

② 卒後教育

卒後教育に関しても現在のところ、全国で一貫したシステムが特に設けられているわけではない。

COPZの一環として、**palliative care** についての卒後教育の研究で、ナイメーヘン大学付属病院では、内科レジデントに対し3時間の講義を導入することを試みた。この中では特に、疼痛緩和に関する治療内容が主であった。

7. まとめ

オランダではもともと、緩和ケアはそれぞれの地域の医療機関、ホームなどで行われてきた。しかし、他の先進国同様に高齢化が進むにつれ、癌やその他慢性疾患で死亡する割合が増加しており、隣国イギリスに遅れをとりつつも、1980年代後半より緩和ケア部門の独立、および、その方面を重要視する方向性が見られるようになった。また、1990年代には政府も緩和ケアの全国的な発展をめざして予算分配をしてきている。これによって、包括的な調査や全国レベルでのシステム作りが可能となり、より多くの人たちとかわりを持つようになってきている。2000年代に入って、これからは地域システムの中に緩和ケアを組み入れていく方向に進んでいる。

医療の発展に伴い長寿社会になったが、しかし、それはまた別の意味で生命の価値について問いただす必要性も出現した。「ひたすら苦しむだけの生命は果たして生きる価値があるといえるのか」という問題提起に対し、オランダは安楽死を認める考えを合法化した。それは、個人の意思を尊重するという国民性があるからこそ可能となったことである。オランダ人は、たとえ相手が自分と異なる考えの持ち主であったとしても、その人の考えはその人の考えとして尊重する。それゆえ、同性婚も認められている。安楽死もまた、個人が強く希望することであれば、その人の考えは重要視される。ただし、やはり生命の終結ということは安易に認められるものではなく、それを行うにあたっては、十分な配慮が必要となってくる。死という最終的手段をとる前にできることがないのか、十分検討する必要がある。十分な知識を伴った上で、どうありたいか、それは可能なのか、という判断が個人に科されるわけである。そのためには、患者は十分自分の立場を理解した上で、自分で判断を下さなければならなくなってくる。自分で自分の判断を下せる状況になくなった場合は、その個人がしっかりしていたときどのような希望を持っていたか、ということが周囲の人の判断材料になってくる。その場合、その人の事前指示のような文章があり、それが意識清明な状態で書かれたものであれば、それは重要視される。

自分のあり方を決定するにあたっては、医療上の担当者であるかかりつけ医とよく話し合うことが大事になってくる。オランダでは医療機関の窓口として、かかりつけ医はとても重要な位置を占めている。医療に関しては、何事においてもまず、相談する先はかかりつけ医、ということになるからである。治療法に関しては当然のこと、在宅ケアなど地域のケアシステムの利用に当たっても橋渡しの役割をするのはかかりつけ医である。専門的な施設での治療を受ける場合もかかりつけ医の紹介状なくしては受けられない。

終末期においてよりよい方法を選択できるように、それぞれがそれぞれの立場での十分な知識をもって判断する、そのために必要な教育機関の発展とシステム作り、情報の提供のあり方についてオランダは全国レベルで模索しているところである。

8. 参考文献および資料

1. *Population*. Available at: <http://statline.cbs.nl>
2. *Health care in the Netherlands for an ageing population (an abstract of the CSED – report Gezondheid zorg in het licht van de toekomstige vergrijzing 1999, 198pp., ISBN 90-6587-720-7)*. Available at: www.ser.nl
3. *Ouderen en vergrijzing. Heden, verleden ed toekomst*. Available at: www.rivm.nl/vtv/data/kompas
4. *Over 46.6 billion euro spent on care in 2001*. Available at: www.cbs.nl/en/publications/articles/webmagazine/archive
5. *Deaths by main primary cause of death, sex and age 2002*. Available at: <http://statline.cbs.nl/StatWeb>
6. *The Dutch health care systems*. Available at: www.palliatief.nl
7. Francke AL (2003). *Palliative care for terminally ill patients in the Netherlands*. International Publication Series. Health, Welfare and Sport nr. 16. Available at: www.minvws.nl
8. Klinkenberg M (2001). *De laatste levensfase van ouderen. Gezondheid en welzijn van ouderen in de laatste drie maanden van hun leven*. Free University Amsterdam, Social Medicine Department EMGO/LASA 2001
9. Okma KGH (2001). *Health care, health policies and health care reforms in the Netherlands*. International Publication Series. Health, Welfare and Sport nr. 7. Available at: www.minvws.nl
10. *Use of medical facilities*. Available at: <http://statline.cbs.nl>
11. Broeckaert B, Janssens R(2002). *Palliative Care and Euthanasia*. Ethical Perspectives; 9 2-3: 156-175.
12. *History of palliative care in the Netherlands*. Available at: www.palliatief.nl
13. *Facts about palliative care*. Available at: www.palliatief.nl (2003.12.14 consult)
14. Meulen-Arts S van der, Franke AL. *Hoe groot is het aanbod en neemt het toe of af?* Available at: www.rivm.nl (2003.12.14 consult)
15. *Health Insurance in the Netherlands. Status as of 1 January 2002*. International Publication Series. Health, Welfare and Sport nr. 1E. Available at: www.minvws.nl
16. *Health care in the Netherlands for an ageing population*. Available at: www.ser.nl
17. 三井美奈 (2003) 『安楽死のできる国』 新潮新書
18. Sharp rise in spending on home care. Available at: www.cbs.nl/en/publication/articles (2003.12.8 consult)
19. 保坂正康 (1993) 『安楽死と尊厳死 医療の中の生と死』 講談社現代新書
20. 町野朔・西村秀二、他 (編) (1997) 『安楽死、尊厳死、末期医療』 信山社
21. 甲斐克則 (2003) 『安楽死と刑法 医事刑法研究第1巻』 成文堂

22. British Helsinki Human Rights Group. Euthanasia in the Netherlands: *human rights and human lives*. Available at: www.bhhrg.org (2003.12.22 consult)
23. Gordijn B and Janssens R (2001). *New developments in Dutch legislation concerning euthanasia and physician-assisted suicide*. Journal of Medicine and Philosophy; 26(3): 299-309.
24. *Innovation, Career and Ethnicities Directorate (IBE). Euthanasia; the Netherland's new rules* Ministry of Health, Welfare and Sport. 8.4.2002. Available at: <http://www.minvws.nl>
25. Gordijn B, Janssens R (2000). *The prevention of euthanasia through palliative care: New developments in The Netherlands*. Patient Education and Counseling; 41: 35-46.
26. Reagan P, Hurst R, Cook L, Zylicz Z, Otlowski M, Veldink JH, van den Berg LH, Wokke JHJ (2003). *Physician-assisted death: dying with dignity?* The Lancet Neurology; vol 2(October): 637-643.
27. Van der Maas PJ et al.. *Medische beslissingen rond het levenseinde, Commissie onderzoek medische praktijk inzake euthanasie*. Den Haag: Sdu Uitgevers.
28. Van der Maas PJ, van Delden JJM, Pijnenborg L, Looman CWN (1991). *Euthanasia and other medical decisions concerning the end of life*. Lancet; 338: 669- 674.
29. Van der Wal G, Van der Maas PJ (1996). *Euthanasia, physician-assisted suicide, and other medical practices involving the end of life in the Netherlands, 1990-1995*. The New England Journal of Medicine; 335(22): 1699-1705.
30. Van der Wal G and Van der Maas PJ (1996). *Euthanasie en andere medische beslissingen rond het levenseinde, De praktijk en de meidingsprocedure*. Den Haag: Sdu Uitgevers.
31. Onwuteaka-Philipsen B, Van der Heide A, Koper D, Keij-Deerenberg I, Tietjens JAC, Rurup ML, Vrakking AM, Georges JJ, Muller MT, Van der Wal G, Van der Maas PJ(2003). *Euthanasia and other end-of-life decisions in the Netherlands in 1990, 1995, and 2001*. Lancet; 362(August2): 395-399.
32. Curative Somatic Care Directorate (CSZ). *Talking in good time about end of life issues in the event of a life-threatening condition*. Ministry of Health, Welfare and Sport. 21.2.2001. <http://www.minvws.nl>
33. *Living will*. Available at: www.nvve.nl
34. Veldhuijzen van Zanten-Hyllner MLLE, Meiboom AA, Ribbe MW, van der Wal G(2003). *Palliatieve zorg in de artsenopleiding*. Verslag van het COPZ onderwijsproject uitgevoerd door het VU Medische Centrum

厚生労働科学研究費補助金（厚生労働科学特別研究事業）
分担研究報告書

国内外における悪性腫瘍を中心とした尊厳死に関する研究
ドイツ法における尊厳死をめぐる新たな法的論議
—ケンプテン事件判決の検討を中心に—

分担研究者 甲斐克則 広島大学法学部

研究要旨 本研究は、ドイツにおける最近の尊厳死をめぐる法的論議について、とりわけ1995年のいわゆるケンプテン事件連邦通常裁判所判決を中心として、その事実から判決の論理に至るまで分析し、その背景や法学界および医学界の動向にも考慮しながら論じたものである。ドイツでは、成年後見制度が定着してきたが、身上監護に関しては、必ずしも議論が固まっているわけではない。ケンプテン事件は、特に患者の事前の意思表示および近親者の判断の有効性をめぐり、法的に注目すべき問題を提起している。連邦通常裁判所は、患者の推定的意思に重きを置いて判断したが、医学界からは批判も多い。延命拒否権としての自己決定権は尊重されるべきであるが、どのような要件があればそれは有効なものとなるのか。成年後見制度との関係を含め、これを法的観点から考察した。

A. 研究目的

本研究の目的は、尊厳死をめぐる法的議論において成年後見制度と関連づけるなど注目すべき展開を示しているドイツの理論動向を探るべく、判例および学説、さらには医学界の見解を分析・検討し、日本における今後の議論の参考に供することにある。

B. 研究方法

本研究の方法は、いわゆるケンプテン事件に関するドイツ連邦通常裁判所判決（1994年9月13日）を入念に紹介し、患者の推定的意思を厳格に捉えたその論理に対してドイツにおいて法学界および医学界がどのように反応したかを詳細に分析しつつ、さらにその後の判例の動向も分析するという手法を採った。

（倫理面への配慮）

すでに公表されている資料に基づく文献的な調査研究であり、倫理面には問題はない。

C. 研究結果

ドイツ連邦通常裁判所が、何故に患者の推定的同意の認定に慎重であったかを確認することができたと同時に、それが医療現場の実態にそぐわないという見解も有力であることを確認できた。

D. 考察

尊厳死問題において患者の事前の意思表示を何とか探り、それを根拠に人工延命治療の打ち切りのは是非を判断しようとする姿勢は妥当であると思われる。問題は、患者の意思の推定がどのような場合にどこまで許されるか、である。ケンプテン事件ドイツ連邦通常裁判所判決は、患者の推定的意思をより厳格に捉えたが、学説上批判はあるものの、これは基本的には妥当と思われる。なぜなら、安易な推定や代行判断を認めることは、遷延性植物状態またはそれに近い状態にある患者の生命を切り捨てることに通じる懸念があるからで

ある。しかし、成年後見人がその判断にどこまで関われるかについては、ドイツでも議論があり、医療現場での実態を考慮して日本でも今後詰めていく必要がある。

E. 結 論

ケンプテン事件ドイツ連邦通常裁判所判決は、賛否両論があるものの、尊厳死論議をめぐる刑法上および民法上の理論的課題のみならず、実践的課題ないし制度的課題を呈示したという意味で、きわめて重要な判決として位置づけることができる。日本でも、今後議論の参考になりうるものと思われる。

F. 健康危険情報

特になし。

G. 研究発表

論文発表

「ドイツ法における尊厳死をめぐる新たな法的論議」として報告書を資料にまとめた。

学会発表

なし

H. 知的財産権の出願・登録状況（予定を含む）

特に行っていない。

ドイツにおける安楽死・尊厳死論議の展開

分担研究者：甲斐克則（広島大学法学部）

目次

1. はじめに……ドイツにおける安楽死・尊厳死論議の歴史的展開	203
2. ドイツにおける安楽死論議の近年の展開	203
3. ドイツにおける尊厳死論議の近年の展開	204
4. おわりに	205
5. 参考文献	205
附. ドイツ法における尊厳死をめぐる新たな法的論議—ケンブテン事件判決の検討を中心に—	206
1. 序	206
2. 事実の概要	206
3. 連邦通常裁判所判決	207
4. 本判決の位置づけと若干の検討	212

1 はじめに……ドイツにおける安楽死・尊厳死論議の歴史的展開

(1) ワイマール期……第1次世界大戦前後の複雑な理論的草創期

- ・ Alexander Elster, Euthanasie(Sterbehilfe), ZStW Bd. 36, 1915, SS.595-597.
- ・ Karl Binding und Alfred Hoche, Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. 1920. →「生存の価値なき生命の毀滅」の可能性を示唆
- ・ Fritz Pelckmann, Euthanasie. Das Recht des Arztes zur Tötung. 1923.
- * Gerhard Fichtner, Die Euthanasiediskussion in zeit der Weimarer Republik, in Albin Eser (hrsg.), Suizid und Euthanasie. 1976, S. 244ff.

(2) ナチス期……ヒトラーの秘密指令 (T4計画) による「生存の価値なき生命の毀滅」の實踐

- * Vgl. Ernst Klee, >>Euthanasie<<im NS-Staat. Die >>Vernichtung lebensunwerten Lebens<< 3Auffl. 1983. (邦訳: エルンスト・クレー『第三帝国と安楽死——生きるに値しない生命の抹殺——』松下正明訳 (1999・批評社))
- * 小俣和一郎『ナチス もう一つの重大罪——「安楽死」とドイツ精神医学』(1995・人文書院) 参照

(3) 戦後復興期……「安楽死」問題のタブー期

- ・ Karl Engisch, Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens in strafrechtlicher Beleuchtung.1948.
- ・ Gerd Geilen, Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts. Zu den Wandlungen des Todesbegriffs und zu neuen Schutzproblemen des werdenden Lebens. FamRZ(1968)Heft 3 →変化の兆し

(4) 転換期 (1970年代) ……患者の自己決定権を基軸とした安楽死論議および尊厳死論議の開始 (アメリカの影響) →「生命という法益」の性質をめぐる議論

- ・ Gerd Geilen, Euthanasie und Selbstbestimmung. 1975.
- ・ Albin Eser (hrsg.), Suizid und Euthanasie als human-und sozialwissenschaftliches Problem.1976.→国際的・学際的シンポジウムの成果
- ・ Alfons Auer/ Halmut Menzel/ Albin Eser, Zwischen Heilaufrag und Sterbehilfe. Zum Behandlungsabbruch aus ethischer, medizinischer und rechtlicher Sicht. 1977.

(5) 実践的展開期(1980年代以降)……安楽死という呼称を避け、中性的な臨死介助(Sterbehilfe)という概念の下で、安楽死・尊厳死・自殺等の問題をまとめて議論し、裁判例や立法提案ないしガイドライン提案が次々登場

… →「自死への権利(Recht auf den eigenen Tod)」の主張

2 ドイツにおける安楽死論議の近年の展開

(1) ヴィティヒ事件(Witig-Fall)連邦通常裁判所判決(1984年)

高齢の未亡人患者が夫の死後、生き甲斐をなくし、病気を苦しめつつ自殺を試みて意識喪失状態に陥っているのをホームドクターが発見しながら、患者の死ぬ意思を察してそのまま死にゆくにまかせた事案

→正当化(Rechtfertigung)ではなく、責任阻却(Entschuldigung)で無罪

→学者の反発→議論沸騰 (自己決定権の意義と限界)

- (2) 臨死介助法対案(Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe, 1986)
 →ドイツ法曹大会で22名の有力学者が自己決定権を基軸とした臨死介助に関する立法提案を出す→否決
- (3) ハッケタール事件(Hacketal-Fall)ミュンヘン上級地裁決定(1987年)
 顔面に癌ができた高齢の女性が病気を苦に死を決意し、医師が毒薬を調達して他の医師を介して患者に渡し、患者がこれを飲んで死亡した事案
 →自己決定権を尊重し、無罪
- (4) ダニエラ事件(Daniela-Fall)カールスルーエ行政裁判所判決 (1987年)
 自動車事故で横断麻痺となった(末期でない)女性(23歳)から臨死介助の依頼を受けた医師が「積極的臨死介助」の請求権を求めた事案
 →生命保護、「人間の尊厳」の観点から否定
- (5) 間接的臨死介助に関するドランチン事件(Dolantinfall)連邦通常裁判所判決(1996年)
 遺産相続に絡み、2人の医師(夫婦)が死期を早める疼痛治療薬ドランチンを投与して死亡させた事案→因果関係が立証できず、無罪

3 ドイツにおける尊厳死論議の近年の展開

上記2の(1)~(3)と連動し、裁判例を素材として議論が続く

- (1) ラーフェンスブルク事件(Ravensburg-Fall)地裁判決 (1986年)
 不治で末期のせき髄の病に罹患した女性(57歳)が意識を喪失し、瀕死状態に陥ったものの、蘇生措置により一時的に意識を回復した際、耐え難い苦痛を感じ、電気製の特別筆記具で「早く死にたい」旨を記し(以前にも末期病状での人工呼吸の拒否を表明していた)、その要求を受けた夫(2年間妻の看護をしていた)が担当医不在の間に(医師でもある息子の同意を得て)人工呼吸器を取り外し、1時間後に患者が死亡した事案→自己決定権を尊重して無罪
- (2) ベルリン・ノイケルン事件簡裁決定(1987年)
 2年来意識を喪失した遷延性植物状態の患者の近親者が医師の治療中断について後見裁判所の合意ならびにさらなる治療差控えの命令を要求した事案→請求却下
- (3) ケンプテン事件(Kempten-Fall)連邦通常裁判所判決 (1994年)
 E夫人(当時70歳)は、アルツハイマー病の疑いのある前老人性痴呆症に罹患していたが、1990年9月はじめに鼓動停止となり、不可逆的な重度の脳損傷を受け、飲食できなくなり、特別食による人工栄養補給が、まず鼻ゾンデから、やがて胃ゾンデから行われた。E夫人は、同年末以来、話すことも歩くことも立つこともできず、ただ顔面をピクリとさせたりブツブツ言ったりすることだけにはできた。保健体操をしたにもかかわらず、手足は、いわゆる粗大攣宿(Grobkontraktionen)になった。生命諸機能は現存するが、疼痛を感じる徴候はなかった。
 T医師は、毎週E夫人を診察し、軟膏と疼痛薬とで疾患を緩和する治療をしたが、患者の状態は胃ゾンデを取り入れた後も変わらなかった。1993年初頭に、被告人T医師はE夫人の息子であり後見人である被告人Sに、チューブによる栄養補給を打ち切り、紅茶の提供だけで患者の状態を終結させることを提案した。Sは、この処置が法的に保護されているというT医師の説明を信頼し、若干の友人や近親者に相談しただけで、1993年3月はじめころ、T医師に同意した。その決定に際しては、患者がSに対して、8年前から10年前にかけてテレ

び放送で、関節が固くなり床擦れができた看護事例を見て以来、「自分はそのようにして死にたくない」旨の意思表示をしていた事情も、ひとつの役割を果たした。これに基づいて、T医師は、看護師との事前の対話がないまま指示書に、「私は、T医師の協力を得て、現在の人工栄養が切れ次第、あるいは1993年3月15日から、母には紅茶だけで栄養補給したい」という登録を書き、両被告人がこれに署名した。

彼らは、看護職員がそれに依拠するであろうし、それゆえ、E夫人が数週間以内に栄養補給不足で死ぬであろうと考えていたが、この期待とは反対に、その措置の法的許容性に疑問を抱いた看護師長は、同年3月17日、ケンプテン後見裁判所(簡裁)にこの登録を知らせ、現在のゾンデによる栄養補給を同年3月22日まで与えるよう伝えた。同日、後見裁判所は、暫定的指示という方法で、計画された処置についての認可を拒否した。Sは、簡裁において、同年3月22日付の署名により、栄養補給を紅茶へと切り換えるための認可を申請した。その栄養補給は、専門家や関係者の意見を聴いたりした後、同年5月22日の決定によって拒否された。その後、T医師は、患者の治療を打ち切った。医療上のケアは、他の医師により継受されたが、同年12月29日、E夫人は肺水腫により死亡した。

→患者の推定的意思を中心に考える論理を展開→破棄差戻し(差戻し後に無罪)

(4)学説と医学実務の展開

- ・患者の推定的意思の確定をめぐる議論
- ・「患者遺言(Patiententestament)」od. 「事前の指示書」の意義をめぐる議論
- ・「世話人」の権限 od. 後見裁判所の権限をめぐる議論
→フランクフルト高裁判決(1998年)
→ミュンヘン地裁判決(1999年)
- ・終末期医療に関する連邦医師会ガイドライン

4. おわりに

- ・「ナチス問題」を念頭に置きつつ、本質的議論と実践的議論の積み重ねから展望を見いだす傾向
- ・学際的議論の充実
- ・日本への示唆

5. 参考文献

- 1) 甲斐克則『安楽死と刑法 [医事刑法研究第1巻]』(2003・成文堂)
- 2) 甲斐克則『尊厳死と刑法 [医事刑法研究第2巻]』(2003・成文堂・校正中)

ドイツ法における尊厳死をめぐる新たな法的論議 ——ケンプテン事件判決の検討を中心に——

1. 序

ドイツにおける「尊厳死」ないし「臨死介助」および判例については、1980年代までは詳細に論究したことがあるが⁽¹⁾、最近、連邦通常裁判所 (BGH) 第1刑事部が人工栄養補給中止に関する刑事事件で興味深い判決を下した。いわゆるケンプテン事件判決(BGH, Ur. v. 13.9.1994-1 Str 357/94(LG Kempten), BGHSt.40, 1994; NJW 1995, 204; MedR 1995, 72)が、それである。本件は、これまでのドイツの判例に登場した事案と異なり、あるいはアメリカの大半の事案やイギリスの事案とも異なり、人工栄養補給を意思決定無能力者から打ち切ってよいか、という点が刑事事件として争われたものであり、連邦通常裁判所が推定的意思について言及している点でも興味深いものがある。しかも、ドイツでは、1990年の世話法 (Betreuungsgesetz) を受けて民法典が改正されたが⁽²⁾、本判決は、とりわけ新民法1904条にも言及している点でも興味深い。

本稿では、近年のドイツの「尊厳死」論をフォローすべく、まず、事実の概要を示し、つぎに、本判決を理解しやすいように訳出部分と要約部分を織りまぜながら詳細に紹介し、最後に、本判決に関するドイツでの反応および最近の理論動向に言及しつつ、若干のコメントを加えることにする⁽³⁾。

2. 事実の概要

E夫人 (当時70歳) は、アルツハイマー病の疑いのある前老人性痴呆症に罹患していたが、1990年9月はじめに鼓動停止となり、不可逆的な重度の脳損傷を受け、飲食できなくなり、特別食による人工栄養補給が、まず鼻腔チューブから、やがて胃ろうチューブから行われた。E夫人は、同年末以来、話すことも歩くことも立つこともできず、ただ顔面をピクリとさせたりブツブツ言ったりすることだけはできた。リハビリ体操をしたにもかかわらず、手足は、いわゆる粗大攣宿 (Grobkontraktionen) になった。生命諸機能は現存するが、疼痛を感じる徴候はなかった。

T医師は、毎週E夫人を診察し、軟膏と疼痛薬とで疾患を緩和する治療をしたが、患者の状態は胃ろうチューブを取り入れた後も変わらなかった。1993年初頭に、被告人T医師はE夫人の息子であり後見人である被告人Sに、チューブによる栄養補給を打ち切り、紅茶の提供だけで患者の状態を終結させることを提案した。Sは、この処置が法的に保護されているというT医師の説明を信頼し、若干の友人や近親者に相談しただけで、1993年3月はじめころ、T医師に同意した。その決定に際しては、患者がSに対して、8年前から10年前にかけてテレビ放送で、関節が固くなり床擦れができた看護事例を見て以来、「自分はそのようにして死にたくない」旨の意思表示をしていた事情も、ひとつの役割を果たした。これに基づいて、T医師は、看護師との事前の対話がないまま指示書に、「私は、T医師の協力を得て、現在の人工栄養が切れ次第、あるいは1993年3月15日から、母には紅茶だけで栄養補給したい」という登録を書き、両被告人がこれに署名した。

彼らは、看護職員がそれに依拠するであろうし、それゆえ、E夫人が数週間以内に栄養補給不足で死ぬであろうと考えていたが、この期待とは反対に、その措置の法的許容性に疑問を抱いた看護師長は、同年3月17日、ケンプテン後見裁判所 (簡裁) にこの登録を知らせ、現在のチューブによる栄養補給を同年3月22日まで与えるよう伝えた。同日、後見裁判所は、暫定的指示という方

法で、計画された処置についての認可を拒否した。Sは、簡裁において、同年3月22日付の署名により、栄養補給を紅茶へと切り換えるための認可を申請した。その栄養補給は、専門家や関係者の意見を聴いたりした後、同年5月22日の決定によって拒否された。その後、T医師は、患者の治療を打ち切った。医療上のケアは、他の医師により継受されたが、同年12月29日、E夫人は肺水腫により死亡した。

ケンブテン地方裁判所は、故殺未遂で被告人らを有罪（罰金）としたが、連邦通常裁判所（BGH）は、被告人らの上告を認め、破棄差戻しの判決を下した。

3. 連邦通常裁判所判決

1 a 臨死介助（Sterbehilfe）は、患者の原苦痛が不可逆的であり致命的経過を辿っていて短期間内に死が生じるであろうことを前提とし、この段階においてはじめて、蘇生、輸血、あるいは人工栄養補給といったような延命措置の放棄が医師に許容される。

「本件においては、死にゆく過程は、まだ始まっていなかった。E夫人は——人工栄養補給の必要性を別とすれば——生存能力があった。實際上、彼女は人工栄養補給を中止すべきだと被告人らの決定後も、——1993年12月29日まで——生きていたのである。それゆえ、本来の意味における臨死介助は、存在しなかった。むしろ、問題となったのは、個別的な生命維持装置の中断であった。たとえ、この事象が文献においてすでに広義の臨死介助（「臨死への介助（Hilfe zum Sterben）」：Eser in: Schönke/Schröder, Vorb. 27 §§ 211 ff. RdNr. 21およびそこに挙げられたその他の諸文献）とみなされ、そして相応の患者の意思がある場合のこのような治療中断が一般的な決定の自由および身体の不可侵性の権利（基本法2条2項2文）の顕現として基本的に承認可能だとしても（Laufs-Uhlenbruck, Hdb. des ArztR. § 132 RdNr. 28）、本来の意味での臨死介助と比較すると、推定的意思の承認を高める諸要件が設定されるべきである。医師、近親者あるいは世話人（Betreuer）が、決定能力のない患者の意思とは無関係に自己の基準および表象に従って彼らに無意味な、生存の価値がない、あるいは無用とみなされる患者の現存在を終結させる危険性は、最初から防止されなければならない」。

b 本件では、E夫人はもはや自己決定ができない状態だったので、推定的同意の承認が考慮されるにすぎないが、それは、十分に確実な手がかりを欠いており、後見人である被告人Sの同意は有効でなかったことから、問題にならない。

aa 「決定的時点——1993年3月——の8年ないし10年前に、あるテレビを見た直接的な印象の下で行われたE夫人の意思表示は、『そのようには死にたくない』というものであったが、それは、治療中断についての推定的承諾の確固たる基礎を何ら提供していない。その意見表明は、一時的な気分から出たといえる。E夫人は、文書でも口頭でも、裁判所の確認に対して、繰り返してこの宣言をしていない。1993年の彼女自身の状況は、それを予感したり評価したりするものではありえない。なるほど、彼女の現存在は、1990年9月以降、最も単純な諸機能に減じられ、彼女は人工栄養補給を必要とし、そして脳損傷により人間同士の接触がもはやできない状況にあったし、その結果、彼女の生命は、周囲の者にとっては無意味なものとみなされたほどであった。しかしながら、この事情は、それ自体のみで、即座により確実な死へと導く治療中断への、他の点では生命力ある患者」の推定的承諾があったと承認することを正当化しない」。

bb 「被告人Sが息子として、また同時にその患者の後見人として治療中断に同意していたという事実すらも、この結論を何ら変更するものではない。」

1990年9月12日成立の世話法 (Betreuungs-gesetz) を受けて改正された新民法1904条によれば、世話人は一定の医療措置への承諾の有効性について後見裁判所の認可を必要とする。「いずれにせよ、その規定は、——致命的な経過を辿る——治療中断には直接適用できない。なぜなら、その文言によれば、その規定は、検査、治療または医的侵襲といったような積極的医療措置だけしか包摂していないからである」。しかし、その意味および目的によれば、その規定は、死にゆく過程がまだ始まっていない場合にも適用されなければならない。

2 いずれにせよ、両被告人における禁止の錯誤の回避可能性についての地裁の見解は、大いに疑問である。地裁刑事部は、被告人らの禁止の錯誤を回避可能なものとみなし、そして許容された死にゆくにまかせること (zulässiges Sterberlassen) は、本件のようなケースでは最初から問題とはならず、そのかぎりでは決定能力のない患者の推定的同意はそもそも問題にならない、という見解から出発する。

a 「当刑事部の見解によれば、ここで与えられている限界事例の特殊な状況に鑑みると、医師による治療ないし措置の中断による許容された死にゆくにまかせることは、患者が中断に推定的に同意している以上、最初から排除されるわけではない。なぜなら、この状況においても患者の自己決定権は尊重されるべきだからであり (BGHS 32,367[379]=NJW 1984,2639;BGHS 35,246[249]=NJW 1988,2310;BGHS 37,376[378 f]=NJW 1991,2357参照)、原則として、患者の意思に反して医師の治療が開始されたり継続されたりしてはならないからである」。地裁の考えは、あまりにも狭く、本件の特殊な前提事実に必ずしも合致しない。

もちろん、決定能力のない患者のこのような推定的承諾の諸要件は、厳格に設定されるべきである。「決定的なのは、患者が全事情の入念な衡量後に示すような行為時における患者の推定的意思である。これに関連して、宗教的確信、その他の人格的な価値表象、年齢に条件づけられた生の期待、あるいは苦痛を甘受していることと同様、患者の以前の口頭または文書による意思表示もまた、考慮されるべきである (BGHS 35,246[249]=NJW 1988,2310)。客観的な諸基準、とりわけ措置を一般に『理性的』とか『通常のもの』と評価すること、ならびに賢明な患者の利益に通常合致するものと評価することは、独自の意義を有しない。すなわち、それらは、個人の仮定的意思の発見の手がかりとなりうるにすぎないのである」。

「必要とされる入念な検討においても、患者の個々の推定的意思の確認のための具体的諸条件が見いだされなければ、一般的な価値観に即応した諸基準が拠り所とされうるし、また、そうされなければならない。しかしながら、その際、留保が必要である。すなわち、疑わしい場合には、人間の生命の保護は、医師、近親者あるいは他の関係者の個人的考えよりも優先する。個別事例においては、その決定は、医療上の予後がいかに見込みがないか、また、患者がどれほど死に近づいているかということにも当然依存する。一般的観念によれば、人間の尊厳に満ちた生命の回復が期待できなければできないほど、そして死期が切迫していればいるほど、それだけいつそう治療中断は擁護可能なように思われるであろう (BGHS 35,246[250]=NJW 1988,2316参照)」。

b Sは、T医師から、計画された意図は法的に保護され、したがって自分は処罰されないとの情報を照会されていたが、彼は、この解答だけを当てにしてはならなかった。なるほど、信頼できる人 (専門家で偏見のない人) の法的情報は、禁止の錯誤の回避可能性をたいしては排除するし、SはT医師を信頼できるものとみなしたであろう。しかし、Sの照会義務は、論じ尽くされていない。なぜなら、彼は、後見人としての立場に基づいて、意図された治療中断に同意する前に、後見裁判所の認可をもらう義務があったからである (民法1904条)。地裁は、それゆえ、いかなる理由でSが後見裁判所に照会しなかったのか、また世話法の発効 (1992年1月1日) 以来妥当

している民法1904条の新規定に関して彼が情報提供を受けたかどうかを確認しなければならなかった。

c 「被告人T医師は、その決定以前に、そもそも何らの助言も請わなかった。この点について、彼はE夫人の状態および難解な法状態に鑑みると、義務はなかったといえよう。なるほど、医師は、限界事例において治療の終結か継続かに関する決定に際して、一定の判断裁量と評価裁量を有する (*Leufs, ArtzR 5. Aufl., S. 161 Rdnr. 300 aE*)。しかしながら、呼吸、心活動および血液循環といったような本質的な生命諸機能がなお維持されていれば、許容された治療中断は、それが決定能力のない患者の推定的意思に照応するときのみ考慮されるにすぎない。それゆえに、このことが、地裁の見解とは反対に被告人T医師にとっても問題となったのである。地裁刑事部は、いかなる理由からT医師が1993年初頭に治療中断を申し出たのか、彼が患者の推定的同意を得て行為することを確信していたかどうか、そして彼が、その処置が法的に保障されているとの見解を何に基づいて基礎づけていたのか、という問題を調査しなければならなかったといえよう」。

当刑事部は、患者の推定的同意についても両被告人の禁止の錯誤の回避可能性についても、別様の評価可能性を排除することができない。それゆえ、地裁判決は破棄されるべきであり、事件は新たな審理と決定へと差し戻されることになった。「判決の任にあたる新たな事実審裁判官がその際に検討しなければならないのは、これまで知られている必ずしも十分でない諸事情を超えて——少なくとも被告人の視点から——E夫人の推定的同意のためのさらなる手がかりが出ていたかどうか、である。これに関連して、地裁刑事部は、連邦医師会の指針に取り上げられた諸条件だけを目指すべきではなかろう」。

3 ちなみに、判決を検討したところ、正当にも、地裁は、現在の保障人的義務における不作為による実行未遂（いわゆる不真正不作為犯）から出発している。

a 両被告人が非難された態度は、現在の栄養補給終了後、「もしくは」1993年3月15日から患者を紅茶だけで栄養補給するというを看護職員に指示した点である。「したがって、看護職員は、被告人らの表象によれば、遅くとも1993年3月15日から、カロリー十分な栄養補給を終結させることになっていた。そのことは、看護職員の視点からすれば、不作為を表す。なぜなら、命じられた行為を行わない点にこそ、刑法上重要なできごとがあるからである (*Eser, in Schönke/Schröder, Vorb. § 13 Rdnr. 139*)。被告人らの態度も、このような不作為によって刻印づけられた。すなわち、被告人Sは彼の親族関係に基づいて、さらに後見人として、被告人T医師は診療契約に基づいて、看護職員の助けを借りてE夫人の基本看護を確保するよう義務づけられていた。ここから、保護命令に関する彼らの共通の保障人的地位が明らかとなった。このような義務づけに対する違反の中に、彼らの態度の本来的な無価値があった。文書による指示（したがって直列接続された積極的作為）、ましてや必要とされるゾンデによる栄養補給に代わる紅茶の提供が、目的のために手段となったのではなく、命じられた（人工）栄養補給の不実施がその手段となったのである」。

b しかし、以上のことによっては、被告人自身が間接正犯とみなされるべきかそれとも教唆者にすぎないとみなされるべきか、という問題はまだ解決されてはいない。これと関連する数多くの法律問題には、地裁は立ち入っていない。このことは、しかし、結果的には害とはならない。なぜなら、間接正犯における不真正不作為犯の（不能）未遂の可罰性のための判例上要求される諸条件は、禁止の錯誤の問題は別として、両被告人の場合、充足されているからである。

aa 「地裁の確認によれば、看護職員は栄養補給の切り換えの指示により被告人らによって追求された目的——短期間内のE夫人の死——を認識していたし、また——被告人らの表象によれ

ば——それを意図的に惹起したであろう、ということが前提とされなければならない。それゆえ、外部的な行為事象からすると、被告人らの側が教唆、そして看護職員の側だけが正犯と想定されがちである。しかしながら、これは、現存の組織構造の内部での様々な役割分担には適合しないであろう」。

bb 「教唆と間接正犯の限界づけは、文献上、特に黒幕が『道具』の禁止の錯誤を利用し尽くす諸事例について争いがある (BGHSy 35, 346[351 ff.]=NJW 1988,2310 および *Crammer, in: Schönke/Schröder, §25 Rdnr.38*に挙げられている諸文献参照)」。しかしながら、連邦通常裁判所の判例において承認されているのは、間接正犯は基本的には、黒幕がある特定の犯罪的態度の許容性に関して行為媒体者を欺くが、しかしそのようにして惹起された禁止の錯誤がその直接行為者にとっては回避可能であったときにも考慮される、というものである。この点に関して決定的なのは、上役の錯誤の回避可能性とか回避不可能性ではなく、できごとを全体として評価して考えるにあたり、正犯意思によって支えられた客観的正犯性が黒幕に加わるかどうかである (BGHSy 35,346[354]=NJW 1988,2310; さらにBGH,NJW 1994,2703[2706])。その限界づけは、個々の事案において (道具の) 錯誤の態様と射程範囲および黒幕の影響の強さにかかっている。したがって、(企図された) 殺人罪の間接正犯は、いずれにせよ、彼によって意識的に喚起された錯誤の助けを借りてそのできごとを故意に呼び起こしかつ操縦するものであり、その結果、錯誤者は、評価的考察に際して、たとえ——錯誤の回避可能性のゆえに—— (なお) 有責に行為していても『道具』とみなされることになる (BGHSy 35,346[354]=NJW 1988,2310; さらにBGH,NJW 1994,2703[2706])」。

cc 本件は、被告人SおよびT医師が自己の態度が禁止されていることに関する錯誤の状態にあった点で、BGHSy 35, 347=NJW 1988,2310とは事案が異なる。しかし、間接正犯と教唆犯との区別については、そのことは必ずしも決定的に重要ではない。「むしろここでも決定的なのは、被告人らが正犯意思と行為支配をもって行為したかどうかである。それは、肯定すべきである」。

「被告人らは、いかなる方法でどの時点でE夫人の死を惹起しようとしたかを相互に決めていた。兩人により署名された1993年3月はじめの看護職員に対する文書による指示によって、彼らは、……事態の経過を進行させようとしたのである。一方では、息子および代理権限のある後見人としての地位あるいは担当医としての地位において彼らにより請求された指示権限に鑑み、また他方では、基本的に指示に拘束された、介在してきた臨時職員の副次的役割に鑑みると、両被告人の正犯意思という主観的基準および行為支配という客観的条件について、何ら疑念は存在しえない」。

c また、正当にも地裁は、未遂の存在を認めた。被告人T医師の上告趣意は、被告人らの態度は予備行為にすぎないというものであるが、それは当たっていない。「間接正犯の観点においても、また不真正不作為犯の特別な基準に従っても、本件では、未遂段階には達している」。

aa 間接正犯の場合、行為媒体者への黒幕の影響があれば、すでに未遂の開始がありうる。一部の文献は、「道具」への影響があればつねにこれを認めるが、一般的規則によれば、本件でも、未遂と予備の区別は行われるべきである。重要なのは、全体の中で個々の行為が保護法益への直接的攻撃をすでに含んでいるかどうか、である。

「その行為についての表象に従って、構成要件の実現を直接に開始した者は、犯罪行為をしようとして未遂に終わった者である (刑法22条 [法曹界『ドイツ刑法典』11頁])。連邦通常裁判所の確定した判例によれば、この種の評価は、行為者が、行為計画後に妨害のない成り行きにおいて直接的に構成要件の充足に至ることになる行為を行うときに一般的にすでに存在する。行為者が主観的に『今まさに離れる (jetz geht es los)』まで敷居を踏み越えて、客観的に構成要件に

該当する攻撃行為を試み、その結果、彼の作為が中間行為 (Zwischenakte) なしで構成要件の実現へと移行する場合が、それである (BGHSt 37,294[297f.] = NJW 1991,1839およびそこに挙がっているその他の文献: BGHR StGB§22 Ansetzen 4)。——本件のように——直接自らではなく、『道具』として投入する第三者を通して行為する場合、いずれにせよ、彼が、自己の表象によれば必要とされる行為媒体者への影響を遮断したときには、通常、未遂の開始がある (BGHSt 30,363[365] = NJW 1982,1164; BGHR StGB§22 Ansetzen 4)。前述の連邦通常裁判所の諸判決において、黒幕が行為媒体者を『その影響領域から放逐する』かあるいは『その行為事象を手放して』いなければならないということが論じられているからといって、このことは、(間接) 正犯がそれでもって上役に対するそのつどの影響可能性を断念しなければならないという具合に理解されるべきではない。そのかぎりでは決定的な『今まさに離れる』という視点および直接的な法益危殆化という視点の下では、それは、正犯が自己の確信により今やその事象の成り行きにまかせる、ということの意味するにすぎない。なぜなら、彼は、そのかぎりでは、『道具』に対して、さらなる影響がなくてもこのことがその行為を既遂にまで仕上げるであろうという影響を与えたからである」。

しかし、行為媒体者が黒幕の意思に従って一定の期間・時点後にはじめて活動せざるをえないときには、この原則の例外が必要である (BGHSt 4,270[273] = NJW 1953)。「この場合、保護法益に対する危険は、正犯の視点からも、行為媒体者への彼の影響の集結によってではなく、行為媒体者の実行行為の開始によってはじめて、未遂の当罰性を基礎づける態様の中に具体化されているのである。つまり、その場合にはじめて正犯は、行為媒体者の助けを借りて、刑法22条の意味で『直接的に』その行為の実行をしているのである」。「以上のことからすると、本件においては、行為は、被告人らの表象に従えば、いずれにせよ1993年3月15日から未遂段階にあることが認められる。なぜなら、彼らの行動計画によれば、遅くともこの時点までにE夫人にとって生存に必要なゾンデによる栄養補給は最終的に打ち切られるべきであったし、その結果、患者の死を惹起するはずであったからである。上告趣意は、予備と未遂開始の区別にあたり、まず1993年3月9日の文書による指示の日付を目当てにしているが、それは誤解である。1993年3月15日——地裁の確認によれば両被告人が彼らの行為計画を失敗した日——までのさらなる時の経過は、被告人らの視点からすれば、妨害のない成り行きの中で直接的にE夫人の死へと導いたであろうすべてのできごとを包摂すべきであった」。

bb 「この結論は、不真正不作為犯の法的特殊性によっても問題ないであろう」。不真正不作為犯の未遂の可罰性は、判例、通説により認められているが、その未遂開始時点については、最初の救助可能性時点 (ヘルツベルク)、最後の救助可能性時点 (ヴェルツェル)、最も期待の持てる救助可能性時点 (グリェンヴァルト) など争いがあり、しかも、それぞれに明確な基準を獲得できないという難点があることから、当刑事部は、いずれかに従うわけにはいかない。「当刑事部の見解によれば、決定的な区別のメルクマールは、挙動犯のために展開された未遂開始確定のための諸原則の準用にこそ認められる」。決定的基準は、ここでも、少なくとも、正犯が自己の不作為の開始とともに行為についての自己の表象に従って実行行為を「直接試みる」かどうかである。「積極的作為と不作為のザッハリッヒな区別は、そのかぎりでは正当化されもしないし、必要でもない。僅かな量の毒薬を絶えず投与することによって他者を殺害しようと欲する正犯が行為の遂行をすでに最初の毒薬投与で開始すると同様、保障人は、彼に義務づけられた生命維持措置を最終的に打ち切るや否や、彼にゆだねられた人の殺害を行うのである。他者に少量の毒薬を『毎月』投与する者は、すでに殺人の遂行を開始しており、単に予備行為を行っているわけではない。不行為の保障人にも、同じことが当てはまる。すなわち、命令された行為を長期にわ

たり怠ることにより要救助者の死を惹起しようとする者は、すでに自己の不行為の開始とともにこれを直接行うのであり、他者の生命を具体的に危殆化し、そして自己の表象に従い、法益の危殆化の程度に従い、そして部外観察者にとって認識可能な程に、不可罰的な予備段階の限界を踏み越えてしまったのである。これらすべての条件は、被告人らの表象によれば、遅くとも1993年3月15日から、ゾンデによる栄養補給の中止によって充足された」。

cc 「看護職員が被告人らの期待に反して栄養補給の切り換えの法的許容性に対する疑念を抱いていたということ、それゆえに、被告人らの指示に反して人工栄養補給を1993年3月15日以降も継続し、結局は——被告人らが知らないままに——所轄の後見裁判所が介入してきたことは、故殺未遂による有罪宣告と抵触しない。それは、単に、被告人らが不能手段の行為遂行に役立ったのであり、それゆえ、彼らの未遂は最初から既遂には至りえなかったということの意味するにすぎないのである。この——不能——未遂の可罰性についても事情は同じである。なぜなら、そのかぎりでは、ある法益の具体的な危殆化が問題なのではなく、被告人らの態度において明らかとなった意思およびこれによって惹起された法秩序の（抽象的な）侵害だけが問題となるにすぎないからである（通説：たとえばBGHS,30,363[366]NJW 1982,1164 ;Eser,in:Schönke/Schröder, §22 Rdnm. 60 ff. ;Jescheck,S.478参照）」。

4. 本判決の位置づけと若干の検討

1 以上のように、本件は、末期とはいえない、しかも意思決定能力がない患者から人工栄養補給を打ち切って死にゆくにまかせた行為が刑事事件となったものであり、これについて連邦通常裁判所が、破棄差し戻しにしたとはいえ、推定的同意による打ち切りの正当化の余地を認めた点で意義がある。しかも、安易な推定には警戒をしつつ、かなり厳格な要件を設定したうえで事前の意思表示を正当化根拠の中心に据えている点で、その基本的態度は私見⁽⁴⁾に近いものであり、評価できる（なお、差戻審判決では、ケンプテン地裁は、1995年5月17日、患者の推定的同意を根拠に無罪とした）。そして、このような傾向は、ドイツでも有力になりつつある。しかし、かの有名なヴィティヒ事件連邦通常裁判所判決(BGHSI 32, 367=NJW 1984, 2639)の直後には多くの批判的論評が出されたのと比較すると⁽⁵⁾、本判決に関する論評は、それほど多くない。しかも、人工呼吸器の取り外しとは異なり、栄養補給の打ち切りについては、基本看護との関係で日本でも議論があるように⁽⁶⁾、その許容性については、慎重な検討が必要である。そこで、若干ながらドイツで公開されている本判決に関する医と法の両方の代表的な論評を手懸かりにして、本判決の位置づけと若干の検討を加えておきたい。

2 本判決にいち早く詳細な論評を加えたのは、2人の法医学者、ヴァルター・ヴァイスザウアーとハンス・ヴォルフガング・オブダーベッケ、そして刑法学者のハインツ・シェヒであった⁽⁷⁾。前者が医療実務の観点からの問題提起、そして後者が（刑）法理論的観点からの問題提起であるだけに、実に興味深いものがある。

まず、ヴァイスザウアー＝オブダーベッケは、前提問題として、本判決が（旧）「臨死介助のための連邦医師会指針(Richtlinien der Bundesärztekammer für die Sterbehilfe)」(8)の「臨死介助(Sterbehilfe)」の厳格な定義、すなわち、「死にゆく者(Sterbender)」とは、「死の発生が短期間に予測される、ひとつまたは複数の生命機能の不可逆的機能停止を伴う傷病者」という定義に依拠して論理を展開している点を批判的に考察し、これでは、患者が予後が悪く自発呼吸が不可逆的に停止しつつも、濃厚治療により短期間にはその死が予測できない場合のような、問題の核心領域を解決すること

にならない、と批判する(9)。本件でも、患者は、脳死には至っていないものの、不可逆的意識喪失状態で永続的に知覚および外界との積極的・消極的コミュニケーションを奪われていたので、苦痛緩和という観点からは正当化ができない。したがって、学説は、このような場合、例えば期待可能性の欠如という客観的理由から延命措置の継続義務が終了すると解しているが、理由の詳細は異なれ、結局は、このような患者の生命機能を可能なかぎり長く維持することが医師の救助履行の核心ではないという事実は考慮している。かくして、ヴァイスザウアー＝オブダーベッケは、「これら2つの事案グループは、臨死介助の厳格な定義に賛同する決定が、同時に必然的に、厳密な解釈の外にある患者における治療中断について、例えば臨死介助に関する諸原則の意味に適った適用および客観的な正当化事由の承認によって事態に適った解決策を見いださざるをえないことを示すものである」、と述べ、さらに、「第1刑事部は、臨死介助の厳密な定義の下には組み込めないすべての問題事案を、疾患像および決定能力に応じては決して限定できないきわめて異質の、『もはや決定能力のない不治の疾患患者』の集団へとはめ込んでいる」と「同時に、この集団の治療中断の許容性のために、患者の推定的承諾を目指している」が、「それによって、不可逆的に意識を喪失した者の場合の治療中断という特殊な問題を詳細に分析することを省略している」、と批判し、「この方法が事態に適った解決策に導きうるかどうか、法的小よび事実的観点から疑問が残る」(10)、と批判する。本書第1章および第2章でのアメリカの判例分析からも明らかのように、事案の多様性を考慮すると、確かに、この批判は、前提の重要部分に向けられているだけに、傾聴に値するし、受け入れざるをえないであろう。では、これを克服するには、どのような論理が妥当であろうか。

3 ここでむしろ興味深いのは、ヴァイスザウアー＝オブダーベッケが、判決が持ち出す患者の推定的意思に着目して、これを分析的に考察している点である。とりわけ、次のように3つの基本的状況を区別して議論を展開しているのは(11)、参考になる。

第1に、意思能力ある患者の場合、患者が意思決定能力喪失以前に彼にとって重要な事情を知って、正確に定義された状況で延命措置を拒否する明確な宣言をすれば、医師は、それに拘束されるが、「患者遺言(Patiententestament)」でなされた健常時での延命拒否の意思表示は変化しうるので、患者が具体的状況下で適切な表象をしていたかを吟味しなければならない、と説く。患者の意思の流動性は、本書でもつとに指摘してきたところであり、彼らの指摘も、妥当なものである。

第2に、世話人による決定能力のない患者の代理については、次のように指摘する。すなわち、「第1刑事部は、民法1904条の範囲におけるその法的活動において延命措置を懈怠することは積極的作為と同置され、それゆえに具体的事案においては後見裁判所によって選任された世話人の同意は後見裁判所の許可を必要とするということから出発した。刑事部は、例えば、延命措置の中断への同意に際してはきわめて人格的な決定が問題となり、その場合には第三者による代理が除外される、という見解を主張しなかった。このような解釈は、法規の意味にも明らかに矛盾するであろう。世話人の選任と重大な侵襲に際しての後見裁判所の許可の要件とは、患者の生命および健康の保護に資するものである。患者がもはや決定能力がなければ、世話人は、法定代理人の地位を取得する」、と。これも、安易な代理に対して慎重な態度を示す指摘として、傾聴に値する。

第3に、推定的意思に基づく医師の決定については、「推定的同意は、治療措置が延期できない場合にのみ治療侵襲のための独自の正当化事由として考慮されるにすぎ」ず（この点で判例・学説は一致しているとする）、「その前提となるのは、その治療措置の緊急性のゆえに世話人もはや選任されないか、すでに選任されている世話人が時期を失しないうちに到着できず、民法1

846条に基づく後見裁判所の直接的決定すらもはやなしえない、ということである。その場合のみ、医師は、患者の推定的意思に基づいて、治療措置の可否を決定することが許されるし、また決定しなければならない」（民法1902条、1904条参照）、と指摘し、判例や連邦医師会指針を分析しつつ、次のように説く。すなわち、「判決が目指した患者の推定的意思は、不可逆的意識喪失患者の場合の治療中断ないし個別的な延命措置の中断の独自の正当化事由として法的小よび事実上考慮されない。それどころか、世話人は、治療中断における同意に関する決定に際して、『被世話人の福祉に反しないで世話人に期待できるかぎり』、被世話人の願望を考慮すべきである（民法1901条2項）」と。

かくして、ヴァイスザウアー＝オブダーベッケは、「第1刑事部の演繹的推論に従えば、もはや決定能力のない患者の場合の治療中断については、将来、相互に競合する2つの途が存在することになる。すなわち、医師は、治療中断の諸事案において、民法1904条の許可の留保の下にある世話人の同意を求めることができるであろう。しかし、医師は、差し迫っていない措置の場合も、単に患者の推定的同意に基づいて単独で治療中断に関して同様に決定することができるであろうが、一方、世話人および後見裁判所は、その決定に際して、客観的な患者の幸福および期待可能性の問題を考慮すべきことになる」、と指摘する(12)。そして、「この考えが、世話人の介在によって……専断的な治療侵襲に対して決定能力のない患者を保護するという立法者の目的設定といかに調和すべきか、想像するのはまさに困難である。医師が患者の推定的意思のみに基づいて決定しようとすれば、第三者にはコントロール機能がなくなる」、と疑問を呈している(13)。もともと、第1刑事部は、法的小よび事実的視点において治療中断における患者の推定的同意の承認のための厳格な諸条件を要求することによって、この欠陥を補おうと試みるが、このような試みに対しても、「内在的矛盾で破綻している」と批判し、要するに、「決定能力ある患者の推定的意思が重要であるならば、治療の中断は例外的に顧慮されるのみならず、その治療は中断されなければならない。その継続は、違法とされるであろう」し、また、「推定的意思が十分な確実性をもって確認されないときには、治療中断が禁止されるという帰結にならざるをえない」、と説くのである(14)。

4 ヴァイスザウアー＝オブダーベッケの批判は、一面において、正鵠を射ている。第1刑事部も、推定的意思について、もう少し立ち入った判断をすべきではなかったか。もちろん、第1刑事部も、治療中断を正当化する客観的理由も存在することを認めている。もしそうであるならば、結局のところ、客観的な医師の治療義務の限界を設定すべきなのであるだろうか。ヴァイスザウアー＝オブダーベッケは、第1刑事部が示唆する「一般的な価値観」といったようなものは、濫用の懸念があるとして退け、「医師は、患者に対して保障人的地位に立ち、そしてそれゆえに、それが生命救助のためであれ、延命のためであれ、あるいは苦痛緩和のためであれ、患者に対して最善にして最も有効なことを行う義務がある」という認識の下に、次のように述べる。すなわち、「現下の予後が悪いと判明し、かつ濃厚治療の開始または継続、そしてそれによって達成可能な延命が患者にとってもはや救助を意味しないのならば、医師の治療義務の内在的限界が来ているのである。人工呼吸の終了は、このような状況において、医学上の治療方法の価値または無価値に関する医的決定であり、生と死の限界領域における人間の現存在の価値に関する判断ではない。〔原文改行〕理解された患者の利益の良心的衡量に際してその意味を失ってしまった濃厚治療に、医師は拘束されない。そのような治療は、もはや医学的適応性がない」(15)、と。そして、彼らの帰結は、かつてローマ教皇ピオ11世が持ち出した「通常の治療」と「通常外の治療」との区別に向かう。すなわち、「患者があらゆる状況において請求権を有する通常の治療に属するの