

論 説

救命救急における終末期医療をめぐる法律上の諸問題  
—救急医療に関するリーガルリスクコントロールの観点から—

根本 晋一

Legal issues in the treatment of terminally-ill patients  
in acute primary care settings

Shinichi Nemoto

Abstract

This article was written at the request of the Japan Association for Acute Medicine. It comments on the numerous legal issues in the treatment of terminally-ill patients in acute primary care settings.

**Key words:** acute primary care medicine, Japan Association for Acute Medicine

第 1 緒 言

医学の進歩に伴う医療水準の向上により、歯科の診療域は急速に拡大し、医科と踵を接するようになった現在において、歯科医師の救命救急研修は、“全身のなかの歯科”というべき歯科医療の安全性と質の向上を図るために欠かすことのできない重要な研修であることに疑いはない。すると、歯科医学教育において、生と死の分水嶺ともいうべき救命救急における終末期医療について考察を深めることの意義は大きいというべきである。

本稿は、筆者が、日本救急医学会「救急医療における終末期医療のあり方に関する特別委員会」の委員長である有賀徹教授（昭和大学医学部救

急医学科主任教授・脳神経外科専門医）より、本学会が起案・作成した「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）（案）」（2007年2月19日策定。以下、本案とする）につき、現行の医事法制を前提とする法律解釈学的見地からの意見、また、将来の医事法制のあり方を模索する意味における政策的見地からの意見を求められたことを契機として執筆し、本学会の委員会内において閲覧に供された後、日本大学歯学部紀要第35号（2007年12月刊）への掲載を目的とする加筆修正をなし、論説形式に書き改めたものである。なお、本稿の構成としては、本案所定の各本条を四角書のなかに示し、これに対して註釈をくわえる形で論を進める。

## 第2 救命救急における終末期医療と医事法制の現状

### 一 医学的合理性と法律解釈の齟齬一

#### I 問題の背景と基本的な考え方・方法

##### (1) わが国における救急医療現場での終末期医療の現状

人は誰もがができることなら安らかな死を迎えたいと望む。癌の患者なら、経過中に自らの最後について熟慮することも可能であるが(療養型)、突然発症した重篤な疾病や不慮の事故などの患者が搬入される救命救急の患者の場合は(救急型)、患者本人や家族に終末期に対する心の準備は全くない。そして、救急医療では、例えどのように厳しい状況であったとしても、全力を傾けて蘇生や治療が行われ、そのような状況の中で少しでも長く生命を維持しようと努めることが通常である。従って、治療の過程でいったん装着された生命維持装置は、いずれ死亡することが予測されたとしても、そのまま動き続ける。このような状況の下においても、医師は医学的根拠に基づき生命維持装置を取り外すことは、現実的にはできないのが現状である(傍線①)。

本案の現状認識は概ね妥当である。傍線①につき、法律上問題となる点を検討する。

医師は、患者の容態如何にかかわらず、患者に対して、つねに医療水準に即した診療を施さなければならない。これ即ち、医療においてベストを尽くすことの具体的な意味である。医療水準とは、医学的には、診療当時における臨床医学の実践レベルの治療法を意味し<sup>①)</sup>、法律学的には、当該診療行為により、期せずして予想外の悪しき結果を招来してしまった場合における過失の有無および程度を決める基準となる、注意義務の上限を画する概念である。つまり、

医師は、医療水準に即した治療を行ってさえいれば、かりに悪しき結果が発生したとしても、原則として法律上の責任を負わない。「手を尽くしたけれど駄目であった」とは、この意味である。すると、医師は、救命不可能な患者に対しても、診療当時において生命兆候が確認されていれば、医療水準に即した救命措置を施す法律上の義務があることになる(これを怠ると、過失をとられる)。これを救急救命の臨床に即していうと、III次救急の医師らは、患者に対し、可能な限りの生命維持措置・蘇生措置を施し、患者を医学的に可能な限り延命させる法律上の義務があることになる。

かような容態にて延命している患者について、医師が故意に延命措置を中断する行為は、次のような法律上の問題点を惹起する。かような行為について問題とされる犯罪類型は、殺人罪(刑法第199条)、嘱託・承諾殺人罪などの同意殺人、あるいは自殺補助罪などの自殺関与(何れも刑法第202条)であるが、本条における、人を殺す行為の意義は、「自然の死期に先立って他人の生命を絶つこと」と定義されている。この定義を医療死に当てはめてみると、致死性患者の自然の死期とは、医師が当該患者に対して医療水準に即した治療を施したことを前提として、延命の限界に達し、患者が死亡した時期を意味すると解される<sup>②)</sup>。すると、医師が、いったん開始した延命措置を途中で取り止めてしまうと、その行為に起因して死期が早まったという因果関係が証明された場合には、医師は、当該患者を自然の死期よりも早い時期に死亡に至らせたものとして、(作為による)殺人罪の罪責を負ことになる。終末期患者の臨床において、医師が期せずして罪を問われることになる原因は、この点にあると思われる。つまり、医師の意識としては、医学的な限界を熟知しているため、もはや助からない患者が、惨めな姿でいつまでも無意味な延命治療を続けることに対する疑問、ある

いは、余命いくばくもないから早く楽にしてあげたいという慈悲の気持ちが延命の中止を後押ししていると推測されるところ、医師は殺人罪などにおける死の概念を正確に理解していないため、自らの行為が致死性患者の死期を僅かに早めただけという理由により、よもや殺人罪に問われるとは思ってもいなかった、という現実にあると思うのである(患者が死亡したのは、延命の中止によるのではなくて、もともと患者が持っていた致命的な疾病や病変、創傷に起因すると考えがちである。1秒でも死期を早めると殺人になることは、ある程度刑法を理解していないと念頭に想起されない)。つまり、延命行為についての医学的な評価(限界)と法律的な評価が齟齬しているのである。

加えて、次のような法律上の問題点を指摘することができる。かりに一時的に意識が回復した患者から延命中止を目的とした意思表示がなされ、あるいは事前にかような意思表示がなされていたとしても、かような承諾に基づいて延命を中止した医師は法律上の責任を免れることはできない。つまり、既往の嘱託・承諾殺人罪の規定が存在するからである(前者は、被害者が加害者に殺害を頼む態様、後者は、被害者が加害者による殺害を承知する態様である)。けだし、自殺は自らの生命という法益(法律上保護されるべき利益)の放棄であるから、犯罪とされえないが(但し、外国には自殺を犯罪とする国もあるが、それでは、いったん自殺を企てた者は、処罰を免れるために何としても死ななければならなくなるので、一般には犯罪とされない)、他人の生命断絶行為に加担する行為は、もはや違法ではないとはいえないからであると説明されている。要するに、医師は殺人罪を免れたとしても、それよりは幾分軽いものの、なお嘱託・承諾殺人罪に問われる恐れを払拭できないのである。以上の法理論を臨床に即してみると、わが国の現行法制下においては、終末期患者につき、それが療養型患者であると救急型患者であるとを問わず、延命措置を中止した医師は、如何な

る手立てをしようとも、つねに粗暴な殺人犯と同一視される恐れがあるということである(後で詳述するように、法的拘束力がないガイドラインでは足りない。国家権力をも拘束する成文法を制定しない限り、善意の医療行為が犯罪とされるリスクはゼロにはならない)。

なお、過失認定における医療水準の理論は判例理論として確立されており、また、殺人罪、嘱託・承諾殺人罪、業務上過失致死傷罪における人を殺す行為の概念も刑法の解釈として確定されており、今後変更されることはないと考えられる。

### 第3 ガイドラインの行為規範性に関する検討

#### —国家権力に対する法的拘束力の有無—

#### (2) 治療中止基準の必要性

救急現場では、延命措置を中止する方が妥当であるように思われる状況があるにもかかわらず、その対応が明確に示されていない。従って、安らかな死を迎えることを是としても、医師の個人的な判断で治療の中止を実行すれば、その後に世間から誤解を招く結果にもなりかねない。このような問題を解決するには、日本救急医学会として妥当な終末期の定義を設け、そのような終末期においては、一定の条件を満たせば延命措置の中止を行うことができることを示す必要がある(傍線②)。

本案の問題意識は概ね妥当である。傍線②につき、法律上問題となる点を検討する。

既往の法理論は、明治40年に制定された刑法の条文を基礎にした条文解釈であり、そこから演繹された法理論であることに留意する必要がある。つまり、立法者は、事後の医学の発達により、これほどまでに延命治療術が進歩することは予想していなかったのである。例えば、人

の死亡時期に関する三兆候説＝自発呼吸の停止・脈拍の停止・瞳孔反応の消失の一要素である自発呼吸の停止を例にとってみても、気管切開や人工呼吸器の装着など、思いもよらなかったであろう。自然の呼吸が止まれば死亡と考えていたことは想像に難くない。すると、現行の刑法や民法を如何に解釈したとしても、立法当時に予想しなかった事実(科学の進歩)に対処することは困難である。では、現代医学にマッチした新たな法律を制定して現行法規の不備を補うこと、つまり、刑法の解釈とは別個の死亡概念をつくり、法律の条文として明文化し、これを適用することが考えられるが(後法優位の原則、あるいは一般法と特別法の理論と呼ばれる。同一事項について、複数の法律が規定されている場合には、最も新しい法律が適用される。この点、周知の通り、人の死亡時期に関し、臓器移植という狭い範囲においては、脳死という新たな基準が明文化・法制化されているが)、それが、法的拘束力を有しないガイドラインで足りるのかが問題となる。

この点につき、法律学の世界においては、法律の機能として、行為規範性と裁判規範性の確保ということがいわれている。前者は、国民の行動の予測可能性の担保というべき役割であり、国民は、行為当時における法律の内容に反しないよう行動しさえすれば、決して処罰されることはないというものであり、これを臨床に当てはめると、医師は、診療当時の医療水準に即した診療を行いさえすれば、かりに悪しき結果が発生したとしても、事後に処罰されることはないということになる(医療水準は法律そのものではないが、確立された判例理論という意味で、成文の法律と同様の役割をしている)。これは、例え事後に当該行為を処罰する旨の新しい法律が制定されたとしても、新法により処罰されることはないことを含意する概念である(法律不遡及の原則という。刑事事件においては、刑罰が国民の生命や身体自由、および財産権という基本的人権に対する

重大な制限であることから、とくに罪刑法定主義といわれ、“行為時に法律なければ犯罪と刑罰なし”の原則が厳格に貫かれている)。後者、すなわち裁判規範性は、行為時に存在した法律は、裁判時において適用される法律となることを意味し(行為後に制定された厳しい法律ではないということ)、法律が行為規範であることの論理必然的な結論である。なお、上記法律の機能は、法律が、国民の権利義務を“擁護”する作用を営む反面、国民の自由を“制限”する作用をするものであるところ(例えば、刑法に規定されている名誉毀損罪や侮辱罪の各本条は、国民各人の“社会的評価”を擁護している反面、国民の基本的人権である“表現の自由”を制限していることなど)、その制限の側面に着目していわれることである(つまり、自由の限界が不明であれば、国民は安心して行動に出ることができず、萎縮してしまう。医療の世界でいえば、医療水準、つまり、なすべき診療の上限が不明であれば、医師は安心して診療にあたれない)。

では、既往の機能がガイドラインなる基準に備わっているといえるのかであるが、現状では否定的に捉えざるを得ない。けだし、ガイドラインの法的性格に鑑みると、ガイドラインの内容が、如何に医学的・法律学的見地から優れたものであったとしても、法律のように、国民のみならず国家権力(とりわけ、行政権たる法務省の一部門である検察庁の捜査権と起訴権能)の発動を制限する法的拘束力(国家に対する強制力)が皆無だからである(前記罪刑“法定”主義の見地からすると、ガイドラインは臨床における事実上の基準に過ぎず、“法定”された基準ではないから、ガイドラインを遵守した行為を犯罪視して刑罰を科したとしても、罪刑“法定”主義には反しない)。

ガイドラインを遵守して延命治療を中止した医師が、ガイドラインに法的拘束力がないことを理由に、医療行為に対する捜査権・起訴権能の発動についての明確な基準がないままに、現場の捜査官や検察官の判断により、医師が起訴され、あるいはされなかったりするのは、ガ

イドラインは、到底、医師の行為規範たり得ていないことになるのである<sup>3)</sup>。

以上の検討から明らかなように、本案の方向性は誤っていないが、ガイドラインの策定のみでは足りない。臓器移植法のように、刑法とは別個の法律（特別法）を制定し、人の死期について、刑法とは異なる死期を成文の法律によって明文化しない限り、実効性は期待できない。

#### 第4 終末期の意義

—超法規的違法性阻却事由としての安楽死と尊厳死の法理—(1)

##### (3) 終末期の定義とその判断

ここでいう終末期とは、妥当な医療の継続にもかかわらず、死が間近に迫っている状態で、救急の現場にて、以下の(1)~(4)のいずれかのような状況を指す。なお、(1)~(4)の判断については、主治医と主治医以外の複数の医師（以下、「複数の医師」という）により客観的になされる必要がある（傍線③）。

- (1) 法的脳死判定基準、または他の妥当な基準で脳死（臨床的脳死判断を含む）と診断された場合
- (2) 生命が新たに開始された人工的な装置に依存し、生命維持に必須な臓器の機能不全が不可逆的であり、移植などの代替手段もない場合
- (3) その時点で行われている治療に加えて、さらに行うべき治療方法がなく、現状の治療を継続しても、数時間ないし数日以内に死亡することが予測される場合
- (4) 悪性疾患や回復不可能な病気の末期であることが積極的な治療の開始後に判明した場合

本案が示した基準は概ね妥当である。傍線③につき、法律上問題となる点を検討する。

延命治療の中止は、診療当時における医療水準に即した延命治療を中止する行為（生命兆候の現状維持行為の放棄）であるから、患者の死期を早める行為である。ゆえに、殺人罪の構成要件に該当する違法な行為であることは既往の通りである（刑法第199条）。そして、かりに、延命の中止について患者の承諾が得られたとしても、なお、嘱託・承諾殺人罪（刑法第220条）に問われる恐れを払拭できないことも、既に説明した通りである。しかし、現行刑法上明文の規定は存在しないものの、刑法の解釈として認められた一定の正当化要件を備えていた場合に限り、嘱託・承諾殺人罪の犯罪構成要件に該当するも、超法規的に違法性が阻却され、医師の刑事責任を否定することができる法理が認められている（この点につき、刑法理論として、ある行為が犯罪とされ、刑罰を科するためには、当該行為が刑罰法規の“犯罪構成要件”に該当し“違法”であって“責任”があると認められなければならない。途中で一つの要件を欠くと、それ以上先に進めないのが、当該行為の犯罪性は否定される。ここでは違法性が否定されるという意味である）。これが、いわゆる安楽死（オイタナジー）の法理であり、刑法に明文規定を有しない、超法規的違法性阻却事由と位置づけられている。なお、狭義の安楽死と尊厳死のメルクマールであるが、患者の真摯な承諾が存する場合を前者、そして、これが存しない場合を後者と位置付けるのが通説である。

刑法が、嘱託・承諾殺人罪に関する明文規定を置いているにもかかわらず、なおも安楽死の犯罪性を否定することの根拠如何が問題とされている。この点については諸説あるが、次のように説明されている。つまり、人の生命は、刑法において最も尊重されている保護法益であるも、一切の相対化や比較衡量を否定するものではないことは、刑法自体が、墮胎（胎児殺人）罪と殺人罪の法定刑に軽重を設けており（前者が軽く、後者が重い。なお、墮胎については、いまだ出生前

であるから「人」になっていないという理由で減輕されている), また, 嘱託・承諾殺人罪・殺人罪についても, 同様の態度をとっていることから明らかといえるからである(前者が軽く, 後者が重い。つまり, 保護法益の主体自身が, 生命という法益を放棄しているのだから, 法益としての価値が減少すると考えるのが一般である)。もっとも, 嘱託・承諾殺人罪は, あくまで犯罪であることに変わりはなく, 単に違法性を減弱させ, 刑を減輕する効果があるというに止るが, 安楽死の法理は犯罪性そのものを否定し, 安楽死行為を適法と捉えるのであるから(違法性が阻却されるのであるから), 嘱託・承諾殺人罪の犯罪構成要件よりも, 一層厳格な要件を必要とすることは論を俟たない。なお, 安楽死の法理を超法規的違法性阻却事由と捉えることについて, 学説・判例は一致しているものの, 判例が安楽死による違法性阻却を認めた事例は皆無であることは, その要件が如何に厳格であるのかを示す資料となろう。安楽死の要件に関する嚆矢的な判例(3)によると,

|  |
|--|
| ① 現代の医学上, 不治の病で死期が目前に迫っていること               |
| ② 被害者の苦痛が甚だしいこと                            |
| ③ 安楽死行為が, 死苦の苦痛を緩和する目的でなされたこと              |
| ④ 患者本人の真摯な嘱託または承諾があること                     |
| ⑤ 原則として医師の手によること                           |
| ⑥ 方法が社会通念上妥当であること<br>(苦痛を緩和するのに適した方法であること) |

という, 6つの要件を必要とすると解されている。要するに, 患者を延命させるべきなのか, それとも安楽死させるべきなのかを決める基準となるのは, 本人が明確な放棄の意思表示をしている, 医学上確実に余命いくばくもないと判断された生命の重さと(①+④), 患者の死苦を緩

和する利益の重さ(②+③)の比較衡量であるが, 本判決が, いわゆる療養型終末期患者についての判断であるため, ただちに救急型に対して適用できない点に悩みがある。つまり, ④(患者の嘱託や承諾)が存在しない事例や, かりに存在したとしても「真摯」なそれであったのか否か, 事後に争いになる可能性を否定できないからである。さらには, 患者が苦痛を感じないほどの致命傷を受けている症例などでは, ②(甚だしい苦痛)と③(苦痛緩和目的)の要件についても, その存在を認定できないこともあり得るからである。

本判決に照らすと, 本案による判断基準は, 刑法における超法規的違法性阻却事由の要件に即した形で起案されているといえる。つまり, 本判決は昭和37年という, 今から45年前の判例であるところ, その後における医学や法学の発展, ならびに, 医学の進歩に伴い不可避免的に生じる無意味な延命治療に対する社会の意識の変化を併せ考慮すると, 貴会(案)が示した要件は, 療養型について示された要件を, 救急型に即して, 現代における医学的合理性を以て変容したものであるといえるからである。ただし, 判例は適法な安楽死を容易に認めない傾向があるので, 検察により公判請求がなされた場合には, 医師側が安楽死の適法化(正当化)要件を主張し, その存在を立証するのは至難の業であろう(「立証責任あるところに敗訴あり」との法格言もある)。そのためにも, 本案をガイドラインではなくて, 成文の法律を以て規定することにより, 起訴される前にリスクを回避する必要があるのである。

なお, 本案において評価されるべき点は, 終末期の判断を, 主治医単独ではなくて, 複数の医師による判断に委ねるべきことを明文化した点である(その反対解釈として, 単独の医師による判断では免責されないことを明らかにした点も, 同様に評価すべきである)。この点については, 患者自身の

意思如何が不明瞭な状況の下において、多数決によって人の生死を決めることは妥当ではないとの批判もあり得よう。しかし、民事・刑事を問わず、医療過誤訴訟の現場においては、医師は鑑定人として出廷するほか、かりに証人として出廷する場合においても、専門家証人として尊重され(つまり、殺人事件などにおける単なる目撃証人とは異なるということ)、訴訟の勝敗を決するのは、結局のところ出廷した医師の数の多寡と証言結果の多数決に依存している現状に鑑みると、患者本人の意思や親族間の意思について、不一致がみられるような事例においては、本人や親族らの承諾(被害者の承諾)に代替するものとして、複数の医師による終末期の判断を違法性阻却事由とすることは、刑法における違法性阻却事由との整合性の観点からは妥当であると考ええる。但し、後述の如く、民法理論、とりわけ相続法における相続人の確定・相続分の確定との関係において、重大な問題を惹起することに注意するべきである。

## 第5 終末期の意義

—超法規的違法性阻却事由としての安楽死と尊厳死の法理—(2)

(5) 治療を中止する方法についての選択肢  
一連の治療過程において、すでに装着した生命維持装置や投与中の薬剤などを中止する方法(withdrawal)、また、それ以上の積極的な治療や手術などをしない方法(withholding)について、以下、①～④などを選択する。

① 人工呼吸器、ペースメーカー、人工心肺などを中止、または取り外す。

(註)このような方法は短時間で心肺停止となるため、原則として家族の立会の下に行う。

② 人工透析、血液浄化などの治療を行わない。

③ 人工呼吸器設定や昇圧剤投与量など、呼

吸管理、循環管理の方法を変更する。

④ 水分や栄養の補給を制限するか中止する。 (以上、傍線④)

本案が示した基準は修正を必要とする。傍線④につき、法律上問題となる点を検討する。

安楽死の類型として、積極的安楽死と消極的安楽死ということがいわれている。そして、前者については、違法性阻却事由として認めないが、後者については、(刑事裁判において、実際に違法性の阻却を認めるのか否かは格別として)これを肯定する学説が有力である。ここにおける積極的、消極的ということの意味は、刑法的にいうと、作為、不作為という概念に換言することができる(行為論)。作為とは新たに何らかの行動を起こすこと、つまり外部的徴表をともなう行為であるから、その違法性の有無や程度を認定しやすいが、不作為とは今までしていたことをやめること、あるいは何もしないこと、つまり外部的徴表をともなわないので、その違法性の認定が困難である。そのため、当該不作為について、作為と同等の違法性があると認定するための要件として、作為義務の存在(悪しき結果の発生を防止する義務があること)と、因果関係の存在(作為義務が果たされたとすれば、悪しき結果は発生しなかったであろうという仮定的な因果関係)が必要であると解されている(不作為犯論。外部的には新たに手を下していない、つまり、していたことをやめただけ、あるいは何もしなかったことを犯罪罪するのであるから、違法性の認定を余程に厳しくしないと、処罰の範囲が無限に広がる恐れがある)。

本案が例示する、薬物の過量投与行為や筋弛緩剤の投与行為は、刑法上、明確な作為といえ、患者の余命を故意に短縮する行為であるから、殺人罪や囑託・承諾殺人罪の犯罪構成要件に該当する違法な行為として認定することは容易であるから、如何に安楽死を適法視する(違法性阻却事由として捉える)としても、現行法制下では、

医師としては絶対的な禁忌と考えるべきである。また、(1)人工呼吸器等の取り外し行為や(3)人工呼吸器等の管理・設定方法を変更する行為についても、刑法上は作為に近い行為態様といえるため、薬物等の投与行為と同様に、刑事責任を問われる法律的なリスクがあるといえる(自発呼吸の有無は、刑法上における人の死亡認定基準＝三兆候説＝自発呼吸の停止・心拍の停止・瞳孔反応の消失、の一要素とされているので、人の死に直結すると考えられるから、違法との評価を受けやすいと思われる)。これらに対し、(2)人工透析等の中止行為や(4)水分補給等の制限・中止行為は、刑法上は不作為に近い行為態様といえるので、仮に、これらに行為が余命の短縮につながったとしても(因果関係の肯定)、適法な安楽死として犯罪性を否定することは相対的に容易といえる。以上の検討によると、(1)と(3)については、選択肢として不適切と考える。

## 第6 医師による療法説明の機序

—患者の療法選択における自己決定権との関係—

(4) 本人または家族の意思の確認方法とその後の取り扱い

主治医は家族に対し、病状が絶対的に予後不良であり、治療を続けても救命の見込みが全くないことを説明し、状況の理解を得る。ここで家族の意思が救急医療に積極的である場合においては、あらためて「患者の状態が極めて重篤で、現時点の医療水準にて行い得る最良の治療をもってしても救命が困難である」旨を正確で平易な言葉で家族に伝達し、その後に家族の意思を再確認する。再確認した家族の意思が、引き続き積極的な対応を希望している時には、家族の意思に従うのが妥当である。しかし、結果的に死期を早めてしまうと判断される医療行為、例えば外科手術などは行うべきではなく、現在行われている

医療水準を維持することが一般的である。そのようなでなければ、複数の医師、看護師らを含む医療チーム(以下、「医療チーム」という)は、以下の、(4)―1～3を選択する(筆者註…(4)―2～3については章を改めて説明をする)。

(4)―1. 家族に「受容する意思」がある場合

家族の受容が得られれば、家族との協議の結果により以下の優先順位に基づき、治療を中止する方法について選択する。

- ① 本人のリビングウィルなど有効な advanced directives (事前指示) が存在し、加えて、家族がこれに同意している場合にはそれに従う。
- ② 本人の意思が不明であれば、家族が本人の意思を寸渡し、中止に同意する場合に、家族の容認する範囲内で延命措置を中止する。

上記①②の順で、家族の総意としての意思を確認した後に、(5)のうちから適切な対応を選択する。治療中止の是非、時期や方法について、医療チームにより慎重に判断する。医療チームによっても判断がつかないケースにおいては、院内の倫理委員会等において検討する。このような一連の過程については、後述する診療記載方針に基づき、診療内容や同意の過程を正確に記載し、保管する。

(以上、傍線⑤)

本案が示した基準は修正を必要とする。傍線⑤につき、法律上問題となる点を検討する。

近年、患者の権利として、自己決定権ということがいわれている<sup>(4)</sup>。自己決定権とは、医療(診療)契約における、契約の一方当事者である患者が有する権利のうちの一つ(つまり、本体的権利が診療請求権であり、附随的権利が療法選択における自己決定権)であって、契約の他方当事者である医師からみると、患者の自己決定尊重義務がある、



ということになる。では、患者は、なにを決定できるのかということが問題になるが、医師の治療に関する裁量を直接に狭めることができる、患者の治療方法決定権であると捉える見解は少数説であり、あくまで、医療の専門家たる医師が提示した複数の治療方法の中から、自らの判断と責任において、治療方法を選択する権利であると捉えるのが一般である。つまり、自己決定権の意味は、患者が医師より、自己の疾病について医学上認められている複数の治療方法について十分な説明を受け、満足のゆくまで理解した上で、何れか一つの治療方法を選択する権利という意味であり、決して、医学の素人である患者が、医学の専門家である医師の治療方針を度外視して、自ら治療方法を決定する権利という意味ではないのである（なお、少数説は、療法選択は患者自身の身体の処分に關する事柄、つまり私事に属する事柄という理由により、後者の構成をとるが、最高裁は、このような見解を採用することなく、前者の見解を採用している）。

そして、自己決定権“侵害”ということの意味は、医師による、複数の選択肢たる療法に關する説明が不十分であったため、患者は、自らが希望しない療法を選択した結果、精神的苦痛を受けたということであり、いわゆる説明義務違反、換言すればインフォームドコンセントの不備の問題に解消して考えるのが一般である。これを法律学的に見ると、医師が説明義務を懈怠したという意味で、診療契約上の債務不履行を構成し、損害賠償義務を生じさせるとともに（民法第415条、416条）、患者に精神的苦痛を与えたという意味で、不法行為上の慰謝料支払義務を生じさせる効果があるということである（民法第709条）。決して、医師が、患者が自らの意思により決定した療法を採用しなかったことによる、患者固有の自己決定権なる権利の侵害という意味ではないのである（なお、自己決定権侵害を認める場合であっても、民事責任のみが問題となり、

刑事責任を生じさせることはない）。

なお、契約管理の問題として、医師が注意すべきことは、自己決定権侵害（インフォームドコンセントにおける説明義務違反）は、予想外の悪しき結果を生じさせた場合のみならず、診療が奏功し、患者の疾病が治癒した場合においても生じ得ることである。医師とすれば、患者の救命と延命こそ至上命題なのであるから、「助けてやって、治してやって、なぜ不服なのだ？」という、極めて素直な疑問に直面するのである。この論点も、医学的評価と法律学的評価が齟齬する場面の一つということができる。実際のところ、この点については、ある程度の歩み寄りがなされており、損害賠償の対象になるのは、生命侵害による財産的な逸失利益（例えば、失われた生涯賃金。数千万円から数億円。被害者が医師・歯科医師や弁護士であると高額になる傾向あり）ではなくて、あくまで精神的苦痛に対する慰謝料のみなので、例え死亡事例であったとしても、数十万円から数百万円程度にとどまる点が特徴である。なお、自己決定権侵害や説明義務違反の論点は、近年の最高裁判例により精緻化されており、

- |  |
|--|
| ① 患者が、医学の観点から是認されない治療法（治療拒否など）を選択しようとしていた場合において、医師が、その方法を選択せずに、医学的に然るべき治療法を選択した事案（エホバの証人信徒輸血拒否事件。輸血が奏功し、患者を救命したにもかかわらず、なお慰謝料支払義務を認めた事例。最判平成12年2月29日） <sup>(4)</sup>  |
| ② 患者が、臨床医学の実践レベルに到達している治療法を選択することなく、治療効果の如何が明らかではない未確立の治療法を選択しようとしていた場合において、医師が、その方法を選択せずに、臨床医学の実践レベルに到達している治療法を選択した事案（乳房温存療法説明義務違反事件。胸筋切除術が奏功し、患者の癌を治癒したにもかかわらず、なお慰謝料支払義務を認めた事例。最判平成13年11月27日） <sup>(5)</sup> |
| ③ 患者が、臨床医学の実践レベルに到達して  |

いる治療法を選択しようとしており、医療水準に適う選択肢が複数存在した場合において、医師が患者の希望しない方法を選択した事案(胎位が骨盤位である症例について、医師が患者の希望を容れずに、帝王切開術を施行することなく経膣分娩を選択した結果、臍帯脱出を合併し胎児が死亡した症例について、医師に説明義務違反を認めた事例。なお、胎児が死亡したこと自体についての損害賠償義務は否定しつつ、死亡児の両親に対して慰謝料150万円のみを認めた。最判平成17年9月8日。但し、破棄差戻により高裁にて係争中)<sup>6)</sup>

という3つの判決が出され、類型化もなされているところの、確立された判例理論とされている。③については医学的評価と法律学的評価がある程度整合しているとしても、②においては、かなりの不整合を生じ、①については、医療水準を度外視していることから、完全不整合を生じていることが理解できる。以上の通り、医師の契約管理としては、患者の救命や延命を至上命題として捉えることはできず、患者に対して療法を提案し、それについての説明義務を尽くし、患者を十分に納得させた上で療法を決定しなければならず、それを怠ると、治療の奏功・不奏功にかかわらず、損害賠償義務を課されることに注意しながら、リスクコントロールを行う必要がある。

そこで、患者の自己決定権侵害という論点が、救急型の終末期医療における延命の中止とどのように関連するのかがであるが、患者本人もしくは患者の親族は延命の中止を望んでいるにもかかわらず、医師や倫理委員会が延命の中止に反対であった場合、患者が生存中であれば、本人と親族が医師らを相手取り、裁判所に対して延命治療を中止すべき旨の仮処分を申し立て(例えば、呼吸器を取り外せという申立)、また、患者死亡後であれば、延命治療を中止しないまま患者を死亡させたとして、遺族が自己決定権侵害に基づく本人の慰謝料請求権を相続し(民法第896条)、併せて遺族固有の慰謝料請求権の行使とし

て、損害賠償請求訴訟を提起することが考えられる(民法第709条、710条)。すると、医師は、延命治療を中止すると、(ガイドラインなる形式では、国家権力、とりわけ捜査権や起訴権能の発動を抑制できないから)患者の死期を早めたことを理由に、殺人罪や囑託・承諾殺人罪に問われる恐れがあり、反対に、延命治療を続行すると、患者や遺族より、延命治療が患者の自己決定権を侵害していることを理由に仮処分を申し立てられ、あるいは損害賠償請求を受ける恐れがあるため、医師は進退兩難の地位に置かれることになる。現在のところ、かような形態の民事訴訟は提起されていないが、ここ数年における自己決定権の拡張現象に鑑みると、医師の契約管理としては、このような事態もリスクの一つとして考慮に入れなければならない。

## 第7 死期の認定に係わる相続法上の諸問題

### (4)ー2. 家族の意思が明らかでない、あるいは家族の意思が判断できない場合

治療中止の是非、時期や方法についての対応は、主治医を含む医療チームの判断に委ねられる。その際、担当する主治医個人(あるいは、主治医に指導を受けるなどしている若手医師(担当医、研修医)を含む主治医グループ)のみによる判断ではなく、医療チームとしての結論であることを家族に説明する。この結果、選択されている対応は、家族やその関係者が納得していることが前提となる。

### (4)ー3. 家族の意思が不明で、身元不詳などの理由により家族と接触できない場合

(以上、傍線⑥)

本案によると、「家族の意思があきらかでな

い、あるいは家族が判断できない場合」または、「本人の意思が不明で、身元不詳などの理由により家族と接触できない場合」は、医療チームの判断により、チームにて判断できない場合は、院内の倫理委員会における会議体の意思決定として中止の可否を決定する、と規定している(傍線⑥)。この点について、以下のような問題点を指摘することができる。本案は「あきらかでない」「判断できない」という文言に、中止の可否について親族の意見が不一致である場合を含み、また「身元不詳」につき、突発的な事故に遭遇し、身元と親族が判明する前に終末期を迎えざるを得ない場合を含むことを前提として、自動車事故などで、子供がいない夫婦が致命傷を負い、瀕死の状態である場合において、双方に兄弟姉妹がいる事例を考えてみる。

延命を中止して、いずれが(例え1秒でも)早く絶命するのにかにより、それぞれの親族は相続を原因として取得できる財産の割合が大きく違ってくるのである。具体的にいうと、後に死亡した配偶者は、生前に、先に死亡した配偶者の財産の4分の3を取得し、それが死後に、後に死亡した配偶者の親族が相続を原因として取得することになる。これに対して、先に死亡した配偶者の親族は、4分の1のみを、後に死亡することとなる配偶者とともに取得するに過ぎないことになる(民法第900条第3号)。また、本事例において、夫婦間に、万が一のことがあったら財産を兄弟姉妹にやらずに妻(夫)のみにやるという遺言書があると仮定すると、他方の兄弟姉妹は相続財産を全く取得できなくなる。けだし、兄弟姉妹には遺留分が否定されているからである(つまり、法定相続分である4分の1を取得できないという意味であるが、通常は、法定相続人が遺留分減殺請求権を行使すると、例え遺言書により取得分を否定されていたとしても、法定相続分の半分相当の財産の返還を受けることができる。つまり、遺言書を以ってしても否定できない財産承継の権利が遺留分制度だからであ

る。しかし、被相続人の兄弟姉妹については、これが制度的に否定されているので、一切の財産を取得できなくなるから(民法第1028条柱書)。そのような状況のもとにおいて、親族の意見がまとまらない、あるいは身元不明であるとして、医師団が夫婦の延命治療を中止すると、医師団が推定相続人の権利関係を左右するという、重大な法律問題を惹起することになる。

後から駆けつけた、あるいは後から事情を知るに至った(推定相続人である遠縁の)親族が、結果として財産を取得できなかった場合には、医師団に対して損害賠償請求の訴えを提起することになる。また、前記した患者の自己決定権侵害に基づく損害賠償請求訴訟も、併せて提起されることもあろう。かような観点から、事後の訴訟トラブルを回避するためにも、延命治療中止の可否につき、医師団が意思確認をしなければならない親族の範囲を明確にする必要がある。

## 第8 延命と救命の中止に関する刑法解釈 —医学的合理性と刑法解釈の齟齬—

### (6) まとめ

我々は、年齢、疾病原因、受傷原因、あるいは社会的地位、国籍などの患者背景に関係なく救命救急医療を行う。当然ながら、医療に携わる者として患者本人にとって最善の医療を行い、救命の可能性がある場合には、終末期と定義しない(傍線⑦)。しかし、患者が(3)に示される終末期と判断された場合には、その根拠を家族らに説明し、家族の総意としての意思などを確認する。そして(4)に示される手順などに従って、(5)に示される選択肢から、継続中の医療を中止することができる。なお、家族への説明の際には、プライバシーが保てる落ち着いた場所で説明し、家族にとって十分な時間を提供して、家族の総意としての意

思を確認することが重要である。このような、救急救命医療の終末期に行う診療行為や対応は、主治医個人の判断ではなく、医療チームの判断であることが重要である。また、家族の意思が変化した場合には、適切かつ真摯に対応する。それら一連の過程は診療録に記載することが必須である。

本案によると、「救命の可能性がある場合には終末期と定義しない」と明記している(傍線⑦)。すると、その反対解釈として、救命の可能性がない症例のうち、延命の可能性がある症例については終末期と判断する場合があるという結論を得ることができる。しかし、法律上、とりわけ刑法解釈においては、例え1秒であっても人の死期を早めたとすると、それだけで殺人罪などの犯罪となり得るのであるから、医学上は格別として、刑法解釈においては救命と延命を区別する実益は少ない。終末期との診断がなされると、人為的な生命短縮行為を許容するのであるが、例え、かような行為が医学倫理として是認されるとしても、本案の内容を法律学的観点から検討すると、現行法制を前提とする限り、また、本案の内容如何を問わず、ガイドラインという形式を採用する限り、医師(団)が刑事責任(医道審による懲戒に直結するという意味で行政責任)を問われるリスクを払拭するに足りるものとはいえない。

## 第9 診療録の法的性質 —文書偽造罪・文書毀棄罪との関係—

II 救急医療における終末期医療に関する診療録記載方針  
(1) 終末期における診療録記載の基本  
救急医療における終末期医療に関する診療録の記載に当たって、担当する医師らは、ここで示した基本的事項について確認し、

要領よく責任をもって記載する。このことによって、終末期の診療における様々な問題を把握し、終末期における良質な医療を展開する。また、医療チームによる方針の決定、治療のプロセスなどが、医療の倫理に則り妥当なものであったことを、事後に遡って示すことが可能な記載を心がける。

- 1 医学的な観点から
  - ① 医学的に終末期であることが明示されている。
  - ②～③ (略)
- 2 患者本人による意思表示があるかどうかについて
  - ① 家族らによる理解を得、家族らの意向について尋ねている。
  - ②～④ (略)
  - ⑤ 家族・その範囲について具体的に明示する。
- 3 治療方針の決定
  - ① (略)
  - ② 主治医を含む他職種のカンファレンスで検討している。
  - ③ “患者の最善の利益(患者本人の意思)”と家族らの意向などについて記載している。
  - ④ 法律・社会規範などについて検討している。
- 4 状況の変化への対応
  - ①～③ (略)
- 5 治療のプロセス
  - ① いわゆる 5W1H(誰が、何時、何処で、何を、何故、どのように)を記載している。
  - ② 結果について記載している。
- 1 解剖の説明に関する記載
  - ①～③ (略)
- 2 退院時要約の記載

- ① 病院の運用手順に基づいて共通の書式に記載している。
- ②～③ (略)
- 3 退院時に必要な文書の記載
  - 死亡診断書・入院証明書・保険関連書類などの公的文書を必要に応じて作成する。
  - (3) 診療録記載の一般的原则
- 1 開示請求の対象となる公的文書である
  - ① 必ず日付を付して事実を正確に記載し、署名して記載者の責任を明確にする。記載しないと医療行為や医学的判断が行われなかったものとみなされる。
  - ② 鉛筆による記載は避け、行間や余白を残すことは推奨されない。誤記等による訂正が必要な場合は、二重線による「見せ消し」とする。追記は日付を明確にして末尾に記載する。
  - ③ 記載にあたって、記載者とその職種が判断できるようにする。
  - ④ 予期せぬ出来事、意図しない事態では推測や仮定に基づいた記載を避ける。恣意的な未記載、事実と異なる記載、記載の改竄、削除は犯罪行為となる。  
(以上、傍線⑦)
  - ⑤ 私的なメモや医療、業務に無関係な記載は行わない。
- 2 チーム医療のために情報を共有する。
  - ① 誰もが読める字で、多職種間で理解される処置、手術名等の専門用語の範囲とする。一般的に通用しない造語や符号等は使用しない。
  - ② 外国語は病名、人名、一般的に使用される処置、手術名等の専門用語の範囲とする。記述は日本語が推奨される。チーム内の各職種が十分に理解できているか確認をする。
  - ③～④ (略)
- 3 その他

- ① (略)
- ② 診療録は診療報酬請求の根拠となる。記載の不備で診療報酬の返還を求められることがあることに留意する。

カルテ等の診療記録は、刑事事件においては、公訴提起に向けた、証拠の収集と保全のための捜索・押収(刑訴法第218条～220条)、あるいは任意領置(刑訴法第221条)の対象とされるため、記載内容が犯罪事実の存在を推知させてしまうことのないように、過不足なく正確に記載する必要がある。また、民事事件においても、提訴前の証拠保全手続(民訴法第234条～242条)において、申立人が証拠資料として取得することになるので、記載内容が過失を推定させてしまうことのないように、過不足なく正確に記載する必要がある。この観点からすると、本案は、カルテの記載事項を明確にし、患者死亡に伴い、法律上の責任を問われるリスクを軽減するという意味において一応の成果を上げていると評価できる。けだし、書式を統一することにより、患者側より、他の類似症例に関するカルテと比較するなどして、因縁的なクレームを付けさせる要因を可及的に排除しているからである。念のため、以下において、刑事責任についてのリスクコントロールの観点から、カルテ等の診療記録を改変する行為について、どのような犯罪が成立し得るのかについて検討する(傍線⑦)。

刑法の文書偽造罪(刑法第154条～161条ノ2)における偽造(広義)概念を整理してみると、偽造(狭義)とは、他人の名義を使用して新たに文書を作成する行為であり(内容の真否を問わない。内容が正しくても実際の作成者と名義人が異なれば偽造概念に該当する)、変造とは、既に存在する他人名義の文書を改変する行為である(有形偽造)。これに対して、自己名義の文書について虚偽の内容を記載する行為を虚偽文書作成という(無形偽造)。そして、偽造と変造、および虚偽文書作成は、対

象となる文書が公文書（作成名義人が公務所または公務員）であるのか、私文書（作成名義人が私人）であるのかにより、取り扱いを異にする。公文書については、偽造と変造（刑法第155条）、虚偽文書の作成（刑法第156条）を同等に罰するが、私文書については、原則として偽造と変造のみを処罰し（刑法第159条）、虚偽文書の作成については、公務所に提出する文書についてのみ例外的に処罰する（刑法第160条）。

なお、刑法には、損壊（毀棄）に対する罪が規定されており（刑法第258条～264条）、本章中に、公用文書毀棄罪（刑法第258条）と私用文書毀棄罪（刑法第259条）という犯罪類型がある。これらの犯罪が損壊行為の対象とする公用文書と私用文書は、文書偽造における公文書と私文書の概念と異なり、作成名義人により区別されるのではなくて、公務所の用に供されているのか否かにより区別される（つまり、名義人が私人であったとしても、公務所＝役所に保管され、または使用されていれば、公用文書に該当する）。

以上のような偽造概念を前提として、これを医療関係文書の取り扱いにあてはめてみると、国立や公立、および独立行政法人である医療機関に所属する公務員としての医師が、他人（例えば、部下）の承諾なくして他人名義のカルテを新規に作成すれば公文書偽造となり、既に存在する他人名義のカルテの内容を改変すれば公文書変造となる。また、自己が作成したカルテの内容を爾後的に改変すれば虚偽公文書作成となる。また、私立病院や個人としての医師が、他人（例えば、部下）の承諾なくして他人名義のカルテを新規に作成すれば私文書偽造となり、既に存在する他人名義のカルテの内容を改変すれば私文書変造となる（つまり、診療内容と経過という「事実証明」に関する文書を偽造・変造したということ）。しかし、単に自己が作成したカルテの内容を事後的に改変したというのみでは、虚偽私文書作成とはならない。作成の対象が公務所に提出する

文書、例えば、診断書、死体検案書、死亡証書などであった場合に限り、本罪（対象が狭いことから、虚偽診断書等作成罪といわれる）が成立する点に注意すべきである。つまり、例えば、保険会社に提出するための診断書の内容を偽ったとしても、詐欺罪（刑法第246条）に問われることは格別として（保険金詐欺の共同正犯、もしくは従犯）、本罪の成立は否定されるのである。

文書損壊（文書毀棄）については、公務所の用に供すべきカルテを破棄すると、公用文書毀棄罪に問われる場合がある（自己名義のカルテであっても同様である。ただし、書き損じのためや、書き直してあれば「故なく」破棄したのではないから、本罪の成立は否定される）。それ以外の目的で作成されたカルテを故なく破棄した場合は、私用文書毀棄罪には問われず、器物毀棄（器物損壊）罪が成立する（法定刑が軽い）。けだし、私用文書毀棄罪の客体（対象）には、私文書偽造罪のように「事実証明に関する文書」（例えば、カルテ等の診療記録）が含まれていないので、損壊（毀棄）罪の一般規定である器物毀棄罪を適用する他はないからである。

さらに、カルテ等を隠匿した場合には、公用文書毀棄罪、あるいは器物毀棄罪（刑法第261条）が成立する。この点、隠す行為が、何ゆえに損壊する行為と同一視できるのか、通常の文言の意味を超える解釈なのではないかとの疑問が生じる。しかし、現行刑法典には、信書（封緘された手紙等）隠匿罪の規定は存在するも、毀棄行為と同様に当罰性が高いといえる、文書一般を隠匿する行為を処罰する罪については明文の規定が存在しないので、毀棄（損壊）概念を拡張解釈して、物を物理的に物を破壊し、あるいは破棄する行為のみならず、物の効用を害する一切の行為を含むと解し、隠匿行為を本罪の適用範囲に含めている。

## 第10 救命救急における終末期医療と 医事法制の課題—結語に代えて—

本案の現状認識や内容と構成は、法律学的観点からすると概ね妥当なものであるが、延命治療の中止行為の医学的合理性を意識する余り、現行法制における不備や矛盾を指摘し、具体的な改正案を示すという作業が足りない憾みがある。けだし、患者本人、あるいは親族の同意ないし承諾が存在し、これを文書に明記すれば法律上の責任を免責されるものではないからである。とりわけ、刑事医事法学の観点からは同意殺人罪・自殺幇助罪（刑法第202条）との関係、民事医事法学の観点からは相続法との関係、また、患者の療法選択における自己決定権との関係などを論理的に明確にして、政策的な見地から、現行法の改正や新法（特別法）の制定作業に結び付けてゆくべきであろう。

### 【註 釈】

- (1) 平沼高明「医事紛争入門」239頁（労働基準調査会1997）。開業医レベルまで周知している治療法、あるいは標準的な成書に記載されている診療方法をさす。なお、この考え方の前提として、法律学の観点からすると、医学の世界においては、5年位前に周知した診療方法を標準的な成書に記載しているという認識がある。つまり、ある治療方法が医療水準を形成するまでには相当な時間を要すると考えている。
- (2) 因みに、医師が診察当初から故意に医療水準に即した延命措置を施さないと、不作為による殺人罪などに問われる恐れがある。また、過失によりなすべきことをしなかったのであれば、不作為による業務上過失致死傷罪（刑法第211条）に問われる恐れがある。
- (3) 名古屋高判昭和37年12月22日 高裁刑集第

15巻9号674頁。ただし、当該事例としては安楽死を否定

- (4) 土屋裕子「医療訴訟にみる患者の自己決定論の展開と展望」ジュリスト1323号135頁（有斐閣2006）
- (5) 最3小判平成12年2月29日 民集54巻2号582頁
- (6) 最3小判平成13年11月27日 民集55巻6号1154頁
- (7) 最1小判平成17年9月8日 判例時報1912号12頁（判例時報社2005）、判例タイムス1192号249頁（判例タイムス社2005）

### 【参考文献】

- 山川一陽(2005)医療事故の概念とそれによる医療機関・医師の責任、伊藤文夫、押田茂實編 医療事故紛争の予防・対応の実務—リスク管理から補償システムまで、3～13頁、新日本法規、名古屋
- 若松陽子(2005)歯科医療過誤訴訟の課題と展望—新しい医療の指針を求めて—、10～13頁、218～226頁、世界思想社、京都
- 小松秀樹(2007)医療の限界、40～49頁、50～102頁、103～126頁、新潮社、東京
- 日本経済新聞(2007)呼吸器外し倫理委判断 日医大が延命中止指針、2007年8月26日
- 日本経済新聞(2007)終末期医療、チームで判断 指針中間答申「免責体制が必要」日本医師会、2007年8月30日（夕刊）

### 【補 遺】

筆者の意見は、本ガイドラインの前文である。「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）を使用するにあたって」および「救急医療の終末期に関する背景認識と本ガイドライン作成の意義」に反映されている。