

# 治療中止における患者の自己決定 ——治療中止に関するドイツの立法・判例を手掛かりに——

法学研究科公法学専攻博士後期課程3年

西元 加那

## 目次

- I. はじめに
- II. 治療中止に関するドイツの刑事判例
  - 1. ケンプテン事件
  - 2. プッツ事件
  - 3. ケルン事件
  - 4. 検討
- III. 民事上の解決と嘱託殺人の関係
  - 1. 世話法と嘱託殺人罪の関係
  - 2. 患者の意思に関する規定の適用
  - 3. 専断的治療の禁止からのアプローチ
  - 4. 私見
- IV. 処置形態と主体の問題
  - 1. 自殺関与の形態による治療中止
  - 2. 行為主体の限定
- V. おわりに

## キーワード

治療中止、治療中止の正当化、患者の自己決定、世話法

### I. はじめに

医療における意思決定は、自己決定の一場面として尊重されなくてはならない。このことは、いわゆる終末期と呼ばれる状況下でも同様であるが、それが患者の死を惹起する場合に

は、たとえそれが患者の意思によるものであっても、生命保護を図る刑法の規定に抵触しうる。とりわけ、終末期にある患者は、そもそも自己の意思を表明できない状態であることが多く、その事前の意思の取扱いへの関心は高い。

これについて、ドイツでは、2009年に、民法の一部を改正することによって、治療の中止等に関する決定も含む患者の事前指示に関する法制化が行われた<sup>1</sup>。この法制化は、民事上の制度であるが、刑法上の解釈にも影響を及ぼしている。

このような制度化を行うことが、患者にプレッシャーを課すのではないかという懸念についても顧慮しつつ、能力がないと判断された場合には意思を代行する制度が必要であるのかどうか、そして必要であるならばどのような問題や限界が考慮されるのかについて検討を行い、ドイツにおける治療中止論に言及する。本稿は、このようなドイツでの議論状況が、終末期の患者の意思の取扱いに関する法規定が存在しないわが国において、事前意思について考えるうえでどのような影響を有するのか考察を試みるものである。

現在ドイツにおいては、成年者が、精神病または身体的、精神的もしくは心的障害のために、自己の法的事務を処理することができず、かつそれゆえに法定代理人が必要であるときには、世話裁判所<sup>2</sup>は、一定の任務範囲について、その都度必要な限度で、世話人の任命を受けることができる（ドイツ民法1896条1項・2項、1902条）。そして世話人は、被世話人の福祉のための活動を義務付けられる（同1901条2項）。ドイツにおける事前指示法は、このような既存の世話法<sup>3</sup>を改正することで制度化された。2009年に、1901a条、1901b条が付け加えられたのである。このうち、1901a条が、いわゆる「(患者の) 事前指示」とよばれるものであり、次のように規定している。

#### ドイツ民法1901a条

「同意能力のある成年が、自らが同意能力を失ったときのために、健康状態の診察や治療や医療的介入について同意するか拒否するか（患者による事前指示）について、それがまだ差し迫っていない時点で書面に明記して指示しておいた場合、世話人（Betreuer）はこの指示が、現下の患者の生命に関する状態と、目下の治療状況とに当てはまるのかを吟味する。当てはまる場合には、世話人は被世話人〔患者〕の意思を代わって表明し、これが尊重されるよう世話（Ausdruck und Geltung verschaffen）しなければならない。患者による事前指示書はいつの時点でも、どのような形によっても撤回できる<sup>4</sup>。」

ドイツの世話法の特徴としては、「必要性の原則」を挙げることができる。これは、ドイツ民法1896条2項に規定されており、「世話人は、世話が必要とされる職務範囲に関してのみ選任することが許される。……（中略）……その他の援助によって、世話人によるのと同様に適切に処理されうる場合には、世話人は必要ない」というものである。世話が必要な最小限の範囲で行われるということは世話法の立法趣旨であるとも解されており<sup>5</sup>、必要性の原

則は重要な特徴であるといえよう。これは、後見、保佐、補助の三類型によって典型的に保護を与えるわが国の成年後見制度とは異なる点でもある。そして、わが国との制度上の相違としては、次の点も考慮しなくてはならない。すなわち、わが国の成年後見制度は、原則として財産管理と身上監護に関する権利と義務を定めるものであり、後者の射程範囲は狭く理解されている<sup>6</sup>。医療に関する意思決定に、とくにそれが患者の生命に直接関わる決定であるような場合に、後見人（世話人）が関与することができるのかどうかは、非常に大きな違いといえよう。

わが国の法状況は、意思能力が失われた場合の患者の意思決定については、その代行も含め、未整備である。民法上、認知症などを含む精神上的の障害によって判断能力が不十分であるとされる者のための支援・援助を目的とする成年後見制度が存在するが、成年後見は、すでに述べたように、一般的に財産管理と身上監護に関する権利と義務に関するものにすぎない<sup>7</sup>。とりわけ生命を短縮するような決定を行うことは、ドイツでもわが国でも、嘱託殺人の問題が生じる。このことは、治療を中止する際の法的判断にダイレクトに関わる問題であり、かつ現実に生じている問題である。以下、ドイツでの治療中止に関する刑事判例につき検討を行い、患者の意思に関する論点に焦点を当てて整理する。

## Ⅱ. 治療中止に関するドイツの刑事判例

### 1. ケンプテン事件<sup>8</sup>

まず、世話法第三次改正以前の、人工的栄養補給の停止に関する判決であるケンプテン事件について概観する<sup>9</sup>。

#### (1) 事実の概要

本件は、以下のような事案である。

1990年10月、被告人である医師Tは、E夫人の医療上の世話を引き受けた。彼女は、同年9月の初め、心停止により大脳に不可逆的な深い損傷をうけ、嚥下することができなくなってしまったので、T医師は、チューブを通じた人工栄養補給を指示した。Eは、その年の終わりから、話しかけに反応できず、立つことも歩くこともできず、光、音、圧迫という刺激に、顔をゆがめたり、うめいたりすることでしか反応できなくなり、深刻な四肢拘縮の状態となった。また、栄養供給は、さしあたりは経鼻チューブによって行われたが、その際発生した合併症を理由に、1992年からは経胃チューブ（胃瘻）によって行われた。彼女は、生命機能は有していたが、痛覚の徴候は確認できなかった。

1993年のはじめ、Tは、Eの息子であり補佐人<sup>10</sup>である被告人Sに対して、患者の回復が見込まれない場合は、胃ゾンデを停止し、代わりにお茶のみを与えれば、彼女は苦しむことなく、2~3週間のうちに死ぬだろうと提案した。Sは、そのような行為は法的に保護されるというTの解釈を信用し、それ以上の法的助言を求めず、その提案に同意した。Eが、四肢の

硬化や床ずれを伴う介護事例を扱った8～10年前のテレビ放送を見た際に、「私はそのように終わりたくない」と述べていたという状況も、Sのその決心を後押しした。

Tは、あらかじめ看護スタッフに話すことなく、ナースステーションにある指示書式に、「私は、Tの了解を得て、今ある容器の栄養が終わるか、あるいは1993年3月15日になり次第、私の母がお茶のみを与えられることを望みます」と記入・署名し、Sもそれに署名した。彼らは、看護スタッフがその指示に従うことを予想していたが、これに反して、処置の法的な許容性に対して疑問をいただいた介護施設の主任が、1993年3月17日、ケンプテンの区裁判所の後見裁判所に、その書面について通報し、現在のチューブによる供給は同年3月22日までしかもたないことを伝えた。同日、後見裁判所は、予定された行動を許容することを、仮命令という形で拒否した。これを聞いた両被告人は、翌日、区裁判所にお茶の供給に切り替えることへの許可を書面で申請したが、拒否された。Tは、そのあとでEの治療を中止し、医療上の世話は別の医師に引き継がれた。Eは、1993年12月29日、肺水腫で死亡した。

ケンプテン地方裁判所（原審）は、両被告人が、ゾンデによる栄養補給の停止によって患者の死を引き起こそうとした時点では、Eの死の過程は始まっていないこと、人工的栄養補給は生命延長措置ではなく生命維持措置であること、Eの死は、この時点では客観的にも主観的にも近い時期に予期されるものではなかったことなどから、両被告人を故殺罪の未遂で有罪とし、罰金刑を言い渡した。原審は、死の過程が始まっていなければ、臨死介助（Sterbehilfe）の問題でも死の看取り（Sterbebegleitung）の問題でもなく、その場合には、患者の推定的意思は関係ないとしたのである。これに対して、両被告人から上告が申立てられた。

## （2）判旨

連邦通常裁判所は、次のように述べ、原判決を破棄し、ケンプテン地方裁判所に事案を差し戻した。

- i 不治の病にかかり、もはや決定能力もない患者の場合、医師の治療や処置の中止は、連邦医師会によって交付された臨死介助に関する指針の前提条件が、死という過程がまだ開始されていないという理由で存在しないとしても、例外的に許容されうる。決定的なのは、患者の推定的意思である。
- ii 推定的承諾を認定するための条件については、厳格な要求がなされる。その際、とりわけ問題となるのは、事前の口頭もしくは書面による患者の発言、宗教的信念、その他の個人的な価値表象、余命、苦痛の程度等である。
- iii 命じられた慎重な調査を行っても、患者の個々の推定的意思を認定するための具体的な状況が認められないならば、一般的な価値表象に合致するような基準を援用しうるし、しなくてはならない。その際、謙抑性が必要とされ、疑わしい場合は、医師や親族やその他の関係者の個人的信念よりも、生命の保護が優先される。

### (3) 世話法に関連する論点

連邦通常裁判所の見解を、論点別に整理すると以下の通りである。本件には、未遂や間接正犯、作為・不作為論等の重要な論点があり、とくに不作為論は治療中止において大きな意義を有するが、本稿では世話法に関連する論点に焦点を当てて検討を行う。

#### ① 死の過程開始前における栄養補給停止

本件は、死の過程が始まる前に治療中止が行われた事案であるが、その時期に関して、連邦通常裁判所は次のように判断している。

地方裁判所が、本件はいわゆる消極的臨死介助の事案ではないと判断したことは正当である。臨死介助（治療中止）が正当化されるためには、患者の原病が医学的に不可逆で、死に至る過程にあるという前提が必要であり、直接的に切迫した死が存在する場合に、医師が人工呼吸や輸血や人工栄養補給といった延命措置を中断することが許容されるのである。本事案は、死の経過はまだ始まっておらず、Eは、——人工栄養補給が不可欠ではあったが——まだ生存可能な状態であったし、実際、彼女は人工栄養補給を中止したあとも、9ヶ月間生き続けた。本件のような場合は、本来の意味での臨死介助の場合よりも、推定的意思を認定するために高い要求がなされるべきである<sup>11</sup>。

連邦通常裁判所は、「死に際しての介助（Hilfe beim Sterben）」と「死への介助（Hilfe zum Sterben）」は別のものであり、本件において、本来の意味における臨死介助は存在していないとした。

#### ② 患者の推定的意思

Eは、1990年9月以降、不可逆的な脳の損傷が原因で、自分で意思決定をすることがもはや不可能な状況にあったので、本件ではもっぱら推定的意思の想定のみが問題となるが、本件における生命維持治療の中止が、患者の推定的意思に基づくものであるかという論点につき、連邦通常裁判所は次のように判示した。

地裁の認定によると、補佐人であるSの同意は有効とはいえず、患者の意思を推定したとはいえない。本件より8～10年前のテレビ放送の際のEによる「そのように終わりにたくない」という発言は、治療を中止することについての推定的同意に対して、説得力のある根拠を提供するものではなく、それをもって、患者を直ちに確実な死に導くような治療中止への推定的同意があったとすることはできない<sup>12</sup>。

#### ③ 推定的意思を認定するための基準

そのうえで、連邦通常裁判所は、患者の意思を推定するためには次のような前提が課されるとした。

決定能力のない患者の推定的意思を想定するためには、人間の生命保護という観点から、厳格な要求がなされなくてはならない。重要なのは、行為時における患者の意思を推定することであり、以前の口頭ないしは書面での患者の発言は、宗教上の信念、その他の個人的価

値観、年齢に基づく余命、苦痛の程度などと同様に考慮される。必要な検討を行ったとしても、患者の個別的な推定的意思の認定のために具体的な状況が見出されえない場合には、一般的価値表象に対応するような基準に依拠することができるし、そうしなくてはならないが、その場合は慎重さが必要である。疑わしい場合には、医師、親族、その他関係者の個人的考慮よりも、「疑わしきは生命の利益に」の原則が優先される<sup>13</sup>。

#### ④栄養補給停止に対する補佐人（世話人）の承諾と後見裁判所の承認

それから、連邦通常裁判所は、Sが、患者の息子として、そして同時に補佐人として、治療中止に同意したという事実について判断を下した。

1990年施行の世話法1904条によると、世話人は、「特定の医療措置」に対する有効な同意のためには後見裁判所の認可（Genehmigung）を必要とする。連邦通常裁判所は、この規定の意味と目的に照らし、本件で問題となっている人工栄養補給は、死の経過がまだ直接開始されていないような場合ならばなおさら、この「特定の医療措置」に含まれるとした<sup>14</sup>。したがって、被告人Sは1904条によって必要不可欠とされる後見裁判所の認可を受けていないということになり、本件における治療中止への同意は、すでに無効である<sup>15</sup>。

#### ⑤後見裁判所の承認の要否に関する錯誤

最後に、後見裁判所の上記認可が必要であることについて、被告人に錯誤があったと認められるかどうかについて、連邦通常裁判所は、以下の通り判示した。

一般的に、信頼のおける人物の法情報は、禁止の錯誤の回避可能性を排除する。本件の問題は法的な領域に関わるものであるが、一般的な医師はそれを修習しているため、素人は、法と医の専門分野について医師を信頼することが許され<sup>16</sup>、本件で、被告人Sは、医師Tから、計画された案は法的に保護され処罰されないという回答を得た<sup>17</sup>。しかし、地裁は、Sがなぜ後見裁判所に問い合わせなかったのか等についてと、自身の決定に先立って何らかのアドバイスを求める義務と責任があったTが<sup>18</sup>、どのような根拠に基づいて治療中止を提案したのか等について、調査を行わなくてはならなかった<sup>19</sup>。

以上のように、連邦通常裁判所は、Sの禁止の錯誤について、両被告人の禁止の錯誤は回避可能なものであり、本件のようなケースでは、許容された死にゆくにまかせること（zulässiges Sterbenlassen）は初めから問題とならず、その限りで決定能力のない患者の推定的承諾はそもそも判断の必要はないという地裁の見解に、疑問を呈した。

#### （4）本判決の意義

ケンプテン事件は、まず、死の過程に対する段階分けを行い、本件は「まだ死の過程が始まっていない」段階であるとし、そして、そのような場合でも例外的に治療中止が許容される場合はあるが、本件ではそれに対する患者の（推定的）同意が認められないため、一般的な価値表象によって判断すべきであるとした事案である。とりわけ、死の過程についての評価は、世話法第三次改正以前の治療中止に関する判例として重要な意義を有するといえる。

というのも、世話法は、その第三次改正にて1901a条が付け加えられたのだが、その第3項には、「(1901a条第1項、第2項は)被世話人の疾病の種類と進行段階のいかんにかかわらず」適用すると規定されているからである。すなわち、本判決で連邦通常裁判所が「死の過程」と称した病の進行段階による評価については、——リューベック事件<sup>20</sup>では本判決と異なった判断が下されているが——、第三次改正後には立法上解決されたといえる。このことをふまえて、以下、世話法第三次改正後の治療中止に関する判例を概観する。

## 2. プッツ事件<sup>21</sup>

1994年のケンプテン事件の後、様々な原則や勧告を経て<sup>22</sup>、2009年に第三次改正世話法が制定された。これは、すでに述べたように、既存の世話法を改正する形で、ドイツ民法に、患者の事前指示に関する規定である1901a条第1項が付け加えられたものである。以下では、この世話法第三次改正後に、人工的栄養補給の停止に関する刑事事件として、連邦通常裁判所が判断を下したプッツ事件について概観する<sup>23</sup>。

### (1) 事実の概要

本件で争われた事案は、以下のとおりである。

K夫人(当時76歳)は、2002年10月から、脳出血によって遷延性意識障害の状況にあった。彼女は、PEG-Sondeによって腹壁越しに人工的栄養補給を施されており(いわゆる胃瘻)、健康状態の改善は見込まれなかった。Kは、2002年9月の末、娘Gに対し、「自分が意識不明になり、何も話せなくなったような場合には、人工的栄養補給や人工呼吸のような延命措置を望まないし、管のようなものにつながれたような状態にはしないでほしい」と述べていた。

被告人Pは、医事法、とりわけ緩和医療を専門とする弁護士であり、2006年からKの子どもたち、すなわち、原審での共同被告人であった娘Gと、その間に死亡した兄弟に対して助言を行っていた。

Kの世話人は、当初は夫が任命されていたが、その夫が死亡した後、2005年末からは職業世話人が単独で引き受けていた。2006年3月、Gは、この職業世話人に対して、母親が尊厳をもって死ぬよう胃瘻を取り外してほしいということと、2002年9月における母親との会話を報告したが、書面に記録されることはなかった。この職業世話人は、Pの度重なる介入に対しても、チューブの取外しを拒否し続けていた。

Pの提案に基づき、二人の子どもたちは、2007年8月、母親の世話人に任命された。治療を担当していた医師は、人工的栄養補給の継続に対する医学的適応は、もはや存在していないと考え、彼らの意図を支持した。しかし、施設長とスタッフがこれに反対した。彼らは、職員は狭義の介護仕事にのみ従事し、Gらが自らゾンデによる栄養補給を中止し、必要な緩和措置を施し、死に瀕する母親に寄り添うという妥協案を出した。Gらは、被告人と話し合

い、これに同意することを表明した。

こうしてKは、2007年12月20日、ゾンデによる栄養補給が停止され、流動物補給の制限も開始された。しかし、経営者側が、施設長に対し、再び人工栄養補給を開始するよう指示した。Gらは、これに同意しない場合ホームへの立ち入りを禁止すると脅迫された。これに対し、Pは、同日彼らに、「ホームによる胃瘻の違法な継続に対して有益な法的保護を短期間のうちに獲得することはできないのであるから、直接腹壁の上のゾンデの管を切断するように」と電話で助言した。その法的状況に関する彼の評価によると、どんな病院も、専断的に新しいゾンデを挿入することはできないので、その結果Kは死ぬことができるということであった。Gは、この助言に従い、数分後兄弟に助けられながら、管をふたつに切断した。

原審（フルダ地方裁判所）は、Pの行為は、Kの推定的意思によるものでも、緊急救助または正当化的緊急避難の原則によって適法とされるものでもなく、免責的緊急避難にも該当しないとし、故殺未遂で有罪であるとした。この行為が法的に許容されるかに関する錯誤については、Pは医事法を専門とする弁護士であり、避けることができるとした。また、原審では共同被告人であったGについては、被告人による法的助言に鑑みて、避けられない禁止の錯誤の状態にあり、責任を問えないとし、無罪を言い渡した。被告人Pは、法令違反の申立てによる上訴において、この原審判決の破棄および被告人の無罪を主張し、検察は、量刑に関する異議を唱え、両者が上訴した。

## （2）判旨

連邦通常裁判所は、次のような理由で、フルダ地方裁判所の判決を破棄し、被告人を無罪とした。

- i いったん開始された医療的処置の不継続、制限または終了（治療の中止）による臨死介助は、これが現実的または推定的な患者の意思に合致し（民法1901a条）、かつ、治療しなければ死に至る病気の進行が成り行きに任せられる場合に、適法とされる。
- ii 治療の中止は、不作為のみならず、積極的な作為によることもある。
- iii 医療的処置の中止に関連しないような、人の生命に対する意図的な侵害は、それを同意により適法とすることはできない。

## （3）特色

ブツツ判決は、ケンブテン事件やリューバック事件等の治療中止をめぐる過去の判例を参照しつつも、従前の見解を維持せず、作為・不作為の区別についても、従来の作為・不作為論とは一線を画して、その複合体である治療中止という概念を用いて違法の段階での解決を試みたものである。しかし、本稿では、患者の事前指示についてその効果を明文化することで患者の自己決定を尊重しようとする世話法第三次改正に依拠して判断を下したこのブツツ判決を、世話法と治療中止の関係に焦点を当てて検討する。

### ①民法との整合性について

ブツツ判決の特色としては、まず、民法との整合性を図りながら（「憲法秩序の観点から」という理論構成により）刑事事件を解決した点が挙げられる。

連邦通常裁判所によると、世話法1901a条は、第三次改正により、その当時同意能力のない患者において、事実上または推定上、治療に関して具体的に希望を表明された意思は、その病気の種類および段階とは無関係に拘束力を有し、これには世話人のみならず、担当医も拘束されると規定したものであり、この新しい規定は、刑法に対しても、その効力を広げるという<sup>24</sup>。

#### ②患者の事前の意思に対する評価

また、連邦通常裁判所は、事件以前の患者の発言について、次のように述べた。

本件における殺人行為に対する正当化は、もっぱら世話人としてのKの子どもに対して有効になされた当事者の意思に基づいてのみ、すなわち、人工的栄養補給を中止し、継続または再開を行わないという彼女の意思に基づいてのみ、行うことができる<sup>25</sup>。本件では、同意無能力状態が発生するより前の、当事者によって明示的に表明された現実の意思が疑いなく認定されるので、当事者の推定的な意思は問題とはならない。さらに、世話人と担当医の間には、人工的栄養補給の中止が患者の意思に合致するものであるという共通認識が存在していたのであり、このような前提の下では、世話裁判所の認可や指示が必要とされることがなく、人工的栄養補給の継続中止は、許容されるのである<sup>26</sup>。

すなわち、連邦通常裁判所は、治療中止の適法化根拠は患者の意思であると強調したうえで、患者による事前指示書がないにもかかわらず、延命治療に関する患者のかつての発言を適法化に有効であると判断したのである。ケンプテン事件でも、同じように過去の患者の発言が問題となったが、そこでは、それ自体では患者の推定的承諾があったと承認することを正当としないという判断が下された。

#### ③死の過程

連邦通常裁判所は、死に至る経過が切迫したものか否かという、治療中止をめぐる従来の論点について、1901a条第3項を引用し、次のとおり判断を下した。

少なくとも、世話法（民法1901a条3項）では、病気の種類および段階は（もはや）重要視されないという限りにおいて、不安定さは取り除かれている<sup>27</sup>。「一方で、医療的処置を拒否する権利に加え、場合によっては必要性を考慮することなく延命処置をも拒否することを含む憲法上保障された個人の自己決定権」と、「他方で、とりわけ刑法212条および216条において表現されている人間の生命の憲法上の保護」の両方を指導原理とする<sup>28</sup>。

#### ④治療中止が適法とされる対象

さらに、連邦通常裁判所は、治療中止における正当化原則は、患者を治療する医師や世話人、任意代理人の行為に限定されるわけではなく、第三者が彼らに求められて補助者として活動する場合には、その第三者の行為にも適用されるとした。その根拠としては、治療中止

は、個々の作為または不作為に尽きるわけではなく、むしろ、場合によっては、緩和のための医療処置の組合せを必要とするものであり、それは担当医自身が行わなくてはならないとは限らないからだとする<sup>29</sup>。

#### (4) 本判決の意義

プッツ事件は、連邦通常裁判所が、民事上の規定が刑事上の判断にも影響を及ぼすと明言した判決である。また、ケンプテン事件では死の過程が始まっているかどうかという点に言及したのに対し、本件では「病気の種類および段階は重要視されない」という判断を下した。これは、前述のとおり、世話法第三次改正（1901a条第3項）の影響を受けるものである。これは、治療中止論を議論する際に、当該行為が、（消極的）臨死介助の問題なのか否かという根本的かつ重大な論点に関わる論点であったといえよう。

### 3. ケルン事件<sup>30</sup>

最後に、患者の意思に基づき正当化される治療中止に関し、プッツ判決の原則に従いつつ、結論として、被告人に殺人未遂による有罪判決を下した判例であるケルン事件について概観する<sup>31</sup>。

#### (1) 事実の概要

本件で争われた事案は、次のようなものである。

被告人の義理の母であるK夫人（当時82歳）は、肺炎と心不全の疑いで、2009年6月26日に入院した。通常の病院に入院した彼女は意識もあり、治療に合意していたが、その2日後には状態が悪化し、肺炎による敗血症のため集中治療室（以下ICU）に移された。そこで彼女は人工的昏睡状態となり、医療機器に接続された。その際の治療（とくにアドレナリンの投与）がなければ、彼女は直接的に死に至るような状態であった。治療にあたっている医師の見解では、彼女は重篤な状態にあり、死に至る可能性はあるが、医学的観点から絶望的というわけではなかった。彼女の娘であるA.B.（被告人の妻）は、自身の母親の危篤状況について電話を受けたが自分自身が行くことはできず、夫（被告人）を代わりに行かせた。病院に現れた被告人は、Kの面倒を見ていたスタッフに向かって、「いずれにせよすぐに全て止められる」のだからもう何もする必要はないと告げた。証人である女医Pは、被告人に対し、Kの状態は、深刻ではあるが絶望的ではないと説明した。会話の過程で、被告人は、遺言書（Testament）とともに密封され被告人の妻に預けられているKの事前指示書（Patientenverfügung）が存在していることに言及した。被告人は、その内容については知らなかった。被告人は妻と電話をし、その際妻は、単に、母親は「生命を延長する措置」を望んでいないと伝えた。このことが、医的観点から何の結果も期待できない場合にのみ妥当するということは、彼にとっても明らかであった。

被告人は、その内容については知らないにもかかわらず、Kの事前指示を引き合いに出し、

病棟医師に対して、最終通告という形で、医療機器等の全ての機器を即座に停止するよう、攻撃的な口調で要求した。その背景には、被告人がそれ以上不要に「何もせずに」待機しなくなかったということと、たとえばKが要介護となると、被告人や家族に負担が課されるかもしれないというひそかな彼の憂慮が存在していた。病棟医師は、被告人の要求には対応せず、主任医師との協議の後、被告人に事前指示書の提出を求めた。その後、事前指示書がICU宛てにFAXで届いた。そこには、2004年7月3日という日付とともに、以下のことが書かれていた。すなわち、「私が自分に関する事柄を自分で決定できなくなった場合、直接的な死の過程にあり、あらゆる生命維持措置をとっても、死なないしは病が、成果のある治療を伴うことなく引き延ばされると認められるとき、または、私の身体の必要不可欠な機能に、除去不可能な死へと導くような損失があると認められるとき」は「あらゆる延命措置」も施さないでほしいということ、「積極的な臨死介助」の実施は拒絶するということ、「特別に信頼できる人」として自身の娘を指定し、自身の状況に関するあらゆる必要な決定について担当医と協議する代理権を彼女に付与することが指示されていた。

証人である女医Pは、被告人に対して、機器を停止することは積極的臨死介助にあたり処罰されるという理由で行えないと、新たに返答した。それに加えて、まさに今しがた届いたばかりの事前指示書は、とくに、患者は2日間意識があり話しかけることができたにもかかわらずその事前指示について言及することも携帯することもしていなかっただけに、まず調査され評価されなくてはならなかった。女医に拒否された被告人は、「よし、それなら今自分でやります」と述べ、上から下へと注入ポンプの遮断スイッチを押していき、Kにとって循環機能を維持するために必要不可欠であったアドレナリンを含む5つの薬剤の供給を中断した。被告人は、ポンプの電源や酸素供給を止めることによってKを即座に死に至らせるつもりであった。彼は、自分の措置によって、死の過程が不可逆的に開始されると思っていたのである。機器のスイッチを切ることは、数秒のうちに、Kに劇的な血圧と脈拍数の低下をもたらした。被告人は、ベッドの後ろの人工呼吸器のスイッチを切ろうとしたが、当時ICUの看護師であったSによって阻まれた。注入ポンプは、被告人によって少なくとも10秒間は運転が中止されており、すでにアラームが鳴っていたが、病棟医師の指示に基づき、Heがそのスイッチを再び入れた。Kの血圧を安定させるために、アドレナリンの投与量は大量に増加された。Kは、深刻な肺炎の結果、敗血症によるショックで死亡し、被告人によるポンプの短時間の停止は、死因として証明することはできなかった。

ケルン地方裁判所（原審）は、被告人は、生命を維持する薬剤の供給の中断と、酸素補給の意図的な切断を通じて、死の過程を不可逆的に開始し、それによってKを直接的に死へと導こうとしたとして、被告人を殺人未遂によって有罪であると判示した。これについて、被告人が上告を申立てた。

## (2) 判旨

ケルン地方裁判所の判決に対する被告人の申立ては、根拠のないものとして、棄却する。

### (3) 有罪判決の根拠

#### ①殺人罪と同意殺人罪

連邦通常裁判所は、まず、本件の被告人の行為が、殺人罪と同意殺人罪のいずれの構成要件に該当する行為なのかについて、以下の通り判断した。

刑法216条の意味における要求に基づく殺人の成立につき、この条文でいうところの明白かつ真摯な要求が存在しないという理由で、否定されたのは正当である。むしろ、Kは、自身の事前指示書の中で、積極的臨死介助を拒絶し、まだ回復の機会がある限り、医的措置を受けるつもりであるということを表明していたし、まだ話しかけることができる段階で、彼女の病状が悪化した場合には、ICUに移動しなくてはならないという知らせに、冷静に矛盾なく反応した。地方裁判所は、このことを、少なくともICUへ移されることや、そこでさしあたり医的措置が開始されることについての暗黙の同意と解釈したが、それは法的に適切である<sup>32</sup>。

#### ②治療中止に対する患者の同意

次に、本件治療中止と、患者の意思の関係について、連邦通常裁判所は以下のように述べた。

臨死介助は、世話法の第三次改正を受けて、患者の現実的または推定的意思に合致し、治療をしなければ死に至る病気の過程を成り行きに任せることになるならば、開始された治療を差控えたり、制限したり、終了させたりすることは正当化される。しかしながら、殺人未遂を正当化するために必要な条件は、本件において存在していない<sup>33</sup>し、被告人はKの意思を詳細に知らなかったのであるから、彼女の意思を実現したとすることもできない。さらに、医的見解によると、Kは、直接的な死の過程にあるとも、その身体機能につき、生命を脅かすような死に至りうる障害があるとも判断されなかったのであるから、事前指示書の中に組み入れられていた治療中止のための前提条件も存在していなかった。被告人は、治療にあたっての医師によって、Kの状態はたしかに深刻だが絶望的なわけではないということについて説明を受けており、このことを知っていた。この点で、被告人は、Kの状態につき錯誤におちいていたとも、彼女の意思を尊重することから出発したとも、主張できないのである<sup>34</sup>。

なお、連邦通常裁判所は、患者の意思に基づく将来的な正当化的治療中止のケースについても、言及した。

民法1901a条、1901b条は、(もはや)自分自身で意思表示できない患者の、憲法上保障された自己決定権の実現に寄与する。しかし、その機能はそれに尽きるものではない。むしろ、それらの規定は、治療に関連する患者の意思の認定につき、厳格な証明を要求することの手続き上の保障というやり方によって、自己決定権を保護するのと同じ程度、人間の生命の保

護を顧慮しているのである<sup>35</sup>。そのような生命保護の観点の下では、少なくとも、深刻な病に苦しむ患者の生命を短縮させるために、不純な動機から事前指示書が内容に反して不利に利用されることはないということが保障される。むしろ、治療中止が考慮される状況において、その際、医的根拠や、場合によっては事前指示書に表明されている患者の意思を入念に調査することによってのみ決定が行われるということが保障されなくてはならない。Kは、最初にICUへの移送とそれにひき続く生命維持治療を受けることに黙示的に同意した。医療上の措置は継続され、患者の病状の悪化の後で人工的に昏睡状態にした。また、被告人は、たとえば義理の母が要介護になるなど、金銭的な負担が課されるという懸念によっても影響を受けていたことが認定された<sup>36</sup>。

### ③世話法の規定する世話人の資格

生命維持措置の中止を正当化するための根拠としての患者の意思の認定について、民法1901a条と1901b条は、原則的に次のような手続きを規定している。

民法1901a条1項1文および2文によると、原則として、世話人もしくは全権を委託された者のみが、患者の目下の生命状況や治療状況と事前指示書における決定の一貫性を吟味し、それに基づいて、患者の意思を適用する資格を有する。さらに、1901b条1項によると、治療の中止に関する決定は、世話人または任意代理人と医師の協力を前提としている。それによると、治療を担当する医師は、自身の責任において、患者の全体的な状態および予後に関して、どのような治療に適応があるのか、患者の意思を考慮しながら、行うべき決定の基礎として、世話人とともに検討しなくてはならない<sup>37</sup>。本件では、被告人は、患者の意思を調査するのに、場合によってはそれを達成するのに、世話人としても任意代理人としても、資格は与えられていなかったもので、これらの手続法的要件は問題にすらならない。さらに、被告人は患者の表明の内容について知るつもりも取り組むつもりもなく、資格を有する医師らと協力することも拒否した。それどころか、彼は、自分勝手かつ独断的に、治療担当医によるKの病状に関する評価を無視し、明確な抵抗に反して、機器のスイッチを切ったのである<sup>38</sup>。

### (4) 本判決の意義

本件は、娘婿である被告人が故殺未遂罪で起訴され、有罪と判断された事案であるが、それは、患者の容態が（深刻ではあっても）絶望的ではなかった点や、被告人が医的評価を無視して独断的に判断を下した点、さらには、そもそも被告人に（世話人としての）権限がなかった点などを考慮したものである。患者の事前指示は存在しているけれども、本件は、その内容、すなわち、前提とされている状況を満たしておらず、被告人が少なくとも患者の自己決定権を尊重したとはいえなかった。世話法の目的は、あくまで「患者の意思」を尊重することであり、それを確実にする手段として、事前指示に書かれていることと状況の合致があるかを判断し、法定された地位や手続きを重視するという姿勢をみることができると考え

られよう。

#### 4. 検討

以上概観してきたドイツにおける治療中止に関する3つの刑事判例について、簡単にまとめると次の通りである。

1994年のケンプテン事件は、その大きな特徴として、連邦通常裁判所が、「(連邦医師会の指針<sup>39</sup>の範囲を超えて) 死に至る経過が切迫していない場合でも、さらに、患者による明示的な意思表示が存在しない場合でも、患者が治療中止に同意していると推定されるならば、例外的に治療中止を許容できる余地もある」という判断を下した点が挙げられる。

その後2009年の世話法三次改正を経た2010年のプッツ事件では、いったん開始された医療的処置の不継続、制限または終了(治療の中止)による臨死介助は、これが事実的な患者の意思、または推定的な患者の意思に合致し(民法1901a条)、かつ、治療しなければ死に至るような進行を成り行きに任せる場合、適法とされるという判決が下された。

その後の娘婿事件は、前二者と異なり、患者の事前指示書が存在しているという事案であった。ここでの特筆すべき点は、まず、被告人は、患者によって世話人に任命されていたわけではなかった点と、患者の事前指示書に書かれていた状況と現状が一致しているとはいえなかった点である。これらを根拠に、連邦通常裁判所は、同意殺人罪の成立さえ否定し、故殺未遂を認めた。

そのうえで、考察すべき世話法上の問題としては、以下が考えられる。

##### (1) 指示内容の具体性

まず、患者の事前指示書に記載すべき内容の具体性の問題がある<sup>40</sup>。たとえば、患者による「テレビで見たような状況になったときには延命治療を中止して欲しい」という事前指示があると仮定すると、その「テレビで見た」状況に外形的には酷似しているが、医学的には全くの別物であるというようなときには、患者の想定した「テレビで見た状況」は何を指しているのかという内容の具体性が重要になることも考えられる。それゆえ、「医師がいかなる事情の下で何を行わなければならない、何を行うべきでないかが、患者の事前指示において詳細に示されなければならない」とする見解<sup>41</sup>は、抽象的な記述で十分とすることもできないという意味で説得的である。しかし、自分が「どのような状況」になったときに、「どのような治療」を中止するのか、とりわけ素人は具体性を求められても知識もないし、また、「事前に」表明するものである以上、将来の状況を想像することが前提となっているとすれば、それに高度な具体性を要求するのは困難であるかもしれない。一般的に患者には専門的知識がないのであるから、むしろ、事前指示に際し高度な具体性を伴った記述をすることで患者の指示内容が「狭い」状況を示すものになってしまうとしたら、実際に生じた状況が患者の意思に反してその範囲から外れてしまうことになり、それは世話法の目的とする患者の

自己決定権保護という観点からも、不本意な結果といわざるをえないだろう。

## (2) 手続き上の問題

次に、世話を運用する際の医師の負担も、配慮すべき問題である。患者に同意能力がない場合、法定世話人が選任されているか、患者が事前指示書を作成しているか等の確認は医師が行うべきなのか、そして、行うとしたらどこまで積極的に行うべきなのだろうか。

また、ケルン事件でも、被告人が、世話人としても代理人としても任命されていなかった点のほか、世話法の規定する手続き規定を遵守しておらず患者の意思を尊重したとはいえないという事実を認定しているように、世話法は、形式や手続きを重視することで患者の自己決定権を保護しようとするものと考えられる。患者の指示は書面で行わなくてはならないが、その撤回は「いつでも、どのような形式によっても」行うことができるとされているのも、同様の趣旨によるものだろう（1901a条1項3文）。たしかに、撤回が困難であれば、患者は指示を表明することに慎重にならざるを得ず、その自己決定権を尊重しようとする立法趣旨に反する結果となってしまいうだろう。しかし、「無形式に」撤回を認めるとなると、むしろ黙示の表明も含まれることとなり、その境界や判別については問題が呈されるということになるだろう。

世話法の改正を受けて、治療中止に関する問題について、ドイツではひとつの解決の道筋ができたといえるだろうが、それでもやはり法解釈上の論点は尽きない。以下では、正当化される治療中止について考察する際の刑法上の問題について検討する。

## Ⅲ. 民事上の解決と嘱託殺人の関係

### 1. 世話法と嘱託殺人罪の関係

ここまでみてきたとおり、治療中止の刑法的な問題につき、ドイツにおける世話法に依拠して解決するには、本人の意思に関して、それが事前指示書に書かれていること、その他何らかの方法で表現されていることが前提とされている。しかし、現実には、とりわけ終末期の場面では、このような文書あるいは表明が存在しないという場合が少なくない。その場合には、世話法の規定にもあるように、患者の推定的意思が解明されなくてはならない。推定的意思の法的性質等についてはすでに検討を行なったが<sup>42</sup>、いずれにせよ、問題となるのは、「(現実的もしくは推定的な)患者の意思を前提に、治療を中止することによって生命を終結させている」という状況である。このような状況は、すなわち、患者の同意に基づいて治療を中止するということは、周知のとおりドイツ刑法216条(要求に基づく殺人)の構成要件に該当する行為である<sup>43</sup>。そのため、民事上の制度である世話法を用いて刑事事件を解決する際にも、刑法上の不処罰根拠についての理論づけは行わなくてはならないのである。

## 2. 患者の意思に関する規定の適用

### (1) 概要

まず、治療中止の刑法的評価として、世話法そのものを根拠にするという考え方がある。いわば、世話法の規定を、ドイツ刑法216条に対する一種の特別法としてみることもできるかもしれない。民事上の規定を、刑事上の不処罰要件とするものである。事前指示書が存在している場合はもちろんだが、世話法には意思推定に関する規定（1901a条2項）があり、「患者が過去に口頭ないしは書面により表明していた言説や倫理的または宗教的確信、その他の個人的価値観など」が、患者の意思を推定する手掛かりとなるとされている。これは、患者が、治療に関する事柄について、書面による指示書はないが、過去に口頭で表現していた場合に特に当てはまることが多いとされており、そのうえで世話人と医師の協力ならびに後見裁判所の協力が、患者の意思を尊重することに大いに寄与するとし、この基準を満たす場合には、その意思が遵守されるというのである<sup>44</sup>。

### (2) 問題点

ただし、プッツ事件で連邦通常裁判所が判示したように、「殺人行為をめぐる刑法上の適法化の問題までが、単に民法に付随する問題としてのみ扱われる」というわけではない。被害者の同意に基づく適法化の境界がどこにあり、要求に基づく可罰的な殺人の範囲がどこから始まるのかといった刑法固有の問題に関しては、憲法秩序の観点から、他の法領域の規定も顧慮して、決定されなければならない<sup>45</sup>。他の法領域とのバランスや、法秩序の単一（Einheit der Rechtsordnung）を顧慮することも重要であるし<sup>46</sup>、そもそも刑法は最終手段（ultime ratio）なのだから、民法上許容される行為を刑法上処罰することはできないとする説得力のある見解かもしれないが、原則的にはやはり、刑法の実体的基準によるべき問題とするべきだろう。

## 3. 専断的治療の禁止からのアプローチ

### (1) 概要

上記見解に対して、治療行為についての患者の同意は、通常被害者の同意と同様の扱いをするべきではないという考え方もある。なぜなら、実際的な状況として、現実的に必要な治療に対する口頭ないしは書面での明白な拒絶がある場合は、その治療なしでは患者が死に至るとしても、その患者が強制的に治療を施されてよいとはされないからである<sup>47</sup>。連邦通常裁判所も、世話人が生命維持治療への同意を拒否したが、医師はさらなる治療が必要であると考えていたという事案で、「治療終了について司法上の認可は、医師と代理人の意見の不一致の場合に限られる」とし、「世話人と医師が、治療を中止することが患者の明示的ないしは推定的意思に合致しているということについて見解を一致させている場合は、後見裁判所に、世話人の不同意を認可するために、さらなる延命措置を請求することはできない」

とした<sup>48</sup>。

## (2) 問題点

たしかに、このような考え方によると、いわゆる被害者の同意が生命法益に与える影響は、患者の同意が与える影響とは異なった評価がされるべきということになり、一定の基準を満たした患者の同意がある場合には、216条による処罰がなされないという理解に至ることもできよう。被害者の同意一般と患者の同意では必ずしも一致するものではないだろうことに異論はないが<sup>49</sup>、しかし、それでもなお、216条の構成要件に該当するにもかかわらず不処罰である理由については、さらに説明がされるべきであろう。「患者の同意がなければ、その意に反する治療を強制することはできない」ということと、「患者の同意があれば、本来ならば可罰的である要求に基づく殺人が不処罰になる」ということは、別の理論のはずだからである。

## 4. 私見

(消極的) 臨死介助を広義に理解すると、死が迫っていない場合でも治療中止は患者の同意を得れば許容されるという解釈を含むこともできる<sup>50</sup>。すなわち、治療をやめる、あるいは開始しないということも、本来患者の同意を得て行うものだけということである。そうすると、治療を始めること、始めた治療を継続すること(やめないこと)、始めた治療をやめること、治療を継続しないこと、全てに患者の同意が必要ということになる<sup>51</sup>。また、「治療を開始しない」ことについても、たとえば、患者の病状に適した治療方法がない、もしくは得られる治療効果よりも副作用の方が大きい等の理由により、事情を理解した患者が治療を行わないという選択肢をとる場合などを考えると、(インフォームド・コンセントの観点からも)患者の同意が必要であるとみることもできよう。もっとも、この場合の同意の必要性は、医師の治療義務に基づく説明も可能であろう。患者の同意は、推定的同意を認定することも可能であるが、それは当事者の明白な意思が確認できない場合にのみ引き合いに出すことが許容されるのであって、そのような推定的同意を認定するためには、厳格さが要求されるべきである<sup>52</sup>。

このような意味でも、同意は、医療の場面とその他一般の場合で、要求レベルやその効果に違いがあるものということが出来る。したがって、216条による処罰を行わないための根拠づけとしては、被害者の同意と患者の同意の区別が大きな助けとなると考え、それはわが国の法制度ないし理論状況においても有用であろう。

## IV. 処置形態と主体の問題

### 1. 自殺関与の形態による治療中止

ここでさらに問題となるのが、可罰的自殺関与と許容されうる治療中止の区別である。「自

殺関与」と「同意殺人」の限界づけは必ずしも明確ではなく、両者の処罰が同一条文で規定されているわが国では、同意殺人についての議論のほか、自殺関与と許容される治療中止の関係も考察しなくてはならない。ドイツでは、患者の自殺に対し手段を提供した医師を処罰しないとした判例は存在する<sup>53</sup>が、従来自殺関与に関する規定はないため<sup>54</sup>、わが国と同一の状況とはいえないだけに、より一層関心の高い問題である。近年ドイツでは自殺関与の一部を可罰化しようとする動きがおこり、2015年、217条に「業として (geschäftsmäßig)」他人に自殺の機会を提供したりすることを禁止する規定が追加された<sup>55</sup>。

そもそも、「他人の自殺を援助ないしは幫助する」と「他人の囑託を受け、またはその承諾を得て殺害すること」というのは、一見異なるように見えて、その境界は曖昧なものである。たとえば、患者の依頼を受けて、致命的効果を有する薬物の情報を与える場合、その薬物を処方する場合、いつでも飲めるようにベッド脇に置いておく場合、患者が服薬する際に水を差し出す場合、患者を補助しながら手を添えて飲ませる場合、患者の食事に混ぜる場合、直接注射する場合など、どこにその区別を設けるべきかは必ずしも明らかではない。さらに、このような微妙な行為態様の差を、構成要件該当性の問題に反映させることが適切かどうかとも疑問である。したがって、(もはやドイツでも)自殺に関与することが可罰的であるということを前提にする以上、その適法化の要件や基準は、同意殺人の問題とパラレルに考察する必要があるといえるだろう。

## 2. 行為主体の限定

ところで、このように患者の意思と生命保護の関係においてその適法化可能性を論じるときに、治療中止の主体が医師であるということとその前提としていることが多い。本来、医師は、ほかの人よりも、患者の生命または身体を保護する義務を有しているはずであるが、どのような理論によって、それがいわば反対方向への影響を及ぼす、すなわち、「医師が行うならば」適法となりうるという結論に至りうるのだろうか。

### (1) 自殺者に対する医師の保護義務

自殺者に対する医師の保護義務について、次のような見解がある。病気を理由とする自殺の場合にも医師に救助義務があることは疑いのないことであり<sup>56</sup>、争いがあるのは、比較的まれな自由答責的な自殺の場合に限られる。立法者は、医師は疾病の種類や段階にかかわらず患者の意思を尊重するという内容の1901a条3項を、明白に規定したのである。これは、自由答責的な自殺の場合にも妥当するのであるから、医師は、そのような場合に、法の下で救助義務を負わない<sup>57</sup>。治療を中止したいと望む患者は、その中止によって生命の維持ができなくなるわけであるから、そのような意味で自由答責的な自殺と異なる性質を有しており、患者に対する医師の関係と自殺者に対する医師の関係は、解釈上同一とみることもできるだろう。すなわち、患者に治療中止の意思を表明された医師も、治療継続義務を負わない

ということになるのである。

しかし、たとえばヴィティヒ事件<sup>58</sup>において連邦通常裁判所が判示したように、自殺やその他の方法で意識を喪失し行為無能力となった者に対しては、その段階から、適切な救命措置を行わなければならないとする立場もある。これに従うと、むろん医師も、自殺者に対して救命義務を負うことになるだろうが、この点については、「自由答責的に下される人間の決定は、行為無能力状態ないし意識喪失状態となった後も拘束力を有するべきである」と解するのが妥当だろう<sup>59</sup>。

## (2) 治療中止を行う主体

プッツ事件は、(患者と医師ではない) 第三者によるものである。従来、延命機器のスイッチを切る等の形態による治療中止は、いわゆる「作為による不作為 (Unterlassen durch Tun)」と評価され、医師の保証人的義務が欠けるものとして、その可罰性が排除されてきた<sup>60</sup>。しかし、プッツ事件で、連邦通常裁判所は次のように述べている。「治療中止に関する適法化原理の適用は、患者を治療する医師ならびに世話人および任意代理人の行為に制限されるわけではなく、……第三者の行為にも当てはめられる。このことは、通常、治療の中止が単独個人の行為または不作為において論じ尽くされるわけではなく、むしろ、通常の場合、緩和医療処置が実施されている状況下で、その中止が問題とされるものであり、その問題を担当医自身が引き受けなければならないわけではないことに由来する」<sup>61</sup>。

このように考えれば、医師は、患者が任意に要求している場合には必ずその生命を短縮させなくてはならないという究極の状況に陥ることを回避できるだろう。つまり、医師は、治療を拒否する患者に対して治療義務を負わない一方で、患者の望みに応じて治療を中止する義務をその一身に負うこともないということになるのである。患者の意思を純粹に尊重し、その生命を終わらせることは違法と評価されるかもしれないという状況の中で、医師に選択の余地があるというのは、終末期の問題を考察するにあたり医療者にとって益のあることである。治療中止に関する医師がゆえの義務や権利と、医師に裁量の余地をもたせることは、決して背反関係にはないのであり、むしろその両立こそが求められるべきではないかと考える。

## V. おわりに

以上、生命を短縮する内容の自己決定について、ドイツにおける判例の概観を通じて、刑事、民事の規定との関係を考察してきた。医療は、身体への侵襲を伴うことが多く、治療については本人の同意が必要である。その中止について患者の意思がどのような意義を有するかについては、少しずつ判例が蓄積され、解釈論的にも方向が定まりつつある。治療を受けることに関しては、救急治療などを含む緊急事態では、本人の同意が確認できなくとも親族などの同意を得て治療を行うことも多い。しかし、本人の現実の同意なく行われる措置が

「生命ないしは身体という法益を保護する」場合と異なり、治療中止のように「法益放棄」の効果をもつ場合には、慎重であるべきである。

ドイツの世話法は、原則として、事前指示書や事前の口頭による表明から導かれる被世話人（患者）の意思を前提に、任命を受けた世話人に対して、患者の福祉のために活動することを義務づけている。わが国において同様の立法ないし制度化が実現するか<sup>62</sup>については動向を見守るが、治療中止の許容原理が自己決定権にあるならば、患者本人の意思を丹念に探求することが、患者の自己決定権保護のために求められる。患者の意思を無視した「代諾」ないし「意思代行」が蔓延することのないよう、慎重さが要求されるべきであろう。

- 
- 1 2009年世話法第三次改正については、松田純「ドイツ事前指示法の成立とその審議過程」医療・生命と倫理・社会9巻1・2号（2010）34頁以下、新谷一郎「世話法の第三次改正（患者の指示法）」年報医事法学25号（2010）201頁以下等を参照。
  - 2 ドイツにおける区裁判所の世話部が、世話裁判所と呼ばれている。この名称は2009年の世話法改正によるもので、従来は後見裁判所とされていた。本稿では、判例の紹介等に際し、その当時の名称を使用する。
  - 3 本文中に示したもののほか、ドイツ民法1901条、1902条、1903条、1904条など。1992年施行。なお、旧世話法については、田山輝明『成年後見法制の研究・下巻』成文堂（2000）が、その沿革から手続・運用実態に至るまで詳細に紹介している。
  - 4 本条文の翻訳については、松田純「ドイツにおける患者の事前指示の法制化と医師による自殺補助をめぐる議論」『生命倫理研究資料集Ⅳ』富山大学（2012）8頁を参考にした。
  - 5 Dieter Schwab, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd.8 Familienrecht II § § 1589-1921 · SGB VIII 2002 S.1746 Rn.4.
  - 6 日本の成年後見制度については、とくに医療同意との関係にも言及するものとして、新井誠ほか『成年後見制度——法の理論と実務（第2版）』有斐閣（2014）、赤沼康弘『成年後見制度をめぐる諸問題』新日本法規出版株式会社（2012）、田山輝明ほか『成年後見——現状の課題と展望』日本加除出版株式会社（2014）等を参照。
  - 7 医療に関する同意を成年後見人等に与えるかについては、付与すべきとする見解（赤沼康弘「後見人等の医療同意権について——医療の同意能力がない者に対する医療の保障」老年精神医学雑誌22巻4号（2011）430頁）と、付与すべきではないとする見解（斎藤正彦「後見人等の医療同意権について——後見人への医療同意権付与に関する問題点」同434頁）があり、議論の余地がある。また、日弁連は次のような見解を示している。「医療を受けることに関する権利は、医療を受けるものが有して」おり、「一身専属性も強いと考えられるのであるから、例え法定代理権があるとしても、当然に代理できることにはならない」。日本弁護士連合会「医

- 療同意能力がない者の医療同意代行に関する法律大綱」(2011) [http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/111215\\_6.pdf](http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/111215_6.pdf)
- 8 BGHSt 40, 257-272.
  - 9 本事案については、武藤眞朗「人工的栄養補給の停止と患者の意思——ドイツにおける判例を素材として——」東洋法学第49巻第1号(2005)4頁以下、甲斐克則『尊厳死と刑法』成文堂(2004)233頁以下、Albin Eser(甲斐克則・三重野雄太郎訳)「近時の判例から見た臨死介助と自殺関与」刑事法ジャーナル37号(2013)57頁以下を参照。
  - 10 後見人(Vormund)と区別し、代理権を付与されたPflegerにつき、本稿では補佐人と表記する。
  - 11 BGHSt 40, 260.
  - 12 BGHSt 40, 261.
  - 13 BGHSt 40, 263.
  - 14 BGHSt 40, 261.
  - 15 BGHSt 40, 262.
  - 16 BGHSt 40, 264.
  - 17 BGHSt 40, 263.
  - 18 BGHSt 40, 264.
  - 19 BGHSt 40, 265.
  - 20 BGHZ 154, 205. 詳細は、武藤眞朗(前掲注9)12頁以下、Albin Eser(前掲注9)58頁以下を参照。
  - 21 BGHSt 55, 191-206. 評釈として、Duttge, MedR 2011, 36 ff.; Gaede NJW 2010, 2925ff.等。
  - 22 たとえば、1998年「連邦医師会による看取り原則」(Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, Textsammlung, Sterbehilfe. s.83-87, NJW 1998, 3406)、2004年6月「終末期における患者の自律——患者の事前指示の評価についての倫理的・法的・医学的視点(報告書)」(Patientenautonomie am Lebensende Ethische, rechtliche und medizinische Aspekte zur Bewertung von Patientenverfügungen, Bericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ vom 10. Juni 2004.)、2004年9月「患者の事前指示(報告書)」(Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin. Patientenverfügungen, 2004.)(山本達鑑訳邦訳ドイツ連邦議会審議会答申『人間らしい死と自己決定——終末期における事前指示』知泉書館(2006))等。
  - 23 本判決の邦訳として、本判決に対するドイツの法学者の反応の紹介も含む、神馬幸一「ドイツ連邦通常裁判所2010年6月25日判決(Putz事件)——人工的栄養補給処置の中止に関する新しい判例動向——」法學研究84巻5号(2011)109頁以下を参照した。
  - 24 BGHSt 55, 199.

- 25 BGHSt 55, 198.
- 26 BGHSt 55, 196.
- 27 BGHSt 55, 196, 200.
- 28 BGHSt 55, 199.
- 29 BGHSt 55, 205.
- 30 NStZ 2011, 274-276. 評釈として、Torsten Verrel NStZ 2011, 276-278がある。
- 31 本件につき、本稿では地名をとって「ケルン事件」と称するが、被害者（患者）と被告人の関係に基づき、「娘婿事件（Schwiegersohn-Fall）」と呼ばれることもある。
- 32 NStZ 2011, 276 Rn.9.
- 33 NStZ 2011, 276 Rn.10
- 34 NStZ 2011, 276 Rn.11
- 35 NStZ 2011, 276 Rn.12
- 36 NStZ 2011, 276 Rn.13
- 37 NStZ 2011, 276 Rn.14
- 38 NStZ 2011, 276 Rn.15
- 39 1998年「連邦医師会による看取り原則」（前掲注22）。
- 40 この点につき、その具体性の観点から患者の指示とは認められないものの例として、「将来の医療に関する一般的な指針」や「治療のやり方、場所についての希望」等がある（神野礼斉「成年後見制度と終末期医療」『終末期医療と医事法（医事法口座第4巻）』信山社（2013）240頁）。
- 41 Albin Eser（甲斐克則・福山好典訳）「患者の事前指示と事前配慮代理権：臨死介助におけるそれらの刑法上の役割」比較法学第47巻第2号（2013）198頁。
- 42 拙稿「刑法における推定的同意の理論——患者の意思との関係を考察するために——」東洋大学大学院紀要第53集（2016年）37頁以下。
- 43 むろん、日本では刑法202条（自殺関与罪・同意殺人罪）の構成要件に該当する行為であり、わが国でも同様の問題は生じうる。
- 44 NJW 2010, 2963-2967.
- 45 BGHSt 55, 207.
- 46 BGHSt 11, 241-244.
- 47 BGHSt 11, 111.
- 48 BGHZ 154, 205.いわゆるリュウベック事件。詳細は、武藤眞朗（前掲注9）を参照。
- 49 拙稿（前掲注42）48頁以下。
- 50 BGHSt 40, 257; Otto, NJW 2006, 2218.
- 51 また、プッツ判決の「医療的処置の終結に関連する全ての行為を、規範的で価値評価的な治

療中止という上位概念に統合する」という見解によっても、これらの場合はすべて同じ評価を受けることになり、すべてに患者の同意が必要となるだろう。この点についての判例分析として、Stephan Ast, ZStW 124, 623ff.

- 52 Tröndle/Fischer, StGB, 57. Aufl. (2009), vor § 211 Rn.10.
- 53 BGH, NJW 1987, 2940.
- 54 もっとも、不救助罪（ドイツ刑法323c条）によって処罰されうる可能性がないわけではない。また、薬事法等の関係により、実務上、自殺関与が必ずしも適法に行えるわけではない。
- 55 ドイツ刑法217条については、神馬幸一「〈資料〉ドイツ刑法新217条の法案理由書」獨協法学(2016) 100頁以下、佐藤拓磨「ドイツにおける自殺関与の一部可罰化をめぐる議論の動向」慶應法学(2015) 347頁以下等を参照されたい。
- 56 Eser/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder Vorb. § § 211 ff. StGB Rn. 40; Schreiber NStZ 1986, 343.
- 57 Frischer/Lindemann/Peters, Arztstrafrecht, 2011, Rn.173.
- 58 BGHSt 32,367.
- 59 Albin Eser (甲斐克則・天田悠訳)「治療中止、自殺幫助、および患者の事前指示——臨死介助における新たな展開と改正の努力について——」早稲田法学第88巻第3号(2013) 253頁。
- 60 BGHSt 6, 46, 59 ; Roxin, FS für Engisch, 1969, S. 389, 396.
- 61 BGHSt 55, 207.
- 62 たとえば、日弁連による同意能力を有しない成年者の医療行為の際の代行制度に関する法律草案(前掲注7)などがある。

# **Selbstbestimmungs des Patienten beim Behandlungsabbruchs**

NISHIMOTO, Kana

Das Problem des so genannten Behandlungsabbruchs gehört zu dem der Sterbehilfe. In Deutschland versucht man, auch Strafsache mit Hilfe der zivilrechtlichen Regeln (Betreuungsgesetz) zu lösen. Das Betreuungsgesetz wurde 1990 verabschiedet und danach wiederholt reformiert. Im dritten Gesetz zur Änderung des Betreuungsgesetzes von 2009 wurde die Patientenverfügung gesetzlich festgelegt. Der früher geäußerte Wille (besonders im Form der Patientenverfügung) ist auch dann (unter bestimmten Bedingungen) gesetzlich verbindlich, wenn man seine Einwilligungsfähigkeit verliert. In Deutschland wird auch in Strafsachen gemäß dem Betreuungsgesetz entschieden, ob ein Behandlungsabbruch zulässig ist oder nicht.

In Japan ist dagegen die (straf) rechtliche Bewertung des Behandlungsabbruchs vor allem bei einwilligungsunfähigen Patienten zur Zeit weder gesetzlich noch von der Rechtsprechung festgelegt. Man muss sowohl in Japan als auch in Deutschland davon ausgehen, dass die Verkürzung des Lebens (Tötung) auch dann wegen der Tötung auf Verlangen strafbar ist, wenn der Patient darin eingewilligt hat. In diesem Aufsatz habe ich versucht, die Lösung dafür zu finden, wie der Wille des einwilligungsunfähigen Patienten zu ermitteln ist und unter welchen Voraussetzungen der Behandlungsabbruch erlaubt ist.