

博士論文

生命に対する処分と自己決定権

令和2年3月

中央大学大学院法学研究科刑事法専攻博士課程後期課程

秋山 紘範



## 目次

序.....	1
第1章 「被害者の承諾」による犯罪の正当化についての原理的考察 —とりわけ、生命・身体に対する罪に関して—.....	7
第2章 自殺関与罪の処罰根拠について.....	33
第3章 自殺関与罪と同意殺人罪の区別に関する一考察.....	55
第4章 被害者の承諾との関係における代諾について —成年後見制度の利用の促進に関する法律の成立を承けて—.....	73
第5章 患者の事前指示を巡るドイツの現状.....	93
第6章 ドイツにおける患者の事前指示から ACP への移行と、 日本における問題.....	115
結.....	129
参考文献一覧.....	139

## 初出一覧

序：書き下ろし

第1章：「被害者の承諾」による犯罪の正当化についての原理的考察—とりわけ、生命・身体に対する罪に関して— 中央大学大学院研究年報 41 号法学研究科篇（2011 年）  
169~191 頁

第2章：「自殺関与罪の処罰根拠について」 中央大学大学院研究年報 42 号法学研究科篇  
（2012 年）131~149 頁

第3章：「自殺関与罪と同意殺人罪の区別に関する一考察」 中央大学大学院研究年報 48 号  
法学研究科篇（2019 年）203~218 頁

第4章：「被害者の承諾との関係における代諾について—成年後見制度の利用の促進に関する法律の成立を承けて—」 中央大学大学院研究年報 46 号法学研究科篇（2017 年）  
273~289 頁

第5章：「事前指示書を巡るドイツの現状」 比較法雑誌 53 卷 3 号（2019 年）掲載予定

第6章：書き下ろし

結：書き下ろし

## 序

本稿の目的は、刑法学を軸として、自己決定の謂わば最も究極的な形態、即ち自分自身の生命を処分する自己決定について、多角的な検討を試みることにある。ここにおいて問題となる自己決定あるいは人格的自律性といった概念は、今日の日本において広く一般に定着した基本的概念とはなっているが、その定義は必ずしも一義的なものではない。憲法学において自己決定権とは、幸福追求権に関する通説的見解である人格的利益説の理解するところによれば、例えば「①子どもを持つかどうかなど家族のあり方を決める自由（…）、②身じまい（髪型、服装）などライフスタイルを決める自由、③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、個人の人格的生存にかかわる重要な私的事項を公権力の介入・干渉なしに各自が自律的に決定できる自由」<sup>1</sup>、あるいは「①自己の生命・身体の処分にかかわる事柄、②家族の形成・維持にかかわる事柄、③リプロダクションにかかわる事柄」<sup>2</sup>などと定義されている。もっとも、自己決定権の核心部分は比較的明確であるが、周辺部分においてどこまでが自己決定権に含まれるかを明確に定式化し得ていない段階にあるとの指摘もある<sup>3</sup>。とは言え、これらの自由、特に家族の在り方や個人の人格的生存に関わる自由については、憲法上保護された権利であるということに争いはない<sup>4</sup>。

刑法学においても、被害者の承諾（被害者の同意とも言われる。以下、本稿では被害者の承諾で統一する）が存在することによって犯罪が不成立となるという法理は、古くから認められてきた。その根拠について、自己決定権を優越的利益として理解する立場<sup>5</sup>は直接的に自己決定権を引き合いに出すものであるが、多数説においても、そこでは自己決定あるいは自律の発想が所与のものとして組み込まれていると言うことができる。即ち、多数説は被害者の承諾による犯罪不成立の根拠を法益性の欠如<sup>6</sup>あるいは要保護性の欠如<sup>7</sup>に求めるのであるが、その前提となっているのは、自己の法益は原則として自己の好みに応じて自由に処分できるという発想である。その意味において、多数説においても、犯罪不成立という帰結を導く原理として、自己決定権が考慮されていると言って差し支えないであ

---

1 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第7版〕』（2019年）128頁。

2 佐藤幸治『日本国憲法論』（2011年）188頁。

3 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第4版〕』（2017年）153~154頁。

4 多くの見解は、自己決定権をいわゆる「新しい人権」として位置付け、憲法13条の幸福追求権の問題として取り扱う。芦部・前掲注1)128頁~129頁、佐藤・前掲注2)188頁以下、高橋・前掲注3)153~154頁、浦部法穂『憲法学教室〔第3版〕』（2016年）48頁以下、長谷部恭男『憲法〔第7版〕』（2018年）162頁以下、ほか。これに対して、家族の在り方、家族の形成・維持あるいはリプロダクションに関わる事柄についての自己決定権は憲法24条が保障していると理解するのは、渋谷秀樹『憲法〔第3版〕』（2017年）182頁以下。

5 曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』（2008年）124頁以下。

6 山口厚『刑法総論〔第3版〕』（2016年）162頁、松原芳博『刑法総論〔第2版〕』（2017年）121頁、ほか。

7 西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法総論〔第3版〕』（2019年）200頁、山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（2015年）205頁、ほか。

ろう<sup>8</sup>。そして被害者の承諾を超えて、治療行為の文脈においても、現在ではその正当化にあたってインフォームド・コンセントは必須の要件として考えられており<sup>9</sup>、自己決定とは何であるのかについて考えるのは刑法学においても避けて通れない道となっている。

その一方で、被害者本人による法益の処分に、他人が手を貸すことが禁止されている領域も刑法には存在する。その筆頭が生命法益であり、多くの国で同意殺人は禁止されているが、更に日本の特色として、自殺関与も同意殺人と同じ条文（刑法 202 条）で処罰の対象となっている。自殺関与あるいは同意殺人の処罰根拠が何に求められるかについては見解の対立があるものの、生命に対する処分について他人が関与することが刑法上禁止されていることから、その限りにおいて、生命に対する処分が他の法益の処分とは異なる扱いをされている、つまり一定の制約を受けているということは明らかである。

ところが、現実には、生命に対する処分を他人が行うという事態は、決して珍しいことではない。それは、終末期医療の現場において、本人に承諾能力があると認められない場合に、その家族等が判断の代行を事実上担わされることが少なくない<sup>10</sup>ということからも明らかである。それでは、本人の生命に関わる判断をした家族等はどのような場合に可罰的となり、どのような場合には不可罰とされるのか。この問題について、法律状況は以前よりも一層複雑なものになっている。伝統的な見解は、積極的臨死介助／間接的臨死介助／消極的臨死介助という区分を用いて可罰か不可罰かを判断してきた。即ち、不作為の場合には消極的臨死介助として不可罰となり、作為の場合であってもそれが例えば苦痛緩和目的による鎮痛剤の過量投与であれば間接的臨死介助として許容されるが、殺人の故意で薬剤を投与した者は積極的臨死介助として可罰的となる、とされてきたのである。しかしながら、このような形式的判断については、強い批判が寄せられていた。まず、積極的臨死介助と間接的臨死介助のいずれにおいても、患者の死は積極的にかつ故意により早めら

---

<sup>8</sup> 井田良『講義刑法学・総論〔第 2 版〕』（2018 年）347 頁は、個人の法益処分の自由またはその自己決定権の言い換えとして、法益性または要保護性が欠如するとの解説を加えている。また、大谷實『刑法講義総論〔新版第 5 版〕』（2019 年）252 頁は、「法益の主体が同意により処分可能な利益を放棄したため、保護すべき法益が存在しないという点に根拠を求める立場」を自説としており、法益性の欠如と要保護性の欠如を区別していない。

<sup>9</sup> 甲斐克則「被害者の承諾」椎橋隆幸・西田典之編『変動する 21 世紀において共有される刑事法の課題—日中刑事法シンポジウム報告書—』（2011 年）104 頁、西田〔橋爪〕・前掲注 7）210 頁、大谷・前掲注 8）259 頁、前田雅英『刑法総論講義〔第 7 版〕』（2019 年）241 頁、井田・前掲注 8）358 頁以下、高橋則夫『刑法総論〔第 4 版〕』（2018 年）340 頁、松原・前掲注 6）206 頁、浅田和茂『刑法総論〔第 2 版〕』（2019 年）203 頁、只木誠『コンパクト刑法総論』（2018 年）98 頁、ほか。また、「インフォームド・コンセント」という用語こそ用いなくとも、患者の自己決定権が治療行為正当化の核心であるという視座は普遍的に共有されている。山口・前掲注 6）176 頁、松宮孝明『刑法総論〔第 5 版補訂版〕』（2018 年）129 頁以下。

<sup>10</sup> 石川稔「医療における代行判断の法理と家族——誰が代行判断者か」唄孝一＝石川稔編『家族と医療——その法学的考察』（1995 年）60 頁以下、公益社団法人成年後見センター・リーガルサポート「医療行為における本人の意思決定支援と代行決定に関する報告及び法整備の提言」4 頁、79 頁（平成 26 年 5 月 15 日）（[https://www.legal-support.or.jp/akamon\\_regal\\_support/static/page/main/pdf/act/index\\_pdf10\\_02.pdf](https://www.legal-support.or.jp/akamon_regal_support/static/page/main/pdf/act/index_pdf10_02.pdf)）（2020 年 1 月 1 日最終閲覧）。

れているという点に違いはなく、故意の種類による区別は妥当ではないという<sup>11</sup>。そして、消極的臨死介助についても、それは全く「消極的」ではないとされる。つまり、人工呼吸器のスイッチを切ることや栄養補給チューブを取り外すことには作為が介在しているというのである<sup>12</sup>。このような批判が展開されてきたことから、ドイツにおいてBGHは2010年のいわゆるPutz事件<sup>13</sup>において臨死介助の伝統的区分を放棄し、この問題領域については治療中止という上位概念を用いるという態度を表明した。ここにおいて基準となるのは作為と不作為という形式的判断ではなく、治療関連性と治療に関連する本人の意思の実現という、患者の自律を基礎とする実質的基準である<sup>14</sup>。このような法律状況において、本人が最早決定することができない場合、家族等は、そして医療従事者は、現場において何を根拠として治療の継続あるいは治療の中止に関して判断を下すべきであるのか。この問題は、刑法における殺人罪や同意殺人罪の検討だけでは最早足りるものではない。既にドイツではBGHがこの問題に関わる刑事判例において民法上の世話法規定を参照しているように、民事法の領域を視野に入れた検討は今日では欠かせないものとなっている。更には、現在の日本ではこの問題を直接に規定する法律が存在しないものの、それに準ずるものとして厚生労働省がガイドラインを策定しているところであり、その内容についても検討を要するところである。

本稿は、このような問題意識を背景とするものであり、この問題に取り組むにあたっては、日本およびドイツの比較法を手法として採用した。ドイツを比較法の対象とした理由として、まずは日本刑法学がドイツ刑法学を継受して展開されてきたという歴史的経緯に求められる。即ち、被害者の承諾という法理を検討するにあたっては、ドイツ刑法学における議論を確認し、そこで共有されている価値観は何であるのか、それは日本の議論とどのような点において違いがあるのかを確認する必要があると考えられるためである。だがそれ以上に、ドイツでは2009年のBGB改正において、将来自らが患者となった場合にどのような治療を望み、どのような治療を拒否するのかを書面で明示する「患者の事前指示」(Patientenverfügung)が法制度として採用されたということが、ドイツを比較法の対象とした大きな理由である。この問題についてはドイツでも活発な議論が交わされているのみならず、患者の事前指示の有効性を巡るBGHの決定も近年複数下されているところであり、今後日本でも同様の制度を創設するにあたって参照すべき点が大いにあると思慮されることである。

その上で、本稿における検討の概略をあらかじめここで示しておきたい。まず、第1章においては、議論の前提、そして軸足として、刑法基礎理論の見地から自己決定権あるいは自律性について考察する端緒として、一般に刑法上の違法性阻却事由と理解されている被害者の承諾について検討する。そこでは、「被害者の承諾があれば犯罪は成立しない」という法理について、ドイツ刑法と日本刑法を比較検討し、ドイツではどのような価値観を基礎として被害者の承諾を論じているのかを確認することにより、自律性概念を巡る日独の理解

---

<sup>11</sup> ヘニング・ローゼナウ(甲斐克則=福山好典訳)「ドイツにおける臨死介助および自殺幫助の権利」比較法学47巻3号(2014年)205頁以下。

<sup>12</sup> ローゼナウ・前掲注11)208頁。

<sup>13</sup> BGH, Urteil vom 25.06.2010 - 2 StR 454/09, BGHSt 55, 191.

<sup>14</sup> BGHSt 55, 191, 205.

の相違を浮き彫りにする。より具体的に述べると、ドイツと日本とでは被害者の承諾という同一の法理を論じていながらも、その根底となるべき自律性概念については明文規定による根拠の有無のみならず、論点についても「ずれ」あるいは「温度差」と言うべき隔絶が存在しており、少なくとも日本においては自律性概念がドイツにおけるほど核心的な人権としては観念されていないのではないかとの問題を提起する。こうした第 1 章の具体的成果を前提として、第 2 章では、日本における生命法益の自己処分の問題として、自殺関与罪の処罰根拠を検討する。自殺関与罪については、自殺は違法か適法かという問題、そして自殺者本人は不可罰であるにも拘わらず、何故自殺関与者は可罰的であるのかという問題について議論の蓄積があり、本章ではそうした議論について検討を加えるものであるが、その検討の帰結として、生命という一見すると最も個人的であると思われるような法益について、日本ではそこに何らかの形で社会的法益性を見出そうとする傾向が見受けられるということを確認する。続く第 3 章では、生命法益の自己処分に関する更に各論的な検討として、自殺関与罪と同意殺人罪の区別の問題を取り上げ、生命法益の放棄に第三者が関与する場合、それが自殺に手を貸したと評価されるのか、それとも同意を得て殺したと評価されるのか、という刑法上の問題に取り組む。そこでは、被害者の生命侵害を惹起する行為について、行為者のみならず被害者においても共同惹起した側面があると言える場合、事実関係によっては自殺関与罪として評価され得るという下級審裁判例の判断を基礎として、行為者と被害者が共同して死に関与する事例では、直接的に死を惹起する行為だけでなく、そこに至るまでの一連の流れも評価の対象となり得ることを確認する。こうして、第 3 章まででは刑法における自律性と生命の放棄を巡る諸問題を検討するが、先述した通り、今日において生命法益の処分と自己決定権の問題は、刑事法と、民事法（にも射程が及ぶ生命倫理と法）との相互参照を不可欠の要素としているところである。従って、第 4 章では生命倫理と法の領域へと検討の対象を移し、まずは成年後見制度の利用の促進に関する法律が成立したことを承けた検討として、医療代諾の問題を取り上げる。認知症等が原因で本人が承諾能力を喪失している場合、どのような治療を実施するのか、あるいはしないのかという判断を、事実上は家族等が代行しなければならないことになるが、そのような判断については法的にどのような評価があり得るのか、そしてどういった問題が生じ得るのかを、民事法と刑事法の両面から検討する。そこで確認されるのは、本人の利益のみでなく、代行判断者自身の利益もまた不可避的な要素として判断に内在し得るということであり、それを踏まえた上で近時の動向として、厚生労働省は代諾ではなくアドバンス・ケア・プランニング（ACP）、即ち「自らが望む人生の最終段階における医療・ケアについて、前もって考え、医療・ケアチーム等と繰り返し話し合い共有する取組」<sup>15</sup>をベースとした制度設計に着手しており、ここでは本人と家族等の共同決定と継続的な協議を目標に据えていることを紹介する。そして第 5 章では、患者の事前指示を法制化したドイツとの比較法的検討として、患者の事前指示の有効性要件に関わるころの、患者の事前指示の明確性の問題を取り上げる。本章では、患者の事前指示の明確性について争われた二件の BGH 第 12 民事部決定を紹介し、これら

<sup>15</sup> 厚生労働省「自らが望む人生の最終段階における医療・ケア」

([https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/kenkou\\_iryuu/iryuu/saisyuu\\_iryuu/index.html](https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/kenkou_iryuu/iryuu/saisyuu_iryuu/index.html)) (2020 年 1 月 1 日最終閲覧) を参照。

の決定に対するドイツの法律家、あるいは患者の事前指示の作成に携わる公証人実務家からの反応を検討する。そして、日本における患者の事前指示に対する取り組みの現状と、患者の事前指示は強制された死の自己決定となるのではないかとの批判があることを確認する。こうした流れを承けて、第 6 章では、ドイツにおいても患者の事前指示制度に対しては、例えば 10 年前に作成されたまま更新されていない事前指示を本人の現在の意思と評価することについての妥当性などについて批判が向けられており、そうした問題点を乗り越えるものとして ACP に期待が寄せられているということを紹介する。その上で、日本で厚生労働省が普及に取り組んでいる ACP、通称「人生会議」の現状を確認し、筆者の見地から、そこに内在する理論的問題と事実上の問題、即ち自律という観点からの日本型 ACP の位置付けと、家族等の利益の介在という問題について検討する。以上のように刑事法と民法の横断的検討を踏まえた上で、最後に結として、筆者の現時点における基本的姿勢と、今後の研究の展望と方向性、そして本稿では積み残された課題を示すこととしたい。



第1章 「被害者の承諾」による犯罪の正当化についての原理的考察  
—とりわけ、生命・身体に対する罪に関して—

- I 序論
- II ドイツにおける議論
  - 1 一元説
  - 2 二元説
  - 3 三元説
  - 4 規範止揚事由説
  - 5 議論のまとめ
- III 日本における議論
  - 1 被害者の承諾の体系的地位論
  - 2 被害者の承諾の原理的根拠
  - 3 被害者の承諾の限界
  - 4 判例
  - 5 議論のまとめ
- IV 検討
  - 1 検討の視座
  - 2 学説の検討
- V 小括

I 序論

「被害者の承諾」という法理が法律学において古くから認識されてきたことは、*Volenti non fit injuria*（欲する者に損害は与えられず）というラテン語で表現される法諺が存在することからも窺い知ることができる。そして、今日の日本の刑法学において、この法理は違法性阻却事由として広く認められており、被害者の承諾が存在する場合には原則的に犯罪が不成立になるとされている。しかし、「被害者の承諾」は具体的な事案における不法の否定のみならず、数多くの理論的問題をもたらすものであることもまた事実である。そしてこれらの問題は医療実務を刑法的に把握する際に現出することが多い。例えば医師が患者に対して切開・縫合等の治療行為を行う場合、その行為が「傷害」の構成要件にあたる行為であることは多くの論者が承諾論の前提として認めていることである。そしてこうした治療行為も、かつては刑法35条の正当行為として論じられてきたが、専断的治療行為に対する問題意識の高まりから、現在では被害者の承諾を理由として違法性が否定されると説明されることが多い。更に、患者の意識が不明であり、現実の承諾が得られないような場合に医師の行為の違法性を阻却するために援用されるのが「推定的承諾」(*Mutmaßliche Einwilligung*)という法理である。即ち、現実には被害者の承諾が得られていないが、もし承諾を求めていたならば承諾していたであろう、という事情が違法性を阻却するというのである。のみならず、今日のドイツでは、不十分な（場合によっては虚偽の）説明に基づいて行われた手術行為について、仮に十分な説明が行われていたとしても患者はこれに承諾していた、ということから違法性が阻却されるという「仮定的承諾」(*Hypothetische*

Einwilligung) という法理さえ BGH で肯定されるに至っている。もちろん、これらの法理については現実の承諾が違法性を阻却しているわけではないことは明らかであるから、「被害者の承諾」とは別個の問題として扱われるべきであることは確かである。しかし「推定的承諾」そして「仮定的承諾」はその名称に「承諾」(Einwilligung) という言葉が用いられており、そして更にこれらの法理においては現実には存在しないアイデアとしての承諾が想定されているという事情に鑑みると、かかる承諾の周辺領域に考察を加えるにあたっては、そもそも「被害者の承諾」とは何であるのか、ということが改めて問われなければならない。そしてまた「仮定的承諾」「推定的承諾」という、ある意味では語義矛盾した法律用語によって把握されている問題領域を捉え直すにあたっては、それが承諾とは別個の問題であるとするのであれば、承諾の存否という重大な相違がありながらもなお犯罪不成立という同一の結論を導き出し得る根拠は一体何であるのか、という観点から問題の輪郭を浮き彫りにしていく必要がある。

このような問題意識に基づいた上で、本章では「被害者の承諾」そのものについて、とりわけ承諾の限界が法律上あるいは理論上認められ、また議論されている生命犯・身体犯を題材として、承諾の原理的問題に接近することを目的とするものである。そしてこの問題を考察するにあたっては、日本のみならずドイツにおける議論も参照することになるが、ここでは現実的な問題として法律の規定が異なるという点を看過することはできない。即ち、日本においては刑法 202 条が同意殺人を処罰する旨定めている一方、同 204 条以下では被害者の承諾がある場合の傷害について何ら特段の規定を設けてはいない。しかしドイツでは StGB216 条が要求に基づく殺人の場合の刑を故殺よりも軽く定めると共に、同 228 条で行為が善良な風俗に反する場合には傷害が違法であることを明文で認めており、その限りでは法律で承諾の制限が認められているということになる。かかる立法状況の相違に鑑み、本章ではまず日本の議論の土台となっているドイツでの承諾論について先に検討し、従来承諾については何が問題とされてきたのか、そして近時どのような新しい観点が提唱されているのかを概観する。その上で日本の承諾論について改めて検討を加え、そして日独の議論を総合的に比較・対照しながら、被害者の承諾における犯罪成立阻却とは何か、そして如何なる場合にそれは制限されることになるのかを確認していく。そして最後に、今日の承諾論における問題点と今後の議論の展望について問題提起を行うものとする。

## II ドイツにおける議論

被害者の承諾という犯罪阻却事由に関して、体系的な分類を試みた第一人者としてその名が挙げられるのは Geerds である。Geerds は被害者の承諾について、構成要件該当性を阻却するものを「合意」(Einverständnis)、違法性を阻却するものを「同意」(Einwilligung) として、この両者を区別した<sup>1</sup>。ここで「合意」と呼ばれるものは、「客観的構成要件が現に対立する他人の意思の侵害 (Bruch) を概念的に前提と」<sup>2</sup>している場合の被害者の承諾である。被害者の承諾が「合意」とされる犯罪には例えば窃盗や住居侵入があり、これらの犯罪

<sup>1</sup> Friedrich Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1954, S.262 ff.

<sup>2</sup> Harro Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004, § 8 Rn. 123.

について被害者の承諾がある場合には構成要件該当性が阻却されるということについて争いはない。

問題となるのは、法定構成要件がかかる意思の侵害を明文で要求していないような犯罪の場合である。このような犯罪類型における被害者の承諾が「同意」と呼ばれるものであり、その効果は違法性を阻却するものであるとの理解が長く支持されてきた。しかし、これに対して、「同意」も構成要件該当性を阻却するのであって被害者の承諾は結局構成要件該当性阻却に尽きるものであるとする見解が主張されており、見解の対立が続いている<sup>3</sup>。

以下、本章では、初めに「同意」は構成要件該当性を阻却するものであると解する一元説を、続いて「同意」を違法性阻却事由であると解する二元説の論拠を検討する。そして、これらの説の対立を前提とした上で、Jakobsによって主張されている三元説と、Kindhäuserが提唱する規範止揚事由として被害者の承諾を理解するという、上述の二説とは異なる視座から被害者の承諾を理解しようと試みる見解にも検討を加えることで、ドイツにおける承諾論の根本において共有されている視座への接近を試みる。

## 1 一元説

「合意」と「同意」を区別する Geerds の理解に基づき、「同意」は違法性阻却事由であると解する従来の二元説に対して、被害者の承諾は常に構成要件該当性を阻却するものであると主張する論者の一人に Roxin がいる。もっとも、このような解釈は、「具体的に法益侵害によって脅かされた人の具体的意思連関が法益と見做される」<sup>4</sup>、即ち財産犯など一部の犯罪のみならず、全ての犯罪類型において法益に被害者の意思的要素が含まれるとする理解が前提となっていることには注意しなければならない。かかる法益概念について Roxin 自身は以下のように述べている。「従って、法益とはその者の物質的な土台のみから成るものではなく、その者の中で体现される個人の自律性という部分からも成っているのである。法的に許容された関係の場合に法益所有者をその希望通りにその者の法益を用いて助ける者は、…如何なる構成要件も実現していない」<sup>5</sup>。かかる Roxin の法益論を敷衍すると、一般に身体犯や財産犯などにおける保護法益は身体や財産といった物理的なものに尽きると解されるところ、Roxin の解釈では、自律性という精神的な側面もかかる犯罪の保護法益には含まれており、一見物理的な侵害が存在する場合であっても、被害者の承諾が存在するのであれば、当該行為は自律性に適ったものであって犯罪ではないとされるのである。このような法益概念を前提とした上で、Roxin は「同意」も構成要件該当性を阻却するという理解について、以下の4つの論拠から積極的にこれを裏付けようと試みる。

第一に、Roxin は、有効な承諾のある場合には構成要件が満たされていないという。即ち、「全不法構成要件」(Gesamtunrechtstatbestand) という包括的カテゴリーの内部で構成要件と違法性阻却という独立した段階を区別しようとするのであれば、それは、構成要件においてはそれぞれ保護された法益の侵害(または場合によっては危殆化)が具体化されており、

<sup>3</sup> 以上、ドイツの議論の分類については浅田和茂「被害者の同意の体系的地位について」産大法学 34 卷 3 号(2000 年) 291 頁以下に依拠した。

<sup>4</sup> Otto (o. Fn. 2), Rn. 126.

<sup>5</sup> Claus Roxin, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und Tatbestandliches Rechtsgut, Festschrift für Knut Amelung, 2009, S. 271.

他方で違法性については違法性阻却事由が利益衝突の事例において立法機関の考慮を基礎として優越的利益を有効に働かせる、と考えるのでなければ意味がないとするのである。Roxin はこれを以下のように言い換えている。「即ち構成要件は、法益所有者が犯罪に典型的な方法で明白に侵害される場合に充足されるのである。構成要件を充足する行為者の違法性は以下の場合には阻却される。その場合とは、立法機関がより価値ある目的のためにかかる侵害を例外的に許容しようとする場合のことである」<sup>6</sup>。

この区分に基づいて Roxin は、法益主体の有効な承諾というものは単なる違法性阻却事由ではあり得ないとする。Roxin がここで想定するのは極めて日常的な事例群である。「法的に認められた自由裁量の範囲内での自己の財産又は身体の処分」、例えば庭師に生垣の剪定を頼む、あるいは理容師に散髪を頼むことで受けられるサービス行為には、どのような類の法益侵害も存在しないのであって、それゆえ StGB303 条、同 223 条の構成要件も充足し得ないということになる。むしろ、こうした場合に法益主体は法益から認められたところの単に個人的な生活形成の可能性を用いているに過ぎないと Roxin は言う。つまり、BGB903 条は物の所有者が「その物を自由に処分」することができるように定めているが、この「自由な処分」という形態での所有権の行使が第三者の手によって行われる場合であっても、それはあくまでも所有者における所有権の行使であって、侵害ではないと解するのである。そして同様のことは、StGB216 条（要求に基づく殺人）、同 228 条（善良な風俗に反する傷害）という範囲内での自己の身体との関係にも妥当するという<sup>7</sup>。

構成要件該当性阻却一元説の第二の論拠として、Roxin によれば、有効な承諾のある場合には、違法性阻却事由の要素も悉く欠けていると指摘される。前述の区分によれば、ある犯罪的行為がその違法性を阻却されるのは、利益の衝突構造が存在し、かつ当該行為によって守られる利益が被侵害利益よりも大きいという場合である。しかし Roxin の理解では、「行為者が意識的に、かつ法益主体のために活動した場合、対立利益の衝突は全くない」。かくして、問題なのは法的基準に従った行為者の行い (Tun) の必要性ではなく、法益主体の自由で任意の決定であるということになる<sup>8</sup>。

第三に Roxin が挙げているのは、自由処分の範囲内にある行為が法益主体の手によるのか、それとも法益主体の望んだ第三者の手によるのかは、如何なる社会的に重大な相違も基礎付けない、という点である。Welzel の古典的な例においては、構成要件が存在しないハエの退治と正当防衛による人の殺害とは、不処罰という最終的な帰結においては同一であっても、事象としては全くの別物であるとされている<sup>9</sup>。だが、これに対して髪を自分で切るかそれとも人に切らせるか、エコノミー症候群予防のための注射を自分で打つか妻に打たせるのか、結婚前夜に花嫁宅のドアに食器類を投げ付けるという古い行事 (Polterabend) を父親が全て自分の手で行うのか、それとも友人・知人の手を借りて行うのか、といったことは如何なる評価の不一致をも基礎付けるものではない。それゆえ、法益主体の手による場合には一切問題とならないような身体傷害又は器物損壊について第三者の手による場合を (違法性が阻却されるとはいえども) 想定するという理解には一切根拠が

---

<sup>6</sup> Roxin (o. Fn. 5), S. 271.

<sup>7</sup> Roxin (o. Fn. 5), S. 271.

<sup>8</sup> Roxin (o. Fn. 5), S. 272.

<sup>9</sup> Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 81.

ないと Roxin は批判するのである<sup>10</sup>。

Roxin の第四の論拠は、承諾を通じて裏付けられた行為には客観的帰属の可能性はないというものである。これについて Roxin は Kindhäuser による二元説の分析を引用している。「承諾のこのような取り扱い（訳者注：違法性阻却）は、客観的帰属の理論が誕生したばかりでまだ今日ほど発展しておらず、とりわけ構成要件の制限が行為者のリスク管轄（Risikozuständigkeit）が欠けるとの観点の下ではまだ行われていなかった時代に由来する。だが、厳密には承諾についてはこの（訳者注：構成要件の制限の）問題領域が重要なのである。承諾とは、自己の財への侵害に関する答責性の引き受けなのである」<sup>11</sup>。このような理解から Kindhäuser の達する結論は以下のようなものとなる。即ち、承諾は「客観的な構成要件帰属の阻却の特殊な事例として理解」されなければならない。「承諾を以て権利者は結果を惹起する出来事についての管轄を引き受けるものである」。

こうした指摘を基礎に、Roxin は自身の客観的帰属の理解から以下のように結論付けている。「実際は以下の通りである。同意に基づく他人の危殆化が客観的構成要件への帰属を阻却する危険の引き受けとして解釈され得るならば—そして私の提唱するこの法形象が今日広く定評のあるものだとすれば—承諾についてはそうであるほかない」<sup>12</sup>。

ただし、この第四の論拠については注意を要すべき点がある。それは、Roxin がその主張を引用する Kindhäuser が今日においては被害者の承諾について構成要件該当性を阻却するものでもなければ違法性を阻却するのでもなく、むしろ規範の効力を止揚（Aufhebung）するものであるとの主張を展開していることである。そしてまた被害者の承諾を答責性の引き受けと解することについて今日では Kindhäuser はこれを誤りとし、批判を加えている。従って、この Kindhäuser の最近の見解については後に詳細に検討を加えることとする。

## 2 二元説

Roxin によれば、一元説の論拠は上述したように「統一された」ものであるが、これに対して二元説は、「近時の論者のほぼ全員が自分で定式化した見解を主張している」状態にあるという<sup>13</sup>。その中でも Roxin は、二元説が依って立ち、そして一元説に対する批判ともなっている論拠を三つ取り上げている。即ち、第一には文言の理解から構成要件該当性阻却を否定する論拠、第二には利益衝突構造が存在しないことを理由とする論拠、そして第三には承諾により法益が放棄されているという論拠である。そこで、本章でも Roxin の分類に従って二元説の論拠を検討することとする。

Roxin が第一に検討し、かつ数多くの論者が「承諾」を違法性阻却に尽きると解する論拠としていると評するのは、法律（StGB）の文言である。例えば Kühl においては、構成要件該当性阻却一元説は「徹底的に根拠付け可能」であることを認めた上で、なお二元説の方

---

<sup>10</sup> Roxin (o. Fn. 5), S. 272.

<sup>11</sup> Urs Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.Aufl., 2006, § 12 Rn. 4.ただし、当該記述は後の版では削除されている。Urs Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6.Aufl., 2013, § 12 Rn. 4.参照。

<sup>12</sup> Roxin (o. Fn. 5), S. 272.

<sup>13</sup> Roxin (o. Fn. 5), S. 273.

が適切であると述べている。即ち、「平凡な理解と普通の言葉の使い方に従えば、人が身体傷害に、所有者が器物損壊に承諾していたとしても、傷付けられた人は「傷害」(223条) されているし、粉々になった花瓶は「損壊」されている」<sup>14</sup>。

また Sternberg-Lieben も構成要件該当性阻却一元説に理解を示しながらも、条文上の根拠からこれを退けようとする。「承諾を構成要件へと組み込むことに対して、今や文言はマイナスの材料を提供している。(…) 法益主体による法益の放棄は以下のことについて何も変更することはできない。それは、法的に設定された構成要件要素—例えば器物損壊の意味での「損壊」(303条) ないしは健康を害するという形での身体傷害 (223条)—は、行為者の態度が法益所有者の承諾で裏付けられている場合であっても存在するというのである」<sup>15</sup>。

しかし、Roxin はこの文言上の論拠は以下の2つの理由から説得力を持たないと言う。第一の理由は、法益に関する解釈が文言を拠り所とするにあたっては、制限的な解釈を行って然るべきであるということである。即ち、例えば隣人に頼んで本来の用途(つまり衣類の収納)にはもう使えないような古い箆筒を解体して薪にしてもらい、といったことは民法でいうところの自己の所有権の行使(BGB903条)なのであって、ここに刑法でいうところの所有権の侵害は当然存在しない。そして、構成要件的に保護された法益が侵害されていないということになれば、法益についての解釈は構成要件該当性を認めるということにはならない。むしろ、Roxinによれば、所有権者の承諾が欠けているということは消極的構成要件要素として理解され得るものであって、これについてはStGB248条bが「原動機付き車両又は自転車をも所有者の意に反して利用した者は…」という範例を示しているという<sup>16</sup>。

第二の理由は、口語的な理解に従って諸事例を検討すると、この見解が示すように承諾があっても「虐待」や「損壊」があるということにはならないということである。Roxinは日常的な例を念頭に置き、例えば芝刈りや生垣の剪定のために庭師を雇ったなら、この庭師の仕事によって芝生や生垣が「損壊」されたとは言えず、リンゴの木の所有者がそこから幾つかリンゴをもぎ取って行って良いと許可していれば、これも木が「損壊」されたということにはならないし、また散髪や予防接種も「虐待」(=悪しき、不当な取り扱い)と呼ぶことはできないと例示することで、上述の見解の理解に異議を唱えている。これによって、承諾によって裏付けられた物及び身体への侵害の事例では、その大部分について文言という論拠は脱落し、それ以外の事例でも文言と関連するような事実の相違が示され得ないことから、この論拠は訴求力を失うとしている<sup>17</sup>。

また Roxin は、「合意」の事例にあっても法律の文言は一義的ではないことを付け加えている。即ち奪取(Wegnehmen)という言葉一つを取っても、刑法で問題になるのは占有保持者の意思に反した„An-Sich-Nehmen”(横取りする)であるが、むしろ Duden では単なる„Von-der-Stelle-Nehmen”(その場から持ち去る)とも解されていること、更にドイツでは一般的な言い回しとして„Du darfst Dir ein Stück wegnehmen.”(「一つ持っていきな」)

<sup>14</sup> Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012, § 9 Rn. 22.

<sup>15</sup> Detlev Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 62/63.

<sup>16</sup> Roxin (o. Fn. 5), S. 274 / 275.

<sup>17</sup> Roxin (o. Fn. 5), S. 275.

というものが存在することから、構成要件要素を特徴付ける動詞が権利者の承諾を含んでいるか否かは用語法の不安定な解釈に基づくものであるとし、刑法体系的な区別はかかる不安定な解釈に基づくことは許されないとする<sup>18</sup>。

Roxin が第二に検討している二元説の論拠は、利益衝突の構造である。先述した通り Roxin は違法性阻却について、立法機関の考慮に基づき優越的利益のために侵害を例外的に許容するものであると解している。これに関連して Kühl は以下のように詳細に論じている。

「違法性を阻却する承諾の根本思想は「利益欠缺の原理」 („Prinzip des mangelnden Interesses”) と言い換えられる。より厳密には、法益所有者によって他人の干渉に委ねられた法益の要保護性の欠如が問題となる。法にとっては、「財の所有者がその財が具体的状況における侵害に対して保護されないことを認めようとしているならば、この財をある侵害から保護することの端緒は一切」存在しない。それとともに自己決定権が基本法 2 条 1 項に従い刑法において違法性阻却事由として直接にその価値を認められる。この基本権と行為者の侵害する法益の狭間での財の考量において、自己決定権は大多数の法益に対して（しかし例えば生命という法益に対してはその限りでない。216 条を見よ）価値が認められる（…）」（傍点引用者）<sup>19</sup>

しかし、まさしくこの「例えば生命という法益に対してはその限りでない」ということが重大な問題を引き起こすことになる。即ち、要求に基づく殺人については故殺に比べ刑の上限が低く定められるに留まり、同意傷害についても違法性が阻却されない場合があると条文で定められている以上、これらの事例では依然として利益の衝突が存在すると解さなければならないからである。それゆえ、承諾を違法性阻却事由と解する論者はこれらの事例について（Roxin の言を借りれば）「衝突事例のでっち上げ」に苦心することになる。

例えば Gropp は、当該構成要件で保護されているのは「ある生命権を顧慮した自己決定」ではなく、あくまでも「可能な自己決定の前提かつ関連対象としての生命権」<sup>20</sup>であると解し、「それゆえ、承諾が有効な場合にも、保護法益の侵害と、刑罰諸規定に書かれている無価値の実現は存在する」<sup>21</sup>という。このような理解は、Roxin の分析によれば、無価値を実現する権利を与えるよりも高度の利益を法益主体の意思に付与することによって、「承諾」をただ正当化に尽きるものと看做すものである<sup>22</sup>。また、Otto は、Roxin とは異なり、法益概念は「人の社会的機能と一致した保護に値する連関として定義される」とした上で、「この連関の侵害は具体的に攻撃された者の承諾とは無関係」であるとし、以下のように論じている。「法治社会は個々人に法益として承認された人としての連関の保護を認めているが、それは法治社会もまた個々人がこの価値連関において発展することに利益を有しているからである。受益者が具体的事例において保護を放棄しているとしても、それによってこの価

<sup>18</sup> Roxin (o. Fn. 5), S. 275 / 276.

<sup>19</sup> Kühl (o. Fn. 14), Rn. 23.

<sup>20</sup> Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 2015, § 5 Rn.111.

<sup>21</sup> Gropp (o. Fn. 20), Rn. 112.

<sup>22</sup> Roxin (o. Fn. 5), S. 276.

値連関そのものが保護に値しないということにはならず、むしろ、〔訳者注：個人的利益の放棄の後にも〕残存する社会的利益が、通常は刑法的防衛を最早一切正当化していないのである。しかし例外的な場合にはこの残存する社会的利益が価値連関の存在により刑法的な保護を、法益所有者の意思とは無関係に認めるのである。こうして 216 条については整合的な説明がつき、また重大な身体傷害についても、全体的利益が法益の維持にあたり法益所有者の自由な処分意思の尊重における利益を凌駕する、と Otto は言う。「かくして、正当化する承諾もまたその構造に従い正当化する利益考量の一類型なのである」、と<sup>23</sup>。敷衍すれば、Gropp と Otto はいずれも法益に自己決定権を含めないものの、生命に対する罪においては法益そのものに対する理解から被害者の承諾があっても違法性を阻却することができないことを説明しようとしており、Gropp は生命という点に、Otto は法益の社会的側面に、それぞれ着目しているのである。

だが、Roxin はこれらの実質的論拠を「生活実態における試験に合格することのない、実感としてほとんど理解できない思考過程である」と一蹴する。まず Gropp の見解に対しては、生垣や頭髮を他人に切らせる、自宅への建築上の措置や美容整形を人に行わせる、といった事例を引き合いに出し、こうした場合には Gropp の言うような構成要件的「不法」は何ら存在せず、むしろ最初からただ価値創造的な、つまり所有物や身体の状態をより良くするような、法益所有者の行為の自由を通じて裏付けられた事象しか存在しない、との反論を加えている<sup>24</sup>。また、Otto の主張についても、個々人は実質的な侵害を含むような関係においても自己の法益を用いて発展するものであり、このような場合に法益所有者が自己の所有物や身体との関係について「侵害されている」と言うことはできないとして、Otto の見解を退けている<sup>25</sup>。

そして第三に Roxin は、被害者の承諾を法益の放棄として解する見解も批判している。このような見解を唱える Hirsch によれば、「同意」の事例においては「法規範定立に際して一般的に行われた価値決定と、個々の事例における例外的にのみ異なった主観的評価との衝突が」<sup>26</sup>問題であるという。しかし Roxin は Hirsch に二つの点から反論している。第一に、立法機関は自己の法益についての自由な処分の範囲内での処分の不可侵性を志向するような「一般的価値決定」を決して行ってはこなかったという。つまり、立法機関が StGB228 条、216 条で法益所有者の自由かつ任意の処分権限に限界を設定しているからといって、それは、自由な処分の事例におけるどんな類の衝突も基礎付けるものではないというのである。第二に Roxin が加えている批判は、自己の法益の「放棄」があるかないかということとは構成要件該当性阻却と違法性阻却の有意義な区別を何ら基礎付け得ない、というものである。何故ならば、大多数の承諾事例は、有意義に自己の法益の放棄として理解され得るものではないからである。つまり、前述の剪定、散髪、増改築、美容整形といった事例では、法益所有者は何らかのある発展可能な所有物又は身体の潜勢力 (Potential)、つまり内在的な可能性を放棄しているのではなく、その処分は専ら所有物又は身体の性質の改良に資す

---

<sup>23</sup> Otto (o. Fn. 2), § 8 Rn. 127.

<sup>24</sup> Roxin (o. Fn. 5), S. 276.

<sup>25</sup> Roxin (o. Fn. 5), S. 277.

<sup>26</sup> Hans-Joachim Hirsch, in: Leipziger Kommentar StGB, Band 2, 11.Aufl., 1994, vor § 32 Rn. 105.

るものである、と Roxin は言う。他方で確かに所有権の放棄といえる場合は存在し、それは例えば来客に訪問の記念として自己の蔵書の中から一冊持ち帰ることを許可するような場合が挙げられる。しかし、これこそが異論の余地なく構成要件該当性が阻却される合意の事例であって、「それゆえ、〔訳者注：自己の法益の〕放棄の概念は体系的な重要性が一切ない」<sup>27</sup>と Roxin は結論付ける。

### 3 三元説

ドイツでの承諾論における議論の衝突は伝統的な二元説と構成要件該当性阻却一元説との対立が主であるなか、Jakobs は被害者の承諾に関して三元的な処理を提唱する。即ち、Jakobs も「合意」と「同意」の区別には従っているが、更に「同意」について構成要件該当性を阻却する同意と正当化する同意に区別するのである。まず、構成要件該当性を阻却する同意について、Jakobs は、財が発展の手段であって全く発展の基礎ではない、つまり交換可能な財の領域が問題となる場合がこれにあたるとする。他方で正当化する同意とは当該財が交換機能を一切有していない、つまり発展の手段ではない場合における承諾のことを指す<sup>28</sup>。換言すれば、同意に基づく侵害が「取り返しがつく」ものである場合には構成要件該当性の問題となり、「取り返しがつかない」もの場合には違法性阻却の問題になるとして両者を区別するのである。

思うに、上述の一元説では散髪や生垣の剪定といった、余程例外的な事情のない限りはおよそ刑罰的な問題となり得ない日常的な取引に主眼を置いているのに対し、二元説では行為態様が重大な侵害を伴う事例、特に医療行為の正当化に際して構成要件該当性は肯定しておくべきとの価値判断から出発しており、また前提とする法益概念も異なることから、両説の対立は言わば水掛け論の状態にあるとも評せられよう。かかる議論状況において Jakobs の展開する三元説は、承諾が問題となる領域において構成要件該当性を否定すべき領域と肯定すべき領域が併存することを認め、それぞれについて異なった取り扱いを認めるという折衷説的な立場であると言える。もっとも、構成要件が同一であっても、とりわけ傷害罪の場合に同意が構成要件該当性を阻却するのか、それとも違法性阻却に留まるのか、という点についての判断は事例形態に従うべきであると Jakobs は述べている<sup>29</sup>。

ところで、Jakobs の考えに従えば、正当化する同意とは財が交換不可能な場合の承諾を指すことになるが、傷害罪の場合には身体の発展可能性を破壊するような傷害に対する承諾のことを指すことになる。しかし、StGB228 条によれば「行為が善良な風俗に反するとき」には承諾があっても違法性は阻却されない旨規定されている。そしてこの「行為が善良な風俗に反するとき」を「身体の発展可能性の破壊」として解釈するならば<sup>30</sup>、そもそも傷害罪の場合には正当化する同意の成立する余地が全くないということになってしまう。そこで Jakobs は、近時の StGB の判例から「身体の発展可能性の破壊」があってもなお善良な風俗に反さない傷害があり得ることを理論的に検討している。

Jakobs によれば、従来 BGH は善良な風俗に対する違反が侵害の重大性によって決せら

<sup>27</sup> Roxin (o. Fn. 5), S. 277.

<sup>28</sup> Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, S.243 f.

<sup>29</sup> Jakobs (o. Fn. 28), S.244.

<sup>30</sup> Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., 2006, § 13 Rn. 38 ff.

れるものではないと判示してきたが<sup>31</sup>、近時の決定ではこれを非均衡性 (Unverhältnismäßigkeit) として理解していると分析している。例えば BGHSt 49, 35<sup>32</sup> で—これは行為者が善良な風俗に対する違反の前提を誤認していた事案であるため直接には StGB228 条と関わるものではないが—BGH は善良な風俗に対する違反の決定にあたっては「構成要件的な法益侵害の…特段の重大性」と、その上「特に」「これと結び付いたそれ以上の生命・身体の危険」を考慮に入れている。更に StGB228 条が直接関係した事案である BGHSt 49, 166<sup>33</sup>では、228 条における「善良な風俗に反する」とは「道徳律からの逸脱」と理解されるものではなく、むしろ「優先的にはそれぞれの構成要件的な法益侵害の重大性 (が)」問題であると述べている。その上で BGH は「善良な風俗に対する違反についての限度は…いずれにせよ以下の場合には乗り越えられている。それは、行為のあらゆる決定的な事情の先見的、客観的考察がありながらも、承諾者が身体傷害行為によって具体的な死の危険に晒された場合である」と判示している、と。

ここで Jakobs は BGH を補足する形で、善良な風俗に対する違反の判断にあたっては行為の端緒が重要であると指摘する。上述の BGHSt 49 における二つの事案では生命の危険がある行為については有効には承諾され得ない、という本質的命題があるが、この命題の普遍性は否定されるという。何故なら、これを行わなければ確実に死ぬという状況からの救命のために医学的措置を行うといったような場合、このような行為について承諾が有効に為され得るとするのはまさにありふれたことだからである。その上で Jakobs は、例えば性的欲望の解消は無価値であって、パーキンソン病からの解放は価値である、といった相違を正当ならしめるものは、端緒の強弱ではなく特殊性であると指摘する。即ち性的欲求や経済的欲求は精神的に強いものであることもあるが、しかしそういった端緒は遍在するものであって、それゆえ尊重に値する特殊性としては説明され得ないからである。またこのような理解は謀殺 (StGB211 条) における「下劣な動機」(同 2 項 1 文) と整合的に理解することが可能であるというのである。

ところで上述の通り、Jakobs は従来の「合意」「同意」の区別を維持しながらも、「同意」の領域の中でも構成要件段階で犯罪を不成立にすべき類型があることを主張するものであるが、このような見解は Jakobs に限られたものではない。例えば Paeffgen/Zabel は、支配的見解とは異なり、StGB303 条以下 (器物損壊) では承諾が構成要件該当性を阻却する

---

<sup>31</sup> BGHSt 4, 88 と BGHSt 4, 24 がここでは参照されている。Günther Jakobs, *Einwilligung in sittenwidrige Körperverletzung*, Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, 2006, S.509.

<sup>32</sup> 事案の概要は以下の通りである。被告人とアルコール依存症であった被害者 M は以前から知り合いであり、共にヘロインを服用する関係にあったが、事件当日 M は手の震えから自分でヘロインを注射できないためこれを被告人に頼んだところ、既に酩酊状態にあった M はその影響から急性ヘロイン中毒を発症し死亡したというものである。

<sup>33</sup> 本件は俗に言う SM 事例であるが、簡潔に事案の概要に触れておくと、被告人と被害者 R 女は愛人関係にあり、R はいわゆる「拘束プレイ」で身体を奪われた状態での性行為に強い関心を抱いていたのだが、被告人はこれを危険なものとして久しく拒んでいたところ、R は自ら用意した拘束具での行為を執拗に求めたため、被告人はこれに応じ、R の首を金属パイプで圧迫したが、果たして R は酸欠と心肺停止によって死亡したというものである。

ものと解する方が実態に即していると主張する。即ち、財産犯の構成要件は、財の権利者の意思が法的保護を放棄していない限りにおいて法益の保護が認められるという特徴を有するものでありながら、法益主体の処分の自由に完全に服する権限、即ち所有権の放棄があっても「承諾」は構成要件的不法を止揚すべきではないとする理由が判然としていないというのである<sup>34</sup>。また Stratenwerth / Kuhlen は、所有権者の依頼を受けた国有林の伐採や、患者の承諾があって正式に行われた医的侵襲などの事例では構成要件該当性を阻却するという発想は自然なものであるとするが、これは権利者の承諾からのみではなく、社会的相当性の観点の下で当該構成要件が問題となるべきではないとの帰結を伴って、まずは承諾が所有権や身体の完全性に対する全く通常の処分であると思われるような事情全体から明らかになると述べる。従って、この見解によれば個別判断を行うことが許されることになる<sup>35</sup>。

#### 4 規範止揚事由説

近時、Kindhäuser は被害者の承諾の理解について興味深い主張を行っている。即ち、被害者の承諾は構成要件該当性を阻却するものでもなければ違法性を阻却するものでもなく、ある前提の下で禁止規範の効力を脱落せしめるところの、承諾に独自な方法による不法阻却であると Kindhäuser は言うのである。以下、この見解が依拠する論理構造を簡略化して紹介する<sup>36</sup>。

まず Kindhäuser は、刑法には制裁規範（Sanktionsnormen）と行動規範（Verhaltensnormen）があり、行動規範から生じる「法的に正しい態度の要求」が制裁規範発動の条件であるという。そして行動規範は禁止・命令・許可・免除から構成されるものであるが、時として禁止と許可、禁止と命令が対立することがある。このような場合、無矛盾性の原則からの解決策として、規範の衝突の回避には通常二通りの解決が与えられていると分析する。即ち、第一には一方の規範が他方の規範に無制限に優先する場合であり、その例としては正当防衛がある。もう一つは、一方の規範が他方の規範に制限的に優先する場合であり、これにはいわゆる挑発防衛が該当する。しかし Kindhäuser は規範の衝突を回避するには更に別の方法もあることを指摘する。それは規範が初めから条件付きで設定されるということであり、従って器物損壊は緊急避難状況の回避という留保を付した上でこれを禁止することもできるというのである。

このような規範の内在的制約は、当該規範が異なった規範と遭遇することに由来したものである、つまり妥協的性格を有するものであると Kindhäuser は言う。即ち、例えば財産犯であれば一方には行為者の行為の自由が、他方には人格を自由に発展させるにあたり物権的な最高の機会となる財産が存在するのであり、そして刑法的行動規範は「他人の財産を没収、強制、欺罔、あるいはある特別の枢要な地位の悪用によって侵害してはならない」という形で、財産保護を目的として行為の自由を制限するため自由市場へと介入する。そして、

<sup>34</sup> Hans-Ullrich Paeffgen/Benno Zabel, in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 2, 5. Aufl., 2017, § 228 Rn. 7.

<sup>35</sup> Günter Stratenwerth, / Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011, § 9 Rn. 10.

<sup>36</sup> 本稿では Urs Kindhäuser, Normtheoretische Überlegungen zur Einwilligung im Strafrecht, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 9/2010, S.490 ff.を参照した。

このような制約は構成要件を通じて保護された財産、身体の完全性、性的発展の自由、名誉又はその他の法益が行為の自由に対置されるという形で、刑法規範全般において妥当するものであるとする。もっとも、この利益調整は、具体的状況下で法益が保護される利益を有しているか否か、という点を無視しており、また具体的事例判断によって補足されるものであるから、その点では抽象的なものである。

その上で Kindhäuser は、刑法における保護法益と行為の自由の衝突の判断には 3 つの段階があることを示す。即ち、第一段階は、構成要件該当性の有無であり、これが認められる場合に当該態度は規範名宛人たる行為者の行為の自由が一般的調整を受けることで、法益によって禁止されているということになる。次に、第二段階では、保護法益とは別の保護に値するような利益が顧慮されるべきか否かということが探求され、これには行為者の（行為の自由以外の）利益、被害者のそれ以外の利益又は公共の利益といったものがあり得るという。そして、例えば正当防衛状況や緊急避難状況の中にこうした利益が見出されるのであれば、最後に、第三段階において、かかる利益のなかでどれによって一般的な利益調整は完全に又は制限的に抑圧されるのかということが問われるのであり、そしてここにおいて当該態度の適法性あるいは違法性について具体的に規範が表出することになる。そしてこの構造から、構成要件該当性と違法性の区別が導き出されることになる。即ち、犯罪構成要件要素とは行為者の行為の自由と保護法益との抽象的な利益調整に関して有意義となるあらゆる事情であり、違法性阻却事由とは行為の自由以外の保護に値する利益を担ぎ出すような全ての事情であるということである。

そして Kindhäuser は、被害者の承諾は違法性阻却事由でもなければ構成要件該当性阻却事由でもないことを論証する。まず、被害者の承諾が違法性阻却事由たりえない理由として、Kindhäuser は、「承諾は保護されるべき法益の状態に関係するような行為者と被害者の関係に専ら関わるもの」であって、それ自体が保護に値する利益ではないと主張する。それゆえ、被害者の承諾がある場合には何らかの優越的利益の衡量が働くから、つまり保護される利益が存在するから違法性が阻却されるというわけではなく、換言すれば、禁止規範の妥当性を担保する法益保護の考えが具体的な事例において妥当するか否かが問われるべきであると Kindhäuser は論ずるのである。そして、被害者の承諾が構成要件該当性阻却事由ではないという理由は、欲された不利益変更が何ら侵害でないと解してしまうと、これに対して法的効果を付与することが不可能になってしまうということである。具体的には、緊急避難状況における自己の所有物の破壊への了承によって物の破壊が損害ではなくなってしまうのであれば、BGB904 条における損害賠償請求権が構成される余地さえ一切なくなってしまう、ということになるからである。また、法益主体の承諾を受けた法益の変更は主体自身による変更と同じように判断すべきであるという一元説の論拠についても、共同正犯において各共犯者は他の関与者の態度についても答責的であるが、それでも自己の態度についての答責性は失われてはいないことから、既に根拠付けられた答責性のある者から解放して別の者へと委ねることができるという原理は存在しないと、従って、承諾は答責性の問題ではなく許可という行動規範と解するのが相当であるとしてこれを退けている。

そして Kindhäuser は、「刑法的行動規範は襲撃を受けた財を保護するという目的に資するものであるから、承諾と共に規範の妥当性の根拠は場合により止揚される」とし、被害者の承諾がある場合に脱落するのは、抽象的である規範を具体的な事例において遵守するこ

との根拠であると結論付けるのである。

## 第5節 議論のまとめ

本章においては、ドイツにおける被害者の承諾の従来の議論から近時紹介された見解までを横断的に検証した。ここにおいて確認されるべきは、被害者の承諾によって犯罪が不成立となることを原理的に説明するにあたっては、どの見解にあっても人格の自律性が重要視されているということである。そして人格の自律性に重きを置く上で、それに法益としての法的地位を付与するのが一元説であり、人格の自律性を法益とは異なりかつこれに優越する利益であると解するのが二元説であるということになる。また先見的な観点から将来的な自律性の行使の可能性すら破壊するような侵害への承諾の場合を違法性阻却事由、そこまでは至らない単なる自律性の行使に留まる侵害への承諾を構成要件該当性阻却事由として分類するのが三元説である。そして承諾を規範止揚事由として理解する見解にあつては、被害者の承諾とは構成要件該当性のある行為に対して刑事制裁が発動する際に前提となるべきであるところの行動規範において、その妥当性を具体的事案において失わせるところの内在的制約として解されることになる。

従って、ドイツにおける被害者の承諾についての議論とは、言うなれば、被害者の承諾という議論の背景である人格の自律性を刑法においてどのように把握するのかという問題に取り組むものであると言い換えることができる。そして、人格の自律性という承諾の原理的な問題は、先にも述べた通り承諾の体系的地位の問題と直結して論じられている。それ故、被害者の承諾の問題を考察するにあたっては、それに先んじて人格の自律性について論ずることが必要であるといえよう。

しかし、後述するように、日本における承諾論では比較的最近になるまでは必ずしも人格の自律性が重視されてこなかったという理論史的背景があり、更に現在でも人格の自律性の行使という考え方がドイツと比較して未発達であるとの指摘もなされている<sup>37</sup>。そのため、ドイツにおける議論を日本の議論状況に引き寄せて考える上では、被害者の承諾という法理が日本においては従来どのように理解されてきたのか、そして更には比較法的観点から日本刑法の母法と言うべきドイツ刑法との間でどのような相違が生じているのか、これを確認する必要がある。従って、ドイツにおける各見解の具体的な検討についてはIVで、日本における見解の検討と併せて行うものとする。

## III 日本における議論

### 1 被害者の承諾の体系的地位論

被害者の承諾の問題は日本でも古くから論じられてきたものであるが、その議論状況についてはドイツと必ずしもパラレルな関係にはない。それが最も顕著に現れているのは、被害者の承諾が刑法体系上どこに位置しているか、という承諾の体系的地位の問題であろう。先述したように、ドイツでは Geerds によって被害者の承諾は構成要件該当性を阻却する「合意」と違法性を阻却する「同意」に区別されるという指摘がなされ、この区別そのものについては今日でも広く支持されている。しかし、日本ではかかる Geerds の区別は紹介こ

<sup>37</sup> 只木誠「被害者の承諾と保護義務論」法学新報 112 巻 1・2 号（2005 年）425 頁以下。

そされども積極的にこれを承諾論の理解に取り入れる論者は極めて少ない。その理由としては、ドイツと日本では故意論の学説状況が異なるということが指摘されている。即ち「合意」の錯誤と「同意」の錯誤はそれぞれ構成要件的錯誤と違法性の錯誤となり、ドイツの通説とされる厳格責任説によれば前者は故意を阻却するが後者はしないという違いが生じるのであるが、日本ではいずれの錯誤についても故意を阻却する制限責任説が広く支持されているため、これを採用する論者にとっては「合意」と「同意」の区別は実際的な相違を生ぜしめるものとはならないとされるのである<sup>38</sup>。もっとも、被害者の承諾が違法性阻却の問題に尽きるものではないという認識は広く共有されており<sup>39</sup>、しかして承諾については以下のような体系的分類が行われている<sup>40</sup>。

第一類型は、被害者の承諾が構成要件該当性を阻却する場合であり、これには住居侵入罪（130条）、強姦性交等罪（177条前段）、窃盗罪（235条）などがあたる。これらの犯罪においては保護法益に関して被害者の意思が加味されており、これに反した行為が犯罪として把握されているのである。従って、この類型における被害者の承諾を消極的構成要件要素として評価する論者もいる<sup>41</sup>。

第二類型は、被害者の承諾如何が犯罪の成否に影響しない場合である。これは13歳未満の者に対する強制わいせつ（176条後段）や13歳未満の者への性交等（177条後段）に見られるものであり、これらの者に対する性的行為はたとえそれが暴行又は脅迫を用いたものでなくとも、当該行為の可罰的違法性は失われまいと法は定めている。

第三類型は、承諾があっても犯罪の成立それ自体は否定されないが、罪名が異なるという場合である。これには同意殺人罪（202条後段）や同意墮胎罪（213条）などが該当し、ここにおける承諾については違法性を減少させる<sup>42</sup>、派生構成要件の要素<sup>43</sup>あるいは刑の減輕事由であるなどと説明される<sup>44</sup>。

第四類型は、被害者の承諾が違法性を阻却する場合であって、これにあたる傷害罪（204条）について承諾の議論は最も活発に行われている。換言すれば、第一類型においては、承諾の有無は構成要件該当性の問題であるから、承諾論というよりはむしろ裁判上の事実認

<sup>38</sup> かかる指摘をするものとして、例えば佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（2013年）203頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（2016年）163頁などがある。

<sup>39</sup> この認識は古くから共有されてはいたものの、かつては現在ほど明確に分類化されてはいなかった。一例として、中野次雄「被害者の承諾」小野慶二＝中野次雄＝莊子邦雄『総合判例研究叢書 刑法（1）』（1956年）74頁以下では「被害者の承諾が行為の違法性を失わしめる範囲」という項の中で強制わいせつ罪（74頁以下）や住居侵入罪（82頁以下）なども一律に取り扱った上で、構成要件該当性と違法性のいずれの問題になるかは「一言にしていえばその構成要件の解釈の問題に帰着する」（87頁）としている（ただし、古くは住居侵入罪における被害者の承諾を違法性阻却事由とする見解もあったことは注意を要する。木村龜二『刑法解釈の諸問題 第一巻』（1939年）323頁以下、中野・前掲注39）88頁以下を参照）。また、草野豹一郎『刑法要論』（1956年）72頁参照。

<sup>40</sup> 以下で紹介するような分類を行うものは枚挙にいとまがないが、例として佐伯（仁）・前掲注38）202頁が挙げられる。

<sup>41</sup> 山中敬一『刑法総論〔第3版〕』206～207頁（2015年）。

<sup>42</sup> 佐伯（仁）・前掲注38）202頁。

<sup>43</sup> 山中・前掲注41）206頁。

<sup>44</sup> 大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（2008年）417頁。

定の問題として考えられてきたのであり、また、第二類型は言うに及ばず、第三類型でも承諾の有無が犯罪の成否それ自体を左右することはないため、ここで承諾そのものについて論じる実益は少ないと見做されてきたのであって、結局日本における承諾論は専らドイツにおける「同意」の領域を問題としてきたのである。

このような体系的分類に対し、一部には Roxin と同様に、傷害罪における被害者の承諾についてこれを構成要件該当性阻却事由として位置付ける論者もいる。もっとも、この見解は、承諾の体系的地位の問題というよりは、むしろ被害者の承諾によって何故犯罪は不成立になるのかという承諾の根拠の問題から出発するものである。従って、この見解については次節で検討を加えることとする。

## 2 被害者の承諾の原理的根拠

“Volenti non fit injuria”の法諺が存在するからといって、端的にこれを以て被害者の承諾による犯罪不成立の根拠とすることは当然できない。そこには何らかの原理的な根拠付けが必要不可欠である。そしてまた、この承諾の原理的問題は、生命・身体に対する罪における承諾の限界設定に関する原理的根拠としても論じられてきた<sup>45</sup>。

日本の判例・通説が採用しているとされるのは、いわゆる社会的相当性説である。この見解では被害者の承諾の存在のみならず、それが社会通念上妥当であるか否かも考慮された上で違法性阻却の成否が決せられる<sup>46</sup>。しかし、この「社会的相当性」という発想はそれ自体が行為無価値的な意味合いを色濃く有しているものであるから、違法性の本質を法益侵害それ自体に見出そうとする結果無価値の立場からは、かかる制約を承諾に付すことは批判されることとなる<sup>47</sup>。そして結果無価値的側面から被害者の承諾を根拠付ける場合、法益侵害の存在を否定するアプローチが採用されることになる。もっとも、日本における行為無価値論は純粋な行為無価値一元論ではなく、結果無価値的側面を併せて考慮する二元論であることから、社会的相当性を承諾の制約原理として採用する場合であっても、同時に法益侵害の存在を否定することによって承諾を積極的に根拠付ける傾向が今日では一般的である<sup>48</sup>。従って、現在では行為無価値論にとっても社会的相当性という要素は概して承諾の副次的な根拠として把握されており、承諾そのものの根拠付けにおいては結果無価値的側面が程度の差こそあれ考慮されているものと解される。

違法性の本質は法益侵害にあると見る結果無価値論に立った場合、被害者の承諾によって犯罪が不成立となるためには「法益侵害」の発生を否定しなければならない。そしてその根拠を説明するにあたっては見解が分かれるところである。

第一の見解は、被害者の承諾によって保護されるべき法益そのもの（あるいは「利益」）

---

<sup>45</sup> 以下の分類については佐藤陽子『被害者の承諾 一各論的考察による再構成一』（2011年）18頁以下及び曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』（2008年）124頁を参照した。

<sup>46</sup> 藤木英雄『刑法講義総論』（1975年）193頁以下、立石二六『刑法総論〔第4版〕』（2015年）169頁。

<sup>47</sup> 山口・前掲注38)163~164頁。

<sup>48</sup> 内田文昭『改訂刑法I（総論）〔補正版〕』（1997年）218頁、立石・前掲注46)169頁。なお、大谷實『刑法講義総論〔新版第5版〕』（2019年）252頁は所謂行為無価値論に基づきながらも社会的相当性説は採らず、承諾の根拠を保護法益の欠如のみに求める。

が喪失するとする考え方である<sup>49</sup>。そして、これに一見類似した第二の見解が、承諾によって法益の要保護性が失われるために法益侵害の発生が否定されると考える見解である<sup>50</sup>。これらの見解は「法益の法益性ないしは要保護性の欠如」という形で同一視されることもあるが<sup>51</sup>、この両者を厳密に分離して考える見解もある。何故なら、前者の見解は保護法益そのものの存在が否定されることから法益衡量説に基づくとされるが、後者の見解は「対立する法益とその要保護性に関する客観的諸事情とについての価値判断」を行うことによって、優越的利益の存在をもって法益の要保護性を否定する優越的利益説から導かれるものとされるからである<sup>52</sup>。また、後述するが、これら二説はそのいずれを採用するかによって被害者の承諾に制限を課すことの根拠付けにおいても差異が生じてくることから、本稿では両者を区別して扱うこととする。

ところで、優越的利益説からは別の根拠も生起する。即ち、刑法においては優越的利益の保護が違法性阻却事由として解されることから、自己決定の利益が法益に優越する場合にはこれを根拠として犯罪が不成立となるとする考え方である。この見解は、自己決定の自由について法益にも優越し得るほどの重きを置くが、それは「法益が人間の自由な自己実現（人格の発展と完成）という目標達成のために不可欠な客体であり、そのための必要条件と解せられるから」である<sup>53</sup>。従って、この見解では自己決定と法益とが別個の利益として解されることになる<sup>54</sup>。

法益衡量説又は優越的利益説に由来するいずれの論拠を採用するとしても、それら全てに共通しているのは、利益不存在の原理に従い承諾それ自体に違法性を阻却する効果を認めていることである。これに対し社会的相当性説は、違法性阻却を認める要件の一つとして承諾を他の要件と同格に位置付けるものであると評される<sup>55</sup>。これは、換言すれば、「違法性（処罰）を基礎づけない要素によって違法性阻却が限定される」<sup>56</sup>という結果無価値論からの批判となるが、これに対しては、かかる要素を考慮することこそが行為無価値論の真髓なのであって、単に結果無価値的側面のみに着目するのでは足りないという反論が為されている<sup>57</sup>。

なお、被害者の承諾を構成要件該当性阻却と解する見解においては、被害者の承諾による犯罪不成立の根拠は法益保護の放棄にあると説明される。そして、そもそも承諾が構成要件該当性を阻却するものであるとする解釈もここに由来する。即ち、被害者の承諾によって法

---

49 町野朔「被害者の承諾」西原春夫ほか編『判例刑法研究〔第2版〕第2巻』（1981年）168頁、堀内捷三『刑法総論〔第2版〕』（2004年）180頁。

50 西原春夫『刑法総論』（1977年）235頁、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（2018年）346頁。

51 佐伯（仁）・前掲注38)204~205頁、山口・前掲注38)162頁。井田・前掲注50)348頁は、この2つの理論構成は矛盾するものではなく、法益の性質によって決まるものだとする。

52 曾根・前掲注45)97頁以下、124頁。

53 曾根・前掲注45)124頁以下。

54 佐伯（仁）・前掲注38)205~206頁。

55 伊東研祐『刑法総論』（2008年）198頁。

56 只木・前掲注37)424頁。

57 只木・前掲注37)424頁以下。

益侵害が否定されるという前提から、構成要件に法益保護機能を認めるならばその意味は喪失されることとなり、結局構成要件該当性が否定されると解するのである<sup>58</sup>。かかる理解に対しては、従来通り承諾を違法性阻却に分類する見解の中からもこれに一定の理解を示すものがあるが<sup>59</sup>、他方では、この見解を前提とした上で以下論じる承諾の限界についての問題において「重大な傷害」の場合には承諾を認めず、それ以外の場合には認めるということになれば、その限りで構成要件が分裂することになるとの批判もある<sup>60</sup>。

### 3 被害者の承諾の限界

被害者の承諾によって何故犯罪は不成立となるのか、という原理的な問題と、被害者の承諾による犯罪阻却が認められないのは如何なる場合であるか、という承諾の限界の問題は事実上表裏一体を成している。言い換えれば、承諾の原理的問題は承諾を限界付けるための前提として取り上げられることが多いのである。ドイツにおいては StGB216 条が「明示的かつ真摯な嘱託により殺害を決意した者」について故殺よりも軽い刑を定め、また同 228 条は善良な風俗に反する傷害を承諾にかかわらず違法であるとしている。これに対し日本では刑法 202 条が同意殺人においてやはり殺人より軽い刑であるがこれを処罰する一方、同 204 条以下では承諾がある場合の犯罪の成否について何ら明文でこれを定めていない。それゆえ日本では、承諾の限界の問題は、承諾と犯罪の成否の関係が解釈論に委ねられている傷害罪において中心的に論じられており、その意味では日独の議論状況は異なっている。他方、同意殺人と承諾に基づく傷害のいずれに対する制限も原理的には同じであるという認識は広く共有されており、それゆえ傷害罪における承諾の制限を考察することは同意殺人の全面禁止を原理的に考察することと実質的には同義と言えよう<sup>61</sup>。

行為無価値的犯罪論を肯定した上で社会的相当性説の観点から被害者の承諾を理解しようとする場合には、まさにこの説の名称が示すように、行為が社会的相当性の範囲内にあるか否かによって違法性阻却の是非が決められることになる。そして、ここにおいては行為の形態、程度、内容、社会的衝撃といった要素が斟酌されることになる<sup>62</sup>。もっとも、社会的相当性説に対しては、本来は侵害に社会的相当性を付与せしめる承諾の何たるかを積極的に論ずべきであるところが、侵害が社会的相当性を有さないのであれば違法と答えるのは「まさしく問をもって答とする循環論法にほかならず」、「一般条項への逃避」であるという批判も投げ掛けられている<sup>63</sup>。また、何を以て社会的相当性があり、あるいはないとするかは総合判断によって決められていることから、本説に対しては、基準としての明確性が不十分であり、また倫理違反や民法的な違法性から直ちに刑法上の違法性が認められることに

<sup>58</sup> 山中・前掲注 41)209 頁、林幹人『刑法総論〔第 2 版〕』（2008 年）160 頁。ただし、承諾を違法性阻却事由と解する大谷・前掲注 48)252 頁が承諾の本質を利益放棄に求めていることは既述した通りであり、法益性欠如の考えを採用すれば必然的に一元説になるというものではない。

<sup>59</sup> 例として、山口・前掲注 38)162~163 頁。

<sup>60</sup> 佐伯（仁）・前掲注 38)206 頁。

<sup>61</sup> とりわけ、後に本文で触れることになる「重大な傷害」を基準とする説ではこの点が強く意識されている。大谷・前掲注 48)253 頁。

<sup>62</sup> 只木・前掲注 37)425 頁。

<sup>63</sup> 佐伯千仞『改訂刑法講義（総論）』（1974 年）217 頁。

もなり得るとの批判が向けられている<sup>64</sup>。それゆえ、今日では行為無価値論者であっても社会的相当性説のみに依らず、他の根拠と重疊的にこれを主張する傾向が見られる<sup>65</sup>。

他方、結果無価値的側面から承諾を根拠付けた場合、その根拠如何に制約原理も左右されることとなる。法益衡量説から出発する場合、論理的にこの説に最も忠実であるのは同意傷害を全面的に不可罰とする見解である。即ち、承諾によって保護法益自体が失われているという前提を全面的に維持し、同意傷害には構成要件該当性はないと解するのである。この見解の主張するところによれば、同意殺人罪についてはこれを例外的に処罰するところの規定（202条）が「例外的に」定められているが、傷害罪についてはこのような規定が存在しない以上、同意傷害は不処罰たるべきであるとされ<sup>66</sup>、これを処罰するとなると、同意殺人では6月以上7年以下の懲役と定められているところ、傷害罪が15年以下の懲役と定められていることと比較して刑罰の不均衡をもたらすと指摘されている<sup>67</sup>。しかし、これについては同意殺人の未遂が処罰される以上（刑法203条、202条）、同意傷害の全てを不処罰とするのは疑問が残るとの反論がある<sup>68</sup>。

これに対し、被害者の承諾があっても傷害罪は全て違法であるとする見解もある。この見解は生命という法益が社会的法益としての側面を有することを認め、これに対する侵害は個人の処分権に服するものではないとし、そして傷害は「死の危険」に通じる可能性があることから（そのような危険がないものは暴行に留まると解する）、結局社会的法益の側面から違法性は阻却され得ないと論ずる<sup>69</sup>。しかしこれも、例えばイヤリングの穴開けですら違法となることから前述の見解とは逆の意味で不当な結論を導きかねないとの批判が向けられている<sup>70</sup>。

以上のような承諾による違法性阻却の全面肯定あるいは全面否定という解釈を採用せず、しかしやはり法益衡量説から出発して法益放棄を部分的に否定する見解に立つのであれば、法益の主体による法益の放棄が「何らかの条件の下では」認められないということを積極的に論証しなければならない。その際に論拠として用いられるのがいわゆるパターンリズム論である。即ち、被害者の承諾によって原則的に法益の要保護性は喪失するが、殺人や一部の傷害については回復不可能性という観点から国家はその処分に対する承諾を後見的に制限するが故に要保護性は依然として残る、というのである<sup>71</sup>。そして、回復不可能な傷害は「重大な傷害」と言い換えられ、かかる傷害への承諾の場合に傷害罪の違法性阻却は認められないとされるのである。

他方、自己決定に優越的利益性を認める見解から導かれる制約も、やはりパターンリズム

<sup>64</sup> 林・前掲注 58)163頁、内藤謙『刑法講義総論（中）』（1986年）583頁、308頁以下。

<sup>65</sup> 立石・前掲注 46)169頁。また、只木・前掲注 37)427頁。

<sup>66</sup> 佐伯（千）・前掲注 63)219頁。

<sup>67</sup> 齊藤誠二「被害者の承諾と傷害（2）」受験新報 41巻 12号（1991年）22頁。

<sup>68</sup> 西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法総論〔第3版〕』（2019年）201頁。

<sup>69</sup> 吉澤三枝「違法性の本質と被害者の承諾」司法研究所紀要第12巻（2000年）63～65頁。

<sup>70</sup> 夏目文雄「被害者の承諾と傷害罪の成否」愛知大学法経論集法律篇第97号（1981年）86頁。

<sup>71</sup> 佐伯（仁）・前掲注 38)206頁。また、前田雅英『刑法総論講義〔第7版〕』（2019年）247頁。

に依拠する。ここでは、確かに自己決定の自由は法益に優越すべきものではあるが、その自己決定も無制限に肯定されるべきものではなく、当該法益侵害が承諾者の自己決定の自由そのものを「回復不可能もしくは著しく困難」にする（即ち、自己決定を行う主体そのものを不可逆的に破壊する）ものである場合には、刑法が介入する必要性が生じるという<sup>72</sup>。そしてこれにあてはまるのが、生命そのものを奪い取る同意殺人や、四肢切断などの「重大な傷害」であると論ずるのである。

ここで注目すべきは、国家による、承諾へのパターンナリズム的介入が、行為無価値論と結果無価値論（更には構成要件該当性阻却一元説）のいずれからも支持され得る、ということである。承諾においてパターンナリズムが引き合いに出される際には、同意殺人（刑法202条）や13歳未満の者に対するわいせつ行為（刑法176条及び177条）などが根拠として挙げられる。つまりわいせつ行為の場合には「被害者本人の意思に優越する「未成熟な被害者の保護」という利益」が後見的観点から保護に値すると解されるのである<sup>73</sup>。そしてこれらの犯罪において被害者の承諾による犯罪阻却が制限されているということは、違法性の本質について行為無価値と結果無価値のいずれを重視するかを問わず、刑法がまさしくパターンナリズムに基づいて承諾に対して内在的制約を課している証左として援用されるのである<sup>74</sup>。しかし、ここで結果無価値論の立場から「刑法的要保護性（介入必要性）」<sup>75</sup>などの言葉によって説明が行われるのは、純粹に自由主義を貫徹する姿勢を維持しようとする傷害罪全面否定説と比較してみると、結論の妥当性は担保できているが、一貫性を欠いているように思われる<sup>76</sup>。しかしいずれにせよ、パターンナリズム的介入を肯定するという意味では、行為無価値論と結果無価値論の対立は収束しつつあると言うこともできよう。

この点、近時は行為無価値論の立場から「社会的相当性」の曖昧さを補う形で、国家のパターンナリスティックな介入を「保護義務」という側面から論じようとする動きがある。これについて只木誠は以下のように論じている。即ち、被害者の承諾による正当化には内在的制約が付されているが、それは「国家以外の第三者による基本権への侵害が認められる場合、国家自らの手でこれを抑制することを内容とする国家の義務」、即ち保護義務であって、これは主体的な自己放棄から人間の尊厳を保護するという一般的利益から裏打ちされたものであるという<sup>77</sup>。国家あるいは法秩序による自己決定への介入をこのように説明することは、

<sup>72</sup> 優越的利益説の分析は、伊東・前掲注55)199頁を参照。

<sup>73</sup> 前田・前掲注70)247頁。「絶対的な保護」との表現を用いるのは、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（2010年）106頁、109頁。

<sup>74</sup> 松宮孝明『刑法総論講義〔第5版補訂版〕』（2018年）125頁。

<sup>75</sup> 伊東・前掲注55)199頁。

<sup>76</sup> 例えば町野・前掲注49)169頁では、本稿で優越的利益説からパターンナリズムを認めるものとして分類した見解に対して以下のような批判が加えられている。「(前略) このように法益と法益の処分権とを分離しうる見解の基礎には、法益は、その主体の利益のためにのみ存在するのではないという認識がなければならない。(…) だが、(…) その道徳的価値の低劣さ、あるいはその非合理性と無関係に、本人の法益放棄の意思を尊重するのが個人主義であり、「自己決定権」の思想である。「利益衡量説」は、一見、個人の自由を基礎に置くかのように見えながら、実はそれとは正反対の思想にもとづいているといえよう。」

<sup>77</sup> 只木・前掲注37)427頁以下。

確かに行為無価値論的な解釈には馴染みやすいものである。もっとも、結果無価値論の立場においても個人主義・自由主義を完遂しようとする見解は少数に留まり、パターンリズムの要素を刑法に認めるものが多いことは上述の通りであるから、今後この見解が結果無価値論においても承諾の制限を理由付ける上で導入される余地はあり得ると言えよう。

以上は傷害罪に関する議論であるが、これに対して同意殺人罪については法律上これを処罰することが定められている。そのため、そこにおける議論は法が何故同意殺人を一律に可罰的であると定めているかを理論的に説明するという一点に集中することになる。

同意殺人の可罰性を基礎付ける議論では、その出発点は同意殺人罪の法益は生命であるか否か、という法益論に端を発するという。この分岐において生命という法益はあくまで個人的なものであるという見解を採る場合、この議論は更に以下のように展開する。まず、生命という価値は絶対的なものか相対的なものかという第二の分岐があり、これは生命という法益そのものが個人的法益か、それとも同時に国家的・社会的法益でもあるかという問いへの態度決定となる。そして生命は個人のみにも属する法益であるとした上での第三の分岐として、何故生命の処分は認められないのかという問題が生じ、これに対しては生命という法益が「生命」に尽きるのか、あるいは処分権もそこに含まれた上での法益であるとか、ということが問題となる。他方、第一の分岐で同意殺人罪の法益は生命たりえないと主張するのであれば、そこでは「公共の利益、個別具体的な第三者の利益」といったものが想定されることとなる<sup>78</sup>。

#### 4 判例

日本の判例においては、被害者の承諾の体系的地位論に関して、最高裁昭和 55 年 11 月 13 日第二小法廷決定刑集 34 卷 6 号 396 頁で違法性阻却の問題であることが明言されている。もっとも、被害者の承諾のあることが何故犯罪の違法性を阻却するという帰結を導くのかという原理論について言及したものは見受けられない。

実務において重要であるのはむしろ、承諾の限界の問題である。この問題に関するリーディングケースとして前掲最決昭和 55 年 11 月 13 日では、「被害者が身体傷害を承諾したばあいに傷害罪が成立するか否かは、単に承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度など諸般の事情を照らし合わせて決すべきものであるが、本件のように、過失による自動車衝突事故であるかのように装い保険金を騙取する目的をもって、被害者の承諾を得てその者に故意に自己の運転する自動車を衝突させて傷害を負わせたばあいには、右承諾は、保険金を騙取するという違法な目的に利用するために得られた違法なものであつて、これによつて当該傷害行為の違法性を阻却するものではないと解するのが相当である」として、被害者の承諾による違法性阻却は事情を総合考慮した上でその成否が決められるべきものであるとした。

下級審では、主に SM 事例における判断が蓄積されているが<sup>79</sup>、それ以外では「承諾があ

<sup>78</sup> 以上、同意殺人罪の処罰原理に関する整理は佐藤・前掲注 45)91 頁以下の分類に依拠したものである。

<sup>79</sup> 須之内克彦「刑法における「社会的相当性」と「公序良俗」に関する一考察 ―被害者の同意との関連で―」明治大学法科大学院論集第 8 号（2010 年）1 頁以下では、豊胸手術事例（東京高裁平成 9 年 8 月 4 日判決高刑集 50 卷 2 号 130 頁）やダートトライアル事例

ったとしても、被告人の行為は、公序良俗に反するとしかいいよのない指つめにかかわるものであり、その方法も医学的な知識に裏付けされた消毒等適切な措置を講じたうえで行われたものではなく、全く野蛮で無残な方法であり、このような態様の行為が社会的に相当な行為として違法性が失われると解することはできない」とした仙台地裁石巻支部昭和 62 年 2 月 18 日判決判時 1249 号 145 頁が、違法性阻却の限界に関する議論の題材として度々引用されている。本件判決については、社会的相当性による承諾の制限を認める見解からは当然支持されるところであるが、逆にこれを認めない見解の中でも、とりわけ本件は承諾の真意性につき疑いが残る事例であったことを指摘し、結論においては支持するものも散見される<sup>80</sup>。

## 5 議論のまとめ

日本における被害者の承諾についての議論は、ドイツとは異なり「合意」と「同意」の区別について意識的に論じられることは少なく、ドイツで「合意」にあたりとされる承諾の類型について問題とされることはほとんどない。そして、被害者の承諾に関する議論は傷害に対する承諾の問題に集中しており、更に見解の対立はドイツでは見られなかった行為無価値論と結果無価値論の対立にほとんど集約されている。即ち、行為無価値論の立場からは被害者の承諾はあくまでも社会的相当性ととの相対的な関係の中で肯定されて然るべきであると主張されるが、他方で結果無価値論の立場は被害者の承諾に対する制約に社会的相当性といったものを設けることを拒絶し、「重大な傷害」という要件から承諾を制限すべきであるとす。しかし、被害者の承諾が何故制限され得るのかという承諾の限界の問題については、行為無価値論においても結果無価値論においてもパターンリズムを理由とする考え方が主流である。つまり、被害者の承諾の制限とは被害者の承諾に対する国家的介入であって、一部の傷害については国家が後見的に承諾を制限すべきであるということが行為無価値論と結果無価値論のいずれからも説かれるのである。従って、結果無価値論においては一見個人主義が強く主張されているが、実際には行為無価値論と同様に国家という団体的な観点が意識されているのである。

また、日本の承諾論において自己決定権については結果無価値の観点から説明付けられている。つまり、結果無価値とは法益侵害を根拠とするものであるところ、被害者の承諾によって自己決定権が行使された場合には、この自己決定権は優越的利益として認識され、法益侵害を否定する方向に働くとされるのである。この点、ドイツにおける一元説を踏襲し、自己決定権を法益の中に含めようとする見解も一部にはあるが、ドイツにおけるように二元説との激しい対立を生ずるには至っていない。そのため、日本の承諾論を概括するならば、被害者の承諾は自己決定権という優越的利益の現れであり、これによって違法性が阻却されるが、国家的介入の必要性があるときは被害者の承諾も制限されるのであり、そして議論はその制限がどのような場合に、またどの程度認められるのかという点に集中しているといえよう。

---

(千葉地裁平成 7 年 12 月 13 日判決判時 1565 号 144 頁) などの事例にも触れながら、主として性行為中の加虐行為から致死結果が生じた事例を中心に紹介・検討している。<sup>80</sup> 例えば、前田・前掲注 71)247~248 頁、辰井聡子「22 被害者の同意」西田典之ほか編『刑法判例百選 I [第 6 版]』(2008 年) 46 頁。

#### IV 検討

##### 1 検討の視座

日本における承諾論について考察するにあたり、ドイツにおける議論と比較して留意すべきと思われる点は、人の生命・身体という法益の理解について違いがあるということ、より厳密に言えばドイツではこれらの法益が完全に個人的法益に尽きるものではないとする理解が根強いということである。即ち、生命については被害者の承諾があっても奪うことのできない「生命権」の存在が犯罪を成立させるという **Gropp** の見解や、「社会」が個人の発展に利益を有しているとしてこれを承諾の制約根拠と考える **Otto** の見解などのように、特に人の生命についてはこれが個人的法益に尽きるものではないということを積極的に肯定する姿勢が窺われるのである<sup>81</sup>。他方で、日本では生命犯あるいは身体犯の保護法益は国家的法益又は社会的法益であると直截的に認める見解は皆無に等しいし、またこれらが個人的法益としての性格と併存するものであるという見解も忌避される傾向にある<sup>82</sup>。しかし、今日の日本の学説において支配的見解となっている承諾の制限をパターンリズムによるものとする見解は、言うなれば被害者の承諾が国家によって制限されることを積極的に肯定するものである。その意味では、法益そのものの性格と解するのか、単に承諾の制約原理であると解するのかという違いはあるが、生命犯・身体犯における承諾が制限される理由を個人の処分権のみからでは説明することができない、という認識は日独で共通しているように思われる。

また、被害者の承諾の問題について日本で自己決定権という概念が重要視されるようになったのは比較的最近であることも確認しておかなければならない。最近でこそ行為無価値論者の中からも批判されるようになったが、従来判例・通説と呼ばれてきた社会的相当性説の理解では、被害者の承諾のある行為は社会的相当性の範囲内にあるのだから違法性が阻却されるとして、そこでは自己決定権や人格の自律性といった要素は顧みられてはこなかった。しかし、医療の分野において患者の自己決定権という考え方が急速に広まったことを受けて、刑法でも被害者の承諾と自己決定を結び付ける見解が有力化していることは周知の事実であり、このようなある意味で急進的な「自己決定論」の発展について保護義務論は歯止めをかけようとしているように思われる。

従って、ドイツ及び日本における承諾論について総合的に考察を加えようとする場合、最も重要となるのは自己決定というものをどのように把握するか、ということであろう。ドイツでは自己決定という形で表出するところの人格の自律性が法益であるか否かというところ

---

<sup>81</sup> **Jakobs** も「この解釈によって **StGB228** 条はそのパターンリズム的な傾向を失うことはない」と述べているように、パターンリズムに親和的である。**Jakobs (o. Fn. 28), S. 519.** 他方で **Kindhäuser** は「この（訳者注：自身の見解による被害者の承諾の）制限において狭義の「パターンリズム」は一切存在しない」と述べている。**Kindhäuser (o. Fn. 36), S. 504.**

<sup>82</sup> 例えば佐藤・前掲注 45)91 頁以下及び 115 頁以下では、(同意) 殺人罪と傷害罪の保護法益について、それらに生命・身体以外の法益も設定するか否か、しないとすればそれは誰の法益であるか、個人法益であるならばそこには処分権も含まれるのか、という 3 つの「分岐点」を手がかりに考察を加えており、そこでは公共の法益の設定及び公共によるこれらの法益の所有は否定されている。

ろから一元説と二元説の対立が生じているが、日本では多くの論者が自己決定権を優越的利益として理解しており、そしてこの点に関する議論はドイツに比べて「衝突」と呼べるほど劇的なものではない。そのため、自己決定というものの法的性質に関する議論の「温度差」は比較法的検討にあたって決して看過することのできない重要な要素である。かかる問題意識から、日本において自己決定とは何か、そしてそもそも被害者の承諾とは何なのかということを改めて正面から検討し直す必要がある。そして更に、承諾そのものへの理解に変更が加えられるのであれば、当然その制約原理についても考え直さなければならない。このような問題意識から、以下本章においてはドイツの議論と日本の議論をある面では峻別し、またある面では敢えてシャッフルした上で、被害者の承諾による犯罪正当化原理について考察を加えていく。

## 2 学説の検討

承諾論の原理的考察において最初に問題となるのは、法益一般に人格の自律性あるいは自己決定権という意思的要素を含めるか否かという、法益論的解釈である。そもそも一元説は全ての犯罪類型において保護法益に人格の自律性も含まれているという解釈に端を発するものであり、かかる法益の理解を採るか否かで被害者の承諾の体系的地位論も左右されることになる。

しかし一元説の理解に対しては、「自己決定権」が法益の一部を形成している、と一般化することはそもそも可能であるのかという疑問が生じる。確かに、一部の犯罪類型においては自己決定権が保護されていると一般に理解されているものもある。その典型が性犯罪であり、強制わいせつ罪や強制性交等罪の保護法益が被害者の性的自由あるいは性的自己決定権であると解されている<sup>83</sup>ことは、法益概念に自己決定権が含まれ得ることの一つの証左であると言うこともできよう。あるいは、詐欺罪における処分権も、「自己決定」という言葉こそ含まれていないが一種の自己決定権として捉えることが可能である。

しかし、これらの犯罪で自己決定権が保護されているということを理由として、直ちにそれ以外の犯罪、とりわけ生命犯・身体犯においても自己決定権が法益の一部として保護されている、と帰納することはできない。確かに、一元説は散髪、爪切り、ピアスの穴開け等々のそもそも犯罪とすべきでないような日常的事例群を説明するには極めて優れているし、私見ではそれこそが一元説の主眼としているところであると解する。しかしながら、一元説を採用しようとする場合、同意殺人罪、ひいては生命犯一般の処罰根拠あるいは保護法益として被害者の生命以外の何物かを引き合いに出さなければならないという困難が伴うことになるであろう。即ち、あらゆる法益には自己決定権という意思的要素が含まれているとす

---

<sup>83</sup> 大谷實『刑法講義各論〔新版第4版補訂版〕』（2015年）112頁、川端博『刑法各論講義〔第2版〕』（2010年）189頁以下、松宮孝明『刑法各論講義〔第5版〕』（2018年）115頁、山中敬一『刑法各論〔第3版〕』（2015年）162頁、西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法各論〔第7版〕』（2018年）98頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（2010年）105頁、曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』（2012年）65~66頁。もっとも、前田雅英『刑法各論講義〔第6版〕』（2015年）93頁は、これらの犯罪は単に個人の性的自己決定権を害するに留まらず、身体と人格的尊厳についてのより重大な侵害を伴うものであると指摘しており、それは正当である。

る一元説の前提から出発した場合、他の犯罪では原則的に承諾によって構成要件該当性が阻却されるどころ、殺人罪に限っては何故一切犯罪不成立という帰結は導かれ得ないのかという問いを、構成要件レベルあるいは法益レベルで解消しなければならない。そしてその場合には、恐らく生命犯の保護法益において個人法益に還元しきれない、社会的ないしは国家的法益としての側面を肯定せざるを得ないはずである<sup>84</sup>。そのため、生命という法益が個人的法益に尽きるものではないとする解釈を是としないのであれば、翻って法益一般に意思的要素が含まれるという一元説の理解は採用することができない。

そこで仮に二元説の理解に立つとした場合、被害者の承諾による違法性阻却の根拠、そして承諾の限界の根拠は何に求めるべきか、ということが問題となる。ここでは特に承諾の根拠・限界について社会的相当性を加味して判断すべきか否かという点が従来から争われてきた。そして、社会的相当性説は、その行為無価値論的価値判断それ自体もさることながら、何を以て社会的に相当であるとするのかが不明確であるとの批判も浴びてきた。しかし、「重大な傷害」という侵害の程度のみを以て承諾の成否を分かち判断基準とするのは、確かに一見明快な基準であるように思えるが、承諾によっても乗り越えられない殺人に類する程度の生命の危険を伴う重大な傷害の限界はどこにあるのかという問いに対してア・プリオリに答えることは不可能であり、やはり事例判断によらざるを得ない部分がある<sup>85</sup>。従って、あくまでその限りではあるが、どの見解を採用したとしても具体的な事例に先行した基準を打ち立てることには限界があり、またそれは言葉を用いて基準を打ち立てるという法学それ自体の限界でもある。

他方で、一元説の主張にも無視しがたい部分がある。即ち、日常的に行われている取引行為について構成要件該当性を脱落させてしまうという発想には妥当性があるように思われるのである。例えば、家主の希望に添わない庭木の剪定においては、敢えて器物損壊罪の構成要件該当性を認めるまでもないという主張には広く同意が得られるところであろう。しかし、リフォーム業者による手抜き工事などは行政罰に留めるべきか刑事責任まで問うべきかを一概に決められるものではないし、とりわけ医療実務においてこれは最もデリケートな問題になる。この点、ドイツでは社会的相当性を構成要件段階における問題と見るのが支配的見解である<sup>86</sup>ということは、構成要件該当性の実質的判断について考察するにあたり意義を有するよう思われる<sup>87</sup>ところである。もっとも、本稿の中心的課題である生命の自

---

<sup>84</sup> 山中・前掲注 41)212 頁は「生命の法的保護を個人により処分できないものとして、個人の意味よりは、「生命」を重要なものと判断しているのである」と説くが、個人レベルでの処分を否定するということは、実質的には国家的あるいは社会的法益としての側面を肯定することと同義であろう。

<sup>85</sup> 西田〔橋爪〕・前掲注 68)201~202 頁は「手足の切断のような重大な傷害についての同意は無効とする見解」では「重大な傷害の範囲も不明確である」として「生命の危険を生じるような重大な傷害についての同意は無効とする見解」が妥当であるとするが、「生命の危険」の限界について必ずしも明確化が尽くされているとは思われない。

<sup>86</sup> Harro Otto, *Soziale Adäquanz als Auslegungsprinzip*, Festschrift für Knut Amelung, 2009, S. 230 f. 同論文の翻訳として、ハロー・オットー（鈴木彰雄＝秋山紘範＝菅沼真也子＝富川雅満＝水落伸介＝高良幸哉訳）「解釈原理としての社会的相当性」比較法雑誌 46 巻 1 号（2012 年）91 頁以下を参照。

<sup>87</sup> もっとも、実質判断に重きを置くとするならば、構成要件による類型的判断機能が損な

己処分の領域においては、一元説と二元説のいずれに立つとしても、それによって結論が左右されるものではないため、被害者の承諾の体系的地位については今後更に検討を加えることとしたい。

## V 小括

本稿では、被害者の承諾という犯罪阻却事由に関し、その理論と議論状況について日独における違いを比較しながら確認した。そこで確認されたことは、ドイツでは承諾論に先立つ法益論における理解の相違から主たる見解の対立が生じているのに対し、日本では承諾の原理的根拠・制約原理についての議論が中心を占めているということであった。それでは、こうした議論状況の「ずれ」は何に由来するのか。本章の小括として、第2章以下での検討における問題意識の明確化も兼ねて、この点に関する筆者の私見を述べることとする。

筆者は、この違いは「人格の自律性」の法的地位の違いに端を発するものであると考える。即ち、ドイツでは基本法2条1項において自己決定権が認められているということが議論の出発点にあり、それは尊重されなければならないという価値観が共有された上で、法益保護を目的とする刑法と基本法で保障された自己決定権が対立する被害者の承諾という問題領域において自己決定権を刑法的にどのように評価するのか、そして制限するのかという議論の流れが確立されている。従って、ドイツでは被害者の承諾について論ずる上では自己決定権という原理に対する態度表明を行うことは必要不可欠であり、事実どの論者も承諾論を展開するにあたっては自己決定権の問題に言及している。これは換言すれば、ドイツでは被害者の承諾の問題が背景的な原理的思想と密接不可分に論じられているということである。

しかし、日本で自己決定権といえば、せいぜい憲法13条の幸福追求権から導かれ得るといふ「新しい人権」に留まるものであり、少なくとも憲法上明文で認められた人権でないことは確かである<sup>88</sup>。にもかかわらず、その刑法上の体系的地位について議論が尽くされることのないままに、「人格の自律性」は承諾論の根拠として採用されており、今日に至っている。故に、本来であるならば、それを法益そのものと解するのであれば優越的利益と解するのであれば、人格の自律性の日本刑法体系における地位を明確化する作業が最初に行われるべきであるところ、それが尽くされないままに承諾の要件・効果論が展開されている現在の承諾論は根本的な問題を抱えているというのが筆者の認識である。

もっとも、このような筆者の考えに対しては、「新しい人権」であっても人権であることには変わらない、あるいは「自己決定権」に関する議論は既に十分尽くされているとの反論があり得るだろう。しかしながら、諸文献に目を通して、「被害者の承諾」「被害者の同意」

---

われることは疑いない。

<sup>88</sup> 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第7版〕』（2019年）128~129頁、長谷部恭男『憲法〔第7版〕』（2018年）162頁以下。また、野中俊彦ほか『憲法I〔第5版〕』（2012年）275頁では「これら（引用者注：自己の生命・身体の処分、世代の再生産、家族の形成維持その他自己決定権に係わる諸事項）のなかには、その価値が高いものから、そうでないものまで、さまざまな事項が含まれているから、その規制の目的、態様、手段とからませて、どこまで自律を認めるべきかが判断されなければならない。この点は学説にとってまだ今後の検討課題の域にとどまっている」との指摘がなされている。

についての概要について「自己決定権」あるいは「人格の自律性」に触れているものはほとんどなく、端的に利益欠缺や優越的利益を理由とした違法性阻却事由であるとの解説に留まるものが多い。

そもそも、筆者にはドイツにおいて中心的な論点とされる一元説と二元説の対立は承諾論において本質的には重要な問題ではないように思われる。即ち、これらの学説は構成要件と違法性という犯罪体系上の問題に尽きるものではなく、むしろ「人格の自律性」を刑法上どのように把握し、それを犯罪不成立の根拠として援用することによって何を指すのかという背景思想的な問題と不可分の関係にある。それゆえ、日本でも被害者の承諾について「自己決定権」あるいは「人格の自律性」をその根拠に据えるのであれば、その背後にある利益問題までも射程に入れて論じる必要がある。逆に言えば、「自己決定権」を日本における承諾論の根本原理として採用することには論理必然性が伴うものではなく、それ以外の理由から根拠付けることも論理的には可能である<sup>89</sup>。

もっとも、日本における被害者の承諾論の根本的な見直しは本稿における関心事ではなく、またそのような見直しを図る必要性が差し当たって存するものとも思われない。しかし、本章の成果として得られた知見として、被害者の承諾の背後にある人格の自律性あるいは自己決定権というものに対する思想に関し、日独でその重みが根本的に異なることは、患者の事前指示と自己決定の関係、更にはそこに家族等が介入することへの問題意識を比較するにあたり、前提として極めて重要な問題であるということを、本章の小括として強調しておきたい。

そこで、かかる問題意識を念頭に置き、第2章と第3章では、生命に対する処分の比較法的検討の前提として、日本における刑法202条の問題を取り扱い、第2章では自殺関与罪の処罰根拠、第3章では自殺関与罪と同意殺人罪の区別の問題について検討する。

---

<sup>89</sup> 被害者の承諾がある行為は社会的に相当である、という理由から端的に違法性阻却の効果を導き出したかつての社会的相当性説がその典型である。

## 第2章 自殺関与罪の処罰根拠について

### I 序論

### II 日本における自殺関与罪についての議論

- 1 「自殺者」は何故罰されないのか ～自殺の不可罰根拠について～
- 2 自殺関与罪の処罰根拠
- 3 自殺関与罪の減軽根拠
- 4 「生命」は誰のものか ～公共的法益としての理解と個人的法益としての理解～
- 5 議論のまとめ

### III 検討 ～諸学説に通底する「社会的」価値観～

### IV 小括

### I 序論

被害者の承諾という法理は一般に、違法性阻却事由として認識されているが、そこでの正当化根拠を自己決定権に求める見解が近時では有力化・通説化している。即ち、かかる見解にあっては、被害者の承諾とは自己決定権という一種の憲法上の人権の行使に他ならないのであって、そこにおいては加害者と被害者という対立する二者関係の構造は最早なく、むしろそこには権利行使者とその幫助者という価値志向的な協力関係があると理解するのである。これは極めて徹底した自己決定権をベースとする被害者の承諾の理解であるが、ここまで至らずとも、被害者の承諾という法理の理解の中に自己決定権という要素が、いずれの見解においても混入してきていることは、今日の日本刑法学においては否定しがたいように思われる。

他方で、こうした自己決定権を基礎とする被害者の承諾の理解は、古くから承諾論との兼ね合いで争われてきたところの、ある論点との関係で重大な問題を生ぜしめる。それこそが、自殺関与罪と同意殺人罪の処罰規定の根拠論に関する議論である。とりわけ自殺関与罪については、同意殺人罪と異なり、日本刑法学の参照対象たるドイツ刑法においては構成要件が存在せず不可罰とされていることもあり、古くから被害者の承諾との関係においてどのように解すべきであるかが議論されてきた。

もっとも、文字通り同意に基づいて相手を殺害する「同意殺人」ではストレートに被害者の承諾が問題となるのに対して、自殺する意思が皆無あるいは弱い者に教唆してその意思を確たるものにさせ、あるいは自殺しようとしている者を幫助してその自殺を完遂させるといったように、確かに「自殺関与」における構造は純粹に被害者の承諾という法理の射程に収まるものではないように思われる。しかし、少なくとも日本刑法における条文の構造から見ても、前段と後段で区分されてはいるものの、自殺関与と同意殺人は同条において規定されており、そして法定刑も同一に定められていることからしても、刑法典は両罪の性質を極めて近似したものとして把握していると考えすることは、控えめに言っても無理のない解釈であろう。それ故、被害者の承諾という問題を考察するにあたっては、承諾に基づいた殺人（同意殺人）と自殺の教唆・幫助（自殺関与）という、他人の生命に対する二つの関与形態の可罰的違法性が等しいものであると定められているということについても一考を加えておくことは必要なことであると思われる。何故ならば、自殺関与について道義如何は措く

としても制度的には罰するに値しないと定めている国家も一方では存在しているところ、日本刑法はそうした現象を要求に基づいた殺人行為と等しく違法な行為であると評価しているというのであれば、それは生命という法益の危殆化については承諾にも教唆・幫助にも共通して作用する特有の保護原理が存在することを日本刑法は肯定しているのであると解することも可能であるからである。そしてかかる理解は、被害者の承諾の制約根拠は全法益に共通するものであるとする通説的理解と共存するものであるのか、それとも背反するものであるのか、これも考察しなければならないであろう。

従って、上述した問題意識から、本章においては、直截的に被害者の承諾の問題となる同意殺人についての考察は一旦措き、あるいはその基盤としての考察となることを目して、自殺関与罪を日本刑法は何故処罰するのかについて、これについての議論状況について整理を行う。そして、それらの見解を比較検討した上で、これら見解において共通する視座を確認することで、生命法益の「保護」の実態に接近していきたい。

## II 日本における自殺関与罪についての議論

### 1 「自殺者」は何故罰されないのか ～自殺の不可罰根拠について～

日本における自殺関与罪の構造は、「人を教唆し若しくは幫助して自殺させ（…）た者」となっている。仮にここにおける「教唆」「幫助」を共犯として見るとするならば、自殺者本人はまさしく自殺の「正犯者」であるということになる。しかし、同条はあくまでも教唆者又は幫助者を処罰するものであって、自殺者本人を罰するという規定ではない。もちろん改めて確認するまでもなく、自殺が完遂されてしまえば自殺者本人を刑事的に処罰することは最早不可能となってしまいうのであるから、「自殺既遂罪」を制定することが全くの無意味であるということは言うまでもない。しかし他方で刑法 203 条は殺人、自殺関与及び同意殺人の未遂処罰を規定しており、生命という法益への侵害は未遂に留まるものであってもなお可罰的であることを法は認めている。ここにおいて、一般に殺人罪の条文解釈においては「人」とは（自然人たる）他人を意味するものであるとの解釈が加えられているところであるが、しかし「人」から本人を除外することの実質的な必要性あるいは妥当性は、形式的な条文解釈からは明らかになるものではないし、見解によっては「人」には自己も含まれるとするものもある<sup>1</sup>。かかる議論状況において、自己危殆化ではあるとはいえ、生命という法益への侵害それ自体は確かにやっている自殺者本人について、刑法は何故処罰を及ぼしてはいないのか。即ち、「共犯」たる自殺関与者は罰されても、その「正犯者」たる自殺者本人は何故処罰されないのか、ということが、自殺関与罪の処罰根拠論を考える上での前提問題として浮上するのである。

自殺の不可罰根拠、換言すれば自殺の法的性質については議論が重ねられてきており、大別すると①自殺は適法行為あるいは放任行為であると解する見解、②自殺は自殺者本人において可罰的違法性が欠如すると解する見解、③自殺は自殺者本人において責任が阻却されると解する見解、の3つに分類される。しかしながら、これら見解の中でも自殺が不可罰とされる実質的な根拠付けにおいては論者ごとにその主張するところは異なっており、

<sup>1</sup> 瀧川幸辰『刑法各論〔増補版〕』（1951年）30頁。

「一言でいえば『百花繚乱』の状態である」<sup>2</sup>との指摘が為されているところである。こうした微細化極まる議論状況については、確かに、本来論ずべきは自殺関与罪の処罰根拠論そのものであって、その前提としての自殺の法的性質に対する検討は、極論すれば「自殺は違法か適法か」というレベルで足りるとすることもできよう。しかしながら、同意殺人（より大きな問題としては被害者の承諾）との関連において自殺関与罪を検討することを旨とする本章においては、生命という法益の「自己処分」ということもできる自殺をどのような見地から不処罰相当として解するか、他方で自殺への関与はどのような根拠から処罰相当として解されるのかという問題は、そもそも生命という法益をどのように理解するのかという問題と切り離すことができないものであって、ひいては生命（あるいは身体）への侵害に対する承諾における制約根拠を探る上で、無視し難い論点である<sup>3</sup>。従って本章においても、自殺の法的性質、そして自殺関与罪の処罰根拠について、詳細な分類に基づいて検討を加えることとする。

自殺の不処罰根拠に関する第一の見解は、自殺とはそもそも適法行為あるいは放任行為であるが故に処罰されないとするものである。例えば香川達夫によれば、「自殺は罪とならない。自殺とは、意識的になされる自己の生命の断絶であり、自己法益の自己処分だからである。ただ、自殺不処罰の根拠を自己法益の自己処分に求めるのなら、専属的法益である自己法益の自己処分は、構成要件該当性を欠くとしなければなるまい。同様に普通殺人にいう人とは、他人を意味し自己を含まないとするなら、やはり同条の構成要件を欠くとするほかなくなってくる」<sup>4</sup>とし、自殺とはあくまでも自己法益の自己処分であるという点を強調する。また、鈴木晃も、「自殺者が侵害する自己の生命法益はやはり個人法益として考えられるべきであり、そうだとするとするなら、法益主体の自己法益の処分は自己決定権の尊重の観点からも許されているとするのが論理的である。ここで自殺行為の違法性を認めるならば、自己決定権の軽視につながるばかりでなく、生命法益を国家法益あるいは社会法益と考慮するほかなく、現行法の立場と大きく乖離することになるように思われる。生命はやはり個人のものである。その個人法益性を否定することは不当であると考えられる」<sup>5</sup>としており、生命法益があくまでも個人法益であるとする前提から出発するのであれば、自殺は自己決定権の行使であり、即ち適法行為と評価するほかない、と論じている<sup>6</sup>。

上述の見解においては、いずれも自殺を「自己法益の（自己）処分」として評価しているが、これは換言するならば、そもそも法益の自己処分は犯罪とされない行為であるところ、生命という法益の処分権もまた当該法益主体には認められるのであって、それ故自殺は違法ではないとする理解に基づくものである。そしてこの見解は究極的には、憲法 13 条に規

<sup>2</sup> 吉田宣之『違法性阻却原理としての新目的説』（2010年）28頁。

<sup>3</sup> 例えば、佐藤陽子『被害者の承諾 ―各論的考察による再構成―』（2011年）81頁以下においては、同意殺人罪（ここでは、自殺関与及び同意殺人罪の両者を指す）の処罰根拠を法益論的アプローチから検討している。また、若尾岳志「自殺と自殺関与の違法性」早稲田大学大学院法研論集第107号（2003年）167頁以下も自殺を違法であるとする諸見解について、侵害法益の観点から分類を試みている。

<sup>4</sup> 香川達夫『刑法講義（各論）〔第3版〕』（1996年）370頁。

<sup>5</sup> 鈴木晃「自殺関与罪の処罰根拠」中京法学 38巻3・4号（2004年）489頁。

<sup>6</sup> ほか、この見解に立つものとして川端博『刑法各論講義〔第2版〕』（2010年）29頁は「自殺は自己の法益の処分行為であるから違法でない」と解するべきである」とする。

定される幸福追求権の中には「死ぬ権利」も含まれるという解釈を行うものであると評することができよう。

また、自殺とは法的な放任行為であるとする見解も有力に主張されている。その代表的な論者として平野龍一は「自殺は法的に放任された行為であり、違法な行為ではないというべきであろう。ただ生命は本人だけが左右しうるのものである」<sup>7</sup>としており、自殺の違法性を明確に否定していた。もっとも、今日の学説においては、自殺が放任された行為であるということを、積極的な違法性の否定という意味においてではなく、少なくとも刑法的な意味における違法性が問われることはないという意味において理解しているように思われる。例えば前田雅英においては「少なくとも日本では、社会通念上違法だとは解されてはいないといえよう」<sup>8</sup>としており、また木村光江も「現代のわが国で自殺自体を違法と説明することは困難である」<sup>9</sup>とし、自殺という行為あるいは現象に対して否定的な態度を取りつつも、その違法性については消極的な立場を採っている。そのため、自殺を適法行為と解する見解は自殺を一種の権利行使として把握するものであったが、かかる見解及び後述する自殺を違法と解する見解との対比において、自殺を放任行為として解する見解は、自殺の積極的な適法・違法判断を謂わば止揚して、自殺関与独自の可罰性を論じようとするものであるとも解されよう。

このように、適法行為と放任行為とはその意味するところは異なるものであることは違いないが<sup>10</sup>、思うに自殺者本人における違法性阻却に自殺の不処罰根拠を求める見解との決定的な差異は、自殺という行為の違法性をそもそも不問とするという基本的姿勢にある。以下に論ずる見解においては、まず自殺行為の違法性を正面から肯定した上で、それから自殺者本人においては違法性が阻却され若しくは減少し、又は責任が阻却されることを以てして自殺の不可罰性を論ずるのであるが、自殺を適法行為あるいは放任行為とする見解においては、自殺という現象をそもそも違法性評価の土俵に上げること自体を忌避している

---

<sup>7</sup> 平野龍一『刑法概説』（1977年）158頁。

<sup>8</sup> 前田雅英『刑法各論講義〔第6版〕』（2015年）15頁。

<sup>9</sup> 木村光江『刑法〔第3版〕』（2010年）226~227頁（第4版（2018年）では削除されている）。

<sup>10</sup> もっとも、殊自殺の法的性質に関する議論においては、両者の限界は時として不明確であり、あるいは混同して論じられている。現に、平野・前掲注7)を鈴木・前掲注5)466頁以下は「自殺適法説」に分類するが（そこでは、平野龍一「生命の尊厳と刑法—とくに脳死に関連して—」立教法学 27号（1986年）189~191頁が併せて参照されている）、吉田・前掲注2)41頁は「放任行為説」と解する（もっとも、両者の依拠する自殺の法的性質に関する区分方法がそれぞれ独自のものであって、厳密には異なるものであるということとは言うまでもない）。また、西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法各論〔第7版〕』（2018年）13~14頁では「違法阻却説・放任行為説」と両者を一括した上で、「人間の生命は、その者自身に属するものであり、本来、その者の処分の自由を認めるべきである」として、同見解を採用している。確かに、以下本文でも論ずるように、これらの見解の意図するところは「自殺は違法ではない」という一点に集約されるのであって、その意味では両者を区別する実益は乏しいとも言える。しかし後述するように、両見解に対する批判はその本質的な理解そのものに対する批判であって、そこにおける違いを度外視することは理論的には望ましくないとと思われることから、やはり自殺を適法行為と解する見解と法的に放任された行為であると解する見解とは厳密に区別して論ずるのが妥当であろう。

という姿勢が窺える。

もっとも、こうした解釈に対しては極めて強い批判がある。まず、自殺を適法行為と解する見解に対する批判であるが、自殺を自己決定権の行使、即ち「死ぬ権利」の行使として承認すると、適法行為たる自殺の制止行為は強要罪を構成するものと評価されることになってしまい、自殺者に対しては「自殺させる義務」が発生すると言わざるを得なくなると指摘されている<sup>11</sup>。

また、自殺を法的に放任された行為と解する見解に対しても、以下のような批判がある。即ち、法的に放任された行為という概念は「法的に空虚な領域」という言葉で表現されることもあるが、「この見解に対しては、そもそも「法的に空虚な領域」を認めることができるのかが問題になる。通説によれば、ある行為は違法か適法かのいずれかであり、そのどちらでもない行為は存在しないと解されているからである。言い換えれば、少なくとも違法でないとは判断される行為は適法と解してよいということでもある。もしこの説をとるのであれば、「法的に空虚な領域」の存在を積極的に証明する必要がある<sup>12</sup>というのである。「しかし、この立場は、正当防衛に関し理論的に破綻するといわなければならない。すなわち、放任行為は法的に自由な領域に属する行為であるから違法な侵害ではないとするならば、正当防衛権を基礎づけることはなく、適法であることになる。また逆に、放任行為が正当防衛権を基礎づけるとすると、違法であることになる。さらに、第3の方法として、そのような場合には、侵害行為をも法的に自由な領域にあると仮定することも可能であるが、そうなる場合、一方は、侵害が禁止されていないことを、他方は、正当防衛あるいは緊急救助が禁止されていないことを主張し、結局は、力によって解決されることになってしまう。したがって、行為は適法か違法かのいずれかであり、放任行為という概念を認める余地はないといわなければならない。」<sup>13</sup>

こうして、自殺とは違法性が阻却されあるいは放任された行為であるとする理解に依らないとすると、自殺は違法であるとする評価に至ることになるが、その上でなお自殺が処罰されない理由としては、可罰的違法性が存在しないとする理解と、責任が阻却されるとする理解とに学説は分かれている。

自殺の不処罰根拠に関する第二の見解、即ち自殺者には可罰的違法性が存しないために自殺は処罰されないとする見解は、確かに自殺の違法性を肯定する見解ではあるものの、自殺の権利性、つまりは自己決定権を重視する第一の見解に近い思考から出発していると言える。つまり、「自殺と言うのは、なるほど生命というもっとも重要な法益に対する処分であるため、人間の尊厳という理念に背馳するものではあろうが、行為主体の面からするならば、とりもなおさず被害者（こういえるかどうかはなお疑問なしとしない）自身であるという点で、一定程度、個人の自由な決定・処分（自己実現）と一致するのではなかろうか。これは、わが現行法の規定形式からみて、自己決定「権」としての権利行使とみなすことは無理であろうが、少なくとも自由な自己決定として、刑罰を科すほどの違法はな

---

<sup>11</sup> 松宮孝明『刑法各論講義〔第5版〕』（2018年）27頁、山中敬一『刑法各論〔第3版〕』（2015年）26頁、高橋則夫『刑法各論〔第3版〕』（2018年）15~16頁。

<sup>12</sup> 塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』（2004年）103頁。

<sup>13</sup> 吉田・前掲注2)52頁。

いといえよう」<sup>14</sup>とするのである。換言すれば、当該見解においては、自殺を法秩序全体が許容していると理解することはできないものの、自己決定の行使という観点からすればそれは完全に果たされているのであって、これに対する国家的干渉は望ましくないとする理解から、自殺の可罰的違法性を否定するのである<sup>15</sup>。この見解は、自殺の適法性という肯定的な評価については否としながらも、自己決定の実現という側面を考慮しつつ、最終的に自殺の不可罰性という結論を導くことができることから、近時極めて有力に支持を集めている<sup>16</sup>。

もっとも、この見解に対しても以下のような批判が差し向けられている。即ち、後述する自殺関与罪における処罰根拠論との関係において、自殺関与者は、制限従属性説の立場から、自殺の違法性を連帯することとなり、自殺関与罪という独立の構成要件において処罰されることになるものと解するのであるが、これは「正犯の存在しない共犯を処罰することとなり、刑法における個人主義原則を逸脱し、不当に処罰範囲を拡大するものだ」と<sup>17</sup>いうのである。また、自殺者本人においては可罰的違法性が存在しないと評価されるのに対し、自殺関与においては可罰的違法性があると評価されるという、この見解が採用する違法性の構造についても、違法の連帯という観点からはむしろ関与者においても独自に処罰されるべき違法性はないと見る方が論理に即しているのではないかとする疑問も提起されているところである<sup>18</sup>。

自殺が何故処罰されないのかという理由についての第三の見解は、自殺は確かに違法な行為であるけれども、自殺者においては責任が阻却されるために自殺それ自体は処罰されることがないとするものである。例えば林幹人は、「これから自殺をしようとする者に国家規範を遵守する動機をもって自殺を思い止まることを期待することは不可能」<sup>19</sup>であるとして、期待可能性の欠如に責任阻却の根拠を求める。あるいは、塩谷毅においても「自殺は可罰的違法性もある行為であるが、自殺者にとってぎりぎりの選択でなされるものである以上、期待可能性がなく典型的に責任が欠けるため不可罰となると解するべきなのである」<sup>20</sup>とする。この見解においては、自殺の違法性を直截的に認めることになるが、後述する自殺関与罪の処罰根拠論でも触れるように、制限従属性説の立場から責任の非連帯を理由として関与者のみの処罰を肯定するのである。

もっとも、自殺の不可罰性を期待可能性の欠如に求めるこの見解は、次々節でより詳細に検討することになるが、生命という法益の性質についてこれを国家的あるいは社会的法益として理解しているという前提の存在が指摘されている。そのため、生命法益はあくまでも

<sup>14</sup> 須之内克彦『刑法における被害者の同意』（2004年）138頁。

<sup>15</sup> この見解に立脚し、「観念的権利の保障の前に現実の決定が重要だ」と指摘するものとして、橋本正博「自殺は違法か」一橋法学第2巻第1号（2003年）53頁参照。

<sup>16</sup> 大塚仁『刑法概説（各論）〔第3版増補版〕』（2005年）18頁、大谷實『刑法講義各論〔新版第4版補訂版〕』（2015年）16~17頁、山中・前掲注11)26頁、曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』（2012年）11頁、松宮・前掲注11)27~28頁、高橋・前掲注11)16頁。

<sup>17</sup> 吉田・前掲注2)54頁。

<sup>18</sup> 西田〔橋爪〕・前掲注10)14頁、塩谷・前掲注12)105頁、若尾岳志「自殺関与罪の処罰根拠（一）」早稲田大学大学院法研論集第94号（2000年）324頁。

<sup>19</sup> 林幹人『刑法各論〔第2版〕』（2007年）26頁。

<sup>20</sup> 塩谷・前掲注12)106頁。

個人法益に尽きるものであるとする解釈を採用するのであれば、この見解が採用する法益の理解そのものに対して批判が向けられることとなる<sup>21</sup>。また、自殺者もまた「人を殺した」ものであるとして、刑法 199 条における「人」には「他人」のみならず「自己」をも含むとする解釈も存在するが<sup>22</sup>、これは通説的な理解に反するものであると批判されており<sup>23</sup>、また、このような解釈を採用する前提として「極端従属形式をとれば別であるが、通説的な制限従属形式をとるかぎり、自殺の教唆・幫助は通常の共犯規定で処罰すれば足り、202 条前段はいらぬことになる」こと、そして「自殺が殺人罪にあたるならば、自傷行為も傷害罪にあたる」と解さざるを得ない。自傷行為の場合は、自殺と違って当罰性を欠く事情がないから、特別の事由がないかぎり処罰すべきだということになる。そうすると、処罰の範囲が耐えられないほど広がるのみならず（自傷の教唆・幫助も処罰可能となる）、特殊な自己毀損行為のみを別に処罰する（刑 139 条 1 項、麻薬取締法 12 条、64 条の 2 第 1 項等）現行法の体系とも調和しない<sup>24</sup>との批判がなされている。

なお、自殺研究の知見を取り入れた秋葉悦子のかつての考察によれば、自殺意思とはそもそも不自由なものであることがほとんどであり、刑法 202 条はそのような不自由な自殺意思を処罰根拠とした条文であると分析し、従って逆に自殺意思が自由であるときには本条の処罰根拠は失われ、違法性が阻却されることになると説くが<sup>25</sup>、この見解については次節において検討を加えることとする。

## 2 自殺関与罪の処罰根拠

自殺の不処罰根拠が提示された上で、刑法は何故自殺関与を独立して可罰的な行為であると評価しているのか、その理由が問題とされることになる。そもそも自殺は違法ではないとする見解に立つ場合、それに対する関与も本来であれば違法性を有するものではないとするのが自然な論理展開であるところではあるが、ここにおいては「他人の生命の否定」という関与者の固有の違法性<sup>26</sup>が引き合いに出されることになる。即ち、「生命という重大な法益の自己処分については、刑法がパターンリズムの見地から介入し他人の関与を排除することには十分な理由がある。自殺の決意が、その本来の意思には反しているのが通常であることを考慮すればなおさらである」<sup>27</sup>というのである。従って、この見解によれば、刑法 202 条における自殺の教唆・幫助は刑法 61 条及び 62 条における教唆・幫助とは性質の異なる独自規定であると解されることになる<sup>28</sup>。そして、自殺関与罪の性質をこのように独自規定として理解することは、後述する保護法益論との関係においても大きく影響を及ぼすものである。「すなわち、自殺関与はタブーだとする。この場合には、保護法益は、自

<sup>21</sup> 吉田・前掲注 2)54 頁以下。

<sup>22</sup> 瀧川・前掲注 1)30 頁。

<sup>23</sup> 松宮・前掲注 11)27 頁。

<sup>24</sup> 阿部純二「自殺の刑法解釈論」Law School 1 巻 2 号（1978 年）94~95 頁。

<sup>25</sup> 秋葉悦子「自殺関与罪に関する考察」上智法学論集 32 巻 2・3 号（1989 年）190 頁以下。

<sup>26</sup> 山中・前掲注 11)26 頁。

<sup>27</sup> 川端・前掲注 6)30 頁。

<sup>28</sup> 前田・前掲注 8)15 頁、木村・前掲注 9)〔第 3 版〕226~227 頁。

殺者の生命そのものとは異なる「タブー」そのもの、または、自殺の風潮が蔓延することから人々の生命を守ることになり、自殺関与罪は、「社会法益としての人々の命に対する危険犯」という性格を帯びる。」<sup>29</sup>もっとも、こうした理解に対しては、「自殺者に錯誤も強制もなく、まったく自由意思で自己の行為支配のもとで自殺する際にこれを幫助する行為は、自殺自体が違法でない限り、それを違法とすることはできないと思われる」<sup>30</sup>という批判が差し向けられるところである。

これに対して自殺の違法性を肯定する見解から出発する場合、自殺関与は違法な行為に対する教唆・幫助として評価されることになる。その上で、可罰的違法性がないことを自殺の不可罰根拠とする見解からは、自殺は本来的に違法な行為であるのだから、自殺者を教唆・幫助した関与者もまた違法な行為をしたものであるのだとして、その処罰が肯定されることになる。もっとも、「正犯者」たる自殺者本人に可罰的違法性が存しないという評価を下している以上、それに対する関与もまた可罰的違法性がないのではないかとする疑問も提示されていることは上述の通りだが、この点については自殺関与の可罰性を基礎付ける二種類の論拠が示されている。一つは、自殺を適法行為ないしは放任行為と解する見解と同様、自殺関与罪を独立の構成要件を定めたものとして理解するものである<sup>31</sup>。この見解においては例えば、「自殺に他人が関与したり、または同意を得て他人が被害者を殺害したりすることは、個人の自由な決定・処分そのものではないため、自殺それ自体とは異なり、可罰的評価を受けるべきものとみなされよう」<sup>32</sup>との考えから、自殺関与独自の可罰的違法性を肯定するのである。

もう一つは、「違法の相対性」を認めることによって自殺関与の可罰的違法性を肯定しようとするものである。即ち、違法性の本質に行為無価値性を含める見解からすれば、人的違法論ないし主観的違法論から人による違法の相対性は用意に肯定されるところであるが、他方結果無価値一元論の立場からも、「人による違法の相対性の概念を認めるとしても、それは違法性の存否ではなく、違法性の程度の点で、一方（自殺関与者）を可罰的とし（可罰的違法）、他方（自殺者）を不可罰とする（不可罰的違法）限度にとどめる」ことで、自殺関与の処罰根拠を基礎付けられると説かれている<sup>33</sup>。

他方、自殺の不可罰性を責任阻却に求める見解からは、共犯論における制限従属性説を前提とし、あくまで自殺は違法であるとしつつも、責任は連帯しないために自殺関与者は単独で処罰されることになることと解するのである<sup>34</sup>。

ところで、かつての秋葉説によれば、自殺関与罪とはそもそも不自由な意思による自殺への関与を前提としたものであって、完全に自由な意思に基づく自殺への関与は違法性が阻却されるものと解していた。しかしながら、この見解に対しては、そもそも自殺の意思の自由不自由を証明することの困難性や、完全な自由意思による自殺というものの存在を想定

---

<sup>29</sup> 松宮・前掲注 11)27 頁。

<sup>30</sup> 山中・前掲注 11)27 頁。

<sup>31</sup> 山中・前掲注 11)27 頁、大谷・前掲注 16) 17 頁、松宮・前掲注 11)27~28 頁。

<sup>32</sup> 須之内・前掲注 14)138 頁。

<sup>33</sup> 曾根・前掲注 16)11~12 頁。なお、他説からの解説として、高橋・前掲注 11)16 頁参照。

<sup>34</sup> 林幹人「自殺関与罪」法学セミナー402号（1988年）108頁。

することへの疑問が呈されている<sup>35</sup>ほか、自己決定権を絶対視していること自体を疑問とした上で、仮に絶対視するのであれば不自由であっても自殺は適法であり、逆に国家の後見的保護を認めるのであれば自殺は違法であると評価すべきであり、「理論的に、不徹底であるといわなければならない、と同時に、実定法に反する解釈を許すものであると批判」<sup>36</sup>されている。

### 3 自殺関与罪の減軽根拠

最後に、独立の犯罪として刑法上構成要件が定められている自殺関与罪が、通常の殺人罪と比較して何故刑が減軽されているのかについて検討を加える必要がある。序論でも触れたが、自殺関与とは「自殺者」に対し自殺教唆をすることによって自殺を決意させ、あるいは既に自殺を意図している「自殺者」に対しその自殺の完遂を幫助する行為であって、従ってここにおいては自己の法益侵害に対し「被害者」が承諾を与えていることによって違法性が減少するものとされる被害者の承諾の法理は直接には妥当しない。よって、自殺関与罪の減軽根拠は同意殺人罪の減軽根拠とは別個のものとしてこれを求める必要がある。

学説では、被害者の意思に反する通常の殺人罪と比べて法益侵害性が軽微であるとするもの<sup>37</sup>や、端的に正犯の不可罰性を根拠とするもの<sup>38</sup>、自殺が正犯性を欠きながらもなお違法である以上はそれに対する教唆・幫助を独立して国家は処罰する必要があるという自殺の違法性の特殊性に求めるもの<sup>39</sup>、同意殺人罪は「法益侵害の程度が普通殺人罪より小さく、同情に値する場合が多いとする趣旨に基づき、普通殺人罪に対する違法・責任減少類型として別個に規定されていると解するべきである」とした上で、確かに自殺関与は同意殺人と本質的には異なるものであるものの、「本人の意思に反しない生命の侵害に関与した点で共通するものとされ、同一条項に並列的に規定された」とするもの<sup>40</sup>、あるいは刑法 199 条に対する違法減軽類型として定めているとするもの<sup>41</sup>などがあるが、いずれの見解を採用するにせよ、通常の殺人と自殺関与を同等に扱うことは妥当ではなく、やはり自殺関与は他人の生命への干渉という法益侵害類型の中でも極めて特異なものであるという点において理解は共通していると言えよう。

更には、一部の学説においては自殺関与罪においても減軽の根拠を「被害者の同意による法益性の減少に求められる」としているものがある<sup>42</sup>。思うに、自殺者本人における自己決定を確たるものにし、あるいはその実現を後押しするという行為形態であるところの自殺関与は、言うなれば自殺者本人の自己決定に奉仕するものであるため、その限りにおいては法益性の減少を認めることは可能であろう。しかしながら、自殺関与を生命法益の自己毀損に対する教唆・幫助と解するのであれば、同意殺人との間には自手性と他手性の点で違いが

---

<sup>35</sup> 高橋・前掲注 11)17 頁注 5。

<sup>36</sup> 吉田・前掲注 2)60 頁以下。

<sup>37</sup> 山口厚『刑法各論〔第 2 版〕』（2010 年）12~13 頁。

<sup>38</sup> 高橋・前掲注 11)17 頁。

<sup>39</sup> 伊東研祐『刑法講義 各論』（2011 年）20 頁。

<sup>40</sup> 大谷・前掲注 16)17 頁。

<sup>41</sup> 須之内・前掲注 14)152 頁注(26)

<sup>42</sup> 西田〔橋爪〕・前掲注 10)15 頁、川端・前掲注 6)30 頁。

あり、その意味では承諾論を直接刑の減軽根拠として挙げることは必ずしも妥当ではないように思われる<sup>43</sup>。

#### 4 「生命」は誰のものか ～公共的法益としての理解と個人的法益としての理解～

ところで、ここまで自殺関与の処罰根拠を検討するにあたっては、自殺そのものの違法性の問題と、それを前提として自殺関与は正犯たる自殺者の違法を連帯するために違法であるのか、それとも適法行為（あるいは放任行為）たる自殺とは別個独自に規定された処罰対象行為であるのか、という観点から考察を進めてきた。しかしながら、自殺の違法性及び自殺関与の処罰根拠を検討するアプローチとしては、法益論、即ち生命法益の所有者を問題とするものも存在する。従って、ここまでの議論と重複する部分もあるが、本節では生命に対する罪においては誰のどのような利益が侵害されているのか、換言すれば被侵害者本人だけの問題であるのか、それとも第三者的な利益も害されているのか、という方向から、自殺の適法性ないしは違法性と自殺関与の処罰根拠について検討を進めていきたい。

自殺関与罪の処罰根拠を説明するにあたって容易であるのは、自殺関与罪における保護法益は個人的法益ではなく（あるいはそれのみならず）、国家的・社会的法益も同条では保護されているとする解釈である。このような解釈から出発するのであれば、自殺においては個人の処分権によって正当化し得る範囲を超えて、なお要保護性を失わない利益が残存していることになり、かかる利益の侵害が関与者の処罰を基礎付け、自殺者本人においては可罰的違法性の欠如あるいは責任阻却によって不処罰とされることになる。従って、自殺関与罪の保護法益に国家的・社会的法益が含まれているとする見解においては、必然的に自殺は違法であるとする評価に至ることになる。

若尾岳志は、ローマ法の時代において兵士の自殺は国家に対する義務違反行為として（兵役義務が果たせなくなることに対する違法評価）、中世のカロリナ刑法典やオーストリアの諸ラント刑法では犯罪者の自殺を特に重く処罰する（刑罰の執行が行われなくなることを防ぐ趣旨）傾向があり、また戦前の日本でも解釈上では自殺が国家に対する罪を構成するとみるものがあつたことを指摘している。しかし、「個人主義を基調とする現行憲法の下には、個々人の生命の上に個々人の利益とは別個の国家の独自の利益が及んでいるとすることはそぐわない。また、自殺関与罪の規定は一般的な規定であり、兵士などのような、国家に対して特別な義務を有しているような者に限定された規定ではない。それゆえ、国家が個々人の生命の上に何らかの利益を有しており、それが個人の生命放棄という選択を排除してまで優先されることを認める構成はできないであろう」とし、現行刑法の解釈上は自殺関与罪の保護法益が国家的法益であるとする解釈は採用できないとする<sup>44</sup>。

それ故、今日における自殺関与罪の保護法益には個人法益以外のものも含まれるとする

---

<sup>43</sup> もっとも、法益自己処分が自手的なものであるか他手的なものであるかという点について本質的な違いは認められないのであると解するのであれば、この点は問題とはならなくなる。ただし、そのような解釈が可能となるのは、法益一般に自己決定権が含まれるとし、被害者の承諾は構成要件該当性を阻却するものであるとする理解に基づいた場合に初めて可能となるものである点には注意を要する。かかる承諾論の総論的検討については、本稿第1章を参照。

<sup>44</sup> 若尾・前掲注18)348~349頁。

見解においては、それを一種の社会的法益として構成するものがほとんどである。もっとも、「社会的」と一概に言っても、その意味するところ、即ち同罪において自殺者本人以外に利益を有している者の人的な範囲は、論者によって全く異なっている。

同罪において保護されているとする「社会的法益」という定義において、極めて広範に及ぶ社会的利益を想定するのは深町晋也<sup>45</sup>である。深町は、刑法 202 条における保護法益を以下のように解釈する。「即ち、199 条においては、①個人の生物学的基盤としての生命（個人的法益としての「人」と、②個人が社会共同体のメンバーであることについての社会共同体の期待（社会的法益としての「人」とを複合的に法益として規定しており、202 条においては、①の個人的法益としての側面は（完全に法益主体に属するものであり、法益主体による自律的＝自己決定的処分が可能である以上、）自律的＝自己決定的処分によって放棄されているから、②の社会的法益としての「人」のみが独立に保護法益として規定されていると解釈するのである。そして、①の個人的法益の主体であっても、それ以外の者であっても、この②の社会的法益については、およそ個人の処分権は及ばないので、その侵害は違法として評価されるのである。しかし、その決断は、「ぎりぎりの選択でなされる」ものであり、類型的に期待可能性＝責任を欠くものと評価できるので、構成要件が規定されていないのである。」換言すれば、「第二十六章 殺人の罪」に規定されている諸犯罪の保護法益が「人＝個人的法益」であるという前提はドグマに他ならないのであって、むしろ深町によれば、「199 条の「人」は、個人的法益の側面と社会的法益の側面の両者を包摂しており、202 条では、そのうちの後者の側面、即ち社会的法益としての「人」の側面に着目して保護するものであり、正に、「殺人の罪」の一類型と言い得る」と主張する。

深町は、自己の見解が個人主義に反するのではないかとする批判に対しては、自身の 202 条の解釈が脱個人化するものであることを認めつつも、そもそも 202 条の保護法益が生命法益であるとする前提の自明視を逆に問いに付す。そして、「社会的法益としての「人」の保護は個人主義に立脚する憲法に反するのではないか」という批判についても、自分の飼っているペットを殺した場合には、個人的法益たる所有権侵害（器物損壊罪）は成立せずとも社会的法益の侵害（動物保護管理法）により処罰することが憲法違反にならないことを引き合いに出し、以て 202 条において個人的法益と社会的法益とが同時に保護されているとする解釈の正当性を補強するのである。

もっとも、深町の解釈においては「社会的法益」は「社会共同体のメンバーであることについての社会共同体の期待」という比較的抽象的な概念として想定されているが、その抽象性そのものが批判の対象とされている。即ち、「この見解のいう、202 条における保護法益たる社会法益の具体的な内容が不明確である。社会共同体という以上、それは国家と同視できない単位の社会共同体をさすものと思われる。さもなければ、直截に 202 条の保護法益を国家法益と構成すればよいはずである。あるいは国家という枠組みを越える大規模な社会共同体、例えば「人類」や「世界」という共同体を想定しているとも考えにくい。それでは内容空虚なものになってしまうからである。抽象的で、具体的な存在ではない社会共同体からの、その存在を確定することも困難な「期待」を、国家が保護法益として刑事制裁とい

---

<sup>45</sup> 深町晋也「危険引受け論について」本郷法政紀要第 9 号（2000 年）126 頁参照。

う手段を用いてまで保護する必要性は提示されていない。」<sup>46</sup>また、「社会共同体のメンバーであることについての社会共同体の期待」を刑法の保護法益として認めることは、「現行憲法が国籍離脱の自由を承認し（憲法 22 条 2 項）、その意味で個人に対して右共同体から脱退する自由を明文で認めていることと、明らかに矛盾するように思われる」<sup>47</sup>との指摘もなされている。

このように、「社会的」の範囲を広く解することには強い批判のあることから、自殺関与罪の保護法益に社会的法益を含める見解においては、その人的な範囲を比較的狭く解するものも存在する。例えばかつて林幹人は、生命法益を純粋な国家的・社会的法益と解することはできず、また自殺が「瑕疵ある意思」に基づく場合であってもそれは刑法上「自由」に行為したものと考えるべきであるとした上で、以下のように論じていた。「このように考えてくると、自殺関与罪の保護法益を生命とするのはやはり無理だと思われる。自殺関与罪の違法性は、本人以外の、周囲の人々の法益を侵害するところに認められなければならない。たしかに、生命そのものは本人のものであり、国家や社会のものではない。また、かつては、自殺関与罪は風俗に対する罪とされたこともあったが、風俗そのものを刑法で保護するのは妥当でないであろう。しかし、各個人の生命には、周囲の人々の精神的・経済的利益が依存していることが少なくない。自殺関与罪はこのような利益を保護しようとするものなのである。」<sup>48</sup>

また、小林憲太郎は「自殺によって、同時に他人の被覆決定（、ひいてはそれに基づく諸々の自由が侵害されるとする構成）」を採用する。これは「J・S・ミルのいう「加害原理 (harm principle)」」を基礎とするものであるが、それを自殺の場合に当て嵌めると「人は生きてゆく中で、死にたいと思うこともあれば、思い直して「自分はなんて馬鹿なことを考えていたんだろう」と感じることもある。そしてそのような場合、死にたいと思っていた自分（現在の自己）と思い直した自分（将来の自己）とは、別人格を構成すると考えるわけである。比喩的に言えば、器物損壊罪が他人の所有権を侵害するのと同じように、自殺は他人（将来の自己）の被覆決定の自由を侵害するということになる。」<sup>49</sup>

<sup>46</sup> 若尾・前掲注 18)350 頁。

<sup>47</sup> 小林憲太郎「被害者の関与と結果の帰責」千葉大学法学論集第 15 巻第 1 号（2000 年）163 頁。

<sup>48</sup> 林・前掲注 34)109 頁。その後の林・前掲 19)25 頁においても、「生命についても自己決定権は及ぶとして、本罪の保護法益を生命と解することを断念し、生命についての（家族や知人などを主とする）社会的利益を侵害することを不法内容とする考え」〔引用者注：原書では「第三の考え」〕は、「完全に自由に生命を放棄しているときには刑法上の意味で生命の侵害はないとしている」ことを考慮に入れたものであるとした上で、「生命は自己決定権の基盤をなしており、およそ人が侵し得ない至高の価値をもっていると考えて、自己決定権の限界を強調する」考え〔引用者注：原書では「第一の考え」〕に対しては、「この世には生命よりも尊いものがあるとする価値観に対しても法秩序は寛容であるべきであり、とくに、他人の利益を害さないかぎり人は何をしてもよいとする刑法の原則は重要なものだとすれば、第三の考えにも理由があるといえよう」との説明が加えられている。もっとも、直後には「第一の考えと第三の考えには実際上の帰結に違いはなく、問題は、説明の論理としてどちらがより妥当かということにすぎない」とも述べられている。

<sup>49</sup> もっとも、この見解を「社会的法益」に端的に類型化することは必ずしも妥当ではないとも思われるが、「現在の自己≠将来の自己」という図式を採用している限りにおいて、

しかしながら、自殺関与罪の保護法益が第三者的利益である、あるいは個人法益と併存する形で第三者的利益が保護されているとする解釈に対しても、以下のような批判が向けられている。まず、林（及び深町）の見解に対しては、生命に関する自己決定権を否定しているとする理解そのものについての批判に加え、自殺不処罰の根拠付けについて問題があるということが指摘されている。即ち、「この見解からは、通常自殺者の不処罰は、期待可能性がないことによる責任阻却と考えられている。（中略）しかし、自殺は本来、単に自らを殺害すること、という意味しか持たないものではない。判断能力のある者が、自らの意思により死を選択した、という評価ができるからこそ、自殺とされるのである。期待可能性がないと評価されるような状況でなされたぎりぎりの選択であるにもかかわらず、生命の処分という重要な決定が、自己決定として完全に有効なものであるという評価は、妥当なものであろうか。仮に、生命の処分を自己決定として認められるとしても、そのような自己決定に際しては自由な意思決定ができるような状況が保障されていなければならない。一方で生命処分に関する自己決定を類型的に認めつつ、他方でそのような生命処分が自己決定として認められないような状況でなされていることを類型的になるという矛盾を犯しているように思われる。仮に、この判断が、例えば、一般論と個別具体論という形で異なるレベルでの評価であるならば、受け入れられよう。しかし、いずれも生命を処分する際の自己決定についての状況を類型化した上での評価であり、矛盾があると思われる。あるいは、これから自殺をしようとする者に国家規範を遵守する動機をもって自殺を思い止まることを期待することは不可能であるとして責任がないとする説明も不十分ではなかろうか。自殺において自殺者の責任阻却を認めることは、むしろ自殺者の不自由な意思に着目していることになるはずである」<sup>50</sup>として、期待可能性の欠如という理解それ自体に対して疑問が提起されている。

また、小林の見解に対しても、「その基本的思想は肯定できるが、」「刑法における」自己決定権の重要性とは、「自己の法益について自律的＝自己決定的処分をなした以上、国家は干渉し得ない」という点に存するのであり、それを超えて、直ちに、将来の被覆決定可能性のない者に対する劣後的取り扱いを正当化するものではない」こと、「将来の被覆決定可能性の存否の判断基準を、「その者の信条・価値観に照らして判断する」」のは疑問であること、「更に根源的には、現在の自己と将来の自己とは別人格（他人）であるにも拘らず、なお現在の自己による自己決定が将来の自己に影響を与えることを認めることになり、論理としては徹底されていないように思われる」<sup>51</sup>とする批判が向けられている。

従って今日、ほぼ支配的な見解として主張されているのは、個人の生命はあくまでも個人法益に尽きるものであって、国家、社会あるいは第三者といった要素は介在する余地がないとする見解である。この見解は、しかしながら、一旦は自己法益の自己処分という構造を認めながらも、なお自殺関与は可罰的であるとする評価を辿ることを余儀なくされるものである。ここにおいて、自殺関与罪の処罰根拠をめぐる立論が「百花繚乱」であることは既に確認したところであるが、本節においては、保護法益という観点からこれらの見解について

---

そこで保護されているのは第三者的・超個人的利益と解することができよう。

<sup>50</sup> 若尾・前掲注 18)351~352 頁。

<sup>51</sup> 深町・前掲注 45)125~126 頁。

の再整理を試みたい。

学説上、最も多く援用されている論拠は、パターンリズム論である。即ち、「他人に対する関係では、生命の絶対的価値から、自殺者・被殺者の当座の意思に優越する保護の要請（パターンリズム）が生じることによ<sup>52</sup>り、自殺者の生命という法益が保護されるとするのである<sup>53</sup>。ここにいう「生命の絶対的価値」とは、「生命は（あるいは身体も）自己決定の基盤であり、すべての価値の基礎であること」、「そしてこの法益が持つ特殊性、例えば、一回性、回復不可能性、代替不可能性、あるいは、幸福追求のための必要不可欠性」<sup>54</sup>等々に言い換えられるが、いずれにしてもこの考え方によれば、生命法益の自己処分、即ち自殺を他の法益の自己処分とは同列に扱うことはできないとする価値観を起点として、生命法益は格別の要保護性が存することから、国家による後見的介入が根拠付けられることになる。

こうした生命の価値を基盤としたパターンリズム論に対する批判としては、「国家管理の下に置かれた「個人人格の自律性」という概念は自己矛盾をおかすものである。個人人格の自律性は、国家権力に対する対抗軸としてこそその存在意義があるといえよう」<sup>55</sup>として、パターンリズムと人格の自律性とは本来背反関係にあるとする指摘がある。即ち、「もとより、人間は完全に理性的、合理的存在ではなく、苦しみ、挫折しながらも幸福を求めて自律していく存在であることが前提とされており、そのような不完全性を前提としつつも、なお、その個人の自己決定を尊重し、その生き方を尊重していこうというのが、個人の尊厳である」<sup>56</sup>のであるから、「自殺を違法とするために国家の後見的配慮を持ち出すことは、自殺の違法性を国家的観点からのみ基礎づけることになり、生命の個人的理解、自己決定権の尊重という主張者の基本的立場に矛盾することになる」<sup>57</sup>というのである。

このように、パターンリズム論は「国家による後見的保護」という観点を制約原理として盛り込むものであり、それは言うなれば自己決定権の外在的制約ということになるが、これに対して、パターンリズム論が説くように生命法益の特殊性を考慮しながらも、自己決定権の内在的制約を理由として挙げるものがある。例えば秋葉悦子は、前述した自殺意思の不自由性から 202 条の処罰根拠を導こうとする見解から改説し、「202 条の処罰はむしろ自己決定権の内在的限界によって根拠づけられるべきであるように思われる」と主張する。これは例えばドイツであれば「人間の尊厳に反するような自己決定が憲法上の権利として保障され得ないのは形式的にも当然であるが、原理的にも人格は死ぬまで発展する可能性を持つ以上、人格の自由な発展を保障する人格権は死ぬ権利を含むものではない」し、また日本においても人格的利益説、「一言で言えば、孤立的自己ではなく関係的自己（共存的自己）、全体の中の個、あるいは個人の社会的次元に焦点を当て、従来のような「共同体からの自由」ではなく、「共同体への義務と結びついた自由」——これは世界人権宣言が保障する自由の概念でもある——を主張する立場」の登場などにみられるように、「自由主義それ自体の枠組みの変換に伴って、自己決定権至上主義にも歯止めがかけられようとしている」という脈

<sup>52</sup> 山口・前掲注 37)12 頁。

<sup>53</sup> 西田〔橋爪〕・前掲注 10)14 頁、山中・前掲注 11)27 頁、松宮・前掲注 11)28 頁。

<sup>54</sup> 佐藤・前掲注 3)88 頁。

<sup>55</sup> 曾根威彦『刑法における正当化の理論』（1980 年）137 頁。

<sup>56</sup> 谷直之「自殺関与罪に関する一考察」同志社法学 44 巻 6 号（1993 年）172~173 頁。

<sup>57</sup> 吉田・前掲注 2)63 頁。

絡から導かれるものであるという<sup>58</sup>。また、共同体を引き合いに出さなくとも、「生命の尊厳を目的とする法秩序が生命の否定を安易に受け入れることは自己矛盾であるともいえよう。さらには、個人の存在しない国家は存在しない。その生命の否定を国家が無条件で許すこと、それを放任することは、国家の存立自体を否定することである」<sup>59</sup>とか、あるいは「個人の尊厳に由来する自律の尊重から同意の効果が認められる以上、同意による生命の処分を認めることは、個人の尊厳（自律の尊重）による個人の尊厳（生命の尊重）の否定であって、自己矛盾に陥ることになる」<sup>60</sup>といった、パラドックス性を根拠に自己決定権の内在的制約を根拠付ける見解もある。

しかしながら、このような見解に対しても、生命の放棄という自己決定がいわば究極の自己決定であることは否定できない<sup>61</sup>、生命の自己処分が自由の観念と矛盾とする根拠が明らかでない<sup>62</sup>などの批判が向けられているところである。

## 5 議論のまとめ

以上、日本における自殺の不処罰根拠及び自殺関与の処罰根拠に関する諸学説につき、自殺の違法性という観点からのアプローチと自殺関与罪の保護法益という観点からのアプローチの二つを確認した。もっとも、これは自殺関与罪（そして同意殺人罪）の研究における分類法の違いであって、少なくとも各々の論者においてこの二つの観点が必ずしも意識的かつ並列的に主張に盛り込まれているというわけではなく、あるいは暗黙の前提とされているところである。従って、これまでの議論を整理する意味でも、自殺の違法性と保護法益論について、その両者の相関関係を一旦確認しておく必要がある。

<u>保護法益</u>	<u>自殺の不処罰根拠</u>	<u>自殺関与の処罰根拠</u>
個人的法益	適法行為・放任行為	独自処罰
個人的法益	可罰的違法性なし	共犯処罰
社会的法益	責任なし	共犯処罰

以上は、論者における自殺関与罪の保護法益の把握と自殺の不処罰根拠、そして自殺関与の処罰根拠の理解について、大まかに図式化したものである。まず、自殺関与罪の保護法益を個人的法益とみる見解の一部は、自殺を自己法益の自己処分即ち適法行為、あるいは法的に放任された行為として理解する。従って、自殺関与は確かに教唆・幫助と条文上は規定されているものではあるが、それは自殺それ自体とは無関係に規定された独自の構成要件によって処罰される行為であると把握される。他方、自殺関与罪の保護法益は確かに個人的法

<sup>58</sup> 秋葉悦子「同意殺人 ——自己決定権の限界——」法学教室 232号（2000年）3頁。もっとも、この見解の主張するところは、202条の保護法益に社会的法益を含めようとする見解と極めて近似している。

<sup>59</sup> 吉田・前掲注 2)65頁。

<sup>60</sup> 谷・前掲注 56)175頁。

<sup>61</sup> 酒井安行「自殺関与罪と死の自己決定・パターンリズム」青山法学論集第 42 巻第 4 号（2001年）48頁。

<sup>62</sup> 小林・前掲注 47) 162頁以下。

益ではあるが、それを適法行為として理解することを拒否するのであれば、自殺には違法性が備わっているという理解に至ることになる。従って、自殺関与とは違法な行為への教唆・幫助、即ち自殺への共犯という構造となり、ただ自殺者本人においては可罰的違法性がないということを経由し不処罰という帰結を導く。そして、自殺関与罪の保護法益に社会的法益の要素を組み入れようとする場合も、自殺関与は自殺の違法性を連帯するものであって、ただ自殺者においては責任が阻却されると解されることになる。

このような再整理から判明することは、自殺関与罪における保護法益論、自殺の不処罰根拠論、そして自殺関与罪の処罰根拠論は、言うなれば「自殺についてどのように考えるか」という価値判断に貫かれているものであるということである。即ち、自殺を適法行為と考える見解においては、自殺とは個人に認められた権利行為の一つなのであって、それを法が咎める筋合いはないものであると評価する。あるいは放任行為と解する見解にあっても、積極的に権利性を認めることには躊躇しながらも、少なくとも刑法が積極的に介入すべき領域ではないと考える。それ故これらの見解にあっては自殺関与罪を自殺者本人とは関係のない「独自規定」と解さざるを得なくなるわけであり、そこでは例えば「自手性」「他手性」<sup>63</sup>といった概念を持ち出して刑罰を根拠付けようとする。しかしながら思うに、例えば「他手性」にせよ、あるいは「他人の死に干渉し、原因を与えることは違法だ」<sup>64</sup>とするにせよ、それらは結局のところ「人を教唆し若しくは幫助して自殺させ」の同語反復に陥っている。むしろ、これらの見解にあっては、ドイツにおいて自殺関与は不処罰とされていることに鑑みると、ただ日本刑法は自殺関与を処罰しているからそれは罰されるのである、という、自殺関与罪の規定そのものに対して消極的な姿勢を取っているようにも思われる。

これに対し、自殺は自殺者本人において可罰的違法性が欠けるとする見解になると、自殺に対する否定的な評価が明らかな形で表面化している。即ち、自殺とは刑法的な意味における違法性を有する行為であるのであって、ただそれが本人においては可罰的違法に達していないから処罰されないに過ぎない、という解釈をこの見解は行う。要するに、自殺という現象は刑法の関心事であるということはこの見解は認めているのである。従って、極論するならば、この見解においては自殺を適法とする見解とは逆に、ただ日本刑法は自殺を処罰していないからそれは処罰されない、ということを経由し可罰的違法性という概念を用いて説明しているに過ぎないということになる。もっとも、後述するところであるが、この見解は自殺関与罪の保護法益は個人的法益に尽きるという建前を堅持するために可罰的違法性の欠如という説明で踏み止まっているという感が拭えず、従ってその主張は実質的には社会的法益を加味する見解とほとんど重なり合うものであると考えられる。

更に、自殺関与罪の保護法益について社会的法益としての側面を考慮しようとする見解においては、自殺に対する否定的評価はなおのこと前刑法学的な位相に属している。この見解では「社会共同体」や「周囲の人々」といった者の利益が絡んでくることを理由に、自殺関与罪の保護法益には社会的法益が含まれるということを経由し説明するが、これは極めてナイーブな表現を用いてしまうならば「自殺すれば周りが迷惑する」という考え方がその根底に

<sup>63</sup> 酒井・前掲注 61)71 頁、前田・前掲注 8)15 頁、木村光江『刑法〔第 4 版〕』（2018 年）179 頁。

<sup>64</sup> 平野・前掲注 7)158 頁。

あると思われる。無論、その「周り」がどこまでの範囲を指すのかは論者によって異なるところではあるが、いずれにせよ、この見解は個体としての生命について、少なくとも刑法解釈上は個人的領域の問題に尽きるものではないと把握しているということが窺える。

ここにおいて、自殺と自殺関与に関する価値判断が、保護法益論との相関性を有する問題であるということが確認できた。これを受けて、以下では特に自殺関与罪の保護法益を個人的法益と解する見解について、これらの見解における「社会的」な要素を確認することで、被害者の承諾、とりわけ同意殺人罪に関する研究の方向性を模索したい。

### III 検討 ～諸学説に通底する「社会的」価値観～

自殺は違法であるが可罰的違法性が欠けるとする見解は、自殺に適法行為あるいは放任行為といった肯定的な評価を下すことを拒否し、しかしながらあくまでも自殺関与罪の保護法益は個人の生命であるという前提は崩すことなく、自殺関与罪の可罰性を違法性の連帯に求めようとする。だが、既に確認したように、こうした理解に対しては自殺者本人について否定される可罰的違法性が何故「共犯者」たる関与者については認められるのか、ということについて説明が尽くされていないという批判の存するところである。これに対する再反論の一つとしては違法の相対性を認める見解があるが、しかしそれは理論的な説明が可能であるということ述べているのに過ぎないのであって、何故処罰する必要があるのかということの説明とは必ずしも一致するものではない。ここで論者は「自殺関与者が処罰されるのは、自殺自体がすでに違法であり、しかも関与行為が他人の生命への干渉を意味するからである」<sup>65</sup>と説くが、「自殺自体がすでに違法」というのはあくまでも法解釈学的な評価の問題であって、謂わば形式的な根拠である。そうすると、「関与行為が他人の生命への干渉を意味する」ということが実質的な処罰根拠として導かれることになる。だが、このような理解を採用するということは、自殺関与罪の処罰根拠を「タブー」として求める見解、即ち同罪の保護法益を社会的法益として解する見解の一部に限りなく接近していくことを余儀なくされるであろう。

他方で、自殺関与罪は独立の構成要件を定めたものであるから処罰の対象となるという見解は、自殺を適法ないし放任行為とする見解のみならず、可罰的違法性の欠如を理由としながらも違法の相対性を認めない論者からも採用されており、近時極めて有力に支持を集めているところである。だが、それだけを同罪の処罰根拠とするのは、言ってしまうと「法が定めているから罪となる」ということを述べていることに変わりない。そこで、この見解における自殺関与罪の実質的処罰根拠を分析するためには、論者が自殺及び自殺関与についてどのようなスタンスを取っているのかを確認する必要がある。

まず自殺を適法行為ないし放任行為と解する見解であるが、例えば前田雅英は「実質的には、「生命の軽視」を否定するという道義観の保護に通じ、また個人の生命支配権（生命に関してはすべて本人が司らなければならない）という抽象化した法益を承認することにもなる」<sup>66</sup>としている。だが「道義観」は明らかに個々人の内心レベルの問題ではなく、「社会的」な価値観のレベルにおける問題である。従って、自殺を自己決定権の行使と解する同見

<sup>65</sup> 曾根・前掲注16)12頁。

<sup>66</sup> 前田雅英『刑法各論講義〔第5版〕』（2011年）27頁（第6版では削除されている）。

解においても、その制約という局面においては明らかに「社会的」要素を加味していることがここから窺われる。

もっとも、「道義観」という表現は自殺を適法行為あるいは放任行為と解する見解において用いられることは稀であり、むしろ主となるのは「生命に関してはすべて本人が司らなければならない」ということである。この点につき鈴木晃は「生命法益は「流通不能」であるからである。このような前提から考えるなら、自殺行為は適法であるが、それに関与する行為は違法とすることが可能である」<sup>67</sup>としており、要するに他者の関与こそが問題となるとする。

そして鈴木が「その理論構造は可罰的違法性阻却説に類似するものであり、それを基にして自己決定権の尊重を貫こうとするものである」と述べるように、他者の関与という観点から自殺者本人については可罰的違法性が欠けるとする見解においても援用されている。その一例として大谷實は「生命は本人だけが左右しうるものであり、他人の自殺への関与は、その者の存在を否定し、その生命を侵害するものとして可罰性を有するとする趣旨である」<sup>68</sup>とする。そして佐藤陽子はそこから更に踏み込んで、「(自殺関与も含めて)「他人による生命の侵害」という現象を社会に許容させるほどの権利は、個人にはないと解する」<sup>69</sup>とした上で、自殺関与罪の保護法益は「個人法益の「生命」であり、被害者の自己決定は確かに近代国家への要請として尊重に値するが、「個人の生命のタブー化」を維持する公共の利益も存在するため、完全な形では尊重できず、「同意」は違法性減少の効果しかもち得ないことになる」<sup>70</sup>として、自殺関与の可罰性を説く。

前章の小括でも述べたように、「自殺関与が罪となるのは他人の死に関与してはならないからである」とするのは、即ち「自殺関与してはならないのは自殺関与してはならないからである」というトートロジーに陥った説明であるから、他人の生命への関与の禁止を理由とするこれらの見解は、何らかの形で処罰を根拠付ける別の理由を持ち出さなければならない。そして佐藤によれば、結局のところそこで問題となるのは「公共の利益」であるという帰結が導かれることになる。だが、建前としては「公共の利益」が問題となるのは個人法益の制約段階であると説明したとしても、「他人による生命の侵害」という現象を社会に許容させるほどの権利は、個人にはないとするのは、既にして個人の権利自体の概念の中に公共的性格を導入していることに他ならない。

また、山中敬一においては「自殺は、法秩序によって否定的に評価されている。自己決定権の自由な行使よりは、生命の維持に対する社会的合意を重要視し、また、自らの生命の否定よりは肯定に価値を置きそれを促進するというその基本的態度からこれを違法とみなしているというべきである」<sup>71</sup>（下線引用者）との説明がなされ、また伊東研祐は「自殺が、社会全体にとってはもとより、自殺者自身にとっても、究極的には好ましいものでないことは明らかであり、その意味で（非刑法的な次元の意味においてにせよ）許されるべきではないもの・違法なものであって、そのような自殺を勧め・唆し・援助するような行為を特に処

<sup>67</sup> 鈴木・前掲注 5)490 頁。

<sup>68</sup> 大谷・前掲注 16)17 頁。

<sup>69</sup> 佐藤・前掲注 3)97 頁。

<sup>70</sup> 佐藤・前掲注 3)98 頁。

<sup>71</sup> 山中・前掲注 11)26 頁。

罰する規定を置くことは、国家の正当な役割といい得る」<sup>72</sup>（下線引用者）と論ずるが、これらの見解においてはより直接的に「社会的」な利益の存在が同罪処罰根拠に介在していることが認められている。

それでは、所謂パターナリズム論はどうであろうか。山口厚は「生命の絶対的価値から、自殺者・被殺者の当座の意思に優越する保護の要請（パターナリズム）が生じることによる」<sup>73</sup>（下線引用者）と論じており、自殺関与罪におけるパターナリズムの必要性を説くが、「パターナリズム」という概念そのものが国家による後見的介入を意味するものであるため、それは個人主義に反するという批判は既にパターナリズム論に繰り返し向けられてきているところである。こうした批判自体、パターナリズム論が「社会的」観点を導入しているという一つの証左となることには違いないが、それよりもむしろ筆者が問題としたいのは、パターナリズムの必要性の前提とされている「生命の絶対的価値」である。これは換言するならば「生命価値の持つ、基本的価値性、一回性、回復不可能性、代替不可能性等の特殊性」<sup>74</sup>ということになるであろうが、それらは生命価値の「絶対性」を果たして本当に導き出す理由たりえるのだろうか。あるいは、生命法益が「全ての価値の基礎」であるとする説明においても、同じ疑問が妥当する。「パターナリズムの本質は（中略）「本人の保護のため」に行われるものである」<sup>75</sup>とは言われているが、これも「生命の絶対的価値」を暗黙裡に自明視していなければ言えることでは決してない。極めて単純化された例となるが、例えば被覆決定の余地がないほどに自殺意思を固めている者に対する物理的な幫助の場合、それでもなお自殺幫助者に対して刑罰を以てして威嚇することが「本人のため」に直結するものであるとはとても言い難いし、何よりこのような自殺者においては「生命の絶対的価値」は解体されてしまっているのではないだろうか。そして、ここにおいて「生命の絶対的価値」を確証しているのは自殺者本人ではなく、暫定的に言うならば「社会」「公共」といった言葉で表現される場所のものであろう。従って、「本人の保護のため」という理由付けは、本人を保護することが本人の利益となるからではなく、結局のところ本人を保護することが公共の利益となることがその核心にあるのではないかと、という極めて強い疑念がパターナリズム論に対して生じることになる。そして、「生命の絶対的価値」を生命法益の本質に盛り込むということは、即ち生は死に優越するというあまりにも自明視された価値観が生命法益の絶対的価値を形成する基盤となっているということは、結局個人の生命の「社会的」価値がそこに潜伏しているということに他ならないであろう。

#### IV 小括

以上、本章においては、自殺関与罪における処罰根拠について、法益論との関係を整理しながら諸学説を検討した。そこで確認されたことは、自殺関与罪の保護法益とは社会的法益である（あるいは個人的法益と並んで社会的法益としての性質を併せ持つ）と積極的に解する見解のみならず、同罪の保護法益は個人的法益に尽きるとする見解においても、やはり「社会的」な要素を考慮しているということである。そして、そこにおいて暗黙の前提とさ

<sup>72</sup> 伊東・前掲注 39)20 頁。

<sup>73</sup> 山口・前掲注 37)12 頁。

<sup>74</sup> 吉田・前掲注 2)69 頁。

<sup>75</sup> 若尾・前掲注 18)361 頁。

れている「社会的」な価値観は、これらの見解の根底に根付いているものであると言える。しかしながら、それでもなお生命法益（あるいは身体法益）は国家的・社会的法益である（あるいはそれらの性質を併せ持つ）とする見解に対しては、今日極めて強い批判が向けられていることもまた同時に確認されたことである。だが、果たして生命・身体という法益が多かれ少なかれ国家的・社会的法益としての性質を有するものであるとする解釈は、アレレギックに批判されて然るべきものなのだろうか。

古くは牧野英一が、「個人法益」について以下のように論じていた。「自己の身体又は財産といえども、それは、単に自己のものにあるに止まるべきでない。やはり、社会連帯の関係上、国家と社会とに対する責務を負担するものといわねばならぬ（民1第1項参照）。されば、自傷行為といえども、旧兵役法というような特別の場合を超えて国家の労働力という点から考えられねばならぬし、自己の財産の処分といえども、国家の経済力という点から、更に広く論ぜられねばならぬわけである。（中略）従来、承諾と犯罪の成立との関係については、法益が公共的なものであるか個人的なものであるかの区別に依ってこれを論じ、又は個人が処分し得べき性質のものであるや否やに依ってこれを論ずることになっているけれども、理論的に精確にいうときは、法益には純正に個人的なものというのではなく、また従って、個人が任意に処分し得るものというものもなかるべきである。法益は、すべてが社会的にして且つ国家的な性質を有するものであるとせねばならぬ。」<sup>76</sup>

今日において、こうした主張を行う論者は皆無に等しいといっても過言ではない。しかし、ここで述べられていることは全くの前時代的な主張であるとして、検討を加えぬままに排斥すべきものであると断言することはできないだろう。むしろ、その主張に全面的に賛同することはできなくとも、部分的には今日でもなお傾聴に値するものがあると考えられるのではないだろうか。確かに、このような法益の理解がその主張において前提としている国家観あるいは社会観は、共同体に対する盲目的な信頼がその基礎に据えられていると批判することもできよう。だが逆に、個人的法益が今日その実態において国家的・社会的性質を完全に排除し尽しているとは断言することもまたできないであろう。むしろ、最終的には批判的な見地に立つとしても、個人的法益と称されるものもまた国家的・社会的法益としての側面を持つという前提から論を進めることは今なお可能であるだろう。

そして、本章の成果である「生命法益の社会性」という観点は、刑法学に限定されない問題として考察すべきものである。即ち、第4章以下で取り上げるテーマであるが、終末期医療における治療中止は当該患者本人のみならず、その家族や医療チームにとっても重大な法的問題を生ぜしめるものであるところ、厚生労働省はアドバンス・ケア・プランニング（ACP）の作成について、家族等の参加を推奨しているという現状がある。確かに、患者の終末期医療においてその家族等が利害を有することは事実であるし、ACPの作成に家族等が参加することで、無用なトラブルを回避できるという側面も否めない。しかし、治療中止という、生命の終結をもたらす重大な決定について、家族等が参加するのは、患者の自己決定という建前を徹底するならば、本来不要であるどころか、むしろ排除されるべきものとして観念され得るものである。しかし、日本ではACPの作成に家族等が参加することが推奨されているということは、「生命」は純粹個人的な法益であるとする理解が少なくとも日本において

---

<sup>76</sup> 牧野英一『刑法總論』（1957年）276頁。

は徹底されておらず、むしろ、範囲の広がりをごどこまで認めるかは別としても、本人とその周囲の人たちという意味での「社会的」法益であるという理解が、社会実態レベル、あるいは制度レベルで受け入れられているということの一つの証左と言えるであろう。

他方で、理論刑法学上の問題として、生命法益の自己処分に関わるものとしては、自殺関与罪と並んで同意殺人罪の処罰が存在するところであるが、両罪はいずれも刑法 202 条で規定されているものの、その区別は必ずしも明らかではない。そこで、第 3 章では、両罪の区別に関する近時の裁判例を素材として、被害者自身による関与の多寡を罰条の適用において考慮する余地について検討する。



### 第3章 自殺関与罪と同意殺人罪の区別に関する一考察

- I 問題提起
- II 判例及び裁判例の概観
- III 学説における両罪の区別
- IV 学説の検討及び私見
  - 1 従前の学説の意義
  - 2 行為者の客観的行為
  - 3 いわゆる「一連の行為」論と練炭集団自殺
  - 4 実行の着手に関する問題
- V 小括

#### I 問題提起

刑法は、202条前段で自殺関与罪を、同条後段で同意殺人罪を定めている。両罪の法定刑はいずれも6月以上7年以下の懲役又は禁錮であり、199条が定める殺人罪の法定刑が死刑又は無期若しくは5年以上の懲役であることに比較すれば、刑の上限は相当程度引き下げられている。ところで、一方で自殺関与は自殺教唆と自殺幫助を内包し、他方で同意殺人は嘱託殺人と承諾殺人を内包するものであり、被害者の死という意味においては、前者が本人については不可罰である自殺<sup>1</sup>、後者が刑法に定めのある殺人が事象の中核にあると見てよい。学説の一部には、この点を捉えて、自殺関与罪と同意殺人罪とで法定刑に区別を設けるべきであるとの主張も見られるが<sup>2</sup>、現行法はそのような差異を設けていない。

他方で、やはり学説の一部には、法定刑が同一であるという点を捉えて、両罪を区別する実益は乏しいと主張するものもある<sup>3</sup>。しかし実務においては、事案において成立すべき罪名について一定の関心が払われていることが、近年の裁判例から看取されるところである。即ち、東京高裁平成25年11月6日判決判例タイムズ1419号230頁（以下、東京高裁平成25年判決と呼ぶ）は、承諾殺人罪の成立を認めた原審を破棄した上で、自殺幫助罪の成立を認めている。量刑についてはいずれの判決においても懲役3年、執行猶予5年が言い渡されており、宣告刑は同一であるため、罪名は重要ではないとの観点の下で控訴棄却することも可能であるように思われるが、東京高裁が事実誤認を理由として破棄自判しているという事実それ自体が、実務において、事実に対する評価としての罪名には一定の注意が払われているということの証左になっていると評し得よう。また、富山地裁平成17年6月13日判決裁判所ウェブサイト掲載判例（以下、富山地裁平成17年判決と呼ぶ）は、「一般に、自殺関与罪の違法性と責任は、同意殺人罪のそれより軽い、とされている」と述べており、

<sup>1</sup> 自殺者本人の不可罰根拠については、本稿第2章で検討した。

<sup>2</sup> 内田文昭『刑法各論〔第3版〕』（1996年）15頁、24頁。中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』（2015年）10頁。

<sup>3</sup> 林幹人『刑法各論〔第2版〕』（2007年）24頁。また、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（2010年）13頁も、「現行法上、自殺関与・同意殺人について、その一方が不可罰とされていたり、法定刑に差が設けられていたりするわけではないから、両者の区別に関する細かな議論に実益はない」とする。

両罪は法定刑が同一であっても実際の裁判において量刑相場は異なり得るものであるとされている。

このように、自殺関与罪と同意殺人罪の区別については実務的にも一定の意義が存すると解されるが、そうすると、両罪の区別に関する理論的根拠を示す必要が生じる。もちろん、個々の事案における被告人の態度に対する刑法的評価は事実により左右されるものであって、機械的な罪名の振り分けを可能とするような基準はそもそも提示することができない。しかし、事実の規範的評価について一定の指針を提示することは、恣意的・感覚的な罪名の振り分けを回避するという点において、意義のあり得るものであると考える。従って、以下本章では、まず判例及び裁判例において自殺関与罪と同意殺人罪の区別に関してどのような判断が蓄積されてきたかを概観する。次いで、学説においてこれまでどのような区別の基準が提示されてきたのかを確認する。その上で、私見として区別の際に重視すべきファクターが何であるかを提示し、同時に両罪の区別における本質が何であるかを検討する。

## II 判例及び裁判例の概観

自殺幫助罪と嘱託殺人罪の限界が問題となった事案としては、大審院大正 11 年 4 月 27 日判決刑集 1 卷 239 頁（以下、大正 11 年判決と呼ぶ）がリーディングケースとして挙げられる。大正 11 年判決は、ダイナマイトの爆発により両目の失明と右手首の切断という重傷を負った被害者が、入水自殺を図ろうとしたもののこれを遂げなかったため、現場に居合わせた被告人に自己の殺害を再三嘱託し、これを受けて被告人は被害者を殺害したという事案である。大審院は、「自殺幫助は自殺の希図を有し而も自ら之を實行せんとするに当り其の方法を指示し若は器具を供する等之が實行を容易ならしむる行為を云い嘱託殺人とは被害者自殺の希図を有するも自ら之を實行するの意思なき場合に於て其の依頼を受け受託者自ら手を下して其の希図を実現せしむる行為を指すものと解するを正当とす」と判示し、自殺幫助と嘱託殺人について一定の定義を示した。

富山地裁平成 17 年判決は、被告人がインターネットの自殺サイトを通じて知り合った被害者及び共犯者と集団自殺をしようと企て、被告人及び共犯者が普通乗用自動車内に燃焼している練炭を入れた七輪 2 個を持ち込み、自ら睡眠薬等を服用して同車後部座席に乗り込んだ被害者を死亡させたという事案において、自殺幫助罪の成立を認めている。

東京高裁平成 25 年判決は、被告人とその妻である被害者が、二人で一緒に死のうなどと話して自殺方法を相談し、酒と睡眠薬を飲んだ上で自動車内において練炭自殺を企てたものの、被害者のみが急性一酸化炭素中毒で死亡し、被告人は死亡するに至らなかったという事案である。原審であるさいたま地方裁判所秩父支部平成 25 年 6 月 12 日判決公刊物未登載は承諾殺人罪の成立を認めたが、東京高裁はこれを破棄し、以下の通り自判した。即ち、「関係証拠によれば、被告人と〔被害者〕は、二人で一緒に死のうなどと話して自殺方法を相談し、酒と睡眠薬を飲んだ上で自動車内において練炭自殺をすることを決め、練炭コンロ等を準備するとともに、本件数日前には埼玉県秩父市内の山中で自殺に適した場所を下見するなどしていたこと、本件当日も、事前の相談のとおり、自動車で行った秩父市内の山中に向かい、共に酒と睡眠薬を飲み、着火した練炭コンロ 2 個を車内に置いてドアを閉めるなどしたが、〔被害者〕のみが急性一酸化炭素中毒で死亡し、被告人は死亡するに至らなかったこと、着火した練炭コンロを車内に置いてドアを閉めたのは被告人であるが、〔被害

者]も、練炭の着火方法を被告人に助言するとともに、自らも車外における着火作業の一部を分担したことが認められる。被告人と〔被害者〕は、二人で心中することを決意して自殺の方法や場所を相談し、そのとおりの方法、場所で自殺を図ったものであり、〔被害者〕も自殺の手段である練炭コンロの着火に積極的に関与しているから、被告人と〔被害者〕は一体となって自殺行為を行ったものであり、〔被害者〕自身も自殺を実行したとみるべきものである（大審院大正11年（れ）第463号同年4月27日判決・大審院刑事判例集1巻239頁参照）。原判決は、〔被害者〕が練炭の着火を一部分担したとしても、殺害の実行行為の準備行為にすぎないとするが、前記のような事実関係の下では、練炭への着火は、練炭コンロを車内に置いてドアを閉めるという直接的な生命侵害行為と密接不可分の行為であり、単なる準備行為にすぎないとする原判決の評価は、いささか形式的にすぎ、賛同できない。そうすると、被告人の行為は、自殺の意思を有する〔被害者〕に対し、共同して自殺行為を行うことにより、その自殺の実行を容易にしたものとして、自殺幫助に該当すると認めるのが相当である。」

他方で、やはり練炭を用いた心中の事案である千葉地裁平成28年10月12日判決LEX/DB25544267（以下、千葉地裁平成28年判決と呼ぶ）では、被告人には自殺幫助罪が成立するにとどまるとする弁護人の主張に対して、「関係証拠によれば、被害者兩名は、生前に睡眠薬を飲んだとして矛盾はないものの、その効果だけで死亡した可能性は低く、直接死因は一酸化炭素中毒であったことから、本件においては、燃焼した練炭を被害者兩名が横たわっていた浴室や隣接する脱衣場に置き、一酸化炭素を発生させたことが、その生命に現実的な危険を発生させる行為であったといえるところ、これを行ったのは専ら被告人であったことが認められる。ところで、嘱託・承諾殺人罪と自殺幫助罪との区別は、行為者が手を下して被殺者の生命を断ったといえるかどうかを基準とすべきであり（大審院大正11年（れ）第463号同年4月27日判決・大審院刑事判例集1巻239頁参照）、このことは、本件のような心中事案においても異ならない。そして、本件において、被告人が直接自分で被害者兩名の生命に現実的な危険を発生させる行為を行ったことは前記のとおりであるから、その行為につき承諾殺人罪が成立することは明らかである」とした。そして、弁護人が東京高裁平成25年判決を引用してやはり自殺幫助罪にとどまるとした点については、「本件では、練炭への着火など、密接関連行為を含めても、被害者兩名の生命に現実的な危険を発生させる一連の行為は被告人のみが行い、被害者兩名がこれに積極的に関与したことはなかったものと認められる。そうすると、被害者兩名が、自ら睡眠薬を飲んで浴室内に留まっていたとうかがわれることや、自殺の方法や場所について事前に相談していたことなど、弁護人の指摘する事情を考慮しても、本件の事実関係は、前記東京高裁判決のそれとは相当程度異なるといわざるを得ない」とした。

### III 学説における両罪の区別

前述したように、自殺関与罪と同意殺人罪を立法論上区別すべきとする学説や、逆に両罪の区別において実質的意義は乏しいとする学説が一部では唱えられているものの、概ねの学説においては、自殺関与罪と同意殺人罪の区別には一定の意義を認めるという点で一致

が見られる<sup>4</sup>。もっとも、両罪の区別が不分明であるということも、同時に自覚的に論じられてきた。平野龍一が「たとえば、死にたいといっている病人に頼まれて毒薬を買ってきて渡した場合、その薬を口に入れてやった場合、さらに水といっしょに呑み込ませてやった場合など、どこまでが自殺幫助で、どこからが同意殺かははっきりしない<sup>5</sup>と述べるように、限界領域において明確な境界線を引くことは不可能であると考えざるを得ない。そのことを認識した上で、解釈論としてどのような振り分けの基準を提示するかが問題となる。

従来は、この問題に関して、正犯と共犯を区別する基準が援用されてきた。即ち、被害者の生命侵害について正犯的に関与すれば同意殺人、共犯的に関与すれば自殺関与に該当すると解するものである<sup>6</sup>。もっとも、かかる見解は、形式的に自手か他手かで両罪の区別を判断するのではなく、実質的な考慮が必要であることを認めている。そうすると、ここに言う「実質」を何に求めるのが問題となる。

井田良は、両罪の区別において正犯・共犯の区別を援用するが、そこでは行為支配の程度を問題とする。井田によれば、仮に行為者からの働きかけがあったとしても、「被害者が自己の自由な意思によりさらに何らかの重要な行為（作為または不作為）を行わない限り結果実現に至らないという限りで（いいかえれば、被害者が結果実現に至る因果の流れをなお手中に収めているといい得る限りで）自殺関与にとどまる」。他方で、行為者による結果発生へと大きく寄与する行為があるが、その過程において被害者の自由な意思決定による行為が介在している場合には、「①その意思決定の自由さの評価、および②その行為の寄与の程度の評価（その行為が「重要な行為」といい得るかどうかの評価）」という2つの程度判断が介在し、両罪の区別は紙一重になると論ずる<sup>7</sup>。この見解によれば、明らかに「自手」と言い得る場合には当然に自殺関与罪の成立を認めるが、他方で一見「他手」であるような事案についてはこれを一律に同意殺人罪とするのではなく、被害者側の意思と行為者側の寄与という2つのファクターの相関において、いずれに振り分けるべきかを決することにな

---

<sup>4</sup> 両罪の区別の意義については以下本文で論ずる通り見解の対立があるが、両罪の共通性に関しては、生命を放棄する自己決定権は法的に権利としては認められないとしても、一切否定されるべきものでもないのであって、本人による生命利益の放棄という点に両罪の共通性が認められるという理解が一般的である。山中敬一『刑法各論〔第3版〕』（2015年）24頁、川端博『刑法各論〔第2版〕』（2010年）29頁。その点では法定刑を同一にしている現行法の規定にも合理性があるように思われると説明するのは、西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法各論〔第7版〕』（2018年）13頁。

<sup>5</sup> 平野龍一「刑法各論の諸問題 第1章 生命に対する罪」法学セミナー198号（1972年）93～94頁。また、毒薬事例に関しては、「毒薬を飲む行為には全く関与していない場合と、さらに毒薬を口に入れてやった場合とで、前者を自殺幫助、後者を嘱託殺人（…）というほどの実質的な違いがあるか、疑問がないわけではない」との指摘もある。大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第2版〕第10巻〔第193条～第208条の3〕』（2006年）350頁〔金築誠志〕。

<sup>6</sup> 山口厚・前掲注3）13頁。もっとも、もっとも、曾根威彦が、両罪は「共に独立罪であるが、自殺関与罪が自殺（正犯）に対する関与という一種の共犯形態を採っているのに対し、同意殺人罪が被殺者の同意に基づく殺人という正犯形態を採っている点に相違が認められる」と述べる通り、自殺関与罪は共犯的な規定をされているとはいえ、狭義の共犯そのものではない。曾根武彦『刑法各論〔第5版〕』（2012年）11頁。

<sup>7</sup> 井田良「自殺関与罪と同意殺人罪」刑事法ジャーナル4号（2006年）137頁。

る<sup>8</sup>。

しかし、このような従来型の分類に対しては、小林憲太郎が根本的な異議を投げかけている。小林は、従来の見解が承諾殺人罪と自殺幫助罪を単独正犯と狭義の共犯になぞらえてきたものであると分析した上で、その中には、自手実行が誰であるかを問題とする見解と、行為支配の所在を問題とする見解が伏在していることを指摘する。そして、自手実行の問題とする見解は東京高裁平成 25 年 11 月 6 日判決が論難するように「いささか形式的にすぎ」るものであり、自手実行以外は被害者がいくら積み重ねても自殺幫助罪になる余地がないとするのはやや適正妥当を欠くが、正犯・共犯論を一貫して適用するのであればむしろ自手実行者だけを正犯とすべきなのであって、ここにおける結論の不当性は正犯・共犯論の援用そのものの不当性によるのではないかと指摘する。そして、行為支配の所在を問題とする見解についても、実行行為支配という最も強い行為支配があってもなお自殺幫助罪とすべき事例が存するとするのであれば、それは行為支配という基準とは必ずしも整合しないとする<sup>9</sup>。小林の見解を換言すれば、従来型のアプローチは、それぞれの見解の出発点となるべき理解が、結論の妥当性を維持しようとする結果、貫徹不可能であるということになる。

こうした問題意識から、小林は、承諾殺人は単独正犯ではなくむしろ共同正犯になぞられる方が妥当であると主張する。もっとも、そこでは、「根本的に異なる立場からの指摘であるが」島田聡一郎の見解がその下地となっていると解されるため、まずは島田聡一郎の主張を確認する。島田は、「同意が無効になる場合と背後者の間接正犯性が肯定される場合とを一致させる説」を主張するが、その理論的根拠について以下の通り述べている。即ち、「刑法の任務が法益侵害・危険と結びついた構成要件的结果の回避にある以上、構成要件該当性の問題である単独正犯の成否も、刑法がその回避をはかろうとしている法益侵害・危険と結びついた構成要件的结果との関係で決められなければならない。被害者が事象に関与している場合、最終的な構成要件的结果は、そうした構成要件的结果の主体である被害者と事実的には常に結びついている。そして、最終的な結果と結びついている被害者が法益侵害・危険と結びついた構成要件的结果を認識し、強制されることなく自由に決断してそれを生じさせた場合には、個人の自律的決定を重視する法秩序の下では、彼の決定が基本的に尊重されるべきであり、結果は規範的にもまさに被害者の領域において生じたというべきである。その結果、背後者を結果についての事象の主体とみることは否定されるということになる。このようにして、被害者の有効な同意があるといわれている場合には、結果的に、背後者の結果についての（単独）正犯性も否定されると考えるべきである。」そして、「以上のような前提からは、同意殺人は、同意により背後者の単独正犯性が否定された場合のいわば被害者への共同正犯的関与と位置付けられることになる。」<sup>10</sup>

こうした発想に依拠して、小林は承諾殺人罪を共同正犯になぞらえる発想を以下のように理由付ける。曰く、刑法 202 条が問題となる事案において、被害者は「死にたい」、「死んでも構わない」という価値決定を維持し続けることにより、行為者の（単独）正犯性を阻却するような、規範的側面における決定的役割を果たしている。そして、これに対して、生命

<sup>8</sup> また、殺害行為を支配する行為主体を問題とする見解として、山中・前掲注 4)24 頁。

<sup>9</sup> 小林憲太郎「心中を決意して凶った自殺により妻のみが死亡した事案について自殺幫助罪が成立するとされた事例」ジュリスト 1505 号（2017 年）171 頁。

<sup>10</sup> 島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（2002 年）256~257 頁。

侵害に至る物理的・生理的な現象としての側面における重要な役割について、被害者自身がこれを果たすことによって行為者の寄与が軽微なものと評価される場合には自殺幫助罪が成立するとどまり、逆に行為者が後者の側面において決定的な寄与を果たしている場合には、(共同正犯としての) 承諾殺人罪が成立すると解することになる<sup>11</sup>。

#### IV 学説の検討及び私見

##### 1 従前の学説の意義

以上で確認したように、自殺関与罪と同意殺人罪の区別については見解の対立が見られるところである。しかし、自殺関与罪に関しては、構成要件において教唆・幫助という形式で規定されていることから、自殺者本人に対する共犯的関与としての理解が概ね定着していると言ってよい<sup>12</sup>。そうすると、従前の学説における問題の中心点は、同意殺人罪について、これを単独正犯として理解するのか、それとも共同正犯として理解するのか、ということにあったと理解できる。

そこで、同意殺人を単独正犯として位置付ける見解について検討するが、まず、自手・他手の区別を一応の基準とする見解は、毒薬事例において被害者自身が服用したのかそれとも行為者が服用させたのかで一律に限界付けるならばともかくとしても、そのような形式的振り分けを是としないのであれば、最早そこでは自手・他手という要素は基準としての機能を果たしていないに等しい。もっとも、明らかに被害者の自手による死の場合には、(殺人罪の間接正犯が問題となるような場合を除けば) 物理的因果性を有する決定的行為は被害者に帰属するのだから、同意殺人として論ずる余地はない、という限りでは、「自手＝自殺関与」という等号は成り立つと解される。そうであるとすれば、この見解が困難に直面する領域とは、他手、それも被害者自身の寄与がある程度重要なものとして認められる場合の他手であったことが確認できる。井田良の見解はまさにそのような問題意識から出発したものであると解されるが、しかし、井田の見解においても、被害者の意思決定と行為の寄与が行為者の行為にどのような影響を及ぼすのかは明らかにされていない。

他方で、同意殺人罪を共同正犯になぞらえる理解についてはどうか。この点、小林憲太郎は、被害者の自殺意思ないし被殺意思を、行為者の(単独)正犯性を阻却するほどの規範的な意味における介入であると解釈する。しかし、小林の見解に対しては、以下の点で疑問がある。確かに、一見被害者自身のものとして形成された自殺意思が、実は行為者による強制・欺罔の産物であった場合には、最早被害者の自由な意思決定があったとは言えなくなるのであり、その場合には行為者の間接正犯性が問題となる、という限りにおいては、被害者における(死にたいという)価値決定の持続が行為者の(間接)正犯性を阻却するというのは理解できる。しかし、強制・錯誤から自由な死の決意というものについて、「(誤解を恐れずにいえば)」という留保が付されているとはいえ、これを「もうひとつの実行行為」として

---

<sup>11</sup> 小林・前掲注9)171頁。

<sup>12</sup> ただし、自殺者本人に対する関与が共犯的であるということと、自殺の共犯であるということは必ずしもイコールではない。そして、自殺を適法行為あるいは放任行為として理解する見解からは、自殺関与罪は独自処罰規定として位置付けられることになる。前田雅英『刑法各論講義〔第6版〕』(2015年)15頁、木村光江『刑法〔第4版〕』(2018年)179頁。

観念するのは、いささか過度な強調であるように思われる。また、そのような理解を是としたとしても、こうした理解は、自殺関与罪と同意殺人罪の区別に関して従前の学説と大きく異なる判断基準を提供するものではない。即ち、被害者の価値決定という規範的側面と、生命侵害に至る物理的・生理的側面について、前者の比重が大きいほど自殺関与に傾き、後者の比重が大きいほど同意殺人に傾く、という相関関係が認められるのであれば、両者をそれぞれ「重要な役割」として対置する意義が生じる。しかしながら、小林の理解を基礎としても、後者の役割について被害者と行為者のいずれが決定的な寄与を果たしたことこそが自殺関与と同意殺人を分かつ分水嶺となる以上、前者の側面は結局のところ 199 条と 202 条の限界としての意義しか有さないのであり、後者の側面の評価に有意な影響を及ぼしているとは、やはり解しがたい。

加えて、仮に「死にたい」「死んでもかまわない」という価値決定の維持に関する評価に重点を置くとしても、そこでは複雑な問題が生じ得ることを指摘する必要がある。思うに、かかる価値決定は、強制・錯誤から自由であるという下限のハードルを乗り越えることによって 199 条の適用を排除する、という意味においては規範的に常に等価である。しかし、とりわけ心中事案や集団自殺事案においては、事実的にはこうした価値決定が被害者によって常に「専有」されているとは言い難い。例えば偽装心中の事案である最高裁昭和 33 年 11 月 21 日第二小法廷決定刑集 12 卷 15 号 3519 頁について、それを 202 条の成否に影響する錯誤として理解するか否かは別論としても、「行為者に実は迫死の意思がないことを被害者が知ったならば、被害者は自殺意思を撤回したであろう」という疑いに一定の合理性があること自体には異論はないだろう。これは即ち、被害者の死の決意において行為者の存在が不可分のものとして織り込まれている、ということの一例である。のみならず、被害者の価値決定それ自体については、判例・裁判例を概観すると、202 条が成立する枠内においてさえも、行為者の影響の多寡に相当の程度差があることが看取される<sup>13</sup>。だが、これらの事案を見る限りでは、被害者の意思決定の内容が、量刑理由として参照されていることは明らかであっても、両罪の区別にはやはり直接の影響を及ぼしていることまでは認められない。

従って、ここでの問題意識を数学的に換言すれば、それは以下のようなものになる。自殺関与であれ同意殺人であれ、202 条が成立する類型においては被害者が正犯的関与を為している、ということから出発する場合、当該結果の評価（仮に  $z$  とする）においては行為者の寄与（仮に  $x$  とする）と被害者の寄与（仮に  $y$  とする）が比較検討されることになる。そして、 $z$  を占める割合において少なくとも  $x$  が  $y$  以上であるならば（「被害者と対等ないしそれに近い役割を果たしたものと認められる場合には」）、同意殺人罪が導かれることになる。しかしここで、 $y$  として参照されるものの内実が何であるかが問題となるのである。そこでは被害者の価値決定（仮に  $a$  とする）と被害者の物理的寄与（仮に  $b$  とする）のいずれも考慮する必要があるが、もし  $y = a + b$  と仮定するのであれば、それは意思決定の内容と罪名との間に相関性を認めることができない実務を適切に反映しているとは言い難い。むしろ、

---

<sup>13</sup> 一例とはなるが、行為者によって翻意させることが不可能な程度に被害者の意思決定が確固たるものであった同意殺人罪の事案（例えば、名古屋地裁平成 30 年 3 月 23 日判決 LEX/DB25449474）と、自殺関与罪ではあるが所為を積極的に主導したのは行為者であった事案（例えば、名古屋地裁平成 27 年 10 月 26 日判決 LEX/DB25541656）の、いずれも認められるところである。

$y = ab$ 、そして  $a$  は 0 と 1 のいずれかであると解すべきではないだろうか。即ち、 $a = 0$  であるならば（被害者の意思決定が自由でないならば） $b$  の大小を検討するまでもなく  $y = 0$ 、つまり  $z = x$ （当該結果は行為者のみが支配していた）となるのであり、行為者の単独正犯（殺人罪の間接正犯）の問題となる。しかし、 $a = 0$  ではないならば（被害者の意思決定は差し当たり自由なものであったと認められるならば）、罪名の問題においては  $a = 1$  として扱うのであって、結局  $z$  の内実として比較されるのは  $x$  と  $b$ 、つまり被害者と行為者双方の物理的寄与のみである、ということである。裁判例において被害者の価値決定が変数として罪名に影響していることが認められない以上<sup>14</sup>、まずはそのような仮説から出発する必要がある<sup>15</sup>。

それでは、自殺関与罪と同意殺人罪の区別については、どのような要素を考慮に入れるべきであろうか。主観的要素を変数として考慮するとしても、基本的には客観的な行為者の行

---

<sup>14</sup> もっとも、自殺意思が事実上揺らぎ得ないものとしては考え難いところである。この点を解釈論上も重視する見解として、酒井安行は、刑法 202 条を抽象的危険犯として構成する。即ち、刑法 202 条は、「教唆・幫助・囑託・承諾という形態での他人との接触のゆえに醸される自由意思の不自由性を根拠とする」ものであり、同意殺人罪は「真に最終的な自殺意思に基づかない自殺が行われる危険」、自殺関与罪も「完全に自由で真意に基づかない自殺意思が形成、促進される危険」という抽象的危険を処罰根拠と解するのである。酒井安行「自殺関与罪と死の自己決定・パターンリズム」青山法学論集 42 巻 4 号（2001 年）72~73 頁。確かに、自殺意思の形成過程それ自体が不自由である危険は常にあり得るのであり、この点は刑法 202 条の問題を考える上で無視すべきでない問題である。しかし、抽象的危険犯としての構成は、自殺関与罪のみならず同意殺人罪についても実行の着手時期が極端に前倒しされる可能性がある。また、このような解釈からは、本稿で参照する裁判例が一定の具体的危険を考慮していることを説明することはできないであろう。

<sup>15</sup> なお、島田聡一郎は、202 条の問題としての被害者と行為者それぞれの寄与の相関性について直接の言及はしていないものの、複数の文献を参照することによって大まかな態度を窺い知ることができる。まず島田は、共犯の因果性の問題については結論においていわゆる促進的因果関係説に一致しており（島田・前掲注 10）363 頁）、そこでは物理的因果性と心理的因果性を問題とする（同・363 頁以下）。ところで、島田は、同意殺人罪を「いわば共同正犯的な関与」として理解し、他方で自殺関与罪については現行法の体系に即して狭義の共犯になぞらえる（同・241 頁では、「答責原理」からすると、「被害者の自由な意思決定に基づく自殺行為への関与は、被害者の行為が処罰されるものではない以上、この見解からは殺人正犯となりかねない。しかし、それは自殺「教唆・幫助」の規定を持つ現行法と抵触する不当な結論であろう」と指摘している）。そして、共同正犯と狭義の共犯の区別については、「共同正犯の処罰根拠が、結果との心理的および物理的因果性である以上、いずれの観点からみても役割が軽微な場合には、この対等性が否定され、それ以外の場合には共同正犯が認められるべきであろう」としている（西田典之ほか編『注釈刑法 第 1 巻 総論 §§1~72』（2010 年）829 頁〔島田聡一郎〕）。ここで一見すると、行為者における心理的因果性及び物理的因果性の双方が自殺関与と同意殺人の限界に影響するように思える。しかし、島田の理解を前提とするならば、行為者の及ぼした心理的因果性の強弱は、202 条においては最早問題とはなり得ないだろう。何故ならば、被害者が自律的に価値決定を行ったと評価できるのであれば、「結果は規範的にもまさに被害者の領域において生じたというべきである」（島田・前掲注 10）257 頁）からである。そうであるとすれば、この見解からは、202 条の問題領域では、結果に対して行為者が被害者と少なくとも対等以上の物理的因果性を有している場合には同意殺人罪が成立することも認めることになると思われる。

為を中心に考えなければならないが、あらゆる限界事例において妥当するような普遍的基準を提示することは不可能である。しかし、近時の裁判例、とりわけ練炭集団自殺の事案を巡る判断の相違を比較することによって、一定の指針を得ることは可能であろう。以下では、とりわけ練炭集団自殺の事例を素材として、自殺関与罪と同意殺人罪の区別に関して考慮の対象となり得る諸要素について詳述するが、考慮要素となり得るものをあらかじめ列挙すると、そこでは、①行為者の客観的行為は何か、そして②一連の行為的に把握すべきか否か、という二点を取り上げる。

## 2 行為者の客観的行為

刑法における処罰の対象が構成要件該当性を有する行為である以上、まずは行為者の行為が如何なる態様のものであったかが検討されなければならない。そしてこの点については、従来の学説で議論されてきたように、基本的には行為者の物理的寄与を問題とするのが妥当であると筆者も考える。しかし前述した通り、問題は、自殺関与と同意殺人の限界領域においては、行為者が客観的に行った行為の如何だけを手掛かりとしたのでは結論が定まり難い場合が存在するという点である。ここで学説においては、被害者における意思決定の自由さを考慮要素とするのだが<sup>16</sup>、問題は、被害者の自由な意思決定と行為者の寄与がどのような関係性の下に把握されるべきであるのか、必ずしも明らかにされてこなかったことにある。そこで両者の関係を検討する必要が生じるが、初めに明らかにしておくべきは、たとえ被害者の意思決定が完全に自由であったとしても、自殺関与と評価することが妥当でない領域が存在しているということである。そしてそれは、嘱託殺人罪の成立が認められた事例群がまさにそうである。大正11年判決や三島事件第一審判決などにおいて、被害者による嘱託は単に自由な決定であるという以上に主体的なものとして行われている。それにも拘わらず自殺関与罪に問うことが妥当でないとされるのは、行為者が明らかに直接的な生命侵害行為に及んでいるからであろう。そしてこの構造は、主体的決定者が行為者であって被害者はそれを承諾したという承諾殺人の場合であっても妥当する。従って、一見すると、「202条の成立する枠内であって、行為者が外形的には刑法199条に該当するような実行行為を担っている場合には、同意殺人罪が成立する」という命題が成立するように思える。

しかし、このような命題に対しては、小林憲太郎が既に疑問を投げかけている。即ち、行為支配を問題とする見解に立ったとしてもなお、「行為者が直接、生命を物理的に侵害する行為を担当し、それゆえ、実行行為支配という最も強い形態の行為支配を有している場合においても」、「自殺幫助罪にとどまるとされるケースが多数存在している」<sup>17</sup>というのである。そして小林はここで、被害者の自由な決定を共同正犯における実行行為に匹敵するものとして理解しようとする。だがこのような説明は、例えば三島事件第一審判決における嘱託殺人の結論を支持しようとする場合、却って迂回が生じるのではないだろうか。もちろん小林は、行為者の物理的寄与が決定的である場合には承諾殺人の成立を認めることを明言しているため、この見解からも介錯という明確な(割腹行為の因果性を中断せしめる)殺害行為に及んだ行為者については嘱託殺人罪の成立を認めることができるであろう。しかし、被害

<sup>16</sup> 井田・前掲注7)137頁。

<sup>17</sup> 小林・前掲注9)171頁。

者の自由な意思決定について行為者の実行行為に匹敵するほどの重きを置くと、三島事件のように被害者が単なる囑託・承諾の程度を超えて主導的・扇動的に関与者を巻き込んだような場合には、たとえ行為者が決定的な物理的行為に及んでいたとしても自殺関与として評価するのが妥当である、という結論もあり得ることになる。しかし、そのような結論が支持を集めることはないであろう。

このような結論を排斥しようとする場合、論理的には二つの道筋があるように思われる。一つは、行為者の物理的行為を出発点とした上で被害者の意思決定を問題とするという思考プロセスを維持しつつ、結論の不当性を回避するための付加的考慮要素を更にそこへと追加するという方法である。しかし、当座の事案で不当な結論を回避するための基準をその都度付け加えていくような方法は、たとえ一見したところ納得のゆくような考慮要素を指摘することができたとしても、恣意的・感覺的な罪名の振り分けを抑止するための一定の基準を提示しようとする本稿の目的には真っ向から反することになる<sup>18</sup>。そうであるとすれば、一定の一貫した理解を示すことができるのは、むしろもう一つの論理的可能性であるということになる。即ち、前述した「202条の成立する枠内であって、行為者が外形的には刑法199条に該当するような実行行為を担っている場合には、同意殺人罪が成立する」という命題は真であるとするのである。そして、この命題を維持しながらも、なお種々の事案において一定の支持を得られるであろう結論を導き出すためには、命題の中で提示されている概念の定義に修正を加える必要が生じる。そして、ここで問題となるべきは「実行行為」であり、以下論ずる通り、ここではいわゆる「一連の行為」論が参照価値を有すると思われる。

### 3 いわゆる「一連の行為」論と練炭集団自殺

ある法益侵害結果の発生に至るまでの間に複数の行為が観念可能である事案は、古くから実務において問題とされており、近年ではいわゆる「一連の行為」論として、学説上でも盛んに議論されている。「一連の行為」論はそれ自体が一大論点であり、主要な判例を概観するだけでも因果関係論<sup>19</sup>、実行の着手論<sup>20</sup>、防衛論<sup>21</sup>といったように、およそ刑法の全領域において問われ得るものである<sup>22</sup>。従って、本稿では「一連の行為」論それ自体について展開されてきた学説を網羅的に検討することはできないが、自殺関与罪と同意殺人罪の限界、とりわけ練炭集団自殺事案との関連性において、触れることとしたい。

練炭自殺という手段の特異性としては、単独では結果発生に至ることはないが、しかし結果との間に条件関係が認められる行為が複数存在している、ということが挙げられる。現場

<sup>18</sup> また、追加的考慮要素を付加していくようなやり方は、ある事案の結論に一定の妥当性をもたらすことができたとしても、別の事案ではむしろ不当と言われるような結論を導き出す可能性があり、結果として統一的理解を阻害する虞もある。

<sup>19</sup> 東京高裁平成13年2月20日判決判例時報1756号162頁。

<sup>20</sup> 最高裁平成16年3月22日第一小法廷決定刑集58巻3号187頁（以下、クロロホルム事件と呼ぶ）。

<sup>21</sup> 最高裁平成20年5月20日第二小法廷決定刑集62巻6号1786頁、最高裁平成21年2月24日第一小法廷決定刑集63巻2号1頁（以下、平成21年決定と呼ぶ）。

<sup>22</sup> 構成要件段階、違法阻却段階、責任段階において「一連の行為」論がそれぞれ問題となり得るとの観点から考察をするものとして、深町晋也「「一連の行為」論について一全体の考察の意義と限界一」立教法務研究3号（2010年）93頁以下。

における結果との結び付きがとりわけ強い行為を列挙するだけでも、練炭着火行為、着火済み練炭の持ち込み行為、戸締り行為といったように、段階的に生命侵害の危険を高めていく複数の行為があり、これらが順を追って遂行されてゆくことによって最終的な結果発生に至ることになる。従って、単独では何らかの刑法犯に問い得ない点、そもそも自殺それ自体は不可罰であるという点で、練炭集団自殺については従来の「一連の行為」論が直接妥当するわけではない。

しかしながら、裁判例においては、練炭集団自殺についても「一連の行為」論を援用していると窺わせるような記述が存在しているのも確かである。即ち、東京高裁平成 25 年判決では「練炭への着火は、練炭コンロを車内に置いてドアを閉めるという直接的な生命侵害行為と密接不可分の行為」であるとしているし、千葉地裁平成 28 年判決では「練炭への着火など、密接関連行為を含めても、被害者兩名の生命に現実的な危険を発生させる一連の行為は被告人のみが行い」と認定しており、行為同士の密接性が認められているのである。そして、判例において一連の行為であると認められた事案では、そのいずれにおいても、当該複数行為が一定程度一貫した意思（クロロホルム事件においては「殺害計画」、平成 21 年決定においては「同一の防衛の意思」）に貫かれていることが、一連性判断の前提とされている。現に、東京高裁平成 25 年判決でも、「二人で心中することを決意して自殺の方法や場所を相談し、そのとおりの方法、場所で自殺を凶ったものであり」と認定した上で被害者自身による練炭着火行為を検討しており、実質的には「一連の行為」論を用いているものと解される。

ここにおいて、「一連の行為」論を援用する実益について一考すると、客観面における複数行為の連続性だけでなく、当事者の主観面における計画性などを正面から検討することが可能になる、という点が第一に挙げられよう。前述したように、自殺関与と同意殺人の限界を外形的行為のみから判断するのは困難である、ということは学説においてかねてから指摘されていたが、それは、被害者の死は「自殺」か「殺人」か、という規範的な終局的意味付けが、被害者そして行為者の主観面と切り離して結論付けることはできないことの裏返しである<sup>23</sup>。ある人の死が自殺であると評価されるためには、それが本人によって主体的に引き起こされたものであると言えなければならないが、ここで問題となる主体性においては、客観的な行為だけでなく、本人の主観も当然に観念される。そして、とりわけ集団自殺の場合には、行為者のみならず被害者においても、死ぬことに同意していたというレベルを超えて、どのような計画の下に死に至ろうとしていたのか、どれだけ自己のものとして死を意欲していたのか、などといった主観面の参照は避けることができないものである<sup>24</sup>。

<sup>23</sup> あくまでも「一連の行為」論の文脈においてではあるが、「行為の意味」という視点を導入する必要を指摘するのは、仲道祐樹『行為概念の再定位—犯罪論における行為特定の理論—』（2013年）32頁、53頁、同「「一連の行為」の行為論的基礎付け」刑法雑誌 53 卷 2 号（2014年）201頁以下。

<sup>24</sup> 「一連の行為」が問題となる領域において、問責対象行為を特定する基準を「法益侵害を志向する行為意思」、それも「一つの行為意思」に求めるのは、仲道・前掲注 23)『行為概念の再定位—犯罪論における行為特定の理論—』77頁。それぞれの外部的態度が、「同一の行為意思・行為目的」によって担われている場合には統合して判断するのは、高橋則夫「犯罪論における分析的評価と全体的評価」刑事法ジャーナル 19 号（2009年）41頁。高橋は、行為意思・行為目的は故意とは異なるものであり、「行為意思は、行為を動かす

更に第二の実益として、死という結果の帰属を導く思考プロセスを明示化しやすいという点も挙げられよう。この点については、従前の学説においては、自殺関与と同意殺人の区別を「自手」と「他手」に求める見解が批判に晒されてきたことに関しても、言及する必要がある。東京高裁平成 25 年判決は、原審を破棄するにあたって、「被害者が練炭の着火を一部分担したとしても、殺害の準備行為にすぎないとする（…）原判決の評価は、いささか形式的にすぎ、賛同できない」と論じており、同判決の評釈ではこの判旨部分を根拠として、自手・他手基準を批判するものであると評されている<sup>25</sup>。しかし、そもそもこのような分析は正しいのだろうか。東京高裁平成 25 年判決は、被害者による練炭着火行為を準備行為とする評価には賛同できないとは述べているが、自手・他手基準の当否には一言も触れてはいない。それどころか、大正 11 年判決の引用を伴いながら、「被害者自身も自殺を実行したとみるべきものである」としているのであって、むしろ被害者の自手性を肯定しているようにも読めるのである。ところで、大正 11 年判決では、自殺幫助とは「自殺の希図を有し而も自ら之を実行せんとするに当り其の方法を指示し若は器具を供する等之が実行を容易ならしむる行為」、嘱託殺人とは「被害者自殺の希図を有するも自ら之を実行するの意思なき場合に於て其の依頼を受け受託者自ら手を下して其の希図を実現せしむる行為」とされており、学説でもこの点を根拠に、大正 11 年判決は自手・他手基準を採用したものであると評するものがある<sup>26</sup>。しかし、大正 11 年判決で定立された規範について、これを自手・他手基準として理解することが厳密に妥当であるか、筆者は疑問を抱く。案ずるに、被害者の嘱託・承諾がなければ刑法 199 条に該当することが疑いないような行為の場合には同意殺人として評価されるべきであり、その意味では他手、即ち行為者が「手を下し」た場合は同意殺人にあたるとする判例の理解は正確である。しかし、自殺関与罪に言う「自殺」の意味内容を積極的に定義することは、恐らく不可能な作業であろう。割腹自殺に「自殺」という単語が用いられていることを例に挙げるだけでも、一般用語法における「自殺」と刑法における「自殺」との間には開きがあることは明らかであるし、更に言えば大正 11 年判決では自殺幫助と嘱託殺人のいずれにおいても被害者が「自殺の希図」を有することが前提とされていることからしても、積極的な意味内容の区分が判例において意識されているとも考え難い。従って、刑法 202 条に言う「自殺」とは、せいぜい同意殺人ではないという程度の消極的定義が与えられるに留まるのであって、「202 条の成立する枠内であって、行為者が外形的には刑法 199 条に該当するような実行行為を担っている場合には、同意殺人罪が成立する」という命題が自殺関与と同意殺人を区別する基準となるものと解する。その上で、平成 25 年判決で「いささか形式的にすぎ」と批判されているのは、基準それ自体のことではなく、むしろ被害者自身の行為についての評価、より具体的には、行為者の実行行為を

---

（あるいは動かさない）外界作用をもたらす意思であり、行為目的は、行為遂行の理由である」（同・41 頁）とするが、これは被害者本人についての主観面を故意として観念することが不可能な自殺関与・同意殺人、それも被害者と行為者の心中事案についてはとりわけ妥当性がある。

<sup>25</sup> 野村和彦「妻と合意の上で練炭自殺を図ったものの一命をとりとめた夫に対して、承諾殺人罪を認定した原判決を破棄し、自殺幫助罪が成立するとした事例」刑事法ジャーナル 49 号（2016 年）174 頁、小林・前掲注 9)170~171 頁。

<sup>26</sup> 野村・前掲注 25)173 頁など。

相対的に画する上で参照すべき被害者の行為についての評価の誤りであると見るべきであろう。

ここで、練炭集団自殺事例において概ね共通するであろう事象経過について、クロロホルム事件で提示された判断枠組みに即して、「一連の行為」論を手掛かりとしながら結果帰属を考察すると、以下のように考えられる。まず、事象の経過としては、準備行為の段階があり、ある時点からは密接不可分・密接関連行為として評価されるべき行為が登場する。そして最終的には、直接的な生命侵害行為が問題となる。まず、一連の行為としての評価から除外される行為は、準備行為として位置付けられる。そしてここに言う準備行為については、基本的には（殺人）予備罪の理解を援用して然るべきであろう。換言すれば、集団自殺についての着手とは認められないものは、準備行為ということになる。ここで準備行為と密接不可分・密接関連行為の限界を画する際には、判例に示される一連の行為基準が参考となる。即ち、クロロホルム事件で示された基準を集団自殺事例に即して言い換えると、①自殺計画において直接的な生命侵害行為を確実に容易に行うために必要不可欠のものであること、②当該行為に成功した場合、それ以降の自殺計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったこと、③直接的な生命侵害行為との間の時間的場所的近接性が認められること、という基準が立てられることになる。しかし、②における無障害性の基準は、集団自殺の場合にはむしろほとんど問題とはなり得ない。何故ならば、202条における保護法益の主体自らが法益侵害行為に主体的に参加していることによって、合理的に予測可能な障害は既に十分除去されていると判断することが可能だからである。また、③の時間的場所的近接性も、一連の行為性の拡がりに絞りをかけるためには必要な基準ではあるが、逆に密接性についてはこれを積極的に裏付けるものではない。そうであるとすると、集団自殺事例における一連の行為性判断では、①の必要不可欠性が主として問われるべきということになる<sup>27</sup>。

それでは、直接的な生命侵害行為と、それにとって必要不可欠な行為の、自殺関与と同意殺人の区別を導く上で重要となる関係性は一体どのようなものか。ここで、両者の関係について考察を加える端緒として、そもそも一連の行為性を問題とすることに対して予想される批判に触れておきたい。まず想定される批判は、「202条の成立する枠内であって、行為者が外形的には刑法 199 条に該当するような実行行為を担っている場合には、同意殺人罪が成立する」という命題を真とした以上は、直接的な生命侵害行為を行っている行為者については一貫して同意殺人が成立を肯定しなければ命題に矛盾することになるというものであろう。しかし、判例において「実行行為＝直接に法益を侵害する行為」という理解が採用されているとは必ずしも断言できない。現に、クロロホルム事件最高裁判決では実行の着手を判断するにあたって、実質的には実行行為性の拡張が図られていると見ることもできるからである。このような解釈を前提として、密接不可分・密接関連性が認められる行為についても「一連の（実行）行為」として評価するため、前述した命題との矛盾は生じないものであると解する<sup>28</sup>。

<sup>27</sup> この点、①の要素については、②の要素の判断の中で考慮可能であり、それ自体としては不可欠の要素ではないとする見解もある。原口伸夫『未遂犯論の諸問題』（2018年）25～26頁など。

<sup>28</sup> 深町・前掲注 22)118頁は、「一連の行為」論の機能的な中核を、結果惹起の根拠となるべ

むしろ問題は、もう一つの想定される批判、即ち被害者が行っている密接関連行為を「一連の行為」論の俎上に載せることがどうして可能となるのか、という点である。つまり、そもそも従来の判例及び学説において「一連の行為」論が構成要件段階で問題とされてきたのは、一連の複数行為全てが行為者によるものであり、しかもその一部から予定外に結果が発生したような場合であって、計画通りに遂行された被害者の行為についても一連の行為性から考察を加えることは、「一連の行為」論の射程を誤解している、という批判は十分に想定され得る。しかし、それでもなお「一連の行為」性を問題とすることは、以下のような考察から正当化可能であると解する。これまで構成要件段階において問題とされてきた「一連の行為」論は、複数の論点にまたがりながらも、本質的には一貫して「既遂結果を当該行為者に帰属させることの可否・当否」を検討するものであったと言える。「一連の行為」論の本質をそのように理解するのであれば、被害者の行為が一連性判断から排斥される理由は、少なくとも形式的には存在しない。そして実質的には、従前の裁判例及び学説において、自殺関与罪と同意殺人罪の区別が、一種の綱引き的計算から導かれていたことから正当化される。即ち、思うに、自手・他手判断にせよ寄与判断にせよ、刑法 202 条が妥当する領域においては、全体としての実行行為から被害者の関与を差し引いた（あるいは割り引いた）結果、行為者のものとしてどれだけ帰属可能なものが残るかということが問われてきた。そして、差引（あるいは割引）計算の手法によれば、一定以上のものが行為者に帰属すべきものとして残る場合には同意殺人、それ未満の場合には自殺関与という結論が導かれることになる。しかし、被減数（あるいは被除数）として設定されるべき実行行為を、直接的な生命侵害行為という謂わば「点」的なものとして把握してしまうと、引き算（あるいは割り算）的な考慮は観念する余地がなく、行為者と被害者のどちらが 0 でどちらが 1 かという問題に帰着することになる。だが、これは東京高裁平成 25 年判決が述べる通り、「形式的にすぎ」るであろう。そうであるとすれば、差引（割引）計算的考慮を妥当とする理解において、被減数（あるいは被除数）としての実行行為が、密接行為も含めた一連の「線」的なものとして把握されることはむしろ織り込み済みであると言うべきであろう。

#### 4 実行の着手に関する問題

しかし、自殺関与罪と同意殺人罪の区別に関して、一連の行為的論的な判断を取り込んだ場合には、特に自殺関与罪の場合において、実行の着手時期の判断が複雑化するのではないかと、という指摘があり得よう。そこでここでは、自殺関与未遂罪の成立時期に関する従前の議論を確認し、この問題についても若干の私見を展開したい。

刑法 203 条は 202 条の罪の未遂を罰する旨定めているため、自殺関与罪と同意殺人罪のいずれについても未遂犯が成立する。ここで、同意殺人罪に関しては、実際に殺人行為を開始した時点で未遂犯の成立が認められる、ということに争いはない。しかし自殺関与罪、とりわけ自殺教唆罪の未遂を巡っては、これを関与行為の時点とする見解と、自殺の開始時点

---

き行為の拡張機能、すなわち、「第 1 行為のみから、あるいは第 2 行為のみから結果が生じたことが明らかとは言えず、第 1 行為と第 2 行為とが相俟って結果が発生したと評価せざるを得ない場合に、結果惹起の根拠となる行為として、第 1 行為及び第 2 行為からなる「一連の行為」であると記述し、「一連の行為」のどの時点で結果が惹起されたのかを明確に特定せずとも済ませる」ことにあるとする。

であるとする見解とが対立している。

行為者が関与した時点で実行の着手を認める見解は、自殺関与罪の独自性・独立性を重視する。即ち、自殺は適法行為あるいは放任行為であるとする見解に限らず、自殺者本人には可罰的違法性がないとする見解からは、自殺関与罪は他人の生命に関与することが独自に処罰された規定であるとの理解が導かれる。そして、自殺関与罪の独自性に着目すれば、関与行為それ自体が正犯の実行行為として把握されることとなり、従って、未遂犯の成立時期は教唆・幫助行為の時点であるということになる<sup>29</sup>。

これに対し、自殺者本人が自殺行為を開始しなければ自殺関与罪の実行の着手も認められないとする見解においては、同意殺人罪との関連における実行従属性の問題がその主張の核心を成している。即ち、同意殺人罪の着手時期を殺人行為の開始時点と解するのであれば、自殺関与罪についても統一的に理解すべきである<sup>30</sup>とか、本罪は独自処罰であるとしても処罰根拠が生命の保護にある以上、自殺者本人の自殺行為との実行従属性を認め、生命に対する具体的危険が発生した時点で自殺関与罪の着手を認めるべきであって、同時に同意殺人罪との均衡も図られるべきである<sup>31</sup>、などの主張が展開されている<sup>32</sup>。

従来、自殺関与罪の実行の着手に関する問題は、自殺の法的性質に関する議論の延長線上で論じられてきた。しかし今日では、自殺者本人には可罰的違法性がないとする見解に限れば、関与行為時点で未遂となる見解と本人の自殺行為を待って未遂が成立する見解のいずれも主張されるところであり、議論は複雑化している<sup>33</sup>。そこで本稿で参照した裁判例の如き事例を素材として一考するに、東京高裁平成 25 年判決と千葉地裁平成 28 年判決は確かにそれぞれの被告人が担った行為の危険性が異なるものであり、結論において成立すべき

---

<sup>29</sup> 前田・前掲注 12)19 頁、木村・前掲注 12)181 頁。また、大谷實『刑法講義各論〔新版第 4 版補訂版〕』（2015 年）20 頁は、「本罪の教唆・幫助は、それ自体が自殺へと駆り立てる危険な行為（自殺の結果を生じせしめる現実的危険を有する行為）」と説明する。

<sup>30</sup> 川端・前掲注 4) 33 頁。

<sup>31</sup> 西田〔橋爪〕・前掲注 4)15 頁、山口・前掲注 3)13-14 頁、林・前掲注 3)26~27 頁、伊東研祐『刑法講義 各論』（2011 年）20~21 頁、斎藤信治『刑法各論〔第 4 版〕』（2014 年）18 頁、内田・前掲注 2)22 頁、中森・前掲注 2)12 頁、井田・前掲注 7)137 頁。谷直之「自殺関与罪に関する一考察」同志社法学 44 巻 6 号（1993 年）193 頁。また、山中・前掲注 4)31 頁は、「自殺行為の開始時点で、顕在的な実行行為となると解すべきである」とする。

<sup>32</sup> このほか、松宮孝明「自殺関与罪と実行の着手」『中山研一先生古稀祝賀論文集第一巻 生命と刑法』（1997 年）237 頁以下は、旧刑法時代の大審院判決などを手掛かりとすれば自殺関与罪を独立犯罪と解すべきではあるが、現行法がいわゆる「自殺追い込み」型に限定された規定とはされていないことから、「自殺行為の開始を待って、自殺関与罪の着手を認めるべきであろう」と論ずる。また、曾根・前掲注 6)15 頁は、実行の着手時期と未遂犯の成立時期を区別して論じるべきとの立場から、自殺教唆罪については、行為者の実行の着手は教唆行為の時点であるが、被教唆者が自殺を開始するまでは具体的危険が生じていないため未遂犯とはならない旨主張する。

<sup>33</sup> もっとも、自殺の違法性を正面から肯定する見解にあつては、関与行為時点で着手を肯定することに対しては一貫して批判が差し向けられるところであり、自殺の法的性質と自殺関与罪の着手時期の関連性は依然として維持されている。塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』（2004 年）118~119 頁、吉田宣之『違法性阻却原理としての新目的説』（2010 年）66 頁以下。

罪名が異なるのも妥当であろうが、そうであるとしても両事案の罪質に大きな隔たりがあるとまでは解されない。そして、このような限界事例において、罪名の違いを理由として実行の着手時期を前倒しするという解釈が妥当であるとするに足るだけの論拠を、差し当たり筆者には見出すことはできない。そうであるとすれば、同意殺人罪における実行の着手との均衡を保つために、自殺関与罪においても自殺行為の開始時点において着手を認める解釈を以て妥当とすべきであろう。その場合、とりわけ東京高裁平成 25 年判決の場合について実行の着手はどの時点で認められるかが問題となるが、結果発生に至る現実的危険性が考慮されていると解されることからしても、この事案では遅くとも練炭着火行為の時点では実行の着手が認められるであろう。

## V 小括

最後に、筆者の見解から、自殺関与罪と同意殺人罪の区別が問題となり得る判例及び裁判例について、若干の理論的検討を試みたい。もっとも、一連の行為性判断を用いて被害者の関与に格別の考慮を加える必要がある事案でない限りは、直接的に生命侵害をもたらす行為の所在を検討すれば足りる。従って、大正 11 年判決のような事案に関しては、嘱託殺人罪の成立が問題なく認められる。他方で、練炭集団自殺の事案においては、燃焼した練炭の設置行為だけで実行行為性を判断するのは適切ではない。練炭自殺に関して言えば、確かに当該設置行為が生命侵害結果にとって直接的な因果性を有していることは疑いないが、たとえどれほど当事者の自殺意思が揺るがし難く確固なものであったとしても、一切燃焼していない練炭を設置した場合には、一酸化炭素中毒による死の結果発生については絶対的不能と言わざるを得ないのだから、当該自殺計画の下で設置すべき練炭に着火する行為は、設置行為と密接不可分、必要不可欠のものとして評価しなければならない。そして、東京高裁平成 25 年判決については、一連の行為において被害者自身が行為者と対等な寄与を果たしていると評価することが可能であるから、この寄与を差し引いた結果として行為者には自殺幫助罪の成立が認められるということには十分納得がいく。他方で、千葉地裁平成 28 年判決については、燃焼した練炭の設置に係る部分については専ら行為者が担当したことが認められている。ここにおいて、千葉地裁は被害者自身による睡眠薬服用行為は一連性から除外していることが窺えるが、これは睡眠薬については「その効果だけで死亡した可能性は低」と認定されていることから、クロロホルム事件のようにそれだけで結果発生 of 十分な危険があるような服用とは認められないこと、同時に、睡眠薬の服用は一酸化炭素中毒による自殺を「確実かつ容易に行うため」のものではあっても、「必要不可欠」であると言えないことから説明することができる。このような認定を前提とすれば、練炭集団自殺という事案の類似性はあっても、東京高裁平成 25 年判決と千葉地裁平成 28 年判決は、行為者の実行行為性の点において事案を大きく異にしていると評価することが可能となろう<sup>34</sup>。

<sup>34</sup> なお、富山地裁平成 17 年判決の事案に関しては、事実関係について明らかでない部分が多いことに加え、結論に至る思考プロセスも不明であるため、本稿で詳細な検討を加えることはできない。もっとも、量刑理由においては「被告人は、七輪及び練炭等を準備、提供し、本件に積極的に関与している」ことが、罪となるべき事実においては「駐車中の普通乗用自動車内に燃焼している練炭を入れた七輪 2 個を持ち込」んだことが、それぞれ

以上の考察により、被害者自身の寄与も相当程度認められる集団自殺の事案において、自殺関与罪と同意殺人罪の区別を決するにあたっては、いわゆる「一連の行為」論を用いた考察が妥当し得る領域が存在するとの知見が得られた。即ち、直接的な生命侵害行為と密接不可分なものとして被害者自身の自由な意思決定に基づく寄与が存在する場合、これについても一定の限度で実行行為性判断の中に含め、被害者自身の寄与がある一定以上のものとして評価される場合には、行為者の関与は最早同意殺人罪を構成せず、自殺関与罪が成立するに留まるということになる。もっとも、一連の行為と言うべきものが存しない事案においてはこのような判断枠組みを用いることはできないため、別の考慮要素を用いる必要があるが、本稿の研究ではこの点についてまで明らかにするには至らなかった。この問題に関しては、今後の研究課題である。

\* …総論的検討と各論的検討の接続—1章から3章まで（基礎論）の総括—…

以上、第3章までは、刑法学における被害者の承諾の問題として、総論として被害者の承諾について、各論として刑法202条について検討した。ここまでで得られた成果は、小括すると以下のようなものである。即ち、日本において自律性という価値観は、ドイツにおけるそれとは憲法上の体系的地位から既に違いが見られるように、必ずしも西欧諸国ほど確立した概念ではないということが憲法学では認識されており、このことは被害者の承諾を巡る議論においても、前提となる価値観が日独で必ずしも同じではないことから確認される。そして、自殺関与罪の保護法益である生命についても、処罰根拠論において本人の生命として還元し尽されない「社会性」が、程度の差こそあれ、認められている。もっとも、自殺関与罪は同意殺人罪と並列的に規定されているところ、両罪の区別は必ずしも明確ではない。しかし、同じ刑法202条に規定されている両罪の区別を、法益論の解釈から導き出すことは困難であり、行為支配や「一連の行為」論といった、別の枠組みから検討を試みるべき問題であるということが、本稿における暫定的な視座として確認されたところである。

従って、以下4章からは、生命法益の自己処分と自己決定の問題に射程を限定しながらも、刑法学のみならず留まらない問題領域を検討対象とする。具体的には、第4章では終末期医療の問題において従来議論されてきた成年後見人の代諾権を取り上げ、民事法領域ではどのような議論の積み重ねがなされてきたのか、そこから患者の事前指示、あるいはアドバンス・ケア・プランニング（ACP）を中心とした制度設計へとどのように移行していったのかを確認する。第5章では、患者の事前指示を巡るドイツとの比較法的検討を行い、患者の事前指示の有効性要件である明確性についてBGH第12民事部が近年下した二件の決定を素材

---

認められている。それでもなお本件被告人については同意殺人罪との限界には特に触れられることなく自殺関与罪の成立が認められているが、富山地裁平成17年判決がこのような結論に至った背景には、練炭集団自殺という事象に対する社会的評価が（平成25年判決の時点と比べて）必ずしも十分には定まっていなかったこと、そして平成15年判決で示された一連の行為性判断を練炭集団自殺の事案にも用いるという思考が共有されていなかったことにあると推察される。

に、今後の日本の議論にとって有益な視座を抽出する。そして第 6 章では、現在厚生労働省が推進している ACP、通称「人生会議」の制度設計について検討するための前提として、患者の事前指示を民法上の制度として導入したドイツではどのような問題が指摘されているのか、ACP にはどのようなメリットがあると指摘されているのかを確認し、その上で、現在の「人生会議」について、理論的問題と実践的問題を述べることとする。

## 第4章 被害者の承諾との関係における代諾について —成年後見制度の利用の促進に関する法律の成立を承けて—

- I 序論
- II 医療行為と代諾
  - 1 治療行為の正当化根拠と代諾の関係性
  - 2 利用促進法制定に至るまでの議論
  - 3 裁判例における代諾についての判断
  - 4 小括
- III 刑法的観点から見た代諾
  - 1 刑法上の議論
  - 2 刑事裁判例
  - 3 私見
- IV 代諾から ACP へ

### I 序論

刑法学において、被害者の承諾という法理は、一般に違法性阻却事由として承認されており、また判例上も同様の体系的な位置付けがなされているところである。そして、どのような場合に承諾が有効なものとして成立し、どのような場合にはそうでないかという要件論、とりわけ社会的相当性を要件として取り入れるか否かという違法性の本質に関わる要件論が以前から激しく争われてきた。しかしながら、今日の承諾論においてその関心は、承諾の成否を決する要件論からは既に移行しているように思われる。即ち、旧来から刑事手続に乗せられることは通常なかったが、しかし傷害罪の構成要件該当性を有している治療行為について、当該行為の違法性を阻却する根拠をどのように考えるかという、より実務的な論点へと刑法学の関心はシフトしている。そして侵襲性を伴う治療行為については、確かに傷害罪の構成要件該当性を有するのであるが、それは「被害者」である患者の承諾（と、それに伴う治療行為正当化のための諸要件）を満たすことによって違法性が阻却されるとするのが通説的見解であり、この点について基本的には争いはない。

しかしながら現実には、患者自身の承諾がなくても治療行為が実施される場面というものも存在する。この点につき日本では、かつては治療行為を正当業務行為として端的に違法性を不問としてきた経緯があるが、ドイツの影響を受けて承諾論からの正当化アプローチについての議論が盛んとなり、今日では専断的治療行為については違法性阻却が認められないという結論で学説上は一致が見られるところである。しかし、患者の意向を殊更に無視して、あるいはこれを確認することなく、医師の独断で実施されるような専断的治療行為とまではいかなくとも、患者の承諾なしに実施される治療行為というのは他にも存在する。第一に、患者が意識不明状態などに陥っており承諾を得ることが不可能な状況下において、「もしも患者に意思確認を行うことができたならば、患者は承諾していたであろう」という推定に基づいて治療行為が正当化されるという推定の承諾がある。推定の承諾については日本でも議論が活発に行われてきており、種々の正当化アプローチが存するところであるが、結論において違法性阻却を認めるべきであるとのコンセンサスが得られていると言っ

てよいであろう。第二に、医師の説明義務が十分に果たされることなく治療行為が実施されてしまったような状況において、翻って「もしも患者に十分な説明を果たしていたとしても、やはり患者は承諾していたであろう」と言えるような場合には、当該治療行為は患者の承諾が与えられていた場合と同様に取り扱うという仮定的承諾の理論がある。これはドイツでBGHが認めた理論構成であり、学説上での賛同を得てはいるものの、強い批判も差し向けられているところである<sup>1</sup>。

そして第三に、推定的・仮定的承諾に匹敵する、あるいはそれ以上の理論的問題を抱えているのが、治療行為に際して患者自身ではなく第三者（主に患者の家族）に求められるいわゆる代諾である。言うまでもなく、代諾とは患者本人ではなく第三者が本人に「代」わって承「諾」するものであるから、違法性阻却事由としての被害者の承諾を厳密に要求するのであれば、仮に代諾があったとしても、これによって正当化の効果は生じないという帰結に至るはずである。しかしながら実際には、例えば親だけから承諾を得て子供に治療行為を実施したことを理由として当該医師が起訴された、というような事例は存在しない。無論、実際には子供本人に対しても（ある程度の平易化はされたとしても）説明義務を果たした上で承諾を得るというケースが大半であろうが、そうだとすると子供が承諾無能力あるいは制限承諾能力しか有していないのであれば、何故親の承諾によってその不足が補充されるのか、という問題は依然として残ることになる。また、同様の問題は年少者とその親との関係においてのみではなく、高齢者と介護者、あるいは成年被後見人と後見人の場合にも生ずるものであり、むしろ成人である場合の方が、制度設計との関係でより多くの問題を抱えている。

そして臨床実務においては代諾（あるいは「代理決定」「代行決定」などとも表現される）によって治療が実施されるという事実が先行しており<sup>2</sup>、かねてから成年後見人に代諾の権限を付与すべきであるとの提言も繰り返されてきていたところ、「成年後見制度の利用の促進に関する法律」（以下、「利用促進法」）<sup>3</sup>が平成28年4月8日に成立、同月15日に公布された。利用促進法は「成年後見制度の利用の促進に関する施策を総合的かつ計画的に推進することを目的とする」（1条）のものであり、その基本方針の中では「成年被後見人等であって医療、介護等を受けるに当たり意思を決定することが困難なものが円滑に必要な医療、

---

<sup>1</sup> 仮定的承諾を肯定的に捉えるものとして、ヘニング・ローゼナウ（島田美小妃訳）「仮定的承諾——新しい法形象！」比較法雑誌43巻3号（2009年）161頁。医的侵襲の正当化には不適格であると批判するのは、ハロー・オットー（甲斐克則＝福山好典訳）「医的侵襲にとっての仮定的承諾の意義」比較法学44巻2号（2010年）113頁。

<sup>2</sup> このような実態を報告するものとして、赤沼康弘「成年後見制度改正への提言」自由と正義54巻11号（2003年）75～76頁、繁田雅弘「医療同意と同意の意義・実際」実践成年後見16号（2006年）7～8頁、土屋幸巳「知的障害者における医療同意の問題——腎臓結石除去・インフルエンザ予防接種——」同号31頁、岩井英典「命の行方を決めるのは誰か」同号53頁、齋藤正彦「第1編第6章 日本における医療側から見た成年被後見人の医療同意」田山輝明編著『成年後見人の医療代諾権と法定代理権』（2015年）126～127頁など。

<sup>3</sup> 同法の審議経過及び成立法律については、参議院「成年後見制度の利用の促進に関する法律案」（平成28年4月15日現在）

（<http://www.sangiin.go.jp/japanese/joho1/kousei/gian/190/meisai/m19005190020.htm>）（2020年1月1日最終閲覧）を参照。

介護等を受けられるようにするための支援の在り方について、成年後見人等の事務の範囲を含め検討を加え、必要な措置を講ずること」(11条3項)が推進されるよう求められている。同法の成立によって、今後は成年後見人等に対して代諾権限が民法上認められることが予想されるが、しかし他方で、医療代諾権を法律で認めることに対しては有力な批判も存するところである。更に言えば、民法上で医療代諾権が認められたとしても、それが刑法上の正当化根拠との関係でどのような意義を有することになるかは明らかでない。

かかる議論状況に鑑み、本章では代諾の問題について従前の議論を参考にしつつ理論的な検討を加える。もっとも、先行研究においてはドイツ<sup>4</sup>やイングランド<sup>5</sup>といった諸外国における制度を踏まえた比較法的検討が既に存在するところであるが、各国の制度はその国の文化や歴史的経緯などに大きく依拠しており、日本でも当然に日本固有の事情を加味した上で制度設計がなされていくであろうことから、比較法的検討については今後の検討課題とし、本章ではこうした比較法的検討を前提として日本ではどのような見解が提示されてきたか、という問題に絞って研究の対象とし、検討を加えることとする。また、代諾についてはその問題領域が民事法と境を接するものであり、判例の集積も民事を中心になされているところであるため、民事法における議論及び民事法判例も随時参照する。なお、代諾の問題については、未成年者の場合についての議論も保護義務者の監護権・監護義務との関係で存するところではあるが、本章では利用促進法の射程である成年被後見人を中心に議論を展開するため、未成年者の場合については割愛し、別稿を期することとしたい。

## II 医療行為と代諾

### 1 治療行為の正当化根拠

代諾について論ずるにあたり、まずは原則的な形態における治療行為の正当化根拠について確認しておきたい。前述の通り、日本では被害者の承諾は違法性阻却事由であると解する見解が多数を占めているが、これに対して構成要件該当性阻却事由であるとする見解も存在する<sup>6</sup>。また、被害者の承諾一般については違法性阻却事由であるとしながらも、治療行為に限っては構成要件該当性がないと考える見解も存するところである<sup>7</sup>。被害者の承諾によって構成要件該当性が阻却されるという考え方は、「法益」という概念の中には法益に対する処分の自由も含まれているということを前提としている。即ち、身体や財産などの法益は一般に物理的に観念されるところであるが、そこに被害者の処分の自由という意思的な要素も加わることによって、被害者の承諾は法益侵害それ自体を否定する要素になるの

<sup>4</sup> 新井誠「ドイツ成年者世話法の運用状況」ジュリスト1011号(1992年)60頁、岩志和一郎「ドイツにおける高齢者の自律と保護——民法上の成年者保護システムについて」法律時報85巻7号(2013年)26頁、新井誠訳「〔ドイツ〕世話法に関する学際ワーキンググループ最終報告書(1)～(2)」実践成年後見45号(2013年)106頁、46号(2013年)103頁など。

<sup>5</sup> 渡辺幹典「成年後見制度と医療措置の代諾」松山大学論集17巻1号(2005年)395頁、藤村賢訓「高齢者医療における治療方針の決定と代諾者の役割——英国の制度を参考に——」大分大学経済論集61巻1号(2009年)51頁。

<sup>6</sup> 山中敬一『刑法総論〔第3版〕』(2015年)209頁。

<sup>7</sup> 齋藤誠二『刑法講義各論I〔新訂版〕』(1979年)192頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第5版〕』(2019年)258~259頁。

だとするのである<sup>8</sup>。あるいは治療行為の場合に限って構成要件該当性を否定する見解は、当該行為は法益を害するものではなく、むしろ回復させる方向へと向かうものであることを重視する。つまり、傷害罪における「傷害」の概念については生理的機能障害説が判例<sup>9</sup>・通説<sup>10</sup>とされているところであるが、治療行為は確かに一時的には侵害と見えるとしても、全体的には傷病によって既に害されている法益を救助するものであり、即ち生理的機能を不良に変更するものではないから、これを傷害行為とすることは妥当ではないとするのである<sup>11</sup>。こうした見解は、医師の業務とも言える治療行為を一律に犯罪構成要件に該当する行為であると観念することに対する謙抑的な姿勢を示すものであると言えよう<sup>12</sup>。

承諾を構成要件該当性阻却事由とする理解については、実際上の結論に相違をもたらさないという理由から支持する論者もいるが<sup>13</sup>、他方で、違法性阻却事由とする見解からの批判も存在するところである。批判の理由として第一に挙げられるのは、治療行為という枠組みの中で一律に構成要件該当性を否定してしまうと、承諾さえあればどのような医的侵襲であっても治療行為として認められることになる、換言すれば、レーゲ・アルティスが担保されなくなってしまうという批判である<sup>14</sup>。第二の批判は、法益の処分の自由から法益侵害を否定する法益論を純粹に適用すれば同意殺人も不可罰ということになってしまい、現行法との矛盾を解消するためにはパターンリズム的介入を行うしかない、というものである<sup>15</sup>。そして第三の批判は、治療行為が構成要件該当性を有していないとしてしまうと、そもそも構成要件が有していたはずの類型性が失われてしまうというものである。この点については、治療行為ではなくそれに治療行為ではなくそれに付随する看護行為あるいは医療行為（本件では爪切り行為）が問題となった事案ではあるが、福岡高裁平成 22 年 9 月 16 日判決判例タイムズ 1348 号 246 頁が以下の通り判示している。即ち、「上記 1 審の判断枠組みは、看護師が看護行為として、患者の爪を切って爪床を露出させる行為は直ちに傷害罪の構成要件に該当しないというもので、一見すると類型的判断が可能とも考えられるが、1 審判決がその『看護行為』性を検討するに当たり、被告人の主観的意図を考慮し、その他種々の非類型的な判断要素を考慮していることから明らかなおおりに、形式的、類型的判断が重視されるべき構成要件該当性の判断として相当とはいえない」。

<sup>8</sup> 山中・前掲注 6)209 頁。

<sup>9</sup> 大審院明治 45 年 6 月 20 日判決刑録 18 輯 896 頁、最高裁平成 24 年 1 月 30 日第三小法廷決定刑集 66 卷 1 号 36 頁、最高裁平成 24 年 7 月 24 日第二小法廷決定刑集 66 卷 8 号 709 頁など。

<sup>10</sup> 平野龍一『刑法概説』(1977 年) 167 頁、中山研一『刑法各論』(1984 年) 43 頁、曾根威彦『刑法各論〔第 5 版〕』(2012 年) 17 頁、西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法各論〔第 7 版〕』(2018 年) 43 頁、前田雅英『刑法各論講義〔第 6 版〕』(2015 年) 21 頁、林幹人『刑法各論〔第 2 版〕』(2007 年) 47 頁、山口厚『刑法各論〔第 2 版〕』(2010 年) 45 頁、川端博『刑法各論講義〔第 2 版〕』(2010 年) 40 頁。

<sup>11</sup> 大谷・前掲注 7)259 頁。

<sup>12</sup> 正当業務行為性を徹底した場合には、「そもそも医師の業務が傷害罪等の構成要件に該当すると考えること自体に問題がある」とする業務権説へと至る。前田雅英『刑法総論講義〔第 7 版〕』(2019 年) 241 頁注 10)参照。

<sup>13</sup> 山口厚『刑法総論〔第 3 版〕』(2016 年) 162~163 頁。

<sup>14</sup> 齋藤誠二「被害者の承諾と傷害 (1)」受験新報 41 卷 10 号 (1991 年) 22~23 頁。

<sup>15</sup> 佐藤陽子『被害者の承諾——各論的考察による再構成——』(2011 年) 19~20 頁。

従って多数説は、治療行為であっても傷害罪の構成要件該当性は存在し、治療行為正当化の三要件<sup>16</sup>が認められる場合に違法性が阻却されるとする<sup>17</sup>。つまり、結果としてはそれによって患者の健康が回復されるものであっても、治療行為それ自体は患者の身体への侵襲性を有しており、これは「傷害」の概念に含まれるものであるとするのである。

## 2 利用促進法制定に至るまでの議論

他方で、医療実務においては、医的侵襲の際に患者本人が意思能力を有していないケースが多々存在している。このような場合に、医師の説明義務は誰に果たされなければならないのか、誰の同意を得なければならないのか、という問題がある。とりわけ、高齢者や精神障害者の場合に、この問題をどのように解決すべきかという点が民事法学を中心に議論されており、2000年に成立した成年後見法（改正民法）にも成年後見人による医療代諾権を盛り込むべきではないか、との提言がなされていた。しかし、2000年の法改正の時点では、この問題に関する議論のあることは認められていたものの、「成年後見の場面における医的侵襲に関する決定・同意という問題は、一時的に意識を失った患者又は未成年者等に対する医的侵襲に関する決定・同意と共通する問題であるところ、それら一般の場合における決定・同意権者、決定・同意の根拠・限界等について社会一般のコンセンサスが得られているとは到底いい難い現在の状況の下で、本人の自己決定および基本的人権との抵触等の問題についての検討も未解決のまま、今回の民法改正に際して成年後見の場面についてのみ医的侵襲に関する決定・同意権に関する規定を導入することは、時期尚早といわざるを得ないものと考えられる」<sup>18</sup>として、この時点での法制化は見送られていた。そして、こうした立法者の見解を承ける形で、成年後見人の医療代諾権をめぐる種々の見解が主張されることとなった。

かつては、立法担当官の見解に従い、成年後見人の医療代諾権を否定する見解が通説とされていた。その代表的な論者として道垣内弘人は、「入院契約の締結と医的侵襲に対する同意とは独立のもの」であるとし、成年後見人は本人に判断能力がないときには、その意思を尊重し、身上に配慮しながら契約を締結することは可能であるけれども、医的侵襲に対する同意は緊急事務管理等の一般法理で解決すべきではないかとする<sup>19</sup>。

また、医療代諾権を成年後見人に付与することに対しては、医師の立場からも反対意見が

---

<sup>16</sup> ただし、三要件と言ってもその内容については論者によって違いが存するところである。有力な見解は①患者の承諾（あるいはインフォームド・コンセント）、②医学的適応性、③医術的正当性の三つを要件とするが、②医学的適応性ではなく②「治療目的を要件とする見解もある。前者については甲斐克則『医事刑法への旅Ⅰ』（2004年）31～34頁。後者については高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』（2018年）340頁。また、「正当化四要件」として「医学的適応性、医術的正当性、治療目的、患者の同意」を全て挙げる見解もある。小林公夫『治療行為の正当化原理』（2007年）106頁。

<sup>17</sup> 甲斐・前掲注16)31頁、西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法総論〔第3版〕』（2019年）210頁、高橋・前掲注16)339～340頁。

<sup>18</sup> 法務省民事局参事官室『成年後見制度の改正に関する要綱試案の解説——要綱試案・概要・補足説明——』（1998年）43頁。

<sup>19</sup> 道垣内弘人「成年後見人の権限——身上監護について」判例タイムズ臨時増刊1100号『家事関係裁判例と実務245題』（2002年）239頁。

出されている。齋藤正彦は、第一に大部分の成年後見人等が、医療手段の選択において、被後見人と利益相反の関係にあること、即ち、成年後見人が親族である場合にはその大部分が推定相続人であり、そこでは被後見人が長生きするほどに相続財産が減るのに対して、第三者後見人の場合には被後見人の生存期間が長いほど受け取る報酬が大きくなり、このような状況で生命予後に関する決定を成年後見人に委ねることを疑問視する。第二に、齋藤は、日本では成年後見人による被後見人の資産横領が横行しているのに対し、監督する裁判所の体制が極めて脆弱であり、成年後見制度の適正な運用を第三者が客観的に評価する道がないと指摘する。そして第三に、成年後見人等の大半は高齢者であり、医療手段の選択が生命予後の選択と直接結びつく場合が多いため、成年後見人等に医療代諾権を与えることは治療拒否権を与えることに等しいと述べる。そして、「そうした状況で、被後見人の生殺与奪の権限まで与えるということは、被後見人の権利擁護の観点から容認しがたいといわざるを得ない」とする。そして、「当面、現実的なのは、医療上の意思決定は医療機関に任せることである」として、「協議に応じる親族や関係者がいない場合は、医学的な妥当性を中心にして判断を下せばよい」と結論付ける<sup>20</sup>。

これに対して、成年後見人の医療代諾権を肯定する見解が近年有力に主張されてきた。上山泰は、必要最小限または危険性の少ない軽微な侵襲<sup>21</sup>については成年後見人に医療代諾権を認めてよいとし、その理論的な根拠としては、「医療同意権を全く伴わない医療契約締結権限（法定代理権）とは、そもそも内容的に空虚」であり、「医療契約締結のための法定代理権を有効に機能させるためには、少なくとも医療機関側の債務確定に最低限必要な限度の医的侵襲に対する同意権を法定代理人にあわせて認めておく必要があるはずである」と説く。加えて、医療同意権の行使主体として成年後見人に寄せられる社会的期待の高まり、医療現場における職務遂行の阻害、そして代諾を否定した場合には医療機関側が最終決定権を有することになるが、そのようなケースで代替的治療が存在する場合に医療機関はQOLの向上よりもリスクの低減を優先する可能性が高いものの、それはインフォームド・チョイスの機会を事実上奪うものであり不公平であるとして、否定説を批判する<sup>22</sup>。

床谷文雄も、「健康維持のための定期的な健康診断や日常的な生活の中で通常生じうる疾病・けが（風邪・骨折・歯痛など）については、それが客観的に必要と思われる限り、本人の意思に反する場合であっても（医者嫌い、検査嫌い）、成年後見人の判断で受診させ、通

<sup>20</sup> 齋藤（正）・前掲注 2)136~138 頁。

<sup>21</sup> 具体的には、「①「病的症状の医学的解明に必要な最小限の医的侵襲行為（触診、レントゲン検査、血液検査等）」と、②「当該診療契約から当然予想される、危険性の少ない軽微な身体的侵襲（熱冷ましの注射、一般的な投薬、骨折の治療、傷の縫合等）」を一般に肯定し、更に「当該行為が本人の推定的意思に合致するか、あるいは少なくともこれに反しない場合には、③「健康診断および各種検診（ただし、重大な手術に匹敵するような危険性のある検査は除く）」と、④「各種予防接種の受診（施設等で実施されるインフルエンザの予防注射等）」についても認めてよいとする。上山泰「医療同意をめぐる解釈論の現状と立法課題」実践成年後見 16号（2006年）46頁。

<sup>22</sup> 上山・前掲注 21)46~48 頁。ただし、上山は、積極的に代諾権を肯定しようとする論者とは異なり、現行法の解釈適用の範囲内で成年後見人に「医療同意権の行使」を認めることには極めて慎重である。上山泰「成年後見人と医療の同意権」赤沼康弘編『成年後見制度をめぐる諸問題』（2012年）194頁以下。

院・入院治療・リハビリを継続することができると考えてもよいのではなかろうか」（下線引用者）と論じ、あくまでも日常的な治療行為に限るとの前提の下で、本人の意思に反する成年後見人独自の決定権を肯定している<sup>23</sup>。

田山輝明は、障害者の権利に関する条約 25 条が判断能力の不十分な者にも保健や医療が平等に与えられなければならない旨を定めていることを承け、補佐制度を中心として成年後見制度を再編成すべきとの立法提言を行っている<sup>24</sup>。そして、成年被後見人が風邪を引いたに過ぎないような場合は現行法の解釈論として展開し、生命身体に危険を伴うような医療行為については立法論を前提に研究が進められるべきであるとしている<sup>25</sup>。また、寺沢知子も、監護権という観点からの制度設計を議論する価値は大きいと述べている<sup>26</sup>。

ところで、代諾を肯定する見解の中でも、医療代諾権をどの範囲まで肯定すべきかについては見解の対立がある。能見善久は、治療・手術を受けるか否かの決定は純粹に身上に関する意思決定であり、後見に付されていても、本人が判断できるならば本人が決定すべきものであるが、本人に判断能力がない場合には誰かが決定しなければならないのであり、身上監護に関する意思決定は現行民法 859 条の代理権の範囲には当然には入らないが、「成年後見人は、成年被後見人の生活、療養看護……に関する事務を行う」義務があると考えべきであり（……）、その義務に対応して、手術などについても意思決定できると考えるべきである」とする。そして、立法論としては、ドイツ民法と同様に通常の治療行為と重大な治療行為を分け、後者については裁判所の許可を得て行うという制度が適当であるとする<sup>27</sup>。

また、須永醇は、現行民法 858 条の解釈論で、本人が意思能力を有しない場合の医療行為についての代諾は成年後見人の権能に含まれると解されるべきだとしつつ、その妥当性を担保するために、後見監督人として「第三者的立場の医師と成年後見制度の趣旨を理解した法律的素養ある者それぞれ 1 名程度の関与を求める」ことが不可欠であるとしている<sup>28</sup>。

上山泰も、「重要な（身体への侵襲の程度が高い）医的侵襲行為」についての意思決定は、

---

<sup>23</sup> 床谷文雄「成年後見における身上配慮義務」民商法雑誌 122 巻 4=5 号（2000 年）547~548 頁。

<sup>24</sup> 田山輝明「第 1 編第 1 章 本編の課題と日本の成年後見制度——障害者権利条約との関連で」田山編著・前掲注 2)41 頁以下。

<sup>25</sup> 田山輝明「第 3 編第 1 章 成年後見人の医療代諾権をめぐる問題点」田山編著・前掲注 2)206 頁以下。

<sup>26</sup> 寺沢知子「『承諾能力』のない人への治療行為の決定と承諾——未成年者と高齢者を中心に」潮見佳夫編代『民法学の軌跡と展望—國井和郎先生還暦記念論文集—』（2002 年）127 頁。

<sup>27</sup> 四宮和夫＝能見善久『民法総則〔第 9 版〕』（2018 年）75~76 頁。

<sup>28</sup> 須永醇「成年後見制度について」法と精神医療 17 号（2003 年）28 頁以下。なお、須永は、民法総則における「代理」は本人の利益に対しては無色・中立であるところ、医療行為の場合は本人の最善の利益を図るものでなければならないから、その意味でも総則の代理とは同視することはできないとし、その意味で成年後見人による同意は「同意者を通しての本人の決定」であるとの法律構成はあり得るとしつつも、遷延性の植物状態にある患者についてもこのような法律構成を維持することについては疑問が残ることから、一種の他者決定としての法律構成とした方がより適切であるとして、用語法としては代諾と区別して「代行」を用いることを提言している。須永醇「成年後見制度の解釈運用と立法的課題」成年後見法研究 2 号（2005 年）9 頁。

理想論としては成年後見人等と医師との協同的意思決定として位置付けるべきであり、ここでの成年後見人等の役割は本人の最善の利益＝本人の主観的価値判断の擁護であるが、患者本人の主観的利益を探究すること自体が不可能な場合には、現在の日本で最優先の客観的基準であると思われる「患者の生命保全」に従って、最終決定権は原則として医療機関側に留保せざるを得ないとする<sup>29</sup>。

他方で、代諾権限を広範に、即ち手術などの侵襲性の高い治療行為に対しても認めるべきとする見解もある。丸山英二は、医療行為の実施は事実行為であって後見人の職務ではないが、医療行為の実施に対して同意を与えることは後見人の権限に含まれるとされる診療契約の締結と密接に関係しており、被後見人のために建築される住居の建築契約の履行段階において、業者が行う作業に関して指示する権限は後見人に属することを引き合いにした上で、医療行為について同意する権限は後見人に認められるのは当然であるとする。また、成年後見人の同意権限を否定する要因となる医療行為の一身専属性についても、確かに本人の意思に基づかない医療行為は強制的な要素を含み、また大小のリスクを伴うが、「本人の生命の維持、健康の回復に必要であるから行われる、本人の保護を目的とする行為である」とし、また「一身専属性は、本人の同意能力を前提とするものであり、それが認められない場合には、一身専属性は背後に退き、本人の保護が前面に出るべきものとする」。そして、侵襲性やリスクの程度が高い場合についても、それが成年被後見人の保護のために必要と判断されるならば、「成年後見人の同意権限は肯定されるべきである」と説き、終末期医療についても同様であるとする<sup>30</sup>。

こうした広範な代諾権を認める見解に対しては、代諾権の肯定に消極的な立場を中心として、あくまでも本人の意思や主観的利益を保護すべきであるとの主張も唱えられている。患者の主観的利益を重視する見解として藤村賢訓は、代諾を制度として構築するにあたってあり得る方針は、現状を追認して家族に代諾権を付与するか、あるいは成年後見人に立法で代諾の権利を付与するか、という二つが存するところであるが、しかしいずれにせよ代諾とは「他者が最善と考える患者の利益」の確保に過ぎないのではないかと疑問を提示する。その上で、医療提供の前提となる正当化要件としての同意という視点を離れ、患者の利益を最大限重視するために、家族や成年後見人は「積極的代行決定よりもむしろ、本人によりなされた治療拒否等の事前の意思を表明し、本人の価値観や嗜好等の情報を医師に表明するなどを通じて、本人の主観的利益である最善の利益に即した治療態様を形成するための支援者」として考えるべきであるとする<sup>31</sup>。

また、佐藤雄一郎は、代諾が必要となるのは承諾の前提である自己決定が使えない場面であり、従って本人に承諾能力がある場合とは「異なるルール」が適用されるべきではないか

---

<sup>29</sup> 上山泰「第7章 患者の同意に関する法的問題点」新井誠・西山詮編『成年後見と意思能力——法学と医学のインターフェース』（2002年）130～131頁。

<sup>30</sup> 丸山英二「成年後見人の医療同意権に関する若干の考察」実践成年後見 54号（2015年）12～14頁。

<sup>31</sup> 藤村・前掲注5)68～69頁。ただし、「個人主義が定着し、患者本人の自己決定権が尊重されていることに鑑み、家族等の代諾に安易に法的根拠を与えることは、慎重になる必要があり、社会的合意をもって立法化を待たなければ正当化できないものであるとする」（同69頁）とも述べており、代諾の制度化には比較的慎重な見解な態度と解される。

と説く。そして、医療行為ないし侵襲行為が違法性を阻却されるのは、それが「本人の生命や健康の確保のために必要であるからであり、あるいは推測される本人意思に従ったものである」からであるとして、家族や後見人、そして医療者は「できる限り本人意思に迫る努力をすることが必要なのではないか」として、あくまでも代諾とは本人の利益に適うものでなければならないことを強調する<sup>32</sup>。

渡辺幹典も、代諾の必要性を肯定しつつも、代諾権者の順位という問題や代諾者における同意権の範囲といった問題があり、単に成年後見人の代諾権限を与えれば問題が解決するというわけではないことを指摘している<sup>33</sup>。

このように、代諾権の範囲に違いはあれど、学説上では代諾肯定説が有力に唱えられたことを承けて、日本弁護士連合会と公益社団法人成年後見センター・リーガルサポートがそれぞれ立法提言により早期の法制化を求めていた<sup>34</sup>。日本弁護士連合会は2011年12月15日に「医療同意能力がない者の医療同意代行に関する法律大綱」<sup>35</sup>を取りまとめており、そこでは、患者本人に同意能力がない場合に医師を決定者とするのは、医師の責任が過大になると共に、過度の濃密医療や評価の定まっていない医療、実験医療が濫用されるおそれがあり、また種々の調査を参照した上で成年後見人に医療同意の代行決定権を付与することには社会的コンセンサスが得られているとしている。また、公益社団法人成年後見センター・リーガルサポートは2014年5月に「医療行為における本人の意思決定支援と代行決定に関する報告及び法整備の提言」を発表しているが、そこではあくまでも「本人の意思決定を、周囲の者が最大限支援することにより、自己決定の手続的な保証がなされる必要がある」との考えの下、可能な限り本人を意思決定プロセスに参加させるべきであるとした上で、本人にその能力がない場合には「①本人があらかじめ指定した者」、「②本人の配偶者（事実婚の配偶者を含む）、直系血族及び兄弟姉妹、三親等以内の親族」、「③成年後見人及び保佐人・補助人・任意後見人」、「④本人の居住地の市町村長」の順位でこれらの者が「本人の過去及び現在の意向、心情、信念や価値観に配慮して医療行為について代行決定する」ものとしている<sup>36</sup>。

<sup>32</sup> 佐藤雄一郎「高齢者の意思能力および行為能力——医療・介護の場におけるサポートおよび「代諾」」法律時報85巻7号（2013年）18頁。

<sup>33</sup> 渡辺・前掲注5)428頁以下。

<sup>34</sup> また、個人による立法提言としては、2000年の民法改正以前のものとしては額田洋一「成年後見法制定要綱「私案」」ジュリスト1055号（1994年）101頁、小賀野晶一「成年身上監護制度論（1）～（4・完）」ジュリスト1090号（1996年）112頁、1092号（1996年）60頁、1093号（1996年）106頁、1094号（1996年）113頁（とりわけ「医療の身上監護」に関するのはジュリスト1093号（1996年）110頁以下）、2000年以降のものとしては田山・前掲注24)51~53頁、田山輝明『成年後見読本〔第2版〕』（2016年）279~280頁、赤沼康弘「終章 同意能力のない者に対する医療行為の法的問題点と立法提言」新井誠編『成年後見と医療行為』（2007年）253頁以下などがある。

<sup>35</sup> 日本弁護士連合会「医療同意能力がない者の医療同意代行に関する法律大綱」（2011年12月15日）

[http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2011/111215\\_6.html](http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2011/111215_6.html)（2020年1月1日最終閲覧）を参照。

<sup>36</sup> 同提言については迫田博幸「医療行為における本人の意思決定支援と代行決定に関する報告及び法整備の提言」の解説」実践成年後見54号（2015年）32頁以下を参照。

以上概観したように、2000年の民法改正の時点では「時期尚早」と言われた医療代諾権については、数多くの見解が示されるに至った。そして、日常的な医療行為から生命の危険を伴う手術に至るまで、どの程度の代諾権限を認めるべきかについては見解の対立はあるものの、何らかの形で代諾権限は法制化すべきであるとの主張が圧倒的に有力である<sup>37</sup>。こうした議論状況を踏まえた上で、具体的な制度化に向けて動き出すために利用促進法が制定されるに至ったものと思われる。

### 3 裁判例における代諾についての判断

日本の裁判例では、代諾の法的意義そのものが直接問題となった事案はないが、主に民事裁判例で代諾の取り扱いが問題とされた事案の集積がある<sup>38</sup>。もっとも、事案によって患者の病状や意思能力の有無などが大きく異なるため、代諾についての統一的な判断がなされるには至っていない。

東京地裁平成元年4月18日判決判例時報1347号62頁は、「医師の診断又は治療のための行為が患者の身体やその機能に影響を及ぼす侵襲に相当する場合、患者は自己の生命、身体、機能をどのように維持するかについて自ら決定する権能を有するのであるから、医師は、原則として、患者の病状、医師が必要と考える医療行為とその内容、これによって生ずると期待される結果及びこれに付随する危険性、当該医療行為を実施しなかった場合に生ずると見込まれる結果について、説明し、承諾を受ける義務があり、承諾を得ずにした前記のような侵襲行為については医師は私法上違法の評価を免れることはできないと解される」との一般原則を認めつつも、「この意味での説明義務の範囲ないし程度は、具体的事情によって異なることは当然であって、侵襲や危険性の程度が小であるとき、緊急事態で説明をしたり承諾を求めたりする余地がないとき、説明によって患者に悪影響を及ぼし又は医療上悪影響をもたらすときなどは説明を省略し又は可能な限度で説明をすることで足りると解されるし、患者本人でなくその家族に対する説明とその承諾で足りる場合もあると解するのが相当である」との基準を立てている。そして、本事案で問題となったセルジンガー法による脳血管撮影の実施に当たっては、「その説明の内容については、重篤で非可逆的な合併症の可能性を原告に説明することは、受検時の原告の不安と精神的緊張を増大し、悪影響を及ぼす可能性も考えられるところから、患者である原告に対しては合併症の危険性を告知するのは相当ではなく、この点は原告の家族に対して説明をするのが相当であり、また、重篤で非可逆的な合併症についての説明の程度も、発生頻度の低さに鑑み簡略なもので足りると解するのが相当である」として、本件証拠関係のもとでは原告の家族が本件撮影を承諾したものと認められ、かつ「当時原告には本件撮影の必要性の判断や決断をする能力が不足し

---

<sup>37</sup> 新井誠は、肯定説を比較検討した上で、「これだけの論者が肯定説を主張しており、むしろ肯定説の立場が学説上の優位を占めるようになったのではないか。したがって、「否定説が圧倒的な優位を占めている」との現状認識は修正を迫られているようにも思われる」としている。新井誠「序章 成年後見法における医療行為の同意権」新井誠編・前掲注34)9頁。

<sup>38</sup> なお、患者が未成年者である場合の民事判例については、寺沢知子「未成年者への医療行為と承諾——「代諾」構成の再検討——(1)」民商法雑誌106巻5号(1992年)655頁が詳細な検討を加えているところである。

ていたと判断されるので、このような事情のもとでは、患者である原告との間で前叙の説明や承諾がなされなかったとしても、説明義務懈怠の問題を生じないものというのが相当である」と結論付けている。

千葉地裁平成12年6月30日判決判例時報1741号113頁は、精神科医が原告本人を診察せずに原告の叔母の話を聞いただけで精神分裂病妄想型と診断し、水薬を処方したことが、医師法20条<sup>39</sup>に違反する行為であり、原告の人格権を侵害したとして、損害賠償請求の訴えがなされた事案である。千葉地裁は、「これが、形式的にみれば、医師法20条に違反する行為（診察なき治療）であり、かつ、インフォームド・コンセントの原則に違反する行為（患者に対して治療の内容について説明しその同意を得るべき医師の義務に違反する行為）であるように見える」としながらも、精神病の治療における当時の実態に鑑みて、「非告知投薬、ことに患者本人の診察を経ないそれは、できる限り避けることが望ましいといえるが、病識のない精神病患者に適切な治療を受けさせるための法的、強制度なシステムが十分に整っていない日本の現状を前提とする限りは、ア病識のない精神病患者が治療を拒んでいる場合に、イ患者を入院させることができるようになるまでの間の一時的な措置として、ウ相当の臨床経験のある精神科医が家族等の訴えを十分に聞いて慎重に判断し、エ保護者的立場にあって信用のおける家族に副作用等について十分説明した上で行われる場合に限っては、特段の事情のない限り、医師法20条の禁止する行為の範囲には含まれず、不法行為上の違法性を欠くものと解することが相当であると思われる」としている。

上記二件の裁判例は、いずれも患者本人が完全な承諾無能力に陥っているとまでは言えないが、極めて制限的な能力にまで低減していることが認められており<sup>40</sup>、かつ患者本人に説明することが相当でないと認められる事情が存しており、その限りで患者本人ではなく家族に対する説明によって医師の義務は果たされたものと判断されている。

しかし、こうした例外的な事情がない限り、裁判所は患者本人に対する説明義務を果たすべきであるとしている。東京地裁平成13年3月21日判決判例時報1770号109頁は、帝王切開の際に患者本人の承諾を得ることなく右側卵巣及び子宮全摘出手術が実施された事案である。被告はこの手術については夫の承諾を得ているため違法ではないと主張したが、東京地裁は、「医療行為がときに患者の生命、身体に重大な侵襲をもたらす危険性を有していることにかんがみれば、患者本人が、自らの自由な意思に基づいて治療を受けるかどうかの最終決定を下すべきであるといわなければならないから、緊急に治療する必要があり、患

---

<sup>39</sup> 「医師は、自ら診察しないで治療をし、若しくは診断書若しくは処方せんを交付し、自ら出産に立ち会わないで出生証明書若しくは死産証書を交付し、又は自ら検案をしないで検案書を交付してはならない。但し、診療中の患者が受診後二十四時間以内に死亡した場合に交付する死亡診断書については、この限りでない」。

<sup>40</sup> 東京地裁判決では「高次機能の現状を診断するために筆記によるテストをしたところ、閉眼で「宮本」を「宮木」と書き誤り、二桁の足し算三題中二題、引き算三題中二題を誤算し、立方体の図の模写ができないなどの失調が認められた事実があり」、千葉地裁判決では患者が「自宅に盗聴器や隠しカメラが取り付けられ、自分の行動が監視されていると確信し、また、昭和五六年ころには、自分を監視しているのはいわゆるグリコ・森永事件の犯人達と同一のグループで夫もその一味であると考え、再三にわたって千葉中央警察署等の警察官に盗聴器や隠しカメラを取り除いてくれるよう要請するようになり、右のような原告の行動は本件入院まで一貫して継続していた」ことがそれぞれ認定されている。

者本人の判断を求める時間的余裕がない場合や、患者本人に説明してその同意を求めることが相当でない場合など特段の事情が存する場合でない限り、医師が患者本人以外の者の代諾に基づいて治療を行うことは許されないというべきである」と判示した上で、本件では「いったん閉腹して原告の回復を待ったとしても、直ちに原告の生命に影響するような状況にはなく、本件手術には本件帝王切開に引き続いて本件手術を行わなければならないほどの緊急性はなかったと認められる上、病名も子宮筋腫であって癌等の病気の場合のように患者に説明すること自体に慎重な配慮を要するともいえないから、代諾に基づく治療が許される特段の事情があるということはできず、被告らの主張は理由がない」とした。

また、いわゆるロボットミ手術について、札幌地裁昭和53年9月29日判決判例時報914号85頁と名古屋地裁昭和56年3月6日判決判例時報1013号81頁は、いずれも患者本人の承諾を得ずに家族の代諾だけで行われた手術は違法であると判断している。もっとも、ロボットミ手術自体が両事案の時点で既に米ソでは禁止されており日本でもほとんど行われることがなくなっており、加えていずれの事案でも患者の承諾能力が否定されていないことから、患者本人の承諾が欠けているという点は留意すべきである。

他にも、福井地裁平成元年3月10日判決判例時報1347号86頁では、患者の夫による根治手術の申し入れを容れず保命的療法を取ったことが自己決定権<sup>41</sup>の侵害であるとの主張については、「かかる状況のもとで医師が自己の信念に従った診療（グレードの改善を待っての根治手術実施）をしている場合、患者側は医師に対し一か八かの極めて成功率の低い手術の強行を求めることは、患者の自己決定権の適正な行使とは到底いえないし、更にかかる要求に従わない医師ないし医療機関をして診療契約上の義務違反としてこれを問責し、損害賠償の責を負わせるがごとき見解には当裁判所は到底左祖できない」と判事している。この点に関する原告の主張が認容されなかったのは自己決定権というよりは医術的正当性の問題であるようにも思われるが、ロボットミ手術も含めて、代諾の存在によって不合理な治療行為を正当化することはできないという点が確認されよう。

なお、代諾が問題となった事案ではないが、医療における家族の役割について積極的にこれを認める判例としては、最高裁平成14年9月24日第三小法廷判決判例時報1803号28頁がある。この事案は、医師が末期がんの診断を患者本人にもその家族にも告知しなかったというものである。最高裁は、「医師は、診療契約上の義務として、患者に対し診断結果、治療方針等の説明義務を負担する。そして、患者が末期的疾患に罹患し余命が限られている旨の診断をした医師が患者本人にはその旨を告知すべきではないと判断した場合には、患者本人やその家族にとってのその診断結果の重大性に照らすと、当該医師は、診療契約に付随する義務として、少なくとも、患者の家族等のうち連絡が容易な者に対しては接触し、同人又は同人を介して更に接触できた家族等に対する告知の適否を検討し、告知が適当であると判断できたときには、その診断結果等を説明すべき義務を負うものといわなければならない。なぜならば、このようにして告知を受けた家族等の側では、医師側の治療方針を理解した上で、物心両面において患者の治療を支え、また、患者の余命がより安らかで充実し

---

<sup>41</sup> 原告側は「自己決定権」と主張しており、裁判所もこの用語を改めていないが、患者本人が当時昏迷状態にありその後死亡していることから、このような根治手術の申し入れを容れなかったことを本人の自己決定権侵害として良いかは疑問が残る。

たものとなるように家族等としてのできる限りの手厚い配慮をすることができることになり、適時の告知によって行われるであろうこのような家族等の協力と配慮は、患者本人にとって法的保護に値する利益であるというべきであるからである」（下線引用者）として、本件病院の医師らの対応は「余命が限られていると診断された末期がんりに患っている患者に対するものとして不十分なものであり、同医師らには、患者の家族等と連絡を取るなどして接触を図り、告知するに適した家族等に対して患者の病状等を告知すべき義務の違反があったといわざるを得ない」と判断した。本判決は、家族への告知による協力と配慮が患者本人の重要な利益であることを正面から肯定しており、参考に値する<sup>42</sup>。

#### 4 小括

以上、代諾に関する民法上の議論あるいは民事裁判例を概観してきたが、既に述べたように、議論状況としては大なり小なり成年後見人による代諾を肯定すべきであるとの見解の方が圧倒的に有力となっていた。そして、利用促進法の成立を承けて、今後成年後見人等に代諾の権限が法的に認められるのはほぼ確実であろうと思われる。そうすると、民法的な基盤を持った代諾が成立したとして、それを刑法的にはどのように解釈すべきかが問題となる。従って、次章では、刑法学における従前の議論と、代諾との関連性があると思われる刑事裁判例とを参照した上で、代諾の刑法理論的解釈について検討を加えることとする。

### Ⅲ 刑法的観点から見た代諾

#### 1 刑法上の議論

刑法学においても、代諾についての議論は、民法学ほど盛んではなかったとはいえ、積み重ねられてきた。そこで問題となるのは、代諾が治療行為の違法性をどのような理由で阻却することができるのかという点である。そこで用いられるのは、患者本人の主観的利益を保護するアプローチと、それに加えて客観的利益を保護するアプローチの二つである。

町野朔は、あくまでも「他者決定は本人の主観的利益を保護するための制度である」とする。「医療は当該本人の利益のみに関することであり、何がその者の利益であるかは本人だけが決めることができる、それ故、医療の実行を本人の選択に委ねる、というのが医療の場において自己決定権を承認する趣旨である。このように、「本人の利益」はあくまでも主観的なものであり、自己決定による選択が行われることのない他者決定のときでもそうではなくてはならない」。町野は、本人の意思能力の有無が自己決定と他者決定の分水嶺であると

---

<sup>42</sup> これ以前の判例として、最高裁平成7年4月25日第三小法廷判決民集49巻4号1163頁では、胆のう癌により死亡した患者本人又はその夫に対して説明をしなかったことは、「昭和58年当時医師の間では、患者に対して病名を告げるに当たっては、癌については真実と異なる病名を告げるのが一般的であった」と認めた上で、本件事実関係の下では病名の不告知が債務不履行にはあたらないと判断している。しかし、前掲最高裁平成14年9月24日判決には上田豊三裁判官の反対意見があるが、それはがんの不告知が妥当であるとするものでは決してなく、平成2,3年当時の医師は「がん末期医療に関するケアのマニュアル」を斟酌した上で患者本人やその家族に告知するか否かを決めるべきであって、原審はその点の検討が不十分であるために破棄差し戻しすべきとするものである。現在では、がんは本人に告知するのが一般的であると思われるが、こうした判例の変遷を概観するだけでも医師の説明義務に関する要求の高まりを看取し得よう。

一般には考えられているが、しかし自己決定は自律（autonomy）、他者決定は後見（paternalism）に基づく決定原理であり、いずれも本人の主観的利益の決定という一つの目的のための手段であって並行的・相互補完的に機能するものであると指摘する。そして、倫理的な妥当性には議論の余地があるとしつつも、本人の自己決定を援用することが不可能な場合には、代行決定による治療行為の実施を法的に認めるべきであるとする。その理論的根拠は、「このような場合には、本人が告知を現実を受ければ彼も治療に承諾を与えるであろうと思われるのであり、他者決定による医療の実行は本人の（主観的）利益に合致するからである」とする<sup>43</sup>。

同様に、代諾による正当化の根拠を患者の主観的利益に求めるのは田坂晶である。田坂は、推定的承諾の理論における基本構造を代諾へと援用することを試みる。田坂は、代諾を承諾が得られない場合の要件としてしまうと、代諾を得ることもできない場合には治療行為を正当化する余地がなくなってしまうと指摘する。その上で田坂は、ドイツにおける推定的承諾の議論状況を参照し、推定的承諾とは現実に患者が承諾を与えることができる場合の承諾と同等の法的意義を有するものではなく、あくまでも「患者本人の真意を推測するための一つの要素」に過ぎず、代諾もまた患者本人の意思を推定するための一要素として捉えようとする<sup>44</sup>。つまり、推定的承諾と代諾のいずれも、被害者の承諾のように単独で正当化根拠として機能するだけの効果を有するものではなく、患者本人の意思に適うことこそが正当化の核心であって、この患者本人の意思を直接窺い知ることができない場合にそこへ接近するための資料として、「家族の意思」であるとか、場合によっては「推定」が、意義を有するということになる。

これに対して、代諾とは患者の主観的利益と客観的利益を併せて保護するためのものであると解するのは大杉一之である。大杉は、推定的承諾と代諾とは全く別個のものであると考えるべきであるとする。大杉によれば、代諾とは二つの意味を有したものであり、一つは「患者本人の意思を推定する資料としての意味」、言い換えれば患者本人の主観的利益を保護するための資料として、患者の主観的利益をよく知る者による代諾が参照されるとする。そのため、代諾を与えることができるのは同居人や友人も含まれる可能性があり、逆に親権者、近親者、法定代理人といった本人と法的関係を有する者であっても、日常的関係を持たないならばこのための資料とすることはできないとする。そしてもう一つは、「患者本人の客観的利益を保護する役割」である。即ち、一般通常人が利益と考える事態（客観的利益）に反する事態が正当化されるのはそれが患者本人の意思に基づいているからであって、従って患者本人の主観的利益を確認することができない状況下においては、一般通常人が利益と考える事態を限度として、代諾が機能することになるとする。大杉によればこれは「患者を保護するための独立の活動」ということになり、この意味での代諾を与えることができるのは監護義務又は監護権を有する親権者その他の法定代理人に限定されることになる<sup>45</sup>。

<sup>43</sup> 町野朔「自己決定と他者決定」年報医事法学 15号（2000年）44頁。

<sup>44</sup> 田坂晶「刑法における同意能力を有さない患者への治療行為に対する代諾の意義」島大法学 55巻2号（2011年）29頁以下。

<sup>45</sup> 大杉一之「治療行為といわゆる「代諾」序説」法學新報 113巻3=4号（2007年）390頁以下。

## 2 刑事裁判例

刑事裁判において代諾が問題となった事案は極めて少ないが、家族の意思あるいは承諾が患者本人に対する行為についてどのような意義を有するのかについては、侵襲の程度において両極に位置すると思われる二件の裁判例を挙げることができよう。

本人の意思を最も重要視すべきであり、代諾を本人の意思と同視すべきではないとされた事案は、患者自身の死についての決定、即ち臨死介助が問題となった川崎協同病院事件である。本件では代諾の問題が直接論じられたわけではないが、控訴審である東京高裁平成 19 年 2 月 28 日判決刑集 63 卷 11 号 2135 頁では、尊厳死における治療中止の正当化根拠としては患者の自己決定権によるアプローチと治療義務の限界によるアプローチが挙げられるとした上で、前者について考慮するにあたり、「家族の意思は、同人〔引用者注：被害者〕の意思を探求するための大きな手掛かりではあるが、手掛かりの一つにすぎず、家族の意思のみをもって同人の意思と同視することはもとよりできない。なお、家族の意思が表明された場合には特段の事情がない限り患者本人の意思と同視すべきという見解もあり得るが、前述したように、これでは家族による患者本人の意思決定の代行を認めることと同じことになるし、代諾と試みてみても、その実態にそう違いがあるとはいえない」とし、家族の意思は本人の意思を探求する上での一資料としての価値しか持たないとの判断を示した<sup>46</sup>。

これに対して代諾が本人の承諾とほとんど同義に扱われていると考えられるのは、治療行為そのものではなくそれに付随する看護行為に対する、しかも包括的な代諾であろう。こうした看護行為についての正当業務行為性が争われた前掲福岡高裁平成 22 年 9 月 16 日判決は、「当該行為が、①看護の目的でなされ、②看護行為として必要であり、手段、方法においても相当な行為であれば、正当業務行為として違法性が阻却されるというべきである（②の要件を満たす場合、特段の事情がない限り①の要件も満たすと考えられる）。なお、患者本人又はその保護者の承諾又は推定的承諾も必要であり、本件でもトラブル回避のためには個別的に爪ケアの必要性等を説明して承諾を得ることが望ましかったといえるが、一般に入院患者の場合は、入院時に示される入院診療計画を患者本人又は患者家族が承認することによって、爪ケアも含めて包括的に承諾しているものとみることができ、本件でもその承諾があるから、本件行為についての個別的な承諾がないことをもって正当業務行為性は否定されない」と判断している。

この両裁判例では、被告人の行為が正当化されるために代諾が果たす役割は全く異なっている。川崎協同病院事件控訴審判決では、家族の意思あるいは代諾は患者の意思と同視し得るようなものでは全くなく、患者本人の意思を探求するための手掛かりの一つとしか位置付けられていない。それに対して福岡高裁判決では、特に理由を説示することなしに、本件では傷害罪の構成要件に該当する態様で行われた「爪ケア」をも包括した入院診療計画へ

---

<sup>46</sup> これに対して上告審である最高裁平成 21 年 12 月 7 日第三小法廷決定刑集 63 卷 11 号 1899 頁では、「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（中略）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」と判示するに留まり、被害者の意思とその推定的意思、そして家族の意思が具体的にどのような関係に立つのかについてはまでは言及されていない。

の承諾については、「患者本人またはその保護者」が行うことが要求されている。ここでは患者本人の承諾と保護者の代諾が並列的に記述されていることから、このような場合には両者のいずれが行った承諾であるかという点は重要ではないということになる。無論、臨死介助と看護行為とを単純比較することはできないが、患者本人に対する侵襲性と代諾の持つ法的効力との間に相関関係があることは、民事裁判例も併せて検討してみれば、裁判所においても認められていると言えるだろう。

### 3 私見

ここで改めて、刑法における違法性阻却事由としての被害者の承諾について立ち返ってみたい。被害者の承諾が存在する場合に、行為が構成要件該当性を有することによってその違法性が推定されても、最終的に違法性が阻却されるのは、それが被害者本人の意思に合致しており、従って法益侵害という結果無価値が否定されるからである。これは「欲する者に損害は与えられず」(Volenti non fit injuria) というローマ法時代の法諺から現代に至るまで引き継がれてきた考え方である。そして、ドイツでは基本法 2 条 1 項において人格の自由を定め、この重要な権利を保護するために被害者の承諾が違法性阻却事由として承認されている。日本でも、憲法 13 条に定められている幸福追求権から、自己決定権は個人の有する重大な権利として承認されていると言ってよい<sup>47</sup>。

問題は、この「欲する者に損害は与えられず」という基本構造を、仮に本人とどのような関係を有しているとしても、他者による決定に援用することが果たして可能か否かということである。ここであくまでも患者本人の主観的利益から代諾を正当化しようとするのであれば、代諾は推定的承諾の問題として収斂されることになる。

しかし、代諾を推定的承諾の一類型として処理してしまうことに対して、筆者は疑問を覚える。第一に、推定的承諾も原理的には被害者本人の意思に基づいた正当化ではなく、このことは以前から指摘されている<sup>48</sup>。第二に、代諾の法制化に対する反対説から指摘されているように、代諾を与えるべき地位にいる人間は固有の利益を有しており、本人の意思を推定する資料として必ずしも妥当であるとは断言できない<sup>49</sup>。第三に、代諾を意思決定の代行と

---

<sup>47</sup> 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第 7 版〕』(2019 年) 128~129 頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第 4 版〕』(2017 年) 153~154 頁、戸松秀典『憲法』(2015 年) 110 頁~112 頁。ただし、憲法学において自己決定権は「必ずしもその意味内容に一致をみているわけではない」(戸松)とか、「自己決定権の核心部分はその内容が比較的明確であるものの、周辺部分においてどこまでが自己決定権に含まれるか明確に定式化していない段階にある」(高橋)など、未だ定まった議論がなされていない点は留意すべきであろう。日本刑法において被害者の承諾を法理として認め、その根拠に自己決定権を据える場合に、その権利の由来を直ちに日本国憲法に求めるべきか否かは検討の余地があると思われる。

<sup>48</sup> 団藤重光『刑法綱要総論〔第 3 版〕』(1990 年) 222 頁。また、須之内克彦は、被害者の承諾の根拠を利益不存在の原則に求めた上で、推定的承諾は「優越的利益の原則により補充されざるを得ない。その意味で、現実の承諾の場合とは異なった独自の違法阻却事由と位置づけられる」とする。須之内克彦『刑法における被害者の同意』(2004 年) 18~19 頁。

<sup>49</sup> これは、単に家族の相続財産や成年後見人等の報酬に限られた問題ではない。寺沢知子は、家族の利益と本人の自己決定権を調整する必要がある、との前提の下で次のように述べている。「とりわけ、精神医療のように、患者本人の自己決定権と衝突する他者の利益

して構成した場合には、一見それは患者本人の自己決定権を尊重しているように見えて、結局は患者本人の自己決定権を奪っているという考え方を基礎にしているとの疑問が呈されている<sup>50</sup>。とりわけ、最後の問題は、被害者の承諾による違法性阻却の根拠と真っ向から衝突する。被害者の承諾、ひいては被害者本人の意思尊重を基盤とする全ての違法性阻却事由の核心は、被害者が害を自ら欲している（この場合にそれを「害」と呼ぶのが妥当か否かは問題があるが）ことにある。ところが、代諾による違法性阻却をストレートに承認しよとすれば、それは「第三者から損害を欲された者に損害は与えられず」という構造にならざるを得ない。そして、このような構造が厳然としてあってもなお本人の主観的利益は保護されるべきであるとの建前を貫くならば、そこで観念されている本人の意思や主観的利益というものは結局何であるのかということにならざるを得ないが、一切判然としない。

他方で、代諾による違法性阻却の本質を本人の客観的利益に求めるアプローチについてはどうか。大杉は客観的利益を「一般通常人が利益と考える事態」<sup>51</sup>であるとするが、結局それは「生命・身体ならびに健康に関する患者本人の利益」<sup>52</sup>ということになるであろう。そうであるとする、仮に治療行為が本人の現実的意思に反するものであったとしても、それが患者本人の生命・身体を保護するものであるのならば、行為の違法性は阻却されるという理論構成になるが、それは事実上治療行為正当化の要件から患者の承諾を除外することになりはしないか、との懸念を抱かざるを得ない。また同時に、客観的利益を正当化根拠に据えるということは、結局のところ「疑わしきは生命の利益に」という方針を真正面から肯定することになるのではないか、とも思われる。

以上のような疑問があることを前提とした上で、仮に代諾による違法性阻却が可能であるとすれば、その本質をどこに求めるべきであろうか。筆者自身も未だ確定的な結論に至っているわけではないが、以下では試論として、採択し得るアプローチをいくつか提示したい。

第一にあり得るのは、「疑わしきは生命の利益に」という客観的利益こそが代諾における違法性阻却の根拠であると認め、差しあたって刑法上の違法性阻却事由としては 35 条の正当業務行為に位置付けるという考え方である。この考え方は、理論的な疑問が残るとしても、利用促進法が「疑わしきは生命の利益に」という方針を肯定していると考えられることから裏付けられる。即ち、利用促進法の制定によって整備されることになる成年後見人等の代諾権は、「生命・身体ならびに健康に関する患者本人の利益を保護するために、患者本人の自

---

があり、その利益が法的に保護される必要性がある以上は、法的保護を受けなければならない。患者に自己決定権があれば、これは保護されなければならないが、他者の権利を過剰に侵害してはならない。すなわち、家族自身の利益、たとえば家族自身の身体・健康、家族的結合、あるいは、生活上極めて重要な意味をもつ財産のような、家族自身の基本的な利益を、過剰に侵害してまでは保護されないと考える。「しかし、このような自己決定権の制約は必要最小限でなければならず、しかも、本人の自己決定権が制約されてしまうのであるから、本人の生命・身体の保護が必要とされる。それゆえ、家族の関与も、（本人の意思とは関係ないが）客観的に本人の利益となるものでなければならない」。寺沢知子「同意能力のない人への医療行為の決定と家族の利益」実践成年後見 16 号（2006 年）27~28 頁。

<sup>50</sup> 寺沢・前掲注 26)117 頁以下。

<sup>51</sup> 大杉・前掲注 45)391 頁。

<sup>52</sup> 寺沢・前掲注 26)124 頁。

己決定権を制限するまでして、患者本人と関係のある一定の者が介入できるための法規定を用意する」<sup>53</sup>のものであると解するほかない。そうであるとするならば、この代諾権は、一定の保護義務に基づいて成年後見人等に付与される権限であるということになるであろう。そしてこの権限は、まさしく民法という「法令による行為」として「罰しない」という、刑法 35 条による正当化の根拠として働くものであると解することができる。もっとも、このような考え方に対しては、単なる形式的対処に過ぎないとの批判が差し向けられるであろう<sup>54</sup>。

第二の選択肢として考えられるのは、患者本人の利益を離れて、代諾者自身の利益に目を向けるというアプローチである。このような議論を展開しようとするれば直ちに、患者本人の身体、場合によっては生命という重大な利益を、第三者の利益と比較衡量することはそもそも許されないのではないかと疑問が呈されよう<sup>55</sup>。もっとも、代諾者に固有の利益が、患者本人の利益との関係で劣後してもやむを得ないとするのであれば、それは別の問題を生じ得るものであろう。そして、高齢社会に突入した今日の日本において、「疑わしきは生命の利益に」という方針を常に貫徹することは、患者本人にとっても、必ずしも最善であるとは限らないのではないだろうか。そうであるとするれば、急病や事故の場合などは別としても、そうでない場合には、代諾という形ではなく、事前に患者本人と家族等が共同して治療計画の策定に関与し、相互の利益を調整することができる制度を設計することが、むしろ望ましいと言えるであろう。

#### IV 代諾から ACP へ

本章は、「利用促進法」が公布された平成 28 年 5 月時点の状況を前提として執筆されたものであるが、その後、同法に基づいて、成年後見制度利用促進基本計画<sup>56</sup>（以下、「基本計画」）が平成 29 年 3 月 24 日に閣議決定された。そこで、以下では基本計画の中でも「成年被後見人等の医療・介護等に係る意思決定が困難な人への支援等の検討」（基本計画別添 25 頁以下）について、その前後の流れも含めて補遺として記すことにしたい。

厚生労働省は、平成 27 年 1 月に「認知症施策推進総合戦略～認知症高齢者等にやさしい

---

<sup>53</sup> 寺沢・前掲注 26)124 頁。

<sup>54</sup> ただし、正当業務行為という構成を採用するということは、患者本人の意思を蔑ろにして良いということを意味するものではない。むしろ、成年後見人等に法律上認められる権限などを前提としつつも、代諾を行うにあたって患者本人の意思を尊重していたか否かなど、その正当性は事後的に刑事法的な吟味を厳しく受け得るものであると解すべきであろう。そして、患者本人の意思という抽象的かつ現実的には審査不可能な後ろ盾を取り払い、あくまでも成年後見人等自身の行為の正当性として刑罰による威嚇を予定しておくことが、代諾反対説の理由として挙げられているところの成年後見人の暴走に対する抑止効となり得るのではないかと考える（もっとも、言うまでもないが、その実効性については筆者自身も決して疑義なしとはしない）。

<sup>55</sup> なお、家族の利益の問題については、寺沢・前掲注 49)での引用箇所を参照のこと。

<sup>56</sup> 「成年後見制度利用促進基本計画について」（平成 29 年 3 月 24 日閣議決定）  
<https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12000000-Shakaiengokyoku-Shakai/keikaku1.pdf>（2020 年 1 月 1 日最終閲覧）。

地域づくりに向けて～（新オレンジプラン）」を公表した<sup>57</sup>。そこでは、基本的な考え方として7つの柱が示され、その第2の柱として「認知症の容態に応じた適時・適切な医療・介護等の提供」が、更に具体的には「本人主体の医療・介護等の徹底」や「人生の最終段階を支える医療・介護等の連携」等が、施策として打ち出されている。新オレンジプランを受けて、平成27年度「認知症の行動・心理症状（BPSD）等に対し認知症の人の意思決定能力や責任能力を踏まえた対応のあり方に関する調査研究事業報告書」<sup>58</sup>101頁以下では、「認知症の人の意思決定支援に関する倫理的・法的な観点からの論点の整理及び医療・看護の観点からの注意点」がまとめられた。そこでは既に、事前指示書<sup>59</sup>やアドバンス・ケア・プランニング（ACP）<sup>60</sup>について言及されていた点が注目される。

平成28年度「認知症の人の意思決定能力を踏まえた支援のあり方に関する研究事業」<sup>61</sup>では、前年度の報告、そして利用促進法の成立を承けて、成年後見人等の医療同意権も含め、成年被後見人等の医療・介護等に係る意思決定が困難な人への支援の在り方等の検討が進められた。この検討は平成28年12月2日に中間報告されたが、そこでは「成年後見人等に医療同意権を与えるかどうか（合法性）の観点のみならず、意思決定支援の視点から、適格性（支援に必要な資質と力量）及び適切性（権限行使が適切に行使される条件等）の確保の観点も踏まえ、」以下のような考えが示されている。

- ・ 成年後見人等には、本人の意思決定支援者の一員としての役割（情報提供や、意思疎通・判断・意思形成の支援等）があり、本人の意思を推定する場合にも、より詳細に本人の意思を反映できるよう多職種の協議に参加したり、家族間の意見を調整するなどして、貢献できる場合がある。
- ・ 今後、臨床現場の意思決定支援の質の向上の観点から成年後見人等の役割の拡充を考える場合には、意思決定支援等の認識向上や意思決定支援の質の確保のための手順・運用プロセスの明示といった一般的な施策と併せて、後見人の意思決定支援者としての役割を明示するとともに、教育及び運用の質を確保することが重要である。
- ・ 特に、本人の意思決定が困難な場合においては、成年後見人等が身上監護面で十分な役割を果たし本人の置かれた状況やそれに伴う意思の経過等を熟知する必要があり、まずそうした環境整備が重要である。
- ・ そのためには、上記のような事例をまず共有しつつ、今後も、医療・介護等の現場に

---

<sup>57</sup> 厚生労働省「「認知症施策推進総合戦略～認知症高齢者等にやさしい地域づくりに向けて～（新オレンジプラン）」について」（平成27年1月27日）

<https://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/0000072246.html>（2020年1月1日最終閲覧）。

<sup>58</sup> 国立研究開発法人国立長寿医療研究センター「認知症の行動・心理症状（BPSD）等に対し、認知症の人の意思決定能力や責任能力を踏まえた対応のあり方に関する調査研究事業 報告書」（平成28年3月）（<https://www.ncgg.go.jp/ncgg-kenkyu/documents/H27rouken-4houkoku.pdf>）（2020年1月1日最終閲覧）。

<sup>59</sup> 国立長寿医療研究センター・前掲注58）120頁。

<sup>60</sup> 国立長寿医療研究センター・前掲注58）117頁。

<sup>61</sup> HAM人・社会研究所「認知症の人の意思決定能力を踏まえた支援のあり方に関する研究事業 報告書」（平成29年3月）（[https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12300000-Roukenkyoku/91\\_HAM.pdf](https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12300000-Roukenkyoku/91_HAM.pdf)）（2020年1月1日最終閲覧）。

における合意形成等、必要な対応を検討していく必要がある。<sup>62</sup>

その上で、「今後の方向性」として、まずは、成年後見人等が医師等から意見を求められた場合には、「成年後見人等が、他の職種や本人の家族などと相談し、十分な専門的助言に恵まれる環境が整えられることが重要であり、その上で、所見を述べ、又は反対に所見を控えるという態度をとるといったことが社会的に受け入れられるような合意形成が必要と考えられる。」として、政府としては、厚生労働省の「人生の最終段階における医療の決定プロセスに関するガイドライン」等の内容や、ACPの考え方も参考にして、「医療や福祉関係者等の合意を得ながら、医療・介護等の現場において関係者が対応を行う際に参考となるような考え方を指針の作成等を通じて社会に提示し、成年後見人等の具体的な役割等が明らかになっていくよう、できる限り速やかに検討を進めるべきである。」ということが示されている<sup>63</sup>。

このような流れを承けて、平成30年3月に「人生の最終段階における医療の決定プロセスに関するガイドライン」が改訂された。そこではACPの考え方がガイドライン中に正式に取り入れられるに至っており<sup>64</sup>、成年後見人等の医療代諾権ではなく、本人が家族等を交えて事前に繰り返しよく話し合うことが重要であるという基本姿勢が示されている。もちろん、これは一つの理想的な形であって、ACPが作成されていないために家族等が代行判断を迫られる場合は残り続けるであろう。その意味においては、医療代諾権の意義を検討する価値が一切失われたというわけではない。しかしながら、いざという時が訪れて初めて家族等が判断することになる代諾よりも、あらかじめ本人が家族等を交えて何度も話し合い、どのような治療を希望し、あるいは拒否するのかを事前に示しておくACPの方が、本人の自己決定の観点からは問題が少ないということは疑いない。従って、今後の議論において、ACPを前提とした制度構築が目指されることについては筆者も異論のないところである。もっとも、ACPを理解するにあたっては、それに先立って、患者の事前指示を理解する必要があると思われる。何故ならば、本稿で比較法の対象としているドイツでは、様々な団体による事前指示のテンプレートが配布され、それが民法上の制度として認められるに至ったが、事前指示の抱える問題点が徐々に浮き彫りにされたことによって、ACPの必要性が訴えられるようになってきた、という段階を踏んでいるからである。そこで、以下第5章では、ドイツにおいて患者の事前指示の有効性が争われたBGH第12民事部の二件の決定と、それを巡る議論を概観する。そして、続く第6章では、ドイツにおける患者の事前指示制度の抱える問題点とACPの展望、そして日本で厚生労働省が啓発しているACPとの比較検討を行うこととする。

---

<sup>62</sup> 基本計画・前掲注56) 25-26頁。

<sup>63</sup> 基本計画・前掲注56) 26頁。

<sup>64</sup> 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」解説編」1頁(改訂平成30年3月)(<https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-10800000-Iseikyoku/0000197722.pdf>) (2020年1月1日最終閲覧)。

## 第5章 患者の事前指示を巡るドイツの現状

- I 序論
- II 患者の事前指示に関する近時のドイツ判例
  - 1 2016年決定
    - (1) 事案の概要
    - (2) 2016年決定要旨
  - 2 2017年決定
    - (1) 事案の概要
    - (2) 2017年決定要旨
- III ドイツ判例についての検討
  - 1 2016年決定をめぐる議論
  - 2 2017年決定をめぐる議論
- VI 日本における患者の事前指示の現状と課題
- V 小括

### I 序論

終末期医療の現場において、最早本人の意思を確認できない場合、延命措置を継続するのか、それとも見合わせるのかという問題が生じる。このような局面における「決定」は、事実上は本人ではない誰かが担わなければならないが、法的にはどのような取り扱いがあり得るだろうか、そして、どのような制度が目指されるべきであろうか。このような問題意識が早くから共有されていたドイツ<sup>1</sup>では、2009年に第三次世話法改正法によって民法（以下、BGB）に患者の事前指示の規定が新設されたが<sup>2</sup>、この新法は日本でも高い関心を集めている<sup>3</sup>。

既に、BGH 第12民事部は2014年9月17日に、延命措置の中止の許容性を巡る判断（以下、2014年決定）<sup>4</sup>を下しているところではあるが、2014年決定の事案では患者の事

<sup>1</sup> 延命措置の中止を巡るドイツの主要な刑事裁判例の動向と、第三次世話法改正法に至るまでの国会での議論については、鈴木彰雄「臨死介助の諸問題——ドイツ法の現状と課題——」法学新報122巻11・12号（2016年）267頁が詳しく紹介している。

<sup>2</sup> 患者の事前指示に関する規定であるBGB1901a条について、Schwabの注釈を中心にドイツの議論を紹介するものとしては、谷口聡「ドイツ民法典における「患者の事前指示書」規定に関する一考察—BGB1901a条の立法経緯と解釈をめぐる議論について—」高崎経済大学論集61巻1・2号（2018年）1頁がある。

<sup>3</sup> ドイツにおける患者の事前指示の法制化は、倫理学の文脈においても紹介されている。浜渦辰二「ドイツにおける事前指示書の法制化の内実——自律と依存を両立させる試み」文化と哲学32号（2015年）1頁は、ドイツの患者の事前指示の法制化について、「その内実は、日本で尊厳死法を法制化しようとする動きとはまったく異なるものである」としている。

<sup>4</sup> BGH, Beschluss vom 17. 9. 2014 - XII ZB 202/13, BGHZ 202, 226. 2014年決定に関する日本の文献としては、山本紘之「生命維持措置の中止に関する世話裁判所の許可が不要となる要件および覚醒昏睡にある患者の推定的意思を探知するための要件」比較法雑誌50巻1号（2016年）275頁を参照。

前指示が作成されていなかった（テンプレートに未記入）。しかし、BGH 第 12 民事部はそれに引き続いて、2016 年 7 月 6 日<sup>5</sup>と 2017 年 2 月 8 日<sup>6</sup>に相次いで、患者の事前指示の有効性要件について判断している（以下、それぞれ 2016 年決定、2017 年決定）。以下、本章では 2016 年決定と 2017 年決定について概観し、両決定に関するドイツの議論を確認する。その上で、一連の決定は今後の日本の議論にとって、どのような比較法的意義があるのかについて、若干の私見を展開する。

## II 患者の事前指示に関する近時のドイツ判例<sup>7</sup>

### 1 2016 年決定

#### (1) 事案の概要

2016 年決定における事案の概要は、以下の通りである。

1941 年生まれである本人は、2011 年 11 月末に脳卒中を患った。更に病院では彼女に PEG ゾンデ<sup>8</sup>が挿入され、それ以降彼女にはこの管を通じて栄養と薬剤が与えられた。2012 年 1 月に彼女は介護ホームに入居した。入居の時点ではまだ本人は口頭でコミュニケーションを取ることができていたが、てんかん発作に至ったことが原因となり、2013 年春にはそれもできなくなった。

本人には、2013 年 2 月に死去した夫との間に、成人した三人の娘（関与者 1 乃至 3）がいる。既に 2003 年 2 月 10 日に、本人は以下のような内容の、文書による「患者の事前指示」に署名していた。

①「私が（…）意識不明や意識混濁に陥り、（…）最早自分の意思を表明できなくなった場合には、以下のようにしてください。

まだ我慢できるような状態で生命を維持できる現実的な見込みがある限りは、医師の方も看護師の方も手を尽くしてください。

そうではなくて、以下のことが医学的に明らかに認められるならば、延命措置を行わないでください。

- 私が間もなく死ぬ段階にあって、そこでは治療の見込みがなくどのような延命治療も死や病苦を延長させるであろうこと、又は
- 意識を取り戻す見込みがないこと、又は
- 病気若しくは事故により脳の重篤な永続的障害が残ること、又は
- 私の生命に不可欠な身体の機能が永久に失われ、それが治らないこと。

こうした場合には、必要な緩和ケアをすれば余命が短くなることが避けられないとしても、苦痛、不安及び恐怖の緩和を目指して治療と看護をしてください。私は、できることなら親しい人々に囲まれて、尊厳ある安らかな死を迎えられることを望みます。

私は、積極的臨死介助を拒否します。

私は、思いやりがあり（*menschliche*）精神的に気配りしてくれる人の付き添いを希望し

<sup>5</sup> BGH, Beschluss vom 6. 7. 2016 – XII ZB 61/16, BGHZ 211, 67.

<sup>6</sup> BGH, Beschluss vom 8. 2. 2017 – XII ZB 604/15, BGHZ 214, 62.

<sup>7</sup> 以下では、判例中で引用された文献は省略する。また、丸数字は便宜上筆者が付したものである。

<sup>8</sup> いわゆる「胃ろうカテーテル」の事を指す。鈴木・前掲注 1)346 頁を参照。

ます。」<sup>9</sup>

同一の文書で本人は、彼女が自らの意思を形成し又は表明することができなくなった場合に備えて、彼女の信頼できる人物として関与者 2（以下、本件任意代理人）に以下のような代理権を付与した。即ち、

②「私の代わりに、主治医と話し合っ（…）必要となる決定をします。この信頼できる人物は本患者の事前指示の意味において私の意思を提示し、私の名において異議を申し立てますので、主治医はこれを（…）尊重してください。」

本人は患者の事前指示と代理権を 2011 年 11 月 18 日に同一の文言で更新した。その他に本人とその夫は、公正証書によって 2003 年 2 月 26 日にお互いに包括的代理権を付与し、補充任意代理人として第一位に本件任意代理人を、第二位に関与者 1 を指名した。代理権の文書の中には、とりわけ以下のようなことが書かれている。

「本代理権は、とりわけ BGB1904 条の意味における医療の提供と医療行為の問題において、代理する権限を付与するものである。任意代理人は、健康状態の調査、治療行為又は医的侵襲をも承諾し、これらについての承諾を拒み又は撤回し、診療記録を閲覧し、これを第三者に引き渡すことを承諾することができる。（…）」

本代理権は、延命措置の中止に関する決定の権限を含む。我々は、かかる決定が一定の厳格な要件の下で問題になることを教わった。死に至る病の場合において、容体の回復を期待できないことが認められるならば、我々は延命措置を重要視しない。委任者は適切な治療、とりわけ緩和ケアを希望するが、器具を通じた人工的な延命は希望しない。委任者の表象に従って、有効な薬剤を投与する際には避けられないような、起こり得る生命の短縮よりも、鎮痛が優先する。」

本件任意代理人及び本人を治療していた家庭医は、人工栄養の中止は患者の事前指示で表明された本人の意思に合致しないとの解釈で一致している。これに対して他の二人の娘、即ち関与者 1 及び 3 は、これとは逆の考えを主張している。

それゆえ、関与者 1 は、2015 年 3 月に世話裁判所に「患者の事前指示の実現及び患者の意思の遵守」並びに本件世話人の「世話権 (Betreuungsrecht) 剥奪」の申し立てを行っている。関与者 3 はこれに賛成している。AG はこれを監督世話命令の申し立てと解釈した上で却下した。関与者 1 の抗告に基づいて、LG は AG の決定を破棄し、関与者 1 を「健康福祉の領域に関してのみ、本人の（…）付与した代理権を撤回する権限を有する世話人に選任」した。本件任意代理人による法律抗告は認められた。これによって原決定は破棄され、事件は LG に差し戻された。

## (2) 2016 年決定要旨

BGH 第 12 民事部は、LG が監督世話を認めるにあたって肯定した前提条件は不当であるとしたが、かかる結論に至る論理の大枠は以下の通りである。まず、「LG が関与者 2 を、

---

<sup>9</sup> これは、バイエルン福音ルター派教会が当時提供していたテンプレートである。同テンプレートは Thorsten Jacobi, Arnd T. May, Rita Kielstein, Werner Bienwald (Hrsg.), *Ratgeber Patientenverfügung: vorgedacht oder selbstverfasst?*, 2001, S. 78. に掲載されている。また、同書には、他にも法制化以前に各種団体が配布していた患者の事前指示のテンプレートが多数掲載されている。

全健康福祉の領域、それもとりわけ人工栄養の継続又は中止と関連する問題について、BGB1896 条 3 項の意味における本人の任意代理人であることには、法的に異論が差し挟まれるべきではない」としており、本件関与者 2 が任意代理人であるという点は BGH 第 12 民事部も肯定している。より具体的には、本件において 2003 年に作成され 2011 年に更新された公正証書では、本人の立場で必要な決定を医師と共に行う権限しか含まれておらず、従ってそこでは、場合によっては医師の助言に反してでも、BGB1904 条 1 項 2 文及び 2 項に挙げられた措置の実施又は不実施の問題についての最終決定を行う権限までは付与されていないが、いずれにせよ、2006 年 2 月 26 日に公証された代理権では、本件任意代理人には疑いなく健康福祉の領域における決定権限が委ねられているとする。次に、LG が「BGB1896 条 3 項に従って、世話人は被世話人の権利をその任意代理人に対して主張することができ、一定の要件の下では代理権を撤回する権限も与えられ得る」とした点も適切であるとしており、場合によっては世話人が任意代理人の代理権を撤回する可能性もあり得ることを認めている。ここで BGH 第 12 民事部は、監督世話に関する先例<sup>10</sup>を引用し、監督世話の付与が必要となるのは、具体的な、即ち十分な具体的根拠によって裏付けられた、代理権によって世話の必要が満たされていないという疑いがある場合であるとする。しかしながら、「本件では代理権撤回の権限を有する監督世話の要件が満たされていない」のであり、この点についての審理不尽を理由として、事件は LG に差し戻された。以下では、2016 年決定が監督世話の要件について検討するにあたり、患者の事前指示の有効性に関して初めて判断を下した点について、より詳細に取り上げる。

まず、BGH 第 12 民事部は以下の通り論じている。

「確かに、本人のために必要な世話が尽くされていないと言えるための十分な根拠と、代理権を撤回する権限を正当化するような事情は、BGB1904 条 1 項 1 文、2 項の意味における延命措置を実施するという任意代理人による決定との関連の中からも、原則的には判明し得るものである。そのためには、任意代理人は明らかに一とりわけ患者の事前指示に記された一本人の意思を無視している必要がある。だが本件はそれに当たらない。」

この点について、BGH 第 12 民事部は、延命措置を行うべきか否かを決定する際に任意代理人に課せられている義務は、BGB1901a 条、1901b 条、1904 条の体系から推論されるとした上で、以下の通り判示する。

「BGB1901a 条 1 項 1 文、5 項に従って任意代理人が検討すべきは、BGB1901a 条 1 項 1 文で法的に定義された意味での患者の事前指示に記された本人自身の決定が存在するか否か、そしてこれが現在生じている本人の生活状況及び治療状況に該当しているか否か、である。この文脈において、任意代理人は、この決定が今もまだ本人の意思に合致しているか否か、この検討には何が含まれているのか、最早決定能力のない本人の現在の態度は、彼が所与の事情の下であらかじめ文書で表明した意思を最早妥当させたくないと望んでいると言えるための具体的根拠を提供するか否か、そして彼が指示書を書いた時点でこの生活状況を考慮していたか否かということも、調べなければならない。その際、任意代理人は BGB1901b 条 1 項 2 文、3 項に従い、患者の意思を考慮した措置を、主治医と共に審議し

---

<sup>10</sup> BGH, Beschluss vom 23. 9. 2015 – XII ZB 624/14, FamRZ 2015, 2163, Rn. 14 f. m.w.N.

なければならない。1901b 条 2 項及び 3 項によれば、それが著しい遅滞なく可能である場合には、本人の近親者その他の信頼できる人物に意見を表明する機会が与えられるべきである。

有効であり、なおかつ現在の状況に当てはまる患者の事前指示が存在する場合には、本人は自ら決定を行っているものである。その場合には、BGB1901a 条 1 項 2 文、5 項に従って、患者の事前指示に記された本人の意思を表明し実現することだけが任意代理人の義務となる。そうでない場合には、任意代理人は 1901a 条 2 項及び 5 項に従って、本人の治療上の願望又は推定的意思を確かめなければならず、その際には再び BGB1901a 条、1901b 条を顧慮し、同条に基づいて決定しなければならない。

その際、個別事例では、決定無能力である本人の治療意思を確認することが困難、あるいは不可能ということもあり得る。医療措置の実施、不開始又は終了に向けられた本人の意思を、用いることのできるあらゆる知識の源泉を汲み尽くした後であっても確認することができないときは、高次の法益である生命法益の要請から、本人の福祉に適うように決定し、その際には本人の生命の保護を優先しなければならない。」

そして、世話裁判所の許可に関しても、BGH 第 12 民事部は以下のように判示している。

「任意代理人と主治医との間で、BGB1901a 条 1 項及び 2 項に従ってどのようなやり方が本人の意思に合致するののかについて意見の一致があるならば、BGB1904 条 1 項 1 文、2 項の意味における措置であっても裁判所の許可は必要とはならない (§ 1904 Abs. 4 und 5 Satz 1 BGB)。その場合に世話裁判所は、延命措置として例えば人工栄養供給の中止を承諾することについての世話裁判所の許可の申請を、格別の職権調査をすることなく拒否し、裁判所の許可が必要ないことを明らかにするいわゆる許可不要通知証 (Negativattest) <sup>11</sup>を与えなければならないだろう。このようにして、立法者意思に従い、裁判所の許可は紛争事例においてのみ必要であるということが、確たるものとされなければならない。」

しかしながら、BGH 第 12 民事部は、2016 年決定の事案において本人が作成した「患者の事前指示」は法律上の有効要件を満たすものではないと説示する。

「BGB1901a 条 1 項の意味における患者の事前指示が直接的に拘束力を及ぼすのは、未だ間近に差し迫ってはいない何らかの医療措置への承諾又は不承諾に関する本人の具体的決定を、患者の事前指示から読み取ることができる場合に限られる。治療の結果が最早期待し得ない場合に、尊厳ある死を可能にする又は許容する要求といったような大まかな指示は、そもそも不十分である。しかし、患者の事前指示の明確性の要求は、度を越してはならない。前提となり得るのは、本人が一定の生活状況及び治療状況において何を望み、何を望まないかを記述して定めている、ということだけである。本人が将来は患者になることを漠然と予感して、今後の医学の進歩を先取りの考慮に入れているということは、重要ではない。

いずれにせよ、「一切の生命維持措置」を望まないという表現は、それ自体では十分具体

---

<sup>11</sup> 訳語の選択にあたっては、合田篤子「ドイツにおける家庭裁判所による許可制度——後見人等の財産管理権を規制する制度として」金沢法学 59 巻 2 号 (2017 年) 285 頁、同「親権者による財産管理権の濫用的行使の規制」神戸法学雑誌 51 巻 1 号 (2001 年) 137 頁に倣った。これを「無異議回答」と訳すのは、ベルント・ゲツェ『独和法律用語辞典 [第 2 版]』(2010 年) 324 頁、山本・前掲注 4)282 頁。

的な治療決定を含むものではない。しかし、その点について必要とされる具体化が、場合によっては、一定の医療措置の指定又は十分個別的に記載された病気若しくは治療状況との関連付けによって果たされることはあり得る。」

このように説示した上で、BGH 第 12 民事部は、本件で本人の作成したいずれの文書も具体的な治療措置に関連するものではなく、「死に至る病」は本件では存在せず、患者の事前指示で指定された治療状況の一つである「脳の重篤な永続的障害」は正確さを欠いた表現であるとの理由から、本件に患者の事前指示の拘束力が及ぶことはなく、PEG ゾンデを用いた人工栄養法に反対する本人の意思を患者の事前指示から逆推論することも許されないとした。また、本件任意代理人は監督世話を正当化するような義務違反を犯しているものではないとして、結局本件では監督世話の要件は満たされていないと判断された。

そして、LG の事実認定からは本人の治療上の願望も推定的意思も判明しないため、この点について審理を尽くすために、事件は LG に差し戻された。その際、BGH 第 12 民事部は、抗告手続ではそれまで法的に誤って行われてこなかった本人の審問を、差戻審で追完するよう指示している。

## 2 2017 年決定

### (1) 事案の概要

1940 年生まれである本人は、2008 年 5 月に卒中発作を起こし、2008 年 6 月に心停止による低酸素脳症を起こして以降、遷延性意識障害の状態にある (ICD-10: F03 [詳細不明の認知症])。本人はそれ以来、胃ゾンデ (PEG) を通じて人工栄養と水分を与えられている。

本人は、既に 1998 年に、[2016 年決定の①と同一の]「患者の事前指示」に署名しており、同一の文書で、彼女が自らの意思を形成し又は表明することができなくなった場合に備えて、彼女の信頼できる人物として関与者 1 (以下、息子) に、[2016 年決定の②と同一の]代理権を付与した。

1998 年から卒中を起こすまでの厳密には認定できない時点で、自分の生活環境の中で二人が遷延性意識障害に陥ったことに直面して、本人は幾度かにわたり、何人かの家族と知人に対して、自分は人工栄養法を望まず、延命も望まず、寝たきりも望まず、むしろ死にたいと述べていた。彼女は患者の事前指示によって、我が身に降りかかるべからざることに予め備えていた。

2008 年 6 月に、卒中を起こしてから一度だけ、本人は気管切開カニューレがあるにも拘らず、話せる機会があった。この機会に彼女は臨床医に、「死にたい」と述べた。

本人の息子は 2012 年に、1998 年の患者の事前指示を提出して、自分を世話人に選任する旨の提案をし、自身を世話の担当者に任命した。彼は同時に、関与者 2 (以下、夫) に補充世話人になるよう依頼した。AG はこれに基づいて、息子と夫をそれぞれ単独代理の権限を有する本人の世話人に任命した。

本人の息子は、2014 年から今に至るまで、人工栄養法と水分供給は中止すべきとの考えで、それまでの主治医と意見が一致している。その理由は、中止することが患者の事前指示に記された本人の意思に合致しているからであるという。本人の夫はこれを拒否している。

人工栄養法と水分の供給を中止すべきという趣旨で治療目的を変更する旨の、息子の代理による本人の申請を、AG は却下した。これに対して提起された本人の抗告を LG は却下

した。本人及び息子による法律抗告は認められた。これによって原決定は破棄され、事件は LG に差し戻された。

## (2) 2017 年決定要旨

BGH 第 12 民事部は、2014 年決定及び 2016 年決定を引用し、「治療の結果が最早期待し得ない場合に、尊厳ある死を可能にする又は許容する要求といったような大まかな指示では不十分である。いずれにせよ、「一切の生命維持措置」を望まないという表現も、それ自体では十分具体的な治療決定を含むものではない。」ということを確認する。しかし、そこで要求される具体化について、2017 年決定は以下の通り態度決定している。「しかし、個別事例においては、一定の医療措置の指定があまり詳細ではない場合であっても、十分詳細に述べられている病気又は治療状況と関連付けることによって、必要な具体化がなされることはあり得る。このような場合に十分具体的な患者の事前指示が存在するか否かは、指示書に含まれる説明を解釈することで確認され得る。」(下線引用者)

そして第 12 民事部は、本人が本件「患者の事前指示」において、今生じている状況においては人工栄養法の継続を望んでいるという趣旨で具体的決定を行っているということ、「私は、積極的臨死介助を拒否します。」というテンプレートの一文から導き出そうとした LG の判断は、「許容された解釈の限界を超えている」ものであると批判する。その上で、「書面化された意見表明である患者の事前指示は、まずは文書で記された内容に従って解釈されなければならない。その際には、文書の全文脈が顧慮されるべきであり、そこから全体として十分明確に決定できる患者の意思が判明するか否かが確認されるべきである。」  
「本人の書いた文書は、その全文脈において、本人が目下の状況で人工栄養法の継続を望んでいるという趣旨の明確な意味内容を含むものではない。」と第 12 民事部は述べている。

更に BGH 第 12 民事部は、本件で問題となっている患者の事前指示において、延命措置を希望しない治療状況の一つとして挙げられている「脳の重篤な永続的障害」は非常に不正確であるため、ここから人工栄養法に反対する本人の意思を逆推論することは許されないが、「意識を取り戻す見込みがない」という治療状況は医学的に明確であるから、この場合には、本人は人工栄養法中止に承諾しているという趣旨で患者の事前指示を解釈することが可能であるべきであろう、とする。もっとも、遷延性意識障害にある本人の現在の健康状態が、この具体的に示された健康状態に当てはまるか否かを、抗告裁判所はこれまで認定していないとの理由で、事件は LG に差し戻された。

本決定後、差戻審では鑑定人が選任され、この鑑定人は、本人は意識を喪失しているのか否か、そして本人が意識を取り戻す見込みはあるか否かについての鑑定意見を口頭で説明した。LG は、本件患者の事前指示は十分明確かつ有効であり、従って裁判所の許可は不要であるとして、本人の法律抗告を却下した(即ち、人工栄養法と水分の供給を中止すべきという趣旨での治療目的の変更は、世話裁判所の許可なしに可能であるとされた)。これに対して本人の夫が法律抗告(der zugelassenen Rechtsbeschwerde)を提起したが、BGH 第 12 民事部はこれを却下した<sup>12</sup>。

---

<sup>12</sup> BGH, Beschluss vom 14.11.2018 – XII ZB 107/18, NJW 2019, 600.

### III ドイツ判例についての検討

#### 1 2016年決定をめぐる議論

以上で確認した通り、2016年決定及び2017年決定を通じて、BGH第12民事部は、患者の事前指示が有効であるために必要とされる具体化に関する判断の蓄積を行っている。もっとも、これらの決定に対しては、一部には学説や患者の事前指示の作成に携わる公証人からの批判も見受けられるところである。

Sternberg-Lieben<sup>13</sup>は、2016年決定が先例との関係で矛盾に陥っていると批判する。まずSternberg-Liebenは、2014年決定において示されていた指針、即ち、治療と関連する患者の意思の確定にとっては、厳格な証明の基準が妥当するのであって、患者の死期が切迫しているか否かによって厳格さは左右されるものではないとする姿勢に賛同する。これはBGB1901a条3項の規定に即したものであるが、ここでSternberg-Liebenは、BGH第12民事部がGG2条2項1文における生命の保護と同時に、GG1条1項と関連して2条2項及び2条1項に由来する自己決定権を引き合いに出している点を強調する。即ち、「誇張された証拠の要求によってもたらされる、生命の広範な処分不可能性は、基本法上の国家と市民の関係性を転倒させてしまうであろう。基本法に基づく国家が人間のためにあるのであって、人間が国家のためにあるのではない。宗教的に形作られた「生命の尊さ」のイメージも、100年続く基本法の国家において、立法的な解決又は具体的な法適用にとっての規範としては、許されない基準であるだろう。憲法上保障された人格の自律性に従って、何人たりとも自己の生命を、自分自身の意思に反する方法で終わらせてはならない。それとは違う決定を望むのであれば、一たとえ善意によるものであっても一原則（生命の絶対的保護）は、純粋な生物学主義へと退化してしまうであろう。」<sup>14</sup>そして、遷延性意識障害に関する医学の進歩には目覚ましいものがあるからといって、そのことから直ちに当該患者の作成した患者の事前指示が無効になるという推論は導かれないのであって、入念なケアを行うのは当然であるとしても、自分自身がこのような容態で生き続けることを受け入れられると考えているか否かは、その個人の事前決定に委ねたままにしなければならない、とする。そしてこのことから、2014年決定では明文で触れられていた「本人の死が差し迫っていない場合には、治療上の願望又は推定的意思の調査及び仮定には、より高度の要求が課されるべきではない」という推論は、妥当なものであると解している。

Sternberg-Liebenは、しかし、2016年決定では「遺憾なことに」、患者の事前指示が有効であるために示していなければならない具体性の程度に関して、極めて限られたことしか述べていないとする。そしてSternberg-Liebenは、本人が作成した、「脳の重篤な永続的障害」の場合に関しては「一切の生命維持措置」を受けたくないという「患者の事前指示」は十分正確とは言えないとの理由からBGB1901a条の要件を充足した患者の事前指示たりえないと2016年決定が判断したことについても、これは過度な要求であって、そのためBGH第12民事部は、2014年決定だけでなく、いわゆるPutz事件についての第2刑事部の判断<sup>15</sup>とも、矛盾に陥っていると指摘する。

そして、Sternberg-Liebenは、2016年決定によってもたらされた二つの危惧を述べる。

<sup>13</sup> Detlev Sternberg-Lieben, *Medizinrecht* 2017, 42-45.

<sup>14</sup> Sternberg-Lieben (o. Fn. 13), S. 43.

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 25. 06. 2010 - 2 StR 454/09, BGHSt 55, 191.

一つは、刑法上の禁止についての限界が混乱したため、治療中止が希望された状況に直面している医師が、治療を継続する方が安全だという考えに傾いてしまうのではないかという危惧である。もう一つは、推定的意思を問題にする際には、解釈が必要ではあるとしても真正な本人の意思が最早引き合いに出されることはないために、利己的な動機のある治療の決定が、表向きは患者のための行為の陰でカモフラージュされるという危険である。そして、推定的承諾の場合に第三者を通じて具体的な本人の意思を突き止めるということの否定し難い困難さは、患者の事前指示の法的拘束力に高度の要求を課し、そうすることによって自己決定の可能性を空洞化してしまうものであるとするのである<sup>16</sup>。

Sternberg-Lieben は、こうした自らの異議を、二つの憲法的な考察から裏付ける。まず、確立した判例<sup>17</sup>によれば、医学的に適応しており医術的に正当に実施された医的侵襲であっても、StGB223 条と BGB823 条 1 項の意味における構成要件に該当した傷害を意味するのであって、その正当化のためには患者の承諾が必要である。これは、患者の身体の統合性に対する侵害は、直ちに患者又はその代理人の（推定的）承諾を必要とするのであって、承諾が得られないのであれば、治療しなければ生命を脅かす状態を回避し又は克服することができないときであったとしても、治療することは許されない。そして、基本法上基礎付けられた患者の自己決定権（GG1 条 1 項、2 条 1 項、2 条 2 項）は、自己放棄する権利をも包括するものであり、他人が定義する理性の制約を受けるものではないとするのである<sup>18</sup>。

次いで、Sternberg-Lieben は、憲法的な観点の下で、以下のことを想起すべきだとする。即ち、基本法で保護された「生命」という財は、その態度が生命法益の毀損に至るような者の基本権行使に、自由を制限する形では対抗できないということである。ここで、基本権から導き出されるいわゆる基本義務とは、第三者の侵害に対する国家による保護を巡る、国家に向けられた防衛権的な基本権の構成要素だけを補強すべきであって、個人の基本権からは、基本権の恩恵を受ける者としての個人に対立する基本義務というものは生じないとされる。生命とはあくまでも個人の財であって、その主体は、法に従って、他人の権利（「神の与え賜いし生命」）の受託者ではないのであり、もし、専ら、自分自身に関係する事柄に直面した際に自己の法益について自分の好みに従って決定できる可能性が個人にはないのだとしたら、基本法は最早、基本権主体の自由の領域を保障するための基本法の規定を果たすことができなくなり、国家による保護義務の恩恵は、苦しみ、つまり現状をそのまま受け入れろという強制へと転じてしまうであろうと Sternberg-Lieben は述べる。そして、治療行為中止の許容性と根拠を問うこと自体が適切な問題への入り口を隠蔽しているのであって、生命を終わらせるような治療行為の中止ではなく、そのような治療行為の開始及びその継続が、明文での又は推定的な患者のコンセンサスによる正当化を必要としているとするのである<sup>19</sup>。

また、2016 年決定に対しては、Will<sup>20</sup>も批判的な見解を述べている。Will によれば、2016

<sup>16</sup> Sternberg-Lieben (o. Fn. 13), S. 43.

<sup>17</sup> RGSt25, 375, 378; BGHSt 11, 111, 112, BGHZ 29, 46, 49.

<sup>18</sup> Sternberg-Lieben (o. Fn. 13), S. 44.

<sup>19</sup> Sternberg-Lieben (o. Fn. 13), S. 44.

<sup>20</sup> Rosemarie Will, Der 12. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes auf Abwegen, vorgänge #216, 101-104.

年決定で第 12 民事部は、患者の事前指示の適用のみならず、広い意味での死に際しての自己決定権と法的安定性をも妨げているという。Will は、2016 年決定が、胃ゾンデを通じた人工栄養法が延命措置であることは明らかでないという明確性の要求は、法律家による揚げ足取りであると批判する。そして、このことによって、司法は個人の意思どころか立法者意思にまで反しているとする。Will によれば、2016 年決定は、人工栄養の中止は消極的臨死介助という許された形式に当たるか否かという古い議論を復活させてしまうものであり、ここで用いられた明確性の論拠は、他の事例でも本旨から逸れて用いられかねないものであるという。即ち、患者の事前指示に関する家族間での紛争事例や、医師との不一致の事例では、常に世話裁判所の判断を仰ぐことになるが、世話裁判所は、その事件では患者の事前指示が十分明確ではなくそれゆえ無効であるということを説明することで、判断を拒むことが将来的には容易にできてしまうという。そして確かに、人工呼吸、人工栄養、除細動といった措置の一つ一つを指示書で列挙するということもあり得ようが、しかし考え得る限りでの実施して欲しくない延命措置を全て挙げるということも、更にはそれが該当する病気や治療状況を全て挙げるということも、現実的には不可能であるとする。

また、患者の事前指示の作成に実際に携わる公証人の立場から、Weigl<sup>21</sup>も 2016 年決定に対して批判的な態度を展開している。まず、Weigl は 2016 年決定について、多くの部分で理由付けには納得できるとしながらも、本件では有効な患者の事前指示、更には関係する治療上の願望の拒否までもが否定されたことについては、納得できないとする。Weigl は、「病気若しくは事故により脳の重篤な永続的障害が残ること」という定式化は絶対的に解釈の必要があり、個別事例において困難な限界の問題を投げかけ得るものであるというのは確かにその通りではあるが、しかし裁判所が指名した医学的鑑定人がかかる持続的障害の存在を肯定している事案において、それでも明確性が足りていないとされる理由は判然としていないと指摘する。当然のことながら、健康な人が患者の事前指示を作成すれば、治療中止が望まれる状況についても、ある程度の一般論としてしか書くことができない。そこで 2016 年決定は適切にも「しかし、患者の事前指示の明確性の要求は、度を越してはならない。前提となり得るのは、本人が一定の生活状況及び治療状況において何を望み、何を望まないかを記述して定めている、ということ〔だけ〕である。」ということを確認しているが、そこで 2014 年決定を引用するにあたっては、「さもなくば、明確性の要求を満たしていないとの理由から、ほぼ全ての患者の事前指示には拘束力がないということになりかねない。」という補足は引用から外されている。そして、「一切の延命措置」を望まないというテンプレートが、それだけでは十分に明確な治療の決定を含むものではないとされたのは適切であるが、そこから先は納得できないとする。即ち、本件ではそれだけでなく四つの、延命措置を望まない治療状況が列挙されていたのであるが、BGH はそれを「具体的治療状況—本件では PEG ゾンデによる人工栄養—に反対する本人の意思を逆推論することを許容する」ほどには「ほとんど正確では」ないとしながらも、他方で BGH は、「必要とされる具体化が、(…) 一定の医療措置の指定又は十分個別的に記載された病気若しくは治療状況との関連付けによって果たされることはあり」得るということを広く想定している。そこで、患者の事前指示で言及された治療状況に関して、「具体的な治療措置」との十分な関連付け

---

<sup>21</sup> Gerald Weigl, Update zu Patientenverfügungen, MittBayNot 2017, 346-354.

が本件ではないとされたことについて、Weigl は疑問を呈する。ここで Weigl は、PEG ゾンデを通じた人工栄養法が延命措置にあたるということは、ほとんど反論の余地がないように思われるとした上で、それゆえ、どの程度まで治療状況及び結果は不十分に定められてはならないのかは、正しく理解することができず、また 2016 年決定からは、BGH が不正確であると評価したのは治療状況についてなのか、それとも治療結果についてなのかは、全く明らかではないとする。そして、Weigl も Will と同様に、望まないものを全て列挙することは無駄であるし、法的にも前提とされていないとする<sup>22</sup>。

しかし、2016 年決定に対するこうした否定的な見方に対しては、同じく公証人の立場から再反論もなされている。Renner<sup>23</sup>は、2016 年決定がメディア、一般市民、そして公証人の多くを動揺させたということは認めつつも、こうした危惧感は正当ではないと論ずる。即ち、2016 年決定はあくまでも 2014 年決定の延長線上にあるのであって、2016 年決定によって、広く用いられている患者の事前指示のテンプレートは根本的な改訂の必要が生じることもなければ、法的な不正確さが生じたわけでもないとする。そして Renner は、2016 年決定が、表面的には、数度の卒中発作を起こしてコミュニケーション能力を喪失し、介護ホームに入居している 75 歳の患者への、PEG ゾンデによる人工栄養法の中止に関するものではあるものの、問題の核心はむしろ三人の娘の間で生じた紛争であって、第 12 民事部は単に、患者の事前指示を根拠として延命措置の中止を求めた長女と三女の訴えを退けたに過ぎないと分析する<sup>24</sup>。その上で Renner は、現在流通しているテンプレートは任意代理人に治療中止の権限を付与する内容を含むのみならず、ゾンデによる人工栄養法についても言及するものであるから、無効な患者の事前指示となる疑いはないとした上で、むしろ実務的には、〔2016 年決定及び 2017 年決定で問題となったような〕「第一世代の」患者の事前指示は明確性の要求を満たさないことから問題性があるとする<sup>25</sup>。

## 2 2017 年決定をめぐる議論

Heitmann<sup>26</sup>は、2017 年決定を、2014 年決定及び 2016 年決定に連なるものとして位置付けた上で、2016 年決定との違いは、医療措置の指定それ自体が十分具体的ではない場合であっても、患者の事前指示作成者の意思は解釈によって確認することができるとした点にあるとする。そして、BGH 第 12 民事部はこの三件の決定によって、事前指示法について一定の解決を図ったと評する。

その上で Heitmann は、2017 年決定の事案の分析として、本人の夫の役割を「悲劇的」と評する。即ち、彼にとっては、妻である本人が遷延性意識障害のまま生き続けるならばむしろ死にたいという意思を受け入れるよりも、最早話すことができなくなった妻を自らの傍に置いておきたかったというのである。そして、世話裁判所に係る多くの事案では、「感情的な近さと結び付き」があまりに大きいために、世話人に過大な要求が課せられることは少なくないとする。しかしながら、Heitmann は、本件でもこのような事態は避けることが

<sup>22</sup> Weigl (o. Fn. 21), S. 348.

<sup>23</sup> Thomas Renner, DNotZ 2017, S. 210-214.

<sup>24</sup> Renner (o. Fn. 23), S. 210 f.

<sup>25</sup> Renne (o. Fn. 23), S. 214.

<sup>26</sup> Ernst Heitmann, jurisPR-FamR 22/2017 Anm. 5.

できたはずだという。というのも、本人は息子に全権委任しているのであり、これによって BGB1901a 条 5 項の意味における代理権は有効に存在しているからである。そして、1998 年よりも今日の方が事前配慮代理権はより明確に定式化されているかも知れないからといって、それによって事前配慮代理権の法的性格が何ら変わることはないとする。Heitmann は、本人が息子には全権委任したが夫には委任することを望まなかった理由は、夫を精神的な葛藤に陥らせないためであり、息子の方が〔夫と比べて自分のことを〕感情的に突き放すことができると判断したからである、と推察する<sup>27</sup>。

また、Weigl も、2017 年決定については、2016 年決定を明確化あるいは具体化するものとして位置付ける。まず、患者の事前指示で命じられた「一切の延命措置〔を望まない〕」という（不）治療結果については、命じられた治療状況が十分明確である場合であって、更に「こうした場合には、苦痛、不安及び恐怖の緩和を目指して治療と看護をしてください」ということが定められているときには、いずれにせよ十分な治療決定を意味するものであることが明確化されていると評する。更に、2017 年決定では、単に標準的な治療状況（「重篤な脳の持続的障害」）が極めて不正確なものとして評価されていたことが明らかにされているとする。そして、「意識を取り戻す見込みがないこと」という治療状況が、BGB1901a 条 1 項の意味における患者の事前指示にとって十分明確であるということである、ということも明らかにされたとする<sup>28</sup>。

他方で、Weigl は、本決定では不明確な点についても触れる。まず、遷延性意識障害の患者が意識を取り戻すケースも確かに少なくはないが、外傷性であれば 12 か月、非外傷性的場合には 3 か月という時間が、回復の見込みを判断する際の期間として挙げられるという。そして、確かに外傷性で 12 か月以上経過していても意識を回復したというケースは少なからず存在するが、本件のように約 8 年経過している場合には、そうした観点は最早意義を持たないとする。しかし、2017 年決定では、経過した期間と意識回復の見込みの関係性を巡る点を明言していない。そして、遷延性意識障害についての診断も、将来的にあり得る医学の進歩を評価することも、いずれも難しいことから、医師らは本決定に基づいて、重篤な脳の持続的障害について「意識を取り戻す見込みがない」との診断を、より軽率に下しかねないとする<sup>29</sup>。

更に Weigl は、それ以上に BGB1901a 条 2 項の意味における治療上の願望についての 2017 年決定の射程が不明確であると指摘する。2017 年決定によれば、具体的な生活状況及び治療状況に関する定めであって、「しかし例えば文書で書かれたものではない、予想的な決定にあたらぬ又は未成年者の本人によって書かれたものである」といった理由で BGB1901a 条 1 項の意味における患者の事前指示に課せられた要求を満たさないものがそれに該当する。だが、「それゆえ、患者の事前指示が本人の当時の治療状況に関しても、本人が承諾し又は拒否する医療措置についての十分明確な指図を含むものではない、という結論に抗告裁判所が至るのであれば、同様に患者の事前指示から本人の十分具体的な治療上の願望を読み取ることは許されないであろう」と詳述したことで、BGH 第 12 民事部は矛盾に陥っていると見る。その上で Weigl は、このような事例における患者の事前

---

<sup>27</sup> Heitmann (o. Fn. 26), S. 3.

<sup>28</sup> Weigl (o. Fn. 21), S. 350.

<sup>29</sup> Weigl (o. Fn. 21), S. 350.

指示の規定は、意識を取り戻す見込みがないとは明白には診断できないが、それに類似又は匹敵する場合には、少なくとも治療上の願望として共に尊重されなければならないとする<sup>30</sup>。

同じく公証人の立場から 2017 年決定を評するものとして、Müller は、「自律性についてより好意的な路線へと戻った」とする。即ち、患者の事前指示の明確性の要求は過度に誇張されたものであってはならず、先見的な処分（事前承諾）としての患者の事前指示にあっては、承諾能力のある患者が間近に迫った医療措置へと承諾するのと同じ程度の正確さを要求することはできない、という点を第 12 民事部が確認したことを重視する。ここで Müller は、患者の事前指示が妥当する治療状況が具体的に記述されているほかに、指示書作成者が承諾し又は拒否する医療措置が詳細に示されているならば、患者の事前指示は十分明確であると第 12 民事部が判断した点をもって、今日実務で広く普及しているテンプレートは具体性の要求を満たすものであると第 12 民事部は明らかにしたのだと論ずる。そしてそれは、テンプレートが通常は治療状況の記述、そしてそれに続いて医療措置の目録を内容として含むものであるからだという。また、Müller も Renner と同様に、2016 年決定及び 2017 年決定で問題となったテンプレートとは異なり、新しいものでは人工栄養の中止について、明示的に述べていると指摘する<sup>31</sup>。

また、Müller は、第 12 民事部は患者の標準的な意思の確認を、解釈という方法によっても許容したことによって、具体化の要求を緩和したとする。また、2017 年決定は、姑息療法的な世話の願望と関連して文書で記された、回復不可能な意識の喪失についての患者の意見表明が、人工栄養法の中止の承諾として解釈されることがあり得ると評価したものであるとする。このような理由から、Müller は、2017 年決定を歓迎すべきものとして評価する<sup>32</sup>。

## VI 日本における患者の事前指示の現状と課題

以上、ドイツにおける患者の事前指示の有効性に関する二件の BGH 決定と、それを巡るドイツの議論を確認した。これらの判例を踏まえた上で、ドイツの患者の事前指示制度は、日本にどのような示唆を与えるであろうか。この点について、日本における患者の事前指示の現状と近年展開されてきた議論を参照しつつ、若干の検討を試みたい。

現在の日本では、患者の事前指示は制度としては未だ認められていない。しかしながら、一部の自治体や団体では、既に患者の事前指示のテンプレートを配布しているのも事実である。その一例として、愛知県半田市は、「私の事前指示書」と題されたテンプレートを市内の医療機関や市のホームページ上で配布している<sup>33</sup>。このテンプレートでは、代理判断者として第 1 判断者と第 2 判断者を指定することができ、「私の病気が治る見込みがなく延命治療が単に死期を延長させるだけの手段であると医師が判断した場合、私は以下について

<sup>30</sup> Weigl (o. Fn. 21), S. 350 f.

<sup>31</sup> Gabriele Müller, ZEV 2017, S. 341.

<sup>32</sup> Müller (o. Fn. 31), S. 341.

<sup>33</sup> 半田市「終末期医療に関する事前指示書」（2019 年 10 月 28 日更新）

(<https://www.city.handa.lg.jp/hoken-c/kenko/iryu/hoken/jizensijisho.html>)（2020 年 1 月 1 日最終閲覧）。

希望します」として、延命措置を受けたいか、それとも受けたくないか、あるいはその他の希望することを示すことができる。また、ここでは注意書きとして「「延命治療をしない」ということは、すべての医療処置やケアをやめることではありません。「快適な日常ケア」や「苦痛を取り除くための治療」は必要です。」と記されているほか、留意点として心境の変化についても「人の気持ちは揺れ動き、また周囲の状況や病状によって変化します。気持ちが変わった場合には、事前指示書を書き直してください。また、定期的に見直すことも大切です。」と促されており、患者の事前指示を巡って問題となり得る点について配慮されている<sup>3435</sup>。

一般財団法人としては、日本尊厳死協会が「リビング・ウイル」<sup>36</sup>を会員に配布しているが、これに付随し補完する文書として「私の希望表明書」を2018年1月から発行しており、ここでは「最期を過ごしたい場所」「私が大切にしたいこと」に加えて、医師から回復不能と判断された場合に希望する栄養手段や、実施して欲しくない措置その他の希望を表明することが可能となっている<sup>37</sup>。

患者の事前指示に対する関心は、医師の間でも高まっている。日本透析医学会は2014年に「維持血液透析の開始と継続に関する意思決定プロセスについての提言」を発表している。この提言それ自体は判断能力を喪失した患者のみを前提としたものではないが、その中では参考資料として大平整爾が作成した患者の事前指示の一例が掲載されている<sup>38</sup>。また、病院として患者の事前指示のテンプレートを配布しているところ<sup>39</sup>や、更にはアドバンス・ケア・プランニングの普及に向けて詳細な解説を行っているところも存在する<sup>40</sup>。

---

<sup>34</sup> 半田市「A3 事前指示書」（2015年改訂）（<https://www.city.handa.lg.jp/hoken-c/kenko/iryo/hoken/documents/reiwajizennsijia3.pdf>）（2020年1月1日最終閲覧）。

<sup>35</sup> この他、自治体レベルでの取り組みについての研究としては、谷口聡「「事前指示書」の普及に対する自治体の取り組み—宮崎市の“エンディングノート”を素材として—」地域政策研究21巻3号（2019年）19頁がある。

<sup>36</sup> もっとも、いわゆる「リビングウイル」を即ち患者の事前指示と理解するのは誤りであるとされている。この点について沖永隆子は、Living Will (LW) : 生前遺言 ⊂ Advance Directive (AD) : 事前医療指示 (書) ⊂ Advance Care Planning (ACP) : 事前ケア計画 ⊂ Advance Life Planning (ALP) : 事前人生設計、という諸概念の関係性を図示、整理している。沖永隆子「日本の事前指示をめぐる諸問題」帝京大学学修・研究支援センター論集9号（2018年）20頁以下。その上で沖永は、「日本では終末期における自分の意思を事前に表明した指示書のことを LW ということが多く、LW と AD の違いも不明なまま、ほとんど同様の意味に捉えられてきた」として、LW は「その言葉だけが独り歩きしている」と論ずる。沖永・同23頁。

<sup>37</sup> 一般財団法人日本尊厳死協会「リビングウイルとは」（[https://www.songenshi-kyokai.com/living\\_will.html](https://www.songenshi-kyokai.com/living_will.html)）（2020年1月1日最終閲覧）。

<sup>38</sup> 日本透析医学会血液透析療法ガイドライン作成ワーキンググループ 透析非導入と継続中止を検討するサブグループ「維持血液透析の開始と継続に関する意思決定プロセスについての提言」日本透析医学会雑誌47巻5号（2014年）284頁。

<sup>39</sup> 例えば、千葉大学病院企画情報部「私の診療に関する希望書（事前指示書）千葉大学病院企画情報部20140807版」（[https://www.naika.or.jp/jsim\\_wp/wp-content/uploads/2016/08/bukai03\\_160710a1.pdf](https://www.naika.or.jp/jsim_wp/wp-content/uploads/2016/08/bukai03_160710a1.pdf)）（2020年1月1日最終閲覧）。

<sup>40</sup> 亀田グループ「もしバナのすすめ（アドバンス・ケア・プランニングって何ですか?）」（<http://www.kameda.com/patient/topic/acp/index.html>）（2020年1月1日最終閲覧）。

このように、患者の事前指示を普及させようとする動きは、日本でも徐々に広がりを見せている。また、厚生労働省の「平成 29 年度人生の最終段階における医療に関する意識調査報告書」<sup>41</sup>によれば、「あなたは、自分が意思決定できなくなったときに備えて、どのような医療・療養を受けたか、あるいは受けたくないかなどを記載した書面をあらかじめ作成しておくことについてどう思いますか。」との問いに対して「賛成である」と回答した一般国民の割合は 66.0%であり、平成 10 年の調査ではリビング・ウィルに賛成すると回答した一般国民の割合が 47.6%であった<sup>42</sup>ことから比較すれば、この 20 年ほどで国民の患者の事前指示に対する関心が全体的に高まっていることも認められる。

しかしながら、平成 29 年度の意識調査では、患者の事前指示に賛成すると回答した 642 名のうち、「実際に書面を作成していますか。」という質問に対して「作成している」と回答したのは 8.1%に留まり、91.3%は「作成していない」と回答している<sup>43</sup>ことから明らかなように、患者の事前指示は依然として日本では定着していない。更に、患者の事前指示の法制化については、一般国民の間でも意見が大きく割れているのが現状である。平成 29 年度の意識調査において、意思表示の書面に従った治療を行うことを法律で定めることについては、「定めてほしい」が 22.4%、「定めなくてもよい」が 35.1%、「定めるべきではない」が 10.2%、そして「わからない」が 29.9%との回答結果が示されており<sup>44</sup>、患者の事前指示の法制化について、国民のコンセンサスが得られているとは到底言い難い。

そして、患者の事前指示を制度化することについては、既に種々の予想される問題点が挙げられている。一つには、画一的な法適用によって、定着している医療慣行が破壊され、医療現場等に新たな混乱が生じるという問題がある<sup>45</sup>。もっとも、前述した通り、医療の現場においても患者の事前指示の作成に向けた動きが現に生じているのであり、またかつては

---

覧)。また、患者の事前指示の運用についても、亀田総合病院では「この指示書の作成にあたっては、これらの医療処置の内容を理解するとともに、これらを行う場合と行わない場合に予想される結果についても十分に理解する必要があります。仮にその理解が十分でないままこの指示書を作成してしまったとしましょう。その場合、せっかく書いたこの指示書は、肝心な時に、あなたの意思に反する方向に働いてしまうかもしれません。そのため当院では、この事前指示書は患者さまとご家族、主治医の 3 者が一緒に話し合いながら作成することを原則としています。」としている。亀田総合病院 病院疼痛・緩和ケア科「事前指示書」([http://www.kameda.com/pr/advance\\_directives/index.html](http://www.kameda.com/pr/advance_directives/index.html)) (2020 年 1 月 1 日最終閲覧)。

<sup>41</sup> 人生の最終段階における医療の普及・啓発の在り方に関する検討会「人生の最終段階における医療に関する意識調査 報告書」(平成 30 年 3 月)

([https://www.mhlw.go.jp/toukei/list/dl/saisuyiryu\\_a\\_h29.pdf](https://www.mhlw.go.jp/toukei/list/dl/saisuyiryu_a_h29.pdf)) (2020 年 1 月 1 日最終閲覧)。

<sup>42</sup> 終末期医療のあり方に関する懇談会「終末期医療のあり方に関する懇談会「終末期医療に関する調査」結果について」69 頁(平成 22 年 12 月)

(<https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r9852000000yp23-att/2r9852000000ypwi.pdf>) (2020 年 1 月 1 日最終閲覧)。

<sup>43</sup> 前掲注 41)42 頁。

<sup>44</sup> 前掲注 41)43 頁。

<sup>45</sup> 亀井隆太「患者の事前指示書について—民法との関わりを中心に—」千葉大学法学論集 30 卷 1・2 号(2015 年) 303 頁。

治療行為が往々にして専断的に行われてきたのに対し、患者の自己決定権に対する意識の高まりから、現在ではインフォームド・コンセントが原則となっていることを想起すれば、価値観の変化と共に慣行もまた変化していくことそれ自体は、否定的に捉えるべきではないように思われる。

むしろ、考えなければならないのは、患者の事前指示が法制化されることによって、「死への自由」が「生への不自由」へと逆転してしまうのではないか<sup>46</sup>、あるいは「仕方なくさせられる死の自己決定」となってしまうのではないか<sup>47</sup>、また、本人が患者の事前指示の作成後に翻意したとしても、周囲の雰囲気によってそのことを言えなくなる危険がある<sup>48</sup>、といった指摘である。患者の事前指示に対するこのような反論が現に表明された例としては、京都市のケースが参照されるべきであろう。その概要は以下の通りである<sup>49</sup>。京都市は、2017年4月7日から「終活～人生の終末期に向けての備え～」と題されたリーフレットを市内区役所や支所、福祉事務所などで配布した。そして、このリーフレットには「終末期医療に関する事前指示書」が含まれていた<sup>50</sup>。しかし、この配布に対しては、京都府保険医協会<sup>51</sup>や市民団体<sup>52</sup>などから、その撤回・回収を求める反対意見が相次いだ。京都市長は記者会見において、事前指示書の配布を撤回する考えは全くないと述べており<sup>53</sup>、見解の対立が生じている<sup>54</sup>。また、立法化に向けた近時の動向としては、超党派の「尊厳死法制化を考える議員連盟」が「終末期の医療における患者の意思の尊重に関する法案」（仮称）の国会提

---

46 亀井・前掲注 45)303 頁、沖永・前掲注 36)24 頁。

47 沖永・前掲注 36)24 頁。

48 亀井・前掲注 45)303 頁以下。

49 沖永・前掲注 36)23 頁以下を参照。

50 この患者の事前指示のテンプレートは、京都市長寿すこやかセンターのホームページに掲載されている。京都市「終末期医療に関する事前指示書」(<http://sukoyaka.hitomachi-kyoto.jp/doc/sukosendoc/syumatsuki-jizenshijisyo.pdf>) (2020年1月1日最終閲覧)。

51 京都府保険医協会「京都市は「終活」リーフレットの撤回・回収を」(2017年5月30日) (<https://healthnet.jp/wp-content/uploads/2017/06/5b3a0f0054f3fa27dce7a07fe43739f2.pdf>) (2020年1月1日最終閲覧)。

52 尊厳死法いらない連絡会＝やめて！！家族同意だけの『脳死』臓器摘出！市民の会「京都市の「終末期医療に関する事前指示書」回収に関する要望書」(2017年8月23日) (<http://www.jca.apc.org/~yamete/pdf/068youbou.pdf>) (2020年1月1日最終閲覧)。

53 京都市情報館「門川市長記者会見(2017年4月24日)」(<https://www.city.kyoto.lg.jp/sogo/page/0000218296.html>) (2020年1月1日最終閲覧)。

54 京都市による事前指示書の配布に向けられた批判に対し、ファクトチェックを行った上で、事前指示書を撤回しないと市判断を支持するものとして、児玉聡「京都市の「事前指示書」は何が問題なのか」(2017年4月30日)

(<https://news.yahoo.co.jp/byline/satoshi-kodama/20170430-00070336/>) (2020年1月1日最終閲覧)。また、沖永・前掲注 36)24 頁は、「事前指示は治療中止を勧めるもので、尊厳死や安楽死を誘導する形になるといった(…)主張は飛躍である。」としている。

出を目指していたが<sup>55</sup>、日本病院会<sup>56</sup>や日弁連<sup>57</sup>が同法案を疑問視し、あるいはこれに反対する意見を表明しており、未提出に終わっている。

以上から分かるように、日本では患者の事前指示の法制化については反対論も強く、制度の具体的な用途は立っていない。従って、既に患者の事前指示に関する規定が民法に置かれ、その具体的な運用について BGH の判断が下されるに至っているドイツの法律状況が、直ちに日本の現状と比較できるものでないことは事実である。しかしながら、本章で取り上げた二件の BGH 決定とそれを巡る議論は、以下のような観点から日本の議論に有益な示唆を与えるものであると解する。

まず、仮に日本も将来的に患者の事前指示を法制化することになったとして、現在各種団体が提供しているテンプレートに基づいた患者の事前指示が制度化後に問題となった場合、法的にはどのような観点から内容の有効性を検討すべきであるのかという視座を、一連の BGH 第 12 民事部の決定は与えるものである。そもそも、患者の事前指示はその趣旨からも明らかな通り、作成から相当の時間が経過した後に初めて問題となることがあり得るものである。事実、2016 年決定と 2017 年決定のいずれにおいても、問題となった患者の事前指示が作成されたのは、第三次世話法改正法の施行前であった。従って、患者の事前指示の黎明期、即ち患者の事前指示が民法上の制度として未だ導入されておらず、有効であるために具備していなければならない内容は何であるのかという議論も定まっていない時期に作成された書面が、実際に法制化後に問題となったのである。そして同じ問題は、今後日本でも患者の事前指示が法制化された場合には、当然発生し得る。日本もこのような問題に直面したならば、本章で紹介した BGH の決定は、海外における先例として高い参照価値を有することになるであろう。

しかし、あり得る将来においてのみならず、BGH 第 12 民事部の決定は、現在の日本でも一定の参照価値がある。即ち、今後の法制化に向けた議論において、患者の事前指示はどの程度の具体性を有することが必要とされるべきかを検討するにあたり、BGH 第 12 民事部の下した判断は一定の指針となり得るものである。同時に、現在種々の団体によって行われているテンプレートの配布についても、どれだけの具体性を備えたものが後の検討に耐え得るものであるか、現在配布しているものについてもより具体的な指示を含む内容に改訂する必要があるか、といった問題を配布者自らが検討する際にも、これらの決定は参考に値する。

更に、一連の決定における事実関係が、患者の事前指示を巡る大きな論点を浮き彫りにしていることも、今後の日本の議論にとって重要であると思われる。即ち、患者の事前指示の

---

<sup>55</sup> 亀井・前掲注 45)302 頁以下。

<sup>56</sup> 一般社団法人日本病院会 倫理委員会「「尊厳死」一人のやすらかな自然な死についての考察一」（平成 27 年 4 月 24 日）

([https://www.hospital.or.jp/pdf/06\\_20150424\\_01.pdf](https://www.hospital.or.jp/pdf/06_20150424_01.pdf))（最終閲覧：2020 年 1 月 1 日最終閲覧）。

<sup>57</sup> 日本弁護士連合会「「終末期の医療における患者の意思の尊重に関する法律案（仮称）」に対する会長声明」（2012 年 4 月 4 日）

([https://www.nichibenren.or.jp/activity/document/statement/year/2012/120404\\_3.html](https://www.nichibenren.or.jp/activity/document/statement/year/2012/120404_3.html))（2020 年 1 月 1 日最終閲覧）。

有効性を巡る法的な争いは、2016年決定と2017年決定のいずれにおいても家庭内紛争として生じているという点である。確かに、家庭内紛争の問題は、患者の事前指示に限って起こるものではない。しかしながら、2016年決定では三人の姉妹間で、2017年決定では夫と息子の間で、それぞれ治療中止の是非について意見が対立しているように、患者の事前指示の有効性を巡る争いは家族対家族において発生し得るものであるという認識は、今後の日本の議論においても前提として広く共有されるべきものである。ここにおいて、一つの理想論としては、患者一人で作成できる患者の事前指示ではなく、患者本人、家族そして医師が協同して作成するアドバンス・ケア・プランニングが目指されるべきであるとの考え方があり得よう<sup>58</sup>。この考え自体には筆者も異論はない。しかしながら、極論ではあるが、家族全員が一致していなければ患者個人は自分の終末期医療に関する希望を示すことができないという形で制度が作られてしまったならば、それは終末期医療に関する「自律」ではなく「家族律」となってしまうのではないだろうか。更に言えば、前述した2017年決定に対するHeitmannの分析で述べられているように、ある家族は自分の意に沿って判断を下してくれるであろうが、別の家族は自分の意に反する決断をするであろうということが本人にとって既に予測可能である場合には、意見の一致がそもそも期待できない。そして例えば、どんな手を尽くしても延命させようとする夫よりも、精神的に親離れできている息子にこそ終末期医療に関する決定を行って欲しいという意思が本人にあるのならば、たとえ夫にとっては酷であるとしても、そこでは本人一人で作成できる患者の事前指示の方が却って本人にとって望ましい帰結をもたらすということがあり得よう<sup>59</sup>。ここにおいて、ドイツの患者の事前指示制度が世話人によって運用されることを原則としながらも（BGB1901a条1項）、任意代理人への準用規定を設けている点（同6項）は決定的に重要である。即ち、誰が最も自分の意を汲んでくれるか、自分は誰に託したいかということも、本人はあらかじめ決めることが可能なのである。日本でも半田市の提供している事前指示書のテンプレートが第1判断者と第2判断者を記入できるようになっていることは既に述べたが、こうした問題意識は立法論においても、そしてまたテンプレート配布者においても共有されるべきものである。

そして最後に、BGH第12民事部が2014年決定から一貫して、「有効であり、なおかつ現在の状況に当てはまる患者の事前指示が存在する場合には、本人は自ら決定を行っているものである」<sup>60</sup>との姿勢を示していることは、患者の事前指示があくまでも自己決定の範疇に属するものであるとの理解を促すものである。確かに、患者の事前指示の制度化に対する根強い反論として、制度化それ自体が死ぬことへの同調圧力の温床となるとの指摘があ

<sup>58</sup> 亀井・前掲注45)321頁以下、沖永・前掲注36)25頁以下。

<sup>59</sup> 浜渦辰二は、ドイツの事前指示制度が家族の中でも順位を付けることができるようにした背景思想とは、「伝統的家族構成の解体」を現状として捉え、こうした「社会の様変わり」を背景として、「以前なら、まだ広く意見の一致を見ていた事柄を、書面で確定する限りで、そうした事前指示が有意義である」というものである」と指摘する。浜渦・前掲注3)7頁。2017年決定も、推定的意思の認定に関する文脈ではあるが、差戻審への指摘において、「夫の意思の尊重は、これが推定的には本人の意思に影響を及ぼしているであろう場合のみ問題になる。これに対して、夫の意思を直接的に考慮することは、GG6条1項を見ても、排除される。」と述べている。BGHZ 214, 62 Rn. 43.

<sup>60</sup> BGHZ 202, 226 Rn. 14; BGHZ 211, 67 Rn. 36; BGHZ 214, 62 Rn. 14.

ることを本章でも確認した。そしてこれは、何人も患者の事前指示の作成を義務付けられてはならないとする規定（BGB1901a 条 5 項 1 文）を法律に置いただけで解決する問題ではない。しかし、専ら尊厳死へと向けられていたリビング・ウィルとは異なり、患者の事前指示においては自分の希望する治療を指定することもできるということは、度外視されるべきではない。また、先に紹介した日本のテンプレートの各種も、本人として何を希望し、何を希望しないかを表明する形式となっていることから見ても、患者の事前指示においてはあくまでも本人の自己決定がベースであるという意識は、現在のテンプレート提供者においても共有されていることが窺える。

この問題において、患者の事前指示そのものに対する反論として、最も強固であるのは恐らく次のようなものであろう。即ち、患者の事前指示が作成されるのは病気になる前の時点であるが、自分が病気になったときにどのように考えるかはその時が訪れなければ本人にも分からないはずであり、健康な時に書いた書面は意味がない、という考え<sup>61</sup>である。そして、この指摘の根底にある思考そのものについては、筆者も同意する。自分がまだ病気を発症していない段階において、どれほど親しい人が延命措置によって苦痛を被っている姿を目の当たりにしたとしても、実際に自分自身の身体が病に苛まされたときに、病気そのものによってどのような苦痛を感じるのか、延命措置によってどのような身体感覚が負担として襲い掛かってくるのか、そして何より、病苦が続く生よりも死を望むのか、それともどれほど苦しくとも限界まで生は手放したくないと思うのかは、我が身として経験するに至るまで、本人にさえ分からないはずである。ここで患者の事前指示を直ちに全き自己決定として観念することには、筆者も確かに躊躇を感じる。

それでもなお、患者の事前指示制度、そして本稿で紹介した BGH 第 12 民事部の二つの判断は、参考にすべきものであると解する。それは、2016 年決定と 2017 年決定の両事案における実質的な結論を分けた事実関係の違いについて、BGH 第 12 民事部は適切に判断を下したと言えるからである。即ち、両事案で共通する患者の事前指示が妥当する治療状況には「意識を取り戻す見込みがないこと」が含まれていたが、2016 年決定においては、本人が発話能力は既に喪失しているものの、外部からの刺激には反応していたとの LG の認定があり、そうであるからこそ BGH 第 12 民事部は、差戻審ではそれまで行われてこなかった本人への審問を追完するよう指示しているのである。ここにおいては、患者の事前指示においてそれが妥当すべき治療状況として「意識を取り戻す見込みがない」との指定があることが前提にはなっているものの、たとえ言葉ではないとしても、まばたき等によって本人がまさに今何を希望しているのかを確認することができるならばそれを尽くせという姿勢を窺うことができよう。そしてこのような姿勢は、制度化を巡る日本の議論においても前提とされるべきものである。

これに対して 2017 年決定の差戻審においては、本人が意識を取り戻す見込みがないという鑑定意見が採用された。確かに、Weigl の指摘する通り、「見込み」についての判断は医師にとっても極めて困難なものであろうし、また見込みなしと診断された患者が後に意識を取り戻したならば、それは結果的に誤診ということになるだろう。従って、患者の事前指示が存在するとしても、それが本当に今この患者に当てはまるのか否かという問題は、残り続け

---

<sup>61</sup> 前掲注 51) 参照。

るであろう。しかしながら、この局面において、それではこの患者に対して具体的に何をするのか、何をしないのかを、家族であれ、医療チームであれ、あるいは裁判所であれ、最終的には「誰か」が決断しなければならないのである。そしてここにおいて、本人であったならばどう考えたであろうかという推定的意思の探求の深淵へと陥ることを回避させるために、他ならぬ本人自らが「指針」を示すということには、意義が認められて然るべきであろう。このような患者の事前指示をやはり純然たる自己決定として取り扱うのか、それとも治療上の願望に位置付けるべきかについては議論の余地があるが、少なくとも推定的意思以上の意味を持つとするドイツの法律状況は、この点でも参考にすべきものと思われる。

## V 小括

近年、救急隊員が救命現場に駆け付けた際に、本人の意向として家族が蘇生を拒否するケースが相次いでいる。総務省消防庁の調査によれば、救急隊が蘇生拒否の意思を伝えられた事例が、2017年には全国で少なくとも2015件あったという<sup>62</sup>。こうした状況において、本人の意思を尊重するか、それとも蘇生措置を優先するか、統一的なルールを国は定めるべきであるとの要望もあったが、総務省消防庁の部会は、実態把握が不十分であるとして、全国統一ルールの検討を事実上棚上げした。また、蘇生拒否された場合の対応方針を定めていた消防本部の数は、全国728のうち半数以下の332であり、その内訳も100が「かかりつけ医の指示など一定条件で蘇生を中止」している一方で、「拒否されても蘇生しながら搬送」する本部の数は、その倍の201であると報じられている<sup>63</sup>。

このように、終末期医療における患者の希望を巡る問題は、日本でも現実のものとして既に顕在化しているが、統一的な指針の策定については、慎重論が根強いこともあって、未だに見通しも立っていないという実情がある。しかしながら、高齢化がますます進む日本において、救急現場の方針がそもそも定められていない、あるいは定められていたとしても消防本部によって対応が異なるという事態は、可及的速やかに解消されるべきものであろう。このような問題意識から、本稿は、一つのモデルとしてドイツにおける患者の事前指示制度を取り上げると共に、患者の事前指示の有効性が争われたBGHの判例について検討を加えたものである。

もっとも、患者の事前指示の法制化は、事実上流通している患者の事前指示を法的に裏付けるものではあるが、患者の事前指示に関する問題について終局的な解決を与えるものではない。この点について、2017年決定の再上告審についての評釈の中で、Putzはドイツにおける患者の事前指示の現状と課題について、以下の通り論じている。

「今日のドイツでは、患者の事前指示と事前配慮代理権のテンプレートは数えきれないほど流通しているが、困ったことに、そこには法的に無効な定式化が書かれていることが少なくない。その原因は、事前配慮代理権では素人が作成しており、彼らは世話法上の基準をよく知らないから、患者の事前指示ではやはり素人が作成しており、彼らは重病と死の経過において医療がどのように進行していくのかをよく知らないからである。従って、有効と認められるテキストを作成するには、専門家の集合知が不可欠なのであって、そこでは世話法、

<sup>62</sup> 『日本経済新聞』「「自宅で最期を」救急隊戸惑い」2018年10月23日付朝刊39面。

<sup>63</sup> 『日本経済新聞』「蘇生拒否の統一対応困難」2019年7月3日付夕刊14面。

看護法、社会法、牧会、ホスピス、緩和医療、そして何より医事法の領域の専門家が必要とされるのである。」<sup>64</sup>

日本においても、患者の事前指示であれ、アドバンス・ケア・プランニングであれ、患者の事前の意思表示に一定の法的根拠を与えることは、医療従事者と家族が直面する問題の解決に資するものであると考える。しかしながら、法制化は問題解決のための手段であって、目的ではない。特に、「治療の見込みがない」か否かの判断は、医学の進歩、そして提供可能な医療の問題と不可分であって、常に最新の知見によってアップデートされていかなければならない問題である。

こうした事実上の問題を踏まえながら、患者の事前指示の法的な有効性要件はどの程度厳格なものが課されるべきか。BGH 第 12 民事部は、そこに一定の厳格さを要求しながらも、過度な要求がされてはならないと判断した。もっとも、2016 年決定と 2017 年決定で争われた患者の事前指示のテンプレートは同一の内容であり、それ以外のテンプレートが有効で拘束力があると認められるか否かは、当該患者の置かれている治療状況、そして患者の事前指示の内容に応じた個別判断に委ねられている。従って、患者の事前指示の有効性を巡る今後のドイツの司法判断も、注視していく必要がある。

また、ドイツでは患者の事前指示が法制化されて 10 年以上が経過したが、医療実務における運用の中で、患者の事前指示の問題点と限界も明らかになってきており、それらを乗り越えるものとしてアドバンス・ケア・プランニング (ACP) が論じられるようになってきている。他方で日本でも、厚生労働省が ACP の推進を進めているところではあるが、そこで目指されている制度設計は、家族等の参加についてドイツと大きな隔たりがあり、それは本稿第 1 章で確認した「自律性」についての意識の違いと相通じるものがある。そこで、第 6 章では、患者の事前指示の問題点を克服するためのものとしてドイツで議論されている ACP と、日本の厚生労働省が推進する ACP の異同を確認し、日本型 ACP の問題と課題について、若干の私見を展開する。

---

<sup>64</sup> Wolfgang Putz, NJW 2019, 603.



## 第6章 ドイツにおける患者の事前指示から ACP への移行と、日本における問題

- I 序論
- II 患者の事前指示に対するドイツ法学からの批判的検討
- III 日本における ACP 啓発の現状
- VI 私見及び試論

### I 序論

前章では、患者の事前指示をめぐるドイツ判例とその分析、そして日本における患者の事前指示の現状と課題を示した。そこでは、ドイツでは既に所与のものとなり、日本では今後創設されるであろう患者の事前指示という制度の中でも、特に明確性の点を巡る議論を主として確認した。しかし、患者の事前指示に対しては、患者自身が事前指示作成の時点以降に自己変容する可能性があるという点が、ドイツでも日本でも既に認識されているところである。そこで、以下では、患者の事前指示の制度それ自体が抱えている問題性に関するドイツの議論と、日本で厚生労働省がガイドライン中で採用したアドバンス・ケア・プランニング (ACP) の概念について検討を加え、その上で今後日本においてどのような制度が目指されるべきであるか、若干の試論を展開する。

### II 患者の事前指示に対するドイツ法学からの批判的検討

#### 1 Gaede の見解<sup>1</sup>

Gaede は、講演において、患者の事前指示は終末期の医療供給において人間の尊厳を擁護するためにあらゆる法秩序が通るべき「王道」であるのか、それとも危機を回避するための「応急措置」に過ぎないのかを問うているが、その中で、ドイツにおける事前指示制度には大きく分けて二種類の批判が既に寄せられているということを指摘している。

第一の批判は、患者の事前指示において掲げられている理念が、医療実務の現場においては必ずしも実現されているわけではない、というものである。この批判においては、そもそも患者の事前指示が存在することを確認するシステムが整っていないという問題が挙げられる。即ち、患者の事前指示に関する公的記録は、ドイツでは現時点では存在せず、また、患者の事前指示の提出義務が生じるのは、その占有者が世話人選任手続の開始を知るに至った場合に限られるというのである。Gaede の紹介によれば、ハンブルグエッペンドルフ大学の調査で、集中治療を受ける患者の約 29% が既に患者の事前指示を持っていたものの、それらの患者の中で事前指示をカルテの中に携帯していたのは僅か約 32% に過ぎなかったことが明らかになっている<sup>2</sup>。また、患者の事前指示が医師の手元に届いたとしても、

<sup>1</sup> カーステン・ゲーデ「患者の事前指示：王道かそれとも応急措置か？—ドイツ法を例として—（邦訳）」シンポジウム『終末期医療、安楽死・尊厳死に関する総合的研究』配布レジュメ集 142 頁以下（非公開資料、2020 年刊行予定）

<sup>2</sup> Geraldine de Heer, Bernd Saugel, Barbara Sensen, Charlotte Rübsteck, Hans O. Pinnschmidt, Stefan Kluge, Patientenverfügungen und Vorsorgevollmachten bei Intensivpatienten, Deutsches Ärzteblatt 21/2017, S. 363.オンラインのアーカイブとしては、以下を参照。aerzteblatt.de

それが患者の現在の意思に合致するものであることを確認する術はない。つまり、患者の事前指示には更新義務がないため、例えば 10 年前に書かれたまま更新されていない患者の事前指示で示されている患者の意思が、現在の意思と何ら変わるところがないのか、医師には分からないのである。そして、当該患者の事前指示が医学的適応のある生命救助を希望しない内容である場合には、これを額面通りに受け取って治療中止したならば、自分は刑事手続へと引き渡されてしまうのではないかという強い懸念を医師は抱くことになる。患者の事前指示にはこのような側面があるが、これは現時点では解決されていない問題である。

これに加えて、患者の事前指示の明確性という厳格な有効性要件によって、患者の事前指示が医療実務に及ぼす拘束力は更に制限されると Gaede は説く。しかもこの明確性というハードルは、法律家が作成したテンプレートに則った事前指示であっても乗り越えられないことがあるという。そのため、患者の事前指示は一見すると誰でも簡単に作れるようで、実際にはこのハードルを越えられないことで推定的意思の間接証拠にまで価値が落ちる可能性があり、そのため、明確性の要求によって、自己決定ではなく他者決定に再び陥ってしまうのではないかというのである。ここにおいて、患者の事前指示の有効性要件に、医師からの説明を受けたことが含まれていないということが、患者の事前指示が不明確であると判断される危険をより一層増大させているとされる。

Gaede の指摘する第二の批判は、そもそもドイツの依拠している自己決定のイメージがあまりにも抽象的かつ危険なものであって、立法者は自己決定への信頼を拡大し過ぎてい、というものである。この第二の批判がまず指摘するのは、意思の欠缺に関する立法的な予防策が講じられていないという点である。即ち、前述した通り、患者が事前指示を作成するにあたって医師から助言を受けたか否かは、その有効性にとって何ら影響しない。そのため、仮に作成者が事前指示の内容について仮に全くの無理解であるままに記入したならば、自己の生命を誤って処分しているということになるが、そのような事態を抑止する制度は現状では整っていない。

そして、医師による説明義務の問題は、パターンリズムの問題にも直面することが指摘されている。患者の事前指示の射程を制限せずに、医師による説明を受けることを義務付けた場合には、いわゆるソフトパターンリズムの問題が生じる。しかし、Gaede によれば、一部の論者はそれを超えていわゆるハードパターンリズムを支持しているという。即ち、例えば承諾能力を喪失した認知症患者が、その事前指示書の中で治療行為を禁じていたとしても、当該患者が肺炎に罹患した場合には、この事前指示書の拘束力を及ぼすべきではないというのである。Gaede もまた、患者の今の自然な生きる意思を尊重するために、かつて文書化された治療拒否の自己決定を劣後させる必要があり得ることを認めている。

その上で、Gaede は、患者の事前指示は「王道」か否かという問いに答えるために、分析的な検討を試みるが、そこでは患者の事前指示は原則として信頼しなければならないものであり、最善の利益モデルはたとえ非個別的であれ個別的であれ、採用することができないという Gaede の態度が表明される。まず、たとえ延命措置が医学準則 (lege artis) に適合し、かつそれが延命目的に適応するものであったとしても、医師には専断的に延命措置を実

---

(<https://www.aerzteblatt.de/archiv/188935/Patientenverfuegungen-und-Vorsorgevollmachten-bei-Intensivpatienten>) (2020 年 1 月 1 日最終閲覧)。

施できる特権というものは存在せず、また、個々人の生きる義務から出発して医学的適応を援用する余地もないことから、純粹に客観的で非個別的な最善の利益モデルは端的に排除される。そして Gaede は、推定的承諾、あるいは個別化された最善の利益テストによって、かつて作成された患者の事前指示の拘束力を弱めるということについても、強く反対する。曰く、概念を十分理解していない者であろうと、事前指示の更新を気に留めない者であろうと、文書で自らの願望を放棄してしまえば、そこで彼／彼女は答責性を引き受けている。そして、意見表明と意思の瑕疵に対する予防措置を講じなければならないというのはその通りであるとしても、それは患者の事前指示が根本的に信じられないものであるという理由にはならない。むしろ、個別化された最善の利益を間接証拠として考慮することを一般論として認めてしまうことの方が、他者決定の危険はより一層大きなものであって、家族による他者決定という日本でも論じられている問題は何ら解決しない。このようにして Gaede は、推定的承諾あるいは個別化された最善の利益テストは他者決定に他ならないのであって、これを患者の自律性を再現したものであると解するのは誤りであると論ずる。

このような前提の下で、Gaede は、患者の事前指示が有効とされるハードルについて、結論においては現行法や BGH の判例で認められた要件で必要十分であると解しているようである。Gaede によれば、まず、患者の事前指示の作成者は承諾能力を有していなければならないという要件によって、強制によるなどして瑕疵ある意思に基づく患者の事前指示が排除される。次いで、患者の事前指示は文書によるものでなければならないという要件は、患者以外の人間に拘束力が及ぶことからすれば欠かせないものであり、また、この要件は患者にとって過度な要求ではないのと同時に、文書化の要件それ自体が、軽率な自己決定への抑止効果を果たしているという。更に、2016 年決定及び 2017 年決定で示された明確性の要求も、患者の希望を真逆の帰結をもたらしてしまうような形式主義には陥っていないとして、これも妥当であるとする。

しかしながら、患者の事前指示の有効性にとってこれ以上の要件を課すことについて、Gaede は否定的である。例えば、立法草案の一つである Bosbach 草案<sup>3</sup>は、患者の事前指示の有効性要件として、単なる文書化では足りず、公証人によって文書化されたものであることを要求していたが、Gaede は公証人の介入を不可欠の要素とすべきではないとする。それに加えて、医師による説明についても、これを必須の要件とすることには Gaede は反対する。Gaede は、患者の事前指示を低い敷居として設定すべきであるとしており、単なる文書化以上のものを要求することに対して否定的である。一方で公証人は医療の素人であるが、他方で医師もまた唯一無二の情報源ではないのであり、分かりやすい話や法律家の説明も患者本人にとって有意義であり得るのであって、しかもそうした説明を受けるか受けないかは本人の自由であるというのが Gaede の主張である。そして、わざわざ患者の事前指示を作成するような人がその内容について全く無理解であるという事態は、想定し難いというのである。

そして、延命措置を希望しない旨の事前指示を作成した認知症の患者が肺炎を発症した場合などでは、患者の事前指示の射程を限定すべきではないかとの意見もあるところ、

---

<sup>3</sup> 立法時の各草案を紹介するものとして、鈴木彰雄「臨死介助の諸問題——ドイツ法の現状と課題——」法学新報 122 卷 11・12 号（2016 年）281 頁を参照。

Gaede 自身はそうしたケースにおいても原則的には患者の事前指示に従うべきであるとの態度を表明する。即ち、認知症患者においては人格の連続性が断絶しているというテーゼが哲学の文脈から確かに主張されてはいるが、患者本人の人格は断絶している、「だから」本人の変化した生活状況について決定する地位と権限を第三者に付与した方が適切である、という理由説明には一切ならないというのである。そして、自己決定とは、既に経験された利益についてのみならず、将来的な人生の目標と価値もそこに含まれるのであって、延命を押し付ければ患者の自己決定を無視することになるとする。もっとも、Gaede においても、例えば認知症患者においても自然な生きる意思について自己決定をすることが本当に不可能であるのかについては、事案において正確に検討する必要があることを認めており、そうした自然な生きる意思に対してもなお患者の事前指示が優越するための基準については明文規定が必要であると主張している。こうして Gaede は、患者の事前指示は完璧な王道とは言えないものの、しかしそこには単なる応急措置に留まらない意義があるという結論を導き出す。

## 2 Steuer の見解<sup>4</sup>

しかし、Gaede とは逆に、患者の事前指示には既に限界があり、最善の解決策ではないということを正面から認める見解も、既にドイツ学説において展開されている。そうした論者の一人である Steuer は、患者の事前指示が実際に果たせるよりも遥かに多くの期待を抱かせてしまっていると指摘する。患者の事前指示の根底にある基本思想とは、Steuer によれば以下のようなものである。即ち、アクチュアルな状況判断のために、患者本人がその最も個人的な意思を宣言しているならば、患者の事前指示はまずは本人に対して、その自己決定権を持続的に補強することを約束している、というのである。しかしながら Steuer は、この基本思想はただの夢物語であるどころか、患者の自律の理解として見当外れなものであると指摘する。即ち、助けを必要としている患者は自律的な決定を独力で為せるものではなく、むしろ常に配慮の行き届いた援助も必要であるというのである。そして、決定の負担を患者個人に委ねるのは過大な要求であって、問題は解決しないどころか不適切に処理されてしまうこともあると Steuer は論ずる。

ここで Steuer は、医療実務の現場における経験的な研究を引用し、自分の事前指示を正確に伝えられる状態にない患者の数は相当数にわたり<sup>5</sup>、また患者の意思は、疾病の経過および生活世界の枠の条件に応じて異なることが証明されている<sup>6</sup>ことを指摘する。そのため、書かれてから相当の時間が経過した患者の事前指示は、判断時における本人の意思の間接証拠としては必ずしも信頼できるものではなく、むしろ純粹に仮定的な偶然性に起因する

---

<sup>4</sup> メラニー・シュトイヤー「セッション 4 へのコメント：患者の事前指示：王道か応急措置か」前掲注 1)シンポジウム非公開資料（2020 年刊行予定）

<sup>5</sup> Nauck/Jaspers/Becker et al., To what extent are the wishes of a signatory reflected in their advance directive: a qualitative analysis, in: BMC Med Ethics 2014, 15:52.

<sup>6</sup> Ditto/Jacobson/Smucker et al., Context Changes Choices: A Prospective Study of the Effects of Hospitalization on Life-Sustaining Treatment Preferences, Medical Decision Making, 2006, S. 320; Vollmann, Advance Directives in Psychiatry, in: Lack/Biller-Andorno/Brauer (Hrsg.), 2014, S. 37-49.

ものであるとする。それゆえ、いわゆる Calman-Gap<sup>7</sup>、即ち元々述べられていた判断が具体的状況下で再び問いに付される、あるいは完全に修正されるといったことは、決してあり得ないことではないと Steuer は述べる。

また、患者の事前指示を作成する人はそのほとんどが医学の素人であるが、そこで終末期の状況を予測して評価する能力というのは全く現実味がないものであり、それどころか、素人には多様な医学的可能性を理解することは毫もできないと Steuer は言う。ここにおいて問題となるのは医学の発展である。つまり、かつては不治の病とされていたものも、医学が進歩することで容易に治療可能となることがあり得るが、そうであるとする、かつて作成された患者の事前指示も場合によっては時代遅れなもの、言い換えれば、医学の進歩によって患者の想定自体が誤った想定に基づいたものになり、もし患者がこの進歩を見越していたならば異なる決定をしていたであろう、ということになるのである。こうしたことから、患者の事前指示は、定期的にかつアクチュアルな意思に基づいた再検討を要するものであるということが明らかとなる。しかしながら、仮にそうした再検討を義務化したとしても、患者が本当に自己決定の射程を理解しているということの保障にはならない。その限りで、医師の説明義務がないことによって、患者は常に独り立ちすることを求められているのであり、自己決定の本当の意義と射程を実際に患者は理解しているのか、これは患者自身の自律的な意思形成の帰結であるのか否かということ、事後的に検証することは不可能であるという。

更に、医師の研究によれば、患者の事前指示によって自己決定権を強化するという要求はほとんど実現しておらず、むしろ終末期医療における患者の事前指示の重要性はほぼ皆無であるということが指摘されている。また、Steuer は、91 名というサンプル数の少なさ故に統計としての代表性はないとの留保は付しながらも、多くの医師が不明確であるために解釈困難な患者の事前指示に遭遇し、更には半数弱の医師は世話人あるいは任意代理人から質問された際に、彼らに同調してしまっているという研究も引用している。そして、集中治療の現場では、最早適応がないという理由だけで指示書が処理されてしまっており、医師による資料整備のコストがただ増大しただけではないかとの研究もあるということが示されている。

---

<sup>7</sup> K C Calman が提示した仮説である。K C Calman, Quality of life in cancer patients – an hypothesis, in: Journal of Medical Ethics 1984, 124-127.オンラインのアーカイブとしては、以下を参照。NCBI (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1374977/>)

(2020年1月1日最終閲覧)。なお、同126頁で Calman は自身の仮説を解説するために図式を用いているが、本稿の文脈に即して言えば、図1では時の経過と共に、緩やかな波を描く「希望、野望、夢」と、激しい波を描く「今ここにある現実」の間に広がるギャップは常に変動するものであるということ、図2では「今ここにある現実」が最高潮にあれば疾病に対する処理能力は高いが、逆に最底辺であれば疾病に取り組むのは困難であるということが、とりわけ Steuer の主張と関連が強いと思われる。即ち、Steuer の問題提起に引き寄せて Calman-Gap を解するならば、現実曲線が最高潮にある時点で書かれた事前指示が、その後現実が著しく悪化したことによって書き直されることはあり得るし、その逆もあり得る、ということになるであろう。また、筆者の考えるところでは、自己と他者のエネルギーによって現実曲線を高めていくという図6で示されている仮説は、日本の ACP における家族等の参加にとって示唆的である。

このように、医療実務における様々な問題を踏まえた上で、従来の患者の事前指示が自己決定権を補強するための最良の解決策とは決してなっておらず、これを是正するのがドイツにとっても喫緊の課題であることが指摘される。そこで Steuer は、こうした諸問題を解決するための第一歩として、患者の事前指示よりも ACP の方が妥当であると説く。Gaede とは明確に異なり、Steuer は、患者と医師のコミュニケーションを制度化すべきであるとの立場を採るが、Steuer によれば、患者の事前指示における両者のコミュニケーションとは、あらかじめ設定されたアルゴリズムに従ってルーチン的に強化されるものであるという。それに対して ACP では、患者の意思は逐一文書化されるだけでなく、医師と患者の協力によって、変動する条件の下で問い質されるのであり、患者の事前指示と ACP とではコミュニケーションが本質的に異なるものであるという。Steuer も ACP を採用することで全ての問題が完全に解決するとは決して述べてはいないが、制度をより改善・改良していく上では、単に書類へと記入・署名するだけで完結するのではなく、それ以上のことを要求していくべきであるとの態度が表明されている。

### III 日本における ACP 啓発の現状

日本でも、患者の事前指示あるいは ACP が法律で規定されるには未だ至ってはいないものの、厚生労働省のガイドラインでは ACP が既に採用されている。「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」は 2018 年 3 月に改訂されたが、ここにおいて ACP は「人生の最終段階の医療・ケアについて、本人が家族等や医療・ケアチームと事前に繰り返し話し合うプロセス」という概念定義のもとで取り入れられており、そして「1）本人の意思は変化しうるものであり、医療・ケアの方針についての話し合いは繰り返すことが重要であることを強調すること。」「2）本人が自らの意思を伝えられない状態になる可能性があることから、その場合に本人の意思を推定しうる者となる家族等の信頼できる者も含めて、事前に繰り返し話し合っておくことが重要であること。」「3）病院だけでなく介護施設・在宅の現場も想定したガイドラインとなるよう、配慮すること。」<sup>8</sup>という三つの観点から文言追加や解釈の変更が行われている。更に、同ガイドラインでは、「本人の意思は変化しうるものであることや、本人が自らの意思を伝えられない状態になる可能性があることから、本人が家族等の信頼できる者を含めて話し合いが繰り返し行われることが重要です。」「本人の意思が明確でない場合には、家族等の役割がいっそう重要になります。特に、本人が自らの意思を伝えられない状態になった場合に備えて、特定の家族等を自らの意思を推定する者として前もって定めている場合は、その者から十分な情報を得たうえで、本人が何を望むか、本人にとって何が最善かを、医療・ケアチームとの間で話し合う必要があります。」ということが基本的な考えとして示されており、そこでは本人の意思が時々刻々と自己変容し得るものであること、だからこそ繰り返し話し合う必要があるということ、そして本人の意思確認が不可能な場合には家族等の担う役割が大きいことが認識されている。

---

<sup>8</sup> 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」解説編 1 頁（改訂平成 30 年 3 月）（<https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-10800000-Iseikyoku/0000197722.pdf>）（2020 年 1 月 1 日最終閲覧）。

ここにおいて、ドイツの議論と日本の制度設計とは、既に食い違いを見せている。Gaede にせよ Steuer にせよ、ドイツの議論では、患者の事前指示の有効性や明確性を担保するためのものとしての第三者の介入、しかも公証人や医師という、文書や医療といった領域における専門家の介入の是非を問題としている。確かに、2016 年決定および 2017 年決定の事案が実際にそうであったように、患者の事前指示に示された意思を実現する者としての世話人や任意代理人に患者の家族が任命され、その意味において家族が一定の役割を演じるということはある。しかしながら、少なくともドイツでは、それを超えて、患者の事前指示の作成それ自体において家族が役割を果たすべきであるとする論は見受けられない。むしろ、Gaede が「家族による他者決定という伝播性のある危険」(virulente Gefahr einer Fremdbestimmung durch die Familie) という表現を用いていることから、自己決定とは本来的には純粹個人的に形成されるべきものであって、家族の介入は個人の自律を阻害する要因となり得るものであるとの理解が窺われる。

しかし、日本において状況は全く異なるものである。その違いは、厚生労働省が ACP の愛称を「人生会議」と決定し、その選定理由として「家族等、信頼できる人たちと輪を囲んで話し合う、というイメージが湧く。」<sup>9</sup>としたことに既に現れている。ドイツにおける患者の事前指示においては自己決定を他者決定へとすり替える不純物とさえ考えられている家族等の介入は、日本の「人生会議」においては、むしろ前提とされているのである<sup>10</sup>。

それどころか、神戸大学が作成し、厚生労働省が配布しているパンフレット『これからの治療・ケアに関する話し合い～アドバンス・ケア・プランニング～』の中で、「アドバンス・ケア・プランニングとは？」で以下の通り概念が説明されている。

万が一のときに備えて、あなたの大切にしていることや望み、どのような医療やケアを望んでいるかについて、自分自身で考えたり、あなたの信頼する人たちと話し合ったりすることを「アドバンス・ケア・プランニング—これからの治療やケアに関する話し合い」といいます

これらの話し合いは、もしもの時にあなたの信頼する人があなたの代わりに治療やケアについて難しい決断をする場合に重要な助けとなります

あなたにはこのような前もっての話し合いは必要ないかもしれません

でも話し合いをしておけば、万が一あなたが自分の気持ちを話せなくなった時には、心の声を伝えることができるかけがえのないものになり、ご家族やご友人の心の負担は軽くなるでしょう<sup>11</sup>

<sup>9</sup> 厚生労働省「ACP (アドバンス・ケア・プランニング) の愛称を「人生会議」に決定しました」(平成 30 年 11 月 30 日) ([https://www.mhlw.go.jp/stf/newpage\\_02615.html](https://www.mhlw.go.jp/stf/newpage_02615.html)) (2020 年 1 月 1 日最終閲覧)。

<sup>10</sup> もっとも、厚生労働省は以下の通り注記している。「家族等とは、今後、単身世帯が増えることも想定し、本人が信頼を寄せ、人生の最終段階の本人を支える存在であるという趣旨ですから、法的な意味での親族関係のみを意味せず、より広い範囲の人(親しい友人等)を含みますし、複数人存在することも考えられます」。厚労省・前掲注 8)5 頁。

<sup>11</sup> 平成 29 年度厚生労働省委託事業 人生の最終段階における医療体制整備事業「これからの治療・ケアに関する話し合い～アドバンス・ケア・プランニング～(パンフレット)」2 頁(2018 年 3 月改訂版)

このような説明の仕方において、問題関心が最早本人の自己決定にはないことは明白である。ドイツの議論では ACP とはあくまでも本人の自己決定であり、しかし無知、浅慮、軽率さ、そして何よりも不明確さに陥ることを回避するために、定期的に医師からの説明を受け、その時々医療の進歩に応じた疾病の回復可能性を考慮しつつ、治療中止についての決定を随時更新していくということが問題とされている。ところが、日本で普及していくよう取り組まれている「人生会議」とは、厚生労働省の解説を額面通り受け取るならば、むしろ家族等の負担を軽減するために作成するものとしての性格が強い<sup>12</sup>。

更に、厚生労働省の考える ACP には、事前配慮代理権<sup>13</sup>としての側面も併存しているということも、注目しなければならない。前述したパンフレットには、「もしも、あなたが病状などにより、自分が考えや気持ちを伝えられなくなった時や、あなたが治療などについて決められなくなった時に、あなたの代わりに治療やケアについて話し合う信頼できる家族や友人の方はどなたになりますか?」「具体的なお名前と間柄を記入してください。(複数でも可能)」<sup>14</sup>との記入欄がある。これだけでも任意代理的な性格が窺われるが、更にパンフレットの最後では、「今まで色々考えてきましたが、もしもの時に、あなたの信頼できる家族や友人にどれくらい任せるかについても考えておくと良いでしょう。特に、あなたが望んでいる治療やケアと医療・介護従事者(医師や看護師など)の考える、あなたにとって一番良いと思われる治療やケアの内容が食い違った時はとても判断に迷います。」と前置きした上で、「病状が悪化し、自分の考えが伝えられなくなった時に、あなたが望んでいたこととあなたの信頼できる家族や友人の考えが違う時はどうしてほしいですか?」との問いが立てられており、これに対しては「私が望んでいたとおりにしてほしい」「私が望んでいたことを基本として、医療・介護従事者と信頼できる家族や友人で相談して決めてほしい」「私が望んでいたことと違っても、医療・介護従事者と信頼できる家族や友人で相談して決めてよい」「どちらともいえない(具体的にお書き下さい)」のいずれかにチェックマークを記入する形式となっている。従って、このパンフレットに記入する形で ACP を作成した場合には、これが医療判断代理委任状とさえなり得るということになる。

## VI 私見及び試論

---

([https://square.umin.ac.jp/endoflife/shimin01/img/date/pdf/EOL\\_shimin\\_A4\\_text\\_0416.pdf](https://square.umin.ac.jp/endoflife/shimin01/img/date/pdf/EOL_shimin_A4_text_0416.pdf)) (2020年1月1日最終閲覧)。

<sup>12</sup> 事実、パンフレット・前掲注 11) 6 頁では、信頼できる人を「なぜ決めておく必要があるのでしょうか」との項目において、以下の理由が挙げられている。一つは「あなたの価値観や人生観を共有しておくため」であり、その帰結として「あなたの考えや好みは尊重される」ことになり、これは自己決定に資するものである。しかしもう一つは「あなたの治療やケアに対する考えを伝えておくため」であり、それによって「あなたの考えを想像して、不確かなまま決めざるをえない、家族などの気持ちの負担が軽くなる」としている。

<sup>13</sup> 事前配慮代理権については、アルビン＝エーザー(甲斐克則・福山好典訳)「患者の事前指示と事前配慮代理権—臨死介助におけるそれらの刑法上の役割—」比較法学 47 巻 2 号(2013年) 191 頁以下を参照。

<sup>14</sup> パンフレット・前掲注 11) 7 頁。

上述した通り、ACP の理解、あるいは ACP 概念に盛り込まれるべき内容については、日独両国において既に相違が見られるところである。そして、それによって、ACP の法的位置付けは日独では異なるものとなり得よう。より端的に私見を述べるならば、日本で目指されている ACP 制度を純粋な自己決定モデルとして位置付けるのは、困難であると思われるのである。

この点について、ドイツにおける患者の事前指示の位置付けをまず確認する。BGB1901a 条 1 項は患者の事前指示について規定しているが、同条 2 項では治療上の願望と推定的意思が区別されている。BGH によれば、BGB1901a 条 2 項の意味における治療上の願望とは、例えば、具体的な生活状況及び治療状況についての決定を含んでいるが、書面化されていない、予見的な決定にあたらぬ、未成年者が書いたものである等の理由で、BGB1901a 条 1 項の意味における患者の事前指示の要件を満たしていないあらゆる表明がそれに該当し得る<sup>15</sup>。もっとも、これは事前指示としての要件を満たしていないものであるから、当事者に対する直接的な拘束力を生じるものではない。患者の事前指示／治療上の願望／推定的意思、という等級付けの下において、治療上の願望それ自体が直接的な治療の承諾や治療拒否として扱われることはないが、患者の代理人は、治療上の願望を確定し、それに基づいて患者の意思を突き止めることによって、承諾あるいは拒否をすることが求められる<sup>16</sup>。それに対して推定的意思を突き止めるにあたって特に考慮され得るのは、とりわけ本人のかつての口頭または文書での発言、道徳的・宗教的価値観その他の価値観であるが (BGB1901a 条 2 項)、これは当該生命状況及び治療状況との関連性を有していないものである<sup>17</sup>。

これを踏まえて、日本の厚生労働省が採用する ACP 概念について検討してみるに、少なくともドイツ法に従った理解からは、純粋な自己決定として説明することができない部分が存在する。とりわけ、家族等の参加について、法的にどのように位置付けられるのかは明らかではない。BGB1901a 条 2 項では、近親者その他の信頼できる人物は、本人の推定的意思を突き止めるための資料に過ぎないところ、日本の ACP において、家族等は、むしろその作成に積極的に関わるべき存在として観念されていることが窺われる。確かに、医師であれ公証人であれ近親者であれ、本人でないことには変わりはないのであるから、ACP 作成に関与する第三者の属性の違いをここで殊更に強調する意義はないとも言えよう。しかしながら、先に確認した通り、厚生労働省の説明によれば、日本の ACP は家族等の負担を軽減することにも意義を認めている、と言うよりむしろ、それこそが主目的であるとも取れるものである。だが、本人が家族等の負担を斟酌して自己決定することはあり得るとしても、自己決定モデルを徹底するならば、家族等の利益は本人が決定する際に考慮される一要素に過ぎないはずである。それを超えて、家族等の負担軽減に特段の意義を認めるのであれば、そこでは「人生会議」に同席する家族等の法的位置付けをどのように理解すべきかが問題となる。

ここにおいて、「人生会議」であってもそれは本人の自己決定であるのだという前提を維

<sup>15</sup> BGHZ 202, 226, Rn 25.

<sup>16</sup> フォルカー・リップ (秋山紘範訳)「自らの死への法」比較法雑誌 52 巻 2 号 (2018 年) 125 頁。

<sup>17</sup> BGHZ 211, 67, Rn. 53 ff.

持することがまず考えられる。仮に家族等を、実際に期待される役割は全く別物であるとしても、あくまでも本人の意思決定を補助するものであるという意味において医師と同じ役割を果たす存在として位置付け、それ以上でもそれ以下でもないとするのであれば、日本の ACP を自己決定モデルの延長線上に位置付けることは、差し当たっては可能であろう。また、厚生労働省の考える ACP には事前配慮代理権としての側面もあるという点は、自己決定としての ACP の理解を補強するものと言える。

もっとも、こうした側面だけを以て、日本型の ACP は自己決定モデルとして完全に回収可能であると直ちに断言することはできない。ここで、日本が採用しようとしている ACP を自己決定モデルとして理解するにあたっての謂わば「夾雑物」を批判的に検討しておく必要がある。まず、厚生労働省による ACP の愛称が「人生会議」であるという点について、愛称それ自体の是非や当否はここでは措くとするが、「家族等、信頼できる人たちと輪を囲んで話し合う、というイメージ」は、本人の純粋な自己決定よりも、むしろ本人と家族等との共同決定を念頭に置いていると言えそうである。しかし、事実上は共同決定であっても、その決定が法的に帰属するのは本人である以上、決定者は本人であると言うほかないであろう。

むしろ、理論的にも現実的にもより問題が大きいのは、ACP の作成に本人が事実上関与しない（できない）場合である。現に、介護実務の資料論文においては、「入所者の多くはコミュニケーションが困難であり、意向確認書の署名を得ることの困難な場合がきわめて多い」ことから、家族の記載した意向確認書に限定して検討したものも存在するところである<sup>18</sup>。もちろん、書面ではなくとも口頭などで本人の意思を都度確認することが求められるべきであることは疑いないが、本人の意思確認が困難になればなるほど、ACP の作成を事実上担うのが家族等になるという事態は、避けがたいように思われる。

ここにおいて、厚生労働省がガイドラインにおいて、「本人の意思の確認ができない場合」であって「家族等が本人の意思を推定できる場合には、その推定意思を尊重し、本人にとっての最善の方針をとることを基本とする。」<sup>19</sup>と定めている点は重要である。この点について、ガイドラインの平成 30 年改訂では「推定意志の質を高めることが ACP の大きな役割であることが示された」<sup>20</sup>とする分析にも見られるように、日本で普及が目指されている ACP は、本人の自己決定そのものとしてではなく、むしろ推定的意思の資料、それも家族が「そのとき」になって初めて思いを至らせるような形ではなく、事前の会議や書面化を経たことによって、より精度と確度の高い推定的意思であるとして理論的に構築する途があるように、筆者には思われる。アングロサクソン系文化の理念における「自律」を日本にそのまま適用することはできないとする趣旨の指摘<sup>21</sup>を踏まえてみても、欧米と日本とでは

---

<sup>18</sup> 佐々木大輔「介護老人保健施設におけるアドバンス・ケア・プランニングの試み」心身医学 59 巻 7 号（2019 年）652 頁以下。

<sup>19</sup> ガイドライン解説編・前掲注 8）5 頁。

<sup>20</sup> 木澤義之「アドバンスケア・プランニング（ACP）：今に至るまで」緩和ケア 29 巻 3 号（2019 年）202 頁。

<sup>21</sup> 木澤・前掲注 20）196 頁、山岸暁美「地域全体で ACP プロセスを支える：ふくろうプロジェクト：高齢者救急×地域包括ケア×ACP の挑戦」緩和ケア 29 巻 3 号（2019 年）220 頁。

ACP の理解を同一にする必然性はなく、むしろ日本独自の制度として創設すべき必要性があるのではないだろうか。

思うに、ACP は当然ながら治療行為の文脈を前提としたものであり、その意味においては、治療とは無関係な価値観等を総合して推定する場合と比べれば明確性は高い。しかし、現に意識を喪失しており意思表示が不可能な患者についての治療継続あるいは治療中止を判断する場合には、ACP を根拠としたとしても、そこにおける本人意思は原理的には「推定」であることを免れない。こうしたことを踏まえると、日本における ACP とは、患者の事前指示よりも、むしろ治療上の願望に近い概念であると考えられる。

ただし、日本における ACP をどのように解するとしても、それが安易に本人の意思を「邪推」するための材料として用いられることのないよう、格別の注意を払うべき必要があることをここで付け加えなければならない。それは、言い換えれば、家族の立場や役割を過度に強調することに対しては抑制的でなければならないということである。既に司法においては、いわゆる東海大安楽死事件として知られる横浜地裁平成 7 年 3 月 28 日判決判例タイムズ 877 号 148 頁が、治療中止にあたる行為についての判断において、「こうした家族の意思表示から患者の意思を推定するには、家族の意思表示がそうした推定をさせるに足りるだけのものでなければならないが、そのためには、意思表示をする家族が、患者の性格、価値観、人生観等について十分に知り、その意思を適確に推定しうる立場にあることが必要であり、さらに患者自身が意思表示をする場合と同様、患者の病状、治療内容、予後等について、十分な情報と正確な認識を持っていることが必要である。そして、患者の立場に立った上での真摯な考慮に基づいた意思表示でなければならない。」として、一般論としては家族等の意思表示から本人の意思を推定する余地を肯定しているものの、本件では患者の状態について「家族は十分な情報を持たず正確に認識していなかったのであり、家族自身が患者の状態について正確な認識をして意思表示をしたものではなかった」として、治療中止についても正当化を否定している。

そして、いわゆる川崎協同病院事件においても、最高裁平成 21 年 12 月 7 日第三小法廷決定刑集 63 卷 11 号 1899 頁は「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。」と判示している。これらの司法判断においては、家族等の意思表示が本人の意思を推定するための材料となるためには、適切な説明が与えられていることが必要不可欠とされているが、これは家族等の意思を無条件に患者本人の意思を推定するための材料としてはならず、推定の材料とする際には一定の抑制を働かせる必要があるということを暗黙の前提としていると思われる。これを現に表明しているのが控訴審判決（東京高裁平成 19 年 2 月 28 日判決刑集 63 卷 11 号 2135 頁）であり、自己決定の代行あるいは代諾を根拠として治療中止を正当化する場合、「家族の意思を重視することは必要であるけれども、そこには終末期医療に伴う家族の経済的・精神的な負担等の回避という患者本人の気持ちには必ずしも沿わない思惑が入り込む危険性がつきまとう」のであり、「家族の意思は、同人の意思を探求するための大きな手掛かりではあるが、手掛かりの一つにすぎず、家族の意思のみをもって同人の意思と同視することはもとよりできない」と述べ

ている。こうした問題提起のもとで、控訴審判決は、「尊厳死の問題は、より広い視野の下で、国民的な合意の形成を図るべき事柄であり、その成果を法律ないしこれに代わり得るガイドラインに結実させるべきなのである」としている。これが厚生労働省によるガイドライン作成の契機となったことは疑いないが、ACPの制度化にあたっては、川崎協同病院事件控訴審判決の懸念する危険性に対する一定の回答を示すことが必須となるであろう。

ここで、個別具体的な事例判断であり、また患者の事前指示ではなく推定的意思の文脈におけるものではあるが、BGH2017年決定が事件をLGに差し戻すにあたり、本人の推定的意思に関して指摘した箇所は、日本との比較において注目すべきであるように思われる。以下、当該判示部分を引用する<sup>22</sup>。

夫に付き添われない死が本人の推定的意思に反するであろうとする抗告裁判所の想定は、十分な事実に基づいていない。本人の夫は、彼と本人との間でまさにここ数年間の看護で育まれたというとりわけ緊密な関係を引き合いに出している。しかし、本人が遷延性意識障害の状態に陥るよりも以前から、本人の夫も、また証人のうちの誰一人も、本人が特別な方法で自己の願望を夫の存在に依存して形成したであろうとは主張していない。

同じことは、本人が今日では夫の願望を斟酌してもしかしたら死の願望を断念するかもしれない、という考察にも妥当する。これに関しても、例えば本人が夫の表象と併せるために、過去にもよく自分の表象を取り下げていたであろうという認定はこれまでに成されていない。しかし、このような認定は、そのような趣旨での推定的意思のための前提条件であろう。その限りでも、夫の物語るここ数年の看護における絆だけを考慮に入れることはできない。

夫の意思の尊重は、これが推定的には本人の意思に影響を及ぼしているであろう場合にのみ、問題になる。これに対して、夫の意思を直接的に考慮することは、GG6条1項を見ても、排除される。しかし、本人は、結婚していても、自分自身の生命またはその終わりに関する法的な限界において、結婚していない者と一切変わることなく、決定する可能性を制限されるものではない。その結果として、本件で決定されるべき問題に際しても専ら本人の意思が考慮され得るが、それと比べて夫の意思は決定的なものとしては考慮され得ない(…)

BGH2017年決定の事案は、本人の息子と夫の間で紛争が生じた事案であり、また、患者の事前指示の中で信頼できる人として挙げられているのは息子だけであって、夫はそこには挙げられていなかったというものである。従って、本人の意思の推定にあっても、疑わしき場合には夫よりも息子の方が推定的意思の資料として適切であると本人が示していたと言える点は留意して考えなければならない。しかしながら、日本のケアの現場では、BGH2017年決定の上記引用箇所を示された程には、本人が家族等から独立した存在として考えてはいないようであるし、むしろ、家族等への依存の強弱を問わずに、「家族である」という一事を以て、本人の意思を推定するための資料たり得るということが、原則かつ前提

---

<sup>22</sup> BGHZ 214, 62 Rn. 41-43.

とされているようにすら見受けられる<sup>23</sup>。だが、そうした現状を単に追認するのでは、川崎協同病院事件控訴審判決が示した懸念に対処したことにはならないであろう。ACP を法制化するにあたっては、家族等が参加する法的地位を与えると同時に、その限界を規定することが求められる。

---

<sup>23</sup> 山岸・前掲注 21) 220 頁。「夫（代理意思決定者であろうことが推察される）との関係」との表現を用いるのは、大内紗也子「移植後長期フォローアップ外来における取り組み」緩和ケア 29 卷 3 号（2019 年）230 頁。本人の意思決定代理について弟に打診した例を紹介するものとしては、熊谷靖代「訪問看護での取り組み」緩和ケア 29 卷 3 号（2019 年）243 頁。また、公益社団法人成年後見センター・リーガルサポート「医療行為における本人の意思決定支援と代行決定に関する報告及び法整備の提言」4 頁（平成 26 年 5 月 15 日）([https://www.legal-support.or.jp/akamon\\_regal\\_support/static/page/main/pdf/act/index\\_pdf10\\_02.pdf](https://www.legal-support.or.jp/akamon_regal_support/static/page/main/pdf/act/index_pdf10_02.pdf))

（2020 年 1 月 1 日最終閲覧）によれば、「医療機関が、手術等の医的侵襲行為を行うにあたり、本人と日常的にほとんど関わりのないおい、めい等の親族を探して同意を得るということもあるという。」ここではそれに続いて、「形骸化した「同意」の実態だと非難することはたやすいが、患者側の同意を得られないために、本人の医療をうける権利を奪ってしまうことに対する、医療機関の苦悩がうかがわれる。」と述べられているが、本人の価値観と日常的に接する機会のない親戚が、本人の意思を推定するにあたっての資料たり得るのかについては、やはり疑問が残るところである。



## 結

以上、本稿では、生命法益に対する処分と自己決定権の問題を巡り、刑事法的・民事法的な観点を併せながら、ドイツ法との比較法を手法として、多角的な検討を試みた。個々の研究はそれぞれ独立したものではあるが、自己決定という日本では未だその輪郭が必ずしも憲法学的に明らかにはされていない概念、それもとりわけ生命を処分する自己決定という、刑法的に一部制約された自己決定権の問題を探求するにあたっては、多角的な視座からの検討は不可欠のものである。そこで、本稿の結びとして、本稿各章の検討において得られた視座と、それによって素描された生命に対する処分と自己決定の問題の外縁、そして今後検討すべき課題は何であるかを確認することにしたい。

第1章では、刑法基礎理論としての被害者の承諾の問題について、その中でもとりわけ生命法益と身体法益に関する領域を検討した。*Volenti non fit injuria*（欲する者に損害は与えられず）というラテン語で表現される法諺があるように、古くから被害者の承諾は犯罪を不成立ならしめる要素として考えられてきたところである。しかしながら、今日では広く推定的承諾が、あるいはBGHによれば仮定的承諾という法形象も犯罪を不成立ならしめる事由とされているという事実を照らして考えると、そもそも「被害者の承諾」とは何であるのか、という原理的考察に立ち返って考察を始める必要がある。また、そのような考察は、患者の事前指示、あるいはACPが刑法における正当化に影響し得るということになれば、尚のこと重要なものとなる。

こうした観点から、第1章では、まずはドイツにおける被害者の承諾をめぐる議論について確認した。被害者の承諾の体系的分類の第一人者であるGeerdsによれば、構成要件該当性を阻却するものは「合意」(Einverständnis)、違法性を阻却するものは「同意」(Einwilligung)であるとされる。ここにおいて、被害者の意思を侵害する犯罪であることが構成要件上明白な窃盗罪や住居侵入罪が「合意」の典型的な類型であることは明らかであるが、問題は、傷害罪などの犯罪においては構成要件該当性と違法性のいずれを阻却するのかということである。通説的見解は二元説であり、傷害罪における承諾は「同意」として、違法性阻却事由であると解するのであるが、それは日常用語的な語義に照らせば、被害者が承諾していても「傷害」の構成要件該当性はあると言うべきということを理由とする。これに対して、Roxinなどは一元説を主張しており、被害者の承諾は一律に構成要件該当性を阻却するものであると説くのであるが、その主張の核心は、法益とはその者の物質的な土台のみから成るものではなく、その者の中で体现される個人の自律性という部分からも成っている、という点にある。その他にも被害者の承諾の体型的地位については多様な主張が唱えられているが、これらの議論を概観して確認されることは、ドイツにおいては、人格の自律性とは基本法で保護された重要な価値であるという認識がいずれの論者においても共有されていることである。即ち、ドイツではGG2条1項において、人格を自由に発展させる権利が明文で認められており、こうした基本法上の根拠が存在する基本的人権の発露として、被害者の承諾は捉えられているのである。従って、ドイツの議論は、重要な基本権に由来する犯罪不成立事由を、刑法体系的にどのように理解するのかという論点を巡る見解の対立である。

これに対して、日本では違法性阻却事由説が支配的見解となっているが、そこでは自律あ

るいは自己決定と刑法各則で保護された法益との関係という根本的な関係性については、ほとんど議論されていない。Geerds の分類は日本でも所与のものとして受け入れられているが、被害者の承諾を基本的人権との関係で掘り下げた検討は、ほとんど見受けられない。のみならず、かつての社会的相当性説においては、被害者の承諾がある行為は社会的に相当である、という理由だけで違法性阻却を認めていたところである。そして、日本の議論は、少なくともある時期までは、行為無価値論と結果無価値論の対立における承諾の要件論を中心として展開されてきた。近年では（社会的相当性を要件として肯定する見解においても）法益性あるいは法益の要保護性の欠缺を違法性阻却の根拠とする見解が多数を占めており、その限りでは自己決定権あるいは自律性が一定程度考慮されているとは言えるが、同意殺人については多くの見解がそこに国家のパターナリズム的介入の正当性を端的に認めており、自己決定権あるいは自律性の制約という観点からは議論が展開されていない。

そして、こうした日独における議論の「温度差」は看過することができないというのが、第1章で得られた着眼点である。GG2条1項という、人間の尊厳の直後に規定された基本権として考えられているドイツとは異なり、日本では、自己決定権はいわゆる「新しい人権」として肯定されてはいるが、自己決定権によって何がどこまで保護されるのかという議論は憲法学においても十分に尽くされておらず、人権としての外縁が必ずしも明らかにされていないというのが現状である。従って、日本における問題を検討するにあたっては、自己決定権あるいは自律性という概念用語は共有されているとしても、その内実となる議論が成熟していないという点に留意する必要があることが認められる。

かかる着想を基礎として、第2章及び第3章では、日本における生命の処分と自己決定権の問題、具体的には刑法202条を検討の対象とした。まず、第2章では、自殺関与罪の処罰根拠について、自殺の不可罰根拠、自殺関与罪の処罰根拠、そして自殺関与罪の減輕根拠を巡ってこれまで日本で展開されてきた議論を確認した。自殺の不可罰根拠については、大別すると、自殺は適法行為あるいは放任行為であると解する見解、自殺は自殺者本人において可罰的違法性が欠如すると解する見解、自殺は自殺者本人において責任が阻却されると解する見解が主張されているが、より実質的な根拠についての主張は「百花繚乱」と言われるほどに枝分かれしている。また、適法行為説によれば自殺の阻止が強要罪を構成しかねない、放任行為説に対しては「法的に空虚な領域」を認めることになる、可罰的違法性欠如説に対しては「正犯なき共犯」の処罰である、責任欠如説に対しては生命法益が個人的法益として理解されていない、といった強い批判がそれぞれ差し向けられていることが確認される。

そして、自殺関与罪の処罰根拠は、自殺の不処罰根拠と連動性がある。自殺は適法行為であると解するのであれば、自殺関与は独自の違法性を有するが故に処罰されることになり、そこではパターナリズム論や「生命のタブー」が根拠とされる。自殺は違法だが自殺者本人には可罰的違法性がないとする見解によれば、自殺関与の独自の違法性や、あるいは違法の相対性を認めることで、自殺関与の処罰には理由があるとする。また、自殺者本人については責任が阻却されるとする見解によれば、制限従属性説を根拠として自殺関与罪の成立が理由付けられる。

また、自殺関与罪が何故通常の殺人罪と比較して刑が減輕されているのかについての議論においては、法益侵害性の軽微さ、正犯の不可罰性、自殺の違法性の特殊性、本人の意思

に反しない点、殺人罪の違法減輕類型、被害者の承諾による法益性の減少、といったように、自殺の違法性や自殺関与罪の処罰根拠と連動して、刑の減輕根拠が種々主張されているという状況にある。

このように、自殺関与罪を巡っては違法論を中心とした議論が展開されているが、これに対して、自殺関与罪の法益論からアプローチを試みる見解も一部主張されているところである。そしてそれらの見解は、生命法益の主体は本人だけではない、即ち生命法益に社会的法益性を見出そうとする。もっとも、これらの見解の唱える「社会性」は論者によって異なるところであり、社会共同体のメンバーであることについての社会共同体の期待という非常に広範なものから、本人以外の周囲の人々という比較的狭い人的関係、あるいは将来の自己の被覆決定可能性という同一人物に至るまで様々である。しかし、生命法益に社会的法益性を肯定することには批判が強く、従って多くの見解はそこでパターンリズム論を展開することになる。

これらの見解を概観した上で、本稿では自殺関与罪に関する錯綜した議論の整理を試みた。まず、全ての議論において通底しているのが「自殺についてどのように考えるか」という価値判断であることには疑問の余地はない。自殺を適法行為と解する立場は自殺の権利性を見出し、自殺を放任行為とする見解は自殺への刑罰的介入について謙抑的であり、自殺関与罪の処罰に関しても消極的な姿勢である。これに対して、自殺者本人には可罰的違法性が欠けるとする見解は自殺に対する否定的な評価を下すものである。さらに自殺は責任が欠けるとする見解は、「社会共同体」や「周囲の人々」の利益を前面に打ち出し、謂わば「自殺すれば周りが迷惑する」という考えのもとに自殺関与罪の処罰を全面的に肯定する。

しかしながら、筆者の分析によれば、自殺関与罪の処罰根拠を巡る見解はそのいずれにおいても、何らかの形で「社会性」を処罰の理由として加味していると考えられる。即ち、違法性の連帯を根拠とする見解においては、本人は不可罰である自殺の違法性が関与者にとっては可罰的であるとする積極的な論拠に乏しく、終局的にはそれが一種の「タブー」であるという見解に限りなく接近している。また、適法行為説や放任行為説については、道義感、個人の生命のタブー化、あるいは公共の利益、生命の維持に対する社会的合意、社会にとっても個人にとっても好ましくない、といった理由が持ち出されているが、これらはいずれも多かれ少なかれ社会的利益の言い換えである。そして、自殺関与罪の処罰根拠として有力であるパターンリズム論は、国家の後見的介入を許容する点に既に社会的観点が見られるところであるが、更に言えば「生命の絶対的価値」を理由にパターンリズムを正当化しようとすること自体、自殺者本人がその価値を確証しているとは考え難く、むしろ「社会」や「公共」がそこに利益性を見出しているという疑いが生じるところである。

こうして、第2章の成果として、自殺関与罪を巡る日本の議論においては、生命法益は個人的法益であるとの建前を堅持する見解にあっても、何らかの形で「社会性」を価値判断の中に織り込んでいるということが確認された。生命法益には社会的法益性があるとする主張は今日では忌避される傾向が極めて強いが、しかし、何からの形で本人以外の者の利益を考慮せざるを得ないというのもまた事実である。そして、第4章以下との関連をここで論じるならば、ACPの作成に家族等が関与することが推奨されているということは、日本において終末期医療に関する決定については、本人以外の者の利益が大きく関わってくるということが前提とされており、ある人の生き死には、その人個人だけで完結するものではな

いということが、日本における価値観として共有されていると見ることができる。本章の成果として、そのような着想が刑法学においても根強く残っているということが確認されたことにある。

第3章では、刑法202条内部の問題として、自殺関与罪と同意殺人罪の区別に関して考察を加えた。両罪の区別については、それを論じる実益に乏しいとする見解も存するところではあるが、近時の下級審裁判例の中には、承諾殺人罪の成立を認めた原判決には事実誤認があることを理由として、自殺関与罪の成立を認めたものも存在するところである。また、「一般に、自殺関与罪の違法性と責任は、同意殺人罪のそれより軽い、とされている」とした裁判例も見受けられるところであり、実務においては、両罪の区別に一定の意義が認められているものと考えられる。

そこで本章では、まず議論の端緒として、判例及び裁判例の概観から出発した。とりわけ、近年の裁判例である東京高裁平成25年11月6日判決判例タイムズ1419号230頁と、千葉地裁平成28年10月12日判決LEX/DB25544267が、練炭を用いた心中事案として類似性を有していながら、前者は原判決を破棄して自殺幫助罪の成立を認めたのに対し、後者は前者を引用しながらもやはり本件では承諾殺人罪が成立すると判示しており、そこに区別の困難さが見て取られるところである。

学説においても、限界領域において明確な境界線を引くことは不可能であるということが自覚されてきたが、その上で一定の理論的指針を示す試みが積み重ねられてきた。この問題について、伝統的には自手の場合は自殺関与罪、他手の場合には同意殺人罪とする区別が唱えられてきたが、この見解においても最終的には実質判断が必要となることが認められているところである。正犯・共犯の区別を援用する見解は、自殺関与と同意殺人の区別において行為支配の程度を問題とするが、この見解は、明らかに自手と認められる場合は当然に自殺関与罪の成立を肯定するが、それに対して他手の場合には、被害者側の意思と行為者側の寄与という2つのファクターの相関関係から、両罪のいずれに該当するかを判断することになる。これらの見解に対しては、正犯・共犯論の援用を徹底するのであれば自手実行者だけを正犯とする結論を堅持すべきであって、その例外を認めるのであれば自手・他手による区別そのものが失敗しているのであるし、また行為支配を問題とする見解に対しても、実行行為支配があっても自殺幫助罪に留まる場合があることを認めるのは行為支配という基準にそぐわないものであるとして、むしろ承諾殺人罪は共同正犯になぞらえて理解すべきであるとの批判が存在する。

ここで一考するに、自手・他手基準を用いる見解は、結論の妥当性を担保するために他手の場合に当該基準を貫徹することができなくなることから、基準としては不十分ではあるものの、少なくとも「自手＝自殺関与」という認識は、他の見解に立つとしても共有可能であると思われる。そこで、行為支配を問題とする見解について検討すると、被害者の意思決定と行為の寄与を問題とする点は重要であるが、具体的に結論へとどのような影響を与えるのかが明確化されていないという問題がある。また、承諾殺人罪を共同正犯になぞらえる見解についても、被害者の自殺意思を「もうひとつの実行行為」として位置付けることができるか否かについては疑問が残るところであるし、被害者の意思決定は、刑法199条の適用を排除するという意味では重要な要素ではあるものの、実務において自殺関与罪と同意殺人罪を区別するための決定的基準となっているとは、近時の裁判例を概観しても、そのよ

うには考え難いところである。

そこで本稿では、両罪の区別を考察するにあたっての筆者の分析軸としては、以下の二つの要素が考えられることを提示した。第一には、「202 条の成立する枠内において、行為者が外形的には刑法 199 条に該当するような実行行為を担っている場合には、同意殺人罪が成立する」という命題は真であるとするのである。この命題を前提とすれば、被害者の強い囑託に基づいて殺害した場合や、割腹自殺を図った被害者を介錯した場合などについては、たとえ被害者の方が主導的、あるいは扇動的に事象を支配していたとしても、自殺関与罪との評価は妥当しないという結論が維持されることになる。しかし、ここに言う「実行行為」をどのように理解するかという問題が次に生じることになる。本稿ではこの問題に関する多角的な検討を尽くすことはできなかったが、第二の分析軸として、練炭集団自殺事例における近時の裁判例が、いわゆる「一連の行為」論を参照しているという点が抽出できるということを摘示した。

もっとも、「一連の行為」とはどのような概念であるのかは、それ自体が一つの論点となり得るものであるが、自殺関与罪と同意殺人罪の区別という文脈においては、以下の二つの実益があるものと考えられる。一つは、客観面における複数行為の連続性だけでなく、当事者の主観面における計画性などを正面から検討することが可能になるという点である。心中事案における被害者の死の結果が「自殺」か「殺人」かを判断するにあたっては、刑法 199 条の適用を排除するための被害者の意思の自由さを超えて、どのような計画の下に死に至ろうとしていたのか、どれだけ自己のものとして死を意欲していたのか、等の主観面を考慮することは避けられないが、これは「一連の行為」論と親和的である。第二の実益は、死という結果の帰属を導く思考プロセスを明示化しやすいという点である。まず、判例は古くから自手・他手基準を採用するものであると理解されてきたが、筆者の分析では、そのような理解は必ずしも正確ではないものとする。介錯で斬首されたとしても「割腹自殺」という表現が用いられていることから、一般用語と刑法 202 条の構成要件とでは「自殺」の意味内容が異なることが窺われるところであることに加え、大審院大正 11 年 4 月 27 日判決刑集 1 巻 239 頁では自殺幫助と囑託殺人のいずれにおいても被害者が「自殺の希図」を有することが前提とされていることから、刑法 202 条に言う「自殺」とは、せいぜい同意殺人ではないという程度の意味しか有さないのではないかということが考えられる。そして、「一連の行為」の考慮要素の中でも、とりわけ必要不可欠性の点が、被害者自身の寄与を考慮するにあたっては問題となり得る。

ここまで展開してきた議論に対しては、とりわけ、被害者による密接関連行為を「一連の行為」論として議論することそれ自体の妥当性について、批判が予想されるところである。しかし、筆者の解するところでは、「一連の行為」性判断とは客観的帰属の検討であることから、被害者の答責性はその考察から直ちに排斥されるものではない。また、従前の裁判例及び学説が、自殺関与罪と同意殺人罪の区別を、一種の綱引きの計算から導き出そうとしていたところであるが、直接的な生命侵害行為のみを問題とするのは形式的すぎるとの批判があることに鑑みると、計画・予備段階からの被害者の寄与を考慮することは妥当性があると考えられるところである。

また、刑法 202 条の問題としては、自殺関与罪と同意殺人罪の実行の着手時期の異同についても議論がある。これは自殺関与罪の処罰根拠と関連する議論であるが、私見としては、

練炭集団自殺について罪名が分かれるほど微妙な事案において、自殺関与罪の場合にのみ着手時期を前倒しする積極的根拠は見出し難く、両罪の均衡という観点からも、自殺関与罪においても自殺行為の開始時点において着手を認める解釈を以て妥当とする。

以上では刑法学の領域における諸問題を検討してきたが、第4章からは、民事法の領域における自律性の限界、即ち、実質的には他者による判断が医療の現場では数多く存在していることから、これを法的にどのように規律すべきであるかという議論を展開する。まず、第4章では、「成年後見制度の利用の促進に関する法律」が平成28年に成立、公布されたことを端緒として議論として、医療代諾権には法的にどのような問題があるのかを検討した。そこでは、刑法における治療行為の正当化の問題を取り上げ、第1章で既に論じた通り、患者の承諾は違法性阻却事由か、それとも構成要件該当性阻却事由であるのかについて、見解の対立があることを確認した。これに対して民事法の領域では、医療代諾の法制化については2000年の時点では「時期尚早」であるとして見送られていたが、法制化に対して反対する見解も根強い一方で、その後の議論では成年後見人の医療代諾権を肯定する見解が（その範囲については論者によって大きく異なるが）有力化したという経緯がある。

こうした議論状況を確認した上で、諸裁判例の検討では、民事裁判例において代諾がどのように扱われてきたのかを概観した。そこでは、原則として医師は本人に対する説明義務を有するものであるということが前提とされているが、一部の事案においては特段の事情に照らした上で、家族に対する説明によって医師の義務は果たされたと判断したものが見受けられるところである。また、代諾が問題となった事案ではないが、最高裁平成14年9月24日第三小法廷判決集民207号175頁は、家族への告知による協力と配慮が患者本人の重要な利益であることを正面から肯定している。

これに対して、刑事法の文脈では、代諾は違法性阻却事由足り得るかという問題について、患者本人の主観的利益を保護するアプローチと、それに加えて客観的利益を保護するアプローチが展開されてきた。前者のアプローチを試みるものとしては、自己決定と他者決定はいずれも本人の主観的利益の決定という一つの目的のための手段であって並行的・相互補完的に機能するものであるとの見解や、推定的承諾の理論における基本構造を代諾へと援用する見解が存在する。これに対して、後者のアプローチとしては、代諾には「患者本人の意思を推定する資料としての意味」と「患者本人の客観的利益を保護する役割」の二つの意味があり、本人の意思を推定できない場合には、本人の客観的利益を保護するものとして代諾が機能すると主張する見解がある。

刑事裁判例において、代諾による正当化の是非は、侵襲性の強弱によって異なる判断が下されている。例えば、いわゆる川崎協同病院事件控訴審判決である東京高裁平成19年2月28日判決刑集63巻11号2135頁では、家族の意思は本人の意思を探求する上での一資料としての価値しか持たないとされていたが、福岡高裁平成22年9月16日判決判例タイムズ1237号153頁では、一般に入院患者の場合は、入院時に示される入院診療計画を患者本人又は患者家族が承認することによって、爪ケアも含めて包括的に承諾しているものとみることができる」と判示されている。

上述した議論、あるいは裁判例の概観に基づいた本章の成果としては、代諾を推定的承諾の一類型として違法性阻却事由とすることに関する問題点が明らかとなったことが挙げられる。まず、推定的承諾も厳密な意味で被害者が承諾しているわけではないという問題があ

るが、その他にも、代諾反対説の論拠として、代諾者は本人とは異なる固有の権利を有しているという点が挙げられる。そして、主観的であれ客観的であれ「本人の利益」を擁護するとの建前の下で、実質的には本人が決定する機会を奪うことになるのではないかとの疑念は、払拭できるものではない。その上で、代諾による治療行為の正当化を仮に肯定するとした場合にあり得るアプローチの代案としては、一つには「疑わしきは生命の利益に」という客観的利益を正面から肯定し、(成年後見人による)代諾を正当(業務)行為として評価する可能性が、もう一つには代諾者の利益との比較考量による正当化の可能性が考えられるが、そのいずれにも問題がある。そして、利用促進法の成立後の動きとして、厚生労働省の作成したガイドラインにおいては、アドバンス・ケア・プランニング(ACP)の概念が採用され、本人と医師、そして家族等が事前に繰り返し話し合いの場を持ち、内容を更新していくというプロセスが目指されていることを確認し、少なくとも推定的承諾や代諾との比較においては、本人の自己決定権の擁護という観点からは問題性がより小さなものとなるという点で、ACPには意義があるということを確認した。

第5章では、ACPについて検討する前提として、ドイツにおける患者の事前指示について、その有効性要件の一つであるところの明確性について争われたBGHの二つの決定を取り上げた。2016年決定と2017年決定を通じて、BGH第12民事部は、例えば「一切の生命維持措置」を望まないという表現では、それだけで十分具体的な治療決定を含むものであるとすることはできないとしながらも、その点について必要とされる具体化が、場合によっては、一定の医療措置の指定又は十分個別的に記載された病気若しくは治療状況との関連付けによって果たされることはあり得ることを肯定した。ドイツでは、2016年決定の時点では、BGHがどの程度の具体化を要求しているのかを読み取ることができない、家族間で意見が対立したため後見裁判所が介入する事案において、患者の事前指示が不明確であるとの理由から世話裁判所は判断を容易に拒むことになりかねない、あるいは、BGHは当該事案における患者の事前指示の何が明確ではないと判断したのかが不明である、といった批判が投げかけられていた。これを承けて、2017年決定は、基本的には2016年決定の延長線上にあるが、その判断が明確化あるいは具体化されたものであると評価されている。2017年決定については、遷延性意識障害の患者が「意識を取り戻す見込みがない」との判断については慎重さを要するとの主張もあるが、2016年決定では一般に流通している患者の事前指示の大半が不明確故に無効であるとの帰結を導きかねないと危惧されていたところ、2017年決定ではそのような不都合を回避する方向へと判例が修正されたとの理由で、ドイツでは概ね好意的に受け止められている。

ドイツとの比較において、日本では、自治体や医療法人等において患者の事前指示を配布する例が複数確認される場所であり、また国民の関心自体も高まっているとの厚生労働省のデータも存在する。しかしながら、実際に患者の事前指示を作成している人は依然として少数であるのみならず、患者の事前指示を法制化することに対しては、強い批判が存在するところである。即ち、患者の事前指示を法律で定めることによって、「死への自由」が「生への不自由」へと逆転するのではないか、患者の事前指示が「仕方なくさせられる死の自己決定」となってしまうのではないか、といった批判がそれである。

もっとも、そのような批判を受け止めても、なおドイツとの比較法的検討には以下のような意義が認められるということが、本章の成果として挙げることができよう。まず、仮に将

来的には日本もドイツと同様に、民間で患者の事前指示のテンプレートが配布されている状況が法律として裏付けられるという推移を辿った場合、現時点で配布されているテンプレートを利用した患者の事前指示の有効性が、法制化後に争われる可能性は十分にあり得るところである。そのような事案が生じた場合には、BGH2016年決定及び2017年決定は海外における先例として高い参照価値を有することになるが、のみならず、現時点で患者の事前指示を配布している団体においても、その内容の具体性を配布者自らが検討するにあたって、これらの裁判例は参考になるものと思われる。更に、患者の事前指示は、家族等の中でも特に誰に判断して欲しいかという指定（事前配慮代理権）を含むことが多いが、家族間紛争を事前に見越した制度設計という観点からも、ドイツの制度から日本が学ぶべき点は大いにあると考えられる。

そして、患者の事前指示は疾病に罹患する前に作成したものであって、事前指示に書かれた疾病を現に発症したときに本人がどのように考えるかは本人にすら分からないという根本的な批判については、筆者も同意するところではあるが、しかしBGHは言葉でなくとも何らかの反応を示すことによって本人が意思を表明することができる限りは、その確認を尽くせとの姿勢を徹底している点は日本においても議論の前提とされるべきであり、更には本人への意思確認が最早不可能となった場合において、それでも誰かが決断を下さなければならないという事態に直面した当事者らにとっては、本人が作成した「指針」が存在するのであれば、それは間接証拠から推定的意思を探求することに比べれば、遙かに有意義と考えられることから、ドイツの制度と議論には参照価値が認められるところである。

最後に、第6章では、患者の事前指示が民法上の制度として運用されて10年が経過したドイツにおいて、患者の事前指示の抱える問題点についてどのような議論が展開されているのかを確認した上で、日本の厚生労働省が推進するACPの現状と課題を検討した。例えばGaedeは、ドイツにおいても、患者の事前指示がその理念が医療実務で活かされているとは言い難いという現状があり、それは医療機関が患者の事前指示の有無を確認する手立てがないこと、事前指示を書いた時点から患者が自己変容している可能性があること、そして患者の事前指示の明確性はやはり高いハードルとなっており、そのため他者決定の危険が再び生じかねないという懸念を示す。そして、ドイツでは意思の欠缺に関する立法上の対策が講じられていないために、患者が正確な理解に基づいて事前指示を作成したということを担保する制度がないという点も指摘する。しかしGaedeは、現行法よりも患者の事前指示の有効性要件を現行法よりも更に厳格にすることについては否定的であり、更には、患者が事前指示を作成した後に認知症を患い、従って人格の連続性が断絶しているが、「だから」他者決定の方が適切であるという理屈は成り立たないとして、患者の事前指示に一定の意義を見出そうとする。

これに対してSteuerは、患者の事前指示の基本思想は夢物語であるどころか見当はずれであると批判する。そこでは、医学における研究の蓄積が参照され、患者自身が状況に応じて変容するということはあり得るということ、素人にとっては医学の進歩を見通すことは不可能なのであって、医師の説明なしに作成された患者の事前指示について、本人がその意義と射程を本当に理解していると言えるかは疑わしいとする。その上でSteuerは、医学の進歩等を踏まえて絶えず更新されることが予定されているACPの方が患者の事前指示よりも妥当である旨主張し、患者と医師のコミュニケーションを制度化すべきであるとの立場

を採る。

こうしたドイツの議論を踏まえ、日本の現状について概観すると、厚生労働省は「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」の2018年3月改訂においてACPの概念を初めてそこに盛り込んだが、そこでは家族等の参加に意義を認めているという点で、ドイツとは問題状況が大きく異なる。更に、厚生労働省がACPの愛称を「人生会議」と設定し、概念の解説においても家族等の負担軽減としての側面を前面に押し出していることに照らすと、このような制度を法的にどのように評価すべきかが問題となるところである。

本章では、日本型ACPに対する筆者の私見として、ドイツと同様の意味における自己決定モデルとしての理解は困難であるとの立場を表明した。それは、ドイツ法においては近親者その他の信頼できる人物が本人の推定的意思を突き止めるための資料に過ぎないとされているのに対し、日本型ACPではむしろその作成に積極的に関わるべき存在として観念されていること、厚生労働省の提唱する「家族等、信頼できる人たちと輪を囲んで話し合う、というイメージ」は明らかに共同決定を想定していること、そして、ACPの役割は推定的意思の質を高めることにあるとの分析があること等に照らせば、日本型ACPは、ドイツとの比較において患者の事前指示よりもむしろ治療上の願望に近いものであると考えられる。

その上で、今後の制度設計に対する問題提起として、日本型ACPが安易に本人の意思を「邪推」するための材料として用いられることのないように注意しなければならないという点を、本章では最後に強調した。即ち、いわゆる東海大安楽死事件では横浜地裁平成7年3月28日判決判例タイムズ877号148頁、いわゆる川崎協同病院事件では最高裁平成21年12月7日第三小法廷決定刑集63巻11号1899頁や東京高裁平成19年2月28日判決刑集63巻11号2135頁において、家族の意思を考慮することに対する抑制的な姿勢が司法判断として示されているところであり、その中でも東京高裁平成19年判決ではとりわけそうした懸念が最も色濃く表れているところである。そして、端的に「家族である」、あるいは「親族である」という理由だけで推定的意思の資料としようとする医療実務の現状を追認する形での制度設計では問題があり、家族等の参加と法との関係においては、家族等にACP作成へと関与する法的地位を付与すると同時に、その法的限界についても定めることが不可欠であるとの主張を展開した。

以上が、本稿において筆者が展開した議論の大綱である。本稿の主眼は、生命法益という憲法上最も重要な価値が付与されている法益と、それを自己処分するという自己決定権の問題という、やや誇張した表現を用いるならば、タブーの砂山に埋もれた本質に様々な角度からスコープを入れ、核心にまでは到達せずとも、その輪郭を多少なりとも明らかにしようとするにであった。従って、本稿では筆者が自認する限りにおいても、以下のような積み残された課題が山積している。

まず、自己決定権、あるいは自律性という概念それ自体について、本稿では一定の共通認識が形成されているとの前提の下に議論を展開してきた。しかし、この概念それ自体についても、その内実を批判的に検討する必要がある。とりわけ、第6章におけるSteuerの主張にも見受けられる通り、自律性概念は誰の手も借りずに自立するというイメージから、他者へと依存しながら一個の人格として尊重されるという発想へと、徐々に転換を見せている点は注目すべきである。本稿では日本における自己決定権は「新しい人権」と呼ばれている

ということを再三繰り返したが、そこで参照されている諸外国の議論それ自体が今日でもアップデートされていることから、これらの概念について、特に刑法における違法性阻却との関係において、再検討を加える必要があるだろう。

また、刑法 202 条の問題、とりわけ自殺関与罪と同意殺人罪の区別については、甚だ不十分なものとなり、筆者自身にとっても不満の残るものである。本稿は「一連の行為」論の援用可能性を説くに留まるものであったが、そもそも判例及び学説において展開されてきた「一連の行為」論とは何であったか、その分析は再度精緻に加えなければならないものである。更に、共犯論の見地から、正犯と共犯の区別や、行為支配の問題を、刑法 202 条との関係を念頭に置きつつ、検討することも必要である。更に、「一連の行為」論との関連で触れた実行行為概念も、一定の私見を提示するための研究を要するものである。このように、自殺関与罪と同意殺人罪の区別は、刑法総論のあらゆる観点から分析する余地があるが、この問題は本稿執筆時における筆者にとって、今後の課題とせざるを得ない。

そして、今後制度化に向けて議論が大きく展開されていくであろう患者の事前指示、あるいは ACP について、継続的に研究を重ねていくことが筆者にとっての目下の課題となる。刑法 202 条との関連においても、いわゆる「死ぬ権利」、あるいはそうでなくとも「自らの死に向かう権利」は刑法 202 条にどのように影響するのか、患者の事前指示あるいは ACP は臨死介助の許容性に影響するのか否かという点は、本稿では検討が及ばなかったが、日本における目下の制度設計にとっては不可欠の議論となるであろう。また、厚生労働省の提唱する「人生会議」には既に様々な批判が寄せられているところであるが、とりわけ刑事法の見地からの問題について、今後もその動向を注視していかなければならない。

## 《参考文献一覧》

### I 和文献

#### 1. 教科書

- 浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』（2019年）  
芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第7版〕』（2019年）  
井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（2018年）  
伊東研祐『刑法総論』（2008年）  
伊東研祐『刑法講義 各論』（2011年）  
内田文昭『刑法各論〔第3版〕』（1996年）  
内田文昭『改訂刑法I（総論）〔補正版〕』（1997年）  
浦部法穂『憲法学教室〔第3版〕』（2016年）  
大塚仁『刑法概説（各論）〔第3版増補版〕』（2005年）  
大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（2008年）  
大谷實『刑法講義各論〔新版第4版補訂版〕』（2015年）  
大谷實『刑法講義総論〔新版第5版〕』（2019年）  
香川達夫『刑法講義（各論）〔第3版〕』（1996年）  
川端博『刑法各論講義〔第2版〕』（2010年）  
木村龜二『刑法解釈の諸問題 第一巻』（1939年）  
木村光江『刑法〔第3版〕』（2010年）  
木村光江『刑法〔第4版〕』（2018年）  
草野豹一郎『刑法要論』（1956年）  
斎藤信治『刑法各論〔第4版〕』（2014年）  
齊藤誠二『刑法講義各論I〔新訂版〕』（1979年）  
佐伯千仞『改訂刑法講義（総論）』（1974年）  
佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（2013年）  
佐藤幸治『日本国憲法論』（2011年）  
四宮和夫＝能見善久『民法総則〔第9版〕』（2018年）  
渋谷秀樹『憲法〔第3版〕』（2017年）  
曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』（2008年）  
曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』（2012年）  
高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第4版〕』（2017年）  
高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』（2018年）  
高橋則夫『刑法各論〔第3版〕』（2018年）  
瀧川幸辰『刑法各論〔増補版〕』（1951年）  
只木誠『コンパクト刑法総論』（2018年）  
立石二六『刑法総論〔第4版〕』（2015年）  
団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（1990年）  
戸松秀典『憲法』（2015年）

内藤謙『刑法講義総論（中）』（1986年）  
中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』（2015年）  
中山研一『刑法各論』（1984年）  
西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法各論〔第7版〕』（2018年）  
西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法総論〔第3版〕』（2019年）  
西原春夫『刑法総論』（1977年）  
野中俊彦ほか『憲法I〔第5版〕』（2012年）  
長谷部恭男『憲法〔第7版〕』（2018年）  
林幹人『刑法各論〔第2版〕』（2007年）  
林幹人『刑法総論〔第2版〕』（2008年）  
平野龍一『刑法概説』（1977年）  
藤木英雄『刑法講義総論』（1975年）  
堀内捷三『刑法総論〔第2版〕』（2004年）  
前田雅英『刑法各論講義〔第5版〕』（2011年）  
前田雅英『刑法各論講義〔第6版〕』（2015年）  
前田雅英『刑法総論講義〔第7版〕』（2019年）  
牧野英一『刑法総論』（1957年）  
松原芳博『刑法総論〔第2版〕』（2017年）  
松宮孝明『刑法総論講義〔第5版補訂版〕』（2018年）  
松宮孝明『刑法各論講義〔第5版〕』（2018年）  
山口厚『刑法各論〔第2版〕』（2010年）  
山口厚『刑法総論〔第3版〕』（2016年）  
山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（2015年）  
山中敬一『刑法各論〔第3版〕』（2015年）

## 2. コメントール

大塚仁ほか編『大コメントール刑法〔第2版〕第10巻〔第193条～第208条の3〕』（2006年）  
小野慶二＝中野次雄＝莊子邦雄著『総合判例研究叢書 刑法（1）』（1956年）  
西田典之ほか編『注釈刑法 第1巻 総論 §§1～72』（2010年）  
西原春夫ほか編『判例刑法研究〔第2版〕第2巻』（1981年）

## 3. 書籍

新井誠＝西山詮編『成年後見と意思能力—法学と医学のインターフェース』（2002年）  
新井誠編『成年後見と医療行為』（2007年）  
赤沼康弘編『成年後見制度をめぐる諸問題』（2012年）  
甲斐克則『医事刑法への旅I』（2004年）  
小林公夫『治療行為の正当化原理』（2007年）  
佐藤陽子『被害者の承諾—各論的考察による再構成—』（2011年）  
椎橋隆幸＝西田典之編『変動する21世紀において共有される刑事法の課題—日中刑事法シ

ンポジウム報告書—』(2011年)  
塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』(2004年)  
島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(2002年)  
須之内克彦『刑法における被害者の同意』(2004年) 138頁  
曾根威彦『刑法における正当化の理論』(1980年)  
田山輝明編『成年後見人の医療代諾権と法定代理権』(2015年)  
田山輝明『成年後見読本〔第2版〕』(2016年)  
仲道祐樹『行為概念の再定位—犯罪論における行為特定の理論—』(2013年)  
唄孝一＝石川稔編『家族と医療—その法学的考察』(1995年)  
原口伸夫『未遂犯論の諸問題』(2018年)  
ベルント・ゲツェ『独和法律用語辞典〔第2版〕』(2010年)  
法務省民事局参事官室『成年後見制度の改正に関する要綱試案の解説—要綱試案・概要・補足説明—』(1998年)  
吉田宣之『違法性阻却原理としての新目的説』(2010年)

#### 4. 論文

赤沼康弘「成年後見制度改正への提言」自由と正義 54 卷 11 号 (2003 年) 71~79 頁  
秋葉悦子「自殺関与罪に関する考察」上智法学論集 32 卷 2・3 号 (1989 年) 137~198 頁  
秋葉悦子「同意殺人 —自己決定権の限界—」法学教室 232 号 (2000 年) 2~3 頁  
浅田和茂「被害者の同意の体系的地位について」産大法学 34 卷 3 号 (2000 年) 287~304 頁  
阿部純二「自殺の刑法解釈論」Law School 1 卷 2 号 (1978 年) 94~95 頁  
新井誠「ドイツ成年者世話法の運用状況」ジュリスト 1011 号 (1992 年) 100~103 頁  
新井誠訳「〔ドイツ〕世話法に関する学際ワーキンググループ最終報告書(1)~(2)」実践成年後見 45 号 (2013 年) 106~117 頁、46 号 (2013 年) 103~116 頁  
アルビン・エーザー (甲斐克則＝福山好典訳)「患者の事前指示と事前配慮代理権—臨死介助におけるそれらの刑法上の役割—」比較法学 47 卷 2 号 (2013 年) 191~209 頁  
井田良「自殺関与罪と同意殺人罪」刑事法ジャーナル 4 号 (2006 年) 133~142 頁  
岩井英典「命の行方を決めるのは誰か」実践成年後見 16 号 (2006 年) 53~58 頁  
岩志和一郎「ドイツにおける高齢者の自律と保護—民法上の成年者保護システムについて」法律時報 85 卷 7 号 (2013 年) 26~32 頁  
大内紗也子「移植後長期フォローアップ外来における取り組み」緩和ケア 29 卷 3 号 (2019 年) 229~231 頁  
大杉一之「治療行為といわゆる「代諾」序説」法學新報 113 卷 3・4 号 (2007 年) 377~399 頁  
小賀野晶一「成年身上監護制度論(1)~(4・完)」ジュリスト 1090 号 (1996 年) 112~119 頁、1092 号 (1996 年) 60~67 頁、1093 号 (1996 年) 106~115 頁、1094 号 (1996 年) 113~120 頁  
沖永隆子「日本の事前指示をめぐる諸問題」帝京大学学修・研究支援センター論集 9 号 (2018 年) 19~29 頁

上山泰「医療同意をめぐる解釈論の現状と立法課題」実践成年後見 16 号（2006 年）43~52 頁

亀井隆太「患者の事前指示書について—民法との関わりを中心に—」千葉大学法学論集 30 巻 1・2 号（2015 年）324~370 頁

木澤義之「アドバンスケア・プランニング（ACP）：今に至るまで」緩和ケア 29 巻 3 号（2019 年）201~203 頁

熊谷靖代「訪問看護での取り組み」緩和ケア 29 巻 3 号（2019 年）241~243 頁

合田篤子「親権者による財産管理権の濫用的行使の規制」神戸法學雑誌 51 巻 1 号（2001 年）77~164 頁

合田篤子「ドイツにおける家庭裁判所による許可制度—後見人等の財産管理権を規制する制度として」金沢法学 59 巻 2 号（2017 年）273~297 頁

小林憲太郎「被害者の関与と結果の帰責」千葉大学法学論集第 15 巻第 1 号（2000 年）141~216 頁

小林憲太郎「判批」平成 28 年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊 1505 号）170~171 頁

齊藤誠二「被害者の承諾と傷害（1）～（2）」受験新報 41 巻 10 号（1991 年）20~25 頁、  
受験新報 41 巻 12 号（1991 年）22~27 頁

酒井安行「自殺関与罪と死の自己決定・パターナリズム」青山法学論集第 42 巻第 4 号（2001 年）31~75 頁

迫田博幸「「医療行為における本人の意思決定支援と代行決定に関する報告及び法整備の提言」の解説」実践成年後見 54 号（2015 年）32~42 頁

佐々木大輔「介護老人保健施設におけるアドバンス・ケア・プランニングの試み」心身医学 59 巻 7 号（2019 年）652~656 頁

佐藤雄一郎「高齢者の意思能力および行為能力—医療・介護の場におけるサポートおよび「代諾」」法律時報 85 巻 7 号（2013 年）15~19 頁

繁田雅弘「医療同意と同意の意義・実際」実践成年後見 16 号（2006 年）4~8 頁

鈴木彰雄「臨死介助の諸問題—ドイツ法の現状と課題—」法学新報 122 巻 11・12 号（2016 年）267~348 頁

鈴木晃「自殺関与罪の処罰根拠」中京法学 38 巻 3・4 号（2004 年）463~500 頁

須永醇「成年後見制度について」法と精神医療 17 号（2003 年）5~35 頁

須永醇「成年後見制度の解釈運用と立法的課題」成年後見法研究 2 号（2005 年）3~26 頁

須之内克彦「刑法における「社会的相当性」と「公序良俗」に関する一考察—被害者の同意との関連で—」明治大学法科大学院論集第 8 号（2010 年）1~29 頁

高橋則夫「犯罪論における分析的評価と全体的評価」刑事法ジャーナル 19 号（2009 年）39~44 頁

田坂晶「刑法における同意能力を有さない患者への治療行為に対する代諾の意義」島大法学 55 巻 2 号（2011 年）1~42 頁

只木誠「被害者の承諾と保護義務論」法学新報 112 巻 1・2 号（2005 年）415~442 頁

辰井聡子「判批」西田典之ほか編『刑法判例百選 I [第 6 版]』（2008 年）

谷口聡「ドイツ民法典における「患者の事前指示書」規定に関する一考察—BGB1901a 条の立法経緯と解釈をめぐる議論について—」高崎経済大学論集 61 巻 1・2 号（2018 年）1~27

頁

谷口聡「事前指示書」の普及に対する自治体の取り組み—宮崎市の“エンディングノート”を素材として— 地域政策研究 21 卷 3 号 (2019 年) 19~39 頁

谷直之「自殺関与罪に関する一考察」同志社法学 44 卷 6 号 (1993 年) 971~1044 頁

土屋幸巳「知的障害者における医療同意の問題—腎臓結石除去・インフルエンザ予防接種—」実践成年後見 16 号 (2006 年) 31~33 頁

寺沢知子「未成年者への医療行為と承諾—「代諾」構成の再検討— (1)」民商法雑誌 106 卷 5 号 (1992 年) 655~677 頁

寺沢知子「承諾能力」のない人への治療行為の決定と承諾—未成年者と高齢者を中心に」潮見佳夫編代『民法学の軌跡と展望—國井和郎先生還暦記念論文集—』(2002 年) 113~134 頁

寺沢知子「同意能力のない人への医療行為の決定と家族の利益」実践成年後見 16 号 (2006 年) 19~28 頁

道垣内弘人「成年後見人の権限—身上監護について」判例タイムズ臨時増刊 1100 号『家事関係裁判例と実務 245 題』(2002 年) 238~239 頁

床谷文雄「成年後見における身上配慮義務」民商法雑誌 122 卷 4・5 号 (2000 年) 533-553 頁

仲道祐樹「一連の行為」の行為論的基礎付け」刑法雑誌 53 卷 2 号 (2014 年) 197~212 頁

夏目文雄「被害者の承諾と傷害罪の成否」愛知大学法経論集法律篇第 97 号 (1981 年) 77~99 頁

日本透析医学会血液透析療法ガイドライン作成ワーキンググループ 透析非導入と継続中止を検討するサブグループ「維持血液透析の開始と継続に関する意思決定プロセスについての提言」日本透析医学会雑誌 47 卷 5 号 (2014 年) 269~285 頁

額田洋一「成年後見法制定要綱「私案」」ジュリスト 1055 号 (1994 年) 101~108 頁

野村和彦「判批」刑事法ジャーナル 49 号 (2016 年) 172~178 頁

橋本正博「自殺は違法か」一橋法学第 2 卷第 1 号 (2003 年) 45~58 頁

浜渦辰二「ドイツにおける事前指示書の法制化の内実—自律と依存を両立させる試み」文化と哲学 32 号 (2015 年) 1~17 頁

林幹人「自殺関与罪」法学セミナー 402 号 (1988 年) 108~109 頁

ハロー・オットー (甲斐克則=福山好典訳)「医的侵襲にとつての仮定的承諾の意義」比較法学 44 卷 2 号 (2010 年) 113~125 頁

ハロー・オットー (鈴木彰雄=秋山紘範=菅沼真也子=富川雅満=水落伸介=高良幸哉訳)「解釈原理としての社会的相当性」比較法雑誌 46 卷 1 号 (2012 年) 91~121 頁

平野龍一「刑法各論の諸問題 第 1 章 生命に対する罪」法学セミナー 198 号 (1972 年) 92~96 頁

平野龍一「生命の尊厳と刑法—とくに脳死に関連して—」立教法学 27 号 (1986 年) 187~204 頁

フォルカー・リップ (秋山紘範訳)「自らの死への法」比較法雑誌 52 卷 2 号 (2018 年) 109~129 頁

深町晋也「危険引受け論について」本郷法政紀要第 9 号 (2000 年) 121~162 頁

深町晋也「「一連の行為」論について—全体的考察の意義と限界—」立教法務研究 3 号 (2010 年) 93~132 頁

藤村賢訓

「高齢者医療における治療方針の決定と代諾者の役割—英国の制度を参考に—」大分大学経済論集 61 卷 1 号 (2009 年) 51~69 頁

ヘニング・ローゼナウ (島田美小妃訳)「仮定的承諾—新しい法形象!」比較法雑誌 43 卷 3 号 (2009 年) 161~181 頁

ヘニング・ローゼナウ (甲斐克則=福山好典訳)「ドイツにおける臨死介助および自殺幫助の権利」比較法学 47 卷 3 号 (2014 年) 205~224 頁

町野朔「自己決定と他者決定」年報医事法学 15 号 (2000 年) 44~52 頁

松宮孝明「自殺関与罪と実行の着手」『中山研一先生古稀祝賀論文集第一巻 生命と刑法』(1997 年) 237~253 頁

丸山英二「成年後見人の医療同意権に関する若干の考察」実践成年後見 54 号 (2015 年) 5~14 頁

山岸暁美「地域全体で ACP プロセスを支える：ふくろうプロジェクト：高齢者救急×地域包括ケア×ACP の挑戦」緩和ケア 29 卷 3 号 (2019 年) 217~220 頁

山本紘之「生命維持措置の中止に関する世話裁判所の許可が不要となる要件および覚醒昏睡にある患者の推定的意思を探知するための要件」比較法雑誌 50 卷 1 号 (2016 年) 275~297 頁

吉澤三枝「違法性の本質と被害者の承諾」司法研究所紀要第 12 卷 (2000 年) 57~70 頁

若尾岳志「自殺関与罪の処罰根拠 (一)」早稲田大学大学院法研論集第 94 号 (2000 年) 313~341 頁

若尾岳志「自殺と自殺関与の違法性」早稲田大学大学院法研論集第 107 号 (2003 年) 144~170 頁

渡辺幹典「成年後見制度と医療措置の代諾」松山大学論集 17 卷 1 号 (2005 年) 395~440 頁

## 5. 判例

大審院明治 45 年 6 月 20 日判決刑録 18 輯 896 頁

大審院大正 11 年 4 月 27 日判決刑集 1 卷 239 頁

最高裁昭和 33 年 11 月 21 日第二小法廷決定刑集 12 卷 15 号 3519 頁

札幌地裁昭和 53 年 9 月 29 日判決判例時報 914 号 85 頁

最高裁昭和 55 年 11 月 13 日第二小法廷決定刑集 34 卷 6 号 396 頁

名古屋地裁昭和 56 年 3 月 6 日判決判例時報 1013 号 81 頁

仙台地裁石巻支部昭和 62 年 2 月 18 日判決判時 1249 号 145 頁

福井地裁平成元年 3 月 10 日判決判例時報 1347 号 86 頁

東京地裁平成元年 4 月 18 日判決判例時報 1347 号 62 頁

横浜地裁平成 7 年 3 月 28 日判決判例タイムズ 877 号 148 頁

最高裁平成 7 年 4 月 25 日第三小法廷判決民集 49 卷 4 号 1163 頁

千葉地裁平成 7 年 12 月 13 日判決判時 1565 号 144 頁

東京高裁平成 9 年 8 月 4 日判決高刑集 50 卷 2 号 130 頁  
千葉地裁平成 12 年 6 月 30 日判決判例時報 1741 号 113 頁  
東京高裁平成 13 年 2 月 20 日判決判例時報 1756 号 162 頁  
東京地裁平成 13 年 3 月 21 日判決判例時報 1770 号 109 頁  
最高裁平成 14 年 9 月 24 日第三小法廷判決判例時報 1803 号 28 頁  
最高裁平成 16 年 3 月 22 日第一小法廷決定刑集 58 卷 3 号 187 頁  
富山地裁平成 17 年 6 月 13 日判決裁判所ウェブサイト掲載判例  
東京高裁平成 19 年 2 月 28 日判決刑集 63 卷 11 号 2135 頁  
最高裁平成 20 年 5 月 20 日第二小法廷決定刑集 62 卷 6 号 1786 頁  
最高裁平成 21 年 2 月 24 日第一小法廷決定刑集 63 卷 2 号 1 頁  
最高裁平成 21 年 12 月 7 日第三小法廷決定刑集 63 卷 11 号 1899 頁  
福岡高裁平成 22 年 9 月 16 日判決判例タイムズ 1348 号 246 頁  
最高裁平成 24 年 1 月 30 日第三小法廷決定刑集 66 卷 1 号 36 頁  
最高裁平成 24 年 7 月 24 日第二小法廷決定刑集 66 卷 8 号 709 頁  
さいたま地方裁判所秩父支部平成 25 年 6 月 12 日判決公刊物未登載  
東京高裁平成 25 年 11 月 6 日判決判例タイムズ 1419 号 230 頁  
名古屋地裁平成 27 年 10 月 26 日判決 LEX/DB25541656  
千葉地裁平成 28 年 10 月 12 日判決 LEX/DB25544267  
名古屋地裁平成 30 年 3 月 23 日判決 LEX/DB25449474

## 6. 非公開資料

カーステン・ゲーデ「患者の事前指示：王道かそれとも応急措置か？—ドイツ法を例として—（邦訳）」シンポジウム『終末期医療、安楽死・尊厳死に関する総合的研究』配布レジュメ集 142~151 頁（非公開資料、2020 年刊行予定）

メラニー・シュトイヤー「セッション 4 へのコメント：患者の事前指示：王道か応急措置か」シンポジウム『終末期医療、安楽死・尊厳死に関する総合的研究』非公開資料（2020 年刊行予定）

## II 洋文献

### 1. 教科書

Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., 2006

Günter Stratenwerth, / Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011

Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991

Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969

Harro Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004

Kristian Kühn, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012

Urs Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2006

Urs Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2013

Walter Groppe, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2015

## 2. コメントール

Burkhard Jahnke, Heinrich Wilhelm Laufhütte, Walter Odersky (Hrsg.), Leipziger Kommentar StGB, Band 2, 11. Aufl., 1994

Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar StGB, Bd. 2, 5. Aufl., 2017

## 3. 書籍

Detlev Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997

Peter Lack, Nikola Biller-Andorno, Susanne Brauer (Hrsg.), Advance Directives, 2014

Thorsten Jacobi, Arnd T. May, Rita Kielstein, Werner Bienwald (Hrsg.), Ratgeber Patientenverfügung: vorgedacht oder selbstverfasst?, 2001

## 4. 論文

Claus Roxin, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und Tatbestandliches Rechtsgut, Festschrift für Knut Amelung, 2009, S. 269-289

Detlev Sternberg-Lieben, Medizinrecht 2017, S. 42-54

Ernst Heitmann, jurisPR-FamR 22/2017 Anm. 5

Friedrich Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1954, S. 262-269.

Friedemann Nauck, Matthias Becker, Claudius King, Lukas Radbruch, Raymond Voltz, Birgit Jaspers, To what extent are the wishes of a signatory reflected in their advance directive: a qualitative analysis, in: BMC BMC Medical Ethics 2014, 15:52.

Gabriele Müller, ZEV 2017, S. 340-341

Geraldine de Heer, Bernd Saugel, Barbara Sensen, Charlotte Rübsteck, Hans O. Pinnschmidt, Stefan Kluge, Patientenverfügungen und Vorsorgevollmachten bei Intensivpatienten, Deutsches Ärzteblatt 21/2017, S. 363-370.

Gerald Weigl, Update zu Patientenverfügungen, MittBayNot 2017, S. 346-354

Günther Jakobs, Einwilligung in sittenwidrige Körperverletzung, Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, 2006, S. 507-520

Harro Otto, Soziale Adäquanz als Auslegungsprinzip, Festschrift für Knut Amelung, 2009, S. 225-245.

K C Calman, Quality of life in cancer patients – an hypothesis, in: Journal of Medical Ethics 1984, 124-127.

Peter H. Ditto, Jill A. Jacobson, William D. Smucker, Joseph H. Danks, Angela Fagerlin, Context Changes Choices: A Prospective Study of the Effects of Hospitalization on Life-Sustaining Treatment Preferences, Medical Decision Making, 2006, 313-322

Rosemarie Will, Der 12. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes auf Abwegen, vorgänge #216, S. 101-105

Thomas Renner, DNotZ 2017, S. 210-214

Urs Kindhäuser, Normtheoretische Überlegungen zur Einwilligung im Strafrecht, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 9/2010, S.490-506  
Wolfgang Putz, NJW 2019, S. 603-604.

#### 5. 判例

RG, Urteil vom 31.05.1894, RGSt 25, 375  
BGH, Urteil vom 29.01.1953 - 5 StR 408/52, BGHSt 4, 24  
BGH, Urteil vom 22.01.1953 - 4 StR 373/52, BGHSt 4, 88  
BGH, Urteil vom 28. 11. 1957 - 4 StR 525/57, BGHSt 11, 111  
BGH, Urteil vom 09.12.1958 - VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46  
BGH, Urteil vom 11.12.2003 - 3 StR 120/03, BGHSt 49, 34  
BGH, Urteil vom 26.05.2004 - 2 StR 505/03, BGHSt 49, 166  
BGH, Urteil vom 25.06.2010 - 2 StR 454/09, BGHSt 55, 191  
BGH, Beschluss vom 17. 9. 2014 - XII ZB 202/13, BGHZ 202, 226  
BGH, Beschluss vom 23. 9. 2015 - XII ZB 624/14, FamRZ 2015, 2163  
BGH, Beschluss vom 6. 7. 2016 - XII ZB 61/16, BGHZ 211, 67  
BGH, Beschluss vom 8. 2. 2017 - XII ZB 604/15, BGHZ 214, 62  
BGH, Beschluss vom 14.11.2018 - XII ZB 107/18, NJW 2019, 600

#### III Web 資料

aerzteblatt.de

<https://www.aerzteblatt.de/archiv/188935/Patientenverfuegungen-und-Vorsorgevollmachten-bei-Intensivpatienten>

(2020年1月1日最終閲覧)

HAM 人・社会研究所

「認知症の人の意思決定能力を踏まえた支援のあり方に関する研究事業 報告書」(平成 29 年 3 月)

[https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12300000-Roukenkyoku/91\\_HAM.pdf](https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12300000-Roukenkyoku/91_HAM.pdf)

(2020年1月1日最終閲覧)

NCBI

<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1374977/>

(2020年1月1日最終閲覧)

一般社団法人日本病院会 倫理委員会

「「尊厳死」一人のやすらかな自然な死についての考察—」(平成 27 年 4 月 24 日)

[https://www.hospital.or.jp/pdf/06\\_20150424\\_01.pdf](https://www.hospital.or.jp/pdf/06_20150424_01.pdf)

(最終閲覧：2020年1月1日最終閲覧)

一般財団法人日本尊厳死協会

「リビングウイルとは」

[https://www.songenshi-kyokai.com/living\\_will.html](https://www.songenshi-kyokai.com/living_will.html)

(2020年1月1日最終閲覧)

亀田グループ

「もしバナのすすめ (アドバンス・ケア・プランニングって何ですか?)」

<http://www.kameda.com/patient/topic/acp/index.html>

(2020年1月1日最終閲覧)

亀田総合病院 病院疼痛・緩和ケア科

「事前指示書」

[http://www.kameda.com/pr/advance\\_directives/index.html](http://www.kameda.com/pr/advance_directives/index.html)

(2020年1月1日最終閲覧)

京都市

「終末期医療に関する事前指示書」

<http://sukoyaka.hitomachi-kyoto.jp/doc/sukosendoc/syumatsuki-jizenshijisyo.pdf>

(2020年1月1日最終閲覧)

京都市情報館「門川市長記者会見 (2017年4月24日)」

<https://www.city.kyoto.lg.jp/sogo/page/0000218296.html>

(2020年1月1日最終閲覧)

京都府保険医協会

「京都市は「終活」リーフの撤回・回収を」(2017年5月30日)

[https://healthnet.jp/wp-](https://healthnet.jp/wp-content/uploads/2017/06/5b3a0f0054f3fa27dce7a07fe43739f2.pdf)

[content/uploads/2017/06/5b3a0f0054f3fa27dce7a07fe43739f2.pdf](https://healthnet.jp/wp-content/uploads/2017/06/5b3a0f0054f3fa27dce7a07fe43739f2.pdf)

(2020年1月1日最終閲覧)

公益社団法人成年後見センター・リーガルサポート

「医療行為における本人の意思決定支援と代行決定に関する報告及び法整備の提言」(平成26年5月15日)

[https://www.legal-](https://www.legal-support.or.jp/akamon_regal_support/static/page/main/pdf/act/index_pdf10_02.pdf)

[support.or.jp/akamon\\_regal\\_support/static/page/main/pdf/act/index\\_pdf10\\_02.pdf](https://www.legal-support.or.jp/akamon_regal_support/static/page/main/pdf/act/index_pdf10_02.pdf)

(2020年1月1日最終閲覧)

厚生労働省

「ACP (アドバンス・ケア・プランニング) の愛称を「人生会議」に決定しました」(平成

30年11月30日)

[https://www.mhlw.go.jp/stf/newpage\\_02615.html](https://www.mhlw.go.jp/stf/newpage_02615.html)

(2020年1月1日最終閲覧)

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」(改訂平成30年3月)

<https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-10800000-Iseikyoku/0000197721.pdf>

(2020年1月1日最終閲覧)

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」解説編」(改訂平成30年3月)

<https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-10800000-Iseikyoku/0000197722.pdf>

(2020年1月1日最終閲覧)

厚生労働省

「自らが望む人生の最終段階における医療・ケア」

[https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/kenkou\\_iryuu/iryuu/saisyuu\\_iryuu/index.html](https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/kenkou_iryuu/iryuu/saisyuu_iryuu/index.html)

(2020年1月1日最終閲覧)

厚生労働省「認知症施策推進総合戦略～認知症高齢者等にやさしい地域づくりに向けて～(新オレンジプラン)」について」(平成27年1月27日)

<https://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/0000072246.html>

(2020年1月1日最終閲覧)

国立研究開発法人国立長寿医療研究センター

「認知症の行動・心理症状(BPSD)等に対し、認知症の人の意思決定能力や責任能力を踏まえた対応のあり方に関する調査研究事業 報告書」(平成28年3月)

<https://www.ncgg.go.jp/ncgg-kenkyu/documents/H27rouken-4houkoku.pdf>

(2020年1月1日最終閲覧)

児玉聡

「京都市の「事前指示書」は何が問題なのか」(2017年4月30日)

<https://news.yahoo.co.jp/byline/satoshikodama/20170430-00070336/>

(2020年1月1日最終閲覧)

参議院

「成年後見制度の利用の促進に関する法律案」(平成28年4月15日現在)

<http://www.sangiin.go.jp/japanese/joho1/kousei/gian/190/meisai/m19005190020.htm>

(2020年1月1日最終閲覧)

終末期医療のあり方に関する懇談会

「終末期医療のあり方に関する懇談会「終末期医療に関する調査」結果について」(平成22年12月)

<https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r9852000000yp23-att/2r9852000000ypwi.pdf>

(2020年1月1日最終閲覧)

人生の最終段階における医療の普及・啓発の在り方に関する検討会

「人生の最終段階における医療に関する意識調査 報告書」(平成30年3月)

[https://www.mhlw.go.jp/toukei/list/dl/saisyuiryo\\_a\\_h29.pdf](https://www.mhlw.go.jp/toukei/list/dl/saisyuiryo_a_h29.pdf)

(2020年1月1日最終閲覧)

尊厳死法いらない連絡会＝やめて！！家族同意だけの『脳死』臓器摘出！市民の会

「京都市の「終末期医療に関する事前指示書」回収に関する要望書」(2017年8月23日)

<http://www.ica.apc.org/~yamete/pdf/068youbou.pdf>

(2020年1月1日最終閲覧)

千葉大学病院企画情報部

「私の診療に関する希望書(事前指示書) 千葉大学病院企画情報部 20140807 版」

[https://www.naika.or.jp/jsim\\_wp/wp-content/uploads/2016/08/bukai03\\_160710a1.pdf](https://www.naika.or.jp/jsim_wp/wp-content/uploads/2016/08/bukai03_160710a1.pdf)

(2020年1月1日最終閲覧)

日本弁護士連合会

「医療同意能力がない者の医療同意代行に関する法律大綱」(2011年12月15日)

[http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2011/111215\\_6.html](http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2011/111215_6.html)

(2020年1月1日最終閲覧)

日本弁護士連合会

「「終末期の医療における患者の意思の尊重に関する法律案(仮称)」に対する会長声明」(2012年4月4日)

[https://www.nichibenren.or.jp/activity/document/statement/year/2012/120404\\_3.html](https://www.nichibenren.or.jp/activity/document/statement/year/2012/120404_3.html)

(2020年1月1日最終閲覧)

半田市

「A3 事前指示書」(2015年改訂)

<https://www.city.handa.lg.jp/hoken-c/kenko/iryo/hoken/documents/reiwajizennsijia3.pdf>

(2020年1月1日最終閲覧)。

半田市

「終末期医療に関する事前指示書」(2019年10月28日更新)

<https://www.city.handa.lg.jp/hoken-c/kenko/iryo/hoken/jizensijisho.html>

(2020年1月1日最終閲覧)

平成29年度厚生労働省委託事業 人生の最終段階における医療体制整備事業

「これからの治療・ケアに関する話し合い～アドバンス・ケア・プランニング～(パンフレット)」(2018年3月改訂版)

[https://square.umin.ac.jp/endoflife/shimin01/img/date/pdf/EOL\\_shimin\\_A4\\_text\\_0416.pdf](https://square.umin.ac.jp/endoflife/shimin01/img/date/pdf/EOL_shimin_A4_text_0416.pdf)

(2020年1月1日最終閲覧)

「成年後見制度利用促進基本計画について」(平成29年3月24日閣議決定)

<https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12000000-Shakaiengokyoku-Shakai/keikaku1.pdf>

(2020年1月1日最終閲覧)