

2 各論

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

鎮静により生命予後が短縮されるとするならば、(刑) 法学上は間接的安楽死に分類されるが、間接的安楽死は法的に正当化可能であるとするのが通説的な理解である。間接的安楽死が正当化されるためには、患者が耐えがたい肉体的苦痛にさいなまれていることが必要であると考えられている(肉体的苦痛を対象とした間接的安楽死については正当化できる)。他方で、精神的苦痛に対する間接的安楽死が正当化されるかについては、否定的な見解が多い。

以下、法学が肉体的苦痛と精神的苦痛をどのように捉えているかを理解する助けとするために、判例実務を参照する(間接的安楽死のみを扱った裁判例は非常に少ないため、積極的安楽死に関する裁判例を含めて取り上げる[注1])。

例えば、東京地裁昭和25年4月14日判決¹⁾は、積極的安楽死について、「精神的苦悩はそれがいかに激烈であつても疾病による肉体的苦痛が激烈でない以上、精神的苦悩を取り除くため死を惹起する行為があつても、これを正当行為とすることができない」と述べている。

また、横浜地裁平成7年3月28日判決²⁾(いわゆる東海大学安楽死事件判決)は、間接的安楽死も含めた安楽死一般の許容要件として、耐えがたい激しい肉体的苦痛の存在を挙げている。同判決は、精神的苦痛をも考慮すべきであるとの弁護人の主張に対して、「末期患者には症状としての肉体的苦痛以外に、不安、恐怖、絶望感等による精神的苦痛が存在し、この二つの苦痛は互いに関連し影響し合うということがいわれ、精神的苦痛が末期患者にとって大きな負担となり、それが高まって死を願望することもあり得ることは否定できない」としながらも、「苦痛については客観的な判定、評価は難しいといわれるが、精神的苦痛はなお一層、その有無、程度の評価が一方的な主観的訴えに頼らざるを得ず、客観的な症状として現れる肉体的苦痛に比して、生命の短縮の可否を考える前提とするのは、自殺の容認へとつながり、生命軽視の危険な坂道へと発展しかねないので、現段階では安楽死の対象からは除かれるべきである」と述べて、これを退けている。

以上より、名古屋高裁昭和37年12月22日判決³⁾のように、積極的安楽死の正当化要件として「病者の苦痛が甚だし」いことを挙げて、苦痛を身体的なものに限定していないかのようにみえるものもあるものの、判例実務では精神的苦痛を理由とする安楽死は許容されないとの立場をとっていることがわかる。

学説においても、安楽死の正当化要件としての苦痛を肉体的なものに限定すべきであるとの見解が圧倒的であるが、その理由としては、①精神的苦痛の有無や程度の評価は患者の主観的な訴えに頼らざるを得ず、判断が難しいこと、②要件に精神的苦痛を含めると、末期状態という時期的な限定が緩やかになり、死の選択へと傾くおそれが大きくなるこ

と、③精神的苦痛に悩む患者の自己決定は不安定であり、家族関係その他の事情によって影響を受けやすいこと、④精神的苦痛は治療によって取り除かれるべきであること、などが挙げられている^{4,5)}。これらに対して、精神的苦痛が治療を受けてもなお耐えられないものであるならば、精神的苦痛を肉体的苦痛と同等に位置づける必要があるのではないかと主張や、肉体的苦痛と精神的苦痛とはしばしば同時的であり関連しているのであるから、死に直面した者の苦悩をも考慮すべきである旨の指摘もある^{6,7)}。しかし、このような見解はごく一部にとどまっており、精神的苦痛を安楽死の（少なくとも単独の）要件とすることは認められていない。

以上をまとめると、①法学では肉体的苦痛と精神的苦痛を区別して捉えている、②肉体的苦痛を対象とした間接的安楽死については正当化できるとされている、③精神的苦痛を対象とした積極的安楽死および間接的安楽死は許容されないとされているが、その根拠づけについてはほとんど議論がない、といえる。

また、鎮静に関連する臨床家の疑問点に関する詳細な議論もほとんどみられない。例えば、患者の肉体的苦痛が耐えがたいとまではいえない場合に精神的苦痛を理由とした間接的安楽死が正当化されるか、精神的苦痛の内容が抑うつや不安のような精神症状の場合と、生きていることに意味がない（いわゆるスピリチュアルペイン）と感じる場合とでは異なるのかに関する議論はほとんどなされていない。

以上の理解と専門家の議論から、本手引きでは、苦痛緩和のための鎮静が生命予後を縮めることが想定される場合（間接的安楽死とみなされる場合）^[注2]には、苦痛の対象は、耐えがたい肉体的苦痛に限ることが望ましいと考える。精神的苦痛が耐えがたく、他に緩和する手段がない場合には、最も生命予後への影響が少ない鎮静手段（間欠的鎮静の反復や調節型鎮静）がより妥当である。

[注]

- 1) 法学では、間接的安楽死の法的正当性を議論する枠組みと、積極的安楽死の法的正当性を議論する枠組みは同じである。
- 2) 一部の持続的深い鎮静を念頭に置いている（患者の状態によっては持続的深い鎮静においても生命予後に影響しないとエビデンスに基づいて主張することも可能である）。調節型鎮静や間欠的鎮静は生命予後に影響しないという認識があると考えられる。

【文献】

- 1) 東京地裁昭和 25 年 4 月 14 日判決・裁判所時報 58 号 4 頁
- 2) 横浜地裁平成 7 年 3 月 28 日判決・判例時報 1530 号 28 頁
- 3) 名古屋高裁昭和 37 年 12 月 22 日判決・高等裁判所刑事判例集 15 卷 9 号 674 頁
- 4) 甲斐克則. 安楽死と刑法, 東京, 成文堂, 2003: 166 頁
- 5) 中山研一. 安楽死と尊厳死, 東京, 成文堂, 2000: 206 頁
- 6) 神山敏雄. 臨死介助をめぐる刑法上の諸問題, 東京, 成文堂, 2019: 49 頁
- 7) 小野清一郎. 安楽死に関する判例評釈. 判例タイムズ 1950; 5 号: 11 頁

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

鎮静により生命予後が短縮されるとするならば、(刑) 法学上は間接的安楽死に分類され、間接的安楽死が正当化されるためには、「死期が切迫していること」が要件とされる。

間接的安楽死の正当化根拠に関する見解の一つは、苦痛の除去・緩和のための行為に生命の短縮を伴う危険があっても、患者の同意を前提として、適法な治療行為として違法性が阻却されるというものである¹⁾。また、別の見解は、耐えがたい肉体的苦痛という緊急状態下においては、患者本人の同意により生命維持の利益よりも苦痛の緩和ないし除去という利益を優先することができるとする²⁾。

(刑) 法においては、人の生命は最も重要な法益(法が守るべき利益)であり、その他の利益に優先して保護されなければならない、すなわち、人の生命は本人の自己決定権よりも優先されるとされる。それはいかなる場合でも、その人が健康であろうと死に瀕していようと変わらないというのが原則である。原則に従って考えれば、患者自身が苦痛の緩和・除去という利益を選択して生命の短縮という不利益を甘受したとしても、法的には生命短縮行為の正当化を認めることはできないはずである。それにもかかわらず、学説が間接的安楽死の正当化を容認することでおおむね一致しているのは、「生命の短縮される期間がわずかだから」と考えられる。患者に残された生命がわずかな場合にのみ、例外的に、患者が自身の自己決定権に基づいて、短期間の生命維持よりも苦痛の緩和・除去を選択することが許される。このことから、単に患者が終末期にあるというだけではなく、死期の切迫性が要件とされるのである。

以下、法学が死期の切迫性をどのように捉えているかを理解する助けとするために、判例実務を参照する(間接的安楽死のみを扱った裁判例は非常に少ないため、治療中止や積極的安楽死に関する裁判例を含めて取り上げる)。

治療中止(消極的安楽死)の許容性について最高裁判所が初めて判断を下した平成21年12月7日決定³⁾(川崎協同病院事件決定)は、被告人による気管内チューブの抜管行為が法律上許容される治療中止に当たらない理由の一つとして、被害者の余命などを判断するために必要とされる脳波などの検査が実施されておらず、その回復可能性や余命についての確な判断を下せる状況になかったことを挙げた。本決定では法的に許容される治療中止の具体的な要件は示されていないが、最高裁においても患者の余命が治療中止の可否を判断するにあたって重要な要素の一つであると考えられていたことがうかがえる。

横浜地裁平成7年3月28日判決⁴⁾(東海大学安楽死事件判決)は、安楽死の一般的許容要件の一つとして「患者について死が避けられず、かつ死期が迫っていること」を挙げたうえで、その理由を、「苦痛の除去・緩和の利益と生命短縮の不利益との均衡からして、死が避けられず死期が切迫している状況ではじめて、苦痛を除去・緩和するため死をもたらす措置の許容性が問題となり得る」としている。

このように、法学では、生命の短縮が想定される行為を正当化するには「死期が切迫していること」を求める。しかし、実際に予想される死期がどの程度まで迫っていれば「切迫している」といえるのかを決める法的な基準は明らかではない。そこで、具体的な生命予後に言及している裁判例をみってみる(ここでも、間接的安楽死のみを扱った裁判例は非常に少ないため、積極的安楽死に関する裁判例を含めて取り上げる)。

積極的安楽死の6要件を示した裁判例として知られる名古屋高裁昭和37年12月22日判決⁵⁾は、その要件の1つめに「死が目前に迫っていること」を挙げるものの、具体的に患者の余命がどの程度であれば「死が目前に迫っている」といえるのかは明らかにしていない。しかし、同判決では、被害者は「不治の病に冒され命脈すでに旦夕に迫っていた^[注1]」として要件の充足が認められている。

上記横浜地裁平成7年判決は、被害者である患者の余命はあと1日ないし2日、積極的な対症療法を行ったとしても4日ないし5日であったと認定して、患者に死期が迫っていたと判断している。

東京高裁平成19年2月28日判決⁶⁾(川崎協同病院事件控訴審判決)は、患者が「約1週間後に死に至るのは不可避であったとはいえず、同人の死期が切迫していたとは認められない」としている。

これらの裁判例がどのような根拠からこのような日数を導き出したのかは不明であり、また、わずか数件の裁判例から実用に耐える基準を導き出すことはできない。学説においても、やはり根拠は示されていないものの、「数時間⁷⁾」「2日程度⁸⁾」「1週間とか10日程度⁹⁾」などと主張されている。

なお、横浜地裁平成7年判決は、死期の切迫性の程度について、積極的安楽死については高度のものが要求されるが、間接的安楽死についてはそれよりも低いものでも足りると述べた。しかし、これに対しては、安楽死の種類によって死期の切迫性の程度を相対化すべきではないとの批判もある¹⁰⁾。

以上をまとめると、①間接的安楽死を法的に正当化するには、「終末期である」だけではなく「死期が切迫している」ことが必要である、②「死期が切迫している」ことの具体的な程度については数日～1週間程度を念頭に置いた裁判例や学説が多いといえる。

以上の理解と専門家の議論から、本手引きでは、苦痛緩和のための鎮静が生命予後を縮めることが想定される場合(間接的安楽死とみなされる場合)には^[注2]、患者の予測される生命予後は、時間の単位～日の単位(数日～1週間以下)を前提とすることが望ましいと考える。

[注]

- 1) 旦夕は朝晩のこと。この朝か晩かというほどに危機が迫っているという意味。
- 2) 一部の持続的深い鎮静を念頭に置いている(患者の状態によっては持続的深い鎮静においても生命予後に影響しないとエビデンスに基づいて主張することも可能である)。調節型鎮静や間欠鎮静は生命予後に影響しないという認識があると考えられる。

【文献】

- 1) 内藤 謙、刑法講義 総論(中)、東京、有斐閣、1986: 536 頁
- 2) 甲斐克則、安楽死と刑法、東京、成文堂、2003: 4 頁
- 3) 最高裁平成21年12月7日決定・最高裁判所刑事判例集63巻11号1899頁
- 4) 横浜地裁平成7年3月28日判決・判例時報1530号28頁
- 5) 名古屋高裁昭和37年12月22日判決・高等裁判所刑事判例集15巻9号674頁

- 6) 東京高裁平成 19 年 2 月 28 日判決・最高裁判所刑事判例集 63 卷 11 号 2135 頁
- 7) 小野清一郎. 安楽死に関する判例評釈. 判例タイムズ 1950; 5 号: 11 頁
- 8) 斎藤信治「安楽死と治療中止・尊厳死—東海大事件・川崎協同病院事件および『鎮静』について—」中央ロー・ジャーナル 2008; 5 卷 1 号: 71 頁
- 9) 甲斐克則. 終末期医療と刑法, 東京, 成文堂, 2017: 65 頁
- 10) 甲斐克則. 安楽死と刑法, 東京, 成文堂, 2003: 166 頁

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

鎮静が生命予後を短縮すると仮定した場合、(刑)法学上は間接的安楽死に該当する鎮静を正当化する要件には患者本人が希望するまたは同意する旨の意思表示(インフォームド・コンセント)が不可欠である。そのインフォームド・コンセントが有効であるためには、適切な説明が行われていることが必要であり、法的にはどのような説明内容・説明方法が求められるのかを理解しておくことは重要である。しかし、間接的安楽死を正当化する要件に焦点を絞った患者のインフォームド・コンセントに関する法的な考え方があるわけではないため、医療行為全般において法的に妥当とされる意思決定のあり方を考える観点から議論をまとめる。

適切なインフォームド・コンセントは、①医療者による適切な説明がなされ、②説明を受けた患者がその説明内容について正しい理解をして、③理解したことに基いて患者が自発的に(他者に強制されずに)同意するといった3つのプロセス(要素)から構成される。

鎮静を行うことが医療上の選択肢になる場合には、それについて医療者が患者本人に適切な説明をすることが原則である。説明をするのは必ずしも医師に限定されないが、チーム医療における責任者である医師が患者に説明されたこと全般については責任を負う。

一般的に、医療行為を実施する前に説明すべき内容は、次のように項目立てることができる^{1,2)}。すなわち、①診断の内容、患者の現在の状態、②これから実施しようとする医療行為の概要(目的と方法)、③その医療行為が患者にもたらす危険性と副作用の可能性、④その医療行為を実施しなかった場合に予測される結果、⑤自分が実施しようとする方法以外の医療行為の有無、その概要とメリット/デメリットである。これらの説明すべき内容は鎮静の場合にも当てはまる。患者の状態によっては、患者の意思決定に影響しないような説明を省略することは許容される場合も想定されるが、患者の意思決定を左右するような情報については伝える必要がある^[注1]。特に、間接的安楽死とみなされうる鎮静を念頭に置くと、法が重視する(ということは、社会一般で多くの人が重視することを意味する)生命の保持や意識の維持という利益に対して、患者自身が苦痛の緩和・除去という利益を選択し、生命の短縮や意識の低下という不利益を甘受することについて、医療者から明確に説明されることが原則である。

一方、適切な説明の仕方とはどのようなものかについて、法的な基準を設定することは難しい。医療行為一般に対する法的な評価方法としては「医療水準」という考え方が一般的である。これは、実施された医療行為が実施時の臨床医学の水準・標準に照らして適切なものであったか否かで判断する考え方である³⁾。説明のあり方についても、同じような状況の医療現場で標準的に行われるような説明の仕方を各医療者が求められると考えてよいだろう。

しばしば臨床の医療者のもつ疑問として、文書による説明が口頭による説明よりも望ましいかということがある。法律上は、契約は口頭のみで成り立ち、書面の作成などの手段は必要ない(民法522条)。医療行為の同意においても文書は必須要件ではない。文書(説明するための文書と同意するための文書)を作る意義としては、説明義務違反を問わ

れた時の証拠として利用することがある。文書を用いない場合は、医療者が説明した事実と内容および患者が同意したことについて診療記録に記録することは法律上も有用である。カルテは法律で保存義務が課される医療上の重要な文書であり（医師法24条2項）、その改ざんは刑法上の文書偽造の罪に問われる可能性があるので、証拠能力は高いと推定される。

以上をまとめると、次の3点が重要である。①間接的安楽死に該当しうる鎮静を正当化するには、患者の同意は不可欠である。②適切なインフォームド・コンセントは、医療者による適切な説明、説明を受けた患者の正しい理解、理解したことに基づく自発的な同意から成り立つ。③その場合の説明と同意の具体的内容としては、患者が置かれている現状や選択肢を理解したうえで「患者自身が苦痛の緩和・除去という利益を優先し、生命の短縮や意識の低下という不利益を甘受することを選択した」ことである。

本手引きでは、苦痛緩和のための鎮静が生命予後を縮めることが想定される場合（間接的安楽死とみなされる場合）^[注2]、意思決定能力のある患者では、現状や選択肢を理解したうえで「患者自身が苦痛の緩和・除去という利益を選択して生命の短縮や意識の低下という不利益を甘受することを選択した」ことが明確であることが必要であると考え。逆に、患者の意思（希望）がはっきりしない状況下においては、生命の短縮や意識の低下という不利益（侵襲）のより少ない鎮静（間欠的鎮静や調節型鎮静）を用いるべきである。

【注】

- 1) 例えば、患者が余命については聞きたくないという意思表示をしている時に、（患者の意思決定に影響しないという判断のもとに）予後に関する情報を明確に伝えるのを控えることは許容され则认为る。
- 2) 一部の持続的深い鎮静を念頭に置いている（患者の状態によっては持続的深い鎮静においても生命予後に影響しないとエビデンスに基づいて主張することも可能である）。調節型鎮静や間欠的鎮静は生命予後に影響しないという認識がある则认为る。

【文献】

- 1) 最高裁昭和56年6月19日第二小法廷判決・集民133号145頁
- 2) 最高裁平成13年11月27日第三小法廷判決・民集55巻6号1311頁
- 3) 最高裁昭和57年3月30日第三小法廷判決・集民135号563頁

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

鎮静が生命予後を短縮すると仮定した場合、(刑) 法学上は間接的安楽死に該当する鎮静を正当化する要件には患者本人の意思表示が含まれる。しかし、鎮静を行う場面では、意識障害のために患者に意思決定能力がないと考えられる場合があり、通常の医療行為における同意を得る過程を実施できない場合もある。

一般的に、患者が意思表示できない場合に、その時点における患者の意思を推定して本人も同意するだろうと考えることを「推定的同意」と呼ぶ。そうした緊急事態において、生命・身体という法が保護する利益(法益)の主体である患者本人はその事態を認識できる状態にないが、もし認識していたら同意を与えるであろうという場合に、推定的同意は認められ、法益侵害行為の違法性が阻却されうると考えられている。例えば、事故に遭って意識不明の状態 で病院に搬送されてきた者に対して、医師が緊急手術を行う場合が該当する。

間接的安楽死(鎮静が該当する場合)をめぐることは、患者の意思確認が不可能な場合に、推定的同意によって正当化できるかについて法学上の議論が分かれる。生命という法益を放棄することは、法益主体である本人の明確な同意があったとしても完全には認められていないという立場に立てば、推定的同意で間接的安楽死を正当化することはできない¹⁾。他方、生命予後の短縮という不利益を甘受してでも耐えがたい苦痛から逃れたいという意思があると合理的に推定されるとすれば、(死期の切迫を前提として)限られた生の時間よりも苦痛の緩和を優先するという意思を推定することが許され、必ずしも患者の明示的な意思表示を要求しない立場もある²⁾。

裁判例を確認すると、東海大学病院安楽死事件判決³⁾では、間接的安楽死は「客観的に医学的適正性をもった治療行為の範囲内の行為として行われると考えられることから、……患者の推定的意思(家族の意思表示から推定される意思も含む。)でも足りると解される。」としている。また、日本における一定の基準となる考え方を示したものとして実務上しばしば参照される「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⁴⁾」においては、本人の意思確認ができない場合には、「家族等が本人の意思を推定できる場合には、その推定意思を尊重し、本人にとっての最善の方針をとることを基本とする」として、推定的意思を用いることを認めている。

なお、患者の意思の推定に役立つ方法として、治療抵抗性の苦痛が生じた場合にどのような治療を希望するかを患者と相談し、あらかじめその意思(希望)を共有しておくことがある。いわゆるアドバンス・ケア・プランニングの実践である。日本において、あらかじめの意思表示には法的に明確な位置づけはないが、患者が意思表示できない場合の意思を推定する時の判断材料になると考えられる。

以上をまとめると、次の点が重要である。間接的安楽死に該当する鎮静を正当化するには、患者の意思表示が必要であるが、その意思表示には十分に検討された推定意思を含んでよいとする見解もあるといえる。

本手引きでは、苦痛緩和のための鎮静が生命予後を縮めることが想定される(間接的安楽死とみなされる)場合で^[注1]、患者に説明して意思を確認することができない時には、

患者の意思を実質的に推定できる立場にある者^[注2]による十分な検討による推定意思を用いることを許容する。

【注】

- 1) 一部の持続的深い鎮静を念頭に置いている（患者の状態によっては持続的深い鎮静においても生命予後に影響しないとエビデンスに基づいて主張することも可能である）。調節型鎮静や間欠鎮静は生命予後に影響しないという認識があると考ええる。
- 2) まずは、家族が該当すると考えられるが、必ずしも家族に限定されるわけではない。大切なことは、患者の現在の意思を実質的に推定できるということであり、あくまで家族はそのような立場の筆頭と一般的に考えられる存在ではあるが、すべての患者にとって家族がそのような存在であるかは留意が必要である。

【文 献】

- 1) 甲斐克則. 終末期医療と刑法, 東京, 成文堂, 2017: 2 頁
- 2) 井田 良. 講義刑法学・総論 (第2版), 東京, 有斐閣, 2018: 363-4 頁
- 3) 横浜地裁平成7年3月28日判決・判例時報1530号28頁
- 4) 厚生労働省. 「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(解説編)」平成30年改訂
<https://www.mhlw.go.jp/file/04-Houdouhappyou-10802000-Iseikyoku-Shidouka/0000197702.pdf>