

University Academic Repository

Der Grund der Selbstbestimmungsrechte des Patienten aufgrund der Sterbehilfe

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2018-11-19 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 樋笠, 堯士, 樋笠, 知恵 メールアドレス: 所属:
URL	https://kaetsu.repo.nii.ac.jp/records/924

研究論文

患者の自己決定権の根拠について

～ 安楽死・尊厳死を手がかりに～

Der Grund der Selbstbestimmungsrechte des Patienten aufgrund der Sterbehilfe

樋 笠 堯 士*

Takashi HIKASA

樋 笠 知 恵**

Chie HIKASA

<要約>

自己決定権は、経済や科学の発展によって、自由に生きることができるようになった現代社会において極めて重要な権利である。自己決定権は、憲法 13 条後段を根拠とする新しい人権として認知され、私法上も多くの場面で問題とされている。そこで、本稿では、自己決定権の憲法上の根拠とその内容、患者の自己決定権の内容を、アメリカやドイツにおける状況と比較しつつ明らかにしたうえで、東海大安楽死事件、川崎協同病院事件において、尊厳死や安楽死がどのように扱われているかを検討し、自己決定権と医師の治療義務の限界の関係性、最後に治療行為の中止が適法とされるための要件とその根拠を明らかにする。特に、「医師の治療義務の限界」については、従来この文言をどのような意味で用いているのかが必ずしも明確ではなかったため、私見として、①自己決定の前提として治療が医学的適応性を欠くことにより生ずる治療義務の限界、②自己決定権とは無関係な医学的な限界としての治療義務の限界、③自己決定権に内在する制限をクリアして自己決定権が行使された結果生じる治療義務の限界、とする 3 つの解釈を示す。

<キーワード>

憲法、刑法、自己決定権、同意、承諾、安楽死、尊厳死、患者、人格権

1 はじめに

自己決定権は、憲法及び法律上明文で認められた権利ではないが、憲法学上、1980 年以降クローズアップされるようになった権利であり¹⁾、今日では、その自己決定権の内容を具体

* 嘉悦大学ビジネス創造学部非常勤講師・中央大学日本比較法研究所嘱託研究員

** 東京経営短期大学非常勤講師・青山南町法律事務所所員

化する動きが盛んになっている。憲法上の自己決定権は、その具体化において、基本的人権論、生命倫理、文化論など、広範で多義的な視点を必要とする権利である。さらに、民事事件、刑事事件においては、実際の裁判における要件論として議論が交わされているところである。わが国では、今後高齢者が増加するとともに医療分野のさらなる発展が見込まれるため、自己決定権の中でも、治療行為の中止（尊厳死）や安楽死など、生命の処分に関する自己決定権が社会全体の重要な関心事項になると考えられる。

そこで、本稿では、自己決定権の根拠とその内容、患者の自己決定権の内容につき、諸外国との比較を行った後、東海大安楽死事件及び川崎協同病院事件を紹介するとともに、若干の分析を加えることとする。

2 自己決定権とは

2.1 自己決定権をとりまく状況

自己決定権は、憲法にも法律にも明文上は存在しない、明文なき権利ではあるが、今日の学説においては広く認められている。実際の裁判においては、民事上の権利あるいは刑事上の権利としての側面が注目されてきた。特に患者の自己決定権は、民事裁判においては患者に対する不法行為・債務不履行責任が成立するか否かという問題として、また、刑事裁判においては自殺関与罪・殺人罪の成否の問題として検討されてきた。実際の裁判においては、患者は医師に対して私法上の権利として自己決定権の尊重を求め、それが認められれば十分であるため、憲法判断に踏み込むことは必要とはされてこなかった。

しかし、川崎協同病院事件控訴審判決（東京高判平19.2.28）は、このような自己決定権の扱いに一石を投じた。すなわち、「終末期において患者自身が治療方針を決定することは、憲法上保障された自己決定権といえるかという基本的な問題がある」と述べて、憲法上の権利としての自己決定権に触れたのである。

他方、アメリカにおいても、自己決定権は連邦憲法の明文では認められていないが、1973年のロウ判決において²⁾、連邦裁判所は、自己決定権の典型的なものとされる人工妊娠中絶の自由を連邦憲法上の権利として認めている。ケイシー判決の共同意見は³⁾、その自由の核心が、「存在、意味、宇宙、そして人間の生命の神秘という概念を、自分自身で定義する権利」にあるとしている。自己の根底的確信が公権力によって否定され、自己の根底的確信に反して生きるよう強制された場合には、もはやその人は自己の生を生きているとはいえない⁴⁾。

ここで確認したように、自己決定権の根拠を憲法に求めることができる点については異論はない。しかし、具体的な事案との関係において憲法論を持ち出す必要性と許容性については、検討を要するであろう。

2.2 自己決定権の根拠を憲法に求めることの必要性・許容性

日常における患者と医師の関係は、私法上の法律関係にとどまるため、憲法論を持ち込ん

だとしても具体的事案の解決には役立たない。反対に、仮に憲法論を持ち出すことで、私人間適用の問題がついて回り、また、医師と患者の間で憲法上の権利が意識されることによって、医療行為が委縮してしまうといった弊害も生じるであろう。

しかし、我が国における憲法の役割（憲法の最高法規性や違憲審査権）に鑑みると、患者の自己決定権が憲法上の権利なのか私法上の権利なのかは、理論的には重要な問題であるといえよう。したがって、患者の自己決定権の根拠を憲法に求めるか否かについて、これを検討する価値は高いといえる。

2.3 憲法上の自己決定権の根拠と保障範囲

憲法学における見解としては、自己決定権は憲法上の権利であると捉えるものが多い。「患者の自己決定権は諸外国においては早くから意識されており……わが国でも、患者の自己決定権は憲法 13 条で規定された幸福追求権のひとつ」であるとされ⁵⁾、また、「この権利は憲法 13 条……を法的根拠にしている。患者の『自己決定権』は憲法上の基本的人権を意味している」ともいわれる⁶⁾。

わが国における初期の学説は、憲法 13 条を、裁判所で主張しうる規定ではなく倫理規定であると解していた。なぜなら、憲法 13 条を根拠にするときには、「公共の福祉」が人権の制約を一般的に認める法的根拠とされてしまうからである。しかし、1960 年代以降アメリカの影響を受けて、新しい人権として明文なき権利が主張されるようになると、その根拠を憲法 13 条後段の幸福追求権に求める考えが通説化するに至った⁷⁾。現在では、明文なき権利の根拠を憲法 13 条後段に求めることには、およその一致がみられる。

自己決定権の定義は論者によって異なるが、一般的に、人格的利益説と一般的行為自由説に分けることができる。人格的利益説は、自己決定権によって保障されるのは、人格的生存に不可欠な重要事項のみであるとする。同説によると、憲法 13 条後段の幸福追求権は同条前段の「個人の尊重」と一体的に解され、後段の幸福追求権は、前段の自律的個人としての尊重を主観的権利として具体的に展開したものとされる⁸⁾。一般的行為自由説は、自己の私的な事項が自己決定権によって保障されると考える。同説に立つと、殺人の自由などもその保障範囲に含むことになるため、これを除外するために「公共の福祉に反しない限り」といった限定が付される⁹⁾。

憲法上の自己決定権の根拠と保障範囲については、アメリカやドイツの議論が参考になる。アメリカにおいて、明文なき権利は、裁判官による憲法上の権利の創造として、司法審査の民主的正当性の問題を極大化・先鋭化するものとして考えられてきた¹⁰⁾。自己決定権は、連邦憲法上の権利として、プライバシーの権の 1 つとして承認されている。合衆国憲法修正 14 条には、厳格に審査される基本的権利と合理性の基準で審査される自由があるとされる（ローレンス判決¹¹⁾）。

他方、ドイツにおいては、「明文なき権利」の根拠は、ドイツ基本法第 2 条第 1 項の「人格

の自由な発展の権利」に求められ、一般的行為の自由が保障されている。このような解釈を初めて示したのは、1957年のエルフェス判決であり¹²⁾、通説もこの解釈を支持している¹³⁾。

わが国及びアメリカ、ドイツにおいて、自己決定権は明文なき権利として、今や一般的に承認されている。次章では、自己決定権の具体的な内容をみていくこととする。

2.4 自己決定権の内容

自己決定権の内容として議論されるものは、以下の4つに整理される¹⁴⁾。すなわち、①リプロダクションに関する決定(避妊、中絶など)、②生命・身体の処分に関する決定(医療拒否、尊厳死、安楽死など)、③家族の形成・維持に関する決定(結婚、離婚など)、④ライフスタイルに関する決定(外見、趣味など)の4つに分けることができる。人格的利益説の立場からは、①～③が保障されるのに対し、一般的行為自由説の立場からは、①～④すべてに保障が及ぶことになる。

2.5 患者の自己決定権の内容

わが国では今後、高齢者が増加していくのと同時に、医療の分野のさらなる発展が見込まれ、自己決定権の中でも尊厳死や安楽死などの生命の処分に関する決定が、社会全体の重要な関心事項になると考えられる。まさに今、刑事裁判に至りうる臨死助死や¹⁵⁾、患者の同意の問題に、直面している状況にある¹⁶⁾。そこで、議論が最も先鋭化する「死」についての権利であって今後重大な関心が寄せられるであろう患者の自己決定権につき、その具体的な内容をみていくこととする。

憲法上の患者の自己決定権としては、例えば、①医師に生命を絶つよう要求できる権利(安楽死を求める権利)、②過剰な医療措置を拒否し、尊厳をもって死を迎える権利(尊厳死を求める権利)、③不治の傷病の末期状態にはないが、治療を中止してもらふ権利が認められる。ただし、患者の自己決定権は、生命の尊重と人間の尊厳という、より高次元の原理によって限界づけられるため、無制限のものではない。①安楽死を求める権利においては、人格的利益の保護と生命の尊重が、②尊厳死を求める権利においては、人格的利益の保護と尊厳ある生が、③治療を中止してもらふ権利においては、人格的利益の保護と生命の尊重が対立することになる¹⁷⁾。

わが国以外に目を向けると、アメリカにおいては、尊厳死がコモン・ローの権利であるのか憲法上の権利であるのかという問題が、従来争われていた。これについて、1990年のクルーザン判決の多数意見は¹⁸⁾、連邦憲法は生命維持のための水分・栄養補給を拒否する憲法上保護された権利を与えていると仮定し、その権利を合衆国憲法修正第14条に含まれる憲法上の利益とした。また、積極的安楽死について初めて憲法判断を示した判例として、1997年のグラックスバーグ判決がある¹⁹⁾。法廷意見は、同条によって保障される「基本的権利」は、「アメリカの歴史と伝統に根ざし」、「秩序立った自由の概念に含まれる」ものでなければな

らず、自殺幫助を含む自殺の権利はこれには含まれないとしている。

2.6 自己決定の前提として医師の情報提供・説明義務

患者には、自己決定の前提として医師に情報・説明を求める権利が認められる。患者は自己の病状などを把握したうえで、治療をするか、いかなる治療を選択するか、治療を止めるかなどを自由に決定できる。その場合、宗教上の理由や経済的理由、生活設計や家族の希望など様々な事情を付加して、自由な自己決定をなし得るべきである。したがって、医師には、自己決定に必要な不可欠な情報を提供するための説明義務が課せられる。

これについて、アメリカでは、中絶の手術規制という形で判例が集積されているところである。その具体的な手続きとしては、情報の提供や待期間、配偶者への通知が求められる。これらの手続きは、同じく生命が問題となる尊厳死や安楽死について応用することが可能である²⁰⁾。ただし、死の不可逆性から特に慎重になるべきであり、情報の提供については、医師の専門家としての立場から、情報の選定や提供方法についての配慮が要求される。

他方、ドイツでは、2013年に、患者の権利の向上のための法律（Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten）が成立し施行された。これにより、それまで明示的に規定されていなかった医療契約（Behandlungsvertrag）が、新たにドイツ民法典に挿入された²¹⁾。ドイツ民法 630e 条第1項は、「医療提供者は、同意のために重要なすべての事情を患者に説明すべき義務を負う。説明にはとりわけ、処置の性質、範囲、実施、期待される結果とリスク、診断と治療からみた必要性、緊急性、適切性、及び成功の見込みが含まれる。適応があり通常行われている医療上同程度の方法が複数存在し、負担、危険、又はもたらしうる治癒の機会に重大な差異がある場合、医療提供者は説明に際して別の処置の選択肢も示さなければならない。」として、説明義務（Aufklärungspflichten）を規定している。この規定によれば、医療上有意義な複数の処置がありうる場合には、自己決定権の保護の観点から、処置の他の選択肢について患者に知らせなければならない²²⁾。

同規定の立法趣旨は、患者の人格の自由な発展と、人間の尊厳の尊重に対する憲法上の保障を、私法上具体化したものであるところの患者の自己決定権を保護法益とし、不法行為法との区別をはかって医療契約上の義務としたことにある²³⁾。ただし、患者の自己決定を理由に必要とされる説明と、治療上の観点の下で必要な情報とは区別される²⁴⁾。医師による治療への同意については、患者が自身の現在の意思をもはや表明し得ない場合には、患者の推定的意思が考慮される²⁵⁾。

ここまでで、患者の自己決定権の具体的な内容が明らかになった。次章では、安楽死・尊厳死の具体的事案として、東海大安楽死事件及び川崎協同病院事件の概要と判旨をみていく。

3 判例・裁判例

3.1 東海大安楽死事件・事件の経過²⁶⁾

安楽死の事例としては、東海大安楽死事件がある。認定事実によれば、事件の経過は以下のとおりである。

被告人は、大学付属病院の医師として、末期癌の患者を担当していた。被害者の余命は数日であり、いびきのような呼吸で疼痛刺激に対しても全く反応していない状態であった。被告人は、被害者の長男から治療の中止を強く求められ、平成3年4月13日午後零時ころ、被害者の点滴・カテーテルなどを外した。また、被害者の長男から「楽にしてください。早く家に連れて帰りたい。」といわれ、午後6時15分頃、呼吸抑制の副作用がある鎮静剤を、午後7時頃、同じ副作用のある抗精神病薬を、それぞれ通常の2倍量被害者に注射した。しかし、被害者が、苦しそうな呼吸を続けていたため、被害者の息を引き取らせることを決意し、午後8時35分頃、殺意をもって、一過性心肺停止の副作用がある不整脈治療剤を通常の2倍量注射し、続いて、心停止を引き起こす作用のある塩化カリウムを希釈することなく注射し、死亡させた。

3.2 東海大安楽死事件横浜地判（横浜地判平7.3.28）²⁷⁾

横浜地裁は、傍論としてはあるが²⁸⁾、治療行為の中止について、「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と考えられるのである」としたうえで、治療行為の中止が認められるためには、以下の要件をみとす必要があるとした。すなわち、まずは①「患者が治癒不可能な病気に冒され、回復の見込みがなく死が避けられない末期状態にあること」が、次に②「治療行為の中止を求める患者の意思表示が存在し、それが治療行為の中止を行う時点で存在すること」が必要であるとした。

さらに、①について、治療の中止は「患者の自己決定権に由来する」が、「その権利は、死そのものを選ぶ権利、死ぬ権利を認めたものではなく」、「治癒不可能な病気とはいえ治療義務の限界を安易に容認することはでき」ないとし、②について、「患者の明確な意思表示が存在しないときは、患者の推定的意思を是認して良く、患者自身の意思表示は推定的意思を認定する有力な証拠とな」り、「患者の事前の意思表示が存在しない場合には、家族の意思表示から患者の意思を推定することが許されるが、そのためには、家族が患者の意思を的確に推定しうる立場にあって、患者の病状・治療内容について正確な認識をもっていることが必要であり、医師側においても、患者及び家族をよく認識し理解することが必要である」とした。

また、患者の意思表示の前提として、患者自身が「十分な情報を得て正確に認識し」てい

ることを要求し、「病名告知やいわゆるインフォームド・コンセント」が重要であるとした。

他方、安楽死については、「回復の見込みがなく死が避けられない状態にある末期患者が、なおも激しい苦痛に苦しむとき、その苦痛を除去・緩和するため死期に影響するような措置をし、さらにはその苦痛から免れさせるため積極的に死を迎えさせる措置を施すことが許されるかということである」としたうえで、安楽死が許されるためには、①「患者に耐えがたい激しい肉体的苦痛が存在すること」、②「死が避けられず、かつ死期が迫っていること」、③「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明示の意思表示があること」が必要だとした。

そして、①について、「患者を耐えがたい苦痛から解放しあるいはその苦痛を除去・緩和するという目的のためにこそ、死を迎えさせあるいは死に影響する手段をとるという、安楽死における目的と手段の関係からして、解放のあるいは除去・緩和の対象として、患者に耐えがたい苦痛が存在しなければならない。「この苦痛の存在ということは、現に存在するか、または生じることが確実に予想される場合も含まれると解される」と示し、②については、「苦痛を除去・緩和するための措置であるが、それが死に影響しあるいは死そのものをもたらすものであるため、苦痛の除去・緩和の利益と生命短縮の不利益との均衡からして、死が避けられず死期が切迫している状況ではじめて、苦痛を除去・緩和するため死をもたらす措置の許容性が問題となり得るといえるのである。ただ、この死期の切迫性の程度については、後述する安楽死の方法との関係である程度相対的なものといえよう。すなわち、直ちに死を迎えさせる積極的安楽死については、死期の切迫性は高度のものが要求されるが、間接的安楽死については、それよりも低いものでも足りるといえることがいえよう」と述べた。

また、③について、「医師による末期患者に対する積極的安楽死が許容されるのは、苦痛の除去・緩和のため他の医療上の代替手段がないときであるといえる。そして、それは、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える自己決定権の理論を根拠に、認められるものといえる」とし、④については、「末期状態にある患者が耐えがたい苦痛にさいなまれるとき、その苦痛に耐えながら生命の存続を望むか、生命の短縮があっても苦痛からの解放を望むか、その選択を患者自身に委ねるべきであるという患者の自己決定権の理論が、安楽死を許容する一つの根拠であるから、安楽死のためには患者の意思表示が必要である」と述べた。

3.3 川崎協同病院事件・事件の経過

尊厳死の事例としては、川崎協同病院事件がある。第一審の認定した事実によれば、当該事件の経過は以下のとおりである。

被告人は、昭和 60 年ころから本件被害者（当時 58 歳）を主治医として担当していた。本件被害者は、平成 10 年 11 月 2 日から、気管支喘息重積発作に伴う低酸素性脳損傷で意識が

回復しないまま入院していた。同年11月16日の午後、被告人が、被害者の妻と面会したところ、同人から、「みんなで考えたことなので抜管してほしい。今日の夜に集まるので今日お願いします。」などと言われて、抜管を決意した。同日午後5時30分ころ、被害者の妻や子、孫らが本件病室に集まり、午後6時ころ、被告人が准看護婦（原文ママ）と共に病室に入った。被告人は、家族が集まっていることを確認し、被害者の回復をあきらめた家族からの要請に基づき、被害者が死亡することを認識しながら、気道確保のために鼻から気管内に挿入されていたチューブを抜き取るとともに、呼吸確保の措置も採らなかった。

ところが、予期に反して、被害者が身体をのけぞらせるなどして苦もん様呼吸を始めたため、被告人は、鎮静剤を静脈注射するなどしたが、これを鎮めることができなかった。そこで、同日午後7時ころ、准看護婦（原文ママ）に指示して、被害者に対し筋弛緩剤を静脈注射の方法により投与した。被害者の呼吸は、午後7時3分ころに停止し、午後7時11分ころに心臓が停止した。

3.4 川崎協同病院事件第一審（横浜地判平17.3.25）²⁹⁾

横浜地裁は、「このような事例、すなわち、末期医療において患者の死に直結し得る治療中止の許容性について検討してみると、このような治療中止は、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ものと考えられる」とし、そのような状況（高度な延命医療技術によって、自然な寿命が尽きた後も延命が可能な状況）が、「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とともに、医師の側には、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を生ぜしめて来ているものと思われる。この前者が患者の終末期における自己決定の問題であり、後者が治療義務の限界の問題である」と述べた。

自己決定については、「末期、とりわけその終末期における患者の自己決定の尊重は、自殺や死ぬ権利を認めるというものではなく、あくまでも人間の尊厳、幸福追求権の発露として、各人が人間存在としての自己の生き方、生き様を自分で決め、それを実行していくことを貫徹し、全うする結果、最後の生き方、すなわち死の迎え方を自分で決めることができるということのいわば反射的なものとして位置付けられるべきである」とした。

さらに、その自己決定の前提として、「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」ことが不可欠であるとし、「回復不能でその死期が切迫していることについて」は、「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」としている。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ず、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」としながら、「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」には、「本人の事前の意思が記録化されているもの（リビング・ウイル等）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効な手がかりとなる」とした。そして、ここでも、「その探求にもかかわらず真意が不明であれば、「疑わしきは生命の利益に」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」ことを強調している。

また、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ことになる（実際には、医師が患者や家族の納得のためそのような治療を続ける場合もあり得るがそれは法的義務ではない）」としている。

3.5 川崎協同病院事件控訴審（東京高判平19.2.28）³⁰⁾

東京高裁は、「治療中止を適法とする根拠としては、患者の自己決定権と医師の治療義務の限界が挙げられる」とし、患者の自己決定権からのアプローチについては、「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」。終末期において、「患者が一旦治療中止を決定したならば、医師といえども直ちにその決定に拘束されるとまでいえるのかという疑問がある」とし、「自己決定権による解釈だけで、治療中止を適法とすることには限界があるというべきである」とした。

他方、治療義務の限界からのアプローチについては、「無意味な治療や無価値な治療を行うべき義務がない」といえるのは、「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」とし、「治療義務限界説によれば、治療中止を原則として不作為と解することが前提となる点でも、必ずしも終末期医療を十全に捉えているとはいえない」としている。

したがって、「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り」、他方、「国家機関としての裁判所が当該治療中止が殺人に当たると認める以上は、その合理的な理由を示さなければならない」としている。そして、「患者の自己決定権と治療義務の限界の双方の観点から、当該治療中止をいずれにおいても適法とすることができなければ、殺人罪の成立を認めざるを得ないことになる」と示した。

3.6 川崎協同病院事件上告審（最決平成21.12.7）³¹⁾

最高裁は、「上記の事実経過によれば、被害者が気管支ぜん息の重積発作を起こして入院した後、本件抜管時までに、同人の余命等を判断するために必要とされる脳波等の検査は実

施されておらず、発症からいまだ2週間の時点でもあり、その回復可能性や余命についての確な判断を下せる状況にはなかったものと認められる。そして、被害者は、本件時、こん睡状態にあったものであるところ、本件気管内チューブの抜管は、被害者の回復をあきらめた家族からの要請に基づき行われたものであるが、その要請は上記の状況から認められるとおり被害者の病状等について適切な情報が伝えられた上でされたものではなく、上記抜管行為が被害者の推定的意思に基づくということもできない。以上によれば、上記抜管行為は、法律上許容される治療中止には当たらないというべきである。」と判示した。

4 検討

4.1 患者の自己決定権の根拠

わが国の裁判において患者の自己決定権は、私法上の権利の問題として扱われてきたが、その根拠を憲法上にも求めるべきかは重要な問題である。そこで、上記4つの判例・裁判例において示されている見解を検討する。

まず、東海大安楽死事件横浜地裁は、「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と考えられるのである」とし、自己決定権と、医師の治療義務の限界には触れているが、自己決定権が憲法上の権利なのかについては明確にしていない。

他方、川崎協同病院事件第一審は、「自己決定権」とまでは断言しなかったものの、「末期、とりわけその終末期における患者の自己決定の尊重は、自殺や死ぬ権利を認めるというのではなく、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、憲法13条を意識したかのような言い回しを用いている。

そして、川崎協同病院事件控訴審は、「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」とし、「憲法上保障された」権利としての自己決定権に言及している。事案の解決には不可欠でないにもかかわらず、あえて言及されていることからすれば、自己決定権を、憲法上の権利として認める可能性があることを示唆したものとも考えられる。第一審が憲法13条を意識したかのような言い回しを用いたことが、この示唆につながったのではなかろうか³²⁾。ただし、結論として、自己決定権を憲法上保障された権利として承認するか否かについて、控訴審は明確な判断を示していない。

川崎協同病院事件上告審においては、特にこの点には触れられていない³³⁾。

これら4つの判旨から、患者の自己決定権の根拠が憲法にあると考えているとの結論は得られないが、少なくとも、憲法上の自己決定権が意識されていることは読み取れる。明確な結論については、今後の判例・裁判例の集積が待たれるところである。

4.2 患者の自己決定権と医師の治療義務の限界の関係性

患者の自己決定権と医師の治療義務の限界の関係については、大別して2つの考え方がある³⁴⁾。

1つ目は、患者の自己決定権と医師の治療義務の限界が、それぞれ独立して治療行為の中止の根拠となり得るという考え（以下「独立型」という）である。独立型においては、患者や家族の意思に反しても医師には治療を継続する必要がない場合があり、また、治療義務が消滅する前であっても患者は自己決定権に基づいて治療を中止できる場合がある。

2つ目は、自己決定権の行使によって医師の治療義務の範囲が画されるという考え（以下「従属型」）である。従属型においては、自己決定権は、治療義務の限界の判断基準として位置づけられる。

東海大安楽死事件横浜地裁は、治療行為の中止は、「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」とし、治療行為の中止にはこの自己決定権と医師の治療義務の限界の2つの根拠が妥当することを示している。治療行為の中止は「患者の自己決定権に由来」するが、「死ぬ権利を与えたものではない」とし、「生命を救助することが不可能で死を避けられず」、単に延命を図ることしかできなくなって初めて中止が検討されるべきであるとしている。つまり、横浜地裁は、患者の自己決定権の前提として死が不可避であることを要求している。この部分は、いわば、自己決定権の内在的な限界について述べたこととみることができる。本稿の2.5で述べた通り、自己決定権においては常にそれを上回る利益との関係が問題となり、いまだ生命の救助が可能である場合には、より高次元の「生」という利益が、「人格的利益」を上回ることとなる。そのような場合には自己決定権の行使自体に内在的な制限が加わると考えられるのである。内在的な制限をクリアした自己決定権の行使によって、治療義務の限界が画されるとすれば、東海大安楽死事件横浜地裁の判示は、従属型に親和的であるといえる。

川崎協同病院事件第一審も、「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と根拠として認められる」として、治療行為の中止にはこの2つの根拠が妥当することを示している。また、自己決定の前提として「回復の見込みがなく死期が迫っていること」が「不可欠」だとして、自己決定権の内在的な限界についても述べている。しかし、東海大安楽死事件横浜地裁の判示とは異なり、「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ことになる（実際には、医師が患者や家族の納得のためそのような治療を続ける場合もあり得るがそれは法的義務ではない）」としていることから、自己決定とは無関係に医師の治療義務の限界が決まる場合があることを承認していると捉えられるのである。したがって、川崎協同病院事件第一審判決は、独立型に親和的であるといえることができる³⁵⁾。

これらに対して、川崎協同病院事件控訴審は、自己決定権と医師の治療義務の限界の関係性を必ずしも明らかにしていない。しかし、「患者が一旦治療中止を決定したならば、医師といえども直ちにその決定に拘束されるとまでいえるのか」という疑問がある。「自己決定権による解釈だけで、治療中止を適法とすることには限界があるというべきである」としていることから、自己決定権が医師の治療義務の限界を画すると考える従属型でないことは確かであろう。

川崎協同病院事件上告審は控訴審の結論を維持している。自己決定権と医師の治療義務の限界に触れてはいるものの³⁶⁾、その関係については明らかにしていない。

以上考察を加えてきたが、議論の前提として、「医師の治療義務の限界」という文言の意味が判然としないことを無視することはできない。従来、この文言の意味については、十分に検討が加えられてきたとはいえないため、本稿では、「医師の治療義務の限界」という文言について、以下の解釈を示す。

1つ目は、自己決定の前提として、治療が医学的適応性を欠くことにより生ずる治療義務の限界である。これは、前述の自己決定権に内在する制限のことである。

2つ目は、自己決定権とは無関係な医学的な限界としての治療義務の限界である。これは、自己決定権とは全く無関係に、それ自体で治療を中止する根拠となり得るものである。

そして3つ目は、自己決定権に内在する制限をクリアして自己決定権が行使された結果生じる、治療義務の限界である。ここには、客観的な医学的判断という観点を容れる必要はなく、自己決定権の行使によって医師の治療義務は当然に消滅する³⁷⁾。

東海大安楽死事件横浜地裁が、「生命を救助することが不可能で死を避けられず」、単に延命を図ることしかできなくなって初めて中止が検討されるべきであると説示している部分は、1つ目の意味の医師の治療義務の限界について述べたと解することができる。

また、川崎協同病院事件第一審が、自己決定の前提として「回復の見込みがなく死期が迫っていること」が「不可欠」だと判示した部分は1つ目の意味、「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」と判示した部分は、2つ目の意味で、この言葉を使用していると考えられる。

2つ目の意味の治療義務の限界を認めると、「無益な治療」の先の「無益な生」が観念されるため、生命の質で差別をする見解につながる可能性がある。したがって、これを認めるこ

とへの批判も多い³⁸⁾。しかし、客観的な医学的判断による治療義務の限界は、やはりその存在を無視できるものではないだろう。医学的に全く意味のない治療行為や有害な治療行為については、患者の意思に反したとしても、否定されるべきである³⁹⁾。

4.3 治療行為の中止の要件

治療行為の中止の根拠は、前述の通り患者の自己決定権と医師の治療義務の限界である。具体的な事案における治療行為の中止の要件は、これら2つの根拠から導き出されるものと考えてよいと思われる。すなわち、患者の自己決定権からは①患者の意思という要件（これは、インフォームドコンセントの問題である）が、医師の治療義務の限界からは②死が不可避であるという要件が導かれる。

東海大安楽死事件横浜地裁は、①につき、「治療行為の中止を求める患者の意思表示が存在し、それが治療行為の中止を行う時点で存在すること」が必要だが、患者の明確な意思表示が存在しないときは、患者の推定的意思を是認して良く、患者自身の意思表示は推定的意思を認定する有力な証拠とな」り、「患者の事前の意思表示が存在しない場合には、家族の意思表示から患者の意思を推定すること」も許されるとしている。また、意思表示の前提として、患者自身が「十分な情報を得て正確に認識し」ていることが必要であり、「病名告知やいわゆるインフォームド・コンセント」が重要であるとした。また、②については、「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」を要求している。

川崎協同病院事件第一審は、①について、「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」としながら、「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」には、「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」とした。また、②については、「回復の見込みがなく死が目前に迫っていること」が、自己決定の「不可欠の前提となる」とし、「その自己決定の前提として十分な情報」が提供され、「それについての十分な説明がなされていること」が必要であるとして、自己決定の前提としての情報提供義務、説明義務についても触れている。

ここで、若干、各要件に存する問題点を指摘しておく。まず、①については、治療行為の中止が、患者の意識が朦朧としている状況や、長期に渡る闘病によって必ずしも精神状態が安定していない状況の下で判断されるため、川崎協同病院事件控訴審が説示するように、「患者が本当に死を望んでい」るのかは「不明というのが正直なところである。したがって、患者の意思表示が、任意かつ真意によるものであること（意思を推定する場合も同様である）を、どのように担保するのが大きな課題となるが、「死」の不可逆性から、おのずと慎重な判断が求められる。これについては、まず、ガイドライン⁴⁰⁾の適切な運用が肝心である。

しかし、ガイドラインは事実上の許容範囲を示す準則に過ぎず、医師はこれに反したことのみで責任に問われることはない。ガイドラインの運用のみでは、患者にとって不本意な尊厳死や安楽死などが招かれるのではないかとの懸念を払拭できないのである⁴¹⁾。したがって、抜本的な解決には、やはり立法を要するであろう。このことは、患者が自己決定をする前提としての情報の提供や説明義務についても同様である。

②については、「死が不可避」であるかにつき、必ずしも画一的な判断ができるわけではないとの問題が残る。「死が不可避」と判断され得る状況にある場合であっても、科学的な救命・延命可能性は0%というわけではない。したがって、具体的にどの程度の救命・延命可能性の減少で「死が不可避」といえるかの基準が問題となる。

5 おわりに

自己決定権の根拠を憲法、私法のいずれに求めるのかは非常に重要な問題である。無論、これを憲法上の権利として認める場合には、私人間適用の問題や医療行為の委縮の問題などが生ずるところではある。しかしながら、自己決定権は、経済や科学の発展によって、自由に生きることができるようになった現代社会において極めて重要な権利であり、その根拠をどこに求めるのかによって具体的事案の結論を左右する場面もあるだろう。本稿では、自己決定権の憲法上の根拠とその内容、患者の自己決定権の内容を、アメリカやドイツにおける状況を比較しつつ明らかにしたうえで、東海大安楽死事件、川崎協同病院事件において、尊厳死や安楽死がどのように扱われているか検討し、自己決定権と医師の治療義務の限界の関係性、最後に治療行為の中止が適法とされるための要件とその根拠を明らかにした。特に、「医師の治療義務の限界」については、従来この文言をどのような意味で用いているのかが必ずしも明確ではなかったため、私見として、①自己決定の前提として治療が医学的適応性を欠くことにより生ずる治療義務の限界、②自己決定権とは無関係な医学的な限界としての治療義務の限界、③自己決定権に内在する制限をクリアして自己決定権が行使された結果生じる治療義務の限界、とする3つの解釈を示した。「医師の治療義務の限界」という文言の意味が必ずしも判然としない現状において、この文言に具体的な意味付けがなされることによって、医療の現場における「医師の治療義務の限界」が鮮明になるのではないだろうか。

紙面の関係上触れることのできなかつた問題がいまだ山積しているが、それらについては今後の課題としたい。

注

- 1) 竹中勲『憲法上の自己決定権』（成文堂、2010年）3頁。
- 2) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).
- 3) *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).
- 4) ロナルド・ドゥオーキン（石川文彦訳）『自由の法—米国憲法の道徳的解釈』（木鐸社、1999年）153頁以下、巻美矢紀「自己決定権の論点—アメリカにおける議論を手がかりとして」レファレンス 56巻5号（2006年）87頁。

- 5) 中川淳・大野真義編『医療関係者法学』（世界思想社、1989年）63頁。
- 6) 内山雄一「医師の裁量権と患者の自己決定」『インフォームド・コンセント』（北樹出版、1994年）42頁。
- 7) 巻・前掲注4）92-93頁。
- 8) 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣、1994年）339頁以下など。
- 9) 橋本公旦『日本国憲法』（有斐閣、1980年）219頁以下など。
- 10) 巻・前掲注4）84頁。
- 11) Lawrence v. Texas, 539 U.S. (2003).
- 12) BVerfGE 6, 32.
- 13) 巻・前掲注4）90頁。
- 14) 芦部・前掲注8）394頁。
- 15) 只木誠「医療行為に関する、とりわけ高齢患者の承諾能力」高橋則夫・只木誠・田中利幸・寺崎嘉博 長井圓先生古稀記念論文集『刑事法学の未来』（信山社、2017年）224頁以下。
- 16) 只木誠「医療における患者の自律と承諾能力」伊東研祐・小島秀夫・中空壽雅・松原芳博編 増田豊先生古稀祝賀論文集『市民的自由のための市民的熟議と刑事法』（勁草書房、2018年）57頁以下。
- 17) 野畑健太郎「『患者の自己決定権』に関する憲法論上の諸問題」憲法論叢 15号（2008年）14-15頁。
- 18) Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, 497 U.S. 261 (1990). これは、交通事故により植物状態となった患者が、生命維持装置の取外しを求めた事案である。
- 19) Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997).
- 20) 巻・前掲注4）88頁。
- 21) Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Aufl, 2014, S.1009.
- 22) Jauernig (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Aufl, 2014, § 630e Rn1-3.
- 23) BT-Drucksache 17/10488.
- 24) Wagner 2009, § 823, Rn. 753 u. 772.
- 25) Katzenmeier, in: Dauner-Lieb/Langen., NK-BGB, 2. Aufl., 2012, § 823 BGB, Rn. 115.
- 26) 横浜地判平 7.3.28 判時 1530 号 28 頁。
- 27) 詳細な解説として、辰井聡子「判批」山口厚・佐伯仁志編別冊ジュリスト『刑法判例百選Ⅰ総論 [第7版]』（有斐閣、2014年）42-43頁。
- 28) 詳細な傍論を展開したことについては、批判も多い。佐伯仁志「判批」西田典之・山口厚・佐伯仁志編別冊ジュリスト『刑法判例百選Ⅰ総論 [第6版]』（有斐閣、2008年）44-45頁。
- 29) 横浜地判平 17.3.25 判時 1909 号 130 頁。
- 30) 東京高判平 19.2.28 判タ 1237 号 153 頁。
- 31) 最決平成 21.12.7 刑集 63 卷 11 号 1899 頁。
- 32) 野畑健太郎「判例における『患者の自己決定権』再考—憲法の視点から—」白鷗大学法科大学院紀要創刊号（2007年）160頁。
- 33) 詳細な解説として、神馬幸一「判批」山口厚・佐伯仁志編別冊ジュリスト『刑法判例百選Ⅰ総論 [第7版]』（有斐閣、2014年）44-45頁。
- 34) 患者の自己決定権と医師の治療義務の限界に詳しいものとして、井田良「基調報告：終末期医療における刑法の役割」（現代刑事法研究会（1）終末期医療と刑法）ジュリスト 1377号（有斐閣、2009年）83頁、稲田朗子「判批」高知論叢社会科学 105 卷（2012年）62-64頁、町野朔「患者の自己決定権と医師の治療義務—川崎協同病院事件控訴審判決を契機として—」刑事法ジャーナル 8号（2007年）49頁以下、近時の論考として、横山美帆「終末期医療における治療差控え・中止を適法とする法的枠組再考」慶応法学 39号（2018年）181-183頁。
- 35) 親和性に関する結論において、同旨のものとして、井田良＝今井猛嘉＝有賀徹＝原田國男＝佐伯仁志＝橋爪隆＝山口厚「座談会：終末期医療における刑法の役割」（現代刑事法研究会（1）終末期医療と刑法）ジュリスト 1377号（有斐閣、2009年）102頁 [橋爪発言]。
- 36) 入江猛「最判解」刑事篇（平成 21 年度）580 頁以下。
- 37) 治療義務の限界について詳しいものとして、大谷賽「末期医療と刑事責任—刑法解釈の諸問題（一）」警察研究第 56 卷 7 号（1985年）9頁。
- 38) 武藤眞明「判批」刑事法ジャーナル 23 号（2010年）89-90頁、古川原明子「安楽死・尊厳死の刑法的評価—終末期における治療行為論に向けて—」現代法学第 18 号（2009年）103頁。
- 39) 佐伯仁志「末期医療と患者の意思・家族の意思」樋口範雄編著『ケーススタディ生命倫理と法（第2版）』（有斐閣、2012年）71頁、小林憲太郎「判批」刑事法ジャーナル 2 号（2006年）93頁、

井田良「再論・終末期医療と刑法」岩瀬徹＝中森喜彦＝西田典之編『刑事法・医事法の新たな展開（下）』町野朔先生古希記念（信山社、2014年）143頁。

- 40) 厚生労働省「人生の最終段階における医療・ケアの決定プロセスに関するガイドライン」（平成30年3月）、全日本病院協会「終末期医療に関するガイドライン～よりよい終末期を迎えるために～」（平成28年11月）など。
- 41) ガイドラインに関して同様の懸念が存在することに触れているものとして、樋口範雄『続・医療と法を考える 終末期医療ガイドライン』（有斐閣、2008年）87頁以下。

（平成30年5月7日受付、平成30年7月5日再受付）