

## 科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 29 年 4 月 26 日現在

機関番号：32406

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2013～2016

課題番号：25870294

研究課題名(和文) 緩和ケアの妥当な在り方に関する比較法的研究

研究課題名(英文) A comparative study related to the legal system for palliative care

研究代表者

神馬 幸一 (Jimba, Koichi)

獨協大学・法学部・准教授

研究者番号：60515419

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 3,200,000円

研究成果の概要(和文)：本研究により、20世紀後半から世界各国で展開されてきた「緩和ケア(Palliative Care)」の取組み内容を検証することで「どのように人生の終わりを迎えるか」という一般国民にとっても関心の高い論点に関して、医事法学的観点から、その妥当な在り方の提示を試みられた。本研究では、特に緩和ケアの考え方が終末期医療から発展してきた過程において見落とされてきた法的諸問題を点検し、未だ曖昧な内容を有する緩和ケアの将来的発展が及ぼすであろうと考えられる社会的影響に関して、比較法的な検討を加えた。

研究成果の概要(英文)：This study introduces a structure of norms related to the medical progress in the field of terminal care. Although this tremendous progress is controversial as ethical issues, the ground of legal restrictions seems to be much clearer in foreign countries than in Japan. In order to explain the structure of norms in this field and to deal with a problem in possible future development, this study analyses carefully at a number of important differences in the interpretations and discourses of the actual discussion in foreign countries for policymaking strategies in Japan.

研究分野：刑事法・医事法

キーワード：医事法 生命倫理 終末期医療 安楽死 尊厳死 緩和ケア

### 1. 研究開始当初の背景

本研究が対象とする「緩和ケア」とは、生命を脅かす重篤な疾患に罹患している患者（場合により、その家族）に対して、その身体的問題、心理社会的問題、スピリチュアルな（霊的な）問題を早期に発見し、的確な評価と対処を行うことにより、その苦しみを和らげることで「Quality of Life: QOL (生活・人生の質)」を改善する取組みとして、WHO (世界保健機構) により、2002年に定義され、医療現場への導入が世界的に推奨されている概念である。

我が国でも終末期医療への関心が高まるに伴って、緩和ケアの充実化も期待されている。しかし、現在のところ、緩和ケアの提供は、「がん対策基本法」等の限定的な法的制度によってのみ支えられている。従って、緩和ケアチームのない一般病院に入院している患者も多く、また、介護施設等で生活している終末期の高齢者等は、十分なケアを受けることのないまま、苦痛に満ちた最期を迎えているのが現状も指摘されている。

このような現状を受け、本研究は、諸外国との比較法制度論的な観点を介して、特に医事法・刑事法的な観点から、この緩和ケアに対する妥当な法解釈論・法政策論の在り方を考察し、適正な制度設計として我が国にも採用されるべきところを明らかにするものである。

### 2. 研究の目的

本研究は、20世紀後半から世界各国で展開されてきた「緩和ケア (Palliative Care)」の取組み内容を検証することで「どのように人生の終わりを迎えるか」という一般国民にとっても関心の高い論点に関して、医事法・刑事法的観点から、その妥当な在り方の提示を試みることを目的とする。

特に緩和ケアの考え方が終末期医療から発展してきた過程において見落とされてきた法的諸問題を点検し、未だ曖昧な内容を有する緩和ケアの将来的発展が及ぼすであろうと考えられる社会的影響に関して、比較法的な検討を加える。

### 3. 研究の方法

緩和ケアに関する法的問題に関して、国内外の研究者との情報交換を元に、主として、我が国の法体系に強い影響を与えてきたドイツ語圏における議論を中心に整理した上で、それらを批判的に検討すると同時に、そこにおいて、規制の対象とされるべき事柄の明確化を試みる。

そのために、参考文献の収集のみならず、海外で開催される学会に参加し、そこにおける議論の状況を実地で検証しながら、関係当事者の役割を明らかにし、その適正化を図る手続・法整備に関する考察を行う。

そのような議論内容を点検する過程で、その規制の本質に関わる考察を帰納的にまと

めあげる。

また、国外で得られた情報を国内の法制度との比較において検証する。更に、政策評価に関する比較研究を行う必要がある部分に関しては、国内の関連機関の協力を得ることで、その研究成果を高める。

### 4. 研究成果

本研究の主たる成果としては、ドイツ・スイスにおける間接的臨死介助の議論内容を網羅的に整理したことが挙げられる。以下、この点に焦点を絞り、解説する。

#### (1) 現状の分析

ここでいう「間接的臨死介助 (indirekte Sterbehilfe)」という法律用語とは、人生の最終段階、特に終末期の患者に対して、その病状に伴う苦痛（特に「疼痛」ないし生理学的な痛み）を緩和・除去するため、そのような医療的処置（ドイツの判例では、専ら「薬物の投与」に限定）を実施する際、そこで意図されない結果として（例えば、投薬の副作用により）不可避に死期が早められる場合を概念化したものである。

しかし、医療の進展に伴い、このような概念が将来的に意義を有し続けるかは、疑問の余地も生じてきたとされる。現在、医療現場において、特に終末期の病状に伴う疼痛自体は、相当程度、制御可能とも言われている。更に、先進的な医療施設で実施される緩和医療・ケアに関しても、WHO が示した標準的な定義によれば、その実施の必要性は、病状の段階に応じて限定化されているわけではない（すなわち、緩和医療・ケアの時期 終末期）。特に1990年代以降、慢性疾患においても早い段階から緩和医療・ケアが推奨されている。そして、現在、そのような医療的処置により余命延長の効果すら報告されている。従って、医療の将来的発展を考慮するならば、おそらく、間接的臨死介助という概念が問題となる場面は、今後、大幅に限定化される見込みであることを本研究では示した。

ただし、このような将来的展開が見込まれる一方で、苦痛（特に心理面から生じる痛み）を一般的に緩和し、調整する医療的技術は、現在において完全な段階にあるわけではない。そして、先進的な緩和医療・ケアの体制が整備されていないところでは（ある意味で杜撰な）鎮痛剤等の薬物投与により死期が早められてしまう危険性も拭き切れない。そして、そのような薬物投与による身体的影響に関しては、その科学予測が未だ困難であり、そのことも鑑みれば、苦痛緩和のための医療的処置が（瀕死状態にある）個々の患者に対して、どのような作用を及ぼすかは、実際のところ予想しがたい。

また、間接的臨死介助の是非を論じる学説状況を具に検証してみると未だに不一致がある。また、この問題に関して実務的解決法を指し示す最高権威的な判例も我が国では

存在していない。

そこで、本研究では、刑事立法の沿革上、我が国の刑法解釈論に対しても影響力を与え続けているドイツ法の議論状況に加え、そのドイツの隣国として、法体系上も親近性を有するスイス法の議論状況をも参照しながら、緩和ケアの刑事法的議論の整理を実施した。そして、この比較法的検討から、我が国の法体系にも共通して依拠しうる価値観を探り、この問題に対して、より客観的な法的視座の構築を試論した。

その結果、ドイツ及びスイスの両国では、間接的臨死介助を不可罰とする論拠が構成要件該当性から違法性の段階に至るまで様々に検討されていることが判明した。そして、いずれの国においても、いわゆる「正当化緊急避難」の枠組みの中で間接的臨死介助の正当化を試みる見解が支持されているものという結論が得られた。

このような両国における議論が我が国の刑法理論に与える示唆に関して、解釈論と立法論の2点に分けながら、考察を加えるならば、次のようになる。

## (2) 刑法解釈論への示唆

先ず、刑法解釈論における根本的な視点として、同意殺規定により高められた生命保護の原理は、刑法上、極限的な状況下で相対化されることが認められなければならないことが両国の議論から判明した。確かに刑法体系上、生命に対しては様々な防御線が張られている。その中で、どのようにして、この相対化が説得的に論証されうるのかということが検討されなければならない。そして、ドイツ及びスイスと類似の体系を有する我が国の刑法解釈論においても、間接的臨死介助の場面との関係で緊急避難の枠組みを再検証する必要があるように思われる。その中でも、特に欧州人権法上の議論において展開されている「生命における主観的権利」を強調する論証を援用することは、我が国の解釈論においても十分に可能であるように思われる。

しかし、ここで仮に、ドイツ及びスイスの両国と同様の方向性において、我が国の解釈論でも(正当化)緊急避難的な解決を志向していくのであれば、次のような点が留意されなければならない。すなわち、そのような解決法は、臨死介助における類型化の境界(特に間接的臨死介助と直接的臨死介助の実質的区別理由)を曖昧化するものでもある。この派生的問題は、我が国の刑法解釈論が維持してきた安楽死(臨死介助)の類型化においても妥当する。このように、ある論点の解決は、波及的な広がりを生じさせる。その中で、従前において用いられてきた類型化の意義を改めて問い直す必要性が指摘できる。

## (3) 刑事立法論への示唆

更に、刑事立法論の観点からは、次のこと

が指摘できる。確かに、ドイツ及びスイスにおける議論を参考にする限り、我が国でも、現行法上、間接的臨死介助を許容する解釈論は、何らかのかたちで構築可能であろう。しかし、このように人生の在り方に関わる重大な事柄が立法的解決によらずに、判例実務による運用又は学説上の通説的な理解が広がることで十分に解決済みとされるかは、議論の余地がある。

この点、ドイツでは、このような問題に対して法的安定性を付与するために、立法化に向けての様々な努力が尽くされてきた。そのような立法を具体的実現化するための叩き台として、例えば、1980年代においては「臨死介助対案(AE-Sterbehilfe)」が公表され、2000年代に入ってから「死の看取り対案(AE-Sterbebegleitung)」が提起されたのである。しかし、このような立法化の動向が頓挫している現状からは、ここで提起される問題の解決を立法者に委ねることの限界が垣間見える。

これに対して、スイスの立法実務において支配的な動向は、個別的に妥当な解決が可能であるならば、この臨死介助に関して立法的解決は不要であるという結論に親近性を有している。例えば、スイス連邦議会及び連邦政府は、ここ数年、再三にわたり、臨死介助及び医師介助自殺に関する法的規制の設定を拒否してきた。すなわち、そのような法的規制は、当地では、不要とされてきたのである。なぜなら、既存の法的状況及び法令解釈で十分な対応が可能であると考えられてきたからである。

我が国においても、終末期医療ないし人生の最終段階における医療に関しては、立法的対応により硬直的な規制を強いるよりかは、各種ガイドラインにより多職種による確認手続の遵守が推奨されている現状にある。死の在り方を統制する手法に関しては、どの国においても試行錯誤の段階にある。そのような意味でも、ドイツ及びスイスの両国における議論内容は、どのような方向性を我が国は採用すべきかという重要な示唆を提供しているように思われる。

## 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

〔雑誌論文〕(計24件)

神馬幸一「間接的臨死介助(安楽死)の正当化根拠」獨協法学 101号(2016年12月)横125(234) - 横159(200)頁(査読なし)

小池信太郎 = 神馬幸一(共訳)「スイス刑法典第1編総則」慶應法学 36号(2016年12月)295 - 361頁(査読なし)

神馬幸一(訳)・只木誠(監訳)「グンナー・デュトゲ」刑法的に規制された死業としての自殺援助という新しい刑法

上の構成要件』』比較法雑誌 50 巻 3 号 (2016 年 12 月) 209 - 228 頁 (査読なし)

神馬幸一「ドイツ刑法における『自殺の業務的促進罪』に関して」獨協法学 100 号 (2016 年 9 月) 横 117 (286) - 横 149 (254) 頁 (査読なし)

神馬幸一 (訳)「ドイツ刑法新 217 条の法律案理由書 (Bundestagsdrucksache 18/5373)」獨協法学 100 号 (2016 年 9 月) 横 223 (180) - 横 255 (148) 頁 (査読なし)

神馬幸一「オーストリアの移植医療では、なぜ、反対意思表示方式が採用できたのか」年報医事法学 31 号 (2016 年 9 月) 30 - 36 頁 (依頼：査読なし)

神馬幸一「ドイツの犯罪学における近時の研究指導体制と教育状況 (二・完)」獨協法学 99 号 (2016 年 4 月) 横 1 (322) - 横 38 (285) 頁 (査読なし)

神馬幸一「ドイツの犯罪学における近時の研究指導体制と教育状況 (一)」獨協法学 98 号 (2015 年 12 月) 横 205 (12) - 横 215 (2) 頁 (査読なし)

神馬幸一「刑務所という文化における終末期ケア」罪と罰 53 巻 2 号 (2016 年 3 月) 41 - 43 頁 (依頼：査読なし)

神馬幸一「ドイツにおける法曹養成と犯罪学教育」犯罪学雑誌 81 巻 6 号 (2015 年 12 月) 181 - 185 頁 (依頼：査読なし)

神馬幸一「医師に課される法的守秘義務の変容? 最決平成 24 年 2 月 13 日に関する管見」年報医事法学 30 号 (2015 年 9 月) 39 - 45 頁 (依頼：査読なし)

神馬幸一「安楽死・尊厳死」法学教室 418 号 (2015 年 7 月) 9 - 15 頁 (依頼：査読なし)

神馬幸一「オーストリアにおける臓器移植医療の法的規制状況 (含：新旧オーストリア臓器移植関連法条文訳)」静岡大学法政研究 19 巻 2 号 (2015 年 2 月) 198 - 151 頁 (査読なし)

神馬幸一「ドイツにおける血液事業の法的枠組 (含：現行ドイツ『輸血法』条文訳)」静岡大学法政研究 19 巻 1 号 (2014 年 10 月) 134 - 95 頁 (査読なし)

神馬幸一「法的守秘義務に関する倫理的多義性」生命倫理 24 巻 1 号 (2014 年 9 月) 107 - 115 頁 (査読あり：2014 年度日本生命倫理学会若手論文奨励賞受賞論文)

神馬幸一「治療行為の中止 (川崎協同病院事件)」山口厚 = 佐伯仁志 (編)『刑法判例百選 : 総論 (第 7 版)』有斐閣 (2014 年 8 月) (依頼：査読なし)

神馬幸一「ヒト由来生物学的材料に関するドイツ法体系」慶應法学 29 号 (2014 年 4 月) 135-177 頁 (依頼：査読なし)

神馬幸一「医療の視点が司法に活かされるための制度設計」静岡大学法政研究 18

巻 3=4 号 (2014 年 3 月) 606-577 頁 (査読なし)

神馬幸一「防衛医大抗がん剤集中投与事件」甲斐克則 = 手嶋豊 (編)『医事法判例百選 (第 2 版)』有斐閣 (2014 年 3 月) (依頼：査読なし)

神馬幸一 (訳)「EU におけるヒト血液及び血液成分の品質と安全性の標準設定に関する指令 (EU 血液指令 : 含 2009 年改正内容)」静岡大学法政研究 18 巻 1=2 号 (2014 年 1 月) 146-108 頁 (査読なし)

②① 神馬幸一「刑事裁判例批評 (240) 相手方に接触することなく詰め寄り、後方に転倒させた行為が傷害罪の実行行為としての暴行に当たるとされた事例 (大阪高裁第 1 刑事部平成 24.3.13 判決)」刑事法ジャーナル 38 号 (2013 年 11 月) 73-78 頁 (依頼：査読なし)

②② 神馬幸一「組み直し腎臓交換の制度設計に関する生命倫理的考察」生命倫理 23 巻 1 号 (2013 年 9 月) 72-78 頁 (査読あり)

②③ 影山京子 = 神馬幸一 = 橋本悟「医療従事者が知っておきたい民事訴訟法における手続 後編：事実認定のための証拠と判決の効力」麻酔 62 巻 5 号 (2013 年 5 月) 623-628 頁 (依頼：査読あり)

②④ 影山京子 = 神馬幸一 = 橋本悟「医療従事者が知っておきたい民事訴訟法における手続 後編：事実認定のための証拠と判決の効力」麻酔 62 巻 4 号 (2013 年 4 月) 481-487 頁 (依頼：査読あり)

[学会発表] (計 11 件)

神馬幸一「ドイツ刑法において新設された『自殺の業務的促進罪』の問題点」第 28 回日本生命倫理学会年次大会 (2016 年 12 月 3 日) 大阪大学

神馬幸一「シンポジウム『治療拒否を考える』法律の立場から」日本摂食障害学会第 20 回学術集会 (2016 年 9 月 3 日) 東京大学

神馬幸一「ワークショップ『治療中止の刑法的構成と患者の意思』ドイツ語圏における議論状況」日本刑法学会第 94 回大会 (2016 年 5 月 22 日) 名古屋大学

神馬幸一「治療中止の刑法的構成と患者の意思」ドイツ語圏における議論状況」第 87 回早稲田大学刑事法学会研究会 (2016 年 5 月 7 日) 早稲田大学

神馬幸一「2014 年度若手論文奨励賞受賞者を囲んで：法的守秘義務に関する倫理的多義性」第 27 回日本生命倫理学会年次大会：千葉大学 (2015 年 11 月 29 日)

神馬幸一「個別発表：なぜ、オーストリアの移植医療では、反対意思表示方式が採用できたのか」第 45 回日本医事法学会総会：北海道大学 (2015 年 11 月 1 日)

神馬幸一「血液事業に関する EU 指令の

概要」早稲田大学 GEC 夏期集中講義『EU  
における人の移動と保健医療政策』：早  
稲田大学（2015年8月27日）  
神馬幸一「血液事業に関する EU 指令の  
概要」第 79 回慶應 EU 研究会：慶應義塾  
大学（2015年6月27日）  
神馬幸一「医療と法」NPO 法人ヒューマ  
ン・ケア支援機構「医療の倫理とコミュ  
ニケーション・入門コース」：藤枝市立  
総合病院（2015年2月14日）  
神馬幸一「個別発表：医師に課される法  
的守秘義務の変容？」第 44 回日本医事  
法学会総会：中央大学駿河台記念館  
（2014年11月30日）  
神馬幸一「組み直し腎臓交換に関する生  
命倫理的管見」第 25 回日本生命倫理  
学会年次大会：東京大学（2013年12月  
1日）

〔図書〕（計 6 件）

神馬幸一 = 大塚芳子「自動車運転をやめ  
ようとしない認知症高齢者について相  
談されたとき」・神馬幸一 = 大塚芳子「認  
知症高齢者が違法行為（万引き）をくり  
返すとき」・神馬幸一「認知症高齢者の  
自動車運転に対する法的措置」・神馬幸  
一「認知症高齢者の情報を共有（取得）  
するために」・神馬幸一「プライバシー・  
守秘義務・個人情報保護法制」松田純 =  
堂園俊彦 = 青田安史 = 天野ゆかり = 宮  
下修一（編）『ケースで学ぶ認知症ケア  
の倫理と法』南山堂（2017年3月）123  
- 136, 149 - 150 頁  
神馬幸一「人の始期」・「自殺関与罪か殺  
人罪か（1）～（3）」・「胎児性致死傷（1）」  
『刑法各論判例インデックス』商事法務  
（2016年10月）2 - 9, 12 - 13 頁  
神馬幸一「ドイツ・オーストリア・スイ  
スにおける臓器移植」甲斐克則（編）『臓  
器移植と医事法』信山社（2015年10月）  
159 - 184 頁  
大野真義 = 森本益之 = 加藤久雄 = 本田  
稔 = 神馬幸一『刑法総論（新装版）』法  
律文化社（2015年4月）全 434 頁  
大野真義 = 加藤久雄 = 飯島暢 = 島田良  
一 = 神馬幸一『刑法各論』法律文化社  
（2014年6月）全 457 頁  
神馬幸一 = 青田安史「Case11：介護に熱  
心な息子が母親を虐待していることに  
気付いたとき」・神馬幸一 = 大塚芳子 =  
青田安史「Case18：刑務所出所者の支援  
のために犯罪歴を隠すとき」松田純 = 青  
田安史 = 天野ゆかり = 宮下修一『こんな  
ときどうする？ 在宅医療と介護：ケ  
ースで学ぶ倫理と法』南山堂（2014年3  
月）74-79, 123-127 頁

〔産業財産権〕

出願状況（計 0 件）

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
出願年月日：  
国内外の別：

取得状況（計 0 件）

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
取得年月日：  
国内外の別：

〔その他〕

特記事項なし  
6. 研究組織  
(1) 研究代表者  
神馬 幸一（JIMBA KOICHI）  
獨協大学・法学部・准教授  
研究者番号：60515419  
(2) 研究分担者  
該当者なし  
(3) 連携研究者  
該当者なし  
(4) 研究協力者  
該当者なし