

Ⅸ章 法的検討（資料）

本稿は、本手引きの法律上の妥当性について資料としての検討を試みたものである。

1. 検討する内容の明確化

本稿では、鎮静が刑法上の問題となりうる場合があるかについて法学上の立場から検討する。特に、鎮静の実施後に患者が死亡した場合、鎮静と死亡との間に因果関係がなかったとしても、医療者は「法律上の問題はないのか」という漠然とした不安をもつことがある。したがって、鎮静後に患者が死亡した場合に関係する法について検討する。

個人の生命や社会生活上の法益（ここでは、利益/益と表現することもある）を保護する法（ここでは、刑法を指す）のいう利益とは、今回の文脈で検討の対象となるものは、主として生命予後を指す。

鎮静がそもそも医学的に生命予後の短縮を伴わなければ、個人の利益を損なうことはなく、違法性を議論する必要性はないといえる。生命予後の短縮を伴わない鎮静は、通常の医学的治療における枠組みで考えられる。

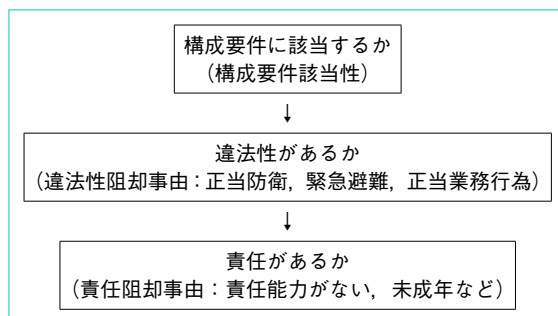
さらに、鎮静を行う際に、生命予後の短縮について、医師に何らかの故意または過失がなければ刑法上の罪には該当しない。刑法上の故意とは、罪となる事実を認識し、かつ結果の発生を意図または認容することを指すので、「不利益（生命の短縮）が発生するかもしれないがあえて」と考えた場合でも故意があると判断される可能性がある。

そこで、本稿は、医学的事実として鎮静が生命予後の短縮がどの程度生じるかを現状では確実にはいえないことを前提に、「仮に鎮静が生命予後の短縮を引き起こすことが想定されたとして、鎮静が刑法上違法と評価されるか」について検討することとした。

2. 罪刑法定主義の考え方と、検討する具体的な犯罪

罪刑法定主義の下では、法はあらかじめ何が犯罪に該当するかを明示し、法は違法とされる類型を規定する。したがって、ある行為が違法であるかを検討する場合には、法に規定された犯罪の構成要件の該当性を検討する。例えば、窃盗であれば、刑法 235 条は、「他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、10 年以下の懲役又は 50 万円以下の罰金に処する」と規定する。このうち「他人の財物を窃取」を構成要件という。そして、構成要件に該当する場合には「違法が推定される」こととなる（図 1）。

図 1 ある行為を違法とみなすまでの過程



しかし、違法性が推定されることとなったとしても、個別の事情では、違法性がない場合がある。これを法は、違法性阻却事由として規定する。したがって、違法性阻却事由がある場合は、違法ではない。

今回検討する内容については、「鎮静薬を投与したあとに患者が死亡した場合」に関する刑法上の規定は（当然ながら）ないため、人の死亡や傷害に関する犯罪を検討する。刑法上の犯罪として、表1に挙げるものが該当する。

鎮静に関しては、医師の間に、「苦痛緩和のためであっても鎮静薬を投与して患者が死亡した場合、自殺幇助（同意が明確でない場合は殺人）に該当するのではないか」という懸念がいまだ存在する。したがって、ここでは、自殺幇助罪（承諾殺人罪）と殺人罪について検討する。一方、過失で、適切な医療行為を行わなかった場合に問われる、業務上過失致死傷等については、他の医療行為と同様であるため鎮静との関連について要点のみを補注に記載する（P145）。

表1 生命予後の短縮に関わる刑法上の犯罪

・殺人 199条：人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する。 ・自殺関与（自殺幇助罪）及び同意殺人（承諾殺人罪） 202条：人を教唆し若しくは幇助して自殺させ、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者は、6月以上7年以下の懲役又は禁錮に処する。 ・傷害 204条 人の身体を傷害した者は、15年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。 ・傷害致死 205条 身体を傷害し、よって人を死亡させた者は、3年以上の有期懲役に処する。 ・業務上過失致死傷等 211条：業務上必要な注意を怠り、よって人を死傷させた者は、5年以下の懲役若しくは禁錮又は100万円以下の罰金に処する。重大な過失により人を死傷させた者も、同様とする。

3. 違法性阻却事由と実質的違法論

1 違法性阻却事由

違法とは、法令に反することをいう。しかし、形式的には法令に違反しても、考慮すべき事由があるために違法ではない場合があり、これを違法性阻却事由（正当化事由）と呼ぶ。刑法は、正当防衛（刑法36条）、緊急避難（刑法37条）、正当業務行為（刑法35条）の3つを規定する。

例えば、医師が行う外科手術は、形式的には「傷害」に該当する。身体を故意に傷つけることは患者の利益を侵害する侵襲行為と考えられるため、傷害罪に該当し、違法性が「推定される」。しかし、外科手術は正当業務行為（刑法35条「法令又は正当な業務による行為は、罰しない」）によって正当化されるので、構成要件に該当しても、違法性は阻却され犯罪は成立しない。

違法性を阻却する正当業務行為となるには、一般的に、①治療目的に基づく行為である（正当な目的）、②行為が医学上一般に承認された方法でなされている（相応な手段）、③患者の同意と前提としての説明がある、ことが必要である（表2）。

表2 違法性を阻却する正当業務行為の要件

- | |
|--|
| 1. 治療目的に基づく行為である（正当な目的）
2. 行為が医学上一般に承認された方法でなされている（相応な手段）
3. 患者の同意と前提としての説明がある |
|--|

2 実質的違法論

違法性阻却事由の考え方は、違法性が形式的でなく、実質的に検討されるべきであるという考え方を基盤としている。すなわち、法律に形式上条文として明確に定められている違法性阻却事由（刑法 35～37 条）に限らず、直接記載がなくても実質的な違法性阻却を認めうる。つまり違法性は実際に明示されている法を超えて判断され（最高裁判所判決昭和 50 年 8 月 27 日刑集 29 卷 7 号 442 頁他）、このような考え方を実質的違法論と呼ぶ。

実質的違法論においては、違法性の阻却を考えるには、一般的に、①目的が正当である、②手段が相当である（資格のある医師が医療水準に基づいて治療を行う）、③法益衡量（守ろうとする益と侵害される益とがバランスを失っていない）、④法益侵害の相対的輕微性（侵害される益の程度が小さい）、⑤必要性・緊急性が高い、⑥患者への説明と同意がある、ことなどが挙げられ、それらの総合的な判断として検討され、最終的には、社会的相当性があるかどうかという点に集約される（表3）。

近年この考えは、喀痰の吸引や経管栄養の実施を医師でなくても実施可能と判断する議論に援用されている。そもそも喀痰の吸引や経管栄養の実施は、医行為（医師の医学的判断及び技術をもってするのでなければ、人体に危害を及ぼし、又は危害を及ぼすおそれのある行為）であり、医師法 17 条において「医師でなければ医業をなしてはならない」とあるにもかかわらず、上記の条件を満たすことをもって、医師以外でも実施することは違法でないとする根拠とされる。

表3 実質的違法論からみた違法性を阻却するための要件

- | |
|--|
| 1. 目的が正当である
2. 手段が相当である
3. 守ろうとする益と侵害される益とがバランスを失っていない
4. 侵害される益の程度が小さい
5. 必要性・緊急性が高い
6. 患者への説明と同意がある |
|--|

3 限 界

本検討では、実質的違法論の立場から、鎮静についての法的検討を行う。この場合、認識しておくべき限界を述べる。

まず、実質的違法論では、違法性阻却を個々の行為ごとにみるため、個々の行為を超えて典型的に違法性がないとする判断が必要な場合は、法規範そのものの変更・改正が必要となる。鎮静に関していえば、個々の鎮静の違法性が阻却されると判断されたとしても、典型的な鎮静には違法性はないとするためには、最終的には鎮静が合法であるという法規範の明示が必要となることである。

次に、実質的違法論では総合的判断として議論を行うため、鎮静と生命予後の短縮（侵害されると想定する益）だけを取り上げるのではなく、患者に提供された緩和ケア全体の

なかでの鎮静薬の投与の意味づけを考えることとなる。すなわち、鎮静によって生命予後が短縮したかどうかのみを検討するのではなく、患者の希望や意思表示、必要性や緊急性、守ろうとする益と侵害される益のバランスなどを総合的に判断する必要がある。

最後に、本検討は、本手引きで想定される鎮静を検討したものであり、臨床で行われるすべての鎮静薬の投与の法的評価を導くものではない。特に、記載された鎮静薬の投与量・投与方法については例として記載したものであり、患者の状況をふまえずに一律に投与した場合の刑法上の問題を検討したものである。鎮静薬の投与量は患者の実際の状況に応じて個々に検討することが必要である。

4. 実質的違法論からみた鎮静の違法性阻却の根拠の検討

本手引きで想定されている鎮静は、仮に、自殺幇助罪（承諾殺人罪）と殺人罪の構成要件に該当したと考えたとしても、以下の理由が備えられている限り、違法性が阻却される（法的には正当業務行為に該当する）と考えられる。

すなわち、①目的が正当である（患者の苦痛緩和を目的としている）、②手段が相当である（本手引きに沿って行われる）、③守ろうとする益と侵害される益とがバランスを失っていない（苦痛が緩和される見込みと、侵害される益—生命予後の短縮の可能性のバランスが許容できる範囲である）、④侵害される益の程度が小さい（苦痛の強さ、治療抵抗性の確実さ、予測される生命予後、効果と安全性の見込みからみて、侵害される益—生命予後の短縮の可能性の程度は最小限である）、⑤必要性・緊急性が高い（苦痛を緩和する他の手段がなく、苦痛を緩和する必要性・緊急性がある）、⑥患者への説明と同意がある（患者の意思決定能力がある場合は、必要な情報が提供されたうえで、苦痛緩和に必要な鎮静を希望する意思表示がある。意思決定能力がない場合には意思が推定される）の要件は充足しており、社会的相当性があると考えられる。

逆に、生命予後が長い患者に鎮静、例えば、精神的苦痛のみに対して持続的深い鎮静が実施された場合、實際上患者の生命予後を（確実に、相当期間）短くする場合の法的評価については、さらなる検討が必要である（このような場合は、本手引きは想定していない）。

以下に法的な検討を行ううえで重要な各項目について要約して述べる。

1 目的

鎮静を行う目的は苦痛緩和である。生命の短縮は目的とされない。

さらに、調節型鎮静については、意識の低下も目的とされない。鎮静は患者の意識の低下を積極的に図るものではなく、意識の低下は、苦痛緩和をしようとした結果あるいは過程として生じることを意味している。

そのためには、鎮静の目的が明示されているとともに、目的にふさわしい手段が実際にとられていることが必要である。すなわち、苦痛を緩和することに必要最小限の鎮静薬が継続的に評価されて投与されている必要がある。

2 対象となる患者

持続的深い鎮静の対象となるのは死期が迫っている患者、生命予後が時間から日の単位と考えられる患者を前提としている。もともと治療抵抗性の苦痛が生じるのは死亡直前期

であることが多く、生命予後が数日から数時間の患者に対する鎮静においては極端な生命短縮の可能性は少ない。

3 侵害される益の程度を最小とすること

鎮静は苦痛が緩和されるだけの最小限の鎮静薬を評価しながら使用して実施する。

持続的に鎮静薬を投与する場合には、意識に影響を与える可能性がより少ない調節型鎮静を優先して検討することを原則とする。その治療目的は、鎮静薬を少量から苦痛の強さに応じて調節し、患者の苦痛を最小にすることである。

持続的深い鎮静は、調節型鎮静では緩和することができないと見込まれる苦痛に対して、意識そのものが深い鎮静状態になるように鎮静薬の投与量を調節する。しかし、鎮静を開始する時点で、患者の死亡まで（必ず）深い鎮静を維持しようとするものではなく、状況を定期的に確認して、患者の不利益とならない場合は鎮静薬を減量・中止することを考える。

4 必要性・緊急性

鎮静の対象となる苦痛は、治療抵抗性の苦痛（主にせん妄と呼吸困難）である。治療抵抗性と判断されるには、すべての治療が無効であること、あるいは、患者の希望と全身状態から考えて、予測される生命予後までに有効であり、かつ、合併症の危険性と侵襲を許容できる治療手段がないと考えられると定義づけられる。

鎮静がすべての苦痛への適応をもつのではなく、鎮静以外の方法をとってもなお、苦痛が回避できない、他にとりうる方法をとったうえでの最後の手段（last resort）として位置づけられる。

5 患者への説明と患者の意思

患者の意思決定能力がある場合は、必要な情報が提供されたうえで、苦痛緩和に必要な鎮静を希望する意思表示があること、あるいは、患者の意思決定能力がない場合は、患者の価値観や以前の意思表示に照らして、患者が苦痛緩和に必要な鎮静を希望することが推定できることが、要件として挙げられる。

これらは、患者の自己決定を可能な限り保障するために、厚生労働省「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」（平成30年3月改訂）などで採用されている手順と同一である。なお、最高裁判所判決平成21年12月7日刑集63巻11号1899頁（いわゆる川崎協同病院事件上告審判決）は、医学的な評価を前提に、家族への説明を十分に行い、家族を通じて患者の推定的意思を探ることができることを示しており、上記ガイドラインの手順を支持している。

6 チームによる判断

鎮静の実施を決定するには、多職種カンファレンスなどによる医療チームの合意や専門家へのコンサルテーションといったチーム医療が勧められている。

チームで判断することは、手続的正義、すなわち、情報の収集の仕方や決定の仕方といった手続の公正さの観点からも重要である。

5. 緊急状態における行為としての位置づけの可能性

以上、鎮静は正当業務行為として違法性が阻却される観点から述べたが、状況によって鎮静が緊急状態における行為として違法性が阻却される可能性もある。

刑法は正当防衛（刑法 36 条）と緊急避難（刑法 37 条）を規定する。民事上の責任についても、民法は、正当防衛と緊急避難を違法性阻却事由として規定する（民法 720 条）。最高裁判所は、民事上の責任を検討するなかであるが、身体拘束について、「入院患者の身体を抑制することは、その患者の受傷を防止するなどのために必要やむを得ないと認められる事情がある場合にのみ許容されるべきものであるが、本件抑制行為は、患者の療養看護に当たっていた看護師らが、転倒、転落により A が重大な傷害を負う危険を避けるため緊急やむを得ず行った行為であって、診療契約上の義務に違反するものではなく、不法行為法上違法であるということもできない」としている（最高裁判所判決平成 22 年 1 月 26 日民集 64 卷 1 号 219 頁）。

したがって、仮に、上記、正当業務行為の観点から違法性阻却が基礎づけられなかったとしても、「苦痛の強さが著しい、治療抵抗性が確実である、予測される患者の生命予後が切迫している（日から時間の単位である）」場合、持続的深い鎮静でなければ苦痛が緩和されないという見込みをもって持続鎮静を開始する場合は、緊急状態における行為に該当するという考えもありうる。

6. 診療記録への記載

上記のことから、仮に鎮静が生命予後の短縮を引き起こすことが想定されたとしても実質的に違法性を阻却する理由として、相応する記載を残すことが勧められる。具体的には、次のようなことが考えられる（P76、V 章-4-8 診療記録への記載参照）。

鎮静を実施する場合には、以下の内容を診療記録に記載する。

1. 目的
2. 治療のプロセス
 - 1) 苦痛が何か
 - 2) 苦痛が患者にとって耐えがたいと判断した理由
 - 3) 苦痛を治療抵抗性と判断した根拠
 - 4) 予測される患者の生命予後とその医学的根拠
 - 5) 鎮静を実施するうえで相談した他職種や専門家がいる場合、その過程
 - 6) 患者の状態や苦痛を継続して評価した過程
3. 説明と同意
 - 1) 患者に伝えられた情報と意思表示
 - 2) 家族に伝えられた情報と意思表示

7. 鎮静をめぐる国際的な法的議論

国際的には、死期が迫っている患者の治療抵抗性の苦痛に対して苦痛緩和を目的として

実施される鎮静は違法ではない（legal）とみなされている。

国によっては、患者の権利に関する法律において苦痛緩和を得る権利が患者に明示されていることを根拠としたり、さらに具体的に苦痛を緩和するために仮に生命予後が短縮したとしても相応な鎮痛薬・鎮静薬の投与を患者が受けることができると示した法律を根拠とするもの（ベルギー、フランスなど）がある。

しかし、多くの国においては、明示した法が存在するわけではなく、鎮静そのものの合法性について争われた裁判事例も今のところない。鎮静の法学上の妥当性については、上記のように、正当業務行為であり、社会的相応性からみて違法性が棄却されるとする論調がある。また、鎮静そのものについて述べたものではないが、二重効果の原則をもって、「苦痛緩和の目的で鎮痛薬を使用してその結果生命予後が短縮したとしても、法律上の罪には問わない」とした司法判断がしばしば援用される（イギリス、アメリカなど）。

8. 鎮静をめぐる日本の法的議論

日本において鎮静の合法性に関するまとまった議論は十分なされているとはいえないが^[注 1]、上記のように違法性は阻却されると考えられる。違法性が阻却されるという意味は、明示する法律があるという意味ではなく、日本の法規範から見て違法性がないということである。

日本においても多くの諸外国と同じように鎮静に関して具体的に明示した法律はなく、鎮静そのものについて何らかの司法判断を示した裁判例はない。

そのなかで、いわゆる東海大学安楽死事件での横浜地方裁判所判決平成7年3月28日判例時報1530号28頁は、「ホリゾン及びセレネースを注射して、家族のいう苦痛の除去・緩和の措置を施し、さらにワソラン及びKCLを注射して、同じく家族のいう苦痛から逃れさせる措置として患者を死に致した」ことに関連して、安楽死が許容されるための一般的要件（いわゆる安楽死4要件）を示すなかで、「間接的安楽死といわれる方法は、死期の迫った患者がなお激しい肉体的苦痛に苦しむとき、その苦痛の除去・緩和を目的とした行為を、副次的効果として生命を短縮する可能性があるにもかかわらず行うという場合であるが、こうした行為は、主目的が苦痛の除去・緩和にある医学的適正性をもった治療行為の範囲内の行為とみなし得ることと、たとえ生命の短縮の危険があったとしても苦痛の除去を選択するという患者の自己決定権を根拠に、許容されるものと考えられる。」という記載がある。もっとも、本記載も判決の結論に対する関係では、傍論（結論を導き出す過程で必須の記載ではない）であることや、一審判決であることから、法学では先例として重きを置くべきでないといわれる。

9. まとめ

以上、仮に、鎮静が生命予後の短縮を引き起こすことが想定されたとして、鎮静が刑法上違法と評価されるかについて検討した。結論として、終末期患者の治療抵抗性の苦痛に対して継続した評価を行いながら鎮静薬を投与することは、苦痛緩和を目的として、医学的に相当な手段で患者の意思を反映して実施された場合、仮に生命予後の短縮を引き起こすことが想定されたとしても、刑法上、自殺幇助罪や殺人罪として違法であると評価され

ることではないと考えられる。

しかも、そもそも、鎮静が医学的に生命予後の短縮を伴わなければ違法性を議論する必要性はない。問題が生じるとすれば、精神的苦痛に対する持続的で深い鎮静など、死期がまだ迫っていないと考えられる場合であり、この場合の法的な妥当性あるいは違法性を阻却する要件については今後の検討が必要である。

法学の立場からは、他に緩和手段がない終末期患者に鎮静を行うことについて、医療者が必要以上に法律上の懸念をもたず、本来の目的である患者の希望に沿った苦痛緩和が行えることに本稿が役立つことを願う。

[注]

- 1) 鎮静の法学的側面について検討された文献は日本にはほとんどない。原著論文という位置づけではないが、以下のものを参考として挙げる。本手引きの前版ガイドラインを題材として、苦痛緩和のための鎮静が刑法上の同意殺人罪が成立することはないと結論している。一方、推定的意思の法律上の意義についてはさらに検討が必要としている。

一原亜貴子、終末期鎮静の刑法的問題、岡山大学法学会雑誌 2017；67：31

国際的にも鎮静に限って法学的側面について検討された文献は少ないが、以下のものがある。

Delbeke E. The legal permissibility of continuous deep sedation at the end of life : a comparison of laws and a proposal. Sterckx S, Raus K, Mortier F, eds. Continuous sedation at the end of life : Ethical, clinical and legal perspectives. Cambridge University Press, 2013, pp132-59

[補注 業務上過失致死傷罪と鎮静の関係]

業務上過失致死傷罪は、医療事故で刑事責任を問われる場合に、一般的な刑法上の規定であるので、業務上過失致死罪の一般的な説明と鎮静との関連を、補足的に行う。

業務上過失致死罪（前出表1）が成立するためには、「業務上の過失があること」（過失）、「人が死亡したこと」（結果）に加えて、「過失がなければ死亡するはずがなかった」（因果関係）が必要である。

業務上の過失は、一般的には、「医師として通常求められる注意義務を果たしていない」と表現され、予見して回避することができた（予見可能性・回避可能性がある）にもかかわらず対応を怠った（予見義務違反・回避義務違反がある）を指す（最高裁判所決定昭和42年5月25日刑集21巻4号584頁）。しかし、具体的に個々の事例でどのような状況で何が過失に該当するかを判断するのは容易ではない。

例えば、投薬の種類や量を誤る、患者や患部を間違えるといった明白な違反行為は、過失と判断しやすいが、臨床での医師の個々の判断が注意義務を満たしているかは、治療環境（地域や施設の事情）、患者の状況（緊急性）、医師の経験や能力など複合的な状況をふまえて判断することが必要であり、この判断には通常幅がある。

例えば、いわゆる大野病院事件での地方裁判所への判断では、癒着胎盤であると認識した以上、直ちに胎盤剥離を中止して子宮摘出手術などに移行することが本件当時の医学的準則であるとする検察官の主張に対して、「臨床に携わっている医師に医療措置上

の行為義務を負わせ、その義務に反したものには刑罰を科す基準となりうる医学的準則は、当該科目の臨床に携わる医師が、当該場面に直面した場合に、ほとんどの者がその基準に従った医療措置を講じているといえる程度の、一般性あるいは通有性を具備したものでなければならない」として、この点の立証が不十分として無罪を導いている（福島地方裁判所判決平成20年8月20日判例時報2295号3頁）。

鎮静の場合についていえば、極端に逸脱した投与量で鎮静薬を使用した、苦痛や効果の評価を全く行わずに長時間にわたって放置したという限定された場合などでは、過失が疑われる場合も想定される。しかし、常識的な投与量で評価が行われているならば、例えば、鎮静薬の投与量が（やや）多かった（かもしれない）であるとか、鎮静の他に治療法が（本当に）あったのかどうかといった内容については、なお専門家間でも意見や判断の分かれるところ（したがって、専門家の裁量権の範囲内）であるから、刑法上の過失と判断されることとはならないと考えられる。

また、そもそも通常鎮静が考慮される場面では、鎮静薬を投与しなくても患者が死亡することが予想されているため、本罪の構成要件（鎮静薬の投与によって患者が死亡したとする因果関係）を満たさないことがある。例えば、肝出血による緩和困難な痛みが生じて、鎮静薬を投与した直後に患者が死亡した場合、「鎮静薬を投与しなかったならば、患者は死亡しなかったこと」を示す必要があるが、これを医学的に示すことは不可能である。すなわち、鎮静薬を投与しなくても患者が死亡することが予想される状況では、業務上過失致死罪に該当すると判断されることは考えにくい（このことは、当然ながら、どのように鎮静を行ってもよいという意味ではない）。

以上より、本手引きに記載された鎮静を苦痛緩和のために実施して患者が死亡したとしても、業務上過失致死罪に問われる可能性は低く、通常そのような事態は想定されない。業務上過失が問われる状況は、鎮静に限ったことではなく、鎮静以外の緩和治療や一般的な医療行為と同様であると考えられる。

（稲葉一人）