



Title	食べることと法
Author(s)	稻葉, 一人
Citation	臨床哲学. 2002, 4, p. 46-61
Version Type	VoR
URL	<a href="https://hdl.handle.net/11094/11514">https://hdl.handle.net/11094/11514</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

# 食べることと法

稻葉一人

## 設例の設定

後に説明するように、文脈を捨象した問題の設例自体に、問題があることを認めながら、まず、検討すべき状況を共有しておく。

医療機関で治療を受けている終末期の高齢者が、自らは意思表示ができない状態に陥り、このまま経口での「食べる」ことにこだわると、誤嚥、それに引き続く誤嚥性肺炎の危険があり、経管栄養あるいは、胃ろうを増設して栄養を確保するという、医療・看護者側の思いと、家族らの「無理な延命は望みません。継続的な経管栄養は不需要です」という思いが相反した状態を想定する。

## 法的思考の特色と法解釈における裁判官の思考の特色

設例を検討するに先立ち、法的思考の特色等を検討しておく。一般人の、法律家への印象は、①既存の規則や先例に固執して、保守的な態度をとりがち、②融通がきかず、臨機応変な処置ができない、③権利義務や責任の有無という形で議論し、かえって問題の解決を困難にするという、否定的なものが多い。このような批判は今に始まったのではないが、なぜこのような通俗的な批判を受けるのか、法律家はなぜ批判に対して自己の態度を変えようとしている（変えられない）のか。これは、法的思考の特色に由来する。法的思考独特の専門技術的な議論様式・技法（例えば、後述の要件事実論）は、多くは、古代ギリシャ以来、レトリック（弁論術・修辞学）の伝統のなか、法廷弁論と結びついて作り上げられ、それが、近代の司法的裁判制度に取り込まれていったのである。つまり、法的思考を検討するとは、司法的裁判の制度的枠組みを分析することである。

- (1) 法的思考の核心は、司法的裁判における法適用が、事実認定と法解釈を中心に行われ、既存の一般的な法的規準に準拠し、それを具体的な事実に適用する方式により、一定の法的決定を導き、正当化する。法的思考では、既存の（実定）法自体の正当性は憲法との抵触が疑われる場合以外、よほどのことがない限り問われることはなく、権限の源泉ないし権威的前提とされる。ここでは、実定法・先例が、特殊な意味を有し、思考は演繹的となる。
- (2) 法的思考には、事実の正確な認定が不可欠であり、法的思考は、過去の具体的な事実の認定に拘束される。事実認定では、過去の、生の歴史的事実の細部までを再現するのではなく（そ

そもそも不可能である)、法的権利義務関係や有罪無罪の確定に関連ある重要な事実と、そうでない事実を区別する。つまり、具体的紛争には、当初含まれていた、政治的・経済的・心理的・道徳的等の事情は考慮の外に置かれることとなる。ここでは、個々の narrative (物語) や文脈は特殊な観点から取捨選択、加工され、結局は、無視される。したがって、冒頭の問い合わせの立て方自体、法的思考に組み込まれているといえる。

- (3) 法的思考は、既存の（実定）法的規準に準拠し、過去の事実に拘束され、本来的に、過去志向的である。過去に生じた具体的紛争を事後的個別的に解決することを役割とする。ここでは、それ以外（将来の利害の調整、第三者への影響等）は、二次的な関心事となる。
- (4) 法的思考は、事実認定においても、法的権利義務関係や、有罪・無罪の確定でも、全か無か（all or nothing）という二分法的思考がとられる（刑事の疑わしきは被告人の利益の原則、民事の証明責任の原則=Non-Liquetの原則：真偽不明の場合の不利益）。ここでは、調整的・妥協的・互譲的な、様々な ad-hoc な解決は排除される。

以上の特質をもつ法的思考過程は、形式論理的には、大前提たる一般的な法的規準に小前提たる具体的事実を包摂して判決を結論として導き出すという、法的三段論法として現れる。法的要件に事実を当てはめ、要件事実の存在が認定される限り、その事実に一定の効果を与えるという、要件=効果図式（いわゆる要件事実論）である。そして、法的思考では、事実を（既存のルールに従い）正確に認定し、法的規準と関連付けた適切な理由づけがされている限り、その決定の結果・効果については責任を負うことではなく、批判は、法的規準自体に向けられる。

このようにして、法的解決の及ぼす意味、例えば、当事者の受け入れ可能性や解決への満足度等は、当然にはその射程に入ってこないこととなる。<sup>1</sup>

もっとも、以上を、有権的解釈権を有する裁判官が全面的に取り入れているのではない。裁判官は、法に従いながら、法を発見し、具体的紛争を、できるだけ実態に沿った形で、解決しようと工夫するためである。

すなわち、現実の取引社会や家族関係では、法・ルールが予定しなかった事態がしばしば生じる（極端に言えば、法・ルールを文字通り当てはめて解決できる紛争などない）。ここでは、ルールの意味、要件、射程等事態に意見の対立が生じ、ルールの適用の仕方を考える学問としての、法解釈学が登場する。法の解釈とはなにかというテーマは、法律学の永遠のアポリアであるが、当該法の領域により、その厳格さ、反面自由度には違いがあるが、概ね、裁判官の法解釈のスタンスには、次の二つのイメージがある。一つは、「裁判官は法を解釈すべきではなく、文字通り機械的に法を適用すべきである」というもの、他方は、「裁判官は現実の紛争を前にして、直観的に妥当な解決を探るものであり、法律の条文による理由付けは、後から付けた理屈に過ぎない、そして、どのような解決にせよ、法律を柔軟に解釈すれば理屈は付くものだ」というものである。<sup>2</sup> 筆者の裁判官としての経験からすれば、実感としては、両者が交錯しながら、裁判官は心証形成と判断を行っているといえる。ただ、法的解釈は全くの ad-hoc のものではなく、キャリ

ア裁判官によってなされる以上、①既に蓄積され確立した法原理との整合性の確認は、3審制の下では、裁判官の職務義務であり、②仮に、解釈論を示しても、公權的解釈である以上、類似の事例においても妥当性を主張し得るものとなるようにとの配慮も不可欠である、③なによりも常識に合致（正義や衡平が背後にある）する必要がある。

しかし翻って考えれば、これらをどの程度厳格に遵守するかは、裁判官の個性や事案の性質（法の創造性を求められる、現代型訴訟か、当事者間に不平等がある訴訟かどうか）により幅がある。

## 設例の検討

そこで、以上の法的思考を踏まえ、設例を、法の類型を踏まえた個別法との関連で検討を加える。<sup>3</sup>

### Ⅰ 食べることと、普遍型法としての民事法

民事法において、設例を検討すると、まず、本人の能力がいかなる程度にすれば、別の制度（代理・代諾）が働くのか、減弱した場合に、本人に代わって判断する主体は誰であるのか等が問題となる。

設例では、「意思表示ができない」とするが、民法（平成11年改正後）と、任意後見契約に関する法律の、能力に関する規定は、以下のとおりである。

民法（第1、2、3編、）は、主として取引行為を規律し、近代法が採用した自由・平等を承継し、①所有権絶対の原則、②契約自由の原則、③過失責任の原則を原則とする。本稿では、②③が関連し、②では、古典的な契約自由の原則では、「人は皆等しく合理的な判断力を有している」という前提から、民法（第1編・総則）は、私権の享有、能力等についての総則規定と、代理の規定を有する。

他方、民法（第4、5編）は、親族と相続という、身分行為の規律を行い、身分行為の一身専属性等から、より本人の意思や能力が重視される。

#### 1 本人（自然人）の能力について（以下、括弧内の条文は民法を指す）。

##### （1）意思能力

民法は、有効な法律行為（契約）をするには、その行為につき、通常人並みの理解及び選択能力を必要とすることを前提としている（明文の規定はない）。したがって、意思能力を欠く人の意思表示は無効である。<sup>4</sup>

意思能力は、6-7歳程度で備わるとされるが、取引内容により、意思能力があるかは、相対的に判断される。

##### （2）行為能力

意思能力が個々人の個々の行為ごとに評価されると、判定が不確実で取引の安定が害さ

れる。そこで、民法は、一定の類型を定め、本人の保護を図りながら、相手方の不利益を軽減する措置を講じている。

この制度は、近時成年後見法（民法の一部を改正する法律）が成立し、従前の民法が改正されて、以下の制度として存在する。

精神障害の程度	旧民法	新民法
軽度「精神上の障害に因り事理を弁職する能力が不十分なる者」	なし	補助（14～17条）
中度「精神上の障害に因り事理を弁職する能力が著しく不十分なる者」	準禁治産	保左（11～13条）
重度「精神上の障害に因り事理を弁職する能力を欠く常況に在る者」	禁治産	後見（7～10条）

ただし、未成年者について変更はない（36条）。

### （3）身分法上の能力

身分行為（婚姻、養子）をする場合にも一定の行為能力が要求されるが、財産的法律行為におけるほど高度のものである必要がなく、とりわけ形式的身分行為の能力は意思能力と一致する（738条・成年被後見人の婚姻、764条・離婚、799条・養子、812条・離縁）。

### （4）遺言能力

遺言をするには行為能力は必要ではないが、意思能力があればよい（961条・15歳以上の未成年者、973条・事理を弁識する能力を回復している成年被後見人）。

### （5）不法行為能力・責任能力

「事理を弁識するに足るべき能力」を備えないときは、不法行為による賠償責任は否定される（712条）。この根拠は、過失責任から論理的に演繹されるという考え方と、本人保護のために政策的に要請されているとする考え方がある。

大審院は、道徳的善悪を判断できる知能以上のもので、「加害行為の法律上の責任を弁識するに足るべき能力」とする。<sup>5</sup> 具体的な年齢としては、11、12歳のところに基準を置いている。

### （6）過失相殺（722条）能力

従前は、過失相殺にも責任能力が必要としていたが、最高裁は従前の判例を変更し、「事理を弁識するに足りる知能が備わっておれば足り、行為の責任を弁識する知能が備わっていることを要しない」とした。<sup>6</sup>

以上見たように、民法等や成年後見法、及びその解釈論では、具体的にどの程度の能力が必要かは、当該必要とする行為の性質によって変わることが見てとれる。しかも、個々の基準の当てはめは明確ではなく、判例の集積に委ねられている。では、「食べる」という行為は、どのような行為と位置付けられるのか。食べるという行為が、レストランで注文をするという場面（法的には、売買契約となる）では、取引行為の規律をそのまま当てはめればこと足りるであろう。しかし、設例のような場面では、食べるという行為は、その人の尊厳ないし、生命・健康にかかわる重大なことである。取引行為でもなく、身分行為でもない。強いて言えば、より身分行為に近いものとなろうか。

ここで参考になるのは、**competence**（対応能力）の考え方である。臨床上の**competence**と、法的**competence**は、必ずしも一致しない。設例における意思表示ができない場合は、現実の臨床の場面では、所与ではないし、また、単に、一時点での意思が表示できないというものではなく、それまでの闘病等の過程を踏まえた（したがって文脈的な）、特殊患者的なものである。<sup>7</sup>臨床的指標としては、「決断ができる、そのことを他者に伝えることができる」「医学的状況と予後、医師が薦める治療の本質、内容、他の選択肢、それぞれの選択肢の危険と利益についての情報が理解できる」「決断が安定しており、一時的ではない、患者の決断が患者の価値観や医療や人生における目的と矛盾しない」「決断が妄想や幻覚に基づいたものではない」などがあげられる。<sup>8</sup>

また、**competence**を判断する、時期と判断者についても注意を要する。法的な**competence**の判断は、紛争等が生じた後に、事後的に、問題となった時点における「能力」を、限られた証拠のもとで、振り返って、合理的な裁判官が判断するものである。しかし、臨床上の**competence**は、しばしば緊急的な事態の、後戻りできない中、患者・家族が医療者のサポートのもと、将来に向けて全人格的に判断するものである。ここにも、法的判断と臨床判断（患者らから見れば決断）に齟齬が生ずる。

## 2 本人の能力を補う制度

次に、本人の能力が減弱した場合における、能力を補充する制度を総覧する。

### (1) 法律行為の代理

民法は、（減弱に関わらず）意思表示についての代理の制度（任意代理）を設けている（99条以下）。代理の本人と代理人との関係は、内容が法律行為か事実行為で、委任（643条）と準委任（656条）とに分けられる。この場合、受任者は、善管注意義務（644条）を負う。

### (2) 身分行為の代理

民法は、本人の意思の尊重という見地から、身分行為は原則として代理を許さない。例外（797条・15歳未満の養子代諾養子）は限定的である。

## 3 任意後見契約に関する法律

民法上、任意代理は、本人の意思能力喪失後も、代理権は存続すると解釈されている（民法111条。通説）。民法111条が、能力喪失を代理権消滅の原因として掲げていないという反対解釈を理由としていた。しかし、本人が代理人を監督できない状態になったのであるから、本人保護の見地から代理権を存続させるには問題があると指摘されてきた。そこで、本人の判断能力低下後の任意代理人に対する監督の枠組みを決めたのが、「任意後見契約に関する法律」である。<sup>9</sup>

ところで、任意後見契約で委任できる事務の範囲は、代理権付与の対象となる法律行為に限られるが、その中には、財産管理に関する法律行為（預貯金管理、不動産管

理、遺産分割等)、身上監護(生活ないし療養看護)に関する法律行為(介護契約、施設入所契約、医療契約の締結等)のほか、要介護認定の申請等の、公法上の行為も含まれる<sup>10</sup>。これによれば、法律行為ではない、医療行為の決定(本稿でいう、能力減弱ないし喪失時の、食べることの決定の代理ないし代諾)は、任意後見制度ができた現在でも、同法で扱うことはできない。<sup>11</sup>

#### 4 親族間の権利義務

親族(民法上は、6親等内の血族、配偶者、3親等内の姻族、725条)であることにより生ずる効果は多岐にわたるが、ここでは扶養義務・親権を検討する。扶養義務は、原則として、直系血族及び兄弟姉妹が負い、特別の事情がある場合は、3親等内の親族が負担する(877条)。親権は、親が未成年の子を哺育・監護・教育することが、親子関係の中核で、親の子に対する養育監護の関係が親権関係である(820条)。親権者の代理権限は、原則として財産上の行為に限って認められる(824条)が、身分上の行為については例外的にだけ認められる。

ところで、身分関係から導き出される権利義務関係は、本稿の「食べる」の決定にどのように関わるのか。(身上)監護権の内容として、子に医療を受けさせることを含むとして、子の判断に親権者の代諾(権)を導くのが通例であるが、子の自己決定とどのような関係にあるのか、また、これが、子の生命・身体への侵襲を決めるという場合に、どの程度正当化根拠として用いることができるのか等については、詰めた議論はなされていないのが現状である。<sup>12</sup>

なお、親の判断に、妻や子供がどのように関わるかについての基準はない。

#### 5 侵襲を伴う医療行為についての成人たる本人と、両親の意思の齟齬

意思能力ある成人たる本人と親族との関係で、侵襲を伴う医療行為の選択に意見の齟齬があった場合について検討する。ここでは、宗教上の輸血拒否者の両親からの輸血委任仮処分申請事件を取り上げる。<sup>13</sup>

この決定は、親族である両親に、「父母として、Yとの間に平穏な親族関係を享受し、親族関係における幸福を追求し保持する権利ないしは利益、債務者に対する将来の扶養義務の履行を期待する期待権等を包摂した「親族権」とでも称すべき人格的権利ないし利益を有している」とした。仮に、設例の親族関係が、患者が子で、家族が両親であるような場合は、同決定から、親族権として、医療者には、両親の意向を聞くことが求められるであろう。

#### 6 未成年者の承諾能力と、親族の代諾権

医療者は、侵襲を伴う医療行為をなすにあたって、原則として患者の承諾を得なければならない。この承諾は、患者自身の自己決定であり、医療行為の違法性を阻却する。し

かし、このような原則は、幼児や精神病患者、意識不明の患者のように、患者が承諾できない状態にある場合には、問題が生じる。

未成年者であっても、承諾（判断）能力があれば、未成年者自身が承諾を与えることができることに異論はないが、承諾能力の内容や、その具体的な年齢については、統一した基準はない。根拠を明示せず15歳ないし18歳とする見解、<sup>14</sup> 原付自転車の免許取得、女子の婚姻年齢、義務教育の最終年限から、15-16歳という見解<sup>15</sup>もある。

他方、承諾能力を欠いている場合には、親権者や法定代理人の承諾の代行、代諾が必要とされる。代諾の根拠については親権の内容である<sup>16</sup>と一般的に考えられている。そして、親権を行う者は、「自己のためにすると同一の注意を以って、その管理権を行わなければならない」（827条）とされる。

しかし、①承諾能力のない（あるいはある）という判断はどのような基準で行うのか、②両親の一方のみの承諾でいいのか、③親権者（特に両親）間で意見が不一致する場合はどうするのか、④親権者がいなく、後見人が選定されていない場合、事実上の監護者が代諾できるか等が問題と依然残っている。

しかし、承諾能力の有無で、あるなら本人が、ないなら代諾ということはあまりにも硬直した考えではないかと考える。特に、代諾の場合は、未成年者の自己決定権が全く否定されてしまうし、生命や重大な身体への侵襲の際には、本人の意思に重きを置くべきではないかと考えるが、その間の調整については検討を要する。

このような問題が顕在化したのが、川崎「エホバの証人」の両親による10歳の子への輸血拒否事件であった。<sup>17,18</sup>

10歳の少年の場合、先の規準でいけば、承諾能力がないと考えられ、このような場合、患者本人に代わり、親権者・後見人等の法定代理人が代諾権者として、承諾を与えることになる。しかし、必要と思われる承諾を与えない場合はどうなるのであろうか。<sup>19</sup>

わが国では、このような場合は、治療にあたる医療者が判断して、解決することを余儀なくされる。本来、子供の法定代理人は、子供の監護について法的義務を負っているのであるから、子供の最善の利益に適う範囲で、代諾しなければならない。もし、代諾が、そのような最善の利益に適わない場合は、親権・監護権の乱用にあたる。この場合は、医療者は、このような法定代理人の意思に拘束されず、子供にとって最善の利益というべき措置をとることになる。

更に、先に指摘したように、臨床的指標と法的基準とが常に一致するとは限らないし、時間的な緊急性等から第三者判断者が想定できない場面では、医療者が（与えられた時間内で）暫定的にでも決めざるを得ないし、判断能力判定の閾値が、患者の判断内容で変化する（一致すると閾値は下がり、不一致すると閾値が上がり、患者の判断能力に疑問を持つ）というバイアスが考えられる。

## 7 侵襲を伴う医療行為についての高齢者の承諾能力と家族等の代諾

高齢者の承諾能力の基準については、あまり議論がされていない。しばしば、痴呆等

の症状の出ている高齢者の意思が無視され、家族や医療従事者の固有の利益が暗黙に含まれた判断がされるという実際については留意する必要がある。

Advanced Directive (事前指示) がある場合は、その意思が、自死のカテゴリーにつながらない限りは、治療現場で尊重されるであろう。しかし、法的には、事前の意思が有効な効果を有する制度は、財産の処分に対する遺言しかない。しかも、遺言は、死亡を条件として効果を発効するもので、Advanced Directive は死亡に至る前の効果を求めるもので、しかも、特定の相手との契約関係を前提としない意思の表明であり、厳密に言えば、医療者や親族は、法的には拘束される根拠がないともいえる。<sup>20</sup>

他方、そのような生前の意思表明がない場合はどうか。法的には、成年後見人がいたとしても、財産の管理権が与えられているにすぎず（859条）、任意後見人は、身上監護に関する法律行為ができる（任意後見契約に関する法律6条）が、これも侵襲行為の代諾まではできることになる。

そうすると、家族が高齢者である本人の意思を代行・代諾する権限を直ちに導き出すことは難しい。仮に、前記大分工ホバの証人事件での決定のように、一定の範囲の親族に「親族権」類似の権利を認めたとしても、生存に対して positive な権能は認められても、negative な権能は、濫用として無効とされると考えられる。<sup>21</sup>従って、冒頭の、家族らの「無理な延命は望みません。継続的な経管栄養は不需要です」という意思は、無効とされる余地もある。

以上見たように、臨床上医療者が、ルーチンで聞いている親族等の意向は、法的にどのような位置付けになるのかについては、必ずしも明確ではないといわざるを得ない。<sup>22</sup>

## 8 食べることについての本人の承諾能力と家族等の代諾

「食べる」も無理やり食べさせれば、違法性を帯びる。しかし、医療の現場では、（患者が）食べるが、経管栄養（経鼻経管栄養法と胃・腸（空腸）ろう栄養法がある）による、栄養補給へと姿を変え、ときに（医療者が）「食べさせる」になりがちである。経鼻経管栄養では、鼻・咽喉部への不快・異質感という負担を伴い、胃・腸ろう妻造設は重大な身体への侵襲を伴う。<sup>23</sup>

医学的には、経口摂取では十分な栄養が採れず、誤嚥性肺炎等を考慮し、「食べさせる」手段としての経管栄養が医療行為として行われるが、一定の侵襲がある以上、どのような場合に許される（違法性が阻却される）かは、法的には、本人及び家族の意思（承諾）との兼ね合いで決められる。

そこでは、慎重に安楽死につながる事態を避けながら、本人らの意思を確認する作業が先行する。本人に承諾能力があるのか、承諾能力がない場合、先行する意思表明がなされていたのか、親族の意思はどうかに配慮がなされる。しかし、実際は、先に検討したように、本人の承諾・応答能力（competence）は一義的ではなく、また、本人・親族の意思自体が揺れ動き、医療者や親族との関わりの中で変化することも当然ある。先行

する意思表示が仮にあっても必ずしも明確ではない。親族といつても、法的な親等だけでは測れない近さ遠さがある。また、患者本人の症状自体援助者との関わりや時間の経過で変り、医療的適応も一義的ではない、また、中心静脈管理ができるかどうかという医療のサプライ体制によっても大きく影響を受ける。

そのような流動的・交互関係的な、本人、親族、医療者の中で、食べるという行為の態様、目的やその **implication** が決められるのである。しかし、多様で、流動的・交互関係的な場面には、これまで見た、民法的な法的思考で分析し、判断することは難しい。

特に、食べることへのこだわり（意欲）は、生きる（生死ではない）ことへの意欲を象徴（象徴性の最たるものは、聖書における最後の晩餐である）するもので、それが末期であればあるほど、その意欲は尊重される必要がある。それは、法的な意思表示よりももっと素朴で、人の存在に根ざしている。また、意思を「表示」できなくとも、その意向が伝わることさえある。食べることは、栄養補給という、医療的な側面に止まるのではなく、むしろ、食という行為は、人が他人と時間と場所とを共有するための手段でもあり、食べること自体固有に意味ある行為である。このように、ある人にとって、食べるという行為の意味は多様であり、これを法的観点から迫ることには、大きな限界がある。

## II 食べることと、普遍型法としての刑法

### 1 違法性阻却の原理

刑法は食べることに関して白紙（つまり、食べることは、通常侵襲行為とはなり難い）であるが、食べさせないこと、あるいは、無理に食べさせることが、人への侵襲行為となり害を与えるときは、刑法が関連してくる。

そこで、まず、侵襲行為と違法性阻却との関係を検討しておく。

刑法は、正当業務行為は、違法性を阻却するとする（刑法35条）。その代表例が、医師による医療・治療行為である。正当化の要件は、①治療目的、②医学上の法則（*lege artis*）に従うこと、③患者の同意が必要とされる。<sup>24</sup>

治療行為の正当化要件としては、③患者の承諾が最も重要であり、これから行われようとする医的侵襲内容を完全に認識した上で、真摯な同意（完全なIC）が存すれば、被害者の法益の完全な放棄が認められ、傷害罪は成立しない。ただ、生命を否定するような同意は、刑法上は許されていない（同意殺等）。それ故、生命に関わる場合には、患者の同意のみでは正当化できず、優越的利益を加味した正当化の道を探る必要がある（安楽死や尊厳死での議論）。患者の意思に反する専断的治療行為が正当化されるには、緊急避難等の厳格な要件が必要である（エホバの証人への輸血等がこれに当る）。

## 2 刑事法の解釈

刑事法は、「被害者を含めた国民全体の利益のために、刑罰を科すべきか」という全体と個人の利益の調整を主眼とする点で、個人と個人の利益の調整を計ることを目的とする民事法と対照的な性格を有し、司法法である刑事法は法的安定性が強く要求される。<sup>25</sup> 例えば、「法律無くば刑罰なし、法律無くば犯罪なし」という、罪刑法定主義（憲法31条）がこの表れである。しかし、法のカタログは常に現実の社会での行為を網羅できなかったため法文上の文言解釈という問題が出てくる。

これを、殺人・傷害に限って検討すると、法文は、「人を殺した」（刑法199条・殺人罪）、「人を教唆し若しくは幫助して自殺させ、又は人をその囑託を受け若しくはその承諾を得て殺した」（同202条・自殺関与及び同意殺人）、「人の身体を傷害した」（同204条・傷害罪）、「身体を傷害し、よって人を死亡させた」（同205条・傷害致死罪）とする。そこで、当該行為（この場合は作為だけでなく、不作為も含む）が、「人を殺す」「人の身体を傷害する」という、実行行為に該当するかが問題となる。これは、例えば、経管栄養を施されている患者に、管を外し（作為）たり、管が外れているのを知りながら放置する（不作為）ような場合であり、安楽死において語られるのと、同じ状況である（なお、積極と消極的安楽死と、作為・不作為の区別は一致しないことに注意されたい）。<sup>26</sup>

また、遺棄罪では、「老年、幼年、身体障害又は疾病のために扶助を必要とする者を遺棄した」（刑法217条・単純遺棄罪）、「老年者、幼年者、身体障害者又は病者を保護する責任がある者がこれらの者を遺棄し、又はその生存に必要な保護をしなかった」（同218条・保護責任者遺棄罪）「前2条の罪を犯し、よって人を死傷させた」（同219条・遺棄等致死傷）と規定し、同様の作業がなされる。

どのような行為が、「人を殺す」「人の身体を傷害する」、「遺棄し、又はその生存に必要な保護をしなかった」と解釈されるかは、それぞれの、構成要件（実行行為性）の解釈論に委ねられる。<sup>27</sup>

しかし、民事法の項で見たように、刑事法でも、食べるということが持っている多様な側面を見るのではなく、不都合（食べないことによる、生命・身体や安全への危機等）が生じた場面で、その結果に因果力を与えた行為を事後的に特定し、その行為（これを訴因という）が存在し、法文に該当するかを判断するための素材として、食べる（ないし食べさせる）、食べない（食べさせない）という行為を見ているにすぎない。ここからは、食べるという行為自体の持つ多様性は無視される。刑事法の先例で示された事実は、これらを判断するために、法的な加工をした事実であり、先例の中で示された様々な基準は、刑罰という強制作用との関連で示された、最低限の基準である。

## III 食べることと、管理型法

1 管理型法には、各政策の基本的内容やその実施にあたる機関の組織・権限と活動規準・手続に関する規定するものが多く、私人によって、直接遵守され、裁判所で普遍的

のように適用されることを必ずしも予定していない。管理型法は、そのめざす目標が複雑化し専門化してくるにつれて、組織規範を中心に作動するようになっている。また、管理型法は、裁判による司法的救済の対象となる個々人の具体的な権利・利益を直接明確に規定することは少なく、具体的な権利・利益の確定は、担当行政機関の裁量的判断に委ねられていることが多い。そこでは、事務処理の規準を示す、通達や訓令などが、決定的な役割を果たす。

2 健康(医療・看護・介護)に関する管理型法には、介護保険法、老人保健法、老人福祉法のほか、医療法、医師法、保健婦助産婦看護婦法等、様々なものが存在する。

これらの内容は、その目的(通常法律の第1条に掲げられる)を見れば、いずれも、制度的ないしシステムとしての確立や、それを支える人材の資格等を定めたもので、本稿の、「食べる」ということに直接関連する規定はない。<sup>28</sup>しかし、これらの規定も、実際の食べる行為を巡る様々な面に、時にはシステムからの拡張・制約原理として働く。

#### IV 食べることと、自治型法（ルール）

1 比較的小規模でその成員の同質性が高かったり、共通の目的を協同して追求しているりする社会関係・集団・組織において、その内部秩序を構成したり、成員間の利害調整や紛争解決を規制したりするために、その社会内部での法的正統性の一般的承認によって、自主的に生成し、存立するものを、自治型法（ここに言う法とは、ルールという広義のもの）と分類する考えがある。自治型法（ルール）は、明確な法準則として定式化されていないものも多く、その遵守も、外部的な強制力サンクションよりも、関係者の立場の互換性や互報的関係によって内面的に支えられている。自治型法の基盤となる集団・組織が大きくなればなるほど、個々の成員の自律的決定による自主的合意との関係も希薄となり、かえって成員の自由を抑制したり、その権利や利益を侵害したりすることもあり得る。特に、わが国では、古くからの慣行に基礎を置くもの（家制度）や、社会の流れに棹を刺すもの（ヤミ・カルテルや談合）が多く、自主的な相互の人格を踏まえた対等な自主型法ができにくい素地がある。

2 では、医療（看護・介護も含む）の現場における、食べるということについては、この自治型法はどのような関係を有するのであろうか。集団を病院と捉えれば、病院内の自主的な取り決めを指すこととなろう。しかし、①病院内の成員とは、医療者という固定メンバーだけではなく、そこ出入りをする患者・家族もその一員であること、②この取り決めは、規律により制するというのではなく（これは幾ら細かく定めても、所詮は、法条項が具体的になる、つまり、Regulation が、guideline ないし manual と形を変えるだけである）、その作る過程にこそ重点を置く必要がある。

また、本稿での、ある特定の患者が「食べる」ということにおいては、この最後の点、すなわち、能力が零から100まである患者、それを取り巻く様々な家族・親族に、一人

の患者の文脈を踏まえて、これに関わる医療者が、相互に「食べる」ということについて、それぞれのこだわりや専門的な知識・経験を踏まえ、話し合うという、共有する場と時間こそが大切であるといえる。そして、お互いが、過度に依存することなく、また、お互いの人格を認め合う中で、行きつ戻りつをしながら、患者の「食べる」ことへの決定に（ほんの）少しずつ関わるという、共同作業を営むことこそが、医療の現場における自治型法の実践である。

## まとめにかえて

総じていえることは、法的判断とはノーマルでない（なにがノーマルかの議論は避けつつ）事態での、日常的紛争解決手段が尽きた段階での、法律家により加工された事実に、法律家が法律を当てはめて作り出される、回顧的判断である、普遍法型の法的基準や法的思考は、それ自体は社会の安定のためのセーフガードとして必要である。しかし、この基準や思考を、多様で、人それぞれの個別性を前提とする日常診療・介護・看護にあてはめることは、生きた現場を損なうことになりかねない。特に、昨今の医療ミス・過誤、これを刑事罰や民事責任で追及するという作業が進めば進むほど、**defensive**になる医療者をして、このような限界・特殊事例へと関心を向かせ、その基準さえ守れば「こと足れり」とする風潮を生み出すことにも見られる。本来医療・看護は、患者と向き合い、家族と連合し、様々な文脈のもとで、専門性に支えられながら、臨機に行う作業であるのに、法の硬直した考えを慮ると、その本質を忘がちになる。ここでは、適切な法の役割・意味と、現場の生き生きさ、これは患者への医療・介護・看護の質でもあるとの妥当な関係をいかにして保つかという、今日的問題にたどり付くのである。

食べるという行為は、先に見たように多様である。これを法的思考、特に普遍型法だけで処理しても、有意義な結果を導きだすことはできない。

また、管理型法では、そもそも、規準自体を同定することができない。

では、自主型法（ルール）はどうであろうか。今、医療の現場では、法的な責任をにらみながら、様々な取り組みがされ、事故防止マニュアル、E B Mに基づく各種診療ガイドライン、クリティカル・パス等が作られつつある。しかし、これらは、実際の臨床になかなか根付かない。また、これが、患者や家族に理解されることもなく、そもそもそれを目的に作ってはいない。しかし、今必要なのは、医療の現場において、医療者と患者・家族が、一つの「食べる」ということについて話しをすることであろう。忙しくて、時間がないとという指摘、患者・家族は多様で、また、それほどやわではないとの指摘も想像される。また、全て患者・家族本位で治療を進めることは、制度の中での医療を前提とする限りは無理だという意見もあるであろう。

しかし、ここで、法的な規準や法的思考を持ち出し、また、医療的適応だけで、食べるという営みを検討することは、医療者（患者・家族を含め）にとっては、自殺行為に

等しい。医療は、「食べる」、「排せつする」、「話す」、「歩く」「息をする」等という、日常生活を前提とするもので、医療がこれら的一部を（主として病院において）管理・コントロールしても、これらを全面的に管理・コントロールすることはできない。むしろ、このような日常生活から改めて、医療を問い合わせ直す必要がある。例えば、夕食のおかずを巡り、親子の会話がはずむ、弁当の蓋を開ける際の楽しみ、食べながら今日あったことを話すなどは、いずれも日常生活の一コマである。もちろんこれを全て医療の現場で実現することはできない。しかし、反対に、これほど日常的で、個人に深く関わってくるが故に、他律的・第三者的な規準を持ち出すこともできない。それが、いかに生死に関わる場面であっても、その営みの多元的・多重的な意味を忘れてはならない。そこでは、「食べる」ということについて、患者・家族と、専門家である医療者が正確な情報を提供しながら寄り添い、お互いの人格を認めて、胸襟を開けて話すという作業から始めるしかない。その上で、生きた法（自治型法・ルール）を作り上げていく過程こそコアといえる。

## 注

1 田中成明、法理学講義、有斐閣、1994年

2 内田貴・民法I総則・物権総論6頁、有斐閣、1994年

3 このような法的思考は全ての法領域について同じように共通するものではない。以下は、いわゆる法の3類型モデルに沿って検討する。前掲田中は、法システムと法文化を動態的・重疊的に捉えるために、3つの法類型モデルを提唱する。

1 普遍主義型法が、近代西欧の法の支配や立憲主義などの自由主義的原理を背景として持ち、他の領域と区別され、法的空間の中核をなす。民法や刑法がこれに該当し、この法領域では、法的思考が典型的に見られる。

2 管理型法は、公権的機関による特定された政治的な政策目標の実現を図る法類型と分類される。犯罪予防・秩序維持など、消極的・規制的なものから、社会保障・生活環境の整備・経済活動の規制など、積極的・促進的なものまであり、法的思考より、裁量的な判断が強く支配する。本稿との関係では、介護保険法、老人福祉法、老人保健法などがこの法領域に含まれる。

3 自治型法・ルールは、社会における人々の意識・行動を現実に規制しているインフォーマルな社会規範やその成員間で共有されている正義・衡平感覚に基づいて自生的に生成し存立する。ここでは、本来、法的思考が排除してきた、妥協的調整的モデルが強く現れる。

4 大判明治38年5月11日民録11-706

5 大判大正6年4月30日民録23-715

6 最大判昭和39年6月24日・民集18-5-854

7 Encyclopedia of Bioethics 第5版

8 Bernard Lo: *Resolving Ethical Dilemmas: A Guide for Clinicians* Williams and Wilkins, Baltimore, p192-200,1995

9 任意後見契約とは、「本人が、任意後見人に対し、精神上の障害（痴呆・知的障害・精神障害等）により判断能力が不十分な状況における自己の生活、療養看護および財産の管理に関する事務の全部または一部について代理権を付与する委任契約で、任意後見監督人が選任された時から契約の効力が生ずる旨の特約を付したもの」（2条3号）をいう。公証人の作成する公正証書で行い、登記所への嘱託により、登記がされる（3条）。登記されると、本人の判断能力が不十分となると、本人や親族から家庭裁判所に任意後見監督人の選任の申立てがなされ（4条1項、自己決定の尊重の観点から、本人の申立てないし同意が必要とされている。4条3項本文）、選任により、任意後見契約は効力を発し、任意後見監督人は、任意後見人の事務を監督する（7条）。

10 一問一答・新しい成年後見制度 173頁、商事法務研究会 2000年

11 持続的代理権(durable power of attorney)

アメリカでは、本人の能力喪失によって、代理関係は自動的に終了する。そこで、持続的代理権制度が別に設けられている。ほとんどの州法で取り入れられているが、細部においては異なる。通常は、経済的問題に対処するための持続的代理権法と、医療問題に対処するための持続的代理権法とは、別個に制定されている。とりわけ、医療問題については、直接本人の生死に関わり得る決定事項だけに、より慎重な手続が要求されている（樋口範雄・アメリカ代理法 91頁、弘文堂、2002年）。

12 石川稔、親権の性質と内容、夫婦・親子 215題 274頁、1991年

13 大分地方裁判所昭和60年12月2日決定（判時1180-113、判夕570-30）

事案 患者（Y・債務者、30代、3児の父）は、左足大腿骨が骨肉腫に侵され、このため大腿骨を骨折し、大分大学医学部付属病院整形外科に入院している。骨肉腫は放置しておくと他へ転移し、やがて死の転帰に至る可能性が高い。そこで、担当医師は、Yに対して、切断手術を勧告したが、Yは手術の必要性を理解して実施を強く希望したが、手術にあたっては、必要とされる可能性のある輸血については、宗教上（エホバの証人）の理由により拒み、輸血することなく手術をして欲しいとした。病院では、輸血を承諾しない限り手術を施行しない方針をとり、その間担当医がYを説得しながら、化学療法を続けた。Yの両親（X1,2、債権者）は、3人の子の一人であるYが、結婚し、2女1男の父であり、平穏な家庭生活を営んできているのであるから、Yが輸血を拒否することは自殺行為と同じであるとして、Yの両親は、Yを看護し、Yの生命健康を擁護する法律上の権利を有するとして、「Yに代わり、大学病院に対し、Yの左脚切断手術及び必要な輸血等を委任することができる」という趣旨の仮処分を求めた。

決定 仮処分申請を却下

「XらはYの父母として、Yとの間に平穏な親族関係を享受し、親族関係における幸福を追求し保持する権利ないしは利益、債務者に対する将来の扶養義務の履行を期待する期待権等を包摂した「親族権」とでも称すべき人格的権利ないし利益を有している・・・Yが真摯な宗教上の信念に基づいて輸血拒否をしており、その行為も単なる不作為行動に止まるうえ、Xら主張の前記被侵害利益が、Yの有する信教の自由や信仰に凌駕する程の権利ないしは利益であるとは考え難いことであり、・・・本件輸血拒否行為の目的、手段、態様、被侵害利益の内容、強固さ等を総合考慮するとき、右輸血拒否行為が権利侵害として違法性をおびるものと断ずることはできない。・・・」

14 淡路剛久・医療契約、新民法演習 184頁、1968年

15 中谷=橋本、患者の治療拒否をめぐる法律問題、判夕569-8、1986年

16 阿部徹・判例コンメンタルVII親族法 385頁、1970年

17 昭和60年6月6日に、自転車に乗っていてダンプカー左後輪に両足を轢過された10歳の少年が、救急車で近くの病院に運ばれ、輸血の必要があると判断され、手術をしようとしたところへ両親が駆けつけ、自分たちはエホバの証人の信者であるから、子供に輸血しないようにと申し出た。医師団は、両親に輸血の必要性を強く説得したが、拒否を続け、事故の4時間半後、少年は出血性ショックで死亡した。

18 欧米では、このような場合、裁判所が緊急に関与し、解決する制度がある。

- 19 両親は、保護を怠ったとして、保護責任者遺棄致死罪（輸血を拒否したことで、死の結果を惹起したと認定されれば）で訴求される可能性があるが、検察庁は両親を不起訴とした。また、医師らが、両親の意思を無視して、輸血をした場合は、両親は「信仰上の権利」等を侵害されたとして、不法行為として争われる余地はある。なお、これと類似した構造はエホバの証人への輸血の伴う説明義務違反事件である。
- 20 Living will と判断の委任（持続的代理権・durable power of attorney）を含めたものが、Advanced Directive である。法的には、健康な時期になされた抽象的な末期医療の拒絶の意思表明は、現実に末期状態になった場合の意思表明とみることができるかという根本的な疑問がある。自己決定を、その事態（末期における苦痛等）の現前性を前提とすると、健康時の意思表明は、単なる参考資料にすぎないという意見もある。逆に、末期時に作成されたこの種の書面等は、その時点での正常な意思表明と評価できるのかという問題を生ずる。なお、カリフォルニア州の自然死法(1976)は、後者に拘束力を付与するが、前者は医師の判断資料としての効果を認めていない。
- 21 倫理面とは別に、法は一般的に、SOL (Sanctity of Life = 生命の尊厳) に近い立場を採用しているといえる。
- 22 アメリカでは、意思決定能力のない患者のための判断（代理判断）を、次の順で行っているとされている。(1) 事前指示 もっとも、事前指示が明確に法的拘束力を有するとする州は限られている。(2) 代理判断(substituted judgments) 事前指示がない場合に、家族などが「患者がこのような立場になれば、望んだであろうこと」を本人に代わって判断するものである。(3) 最大利益基準(best interest standard) 現在、患者の家族や診療に当たっている医療従事者が、判断能力を失っている患者にとって、もっとも利益になるかを考えて、判断することである。
- 23 胃ろう造設は、かつては、開腹で行われていたが、現在は、内視鏡的経皮で行われることが多く、局所麻酔下で、数時間で終わり、患者への負担・侵襲度は低くなりつつある。また、その後の管理も、中心静脈管理（I V H）とは違い、家族でも行うことができる。
- 24 違法性阻却の基本原理については、古くから考え方の違いがある。実質的違法性、つまり違法性阻却の実質的根拠については、(a)法益衡量説（優越的利益説）、(b)目的説、(c)社会的相当性説に分かれる。(a)は、法益侵害を上回る（ないしは等しい）利益が、行為に存在するから正当化されるという考え方、(b)は、正当な目的のための、正当（相当）な手段だから正当化されるという考え方、(c)は、歴史的に形成された倫理秩序の枠内の行為であるから、正当化されるという考え方で、(a)は結果無価値論と、(b)・(c)は行為無価値論と結びつく。前記の①③のウエイトの置き方いかんにより、(a)から(c)に分類される。例えば、③を重視する、つまり、現代の治療行為の不处罚根拠は、患者の承諾を決定的なものと位置付けると、(a)説に近づく。
- 25 前田雅英・刑法総論講義第3版3頁、東京大学出版会、1998年
- 26 不作為犯の分類 不作為犯は、①真正不作為犯と、②不真正不作為犯とに分かれる。後者は、作為の形式で記載された構成要件が不作為によって実現される場合で、前者は、構成要件自体が、不作為の形式を採用する場合である。殺人・傷害・単純遺棄罪は、不真正不作為犯であるが、保護責任者遺棄罪は、両者を規定していることになる。両者の違いは、後者が、「殺すな」という禁止規範違反であるに対し、前者は、「保護せよ」という命令規範違反である。
- 27 実行行為性の解釈論 行為それ自体が、各犯罪類型で定められた結果を発生させる危険性を持っていたかの判断を指す。例えば、「殺す」行為とは、たまたま死の結果を生じせしめた行為の全てを指すのではなく、類型的に人の死を導くようなものでなければならない。この点、不作為、特に不真正不作為犯では、形式的に結果と因果関係が認められるものを全て含むと、広範囲にわたりすぎる（おぼれている人を見つけた人を、急いでいるので見捨てた場合を、「人を殺す」とは評価できない）ので、作為義務を有すること、そして、作為による実行行為と等（同）価値の判断を要すると解される。

28 介護保険法「この法律は、加齢に伴って生ずる心身の変化に起因する疾病等により要介護状態となり、入浴、排せつ、食事等の介護、機能訓練並びに看護及び療養上の管理その他の医療を要する者等について、これらの者がその有する能力に応じ自立した日常生活を営むことができるよう、必要な保健医療サービス及び福祉サービスに係る給付を行うため、国民の共同連帯の理念に基づき介護保険制度を設け、その行う保険給付等に関する必要な事項を定め、もって国民の保健医療の向上及び福祉の増進を図ることを目的とする。」(同法1条)

老人保健法「この法律は、国民の老後における健康の保持と適切な医療の確保を図るため、疾病の予防、治療、機能訓練等の保健事業を総合的に実施し、もって国民保健の向上及び老人福祉の増進を図ることを目的とする。」(同法1条)

老人福祉法「この法律は、老人の福祉に関する原理を明らかにするとともに、老人に対して、その心身の健康に保持及び生活の安定のために必要な措置を講じ、もって老人の福祉を図ることを目的とする。」(同法1条)

医療法「この法律は、病院、診療所及び助産所の開設及び管理に関し必要な事項並びにこれらの施設の整備を推進するために必要な事項を定めること等により、医療を提供する体制の確保を図り、もって国民の健康の保持に寄与することを目的とする。」(同法1条)

医師法「(医師の職分)医師は、医療及び保健指導を掌ることによって公衆衛生の向上及び増進に寄与し、もって国民の健康な生活を確保するものとする。」(同法1条)

保健婦助産婦看護師法「この法律は、保健婦、助産婦及び看護師の資質を向上し、もって医療及び公衆衛生の普及向上をはかるのを目的とする。」(同法1条)