

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

本稿は、いわゆる終末期における措置の一形態とされる治療中止について、刑法的な観点からの考察を試みるものである。

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てきた。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、今や少なくない。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、終末期医療における患者の自己決定権の尊重が叫ばれるようになってきたのである。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度に尊重し、たとえば患者が望む場合は必ず延命治療を中止するとしてしまうと、いわゆる「死ぬ権利」を安易かつ無制限に認めることにもなりかねない。そうすると、「すべりやすい坂」理論にみられるように、他者による「殺人権」のようなものとの区別が困難となるだろう。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。これら終末期における生命短縮の形態について、本稿では、患者や、場合によってはその家族の望みと生命保護が対立する場合を想定し、検討対象を治療中止に限定し、どのような解決が可能かについて考察する。

「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、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は違法と定められている。したがって、第 1 章では、まず、202 条自殺関与・同意殺人の法的性質について検討を行う。治療中止が刑法上問題となる時、199 条殺人罪に該当するという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、202 条それ自体の法的性質を整理する。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大きく一致がみられるが、自殺に関与することについては、評価が分かれるのである。第 2 章で詳述するように、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、重要なのは自殺関与罪に関する検討であると考え、第1章ではそこに主眼を当てる。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囑託を受けて)「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可能となり、一定の場合に自殺関与の不可罰性を導くことができるのではないかと考える。

第2章では、自殺に関与することについてどのような評価がなされているのか、日本以外の判例や立法を確認することで、より具体的に検討する。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。第2章では、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もの」、「医師による場合に限って可とするもの」、「医師による場合を不可とするもの」を挙げ、検討する。理論的に、医師による自殺関与の形態には、医師に致死的な薬物の処方を求める場合はもちろん、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。また、自殺幫助を一律に禁止することは、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みずか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いうことも考えられ、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、検討されるべきであろう。

第3章では、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何があるか、そして日本の裁判所はどのような理論構成で結論を出したのかについて整理する。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患者の自己決定権と治療義務の限界をあげている。ここで、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であることが確認されるのである。第3章では、東海大学病院事件と川崎協同病院事件を素材に取り上げる。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、治療中止について言及し判断を下している。治療中止は、許容可能性や許容要件が問題となる際、その刑法的評価も考慮しなくてはならない。すなわち、治療中止は作為か不作為かという問題である。これを作為とし、治療中止は殺人の構成要件に該当するが、そのうえで不可罰とすべき一定の要件が導かれると解するか、これを不作為とし、作為義務ないしは保障人的地位を論じ、一定の場合に不可罰とされると解する見解に大別されるが、治療中止を治療行為論の枠組みで論じようとする見解や、医師—患者関係における義務論によって解決しようとする見解も、十分に検討の余地があるだろう。治療の中止と不開始が(作為・不作為の観点からも)区別されるか否かについては別問題であるが、合法的な治療中止が一律に不可能とされてしまうと、「途中で止めることができないなら、初めから開始しない方がいい」といった萎縮医療へ繋がる危険性も危惧される。生命保護が刑法の目的の一つである以上、そのような批判には対応できるような解釈が求められるだろう。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。これについては、第5章で検討する。

治療中止の正当化について論じるため、まず、上述した二つの正当化根拠のうち、患者の自己決定や同意の問題についての検討を行う。第4章では、ドイツ世話法に関する検討を行うが、世話法とは、「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」によって治療中止を許容しようとする趣旨の法制度である。ドイツでは、安楽死という言葉をあえて避け、臨死介助という表現を用い、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。この世話法の適用範囲や要件、患者の意思や自己決定の取扱いについて、世話法を用いて解決された刑事事件を検討することで、考察を行う。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することは、周知のとおりドイツ刑法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。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。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)が追加されたが、不処罰である自殺関与一般と同意殺人の限界づけは、必ずしも明確ではない。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。第4章では、このような、自殺関与と許容される治療中止の関係を意識して検討を行う。

続いて、第5章では、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ことを想定し、治療中止の正当化根拠として、客観的な側面から論じられる理論について取り扱う。すなわち、「患者の最善の利益」論と呼ばれるものである。第5章で

は、「冠者の最善の利益」論を取り上げたイギリスの判例について検討するが、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り、比較して検討すべきものであると考えられる。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。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、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、有意義な理論であると考えられる。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、治療義務の限界に近いものと評価できる。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ものか、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。イギリスの裁判所は、患者の自己決定権について、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。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。

以上のように、治療中止を許容するための理論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。患者の自己決定や患者の意思は、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。「同意」の理論については、刑法一般にいう被害者の同意と、患者の同意(または患者の意思)について、その相異に関する検討も必要であり、第6章ではその観点からの検討を行う。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ところ、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。第6章では、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「患者の推定的同意一般」について、その関係を考察する。結論としては、意思

決定能力や意思表示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。

そのような検討ののち、第7章では、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とき、それが正当化されるのならば、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、見解をまとめる。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ことを確認し、刑法上の問題として取扱う場合、どのように把握されるべきかについて検討を行う。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であるという点にあるということ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。「同意をしない(単なる不同意)」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るということである。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。患者の自己決定を認めることは、いわゆる「死ぬ権利」までも認めることとなるのか、両者の関係について考察することになり、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。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。しかし、治療中止の正当化について、「患者の不同意と拒否」でボーダーを設けるべき場合に対して、「医師患者関係から導かれる客観的な義務の限界」に根拠を求める場合は、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とする。

患者の自己決定に従うことが生命短縮の結果を惹起する場合の法的評価は、終末期医療全体の問題にかかわる。治療中止は、単純に法制度だけの問題ではなく、人の倫理観や死生観、医療技術の発展等、様々な影響を受ける問題である。生命保護は、刑法の最も重要な目的の一つである。その基礎理念を念頭におきながらも、患者の自己決定の尊重を根幹に、多角的な研究を今後の課題としたい。