

は、身体看護、自然な栄養補給および必要な疼痛治療であり、通常外の治療に属するのは、人工呼吸、血液循環援助、人工透析等のような濃厚治療の方法である。われわれの考えでは、人工栄養補給は、このふたつの領域の中間に位置する。……医学的処置が細分化されればされるほど、それだけいっそう強く医学的適応性の問題が表面に出てくる。主治医にとっては、それは、……予後不良な状況において、人工栄養補給を継続すべきかどうか、あるいは人工呼吸になお適応性があるかどうか、という問題の前に立たされる時、ある質的区別を意味する」として、最終的には、「人工的栄養補給を通常外の医学的手段に組み入れるか否かは、個人的見解の問題である」(16)、と結論づけるのである。

人工的栄養補給を通常外の医学的手段に組み入れるか否かに関するヴァイスザウアー＝オブダーベッケの苦悩は、理解できる。患者の病状との関係でそれを判断しなければならない場合もあろう。その意味では、医師に一定の裁量を認めざるをえない。しかし、その裁量は、アルビン・エーザーがすでに指摘しているように、医師が自らその作為・不作為の内容と程度についての基準自体をも裁量で決定する「行為裁量」ではなく、ある特定の事実がその基準に該当するかどうかの判断を医師に委ねるという意味での「判断裁量」でなければならない(17)。「通常の治療」と「通常外の治療」との区別を安易に一律に規範的基準として用いてはならないように思われる。1997年5月に出された「医師による臨死の介添えおよび期待可能な治療の限界についての指針草案(Entwurf der Richtlinien zur ärztlichen Sterbebegleitung und den Grenzen zumutbarer Behandlung)」(これは、1998年9月11日には新指針として成立)では、大脳機能の脱落により不可逆的な意識喪失状態にあり、行動能力およびコミュニケーション能力の回復が期待できない患者の場合も、自然栄養・水分の補給は、基本看護であって放棄できないものとされているが(18)、人工栄養補給については明示していないため、ヴァイスザウアー＝オブダーベッケは、技術的な観点から、ゾンデ栄養は自然栄養(腸管内補給)として中止の対象とならない基本看護に属するが、中心静脈カテーテルを経由した点滴(腸管外補給)は人工呼吸器と同じく中止の対象となる、と論じる(19)。これは、妥当なものと思われる。ゾンデ栄養や水分補給は、やはり基本看護として考えるべきであろう。

5 これに対して、刑法学者のハインツ・シェヒは、連邦通常裁判所が示した推定的同意に関する基準((1)予後の見込みのなさ、(2)死期が近いこと、(3)「一般的観念に従った人間の尊厳に満ちた生命の回復」の僅かな見込み、(4)年齢に条件づけられた生の期待、(5)苦痛を被っていること)について、失外套症候群(apallisches Syndrom)の事例で消極的臨死介助を許容するするには厳格すぎると批判し(20)、次の7つの問題点を指摘する(21)。

第1に、展開された決定基準を、具体的に取り扱われた人工栄養の中止からその他の生命終結措置へと転用することは、比較的容易なように思われる。議論の余地のある栄養補給の放棄が許容されるべきだとすれば、このことは、何よりもまず、人工呼吸、血液循環援助あるいは血液透析の終結といったような人工的ないし技術的な措置にもあてはまる。連邦通常裁判所は、連邦医師会ガイドラインに従って、人工栄養とその他の延命措置とを同視する医療倫理の支配的見解に賛同し、これらをひとまとめに「個々の生命維持措置の中断」と呼んだ。

第2に、自律原理の限界に関して、アメリカのカレン・クインラン事件やイギリスのアンソニー・ブランド事件のように、推定的意思を知る手懸かりがないとき、どのように決定すべきか。連邦通常裁判所の説く「一般的価値観」では、その判断が可能か、疑わしい。「一般的価値観」適切な解決策を導かない場合、刑法34条の正当化的緊急避難を類推した諸利益の客観的衡量、または推定的同意と「許された危険」との結合が考慮されるか否かが吟味されざるをえないであろう。このような諸原理の結合は、患者の自律という思想を相当に修正することになるであろうが、

それが解釈論上、法秩序にとって可能かどうか、あるいは立法者がこのことを決定せざるをえないのかどうかは、未解決である。

第3に、過度の延命に至る患者の治療願望または医師の治療観を同意原理においてどのように扱うべきかも、不明確である。ここでは、患者の治療の限られた資源との衝突、あるいは治療の見込みのある他の患者との衝突が生じうる。様々な動機が考慮される。すなわち、患者が、いわゆる患者遺言(Patiententestament)において、宗教的理由から、あるいは移植外科の誤った評価のゆえに、場合によってはもっと治療をして欲しいと指示していたり、近親者が、患者の以前の意思表示に応じて高値を付けたりする。子供の早い死を諦めきれない両親もいる。医療技術に限界を設定されたくない医師たちもいる。

第4に、近年、いわゆる患者遺言が再評価されている(ケンプテン事件連邦通常裁判所判決参照)。文書による意思表示は、不可逆的な意識喪失の場合、事後的な見解の変更が実際上ないので、場合によっては、口頭的意思表示よりも重みがある。「近親者に対する反問によって」見解の変更を窺わせる手懸かりがないとき、医師の治療の権利および義務は終わる。協会、ホスピス、介護施設によるモデル書式の普及によっても、患者遺言の意義は高まっているが、臨床実務において成果が上がるかどうか、特に、不可逆的な意識喪失の場合、このような事前の指示書が、その他の患者の場合よりも重みを持つかどうか、現在のところ不明確である。

第5に、文書による患者の指示書との関係で、もっぱら高齢者に、同意無能力になった場合に世話人が代理人として権限賦与者に代わって法律行為上の宣言を行うことを保障する、いわゆる「高齢に備えた代理権(Alterversorgevollmacht)」が賦与されている。こうした代理権は、しばしば、ヘルスケア業務における代理をも中心にしている。これに対して、刑法上の文献は、一部では、人格的法益の侵害への同意における代理を無効だとし、一部では、身体の完全性の侵害への同意を無効だとする。さらに、生存に必要な治療に関する決定についての代理の可能性を明確に否定する説もある。しかし、1991年の世話法により、刑法上の同意の問題性が新たな評価に向かう可能性がある。なぜなら、民法上の文献および判例においては、民法1896条2項2文は、ヘルスケア業務における当事者間の任意の代理を可能にしているという見解が有力だからである。1998年6月25日の改正世話法では、この見解は、今後は新民法1904条に従って、ヘルスケア業務における代理人の決定にも後見裁判所の許可を必要とするということによって確認されている。民法1904条は治療中止の諸事案においても類推適用できるケンプテン事件連邦通常裁判所第1刑事部判決との関係では、代理人による同意の刑法上の重要性を詳細に吟味する必要がある。

第6に、同意無能力の患者の場合の世話人の選任の必要性は、民法1896条1項から発生する。世話人にとって、治療の同意の際の法定代理の許容性は、刑法上の文献および判例においても異論がない。それは、民法1904条では自明のものとされている。刑法上および民法上の文献では、これが被世話人の死をもたらしうる場合でも、治療行為への同意を拒否する世話人の基本的権限については、ほとんど争いがない。世話人は、決定の際に、これが患者の客観的福祉に反しないかぎり、被世話人の願望に従うべきである(民法1901条II項)。世話人は、最終的に、推定的意思の具現化について権限を有しているのである。この法律状態では、患者が意識を喪失しているか決定無能力であるという通常の事案において、世話人の決定が推定的同意に優先する。治療措置が緊急であって時間がない場合にのみ、後見裁判所で職権により世話人の選任を提案することが、医師による推定的意思の考慮の余地を残すのである。

第7に、延命措置を終了させることへの世話人の同意について後見裁判所の許可が必要であることに関する、連邦通常裁判所による民法1904条の類推適用も、さらなる明確化を必要とする。

医師の治療による患者の生命危殆化が〔後見裁判所の〕許可を要するものだとすれば、これは、生命維持措置の終了にもあてはまる。独立の裁判所による患者の推定的意思の明確化は、医師の診断と予後を治療に参加していない専門医に審査させたり（非訟事件手続法69条d II項）、近親者に発言の機会を提供する（同68条a 3文）ことにもなり、決定の客観性と受入可能性を高めることになる。主治医と近親者は、決定に直接関与し、また、とりわけ一般的価値観の考慮が問題となれば、世話人も、責任を引き受けるのに、しばしば過大な要求のみを求められる。主治医と医学専門家の態度決定によって、医療的視点の支配性が保障される。緊急事態では、世話人の一時的選任が考慮され（非訟事件手続法69条I項1号）、さらに、後見裁判所の独自の緊急決定（民法1908条）も考慮される。すべての関係者にとって、後見裁判所による許可は、あらゆる処罰のリスクを排除する最も安全な方法である。しかし、現在、後見裁判所が、連邦通常裁判所刑事部によって賦与された権限を一般に受け入れているかどうかは、なお不明確である。後見裁判所の最初の判決において、ハナウ簡裁(AG Hanau, BTPrax 1997)は、民法1904条の類推適用を否定し、同条およびドイツ法秩序に従って裁判所には生死に関する決定権能はない、と指摘した。民法上の文献においても、むしろ否定的見解が優勢である。他方、連邦通常裁判所判決以来、後見裁判所が、人工栄養の中止への世話人の同意に許可を与えるようにとの申請の問題に取り組んでいるとの報告がなされている。法的および事後的状況は、現在、不明確だといわざるをえない。

6 以上のシェヒの指摘は、いずれも本判決の射程範囲と理論的および実践的課題を正確に捉えていて、正鵠を衝いたものであり、賛同せざるをえない。とりわけシェヒが、以上の点を踏まえて、これら未解決の問題は、刑法を超えて、民法および行政法の観点、ならびに医療倫理の問題にも関係するが、多様な評価問題を適切に判断するには、医療専門職のガイドラインで十分かは中間期の経験によっては疑わしいと述べ、また、連邦医師会の最新の草案は問題への解答を含んでいないと指摘し、むしろ、医師、法律家、神学者、哲学者から成る倫理委員会に着目し、「その権限が民法1904条2項に従って、将来、高齢に備えた代理人の治療の決定にも広げられる後見裁判所の手続においては、この委員会の勧告は、外部の医師の鑑定書（非訟事件手続法68条d II項）に取って代わることができる(22)、と説いているのは、参考になる。世話人の権限をめぐる議論も、ますます重要性を帯びてくるであろう(23)。さらに、後見裁判所の役割も再検討されるであろう。日本でも、近い将来、もっと詰めて検討しておくべき制度である。また、推定的意思ないし推定的同意についても、もっと掘り下げた議論を展開する必要性を感じる(24)。

7 なお、ドイツではその後、1998年7月15日にフランクフルト・アム・マイン高裁が、1997年末以来不可逆的昏睡状態で行動能力とコミュニケーション能力を完全に喪失した女性患者(85歳)が壊死で左大腿部の切断を余儀なくされた歳に、世話人たる娘が当該手術の許可と同時に、患者の推定的意思に応じたゾンデ栄養の打切り（これは医師の勧めによるもの）の許可を求めた事案につき、濫用防止の観点からこれを認めた(25)。すなわち、「この場合、一般的な決定の自由および身体の不可侵性(憲法2条2項1文)の表出としての患者の自己決定権は、基本的に承認できるが、しかしながら、医師、近親者、あるいは世話人が自己の考えに照らして患者の生命が意味がないものとして終結させようとする危険に対抗しなければならないという理由から、事前に宣言されたあるいは推定的な同意意思に代わり、高次の諸要件を設定すべきである。したがって、生命の尊重という高次の要求と人格の自己決定権および人格の尊厳の尊重といういずれにせよ高次の要求との間の葛藤を解決することが妥当であるが……、その際、立法者は、延命措置に関して本人の推定的拒否を認めさせる権能を世話人に賦与する意思を示した……。そのかぎりでは、世話人がきわめて人格に関わる事柄のゆえに（民法1903条II項）治療中断に同意できるはずがないという

議論には、従うことができない」、と。かくして、同高裁は、本人に同意能力がない場合に世話人の同意が後見裁判所の許可を必要とするかどうかという問題に際して（治療中断の場合には致命的結果を伴う医師の不作为が存在するにすぎないとの観点から）民法1904条の類推適用を認めた連邦通常裁判所判決を支持し、これに批判的な判例(AG Hanau, BtPrax 1997, 82等)および学説(Deichmann, MDR 1995, 983等)を退けた。

ところが、1999年2月18日にミュンヘン地裁は、1998年8月5日に脳梗塞に罹患して重度の脳組織精神症候群で苦しみ、粘液の吸飲のために気管套管が必要であった患者から栄養ゾンデを打ち切るよう世話人たる息子から許可を求められた事案で、民法1904条の直接適用ないし類推適用を否定した(26)。理由として、第1に、本来的目的として本人を「死にゆくにまかせること」は、健康の監護と何ら関わりがないとし、本人の推定的意思に従えばさらなる治療は傷害罪になるとの異議を退け、「栄養の打切りは本人の死の目的を有する積極的措置であって、単なる不作为ではない」、とした。第2に、死にたいという決定の場合、世話人には委ねることのできないきわめて人格的な事柄が問題となり、本件は、臓器提供の宣言に比肩しうるものであり、1998年に民法1904条が改正された際に、許可条項が削除されたことからしても、同条は適用できず、類推適用もできない、と述べる。かくして、延命措置に関する決定は、世話人に委ねることのできない事柄であり、また、それゆえに後見裁判所の決定を必要とする事柄でもない、と説く。

このように、この種の事案における世話人および後見裁判所の役割に関しては、ドイツでも必ずしも見解が一致しているわけではなく、判例の集積が待たれる。

8 最後に、本判決の後半部分は、「なお書き」のようなものであるが、間接正犯および不真正不作为犯の未遂の問題についても言及している。これは、刑事事件として考えた場合、医師と看護職員の刑事責任を考えるうえで重要である。特に正犯を誰にするのかは、例えば日本で起きたいわゆる東海大学病院「安楽死」事件で、もし看護婦が医師の指示に従って塩化カリウム製剤を注射して患者を死亡させていた場合の刑事責任を考えると、重要な論点となりうるであろう。この点については、共犯論の一般的理解を踏まえ、別途詳細に検討したいと思う。

かくして、本判決は、いわゆる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。今後も、この問題に関するドイツの動向には目が離せない。

(7) *Walther Weißauer und Hans Wolfgang Opderbecke, Behandlungsabbruch bei unheilbarer Krankheit aus medikolegaler Sicht, MedR 1995,456; Heinz Schöch, Offene Fragen zur Begrenzung lebensverlängernder Maßnahmen, in Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70.Geburtstag, 1999, S.693ff.* 後者の紹介として、山下邦也・立命館法学270号(2000)138頁以下がある。

(8) この指針は、1979年4月に公表されたものであり、DABl76/1979, S.957に掲載されているほか、MedR.1985, S.38f.にも掲載されている。邦訳として、アルビン・エーザー『先端医療と刑法』上田健二＝浅田和茂編訳(1990・成文堂)332頁以下[松宮孝明訳]および町野朔ほか編『安楽死・尊厳死・末期医療』(1997・信山社)260頁以下[臼木豊訳]がある。

(9) *Weißauer/ Opderbecke, aaO.(Anm.7), S.457.*

(10)*Weißauer/ Opderbecke, aaO.(Anm.7), S.458.*

(11)*Weißauer/ Opderbecke, aaO.(Anm.7), S.459.*

(12)*Weißauer/ Opderbecke, aaO.(Anm.7), S.460.*

(13)*Weißauer/ Opderbecke, aaO.(Anm.7), S.460.*

(14)Weißbauer/ Opderbecke, aa.O.(Anm.7), S.460.

(15)Weißbauer/ Opderbecke, aa.O.(Anm.7), S.461.

(16)Weißbauer/ Opderbecke, aa.O.(Anm.7), S.461. 彼ら兩名も、この点について見解が異なる、とも述べている。

(17)Albin Eser, Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch in rechtlicher Sicht, in :Alfons Auer/ Halmut Menzel/ Albin Eser, Zwischen Heilaufrag und Sterbehilfe. Zum Behandlungsabbruch aus ethischer, medizinischer und rechtlicher Sicht, 1976, S.81ff.

(18)この草案については、vgl. Oliver Tolmein, Der Entwurf der Richtlinien zur Sterbehilfe der Bundesärztekammer—Absage an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes oder Rückzug aus der Auseinandersetzung?, MedR 1997, S.534ff.; Hans Wolfgang Opderbecke und Walther Weißbauer, Ein Vorschlag für Richtlinien —Grenzen der Intensivmedizinischen Behandlungspflicht, MedR 1998, S.395 ff. また、新指針については、vgl. NIW 1998, S. 3406f..

(19)Opderbecke / Weißbauer, aa.O.(Anm.18),S.397f. ただし、この部分は、山下・前出注(7)139頁による。これに親近性を示すものとして、vgl. Peter Schmidt/ Burkhard Madea, Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht am Ende des Lebens, MedR 1998, S.406ff., bes.S.408. また、これに批判的なものとして、vgl. Ernst Ankermann, Verlängerung sinnlos gewordenen Lebens? Zur rechtlichen Situation von Koma-Patienten, MedR 1999, S.387 ff..

(20)Schöch, aa.O.(Anm.7), S.697f.

(21)Schöch, aa.O.(Anm.7), SS.704-711. なお、山下・前出注(7)143-145頁参照。

(22)Schöch, aa.O.(Anm.7), S.711.

(23)Johannes Heyers, Passive Sterbehilfe bei entscheidungsunfähigen Patienten und das Betreuungsrecht.2001は、この問題について最も詳細に論じている。Vgl. auch Bernd-Rüdiger Kern, Die Bedeutung des Betreuungsgesetzes für das Arztrecht. MedR 1991, S.66ff.; ders, Arzt und Betreuungsrecht. MedR 1993, S.245ff.

(24)これに関連する文献として、前章で掲げたもの以外に、Lüise Saueracker, Die Patiententestamente in der Bundesrepublik Deutschland aus ethischer, medizinischer und juristischer Sicht. 1990; Lutz Schöllhammer, Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestaments. Eine Untersuchung aus zivilrechtlicher Sicht. 1993; Kathrin Reusser, Patientenwille und Sterbebeistand. Eine zivilrechtliche Beurteilung der Patientenverfügung. 1994; Gregor Rieger, Die Mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch. 1998; Klaus Kutzer, Sterbehilfeproblematik in Deutschland: Rechtsprechung und Folgen für die klinische Praxis. MedR 2001, S.77ff.; Meinolfus Strüling / Volker Erwin Scharf / Claudia Wedel / Frank Oehmichen / Bettina Eisenbart, Möglichkeiten zur Verminderung rechtlicher und ethischer Probleme bei der Behandlung nicht einwilligungsfähiger oder von Entscheidungsunfähigkeit bedrohter Patienten. MedR 2001, S.385ff.; Mattias Conradi, Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages. Eine Untersuchung zu Fragen der Sterbehilfe im Zeitalter der Intensivmedizin. 2002; Harro Otto, Sterbehilfe und Patientenautonomie. ZfL 2/2002, S.42ff等があるが、本稿ではこれらを十分に分析する余裕がなかった。他日を期したい。なお、2000年9月にライプチヒで開催された第63回ドイツ法曹大会の民事法部会では、「終末期における自己決定」について興味深い議論がなされた。これを伝えるものとして、浦川道太郎「終末期における自己決定——ドイツ法曹大会における議論」年報医事法学16(2001)101頁以下がある。

(25)OLG Frankfurt a.M., Beschl.v.15.7.1998, MedR 1998, S.519ff. mit Anmerkuung von Lars Christoph Nickel. なお、山下・前出注(7)139-140頁参照。なお、娘は、後にこの許可の申請を取り下げたという。

(26)LG München I, Beschl.v.18.2.1999, MedR 2000, S.89ff. なお、山下・前出注(7)140頁参照。

研究者一覧

主任研究者	所属機関
松島英介	東京医科歯科大学大学院心療・緩和医療学分野助教授

分担研究者	所属機関
甲斐克則	広島大学法学部教授
岸 泰宏	ミネソタ大学精神医学部門研究員（米国）
高島敦子	Donders Centre 研究所研究員（オランダ）

研究協力者	所属機関
野口 海	東京医科歯科大学大学院心療・緩和医療学分野大学院生
松下年子	東京医科歯科大学大学院心療・緩和医療学分野大学院生

（五十音順）