

1 総論

1 法的な観点についての検討の経緯

日本緩和医療学会が編集する鎮静ガイドライン（手引き）については、2004年、2010年版の段階から法学者が参画して、法的な観点につき配慮を加えてきたが、2018年版「手引き」では、資料という位置づけで、「Ⅸ章 法的検討」が記載されるに至った。さらに、今回の改訂では、法的な位置づけや限界についてより積極的な説明を求める声があったため、会員からの法的な観点の疑問点の提出を受け、法学者も複数名参加し、協議を重ね、本章が作成された。

2 法的な観点から検討する意味と刑事（法）的な観点を中心とすること

① 法的な許容性について

法的な観点からの検討は、法的な許容性（適法性、合法性や正当化などの言葉も本章では同じ意味で用いる）を示すことが主眼となる。この検討は、医療行為に携わる医療従事者に法的なリスクを回避させることのみを直接的な目的とするのではなく、現在広く行われている鎮静のプラクティスに、適切な枠組みを示し、過度または過小な鎮静を回避し、必要な患者に適切な手順で適切な鎮静が行われることに躊躇なきようにする本手引きの趣旨を全うするためにある。

② 許容性の根拠と、許容性に疑念が生ずる事項の提示

本章では、専門の異なる複数の法学者を中心に、法的な観点から検討を行ったが、あらゆる法的な観点からの検討ではなく、当面、参加した法学者が社会的な合意が可能と想定される〔通説（法理論ないしは法解釈にあたり学説上多数に支持されている説をいう）や過去の裁判例に基づく〕範囲が示されている。

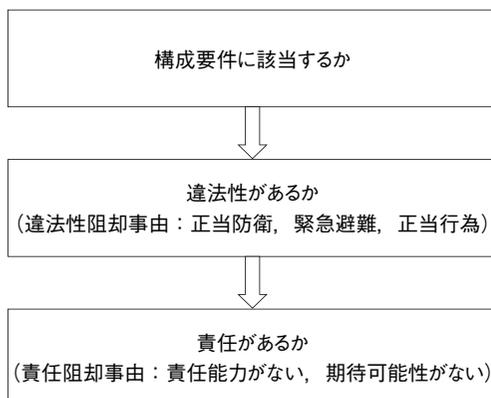
ところで、日本では、法学の分野では鎮静が許容されとすることについてこれまで疑念が抱かれることもなく、一部の裁判例を除いて、刑事司法の場で議論されることもなかった。そのため、積極的な理由づけに関しても統一されたものが共有されてこなかった。そこで、総論部分では可能な限り許容性の根拠を示すこととした。

他方、許容性を支える根拠との関係で、鎮静薬の投与の許容性に疑念が生ずる事項を提示することが必要である。この観点から、「精神的な苦痛についての鎮静」「生命予後が比較的長期であることが予想されている場合の鎮静」「患者へのインフォームド・コンセントが十分でないなかでの鎮静」「患者の推定的意思」の論点について、各論で説明を加える。

③ 刑法の基本的な考え方

犯罪は、ある行為が犯罪の行為類型（構成要件という）に該当し、違法で、行為者に責

図1 犯罪の成立要件



任が肯定される時に、成立する。この関係を図示すると、図1のようになる。

構成要件は違法な犯罪行為を類型化したものであるから、構成要件に該当する行為は、通常、違法であることが推定される。したがって、ある行為が適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判断したうえで、違法であるとの推定を覆す事由があるかを検討することになる。違法とは、法令に反することをいうが、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、違法性阻却事由として正当防衛（刑法36条）、緊急避難（同法37条）、正当行為（同法35条）の3つを規定するが、これに尽きるわけではない。

本章では、鎮静についての構成要件該当性と、違法性阻却事由を検討することになる。

3 法的な観点からの検討の制約と、行政ガイドラインと倫理的な観点との関係

日本では、法を中心に生命倫理的問題に対処するという立法政策はとられず、患者権利法といった基本法や、苦痛緩和行為を直接規律する法律もない。また、具体的な事例が頻繁に裁判所に持ち込まれ、法を補う先例（裁判例）が適切にあるという訴訟による解決を志向する社会でもない。そのため、生命倫理的問題は、直接の法律を欠くなか、これらの問題を予定していない刑法の一般理論をもとにして、数少ない判決を手がかりにして検討せざるを得ない。また、日本での議論は、致死量の薬物投与（後述のように積極的安楽死と呼ばれる）や、人工呼吸器の中止・差し控え（後述のように消極的安楽死と呼ばれる）を中心として議論がなされ、鎮静（生命予後の短縮を伴う場合は、後述のように間接的安楽死に分類される）のプラクティスの法的な問題点を検討するということは少なかった。そのような限られた実定法、法理論、裁判例を用いての検討となる。

他方、日本では、上記の法をめぐる状況を補うように、行政のガイドラインや学会のガイドラインが存在する。そのなかで参考となるのが、厚生労働省の、「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」である。

ところで、法は、裁判規範、つまり裁判所が具体的紛争解決として裁判するにあたり判

断基準として用いられる。これに対して、ガイドラインは、あくまでもガイドラインであって、法としての効力はない（したがって、免責や有責の要件を厳格に定めるものではない）が、行政府が適切な手続きを踏んで作られたガイドラインは、事実上尊重され、本章でも同ガイドラインで示された観点や手順を配慮して検討されている。

本手引きには、別章で、鎮静の倫理的な基礎づけがなされているが、倫理的な基礎づけは、法的に許容されると判断するプロセスと無関係ではなく、むしろ法的に許容されると判断する原則の基礎づけの一部を構成すると考えられる。したがって、倫理的な根拠づけは、通常法的な正当化事由の一部と重なる。

4 緩和医療行為としての鎮静を対象とする

本手引きのなかでは鎮静の一義的な定義は示されていないが、おおむね、他の方法では緩和できない治療抵抗性の身体的苦痛に対して、苦痛が緩和されるだけの最小の量の鎮静薬を、苦痛にあわせて投与する調整的鎮静であって、死期が数日に迫っていることが確実に調節型鎮静では苦痛が緩和されないと見込まれる場合には、持続的な深い鎮静を行うことも可能であるという考え方を前提としている。

このような鎮静行為を、後述のように「安楽死」という文脈で扱うことに違和感を覚える医療者もあるであろう。しかし、法を使う分野での認識では、命を何よりも重視する立場（生命の絶対不可侵性）をとっているため、「命を短くする（可能性のある）行為」については、やや医療現場での認識と異なる面があるかもしれない。

なお、鎮静が生命予後を短縮するかという臨床の疑問に答えを出すことは方法論的に難しいとされていることから、「仮に生命予後に影響を与えると仮定した場合」として、検討を加えている。間欠的鎮静や調節型鎮静のように生命予後に影響しないことを前提とした鎮静については特段な法律上の問題は存在しない。生命予後に影響を与えると仮定した場合の鎮静は、持続的な深い鎮静を念頭に置いて論じる。

5 鎮静が法的に許容されることについての複数の見解

① 正当業務行為としての違法性阻却について

治療行為は、時に人の身体・健康に干渉する行為（医的侵襲行為）であり、危険を伴う行為といえる。他方、治療行為には、疾患を治癒ないし予防するという利益がある。そこで、治療行為は、刑法上傷害罪（刑法 204 条）の構成要件に該当するが、正当行為（同法 35 条）の一種である正当業務行為として、違法性が阻却されると説明される。治療行為の正当業務行為としての正当化要件は、刑法の通説によれば、医学的適応性があること（その処置がその疾患の適切な治療手段であることが、医学界で一般に承認されていること）、医術的正当性があること（医学的に妥当な方法で行われる）、インフォームド・コンセントを得ることとされている。

鎮静は、これにより患者の意識が低下するとみなせば、上記の医的侵襲行為（傷害罪の構成要件）に形式的に該当するが、本手引きでは、医学的適応性、医術的正当性、さらに患者のインフォームド・コンセントが満たされるのであるから、鎮静の違法性は阻却され、傷害罪は成立しないと考える。

② 自己決定権の保障と制限、さらに「死の権利」

自己決定権とは、私事に対し、自ら決定することができる権利（人格的利益）である。自己決定権は日本国憲法には明示されていないが、通説は、「個人の尊重」「幸福追求に関する国民の権利」（憲法13条）という包括的基本権に含まれるとする。したがって、患者はその人格権に基づいて医療に関する意思決定をする権利を有している（「エホバの証人輸血拒否事件」最高裁平成12年2月29日判決）。

他方、その自己決定権にも限界がある。この問題は、個人の自己決定を最大限尊重する立場と、生命の絶対不可侵性を主張する立場とを両端として多くの考えがあるが、終末期の選択についても、本人の意思決定する権利がある、つまり患者が望めば、自己の死の選択が許されるのか（「死の権利」を認めるのか）という形で問題となる。現行法上は、患者が自己決定権を行使した（死について同意した）場合でも、殺人罪（刑法199条：死刑・無期もしくは5年以上の懲役）ではなく、同意・承諾殺人罪となる（同法202条：6月以上7年以下の懲役・禁固）であり、本人の意思の存在により法定刑は軽減されている。

このことからすると、患者の意思だけで、鎮静の許容性を根拠づけることは難しいが、説明を受けたうえでの患者の意思は許容性を検討するために重要な要素であることは間違いない（事前の意思や、推定的意思は尊重されるべきである）。

③ 死期の短縮を伴う行為の許容性について

日本の法学において、「安楽死」とは、死期が切迫している者の耐えがたい苦痛を緩和ないし除去することによって、安らかに死を迎えさせる行為をいう^[注1]。そして、これは、「積極的安楽死：苦痛の除去を目的として致死性の薬剤の投与などによって患者の死期を積極的に早めること」と、「消極的安楽死：延命のための医療が患者に苦痛・不快感を与える場合に、すでに開始した延命治療を中止したり、延命治療を差し控えることで、死期が早まること」と、「間接的安楽死：苦痛除去・緩和のために行う医療行為の副作用により生命の短縮を伴うこと」とに分類されるが、ある鎮静が生命の短縮を伴うとすると、法学上は間接的安楽死に該当することになる。

患者の死期を早める行為は「殺す」行為に該当し、刑法上は、患者の同意や承諾がなければ殺人罪の成否が、あれば同意殺人罪の成否が問題となる。

もし、鎮静行為が、生命予後に影響しないなら、「純粹安楽死：苦痛除去・緩和のための治療を行い、それが死期に影響を与えない」に分類され、（同意）殺人罪の構成要件に該当しないとされる。

そのうえで、細部については学説上議論があるが、間接的安楽死が許容されるために必要とされる要件は、おおむね次の通りとされる。

- ①耐えがたい肉体的苦痛が存在していること^[注2]
- ②死期が切迫していること
- ③苦痛を除去・緩和するために方法を尽くし他に代替手段がないこと
- ④苦痛の除去・緩和のための治療行為として行われること
- ⑤患者の意思表示

6 総論と各論の架け橋

各論としては、次のような点が問題となり、後述される。

- (1) 耐えがたい苦痛について、肉体的苦痛のほか、不安・抑うつ、心理・実存的苦痛などの精神的苦痛を含むのか
- (2) 予想される生命予後の長さは鎮静の許容要件に影響するのか
- (3) 患者が意思表示できる時に、どのような説明内容・説明方法が求められるのか
- (4) 患者が意思表示できない時に、推定された患者の意思はどのような意味をもつのか

[注]

- 1) 英語圏においては、安楽死 (euthanasia) とは積極的安楽死を指すことが一般的である。国内刑法学における「純粹安楽死」(死期に影響を与えない苦痛除去・緩和のための治療) を安楽死と呼称することは英語圏では通常ない。
- 2) 法学では「身体的苦痛」を「肉体的苦痛」と呼ぶことが多いため、肉体的苦痛と表記する。