「尊厳死法制化を考える議員連盟」から公表されたが、いまだに国会に上程はされていない⁶⁾。

1) 平成27年厚生労働省「人口動態統計」参照。

2) 林章敏「終末期医療の現状と課題」刑事法ジャーナル35号（2013年）111頁。

3) 最決平21・12・7刑集63巻11号1899頁。

4) 西田典之＝山口厚＝佐伯仁志（編）『注釈刑法第1巻・総論』（有斐閣、2010年）406頁〔今井猛嘉〕参照。

5) 緒方あゆみ「終末期医療と刑法—生命維持治療の差し控え・中止をめぐる問題を中心に—」中京ロー20号（2014年）10頁は、「警察・検察が慎重な態度をとった一番の理由は、事件発生当時、わが国では、国および医学会が生命維持治療の差し控えまたは中止に関して、法律およびガイドラインを整備してこなかったことであろう。」とする。

いかなる場合に治療中止が殺人罪に当たるのかの明確な基準が示されていないため、医師は、一度延命治療を開始するとその後の中止は非常に困難となるという認識のもと、本来であればまだ治療により延命が可能な患者であっても、「医療従事者はなるべく最初から治療を差し控えようとする方向に進みかねない（そのことにより逆に生命保護が弱められる）ことが危惧される」^{7) 8)}。他方で、医師に「無意味な治療」の実施を常に強制することもまた医療という限りある公共財の分配を考えても生産的とはいえないであろう。

このような問題意識のもと、治療中止の適法化要件についての議論を深化させるために、本稿ではまず、東海大学病院事件横浜地裁判決⁹⁾（以下平成7年判決）、川崎協同病院事件第1審判決¹⁰⁾（以下平成17年判決）、同事件控訴審判決¹¹⁾（以下平成19年判決）そして同事件上告審決定（平成21年決定）を概観し、各裁判例・判例における正当化の根拠の内容と関係性を分析する（第1章）。その上で、従来正当化の中核に据えられてきた自己決定権の考え方を掘り下げ、その意義と限界を明らかにする（第2章）。続いて近時有力化している治療行為としての正当化という考え方について検討し、基本的にはそれに積極的評価を与えつつ、自己決定権の追求との関係や治療中止をめぐる手続の在り方との関係の観点から、内容の精緻化・具体化を試みる（第3章）。他方で、患者の自己決定権やあるべき治療行為という観点とは無関係に、患者の身体の状態に照らして客観的な治療義務の限界が到来していると考えられる場合については、

6) この法案では、書面による事前指示書があることが法律適用の前提とされている。しかし、事前指示書の作成は現実にはほとんど普及していないため、仮に法案が成立しても、現状の内容のままでは治療中止の問題についての即効的な解決を望むことは難しいと思われる。

7) 井田良「再論・終末期医療と刑法」岩瀬徹＝中森喜彦＝西田典之編『刑事法・医事法の新たな展開（下）』町野朔先生古稀記念（信山社、2014年）145頁。

8) 辰井聡子「治療不開始／中止行為の刑法的評価—『治療行為』としての正当化の試み」明治学院大学法学研究 86号（2009年）64頁以下も同旨。

9) 横浜地判平7・3・28判時1530号28頁。

10) 横浜地判平17・3・25判時1909号130頁。

11) 東京高判平19・2・28東高刑時報58巻1～12号12頁。

別の法的構成によることが実態に即するように思われることに鑑み、構成要件該当性阻却の枠組による適法化が可能かの検討を行う（第4章）。

第1章 正当化の根拠に関する裁判例・判例の概観と分析

1. 平成7年判決（東海大学病院事件横浜地裁判決）

(1) 事案の概要と判旨

終末期医療においてはじめて医師が刑事責任を問われた事件である。事案は、主治医が、末期状態で意識のない患者に対して、その親族から強い治療中止の要請を受けて、フォーリーカテーテル、点滴、エアウェイを外したが、患者の苦しそうな呼吸が続いたことから塩化カリウム製剤等を注射して死亡させた行為につき、殺人罪の成否が争われた。本件では、塩化カリウム製剤等の注射行為のみが起訴の対象となり、積極的安楽死として違法阻却されないか、が争点となった。それ以前のフォーリーカテーテル等の治療中止行為については起訴の対象外であった。

横浜地裁は、被告人に対して懲役2年、執行猶予2年の有罪判決を下した。判決要旨は、安楽死につき、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権の理論を根拠に認められる、として積極的安楽死として許容されるための要件（いわゆる4要件）を明示した上で、本件行為については四つの要件のうち三つの要件を欠くため違法性は阻却されないと判断した。

本稿の関心から注目されるのは、本判決が、起訴の対象外であった治療中止行為についても、傍論において以下のように述べたことである。

「治療行為の中止」は「無駄な延命治療を打ち切って自然な死を迎えることを望むいわゆる尊厳死の問題であり、こうした治療行為の中止は患者の自己決定権の理論と、医師の治療義務の限界を根拠に一定の要件の下に許容されると考えられる。」

「治療行為の中止が許容されるための要件は

- ①患者が治癒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末期状態であること
- ②治療行為の中止を求める患者の意思表示が存在し、それは治療行為の中止を行う時点で存在することが必要である。」

この意思表示は、推定的意思でも足りるが、その認定については、「まず、患者自身の事前の意思表示がある場合には、それが治療行為の中止が検討される段階での患者の推定的意思を認定するのに有力な証拠となる。」「推定的意思の認定については、事前の意思表示がある場合にはそれが推定的意思を認定するのに有力な証拠となり、事前の意思表示が何ら存在しない場合には家族の意思表示から患者の意思を推定することが許される。」また、「患者の意思の推定においては、疑わしきは生命の維持を利益にとの考えを優先させ」なければならない。

(2) 学説

学説は、治療行為の中止の正当化が問題となる前提として、①の要件である治癒不可能・回復の見込みがない・死が避けられないという状態であること、すなわち医学的に有効な治療が限界に達しており医師の治療義務の限界を超えていること、が必要であると捉えている。その要件を充足している場合にはじめて治療中止の可否の問題が生じるのであり、その前提に立った上で②の患者の治療拒否の意思表示である自己決定を基礎として治療中止の可否、適法性が判断される、と解釈している^{12) 13)}。すなわち、「自己決定権」と「治療義務の限界」という二つの根拠はまさに不可分一体であり、治療中止は自己決定を基礎として正当化されうるが、その前提として「治癒不可能な病気に冒され、

12) 辰井聡子「判批」平成 17 年度重判解（2006 年）166 頁。

13) 町野朔「患者の自己決定権と医師の治療義務—川崎協同病院事件控訴審判決を契機として—」刑事法ジャーナル 8 号（2007 年）52 頁は、「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・忌避が患者の最善の利益に合致するかを判断するための二つの要素であり、両者は対立するものではない。」とする。

回復の見込みがなく死が避けられない末期状態」という、治療義務の限界も必要であると解している¹⁴⁾。

2. 平成 17 年判決（川崎協同病院事件 1 審判決）

(1) 事案と判旨

川崎協同病院に勤務する被告人が約 13 年前から主治医として担当していた患者が、気管支ぜんそく重積発作に伴う低酸素性脳損傷で意識不明の状態入院し、その後意識は回復しなかった。被告人は、患者の鼻から気管内に挿入されているチューブを取り去って自然な形での看取りをすることがよいと考え、家族が集まる中で抜管を行ったが、予想に反して患者が苦しみ出し、海老のように体をのけぞらせるなどしたことから鎮静剤を多量に投与し、それでも痙攣や苦悶様の呼吸が収まらないため事情を知らない看護婦に筋弛緩剤を静脈に注入させて、患者を死亡させた。気管内チューブの抜管行為およびその後の筋弛緩剤の注入行為が殺人罪として起訴され、治療の中止として違法阻却されるか否かが争点となった。

横浜地裁は、殺人罪の成立を認め、被告人に懲役 3 年執行猶予 5 年の有罪判決を下した。その要旨は、次のようなものである。

「治療中止は、患者の自己決定の尊重と医学的判断に基づく治療義務の限界を根拠としてみとめられるものとする。」「終末期における患者の自己決定の尊重は、死ぬ権利を認めるというものではなく、あくまで最後の生き方、死の迎え方を自分で決めることができるということの反射的なものとして位置づけられるべきである。」「そうすると、その自己決定には、回復の見込みがなく死が目前にせまっていること、それを患者が正確に理解し判断能力を保持しているということが、その不可欠の前提となる。」「回復不能でその死期が切迫していることについては、医学的に行うべき治療や検査等を尽くし、他の医師の意見等も徴して」なされるべきである。「そのような死の迎え方を決定するのは、

14) 佐藤陽子「治療中止に関する一考察—川崎協同病院事件を手がかりに」熊本ロージャーナル 7 号（2012 年）130 頁。

いうまでもなく患者本人でなければならず、その自己決定の前提として十分な情報が提供され、それについての十分な説明がなされていること、患者の任意かつ真意に基づいた意思の表明がなされていることが必要である。」そして患者本人の意思の表明や真意の直接の確認ができない場合には、「患者本人の自己決定の趣旨に、より沿う方向性を追求するため、その真意の探求を行う方が望ましい。」「その真意の探求に当たっては、本人の事前の意思が記録化されているものや、同居している家族等、患者の生き方・考え方を良く知る者による患者の意思の推測等もその確認の有力な手がかりとなると思われる。」一方、「治療義務の限界については、医学的に有効な治療が限界に達している状況に至れば、患者が望んでいる場合であっても、それが医学的にみて有害あるいは意味がないと判断される治療については、医師においてその治療を続ける義務、あるいは、それを行う義務は法的にはないというべき」である。本件においては、被害者は発症から2週間しか経過しておらず、到底「回復不可能で死期が切迫¹⁵⁾している場合」にはあたらない。また患者本人に治療中止の意思があったことを窺わせる事情もない、治療義務の限界を論じるほど治療を尽くしていない時点でなされたものであり、違法阻却はされない。

(2) 学説

学説による評価としては、平成17年判決は、平成7年判決とほぼ同様の観点に基づき判断を下したものであるが、相違点としては、医師の治療義務の限界については、患者の自己決定のいかんにかかわらず治療の中止が認められる客観的又は絶対的な法的義務の限界と解しており¹⁶⁾、これは医師の治療義務

15) 本庄武『速報判例解説 vol.2』(日本評論社、2008年)189頁は、平成7年判決では「死の回避不可能性」としていた要件を、平成17年判決では「死期の切迫性」としたことにつき指摘している。切迫性としてどの程度のものが想定されているかは明らかではないが、一般的に尊厳死については安楽死と同じような意味での死期の切迫は要件とはならないとされていることから、ここでも回復不可能性、末期であることの判断要素という意味において用いられていると考えたい。このように解すれば、ALSなど回復不可能ではあるが死期は切迫しない難病も同じ治療中止の議論に載せることが可能となる。小田直樹「治療行為と刑法」神戸法学年報第26号(2010年)35頁も同旨。

の限界を自己決定権と一体とするのではなく、並列的に独立した要件として定立したと理解されることが多い¹⁷⁾。つまり、検討された要件は①死期の切迫性、②患者の意思（推定的意思も認める）、③客観的治療義務の限界、であり、①は②の前提となるが、②と③とは独立した要件として捉えるものである¹⁸⁾。

患者の自己決定権と医師の治療義務を並列的な要件として捉えるならば、平成17年判決は平成7年判決と比較して、治療中止の可否が問われる場面を、自己決定権に基づく治療中止にとどまらず、さらに自己決定権に基づかない客観的な治療義務の限界を超えた場合にまで拡大したものと解される¹⁹⁾。

3. 平成19年判決（川崎協同病院事件控訴審判決）

(1) 争点と判旨

被告人は、原審が筋弛緩剤を静脈注射ではなく点滴により投与したと主張して殺人の実行行為性を争い、また患者本人の意思の推定するに足りる家族の要請に基づいて本件抜管行為を行ったものであるとして、それと異なる原判決の事実認定を争い控訴した。

東京高裁は原審の量刑を不当として破棄自判し、懲役1年6月、執行猶予3年として殺人罪における最も軽い刑にとどめた。治療中止による違法阻却については、「治療中止を適法とする根拠としては、患者の自己決定権と医師の治療義務の限界が挙げられるが、いずれも説得的な論理ではない」として、従来いわれてきた正当化根拠の問題点を提示しつつ、両アプローチを仮定して要件を検討した場合でも本件行為は正当化することはできないと判断した。

本判決が示した問題点は、次のようなものである。

(a) 自己決定権アプローチでは、終末期に患者自身が治療方針を決定するこ

16) 辰井・前掲注12) 166頁。

17) 例えば、佐伯仁志「末期医療と患者の意思・家族の意思」樋口範雄編著・『ケーススタディ生命倫理と法（第2版）』（有斐閣、2012年）70頁。

18) 佐藤・前掲注14) 137頁。今井・前掲注4) 405頁参照。

19) 佐藤・前掲注14) 137頁。

とが憲法上保障された自己決定権といえるかという実定法上の権利性の問題があり、たとえ治療拒否権と死ぬ権利の区別をしてもそれは形式的に過ぎず、そのような死に直結する自己決定は、権利として認められないのではないか。

(b) 仮に権利性が認められるとしても、そのような自己決定が刑法 202 条により同意殺人行為が違法とされていることとの矛盾なき説明は難しいのではないか。

(c) 意識のない患者については、家族による自己決定の代行か、家族の意見等による意思推定かのいずれかによるが、前者は認められないし後者についても患者の本意には必ずしも沿わない危険性がつきまとうものであり、自己決定といっても所詮フィクションにならざるを得ないのではないか。

(d) 治療義務の限界からのアプローチとはかなりの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のではないか。

(e) どの段階からが無意味な治療とみるのか問題があり、少しでも助かる可能性があれば医師には治療を継続する義務があるのではないかという疑問を克服できないのではないか。

(f) 抜管行為を治療中止として不作為と捉えることには無理があるのではないか。

このような問題意識の下、本判決は、それぞれに難点を抱えた「いずれのアプローチにも解釈上の限界があるとし、問題を抜本的に解決するには、尊厳死法の制定やこれに代わり得るガイドラインの策定が必要である」として判例立法に歯止めをかけた^{20) 21)}。

その上で、当該事案の解決にあたり「合理的な理由を示さなければならない」ことから、「具体的な事案の解決に必要な範囲で要件を仮定して検討」を行うとして、概要次のように判示した。

自己決定権については、抜管行為は原審の認定と異なり、医師による判断だ

20) この点に関する好意的な評価として、田坂晶「重篤な患者への治療の中止と殺人罪の成否—川崎協同病院事件控訴審判決—」同志社法学 60 巻 8 号（2009 年）462 頁。

けで行われたのではなく、家族の要請があったと認定した上で、本件では患者自身の意思は証拠上全く不明であり、「家族の意思は同人の意思を探求するための大きな手掛かりではあるが、手掛かりの一つにすぎず、家族の意思のみをもって本人の意思と同視することはもとよりできない」し、家族の意思表示を本人の意思と同視すべきという見解が前提としている死期の切迫も認められないことから、自己決定権のアプローチからは適法とはならない。

治療義務の限界のアプローチからみても、所論の主張するような約1週間後に死に至るのが不可避であった、とは認定できず、死期が切迫していたとは認められないこと、治療に医学的にみてもおよそ意味がないという状態であったと認定することも証拠上できないことから、治療義務が限界に達していたと認めることはできず、このアプローチからも適法とはされない。

量刑については、「独断で抜管を決断したことは結果的には患者を軽視したといわれても致し方ない」ものの、「治療中止について医療に従事する者が従うべき法的規範も、医療倫理も確立されていない状況の下で」迫られた決断であったこと、患者の苦悶様呼吸が止まらないため追い詰められた状況下での判断であったことから、法律上最低限の刑を科した上で、その執行を猶予することが相当であると判断した。

(2) 学説

学説は、平成19年判決の司法消極主義的態度に対する賛否においては分かれるものの、従来の通説である自己決定権を中心とする正当化根拠に関する問題提起の内容は極めて重要なものであると評価している。

21) 批判的な評価として、町野・前掲注13) 50頁は、「基本的な考え方を示すことをせずに、現行法の解釈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、司法抑制主義というより、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考が見える」とする。もっとも、刑事裁判においては当該事案につき被告人の行為に対する犯罪の成否を、当事者が提出する証拠から判断をするしかないという当事者主義の制約があること、このような事項は民主主義的な基盤を持たない司法が判決において示すべきものではなく、法律の制定等により解決することが三権分立の観点からの原則であることを考えれば、この批判は当たらないと考える。

特に、推定による患者の意思について、家族の意思を本人の意思と同視することの危険性の指摘は、それが必ずしも患者の意思に沿うとは限らず推定はフィクションである可能性があり、フィクションであるならば果たしてそれは自己決定といえるのか、という自己決定権による正当化に対する根源的な問題提起となった²²⁾。

刑法 202 条との抵触についての問題提起に対しては、違法阻却の余地があることから問題にはならないと批判²³⁾する学説もあるが、その違法阻却の実質が不明確であるとの問題意識から疑問が示されているのであり、議論を深める必要がある。

4. 平成 21 年決定（川崎協同病院事件上告審決定）

(1) 争点と判旨

被告人は上告し、事実関係を争ったほか、終末期にあった患者の意思を推定するに足りる家族からの要請に基づき気管内チューブを抜管したもので、法律上許容される治療中止にあたる、と主張した。

最高裁は、刑訴法 405 条の上告理由に当たらないとして上告を棄却した上、職権により所論の法律上許容される治療中止であるという点につき以下の内容を判示した。

「被害者が気管支ぜん息の重積発作を起こして入院した後、本件抜管時までに、同人の余命等を判断するために必要とされる脳波等の検査²⁴⁾は実施しておらず、発症からいまだ 2 週間の時点でもあり、その回復可能性や余命についての確な判断を下せる状況にはなかったものと認められる。そして、被害者は、本件時、こん睡状態にあったものであるところ、本件気管内チューブの抜管は、被害者の回復をあきらめた家族からの要請に基づき行われたものであるが、その要請は上記の状況から認められるとおり被害者の病状等について適切な情報が伝えられた上でされたものではなく、上記抜管行為が被害者の推定的意思に

22) 田坂・前掲注 20) 461 頁。

23) 町野・前掲注 13) 52 頁。

基づくということもできない。以上によれば、上記抜管行為は、法律上許容される治療中止には当たらないというべきである。」

本決定の調査官解説によれば、本決定は法律上許容される治療中止に当たるか否かを判断する上で、患者の回復可能性および余命と推定的意思を含めた患者の意思とを問題にしているが、これは「治療行為の中止が患者の生命を短縮させる（死に至る）ことにつながるという事柄の性質上、患者の意思を抜きにしてこれを説明することは困難」であるから、患者の意思が正当化根拠として必要な第1のものとされる。また刑法202条に違反せずに正当化されるためには、「死期を早める措置を採るという事柄の性質上、医師の治療義務の限界という点が加えられて、初めて説明が可能となる。」と解されることから、学説が自己決定権と医師の治療義務の限界の両者を正当化の根拠として論じている点は首肯できるとしている²⁵⁾。

(2) 学説

本決定の評釈の一つは、本決定は「非常に淡泊な、しかし最高裁らしい必要最小限の判断」であるが、その事例判断の中から治療中止の正当化のために必要とされる要件を読み取る手掛かりを見出すことも可能であるとの評価がなされている。すなわち、本決定は、治療中止が法律上正当化される要件を一般的

24) 町野朔＝池上直己「対談・終末期における医療と法律」刑事法ジャーナル35号（2013年）96頁〔池上発言〕では、「最高裁の判断の中で、少なくとも脳波をとらなかったことが、診断プロセスの不適切性の一つとして挙げられていますが、私はこういう状況下で脳波をとるのは、99%の医師が賛同する、あるいは実施する行為の範疇にないと思います。そもそも終末期の場面において脳波をとることは、臓器移植を前提とした時以外はありませぬ。」と指摘している。鑑定人による鑑定において脳波等の検査の欠如が指摘されたことに基づき最高裁もこのように述べたと推測するが、当該指摘は傾聴に値する。また「終末期を診断する特別な医療機器は、私はそもそもないと思います。」とも指摘している。予後予測のツールに関しては、菊池信孝「予後予測のツール」緩和ケア18号（2008年）144-145頁にイタリアの多施設研究グループにより開発された30日間の生存期間の予測ツール、聖隷三方原病院の開発した3週間・6週間予後予測ツールが紹介されている。これらは患者の全身状態による評価項目ごとのスコアやインデックスによりそれらの値から当該期間の生存可能性の確率を示すものである。

25) 入江猛『最高裁判所判例解説刑事篇平成21年度』580頁。

に明示したものではないが、そのような正当化があり得ることは読み取れる²⁶⁾ことから、「事例判断とはいえ、裏を返せば、被害者の病状について適切な情報を伝え、かつ抜管行為が被害者の推定的意思に基づいていれば、気管内チューブの抜管は許容されるという解釈も成り立ちうる。」²⁷⁾ というのである。

5. 正当化根拠についての分析

(1) 患者の自己決定権と医師の治療義務の限界の関係性の整理

以上概観してきた通り、平成7年判決から平成21年決定までの判決・決定および学説は、患者の意思に基づく治療中止としての「患者の自己決定権」(図1のA)については常に根拠として挙げている。前掲調査官解説の通り、患者の死期を早める措置の正当性を議論するという事柄の性質上、正当化根拠の第1のものとして、本人の意思(推定的意思も含む)に関心が寄せられるべきであることに疑問はない。

一方、「医師の治療義務の限界」、という根拠は、医師・医療の任務の内容から治療義務の限界を画するための第2の根拠であるが、この根拠については、二つの異なった場面であるにもかかわらず、同一の「医師の治療義務の限界」という言葉で説明されているように思われる。

一つ目の場面としては、平成7年判決が呈示した判断枠組みであるが、自己決定権に基づく治療中止を問題としながらも、その自己決定権の前提として、「治癒不可能な病気であること、回復の見込みがなく死が不可避であること」を「治療義務の限界」として理解するものである(図1のA-2)。もはやそのような状態になった時点においては、治療は医学的適応性を欠くこととなり、医師の治療義務は消滅すると考えられる²⁸⁾。

26) 佐藤・前掲注14) 150頁、武藤・後掲注34) 86頁。

27) 甲斐克則「判批」甲斐克則＝手島豊編『医事法判例百選(第2版)』(2014年)199頁、辰井聡子「判批」『論究ジュリスト1号』(有斐閣、2012年)216頁参照。

28) 大谷實「末期医療と医師の刑事責任—刑法解釈の諸問題(一)」『警察研究第56巻第7号』(1985年)9頁。

そして医学的に有効な治療が限界に達しているという医師の治療義務の限界を超えている状態においてはじめて治療中止の可否の問題が生じ、その上で自己決定権による正当化が認められるのかどうかの可否が問題となると理解する²⁹⁾。

すなわち、なぜ終末期³⁰⁾においては刑法 202 条との関係で死に直結する治療中止の意思であっても違法阻却されるのか、という問の「終末期においては」という形で場面を限定する機能を持たせているのであり、「終末期に係らない、単なる自殺の意思決定は認めない。」という、終末期以外の場面とを切り分ける役割をしている³¹⁾と考える³²⁾。

二つ目の場面としては、平成 17 年判決が示した、治療中止の可否を議論する場面を「自己決定権」に基づく中止から、さらに拡大して自己決定権に基づかない、客観的な「医師の治療義務の限界」についても別個の治療中止の要件として設定する場合の、このような「客観的な治療義務の限界」を論ずる場合である（図 1 の B）。

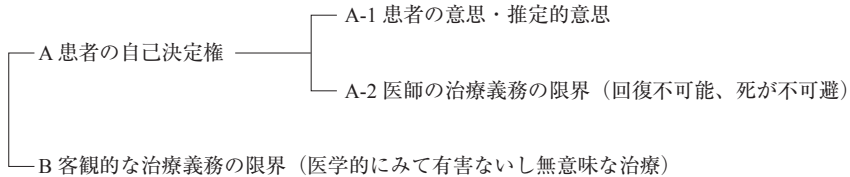
29) 辰井・前掲注 12) 166 頁。

30) 日本医師会の『グランドデザイン 2009』では終末期を「担当医を含む複数の医療関係者が、最善の医療を尽くしても、病状が進行性に悪化することを食い止められずに死期を迎えると判断し、患者もしくは患者が意思決定できない場合には患者の意思を推定できる家族等が『終末期』であることを十分に理解したものと担当医が判断した時点から死亡まで」と定義している。終末期は患者の疾病や状態により異なることから、（たとえば急性期型、癌等の亜急性期型、高齢者などの慢性型など）各種医学会がそれぞれのガイドラインにおいて定義をしていることから、いかなる場合でも汎用性のある「終末期」の一義的な定義づけは困難である。

31) 佐藤・前掲注 14) 131 頁。本稿においても、「自己決定権」としての治療中止の可否の問題を論じる場合には、「治癒不可能な病気であること、回復の見込みがなく死が不可避であること」という前提があるものとして議論していくものとする。

32) 甲斐克則「終末期医療・尊厳死と医師の刑事責任—川崎協同病院事件第 1 審判決に寄せて」ジュリスト 1293 号（2005 年）104 頁は「発生している作為義務（治療義務）が患者の延命拒否により解除され、正当化が導かれる。」として、患者の同意の欠缺によってそれ以後の治療には正当性を欠くこととなるためにそれ以後の治療義務が医師に課されることはないと解している。もっとも、患者の延命拒否は死に直結するものであることから、そのような死の選択ともいえるような自己決定によって医師の治療義務が消滅し、医師はその決定に拘束されるのか、については疑問が残る。

図 1



平成 17 年判決は、自己決定権（A）と独立した治療中止の根拠としての客観的な治療義務の限界を認める余地（B）を残した点で、平成 7 年判決よりも治療中止の場面を広げたもので、重要な変更が加えられたといえる。平成 19 年判決においても、その適用の余地は広くはないとしながらも、そのような治療義務の限界というものは、どこからが限界とされるのか、ほんの少しでも延命が可能な状態があるのであれば、医師は延命が義務付けられるのではないか、という疑問を投げかけている（平成 19 年判決の（d）（e））ことから、同判決はそのような限界があると扱うこと自体を否定したのではない。

前述の調査官解説にあったように平成 21 年決定は「自己決定権」と「治療義務の限界」とに触れたものと解説されているが、図 1 における A-2 の意味での治療義務の限界について判断したものか、あるいは B の意味で、自己決定権によらない治療中止の場面としての客観的な治療義務の限界についての判断であったのかは明確にされていない。

（2）客観的な治療義務の限界に関する学説の状況と分析

果たして B の意味での、自己決定権によらない治療中止というものは認められるのか、認められるとしたらそれはどのような原理によるものなのか、が問題となる。従来議論では、尊厳死と治療中止はほぼ同義で用いられ、『大コンメンタール刑法』においても「尊厳死とは、末期の病者の意思により、その延命治療を差し控える又は中止する行為を基本とするもの」³³⁾と定義され

33) 大塚仁＝河上和雄＝中山善房＝古田佑紀編『大コンメンタール刑法第 2 巻（第 3 版）』（青林書院、2016 年）461 頁〔古田佑紀＝古川原明子〕参照。

ていることから、当然に病者の意思こそが治療中止の根幹をなす不可欠なものとして捉えられてきた。実質的な理由からも、終末期医療における治療中止の決定は、患者の命を短縮し早期化する結果に直結する決定であることから、当然に、患者本人の意思が必要と解されてきた。したがって、自己決定権によらない治療中止の要件としての客観的な治療義務の限界をどう説明するか、が問題となる。

学説の中には、自己決定権に基づかない治療中止の場面につき、否定的な見解も少なくない^{34) 35)}。「それが許容されるとしても、もはや『尊厳死』ではない。無益な治療をせずに、『自然な死』を迎えさせること自体が『人間の尊厳』に適う³⁶⁾のではなく、患者がそのように望んだ場合に治療を中止し、自然な死を迎えさせることが『人間の尊厳』に適うのである。」³⁷⁾であり、「『尊厳死でもない治療中止』が『治療義務の限界』によって正当化されるとすれば、その正当化原理について検討の余地」があるべきだとする³⁷⁾。

一方で、「純粹に医学的判断からする治療義務の限界はみとめられるべきであろう」とする見解も多い^{38) 39)}。医学的にみて有害ないし、無意味とされる治療については、たとえ患者の希望があってもこれを行う法的な義務はないとして⁴⁰⁾、客観的な治療義務の限界を認める見解も多い⁴¹⁾。

34) 武藤眞明「判批」刑事法ジャーナル 23 号（2010 年）89-90 頁。

35) 古川原明子「安楽死・尊厳死の刑法的評価—終末期における治療行為論に向けて—」現代法学第 18 号（2009 年）103 頁。

36) 田坂・前掲注 20) 456 頁。

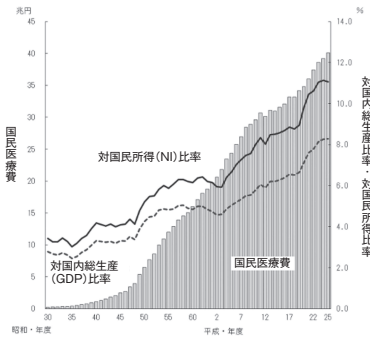
37) 武藤・前掲注 34) 89 頁。

38) 山口厚「刑法における生と死」有馬朗人『生と死』（東京大学出版会、1992 年）236 頁では、「治療を行っても治療の目的を達成することができない場合には治療の義務がないとするものであり、それ自体はまったく正当である。問題は、すでに述べたように治療の目的の内容の理解にある。つまり、人間の自己実現のための認識・交流能力の維持・回復を問題とする『人間的』な目的理解か、生物的生命の維持を問題とする『生物学的』な目的理解かの問題である。」とする。

39) 佐伯・前掲注 17) 71 頁。

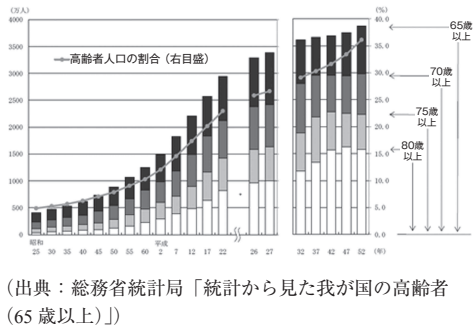
40) 小林憲太郎「判批」刑事法ジャーナル 2 号（2006 年）93 頁。

図2 国民医療費・対国内総生産・対国民所得比率の年次推移



(出典：厚生労働省平成26年度国民医療費の概況)

図3 高齢者人口及び割合の推移 (昭和25年～平成52年)



(出典：総務省統計局「統計から見た我が国の高齢者(65歳以上)」)

客観的な治療義務の限界に基づく正当化原理についての問題は、「無益な医療」の先には「無益な生」が観念されることから、生命の質で差別をする見解につながりうるため、対比される反対利益として何があれば無益な医療の中止が正当化されうるのか、という非常な難問である。一つの説明は、ほんのわずかな延命が可能であるとしても、死がすでに不可避である場合には、そのような治療を行う義務を医師に課すことは不当だ、という直観的な価値判断として説明することができる。また限りある公共財としての医療費をいかに配分⁴²⁾していくか、という問題の延長線上において、過剰な延命治療は、それが無意

41) 井田・前掲注7) 143頁、辰井・前掲注8) 68頁等。もっとも、どのような治療が具体的に客観的にみて無意味、無益な治療とされるか、については、議論は帰一していないように思われる。

42) 平成26年度の厚生労働省による国民医療費に関する調査によれば、人口比で26%を占める65歳以上の患者に対して支出した医療費が全体の59%を占めている。今後高齢化社会が継続する中、医療費全体の問題の一部として延命治療の在り方というものも、社会問題として取り組む必要がでてくるであろう。高齢者になれば疾病にかかることは当然のため、その比率が高いこと自体は自然のことであるが、高齢者が増加し、医療費もまた増加する傾向が続けば、将来世代は国民医療費の負担に耐えられなくなる懸念があるため、治療義務の限界を超えた場合にはそれを続けることは不要ではないかという問題提起にとどめるものである。

味な医療となった場合にはやめるべきである、という価値判断を働かせることによって、純粹に医学的判断からする治療義務の限界を認めると考えることが可能である。

以上検討したように、二つの根拠の関係性についてまとめるてみると、前掲図1に示したAの「患者の自己決定権」による場合があり、A-1の患者の意思の存在とA-2の回復不可能であり死が不可避であることが前提とされる。もう一つはBの「客観的な治療義務の限界」によるものであり、自己決定権とは無関係な治療中止の場面とされる。上述の裁判例の分析からわかるように、これらの根拠は独立してそれぞれが正当化可能な根拠たり得ると捉えられていることから、以下においては、患者の自己決定権、および客観的な治療義務の限界についてそれぞれ検討していく。

第2章 患者の自己決定権による正当化

1. 患者の自己決定権と刑法202条との関係

平成19年判決は自己決定権の実定法上の権利性について疑問を呈し、また権利性が認められたとしても刑法202条との矛盾ない説明ができるのか、という問を投げかけた（平成19年判決（a）（b））。

同判決がいうように、終末期における延命治療の中止が死に直結するということは否定できず、それを死の選択ではなくいかに生きるかの選択に過ぎないのだ、と言い切ることは困難である。したがって、延命治療の中止が死の選択を含むものであると認めたとしても、それが刑法202条との関係において矛盾ない説明が可能であるのか、を検討したい。

刑法202条は、すべての権利の根底をなす自己、それが宿る生命を高次の法益として保護をすることを目的として、たとえ真の同意に基づく場合であったとしても、パターンリズムの観点から個人による生命の処分権を制約している。しかし、失われる生命との利益衡量の結果として、それに勝る反対利益がある場合には、反対利益の考慮による違法阻却の可能性は残されている⁴³⁾。さら

に、刑法が想定していなかったような事情の変化を示すことにより、同条のパターンリズムが正当化されるのかどうかが再度検討されなければならないと考える。

反対利益の内容として、人生の最後の生き方の選択として、管につながれて、望まない延命治療により心肺機能や呼吸機能だけを動かされているような特定の生き方を強制させられない自由⁴⁴⁾としての「防衛的な自己決定」⁴⁵⁾や自己実現の価値は、回復可能性が見込まれない終末期においては、失われる生命と同じように尊重されるべきである⁴⁶⁾ということが考えられる。確かに生命は最後の一分一秒まで刑法が保護する価値を有し、それは生命の質にかかわらず保護されるべきものである。しかし、それは本人が望まない延命治療により生きながらえることを強制し、いかなる不利益をも甘受すべく強制する力を有すべきものではない。

国民の意識をみても、医療上回復不可能と診断されたあとに死に至るという

43) 町野・前掲注13) 52頁において、「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」とする

44) J・ルーベンフェルド(後藤光男ほか共訳)『プライバシーの権利』(敬文堂、1997年)序文iv頁において、「(プライバシーの権利は)国家に人生の道筋を明示させないようにする権利」とし、127頁においては、「(人工的な生命維持装置を取り外す権利について)むりやり生かされるのは、事実上、特定の生活を押しつけられることであり、この生活は、ひどく衰弱させ、完全に従属的で、厳格に規準に合わせられた生活なのである。つまり、病院のベッドに押し込められ、医療機器に縛りつけられ、医者や看護婦に監視される生活を押しつけられるのである。」としている。

45) 井田・前掲注7) 141頁は、「治療中止を求める自己決定である限り、積極的に生命を捨てることへの自己決定ではなく、『それ以上の生を強制されないこと』への自己決定、いわば防衛的な自己決定が問題となっている。刑法202条が制限しているのは、積極的に生命を捨てることへの自己決定のみであって、防衛的な自己決定についてはその埒外にあると考えることは不可能ではない。」とする。

46) この考え方は、そのように管につながれた命は、価値が劣るという生命の質による差異を求めるものではない。自分の残された命をいかに生きるのか、その選択として、自己の判断を重要視しようというものであり、生命の質につき優劣を論ずるがゆえに保護法益の範囲に末期の生命が含まれない、という刑法202条が保護する生命の質に差があることを論ずるものではない。

状況を想定した場合における、経鼻栄養、人工呼吸器の使用、胃瘻、による延命治療につき、75%の人が治療を拒否すると答えている。これは、生活の質（QOL）の向上を志向し、単なる延命だけの治療は拒否したい、という意味の表明である。医療の現場における医療の費用対効果の評価についても、「効果」について「質調整生存年（QALY）」という指標が使われ、生存期間だけを効果としてみるのではなく、その期間中の生活の質（QOL）を加味する調整を行ったものを「効果」と評価した上で、対する費用との効用を検討されている⁴⁷⁾。

つまり国民の意識としては、「いのち」を二重に見ており、医師が働きかける客体としての「生物学的生命」という側面と自らの「人生」という側面とを観念した上で、「人生」の最後を生きるその質を高めたいという意識を持っているということがわかる⁴⁸⁾。そのような自己決定の権利そして意識の高まりは、刑法 202 条の前提となるパターナリズムに対置される重要な反対利益である。

また、刑法が想定していない事情の変化についてみると、刑法が施行された明治 41 年（1908 年）における日本人の平均寿命は男性 42 歳、女性 43 歳であった。その後上昇を続け、平成 27 年には平均寿命は男性 80 歳、女性 87 歳にまで伸長している。伸長した原因は複合的なものであろうが、その一つとして医療の発展が寄与しており、そのような延命治療という存在は刑法制定当時には想定されていなかったものである。

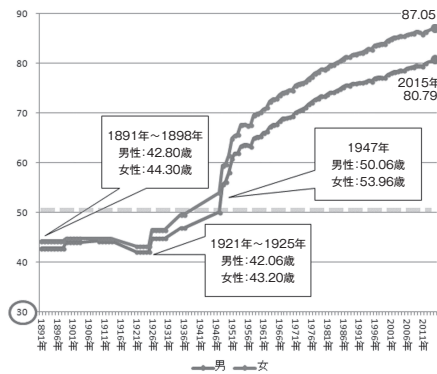
終末期医療における治療中止の場面において、回復可能性が見込めない場合に、本人の意思に反して一分一秒でも死を先延ばしにすることは、刑法の要求でもなく、また医療の目的でもないと考える。

以上により、望まない延命治療により心肺機能や呼吸機能だけを動かされているような特定の生き方を強制させられない防衛権的な自由の実現に、刑法 202 条が予定するパターナリスティックな生命保護と対置されるべき反対利益

47) 2014 年 7 月 26 日日本経済新聞朝刊「やさしい経済学」東京大学教授飯塚敏晃。

48) 清水哲郎・臨床倫理プロジェクト『臨床倫理セミナーテキスト：臨床倫理エッセンシャルズ』（東京大学大学院人文社会系研究科死生学・応用倫理センター、2016 年）12-13 頁〔清水哲郎〕。

図4 平均寿命推移（1891～2015年、日本）
（戦前は完全生命のみ、不連続）



↑平均寿命推移(1891-2015年、日本) (戦前は完全生命表のみ、不連続)

(出典：厚生労働省平成 27 年完全生命表及び簡易生命表よりガバージニウス作成)

を観念することは理論的に可能と考える。ゆえに、そのような防御権的な利益の実現を優先する本人の自己決定が認められる限り、死に直結する治療中止について正当化の余地を認めることは不可能ではない。

2. 自己決定のフィクション性の問題点

もっとも、このように考えたとしても、直ちに自己決定権による正当化をめぐる問題が解消するわけではない。そのことは、平成 19 年判決が終末期においては患者自身による意思表示が困難な場合が多いため、自己決定といってもフィクションにならざるを得ないという問題提起をしていること（平成 19 年判決 (c)）と関係する。

患者本人の意思表示があった場合には、それは極力尊重されるべきであるが、終末期、しかも死が不可避となっている状況における患者の意思表示は、たとえ本人が明確に意思表示をしていたとしてもそれを額面通りに受け取ってよいかどうか疑問の余地がある。真の意思表示があったといえるか、慎重に判断することが要求されるため、フィクション性が全く排除されるといえるのか留意

する必要がある。また、終末期においては患者の意識がない場合も多く、その場合には患者の意思といっても、その意思を推定する必要があることから、まさにフィクション性が正面から問題となる。したがって、フィクション性の問題は意識がある場合でも、ない場合でも観念される。

本人の意思の探求として、本人による事前指示書⁴⁹⁾のような事前の意思表示による推定が考えられるが、たとえ事前の意思表示があったとしても、治療の時点とは時間的に隔離があること、事前の意思表示を行った時点では具体的にいつのいかなる状況における治療中止の意思であるのか、治療の範囲や内容についてまでの具体的かつ的確な予測は通常つかないこと、また医師からの説明を受ける以前の意思表示に過ぎないことから、インフォームドコンセントの意味でも問題を含む点もあわせ考えれば、事前指示書は患者の意思を推定する有力な証拠となるものの、フィクション性の問題が完全に解決されるとはいえない。

家族の意思による推定を認めた上で、その代諾を認められるかについては、平成 19 年判決は、患者の「死」に直結する自己決定であるため、家族が本人の意思の推定をこえて、家族独自に独立の代諾権を与えることはできない、と明確に否定した。まさに他人を「死なせる権利」を認めるに等しくなってしまうからである。

早期の立法による解決が可能となるのかについては、2012 年に「終末期の医療における患者の意思の尊重に関する法律案（いわゆる尊厳死法案）」が超党派の「尊厳死法制化を考える議員連盟」から公表された⁵⁰⁾ものの、法律案の内容は、終末期をかなり厳格に解し、「全ての適切な医療上の措置（栄養補給の処置その他の生命を維持するための措置を含む）を受けた場合であっても回復

49) 日本ではリビングウィルの必要性を感じている人は 70%にのぼるが、実際に作成した人は 3%という報告が厚生労働省・終末期医療に関する意識調査等検討会による平成 26 年 3 月「人生の最終段階における医療に関する意識調査報告書」により明らかにされている。

50) 宮本礼子・宮本顕二「投稿・尊厳死ができなくなる「尊厳死法案」」北海道医報第 1164 号（2015 年）42-43 頁。

の可能性がなく、かつ、死期が間近であると判定された状態にある期間」としているため、延命治療によって生き続ける可能性がある患者には適用がされず、当該法律が適用される患者はかなり限定されることとなる。また書面による事前指示書があることが必要とされているため、それがない場合には法律の適用がないこと等から、仮にこの法案が成立したとしても、適用範囲はかなり限定され、現状生起している様々な問題の解決に直結するものとは言いがたく、立法による手当の見込みは当面はないと考えられる。

このように、本人の意思表示がない場合にはもちろん、それがある場合であっても、終末期という特殊性の問題から、意思のフィクション性は払拭しがたい。つまり、真の意思かどうかの認定における困難をぬぐうことができないのである。

こうしてみると、理念的には、死に直結する自己決定権に関して、望まない生を強制されないという防御権的な利益を重要な反対利益と見ることによる違法阻却の余地が観念されるが、自己決定自体にフィクション性の問題がある以上、端的に自己決定のみに基づく正当化を認めることには大きな困難を伴うのである。

そのようなフィクション性の問題を少しでも克服し、なるべく患者本人の意思に沿うような最善の利益を求めるために、学説は、推定的意思の探求を誰が担うべきであるのかについて検討を行ってきた。

3. 推定的意思の探求

一つの見解は、治療行為の中止が患者の利益の最大化に資すると認められる限りにおいては、患者の意思の推定については、家族の意思から推定を広く認めることのほうが、医師が単独で決定するという裁量を大幅に認めるよりは望ましく、「家族の意思に基づく決定ができないということになれば、結局患者を現状のまま放置するか、医師が自らの判断で決定するしかなくなる。」⁵¹⁾と

51) 佐伯・前掲注 17) 72 頁。

して患者の同意の要件を緩和して家族の意思決定を尊重するべきとしている。

もう一つの見解は、医師の裁量を認め、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、とする⁵²⁾。

このように、家族による推定を重視する立場と医師の裁量を重視する立場とがあるが、前者については、家族の決定はその独自の利害が絡む場合を排除することができず、本人の意思の推定とならない危険がある、という批判が妥当し、また後者については、医師といっても様々であり、医師の裁量に全面的に委ねることが患者の最善の利益となるかどうか疑問であり、また医師の裁量権濫用をいかにコントロールするのかについて規制の方法が示されていないという批判が妥当する。

どちらの説によっても、患者の意思表示におけるフィクション性を乗り越えることは容易ではなく、家族の意思によって患者の命が左右されることも、医師の裁量に任せきりにすることも、患者にとっての最適な解とはいえず、かといってそのまま治療を継続、事態を放置することが常に患者の最善の利益を実現するともいえない可能性もあることから、いかに患者の真意に可能な限り近づいて、患者の最善の利益を追求する方途を考える必要がある。

4. 小括

以上検討してきたように、患者の自己決定権に基づく正当化については、理念的には患者自身の反対利益が比較衡量される場合には違法阻却の余地が観念できるが、自己決定自体にフィクション性の問題を抱えることから、現実的には個人の意思に基づく反対利益の衡量による刑法 202 条の違法阻却を考えることは困難であることがわかった。

フィクション性を最小限にして、理念上、できる限り患者の意思に近づくことによって患者にとっての最善の利益を追求することが必要となり、その実現こそが患者の最善の利益といえることとなり、治療中止の正当化の実質をなす

52) 町野・前掲注 13) 53 頁。

ものである。そのような観点から注目されるのが、近時有力化している、治療行為による正当化⁵³⁾に違法阻却の実質を求める立場である。次章では、そうした立場に言及しつつ、基本的にはその立場を積極的に評価した上で、内容の精緻化・具体化を図りたい。

第3章 治療行為としての正当化

1. 治療中止も治療行為の一環でありうるか

一般に治療行為は、その効用が現れる以前の段階において、身体に対して侵襲を与える場合には傷害罪の構成要件に該当するというのが通説である。ただし、治療行為が患者の健康増進ないし維持にとって効果的かつ相当性を有するものであり（①医学的適応性、②医療技術的正当性の要件）、かつ患者のインフォームドコンセント（③患者の同意の要件）、すなわち適切な医学的情報が与えられ、患者が十分理解をした上での同意がある場合には、刑法35条の正当業務行為として違法阻却される。

本稿で検討の対象とする治療中止をこの治療行為としての正当化の範疇に含めて議論することは適切であろうか。「治療行為の中止は、患者の健康状態を現状以下にしてしまうもの」⁵⁴⁾であるから、そのような治療中止行為が治療行為に含まれるのか、が問題となる。延命を第一義とすることが治療の本質であるならば、生命を断つことにつながる治療中止行為は、患者を現状以下にしてしまう行為であって、それは医療の役割に則った適切な行為であるとはいえないため、治療行為としての正当化を論じることは的外れということとなる。医師の使命は、患者の生命を救い健康な状態に戻すことにあり、終末期とはい

53) 山口厚ほか「座談会・終末期医療と刑法」ジュリスト1377号（2009年）101頁〔今井猛嘉発言〕は、「治療行為の過程としては、最後は治りませんから治療の目的は達成できないわけではありますが、治療行為としての正当化という観点から前面にでてこなければ、解決できない問題ではないかと個人的には思っているのです」とする。

54) 今井・前掲注4）410頁。

えその使命は変わらず延命にある、と考えるならば、治療中止は不適切な行為として違法阻却はされないはずである。

学説においては、死の結果を生ぜしめる行為を治療行為に類似のものと解することはできないとし、仮に治療行為と類似の要件が導かれるとしても、一般の治療行為の正当化の要件と同列では語れないとする⁵⁵⁾ 見解や、「死という結果との強い関連性によって、特殊性があることを認めるべき」であり、そこには一般的な治療行為との「質的な相違が存在」し、「単に治療を選択しているだけであると述べることは結果の重大性を正しく認識していないと思われる。」と反対する見解もある⁵⁶⁾。

もっとも医療の役割を、「人が生まれてから死ぬまでの過程に寄りそって、なるべく健康に、医学的な意味で安楽に、その生を全うできるようにするもの」と捉え、「何が何でも死なないように、一分一秒でも心臓の拍動を延長するためのものではない。」⁵⁷⁾ と捉えるならば、治療中止も治療行為に含まれ、医療の役割に則った適切な行為として違法阻却される正当性を有すると考えることが可能である。

すなわち根源的な議論は、「医療は延命を第一義とするのか否か」であり、それによって医療の適切な役割自体が異なってくるということである。「延命を第一義とする医療なら、死期切迫、対処が困難になったことは、措置の選択肢がないに等しいことを意味」するため、「すでに施した措置は患者の病態の中に取り込まれていて、全てが生命の支えに不可欠でありうるから、どれも中止できない可能性が高い。」⁵⁸⁾ 他方で延命は第一義ではないとするならば、より自然に近い状態に変えること（＝治療中止）も許容されうるため、どちらが医療の適切な役割なのかという問題に帰着する⁵⁹⁾。

55) 佐藤・前掲注 14) 157 頁。

56) 古川原・前掲注 35) 100-101 頁。

57) 辰井・前掲注 8) 68 頁。

58) 小田直樹「治療行為と刑法」神戸法学年報第 26 号（2010 年）27 頁。

59) 小田・前掲注 58) 28 頁。

非常な難問であり、今後も検討を続けていく必要がある。しかし最近の終末期医療における治療中止の許容性の議論の方向性として、「医療行為の範囲内、医療のプラクティスとして是認できるかという議論に移りつつある」ことは否めず、「命を絶つことがどうして許されるかという議論」から「医療の中としてやった時に、結果として命が若干縮むということがあったとしても、それは医療行為として OK なのか。」⁶⁰⁾を問うという流れがある。今後治療行為としての正当化の議論を深化させていくことが重要であり、本稿においても医療上回復不可能と診断された時に単なる延命だけのための治療は拒否したいと考える人が増えているという現状も考慮するならば、医療の役割は延命に尽きるとは考えずに、治療中止を治療行為の一環として正当化の実質を検討していくことは正しい方向性であると考ええる。

現実的な問題としても、患者の意思の推定が困難な場合に家族の意思だけにより患者の生命が左右されず、医師に過大でコントロール不能な裁量を与えずに、それらを回避するために現状維持しか選択肢がなくなる、というデッドロックをも避けるために、治療行為としての正当化ができないか、その方策を探るべく私見を展開する。

2. 治療行為としての正当化の本質——患者、家族、医師の合意形成

(1) 違法阻却の実質

「医療の役割は患者を不老不死にすることにあるのではなく、生まれて死んでいく人間に寄り添って、その生を医学的な意味で安楽に全うさせることにある。」⁶¹⁾という考えに依拠するならば、終末期であり回復不可能である以上、その医療の在り方としてどのような治療が必要か、不要か、その判断において患者個人の人生観や死生観が個別的に反映されることが望ましく、時には治療を中止することが終末期の医療、ケアの在り方として適切で妥当な治療行為と

60) 町野朔＝池上直己・前掲注 24) 99 頁〔町野発言〕。

61) 辰井聡子「終末期医療とルールの在り方」甲斐克則編『終末期医療と医事法』（信山社、2013 年）225 頁。

いえる場合があることは十分に想定される。そのような患者の最善の利益の追求を誰がどのようにすべきか、が課題であることは確認した。

終末期医療の在り方として、まずはインフォームドコンセントの前提といふべき医師による患者および家族への医学的知見に基づく現状や予後の説明が十分になされることが必要である。その説明に対して患者や家族から患者の価値観や人生観を医師にフィードバックすることで再度それらを治療方針の決定に反映させていく、その繰り返しの中で患者の望むべき治療を医師とともに決定していく。そのような、患者、家族、医師とで治療の在り方、中止の仕方の可能性について合意形成を図るプロセスを持つことこそが必要不可欠な要素であると考えらる。

具体的には、3者でのコミュニケーションを図りながら、患者の身体への侵襲がなく、それが患者の最後の時を豊かなものに行っている間は延命治療を行いつつ、痛みや苦しさのコントロールとしての緩和ケアを行う。その後更なる病状の悪化によりこれ以上の延命治療を行うことを患者は望まないといえる一線まできてしまった場合には、延命治療は行わずに、緩和ケアのみを行って、痛みや苦しみをコントロールしながら、家族との最後の時を過ごせるような治療の方針を、患者の最善の利益となる治療として3者で確認しながら進めていく「合意形成のプロセス」をとることである。その合意形成こそが、治療行為として正当化される実質的な要件、患者の最善の利益となる治療の実質を備えることとなる⁶²⁾。

家族の意思は、患者の推定的意思の探求における重要な手掛かりとなるもの

62) 中島弘ほか「延命拒否事例にみる患者の自己決定権と生の尊厳に関する考察」脳神経外科ジャーナル 18 巻 1 号 (2009 年) 38-39 頁は、「医師は、コンパッションを持って患者の苦しみを理解し、家族とも良好なコミュニケーションを保って、心ある医療を実践するのが使命である。医療の中断や拒否の問題では、医師も家族もいかに本人の意思を尊重できるかの点を最優先に議論しなくてはならない。医療の目的は患者の幸福達成のための生命の救済・病苦の軽減なのであり、患者の求める『いのち』の尊厳を冒してまで、理屈どおりの医療行為を行うことではない。」とし、さらに「患者、家族、医療者の三位一体となったコンセンサスな治療方針がいかに重要」であるかという点も指摘している。

の、時に家族自体の利益を優先するおそれが排除できないという問題がある⁶³⁾。もっとも、患者の意思、というものは、周りとの関係、結びつきの中に存在するものであり、家族に対する配慮を一切なくしたところに、宙に浮かぶように患者の意思が存在することは少ないと考える。患者が、残る家族の精神的、経済的な負担を心配し、気に掛けることのほうがむしろ一般的ともいえる。患者が心を碎く対象であり、また家族は患者を支えるケアの主体でもあるからこそ、その家族にも一定の主體的役割が与えられ、ともに患者の最善の利益の追求に関与させるべきであると考えている。

終末期医療の現場においては、家族に対しての関わり方や家族の症状理解を促すアプローチについての検討や考察がなされており、家族が意思決定を迫られる状況においては、「複数の家族（構成員）に病状と対応について説明をおこなうと同時に、患者の希望を推測する話し合いが重要になる」として家族と医療者間でのコミュニケーションの必要性とこれに関する研究の推進が謳われている^{64) 65)}。

63) 中島ほか・前掲注 62) 40 頁は、家族による利己的な意思表示の場合以外にも、「家族といえども、患者の意思を本人の期待どおり代弁できるとはかぎらず、ややもすると家族の思い入れから、パターナリスティックな訴えになる。わが国では、目上を敬い、家長を立てるという国民性から、個人の意思の尊重が必ずしも最優先とならず、これが医療では家族らによるパターナリズムとして投影される」という問題を指摘する。

64) 広瀬寛子「特集・緩和医療と家族ケア：遺族ケア」緩和医療学 10 巻 4 号（2008 年）29-31 頁。

65) 長戸和子「特集・緩和医療と家族ケア：家族の意思決定を支えるアプローチ」緩和医療学 10 巻 4 号（2008 年）35 頁は、家族はこれまでの家族関係を基盤として、患者やほかの家族を気遣い、患者にとって最良の決定をおこないたいと考えるものであるとしている。また現実的にも在宅がん末期患者の自己決定および家族の意思決定の調査においては、決定事項（療養場所、看取りに関して、延命治療に関して、苦痛の緩和に関して、病状悪化時の対応、治療内容の変更にすることなど 10 項目）のうち患者自身による決定は 1 割強で、大部分が家族の決定によるものであり（東清巳ほか「在宅癌末期患者の自己決定、家族の意思決定の内容と意味—在宅死の転帰をとった 7 事例の分析から—」熊本大学教育学部紀要、自然科学 46（1997 年）127-138 頁）家族の情緒的な絆を背景とした意思決定の重要性を指摘する。

医師の役割としても、病状や予後を的確に判断してそれを医学的見地から患者や家族に説明し、医療として最善な方法を示しつつ、患者や家族の有する主観的な利益や価値観を実現する要望を聞き入れそれを尊重して、再度それを医学的立場から検討してアドバイスをする、そのようなプロセスを経ることにより、最終的に患者にとり最善の治療の選択が行われていくものといえる。

(2) 手続を重視する学説と私見の相違

従来⁶⁶⁾の学説においては、平成 21 年決定を、「手続を重視」した判決と捉えた上⁶⁶⁾で、実体というよりも、一定の手続に従って判断がなされた事実を要求しており、適切な手続によって治療方針がなされたことそれ自体による正当化を構想しているように読めるとするものがある⁶⁷⁾。

このような手続を重視する学説に立脚するならば、手続と実体的な正当化根拠との関係性をいかに捉えるかを明確にする必要がある。手続違反をもって直ちに刑法上の犯罪とすることは妥当でないため、手続はあくまで手続にとどまるべきであり、正当化の究極の根拠は実体的要件に求められなければならないはずであるから、両者の関係性において、なぜ手続を履践していると刑事上罪に問われないのか、本来は実体的要件こそが問われるべきではないのかという間に正面から答えなければならない⁶⁸⁾。

手続と実体的要件とは異なる位相にあるとする従来⁶⁶⁾の学説に対して、私見においては、医師、患者、家族とのコミュニケーションによる合意形成のプロセスを持つこと自体は手続とも捉えられるが、同時にそれが治療における実体的

66) 辰井・前掲注 27) 216-217 頁は、本決定が実体よりも手続を重視しており、患者の末期性を確認する方法や患者の意思を確認する手続の適否を考慮することが欠かせないと考えているのではないかとする。

67) 辰井・前掲注 61) 223 頁、井田・前掲注 7) 138 頁。

68) 辰井・前掲注 61) 230 頁。井田・前掲注 7) 139 頁は、一定の手続を履践したか・しなかったかによって犯罪の成否が決まることは妥当ではなく、手続が適正であったことは実質的にも正しい判断であったとの推測をさせるものにとどまるとして、実質的基準に関する議論を棚上げすることはできない、とする。本庄・前掲注 15) 190 頁も「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かどうかは、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。」とする。

要件としても、患者の最善の利益の追求という実質を有するのであり、その実質こそが正当化の究極の根拠となると考えることにより、手続と実体的要件との関係性が重なるものと解する点で異なるものである。

なぜ手続と実体的要件が重なり得るのか、この点については医療という事柄の性質として理解することが可能と考える。医療において、患者は客体ではなく主体として治療方針の決定に関与していくものであるから、患者とのコミュニケーションを抜きにして最善の治療がなされたと評価されることはない。家族もまた同様に、その一員が疾病を抱えたことから家族によるケアが欠かせぬものとなり患者を支えるという主体性を有すること、患者の意思表示が不可能な場合には現実的には家族と医師との間において、治療方針の決定を図っていく過程を経ることから、家族も交えた合意形成プロセスが必須であり、その結果として決定された治療に関する事項はそれが実体的にみても患者にとり最善の利益が追求されたといえる。

家族といってもその形は様々であり、ここで想定している家族というのは、患者と生活を共にし、あるいは共にしたことがあることから本人の意思をよく知る者、を意図している。家族がいない場合や家族以上に本人の意思をよく知る者がいる場合には、それらの者を含むことは、患者にとり最善の利益を追求するという趣旨に資する限りにおいて許容されると考える。

では、手続は欠如していたが実体要件は充足していた、という場合にも正当化の要件は認められるのか。この点、偶然に結果として患者の身体にとって最善の治療が選択されていた場合であっても、患者の意思や主体性を抜きにした最善の医療というものは観念できないことから、このような医師の独善は許されず、実体的要件を充足することはないと考えられる。医療の性質から、患者に主体性がある以上、医師の勝手な判断の押し付けは、それがたとえ最善の治療方法であったとしても正当化されず、相手の合意を得る実質的な努力がなされる必要がある。

他方、表面上の手続だけは履践されたが実質を伴わない場合にも実体的要件は充足するのか。数回ただ何らかの形式的な話し合いだけを行うこと、それさ

え行えば合意形成がされた、としてそのような手続だけ済ませば患者の最善の利益という実体的な要件が充足される、ということも認めるべきではないだろう。表面的な手続を行うこと自体に意味があるものではなく、患者の人生を左右する決定であるからこそ、関与できる主体がそれぞれに責任を持って実質的な合意形成にかかわることが中核であり、そのような合意形成の内実が問われるべきである⁶⁹⁾。

適切な手続を履践し、それが実体面でも患者の最善の利益⁷⁰⁾が追求されたという実質を備える場合に限って、この重なり合いが認められると考える。

(3) 具体的な認定

「患者の最善利益の追求のために、患者の真意になるべく沿うよう医師、患者、家族との3者による合意形成プロセスを行うこと」ということが違法阻却の実質をなすといっても、その具体的な認定はいかなる考慮要素に着目するのか、実用に耐えるものであるのかが問題となる。

手続的に合意プロセスが存在することにより実質的にも患者の真意に沿う治療がなされた、と認定するに当たっては、共同正犯における共謀の認定の例のように、共同正犯の本質的要素から共謀の要件を定立し、その要件の該当性を検討していく方法が一つの指針となると考える。

これを治療行為としての正当化において検討すると、違法阻却の実質が認められるための本質的な要素は、「患者意思の探求を、患者の最善の利益という観点から3者間において行うこと」であると考ええる。

そのためには、①医学的な診断が適切になされ、それを患者や家族に伝える

69) 平成19年判決も、「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」とする。小田・前掲注58) 32頁も、「そのような手続的な正義で、実体的な正当性を補うことを考えてよい。」とする。

70) 町野・前掲注13) 52頁は、自己決定権と治療義務の限界という二つのアプローチが「患者の最善の利益」の観点で統合されなければならない、とするため、私見における「患者の最善の利益」との異同が問題となるが、私見は論者と異なり、医師の裁量を広く認めてその範囲内において患者の最善の利益を医師が決定する、とするものではなく3者における合意形成を重視している点で異なるものといえる。

というコミュニケーションの存在、②そのような医学的説明に基づいたインフォームドコンセント（患者もしくは家族による同意）があること、が必要とされるといえる。

その判断のための考慮要素は、単独の医師による診察ではなく、他の医療者の客観的な判断も含まれた診断がなされたのか、患者や家族とのコミュニケーションの内容や回数、生前の患者の意思の探求をするべく家族も医師も事前指示書や生前の患者の言葉や価値観について探る努力をしたのか、など要素を複数勘案して、認定をしていくことが可能ではないかと考える。

3. 私見の長所と想定される批判への反論

(1) 私見の長所

以上のように、私見は患者の真意を探求して患者にとっての最善の利益となる治療を選択する決定につき、医師、患者、家族による合意形成によってなされることこそが治療としての正当化の本質であると考ええるものである。

従前の学説の議論においては、治療行為としての正当化を枠組とすることの利点は、患者の意思に反する治療行為がいかなる場合にも違法とする硬直的な判断を回避して、医療の実情、具体的な状況に応じた判断ができる点にあり⁷¹⁾、患者の自己決定の効力を、医学的妥当性の枠内に収めることができること、と考えられていた⁷²⁾。

他方私見においては、患者自身は意思表示が不能である場合にも、医師が家族とのコミュニケーションを図ることにより、本人の意思を推定するための合意形成によって治療中止の決定が行われるため、患者本人による死に直結する治療中止という自己決定と捉えないことから、刑法 202 条との関係において制約されている個人的な生命の処分権についての問題が回避される。

合意形成プロセスを介在させることにより、家族の主体性も決定の過程に取り込みつつ、加えて医師の適切な医学的知見をも同時に取り込むことが可能で

71) 辰井・前掲注 61) 225 頁。

72) 辰井・前掲注 8) 77 頁。

あり、家族の勝手な意思だけを理由に患者の命が左右されるおそれを極力排除することが可能である⁷³⁾。

また、事柄の性質上医師に裁量を認めざるを得ないとしても、その裁量の逸脱濫用をいかにコントロールするのかが課題であったところ、合意形成、インフォームドコンセントという概念の下に患者と家族に主体性を持たせることで、医師の勝手な価値観の押し付けや裁量の濫用を統制することが期待できることから、少なくとも、何ら規制する方策がない場合に比べれば、はるかに患者の保護に厚いといえるため、私見にはこれらの長所が認められると考える。

(2) 想定される批判と反論

合意形成プロセス自体を違法阻却の実質として捉える考え方には上記の長所もあるが、一方で患者（家族）と医師とのコミュニケーションの要請を刑罰的な評価に取り込むこととなるため、手続上の過失が刑事法上の犯罪を構成することはおかしいのではないかという批判（①）⁷⁴⁾、あるいは医師は患者や家族との、かなり深いコミュニケーションを要求されることは過剰であり、刑罰まで用いてそのようなコミュニケーションを要求してよいのかという批判（②）⁷⁵⁾、そして医師と家族とで治療中止を決定することは「生きる価値のない生命」の存在を認めることにつながるという批判（③）が想定される⁷⁶⁾。

73) 小田・前掲注 58) 32 頁は、「究極の問いで争われるのは、家族の意思表示が決定に及んでいた場合に、それが医師を拘束するのかという問題である。医師は生命を預かる医療制度の担い手として、家族の意見に盲従するわけにはいかないから、一緒に相談して調整するしかない。インフォームドコンセントを患者（家族）との相互調整の過程として捉えれば、そのような手続きを経て了解に達することこそが適法評価を基礎づけるのだと思われる。手続的な正義で、実体的な正当性を補うことを考えてよい」とする点は同旨であろう。しかし、小田は治療行為としての正当化ではなく、この慣習的なルールに従った実践は社会的に相当であるから、社会的相当性を満たすために違法阻却されるとする点で異なる。

74) 辰井・前掲注 61) 220 頁の「手続に違反した場合には、当該治療中止行為の正当化が否定され、刑法上の違法性が認められるのであろうか」という点は同様の問題意識である。

75) 小田・前掲注 58) 36 頁。同様の趣旨として、辰井・前掲注 61) 228 頁は「ガイドライン類で望ましいとされている手続のどこまでが刑法上の正当化にとって不可欠なもので、どこからはそうでないのかという問題」提起は同様の問題意識である。

76) 秋葉悦子「人格主義的視座への転換」刑法雑誌 56 巻 1 号（2017 年）46 頁。

まず①の点に対する反論としては、確かに手続と実体的要件が異なる場合には、単なる手続違反のみをもって刑法上の犯罪として処罰することは適切ではない。もっとも私見においては、実体的な要件を棚上げして手続だけを切り出しているものではなく、そのような合意形成のための手続を経ることにより実体的要件が満たされると考えることから、①の批判は当たらないと考える。

②の点については、確かに過度な要求であるように思われるが、いくら医療の場であるとしても殺人罪という重罪に対しての違法阻却であり、その認定において、考慮要素のうちすべてを満たさなければいけないとするものではなく本質的要素から考慮要素を検討して、重みづけ衡量をすることにより、硬直的な判断を避けることは認定上可能であるため、最低限満たされるべき水準を現実的な医療の現場の水準にあわせて判断することは可能であると考えことから、②の批判は当たらない。

③の点については、医療上回復可能性がなく死が不可避な状況に限定をした議論をしていることから、そのような状態の中で一分一秒長く命を存続させることが医療の使命ではないことを前提として、医師と家族が患者の人生にとり最善の利益を追求していくことを目的とするものであり、不要な生としての「命の選別」をしているということに直結しないため、③の批判も当たらないと考える。

4. 治療行為の手続と実体的要件とガイドラインの関係について

(1) 手続と実体的要件の関係

前述の通り、合意形成プロセス自体を違法阻却とする場合において、私見ではプロセス自体に、実体的要件が取り込まれていて、重なり合う部分があると考えている。その理由は、手続といってもそれは何らかのコミュニケーションをとればよい、ということではなく、患者の最善の利益は何か、について治療を継続することと治療を中止することのメリット、デメリットを患者の主観的な人生観や死生観をくみ取って医学的な見地からの意見とすり合わせた上での合意形成のプロセスというものを要求していることから、そこには「一定の実

体的な判断は入っている」⁷⁷⁾ ものであり、純粋な手続きだけを要求するものではない、と考えるためである。

このことは、医療の特質として説明される。すなわち何らの説明も合意もないままに行われた治療行為が、偶然にも患者にとり医学的には最善の利益をもたらすものであった場合であっても正当化されないように⁷⁸⁾、きちんとした説明、合意のプロセスを経ることなくして、実体的に治療行為として正当であるという要件を充足することはなく、逆にプロセスだけを経ればあとは実体的な要件は棚上げしており、正当化が認められるというものでもない。

残念ながら法律家には、何が患者にとり最善の利益となるのか、患者の主観的利益の観点でも医学的な知見においても、それを判断代置によって法律家自らが判断する能力を持ってはいない。しかし、だからといって何も判断できないというわけではなく、適切な手続の履践をしたことの確認を通じて、それが患者にとり最善の利益であろうということの合意形成が認められるときには、それが実体的要件としてみても、患者の推定的意思に沿う最善の治療行為であり、それが正当化の実質を有するものと法的に判断することは可能であると考え⁷⁹⁾。

私見のように実体と手続が重なると考えるならば、厚生労働省が平成 19 年に策定した「終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン」（以下プロセス・ガイドライン）における「終末期医療及びケアの在り方」に定められた、

77) 山口厚ほか・前掲注 53) 97 頁今井発言「純粋な手続きだけでしたら、そうした実体法的観点に踏み込まないで、もっとリジットにプロセスだけを書くべきでしょう」等。

78) 専断的医療行為がすべて犯罪を構成するかどうか、は刑法においては可罰的違法性の議論ができること、もしくは違法であるとしても刑法上の違法ではなく民法上の債務不履行としての違法にとどまる、という解釈は可能であると考え。

79) 山口厚ほか・前掲注 53) 97 頁原田発言では「だから、ある意味では手続に反していれば実体的にも殺人が成立すると考えられるのではないかということです。もちろん手続の中でも軽重があるだろうから、……基本的なことを履践していない場合には、実体的な要件で違法性を阻却しているからいいと言えるかということです。残っているものがあるのではないか。そういう意味では手続と切り離せないという感じを漠然と持っていました」は同じ問題意識である。

合意のためのプロセスを、実体的な要件に準ずるものとしても参考にすることができる。

(2) プロセス・ガイドラインの基本原則

各種終末期医療のガイドラインに先駆けて、厚生労働省により、「終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン」（以下プロセス・ガイドライン）が平成 19 年に発表された⁸⁰⁾。

第 1 に終末期医療及びケアの在り方が規定されている。①から④のうち、①と②が基本原則というべき、重要なプロセスを定めている。

①医師等の医療従事者から適切な情報の提供と説明がなされ、それに基づいて患者が医療従事者と話し合いを行い、患者本人による決定を基本とした上で、終末期医療を進めることが最も重要な原則である。

②終末期医療における医療行為の開始・不開始、医療内容の変更、医療行為の中止等は、多専門職種の医療従事者から構成される医療・ケアチームによって、医学的妥当性と適切性を基に慎重に判断すべきである。

③医療・ケアチームにより可能な限り疼痛やその他の不快な症状を十分に緩和し、患者・家族の精神的・社会的な援助も含めた総合的な医療及びケアを行うことが必要である。

④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。

そして、上記患者本人による決定を基本としつつも、患者の意思の確認ができない場合の終末期医療およびケアの決定手続きとして、下記①から③が定められている。

80) 平成 27 年の改正において、終末期という定義や概念はそのままかえずに、終末期という言葉を「人生の最終段階」と置き換えた。これは一つには終末期は一義的に取り扱うことができない複雑で整理されていない言葉であることからの変更と、もう一つは「個人の尊厳が重んぜられ、患者の意思がより尊重されるよう必要な見直しを行い、特に人生の最終段階を穏やかに過ごすことができる環境を整備すること」を必要な改革の措置の一つとしていることを反映するためであると考ええる。

①家族が患者の意思を推定できる場合には、その推定意思を尊重し、患者にとっての最善の治療方針をとることを基本とする⁸¹⁾。

②家族が患者の意思を推定できない場合には、患者にとって何が最善であるかについて家族と十分に話し合い、患者にとっての最善の治療方針をとることを基本とする。

③家族がいない場合及び家族が判断を医療・ケアチームに委ねる場合には、患者にとっての最善の治療方針をとることを基本とする。

プロセス・ガイドラインをみると、重要な柱となる基本原則は、合意形成に向けたプロセスの在り方、すなわち、単独の医師ではなく医療チームとして判断し、本人の意思を尊重するために本人や家族とのコミュニケーションをとりながら合意を形成していくこと、それこそが患者の意思に沿う最善の医療行為であり、終末期医療の基本的な在り方であると規定していると解される。これらは、合意形成における実体的な要件としても重要な示唆を与える。

(3) 基本原則以外の手続

基本原則以外にも、あるべき医療、よりよい医療として、カルテへの記載、状況の変化に基づくその都度の説明義務や予後の予測を的確に示す義務の手続などがプロセス・ガイドラインには規定されている。具体的には、「治療方針の決定に際し、患者と医療従事者とが十分な話し合いを行い、患者が意思決定を行い、その合意内容を文書にまとめておくものとする。上記の場合は、時間の経過、病状の変化、医学的評価の変更に応じて、また患者の意思が変化することであることに留意して、その都度説明し患者の意思の再確認を行うことが必要である。このプロセスにおいて、患者が拒まない限り、決定内容を家族に

81) 清水・前掲注48) 16頁〔清水哲郎〕は、本人の意思確認ができる時でも、家族の当事者性の程度に応じて、家族にも話し合いに参加していただく、とする。プロセス・ガイドラインの策定当時の座長であった樋口範雄（東京大学法学研究科教授）は、プロセス・ガイドラインにおいても（本人の意思確認ができる時には家族を除外するというのではなく家族にも話し合いに参加いただくこともある、という点で）「こういうことを言いたかったのだ。」と認めていただいた、とのコメントが掲載されている。

も知らせることが望ましい。」と書かれている。

これらは、基本原則として掲げられた手続とは別の性質であり、よりよい医療、患者や家族が納得し、安心して受けられる医療の在り方や紛争予防や誤り防止のために書面化することなど、ベストプラクティスとして定められている⁸²⁾。

(4) プロセス・ガイドラインの基本原則と違法阻却の関係

医療現場では、何をクリアすれば殺人罪として起訴されるおそれが皆無といえるのか、わからないままに日々医師は患者と向き合っている。「グランドデザイン 2007－各論」の「終末期のガイドライン」の一節では、『延命治療の差控え・中止』は、刑法の諸規定、なかでも自殺関与あるいは同意殺人さらには殺人の問題と境界を接している。このため、これに関する法律が未整備なわが国の医師は、常に刑事訴追の不安にさらされながら、この問題に対処しなければならない。」と書かれている⁸³⁾。

このような医師の不安は取り除かれるべきではあるが、他方で当然の原則である刑法による生命の保護は、医療の場でも同様に貫徹されなければならない。かかる状況を打破するためには、次のように考えるべきではないか。たしかに、ガイドラインは法律ではないことから、法的に刑事民事の免責を与えるものではないと解されている。しかし、現在国民、医師、法曹のすべてが共有し、その内容としても終末期における医療の在り方として正しい基本原則が盛り込まれているプロセス・ガイドラインについては、現在策定されている公の指針として最も汎用性の高いものであり、明確に何をすべきかが明示されている。単に事実上それに準拠してなされた医療行為は罰せられないということにとどまらず、それに基づいて行われた治療行為に対して刑法上の法的な免責の枠組を与えることができるものとする。

すなわち前述の通り、手続と実体的要件が重なっていることから、明示されたプロセス・ガイドラインに沿うような内容の治療行為を行うことは、結果として、患者の最善の利益が追求されたということであり、治療行為としての実

82) 辰井・前掲注 61) 229 頁。

83) 日本医師会「グランドデザイン 2007－各論」72 頁。

質を有するために、違法阻却がされると考えてよいと考える。

この点、誤解を招くおそれがあるため明確にしておきたいのだが、私見はガイドラインの手続を遵守したことだけを根拠に違法阻却される、と言っているのではない⁸⁴⁾。ガイドラインに示された手続を遵守することは、結果として法律上の実質的な違法阻却の実体的要件を充足すると評価できることにより、刑法上正当化されるに値する実質があることから免責されるのである。

そして基本原則以外のプロセス・ガイドラインに書かれた手続違反が刑法上の処罰の対象となるかについては、あくまでガイドラインは医療倫理に基づいて、あるべき医療が書かれているものであることから、民事法上の債務不履行としての違法を構成する可能性があることは別論であるが、刑法上の違法とはならないと解する⁸⁵⁾。

84) 今井・前掲注4) 407-408 頁は「(ガイドラインに)したがって行動した(治療を中止した)場合に、医師等が刑事訴追されることは、事実上、考えられないが(樋口範雄『続・医療と法を考える—終末期医療ガイドライン』(有斐閣、2008年) 89頁) ガイドラインに沿って行動したことが直ちに202条の違法性を阻却するわけではない。ガイドラインは医療関係者にとって有益であるものの、あくまで事実上の許容範囲を示す準則に過ぎないから、次のステップとして、治療行為の中止が正当化される範囲を明示した法律の制定が(困難な作業を伴うものの)望まれるところである」とする。

85) 小田・前掲注58) 41 頁は、「本人の意思が不明な場合は、家族と医師が手続を積み重ねて患者のための選択を探し求めるしかない。……『ガイドライン』という形で『安全装置』を整備しておくことは当然にあってよい。その違反が処罰に直結するわけではないが、それに合致していれば刑法の介入はありえないという保障はあってよいであろう。」という点は、どのような根拠により刑法の介入をありえないものとするかは明らかにはされていないが、問題意識は近い。もっとも、論者は同36頁において、「説明手続の過失の有無が(故意犯としての)処罰を左右するに等しい。しかも『患者の意思の推定』の場合にはこのような『手続』が家族との間に及んで、……患者と家族の関係まで行き届いた理解をもっていなければ、手続上の『過失』を追及される。医師は患者や家族とのかなり深いコミュニケーションを強制されるわけである。このような要求は過剰ではないか。少なくとも、コミュニケーションの失敗だけで殺人罪という罪責につながるのなら、それは過剰な対応のように思われる。」とする点で私見と異なる。

5. 判例との整合性

(1) 平成 21 年決定

以上で展開してきた私見は、治療中止に関する目下唯一の最高裁判例である平成 21 年決定の判示内容とも整合するものである。

同決定は、「被害者が気管支ぜん息の重積発作を起こして入院した後、本件抜管時までに、同人の余命等を判断するために必要とされる脳波等の検査は実施されておらず、発症からいまだ 2 週間の時点でもあり、その回復可能性や余命についての的確な判断を下せる状況にはなかったものと認められる。そして、被害者は、本件時、こん睡状態にあったものであるところ、本件気管内チューブの抜管は、被害者の回復をあきらめた家族からの要請に基づき行われたものであるが、その要請は上記の状況から認められるとおり被害者の病状等について適切な情報が伝えられた上でされたものではなく、上記抜管行為が被害者の推定的意思に基づくということもできない。以上によれば、上記抜管行為は、法律上許容される治療中止には当たらないというべきである。」と判示した。

判示の中で適法化の要件該当性につき考慮されたことは、「回復可能性や余命についての的確な判断が」なされたのか、それができる状況であったのか、そして「被害者の推定的意思」であったといえるかという点であったが、加えて「適切な情報が伝えられた上」でなされた「家族からの要請」という要素もしっかり検討されていた。

これは、まず医師の医療者の義務として、回復可能性や余命が適法化の要件として重要であるために、それを医学的に判断することが重要であることに加えて、適切な判断をくだせる状況にないということは医師の裁量の逸脱であることを指摘しているとも考えられる。さらに、家族の要請が医師の適切な説明に基づいて、患者の容体や予後についてしっかり理解した上でなされたものであるのかどうか、を検討していることから、家族の要請というものの、治療中止において一つの要素となることを認めている。また、本人の意思は推定的意思であっても認められるが、その探求をしていない以上推定的意思も認められない、としている。

このようにみれば、平成 21 年決定においては、医師、患者、家族のそれぞれが主体としてかわること、適切な医学的な判断がなされたことを前提としてそれを家族や患者に伝えて患者の推定的意思を探求し、家族の要請においてもきちんとした理解に基づくインフォームドコンセントが尽くされていなければならないことを指摘していると考えられる。したがって、合意形成プロセスを経た上で治療中止が決定されたか否かを違法阻却の実質とみることは、平成 21 年決定とも整合的であると考ええる。

(2) 平成 19 年判決の量刑の事由

また、平成 21 年決定の原判決である平成 19 年判決が、その量刑の事由において、次のように示唆に富む指摘をしていることも、私見の着想と相通じるものがある。

すなわち、同判決は、被告人は、「やや割り切りすぎると評される被告人の生命観の下に家族を諦めの方向に誘導した嫌いもあり、家族の抜管要請を受けると直ちに被告人一人で抜管を決定したことは慎重さを欠いていたと言わざるを得ない。」「尊厳死が絡む終末期医療においては、医師には患者の家族の心情を十分に酌む姿勢が何よりも求められるのであって、少しでも医師が独走すれば、家族はこれを引き留めるのが困難であり、」「一般的にも専門家に対して強く自分の考え方や本当に思っていることを言うことは、専門家が考えている以上に難しい。」したがって、「被告人が家族からの要請があったと理解しても、なおその意向を再確認し、さらに他の医師にも相談すべきであって、独断で本件抜管を決断したことは、結果的には患者を軽視したといわれても致し方ない。」とした。

このくだりは、患者や家族と医師との立場は全く対等であるとはいえないため、なかなか医師に意見を伝えることが難しいことから、医師は努めて家族の意向や真意を確認することが重要であることを述べ、さらに他の医師に相談していなかったことは医師の独断での判断であり患者を軽視している、ということを描きしており、家族と医師とで協働して患者にとり最善の治療を追求することを重視する私見に相通じる説示である。

また、「①患者本人が意思表示を表明できない場合は、家族が事実上患者を代行して治療方針についての意思を表明しているのが医療の現場の現実であり、更に進んで生命に関わるような治療方針の選択も家族が代行する例も存在するであろうことは、想像に難くない。②死ぬときには家族に迷惑を掛けたくないというのは多くの者が持つ思いであって、被告人が、意識のない状態で家族に介護され、精神的にも経済的にも負担をかけることは本件患者も望んでいないだろうと考えたことをもって、勝手な思い込みということはできない、③（証人となった医師は、当審判廷において、）気管内挿管を2週間以上続けることは困難であり、気管切開をしなければ、遅かれ早かれ抜管をせざるを得なかったのであって、抜管についてはやむを得ない面があるとの意見を述べている、などの事情は被告人に有利に考慮することができる。」として量刑を法律上最低限の刑にとどめその執行を猶予した。

この量刑上被告人に有利に考慮する事情の説示の中にも、家族が患者の代わりに意思表示をすることが多いという現実を指摘し、患者の意思の推定においては家族との関わり合いに想いを至らせることが大切であること、③については、医学的・医術的に見れば抜管行為はそれほど非難される的外な行為ではなかったものの、上述のような独断、独善であり、家族の意向を再確認していない、というプロセスの欠如に対する非難を含み、それは実体的にみても患者にとり最善の治療とはいえないこと、を説示している。その場合には結果的に行われた行為がある程度は医学的客観的には妥当といえるような判断がなされたとしても、手続をしっかりとらないままであれば、実体的にみて最適な治療であることはないという判断が窺えるものであり、私見に通じる。

このように判例実務の価値判断においても、私見の枠組みは十分に受け入れられうるものであろうと考える。

6. 小括と次章への展開

ここまでは、自己決定権を根拠とした正当化の検討の流れを汲んだ、治療行為としての違法阻却の枠組を検討し、患者、家族、医師の3者における合意形

成のプロセスを踏まえて方針を決定していくことこそが、患者にとっての最善の利益として、治療行為として正当化される違法阻却の実質があること、それは実体的要件であると同時に、プロセス・ガイドラインの基本原則と重なることを確認してきた。

次章では、客観的な医師の治療義務の限界（前掲図1のB）に基づき、患者の自己決定の観点とは無関係な治療中止において、構成要件該当性阻却による適法化を図ることの妥当性について検討を行う。

第4章 客観的な治療義務の限界による正当化

1. 「無意味で無益な治療」が問題になる場面

末期状態とはいえ、延命自体が多少は可能であるような場合において、患者の自己決定の観点とは切り離された客観的な治療義務の限界ということを認めるべきかという議論があることは第1章において言及した。

患者の身体の状態がある一線を越えてしまった後には、治療は意味を持たず、治療による効用を得るという目的が達成できなくなるために、そのような治療につき行うべき医師の義務が観念できなくなる、ということは直観的には理解しやすいところである⁸⁶⁾。人は不老不死ではないのだから、どこかに医療の限界が存在する。ただし、具体的に何が「無意味で無益な治療」であるのか、については現場において医学的判断に基づいて決定される性質のものであり、それを事後的に法的な概念として評価するものであることから、その捉え方や理解にはまだ幅があり、コンセンサスが得られているとは言えない状況である。もっとも、下記3点については前提としてよいのではないかと考える。

第1に、その治療が無意味なのか否かの判断基準は、医学的判断から離れて

86) 辰井・前掲注12) 167頁は「『過剰な延命治療』『自然な死』といった分かり易すぎるキーワードのために、医療現場及び世間一般に、きわめて拡大された『許される殺人』の存在を誤認させているのではないかと疑念をぬぐい難い。」として全体的に治療打ち切りを是とする方向性に警鐘を鳴らしている。

行うことはできない。これは、事柄の性質からくる必然的な制約である。もっとも、その医学的判断についての裁量を持つ医師に対しての規制をいかに及ぼすかという点についてはあまり議論がなされていない。この点、法律学から、医学的な判断を代置して、適切な結論を出すことは不可能であるから、司法の関わり方としては、医師がいかなるプロセスを経てその医学的判断に至ったのか、その判断過程に合理的に認められない過誤や欠落があったのかどうか、どのような医療的な体制によってそれが判断されたのか、という外形や手続から裁量統制を行うことが、適切な司法の関わり方であると考ええる。

第2は、「医学的にみて有害ないし無意味」と言われた治療に、延命効果がまったくないのだとすれば、それはそもそも刑法上の殺人罪の構成要件には該当しない、ということである。なぜならば、それは不作為として構成するならば、救命可能性が否定されることから作為義務が否定されるし、作為として構成しても、死期を早めたとは言えず、また治療中止行為と死亡との因果関係が否定されるため⁸⁷⁾、初めから議論の対象外であるからである。

第3は、「医学的にみて有害ないし無意味」といわれる治療のうちで延命効果がある治療と、すでに延命効果がない治療との境目は非常にきわどく紙一重の判断であるということである。同一の治療中止行為を対象としてみても、患者の身体状態の変化に応じて、延命可能性がある時期とそうでなくなる時期との境目とは紙一重の差であることも、大方異論はないであろう。

そこで一つの疑問が浮かび上がる。自己決定権とは無関係に行われる治療中止行為が適法であるか否かの判断枠組みは、果たして従来多数意見が当然の前提として議論してきた、「治療中止行為の構成要件該当性は肯定されるが、その後の違法阻却として正当化されるか否かで判断する。」という枠組と同じでよいのか、である。

上述の通り、治療自体に延命効果があるのかないか、その判断は紙一重の

87) 武藤・前掲注 34) 90 頁は、「無意味な治療が患者の生命維持・延長に何の効果ももたないという趣旨であるならば、もはやそれは「治療」ではないのであり、これを継続する義務はないはずであり、その中止は患者の死とは因果関係をもたないことになる。」とする。

微妙なものであるにもかかわらず、当然にそれは構成要件に該当するものだと
して議論を進めることは乱暴であるように思われる。客観的な治療義務の限界
を越えるか否かは医師の判断に任せるほかはない中、その判断が適切であった
かどうかを法的に検証する場合には、それがあと少しで構成要件には該当しな
い行為であった、という価値判断を踏まえて検討すべきではないか。さらに言
えば、かなりの死期が切迫しているがゆえに、客観的な治療義務の限界を越え
ているのであれば、そのような状況における治療中止行為は構成要件該当性阻
却において検討すべきではないかと考える。

筆者が具体的にイメージしている客観的な治療義務を越えた場合の治療中止
とは、通常は最後まで基本看護として中止は許されずに与え続けるべきだとさ
れる栄養・水分の補給などである。

医学的見地からみれば、「最後の数日間、空腹や口渇はまれで、この時期の
輸液は医学的に不必要であり、実際、悪影響を及ぼしようという証拠が優勢で
ある。水分補給は、苦痛を引き伸ばし、水腫、疼痛、気管支分泌作用の増幅、
失禁の増幅による苦痛を増幅させる」こともあるという⁸⁸⁾。通常の状態であ
れば患者に栄養・水分を与えないことは、不作為の殺人罪の構成要件に該当す
る。しかし、終末期の最終段階においては、同じ栄養・水分の補給がかえって
患者の身体を侵襲し、有害無益となるのである。その差は、どこから来るのか。
それは、患者の客観的医学的にみた状態の差である⁸⁹⁾。末期段階に入ったと
いう診断が正確であるならば、それ以降、患者の身体の細胞の代謝がなくなり、
吸収ができなくなったあとでは、栄養・水分を与えることは、医師の治療義務
には含まれないはずである、なぜなら延命効果を上回る患者の身体への侵襲が

88) 齋藤信治「安楽死と治療中止・尊厳死—東海大事件・川崎協同病院事件および『鎮静
について—」中央ロー・ジャーナル第5巻第1号（2008年）66頁。

89) たとえるならば、花の水やりのようなものであろう。花を成育するには水やりは不可欠
である。しかし根腐れている状態においては、水やりはむしろ事態を悪化させる有害な
ものとなる。また花が完全に枯れる寸前では、いくら水をやっても時すでに遅し、何らの
効用もないといえる。通常の状態において必須とされる治療であっても、客観的な状態の
変化によっては、有害、無益となることもある。

認められるからである。この場合、そもそも延命効果がまったくないのか、延命効果自体は少しあるものの患者の身体にとってはだんだんと有害さが増してくるために徐々に不要となっていくものなのか、ではそれはどの時点からなのか、等の判断は微妙であり、最後は患者の状態の客観的医学的な判断によるしかない。

これを、もし家族がよく理解ができなければ、客観的医学的には基本疾患や老衰で死亡した場合であっても、「何日も水分や栄養を与えないことによって患者は医師の不作为により、餓死したのだ」、というように家族が考えないとは言いきれない。このような場合に、果たして医師の行為を殺人罪の構成要件には該当するが、違法阻却される、という通常の法的枠組みで判断することは適切であろうか、そのような枠組に違和感を覚えるのである。客観的な治療義務の限界を越えた場合の治療中止の適法化の枠組は、構成要件該当性阻却の枠組で検討すべきなのではないかと考える。

2. 不作为構成か作為構成か

構成要件該当性阻却の枠組で検討するに際して、不作为構成で考えるべきか、作為構成で考えるべきかが問題となるため、前提問題として検討する。

一般的な治療中止における不作为構成と作為構成についてみると、裁判例においては、その判決文において不作为構成における被告人の作為義務について言及している判示はないため、起訴された治療中止行為については作為構成として判断しているものと思われる。

学説の立場は統一していないが、おそらく判例と同様に、中止については作為と構成し、不開始については不作为と構成する説が多数説であると思われる。それは、治療中止の場合には、何らかのスイッチを切る、管を抜く、などの身体的な動作がなされることから、それを「作為とする理解が十分可能なのに、なぜそれを無視してよいかが明らかではない」⁹⁰⁾ということから、事象のうち、

90) 山口厚ほか・前掲注 53) 106 頁山口発言。

取り外し行為そのものに焦点を当てて、「これを事実的に捉え、救命の方向へ動きだした事態を、「取り外し」によって、反対向きへと進行させるものであると考えるので、作為として評価される」⁹¹⁾ こととなる⁹²⁾。

一方で、そのように事象を事実的に捉えるのではなく、「価値的に捉えて、取り外しも生命維持治療の中止あるいは差控えとして包括されることになり、さらに、初めから生命維持治療を施さない場合も生命維持治療を行わないという点において同価値であるので、不作為として評価」⁹³⁾ することが妥当な結論を導くのではないかという見解も有力に唱えられている⁹⁴⁾。

もっとも治療中止の不作為構成によって、作為義務を否定することにより不可罰としてきた論理における「作為義務がない」という命題によって実質的には何が考えられてきたのか。一般の作為義務論は、救命できるならできる限り誰かがすべきという前提の下、誰にその作為義務を割り当てるのか、誰に実行行為者を限定するのかに関心があった。しかしここでは、そもそも誰も延命しなくてよいということが問題となっており、「誰にその作為義務を割り当てるのか」には問題意識があるものではない。それは次に述べる結果の不発生の枠組であり、作為・不作為にかかわらず採用できる。

3. 構成要件該当性阻却の枠組——結果の不発生

殺人罪における結果は、「殺した」ことである。殺した、とは「故意に他人

91) 武藤眞朗「生命維持装置の取り外し—わが国の学説の分析—」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第1巻』（成文堂、1998年）374頁。

92) 緒方あゆみ「生命維持治療の中止をめぐる問題を中心に」刑法雑誌56巻1号特集終末期医療と刑事法（2017年）26頁は、「『抜管』という積極的な作為があり、『挿管』という医療行為がなされた以上、初めから挿管しなかった場合とは状況が異なり、不作為と法的に同価値と説明することは困難である」とする。

93) 武藤・前掲注91) 374頁。

94) 井田良「終末期医療と刑法」ジュリスト1339号（2007年）42頁は「消極的にそれまで継続していた治療から撤退し、現状の人為的な固定から手を引く行為である。患者に対し最初から呼吸器の装着を差し控える場合と、いったん開始した呼吸管理を中止する場合とは、法的に同列に置かれるべきである。」として、「作為による不作為」の理論を推奨する。

の生命を自然の死期に先立って断絶すること」である⁹⁵⁾。終末期医療ではない場合の殺人罪において、「自然の死期に先立って」、という点が争われることはない。

しかし、終末期医療の最終段階では、細胞レベルではすでに自然の死期における死への経過をたどりはじめている。だからこそ、細胞の代謝が停止して、栄養分も水分も身体が受け付けなくなるのであり、それは死の準備段階がすでに始まっているからこそ生じる現象なのである。

刑法における法的概念としての死について考えると、それは人の生命維持の基本的メカニズムに基づいて判断されている⁹⁶⁾。「死の三徴候説」として①呼吸の停止、②心臓の停止、③瞳孔の散大・対光反射の消失⁹⁷⁾、が採られてきた。これは、心臓や脳の機能が不可逆的に停止し、人体を構成する細胞への酸素供給が断たれた結果として各細胞が死滅することによって、「全細胞死」である人が死んだということを否定できないためである。

「一連の『死の過程』のどの時点をもて人の死とするかは、生命についての一定の理解・観念を前提とする規範的・評価的判断である。」⁹⁸⁾ ため、全細胞死への死の過程が不可逆的に始まり、あともどりできなくなった状態において、それを「人の死の始まり」として評価するかどうかは、「生命現象の本質的機能」は何か、その喪失をどの時点から認めるか、という法的概念において判断されるべき問題である。

もちろんそのような場合であっても、刑法が最後の一分一秒まで生命を保護

95) 前田雅英編集代表『条解刑法（第3版）』（弘文堂、2013年）573頁参照。

96) 山口・前掲注38) 215頁。

97) 山口・前掲注38) 217-220頁によると、呼吸その他生物的生命維持の中核をコントロールする脳幹の機能の喪失の判定として①③が用いられ、心臓の機能の喪失は②により判定される。人の生命維持メカニズムにおいては、人体を構成する細胞の活動維持には、血液が酸素や栄養素を各細胞に供給することが必要不可欠であり、そのための重要な器官が脳、肺、心臓である。このような酸素供給機能が失われれば、「全細胞死」に至らざるを得ず、これが「生命の本質」であることから、それら酸素供給機能をつかさどる器官の機能喪失を「死」とであるという評価をしている、ということになる。

98) 山口・前掲注38) 219頁。

法益としていることに疑いはないため、そのような生命は質的に劣り、保護に値しないということにはならない。ただ、三徴候説が、「生命現象の本質的機能」の喪失として心臓の停止、呼吸をつかさどる脳幹の機能喪失をもって、全細胞死と判断することからすれば、その直前である全細胞の機能は失われていなくても一部ないし大部分の細胞の機能が著しく低下したその時点において、「生命現象の本質的機能」の喪失に準ずる状態を観念することは可能なのではないかと考える。

延命が医療技術的には可能であっても、各細胞の機能が失われて死への過程が不可逆的に始まっているという現象を、医師の適切な診断に基づいて、客観的科学的に判断されたのであれば、その場合にはその「死」は自然の死期の範囲内の死亡であり、社会通念上別個の、「殺人罪」の結果としての死である、と法的に評価ができないのではないかと考える。

「自然の死期」とは、ある死の瞬間の一点ではなく、死期という言葉に含まれる「一定の期間」としての幅がある概念と捉えることが可能なのではないか。「自然の死亡」ではなく「自然の死期」という幅のある概念で捉えていることは、刑法は人の死がどの一点で死亡することが自然の死であり、それ以外であれば常に殺人罪の実行行為による死亡結果である、と捉えることを要請していないのではないかと考える。

自然の死期における死への過程が不可逆的に始まって以降に、延命治療を中止した作為によってもたらされた患者の死亡は、すでに死亡の過程が始まった後のものであり、自然の死期に収まる死亡であり、刑法上の殺人罪の結果としての死、ではなく構成要件の結果が不発生であると考ええる。そしてそのような結果不発生の場合には、実行行為性が否定されるため、殺人罪の実行行為も存在しないといえる。

以上のような私見に対しては、介在事情の異常性から因果関係が争われた大阪南港事件決定⁹⁹⁾の事案において、介在事情である第2暴行が、死期を幾分

99) 最決平2・11・20刑集44巻8号837頁。

かでも早めた場合には、第2暴行と死亡結果との因果関係が肯定されるという通説的な理解¹⁰⁰⁾との整合性があるのか、という批判が考えられる。すなわち、一般的な学説では、生命という法益は、余命の長短にかかわらず刻一刻と保護されていることから、幾分かであっても死期を早めれば、それが殺害結果と評価され、当該死期の繰り上げ行為と結果の因果関係も認められることになる。そうすると、治療中止の場合であっても、技術的には幾分かの延命が可能であるときにそれを行わず、治療を中止する行為についても同様のことが妥当することになるのではないかと疑問である。

この点については、複数の医師による適切な診断とそれまでの治療の経緯に照らして治療義務の限界と判断された際の治療中止によってもたらされた死亡は、「自然の死期」による死亡と評価される殺人罪の結果としての死亡ではない、との枠組は、第三者による積極的な加害行為が介入する場合には同列に考えられないと考える。

医師による治療中止の場合には、それまでの時間的手続的な治療の過程として積み重ねがあり、その結果として、最後は基本疾患による自然の死亡を受け入れざるを得ないという状況を踏まえての判断がされており、連続性、継続性が認められる。一方第三者の積極的な加害行為による介入は、そのような連続性、継続性が認められず、行為の価値として評価が異なるべきものである。したがって、第三者が意図的かつ積極的な加害行為によって介入をしてきた場合と医師による治療中止とは同列には語ることができない。死亡という結果の評価はその死亡がもたらされた行為の経緯を自然的に観察した上で、それが基本疾患による死亡であるのか、それとは異なる社会通念上別個の死亡として殺人罪の結果と評価すべきであるのか、が判断される。

したがって第三者が医師と同じ手段によって治療を強制的に終了させた場合を想定しても、第三者はそれまで治療に当たってきたものではなく、そもそも治療義務の限界という議論をもって死亡結果を評価する前提を欠くものである。

100) 大阪高判昭和29・6・10高刑集7巻6号887頁参照。

たとえ偶然に治療義務の限界を迎えている患者であったとしても、医師ではない第三者が行った治療中止行為は「その死期を早めた行為」とされ、社会通念上別個の死亡と評価されて、自然の死期における死亡とは異なるものといえる。

以上により、結果の不発生それによる実行行為の不存在、によって構成要件該当性が阻却され適法とされる余地があると考ええる。

おわりに

本稿においては、終末期医療における治療差控え・中止について、法律上許容された治療中止の要件とは何か、違法阻却の枠組において検討した。

自己決定権と治療義務の限界という二つの根拠の関係性を整理した上で、自己決定権における正当化については、意思表示のフィクション性の問題により、刑法 202 条の違法阻却が困難となることを確認し、患者の推定的意思の探求として、治療行為の正当化枠組の中で、医師、患者、家族の 3 者による合意形成の中で患者の最善の利益を追求することが、違法阻却の実質となる実体的要件となること、それらはプロセス・ガイドラインの基本原則に定められた手続と重なるものであることから、プロセス・ガイドラインに則って行われた治療中止については、実体的要件としても違法阻却の実質を有するために、適法とされることを確認した。

さらに、客観的な治療義務の限界においては、殺人罪における死亡結果が発生していないこと、因果関係の肯定が難しいことから、構成要件該当性阻却による適法化の枠組を検証した。

医師が刑事訴追されるのではないかとおびえながら治療をするのでもなく、また生命が医療の現場で軽視されることもないよう、刑法と医療とが適切な関わり合いを持つことが喫緊の課題である。

射水市民病院事件においては、7 人もの患者が死亡したが、地検が不起訴処分としたことをみると、刑法の関わりとして緩やかに過ぎて生命保護が徹底されていないのではないかと考えられなくもない。その背景には、ともすれば、終

末期医療における治療中止を、医師が家族の真の要請に従って医療の場において適切に行っているならば、その行為は殺人罪の構成要件に該当しないのではないか、という素朴で自然な一般市民の感情が反映されているのかもしれない¹⁰¹⁾。生命保護が医療の場でも貫徹されることは原則であるが、「適正な『交渉過程』の制御が確保できさえすれば、刑法は干渉を控えてよい」¹⁰²⁾ 場合があるとも思われる。

本稿は、医療現場における医師の刑事訴追への不安を払拭する必要性と、生命という法益が医療の現場においても刑法によって適切に保護される必要性との調和を念頭において、法律上許容される治療中止の要件という問題に正面から取り組んだものである。医療と法曹との間での適切な議論のキャッチボールを行うことこそが重要であって、その中から最善の解決が見えてくると信じるものであることから、今後の議論の発展に期待をしたい¹⁰³⁾。

101) 藤木英雄『刑法講義各論（初版）』（弘文堂、1976年）191頁は意識の回復の見込みがなく、人間としての尊厳を保った生存状態といえない場合には、生前からの患者の意思もしくは近親者の意思にもとづいて、人道的方法で医療を中止してよく、この要件を充たす限り殺人の観念には含まれないとする。

102) 小田・前掲注58）42頁。この点は共感するが、論者の「刑事司法制度は法益保護そのものよりは、複数の法益主体間のコミュニケーションを支える存在であればよい。」という点については、筆者はやはり医療の場であっても刑事司法制度は生命という法益保護そのものに対しての最後の砦としての役割は果たすべきであると考えている。

103) 奥村正雄「共同研究の趣旨」刑法雑誌56巻1号（2017年）11頁は「医師側と法律家との対話を通じた協同により解決策を導くことが必要であろう。」としている。