慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	終末期医療における「患者の自己決定のための医療行為」の概念
Sub Title	The right to self-determination in healthcare
Author	城, 祐一郎(Tachi, Yuichiro) 清水, 啓介(Shimizu, Keisuke)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2024
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.53 (2024. 12) ,p.[33]- 76
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20241220-0033

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「患者の自己決定のための医療行為」の概念

城　　祐一郎[1)]
清　水　啓　介[2)]

はじめに
第 1 章　我が国における自己決定権に関する議論の状況
第 2 章　我が国における安楽死・尊厳死に関する裁判例にみる自己決定権
第 3 章　ドイツにおける安楽死・尊厳死に関する裁判例にみる自己決定権
第 4 章　自己決定権の位置付け
第 5 章　医療行為における自己決定権
第 6 章　リビング・ウィル（事前指示書）などの患者の意思表示の在り方
第 7 章　自己決定権による終末期治療方針決定に対する反論
第 8 章　終わりに

はじめに

本論文では、まず我が国における自己決定権の概要を述べた後、日本及びドイツ連邦共和国（以下、「ドイツ」という。）における刑事裁判において、安楽死・尊厳死に関し、自己決定権について判示した内容を俯瞰する。その後、我が国での自己決定権の議論を踏まえて、医療行為における自己決定権について検討する。具体的には、治療中止や安楽死などの一般的には生命短縮行為といわれる行為をも医療行為の範疇に含むとする「医療行為二分説」を提唱し、医療現場において安楽死・尊厳死が自己決定権により許容されることを示す。併せて、リビング・ウィル（事前指示書）が自己決定権の発露として法的にも有

1）昭和大学医学部法医学講座教授・慶應義塾大学大学院法務研究科（法科大学院）非常勤講師
2）東京都健康長寿医療センター麻酔科医・昭和大学大学院生

効、妥当なものであることに論及し、最後に筆者の見解及び自己決定権による解決法に対する反論を検討し締めくくる。

第 1 章　我が国における自己決定権に関する議論の状況

我が国では、自己決定権として、一般的には、「公権力の関与なく、自己の利益に関する事柄を自由に処分できる権利」というように解釈されている[3)]。その根拠としては、日本国憲法 13 条において、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と規定されているところの生命、自由及び幸福追求に関する国民の権利（幸福追求権）に求めるのが一般的であろう[4)]。

その内容としては、人格的利益説（自己決定権によって保障されるのは人格的自律に関する選択に限定されるとするもの）[5)] や、一般的自由権説（広く一般的に自己の私的な事項が自己決定権によって保障されるとするもの）[6)] などの考え方がある。

具体的には、前者の人格的利益説は、自己決定権によって保障されるのは、人格的生存に不可欠な重要事項のみであるとする[7)]。同説によると、憲法 13 条後段の幸福追求権は、同条前段の「個人の尊重」と一体的に解され、後段の幸福追求権は、前段の自律的個人としての尊重を主観的権利として具体的に展開したものとされる[8)]。一方、後者の一般的自由権説は、自己の私的な事項が

3）佐藤幸治『憲法（第 3 版)』青林書院（1995 年）459 頁
4）巻美矢紀「自己決定権の論点―アメリカにおける議論を手がかりとして」レファレンス平成 18 年 5 月号 94 頁
5）佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』有斐閣（2002 年）125 頁
6）橋本公亘『日本国憲法』有斐閣（1980 年）219 頁
7）佐藤幸治『憲法（第 3 版)』青林書院（1995 年）392 頁
8）曽根威彦『刑事違法論の展開』成文堂（2013 年）102 頁

自己決定権によって保障されると考える[9]。同説に立つと、殺人の自由などもその保障範囲に含むことになるため、これを除外するために「公共の福祉に反しない限り」といった限定が付される[10]。

自己決定権の考え方については非常に多くの論考に基づき深淵な議論が積み重ねられている。我が国の最高裁判所は、「明文なき権利」を日本国憲法13条で保障される「私生活上の自由」の一つとして承認してきたが、それは狭義のプライバシー権、いわゆる情報コントロール権に属するものであった[11]。これに対し、広義のプライバシー権の一種である自己決定権については、いまだ正面から承認されていないのであり、自己決定権が「明文なき権利」のいわば主役であるアメリカの判例と大きく異なる点である[12]。

第2章　我が国における安楽死・尊厳死に関する裁判例にみる自己決定権

我が国における安楽死・尊厳死に関する刑事裁判例としては、昭和37年12月22日名古屋高裁判決（判例タイムズ144号175頁）や、いわゆる東海大学病院事件（平成7年3月28日横浜地裁判決・判例時報1530号28頁）などがあるが、これらにおいては、安楽死が違法性阻却事由となるための要件等の判示はあるものの、自己決定権との関連性については特段の判断が示されていない。

そこで、我が国の刑事裁判において、唯一、延命措置に関する自己決定権について判示した、いわゆる川崎協同病院事件について、以下、検討することとする。

9）阪本昌成『憲法理論Ⅱ』成文堂（1993年）240頁

10）前出橋本 219頁

11）この判例としては、昭和52年4月14日最高裁判決（民集35巻3号620頁）、昭和56年4月16日最高裁判決（刑集35巻3号84頁）、平成6年2月8日最高裁判決（民集48巻2号149頁）などがある。

12）前出巻 94頁

第１　いわゆる川崎協同病院事件における平成 17 年３月 25 日横浜地裁判決（判例タイムズ 1185 号 114 頁）にみる自己決定権

１　事案の概要

本件は、医師である被告人が、気管支喘息重積発作に伴う低酸素性脳損傷で意識が回復しないまま入院中の男性患者 K（当時 58 歳）に対し、気管内チューブをあえて抜き取り、呼吸確保する処置をとらずに死亡を待ったが、予期に反して、患者が苦悶の様相を呈したため、鎮静剤を多量に投与したものの、これを鎮めることができなかったことから、筋弛緩剤で呼吸筋を弛緩させて窒息死させたというものである。

２　本件判決における事実認定とその評価

本件判決の事実認定によると、医師は、入院後７日目、家族との面会に際して再挿管をしないことを家族に確認し、入院後 11 日目には、患者の妻に対し、一般病棟に移ると急変の危険が増すことを説明した上で、急変時に再挿管を行わないことを述べたと主張し、指示簿に DNR（Do not Resuscitation）と記載した。さらに、輸液や酸素設定量を漸減していく方針にした。しかしながら、この点について、本件判決は、医師が急変時には再挿管しないという広い意味での DNR を患者家族より取得したか疑わしいものと認定した。

そして、事件当日の午後、医師は、患者の妻から、「みんなで考えたことなので抜管してほしい、今日の夜に集まるので今日お願いします。」と言われて、抜管を決意した。その後、医師は、患者家族からの依頼に基づき抜管したが、本来自発呼吸ができるような状態でなかったため患者に呼吸困難が生じた。しかしながら、再挿管はしないという方針を家族と共有していたと主張する医師は、あえて特段の処置を施さなかった。

医師がこのような対応をしたことについて、本件判決では、医師の主張に対して、「カルテ記入は相当乱雑で、被害者の容体が１日の間でも変化しているはずであるのに、何時何分の出来事か不明な箇所が多く、家族とのやりとりについては、いつ、誰に、何を伝え、それに対しどういう返答があったかなどの

詳細が明らかにされておらず、自らの主観的記載が随所に織り交ぜられており、記載内容の客観性・正確性について検討する必要がある。」と判示して、カルテ記載の正確性に信憑性がないと判示し、カルテの記載により患者家族からの同意や依頼は明らかであるとする医師の主張を排斥した。

また一般病棟に移動後その場に居合わせた看護師を通じて、患者家族にDNR の方針を確認したと医師が主張したことに対し、本件判決は、看護師の証言について、「『DNR について家族に確認したことはあるか、はっきりとした記憶がないんですけども、奥さんと話をした記憶は私の中にうっすら残っているので、このことを話したかは分からないですけど、もしかしたら話したかもしれないという記憶ぐらいしかないです。御家族に関して言えば。』と答えたものであり、要するに何か話をしたことがうっすらと記憶に残っているだけということであるから、これをもって、この点に関する供述に特段の証拠価値を見出すことはできない。」と判示した。

以上より、本件判決は、「医師は、患者を最も良く知ると思われる家族らに対しても、患者本人の意思について確認していないのみならず、その前提となる家族らに対する患者の病状・余命、本件抜管行為の意味等の説明すら十分にしていなかった」、「家族らにおいても、患者本人の治療中止に関する意思を検討する前提となる情報を欠いていた」と判示し、カルテの記載が不十分なために医師が患者家族に正確に説明したのか疑問であるし、仮に説明したとしても患者家族に医学的な状況が伝わっていなかったために、そのような患者家族が延命治療の中止を依頼したとしても、その依頼は患者家族の真意ではないと判断した。

もっとも、このような事実認定については疑問なしとしないところもある。医師としては、患者家族から DNR の了解を得ていたと信じていたものと考える余地もあって、必ずしも本件判決の認定が全面的に正しいとは思われない。なお、この点については、後記の控訴審判決での事実認定に関して再度触れることとする。

なお、ここで、医師による抜管、すなわち人工呼吸の中止に関して、本件判

決で示された内容を検討してみたい。

挿管チューブを抜くという医療行為は、通常であれば、もともと重篤な肺炎や心不全のために気管挿管が必要であった患者が、治療の結果、容体が良くなったために、もはや人工呼吸器を必要としなくなったときに行われるものである。本事件においても、入院経過の中で医師が抜管を何度か試みていることがうかがわれるが（もっとも結果的にはすぐに再挿管が必要になっている）、この抜管は通常の医療行為としての抜管といえる。抜管が可能か否かは、挿管中にある程度予測することは可能であるが、最終的には実際に抜管した後の患者の呼吸状態や各種検査結果を見て抜管が成功したと初めていえる。当然、一度抜管を試みたものの患者の呼吸状態や各種検査結果に問題があれば再挿管が必要となるが、これは臨床現場ではよくあることである。一方、本事件において最終的に死に至らしめることになった最後の抜管は、患者家族の同意の下に行われ、仮に抜管後に再挿管が必要になったとしてもあえてそれを行わないという、「延命治療中止としての抜管」であった。

本事件において問題とされたのはもちろん「延命治療中止としての抜管」であったわけであるが、本件判決において、同じ抜管という医療行為であっても、通常の医療行為（回復により人工呼吸器が不要となっての中止）という要素をもつ場合と、延命治療中止という要素を持つ場合とがあることに留意すべきであり、この点については、後に詳述する。

3　本件第一審である横浜地裁判決における自己決定権に関する判示内容及びそれに対する論評

ここでは、末期医療における治療中止について、「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認められるものと考えられる」と指摘した上で、自己決定権に関しては、次のとおり判示した。

①　自己決定権は幸福追求権の発露

本件判決は、「末期、とりわけその終末期における患者の自己決定の尊重は、

自殺や死ぬ権利を認めるというものではなく、あくまでも人間の尊厳、幸福追求権の発露として、各人が人間存在としての自己の生き方、生き様を自分で決め、それを実行していくことを貫徹し、全うする結果、最後の生き方、すなわち死の迎え方を自分で決めることができるということのいわば反射的なものとして位置付けられるべきである。」と判示した。本件判決は、幸福追求権の根拠として自己決定権を認め、また、「死ぬ権利」を明確に否定しているが、これらの点は必ずしも妥当とは思われない。なお、これらについても後に詳述する。

② 自己決定権の行使方法としてのリビング・ウィルの可否

さらに、本件判決は、「末期医療における治療中止においては、その決定時に、病状の進行、容体の悪化等から、患者本人の任意な自己決定及びその意思の表明や真意の直接の確認ができない場合も少なくないと思われる。このような場合には、前記自己決定の趣旨にできるだけ沿い、これを尊重できるように、患者の真意を探求していくほかない。」、「その真意探求に当たっては、本人の事前の意思が記録化されているもの（リビング・ウィル等）や同居している家族等、患者の生き方・考え方等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。」と判示した。

患者の病状等により、自己決定権の行使が明確になし得ない場合には、その真意を探求して、できるだけ本人の意思に沿う結果を求めようとする姿勢は、妥当なものと評価できよう。その方法の一つとして、リビング・ウィルの活用を推進することについては、リビング・ウィルが自己決定権の行使として、終末期より前になされたというだけであって、その意思がその後変更されたという事情が存しない限り、尊重すべきとするのが、自己決定権の在り方として妥当なものといえよう。

③ 疑わしきは生命の利益に

その上で本件判決は、「そして、その探求にもかかわらず真意が不明であれ

ば、『疑わしきは生命の利益に』として医師は患者の生命保護を優先させ、医学的に最も適応した諸措置を継続すべきである」と掘り下げた。この原則は、生命の尊重及び平等性の保障を与えるものであり、人工延命治療を最初から施さない場合、あるいは中止する場合、そこに合理的な疑念が存在する以上、生命に不利益に解釈してはならないことを意味する。本件判決でも、この原則が立論の基礎に置かれた点は、一定程度評価される[13)]。

第2　いわゆる川崎協同病院事件における平成19年2月28日東京高裁判決（判例タイムズ1237号153頁）にみる自己決定権

1　本件控訴審判決における事実認定とその評価

控訴審判決は第一審判決と異なり、医師が家族の意思を確認したことは認定したものの、それが本人の意思と推測できるものではないとした。

医師のカルテの記載に関しては、「手書きのカルテが乱雑なのはいわば当然であって、乱雑だから内容も不正確ということはできない」とし、看護師2名の供述に関しても、「事件から4年以上経過した後に証言しているのであるから、その供述に曖昧な点や不正確な点があるのは当然」と判示している。そのため、医師や看護師から家族に対して、急変時に再挿管をしないことなどの延命治療に関する説明があったとし、その上で、妻から「みんなで考えたことなので抜管してほしい、今日の夜に集まるので今日お願いします。」と要請があったことに関しては否定できないとした。

これらの点は、前述した地裁判決と認定が異なっているが、この控訴審判決の認定が妥当であろうと思われる。筆者の経験に照らしても、カルテの記載が簡略になることや、看護師が多忙を極め個々の患者とのやり取りをいつまでも記憶しているともおよそ考えられないので、控訴審判決での認定のほうが医療従事者から納得を得られやすいものと考えられよう。

もっとも、本件控訴審判決は、医師が「喘息の治療よりも家族のために仕事

13）甲斐克則『終末期と刑法』成文堂（2017年）（以下、甲斐①）23頁

を頑張ることを優先してきたKが、このような意識のない状態で、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望んでいないだろうと考え、抜管することを決意した」と主張していたことに対し、「家族の抜管の意思を手掛かりに抜管がK自身の意思によるものかどうかを探求したというわけではな」く、また「被告人は、長年、同人を診察してきたが、全て外来診療であり、家族の意思が同人の意思と直ちに同視できるかどうかを判断できる立場になかった」とし、「患者自身の終末期における治療の受け方についてどのような考え方を持っていたのか（本人の意思、人生観、死生観、宗教観）を推測する手掛かりとなる資料は、証拠上、全く不明である」とした。すなわち、家族の意思のみをもって本人の意思と同視することはできないと判示したものである。

この点については疑問なしとしない。というのは、医師と患者の信頼関係や心理的なつながりは、外形的なものだけで評価できるものではなく、また、その診療時間の長短や回数だけによって決まるものでもない。本件の医師が、患者Kとどのように接してきており、また、その考え方などをどのように摑んでいたかなどは、本件控訴審判決が示すような証拠関係だけで決定づけられるものではないと、多くの医師ら医療関係者は感じるのではないかと思われる。

最後に、筋弛緩薬の投与に関しては、「当該行為が本件抜管と並んで殺人行為を構成するものであるところ、筋弛緩剤である同剤の投与こそ直接の死因を形成するものであって、適法化できない最大の要因とみる余地があるが、被告人としては、患者の苦悶様呼吸がどのような手段でも止まらないことから、ミオブロックの投与に及んだものであって、これだけを取り上げて違法性が強いとみるべきではなく、本件抜管と併せて全体として治療中止行為の違法性を判断すべきものである。」とし、人工呼吸器の中止と筋弛緩薬の投与を一連の行為として違法性を判断すべきとした。この点については、後に再度検討する。

2　本件控訴審判決における自己決定権に関する判示内容

本件控訴審判決でも、前記横浜地裁判決と同様に、「終末期の患者の生命を短縮させる治療中止行為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」と指摘した上で、患者の自己決定権について、以下のとおり判示した。

すなわち、「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と疑問がある。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」、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等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ない。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とる余地が十分

ある。本件のように被告人である医師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というのが正直なところであろう。このように、自己決定権による解釈だけで、治療中止を適法とすることには限界があるというべきである。」と判示した。

その上で、「尊厳死の問題を解決するには、尊厳死を許容する法律の制定ないしはこれに代わりうるガイドラインの策定が必要である。」と判示した。

3　上記東京高裁判決の判示に対する評価及び反論

本件判決に対しては、「これまでの学説の努力をまったく考慮せず、しかもそれでいて立法もしくはガイドラインによるルール化を説くが、何ら論理も示さずに『ルールを皆で作れ』というのは無責任と思われる。ともかく、われわれは、その批判を克服する理論的努力をさらに積み重ねる必要がある。」と批判的分析を行った見解が存する[14)]。

まさに、この批判的見解が正鵠を射るものと思われるが、本件判決は「被告人である医師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というのが正直なところであろう」と判示するが、これはまったく医療の現場を理解していない者の想像に基づく判断であるとしかいえないものである。医師ら医療従事者は、患者と接するに当たっては、その真意を摑むために、治療の過程において綿密なコミュニケーションを図っており、家族と同様、若しくはそれ以上に患者が生と死に対して、どのように向き合っているのかを常に理解しようと努めているのである。にもかかわらず、患者とただの一度も接したことのない裁判官が、患者の死に対する向き合い方について「不明というのが正直」というのは、あまりに実態を知らずに、一方的に医師の職務を軽視しているものとしかいえないと、多くの医師は批判するものと思われる。

14）甲斐克則「日本における人口延命措置の差控え・中止」『シリーズ生命倫理学 5　安楽死・尊厳死』（2012 年）第 7 章（以下、甲斐②）135 頁

第 3 章　ドイツにおける安楽死・尊厳死に関する裁判例にみる自己決定権

第 1　ドイツにおける自己決定権についての考え方（治療行為傷害説と治療行為非傷害説）

ドイツにおいては歴史的に、医療行為の法的評価をめぐって、治療行為傷害説と治療行為非傷害説との対立が、長い間にわたって繰り広げられてきた[15)]。治療行為傷害説では、治療行為は患者の身体への侵害・危殆であるため傷害罪に該当し、患者の自己決定権はそれに対する同意であり違法性阻却事由になるとする考えである[16)]。一方で、治療行為非傷害説では、治療行為自体を加害意思の欠如、優越利益の存在や社会的相当性などにより可罰性を排除する一方で、患者の自己決定権は、それとは概念的に別の次元にある人格的自由の発現、生命・身体の処分権から切り離された自由権として、患者の自己決定権を観念する[17)]。そのため、患者の自己決定権を考えるに当たって、そもそも治療行為を刑法学的にどのように考えるべきなのかを検討する必要がある。

現在の日本の刑法学においては、患者の身体に物理力を及ぼすのが通例である治療行為が「暴行」であることを否定するのは困難であることから、治療行為は傷害罪の構成要件を満たすとする考え方が主流である。一方、ドイツではベーリングやシュミットホイザーをはじめとして、従来、治療行為非傷害説が圧倒的な通説であった[18)]。

治療行為非傷害説に立つ学説では、患者の自己決定権を「人身の自由不可侵の権利」であるとした。保護されるべき自己決定権が抽象化されることは、当然に医師の説明義務の範囲の拡大に至る[19)]。しかしながら、その後、説明義務の範囲が議論の中心とされ、構成要件論が棚上げされたまま事態が進展する

15）町野朔『患者の自己決定権と法』東京大学出版会（1986 年）89 頁
16）城祐一郎『医療関係者のための実践的法学入門』成文堂（2019 年）150 頁
17）佐藤陽子「治療行為の傷害構成要件該当性について」北大法学論集 56 巻 2 号（2005 年）842 頁
18）前出町野 163 頁
19）前出町野 72 頁

過程で、この2つの考え方の違いが看過されるようになり、自己決定権の内容の抽象化がそれに伴って進行したのである。言い換えるなら、医師の説明義務の範囲の拡大と強調は、治療行為非傷害説によって抽象化された患者の自己決定権に、憲法上のタイトルが付与されたことによる現象なのである[20]。

憲法上の自己決定権を考えた場合、ドイツにおいても日本同様、人格的利益説と一般的自由権説が対立する。ドイツにおける一般的行為の自由は、ドイツ憲法第2条第1項所定の「他人の権利、憲法的秩序、道徳律」の3つの制約を受けるのに対し、一般的人格権は個別的基本権と同様、これらの制約には服さない。一般的人格権は、他の個別的権利と同様、個別の保護領域を持つと解されるが、これに対して一般的行為の自由は個別の保護領域を持たず、あらゆる行為の自由を射程に収めているとされる[21]。

第2　いわゆる「ハッケタール（Hackethal）事件」（1987年7月31日ミュンヘン上級地方裁判所決定）[22]

1　本件判決の事案の概要

69歳の女性患者Bは、顔面に基底細胞癌を患い、約10〜15回の顔面手術を受けていた。Bは、左眼の激痛、頭痛、閉口障害などに苦しんでいたほか、腫瘍はすでに大脳と脳幹の一部である橋に広がっており、将来的には極めて危険な状態になる可能性があった。Bは、ハッケタール教授（Prof. Dr. Hackethal）（以下「H教授」という。）の下で治療を受けることになった。入院治療を受けていた際、他の医師に対し、「生きる価値がなくなり、人付き合いもできなくなり、とても苦しい。痛みがある。死にたいと思ったが、薬を手に入れる方法も、5階の窓から飛び降りる勇気もなかった」、「二度と目を覚まさないように、何と

20）前出町野 83頁

21）前出巻 91頁

22）判決の内容はNJW 1987、2940を参照。日本語では、甲斐克則「末期医療における患者の自己決定権と医師の刑事責任―西ドイツにおける新たな議論の展開を素材として―」刑法雑誌29巻1号（1988年）157頁

かして助けてほしい」という訴えもしていた。H 教授との間でも、B は自分がこの世を去る決意をした際には、それを手伝うと約束させた。B は一旦退院したが、その後も病状が悪化したことから、電話で H 教授に約束を守ってほしいと依頼し、その後、H 教授の元を訪れて、シアン化カリウム（青酸カリ）で死ぬことを決意した。別日、H 教授は、B に青酸カリを渡す前に、B の同意を得て、彼女と H 教授との会話を録音した。その中で、B は「もう生きていたくない」と表明した。H 教授は、毒薬を別の医師に渡し、当該医師により紙コップに入れられて水が注がれた。そこには、人間を殺すのに必要な量の青酸カリが入っており、B は当該医師からそれを受け取った。その後、B は毒入りのコップを口に運び、数口ずつ飲んだ。

この事案において、検察官は、H 教授を刑法 216 条の「要求に基づく殺人罪」に該当するとして、またその手伝いをした上記医師らや介助者らを同罪の幇助罪として起訴した。

2　本件決定の結論及びその影響

本件決定では、H 教授らは無罪とされた。その理由については、次のように述べられている。

すなわち、「現行法によれば、本人の意思に基づく自殺は、殺人罪を構成しないので、動機如何にかかわらず、単にそれに加担した者が、教唆者または幇助者として処罰されることはない[23]」として、本件では、B が自己答責的に自殺を敢行したのであって、当該自殺に関与しただけでは処罰対象とはならないことを明示的に判示した。

また、患者の自己決定権についても詳細に述べており、「患者の自己決定権には、死亡時の自己決定権も含まれる。延命措置に関して、意思能力のある患者が宣言した権利放棄は、医師をも拘束する。」とした上で、「緊急に必要とさ

23）ドイツでは日本と異なり自殺関与罪が設けられていない（神馬幸一「間接的臨死介助（安楽死）の正当化根拠―ドイツ・スイスにおける議論を中心に―」獨協法学 101 号（2016 年）130 頁）

れる医療行為に対する同意を拒否する自己決定権に関して、医師と患者との関係に由来する治療を受ける権利が適用されなくなり、生命保護を目的とする治療義務が適用されなくなる。医師が生命を守るために治療義務を負う場合、その医師は死に際の伴侶となるが、患者の基本的ケアの保障人にとどまる。したがって、患者の自己決定権は、保障人を保護する医師の責任を制限するものであり、それは原則として合意に依存するものである。」などと判示した。

本件決定は、患者の自己決定権に対する尊重を強力に押し出しており、これに従ったH教授は保障人的立場から外されることになって、殺人罪の主体となることもあり得ないとしたものであった。本件決定は、下級審のものではあるが、「患者の自己決定権」を重視した点に注目を集めており、その内容も画期的なものとして評価されている[24)]。

第4章　自己決定権の位置付け

第1　法的観点からの生命の価値についての位置付け

日本国憲法13条は、個人の尊重の重要性を掲げ、さらに、その生命、自由及び幸福追求に関する国民の権利（幸福追求権）については、最大の尊重を必要とすると規定している。

このように、日本国憲法は、個人の尊重を極めて重要な価値としているが、その一方で、死刑の存在を肯定すること[25)]などから、個人の生命、それ自体を最高の価値として位置付けているわけではない。この場合、人の生命以上の価値があるものとしては、平穏かつ安全な社会の秩序や私的応報を禁ずる反面としての犯罪被害者の心情の安定などであろう。このような生命の価値に対する国家（憲法）と個人の関係を個人の内面においても敷衍して考えてみると、

24）神馬幸一「医師による自殺幇助（医師介助自殺）」『シリーズ生命倫理学5　安楽死・尊厳死』（2012年）175頁

25）この点は違憲審査権を有する最高裁判所の確立した判例であり、死刑が憲法に違反しないということは、憲法が死刑を容認していると解することになる。

個人の内面においても生命より上位に位置する価値が存在し得るはずである。自分の命より大事な子供の命などはここに含まれると思われるし、また、自らがどのように生きるかは自らが決めるという考え方、すなわち、学説上自己決定権と呼ばれるものも、ここに含まれると考えられる。

第２　自己決定権をめぐる議論の問題点

しかしながら、このような自己決定権なるものが日本国憲法 13 条に根拠を置くものであるという考え方には根本的な疑問がないわけではない。たしかに、幸福追求権の一種と考えて、実定法上にも根拠があるとすること自体には異論があるわけではないが、そのように解することで自己決定権が憲法の枠に縛られ、その解釈の中でしか存在し得ないかのような議論になってしまうことが問題なのである。

つまり、そもそも日本国憲法が制定される以前から、自分がどのように生存するのか、いつ死ぬのかなどということは自分で決定していたはずである。それはそもそも権利などと呼ばれるようなものではなく、生物として当たり前に備わっていたものである。にもかかわらず、それを憲法で保障された権利の一種であるかのように考えると、権利の制限として自分がどのように生きるのかということに制限が加えられるかのような議論を生ずる上、憲法論を持ち出すことによって、私人間適用の問題が付いて回ることになろう。

医療現場において考えるのであれば、自分が何かしらの傷害を負ったり疾病に罹患したとしても、自分が病院に行くかどうか、たとえ死を迎えることになっても、そのままにしておくかどうかは、太古の昔から、各自が勝手に決めていたことである。その際に、「生命の価値は貴重だから、自己決定権に制限があり、必ず病院に行きなさい」と命令する規律はなかったはずであり、現在でもその点は同様だろうと思われる。つまり、自分がどのように生きるのか、また、死んでいくのかは、あくまで個人の判断に委ねられるべきものであって、それに他人が口出しするものではないと考えられる。この点に関して、「人の命は地球より重い」という言葉があるが、このような理念が独り歩きして、患

者の自己決定権が制約されるという主張がなされている。それゆえ、患者の意思に反する治療義務が医師側に課され、その反面として、死を前にした際に治療を中止してもらいたいのに、これを継続して受ける義務があるかのようなことがいわれる事態が生まれる。

第 3　刑法 202 条前段の自殺関与罪と患者の権利の関係

ここでは、そもそも患者の権利の一つと考えられるべき延命措置を拒否することが、「自殺」に該当するのか検討する。前記東京高裁判決においても、「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」と述べられていたとおりである。

刑法 202 条における「自殺」という概念からすれば、自らの手で積極的に自分を死に追い込む行為を指すものと考えるのが自然であり、命を自ら断つのではなく、自然に任せて死に至ったのであれば、それは自殺ではない。そのため、病院において、死が間近に迫っている者について、そのまま何もしないで放置すれば死に至るところ、そのような者に対して、より死を早めるような行為の実施を教唆したり幇助したとしても、実質的な法益侵害がないため可罰性を有するか疑問である。この点、自殺関与罪の「自殺」の概念を限定的に解釈する余地は十分にあるものと思われる[26)]。

医療現場において、延命措置を中止したり、患者の死期を早める行為については、同条の「自殺」という概念の対象から外してよいと考える。例えば、「治療拒否に応じる医師の行為（不作為）は自殺幇助罪（刑法 202 条）の構成要件に該当するであろうが、違法論のレベルで、『治療行為という場』を設定した上で、そこに生命維持利益のほかに治療に直接関係する対抗利益（主として苦痛除去利益ないしは必要以上に干渉を受けたくない利益）が生じる場合が治療拒否の範疇であり、この場合には発生している作為義務（治療義務）が患者の延

26）このような考え方を示したものとして、城祐一郎「リビング・ウィル（Living Will）ってなんですか―その法的位置づけの検討―」捜査研究 2022 年 12 月号 65 頁以下。

命拒否により解除され（緊急状況下で生命維持利益より対抗利益が優先）、正当化が導かれる。それ以外は、正当化困難な可罰的自殺幇助の範疇と解される」との見解がある[27]。ここでは、対抗利益が優先される場合には、作為義務がなくなると考えることから、不作為が犯罪を構成せず、自殺関与罪の構成要件該当性が欠如して、犯罪不成立とするものであるが、医療現場における解決策の一つとして妥当なものといえよう。

また、その他にも、「自殺関与罪の規定は被害者の生命放棄の意思には原則として違法阻却の効果がないことを示すものである。しかしこの解釈論は、生命・身体は個人的法益であるにせよ、それは個人の基本的存在に関する重要な法益であることから、合理的理由もない被害者の法益放棄の意思に違法阻却の効果を否定し、第三者による法益侵害を処罰することによって、被害者を後見的に保護しようとすることに基づくものである。逆に、後見的に『被害者を被害者自身から守る』必要性が認められない場合には、死の結果に対する被害者の承諾も違法阻却の効果を有するものとしなければならない。そして治療行為における患者の同意はこのような場合である。治療行為がもたらす身体的利益が高度であれば、死の危険に対する同意も致死の結果を正当化する」と述べるものもある[28]。このような考え方も、合理的な理由のある被害者の法益放棄の意思に違法性阻却の効果を認めようとするもので、前述した作為義務の解除とは方向性は異なるものの、死の危険に対する同意に重大な価値を認めることは自己決定権の尊重を全うするもので妥当なものと考えられる。

第 5 章　医療行為における自己決定権

第 1　はじめに

医師が患者に対して実施する「医療行為」に関しては、従来より「医師が患者の中に存在する病巣を取り除くために行う積極的な治療行為」のことを指す

27）前出甲斐① 28 頁
28）前出町野 180 頁

のが当然と筆者自身も考えてきた。患者ががんに罹患すれば、がんを取り除くために、手術や化学放射線療法を試みて根治を目指し、全身転移などにより根治不能な状態とされれば、患者は医療行為のメインストリームからはずれ、お看取りの方針となった。そのような時代では、「死は敗北」と考えられた。しかしながら、医療が発展するにつれて、がんや感染症などが十分根治し得る病気となった。また、人工呼吸やECMO（Extra Corporeal Membrane Oxygenation）などの生命維持装置が普及することにより、医療資源とマンパワーさえあれば生命をかなり長く存続させることができるようになった。一方、治らない病気は「敗北」であるという考え方が見直され、仮に病気が治らなくても残りの人生をどのように過ごしていきたいかを患者・家族・医療チームで考える「緩和ケア」の概念も広まった。

病気を患った患者に対して医療技術を投入することで長期の生存が可能になったことから、逆に「患者が死ぬことができない」事態が生まれ、緩和ケアの普及、社会の高齢化、医療費の高騰と相まって、延命治療に対して疑問を呈する声が高まってきた。具体的には、死期が差し迫った高齢の患者に対しては、人工呼吸器の使用を中止したり、そもそも人工呼吸器の装着を差し控えることも選択肢の一つではないか、さらに進んで、死期が迫った苦痛の著しい患者に対しては、投薬などにより苦痛を緩和する上で、生命を短縮してもよいのではないかとの議論も医療現場で起きるに至っている。そのような議論は、「尊厳死・安楽死」の中で論じられることが多いが、生命の軽視ではないかという声や、高齢患者の切り捨てではないかという意見など、医療関係者、法律家、倫理学者、宗教学者など多くの立場から様々な意見が出されている[29)]。

現実問題としては、延命治療の差し控えに関しては、DNAR（Do not attempt Resuscitation）のような形で医療現場の判断でなされており、一方投薬などによる安楽死は日本の医療現場では行われていない。延命治療の中止に関してはグレーゾーンであり、病院の倫理委員会などで容認しているような医療機関も少

29）五十子敬子「死をめぐる自己決定について」生命倫理8巻1号（1998年）95頁

数ではあるが存在するものの、前述した裁判例のような法的訴追の可能性から、容認していないところが多い。

問題は、延命治療の中止が困難であることから、むしろ延命治療が差し控えられたり、そもそも治療開始を回避してしまおうという認識が医療現場に多かれ少なかれ存在することであり、これは本末転倒であると考えられる。実際のところ、筆者が体験した事実として、知人の父親が瀕死の重傷を負い、人工呼吸器の装着の有無が問題となった事例があった。当該知人は、当然のことながら父親に生存してもらいたいと思い、人工呼吸器の装着を望んだが、その際、担当医師から、「人工呼吸器を装着することはできるが、一旦装着したらその後どんなことがあっても取り外すことはできません」、「たとえ何年にもわたって継続する事態が生じたとしても、脳に死が訪れるまでそれを続けることになります」と言われた。そのため当該知人は、そのような事態は家族にとっても大きな負担であるし、また本人もそのような事態までは望んでいないだろうと考え、他の家族とも相談した上で、泣く泣く装着を諦めることとし、その旨を当該医師に伝えたとのことであった。同人が言うには、もう少し生きてもらってその後の様子を見て、それから場合によっては人工呼吸器を取り外してもらうなど、父の死を受け入れるだけの時間を与えてもらえたらどれほど良かったかと思い、装着を諦めたことへの悔恨は今でもずっと引きずっていると述べたものである。

元来、医療行為とは、積極的な根治治療を行う作為であるとされてきた。しかしながら、医療技術の発展により機械の補助を受けながら生きながらえることが可能になった今日において、「生」を追求していくことのみが医療行為であるといえるのであろうか。筆者としては疑問があるといわざるを得ない。医師より説明を受けた上で、患者やその家族、他の医療従事者と十分話し合った結果としての選択として、たとえ根治可能ながんであっても手術を受けないというのも一つの「生」であり、重症肺炎で気管挿管しないというのも一つの「生」である。それは患者は「死という敗北」に陥り、医療従事者も何もしないで見捨てるということでは決してなく、自分の人生を最後にどのように生き

ていくかという選択であり、それに対する医療従事者の行いも一つのあるべき医療行為であると考える。

第２　説明義務の概念の再構成

医療行為の性質に関して検討する前に、そもそもその医療行為を実施するに際して患者やその家族に対して行う説明に関して検討する。ドイツにおける治療行為非傷害説の議論でも見たとおり、この説によると生命・身体の処分権から切り離された自由権（自己決定権）が観念されるため、それに呼応して医師の説明義務が拡大されるとのことであった。この点について、説明義務を２類型に分類することが提案されている[30)]。

米村滋人教授によると、説明義務は大きくA類型とB類型に分類され、A類型は「患者・家族等の医療的決定保護を目的とする情報提供義務」、B類型は「他の利益保護を目的とする情報提供義務」（患者の主観や希望によって特別に保護される自己決定）であるとする。また、類似の見解としては、「説明義務」と一般的に称されているものの中に、「治療のための説明義務」と「自己決定のための説明義務」とがあるとする[31)]。前者は、治療効果の促進や患者への損害発生防止のための義務であり、ここでは「健康こそが最高の法」という医療の基本原則が妥当する。後者は、患者に当該治療行為を受けるか否かを決定させるために、同人に対し、医師が情報を提供する義務であり、患者の自己決定権の反射として医師が負う義務であるとする。

いずれの見解も、患者にとって、健康を回復する方向性をもった情報と、それ以外のQOLなどの患者としての人生の在り方などに関する情報を分けて、それぞれその説明義務の内容、程度などの違いを明らかにしようとするもので、筆者の考え方に沿うものである。前述した川崎協同病院事件の上告審判決（平成21年12月7日最高裁決定[刑集63巻11号1899頁]）でも、被告人の刑事責任を決定するに当たって、情報提供が不十分であるという、いわば説明義務違反

30）米村滋人『医事法講義』日本評論社（2016年）128頁
31）前出町野 239頁

を有罪とする判断の根拠の一つとしている。すなわち、「気管内チューブの抜管……の要請は……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なく……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」と述べていることから明らかなように、本件被告人が脳波をとるなどの残存生命期間に関する情報を適切に提供できていたのなら、抜管行為の違法性が認められなくなり、場合によっては当該殺害行為についての違法性が阻却される余地があるものと読むことができるとするものもある[32)]。

第３　医療行為二分説（救命のための医療行為と自己決定のための医療行為）

患者の自己決定のための説明義務が上述したように観念されるのであれば、患者の自己決定のための医療行為も同様な視点から観念することができるはずである。川崎協同病院事件控訴審判決に関連して指摘したように、抜管という人工呼吸の中止行為について、「通常の医療行為における抜管」と「延命治療中止としての抜管」という区別がなされ得るとしたことは前述のとおりである。

このような説明義務の分類に呼応する形で、医師が実施する医療行為に関しても二分説を提唱することとしたい。医療行為の新たな概念として、医師が行う行為を二つに大別する。一つは、①救命のための医療行為、根治的な治療のための医療行為（A 行為）、もう一つは、②患者の自己決定に関する医療行為（B 行為）である。それらの具体的な内容としては、以下のとおりである。

①救命のための医療行為、根治的な治療のための医療行為（A 行為）

外科的手術や内科的治療など、病気から解放された「生」を目的とする医療行為である。基本的な A 行為に関しては、患者の身体に対し有形力を行使することになるため傷害罪の構成要件に該当するが、正当業務行為であることや、患者の同意などにより違法性が阻却されると考える。法益は患者の「生」であるため、少しでも生存時間が長くなるように試みる。

②患者の自己決定に関する医療行為（B 行為）

32）前出甲斐② 136 頁

緩和ケアで実施される苦痛除去療法や、人工呼吸器の不装着若しくは取外しによる中止などといった行為が含まれる。ここでは、法益は「生」ではなく「患者の人生の最後をどのように迎えさせるか」という自己決定の尊重にある。B 行為に関しては、患者により「生」という法益が放棄されているため、それを認めないで延命させるという行為は、患者の自己決定権の侵害行為となると考える。ドイツでの治療行為非傷害説における自己決定権に類似する概念である。

例えば、人工呼吸器の使用差し控えに関して考えてみたい。本説では、人工呼吸器を装着しない行為を医療行為の放棄とは捉えずに、装着しないという医療上の決定に基づく医療行為と考える。というのは、装着しないという措置は多くの医師らにおいて、違法行為ではないと認識されており、それが医療行為の一環であるということを疑う医師は存しないといっても過言ではないと思われる。それが医療慣行であり、適切な認識であるとするならば、患者の死に対しては人工呼吸器の不装着も取外しも不作為によるか作為によるかだけの違いしかなく、しかも、医師による患者の治療義務の存在を前提とする限り、当該不作為は、作為と同価値を有するものとなることから、犯罪の成否に関しては同様に扱われるものとなるはずである。しかるに、当該不作為が医療行為の一環として認識され、これが妥当なものとして医療界で通用しているのであれば、その事実を前提とする限り、不装着が医療行為であるという事実を、取外しの際にも同様に適用されなければならず、そうであるなら、取外し行為も医療行為であるという結論にならなければ論理的に一貫しないことになろう。

筆者のように医療行為の範疇を広くとらえる立場に近いものとしては、以下の学説が挙げられる。宮野彬教授は、治療行為の意義を、「単に治療の目的の下に、内科的または外科的な行為を行うという医療面における人間的な働きかけ」とした上で、「一切の治療行為（生命伸長のための治療行為も、苦痛緩和の処置も）を中止して、病気の持つ自然の力にゆだねるという消極的な方法も、また一種の『医療』といいうる」とする。医療技術上、防止不可能な生命短縮の事実が随伴するとしても、それは一種の「不可抗力」、「許された危険」とみな

され刑法上の犯罪構成要件に該当しないとする[33]。米村教授は臨床医の立場から、「人間は必ず死に至る以上、生を豊かに終えることは通常医療の目標点ともなるべきもので、終末期医療は通常医療と本質的に異なるものではない」とする[34]。また、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」あり、「医療の中でやった時に、結果として命が若干縮むことがあったとしても、それは医療行為としてOKなのか」を問うという流れがある、という指摘もある[35]。

第4　二つの医療行為（A行為とB行為）の関係

上記で検討した二つの医療行為に関して、その関係につき検討を加える。保護法益を異にする二つの医療行為が観念される以上、二つを同列に扱うべきであるのか、それともどちらかに優劣があるのか、ということになる。実際の医療現場に即して考えた場合、①A行為がB行為に優先されるべきとする見解と、②A行為とB行為を同列に扱うべきとする見解の二つが観念されると考えられる。

①A行為がB行為に優先されるべきとする見解

医療行為を行う際には、救命目的のA行為を第一に行うことが法律的に要請されているとするもの。A行為の実施可能性がなくなった段階で初めてB行為の余地が生まれることになる。そのため、B行為を行うに当たっては、A行為の作為義務が解除されている必要がある。換言すれば、A行為の不作為による刑事責任が問われる可能性がある。

②A行為とB行為を同列に扱うべきとする見解

医療行為を行う際に、A行為をするかB行為をするかは医学的判断に基づ

33）宮野彬『安楽死から尊厳死へ』弘文堂（1984年）218頁

34）前出米村 190頁

35）横山美帆「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」慶應法学39号（2018年）195頁

くとするもの。この場合には、救命目的のA行為を第一に行うことが実際の臨床現場の判断として求められることはあっても、法律的な義務はない。

実際の医療現場の状況に基づいて考えてみたい。まず救命可能と思われる患者が目の前に現れた場合、医師は救命行為を実施する（A行為）。そのような状況下において、ある程度救命措置を行っても患者の容体が悪いために、厳しい予後が予想されることがある。もしくは、救命可能か不可能かを見極めていく中で、リビング・ウィル（事前指示書）を有していることが判明することがある。具体的には、施設における往診医の診察や在宅医療での診察の中で「積極的な治療は望まない」という方針が共有されていたり、過去に入院した時にDNARの趣旨が記載されたカルテが見つかることがある。そのようなときに、医師は救命を目的としたA行為のほかに、患者の自己決定を考慮したB行為をも意識するようになる。具体的には、患者（意識があれば）や患者家族との間で、予後が厳しいことを説明する中で、今後どのように治療をしていくべきか話し合う。話し合いの結果、何があっても全力で治療することになる場合もあれば、心肺停止時には蘇生行為を行わないことになる場合もある。DNARということになれば、医療行為はA行為ではなくB行為に比重が置かれる。ただ、もともとリビング・ウィルやDNARの形で「人工呼吸器を使わない」という大まかな方針をとっていたとしても、その後に全身麻酔の手術を受ける場合には人工呼吸器が必要になったり、もしくは心肺停止時であっても原因が痰詰まりのような場合には挿管すれば可逆的に心肺機能が回復することも多いので、人工呼吸を行ったりすることもある。実際の医療現場においてはA行為とB行為とは、明確に区分できるものではなく、かなり流動的な関係性にあるといえ、たとえB行為に比重が置かれていたとしても、A行為として医療行為を行う可能性が完全には排除されるわけではない。

筆者の立場としては、法律論としてはA行為とB行為を同列に扱い、どちらを選択するかは、患者の意思を基に医師による医学的な判断とする②の立場を支持する。つまり、同じ医療行為の中でA行為を選択するかB行為を選択するかは、患者や患者家族と医療ケア・チームで話し合う中で決定されていく

ものであり、その決定は患者の容体が変化すれば変わり得るものであるし、時間経過とともに変わる可能性もある。だからこそ、終末期医療における ACP（Advance care planning）は状況に応じて何度も繰り返し行わなければならない。この場合の選択は、医療行為の一環として行われる選択であるため、「患者の同意」及び「医学的正当性」により法的評価がなされることになる。つまり、「患者の同意」は、被害者の同意として違法性阻却事由に該当し、「医学的に妥当な判断」は正当業務行為として違法性を阻却するため、救命行為である A 行為をしないという判断は当然に刑事罰の対象になり得ないということである。

仮に①の立場に立つと、A 行為の不作為に違法性は存在しないこと、もしくは A 行為の不作為が構成要件に該当しないことを示すために、A 行為としての「治療義務の解除」の要件が必要になってくると思われる。つまり、「回復見込みが少しはあるが予後の悪いと思われる患者に治療中止をすることは、殺人罪もしくは同意殺人罪に該当するのではないか」といった問題である。

この点に関しては、近時、延命治療の中止を正当化する見解として、構成要件該当性の次元で問題を解決する見解が急速に有力化している[36)]。何らかの状況下では医師の治療義務が解除され、治療中止行為の構成要件該当性が否定されるとの見解である。この見解は、この場面を不作為による死亡結果の惹起と捉え、不作為犯の構成要件要素たる作為義務違反を否定することにより広く不可罰の結論に導くものである。

以下では、「治療義務の解除」に関して検討を加え、さらに A 行為と B 行為の関係をどのようにして考えればよいのか考察する。

第 5　治療義務の解除

治療義務の解除を考えるに当たっては、治療義務の限界に達すればそのような状態で治療義務の継続を要求する見解は考えられないことから、当然に治療義務は解除されることになろう。ただここで問題としているのは、そのような

36）前出米村 187 頁

限界に達していなくても解除を認め得る場合があるかということである。そこで、この問題を解決する前提として、そもそも治療義務の限界というものを明確に確定できるものかどうかを検討しなくてはならない。

まず治療義務の限界に関して、客観的な医学的な状況によって判断できるのか検討する。客観的な判断として考えられるのは、死期の切迫性および治癒・良好な予後の見込みであろう。しかしながら、患者の生命予後などを客観的に予測することは困難であるといわざるを得ない。「死が不可避」と判断され得る状況にある場合であっても科学的な救命・延命可能性は0%というわけではなく、高度な延命治療技術によって死期をかなり先に延ばすことができるのが実態である。ヨーロッパの集中治療室で行われた人工呼吸器を装着された患者を対象にした研究では、医療従事者の予後予測の正確性は70-80%程度であったとするものもある[37)]。だからといって、延命治療の差し控え、中断に脳死のような基準を導入するとしたら、その判定のために脳波検査などを実施する必要があると思われるが、実際の医療現場において延命治療の差し控えのために脳波検査を施している例はむしろ少数であるし、実際に全例で行うことは現実的ではない。したがって、前記川崎協同病院事件の最高裁決定において脳波検査を実施しなかったことを被告人の刑責の一つの理由としているが、この点を批判する医療関係者は多い。また、これは終末期医療と移植医療の混同ともいえるという指摘もある[38)]。

では、どの時点において治療義務の限界をもたらす終末期といい得るであろうか。厚生労働省のガイドラインでは、「どのような状態かをみて、それを終末期として認めるかどうかは医療・ケアチームの適切かつ妥当な判断によるべ

37）“Subjective and objective survival prediction in mechanically ventilated critically ill patients: a prospective cohort study”, Crit Care. 2023 Apr 19; 27（1）:150. 医療従事者による予後予測と客観的な指標をもとにした予後予測を検討した研究があるが、主観的な予後予測も客観的な予後予測も、どちらもROC（Receiver Operatorating Characteristic）曲線のAUC（Area Under the Curve）は0.7−0.8程度であり、さらに主観的予測は高リスク群の死亡率を20%ほど過大評価（死亡しない人を死亡すると予測した）したとされた。

38）前出甲斐① 128頁

き」であるとする[39]。日本医師会のガイドラインでは、「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」と定義した[40]。後藤有里氏は、延命治療の義務が法的に解除される終末期とは、「患者本人と遺族にとって延命が意味を持たなくなる時点」であるとした[41]。また、樋笠尭士准教授は「治療中止を求める人格的利益とそれと対立する生命という利益を比較考量し、前者が上回った場合には、治療の医学的適応性を欠く」とした[42]。

筆者の考えとしても、明らかに回復する余地が見込まれるような場合を除いて、蓋然性を持って「厳しい予後」が見込まれると医療・ケアチームで判断した場合には、患者や患者家族とのACPを通じて治療義務の限界による解除を決定してよいものと考える。「厳しい予後」とは、医療倫理に基づいて医師が判断するものとされ、その際には、病気の回復可能性、死の不可避性、現在の苦痛の程度、死への切迫性、患者の治療負担、他の代替手段の有無などから総合的に判断される[43]。したがって、治療義務の限界を考えるにあたって、「死の不可避性」のような純粋かつ客観的な医学的判断のみを要求することは現実的ではない。治療義務の限界といえる「終末期」に関しては、医療者同士ではある程度共通認識のようなものは想定されるわけだが、客観的かつ統一的な定義は存在しないだろう。医療現場において患者の「終末期」を医療・ケアチームで共有することはできても、一般的かつ明示的にこれを規定することは非現実的である。したがって、医師が診察や検査を重ねて行き、病態や予後を患者

39）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」（2007年）
40）日本医師会「グランドデザイン2009」（2009年）
41）後藤有里「消極的安楽死における終末期の定義と治療中止の正当化要件及び根拠」法学ジャーナル2020年98号95頁
42）樋笠尭士「患者の自己決定権の根拠について」嘉悦大学研究論集61巻1号（2018年）47頁
43）前出宮野 236頁

や患者家族と話し合う中で、A 行為と B 行為のうち B 行為を選択した時点、それがその患者にとっての治療義務の限界であると思料する。

以上のように検討すると、A 行為と B 行為の関係に関しては、①のように A 行為＞B 行為として治療義務の解除という概念を観念するより、②のように A 行為若しくは B 行為の判断は医療行為の選択とした方が、実臨床には即しているように思われる。このような医学的に妥当な判断プロセスがなされた中で、さらに法的評価が必要になってくるのは、患者や患者家族に対して正しい情報が伝えられた上で、医療決定に患者自身の意向が反映されているのかという「患者の同意」に関してである。甲斐克則教授も、「患者の延命拒否の意思が明確な場合には、必ずしも死期の切迫時期に固執する必要はないであろう。なぜなら、人工延命治療の使用により、どの時点から死期が切迫し始めるかが予測しえない事態も考えられるからである。この場合は、むしろ医師と患者に判断を委ねてよいと思われる」[44] とするが、まさに筆者の考え方と軌を一にするものである。

第 6　自己決定に関する医療行為（B 行為）の検討

1　B 行為の射程範囲に関する筆者の見解

医療行為二分説の立場では、治療の中止や差し控えのみならず、いわゆる「安楽死」に該当するような行為も、基本的には医師による医療行為（B 行為）の範疇の中で検討されるべきものということになる。医療従事者でない家族や友人による慈悲殺などに関しては医療行為ではないため、そもそも A 行為にも B 行為にも該当せず、別途殺人罪の違法性阻却や責任能力に関して検討していく必要があるであろう。一方、自己決定権保護の目的に照らし医師の手によって行われる行為であれば医療行為に該当するわけであるから、その様態は「人工呼吸器の装着を始めない」でも、「人工呼吸器の使用を中止する」でもよいし、「末期に鎮静薬や筋弛緩薬を投与する」でも構わないということになる。

44）前出甲斐① 25 頁

従来の学説では延命治療を中止するということを医療行為の放棄として捉えるところ、筆者の見解ではそのようなものをすべて医療行為の範疇で考えていくことに特徴がある。そのため、従来では治療義務の解除による作為義務の消失として延命治療の不開始のみが正当化され、延命治療の中止の正当化に関しては、ドイツの「作為による不作為」という理論を持ち出すことでしか解決できないと主張する見解も存したのであるが[45]、筆者の見解ではすべて医療行為の中に位置付けることができ、生命短縮措置の正当化への解決策を提供するものと考える。

2　B 行為の射程範囲に関する他の見解

この点について、自己決定権を強調する見解では、本人による自己の生命に対する処分権を許容するため、積極的安楽死・間接的安楽死・消極的安楽死との差異を設けるべきではなく、どちらも正当化できるとする論理も成り立ち得る。例えば、甲斐教授は「間接的安楽死」と「積極的安楽死」との区別は、生命短縮の副作用を持つ薬物を限界まで使用し、主観的にもその認識がある場合には、量的なもの又は主観的なものによるくさびを打つ位置の違いにすぎないとする。また、「消極的安楽死」と「積極的安楽死」の区別に関しても、「人工呼吸器を止めて窒息させることと、筋弛緩薬を投与することによって心肺機能を停止させ窒息させることには、価値的に見て大きな差がないことになる」とし、生命を終結させることで苦痛から解放することは、苦痛緩和措置の副作用として生命を短縮することや延命を行わないこととは、理念的には区別されるとしても、事実上は連続した一つの直線上に存在すると考えられるとする[46]。間接的安楽死や消極的安楽死という用語を用いることが妥当かどうかはともかくとして、その結論とする考え方は筆者と同一線上にあるものと考えられよう。

樋笠知恵助教も、「治療中止の行為容態も様々であり、行為後に患者が死に

45）ヘニング・ローゼナウ（甲斐克則・福山好典 訳）「ドイツにおける臨死介助および自殺幇助の権利」（講演）比較法学 47 巻 3 号（2014 年）205 頁

46）前出甲斐② 118 頁

至るまでの時間は、積極的安楽死と比較して相対的にとらえざるを得ない。それゆえ、限界事例においては、積極的安楽死との区別は判然としない」とし、「治療中止と比して死期を早めることへの介入の程度が強いことは、苦痛の種類を絞ったり、苦痛の程度の判断を厳格にしたり、死期の切迫性の程度の差を設けることなど、具体的な要件に反映すればよい」[47] とする。この見解も、上記甲斐教授のそれと同様のものであろう。

3　B 行為の射程の限界

とはいえ、B 行為も医療行為である以上、患者の同意はもちろんのこと、医学的正当性が担保されていなければならない。そのため、いまだ終末期とはいえないような患者に対して筋弛緩薬を投与するというのは、現在の医学界では到底容認されるようなものではなく、仮に B 行為を望む患者の意思があり自己決定権を重要視する見解に立ったとしても、B 行為としての手段的な正当性を逸脱するため違法性が阻却されないと考える。

前記川崎協同病院事件に関して、ここで再考する、終末期医療における治療義務の限界を考えるにおいては、客観的な回復可能性の欠如までも要求すべきではない。そのため、人工呼吸器の使用中止に際し、患者に対して必ずしも脳波検査を実施して脳死・切迫脳死であることまで要求する必要はないであろう。患者の意思の存在若しくは家族による推定的な意思の存在を前提として、比較的「厳しい予後」にあり何度か抜管を試みたという事実があるのであれば、最後の治療中止としての抜管行為は医療行為の一環として可罰性は否定されると思料する。

患者の同意に関しては、本件の患者は入院から死亡まで意思を表明することはできなかったのであるから、患者家族による患者の意思の推定が必要となってくる。前述したとおり、第一審判決と控訴審判決とで事実認定に相違がみられるが、いずれにおいても患者の意思を推定しようとする試みまではされてい

47）樋笠知恵「積極的安楽死および治療中止の要件と自己決定権」東京経営短期大学紀要（2019 年）54 頁

ないと認定された以上は、上記の抜管行為に関しても違法性は阻却されないといわざるを得ない。しかしながら、「喘息の治療よりも家族のために仕事を頑張ることを優先してきたKが、このような意識のない状態で、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望んでいないだろうと考え、抜管することを決意した」と医師が主張しているとおり、長年外来でKを診察してきた医師が患者の意思を推認していると思われる記述も散見される。そのため、事実認定として、患者の意思の推認が存在したとすることも可能ではあったのではないか。もっとも、家族に対してはKの容体に関して適切な医学的情報が与えられていない可能性はあり、家族による意思の推認が不十分であるという誹りは免れ得ない。

以上を勘案すると、川崎協同病院事件においては治療中断としての抜管行為に関しては十分正当化の余地があるものと考える。しかしながら、そのような患者に筋弛緩薬の投与が許されるかというと、現状の医療現場での標準からは逸脱する行為と思われ、この点に関しては、仮に患者の意思があり患者の自己決定権の実現が目的だとしても、医学的正当性という観点から違法性は阻却できないと考える。

次に、以下では、患者の意思の推定に関して検討を加える。

第6章　リビング・ウィル（事前指示書）などの患者の意思表示の在り方

第1　はじめに

患者が事前指示を残している場合に、その指示に従って生命維持や延命に必要な医療を差し控えたり、中止したりすることを容認する法制度が設けられている国や地域は比較的多く存在し、少々古いが2015年の時点で、米国（一部の州）、カナダ（一部の州）、イギリス、デンマーク、フィンランド、オーストリア、オランダ、ベルギー、スペイン、ドイツ、スイス、シンガポール、台湾、タイ、オーストラリア（一部の州）などが挙げられる[48)]。

我が国においては事前指示に関する法制化はされていないが、事前指示の在

り方は、前述した川崎協同病院事件における裁判例や、ガイドラインという形で示されている。ガイドラインにおいては、厚生労働省の「人生の最終段階における医療・ケアの決定プロセスに関するガイドライン」（2015 年 3 月）、日本学術会議の「死と医療特別委員会」報告書（1994 年）、日本老年医学会の「高齢者の終末期の医療及びケアに関する立場表明」（2001 年）、日本救急学会・日本集中治療学会・日本循環器学会の 3 学会の「救急・集中治療における終末期医療に関するガイドライン～3 学会からの提言～」（2014 年）などが挙げられる。

厚生労働省のガイドラインは、平成 30 年 3 月、近年の高齢多死社会の進行に伴う在宅や施設における療養や看取りの需要の増大を背景に、地域包括ケアシステムの構築が進められていることを踏まえ、また、近年諸外国で普及しつつある ACP の概念を盛り込み、医療・介護の現場における普及を図ることを目的とし、改訂された[49]。

第 2　患者の意思の推定

患者の明確な意思が常に存在すれば問題となることはないが、臨床現場では患者の意識状態が悪いため患者の意思が不明であることが多々ある。このような場合、患者が過去に残した意向などや、患者家族の言葉から、現在の患者の意思を推定する必要がある。

この点について、甲斐教授は、患者の意思の明確性の程度に応じて、①現在の意思が明確、②一定期間内に事前の明確な意思あり、③意思が明確とはいえない、④意思が不明確の 4 つに分類した。①と②の場合は問題ないとし、③の場合では代行判断により患者の意思を推認するか、患者の意思の手がかりを探りつつ客観的状況を加味して判断する。④の場合は、代行判断を採用できるか疑問であるとした。その上で、「患者の意思が十分に明確とはいえないか、あるいは完全に不明確な場合は、前者では患者の延命拒否の意思がある程度推測

48）有馬斉『死ぬ権利はあるか』春風社（2019 年）499 頁
49）石田瞳「ACP の法的側面」高岡法学 38 号（2019 年）143 頁

できるかぎりで死期が切迫した時点（人工呼吸器使用の場合は切迫脳死の時点）、後者では少なくとも死亡時点（人工呼吸器使用の場合には脳死の時点）までは治療を中止すべきではないと思われる」[50] とした。一方、佐伯仁志教授は、「問題は、家族の意思による推定を広く認めることが理想的かどうかではなく、認めない場合と比較してどちらが望ましいかである」という観点から、家族の意思による推定を認めることを支持する見解を述べている[51]。

これに対し、患者の意思を推定するためのリビング・ウィル（事前指示）については、これまでも様々な不備が指摘されてきた。例えば、「一般的なリビング・ウィルのほとんどは、様式が簡略過ぎて、本人の細かな意向を反映しにくい。比較的健康の時に用意されていることが多いため、実際に選択が必要な時点における自分の病態についてよく理解した上で表明された意向とはみなせない可能性が高い。本人の意向は、リビング・ウィルを用意した時点から判断力を喪失する直前までの期間だけを見てもすでに変わっている可能性がある」[52] との見解があり、また甲斐教授も、「患者の事前指示やリビング・ウィルの拘束力に関しては、かねてより、その場面に直面した場合と事前の健常時の判断状況とでは、情報を含め格差があるという観点から、その後の意思の変更可能性に関する疑念がある。この点については、事前の意思表示の撤回を保障することが重要である」[53] とした。

第３　事前指示などの実情及び当院での実地調査

１　厚生労働省による意識調査

2017 年の厚生労働省による「人生の最終段階における医療に関する意識調査」[54] では、事前指示を作成している一般国民の割合は 8.1%、医師でも 6.0%

50）前出甲斐① 25 頁

51）佐伯仁志「末期医療と患者の意思・家族の意思」『ケース・スタディ　生命倫理と法』（樋口範雄編著）有斐閣（2004 年）89 頁

52）前出有馬 204 頁

53）前出甲斐② 142 頁

54）厚生労働省 「人生の最終段階における医療に関する意識調査」（2017 年）

と未だに非常に低い。しかし、指示の作成に賛成する一般国民の割合は 69.7% と約 7 割が事前指示の考え方に賛成している。ただ、事前指示の書面の法的有効性を担保する法律を定めてほしいとの意見は 22.2%であり、5 割以上のものが法制化には消極的であった。実際の医療や介護の現場においても、事前指示について賛成多数ではあるものの、明確に文書化していない傾向がみられる。

我が国においては、患者とその家族等及び医療者間で話し合い、今後の方針を決定することが多い。よって、コミュニケーションを重視する ACP は我が国で受け入れられる可能性がある[55]。しかしながら一方で、医療者が ACP を実践する時間がないこと、医療者と患者との間で死の話題を話す方法がノウハウ化されておらず、患者の死に関する話題を回避する傾向があるなどの問題もある。

2　当院における実地施査

2023 年 7 月、筆者の勤務先の病院に所属する職員全員に対して、研修の一環として終末期医療における ACP に関してアンケート調査を実施した。当院に所属する医療者は、医師（外科系医師、内科系医師、その他医師）、看護師、パラメディカル（薬剤師、心理士、臨床検査技師、衛生士、栄養士、理学療法士、臨床工学技士、放射線技師、救急救命士）、一般職員（事務職員、ソーシャルワーカー、業者）に大別された。アンケートは記名式であり、内容は終末期医療に関する自身の考えや実臨床での経験、ACP に関しての質問など、計 9 問であった。回答者は合計 1505 名であり（一部質問に関しては医療従事者のみ）、内訳は外科系医師 72 名、内科系医師 119 名、その他医師 65 名、看護師 532 名、パラメディカル 219 名、一般職員 498 名であった。

まず、「自身の高齢の近親者が回復の見込みの少ない重篤な病気にかかった時に、どのような治療を希望するか」という質問に対しては、治療差し控え（一切の積極的治療を希望しない）を希望した回答が 60%と一番多く、「DNAR」

55）前出石田 146 頁

（心肺停止時には延命治療を希望しない）の方針を希望した回答が25％であり、フルコース[56]を希望したものは6％と1割にも満たなかった。一方、そのような状況になってみないとわからないという回答も1割近くあった。

職種別にみると、外科系医師では、そのような状況になった場合でも積極的治療を希望するという回答が14％と全体の割合と比較すれば多かった。看護師では、DNARを希望する割合が70％と他の職種に比べて高かった。一般の人に一番近いと想定される事務職員などの群では、積極的治療を望むという回答が10％と全体の割合と比較すれば多い一方で、わからないと答えた割合も16％と多く、一番回答にばらつきがみられた。病院で働く職員にとって、重症な患者の状況や患者の死というのは、一般の人に比べてより身近なものであるといえる。自身の近親者が回復が難しいという状況になった時に、積極的な治療どころか心肺蘇生などの延命治療すら望まないという回答が過半数を占めるのも納得できる。

次に、終末期医療の患者の自己決定に関する用語の中で、どのような用語が用いられるのかを調査した。使用頻度の高い順に、DNAR（68％）、フルコース・ナチュラルコース[57]（51％）、事前指示書（48％）、リビング・ウィル（45％）、BSC[58]（45％）、ACP（43％）、Withhold[59]（5％）であった。「Withhold」を除けば、概ね終末期に関するどの用語も半分の職員に認知されている結果となった。医療従事者としては、本来であればどの用語も認知しておくべき用語であるわけであるが、各人の専門分野などの違いもあり、必ずしも日常的に使用する用語というわけではないからであろう。その中でも特に注目に値するのは、DNAR

56）フルコースとは、どのような病態になっても心肺蘇生を含め積極的治療を行っていくことである。

57）ナチュラルコースとは、病態が厳しいときには積極的治療は実施せず、自然な経過で様子をみることである。

58）BSC（Best Supportive-Care）は、主にがんに対して積極的な治療を行わずに症状緩和のみの治療を行うことである。

59）Withholdは、予後は厳しいものの、敢えて治療を中止にしたりせずに現行治療を継続していくことである。

という言葉の認知度が突出して高いことである。現在の医療界においては、DNAR という言葉によって通り一遍に急性期の治療制限を設けることはせずに、患者ごとに医療・ケアチームを通じて ACP を実施していくべきとはされているものの、やはり DNAR という言葉が一番浸透しているという結果となった。

次の質問では ACP の認知度についての自己評価を問うたものであるが、「とてもよく知っている / 知っているつもり」が 37%であるのに対し、「あまりよく知らない / 知らない」が 62%と過半数を占めた。ただ職種別にみると、「とてもよく知っている / 知っているつもり」は内科系医師では 70%、看護師では 66%と他の集団に比べて高かった。同様に、DNAR の患者に接する頻度を尋ねた質問では、「週に数名以上」と答えた割合は、外科系医師、その他医師、パラメディカルが 2〜3 割であるのに対して、内科系医師では 74%、看護師では 65%と他の集団に比べて高かった。

第 4　筆者の見解

筆者の見解としては、終末期医療の現場においては、患者の明示的な意思がある場合はもちろんのこと、家族による患者の意思の推認やリビング・ウィル（事前指示書）などを、広く「患者の同意」として法的効力を認めるべきであると考える。なぜなら、我が国においては、事前指示が必ずしもまだ浸透していない現状の中で、臨床現場では患者の意思が明確でない場合であっても、あらゆる方法で患者の意思を推定して治療方針を決定していくしかないからである。

前記川崎協同病院の地裁判決で語られた「疑わしきは生命の利益」というのは医療界においてもよくいわれることであるが、本来的には「疑わしきは患者の利益」でなければならない。患者自身が仮に延命治療を拒否しているのであれば、それを行わないことの方が患者の利益に即しているといえよう。医療界において生命を一秒でも長く延ばすことを追求する生命至上主義はもはや過去の産物と化しており、「患者の意思が不明であるから、とりあえず延命治療を続けていこう」というのは、時として患者の利益に反することになることを多

くの医師は理解している。医療の目的としては、むろん「生」を探求することも大きな目的ではあるが、どのように「生」の終わりを迎えるのか、そしてどのように悩める患者や患者家族を支援していくのかも医療の大切な役割である。リビング・ウィルで記載している内容をそのまま終末期に反映させることを疑問視する考えもあるが、死を直前にして患者の思いが変わったのであったら、果たして患者の真意はどこにあるのであろうか。「死を直前にしたら、やはり生き続けたいだろう」と仮定するのはそれこそ価値観の押しつけであり、むしろ死を前にした恐怖で本来の自分自身の価値観が一時的に変容している可能性もあるのではないかと思われる。そうであれば、むしろ健康な状態で冷静なときに作成したリビング・ウィルが患者の真意に一番近いといえるのではないだろうか。「家族に迷惑をかけたくないから早く死にたい」と語る患者は、他人や社会からの圧力によって「生きたい」意思が捻じ曲げられているのではなく、自分の大切な家族のことを考えて自己決定をしているのであって、それも尊重すべき患者の意思ではないだろうか。

本論文では、医療行為を大きく二分し、通常の医療行為のみならず延命治療の中止といわれるような行為も、すべて広く医療行為の範疇で理解する見解を提唱した。この見解の中では、実施される行為はすべて医療行為なのであるから、その正当性は医学的な判断と患者の同意によって担保される。そのうち、先に検討した通り、客観的な治療義務の限界というものは法的にも医学的にも明確に定義することは難しく、結局はどの段階で救命の線引きをするのかという問題に帰着する。そのため、救命目的に医療を行うのか、それとも救命ではなく患者の自己決定を支援する医療を行うのかは、医療行為の一環としてACP の中における医学的な判断となる。そのように考えると、「患者の意思が不明な場合にはとりあえず救命を行う」という考えは妥当とはいえず、患者の意思が不明でも患者に近い人の推定意思や、それすら存在しない場合には医療・ケアチームにより、できる限り患者の意思を推定し、生存させるか不必要には生存させないのかを決めていくほかはない。

以上より、患者の明示的な同意だけではなく、患者の推定意思や患者の事前

指示など「患者の意思全般」に広く法的保護を与えた上で、医療・ケアチームによるACPに手続き的な法的保障を付与することで、医師による終末期医療における延命治療の中止行為の違法性を阻却することが可能になると思われる。

第7章　自己決定権による終末期治療方針決定に対する反論

1　社会的つながりを重視する考え方

人間は社会的な存在であるため、自己の生命に関して自己決定を行う際には社会の制約を受けるとする考え方がある。

甲斐教授は、一人の人間は、孤立的に存在するものではなく、同時に社会的存在であるとして、その社会の根幹を形成する個々の人間の生命の放棄を許容し得ないとする[60]。同様に、法哲学者の山崎康仕教授は、個人主義的な自己決定権を補完する、集合的または集団的な自己決定権を観念する[61]。また、巻美矢紀氏は1980年代のアメリカの共同体論を紹介し、「アイデンティティや深い信念などない『負荷なき自我』を想定して、自律と称して自由意思による選択を尊重する。しかし、自我は共同体によって形成されたアイデンティティや信念によって厚く構成されており、自己の『善き生』に関する決定はそれらの信念に基づいてなされることから、共同体の尊重が主張される」[62]とする。

筆者としては、人間は誰しも自己の意思をもって自分のために生きているのであって、決して社会のために生きているわけでないと考える。社会のために自己の意思を否定されるというのも明らかに不当であろう。また、社会の中における人間の存在意義というのは理念としては理解しやすいものの、一方で社会的なつながりの薄い人（例えば身寄りのない人や家族に見放された人など）については、社会的な意義は少ないということになるのであろうか。医療現場では、社会的なつながりの薄い患者は散見されるが、そのような患者であっても

60）前出甲斐① 36頁
61）山崎康仕「『死の迎え方』と自己決定権」法の理論26号（2007年）83頁
62）前出巻 86頁

医療を通じて患者の自己決定を支援していくことは重要であると考える。

２　患者の意思が真意でない可能性を考慮する考え方

死にたいという患者の中には、うつ病の患者や年少者など、判断力を欠いていて、物事を適切に理解したり考えたりすることのできない精神状態に在る個人も含まれることが問題であるとする考え方がある。常に尊重されるべき自己決定の範囲を真に自律的とみなすことができるものに限定する必要がある。決定や選択が自律的であるとは、選択している人にその時点で判断力があり、また周囲からの強制や圧力を受けずに選択がなされていることであると主張される[63)]。

筆者の立場としては、終末期に限らず、通常の医療行為においても、患者の意思が真意であるのかを確認する必要があると考えている。例えば、がんが見つかって動揺している患者に対して、医師が患者を落ちつかせながら外科的手術を勧めるというのは臨床現場でよくある場面である。それにより患者が手術を受けることに対して同意をすれば、その同意は患者の意思であり真意であるとされ、その有効性は疑われない。それならば、不治の病でもう助かる見込みがなく落胆している患者に対して、延命治療をどうするかについて協議することも同様に考えるべきではないだろうか。医師の説明により、患者や患者家族が納得して、「自然な経過で看ましょう」という結論になったのであれば、それは有効な同意であり、患者の真意ではないであろうか。ただし、実際の運用として、治療中止などの重要な決定をする場合には、患者の精神状態を評価するために、専門の精神科医師や心理カウンセラーの介入が必要な場合もあることはあり得るのである。

３　単なる自殺をも許容するという考え方

患者の自己決定権を至上と考える立場は、例えば経済的動機による自殺を他

63）前出有馬 92 頁

人が幇助する等明らかに許容されるべきではないように思われる振る舞いまで正当化してしまうことになると批判され得る。

筆者の立場としては、生命短縮であっても基本的に医療現場でなされる以上、医療行為であると考えている。しかしながら、現時点では経済的動機による自殺幇助は医療行為の対象とはなり得ないため、仮に患者の自己決定権に沿ったものであるとしても、可罰性を否定できない。もっとも、もし将来的に我が国においても、すでに実施している他国と同様に、医師による自殺幇助を容認するような法制度が設けられた場合、例えば「経済的・精神的な理由で自殺をしようとする人がいたときに、電車のホームに飛び込むのは非倫理的であるから、医師が致死薬を処方してもよい」というような価値観が優勢なものとなったとしたら、致死薬の処方は医療行為として容認され、患者の自己決定権を尊重するものである以上、違法性は阻却され、医師による自殺幇助は不可罰という時代が到来するかもしれないと考える。

4　社会的弱者にリスクが及ぶとする考え方

生命短縮的な処置を容認すると、もともと想定されていたのとは異なる種類の患者（例えば、神経難病の患者や身体障害者など）まで死なせることにつながる危険があると批判され得る。これは一旦制度を設けてしまうと、その制度の目的に沿ったものだけでなくそれ以外のものに適用されてしまうという滑り坂理論に基づく主張である。

筆者の立場としては、そのような目的から外れた適応かどうかを厳しくチェックすればよいのであって、そのような乱用の恐れがあるからといって、本来の目的に沿った適応までも否定してしまうことは本末転倒であると考える。また、臨床現場においては、高齢患者自身は手術などの積極的治療には否定的であっても、その家族たちが患者に治療を受けさせることに前向きであり、高齢患者を説得するというケースの方がむしろ大半である。

5　人の命や存在の内側に宿る価値を重視する考え方

たとえ本人からみて生きたいと思えるような命ではなく、また生きることが本人の利益にならないような状況でも、その命には依然として大きな価値があるとする考え方がある。

筆者の立場としては、この問題は倫理の範囲では正解を出すことができないであろうと考える。実際の医療現場では、終末期の患者に対して、患者、患者家族、医師、看護師、そのほか多くのパラメディカルの人が携わって方針を決めていく。通常の医療行為であれば、医療のエビデンスに基づき医療従事者のみの話し合いで十分なことが多いが、治療を差し控えるか否かといったような話の際には、場合により倫理専門家を交えての倫理委員会の意見を求めるといったことが必要になってくる。ただ、その倫理委員会で決定した方針というのは、必ずしも絶対的な正解というわけではなく、あくまでその時点の関係者の中で導き出された最適解ということにすぎない。ただ、その最適解であっても患者の自己決定権に裏打ちされれば相対的には正解ということになり、その患者にとっては絶対的な正解と同視してもよかろう。むしろ、正解というのは患者ごとに異なっているため、最終的には患者の自己決定をよりどころにするほか選択肢はないと思われる。

第 8 章　終わりに

本論文では、医療行為における患者の自己決定権について、「医療行為二分説」を基に新たな理論を展開する試みを行った。すなわち、特に終末期といわれるような状態においては、医療行為は救命目的の医療行為のほかに、患者の自己決定のための医療行為をも観念することができるとした。その上で、どちらの医療行為を実施するか、言い換えれば、医師により行われる医療行為がどちらの意味を帯びるかについては、患者、患者家族と医療・ケアチームによる ACP によって臨床現場で決定されるものであるとした。そのため医師による医療行為を法的に評価する際には、まずは患者の同意や患者の自己決定権に関

して法的価値を十分に評価し、患者の自己決定権が確保されている以上、医学的正当性があれば可罰性を問うべきではないと考える。つまり、医療・ケアチームでのACPにより延命措置を希望しないという結論に至った場合には、外形的に見れば救命行為の差し控えや中止のように見えても、それは医療行為の一環として捉えられるべきである。

一般的に我が国においては、自己決定権は憲法13条の幸福追求権に基づくものとされているが、そもそも「自分のことは自分で決める」権利というのは、人類が社会生活を送る中で自然に備わっているものと考えるべきである。医療現場においても同様であり、どのような医療の実施を望むのか、どのような形で生を全うしたいのかは、本来自分自身で決めるべきものである。そのために、医療者は患者に対して適切な情報を与え、時には患者の気持ちに寄り添いながら、患者の決定を支援していかなければならない。具体的には、生を追求する患者に対しては、医療技術の範囲内において積極的治療を提供していくべきである一方、生にこだわりをもっていない患者に対しては、そのような治療は差し控えるべきであろう。生きたいという患者に対して治療を施さないのが悪であるのと同様に、死にたいという患者に対して無理やり生かすのも悪であると考える。

もっとも、現在、医療現場では認められていない積極的安楽死に関しては、仮に容認するということになれば、現行の法律の解釈上の判断に委ねるか、あるいは「安楽死法」のような立法上の基準を打ち立てるかのいずれかということになろう。筆者の考えとしては、積極的安楽死に関しても他の生命短縮処置と同様に、自己決定のための医療行為の範疇に含まれると考えるため、法的保護を与えられた患者の自己決定権という強固な下支えがあるとすれば、法律の解釈論のレベルでも容認されるべきものと考える。言い換えれば、「安楽死法」というものを成立させた後に医療現場で安楽死をやっていこうということではなく、安楽死に関して医療現場と国民の合意のもとに医療行為として正当性が確保できるような文化的な下地や立法事実（法律を制定する場合の基礎を形成し、かつその合理性を支える一般的事実、すなわち社会的、経済的、政治的若しくは科

学的な事実）が生まれて初めて、安楽死に法的保護が与えられるという考えである。

ただ現状では、安楽死どころか終末期医療全般において国民全員で考えるという社会的基盤が未成熟であり、社会的合意すら欠如している状況下にある。本論文の調査で明らかなように、終末期医療に関する言葉の中では、「DNAR」という言葉が最も浸透していたという結果になった。延命治療の中止が刑事訴追されたことを受け、結果として延命治療の差し控えが頻繁に行われてくるようになったわけであるが、DNAR というのはそのような中で生まれた妥協的産物である。DNAR の指示が出ている患者に対してどのような医療行為を差し控えるかは医療者によって様々であり、このような DNAR の誤用や乱用は、まさに我が国における終末期医療の在り方に関する混沌を象徴したものといえる。逆にいえば、DNAR に関して再考することにより、尊厳死・安楽死を含めた我が国の終末期医療の将来像に関して、大きな道標を与えることになる可能性もあると考える。

最後に、患者の同意や患者の自己決定権に関して法的保護を与えることを考える上で、まずは我が国において終末期における患者自身の意向を表現していく文化的土壌を形成していくことが何より重要である。具体的には、終末期において意思表示が明確にできる患者が少数である現状に照らし、まずは患者の自己決定権の発露である、リビング・ウィル（事前指示）に関しては、確固たるアイデンティティが必要になってくる。加えて、患者家族や友人による患者の意思の推定を法的に同様に扱うべきなのか議論していかなければならない。事前指示を法制化する方向性は妥当なものと考えるが、とりあえず、我が国で ACP が進み、事前指示書作成の過程におけるコミュニケーションが重視されるべきである。そのように作成された事前指示書を医療従事者が遵守した場合には、事前指示書を患者の意思の正当な推認方法の一つとして医療従事者の免責が保障されることを明文化する必要があると考える。