

2019 年度東洋大学審査学位論文

治療中止の刑法的評価

——患者の意思と生命保護の関係——

法学研究科公法学専攻博士後期課程

4420140001 西元加那

目次

序章

第1節 問題提起

- (1)背景
- (2)問題の所在

第2節 治療中止の正当化根拠

- (1)患者の自己決定
- (2)客観的要素

第3節 理論的考察

- (1)患者の同意と被害者の同意
- (2)刑法と自己決定

第4節 本稿の目的

第1章 自殺関与と同意殺人

第1節 自殺関与と同意殺人

- (1)自殺関与と同意殺人をめぐる法状況
- (2)自殺の法的性質と自殺関与の処罰根拠
- (3)自殺の法的性質と自殺関与の不処罰根拠
- (4)自殺関与と同意殺人

第2節 行為支配論

- (1)主観説と行為支配
- (2)行為支配と共同正犯

第3節 自殺関与の可罰性に関する考察

- (1)実行の着手時期
- (2)正犯性からみる自殺関与の可罰性
- (3)刑法202条における可罰的自殺関与の意味

第4節 小括

第2章 医師による自殺幫助と治療中止

第1節 自殺幫助の「全面的禁止」

- (1)Glucksberg 判決
- (2)自殺の幫助を禁止するワシントン州法とアメリカ合衆国憲法

- (3)「自殺をする権利」について
- (4)患者の自己決定権と州の利益
- (5)アメリカ合衆国連邦最高裁判所の見解

第2節 「医師による」自殺幫助を受ける権利

- (1)Carter 判決
- (2)生命、自由、身体に関する権利
- (3)基本的正義の原則
- (4)合理的関連性と最小限の損害
- (5)カナダ連邦最高裁判所の見解

第3節 「医師による」自殺幫助の禁止

- (1)ドイツ刑法新217条
- (2)保護法益の問題
- (3)抽象的危険犯
- (4)「業務的」という概念

第4節 小括

第3章 日本の判例にみる治療中止の正当化理論

第1節 治療中止に関する日本の判例

- (1)東海大学病院「安楽死」事件
- (2)川崎協同病院事件

第2節 患者の自己決定権と治療義務の限界の関係

- (1)治療中止の正当化根拠としての自己決定権と治療義務の限界
- (2)患者の自己決定権と治療義務の限界の関係

第3節 安楽死、尊厳死、治療中止の関係

- (1)従来の定義
- (2)治療中止の位置づけ

第4節 小括

第4章 ドイツの立法・判例にみる治

療中止における患者の自己決定

第1節 治療中止に関するドイツの刑事判例

- (1) Kempten 事件
- (2) Putz 事件
- (3) Köln 事件
- (4) 検討

第2節 世話法と同意殺人罪の関係

- (1) 患者の意思に関する規定の適用
- (2) 専断的治療の禁止からのアプローチ
- (3) 検討

第3節 措置形態と主体の問題

- (1) 自殺関与の形態による治療中止
- (2) 行為主体の限定

第4節 小括

第5章 イギリスにおける「患者の最善の利益」論

第1節 Bland 判決

- (1) 事実の概要
- (2) 貴族院の意見

第2節 患者の最善の利益論

- (1) 合法性について事前に判断すること
- (2) 治療中止の法的性質
- (3) 「患者の最善の利益」
- (4) 自己決定権との関係

第3節 小括

第6章 患者の意思と推定的同意

第1節 被害者の同意

- (1) 刑法における「同意」の意義と限界
- (2) 被害者の同意の正当化根拠

第2節 推定的同意

- (1) 推定的同意の正当化根拠
- (2) 推定的同意の有効性

第3節 患者の同意と推定的同意

- (1) 治療行為の適法根拠
- (2) 患者の同意の有効性
- (3) 患者の同意における推定的同意と代諾

第4節 小括

第7章 「死ぬ権利」と治療中止に関する患者の意思

第1節 生命を短縮する治療中止に関する患者の意思

- (1) 治療中止に関する自己決定権の法的根拠
- (2) 治療に関する自己決定が有する正当化効力
- (3) 検討

第2節 自己決定権と刑法

- (1) 自己決定権概念
- (2) 自己決定を独立した利益と捉える見解
- (3) 自己決定を法益処分権と捉える見解

第3節 患者の治療拒絶意思と対立利益

- (1) Nancy B. Cruzan 事件
- (2) 「明白で説得力のある証拠」の要求と修正
14条
- (3) 検討

第4節 専断的治療との関係

- (1) 身体法益と専断的治療行為
- (2) 生命に関わる緊急を要する治療行為

第5節 小括

終章

初出一覧

各章は以下の論文に加筆修正し、再構成したものである。以下で示した箇所以外は書き下ろしである。

第1章第1節 「自殺関与・同意殺人の法的性質について」東洋大学大学院紀要第51集(2015)23頁以下。

第2章第1節第2節 「医師による自殺幫助合法化の理論的根拠に関する一考察——Glucksberg 判決・Carter 判決を素材に——」現代社会研究第15号(2018)149頁以下。

第3章 「終末期医療に関する判例にみる治療中止の正当化理論」東洋大学大学院紀要第52集(2016)13頁以下。

第4章 「治療中止における患者の自己決定——治療中止に関するドイツの立法・判例を手掛かりに——」東洋大学大学院紀要第54集(2018)15頁以下。

第5章第2節 「『患者の最善の利益論』に関する一考察——Anthony Bland 判決の分析を中心に——」現代社会研究第14号(2017)135頁以下。

第6章 「刑法における推定的同意の理論——患者の意思との関係を考察するために——」東洋大学大学院紀要第53集(2017)37頁以下。

第7章 「治療拒否における自己決定権について」東洋大学大学院紀要第55集(2019)1頁以下。

序章

第1節 問題提起

(1)背景

近年、医療技術の発達は目覚ましく、とりわけ人工延命治療は、これまでであれば助からなかった命を救うという恩恵をもたらした。しかしその一方で、本人の意思に反して人工的に生かされているという事態も生じるようになった。従来ならば死亡しているところを、人工呼吸器などの使用により人工的に延命されつつ最期を迎えるということが、今や少なくともというなかで、どう生き、どのように最期を迎えるかについて、自らが決定すべきであるという権利意識が高揚し、とりわけ終末期医療において、患者の自己決定権の尊重が叫ばれるようになってきた。患者の自己決定権の尊重は、医師の独断による前時代的な医療を抑制し、患者主体の医療を実現することに寄与する。

しかし、患者の自己決定権を極端に尊重して、患者が延命治療の中止を望む場合医師は必ずその患者を死なせなくてはならないということになると、いわゆる「死ぬ権利」を安易かつ無制限に認めることになり、「すべりやすい坂」理論にみられるように、「殺人権」のようなものとの区別が困難となるだろう。人の命を助けることを原則として目的とする医師にとって、ヒポクラテスの誓いに反することにもなりかねない。そのため、患者の自己決定権はどこまで尊重されるべきなのか、安楽死や尊厳死、治療中止は、どのような場合に許容されるべきなのかについて、議論がなされるのである。終末期¹におけるこれらの生命短縮の形態について、明確な定義づけを行うことは困難であるが、本稿では、患者(ないしは家族)の望みと生命保護が対立する場合を想定し、検討の焦点を治療中止にあて、どのような解決が可能かについて考察する。

¹ 「終末期」の定義については、たとえば全日本病院協会の「終末期医療に関するガイドライン」(https://www.ajha.or.jp/voice/pdf/161122_1.pdf)によれば、「①複数の医師が客観的な情報を基に、治療により病気の回復が期待できないと判断すること、②患者が意識や判断力を失った場合を除き、患者・家族・医師・看護師等の関係者が納得すること、③患者・家族・医師・看護師等の関係者が死を予測し対応を考えること」という三つの条件を満たす場合を指すとされる。しかし、日本学術会議臨床医学委員会終末期医療分科会の対外報告(<https://www.mhlw.go.jp/shingi/2008/10/dl/s1027-12g.pdf>)が、「終末期を急性型(救急医療等)、亜急性型(がん等)、慢性型(高齢者、植物状態、認知症等)に分けて考える必要があるほど、各々の終末期医療の内容的差異は大きい」と指摘するように、終末期を定義づけることは容易ではない。本稿では、厚生労働省の「終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン」(<https://www.mhlw.go.jp/file/04-Houdouhappyou-10802000-Iseikyoku-Shidouka/0000197701.pdf>)(2015年に従来の「終末期」の表記を「人生の最終段階」に変更)が、終末期には「予後が数日から長くとも2〜3ヶ月と予測が出来る場合、慢性疾患の急性増悪を繰り返し予後不良に陥る場合、脳血管疾患の後遺症や老衰など数ヶ月から数年にかけ死を迎える場合」があるとしていることをうけ、余命の日数等の具体的な数字を定めないものとして理解する。

(2)問題の所在

「患者の意思ないしは自己決定」と「生命保護」とが対立する場合というのは、患者の望みに従って治療を中止することが、結果として患者の生命を短縮することを意味する。日本では、刑法 202 条において、たとえ本人の望みであっても、他人がその生命を終わらせたり、本人が命を終わらせるに際し援助したりすることは違法と定められている。終末期において刑法理論上問題となるのは、199 条殺人罪の場合も考えられるが、本稿の論点が患者の意思と生命保護の対立である以上、あくまで患者の意思が生命短縮ないしは生命法益の放棄を内容とすることを前提とし、202 条の自殺関与・同意殺人の問題となることをふまえ、まず、202 条それ自体の法的性質を整理する。また、日本では、同意殺人と自殺関与は同一の条文で並列的に禁止されているが、これは比較法的に独特な立法状況であるといえる。世界的にみて、同意殺人を禁止する、あるいは殺人に対する同意を無効とする点においてはだまかに一致がみられるが、自殺に関与することについては、評価が分かれている。ドイツでは原則として自殺関与一般を処罰対象としておらず、カナダでは自殺関与処罰規定は違憲であるという判決が出され、アメリカでは州によって自殺関与に関する制度が異なる。したがって、比較法的・政策的にみて重要なのは自殺関与罪に関する検討であると考えられる。自殺そのものの法的性質、自殺関与の処罰根拠・不処罰根拠について議論状況を確認し、そのうえで、自殺関与と同意殺人を区別する理論である行為支配論を概観する。日本において治療中止の許容性について議論する際、患者の意思に従った治療中止が死を惹起するならば、患者の囑託を受けた殺人と見るにせよ、患者の自殺への幫助と見るにせよ、202 条との抵触が避けられない。202 条の構成要件に該当したうえで治療中止を正当化するという従来の解釈によるのではなく、行為支配の考えを援用することで、日本の自殺関与罪の適用を制限し、一部の自殺関与を不可罰としうる可能性について、試験的に検討する(第 1 章)。

次に、自殺関与罪の可罰性についての検討をうけ、自殺に関与することについて諸外国ではどのような評価がなされているのか、判例や立法を確認する。同意殺人や囑託殺人についてはほとんどの国や地域で可罰的とされているが、自殺関与については評価が分かれており、とくに、アメリカとカナダでは、自殺関与や幫助を禁止するという規定が憲法に反するかどうかについて訴訟が提起され、異なる結論が導き出された。また、ドイツでは、自殺に関与すること一般を処罰する法はないにもかかわらず、「自殺を業務的に促進すること(医師による場合を含むと解される)」が処罰対象とされた。自殺幫助を受ける権利について、「医師に限らず全面的に否定する」、「医師による場合に限って可とする」、「医師による場合を不可とする」という形態があるということになり、これらは比較して検討される。医師による自殺関与は、Physician-Assisted Suicide(PAS)と呼ばれ、活発な議論がなされているが、その形態には、医師に致死的な薬物の処方はもちろん、理論的には治療中止と評価される場合も含まれる。治療の中止が結果として生命の短縮を意味しており、患者がそのことを理解したうえで中止を望むならば、自己の生命短縮(自殺)に際し医師の援助を求めることと評価されうるのである。自殺幫助を一律に禁止することの正当性は、生命保護の観点から根拠づけ

ることができるだろう。しかし、禁止規定があるために、たとえば回復可能性がなく病状が悪化の一途をたどるような病の病人が自ら生命を放棄するためには、他人(医師)の助けを受けずに自力で自殺できるうちに自殺しなくてはならないというような事態に追い込まれてしまうとすると、本来法が目的とするはずの生命保護と、逆の結果を生じさせる可能性もある。自殺関与をどのように評価するかは、自殺そのものの法的性質をどのように捉えるかと深く関わる問題であるが、生命権や自己決定権の尊重との衡量の下、検討されなくてはならない(第2章)。

第2節 治療中止の正当化根拠

それでは、治療中止は原則として禁止される生命短縮という効果を有するにもかかわらず、許容されうる治療中止があるとされる根拠は何だろうか。

日本で実際に起訴され議論された治療中止に関する事件には、東海大学病院事件と川崎協同病院事件がある²。前者は、塩化カリウムを注射した行為のみが起訴された事件であり、厳密には治療中止の事案ではないが、いわゆる傍論として、治療中止について検討され、判断が下されている。日本の裁判所は、両判決で共通して、許容されうる治療中止というものが存在することを認め、その正当化根拠として「患者の自己決定権」と「治療義務の限界」をあげている。患者の自己決定という患者の主観的意思と、治療義務の限界という客観的な医学的基準が、問題となるのである(第3章)。これは日本に限られた議論ではなく、「患者の自己決定権」ないしは「治療義務の限界」を根拠に、治療中止に関する問題解決を図る判例や立法は、様々な国に存在する。

(1)患者の自己決定

まず、「患者の自己決定権」を根拠に治療中止を正当化しようとするものとして、ドイツの世話法がある。「世話法(Betreuungsgesetz)」とは、「患者の意思」や「推定的意思」を出発点として、「患者の事前指示」に法的効力を認めることによって治療中止を許容しようとする趣旨の民法上の制度である。ドイツでは、安楽死(Euthanasie)という言葉をあえて避け、臨死介助(Sterbehilfe)という表現を用いるが、その臨死介助が法的に問題となる際、それが刑事裁判で扱われる場合であっても、民事上の世話法という制度を用いて解決を試みている。世話法では、治療中止の正当化を判断する際、病気の種類や段階は重要ではないと規定されている。治療中止の解決モデルとして、「治療義務の限界」等の客観的基準を要求せず、患者の意思のみに重点をおいたモデルであると評価できる。

治療中止につき、ドイツにおける世話法に依拠して解決するには、本人の意思に関して、それが事前指示書に書かれていること、その他何らかの方法で表現されていることが前提

² なお、「安楽死」に関する日本の判例は、違法性阻却事由としての安楽死の要件を論じた昭和37年の名古屋高裁判決を筆頭に、鹿児島地判昭和50年10月1日判時808号112頁、神戸地判昭和50年10月29日判時808号113頁、大阪地判昭和52年11月30日判タ357号210頁、高知地判平成2年9月17日判時1263号160頁等があるが、本稿では治療中止に関する検討を対象とする。

とされているが、このような文書あるいは表明が存在しないという場合には、患者の推定的意思が解明されなくてはならない。しかし、患者の同意に基づいて治療を中止し、その生命を短縮することは、ドイツ刑法 216 条(要求に基づく殺人)の構成要件に該当する行為である。そのため、民事上の制度である世話法を用いて刑事事件を解決する際にも、刑法上の不処罰根拠についての理論的説明は求められる。また、ドイツでは、2015 年に自殺を業務的に促進することを禁止する規定(刑法新 217 条)が追加され、可罰的な嘱託殺人と不可罰的な自殺関与の区別に加えて、可罰的な一部の自殺関与と不処罰である自殺関与一般の関係も、限界づけなくてはならなくなった。両者の処罰が同一条文で規定されているわが国でも、可罰的自殺関与と許容されうる治療中止の区別は重要な問題である。ドイツの世話法を検討することで、その両者の関係を意識した検討を行うことができると考える(第 4 章)。

(2)客観的要素

次に、患者の自己決定に依拠して治療中止を許容する制度である世話法に対して、治療中止の正当化根拠を客観的な側面から論じる理論として、「患者の最善の利益」論を挙げることができる。「患者の最善の利益」論は、イギリスの判例で取上げられたものであり、これは、日本の裁判所が採った「治療義務の限界」の考え方と通底するところがある。イギリスの裁判所は、治療中止を不作為と評価したうえで、その正当化要件につき「患者の最善の利益」論を持ち出す。これは、患者が意思を表明することができず、医学的判断によると回復の望みがないとされ、その生命が(患者の同意のない)侵襲的ケアによって維持されうるにすぎない場合は、医師は生命維持治療を継続する義務を負わないという結論を導き出すものである。患者の意思が不明で、患者の意識回復も望めないという場合に適用される理論であると断言されていることから、「患者の自己決定」によらない解決モデルであるといえることができる。加えて、最善の利益論の実質は、医的状況や水準による判断であり、その意味でも治療義務の限界に近いものと評価できる。イギリスの裁判所は、「患者の自己決定権」と「最善の利益」論の関係についても検討するが、そこで、自己決定理論に基づきリビング・ウィル等に安易に依拠することは、魅力的である一方明白な危険をはらむものであると指摘する。この指摘は、治療中止について患者の意思と生命保護の関係を考察する際、患者の自己決定を重視するあまり生命を軽視することになってはならないという意味で、一考すべきものであろう(第 5 章)。

第 3 節 理論的考察

(1)患者の同意と被害者の同意

本稿は、患者の意思と生命保護の対立について、治療中止に焦点を当てて検討するものであるが、患者の意思というのは、刑法理論上は同異論の枠で考察されるものである。患者の同意(または患者の意思)について検討するためには、刑法一般にいう被害者の同意との相異に関する検討を行わなくてはならない。医療行為を行うためには、原則として患者の同意が必要とされ、インフォームド・コンセントが前提となるのが通常であるが、患者の中には、

インフォームド・コンセントが不可能である者も多くいる。インフォームド・コンセントを欠くということで患者に必要な医療が差し控えられるということはあってはならないが、患者の意思に反した措置も回避されなければならない、患者の自己決定を尊重しつつ、適切な医療を選択するという理論構成が求められる。

患者の同意は、被害者の同意の単なる応用問題——法益侵害ないし要保護性の欠如の一場面にすぎない——ととらえられるべきではない。本稿では、治療中止を論じる際に患者の意思と生命保護の対立に主眼をおき、検討対象を 202 条と設定するが、202 条でいうところの「同意」について、実際、治療を中止する段階で明示的に意思表示がされるかという点、推定的同意による場合が圧倒的に多い。末期状態の患者は、意思決定ができなかったり、あるいはその意思の表明ができなかったりする事態が多いのである。そのような場合に問題となる「推定的同意」の取り扱いについて、とくに「被害者の推定的同意一般」と「患者の推定的同意」について、その関係を考察しなくてはならない(第 6 章)。

(2)刑法と自己決定

ここまで、治療を中止するという患者の意思が生命短縮という結果を伴うにもかかわらず治療中止が正当化されるのなら、その正当化は、どのような根拠によって、また、どの程度まで認められるのかについて検討してきた。本稿では、正当化根拠は、原則として「患者の自己決定権」に求められるべきであると考え、この「患者の自己決定(権)」を刑法上の問題として扱う場合、それはどのように把握されるべきだろうか。治療に関する自己決定は、「患者の自律」を基礎として導かれる。治療に関する自己決定の本質が、治療に同意するかどうかにあるという点に争いはないと思われるが、本稿では、「同意・不同意」を「拒否」と区別する見解に焦点を当て、患者の自己決定が有する法的効果について考察を行う。そのうえで、当該治療が身体に関わるにすぎない場合と生命に関わる場合を区別し、患者の「拒絶意思」と治療中止の正当化の関係について検討する。これは、患者の自己決定を認めることは、いわゆる「死ぬ権利」を認めることとなるのかについて考察するということになるが、その際、専断的治療についても若干の考察を加えることで、治療を「中止する」という意思について、治療を「拒絶する」意思と比較し、検討を行う(第 7 章)。

第 4 節 本稿の目的

本稿は、以上の検討をもって、治療中止を刑法的に許容する理論構成を試みるものである。患者の意思が確認、もしくは少なくとも推定できる場合と、患者の意思が完全に不明で、推定すらできないという場合があり、患者の自己決定を基盤に正当化されうる治療中止は、原則的には前者の問題であるとする。後者の問題は——PVS 患者や、生まれつき重度の精神障害である者の末期等が想定されるが——、自己決定とは異なる正当化根拠を要するものである。すなわち、患者の自己決定権を根拠に正当化を論じる場合と、医的水準が示す治療の限界や医師患者関係から導かれる義務の限界などの「客観的な限界」によって対処すべき場合で分けて考察する必要がある。そのうえで、患者の自己決定の内容を、治療への「同意・不

同意」と「拒否」でボーダーを設け、治療中止の正当化について検討する。なお、治療中止が許容されることは、治療中止が義務づけられることとは別である。本稿の目指す結論は、患者の意思に従い治療を実施せず、生命を延長しない場合が正当化されうる一方で、患者の意思に反して医師が治療を行い、その生命を保護する場合も正当化の余地があるとするものである。

第1章 自殺関与と同意殺人

個人の生命はかけがえのないものであり、刑法は生命保護を大原則としている。しかし、法が生命を保護しようとするとき、それと衝突する利益が存在することもあり、その調整ないし均衡が求められる場合も考えられる。生命を保護法益とする殺人罪は、故意に人の生命を短縮する犯罪である。しかし、殺人の行為態様は様々であり、伝統的に西欧諸国の刑法は、死刑を含む¹重い刑罰の対象とする比較的重大な殺人を謀殺(murder)として、比較的軽く処罰されるそれ以外の殺人を故殺(manslaughter)として扱ってきた。日本の旧刑法も、フランス刑法を手本として、複数の殺人罪の類型を規定していた²。しかし、現行刑法は、そのような区別を廃止し、殺人罪を 199 条で一つにまとめ、それぞれの殺人行為の情状に合わせた量刑が可能となるように、「死刑又は無期若しくは三年以上の懲役(2004 年に法定刑の下限を五年に改正)」という幅広い法定刑を規定した。そして、その加重類型として 200 条の尊属殺人罪³、減軽類型として 202 条の自殺関与罪・同意殺人罪をそれぞれ規定した。202 条の法定刑の上限は七年であり、これは 204 条傷害罪の上限十年を下回るものとなっている。本章では、この 202 条はいったいどのような性格をもつものなのかについて、追究を試みる。

第1節 自殺関与と同意殺人

(1) 自殺関与と同意殺人をめぐる法状況

現在、刑法上自殺それ自体を処罰する規定はない。しかし、刑法 202 条は、前段でそれに関与する行為について自殺関与罪、後段で嘱託・承諾殺人について同意殺人罪を規定し⁴、次条 203 条で、殺人罪も含め、その未遂について定めている。

立法史的側面を確認しておく、明治時代初期に西欧法文化を受け入れるまで、わが国が死ぬことに対する自由を禁ずることはなかった。わが国における本格的な自殺関与行為に

¹ 謀殺と故殺の区別についてコモン・ロー上の定義とともに検討するものとして、ヨシュア・ドレスラー(星周一郎訳)『アメリカ刑法』雄松堂出版(2008)746 頁以下を参照。また、死刑実施の現状については、Amnesty International による「死刑存置国・廃止国一覧」(https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/committee/list/shikeimondai/data/q07_1.pdf)を参照。

² 日本の旧刑法は、謀殺(292 条)、毒殺(293 条)、故殺(294 条)、惨刻殺(295 条)、便利殺(296 条)、誘導殺(297 条)、尊属殺(362 条)等を規定していた。

³ 200 条は憲法違反で無効とされ、1995 年の口語化に伴い、尊属傷害致死等の規定とともに削除された(最大判昭 48 年 4 月 4 日刑集 27 卷 3 号 265 頁)。

⁴ 本条には、自殺教唆罪・自殺幫助罪・嘱託殺人罪・承諾殺人罪の 4 種類の犯罪が並列して規定されている。前二者が、自殺者本人の自殺行為に対する「従たる行為」「間接的行為」であるのに対して、後二者は、生命を奪う「主たる行為」「直接的行為」であって、行為の性質が異なる(改正刑法草案 256 条)。前二者を狭義の「自殺関与罪」、後二者を「同意殺人罪」と称して扱うことが多い。

対する最初の処罰の規定は、旧刑法の「自殺ニ関スル罪」⁵であるとされる。「自殺ニ関スル罪」は、未遂処罰規定および刑罰の変遷を除けば、当初は基本的にそのまま維持されていたが、明治 28 年(1895 年)刑法草案において、自殺補助罪の規定が削除されるとともに自己図利自殺教唆罪と普通自殺教唆罪が統合されるという、大幅な修正が加えられた。その後、承諾殺人が殺人罪に当たるのではないかという疑義を解消するために、明治 34 年(1901 年)刑法改正案にて承諾殺人の減輕処罰規定を明文化し、以後、しばらくそのままの規定が維持された。しかし、明治 39 年(1906 年)刑法改正案の際に未遂処罰規定が復活し、さらに、明治 40 年(1907 年)刑法改正案(法律取調委員会総会第 25 回)の際には自殺幫助の規定が復活し、そのまま現行刑法 202 条、203 条へと結実した⁶。

同意殺人罪が、同意のない通常の殺人罪の減輕類型であることは明白だが、自殺関与罪については、殺人罪との関係は必ずしも明らかではない。202 条には、「教唆・幫助」という共犯例の用語が用いられている。「自殺」は不処罰であり、そのような不処罰の行為に対し共犯を規定するというのは異例である。教唆と幫助が、同一の刑で処罰されている点でも、通常の共犯類型とは異なる。しかし、自殺という行為には、原則として自殺者の自由な意思と行為が存在していると解される以上、その共犯性を全面的に否定して、自殺関与を特別な独立した「正犯」として解することも容易ではなく、どのような根拠により同意殺人と同一条文にて同列におかれているのか、その説明は困難であるといえる。自殺関与罪については、立法論的にも解釈論的にも問題が多くあることが自覚され、様々な議論がなされている。

また、わが国の犯罪論体系は、ドイツ法から大きな影響を受けているが、ドイツの刑法は、自殺に関与することは原則的に処罰せず、ドイツ刑法 216 条にて「要求による殺人(Tötung auf Verlangen)」を罪として定めている⁷。日本とドイツの刑法は自殺を不処罰とする点で共通しているが、一方で、日本の刑法 202 条は、不処罰な自殺に関与することを同意殺人と並列的に規定して処罰対象としており、他方で、ドイツ刑法 216 条は、同意殺人(要求による殺人)のみを可罰的として自殺に関与することを不処罰とする。以下では、わが国の刑法 202 条とドイツ刑法 216 条に関して検討を加えることにより、「自殺関与・同意殺人」というテーマについて考察を行う。

(2) 自殺の法的性質と自殺関与の処罰根拠

まず、わが国での自殺関与・同意殺人規定である 202 条について検討するため、自殺や

⁵ 旧刑法は、「自殺ニ関スル罪」として以下のように規定していた。

「三百二十條 人ヲ教唆シテ自殺セシメ又ハ囑託ヲ受ケテ自殺人ノ為ニ手ヲ下シタル者ハ六月以上三年以下ノ輕禁錮ニ處シ十円以上五十円以下の罰金ヲ附加ス其他自殺ノ補助ヲ為シタル者ハ一等ヲ減ス」、「三百二十一條 自己ノ利ヲ図リ人ヲ教唆シテ自殺セシメタル者ハ重懲役ニ處ス」。

⁶ 福山好典「自殺関与罪・同意殺人罪の成立過程」早稲田法学会誌 63 卷 2 号(2013)245 頁以下。また、この他の自殺関与罪の立法史に関する詳細な論文として、同「旧刑法における『自殺ニ関スル罪』の制定過程」早稲田大学大学院法研論集 138 号(2011)149 頁以下。

⁷ もっとも、ドイツでは、2015 年に刑法 217 条が新設され、一部の自殺関与が限定的に処罰対象となった。これについては、次章で詳述する。

自殺関与に関する日本の議論状況を確認する。

自殺⁸とは、わが国の標準的な辞書によると「自ら自分の生命を絶つこと」(広辞苑第七版)とされているが、これでは、武士の切腹やいわゆる神風特攻隊など、範囲が広がりすぎるので、本稿では「自らの自由意思によって」自分の生命を終わらせることに限定しておく。現代では、多くの自殺は、道徳的には許されない行為であるというべきであろう。すなわち、問題が残されているのはその法的評価である。自殺自体が不処罰である根拠として、自殺を可罰的であるとしてしまうと「自殺未遂者や中止者が罰せられてしまう」、つまり「自殺の実行に着手した者は死ぬか刑を受けるか」という状況に追い込まれてしまうことを防ぐという政策的な理由が存在することはたしかである⁹。しかし、今日では、それに加えて、違法性あるいは有責性の欠如といった実質的理由からも、自殺の不処罰を根拠づけようとするのが一般的である。自殺の法的性質をどう捉えるかによって、自殺を不処罰とする根拠も異なることになるが、自殺の法的性質は、自殺関与をどう評価するかということにも関わる。わが国では、自殺に関与することは処罰対象とされているので、自殺の法的性質に関する評価は、自殺関与を処罰する根拠についての解釈を左右することになる。以下では、自殺そのものの法的性質に従って学説を分類し、それぞれの立場から自殺関与の処罰根拠に関する検討を行う。

①適法説

まず、自殺を適法な行為とし、個人にその生命に対する処分権を全面的に認めるという自殺適法説が考えられる。これは、現行法の解釈論としては、自殺関与罪との整合性という点が問題となる。すなわち、自殺が適法であるにもかかわらず、それに関与する行為(教唆・幫助)は違法として定められている根拠が問われなくてはならない。

このような、一見すると矛盾する点についての解決策として、まず、自殺自体が適法である一方で、自殺関与罪は、これとは独立した一種の正犯規定であると解する見解がある。

たとえば香川達夫は、自殺は、意識的になされる自己の生命の断絶であり自己法益の自己処分であるから罪とはならないが、自殺不処罰の根拠を自己法益の自己処分に求めるなら、専属的法益である自己法益の自己処分は構成要件該当性を欠くとしなければならないという。そして、彼は、199条にいう「人」とは他人を意味し自己を含まないとするなら、やはり自殺は構成要件を欠くと結論づける。構成要件に該当しない自殺に関与することが可罰的とされる理由については、自己法益の自己処分の範囲を超えた他人による関与・処分は基

⁸ 自殺という行為は、ラテン語の *sui*(己、そのもの)と *cide*(切れ、殺す)の複合語に発祥している。フランス語、英語では *suicide*、イタリア語とスペイン語では *suicidio*、ドイツ語では *Selbstmord* となり、すべて一様に「自己殺害」という宗教的、道徳的、評価的な意味をもつ。対して日本語では、自決、自害、殉死、情死、厭世自殺、切腹、入水、心中など、非常に語彙が豊富で原則的に「描写的」表現が多い点が特徴といえる。布施豊正『自殺入門―クロス・カルチュラル的考察』誠信書房(1990)2頁参照。

⁹ 滝川幸辰『刑法各論』世界思想社(1951)30頁。なお、滝川は、自殺者を非難することは、自殺者が自殺に失敗したことを前提とするとしたうえで、自殺そのものは違法であり、自殺者は責任阻却によって罰せられないとする立場をとる。

本的に殺人罪であるから、自殺関与罪はその減軽類型であるとする。自殺関与罪の処罰根拠を、共犯の従属性論的な考えに求めること自体が適切でないという¹⁰。

また、谷直之は次のように述べる。法秩序が自殺を違法として評価するとすれば、それは自殺が法の見地から許されないものであるということになり、法益主体本人も自己の生命という法益を侵害してはならないということになる。それは、国家が個人に対して「生命の継続義務」を課すことを認めることとなってしまうので、法が自殺を違法としてこれを禁止することは適切ではない。しかし、個人の尊厳の根幹をなす生命という最も大切な法益の処分であるため、同意による正当化は認められないのである、と¹¹。そのうえで、谷直之は、自殺は、その違法性が欠落し不可罰となることを前提に、制限従属性説に従って自殺関与罪の処罰根拠について考察をする。すなわち、共犯は構成要件に該当し、かつ違法な正犯の行為を前提としており、自殺はこの両者を欠く行為だから、自殺関与罪は共犯としてはとらえられないということになるのである。さらに、この結論は、自殺関与罪が共犯であるならば、正犯行為である自殺(すなわち共犯者からみると同意殺人)が先に規定されるべきであるが、202条の規定はこれに反しているため、解釈論としても妥当であるとする¹²。

また、自殺適法説には、自殺を適法とすることと自殺関与を処罰することの整合性のほかにも、自殺阻止行為の違法性という問題点がある。たとえば、自殺を適法行為と解するのならば、自殺を制止する行為が223条の強要罪等に当たるのではないかということになるが、実際にはそのような行為は正当とされているという批判が考えられる¹³。

これに対して自殺適法説としては、自殺阻止行為を正当な行為だとみること自体が誤りであると反論するのが最も論理的であるようだが、曾根威彦は、その主張は無理があるとして次のように述べる。自殺阻止行為に対して強要罪・暴行罪の成立を認めること、あるいは少なくとも自殺阻止行為を違法と解することは、強要罪・逮捕罪ならば被害者(自殺者)の意思ないし移動の自由、暴行罪ならば身体の安全といった保護法益とその侵害(危険)が予定されているということになるが、自殺適法説において生命が保護の対象とされていないにもかかわらず、生命の存在を前提として初めて成り立ちうる意思・移動の自由、身体の安全等を保護法益と解することは背理であるという¹⁴。

しかし、自殺と自殺阻止行為の関係については、緊急避難論の法理を用いた検討の余地があるだろう。他人(自殺者)の生命に対する危難を避けるために、それよりも程度の低い法益(自殺者の身体または自由)を犠牲にすることは、37条によって不処罰とされる可能性があ

¹⁰ 香川達夫『刑法講義各論(第三版)』成文堂(1996)370頁。

¹¹ 谷直之「自殺関与罪に関する一考察」同志社法学 44 巻 6 号(1994)182 頁。

¹² 谷・前掲注(11)192 頁。

¹³ たとえば、生田勝義『行為原理と刑事違法論』信山社(1993)200 頁以下、塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』法律文化社(2004)227 頁以下。

¹⁴ 曾根威彦「自己決定の自由と自殺関与罪」『佐々木史朗先生喜寿祝賀・刑事法の理論と実践』第一法規(2002)266 頁以下。本論文は、同『刑事違法論の展開』成文堂(2013)に所収。

るはずである。ただし、本人(自殺者)が放棄した法益(生命)が、保護に値する法益と評価されるかどうかという、また別の問題は生じる¹⁵。

また、自殺意思による二分説として、秋葉悦子は、自殺の違法性を否定する立場に立ったうえで自殺関与の可罰性を以下のように根拠づけた。202条は、本人が自己の生命を放棄する意思を有している場合でも、その自己決定の多くは不自由なものであるから、これが覆されない以上、原則として生命保護を優先させるべきことを定めた規定であるという。ほとんどの自殺は、極めて慎重かつ十分な熟慮に基づいた分別ある自由な自己決定ではないとしたうえで、尊重されるべき自殺意思、すなわち、病的原因によらない、あるいは軽率に下された不自由な死の決意ではない、真意による自殺意思に基づいたものであるときは、このような生命を侵害する行為の違法性は阻却されるというのである。つまり、不自由な自殺意思に基づく自殺それ自体もまた原理的には違法であるということになるが、自殺者本人については刑罰の効果は期待し得ないため謙抑的に法の介入が差控えられているにすぎず、そのため202条は、他害行為を罰する199条とは罪質の異なる、それ自体が違法である自殺の周辺行為だけを処罰しようとする独立罪的な規定であると理解し、これをもって教唆や幫助をも処罰の対象とする根拠としている¹⁶。言い換えると、自殺関与罪の成立範囲を、自殺意思が不自由なものである場合に限定するという見解である¹⁷。

これには、自殺が不自由な精神によるというのは中世における自殺不名誉死を回避する手段ないし便法だったことから、このような言説を過度に重視するべきではないという指摘¹⁸や、完全に自由な場合とそうでない場合を区別する基準を提示できない限り嫌疑刑であ

¹⁵ 緊急避難を違法阻却事由であると解し、本人の意思に反するかどうかを問うべきではないとする見解として、大塚仁『刑法概説総論(第四版)』有斐閣(2008)404頁、香川達夫『刑法講義総論(第三版)』成文堂(1995)189頁、大谷實『刑法講義総論(新版第五版)』成文堂(2019)300頁、野村稔『刑法総論(補訂版)』成文堂(1998)245頁、津田重憲『緊急救助の研究』成文堂(1994)163頁等。これに対して、個人保全という観点から、本人が法益保護を放棄している場合にまで緊急避難を認める必要はないとする見解として、山中敬一『刑法総論(第三版)』成文堂(2015)561頁、山口厚『刑法総論(第三版)』有斐閣(2016)140頁等。また、第三者の法益を保全するために行う緊急避難について、同一法益主体の内部における利益対立や生命救助のための緊急避難等の場合分けし、詳細に検討を行ったものとして、武藤眞朗「正当防衛・緊急避難における被救助者の意思」『佐々木史朗先生喜寿祝賀・刑事法の理論と実践』第一法規(2002)85頁以下。

¹⁶ 秋葉悦子「自殺関与罪に関する考察」上智法学 32 巻 2・3 合併号(1991)187 頁以下。

¹⁷ ただし、秋葉悦子は「同意殺人—自己決定権の限界—」法学教室 232 号(2000)3 頁にて、自説を以下のように修正している。「筆者はかつて自己決定権を尊重する立場に立ちつつ、ほとんどの自殺意思は不自由であるという自殺研究(病理学)の知見を論拠に、202 条を最初から不自由な自殺意思を前提とした規定と解することで、その処罰根拠を説明しようと試みた」が、「202 条の処罰はむしろ自己決定権の内在的限界によって根拠づけられるべきであるように思われる。これを『共同体への義務に結びついた自由』の概念に則して、自殺意思は自由でない」と表現することもできよう。

¹⁸ 谷・前掲注(11)193 頁。

るといった批判¹⁹が寄せられている。

②可罰的違法性阻却説

つぎに、自殺それ自体は法一般からみて好ましくない行為であるが、立法政策的理由から刑罰に値する違法性はないとする立場がある。この立場によれば、法一般的意味では不正である以上、自殺阻止行為は正当防衛として正当化される余地もあるということになる。

大塚仁は、自殺は自損行為の極端な場合として可罰的違法性を有しないものであるという立場にたつ。彼は、生存の希望を失った者がその生命を断つという行為には、行為者に対する非難を躊躇させるだけでなく、刑法秩序の範囲内においても不問に付してよいとするのが刑法の趣意であると解する。自殺関与行為を不可罰としない根拠については、それらは他人の生命を否定する行為であって、本人自身の自殺とはあきらかに質を異にするためであるとする。彼は、自殺の教唆・幫助は独立罪であるとし、同意殺人に関しても、被殺者自身の生命に対する法益の放棄を前提としてなされるのであるから自殺に準じて考えられるべきものであるという。それゆえにその違法性は通常の殺人罪に比して軽く、また行為者の責任も減輕されうるとする²⁰。

この立場に対しては、たとえば、正犯行為自体が、可罰的違法性がないまでに違法性が減少しているならば、教唆・幫助行為は一般に正犯行為に比べれば違法性が低いと考えることができる以上、その両者が相まって共犯は不可罰になるまで違法性が減少するとも考えられるから、そうだとすると、自殺幫助・教唆が可罰的であるためには、やはり自殺が可罰的違法性のある行為と考えざるを得ないという批判がある²¹。

曾根威彦は、他の権利・自由に優位する地位にある「生命の尊重」の要請が「自己決定権（自己決定の自由）」の価値に優位するため自殺は違法という評価を受けるとする。そのうえで、自殺者が実現した自己決定の価値と失われた生命の価値の差は僅少であるから、自殺行為の違法性の程度は不可罰的程度にとどまるが、関与者の受け取る（自殺者の）自己決定の価値と失われる生命の価値の差は必ずしも軽微とはいえないため、自殺関与行為の違法性は可罰的なまでに至るという²²。

また、若尾岳志による次のような見解もある。すなわち、自殺が不処罰とされる理由を可罰的違法性が欠けるからと考えるが、その根拠を、以下のように説くものである。パターンリズムの本質は「本人の保護のため」に行われるものであり、刑罰の目的を(相対的)応報刑あるいは(積極的)一般予防のいずれと捉えるにせよ、刑罰は制裁であり、「本人の保護のため」にその本人に制裁を加えるということは説明できることではない。これに対して、本人の保護のためにそれに関与する他者に制裁を与えること自体は矛盾の生じることではない。それゆえ、自殺や自殺関与について、パターンリズムに基づく介入としての要保護性が生命

¹⁹ 谷・前掲注(11)173頁。

²⁰ 大塚仁『刑法概説各論(第三版増補版)』有斐閣(2005)18頁。

²¹ 塩谷・前掲注(13)105頁。

²² 曾根・前掲注(14)279頁。

法益に付与されるために、それらは違法と評価できる。そのうえで、自殺においては、刑罰を科すための可罰的違法性を欠くが、自殺関与においては、パターンリズムに基づく介入によって可罰的違法とされるとする²³。

さらに、山中敬一は、自殺行為が可罰的類型性を欠き、構成要件化できない理由を、以下のように述べる。法秩序は、自殺を権利として承認しているわけではなく、しかし、(放任行為というカテゴリーがありうるかどうかは別として)各人の恣意に委ねているわけでもない。むしろ、自殺は法秩序によって否定的に評価されており、自己決定の自由な行使よりも生命の維持に対する社会的合意が重要視され、また、自らの生命の否定よりも肯定に価値が置かれているのであり、それを促進するというその基本的態度からこれを違法とみなしているというべきであるという。極論すれば、自殺を違法とするのは法秩序の生命に対する価値体系を支えるためのフィクションであり、つまり、自殺は全法秩序からみて違法と評価されるべき行為であるが、犯罪とするべき適格性をもつ行為とはいえないのであるとする。すなわち、山中敬一の見解に従うと、自殺関与罪の保護法益は自殺者の生命であり、それは自殺者の意に反してでも保護されることになるが、自殺者自身の攻撃からは保護されていないということになる。自殺そのものは何ら犯罪ではなく、ゆえにその構成要件も存在しないが、自殺関与罪は、「他人の生命の否定」という関与者の違法性により根拠づけられる、とまとめられる見解である²⁴。

③違法説

一方、自殺は可罰的に違法であるといえる行為であるが、責任が阻却されるために可罰性を欠くという自殺違法説(責任阻却説)も、有力に主張されている。

塩谷毅は、自殺の責任阻却の根拠を、期待可能性の欠如に求めるべきであるとする(自殺期待不可能説)。彼は、自殺は可罰的違法性のある行為であるが、自殺者にとってぎりぎりの選択でなされるものである以上、期待可能性がなく典型的に責任が欠けるため不可罰となると解するべきであるという。自殺関与罪の可罰性については、構成要件該当性なき(可罰的)違法な正犯行為への共犯も可罰的であるとする単純違法従属性説から根拠づけられるとしている²⁵。

生田勝義は、自殺者の多くがうつ病患者であるといわれることなどから、自殺というものが、人にとっていかに異常な事態であるかを説く。自殺を容易に精神病のせいにすることは慎むべきことであるとしつつも、一般的に自殺者はそれ以外に逃れようのない精神状態に追い込まれていることは確かであるから、(精神病による極端な場合を含み)自殺には一般的に適法行為への期待可能性がなく、非難可能性がないということから、現行刑法は、自殺をそもそも犯罪類型として規定しなかったと解し、この考え方を自殺についての典型的非

²³ 若尾岳志「自殺と自殺関与の違法性」早稲田大学大学院法研論集 107 号(2003)361 頁。

²⁴ 山中敬一『刑法各論(第三版)』成文堂(2015)26 頁以下。

²⁵ 塩谷・前掲注(13) 106 頁。

有責性説と呼ぶとしている²⁶。

④放任行為説

また、自殺は違法でも適法でもなく、法的に放任された行為であるとする立場もある。

たとえば、かつて大谷實は、生存の希望を失った人が自らの手で生命を放棄することに法が介入するのは、人格の尊厳に対する侵害であり、自殺によってもたらされる社会や家族に対する有害な事態は、この人格の尊厳を保障するために刑法上放任されているという見解を示していた²⁷。

上田健二は、自殺関与罪が現行憲法下において民主主義・個人主義の理念と調和しないままに生きのびたのは奇異としかいいようがないとし、自殺は、社会がその前では沈黙しなければならない一つの自由の行為であり、したがってそこに被害は全く存在していないと主張する²⁸。

平野龍一は、自殺は法的に放任された行為であり、違法な行為ではないというべきであるとする。ただ生命は、本人だけが左右しうるものであるから、この場合の教唆・幫助は正犯に従属する総則の教唆・幫助とは違ったものであり、独立の行為形態であるとする²⁹。

あるいは、金澤文雄は、自殺は、法が違法か適法かの法的評価を行うことを差控えて、各人の良心にゆだねる「法的に空虚な領域(法的空白領域)」に属する行為であると述べる。この「法的に空虚な領域」という考え方に対しては、自殺についてのみならず、緊急避難や人工妊娠中絶等を例に挙げた批判も強力に主張される³⁰。この批判に対しては、誤解を避けるために少し修正した「法的評価空白領域」または「禁止されてもいないし許されてもいない」という用語を提案した Kaufman の論拠³¹を用いて対処している。さらには、従来、二つに分けられてきた法的評価空白領域の理論を四つに分類し³²、自殺はこのうちの「法価値観的重

²⁶ 生田・前掲注(13)203 頁。

²⁷ 大谷實『刑法各論の重要問題(新版)』立花書房(1990)19 頁以下。ただし、大谷實『刑法各論(第五版)』成文堂(2018)14 頁以下では、以下のように述べ、自身の立場を可罰的違法阻却説であるとしている。人の生命は個人的法益であるが、社会・国家の存立の基礎となる法益として最高の価値を有するものであるから、法益の主体といえども生命を勝手に処分することは法律上許されない。しかし、生存の希望を失った者が自ら命を絶つことに国家が刑罰をもって干渉することは「個人の尊重」を侵害することとなるので、現行刑法は個人の幸福追求権(憲法 13 条)を保障するために、生命についての自己決定を認めて自殺を処罰しないのである。

²⁸ 上田健二「自殺——違法か、適法か、それとも何か——自殺関与・同意殺人罪の処罰根拠と『法的に自由な領域』の理論——」『宮沢浩一先生古希祝賀論文集(第二巻)・刑法理論の現代的展開』成文堂(2000)223 頁以下。

²⁹ 平野龍一『刑法概説』東京大学出版会(1977)158 頁。

³⁰ 山中敬一「法的に自由な領域の理論再批判——金澤論文を読んで——」『法の理論 3』成文堂(1983)173 頁以下。

³¹ Arthur Kaufman, Die Lehre vom „rechtsfreien Raum“, in: ders., Rechtsphilosophie, 2.Aufl., München [1997], S.226ff.

³² 法的に重要性がないために空白な領域、法的に重要性があり規制もあるがその枠内で評価を差し控える領域、の二つであった法的評価空白領域の理論について、(i)法的重要性

要性はあるが実定法的規範を欠くために空白な領域」に含まれるという。彼によると、自殺は、法的には「禁止されてもいないし、許されてもいない行為」であるが、道徳的には悪であり、法的にも望ましくないことであるから、自殺防止のために努力することは、法と道徳にとって有意義なことであるという。なお、金澤文雄は、刑法が自殺の教唆・幫助を処罰するのは、自殺を違法とみるからではなく、それが他人の生命に対する加害行為の一種であるからだとする³³。

(3) 自殺の法的性質と自殺関与の不処罰根拠

一方で、自殺関与については不処罰とする国もある。自殺の法的性質に関する検討からもわかるように、自殺関与罪は、立法論的にも解釈論的にも議論が尽きないのみならず、比較法的にも統一があるとはいえないのである³⁴。以下では、わが国とは異なり、自殺幫助を原則として不可罰とする法制度を採用する国として、ドイツの議論状況を確認する³⁵。すでに述べたように、現在ドイツでは、刑法 216 条において被殺者の「要求による殺人」を通常の殺人罪の減輕類型として規定している。そこに自殺関与の処罰規定はなく、真摯な囑託に基づく殺人のみが処罰の対象とされているのである。自殺関与も処罰すべきという主張と、同意殺人(「要求による殺人」)も非犯罪化すべきという主張を両極とする中で、ドイツにおいて多くの論者は、その中間で「自殺関与の処罰規定はなく真摯な囑託に基づく殺人のみが可罰的であること」を矛盾なく説明することを試みている。

① 違法説

まず、Schmidhäuser は、被害者の同意による犯罪の阻却について、そもそも「被害者(Verletzter)」の同意といういい方が不適切であると指摘する。同意者は、正確にみれば全く「侵害」されていないのだから、「権利者(Berechtigter)」あるいは「当事者(Betroffener)」の同意と呼ばれるべきであると主張するのである³⁶。Schmidhäuser は、殺人罪の保護法益は個人の「生命」であり、これは本人ですら放棄できないものであるとする。結果として、

がないために空白な領域、(ii)法価値観的重要性はあるが実定法的規範を欠くために空白な領域、(iii)法的重要性も法的規制もあるがその枠内であえて空白とする領域、(iv)法的重要性も法的規制もあるが国民がこれを無視して事実上の無・法状態を生じている領域、の四つに分類することを提案した。

³³ 金澤文雄「生命の尊重と自己決定権—「法的評価空白領域理論」に関連して—」『ホセ・ヨンパルト教授古稀祝賀・人間の尊厳と現代法理論』成文堂(2000)98 頁以下。

³⁴ わが国が自殺関与を同意殺人と同一規定で処罰対象としているのに対し、たとえば、ドイツは自殺幫助を不可罰としている。アメリカ合衆国では州ごとに異なり(たとえばミシガン州等は自殺幫助を禁止し、ワシントン州やオレゴン州等では不処罰とされている)、カナダでは 2015 年に自殺幫助を禁止する法律に対して違憲判決が下された。

³⁵ もっとも、ドイツでは 2015 年に刑法 217 条が新設され、一部の自殺関与が処罰対象となった。これについては、次章で詳述する。

³⁶ Eberhard Schmidhäuser, Handeln mit Einwilligung des Betroffenen strafrechtlich: eine scheinbare Rechtsgutsverletzung, in Festschrift für Friedrich Geerds [1995], S.602.

個人には生きる義務があるというのである³⁷。Schmidhäuserによると、自殺も他殺も、人間の生命が自然の経過よりも前に終わらせられるという点で、最終的に考えられうる不法状況は同じものであるという³⁸。したがって、彼によると、他殺はもちろん、自殺も正当化されえないということになるが、自殺は、自殺者がその命を終わらせることが行為者にとっての唯一の逃げ道だと考えるほど、自らの命を価値がないものと感じていることに由来し、殺人罪の特別な責任阻却事由にあたるという³⁹。Schmidhäuserの見解は、以下のようにまとめられる。すなわち、自殺は、刑法 212 条(故殺罪)の構成要件に該当する行為であり、ここにいう「人(Menschen)を殺害した者」とは「自己もしくは他人を殺害した者」という意味で読まれるべきである。しかし、社会と決別する人に対して刑罰をもって威嚇することは意味がないので、自殺(未遂)の可罰性が断念される、つまり自殺は超法規的に責任が阻却され、その共犯は制限従属性説から可罰的なままなのである⁴⁰。

Bringewat は次のように述べる。まず、自殺行為は、自殺前症候群とよばれる精神的な病に起因するものであり、それゆえに自殺意思が「病的」であることに疑いはなく、顧慮に値しないものである。「自殺決意の自由答責性」は、医学的にも、規範的・刑法的にも、維持不可能なフィクション(擬制)である。したがって、自殺者の「自殺意思」は刑法上重要でなく、自殺関与者が保障人である場合には、関与者が自殺者(被害者)の自殺意思を尊重しようとしたか否かにかかわらず、自殺者(被害者)に対して義務的な地位におかれる⁴¹。また、自殺は自殺者のみに向けられた慣習法的な犯罪阻却事由であるので、自殺の不可罰は慣習法であり、慣習法的な刑罰阻却の恩恵を受けない関与者は、殺人罪の共犯として処罰される⁴²。自殺の不救助は、不救助罪⁴³あるいは不作為の殺人罪として可罰的となり、保証人的地位にある者の不作為は殺人罪の正犯としての責任を根拠づけ、保証人的地位にある者による積極的関与は、「作為による不作為」のカテゴリーにおいて不作為の正犯の領域に関連する⁴⁴。Bringewat は、殺人罪の法益たる「生命」は、個人法益であり、かつ、理論的には処分可能であるが、個人は常にそれを処分する真の意思を有さない、すなわち承諾能力のある

³⁷ Eberhard Schmidhäuser, Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag [1974], S.818.

³⁸ Schmidhäuser, a.a.O. (Anm.37), S.818.

³⁹ Schmidhäuser, a.a.O. (Anm.37), S.812.

⁴⁰ Schmidhäuser, a.a.O. (Anm.37), S.814.

⁴¹ Peter Bringewat, Die Strafbarkeit der Beteiligung an fremder Selbsttötung als Grenzproblem der Strafrechtsdogmatik, ZStW87 [1975], S.634. なお、本論文に関して以下の紹介がある。園田寿「ペーター・ブリングヴァート 刑法ドグマティークの限界問題としての自殺関与の可罰性」関西大学大学院法学ジャーナル 230 号(1978)101 頁以下。

⁴² Bringewat, a.a.O. (Anm.41), S.646.

⁴³ ドイツ刑法 323 条 c は、「事故または公共の危険若しくは緊急の際に、救助が必要であり、当該状況によれば行為者に救助を期待することができ、特に自身への著しい危険も他の重要な義務に違反することなく救助が可能であったにもかかわらず、救助を行わなかった者は、1 年以下の自由刑または罰金に処する(法務資料の訳による)」と規定する。

⁴⁴ Bringewat, a.a.O. (Anm.41), S.637,638.

人は常に生きたいのである、と解していると理解することができるだろう。

②適法説

Rudolf Schmid は、生命を公共の法益でもあると解することは、ボン基本法⁴⁵が生命・身体を個人のものとしていることに矛盾するとして、生命は個人的法益であり、そして個人的法益は処分可能であるというテーゼを徹底する。彼によれば、殺人罪の法益は「個人的法益である生命」であり、また個人的法益は例外なく処分可能であるので、同意殺人の場合に法益侵害はなく、不可罰となる。彼は、現行法に体系矛盾を持ち込むことになる「要求による殺人」罪のような規定が、将来的に刑法からなくなることが望ましいと提言し、「被害者の瑕疵のない同意は他者侵害の可罰性を排除する」という原則を実現させようとする⁴⁶。

Hirsch は、生命処分の自由を肯定しながら、生命という法益とは別の観点から刑法 216 条の処罰根拠を説明しようとする。Hirsch は、もし「要求による殺人」を許容したならば他人の生命に対する尊重も阻害されることになるといい、合意に基づく他殺禁止の背後には、単に「生命への敬意」の思想だけでなく、むしろ「同胞の生命への敬意の擁護」という思想があるのだという⁴⁷。それゆえ、彼によると、他人の生命は原則的に不可侵のものとしてタブー視される必要があり、「自殺」と「合意に基づく他殺」との間には重大な違いが存在するのである。そして自殺においては、言葉通り「他人の」生命に対するタブーに触れることはないというのである⁴⁸。

さらに、Göbel は、生命のタブー化という刑事政策的な要素を「要求に基づく殺人」の処罰根拠とする見解が有力になる中で、それを徹底し、刑法 216 条の保護法益を「社会的平穩そのもの」とであると説いた⁴⁹。Göbel によれば、たとえば動物虐待に単なる器物損壊とは異なった意味が付与されている理由は、この規定の趣旨が、われわれの社会に深く根を下ろした価値観に違反することにあるからだという。「要求による殺人」も、同様に根拠づけることが可能であり、同意に基づく他殺禁止には、「生命は社会における最高の財であり、他人の生命に対する侵害は禁止されている」というドイツ国民に深く根を下ろした価値観が

⁴⁵ ボン基本法 2 条 2 項は、「何人も生命への権利および身体を害されない権利を有する。人身の自由は、不可侵である。これらの権利は、法律の根拠に基づいてのみ、これに介入することが許される」と規定する。

⁴⁶ Rudolf Schmid, Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst? Gleichzeitig ein Beitrag zur Reform des Opiumgesetzes, Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag [1972], S.117f.

⁴⁷ Hans Joachim Hirsch, Behandlungsabbruch und Sterbehilfe, Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag [1987], S.612.

⁴⁸ Hans Joachim Hirsch, Einwilligung und Selbstbestimmung, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag [1974], S.779. なお、本論文に関しては以下の翻訳がある。石原明「ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ 同意と自己決定」神戸学院法学 14 巻 3 号 (1983)207 頁以下。

⁴⁹ Alfred A. Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts [1992], S.29.

あるのだと Göbel は主張する⁵⁰。

また、Jakobs がいうには、生命の放棄は常に可能であり、同意殺人においても、被害者自身の目的を追求したのであれば、自殺者と同じように被害者は生命という一身専属的な財についての自己決定を放棄しておらず、むしろそれに他者を参加させているだけであるという。彼は、自殺と「要求による殺人」の違いは、自分の手で目的を追求したのか、分業的に目的を追求したのかにあるとする。そのような行為の目的も、その追求方法も、死にたがっている者が自ら決定しているのであるから、同意殺人における同意の決定は、憲法が生命の譲渡を禁止していることに違反しないという。つまり、Jakobs は、自殺者本人が自ら目的を定めた「要求による殺人」は、分業的に行われた自殺であるが、しかし、他人の手によりそれが実行された場合、その行為は、自己決定でなく他者の目的に基づいて行われた可能性が自殺の場合よりも高い蓋然性で存在すると指摘する。それゆえに、彼は、自己決定に基づく同意殺人は自殺と同じだが、他殺という行為形態においてはそれが真に自己決定に基づくのか疑問が生じるとし、「要求による殺人」罪を、結論として抽象的危険犯であると説いている⁵¹。

加えて、Chatzikostas による理論は、一部の安楽死を不可罰にするために展開されたものであるが、その前提として、殺人罪の保護法益は個人的法益である「生命」であると解されている。Chatzikostas によると、立法者は、外観上は殺されることを真摯に要求しているにもかかわらず、実際にはその死を望んでいない者を救うために、「要求による殺人」を禁止しているのである⁵²。そして、殺人罪の保護法益は個人的法益である「生命」であり、個人はこれを自由に処分することができるが、真意でない生命の処分を防ぐため、真意性に疑いが生じる他殺という形式における生命の放棄だけを、パターンナリズム的に制限するために、「要求による殺人」は可罰的とされるのであるという⁵³。

(4)自殺関与と同意殺人

①ドイツにおける議論

以上、ドイツにおける自殺の法的性質と、それに関連してドイツ刑法 216 条についての議論を概観した。生命処分の自由を否定して(すなわち自殺を違法と捉え)、自殺関与の可罰性さえも肯定する論者として、Schmidhäuser と Bringewat を挙げた。両者の違いは、以下のようにまとめることができる。前者は、刑法 212 条(故殺罪)に規定される「人」を「自己または他人」と解したうえで、自殺は殺人罪の超法規的な責任阻却事由であるとするのに対し、後者は、自殺は自殺者にのみ向けられた慣習法的な犯罪阻却事由であるとする。しかし、Schmidhäuser は、自殺違法説としてのその一貫性ゆえに、自殺に殺人罪の構成要件該

⁵⁰ Göbel, a.a.O. (Anm.49), S.41.

⁵¹ Günther Jakobs, Zum Unrecht der Selbsttötung, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag [1993], S.459.

⁵² Konstantinos Chatzikostas, Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid und Euthanasie [2001], S.267.

⁵³ Chatzikostas, a.a.O. (Anm.52), S.266.

当性を認める見解とも解することができるが、「人」に自分をも含めるというのは、自傷行為が傷害罪として処罰されていないことと整合性がないといえるだろう。また、Bringewat は、自殺意思を「不自由」なものと解しているが、ドイツ刑法 216 条が「真摯な要求(ernstliche Verlangen)」に基づくことを定めている以上、「要求による殺人」規定は、およそありえない事態を想定した規定ということになってしまう。そうすると、抽象的危険犯説に近い見解と解することもでき、もはや Jakobs の自殺適法説に近い見解であるともいえよう。

生命処分の自由を肯定する(すなわち自殺を適法ととらえる)立場に立つ者としては、以下の論者を挙げた。まず、Rudolf Schmid は、「生命」という法益は例外なく処分可能な個人法益であり、ゆえに、同意殺人のような場合も、法益侵害はなく不可罰とすべきであると主張する。Jakobs も、これについては同様の考え方であり、同意殺人における同意の決定は生命の譲渡を禁止した憲法に反するものではないという。しかし、「要求による殺人」についての考察は、Rudolf Schmid が、刑法に対し立法論的に本罪を削除することまで提言するのに対し、Jakobs は、「要求による殺人」という「分業的に行われた自殺」が、他人の手によって実行された場合には、自己決定以外の他人の目的に基づいて行われたという蓋然性が高いと指摘し、それを抽象的危険犯としてとらえる。そして、他人の手によって行われた生命の放棄について、その真意性に疑いがあるとして、パターンリズムの観点からそれを制限するため同意殺人を可罰的であると解するのが、Chatzikostas である。さらに、自殺を適法ととらえる立場の中でも、ドイツで有力とされている見解は、Hirsch や Göbel の唱える、「要求による殺人」罪の必要性は、刑事政策的な「他人の生命のタブー化」という一般予防的な命令から生じるという見解である。本人の承諾だけで殺人を許容してしまえば生命に対する尊重が失われうるといふこの考え方は、殺人罪における承諾の証明が困難であることや、あるいは被殺者の承諾の真意性に疑いがあることなどで補強することができると思われる。また、殺人を承諾した者というのは、普通抑うつ的な状態にあると考えられる。したがって、このような者に必要なのは、殺人を許可された者による侵害ではなく、その一時的なものである可能性の高い願望に基づく取り返しのつかない結果の発生を防ぐことである。それゆえに、「要求による殺人」罪というものが刑事政策的に必要なものである、ということを否定しえないという結論に異論はない。「要求による殺人」罪の法益は個人的法益である「生命」であるが、一般予防的な側面から犯罪阻却効果を持ちえないというこの見解に立ちながら、Hirsch は殺人罪の法益を客観的な「生命」と解しつつ違法性の段階でこのような自己決定の制限を行っているのである。Göbel は、これをさらに徹底させたいとて、「要求による殺人」の背後にはわれわれの社会に深く根を下ろした価値観があるとする。結局、ドイツにおける自殺適法説は、立法論ないしは憲法論のそれであるということもできよう Rudolf Schmid の見解を除けば、行為無価値一元論的見解である Hirsch や Göbel と、抽象的危険犯説的見解である Jakobs や Chatzikostas の二説に、大別することができるように思われる。

②日本における議論

これらをふまえて、自殺の不可罰根拠および自殺関与の処罰根拠に関する日本における議論を検討すると、以下のような帰結に至る。

自殺の法的性質、その不可罰根拠に関しては、まず、自殺違法説(責任阻却説)は、個人にその生命に対する処分権を認めないという立場であり、199 条にいう「人を殺した」ことに自殺も該当するとしたうえで、自殺者は精神的に追い詰められているということを理由に、非難することのできない行為であるとしている。しかし、Schmidhäuser の見解の検討の際にも述べたように、199 条等の「人」に行為者自身も含まれるとすると、自傷行為も 204 条傷害罪の構成要件に該当することになり、「人」という文言に自己を含むと解するのは、自他の区別をしている現刑法の規定方法的にやはり無理があるように思われる。また、精神的に追い詰められていない自殺者による場合は非難可能性があり、理論的には処罰対象とされるべきこととなる。

次に、自殺を「適法でも違法でもない法的に放任された行為」として位置づけるとする放任行為説も、自殺への関与を処罰しないドイツにおいては採用される可能性があるとしても、やはりある行為を「適法」か「違法」かという枠けから外して取り扱うのは、法学分野における解釈論としてはなお疑問が残る。

さらに、自殺は違法な行為であるがその可罰性に関しては否定しうるとする可罰的違法阻却説⁵⁴についてであるが、この見解には、可罰的違法性のない行為に関与する行為も同じく可罰性がないと解すべきなのではないかという問題点がある。これは、違法阻却説(自殺適法説)についても、同旨の批判が考えられる。すなわち、自殺は適法行為であるにとらえてしまうと、適法な行為に関与する行為が処罰される根拠について明白にしなくてはならないのである。個人にその生命に対する処分権を全面的に認めることは、生命という最重要な法益よりも自己決定権を安易に優先させるということになり、それに対し慎重であるべきなのはその通りであるが、より実質的な根拠づけも求められよう。

これについて、まず、同意殺人と自殺の相違について考える。自殺は、自己の生命を自ら断つという行為によって自己決定の自由が「完全に」実現されているといえるが、同意殺人は、他人を手段とすることによって自由の実現が部分的にしか成し遂げられていない。この点において、自殺によって実現された自由と同意殺人によって実現された自由の価値の差、すなわち行動の自由の実現の差が、他の考慮と相まって一方を不可罰とし、他方を可罰的と

⁵⁴ 可罰的な違法性が阻却されるという説に類似の考え方として、以下のような理論構造も挙げられる。生命という法益は「流通不能」なものであるということを前提とすると、自殺者が法益を放棄していたとしても関与者にとっては完全な保護法益として存在し、自殺行為は適法であるが、それに関与する行為は違法であることができる。このような結論は、「主観」や「行為態様」ではなく「生命」という法益の特殊性から導かれるものであり、その意味であくまで法益関係的な構成である。このような結論は、生命法益の「流通不能」性という性質から導き出されるので、「人によって」違法性が相対化するわけではないから、法益の客観性が薄れるということもない。鈴木晃「自殺関与罪の処罰根拠」中京法學 38 巻 3・4 号合併号(2004)490 頁。

区別することができる⁵⁵。また、これは、行為者の側から考察することで以下のような説明をすることもできる。すなわち、同意による殺人行為は、被害者の同意に基づくとはいえ、それは、行為者の側からみれば他者(被害者)の自己決定に基づくいわば「他者決定」(他者の自己決定)による行為といわざるを得ない。「自己決定」が、自己の法益の取り扱いについて自由な判断を認めるものである以上、他人(被害者)の法益の処分についてそれを認めることはできない。侵害法益が生命の場合は、その価値がきわめて重大であるので、「被害者自身の自己決定の価値に優越するが可罰性を基礎づけ得ない」のに対し、被害者の自己決定より価値的に劣る他者決定は、「生命の価値よりはるかに劣後に位置し、同意殺人は可罰性を獲得する」のである。結局、自殺と同意殺人の相違は、自己決定の実現が直接的(自殺)か間接的(承諾殺人)か、すなわち(自己の)自己決定に基づくか他者(の自己)決定に基づくか、という点にあると考えられるのである⁵⁶。

自殺関与と自殺の関係については、これはまず、パターナリズムの見地からの解決が試みられる。すなわち、パターナリズムとは、そもそも、「本人の保護のため」に行われるものであり、刑罰の目的を(相対的)応報刑あるいは(積極的)一般予防のいずれと捉えるにせよ、「本人の保護のため」にその本人に刑罰という制裁を加えるというのは、十分に説明されることではないが、これに対して、本人の保護のために、それに関与する他者に制裁を加えること自体は、矛盾の生じるものではなく、それゆえ、自殺は刑罰を科すための可罰的違法性を欠き、自殺関与はパターナリズムに基づく介入によって可罰的違法とされるのであるという見解である⁵⁷。しかし、パターナリズムとは、たしかに「本人のため」にその行動に強制を加えることである⁵⁸。しかし、これは本人の危険な行為によって本人の利益が侵害されることを防ぐためのものであり、そのために罰という手段を用いて本人の(行動の)自由を制限することは十分に考えられる。本人の安全のためにシートベルトの着用が義務づけられるときに、それに違反すれば本人が処罰されるのである。パターナリズムについて、自殺の場合のみ異なる解釈が行われるのだとするならば、その根拠が求められる。

③自殺関与と同意殺人

自殺が不処罰である以上、自殺の法的性質は「違法ではない」か「可罰的な程度には違法ではない」とするべきだと考えられるが、わが国における最も大きな問題は、やはり、自殺関与と同意殺人が同一の処罰規定を定められている点である。ここまでみてきたように、自殺関与と同意殺人は、その性質について明白に異なるようで、その限界については非常に曖

⁵⁵ 曾根威彦『刑法における正当化の理論』成文堂(1980)150頁。

⁵⁶ 曾根・前掲注(14)117頁。

⁵⁷ 若尾・前掲注(23)361頁。

⁵⁸ 森村進『権利と人格——超個人主義の規範理論——』創文社(1989)108頁以下。パターナリズムに関しては、ほかに、中村直美「法とパターナリズム」法哲学年報『法と強制』(1982)37頁以下、福田雅章「刑事法における強制的根拠としてのパターナリズム——ミルの『自由原理』に内在するパターナリズム」一橋論叢 103 巻 1 号(1990)1頁以下、瀬戸山晃一「現代法におけるパターナリズムの概念——その現代的変遷と法理論的含意——」阪大法学 47 巻 2 号(1997)233頁以下を参照。

味なものである。そうすると、両者が同一に規定されていることの是非に関する検討も、価値あるもののように思われる。そのような解釈として、以下のような見解がある。自己決定のもつ意味は、自殺とその関与行為を対比した場合、「自己決定については、自殺は直接的で高度の価値、関与行為は間接的で程度の低い価値を」それぞれ有し、「生命侵害の危険については、自殺は直接的で高いマイナスの評価、関与行為は間接的で低いマイナスの評価を」それぞれ有する。そうすると、違法性の総量という点では、自殺と自殺関与とに大差があるものとは思われない⁵⁹というものである。このような、同意殺人より危険性の低い自殺関与について、刑罰から解放するか、あるいは少なくとも同意殺人とは異なった取り扱いをする方向を模索するという見解を念頭においたうえで、次節では、自殺関与と同意殺人の区別について検討を行う。

第2節 行為支配論

すでに述べたように、ドイツでは、日本と異なり、同意殺人(要求に基づく殺人)は処罰の対象となっているが、自殺に関与することについては規定がなかった⁶⁰。したがって、ドイツにおいては、自殺関与と同意殺人の区別が重要な意味をもつことになる。その両者ともを処罰対象としている国——とりわけ同一規定にて同じ法定刑を定める日本のような国——とは異なり、自殺関与を不処罰としている国や法域は、ドイツ以外にも多く存在している⁶¹。しかし、たとえば、毒物を準備する行為から、その毒物を口元まで運ぶ行為、飲ませる行為、ひいては注射器で注入する行為まで、自殺関与と同意殺人の限界づけをどこに設定するかは非常に困難な問題である。ドイツでは、自殺関与・同意殺人の取扱いにつき、すなわち、自殺関与と殺人の区別につき、「行為支配(Tatherrschaft)」という言葉を用い、その拠り所としている。わが国の刑法が、この両者を同一規定にて一律に処罰対象としていることの是非を検討する意味も含め、以下、行為支配論について概観する。

(1)主観説と行為支配

正犯・共犯理論において、ドイツの裁判所は、ライヒ裁判所の時代からいわゆる主観説を採用してきており、それは連邦通常裁判所にも引き継がれている⁶²。主観説によると、正犯は、「正犯者意思(Täterwille)をもって行為する者が正犯である」と定義されるが、ドイツ刑法 25 条 1 項が「犯罪行為を自ら遂行し、または他人を通じて遂行する者は」正犯として処

⁵⁹ 曾根・前掲注(56)118 頁以下。

⁶⁰ ドイツでは 2015 年に一部の自殺関与が処罰対象とされたが、同意殺人と自殺関与が別の犯罪類型として規定され、法定刑も異なる以上、いずれにせよ両者の区別は重要である。

⁶¹ たとえば、オランダ、スイス、そしてアメリカの一部の州（オレゴン州、ワシントン州、モンタナ州）等で、医師による自殺幫助が合法とされている。カナダでも、2015 年に自殺関与を処罰する規定が違憲であるという判決が出され、翌年、“An Act to Amend the Criminal Code and to Make Related Amendments to Other Act (Medical Assistance in Dying)”として、死ぬことを医学的に補助することを認める法律が制定された。

⁶² Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 9.Aufl., [2015] S.51-59, 557ff.

罰されると規定する以上、そのような行為者を「正犯者意思を欠く」という理由で共犯とするのは明文解釈に反するといわざるをえない。それゆえ、現在のドイツでは、正犯とは「構成要件に該当する事象を支配した者である」とする行為支配説が通説といわれているのである⁶³。

たとえば、正犯者意思が問題となった事案としては、妻が、すでに意識を失ってはいたが未だ救出可能な状況の自殺者(夫)を発見したが、救助せずに放置したという、不作為による自殺幫助の事案がある⁶⁴。連邦通常裁判所は、妻に対し、刑法 212 条(故殺)、222 条(過失致死)のいずれかが適用されるとし、その理由を、妻の不作為は「それが義務に違反し、かつそれを認識していたときには刑法上非難」され、さらに、「救助義務者がその義務に反するとき、義務負担者の事態支配(Sachherrschaft)が存在するならば、他人の正犯意思への従属は考慮されない」からであるとした⁶⁵。不作為者の意思に超越するものとして、このような義務違反の事情を考慮している点で、思考枠組みにおいて主観説から距離をとっている判例であるといえよう⁶⁶。

(2) 行為支配と共同正犯

「行為支配」の概念を初めて提示した BGH 判決は、被告人と婚約者が共同して、知り合いから金品を盗み出そうと計画し、被告人が知り合いの妻を殺害し、婚約者と共に死体を隠し、金品奪取のうえ逃亡した事案であるが、被告人を単なる幫助者ではなく共同正犯としたものである⁶⁷。それによると、「構成要件を自ら実現する者が幫助とされる可能性が認められるためには、行為者がその意思を他人の意思に完全に従属させていて、自己自身の行為によってすべての構成要件メルクマールを実現したにもかかわらず、他人の方に完全な行為支配が帰属させられることが前提となる」とされた。この判決では、たしかに行為支配概念が用いられているが、「意思に従属」させることが重視されていることから、その実質的重点は、いぜんとして内面的(主観的)側面にあることがわかる。そこで、主観説的な見解をとらないことを明言し⁶⁸、行為支配論への接近を決定的に示した判決として、以下の事案⁶⁹

⁶³ たとえば、Roxin, a.a.O. (Anm. 62), S.335ff.; ders., Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 11.Aufl., [1993], §25 Rn.36; Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11.Aufl., [1969], S.105.

⁶⁴ BGHSt 2, 150.

⁶⁵ なお、本判決に批判的な判例として、BGHSt 13, 162 がある。姑の自殺を放置して、池に落ちるような結果を生じうる助言を行い援助したという事案であるが、そこでは、行為者には「正犯者意思」が欠けるとし、さらに、「行為支配(Tatherrschaft)」への意思を欠く場合にも正犯概念を拡張することでドイツ刑法典に処罰規定のない自殺関与を実質的に処罰範囲に含めるのは妥当でないと判示された。

⁶⁶ 橋本正博『「行為支配論」と正犯理論』有斐閣(2000)132 頁。

⁶⁷ NJW 1951, 120.

⁶⁸ ただし、主観説に関する理解の仕方を改めることで、主観説自体は維持しており、「目的客観説ないし実質客観説」を採用することについては名言を避けているとみることできる。橋本・前掲注(66)147 頁。

⁶⁹ BGHSt 8, 393.

を検討する。被告人は、G 夫人からくりかえし夫の殺害を迫られ、再三の拒絶ののち承諾し、G 夫人の立てた計画について協議し、G 夫人の合図によって被害者の後頭部を斧で殴った。被告人は、G 夫人に「もう死んだ」といわれたためその場を去ったが、その後再び G 夫人に呼び戻され、G 夫人によってレンガをくくりつけていた被害者の死体を、夫人とともに川に遺棄した。連邦通常裁判所は、以下のような理由で被告人と G 夫人を共同正犯とした。

「主観説を前提とするならば、すなわち、各関与者の意思方向を考察の前景に置かなければ、その意思方向は、他人の行為の単なる促進としてではなく、全ての活動の一部として、すなわち、他人の行為を自らの行為を補完しうるものとするのでなくてはならない。ある者が、この行為に対してこのような親密な関係を望んでいるかどうかは、全体の状況をもって判断されるべきである。共同正犯は、その行為を『自分のものとして』望んでいる者であるという言い方は、誤解を招くだろう。この意思方向は、単純な内面的事実ではない。関与者が何を望んでいたかは、むしろ、関与者の表象によって包括されるあらゆる状況に基づいて、裁判所によって評価的に判断されなくてはならない。その際、彼が出来事の過程をどの程度支配していたか、そしてその結果、行為の実行と結果が彼の意思に決定的に左右されるか、ということが本質的な手がかりとなるのである。彼が、犯罪行為の結果について何の利益もない場合でも、とりわけ法律上の構成要件において、他人に有利なように、たとえば他人に財産的利益を与えるという目的で行われる可罰的行為が存在するだけに、その犯罪行為に対する彼の態度は、『正犯者意思』とは異なる根拠から判断されうる。反対に、関与者が、その犯罪行為が実行されるかどうかどうか、いつ実行されるか、どのように実行されるかに対して、十分な影響を与えない場合は、彼自身の利益だけでは、『正犯者意思』は根拠づけられない。」

正犯・共犯の区別に際し、「全事情」を考慮に入れ裁判所が判断するとするこの判決は、正犯者意思は事情の経緯に対しどのような支配力を有していたかが重視されることになる。

行為支配論は、自殺関与に関する処罰規定がないドイツにおいて、不可罰的自殺関与と可罰的同意殺人(要求に基づく殺人)の限界を画するための非常に有意義な理論であるが、これはわが国においても有用なものであると考えられる。日本では、自殺関与と同意殺人が同一規定にて処罰対象とされているが、すでに検討したように、自殺そのものが不可罰である以上、それに関与する行為が処罰されることを理論的に根拠づけるのは困難が多く、独立罪として考えるのも問題があり、自殺関与と同意殺人を一律に考えることは、必ずしも適切とはいえないからである。

次節では、この検討に基づいて、自殺関与罪について考察を行う。

第3節 自殺関与の可罰性に関する考察

日本では、自殺自体は不可罰とされているのに対し、それに関与することは可罰的とされており、「自殺関与罪」については、非常に議論が多い。とくに、自殺関与罪を同意殺人と

並列的に同一条文で規定している 202 条は、その是非も含め、根本的な検討を行う価値があると考えられる。前節では、両者の区別として有力とされるドイツの行為支配論を概観したが、行為支配と 202 条の関係の可能性について考察する前に、自殺の法的性質と自殺関与罪の解釈に深くかかわりをもつ実行の着手時期の問題から確認したい。

(1) 実行の着手時期

わが国の刑法は、202 条において、「人を教唆し若しくは幫助して自殺させ、又は人をその囑託を受け若しくはその承諾を得て殺した者は、六月以上七年以下の懲役又は禁錮に処する」と規定し、自殺関与罪と同意殺人罪を同一条文で処罰対象としている⁷⁰。そのため、両者の区別は必ずしも明確でないが、両者の関係で問題となるのは、まず、203 条においてその未遂を処罰する規定を置いている点と考えられる。自殺や自殺関与の性質は、自殺関与罪の未遂の成立時期と深く関わる。すなわち、自殺が適法な行為であり、自殺関与は独立罪であると理解するならば、「教唆・幫助」行為それ自体に実行の着手を認めることとなるが、自殺が違法な行為であり、自殺関与をそれに対する一種の共犯と理解するならば、従属性説により正犯の実行の着手があるはずである。そこで、自殺関与罪の実行の着手時期と未遂の開始時期について学説を概観し、以下で検討する。他方、202 条後段の囑託殺人・承諾殺人の実行の着手時期については、行為者が殺人行為を開始した時点として学説に争いはない。被殺者の承諾・囑託を受けこれに応じるということは、構成要件要素であることは間違いなが、それだけでは足りず、実行行為はやはり殺害行為そのものに求めるべきである⁷¹。しかし、前段の自殺教唆・自殺幫助の着手時期に関しては、次のような見解が対立している。①教唆・幫助着手時説(行為者が自殺の教唆・幫助に着手しようとした時とする見解)、②自殺開始時説(教唆や幫助を受けて本人が自殺に着手した時とする見解)、③自殺駆り立て時説(実際に自殺に駆り立てる行為をもって本罪の実行の着手を認める見解)である。

① 教唆・幫助着手時説

まず、202 条前段の実行の着手時期を、行為者が自殺の教唆・幫助に着手しようとした時に認めるとする教唆・幫助時説が主張される。この立場に立つ論者は、自殺関与罪の教唆・幫助は総則の教唆・幫助とは異なり、独立の行為形態であるという見解を前提としている。この見解は、自殺関与罪の正犯としての独立罪的性格を強調する見地からならば、論理的に最も一貫しており、導かれるはずの立場であるといえよう。本説は、自殺開始時説を、自殺関与罪が独立罪とされている趣旨を見失った見解であるとして批判し、また自殺駆り立て時説は、現行法は関与行為について特別の規定をつけていないのであるからそのような概念を持ち込むのは少なくとも解釈論としては不当であると批判する⁷²。

⁷⁰ 旧刑法においては、自殺教唆が利己的な動機で行われた場合には「重罪」として総則の未遂規定の適用があったにすぎず(旧刑法 321 条)、単純な自殺の関与に未遂処罰は規定されていなかった。

⁷¹ 大塚仁『刑法要論(各論)第六版』成文堂(1993)15 頁、団藤重光『刑法綱要各論(第三版)』創文社(1990)407 頁。

⁷² 平野・前掲注(29)159 頁、大谷・前掲注(27)『刑法各論の重要問題(新版)』52 頁。

②自殺開始時説

これに対して、自殺違法説の立場から、すなわち自殺関与罪の共犯従属性を重視する論者から唱えられるのが、自殺開始時説である。教唆幫助時説を、同意殺人罪の未遂との関係や殺人罪の教唆・幫助の関係において未遂処罰の範囲を広げすぎる、あるいは、形式的にも自殺教唆・幫助罪は嘱託・承諾殺人罪と一緒に規定されているのだから実質的にも同程度の違法に至ることを必要とする、として批判し、教唆や幫助を受けて、本人が自殺に着手した時に 202 条前段の実行の着手を認めるという立場である⁷³。

③自殺駆り立て時説

この他に、団藤重光の説く自殺駆り立て時説を挙げることができる。これは、教唆・幫助を超えて、それとは区別された「自殺させる行為というもの」、すなわち現実的に自殺に駆り立てる行為があったときに狭義の自殺関与罪(刑法 202 条前段)の実行の着手を認めるべきである、とする見解である⁷⁴。これについては、現実的に自殺に駆り立てる行為というのが具体的にどのような行為を意味するのかその内容が必ずしも明らかでないため着手時期を明確に認容しえない⁷⁵という点や、「教唆・幫助」という行為がまさに「自殺へと駆り立てる行為」なのではないか⁷⁶という点が指摘され、批判されている。

④検討

さて、狭義の自殺関与罪の実行の着手時期については、どのように考えるべきだろうか。そもそも、自殺を適法な行為と解釈するにせよ違法な行為と解釈するにせよ、刑法上規定のない自殺は少なくとも「犯罪」ではない。したがって、自殺幫助を、「人を教唆して『犯罪』を実行させた」という刑法 61 条の総則上の教唆犯としてみることはできない。ゆえに自殺教唆の処罰には特別の規定が必要となり、それを規定したのが 202 条であるとも考えられよう。そうすると、自殺関与を独立罪とみて、行為者が自殺の教唆・幫助に着手しようとした時に認めるとする教唆・幫助時説へと、一見導かれそうである。しかし、教唆または幫助が行われたにもかかわらず、何らかの理由で自殺に着手がなかったときに、はたして 202 条がいうところの「人を教唆し...て自殺させ」た場合に該当するのかという問題が生ずる。やはり、被教唆者が自殺を開始していない場合に「自殺させた」というのは無理があるように思われるのである。それに加えて、教唆や幫助を受けた本人が自殺に着手する以前に未遂の成立を認めてしまうのは、同意殺人の実行の着手との間の不統一のみならず、例えば他殺教唆の未遂などに比べても成立が早すぎる。また、原因において自由な行為、間接正犯等にみられるような実行の着手時期と具体的危険の発生との隔離を考慮し、行為者の行為(教唆・幫助)自体とは概念上区別できる時点に実行の着手を認めることを、本罪においても認める

⁷³ 須之内克彦『刑法における被害者の同意』成文堂(2004)139 頁以下。齊藤誠二『刑法講義各論 1』多賀出版(1979)112 頁以下。谷・前掲注(11)193 頁。大塚・前掲注(20)21 頁。

⁷⁴ 団藤・前掲注(71)408 頁。

⁷⁵ 岡野光雄「自殺関与罪の諸問題」受験新報 32 巻 8 号 44 頁。

⁷⁶ 大谷・前掲注(27)『刑法各論の重要問題(新版)』19 頁。

べきであるとする⁷⁷。

(2) 正犯性からみる自殺関与の可罰性

本章では、202 条に関し、自殺関与を処罰する根拠について日本の議論状況を概観してきたが、自殺関与は、本章第 2 節にて検討した「行為支配論」とも密接な関係を有する。すでに述べた通り、行為支配論は、可罰的な同意殺人と不可罰的な自殺関与と区別するためにドイツで発展した理論であるが、この行為支配論は、日本にも大きな影響を与えている。

団藤重光は、正犯について論じるにあたり、最高裁決定の意見において、次のように述べている⁷⁸。

「おもうに、正犯とは、基本的構成要件該当事実を実現した者である。これは、単独正犯にも共同正犯にも同じように妥当する。ただ、単独正犯のばあいには、みずから実行行為(基本的構成要件に該当し当の構成要件的特徴を示す行為)そのものを行つた者でなければ、この要件を満たすことはありえないが、共同正犯のばあいには、そうでなくても基本的構成要件該当事実を実現した者といえるばあいがある。すなわち、本人が共同者に実行行為をさせるについて自分の思うように行動させ本人自身がその犯罪実現の主体となつたものといえるようなばあいには、利用された共同者が実行行為者として正犯となるのはもちろんであるが、実行行為をさせた本人も、構成要件該当事実の共同実現者として、共同正犯となるものというべきである。わたくしが、『基本的構成要件該当事実について支配をもつた者——つまり構成要件該当事実の実現についてみずから主となつた者——が正犯である』としているのは(団藤・刑法綱要総論・改訂版・347 - 348 頁参照)、この趣旨にはかならない。」

ここからは、彼が正犯を定義するに際し行為支配論に依拠していることが伺えるし、彼は、(共謀)共同正犯を論じるにあたり、それを制御する理論として行為支配論の応用を講じている⁷⁹。

ドイツで不可罰的な自殺幫助と可罰的な同意殺人の区別について争われたものとしては、1963 年の BGH 判決⁸⁰がある。事案は次の通りである。被告人には 16 歳の恋人がいたが、両親はその交際を認めていなかった。彼女が自らの命を捨てる決心をしたため、被告人は考え直すよう説得したが、うまくいかなかった。被告人は、彼女を一人で死なせたくなかったので、共に死のうと考えた。二人は両親に別れの手紙を書き、それから駐車場に行き、被告人の車に座り、睡眠薬を飲んだが、効果がなかった。他の方法で自殺しなければならないと

⁷⁷ 曾根威彦『刑法における実行・危険・錯誤』成文堂(1991)179 頁は、問題なのは、自殺を教唆する行為に自殺関与罪の実行行為性を求めたこと、すなわち教唆行為の開始時点に実行の着手時期を求めたことではなく、その時点ですでに生命に対する具体的危険が発生したものとして未遂犯の成立を認める点であると指摘する。

⁷⁸ 団藤重光による、最高裁判所第一小法廷昭和 57 年 7 月 17 日決定に付された意見より抜粋(最高裁判所刑事判例集 36 卷 6 号 698 頁)。

⁷⁹ 団藤重光『刑法綱要総論(改訂版)』創文社(1979)372 頁。

⁸⁰ BGHSt 19, 135

いう恋人の言葉をうけ、被告人は排気ガスを車内に引き込むことを提案した。彼女がそれに同意したので、被告人は、ホースを排気管に接続し、それを左側の窓から車内に導き入れた。被告人は、一酸化炭素によって意識を失うまでアクセルペダルを踏んだ。翌日の朝、被告人と彼女は、エンジンの動いている車の中で、意識不明ではあるがまだ生存している状態で発見されたが、被告人のみが一命を取りとめ、彼女はまもなく死亡した。

BGH は、被告人の行為が、不可罰的な自殺幫助であるか、それとも可罰的な要求に基づく殺人であるかを区別するためには、主観的なメルクマールではなく、死に至る事象を実際に支配したのは誰かが問題となるとし、最後まで自分の運命を決める自由を有する「決定の留保(Vorbehalt der Entscheidung)」が重要であるとした。この判決は、事象を最後まで左右することができた者が正犯とされるという考え方をはっきり示しており、これまでの判例⁸¹よりも、より明確な行為支配論的思考を表明したものと評価されている⁸²。

Roxin は、正犯を「構成要件に該当する実行行為を実現する際の中心的人物(Zentralfigur)」⁸³と定義し、共犯を「正犯の行為を唆すことによって惹き起こしたり(26条=教唆犯)、幫助することにより寄与したり(27条=幫助)する脇役(Randfigur)」⁸⁴と定義する。そして中心的人物とは、「犯罪の実現を惹き起こす事象を支配した者」⁸⁵であり、共犯者とは、「その現象に同様の影響を及ぼしたが、決定的な実行を行わなかった者」⁸⁶であるとする。ここで、行為支配という概念が正犯にとって決定的な観点となると結論づけている。そして共同正犯は、「分業の実行による構成要件の実現である」⁸⁷として、「共同正犯の行為支配は、実行におけるその機能から生じる」⁸⁸とする。共同正犯者は、各人が与えられた任務への関与を拒否することにより、犯罪計画を失敗させることが出来る代替不能な機能を有しており、そのような代替不能な機能を「機能的行為支配」と定義する⁸⁹。このような構造から、共同正犯に関する三つの要件、すなわち、共同の行為計画の存在、実行段階における共同作業による共同実行の存在、実行段階における本質的な寄与⁹⁰を導きだす⁹¹。

ここから導き出せることは、ドイツで行為支配論によって区別され、可罰的な要求殺人と評価されるものの中には、外観的な形態は自殺関与に属するものもあるということである。言い換えると、形式的には自殺関与の形態で行われたとしても、実質的に要求殺人と評価さ

⁸¹ Vgl. NJW 1951, 120; BGHSt 8, 393; MDR 1960, 939.

⁸² 橋本・前掲注(66)150頁。

⁸³ Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, [2003], §25 Rn. 10.

⁸⁴ Roxin, a.a.O. (Anm. 83), §25 Rn. 10.

⁸⁵ Roxin, a.a.O. (Anm. 83), §25 Rn. 13.

⁸⁶ Roxin, a.a.O. (Anm. 83), §25 Rn. 13.

⁸⁷ Roxin, a.a.O. (Anm. 83), §25 Rn. 188.

⁸⁸ Roxin, a.a.O. (Anm. 83), §25 Rn. 188.

⁸⁹ Roxin, a.a.O. (Anm. 83), §25 Rn. 188.

⁹⁰ Roxin, a.a.O. (Anm. 83), §25 Rn. 189.

⁹¹ もっとも、Roxin は、同意殺人罪を排除するような自己の死に対する支配は、共同の犯罪実行についての支配と全く同一の原則に従うものではないとする。Roxin, a.a.O. (Anm. 62), S.570f.

れるような場合は、可罰的とされうるのである。

なお、自殺者に意識がないような場合で、たとえばその場に医師が居合わせたりした場合等は、行為支配はその医師に移るとも考えられる。しかし、そのような場合に、医師が必ずしも可罰的かどうかについては、期待可能性が排除される可能性も考えられる⁹²。

(3) 刑法 202 条における可罰的自殺関与の意味

可罰的な要求殺人と評価されるものの中には、表面的な形態は自殺関与に属するものもあるということを念頭に、わが国の 202 条の問題に立ち戻る。そもそも、自殺関与を処罰すべきかという問題も検討に値する。ほとんどの国で違法とされ禁止規定が定められている殺人や同意殺人と異なり、自殺関与という形態による生命への関与は、世界的に必ずしも処罰対象とされているわけではない。少なくとも、両者を同一条文で並列的に規定し、同じ法定刑で取り扱っているのは、日本に特有の状況とみてよいだろう。たとえば、旧コモン・ロー下では、殺人、同意殺人、自殺関与、自殺のすべてが処罰対象とされていたし、アメリカでは、自殺関与を処罰対象とするかどうかは州ごとに異なるが、同意殺人については「同意を無効」と評価し、通常の殺人と同等に扱う。また、ドイツでは、その犯罪体系が日本と同様と解されるにもかかわらず、同意殺人を可罰的とする一方で、自殺関与は不処罰とされている。比較法的にみても、自殺関与の処遇は多岐にわたり、すべての自殺関与を処罰すべきかどうかは、検討すべき問題と考えられる⁹³。

わが国の 202 条が自殺関与と同意殺人を並列的に規定するのは、前者と後者の限界があいまいであり、両者を同一のものとみるからであろう。したがって、わが国で議論の対象となるのは、自殺関与と同意殺人という 202 条内部での区別ではなく、偽装心中など、199 条と 202 条の限界づけに関するものが多い。しかし、その限界にあいまいさがあるということと、両者が同一のものであるということは、本来別問題である。学説のなかには、自殺関与罪と同殺人罪とで法定刑に区別を設けるべきであるとする見解も存在するし⁹⁴、自殺関与と嘱託殺人の各々について定義を示した判例⁹⁵や、嘱託殺人罪の成立を認めた原審を破棄して自殺関与罪の成立を認めた判例⁹⁶等もあることから、実務においても、両罪の区別には一

⁹² いわゆる Wittig 判決(BGHSt 32, 367)の理論構成である。Wittig 判決については、日本にも多くの紹介がある。たとえば、甲斐克則『尊厳死と刑法』成文堂(2004)214 頁以下等を参照。

⁹³ 甲斐克則「終末期の意思決定と自殺幫助——各国の動向分析——」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集(上巻)』成文堂(2016)566 頁。

⁹⁴ 内田文昭『刑法各論(第三版)』青林書院(1996)15 頁以下、中森喜彦『刑法各論(第四版)』有斐閣(2015)10 頁等。

⁹⁵ 大判大正 11 年 4 月 27 日刑集 1 巻 239 頁。判決要旨によると、「受託殺人ハ犯人カ被殺者ノ嘱託ヲ受ケ自ラ手ヲ下シテ其ノ自殺ノ希図ヲ実現セシムル行為ニシテ自殺幫助ハ自殺者カ自殺ノ意思ヲ実行セントスルニ当リ其ノ方法ヲ指示シ若ハ器具ヲ供スル等之カ実行ヲ容易ナラシムル行為ナリ」と定義されている。

⁹⁶ 東京高判平成 25 年 11 月 6 日判タ 1419 号 230 頁。

定の意義が認められていると考えられる⁹⁷。

自殺関与と同意殺人の区別について検討する際に、本稿では「教唆」・「幫助」の文言に注目すべきであると考え。202 条は、自殺関与罪を「人を教唆し若しくは幫助して自殺させ」ることと規定する。この「教唆・幫助」と、刑法総則規定にいう「教唆・幫助」は、同義なのだろうか⁹⁸。202 条の「教唆・幫助」者の中には、刑法 60 条でいうところの「共同正犯的に」行動した者と、61 条以下でいうところの「従属共犯的に」行動した者が混在しているように思われ⁹⁹、自殺関与と同意殺人の限界のあいまいさはそこにあるのではないだろうか。たとえば、(ア)自殺を望む Y から毒物の入手を頼まれた X が、自ら調達した毒物を Y に交付し、Y がそれを飲んで死亡したという場合は、X は従属共犯の意味での幫助にとどまるだろう。それに対し、(イ)X が Y に自殺を教唆したうえで、首吊り用のロープを準備し天井の梁にかけたところ、Y がそのロープで首をくくり死亡したという場合は、X は直接に手を下してはいないが、Y の死亡につき(共同)正犯的に行動したとみるのが妥当であろう。このような区別を行い、(イ)の事例は、その正犯性の観点から、202 条後段の同意殺人と同様に評価でき可罰的であるが、(ア)の事例は、同意殺人とは一線を画するため不可罰と考えることはできないだろうか。202 条は原則として同意殺人を処罰する趣旨の規定であり、自殺関与罪に関する部分は、外観上は自殺関与の形態であるが、実質は同意殺人と同様と評価しうるような事例をカバーするための規定と解釈できるということである。そして、その区別は、上述で検討した行為支配論や、共犯論でいうところの共謀共同正犯と従犯の区別によって行うことができる¹⁰⁰。

第 4 節 小括

本章では、自殺関与・同意殺人の法的性質についてドイツと日本の議論状況を比較し、さらにその処罰根拠、未遂犯の成立時期(実行の着手時期)に関して、整理・検討を行った。

自殺が違法かどうか、すなわち許される行為であるかどうかということは、古くから議論されてきたテーマであるといえる。自殺を適法とするとしても違法とするとしても、自由主義・個人主義を根幹とする現在の法秩序のもとにおいて自殺の法的性質に関する考察を行う必要があるとして、日本とドイツにおける自殺の不処罰根拠に関して検討するところから起稿した。続けて、わが国における自殺関与の処罰根拠、そこから関連した論点である狭義の自殺関与罪の未遂成立時期について、考察を試みた。

⁹⁷ 判例と学説を詳細に検討し、「一連の行為」論との関連を検討しながら、自殺関与と同意殺人に一定の区別を設けるべきとする研究として、秋山紘範「自殺関与罪と同意殺人罪の区別に関する一考察」大学院研究年報 48 号(2019)203 頁以下を参照。

⁹⁸ 自殺適法説は、これを同義ではないとみる。

⁹⁹ 共同正犯と教唆・幫助犯の区別について、川端博『共犯論序説(刑事法研究第 7 巻)』成文堂(2001)45 頁以下、小島秀夫『幫助犯の規範構造と処罰根拠』成文堂(2015)68 頁以下等を参照。

¹⁰⁰ そうすると、可罰的な自殺関与(同意殺人と同等の評価がされうる場合)の自殺幫助・教唆の実行の着手時期は、同意殺人と同様に、自殺者が自殺行為に着手した時点となる。

自殺というのは、自己の生命という重大な法益を自ら放棄する行為であり、生命法益と自己決定権とが衝突する場面である。しかし、生命という法益は最高次の価値を有するものであるから、自己のものであるとしても、生命侵害の違法性が阻却されることを認められるのは極めて範囲が限られるとする見解も根強い。すでに述べたように、自己決定権は憲法上保障された権利であるとしても、最高法益である生命に対しては、必ずしも優越するとは限らない。その意味において、たとえ自己決定権の行使であっても、自殺の法的性質には争いが尽きない。しかし、自己決定の自由が完全に実現されていることにより、自殺そのものの(少なくとも可罰的な)違法性は否定されるという理解が可能である。そして、この理解は、自殺における自己決定の実現との関係で同意殺人と自殺関与を比較したときに、前者は(可罰的に)違法であるが、後者は必ずしもすべて(可罰的に)違法とはいえないのではないかとする私見とも整合的である。

自殺関与と同意殺人の区別に関して、ドイツの行為支配論を検討した。日本では、両者が202条にて同一に規定されているため、その区別は重要ではないとされてきたが、本理論によって、日本でも「可罰的な」自殺関与と「不可罰的な」自殺関与を区別する事が可能なのではないかという検討を行った。以前は、たとえば生命を処分できるのは神のみであるとか、自殺は神への反逆であるといった宗教的なものか、あるいは生命に対して国家の利益を大きく認め、自殺を国家法益の侵害に当たる行為であるとしてみる考え方と結びつけて、自殺は違法と主張されていた。このように、自殺そのものに関する興味は、法学以外の分野からも広く寄せられるものであり、自殺の法的性質を考察し、自殺関与の可罰性について根本的な検討を行うことは、次章以降に続く治療中止の場面においても、有用なことであると考えられる次第である。もっとも、自殺関与における教唆・幫助を類型化し、「可罰的な自殺関与」と「不可罰的な」自殺関与が存在するとした場合、不処罰である自殺に対する(共謀共同正犯的な)自殺関与が処罰される根拠等が、共犯論的考察からの検討も含め、今後の大きな課題となる。

次章では、本章で検討した自殺関与について、それが医師の手による場合の法的評価を検討する。医師による自殺幫助についての議論は、生命維持や治療の中止だけではなく、むしろ、医師による致死的な薬物の処方等の形態を視野に入れたうえで、合法性を問題とするのが通常である。医師による自殺幫助は、国によって法的評価が異なり、活発な議論がなされている。次章では、治療中止との関係も踏まえ、アメリカ、カナダ、ドイツにおける医師による自殺幫助に関する法状況を取上げ、自殺関与一般の処罰・不処罰との関係を確認しながら検討を行う。

第2章 医師による自殺幫助と治療中止

本稿で主眼とするテーマは治療中止であるが、治療を中止することが直接生命短縮を惹起する場合、わが国では刑法 199 条ないしは 202 条との関係が問題となる可能性がある。これは、生命短縮を伴う治療中止がすべて可罰的とされるということを意味するわけではない。問題は、たとえ患者の生命を短縮する結果を伴うとしても許容されるべき場合も存在するとするならば、たとえば治療の中止はどこまで許容されると解されるべきか等、その範囲が不明確なことである。生命短縮につながる治療中止とは、生命維持治療や延命治療を中止することを指すが、直接に患者の生命の短縮を引き起こす生命維持治療の中止・差控えが患者によって主導的に行われるとき、治療を中止する医師の行為は、自殺に関与するものと評価することもできるだろう。医師による自殺幫助（Physician-Assisted Suicide/PAS と表記されることも多い。以下、本稿で PAS と表記する際は、医師による自殺幫助と同じ意味で使用する。）は、そのような意味で、治療中止と関連のある問題なのである。そして、PAS が治療中止とリンクするものであるとすると、医師が致死薬の処方を行うような形態での PAS も、はたして治療中止といえるのか、そして許容されるべきなのか、その根拠や限界づけは、非常に重要な意味を有する。PAS は、積極的安楽死との区別も困難であるとされ、——自殺関与一般を処罰対象とする国ではなおさら——原則として許容すべきではないとする見解も有力に主張される。しかし、近年 PAS を不可罰とするところも増えてきた。たとえば、オランダ、スイス、そしてアメリカの一部の州（オレゴン州、ワシントン州、モンタナ州）等で、医師による自殺幫助が合法とされている¹。

わが国の刑法 202 条のように、自殺に関与することについて規定がある場合、他人が生命を終わらせるに際し、その他人を幫助することは禁止されており、それゆえ、この規定によれば、耐え難い痛みを伴う不知の病に苦しむ人々も、死ぬために医師の助けを求めることはできない。

このような自殺幫助禁止規定についてその合憲性が争われた事件として、1997 年のアメリカ合衆国ワシントン州での *Glucksberg* 判決²がある。これは、自殺幫助禁止規定³さえなければ苦痛に悩む末期患者の自殺を援助する用意があるとするワシントン州の 4 人の医師が原告となり、ワシントン州および州法務総裁に対して、自殺幫助禁止規定は、アメリカ合

¹ オランダにおける医師による自殺幫助の合法化については、甲斐克則「オランダの安楽死の現状と課題」理想 692 号(2014)18 頁以下を参照。スイス連邦、アメリカ合衆国における医師による自殺幫助の合法化については、神馬幸一「医師による自殺幫助(医師介助自殺)」甲斐克則=谷田憲俊編『安楽死・尊厳死(シリーズ生命倫理学第 5 巻)』丸善(2012)163 頁以下を参照。

² *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 138 L.Ed.2d 772 (1997).

³ ワシントン州は、「自殺しようとすることを促進する」ことにつき、重罪と規定し、5 年以下の拘禁刑かつ 1 万ドル以下の罰金を定める。また、同州は、1854 年以降ずっと、自殺幫助を犯罪としている。

衆国憲法修正 14 条の適正手続条項によって保護される自由利益を侵害するものであると主張したものである。これについて、合衆国連邦最高裁は、法廷意見に結論的に全員同調する形で、自殺幫助禁止規定は違憲ではないという判断を下した。

このような自殺幫助禁止規定はカナダにも存在し⁴、2015 年に、それが憲法⁵に反する規定であるという訴えがなされた。Lee Carter を含む三人の患者と、もし自殺幫助が禁止されないのならばすすんでその処置を施そうと考える一人の医師、そしてブリティッシュ・コロンビアの団体が原告となり、カナダおよびブリティッシュ・コロンビアに対し、「医師による自殺幫助」がカナダ刑法 241 条 b で禁止されていることについて、その禁止規定はカナダ憲章 7 条および 15 条に反すると主張した。この訴えについて、カナダの連邦最高裁判所は、九人の裁判官全員一致で、医師による自殺幫助は合法であるべきだという判決を下した。これは、Carter 判決⁶と呼ばれる。カナダの連邦最高裁判所は、このような人々は、そうなる前に早期に自殺をするか、自然に死ぬときがくるまで苦しみ続けるという選択に立たされるとし、これは冷酷なことであるとしたのである。

第 1 節および第 2 節では、「自殺幫助を全面的に禁止する」という規定が、果たして各国の憲法上の権利を侵害する性質をもつものなのかどうかについて、異なる結論を導き出した二つの判例を比較し、論点ごとに検討することで、自殺幫助——とくに医師による自殺幫助——の合法化について、考察を試みる。もっとも、違憲審査の厳格性や憲法判断回避の妥当性は、権利の性質によって影響を受けるものであり⁷、各国の合憲性判断や審査の基準は一樣ではないことには留意する必要がある⁸。

そして、アメリカやカナダで自殺幫助につき全面的に禁止するなかで「医師による」場合をも禁止することの許容性について争いがある一方、ドイツでは全く逆の動きが起こった。すなわち、ドイツでは、自殺に関与することを一般に処罰する規定がないにもかかわらず、「医師による」業務的自殺幫助を可罰的とする法律⁹が成立したのである。第 3 節では、このようなドイツ刑法新 217 条について、概観する。

⁴ 現在のカナダの刑法では、241 条 b で、他人の自殺を幫助した者は 14 年以下の懲役に処される。また、カナダで自殺自体が犯罪ではないとされたのは 1972 年である。

⁵ いわゆる 1982 年憲法を指す。以下、本稿では、憲章、もしくはカナダ憲章と表記する。

⁶ *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 SCR 331.

⁷ 司法消極主義の下では、裁判所は法律の違憲審査にはできる限り立ち入らないとされる一方で、あらゆる事件に消極主義が妥当するわけでもなく、芦部信喜『司法のあり方と人権』東京大学出版会(1983)93 頁は、重要なのは消極主義と積極主義のそれぞれが妥当すべき場合を明瞭に識別し、現代憲法の下で裁判所に期待される役割に答えることであるとする。

⁸ 芦部信喜『講座憲法訴訟(第二巻)』有斐閣(1987)(1949 年に復刊版発行)、土井真一ほか『憲法適合解釈の比較研究』有斐閣(2018)等を参照されたい。

⁹ 「自殺の業務的促進罪」等とよばれる。「業務的(geschäftsmäßig)」には、「医師による」場合も含まれると解される。詳しくは、本文中で検討する。

第1節 自殺幫助の「全面的禁止」

ワシントン州は、自殺幫助一般を禁止しているが、そのような自殺幫助禁止規定は合衆国憲法に反するとして、1997年に州内の医師から訴訟が提起された。これに対し、合衆国連邦最高裁は、法廷意見に結論的に全員同調する形で、自殺幫助禁止規定は違憲ではないという判断を下した。「医師による」場合も含み、自殺幫助を全面的に禁止することについて、その法的理論を確認するため、本節ではこの **Glucksberg** 判決を概観する。

(1) **Glucksberg** 判決¹⁰

① 事実の概要

本件は、州内で医療に従事し、自殺幫助禁止法さえなければ苦痛に悩む末期患者の自殺を援助する用意があるとする **Harold Glucksberg** を含む四人の医師らが原告となり¹¹、ワシントン州および州法務総裁に対し、「合衆国憲法修正 14 条の適正手続条項によって保護される自由の利益(liberty interest)は、疾病末期にある精神の正常な成人の患者が医師の援助を受けて自殺しようとする個人的な選択まで拡張されるのであるから、医師による自殺介助をも禁止する州の自殺幫助処罰規定は、同条項に違反する」と主張したものである。

第一審は、原告らの主張を認め、**Casey** 判決¹²の基準を採用し、自殺幫助の禁止は、憲法上保護されている自由利益の行使に「相当な負担を課す」ものであり、違憲であると判示した。

その後、控訴審でも、**Casey** 判決と **Cruzan** 判決¹³に依拠し、適正手続条項の自由利益は「人がいつどのように死ぬか」に関する決定を含むとし、すなわち、憲法上認められた「死ぬ権利」というものが存在するとし、それとワシントン州の利益を比較衡量した結果、「州の自殺幫助の禁止は、自分の医師から処方された薬剤によって自身の死を早めることを望む、末期状態にある責任能力を有する成人の患者に限り、適用上(applied)違憲となる」と結論づけた。

これについて、州側が上告受理申立てを行い、受理された。

② 判旨

合衆国連邦最高裁は、自殺幫助を禁止するワシントン州法の合憲性を判断する前提として、修正 14 条の適正手続条項によって保護される自由のうちに、医師の援助を受ける権利を含めた自殺の権利が含まれるかどうかを問題としたうえで、明確にこれを否定し、原判決を破棄した。

¹⁰ **Washington v. Glucksberg**, 521 U.S. 702, 138 L.Ed.2d 772 (1997). 本判決に関しては、鈴木義男「自殺幫助処罰規定の合憲性——アメリカ合衆国最高裁の二判例をめぐって——」松尾浩也先生古稀祝賀論集上巻 593 頁以下を参照されたい。

¹¹ 当初は、三人の末期重症患者および医師による自殺介助について相談に応ずる非営利組織(**ComGlucksberg, passion in Dying**)が原告として加わっていたが、三人の患者はその後死亡し、組織も上告には参加していない。

¹² **Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey**, 505 U.S. 833, 120 L.Ed.2d 67 (1992).

¹³ **Cruzan v. Director, Mo. Dept. of Health**, 497 U.S. 261, 111 L.Ed.2d 224 (1990).

(2) 自殺の幫助を禁止するワシントン州法とアメリカ合衆国憲法

原告であるワシントン州の医師らは、現状として医師による自殺介助をも禁止する州の自殺幫助処罰規定は、合衆国憲法修正 14 条の適正手続条項によって保護される自由利益に違反するとして、文面上(on its face)違憲を主張した。

連邦最高裁は、これについて判断するために、まず、自殺幫助を禁止することそのものの検討から着手した。最高裁がいうには、西欧民主主義のほとんどの国では自殺幫助は犯罪とされており、そしてそれは人民の保護に寄与するための積年の努力の表れであり、決して革新的な制度というわけではない¹⁴。コモン・ローの中では、生命や身体の安全に対する権利は、侵してはならないだけではなく譲渡することもできないという原則が確立しており、禁止される自殺の幫助というものには、死にかけている人が例外として取り扱われることもないのである。むしろ、生きているのが苦しいような——疾病で希望がないような、あるいは致命的な傷を負っているような——人々の生命でも、法の下では同様に保護の対象なのである¹⁵。しかしながら、医学や科学の発展を受け、自殺を幫助することを犯罪としたまま、「リビング・ウィル」や、代理人によるヘルスケアに関する決定、生命維持治療の差控えや中止を許容するなど、態度に変化が起こった州が多くあるのも事実である¹⁶。最高裁は、このように述べ、歴史、法的伝統、慣行を背景として、原告の主張の検討に取り掛かった。そのうえで、他者を自殺させまたはこれを援助することを禁止するワシントン州法が修正 14 条の自由利益に反するかという点につき、最高裁の法定意見をまとめると、以下の通りである。

たしかに、アメリカにおいて自殺そのものは不可罰とされるようになったが、それは自殺容認の趣旨ではない。さらに、最高裁は、当該ワシントン州の自殺幫助処罰規定や自然死法の制定、カリフォルニア州での安楽死合法化法案の否決、アイオワ州の自殺幫助禁止規定の制定、カナダの最高裁による自殺幫助処罰規定の維持決定(Rodriguez 判決¹⁷)などを挙げ、歴史、法的伝統および実務慣行の検討に照らし、自殺幫助禁止規定がただちに修正 14 条違反とはいえないとした。

(3) 「自殺をする権利」について

次に、最高裁は、適正手続条項に含まれる自由利益には、どのような権利ないし自由が含まれるのかについて、長期にわたる先例法により、結婚する権利、子供を産む権利、子供の教育やしつけを管理する権利、夫婦間のプライバシーに関する権利、避妊をする権利、身体の完全性への権利、妊娠中絶の権利が含まれるとし、さらに、望まない生命維持治療を拒否するという、コモン・ロー上認められてきた伝統的な権利をも含むと強く示唆した。しかし、

¹⁴ See, *Glucksberg*, 521 U. S. at 710.

¹⁵ See, *Id.* at 714.

¹⁶ See, *Id.* at 716.

¹⁷ *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519. 本章第 2 節で詳述する通り、カナダ連邦最高裁は、2015 年に裁判官全員一致で自殺幫助禁止規定を違憲であると判断したが、1993 年には僅差ながら合憲判断を下している。

同時に、手続の公正さの保障や身体的拘束からの自由以外に、その概念を拡張することには、適正手続条項によって保護される自由が裁判所の人間による政治的選好へと形を変えてしまふことがないよう、極めて慎重でなくてはならないとした¹⁸。それから、治療拒否権等の実体的デュー・プロセス(substantive due process)に関する確立した分析方法には、「適正手続条項が保護するのは、この国の歴史と伝統に深く根差した基本的な権利(fundamental rights)および、それなくしては自由も正義も維持できなくなるような秩序ある自由(ordered liberty)の観念に含まれる権利である」とすること」と、「実体的デュー・プロセスのケースにおいて、主張された基本的な自由利益について注意深い記述を要求すること」の二つの重要な特色があるとしたのである¹⁹。

そのうえで、本件の問題、すなわち「個人の死について、その時期や方法を決定することに自由利益が存在するかどうか」という問題と向き合った。すでに述べたように、最高裁は、それについて、「我々は、そのような権利を、末期患者に対してさえ、拒絶してきたという普遍的な伝統を有している」と判断している。

しかしながら、被告人の主張は、「たとえ国の歴史や慣行には合致していないとしても、連邦最高裁の一連の実体的デュー・プロセスの判例には合致している」というものであった²⁰。これは、中絶をする権利を認めた Casey 判決と、治療中止に関する権利を認めた Cruzan 判決を指摘したものである。最高裁は、まず前者についての「中絶をするか否かという決定は、いつどこで死ぬかという決定と同様、個人の尊厳と自律の中核的な問題である」という主張を、「デュー・プロセス条項によって保護される権利や自由の多くは、個人の自律に関係するものであるが、そのことは、重要かつ究極的な個人的な決定を、どんなものでも保護するという包括的な結論を保証するものではない」としてしりぞけた²¹。次に、後者についての「延命治療の中止を指示するという患者の権利を認めるような憲法上の原理は、致死の薬物の使用によって自己の死を早めるという選択に対しても適用される」という主張に対しては、「強制的な医療は、コモン・ロー上長い間暴行(罪)として認められてきており、そして、他人の助けを得て自殺をするという決定は、たしかに望まない治療を拒絶するのと同じくらい個人的かつ重大な決定かもしれないが、両者は決して同等の法的保護を享受するものではないし、実際全く異なるものとみなすのが合理的で堅実である」と述べた²²。

(4)患者の自己決定権と州の利益

以上の通り、最高裁は、自殺幫助を取り扱う法の歴史や現状をふまえ、「自殺を幫助するという権利」は、デュー・プロセス条項によって保護された基本的な自由利益ではないという結論に至った。最高裁によると、自殺幫助を禁止するワシントン州法は、正当な行政上の利益に対して合理的関連性を有していなくてはならず、この種の権利は、そのために州の利

¹⁸ See, *Glucksberg*, 521 U.S. at 720.

¹⁹ *Glucksberg*, 521 U.S. at 721.

²⁰ *Id.* at 723.

²¹ *Glucksberg*, 521 U. S. at 727.

²² *Id.* at 725.

益との衡量を行うと、精神の正常な終末期患者についてさえ否定されるのが一貫した普遍的な伝統であったということになる。したがって、上記権利を認めるには、数世紀にわたる法理とその実務を覆し、ほとんどすべての州の十分に考慮して決定された政策を破棄しなくてはならず²³、適正手続条項が、いかにして死ぬか選ぶ自由、自己の最後の日々をコントロールする権利、人間的で尊厳を保った死を選ぶ権利などを含有しているという被告人の主張は認められないとした。

(5) アメリカ合衆国連邦最高裁判所の見解

合衆国最高裁の法廷意見をまとめると、次の通りである。

まず、本件の問題を、自殺幫助を禁止するワシントン州法の合憲性を判断する前提として、修正 14 条の適正手続条項によって保護される自由のうちに、医師の援助を受ける権利を含めた自殺の権利が含まれるかどうかであるとしたうえで、明確にこれを否定した。この点につき、一般的な自殺の権利を否定することには他の裁判官からも異論は出されず、その意味においては全員一致の判決といえよう。

それから、苦痛を伴う末期患者が医師の援助を得て自殺する権利について、法廷意見はこれも否定した。

そして、最終的に、ワシントン州による自殺幫助禁止規定は、修正 14 条に対し、文面上違憲でもないし、意思能力があり、医師によって処方された薬剤によって自分の死期を早めることを望む成人の末期患者に適用される限りでも、違憲ではないと判示した。

第 2 節 「医師による」自殺幫助を受ける権利

Glucksberg 判決が、自殺幫助禁止規定は、医師による場合も含み、憲法に反しないという結論を下したのに対し、医師による自殺幫助を禁止する規定は違憲であるとしたのが、カナダの Carter 判決である。本節では、自殺幫助一般を処罰する規定があるにもかかわらず²⁴、医師の幫助をうけて死ぬことを許容するとしたこの Carter 判決につき、その理論的根拠を中心に検討する。

(1) Carter 判決²⁵

① 事実の概要

本件は、2009 年、Gloria Taylor が、致命的な神経促進型の病気であり、段階的に筋肉の弱体化を引き起こす筋萎縮性側索硬化症(ALS)と診断されたところからはじまる。2010 年には、Taylor の病状は、短距離以上の移動には車椅子を要し、筋肉の退化による痛みに苦しむところまで悪化していた。彼女は、生きるための日々の仕事の補助としてホームサポー

²³ See, *Glucksberg*, 521 U.S. at 723.

²⁴ Criminal Code, RSC, 1985, c.C-46. カナダの連邦刑法は、241 条 b で自殺幫助罪、14 条で同意殺人罪(死への同意が無効であること)を規定する。

²⁵ *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 SCR 331. 本判決と、本判決を受け制定された新法について詳細なものとして、松井茂記「カナダの尊厳死・安楽死法について」法律時報 88 巻 9 号(2016)82 頁以下。

トを必要とし、彼女にとって、それは、彼女のプライバシーや尊厳や自尊心に対する暴行であった。彼女は、病気にもかかわらず自律した生活の追求を続けたが、生活するのに十分な能力を着々と失っているということにも気づいていた。彼女は、自身の家族と友人に、医師による自殺幫助を受けたいという強い望みを伝えた。彼女は、「寝たきりの、尊厳と自律を奪われた状態で生きる」ことも、「不恰好な」死も、どちらも望まないと述べていた。

しかしながら、刑法典上に自殺幫助を禁止する規定が存在するため、そして、自殺幫助を受けることが住民でなくても合法かつ可能である **DIGNITAS** を利用しにスイスへ行こうにもその費用がないため、**Taylor** が医師による自殺幫助を受けることは不可能であった。これにより、彼女は、「身体的にまだ自殺することができるうちにそうするか、死ぬ方法やタイミングを管理することを諦めるか」という状況に陥り、彼女はそれを「残酷な選択」であると評した。彼女は、「ゆっくり少しずつ、もしくは苦痛に耐えながら死ぬ」ことは望んでおらず、ブリティッシュ・コロンビア州最高裁判所に対して、自殺幫助の禁止を規定する刑法典の合憲性について異議を唱えた。

なお、原告には、**Taylor** のほか、自殺幫助を望む患者の子どもである **Lee Carter** らと、もし禁止されていないのならば自殺幫助を行おうと考えるブリティッシュ・コロンビアの医師、そして、自殺幫助をふくむ終末期における選択を尊重するという理念を有するブリティッシュ・コロンビアの団体も含まれていた。

原告の主張は、以下の通りである。自殺幫助禁止規定が、意思能力があり、医師の助けを受けて死亡することを任意に求めている深刻かつ不可逆的な病に苦しむ成人がそのような援助を受けることを禁じている限り、それらは、原告から、生命、自由、身体的安全に対する権利を、憲章 7 条に反し、基本的正義の原則に従わない方法で奪うものであり、また、それらの規定が、意思能力があり深刻かつ不可逆的な病に苦しみ、医師による援助を受けて死ぬことを任意に望んでいるが、身体的な障害を有している成人に対し、そのような援助を受けることを禁止するのは、憲章 15 条の平等条項に反するものである²⁶。

これについて、第一審は、明白な社会的合意が形成されているわけではないが、回復不能な重篤な疾病を患う意思決定能力を有する成人が望む限り、医師の手による自殺幫助は許されてよいとする合意が存在すると認め、自殺幫助を一律に禁止した刑法規定は違憲であると判断した。

控訴審は、カナダによる控訴を認めた。控訴裁判所は、以下の通り述べた。第一審の裁判官はカナダ連邦最高裁判所が自殺幫助に関するこの包括的な禁止規定を合憲と判断した二十余年前の判決である **Rodriguez** 判決²⁷に従わなくてはならず、立法上の事実や社会的な事実の変化も、第一審の裁判官によって依拠された新しい法的問題も、そこからの逸脱を許容するものではない。すなわち、控訴審は、自殺関与禁止規定は違憲ではないと判断したのである。

²⁶ *Ibid.* at paras. 25-26.

²⁷ *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519.

②判旨

カナダ連邦最高裁は、Taylor 側の上告を認め、カナダ刑法 241 条 b と 14 条²⁸につき、十二ヶ月間発効を停止するとしたうえで²⁹、それらの規定は、正当化できない程度に憲章 7 条に違反しており、その人にとって耐え難い苦しみを引き起こすような深刻で不可逆的な病状であり、生命を終わらせることに明らかに同意している意思能力のある成人に対して、医師による自殺幫助を禁止する限りで、効力を有しないと宣言した。

(2)生命、自由、身体に関する権利

まず、上記判断で問題となった憲法上の規定を確認する。カナダ憲法を構成するカナダ憲章³⁰は、次の通り規定する³¹。

1 条 カナダ憲章は、法で定められ、自由で民主的な社会において正当化が論証可能な合理的な制限にのみ服することを条件に、本憲章で規定された権利および自由を保障する。

7 条 何人も、生命、自由、身体の安全に対する権利につき、基本的正義の原則に一致する場合を除いて、それを奪われない権利を有する。

15 条 1 項 すべての個人は、法の下ないし法の前において平等であり、差別されることなく、とくに人種、国籍ないし民族的起源、外見、宗教、性別、年齢または精神障害もしくは身体障害によって差別されることなく、法による平等な保護と利益を受ける権利を有する。

Taylor 側は、上告審において、以上の憲章上の規定に対し、いくつかの刑法規定の合憲性を問題とした。カナダ連邦最高裁は、そのうち、死についての同意は無効であると規定する 14 条と、自殺の幫助ないし援助に関する処罰規定である 241 条 b を、本件における違憲申立ての核であるとした³²。

そして、刑法 14 条と 241 条 b が、憲章 7 条に違反しているかどうかについて判断するためには、それが生命、自由、身体の安全に抵触するかどうかということを示し、それから、その剥奪が基本的な正義の原則に一致するものかどうかについて検討しなくてはならないとし³³、以下の通り順に検討を行った。

²⁸ 前掲注(24)を参照。

²⁹ カナダ連邦最高裁は、これと同時に、一年以内の自殺幫助合法化の法整備を命じたが、その後の政権交代により、四か月の猶予が与えられた。

³⁰ カナダ憲法は、一つの成文の「憲法典」で構成されているのではなく、複数の法令および憲法慣習の集合体で構成されている。本件で問題となっているカナダ憲章(1982 年憲法)は、1867 年憲法と並んで、カナダ憲法として最も重要と考えられている。高橋和之編『新版世界憲法集』岩波書店(2007)94 頁。

³¹ カナダ憲章の条文の翻訳については、前掲注(30)132 頁以下を参考にした。

³² *Carter*, above note 25, at para.20.

³³ *Ibid.* at para. 55. また、カナダにおける刑事立法の合憲性審査については、仲道祐樹「法益論・危害原理・憲法判断——刑事立法の分析枠組に関する比較法的考察——」比較法雑誌 53 巻 1 号(2019)50 頁以下にて明確にまとめられている。

①生命に対する権利

上告人は第一審判決をさらに進めて「尊厳ある死を求める権利」の承認をも求めた。上告人の見解は、控訴審判決の少数意見(Finch 裁判官)だけでなく、Rodrigues 判決の少数意見(Cory 裁判官)でも支持されたが、連邦最高裁は第一審判決の見解が妥当であるとして、以下のように述べた。すなわち、生命に対する権利は、法または国家活動により人の死がもたらされたり、そのおそれが高まった場合に問題となるのであり、自殺幫助の絶対的禁止が生命に対する権利から導き出されるわけではないと³⁴。生命の尊厳は最も基本的な社会的価値の一つであるとはいえ、憲章 7 条は、あらゆる生命がどんな犠牲を払ってでも保護されるべきだということを要求してはいない。したがって、法は、特定の状況下では、生命を終わらせることについての個人の選択は尊重されるべきであると理解されるようになっているのである³⁵。

これに対して、控訴審は、自殺幫助禁止規定は合憲であるという判断を下したが、そこで、ブリティッシュ・コロンビアの首席裁判官 Finch は、以下のような反対意見を述べた。彼は、生命に対する権利は肉体的な存在よりも多くを保護する、という主張を受け入れ³⁶、そのうえで、生命という利益は、個人が、自分が生きてきた経験を評価する方法と密接に結びついているのであり、生命の意味が失われる段階、すなわち、生命が無価値なものになるほどに生命の積極的な特質が減ぜられる段階は、「みなが」自分自身のために行うことができる極めて個人的な決定であると述べた³⁷。同様に、Rodriguez 判決における彼の反対意見は、Cory 裁判官が容認したものであるが、生命に対する権利は尊厳をもって死ぬ権利を含み、そしてそれは「死ぬというのは生きるのに不可欠なものである」という根拠に基づくというものであった³⁸。

これについて、連邦最高裁は次のように述べて、第一審の見解を支持した。自殺幫助禁止規定は一定の人々から生命を奪うものであり³⁹、生命に対する権利の式化 (formulation) は、医師による自殺幫助の絶対的禁止を要求するものではないし、個人は生命に対する権利を放棄できないわけでもない。絶対的禁止の要求を認めたり、生命を放棄することはできないとしてしまうことは、「生きる権利」よりもむしろ「生きる義務」を作り出すものであるし、生命救助ないしは生命維持治療の中止や差控えに対するあらゆる同意の合法性にも疑問を生じさせるからである。生命の尊厳は、最も基本的な社会的価値の一つである。しかし、憲章 7 条は、生命の尊厳は、もはや、あらゆる生命がどんな犠牲を払ってでも保護されるべきだということを要求してはいない。したがって、法は、特定の状況下では、生命を終わらせることについての個人の選択は尊重されるべきであるということを理解するようになっ

³⁴ *Ibid.* at paras. 61-63.

³⁵ *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2012 BCSC 886, at para.1322.

³⁶ *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2013 BCCA 435, at paras.84-89.

³⁷ *Ibid.* at para. 86.

³⁸ *Rodriguez*, above note 27, at p. 630.

³⁹ *Carter*, above note 25, at para. 58.

ているのである⁴⁰。

②自由と身体の安全に対する権利

次に、自由は、国家の干渉を受けることなく、基本的な個人的選択を行う権利を保護している。そして、身体の安全は、国家の干渉を受けることなく、自身の身体の不可侵性を管理することを含む、個人の自律の観念を含有しており、また、国家からの干渉によって、個人の身体的ないしは精神的な尊厳に関係するものであり、それには身体的もしくは重度の精神的苦痛を惹き起こすあらゆる州の行動が含まれる。自由と身体の安全が、(生命とは)異なる利益である一方で、本訴訟の目的としては、それらがともに考察されることにある⁴¹。これについて、第一審は、以下の通り述べた。すなわち、自殺幫助の禁止は、**Ms. Taylor** の自由と身体の安全に対する権利を、「基本的で重要かつ個人的な医療に関する意思決定に干渉すること」によって制限し、痛みや精神的ストレスを課し、彼女から自身の身体の完全性に関するコントロールを奪うものである⁴²。第一審は、自殺幫助禁止規定は、**Ms. Taylor** のような人々に、身体的ないしは精神的苦痛や、医師による自殺幫助を使用することはできなくなるということにより、ストレスを課すものであり、彼女の身体の安全に支障をきたすと認定した。第一審は、さらに、深刻な不治の病の病人は、その身体の尊厳や死生観、生活上の信条に関わる選択を行う機会を否定されるとも記している⁴³。

最高裁は、第一審を支持した。重大かつ不治の病状に対する個人の反応は、彼らの尊厳や自律にとって決定的な事柄である。法は、このような状況下で、人々が緩和医療を求めることや、人工的栄養補給や水分補給を拒絶すること、生命維持装置の取外しを要求することを許容しているが、死ぬために医師による幫助を求める権利については否定している。このことは、彼らの身体の完全性や医療ケアに関して意思決定する能力に干渉するものであり、それゆえに、自由への侵害となるのである。そして、**Ms. Taylor** のような人々に耐えがたい苦痛に耐えるよう強いることで、彼らの身体の安全を侵害するものとなるのである⁴⁴。第一審の裁判官は、次のように述べた。死を求める決定は、ある種の人々にとっては「彼らが思う尊厳や身体の完全性にとって非常に重要な決定であり、この決定は、彼らの終生の価値で構成され、人生の経験を反映するものなのである」⁴⁵。最高裁は、これをうけて、彼らがそのような選択をする機会を否定することによって、禁止規定は彼らの自由ないし身体の安全を害することとした。7条は生命の価値を認めているが、その生命が終わる際に自律と尊厳が演じている役割も尊重している。最高裁は、刑法 241 条 b と 14 条は、それらが、永久的な耐えがたい苦痛を惹き起こすような深刻な不治の病状の結果、医師による自殺幫助を求める意思能力のある成人に対してそのような幫助を禁止する場合に限り、自由と身

⁴⁰ *Ibid.* at para.63.

⁴¹ *Ibid.* at para.64.

⁴² *Carter, above note 35, at para. 1302.*

⁴³ *Ibid.* at para. 1326.

⁴⁴ *Carter, above note 25, at para. 66.*

⁴⁵ *Carter, above note 35, at para. 1326.*

体の安全の権利を侵害すると結論づけた⁴⁶。

(3)基本的正義の原則

以上の通り、カナダ最高裁判所は、本件で申立てられた刑法規定が、生命、自由、身体の安全を制限するものであると判断した。それから、それが基本的正義の原則にかなった制限であるかどうかについては、以下のように述べた。

憲章 7 条は、州はいかなる場合でも個人の生命、自由、身体の安全を侵害しないということとを約束するものではなく、基本的正義の原則に反するやり方ではそれを行わないということとを約束するものである⁴⁷。7 条は、7 条が関係する基本的正義の諸原則を具体的に列挙していないが、最高裁は、憲章ができて以降、2013 年の *Bedford* 判決⁴⁸等を経て、生命、自由、身体の安全を侵害するような法は、その目的に対して、①恣意的であったり、②過度に広範であったりしてはならないし、③過度に不均衡な結果を有してもならないという基準を、判例法の中に見出した⁴⁹。

カナダ最高裁判所は、上記基準について議論するために、まず自殺幇助禁止規定の目的を確認した。第一審は、*Rodriguez* 判決に依拠して、禁止規定の目的を、「生命の保持」ではなく⁵⁰、「弱い人々が弱気になって自殺に着手するのを妨げること」であるとし、カナダを除くすべての当事者がこれを受け入れ⁵¹、最高裁もこれを妥当とした。それから、自殺幇助禁止規定を、このような目的を有するものであるとしたうえで、その規定による制限が基本的正義の原則に合致するかどうかにつき、次のように述べた。

①恣意性

まず、生命、自由、身体の安全に制限を課すことと、法の目的との間に、合理的な関連が存在しない場合、それは恣意的であるとされ、基本的正義の原則に反することになる⁵²。医師による自殺幇助の禁止は、弱気になって自らの命を終わらせることから弱者を保護するためのものであり、自殺幇助の徹底的な禁止は、明らかにこの目的を達成するのに役立つ。それゆえ、個人の権利は、恣意的に制限されてはいない⁵³。

②過度の広範性

次に、個人の権利を侵害する法規定は、本来、法の目的をサポートするようなやり方でなされるものであり、それが目的となんら関係の無いようなやり方で個人の権利を否定していた場合は、過度の広範性があると評価される。重要なのは、最も制限的でない手段によ

⁴⁶ *Carter*, above note 25, at para. 68.

⁴⁷ *Ibid.* at para. 71.

⁴⁸ *Canada v. Bedford*, [2013] 3 S.C.R. 1101. 売春に関する刑法規定の合憲性が争われた事事件であり、生命、自由、身体の安全を侵害する法が許容されるために充たさなくてはならない最小限の憲法上の要求(基本的正義の原則)について検討する。

⁴⁹ *Carter*, above note 25, at para.72.

⁵⁰ *Ibid.* at para. 76.

⁵¹ *Ibid.* at para. 74.

⁵² *Ibid.* at para. 83.

⁵³ *Ibid.* at para. 84.

るかかどうかではなく、生命、自由、身体を安全を、立法者が顧慮した損害となんら関連の無い方法で侵害する手段によるかどうかである⁵⁴。最高裁は、このアプローチに従って、医師による自殺幇助の禁止は過度に広範なものであると結論づけた。法の目的は、既に論じたように、弱気を原因とした自殺への駆りたてから弱者を保護することである。「自殺を望む者が必ずしもみな弱者であるわけではないし、そこには、身体障害をもちながら、自らの生命を終わらせたいという、熟考した合理的な確固たる望みを有している者もいる」ということについてはカナダ側も認めており、第一審は、**Ms. Taylor** をそのような人——すなわち、意思能力があり、十分に情報が与えられ、強要や強制から自由である者——と認定した。彼らの権利を制限するということは、少なくともいくつかのケースにおいては、弱者を保護するという目的とは無関係であるということになるのであるから、包括的な禁止規定は、法の目的とは関係のない範囲にある行為を一掃してしまうことになるのである⁵⁵。

③過度の不均衡性

最後に、個人の生命、自由、身体を安全への制限が、その手段の目的に対し過度に不均衡なものであるかどうかについてである。最高裁は、上記の通り、禁止規定は、自分の身体をどうするかについて決定する能力を奪い、医師による自殺幇助を受けることができた場合よりも早いタイミングでの自殺を引き起こすかもしれないとして、人々に不要な苦しみを課すものであると認めた。そのうえで、禁止規定がそのように過度に広範なものであるという結論を下した以上、過度の不均衡性については、さらに判断することは必要ないとした⁵⁶。

(4)合理的関連性と最小限の損害

最高裁は、まず、憲章 15 条については、禁止規定が 7 条に違反するという結論をとる以上 15 条に関する問題を考察する必要はないとした⁵⁷。

そして、憲章 1 条については、最高裁は、以下のような判断を下した。上述の通り、憲章 1 条は、自由で民主的な社会において、正当化が論証可能な合理的な制限にのみ服することを条件に、本憲章で定められた権利および自由を保障している。とはいえ、憲章 7 条によって保護されている権利は基本的なものであり、対立する社会の利益によって容易に覆されるものではないので、7 条の基本的正義の原則に反する権利侵害を、1 条の下で正当化するのは本来困難である。しかしながら、一定の状況下では、州は、公共の財(原告の権利にのみ影響を及ぼすような、7 条の下では考察されない事柄)が、1 条下での個人の生命、自由、身体を自由を奪うことを正当化するという立証できるかもしれない。すなわち、本件のような、対立する社会の利益それ自体が憲章によって保護されているケースでは、7 条の権利を制限する規定が、最終的には、その目的と釣り合いがとれているということもありうるかもしれないのである⁵⁸。そのためには、カナダは、法が差し迫っている実質的な目的を

⁵⁴ *Ibid.* at para. 85.

⁵⁵ *Ibid.* at para. 86.

⁵⁶ *Ibid.* at para. 90.

⁵⁷ *Ibid.* at para. 93.

⁵⁸ *Ibid.* at para. 95.

有していることと、選択された手段がその目的につりあっていることを、立証しなくてはならない。具体的には、過去の判例⁵⁹に従い、①採用された手段が合理的に目的に関連していて、②問題となっている権利の侵害が最小限で、③法の有害な効果と有益な効果がつりあっているならば、本件で問題となっている規定は、7条違反であっても、1条によって救済されるということになる。

①合理的関連性

まず、医師による自殺幫助の絶対的禁止が、弱者を弱気な気持ちに基づく自殺から保護するという目的と合理的な関連性を有するかどうかについては、カナダ政府側に立証責任がある。合理的関連性を確立するためには、侵害と利益の間の「理性的ないしは論理的な根拠に基づいた」因果関係が存在することを立証しなくてはならない⁶⁰。最高裁はこれについて、自殺の際に援助を要求するのをすべて阻止するような法は、明白かつ合理的に、弱気な自殺から弱者を保護することができるとして⁶¹、禁止規定とその目的の間には合理的関連性があると結論づけた⁶²。

②最小限の損害

次に、侵害されている権利が最小限のものであるかどうかについてであるが、その探究の際に求められることは、「立法上の目的を達成するのに、より害の少ない手段が存在するかどうか」という検討である。したがって、カナダ側に課されるのは、目標を達するために「現実的かつ実質的な」やり方で、より徹底性のない手段が存在しないことを立証することである⁶³。本件においては、医師による自殺幫助の絶対的な禁止は、原告の7条権利である生命、自由、身体の安全に強い影響力を有するものであるが、立法上の目的を達成するための最も徹底的でない手段なのかどうかについて判断する必要がある⁶⁴。

これについて、第一審は、多くの証拠調べと専門家の聴取を経て、次のように判示した。患者が意思決定能力を有しており、その意思決定が任意で確固たるものであるということについて、医師が確実に判断することはできないという証拠がある場合や、医師が治療についてのインフォームド・コンセントを適用できない等の証拠がある場合、あるいは、滑りやすい坂道理論が当てはまる場合などは、絶対的な禁止がおそらく必要である⁶⁵が、カナダにおいて、患者が死の援助を求める際に、医師による患者の意思能力判断やインフォームド・コンセントの適切な適用は可能であるし⁶⁶、医師による自殺幫助を許容しているカナダ以外の法域の実情に照らしても、安全弁(safe guard)を適切に整備し監視しているならば、リス

⁵⁹ *R v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. Oakes 判決に関する日本の文献として、佐々木雅寿「カナダ憲法における比例原則の展開」北大法学論集 63 集 2 号(2012)356 頁以下。

⁶⁰ *Carter*, above note 25, at para. 99.

⁶¹ *Ibid.* at para. 101.

⁶² *Ibid.* at para. 100.

⁶³ *Ibid.* at para. 102.

⁶⁴ *Ibid.* at para. 103.

⁶⁵ *Carter*, above note 35, at paras.1365-1366.

⁶⁶ *Ibid.* at para. 1368.

クには対応が可能で、弱者の保護が図れる⁶⁷と認定した。また、社会的に弱者な人々に対して、医師による自殺幫助を許容することが過度の影響を及ぼしているという証拠もないとし⁶⁸、カナダにおいて、医師による自殺幫助を許容したとしても、「滑りやすい坂」に至るといふ強い証拠はないと認定した⁶⁹。

この点についてカナダは、海外での議論の余地ある状況を逸話的に取り上げ、自殺幫助の絶対的禁止なくては、滑りやすい坂を安楽死に向かって下るか、殺人を許容するという結果に至ってしまうだろうと反論した。しかし、それはうまくいっている制度で対抗されるにすぎないのだから、この問題は対立する逸話ではなく、証拠によって解決されるべきであるし、許容体制が不完全に機能するだろうなどと軽率に想定するべきでもない⁷⁰。

最高裁は、第一審の分析に誤りはないとし、自殺幫助の絶対的禁止は、最小限の侵害ではないと結論づけた⁷¹。

③有害な効果と有益な利益

そのうえで、最高裁は、法の有害な効果と有益な効果がつりあっているかどうかについては、上記のように最小限の侵害ではないという結論を下した以上、それについて判断することは不要であるとし⁷²、結論として、個人の生命、自由、身体的自由を奪う刑法 241 条 b と 14 条は、憲章 1 条によって正当化されないとした⁷³。

(5)カナダ連邦最高裁判所の見解

以上、カナダ最高裁判所の見解をまとめると、以下の通りである。

まず、自殺幫助禁止規定は、憲章 7 条で保護される権利、すなわち、生命、自由、身体、安全に干渉する規定である。患者に対し、自力で自殺できるうちに自殺を行うようにしてしまうという意味で生命に対する権利に干渉し、そして、肉体的・精神的に苦しんでいる状態に人をとどめることは、人を尊厳あるものとして扱うとはいえないという意味で、人間の尊厳に関係する自由、身体、安全に対する権利に干渉するのである。

そのうえで、7 条の権利に対する干渉が正当化されるのは、それが基本的正義の原則に反しない場合である。つまり、その干渉が恣意的であったり、過度に広範であったり、あるいは過度に均衡を失っている場合には、基本的正義の原則に反するとして正当化されないものである。これについて、最高裁は、本件で問題となっている規定は、精神的に弱っているときの自殺から弱者を守るといふ目的と、自殺幫助を全面的に禁止するというその手段が、合理的に関連しており、恣意的ではないと判断したが、本規定は、そのような弱者以外にも適用されるものであり過度に広範であるとした。そして、本規定は過度に広範性と認められる

⁶⁷ *Ibid.* at para. 883.

⁶⁸ *Ibid.* at para. 731.

⁶⁹ *Ibid.* at para. 1241.

⁷⁰ *Carter*, above note 25, at para. 120.

⁷¹ *Ibid.* at para. 121.

⁷² *Ibid.* at para. 122.

⁷³ *Ibid.* at para. 123.

以上、過度に均衡を失するものかどうかについてさらに判断する必要はないとした。

そして、憲章 7 条の権利侵害が同 1 条にいう自由権の「合理的な侵害」として正当化される余地については、弱者を保護するという目的とすべての自殺幫助を禁止するという手段は合理的に関連するものであるが、自殺幫助の絶対的な禁止は最小限の損害とはいえないとし、そして最小限の損害でない以上、権利侵害的效果と利益増進的效果の均衡性については判断する必要がないと述べた。すなわち、自殺幫助禁止規定による 7 条の権利に対する侵害は、1 条の下でも正当化されないとしたのである。

第 3 節 「医師による」自殺幫助の禁止

本章では、ここまで、自殺幫助一般を禁止する国において、「医師による」自殺幫助を禁止することの合憲性が争われたものについて検討を行ってきた。これに対して、ドイツでは、自殺に関与することについての処罰規定はなかったが、2015 年に、一部の自殺関与を処罰対象とする刑法 217 条「自殺の業務的促進罪」⁷⁴が制定された。これは、「医師による」場合を含むと解される。本節では、その 217 条について検討を行う。

(1) ドイツ刑法新 217 条

ドイツでは、刑法 216 条で要求に基づく殺人(Tötung auf Verlangen)を処罰対象とするのに対し、現行法上、自殺関与一般は不可罰とされている。しかし、これは、ドイツにおいて実際に自殺を介助することが必ずしも適法に行われるということの意味するわけではない。自殺に必要な薬物を自殺希望者に提供する等の行為は薬事法や麻薬法上の違反行為になりうる⁷⁵、自殺が事故(Unglücksfall)に該当するとすれば、自殺者を救助しないことは不救助罪(刑法 323 条 c)となりうる⁷⁶。それゆえに、ドイツ国内の自殺援助を受けることを希望する人々は、DIGNITAS や Exit 等による自殺介助サービスを受けるためにスイスへ赴くようになり⁷⁷、これがいわゆる「自殺ツーリズム」として問題となった。このような組織的な自殺介助サービスがドイツ国内へ流入することに対し対策が求められるようになり、自殺関与につき一部を可罰的とする法律が制定されるに至ったのである⁷⁸。

⁷⁴ 217 条の名称や条文の翻訳や解釈については、以下の諸論文を参照。神馬幸一「ドイツ刑法における『自殺の業務的促進罪』に関して」獨協法学 100 号(2016)117 頁以下、同「ドイツ刑法新 217 条の法律案理由書」同 223 頁以下、渡辺富久子「立法情報【ドイツ】業としての自殺幫助の禁止」外国の立法 266-1 号(2016)16 頁以下。

⁷⁵ たとえば、BGHSt 37, 179. この判例に関して、小池信太郎「量刑における構成要件外結果の客観的範囲について」慶應法学 7 号(2007)34 頁以下参照。

⁷⁶ Vgl. BGHSt 2, 150; BGHSt 6, 147; BGHSt 13, 162.

⁷⁷ スイスでは、刑法 115 条で、「利己的な動機により(aus selbstsüchtigen Beweggründen)」自殺へ誘引しまたは自殺を幫助することは可罰的とされているが、DIGNITAS や Exit はこの要件に該当しないようなサービス提供を行い、スイス国内での自殺幫助サービスを可能としている。佐藤琢磨「ドイツにおける自殺関与の一部可罰化をめぐる議論の動向」慶應法学 31 号(2015)349 頁。

⁷⁸ Exit や DIGNITAS の活動や、217 条制定に至る経緯について詳細なものとして、山中敬一「ドイツにおける臨死介助と自殺関与罪の立法の経緯について」『浅田和茂先生古稀

様々な報告書や法律草案を経て⁷⁹、ドイツ刑法新 217 条が次のような形で規定された⁸⁰。

ドイツ刑法 217 条「自殺の業務的促進」

(1)他者の自殺を促進する意図において、その他者に対し、業務的に自殺の機会を付与し、獲得させ、またはあつせんする者は、三年以下の自由刑または罰金に処する。

(2)自ら業務的な行動をとる者ではなく、かつ第一項において規定された他者の親族またはその他者と密接な関係にある者は、共犯として処罰されない。

217 条は、その立法目的を、組織的な自殺介助が影響力を拡大させ、そのような介助がなければ自殺をしなかったであろう場合にまで、病者や高齢者を性急な自殺へと駆り立てる危険性を危惧し、これを防止することとしている⁸¹。つまり、自律性への不当な操作によって自殺に導かれてしまうという抽象的な危険から生命を保護するための規定であり、抽象的危険犯としての性格を有する。立法者には、従来不処罰であった自殺未遂および自殺への関与(幫助)全般を処罰しようとする意図はなく、あくまでも上記のような場合に限定して、自殺を促進させる目的で生命(および自律性)に危険を及ぼす行為を、「業として」というメルクマールを用い、捕捉しようとするのである⁸²。この法律については、解釈論上の問題点が多く、とりわけ刑法学者から批判的考察が行われている⁸³。以下、217 条に関する議論状況につき概観し、若干の検討を行う。

(2)保護法益の問題

まず、Henning Rosenau は、本 217 条が草案として審議された段階で⁸⁴、次のように述べ、比例性を欠き憲法違反であると批判している。

祝賀論文集(上巻)』成文堂(2016)611 頁以下。

⁷⁹ 法案成立までの変遷や議論について詳細なものとして、佐藤・前掲注(77)351 頁以下。

⁸⁰ 本条文の翻訳については、神馬・前掲注(74)に依拠する。なお、原文は以下の通りである。

§217 Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung

(1) Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Als Teilnehmer bleibt straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Absatz 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht.

⁸¹ Bundestagsdrucksache 18/5373, S.2 f. また、神馬・前掲注(74)223 頁以下。

⁸² Eric Hilgendorf, Einführung in das Medizinstrafrecht, 2. Aufl. [2019], S.58, 飯島暢「自殺関与行為の不法構造における生命保持義務とその例外的解除——ドイツ刑法 217 条の新設を契機とした一考察——」『山中敬一先生古稀祝賀論文集(下巻)』成文堂(2017)61 頁。

⁸³ ドイツの刑法学者らは、140 名以上の署名に基づき、217 条に反対する決議文を公表した。Eric Hilgendorf と Henning Rosenau によって提案された「臨死介助の可罰性拡大案に関するドイツ刑法学者の立場」(medstra-Zeitschrift für Medizinstrafrecht 1 [2015], S.129ff.)を参照。また、217 条に対する批判的評価をまとめたものとして、Thomas Förscher, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 65. Aufl. [2018], Rn.2 ff. 217.

⁸⁴ 2012 年に、「営業的な自殺促進(gewerbsmäßige Förderung der Selbsttötung)」として、次のような草案が提出され議論された(訳文は、山中・前掲注(78)644 頁による)。

「この法案は、正統な刑法の限界を無視するものである。合憲的な処罰規定の要件は、当該規定が他者または公共の保護に資することである。この場合にのみ、処罰規定は、比例性原則(*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*)に合致し、基本法 2 条 2 項 2 文の人身の自由への侵害であるところの、差し迫る自由剥奪を正当化しうるのである。すでに刑法草案 217 条の保護法益について、疑問がある。なぜなら、自己の自殺権を実現する者は、その際、介助を受けることができないからである。自由答責的に行為する自殺者の個人法益としての生命は、決して保護法益たりえない。比例性の吟味に関わりうる、保護すべき法益は、まったく存在しない⁸⁵。」

この草案は、「営業的な自殺促進(*gewerbsmäßige Förderung der Selbsttötung*)」が「業としての自殺促進(*geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung*)」に修正され、2015 年に連邦議会で可決されたが、一部の文言が変わっても、本質的な内容の変更はないと考えられる⁸⁶。自由答責的に自殺を決意した者に加功する形で関与する者に刑罰を科すことは、自律原則の観点において合法とすることはできないだろう。

(3) 抽象的危険犯

これまで不処罰とされていた自殺関与を、限定的とはいえ処罰対象とすることは、長いドイツの伝統を放棄するものである。また、そもそも不可罰な自殺を幫助または関与することを処罰することについて、検討がなされなくてはならない。自殺が殺人罪の構成要件に該当しない以上、他人の自殺への関与を、殺人罪の共犯として処罰することはできないが、独立して処罰の対象とすることは必ずしも不可能ではない。立法者によると、217 条の構成要件は、抽象的危険犯として理解されている⁸⁷。「正犯行為(他者の自殺)」の未遂よりも前の段階において把握される独立の支援的行為に更なる正犯性を見出すものである⁸⁸。立法者は、自殺の促進が「正常」となるようなことがなければ人々が自殺に惑わされることもないであろうと考え、潜在的な自殺者が、性急な意思決定をしてしまうのを防ぐことを目的とする⁸⁹。これに対して、*Rosenau* は、臨死介助組織と自殺の増加の結びつきを否定し、そのような危惧は誤りであると指摘する。

【連邦司法省案 217 条】

(1) 人の自殺を促進する目的で、人にこれに関し営利事業として、機会を与え、得させまたは仲介した者は、3 年以下の自由刑または罰金刑に処する。

(2) 営利事業として行為しなかった共犯者は、第 1 項に掲げられた他人が、その親族またはその者に近い者であったときは、罰しない。

⁸⁵ Henning Rosenau(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幫助の権利」比較法学 47 卷 3 号(2014)219 頁。

⁸⁶ 甲斐克則「終末期の意思決定と自殺幫助——各国の動向分析——」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集(上巻)』成文堂(2016)566 頁。また、*Duttge, Strafrechtlich reguliertes Sterben*, NJW 2016, 122 も、「業として」という要件も「営業として」と同様に不明確なものであるとする。

⁸⁷ Bundestagsdrucksache 18/5373, S.14. また、神馬・前掲注(74)243 頁。

⁸⁸ Bundestagsdrucksache 18/5373, S.16. また、神馬・前掲注(74)246 頁。

⁸⁹ Bundestagsdrucksache 18/5373, S.17. また、神馬・前掲注(74)249 頁以下。

「自殺は、ドイツにおいては年間で 10,000 件前後生じている。自殺件数は、2007 年からは少しずつ上がっており、2011 年は 10,144 件であった。ドイツの 2010 年までの自殺者数は、上昇している一方で、スイスにある DIGNITAS による自殺の看取り (Suizidbegleitung) の利用数は、減少した。もし、自殺の介助が生命に対し抽象的に危険であるというのなら、それは正反対の結果にならないからならぬ⁹⁰。」

また、自殺介助団体の活動をむしろ積極的に評価し、刑事制裁ではなく行政規制で十分であるとする見解もあり⁹¹、217 条が可罰化の対象とする行為が、他の自殺関与行為に比べて「安易な自殺を促しやすい」という意味で抽象的な危険を有するという立法根拠は、多くの批判に晒されているのである。

(4) 「業務的」という概念

また、立法者は、217 条でいう「業務性」は、「利益獲得目的とは無関係であり、経済的または職業的活動との関連性においても無関係なものとして、反復継続的な活動を構成要素とし、そのように自殺に関する機会を付与し、獲得させ、またはあっせんする者」を対象とするのであり、「自殺を手助けする者が業務的に活動し、反復継続化した態様において自殺が促進され、そのために『業務的・組織的形態』の継続が目指されているような場合にこそ」妥当するという⁹²。これによって、たしかに、ある個別事案において援助を行った私人や、生を放棄した患者に例外的に致死薬を譲渡した医師は、刑法による訴追を免れることになるが、その一方で、しばしば、苦痛や生命を終わらせる薬物を求められる状況に直面し逃れられない病院の勤務医は、「反復性」の嫌疑から逃れることは容易ではないということになってしまう⁹³。結局、自殺を手助けすることのすべてが潜在的に業務性を帯びることにもなりかねず、「業務性」は、可罰性を基礎づける機能として、不法を限界づける基準を提供するものであるはずなのに、それを喪失したものであると批判されるのである⁹⁴。

また、Duttge は、次のように述べ、「業務性」という文言と、217 条 2 項が「親族またはその者と密接な関係にある者」を処罰対象から外していることとの関係で生じる法理論的な軋轢を指摘する⁹⁵。

⁹⁰ Henning Rosenau, Der Streit um die Sterbehilfe und die Suizidbeihilfe in Deutschland 比較法雑誌 51 巻 4 号(2018)24 頁以下(訳については、海老澤侑[訳]「ドイツにおける臨死介助と自殺幫助を巡る争い」白門 70 巻 4 号(2018)17 頁以下を参照)。また、同旨の主張を、より具体的なデータとともに述べたものとして、Rosenau, a.a.O. (Anm.85), S.219ff.

⁹¹ 佐藤・前掲注(77)364、368 頁参照。

⁹² Bundestagsdrucksache 18/5373, S.17. また、神馬・前掲注(74)249 頁。

⁹³ Albin Eser(嘉門優訳)「自殺関与の不処罰性——ドイツにおける新たな制限——」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集(上巻)』成文堂(2016)584 頁。

⁹⁴ 神馬・前掲注(74)133 頁。

⁹⁵ Gunner Duttge, Strafrechtlich reguliertes Sterben, NJW 2016, 120. なお、本論文の内容についての訳は、Gunner Duttge(神馬幸一訳・只木誠監訳)「刑法的に規制された死——業としての自殺援助という新しい刑法上の構成要件——」比較法雑誌 50 巻 3 号

(217条によると、親族のような)「非専門職による自殺幫助のみにおいて、まさに裁量の余地が与えられるということになる」。しかし、「専門家の信頼できる説明なしに、各人が全く個人的に『同情および共感』を抱く場合に限り、この新しい刑法規定により自殺幫助が許容される」として、そのような専門家の存在を立法者が全く考慮に入れていないのであれば、意図しようとしている保護法益は、完全に笑い話である。その一方で、そもそも自殺が不任意かつ自己答責的でもないかたちで惹起されたわけではなく、むしろ、しばしば(とはいっても、おそらく稀なことかもしれないが)尊重されるべき個人的な極限事例として具体化されたのであれば、(実体的な)不法従属性の原則により、すべての関係者に対して、自律原則は、不可避に効果が及ぼされ、当該行為が『一度限りの葛藤事例』であるのか、または『業としての』活動であるのかということによって、その効果が変わることもないはずである。この『行為者の側』における業務性が同様に『被害者の側』における自己答責性を排除してしまう傾向を有していることは、全く法の趣旨に合致していないか、中途半端な了解しか得られない内容を付与してしまうことになる。『自立的な』行為を援助するにすぎないところにおいて、反復性という観点から(可罰的な)不法を生じさせることはできないのである。従って、この新しい規定における規範的な基礎付けは、決定的な矛盾を含んでいる。」

そして、217条は、自殺は同情を喚起し、それに関連する「サービス」の提供は嫌悪感すら呼び起こすということを背景とするものであり⁹⁶、主義信念が可罰性の根拠となるならば、法と道德の境界は曖昧なものになってしまい⁹⁷、これは、連邦憲法裁判所が立法者をして留意させたはずの刑法の「最終手段」原理⁹⁸に反するとされる⁹⁹。

第4節 小括

以上みてきた通り、一方で、アメリカにおける *Glucksberg* 判決では「医師による自殺幫助を求める権利」は憲法上保護された権利ではないと判断されたが、他方で、カナダにおける *Carter* 判決では「医師による自殺幫助を禁止すること」は憲法上保護された権利を侵害するものであると判断された。以下、両者を比較しながら、医師による自殺幫助の合法性に関する理論について、検討を行う。

まず、*Glucksberg* 判決では、自殺について援助を受ける権利なるものは基本的な自由利益に含まれないとし、その際、それを州が規制するための正当な行政上の利益——たとえば

(2016)219 頁以下がある。

⁹⁶ *Duttge*, a.a.O. (Anm.95), S.120.

⁹⁷ *Duttge*, a.a.O. (Anm.95), S.124.

⁹⁸ BverfGE 120, 224, 239f. 刑法 173 条(兄弟姉妹間の性交処罰)の可否が争われた事案である。

⁹⁹ *Rosenau*, a.a.O. (Amn.85), S. 221.

人命の保持など——を衡量対象にした¹⁰⁰。これに対して、**Carter** 判決では、自殺幫助禁止規定の立法目的を「弱い立場の人々の保護」であるとし、自殺幫助を受ける権利をあらゆる人に対して一様に禁止してしまうのは、過度な広範性を有しこの目的に反するという点を強調して、そのような権利を認めるべきであるとした¹⁰¹。

また、いわゆる「すべりやすい坂」理論につき、**Glucksberg** 判決では「そのような結論に至る可能性が否定できない」というアプローチから、**Carter** 判決では「そのような結論に至るという証拠がない」というアプローチから結論を下している。同じ理論であっても、証拠によって反対の結論が下されうということであり、「すべりやすい坂」による線引きは非常に困難である。**Carter** 判決でカナダ最高裁判所が述べたように、安全弁(safe guard)をきちんと管理し実施することで、実務上のデータではある程度の解決が図れるかもしれない。しかし、重要なのはそのための理論的根拠であり、どのような安全弁を施すにせよ、それは現状の法に合致した論拠を基にしなければならない。そのためには、**Glucksberg** 判決も言及していたように、「自殺幫助を受ける権利」を含む「自殺の権利(死ぬ権利)」に関する考察、さらに「自殺」そのものの法的性質に関する考察が意味をもつだろう。それによって、自殺幫助を受ける権利をそもそも認めるべきかどうかはもちろん、その幫助を行う主体を医師に限って合法とする理由等も検討できるのではないかと考える。

ところで、**Glucksberg** 判決でも被告側から指摘があったが¹⁰²、延命治療を中止する権利と、医師による援助を受け自殺する権利は違うのかという論点は、きわめて本質的なものである。たしかに、わが国では、治療行為は傷害罪の構成要件に該当するという見解もあり、同意のない治療行為を違法とするのならば、それを拒絶する権利と、自殺幫助という現行法上可罰的とされ認められていない権利では、区別されてしかるべきであろう。しかし、状況によっては、その区別が患者の自由に耐えがたい負担を課す可能性もありうる。もし延命治療を中止することのみが許容されるとするならば、患者は餓死するしかないのである。患者は、治療を中止するという選択をしたために、脱水や餓死による苦痛を、そのような死を、強要されてしまうとすれば、それは不合理である¹⁰³。いずれの選択でも生命の短縮は共通しているにもかかわらず、治療中止と医師による自殺幫助を形式的に区別し、前者のみを許容可能とすることは、本人の望む最期の迎え方に大きな違いを生んでしまう。

ここでさらに問題となるのが、自殺幫助を受ける権利と、自殺をする権利そのものである。これらは、いわゆる「死ぬ権利」として広く包括されかねないものであり、その考察には慎

¹⁰⁰ **Glucksberg**, at p.732.

¹⁰¹ **Carter**, at paras.85-88.

¹⁰² *See, Glucksberg*, 521 U. S. at 725.

¹⁰³ 人工栄養補給や水分補給といった生命維持治療を中止した場合、通常患者は二週間ほどで脱水症状もしくは栄養失調で餓死に至るとされるが、いわゆるシャイボ事件(**Schindler v. Schaivo**, 855 So. 2d 621 (Fla. 2003))ではその様子が連日報道され、その様子を目の当たりにした人々から、果たしてこれが尊厳死、自然死といえるのかという議論が巻き起こされた(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(2006)378 頁)。

重さが要求されるだろう。これについては、**Carter** 判決では、カナダ最高裁が、「判例法上、州ないしは州の行為が、死あるいは増加した死のリスクを個人に課す場合に生命権に関わるのであり、自律や QOL に関する懸念は自由や身体の安全の問題である」と述べている¹⁰⁴。医師による自殺幇助を受ける権利は、死ぬ時期や方法を選ぶ権利とすることができるのであるから、生命権の枠に入れられるであろう純粋な「死ぬ権利」とも区別することが可能だろう。

患者によっては、望まない延命治療を拒絶することが許容されるのと同様、とくに終末期の状態であるならば、苦痛に満ちた残り少ない生よりも、医師による援助を得た安らかな死を選択することも許容されるのを望む場合も少なくないだろう。自殺幇助を受ける権利は、それを医師によるものに限定したとしても、「滑りやすい坂道」理論のように、その適用範囲が広くなりすぎることが懸念される。そうならないためにも、その理論的根拠づけは緻密になされるべきである。

本章では、「医師による自殺幇助を受ける権利」に対する禁止規定について、その規定の合憲性について争われたアメリカとカナダの判例を素材に検討を行った。医学が発展し、患者が望まない生命維持治療等によりいわゆる「生かされている」状態が生じうるとするのは、近年多く取り上げられる問題である。しかし、他人の自殺を幇助したり、他人に自殺を教唆したりすることが禁止されているわが国のような法体制の下では、たとえ患者が望み、医師によるとしても、生命という特殊な法益を考慮すると、自己決定権尊重の要請のみをもってただちに認められるべきものでもない。患者が治療を拒否する権利が、死に至るものであるときには、衡量の秤に載せる自己決定権以外の要素が必要であろう。

しかし、このことは、決して、「医師による自殺幇助を受ける権利」というものを全面的に否定するものではない。すでに述べたように、重要なのは理論的根拠である。焦点は、患者の「医師による自殺幇助を受ける権利」を尊重する行為が法的にどう評価されるものであるのか、そしてそれが何らかの違法性を伴うもの、もしくは処罰対象となるものならば、それは「(生命を短縮する方向に作用しうるにもかかわらず)認められている治療拒否権」と整合性のとれた結論といえるのかということに当てられるべきであろう。

ドイツの新 217 条については、検討した通り、解釈論的問題が多い。本章で検討したドイツ刑法新 217 条は、自殺関与罪を規定しない国で新設された法であるが、たとえば自殺関与が可罰的であるという前提に立つとすれば、どうだろうか。只木誠は、多くの自殺は自己答責的なものではなく、鬱病等、何らかの精神の病によるものであるという主張も極めて傾聴に値すると前置きしたうえで、次のように述べる¹⁰⁵。

「自殺援助処罰法については、ドイツにおいては多くの刑法学者によって批判されているが、自殺幇助を処罰する刑法のもと、脳死をもって人の個体死とすることに

¹⁰⁴ *Carter*, above note 25, at para. 62.

¹⁰⁵ 只木誠「臨死介助協会と自殺援助処罰法——ドイツおよびスイスの現状——」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集(上巻)』成文堂(2016)663 頁。

ついても、それが法的確信となるまでには至っていない、人の終期の問題に極めて敏感なわが国では、受け止め方を異にするであろう。自殺処罰法の処罰範囲が広範囲であることを危惧する見解が多いが、自殺の実体が上記のようなものであることを踏まえ、右処罰法の保護法益とかかる組織の拡大を直視すれば、ドイツにおいても一概に補充性がないとまではいえないのではないかと思われる。」

医師による自殺幇助は、許容される治療中止との境界が曖昧であり、それを処罰対象とするべきかという点も含め、議論が尽きない。自殺そのものや、自殺に関与することをどのように評価するかは、終末期医療について考える際に、決して避けて通ることはできない。自殺の法的性質をどう理解するかによって、自殺関与を処罰することへの評価も異なるのであり、たしかに人の終期をどう定義するかということにも深く関連する。周辺領域や他の問題との整合性も意識したうえで、実務と極端に乖離することのない研究が求められるだろう。次章では、そのような終末期医療において、わが国の裁判所はどのような判断を下したのかについて確認する。終末期における医師の致死的行為を扱った事件として、東海大学病院「安楽死」事件と川崎協同病院事件を検討するが、とくに、そこで治療中止の正当化根拠として挙げられた「患者の自己決定権」と「治療義務の限界」について検討する。「患者の自己決定権」と「治療義務の限界」についての考察は、次章以降も本稿で重要な意味を有するものである。

第3章 日本の判例にみる治療中止の正当化理論

近年の医療技術の発達是非常にめざましく、人の生命現象のあらゆる領域に及ぶものとなっている。とくに注目すべきは延命治療であり、近時の高度な延命医療技術の発達の結果、過去の医療水準であれば寿命が尽きたであろう場合でも、延命が可能となった。そのなかで、それ以上の延命治療を望まないという場合に、治療を過剰な医療行為として中止することは許容されるのかが問題となる。すなわち、患者の意思は、法(とりわけ刑法)に対し、どのような場合にどの程度まで効力を有するものなのかが議論の対象となっている。古くから論じられてきたいわゆる安楽死問題に対し、尊厳死の問題は、生命維持治療の発達によってもたらされた比較的新しい問題として捉えられている。本章では、終末期における医師の致死的行為をはじめて扱ったいわゆる東海大学病院事件判決と、その十年後に正面から「治療中止」の刑事責任について判断を下したいわゆる川崎協同病院事件判決を比較し、諸論点の整理・検討を行う。その際、従来は多義的に用いられている安楽死や尊厳死という概念を整理し、そのうえで、「治療中止」という概念およびその法的評価について考察する。

そして、終末期医療を含め、医療の方針は基本的には患者の意思に基づいて決定されるべきであるが、とりわけ終末期の場面では、肝心の患者の意思を表示することができず、明確に確認することができないことが多い。このように、患者の現実的意思が確認できない場合に、患者の意思をどのように取り扱うべきかという問題についても考察する。

第1節 治療中止に関する日本の判例

(1) 東海大学病院「安楽死」事件¹

まず、終末期における医師の致死的行為をはじめて扱った事件として、いわゆる東海大学病院事件を挙げる。本件以前にも、昭和37年に、不治の病に冒された父親をその苦しみから救うため殺害した事件について、名古屋高裁が違法性阻却事由としての安楽死の要件を

¹ 横浜地判平成7年3月28日判時1530号28頁、判タ877号148頁。評釈として、福田雅章「安楽死(東海大学安楽死事件)」医療過誤判例百選(第二版)(1996)130頁、内田博文「安楽死」刑法判例百選I(第四版)(1997)44頁、甲斐克則「尊厳死・安楽死の許容要件——東海大学病院『安楽死』事件判決」平成7年度重要判例解説(1996)134頁、武藤眞朗「東海大学『安楽死』事件」医事法判例百選(2006)88頁、大嶋一泰「治療行為の中止と医師による積極的安楽死の許される要件」年報医事法学11号(1996)144頁、本田稔「東海大安楽死事件」法学セミナー582号(2003)22頁、佐伯仁志「安楽死」刑法判例百選I(第六版)(2008)44頁、唄孝一「[論説] いわゆる『東海大学安楽死判決』における『末期医療と法』」横浜地裁平成七年三月二八日判決を讀んで」法律時報67巻7号(1995)43頁、佐伯仁志「安楽死」刑法判例百選I(第五版)(2003)42頁、松宮孝明「末期癌患者に塩化カリウムを注射して死亡させた医師の行為と『安楽死』」東海大学付属病院「安楽死」事件判決判例セレクト'95(1996)32頁、加藤摩耶「東海大学『安楽死』事件」医事法判例百選(第二版)(2014)196頁、辰井聡子「安楽死」刑法判例百選I(第七版)(2014)42頁等。

提示したことがある²。そのなかで、「原則として医師の手によること」という要件が挙げられたが、それ以降この東海大学病院事件が起きるまで、「医師の手による」致死行為が問題となる事件は起きなかったし、医師以外が主体となる例外事例も常に否定されてきた³。本件は、その意味において「はじめて」の事件である。以下、事実の概要を紹介する。

①事実の概要

被告人は、大学病院で内科医として勤務しており、かねてから多発性骨髄腫で入院していた患者の治療と、家族への対応にあたっていた。事件当日、患者は意識レベル六(疼痛刺激に無反応な状態)となり、いびきのような呼吸となり、危篤状態が続いた。事件二日前の被告人の診断では、患者の予後は、四～五日ないし一週間くらいであった。

(a)被告人は、事件当日、患者の妻と長男から、点滴等を抜いてほしい旨を強く要請された。被告人は、悩んだ末、看護婦(当時の呼称)に指示し、点滴とフォーリーカテーテルを抜きさせ、その後さらに、長男の要請に基づきエアウェイも外した。

(b)しかし、その後もなお長男による再三の要求があり、被告人は、死期を早める影響があるかもしれないが、鎮静剤ホリゾン[®]を、その後抗精神病薬のセレネース[®]を、それぞれ通常の二倍の量を静脈注射した。

(c)セレネースの注射後、約一時間経っても状況に変化はなかったので、腹を立てた長男に激しい口調で迫られた被告人は、追い詰められたような心境から、要求通りすぐに息を引き取らせてやろうと考えるに至り、殺意をもって、まず、不整脈治療剤ワソラン[®]を通常の二倍量患者に静脈注射し、続いて、希釈しないで使用すれば心停止を引き起こす作用のある塩化カリウム製剤 KCL を希釈せずに静脈注射し、急性高カリウム血症に基づく心停止により、患者を死亡させた。

このような事案の下で、検察官は、患者本人の承諾がなく、また患者が意識不明のため激しい苦痛もなかったのであるから、昭和 37 年に名古屋高裁が判示した安楽死正当化要件⁴を具備していないとして、上記(c)の被告人の行為は殺人罪にあたるとして起訴した。横浜地裁は、次のような理由で、殺人罪の成立を肯定し、被告人を、懲役二年(執行猶予二年)に処した。

² 名古屋高判昭和 37 年 12 月 22 日判時 324 号 11 頁、判タ 144 号 175 頁。違法阻却事由としての安楽死の要件として、①病者が現代医学の知識と技術からみて不治の病に冒され、しかもその死が目前に迫っていること、②病者の苦痛が甚しく、何人も真にこれを見るに忍びない程度のものなること、③もっぱら病者の死苦の緩和の目的でなされたこと、④病者の意識がなお明瞭であって意思を表明できる場合には、本人の真摯な嘱託又は承諾のあること、⑤医師の手によることを本則とし、これにより得ない場合には医師により得ないと首肯するに足る特別な事情があること、⑥その方法が倫理的にも妥当なものとして認容しうるものなることの六要件を挙げた。

³ たとえば、鹿児島地判昭和 50 年 10 月 1 日判時 808 号 112 頁、神戸地判昭和 50 年 10 月 29 日判時 808 号 113 頁、大阪地判昭和 52 年 11 月 30 日判タ 357 号 210 頁、高知地判平成 2 年 9 月 17 日判時 1263 号 160 頁。

⁴ 前掲注(2)を参照。

②判旨

(i) 横浜地裁は、まず、公訴事実となっていない一連の治療中止(上記(a)の事実)についても判断を下している⁵。

「治療行為の中止は、意味のない治療を打ち切って人間としての尊厳性を保って自然な死を迎えたいという、患者の自己決定を尊重すべきであるとの患者の自己決定権の理論と、そうした意味のない治療行為までを行うことはもはや義務ではないとの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」。すなわち、「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にあること」、「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」である。このうち、後者の要件は患者の意思にかかわるものであるが、現実の医療の現場を考慮すると、患者の推定的意思によることを是認してよい。そしてこの推定的意思は、場合によっては、家族の意思表示から推定することも許される。

また、治療行為の中止の対象となる措置は、「疾病を治療するための治療措置および対症療法である治療措置、さらには生命維持のための治療措置など、すべてが対象となつてよいと考えられる」。しかし、どのような措置をいつどの時点で中止するかは、「医学的にもはや無意味であるとの適正さを判断し、自然の死を迎えさせるという目的に沿って決定されるべきである」。

(ii) 次に、上記(b)の事実(間接的安楽死)についてと、本件の起訴事実である上記(c)の塩化カリウム注射による致死行為(積極的安楽死)について、判断を下している。

内容としては、まず安楽死一般に共通する許容要件として次の三つを述べている。

一つめは、患者に耐えがたい激しい肉体的苦痛が存在することであるが、精神的苦痛は、現段階では安楽死の対象からは除かれるべきである。二つめは、患者について死が避けられず、かつ死期が迫っていることである。しかし、これは、間接的安楽死よりも、積極的安楽死の方がより高度なものを要求される。三つめは、患者の意思表示である。それが推定的意思によるのでもよいかは、安楽死の方法との関連で異なってくる。

そして、「安楽死の方法としては、どのような方法が許されるか」として、次の通り類型別に論じている。

安楽死には、(ア)延命治療を中止して死期を早める不作為型の消極的安楽死、(イ)苦痛の除去・緩和と同時に死を早める可能性がある治療型の間接的安楽死、(ウ)苦痛から免れさせるため意図的積極的に死を招く措置をとる積極的安楽死がある。(ア)については、治療行為の中止としてその許容性を考えれば足りる。(イ)は、「医学的適正性をもった治療行為の範

⁵ 本事件では、KCLの静脈注射のみが起訴対象であるが、裁判所は、起訴の対象となっている行為の違法性ないし有責性の有無を判断するには、起訴された行為のみでなく、全体的状況を踏まえて実質的な検討をし、そのうえで実質的違法性ないし可罰的違法性あるいは有責性があるかという観点から全体として検討することが必要であるとし、いわゆる傍論としてではあるが、カテーテルと点滴の取り外しを指す治療中止の部分に関しても判断を下した。

囲内の行為とみなし得ること」と「苦痛の除去を選択するという患者の自己決定権」を根拠に許容されるので、患者の意思表示は、患者の推定的意思でも足りる。そして、(ウ)については、次のように述べる。名古屋高裁判決の「原則として医師の手による」との要件は、「苦痛の除去・緩和のため他に医療上の代替手段がない」という要件に変えられるべきである。すなわち、積極的安楽死は、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、認められるものといえる。患者の自己決定権の行使としての意思表示は、生命の短縮に直結する選択であるだけに、それを行う時点での明示の意思表示が要求される。なお、名古屋高裁判決が挙げる“死苦緩和の目的”と“方法の倫理的妥当性”については、末期医療において医師により積極的安楽死が行われる限りでは当然のことであるので、とくに要件として要求する必要はない。したがって、医師による末期患者に対する致死行為が、積極的安楽死として許容されるための要件をまとめてみると、「〔1〕患者が耐えがたい肉体的苦痛に苦しんでいること、〔2〕患者は死が避けられず、その死期が迫っていること、〔3〕患者の肉体的苦痛を除去・緩和するために方法を尽くし他に代替手段がないこと、〔4〕生命の短縮を承諾する患者の明示の意思表示があること」となる。

(iii)そして裁判所は、以上のような一般的な安楽死許容要件を前提に、被告人の具体的行為につき以下のような判断を下している。

本件起訴の対象となっている注射行為(上記(c)の行為)は、上記要件のうち、患者の肉体的苦痛および意思表示が欠けているので、違法性が肯定できる。また、それに至るまでの過程において被告人が行った治療中止(上記(a)の行為)やホリゾンおよびセレネースの注射の行為(上記(b)の行為)を含め、一連の行為としてみても、治療中止の要件も、間接的安楽死の要件も満たしていないので、全体として評価しても、違法性も有責性も阻却されない。

③本判決の意義

以上が東海大学病院の事実の概要と判旨であるが、裁判所の見解を簡潔に要約すると以下になる。

まず、治療行為の中止は、本判決では傍論として述べられたものであるが、「自己決定権の理論」と「治療義務の限界」を根拠に認められ、患者の意思が不明な場合には推定的意思によることも是認してよい。この推定的意思は、事前の意思表示を有力な証拠とするが、事前の意思表示が漠然としたものであったり不明であったりする場合には、家族の意思によることが許される。

つぎに、安楽死一般に共通する許容要件としては、「耐えがたい肉体的苦痛が存在すること」、「患者に死が避けられず、かつ死期が迫っていること」、「患者の意思表示が必要であること」を挙げており、そのうえで「安楽死」を消極的安楽死、間接的安楽死、積極的安楽死の三類型に分けてその詳細を論じている。すなわち、消極的安楽死は治療中止としての許容要件で足り、間接的安楽死は自己決定権を根拠に許容され、その際の患者の意思表示については、(家族の意思表示から推定されるものも含む)推定的意思でも足りるとした。これに対

して、積極的安楽死については、緊急避難の法理と自己決定権の理論を根拠に認められ、その際の患者の意思表示は、行為時に明示でなされる必要があるとした。

そして、本件公訴事実である具体的行為については、肉体的苦痛および患者の意思表示が欠けているという理由で、積極的安楽死として許容されるものではないとし、患者に対する一連の行為を全体的に評価しても、医療上の行為として法的許容要件を満たすものではなく、違法かつ有責な行為であるとした。

(2)川崎協同病院事件⁶

次に、「治療中止」が正面から争われた川崎協同病院事件を紹介する。上記の東海大学病院事件は、一連の行為のうち医師の直接的な致死行為、すなわち、患者にワソランおよびKCLを注射した行為のみが起訴されたが、川崎協同病院事件は、後述の通り、気管内チューブの抜管から筋弛緩剤の静脈注射に至る一連の行為が殺人罪として起訴された。以下、事実の概要を紹介する。

①事実の概要

気管支喘息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た患者(当時 58 歳)は、かねてより被告人が主治医として担当していた患者であった。被告人は、できる限り自然なかたちで息を引き取らせて看取りたいとの気持ちをいだき、気管内チューブを抜き取り呼吸確保の措置を取らなければ患者が死亡することを認識しながら、あえてそのチューブを抜き取り、呼吸を確保する処置を取らずに、患者が死亡するのを待った。

しかし、被告人の予期に反して、患者が苦しうに見える呼吸を繰り返し、鎮静剤を多量に投与してもその呼吸を鎮めることができなかったことから、そのような状態を家族らに見せ続けることは好ましくないと考え、筋弛緩剤で呼吸筋を弛緩させて窒息死させようと決意し、事情を知らない准看護婦(当時の呼称)に命じて、注射器に詰められた筋弛緩薬(商品名「ミオブロック注射液」)を、患者の静脈に注入させて、まもなくその呼吸を停止させ、患者を窒息死させた。

⁶ 最決平成 21 年 12 月 7 日刑集 63 卷 11 号 1899 頁。評釈として、豊田兼彦「治療中止と殺人罪の成否」法学セミナー 665 号(2010)121 頁、法律時報 82 卷 7 号(2010)113 頁、武藤眞朗「川崎協同病院事件最高裁決定」刑事法ジャーナル 23 号(2010)83 頁、野村貴光「川崎協同病院事件上告審決定」法学新報 117 卷 5=6 号(2011)295 頁、土本武司「治療行為の中止と合法要件」判例時報 2105 号(2011)165 頁、小田直樹「こん睡状態患者の治療中止が許容されるための条件」平成 22 年度重要判例解説(2011)200 頁、辰井聡子「川崎共同病院事件抗告審決定」論究ジュリスト 1 号(2012)212 頁、大野正博「終末期医療における治療中止行為の許容性(1)」朝日法学論集 43 号(2012)1 頁、甲斐克則「治療行為の中止」医事法判例百選(第二版)(2014)198 頁、神馬幸一「治療行為の中止」刑法判例百選 I (第七版)(2014)44 頁、入江猛「気管支ぜん息の重積発作により入院しこん睡状態にあった患者から、気道確保のため挿入されていた気管内チューブを抜管した医師の行為が、法律上許容される治療中止に当たらないとされた事例」最判解刑事篇平成 21 年度(2012)557 頁、加藤麻耶＝大城孟「川崎協同病院事件最高裁決定〈判決紹介〉」年報医事法学 26 卷(2011)219 頁、緒方あゆみ「昏睡状態患者の治療中止が許容されるための要件」同志社法学 67 卷 3 号(2015)133 頁等。

抜管行為から注射行為までを一連の殺人行為として起訴したところ、第一審⁷は以下のよう
に判示した。

末期医療において患者の死に直結し得る治療中止は、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許容される。

「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」、「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。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迫っている
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
となるというべき」である。「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確定的な診断がなされるべ
きであって、あくまでも『疑わしきは生命の利益に』という原則の下に慎重な判断が下され
なければならない」。また、「そのような死の迎え方を決定するのは、いうまでもなく患者本
人でなければならない、その自己決定の前提として十分な情報(病状、考えられる治療・対処
法、死期の見通し等)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」。もっとも、「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、「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」。そして、その探求にもかかわらず患者の真意が不明な場合には、『疑わしきは生
命の利益に』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」。

「治療義務の限界については、医師が可能な限りの適切な治療を尽くし医学的に有効な
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り、この場合にもその限
度での治療の中止が許容される」。なお、「この際の医師の判断はあくまでも医学的な治療の

⁷ 横浜地判平成 17 年 3 月 25 日判時 1909 号 130 頁、判タ 1185 号 114 頁。評釈として、
甲斐克則「末期患者への治療の中止」医事法判例百選(2006)33 頁、土本武司「治療行為の
中止と合法要件」判例時報 1928 号(2006)188 頁、加藤摩耶「末期医療における患者の死
に直結しうる治療中止の許容要件」年報医事法学 21 号(2006)142 頁、辰井聡子「重篤な患
者への治療の中止」平成 17 年度重要判例解説 165 頁(2006)、十河太朗「判批」受験新報
660 号(2006)20 頁、甲斐克則「終末期医療・尊厳死と医師の刑事責任」ジュリスト 1293
号(2005)98 頁。

有効性等に限られるべき」であって、「本人の死に方に関する価値判断を医師が患者に代わって行うことは、相当ではないといわざるを得ない」。

すなわち、第一審は、末期医療における患者の死に直結しうる治療中止は、回復不可能で死期が切迫していることを前提に、患者の終末期における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としたものの、本件においてはそのいずれの要件も満たさないとし、患者の家族らがその意味を十分に理解して抜管行為を依頼したわけではないという認定のうえで、一連の行為に対して殺人罪の成立を認め、被告人を懲役三年(執行猶予五年)に処した。

控訴審⁸は、本件抜管行為については、患者の家族からの要請があったことを否定できないとし、原審の量刑を不当として、被告人を懲役一年六月(執行猶予三年)に処したが、抜管行為の法的評価について、以下のような判断を下した。

「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」。

まず、「患者の自己決定権からのアプローチの場合、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」。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がない状況で治療中止を適法と認める場合には、刑法 202 条との矛盾のない説明が必要となる。そこで、「治療中止についての自己決定権は、死を選ぶ権利ではなく、治療を拒否する権利であるという解釈が採られている」が、「それは実質的な答えにはなっていない」。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」。しかし、前者の代行については認められないと解するのが普通であるし、後者についても現実的な意思(現在の推定的意思)の確認はフィクションにならざるを得ない。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」。

他方、治療義務の限界からのアプローチは、「医師には無意味な治療や無価値な治療を行うべき義務がない」というものである。しかし、「それが適用されるのは、かなり終末期の状態であり、医療の意味がないような限定的な場合であって、これを広く適用することには解釈上無理がある」。

以上のように、「いずれのアプローチにも解釈上の限界があり、尊厳死の問題を抜本的に

⁸ 東京高判平成 19 年 2 月 28 日判タ 1237 号 153 頁。評釈として、辰井聡子「治療中止と殺人罪の成否」判例セレクト'06(2007)27 頁、加藤摩耶「末期医療における患者の死に直結する治療中止の許容要件について」岡山商科大学法学論叢 16 号(2008)163 頁、橋爪隆・「治療中止と殺人罪の成否」平成 19 年度重要判例解説(2008)169 頁、谷直之「終末期医療における治療中止の許容性」受験新報 679 号(2008)16 頁、加藤摩耶「末期医療における患者の死に直結しうる治療中止の許容要件」年報医事法学 23 号(2008)192 頁、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 2 号(2008)187 頁。

解決するには、尊厳死法の制定ないしこれに代わり得るガイドラインの策定が必要」である。

「この問題は、国を挙げて議論・検討すべきものであって、司法が抜本的な解決を図るような問題ではないのである」。

また、「国家機関としての裁判所が当該治療中止を殺人と認める以上は、その合理的な理由を示さなければならない」。その場合でも、いずれかの、もしくは双方のアプローチによって、「適法とするにふさわしい事案に直面したときにはじめて、裁判所としてその要件の是非を判断すべきである」。

すなわち、控訴審は、治療中止を適法とする根拠を自己決定権と治療義務の限界に求めると仮定しても、本件はいずれのアプローチによっても適法とはなしえないとし、治療中止は、立法ないしガイドラインによる解決が望ましいとした。

弁護人は、終末期にあった患者の意思を推定するに足りる家族の強い要請に基づく行為だから、法律上許容される治療中止であるとして上告した。

②決定要旨

最高裁は、本件弁護人の、判例違反、憲法違反をいう主張は適切でないとし、上告を棄却し、気管内チューブの抜管行為の違法性に関して、以下のように職権で判断した。

本件経過によれば、「被害者が気管支喘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、発症からいまだ二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通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」。そこで、「本件における気管内チューブの抜管行為をミオブロックの投与行為と併せ殺人行為を構成するとした原判断は、正当である」。

③本決定の意義

本決定は、終末期医療における治療中止の刑事責任に関して最高裁が示したはじめての判断であり、最高裁が「法律上許容される治療中止」というものの存在を認めたはじめての裁判例である。まず、経緯を簡略にまとめると以下のようなになる。

第一審は、「末期医療において患者の死に直結しうる……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認められる」として、東海大学安楽死事件にて傍論として示された治療中止の要件論を受け継ぎつつ、その各原理について独自の考察を加えた。治療中止における「自己決定権の尊重」は生き方を決めることについての自己決定権の反射として位置づけられるものであるとし、「治療義務の限界」に達すれば、患者が望んでいる場合でも治療を継続する義務はないとしたのである。

控訴審は、「自己決定権の尊重」と「治療義務の限界」を二つのアプローチと仮定したう

えで、とくに前者についてその根拠や刑法 202 条との関係、自己決定の「フィクション性」を示し、解釈上の限界を指摘した。そのうえで、従来の議論への疑問とあわせて、法律ないしそれにかわるガイドラインの必要性を指摘し、治療中止の問題は司法が抜本的な解決を図るような問題ではないと強調した。

最高裁は、「抜管当時、被害者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なかったこと」、「家族からの抜管の要請は、被害者の病状等について適切な情報が伝えられた上でなされたものではなかったこと」、「抜管行為は被害者の推定的意思に基づくものではないこと」を根拠に、本件抜管行為が法律上許容される治療行為に当たらないという判断を下した。この根拠のうち、一つめは末期性の要件⁹、二つめと三つめは患者の自己決定の要件に対応するとしてみることができる。しかし、これはあくまで弁護人の主張に沿った確認を行ったものであり、これをもって最高裁が「末期において患者の自己決定があれば治療中止が正当化される」という立場をとったと判断するべきではない点は、注意が必要である。

第 2 節 患者の自己決定権と治療義務の限界の関係

(1) 治療中止の正当化根拠としての自己決定権と治療義務の限界

上記二判例をふまえて、冒頭に挙げた論点について整理し、検討する。

まず、自己決定権と治療義務の限界についてである。これは、両判例が、許容される治療中止というものを論じる段階から挙げている根拠である。

東海大学病院事件では、フォーリーカテーテルと点滴の取り外しからワソラン並びに KCL の静脈注射にいたる一連の行為のうち、医師の致死行為である静脈注射のみが起訴対象であるので、治療中止に関する判断は、いわゆる傍論にあたるが、次のように判断を下した。治療行為の中止は、意味のない治療を打ち切って人間としての尊厳性を保って自然な死を迎えたいという、患者の自己決定を尊重すべきであるという患者の自己決定権の理論と、意味のない治療行為までを行うことはもはや義務ではないという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。そのうえで、許容されるための要件を、「患者が治療不可能な病気に冒され、回復の見込みがなく死が避けられない末期状態にあること」、「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」とし、「治療行為の中止の対象となる措置は、……生命維持のための治療措置など、すべてが対象となつてよい」とした。

⁹ なお、序章でも述べたように、「終末期」が意味する内容は不明確である。本判例では、とくに、「終末期」と「死期の切迫」が同じことを意味するのか否かについても注意が必要である。日本医師会の医事法関係検討委員会答申書「終末期医療をめぐる法的諸問題について」(2004)は、終末期を「狭義の終末期」(疾病・傷病により少なくとも二週間以内に、長くとも一か月以内に死が訪れるのが必至の状態である期間)、「広義の終末期」(生命維持装置の適用にもかかわらず、合理的な医的判断の範囲内では、死を招かざるを得ないような疾病・傷病によって引き起こされる不治の状態)に分けている。本決定は、この狭義の終末期に則り、「終末期」を「死期の切迫」に限定する解釈をとっていると思われる。

一方、川崎協同病院事件第一審判決は、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認められるとしたうえで、前者を、「患者に、自己の生の終わりをどのような形にするか、自己の生き方の最後の選択として、死の迎え方、死に方を選ぶという余地を与える」問題として、後者を、医師の側に、「実行可能な医療行為のすべてを行うことが望ましいとは必ずしもいえない」という問題として位置づける。

以下、自己決定権と治療義務の限界という両者の関係について考察を行う。

(2)患者の自己決定権と治療義務の限界の関係

患者の自己決定権と治療義務の限界については、控訴審の判断は、「このようなアプローチによると仮定した場合」の評価であるため、ここでは、両者の関係について、第一審と最高裁の見解に焦点を当てて検討を行う。

川崎協同病院事件最高裁決定がいずれの判断においても実体よりも手続を重視しているというのは、「法律上許容される治療中止」を、末期性や患者の自己決定といった実体要件を基礎とした違法阻却事由ととらえるものではなく、許容されるか否かの判断には、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¹⁰ということである。さらに、「死期の切迫性」「回復可能性」という要素が、治療義務の限界に関連した独立した要素なのか、あるいは「患者の自己決定権」行使のための前提とされるのかについても、明らかにされていない。「死期の切迫」および「回復不可能性」が、「自己決定による治療中止」を許容するための前提なのか、単独で中止を許容する要件なのかは、未解決である。

そして、治療中止の根拠について、川崎協同病院事件の第一審は、患者の自己決定権の尊重と治療義務の限界に求めるが、これらは両方とも別個の違法阻却根拠であり、本件では家族が検討のための情報を欠き、被害者の意思は推定できないとした。控訴審は、患者の自己決定権尊重のアプローチから被害者の意思を推定する十分な資料はなく、家族からの要請がなかったとはいえないが、それが患者の自己決定に基づくものとは認められないとする。上告審は、根拠論およびアプローチ論については踏み込んで言及していない。その理由は、そもそも本件は治療中止の許容の前提を欠いている事案であると評価されたからであると思われ、治療中止の根拠についての最高裁の立場は一義的に明らかではないといえよう¹¹。

裁判所が、自己決定権と治療義務の限界論について、それらを治療中止の判断要素としていることは明白であるが、両者の関係性については明らかにしていない。すなわち、各々は独立して正当化要素たりえるのか、一方を前提として他方が考慮されうるのか、あるいは両者は等価値かつ同時に成立することが求められるのか、という検討を行わなくてはならない。

¹⁰ 辰井・前掲注(6)217頁。なお、第一審は、回復可能性の不存在と死期の切迫を患者の自己決定による治療中止の前提とする一方で、医学的に有効な治療が限界に達している状況では、たとえ患者が望んでいても、医学的に見て意味のない治療を続ける法的な義務はないとする。辰井・前掲注(7)166頁。

¹¹ 野村・前掲注(7)303頁。

だが、「患者の自己決定権」と「治療義務の限界」の関係が明らかでないとはいっても、前者だけでは 202 条との関連で殺人罪を正当化することはできないため、自己決定権による正当化を基礎づけるための客観的事実(死期切迫、回復不可能性)が前提要件とされることになる。であるならば、「自己決定権」による正当化を基礎づける前提条件として、「治療義務の限界」という要素が要求されているものと解することができる¹²。悩ましい事例の多くは、回復可能性がない状況下であっても、身体的介入によって幾分か余命が変化する可能性が否定できない場合であり、その場合では、治療中止により法的評価として意味のある死期の早期化が想定される。ゆえに、患者の意思による治療中止であるとしても同意殺人罪の構成要件該当性が問題となる。したがって、やはり自己決定権を単独で治療中止の要件とすることは、現行法の解釈としては困難である¹³と結論づけざるを得ない。末期の患者に対して治療を行うかどうかの判断に当たっては、患者の自己決定権と治療義務の限界の双方の観点から考慮されるべきである¹⁴。

では、「治療義務の限界」のみで治療中止が許容される余地についてはどうだろうか。すなわち、治療義務の限界が到来した後に患者が治療継続を望んだ場合、それが保障されるのか、保障されるとして何によって保障されるのか、ということである。川崎協同院事件第一審判決は、「医師が可能な限りの適切な治療を尽くしそれが医学的にみて有効な治療が限界に達している状況に至れば、……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」と明言している。たしかに、患者が治療を望んでいる場合であっても、医師が純粋に医学的判断から治療が適当でないと判断した場合には、治療義務の限界の観点から治療の中止が許容されるべきであろう¹⁵。ただし、純粋な医学的判断を超えて、「安らかな死が本人のためになる」というような本人の死に方に関する価値判断を、患者にかわって医師が行うことは、適切では

¹² 加藤麻耶＝大城孟・前掲注(6)221 頁。202 条を考慮すれば、自己決定権のみによる治療中止は原則として認められず、少なくとも前提として「余命及び回復の可能性」が何らかの形で明確に示されているのでなくてはならない(ただし、いかなる場合がそれに当たるのかについての言及はない)。

¹³ 神馬・前掲注(6) 44 頁。

¹⁴ 佐伯仁志「終末期医療と患者の意思・家族の意思」樋口範夫編『ケーススタディ生命倫理と法(第二版)』(2012)69 頁。

¹⁵ 佐伯・前掲注(14)70 頁。治療義務の限界が法的効果を有する場合の自己決定権のもつ意味に関し、古川原明子「末期医療における治療中止の許容性—川崎協同病院第一審判決」明治学院大学法科大学院ロー・レビュー6号(2007)141 頁以下は、次のように述べる。医師の判断する適当な治療というものが何を示しているのかについては考察が必要である。というのも、第一審は、具体的あてはめにおいて、まず「回復可能性および死期の切迫性」を判断し、その後に「患者の意思」について検討し、最後に「治療義務の限界」を判断しているが、「死期が切迫している」状態での治療義務の限界と、「死期が切迫していない」状態での治療義務の限界は、分けて論じられなくてはならない。前者は、患者の自己決定権について検討することで足りるが、後者は、「何が回復なのか、何を指す治療なのか」を検討する必要がある。その結論によっては、治療義務が限界に達している患者に持続的植物状態患者が含まれる可能性がある。

ないと思われる¹⁶。

また、治療義務の限界の観点からのみで、治療中止が許容される場合があるとはいっても、それには段階があると考ええる。すなわち、治療義務の限界のみで基準を満たす場合と、自己決定権と併せて正当化要件を満たす場合があるのである。しかし、治療義務の限界だけで正当化することができるのが、「医学的に意味のない(延命に影響がない)」場合のみであるとするならば、そのような場合に治療を中止することは、そもそも構成要件該当性を欠くことになる。問題なのは、患者の意思の確認も推定もできないため自己決定の理論に頼ることはできず、なおかつ、(延命は可能であるが)回復可能性がないというような場合に、「治療義務の限界」のみで治療中止を正当化することができるのかということである。これについては、第5章以下で検討する。いずれにせよ、わが国には202条が存在する以上、生命を短縮する結果を「自己決定」だけで正当化することは困難なのであり、自己決定権の尊重と治療義務の限界の両者を正当化根拠とすべき事例の検討が、まずもって求められることとなるだろう。

第3節 安楽死、尊厳死、治療中止の関係

(1)従来の定義

「安楽死」という用語は一般的に用いられるが、その類型は多岐にわたるうえ(積極的安楽死、消極的安楽死、間接的安楽死等¹⁷)、尊厳死との違い、または治療中止の位置づけ等、それらは現在定義があいまいなものである。

安楽死、尊厳死、治療中止の定義について、たとえば入江猛は、川崎協同病院事件決定に対する評釈の中で、積極的安楽死は「苦痛の甚だしい死期の迫った人について、その苦痛を軽減または除去するために死期を早める措置を採る場合」で、尊厳死は「脳に重大な損傷を受けて不可逆的な意識不明の昏睡状態にあり、生命維持装置によって生存している人から、生命維持装置を取外し、人としての尊厳を保って死を迎えさせること」であると述べる¹⁸。また、阿部純二は、治療中止の問題とは、回復の見込みのない患者になお延命のための治療を継続すべきか、意味のない延命治療を中止することが許されるかという問題であり、消極的安楽死とは肉体的苦痛から逃れるという動機がある場合のものであるが、これは動機が精神的苦痛でも良いとされる治療中止の範疇に含まれるものであるとする¹⁹。

¹⁶ 甲斐克則『安楽死と刑法』成文堂(2003)164頁。

¹⁷ 内田博文「安楽死」刑法判例百選Ⅰ(第四版)(1997)44頁等によると、一般に、生命短縮を伴わずに苦痛を緩和・除去する場合を純粹安楽死、死苦緩和の副作用により死期を早めた場合を間接的安楽死(治療型安楽死、狭義の安楽死)、延命という積極的措置をとらないことが死期を早めた場合を消極的安楽死、生命を絶つことで死苦を免れさせる場合を積極的安楽死というとされる。また、土本・前掲注(7)189頁は、「消極的安楽死」、「間接的安楽死」、「積極的(直接的)安楽死」のいずれも患者の生命短縮を惹起するものであり、現在の日本において、いずれの形態の安楽死も犯罪であるとする。

¹⁸ 入江・前掲注(6)568頁。

¹⁹ 阿部純二「安楽死の問題」研修567号(1995)5頁は、治療中止＝尊厳死と消極的安楽死

根本的な違いに触れた説明をするならば、安楽死は「死期が切迫した病者の激しい肉体的苦痛を病者の真摯な要求に基づいて緩和・除去し、病者に安らかな死を迎えさせる行為」であり、尊厳死は「人工延命治療を拒否し、医師が患者を死にゆくに任せることを許容すること」ということができよう。

(2)治療中止の位置づけ

上記の通り、各概念の定義は、大筋で同じであっても詳細には多様なものである。しかし、刑法解釈論上重要なことは、治療中止と消極的安楽死(または尊厳死)を同等と評価するか否かに加えて、積極的安楽死と間接的安楽死を同一線上にあるものとしてとらえるのか、それとも理論的に区別できるものなのか、ということである。東海大学病院事件と川崎協同病院事件にみえてきたように、起訴事実が医師の致死行為(積極的安楽死)の部分のみでも、全体の一連の行為(治療中止から間接的安楽死、積極的安楽死まで)でも、どちらでもありうる。ゆえに、起訴事実を積極的安楽死として位置づけてしまうと、検察の裁量によって不可罰か否かが決まってしまうことを考慮する意味で、これらの行為を理論的に区別できるのかという検討を行わなければならないのである。そして、仮に区別できるとして、間接的安楽死については違法性阻却の余地を認めるのに対して、積極的安楽死については、違法性阻却を排除し、期待可能性欠如を根拠とした責任阻却のみを認めるとする見解も多く主張される²⁰。しかし、責任阻却は行為者側の事情であるので、そのみを考慮して患者側の事情を軽視することのないよう注意すべきである²¹。

積極的安楽死を、間接的安楽死と並べて適法とする余地を認めることに対しては、とくに「代替手段の不存在」要件との関係で、鎮静医療によって十分に苦痛を緩和できるなら、そもそも積極的安楽死は不必要であるという指摘がある²²。いわゆる「最後の一服」理論などを考慮すると、間接的安楽死と積極的安楽死との間に明瞭な線引きは困難であるのかもしれないし、「きちんとした症状コントロールをしていけば、積極的安楽死は不要」であるとする医師の指摘²³は重要である。たしかに、緩和医療も発達した現在、どうしても積極的安楽死が必要とされるような状況というのはかなり少ないのかもしれない。しかし、実際に積極的安楽死を避けられないような状況はほぼ起こりえないということと、積極的安楽死の

との関係についての、東海大学安楽死判決の裁判所の理解は正当なものであると述べる。

²⁰ たとえば、甲斐・前掲注(16)172頁、中山研一「東海大学『安楽死』判決について—横浜地裁平成7年3月28日判決—」北陸法学3巻3号(1995)85頁、阿部・前掲注(19)10頁。

²¹ 武藤・前掲注(1)91頁。

²² 大山弘＝松宮孝明 法学セミナー40巻7号(1995)82頁。さらに、治療中止の対象となる措置については、段階的に区別して判断されるべきであるとする。もはや効果のない特殊治療の中止は患者の意思や推定的意思を待たずとも許されるのではないかという疑問があるし、逆に、いきなり栄養や水分補給等の基本看護の中止も認めることは保護者遺棄罪の余地を生ずるのではないかという疑問があるというのである。

²³ 山崎章郎「〔座談会〕安楽死—東海大学事件をめぐる—」ジュリスト1072号(1995)90頁。

正当化根拠について議論する必要があるということは別物である。いまや積極的安楽死を切望するような場面は実際には少ないとしても、積極的安楽死と間接的安楽死の間には、区別を設けて論じるべきであり、そして、積極的安楽死の正当化については厳格な基準を設定すべきである。

治療中止の位置づけについては、消極的安楽死と同義と評価するか否かに加え、治療中止の形態に、いわゆる「安楽死としての治療中止」と「尊厳死としての治療中止」が存在するという点についても触れておきたい。すなわち、安楽死と尊厳死を苦痛の存否で区別するとしたら、治療を継続することで患者に苦痛を与え続けるから治療を中止するという場合と、回復の見込みがなく死期も切迫しているという患者の尊厳を守るため治療を中止するという場合が考えられるのである²⁴。治療中止の法的性質について考察する際には、これらは区別して扱われるべきである。

①治療中止の類型

生命維持治療を行わないことによって、治療行為を行った場合よりも早い死をもたらす態様はいくつか考えられる。本稿では、川崎協同病院事件判決で言及された、「一度生命維持装置を装着した後にこれを取り外すことによって生命を短縮する」という態様について、治療中止として取扱い、論点の整理を試みる。

②治療行為の作為性

治療中止については、当該行為を作為とみるのか不作為とみるのかという点について見解の対立がある。このような議論はドイツでも行われているが、ドイツでの議論状況については次章で論じる。

治療行為の作為・不作為に関する議論とは、患者に装着された生命維持装置を取り外す、あるいはそのスイッチを切る等によって患者を心停止に至らせる行為が、作為による生命侵害か、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か、という問題である²⁵。おおまかに分けると、これを作為であるとし、当該行為は殺人罪の構成要件に該当するが、そのうえで一定の要件の下では許容し正当化する見解、あるいは、これを不作為とし、作為義務ないしは保障人的地位の存在を前提とし、一定の場合にそれを否定することによって、不可罰性を導こうとする見解に大別される²⁶。具体的な評釈として

²⁴ 武藤・前掲注(6) 86、87 頁は、次のように述べる。治療中止は、「安楽死」として位置づけられる治療中止(=消極的安楽死)も、「尊厳死」として位置づけられる治療中止もあるので、「治療中止」は一律に論じられるべきものではない。東海大病院事件と川崎協同病院事件は、(名古屋高裁判決の事案と異なり)気管内チューブ抜管等の時点では患者が肉体的苦痛に苛まれていたとは認定されておらず、これらの措置を開始した後に、肉体的苦痛を推測させる状況が現れており、どちらの事件も、本来は「尊厳死」としての治療中止の事案であり、その許容要件が問われるべきである。

²⁵ 刑法上問題となる不真正不作為犯が「不作為による不作為犯」といわれるのに対し、尊厳死を「作為による不作為犯」とよぶ論者もいる。井田良『刑法総論の理論構造』成文堂(2005)215 頁。

²⁶ 治療中止の法的評価について詳しく論究するものとして、武藤眞朗「生命維持装置の取

は、川崎協同病院事件で訴因として掲げられている、挿入されていた気管内チューブを抜管した行為は、「抜管する」という積極的な行為があるから作為であるとする見解²⁷や、気管内チューブを抜き取り死亡するのを待ったが予期に反して苦しうに呼吸し始めたので筋弛緩剤を静脈注射したという行為のうち、注射行為は「積極的安楽死」と呼ばれてきたものであり、控訴審はこれを「治療行為の中止が常に不作為犯とはいえない」という文脈で「治療行為の中止」の中に位置づけているが、これは不正確であるとする見解²⁸を挙げることができる。

また、治療中止を治療行為論の枠組みで論じようとする見解もある。医師が治療行為を行っても行わなくても、医師の選択と患者の状態の悪化や死亡の間に因果関係が認められる限り、医師の行為は、治療を行えば作為として、行わなければ不作為として、傷害罪ないし殺人罪の構成要件に該当する。治療行為論とは、医師の行為に構成要件該当性があることを前提として、当該行為が治療行為として適切であったか否かを論じる議論であり、それに従うと、当該行為が客観的に見て適切な治療行為であれば正当化され、そうでなければ正当化されないこととなり、作為であるか不作為であるかは意味を持たない。したがって、治療行為論の枠組みにおいて治療不開始／中止行為を論じるならば、問題となる医師の行為が作為であるか不作為であるかによって、正当化の可否が左右されることはない²⁹。

③検討

このように、治療を中止する行為が作為なのか不作為なのかという刑法的評価が問題となるのは、とりわけ作為と評価する場合には、形式上その行為は殺人罪の構成要件に該当するため、不作為として作為義務があるのか否かを判断する場合と異なり、決着が違法性の場面に移動することになる。そこで生命短縮という結果を伴う以上、同意に基づく正当化は困難となる。刑法上、作為犯が禁止規範違反であるのに対し、不作為犯は一定の作為を法が命じる命令規範違反である。不作為犯の処罰は、作為犯と同視しうる場合にのみ限定し、より慎重になされなくてはならない。罪刑法定主義の要請からも、条文に規定されていない不真正不作為犯は、厳格な要件の下でのみ認められるべきであり、それによれば、行為者には単なる道徳的義務ではなく法的義務が課されていなければ、不作為犯は成立しないということになる。したがって、「開始した治療を中止すること」を不作為と評価する場合は、そこに作為義務(保証人的地位)が否定されれば不可罰とすることができる。一方、「開始した治療を中止すること」を作為、「治療を開始しないこと」を不作為と評価するならば、後者について作為義務(保障人的地位)が否定された場合には、後者の行為は犯罪ではないという帰

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(第一巻)』成文堂(1998) 361 頁以下。

²⁷ 入江・前掲注(6)579 頁。

²⁸ 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)48 頁。

²⁹ 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」法学研究 86 号(2009)57 頁以下、65 頁。

結に至る。ゆえに、治療中止を作為と評価する立場については、「いったん治療を始めてしまうとどんな状況になっても取り外すことはできない」等の説明が実際の医療現場でなされることも少なくなく、その結果「途中でやめることが困難ならば、初めから開始しないほうがいい」というような、いわゆる萎縮医療へつながる危険性も危惧される。

なるほど、医師が訴追を恐れ、患者に必要としている医療が十分に提供されない状態に陥ることは、原則として患者の健康の維持、回復、促進等を目的とし発展をつづけてきた医学の見地からみても望ましい事態ではないし、われわれが法解釈に頭を悩ませているのもそのような状況を導くためではない。しかし、治療を中止すること＝作為、治療を開始しないこと＝不作為、とする場合に、その中間領域の行為(点滴を取り替えない、毎日打っている注射をやめる等)を不作為と評価することは不可能なのだろうか。一度取り付けたら、あるいは一度開始したらその後半永久的に二度と医師の手を煩わせないような、他人の手を介するなんらかの更新(作為的介入)を一切必要としないような、そのような生命維持治療や装置というものが果たして存在するのだろうか。上記のような中間領域の行為を不作為として評価すれば、萎縮医療が危惧されるという批判には対応できるのではないかと考える。

作為説に立つ場合と不作為説に立つ場合で生じる実質的な違いは、実行行為者を限定するかどうかにある³⁰。装置を取り外す、あるいはスイッチを切るという行為が誰でもなしうるものであり、第三者によるこのような介入を可罰的であるとする以上、ここで問題とする態様の治療中止は、作為と評価すべきである³¹。

第4節 小括

以上、日本の終末期に関する著名な二つの判例の概観を行い、治療中止という概念における諸論点について考察を行ってきた。

まず、両判例が治療中止の正当化根拠として挙げた「患者の自己決定権」と「治療義務の限界」の関係について、前者だけでは 202 条との関連で殺人罪を正当化することはできないため、「自己決定権」による正当化を基礎づける前提条件として、「治療義務の限界」という要素が要求されているものと解した。末期の患者に対して治療を行うかどうかの判断に当たっては、患者の自己決定権と治療義務の限界の双方の観点が考慮されるべきであるが、患者が治療を望んでいる場合であっても、医師が純粋に医学的判断から治療が適当でないと判断した場合には、治療義務の限界の観点のみで治療の中止が許容される余地はありうる。裁判所の見解によっても、治療義務の限界にも段階があり、自己決定権と併せて基準を満たす場合と、治療義務の限界のみで正当化要件を満たす場合があると解される。しかし、刑法上検討が必要なのは、前者の場合であろう。

つぎに、安楽死、尊厳死と治療中止について、従来の定義との関係を考察し、治療中止の刑法的評価を考察した。治療中止が消極的安楽死(尊厳死)と同等であるか否かだけでなく、

³⁰ 武藤・前掲注(24)375 頁。

³¹ 武藤・前掲注(24)382 頁。

尊厳死としての治療中止と安楽死としての治療中止というものが存在することと、積極的安楽死と間接的安楽死は区別してとらえるべきであるということについて言及した。そのうえで、川崎協同病院事件での態様のような治療中止は、刑法上作為であるという評価が妥当であると結論づけた。

また、自己決定権について検討する際に、いわゆる「死ぬ権利」と呼ばれる概念について言及することがある。川崎協同病院事件の第一審は、終末期における患者の自己決定について、「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」としている。死ぬ権利を認めない見解としては、まず、生命を超個人的法益と見る考え方がある³²。これは、同意殺人や自殺関与を処罰する 202 条との関係から見ると、説明のつきやすい見解であると評価できる。しかし、生命を個人法益として扱う現行法体系の下では、採ることが難しい立場であると考える。また、死ぬ権利を認めないという見解に対しては、患者に生きる義務を課すこととなり不当であるという批判も存在する。しかし、死ぬ権利を認めないということを、ただちに生きる義務が生じるということと同等であると評価することについては、疑問を感じる。権利義務関係というのは、自分一人の中で衝突するものではなく、あくまで権利の主張をする人がいることで義務を課される人がいるという、なんらかの対人関係の中で問題となる概念である。ある人に「生きる義務を課す」ことになるのは、ほかの誰かに「他人に生きることを強制する権利」を認める場合である。そして、ある人に「死ぬ権利を認める」ことは、ほかの誰かに「他人が死ぬことを妨害しない義務」を生じさせることになるはずである。したがって、死ぬ権利を認めなかったとしても、それは、自殺しようとした人を目撃した人はそれを防止する義務を負わないというのみであり、その人に生きる義務を課すということを意味しない。死ぬ権利に対応する義務が何であれ、少なくとも権利主体と同一の主体内で対応する義務が生じるということはないはずである。

そして、このことを終末期医療に当てはめると、医師の側に選択肢があるということになる。すなわち、患者に「死ぬ権利を認めない」としても、医師は患者に対して、「治療を続ける（患者が死ぬことを防止する）」ことも「治療を中止する（患者の死を妨害しない）」ことも可能であるということである。終末期の文脈においては、医師が、治療を継続しなくてはならない、あるいは中止しなくてはならないという義務を課されることなく、選択の余地を有しているということこそが、有意義なことであるといえる。

その他、「死ぬ権利」としての自己決定権を承認しないならば自己決定権の本質は捉えら

³² 宮本英脩『刑法大綱(第四版)』(鈴木茂嗣編『宮本英脩著作集第三巻』)成文堂(1984)102頁(原著は1935年発行)、佐伯千仞『刑法講義総論(三訂版)』有斐閣(1977)216頁、林幹人『刑法総論(第二版)』東京大学出版会(2008)160頁。

れないとするような見解³³もあるなか、死ぬ権利は認められないものであるにもかかわらず自己決定権は認められるとするならば、それが死ぬ権利にまでは至らない根拠は何かということについても、考察を行わなくてはならない。その点についてはやはり、生命は個人法益であり、自分で生命法益を放棄する形態である自殺はたしかに不可罰であるが、それに他人が関与するならば、行為者側からすれば「他人の生命」の放棄にかかわることになり、そのような意味で、少なくとも、「他人に殺してもらふ権利」としての「死ぬ権利」はないということになるだろう。

患者の意思は、「法律上許容される治療中止」に当たるかどうか判断する際に重要な役割を果たすが、その取り扱いについてはより詳細な検討を要する。患者の自己決定権の中心をなす患者の意思について、とりわけ終末期の意思についてどのように取り扱うべきか、すなわち、措置の時点における患者本人の直接かつ明示の意思だけでなく、家族があらかじめ確認していた患者の事前の意思などによる推定的意思によることが許されるのかは、問題である。このような患者の意思と推定的意思の問題については、後に詳しく検討する。また、川崎協同病院事件控訴審判決が指摘するように、治療中止の許容が、現行法の解釈論によるべきか立法によるべきかについても、検討の余地がある。手続き的な側面について、詳細や規準をあきらかにしようとするものとして、各種ガイドライン³⁴に言及する必要もある。解決を解釈論で行うのか、立法論あるいはガイドラインによる解決にするのか、その他によるのかについても、また別個の問題として検討が必要である。

次章では、立法による解決の一つとして、ドイツの世話法について取り扱う。これは、患者の意思や推定的意思を出発点として「患者の事前指示」によって治療中止を許容しようとする民法上の制度である。ドイツの裁判所は、刑事事件であっても、この制度を用いて解決を試みており、次章では、治療中止の正当化について世話法に基づき判断を下した刑事事件を中心に、ドイツ刑法 216 条(要求に基づく殺人)との関係も視野に入れ、治療中止について検討を行う。

³³ 福田・前掲注(1)132 頁は、次のように指摘する。「死ぬ権利」としての自己決定権を承認しない限り、単なる技術的な要請を超えて、積極的安楽死の本質を医学的適合との調和の中で捉えようとする試みは、理論的にも、現実的にも、「高貴な偽り」でしかない。

³⁴ たとえば、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)、日本緩和医療学会緩和医療ガイドライン作成委員会編集「苦痛緩和のための鎮静に関するガイドライン 2010 年度」、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)、日本循環器学会等「循環器病の治療に関するガイドライン—循環器疾患における末期医療に関する提言」(2010)、日本老年医学会「高齢者ケアの意思決定プロセスに関するガイドライン—人工的水分・栄養補給の導入を中心として」(2012)等。

第4章 ドイツの立法・判例にみる治療中止における患者の自己決定

医療における意思決定は、自己決定の一場面として尊重されなくてはならない。それは、いわゆる終末期とよばれる状況下でも同様であるが、当該措置が患者の死を惹起する場合には、たとえそれが患者の意思によるものであっても、生命保護を図る刑法の規定に抵触する。とりわけ、終末期にある患者は、そもそも自己の意思を表明できない状態であることが多く、その事前の意思の取扱いへの関心は高い。

これについて、ドイツでは、2009年に、民法の一部を改正することによって、治療の中止等に関する決定も含む患者の事前指示に関する法制化が行われた¹。この法制度は、民事上のものであるが、刑法上の解釈にも影響を及ぼしている。

そうした制度化を行うことが、患者にプレッシャーを課すのではないかという懸念についても顧慮しつつ、能力がないと判断された場合には意思を代行する制度が必要であるのかどうか、そして必要であるならばどのような問題や限界が考慮されるかについて、ドイツにおける治療中止論を検討する。本章では、このようなドイツでの議論状況が、終末期の患者の意思の取扱いに関する法規定が存在しないわが国において、事前意思について考えるうえでどのような影響を有するのか考察する。

ドイツにおいては、成年者が、精神病または身体的、精神的もしくは心的障害のために、自己の法的事務を処理することができず、かつそれゆえに法定代理人が必要であるときには、世話裁判所²は、一定の任務範囲について、その都度必要な限度で、世話人の任命を受けることができる(ドイツ民法 1896 条 1 項 2 項、1902 条)。そして世話人は、被世話人の福祉のための活動を義務づけられる(同 1901 条 2 項)。ドイツにおける事前指示法は、このような既存の世話法³を改正することで制度化された。2009年に、1901a 条、1901b 条が付け加えられたのである。このうち、1901a 条が、いわゆる「(患者の)事前指示」とよばれるものであり、次のように規定している。

ドイツ民法 1901a 条

¹ 2009 年世話法第三次改正については、松田純「ドイツ事前指示法の成立とその審議過程」医療・生命と倫理・社会 9 巻 1・2 号(2010)34 頁以下、新谷一朗「世話法の第三次改正(患者の指示法)」年報医事法学 25 号(2010)201 頁以下等を参照。

² ドイツにおける区裁判所の世話部が、世話裁判所(Betreuungsgericht)と呼ばれている。この名称は 2009 年の世話法改正によるもので、従来は後見裁判所(Vormundgericht)とされていた。本稿では、判例の紹介等に際し、その当時の名称を使用する。

³ 世話法は、1992 年に施行され、現在ドイツ民法典にて Title 2. Rechtliche Betreuung として 1896 条以下 1908i 条まで定められている。なお、旧世話法については、田山輝明『成年後見法制の研究・下巻』成文堂(2000)にて、その沿革から手続・運用実態に至るまで詳細に紹介されている。

「同意能力のある成年が、自らが同意能力を失ったときのために、健康状態の診察や治療や医療的介入について同意するか拒否するか(患者による事前指示)について、それがまだ差し迫っていない時点で書面に明記して指示しておいた場合、世話人(Betreuer)はこの指示が、現下の患者の生命に関する状態と、目下の治療状況とに当てはまるのかを吟味する。当てはまる場合には、世話人は被世話人〔患者〕の意思を代わって表明し、これが尊重されるよう世話(Ausdruck und Geltung verschaffen)しなければならない。患者による事前指示書はいつの時点でも、どのような形によっても撤回できる⁴。」

ドイツの世話法の特徴としては、「必要性の原則」を挙げることができる。必要性の原則とは、ドイツ民法 1896 条 2 項に規定されており、「世話人は、世話が必要とされる職務範囲に関してのみ選任することが許される。……その他の援助によって、世話人によるのと同様に適切に処理されうる場合には、世話人は必要ない」というものである。世話が必要の最小限の範囲で行われるということは世話法の立法趣旨であるとも解されており⁵、必要性の原則は重要な特徴であるといえよう。これは、後見、保佐、補助の三類型によって典型的に保護を与えるわが国の成年後見制度とは異なる点でもある。そして、わが国との制度上の相違としては、次の点も考慮しなくてはならない。すなわち、わが国の成年後見制度は、原則として財産管理と身上監護に関する権利と義務を定めるものであり、後者の射程範囲は狭く理解されている⁶。医療に関する意思決定に、とくにそれが患者の生命に直接関わる決定であるような場合に、後見人(世話人)が関与することができるのかどうかは、非常に大きな違いといえよう。

わが国の法状況は、意思能力が失われた患者の意思決定については、その代行も含め、未整備である。民法上、認知症などを含む精神の障害によって判断能力が不十分であるとされる者のための支援・援助を目的とする成年後見制度が存在するが、成年後見は、すでに述べたように、一般的に財産管理と身上監護に関する権利と義務に関するものにすぎない⁷。と

⁴ 本条文の翻訳については、松田純「ドイツにおける患者の事前指示の法制化と医師による自殺援助をめぐる議論」『生命倫理研究資料集Ⅳ』富山大学(2012)8 頁を参考にした。

⁵ Dieter Schwab, Münchener Kommentar zum BGB Band.8 Familienrecht II §§1589-1921・SGB VIII 2002, S.1746 Rn.4.

⁶ 日本の成年後見制度については、とくに医療同意との関係にも言及するものとして、新井誠ほか『成年後見制度——法の理論と実務(第二版)』有斐閣(2014)、赤沼康弘『成年後見制度をめぐる諸問題』新日本法規(2012)、田山輝明ほか『成年後見——現状の課題と展望』日本加除出版(2014)等を参照。

⁷ 医療に関する同意を成年後見人等に与えるかについては、付与すべきとする見解(赤沼康弘「後見人等の医療同意権について——医療の同意能力がない者に対する医療の保障」老年精神医学雑誌 22 巻 4 号(2011)430 頁等)と、付与すべきではないとする見解(斎藤正彦「後見人等の医療同意権について——後見人への医療同意権付与に関する問題点」同 434 頁等)があり、議論の余地がある。また、日弁連は、「医療同意能力がない者の医療同意代行に関する法律大綱(2011)」において、次のような見解を示している。「医療を受けることに関する権利は、医療を受けるものが有して」おり、「一身専属性も強いと考えられるのであるから、例え法定代理権があるとしても、当然に代理することにはならない」

りわけ生命を短縮する可能性を含む決定を行うことは、ドイツでもわが国でも、嘱託殺人の問題が生じる。このことは、治療を中止することの法的判断にダイレクトに関わる問題であり、かつ現実に生じている問題である。以下、ドイツでの治療中止に関する刑事判例につき検討を行い、患者の意思に関する論点に焦点を当てて整理する。

第1節 治療中止に関するドイツの刑事判例

(1) Kempten 事件⁸

まず、世話法第三次改正以前の、人工的栄養補給の停止に関する判決である **Kempten** 事件について概観する⁹。

① 事実の概要

本件は、以下のような事案である。

1990 年 10 月、被告人である医師 T は、E 夫人の医療上の世話を引き受けた。彼女は、同年 9 月の初め、心停止により脳に不可逆的な深い損傷をうけ、嚥下することができなくなってしまったので、T 医師はチューブを通じた人工栄養補給を指示した。E は、その年の終わりから、話しかけに反応できず、立つことも歩くこともできず、光、音、圧迫という刺激に、顔をゆがめたり、うめいたりすることでしか反応できなくなり、深刻な四肢拘縮の状態となった。また、栄養供給は、さしあたりは経鼻チューブによって行われたが、その際発生した合併症を理由に、1992 年からは経胃チューブ(胃瘻)によって行われた。彼女は、生命機能は有していたが、痛覚の徴候は確認できなかった。

1993 年のはじめ、T は、E の息子であり補佐人¹⁰である被告人 S に対して、患者の回復が見込まれない場合は、胃ゾンデを停止し、代わりにお茶だけを与えれば、彼女は苦しむことなく、二～三週間のうちに死ぬだろうと提案した。S は、そのような行為は法的に保護されるという T の解釈を信用し、それ以上の法的助言を求めず、その提案に同意した。E が、四肢の硬化や床ずれを伴う介護事例を扱った八～十年前のテレビ放送を見た際に、「私はそのように終わりたいくない」と述べていたという状況も、S のその決心を後押しした。

T は、あらかじめ看護スタッフに話すことなく、ナースステーションにある指示書式に、「私は、T の了解を得て、今ある容器の栄養が終わるか、あるいは 1993 年 3 月 15 日になり次第、私の母がお茶だけを与えられることを望みます」と記入・署名し、S もそれに署名した。彼らは、看護スタッフがその指示に従うことを予想していたが、これに反して、処置

(http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/111215_6.pdf)。

⁸ BGHSt 40, 257.

⁹ 本事案については、武藤真朗「人工的栄養補給の停止と患者の意思——ドイツにおける判例を素材として——」東洋法学 49 巻 1 号(2005)4 頁以下、甲斐克則『尊厳死と刑法』成文堂(2004)233 頁以下、Albin Eser(甲斐克則=三重野雄太郎訳)「近時の判例から見た臨死介助と自殺関与」刑事法ジャーナル 37 号(2013)57 頁以下を参照。

¹⁰ 後見人(Vormund)と区別し、代理権を付与された Pfleger につき、本稿では補佐人と表記する。

の法的な許容性に対して疑問をいただいた介護施設の主任が、区裁判所の後見裁判所にその書面について通報し、現在のチューブによる供給は同年3月22日までしかもたないことを伝えた。後見裁判所は、予定された行動を許容することを、仮命令という形で拒否した。これを聞いた両被告人は、区裁判所にお茶の供給に切り替えることへの許可を書面で申請したが、拒否された。Tは、そのあとでEの治療を中止し、医療上の世話は別の医師に引き継がれた。Eは、1993年12月29日、肺水腫で死亡した。

ケンプテン地方裁判所(原審)は、両被告人が、ゾンデによる栄養補給の停止によって患者の死を引き起こそうとした時点では、Eの死の過程は始まっていないこと、人工的栄養補給は生命延長措置ではなく生命維持措置であること、Eの死は、この時点では客観的にも主観的にも近い時期に予期されるものではなかったことなどから、両被告人を故殺罪の未遂で有罪とし、罰金刑を言い渡した。原審は、死の過程が始まっていなければ、臨死介助の問題(Sterbehilfe)でも死の看取り(Sterbebegleitung)の問題でもなく、その場合には、患者の推定的意思は関係ないとしたのである。これに対して、両被告人から上告が申し立てられた。

②判旨

連邦通常裁判所は、次のように述べ、原判決を破棄し、ケンプテン地方裁判所に事案を差し戻した。

- i 不治の病にかかり、もはや決定能力もない患者の場合、医師の治療や処置の中止は、連邦医師会によって公布された臨死介助に関する指針の前提条件が、死という過程がまだ開始されていないという理由で存在しないとしても、例外的に許容されうる。決定的なのは、患者の推定的意思である。
- ii 推定的承諾を認定するための条件については、厳格な要求がなされる。その際、とりわけ問題となるのは、事前の口頭もしくは書面による患者の発言、宗教的信念、その他の個人的な価値表象、年齢に応じた余命、苦痛の程度等である。
- iii 命じられた慎重な調査を行っても、患者の個々の推定的意思を認定するための具体的な状況が認められないならば、一般的な価値表象に合致するような基準を援用しうるし、しなくてはならない。その際、謙抑性が必要とされ、疑わしい場合は、生命の保護が、医師や親族やその他の関係者の個人的信念よりも優先される。

③世話法に関連する論点

連邦通常裁判所の見解を、論点別に整理すると以下の通りである。本件には、未遂や間接正犯、作為・不作為論等の重要な論点があり、とくに不作為論は治療中止において大きな意義を有するが、本章では世話法に関連する論点に焦点を当てて検討を行う。

(ア)死の過程開始前における栄養補給停止

本件は、死の過程が始まる前に治療中止が行われた事案であるが、その時期に関して、連邦通常裁判所は次のように判断している。

地方裁判所が、本件はいわゆる消極的臨死介助の事案ではないと判断したことは正当である。臨死介助(治療中止)が正当化されるためには、患者の原病が医学的に不可逆で、死に

至る過程にあるという前提が必要であり、直接的に切迫した死が存在する場合に、医師が人工呼吸や輸血や人工栄養補給といった延命措置を中断することが許容されるのである。本事案は、死の経過はまだ始まっておらず、Eは、——人工栄養補給が不可欠ではあったが——まだ生存可能な状態であったし、実際、彼女は人工栄養補給を中止したあとも、九ヶ月間生き続けた。本件のような場合は、本来の意味での臨死介助の場合よりも、推定的意思を認定するために高い要求がなされるべきである¹¹。

連邦通常裁判所は、「死に際しての介助(Hilfe beim Sterben)」と「死への介助(Hilfe zum Sterben)」は別のものであり、本件において、本来の意味における臨死介助は存在していないとした。

(イ)患者の推定的意思

Eは、1990年9月以降、不可逆的な脳の損傷が原因で、自分で意思決定をすることがもはや不可能な状況にあったので、本件ではもっぱら推定的意思の認定のみが問題となるが、本件における生命維持治療の中止が、患者の推定的意思に基づくものであるかという論点につき、連邦通常裁判所は次のように判示した。

地裁の認定によると、補佐人であるSの同意は有効とはいえず、患者の意思を推定したとはいえない。本件より八～十年前のテレビ放送の際のEによる「そのように終わりたくない」という発言は、治療を中止することについての推定的同意に対して、説得力のある根拠を提供するものではなく、それをもって、患者を直ちに確実な死に導くような治療中止への推定的同意があったとすることはできない¹²。

(ウ)推定的意思を認定するための基準

そのうえで、連邦通常裁判所は、患者の意思を推定するためには次のような前提が課されるとした。

決定能力のない患者の推定的意思を想定するためには、人間の生命保護という観点から、厳格な要求がなされなくてはならない。重要なのは、行為時における患者の意思を推定することであり、以前の口頭ないしは書面での患者の発言は、宗教上の信念、その他の個人的価値観、年齢に基づく余命、苦痛の程度などと同様に考慮される。必要な検討を行ったとしても、患者の個別的な推定的意思の認定のために具体的な状況が見出されえない場合には、一般的価値表象に対応するような基準に依拠することができるし、そうしなくてはならないが、その場合は慎重さが必要である。疑わしい場合には、医師、親族、その他関係者の個人的考慮よりも、「疑わしきは生命の利益に」の原則が優先される¹³。

(エ)栄養補給停止に対する補佐人(世話人)の承諾と後見裁判所の承認

それから、連邦通常裁判所は、Sが、患者の息子として、そして同時に補佐人として、治療中止に同意したという事実について判断を下した。

¹¹ BGHSt 40, 260.

¹² BGHSt 40, 261.

¹³ BGHSt 40, 263.

1990 年施行の世活法 1904 条によると、世話人は、「特定の医療措置」に対する有効な同意のためには後見裁判所の認可(Genehmigung)を必要とする。連邦通常裁判所は、この規定の意味と目的に照らし、本件で問題となっている人工栄養補給は、死の経過がまだ直接開始されていないような場合ならばなおさら、この「特定の医療措置」に含まれるとした¹⁴。したがって、被告人 S は 1904 条によって必要不可欠とされる後見裁判所の認可を受けていないということになり、本件における治療中止への同意は、すでに無効である¹⁵。

(オ)後見裁判所の承認の要否に関する錯誤

最後に、後見裁判所の上記認可が必要であることについて、被告人に錯誤があったと認められるかどうかについて、連邦通常裁判所は、以下の通り判示した。

一般的に、信頼のおける人物の法情報は、禁止の錯誤の回避可能性を排除する。本件の問題は法的な領域に関わるものであるが、一般的な医師はそれを修習しているため、素人は、法と医の専門分野について医師を信頼することが許され¹⁶、本件で、被告人 S は、医師 T から、計画された案は法的に保護され処罰されないという回答を得た¹⁷。しかし、地裁は、被告人 S がなぜ後見裁判所に問い合わせなかったのか等についてと、自身の決定に先立って何らかのアドバイスを求める義務と責任があった被告人 T が¹⁸、どのような根拠に基づいて治療中止を提案したのか等について、調査を行わなくてはならなかった¹⁹。

以上のように、連邦通常裁判所は、被告人 S の禁止の錯誤について、両被告人の禁止の錯誤は回避可能なものであり、本件のようなケースでは、許容された死にゆくにまかせること(zulässiges Sterbenlassen)は初めから問題とならず、その限りで決定能力のない患者の推定的承諾はそもそも判断の必要はないという地裁の見解に、疑問を呈した。

④本判決の意義

Kempton 事件は、まず、死の過程に対する段階分けを行い、本件は「まだ死の過程が始まっていない」段階であるとし、そして、そのような場合でも例外的に治療中止が許容される場合はあるが、本件ではそれに対する患者の(推定的)同意が認められないため、一般的な価値表象によって判断すべきであるとした事案である。とりわけ、死の過程についての評価は、世活法第三次改正以前の治療中止に関する判例として重要な意義を有するといえる。というのも、世活法は、その第三次改正において 1901a 条が付け加えられたのだが、その第 3 項には、「(1901a 条第 1 項、第 2 項は)被世話人の疾病の種類と進行段階のいかんにかかわらず」適用すると規定されているからである。すなわち、本判決で連邦通常裁判所が「死の過程」と称した病の進行段階による評価については、Lübeck 事件²⁰では本判決と異なっ

¹⁴ BGHSt 40, 261.

¹⁵ BGHSt 40, 262.

¹⁶ BGHSt 40, 264.

¹⁷ BGHSt 40, 263.

¹⁸ BGHSt 40, 264.

¹⁹ BGHSt 40, 265.

²⁰ BGHZ 154, 205. 事前指示書を残していた患者の場合の、指示書の効力と世活法の関係について、連邦通常裁判所が判断を下した 2003 年の民事事件である。詳細は、武藤・前

た判断が下されているが、第三次改正後には立法上解決されたといえる。このことをふまえて、以下、世話法第三次改正後の治療中止に関する判例を概観する。

(2)Putz 事件²¹

1994 年の Kempten 事件の後、様々な原則や勧告を経て²²、2009 年に第三次改正世話法が制定された。これは、すでに述べたように、既存の世話法を改正する形で、ドイツ民法に、患者の事前指示に関する規定である 1901a 条第 1 項が付け加えられたものである。以下では、この世話法第三次改正後に、人工的栄養補給の停止に関する刑事事件として、連邦通常裁判所が判断を下した Putz 事件について概観する²³。

①事実の概要

本件で争われた事案は、以下の通りである。

K 夫人(当時 76 歳)は、2002 年 10 月から、脳出血によって遷延性意識障害の状況にあった。彼女は、PEG-Sonde によって腹壁越しに人工的栄養補給を施されており(いわゆる胃瘻)、健康状態の改善は見込まれなかった。K は、2002 年 9 月の末、娘に対し、「自分が意識不明になり、何も話せなくなったような場合には、人工的栄養補給や人工呼吸のような延命措置を望まないし、管のようなものにつながれたような状態にはしないでほしい」と述べていた。

被告人 P は、医事法、とりわけ緩和医療を専門とする弁護士であり、2006 年から K の子どもたち、すなわち、原審での共同被告人であった娘 G と、その間に死亡した兄弟に対して助言を行っていた。

K の世話人は、当初は夫が任命されていたが、その夫が死亡した後、2005 年末からは職業世話人が単独で引き受けていた。2006 年 3 月、K の娘 G は、この職業世話人に対して、母親が尊厳をもって死ぬよう胃瘻を取り外してほしいということと、2002 年 9 月における母親との会話を報告したが、書面に記録されることはなかった。この職業世話人は、被告人の度重なる介入に対しても、チューブの取外しを拒否し続けていた。

掲注(9)12 頁以下、Eser, a.a.O.(Anm.9)S.58ff.

²¹ BGHSt 55, 191. Vgl. Gunner Duttge, MedR 2011, 36 ff.; Gaede, NJW 2010, 2925ff.

²² たとえば、1998 年「連邦医師会による看取り原則」(Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung. Textsammlung. Sterbehilfe. S.83-87, NJW 1998, 3406)、2004 年 6 月「終末期における患者の自律——患者の事前指示の評価についての倫理的・法的・医学的視点(報告書)」(Patientenautonomie am Lebensende Ethische, rechtliche und medizinische Aspekte zur Bewertung von Patientenverfügungen. Bericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ vom 10. Juni 2004)、2004 年 9 月「患者の事前指示(報告書)」(Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin. Patientenverfügungen, 2004)(山本達鑑訳邦訳ドイツ連邦議会審議会答申『人間らしい死と自己決定——終末期における事前指示』知泉書館(2006))等。

²³ 本判決の邦訳として、本判決に対するドイツの法学者の反応の紹介も含み、神馬幸一「ドイツ連邦通常裁判所 2010 年 6 月 25 日判決(Putz 事件)——人工的栄養補給処置の中止に関する新しい判例動向——」法學研究 84 巻 5 号(2011)109 頁以下を参照した。

被告人の提案に基づき、二人の子どもたちは、2007年8月、母親の世話人に任命された。治療を担当していた医師は、人工的栄養補給の継続に対する医学的適応は、もはや存在していないと考え、彼らの意図を支持した。しかし、施設長とスタッフがこれに反対した。彼らは、職員は狭義の介護仕事にのみ従事し、Gらが自らゾンデによる栄養補給を中止し、必要な緩和措置を施し、死に瀕する母親に寄り添うという妥協案を出した。Gらは、被告人と話し合い、これに同意することを表明した。

こうしてKは、2007年12月20日、ゾンデによる栄養補給が停止され、流動物補給の制限も開始された。しかし、経営者側が、施設長に対し、再び人工栄養補給を開始するよう指示した。Gらは、これに同意しない場合ホームへの立ち入りを禁止すると脅迫された。これに対し、被告人は、同日彼らに、「ホームによる胃瘻の違法な継続に対して有益な法益保護を短期間のうちに獲得することはできないのであるから、直接腹壁の上のゾンデの管を切断するように」と電話で助言した。その法的状況に関する彼の評価によると、どんな病院も、専断的に新しいゾンデを挿入することはできないので、その結果Kは死ぬことができるということであった。Gは、この助言に従い、数分後兄弟に助けられながら、管を二つに切断した。その後、管は再びつながれ、Kは一命をとりとめ、数日後に自然に亡くなった。

原審(フルダ地方裁判所)は、被告人の行為は、Kの推定的意思によるものでも、緊急救助の原則または正当化的緊急避難によって適法とされるものでもなく、免責的緊急避難にも該当しないとし、故殺未遂で有罪であるとした。この行為が法的に許容されるかに関する錯誤については、被告人は医事法を専門とする弁護士であり、避けることができたとした。また、原審では共同被告人であったGについては、被告人による法的助言に鑑みて、避けられない禁止の錯誤の状態にあり、責任を問えないとし、無罪を言い渡した。

被告人は、法令違反の申立てによる上訴において、この原審判決の破棄および被告人の無罪を主張し、検察は、量刑に関する異議を唱え、両者が上訴した。

②判旨

連邦通常裁判所は、次のような理由で、フルダ地方裁判所の判決を破棄し、被告人を無罪とした。

- i いったん開始された医療的処置の不継続、制限または終了(治療の中止)による臨死介助は、これが現実的または推定的な患者の意思に合致し(民法1901a条)、かつ、治療しなければ死に至る病気の進行が成り行きに任せられる場合に、適法とされる。
- ii 治療の中止は、不作為のみならず、積極的な作為によることもある。
- iii 医療的処置の中止に関連しないような、人の生命に対する意図的な侵害は、それによって意により適法とすることはできない。

③特色

Putz判決は、Kempton事件やLübeck事件等の治療中止をめぐる過去の判例を引用しつつも、従前の見解を維持せず、作為・不作為の区別についても、従来の作為・不作為論とは一線を画して、その複合体である治療中止という概念を用いて違法の段階での解決を試み

たものである。本稿では、患者の事前指示についてその効果を明文化することで患者の自己決定を尊重しようとする世話法第三次改正に依拠して判断を下したこの Putz 判決を、世話法と治療中止の關係に焦点を当てて検討する。

(ア)民法との整合性について

Putz 判決の特色としては、まず、民法との整合性を図りながら(「憲法秩序の観点から」の理論構成により)刑事事件を解決した点が挙げられる。

連邦通常裁判所によると、世話法 1901a 条は、第三次改正により、その当時同意能力のない患者において、事実上または推定上、治療に関して具体的に希望を表明された意思是、その病気の種類および段階とは無關係に拘束力を有し、これには世話人のみならず、担当医も拘束されると規定したものであり、この新しい規定は、刑法に対しても、その効力を広げるという²⁴。

(イ)患者の事前の意思に対する評価

また、連邦通常裁判所は、人工栄養補給施術開始以前の患者の発言について、次のように述べた。

本件における殺人行為に対する正当化は、もっぱら世話人としての K の子どもに対して有効になされた当事者の意思に基づいてのみ、すなわち、人工的栄養補給を中止し、継続または再開を行わないという彼女の意思に基づいてのみ、行うことができる²⁵。本件では、同意無能力状態が発生するより前の、当事者によって明示的に表明された現実の意思が疑いなく認定されるので、当事者の推定的な意思は問題とはならない。さらに、世話人と担当医の間には、人工的栄養補給の中止が患者の意思に合致するものであるという共通認識が存在していたのであり、このような前提の下では、世話裁判所の認可や指示が必要とされることがなく、人工的栄養補給の継続中止は、許容されるのである²⁶。

すなわち、連邦通常裁判所は、治療中止の適法化根拠は患者の意思であると強調したうえで、患者による事前指示書がないにもかかわらず、延命治療に関する患者のかつての発言を適法化に有効であると判断したのである。Kempton 事件でも、同じように過去の患者の発言が問題となったが、そこでは、それ自体では患者の推定的承諾があったと承認することを正当としないという判断が下された。

(ウ)死の過程

連邦通常裁判所は、死に至る経過が切迫したものか否かという、治療中止をめぐる従来の論点について、1901a 条第 3 項を引用し、次の通り判断を下した。

少なくとも、世話法(民法 1901a 条 3 項)では、病気の種類および段階は(もはや)重要視されないという限りにおいて、不安定さは取り除かれている²⁷。「一方で、医療的処置を拒否する権利に加え、場合によっては必要性を考慮することなく延命処置をも拒否することを

²⁴ BGHSt 55, 199.

²⁵ BGHSt 55, 198.

²⁶ BGHSt 55, 196.

²⁷ BGHSt 55, 196, 200.

含む憲法上保障された個人の自己決定権」と、「他方で、とりわけ刑法 212 条および 216 条において表現されている人間の生命の憲法上の保護」の両方を指導原理とする²⁸。

(エ)治療中止が適法とされる対象

さらに、連邦通常裁判所は、治療中止における正当化原則は、患者を治療する医師や世話人、任意代理人の行為に限定されるわけではなく、第三者が彼らに求められて補助者として活動する場合には、その行為にも適用されるとした。その根拠としては、治療中止は、個々の作為または不作為に尽きるわけではなく、むしろ、場合によっては、緩和のための医療処置の組合せを必要とするものであり、それは担当医自身が行わなくてはならないとは限らないからだとする²⁹。

④本判決の意義

Putz 事件は、連邦通常裁判所が、事前指示書の意義を明確に認め、それに基づく自己決定の効果が、刑事上の事件にも影響を及ぼすと明言した判決である。また、Kempton 事件では死の過程が始まっているかどうかという点に言及したのに対し、本件では「病気の種類および段階は重要視されない」という判断を下した。これは、前述の通り、世話法第三次改正(1901a 条第 3 項)の影響を受けるものである。これは、治療中止論を議論する際に、当該行為が、(消極的)臨死介助の問題なのか否かという根本的かつ重大な論点に関わる論点であったといえよう。

(3)Köln 事件³⁰

最後に、患者の意思に基づき正当化される治療中止に関し、Putz 判決の原則に従いつつ、結論として、被告人に殺人未遂による有罪判決を下した判例である³¹。

①事実の概要

本件で争われた事案は、次のようなものである。

被告人の義理の母である K 夫人(当時 82 歳)は、肺炎と心不全の疑いで、2009 年 6 月 26 日に入院した。通常の病院に入院した彼女は意識もあり、治療に合意していたが、その二日後には状態が悪化し、肺炎による敗血症のため集中治療室に移された。そこで彼女は人工的昏睡状態となり、医療機器に接続された。その際の治療(とくにアドレナリンの投与)がなければ、彼女は直接的に死に至るような状態であった。治療にあたっている医師の見解では、彼女は重篤な状態にあり、死に至る可能性はあるが、医学的観点から絶望的というわけではなかった。彼女の娘である A.B.(被告人の妻)は、自身の母親の危篤状況について電話を受けたが自分自身が行くことはできず、夫(被告人)を代わりに行かせた。病院に現れた被告人は、K の面倒を見ていたスタッフに向かって、「いずれにせよ全部すぐに止められる」のだからもう何もする必要はないと告げた。証人である女医 P は、被告人に対し、K の状態は、深

²⁸ BGHSt 55, 199.

²⁹ BGHSt 55, 205.

³⁰ BGH NStZ 2011, 274-276. Vgl. *Torsten Verrel*, NStZ 2011, 276.

³¹ 本件につき、本稿では地名をとって「Köln 事件」と称するが、被害者(患者)と被告人の関係に基づき、「娘婿事件(Schwiegersohn-Fall)」と呼ばれることもある。

刻ではあるが絶望的ではないと説明した。会話の過程で、被告人は、遺言書(Testament)とともに密封され被告人の妻に預けられている K の事前指示書(Patientenverfügung)が存在していることに言及した。被告人は、その内容については知らなかった。被告人は妻と電話をし、その際妻は、単に、母親は「生命を延長する措置」を望んでいないと伝えた。このことが、医的観点から何の結果も期待できない場合にのみ妥当するということは、彼にとっても明らかであった。

被告人は、その内容については知らないにもかかわらず、K の事前指示を引き合いに出し、病棟医師に対して、最終通告という形で、医療機器等のすべての機器を即座に停止するよう、攻撃的な口調で要求した。その背景には、被告人がそれ以上不要に「何もせずに」待機したくなかったということと、たとえば K が要介護となると、被告人や家族に負担が課されるかもしれないというひそかな彼の憂慮が存在していた。病棟医師は、被告人の要求には対応せず、主任医師との協議の後、被告人に事前指示書の提出を求めた。その後、事前指示書が集中治療室宛てに FAX で届いた。そこには、2004 年 7 月 3 日という日付とともに、以下のことが書かれていた。すなわち、「私が自分に関する事柄を自分で決定できなくなった場合、直接的な死の過程にあり、あらゆる生命維持措置をとっても、死なないしは病が、成果のある治療を伴うことなく引き延ばされると認められるとき、または、私の身体 of 必要不可欠な機能に、除去不可能な死へと導くような損失があると認められるとき」は「あらゆる延命措置」も施さないでほしいということ、「積極的な臨死介助」の実施は拒絶するということ、「特別に信頼できる人」として自身の娘を指定し、自身の状況に関するあらゆる必要な決定について担当医と協議する代理権を彼女に付与することが指示されていた。

証人である女医 P は、被告人に対して、機器を停止することは積極的臨死介助にあたり処罰されるという理由で行えないと、新たに返答した。それに加えて、まさに今しがた届いたばかりの事前指示書は、とくに、患者は二日間意識があり話しかけることができたにもかかわらずその事前指示について言及することも携帯することもしていなかっただけに、まず調査され評価されなくてはならなかった。女医に拒否された被告人は、「よし、それなら今自分でやります」と述べ、上から下へと注入ポンプの遮断スイッチを押していき、K にとって循環機能を維持するために必要不可欠であったアドレナリンを含む五つの薬剤の供給を中断した。被告人は、ポンプの電源や酸素供給を止めることによって K を即座に死に至らせるつもりであった。彼は、自分の措置によって、死の過程が不可逆的に開始されると思っていたのである。機器のスイッチを切ることは、数秒のうちに、K に劇的な血圧と脈拍数の低下をもたらした。被告人は、ベッドの後ろの人工呼吸器のスイッチを切ろうとしたが、当時 ICU の看護師であった S によって阻まれた。注入ポンプは、被告人によって少なくとも十秒間は運転が中止されており、すでにアラームが鳴っていたが、病棟医師の指示に基づき、スイッチは再び入れられた。K の血圧を安定させるために、アドレナリンの投与量は大量に増加された。K は、深刻な肺炎の結果、敗血症によるショックで死亡したが、被告人によるポンプの短時間の停止は、死因として証明することはできなかった。

ケルン地方裁判所(原審)は、被告人は、生命を維持する薬剤の供給の中断と、酸素補給の意図的な切断を通じて、死の過程を不可逆的に開始し、それによって K を直接的に死へと導こうとしたとして、被告人を故殺未遂によって有罪であると判示した。

②判旨

連邦通常裁判所は、ケルン地方裁判所の判決に対する被告人の申立ては、根拠のないものとして、棄却した。

③上告棄却の根拠

(ア)殺人罪と同意殺人罪

連邦通常裁判所は、まず、本件の被告人の行為が、殺人罪と同意殺人罪のいずれの構成要件に該当する行為なのかについて以下の通り判断した。

刑法 216 条の意味における要求に基づく殺人の成立につき、この条文でいうところの明白かつ真摯な要求が存在しないという理由で、否定されたのは正当である。むしろ、K は、自身の事前指示書の中で、積極的臨死介助を拒絶し、まだ回復の機会がある限り、医的措置を受けるつもりであるということを表明していたし、まだ話しかけることができる段階で、彼女の病状が悪化した場合には、ICU に移動しなくてはならないという知らせに、冷静に矛盾なく反応した。地方裁判所は、このことを、少なくとも ICU へ移されることや、そこでさしあたり医療措置が開始されることについての暗黙の同意と解釈したが、それは法的に適切である³²。

(イ)治療中止に対する患者の同意

次に、本件治療中止と、患者の意思の関係について、連邦通常裁判所は以下のように述べた。

臨死介助は、世話法の第三次改正を受けて、現実的または推定的患者の意思に合致し、治療をしなければ死に至る病気の過程を成り行きに任せることになるならば、開始された治療を差控えたり、制限したり、終了させたりすることは正当化される。しかしながら、殺人未遂を正当化するために必要な条件は、本件において存在していないし³³、被告人は K の意思を詳細に知らなかったのであるから、彼女の意思を実現したとすることもできない。さらに、医学的見解によると、K は、直接的な死の過程にあるとも、その身体機能につき、生命を脅かすような死に至りうる障害があるとも判断されなかったのであるから、事前指示書の中に組み入れられていた治療中止のための前提条件も存在していなかった。被告人は、治療にあたっている医師によって、K の状態は確かに深刻だが絶望的なわけではないということについて説明を受けており、このことを知っていた。この点で、被告人は、K の状態につき錯誤におちいていたとも、彼女の意思を尊重することから出発したとも、主張できないのである³⁴。

³² BGH NStZ 2011, 276 Rn.9.

³³ BGH NStZ 2011, 276 Rn.10.

³⁴ BGH NStZ 2011, 276 Rn.11.

なお、連邦通常裁判所は、患者の意思に基づく将来的な正当化的治療中止のケースについても、言及した。

民法 1901a 条、1901b 条は、(もはや)自分自身で意思表示できない患者の、憲法上保障された自己決定権の実現に寄与する。しかし、その機能はそれに尽きるものではない。むしろ、それらの規定は、治療に関連する患者の意思の認定につき、厳格な証明を要求することの手続き上の保障というやり方によって、自己決定権を保護するのと同じ程度、人間の生命の保護を顧慮しているのである³⁵。そのような生命保護の観点の下では、少なくとも、深刻な病に苦しむ患者の生命を短縮させるために、不純な動機から事前指示書が内容に反して不利に利用されることはないということが保障される。むしろ、治療中止が考慮される状況において、その際、医学的根拠や、場合によっては事前指示書に表明されている患者の意思を入念に調査することによってのみ決定が行われるということが保障されなくてはならない。K は、最初に ICU への移送とそれにひき続く生命維持治療を受けることに黙示的に同意した。医療上の措置は継続され、患者の病状の悪化の後で人工的に昏睡状態にした。また、被告人は、たとえば義理の母が要介護になるなど、金銭的な負担が課されるという懸念によっても影響を受けていたことが認定された³⁶。

(ウ)世話法の規定する世話人の資格

生命維持措置の中止を正当化するための根拠としての患者の意思の認定について、民法 1901a 条と 1901b 条は、原則的に次のような手続きを規定している。

民法 1901a 条 1 項 1 文および 2 文によると、原則として、世話人もしくは全権を委託された者のみが、患者の目下の生命状況や治療状況と事前指示書における決定の一貫性を吟味し、それに基づいて、患者の意思を適用する資格を有する。さらに、1901b 条 1 項によると、治療の中止に関する決定は、世話人または任意代理人と医師の協力を前提としている。それによると、治療を担当する医師は、自身の責任において、患者の全体的な状態および予後に関して、どのような治療に適応があるのか、患者の意思を考慮しながら、行うべき決定の基礎として、世話人とともに検討しなくてはならない³⁷。本件では、被告人は、患者の意思を調査するのに、場合によってはそれを達成するのに、世話人としても任意代理人としても、資格は与えられていなかったもので、これらの手続法的要件は問題にすらならない。さらに、被告人は患者の表明の内容について知るつもりも取り組む気もなく、資格を有する医師らと協力することも拒否した。それどころか、彼は、自分勝手かつ独断的に、治療担当医による K の病状に関する評価を無視し、明確な抵抗に反して、機器のスイッチを切ったのである³⁸。

④本判決の意義

本件は、娘婿である被告人が故殺未遂罪で起訴され、有罪と判断された事案であるが、そ

³⁵ BGH NStZ 2011, 276 Rn.12.

³⁶ BGH NStZ 2011, 276 Rn.13.

³⁷ BGH NStZ 2011, 276 Rn.14.

³⁸ BGH NStZ 2011, 276 Rn.15.

それは、患者の容態が(深刻ではあっても)絶望的ではなかった点や、被告人が医的評価を無視して独断的に判断を下した点、さらには、そもそも被告人に(世話人としての)権限がなかった点などを考慮したものである。患者の事前指示は存在しているけれども、本件は、その内容、すなわち、前提とされている状況を満たしておらず、被告人が少なくとも患者の自己決定権を尊重したとはいえなかった。世話法の目的は、あくまで「患者の意思」を尊重することであり、それを確実にする手段として、事前指示書に書かれていることと状況の合致があるかを判断し、法定された地位や手続きを重視するという姿勢をみることができると考えられよう。

(4)検討

以上概観してきたドイツにおける治療中止に関する三つの刑事判例について、簡単にまとめると次の通りである。

1994 年の **Kempton** 事件は、その大きな特徴として、連邦通常裁判所が、「(連邦医師会の指針³⁹の範囲を超えて)死に至る経過が切迫していない場合でも、さらに、患者による明示的な意思表示が存在しない場合でも、患者が治療中止に同意していると推定されるならば、例外的に治療中止を許容できる余地もある」という判断を下した点が挙げられる。

その後 2009 年の世話法三次改正を経た 2010 年の **Putz** 事件では、いったん開始された医療的処置の不継続、制限または終了(治療の中止)による臨死介助は、これが現実の患者の意思、または推定的な患者の意思に合致し(民法 1901a 条)、かつ、治療しなければ死に至るような進行を成り行きに任せる場合、適法とされるという判決が下された。

その後の **Köln** 事件は、前二者と異なり、患者の事前指示書が存在しているという事案であった。ここでの特筆すべき点は、事前指示書の存在にもかかわらず、正当化を否定するという結論をとっている点である。その根拠は、被告人は、患者によって世話人に任命されていたわけではなかったことと、患者の事前指示書に書かれていた状況と現状が一致しているとはいえなかったこととされている。連邦通常裁判所は、同意殺人罪の成立さえ否定し、故殺未遂を認めた。

そのうえで、考察すべき世話法上の問題としては、以下が考えられる。

①指示内容の具体性

まず、患者の事前指示書に記載すべき内容の具体性の問題がある⁴⁰。たとえば、患者による「テレビで見たような状況になったときには延命治療を中止して欲しい」という事前指示があると仮定すると、その「テレビで見た」状況に外形的には酷似しているが、医学的には全くの別物であるというようなときには、患者の想定した「テレビで見た状況」は何を指しているのかという内容の具体性が重要になることも考えられる。それゆえ、「医師がいかな

³⁹ 1998 年「連邦医師会による看取り原則」(前掲注(22)参照)。

⁴⁰ この点につき、患者の指示とは認められないものの例として、「将来の医療に関する一般的な指針」や「治療のやり方、場所についての希望」等がある。神野礼斉「成年後見制度と終末期医療」『終末期医療と医事法(医事法講座第四巻)』信山社(2013)240 頁。

る事情の下で何を行わなければならない、何を行うべきでないかが、患者の事前指示において詳細に示されなければならない」とする見解⁴¹は、抽象的な記述で十分とすることはできないという意味で説得的である。しかし、自分が「どのような状況」になったときに、「どのような治療」を中止するのか、とりわけ素人は具体性を求められても知識もないし、また、「事前に」表明するものである以上、将来の状況を想像することが前提となっているとすれば、それに高度な具体性を要求するのは困難であるかもしれない。一般的に患者には専門的知識がないのであるから、むしろ、事前指示に際し高度な具体性を伴った記述をすることで患者の指示内容が「狭い」状況を示すものになってしまうとしたら、実際に生じた状況が患者の意思に反してその範囲から外れてしまうことになり、それは世話法の目的とする患者の自己決定権保護という観点からも、不本意な結果といわざるをえないだろう。両方の要請を満たすような結論が求められるだろう。

②手続き上の問題

次に、世話法を運用する際の医師の負担も、配慮すべき問題である。患者に同意能力がない場合、法定世話人が選任されているか、患者が事前指示書を作成しているか等の確認は医師が行うべきなのか、そして、行うとしたらどこまで積極的に行うべきなのだろうか。

また、Köln 事件でも、被告人が、世話人としても代理人としても任命されていなかった点のほか、世話法の規定する手続き規定を遵守しておらず患者の意思を尊重したとはいえないという事実を認定しているように、世話法は、形式や手続きを重視し、患者の自己決定権を保護しようとするものと考えられる。患者の指示は書面で行わなくてはならないが、その撤回は「いつでも、どのような形式によっても」行うことができるとされているのも、同様の趣旨によるものだろう(1901a 条 1 項 3 文)。たしかに、撤回が困難であれば、患者は指示を表明することに慎重にならざるを得ず、その自己決定権を尊重しようとする立法趣旨に反する結果となってしまうだろう。しかし、「無形式に」撤回を認めるとなると、むしろ黙示の表明も含まれることとなり、その境界や判別については問題が呈されるということになるだろう。

世話法の改正を受けて、治療中止に関する問題について、ドイツでは一つの解決の道筋ができたといえるだろうが、それでもやはり法解釈上の論点は尽きない。以下では、正当化される治療中止について考察する際の刑法上の問題について検討する。

第 2 節 世話法と同意殺人罪の関係

ここまでみてきた通り、治療中止の刑法的な問題につき、ドイツにおける世話法に依拠して解決するには、本人の意思に関して、それが事前指示書に書かれていること、その他何らかの方法で表現されていることが前提とされている。しかし、現実には、とりわけ終末期の場面では、このような文書あるいは表明が存在しないという場合が少なくない。その場合に

⁴¹ Albin Eser(甲斐克則=福山好典訳)「患者の事前指示と事前配慮代理権：臨死介助におけるそれらの刑法上の役割」比較法学 47 巻 2 号(2013)198 頁。

は、世話法の規定にもあるように、患者の推定的意思が解明されなくてはならない。推定的意思の法的性質等については後に検討を行うが⁴²、いずれにせよ、問題となるのは、「(現実的もしくは推定的な)患者の意思を前提に、治療を中止することによって生命を終結させている」という状況である。このような状況は、すなわち、患者の同意に基づいて治療を中止することは、周知の通りドイツ刑法 216 条(要求に基づく殺人)の構成要件に該当する行為である⁴³。そのため、民事上の制度である世話法を用いて刑事事件を解決する際にも、刑法上の不処罰根拠についての理論づけは行わなくてはならないのである。

(1)患者の意思に関する規定の適用

①概要

まず、治療中止の刑法的評価として、世話法そのものを根拠にするという考え方がある。いわば、世話法の規定を、ドイツ刑法 216 条に対する一種の特別法としてみることもできるかもしれない。民事上の規定を、刑事上の不処罰要件とするものである。事前指示書が存在している場合はもちろんだが、世話法には意思推定に関する規定(1901a 条 2 項)があり、「患者が過去に口頭ないしは書面により表明していた言説や倫理的または宗教的確信、その他の個人的価値観など」が、患者の意思を推定する手掛かりとなるとされている。これは、患者が、治療に関する事柄について、書面による指示書はないが、過去に口頭で表現していた場合に特に当てはまることが多いとされており、そのうえで世話人と医師の協力ならびに後見裁判所の協力が、患者の意思を尊重することに大いに寄与するとし、この基準を満たす場合には、その意思が遵守されるというのである⁴⁴。

②問題点

ただし、Putz 事件で連邦通常裁判所が判示したように、「殺人行為をめぐる刑法上の適法化の問題までが、単に民法に付随する問題としてのみ扱われる」というわけではない。被害者の同意に基づく適法化の境界がどこにあり、要求に基づく可罰的な殺人の範囲がどこから始まるのかといった刑法固有の問題に関しては、憲法秩序の観点から、他の法領域の規定も顧慮して、決定されなければならない⁴⁵。他の法領域とのバランスや、法秩序の単一(Einheit der Rechtsordnung)を顧慮することも重要であるし⁴⁶、そもそも刑法は最終手段(ultima ratio)なのだから、民法上許容される行為を刑法上処罰することはできないとする見解もそれなりに説得力があるかもしれない。しかし、ドイツに比べて必ずしも統一的に法秩序を解釈しているとは限らない日本においては、原則的には、刑法上正当化されるためのより緻密な理論が必要だと考えられる。

(2)専断的治療の禁止からのアプローチ

⁴² 詳細は、本稿第 6 章にて検討する。

⁴³ むろん、日本では刑法 202 条(自殺関与罪・同意殺人罪)の構成要件に該当する行為であり、わが国でも同様の問題は生じうる。

⁴⁴ BGHSt 55, 191.

⁴⁵ BGHSt 55, 207.

⁴⁶ BGHSt 11, 241-244.

①概要

上記見解とは別に、治療行為についての「患者の同意」は通常の「被害者の同意」と同様の扱いをするべきではないという点を出発点とする考え方もある。なぜなら、実際の状況として、現実的に必要な治療に対する口頭ないしは書面での明白な拒絶がある場合は、その治療なしでは患者が死に至るとしても、その患者が強制的に治療を施されてよいとはされていない⁴⁷。連邦通常裁判所も、世話人が生命維持治療への同意を拒否したが、医師はさらなる治療が必要であると考えていたという事案で、「治療終了について司法上の認可は、医師と代理人の意見の不一致の場合に限られる」とし、「世話人と医師が、治療を中止することが患者の明示的ないしは推定的意思に合致しているということについて見解を一致させている場合は、後見裁判所に、世話人の不同意を認可するために、さらなる延命措置を請求することはできない」とした⁴⁸。

②問題点

たしかに、このような考え方によると、いわゆる「被害者の同意」が生命法益に与える影響は、「患者の同意」が与える影響とは異なった評価がされるべきということになり、一定の基準を満たした患者の同意がある場合には、216条による処罰がなされないという理解に至ることもできよう。被害者の同意一般と患者の同意では必ずしも一致するものではないだろうことに異論はないが⁴⁹、しかし、それでもなお、216条の構成要件に該当するにもかかわらず不処罰である理由については、さらに説明されるべきであろう。「患者の同意がなければ、その意に反する治療を強制することはできない」ということと、「患者の同意があれば、本来ならば可罰的である要求に基づく殺人が不処罰になる」ということは、別の理論だからである。

(3)検討

(消極的)臨死介助を広義に理解すると、死が迫っていない場合でも治療中止は患者の同意を得れば許容されるという解釈を含むこともできる⁵⁰。すなわち、治療をやめる、あるいは開始しないということも、本来患者の同意を得て行うものだということである。そうすると、治療を始めること、始めた治療を継続すること(やめないこと)、治療を継続しないこと(やめること)、すべてに患者の同意が必要ということになる⁵¹。そして、そもそも、「治療を開始しない」ことについても、たとえば、患者の病状に適した治療方法がない、もしくは得られる治療効果よりも副作用の方が大きい等の理由により、事情を理解した患者が治療を行わ

⁴⁷ BGHSt 11, 111. いわゆる筋腫事件。

⁴⁸ BGHZ 154, 205. いわゆる Lübeck 事件。詳細は、武藤・前掲注(9)を参照。

⁴⁹ 詳細は第6章にて検討。

⁵⁰ BGHSt 40, 257; *Otto*, NJW 2006, 2218.

⁵¹ また、プッツ判決の「医療的処置の終結に関連するすべての行為を、規範的で価値評価的な治療中止という上位概念に統合する」という見解によっても、これらの場合はすべて同じ評価を受けることになり、すべてに患者の同意が必要となるだろう。この点についての判例分析として、*Stephan Ast*, ZStW 124, 623ff.

ないという選択肢をとる場合などを考えると、(インフォームド・コンセントの観点からも)患者の同意が必要である。「患者の同意」は、推定的同意を根拠とすることもありうるが、それは当事者の明白な意思が確認できない場合にのみ引き合いに出すことが許容されるのであって、そのような推定的同意を認定するためには、厳格さが要求されるべきであろう⁵²。

このような意味でも、同意は、医療の場面とその他一般の場合で、要求レベルやその効果に違いがあるものということができる。通常の「被害者の同意」は、侵害行為に同意を与えることで法益が侵害されるが、「患者の同意」は、医的侵襲を伴う治療に同意を与えることで、原則として、法益は客観的に回復・維持されるのである。患者の事前指示に従った治療中止を、ドイツ刑法 216 条によって処罰しないとするための根拠づけとしては、被害者の同意と患者の同意の区別が大きな助けとなるのであり、それはわが国の法制度ないし理論状況においても有用であろう。

第 3 節 措置形態と主体の問題

(1)自殺関与の形態による治療中止

ここでさらに問題となるのが、可罰的自殺関与と許容されうる治療中止の区別である。

「自殺関与」と「同意殺人」の限界づけは必ずしも明確ではなく、両者の処罰が同一条文で規定されているわが国では、同意殺人についての議論のほか、自殺関与と許容される治療中止の関係も考察しなくてはならない。ドイツでは、患者の自殺に対し手段を提供した医師を処罰しないとした判例は存在する⁵³が、従来自殺関与一般を処罰する規定は存在していないため⁵⁴、わが国と同一の状況とはいえないだけに、より一層関心の高い問題である。近年ドイツでは自殺関与の一部を可罰化しようとする動きがおこり、2015 年には、217 条に「業務的に(geschäftsmäßig)」他人に自殺の機会を提供したりすることを禁止する規定⁵⁵が追加された。

そもそも、「他人の自殺を援助ないしは幫助する」とことと「他人の囑託を受け、またはその承諾を得て殺害すること」というのは、一見異なるように見えて、その境界は曖昧なものである。たとえば、患者の依頼を受けて、致死的效果を有する薬物の情報を与える場合、その薬物を処方する場合、いつでも飲めるようにベッド脇に置いておく場合、患者が服薬する際に水を差しだす場合、患者を補助しながら手を添えて飲ませる場合、患者の食事に混ぜる場合、直接注射する場合など、どこにその区別を設けるべきかは必ずしも明らかではない。

⁵² Tröndle/Fischer, StGB, 57. Aufl. [2009], §211 Rn.10.

⁵³ BGH NJW 1987, 2940.

⁵⁴ もっとも、不救助罪(ドイツ刑法 323c 条)によって処罰されうる可能性がないわけではない。また、薬事法等の関係により、実務上、自殺関与が必ずしも適法に行えるわけではない。

⁵⁵ ドイツ刑法 217 条については、本稿第 2 章第 3 節にて検討。また、神馬幸一「《資料》ドイツ刑法新 217 条の法案理由書」獨協法学 100 号(2016)100 頁以下、佐藤拓磨「ドイツにおける自殺関与の一部可罰化をめぐる議論の動向」慶應法学 31 号(2015)347 頁以下を参照。

さらに、このような微妙な行為態様の差を、構成要件該当性の問題に反映させることが適切かどうかも疑問である。したがって、(もはやドイツでも)自殺に関与することが可罰的であるということを前提にする以上、その適法化の要件や基準は、同意殺人の問題とパラレルに考察する必要があるといえるだろう。

(2)行為主体の限定

ところで、このように患者の意思と生命保護の関係においてその適法化可能性を論じるときに、治療中止の主体が医師であるということをその前提としていることが多い。たとえば第三者による生命維持装置の停止は許容されえないのに対し、医師による治療中止は一定の範囲で許容されようとする。しかし、本来、医師は、ほかの人よりも、患者の生命または身体・生命を保護する義務を有しているはずである。生命を終わらせるような治療中止を医師が行うのならば許容されるという結論は、どのような理論によって導かれることなのだろうか。

①自殺者に対する医師の保護義務

自殺者に対する医師の保護義務について、次のような見解がある。病気を理由とする自殺の場合にも医師に救助義務があることは疑いのないことであり⁵⁶、争いがあるのは、比較的まれな自由答責的な自殺の場合に限られる⁵⁷。立法者は、医師は疾病の種類や段階にかかわらず患者の意思を尊重するという内容の 1901a 条 3 項を、明白に規定したのである。これは、自由答責的な自殺の場合にも妥当するのであるから、医師は、そのような場合に、法の下で救助義務を負わない⁵⁸。治療を中止したいと望む患者は、その中止によって生命の維持ができなくなるわけであるから、そのような意味で自由答責的な自殺と異ならない性質を有しており、患者に対する医師の関係と自殺者に対する医師の関係は、解釈上同一とみることもできるだろう。すなわち、患者に治療中止の意思を表明された医師も、治療継続義務を負わないということになるのである。

しかし、たとえば *Wittig* 事件⁵⁹において連邦通常裁判所が判示したように、自殺やその他の方法で意識を喪失し行為無能力となった者に対しては、その段階から、適切な救命措置を行わなければならないという立場もある。これに従うと、むしろ医師も、自殺者に対して

⁵⁶ *Eser/Sternberg-Lieben*, in: *Sch/Schröder*, 30. Aufl., 2019, Vorbem. §§211ff. Rn. 41ff.

⁵⁷ なお、*Schreiber*, NStZ 1986, 343 は、自殺阻止に対する刑事責任の有無を、その自殺が自己答責的かどうかで区別することはできないとする。

⁵⁸ *Frischer/Lindemann/Peters*, *Arztstrafrecht*, 2011, Rn.173.

⁵⁹ BGHSt 32,367. 冠状動脈硬化症等に罹患した U 夫人は、夫の死後生きがいを失い、家庭医 W らに死にたい旨や延命治療を拒否する旨の意思を何度も表明していた。W 医師が往診日に患者を訪れたところ、彼女は多量の薬物を服用し意識を喪失しており、医師は、状況からみて救助不能で、仮に救助できたとしても重篤な後遺症を伴うと考え、また、患者の従前の延命拒否の意思と現に彼女の手中有る紙に示された意思(医師宛てに「病院へ入れないでください」と書かれていた)を尊重して、応急措置を取らず、彼女を死にゆくに任せたという事案である。連邦通常裁判所は、結論こそ被告人を無罪としたが、自殺者が意識を喪失した段階から、保障人である医師は死を回避すべき法的義務を負うと判示した。

救命義務を負うことになるだろうが⁶⁰、この点については、「自由答責的に下される人間の決定は、行為無能力状態ないし意識喪失状態となった後も拘束力を有するべきである」と解するのが妥当だろう⁶¹。

②治療中止を行う主体

Putz 事件は、(患者と医師ではない)第三者によるものである。従来、延命機器のスイッチを切る等の形態による治療中止は、いわゆる「作為による不作為(Unterlassen durch Tun)」と評価され、医師の保障人的義務が欠けるものとして、その可罰性が排除されてきた⁶²。しかし、Putz 事件で連邦通常裁判所は、次のように述べている。「治療中止に関する適法化原理の適用は、患者を治療する医師ならびに世話人および任意代理人の行為に制限されるわけではなく、……第三者の行為にも当てはめられる。このことは、通常、治療の中止が単独個人の行為または不作為において論じ尽くされるわけではなく、むしろ、通常の場合、緩和医療処置が実施されている状況下で、その中止が問題とされるものであり、その問題を担当医自身が引き受けなければならないわけではないことに由来する」⁶³。

このように考えれば、医師は、患者が任意に要求している場合には必ずその生命を短縮させなくてはならないという究極の状況を回避できるだろう。つまり、医師は、治療を拒否する患者に対して治療義務を負わない一方で、患者の望みに応じて治療を中止する義務をその一身に負うことはないのである⁶⁴。患者の意思を尊重してその生命を終わらせるという選択の余地は、医師に認められるべきである。治療に関する医師の義務や権利と、治療中止について医師に裁量の余地をもたせることは、決して背反関係にはないのであり、むしろその両立こそが求められるべきである。

第4節 小括

以上、生命を短縮する内容の自己決定について、ドイツにおける判例の概観を通じて、刑事事件と民法規定との関係を考察してきた。医療は、身体への侵襲を伴うことが多く、治療については本人の同意が必要である。その中止について患者の意思がどのような意義を有するかについては、少しずつ判例が蓄積され、解釈論的にも方向が定まりつつある。治療を受けることに関しては、救急治療などを含む緊急事態では、本人の同意が確認できなくとも親族などの同意を得て治療を行うことも多い。しかし、本人の現実の同意なく行われる措置が「生命ないしは身体という法益を保護する」場合と異なり、治療中止のように「法益放棄」

⁶⁰ Wittig 事件について、判決後の批判的論評や、判決を契機に出された「臨死介助法案」について、詳細に紹介・検討するものとして、甲斐克則『安楽死と刑法』成文堂(2003)67頁以下を参照。

⁶¹ Albin Eser(甲斐克則=天田悠訳)「治療中止、自殺幫助、および患者の事前指示——臨死介助における新たな展開と改正の努力について——」早稲田法学 88 巻 3 号(2013)253 頁。

⁶² Roxin, Festschrift für Engisch, 1969, S. 389, 396.

⁶³ BGHSt 55, 207.

⁶⁴ これは、場合によっては専断的治療も許容される可能性があることを意味するが、その点については第 7 章にて検討する。

の効果の有する場合には、慎重であるべきである。

医療における意思決定は、自己決定の一場面として尊重されなくてはならず、それは、いわゆる終末期と呼ばれる状況下でも同様であるが、それが患者の死を惹起する場合には、たとえそれが患者の意思によるものであっても、生命保護を図る刑法の規定に抵触しうる。とりわけ、終末期にある患者は、そもそも自己の意思を表明できない状態であることが多く、その事前の意思の取扱いへの関心は高い。

現在ドイツにおいては、既存の世話法を改正することで治療中止を制度化し、成年者が、精神病または身体的、精神的もしくは心的障害のために、自己の法的事務を処理することができず、かつそれゆえに法定代理人が必要であるときには、世話裁判所によって、一定の任務範囲について、その都度必要な限度で、世話人の任命を受けることができる。1901a 条は、いわゆる「(患者の)事前指示」とよばれるものであるが、わが国の成年後見制度とは、医療に関する意思決定に、とくにそれが患者の生命に直接関わる決定であるような場合に、後見人(世話人)が関与することができるのかどうかという点で、大きく異なる。

わが国の法状況は、意思能力が失われた場合の患者の意思決定については、その代行も含め、未整備である。生命を短縮するような決定を行うことは、ドイツでもわが国でも、嘱託殺人の問題が生じる。本章は、ドイツでの治療中止に関する刑事判例につき検討を行い、患者の意思に関する論点に焦点を当てて整理するものである。終末期の措置に関しては、わが国でも、何度か議員立法が試みられたり、医師会等によるガイドラインがいくつも作成されたりしている。現在わが国の医療現場は、意思能力のない患者の同意と、その家族(ないしは成年後見人)の同意の取り扱いについて手探り状態であるといっても過言ではなく、ドイツ世話法のような制度に関する検討は、そのような状況の打破にも寄与できるものと考えられる。

ドイツの世話法は、原則として、事前指示書や事前の口頭による表明から導かれる被世話人(患者)の意思を前提に、任命を受けた世話人に対して、患者の福祉のために活動することを義務づけている。わが国においても、同様の立法ないし制度化の実現に向けた動き⁶⁵は起こっているが、治療中止の許容原理が自己決定権にあるならば、患者本人の意思を丹念に探求することが、患者の自己決定権保護のために求められる。そのような意味で、患者の意思を無視した「代諾」ないし「意思代行」が蔓延することのないよう慎重さが要求されるべきである。

しかし、終末期の患者は、意思を表明することができない場合が多い。世話法のような、患者の意思に関する法がカバーするのは、患者の意思が——現実に明示されないとしても——事前に表明されている、あるいは、少なくとも推定できる場合である。患者の意思を、

⁶⁵ たとえば、超党派の「終末期における本人意思の尊重を考える議員連盟」による「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」や、日本尊厳死協会や日本安楽死協会による立法提案、日弁連による同意能力を有しない成年者の医療行為の際の代行制度に関する法律草案・前掲注(7)等がある。

確認することも推定することもできない場合の対処については、患者の自己決定権を根拠に正当化することは困難である。とくに、事前に何らの意思も表明していない PVS 患者や先天的な重度の知的障害者等の治療中止が問題となるところでは、患者がどのように考えていたか不明であるどころか、当該治療を中止することを含め、患者の意思を推定することも不可能なのである。そのような場合の治療中止の正当化根拠については、患者の自己決定権によらない検討がなされなくてはならない。次章では、そのような場合に有用とされる「患者の最善の利益論」について、検討を行う。

第5章 イギリスにおける「患者の最善の利益」論

いわゆる治療中止という問題を解決しようとする理論の一つに、「患者の最善の利益」論という考え方が存在する。その内容は、「治療を継続あるいは中止することが、患者の最善の利益にかなうものであるか否かについて、裁判所が判断を行い、最善の利益であると認められた場合は、治療中止が許容される」というものであるが、これはイギリスの Anthony Bland 事件において確立された理論である。本章の目的は、Bland 判決を分析することによって、最善の利益論による解決の妥当性について検討することである。その際、刑法上の論点に着眼し、考察を試みる。具体的には、まず、実際の行為が行われるに先立って、裁判所が行為の合法性につき事前判断を行うことが妥当であるかという点を確認する。次に、治療中止の性質、とくにその法的性質について検討する。すなわち、治療を中止する行為は、刑法理論上、作為と分類されるのか、あるいは不作為と分類されるのかという点である。そのうえで、Bland 判決の核ともいえる「患者の最善の利益」について、その内容や、判断の主体・基準について論じる。そして最後に、治療中止について同じく重要な理論である「自己決定権の原理」との関係性を考察する。

第1節 Bland 判決¹

(1) 事実の概要

当時 17 歳であった患者 Anthony Bland は、1989 年 4 月 15 日、フットボール場で深刻な怪我をし、その結果、酸素欠乏によって脳に不可逆的なダメージを負い、いわゆる遷延性植物状態(PVS)となった。医学的見解(medical opinion)は、病状の回復や改善になんら見込みはないということで一致しており、それを受けた主治医が、Airedale NHS Trust²に相談したところ、同 NHS Trust は、裁判所(Family Division³)に対し、次のような宣言(declaration)を求めた。すなわち、(i)PVS の状態で患者を生かし続けるための(人工的な呼吸や栄

¹ Airedale NHS Trust v. Bland, [1993] 2 WRL 789. 本判決に関するわが国の紹介として、三木妙子「イギリスの植物状態患者トニー・ブランド事件」ジュリスト 1061 号(1995)50 頁以下、甲斐克則『尊厳死と刑法』成文堂(2004)271 頁以下。

² NHS(National Health Service)とは、第二次世界大戦終了後の 1948 年に成立したイギリスの国営医療制度である。本事件で当事者となっている Airedale NHS Trust は、foundation trust と呼ばれる NHS 病院や制度の運営組織である。NHS については、森宏一郎「イギリスの医療制度(NHS)改革」日本医師会総合政策研究機構日医総研ワーキングペーパー(www.jmari.med.or.jp)140 号(2007)、片桐由喜他(松本勝明編)『医療制度改革——ドイツ・フランス・イギリスの比較分析と日本への示唆』旬報社(2015)193 頁以下、石垣千秋『医療制度改革の比較政治』春風社(2017)139 頁以下等を参照。

³ イギリスの高等法院(High Court)に設けられた部であり、家族関係のほとんどの事件に関し管轄権を有する。第一審裁判所であるとともに、法律で定められた一部の家庭関係の事件の上訴審でもある。以下、本稿で「家事部」という用語を用いるときは、Family Division を意味するものとする。

養・水分補給を含む)あらゆる生命維持処置や医的サポートを中止することは合法であり、(ii)その合法的な中止の後は、最高度の尊厳と最低度の苦しみや痛みを保ち、患者の生命を終わらせ安らかに死なせることを可能にするという目的の場合を除いては、患者に医的処置を供給する必要はない、という内容の宣言である。家事部は、この主張を認め、控訴審(the Court of Appeal)でもこれは維持された。これに対して、患者の訴訟後見人である Official Solicitor は、医師は患者に対し治療を継続する義務(チューブを通して食物を供給する義務)を有しており、この義務に反することは殺人罪(故殺罪)を構成するとして、貴族院に上告した。

(2)貴族院の意見

本件は、意思を推定できないような患者の治療中止を正当化するに際し、非常に重要な事案である。貴族院の五人の裁判官らは、全員一致で上告を棄却したが、各裁判官の意見は以下の通りである。

①Keith of Kinkel 裁判官⁴

まず Keith of Kinkel 裁判官は、本件で問題となっている人工栄養補給は医療行為であるとし、それゆえ、それをやめることは、いわゆる治療の中止の問題であるとした。そのうえで、治療やケアの継続が Bland の利益になるのかどうかという点が本件のポイントであるとした。「治療の停止こそ患者の利益である」とする被上告人側の主張⁵について、Keith of Kinkel 裁判官は、F 事件⁶や J 事件⁷のように外界の出来事を認識できる人であれば、その人の生死が当人にとって利益かどうかの価値判断をなすことが可能であるが、本件のように永久的に身体的感覚を有することはない、回復の見込みがない人のケースにおいては、生きるか死ぬかの問題は当人にとってどうでもよいことに違いないと述べたうえで、次のように述べた。意識のない患者のケアに責任を負う医師が、患者に何らかの利益があるのに、治療を取りやめたのならば、それは単純に合法とはされ得ないのに対し、信頼できる医療関係筋が、治療の継続は患者になんらの利益も与えないと判断するような場合には、医師には、患者を治療し続ける義務はないとしたのである⁸。

そして、治療の継続が患者に何らの利益ももたらさないとすると、次に生命の不可侵の原理との関係が問題となるが、その原理も絶対的なものではないとした。生命の尊厳は、刑事上の制裁は覚悟の上であるような医師に、患者の表明された望みに反して、もし行わなくても患者は死んでしまうであろう治療を強いるものではないし、苦しみを引きのばすにすぎ

⁴ *Bland*, above note 1, at 856-859.

⁵ *Ibid.* at p.858. 被上告人側のこの主張は、amicus curiae によっても支持された。

⁶ *In re F.* [1990] 2 AC 1, HL. 貴族院が、手術に対する同意能力を欠く精神病患者の女性に妊娠できないようにする手術を施すことを合法であるとした事件である。

⁷ *In re J.* [1991] Fam 33, CA. 望みのないほどに激しい苦痛で苦しめられる人生を送ることになるだろう非常に幼い子どもの生命維持治療をやめることは、その子どもを救える状況であったとしても、合法であると判示された事件である。

⁸ *Bland*, above note 1, at 858.

ないような末期の患者の生命を一時的に維持することを強いるものでもない」と結論づけた⁹。

また、治療を中止するという決定について裁判所に対し是非を問うことについては、患者の保護、医師の保護、患者の家族を安心させること、そして一般の人々を安心させることにあって、利益となることであるから、その要請に裁判所が判断を行うことに異議はとなえないという¹⁰。

②Goff of Chieveley 裁判官¹¹

Goff of Chieveley 裁判官は、患者の希望を尊重しなくてはならないということを要求する自己決定の権利に関わって、完全な能力を有する患者が延命治療やケアへの同意を拒否する場合、医師の側からはそれが患者の最善の利益ではないと判断されるときでも、医師は患者の望みを優先しなければならないとする。その限りで、人間の生命の尊厳よりも自己決定の原理が優先されなければならない、患者の最善の利益にかなうように行動するという医師の義務は無制限ではないという。Keith of Kinkel 裁判官と同様、生命の尊厳は、基本的(fundamental)なものであるにもかかわらず、絶対的なものではないとする¹²。

そして、患者の延命治療やケアの提供について医師が不実施や中止・継続を決定することと、致死的な薬剤の処方等によって患者の生命を積極的に終わらせることを決定することとの間に、法は決定的な区別を設けていると指摘する。そのうえで、本件における治療を中止する行為が、作為(自然的な動作)なのか不作為(行うことが規範的に義務づけられている行為)なのかについて検討し、それは不作為に分類されると結論づける。しかし、法によるこの区別の根拠は、結局は、生命維持の中止は医師のケアする義務で成り立ちうる一方で、政策的な理由から、激しい苦痛から解放するために患者に致死的效果のある注射をすることは、いかなる医師の義務にも属さないという点に求められるという¹³。

Goff of Chieveley 裁判官は、本件の中心的論点は、医師が Bland の人工栄養補給を中止することは正当化されるのかということであり、それは「もし継続したら生命を延長するような治療やケアを提供すべきか」といい換えられるとし、結論として、患者の利益は治療を続けることではないとする¹⁴。

同裁判官によれば、患者の最善の利益の判断が医師の主観によるものになってしまうという懸念について、実際にはその判断は客観的になされるはずだという。すなわち、患者が

⁹ *Ibid.* at 859.

¹⁰ *Ibid.* at 859.

¹¹ *Ibid.* at 859-875.

¹² *Ibid.* at 864.

¹³ *Ibid.* at 866.

¹⁴ *Ibid.* at 867-868. Goff of Chieveley 裁判官は、「医師は装置のスイッチを切る権利があるか」や「医師がスイッチを切ることができることは、患者の最善の利益にかなうか」というアプローチは不当であるとする。問題なのは、患者が死ぬことが彼の最善の利益であるかどうかではなく、この種の治療やケアの継続によって患者の生命を長引かせることが彼の最善の利益であるかどうかであるとする。

治療についてその意思を表示できない場合、医師は医療団体の指針に従って行動することになっており、本件の場合、英国医師会の医療倫理委員会が作成した PVS 患者の治療に関するディスカッション・ペーパーで示されたセーフガード¹⁵に従ってこれが行われるものと考えられるとする¹⁶。

最善の利益のテストは、生命維持の中止を正当化するような適切な状況というものがある存在するか否かについて医師による判断の余地がなくてはならないのであって、その意味で、幅広く順応性があるものだという。すなわち、医師が、医学的見解に合致した形で医学的判断によりそれ以上の生命維持を行わないと決定するのならば、司法もそれに従い、治療の中止を最善の利益にかなうものと判断するとする¹⁷。

③Lowry 裁判官¹⁸

Lowry 裁判官は、Goff of Chieveley 裁判官の挙げた理由に基づき、上告棄却に賛同する。生命を維持するために食物を与えることは必然的に患者の利益となるというのは、誤った前提を出発点としているという。刑法領域において何が法で何が正(right)なのかということと、社会の観念が一致しなくてはならず、そのような相違を埋めることを、立法に期待する。

④Browne-Wilkinson 裁判官¹⁹

Browne-Wilkinson 裁判官は、本件における中止について、刑法上の罪となる可能性と、民事上の責任を生じる可能性の両面から考察する。

まず、前者に関し、Goff of Chieveley 裁判官同様、作為・不作為の区別について論じ²⁰、本件中止行為は不作為であるし、チューブを除去するという積極的な行為に焦点を当てるとしても、チューブはそれ自体、何の栄養も供給していないのであり、それ自体が生命を維持しているのでない以上、チューブの除去それ自体が死を引き起こすわけでもないため、殺人罪は成立しないとした。そして、患者の同意に基づく栄養不供給の場合、栄養供給に対する患者の拒否は、間接的に、殺人罪への抗弁となる。つまり、患者の生命が、侵襲的な医療ケアによってしか維持されず、患者がそれに同意を与えない場合、医師は患者に対してその生命を維持するいかなる義務も負わないとした²¹。そのうえで、本件のように、成人である

¹⁵ ①傷害時より少なくとも六か月以上のリハビリに努力を尽くしており、②不可逆的 PVS の診断は傷害時より少なくとも十二か月までは確定したとみなされるべきではなく、その間延命治療の中止決定は延期され、③同診断は第三者的な立場の二人の医師の賛同を得るべきであり、④一般に患者の近親者の希望が最優先されるべきである、とされる。

¹⁶ このことにつき、In re F. [1990] 2 A.C.1; Bolam v. Friern Hospital Management Committee [1957] 1 W.L.R.582 も参照。

¹⁷ Bland, above note 1, at 874.

¹⁸ Ibid. at 875-877.

¹⁹ Ibid. at 877-885.

²⁰ 主観的要素(mens rea)は、本件において疑いなく存在しているが、客観的要素(actus reus)については、死を引き起こす積極的な行為の遂行(作為)とみるか、死を妨げるという行為を行わないこと(不作為)とみるかによって結論が異なるとした。Bland, p.881.

²¹ Bland, above note 1, at 882.

が無能力であるため治療に同意を与えることができないようなケースについて²²、次のように述べる。身体侵襲の継続がもはや患者の最善の利益でない段階に至ったならば、医師による生命維持治療の継続は刑法上の暴行罪、民法上の不法行為に問われることとなる以上、医師には、当然、生命維持装置を継続する義務は課されてはいないこととなる²³。

⑤Mustill 裁判官²⁴

Mustill 裁判官は、治療を適法行為とする根拠を、原則として同意に見出し²⁵、他の裁判官らと同様に、もし患者が治療を許容するかしないかという決定ができるのならば、その決定が客観的見解に基づけば患者の最善の利益に反するものであったとしても、医師はその選択には従わなくてはならないとする²⁶。なお、患者の同意を得ることができず、かつ緊急性が認められるときには、同意なしに医師が治療を行うことが許容される場合もあるとする²⁷。

そして、死の結果を伴う行為が、法的な阻却事由なく、殺害の故意をもって行われたのならば、それは殺人であるが、同じ結果を伴い、同じ故意を有するような行為に対する不作為は、通常、何の犯罪でもないと述べる。作為犯を原則とするコモン・ローの重要な例外は、不作為者が被害者との関係で行為を行わなくてはならないという義務の下にある場合であり、この場合、不作為者は不作為の結果に対して刑事上の責任を負うということである。どのような状況下で作為義務を負うかについては曖昧な点があるにせよ、作為と不作為の間に取扱いの違いがあるということについては、争いはない²⁸。

そのうえで、本件で検討すべきなのは、「生命を終わらせる」ことが最善の利益なのかではなく、「治療を終了する」ことが最善の利益なのかであるとし、次のように述べる。食物や水分補給の中止は不作為であり、それゆえ、その中止は医師に継続義務がない限り適法である。患者が回復する可能性があるときには、その同意がなくとも必要な処置を行うことが患者の最善の利益であるが、あらゆる回復の可能性が断念された今では、最善の利益が現状の維持(同意によらない処置)を正当化することはない。水分や食物を提供する義務というものがない以上、それをしないということは刑事上の犯罪とはなりえないのである。よって、本件で提案された行為は不作為のカテゴリーに分類されるべきものであり、義務がない以上何の刑法違反にもならない²⁹。

²² 1960 年頃までは、裁判所は、精神的に完全な能力を有していない大人に、*parens patriae* を有していたが、現在は、裁判所は、人工栄養補給を含む侵襲的な処置の継続について、その者の利益に則り、同意を与えることも同意を拒否することも、どちらの権力も有していないとされる。

²³ *Bland*, above note 1, at 883-885.

²⁴ *Ibid.* at 885-899.

²⁵ 適法な治療において患者の同意が重要な理由は、それ自体が抗弁を提供するからではなく、それが通常医療上の治療が適切であるために不可欠なものであるからであるとする。

²⁶ *Bland*, above note 1, at 891.

²⁷ *Ibid.* at 892.

²⁸ *Ibid.* at 893.

²⁹ *Ibid.* at 897-898.

第2節 患者の最善の利益論

最善の利益論に関する検討に入る前に、各裁判官の見解を端的にまとめると、以下の通りである。

Keith of Kinkel 裁判官は、治療やケアの継続が Bland の利益になるのかどうかという点をポイントとする。そして、F 事件(不妊にする治療)³⁰と J 事件(子どもの治療中止)³¹を引用しつつ、どんなものにせよ認識能力がなく回復の見込みがない人にとって、生きるか死ぬかというのは全く無関心な問題であるとしても、医療従事者を含む大多数の人々が治療の中止が本人の利益になると考える状況であることを踏まえるならば、死をもたらす栄養補給の中止は、本人の利益になるといってよいとする。

次に、Goff of Chieveley 裁判官は、本件における治療を中止する行為が、作為(自然的な動作)なのか不作為(行うことが規範的に義務づけられている行為)なのかについて検討し、不作為に分類されるという。また、患者の最善の利益の判断は客観的になされうるという立場に立つとしても、近親者から治療中止を要請されても、医師としての信念(良心)の問題としてその要請には従いえないとする人がいるかもしれないといったことも考えられるが、杞憂にすぎないという。なぜならば、そのような信念を抱いている医師ならば、そうした患者を担当するのを回避するはずだからである³²。

Lowry 裁判官は、Goff of Chieveley 裁判官の挙げた理由に同調し、上告棄却に賛同する。刑法領域における法や正の在り方と、社会の観念は一致しなくてはならず、そのような相違を埋めることを、立法に期待するという。

そして、Browne-Willkinson 裁判官は、本件における中止について、刑法上の罪となる可能性と、民事上の責任を生じる可能性から考察する。前者については Goff of Chieveley 裁判官同様、治療中止は不作為であるとする。後者については、不法行為責任を論じ、刑事上の議論でみた通り、それを根拠づける義務違反が存在しない以上、民法下でも合法と結論づけた。

最後に、Mustill 裁判官は、治療を適法行為とする根拠は、原則として同意に見出され、それがないときには、緊急避難論の適用が可能な場合もあるという。そして、一度治療を開始したら、患者に回復可能性がある限り、その治療を継続する義務が存在するが、回復の見込みがない場合は、患者の最善の利益に鑑み、その限りではないと述べる。そして、その患者の最善の利益というものは、倫理的側面も重要に関係するが³³、現行法の下での解釈で認

³⁰ In re F. [1990] 2 AC 1, HL.

³¹ In re J. [1991] Fam 33, CA.

³² Bland, above note 1, at 874.

³³ Mustill 裁判官は、このような倫理的な問題は司法上のものであるかどうかとも疑問であり、議会による深い調査と、しっかりした手続き上の枠組みの制定が必要なのであり、医療技術の急速な発展がこれをさらに急かしているとし、議会がすぐにでもこれを受け付けてくることを望むと述べる。Ibid. at 891.

められるべきであるとする。

以上のように、本件は、五人の貴族院の裁判官が全員、認識機能や感覚能力を喪失し、回復の見込みがない患者について、一定の条件下で生命維持治療を中止することを認めたということになる。以下、本章でテーマとする「患者の最善の利益」論について、またそれに関連する刑法上の論点について、各裁判官の意見に即して検討する。

(1) 合法性について事前に判断すること

まず手続き的な点として彼らが顧慮したことに、この種の裁判が適正かどうかという問題があった。すなわち、医師による行為が実際に行われるより前に、その適法性・合法性を裁判所に確認することの是非についてであるが、それは結果として一般の人々に安心を与えることであるし、裁判所が先立って判断することに、役割の逸脱はないとする³⁴。また、あらゆる場合にそのような訴訟が提起され、莫大な数になるという懸念もあるが、家事部が適切に仕分けを行うことで、訴訟の氾濫は起きないとした³⁵。

次に、そのような治療中止の判断に際して彼らが考慮したものとして、形式的基準として医学的見解が挙げられ、実質的対抗的基準として生命の不可侵性の原理が挙げられた。後者の原理については、患者の苦しみを引き延ばすにすぎない一時的な生命の維持を強いるものではなく、末期状態にある患者の生命を短縮するために積極的な手段を用いることを禁止するためのものであり、絶対的なものではないと解釈する³⁶。

(2) 治療中止の法的性質

① 作為・不作為

本件で適法と判断された「治療を中止すること」の性質についても、検討する必要がある。すなわち、ここでいう治療(人工栄養補給・水分補給等の生命維持処置およびその他のケア)が、医療上の処置であるのかということと、そのような治療を中止することの法的性質についてである。

前者については、Goff of Chieveley 裁判官が「厳密には医療上の処置でないとしても医的ケアである」と述べたことや、くり返し「**medical treatment or care**」という表現を使用していることから、医療上のケアの一態様であると判断していると思われる³⁷。この点につき、いわゆる基本看護とは区別すべきであるという意味で、本稿でも異論はない。

後者については、裁判官らは、一致して本件「中止」行為を不作為と評価したうえで、回復の可能性のない患者については、治療を継続する義務がないので、不作為犯を構成しないと判断した。たとえば Goff of Chieveley 裁判官は、生命維持を継続しないことは、目的的に、そもそも生命維持に着手しないことと何ら区別されない³⁸とする。また、Browne-

³⁴ *Ibid.* at 859, 871.

³⁵ *Ibid.* at 874.

³⁶ これについては、Keith of Kinkel 裁判官(*Ibid.* at 859)、Goff of Chieveley 裁判官(*Ibid.* at 864)が言及している。

³⁷ *Ibid.* at 870.

³⁸ *Ibid.* at 866.

Willkinson 裁判官は、チューブそれ自体が何の栄養も供給していない以上、それ自体が死を惹き起こすわけではないチューブの除去という行為は、不作為に分類され、殺人罪を構成しない³⁹という。そして、不作為であると判断したうえで論ずべき義務については、回復の望みがない患者(医学的見解に従い、現状が「PVS になってから三年経った段階」にある者)の場合⁴⁰、あるいはその生命が侵襲的な医療ケアによって維持されうるにすぎず、しかもそれは患者の同意のあるものではない場合⁴¹は、医師は患者に対して治療を継続する義務を負わないとする。すなわち、彼らによると、新たな治療を施さないことも、すでになされている治療をやめることも区別されず、どちらも合法となる。

②不作為論に対する考察

しかしながら、PVS になってから三年経った段階で治療継続義務がないということを前提に考えてみても、それは継続が禁止されるわけではなく、治療を中止しなくてはならないことを意味しないことには留意しなくてはならない。

また、治療中止を不作為とし、治療継続義務がないという理由で医師を不処罰とするならば、第三者が同じことを行った場合、第三者にこそ治療義務はないのだから、当然不処罰となるはずである。この不合理について、Goff of Chieveley 裁判官は、第三者(侵入者)による行為の場合は、医師によって施術された治療行為に対する妨害とみなすことができるという根拠を挙げ、区別可能であるに対応する⁴²。これについて疑問が残るのは、同じ行為態様であるにもかかわらず、医師による場合は不作為、第三者による場合は作為とする点である。不作為であるから行為者次第で作為義務について検討する、というのが本来のすじ道であって、行為者によって行為の性質を違えて評価するというのは、一貫性を欠くと思われる。

また、医師以外の第三者は、患者の状況を十分に知らないのであるから、「患者が回復不能である」という認識条件が欠けているとすることで、医師と第三者の治療中止を区別するという理論も考えられよう。しかし、この点についても、疑問がある。たしかに、患者の客観的な回復不可能性は要件とされているが、行為者がそれを「知っている」ことまで要求しているかは別問題である。そして、仮にその認識が要求されているとしても、患者の状態について「確実に」知ることができないのは医師も同様のはずである。医師が判断の際に、医学的見解やディスカッション・ペーパー等のガイダンスに依拠するのはそのためであろう。少なくとも、個々の患者の病状や体力その他の事情により、100%ということはない以上、多少の蓋然性に頼らざるをえず、そうなると医師による場合と医師以外の者による場合との間の境界線は曖昧なものになる。

以上のことから、本件における中止行為を不作為と評価する見解は肯首しがたく、こと本件の事実関係の下では、作為・不作為を区別すること自体にも疑問を感じるところである⁴³。

³⁹ *Ibid.* at 882.

⁴⁰ *Ibid.* at 866, 873.

⁴¹ *Ibid.* at 882.

⁴² *Ibid.* at 866.

⁴³ 作為・不作為論から離れ、「治療行為論」という枠組みで検討するものとして、辰井聡

もっとも、一定の状況下で治療の中止を許容するという結論に反対するわけではない。不作為理論においては、医師に治療継続義務がないという点に帰結するが、そのような「義務のない行為をやめる」という解釈は重要であると思われる。本件 **Bland** のような回復可能性のない患者の場合、「義務なき生命維持治療を中止する」ことも、医師の「適切なケア」の範疇に含まれると解することはできないだろうか。本来、不要と判断される処置をやめることは、医師による適切なケアに含まれるはずである。そうであるならば、当該行為が作為であろうと不作為であろうと、許容される余地があることになるだろう。

(3)「患者の最善の利益」

治療中止を不作為と解するとしても作為と解するとしても、治療中止の正当化要件は検討されなくてはならない。そこで、患者の最善の利益という、本質的かつ重要な論点の検討にうつる⁴⁴。

①本件における最善の利益

まず「最善の利益であるかどうか」を争う前に、「最善の利益」の内容は何を指すのかについて確認する必要がある。**Keith of Kinkel** 裁判官は、次のように述べる。すなわち、ここで生じる根本的な問題は、怪我から三年以上が経過している状態での現在の治療計画 (regime) を継続することが、**Anthony** に対して利益となるのかどうかということである。これに関して、被上告人からは「中止することが患者の利益である」という主張がなされ、*amicus curiae* によって支持されたが、それは疑問である。例えば **F** 事件において、手術に対する同意能力を欠く精神病患者の女性を妊娠できないようにすることは合法であるとされ、また、**J** 事件において、望みのないほどに激しい苦痛で苦しめられる人生となるであろう非常に若い子どもの生命維持治療をやめることは、もし治療を続けていたならば救える状況であるとしても、合法であるとされた。どちらのケースにおいても、片方では治療を同意なく中止することによって、もう片方では同意なく実施することによって、——**Keith of Kinkel** 裁判官の言葉を借りるならば——感覚を有する存在⁴⁵の尊重という価値判断が可能であった。しかし、いかなる認識能力もなく、そのような能力を有するほどに回復する見込みが全くなかった人にとっては、生きるか死ぬかということは、全く無関心な問題に違いないのである。ゆえに、本件で裁判官は、「治療を中止することで患者を死なせることが最善の利益なのか」ではなく、「(意識)回復の見込みもないのにその生命を維持し続けること

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 卷(2009)57 頁以下。医師・患者関係における義務論に着目した論文として、Antje du Bois-Pedain, *The duty to preserve life and its limits in English criminal law*, in Dennis J. Baker and Jeremy Horder, *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, pp.296 [2013].

⁴⁴ 患者の最善の利益論については、甲斐克則「人工延命措置の差押え・中止(尊厳死)問題の『解決』モデル」『川端博先生古稀記念論集(上)』成文堂(2014)204 頁以下も参照。

⁴⁵ 意識や反応や感覚がない **Anthony** のような患者と区別される存在を意味する表現と考えられる。

が患者の最善の利益なのか」という観点から考察を行う⁴⁶とするのである。また、**Mustill** 裁判官も、**Bland** は、意識のある患者と異なり、自分の身に何が起きているのか知らず、家族の継続的な悲しみについても知らず、負担を負っているのは他の人であり彼ではないのであるから、その生命を終わらせることで彼が解放されることはないとして、**Keith of Kin-
kel** 裁判官と同様に、「治療をやめることが患者の最善の利益なのかではなく、(意識)回復の見込みもない生命維持が患者の最善の利益なのか」という問題設定が適切である⁴⁷とする。

②判断主体と基準

「最善の利益」を上述のように設定したうえで生じる一つめの問題は、その判断を行う際の主体と基準であるが、彼らはそれを、「医師」による「客観的判断」であるべきだとする。**Browne-Willkinson** 裁判官は、次のように述べる。すなわち、本件における法的な問題は、侵襲的なケアを続けることが **Bland** の最善の利益であると裁判所が考えるかではなく、医師が、そうではないという合理的かつ真実の信念に達したかどうかである。そして、医師の答えは、人間の生命の尊厳に対する個人の考え方に影響を受けるだろうが、ケアの中止の合法性を認めるべきとする要請について中止するという判断を医師が下したのならば、そしてそれが医学的見解に一致し、かつ合理的であるならば、裁判所は、それで満足するほかない⁴⁸。

たしかに、最善の利益の判断は、医師の生命観等の主観によるのではなく、あくまで医学的知見に従った客観的判断によるべきで、そしてその判断が医師によってなされることを尊重する余地を認めるというのは、もっともである。しかし、思うに、それは結局、「医療上の限界」という意味での判断と同じことになるのではないだろうか。患者の最善の利益というのは、実は、日本の裁判所の用語によると「治療義務の限界」と表現されるような、より客観的な判断に根拠を見出すことができるのではないだろうか。もちろん、「治療の限界」や「治療が不可能である」ということによってのみ、その中止が許容されるような場合も存在するだろうことに異論はないが、それには、厳しい条件が要求されるべきであるだろう。

③治療中止の法的性質との関係

そして二つめの問題が、ここまでみてきたように、患者の最善の利益である場合には治療を中止することが許容されるという理論は、その中止行為が不作為であることを前提としている点である。**Goff of Chieveley** 裁判官は、こう述べる。多くのケースは、患者の最善の利益は可能な治療を与えることだとするだろうが、末期ガンに苦しむ患者のケアにあたる医師に、患者の生命の質にもかかわらず、可能なあらゆる手段を用いてでも患者の生命を延長する絶対的な義務を課すことはできない⁴⁹。本来、「患者に治療を継続することが最善の利益かどうか」という話と、「どのような状況下でも患者の生命を延長するような義務が存在しているかどうか」という話は、別のものである。これを、「継続が最善の利益ではない」

⁴⁶ *Bland*, above note 1, at 858.

⁴⁷ *Ibid.* at 897.

⁴⁸ *Ibid.* at 884.

⁴⁹ *Ibid.* at 867.

＝「継続しないことは最善の利益に反しない」というロジックから、継続の義務がないとする構成だとみても、それで解決できるのは中止行為が不作為である場合のみである。すでに述べたように、不作為構成が、作為義務(ここでは治療継続義務)の存在で論じられるものであるならば、やはりそのような義務を有しない第三者の取扱いについて適切な帰結に至らないとすれば、疑問が残る。しかし、それゆえただちに、許容されうる治療中止の存在を認めないというわけではない。患者の最善の利益にかなうということは、不作為理論を礎にするのではなく、作為・不作為に左右されない理論構成をとるべきだろう。正当化理論としてとらえると、自己決定権の理論と混同してしまいそうだが、両者は決して背反関係にあるわけではない。自己決定権の理論を、客観的要素を多分に含む最善の利益論で補うことで一歩進められるという見解もありうるだろう。以下では、自己決定権の理論と患者の最善の利益論との関係について検討する。

(4)自己決定権との関係

①治療中止と自己決定権

自己決定権の原理に関する重要判例として、アメリカ合衆国における *Nancy Cruzan* 事件⁵⁰がある。これは、いわゆる「死ぬ権利」を合衆国憲法が認めているかどうかという問題に、アメリカの連邦最高裁判所が正面から取り組んだ初めてのケースである。裁判所は、合衆国憲法修正 14 条によって、「能力者は、望まない治療を拒否する自由という利益を憲法上保障されて」おり、「後見人が栄養と水分の中断を求める手続きにおいて、州が明確で説得力のある証拠(*clear and convincing evidence*)の基準を適用することは許される」と判示した。つまり、特定の場合には、治療を拒否する権利はそれが死を招くようなものであっても憲法上認められるとしたが、代理人(後見人)がこの権利を主張する際に、基準を満たす証拠の提示を求めてその行使を制限することも憲法上許容される、という判断を示したものである。

Bland 判決においては、自己決定権について、*Mustill* 裁判官が次のように述べている。

成文憲法を持たないイギリスでは、アメリカのようにデュー・プロセス条項違反とかプライバシー権侵害といった形で議論することはできない。そこで、イギリスでは患者の事前の意思(リビング・ウィル)および代諾の可能性が考慮されることとなる。本件に即していえば、*Bland* の事前の意思は確認できないし、後者についても本人の意思が全く明らかでない以上、代諾はフィクション以上のものではないと指摘した⁵¹。

たしかに、*Bland* の意思について何らヒントがないのは、本件を困難なものとしている一つの要因であるといえよう。そして、それらに関する証拠がなく、*Bland* の意思は何ら推し量れないのであるから、患者の決定の内容に基づいた理論構成、すなわち患者の自己決定権の理論に依拠できないというのも納得できる。そして、このような、患者が何らの事前の意

⁵⁰ *Cruzan v. Director, Mo. Dept. of Health*, 497 U.S. 261, 111 L.Ed.2d 224 (1990). *Cruzan* 事件については、本稿第 7 章第 3 節にて、より詳細に検討する。

⁵¹ *Bland*, *above* note 1, at 894-895.

思表示もしていない状況で意思無能力状態に陥るというケースは、往々にして起こりうるものである。その意味では、この「患者の最善の利益」論というのは、たとえば本件のような、本人の意思が不明な状態で治療を中止することが適法かどうかを判断するような場合に、非常に助けとなるものであろう。

②患者の自己決定と最善の利益

「患者の最善の利益」論は、患者の意思がまったくわからないという場合に適用な可能な理論である。要するに、文書や口頭、黙示・明示等の問題はあっても、患者の意思が以前に表示されていたならば、まずそれによるべきであろうということである。もちろん、本件の裁判官らも、おそらくこの点に異論はないだろう。患者の自己決定の原理につき、Goff of Chieveley 裁判官が次のように述べる通りである。自己決定の原理は、治療に対する患者の拒絶が、患者が意識のない状態や意思表示のできない状態になるより以前に示されていたような場合にも適用される。また、患者が自殺するということはこのようなケースを外れる問題であり、それゆえ、医師がそれを教唆もしくは幫助するということも、自殺の権利を認めるようなものではない。患者は、自己の生命を延ばす効果のあるかもしれない治療を拒絶する権利があり、そして医師は、患者の望みに従う義務がある。しかし、多くのケースにおいて、患者は治療に同意するか否かについて述べることができる状況にないだけでなく、それについての希望を前もって指示してもいない⁵²。患者の最善の利益論はそのようなケースに適用される。

最も重要視される要素は「患者本人の意思」なのであり、この前提を根本に据えなければ、患者の最善の利益論は、「患者の利益」という仮面をかぶった「代行判断」や「代諾」になりかねない。裁判官らも、行為の作為・不作為性や、結果が積極的な手段によって引き起こされること(いわゆる積極的安楽死)との線引きについてもくり返し顧慮していたが、治療中止の決定が、本人を離れて他者によるものとなってしまうことも、同様に避けなくてはならない。そのような意味で、患者の最善の利益論は、自己決定権の理論との関係をふまえて、さらにいうならば自己決定権の理論の補助的構成で、運用すべきであろう⁵³。

「患者の最善の利益」論は、本件のように患者の意思が全くわからないという状況にあつて、「意識回復の可能性がないこと」や「その状況に至ってからの期間等の医療上の基準」などの条件の下で論じられたことに留意する必要がある。患者の意思について何もわからないということは、どんな状態であっても生命の維持を望んでいる可能性も否定できないということであり、それにもかかわらず、生命維持治療を中止する医師の行為が正当化される場合というのは、より厳格な基準を要するべきなのである。本件においても、医学的見解や回復可能性について何度も確認されているのは、そのためであろう。もっとも、患者の意思の確認にどの程度の証拠や要式が要求されるべきなのかは、また別の問題である。

⁵² *Ibid.* at 864.

⁵³ 治療中止の正当化根拠につき、各理論を分析・整理し、同趣旨の主張をするものとして、甲斐克則『終末期医療と刑法(医事刑法研究第7巻)』成文堂(2017)247頁以下。

第3節 小括

以上、イギリスの貴族院判決の概観を通して、いわゆる「患者の最善の利益」論について考察を行った。Bland 判決は、PVS 患者の生命維持処置の打ち切りについてイギリスの裁判所がはじめて判断を下したものである。

「患者の最善の利益」論とは、「治療を継続あるいは中止することが、患者の最善の利益にかなうものであるか否かについて、裁判所が判断を行い、最善の利益であると認められた場合は、治療中止が許容される」というものである。本章では、最善の利益論について検討するために、Bland 判決を分析することによって、刑法上の論点に着眼し考察を試みた。具体的には、まず、実際の行為が行われるに先立って、裁判所が行為の合法性につき事前判断を行うことが妥当であるかという点を確認し、次に、治療中止行為の性質、とくにその法的性質について、すなわち、治療を中止する行為は、刑法理論上、作為と分類されるのか、あるいは不作為と分類されるのかについて、検討した。そのうえで、Bland 判決の核ともいえる「患者の最善の利益」について、その内容や、判断の主体・基準について論じた。そして最後に、治療中止について同じく重要な理論である「自己決定権の原理」と、それと最善の利益論の関係について考察した。本判決は、最善の利益という理論を用いて、「医師は患者の生命のために永遠に努力しなくてはならないという義務の下にはなく、患者が脳死状態にあることが疑いない状況では、医師は治療を中止する権利がある」という結論に至る⁵⁴が、このことはイギリスにおいて一定の評価を得ているといえる⁵⁵。ただし、この理論の特徴は、その余命や病状等の客観的状況に基づき患者の利益を判断するという点にあり、その際に注意すべきことは、本人の意思を忖度しない「代諾」や「他者決定」にならないようにすべきということである。また、裁判官たちもくり返し述べていたように、この理論を根拠とした積極的安楽死を認めることになるような一線も超えてはならない。

「患者の最善の利益」論は、意思能力もないが生命維持治療を継続してさえいれば死亡しないという状況の患者を、回復可能性がないにもかかわらず、半永久的に生存させ続けることが果たして適切なのか、という困難な問題に対し、一筋の光を与える理論である。PVS 患者に対する治療の中止は、全世界で注目されている問題である一方で、患者本人の意思が確認できないという意味で「自己決定権」に依る解決は困難であるため、「患者の最善の利益」という理論は大いに検討の価値ある見解であろう。治療を中止すれば法的責任を問われる可能性のある医療従事者側と、患者の治療の中止を望む家族側の「膠着状態」は、放置してはならない問題であり、法制度の発展や政策形成のための法的根拠を提示するのに、役立つと考えられる。終末期の患者は意思を表明することができない場合が多く、本章では、その

⁵⁴ イギリスでは、その損傷が不可逆的であるとき、脳死をもって法的に死とみなすとされている(<https://www.nhs.uk/conditions/brain-death/>)。脳死が人の死であるということを前提とすれば、当然の帰結であるともいえよう。

⁵⁵ Frenchay Healthcare NHS v. S, [1994] 2 All ER 403; Dennis J. Baker, *Textbook of Criminal Law Forth ed.* (2015), p.543.

ような場合に裁判所や医学的見解による客観的判断によるアプローチからの解決を検討したが、次章では、患者の意思を「推定」というアプローチからの解決を検討する。刑法上、「同意」や「推定的同意」の理論は正当化事由として認められるとされるが、そのような議論の際に、通常同意の主体として想定されるのは「被害者」である。本稿で検討する治療中止の場合、中止に対して同意するのは、原則として「患者」である。次章では、被害者の同意と患者の同意を比較することで、患者の意思を推定することについて考察することを目的とする。

第6章 患者の意思と推定的同意

被害者が、自己の法益の侵害について同意(承諾)¹を与えることを、被害者の同意という。

「Volenti non fit injuria(欲する者に対しては不法はない)」という法格言に示されるように、同意は犯罪の成立を妨げる事由として長く議論されてきた。

これに対して、被害者の現実的同意はないが、仮に被害者が事情を知っていたら同意を与えたであろう場合に、そのような事情に正当化事由を認めるのが、推定的同意の理論である。医療行為を行うためには、医療を受けることについて患者の意思が問題とされ、インフォームド・コンセントが前提となるのが通常であるため、同意は医療の場でも問題となる。そして、推定的同意は、患者の意思を確認できない場合に、より一層重要な意味を有する。患者の中には、医師による医療上の説明を理解することができず、また医療を受けるかどうかや、どのような医療を受けるかについて判断ができない者、あるいはその意思を表明することができない者がいる。インフォームド・コンセントが不可能であるという理由で、患者に必要な医療が差し控えられるということはあってはならないが、他方で、患者の意思に反した措置も回避されなければならない。そこで、患者の自己決定を尊重しつつ、適切な医療を選択するという理論構成を考えなくてはならない。この点、わが国の法制度は不十分あり、法整備が急務となっている。患者の医療を受ける権利という観点から、この問題(患者の推定的同意の問題)に対する解決策が必要となる。本章では、わが国における医療場面での同意のあり方について考察を行う前提として、刑法上の推定的同意の理論一般に関する検討を行う。

まず、刑法における同意論を確認し、推定的同意との関係を考察する。そこでは、とくに正当化根拠について探求することで、生命・身体に対する侵害への同意の有効性やその限界を検討する。推定的同意については、行為時の蓋然的判断と事後的に判明した被害者の意思が合致しなかった場合の取扱いについても、正当化根拠を見直すことによって検討する。そのうえで、医療現場における、患者の同意を検討する。おもに、同意論一般との異同を含め、法益主体の同意能力、治療行為の適法根拠、本人以外の同意の有効性、およびその有効性要件について考察を行う。

第1節 被害者の同意

(1)刑法における「同意」の意義と限界

①要件

被害者の同意とは、法益を有している者が、それに対する侵害に同意を与えている場合をいう。刑法の目的は法益保護にあるが、法益主体が侵害に同意している場合には当該法益の

¹ 「同意」と「承諾」という用語について、本稿では原則的に、他の論者の見解を引用する場合以外は「同意」という用語を用いる。

要保護性が欠如するから原則として違法性はなくなり、犯罪は成立しない。同意が有効であるためには、法益保護の放棄の意思表示が、その個人の自由意思に基づき、自己の任意の意思に基づくものでなくてはならず、行為の当時に与えられていることが必要である²。しかし、自己決定の実現は、それがいかに自己に不利益な決定であっても、原則的にその個人の自由であるが、それが本人の無知や無理解あるいは、他人の無言の圧力によるものである場合等には、その決定を無効として本人を保護する必要がある。したがって有効要件については、まず、主観的・形式的要件として、意思が強制されたものでないこと、無知に基づくものではないこと、真意であること等が要求される³。次に、正当化根拠次第では、客観的要件として、その同意が、公序良俗に反していないこと、公共の利益に反していないこと等、社会的観点からの制限を加えようとする見解もある⁴。

②被害者の同意の有効性

また、同意の効果の限界については、錯誤との関係も考察しなくてはならない。すなわち、被害者にどのような錯誤があった場合に同意が無効となるかということである⁵。本稿で検討する治療中止は、すでにみてきたように 202 条にかかわる問題として把握されるが、202 条における「同意」の有効性は、とくに偽装心中の問題で検討される。生命放棄に対する同意は、有効であっても、該当する構成要件を殺人罪から同意殺人罪へと変更させるにすぎない。殺人行為については、被害者の同意があってもその違法性が阻却されることはなく、199 条と 202 条の限界づけが議論の対象となるのである。偽装心中について、判例⁶は一貫して殺人罪の成立を認めている。学説は、判例と同様に、重大な錯誤に基づく同意を無効として、殺人罪の成立を認める説⁷と、自殺関与罪の成立においてその教唆方法は問われていないの

² 福田平『全訂刑法総論(第五版)』有斐閣(2011)181 頁、佐伯千仞『四訂刑法講義総論』有斐閣(1981)218 頁、高橋則夫『刑法総論(第四版)』成文堂(2018)330 頁以下等。

³ 同意の有効性に関する判例として、大判昭和 9 年 8 月 27 日刑集 13 卷 1086 頁、最決昭和 27 年 2 月 21 日刑集 6 卷 2 号 275 頁、広島高判昭和 29 年 6 月 30 日高刑集 7 卷 6 号 944 頁、最決平成 16 年 1 月 20 日刑集 58 卷 1 号 1 頁等。

⁴ 団藤重光『刑法綱要総論(第三版)』創文社(1990)222 頁、大塚仁『刑法概説(総論)(第四版)』有斐閣(2008)421 頁、佐久間修『刑法総論』成文堂(2009)197 頁等。

⁵ 法益主体が錯誤に陥って同意を与える際に、その状況が他人による欺罔に基づく場合と、法益主体が自ら錯誤に陥った場合を明白に区別して論じる見解もある。森永真綱「被害者の承諾における欺罔・錯誤(二)」関西大学法学論集 53 卷 1 号(2003)204 頁以下。

⁶ 著名な判例として、最判昭和 33 年 11 月 21 日刑集 12 卷 15 号 3519 頁。被告人が、被害者が自己を熱愛し追死してくれるものと信じているのを奇貨として、追死する意思がないのに追死するものの如く装い、その旨誤信せしめ、青化ソーダの中毒により死亡せしめて殺害するなどした事実につき、有罪が言い渡されたため、被告人が上告した。最高裁は、本件被害者は、被告人の欺罔の結果、被告人の追死を予期して死を決意したものであり、その決意は真意に添わない重大な瑕疵ある意思であることが明らかであり、このように、被告人に追死の意思がないに拘らず、被害者を欺罔し、被告人の追死を誤信させて自殺させた被告人の所為は、通常の殺人罪に該当するとした。

⁷ 仲地哲哉「偽装心中と殺人罪」愛知学院大学論叢法学研究 5 卷 1・2 号(1963)158 頁以下、大谷實『刑法講義各論(新版第四版補訂版)』成文堂(2015)21 頁、井上祐司『刑事判例の研

だから、「欺くという方法によって」自殺を教唆したに過ぎないとする自殺関与罪説に分かれ、後者はさらに(ア)動機の錯誤説、(イ)法益関係の錯誤説、(ウ)202条を不自由な意思に基づく自殺に限定して適用すべきだとする説に分かれる。(ア)は、侵害される法益に関する錯誤はなく、単にその動機に関して錯誤があっただけであるから、自己の死に対する同意は有効であるとする⁸。(イ)は、欺罔による錯誤に基づく同意を、法益関係の錯誤かどうかによって区別する立場である⁹。すなわち、被害者に自己の生命に関する錯誤があれば、それは法益関係の錯誤であり殺人罪が成立する。(ウ)は、202条とは最初から不自由な自殺意思を前提とした規定であると理解し、ゆえに法規定は偽装心中のような場合にこそ適用されるべきであると説く見解である¹⁰。

このような被害者の同意の有効性の問題は、患者の同意の文脈では、インフォームド・コンセントとの関係で問題となる。治療行為が正当とされるためには、原則として、それが患者の同意を得て行われる必要があり、その際患者に何らかの錯誤が存在した場合、当該治療行為の正当性が争われることとなるのである。治療行為に対する患者の同意の有効性については後に詳しく検討するが、ここでは、治療中止に対する患者の同意と錯誤について若干の検討を加える。治療を中止することに患者が同意を与えたが、そこに何らかの錯誤が存在するという場合は、たとえば苦痛の程度や余命等が考えられるが、いずれの場合にも、法益関係の錯誤が存在していると考えられる¹¹。したがって、同意の有効性と錯誤の問題は、治療中止に関する限りでは、上記のいずれの説をとっても、患者の同意の有効性は否定されるところとする結論に至ると考えられる。

(2)被害者の同意の正当化根拠

被害者の同意¹²は、その法的効果の相違を基準に、以下の通り分類される。まず、13歳未

究(その二)』九州大学出版会(2003)472頁。

⁸ 中野次雄「殺人罪と自殺関与罪との限界」法律のひろば 12巻2号(1959)14頁以下、金澤文雄「同意殺人と自殺関与罪」木村亀二編『現代法律学演習講座刑法(各論)(新訂版)』青林書院新社(1962)8頁。

⁹ 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報 1号(1985)61頁以下、69頁以下。また、法益関係の錯誤説について詳細に取り扱った論文として、武藤眞朗「法益関係の錯誤説と法益の要保護性」『野村稔先生古稀祝賀論文集』成文堂(2015)31頁以下、菊地一樹「法益主体の同意と規範的自律(1)」早稲田法学会誌第66巻2号(2016)165頁以下等。

¹⁰ 秋葉悦子「自殺関与罪に関する考察」上智法学 32巻2・3合併号(1991)196頁。

¹¹ 法益関係的ではないと考えられる錯誤として、たとえば治療費の問題等がありうるが、治療中止に関する同意や自己決定の文脈で、治療を継続した場合の費用や患者自身や家族の経済的な困窮を、真摯性や有効性の判断に影響を与える事情として考慮することはないため、ここでも検討対象の事例から外すこととする。

¹² なお、ドイツでは、合意と同意(承諾)を区別するという考え方も存在する。すなわち、「合意(Einverständnis)」は、事実に・自然的意思であり、それがあれば構成要件該当性が阻却されるものであり、「同意(Einwilligung)」は、法的に有効な場合も無効な場合もある法的概念であり、それがあるとき、構成要件該当性は認められるが、行為が正当化されるものとする。もちろん、このような区別は正当ではなく、構成要件該当性の段階であろうと、正当化の段階であろうと、同意の要件は同じと解する見解も多数ある。合意と同意

満の者に対する強制わいせつ、13歳未満の者に対する強制性交等のように、被害者の同意の無効性が明らかにされているもの、同意殺人罪のように構成要件要素となる(減軽事由となる)もの、住居侵入罪、窃盗罪のように、同意があるときには構成要件該当性を否定するもの、そして、傷害罪のように、被害者の同意が違法阻却事由(正当化事由)とされるものがある。とくに、この違法阻却事由の一つとされる同意が、その正当化原理に関して議論の対象となっており、正当化の範囲にも影響を及ぼすのである。

① 行為無価値論的アプローチ

被害者の同意による行為の正当化根拠を、共同生活の目的達成のための相当な手段であるかどうかを求める目的説、および社会生活秩序的に相当な行為であるかどうかを求める社会相当性説などが、この考え方として挙げられる。すなわち、被害者が自身の処分可能な利益を放棄する際、自由な自己決定によるというだけでは不十分とするという見解である。被害者の承諾に正当化事由としての独立した地位を認めず、行為の社会的相当性を判断するための一要素に過ぎないとする¹³。

この立場によると、たとえば、やくざ A が組のおきてに従って指を詰めようとし、A 本人の頼みに応じてその指を切断した仲間 B の行為は、社会的観点から許容されない(社会的に相当でない)ならば、正当化されない¹⁴。公序良俗の考え方のもとに、同意によってなされた行為自体に対する社会や国家の関心が強調されることが第一基準であり、同意による個人の自己決定は、その下位基準であり、正当化の一要素として評価されるのである。

② 結果無価値論的アプローチ

第二の考え方は、被害者の同意があれば、法益の主体がその処分可能な利益を自由な自己決定によって放棄したことにより、刑法が保護する必要のある法益がなくなるわけだから、被害者の同意による行為は原則的に違法性が阻却されるというものである¹⁵。この見解は、

の区別について詳細に示したものとして、宮野彬「被害者の承諾」『現代刑法講座(第二巻)違法と責任』成文堂(1979)109頁以下、同意の体系的な位置づけについての詳細な検討として、佐藤陽子「被害者の承諾における三元論の意義について—『被害者の承諾』の犯罪体系上の地位に関する一考察—」『理論刑法学の探究④』成文堂(2011)101頁以下を参照されたい。

¹³ 大塚・前掲注(4)421頁、佐久間・前掲注(4)197頁、福田・前掲注(2)181頁、木村亀二『刑法総論(増補版)』有斐閣(1978)286頁等。

¹⁴ この立場に立つ代表的な判例として、仙台地石巻支判昭和62年2月18日判タ632号254頁(暴力団の組員による不義理を理由とする指詰めにつき、被害者の同意があったとしても、被告人の行為は、公序良俗に反するとししかいいようのない指詰めにかかわるものであり、このような態様の行為が社会的に相当な行為として違法性が失われると解することはできないとした)、最決昭和55年11月13日刑集34巻6号396頁(過失による事故を装って保険金を騙取する目的で、被害者の同意を得て、故意に自己の運転する自動車をこれに衝突させることにより負傷させた場合について、本件同意は保険金騙取という違法な目的のために得られた違法なものであり、傷害行為の違法性を阻却しないとした)等。

¹⁵ 町野朔「被害者の承諾」『刑法判例研究2』大学書房(1968)168頁、内藤謙『刑法講義総論(中)』有斐閣(1986)587頁、山中敬一『医事刑法概論I』成文堂(2014)109頁、前田雅英『刑法総論講義(第七版)』東京大学出版会(2019)246頁以下、高山佳奈子「自己決定とその

法益衡量説ないしは優越的利益説、あるいは、利益不存在の原則によって根拠づけられる。前者は、「法益、ないしは法益の保護を放棄する」という自己決定権と、放棄する法益を衡量し、両者が均衡すること、あるいは自己決定権が優越することに正当化根拠を求める。そして後者は、被害者が自由な自己決定により、その処分可能な利益について放棄した結果、保護されるべき法益がなくなる、ないしは、その法益を刑法によって保護する必要がなくなるということに正当化根拠を求めるものである。

このような考え方は、上で挙げたやくざの指詰め事例についても、それがたとえ倫理的価値や社会的相当性を有していなくても、真意による同意が存在する以上、違法阻却を認める。個人の自己決定の自由をできるだけ尊重しようとするとき、個人主義・自由主義の思想と合致するものと評価できよう。

③ 検討

さて、行為無価値論的アプローチによるならば、すなわち規範論的に考察するならば、すでに述べた通り、被害者の同意があったとしても、その同意によってなされる行為が社会倫理的観点から許容されないものである場合、正当化されない。被害者の同意の基礎には「個人の自由な自己決定の尊重」があるといわざるをえない以上、このような結論を妥当とすることはできない。

しかし、結果無価値論を徹底すると、法益論的アプローチにより、同意に絶対的な効力を与える結果、自己決定権の限界を看過することとなってしまう。すなわち、法益主体が自己の法益に対する侵害に同意すれば、法益の種類いかに問わず、行為はすべて正当化される。しかし、刑法は同意殺人を処罰対象としているのである。その根拠を、生命については国家・社会も法益主体であり、被害者が侵害に対して同意をしても、保護されるべき法益はなくなるとする考え方も存在する¹⁶。しかし、生命に国家・社会的法益の側面も認めるとするのは、個人主義を尊重する現行憲法との整合性が疑わしい。

また、法益を自由に処分するという自己決定の利益が個々の客観的利益に優越するという見解もある¹⁷。すなわち、被害者の同意に基づく構成要件該当行為は、一方で、個別具体的な実体的法益(たとえば身体の完全性)を侵害するが、他方で、一般抽象的な手段的法益(自己決定の自由)を実現し、両者の比較衡量によって違法性が決定される。ゆえに、侵害法益が自己決定の自由の利益に優越するときは、同意にもかかわらず行為は違法とされるとする見解である。そして、同意殺人が違法であるのは、自己決定の自由の実現によっても補いきれないほど重大な生命という法益の侵害を伴うからであるとする。しかし、自己決定を、

限界(上)」法学教室 264 号(2004)56 頁、山口厚『刑法総論(第三版)』有斐閣(2016)138 頁等。

¹⁶ 宮本英脩『刑法大綱(第四版)』(鈴木茂嗣編『宮本英脩著作集第三巻』)成文堂(1984)102 頁(原著は 1935 年発行)、佐伯・前掲注(2)216 頁、林幹人『刑法総論(第二版)』東京大学出版会(2008)160 頁。

¹⁷ 曾根威彦『刑法原論』成文堂(2016)261 頁以下、塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』法律文化社(2004)6 頁。

抽象的な独立した利益ととらえることは、刑法上、自由利益との区別が困難となる。この点については、のちに詳しく検討する(第7章第2節)。

以上、結果無価値論に立っても、同意による正当化ができない場合が存在することが根拠づけられた。ところで、明文で禁止されている同意殺人罪のほかに、日本では明文規定のない同意傷害について、同意の正当化根拠に対応し学説が分かれている。すなわち、第一の立場は、同意があっても社会的に相当でない行為は違法であるとする見解(社会的相当性説)¹⁸で、第二の立場は、同意を得て身体の枢要部分に対する回復不能な不可逆的損傷をもたらした場合には違法であるとする見解(重傷害説)¹⁹である。そして第三の立場は、死の危険がない限り同意に基づく傷害はすべて適法であるとする見解(生命危険説)²⁰で、最後に第四の立場は、内臓の摘出や手足の切断といった重大な傷害であっても、その種の自傷行為が不可罰であるのと同様に、有効な同意があれば違法性は阻却されるとする見解(全面的不可罰説)²¹である²²。前述の検討によれば、第三の立場である生命危険説をとるのが妥当であろう。

第2節 推定的同意

推定的同意とは、被害者が現実には同意を与えていないが、もし事態を認識していたならば同意を与えていただろう場合をいい、被害者の同意とは別の独立の違法性阻却事由であるとされている。推定的同意が問題となる状況は、法益主体による現実の同意を得ることができず、現実の同意は存在しないが、同意が得られることが推定される場合である。推定的同意の類型としては、(a)被害者のためにする場合(事務管理型)と、(b)行為者自身または第三者のためにする場合(権利侵害型)がある。(a)は、水道の蛇口からあふれている水を止めるため、

¹⁸ わが国の判例は、この立場に立つと考えられる。たとえば、前掲注(14)にあげたもののほか、東京高判平成9年8月4日高刑集50巻2号130頁(医師免許を取得していないフィリピン人医師による美容整形手術について、医師が被害者に対して行った医行為は、「身体に対する重大な損傷、さらには生命に対する危難を招来しかねない極めて無謀な行為であって、社会的通念上許容される範囲・程度を超えて、社会的相当性を欠くものであり、たとえ被害者の承諾があるとしても、もとより違法性を阻却しない」とされた事件)、最決昭和55年11月13日刑集34巻6号396頁(交通事故をよそおって保険金を詐取する目的で、被害者の承諾を得て、その者に故意に自動車を追突させ傷害を負わせたという事案について、「被害者が身体傷害を承諾したばあいには傷害罪が成立するか否かは、単に承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度など諸般の事情を照らし合せて判断すべきものである」とされた事件)等があげられる。わが国の判例は、一般に、傷害の重大性の観点ではなく、社会的相当性や行為の目的の違法性を考慮して同意の客観的限界を定めるという目的説・社会相当性説にたっているとみることができる。

¹⁹ 平野龍一『刑法総論Ⅱ』有斐閣(1975)254頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』有斐閣(2013)223頁等。

²⁰ 山中・前掲注(15)108頁以下、内藤・前掲注(15)588頁等。

²¹ 前田・前掲注(15)248頁以下等。

²² なお、同意に基づく傷害を違法と解しても、行為者の正犯性が否定されるという見解もある。山口・前掲注(15)148頁以下、前掲注(14)最決昭和55年11月13日。

不在の隣家に立ち入る場合(水道事例)や、友人宛にきた速達信書を、必要な措置をとるために、友人の不在中に開封する場合(信書開封事例)などがあり、(b)には、友人の不在中に勝手に立ち入り、家の中で待機する場合などが挙げられる。問題は、このような推定的同意に関する事前の蓋然的判断が、事後に判明した法益主体の意思と合致しなかった場合の取扱いである。以下、推定的同意の有する正当化効力の根拠に基づいて、考察を試みる。

(1)推定的同意の正当化根拠

上記諸事例にみてきたように、推定的同意は、被害者の同意論一般と同様、正当化的に作用するという点について、認識は共通であると思われる²³。そして、あくまでも被害者の「推定される意思」との合致が問題であるとするならば、その意味では被害者の同意の「延長線上」に位置するものともいえるだろう。しかしながら、たとえ事後的に当該法益侵害行為が法益主体の意思に反していたことが判明したとしても、なお依然として違法性は阻却されるというのならば、明らかに被害者の同意とは異なる特殊性が認められるのであり、この意味では「推定的同意」は「実在的同意」の「代替物」ではないとされることになるのである²⁴。したがって、推定的同意という蓋然的判断と異なる事実が、後に判明した際の評価について影響を与えうる推定的同意の違法阻却根拠について考察を行う必要があるが、これについては多様な見解が主張されている。

①客観的利益衡量に基づく見解

私見によると、推定的同意とは、現実の同意を補充する形で違法性阻却事由とすべきであると考え、現実の同意が存在しない以上、これを推定すべき客観的な要素をどのように設定するかについて、被害者の主観的要素との関係も踏まえた原則的な問題は避けられないのである。そこで、まず、推定的同意は「被害者の主観の問題ではなく、法の理念そのものの問題である」とする見解²⁵のように、その正当化根拠を客観的な利益衡量に見出そうとする立場がある。

(ア)緊急避難説

まず、代表的見解として、緊急避難説が挙げられる。この見解は、推定的同意を法益主体の客観的利益を保護するものであると理解し、法益に侵害が迫っている状況で、その法益を保護するために別の法益を侵害することから、客観的利益衡量を規定した 37 条にちなんで緊急避難説と呼ばれるものと考えられる。本説によると、推定的同意による行為とは、法益主体の現実的同意を得ていると侵害が発生してしまうため、法益主体による同意はないが、

²³ 推定的承諾が正当化事由であるという点について、実務も承認している。たとえば、ドイツ連邦通常裁判所は、「推定的承諾は、独立した正当化事由を形成するのであって、単なる正当化的緊急避難の一亜種(einen Unterfall)ではない」と判断している(BGH NJW 1988, 2310)。しかし、被害者以外の者の利益との事後的な衡量によってではなく、被害者自身の利益がすでに保護に値しないという考慮によって違法でないといわれるのであるから、推定的同意のある場合も構成要件を阻却とする見解もある(林・前掲注(16)167頁)。

²⁴ 山口厚『問題探究刑法総論』(1998)86頁。

²⁵ 団藤・前掲注(4)222頁。

当該事態に対する客観的かつ合理的判断によって、もし法益主体がその事態を知っていたら当然同意を与えるであろうと考えられる場合、その意思を推定して行う行為をいう²⁶。したがって、同意の推定は、客観的に考察するべきであるということになる。

また、法益主体の明示の意思表示がある場合に、推定的同意が入り込む余地があるのかどうかについて、被害者が事態を誤認していたため不同意を唱えても、もしその事態を正しく認識した場合には同意したであろうときは、そのことを推定して行う行為は、推定的同意による行為といえる。しかし、被害者が事態を正しく認識したうえで、なんらかの特殊な事情から反対の意思を明示しているのを知って、行為した場合には、推定的同意による行為を認めるわけにはいかないとする²⁷。

(イ)目的説・社会的相当性説

次に、目的説ないし社会的相当性説がある。すなわち、たとえば、「その事態に対する客観的かつ合理的判断によって、もし被害者が事情を知っていたならば、当然、承諾をするであろうと推定されるばあいには、被害者の利益をはかって行う行為をいう」とする見解²⁸、「行為者の主観的判断において推定した承諾ではなく、理性的人間が被害者の立場にあったならば客観的判断に従って期待せられたであろうところの承諾と解すべき」とする見解²⁹などがある。

しかし、このような客観的利益衡量によるという見解は、問題領域が法益主体の自律領域であることを認めながら、被害者の仮定的意思の重要性を否定し、一般的に保護すれば喜ばれるだろうと判断されること、すなわち、もっぱら客観的・一般的判断を優先させようとしているといえる。したがって、現行法秩序の精神が、第三者の「理性の優位」に対する自己決定権の優位を認めていることに鑑みても、当事者がたまたま一時不在であったとか決定能力を欠いていたからといって、本来許されるはずのないそのような「理性の優位」の越権にさらされることは妥当ではなく³⁰、被害者本人の利益放棄に関する自由な自己決定を尊重しようとする立場からは批判されるのである³¹。

②被害者の自己決定に基づく見解

推定的同意の正当化根拠についての代表的な主張として、「推定的同意も、規範的な合理的な利益衡量が問題となっているのではないから、いわゆる利益不存在の原理に指導される被害者の同意の延長上に位置するものである」と述べる³²ような、被害者の自己決定という法益主体の主観的利益を出発点とする同意論類似の見解がある。

²⁶ 福田・前掲注(2)183頁以下。

²⁷ 福田・前掲注(2)184頁。

²⁸ 大塚・前掲注(4)422頁。

²⁹ 木村・前掲注(13)288頁。

³⁰ 斎藤誠二『『推定的承諾』の法理をめぐって』警察研究 49 卷 11 号(1978)19頁以下。

³¹ 内藤・前掲注(15)582頁以下。

³² 宮内裕「違法性の阻却」『刑事法講座第1巻』有斐閣(1952)226頁以下は、「仮想的な被害者が、事態を完全に認識したならば、その個人的立場よりして行為に同意したであろうとの客観的な裁判官的立場からする蓋然性判断の意味である」とする。

(ア)承諾説

推定的意思の枠組みの内部で、利益衡量を考えようとする見解に、承諾説がある。この説は、推定的同意とは、被害者が現実同意を与えたのではないが、もし彼がその際の事情について完全な知識を有したならば、同意を与えたであろうと推定される場合をいうのであるから、この推定的同意は、現実の同意を補充しそれに代わるものであるといえ、彼自身の主観的立場から、行為の際における本人の実際の気持ちが判断の標準となるべきであると考え³³。この立場を徹底すれば、先の事例類型(a)(b)ともに、事後的に明らかになった法益主体の意思と、推定した意思が合致しなかった場合は、正当化の効力が制限されることとなる。

(イ)類型別分類説

同様に法益主体の主観的な意思を基準としつつ、内部的な利益衝突の事例群、すなわち、被害者のためにする場合(a)と、利益放棄の事例群、すなわち、行為者自身または第三者のためにする場合(b)に分けて、後者についてのみ推定的同意による正当化を拒否しようとする見解もある³⁴。それによると、推定的同意は、実在的同意の一亜種と考えられなくてはならず、被害者の仮定的意思³⁵が法的保護を放棄することによって行為が正当化されるのであり、その根拠は自己決定権の尊重要請に求められねばならないという。そのうえで、推定的同意の適用範囲について、(a)類型の場合、被害者のためになされる行為であるので、被害者の自己決定の可能性が担保されている限りにおいて、他の正当化要件(現実の同意における一般的要件と、推定的同意特有の要件)が満たされている場合に違法性が阻却されるが、行為者または第三者のために行為する(b)類型の場合は、自己決定の可能性の保障が全く考えられないのであるから、推定的同意による正当化は考えられないとするのである³⁶。

基本的に、推定的同意の正当化根拠につき法益主体の同意を出発点とすることは、妥当であると考え。そのなかで、類型別に正当化の評価を行う見解についてであるが、この見解は、推定された意思と事後的に判明した意思が合致しない場合、問題となる法益侵害行為が、被害者のために行われていれば推定的同意によって正当化されるが、行為者自身または第三者のために行われていれば正当化されないという結論に至るものである。そして、その理由を、後者は「個人の自律性の尊重が侵害されている(自己決定の可能性が保障されていない)」からであるとする。その際、本見解は、緊急状態の下では、二つの利益の対立が生じている場合一方の犠牲を許している点を考慮している³⁷。しかし、これは、自己決定権という主観的利益を正当化根拠の根本にすえているにもかかわらず、その判断や要件は客観的

³³ 佐伯・前掲注(2)220頁以下。

³⁴ 吉田宣之「推定的承諾論」法学新報 93 巻 1・2 号(1986)58 頁以下。

³⁵ 推定的同意と区別される概念として仮定的同意(hypotetische Einwilligung)があるが、ここでの「仮定的意思」は、仮定的同意を意図して使用された表現ではないと思われる。

³⁶ 吉田・前掲注(34)63 頁。

³⁷ 吉田・前掲注(34)49 頁。

利益衡量によるという矛盾をはらんでいるように思われる。本見解を、あくまでも承諾説を前提に考察を行う立場であると理解するならば、その中核部分となる事案の評価の部分で客観説に依拠している以上、妥当とはいえないだろう。

③総合的判断に基づく見解

(ア)事務管理説

主観的要素と客観的要素を総合的に考慮して、推定的意思と利益衡量の一致が行為を正当化するとする、事務管理説がある。この説によれば、推定的同意とは、裁判時までに明らかになった資料を基にして、裁判官が行う、被害者の意向ないし主観的利益方向を確定するための、仮定的蓋然性判断である。それは、被害者の意識上にある決意を対象とするのではなく、意識下にある意向を推測する科学的判断である。そして正当化の根拠は、以上の判断を支える事実状態とその判断の誤りを担保・保障する客観的利益の存在である。推定的同意を正当化事由として定立するためには、その法理の功利性を基礎づける客観的利益と、自律性尊重の思考と整合させるための推定的同意との二つの要素を必要とする³⁸。

(イ)許された危険説

利益衡量と推定的意思の二つの原則に、客観的・合理的事前判断と事後的な被害者の現実的意思との不一致の危険性に着目し、許された危険の原則を加味するべきだと主張するのが、許された危険説とよばれるものである³⁹。本説の特徴は、推定的な同意によって正当なものとされるのは、構成要件に該当する他人の法益に関する干渉が、その人の本当の意思はおそらくこうであろうと適切に仮定した判断に基づく行為であるということにある。行為者の判断が「適切」であるといえるためには、もし法益の主体がその意思を表明できるとすれば、その内容が行為者の判断と客観的に合致していることが必要である。このような意味で「適切に」行為がなされるならば、その行為は、事後的に、法益の主体がほかのことを望んでいたとわかっていても、正当なものとされるのである。それゆえ、この見解によると、推定的な同意に基づく行為は、法益主体が自分で決定することができないので、一定の限られた場合に行為することが認められ、場合によればその意思に反する間違った判断をすることもあるという危険を犯すことが許されているという、一種の許された危険にもとづいて、正当なものとされるというのである⁴⁰。

(ウ)情状無罪説

上記の諸見解とは別に、推定的同意という言葉の吟味から出発し、その実態は一種の擬制であるのだから、個人の自己決定に対する過度の干渉になるおそれがあるとして、この擬制をできる限り排除し、語の本来の意味での推定はこれを認めるという観点から主張された

³⁸ 川原広美「推定的同意に関する一試論」刑法雑誌 25 卷 1 号(1982)102 頁以下。

³⁹ 許された危険の考え方を、過失やスポーツの領域との関係に言及して推定的同意に関する考察を行ったものとして、須之内克彦「刑法における同意の現代的意義について」明治大学社会科学研究所紀要 45 卷 2 号(2007)1 頁以下。

⁴⁰ 須之内克彦「推定的同意について」『平場安治博士還暦祝賀・現代の刑事法学(上)』有斐閣(1977)226 頁、斎藤・前掲注(30)20 頁以下。

のが、情状無罪説である。本説によると、推定的同意に基づいて行われる行為は、被害者に有利にはたらく反面で、被害者の不利にもはたらくことは明らかである。たとえ法理の名の下に客観的・合理的判断と称するものであろうとも、自己決定の専属的主体である被害者でない者による判断に、権威をもたせることは、個人の自己決定に関する過度の干渉である⁴¹。被害者の同意が問題となるような事案に対して、なしうる最大限の考慮は酌量減輕の局限としての「情状による無罪」であり、最小限の考慮は酌量減輕ということになる⁴²。

④検討

まず、事務管理説は、正当化の根拠について被害者の利益と被害者の推定的意思とを分析するのは正当であっても、これを並列したためにその相互間に矛盾を生じた場合十分な説明ができない点を、最大の問題点として指摘される⁴³。また、民法の事務管理では、内部的な費用の償還などが問題となるのであるから、他人の法益に対する侵害行為の推定的同意による違法阻却が中心の問題となるところの、刑法における推定的同意をそれによってのみ説明し根拠づけることはできない⁴⁴。

次に、許された危険説であるが、たしかに、推定的同意は「許された危険」としての性格ももっているということもできるだろう。しかし、そのような危険を冒すことは、推定的同意にとって限界的事態であって、その本質的な法的性格ないし違法性阻却根拠とみるには、なお疑問の余地があるといわれるのである⁴⁵。また、本説の問題点として、「危険が許される」のは帰結であって、それ自体としては根拠になりえないと指摘するものもある。すなわち、法益主体の意思に反する危険を冒すことが許されるためには、そのような法益侵害行為自体がすでに許されるとしなくてはならないとするのである。さらに、行為者の行為が被害者の意思に沿った結果を実現する蓋然性を含むとしても、事前判断だけで違法評価をおこなうならば、その他のあらゆる正当化事由にあっても、法益主体の意思に反した第三者の処分を広く許容することになり、それは立法者が一定の要件を定めて違法性阻却事由を限定的に規定していることが、解釈により全く無視されることになると批判される⁴⁶。

最後に、情状無罪説であるが、本説による「自己決定権を有名無実のものにしてしまう」という批判は、(b)類型である行為者自身または第三者のための行為を、推定的同意の適用範囲からはずしたり要件を厳格にしたりする見解には妥当せず、利益衡量を推定的意思確定のための一要素としてのみ考慮する立場にも当てはまらない。また、自己決定権への過度な干渉により、被害者の告訴権および正当防衛権は事実上せばめられると主張するが、むしろ、被害者のために、しかも客観的にみて合理的であるとされる行為をしている行為者に対

⁴¹ 西村克彦「推定的承諾という法理の反省」警察研究 50 卷 3 号(1979)6 頁。

⁴² 西村・前掲注(38)11 頁以下。

⁴³ 吉田・前掲注(34)26 頁。

⁴⁴ 内藤・前掲注(15)616 頁。

⁴⁵ 内藤・前掲注(15)618 頁。

⁴⁶ 山口・前掲注(24)88 頁以下。

する正当防衛権を肯定するほうが疑問であると指摘される⁴⁷。また、情状により「減輕」されるというのはまだしも、情状により「無罪」となるという理論について、そのような結論を導き出す根拠条文の提示はなく、そうである以上受け入れることはできないと考える。

(2)推定的同意の有効性

今日展開されている刑法理論上の重要なキーワードの一つに「自己決定権の尊重と限界」があるが、これは同意論を論じるうえでも同様に重要であると考ええる。また、推定的同意が「法益主体が事態を認識していれば同意しただろう」という点に求められる以上、現実的同意と同じように、判断の基準はあくまで法益主体その人であるべきだろう。したがって、上記水道事例で、通常の人なら同意するであろう状況でも、法益主体である隣人が、他人が自宅に立ち入ることを極端に嫌う人物であるならば、そのことを基準に判断されなくてはならない。というのも、推定的同意の正当化が基づくのは、適時に判断をすることのできなかった法益主体が期待するであろう意思に沿って行為がなされるという点につきるのである。したがって、現実的同意の得られる場合にはそれによるべきであり、法益主体の意思に合致することが、推定的同意が違法性を阻却しうるための大前提であろうという態度については、変更しがたいところである。もっとも、推定的同意には、すでに述べたように、被害者のために行為する(a)類型と、行為者自身または第三者のために行為する(b)類型があり、それらを区別した上で、正当化根拠を考察するということもありうるだろう。

しかし、なぜ現実には同意が存在していないにもかかわらず、本来なら処罰対象であるような行為の違法性が阻却されうるのかという点、それはやはり「法益主体である被害者から同意が得られるだろう」という点に見出される。そうであるならば、たとえば、被害者が法益の処分に対し独特の見解を有していた場合等を含み、原則として、事後的に法益主体の意思に反していたことが判明した場合は、推定的同意の効果が制限されることになる。ただし、錯誤があった場合等は、錯誤論による解決も考えられよう。推定的同意の理論における判断の基準としては、あくまで、法益主体であるその人自身に求められるべきであって、決して「理性的人間」の判断や「客観的・合理的」判断に重点がおかれるべきではないのである。

第3節 患者の同意と推定的同意

さて、医師が「治療行為」を行う場合、手術その他の行為が、傷害罪(あるいは場合によっては暴行、監禁等)の構成要件に該当することも考えられる。それが正当な治療行為として正当化されるためには、①医学的適応があり、②医学において一般に承認された方法でなされ(医術的正当性)⁴⁸、③原則として患者の同意が必要であるといわれている。とくに、「患者の自己決定権」と関連して、患者の同意をどのように理解し、どのように位置づけるのか、議論の対象となっている。

⁴⁷ 吉田・前掲注(34)21頁以下。

⁴⁸ 医学的適応と医術的正当性については、甲斐克則『医事刑法への旅Ⅰ(新版)』イウス出版(2006)32頁以下、町野朔『患者の自己決定権と法』東京大学出版(1986)3頁参照。

(1)治療行為の適法根拠

それでは、治療行為に対する「患者の同意」と、違法論一般で論じられる「被害者の同意」は、どのような関係にあるのだろうか。両者は必ずしも完全に同一ではないと理解されている。すなわち、前者は、客観的に価値の高い利益を優先的に保護・維持する行為であり、何が患者にとってより価値の高い利益であるかどうかを判断する際、保全利益と侵害利益がいずれも同一法益主体である患者のものである。したがって、優越する利益についての自己決定の要素として、患者の同意は重要な意味を有するものといえる。「患者の同意」は、原則的に、35 条の正当業務行為ないし正当行為の問題なのである。これに対して、後者は、客観的に価値の高い利益を優先して保護・維持する行為ではなく、そのような意味での単純な法益放棄に与えられた被害者の同意は、その放棄された法益への侵害行為の違法性を阻却するかどうかの問題にかかわるのである。その際、判例は、公序良俗、社会倫理、社会的相当性の観点に重きを置き、身体などの利益放棄についての個人の自己決定権はその枠内でのみ考慮されている⁴⁹。

このように、治療行為の正当化根拠は、被害者の同意とは異なると考えられている。すなわち、被害者の同意は、その存在自体によって違法阻却が認められるが、患者の同意は、治療効果が期待できる適切な医療行為であることによって治療行為の違法性を阻却する⁵⁰。患者の同意は、単なる利益放棄ではなく、一方で侵害され一方で得られる利益について患者が選択をするという自己決定が尊重されるがゆえに、正当化効力を有するのである。そして、治療行為が一定の要件の下で不可罰であることに争いはないが、その犯罪論体系上の位置づけについては見解が分かれている⁵¹。

①傷害説

はじめに、治療行為はまず構成要件に該当することを前提とする立場がある。ドイツの判例⁵²では、治療行為(医的侵襲)そのものが傷害罪にあたると解されている。これは、ドイツ

⁴⁹ 内藤・前掲注(15)577 頁以下。

⁵⁰ 佐伯・前掲注(19)232 頁。町野・前掲注(15)172 頁によると、被害者の同意においては、同意が違法性阻却の「基礎」であるが、治療行為における患者の同意は、医学の専断を抑制し、違法性阻却を限界づける「柵」であるとされる。また、木村・前掲注(13)289 頁は、承諾説は緊急時にそれを得られなかった場合を説明できないし、慣習説は理由が明白ではなく、緊急避難説は緊急状態にない場合の治療行為の適法性を説明しえないので、治療目的説が妥当であるとする。

⁵¹ 傷害罪と治療行為の関係につき、保護法益に関して詳細な検討をするものとして、以下を参照されたい。天田悠「傷害罪の保護法益からみた治療行為論(一)」早稲田法学会雑誌 65 巻 2 号(2015)1 頁以下、同「傷害罪の保護法益からみた治療行為論(二・完)」早稲田法学会雑誌 66 巻 1 号(2015)1 頁以下。

⁵² RGSt 25, 375ff. 医師が、7 歳の子どもの、結核菌により化膿した足の骨の切除に、自然療法の信奉者であった父親が承諾を与えなかったにもかかわらず手術を施行し、術後、子どもに結核は出現せず正常に成長したという事案につき、原審はこの医師を無罪としたが、ライヒ裁判所は、この医師の行為は傷害罪にあたると判示し、その際、医師の行為が不適切で失敗した場合のみならず、身体に加えられた直接的・物理的なあらゆる侵害が傷

刑法 223 条が、その文言上、「身体的に虐待する(körperlich mißhandeln)」行為と「健康を害する(an der Gesundheit schädigen)」行為を構成要件の行為としていることに起因すると考えられる⁵³。傷害概念を、抽象的・一般的な概念とし、患者の主観や傷害の価値評価を取り入れないという特徴をもつといえよう。

日本でも、治療行為傷害説に基づく見解として、治療行為であっても身体の外形的ないし生理的機能の現状を、一時的にせよ不良に変更する以上、傷害罪の構成要件に該当し、治療行為は、患者の同意を要件として、目的のための適切な手段である場合に違法性を阻却されるとする見解⁵⁴や、患者の意思を違法阻却の段階で利益衡量の判断において考慮し、患者の同意がある場合にのみ違法性を阻却するとする見解⁵⁵がある。

②非傷害説

これに対して、治療行為を傷害構成要件には該当しないとする見解もある。ドイツの通説はこれである⁵⁶。いうまでもなく、この見解に立脚するならば、患者の同意のない治療行為が、自由剥奪罪、強要罪等を構成するかどうかを検討しなくてはならない。この点について、日本においても、全体的にみれば生命・身体の救助にほかならず、成功して健康を回復・増進した場合はもはや法益を侵害したとはいえないとする見解⁵⁷(全体的考察説⁵⁸)がある。これについては、当然のことながら、成功しなかった手術の場合等の取扱いが問題となる。

③検討

治療行為(医的侵襲)の法的性質については、傷害説をとる。なぜならば、非傷害説をとると、患者の意に沿わない治療行為(いわゆる専断的治疗行為の問題)がすべて自由に対する侵害にとどまることになる。オーストリアのように専断的治疗を自由に対する罪とする規定がないわが国では⁵⁹、身体法益への客観的侵害が存在するにもかかわらず、自由に対する罪の成立にとどまることの根拠づけが求められる。それをカバーしようとして、治療行為によって健康が維持・回復したという結果を要求すると、失敗した治療行為の傷害罪成立の可能

害にあたるとした。

⁵³ 詳細は、武藤眞朗「治療行為と傷害の構成要件該当性」早稲田大学大学院法研論集 54 号(1990)243 頁以下を参照されたい。

⁵⁴ 大塚仁『刑法概説各論(第三版増補版)』有斐閣(2005)頁以下。

⁵⁵ 町野・前掲注(15)63 頁。

⁵⁶ *Sternberg-Lieben*, in: Sch/Schröder, 30. Aufl., 2019, Vorbem. §§32ff. Rn. 46; *Joecks*, in: Münchener Kommentar, zum StGB §223. Rn.42.

⁵⁷ 金沢文雄「医療と刑法」『現代刑法講座(第二巻)』成文堂(1979)137 頁。

⁵⁸ 全体的考察説は、①医療技術のルールに従って行われた医的侵襲は、結果の成功・不成功にかかわらず、すべて傷害の構成要件に該当しないと、ゆえに医療行為の開始時にすでに侵襲行為の判断が可能であるとする行為説と、②治療前よりも患者の健康状態がよくなったときに傷害の構成要件が阻却され、すなわち構成要件阻却は事後的に決定されるとする結果説、そして、③行為者の侵襲時における目的、すなわち、治療に際して追及される治療目的を基準とし、加害の目的がない限り傷害の故意に欠ける(したがって、専断的治疗行為としての治療も傷害にはあたらない)とする目的説の三つに分類することができる。山中・前掲注(15)126 頁。

⁵⁹ オーストリア刑法 110 条は、専断的治疗行為を「自由に対する罪」として規定する。

性が問題となる。そして、その失敗した治療行為の場合は、治療目的があるならば故意を阻却する余地があるということになる⁶⁰。しかし、複雑な医療技術や事情のなか、ただちに維持・回復という結果のみを「治療」と理解することには疑問の余地がある⁶¹。故意阻却事由としての治療目的に関しても、たとえば治験に対する評価も問題であるし、刑法上「故意」は、犯罪事実の認識を意味し、動機や目的に係るものではないため、目的を故意阻却事由にもちだすのは論理の破綻といわざるをえない。非傷害罪説は適切とは考えられず、治療行為という場面をとった場合に身体への侵害が存在する以上、傷害罪の構成要件該当性が認められるのであるから、その治療の効果や患者の意思を併せて違法性のレベルで検討するのが妥当であろう。

(2)患者の同意の有効性

被害者の同意が有効であるためには、その同意が被害者の真意に基づいていることが前提とされる。客観的な事情と被害者の認識が一致しない場合に、同意を有効とするかどうかについては、被害者の同意も患者の同意——ここでいう患者の同意とは、治療行為に対する同意のことである——も違法阻却事由であるとした以上、基本的には同様に考えるのが自然であろう。しかし、法益関係的錯誤説については、患者の同意の特殊性をうけ、その適用について、修正を加えるべきであるとする見解もある。すなわち、医療侵襲に対する患者の同意は、医師の説明義務を前提としており、重大な説明義務違反そのものが同意の無効をもたらしうるし、また同時に、手術が健康の回復のためのものである以上、患者の動機が重大な意味を有しているのであるから、患者の同意に関しては、法益関係的錯誤を貫徹することに疑問を呈する見解である⁶²。目的に関する錯誤や、施術者の同一性に関する錯誤・欺罔は、医療の場で行われる同意に関しては重要な意味を有するという点を顧慮すべきというのである。

たしかに、患者の同意は(患者自身の)治療目的に深く関係しており、それは被害者の同意における法益放棄の目的より顧慮に値するかもしれない。たとえば、身体に異常を感じ、血液検査を受けた患者が、無断で HIV 検査も行われたような場合などが考えられる⁶³。また、

⁶⁰ むろん、過失傷害罪の成立余地は残されたままである。

⁶¹ 「治療」という言葉が何を指すかについては、安易に定義づけることはできない。回復・根治が治療に入ることに争いはないが、現状維持・苦痛の緩和に加え、いわゆる基本看護とよばれる形態の医療上のケアが含まれるかどうかについては、より慎重な検討が必要である。

⁶² 山中・前掲注(15)165 頁以下。

⁶³ 類似事案の判例として、東京地判平成 15 年 5 月 28 日判タ 1136 号 114 頁がある。警察官採用試験に合格し警察官に任用された原告が、被告東京都に対し同警察学校が任用後、原告に無断で HIV 抗体検査を行い、この検査結果が陽性であった原告に事実上辞任を強要した等の行為が違法であるとして損害賠償を求めるとともに、警察学校から依頼を受けて検査を実施した被告に対しても同額の損害賠償請求をした事案につき、本人の同意なしに行われたというに留まらず、その合理的必要性も認められず、原告のプライバシーを侵害する違法な行為といわざるをえないと判決を下した。

施術者の同一性に関しても、「難しい手術を受けることを決意したのは、その分野の権威といわれる名医が執刀してくれると聞いたから」というような状況はありうるだろう⁶⁴。たしかに、施術者が異なることでその技量に大きな差が生じるというのなら、当該施術に対する患者の同意が無効とされる余地もあるだろう⁶⁵。しかし、上記のような医療の場面における事情をふまえた結果、厳密に考慮することによって同意が有効である範囲が極めて狭くなってしまい、本来の法益関係的錯誤説と著しく結論がかけ離れてしまうならば、それは適切ではないだろう。患者の同意について、法益関係的錯誤説を治療行為の独自性をふまえて修正するとしても、本来の基準は維持したうえで、これに合わせて修正する必要があるだろう。

(3) 患者の同意における推定的同意と代諾

わが国において、同意能力の概念に関する規定は、被害者の同意についてはもちろん、まして患者の同意についても存在しない。そこで、その内容については解釈に委ねられることとなる。どの程度の精神能力が要求されるかは、一律に決めることはできず、法益侵害の種類・程度等により異なって解する必要がある。患者本人の同意能力があるかないか、そしてそのボーダーはどのように設定すべきかという問題ももちろん大切であるが、患者の同意が問題となる場面では、意識がない等の理由により、明らかに同意能力のない患者の場合が多く考えられる。したがって、患者の同意においてより重要なのは、どのような人に同意能力を認めるかの限界づけよりも、同意能力のない患者の取扱いである。すなわち、意識がない患者や、緊急を要するため同意の確認をとる余裕のない患者などの場合に、その意思を推定することは許されるのだろうかということである。被害者の推定的同意は、法益主体は(その場で同意を与えることができないだけで)同意能力は有しており、事後的にその意思の確認をすることができる場合が想定されているが、患者の推定的同意は、法益主体の同意能力が欠如している場合が多いため、同意能力との関係で考察することになる。

結論からいうと、同意能力を欠く患者の意思を推定することは、一定の範囲で許容されるべきだと考える。これには、患者の同意を推定して医的行為⁶⁶を行うことを全面的に禁止すると、生命・身体という客観的な利益増進を明らかにもたらす場合であっても、意識不明状

⁶⁴ 類似事案の判例として、BGHSt16, 309。被告人兩名は、医学部の学生であったが、(医師資格のない)研修生として州立病院で働いていた。この間、被告人Pは6件、Mは2件、彼らを医師と信じた患者の手術を行った。傷害罪、過失傷害罪につき、第1審は無罪とした。誰が行っても同じ「傷害」の結果が生じる限り、法益侵害についてその行為者が誰かは、重要ではない。すなわち、医師としての技量・執刀方法等が同一であれば、同意の名宛人の同一性の錯誤は、法益関係的錯誤ではない。なお、この判決については、山中敬一「被害者の同意における意思の欠缺」関西大学法学論集 33 巻 3=4=5 号(1983)328 頁以下を参照されたい。

⁶⁵ 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報 1 号(1985)59 頁は、施術の技量について問題がない限りで、施術者に関する錯誤は法益関係的錯誤に当たらず、患者の同意は有効であるとする。

⁶⁶ ここでは、「治療」という言葉の定義の不明確性を考慮し、また、移植のための臓器摘出、諸形態の安楽死(治療中止を含む)等を顧慮して、狭義の治療行為よりも広い概念をふくむものとして、医的行為という言葉を使う。

態で運び込まれたような人に対しては何の処置も施せないことになるという理由もある。そもそも被害者の推定的同意とは、被害者が現実同意を与えたのではないが、もし彼がその際の事情について完全に認識していたならば、同意を与えたであろうと推定される場合をいうのである。患者の推定的同意においては、医的行為により客観的な利益増進が想定される場合にはなおさら、患者が同意をすることができる状況にあったならそうしたであろうと推定することは許されるといえよう。

しかし、問題は、被害者の同意における推定的同意と同様に、事後に判明した患者の意思が、行為時に推定した蓋然的判断と合致しない場合である。すでに述べたように、行為時に推定する判断の基準は、客観的・合理的判断ではなく、法益主体その人の意思によるべきである。したがって、被害者の同意における推定的同意については、被害者の現実的意思と合致しない場合においては同意の違法阻却的效果が制限されることもありうる結論づけた。しかしながら、同意の部分でも法益関係の錯誤説との関係で言及したように、推定的同意に関しても、「被害者」と「患者」を全く同一に扱うことは妥当ではない。すなわち、被害者の同意一般については、推定的同意が被害者の現実の事後的意と合致しなければなければ正当化ができないとしても、患者の同意が問題となる場面では、とりわけ緊急を要する場合は、患者について推定した蓋然的判断が事後的に判明した患者の意思と違っていても、必ずしも違法に行為したものとはならないだろう。おそらく、ここで前述の「許された危険」の法理の適用による解決も考えられよう。いずれにせよ、患者の推定的意思の領域で重要なのは、それが治療一般の場面のみならず、いわゆる終末期の場面にも関わるものであるということである。すなわち、患者の推定的意思については、その同意が生命法益を処分する方向で問題となる場合も想定しなくてはならないのである。もちろんその際は他の正当化原理や要件も考慮しなくてはならない。

同意能力を欠く患者の意思を推定することは許容されうるとはいつても、注意が必要なのは、その推定的意思を判断する主体や方法である。推定的同意を違法阻却事由として認めることと、患者ではなく誰かがかわりに、判断者自身の視点から判断し同意を与えるということは、全くの別物である。あくまで、「その患者が事情を知っていたら同意を与えたかどうか」を判断しなくてはならない。これは、終末期の現場においても、非常に重要な意味をもつ。患者の意思について、全く何も推定する材料がない場合や、意思そのものを有することのできないような患者である場合には、推定的同意とは異なる違法阻却事由や正当化理論を考察する必要があるだろう。

第4節 小括

以上、被害者の同意と患者の同意を比較することで、患者の意思を推定するということについて考察を試みた。同意は違法論の領域に関わる問題であり、生命・身体法益への同意の影響については若干各論的考察も行ったが、本章では、被害者の同意論一般と、それが患者の同意に場面を移したときの相違という点に焦点をあてて検討した。そして、推定的同意の

正当化根拠は、客観的利益衡量ではなく、原則的に同意の延長線上にあると捉えた。

被害者の同意については、従前から、その「法的効果」が詳細に議論されてきた。すなわち、「犯罪論体系上の位置づけ」である。本章は、その延長線上の問題として、被害者の推定的同意について取扱うものである。推定的同意とは、被害者による同意が現実には存在しない場合であっても、彼がその事実を認識したならばその行為に同意を与えたであろうというような状態において行為する者は、違法に行為したものではないとされる原理である。その際、とくにその正当化根拠について言及し、法益侵害行為が、法益主体の意思に反していたことが事後的に判明したような場合の影響について考察を行う。

医師が「治療行為」を行う場合、手術その他の行為は、構成要件上、傷害罪(あるいは場合によっては暴行、監禁等)に該当する。それが正当な治療行為として正当化されるためには、①医学的適応があり、②医学において一般に承認された方法でなされ(医術的正当性)、③原則として患者の同意が必要であるといわれている。とくに、「患者の自己決定権」と関連して、患者の同意をどのように理解し、どのように位置づけるのかが、議論の対象となっている。治療行為に対する「患者の同意」と、違法論一般で論じられる「被害者の同意」は、必ずしも完全に同一ではない。すなわち、前者は、客観的に価値の高い利益を優先的に保護・維持する行為であり、何が患者にとってより価値の高い利益であるかどうかを判断する際、保全利益と侵害利益がいずれも同一法益主体である患者のものである。したがって、優越する利益についての自己決定の要素として、患者の同意は重要な意味を有するものといえる。「患者の同意」は、原則的に、35条の正当業務行為ないし正当行為の問題なのである。これに対して、後者は、客観的に価値の高い利益を優先して保護・維持する行為ではなく、そのような意味での単純な法益放棄に与えられた被害者の同意は、その放棄された法益への侵害行為の違法性を阻却するかどうかの問題にかかわるのである。このように、治療行為の正当化根拠は、被害者の同意のそれとは異なる。被害者の同意は、その存在自体によって違法阻却が認められるが、患者の同意は、治療効果が期待できる適切な医療行為であることによって治療行為の違法性を阻却する。患者の同意は、単なる利益放棄ではなく、一方で侵害され、一方で得られる利益について、患者が選択をするという自己決定が尊重されるがゆえに、正当化効力を有するのである。

治療行為(医的侵襲)の法的性質については、傷害説を妥当と考える。治療行為という場面をとった場合に身体への侵害が存在する以上、傷害罪の構成要件該当性が認められるのであるから、その治療の効果あるいはその可能性、患者の意思を併せて違法性のレベルで検討するべきだろう。

被害者の同意が有効であるのは、その同意が被害者の真意に基づいていることが前提とされるが、客観的な事情と被害者の認識が一致しない場合については、法益関係的錯誤説によって解決するのが妥当である。患者の同意に関しては、本来の法益関係的錯誤説と著しく結論がかけ離れてしまうことのない範囲で、法益関係的錯誤説を治療行為の独自性をふまえて修正するのが妥当だろう。患者の同意においてより重要なのは、どのような人に同意能

力を認めるかの限界づけよりも、同意能力のない患者の取扱いである。結論からいうと、同意能力を欠く患者の意思を推定することは、一定の範囲で許容されるべきだと考える。問題は、被害者の同意における推定的同意と同様に、事後に判明した患者の意思が、行為時に推定した蓋然的判断と合致しない場合である。被害者の同意一般については、推定的同意が被害者の現実の事後的意思と合致しなければなければ正当化ができないとしても、患者の同意が問題となる場面では、とりわけ緊急を要する場合は、患者について推定した蓋然的判断が事後的に判明した患者の意思と違っていても、必ずしも違法に行為したものとはならないと考える。

患者の同意や推定的同意の意義をより正確に分析するためには、傷害罪の保護法益や、ひいてはそれに対する自己決定権の関わり方、医師の説明義務やリビング・ウィル等、まだまだ検討を行う必要がある。次章では、生命を短縮する効果を有する患者の意思が、治療中止の正当化についてどのように関係するのかについて、これまでの検討をもとに、見解をまとめ、整理する。患者の自己決定というとき、その本質的な内容は、治療について同意するか否かという点にある。患者の自己決定は、刑法においてはどのような性質をもつものなのか、当該治療が身体(のみ)に関わる場合と、生命にまで影響する場合に分け、専断的治療の考察も視野に入れて、検討を行う。

第7章 「死ぬ権利」と治療中止に関する患者の意思

第1節 生命を短縮する治療中止に関する患者の意思

自己決定とは、自己による決定であり、同時に自己についての決定である。こうして、自己に関する事柄につき自分自身で決定することを、個人が有する「権利」とであると位置づけて、しばしば「自己決定権」とよぶ。たしかに、自己決定が、自分について自分で決定することであると定義できる以上、わが国の憲法13条前段(「すべての国民は、個人として尊重される」)に、それを権利とする根拠を見出すこともできよう¹。憲法上、幸福追求権の一つとしてプライバシー権があることができ、今なお発展中の権利であるためその形態は様々であるが、これは個人の私生活のあり方を個人が自由に決定すること自体にまで及んでいるとされる²。そして、個人の人格的生存にかかわる重要な私的事項を公権力の介入・干渉なしに各自が自律的に決定できる自由には、医療拒否の自由が含まれるとされ、憲法上の具体的権利と解することもできるのである³。しかし、とくに医療の現場での自己決定、そして、そのなかで治療を拒否もしくは中止するという方向の自己決定に関しても、まったく同様の性質をもつ「権利」として試みるのが適切だろうか。本章では、治療を拒否または中止するという旨の自己決定が、とりわけ生命短縮を惹起する自己決定が、刑法上、どのような性質・効果を有するものなのかについて検討を行う。

(1) 治療中止に関する自己決定権の法的根拠

治療に関する自己決定には拒否も含まれるが、そもそも、それはどのような根拠に基づいて権利として提唱されるものなのだろうか。本節では、とくに、自律性の尊重が自己決定権として表現されてきたアメリカ合衆国の判例を取り上げて検討する。アメリカ合衆国において治療に関する自己決定を扱った事件としては、次のようなものが挙げられる。

まず、重篤な脳の損傷によって永続的な植物状態となった **Karen Quinlan** の父親が、娘のレスピレーターの除去について裁判所の許可を求めた **Quinlan 事件**⁴が非常に著名である。ニュージャージー州最高裁は、**Karen Quinlan** は連邦憲法に基づく治療を拒否するプライバシー権を有しているが、それは絶対的なものではなく、州の権利との比較衡量で判断されるとし、このケースにおいては州の利益が譲歩すべきであるとして、除去を承諾した。また、人間の尊厳は、意思能力の有無にかかわらず及ぶ価値であるから、能力のある人間と同等の権利を保障するという理由で、「代理判断」の基準について、「無能力のその人がしたであろう決定について、代理判断をすることができるかどうか、裁判所が決定する」とした。

¹ 加藤一彦『憲法(第三版)』法律文化社(2017)52頁以下、長谷部恭男『憲法(第七版)』新世社(2018)162頁以下、辻村みよ子『憲法(第六版)』日本評論社(2018)150頁以下、五十子敬子「意思決定の自由—死をめぐる自己決定について—」憲法論叢17号(2010)13頁等。

² 加藤・前掲注(1)52頁。

³ 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第七版)』岩波書店(2018)128頁。

⁴ *In re Quinlan*, 70 N.J. 10, 355 A.2d 647 (1976).

Quinlan 事件は、治療を拒否する権利を連邦憲法に基づくプライバシー権と位置づけたものと評価することができる⁵。

Quinlan 事件以降の判例としては、白血病によって苦しむ深刻な知能障害の男性に化学療法を施さないことについて判断を下した Saikewicz 事件⁶、人生のほとんどを重度な知的障害で過ごした膀胱がんで苦しむ男性の治療拒否権について述べた Storar 事件⁷、そして、治癒不可能な精神と肉体の病気によって苦しむ意思無能力の老人から栄養補給の経鼻胃チューブが除去されてよいかについて判示した Conroy 事件⁸があげられる。

まず、Saikewicz 事件は、上述の患者に治療を施さないことを、プライバシー権とインフォームド・コンセントの原理の両方を根拠に許容した⁹。

これに対して、Storar 事件は、Saikewicz 事件判決へのアプローチを暗黙に拒否したうえで、本件のような生涯続く無能力の場合、「もし彼が意思能力を有していたら延命治療を続けることを望んでいたか否か」というようなことについて決定を下すのは非現実的なことであると判示した。そして、「(親や兄弟や親しい人間であっても)だれか他人が、患者にとって最善だと感じているという理由で、その患者を死に至らせることを許容すべきではない」とし、Storar 事件のような知的障害者の治療拒否権を憲法上のプライバシー権に基づかせることを否定し¹⁰、そのような権利はインフォームド・コンセントの理論によって支えられていると判示したのである¹¹。

そして Conroy 事件は、憲法上のプライバシー権が、患者が意思無能力であるようなケースに適用されるかもしれないとする一方で、Quinlan 事件でのアプローチとは異なり、コモン・ロー上の権利である自己決定とインフォームド・コンセントに依拠させた¹²。Conroy 事件は、自己決定を行う権利は、比較衡量ののち、たいてい対抗する州の利益に勝るのであり、意思能力者ならば、たとえ死のリスクがあろうと治療を拒否することが許容されるとした¹³。Conroy 事件判決によると、自己決定権は、単に個人がその侵害を感じるできないという理由だけで喪失するものではなく、意思能力を有しない個人であっても、治療を拒否する権利は有している。そのような権利は、明白な証拠が存在する場合には、「主観的な基準」を使って代理の意思決定者によって行使されうるし、それが欠けている場合は、裁判所によって、「客観的な最善の利益の基準」の下で援用されうる¹⁴。そして、(主観的基準の

⁵ Quinlan 事件についての先行研究は多数存在する。たとえば、わが国では、甲斐克則『尊厳死と刑法』成文堂(2004)9頁以下、唄孝一『生命維持治療の法理と倫理』有斐閣(1990)247頁以下、289頁以下等で紹介・検討されている。

⁶ In Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz, 370 N.E.2d 417 (1976).

⁷ In re Storar, 420 N.E.2d 64 (1981).

⁸ In re Conroy, 486 A.2d 1209 (1985).

⁹ See, Saikewicz, 370 N.E.2d at 424.

¹⁰ See, Storar, 420 N.E.2d at 73.

¹¹ See, Id. at 70.

¹² See, Conroy, 486 A.2d at 1223.

¹³ See, Id. at 1225.

¹⁴ See, Id. at 1229-1233.

見地では不十分な程度に)患者が治療の中止を望んでおり、延長された生命の満足がその痛みや苦しみに著しく劣っているという場合には、「制限—客観的な基準」の下で、治療は中止されてよく、そしてもし、信用できる証拠が何もなく、その苦しみが生命維持治療の実施を非人道的なものにしているならば、「純—客観的な基準」が、治療を中止するために用いられうる基準である¹⁵という¹⁶。

以上の判例をふまえると、Quinlan 事件は、治療を拒否する権利を「連邦憲法上のプライバシー権」に根拠づけたが、それ以降は、治療拒否権を「コモン・ロー上のインフォームド・コンセント」もしくは「コモン・ロー上の権利と連邦憲法上のプライバシー権の両方」に根拠づけている。そして、事案の対処としては、アメリカの裁判所は、治療を拒否することが生命を短縮することにつながるような場合でも、基本的に拒否権を承認しているとみることができる。Storar 事件では、治療の拒否を承認しなかったが、その理論構成は以下の通りである。すなわち、インフォームド・コンセントを基に、Storar 事件における「人生のほとんどを重篤な知的障害で過ごした男性」について、治療拒否権の行使を否定した。拒否権を承認した他の事案との違いは、患者が一度も判断を行ったことがなく、決定に際し患者の価値観ないし意思(すなわち自己決定)を推定することすらできないという点にあるのではないかと考える。そのような意味で、治療を中止することについて、アメリカの判例の考え方は、文字通り「自己決定」に依拠するものであるといえよう。

Quinlan 事件を契機に「リビング・ウィル」に関する法規制を発展させてきたアメリカでは¹⁷、現在も、(終末期を含む)医療について「自己決定」こそが重要であるという考え方が定着しており、オレゴン州などの少数の州では、患者の意思に基づき医師が楽に死ねる薬剤を処方すること(physician assisted suicide)を認めるところもある。

(2) 治療に関する自己決定が有する正当化効力

一方で、医的侵襲(すなわち「傷害」とされうる治療)に対する正当化要件としての自己決定(患者の同意)については、イギリスでより早くに認められていた。1767 年には、Slater v. Baker & Stapleton 事件¹⁸において、治療の前に患者から同意をとることは外科医にとっては慣行なのだから、「医師は法的に有効な治療を開始する前に、その患者の同意を得なくてはならない」とされた¹⁹。ただし、これは患者の権利といった発想によるのではないとの理

¹⁵ See, *Id.* at 1231-1233.

¹⁶ Conroy 事件で示されたこれらのテストについては、甲斐克則『終末期医療と刑法(医事刑法研究第 7 巻)』成文堂(2017)230 頁以下も参照。

¹⁷ カリフォルニア州でリビング・ウィルに法的効果を認めるための法律が 1976 年に「自然死(Natural Death Act)」として制定されたのを皮切りに、1990 年代には、「連邦患者自己決定法(the Federal Patient Self Determination)」、「the Value History」、「the Medical Directive」、「Five Wishes」と、続々と事前指示に関する法制化や取り組みが進められた。岡村世里奈「事前指示をめぐる世界の状況と日本」病院 72 巻 4 号(2013)282 頁。

¹⁸ Slater v. Baker & Stapleton, 95 Eng. Rep.860, 2 Wils. K. B 359 [1767].

¹⁹ Slater 判決は、このような歴史的法準則が適用された最初の判決であるとされる。Ap-

解もある²⁰。イギリスでは、アメリカとは異なり、患者の権利そのものよりも、「医の慣行」にかなっているかどうかという点に重きがおかれたといえるのである²¹。そして、いわゆる F 事件²²では、①自己決定による判断能力を有する者の治療拒否は、コモン・ロー上の権利としてみなされ、②判断能力を有しない者については、医の慣行に照らし、かつ患者の最善の利益を考慮し決定する、という原則が確立した。

その後、治療に関する自己決定が生命に影響を与える場合について、イギリスの裁判所は、「患者の最善の利益」論とよばれる見解へとたどり着く。PVS 患者の生命維持処置の打ち切りについてイギリスの裁判所がはじめて判断を下した、いわゆる **Anthony Bland** 事件²³である。Bland 事件において、イギリスの貴族院は、最善の利益という理論を用いて、「医師は患者の生命のために永遠に努力しなくてはならないという義務の下にはなく、患者が脳死状態にあることが疑いない状況では、医師は治療を中止することが許容される」という結論に至る²⁴。

現在イギリスでは、自殺を幫助することは制定法上の犯罪であり²⁵、本人の同意を得て殺害すること(医師が患者に致死薬を注射すること)は殺人である²⁶。周知の通り、イギリスの医療制度は、上記 Bland 事件の当事者でもあるが、国営医療制度である NHS(National Health Service)である。この制度が国民に相当な信頼を得ているという背景があるためか、イギリスでは、患者の自己決定権に一定の距離をとり、(メディカル)パターナリズムに一定の意義を認めているように思われる。このことは、近年とくに、素人が同情等に動機づけられて自殺を幫助した場合などは起訴されないという実務があるものの、ヘルスケア専門家や医療従事者が行う自殺関与を依然として犯罪であると強調する立法指針²⁷がたてられて

pelbaum, C. W. Lidz & A. Meisei, *Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice*, at 36 [1987].

²⁰ 古川原明子「治療行為とインフォームド・コンセント法理」現代法学 20 号(2011)120 頁。

²¹ 石崎康雄「医療契約における医師の説明義務と患者の自己決定権」早稲田法学会誌 42 巻(1992)41 頁以下。

²² *In re F.*, [1990] 2 A. C. 1. 精神障害者である女性 F が、男性入院患者と性的関係をもち妊娠したことについて、彼女の最善の利益を考え、彼女を不妊にする手術への同意について訴えが提起され、上述のような結論が下された事件である。

²³ *Airedale NHS Trust v. Bland*, [1993] 2 WRL 789. 当時 17 歳であった Bland は、深刻な怪我の結果、酸素欠乏によって脳に不可逆的なダメージを負い、いわゆる遷延性植物状態(PVS)となった。大脳皮質は機能していないが脳幹は機能しており、自発呼吸や消化機能はある状態の Bland につき、NHS が、あらゆる生命維持処置の中止を求めた。

²⁴ 詳細については、本稿第 5 章を参照。

²⁵ イギリスでは、the Suicide Act 1961 により、自殺および自殺未遂は犯罪から除外されたが、自殺教唆および幫助は軽罪(lesser offence)とされている(2 条 1 項)。その意味で、日本の現行法(202 条)とほぼ同じ状態であり、自殺関与一般を処罰しないドイツと異なる。

²⁶ *Bland*, above note 23, at p. 866. なお、Dennis J. Baker, *Textbook of Criminal Law Forth ed.* (2015), p.1051 のように、自殺の幫助と同意殺人の区別は、正犯と共犯の区別に等しいとする考え方もある。

²⁷ イギリスの自殺関与に関する動向について詳細なものとして、今井雅子「イギリスにお

いることから推察できるだろう²⁸。

また、ドイツでは、1894年のライヒ裁判所による結核性腫瘍の足の切断に関する判決²⁹において、次のような判断が下された。すなわち、治療行為は、それが医学上正しく行われ、かつ成功して治療の成果をもたらした場合であっても、刑法上の構成要件を充たし、その違法性が阻却されるためには、原則として患者または法定代理人等の同意が必要であるとしたのである³⁰。その後、1957年には、患者の自己決定権を、ボン基本法2条2項の保障する「生命・身体不可侵の利益(Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit)」として理解する刑事判決が出された³¹。さらに、1958年「第二電気ショック判決」³²、1959年「放射線判決」³³と続いた民事判決にて、連邦裁判所は、患者の自己決定権が基本法2条2項の保護する権利であることを確立させたのである。

このように、イギリスとドイツでは、治療に関する自己決定を、(侵襲を伴う)治療行為を正当化する効果を有するものとして取り扱ってきたことが確認できる。イギリスでは、その根拠を「医の慣行」としているが、これは治療に関する自己決定を「患者の自律」に基礎づけることとどのような相違があるのか、以下で検討する。

(3) 検討

治療に関して同意をすることを治療に関する自己決定とした場合、それが必要とされる根拠としては、大きく「患者の自律」を基礎とすることのほかに、「医の慣行」から導かれることも確認された。前者は患者の側からみた権利を重視し、後者は医師—患者関係に基づくものとして患者の自己決定が要求される根拠としており、両者は性質を異にするように思われる。しかし、よく考えてみると、そのような「医の慣行」が定着するには理由があっ

ける自殺幇助をめぐる最近の動き—Purdy 事件貴族院判決とその後—」東洋法学 54 巻 3 号(2011)217 頁以下。

²⁸ イギリスの判例の考え方は、生命短縮につながる決定を、自己決定権アプローチ以外で正当化する方法の一つとみることができるだろう。他にも、たとえばフランスでは、「治療義務の限界」の理論に重きをおいているといわれている。甲斐克則「人工延命措置の差押え・中止(尊厳死)問題の『解決』モデル」『川端博先生古稀記念論集(上)』成文堂(2014)210 頁。

²⁹ RGSt 25, 375. わが国での紹介として、たとえば佐久間基「専断的治療と傷害罪(一)」法学 55 巻 3 号(1991)87 頁以下、町野朔「安楽死——一つの視点(2)」ジュリスト 631 号(1977)119 頁以下等。

³⁰ 中谷瑾子「インフォームド・コンセントの考え方」医療'87 第 3 巻 9 号(1987)33 頁。

³¹ BGHSt 11, 111. いわゆる第一筋腫判決。子宮筋腫切除手術の開始後に、筋腫を取り除くためには至急全体を切除する必要があることが判明し、医師はそれについて新たに患者の同意を得ることなく子宮全部を切除した事案について、「——それが医学的に正当な理由による場合であっても——医師が、患者の事前的な許可なしに、専断的かつ専制的に、重大な結果をもたらす手術を行ったとしたら、それは人間人格の自由と尊厳に対する違法な干渉である」と判示した。本判決については、唄孝一『医事法学への歩み』日本評論社(1971)60 頁以下参照。

³² BGHZ 29, 46. 本判決については、唄・前掲注(31)33 頁以下参照。

³³ BGHZ 29, 176. 本判決については、唄・前掲注(31)55 頁以下参照。

たと考えられる。少なくとも、「患者の望まない(侵襲を伴う)治療行為を行ってはならない」という命題が存在したからこそ、患者の同意を得なくてはならないという慣行が定着したのではないだろうか。そうすると、両者は完全に無関係のものではなく、治療に関する自己決定権の根底には、共通して「患者の自律権の尊重」があるようにも思われる。

しかし、これは、「医の慣行」という観点からの考察が無意味であるとする趣旨ではない。慣行には、医師と患者の関係が不可欠であり、そこには、「医師の義務」の範囲を画する効果があると考えられる。すなわち、医師—患者関係を前提とすることで、第三者との区別が可能となり、医師—患者関係がある限り、ケアする義務も存在し続けていると考えることができる。そこには、道徳的關係や法的關係も含まれるだろうが、重要なのは、患者の意思や要求を尊重することが、その基盤にあり続けるということである³⁴。

したがって、治療に関する自己決定は、原則として、その根拠を患者の自律の尊重から基礎づけられるべきであるが、その効果や範囲については、医的慣行や法的背景(メディカル・パターンリズム等)による実社会に妥当な検討がされるべきであろう。

第2節 自己決定権と刑法

以上、自己決定権そのものの根拠ならびに性質について概観したが、刑法上の問題を考察する際には、自己決定をどのように把握すべきなのだろうか。

治療に関する自己決定は、刑法上の法益と関連した考察を行う場合、まず自己の生命・身体に関わる事柄についてその処遇を自分で決定することであるといえる。ここで検討しなくてはならないのは、自己決定の効力は、純粋な生命・身体を超えた範囲にまで及ぶのかということである。いい換えると、治療に関する「自己決定」を刑法的に考察する際に、それは法益に付随した「処分権」なのか、それとも生命・身体等の客観的法益から独立した一つの「利益」なのかということである。たとえば、いわゆる輸血拒否事件のような事例に即して考えると、「輸血という侵襲的な治療行為によって侵害される身体法益」や「輸血を拒否することで結果として惹起される生命法益への具体的危険」の問題なのか、それとも「望まない輸血治療を施されることそのもの」の問題なのか、ということである。現在のところ、わが国の裁判所が判断を下した輸血拒否事件は民事判例であるので、「精神的損害」を与えたということで損害賠償の請求を認めているが、刑法上は、生命・身体に対する法益侵害なのか、自由に対する法益侵害なのかということを、構成要件に照らし検討する必要がある。

(1)自己決定権概念

自己決定の自由を自己決定権として捉え、それが刑法上、個人の保護法益の処分権に付随するものか、それとも独立した別個のものと考えてみるかを検討する際に、まず、憲法学上の論

³⁴ 患者の望み(治療を中止することを含む)に従うことについて、義務論や医師—患者関係論から議論を展開するものとして、Antje du Bois-Pedain, *The duty to preserve life and its limits in English criminal law*, in Dennis J. Baker and Jeremy Horder, *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, pp.296 [2013].

争を簡単に確認したいと思う。

わが国の憲法は、その 13 条で「個人の尊重」として概括的に人権保障をし、後段で「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」として、いわゆる幸福追求権を規定する。そして、自己決定権は、個々の人権規定が保障する各種の自由の上位概念として、この 13 条幸福追求権に根拠が求められる³⁵。それをうけて、憲法上の学説の多くは、自己決定権を幸福追求条項の中に含めて理解しているというわけである³⁶。しかし、その内容については、以下のように見解が分かれる。

まず、「人権」を「人が人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で不可欠な権利」と捉え³⁷、そのうち 13 条によって補充的に保障されているものを「狭義の人格的自律権」と呼び³⁸、そのなかで人格的価値そのものにまつわる権利等を除外したものを「最狭義の人格的自律権」とし、これが「自己決定権」にあたる³⁹と解する①人格的利益説(ないし人格的自律権説)がある。

これに対して、②一般的自由権説は、13 条後段は個々の自由権規定の間隙を補充して一般的自由権を保障する総則規定であると説き⁴⁰、自己決定権についても、「他人に危害を加えない限りで何でも行うことのできる自由の権利」と捉える⁴¹。

ここでは、憲法上の議論に詳細に立ち入ることはしないが⁴²、以下刑法上の自己決定に関して論じるにあたって、憲法上の見解をふまえ、次のことを確認しておきたい。すなわち、「自己決定権」は、憲法上は「権利」として確立したものであるとしても⁴³、はたして刑法上はどのように取扱うべきかについては、別に検討する必要があるだろう。

(2) 自己決定を独立した利益と捉える見解

³⁵ 長谷部恭男「国家権力の限界と人権」樋口陽一編『講座憲法学 3 権利の保障【1】』日本評論社(1994)43 頁以下、山田卓生『私事と自己決定』日本評論社(1987)338 頁以下。

³⁶ 憲法上の自己決定権の内容に関する学説は、「ライフスタイル、危険行為、生死」の三類型説(山田・前掲注(35))、「自己の生命・身体の処分、家族の形成・維持、リプロダクション、その他」の四類型説(佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』有斐閣(2002))、「リプロダクション、生命・身体の処分、ライフスタイル」の三類型説(芦部信喜『憲法学Ⅱ』有斐閣(1994))等がある。

³⁷ 佐藤幸治『憲法(第三版)』青林書院(1995)392 頁。

³⁸ 佐藤・前掲注(37)448 頁。

³⁹ 佐藤・前掲注(37)460 頁。

⁴⁰ 阪本昌成『憲法理論Ⅱ』成文堂(1993)240 頁、同「プライバシーと自己決定の自由」樋口陽一編『講座憲法学 3 権利の保障【1】』日本評論社(1994)224 頁。

⁴¹ 戸波江二「自己決定権の意義と範囲」法学教室 158 号(1993)37 頁、同「自己決定権の意義と射程」『芦部信喜先生古稀祝賀・現代立憲主義の展開(上)』有斐閣(1993)349 頁。

⁴² 竹中勲「自己決定権の意義」公法研究 58 号(1996)34 頁以下は、基本的立場を「人格的利益説」としながらも、一定の留保をし、「人格的利益説」と「一般的自由権説」の両説に指摘を行う。

⁴³ 憲法各条文に規定される基本的人権以外に独自の人権としての自己決定権を認めることに消極的な見解もある。松井茂記「自己決定権について」阪大法学 45 巻 5 号(1995)1 頁以下。

曾根威彦は、国家刑罰権介入の正当化根拠や、パターンリズムと関連して、刑法の謙抑性を重視し、基本的に自己侵害行為に対しては刑法の介入を認めるべきではないとする立場に立ち、ソフト・パターンリズムの原理を限度としてのみ刑法の介入を認める②一般的自由権説を支持する。「自己決定の自由」を、刑法上保護に値する利益(法益)の一つに数えることができるとするのである⁴⁴。彼によると、自己決定の自由または自己決定権というとき、そこには(ア)自己決定それ自体の問題と、(イ)「何についての」自己決定かという自己決定の対象ないし客体の問題とが含まれているという。そして、(ア)が憲法 13 条前段の「個人の尊重」思想から導かれる利益に共通の横断的な総論的側面を示しているのに対し、(イ)は憲法 13 条後段の幸福追求権および 14 条以下に規定されている各種の具体的な権利・自由、その意味での類型的な各論的側面を示しており、これを刑法に引き直すと、(イ)が各論で扱われる生命・身体・自由・名誉・財産といった法益にあたるのに対し、(ア)がまさに自己決定そのものの価値・利益を體現しているという⁴⁵。

曾根威彦は、「個別具体的な法益についての自己決定」とは別に、「一般的・抽象的権利としての自己決定」の存在を認めており、これは先の憲法学における議論に完全には対応していないと考えられる。しかし、後者の一般的・抽象的権利としての自己決定が、その内実を「意思決定の自由」であるとしたら、刑法的に別個独立した権利とすると同時に、「自由法益」そのものとの区別が不明瞭になる。そうすると、治療に関して考察しても、(患者の)自己決定権の侵害は、強要罪等を成立させるにとどまるということになる可能性もあるだろう⁴⁶。

(3) 自己決定を法益処分権と捉える見解

町野朔は、自己決定(患者の意思)を、違法阻却の段階で考慮されるべき、治療行為による患者の身体的利益の侵害に対する正当化要素として捉える⁴⁷。したがって、必然的に、この見解は治療行為傷害説に依拠することになる⁴⁸。彼は、治療行為は、それだけで客観的な利益優越性があるとしたうえで⁴⁹、それと患者の意思の関係について考察する⁵⁰。すなわち、治療行為が「客観的利益優越性」を有していることがただちに正当化効力を有するわけではなく、あくまでそれが個人(患者)の選択と相反しない範囲でのみ許容されるという基本原則

⁴⁴ 曾根威彦「自己決定の自由——憲法と刑法の交錯——」『佐藤司先生古稀祝賀・日本刑事法の理論と展望(上巻)』信山社(2002)79 頁。

⁴⁵ 曾根威彦『刑事違法論の展開』成文堂(2013)102 頁。

⁴⁶ 大谷實『刑法講義各論(初版)』成文堂(1982)392 頁以下は、(治療行為非傷害説にたつたうえで)専断的治療行為は傷害罪としては不可罰だが、逮捕・監禁ないしは強要罪として処罰されることもありうるとする。ただし、現在は立場を改めている。

⁴⁷ 町野朔『患者の自己決定権と法』東京大学出版会(1986)140 頁以下、163 頁以下。

⁴⁸ 町野・前掲注(47)116 頁以下。

⁴⁹ これは、成功した治療行為を前提としているものと考えられる(錯誤や故意の問題については町野・前掲注(47)118 頁以下)。また、生命と身体と比較(苦痛緩和の処置が死期を早める等)の場合なども同様の評価が妥当かどうかは明らかではない。

⁵⁰ 町野・前掲注(47)165 頁。

を導くのである⁵¹。そして、患者の自己決定権は、刑法上の保護との関係においては、具体的な治療行為を受けるか否かを決定することによって彼自身が自己の生命・身体に関する利益を左右する権利であり、抽象的・包括的な彼の自由権ではないとする⁵²。

治療行為が傷害の構成要件に該当するか否かは争いがあるが、患者の意思に反する治療行為が何らかの違法行為であると評価されうることについては異論のないところと考えられる⁵³。同意(Einwilligung)は、合意(Einverständnis)と異なり、法による保護の放棄を含むものと考えられている⁵⁴。したがって、患者の自己決定が、治療行為における患者の同意の問題であるならば、通常刑法総論上の同意論と著しく乖離した議論は適切でなく、治療に関する自己決定は、刑法上考察すると、患者が有する法益の放棄に関する決定権(法益処分権)であると解するのが妥当であろう。もっとも、これは、被害者の同意と患者の同意を完全に同一の性質のものと解するという趣旨ではない⁵⁵。

また、町野説の特徴は、治療行為における患者の意思を「拒絶権」として捉え、その拒絶権を行使しないことを、治療に同意することと類似の効力を有する正当化事由として理解する点にある。すなわち、それまでの判例の立場⁵⁶と異なり、患者の「意に反した」治療行為と「同意のない」治療行為を区別するのである⁵⁷。客観的な優越利益の原則を充たしていないという意味で治療行為と異なる通常の傷害行為は、その正当化のために被害者の承諾が現実存在している必要があるが、治療行為に対する患者の同意はそれとは異なる⁵⁸と考

⁵¹ 町野・前掲注(47)172頁。

⁵² 町野・前掲注(47)131頁。

⁵³ 治療行為は、全体とすると患者の身体的利益の維持・改善を目指すものであるが、個別の場面を考えると、一時的に患者の身体を侵襲するものであり、本稿は、治療行為の法的性質について、すでに検討したように、治療行為傷害説に依拠して論を進める(治療行為の法的性質については、本稿第6章第3節参照)。また、治療行為についての法的諸問題を詳細に検討したものとして、天田悠『治療行為と刑法』成文堂(2018)がある。

⁵⁴ Einwilligung と Einverständnis に関する検討として、宮野彬「被害者の承諾」『現代刑法講座(第二卷)違法と責任』成文堂(1979)109頁以下等。

⁵⁵ 治療への拒絶意思は、治療行為による身体への侵襲、あるいはその併発結果発生危険という身体的不利益を是認しない意思ではあるが、その意思決定によって、治療によって得られる可能性のある利益を放棄することを意味するものである。したがって、被害者が自己の法益に対する侵害行為を拒絶する場合は、拒絶に従って侵害が行われない場合には、自己の利益に対する悪結果は何ら生じないため、それとは異なる。町野・前掲注(47)184頁。

⁵⁶ 従来の判例は、患者の有効な現実的同意が存在しないときは、有効な拒絶意思が存在する場合と同様に、治療行為を違法とする傾向にあった。たとえば、東京地判昭和46年5月19日下民集22巻5・6号626頁「承諾を得ないでなされた手術は患者の身体に対する違法な侵害である」(乳腺症判決)や、秋田地大曲支判昭和48年3月27日判時718号98頁「被告……のなした原告の舌半側切除の手術は、原告の同意なしに行った違法なものであった」(舌癌判決)等があげられる。

⁵⁷ 町野・前掲注(47)193頁以下。

⁵⁸ 町野・前掲注(47)197頁。

えられる⁵⁹。患者の意思を検討するにあたって、「同意がない」ことと「拒絶している」ことの区別に重点をおくこのような見解を妥当とし、以下検討を行う。

第3節 患者の治療拒絶意思と対立利益

患者の拒絶意思に強い効果を認めようとする町野説は、治療侵襲の結果・危険の受忍を患者が拒絶するときには、結果の発生は、たとえ治療行為が医学的に理由のあるものであったとしても正当化されない⁶⁰とするものである⁶¹。これについて検討するために、「死ぬ権利」について判断を下したアメリカの判決である Nancy Cruzan 事件を確認する。

(1) Nancy B. Cruzan 事件⁶²

①事実の概要

1983年3月、Nancy Cruzan は走行中に運転を誤って車を横転させ、車外に放り出されて、溝にうつ伏せにはまりこんだ。事故の十数分後に救急車が到着したときには心臓は止まり呼吸もしていなかったが、蘇生術を施したところ、心拍と呼吸が回復した。その後、ただちに病院に運ばれたが、酸欠状態の影響で脳に障害を起こしていた。三週間経っても昏睡から回復しないので、胃に直接水分と栄養を送り込むためのチューブを取りつける手術が、夫(後に離婚)に許可を得て行われた。しかし、その後も回復の徴候はなく、遷延性植物状態患者としてミズーリ州立病院に収容されることになった。

Nancy の両親は娘をこのような状態で生かし続けるべきではないと考え、ミズーリ州裁判所に対して、栄養補給チューブを取り外す許可を求める訴訟を起こした。

第一審裁判所は、両親の請求を認める判決を出した。その内容は、「延命措置を拒否する権利は、連邦憲法も、また州憲法も認めている」こと、「延命措置を拒否する権利は、後見人によって代行することができる」こと、「Nancy が事故の一年前に、同居していた友人と

⁵⁹ また、先の乳腺症判決・前掲注(56)は、診療契約に含まれている事項についてはすでに患者の同意が及んでいるとする。「比較的軽微な手術であつて、身体の損傷や肉体的苦痛が通常さほど重大でない場合については、手術に関する承諾が当該治療の申込に含まれてこれと同時になされたと解すべき場合が少なくないと考えられるから、医師は、手術にあたり、手術の軽重にかかわらず常に患者の承諾の有無をあらためて確認しなければならない」というものでもない。

⁶⁰ 町野・前掲注(47)184頁。

⁶¹ これに対して、傍論としてはあるが、患者が合理的理由なくして手術を拒む場合には患者の同意なくとも手術しうることを認める民事判例もある。「医師は専門家として素人たる患者より患者にとってどちらがよいかの選択をなしうる場合が多いがその場合でも患者にそれを説明してその承諾のもとに手術を行うべきでありその承諾なくして手術をなしうるのは患者が合理的理由なくして手術を拒むとか緊急事態その他で患者の承諾を得られない場合たるを要し、然らざる限り手術するかしないかの選択は患者の方が優先するといわねばならない」(京都地判昭和51年10月1日判時848号93頁)。

⁶² Cruzan v Director Mo. Health Dept. 497 U.S. 261; 111 L Ed 2d 224 (1990). Cruzan 事件に関する検討は多く存在するが、たとえば、長岡成夫「ナンシー・クルーザン裁判——州巡回裁判所・州最高裁判所」新潟大学教育人間科学部紀要6巻2号(2003)249頁以下等を参照。

交わした会話の中で、大きな障害を負ったら死んだほうがよい、と語っていたという証言が採用され、この証言が Nancy の意思を示していると認定された」ことを述べるものであった。

これに対して、第二審の州最高裁判所は、次のように述べ、第一審の判決を破棄した。「どのような状況下でも治療を拒否することができるという権利をミズーリ州憲法に見出すことはでき」ず、また、「連邦憲法が認めていると解することにも疑問があり」、「治療の中断を代理人が決定することができるのは、本人がリビング・ウィルを作成していて、治療を拒否するという意思を明示している場合と、リビング・ウィルはないが、治療を拒否するという本人の意思に関する『明白で説得力のある証拠(clear and convincing evidence)』がある場合に限ら」れ、「本件の場合、リビング・ウィルは存在せず、また、以前に同居していた友人の証言は『明白で説得力のある証拠』としては不十分である」。ミズーリ州最高裁判所は、栄養と水分の補給を求める Nancy の両親に対して、それが Nancy 自身の意思に合致していることを厳格に立証することを求め、そのための「証明基準」ないし「立証要件」を提示したのである。

Nancy の両親による上告受理申立に対し、連邦最高裁は、本件状況下で Nancy は生命維持装置を外すよう病院に要求する州憲法上の権利を有しているのかどうかを審査するため、これを認容した。

②法廷意見⁶³

⁶³ 首席裁判官である Rehnquist 裁判官による見解を法廷意見とし、それに O'Connor 裁判官、Scalia 裁判官が同調意見を表明し、Brennan 裁判官、Stevens 裁判官が反対意見を表明している。

O'Connor 裁判官は、治療を拒否することについて保護されている自由利益は以前の判例から推測することができ、人工栄養・水分補給の拒絶がその利益に含まれるという点について賛同したうえで、意思無能力者の自由利益の安全弁(safe guard)としての適切な手続きを案出するのは、議会(州の「実験室(laboratory)」)に任されているとした。

Scalia 裁判官も、O'Connor 裁判官同様、以下のように述べて、裁判所はこの分野から手を引くべきだと主張する。「アメリカ合衆国の法は、常に、必要ならば力づくで自殺を妨げる許可を州に与えてきた。生命が「無価値なもの」となる時点等については、憲法の中に書かれているものでもなく、裁判官が知っていることでもない。明白で説得力のある証拠によって証明された場合でさえ、その望みが信用に足るか否かという決定は、彼らの選出した代表者(議会)を通じてなされるという意味で、州の市民次第なのであり、完全に立法問題である」。

Brennan 裁判官は、生命維持治療を差し控えるという彼女の事前の決意について明白で説得力のある証拠を要求してもよいとする法廷意見に対し、以下のような理由で異議を述べる。「Nancy は、望まない人工栄養補給や水分補給から自由であるという基本的権利を有しており、その権利は、あらゆる州の利益が上回るものではない」し、「ミズーリ州によって課された、不適切に偏った手続き上の障害が、その権利の重荷となることは許されない」。「Nancy は、尊厳をもって死ぬことを選択する権利が与えられるのである」。

Stevens 裁判官は、以下のように述べ、法廷意見に異議を唱える。「憲法は、州に対し、Nancy 自身の最善の利益に適切な尊厳を与える形で、彼女の生命をケアすることを要求している」。「法廷意見は、本件を QOL に位置づけている点で誤りである。Nancy は、明ら

州は、代理人が永続的な植物状態と診断された者の栄養補給や水分補給の中止を求めている場合に、明白で説得力のある証拠の基準を適用させてよい。そして、本件において、ミズーリ州最高裁は、事実審で挙げられた証言は、水分や栄養補給をやめるという患者の望みについての明白で説得力のある証拠に達しないと認定している。したがって、ミズーリ州最高裁の判決は、支持されうる。

(2)「明白で説得力のある証拠」の要求と修正 14 条

連邦最高裁は、本件状況下で、Nancy は、生命維持治療装置を外すよう病院に要求する州憲法上の権利を有しているのかどうかを内容とする上告受理申立を承諾した。

その根拠として、コモン・ロー上は、同意や法的な正当化なしに他人に触れることすら「暴行」であったが、「肉体的な完全性」の観念は、インフォームド・コンセントの要求をもって具体化されるとし、そこに不法行為法におけるインフォームド・コンセント原則が確立したことを挙げ、患者は治療に同意しない権利、すなわち、治療を拒否する権利を有しているとした。

アメリカ合衆国憲法修正第 14 条は、「州は、すべての人から、法のデュー・プロセスなしに、生命、自由、財産を奪ってはならない」と規定する。そして、連邦最高裁は、意思能力のある人は、望まない治療を拒否する憲法上保護された自由利益(liberty interest)を有しており、そのような原理は、過去の判決⁶⁴から推察されたとした。しかし、個人がデュー・プロセス条項の下で自由利益を有しているということが、直ちに調査を終わらせるものではなく、憲法上の権利が侵害されたかどうかは、彼の自由利益と、関連する州の利益を比較衡量することによって決定されなくてはならないとし、以下のように続けた。

上告人は、Parham 事件や Youngberg 事件を根拠に、「生命維持治療の強制的な実施は、人工栄養補給や水分補給の場合であっても、意思能力のある個人の自由利益にかかわ」るものであり、「意思能力のない個人は、意思能力のある個人によって所有されたのと同様の権利を有している」と主張する。しかし、上告人の主張は、それ自体が「意思能力のない個人は、治療を拒否するという仮定上の権利の行使や、その他情報に基づいた任意の選択を行うことができない」という問題を内包している⁶⁵。

かに『生きている』が、意識もなく回復の見込みもない彼女のような患者にとって、その肉体の単なる存続が、通常解される意味での、あるいは、憲法や独立の文言での『life』であるのかという重要な問題がある。『Nancy を物理的に存続させる州の決定は、生命の尊厳を保護するものではない』。

⁶⁴ Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11, 25 S. Ct. 358, 49 L. Ed. 643 (1905). 天然痘に対する強制的なワクチン接種の合憲性について争われた事件である。

⁶⁵ 連邦最高裁判所は、上告人に対し、次のように述べた。Parham 事件(Parham v. J. R., 442 U.S. 584, 61 L. Ed. 2d 101, 99 S. Ct. 2493)では「精神障害のある未成年の子どもは、『治療のために不必要に拘禁(強制拘禁)されない』自由利益を有している」とされたが、そのような子どもは、実施の後で治療を拒否する自由利益を有しているだろうということはほのめかしていない。また、Youngberg 事件(Youngberg v. Romeo, 457 U.S. 307, 321, 73

本件でミズーリ州は、事実上、特定の場合には、それが死を招くようなものであっても、代理人は患者のために水分補給や栄養補給の撤回を選択することができるということを認めた。しかし、その際、「治療を中止するという意思無能力者の望みについての証拠は、明白で説得力のある証拠(clear and convincing evidence)によって証明されなくてはならない」という要求をすることで、「制度上の安全弁(safe guard)」を確立した。それをうけて、連邦最高裁は、連邦憲法は州による制度上の要求の設定を禁じていないと判示した。

連邦最高裁によると、ミズーリ州による明白で説得力のある証拠の要求が連邦憲法に適合しているかどうかは、「本件で州が適切に保護しようとしている利益」、すなわち人間の生命の保存や維持における利益との衡量にかかっている。最高裁は、次のように述べ、ミズーリ州が個人の QOL について判断を下すことを拒否したことと、生命維持についての無条件の利益が個人の憲法上保護された利益に対して衡量されると主張したことは、適切であったと判断した。一般に、州は人の生命について重大な関心を有しており、殺人行為や自殺する他者を幫助することを重大な犯罪として処罰している。たしかに、コモン・ローのインフォームド・コンセントの法理により各人は治療を拒否することができる。しかし、州も人の生命を保護すべき正当な利益を有しているのであって、ミズーリ州が患者本人の意思確認について高められた証拠能力を要求することで保護しようとしているのは、正当なことであると考える。デュー・プロセス条項が、生命維持治療を拒否する利益だけでなく、生命における利益も保護しているのだということに異議は唱えられない。

明白で説得力のある証拠の基準や、それよりも高い基準は、これまで、民事上の詐欺の事案や遺産に関する口頭契約のような事案においても課されているものである。証明の負担が厳格となるのは当事者にとって不利なことであるが、判定の誤りが人の生死にかかわり、取り返しのつかない結果に直結することに鑑みれば、本人の意思について厳格な証明を求めることも許される。

(3)検討

以上の通り、アメリカの連邦最高裁判所は、「生命維持治療を中止するという無能力者の望みは、『明白で説得力のある証拠(clear and convincing evidence)』によって証明されなくてはならない⁶⁶⁾」という判断を下した⁶⁷⁾。

これは、「治療を拒絶する」という意思について厳格な証明基準を設けるということである。Nancy は昏睡状態であったため、生命維持治療の「継続」に対しても、拒絶と同様に、

L. Ed. 2d 28, 102 S. Ct. 2452)では、「深刻な知的障害(発育障害)の大人は、身体の拘束から安全かつ自由である自由利益を有している」とされたが、治療の実施もしくは差控えについての決定は扱っていない。

⁶⁶⁾ より正確には、「生命維持治療を中止することについての無能力者の望みは、『明白で説得力のある証拠(clear and convincing evidence)』によって証明されなくてはならないとしたミズーリ州の要求は、デュー・プロセスを侵害するものではない」と判示した。

⁶⁷⁾ Nancy, 111 L Ed 2d at 285-287.

現実の同意が存在しているわけではなかった。しかし、連邦最高裁は「拒絶意思」に対してのみ「明白で説得力のある証拠」という厳格な要求をすることを認めているのである。そこからは、患者の拒絶意思がある場合には、医師はそれに従わなくてはならないことを想定していることが窺える。このことは、たとえ当該治療の拒絶によって患者の身体あるいは生命に対する重大な危険が不可避となるとときであっても、医師は患者の拒絶意思を無視して治療行為を断行することは許されないとする町野説⁶⁸と通底するものといえよう。

患者の自己決定についてこのように考察すると、専断的治疗行為は、同意がないにもかかわらず行われる治療行為ではなく、患者の拒絶に反して行われる治療行為であるということになる。そして、それは場合によっては生命にかかわる問題となる。以下では、刑法上の自己決定は「患者の法益処分権」に付随するものであり、そしてそれが「同意をしていない」場合と「拒絶をしている」場合で区別されるべき効力を有するという見解に立ったうえで、専断的治疗行為との関係について検討を行う。

第4節 専断的治疗との関係

上述の刑法上の自己決定(患者の同意)の法的性質に関する検討は、いわゆる専断的治疗行為の法的評価に影響を及ぼす。治療行為の評価に関しては、患者の「同意」もしくは「拒絶」が、現実是否存在するか、それとも推定的に認められるかという観点からの分析も行われているが⁶⁹、治療しないと生命に対する危険がある場合には、同意の推定はとりわけ重大な結果をもたらさう。すでに述べた通り、治療は身体への侵襲を伴う行為であり、治療に関する自己決定は、刑法上「法益に関する処分権」と解すべきである。治療は、——治療の結果かえって健康状態を悪化させる場合もないわけではないが——原則として、健康(身体法益)の維持・増進に向けられた行為であり、最終的には生命の維持・延長となることもある。そのような意味で、患者の同意(自己決定)は、その実質的内容を「法益の処分」と解しても、処分される法益とともに客観的な利益増進が予定されるので、法益の処分・放棄のみにかかわる被害者の同意とは区別されるべきであるとした。ところで、日本を含むほとんどすべての国が、法律上生命を特別扱いとしている。生命は個人法益であるにもかかわらず、生命に対する処分権は全面的に個人に認められるかという問題があり、専断的治疗行為についても、それが生命法益に関わる場合と関わらない場合に分けて考察するべきであろう。侵襲的治療行為によって直接侵害を受ける法益は、「治療を拒絶する自由」という意味での自由法益も考えられるが、そのような見解は妥当とは思われない。すでに検討したように、患者の自己決定は、自身の法益の取扱いに関する決定であると解する以上、その刑法的機能は、原則として被害者の同意のそれと同じとすることができ、以下では、(1)患者の意思に反して

⁶⁸ 町野・前掲注(47)187頁。このことは、患者の拒絶意思が現実治療行為時に存在するときのみ当てはまるということには注意が必要であるとする。

⁶⁹ 被害者の同意における推定的同意と患者の同意における推定的同意の関係については、本稿第4章第3節にて検討を行った。

(侵襲的)治療行為を行うこと自体が傷害罪との関係で問題となる場合と、(2)治療を行わなければ生命に危険が生じるため、殺人罪との関係が問題となる場合とに分けて考察を行う。

(1)身体法益と専断的治療行為

「専断的治療」について民事上も刑事上も明文の規定をもたないわが国では、それが何を指すのかは必ずしも明らかではないが⁷⁰、ここでは、治療に同意していない患者に対して行われる治療を、広く専断的治療として検討の対象とする。

まず、患者が同意をしていない治療行為が、自由に対する法益侵害ではなく⁷¹、身体法益に対する侵害であることを出発点とする⁷²。これと関連して、わが国での専断的治療についての判例は民事事件に限定されるが⁷³、それを違法であると初めて認めた乳腺症判決⁷⁴は、以下のように述べている。

「医師が行なう手術は、疾患の治療ないし健康の維持、増進を目的とするものではあるが、通常患者の身体の一部に損傷を生ぜしめるものであるばかりでなく、患者に肉体的な苦痛を与えることも少なくないのであるから、治療の依頼を受けたからといつて当然になし得るものではなく、原則として、患者……の治療の申込とは別の手術の実施についての承諾を得たうえで行なうことを要すると解すべきであり、承諾を得ないでなされた手術は患者の身体に対する違法な侵害であるといわなければならない〔傍点筆者〕」。

治療行為傷害説を前提とすれば、傷害の構成要件に該当する治療行為が同意によって正当化されるかどうかは、違法性の議論に関わる。傷害罪において、同意によって違法性が阻却される要件や範囲については、①同意があっても社会的に相当でない傷害行為は違法であるとする社会的相当性説⁷⁵、②同意を得ていても、身体の重要な部分に回復不可能な損傷をもたらす行為は違法であるとする重傷害説⁷⁶、③生命に危険のある重大な身体傷害は、同意によって正当化されないとする生命危険説⁷⁷、④重大な傷害であっても、その種の自傷行

⁷⁰ 専断的治療についての法律で規定するものとして、たとえばオーストリア刑法 110 条等がある。

⁷¹ 前掲注(70)で言及したオーストリア刑法 110 条は、専断的治療行為を「自由に対する罪」として規定する。

⁷² このような立場にたち、治療行為を法益論との関係で詳細に検討するものとして、天田・前掲注(53)367 頁以下。

⁷³ 専断的治療行為は、刑法上、必ずしも抽象的な「自己決定権」を侵害するものでないと考えられる。武藤眞朗「手術と刑事責任」中山研一・甲斐克則編『新版 医療事故の刑事判例』成文堂(2010)151 頁以下、184 頁。

⁷⁴ 前掲注(56)東京地判昭和 46 年 5 月 19 日参照。

⁷⁵ 大塚仁『刑法概説各論(第三版増補版)』有斐閣(2005)29 頁、福田平『全訂刑法各論(第三版増補)』有斐閣(2002)152 頁等。

⁷⁶ 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』有斐閣(2013)224 頁、内藤謙『刑法講義総論(中)』有斐閣(1986)588 頁等。

⁷⁷ 高橋則夫『刑法総論(第四版)』成文堂(2018)329 頁、中山研一『刑法各論』成文堂(1984)47 頁等。

為が不可罰であるのと同様に、有効な同意があれば違法性は阻却されるとする不可罰説⁷⁸などがある。被害者の同意の正当化根拠を、自己決定権に求めるとすれば、202 条があるため、生命に関わる場合には制限が加えられるのであり、基本的には④説(または③説)が妥当であろう⁷⁹。ここで重要なのは、傷害罪を正当化しうる「有効な同意」は、あくまで生命に危険がない範囲しかカバーしないということであり、これが「身体」法益に対する侵襲と「生命」に対する侵害(危険)を場合分けし、患者の同意(自己決定)の有する効力も区別すべきであるとする根拠である。

そして、専断的治療行為のうち、当該治療を行わなくても生命法益に危険がなく、身体法益への危険にとどまるものに検討対象を限定すると、そこには(ア)患者の同意を得ていない治療行為と(イ)患者の明示的拒絶意思に反する治療行為が混在していることに注意しなくてはならない。「(現実的)同意が表明されていない」ことと「現に拒絶意思が表明されていること」は区別されるべきであり、(イ)患者が現実的に治療を拒絶しているにもかかわらず行われた治療行為は、違法な専断的治療行為と評価されるということになる。

しかし、これはあくまで、治療を行わなかった場合の危険が「身体法益」に限られる場合であり、医師が説明をしたうえで患者の意思を確認する時間的余裕等があることが前提とされるのであり、生命に対する差し迫った危険が存在する場合は、異なる検討が必要であると考えられる。

(2)生命に関わる緊急を要する治療行為

当該治療の施術の有無が、患者の生命に影響を及ぼす場合というのは、いわゆる「遅れると危険(Gefahr im Verzug)」の場合といい換えることができる。むろん、たとえばその治療を行うか否かで患者の余命が三年から二年半になる可能性がある場合なども、広い意味では生命に影響を及ぼす場合といえなくもないが、本稿では、その治療を行わないことが直接的に患者の死を惹起する場合を念頭におく。そのような意味で、「生命法益に関わる専断的治療」に関する議論も、場合分けが必要であると考えられる。「遅れると危険」である以上、交通事故等で意識不明の重体で運び込まれてきた患者であろうと、予定していた手術を開始したところ思わぬ新たな腫瘍を発見し摘出の必要があるという場合であろうと、「患者に説明をし、新たな同意を得ること」が不可能な場合が想定される。その際区別して論じるべきなのは、(ウ)患者の意思が単に不明である場合と、(エ)患者がその治療行為を拒絶する意思を事前に表明していた、もしくは拒絶することが推定される場合である。

患者の「同意がない」場合と「拒絶意思が表明されている」場合の区別を重視する本稿では、(ウ)患者の意思が単に不明である場合は正当化される余地が多分にある。しかし、(エ)患者がその治療行為を拒絶する意思を事前に表明していたような場合は、「(現実の)拒絶意思がある」場合との関係を検討する必要がある。

⁷⁸ 浅田和茂『刑法総論(第二版)』成文堂(2019)210 頁。

⁷⁹ 曾根威彦『刑法原論』成文堂(2016)263 頁は、同じく自己決定権についての考察を重視する立場から、③説(ないし②説)を妥当とする。

このような、患者の事前の希望・信念などが当該治療行為に否定的である場合について、町野朔は、医師は「生者の意思(living will)」と呼ばれる指示書によって延命措置を拒絶する意思に必ず従わなくてはならないとすることはできないとし⁸⁰、緊急治療行為においては一律に患者の推定的同意との合致を認め、医師の刑事責任を否定するのが正当であるとする⁸¹。たしかに、意識を喪失している患者の生命を救おうと尽力した医師が可罰的と評価されるのが不当であるという結論は適切であるし、患者の意思が事前に表明した時点と手術時点で同一であるという証拠がない以上、その事前意思に絶対的効力を認めることには慎重であるべきだろう。しかし、「患者の拒絶意思」に、「単に同意のないこと」とは区別された効力を認めようとする以上、その根拠づけに関しては、客観的利益衡量からヒントを得ることも説得的ではないかと考えられる。すなわち、医師が保護しようとするものが患者の「生命」法益であることに着目すると、「患者の自己決定権」対「生命法益」という比較衡量の式にあてはめられるのである。すでに確認した通り、刑法上の自己決定権は、自己法益の処分につき決定する権利である⁸²ので、「患者の自己決定権」対「生命法益」は、「(医的侵襲によって侵害されうる)身体」対「生命」と同じものであり、患者の拒絶に反して治療をすることも、緊急避難理論によって正当化されることになる。このとき、患者が治療を施さないことによって自己の死が惹起されることを理解したうえで治療を拒否していたとしたら、「生命」をも放棄しているとみることができ、保護に値しないという批判も考えられる⁸³。すなわち、他人のためにする緊急避難は、本人の意思に反しないことを要件とするかということである。これについては争いがあるが⁸⁴、たとえ本人が法益保護を放棄している場合にまで緊急避難を肯定する必要があるとしても、わが国の刑法が 202 条にて自殺関与・同意殺人について処罰規定が設けている以上、(自殺や生命法益の法的性質をどのように捉えるとしても)自己の生命について完全な処分権が認められているとは考えにくい⁸⁵。した

⁸⁰ 町野朔(唄孝一編)『医療と人権』中央法規出版(1985)221 頁以下。

⁸¹ 町野・前掲注(47)217 頁。

⁸² 本章第 2 節参照。

⁸³ 町野朔も、衝突する利益の主体が同一であるときは、それぞれの存続を主張して対立する異なった法益主体の意思は存在せず、利益衝突解消のための最終的な原理としての優越的利益の原則が登場する以前に、当該法益主体の衝突解消の意思が優先すべき」であるとする。町野・前掲注(47)166 頁。

⁸⁴ 通説は、緊急避難を違法阻却事由であると解し、非救助者の意思に反するかどうかを問うべきではないとする(大塚仁『刑法概説総論(第四版)』有斐閣(2008)404 頁、香川達夫『刑法講義(総論)第三版』成文堂(1995)189 頁、大谷實『刑法講義総論(新版第五版)』成文堂(2019)299 頁以下、野村稔『刑法総論(補訂版)』成文堂(1998)245 頁、津田重憲『緊急救助の研究』成文堂(1994)163 頁等)。これに対して、通説を疑問とするものは、個人保全という観点から、その他人が法益保護を放棄している場合にまで緊急避難を認める必要はないとする(山中敬一『刑法総論(第三版)』成文堂(2015)561 頁、山口厚『刑法総論(第三版)』有斐閣(2016)140 頁等)。

⁸⁵ 生命法益の性質、自分の生命を自分で処分することに関連し、202 条や自殺の法的性質については、本稿第 1 章にて検討。

がって、生命法益に限っては、患者がそれを放棄しているという事実、第三者からみてそれが保護に値しないとする程度の効力はなく、医師は患者の意思に反して生命を救うために手術をし、身体法益を侵害したとしても、患者の(より高次の)生命法益を守るためであるので、37条による正当化が可能と考えられる⁸⁶。

第5節 小括

以上をもって、専断的治療行為を中心に、結論を整理しておきたい。

まず、専断的治療について考察する際、その治療行為が生命に関わる状況にある場合と関わらない状況にある場合で分けて考えるべきである。身体への影響にとどまる治療行為の場合は、原則的に、医師は患者の意思(自己決定)に反することはできないと考えられる。ここで「患者の意思に反することができない」というのは、患者の現実の拒絶意思に反することはできないという意味である。単に同意がない場合、すなわち、患者の意思が不明な場合や、手術中に手術の拡大や変更があった場合等には、基本的には推定的同意で判断すべきであり⁸⁷、通常の被害者の同意における推定的同意の認定よりも、患者の推定的同意は認められやすくあるべきだと考えられる⁸⁸。そして、当該治療行為を行わないことが、直接生命に影響を及ぼす場合には、患者の意思に反して治療を行ったとしても、医師を不処罰とする余地があると考えられる。なぜなら、生命という法益は、「軽度の」や「著しく」等の侵害の程度もない、唯一無二かつ回復不可能な法益である。それゆえに、生命法益は他の法益よりも高次の法益と認めることができ、他人の生命に対する現在の危難が存在する場合には、緊急避難論類似の解決が可能と考える。患者の自己決定論ではなく、緊急避難論類似の解決が可能ということは、医師は、生命に影響する治療行為の場合、患者の意思に従って治療を行わないことも、患者の意思に反して治療を行うことも、どちらも不処罰となる余地があるということであり、医師の側に裁量の余地を認めるということが可能ということである。たとえば、いわゆる輸血拒否事件⁸⁹を例にとると、輸血をしなければ患者の生命を救えないにもかかわらず、患者が輸血を拒絶することが推定される場合、輸血(を伴う治療)を行うことも行わないことも許容されうることである。

そして、その前提的見解として、患者の自己決定が、「同意を表明していない」場合と「拒絶意思を表明している」場合では、患者の意思が有する法効果に違いがあると考えられる。これは、コモン・ローの観点からの考察によっても説得力のある解釈であると考えられ、拒絶意

⁸⁶ 第三者の法益を保全するために行う緊急避難について、同一法益主体の内部における利益対立や生命救助のための緊急避難等に場合分けし、詳細に検討を行ったものとして、武藤眞朗「正当防衛・緊急避難における被救助者の意思」『佐々木史朗先生喜寿祝賀・刑事法の理論と実践』第一法規(2002)85頁以下。

⁸⁷ 詳しくは、町野・前掲注(47)193頁以下参照。

⁸⁸ その根拠については治療行為そのものが有する客観的利益の優越性が考えられることについて本文中で言及したが、詳細は本稿第4章第3節を参照。

⁸⁹ 輸血拒否事例については、民事事件としてはあるが、実際にいくつか訴訟も提起されている。たとえば、最決平成12年2月29日民集54巻2号582頁。

思の証明には高い基準が要求されるとしても、その分拒絶意思には、単なる不同意よりも強い効果を認めることができる。すでに述べたように、患者の意思は、医師の責任との関係においては、自己決定の尊重という側から重んじられることもできるし、生命法益の重要性・優越性という側から劣後することもありうる。「拒絶意思」の有する効力の問題は、Cruzan 事件のような生命維持治療の拒絶が問題となるような場合、すなわち「死ぬ権利」の問題にも関連するものである。そして、その拒絶意思が生命法益の放棄にかかわるものである場合には、本稿の結論としては、生命法益の特殊性を考慮し、一方で患者の拒絶意思に従い生命を短縮することも、他方で緊急避難の法理から患者の生命を維持することも、どちらも適法とされる余地があるということになる。

患者の権利と言いつても、そこには倫理的権利⁹⁰から法的権利まで多岐に渡る権利が存在する。そのなかでも、患者の自己決定権というのは、法的にも重要な権利であり、それについては多方面から多くの研究がなされてきた。刑法的には、その自己決定が、「法益を放棄する」方向に働く場合に、問題となる。したがって、医療の場合における自己決定権の議論は、刑法一般に論じられる「被害者の同意」論との関係が、常に意識され論じられることになるのである。

本章では、刑法解釈論からみた自己決定の法的性質の検討に焦点を当て、治療に関する自己決定が影響を及ぼす刑法上の問題として、専断的治療行為の違法性について考察した。自己決定がかかわる問題は決して専断的治療のみに限られないが、患者の自己決定が生命を短縮する方向に働く場合は、そのまま終末期医療の問題にもなる。患者が治療を拒絶したにもかかわらず治療を実施した場合にも正当化の余地があるという理論は、他方、患者の意思に従い治療を実施せず、生命を延長しない場合の正当化の余地とは相反しない。患者の意思については、その法的性質のみならず、その意思が真摯であることや表明方法等の要件論など、検討すべき課題は尽きない。具体的事例へのあてはめとともに、さらなる研究を今後の課題としたい。

⁹⁰ たとえば、1972年にアメリカの病院協会は「患者の権利章典に関するアメリカ病院協会宣言」を公表し、1981年には世界医師会総会にて同様の内容をもつ「患者の権利に関するリスボン宣言」を採択したが、これらは患者の倫理的権利について述べられたものとされている。新美育文「医師と患者の関係」加藤一郎ほか編『医療と人権』有斐閣(1984)85頁以下。

終章

終末期医療と法が関わる問題は、安楽死や尊厳死のほか、脳死体からの臓器移植の分野にも及ぶ。本稿では、そのような終末期に関する様々な論点の中で、「患者が死を望むとき、その望みはどの程度尊重されるのか、そしてその望みに応じた措置は許容されるべきか」という問題について検討するため、とくに治療中止に焦点を当て、その法的評価につき考察を行った。検討対象となるのは、「患者の意思ないしは自己決定」と「生命保護」とが対立する場合であり、この場合重要なのは、患者の望みに従って治療を中止することが結果として患者の生命を短縮することを意味していることである。これが問題となる理由は、日本では、刑法 202 条が、たとえ本人の望みであっても、他人がその生命を終わらせたり、患者が自身の生命を終わらせるに際し援助したりすることを違法と定めていることに起因する。

したがって、第 1 章ではまず、刑法 202 条の自殺関与・同意殺人の法的性質について検討を行った。治療を中止するという形態は、理論的には、同意殺人の構成要件も自殺関与のそれも充足しうる。第 1 章では、自殺関与・同意殺人の法的性質についてドイツと日本の議論状況を比較し、さらにその処罰根拠、未遂犯の成立時期(実行の着手時期)に関して、整理・検討を行った。自己決定権は、憲法上保障された権利であるとしても、最高法益である生命に対しては、必ずしも優越するとは限らない。しかし、自己決定の自由が完全に実現されている場合は、いわゆる自己答責的な自殺の場合は、自殺そのものの(少なくとも可罰的な)違法性は否定されるという理解が可能である。そして、(自己答責的な)「自殺」に関与することと、(同意を得てもしくは嘱託を受けて)「殺人」を行うことは、法評価として区別されるべきであるとし、両者の区別に関して、ドイツの行為支配論を検討した。日本では、両者が 202 条において同一に規定されているため、その区別は重要ではないとされてきたが、本理論によって、日本でも「可罰的な」自殺関与と「不可罰的な」自殺関与を区別することができるのではないかと考え、一定の自殺関与を不可罰とする可能性を検討した。

第 1 章で自殺関与一般について検討したうえで、第 2 章では、医師による自殺幫助について、どのような評価がなされているのかについて確認した。治療を中止するという形態は、同意殺人にも自殺関与にもなりうる。同意殺人や嘱託殺人についてはほとんどの国で可罰的とされているが、自殺関与については評価が分かれている。アメリカでは、自殺関与や幫助を禁止するという規定は憲法に反しないと判断されたが、カナダでは、自殺幫助禁止規定が違憲と判断され、安楽死法の立法命令が出された。また、ドイツでは、自殺関与一般を処罰する規定がないにもかかわらず、一部の自殺関与を禁止する規定が新設された。医師による自殺関与は、治療の中止との実質的境界も曖昧であり、それを許容するかどうかは、自殺そのものの法的性質をどう解するかと深く関わる。そして、自殺に関与することをどう評価するかは、「どのような自殺」に「どのように関わるか」ということに依拠するとも考えられ、自殺関与の可罰・不可罰は、場合分けされる可能性もあるということを確認した。

第3章では、日本で実際に裁判において争われた治療中止の事件について、結論を導くための理論構成と基準について整理した。日本の裁判所は、「許容されうる治療中止」というものが存在することを認め、その正当化根拠として①患者の自己決定権と②治療義務の限界を挙げた。したがって、患者の自己決定、すなわち同意の問題と、客観的な医的水準の問題についての検討が必要となるのである。結論としては、許容される治療中止には、前提として患者の自己決定の尊重があり、それはゆるぎない基盤であるべきだが、治療義務の限界のみで検討しなくてはならない事案もあるということを見逃してはならないだろう。また、刑法上重要な論点とされるのが、治療中止は作為・不作為のどちらと評価されるのかという点がある。これについては、同じ行為を(医師ではない)第三者が行う場合には作為と評価される以上、それ自体作為とするべきであると考え、義務論や治療行為論も解決のためのヒントを与えるものであると考える。

第4章では、上記①の「患者の意思」や「推定的意思」を出発点とするドイツ世話法に関する検討を行った。世話法は、「患者の事前指示」によって治療中止を許容しようとする趣旨の法制度であり、ドイツでは、——安楽死(Euthanasie)という言葉をあえて避け、臨死介助(Sterbehilfe)という表現を用いているが——、臨死介助が法的に問題となる際、それが刑事裁判で扱われる場合であっても、民事上の「世話法(Betreuungsgesetz)」という制度を用いて解決を試みている。患者の意思は、患者の自己決定として尊重されなくてはならないが、それが患者の死を惹起する内容であるときは、生命保護を図る刑法の規定に抵触しうる。そもそも、終末期とされる状態にある患者は、自己の意思を表明できないことが多い。したがって、患者の意思はもちろん、その事前の意思の取扱いも、同様に関心の高いものとなっている。

しかし、患者によっては、その意思を確認することも推定することもできない場合もある。第5章では、そのような場合に有用であると考えられる「患者の最善の利益」論について検討した。これは、日本の裁判所が採った②「治療義務の限界」の考え方と比較して検討すべき理論であり、イギリスの判例において確立された理論である。何が患者の最善の利益なのかについて裁判所が判断を下すというものであるが、実質は医的状況や水準による判断であり、治療義務の限界に近いものと評価できる。意思表示能力もないが、生命維持治療を継続してさえいれば死亡しないという状況の患者を、回復可能性がないにもかかわらず、半永久的に生存させ続けることが果たして適切なのか、という困難な問題の解決に寄与するものである。基本的には、患者の権利を十分に保障することを前提に、新たな法制度や政策の形成に際し活用されることが望まれる。

以上みてきたように、治療中止を許容するための理論や制度は多岐にわたって展開されているが、その基盤には、共通して患者の自己決定権がある。患者の自己決定は、刑法との関係で問題となるとき、法益侵害行為に対する「同意」の問題として論じられる。したがって、第6章では、「同意」の理論について——刑法一般にいう被害者の同意と、患者の自己決定とも置き換えられる患者の同意(または患者の意思)について——、検討を行った。また、治

療中止の場合に適用が考えられうる 202 条の同意殺人・自殺関与について、そこでいう「同意」や「自殺意思」は、現実に明示的な意思表示がされない場合が圧倒的に多い。そのため、「推定的同意」の取り扱いについて——とくに「被害者の推定的同意一般」と「患者の推定的同意」について——、その関係を考察した。結論としては、同意能力を欠く患者の意思を推定することは、一定の範囲で許容されるべきとした。被害者の同意一般については、推定的同意が被害者の現実の事後的な意思と合致しなければならなければ正当化ができないとしても、患者の同意が問題となる場面では、とりわけ緊急を要する場合は、患者について推定した蓋然的判断が事後的に判明した患者の意思と違っていても、必ずしも違法に行為したものとはならないと考えた。

そのような同意一般に関する検討をうけ、第 7 章では、(死を望む)患者の意思と刑法の関係について、結論を下した。治療中止に関する患者の意思については、治療を行う(継続すること)について「同意するか・拒否するか」ということが重要である。そして、そのなかでも、「同意をしない(単なる不同意)」の場合と「(明示的に)拒否する」場合とでは、治療行為に対する法的効力が異なると考えた。そして、患者が治療を「拒否する」場合には、その治療を中止することが許容されると考える。そのうえで、「患者の不同意と拒否」でボーダーを設けるべき場合と、「医師患者関係から導かれる客観的な義務の限界」による場合は、また別の考察が必要である。後者は、自分で意思表示ができないばかりか、意思を推定することすら不可能な患者の場合にも該当し、「治療義務の限界」や「患者の最善の利益」論による検討が考えられるのである。

本稿では、治療中止を、患者の意思と生命保護が対立する場合と設定し、検討を行った。そのうえで、許容される治療中止について、結論を簡単に整理すると、以下の通りである。

「患者の意思」を前提とすると、まず、第一に、「患者の意思が明白な場合」が想定される。その場合の治療中止は、原則として、たとえ生命が短縮されとしても、患者の自己決定権の尊重をもって正当化される。第二に、「患者の意思は現実には表明されていないが、事前の意思表示がある、もしくは推定できる場合」が考えられる。その場合も、——濫用を防ぎ、患者の権利を守るために手続きや要件を確立する必要はあるが——、たとえ生命が短縮されとしても、原則として、患者の自己決定権を根拠に正当化される。しかし、これらの場合という生命の短縮には、当該治療を中止することで、ただちに生命が維持されなくなり死を惹起する場合(人工呼吸器を停止する等)と、例えばあと十年生きられるとされたのが五年になるような場合(化学療法をやめる等)とが混在している点に注意が必要である。後者の場合は——治療の中止というよりもむしろ治療の選択とも評価できるという意味でも——、患者の自己決定権の尊重をもって正当化されるべきだが、前者の場合は、正当化に際し、日本の裁判所が提示したように、患者の自己決定権と併せて治療義務の限界等の要件を一定程度求める余地がある。治療中止を正当化するために客観的な治療義務の限界を要件とすることは、治療の選択の場合と死に直結するような治療中止の場合を、事例として区別するという意味でも妥当性を見いだせるだろう。もっとも、すでに示したように、202 条にお

ける可罰的な自殺関与を限定的に解釈することができるとしたら、——治療中止のみならず医師による自殺幫助も含め——患者の自己決定権のみによる解決も不可能ではないと考える。共犯論的観点からの検討も踏まえ、今後の課題としたい。

それから、第三に、「患者の意思が完全に不明で、推定すら不可能な場合」がありうる。この場合の治療中止は、厳密な意味では、「患者の意思と生命保護が対立する場合」ではなく、患者の自己決定を根拠に正当化されるものではない。第三の場合は、治療義務の限界や患者の最善の利益論による、客観的な事由での正当化が図られることになるが、その適用は厳格かつ限定的になされるべきだろう。治療義務の限界や患者の最善の利益を論じる際のキーワードでもある「回復不可能性」が何を意味するのかについては、とくに注意が必要である。「回復可能性」がないことを治療中止の正当化要件とするのだから、その内容として患者が完治(根治)する可能性までも要求することは考えにくい、端的に「意識回復の可能性」といい切ることが妥当とも思われない。これは、脳死(大脳死)を人の死とするか否かにも影響を受ける問題であり、慎重に検討しなくてはならない。

治療中止の問題は、法理論のみならず、人の倫理観や死生観にも大きく関わる問題であり、医療技術のますますの発展によって絶えず対応が求められる可能性もあるだろう。刑法において、生命保護は最も重要な要請の一つであり、その基礎理念を念頭におきながらも、患者の自己決定や権利の保護を根幹にした多角的な検討が求められる。

引用文献一覧

【日本語文献】

<著書>

赤沼康弘

——『成年後見制度をめぐる諸問題』新日本法規(2012)

浅田和茂

——『刑法総論(第二版)』成文堂(2019)

芦部信喜

——『司法のあり方と人権』東京大学出版会(1983)

——『講座憲法訴訟(第二卷)』有斐閣(1987)(1949年に復刊版発行)

——『憲法学Ⅱ』有斐閣(1994)

——『憲法(第七版)』(高橋和之補訂)岩波書店(2018)

天田悠

——『治療行為と刑法』成文堂(2018)

新井誠

——『成年後見制度——法の理論と実務(第二版)』有斐閣(2014)

生田勝義

——『行為原理と刑事違法論』信山社(1993)

石垣千秋

——『医療制度改革の比較政治』春風社(2017)

井田良

——『刑法総論の理論構造』(2005)

大塚仁

——『刑法要論各論(第六版)』成文堂(1993)

——『刑法概説各論(第三版増補版)』有斐閣(2005)

——『刑法概説総論(第四版)』有斐閣(2008)

大谷實

——『刑法講義各論(初版)』成文堂(1982)

——『刑法各論の重要問題(新版)』立花書房(1990)

——『刑法講義各論(新版第四版補訂版)』成文堂(2015)

——『刑法講義総論(新版第五版)』成文堂(2019)

甲斐克則

——『安楽死と刑法』成文堂(2003)

——『尊厳死と刑法』成文堂(2004)

- 『医事刑法への旅 I (新版)』イウス出版(2006)
- 『終末期医療と刑法(医事刑法研究第七巻)』成文堂(2017)
- 香川達夫
 - 『刑法講義総論(第三版)』成文堂(1995)
 - 『刑法講義各論(第三版)』成文堂(1996)
- 加藤一彦
 - 『憲法(第三版)』法律文化社(2017)
- 川端博
 - 『共犯論序説(刑事法研究第七巻)』成文堂(2001)
- 木村亀二
 - 『刑法総論(増補版)』有斐閣(1978)
- 小島秀夫
 - 『幫助犯の規範構造と処罰根拠』成文堂(2015)
- 齊藤誠二
 - 『刑法講義各論 1』多賀出版(1979)
- 佐伯千仞
 - 『四訂刑法講義総論』有斐閣(1981)
- 佐伯仁志
 - 『刑法総論の考え方・楽しみ方』有斐閣(2013)
- 阪本昌成
 - 『憲法理論Ⅱ』成文堂(1993)
- 佐久間修
 - 『刑法総論』成文堂(2009)
- 佐藤幸治
 - 『憲法(第三版)』青林書院(1995)
 - 『日本国憲法と「法の支配」』有斐閣(2002)
- 塩谷毅
 - 『被害者の承諾と自己答責性』法律文化社(2004)
- 須之内克彦
 - 『刑法における被害者の同意』成文堂(2004)
- 曾根威彦
 - 『刑法における正当化の理論』成文堂(1980)
 - 『刑法における実行・危険・錯誤』成文堂(1991)
 - 『刑事違法論の展開』成文堂(2013)
 - 『刑法原論』成文堂(2016)
- 高橋則夫

- 『刑法総論(第四版)』成文堂(2018)
- 滝川幸辰
- 『刑法各論』世界思想社(1951)
- 田山輝明
- 『成年後見法制の研究・下巻』成文堂(2000)
- 『成年後見——現状の課題と展望』日本加除出版(2014)
- 団藤重光
- 『刑法綱要総論(改訂版)』創文社(1979)
- 『刑法綱要各論(第三版)』創文社(1990)
- 津田重憲
- 『緊急救助の研究』成文堂(1994)
- 土井真一
- 『憲法適合解釈の比較研究』有斐閣(2018)
- 内藤謙
- 『刑法講義総論(中)』有斐閣(1986)
- 中山研一
- 『刑法各論』成文堂(1984)
- 野村稔
- 『刑法総論(補訂版)』成文堂(1998)
- 唄孝一
- 『医事法学への歩み』日本評論社(1971)
- 『生命維持治療の法理と倫理』有斐閣(1990)
- 橋本正博
- 『「行為支配論」と正犯理論』有斐閣(2000)
- 林幹人
- 『刑法総論(第二版)』東京大学出版会(2008)
- 布施豊正
- 『自殺入門—クロス・カルチュラル的考察』誠信書房(1990)
- 福田平
- 『全訂刑法各論(第三版増補)』有斐閣(2002)
- 『全訂刑法総論(第五版)』有斐閣(2011)
- 平野龍一
- 『刑法総論Ⅱ』有斐閣(1975)
- 『刑法概説』東京大学出版会(1977)
- 前田雅英
- 『刑法総論講義(第七版)』東京大学出版会(2019)

町野朔

——『患者の自己決定権と法』東京大学出版会(1986)

宮本英脩

——『刑法大綱(第四版)』(鈴木茂嗣編『宮本英脩著作集第三卷』(原著は1935年発行))成文堂(1984)

森村進

——『権利と人格——超個人主義の規範理論——』創文社(1989)

山口厚

——『刑法総論』有斐閣(1998)

——『刑法総論(第三版)』有斐閣(2016)

山田卓生

——『私事と自己決定』日本評論社(1987)

山中敬一

——『医事刑法概論Ⅰ』成文堂(2014)

——『刑法総論(第三版)』成文堂(2015)

——『刑法各論(第三版)』成文堂(2015)

ヨシュア・ドレスラー

——『アメリカ刑法』(星周一郎訳)雄松堂出版(2008)

<論文>

赤沼康弘

——「後見人等の医療同意権について——医療の同意能力がない者に対する医療の保障」
老年精神医学雑誌 22 巻 4 号(2011)

秋葉悦子

——「自殺関与罪に関する考察」上智法学 32 巻 2・3 合併号(1991)

——「同意殺人—自己決定権の限界—」法学教室 232 号(2000)

秋山紘範

——「自殺関与罪と同意殺人罪の区別に関する一考察」大学院研究年報 48 号(2019)

阿部純二

——「安楽死の問題」研修 567 号(1995)

天田悠

——「傷害罪の保護法益からみた治療行為論(一)」早稲田法学会雑誌 65 巻 2 号(2015)

——「傷害罪の保護法益からみた治療行為論(二・完)」早稲田法学会雑誌 66 巻 1 号(2015)

飯島暢

——「自殺関与行為の不法構造における生命保持義務とその例外的解除——ドイツ刑法 217 条の新設を契機とした一考察——」『山中敬一先生古稀祝賀論文集(下巻)』成文堂(2017)

石崎康雄

——「医療契約における医師の説明義務と患者の自己決定権」早稲田法学会誌 42 巻(1992)

石原明

——「ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ 同意と自己決定」神戸学院法学 14 巻 3 号(1983)

今井雅子

——「イギリスにおける自殺幫助をめぐる最近の動き—Purdy 事件貴族院判決とその後—」東洋法学 54 巻 3 号(2011)

五十子敬子

——「意思決定の自由—死をめぐる自己決定について—」憲法論叢 17 号(2010)

入江猛

——「気管支ぜん息の重積発作により入院しこん睡状態にあった患者から、気道確保のため挿入されていた気管内チューブを抜管した医師の行為が、法律上許容される治療中止に当たらないとされた事例」最判解刑事篇平成 21 年度(2012)

上田健二

——「自殺——違法か、適法か、それとも何か—自殺関与・同意殺人罪の処罰根拠と『法的に自由な領域』の理論—」『宮沢浩一先生古希祝賀論文集(第二巻)・刑法理論の現代的展開』成文堂(2000)

内田博文

——「安楽死」刑法判例百選 I (第四版)(1997)

海老澤侑

——[訳]「ドイツにおける臨死介助と自殺幫助を巡る争い」白門 70 巻 4 号(2018)

大嶋一泰

——「治療行為の中止と医師による積極的安楽死の許される要件」年報医事法学 11 号(1996)

大山弘＝松宮孝明

——法学セミナー 40 巻 7 号(1995)

岡野光雄

——「自殺関与罪の諸問題」受験新報 32 巻 8 号 44 頁。

岡村世里奈

——「事前指示をめぐる世界の状況と日本」病院 72 巻 4 号(2013)

甲斐克則

——「オランダの安楽死の現状と課題」理想 692 号 (2014)

——「人工延命措置の差押え・中止(尊厳死)問題の『解決』モデル」『川端博先生古稀記念論集(上)』成文堂(2014)

——「終末期の意思決定と自殺幫助——各国の動向分析——」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集(上巻)』成文堂(2016)

甲斐克則=天田悠

——[訳]「治療中止、自殺幫助、および患者の事前指示——臨死介助における新たな展開と改正の努力について——」早稲田法学 88 巻 3 号(2013)

甲斐克則=福山好典

——[訳]「患者の事前指示と事前配慮代理権：臨死介助におけるそれらの刑法上の役割」比較法学 47 巻 2 号(2013)

——[訳]「ドイツにおける臨死介助および自殺幫助の権利」比較法学 47 巻 3 号(2014)

甲斐克則=三重野雄太郎

——[訳]「近時の判例から見た臨死介助と自殺関与」刑事法ジャーナル 37 号(2013)

加藤摩耶

——「東海大学『安楽死』事件」医事法判例百選(第二版)(2014)

金澤文雄

——「同意殺人と自殺関与罪」木村亀二編『現代法律学演習講座刑法(各論)(新訂版)』青林書院新社(1962)

——「医療と刑法」『現代刑法講座(第二巻)』成文堂(1979)

——「生命の尊重と自己決定権—「法的評価空白領域理論」に関連して—」『ホセ・ヨンパルト教授古稀祝賀・人間の尊厳と現代法理論』(2000)

嘉門優

——[訳]「自殺関与の不処罰性——ドイツにおける新たな制限——」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集(上巻)』成文堂(2016)

川原広美

——「推定的同意に関する一試論」刑法雑誌 25 巻 1 号(1982)

神野礼斉

——「成年後見制度と終末期医療」『終末期医療と医事法(医事法講座第四巻)』信山社(2013)

菊地一樹

——「法益主体の同意と規範的自律(1)」早稲田法学会誌第 66 巻 2 号(2016)

小池信太郎

——「量刑における構成要件外結果の客観的範囲について」慶應法学 7 号(2007)

古川原明子

——「末期医療における治療中止の許容性—川崎協同病院第一審判決」明治学院大学法科大学院ロー・レビュー 6 号(2007)

——「治療行為とインフォームド・コンセント法理」現代法学 20 号(2011)

斎藤誠二

——「『推定的承諾』の法理をめぐって」警察研究 49 巻 11 号(1978)

斎藤正彦

——「後見人等の医療同意権について——後見人への医療同意権付与に関する問題点」老年精神医学雑誌 22 巻 4 号(2011)

佐伯仁志

——「被害者の錯誤について」神戸法学年報 1 号(1985)

——「終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(第二版)』樋口範夫編(2012)

阪本昌成

——「プライバシーと自己決定の自由」樋口陽一編『講座憲法学 3 権利の保障【1】』日本評論社(1994)

佐久間基

——「専断的治療と傷害罪（一）」法學 55 巻 3 号(1991)

佐々木雅寿

——「カナダ憲法における比例原則の展開」北大法学論集 63 集 2 号(2012)

佐藤琢磨

——「ドイツにおける自殺関与の一部可罰化をめぐる議論の動向」慶應法学 31 号(2015)

佐藤陽子

——「被害者の承諾における三元論の意義について—『被害者の承諾』の犯罪体系上の地位に関する一考察—」『理論刑法学の探究④』成文堂(2011)

鈴木晃

——「自殺関与罪の処罰根拠」中京法學 38 巻 3・4 号合併号(2004)

新谷一朗

——「世話法の第三次改正(患者の指示法)」年報医事法学 25 号(2010)

神馬幸一

——「医師による自殺幫助(医師介助自殺)」甲斐克則=谷田憲俊編『安楽死・尊厳死(シリーズ生命倫理学第五巻)』丸善(2012)

——「ドイツ連邦通常裁判所 2010 年 6 月 25 日判決(Putz 事件)——人工的栄養補給処置の中止に関する新しい判例動向——」法學研究 84 巻 5 号(2011)

——「治療行為の中止—川崎協同病院事件」刑法判例百選 I (第七版)(2014)

——「ドイツ刑法における『自殺の業務的促進罪』に関して」獨協法学 100 号(2016)

——「《資料》ドイツ刑法新 217 条の法案理由書」獨協法学 100 号(2016)

——【訳】「刑法的に規制された死——業としての自殺援助という新しい刑法上の構成要件——」(只木誠監訳)比較法雑誌 50 巻 3 号 (2016)

須之内克彦

——「推定的同意について」『平場安治博士還暦祝賀・現代の刑事法学(上)』有斐閣(1977)

——「刑法における同意の現代的意義について」明治大学社会科学研究所紀要 45 巻 2 号(2007)

瀬戸山晃一

——「現代法におけるパターンリズムの概念——その現代的変遷と法理論的含意——」阪大法学 47 巻 2 号(1997)

曾根威彦

——「自己決定の自由と自殺関与罪」『佐々木史朗先生喜寿祝賀・刑事法の理論と実践』第一法規(2002)

——「自己決定の自由——憲法と刑法の交錯——」『佐藤司先生古稀祝賀・日本刑事法の理論と展望(上巻)』信山社(2002)

園田寿

——[訳]「ペーター・ブリングヴァート 刑法ドグマティークの限界問題としての自殺関与の可罰性」関西大学大学院法学ジャーナル 230 号(1978)

高山佳奈子

——「自己決定とその限界(上)」法学教室 264 号(2004)

竹中勲

——「自己決定権の意義」公法研究 58 号(1996)

只木誠

——「臨死介助協会と自殺援助処罰法——ドイツおよびスイスの現状——」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集(上巻)』成文堂(2016)

谷直之

——「自殺関与罪に関する一考察」同志社法学 44 巻 6 号(1994)

——「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 (2006)

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」法学研究 86 号(2009)

土本武司

——「治療行為の中止と合法要件」判例時報 1928 号(2006)

戸波江二

——「自己決定権の意義と範囲」法学教室 158 号(1993)

——「自己決定権の意義と射程」『芦部信喜先生古稀祝賀・現代立憲主義の展開(上)』有斐閣(1993)

中野次雄

——「殺人罪と自殺関与罪との限界」法律のひろば 12 巻 2 号(1959)

中谷瑾子

——「インフォームド・コンセントの考え方」医療'87 第 3 巻 9 号(1987)

仲道祐樹

——「法益論・危害原理・憲法判断——刑事立法の分析枠組に関する比較法的考察——」
比較法雑誌 53 卷 1 号(2019)

中村直美

——「法とパターンリズム」法哲学年報『法と強制』(1982)

中山研一

——「東海大学『安楽死』判決について—横浜地裁平成 7 年 3 月 28 日判決—」北陸法学
3 卷 3 号(1995)

新美育文

——「医師と患者の関係」加藤一郎ほか編『医療と人権』有斐閣(1984)

西村克彦

——「推定的承諾という法理の反省」警察研究 50 卷 3 号(1979)

野村貴光

——「刑事判例研究(3)」法學新報 117 卷 5・6 号(2011)

唄孝一

——「[論説]いわゆる『東海大学安楽死判決』における『末期医療と法』: 横浜地裁平成七
年三月二十八日判決を読んで」法律時報 67 卷 7 号(1995)

長谷部恭男

——「国家権力の限界と人権」樋口陽一編『講座憲法学 3 権利の保障【1】』日本評論社
(1994)

福田雅章

——「刑事法における強制の根拠としてのパターンリズム——ミルの『自由原理』に内在
するパターンリズム」一橋論叢 103 卷 1 号(1990)

——「安楽死(東海大学安楽死事件)」医療過誤判例百選(第二版)(1996)

福山好典

——「自殺関与罪・同意殺人罪の成立過程」早稲田法学会誌 63 卷 2 号

——「旧刑法における『自殺ニ関スル罪』の制定過程」早稲田大学大学院法研論集 138 号
(2011)

本田稔

——「東海大学安楽死事件」法学セミナー 582 号(2003)

町野朔

——「被害者の承諾」『刑法判例研究 2』大学書房(1968)

——「患者の自己決定権」ジュリスト 568 号(1974)

——「安楽死——一つの視点(2)」ジュリ 631 号(1977)

——「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)

松井茂記

——「自己決定権について」 阪大法学 45 巻 5 号(1995)

——「カナダの尊厳死・安楽死法について」 法時 88 巻 9 号(2016)

松田純

——「ドイツ事前指示法の成立とその審議過程」 医療・生命と倫理・社会 9 巻 1・2 号(2010)

——「ドイツにおける患者の事前指示の法制化と医師による自殺幫助をめぐる議論」『生命倫理研究資料集Ⅳ』 富山大学(2012)

三木妙子

——「イギリスの植物状態患者トニー・ブランド事件」 ジュリスト 1061 号(1995)

宮内裕

——「違法性の阻却」『刑事法講座(第一巻)』 有斐閣(1952)

宮野彬

——「被害者の承諾」『現代刑法講座(第二巻)違法と責任』 成文堂(1979)

武藤眞朗

——「治療行為と傷害の構成要件該当性」 早稲田大学大学院法研論集 54 号 (1990)

——「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(第一巻)』 成文堂(1998)

——「正当防衛・緊急避難における被救助者の意思」『佐々木史朗先生喜寿祝賀・刑事法の理論と実践』 第一法規(2002)

——「人工的栄養補給の停止と患者の意思——ドイツにおける判例を素材として——」 東洋法学 49 巻 1 号(2005)

——「東海大学『安楽死』事件」 医事法判例百選(第一版)(2006)

——「手術と刑事責任」 中山研一・甲斐克則編『新版 医療事故の刑事判例』 成文堂(2010)

——「刑事裁判例批評 川崎協同病院事件最高裁決定」 刑事法ジャーナル 23 号(2010)

——「法益関係的錯誤説と法益の要保護性」『野村稔先生古稀祝賀論文集』 (2015)

森永真綱

——「被害者の承諾における欺罔・錯誤(二)」 関西大学法学論集 53 巻 1 号(2003)

山崎章郎

——「〔座談会〕 安楽死—東海大学事件をめぐって」 ジュリ 1072 号(1995)

山中敬一

——「被害者の同意における意思の欠缺」 関西大学法学論集 33 巻 3=4=5 号(1983)

——「法的に自由な領域の理論再批判—金澤論文を読んで—」『法の理論 3』 成文堂(1983)

——「ドイツにおける臨死介助と自殺関与罪の立法の経緯について」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集(上巻)』 成文堂(2016)

吉田宣之

——「推定的承諾論」 法学新報 93 巻 1・2 号(1986)

若尾岳志

——「自殺と自殺関与の違法性」早稲田大学大学院法研論集 107 号(2003)

渡辺富久子

——「立法情報【ドイツ】業としての自殺幫助の禁止」外国の立法 266-1 号(2016)

【外国語文献】

Ast, Stephan

——ZStW 124, 623 ff.

Baker, Dennis J.

——Textbook of Criminal Law Forth ed., 2015

du Bois-Pedain, Antje

——The duty to preserve life and its limits in English criminal law, in Dennis J. Baker and Jeremy Horder, The Sanctity of Life and the Criminal Law, 2013

Bringewat, Peter

——Die Strafbarkeit der Beteiligung an fremder Selbsttötung als Grenzproblem der Strafrechtsdogmatik, ZStW 87, 1975

Chatzikostas, Konstantinos

——Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben in ihrer Bedeutung für die Probleme von Suizid und Euthanasie, 2001

Cramer, Regine

——Die Bedeutung der Patientenaufklärung in der forensischen Praxis, Festschrift für Franz-Josef Dahm zum 70. Geburtstag, 2017

Duttge, Gunner

——Strafrechtlich reguliertes Sterben, NJW 2016, 120

——MedR 2011, 36 ff.

Eser, Albin

——Comparative Criminal Law, 2017

Eser, Albin/Sternberg-Lieben

——in: Sch/Schröder, 30. Aufl., 2019

Frischer/Lindemann/Peters

——Arztstrafrecht, 2011, Rn.173

Gaede

——NJW 2010, 2925 ff.

Göbel, Alfred A.

——Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992

Heinemann, Nicola

——Zu den rechtlichen Rahmenbedingungen der ärztlichen Entscheidung am Lebensende, Festschrift für Franz-Josef Dahm zum 70. Geburtstag, 2017

Hilgendorf, Eric

——Einführung in das Medizinstrafrecht, 2016

Hirsch, Hans Joachim

——Einwilligung und Selbstbestimmung, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974

——Behandlungsabbruch und Sterbehilfe, Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, 1987

Jakobs, Günther

——Zum Unrecht der Selbsttötung, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993

Joecks

——in: Münchener Kommentar, zum StGB §223. Rn. 42

Kaufman, Arthur

——Rechtsphilosophie, 2.Aufl., München, 1997

Lilie, Hans

——Schriftenreihe Medizin-Ethik-Recht, Band 11, 7. Aufl., 2015

Otto

——NJW 2006, 2218

Rosenau, Henning

——Der Streit um die Sterbehilfe und die Suizidbeihilfe in Deutschland 比較法雜誌 51 卷 4 号(2018)

Roxin, Claus

——Festschrift für Engisch, 1969

——Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 11.Aufl., 1993

——Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 2003

——Täterschaft und Tatherrschaft, 10.Aufl., 2019

Roxin, Claus/Schroth

——Handbuch des Medizinrecht, 4., aktualisierte, überarbeitete und erweiterte Aufl., 2010

Schmid, Rudolf

——Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst? Gleichzeitig ein Beitrag zur Reform des Opiumgesetzes, Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972

Schmidhäuser, Eberhard

——Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974

——Handeln mit Einwilligung des Betroffenenstrafrechtlich: eine scheinbare Rechtsgutsverletzung, in Festschrift für Friedrich Geerds, 1995

Schreiber

——NStZ 1986, 343

Schwab, Dieter

——Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band.8, 13 Familienrecht II §§1589-1921 • SGB VIII, 2002

Sternberg-Lieben

——in: Sch/Schröder, 30. Aufl., 2017

Tröndle/Fischer

——StGB, 57. Aufl. 2009, vor §211 Rn. 10

Verrel, Torsten

——NStZ 2011, 276

Welzel, Hans

——Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969