

論説

準商行為規定の削除と会社以外の擬制商人  
——平成十七年商法改正の遺した問題

中山秀木

- 一 はじめに
- 二 平成一七年改正前商法五二三条について
- 三 民事会社以外の擬制商人と改正前商法五二三条の類推適用
- 四 平成一七年改正の問題点——会社法五条の創設とそれに伴う改正前商法五二三条の削除
- 五 会社以外の商人の営業としてする行為に商行為性を認める必要性
- 六 むすびにかえて

一 はじめに

会社法制の現代化を内容とする「会社法」(平成一七年法律八六号)ならびに商法その他の関係法律の整備等を内

容とする「会社法の施行に伴う関係法律の整備に関する法律」(平成一七年法律八七号・以下「整備法」という)は、平成一七年六月二十九日に参議院本会議で可決・成立し、これらは一部の規定を除いて、平成一八年五月一日に施行された。本改正において、会社法は、会社法制に関するさまざまな制度について見直しを行うとともに、本改正前の商法第二編・有限会社法・株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律等の各規定について、片仮名文語体で表記されているものの平仮名口語体化等を行い、一つの法典として再編成したものである。<sup>(1)</sup>これと同時に、整備法において、会社法の規定との関連する商法の規定の見直しも行われ、(第二編以外の)商法についても改正が行われた。

とりわけ、本改正は、会社法制に関する部分について注力され、また学会・実務界においてもこの部分に関心が高まり、議論も盛んであった。しかし、今回の改正においては、会社と会社以外の商人とで、会社法と(平成一七年改正前商法第二編が削除された)商法とに切り離され、とくに後者に関する分野はあまり議論がされずに、部分的に手が加えられたのみという感がある。

本稿は、そうした注目されなかつた分野に注目して、立法上の問題点を指摘するものである。たしかに、以下に述べることは、実務上の意義は乏しいかもしれない。しかし、商行為の限界(メルクマール)を確定するための商法・会社法の規定および解釈に関わることなので、論理的に商法が適用されるか否かを確定させる場面で非常に重要な意味を持つ場合がある。

(1) 相澤哲二 郡谷大輔「会社法制の現代化に伴う実質改正の概要と基本的な考え方」相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説』(別冊商事法務二九五号) 一頁(商事法務・二〇〇六年)。

## 二 平成一七年改正前商法五二三条<sup>(2)</sup>について

改正前商法五二三条は、改正前商法五二条第二項に規定する会社（いわゆる民事会社）の行為について、商行為に関する規定を準用する旨を定めていた。明治四四年の商法改正により、同法五二条（当時の四二条）が追加されるとともに同法五二三条（当時の商法二八五条ノ二）が追加され、商行為以外を営業とする会社（民事会社）の行為は準商行為として商行為法の規定が適用されることになっていった。<sup>(3)</sup>つまり、本条は、明治四四年改正法で、民事会社と商事会社との区別を撤廃したのに伴い、組織法上だけでなく行為法上も両者を同列に置くために、新設した規定であつた。<sup>(4)</sup>

すなわち、商行為を業としない会社は、改正前商法四条第二項後段により商人とみなされ、商法五〇三条によりその営業のためにする行為は商行為とされていた。改正前商法五二三条は、当該会社がその営業としてする行為が商行為となるかどうかという問題に対応した規定であるとされていた。<sup>(5)</sup>つまり、民事会社は本来の目的を商行為に置いていないところ、民事会社は商人であるから、営業のために行う行為は附屬的商行為として商行為性が認められる。しかし、本来の目的たる行為については特に商行為に関する規定の準用がある旨の規定がなければ商行為性が否定されることになってしまう。そこで、改正前商法五二三条が設けられていた。<sup>(6)</sup>

(2) 以下、本稿において単に「改正前」と表記するものは、平成一七年商法改正・会社法創設にかかるものであるとする。

(3) 平出慶道『商行為法』二二頁（青林書院新社・一九八〇年）。

- (4) 田中誠二「コンメンタール商行為法」一六六頁(勁草書房・一九七三年)。  
 (5) 郡谷大輔・細川充「会社法の施行に伴う商法および民法等の一部改正」相澤・前掲注(1)二五五頁注五。  
 (6) 近藤光男『商法総則・商行為法』二八頁(有斐閣・第四版補訂版・二〇〇五年) 参照。

### 三 民事会社以外の擬制商人と改正前商法五二三条の類推適用

改正前商法五二三条によると、民事会社の営業としてする行為は、その営業のためにする附屬的行為とともに、商行為として準用されるわけである。しかし、改正前商法四条第二項は、民事会社のみならず、前段において店舗その他これに類似する設備によって物品を販売する者・鉱業を営む者についても、擬制商人として、商人性を認めるところ、民事会社以外の擬制商人については、営業のためにする行為は商法五〇三条により付屬的商行為となるが、本来の目的である営業としてする行為は、商行為とならないことになってしまう。しかし、民事会社以外の擬制商人と民事会社で、準商行為の点につき別異に取り扱うべき理由はなく、この点にはなほだしい立法の不備と称するほかない。<sup>(7)</sup>この点については、通説によると、民事会社以外の擬制商人が営業としてなす行為についても商法五二三条を類推適用すべきとしていた。<sup>(8)</sup>

すなわち、改正前商法五二三条の規定を基礎として、これを類推適用ないしは準用することにより、民事会社と同列に扱われるべき民事会社以外の擬制商人が営業としてなす行為を、商行為として扱っていたわけである。

(7) 鴻常夫『商法総則』七七頁―七八頁(弘文堂・全訂第四版・一九八八年)、平出・前掲注(3)二二頁、石井照久「商

法総則』三八頁―三九頁(弘文堂・新版・一九六六年)参照。

(8) 服部榮三『星川長七編』基本法コンメンタール商法総則・商行為法(別冊法学セミナー一四七号)一〇九頁(小島孝)(日本評論社・第四版・一九九七年)、神崎克郎『商法総則・商行為法通論』四八頁(同文館出版・新訂版・一九九九年)、森本滋編『商法総則講義』三二頁(洲崎博史)(成文堂・一九九六年)、服部榮三『商法講義』一九〇頁(文眞堂・一九八三年)、喜多了祐(吉田直補訂)『商法の要説』一七頁・二〇頁(中央経済社・五訂版・一九九九年)参照。

なお、「類推適用」ではなく「準用」すべきとするものもある。大隅健一郎『商行為法』二四頁(青林書院新社・一九五八年)、石井・前掲注(7)四〇頁、実方謙二『島十四郎編著』商法総則』五四頁(植村啓治郎)(青林書院新社・一九七八年)、平出・前掲注(3)二三頁参照。

また、単に商法五二三条はすべての擬制商人に単に「適用」されると主張するものもある。酒巻俊雄『庄子良男編』現代青林講義 商行為法』二三頁(稲庭恒一)(青林書院・一九九五年)参照。

また、民事会社の行為を「狭義の準商行為」とし、「広義の準商行為」は民事会社以外の擬制商人の行為を含むとして解決を図る見解もある。田中誠二『商行為法』三九頁(千倉書房・新版・一九六二年)、田中・前掲注(4)一六七頁―一六八頁、窪田宏『商法総則・商行為法(商法講義I)』九九頁(晃洋書房・初版・一九八〇年)参照。

#### 四 平成一七年改正の問題点——会社法五条の創設とそれに伴う改正前商法五二三条の削除

平成一七年の商法改正・会社法の創設によって、会社(外国会社も含む)が事業としてする行為、および、その事業のためにする行為は商行為とされることになった(会社法五条)。したがって、会社は商行為をすることを業としているから、商法四条第一項の固有の商人となる。すなわち、事業の種類を問わないことになったから、会社が

行う事業はすべて商行為となり、その事業のために行う行為は、商行為となる。<sup>(9)</sup>

したがって、改正前商法五二条第二項の定める民事会社については、営業のためにする付属的行為はもちろん、本業である営業としてする行為も、会社法五条に包摂されることとなった。そこで、民事会社の商人性を認めていた改正前商法四条第二項後段も、会社を商人とみなす必要がなくなったことから、平成一七年の商法改正・会社法創設により削除されるに至った。<sup>(10)</sup>これと同様の理由により、新商法では、改正前商法五二三条の存在意義が失われ、削除されるに至ったものと思われる。たしかに、先述のように、改正前商法五二三条については、改正前商法四条第二項前段の規定によって商人とみなされる会社以外のもの（すなわち、店舗その他これに類似する設備によって物品を販売する者と鉱業を営む者）についても、その適用があるべきとする説もあるものの、新商法では、これに対応する規定上の手当をしておらず、単に削除することとしている。<sup>(11)</sup>この点につき、立法担当者は、商行為に関する規定に関しては、個々の規定ごとにどのような性質を有する主体に適用されるべきであるかについての解釈が分かれ、その整理が必ずしも容易ではない状況にあることから、そのような立法上の手当をすることはせず、擬制商人への商行為規定の適用に関しても、改正前と同様、解釈に委ねることとしているようである。<sup>(12)</sup>

たしかに、改正前商法五二三条を削除しない場合には、前述のように、立法の不備であるとして、同条を基礎として準用あるいは類推適用することが解釈のうえでは可能かもしれない。しかし、(民事)会社については会社法五条で事業としてする行為は商行為となるが、店舗その他これに類似する設備によって物品を販売する者・鉱業を営む者については、準用または類推解釈の基礎となる条文(改正前商法五二三条)を欠いてしまったため、その本業である営業としてする行為について、商行為にならないという不都合を生じてしまうことになるわけである。

- (9) 関俊彦「商法総論総則」二二八頁（有斐閣・第二版・二〇〇六年）参照。
- (10) 相澤哲編著「二問一答 新・会社法」二五頁—二六頁（商事法務・二〇〇五年）参照。
- (11) 郡谷Ⅱ細川・前掲注(5)二五五頁。
- (12) 郡谷Ⅱ細川・前掲注(5)二五五頁注六。

## 五 会社以外の商人の営業としてする行為に商行為性を認める必要性

たしかに、現代の企業のほとんどは会社であり、会社でない企業はすくないといえる。鉱業などは規模のうえからも大規模資本の投入が予定されていることから会社にする必然性はあろう。基本的商行為をしない店舗その他これに類似する設備によって物品を販売する者も、社員（株主）の有限責任を享受する会社の設立にあたっては、かつては相当な資本金が要求されていたのに比べ、<sup>(13)</sup> 会社法のうへでは資本金が一円でも設立できることから、会社ではなく個人企業にとどまる必要性は、かつてよりは少ないかもしれない。

しかし、個人企業のほかにも、会社法を根拠としない法人もある。すなわち、主務官庁の許可によって成立する公益法人（社団法人・財団法人など）、公団・公庫・公社などの特殊法人、保険相互会社・消費生活協同組合などの中間法人、国や地方公共団体などの公法人、などである。これらも、収益事業を営む事例もあり、この限りにおいては、これらも商人性を帯びることから、<sup>(14)</sup> その営業としてする行為およびその営業のためにする行為は、（とりわけ基本的商行為に該当しない行為についても）、<sup>(15)</sup> 商行為とすべきである。

また、個人事業においても、鉱業については先述のことから格別意義は乏しいかもしれないが、投機購買・投機

売却（商法五〇一条第一号・第二号）に該当しない行為をなす店舗その他これに類似する設備によつて物品を販売することを業とする者については、擬制商人（商法四条第二項）として商人性を認める実益は大きく、その者の行為についても、営業のためにする行為のみならず営業としてする行為も、商行為性を認める意義は大きい。

(13) 平成一七年改正前の規定によると、株式会社については一〇〇〇万円（改正前商法二六八条ノ四）、有限会社については三〇〇万円（旧有限会社法九条）。

(14) 教科書的な説明では、地方公共団体が公営の鉄道・バス事業を営む例や、社会福祉法人が障害者のための授産施設運営の一環として私企業類似の態様で物品の販売を行う例などが考えられよう。もつとも、これらの例は、基本的商行為（商法五〇一条・五〇二条）に該当するため、これらを業として行う場合には固有の商人（商法四条第一項）となる。基本的商行為に該当しない例としては、公法人あるいは特殊法人による資金の貸付けの事業や、日本放送協会によるテレビ・ラジオ放送がこれに該当しよう。

(15) 関・前掲注(9)一二八頁―一三〇頁参照。

(16) たとえば、原始取得したものを転売する行為。農林水産業などが典型である。

## 六 むすびにかえて

したがって、会社法の対象外であるこれら民事会社以外の擬制商人のなす営業としてする行為についても商行為性を認める必要は高いといえよう。

この点につき、最新の概説書によれば、民事会社以外の擬制商人（商法四条第二項）の営業としてする行為は、



準商行為として、商行為法の規定が適用あるいは準用されると解すべきとしているものもある<sup>(17)</sup>。しかし、平成一七年商法改正・会社法創設において改正前商法五二三条が削除されたことにより、かかる規定を欠いてしまった以上、条文上存在しない「準商行為」という概念を基礎に、「準用」あるいは「類推適用」することには無理があると思われる。そこで、かつて、昭和一三年商法改正で商法四条第二項の擬制商人の規定が新設された際に、鈴木竹雄博士が、(平成一七年改正前)商法五二三条の規定について、少なくとも「第五二条第二項二定メタル会社ノ行為」とあるのを、「第四条第二項の商人の行為」と改むることを必要とすると主張されていたが、この主張は現在でも妥当するのではないだろうか。

また、鈴木博士は、昭和一三年商法改正で新設された商法四条第二項では、擬制商人を「商人」と看做している以上、営利のための行為だけではなく、営業自体の行為も商行為と為す趣旨を包含するものと認めざるを得ないと考えられるとも主張している<sup>(18)</sup>。しかし、商法四条第二項で、「商人ト看做ス」ことは、その者の行為を「商行為ト看做ス」ことにはならないのだから、形式商人(擬制商人)の営業自体の行為を商行為と同一に取り扱うためには、改正前商法五二三条(昭和一三年改正前商法二八五条ノ二)を存続させる必要があるのではないだろうか<sup>(20)</sup>。かなり古い文献を引用したが、これらの主張は、今こそ再検討に値すると思われる、現在の商法改正・会社法制定に対して課題を投げかけているといえよう。

つまり、(民事)会社以外の擬制商人の営業としてする行為については、改正前商法五二三条を削除せずそのまま存置し、三で紹介した改正前において学説において主張されていた「類推適用」あるいは「準用」といった解釈によつてその商行為性を認めるべきであった。もしくは、三で述べた「立法の不備」といった批判に答えるべく、改正前商法五二三条の対象範囲について、鈴木博士の主張するように、民事会社の行為だけでなく広くすべての第四

条第二項の擬制商人の行為に拡張すべきであつただらう。

(17) 末永敏和『商法総則・商行為法——基礎と展開』九六頁(中央経済社・第二版・二〇〇六年)、田邊光政『商法総則・商行為法』七四頁(新世社・第三版・二〇〇六年)、北村雅史『プライマリ―商法総則・商行為法』一一六頁(法律文化社・第二版・二〇〇六年) 参照。

(18) 鈴木竹雄「商人概念の再検討(一)」法学協会雑誌五七卷一一号二〇三二頁(一九三九年)。

(19) 鈴木・前掲注(18)二〇三二頁注五。

(20) 烏賀陽然良||大橋光雄||大森忠夫「商法改正要綱概評(一)」論叢(京都大学)三四卷一号一四三頁(一九三六年) 参照。

判例研究

末期医療における患者の死に直結する治療中止の  
許容要件について

——川崎協同病院控訴審判決——

東京高裁平成一九年二月二八日判決

判例タイムズ一三三七号一五三頁

加藤 耶

〔事実の概要〕

川崎協同病院の呼吸器内科部長として診療等に従事していた被告人は、平成一〇年一月二日から気管支喘息重症発作に伴う低酸素性脳損傷で意識が回復しないまま入院中の患者I（当時五八歳）について、家族からの要請に基づき（原審は家族の承諾はなかったと認定していた）、同月一六日午後六時ころ、その病室内で、Iが死亡することを認識しながら、気道確保のために鼻から気管内に挿入されて

いたチューブを抜き取り、死亡するのを待った。ところが、予期に反して、Iが苦しそうに見える呼吸を繰り返し、多量の鎮静剤を投与してもそれを鎮めることができなかったことから、同僚医師Nに助言を求めたところ、筋弛緩剤ミオプロックの使用を助言されたため、苦悶様呼吸を止めるには同剤を使うほかないと考え、同日午後七時ころ、Iが窒息死することを認識しながら、事情を知らない准看護婦に命じて、同剤三アンプルを静脈注射させて、同日午後七

時一分ころ、Iを呼吸筋弛緩に基づく窒息により死亡させた。

原審は、終末期の治療中止要件として「患者の自己決定権の尊重」および「医師の治療義務の限界」という二つの判断枠組みを踏襲しつつ、患者の死期の切迫性が認められない上、患者本人の治療中止意思がうかがわれるような事情も存在せず、治療も尽くされていまいとして殺人罪・懲役三年執行猶予五年の有罪判決を下した。

### 〔判旨〕

有罪（懲役一年六月、執行猶予三年）。

#### 1 本件抜管の法的評価について

尊厳死をめぐる議論の中で治療中止を適法とする根拠として、一般的に患者の自己決定権と医師の治療義務の限界が挙げられていることを指摘し、両者に検討を加えている。

患者の自己決定権アプローチについて「終末期において患者自身が治療方針を決定することは、憲法上保障された自己決定権といえるかという基本的な問題がある。……終末期においても患者の自己決定が配慮されなければならぬ」とはいえるが、患者がいったん治療中止を決定したならば、医師といえども直ちにその決定に拘束されるとまでい

えるのかという疑問がある。」「……尊厳死を許容する法律（以下「尊厳死法」という。）がない状況で、治療中止を適法と認める場合には、どうしても刑法二〇二条により自殺関与行為及び同意殺人行為が違法とされていることとの矛盾のない説明が必要となる。」「さらに、……急に意識を失った者については、元々自己決定ができないことになるから、家族による自己決定の代行か家族の意見等による患者の意思推定かのいずれかによることになる。（中略）……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。（中略）……自己決定権という権利行使により治療中止を適法とするのであれば、そのような事情の介入は、患者による自己決定ではなく家族による自己決定にほかならないことになってしまふから否定せざるを得ない……。後者については、……フイクションにならざるを得ない面がある。（中略）……自己決定権による解釈だけで、治療中止を適法とすることには限界があるといふべきである。」

治療義務の限界アプローチについて「……それが適用されるのは、かなり終末期の状態であり、医療の意味がない

ような限定的な場合であって、これを広く適用することに  
は解釈上無理がある。しかも、どの段階を無意味な治療と  
見るのか、問題がある。少しでも助かる可能性があれば、  
医師には治療を継続すべき義務があるのではないかという  
疑問も実は克服されていない。」(中略)「……、治療中止を  
原則として不作為と解することが前提となる点でも、必ず  
しも終末期医療を十全に捉えているとはいえない。本件で  
も、ミオブロックの投与行為は、明らかに作為といふべき  
で、これもまた治療行為を中止する不作為に含めて評価す  
るのは、作為か不作為かという刑法理論上の局面に限れば、  
無理があるといわざるを得ない。」

尊厳死に関する立法・ガイドライン策定の必要性につい  
て「こうしてみると、いずれのアプローチにも解釈上の限  
界があり、尊厳死の問題を抜本的に解決するには、尊厳死  
法の制定ないしこれに代わり得るガイドラインの策定が必  
要であろう。(中略)……しかも、尊厳死を適法とする場合  
でも単なる実体的な要件のみが必要なのではなく、必然的  
にその手続的な要件も欠かせない。(中略)……この問題  
は、国を挙げて議論・検討すべきものであって、司法が抜  
本的な解決を図るような問題ではないのである。」

本件事案における当罰性の検討について「……裁判所が当

該治療中止が殺人にあたりと認める以上は、その合理的な  
理由を示さなければならぬ。その場合でも、まず一般的  
な要件を定立して、具体的な事案をこれに当てはめて結論  
を示すのではなく、具体的な事案の解決に必要な範囲で要  
件を仮定して検討することも許されるというべきである。

つまり、……患者の自己決定権と治療義務の限界の双方の  
観点から、当該治療中止をいずれにおいても適法とするこ  
とができなければ、殺人罪の成立を認めざるを得ないこと  
になる。(中略)……適法とすべき事案に直面したときには  
じめて、裁判所としてはその要件の是非を検討すべきであ  
る。(中略)……尊厳死の要件を仮に定立したとしても、そ  
れは、結局は、本件において結論を導き出すための不可欠  
の要件ではない傍論にすぎないのであって、傍論として示  
すのはかえって不適切とさえいえよう。」このように述べた  
上で、自己決定権によるアプローチからは、Iの意思を推  
測する手掛かりとなる資料は全く不明であること、家族に  
よる患者意思の代行・代諾も認められないこと、そもそも  
死期が切迫していずその前提を欠くこと、家族の要請も明  
確な意思表示とまではいえないことから、適法性を否定し  
ている。治療義務の限界によるアプローチからも、一六日  
の時点でIが約一週間後に死ぬことが不可避であったとは

いえず、鑑定も一六日以降の治療が医学的におよそ意味がないとは述べていないので、治療義務が限界に達していたとは言えないとした。

## 2 ミオブロック投与の法的評価について

「被告人としては、患者の苦悶様呼吸がどのような手段でも止まらないことから、ミオブロックの投与に及んだものであってこれだけを取り上げて違法性が強いとみるべきではなく、本件抜管と併せて全体として治療中止行為の違法性を判断すべきものである。」

## 3 量刑の理由

「……全体として本件の推移を見れば、家族側のイニシアティブではなく、被告人のそれによって事態が進行していたといわざるを得ない。そして、尊厳死が絡む終末期医療においては、医師には患者の家族の心情を十分に酌む姿勢が何よりも求められるのであって、少しでも医師が独走すれば、家族はこれを引き留めるのが困難であり、見方によっては、医師の思うがままにもなりかねないのである。……。尊厳死法やこれに代わり得るガイドラインにおいて、家族の意思の確認が書面によるとしても、結局は同じことで

あって、それが形式的なものとなつてはならないのである。本件でも、被告人が家族からの要請があつたと理解しても、なおその意向を再確認し、さらに他の医師にも相談すべきであつて、独断で本件抜管を決断したことは、結果的には患者を軽視したと言われても致し方ないといふべきである。」

「他方、①患者本人が意思を表明できない場合は、家族が事実上患者を代行して治療方針についての意思を表明しているのが医療の現場の現実と思われるが、更に進んで生命に関わるような治療方針の選択も家族が代行する例も存在するであろうことは想像に難くない」こと、および②被告人が、本件患者の（家族に迷惑をかけたくない）という思いをくみ取つたとしても、それを勝手な思いこみとまで言えないこと、③抜管につきやむを得ない面もあるとの医師の意見があることは、被告人に有利に考慮することができる。また、被告人は、治療中止について医療に従事する者が従うべき法的規範も医療倫理も確立されていない状況の下で、家族からの抜管の要請に対して決断を迫られたのであって、その決断を事後的に非難するといふのは酷な面もある。」

〔解説〕

1 本判決の意義

本判決の原審は、傍論ながら初めて治療中止の許容要件について言及された東海大学安樂死事件に続き、終末期医療のあり方に言及するものとして注目を集めた。東海大学安樂死事件においては、被告人の実行行為は積極的殺害行為にあたる塩化カリウムの投与であり、抜管という治療中止行為についての議論はあくまで傍論に過ぎなかったのであるが、原審では「抜管」から「ミオブロック投与」までを一連の行為（殺人実行行為）として取り扱い、治療中止の要件を中心に据えて論じた。ここでは、「疑わしきは生命の利益に」という原則を強調しつつ、「患者の自己決定権」および「医師の治療義務の限界」を根拠として、患者の推定的意思の判断や、治療義務の限界は医師の死生観によつてではなく、あくまで医学的観点から決定されることが示されたのである。

しかしながら、本判決は、原審同様「抜管」と「ミオブロック投与」を併せ全体として「治療中止行為」ととらえた上で、前記二判決が提示してきた「患者の自己決定権」および「医師の治療義務の限界」という判断枠組みについては、これらには解釈上限界があり、この問題は立法ある

いはガイドラインの策定をもって解決されるべきとの判断を示した。二〇〇六年に相次いで報道された北海道立羽幌病院事件や富山県射水市民病院事件を契機に、終末期医療のあり方が世論においても大きな議論となつている中で、司法が解釈の限界を示し、手続面を含めた法整備の必要性を唱えたことは、一定の意義を有すると言えよう。

しかし本判決は、司法判断の行き過ぎへの警戒からか（尊厳死問題の抜本的解決を図ることが裁判の目的ではないので、それはもつともなことであるが）、新たに独自の要件や基本的な考えを提示するものではなく、議論の行方は先行き不透明な状況である。そこで、以下では、本判決の投げかける問題提起と、その帰結について整理しておきたいと思う。

2 自己決定権について

本判決では、「自己決定権」「治療義務の限界」を治療中止の「要件」ではなく解決の「アプローチ」とし、いずれについても解釈上の限界があることを詳細に示している。

まず自己決定権については、原審が「死ぬ権利を認めるものではなく、自分の生き方の最後の選択としての死の迎え方を自分で決めることができる」ということの反射的なも

の」としていたのに対し、そもそも終末期において患者自身により治療方針を決定することが、憲法上保障された権利といえるのか、という根本的な疑問を提示している。確かに最高裁も、輸血拒否の事案において、注意深く「自己決定権」という言葉を避け「宗教上の信念に基づく人格権」に基づく治療拒否権に射程を限っており、「宗教上の信念」以外の理由に基づく意思決定が生命と抵触する場合については、判断を明らかにしていない<sup>5)</sup>。

刑法二〇二条との整合性についても、原審の解釈を「形式論」として批判する。つまり、反射的であれそれが死に直結するものならば、そのような自己決定が権利として認められてよいのかという権利性の問題と、あらゆる人の生命が平等に保護されねばならないとすれば(二〇二条は本人の同意があっても生命侵害を違法とする)、それが終末期という局面においてなぜ特別扱いされうるのか、という実定法解釈の問題の指摘である。学説において生命維持装置取り外しを不作為犯として評価するいわゆる不作為説をとるものは、まさにこの点が問題であるからこそ、作為とすれば殺人罪の構成要件該当性を免れないと指摘するのであるが、本判決はこの点を、作為・不作為を論じる以前の権利性の問題として捉えているようにも思われる<sup>6)</sup>。

家族による患者意思の推定も、重要な問題である。原審はこれを認めなければかえって患者の自己決定尊重と背馳するおそれがあるとして是認するが、本判決はこれと逆の発想で、実質的に家族の自己決定となってしまうかねないことを懸念する。そして本人の過去の決定についても、現実の意思決定とは同視しえない点を指摘する。これは言わば、上記の問題点をクリアした上での同意認定手続上の問題である。確かに、家族による患者意思の推定を安易に認める方向性<sup>7)</sup>には学説においても批判が向けられているが、本判決によれば、自己決定権アプローチにより適法と云いうる場合は、まさにその抜管の瞬間に患者自身の明確で強固な意思が表明されている場合のみに限られることになる。このような限定が、終末期医療の現状からして現実的でないのは本判決も承知の上であり、それゆえ同アプローチを否定するのである。

ちなみに、日本学術会議の「臨床医学委員会終末期医療分科会」は二〇〇八年二月一四日、家族による患者の意思の推定を認める内容の報告書を公表した。現実問題として、家族や後見人の意思を全く考慮しないということは我が国の現状において困難なように思われ(また本判決も量刑においてそうした現状を認めている)、これをどのように取り



扱うかについては、何らかのコンセンサスが必要であろう。

### 3 治療義務の限界について

治療義務の限界についても、本判決は疑問を呈する。終末期の意義については、学説においても、その回復可能性の対象を、人格的主体性とみるか、脳機能とみるか、あるいは生物学的意味での生命とみるかで見解が分かれるし、前述の日本学術会議の報告書においても、終末期の多様性について、すなわち、救急医療等における急性型終末期の場合、がん等の亜急性型終末期の場合、高齢者や植物状態等の慢性型終末期の場合に分けて考える必要があることが指摘されている。原審も「医学的に見て有害・無意味」ということがどういふ段階の何を対象としてそうなのかを明らかにしていない<sup>16</sup>。本判決でも、より厳密に限定的に解すべきと考えるのか、あるいは一定の幅の中では適法とすべきと考えるのか、定かではない。しかし仮に前者と捉えれば、これまで適法とされてきた延命治療の「差控え」の場合についても、患者の自己決定がフィクションでありその不作為の不可罰性は治療義務の限界から導かれていると考えるなら、問題が生じることになる<sup>17</sup>。しかし、そのようなきわめて限定された状況を想定するのは、これもまた問

題となる現状にそぐわないというべきである<sup>18</sup>。

さらに、治療中止行為を原則として不作為と解することを前提とすることも、終末期医療の把握として不十分と指摘する。本判決が抜管それ自体を作為か不作為か<sup>19</sup>と評価するかという点については明らかでないが、本判決の論理によれば、終末期医療においては、たとえ抜管により予想に反して生じた苦悶様呼吸を押さえるといった場合に、作為即ち積極的殺害行為を伴う治療中止形態を考慮する余地もありうるということになるのであろうか<sup>20</sup>。それを認めれば、安楽死につき、肉体的苦痛や患者の明示の意思表示を要求していた東海大学安楽死事件判決の射程を超えるものともなりうる。しかし、むしろ本判決の意図は、積極的殺害行為にせよ治療中止にせよ、そこに生が存在する場合に、なぜ医師の治療義務が解除されるのかを根本的に問うことにあるように思われる。

### 4 立法・ガイドライン策定の必要性

本判決は、尊厳死の抜本的解決には立法もしくはガイドラインの策定が必要であるとす。確かに本判決が指摘する問題点の多くについて、国民の意識と医療現場の実態から離れて司法がその指針を打ち出すことは適切でなく、そ

の能力を超えるものであるし、抜本的解決がそもそも本判決の目的でもない。そのこと自体は妥当である。そして、ここで指摘された問題は、単に手続面や線引きについて立法やガイドラインを作ればすむという問題でもない。いずれも、終末期の生の取り扱い、自己決定権など、根源的な問題を含むものであり、立法論の過程で十分な議論が必要とされよう。

そうはいっても、しかしながら、本判決の目的である当該治療中止が殺害にあたるかどうかの判断にあたって、限界があつて解釈上無理があるとする「自己決定権」と「治療義務の限界」という二つの要件を「仮定」して適法性を検討するとしている点は、いささか無理のある手法ではないだろうか。上述のような司法の限界ゆえ新たな要件や解釈を提示しないこととするにしても、だからといって解釈上無理があるとするアプローチによって仮定してみても、あまり説得力はないように思われる。<sup>20)</sup>

とはいえ、本判決が実務への影響を考えたとすれば、問題点のみを指摘して、本件事案の解決のためにも具体的な要件・対案を提示しなかったのは頷けないことではない。終末期における行動規範の必要性が主張される一方で、基準の明確化は多様な患者に対し画一的な適用を生み出し、か

えって終末期医療が硬直化するという懸念も生じている。<sup>21)</sup> 基準となる要件等の提示はそのような懸念もふまえれば、さらに慎重な検討を要するものであろう。

## 5 結語

量刑につき、原審より減輕された理由として本判決は、家族の要請があつたと認定したことだけではなく、治療中止に際して医療従事者が従うべき法的規範や倫理規範が確立されていない点を指摘している。この点につき、尊厳死を要請した家族の心情に対する配慮とも併せ、終末期医療に対する医師の萎縮を懸念する判断が背景にあるのではという指摘もある。<sup>22)</sup> 確かに現場で困難に直面するのは医師であり、混乱が生じているのも事実である。<sup>23)</sup>

またしかし、家族の意思・心情をくみ取るにあたって医師に慎重な配慮が要求されるべき点と、医師の独断を回避すべき点が強調されていることは重要である。前述の通り、家族の意思をどの程度考慮すべきかという問題は課題として残されているが、その家族の意思は医師の説明により、容易に誘導されるということが前提としてありうる。この点について、前述の臨床医学委員会終末期医療分科会の報告は、多職種医療チームによる判断によること、家族意思

の繰り返し確認と記録の保持が必須であるとし、さらに、医師が患者の病態につき家族に対してどのような説明を行ったかも含めて議論し、倫理審査委員会等第三者の判断も仰ぐこと等、客観性の確保も要求している。

今後、終末期医療のルール化を考えていくにあたり、困難な（しかし克服しなければならない）問題は多いが、医師と患者・家族との意思疎通が十分にはかられる体制の構築、および終末期医療全般の体制の整備が前提としてなされなければならないように思われる。

(1) 横浜地判平成一七年三月二五日 判例タイムズ一一八

五号一四頁。

(2) 横浜地判平成七年三月二八日 判例時報一五三〇号二八頁。

(3) 評釈として、甲斐克則「終末期医療・尊厳死と医師の刑事責任——川崎協同病院事件第一審判決によせて——」ジュリスト二九三号(二〇〇五)一〇三頁、小林憲太郎「治療中止の許容性の限界——川崎協同病院事件——」刑事法ジャーナル二号(二〇〇六)八四頁、辰井聡子「重篤な患者への治療中止」ジュリスト一三三三号(平成一七年度重判)(二〇〇六)一六五頁、土本武司「治療行為の中止と合法要件」判例時報一九二八号一八八頁、

古川原明子「末期医療における治療中止の許容性——川崎協同病院事件第一審判決——」明治学院大学法科大学院ローレビュー六号(二〇〇七)一三三頁、拙稿「末期医療における患者の死に直結しうる治療中止の許容要件——川崎協同病院事件(第一審判決)」年報医事法学二二卷(二〇〇六)一四二頁がある。

(4) この経緯については、樋口範雄「医療と法を考える・第一七回終末期医療とプロセス・ガイドライン」法学教室三三三三号(二〇〇七)一四六頁以下を参照。

(5) しかし、辰井・前掲注(3)一六七頁の「一定限度の許容を当然の前提とする「ガイドライン」には、つねに事実上の拡大傾向を促進する危険性が孕まれていることには、注意が必要と思われる」との指摘は重要である。医師・患者が互いに信頼しつつ充実した終末期の生を過ごすことを目指すことも肝要であり、生命の軽視を促進することにはならない。

(6) 本判決においては、両者が治療中止要件としてなりたちうるものかどうかをそもそも懐疑的に論じているのであり、だからこそ「アブローチ」という言葉が用いられているものと思われ、両者の関係についてはここでは明らかでない。

(7) 最高裁平成二二年二月二九日決定 判例時報一七一〇号九七頁。

- (8) 潮見佳男「輸血拒否——東大医科研病院事件——」『医事判例百選』別冊ジュリスト一八三号(二〇〇六)九七頁。また、刑法の観点からは、最近のものでは甲斐克則「輸血拒否と医師の刑事責任」『医事刑法への旅Ⅰ』イウス出版(二〇〇六)五三頁以下、小林公夫「エホバの証人輸血拒否訴訟」『治療行為の正当化原理』日本評論社(二〇〇七)三〇九頁以下がある。
- (9) 井田良「生命維持治療の限界と刑法」『法曹時報』五一巻二号(一九九九)一四頁。
- (10) 辰井・前掲注(3)も同旨と思われる。
- (11) 佐伯仁志「末期医療と患者の意思・家族の意思」樋口範雄編著『ケース・スタディ生命倫理と法』有斐閣(二〇〇四)八八頁。
- (12) たとえば井田良「終末期医療と刑法」ジュリスト一三三九号(二〇〇七)四五頁、町野朔「患者の自己決定権と医師の治療義務——川崎協同病院事件控訴審判決を契機として——」『刑事法ジャーナル』八号五(二〇〇七)五二頁等。
- (13) <http://www.sci.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-20-151-2.pdf>
- (14) また、更には言えば、基本看護にあたるような栄養・水分補給や褥創のケア等についても、どのように取り扱うのか(こ)では明らかではない。しかし、これら基本看護
- は死期の人為的引き延ばしではなく、生命の質の確保に  
とって必要なものであり、「医学的に見て有害・無意味」  
とされるのはきわめて限界的な場合のみと考えるべきで  
ある。井田・前掲注(9)一九頁。
- (15) 井田・前掲注(12)四四頁以下。
- (16) 樋口・前掲注(4)一四七頁以下。
- (17) 学説を整理し検討を加えたものとして武藤眞朗「生命維持装置の取り外し——わが国の学説の分析——」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第一巻』成文堂(一九九八)三六一頁がある。
- (18) 「座談会」『尊厳死』論議の光と影」ジュリスト一〇六一号(一九九五)三三頁、紙屋克子発言は「……医学的にはもう何の手も打てないと、医師から十分説明を受けているにもかかわらず、患者さんが苦しそうな様子を見せると、「苦しいのではないか、何とかしてほしい」と家族は訴えてきます。しかし、それは死の普通のプロセスです。だからただじっと見てあげるしかないのですが、そうしたプロセスを冷静に受け入れる力というのが低下してきていると思います。……」と指摘する。この背景には、根深い医療不信と、揺れ動く家族の心情をサポートする体制の欠如、そしてそうした状況を取り扱う医師・医療従事者のよりどころとなる判断枠組みや体制が構築されていないといった問題があるように思われ、こうし

た問題にも留意が必要であろう。

(19) 規定のあり方に言及するものとして、甲斐克則「尊厳死問題と法的・倫理的ルール化」生命医療・法と倫理二号(二〇〇七)一頁。

(20) 町野・前掲注(12)五〇頁。

(21) 樋口・前掲注(4)一四八頁以下、井田・前掲注(12)四〇頁。

(22) 判例タイムズ一二三七号一五四頁解説コメント。

(23) 家族の希望により医師が脳死状態の患者から呼吸器を取り外した和歌山県立医大病院事件においては、警察が刑事処分を求めないとの意見書を付して書類送検した。

他方で富山の射水市民病院事件においては未だ書類送検もなされておらず、両県警の捜査方針の違いは医療現場の混乱を反映したものと指摘がなされている。読売新聞二〇〇七年五月二二日。

※脱稿後、辰井聡子「治療中止と殺人罪の成否——川崎協同病院事件」法学教室三三〇号別冊付録判例セレクト二〇〇七、二七頁に接した。