

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——

Euthanasia and Death with Dignity under the Criminal Law

古川 原 明 子

目 次

- 1 はじめに
- 2 川崎協同病院事件控訴審判決の意義
- 3 アメリカにおける議論と関連する判例
- 4 考察

1 はじめに

今日、日本における安楽死・尊厳死論は転換期を迎えている。これまで適法であることに異論の少なかった行為態様について、あらためてその適法性を検討する必要が生じているのである。このような動きをもたらしたものは、直接的には、いわゆる川崎協同病院事件における控訴審判決であろう¹⁾。とはいえ、同判決がさほどの衝撃をもたらさなかった背後には、従来の安楽死・尊厳死論が何かしらの限界を抱えていたことを、多くの論者が自覚していたからに他ならない。

安楽死・尊厳死論は、それが必要とされる社会的事情を踏まえたならば、容易に解答を見出すことの出来ない難問である。それは単に、想定される事態の多様性のみに基づくものではない。多様性が問題になるとしたら、それはむしろ生命や自己決定についての価値観の多様性、もしくは安楽

死・尊厳死の概念の多義性に由来するもので、その上で刑法的介入をいかに差し控えさせるかという点に問題の核心があるものと思われる。

本稿では、安楽死・尊厳死論の今後の方向性を見定めるにあたって、重要と思われるポイントを、川崎協同病院事件控訴審判決およびアメリカの議論の状況を参考にしながら考える。筆者のこれまでの見解をもとに論点を掘り下げることによって議論の枠組の提示につなげたい。

2 川崎協同病院事件控訴審判決の意義

1) 本判決の射程

本件については一審判決も含め多くの論評があるため、事実関係などの詳細は省略する²⁾。

本稿の趣旨から重要と思われるのは、第一に川崎協同病院事件控訴審判決（以下、本判決とする）が被告人の行為をどのように切り取り、法を適用したのかという点である。本件一審判決の10年前に同じ横浜地方裁判所が扱った東海大学事件では、治療の中止から始まって、次に鎮静剤の多量投与があり、最後に致死薬の投与という段階を経て被害者が死亡しているが、検察が起訴の対象としたのは最後の致死薬投与行為のみであり、これを殺人行為として起訴している。ただし横浜地方裁判所は、この致死薬投与行為だけでなく、起訴されていなかった治療中止と鎮静剤多量投与に対応させる形で、一般的な尊厳死、安楽死の適法化要件にまで言及している³⁾。

一方の川崎協同病院事件では、被告人には東海大学事件と同様に、被害者の死を招くまでに段階的な行為があったことが、一審および控訴審で認められている。すなわち、気管内チューブの抜管に始まり、鎮静剤の多量投与を経て、最後に筋弛緩剤であるミオブロックを投与したと認められているのであり、この事件はいわば治療中止に始まって、間接的安楽死相当

行為を経て、積極的安楽死相当行為に至ったと考えれば、先の東海大学事件と同様の経過を辿っているように思われる。しかしながら、川崎協同病院事件で起訴の対象となったのは、最後の積極的安楽死相当行為だけではなく、最初の抜管から最後の筋弛緩剤投与までの一連の行為であった点が、東海大学事件とは異なっている。

本件一審判決⁴⁾はこれに対し、「予期せぬ展開から後者まで行われるに至ったという経過はあるものの、被害者を死亡させるという故意の連続性は維持されており、その下でこれらの行為が行われているのであるから、その全体を殺人の実行行為に当たるものと解するのが相当」と述べた上で、抜管行為をまず治療中止として切り取り、これに続く行為とは切り離して、個別段階的に検討を加えた。つまり、その後の鎮静剤多量投与行為と筋弛緩剤投与行為は、治療中止とは異なる行為態様であると捉えたことになる。

ところが、控訴審判決にあたる本判決は、被告人の行為について、原審とは異なる捉え方をしている。ここでは、「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（傍点筆者）」と述べている点が注目されよう。これは抜管から鎮静剤多量投与、筋弛緩剤投与という行為を切り離して段階的に扱うというよりも、抜管の効果を維持し、促進するための鎮静剤多量投与や筋弛緩剤投与を含めて、全体として治療中止行為と評価する余地を残しているといえるだろう。

本判決のこのような捉え方が、いかなる考え方に基づくのかは必ずしも明らかではない。ただ、これを因果関係の問題として検討してみれば、被害者が死亡する危険性が、当初の抜管行為にどれほど内在していると認めたのが重要になってくるであろう。しかしながら、気管内チューブ抜管が被害者の生命にもたらした危険性の程度は、本件において詳細に論じら

れたとは言えない。認定された事実関係からすると、死期の切迫性が認められなかった⁵⁾被害者に対し、事件当日午後6時頃に気道を確保していた気管内チューブの抜管が行われ、その後生じた苦悶様呼吸を抑えるために鎮静剤が静脈注射され、午後7時頃に筋弛緩剤が投与されて、午後7時過ぎに被害者は死亡した。裁判所はこれを述べた後に、被害者の死因について検討し、「ミオブロックによって呼吸筋が弛緩させられ呼吸が止められたことによって窒息死に至った」と認め、他の箇所でも「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」と述べている。「全体として」評価することに、積極的な要因としては、最初の抜管から最後の筋弛緩剤投与を経た被害者の死亡までがおよそ一時間という比較的短時間に起きた点と、いずれにしても呼吸停止という窒息死が死因であるという点があげられるだろう⁶⁾。とはいえ、死をもたらした一連の行為全体を治療中止として捉えることと、最後の筋弛緩剤投与を直接的死因と評価することは両立しないだろうから、この点は慎重な検討が必要と思われる。

従来の安楽死論は、消極的・間接的・積極的と行為態様を区別した上で、個々の適法性を論じてきた。しかし上述したように、被告人の行為を一連のものとして捉える本判決は、必ずしも従来の議論における区別を採用していない。なぜこのような違いが生じたのであろうか。それを説明しうるものとして、一つの可能性が挙げられる。それは、行為主体の変化である。安楽死と呼ばれるような行為が起訴され始めた頃は、安楽死を施す加害者と、殺害される被害者は、親族という密接な関係にあるいわば家庭内の事例ばかりであった。被害者を死に至らしめるにあたって、加害者は追い詰められ、そもそも選択の余地のないいくつかの手段の中から、とりあえず殺傷力の高そうなものを選び取り、加害行為に及ぶというパターンが目立つ⁷⁾。ところが、東海大学事件以来、世に安楽死・尊厳死事件として注目を集めた事例では、加害者と被害者の間にそのような密接な関係が認められない。加害者は、被害者の担当医もしくはそれに準じる関係にあった医

師という事例が続いている。被害者が中止を検討されうる治療をすでに施されており、間接的安楽死が可能な薬剤が揃っている環境に置かれているのである。そもそも現在の日本では、人々は自宅ではなく病院で死を迎えることが大半であり、尊厳死や安楽死の対象となりうる段階を病院で過ごすようになった。それに伴って、被害者が患者として医師の支配領域下にある場面は増大した。終末期をとりまくこのような環境の変化が議論に与えた影響は大きい。行為主体が医師である場合、患者のさらなる生存を積極的には目指さないというのであれば、まずは治療の不開始に始まり、次に施されている治療の縮小、そして中止が検討されるのは、さほど不自然な流れではないだろう。そこで、治療中止により患者に新たな激しい苦痛が生じた場合（このこと自体もおよそ予想できないことではない）、その苦痛を取り除くべく、鎮静剤が投与されるであろうこと（その場合に生命短縮という副作用よりも、現在の苦痛を除去することが優先される可能性が高いであろうこと）も、それが可能な鎮静剤が手近にあり、使用方法にも通じていることからして、ありうる事態だろう。本判決における裁判所の判断もこのような実情の変化に対応しているとみることでもある。

本判決の考え方によれば、抜管の後に行われた鎮静剤の多量投与は、筋弛緩剤投与にも増して、治療中止との時間的・質的連続性の高い行為である。気道を確保していた気管内チューブを撤去することによって呼吸が苦しくなることは当然に予想されるであろうから、抜管とほぼ同時に平行して被抜管者を昏睡状態に陥らせるような鎮静剤投与が行われる場合もあるものと推測される。

ここで本判決の射程を考えてみよう。第一に、従来は間接的安楽死・積極的安楽死として別個に評価対象となっていた行為が、治療中止行為からの一連の流れの中に位置づけられ、全体として捉えられる可能性をとりあげなくてはならない⁸⁾。その場合、これが因果関係の問題として捉えられるのか、作為と不作為の問題として捉えられるのかが、次に重要である。

なぜなら、従来の安楽死・尊厳死論では、加害行為が作為であるのか、不作為であるのかがその正当化にあたって決定的だとする見解が有力であるからだ。第二に、因果関係の点からも、作為と不作為の点からも、むしろ異質となってくるのが間接的安楽死の取り扱いである。川崎協同病院事件を例にとると、呼吸停止をもたらしたのは、当初の抜管と、最後の筋弛緩剤投与であり、途中に介在する鎮静剤投与は呼吸停止には直接の関係をもたない。抜管と鎮静剤投与をセットとして扱うことは、両者が同時かほぼ同時に行われた場合は、合理的なようにも思われる。刺殺の場合に、被害者の抵抗を抑制し、殺害効果を促進するために、手足を拘束したり、睡眠薬を嗅がせることと、類似した行為として考えることができるかもしれないからだ。そのような抑圧が何らかの形で被害者の死亡時期を早めないとはいえないであろう。もちろん、ある行為を単独でなした場合と、他の行為との関連が強い場合とで、異なる扱いをすること自体は不当ではない。ただ、間接的安楽死の場合は、これが単独で行われたならば、死因と故意をどのように認定するかは相当に困難であるし、理論的に正当化することも容易ではないはずなのだ。つまり、当該行為者の殺意を、未必の故意も含めて完全に否定することはできないし、被害者の死を早期化したことも否定しがたい以上、少なくとも当該行為が殺人罪の構成要件に該当することを認めざるをえない。そのような行為を正当化することの困難性が、一連の行為として治療中止と組み合わせられることで、解消されてしまうのだとすれば、大きな問題を見過ごすことにつながるのではないかと危惧するのである。第三に挙げたいのが、その大きな問題の中身である。それは、抜管行為は生命の短縮であって、それを認識した以上は、殺意を認定できると、本判決が考えたという点である。その上で、これまで曖昧ながらも正当化要件とされてきた患者の自己決定権も、医師の治療義務の限界も、殺害行為の完全なる正当化には不十分であると述べたのだ⁹⁾。

このような諸点を考慮すると、本判決の射程は、従来の尊厳死・安楽死

論が想定していたものに比べて、一面では広く、一面では狭いと言える。本判決がこれまで別個のものとされてきた行為態様を全体として扱う可能性を有している点に、従来の考え方よりも広がりをも認めることができる一方で、安楽死・尊厳死の正当化要件に全面的な見直しを迫ったことにより、従来問題なしと考えられていた行為の適法性までもが疑われる可能性が生じたのである¹⁰⁾。

筆者がこれまで常に抱いてきた問題意識は、まさにこの後者の点にある。本判決は、正当にも以下のように述べた。「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」。治療を中止した場合にもたらされる、患者のその時点での死は、治療中止が原因であって、患者の疾患が原因ではないはずである。どれほど言葉を尽くそうとも、患者は治療中止によって死亡したのであり、治療を中止をした行為者によって、患者の生命は短縮されたのであるから、治療中止行為は殺人罪の構成要件に該当するのである。筆者はこの前提に立って、そのような行為の許容性を判断するためには、まず刑法 202 条の処罰根拠を検討することの必要性を挙げた。安楽死・尊厳死と定義される行為は、その正当化根拠の一つを被害者本人の意思に求めているが、それだけでは 199 条の適用は免れても、202 条に該当するのみで、完全な処罰の阻却は不可能である。とはいいいながら、被害者本人の同意や囑託があることによって、199 条の法定刑は大幅に減ぜられるのであり、その根拠が安楽死・尊厳死の正当化に深く関わっていると考えられるからだ。

さらに、治療中止を含めた安楽死・尊厳死のための行為が生命の短縮であり、殺人であるならば、その正当化を左右できるのは、死という取り返しのつかない結果を一身に受ける被害者本人でしかないはずだという思いを拭い去ることが出来ない。このような出発点からの筆者の従前の見解¹¹⁾は、その理論化が不十分であった上に、結論としても融通に欠けるもので、

現実的ではないと批判されたことも少なくはない。確かに、治療中止を許容する以上、積極的安楽死も許容せねばならず、しかも自己決定権を根拠とするのであれば、積極的安楽死の態様を制限することは原則的には背理であるから、心臓等の臓器摘出による殺害も、刺殺や射殺と同様に正当化されるはずであるという構成は、粗略で奇を衒ったにすぎないという印象を与えてしまうのかもしれない。しかしながら、治療中止はそれがいかに死期の迫った患者に対するものであっても、いかに善意に基づいていようとも、いかに医療慣行に沿っていようとも、やはり被害者の生命の短縮である（したがって殺人である）という点を忘れてはならないと思うのだ。すると、自己決定権のみによって正当化することは202条の検討を経なければ不十分であるし、治療義務の限界のみによる正当化も治療中止のほんの一部をカバーするのがせいぜいである。治療中止というものが正当化される行為であることがもはや疑われなくなってきた昨今において、川崎協同病院事件控訴審判決が、治療中止は生命短縮であり、従来の正当化アプローチが不十分であると明確に指摘したことの意義はたとえようもなく大きい。

だが、同じ出発点にたちながら、本判決の流れは、(筆者にとっては)予想外の方向に向かっているように思われる。生命短縮という、かくも重大な法益侵害が、自己決定権と治療義務の限界という刑法理論だけでは正当化しえない現状において、あえて現場のガイドラインや尊厳死法の制定に、正当化のための指針の提示を譲ったのである。実際に、各種団体がいくつかのガイドラインを作成し、尊厳死法の制定に向けた動きも一時期は活発となった¹²⁾。しかし、いまだ安楽死・尊厳死、治療中止の正当化要件が定まっていない時点において、事前に指針を作ることにより問題が解決するのかは疑問である¹³⁾。現場主導の指針により終末期医療に関する問題の本質が棚上げにされてしまうことも不安であるし、そのような指針を作ることの不合理性が意識されるあまり、治療中止でさえも生命短縮である

という議論の出発点までもが否定されかねないことが何より危ぶまれる。

2) 概念の整理

従来は尊厳死のパターンとして考えられてきた「治療中止」が独自の概念として検討されつつあることも、川崎協同病院事件から伺うことができる。筆者は、肉体的激痛を除去するための切迫した状況下での生命短縮を安楽死と考え、患者が肉体的苦痛ではなく尊厳の喪失ゆえに限られた生を放棄することによる生命短縮が尊厳死であると考えてきた。そこで、治療中止は、患者がそれを肉体的苦痛からの除去のために求めるのか、あるいは尊厳の回復のために求めるのかによって、前者の場合は消極的安楽死、後者の場合は尊厳死となるのだと理解してきた。つまり、治療中止という行為態様は尊厳死と消極的安楽死で共通するものの、肉体的苦痛の存否を基準に、その前段階で二つは分岐するというわけである。なお、肉体的苦痛の存在は、外見上判断されるため（痛みの程度は患者本人の主観的愁訴によるが）、患者が昏睡状態に陥るなどして無意識となり、苦痛の存在を訴えることができない場合は、肉体的苦痛はないものとみなされてきたようである。このような区別は筆者独自のものではなく、安楽死・尊厳死論の主導的論者が採ってきたものである¹⁴⁾。ところが、川崎協同病院事件一審判決は、治療中止という共通する行為態様を媒介に、尊厳死と消極的安楽死を一部重なり合うものとして認識した。この点を批判的に指摘するものをいまだ見ない¹⁵⁾。従来の区別を前提とするのであれば、尊厳死と消極的安楽死を同様のものとして扱うためには、苦痛要件の中身を見直すことが一つの方法であろう。すなわち、苦痛を肉体的なものに限っていた制約を解除し、尊厳を喪失していることから生じる精神的な苦痛を含むように解釈を拡張するのである。

苦痛を肉体的なものに限り、しかも患者が苦痛を厭うていることを表明できる場合にのみ、苦痛の存在を認めるとして、いわば苦痛要件の範囲を

限定することが不合理であることはすでに指摘されている¹⁶⁾。モルヒネのような鎮痛剤を継続的に投与されて、朦朧とした半覚醒状態と、昏睡状態を繰り返す患者は、従来の苦痛要件を満たすことはできない。すると、当該患者はたとえ死期が切迫しているという意味での末期要件を満たしたとしても、せいぜい間接的安楽死による最後の一服を迎えるまでその状態を続けるか、尊厳死を望むことしかできない。尊厳死を望むためには、拒否・中止すべき治療（そしてその結果、苦痛が倍加されることなく、生命が短縮されるような治療）が必要であるが、そういった状況にない患者も多いだろう。尊厳死や安楽死を患者の自己決定権に基づいて正当化すべきという立場から出発するのであれば、苦痛要件をこのように制限し、患者を苦しめることは合理的ではないはずだ。川崎協同病院事件についての一審、控訴審の判断を手がかりに、苦痛要件の再考があってもよかったのではないか。

なお、苦痛要件を弛緩させることにより、アメリカの生命維持治療拒否事例のごとく、自殺的拒否の容認に至るのではないかと危惧には、以下のように答えておきたい。アメリカの生命維持治療拒否事例では、生命維持治療拒否は自殺ではないという前提に立っていることもあって、拒否のための要件がかなり緩やかである。特に、末期要件が限定作用を有していない。そのため、拒否を希望する者が、「自己の生は価値がない」「終わりにしたい」と望んだ場合、それが治療拒否によって達成される限りは、余命にかかわらず、拒否が認められてしまう可能性が高い¹⁷⁾。対照的に、日本の安楽死・尊厳死論では、末期要件はかなり厳格に求められている。ともすれば、安楽死・尊厳死の意味が失われてしまうくらいに、死期の切迫性を厳格に求める主張も一部にはあるほどなのだ¹⁸⁾。したがって日本の議論では、苦痛要件に精神的苦痛を含んだとしても、余命の長い者が精神的な苦悩を理由に生命を絶つという、一般的に自殺としてイメージされる例に酷似したケースでは、安楽死も尊厳死も認められないことになる。

さて、このように尊厳死と消極的安楽死とを架橋する形となった治療中止の概念は、先に述べたように、治療中止による死因の設定にどこまでの行為を取り込むかによっては、より広く間接的安楽死をも含みかねない。

3 アメリカにおける議論と関連する判例

1) 概観

アメリカにおける生命維持治療拒否事例が、治療拒否を自殺と区別しているという点については、先に述べた¹⁹⁾。従って、拒否に関与する者は自殺幇助あるいは同意殺人とは評価されず、治療を拒否して死亡する患者は、背後にあった疾病が自然の流れを辿ったことにより死に至ったとみなされるのである。これは、生命維持治療拒否権の根拠を、身体の完全性に対する権利から導き出すことに由来する。個人は、自己の身体にどのような侵襲が加えられるかを決定する権利を有し、その意思に反する侵襲は許されない。これを治療の場面に適用すると、個人は自己の身体に治療という名の身体的侵襲が加えられることについての決定権を有し、つまりは反射的に治療の拒否権を有することとなる。このことは、治療の種類が、生命維持的なものであっても（したがって当該治療の拒否が生命の明確かつ速やかな短縮につながろうとも）妥当する。非常に大雑把な表現をすると、アメリカにおける生命維持治療拒否事例は、治療選択という枠を出ることはない。栄養・水分補給が治療であるならば、患者はそれらを拒否することはできるが、拒否・中止すべき治療がなければ、現在の苦境から解放されたいと願っても、当該患者には取るべき手段がない。

とはいえ、治療選択の一場面でしかない生命維持治療拒否権は、それを求める患者が能力成人であれば、余命の長短を問わず、無制約に容認される傾向が生じてきた。すると、一般的にイメージされる典型的な自殺との区別は非常に難しいものとなる。より大きな問題であるのは、治療選択の

枠内にはおさまらないが、患者の生命短縮への関与の度合いが、生命維持治療中止よりも低い場合に、これを禁ずることとの不均衡である。つまり、中止すればただちに死が訪れるような生命維持治療の拒否を認めながら、致死薬を処方してもらうことを禁ずることが、果たして正当なのかという問題である。これが、いわゆる医師による自殺幫助（PAS = physician-assisted suicide）の法的評価として議論されており、アメリカの終末期医療問題において現在最も注目される論点の一つである。

アメリカのこのような現状を以下にまとめておこう²⁰⁾。アメリカにおいては、慈悲による殺害を容認する法は一つとして存在せず、連邦は終末期の決定に関連する法の多くを州に委ねているが、これまでそのような州法が無効であると確定されたことはない。そこで、終末期の決定に関する法は少なくとも 50 本は存在するのだが、そこでの問題点および背景は共通していると思われる。

まず、終末期において患者やその関係者が、人工呼吸器・栄養チューブのような生命維持装置を撤去することは、適切な人物によって、特定の要件のもと、適正な手続を踏んで行われる場合には合法である。それを超えて、医師や患者の家族が、積極的に生命を終わらせたならば、（一つの管轄区を除いては）、不法である。しかし、致死薬の投与や処方を法的に禁止することに、反対する医師は少なくない。積極的安楽死と同様に、PAS は毎年何百件も行われており、しかしながらほとんど起訴されていないという現実があるとのことだが、患者の死に関与した全ての者が賛成していた場合（少なくとも反対していない場合）には、そのような死は司法には認知されないであろうから、これは尤もなことかもしれない。検察官の注意を喚起し、起訴に至った数少ない事例であっても、陪審員は直感的な善悪の感情を発揮しやすく、寛大な判決が宣告されるのが通常であるといわれている。

殺人罪において、慈悲といった動機が十分な抗弁にならないことは当然

である。また、同意の存在も起訴の妨げとはならないが、コモンローにおいては生命は単にその個人のものではなく、神にも属するものと考えられてきたことがその大きな原因である。この点は、日本社会が自殺者に対してとってきた態度とは大きく異なるし、刑法 202 条の処罰根拠として宗教的考慮が入れられることは日本では考えにくい²¹⁾。ともかくアメリカでは、自殺に対しては社会的に厳しい評価が浴びせられてきたのであり、自殺者の差別的取り扱いを定めた法は 18 世紀の終わりまでには廃止されたが、自殺を試みた者の処罰がなくなるまでにはさらなる時間を要したことは、このような背景からも説明ができるだろう。

自殺そのものに対する処罰が廃止されると同時に、自殺幫助の犯罪性はむしろ強調されてきた。1997 年の時点では、46 州とコロンビア自治区および二つの自治領で、自殺幫助を禁ずる規定が存在する。ただし殺人罪ほど重い刑が科せられていないことは、日本と同じである。自殺や自殺関与を責めるべき行為とする考えは徐々に減少しつつあるが、裁判所は繰り返し、たとえ同意があってもなくても、人間の生命を終らせることは反社会的であると述べてきたのである。たとえば 1997 年の Glucksberg 判決²²⁾において、連邦最高裁は、「自殺に対する反対と非難は、これまで一貫して永続的に、我々が哲学的、法的、文化的に受け継いできたテーマであり、これは自殺幫助に対しても同様である」、「連邦憲法修正 14 条に付随する個人の自己決定権は、自己の生命を終らせる権利を含まない」と述べている。

唯一の例外は、オレゴン州の尊厳死法であり、実質的には、一定の要件のもとでの自殺幫助を容認していると評価できる。医師の薬物処方に関する連邦薬物規制法に反するとして、尊厳死法の合憲性が争われたものの、連邦最高裁判所が同法を支持したことについては、日本でもよく紹介されているところである²³⁾。

では治療拒否権はどう捉えられているかといえば、自殺の権利が一貫し

て否定されているにもかかわらず、終末期にある患者を生存させている治療等を中止することにより、その患者の苦しみを終らせることの合法性はたびたび認められてきた。当然に、こうした行為と自殺との違いはどこにあるのかという疑問が生じるが、裁判所は、死の権利を断固として認めてこなかった。すなわち、それとは全く異なる権利であるところの、自己の身体を支配する権利、特に治療を拒否するあるいは中止する権利に基づいて、裁判所は判断を下しているのである。確かにこのような権利はコモンスター上、長きに渡って確立されてきた権利である。何が自己の身体になされるかを決定する権利を個人が有するのであれば、患者は全ての治療を拒否する権利を有するし、同様の理由から、治療の中止を求めることもできるわけである。すると問題は、その時点で意思表示が不可能な患者は、上述の拒否権をいかに行使しうるのかという点になろう。アメリカの多くの州は、この問題に対し、意思表示が不可能な無能力患者にも、意思表示が可能な能力患者と同様の権利を認めることにより解決しようとしてきたのである。この治療拒否権が憲法的次元を有するものであることは、Cruzan 判決²⁴⁾が示した通りであり、こう考えることで、終末期の患者には絶対的とも言うべき治療拒否権が認められるに及んでいる。

治療拒否権に対しては、州はいくつかの対抗的利益を有するとして、その間の比較考量が慎重になされた時期もあったが、すでに過去の話である²⁵⁾。対抗する州の利益の中で、自殺の防止についての利益は特に重要であると思われるのだが、治療拒否が（たとえ生命維持治療の拒否であっても）自殺ではないことを根拠に、実質的な検討がなされないことが大半であった。しかし、筆者が再三指摘しているように、治療拒否により死が早期化することは否定しえず、そうであるならばこのような行為と自殺を区別することは不当である。治療を施せば15年から20年は生存が可能な人間が、栄養・水分補給を拒否して死に至ることを容認することが、どうして自殺の容認ではないのだろうか²⁶⁾。生命終結に直結するような治療

拒否と自殺は本質的には異ならないはずではないかという疑問が、別の場面で噴出したのが、PASの適法性についての議論であるといえるだろう²⁷⁾。

また、感覚的に自殺との同質性を強く意識させたのは、おそらく人工的な栄養・水分補給の問題であろう。人工呼吸器のような生命維持装置は、それを撤去したならば、それまで補われていた疾病による身体的機能の低下を原因として、比較的短時間で患者は死に至る。しかし、栄養・水分補給の中止がもたらすものは、疾病との関連性が低い餓死・脱水死である。患者は徐々に衰弱していくであろうし、飢えや脱水による新たな苦痛が生じる可能性については、医療専門家の間でも意見が分かれている。そのような死の迎え方を目にとると、人々は「これが果たして求められていた尊厳ある死なのだろうか」という疑問を禁じえない。もっと安らかに、短時間で終わりにすることが出来ないものだろうか考える中で、致死薬の投与の許容性や必要性が意識されるに至ったことは想像に難くない。

自殺と、致命的な治療拒否の違いについては、一般的に二つの点が挙げられてきた。一つは、治療拒否の場合に患者は単に治療からの解放や自由を望んでいるだけで、自己の生命を終らせようとしているわけではないということである。このような主張は、宗教的理由に基づく輸血拒否の事例の影響を強く受けている。すなわち、患者は「死にたいのではない、彼女は生きたいと願っている、ただし、その生命を犠牲にしても輸血を拒否せよと信仰が求めるのである²⁸⁾」といった考え方を輸血以外の治療にも適用するのである。しかし、このような主張は、苦痛に満ちた満足の得られない生命を維持することが何より問題であるからこそ、治療中止を求めているのだという、多くの患者の想いを正しく捉えているとは言えないだろう。

二つ目の区別として挙げられるのは、自殺や安楽死は本人の自己破壊的行動により死が惹き起こされるという積極的な作為であるが、治療の中止は単に、根底にある病気の進行を妨げないだけだというものである²⁹⁾。しかし、このような区別を維持することが困難であることもまた明白である。

患者が致命的病気に罹り、生命維持治療の開始前にこれを拒否した場合であれば、生命維持治療拒否と患者の死との間の因果関係を否定することも可能ではあろう。しかし、開始された生命維持治療の中止の場合にも、患者は自然のコースを辿ったにすぎず、生命維持治療中止により自然死に至る人工的障害物が除去されたにすぎないという考え方は不自然であり、生命維持治療中止と早まった時点の死の間には、明白な因果関係を認めざるをえない。

従って、自殺および安楽死と、生命維持治療中止の間に論理的区別を設けることは難しい。この区別に固執する論者は多いのだが、意思表示の出来ない無能力患者の生命維持治療拒否がいかに広範囲で認められているかを検討すれば、こうした区別が不当であり、恐るべき事態をもたらしていることが認められるであろう。この点については以下に項を改めて考えてみたい。

2) 本人の意思表示

上述のような治療拒否権が認められるとしたならば、患者が無意識であったり、自己決定をなすうの精神的能力を有していない場合を検討する必要があるが、患者が治療に関わる意思決定について無能力となることは、終末期医療の最終段階では珍しいことではない。能力患者と同様に、無能力患者の治療中止の権利も、治療を拒否する権利に基づくものであって、死の早期化といった権利に基づくものではないとされる。しかし、治療拒否権は自己決定権行使の一場面であり、無能力者はそのような決定をすることは現実的には出来ないはずである。ところが裁判所は、「単に個人が決定を行使する能力を有していないからとって、州は彼らから憲法的権利を奪うことはすべきではない」として、治療拒否権が無能力者に代わって代理的に行使されうることはいともあっさりと認めてきたのである³⁰⁾。現在では、無能力患者の意思決定については、事前の意思表示・代行判断・

最善の利益判断といった三つの基準が用意されているが、理論的にも実際の運用の場面でも大きな問題を孕んでいることはよく知られている。事前の意思表示は結局は現在の意思表示ではないし、予想する状況の不明瞭さが問題となる。代行判断は、本人に代わってなす他人の判断となりやすく、それにもかかわらず本人の意思のごとく扱われかねない。最善の利益判断においては何が最善かを客観的に定めることの難しさ、衡量にあたって何を要素に入れるか、現在の無能力状態を考慮するのかによって結論が変わりうる。また、終生無能力患者の事例においては、「もしも本人が決めることができたら」という形で患者自身の決定を求めることが全くのフィクションであることも、広く認識されている³¹⁾。

4 考察

1) 医療資源と治療義務の限界

ここまで見てきた中で、日本の裁判例と、アメリカの状況の共通点はただちに明らかにはならない。しかし、いくつかの点を指摘しておく必要があると考える。一つは、決して潤沢とはいえない医療資源の問題である。アメリカでは、ここ数十年に医療保険制度が破綻したことで、当初から存在した、医療を受けられる者と受けられない者の差が、ますます拡大しているといわれる³²⁾。医療給付の財政的基盤が崩れ、必要とする全ての者に適切な医療を提供できるだけの人的・財政的資源がなくなれば、必要性の低い医療から削られていくことは目に見えている。そこで、必要性の低さを誰の目線から判断するかが重要である。治療を施すことによって回復される健康の質や余命といった点ばかりではなく、医療費を払えるかどうかといった費用の回収可能性、長期間に渡る濃厚な看護の負担などといった要素を踏まえて、その医療の必要性が判断されるのであれば、問題である。そこでは、「無益な医療」が存在することが議論の出発点となっており、

「中止すべき医療」「開始すべきではない医療」があつて、それをどの範囲で認めていくかといった方向で議論は進むだろう。しかしながら、無益な医療は、介入しなければ誰もが手厚い医療を最期まで否応無しに施されてしまうという状況があつてはじめて、意味をもつ概念ではないだろうか³³⁾。

日本もまた、数年来の経済的不況を経て、医療危機の時代を迎えている。財政的基盤の脆弱さが露呈され、医療スタッフの不足が嘆かれることはもはや珍しいことではない³⁴⁾。オレゴン州尊厳死法の成立と、医療のランク付けを進めるオレゴン州独自の医療保険制度の導入が時を同じくしているように³⁵⁾、日本でも、患者の自己決定とは無関係に定められる治療義務の限界を根拠とした治療中止の容認や、尊厳死法案の作成、各医学関連団体による治療中止打ち切りのガイドラインの公表（特に、救命救急学会ガイドライン）といった出来事が、昨今の医療危機・医療崩壊の中で生じたことに、もっと注目が集まってもよいのではないだろうか。たとえ臨床的な脳死の段階になって、いわゆる治療義務の限界が到来したのだとしても、あえてそこで人工呼吸器の撤去を行うことが本当に求められているのだろうか。心臓死までの比較的わずかな時間をそのままで過ごすことが、なぜ難しいのかが、明確に説明されてきたといえるだろうか。「無益な医療」の存在が前提となった議論の行く末に不安を感じざるをえない。

この不安は、終末期における治療決定に家族の意思がどう関わるかについての議論を見た時に増大する。川崎協同病院事件控訴審判決は、家族による自己決定の代行や家族の意見等をもとにした患者の意思の推定を、一定の留保を付けながらも「立法政策として十分ありうる」と肯定している。この点について、実際には家族自らの意思が患者の推定的意思に最もよく合致している可能性があること、患者の意思を推定する最適な人物が誰なのかを医師が判断することは困難であることなどを理由として、たとえば患者本人以外による他者決定になろうとも、家族の意思による推定を広く認めない方が害が大きいことから、患者の現実の意思表示がない場合に、家

族の意思による推定を認めても良いのではないかという主張もある³⁶⁾。しかしながら、これはやはり無益な医療を前提とし、治療中止という結論ありきの考え方ではないだろうか³⁷⁾。

2) 治療中止における関与のあり方：医師による自殺幫助という問題

上述の通り、日本の安楽死・尊厳死論においても、治療中止により患者の死を招く行為は、殺人罪の構成要件に該当するというをまず認めるべきである。筆者がこの点を強調してきたのは、一つには、死を招く決断は生命を失う本人によってしか下されるべきではないという理念的な観点からであり、もう一つは、アメリカのような無制限の生命維持治療拒否権の容認に至ることは避けられねばならないという現実的な観点によるものである。アメリカの生命維持治療拒否権の拡大の原因は、拒否をする患者は治療の選択をしているにすぎず、生死の決断をしているわけではないとして、自殺と生命維持治療拒否を明確に区別したことに端を発している。逆に言えば、生命維持治療の拒否が、実質的には死を選んでいることが正しく認識されたのであれば、州の対抗する利益はあれほど容易に後退することはなかったであろう。具体的には、生命の神聖の保持のために、死期が切迫していなくてはならないという末期要件は堅持されたであろう。さらに大きな問題であるところの無能力患者の生命の切り捨てという事態も、治療中止の決定が、当該患者の死を決定しているのであると認識されたならば、かくも広範囲で認められることはなかったのではないだろうか。

治療の中止は治療の選択にすぎないということも、客観的な治療義務の限界に基づくものだということも、当該患者の死をもたらししているのだという事実から目を背けているという点では等しく非難されるべきである。そのような理論構成は、患者本人の自己決定の意義を消極的にしか評価しえず、本人意思が不明確な場合には、家族や周囲の人間による推定を簡単に、しかも広範囲で認めることにつながりかねないのである。

治療中止が生命の短縮であり、これを本人の意思を中心とした特定の要件下で認めることが、202 条の適用を例外的に阻却することであるならば、医師による致死薬の処方の法的評価はどのように考えられるだろう。まず第一に、治療の中止が殺意をもって行われた場合、中止行為は殺人の実行行為にあたり、中止者は殺人の正犯である。中止によって被害者の死に至る因果の流れが設定され、その流れをほんの僅かに後押しする程度の事後的関与は、たとえそれが中止行為よりも積極的な生命侵害の態様であったとしても、中止行為に含んで全体として評価される可能性がある。これとの比較で考えれば、致死薬を処方し、正犯に渡す者による、被害者（正犯が被害者本人である場合も含める）の死への関与は、相当に低いものと認めざるをえない。

治療の選択・拒否という枠組みで考えるならば、治療中止はその枠内に留まるものの、致死薬の処方と譲渡はおよそ治療ではなく許されない自殺関与であるとして、枠外の行為とみなされそうである。しかし、自殺と治療中止の二つを分けることが理論的に困難であることは、アメリカの議論で見てきた通りである。終末期における一定の要件下で死の早期化が許されるのであれば、それが餓死や脱水死といった基本看護の中止ではない形で許されることが尊厳ある死という観点からは求められるように思う。

3) 今後の検討課題：終末期における治療行為論に向けて

さて、川崎協同病院事件控訴審判決が求めた安楽死・尊厳死論の見直し、どのような方向に進むのかを見極めなくてはならない。最近の医療を含む社会的情勢の悪化だけではなく、ある時期から強調されてきた自己決定・自己責任の徹底、健康管理の義務化などが、ただでさえ弱い立場にある患者の負担によって実現されていくことは避けなくてはならない。また、アメリカの終末期医療に関する状況をどう切り取ってくるかも、議論の流れを左右することを意識する必要がある。オレゴン州の尊厳死法の運用状

況については、オランダの同様の法律の運用状況と併せて、否定的な報告が目立つ³⁸⁾。それを受けて、治療中止がより慎重に検討されるのであれば問題は少ないが、「やはり自己決定による容認は困難である」といった認識に至り、客観的な治療義務の限界でことを解決しようという流れが強まる可能性は否定できない。そこで基準となる治療義務の限界が決して「客観的」でも「明確」でもないことが、そもそも安楽死・尊厳死の理論化を要求したのだということを改めて考えることになるだろう。

上述の通り、川崎協同病院事件では、患者の死に対する被告人の関与は、一見すると段階的な行為であると思われるのだが、東京高裁はこれを一連の行為として捉えている。このうち特に、気管内チューブの抜管という治療中止行為に焦点をあてて考えてみたい。当該行為のみを取り出して独立に評価することは、一方では先行する治療行為との切り離しを意味し、他方では、後続する致死薬投与行為との切り離しを意味する。これも上述したところであるが、最近の終末期医療の現場では、治療中止の対象者はそれが問題となるより前から患者として医師から治療を施されている場合が大半である。すると、治療中止行為のみを取り出して別個に扱うことが、果たして終末期医療問題の捉え方として自然なのかが問われることになる。つまり、治療中止行為は突然降ってわいた患者の生命への侵害ではなく、それに先行する治療の全体的な流れの中で捉えられるべきではないかという見方である。

特定の状況下での治療中止や差し控えは、適切な治療行為の一貫となりうるという評価は従来から存在する。この点に関する議論は、たとえば人工呼吸器の撤去行為を作為による生命侵害と考えるか、それとも継続してきた治療を中止しそれ以上の救命治療を行わないという不作為と考えるかの対立という形をとってきた。作為であるという立場は、人工呼吸器を撤去するにあたっては、生命終了に向けた身体的動作の介入を否定できないという点、また撤去行為と死の間の因果関係を否定できない点などを根拠

として挙げる。これに対しては、一度治療を開始した以上はその治療を中止することは許されないのではないかという不安ゆえに、開始すべき治療の多くが最初から差し控えられてしまうという批判があるが、これは作為と不作為を区別した場合の不均衡を指摘するにすぎない。より注目すべきは、人工呼吸器撤去行為を不作為だとする見解が、治療行為の社会的意義を重視している点である。医師は呼吸器撤去の前段階として、患者の救命を依頼されてこれを引き受け、自己の負担と責任において救命のための治療行為を継続してきた。その中で治療を打ち切ることは、将来に向けてもはや治療行為を行わないことと等価であり、これを全体から切り離してみれば生命を断絶する行為といえないこともないが、事態の一部を分断せず実体に即して見れば、それは死にゆく人を助ける行為をそれ以上はしなかったという消極的行為（つまりは不作為）だということである³⁹⁾。そして、一部の行為を切り取って別個に扱うことは、患者の受け入れから始まる医療機関の行う全体的な行為からある一部分のみを切り離した、不自然な見方であると批判する⁴⁰⁾。

日々の医療現場において、医師が患者の容態や予後に応じて適切と判断する治療を選択したり、それまで施していた治療をより消極的なものに切り替えることで、患者の生命が少なからず左右されていることは否定できない。また、そのような治療方針の変更が刑法上の犯罪とされたことはないし、社会的に受け入れられていることも確かである。だが、このことをもって、治療の流れの中に位置づけられる限りは治療中止行為は正当化されるとする理論構成には飛躍があると思われるし、日常的に治療の選択として問題視されていない行為の一部分を切り取って検討することが「現実を見ようとしないう概念論・形式論」であると批判する点にはやや性急な印象を受ける。

患者と診療契約を結んだ医師には診療義務があること、また、医師は専門的な知識・技術を専有することにより裁量義務を負わされていることの

二点を考慮して、患者の自己決定に束縛されることのない医学的正当性の判断（およびそれに従って行動すること）を医師に認めていると思われる見解もある⁴¹⁾。この見解もまた、医療や医師が社会において有する意義を積極的に評価し、医師の行為が治療行為として捉えられる限りにおいては、治療中止行為を部分的に切り出して評価することを横暴であると非難する⁴²⁾。

このような治療行為の捉え方と、終末期医療における安楽死・尊厳死的行為の捉え方は、無関係ではない。川崎協同病院事件に見られた被告人のいくつかの行為を、一連のものとして扱うべきか、あるいは行為態様や患者の死との関係性をもとにいくつかに分けて検討すべきかという問題の根底には、医師による患者への侵襲行為を治療行為として刑法上いかに論じるかという問題があることを認識しなくてはならない。この問題を議論する際に態度決定が必要な点を、今後の検討課題としていくつか挙げておく。

第一に、終末期に関わらない治療行為一般の正当化原理を再検討することが求められる。これは、医師による患者の身体への侵襲行為が、治療行為として正当化される根拠はどこにあるかを考えるということである。

次に、上述の治療行為正当化論が、終末期医療の場面にそのまま妥当なのか、あるいは終末期には別個の理論が必要かを検討しなくてはならない。終末期における治療中止の議論が、一般的な治療行為論の延長線上にあるのかといった問題は、あまり議論されてこなかったように思う。

治療行為の正当化においては、医学的適応性と医術的正当性を前提として、患者の同意に何らかの役割を認めるのが通説的見解である⁴³⁾。ここでの患者の同意は、刑法上のいわゆる超法規的違法性阻却事由としての「被害者の同意」とは異なり、より緩やかな要件で違法性の阻却を導くものとして理解されている⁴⁴⁾。要件の緩和を根拠付けるのは、やはり治療行為が有する社会的な意義である。現実的な問題として、個々の身体的侵襲行為に一つ一つ患者の同意を得ることは不可能であるし、患者が各行為のメリ

ット・デメリットを正確に理解することも難しく、そもそも患者自身がそのようなこと細かな決定を求められることを望んでいないことがよく指摘される。また、救命救急の現場など、患者の同意を得る余裕のない緊急を要する場面があり、同意を与える能力を一時的にせよ失った患者も珍しくはない。しかし、それよりも正当化において考慮されているのは、医師による患者の身体への干渉が、健康という利益を維持・増進する点で社会的に必要とされ、有用性を広く認められているという事実である。

一方で、安楽死や尊厳死には、苦痛からの解放や尊厳の保持といった利益はあるものの、そのような行為が問題なく社会的に認められているとは言いがたい。刑法上も安楽死や尊厳死の正当化が容易なものではないことは、これまで見てきた通りである。そうはいうものの、安楽死や尊厳死の全てが違法であり処罰されるべきだというわけでもなく、適法となる範囲はどこまでで、適法のための要件はどのようなものかが、議論されてきた。そこでは患者の自己決定が果たす役割は、治療行為の正当化におけるそれと比べて大きなものとなる。医学的適応性や医術の正当性という、行為の適法性を推定させるような要件が、安楽死や尊厳死には認めがたいためである。

しかし、一般的な治療行為の正当化と、安楽死・尊厳死の正当化は、同じ土俵上で扱われるべき問題であると考える。筆者は、この点をかねてより意識してきたものの、明確な枠組みとして提示するには至らなかった⁴⁵⁾。ここで改めて、その必要性について確認しておきたい。問題意識の根底にあるのは、治療行為であれ、安楽死・尊厳死であれ、その直接的な影響を一身に被る患者本人の意思を基軸に、正当化の是非を検討すべきであるという点である。一方で、安楽死や尊厳死は当該患者の取り返しのつかない死を招くという点を無視してはならない。すると、特に治療中止という形での消極的安楽死や、治療の選択という性質を有する間接的安楽死、尊厳死は、一般的な治療行為の延長上で考えられるものの、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る。換言すれば、一般的な治療を受けるか否かの選択と、生命維持治療を受けるか否かの選択は、治療の選択という意味では共通するが、選択がもたらす結果から考えると、そこには量的ではなく質的な相違が存在する。一般的な治療選択の延長線上に、消極的安楽死や間接的安楽死、尊厳死の決定を置き、「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。

繰り返し述べてきたように一般的な治療行為正当化の理論と、安楽死・尊厳死論は相互に影響し合うものである。従って、最近の安楽死・尊厳死論が、患者の自己決定とは離れた原理によって正当化を図ろうとすることは、通説的な治療行為論からは予想されうる展開であった。治療義務の限界という考え方は、治療行為の有用性とそれに基づく医師の裁量、客観的な優越的利益の存在という考え方とよく調和する。治療行為の正当化においては患者の同意に消極的意義しか認めない一方で、安楽死・尊厳死の正当化にあたっては患者の自己決定に積極的意義を認めていく見解にも、前者の場合に積極的意義を認め、後者の場合に消極的意義しか認めないという逆パターンの見解にも、一貫性はないと言えるだろう。治療行為論で患者の意思を絶対的要件として求めるのであれば、安楽死・尊厳死論でも患者の意思を優越的な正当化要件として挙げるべきであるし、治療行為論で患者の意思を補充的なものとするのであれば、安楽死・尊厳死論でも同様の視点で正当化を検討すべきであろう⁴⁶⁾。

私見では、治療行為論も安楽死・尊厳死論も、患者の意思を基軸に考えていくべきである。その意味では、通説的な治療行為論は、批判的に再検討されねばならない。その理由を以下のように考える。まず、通説的な治療行為論が大前提としている、医師による治療行為の客観的な優越利益性が疑われるべきである。「健康であること」を私達の社会が良いことと考えていることは認められても、何が健康かは個々人の価値観に負うところ

が大きい。限られた自己の肉体的条件と、生活状況、嗜好等を幅広く比較考量して、現在の自分にとって可能な良き身体状況を想定し、それが将来の自分にとってどのような可能性を持つのかをイメージするのであれば、健康概念が様々に異なることは不思議ではないだろう。個人の健康概念は、おそらく日常の中で直感的に形成されていることが多いため、何が健康かを改めて定義する必要はないと思われるのかもしれないが、そのことは客観的に誰もが認める健康概念があることを意味するものではない。健康であることが一義的に定められたならば、それはもはや客観的優越利益性を有しないのである。「健康であること」は、「幸せ」と同様に、事実ではなく評価である。

次に、治療行為の正当化にあたって、患者の意思よりも医師の裁量が尊重される場面があるべきとの前提にも、疑問がある。たとえば、「医療は、きわめて高度の専門知識・能力を必要とする営みであり、医師はその専門性を担う者として、ある程度の裁量を、否応なく負っている。医師は、積極的に求めて『裁量権』を得るのではない。医療上の判断を適切に行う能力をもつゆえに、医師には『裁量義務』が課せられているのである」、「医師に対して、薬剤の塗布・投与、注射、手術の際の些末な侵襲的措置のすべてについて、患者の意思に従うことを求めるのは、その専門性、それに伴う責任を放棄して、患者の下僕になれというのと同じである⁴⁷⁾」という主張がある。確かに、些細な身体的干渉について、そのメリットとデメリットを丁寧に説明し、患者に選択を委ねることは煩雑であるし、非現実的かもしれない。しかし、そのような医療現場の実情は、本来、相当程度に是正されるべきであり、仕方なしの現実をまるごと受け入れた上での議論を進めることには躊躇を覚える。家庭医といった制度がなく、医師が一人ひとりの患者が納得するまでじっくり対応する余裕もなく、医師はそれぞれの患者が自己の身体について何を優先するのかといった好みを知ることができない。そのような現状が変えられた後に、十分に考えた上で選ぶこ

とができる患者が、あえて医師に全て任せるといった決断をするのであれば、それは包括的な同意として評価することができるだろう。また、医師が高度に専門的な知識と技術を持っていることは、医師が不本意ながらの裁量権を負わされることへの配慮を導く前に、患者が医師に従わざるをえないような上下関係を生んでいることに対する警戒を招くべきである。医師と患者が対等な関係になることは非常に難しく、往々にして患者は医師に圧倒され、自由な自己決定や、その前提となる情報の収集さえままならない。患者の自己決定が主張されるようになった背景には、不平等な医師患者関係から患者を解放しようという想いがあったのであり、この点が解決されていない現状では、患者の自己決定を後退させることには問題が大きい。自己の希望を叶えてくれる存在が、及ぶべくもない高度な専門的知識と技術を有しているというのは、医療の場面に限ったことではない。例えば美容院でのカット、パソコンの購入、車の修理といった場面を思い浮かべればよい。それにも関わらず、なぜ医師にのみ裁量権を認め、それに反した患者の希望が「不合理」とされてしまうのだろうか。患者の意思を基軸にすえた正当化の理論が、今あらためて必要ではないかと思う。

最後に、脳死・臓器移植問題との関係に簡単に触れておきたい。つい先ごろ、臓器移植法の改正法が成立した⁴⁸⁾。これにより、脳死体からの臓器摘出要件が緩やかになったことは確かである。しかし、脳死体が「死体」とであると明言されたわけでは必ずしもない。脳死体以外の死体からの臓器摘出と、脳死体からの臓器摘出が同じ要件のもとで可能になったのは確かである。ただそれを脳死体を死体とすること以外から説明する余地が完全に否定されたわけではないだろう。安楽死・尊厳死論との関係で重要なのは、従来死期の切迫性が最も認められやすい存在のひとつであった脳死体が、治療を全て中止しても構わない（あるいは中止すべき）者となった点であろう。脳死の段階に至れば、たとえ患者の意思が不明確であっても、医師は客観的な治療義務の限界を理由に治療を中止することができる

る見解は、脳死体を個体死と認める脳死説の論者が主張していたものである⁴⁹⁾。改正法が成立した現在でも脳死をどう評価するかについての議論は収まっていないのであるから、脳死体に対する治療は死者への治療であり不自然であるといった主張や、脳死体に準じる無意識患者についても基本的には治療中止が検討されるべきといった主張は、今こそ十分に検証される必要があると思われる。治療義務の限界論が、このたびの改正法を受けて勢力を増すことを懸念しつつ、更なる検討を重ねたい。

※ 本稿は、東京経済大学 2008 年度個人研究助成費（A）による研究成果の一部である。

註

- 1) 東京高判平成 19・2・28 判タ 1237・157
- 2) 甲斐克則「終末期医療・尊厳死と医師の刑事責任」ジュリ 1293、98 頁以下、小林憲太郎「刑事裁判例批評（4）治療中止の許容性の限界」刑事法ジャーナル 2、84 頁以下、町野朔「患者の自己決定権と医師の治療義務」刑事法ジャーナル 8、47 頁、田中成明「尊厳死問題への法的対応の在り方について」法曹時報 60（7）2043 頁以下、田坂晶「重篤な患者への治療の中止と殺人罪の成否」同志社法学 60（8）4715 頁以下など。
- 3) 横浜地判平成 7・3・28 判時 1530・28（確定）
- 4) 横浜地判平成 17・3・25 判時 1909・130
- 5) 弁護人は控訴趣意書において、被害者が約一週間後には死が不可避な終末期状態にあったと主張していたが、控訴審判決は被害者の余命について被告人は確固たる認識を持っていなかったし、鑑定からも死期が切迫していたことは認められないとして、被害者が末期であったという前提を否定している。
- 6) とはいえ、人工呼吸器撤去による外部からの酸素供給の停止を原因とす

る窒息死と、筋弛緩剤投与により呼吸筋が弛緩させられ呼吸が止められたことによる（それも結局は外部からの酸素供給を停止させるのであろうが）窒息死が、死因という観点から、厳密に同一のものといえるのかは、医学的知識のない筆者には判断がつかない。

- 7) 例えば、母親に青酸カリ溶液を飲用させた事件（東京地判昭25・4・14裁時58号4頁）、父親に有機燐殺虫剤を混入した牛乳を飲用させた事件（名古屋高判昭37・12・22高刑集15巻9号674頁）、妻をタオル、物干しロープで絞殺した事件（鹿児島地判昭50・10・判時808号112頁）、母親を電気コタツのコードで絞殺した事件（神戸地判昭50・10・16判時808号112頁）、妻を刺身包丁で刺殺した事件（大阪地判昭52・11・30判時879号158頁）、妻の頸部を剃刀で切った上、両手で絞殺した事件（高知地判平2・9・17判時1363号160頁）。なお最近、介護が絡む殺人事件が増加しつつあることにも注目が必要であろう。「介護疲れ」が殺人の理由となる背景には、長期に渡り主に自宅で介護をする家族には心身に重い負担がかかり、それに対する社会的援助の仕組みが乏しい中で加害者が孤立するという問題がある。この点は家族間の安楽死事件と類似する。また、「このまま生きているのがかわいそうで」という理由で、それまで愛情のこもった介護をしてきた者が殺人を犯す点は、日本の安楽死の当初のイメージである慈悲殺との関連性を強く感じさせる。娘を帯で絞殺した事件（2008年9月千葉）夫をスカーフで絞殺した事件（2008年12月埼玉）妻をネクタイで絞殺した事件（2009年4月山形）、妻を包丁で刺した殺人未遂事件（2009年5月山口）、父親を包丁で刺殺した事件（2009年7月鹿児島）など。
- 8) 当初の抜管行為などがそもそも「安楽死」なのかという検討は、後述する。
- 9) ただし「治療義務限界説によれば、治療中止を原則として不作為と解することが前提となる点でも、必ずしも終末期医療を十全に捉えているとはいえない。本件でも、ミオブロックの投与行為は、明らかに作為というべきで、これもまた治療行為を中止する不作為に含めて評価するのは、作為か不作為かという刑法理論上の局面に限れば、無理があるといわざるを得ない」とする点には疑問を感じる。なぜなら、（それが外見的には作為であろうとも）不作為性を強調することにより法的許容性を主張する見解が許容していたの

はせいぜい間接的安楽死までであり、ミオブロック投与のごとき積極的安楽死行為は到底許されないとする結論が一般的に採られているからである。たとえば甲斐克則『安楽死と刑法』（成文堂、2003）4-5 頁。

- 10) この点について、本庄武「終末期医療における治療中止の許容性」速報判例解説・法セミ増刊 vol. 3（2008）188 頁は、「本判決は一見、当該事案の解決への限定という司法の任務論に忠実に見えながら、その実、終末期医療全体に大きな影響を及ぼす壮大な傍論を展開したと評価できる」と述べる。
- 11) 古川原明子「臓器移植法における同意要件」倉持武・長島隆編『臓器移植と生命倫理』（太陽出版、2003）17 頁以下。
- 12) 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 年発表）、超党派議員連盟「臨死状態における延命措置の中止等に関する法律案要綱（案）」（2007 年公表）、日本救急医学会「救急医療における終末期医療に関する提言（ガイドライン）」（2007 年発表）、日本医師会「終末期医療に関するガイドラインについて」（2008 年答申公表）など。
- 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）50-51 頁など。
- 14) 甲斐・前掲 3-5 頁、同『尊厳死と刑法』（2004、成文堂）1-2 頁、中山研一『安楽死と尊厳死』（2000、成文堂）51-53 頁など。
- 15) 日本に尊厳死の議論が紹介された当初は、尊厳死と消極的安楽死の混同があったことは確かである。
- 16) 例えば、「……覚醒時は激痛にさいなまれ、苦痛のないときは催眠状態に置かれるという過程をくり返ししながら」「傷病者はこのようなフルコースを経た後でなければ安楽にしてもらえないのだろうか」という批判。福田雅章「安楽死をめぐる検察官・弁護士・裁判所の論理」同『日本の社会文化構造と人権』（明石書店 2002）。
- 17) 具体的な判例については後述 3 を参照。
- 18) これは死期の切迫性を生物学的生命の継続可能性という観点から判断するのか、あるいは、生物学的生命だけではなく、自律的生命の不可逆的な喪失という観点をいれて判断するのかという問題にも関わってくる。また、治療義務の限界を導く死期の切迫性と、安楽死や尊厳死の前提となる死期の切迫性が、同じものなのか議論されることは少なかったように感じる。「終末

期」という表現で括られた場合には尚更である。

- 19) 古川原明子「生命維持治療拒否と患者の自己決定権—米判例を素材に」
一橋法学第2巻1号(2003)も参照。
- 20) RICHARD S. KAY, CRIMINAL LAW AND PROCEDURE: Causing
Death for Compassionate Reasons in American Law, 54 Am. J. Comp.
L. 693 (2006).
- 21) 日本とヨーロッパの自殺罪を比較検討した興味深い論文として、村井敏
邦「自殺罪の東西比較法文化」『罪と罰のクロスロード』(大蔵省印刷局、
2000) 291頁。
- 22) *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. at 711.
- 23) 久山亜耶子「*Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 (2006) —連邦薬物規制
法は合衆国司法長官に対して、州法が許容する医師による自殺介助のための
規制薬物の処方禁止権限を授權していないとされた事例」*アメリカ法*
[2007] 130頁以下、藤本直子「オレゴン州尊厳死法に基づく医師による末期
患者の自殺介助と連邦規制— *Gonzales v. Oregon*, 126 S.Ct. 904 (2006)」
比較法学 Vol. 41, No. 1 (2007) (通号 83) pp. 239~250 など。
- 24) *Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health*, 497 U.S. 261 (1990).
- 25) 治療拒否権が、州の対抗する利益との関係で圧倒的に優位に立つことに
なった流れについては、古川原前掲注 8) の論文参照。
- 26) *Bouvia v. Superior Court*, 225 Cal.Rptr. 297 (1986).
- 27) たとえば *Glucksberg* 事件、*Quill* 事件注 28) 参照。谷直之「シャイボ事
件——アメリカ合衆国における尊厳死をめぐる新展開——」*同志社法学* 57
巻6号 355頁以下、379頁および注 (89) も参照。
- 28) *John F. Kennedy Mem'l Hosp.*, 279 A.2d at 673.
- 29) 生命維持治療の拒否と自殺の区別を述べるものとしては以下の判例を参
照。*Superintendent of Belchertown v. Saikewicz*, 370 N.E. 2d 417
(1977), *Satz v. Perlmutter*, 362 So.2d 160 (1978), *Matter of Conroy*, 486
A.2d 1209 (1985), *Delio v. Westchester County Med. Center*, 516 N.
Y.S.2d 677 (1987). 連邦でこれを述べたものとして、*Vacco v. Quill*, 521
U.S. 793 (1997). 関与する医師の行為に関連して、*Barber v. Superior
Court of State of Cal.*, 195 Cal.Rptr. 484 (1983)。

- 30) Cruzan, 497 U.S. at 277-279.
- 31) リーディングケースである Saikewicz 事例は日本でも広く紹介された。
丸山英二「サイケヴィッチ事件」ジュリスト 673 号 109 頁 (1978)、甲斐克則「人工延命措置の差控え・中断の問題について (一)」海上保安大学校研究報告 30 巻 2 号第一部 8 頁など。
- 32) 谷直之「尊厳死に関する一考察—アメリカ合衆国の議論を素材として」刑法雑誌 46 巻 3 号 (2007) 317 頁以下参照。
- 33) 古川原明子「終末期医療と刑法—治療中止の許容性をめぐって (特集 終末期医療のあり方を考える—特に延命治療をめぐって)」日本の科学者 42 巻 11 号 (2007) 590 頁以下参照。
- 34) たとえば朝日新聞のここ一年の記事だけでも、2008 年 4 月 6 日「身近な医療、崩壊寸前」、11 月 17 日「県内の自治体病院、9 割が診療科休止・減」、12 月 17 日「県内で休診・閉鎖次々 止まらぬ医師不足・経営不振」、2009 年 8 月 21 日「公立病院もう限界」、同月 22 日「医師不足 国制度で地域医療崩壊」等々、関連する記事は枚挙に暇がない。
- 35) 谷・前掲注 32)、322 頁。
- 36) 佐伯仁志「末期医療と患者の意思・家族の意思」樋口範雄編『ケース・スタディ生命倫理と法』(有斐閣、2004) 90-91 頁。
- 37) 井田良「終末期医療と刑法」ジュリ 1339 号 (2007) 45 頁注 35)。これに対する反論としては辰井聡子「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) 101 頁注 (36)。
- 38) 甲斐・「安楽死問題の行方—安楽死および医師による自殺幫助の立法化の問題性—」前掲『安楽死と刑法』177 頁以下など。
- 39) 井田良「生命維持治療の限界と刑法」法曹時報 51 巻 2 号 (1999) 372-374 頁。
- 40) 井田・前掲「終末期医療と刑法」42-43 頁。
- 41) 辰井・前掲 61 頁など。
- 42) この二つの議論はいくつか共通する点があるものの、治療行為自体に傷害罪の構成要件該当性を認めるか否かという点では異なっており、両者の関係については慎重に検討する必要がある。

- 43) 町野朔『患者の自己決定権と法』（東京大学出版会、1986）。
- 44) 町野・前掲、佐伯仁志「被害者の同意とその周辺」法教 296 号（2005）
91 頁ほか。
- 45) 古川原明子「終末期医療における治療行為論（一）」龍谷法学 36 巻 4 号
（2004）1117 頁。
- 46) その点を詳細に論じているのが辰井・前掲論文であり、本文の以下の検討は、それに対する疑問点をベースにしている。また、同「治療行為の正当化」中谷陽二編集代表『精神科医療と法』（2008）347 頁以下も参照。
- 47) 辰井・前掲「治療行為の正当化」348 頁。
- 48) 平成 21 年法律第 83 号（第 164 国会衆法第 14 号）。
- 49) 井田・前掲「終末期医療と刑法」参照。