

〈研究ノート〉

「治療行為中止の許容性」(田坂晶著) (島大法学第56巻 第4号 101頁) を踏まえての実務の現場からの問題提起

熱 田 雅 夫

[目 次]

- 1 はじめに
- 2 「治療行為中止」を治療行為と捉えることについて
- 3 「インフォームド・コンセント」の要件の充足の困難
- 4 「治療行為中止」は作為か不作為かの議論(構成要件該当性か違法性阻却事由か)
- 5 おわりに

1 はじめに

(1) 田坂論文の内容

「治療行為中止の許容性」(島大法学第56巻 第4号 101頁～)の田坂論文の論旨は、次のようにまとめることができるものとする。

ア 「治療行為」の正当化するための要件は、次の3つである。

- ① 「医学的適用性」
- ② 「医術的正当性」
- ③ 「インフォームド・コンセント」

イ 「治療中止」(「治療行為中止」)も「治療行為」と考えることができるし、むしろそう考えるべきである。

その結果アの①～③の要件該当性によってその治療中止の正当性を判断できる。

ウ 「治療中止」は不作為でなく作為であり、さらに「治療中止」が犯罪となるか否かは、構成要件該当性の問題として論じるのではなく、違法性阻却事由の問題として論ずるべきである。

(2) 実務の現場からの問題提起

この田坂論文を踏まえ、医療訴訟や医療現場にアドバイスすることもある実務法曹として、今回の「研究ノート」により問題提起をすることとした。

医療は、まさに人の生命と健康に直接関わり、常に人の死に直面する可能性がある業務である。関係者は常にその重さの中で業務を行うものであり、市民としては医療関係者に常にその重さを感じて業務を行って欲しいと望む。

そして人の生命と健康に直結するという重さのゆえに、医療業務には慎重さが求められるのはもちろんである。だが、ケースによっては、医療行為の結果、民事責任さらには刑事責任が課せられる可能性から医療行為に萎縮効果が働いてしまうことがあると推察される。事後的に判断される責任の有無が、行為時の医療関係者の行動に萎縮効果を及ぼすということである。特に刑事責任が課せられることによる萎縮効果は大きいと考えられる。

医療行為が萎縮することがないようにするには、医療行為の時点で、行為の違法性判断（犯罪成立のための構成要件該当性と違法性阻却の両方の判断を含む）の基準が明確でなければならない。医療従事者が、医療行為時点で、何をすれば（しなければ）違法であるか、を明確に認識できる必要がある。

その意味で、「治療行為中止の許容性」についての研究の進化は、医療現場から切実な問題として強く望まれるものである。

医療訴訟や医療現場にアドバイスすることもあり、医療関係者と接する機会の多い実務法曹として、この分野の研究の進化の一助としたいとの思いから、今回、本稿において問題提起することとした。

2 「治療行為中止」を治療行為と捉えることについて

(1) この考え方の妥当性

田坂論文は、「人間としての尊厳」を中心にすえ、以下のとおり指摘し、

「治療行為中止」を治療行為と捉える、との考えを示している。

「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」であると判断すべきケースもあろう^(注1)。」

このように「治療行為中止」を治療行為と捉えるからこそ、「治療行為中止」の許容性の判断も、「治療行為」の正当化要件である①「医学的適用性」②「医術的正当性」③「インフォームド・コンセント」の3つの要件に該当するか否かによって判断することになる。

つまり「治療行為中止」を治療行為と捉えることを、「治療行為中止」の許容性の判断の前提とするのである。

私も、「治療行為中止」を治療行為と捉える考え方に全く異論はない。そして「治療行為中止」を治療行為と捉える考え方が、「人間としての尊厳」から導かれることも全く同感である。

(2) 立法措置の必要性

しかし、「治療行為中止」を治療行為と捉えるという考え方は、はたして国民的コンセンサスとなっているのか。医療現場としてはこの点についての手ごたえを最も欲しているのではないだろうか。この点に手ごたえが得られていないことから医療現場に「わだかまり」が生じているのではないかと私は感じている。

医療現場としては、その「わだかまり」を払拭するために、「治療行為中止」を明確に治療行為と位置づけることとするとの趣旨の立法措置を望みたいところではないかとも考える。

(3) 通常の治療行為と「治療行為中止」とを統一的に考えることについて

「治療行為中止」を治療行為と捉え、通常の治療行為と「治療行為中止」とを統一的に考えることができるのであれば、それは医療現場における判断、意思決定それにとまなう行動を迅速・円滑に行うことができるようになることを意味する。「基準の統一」は、現場での判断、意思決定、行動の迅速・円滑化を意味するからである。

はじめに、「基準の統一」ありきで、無理やり統一することは、本末転倒であるが、議論の末にコンセンサスを得ての「基準の統一」の、現場における効用は極めて大きい。

3 「インフォームド・コンセント」の要件の充足の困難

(1) 自己決定権からの出発について

「治療行為」を正当化するための3つ目の要件の「インフォームド・コンセント」を、田坂論文は、患者の自己決定権の尊重から導かれる要件として位置づける^(注2)。

医療における患者の自己決定権が尊重されなければならない、そのために医療行為においては患者へのインフォームド・コンセントが必須であり、それゆえ、医療行為として位置づけられることになる「治療行為中止」においても患者へのインフォームド・コンセントが求められるというのは論理必然ということになる。

私もこのことに異論はない。

(2) 「治療行為中止」の場面において、合理的本人意思の推定をどのような方法で行うのか

患者本人の意思が明瞭な場合には、本人への情報提供と本人からの同意にもとづいて、医療行為が進められるのが当然である。しかし、法曹実務にお

いて問題となるほとんどは、患者本人の意思の確認が困難か不可能な場合であるといつてよいと思う。

では、親族への情報提供とその親族からの同意によって医療行為を進めることができる、としてことが終わるのか、といえは実はそうではないのが医療現場である。

問題となるのは、まず、配偶者や直系の1親等または2親等の親族がいるとしても、複数の親族がおりその間での意見が異なっている場合である。また、親族といつても、患者本人との親等関係がはなれていたり、近い親等だとしても疎遠になっていて当該親族による同意から患者本人の合理的意思を推定できるとはいえない場合も問題である。さらに医療現場としては、親等は近く、しかも住まいが近いとしてもその親族の同意を真摯なものとして受け止めるに疑問を持つ場合もしかりである。

また、医師としては、正当な「治療行為中止」と判断していたとしても、親族の同意が得られない場合に、医療現場としては困難に遭遇することになる。

こうしてみると、患者本人から同意が得られない場合に機械的に配偶者または親等の近い親族に同意を得て、それで本人意思を推定していこうとする方法をとっていくということによいのだろうか、との疑問が生じる。

本人意思の推定のために近い親族の考えを確認するということは、これまでごく自然に受け入れられてきた方法ではあるが、実務の現場ではそれによって問題が起きることがある。むしろ法曹実務家の元に持ち込まれ、解決方法についてアドバイスを求められるのは、「患者本人から同意が得られない場合に配偶者または親等の近い親族に同意を得て、それで本人意思を推定していこう」という、一般的には受け入れられている方法をとった場合に生ずる問題場面においてである。

となると医療現場が求めているのは、そのような問題に直面した場合の制度の充実ではないだろうか。法曹資格者による同意や裁判所での迅速な判断のための手続など法整備が期待されていると考えるものである。この面でも

研究の進化と立法政策への積極的提言が必要と考える。

なお上記合理的本人意思の推定のための制度整備に関する提言は、医療機関の便宜のために行う趣旨ではない。医療機関の便宜やましてや医療機関の経済的負担を軽減するために「インフォームド・コンセント」をおろそかにすることを許すものではない。

4 「治療行為中止」は作為か不作為かの議論（構成要件該当性が違法性阻却事由か）

（1）直感としての構成要件非該当

田坂論文において、「治療行為中止」の許容性の検討の前提として、『治療行為中止』は作為か不作為か、そして作為か不作為かの議論と密接不可分な論点である『治療行為中止』の許容性の問題は構成要件該当性の問題か違法性阻却事由にあたるかの問題か」の検討が行われている。そして、田坂論文においては、「治療行為中止」は、作為であり、違法性阻却事由にあたるか、の問題だとしている。

私は、直感として構成要件該当性の問題であり、不作為であると考ええる。

まず、許容される「治療行為中止」は、刑法の構成要件に該当しないと直感であるが、医療関係者に見れば、本来、適正な「治療行為中止」として許容されるはずの行為が、刑事法においては、一旦は犯罪構成要件に該当するとされ、その後に違法性が阻却され犯罪とならないとされることには大きな違和感を感じるであろう、と思われることから来る直感である。

「治療行為中止」ではない通常の「治療行為」について考えた時、「治療行為」は患者の身体を傷害するものだから、一旦は犯罪構成要件に該当するが、その後に違法性が阻却されるから犯罪とはされないとの考え方には当然違和感を覚えるのだから、「治療行為中止」を通常の治療行為と同じ範疇で捉える思考をとるならば、「治療行為中止」についても、私は、違和感を感じるのである。

(2) 作為か不作為か(医師にのみ作為義務が観念できることについて)

田坂論文では、以下の指摘をして「作為」であると結論づけている。

「人工呼吸器の取外しなどの治療を中止する行為は、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^(注3)。」

しかし私は、医師については不作為で、そうでない者については作為と考えることに違和感を感じない。つまり、それまで当該患者の治療を行ってきた、または他の医師の当該患者への治療を引き継いだ、さらには他の医師と共同で当該患者の治療を行ってきた医師が、例えば「人工呼吸器の取り外し」や「抜管」を行う場合と、他方、以上のような先行する状況と無関係な者が「人工呼吸器の取り外し」や「抜管」をする場合とではその状況に大きな違いがあるのではないだろうか。

もし一方を「不作為」と捉えて、他方を「作為」と捉えることが、法に求められる予測可能性を害するならば問題である。しかし両者に大きな違いがあるとすれば、一方を「不作為」と捉えて、他方を「作為」と捉えるとしても、予測可能性を害することにはならないのではないだろうか。

(3) 通常の治療行為と「治療行為中止」を統一的に捉えることができることについて

さらにいえば医療現場での状況としては、死期の切迫した患者において医師の側で行える医療手段がない場合に、いったん装着した人工呼吸器や管を

取り外すことになるケースよりも、そもそもそのような場合に人工呼吸器や管の装着を行わないというケースの方が多いのではないかと思われる。私は、医師が、このそもそも人工呼吸器や管の装着を行わない場合と、「人工呼吸器の取り外し」や「抜管」をする場合とは、同じ局面として捉える必要があるのではないかと考えている。

そして同じ局面として捉えるならば、そもそも人工呼吸器や管の装着を行わない場合は、不作為と捉えるのが自然なので、「人工呼吸器の取り外し」や「抜管」も不作為とすることになる。

そして不作為と捉えれば、それは「治療行為中止」を構成要件該当性の問題として捉える考え方と親和性があることになる。

ただ、私自身この「作為か不作為か」の議論は、議論のための議論と感じる。

私が実質的にみて重要だと考える点は、「治療行為」とされるものが、犯罪の構成要件該当性はあるとされた上で、違法性阻却事由の有無の判断の場面で初めてその許容性が検討されることになるということへの違和感である。

5 おわりに

(1) 「個人の尊厳」に基づくこの理論の光明

田坂論文の主張の起点は、「個人の尊厳」にあり、医療行為の許容性の判断は「個人の尊厳」が起点となって行われるべきとするところにある。そして同論文は「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』であると判断するべきケースもあろう。」との指摘をしている。

この「個人の尊厳」が起点であることが国民における共通認識になることは、医療現場においてと同時に患者やその家族において極めて重要な意味を持つ。

「個人の尊厳」から考えることによって、医師は、自らの行為についての

判断過程が迷路に入り込むことを防ぐことができるのではないかと思う。患者やその家族は、「個人の尊厳」を起点とする医師の説明により、今後の治療行為への納得に至りやすいし、医師への信頼を確固たるものにできる可能性が高い。また終末期にあった患者を看取ったその家族にある「これでよかったのか。これが自分にできる最善のものだったのか。」という繰り返される自問自答に対する答えでもあるかもしれない。そしてその患者やその家族の納得と医師への信頼によって、医師は、自らの行為を自信に裏付けられたものに行うことができる。

これは、医療現場における患者および家族そして医療従事者への光明といつてよい。

ただし「個人の尊厳」が医療従事者のひとりよがり解釈されてはならないし、医療従事者の便宜のための隠れ蓑に用いられてならないのはいうまでもない。

(2) すべてを「治療行為」として捉えることによる社会の安定

さらに田坂論文は、「治療行為中止」にとどまらず「安楽死」も含めてすべての行為を「治療行為」とした上で、治療行為としての許容性が認められるか、の視点で検討しようとしており、今後の研究における医療現場の行為の検討・評価をこの「治療行為としての許容性」という同一の問題として捉え、同一の要件によって判断していくことを示唆している。

田坂論文においては、「治療行為中止」の許容性を検討する前提として、「東海大事件」と「川崎協同病院事件」の事案と判決が引用されているが、いずれの事案においても「治療行為中止」に加えてより行為者の積極的な所為があった事案である(「東海大事件」は、点滴やフォーリーカテーテル等を外した後、頻脈性不整脈治療剤ワラソンや塩化カリウム製剤KCL注射剤を投与し、これによって患者を死亡させた事案として引用されている。「川崎協同病院事件」は、気管内チューブの抜管の後、筋弛緩剤であるミオブロック剤を注射した事案として引用されている)。したがってこれら2つの事案は、「治療行為中止」の許容性の根拠と要件をただちに導く先例とは必ずし

もいえないが、そこには、すべての医療現場の行為の検討・評価をこの「治療行為としての許容性」として捉えることができるとする示唆があるように思う。

「個人の尊厳」から考えることが共通認識になることに加え、すべてを「治療行為」として「治療行為の許容性」の検討・判断によることとすれば、より、医師が、その判断過程において迷路に入り込むことを防ぐことができると考えられる。

さらに政策決定や立法過程においても、すべてを「治療行為の許容性」として位置づけられ検討されることで、医療政策における社会的安定に資することにもなるであろう。

(注1)「治療行為中止の許容性」島大法学第56巻 第4号 118頁

(注2) 同 116頁

(注3) 同 105頁

※ 本稿の掲載準備中に、平成26年1月24日召集の第186回国会に、いわゆる議員立法による「尊厳死」に関する法案の提出が予定されているとの報道に接したが、その法案内容によっても、未だ問題の多くは解決されないことから、本稿は、そのまま掲載していただくことにした。