

資 料
〔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について——^{*}

アルビン・エーザー^{**}
甲斐克則＝天田 悠 訳

I. 序

本稿を執筆しはじめたとき、私は、臨死介助（Sterbehilfe）の問題性は、なるほどドイツでは激しく議論されているが、日本ではそうではない、という前提に立っていた。しかしながら、執筆を続けるうちに、私は、日本でも臨死介助の問題が、よりいっそう大きな注目を集めていることを教えられたのである。ドイツでも日本でも、現代医療の進歩が、ますます相克を生み出しているように感ぜられることは明らかであろう。すなわち、一方で、生命が延長され、苦痛は以前よりもよく抑えられるようになったが、他方では、これにより死にゆくプロセスもまたブレーキがかけられ、そしてそれゆえに、耐えがなくなった苦痛からは、望もうにも解放されないのである。等しく幸福をもたらすものの、同様に望まれざる多くの付随的効果とも結び付けられた医療が有するこうしたジレンマには、ことによると、すでに以前からドイツでそうであるのと同様に、日本でも、臨死介助の改善要請について世論の意識を高める多くの様々な理由があり、その際、ありうべき改正に対しては、国境を越えてでも視線が投げられなければならない。以上の点について、ドイツにおける現在の展開について、この小稿で報告することができれば幸いである。

以上の点について、以下の4つの手順で進めていきたい。まず、専門用語上の

* 本稿は、2013年1月7日に早稲田大学（東京）、2013年1月18日に立命館大学（京都）でそれぞれ開催された、ドイツにおける臨死介助に関する連続講演会で使用した報告原稿に、その後若干の文献資料を加え、加筆・修正したものである。基本的に、原稿の形式に変更はない。

** 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。

いくつかの問題を明らかにし (II)、それから、臨死介助の最も重要な形態に関する重要判決をいくつか紹介し (III)、さらに、いわゆる「患者の〔医療上の〕事前指示 (Patientenverfügung)」に関する新たな立法と判例について若干の解説を加え (IV)、最後に、近時の改正点についてもごく簡潔に概観していきたい。

II. 適切な専門用語をめぐる概念上の議論

いくつかの専門用語の注釈を行うことで本稿を始めることにするが、それは、以下の 2 つの理由によるものである。すなわち、ひとつには、様々な形態の臨死介助の従来の呼称および区別がどの程度具体的であるのか、あるいはこれらがどの程度変化しつつあるのかについて、ドイツでは、近時、さらに熱心に議論が行われているからである。それゆえ、もうひとつには、相互の議論が噛み合わないがゆえに、専門用語の改善へ注意を喚起することが、比較法による対話ではますます求められているからである。これに加えて、日本語にそもそもドイツ語での区別をその意味に即して言語化するための相応しい概念が存在するかどうか、また、その概念がどれほど存在するかについては定かではない。

通常、ドイツでは、積極的臨死介助 (aktive Sterbehilfe)、間接的臨死介助 (indirekte Sterbehilfe)、および消極的臨死介助 (passive Sterbehilfe) が区別されるが、その際、たいてい自殺幫助 (Suizidbeihilfe) は、さらに別のものとして扱われている。このことは、一定の法的効果がこれらの呼称と結び付けられた際に問題となる。より正確に言えば、「積極的臨死介助」が原則として処罰されるのに対して、「間接的」臨死介助と「消極的」臨死介助は、原則として不可罰とされているという具合である。⁽³⁾

(1) 近時の動向についての詳細は、Torsten Verrel, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung. Gutachten C für den 66. Deutschen Juristentag, München 2006, C 9-122 参照。

(2) 一般的な概観という意味では、Albin Eser, Möglichkeiten und Grenzen der Sterbehilfe aus der Sicht eines Juristen, in: Walter Jens/ Hans Küng (Hrsg.), Menschenwürdig Sterben. Ein Plädoyer für Selbstverantwortung, 2. Auflage München 2009, S. 137-164 = www.freidok.uni-fr-eiburg.de/volltexte/3920 = アルビン・エーザー「ある法律家から見た臨死介助の可能性と限界」同『医事刑法から統合的医事法へ』(成文堂・2011) 119-141頁、さらに、詳細は、Albin Eser, Euthanasie -Sterbehilfe -Selbsttötung: Beteiligung -Nichtthinderung, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 28. Auflage München 2010, Vorbemerkungen vor § 211, Randnoten 21-48 (S. 1878-1894) 参照。

(3) Thomas Fischer, Direkte Sterbehilfe. Anmerkung zur Privatisierung des Lebensschutzes ならびに Henning Rosenau, Aktive Sterbehilfe 参照。両論文は、Manfred

特定の概念と一定の法的効果とのこうした結び付きに対しては、正当にも、次のような反論が唱えられている。すなわち、例えば、第一次的には苦痛緩和が問題となる、いわゆる「間接的」臨死介助の場合も、生命短縮効果が甘受され、少なくとも部分的には積極的殺害も問題となるものの、それでもこの殺害は正当化されるべきである、という反論がそれである。同様に、さらなる延命の単なる差控えとして不可罰とされるレスピレーター⁽⁴⁾の遮断の場合にも、実際には積極的作為が存在する。さらなる矛盾が以下に見られる。すなわち、ドイツ法によれば、積極的な自殺幫助は原則として不可罰であるが、しかしながら、定着した判例によれば、自殺者自身が行為無能力となった後に、可能な救命措置によって彼を蘇生させなかった場合は、不作為による殺人で処罰されなければならない。

以上のような齟齬⁽⁵⁾に対しては、いまでは多くの論者が——最近では、特に連邦通常裁判所も——、「臨死介助」という呼称を不可罰の行為に限定し、その代わり、「直接的臨死介助 (direkte Sterbehilfe)」と「間接的臨死介助」を区別するために、「消極的臨死介助」という概念を放棄することを通じてこの齟齬を除去できる、と考えている。つまり、(同じく不可罰の)「間接的臨死介助」が、従来と同様の意味、すなわち、苦痛緩和に向けられた作為の単なる付随的な死亡結果として理解されなければならないのに対し、(積極的または消極的)治療中止の場合はすべて、(不可罰の)「直接的臨死介助」が問題になる、とされている。生命を短縮するその他の形態はすべて、(可罰的な)故殺 (Totschlag) または嘱託殺人 (Tötung auf Verlangen)⁽⁶⁾と解されなければならない、とされている。

この専門用語上の議論に対する私見は、次のとおりである。すなわち、一方で、適法な臨死介助と可罰的な臨死介助とを区別するために、消極的態度か積極的態度かを区別することは容易でないかもしれない、というのは確かにそのとおりである。なぜなら、外観の形態からみれば、生命短縮効果を伴う苦痛緩和の場合は、積極的作為がすでに問題となっており、その際に故意性 (Vorsätzlichkeit) とも関係するという点は看過できないからである。いずれにせよ、苦痛を緩和する処方箋指示の際に、これと結び付けられた致死のリスクが医師に認識さ

Heinrich et al. (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlin 2011, S. 557-576 (Fischer) ないし S. 577- 590 (Rosenau) にそれぞれ掲載されている。

(4) 後出注 (21) 参照。

(5) 後出注 (10) 参照。

(6) 特に近時では、ひろく読まれている刑法コンメンタールでの *Thomas Fischer*, *Strafgesetzbuch*, 60. Auflage 2013, Vorbemerkungen §§ 211-216, Randnote 33-35a (S. 1404 f.) による区別がそうである。

れており、その医師によって未必の故意 (dolus eventualis) という形式で甘えられる場合が、そうである。同様に、生命維持目的で開始された治療を中止する場合でも、例えば、作動中のレスピレーターを遮断することによって治療を中止する場合のように、積極的活動が存在することについて異論はない。したがって、これらの2つのケースが処罰されないとすべきならば、このような目的は、可罰的な積極的態度と不可罰の消極的態度とを単に区別することでは、もはや達成されえない。それゆえ、私は、連邦通常裁判所が——詳細は後で論評する「プッツ／フルダ (Putz/Fulda)」事件で——胃ゾンデのチューブの積極的な切断を治療の差控えと同列に置いたかぎりでは、これに賛同している。同様の意味で、われわれはすでに、当時、私が共同研究で決定的な役割を果たした1986年の「臨死介助に関する法律対案 (Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe)」〔以下「臨死介助法対案」という：訳者⁽⁷⁾〕で、積極的態度と消極的態度を区別することにもはや先決的な意味を与えず、「生命維持措置の中止又は差控え」を共に同様の要件の下で不可罰とする旨を宣言していた (臨死介助法対案214条)。同様に、この対案では、その際に積極的か消極的かが区別されることなく、死期を早める回避不可能なリスクを伴う「苦痛緩和措置」も適法と認められた (臨死介助法対案214a条⁽⁸⁾)。

しかしながら、他方で、専門用語をめぐる現在の論争においては、「臨死介助」という呼称を不可罰事案のために充て、他のものをすべて「故殺」または「嘱託殺人」と宣言することでは、それほど多くのことは得られない。なぜなら、「臨死介助」としてレッテルを貼ることは、軽々しく使ってはならないからである。例えば、医療行為の望ましい諸形態を単に「臨死介助」と認めることによって、世論の批判から免れるのである。むしろ、「臨死介助」という一括りの呼称からでは、どのような事案がこれに含まれるとされるかがただちに認識できるわけではない。要するに、「臨死介助」と呼称することで、適法な態度、あるいは少なくとも不可罰の態度であると示される以上のことは、もはや達成されえないのである。しかし、いかなる要件の下で不処罰と認められるべきであり、また、この

(7) Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe (AE-Sterbehilfe), Stuttgart 1986=アルビン・エーザー「臨死介助に関する法律対案」同『先端医療と刑法』(成文堂・1990) 335-336頁。

(8) この臨死介助対案の根底にある原理については、Albin Eser, Freiheit zum Sterben-Kein Recht auf Tötung, in: JZ (Juristen-Zeitung) 41 (1986), S. 786-795=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3608=アルビン・エーザー「死への自由——一九八六年のベルリンにおける第五六回ドイツ法曹大会刑法部会のテーマに関する一考察——」同『先端医療と刑法』(成文堂・1990) 119-155頁をも参照。

点についてどのような事案が問題になるかという真に重要な問題については、以上のことで解答したことにはならない。そこで、単に「臨死介助」を問題とする代わりに、ある特定の特徴づけを明らかにしている事案状況をその都度挙げていきたい。以上のような意味で、以下、重要であると思しき事案状況を簡潔に示していくことにする。

ドイツ語で、「臨死介助」は、二重の意味を有しうる。ひとつは、生命短縮効果を持たない苦痛緩和による「死における介助（Hilfe *im* Sterben）」もしくは「死に際しての介助（Hilfe *beim* Sterben）」として、または、差し迫った死を目前にした心理的な看取り（Begleitung）として、である。このような態様の臨死介助は、許容されるばかりでなく、医師または看護師が不作為による健康侵害で処罰されたくないのならば、さらに、場合によっては命じられもする。もうひとつ、臨死介助は、死期の発生が早められることにより、「死への介助（Hilfe *zum* Sterben）」をも意味しうる。

最後に挙げられたこの「死への介助」の場合にはじめて、殺人罪規定が問題となる。すなわち、患者とのやりとり（Umgang）が死期を早める効果、つまり、生命短縮効果を有しうる場合がそうである。例えば、(a) 患者がその目的に合致した殺害以外の方法でしか、その苦痛から解放されえない場合（ここでは、端的に「苦痛除去を目的とする積極的殺害」という）、(b) 苦痛緩和の際に、生命短縮のリスクが単に受け容れられる場合、(c) 延命可能な治療が開始されない場合、もしくは (d) 中止される場合、または (e) 自殺の際に患者を幫助した場合、である。

臨死介助に関する、こうした多種多様な形態を挙げるだけですでに予想できるように、それぞれの適法化要件と不処罰の限界とは異なっている。その際、特に、一方では患者の要請と了解が、あるいは、他方では目的と動機がそれぞれ重要な役割を果たしうる。したがって、本稿では、「臨死介助」の問題に関するドイツの判例と学説を紹介し、単にこうした論述で満足するのではなく、その際に、いかなる事案状況がそれぞれ問題となっているかについて、常に精密に検討を行っていくことにしたい。

III. 指導的判決

紙幅の都合上、臨死介助の様々な形態については、以下、実務上最も重要なものしか紹介することができない。すなわち、治療中止によって死にゆくにまかせること（1）、生命短縮リスクを伴う苦痛緩和措置の実施（2）、ならびに自殺幫助（3）である。意図された正犯的殺人には立ち入らない。なぜなら、近時、そ

うした「積極的臨死介助」は、オランダ、ベルギーおよびルクセンブルクでは、一定の要件の下でもはや処罰されておらず、そのような試みは、現在ドイツでは、せいぜいごくたまにしか存在しないからである。

そこで、取り上げるべき臨死介助の形態を理論的に紹介するのではなく、重要判決を手がかりにして、その都度これを行っていくことにしたい。⁽⁹⁾

1. 治療中止によって死にゆくにまかせること

この問題群については、2 年ほど前に、大いに注目すべき連邦通常裁判所判決が下された。「チューブ事件 (Schlauch-Fall)」(BGHSt 55, 191) がそれである。⁽¹⁰⁾

本件では、医事法、それも特に緩和医療を専門に扱い、この資格に基づき 2 人の兄妹に助言を与えていた、フルダ市の弁護士プッツに対する刑事手続が問題となった(そのため、[本件は] プッツ事件 (Putz-Fall) またはフルダ事件 (Fulda-Fall) とも呼ばれている)。この兄妹の母は、2002 年 10 月の脳溢血以来、深昏睡状態にあり、それ以来もはや話すこともできず、老人ホームで胃ゾンデによって人工栄養補給を受けなければならなかった。脳溢血の 1 か月ほど前に、当該患者は、その娘から、もし彼女 [母親] に、その年 [2002 年] の初めに健康上の深刻な結果にまでは至らなかった脳溢血を患った父と同じことが起きたら、彼女 [娘] と兄はどのようにすればよいか、という質問を受けた。これに対して、母親は、例えば、もし自分がいったん意識喪失状態となり、もはや意思表示をすることができなくなったら、人工栄養補給や人工呼吸という形式での延命措置をとって欲しくない、つまり、いかなる「チューブ」にも繋がれたくない、と返答した。2005 年に夫が死亡した後に、患者は、裁判所によって指名された職権世話人 (Berufsbetreuerin) の管轄下に入った。同人に対し、娘は、胃ゾンデを彼女の母親から除去し、それによって母親が尊厳を保って死ぬことができるよう希望していた、と述べた。しかしながら、書面がなく、彼女によって世話を受けている患者の推定的意思が知られていなかったため、この希望は職権世話人によって拒否

(9) それ以外の最高裁判決の状況については、私の特別寄稿「近時の判例から見た臨死介助と自殺関与 (Sterbehilfe und Suizidteilnahme im Licht der neueren Rechtsprechung)」を参照されたい。[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 年) 掲載予定参照]。

(10) BGHSt (連邦通常裁判所刑事部判決) Band 55, S. 191-206 - 2 StR 454/09 vom 24. Juni 2010 = NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2010, 2963, mit Anmerkungen von Karsten Gaede NJW 2010, 2925, Bernd Hecker JuS (juristische Schulung) 2010, S. 1027, Torsten Verrel NStZ (Neue Zeitschrift für Strafrecht) 2010, 671, Christoph Mandla NStZ 2010, 698, Volker Lipp FamRZ (Zeitschrift für das gesamte Familienrecht) 2010, 1555, Gunnar Dutge MedR (Medizinrecht) 2011, S. 32.

された。2007年8月に、息子と娘が母親の単独世話人に指名された後、同人らは、いまや自ら主治医の支持を得て人工栄養補給を中止しようとした。なぜなら、この母親にとって、医学的適応性はもはやなくなっていたからである。まず、療養所および療養所職員は、人工栄養補給の中止についての医師の明示的指示にも抵抗した。療養所職員は、結局、妥協策を呈示した。それによれば、職員は、狭義の看護行為にのみ携わるべきであり、一方で、患者の子らは自らゾンデを通した栄養補給を中止し、必要な緩和ケアを行い、死にゆく母親の援助をすべきである、という。法的助言者として招聘された弁護士プッツがこの妥協策に理解を示したため、娘は、2007年12月20日にゾンデを通した栄養補給を中止し、溶液補給も軽減し始めた。しかしながら、翌日、その療養所には、運営会社全体の業務管理者によって次のような指示が与えられた。すなわち、人工栄養補給を早速再開し、人工栄養補給の継続に同意しない場合には、患者の子らに対し住居への立入を禁止する、と。このことについて、両人は、同弁護士から電話で、ゾンデのチューブを直接、腹壁越しに切断する旨の助言を得た。なぜなら、プッツ弁護士の法的状況の判断によれば、クリニックは専断的に新たなゾンデを装着できず、そうすれば、患者は尊厳を保って死ぬことができる、といわれたからである。この提案を実行に移すべく、娘によって、兄の面前でただちにチューブが切断された。この出来事は数分後に早くも看護師によって発見され、療養所が警察を介入させた後、患者は、その子らの意思に反して検察官の指示によって病院へ搬送され、そこで、新たな胃ゾンデが彼女に取り付けられ、人工栄養補給が再開された。彼女は、2008年1月5日に同院で、疾患のため自然死した。

チューブを切断した娘も、その法的助言者プッツも、故殺未遂罪で起訴され、前者には回避不可能な禁止の錯誤が認められたのに対し、後者は有責とされ、執行猶予付きの9月の自由刑が言い渡された。その上告審で、プッツは、連邦通常裁判所によって無罪が言い渡された。

法的助言者のこの無罪判決は大変な驚きをもって迎えられたが、やはり、伝統的な判例によれば、娘の態度を積極的殺害と見なさなければならないとして、その態度も、被害者としての母親の承諾によるものでは正当化されえないと考えられていた。そのため、日刊新聞でも、「病床での私人制裁 (Selbstjustiz am Krankenbett)」でさえも許容されると懸念され、これが、医師、近親者および看護師の間の「乱闘 (Handgemenge)」をもたらしかねない、と報じられた⁽¹¹⁾。

(11) 例えば、*Oliver Tolmein, Selbstjustiz am Krankenbett*, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 18. August 2010, S. 31.

本判決の刑法的意義は、どの点に認められるのだろうか。あるいは、この無罪判決の場合、先の判例と比較して何が新しいのだろうか。以下の点に注目すべきものと思われる。

第 1 に、行為の性質に関していえば、例えば、連邦通常裁判所が、治療放棄と治療中止の分野に関し、その外観形態を重視しなかったがために、作為と不作為の伝統的な区別を放棄した、という点である (判旨 2)。刑法上重要な態度に重点を置き、単なる人工栄養補給の中止を積極的作為としてではなく、不作為、つまり、「消極的」態度と解することにより、積極的作為を規範的不作為へと解釈し直すことも、連邦通常裁判所によって適切でないと説明されている (201 頁以下)。その代わり、「医療行為の (その) 打切りと関連する行為はすべて、治療中止というひとつの規範的・評価的な上位概念に統合されうる」(203 頁) のであって、しかも、このことは、はじめから治療を放棄した場合であろうと、最初に開始された治療を打ち切った場合であろうと、これを制限した場合であろうと同じである。以上の点から、われわれは、同様の意味で、1986 年の「臨死介助法対案」ですでに、「生命維持措置の中止又は差控え」をひとつの条文へ統合していたということが想起される⁽¹²⁾。

第 2 に、治療中止を正当化するために、連邦通常裁判所によって以下の 2 つの要件が呈示された (判旨 1)。すなわち、治療中止は、(a) 「現実的又は推定的な患者の意思」に合致していなければならない (民法 1901a 条)、かつ (b) 「その治療を受けなければ死に至りうる疾患プロセスにその経過を委ねること」に資する、という要件がそれである。これらの要件が満たされた場合に、治療中止は不可罰となるばかりでなく、明文で「正当化される」と宣言されている。この点も、従来、それほど明確化されていなかった。

第 3 に、(a について) 患者の意思の確認に関して、民法 1901a 条によって重要な基準が設定されたという点である。これにより、現実的な患者の意思 (1 項) と、推定的な患者の意思 (2 項) が区別される。

—— (民法 1901a 条 1 項によれば) 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」という「患者の事前指示」を呈示していた場合、

(12) この点についての最近の判例分析として、Stephan Ast, Begehung und Unterlassung-Abgrenzung und Erfolgszurechnung. Am Beispiel der BGH-Urteile zum Behandlungsabbruch und zum Eissporthallenfall, in: ZStW (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft) 124 (2012), S. 612-659 (623 ff.) 参照。

(13) 前出注 (7) 参照。

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」を検討しなければならない。つまり、以前の意思表示が、具体的事例のなかでなお尊重される必要があるか否か、ということが決定的である。

——これに対して、(民法1901a条2項によれば) 明示的な患者の事前指示が欠ける場合、または、患者の事前指示による意思表示が現在の生および治療の状況をもはや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希望または被世話人の推定的意思を確認し、これに基づいて、被世話人が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。この点について、推定的意思は、具体的な根拠に基づいて確認されなければならない。このとき、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価値観が斟酌されなければならない。つまり、同条では、ケンプテンの「アルツハイマー事件 (Alzheimer-Fall)」⁽¹⁴⁾と異なり、「一般的な価値観」には関連づけられていない。

第4に、(bについて)「治療を受けなければ死をもたらす疾患プロセスにその経過を委ねること」という内包的正当化要件 (intentionale Rechtfertigungsvoraussetzung) に関することとして、確かに、これによって、治療関連性が必要であるという点が保障されるべきである (判旨3参照)。しかしながら、これは、許容される治療中止が不可逆的に死に至る疾患に限定され、または目前に死が迫った段階でのみ「治療中止が」行われうることを意味するものであってはならない。むしろ、その治療を受けなければ死をもたらすであろう、そうした疾患のみが要件とされる。⁽¹⁵⁾なぜなら、連邦通常裁判所が民法1901a条を参照していることから明らかなように、現実的または推定的な患者の意思の尊重に関する同条3項によれば、疾患の種類または進行度は、もはや問題とはなりえないからである。⁽¹⁶⁾

第5に、治療中止権限を有する可能性がある者に関する点として、確かに、一方では、治療関連性要件によって、「医療行為と関連のない生命への独自の干渉に第三者を誘う権利や、ましてやその請求権 (の付与)」は保障されるべきではない、という点である。したがって、「承諾による正当化」が考慮されるのは、「すでに開始された疾患プロセスにその経過を委ねる状態を (再び) 作出することに行為が限定される場合だけである。というのは、確かに、苦痛は緩和されるが、疾患は (もはや) 治療されず、その結果として患者は、最終的に死にゆくことに身を委ねられるからである」。しかしながら、治療関連性が存在する以上、治療中止は、医師に対してのみ許容される、というべきではない。むしろ、特に

(14) BGHSt 40, 257 - 1 StR 357/94 vom 13. September 1994 = NJW 1995, 204 (Leitsatz 3).

(15) Verrel (前出注 (10)), NSTZ 2010, S. 673 参照。

(16) BGHSt 55, 196.

世話人、または治療および世話のために意見を求められた支援者のような、患者の意思を叶えたいと願うその他の者もこれを行うことができる。⁽¹⁷⁾

第 6 に、本件によってほとんどきっかけとならなかったため驚くべきことであるが、死が早く発生しうることを受け容れ、医学的適応性を備えた措置も、生命維持治療の差控えまたは中止と同列に置かれることで、連邦通常裁判所によって、いわゆる「間接的臨死介助」についても立場決定がなされた、という点である。⁽¹⁸⁾ この点については、後述の「ドランチン事件」で再度取り上げよう。

これに対して、第 7 に、本件連邦通常裁判所判決によってもなお明らかにされていない点として、「一方的治療中止 (einseitiger Behandlungsabbruch)」の許容性、つまり、明示的な患者の事前指示、または推定的承諾のための十分な根拠が欠ける事案に関する点が挙げられる。すなわち、承諾要件から容易に想定できるように、このような事案において、一度開始された治療は、限りなく継続されるべきなのだろうか。それとも、医師の日常では決して珍しくないそうした事案状況に対しても、解決策は見つからないのであろうか。この点に関して、連邦通常裁判所は、当座の「チューブ事件」で解答を与える必要はなかった。だが、それだけに、将来的にはその解答が期待されなければならないであろう。⁽¹⁹⁾

2. 生命短縮リスクを伴う苦痛緩和措置

先に簡潔に述べたように、本件医師は、臨死介助が許容されるものと考えていた。この点につき、連邦通常裁判所判決が下されてすでに15年ほど経過していることからすれば、今日のわれわれは、場合によっては異なる理由づけを行うかもしれない。問題となったのは、1997年の「ドランチン事件 (Dorantin-Fall)」⁽²⁰⁾ (BGHSt 42, 301) である。

本件において、非常に裕福な88歳の夫人は、整形外科医と、もはや麻酔医として勤務していないその妻の治療を受けていた。患者は、親密な個人的親交に基づいて、夫妻に対しすでに高額の財政上の援助を行った後、胆石症 (Gallenkolik) が進行した段階になって内科医が呼ばれた。入院する代わりに、患者は、医学的所見によればいずれ亡くなるだろうとされたため、医師夫妻の住居へ連れて行かれた。彼女の容体が悪化した後に、その他の鎮痛薬を含む過剰なドランチン合剤が彼女に投与され、そのわずか1時間後に呼吸停止となり、死に至った。偽造された遺言を用いて財産を相続するために、患者の死を企図したことで整形

(17) BGHSt 55, 204 ff.

(18) BGHSt 55, 204.

(19) この点については、後出 V. 1 をも参照。

(20) BGHSt 42, 301-305 - 3 StR 79/96 vom 15. November = NJW 1997, 807.

外科医に非難が寄せられたのに対し、迅速でかつ苦痛のない死によって、患者をさらに苦しめなくなかったとして、整形外科医の妻と内科医には酌量が認められた。

このとき、起訴された医師（およびすでに不起訴とされた内科医）が問題とされたかぎりでは、連邦通常裁判所によって、いわゆる「間接的臨死介助」による不可罰性が認められた。なぜなら、「死にゆく患者の場合に、医学上要求される苦痛緩和薬は、[患者の死を] 意図したものではなく、受け容れられた回避不可能な付随的結果として死の発生を早めうることによって、許容（され）ないというものではない」からである。こうした臨死介助の態様が、一部の学説によって認められているように、その社会的意味内容に応じて、すでに殺人罪の構成要件から脱落するかどうかについて、連邦通常裁判所はこれを未解決のままにしている。なぜなら、そのような生命短縮は、いずれにせよ、緊急避難規定によって違法性阻却されうるからであり、「明示された、もしくは推定的な患者の意思に応じた、尊厳および苦痛解放のなかでの死の実現は、最も重い、とりわけ、いわゆる破壊的疼痛のもとで、なおわずかばかり長く生きなければならないという見込みよりも高価値の法益である（とされる）」からである。

もっとも、連邦通常裁判所が今日もなおこのような法解釈を支持しているかどうかは疑わしいように思われる。なぜなら、先に挙げた「チューブ事件」⁽²¹⁾の傍論によれば、生命短縮リスクを伴う苦痛緩和措置の場合にも、「治療中止」の違法性が阻却される下位事例（Unterfall）が問題になるとされるからである。これに対して、私見によれば、こうした構成要件上の殺害は、なお、「許されたリスク（erlaubtes Risiko）」⁽²²⁾の一例として、衡量基準と承諾基準の結合によって違法性阻却されうる、とするのが最も妥当である。

3. 自殺関与

この問題については、人間味があり、大変感動を与えたある事件を手がかりにご説明させていただきたい。ミュンヘン検察局が2年前に扱った「お別れ会事件（Abschiedsfeier-Fall）」⁽²³⁾（NStZ 2011, 345）がそれである。

本件では、最終的にアルツハイマー型認知症（Alzheimer-Demenz）の疑いがあるとの診断を受けるまで、進行性の記憶障害で様々な精神科医を訪ねていた夫

(21) BGHSt 55, 191, 204. 前出III. 1. 第5の点参照。

(22) この点につき、詳細は、Eser, in: Schönke/Schröder（前出注（2））, Vorbem. vor § 211 Randnote 26（S. 1882）.

(23) Staatsanwaltschaft München - 125 Js 11736/09 vom 30. Juli 2010. = NStZ 2011, 345-346.

人が問題となった。ゆっくりと進行する認知症による衰弱から逃れるために、その夫人は、完全に精神的に明晰なうちに、その症状がはっきりと現れるまで生き永らえていたくない、という決意を固めた。医療的にも法的にも幅広い情報を得た後、彼女は、その時点から2年後に、すでに何年も前から彼女の最期の死の願望について通知していたその家族をお別れ会に招待した。[家族と]一緒に晚餐を囲んだ後に、彼女は、致死量の薬剤を1錠飲みこんだ。もう1度一緒にシャンパンを飲んだ後、彼女は眠くなってベッドに入り、その場で近親者らは、母親に別れを告げた。その後、近親者らは、最終的に死の発生が確認されるまで、わずかに浅く不規則に呼吸をするだけの母親のベッドの傍に座り、その手を握りしめていた。それ以前に故人を救う何らかの試みは、行われていなかった。

以上の事実に基づき、母親が自殺した際に居合わせた近親者らに対して、ミュンヘン検察局によって、不作為による故殺罪に基づく捜査手続が開始された。このことは、連邦通常裁判所の定着した判例に鑑みれば、驚くことではなかった。なるほど、自由答責的な自殺への関与は、ドイツ法によれば不可罰である。しかしながら、こうした不処罰は、連邦通常裁判所によって、次のことを通じて差し控えられた。すなわち、その自殺者が意識を喪失し、またはその他の方法で行為無能力となった時点から、適切な救命措置によって蘇生されなければならない、⁽²⁴⁾ということである。

ミュンヘン検察局がこの手続を停止し、それに伴い自殺の際に居合わせた近親者を有責でないとしたことは、それだけにいっそう驚かざるをえなかった。これは、以下に挙げる2つの理由に基づいて説明することができる。

例えば、ミュンヘン検察局は、基本的な視座について早くも、その当時センセーションを巻き起こしたミュンヘン上級地方裁判所の「ハッケタール事件 (Hackthal-Fall)⁽²⁵⁾」ですでに支持されていた自殺意思の尊重に賛同していた。それによれば、親族関係または医療行為の委任から発生しうる保障人義務は、自由

(24) この点について、基本的なものに、連邦通常裁判所の「ヴィティヒ事件 (Wittig-Fall)」(Krefeld BGHSt 32, 367 - 3 StR 96/84 vom 4. 7. 1984 = NJW 1984, 2639) = アルビン・エーザー「ヴィティヒ医師事件連邦通常裁判所 (BGH) 判決 (要約)」同『先端医療と刑法』(成文堂・1990) 347-352頁 (アルビン・エーザーの1985年論評 (下記) をも参照) があり、*Albin Eser, Sterbewille und ärztliche Verantwortung*, in: *Medizinrecht (MedR)* 1985 S. 6-17 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3681 = アルビン・エーザー「死ぬ意思と医師の責任——あわせてヴィティヒ事件連邦通常裁判所判決に対する論評——」同『先端医療と刑法』(成文堂・1990) 79-118頁が、批判的評釈を行っている。

(25) OLG München - 1 Ws 23/87 vom 31. 7. 1987 = NJW 1987, 2940 = アルビン・エーザー「ハッケタール事件ミュンヘン上級地方裁判所決定 (要約)」同『先端医療と刑法』(成文堂・1990) 352-362頁。

答責的に捉えられた自殺者の自殺意思によって制限される。

さらに、このことは、今日、近時の連邦通常裁判所決定（例えば、2003年の連邦通常裁判所民事部「失外套症候群事件（Apallisches Syndrom-Fall）」⁽²⁶⁾）にも現れているように、自己決定権が有するより高次の価値を考慮すれば、よりいっそう当てはまる。すなわち、「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」という点は、刑法の領域に対してもいえるという。

かくして、ミュンヘン検察局は、「お別れ会事件」において、告訴された近親者に、「母親の自殺の意思表示を救命措置によって覆さなければならない、と期待することはできない（という）」結論に達した。

連邦通常裁判所刑事部が、このような、従来の比較的厳格な方針からの大きな逸脱に対していかに対応していくのかを見守っていきたい。

IV. 患者の事前指示と医師—患者関係

「チューブ事件」（BGHSt 55, 191⁽²⁷⁾）ならびに治療中止に関するこれ以外の判例から看取できるように、患者の意思を尊重することについては、ますますその意義が高まりつつある。否、さらにそれ以上のことがいえる。すなわち、連邦通常裁判所が、治療放棄または治療中止への患者の了解を、重要な正当化基準へと昇華させたことによって、「一方的治療中止」への扉、つまり、患者の明示的な意思表示が存在せず、患者の推定的意思が確認されうる十分な根拠も見いだせないという先の事例〔の正当化への扉〕が閉ざされたように思われる。

したがって、判例が、実務上「了解に基づく治療中止」という領域の場合にのみ不可罰の臨死介助を認めたため、患者の事前指示の適切な形式や医師に対するその拘束力に、よりいっそう議論を集中させていくことにしたい。⁽²⁸⁾この問題の詳細な検討は、刑法における患者の事前指示の役割に関する特別寄稿で行うため、本稿では、以下の4点を簡潔に論じることしかできない。すなわち、患者の事前指示の法律上の規定（1）、推定的意思の補充的確認（2）、医師に対する拘束力（3）、および、刑法上の正当化のための形式規定の意義（4）である。

(26) BGHZ（連邦通常裁判所民事部決定）154, 205 -XII ZB 2/03 vom 17. März 2003=NJW 2003, 1588, mit Anmerkung von Kristian F. Stoffers, in: Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ) 2003, 850.

(27) 前出注（10）。

(28) アルビン・エーザー（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47巻2号（2013年）掲載予定参照。

1. 患者の事前指示の法律上の規定 (民法1901a 条、1901b 条、1904条)⁽²⁹⁾

どれほど長きに亘って、生命維持治療または死期を早める措置に関する、いわゆる「患者の遺言 (Patiententestamente)」やこれと同旨の患者の意思表示が議論されてきたかを振りかえてみたとき、われわれがこの点について、ドイツで2009年以来、法律上の規定さえ有しているという注目すべき成果がある。なるほど、これは、刑法典ではなく、適切なことに、家族法の一部である民法典の「世話法 (Betreuungsrecht)」のなかにある。

民法1901a 条 1 項の法文上の定義によれば、「患者の事前指示」にとって、一般にこれを有効とするためには、以下の点が重要である。⁽³⁰⁾ すなわち、

- (a) 事前指示は、成年者によってのみ与えられうる。
- (b) 事前指示は、書面により表示されなければならない。
- (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。これに対して、この時点で判断能力がある患者の具体的な治療への承諾が問題となる場合は、患者の事前指示の形式は満たされえない。
- (d) 医師によって行われるべき措置は、十分に特定のものでなければならない。つまり、ある特定の症状に対し、単に医師の裁量で治療を決定することでは足りない。
- (e) 事前指示は、疾患の種類および進行度に左右されずに適用される。(民法1901a 条 3 項)。したがって、患者の事前指示は、完全な健康状態のときであっても、あらかじめ作成することができる。

これらの要件の多くが正しく定まっておらず、そのため一部で議論が行われていることは、驚くに値しないかもしれない。しかしながら、これに関しては、私の特別寄稿「患者の事前指示と事前配慮代理権」で立ち入ることができるのみである。

2. 推定的な患者の意思の確定 (民法1901a 条 2 項)

ドイツでは、患者の事前指示を行うかどうか、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。そし

(29) 民法1901a 条、1901b 条、1904条の邦訳は、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」同『医事刑法から統合的医事法へ』(成文堂・2011) 330-332頁。

(30) さらに詳細については、Gregor Rieger, Gesetzliche Regelung von Patientenverfügungen und Behandlungswünschen, FamRZ 2010, S. 1601-1608参照。

て、そのとき、たとえ患者の事前指示が適用されたとしても、健康な日々を予定している〔患者の事前指示の〕確定が、現在の生および治療の状況を想定したものでないこともありうる。そのような場合には、民法1901a条2項によれば、患者の推定的意思が確認されなければならない。

患者の推定的意思は、具体的な根拠に基づいて確認されなければならない。その際、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価値観が斟酌されなければならない。

以上のことによって確認された根拠に基づいて、患者が、特に治療の開始または中止のような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が決定される。

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）

実務上とりわけ重要な、患者の意思を確定すること、およびこれを貫徹することは、患者の世話人と主治医の協働を通じて保障されなければならない。

(a) まず、世話人 (*Betreuer*) には、患者の事前指示があればそれを呈示し、または書面による意思表示が欠ける場合には、患者の推定的意思を確認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）。これに対応して、確認された患者の意思は、医師に対しても拘束力を有するとされている。

(b) こうした根拠に基づき、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」を検討しなければならない（民法1901b条1項第1文）。これは、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2項）。

(c) さらに、近親者もまた、一定の役割を果たさなければならない。なぜなら、患者の意思を確認する際、またはその推定的意思を確認する際に、また、治療に関する希望との関係でも、「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。

(d) また、家族法上の世話裁判所 (*Betreuungsgericht*) 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、もし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。すなわち、世話人と主治医の間で下されるべき決定について合意が得られていない葛藤事例においてのみ、世話裁判所への照会およびその許可が必要である（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ことだけでも、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点
が、少なからず重要である。

4. 刑法にとっての（世話法上の）患者の事前指示の役割

この問題については、人間味に溢れ、大変感動を与えたある事件を手がかりに説明しよう。連邦通常裁判所が 2 年前に扱った「娘婿事件 (Schwiegersohn-Fall)」(BGH NJW 2011, 161)⁽³¹⁾ がそれである。

本件では、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」のだから何もしなくてよい、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もはや何らの成果も約束しない場合に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

(31) BGH - 2 StR 320/10 vom 10. November 2010 = NJW 2011, 161-163, mit Anmerkung
Torsten Verrel NStZ 2011, 276-278.

い、と。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ないとして、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たことは、結論として意外なことではなかった。患者の容態は深刻であったが、望みが無いわけではなかったのであるから、そもそも客観的には、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。

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したら、どのように判断すべきだったであろうか。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、処罰するに足るであろうか。こうしたケースにおいても、連邦通常裁判所の立場によれば、娘婿は処罰されよう。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からである。そして、そのためには、患者の意思を確認するほかに、当然ながら、世話人と主治医の協力が必要である。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ようが——、故殺罪で処罰されうするという結論になろう。

連邦通常裁判所のこの立場は、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って、患者の意思の形式に則った確認が担保され、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確認する際に、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、自らの形式規定違反や世話人による形式規定違反があるとし

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ばかりでなく——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、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は、まったく別問題である。この場合について、私見によれば、形式規定違反⁽³²⁾には、刑事制裁以外の制裁で対応するべきである。

V. 改正の要求

患者の事前指示の承認で特に示されたように、臨死介助規定によって進歩がみられることは明らかである。それでもやはり、なお多くの点が改正されなければならない。紙幅の都合上、この点について、以下の3つの分野についてのみ簡潔に述べておきたい。

1. 「一方的治療中止」

それでは、次の事例を考えてみよう。すなわち、もはや弁識能力と判断能力を有さない患者の場合に、患者の事前指示が存在せず、その推定的意思も確認できないのだが、これ以上の生命維持措置がなお意味を有すると思われるか、また、それがどれほどの意味を有すると思われるか、という問題を提起したい⁽³³⁾。

以上のような事例に対し、われわれは、すでに述べた1986年の「臨死介助法対案」(214条1項)のなかで、——本人の明示的かつ真摯な要求の事例を超えて(第1項)——生命維持措置の差控えまたは中止は、次の場合に「違法でない(とされる)」、という提案をしていた。すなわち、

「第2項 本人が、医師の所見によれば、回復不可能なほどにその意識を喪失

(32) この見解は、*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 による詳細な問題分析と、連邦通常裁判所決定に関する *Verrel*, in: *NStZ* 2011, S. 277 f. の批評に賛成するものである。

(33) この点についての詳細は、さしあたり *Albin Eser*, Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch aus rechtlicher Sicht, in: Alfons Auer/Hartmut Menzel/Albin Eser, *Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe. Zum Behandlungsabbruch aus ethischer, medizinischer und rechtlicher Sicht*, Köln 1977, S.75–147 = www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3596, ならびに in: Schönke/Schröder/ (前出注(2)), *Vorbem. vor § 211* Randnote 29–32a (S. 1885–1888)。

している場合、若しくは最重度の障害を持つ新生児であれば決して意識を獲得しない場合、又は、

第3項 本人が、医師の所見によれば、治療の開始又は継続について永続的に意思表示ができず、かつ信頼するに足る根拠に基づいて、彼が見込みのない苦痛状態の継続及び経過に鑑みて、特に目前に迫った死に鑑みて、この治療を拒否するであろうと想定できる場合、又は、

第4項 死が目前に迫っている場合に、本人の苦痛状態と治療行為の見込みのなさに鑑みて、生命維持措置の開始又は継続が、医師の所見によればもはや適切でないとされる場合。」

第2項によれば、以上のことは、「本人の状態が自殺企図に基づく」場合にも適用される。

この提案は、おそらく多くの点で、特に、最重度の障害を持つ新生児の場合、いわゆる「早期安楽死 (Früheuthanasie)」のような場合では行きすぎであろう。このことから、この条項 (第2項) が、2005年の死の看取りに関する法律⁽³⁴⁾に受け継がれていないことが明らかとなろう。それにもかかわらず、ドイツの世論と政策がこれまで、世界観上確実に議論があるこの問題と真剣に向き合うことに勇気を示さなかった点には、遺憾の意を表さなければならない。しかし、同じくますます高齢化が進み、それとともに世話の必要性が高まりつつある社会の現実性を正当に評価しようとするならば、いつかこの熱い鉄 (heiße Eisen) に触れなければならない。

2. 医師による自殺幫助の職業身分的禁止か

この点につき、医師は、患者の死にゆくことの要請に応じてよいか、また、どの程度までこれに応じてよいか、というドイツの世論と同じく医学界内部でも熱心に議論されている問題が重要となる。⁽³⁵⁾ 刑法的観点からは、これは、いずれにせよ単なる自殺幫助の形態で許されていよう。しかしながら、このことは、ドイツ医師会組織によって、「医師の倫理観 (ärztliches Ethos)」とは相いれないと見なされているが、そこではおそらく、世間の注目をめぐる配慮も役割を果たすといえる。⁽³⁶⁾

(34) Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB), in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 2005, S. 552-588=アルビン・エーザー「対案：臨死介添」同『医事刑法から統合的医事法へ』(成文堂・2011) 294-296頁。

(35) Eser (前出注 (21)), in: MedR 1985, S. 7 ff. ならびに in Schönke/Schröder (前出注 (2)), Vorbem. vor § 211 Randnoten 33-35 (S. 1889-1890) 参照。

かくして、2011年のドイツ医師大会では、「死にゆく者のための介助 (Beistand für Sterbende)」に関して、次のような規定が「医師模範職業規則 (Musterberufsordnung für Ärzte)」(16条)に取り入れられた。すなわち、「医師は、死にゆく者の尊厳を保持し、かつその意思を尊重しながら、その者を介助しなければならない。その囑託に応じて患者を殺害することはこれを禁ずる。医師は、自殺幫助を行ってはならない。」と。

この禁止〔規定〕は、要請に基づく積極的殺害が問題となるかぎりでは理解できる。しかし、場合により、生きることに疲れた者の最も親しい信頼のおける者であり、最も尊厳を保った死を保障できるであろう、まさにそうした医師が最期の援助を拒否すべきであることは、仲間うちの連帯感という観点からは理解できない。おそらくこれは、なぜ多くのラントが、医師大会決議をその公式職業規則に⁽³⁷⁾いまだ取り入れていないのか、という理由のひとつでもある。⁽³⁸⁾

3. 職業的な自殺促進の可罰性

これらのプランは、現在、ドイツと同じくスイスでも激しく議論されている。このように、協会が創設・拡大されることは防止されるであろうが、自殺意思を有する者が援助を申し出たとき、次のような濫用の危険は否定できない。つまり、鬱病が適切に認識されず、もしくはこれがきわめて意識的に利用されること、近親者が、任意的自殺により負担から解放されたいという感情を長期疾患患者 (Langzeitkranke) に対し抱くようになること、絶望した者が、容易であると推定される方法で、耐えがたく思われる生から安らかな死へと誘われること、または、その他の不正な動機に基づいて、よりいっそう自殺へと奨励される危険がそれである。そうした危険が大きくなればなるほど、自殺幫助は職業的に提供され、加えて利潤追求もこれと結び付けられることになる。

そうした危険に対して、どのようにすればこれに最も適切に対処できるかについては争いがある。様々な法案があるが、ここでは、現在最新の⁽³⁹⁾「営業的な自殺促進の可罰性」に関する連邦政府法律草案のみを紹介しておきたい。この点につき、刑法典の新217条では、次のように規定されている。

(36) Alfred Simon/Volker Lipp, Beihilfe zum Suizid: Keine ärztliche Aufgabe, in: Deutsches Ärzteblatt 2011, S. 166-170参照。

(37) 同旨・Jochen Vollman/Jan Schildmann, „Ärzte dürfen keine Hilfe zur Selbsttötung leisten“: Eine fragwürdige Entscheidung, in: Deutsches Ärzteblatt 2011, C S. 1336。

(38) 死を望む者に対する、医師の倫理的・人道的な義務づけに関するさらなる理由については、Eser (前出 (21)), in: MedR 1985, S. 15 ff. 参照。

(39) 2012年8月31日の連邦参議院報告書 (Bundesrat Drucksache) 515/12。

「（１）意図的に営業として、他の者に自殺の機会を提供し、調達し、又は斡旋した者は、３年以下の自由刑又は罰金に処する。

（２）営業として行為しなかった関与者は、第１項に掲げる他の者が自己の近親者又は自己と懇意にしていた他の者であった場合は、これを罰しない。」

一方で、自殺幫助の商品化には歯止めがかけられるが、他方で、近親者およびその他の懇意にしていた者に対し、生きることに疲れた隣人に対する、最期の人道的な援助が禁じられないことから、この法案は、原則として実践可能なものであるように思われる。その懇意にしていた者は、医師であってもよいとされる。

VI. 結 語

以上をもって結びとさせていただきたい。もちろん、多くの問題に簡潔にしか触れられなかったことは承知している。それでも、ドイツにおける現在の法的状況と改正の要求について、ある程度の概略を紹介することはできたと思いたい。

〔訳者あと書き〕

本稿は、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）において、医事法の大家であるドイツのマックス・プランク外国・国際刑法研究所名誉所長のアルビン・エーザー（*Albin Eser*）博士をお招きして行われた講演「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*）を、エーザー博士の了解をいただいて翻訳したものである。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）の動向が実にわかりやすくまとめられた内容であり、日本でも議論の参考になる部分が多く、広く読まれることを期待したい。なお、この招聘主体は、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。本講演は、早稲田大学で3つ、立命館大学で1つの、計4回にわたる「終末期医療と法」に関する連続講演のうちの1つであり、420名余りの受講生は、実に熱心に聴講し、エーザー博士も感心しておられた。連続講演会では、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を特記しておく。また、立命館大学朱雀キャンパスでは、1月18日に

専門家向けに同一内容の講演が行われ、これまた実に興味深い質疑応答がなされた。立命館大学法科大学院の浅田和茂教授と松宮孝明教授にも、多大なご援助を賜ったことに感謝申し上げたい。なお、ほかの2つの講演は、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「臨死介助における患者の指示の刑法上の役割について」(原題は、*Albin Eser*, Zur strafrechtlichen Rolle von „Patientenverfügungen“ in der Sterbehilfe —その後、「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 (Patientenverfügungen und Vorsorgevollmacht: zu ihrer strafrechtlichen Rolle in der Sterbehilfe)」に改題された)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幇助」(原題は、*Albin Eser*, Sterbehilfe und Suizidteilnahme im Licht der neueren Rechtsprechung)であった。いずれも、関連する重要な講演であった。前者の邦訳は、甲斐克則＝福山好典訳として比較法学47巻2号(2013年)に掲載予定であり、後者の邦訳は、甲斐克則＝三重野雄太郎訳として刑事法ジャーナル37号(2013年)に掲載予定である。併せて参照されたい。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]