The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	安楽死・尊厳死をめぐる日仏の法的対応について（一）
Author(s)	島岡, まな
Citation	阪大法学. 2008, 57(6), p. 25-53
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55372
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

安楽死・尊厳死をめぐる日仏の法的対応について（一）

島岡まな

一　はじめに
二　日本の状況
（一）　安楽死について
1　定義
2　刑法規定の適用可能性
（1）　構成要件（実行行為）
（2）　違法性阻却
3　判例
（1）　名古屋高裁昭和三七年一二月二二日判決
（2）　横浜地裁平成七年三月二八日判決
（二）　尊厳死について
1　定義
2　刑法規定の適用可能性
（1）　構成要件（実行行為）

（阪大法学）57（6-25）901〔2008.3〕

（2）違法性阻却
3　判例
（1）東京高裁平成一九年二月二八日判決
（2）横浜地裁平成七年三月二八日判決
4　二〇〇七年厚生労働省指針（ガイドライン）
（1）内容
（2）検討（以上、本号）
三　フランスの状況
（一）安楽死について
1　定義
2　刑法規定の適用可能性
（1）構成要件（実行行為）
（2）違法性阻却
3　判例
（二）尊厳死について
1　定義
2　刑法規定の適用可能性
（1）構成要件（実行行為）
（2）違法性阻却
3　判例
4　二〇〇五年尊厳死法の成立
四　おわりに

一　はじめに

二〇〇六年三月二六日、富山県射水市の市民病院で、延命措置中止問題が発覚したと複数のメディアが報じた。事案は、同病院の五〇歳の外科部長が、二〇〇〇年～〇五年にかけて、入院患者七人（五〇～九〇歳代の男性四人と女性三人）について独断で回復の見込みがないとして人工呼吸器を外し、患者が死亡していたというもので、殺人容疑で捜査中という報道であった。この事件以前にも、いわゆる東海大学医学部付属病院安楽死事件（以下、単に東海大学安楽死事件という、後述二―(一)―3参照）、川崎協同病院事件（後述二―(二)―3参照）、道立羽幌病院事件等、刑法上の安楽死・尊厳死が問題となった事件は少なくなかったが、射水市市民病院事件を受けて、厚生労働省は「終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン」作成に着手し、二〇〇七年五月に公表した（後述二―(二)―4参照）。しかし、これはあくまでガイドラインに過ぎず、違反しても遵守しても、何か問題が起きた際に法的効力をもたないため、現場の医師や患者およびその遺族にとって、揺るぎのない行動規範としての役割を期待するには限界がある。

一方フランスでは、二〇〇五年にいわゆる「尊厳死法」[1]が可決され、いわゆる延命治療の中止に当たり医師が刑事訴追されない条件を法律により明確に規定した。しかしながら、プリティ事件[2]において安楽死を容認したヨーロッパ人権裁判所が存在するヨーロッパにおいても、オランダ[3]やベルギー[4]のように積極的安楽死を一定の条件で合法化する国と異なり、「死ぬ権利」を認めて積極的安楽死を容認することにはいまだ躊躇を示しているフランスは、日本の立場により近いとも考えられる。そのような日仏の状況を、特に筆者の専門である刑法的観点から比較し、日本法への示唆を得ることが本稿の目的である。

二　日本の状況

（一）安楽死について

1　定義

まず、いわゆる安楽死[5]は、以下の四つの下位概念に分類されている。①一つめは「純粋安楽死」と呼ばれ、生命短縮を伴わない臨死介助で、「不可逆的な死の過程を、いかなる犠牲を払ってまで阻止しようとするのではなく、もっぱらそれに伴う苦痛緩和に努めることによって可能な限り『穏やかな死』を遂げさせること」であり、本来の意味の安楽死ともいわれる。②二つめは「消極的安楽死」または「消極的臨死介助」と呼ばれ、「死にゆく者に対し、その現実的または推定的意思に基づき、延命のための諸処置（レスピレーター、人工栄養補給、輸血等）を開始しないか、もしくはこれらを中断することによって自然の死の過程にゆだねること」をいうとされる。③三つめは「間接的安楽死」または「間接的積極的臨死介助」と呼ばれ、「苦痛を緩和するための諸処置の積極的実施を通して、死の惹起が意図されていなくても不可避的付随効果としてその可能性が甘受される形態での臨死介助」と定義される。④四つめは「積極（直接）的安楽死」または「直接的積極的臨死介助」と呼ばれ、「被殺者の意思に基づき積極的な動作（作為）をもってこの者を殺すこと（死苦を除去するために死を招く措置を取ること）」といわれる。[6]

これらの各概念について、学説上、①「純粋安楽死」は許されるだけでなく、むしろ医師はそうするよう義務付けられるとされ、②「消極的安楽死」または「消極的臨死介助」は、いわゆる「尊厳死」として許される、③「間接的安楽死」または「間接的積極的臨死介助」も、場合によっては緊急避難（刑法三五条）または治療行為として

違法性が阻却されると解されている。すなわち、刑法上いわゆる「安楽死」として問題となるのは、最後に残る④「積極（直接）的安楽死」または「直接的積極的臨死介助」であり、これは原則として許されず、たとえ終末期にある患者など被殺者の同意があったとしても刑法二〇二条の同意殺人罪の適用が検討されるが、例外的に違法性が阻却される場合がありうるとし、その要件について議論がなされている。[7] 以下では、特に④「積極（直接）的安楽死」または「直接的積極的臨死介助」について、刑法規定の適用可能性を検討する。

2　刑法規定の適用可能性

（1）構成要件（実行行為）

前述したように、「被殺者の意思に基づき積極的な動作（作為）をもってこの者を殺す」行為（「積極（直接）的安楽死」または「直接的積極的臨死介助」）については、刑法上、同意殺人罪（刑法二〇二条）の適用が問題となり、後述の多くの事例・判例にも見られるように、「被殺者の意思（同意）」が明確でない場合は、より重い殺人罪（同一九九条）の適用が問題となる。ここでの実行行為は、あくまで積極的動作（作為）を伴う作為犯として捉えられ、後に（二）で検討する「尊厳死」が「不作為犯」と捉えられ得ることとは異なっている。そこで、構成要件には問題なく該当することから、当該行為を行った医師等の処罰を回避するためには、違法性阻却の可能性を検討することとなる。[8]

（2）違法性阻却

刑法上の違法性阻却事由として、いわゆる正当行為（刑法三五条）、正当防衛（同三六条）、緊急避難（同三七条）が法定的違法性阻却事由として規定されているが、本稿で検討するような安楽死を合法化する違法性阻却事由は、超法規的違法性阻却事由と呼ばれる「被害者の同意」の問題として把握される。[9] その違法性阻却の根拠として、①いわゆる社会的相当性を根拠とする立場、[10] ②個人が自由に処分しうる個人的法益につ

いては、法益主体である被害者が同意している場合には、そもそも保護すべき法益が欠如する点を根拠とする立場[11]、③自己決定の価値と被害法益の価値を比較衡量し、前者が後者に優越することを根拠とする立場[12]に分かれている。しかしいずれにせよ、被害者の同意を問題とする背景には、安楽死固有の違法阻却の根拠として、より高次の憲法上の人権としての「自己決定権」の思想があるといえよう。[13]

このように安楽死適法論が多数説といえるが、判例上表れたその要件は、非常に厳格である。以下に主要な事件と判例を概観する。

3　判例

従来、積極的安楽死が問題となった主要な事件としては、①息子による父親安楽死事件、②東海大学安楽死事件、③川崎協同病院事件等がある。ただし、③川崎協同病院事件は、延命治療中止（気管チューブ抜管）に伴う被害者の苦悶様呼吸を停止させる必要に迫られて筋弛緩剤であるミオブロックを投与したもので、安楽死と尊厳死の限界事例とも言える。その意味では、②東海大学安楽死事件も、被害者の長男に要求されて治療を中止した後、苦しそうないびき様の呼吸を聞いているのがつらいという長男の執拗な要求から積極的安楽死を行った点で類似しているが、②事件に関する横浜地裁平成七年三月二八日判決が正面から安楽死の要件について述べているのに対し、後述の③事件に関する東京高裁平成一九年二月二八日判決は、「本件におけるミオブロックの投与行為の評価について検討するに、当該行為が本件抜管と並んで殺人行為を構成するものであるところ、筋弛緩剤である同剤の投与こそ直接の死因を形成するものであって、適法化できない最大の要因とみる余地があるが、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」として、むしろ尊厳死と捉えているとも考えられるため、後述（二）尊厳死の判例として取り上げる。

以下では、わが国の安楽死に関するリーディングケースとなった①息子による父親安楽死事件に関する名古屋高裁の判例（1）と、その後の時代の変化、議論の深化も反映させ、名古屋高裁の要件を整理・統合した②東海大学安楽死事件に関する横浜地裁の判例（2）を紹介し、安楽死の違法性が阻却されうる要件を中心に検討する。

（1）名古屋高裁昭和三七年一二月二二日判決[14]（確定）

〔事実の概要〕一九六一年、脳溢血の後遺症で寝たきりになり、四肢の激痛等に苦しむ父親の「早く死にたい」「殺してくれ」という言葉を聞いた息子が、病苦から免れさせる目的で殺害を決意し、牛乳に有機燐殺虫剤を混入したものを情を知らない母親をして父に飲ませ、有機燐中毒により死亡させ、尊属殺人罪（平成七年削除前の刑法旧二〇〇条）で起訴された。一審の名古屋地裁（一宮支部）昭和三七年七月四日判決が尊属殺人罪の成立を認めたため、弁護人が事実誤認を主張して控訴したところ、名古屋高裁は、被殺者の真摯な嘱託の存在を原審が否定したことは重大な事実誤認にあたるとして破棄自判し、刑法二〇二条の嘱託殺人罪を適用した。

〔判旨〕「……所論のように行為の違法性を阻却すべき場合の一として、いわゆる安楽死を認めるべきか否かについては、論議の存するところであるが、それはなんといつても、人為的に至尊なるべき人命を絶つのであるから、つぎのような厳しい要件のもとにのみ、これを是認しうるにとどまるであろう。①病者が現代医学の知識と技術からみて不治の病に冒され、しかもその死が目前に迫っていること、②病者の苦痛が甚しく、何人も真にこれを見るに忍びない程度のものなること、③もっぱら病者の死苦の緩和の目的でなされたこと、④病者の意識がなお明瞭で

あって意思を表明できる場合には、本人の真摯な嘱託又は承諾のあること、⑤医師の手によることを本則とし、これにより得ない場合には医師によりえないと首肯するに足る特別な事情があること、⑥その方法が倫理的にも妥当なものとして認容しうるものなること。これらの要件がすべて充されるのでなければ、安楽死としてその行為の違法性までも否定しうるものではないと解すべきであろう」。この六要件を事案にあてはめた結果、要件①～③は充たしており、④は保留としつつも⑤、⑥の要件を充たさないため、被告人の行為は安楽死として違法性を阻却しないとした。

この六要件は、長くわが国の安楽死の要件として引用されてきたが、後述（2）の横浜地裁判例において六要件が四要件に整理・統合された理由は次のように考えられる。すなわち、②の要件が削除された理由としては、患者本人のためであると同時に周囲の者のための安楽死でもあった点が、④の要件が削除された理由としては、道徳（倫理）と法の混同が見られた点が現代において見直された結果といえよう。[15] 次に、東海大学安楽死事件に伴い出されるに至った、横浜地裁による新しい四要件について検討する。

（2）　横浜地裁平成七年三月二八日判決[16]（確定）

〔事実の概要〕一九九一年四月、東海大学医学部付属病院（神奈川県伊勢原市）の医師が、末期がん（悪性リンパ腫）で余命数日と判断され、いびきのような呼吸をし、疼痛刺激にも無反応であった患者の長男から治療行為の中止を強く求められ、心停止作用のある塩化カリウム等を投与して死亡させた。本判決は、殺人罪（刑法一九九条）の成立を認め、酌量減刑の上、被告人を懲役二年、執行猶予二年に処した。本判決は、後述の「尊厳死（消極的安

楽死）」や安楽死の定義に関して前述した「間接的安楽死」に関する要件にも言及しているが、ここでは積極的安楽死について述べた部分を引用する。

〔判旨〕「積極的安楽死といわれる方法は、苦痛から解放してやるためとはいえ、直接生命を絶つことを目的とするので、その許容性についてはなお慎重に検討を加える。末期医療の実際において医師が苦痛か死かの積極的安楽死の選択を迫られるような場面に直面することがあるとしても、そうした場面は唐突に訪れるということはまずなく、末期患者に対してはその苦痛の除去・緩和のために種々な医療手段を講じ、時には間接的安楽死に当たる行為さえ試みるなど手段を尽くすであろうし、そうした様々な手段を尽くしながらなお耐えがたい苦痛を除くことができずに、最終的な方法として積極的安楽死の選択を迫られることになるものと考えられる。ところで、積極的安楽死が許容されるための要件を示したと解される名古屋高裁昭和三七年一二月二二日判決・高刑集一五巻九号六七四頁は、その要件の一つとして原則として医師の手によることを要求している。そこで、その趣旨を敷衍して、右のような末期医療の実際に合わせて考えると、一つには、前記の肉体的苦痛の存在や死期の切迫性の認定が医師により確実に行われなければならないということであり、さらにより重要なことは、積極的安楽死が行われるには、医師により苦痛の除去・緩和のため容認される医療上の他の手段が尽くされ、他に代替手段がない事態に至っていることが必要であるということである。そうすると、右の名古屋高裁判決の原則として医師の手によるとの要件は、苦痛の除去・緩和のため他に医療上の代替手段がないときという要件に変えられるべきであり、医師による末期患者に対する積極的安楽死が許容されるのは、苦痛の除去・緩和のため他の医療上の代替手段がないときであるといえる。そして、それは、苦痛から免れるため他に代替手段がなく生命を犠牲にすることの選択も許されてよいという緊急避難の法理と、その選択を患者の自己決定に委ねるという自己決定権の理論を根拠に、認められるものとい

える。この積極的安楽死が許されるための患者の自己決定権の行使としての意思表示は、生命の短縮に直結する選択であるだけに、それを行う時点での明示の意思表示が要求され、間接的安楽死の場合と異なり、前記の推定的意思では足りないというべきである。なお、右の名古屋高裁判決は、医師の手によることを原則としつつ、もっぱら病者の死苦の緩和の目的でなされること、その方法が倫理的にも妥当なものとして認容しうるものであることを、それぞれ要件として挙げているが、末期医療において医師により積極的安楽死が行われる限りでは、もっぱら苦痛除去の目的で、外形的にも治療行為の形態で行われ、方法も、例えばより苦痛の少ないといった、目的に相応しい方法が選択されるのが当然であろうから、特に右の二つを要件として要求する必要はないと解される。したがって、本件で起訴の対象となっているような医師による末期患者に対する致死行為が、積極的安楽死として許容されるための要件をまとめてみると、〔一〕患者が耐えがたい肉体的苦痛に苦しんでいること、〔二〕患者は死が避けられず、その死期が迫っていること、〔三〕患者の肉体的苦痛を除去・緩和するために方法を尽くし他に代替手段がないこと、〔四〕生命の短縮を承諾する患者の明示の意思表示があること、ということになる」。

「ワソラン及びＫＣＬの注射については、その除去・緩和の対象となったいびきあるいはその原因である荒い呼吸は、到底耐えがたい肉体的苦痛とはいえないのみならず、そうしたものの除去・緩和を頼まれ、それを受けて右注射を行った時点では、そもそも患者は意識を失い疼痛反応もなく何ら肉体的苦痛を覚える状態にはなかったのであるから、安楽死の前提となる除去・緩和されるべき肉体的苦痛は存在しなかったのである。したがってまた、肉体的苦痛を除去するため、医療上の他の手段が尽くされたとか、他に代替手段がなく死に致すしか方法がなかったともいえないのである。さらに、積極的安楽死を行うのに必要な患者本人の意思表示が欠けていたことも明白である。したがって、ワソラン及びＫＣＬを注射して患者を死に致した行為は、いずれにしても積極的安楽死としての

許容要件を満たすものではなかったといえる」。

横浜地裁が示した新たな四項目の安楽死要件の意味については、名古屋高裁の挙げた要件②のように家族のためではなく、患者本人のための安楽死要件である点（上記要件〔一〕、〔四〕）や、緊急避難における補充性の原則を明確にした点（上記要件〔三〕）等に一定の評価がなされている。[17] 他方で、要件〔一〕の激しい肉体的苦痛に精神的苦痛を含まないのは、たとえばオランダの安楽死法等に比較して狭く、要件〔四〕の患者の明示的な意思表示の要求は、終末期にある患者は意識がはっきりしないことが多いため、事実上安楽死が認められうる場合を封殺するものだとの批判[18]もなされている。

このように、積極的安楽死については、合法化するどころか、事実上認められる余地がないほど厳格な要件を判例上課しているのが日本の現状であるが、次に述べる尊厳死（消極的安楽死）については、比較的緩やかな要件で認めようとする学説・判例の状況がある一方、道立羽幌病院事件、射水市市民病院事件のようにセンセーショナルに報道され、一般市民には安楽死との相違もあまり理解されていない等の混乱が見られるように思われる。以下には、尊厳死（消極的安楽死）に関する定義、刑法規定の適用可能性、判例について、積極的安楽死と対比させつつ、検討する。

（二）尊厳死について

1　定義

尊厳死[19]とは、前記（一）の1で述べた安楽死の四つの下位概念のうち、②「消極的安楽死」または「消極的臨死

介助」と呼ばれるものを指す。典型的な行為は、レスピレーター、人工栄養補給、輸血等の人工的延命措置の中止である。[20]

2　刑法規定の適用可能性

(1)　構成要件（実行行為）

前記（一）で述べた積極的安楽死が刑法上の作為犯に当たるのに対し、ここで検討する延命治療の中止は、いわゆる不作為犯と捉えることが可能である。[21] もちろん、医師等は、既に行われた延命治療を中止する場合、レスピレーターを停止させ、取り外す等、何らかの動作（作為）によってそれを行うのであるから、その行為を作為犯と捉えることは可能である。この説によれば、尊厳死も作為犯、すなわち禁止規範違反であるから、通常の作為犯と同様に処理される点で、積極的安楽死とほとんど変わらないことになる。しかしながら、直近の行為にのみ着目するのではなく、行為を全体として、あるいは規範的に考察すれば、正に延命治療継続の中止が問題となっている点で、延命治療（作為）を基準として考えれば、その中止を不作為として捉えることもでき（刑法上問題となる不真正不作為犯が「不作為による作為犯」といわれるのに対し、尊厳死を「作為による不作為犯」と呼ぶ論者もいる[22]）、そうであるとすれば、不作為犯成立の要件を個別に検討すべきこととなる。

刑法上、作為犯が禁止規範違反であるのに対し、不作為犯は一定の作為を法が命じる命令規範違反であるとされる。現在のように高度に複雑化した危険社会にあって、刑法は、作為による法益侵害を消極的に禁止するばかりでなく、法益が危険にさらされている場合には、積極的に法益の維持を命令することによって、社会生活上重要な法益の保護を図っていると考えられる。しかしながら、不作為犯の処罰は、「積極的に他人の法益を侵害しない限り処罰されない」という刑法における自由主義原則の例外であり、作為犯と同視しうる場合にのみ限定的に処罰され

うると考えられることから、より慎重でなければならない。また、近代刑法の大原則である罪刑法定主義の要請からも、条文に規定されていない不真正不作為犯（不作為による作為犯）の成立は、厳格な要件の下でのみ認められるとするのが刑法上の通説である。[23] それによれば、不作為犯成立のために、不作為者には強い作為義務、単なる道徳的義務ではなく、当該構成要件の予定する法的な作為義務（保証人的義務）が課されていることが必要とされる。そのような義務を有する特別の地位（保証人的地位）にある人は保証人（保証者）と呼ばれ、保証人が保証人的義務に反する不作為により、重大な法益侵害の結果を発生させて初めて（その不作為の代わりに法が期待する作為を行っていたならば十中八九結果が発生しなかったであろうという因果関係が必要である）[24]、不真正不作為犯の成立が認められる。[25] すなわち、法益侵害の結果をもたらした不作為による実行行為が、作為の実行行為と同等（等価値）であると評価される必要があるのである。

この要件を尊厳死の場合にあてはめると、不治の病により死期が迫っている終末期の患者に対し、（それを行ったとしても真の意味で生命を取り戻すことができない）無用な延命治療を施す法的作為義務を、医師に認めることはできないと考えられる。このような尊厳死の不作為犯的理解が、次に述べる比較的緩やかな違法阻却の要件にも反映していると考えられる。

（2） 違法性阻却

違法性阻却の一般理論については前述した通りである（（一）―2―（2）参照）。尊厳死固有の違法性阻却の要件については、前掲東海大学安楽死事件に関する横浜地裁平成七年三月二八日判決が、安楽死に関する四要件のほかに、尊厳死に関する要件についても言及している。

3　判例

従来、尊厳死（消極的安楽死）が問題となった主要な事件としては、①川崎協同病院事件、②道立羽幌病院事件と、冒頭で述べた③射水市市民病院事件がある。①は、後述（1）の控訴審（東京高判平成一九年二月二八日、破棄自判）を経て上告中であり、この問題に関する最高裁の初めての判断が待たれている。②は、二〇〇四年二月、道立羽幌病院（北海道羽幌町）で女性医師（三三歳）が、入院していた患者（当時九〇歳）の人工呼吸器のスイッチを切って死亡させ、殺人容疑で書類送検された事件である。この事件は、消極的安楽死（尊厳死）での初の立件として注目される。③は、二〇〇〇年から二〇〇五年にかけて、射水市市民病院（富山県）の外科部長（五〇歳）が独断で回復の見込みがないと判断し、同病院の入院患者七人（五〇～九〇歳代の男性四人と女性三人）の人工呼吸器を外して死亡させたもので、殺人容疑で捜査された。

③事件の問題点は、特に（一）患者の意思が不明確なうえ、家族の同意も口頭で得ただけで、文書による同意書を取っていなかった、（二）病院や他の医師らにも相談していなかったという点であると思われる。

②と③事件は公判請求されず、判例として現れていないため、まず①川崎協同病院事件に関する東京高裁平成一九年二月二八日判決を検討する。ただし、本判決が（その理由は注目に値するが）尊厳死の要件について言及していないのに対し、前記安楽死の判例として引用した東海大学安楽死事件に関する横浜地裁平成七年三月二八日判決は尊厳死の要件についても詳細に述べているので、そちらも引用する。

（1）　東京高裁平成一九年二月二八日判決[26]（上告中）

〔事実の概要〕被告人は、川崎協同病院において、平成一〇年一一月二日から気管支喘息重積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した患者A（当時五八歳）の治療に当たっていた医師であるが、同月一六日午後六時頃、Aの回復を諦めた家族からの要請に基づき、A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管されていたチューブを抜き取り、呼吸確保の措置をとらずに死亡するのを待ったが、予期に反して、Aが苦悶様呼吸をし始め、多量の鎮静剤を投与してもその呼吸を鎮めることができなかったため、A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、Aに対し筋弛緩剤ミオブロックを静脈注射させて、まもなくその呼吸を停止させ、同日中にAを死亡させた。原審（横浜地裁平成一七年三月二五日判決）は被告人に殺人罪の成立を認め、懲役三年、執行猶予五年に処したため、被告人が控訴した。

〔判旨〕一「原判決は、家族からの要請はなかったと認定しているが、これがあったとする被告人の供述は、……（中略、以下同様）なおこれを排斥することはできない。家族からの要請の有無は、被告人の本件抜管の適法性判断の上で重要な事実と仮定することができるから、家族からの要請がなかったと認定するには合理的な疑いが残るといわざるを得ない。この意味で家族からの要請があったことを否定することはできない」。

二「いわゆる尊厳死について、終末期の患者の生命を短縮させる治療中止行為（以下、単に「治療中止」という。）がいかなる要件の下で適法なものと解し得るかを巡って、現在さまざまな議論がなされている。治療中止を適法とする根拠としては、患者の自己決定権と医師の治療義務の限界が挙げられる。……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。すなわち、尊厳死の問題は、より広い視野の下で、国民的な合意の形成を図るべき事柄であり、……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」。

「他方、国家機関としての裁判所が当該治療中止が殺人に当たると認める以上は、その合理的な理由を示さなけ

ればならない。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。……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却って不適切とさえいえよう」。

三　被告人は、患者の余命についての確固たる見通しは持っていなかったし、本件抜管についての家族の意思は確認しているものの、家族の抜管の意思を手掛かりに抜管がA自身の意思によるものかどうかを探求したというわけではない。本件被管の際、約一週間後にはAの死が不可避と判断していたとも、抜管がAの意思に基づくと判断していたとも認められない。

上記二つのアプローチのうち、患者の自己決定権によるアプローチ、すなわち、本件抜管がAの意思に基づくものかどうかについて検討するに、Aが自分自身の終末期における治療の受け方についてどのような考え方を持っていたのかを推測する手掛かりとなる資料は、証拠上、全く不明である。家族の意思のみをもって同人の意思と同視することはできないし、患者が終末期状態であることが前提であるから、Aの死期が切迫していたとは認められない本件については、そもそも当てはまらない。したがって、本件抜管がAの意思に基づいていたと認めることはできない。次に、治療義務の限界によるアプローチ、すなわち、患者の余命についてどうみるかであるが、複数の鑑定から、一六日の時点で、患者が約一週間後に死に至るのは不可避であったとか同人の死期が切迫していたとは認められず、治療義務が限界に達していたと認めることはできない。

本件におけるミオブロックの投与行為は、直接の死因を形成するものであるが、これだけを取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。

以上のように、いずれのアプローチからしても、本件医療中止行為は法的には許容されないものであって、殺人罪の成立が認められるといわざるを得ない。

四　原判決は、「量刑の事情」において被告人を厳しく非難するが、被告人は、患者の予後についての検査をしておらず、家族に対する説明も万全とはいい難いが、家族に対する説明に配慮を欠いていたとは到底いえない。本件抜管が家族からの要請であることは否定できないのであって、その要請がなかったことを前提とする原判決の量刑判断はこの点でも維持し難く、職権により量刑不当として原判決を破棄した上で、法律上最低限の刑を科し、その執行を猶予することが相当である（懲役一年六月、執行猶予三年）。

本判決については、前述の名古屋高裁判決や横浜地裁判決に見られたような判例による立法とも呼べる状況[27]に歯止めをかけ、敢えて要件論の定立を行わなかったにもかかわらず、安楽死・尊厳死適法化論一般に及ぶ原理的な疑念を表明しており、一見、当該事案の解決への限定という司法の任務論に忠実に見えながら、その実、終末期医療全体に大きな影響を及ぼす壮大な傍論を展開したと指摘するもの[28]もある。また、本判決が尊厳死問題の解決のために立法ないしこれに代わりうるガイドラインの策定を提言したことが法実証主義的思考であるとの批判[29]や、東海大学安楽死事件判決同様、家族による患者の意思推定の可能性には慎重であるべきとの批判[30]、本判決が仮定した二つの適法化アプローチ相互の関係が必ずしも明確でないとの批判等[31]がある。他方、「患者の真意探求」ないし「患者の意思の推測」を目指しつつ、「疑わしきは生命の利益に」という枠で絞る工夫が見られる点を評価し[32]、治療中止の適法化のための具体的要件を、治療義務限界論と自己決定権論という二つの根拠から（横浜地裁平成七年判決のように）解釈論として一挙に明らかにすることはできないとしたことに理解を示す見解[33]も存在する。

（2）横浜地裁平成七年三月二八日判決（確定）

〔事実の概要〕上記二―3―（2）に同じ

〔判旨中、尊厳死および間接的安楽死について述べた部分〕少し長いが、全文を引用する。

「本件では、被告人によって治療行為の中止として、患者からの点滴及びフォーリーカテーテルの取り外し、さらにはエアウェイの除去がなされているが、こうした治療行為の中止が適法なものであったか否かを検討するため、一般論として末期患者に対する治療行為の中止の許容性について考えると、治癒不可能な病気におかされた患者が回復の見込みがなく、治療を続けても迫っている死を避けられないとき、なお延命のための治療を続けなければならないか、あるいは意味のない延命治療を中止することが許されるか、というのが治療行為の中止の問題であり、無駄な延命治療を打ち切って自然な死を迎えることを望むいわゆる尊厳死の問題でもある。こうした治療行為の中止は、意味のない治療を打ち切って人間としての尊厳性を保って自然な死を迎えたいという、患者の自己決定を尊重すべきであるとの患者の自己決定権の理論と、そうした意味のない治療行為までを行うことはもはや義務ではないとの医師の治療義務の限界を根拠に、一定の要件の下に許容されると考えられるのである。そこで、治療行為の中止が許容されるための要件を考えてみる。

一　患者が治癒不可能な病気に冒され、回復の見込みがなく死が避けられない末期状態にあることが、まず必要である。現在の医学の知識と技術をもってしても治癒不可能な病気に患者が罹り、回復の見込みがなく死を避けられない状態に至ってはじめて、治療行為の中止ということが許されると考えられる。それは、治療の中止が患者の自己決定権に由来するとはいえ、その権利は、死そのものを選ぶ権利、死ぬ権利を認めたものではなく、死の迎え方ないし死に至る過程についての選択権を認めたにすぎないと考えられ、また、治癒不可能な病気とはいえ治療義務

の限界を安易に容認することはできず、早すぎる治療の中止を認めることは、生命軽視の一般的風潮をもたらす危険があるので、生命を救助することが不可能で死が避けられず、単に延命を図るだけの措置しかできない状態になったときはじめて、そうした延命のための措置が、中止することが許されるか否かの検討の対象となると考えるべきであるからである。

こうした死の回避不可能の状態に至ったか否かは、医学的にも判断に困難を伴うと考えられるので、複数の医師による反復した診断によるのが望ましいということがいえる。また、この死の回避不可能な状態というのも、中止の対象となる行為との関係である程度相対的にとらえられるのであって、当該対象となる行為の死期への影響の程度によって、中止が認められる状態は相対的に決してよく、もし死に対する影響の少ない行為ならば、その中止はより早い段階で認められ、死に結びつくような行為ならば、まさに死が迫った段階に至ってはじめて中止が許されるといえよう。

二　治療行為の中止を求める患者の意思表示が存在し、それは治療行為の中止を行う時点で存在することが必要である。治療行為の中止が、死が避けられない状態での末期医療の内容・限界について、患者の自己決定を尊重するということに由来することからして、治療行為の中止のためには、それを求める患者の意思表示が存在することが必要であり、しかも、中止を決定し実施する段階でその存在が認められることが必要である。そのためには、中止が具体的に検討される時点で、患者自身の明確な意思表示が存在することがもっとも望ましいことはいうまでもない。そして、そうした意思表示は、患者自身が自己の病状や治療内容、将来の予想される事態等について、十分な情報を得て正確に認識し、真摯な持続的な考慮に基づいて行われることが必要といえるのであり、そのためには、病名告知やいわゆるインフォームド・コンセントの重要性が指摘される。

治療行為の中止を求める患者の意思表示は、右のように、十分な情報と正確な認識に基づいた明確なものとして、治療行為の中止が検討される段階で存在することが望ましく、医師側においてもそのような意思表示を求めて努力がなされるであろうが、しかし現実の医療の現場においては、死が避けられない末期患者にあっては意識さえも明瞭でなく、あるいは意識があったとしても、治療行為の中止の是非について意思表示を行うようなことは少なく、そのため、治療行為の中止が検討される段階で、中止について患者の明確な意思表示が存在しないことがはるかに多く、一方では、家族から治療の中止を求められたり、家族に意向を確認したりすることも少なくないと考えられるのである。こうした現実を踏まえ、今日国民の多くが意味のない治療行為の中止を容認していることや、将来国民の間にいわゆるリビング・ウイルによる意思表示が普及してゆくことを予想し、その有効性を確保することも必要であることなどを考慮すると、中止を検討する段階で患者の明確な意思表示が存在しないときには、患者の推定的意思によることを是認してよいと考えるのである。そこで、この患者の推定的意思の認定についてさらに検討してみる。

まず、患者自身の事前の意思表示がある場合には、それが治療行為の中止が検討される段階での患者の推定的意思を認定するのに有力な証拠となる。事前の文書による意思表示（リビング・ウイル等）あるいは口頭による意思表示は、患者の推定的意思を認定する有力な証拠となる。こうした事前の意思表示も、中止が検討される段階で改めて本人によって再表明されれば、それはその段階での意思表示となることはいうまでもないが、一方、中止についての意思表示は、自己の病状、治療内容、予後等についての十分な情報と正確な認識に基づいてなされる必要があるので、事前の意思表示が、中止が検討されている時点と余りにかけ離れた時点でなされたものであるとか、あるいはその内容が漠然としたものに過ぎないときには、後述する事前の意思表示がない場合と同様、家族の意思表

示により補って患者の推定的意思の認定を行う必要があろう。

次に、患者の事前の意思表示が何ら存在しない場合の対応である。この点、弁護人は、安楽死に関連してではあるが、患者の意思を体していると認められる家族の意思でもって足りる旨主張する。そこでこの場合、家族の意思表示から患者の意思を推定することが許されるか、言い換えれば、患者の意思を推定させるに足りる家族の意思表示によることが許されるかが問題となる。先の患者の推定的意思によることを是認した際に指摘した医療の現場での現実や、今日国民の大多数の人が延命医療の中止を容認する意見を有していながら、具体的には事前といえども患者の実際の意思表示がある場合が圧倒的に少ないという現実間のギャップがあること、並びに、具体的に当該措置を中止すべきか否かについては、医師による医学的観点からの適正さの判断がなされ、家族の意思表示があったからといって全ての措置が中止されるわけではないこと、さらに、患者の過去の日常生活上の断片的あるいはエピソード的言動から患者の推定的意思を探ろうとするよりも、むしろ家族の意思表示による方が、はるかに治療行為の中止を検討する段階での患者の意思を推定できるのではないかと思われることなどを考慮すると、家族の意思表示から患者の意思を推定することが許されると考える。

こうした家族の意思表示から患者の意思を推定するには、家族の意思表示がそうした推定をさせるに足りるだけのものでなければならないが、そのためには、意思表示をする家族が、患者の性格、価値観、人生観等について十分に知り、その意思を適確に推定しうる立場にあることが必要であり、さらに患者自身が意思表示をする場合と同様、患者の病状、治療内容、予後等について、十分な情報と正確な認識を持っていることが必要である。そして、患者の立場に立った上での真摯な考慮に基づいた意思表示でなければならない。また、家族の意思表示を判断する医師側においても、患者及び家族との接触や意思疎通に努めることによって、患者自身の病気や治療方針に関する

考えや態度、及び患者と家族の関係の程度や密接さなどについて必要な情報を収集し、患者及び家族をよく認識し理解する適確な立場にあることが必要である。このように、家族及び医師側の双方とも適確な立場にあり、かつ双方とも必要な情報を得て十分な理解をして、意思表示をしあるいは判断するときはじめて、家族の意思表示から患者の意思を推定することが許されるのである。この患者の意思の推定においては、疑わしきは生命の維持を利益にとの考えを優先させ、意思の推定に慎重さを欠くことがあってはならないといえる。

なお、右のように、医師側においても認定を行うのに適確な立場にあり、必要な情報を得ておくことが必要とされるのであるが、患者及び家族に関する情報の収集と蓄積、並びに認定を適確に行うためにも、複数の医師及び看護婦等によるチーム医療が大きな役割を果たすといえよう。

三　治療行為の中止の対象となる措置は、薬物投与、化学療法、人工透析、人工呼吸器、輸血、栄養・水分補給など、疾病を治療するための治療措置及び対症療法である治療措置、さらには生命維持のための治療措置など、すべてが対象となってよいと考えられる。しかし、どのような措置を何時どの時点で中止するかは、死期の切迫の程度、当該措置の中止による死期への影響の程度等を考慮して、医学的にもはや無意味であるとの適正さを判断し、自然の死を迎えさせるという目的に沿って決定されるべきである」。

本判決は、前述の東京高裁平成一九年二月二八日判決以前に、尊厳死の要件について初めて詳細に定立したものとして評価される[34]一方、前述のように批判[35]も存在する。

以上のように、いくつかの判例において、安楽死、尊厳死が違法性を阻却される要件が積み重ねられてきたが、冒頭で述べた二〇〇六年三月の富山県射水市市民病院における延命措置中止問題発覚を契機として、同報道から約

一四ヵ月後の二〇〇七年五月、厚生労働省は「終末期医療の決定プロセスに関する指針」[36]を初めて公表した。以下、その内容について検討する。

4　二〇〇七年厚生労働省指針（ガイドライン）

（1）　内容（原文のまま、引用する）

1　終末期医療及びケアの在り方

①　医師等の医療従事者から適切な情報の提供と説明がなされ、それに基づいて患者が医療従事者と話し合いを行い、患者本人による決定を基本としたうえで、終末期医療を進めることが最も重要な原則である。

②　終末期医療における医療行為の開始・不開始、医療内容の変更、医療行為の中止等は、多専門職種の医療従事者から構成される医療・ケアチームによって、医学的妥当性と適切性を基に慎重に判断すべきである。

③　医療・ケアチームにより可能な限り疼痛やその他の不快な症状を十分に緩和し、患者・家族の精神的・社会的な援助も含めた総合的な医療及びケアを行うことが必要である。

④　生命を短縮させる意図をもつ積極的安楽死は、本ガイドラインでは対象としない。

2　終末期医療及びケアの方針の決定手続

終末期医療及びケアの方針決定は次によるものとする。

（1）患者の意思の確認ができる場合

①　専門的な医学的検討を踏まえたうえでインフォームド・コンセントに基づく患者の意思決定を基本とし、多専

門職種の医療従事者から構成される医療・ケアチームとして行う。

② 治療方針の決定に際し、患者と医療従事者とが十分な話し合いを行い、患者が意思決定を行い、その合意内容を文書にまとめておくものとする。

上記の場合は、時間の経過、病状の変化、医学的評価の変更に応じて、また患者の意思が変化するものであることに留意して、その都度説明し患者の意思の再確認を行うことが必要である。

③ このプロセスにおいて、患者が拒まない限り、決定内容を家族にも知らせることが望ましい。

（2）患者の意思の確認ができない場合

患者の意思確認ができない場合には、次のような手順により、医療・ケアチームの中で慎重な判断を行う必要がある。

① 家族が患者の意思を推定できる場合には、その推定意思を尊重し、患者にとっての最善の治療方針をとることを基本とする。

② 家族が患者の意思を推定できない場合には、患者にとって何が最善であるかについて家族と十分に話し合い、患者にとっての最善の治療方針をとることを基本とする。

③ 家族がいない場合及び家族が判断を医療・ケアチームに委ねる場合には、患者にとっての最善の治療方針をとることを基本とする。

3　複数の専門家からなる委員会の設置

上記（1）及び（2）の場合において、治療方針の決定に際し、

・医療・ケアチームの中で病態等により医療内容の決定が困難な場合
・患者と医療従事者との話し合いの中で、妥当で適切な医療内容についての合意が得られない場合
・家族の中で意見がまとまらない場合や、医療従事者との話し合いの中で、妥当で適切な医療内容についての合意が得られない場合等については、複数の専門家からなる委員会を別途設置し、治療方針等についての検討及び助言を行うことが必要である。

（2）検討

以上のようなガイドラインについては、以下のような指摘が可能であろう。

まず、従来、各医療現場の曖昧かつ不統一な判断に任されてきた「終末期における延命治療の中止」について、厚生労働省として初めて統一的なガイドラインを示したことは、最初の一歩として評価できる。しかし、内容は、より問題の多い積極的安楽死について最初から除外しているという点はひとまず措いて[37]尊厳死（消極的安楽死）に限定するとしても、①患者の自己決定権の尊重（そのための情報提供）、②医療、その変更、中止等の判断は、複数の医療従事者から成るケアチームによること、③十分な話し合いとその内容に関する文書作成の必要性、④患者の意思が確認できない場合は家族またはケアチームによる推定の可能性、⑤問題が起きた場合の複数専門家からなる委員会の設置等は、従来の判例や学説で主張されてきた内容を繰り返して確認したに過ぎず、何ら新しい提言を含むものではない。

また、患者の意思が確認できない場合、「患者にとっての最善の治療方針をとることを基本とする」と三回繰り返しているが、「患者にとっての最善の治療方針」とは何であるかが正に問題[38]であり、その判断に関するより具体

的な指針は示されず、個々の医療機関・従事者に任されたまま、判断の正当性を担保する法的根拠もないままでは、現場の医療機関・従事者の躊躇、負担感は、それほど軽減されるものではないであろう。[39]

この点、ガイドラインのような曖昧な形ではなく、効力の強い法律により、延命治療の中止に当たり医師が刑事訴追されない条件を明確に規定したフランスの状況が大いに参考となるため、以下においては、フランスの当該問題をめぐる法的対応について紹介し、比較検討する（次号に続く）。

（1）　Loi 2005-370 du 22 avril 2005, J.O. du 23 avril. 本法以前のフランスの状況や本法の射程範囲については、クリスチャン・ビック、島岡まな訳「フランス法における安楽死」阪大法学五六巻三号（二〇〇六年）三四九頁以下参照。

（2）　欧州人権裁判所二〇〇二年四月二九日判決。欧州人権裁判所の公式サイトは、http://www.echr.coe.int/echr/。ダイアン・プリティ事件については、クリスティアン・ビック「安楽死と生命に対する権利：ダイアン・プリティ事件」『医療・生命と倫理・社会』（オンライン版）Vol.4, No.1/2 も参照。

（3）　詳細は、山下邦也『オランダの安楽死』（成文堂・二〇〇六年）、平野美紀「オランダにおける安楽死をめぐる諸問題」『法学政治学論究』三〇巻（一九九六年）三二一頁以下等参照。

（4）　星野一正「ベルギーの安楽死容認法」時の法令一六七〇号（二〇〇二年）四四頁以下参照。

（5）　この問題に関する刑法学者による最近の文献として、中山研一『安楽死と尊厳死』（成文堂・二〇〇〇年）、上田健二『生命の刑法学――中絶・安楽死・自死の権利と法理論』（ミネルヴァ書房・二〇〇二年）、甲斐克則『安楽死と刑法』（成文堂・二〇〇三年）等参照。

（6）　上田健二「生命倫理学の視点から見た臨死介助の重要問題」現刑四二号（二〇〇二年）二七頁以下参照。

（7）　以上の議論につき、前掲註5に挙げた文献のほか、大谷實『刑法講義総論（新版第二版）』（成文堂・二〇〇七年）二六七頁以下、川端博『刑法総論講義（第二版）』（成文堂・二〇〇六年）三二七頁以下、町野朔『犯罪各論の現在』（有斐閣・一九九六年）三〇頁以下、井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂・二〇〇五年）二〇四頁以下等参照。

（8）いわゆる安楽死適法論である。団藤重光『刑法綱要総論〔第三版〕』（創文社・一九九〇年）二二六頁、福田平『全訂刑法総論〔第四版〕』（有斐閣・二〇〇四年）一七四頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔第三版増補版〕』（有斐閣・二〇〇五年）四〇六頁、大谷・前掲書（註7）二六九頁等参照。なお、井田「終末期医療と刑法」ジュリ一三三九号（二〇〇七年）三九頁以下、特に四〇頁注10も参照。

（9）団藤・前掲書（註8）二二二頁、福田・前掲書（註8）一七五頁、大塚・前掲書（註8）四〇八頁等参照。

（10）団藤・前掲書（註8）二二二頁、福田・前掲書（註8）一七六頁、大塚・前掲書（註8）四〇八頁等。判例として、最決昭和五五・一一・一三刑集三四巻六号三九六頁、大阪高判昭和四〇・六・七下刑集七巻六号一一六六頁、仙台地判昭和六二・二・一八判タ六三二号二五四頁等がある。

（11）平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣・一九七二年）二四九頁、西田典之『刑法総論』（成文堂・二〇〇六年）一七二頁、前田雅英『刑法総論講義（第四版）』（東京大学出版会・二〇〇六年）三一五頁、山口厚『刑法総論（第二版）』（有斐閣・二〇〇七年）一三八頁等。

（12）曽根威彦『刑法総論（第三版）』（弘文堂・二〇〇〇年）一四〇頁。

（13）井田・前掲書（註7）二〇九頁、同・前掲論文（註8）四〇頁参照。

（14）高刑集一五巻九号六七四頁。

（15）町野・前掲書（註7）三〇頁以下参照。

（16）判時一五三〇号二八頁。

（17）佐伯仁志「安楽死」『刑法判例百選Ⅰ総論（第五版）』（有斐閣・二〇〇三年）四三頁とそこに引用された文献、井田・前掲書（註7）二〇八頁等参照。

（18）町野・ジュリ一〇七二号（一九九五年）一〇六頁。

（19）中山・前掲書（註5）、甲斐克則『尊厳死と刑法』（成文堂・二〇〇四年）等参照。

（20）大谷・前掲書（註7）二七〇頁、井田・前掲書（註7）二一三頁等。

（21）井田・前掲書（註7）二一四頁。作為犯説を採るものとして、町野「違法論としての安楽死・尊厳死」現刑二巻六号（二〇〇〇年）三八頁。

(22) 井田・前掲書（註7）二一五頁。
(23) 団藤・前掲書（註8）一四二頁以下、福田・前掲書（註8）七三頁以下、大塚・前掲書（註8）一四五頁、大谷・前掲書（註7）一四一頁以下、西田・前掲書（註11）一七二頁、前田・前掲書（註11）一二二頁以下、山口・前掲書（註11）七一頁以下等。
(24) 不作為の因果関係に関する最決平成元・一二・一五刑集四三巻一三号八七九頁参照。
(25) 団藤・前掲書（註8）一四二頁、福田・前掲書（註8）七三頁、大塚・前掲書（註8）一四五頁、大谷・前掲書（註7）一四一頁以下、西田・前掲書（註11）一七二頁、前田・前掲書（註11）一二二頁、山口・前掲書（註11）七一頁等。
(26) 判タ一二三七号一五三頁。
(27) これを批判するものとして、大山弘＝松宮孝明「東海大学付属病院『安楽死』事件」法セ四八七号（一九九五年）八二頁。
(28) 本庄武「医師による重度の昏睡状態患者に対する治療中止の許容性」ＴＫＣローライブラリー刑法一七号参照。
(29) 町野「患者の自己決定権と医師の治療義務――川崎共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（二〇〇七年）五〇頁。
(30) 甲斐「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寄せて」ジュリ一二九三号（二〇〇五年）一〇四頁。
(31) 本庄・前掲論文（註28）、辰井聡子「判批」平成一七年度重判解（二〇〇六年）一六六頁等。
(32) 甲斐・前掲論文（註30）一〇四頁。
(33) 井田・前掲論文（註8）四六頁参照。
(34) 佐伯・前掲評釈（註17）四三頁、井田・前掲書（註7）二〇八頁等。
(35) 大山＝松宮・前掲論文（註27）八二頁。
(36) http://www.mhlw.go.jp/shingi/2007/05/s0521-11.html 参照。
(37) この点に積極的理解を示すものとして、井田・前掲論文（註8）四〇～四一頁。

（38）なお、井田・前掲論文（註8）四六頁注40参照。

（39）その他、日本医師会、日本救急医学会、複数の病院等が独自のガイドラインを作成・公表しているが、その限界を踏まえ、日本尊厳死協会による尊厳死法制化活動も行われている。