

## 判例研究

医師が、気管支ぜんそく重積発作に伴う低酸素性脳損傷のため意識が回復しない患者の家族の要請に基づいて患者の気管内に挿管されていた気道確保のための

チューブを抜管し、併せて筋弛緩剤を使用して死亡させた行為について殺人罪の成立を認めた事例

—川崎協同病院気管内チューブ抜管・筋弛緩剤投与患者死亡事件上告審決定—

(最三小決平成21年12月7日 判例時報2066号159頁等)

日本大学通信教育部(法学部)准教授/歯学部兼担准教授 根本 晋一

### 第1 事実の概要

平成10年11月2日、患者Y(58歳男性)は仕事帰りの車内において気管支ぜんそく重積発作を起こし心肺停止状態(CPAOA=Cardiopulmonary Arrest on Arrival)に陥り、運転同乗していたYの息子2名により川崎協同病院に搬入された。Yは昭和60年よりX医師を受診しており、昭和59年川崎公害病患者の認定を受け、たばこぜんそくの兆候もあった。救急を担当した医師らの蘇生処置により心拍再開するも低酸素性脳損傷により意識は回復しなかったため、舌根沈下による窒息を防ぎ気道を確保するための気管内チューブを経口挿管し、これに人工呼吸器を接続しての入院措置となった。

その後Xが主治医となり、翌日Yの自発呼吸が回復したことから、11月6日人工呼吸器を取り外し、経鼻挿管に切り替え、家族に対し、再度の呼吸困難時においても人工呼吸器を再装着しないことを確認した。11月11日Xはチューブを抜管し容態を観察したところ、自発呼吸は弱く窒息の危険が認められたので再挿管した。この際、Xは家族に対して「...今のままでは9分9厘植物状態...」と説明した。

そのあと家族より抜管の要請があり、11月16日、Yの妻や子、孫が集まった病室にて、Xは気管内チューブを抜き取った。ところが、漸次自発呼吸が弱くなりやがては死に至るであろうという予期に反しYが身体をのけぞらすなどしながら苦悶様呼吸を始めたため、XはYに対して鎮静剤のジアゼパム注射液(商品名セルシン)4アンプル(1A=10mg)とミタゾラム注射液(商品名ドルミカム)7アンプル(1A=10mg)を静脈注射し投与したが鎮静しなかったため、Xは同僚医師に助言を求め、再挿管目的で使用すると思った同僚医師の示唆により麻酔用筋弛緩剤バンクロニウム臭化物注射液(商品名ミオブロック)をICUからとりよせ、准看護師に命じて3アンプル(1A=2ml=4mg)を静脈注射し投与した。注射後数分経過後の19時3分Yの呼吸は停止し11分には脈拍も停止することにより死亡し

たものである。

検察は X を、抜管と、医薬品投与のうち直接の死因とされた筋弛緩剤投与の双方について殺人罪（刑法 199 条）にあたるとして起訴した。

## 第2 判決要旨

第一審は懲役 3 年執行猶予 5 年の有罪判決、控訴審は懲役 1 年 6 ヶ月執行猶予 3 年の有罪判決、最高裁は被告人 X の上告を棄却したので、控訴審の判断が確定した。このように、各審級は一貫して殺人罪の成立を肯定し、X を有罪としたのであるが、本件は最高裁まで争われ、控訴審は原判決（第一審判決）を破棄自判し、上告審も弁護人の所論（気管内チューブ抜管の違法性）についてとくに職権判断をしていることから、事実認定や法律構成が審級ごとに異なる部分がある。そこで、各判決の相違点に留意しつつ概要を掲げる。

### 1 第一審判決(注 1)

本判決の要旨はつぎのようなものであった。…近時の高度な延命医療技術の発展は、患者に自己の死の迎え方を選ぶ余地を与えるとともに、医師の側には実行可能な医療行為の全てを行うことが望ましいとは必ずしもいえないという問題を生ぜしめた。すなわち、末期医療における患者の死に直結し得る治療中止は、患者の自己決定権の尊重と医学的判断に基づく治療義務の限界を根拠として認められる。患者の自己決定は、回復の見込みがなく死が目前に迫っていること、患者がそれを正確に理解し判断能力を保持していることが不可欠の前提であり、患者の自己決定の前提として十分な情報が提供され、任意かつ真意に基づいた意思の表明がなされていることが必要である。患者の意思の直接の確認ができない場合には、本人の事前の意思が記録されているものや患者の生き方・考え方を良く知る者による患者の意思を推測なども手がかりになる。患者の真意が不明の場合、「疑わしきは生命の利益に」の原則で生命保護を優先させるべきである…。

本件へのあてはめとしては、X は被害者の回復可能性や死期切迫の程度を判断するに足りる十分な検査をしていないので、治療義務の限界を論じるほどまでに治療義務を尽くしているとはいえず、早すぎる治療中止といわざるを得ないこと（医師の治療義務の限界からのアプローチ）、また、X は家族らに対して患者本人 Y の終末期医療の受け方についての意思を確認していないのみならず、また X は家族に対して抜管の意味すらも正確に説明していないので、家族がその意味（抜管すると気道が閉塞すること）を理解していたとはいえないことから、抜管の意味を十分に理解した上での家族の要請があったともいえないこと（患者側の自己決定権保障の見地からのアプローチ）、それゆえに正当化される余地はないとして殺人罪の成立を認め、Y を懲役 3 年、執行猶予 5 年に処した。

### 2 控訴審判決(注 2)

本判決の概要であるが、X の行為の正当化の可否については、第一審判決のアプローチを

まずは一般論として検討し、終末期患者の治療中止について患者の自己決定権や医師の治療義務の限界からその是非を論じる見解については、いずれにも積極的に与することはできない、治療の中止の合法性、つまり尊厳死問題を抜本的に解決するためには、最終的には尊厳死法の制定やガイドラインの策定が必要であり、国を挙げて議論・検討するべきであるとした。しかし、これらの行為規範が未だ存在しない現状においては、当該治療中止が殺人罪に該当するためには、患者の自己決定権と治療義務の限界の双方の見地から検討するほかなく、いずれの見解からもその治療中止を正当化できなければ、同罪の成立を認めざるを得ないとした。

これを本件についてみると、気管内チューブの抜管については患者の意思に基づいていたとはいえ、また X の治療義務が限界に達していたということもできないと判示した。なお、本判決は抜管についての家族からの要請の有無につき、本件抜管の適法性を判断するうえで重要な事実として、第一審判決がこの要請の存在を否定したことに関し「…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。」として、X は Y の家族の要請で抜管したと認定し、事後的に非難するのは酷な面もあるとして原判決を破棄して自判し、X は殺人罪の罪責を負うとしつつ刑を減輕し、懲役1年6ヶ月、執行猶予3年に処した。

### 3 最高裁第三小法廷決定(注3)

本決定の概要であるが、Y の死因については X による筋弛緩剤投与に起因する窒息死としつつ、X の行為の正当化を否定する第一審判決と控訴審判決の認定を支持したことから、筋弛緩剤投与の事実のみを以って X に殺人罪の罪責を問い得るので、抜管の違法性については検討する必要がなくなった。しかし X の弁護人がこの点について判断せよと職権発動を求めたことから、とくに判断をなし、つぎのような事情、つまり X は Y の脳波などの検査をしておらず、Y の余命についての的確な判断を下せる状況にはなかったことから X は治療義務を尽くしたとはいえ、Y も死期が切迫していたとは認められないこと、Y の終末期医療の受け方についての考えも不明なので推定的意思に基づくものともいえないこと、抜管の効果についての説明も足りず家族の中止要請もその説明を前提としたものに過ぎなかったこと、などの事情を認定したうえで、X による抜管は法律上許される治療中止には当たらないと判断し、X の上告を棄却した。

### 第3 本稿の目的 —安楽死と尊厳死—

医学は人類の健康維持と増進を目的とする科学である。ゆえに医療の至上命題も患者の傷病の治癒にあることも然りである。しかし、人に不老不死はあり得ずやがては衰えて医療の恩恵を受けつつ寿命を迎えること、また医学や医療が過去の臨床例の集積の上に成り立つ経験科学であることに鑑みると、現状の医療水準を超える治療をなし得ないことから、不治の病があり得ることも事実である。このような場合、患者は早晚死を免れないことから、医療の役割も治癒から死苦の緩和へとシフトする。この領域は終末期医療 (Terminal Care)

といわれ、医師の治療義務は限界に達しつつあることから、患者側における人生の終焉についての自己決定 (Autonomy) や、残された人生における QOL (Quality of Life) の向上が法律上問題とされることになる。

終末期において、本人の意思またはリビングウィルとして、あるいは本人の意思を知る家族が延命治療を望まない場合、医療機関としては生命の処分に関する患者の自己決定権を尊重する見地から、その一存で治療を続けることができなくなる。もし、かりに続けたとすると、専断的治療行為として当該患者の生命や身体に対する違法な侵襲となるからである。そこで、医療機関は、本人や家族の意思を可及的に汲み、患者に対する延命を目的とする治療をはじめからしない、途中で中止する、さらに積極的に、致死性の医薬品を投与して患者の生命を絶つことにより死苦から解放するなど、さまざまな医学的方法を用いて死苦の緩和を試みることになる。しかし、これらの試みは、患者の生命の短縮を伴う場合には、殺人罪 (刑法 199 条) や嘱託殺人罪 (同法 202 条) として犯罪とされることから(注 4)、治療の限界を考慮した医学的処置と法律学的な違法概念との間に、大きな齟齬があることになる。この間隙を、どのようにして埋め合わせるのかが問題とされている。

この点につき、終末期患者に対する臨死介助 (Sterbehilfe)、つまり第三者が患者を合法的に死へと導く行為として、先に少し触れた安楽死 (Euthanasia) と、新しい概念である尊厳死 (Terminale Sedierung・Death with Dignity) が提唱されているが、両者は別個の概念であり、患者が耐え難い死苦を感じている場合に用いられるのが安楽死、これを感じているか否かにかかわらず用いられるのが尊厳死である。因みに、尊厳死は麻酔医学の高度な発達を契機として提唱された概念である。なぜならば、疼痛緩和医療技術 (Pain Clinic) が発展すればするほど患者が死苦を感じなくなることから、患者が死苦にさいなまれるのを第三者が見るに見かねて殺害したという事態が現実に存在しなくなったため、死苦の除去を正当化根拠としていた安楽死概念では対処できなくなったからである。もともと、患者が苦痛を感じている場合には、安楽死のみならず尊厳死の概念も適用され得ることから、この限りにおいては両概念が重なるに至っている。

なお、延命治療術の進歩に伴って生じた論点として、生命を維持しつつも回復の見込みのない遷延性植物状態患者について、延命治療の続行を拒否することができるのかという問題も惹起されている。この場合、患者に苦痛がないことから安楽死の問題とはならず、純粋な尊厳死の問題となる。現時点における判例理論や医事法学の到達点としては、このレベル、つまり安楽死の類型化とその正当化要件に関する判例理論の定立、そして安楽死と尊厳死の概念が重なることが明らかにされたに過ぎず、いまだ触法を回避するための方策は確立されていない状況である。

本稿は、これらの論点に関する最高裁の初の判断である、川崎協同病院気管内チューブ抜管・筋弛緩剤投与患者死亡事件上告審判決 (以下、川崎協同病院事件) を主たる素材として、その先例となる東海大学病院カテーテル等抜管・塩化カリウム投与患者死亡事件判決 (以下、東海大学病院事件) と比較しつつ、今後の展望を模索するものである(注 5)。



## 第4 安楽死の諸類型と問題点

### 1 類型化とその実益

理論的には、つぎのように類型化されている。純粹安楽死とは、モルヒネなどの痛み止めを投与するなど、生命を短縮することなく死苦を和らげる処置をすることである。積極的安楽死とは、致死量の薬剤投与など、死を招致すれば患者の死苦も解消されるとして、死を直接の目的としてなされる行為である。消極的安楽死とは、人工呼吸器の非装着など、なすべき延命治療をしないという不開始＝不作為（不真正不作為犯）によりなされ、この不作為により結果として生命の短縮を伴う行為である。間接的安楽死とは、人工呼吸器の取外しなど、すでに開始されている延命治療を中止するという作為によってなされ、この作為により結果として生命の短縮を伴う行為である(注 6)。なお、間接的安楽死は「作為」によりなされる点で積極的安楽死と共通するが、間接的安楽死は、死を直接の目的としない治療の一環としての苦痛緩和措置の副作用に過ぎない点で、死を招致することにより無感覚とさせ、苦痛から解放することを目的とする積極的安楽死と区別される。以下、各類型について考察する。

純粹安楽死について、これは苦痛緩和という必要な治療そのものの付随的結果に過ぎず、適法に他ならないことから正当化を論じる意味はない。

反対に積極的安楽死については、もはや治療とはいえないので正当化の余地はないとする違法説と、厳格な要件のもとに正当化する余地を認める適法説が対立する。両説について考察してみると、違法説につき、かりに安楽死を肯定すると社会的弱者の排除、例えばナチス＝ドイツにおける恩寵死（Gnadentod）のような、特定のイデオロギーを前提とする生存の価値なき生命の毀滅へとつながりかねず、また、安楽死への同意は家族への経済的精神的負担に耐えかねた結果、あるいは周囲の無言の圧力に屈した結果であることもあり得、これを以ってなおも真摯な自己決定があったといえるのか否か疑問であることなどを根拠とする。もっとも、違法説に立脚する見解につき、積極的安楽死を一律に違法とする見解は見当たらず、いずれの見解も、根拠に若干の差異はあるにしても、期待可能性の減弱による責任阻却を認め、犯罪の成立を否定する余地があると解している(注 7)。これに対して適法説であるが、かつては、これを肯定する根拠を、同情や惻隱の情などに求め、殺人や囑託殺人行為の違法性を阻却すると解していた(注 8)。この見解によると、患者本人の明示の意思の存在という要件は、重要性を相対的に低下させる。もっとも、この見解は一步間違えるとナチスの恩寵死との差異がなくなることから支持を失いつつある。現在の通説は生命の処分に関する自己決定権に根拠を求め、殺人や囑託殺人行為の違法性を阻却すると解している(注 9)。ただ、自己決定というからには選択肢の存在を前提とするところ、これは「苦痛の生」と「苦痛から解放された死」のいずれかを選ぶという選択肢である。

既往のような積極的安楽死について、違法説と適法説のいずれに与すべきかであるが、

適法説に与しつつ、これを違法性阻却事由と位置付けるのが通説とされている(注10)。

積極的安楽死を適法とするとして、惻隱の情説と自己決定権説のうちいずれに立脚するとしても、その共通の根拠としては、わが国の現行法制は生命の保護を絶対的なものとする事なく、時と場合によっては否定され得る相対的なものと捉えていることに求めている。つまり、刑法典において死刑制度が存置され、また正当防衛(同法36条)の際に生命侵害をなしても違法とはされない。さらには緊急避難(同法37条)においても法益衡量を要件としているので、生命対生命という同価値の場合にも緊急避難が肯定されて違法性が阻却されることに鑑みると、積極的安楽死も一律に違法とされるべきではなく、厳格な要件のもとに適法とされる余地があると解するのである。

後掲の終末期医療におけるガイドラインはこれを否定するが、第5において後述する東海大学病院事件判決は、塩化カリウム投与の違法性判断の判示部分において、これを肯定する余地を認めたと解釈し得る。もっとも、肯定説が判例理論として確立されているわけではなく、少なくとも前記川崎協同病院事件控訴審判決は、自己決定権が憲法上保障された不可侵の人権とまでいえるのか否か疑問を呈している。それゆえに、単独では権利性が弱いとされる自己決定権(ここでは、終末期医療の受け方に関する当該患者の最終意思のあり方を意味する)にくわえ、治療の限界=治癒不可能性をも併せ考慮して正当化の可否を決するという基準を判示したのである。

これに対して間接的安楽死は、治療ではあるが副作用として生命を短縮することから、緩和された要件のもとに正当化を認めるのが一般である。後述する東海大学事件の、フォーリーカテーテル等抜管の違法性判断の判示部分が一例である。本判決のように、消極的安楽死は不作為であって違法性が相対的に低いことに鑑みて、一定の要件のもとに正当化を認めるのが一般である。

既往の類型化論を前提とすると、いったん延命治療に着手したことを前提として、間接的安楽死つまり治療中止を経ても、なおも絶命せず苦痛が止まらない状況において、苦痛緩和措置について万策尽きてからでない積極的安楽死は容認されないことになる。もっとも、安楽死の成否が問題とされた事案について、実際に正当化の要件を備えるとして殺人罪(刑法199条)や囑託殺人罪(同法202条)の成立を否定した判例は存在しない。

## 2 医師による安楽死の正当化要件を考える際の要諦

安楽死の法的性質は、通説的見解によると、殺人罪(刑法199条)や囑託殺人罪(同法202条)の成立を否定する違法性阻却事由として位置づけられる。そして、生命は数ある保護法益のなかで最も保護されるべき法益であることは論を俟たないことから、生命侵害の違法性を阻却することは、あくまでも例外でなければならない。このことを、視点を変えてみると、例外であるはずの安楽死が濫用されると安楽死違法説が危惧する事態が現実化する恐れが生じることを意味する。そこで、濫用防止の見地から、安楽死の正当化要件は明確かつ絞りが掛けられたものでなければならない。これを換言すると、被害者の承

諾＝患者の明示の最終意思は、殺人行為の違法性を「減少」させるに過ぎないことから（つまり、同法 202 条所定の嘱託殺人罪は、殺人罪の刑を減輕しているに過ぎないことから）、その違法性を完全に「阻却」し、犯罪の成立を否定するためには、被害者の承諾にくわえて、他の具体的事情を要件として付加する必要がある。この付加的要件につき、判例理論は苦慮しつつ規範を定立しているのである。以下、医師を主体とする事例について、判例（東海大学病院事件）が定立した要件について考察する。

(1) 「死期切迫」および「回復不可能性」

死期の切迫は、安楽死が終末期医療であることに鑑みると当然の要件であるから、これを外すことはできない。そして、死期切迫か否かの判定については、医師がこれを判定する臨床では、医学の素人がこれを見極めなければならない非臨床と比較すると相対的に判定が容易である。また、素人目には死期切迫に見えたとしても、プロの医師から見るとまだ持つということもあり得るので、非臨床と比較すると絞りを掛けることができる。医学の進歩と平仄を合わせる形で、この要件は漸次厳格になる。

(2) 「耐え難い肉体的苦痛」

安楽死の目的はその類型如何にかかわらず苦痛からの解放にあるので、これを外すことはできない。もっとも、ペインクリニックと併せて患者の意識レベルを落とすことにより、ほぼ確実に患者は苦痛を感じなくなる。ゆえに現代の医療水準を前提とすると、患者に対して苦痛緩和措置を施したが治まらず、苦痛緩和について万策尽きた、つまり他に代替手段はないという事態は可及的に減少しつつある。麻酔医学の進歩と平仄を合わせる形で絞りを掛けることができるので、この要件は漸次厳格になる。

(3) 患者の「明示の意思」と「推定的意思」

判例は、積極的安楽死措置を施す際、これを受容する患者の「明示の意思」を必要としているが、実際問題として、死期が切迫して苦痛緩和措置についても万策尽きた時点において、なおも患者が明示の意思を表示できることは考え難いことから、事実上、積極的安楽死の措置をとれないことになるので、この要件に絞りを掛けることができる。

また、判例は、間接的安楽死措置を施す際、これを受容する患者の「推定的意思」を必要としているが、推定的意思のあり方として、患者の事前の意思（リビングウィル）や措置実施時点における患者本人の意思を推定した家族の意思で足りるとすれば、積極的安楽死と比較すると、やや緩和された要件ということになる。

間接的安楽死はあくまで治療の一環としての苦痛緩和措置であり、死を直接の目的としていないことに鑑みると、要件を緩和することは濫用に当たらず、また、死苦を感じつつ意思を表明できない患者もあり得ることを考慮すると、少なくとも間接的安楽死については推定的意思で足りるとすることに医学的・法律学的合理性があると考えられる。

### 3 類型化論の問題点

以上のように、論理的な類型化は可能であるが、果たして截然と区別できるのかという疑問が存する。例えば塩化カリウムなどの致死性の薬剤投与は、その効能に鑑みて積極的安楽死に該当するが、生命を短縮する副作用がある鎮静剤を適正な使用量を超えて投与することは、もはや間接的安楽死とはいえ、積極的安楽死に該当する可能性があるため、その線引きは難しい。また、類型化論によると、人工呼吸器非装着などの消極的安楽死は、相対的に正当化が容易であるとされているが、挿管のみでは自発呼吸が困難な患者に対してこれを装着しないと、ほぼ確実に死をもたらすことは医学的に自明である。すると、致死性の薬剤投与という積極的安楽死と比較すると、確実な死の招致という点においては医学的に同等な評価を受けるはずである。しかし、類型論によると、積極的安楽死は正当化されない（否定説）、もしくはきわめて厳格な要件のもとにおいてのみ正当化されるのであるから（限定肯定説）、医師は法律上の免責を得るために、いったん始めた延命治療を最後まで止めないか、もしくは、そもそも非装着を選択するであろう。すると、前者であれば、患者本人が望まない苦痛の生を強制することになり、後者であると、患者は人工呼吸器を装着されれば命を長らえたはずであったにもかかわらず、ひとたびこれを装着すると、外した場合に殺人罪に問われ得ることから、そのリスクを避けるため、そもそも非装着とされてしまうので、早い時期に死をもたらされてしまう。

既往の疑問点から明らかなように、安楽死概念を精緻に類型化したとしても、実際の臨床例とうまく整合しないのでは画餅に終わってしまう。判例の集積を待っていたのではスケープゴードが増えるばかりなので、医師は触法回避のため、そもそも延命治療をしない、もしくはいったん始めた延命治療を最後まで止めないという、患者不在の療法選択を強いられる。このような事態を避け、類型論を実効性あるものとするためには、各類型に対応する具体的な症例を法律もしくはガイドライン、例えば後述する「終末期医療に関するガイドライン」(注17)を参照されたい) のようなものに明示することにより、判例理論を触法回避のための行為規範に昇華させる必要がある。

### 4 未解決の課題 一他の判例理論との整合性一

安楽死と尊厳死のいずれであるとを問わず、第三者による終末期患者の殺害行為に他ならないことから、これを正当化する余地があるとしても、おのずから限界があるはずである。法理論的なバランス要素としては、正当化へのベクトルは患者の自己決定権(Autonomy)の尊重、違法化へのベクトルは自殺関与罪の存在(刑法202条)ということになる。確かに、現行刑法典が第三者の自殺関与を違法としている以上は、人手を借りない自殺は格別として、第三者の助けを借りる形の、死の選択に関する終末期患者の自己決定権は制限されると解するのが素直である。

しかし、最高裁は、いわゆる東大医科研エホバの証人輸血拒否事件、つまり患者が宗教



的理由により命にかかわる場合であったとしても輸血を拒否していたにもかかわらず、医師がなおも輸血して救命した事案について、患者の自己決定権侵害を理由に医師側の不法行為に基づく損害賠償責任（民法 709 条。ただし慰謝料のみ）を肯定したことから（注 11）、この判例理論との整合性が問題となる。なぜかという、エホバの証人信者である当該患者は、輸血されるくらいであれば「死を選択する」覚悟であった（自己決定をしていた）ところ、それを無視する医師の輸血行為は「違法」であると判示したことに他ならないので、これを、終末期患者が延命治療を拒否（望まない延命をするくらいであれば死を覚悟）しているにもかかわらず、医師がなおも延命治療を続ける事案に当てはめてみると、患者本人の意思に反する延命治療行為は、患者の自己決定権侵害として違法とせざるを得ないからである（注 12）。

なお、かような指摘は、いわゆる慰謝料請求の可否、つまり民事訴訟について言及されたものであることから、自己決定権を不法行為法における被侵害利益として捉えることを前提とした指摘である。この見解に従うと、終末期を迎えた患者の自己決定を尊重し、延命治療を中止した医師は損害賠償責任を免れることになるので、結論としては妥当である。しかし、刑事責任は民事責任の有無とは区別されるという峻別論を加味して考えてみると、当該医師に対して、なおも殺人や囑託殺人の罪責を負わせることも可能という結論になる。果たしてそれでよいのであろうか。担当医師は、民事責任を免れようとすれば刑事責任を問われ、刑事責任を免れようとすれば民事責任を問われることにもなりかねないので、進退兩難の地位に置かれはしないであろうか。

ゆえに、私見としては、刑事裁判についても、前記川崎協同病院事件決定と第 5 において後述する東海大学病院事件判決が、第三者による臨死介助行為を不可罰とする＝正当化する根拠の一つとして、患者の自己決定権に対して重大な関心を寄せていることから、民事訴訟のみならず刑事裁判においても、患者の自己決定権を可及的に尊重する解釈をなすべきであり、臨死介助が正当化され、民事責任を負わない場合においては、刑事責任をも問わないという運用がなされるべきと考える。

かような解釈を前提とすると、患者本人の意思に基づく延命治療の中止、つまり気管内チューブの抜管や人工呼吸器を外す行為について、これを犯罪と思量して捜査の端緒としている捜査実務、および殺人罪や自殺関与罪として有罪とする余地を認める刑事裁判実務は自己決定権侵害として違法とされる余地がある。終末期医療や捜査実務における混乱を回避し、明確な行為規範を示すためにも、この辺りの理論と実務の乖離をどのように整合させるのかについての立法化、これが間に合わないようであれば判例理論を確立することが急務である。

## 第 5 先例の検討 一東海大学病院カテーテル等抜管・塩化カリウム投与患者死亡事件判決

## 1 検討の意義

医師を安楽死行為の主体とする判例の嚆矢として本判決(注13)が存在するところ、これが第一審判決のみで有罪確定したため、確立された判例理論とはなり得なかったことから、最高裁判決が待たれていたところ、本判決を前提として川崎協同病院気管内チューブ抜管・筋弛緩剤投与患者死亡事件上告審決定が出されたという関係がある。本件においては、塩化カリウムという致死性の薬剤投与行為のみが起訴されたため、積極的安楽死の肯否と、これを肯定した場合における正当化要件如何について判決理由中に述べているが、起訴されなかったカテーテル等抜管についても間接的安楽死と位置づけて、これを肯定することを前提として、その正当化要件の規範定立に努めている。

この論点に関する初の最高裁判決である川崎協同病院事件上告審決定が、検察側の起訴のあり方、つまり気管内チューブ抜管と筋弛緩剤投与を全体として一つの殺人行為として起訴したことに引き摺られ、両行為を一つの実行行為として観念し、その正当化=違法性阻却の可否を検討したため、被告人医師の行為は積極的安楽死なのか、それとも間接的安楽死なのか不明確となり、正当化要件もいまひとつ詳らかにされなかったことと比較すると、東海大学病院事件判決は下級審判決ながら、論理的にもすっきりと整理されていて精緻な印象を受ける。そこで、ここにおいては本判決によって示された事実認定や論理を整理して、これが後発の川崎協同病院事件に与えた影響について考察をする。

## 2 事実の概要

患者 Y (58 歳男性) は、末期の多発性骨髄腫 (がん) のため東海大学医学部付属病院に入院しており、意識不明に陥り余命数日と宣告されていた。なお病名は家族にのみ告知されていた。

平成3年4月13日、患者 Y の妻 Z1 と長男 Z2 は、Y に対する治療の中止を強く希望したため、同大助手の医師 X は、フォーリーカテーテルや点滴を取り外すとともに痰吸引などの治療を中止した。しかし Z2 は、なおも「いびきを聞くのがつらい。楽にしてやってください。」と強く要望したため、X はそれに応じ精神安定剤ジアゼパム (商品名ホリゾン) と抗精神剤ハロペリドール (商品名セレネース) を通常量の2倍、つまり前者を2アンプル (1A=10 mg=2ml) と後者を2アンプル (1A=5 mg=1ml) 静脈注射し投与した。しかし Y の容態に変化がないので、Z2 は「早く家につれて帰りたい。」と重ねて要望した。そこで X は Y が死に至ることを認容しつつ、不整脈治療剤のベラパミル塩酸塩製剤 (商品名ワソラン) を通常量 (1A=5 mg=1ml) の2倍ほど急速静脈注射し投与したが、なおも脈拍などに変化を生じなかったため、続いて塩化カリウム製剤 (商品名 KCL 注射液) の原液 20ml を静脈注射し投与したところ、同日、患者 Y は急性高カリウム血症に起因する心停止により死亡した。

検察は、カテーテル抜管などの治療の中止については起訴せず、医薬品投与の中でも直接の死因とされた塩化カリウムの投与についてのみ殺人であるとして起訴したものである。

### 3 判決の概要

致死性の医薬品投与、つまり「塩化カリウム投与行為」は積極的安楽死に該当し、その正当化要件としては、①患者に耐え難い激しい肉体的苦痛があること、②患者は死が避けられず、その死期が迫っていること、③患者の肉体的苦痛を除去・緩和するために方法を尽くしほかに代替手段がないこと、④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4つの要件を備える必要がある。

なお名古屋有機リン殺虫剤供与親殺し事件判決(注14)において示された「もっぱら死苦の緩和を目的としてなされたこと」、「方法が倫理的にも妥当なものであること」なる要件は、終末期医療において医師が安楽死を実施する場合には、通常もっぱら苦痛除去の目的で外形的にも治療行為としてなされ、目的に合った方法が選択されることからとくに要件として掲げる必要はないとした。

本件へのあてはめとしては、Yは昏睡状態に陥っており意思表示をなし得ないのみならず、苦痛を覚えることもなかったことから①と④の要件を備えているとはいえないことから安楽死として正当化することはできない。ゆえにXは殺人罪の罪責を免れないが(刑法199条)、患者Yの妻Z1と長男Z2の強い要望が存したことを考慮して情状酌量により刑を減輕するべきであるとして、懲役2年、執行猶予2年に処した。

なお、本判決は、起訴されていない「気管内チューブやカテーテル等の抜管」についても検討し、このような延命治療の中止は間接的安楽死に該当し、つぎのような正当化要件を必要とすると解している。①患者が治癒不可能な病気に冒され、回復の見込みもなく死が避けられない末期状態にあること。その理由としては、患者の自己決定権は死そのものを選ぶ権利や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過ぎず(患者側の自己決定権保障からのアプローチ)、早過ぎる安易な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(医師の治療義務の限界からのアプローチ)治療の中止が許されるからであるとしている。そして「死が回避不可能な状態」に至ったのか否かにつき、医学的にも判断に困難を伴うので複数の医師による反復した診断によるのが望ましく、またそのような状態というのも中止の対象となる行為との関係で相対的にとらえるべきであると述べている。②治癒行為の中止を求める患者の意思表示が存在し治癒の中止を行う時点で存在すること。なお、治療の中止を求める患者の意思表示は「明確な」意思表示によることが望ましく、それは病状や治療内容、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たうえで真摯で持続的な考慮に基づいて行われることが必要であり、そのためには病名告知やインフォームドコンセントの重要性が指摘される。さらに、患者本人の意思が不明である場合には家族の意思表示から患者の意思を推定すること、換言すると、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も許される。③なお、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およ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る。どのような措置を何時中止するかは、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決定される、と判示した。

#### 4 考 察 —東海大学病院事件と川崎協同病院事件の比較検討—

##### (1) 検察による起訴の仕方と裁判所による審判対象の設定

延命治療の中止といっても決して一つの医療行為に限られない。つまり、不可避の死を目前にした患者が容易に絶命しない場合には、時系列として、延命治療をしない、例えば人工呼吸器の非装着（消極的安楽死）、またはこれの取り外し（間接的安楽死）から始まり、やがては致死性の医薬品投与という積極的安楽死行為におよぶ可能性があるが、これら一連の行為のうち、いずれか一つを取り上げて起訴するのか、あるいはすべてを取り上げて起訴するのかは、起訴便宜主義の見地から検察側の裁量である（刑事訴訟法 248 条）。

もし、前者であるとする、受訴裁判所は、一つの医療行為のみを審判対象として、殺人罪の構成要件該当性を検討し、つぎに、安楽死として行為の違法性が阻却されるのか否かを検討するというプロセスを経ることになる。例えば、東海大学病院事件の場合、検察は死因とされた塩化カリウムの投与のみを起訴し、死因とされなかったカテーテルの抜管は不問に付して起訴しなかった。すると、塩化カリウムの投与は、致死性の医薬品投与であって積極的安楽死に分類されることから、受訴裁判所は当該事実関係のもとにおいて、積極的安楽死の違法性阻却の要件が備わっているのか否かのみを検討すれば足りた。

これに対して後者である、検討の方法は一概に決められないことになる。一つの考え方としては、起訴された複数の医療行為を包括し、法律上は一つの行為であるとして殺人罪の構成要件該当性を検討し、これが肯定された場合には安楽死として違法性阻却の可否を検討することが考えられる（川崎協同病院事件における各審級の構成）。もう一つの考え方としては、起訴された複数の医療行為のうち、死因とされなかった行為は捨象し、死因とされた行為のみを審判の対象として殺人罪の犯罪構成要件該当性を検討し、これが肯定された場合には安楽死として違法性阻却の可否を検討することが考えられる。因みに東海大学病院事件判決の構成を演繹すると、このようになると思われる。後に示した考え方によれば、検察側が複数の行為を起訴したとしても、裁判所は死因とされた一つの行為のみを審判の対象とすれば足りることになる。

ところが、この点について川崎協同病院事件の第一審、控訴審、上告審の各判断は、先に示した考え方、つまり起訴された複数の医療行為を包括し、法律上は一つの行為とみる構成を採用したため、直接の死因とはならなかった抜管まで殺人行為の一部に含まれることになってしまった(注 15)。しかし、抜管が法律上殺人にあたる、医師が処罰を免



りたいと思えば、いったん挿管したら最後、患者が死苦に苛まれたとしても死ぬまで抜かないことにもなりかねないので、臨床に与える悪影響は計り知れない。

くわえて、複数の医療行為を一把一絡げに一つの殺人行為と認定すると、その違法性阻却を検討するに際し、いずれの安楽死類型に該当するものとして、これを検討するべきなのかも判然としなくなってしまう。つまり、筋弛緩剤投与を基準とすれば積極的安楽死であり、抜管を基準とすると間接的安楽死であるところ、判決文からは、いずれを基準として違法性阻却を検討しているのか明らかではない。これでは、東海大学病院事件判決が苦心して規範定立した、安楽死の類型論と違法性阻却の要件がほとんど生かされていないことになる。もし、かりに川崎協同病院事件判決（決定）が、検察の起訴の仕方に惑わされることなく、後に示した考え方を採用し、抜管を捨象して、死因とされた筋弛緩剤投与のみを審判対象としていれば、東海大学病院事件判決と同じ流れ、つまり積極的安楽死として違法性阻却の可否のみを検討すれば足り、また抜管を殺人行為の一部とすることもなかった。

このように、受訴裁判所が検察の起訴の仕方に惑わされ、複数の医療行為を一つの殺人行為とみて審判対象とすると、被告人の予測可能性を害し防御の利益を害するのみならず、治療の限界を考慮した医学的処置（抜管などの治療中止）を違法行為として取り扱うことになることから、医学と法律学の相克を生じることになる。以上の考察より、川崎協同病院事件に関する一連の判決や決定が採用した構成は妥当でないと考える。

## (2) 川崎協同病院事件上告審決定の射程

確かに、本決定において抜管行為の違法性に関する判断が示されたことにより、一定の適法要件が「明らか」にされたことと捉えることも可能である。しかし、臨床における行為規範として機能し得るほどに明確な指針であるかという点、未だに疑問を払拭し得ない。その理由は以下に述べるとおりである。

つまり、本決定は、抜管と筋弛緩剤投与という二つの行為を一つの犯罪実行為と評価したことは先に述べたとおりであるが、構成要件該当性のレベルにおいては特段の問題は生じない。しかし、違法性のレベルにおいて、構成要件該当性のゆえに行為の違法性が推定される場所、その違法性阻却を検討するに際し、間接的安楽死の要件のもとでこれを検討するのか、それとも積極的安楽死の要件のもとでこれを検討するのか、判然としなくなってしまった。

違法性阻却の根拠についても、上告審は控訴審の判断スキームを支持していることから、患者の自己決定権保障と医師の治療義務の限界のうち、いずれか一方とは決められず、また、それを決めることは、法の解釈と適用を主たる任務とする裁判所の職責にふさわしくない旨を判示し、現時点においては「消極的」に、終末期患者の最終意思を確認した上でなされた行為なのか、併せて医師は手を尽くしたのか、という二つの要件の双方を備えた場合のみ、行為の違法性を阻却する余地があるとしている。そのうえで、延命治療の中止

の適法性の問題は、(立法政策の問題ということもできるから) 将来において、国民主権の見地から「積極的」に、安楽死法や尊厳死法の制定というレベルで、(裁判所ではなくて) 国会、ひいては国民が議論して決めるべきことと判示したのである(ある意味において、荷が重く匙を投げたともいえる)。

このことを穿ってみると、裁判所は、延命治療の中止に関する適法化要件の定立を事実上放棄したと理解することも可能であり、この点の定立に積極的であった東海大学病院事件判決とは反対のベクトルにある決定である。このように現状は、安楽死法や尊厳死法が存在しないのみならず、判例理論も確立されていない状況であることから、終末期に携わる医療者の行為規範は無いにも等しい状態なのである。

これを前提とすると、医療者は自己保身に回らざるを得ないので(まさに「君子危うきに近寄らず」)、従来からの悪しき医療慣行、つまり「ひとたび挿管したら最後まで抜かず、また、時と場合によってはそもそも挿管しない。」という、患者の最終意思を無視する慣行が改まることはないであろう。

では、本決定において示された不明確な基準を以て、抜管の適法要件が確立されたというべきなのであろうか。私見としては否と考える。つまり、上告審の理解としては、本決定が「本件における事実関係に鑑みると」などと、とくに留保していること、また、第2-3最高裁判決の概要において指摘したように、弁護人が裁判所に対してとくに職権判断を求めた事項であることに鑑みると、当判示部分は抜管の違法性に関する一般的規範を示した判決ではなく、当該事案に限定して判断した事例判決というべきである。ゆえに、抜管は本判決によって一律に違法と確定されてしまったわけではなく、この点に関する一般的規範の確立は、抜管という間接的安楽死行為「のみ」が純粹に殺人として起訴され、最高裁まで争われ、判決が示されるまで留保されていると考える。

その機会が訪れた暁には、裁判所は司法積極主義の見地から、抜管の安楽死類型上の位置づけと適法化要件を明確に判示するべきである。そうすれば、抜管について無闇に起訴を躊躇する必要がなくなるのみならず、臨床における行為規範が示されることから、却って触法回避の方向に沿うことになろう。

## 第6 結 語 一本判決を前提とする終末期医療者の触法回避の方途とは—

既往の考察より、抜管などの治療中止に関する一般的な規範は未だ定立されていないと考えられることから、現時点において、ターミナルケアに携わる医療者は、臨床における触法を回避すべく、どのように対処したらよいか。

一つの方途としては、厚生労働省が策定した「終末期医療の決定のプロセスに関するガイドライン」(平成19年)に準拠することが考えられる(注16)。このガイドラインによると、積極的安楽死はいかなる場合にも正当化されないが、他の安楽死類型については医療倫理の見地から妥当と思われるプロセスを明示することにより例外として許容する場合を認めている。しかし、ガイドラインは医療倫理であって法規範ではないことから、犯罪の成立

を否定し、捜査や起訴を抑制することはできないので、ターミナルケアにおける行為規範として機能し得るのか否か疑問である(注17)。医療者の不安を完全に払拭するためには、結局のところ、安楽死法や尊厳死法などの法制化により正当化するしかないのであろうが(刑法35条の法行為)、法制化の現状は、どのようになっているのであろうか。

この点につき、尊厳死法制化を考える議員連盟(超党派)は「臨死状態における延命措置中止等に関する法律」案を提出し(平成19年)、これが期限切れにより廃案となると、「終末期における患者の意思の尊重に関する法律案(仮称)修正案」を提出し(平成24年)、法制化をめざしている(注18)。

しかし、本法案は「終末期」「治療のすべてを尽くす」「回復の見込みがない」などの文言の定義が不明確であり、法案としては未成熟である。どのようなことかという、例えばALS(筋委縮性側索硬化症)患者についてみると、この疾病は「回復の見込みがない」ので「終末期」といえることから、一方で、人工呼吸器の装着は、まさに中止されるべき無意味な延命術に過ぎないと考えることもできるが、他方で、本法は延命治療を中止するに際し「治療のすべてを尽くす」ことを要件としていることから、人工呼吸器の装着は、まさに「治療のすべてを尽くす」ための唯一の治療手段とも考えられるので、このような解釈上の疑義を露呈している本法案は、まだまだ医学的合理性に欠けているといわざるを得ず、臨床の対応に迷いを生じさせるおそれがあるからである。ゆえに、法制化への道程はかなり遠いといわざるを得ない。

結論として、現時点において医療者がとるべき程度とは、事前における本人や親族に対するインフォームドコンセントを徹底し、延命治療の中止に関する理解を深めさせ、医療者と本人や親族との間に行き違いがないようにするとともに、尊厳死協会推奨書式のリビングウィルを作成し、事後的な改ざん等ができない状態で保管しておく。これにくわえて、先に説明をした厚生労働省起案によるガイドラインを、その直接の名宛人である医療者や捜査機関のみならず、誰しもが等しく終末期を迎える国民各人においても理解に努めて尊重し、その間に尊厳死に対する社会的合意を形成することにより、一刻も早い法制化をめざし、法案を煮詰めてゆくしかあるまい。

※本稿は、企業法学会第42回春期総会定時総会・研究報告会(平成25年7月14日)における筆者の個別報告に対応する判例研究である。

## (脚注)

---

(注1) 横浜地判平成17年3月25日判例時報1909号130頁を参照されたい。

(注2) 東京高判平成19年2月28日判例タイムズ1237号153頁を参照されたい。

(注3) 最三小決平成21年12月7日判例時報2066号159頁を参照されたい。

- (注4) 捜査機関は、医師が患者にいったん装着した人工呼吸器を事後的に外した事案、たとえば北海道羽幌病院事件(平成16年5月14日付朝日新聞夕刊1面)、富山県射水市民病院事件(平成18年3月26日朝日新聞朝刊1面)、和歌山県立医大付属病院紀北分院事件(平成19年5月23日朝日新聞朝刊1面)において殺人罪の嫌疑で捜査に着手した。もともと、いずれも医師は書類送検されたが当該取り外しと患者死亡との因果関係が不明である(嫌疑不十分)として不起訴処分とされた。
- (注5) 主要な先行業績として、井田 良「終末期医療と刑法」ジュリスト1339号39頁(有斐閣,平成20年)、甲斐克則「終末期医療・尊厳死と医師の刑事責任」ジュリスト98頁(有斐閣,平成17年)、辰井聡子「判批」判例セレクト2007 27頁(有斐閣,平成20年)、町野 朔「患者の自己決定権と医師の治療義務」刑事法ジャーナル47頁(成文堂,平成19年)などを参照されたい。
- (注6) 井田 良「安楽死と尊厳死」現代刑事法15巻82頁(立花書房,平成12年)、甲斐克則「安楽死と刑法」医事刑法研究1巻2頁、33頁(成文堂,平成15年)、医師の立場から、星野一正「医療の倫理」(33刷)岩波新書201 126~133頁(岩波書店,平成19年)、佐瀬恵子「安楽死と自己決定権」45頁(創価大学大学院法学研究科,平成15年)などを参照されたい。
- (注7) 町野朔「犯罪各論の現在」27頁(有斐閣,平成8年)、甲斐克則「安楽死問題における病者の意思—嘱託・同意殺の可罰根拠に関連して—」九大法学41号96頁(九州大学法学部,昭和56年)、内田文昭「安楽死」刑法の判例(第2版)37頁(有斐閣,昭和48年)、同「改訂刑法I(総論)」216頁(青林書院,昭和61年)などを参照されたい。甲斐克則「安楽死問題における病者の意思—嘱託・同意殺の可罰根拠に関連して—」九大法学41号96頁(九州大学法学部,昭和56年)、内田文昭「安楽死」刑法の判例(第2版)37頁(有斐閣,昭和48年)、同「改訂刑法I(総論)」216頁(青林書院,昭和61年)などを参照されたい。なお、判例研究であるが、鈴木 晃「安楽死による違法阻却と責任阻却が認められなかった事例」法学研究論集11号85~87頁(中京大学法学部,平成3年)は、その解説中における、国内外の学説の整理と渉獵が秀逸であり、また、判例理論の子細な分析に基づいて違法性阻却事由説(適法説)を批判し、責任阻却事由説(違法説)を支持される点において、きわめて説得的な論考である。
- (注8) 小野清一郎「刑罰の本質について・その他」210頁(有斐閣,昭和30年)、植松 正「安楽死の許容限界をめぐって」ジュリスト269号43頁(有斐閣,昭和38年)、団藤重光「刑法綱要総論(第3版)」226頁(有斐閣,平成2年)などを参照されたい。なお、比較法的見地からは、アメリカ合衆国における慈悲殺なる考え方、つまり Mercy Killing がこれに相当する。この点につき、星野一正「私の生命は誰のもの—尊厳死と安楽死と慈悲殺と—」40~41頁、77~78頁(大蔵省印刷局,平成8年)が、終末期医療を知る医師の立場から詳細に説明をしている。
- (注9) 結果無価値論の見地から、死苦と生命という法益を衡量することにより違法性阻却の余地を認める平野龍一「刑法総論」282頁(有斐閣,平成12年)、および、行為無価値論の見地



から、安楽死処置は社会的相当性のある行為であるとして違法性阻却の余地を認める大谷 實「刑法講義総論 新版」282～283頁（成文堂，平成12年）などを参照されたい。

(注10) 川端 博「集中講義刑法総論」221頁（成文堂，平成5年）。

(注11) 最三小判平成12年2月29日 判例タイムズ1031号158頁。

(注12) この論点を指摘する嚆矢として、畔柳達雄「医療事故と司法判断」205頁（判例タイムズ社、平成14年）。

(注13) 横浜地判平成7年3月28日（確定）判例時報1530号28頁。

(注14) 非医師を主体とした事案。名古屋高判昭和37年12月22日（確定）高等裁判所刑事判例集15巻9号674頁。

(注15) 丸山雅夫「日本における終末期医療をめぐる最近の動向」西江大学校法学専門大学院＝南山大学法科大学院学術交流セミナー報告原稿3頁以下（平成22年1月29日）。丸山教授は、弁護人による「抜管の違法性」に関する職権判断発動の求めの取り扱いにつき、最高裁は「所論には理由がない」との一言を以て棄却するべきであったと主張されている。その意図であるが、判断しなくても結論に影響がなく、また、棄却すれば抜管の違法性に関する判断は明確に留保された形になった、ということであろう。

(注16) <http://www.mhlw.go.jp/shingi/2007/05/s0521-11.html>

(注17) 樋口範雄「続・医療と法を考える 終末期医療ガイドライン」89頁（有斐閣，平成20年）。

樋口教授は、ガイドラインは法的責任の免責を明らかにするものではないとしつつ、間接的には警察介入の恐れへの十分な対処となるはずであると主張される。

(注18) <http://www.arsvi.com/o/giren.htm>