

講 演

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*

アルビン・エーザー**

甲斐克則・福山好典（訳）

本稿は、その他の2稿とともに参照されるべきものである。その他の2稿のうち、ひとつは、ドイツにおける臨死介助（Sterbehilfe）をめぐる近時の動向と改正努力について総論的な概要を示すものであり⁽¹⁾、もうひとつは、臨死介助と自殺関与に関するドイツの近時の判例について報告するものである⁽²⁾。この2つの研究のほかに、刑法における「患者の事前指示（Patientenverfügungen）」の役割に関する各論的な寄稿も行っておきたい理由は、自己決定権が尊重されるようになるに連れて、臨死介助の不可罰性が、患者が表明した意思または患者の推定的な意思に完全に依存するようになっており、しかもその際、患者の事前指示の役割がますます大きくなっているからである。しかしながら、従来、ずっとそうだったわけではない。それゆえ、まず、患者の事前指示が少しずつ承認されてきたことについて述べなければならないであろう（I）。その後で、患者の事前指示に関する現行の法律規定を、その重要な要件を概観しつつ、紹介しなければならない（II. 1）。患者の書面による事前指示が存在しない場合には、患者の推定的意思を探求することになる（II. 2）。さ

* 本稿は、臨死介助に関する3つの連続講演のうち、2013年1月10日に早稲田大学（東京）で行った講演原稿に、その後の若干の文献資料を加え、補訂したものである。

** フライブルク・マックス・プランク外国・国際刑法研究所名誉所長。

(1) アルビン・エーザー（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88巻3号（2013）239頁以下参照。

(2) アルビン・エーザー（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）54頁以下参照。

らなる解明を要するのが、患者の世話人と主治医との間に必要な協力関係についてである（II. 3）。それから、臨死介助に関する刑法上の評価にとって、世話法の形式規定にどのような役割があるのか、という争点を取り上げなければならぬであろう（III）。最後に、実務上、患者の事前指示が事前配慮代理権（Vorsorgevollmacht）と併用されることが増えてきている、という事実にも目を向けておきたい。これについては、雛形に基づいて説明することにした（IV）。

I. 患者遺言の承認への道程

「患者遺言（Patiententestamenten）」もしくはそれに類する意思表示の尊重をめぐる議論は、前世期の1970年代にまで遡る⁽³⁾にもかかわらず、ドイツでは、こうした意思表示には、臨死介助の領域に対して、刑法上の意義は当初ほとんど認められていなかった。連邦通常裁判所は、ケンブテンの「アルツハイマー事件（Alzheimer-Fall）⁽⁴⁾」で初めて、経管栄養の中止に関する患者の推定的意思を探求する際に、「以前の書面による意思表示」があるならそれを斟酌するとしたが、そのときでさえ、以前の書面による意思表示には、単に間接証拠としての価値しか認められなかった。したがって、以前の書面による意思表示があっても、それ自体では、治療中止への承諾の、それゆえ治療中止の

(3) Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“, Bundestags-Drucksache 15/3700, S. 48 ff., *Hans-Georg Koch*, Aktuelle Rechtsfragen der Sterbehilfe im deutschen Recht, in: Bert Gordijn/Henk ten Have (Hrsg.), *Medizinethik und Kultur*, Stuttgart 2000, S. 225-265 (249 ff.), *Heinz Schöch/Torsten Verrel*, Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StGB), in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)* 2005, S. 553-558 (554 ff.) 参照。また、当時の法律の前史について、*Marion Albers*, Zur rechtlichen Ausgestaltung von Patientenverfügungen, in: *MedR (Medizinrecht)* 2009, S. 138-144 (139), *Detlev Sternberg-Lieben*, Gesetzliche Anerkennung der Patientenverfügung: offene Fragen im Strafrecht, insbesondere bei Verstoß gegen die prozeduralen Vorschriften der §§ 1901a ff. BGB, in: *Manfred Heinrich u. a. (Hrsg.)*, *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlin 2011, S. 537-556 (539 ff.) 参照。

(4) BGHSt (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen) Band 40, 257, 263 = NJW 1995, 204; 本件について詳細は、*Eser* (前出注 (2)), I (3)。

不可罰性の決定的な根拠にはなりえなかったであろう。

今日の意味における患者の事前指示に対する承認は、ようやく、2003年のリュウベックの「失外套症候群事件（Apallisches Syndrom-Fall）」における連邦通常裁判所第12民事部決定⁽⁵⁾によって決定的なものとなった。

本件については、その基本的な意義に鑑みて、多少詳しく検討しなければならない。本件では、男性患者が、2000年11月に発症した心筋梗塞の結果、失外套症候群に陥っていた。彼は、胃ゾンデから栄養補給を受けており、彼との意思疎通はもはや不可能であった。世話人（Betreuer）に選任されていた息子は、2002年4月、父親の病状の改善は見込めないし、治療中止は父親が以前表明した願望に合致するとして、当時のいわゆる「後見裁判所（Vormundschaftsgericht）」（その後「世話裁判所（Betreuungsgericht）」に改称）に、人工栄養補給の中止を申し立てた。さらに、息子は、患者が自筆した事前指示書を提出した。その事前指示書によれば、不可逆的な意識喪失、最重度の継続的な脳障害もしくは身体の重要な生理的機能の継続的な障害に陥った場合、または致死性疾患の末期に至った場合において、もはや死の経過を引き延ばすことにしかならないのであれば、特に、いかなる集中治療も実施しないでほしいし、また、栄養補給は中止してほしい、ということであった。

人工栄養補給の中止を求める息子の申立ては、後見裁判所により、許容されないものとして退けられた。その後、連邦通常裁判所（BGH）は、どの範囲で、患者の書面による意思表示に、刑法上の意義を認めることができるか、という問題についても判断を下した。その判断において、書面による意思表示が、患者の推定的意思の探求よりも優先されることが、初めて認められた。従来、なお健康なときの事前指示書は、仮定的な性質を有するため、直ちに拘束力を持ちうるものではなく、具体的な治療状況を指摘するものでなければならぬが、この具体的な治療状況というものが、具体的な治療時点における推定的意思の探求を要求するのである、と考えられてきた。これに対し、今や、連邦通常裁判所は、まずもって書面による意思表示に留意すべきことを明らかにしたのである。すなわち、（連邦通常裁判所民事部が言うには）「例えば——本件のように——いわゆる『患者の事前指示書』のような形式での意思表示が

(5) BGHZ (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen) 154, 205 = NJW 2003, 1588 (評釈として、*Kristian F. Stoffers*, in: DNotZ (Deutsche Notar-Zeitschrift) 2003, 850がある); 本件について詳細は、*Eser* (前出注(2)), I (4).

存在する場合、その意思表示は、本人の、効力を保持し続ける自己決定権……の表出として、世話人を拘束する。なぜなら、本人の尊厳（基本法1条1項）だけでも、彼が自己答責的に行った意思決定が、その後自己答責的な意思決定を行う能力を失うに至ったとしても、なお尊重されることを要請するに十分だからである。それゆえ、特定の医療措置に対する、本人による賛成または反対の意思表示は、世話人により、本人の推定的『意思』に『立ち戻ること』を通じて、『修正』されてはならない。ただし、本人が、撤回の意思を明らかにして、かつての指示を改めた場合、または、事後的に著しい事情の変更が生じ、以前の自己答責的に行われた意思決定が、現在の事態を想定していなかった場合には、このかぎりでない⁽⁶⁾。

かくして、将来を見越した患者の事前指示またはそれに類する書面による意思表示は、治療中止の独自の適法化根拠として、少なくとも原則的に最高裁による承認を得たが、その後、政治の領域で、有効要件をより厳密に確定すべく議論が開始された。その際に問題とされたのは、健康な人間は、どの程度まで、患者の事前指示による意思決定の対象となるべき状況を現実感をもって予想することができるか、であった。また、当該規定が、もっぱら不可逆的に死に至る疾患の場合を対象とするべきか否か、それゆえ、そうした疾患に関わる範囲制限を行うべきか否か、も問題とされた。同様に、患者の事前指示は、資格審査のための相談を受けた後でのみ許容されるべきか否か、それどころか公正証書のような特別の形式的要件をも課されるべきか否か、についても公的議論が行われた。その際に念頭に置かれていたのは、オーストリアの段階づけモデル（Stufenmodell）である。このモデルによれば、「相談を経た」患者の事前指示にのみ医師に対する拘束力が与えられるのに対して、「相談を経っていない」意思表示は、単に重視されるべきというにとどまる⁽⁷⁾。

この論争について詳しく話すまでもなく、2009年にとうとう法制化された規定から、ごく簡単にその結果を知ることができる。しかしながら、この規定は、刑法典に見られるのではなく、適切にも、民法典（BGB）の家族法に属する「世話法（Betreuungsrecht）」に挿入されたのである。

(6) BGHZ 154, 217.

(7) *Detlev Sternberg-Lieben* (前出注(3)), S. 546 f. 参照。

II. 「患者の事前指示」に関する法律規定 (民法1901a 条, 1901b 条, 1904条)⁽⁸⁾

1901a 条 患者の事前指示

(1) 承諾能力を有する成年者が、承諾無能力に陥った場合に備えて、表示の時点ではいまだ目前に迫っていない健康状態の特定の診察、特定の治療又は特定の医的侵襲に承諾するか、それともこれを拒絶するかを書面により表示していた場合（患者の事前指示）、世話人は、この意思表示が現在の生及び治療の状況を想定したものであるか否かを検討する。想定したものである場合、世話人は、被世話人の意思を表明し、実行しなければならない。患者の事前指示は、いつでも、いかなる方式でも、撤回することができる。

(2) 患者の事前指示が存在しない場合、又は、患者の事前指示による意思表示が現在の生及び治療の状況を想定したものでない場合、世話人は、治療に関する被世話人の願望又は被世話人の推定的意思を探求し、これに基づいて、被世話人が第1項に掲げる医療措置に承諾しているか、それともこれを拒絶しているかを決定しなければならない。この推定的意思は、具体的な手掛かりに基づいて探求されなければならない。特に、被世話人の以前の口頭又は書面による意思表示、倫理上又は宗教上の信条及びその他の個人的な価値観が斟酌されなければならない。

(3) 第1項及び第2項は、被世話人の疾患の種類及び進行度にかかわらず適用する。

(4) 何人も、患者の事前指示の作成を義務づけられない。患者による事前指示の作成又は呈示は、契約締結の条件にされてはならない。

(5) 第1項から第3項までの規定は、代理人（Bevollmächtigte）について準用する。

1901b 条 患者意思の探求のための協議

(1) 主治医は、患者の症状全体及び予後を踏まえて、いかなる医療措置に適応があるかを検討する。主治医と世話人は、第1901a 条に基づく決定の基礎と

(8) 以下の法文の訳は、アルビン・エーザー「患者の生前の意思表示（患者遺言）に関するドイツの新規定」『医事刑法から統合的医事法へ』330-332（成文堂、2011）に掲載されている [ただし、本文の訳とは異なる：訳者]。

しての患者意思を斟酌したうえで、この措置について協議する。

(2) 第1901a 条第 1 項に基づき患者意思を探求し、又は第1901a 条第 2 項に基づき治療に関する願望若しくは推定的意思を探求する際には、著しい遅滞なくして可能であるかぎり、被世話人の近親者及びその他の信頼の置ける人物に、意見表明の機会を与えるべきである。

(3) 第 1 項及び第 2 項の規定は、代理人について準用する。

1904 条 医療措置に関する世話裁判所の許可

(1) 健康状態の診察、治療又は医的侵襲に対する世話人による承諾は、被世話人がその医療措置により死亡し、又は重大で長期的な健康不良を被る根拠のある危険が存在する場合には、世話裁判所の許可を必要とする。遅れると危険が生じる場合にかぎり、許可を得ずにその医療措置を実施することができる。

(2) 健康状態の診察、治療又は医的侵襲に対する世話人による不承諾又は承諾の撤回は、その医療措置が医学的に適切であり、かつ、被世話人がその医療措置の差控え若しくは中止により死亡し、又は重大で長期的な健康不良を被る根拠のある危険が存在する場合には、世話裁判所の許可を必要とする。

(3) 承諾、不承諾又は承諾の撤回が被世話人の意思に合致する場合には、第 1 項及び第 2 項による許可を与えなければならない。

(4) 承諾、不承諾又は承諾の撤回が、第1901a 条に基づき探求された被世話人の意思に合致することについて、世話人と主治医の間に合意が存在する場合には、第 1 項及び第 2 項による許可は必要ない。

(5) 第 1 項から第 4 項までの規定は、代理人についても適用する。代理権が、第 1 項第 1 文又は第 2 項に掲げられた医療措置に明らかに及んでおり、かつ、書面により与えられている場合にかぎり、代理人は、このいずれかの医療措置に承諾し、承諾せず、又はこれに対する承諾を撤回することができる。

1. 重要な有効要件

民法1901a 条 1 項第 1 文における法律上の定義によれば、「患者の事前指示」が有効で拘束力を有するためには、以下のことが必要である⁽⁹⁾。

(9) 以下の点について詳細は、*Andreas Albrecht/Elisabeth Albrecht, Die Patientenverfügung*, Bielefeld 2009, Wolfram Höfling (Hrsg.), *Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis—eine erste kritische Zwischenbilanz*, Baden-Baden 2011, *Gregor Rieger, Gesetzliche Regelung von*

(a) 事前指示を与えることができるのは、成年者に限られる。したがって、未成年者（18歳未満）は、すでに完全な弁識能力と判断能力を有する場合さえ、判例上認められている、治療中止を要請できる可能性を今や奪われているかに見える。しかしながら、この理解は、必ずしも正しくなからう。なるほど、未成年者は、形式に則った患者遺言を作成することはできない。しかし、死を要請していたということは、民法1901a条2項に基づいてその未成年者の推定的意思を探求する際に持ち出すことができるのである⁽¹⁰⁾。

(b) 事前指示は、書面により表示されていなければならない。この書面化要件の目的は、患者の事前指示の作成者に、事前指示の影響の広範さに鑑みて、性急または軽率な意思表示をしないよう警告することである。さらに、この方法により、事前指示をする者が実際に望んでいたことが明確になるので、治療に携わる者が具体的な決定を行いやすくなるとされる。これに対して、患者の事前指示の作成者が事前に相談をすることは不要であり、この点でオーストリアと異なる。それにもかかわらず、法律の素人には、事前指示を作成する際、専門家に相談することが通常は推奨されなければならない。それは、たいてい内容的に複雑な事前指示を作成する際に誤りを防止し、事前指示の有効性を危うくしないためである。所定の書式を用いない場合、患者の事前指示は、なるほど、世話人または主治医に対する拘束力を失う。しかし、そうした患者の事前指示は、もはや自身には尋ねることができない患者の推定的意思の探求のために、意義を持ちうる。

他方、患者の事前指示の撤回は、いつでも、いかなる方式でも、可能である（民法1901a条1項第3文）。つまり、書面化は不要である。それゆえ、患者の事前指示は、病床で、口頭または信頼するに足る態度によっても、全面的または部分的に撤回可能である。その際には、翻意が十分明確に表明されていれば足りる。

(c) 事前指示は、目前に迫っていない医療措置に向けられていなければならない。この要件は、一見理解しにくいだが、患者の事前指示が、将来の、つまり、いまだ顕在化していない疾患または治療に向けられていることを意味する。目前に迫っている、つまり、今まさに具体的に実施されるべき医療措置の

Patientenverfügungen und Behandlungswünschen: Auswirkungen auf die Beratungspraxis, in: FamRZ (Zeitschrift für das gesamte Familienrecht) 2010, S. 1601-1608参照。

(10) 後出II. 2で説明する。

場合、患者がその時点で完全に弁識能力と判断能力を有するかぎり、彼が治療の差控えまたは中止の要請をするために、書面形式は不要である。また、この場合には、患者の事前指示に立ち戻る必要もない。

(d) 医師が行うべき措置は、十分に特定されていなければならない。したがって、例えば、「私が重い病に倒れ、もはや尊厳をもって生きることができなくなったときには、尊厳をもって死ぬことを許してほしい」というように、非常に一般的な形でしか書かれていないとすれば、患者の事前指示というには、不十分であろう。なぜなら、何が、なお「尊厳をもって」生きることであり死ぬことであるのかについて、人によって理解に差があるなかで、その解釈が、個別の場合に、広範囲に世話人と医師による評価——異なることもある——に委ねられることになるからである。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か、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のである。

(e) 事前指示は、疾患の種類および進行度に左右されずに行うことができる(民法1901a条3項)。このように、いわゆる「範囲制限」を放棄することについては、立法手続において特に争われた⁽¹¹⁾。その契機となったのは、(上述の) リューベックの「失外套症候群事件」における連邦通常裁判所決定による次のような判示であった。すなわち、「本人の基礎疾患がいまだ不可逆的に死に至る経過を辿っておらず、治療により本人の生命が引き延ばされ、または維持されると見込まれる場合、治療の中止を求める世話人の要請を認める余地はない」⁽¹²⁾。しかし、この判示が正しいとするなら、事前に表示された意思に対する尊重は、著しく制限され続けることになろう。すなわち、死が目前に迫りどのみちもはや避けられない末期段階でしか治療中止の要請ができなくなり、その結果、長期間継続する昏睡状態や認知症——これらは、特に人工栄養補給が行われる場合には、近いうちに死を招くとはかぎらない——は、最初から、患者の事前指示から排除されることになろう。それどころか、これらの場合、はたしてどの程度、はるか以前の完全に健康な状態において、今後発症する疾患について事前指示を行いうるのかも、明らかでなくなるであろう。この種の「範囲制限」は、立法手続において正当にも排除された。その結果、連邦通常裁判所の判例を修正する現行規定によれば、患者の事前指示は、健康なときで

(11) Albers (前出注(3)), in: MedR 2009, S. 141, Rieger (前出注(9)), S. 1605参照。

(12) BGHZ 154, 205 (要旨b), 215 f.; 前出注(5)参照。

も行うことができるし、また、不可逆的に死に至る疾患に罹患する以前でも、尊重されなければならない。

2. 患者の推定的意思の探求（民法1901a条2項）

ドイツでは、患者の事前指示を行うか、少なくともそれを真剣に検討する人が増えている。とはいえ、そうした人は、まだかなり少数派であろう。この状況は、それほど大きく変化しないであろう。なぜなら、何人も事前指示の作成を義務づけられず（民法1901a条4項第1文）、また、この自由は、患者の事前指示の作成または呈示を契約締結の条件にすること、例えば、老人ホームに入所するには、患者の事前指示書を呈示しなければならないとすることによっても、潜脱されてはならないからである。事前指示の自由に対するこの種の制限は、いわゆる「抱合わせ禁止」（民法1901a条4項第2文）を妨害しようとするものである⁽¹³⁾。とりわけ、多くの人々は、若く健康なときに自分の死についてあれこれ考えたがらないので、形式ばった事前指示は、どちらかといえば例外であり続けるであろう。患者の事前指示が作成された場合について、法律による明確化と保護を行うことは、それだけいっそう、必要不可欠なことだったのである。

だが、患者の事前指示が行われた場合でさえ、健康なときに事前に行われた意思表示が、現在の生および治療の状況を念頭に置いたものではないということは、ありうる。このような場合、民法1901a条2項に従って、患者の推定的意思を探求しなければならない。

この推定的意思は、「具体的な手掛かり」に基づいて探求されなければならない。例えば、患者が、尊厳をもった死に関する彼自身の考えをかつて近親者に語った、といったことである。また、見舞いに対する物憂げな反応も、手掛かりになりうる。その評価の際には、特に、被世話人の以前の口頭または書面による意思表示、倫理上または宗教上の信条およびその他の個人的な価値観を斟酌しなければならない。この基準は、主としてリューベックの「失外套症候群事件」における連邦通常裁判所決定（BGHZ 154, 216 ff.）に由来するものである⁽¹⁴⁾。この基準において注目されるのは、立法者が、「社会一般の価値観」を斟酌することに同調しなかったことである。この点で、ケンプテンの「アル

(13) *Rieger*（前出注（9））、S. 1604参照。

(14) BGHZ 154, 205, 216 ff. 参照。

ツハイマー事件」における連邦通常裁判所第 1 刑事部 (BGHSt 40, 257) が、「社会一般の価値観」を斟酌することに同調しようとし⁽¹⁵⁾、それにより、「一方的な治療中止」、すなわち、患者の意思が探求不可能でも一定の要件の下で治療中止を許容することに、一定の余地を残しておいたのとは異なる⁽¹⁶⁾。

推定的意思を探求した結果に応じて、この患者であれば、医療措置、特に治療の開始または中止に承諾するであろうか、それともこれを拒否するであろうかを決定しなければならない。

3. 世話人の任務と医師に対する拘束力 (民法1901a 条, 1901b 条, 1904条)

もちろん、患者の意思をどのように探求し、さらには有効に実現するべきかという問題もまた、実務上重要性を増している。法律は、患者の代弁者と主治医との協力を通じて、これらを達成しようとしている。その際、裁判所が選任する「世話人」に委ねられる任務と権利は、患者自ら選任する「代理人」にも原則的として同様に与えられる (民法1901a 条 3 項, 1901b 条 3 項)。

(a) まず、世話人には、患者の事前指示があればそれを呈示し、それがない場合には、患者の推定的意思を探求する任務が委ねられる (民法1901a 条 2 項第 1 文)。世話人は、この患者の意思を「表明し、実行し」なければならない (民法1901a 条 1 項第 2 文)。ここから導かれるのは、法文上明示されているわけではないものの、患者の事前指示から読み取りうる患者の意思、または推定的に探求された患者の意思が、医師に対しても拘束力を持つべきことである⁽¹⁷⁾。また、これにより、病床において医師が行う評価の範囲いかにめぐむる多年にわたる論争は、患者の意思を原則的に尊重する方向で解決されたということでもある。

(b) 探求された患者の意思に基づいて、主治医は、「患者の症状全体及び予後を踏まえて、いかなる医療措置に適応があるか」を検討する権利と義務を有する (民法1901a 条 1 項第 1 文)。しかしながら、その際、主治医は、単独決定権を持たない。むしろ、いかなる措置を実施すべきかが、世話人と医師との間のある種の対話プロセスのなかで協議されなければならない (民法1901b 条 1 項第 2 文)⁽¹⁸⁾。

(15) BGHSt 40, 257; 前出注 (4) 参照。

(16) この事例について詳細は、Eser (前出注 (1)), III. 1の第7およびV. 1参照。

(17) Rieger (前出注 (9)), S. 1601, 1608.

(c) さらに、近親者もまた、ある種の役割を果たさなければならない。なぜなら、書面により表示された患者の意思もしくは患者の推定的意思を探求する際に、また、治療に関する願望との関係で、「著しい遅滞なくして可能であるかぎり、被世話人の近親者及びその他の信頼の置ける人物に、意見表明の機会を与えるべきである」（民法1901b条2項）からである。しかしながら、これは、単なる「べし (Soll) -規定」にすぎない。そのため、患者により「代理人」に選任されていないかぎり、近親者およびその他の信頼の置ける人物には、単に従たる役割しか与えられず、しかも、この役割は、特に、決定を急ぐ場合には、ともすると無視されがちなのである⁽¹⁹⁾（日本で、生命を短縮しうる治療を継続するか、それとも終了するかを意思決定する際に、どの範囲で、近親者に、同様の、それどころかより強力な協働権 (Mitwirkungsrecht) が与えられるのか、また、その際に、どの範囲で、患者個人の意思の実現だけでなく、家族の利益の維持が絡んでくるのかについて、是非ともご教示いただきたい）。

(d) また、家族法上の世話裁判所は、そもそも、生命を短縮しうる決定の継続または中止に関する決断に介入することができるか、できるとすればどの程度か、という実務上きわめて重要な争点もまた、今や原則として解決されている。リュウベックの「失外套症候群事件」における連邦通常裁判所民事部決定 (BGHZ 154, 205 ff.) がすでに述べた⁽²⁰⁾ように、世話裁判所に照会し、その許可を得る必要があるのは、意見対立のある場合、詳しく言えば、いかなる決定を行うべきかについて、世話人と主治医の間で合意が達成されていない場合に限られる（民法1904条4項）。争いがなく、合意により解決可能な場合に遅延を回避しうるということだけでも、意見対立のある場合に限定するこの取扱いを歓迎する十分な理由になる。しかし、さらに、人間味に溢れた視点からすると、これにより、最期を迎える部屋の安らかな雰囲気から、国家機関をできるだけ閉め出すことができるということが、少なからず重要である。

(18) *Rieger* (前出注 (9)), S. 1601, 1608.

(19) これについて、および、聴取されるべき信頼の置ける人物の役割については、*Rieger* (前出注 (9)), S. 1605参照。

(20) BGHZ 154, 205, 218 ff.参照。

III. (世話法上の) 患者の事前指示の刑法上の役割

完璧なものなど存在しない。この古くからの処世訓は、残念ながら、患者の事前指示に関する世話法の規定にも当てはまる。確かに、一方で、今や法定されている、世話人と主治医との対話により、患者意思の探求と尊重に関わる正当性の確保が、より強力に図られることは、好ましいことである。しかしながら、他方で、刑法上、次のような問題が生じる。すなわち、患者の事前指示が実際に存在したのに、民法1901a条、1901b条、1904条が定める検討手続が踏まれなかったケースは、どのように判断されるべきか、である。このケースで、医師または世話人は、もっぱら形式的な瑕疵による違反のみを理由に、しかも故殺のような非常に重大な犯罪を理由に、処罰されるべきか。それとも、世話法の形式規定には、刑法上、何らの重要性も——あるいは、せいぜい不処罰方向での重要性しか——認められるべきでないのか。現在激しく議論されているこの問題が、きわめて大きな実務上の意義を有することは、連邦通常裁判所が2年前に判断を迫られたあるセンセーショナルな事件を手がかりに、説明することができる。

「娘婿事件 (Schwiegersohn-Fall)」(BGH NJW 2011, 161)⁽²¹⁾ では、82歳の女性が、肺炎と心不全を疑われ、入院した。入院時、彼女は、意識があり、受け答えでき、容態がさらに悪化した場合に ICU 病棟に移ることを了承した。彼女は、3日後、敗血症を発症したため、同病棟で人工的な昏睡状態になり、医療機器に繋がれた。その際、彼女は、さらに、挿管を施され、100%人工的な酸素供給を受けた。医師らの所見によれば、患者は、深刻な状態にあり、死亡するおそれはあるが、医学的見地からは、望みがないわけではなかった。娘は、電話で、母親の危篤状態を知らされたが、彼女自身は行けなかった。そのため、代わりに、彼女の夫——患者の娘婿——が病院に駆け付けた。同病院で、娘婿は、患者の看護に取りかかろうとしていた男性看護師に、「どのみち全部中止することになる」のだから何もなくてよい、と伝えた。患者の容態は深刻であるが、望みがないわけではない、という女医の異議を受けて、娘婿は、内容については知らないが、義母による患者の事前指示があることを伝え

(21) 評釈として、Torsten Verrel NStZ 2011, 276-278がある。

た。娘婿は、妻との電話で、義母がいかなる「延命措置」も望んでいないことを知った。しかし、その際、この希望が、あらゆる医療行為に向けられているのではなく、単に、その措置が医学的見地からいとも何らの成果も約束しない場合のみ当てはまるものであることは、娘婿にとって明らかであった。その後、娘婿は、医師らに種々の機器の取外しを要請したが、医師らはこれを拒否したうえで、患者の事前指示書の呈示を求めた。すると、娘は、患者の事前指示書を FAX で ICU 病棟に送付してきた。この事前指示書のなかで、患者は、——特に——次のような事前指示をしていた。すなわち、私が意思決定無能力に陥った場合において、私が「まさに死にゆく過程にあり、いかなる生命維持措置も、有効な治療への展望もなしに、死もしくは苦痛を引き延ばすことにしかならないと見込まれること、または、私の身体の重要な生理的機能が、回復不能な致命傷を受けていること」が確認されるときには、「いかなる延命措置」も行わないでほしい。これに対し、患者は、「積極的臨死介助措置」については明示的に拒否していた。娘婿は、この患者の事前指示を気にも留めずに、機器の取外しを要請した。女医は、まずは患者の事前指示をさらに検討し、評価しなければならぬとして、この要請を拒否した。すると、娘婿は、「ああそうか、それなら今自分でやってやるよ!」と言い放ち、機器のところに行き、それを取り外し始めた。しかしながら、娘婿が酸素ポンプを取り外す前に、男性看護師が急いで駆け付けてきた。娘婿は、暴力沙汰になる旨を告げて、男性看護師を脅したが、男性看護師に酸素ポンプの取外しを阻まれた。器具が再び取り付けられると、患者の容態は再び安定した。しかし、患者は、同日夜、敗血症性ショックにより死亡した。なお、投薬ポンプの短時間の取外しが死亡原因であったことは、証明されていない。

本件で、故殺未遂罪で起訴された娘婿が有罪とされ、刑の施行猶予付きの2年の自由刑を言い渡されたことは、結論として意外ではない。患者の容態は、深刻であったが、望みがないわけではなかったのであるから、そもそも客観的に、患者の事前指示の要件は、満たされていなかった。また、主観的にも、被告人には、患者意思を実現しようという意思がなかった。なぜなら、被告人は、患者の事前指示に気を留めることすらせずに、専断的・独断的に、患者の容態に関する医学的評価を無視したからである。さらに、被告人たる娘婿は、患者の意思を実現する権限を与えられていなかったという非難を甘受しなければならない。というのも、娘婿は、世話人に選任されたこともなければ、患者

意思を探求し実現する代理権を与えられたこともなかったからである。

しかし、仮に、患者の事前指示の要件が実際に満たされており、代理人としての娘が、夫に、患者意思の実現を委ねていたとすると、どのように判断するべきであろうか。娘婿は、医師らの反対にもかかわらず——しかも、意見対立を理由に、事前に世話裁判所に照会することなしに——、人工呼吸器を取り外したのであるから、それだけでも、可罰的とするに十分であろうか。こうしたケースでも、連邦通常裁判所の立場によれば、娘婿は、可罰的とされよう。なぜなら、連邦通常裁判所決定が述べるように、生命維持措置の中止の違法性が阻却されるためには、世話法の手続規定が遵守されなければならない、それには、患者意思の探求のほかに、当然ながら世話人と主治医との協力が必要だからである。これが欠ける場合には——おそらく連邦通常裁判所の立場からはこの結論が導かれるであろう——、故殺罪で処罰されうるという結論になろう。

この立場は、様々な点で問題があるように思われる。なるほど、一方で、世話法の形式規定により、患者の意思の形式に則った探求が担保され、世話人と医師の役割分担が図られるべきであることは、否定できない。したがって、患者の事前指示が所定の形式で作成されていない場合、または、世話人が、表明された患者意思もしくは推定的な患者意思を探求する際に、医師との所定の対話を拒否した場合には、医師に対する拘束力は認められないであろう。

しかしながら、事前指示者自身の形式規定違反や世話人による形式規定違反あるとして、それが——医師に対する患者の事前指示の拘束力を失わせるだけではなく——重大なスティグマを伴う殺人罪の可罰性を基礎づけうるのか否か、しかも、治療中止が患者の真意に合致していることが証明される場合でさえそうであるのか否かは、まったく別の問題である。この場合について、私見によれば、形式規定違反には、刑事制裁以外の制裁で対応するべきである⁽²²⁾。

IV. 患者の事前指示と事前配慮代理権

一見すると、患者の事前指示と事前配慮代理権は、無関係であるかに見える。なぜなら、上述した民法1901a条、1901b条、1904条には、患者の事前指

(22) この見解は、連邦通常裁判所決定に関する *Verrel* (前出注 (21)), NStZ 2011, S 277 f. の批評, および *Sternberg-Lieben* (前出注 (3)), 特に S. 552 ff. による詳細な問題分析に賛成するものである。

示についてしか定められていないからである。老いゆく人間は、いつの日か自分の行為能力や意思決定能力が衰えるが、なお生きながらえることに、どうしても不安を抱いてしまう。彼らの日々の生活において、こうした場合に備えて自ら事前配慮を行っておく必要性が高まってきた。自分が意思決定能力を喪失したときに、世話裁判所によって国家の側から、「世話人」が選任されることを避けたい場合には、特にそうである。信頼の置ける人物を自ら「代理人」に選任し、彼が、生死を左右する治療の場合でも、適切な医療上の意思決定と医療措置に向けて協働することができるようにしておけば、世話人の選任を未然に防ぐことができる。

生死に関わる医療上の意思決定と、行為無能力を見越した代理の両者を結び付けようとする場合、患者の事前指示と事前配慮代理権とを、1つの文書にまとめて定めることは、実務上ますます合理的になっているようである⁽²³⁾。これについて、すでに多くの書式が存在している⁽²⁴⁾。しかしながら、それらの書式は、たいてい非常に一般的なものとどまっているため、その都度、本人の個別的な生の状況に応じて具体化されなければならない。

このことを具体的に説明するために、以下では、2人の子どもを持つ既婚の男性の例を話そう。その際、永続的な行為無能力（dauerhafte Geschäftsunfähigkeit）（1.）、一時的な行為無能力（vorübergehende Geschäftsunfähigkeit）（2.）、身上に関する事務（Gesundheitsangelegenheiten）（3.）を区別する。患者の事前指示の作成時に意思決定無能力であったと主張されて、場合により取消しがなされることを防止するため、さらに、医師による弁識能力・判断応力の証明がなされることが望ましい。

雛形

事前配慮代理権授与状 兼 患者の事前指示

私 AA は、XX に YY で出生し、現在 ZZ, Tel. 000 に居住する者であるが、

1. ここに、

(23) *Rieger*（前出注（9）），S. 1606 参照。

(24) 例えば、*Albrecht/Albrecht*（前出注（9）），S. 109 ff.

私が、確實性に境を接する蓋然性でもって、

- 永続的な行為無能力に陥り、および／または
- 不可逆的に、まさに死の過程が開始されたと認められ、
- 意識的な知覚を行う能力を欠く完全な意識喪失、昏睡もしくは覚醒昏睡が存在し、もしくは、
- 深刻かつ広範な見当識障害を伴う最重度の認知症もしくは最重度の脳障害が発症し、何らかの方法により周囲となお有意味な意思疎通を行う能力が失われた

場合に備えて、

XX に YY で出生し、現在 ZZ に居住する私の妻 BB、旧姓 CC

および——以下の代理権に関する規定を条件に——私の子であり、

-XX に YY で出生し、現在 ZZ, Tel. 000 に居住する DD

-EE (以下同じ)

-

に対し、

すべての一身専属的な事務（身上に関する事務を含む）および財産に関わる事務について裁判内外で私の代理人を務め、必要とあれば、法律行為を行い、契約を締結する

代理権を授与する。

上記の代理人のうち、私の妻 BB は、単独代理権（Alleinvertretungsbefugnis）を行使する。ただし、彼女自身が行為無能力に陥り、または裁判所により世話人を付された場合は、このかぎりでない。この事態が生じた場合には、上記の子が代理権を行使する。その際、その都度——先送りしえない緊急状況を除き——少なくとも両者の間で合意が達成さ

れていなければならない。

あらかじめ私が行為能力を備えた状態で撤回しないかぎり、この代理権授与（Vollmachtserteilung）は、行為無能力の発生後も死後も有効であるものとする。

この代理権授与により、裁判所による世話人の選任は不要になるものとする。それにもかかわらず、裁判所による世話人の選任が必要になった場合には、上記の代理人が、そこに記載した順位に従い、世話人に選任されなければならない。

2. この代理権は、一時的な行為無能力または世話人の必要性が見込まれる場合についても適用する。

この種の一時的な状態が認められるかぎり、

- 贈与（義務としてなされる贈与および礼儀としてなされる贈与を除く）
- 信用取引
- 投機取引（特に、高度の市場リスクを伴うもの）
- 保証の引受
- 私が住む土地の処分
- 私の全財産の処分

を行う権限は存在しない。

3. 身上に関する事務に関するかぎり、代理人には、医師および看護スタッフとの関係でも、私の書面により表示された意思または真実性をもって口頭により表示された意思を実現する権限を与える。

死期がいまだに予測不可能で、かつ、私自身がもはやまったく意思決定能力を持たない場合でさえ、とりわけ、冒頭に掲げた完全な意識喪失、最重度の認知症または脳障害の場合でさえ、私が、死に至る不治の疾患の末期にあるかぎり、さらなる生命維持措置が差し控えられな

ればならず、疼痛および苦痛の緩和が優先されなければならない。そのために必要なかぎり、空腹および口渇が自然な方法（飲食物の摂取時の介助を含む）で満たされなければならない。その際、私は、口腔および粘膜の専門的なケア、ならびに、人間の尊厳に適った入院、身体ケアおよび配慮を希望する。

私の意思が尊重されるために、医師またはその他の機密保持義務者は、私の代理人との関係で、守秘義務を免除される。

4. この代理権授与の有効性は、死後も行為能力喪失後も認められるものとする。この代理権は、代理人が、私が署名した代理権授与状の原本を呈示しうる場合、拘束力を有する。

ところ・とき

署名

医師として、AA 氏について、私は、彼がこの文書の作成時に判断能力と承諾能力を有していたことを証明する。

ところ・とき

医師 NN
(医師の署名)

[訳者あとがき]

本稿は、2013年1月10日（木）（16:30-18:00）に早稲田大学比較法研究所主催講演会で行われたドイツのマックス・プランク外国・国際刑法研究所名誉所長（早稲田大学名誉博士でもある）のアルビン・エーザー（*Albin Eser*）博士の「臨死介助における患者の指示の刑法上の役割について」と題する講演（原題は、*Albin Eser, Zur strafrechtlichen Rolle von „Patientenverfügungen“ in der Sterbehilfe*）の原稿に、その後、同博士が改題して注を付したものの（「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」原題は、*Albin Eser, Patientenverfügungen und Vorsorgevollmacht: zu ihrer strafrechtlichen Rolle in der Sterbehilfe*）を、同博士の了解を得て訳出したものである。

日本通で知られるエーザー博士は、14度目の来日であり、私自身、13度日本

でお目にかかることになったが、今回の招聘主体は、科学研究費 基盤研究 (B) 一般「世界における終末期の意思決定に関する原理・法・文献の批判的研究とガイドライン作成」(代表：富山大学・盛永審一郎教授)であり、企画責任者は甲斐であった。また、連続講演会は、日本生命倫理学会と早稲田大学比較法研究所医事法研究会の後援も受けたこと、そして、講演会での通訳は甲斐が担当したが、詳細な質疑応答に際してはいつもながら東洋大学法学部の武藤真朗教授に援助を賜ったことを特記しておく。

本稿は、本文でも言及されているように、2013年1月7日(月)の早稲田大学法学部の医事刑法(甲斐担当)の授業(8号館106教室)および立命館大学朱雀キャンパスで同年1月18日に行われた講演「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」(原題は、*Albin Eser, Behandlungsabbruch, assistierter Suizid und Patientenverfügung. Zur neueren Entwicklungen und Reformbemühungen in der Sterbehilfe*:邦訳として、甲斐克則=天田悠<訳>・早稲田法学88巻3号(2013)239頁以下参照)と2013年1月12日(土)(14:30-17:00)に早稲田大学27号館2階202教室で上記科研共同研究会講演会として行われた「近時の判例から見た臨死介助と自殺幫助」(原題は、*Albin Eser, Sterbehilfe und Suizidteilnahme im Licht der neueren Rechtsprechung*:邦訳として、甲斐克則=三重野雄太郎<訳>・刑事法ジャーナル37号(2013)54頁以下参照)と連動しているので、併せて読んでいただければ理解が深まるであろう。本稿は、揺れ動く終末期医療をめぐるドイツ(および近隣諸国)の動向のうち、臨死介助における患者の指示の刑法上の役割について、ドイツの成年後見制度、特に第3次世話法改正に伴うドイツ民法1901a条、1901b条等にも言及しつつ、それに関連する重要な刑事判例であるプッツ事件連邦通常裁判所判決等の分析もなされており、ドイツの終末期医療と法をめぐる最新の状況、および長年ドイツの議論を牽引してこられたエーザー博士の見解を理解するうえで実に有益である。最後に、ご協力いただいた方々に謝意を表したい。

[甲斐克則・記]