

# 治療行為中止の許容性

田 坂 晶

目次

はじめに

第1章 治療行為の中止は「作為」か「不作為」か

第2章 治療行為中止をめぐる裁判例

第3章 治療中止の許容性

おわりに

はじめに

医療の目的は、患者の生命や健康を維持・回復することである。近年の医療技術の著しい進歩により、以前であれば自然の死を遂げていたであろう不可逆的意識喪失患者の生命をも一定の間維持することができるようになってきている<sup>1</sup>。こうした医療技術の発達はわれわれの生活にはかり知れない恩恵をもたらした。しかし、医療は万能ではなく、生命や健康の維持・回復という医療の目標には、限界があるという事実も忘れてはならない<sup>2</sup>。回復の見込みがほとんどないにもかかわらず、人工呼吸器や栄養チューブなどを装着することによってかろうじて生命を維持している状態の患者も少なからず出てきた。人間の生命にも、医療技術にも限界がある以上、延命のための治療を

---

<sup>1</sup> 上田健二「末期医療と医師の生命維持義務の限界—いわゆる『一方的治療中断』の許容基準をめぐって—(1)」同志社法学41巻1号(1989年)3頁。

<sup>2</sup> 大嶋一泰「生命維持装置の取外しと刑法」福岡大学法学論叢23巻3・4号(1979年)288頁。

積極的に継続することが、医学的な観点からみて、それ以上意味を持たないという時点があるはずである<sup>3</sup>。こうした状態の患者の治療を中止する行為は、犯罪なのであろうか。

患者に装着されている人工呼吸器を取り外すなど、治療を中止すれば患者が死亡する可能性が高いことを認識しながら、医師が治療行為を中止し、これによって患者が死亡した場合、殺人罪または同意殺人罪の成否が問題になる。現在、わが国には、治療行為を中止した者の罪責を否定するための明文規定は存在しない。とはいえ、治療を中止する行為すべてについて犯罪の成立を認めるのは医師にとってあまりに酷であるし、上述したように、それ以上の治療の継続は医学的に無意味であるという状況が生じうる今日の医療の現状にもあわないであろう。やはり、治療行為の中止が許容される余地を認めるべきではなかろうか<sup>4</sup>。問題は、治療中止が許容される根拠と、そのための要件である。治療を中止する行為の正当化を、どのように説明するのが刑法の解釈論に課された課題であろう<sup>5</sup>。本稿では、いったん開始した治療行為を、医師が中止する行為の許容性について考察してみたい。

## 第1章 治療行為の中止は「作為」か「不作為」か

そもそも、いったん開始した治療措置を中止する行為は「作為」なのであろうか、それとも、「不作為」であると解すべきなのであろうか。この点については、学説で議論が戦わされている。治療を中止する行為の正当化につ

---

<sup>3</sup> 大嶋一泰・前掲注（2）300頁。

<sup>4</sup> むしろ、患者が延命措置の中止を要求しているにもかかわらず、延命治療を無理強いする行為は、強要罪や暴行罪に該当するおそれがあるとの指摘もみられる（甲斐克則「尊厳死問題の法理と倫理」愛知学院大学宗教法政研究所紀要49号〔2009年〕157頁）。植松正「安楽死問題の新局面」ジュリスト623号（1976年）118頁。

<sup>5</sup> 植松正・前掲注（4）114頁。

いて検討を加える前提として、この点について整理をしておきたい。

## 第1節 学説の整理

まず、治療の中止を不作為と捉える見解からみてみたい。不作為犯は、作為義務を負っている者が作為義務に反して作為に出なかった場合にのみ成立する<sup>6</sup>。したがって、治療の中止を不作為であると解すると、治療を中止する行為について刑事責任が問われるのは、作為義務を負う者、ここでは、治療行為をする義務を負う者に限定されることになる。治療行為の中止を不作為と解する見解は、治療行為中止が許容される根拠を、治療義務の不存在に求めている。すなわち、医師が患者の治療を継続するのは治療義務の履行であり、治療を中止した場合、「それ以上の救命行為を行わない」という不作為が刑法的評価の対象とされるのである。そこで、もはや救命が不可能という段階に至れば、治療を継続する刑法上の義務が存在しないことを意味するので、その限りで医師は保証人的地位から解放される<sup>7</sup>。それゆえに、この段階で治療行為を中止したとしても、保証人的地位にない医師は不作為犯の主体とはなりえず、殺人罪や同意殺人罪の構成要件に該当し得ないと解するのである<sup>8</sup>。この見解は、患者の身体から生命維持装置を取り外す行為の前段階として、医師は、患者の救命を依頼されてこれを引き受け、自己の負担と責任において救命のための治療行為を継続してきたことに着目している。その中で治療行為を打ち切ることは、将来に向けてもはや治療行為を行わないことと同価値であり、事態の一部を分離せず実態に即してみれば、それは死にゆく人を助けるという行為をそれ以上はしなかったという消極的な行為（すなわち不作為）であるというのである<sup>9</sup>。

<sup>6</sup> 大谷實『刑法講義各論』（成文堂、新版第4版、2012年）132頁以下。

<sup>7</sup> 大嶋一泰・前掲注（2）302頁、鈴木雄介「治療行為の中止と刑事責任」刑事法ジャーナル23号（2010年）54頁。

<sup>8</sup> 井田良「生命維持治療の限界と刑法」法曹時報51巻2号（1999年）373頁。

<sup>9</sup> 井田良・前掲注（8）373頁。

これに対して、治療を中止するにあたっては、当該患者の生命を終わらせるための身体的動作が介入していることを否定することはできないとの観点から、治療行為を中止する見解を作為であるとする見解も有力に主張されている<sup>10</sup>。また、こうした見解は、患者の生命維持装置を取り外したり、気管内に挿入されたチューブを抜いたりする行為と、患者の死亡という結果との間の因果関係の存在も否定できない点も根拠としてあげている。治療行為の中止を作為であると解すると、不作為説のように主体は限定されず、治療義務を負っている医療従事者以外の者も治療行為を中止させる行為に出た場合には刑事責任を問われることになる<sup>11</sup>。

しかし、こうした見解に対しては、患者に装着されている延命措置の停止を作為であると性格づけるとすれば、それは、患者の受け入れから始まる医療機関の行う全体的な行為からその一部分のみを切り離した不自然な見方であるという批判が加えられている<sup>12</sup>。

## 第2節 考察

治療を中止する行為を不作為であると解すれば、治療義務を負う者だけが治療行為の中止という不作為犯の主体になりうるので、医師などの医療従事者だけが実行行為者となる<sup>13</sup>。しかし、人工呼吸器の取外しなどの治療を中止

---

<sup>10</sup> 武藤眞朗「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年）382頁、石原明『医療と法と生命倫理』（日本評論者、1997年）319頁、神山敏雄「作為と不作為の限界に関する一考察—心肺装置の遮断をめぐる—」鈴木茂嗣編『平場安治博士還暦祝賀 現代の刑事法学（上）』（有斐閣、1977年）124頁。

<sup>11</sup> なお、植松正・前掲注（4）116頁は、人の死期について、三徴候説ではなく脳死説に立脚して、作為による治療行為の中止が正当化を導く。すなわち、患者が脳死状態に至れば、当該患者はすでに死亡しているので、死者から延命措置を取り外したとしても殺人罪にはならないというのである。

<sup>12</sup> 井田良「終末期医療と刑法」ジュリスト1339号（2007年）42頁。

<sup>13</sup> 武藤眞朗・前掲注（10）375頁。

する行為は、医師でなくとも、あらゆる者が実行可能である。それにもかかわらず、治療の中止行為を不作為であると解すれば、たとえば、治療義務を負う医師が、苦しむ患者の様子を見かねて、延命措置をこれ以上続けるべきではないと判断し、治療行為を中止した場合には、殺人罪や同意殺人罪などに問われる可能性があるのに対して、医師ではない者が殺意を持って患者の生命維持装置を外した場合には、この者には作為義務はないとして不作為による殺人罪に問われないという不均衡が生じる。こうした問題を回避するために、行為主体が医師の場合の治療中止を不作為、それ以外の者による場合を作為と解する立場もあるが、あまりにも便宜的であるといわざるを得ない<sup>14</sup>。

生命維持装置を装着することによって、安全な状態が作出され、これを装着し続けることで一定期間は安全な状態が保たれるのであるから、この装置を外すことは、患者を危険な状態へと移行させることになる。また、この危険な状態への移行は、担当医師などによるものであろうと、第三者によるものであろうと、区別するべきではない<sup>15</sup>。したがって、治療行為を中止する行為のすべてを不作為であると解するべきではないであろう<sup>16</sup>。

いまだ死に至っていないが、回復の見込みがない患者への治療を中止する行為は、殺人罪または同意殺人罪を構成する可能性が高い。構成要件該当性の有無はあくまでも形式的・類型的に判断するべきである。患者に現に装着されている延命措置を外せば当該患者が死に至るということを認識しながらこれを取り外し、これによって当該患者の死期を一定程度早めるという結果を生じさせ、医師のこうした行為と患者の死亡という結果との間に因果関係が認められる以上、少なくとも、殺人罪または同意殺人罪の構成要件該当性を否定することはできない<sup>17</sup>。したがって、治療行為の中止については、構成

<sup>14</sup> 川崎友巳「刑法上における治療中止の許容範囲—治療中止の許容根拠と要件の考察—」研修744号(2010年)7頁。

<sup>15</sup> 武藤眞朗・前掲注(10)377頁。

<sup>16</sup> 城下裕二「終末期医療をめぐる刑法上の諸問題」刑事法ジャーナル35号(2013年)109頁。

<sup>17</sup> 武藤眞朗・前掲注(10)383頁、古川原明子「安楽死・尊厳死の刑法的評価—終

要件該当性を認めたとうえで、その正当性については、違法性の段階で検討するべきであろう。

## 第2章 治療行為中止をめぐる裁判例

「安楽死」・「尊厳死」という枠組みでとらえられた刑事裁判実務において、長い間大きな影響力を持っていたのは、昭和37年の名古屋高等裁判所判決で示された、安楽死の法的許容性に関する6要件であった<sup>18</sup>。しかし、本件判決で提示された6つの要件を現実に充足することは非常に困難であり、事実上、安楽死を法的に許容しないと変わらないという評価があった<sup>19</sup>。

その後、1970年代以降の生命維持医療技術の急速な進展にともない、過剰医療の是非が問われるなど、終末期医療のあり方をめぐる問題が顕在化し、安楽死・尊厳死をめぐる問題も、さまざまな角度から論じられるようになってきた。こうしたなかで、近親者が被告人であった従来の事件とは違って、はじめて医師を被告人とする事件に対して判断が下されたのが平成7(1995)年の東海大事件横浜地方裁判所判決であった<sup>20</sup>。

### 第1節 東海大事件判決

本件の事実の概要は、以下のとおりである。末期癌患者が昏睡状態にあり、苦しそうな呼吸を繰り返していたのを見かねた患者の家族が、早く楽にしてやってほしいと医師に強く要求した。医師が家族の要請に応じて点滴やフォーリーカテーテル等を外し、治療行為を中止したが、医師の予測に反して、これだけでは患者が息を引き取らなかった。医師は、さらに家族に促されて、

---

末期における治療行為論に向けて一」現代刑法18号(2009年)95頁。

<sup>18</sup> 名古屋高判昭和37年12月22日高刑集15巻9号674頁。

<sup>19</sup> 町野朔『犯罪各論の現在』(有斐閣、1996年)27頁参照。

<sup>20</sup> 横浜地判平成7年3月28日判時1530号28頁。

頻脈性不整脈治療剤ワラソンや塩化カリウム製剤 KCL 注射液を投与し、これによって患者を死亡させたという事案である。

治療中止について横浜地方裁判所は、以下のように判断をし、被告人について殺人罪が成立するとして、懲役2年、執行猶予2年を言い渡した。治療行為の中止は、「患者の自己決定権の理論と、医師の治療義務の限界を根拠に」、一定の要件のもとで許容されるものとする。その要件とは、①「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」、②「治療行為の中止を求める患者の意思表示が存在し、それは治療行為の中止を行う時点で存在すること」である。本件判決は、起訴された塩化カリウムの注射による生命短縮行為だけではなく、これに先行する苦痛緩和措置と治療の中止行為も含めて判断し、一般的な尊厳死、安楽死についても言及している。これらの行為が許容される根拠を患者の自己決定権と医師の治療義務の限界に求め、ここから、安楽死・尊厳死が許容されるための要件を示している。

## 第2節 川崎協同病院事件判決

東海大学事件では、最後に行われた致死薬投与行為のみが起訴の対象とされていたのに対して、最後の積極的安楽死相当行為だけではなく、最初の抜管行為から最後の筋弛緩剤投与までの一連の行為が起訴の対象となったのが、川崎協同病院事件であった。

### (1) 事実の概要

川崎協同病院事件の事実の概要は、以下のとおりである。医師である本件の被告人 X は、昭和60年頃から患者 A を担当していたが、その A が、平成10年11月2日、気管支喘息重責発作により心肺停止となって X が勤務する病院に運ばれてきた。A は、救命措置によって甦生し、気管内チューブを挿管したままではあるが自発呼吸ができるようになったものの、昏睡状態を脱することができなかった。X は、気道確保のために A の鼻から気管内に挿入されて

いるチューブは、Aにとって異物であり、これを取って自然なかたちで息を引き取らせてあげたいと思い、同月16日午後6時頃、Aの妻ら家族が見守る前で呼吸確保のための措置を取らなければAが死亡することを認識しながら、あえてチューブを抜き取り（抜管行為）、呼吸を確保する措置をとらずに死ぬのを待った。

ところが、被告人の予期に反して、Aは抜管された後、身体を海老のように振り返らせるなどして苦しそうな呼吸を繰り返し、鎮痛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。そこで、Xは、このような状態を患者の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た。Xは、同日午後7時ころ、准看護婦に命じて、注射器に詰められたミオブロック注射液をAの静脈に注入させて（注射行為）、まもなくその呼吸を停止させ、Aは、同日午後7時11分ころ、呼吸筋弛緩に基づく窒息により死亡した。

## （2）裁判所の判断

こうした事実に対して、横浜地方裁判所は、終末期医療における治療中止については、①患者の自己決定権の尊重と、②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の姿勢を示している<sup>21</sup>。そのうえで、本件事案については、回復不可能で死期が切迫している場合にはあらず、患者本人の意思の確認がなされておらず、医師の治療義務の限界を論じるほど治療を尽くしていない時点でなされた早すぎた治療中止であるとして、弁護人の主張を斥けてXに懲役3年、執行猶予5年の有罪判決を言い渡した。

この判決に対して被告人の控訴を受けた東京高等裁判所は、原判決と同様に弁護人の主張を斥けた。ただし、原審が家族の承諾がなかったと認定したのに対して、控訴審では、治療の中止について、家族からの要請があったことを否定することはできないと認定を改め、この事実認定などを前提に職権

---

<sup>21</sup> 横浜地判平成17年3月25日判タ1185号114頁。

により量刑不当として原判決を破棄し、懲役1年6月、執行猶予3年という、当時の殺人罪としては最も軽い量刑を言い渡した<sup>22</sup>。控訴審判決では、治療中止をめぐる現状について、「治療中止について医療に従事する者が従うべき法的規範も医療倫理も確立していない」という認識が示された。そして、治療中止を適法とする根拠として東海大病院事件判決以降挙げられてきた、患者の自己決定権からのアプローチと、医師の治療義務の限界からのアプローチについて検討が加えられ、「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、「司法が抜本的な解決を図るような問題ではない」との結論が導き出された。また、裁判所が治療中止の許容性を判断する場合、昭和37年名古屋高等裁判所判決以来踏襲してきた「一般的な要件を定立して、具体的な事案をこれに当てはめて結論を示す」方法ではなく、「具体的な事案の解決に必要な範囲で要件を仮定して検討することも許されるというべきである」とした。さらに、前記の二つのアプローチ、すなわち患者の自己決定権と治療義務の限界の妥当性を検討したうえで、その限界を指摘した。

なお、本件は上告されたが、最高裁判所は、職権で以下のように判示している<sup>23</sup>。回復可能性が全くなかったとまではいえないし、患者の推定的同意に基づいているともいえないとして、「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」から、「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」とした原判決は、正当である」。

### 第3節 考察

東海大学病院事件判決においても、川崎協同病院事件判決においても、裁判所は、治療の中止行為の正当化根拠について、①患者の自己決定権と、②治

---

<sup>22</sup> 東京高判平成19年2月28日判タ1237号153頁。

<sup>23</sup> 最決平成21年12月7日判タ1316号147頁。

療義務の限界のふたつを挙げた。

川崎協同病院事件高等裁判所判決では、治療中止の許容性について、近時有力化していたふたつのアプローチに内在する本質的な問題点を浮き彫りにし、これらを根拠として治療中止の許容性を導くには、解釈上の限界があると指摘した。しかし他方で、本判決は、治療中止の許容性について検討するにあたって、自ら限界を指摘したふたつのアプローチに具体的事案をあてはめている。この理由については、別稿で考察を加え、本判決は、「患者の自己決定権」と「医師の治療義務の限界」を、治療中止が許容される「根拠」ではないが、少なくともその「要件」としては必要であると考えているのではなかろうか、との解釈を示した<sup>24</sup>。そこで、本稿では、こうした理解を前提として、治療行為が許容される「根拠」はどこに求めるべきなのか、また、治療中止行為が許容されるための「要件」はこのふたつでじゅうぶんなのか、という点について考察を加えてみたい。

### 第3章 治療中止の許容性

#### 第1節 治療行為の中止が許容される根拠

医療技術が進歩を遂げた今日においては、終末期状態にある患者の生命をある程度永らえさせることが可能になってきている。しかし、ひとたび治療行為を開始したのであれば、これを中止する行為をすべて犯罪であるとして刑事責任を問うのは医師にとってあまりにも酷である。回復の見込みがほとんどなく、生命の維持に著しい苦しみをともなう場合など、患者への延命措置を中止した医師に刑事責任を問うべきでないケースもありえよう。もちろん、生命を維持するための装置をむやみに取り外す行為は許容すべきではな

---

<sup>24</sup> 田坂晶「重篤な患者への治療の中止と殺人罪の成否—川崎協同病院事件控訴審判決—」同志社法学60巻8号（2009年）456頁。

い。問題は、許容される治療の中止行為と、許容すべきではない中止行為との境界線である。医療の世界からも、この境界線を明らかにすることを求める声は小さくない。この境界線を明らかにするためには、治療を中止すれば患者が死亡することを認識していながら治療を中止した行為が正当化される根拠について検討する必要がある。この点について、前述した川崎協同病院東京高等裁判所判決では否定されたものの、従来の学説および判決では、①患者の自己決定権の理論と、②治療義務の限界の2点が指摘されてきた<sup>25</sup>。そこで以下では、まず、このふたつの観点を出発点として、治療行為中止の許容性について検討してみたい。

### (1) 医師の治療義務の限界

医師の治療義務の限界に治療中止の根拠を求めることができるであろうか。学説のなかには、患者が意識を回復する可能性が全く失われた状態にあるときは、医師は、もはや生命維持装置を装着して治療を続ける義務を負わないので、殺人罪の違法性が阻却されるとして、治療義務の限界に違法性阻却根拠を求める見解がある<sup>26</sup>。

医療は、人が生まれてから死ぬまでの過程に寄り添い、なるべく健康に、医学的な意味で安楽に、その生をまっとうできるようにするためのものであり、何が何でも死なないように、一分一秒でも心臓の拍動を延長するためのものではない。このように考えれば、治療として意味を成さない行為を続けることは、もはや医師に負わされた義務ではないと解し、ここに治療中止の根拠を求める見解もうなずける<sup>27</sup>。たしかに、医療は、単純に、目の前の患者

<sup>25</sup> 「治療義務の限界」と「患者の自己決定権」はいずれも単独で治療中止の根拠となりうると考える見解もある(佐伯仁志「末期医療と患者の意思・家族の意思」樋口範雄編『ケーススタディ生命倫理と法』〔有斐閣、第2版、2012年〕70頁以下)。

<sup>26</sup> 甲斐克則『安楽死と刑法』(成文堂、2003年)164頁、大嶋一泰・前掲注(2)305頁。

<sup>27</sup> 辰井聡子「治療不開始/中止行為の刑法的評価—『治療行為』としての正当化の試み—」明治学院大学法学研究86号(2009年)68頁。

の生命を、できる限り永らえさせるためのものであると考えるべきではないであろう。むしろ、こうした状況は、「過剰な延命医療」であるとして、否定的な反応が示されることも少なくない。実際に医療の現場で働く看護師の中には、自らが不治の病にかかった際には病院で死を迎えたくないと答える者が少なくないようである<sup>28</sup>。その背景には、ひたすら病気を治癒させることにまい進し、不治の病に対する精神面を含めたケアが十分に提供されていないという近年のわが国の病院の実情があるとの指摘も見られる<sup>29</sup>。医療の現場にいる者は、「やりすぎの医療」のために、患者が安らかに死を迎えることができないう状況を目の当たりにしているから、自分が患者の立場になった場合には、病院で最期を迎えたくないと考えるのかもしれない。こうしたことから、「やりすぎ」と思われるような終末期医療が実際に存在することは否めない事実なのであろう。患者の回復が見込めないような場合は、医師にはもはや治療を続ける義務はないというべきである。

しかし、医学的にみて意味のない治療行為を「行う義務がない」ということは、「行っても不当ではない」ということを表すのではないか、という指摘がある<sup>30</sup>。蘇生の可能性がない、臨死の状態にある患者を家族から引き離し、心臓マッサージを施して死亡時刻を数分間遅らせるような「真に意味のない延命治療」は、治療の名に値しない行為であり、むしろこれを治療行為として正当化することはできず、こうした「過剰な延命医療」は「行わなくてもいい」のではなく、「行ってはならない」ことが原則であると解するべきなのである。

## (2) 患者の自己決定権

他方、患者の自己決定権に治療中止の許容性の根拠を求める見解も散見さ

<sup>28</sup> 柏木哲夫『死を学ぶ 最期の日々を輝いて』（有斐閣、1995年）16頁以下。

<sup>29</sup> 福本博文『リビング・ウィルと尊厳死』（集英社、2002年）173頁。

<sup>30</sup> 辰井聡子・前掲注（27）69頁。

れる。患者の自己決定権は、今日の医療において重要なものであることに疑いはない。患者の自己決定権に治療中止の許容性の根拠を求める見解は、治療を中止する行為は、患者の生命の短縮をとまなうものであり、殺人罪ないしは同意殺人罪の構成要件に該当するものであるから、その正当化を左右することができるのは、死という取り返しのつかない結果を一身に受ける患者本人でしかないはずであると説くのである<sup>31</sup>。

しかし、わが国においては、202条の同意殺人罪が存在する以上、たとえ患者本人が治療の中止に同意をしていたとしても、それだけで治療中止の正当化を導くことはできない。刑法は、生命を完全に放棄することを認めていないのである。「患者の自己決定権は重要ではあるが万能ではない<sup>32</sup>」といわれるゆえんである。治療中止に対する患者本人の同意が存在している状況下で治療を中止する行為は、少なくとも同意殺人罪の構成要件に該当するはずである。逆に、患者の自己決定に反していればただちに違法と判断することにも疑問が残る。たとえば、患者が生命の終焉を希望していても、医学的な見地からみて容易に治癒することができる場合に、たとえ医師が治療行為を中止せず、治療を継続したとしても、このことをもって治療を継続する医師の行為の正当性が否定されるわけではないであろう。

### (3) 検討

治療中止という、死につながる治療方針の選択が許容される理由を考えるにあたっては、医療というものの不確実性を忘れてはならないという指摘がある<sup>33</sup>。もし、医療の効果が確実に予測できるものであるならば、同意殺人を違法とするわが国の現行法のもとでは、医師は常に生命の存続に向けて健康状態を改善し、維持するための治療を続けなければならないはずである。し

---

<sup>31</sup> 古川原明子・前掲注(17)83頁。

<sup>32</sup> 甲斐克則・前掲注(4)157頁。

<sup>33</sup> 辰井聡子・前掲注(27)71頁。

かし、実際には、重篤な患者についてはことさら、治療の効果はまったく確実ではなく、結果として、苦痛と副作用だけがもたらされることも少なくない。医師には、生命存続に向けた措置をとる一般的な義務があることを前提としても、多くの場合に、治療の選択が患者に委ねられなければならないのは、治療の効果が不確実であり、不確実な治療の結果を引き受けるのは患者本人であること、加えて、治療の実施はそれ自体、患者の身体的な快・不快、生活機能のいかんといった患者の主観的な身体利益に対して、確実に、そしてしばしば甚大な影響を与えるためであると考えられる。

こうした点を踏まえて、患者の死を早める治療行為の中止が許容される根拠を考えてみたい。医師には、患者を救助するために治療を尽くさなければならないという義務が課されている。それにもかかわらず、治療を中止する行為が許容されるのは、もはや助かる見込みのない患者への延命治療を中止し、患者に人間としての尊厳を保たせつつ死を迎えさせることこそが、当該患者の利益にかなうからであろう。つまり、「過剰な延命治療」を中止することこそが、人道的な観点から、社会的に相当であると評価されるからこそ、殺人罪または同意殺人罪に該当する治療中止という行為の違法性が阻却されるのである<sup>34</sup>。

## 第2節 治療行為の中止が許容されるための要件

治療中止の許容性について考える際には、治療行為の正当化との関係からも検討しておく必要がある。治療行為とは本来、患者の身体・生命を維持・促進させる目的をもって行われるものである。こうした点にかんがみれば、患者の生命の終焉を招く治療行為の中止は、患者の健康回復を目的として行われる純粋な治療行為とは性質を異にするものであるようにも思われる。し

---

<sup>34</sup> 大谷實『刑法講義総論』（成文堂、新版第4版、2012年）267頁、大谷實『いのちの法律学』（悠々社、第3版、1999年）142頁以下、千葉華月「第13講 尊厳死」甲斐克則編『ブリッジブック医事法』（信山社、2008年）150頁。

かし、治療を中止する行為も、医師の手によって、また、医学的判断を経て行われるものである以上、やはり、治療行為のひとつであるというべきである。治療中止は、患者にとって「最後の治療行為」としての側面をもつということができよう<sup>35</sup>。

そうであるならば、治療を中止する行為が許容される要件については、これまでの研究において明らかにしてきた治療行為の正当化を導くための三要件、すなわち、①医学的適応性、②医術的正当性、③インフォームド・コンセントという三つの要件と比較して考えることができるのではなからうか。この三要件に沿って、治療中止の許容性について考えてみたい。

第一に、①医学的適応性、つまり「必要性」についてである。終末期状態にある患者の治療を中止することによって患者の生命が絶えてしまうのであるから、当該患者の病気が治癒不可能な状態にあり、死期が迫っているかどうかという判断は、医学的な観点から慎重になされなければならない。必ずしも死期が目前に迫っているとはいえない状態であっても、患者の身体状態と治療との相関関係から、治療行為を継続することが医学的な観点にかんがみて無意味であると判断されるケースもありえよう。医学的な観点からみて、治療行為を継続しても患者の回復を望めないという状況下における「医学的適応性」は、「治療行為を中止しなければならない」必要性というよりも、むしろ、これ以上の治療行為を継続する必要がないこと、すなわち、「さらなる治療の不必要性」と換言することができよう。

第二に、治療を中止する行為が医術的正当性(相当性)を具備していることである。たしかに、患者を死亡させるための行為が「医学的にみて相当である」と認められなければならないというのは、一見、矛盾しているようにも思われる<sup>36</sup>。しかし、医術的正当性の判断は、医療の役割を基礎として判断

---

<sup>35</sup> 町野朔・池上直己「対談・終末期における医療と法律」刑事法ジャーナル35号(2013年)99頁(町野発言)、田坂晶・前掲注(24)457頁、古川原明子・前掲注(17)100頁。

<sup>36</sup> 町野朔・前掲注(19)27頁。

されるものである。医療の役割は、技術的に可能なことをすべて行い、少しでも長く患者の生命を維持することではなく、患者の状況に応じて、行う意味のある治療を適切に施すことにあるのではなからうか。とくに、終末期医療においては、医療の本来的な役割が切実に問われる場面であり、当該選択が医療の役割に則した適切な治療であるかどうかは、患者の全身状態との関連において判断することが重要である<sup>37</sup>。したがって、たとえ患者の生命を絶つことにつながる行為であるとしても、「治療行為として相当である」と認められる場面も想定しうるであろうし、治療を中止する行為も治療行為の一環として行われるものである以上、治療行為としての「相当性」を具備していることは要求すべきである。

第三に、インフォームド・コンセントである。通常、治療行為が正当化されるためには、患者本人が当該治療行為に同意をしていることが要求される。治療を中止する行為も治療行為の一環であると考える以上、治療中止についても、原則として、患者本人の同意がなければこれを正当化することはできないと考えるべきであろう<sup>38</sup>。すなわち、治療を中止する場合も、原則として、患者の自己決定権の尊重が要求されるべきなのである。しかし、治療の中止が問題になる場面では、患者本人は自らの意思を表示することができないような状況にあることが少なくない。常に患者の同意がなければ治療の中止を正当化できないと考えるのであれば、ほとんどの治療中止行為が許容されないことになってしまう。かりに患者本人の意思表示がなくとも、通常の治療行為の場合と同様に、患者の推定的同意などで足りると解するべきであろう<sup>39</sup>。

---

<sup>37</sup> 辰井聡子・前掲注(27)74頁。

<sup>38</sup> 治療行為の中止については、医学的適応性や医術的正当性という要件が認められにくいと、患者の自己決定が果たす役割は、通常の治療行為の正当化におけるそれよりも大きいものであると主張する見解もある(古川原明子・前掲注〔17〕100頁)。

<sup>39</sup> 同意能力を有さない患者への治療行為の正当化について、田坂晶「同意能力を有さない患者への医的侵襲の正当化」『大谷實先生喜寿記念論文集』(2011年、成文堂)521頁以下参照。

患者が回復する見込みがほとんどなく、医療が限界に達しているというような場合には、人道的な観点から、治療行為を中止し、人間としての尊厳を保ちつつ自然な死を迎えさせることこそが患者の利益にかなうと認められる余地があるように思われる<sup>40</sup>。

ところで、治療中止行為の主体について、延命装置を取り外すなどの行為は必ずしも医師でなければできないものではないので、治療中止を正当化するための要件として、医師の手によることを要求するべきではないと説く見解もある<sup>41</sup>。しかし、前述したように、治療行為の中止も、「治療行為」と認められる範囲内でのみ正当化を認めるべきである。通常の治療行為の場面においても、たとえば、注射をしたり、メスで開腹したりする行為も、医師以外の者であっても行うことはできる。しかし、医師以外の者が行うことが可能であるということが、必ずしもだれが行っても正当化されるという結論には結びつかないであろう。なぜなら、医師以外の者が行った治療行為に類似した行為は、治療行為として相当とはいえないからである。治療行為としての相当性を具備しているという要件のなかに、行為者が医師であるということも必然的に含まれていると考えるべきであろう。したがって、治療の中止行為が正当化されるためには、行為の主体が原則として、患者と診療契約を締結した医療従事者でなければならない。

## おわりに

本稿では、治療を中止する行為の許容性について考察を加えてきた。治療を中止し、患者の死期を早める行為は、事前の患者本人の同意の有無にかかわらず、殺人罪または同意殺人罪の構成要件に該当する。治療中止行為の正

---

<sup>40</sup> 町野朔・前掲注(19)29頁参照。

<sup>41</sup> 植松正・前掲注(4)115頁。

当化については、これが「治療行為」といえるか、という観点から検討をしてきた。たしかに、治療を中止する行為は、これによって患者の生命を終わらせることを認識しながら行われるものであるから、患者の健康を維持・回復させることを目的としている一般的な治療とは性質を異にしているとも思われる。しかし、医療の役割は、患者の生命・健康を維持・促進させることにだけ求めるべきではない。医療が担う役割とは、患者の状態に応じて、当該患者にとって意味のある治療を適切に行うことであると解するべきである。めまぐるしい進歩を遂げた今日の医療技術をもってしても、回復がかなわない状況は必ず存在する。人間の生命にも、医療技術にも限界があるからである。したがって、場合によっては、回復の見込みがほとんどない患者の生命を維持している人工呼吸器を停止させて、人間としての尊厳を保たせつつ死を迎えさせることが最善の「治療行為」とであると判断するべきケースもあろう。こうしたケースにおいては、治療行為を中止することこそが、人道的な観点から、社会的に相当と評価されるからこそ、殺人罪または同意殺人罪の構成要件に該当する治療中止という行為の違法性が阻却されるということができる。

治療中止行為の正当化要件についても、「治療行為」の正当化要件と比較しながら検討した。治療中止もあくまでも「治療行為」のひとつであるから、治療を中止する行為をして正当化されるためには、行為者が医師であることが前提として要求されなければならないであろう。そのうえで、治療行為の正当化要件である①医学的適応性、②医術的正当性、③インフォームド・コンセントという3つの要件から治療中止の許容性を導くことができるとの結論を示すことができた。

最後に、本稿で導いた結論の射程について考えておく必要があるだろう。本稿では、治療行為を中止する行為の許容性について検討をしてきたが、ここで導いた結論は、終末期医療におけるそのほかの場面、すなわち、患者の生命を積極的に終わらせる安楽死などにもあてはまるものなのであろうか。

安楽死は、死期が迫った患者の激しい肉体的苦痛を緩和または除去するた

めに死を迎えさせる行為である。安楽死も、医師の手によって行われるべきものであり、医療の現場において行われるものである以上、ひとつの治療行為であると解すべきである。治療行為でありながら、患者の生命を終焉に向かわせるものであるという意味で、本稿で検討した治療行為の中止と同じベクトルで考えることができる部分もあるように思われる。ただし、安楽死の場面では、本稿で検討したような治療の中止行為よりも積極的に患者を死に至らしめるものであるから、医学的適応性(必要性)や医術的正当性(相当性)の判断にあたっては、より慎重にならなければならないであろう。この点を踏まえて、安楽死については、別稿で検討を加えたい。

