

〔論 説〕

終末期における延命治療の中止の適法要件 不法行為責任に関して

平成 18 年度東京大学大学院法学政治学研究科

法曹養成専攻専門職学位課程修了

平成 19 年度東京大学大学院医学系研究科

生命・医療倫理人材養成ユニット修了

飯 田 泰 士

序論

終末期における延命治療の中止による不法行為責任

- 1 導入
- 2 不作為による不法行為
- 3 医師と患者の関係の性質と医師の作為義務
- 4 小括

終末期における延命治療の中止による不法行為責任の適法要件の法律構成

- 1 導入
- 2 延命治療の中止の患者の意思が認められない場合
 - はじめに
 - 医師による医療契約の任意解除
 - 治療義務の否定
 - 不法行為責任の成立を阻却する事由
 - まとめ
- 3 延命治療の中止の患者の意思が認められる場合
 - はじめに
 - 医療契約の合意解除
 - 患者による医療契約の任意解除

治療行為に対する患者の同意の不存在

まとめ

4 小括

結語

序 論

日本における平成17年の死亡者数は108万4012人であり¹⁾、病院で亡くなる人は、およそ8割である²⁾。今後、自宅や介護保険施設での死亡割合が高まることがあったとしても、病院における終末期医療は、人の生命に関わる、我が国の重要な課題である³⁾。しかも、それは、患者にとっては、患者の自己決定権⁴⁾に関わる重要な問題であり、また、医師や病院にとっては、メディカル・リスク・コントロール⁵⁾に関わる重要な問題である。

1) 厚生労働省「平成17年人口動態統計月報年計(概数)の概況」

(<http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/jiFnkou/geppo/nengai05/index.html>, 2008年3月4日最終アクセス)。

2) 池上直己「病院としての終末期ケアへの対応」病院65巻2号14頁(2006年)。

3) 終末期医療は、人の生命に関わる問題であるので、我が国の重要な課題であるが、医療経済学的な視点からも、重要な課題である。医療経済学的視点とは、すなわち、かけられた医療コストに対して、結果(QOL(後掲注6)参照)の改善、生存期間の延長等)がどの程度得られたかという視点であるが、終末期医療は当然コストパフォーマンスの低いことが問題となる。限られた医療資源を効率よく分配することを目的とする医療経済学的な視点は非常に重要であるので、医療政策の場でさらに議論されるべきである(大内尉義「末期医療の事前指示と延命医療」樋口範雄『ケース・スタディ生命倫理と法』(有斐閣, 2004年)81頁)。

4) 自己決定権については、憲法13条によりそれを人権の1つとして認める見解が有力である(樋口範雄「患者の自己決定権」岩村正彦『自己決定権と法』(岩波書店, 1998年)63頁)。

自己決定権として、子供を持つかどうかなど家族のあり方を決める自由(断種、避妊、妊娠中絶などの問題)、髪形、服装などライフスタイルを決める自由、医療拒否、とくに尊厳死など生命の処分を決める自由などが保障される(芦部信喜『憲法(第3版)』(岩波書店, 2002年)116頁, 120頁)。本稿に関わる、患者の自己決定権は、医療拒否、とくに尊厳死など生命の処分を決める自由である。

5) 病院の行うリスク・マネジメントであるメディカル・リスク・マネジメントにおける最大のリスクは医療紛争と医療過誤であり、その処理の方法としては、リスク・コントロールとリスク・ファイナンスがあるが、メディカル・リスク・マネジメントの本質は、リスクそのものを小さくするリスク・コントロールにあるといえる。そして、メディカル・リスク・コントロールとは、偶然の損失のリスクを回避するか、未然に防止するか、それ

そして、病院における終末期医療において重要な問題となっているのが、延命治療である。すなわち、現代社会においては、医療の高度化により、疾患の回復の見込みがないにもかかわらず、人工呼吸器、化学療法を適用することで患者を生きし続けることができるようになったが、その結果、患者のQOL⁶⁾ではなく、患者のSOL⁷⁾を追求し、生命の存続を唯一の目的とするような医療が行われるおそれが出てきたのである。延命治療といわれるそのような医療⁸⁾に対しては批判があり⁹⁾、また、終末期医療についての、厚生労働省の2003年の調査では、死期が迫っている場合や、意識不明の状態から回復する可能性がない場合には、一般国民の8割強が自分に対する延命治療を中止してもよいと回答し、一般国民の6割強が家族に対する延命治療を中止してもよいと回答している¹⁰⁾。

このような延命治療に関して、法律上、問題となるのが、延命治療の中止である。延命治療の中止により患者が死亡すると、民事責任として、不法行為責任（民法709条、710条）と債務不履行責任（民法415条）が成立する可能性があり¹¹⁾、刑事責任として、殺人罪（刑法199条）が成立する可能性がある¹²⁾。

でも事故が起こった場合に損失を最小化しようとする手法である（武井勲「メディカル・リスク・マネジメントとは」桜井靖久『医療の未来像とリスクマネジメント』（シーエムシー、1994年）51、53頁）。

メディカル・リスク・コントロールは、医療過誤訴訟が増加した近年、重要なものである（飯田泰士「患者の自己決定権に関わる医師の説明義務に関するガイドライン メディカル・リスク・コントロールを踏まえて」東京大学法科大学院ローレビュー第2巻21頁（2007年）（<http://www.j.u-tokyo.ac.jp/sl-lr/02/papers/v02part04.pdf>、2008年2月13日最終アクセス））。

- 6) Quality of Life, 生命の質（手嶋豊『医事法入門』（有斐閣、2005年）196頁）。
- 7) Sanctity of Life, 生命の神聖（手嶋・前掲注6）196頁）。
- 8) 大内・前掲注3）80頁。
- 9) 岩田太「治療の差し控え・中止と判断を支援するシステムの重要性」樋口範雄『ケース・スタディ生命倫理と法』（有斐閣、2004年）83頁。
- 10) 厚生労働省「終末期医療に関する調査等検討会報告書 今後の終末期医療の在り方について」（2004年）（<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2004/07/s0723-8.html>、2008年3月4日最終アクセス）。
- 11) 医療過誤に基づく責任追及の法的構成としては、不法行為責任構成と債務不履行責任構成が考えられ、不法行為責任に基づく請求権と債務不履行責任に基づく請求権は競合する（賀集唱「請求の構成と挙証責任及び訴訟指揮への影響」判例タイムズ686号9頁（1989年）、並木茂「医療過誤訴訟における債務不履行構成と不法行為構成」根本久『裁判実務大系第17巻 医療過誤訴訟法』（青林書院、1990年）4頁、古川俊治『メディカル クオリティ・アシュアランス 判例にみる医療水準（第2版）』（医学書院、2005年）4頁）。

もっとも、前述のような、延命治療の問題点や延命治療の中止に対する国民の意識を考えると、医師が延命治療の中止をした場合、常に、民事責任や刑事責任が成立するというのは、延命治療の問題点を軽視し、しかも、国民の意識と乖離し、妥当でないので、適法に延命治療の中止をすることができる場合を認めるべきである。

そして、そのように考えると、いかなる場合に適法に延命治療の中止をすることができるか、すなわち、延命治療の中止の適法要件がいかなるものであるかが問題となる。

従来、延命治療の中止の適法要件については、民法上の問題としてほとんど議論されておらず、刑法上の問題として議論されてきた。しかし、刑法上適法でも、民事責任が成立することがありうる¹³⁾、延命治療の中止の刑法上の適法要件について議論するだけでは不十分である。しかも、多くの医療事故において、法律問題の中心となるのは、刑事責任ではなく民事責任である¹⁴⁾、法律上、重要な問題となるのは、延命治療の中止の民法上の適法要件である。近年、医療過誤訴訟の件数は上昇したので¹⁵⁾、延命治療の中止の民法上の適法要件の重要性は、今後、より高まるであろう。

判例も請求権の競合を認めている(最判昭和38年11月5日民集17巻11号1510頁)。

12) 大谷實『刑法講義各論(第4版補訂版)』(成文堂,1995年)26頁。

13) 井田良「刑法と民法の関係」山口厚ほか『理論刑法学の最前線』(岩波書店,2006年)52頁~53頁,山口厚「コメント」山口厚ほか『理論刑法学の最前線』(岩波書店,2006年)83頁,佐伯仁志「コメント」山口厚ほか『理論刑法学の最前線』(岩波書店,2006年)90頁。

14) 手嶋・前掲注6)137頁。

15) 加藤和彦「『保険』からみた医療サービスにおけるリスクマネジメント」桜井靖久『医療の未来像とリスクマネジメント』(シーエムシー,1994年)223頁。

近年、新たに提起された医療過誤訴訟の件数は、平成8年575件、平成9年597件、平成10年632件、平成11年678件、平成12年795件、平成13年824件、平成14年906件、平成15年1003件、平成16年1110件、平成17年999件、平成18年912件である(最高裁判所「医事関係訴訟事件の処理状況及び平均審理期間」

(http://www.courts.go.jp/saikosai/about/iinkai/izikankei/toukei_01.html,2008年3月4日最終アクセス)。

このようなデータによると、ここ4~5年は、新たに提起された医療過誤訴訟の件数は横ばいであるが、平成8年が575件、平成9年が597件であることを踏まえると、なお、医療過誤訴訟の件数は、近年、上昇したといえると考えられる。

そして、ここ4~5年、新たに提起された医療過誤紛争の件数が横ばいである理由は、患者側がすべての医事紛争を裁判に持ち込んでいるわけではなく、また、医療機関側も責任の有無を評価して、責任があれば示談解決しているということであり、医療現場での医事紛争が減少しているということではない。医療現場では、クレームレベルの医事紛争は

そこで、延命治療の中止の民法上の適法要件について検討するべきである。

そして、医療過誤は、通常、不法行為の問題として論じられるため¹⁶⁾、延命治療の中止が医療過誤となり、民事責任を問われる場合には、やはり不法行為責任構成がとられると考えられるので、本稿では、不法行為責任に関する、終末期における延命治療の中止の適法要件について検討する。

終末期における延命治療の中止による 不法行為責任

1 導 入

不法行為責任に関する、終末期における延命治療の中止の適法要件について検討するにあたって、延命治療の中止による不法行為責任の成立について検討する。なぜなら、延命治療の中止により、いかなる法律構成で不法行為責任が成立するかを明らかにすることによって、適法に延命治療の中止をすることができる場合を明らかにすることができるからである。

そして、不法行為責任は、通常、加害者の作為によって成立する。

では、医師による延命治療の中止は、作為であるか不作為であるか。すなわち、延命治療の中止を、例えば、人工呼吸器のスイッチをオフにして装置を取り外す、作為による生命侵害と考えるか、あるいは、継続している延命治療を中止して、それ以上の延命治療を行わない不作為と考えるかである。

今も増加している（大倉早苗「医療訴訟 自分の身は自分で守れるのか」JAMIC JOURNAL27 巻7号（日本医療情報センター，2007年）12頁～13頁）。

16) 医療過誤訴訟は、不法行為で争われることが多い（内田貴『民法 債権各論』（東京大学出版会，1997年）328頁）。

また、最近の、最高裁判所の判決の医療過誤による損害賠償責任の処理傾向を見ると、不法行為責任構成と債務不履行責任構成のどちらが適用されても良いような場合にも、不法行為責任構成だけで結論をだす傾向がある。このようなことは、例えば、エホバの証人事件の判例（最判平成12年2月29日民集54巻2号582頁）や心臓の疾患に関する事件の判例（最判平成12年9月22日民集54巻7号2574頁）で顕著に見ることができる。これはいわば不法行為責任構成への傾斜ということができる（稲垣喬『医事訴訟入門』（有斐閣，2003年）33頁）。

ここで、不法行為法において、行為とは何を意味するかが問題となるが、この点に関しては、刑法における行為論を踏まえて、同様の議論が展開されている¹⁷⁾。

刑法上、延命治療の中止は作為であるという見解がある¹⁸⁾。しかし、医師と患者という行為環境の下では、医師は生命維持のためにエネルギーを傾注しており、延命治療の中止はそのエネルギーの傾注を止めることになるのであるから、医師による延命治療の中止という行為は不作為であると考えべきである¹⁹⁾。

そこで、不法行為法上も、延命治療の中止は不作為であると考える。

2 不作為による不法行為

そして、あらゆる不作為により不法行為責任が成立するというのは妥当でないので、いかなる場合に、不作為が不法行為法における行為となり、不法行為責任が成立するかが問題となる。

前述のように、不法行為法における行為については、刑法における行為論を踏まえて、同様の議論が展開されている。

そして、刑法上、不真正不作為犯は、ただ何もしないだけで成立する犯罪ではなく、期待される何かをしない犯罪であるから、一定の不作為が実行行為といえるためには、その不作為が当該構成要件において法律上要求されている作為義務に違反するものであることを要するとされている²⁰⁾。

そこで、不作為が作為義務に違反する場合に、不作為が不法行為法における行為となると考える²¹⁾。

17) 潮見佳男『不法行為法』(信山社, 1999年) 28頁。

18) 延命治療の中止を作為と考えるものとして、大谷實「脳死および植物状態患者と医師の治療義務」判例タイムズ 686号 137頁(1989年)。

19) 甲斐克則『医事刑法への旅』(立花書房, 2004年) 221頁~222頁, 井田良「終末期ケアの法的ルール」病院 65巻 2号 25頁(2006年)。

20) 大谷實『刑法講義総論(第4版補訂版)』(成文堂, 1996年) 157頁, 井田・前掲注 19) 25頁。

21) 四宮和夫『不法行為(事務管理・不当利得・不法行為 中巻・下巻)現代法律学全集 10』(青林書院, 1985年) 292頁, 潮見・前掲注 17) 28頁。

3 医師と患者の関係の性質と医師の作為義務

では、医師はどのような作為義務を負うのか。医師の作為義務は、医師と患者の関係に基づくものであると考えられるので、以下、医師と患者の関係の性質と医師の作為義務について検討する。

医師と患者の関係の性質に関する見解としては、医療行為は、契約としての申込と承諾という法律構成が不可能な単なる事実行為であるとする事実行為説、医師と患者の関係は信認関係であるとする信認関係説、医師と患者の関係は契約であるとする説の3つがあり、の説の中において、請負契約説、雇用契約説、準委任契約説、無名契約説に見解が分かれている²²⁾。

まず、医療行為は単なる事実行為であるとする事実行為説については、確かに、医師側においては、医療のパターナリズムの名残があるので、患者と契約している実感はないといわれる²³⁾。しかし、事実行為であるとする医療過程における権利義務関係があいまいになる。しかも、事実行為であるとする、医療関係が患者、医師の相互関係であること、とくに両者の合意のもとに築かれる人間関係であることが無視され、あたかも交通事故や公害のように医師だけの一方的な行為が問題となり、ただ単に、医療の行為準則を客観化して、それに反するときは不法行為として責任を追及する方向に行かざるを得ない²⁴⁾。そのため、事実行為説は妥当でない。

次に、医師と患者の関係は信認関係であるとする信認関係説については、確かに、信認関係は、一方が他方に大きく依存する関係にある場合に認められるので、医師と患者の関係にも適用が認められるとも思える²⁵⁾。しかし、医師に信認義務を課し、患者の最善の利益を実現するように義務付けることは、患者の自己決定権を尊重しようとする流れに逆行するおそれがあり、また、医師と患者の関係に不信が存在するところで、一方的な信頼を必要とす

22) 前田和彦『医事法講義（改訂第5版）』（信山社，2001年）177頁，手嶋・前掲注6）23～25頁，近江幸治『民法講義 契約法（第3版）』（成文堂，2006年）332頁。

23) 植木哲ほか『医療判例ガイド』（有斐閣，1996年）23頁。

24) 大谷實『医療行為と法（新版補正版）』（弘文堂，1995年）65頁。

25) アメリカ・カナダなどのコモンロー諸国においては、このような見解が承認されている（手嶋・前掲注6）23頁）。

る「信認」を認めるのは、アナクロニズムの側面があるともいえる²⁶⁾。そのため、信認関係説は妥当でない。

そこで、医師と患者の関係の性質は、の契約であると考えべきである。

まず、請負契約は、当事者の一方がある仕事の完成を約束し、相手方がその仕事の結果に対してその報酬を与える契約(民法632条)であり、医療契約とは、その法的性質が異なると考えられるので、請負契約説は妥当でない。なぜなら、請負契約における債務は、結果債務であるが²⁷⁾、医療契約における債務は、手段債務だからである²⁸⁾。

また、雇用契約は、当事者の一方が相手方に労務に服することを約束し、相手方がその報酬を与える契約(民法623条)であり、労務者の従属性が強い契約である。しかし、医師は独立性が強く²⁹⁾、医療契約は雇用契約と法的性質が異なると考えられるので、雇用契約説は妥当でない。もっとも、雇用契約説はドイツでは通説とされている。それは、ドイツでは、委任契約はすべて無償契約であり、有償契約は認められず、また、雇用契約の性格について労務提供者が独立性をもつ契約であるとする考え方も存在するからであるが、我が国では、委任契約は特約で有償契約とされるのが普通であり、

26) 手嶋・前掲注6)25頁。

27) 手術や輸血や検査、歯科治療等においては、医療契約の請負的性格を指摘する傾向がある。なぜなら、それらは、その結果の完成を目的とする医療行為だからである(植木ほか・前掲注23)24頁、加藤良夫『実務法律講義 実務医事法講義』(民事法研究会、2005年)(執筆者 増田聖子)88頁)。判例(最判昭和43年6月18日判時521号50頁)も、本件のような非悪性疾患に対しては、皮膚癌のような悪性疾患とは異なり、美容的に治癒させることを第一の条件とし、前より醜い傷害を与えることが注意義務違反を構成する、と判示した。

28) 加藤・前掲注27)(執筆者 増田聖子)87頁。

医療契約の債務が手段債務であるということについて、裁判例(札幌地判昭和52年4月27日判タ362号310頁)は、診療債務は、いわゆる手段債務であって、治癒の結果招来自体は債務の目的ではないから、医師が確診のため努力し医学上の原則に準拠した合理的判断をし、適応するとみられる治療法を実施するなど、その診療行為が当時の医学・医療の水準上相当と認められるときは、医師に帰責事由はなく債務不履行は成立しない、と判示した。また、別の裁判例(東京地判昭和46年4月14日下級民集22巻3・4号372頁)は、通常病気についての診療契約においては医師は患者に対して診療治療することを約しうるとどまりこれを治癒させることまで約し得ない、と判示した。

29) 医師には、裁量が認められる。なぜなら、診療の開始、選択、その方法、限度などについて、高度な専門的判断が要求されるようなとき、医師に広く判断の自由を認め、臨機応変に処置を実施・変更等しながら患者の状況に対応することを認めることにより、医師としてその義務を尽くすことができると考えられるからである(稲垣・前掲注16)62頁~63頁)。

また、雇用契約は労務者の従属性が強い契約であるので、ドイツのような考え方は当てはまらない³⁰⁾。

そこで、我が国の通説・裁判例は、準委任契約説（民法 656 条）を採用する。これについて明示する、薬物注射により患者がショック死した事例の裁判例³¹⁾は、患者が自己の疾病の医学的解明とこれを治療する事務処理を目的とした準委任契約の申込をなしたのに対し、医師がこれを承諾し、当事者間に、臨床医学上の知識技術を駆使して可及的速かに患者の疾病の原因ないし病名を適確に診断したうえ、適宜の治療行為をなすという事務処理を目的とする準委任契約（診療契約）が成立したと解するのが相当である、と判示した³²⁾。契約の性質決定においては典型契約類型を重視するべきであり、前述のように医療契約における債務は手段債務である。その法的性質を民法の典型契約に当てはめて考えると、準委任契約が最も類似した性質をもつので、医療契約の法的性質としては準委任契約説が妥当である³³⁾と考える³⁴⁾。

もっとも、ある契約が特定の種類の契約に属するとされたからといって、その節の条文が安易に全て適用されると考えるのは妥当でない。なぜなら、典型契約に関する民法の諸条文の多くは任意規定であり、当事者の意思や慣習が不分明であるときに適用されるものだからである³⁵⁾。そして、準委任契約についての民法の規定が全て医療契約に適用されると考えるのも妥当でないので、適用の排除される規定があると考え³⁶⁾。

そして、無名契約説は、この点を理由とする³⁷⁾。しかし、準委任契約

30) 植木ほか・前掲注 23) 26 頁、菅野耕毅『医療契約法の理論 医事法の研究』（信山社、1997 年）92 頁～93 頁。

31) 大阪高判昭和 47 年 11 月 29 日判時 697 号 55 頁。

32) 準委任契約と明示する裁判例として、他に、東京地判昭和 46 年 4 月 14 日下級民集 22 卷 3・4 号 372 頁、大阪地判昭和 46 年 4 月 19 日判時 646 号 72 頁、長野地裁松本支判昭和 47 年 4 月 3 日判時 682 号 56 頁、がある。

33) このような準委任契約説は通説である。遠藤浩ほか『民法（6）契約各論（第 3 版増訂版）』（有斐閣、1993 年）240 頁、稲垣・前掲注 16) 26 頁。

34) 契約の性質決定において、典型契約類型を重視する立場をとるものとして、道垣内弘人「契約の性質決定 その 1」法学教室 288 号 43 頁（2004 年）。

35) 道垣内・前掲注 34) 40 頁。

36) 加藤・前掲注 27)〔執筆者 増田聖子〕102 頁。

37) 内田・前掲注 16) 280 頁。

の規定を選択的に適用することにすれば³⁸⁾、準委任契約と考えても、無名契約と考えても同じであり³⁹⁾、無名契約と考える必要性はなく、しかも、医療契約と類似した性質をもつ典型契約である準委任契約があるので、無名契約説は妥当でない。

このように医師と患者の関係の性質を医療契約とし、その法的性質を準委任契約であると考えたと、医師の作為義務としては、そのような法的性質をもつ医療契約に基づく治療義務(民法656条,643条)が考えられる。

4 小 括

以上のことから、延命治療の中止が不法行為法における行為となるのは、延命治療の中止が、準委任契約としての法的性質をもつ医療契約に基づく治療義務に違反する場合であり、そのような場合に不法行為責任が成立する可能性がある。

終末期における延命治療の中止による 不法行為責任の適法要件の法律構成

1 導 入

延命治療の中止による不法行為責任について、前章で検討したように、延命治療の中止が、準委任契約としての法的性質をもつ医療契約に基づく治療義務に違反しないと評価される場合は、不法行為責任は成立しないことになる。

しかし、だからといって、延命治療の中止が医師の治療義務に違反する場合に、必ず不法行為責任が成立するわけではなく、特別の事由があるために不法行為責任が成立しないとされる場合がある⁴⁰⁾。

38) 無名契約とはいっても、それはいずれの典型契約に近いかが問題となり、多くの説はそれを準委任契約に近いものとみているようである(菅野・前掲注30)93頁)。

39) 内田・前掲注16)280頁。

40) 内田・前掲注16)372頁。

そのため、延命治療の中止の適法要件を検討するにあたっては、医師の治療義務がどのような場合に存在しなくなるのかという問題と、不法行為責任の成立を阻却する事由がどのような場合にあるのかという問題について検討する必要がある。

近年、医療においては、患者中心の医療⁴¹⁾という観点から、患者の自己決定権の尊重ということがいわれ⁴²⁾、しかも、患者の生命と直接関係する終末期医療においては、特に患者の意思を尊重することが重要となるので⁴³⁾、延命治療の中止の患者の意思が認められる場合と延命治療の中止の患者の意思が認められない場合に分けて、それらの問題について検討することにしたい。ここで、延命治療の中止の患者の意思が認められる場合とは、延命治療の中止の患者の意思表示がある場合、または、患者本人の事前の意思や家族の意思により、延命治療の中止時点の延命治療の中止の患者の意思が推定される場合であると考え⁴⁴⁾。そして、延命治療の中止の患者の意思が認められな

41) 最近では、アメリカ医療の影響を受け、医学界においても患者を Patient から Client として捉える立場が増えている。そのような立場は、患者を医療契約の主体として考える見解から導かれるものである（植木哲『医療の法律学』（有斐閣、1998年）317頁）。

42) 患者の自己決定権（autonomy）は、いわゆる生命倫理四原則（nonmaleficence, beneficence, autonomy and justice、それぞれ無危害原則、善行原則、自己決定原則、正義原則と訳されることが多い）のうちの1つといわれることが多いが、その中で最も重要な原則であることにほとんど疑問はない。自己決定権は、医療倫理（medical-ethical）における伝統的原則ではなかったにもかかわらず、今や生命倫理（bioethical）問題の全分野において最も重要な原則となっている（マーシャ・ギャリソン著（土屋裕子訳）「自己決定権を飼いならすために 自己決定権再考」樋口範雄＝土屋裕子『生命倫理と法』（弘文堂、2005年）1頁）。

無危害原則とは、基本的な医学的規範である、危害を加えないという原則である（資料集 生命倫理と法編集委員会『資料集 生命倫理と法』（太陽出版、2003年）12頁）。

善行原則とは、医師は患者に利益をもたらせという原則である（水野俊誠「医療倫理の四原則」赤林朗『入門・医療倫理』（勁草書房、2005年）53頁）。

自己決定原則とは、医療者は患者の自己決定権を尊重し、判断能力に制限のある人を保護しなければならないとする医療者の倫理的態度を要求する原則である（資料集 生命倫理と法編集委員会・同10頁）。

正義原則、人々を公正に扱うということであり、医療資源の分配の正義も要求する原則である（資料集 生命倫理と法編集委員会・同12頁）。

43) 日本医師会 第 次生命倫理想談会「『ふたたび終末期医療について』の報告」（2006年）7頁（<http://www.med.or.jp/nichikara/seirin17.pdf>, 2008年3月4日最終アクセス）。

44) 佐伯仁志「末期医療と患者の意思・家族の意思」樋口範雄『ケース・スタディ生命倫理と法』（有斐閣、2004年）88頁。

もっとも、アメリカのように裁判所が証拠に基づいて判断するという制度でもなければ、通常、医療の現場において、家族の意思以外で患者本人の事前の意思を認定することは困

い場合とは、延命治療の中止の患者の意思表示がなく、かつ、延命治療の中止時点の、延命治療の中止の患者の意思が推定されない場合であると考えられる。このように延命治療の中止の患者の意思が認められる場合に、延命治療の中止時点の、延命治療の中止の患者の意思が推定される場合を含める考え方に対しては、推定的意思という擬制が付きまとう法概念を、推定的死ぬ意思にまで及ぼし、延命治療の中止の適法性を決めることには疑問があるという批判があるが⁴⁵⁾、終末期医療においては、患者の意思表示を得ることができない場合があり、そのような場合、常に、患者の意思が認められないとするのは、患者の自己決定権の尊重の観点から妥当でないので、やはり、このように考えるべきである。

そして、ここで、それらの問題について検討する前提として、終末期について示す。なぜなら、延命治療の中止は、終末期においてなされるので、延命治療の中止の適法要件を検討するにあたっては、終末期がどのようなものであるかを理解しておく必要があるからである。

終末期とは、「生命維持装置の適用にもかかわらず、合理的な医的判断の範囲内では、死を招かざるをえないような疾病・傷害によって引き起こされる不治の状態、生命維持処置の適用は患者の死の瞬間を延期することだけに役立つ状態で生存している期間」⁴⁶⁾である。

そして、このような終末期には、死に至るプロセスとして、3つのパターンがある⁴⁷⁾。

第1のパターン(図1)は⁴⁸⁾、癌などの場合であり、一般に死亡の数週間前まで、日常生活は自立しているが、ある時期を境に急速に衰弱する。このパターンの場合、終末期は一般に2ヶ月以内の短期間であると予測でき、通常、意識や認知能力は最後まで保たれるので、患者の終末期医療に関する意

難であるので、患者本人の事前の意思による推定の問題は家族の意思による推定の問題に還元されることがほとんどであろう(佐伯・同89頁)。

45) 町野朔「『東海大学安楽死判決』覚書」ジュリスト1072号114頁(1995年)。

46) 土屋隆「終末期医療をめぐる諸問題」日本医師会編『国民医療年鑑(平成16年度版)医療改革の視点』(春秋社、2005年)80頁。

47) 池上・前掲注2)14頁。

48) 第1のパターンは、必ずしも入院医療が必要ではなく、アメリカでは地域における専門のケアチームが在宅やナーシングホームを訪問する体制が整備されており、癌患者が病院で死亡する割合は37%にまで低下している(池上・前掲注2)15頁)。

思を確認することも一般的に可能である⁴⁹⁾。

第2のパターン（図2）は⁵⁰⁾、心臓、肺、肝臓などの臓器の不全の場合であり、機能は2～5年の経過でしだいに低下する中で何回か急に悪化して、その度に小康を得るが元のレベルまでは一般に回復しない。このパターンの場合は、比較的早期の段階から、患者の終末期医療に関する意思を確認しておく必要がある⁵¹⁾。

第3のパターン（図3）は⁵²⁾、老衰や認知症などの場合であり、第2のパターンよりもいっそう長く、一般には5年以上の経過をたどって機能は徐々に低下して死に至り、また、第2のパターンと異なり心臓、肺、肝臓の基礎疾患がないので、急性増悪により入院が必要になることもない。このパターンの場合は、患者の終末期医療に関する意思を確認することは一般的に難しい⁵³⁾。

このように終末期における死に至るプロセスによっては、患者の終末期医療に関する意思を確認することが一般的に難しい場合があることを認識しておかなければならない。

終末期がこのようなものであることを踏まえて、以下、延命治療の中止の患者の意思が認められない場合と、認められる場合に分けて、医師の治療義務がどのような場合に存在しなくなるのかという問題と、不法行為責任の成立を阻却する事由がどのような場合にあるのかという問題について検討する。

図1

①がん等：死亡の数週間前まで機能は保たれ、以後急速に低下

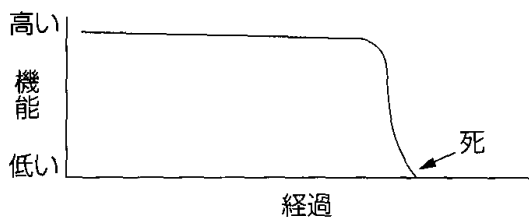
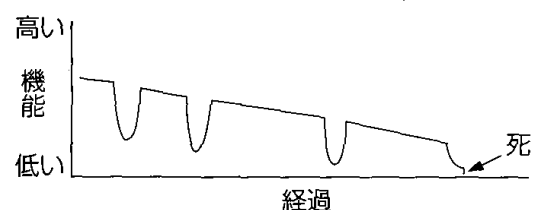


図2

②心臓・肺・肝臓等の臓器不全：時々重症化しながら、長い期間にわたり機能は低下



49) 池上・前掲注2) 14頁。

50) 第2のパターンは、今後、病院として、最も関与するべきものである。なぜなら、臓器不全に対しては、外来での専門治療と増悪時の入院が必要だからであり、また、終末期を病院で迎える可能性が高いからである（池上・前掲注2）15頁）。

51) 池上・前掲注2) 14頁～15頁。

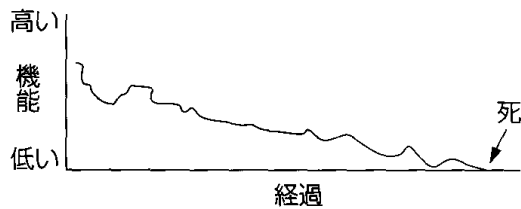
52) 第3のパターンは、今後は病院の医師が対応するよりも、診療所のかかりつけ医に任せたいほうが望ましい（池上・前掲注2）15頁）。

53) 池上・前掲注2) 14頁～15頁。

図3

③老衰・痴呆等：長い期間にわたり徐々に

機能は低下



(図1・図2・図3については、池上直己「病院としての終末期ケアへの対応」病院65巻2号14頁,15頁(2006年)参照。)

2 延命治療の中止の患者の意思が認められない場合

はじめに

延命治療の中止の患者の意思が認められない場合、医師の治療義務がどのような場合に存在しなくなるのかという問題と、不法行為責任の成立を阻却する事由がどのような場合にあるのかという問題について検討する。

終末期医療において、前述の終末期の死に至るプロセスの第3のパターンでは、患者の意思表示を得ることは困難であり、また、死に至るプロセスの他のパターンでも、患者の意思表示を得ることができない場合がある。

しかも、そのような場合に、延命治療の中止時点の、延命治療の中止の患者の意思の推定をすることができない場合がある。

そこで、延命治療の中止の患者の意思表示がなく、かつ、延命治療の中止時点の、延命治療の中止の患者の意思が推定されない場合、医師の治療義務が存在しなくなり、あるいは、不法行為責任の成立を阻却する事由があり、適法に延命治療の中止をすることができる場合はないかが問題となる。このような場合のあることが認められれば、延命治療の中止の患者の意思が認められない最も顕著な場合、すなわち、患者が延命治療の継続を望んでいる場合であっても、適法に延命治療の中止をすることができることになるので、このような場合がないかという問題は、非常に重要な問題である。

まず、延命治療の中止の患者の意思が認められない場合であるので、医師の治療義務が存在しなくなる場合としては、医療契約が解除される場合、治療義務が否定される場合が考えられる。

また、延命治療の中止の患者の意思が認められない場合であるので、医療契約の解除は、医師による任意解除（民法 656 条、651 条）、患者の債務不履行に基づく医師による解除（民法 541 条、543 条）が考えられる。しかし、患者が終末期にあることは、患者の債務不履行にはあたらないので、医師は医療契約を債務不履行に基づき解除することはできない。

そこで、以下、医師の治療義務がどのような場合に存在しなくなるのかという問題について、医師によって医療契約が任意解除される場合、治療義務が否定される場合に分けて検討し、また、不法行為責任の成立を阻却する事由がどのような場合にありのかという問題についても検討する。

医師による医療契約の任意解除

まず、医師によって医療契約が任意解除される場合について検討する。

医師が医療契約の任意解除をすることができるのであれば、延命治療の中止とともに、医療契約が任意解除され、それに基づく医師の治療義務も存在しなくなるので、延命治療の中止は治療義務に違反しない。

では、医師は、医療契約の任意解除をすることができるであろうか。民法 651 条は任意規定であるが⁵⁴⁾、各典型契約の任意規定の適用の有無を考える方法としては、任意規定の内容と異なる当事者の意思を認定する方法と、任意規定ごとにその適用要件を考える方法があるので⁵⁵⁾、それらの方法に基づいて考える。

まず、任意規定の内容と異なる当事者の意思を認定する方法に基づいて考える。

民法 651 条は前述のように任意規定であるので、それを放棄する特約は有効である⁵⁶⁾。そして、患者の保護の観点からは、医師による任意解除は認めるべきではないので、医師と患者の合理的な意思を考えれば、当事者間に、医師の任意解除権の放棄の特約の存在を認めることができると考える。

54) 我妻栄『債権各論 中巻二』（岩波書店、1962 年）692 頁。

55) 道垣内・前掲注 34) 44 頁。

56) 判例（大判大正 4 年 5 月 12 日民録 21 輯 687 頁、大判昭和 7 年 3 月 25 日民集 11 巻 464 頁）は、解除権放棄特約の有効性を承認している（岡孝「民法六五一条（委任の解除）」、広中俊雄・星野英一『民法典の百年』（有斐閣、1998 年）450 頁、461 頁）。

そこで、このような考え方によると、医師は、医療契約の任意解除をすることができない。

次に、任意規定ごとにその適用要件を考える方法に基づいて考える。

民法651条の適用の有無に関しては、契約類型ごとに詳細な検討をする必要がある⁵⁷⁾、医療契約という点を重視して、検討する。

医師法は、「医師でなければ、医業をなしてはならない」(医師法17条)と規定し、しかも、医業は、人々の健康にとって不可欠なものであり、それは、人々の健康な生活の確保という公共的な性格を有しているから、「診療に従事する医師は、診察治療の求があった場合には、正当な事由がなければ、これを拒んではならない」(医師法19条1項)と規定している⁵⁸⁾。これを医師の応召義務という。このような応召義務を医師は負うので、原則として、医師は医療契約の任意解除をすることはできないと考える⁵⁹⁾。

もっとも、「正当な事由」(医師法19条1項)が認められれば、医師の応召義務は免除されるので、医師は医療契約の任意解除をすることができることになる。そして、任意解除が認められるための、「正当な事由」が認められるためには、患者の行為が、医師らの医療行為を妨害するとか、他の患者の権利を侵害するなど、明らかに、医師と患者間の信頼関係を破壊し、社会通念上受忍不能な行為があったことが必要である⁶⁰⁾。

しかし、終末期における延命治療の中止の場合、通常、患者にそのような行為はなく、「正当な事由」は認められないので、医師は医療契約の任意解除をすることはできない。

そこで、このような考え方によると、医師は、医療契約の任意解除をすることはできない。

以上のように、、のいずれの考え方によっても、延命治療の中止の患者の意思が認められない場合、医師によって医療契約が任意解除される場合はない。

57) 星野英一『民法概論(契約)』(良書普及会、合本新訂第5刷、1986年)291頁。

58) 応召義務の根拠は、医業の公共性と業務独占である(手嶋・前掲注6)37頁。

59) 加藤・前掲注27)[執筆者 増田聖子]102頁。

60) 加藤・前掲注27)[執筆者 増田聖子]103頁。

治療義務の否定

次に、治療義務が否定される場合について検討する。

前述のように、不法行為法における行為については、刑法における行為論を踏まえて、同様の議論が展開されているので、治療義務が否定される場合について考えるにあたっては、刑法における議論を踏まえて、検討する。

そして、刑法上、医師の治療義務が否定される場合についての見解としては、以下のようなものがある。

まず、第1に、「意味のある治療」と「意味のない治療」とに分けて、後者の治療義務が否定されるという見解がある⁶¹⁾(以下、「第1の見解」という)。

また、第2に、患者が治療を望んでいる場合であっても、治療不可能な疾病のために死期が迫り、医師が純粋に医学的判断から治療が適当でないと判断した場合には、治療義務が否定されるという見解がある⁶²⁾(以下、「第2の見解」という)。この見解によれば、延命治療の中止の患者の意思が認められない場合、医師が純粋に医学的見地から治療が適当でないと判断したときは、治療の中止が許容されることになる⁶³⁾。

また、第3に、治療不可能な疾病のために死期が迫り、しかも意識を失っており回復が不可能または困難というとき、本人や近親者の意思にかかわらず、治療義務が否定されるという見解がある⁶⁴⁾(以下、「第3の見解」という)。

そこで、このような見解に沿って、不法行為法上、医師の治療義務が否定される場合があるかについて検討する。そして、検討するにあたっては、基準の明確性を重視するべきである。なぜなら、このような見解に基づいて医師の治療義務が否定される場合があることを認めることは、前述のように、患者が延命治療の継続を望んでいる場合であっても、適法に延命治療の中止をすることができるということにつながるからである⁶⁵⁾。すなわち、不明確

61) 上田健二『生命の刑法学 中絶・安楽死・自死の権利と法理論』（ミネルヴァ書房、2002年）225頁、甲斐・前掲注19）221頁。

62) 佐伯・前掲注44）88頁。

63) 西ドイツにおける刑法学者の圧倒的多数は、このような見解を支持していた（上田・前掲注61）232頁）。

64) 井田良「生命維持治療の限界と刑法」法曹時報51巻2号377頁（1999年）。

65) 刑法上、患者が治療を望んでいる場合であっても、医師が純粋に医学的判断から治療が適当でないと判断した場合には、治療義務の限界の観点から、治療する法的義務はなく、治療の中止が許容されるべきである、という主張がなされている（佐伯・前掲注44）88

な基準により適法に延命治療を中止し、患者の生命を短縮することができるというのは妥当でなく、しかも、そのように延命治療の中止を認めてしまえば、医療に対する国民の信頼が損なわれることになってしまうからである。

まず、第1の見解は、「意味のある治療」と「意味のない治療」という基準は曖昧であり、このような曖昧な基準では医師の裁量を広く認め過ぎ、裁量濫用のおそれもあり⁶⁶⁾、また、患者の自己決定権の尊重という観点からは、「意味のある治療」か「意味のない治療」かは、患者自身が決定すべきことであるので、妥当でない。

また、第2の見解、第3の見解については、たとえ専門家であっても、死期を予測することが難しいとされている。例えば、終末期を比較的明確に規定できるホスピスケアの患者の場合であっても、医師が生存期間を正確に判断できたのは20%に留まったという報告があり、癌以外の場合はいっそう死期を予測することが難しく、心臓・肺・肝臓の重篤な疾患の患者で、余命6ヶ月以内と判断された患者を追跡した結果、最も厳しい予後の判断基準を用いた場合でも、過半数は生存していたという報告がある⁶⁷⁾。このような報告をふまえると、第2・第3の見解のような基準で、医師の治療義務を否定するのは妥当でない。

また、第2の見解、第3の見解については、治療不可能な疾病を規定することは難しく、例えば、前述の終末期の死に至るプロセスの第2のパターンでは、部分的に回復する可能性があり⁶⁸⁾、そのようなときに延命治療の中止をすることは回復可能性の放棄を意味するので、そのような基準で、医師の治療義務を否定するのは妥当でない。

また、第3の見解は、意識の回復可能性については判断が困難であり、また、意識の回復が不可能または困難な患者の生命の価値を低く見ることにもつながるおそれがあり⁶⁹⁾、妥当でない⁷⁰⁾。

頁)

66) 甲斐克則『安楽死と刑法』(成文堂、2003年)164頁。

67) 池上・前掲注2)15頁~16頁。

68) 池上・前掲注2)16頁。

69) 1920年代のドイツでは、「生存の価値なき生命の毀損」思想の下、意思を持っていない患者の生命を無価値とし、裁判所は保護する義務はないとされ、そのような考え方の帰結として、ナチスの安楽死計画が行われた(上田・前掲注61)176頁~178頁)。

70) 意識回復の可能性を基準とすることに対しては、批判が強い(井田・前掲注64)381

そのため、延命治療の中止の患者の意思が認められない場合、患者が終末期であっても、治療義務が否定される場合はない。

不法行為責任の成立を阻却する事由

次に、不法行為責任の成立を阻却する事由がある場合について検討する。

延命治療の中止の患者の意思が認められない場合、延命治療の中止による不法行為責任の成立を阻却する事由になると考えられるのは、正当業務行為である⁷¹⁾。

そこで、正当業務行為を根拠とすることについて考える。

業務行為が正当なものであれば、正当業務行為として、不法行為責任の成立の阻却が認められる⁷²⁾。

では、終末期における延命治療の中止は、正当なものであるということができようか。正当性を認める根拠については、患者の苦痛除去利益を根拠とすることと⁷³⁾、医療経済の観点から延命治療はコストパフォーマンスが低いということが考えられる⁷⁴⁾。そして、患者の苦痛としては肉体的苦痛と精神的苦痛がある⁷⁵⁾。そこで、患者の肉体的苦痛の苦痛除去利益、患者の精神的苦痛の苦痛除去利益、医療経済の観点から延命治療はコストパフォーマンスが低いということを根拠として延命治療の中止の正当性を認めることができるかということについて検討する。

頁)。

71) 解釈上、不法行為責任の成立を阻却する事由として認められているものとして、被害者の承諾、正当業務行為、自力救済がある。そして、法律に明文規定がなくても、正当業務行為として許容される場合がある（内田・前掲注16）372頁、375頁）。

72) 内田・前掲注16）375頁。

73) このような考え方の参考になるものとして、五十子敬子『死をめぐる自己決定について比較法的視座からの考察』（批評社、1997年）85頁、甲斐克則『尊厳死と刑法』（成文堂、2004年）287頁。なお、五十子・同85頁は、患者の苦痛除去について、刑法上、緊急避難（刑法37条1項）を根拠に違法性阻却を認めているが、民法における緊急避難は、「他人の物から生じた急迫の危難を避けるためその物を損傷した場合（民法720条2項）に成立するので、民法上、患者の苦痛除去利益を理由に緊急避難を認めることはできない。

74) このような考え方の参考になるものとして、大内・前掲注3）81頁。

75) 東海大学安楽死事件に関する裁判例（横浜地判平成7年3月28日判時1530号28頁）は、「末期患者には症状としての肉体的苦痛以外に、不安、恐怖、絶望感等による精神的苦痛が存在」する、と判示した。

まず、患者の肉体的苦痛の苦痛除去利益を根拠として、延命治療の中止の正当性を認めることができるかについて検討する。

このことに関しては、鎮静剤で患者の意識自体を落としたり⁷⁶⁾、また、モルヒネ等のオピオイド製剤⁷⁷⁾を用いたりすることによる疼痛緩和療法により、終末期における患者の肉体的苦痛はほとんど回避可能となる⁷⁸⁾。

もっとも、WHO⁷⁹⁾の基準に基づく場合でも、疼痛緩和療法で最終的に使用が必須とされるオピオイド製剤⁸⁰⁾は、生命短縮の可能性があるため、オピオイド製剤を用いることが法的に許されるかという問題がある。この問題については、生命短縮の可能性がある以上、過大投与、過量投与は絶対に避けられるべきであるが、患者の症状から医学的に許容される範囲の量を使用した場合には、その結果、ある程度、生命が短縮されてもやむを得ないのであり、法的に許されると考えられ、このことについては、日本を含めた先進諸国の見解はおおむね一致している⁸¹⁾。しかも、近年、緩和医療技術の発展に伴い、副作用は軽減されているので⁸²⁾、オピオイド製剤の使用が法的に許されるということは、今後、さらにいいやすくなるであろう。

76) この方法については、人間の尊厳(憲法13条)の観点から、問題があるという指摘がされている。

77) WHO方式癌疼痛治療法により、癌患者の80%以上にオピオイド製剤が効く(川股知之「癌性疼痛とオピオイド」並木昭義=表圭一『For Professional Anesthesiologists オピオイド』(克誠堂出版社、2005年)126頁)。

78) 池上・前掲注2)16頁。

79) 世界保健機関、World Health Organization。

80) 現代、医療においては、cureもcareも必要であるとされ、また、終末期においては、患者のQOLが特に重視され、治癒しなくなったときも行う、疼痛除去のためのモルヒネ等のオピオイド製剤の使用や、閉塞部位を迂回するバイパス手術などの非治癒的なcureが必要とされる(松川俊夫「ケア-概念の説明」加藤尚武=加茂直樹『生命倫理学を学ぶ人のために』(世界思想社、1998年)201頁、三木知博「末期医療と告知」宇津木伸『現代医療のスペクトル フォーラム医事法学』(尚学社、2001年)304頁、日本医師会第2次生命倫理懇談会・前掲注43)3頁、6頁)。

81) 医事法関係検討委員会「終末期医療をめぐる法的諸問題について」日本医師会編『国民医療年鑑(平成15年度版)医療の質と安全確保をめざして』(春秋社、2004年)465頁。

82) 蒲生忍「医学研究者の立場から」樋口範雄『ケース・スタディ生命倫理と法』(有斐閣、2004年)157頁。

モルヒネの副作用で死亡するのは、ほとんど呼吸抑制によるものである(岸岡史郎「オピオイドの基礎」小川節郎『ペインクリニックのためのオピオイドの基礎と臨床』(真興交易、2004年)15頁)。

しかし、死亡に至る場合は、極めて少ない。理由は、死亡に至るには、大量のモルヒ

そして、医師が治療行為をするためには、原則として、患者の同意が必要である⁸³⁾。これに反した場合には、専断的治療行為として、民事責任や刑事責任の基礎となるおそれがある⁸⁴⁾。そして、この同意の前提として、医師は、患者の自己決定権を尊重するために説明をしなければならない⁸⁵⁾。これは、いわゆる informed consent 法理である⁸⁶⁾。この患者の同意については、患者

ネが投与される必要があること（成田年ほか「オピオイドの副作用および耐性・依存性」並木昭義＝表圭一『For Professional Anesthesiologists オピオイド』克誠堂出版社、2005年）34頁）、非常に耐性ができやすいこと、痛みそのものが呼吸抑制に対して拮抗的に働くことである（吉野景子ほか「がん性疼痛に対するモルヒネ製剤の臨床」小川節郎『ペインクリニックのためのオピオイドの基礎と臨床』真興交易、2004年）42頁、75頁）。むしろ、疼痛の緩和により、患者の体力が増進し、延命効果が認められる場合もあるといわれる（柏木哲夫『死を看取る医学 ホスピスの現場から』（日本放送出版協会、1997年）31頁～39頁、141頁～142頁）。

83) もっとも、公衆衛生的見地（特に、その疾病から社会を守るという社会防衛的見地）から、健康診断を受けることや治療を受けることを法が命じることがあり（精神障害者の措置入院、緊急措置入院（精神保健及び精神障害者福祉に関する法律 29条、29条の2）、法定伝染病患者などの強制入院（伝染病予防法 7条）など）、その場合は同意が不要である。

ここで、精神障害者の措置入院、緊急措置入院については、患者に自己の医療利益を選択する能力がないため、本人にかわって、診療が決定されるのであるから、社会の安全という点のみならず、患者のためという側面に主たる強制の根拠が求められる。このような観点によると、できる限り診療は患者の同意を得ることが望ましい。そのため、近時は、精神科医療においても、informed consent の必要性が強調されつつある（筋立明＝中井美雄『医療過誤法』（青林書院、1994年）80頁、大谷實『精神科医療の法と人権』（弘文堂、1995年）122頁）。

84) 手嶋・前掲注6) 28頁。

85) 医療契約の性質を前述のように準委任契約と考えると、民法 656条、645条により、医師に患者の同意を得るための説明義務が課されると考えられる。

この説明義務に基づき、医師は、患者に、現在の症状及び診断病名、医師が勧める治療または処置に関する概要の説明、勧める治療・処置のリスクと便益の説明、特に、死亡や重大な身体障害のリスクについての説明、別の治療方法や処置を含め、勧める治療・処置以外にどのような選択があるかの説明、およびそれらについてのリスクと便益の説明、勧める治療を行わない場合に想定される結果、成功する確率、および何をもちて成功と考えているか、回復時に予想される主要な問題点と、患者が正常な日常活動を再開できるようになるまでの期間、治療目的以外に、臨床試験や研究などの他の目的も有する場合には、その旨及び目的の内容、信頼にたる医師たちが同じ状況の場合に通常提供している、上記以外の情報、を説明しなければならない（ジョージ・アナス編（上原鳴夫＝赤津晴子訳）『患者の権利』（日本評論社、1992年）15頁、廣瀬美佳「判批」唄孝一ほか編『医療過誤判例百選（第2版）』（有斐閣、1996年）186頁、森山満『医療過誤・医療事故の予防と対策 病・医院の法的リスクマネジメント』（中央経済社、2002年）59頁、手嶋・前掲注6) 150頁、216頁、金沢地判平成 15年 2月 17日判時 1841号 123頁、名古屋地判昭和 59年 4月 25日判時 1137号 96頁）。

86) 近年、医療においては、患者中心の医療の観点から、患者の自己決定権の尊重ということがいわれ informed consent が重視され、1997年に行われた医療法の改正の際には、

の自己決定権の尊重の観点から、可能な限り、患者本人の意思を探り、これを尊重すべきであるので、患者の意思の推定を認めるべきである。そして、患者の意思の推定は、患者本人の事前の意思や、家族の意思によりなされると考える⁸⁷⁾。

終末期における疼痛緩和療法に対する同意については、例えば、患者が、疼痛緩和療法に対する同意の意思表示ができない状況であっても、患者が痛みにも反応する状態で、患者が苦しんでいる状況であれば、疼痛緩和療法に対する患者の同意が認められると考える。

以上のことから、次のことがいえる。まず、疼痛緩和療法に対する患者の同意があれば、疼痛緩和療法により肉体的苦痛はほとんど回避可能であるので、延命治療の中止をして患者を死亡させる必要はなく、肉体的苦痛の苦痛除去利益を根拠として、延命治療の中止の正当性を認めることはできない。また、疼痛緩和療法に対する患者の不同意・拒絶があれば肉体的苦痛は回避できないが、患者がその肉体的苦痛を受け入れているのであるから、肉体的苦痛の苦痛除去利益を根拠として、延命治療の中止の正当性を認めることはできない。また、疼痛緩和療法についての患者の意思表示を得ることができ

医療法 17 条の 4 第 2 項に「医師，歯科医師，薬剤師，看護婦その他の医療の担い手は、医療を提供するに当たり、適切な説明を行い、医療を受ける者の理解を得るよう努めなければならない」と規定され、informed consent 法理が法規定に盛り込まれた。

このような informed consent 法理が必要とされる理由は、次の 2 つの理由である（中村哲『医療訴訟の実務的課題 患者と医師のあるべき姿を求めて』(判例タイムズ社, 2001 年) 47 頁～48 頁、近江・前掲注 22) 340 頁)。

第 1 の理由は、次のとおりである。医療行為を行う場合、不可避免的に患者の身体の侵襲をとらなう。そのような身体の侵襲を適法とするために、患者自身のそれに対する承諾を得ることが要請される。そのような承諾の前提として、医師に説明義務が発生する。

第 2 の理由は、次のとおりである。人は、生まれながらにして、自らの生き方を自ら決定する権利である自己決定権を有しており、自らの生き方を自ら決定するためには、自らの情報について知り、自らの情報をコントロールすることが必要不可欠である。特に、病気に罹患した人の場合には、病気がその後の人生の分かれ道になる可能性も高いことから、その情報を知った上、いかなる選択をするかが、その後の人生、生き方に大きな影響を持つ可能性があるため、とりわけその必要性が高くなる。このような患者の知る権利及び生き方に対する自己決定権に寄与するために、医師に説明義務が発生する。

裁判例（名古屋地判昭和 56 年 3 月 6 日判時 1013 号 81 頁）も、医療は、生体に対する医的侵襲であるから、これが適法となるためには、患者の承諾が必要というべきで、それは患者の自己決定権に由来する、と判示した。

87) 佐伯・前掲注 44) 88 頁～90 頁、加藤・前掲注 27)〔執筆者 金川琢雄〕28 頁～29 頁。

ない場合で、しかも、患者の意思の推定ができない場合は、患者が肉体的苦痛を感じているかどうかもわからないので、患者の肉体的苦痛の苦痛除去利益を根拠として、延命治療の中止の正当性を認めることはできない。

ここで、疼痛緩和療法に対する患者の同意はあるものの、疼痛緩和療法が有効でないため肉体的苦痛が回避できない例外的な場合は、肉体的苦痛の苦痛除去利益を根拠として、延命治療の中止の正当性を認めることができるのではないかが問題となる。

この問題に関しては、我が国においては、医療従事者も含めてモルヒネに対する理解が不十分であり、また、モルヒネが効きにくい疼痛の原因と対応が理解されていないため、除痛率は60%にも満たないという報告があるので⁸⁸⁾、有効な疼痛緩和療法をすることができず、肉体的苦痛が回避できない場合は、肉体的苦痛の苦痛除去利益を根拠として、延命治療の中止の正当性を認めるべきであるとも思える。しかし、そのような理解の不十分さを教育により解決すれば、前述のように、肉体的苦痛はほとんど回避可能となり⁸⁹⁾、しかも、肉体的苦痛の有無、程度については客観的な判定、評価は難しいので⁹⁰⁾、そのような例外的な場合であるとして、延命治療の中止の正当性を認めることはできないと考える。そして、疼痛緩和療法には様々な方法があり⁹¹⁾、また、それぞれの医師の疼痛緩和の技術には差があるから、医師が自分では肉体的

88) 田村恵子「Quality of Life の向上を目指した終末期ケア 症状マネジメントと生命維持機能の支援を中心に」病院 65 巻 2 号 34 頁（2006 年）。

89) 田村・前掲注 88) 34 頁も、急いで教育をする必要があるとしている。

90) 東海大学安楽死事件に関する裁判例（横浜地判平成 7 年 3 月 28 日判時 1530 号 28 頁）は、「苦痛については客観的な判定、評価は難しい」と判示した。

もっとも、このように、肉体的苦痛の有無・程度について客観的な判定、評価が難しいのであれば、肉体的苦痛がほとんど回避可能となるとはいえないのではないかと、という批判がありえる。

しかし、判定、評価が困難であるという前提があり、そのような医療水準であるという状況の中において、なお、肉体的苦痛はほとんど回避可能となっている、ということは可能であると考ええる。医療とは、そもそも、その当時の医療水準に従ってなされるものだからである。

また、批判のとおり、肉体的苦痛の有無・程度について客観的な判定、評価が難しいのであれば、肉体的苦痛がほとんど回避可能となるとはいえないとしても、肉体的苦痛が回避不能ということもできないのであるから、延命治療の中止の正当性を認めることはできないと考える。

91) オーストラリア治療ガイドライン委員会編（医薬品・治療研究会訳）『鎮痛・解熱治療ガイドライン』（医薬ビジランスセンター、2000 年）145 頁。

苦痛を回避させることができないと判断した場合は、転医等をさせるべきである⁹²⁾。このような場合に延命治療の中止の正当性を認めることは、安易な延命治療の中止や生命の軽視につながるおそれがあるので妥当でない。

そこで、患者の肉体的苦痛の苦痛除去利益を根拠として、延命治療の中止の正当性を認めることはできないと考える⁹³⁾。

次に、患者の精神的苦痛の苦痛除去利益を根拠として、延命治療の中止の正当性を認めることができるかについて検討する。

このことに関しては、精神的苦痛の有無、程度についての判定、評価は、患者の一方的な主観的訴えに頼らざるを得ず、客観的な症状として現れる肉体的苦痛についての判定、評価と比べて、より困難であるので⁹⁴⁾、精神的苦痛の苦痛除去利益を根拠として、延命治療の中止の正当性を認めることは、安易な延命治療の中止や生命の軽視につながるおそれがあり妥当でない⁹⁵⁾。

そこで、患者の精神的苦痛の苦痛除去利益を根拠として、延命治療の中止の正当性を認めることはできないと考える。

92) 診療義務については、医師の基本的な義務は、狭義の診療義務であるということはいうまでもないが、転医義務もまた、診療義務の1つであると考えべきである(近江・前掲注22)339頁)。

医師が転医義務を負う場合は、医師にとって、患者の疾患が自己の専門外の診療科目に属するため、その患者を診療する能力がないか、又は不十分な場合、患者の疾患に照らし、これを診療する人的、物的設備が整っていないか、又は不十分な場合、患者の疾患に対し、より適切な治療方法が存在し、かつ、右疾患がその適応状況にある場合、患者が転送先の病院等にまで安全に搬送できる状況にある場合、必要とされる診療行為が医療水準上是認される場合が考えられる(金川琢雄『診療における説明と承諾の法理の実情』(多賀出版株式会社,1988年)36頁,松山恒昭「転送義務(2)」根本久『裁判実務大系第17巻 医療過誤訴訟法』(青林書院,1990年)227頁)。

このような転医義務は、民法656条,643条,645条,医療法1条の4第3項,保険医療機関及び保険医療費担当規則16条を根拠に認められると考える。

93) 東海大学安楽死事件に関する裁判例(横浜地判平成7年3月28日判時1530号28頁)は、「主目的が苦痛の除去・緩和にある医学的適正性をもった治療行為の範囲内の行為とみなし得ることと、たとえ生命の短縮の危険があったとしても苦痛の除去を選択するという患者の自己決定権を根拠に許容される」と判示した。

94) 東海大学安楽死事件に関する裁判例(横浜地判平成7年3月28日判時1530号28頁)は、「苦痛については客観的な判定、評価は難しいといわれるが、精神的苦痛はなお一層、その有無、程度の評価が一方的な主観的訴えに頼らざるを得ないと、判示した。

95) ホスピスでの医師としての経験から、人間の気持ちはずいぶん変わるものであり、ほとんどの人はいろいろなことを乗り越えていけるだけの力を持っていると考えられていることから(内藤謙, 唄孝一, 柳田邦男, 山崎章郎「安楽死 東海大学事件をめぐって」ジュリスト1072号93頁〔山崎発言〕(1995年)),このような結論を導くことができると考える。

最後に、医療経済の観点から延命治療はコストパフォーマンスが低いということを根拠として、延命治療の中止の正当性を認めることができるかについて検討する。

医療資源は有限のものであるので、医療経済の観点から、コストパフォーマンスの高い医療が優先されるべきである⁹⁶⁾。そして、延命治療について、かけられた医療コストに対する結果（QOLの改善、生存期間の延長など）を考えると、延命治療は当然コストパフォーマンスの低い医療である。しかし、医療経済については、延命治療を行う医療の現場ではなく、医療政策の場で考えられるべきことである⁹⁷⁾。

そこで、医療経済の観点から延命治療はコストパフォーマンスが低いということを根拠として、延命治療の中止の正当性を認めることはできないと考える。

このように、患者の苦痛除去利益と医療経済の観点から延命治療はコストパフォーマンスが低いということを根拠として延命治療の中止の正当性を認めることはできず、正当業務行為を根拠として、延命治療の中止に基づく不法行為責任の成立を阻却するということは認められない。

そのため、延命治療の中止の患者の意思が認められない場合は、患者が終末期であっても、不法行為責任の成立を阻却する事由がある場合はない。

まとめ

以上より、延命治療の中止の患者の意思が認められない場合、医師の治療義務は必ず存在し、しかも、不法行為責任の成立を阻却する事由が認められる場合もないので、適法に延命治療の中止をすることができる場合はなく、延命治療の中止により不法行為責任が成立する。

96) 池上直己 = J.C.キャンベル『日本の医療 統制とバランス感覚』（中央公論新社，1996年）37頁，池上直己『ベーシック医療問題』（日本経済新聞社，1998年）36頁，41頁～43頁，池上直己『臨床のためのQOL評価ハンドブック』（医学書院，2001年）4頁，14頁。

97) 大内・前掲注3）81頁。

3 延命治療の中止の患者の意思が認められる場合 はじめに

延命治療の中止の患者の意思が認められる場合、医師の治療義務がどのような場合に存在しなくなるのかという問題と、不法行為責任の成立を阻却する事由がどのような場合にあるのかという問題について検討する。

この問題については、我が国の終末期医療についての議論の出発点とされる「『末期医療に臨む医師の在り方』についての報告」⁹⁸⁾や、「死と医療特別委員会報告 尊厳死について」⁹⁹⁾は、患者の意思を最上位におき¹⁰⁰⁾、終末期医療において延命治療の中止の患者の意思表示があるならば、これを許容し、延命治療を中止するべきであるとした。しかし、そのような報告に対して、法務当局者は沈黙を保ち、これに応えてこなかった事実が存在する¹⁰¹⁾。

では、この問題についてどう考えるべきか。

延命治療の中止の患者の意思が認められる場合について、以下、検討する。

医師の治療義務が存在しない場合としては、医療契約が解除される場合と、治療行為に対する患者の同意が存在しない場合が考えられる。そして、医療契約の解除は、合意解除、患者による任意解除(民法656条,651条)、医師の債務不履行に基づく患者による解除(民法541条,543条)が考えられる。しかし、前述のように、医療契約における債務は、手段債務であるので、患者が終末期になったことが、医師の債務不履行にあたるということとはできないので、患者は医療契約を債務不履行に基づき解除することはできない。

そこで、以下、医師の治療義務がどのような場合に存在しなくなるのかという問題について、医療契約が合意解除される場合、患者によって医療契約が任意解除される場合、治療行為に対する患者の同意が存在しなくなる場合、また、不法行為責任の成立を阻却する事由がどのような場合にあるのかという問題についても検討する。

98) 日本医師会第 次生命倫理懇談会「『末期医療に臨む医師の在り方』についての報告」(1992年) <http://www.arsvi.com/1990/920309et.htm> 2008年3月4日最終アクセス。

99) 日本学術会議「死と医療特別委員会報告 尊厳死について」(1994年) (<http://www.arsvi.com/1990/940526.htm>, 2008年3月4日最終アクセス)。

100) 「患者の意思こそ最高の法(voluntatus aegroti suprema lex)」という原則は、欧米ではすでに確立したものになっている(上田・前掲注61)171頁)。

101) 土屋・前掲注46)82頁。

医療契約の合意解除

まず、医療契約が合意解除される場合について検討する。

合意解除は契約である¹⁰²⁾。そして、契約は申込と承諾によって成立するので¹⁰³⁾、合意解除は、合意解除の申込と承諾によって成立する。

そこで、延命治療の中止の患者の意思を合意解除の申込と考えることができ、医師による延命治療の中止を承諾と考えることができる場合は、医療契約が合意解除されたと考えることができる。

このように、延命治療の中止の患者の意思に基づき、医療契約が合意解除される場合がある。そして、そのような場合は、医療契約に基づく医師の治療義務は存在しなくなるので、医師が延命治療の中止をしても、治療義務に違反するということはない。

患者による医療契約の任意解除

次に、患者によって医療契約が任意解除される場合について検討する。

患者が医療契約の任意解除をすることができるのであれば、延命治療の中止の患者の意思により医療契約が任意解除されたと考えることができる場合は、それに基づく医師の治療義務は存在しなくなるので、医師が延命治療の中止をしても、治療義務に違反するということはない。

では、患者は、医療契約の任意解除をすることができるであろうか。前述のように、民法 651 条の適用の有無を考える方法としては、任意規定の内容と異なる当事者の意思を認定する方法と、任意規定ごとにその適用要件を考える方法があるので、それらの方法に基づいて考える。

まず、任意規定の内容と異なる当事者の意思を認定する方法に基づいて考える。

前述のように、民法 651 条は任意規定であるので、それを放棄する特約は有効である。もっとも、通常、医療契約の当事者間において、患者の任意解除権の放棄の特約の存在は認められないと考える。なぜなら、医療契約は、医師と患者の信頼関係を基礎とするものであるので、患者が医療契約を任意

102) 内田・前掲注 16) 82 頁。

103) 内田貴『民法 総則・物権総論（第 2 版補訂版）』（東京大学出版会，2000 年）37 頁。

解除したいのに、任意解除をすることができず、医療契約を維持しなければならないというのは妥当でないからである。

そこで、このような考え方によると、患者は、医療契約の任意解除をすることができる。

次に、任意規定ごとにその適用要件を考える方法に基づいて考える。

前述のように、民法651条の適用の有無に関しては、契約類型ごとに詳細な検討をする必要があるので、医療契約という点を重視して、検討する。

このことに関して、医療契約は、双務、有償の準委任契約であり、当事者双方の利益のためになされた契約であるから、患者も医師も、医療契約の任意解除をすることはできないという見解がある¹⁰⁴⁾。

しかし、651条1項の趣旨は、委任は当事者相互の信頼関係を基礎として成り立つものであるから、信頼関係のなくなった場合にまで、委任契約を維持しておくことは意味がないということである¹⁰⁵⁾。このような趣旨は、医療契約においては特に尊重されるべきであると考えられるので、受任者である医師の利益のためにも準委任契約がなされた場合であっても、信頼関係がなくなった以上、準委任契約を維持する必要はない。また、委任者による任意解除により受任者が受けた損害については、委任者が受任者に民法656条、651条2項の規定に従って損害賠償すれば足りるので、委任者は任意解除をすることができる¹⁰⁶⁾。もっとも、医療契約においては、委任者である患者から医療契約の任意解除がなされたとしても、それまでの診療報酬が支払われさえすれば、通常、受任者である医師に、任意解除による損害はないであろう¹⁰⁷⁾。

104) 菅野・前掲注30)140頁，大判大正9年4月24日民録26輯562頁。

105) 我妻・前掲注54)689頁。

106) 判例(最判昭和56年1月19日民集35巻1号1頁)は、「やむをえない事由がない場合であっても、委任者が委任契約の解除権自体を放棄したものと解されない事情があるときは、該委任契約が受任者の利益のためにもなされていることを理由として、委任者の意思に反して事務処理を継続させることは、委任者の利益を阻害し委任契約の本旨に反することになるから、委任者は、民法651条に則り委任契約を解除することができ、ただ、受任者がこれによって不利益を受けるときは、委任者から損害の賠償を受けることによって、その不利益を填補されれば足りるものと解するのが相当である」と判示した。

107) 加藤・前掲注27)[執筆 増田聖子]102頁。

そこで、このような考え方によると、患者は、医療契約の任意解除をすることができる。

以上のように、¹⁰⁸⁾ のいずれの方法によっても、延命治療の中止の患者の意思により、¹⁰⁹⁾ 患者によって医療契約が任意解除される場合がある。そして、そのような場合は、医療契約に基づく医師の治療義務は存在しなくなるので、医師が延命治療の中止をしても、治療義務に違反するということはない。

治療行為に対する患者の同意の不存在

次に、¹¹⁰⁾ 治療行為に対する患者の同意が存在しなくなる場合について検討する。

前述のように、医師が治療行為をするためには、原則として、患者の同意が必要である。

そして、延命治療の中止の患者の意思が認められる場合は、延命治療に対する患者の同意がなくなったことになり、延命治療を患者が拒絶したことになる。拒絶の対象となっている治療行為が実施されないことにより患者の生命が危険にさらされる場合であっても、患者の自己決定権尊重の観点からはこれを尊重せざるをえない¹⁰⁸⁾。そのため、治療行為を患者が拒絶するときには、たとえ、治療行為が医学的に理由のあるものであっても、結果の発生は正当化されず¹⁰⁹⁾、医師は延命治療をすることができなくなるので¹¹⁰⁾、患者が拒絶した延命治療をする治療義務は存在しなくなり、医師が延命治療を中止しても、治療義務に違反しない。同じ治療行為について、最初からの治療拒否を認める以上、すでに開始された治療行為の拒否を認めないのは、自己決定権尊重の趣旨から論理一貫しないので、このように考えるのが妥当である¹¹¹⁾。

108) 手嶋・前掲注6) 192頁。

109) 町野朔『患者の自己決定権と法』（東京大学出版会、1986年）184頁。

110) かつてのドイツにおいては、自己決定のこのような絶対性は必ずしも一般的であったわけではなく、例えば、ベーリングは、「生命を救う手術は、それが行われなければ個人の死が必然であるときには違法ではない。被術者の明確・明示の拒絶があつたとしても違法ではない。」とした。しかし、戦後の連邦裁判所は、患者の自己決定権に「生命および身体不可侵の権利」という高い地位を与えた（町野・前掲注109）188頁）。

111) 甲斐・前掲注19) 221頁。

このように、延命治療の中止の患者の意思により、治療行為に対する患者の同意が存在しなくなる場合がある。そして、そのような場合は、医療契約に基づく医師の治療義務は存在しなくなるので、医師が延命治療の中止をしても、治療義務に違反するということはない。

まとめ

以上より、延命治療の中止の患者の意思が認められる場合、医師の治療義務は存在しなくなるので、適法に延命治療の中止をすることができ、不法行為責任は成立しない。

そのため、延命治療の中止の適法要件を検討するにあたっては、論理的に、不法行為責任の成立を阻却する事由がある場合については検討する必要はなくなるので、検討しない。

4 小 括

以上のように、終末期における延命治療の中止は、延命治療の中止の患者の意思が認められる場合、すなわち、延命治療の中止の患者の意思表示がある場合と、延命治療の中止時点の、延命治療の中止の患者の意思が推定される場合のみ適法であり、そうでない場合は、延命治療の中止により不法行為責任が成立すると考える。すなわち、医師の患者に対する治療義務は、患者の自己決定権に基づく延命治療の中止の意思が認められることにより存在しなくなり、そのような場合のみ、延命治療の中止による不法行為責任は成立しないと考える。このような考え方は、延命治療の中止に特別な適法要件を認めず、治療の中止の一般の適法要件を満たすことによつてのみ、適法に延命治療の中止をすることができるというものであるが、前述のように、死期の予測や意識の回復可能性についての判断は困難であり、治療不可能な疾病を規定することは難しく、また、疼痛緩和療法の発達により苦痛の回避がほとんど可能になってきていることを考えれば妥当なものであるといえる。

もっとも、このような考え方は、延命治療の中止の患者の意思が認められない場合、すなわち、延命治療の中止の患者の意思表示がなく、かつ、延命治療の中止時点の、延命治療の中止の患者の意思の推定ができない場合、延

命治療の中止が適法となることがなく、医療の現場の感覚に欠けると批判されるとも思われる。しかし、現場の感覚に合わせて、延命治療の中止の適法要件を考えるべきではなく、法律から導かれる延命治療の中止の適法要件に合った対応を現場がするべきであると考え。このように考えることにより、医療の現場において、延命治療の中止の患者の意思表示を得るための努力や、延命治療の中止時点の、延命治療の中止の患者の意思を推定するための患者の事前の意思や家族の意思を得るための努力がなされ、患者の自己決定権が尊重され、患者中心の医療が実現できるであろう。

結 語

本稿における検討により、不法行為責任に関する、終末期における延命治療の中止の適法要件は、延命治療の中止の患者の意思が認められること、すなわち、延命治療の中止の患者の意思表示があること、または、延命治療の中止時点の、延命治療の中止の患者の推定的意思があることであると考え。

この見解は、延命治療の中止が認められるか否かは、延命治療の中止の患者の意思が認められるか否か、そのみで決まるというものである。しかし、私は、現在の医療の状況を踏まえず、患者の自己決定権を尊重すべきということからのみ、そのような結論を導いているわけではなく、医療の現状を踏まえたうえで、他の理由により延命治療の中止を認めることができないと考えた結果、そのような結論に至ったのである。そのため、本稿における結論は、今後の医療の進歩により変わりうるものである。医療は、近年目覚ましい進歩を遂げているのであるから、医療に関する法律は、そのときの医療の現状を踏まえて考えられることが必要なのである。

もっとも、延命治療の中止時点の、延命治療の中止の患者の意思が推定される場合に、適法に延命治療の中止をすることができるという考え方には、次のような問題がある。まず、本人の事前の意思により、延命治療の中止時点の患者の意思を推定する場合には、どれほど前の患者の意思まで、延命治療の中止時点の患者の意思を推定することを認めるかという問題、また、現

実に延命治療の中止がなされるという場面に直面して患者の意思は変わらないのかという問題がある。また、家族の意思により、延命治療の中止時点の患者の意思を推定する場合には、患者の家族として認められる者の範囲や、家族にあたる者の意思がそれぞれ異なった場合どうするのかという問題がある。

このような問題が、ケース・バイ・ケースで対応されると、患者の自己決定権が害され、患者中心の医療が疎かにされるおそれがある。

そこで、終末期医療におけるガイドラインを作成し¹¹²⁾、また、Advance Directive¹¹³⁾や Living Will¹¹⁴⁾の制度を法制化するべきである¹¹⁵⁾。

本稿の結論に沿った、ガイドラインの作成や立法がなされれば、患者の自己決定権を尊重した患者中心の医療を実現することができると思う。

以上、不法行為責任に関する、終末期における延命治療の中止の適法要件について検討してきた。もっとも、終末期における延命治療の中止の適法要件についての検討は、このような検討のみで完結するものではない。なぜなら、前述のように、延命治療の中止の適法要件については、従来、刑法上の問題として議論され、刑法上の適法要件については、実務的に重要な意義を持っている東海大学安楽死事件に関する裁判例¹¹⁶⁾があり、しかも、法秩序の

112) ガイドラインを作成することは、終末期医療にとどまらず、医療一般において、患者の自己決定権の尊重、医師や病院のリスク・コントロールの観点から重要性が認められる(飯田・前掲注5)21頁~22頁)。

113) 判断能力のある間に前もってしておく医師への指示のこと。

Advance Directive が世界で初めて法制化されたのは、カリフォルニア州の医療のための持続的委任権法によってである(星野一正「終末期医療についてのアドヴァンス・ディレクティブ」時の法令1516号62頁(1996年))。Living Will も Advance Directive の一種である(幸田正孝『保健+医療+福祉の現代用語 WIBA2001年版』(日本医療企画、2001年)175頁)。

114) 延命治療を拒否する書面による事前の意思表示のこと(手嶋・前掲注6)193頁~194頁)。Living Will が世界で初めて法制化されたのは、1976年に制定された、カリフォルニア州自然死法によってである(星野・前掲注113)60頁)。

115) 患者の権利に着目する立法が続くフランスでは、2005年4月22日にこのような法律が成立している(藤野美都子「フランス 終末期：延命治療の拒否」ジュリスト1299号157頁(2005年))。

116) 横浜地判平成7年3月28日判時1530号28頁。

東海大学安楽死事件に関する裁判例は、第1審で確定したため、上級審の審査を経ず、また、その後の判例、裁判例によって妥当性が確認されているわけでもなく、しかも、東海大学安楽死事件に関する裁判例において、延命治療の中止に関する判断は結論と直接関係がない傍論にすぎないが、東海大学安楽死事件に関する裁判例は、わが国で初め

統一性の要請にこたえるため、民法と刑法の解釈は統一的になされるべきだからである¹¹⁷⁾。そこで、法秩序の統一性の観点から、延命治療の中止の民法上の適法要件と刑法上の適法要件について、比較、分析、検討することが、今後の課題となるであろう。

て延命治療の中止の許容要件を明示的に判示したもので、延命治療の中止に関する裁判例として、実務的にも重要な意義を持っていることは否定できないものである（佐伯・前掲注 44）87 頁）。

117) 民法と刑法の関係を考えるにあたっての重要な解釈原理とされるのは、法秩序の統一性の要請である（井田良・前掲注 13）49 頁～50 頁，山口・前掲注 13）82 頁，佐伯・前掲注 13）90 頁）。

それは、憲法、刑法、民法などの多様な法分野から構成されている法秩序に相互矛盾のないことを、より正確にいえば、これら個別の法分野が相互に矛盾・衝突を起こさないように解釈されるべきであるということを意味する（佐伯仁志＝道垣内弘人『刑法と民法の対話 Talks on Criminal and Civil Law』（有斐閣，2001 年）2 頁〔道垣内発言〕，松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』（成文堂，2003 年）123 頁，井田・前掲注 13）50 頁）。