

自らの死への法

Das Recht auf den eigenen Tod

フォルカー・リップ*
訳 秋山 紘 範**

目 次

訳者はしがき

I. 導 入

II. 終末期医療

1. 医師による治療行為の法律構造

2. いわゆる「臨死介助」

a) 「積極的臨死介助」

b) 自殺幇助

c) 死への看取り（かつての「間接的臨死介助」）

d) 「治療制限」ないし「治療中止」（かつての「消極的臨死介助」）

III. 患者とその代理人

1. 代理人の責務

2. 代理人にとっての行為の基準

IV. 患者の意思表示

1. 事前配慮の意思表示およびその法的拘束力

a) 事前指示

b) 治療上の願望

c) 信条と価値観の告知

2. 解釈の必要性

3. 事前配慮の意思表示，患者の代理人，医師

V. 結 論

* ゲッティンゲン大学教授

Volker LIPP

Prof. Dr. Dr. h.c., Georg-August-Universität Göttingen

** 中央大学大学院法学研究科博士課程後期課程在学中

訳者はしがき

本稿は、2017年11月30日に中央大学市谷田町キャンパスで開催されたセミナー「生命倫理と法—死ぬ権利について」における、フォルカー・リップ教授の報告の元となった著作（これはカタリナ・クノッヒェ氏（Katharina Knoche）との共著である）を訳出したものである。

リップ教授はゲッティンゲン大学で民法を中心として講座を担当しており、生命倫理の分野において研究の蓄積がある。本稿は、患者の自己決定権を重視するリップ教授の立場から、終末期医療における患者の自己決定権の尊重の在り方について詳述するものであり、とりわけ医師と代理人の果たすべき役割にまつわる議論については、今後の我が国の議論にとって重要な視座を提供するものであると思われる。

本稿は、Grefrecht 2016 S. 73–79寄稿論文『自らの死への法』に基づくものである。本稿の著者は Prof. Dr. Dr. h.c. Volker Lipp および Dipl.-Jur. Katharina Knoche（Georg-August-Universität Göttingen で民法、民事訴訟法、医事法および比較法の講座を担当）である。

I. 導 入

自分が死ぬ時にどうしようもないほど管と器具を繋がれてしまうことに不安を感じる人は少なくない。自らの死への法がしばしば求められるのもそのような理由からである。これと同時に言及される終末期の自己決定権を、判例も、そして立法者も¹⁾、より詳細に具体化している。それでもなお、依然として不明な点は数多い。このことは、近時判示された BGH の

1) 例えば、3. BtÄndG v. 29.07.2009 (BGBl. I 2286) によって患者の事前指示を法制化することで。

決定などが示している²⁾。同決定に従うと、「一切の延命措置」を望まないという表明では、患者の事前指示に関する法律上の要件を満たさないものである。

そのため、以下、本稿では、終末期の自己決定権をより詳細に解明し、自己決定権貫徹のための助けとなり得る装置を描写する。これについては、差し当たっては終末期医療という基本問題を素描し（段落 II）、次いで患者の代理人の役割を（段落 III）、そして患者の意思表示の意義を解明する（段落 IV）。

II. 終末期医療

1. 医師による治療行為の法律構造

ある人の終末期医療に関しては、他のあらゆる治療行為に関するのと同じことが妥当する³⁾。治療行為についての医師の権利と義務は、主に、患者との治療契約（§630a BGB）から明らかとなる。治療契約は、医療にとって必要な基盤を形成し、特に治療目的を確定する⁴⁾。だが、これでは、治療行為の範囲内での必要な医療措置の数々にとって、正当性としては不十分である。あらゆる個々の医療措置は、それを超えて医療措置の側で正当化されなければならない。即ち、治療目的の達成について医学的に適応していなければならない（§1901b Abs. 1 S. 1 BGBを参照）、説明を受けた患者の承諾によるものでなければならない（§630d Abs. 1 S. 1 BGB）、医学準則（*lege artis*）を順守していなければならない（§630a Abs. 2 BGB）⁵⁾。

2) BGH, Beschl. v. 06.07.2016 – XII ZB 61/16, BGHZ 211, 67 = BeckRS 2016, 14029.

3) Lipp, „Sterbehilfe“ und Patientenverfügung, FamRZ 2004, 317 (318).

4) Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. III Rn. 2, 34.

5) 今日の法規定は、この一般に認められた医師法の諸原則に従っている（以下を参照。vgl. Laufs, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, §6; Kern, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, §50 Rn. 7; Burchardi, Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht bei Krankenhausaufnahme?, in:

治療経過のこうした対話構造は、患者を継続的に参加させ、提案された処置の意義と射程について情報提供するという医師の義務に表れている（§630c Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 BGB）。この専門的な資格は、以下のような法的答責性を導き出す。即ち、医師は §630a Abs. 2 BGB に従い、患者と共同して確立した治療目的に鑑みて、適応を適切に研究、診断および検査する責任を負い、これについてその都度患者に説明しなければならない（§630e BGB）。患者は自身の個人的意見と優先順位を基礎にして、ある医療措置に承諾するか否かを決定する（§630d Abs. 1 S. 1 BGB）。

それゆえ、医師には専断的治疗行為をする権利は一切ない。医師のあらゆる措置は説明を受けた患者の承諾を前提とするが、それはどのような措置であっても患者の身体と精神の統合性への侵襲を意味し、自律性に関わるからである（§§630d Abs. 2, 630e Abs. 1 bis 3 BGB）⁶⁾。患者は治療措置をいつでも拒否することができる。つまり、自己のなした承諾を治療が始まった後であってもいつでも撤回することができる（§630d Abs. 3 BGB）。撤回の放棄（例えば、入院契約において）は、承諾が人格に関わるものであることを理由として、認められない⁷⁾。患者が治療を拒否しているならば、医師、看護スタッフ、病院そして福祉施設は患者の希望を満たさなければならない。その際には、患者の決定が医師（あるいは第三者）から見て理性的であるかそれとも無分別であるかは問題とはならない⁸⁾。同時に、

Amelung/Beulke/Lilie/Rüping/Rosenau/Wolfslast (Hrsg.), Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber, 2003, 615 (617); *Borasio/Putz/Eisenmenger*, Verbindlichkeit von Patientenverfügungen gestärkt, DÄBl. 2003, A 2062 (2064).).

6) これはかつての法律状況にも妥当する。BGHZ 29, 46 (49 ff.); BGH, NJW 1980, 1333; BGH, NJW 1993, 2372 (2373 f.); vgl. *Laufs*, in: *Laufs/Kern* (Fn. 5), §57 Rn. 15 f., §59. を参照。

7) BGHZ 163, 195 (199) gegen die vorinstanzliche Entscheidung des OLG München, FamRZ 2003, 557 (558); *Kohte*, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 185 (1985), 105 (137 f.); *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. 419, 422; *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Kern* (Fn. 5), §67 Rn. 1.

8) RGSt 25, 375 (378 f.); BGHSt 11, 111 (114); BGH, NJW 1980, 1333 (1334);

患者の自律性とは、医師による治療行為の枠内における、自らの人格についてそして自らの身体の統合性についての人間の自己決定権以外の何物でもないのである。

医師による治療行為のこうした基本的法律構造を無視するのは、以下のような者、即ち治療行為の放棄または一旦始まってしまった治療行為の中止は許されるか否かとか⁹⁾、あるいは生命保護と自己決定権との間で慎重に検討した方が良いか否か¹⁰⁾、といったことを問題とする者である。このような見解を採用すると、医師の治療行為にとっての正当性の負担は逆転してしまう。何故ならば、治療行為の放棄ではなくて開始こそが、中止ではなくてその継続こそが、患者の承諾を必要とするものだからである¹¹⁾。

BGH, NJW 1980, 2751 (2753); BGHZ 90, 103 (105 f.); BGHZ 163, 195 (197 f.); GenStA Nürnberg NStZ 2008, 343 (344).

9) 刑法の議論ではとりわけ意見が数多い。以下を参照。BGHSt 40, 257 (260 f.); BGHSt 55, 191; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl. 2014, Vorb. §§211 ff. Rn. 28; *Jäger*, Die Patientenverfügung als Rechtsinstitut zwischen Autonomie und Fürsorge, in: Hettinger/Zopfs/Hillenkamp/Köhler/Rath/Streng/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper, 2007, 209 (214 ff.); ähnlich *Ingelfinger*, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, S. 292 ff. (anders aber S. 291 f.); unklar *Roxin*, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, Kap. I.4, 75 (92 ff.); wie hier jedoch *Neumann*, in: Nomos Kommentar-StGB, 6. Aufl. 2015, Vorb. §211 Rn. 103; *Schneider*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, Vor §§211 ff. Rn. 157; *Geilen*, Euthanasie und Selbstbestimmung, 1975, S. 8 ff.

10) 例 え ば, *Stackmann*, Rechtliche Probleme der Behandlung Schwerkranker und Sterbender, MedR 2003, 490 (492); *Storr*, Der rechtliche Rahmen für die Entscheidung zum Therapieabbruch, MedR 2002, 436 (438).

11) BGHZ 154, 205 (210 ff.); BGHZ 163, 195 (197); BGHSt 37, 376 (378); LG Heilbronn NJW 2003, 3783 (3784); *Verrel*, Gutachten C, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, 2006, C 37 f.; *Hillgruber*, Die Würde des Menschen am Ende seines Lebens – Verfassungsrechtliche Anmerkungen, ZfL 2006, 70 (79 f.); *Popp*, Patientenverfü-

2. いわゆる「臨死介助」

「臨死介助」の際には、法的な点と同様に、事実上、以下のように区別されるべきである。人が医師による治療行為とは無関係に自己の意思に基づいて殺害されたならば、問題となるのは「積極的臨死介助」¹²⁾である。自分自身を殺害したのならば、それは自殺である。自殺の際に第三者が幫助すれば、自殺幫助の本題となる。医師による治療行為の範囲内での措置や決定の場合には、「死への看取り」(Sterbebegleitung) (かつては「間接的臨死介助」) とか「治療制限」(かつては「消極的臨死介助」) といった言葉が用いられる。

a) 「積極的臨死介助」

「積極的臨死介助」の際には、死は、医師による適法な治療行為または望まれた治療の制限の(付随)結果では一切ない。患者はむしろ、治療行為とは無関係に標的とされて殺害されている¹³⁾。これは §216 StGB に従って常に、つまり患者の願望に基づいて殺害された場合であっても禁止さ

gung, mutmaßliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung, ZStW 118 (2006), 639 (641 ff.); *Bertram*, Beweislastfragen am Lebensende, NJW 2004, 988 f.; *Lipp*, Patientenautonomie und Sterbehilfe, BtPrax 2002, 47 und *ders.*, Sterbehilfe und Patientenverfügung, FamRZ 2004, 317 (318); *Schneider*, in: MÜKo-StGB (Fn. 9), Vor §§211 ff. Rn. 121; *Fischer*, Strafgesetzbuch Kommentar, 62. Aufl. 2015, Vor §§211–216 Rn. 32 ff.; *Taupitz*, Gutachten A, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages, 2000, A 18, 44; *Merkel*, Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom, ZStW 107 (1995), 545 (559 ff.); *Geilen* (Fn. 9), S. 8 ff.

- 12) BGHSt 55, 191 (204); vgl. dazu *Lipp*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 25.06.2010 (2 StR 454/09) – Zur Strafbarkeit der passiven Sterbehilfe, FamRZ 2010, 1555; *Verrel*, Ein Grundsatzurteil? – Jedenfalls bitter nötig!, NStZ 2010, 671; *Rissing-van Saan*, Strafrechtliche Aspekte der aktiven Sterbehilfe, ZIS 2011, 544; *Brauer*, Autonomie und Familie, 2013, S. 33 ff.; zur Entwicklung der Terminologie vgl. *Habicht*, Sterbehilfe – Wandel in der Terminologie, 2009.

- 13) *Verrel*, Gutachten (Fn. 11) C 61 f., C 64.

れている。そのため、§216 StGB は一般的な殺人の禁止の表明であり、この法律は基本法およびヨーロッパ人権条約と両立するものである。つまり、他人によって殺害される権利などないのである¹⁴⁾。刑法が対象とする殺人（「積極的臨死介助」）と延命措置の許された放棄（「治療制限」，かつては「消極的臨死介助」）との区別にとって標準となるのは，BGH 第二刑事部の基本的決定¹⁵⁾に従えば，行為が当事者への治療行為との関連においてなされたのか，それともその者の生命を狙って病気とは無関係に終結せしめたかである。これに対して，外的事情を手掛かりとした積極的行為（作為）と消極的行為（不作為）との区別は，認めるべきではない。

b) 自殺幫助

自殺の際に他人からの幫助を受ければ，自殺幫助の問題となる。自由で答責的な自殺の場合の幫助は法的に許される。自由で答責的ではない自殺の場合，介助者は個別事情に応じて不救助（§323c StGB），不作為による殺人（§§212, 13 StGB），過失致死（§222 StGB）または故殺（§212 StGB）を理由として，可罰的であり得る。

2015年12月10日に施行された §217 StGB¹⁶⁾は，これを超えて業としての自殺の促進（援助）を禁止している。この法律によって可罰的となる行為は，他人に自殺を促進する意図がある場合に，その行為によって他人に自

14) EGMR NJW 2002, 2851 – Diane Pretty; BGHSt 55, 191; BGH NStZ 2003, 537 (538); *Murswiek*, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 2 Rn. 212a; *Schultze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II Rn. 64; *Lorenz*, Aktuelle Verfassungsfragen der Euthanasie, JZ 2009, 57 (62 ff.); *Hillgruber* (Fn. 11), ZfL 2006, 70 (72 ff.); *Hufen*, In dubio pro dignitate, NJW 2001, 849 (855); zur Legitimation des §216 StGB vgl. *Dölling*, Zur Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen, in: Kern/Wadle/Schroeder/Katzenmeier (Hrsg.), Festschrift für Adolf Laufs, 2006, 767 ff.; *Ingelfinger* (Fn. 9), S. 165 ff.; *Roxin*, in: Roxin/Schroth (Fn. 9), S. 104 ff.

15) BGHSt 55, 191 (203 f.); *Lipp* (Fn. 12), FamRZ 2010, 1555; *Verrel* (Fn. 12), NStZ 2010, 671; bestätigend BGH NJW 2011, 161.

16) Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung v. 03.12.2015 (BGBl. I 2177).

殺の機会が業として与えられ、調達されまたは斡旋されるものである。この新規定が基本法の基準と両立するものであるか否かは、一部では疑問視されている。これについては間もなく連邦憲法裁判所の判断が下されるであろう。

更に、医師には、医師の職業法の基準が適用される。これによれば、自殺幫助は医師の責務に属するものではない¹⁷⁾。それゆえ、例えば適法な堕胎や美容整形手術とは異なり、自殺幫助は自由で答責的な自殺の事例においても、治療契約の対象とはなり得ないのである。

c) 死への看取り（かつての「間接的臨死介助」）

死への看取りとは、医師による治療行為の枠内での、副作用として患者の生命を短縮させ得るような鎮痛剤その他の薬剤の投与と理解されている。死への看取りは、医療の一般的な正当性の前提の基準に照らして許されたものであるが、それは鎮痛剤その他の薬剤の投与が医学的に適応しており、患者およびその他の人々が起こり得る生命短縮の副作用について説明を受け、薬剤投与に承諾している場合である¹⁸⁾。

刑法では、かつてのいわゆる「間接的臨死介助」は支配的見解によれば故殺と判定され、§34 StGB によって正当化を受けるものとされていた¹⁹⁾。これは正当にも批判されるべきであるが、それは「間接的臨死介助」が、一般に行われかつ医学的にも望ましい医的措置に故殺の汚名を着せるもの

17) *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp (Fn. 4), Kap. IV Rn. 25.

18) *Laufs*, Selbstverantwortliches Sterben?, NJW 1996, 763; *Verrel*, Der BGH legt nach – Zulässigkeit der indirekten Sterbehilfe, MedR 1997, 248 ff.; *ders.*, Gutachten (Fn. 11) C 13, 29 ff., 74; *Jähnke*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl. 2010 ff., Vor §211 Rn. 15 f.; *Duttge*, Rechtliche Typenbildung: Aktive und passive, direkte und indirekte Sterbehilfe, in: Kettler/Simon/Anselm/Lipp/Duttge (Hrsg.), Selbstbestimmung am Lebensende, 2006, 36 (52 ff.); *Beckmann*, Patiententötung, Behandlungsabbruch, Schmerzbehandlung, DRiZ 2005, 252 (254); i. Erg. ebenso *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), Vorb. §§211 ff. Rn. 26.

19) 以下を参照。BGHSt 42, 301 (305); BGHSt 46, 279 (284 f.); *Roxin*, in: Roxin/Schroth (Fn. 9), S. 322 ff.; *Schneider*, in: MüKo-StGB (Fn. 9), Vor §§211 ff. Rn. 95 ff. m.w.N.

だからである。より正確には、問題となるのは、適応しており望まれた死への看取りの枠内での治療法が、場合によっては望まれていない生命短縮の副作用を生ぜしめるか否かである。このことは、誰も故殺と看做することがなく（例えば、リスクのある手術の場合）、医療の一般的な正当性の要求が妥当するような、他の数多くの治療措置の場合も同様である²⁰⁾。

d) 「治療制限」ないし「治療中止」（かつての「消極的臨死介助」）

「治療制限」とは、医的な生命維持措置または救命措置の放棄と理解されている。より厳密には治療目的の変更であり、それによれば、延命と生命維持に代わって、緩和医療的配慮や看護がなされるのである²¹⁾。放棄されるのは一定の、大抵は生命維持の措置であり、患者への治療ではない。それゆえ、BGH 第二刑事部のいう「治療中止」²²⁾という用語に代わって、治療制限という用語が望ましいのである。

患者が死の淵にあって間もなく死ぬのであれば、生命維持措置または救命措置は最早適応がない²³⁾。それに代わるのは、死につつある患者への医的な介助と看取りである。このような場合に医師が生命維持措置をしな

20) *Jähnke*, in: *Leipziger Kommentar* (Fn. 18), Vor §211 Rn. 15 f.; *Sahm*, *Sterbehilfe in der aktuellen Diskussion – ärztliche und medizinisch-ethische Aspekte*, ZfL 2005, 45 (47 f.); *Beckmann* (Fn. 18), DRiZ 2005, 252 (254).

21) Grundsätze der Bundesärztekammer (BÄK) zur ärztlichen Sterbebegleitung vom 17.02.2011, DÄBl. 2011, A 347, Ziff. II., III., IV., abrufbar unter www.baek.de.

22) BGHSt 55, 191 (203).

23) die Grundsätze der BÄK (Fn. 21), Ziff. I, und die Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission (ZEKO) bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, Vorschlag DÄBl. 2013, A 1585, Ziff. 10.1. und 10.2.; *Jähnke*, in: *Leipziger Kommentar* (Fn. 18), Vor §211 Rn. 17; *Saliger*, *Sterbehilfe ohne Strafrecht?*, KritV 2001, 382 ff.; *Schreiber*, *Ein neuer Entwurf für eine Richtlinie der Bundesärztekammer zur Sterbehilfe*, in: *Ahrens/v. Bar/Fischer/Spickhoff/Taupitz* (Hrsg.), *Festschrift für Erwin Deutsch*, 1999, 773 ff.; *Opderbecke/Weißauer*, *Ein Vorschlag für Leitlinien – Grenzen der intensivmedizinischen Behandlungspflicht*, MedR 1998, 395 (397).

ったとしても、これは患者の殺害にはあたらない。医師の治療義務は生命維持措置では（最早）なく、むしろいわゆる「死における介助」（Hilfe im Sterben）になるのである²⁴⁾。確かに、治療目的のこうした変更は、一般原則に応じて医師と患者の間で十分に話し合わなければならない。だが、生命維持措置に反する決定は、治療目的の変更ないし医学的適応の欠缺に基づくのであって、生命維持措置に対する患者の異議に基づくのではない²⁵⁾。

これに対して、患者と共同して設定した目的に鑑みて、具体的状況下で措置に適応があると医師が看做した場合、治療されるか否か、そしてどの程度治療されるかを決定する義務が患者にはある。患者が提案された生命維持措置を拒否または承諾を撤回した場合、医師は当該措置を実施してはならない²⁶⁾。患者が死んでも故殺とならないのは、医師が最早一切治療してはならないからである。このような場合に問題となるのが「死への介助」（Hilfe zum Sterben）であり、そこでは治療の不実施は患者の承諾が存在しないことに起因する。ここでは医師ではなく患者が、提案された生命維持措置を放棄しているのである。従って、「死への介助」が法的に許容されるのは、患者の自己決定権の裏返し以外の何物でもない²⁷⁾。

生命維持措置を放棄した場合において、死の段階での「死に際しての介

24) BGHSt 40, 257 (260).

25) 以下を参照。OLG München NJW 2007, 3506 (3508); Grundsätze der BÄK (Fn. 21), Ziff. I.; *Ankermann*, Verlängerung sinnlos gewordenen Lebens?, MedR 1999, 387 (389); *Lipp* (Fn. 11), FamRZ 2004, 317 (318 f.); *Borasio*, Referat, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, 2006, N 55, 58 ff.; *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 6, 6. Aufl. 2015, §1904 Rn. 38; *Jähnke*, in: Leipziger Kommentar (Fn. 18), Vor §211 Rn. 16 f.; *Roxin*, in: Roxin/Schroth (Fn. 9), S. 97 f.

26) BGHSt 55, 191 (193); BGHZ 163, 195 (197 f.); BGHSt 40, 257 (262); vgl. auch *Wagenitz*, Finale Selbstbestimmung? Zu den Möglichkeiten und Grenzen der Patientenverfügung im geltenden und künftigen Recht, FamRZ 2005, 669 (671).

27) BGHSt 55, 191 (193); *Hufen* (Fn. 14), NJW 2001, 849 (851); *Lipp* (Fn. 11), FamRZ 2004, 317 (319); *Lorenz* (Fn. 14), JZ 2009, 57 (61); *Neumann*, in: NK-StGB (Fn.

助」(Hilfe beim Sterben)と他のあらゆる事例での「死への介助」とは、生命維持措置放棄の理由の違いで区別される。死の経過において措置放棄が許されるのは、治療目的が変更されたまたは生命維持措置に医学的適応がないからである。それ以外は、どのような治療目的を医師と患者が設定したかが問題となる。共同して設定した治療目的に鑑みて適応した生命維持措置は、患者がこれに承諾していない場合には、措置をしないまたは中止することしかできない²⁸⁾。それゆえ、医学的に適応性があるとされた生命維持措置を放棄すること(「死への介助」)は、治療継続が患者の意思に合致しない場合には、死の経過が進行していなくても許されるし、必要とされる。これは現在では §1901a Abs. 3 BGB で法的に規定されており、同項では患者の意思が病気の種類や段階とは無関係に、患者の代理人によって考慮され得る。

III. 患者とその代理人

1. 代理人の責務

患者が行為無能力ないし承諾無能力であるならば、患者は医師と治療契約を締結して治療目的を設定することも、提案された医療措置について話し合い、その実施について決定することもできない (§§104 Nr. 2, 105 BGB, 630d Abs. 1 S. 2 BGB)。もっとも、自ら決定する能力が事実上存在しないことは、患者の自己決定権を喪失せしめるわけではない²⁹⁾。

9), Vorb. §211 Rn. 105 ff.; *Geilen* (Fn. 9), S. 8 ff.; vgl. auch GenStA Nürnberg NStZ 2008, 343 (344).

28) BGHSt 55, 191 (193); BGHSt 40, 257 (260); OLG Düsseldorf FamRZ 2010, 669 (670); OLG Frankfurt NJW 1998, 2747 (2748); ausführlich *Lipp*, Patientenautonomie und Lebensschutz, 2005, S. 16 ff.; *Verrel*, Gutachten (Fn. 11) C 77 ff., C 99 ff.; *Schneider*, in: MüKo-StGB (Fn. 9), Vor §§211 ff. Rn. 124 ff.; *Geilen* (Fn. 9), S. 8 ff.

29) *Lipp*, Privatautonomie, Sterbehilfe und Betreuung, DRiZ 2000, 231 (233 f.); *Höfling*, Forum – „Sterbehilfe“ zwischen Selbstbestimmung und Integritätsschutz, JuS 2000, 111 (113 f.); *Hufen* (Fn. 14), NJW 2001, 849 (850 ff.).

患者の代理人がいるならば、患者に代わって治療契約を医師と締結し、医師に対して患者の権利を擁護し、治療の範囲内で必要な決定をするのは代理人の責務となる³⁰⁾。それゆえ、患者自身が §1901a Abs. 1 S. 1 BGB の意味での事前指示によって措置を許容も拒否もしていないならば、医師は代理人に説明する必要がある、この説明を受けることで代理人は患者のために医療措置に承諾することができるようになる（§§630d Abs. 1 S. 2 und Abs. 2, 630e Abs. 4 BGB）。

患者から全権委任された信頼できる者がまずは代理人に任命され³¹⁾、そうでない場合には世話裁判所が世話人を法定代理人に任命しなければならない（§1896 BGB）。一般的に全権は、通常は、生命維持措置の決定を含めたあらゆる治療決定を包括する³²⁾。同様に、世話裁判所は世話人に、規則に従って健康に関する配慮を指示し、その結果世話人は、延命措置を開始あるいは継続するか否かの決定についても権限を与えられる³³⁾。

だが、医師の提案した治療に承諾し、あるいはこれを拒否することだけが患者の代理人の責務ではない。代理人はそれに留まらず、治療の全過程において、患者の権利と利益を擁護しなければならない。

2. 代理人にとっての行為の基準

全権委任された者ないし世話人は、自己の権限を遂行し、代理権を行使する際には、その都度内部関係によって拘束されている。即ち、全権委任

30) *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp (Fn. 4), Kap. III Rn. 11 ff., Kap. VI Rn. 113, 116.

31) §1896 Abs. 2 S. 2 BGB; 健康に関する全権について、詳細は、*Lipp*, in: Lipp (Hrsg.), *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, 2009, §16.

32) この決定は §1904 Abs. 5 BGB に従って書面でなされなければならない、かかる措置への決定を明文で含んでいなければならない。これについては、BGH, *Beschl. v. 06.07.2016 – XII ZB 61/16*, BGHZ 211, 67 = BeckRS 2016, 14029, Rn. 14 ff. を参照。

33) BGHZ 154, 205 (214); BGHZ 163, 195 (198); *Schwab*, in: *MüKo-BGB* (Fn. 25), §1904 Rn. 43.

された者であれば委任であるし、世話人であれば §1901 BGB である。委任ないし法律はこの者らを、患者の事柄を処理し、その際には患者の表明したあるいは推定的な意思を考慮するよう義務付ける (vgl. §§665, 1901 Abs. 2 und 3 BGB)³⁴⁾。

この一般原則を、立法者は、第三次世話法改正法 (2009年)³⁵⁾で、健康の世話に関して §1901a BGB に明文化し³⁶⁾、患者の意思表示を顧慮してこの原則を具体化した。この規則は §§1901a, 1901b BGB の患者の意思の確認規定によって補われ、§1904 BGB において裁判所の許可によって補われる。それゆえ、§§1901a, 1901b, 1904 BGB の規定は、医療措置の実施にとってまたはその放棄にとって患者の意思が標準となるということを明らかにするだけではない。それを超えてこれらの規定は、一方では患者の自己決定権を実現し、他方では患者の生命と健康の権利を保護するところの、患者の意思を確認するための手続法上の規定を含んでいる。これらの規定は医事法上の一般原則、即ち主治医は医療措置を行い、その責任を負い、患者ないしその代理人は然るべき説明を受けた後に当該措置に承諾するか否かを決定する、という一般原則を紡ぎ出す³⁷⁾。これらの原則は §§1901a および 1901b BGB によって新たに導入されたのではなく、復唱されただけである。従って、これらの規定は宣言的 (deklaratorisch) である³⁸⁾。無論、それに加えて、法律にこれらの条文が取り入れられたこと

34) 全権については *Spalckhaver*, in: Handbuch der Vorsorgeverfügungen (Fn. 31), §15 Rn. 88 ff.; 世話については *Lipp*, in: Handbuch der Vorsorgeverfügungen (Fn. 31), §2 Rn. 37 f., 44 ff., §18 Rn. 77 ff.

35) S.o. Fn. 1.

36) この法律は一切の法律状況の変更をもたらすものではなく、むしろ実務における不安定さに鑑みて、今日まで妥当してきた諸原則を確認するものである。これについては *Lipp*, in: Handbuch der Vorsorgeverfügungen (Fn. 31), §16 Rn. 12 ff., 43 f. を参照。

37) S.o. unter II.1.

38) BT-Drucks. 16/13314, 20; 詳しくは *Hoffmann*, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann (Hrsg.), Betreuungsrecht – Kommentar, 5. Aufl. 2011, §1901a Rn. 1 ff.; C.

で、治療に関与した人にとっては法的安定性がもたらされている³⁹⁾。

IV. 患者の意思表示

1. 事前配慮的意思表明およびその法的拘束力

「事前配慮的意思表明」(vorsorgliche Willensbekundungen)と称されるのは、患者が治療行為の外で、具体的治療状況とは無関係に発した表明のことである⁴⁰⁾。治療契約の枠内での治療目的の確定にとっても (§630a BGB)、個々の医療措置の実施にとっても、承諾能力のある患者の現実の意思は常に優先される (§630d Abs. 1 S. 1 und 2 BGB)。このことは、患者に代理人がいる場合であっても妥当する。それゆえ、事前配慮的意思表明が問題となるのは、患者が承諾無能力であり最早意思表示できない場合のみである⁴¹⁾。

患者の事前配慮的意思表明は、常に法的に重要でありあるいは「拘束力を持つ」。この拘束力の態様と規模は患者自身が以下のようなやり方で決定する。即ち、患者が決定を先取りし、事前指示によって将来の措置に承諾し、あるいは拒否するというやり方であり、または患者が代理人と医師

Bienwald, in: Bienwald/Sonnenfeld/Harm (Hrsg.), *Betreuungsrecht. Kommentar*, 6. Aufl. 2016, §1901a Rn. 1, §1901b Rn. 1.

39) BT-Drucks. 16/13314, 3 f., 7 f.; BGHSt 55, 191 (194); BGH NJW 2011, 161 Rn. 12; Lipp, in: *Handbuch der Vorsorgeverfügungen* (Fn. 31), §16 Rn. 44 ff.; Diehn/Rebhan, *Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung*, NJW 2010, 326 (328); Höfling, *Das neue Patientenverfügungsgesetz*, NJW 2009, 2849 (2850 f.).

40) 例えば、以下を参照。die Grundsätze der BÄK (Fn. 21), Ziff. VI.; Empfehlungen der BÄK und der ZEK (Fn. 23), Ziff. 2. かつての用語法は統一されていなかった。「患者の遺言」という言葉が用いられたり、あるいはとりわけ §1901a Abs. 1 S. 1 BGB によって患者の事前指示の法規定と法定義がなされるまでは、あらゆる事前配慮的意思表明が「事前指示」と呼ばれたりしていた。概論は Hoffmann, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann (Fn. 38), §1901a Rn. 10 f.

41) Ebenso die Empfehlungen der BÄK und der ZEK (Fn. 23), Ziff. 2.

に決定を委ね、それについての具体的な願望を表明し、もしくは代理人と医師に自己のイメージと考え方を単に伝えるというやり方である。患者の意思の表明が具体的であればあるほど、患者の意思は後の関与者を一層強く拘束する。

法律では、事前配慮的意思表明が三つの形式に区分されている⁴²⁾。事前指示 (§1901a Abs. 1 BGB)、治療上の願望 (§1901a Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB) そして推定的意思にとっての間接証拠とされるような信条、価値観等々の告知 (§1901a Abs. 2 S. 1 Alt. 2 sowie Abs. 2 S. 2 und 3 BGB) の三つである。

a) 事前指示

かつての支配的見解⁴³⁾を引き合いに出すと、§1901a Abs. 1 S. 1 BGB は、患者の事前指示を、一定の医療措置への先取りされた承諾または拒否として定義している。したがって、事前指示は、原則的には医療措置への承諾ないしは拒否に関する一般の規定に服するものであるが、これらの規定は書式の導入によって補完されている (§1901a Abs. 1 BGB)⁴⁴⁾。文書で表明されていない先取りされた承諾または拒否は、書式を順守していないため、有効な事前指示たりえない⁴⁵⁾。しかし、有効な事前指示ではなくても、§1901a Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB に従って治療上の願望としては考慮され得る⁴⁶⁾。

42) BGHZ 202, 226 (231, 236 f.).

43) 以下を参照。BGHZ 154, 205 (210 f.); *Lipp* (Fn. 11), FamRZ 2004, 317 (320); *Wagenitz* (Fn. 26), FamRZ 2005, 669 (671); *Taupitz*, Gutachten (Fn. 11), A 28 ff.

44) 立法者は明文でこれらの原則を引き合いに出し、書式を単に追加の要件として導入した。以下を参照。BT-Drucks. 16/8442, 9 f., 12 f.; *Spickhoff*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, §1901a Rn. 4.

45) 誤って解説しているのは BT-Drucks. 16/8442, 13. これによると、そもそも事前指示ではないとされている。これに対して正確に説明しているのは *Renner*, in: *Müller/Renner* (Hrsg.), *Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis*, 3. Aufl. 2011, Rn. 502; *Hoffmann*, in: *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* (Fn. 38), §1901a Rn. 23.

46) これについては後掲 IV. 1. b) を見よ。

一般原則によれば、有効な承諾とは、時宜を得て包括的な患者への説明を前提としている (§§630d Abs. 2, 630e BGB)。もっとも、患者はこの説明を放棄することができる⁴⁷⁾。このことは事前指示にとって決定的な意義を有する。何故ならば、事前指示はしばしば健康な時点、即ち、その時点では病気または治療に関する説明が不可能である時点で、特定の病気とは無関係に作成されるものだからである。確かに支配的見解は、患者が医師による説明を推断的に放棄することを想定するが、それを認めるのは医療措置の拒否が事前指示に含まれている場合のみである⁴⁸⁾。だが、支配的見解に反して、これは事前指示によって表明される医療措置への承諾と解するほかない⁴⁹⁾。

§1901a Abs. 1 BGB は、患者の代理人に対する事前指示の効果を規定している。代理人の責務は、事前指示が有効かつ読んで理解できるものであるか否かを吟味することにある。そのような場合には、患者の表明が効力を持つ。患者の代理人は、この表明を単に表現し、有効にするものでなければならない (§1901a Abs. 1 S. 1 und 2 BGB)⁵⁰⁾。医師に対する一定の医

47) *Weidenkaff*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 75. Aufl. 2016, §630e Rn. 12.

48) BT-Drucks. 16/8442, 14; BT-Drucks. 17/10488, 23 f.; *Hoffmann*, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann (Fn. 38), §1901a Rn. 17; de lege ferenda kritisch *Röthel*, Form und Freiheit der Patientenautonomie, AcP 211 (2011), 196 ff.

49) *Taupitz*, Gutachten (Fn. 11), A 28 ff.; *Lipp*, in: Arztrecht (Fn. 4), Kap. VI Rn. 151.

50) BGHZ 202, 226 (231); *Spickhoff*, Rechtssicherheit kraft Gesetzes durch sog. Patientenverfügungen?, FamRZ 2009, 1949 (1953); *Kutzer*, Ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung unter besonderer Berücksichtigung des neuen Patientenverfügungsgesetzes, MedR 2010, 533 (534); *Müller*, Die Patientenverfügung nach dem 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz: 全てを整理しながらも多くが不明確であるのは、DNotZ 2010, 169 (172 ff.); *Reus*, Die neue gesetzliche Regelung der Patientenverfügung und die Strafbarkeit des Arztes, JZ 2010, 80 (82); *Coeppicus*, Erfordernis der Zustimmung eines Betreuers und einer gerichtlichen Genehmigung für einen Behandlungsabbruch, NJW 2013, 2939 (2940); *Brauer* (Fn. 12), S.

療措置への承諾または拒否としての事前指示の直接的な効果は、§630d Abs. 1 S. 2 BGB から明らかとなる⁵¹⁾。

しかし、事前指示が直接的な効力を発揮するのは、それが十分に特定されたものである場合のみである。事前指示は、一定の医療措置に対する承諾または拒否についての具体的決定を含んでいなければならない。これについて患者は、一定の生命—治療状況において自身が何を望み、何を望まないのかを確定しなければならない⁵²⁾。それゆえ、「一切の生命維持措置」を望まないという表明は、法律が意味するところの事前指示には一切あたらない⁵³⁾。ただし、治療上の願望ないしは推定的意思に関する間接証拠としては考慮され得る⁵⁴⁾。

b) 治療上の願望

自身への治療の方法、範囲および期間に関する患者の願望は、直接的な法律効果を一切生ぜしめない。こうした願望は承諾または拒否をなんら意味するものではなく、まずは具体化され言い換えられなければならない。患者の代理人は、こうした治療上の願望を確定し、それに基づいて患者の意思を突き止め、それに応じて患者の代理人として医療措置に承諾し、または措置を拒否しなければならない (§§630d Abs. 1 S. 2, 1901a Abs. 2 S. 1 Alt. 1, 1901b BGB)⁵⁵⁾。それゆえ、事前指示の有効性の要件は、治療上の

122 f., 130 f.; *Schwab*, in: MüKo-BGB (Fn. 25), §1901a Rn. 29; *Hoffmann*, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann (Fn. 38), §1901a Rn. 48 ff., 50, 53; *Zimmermann*, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung in der Beratungspraxis, 2. Aufl. 2010, S. 221.

51) BT-Drucks. 17/10488, 23.

52) BGH, Beschl. v. 06.07.2016 – XII ZB 61/16, BGHZ 211, 67 = BeckRS 2016, 14029, Rn. 46.

53) BT-Drucks. 16/8442, 15; BGH, Beschl. v. 06.07.2016 – XII ZB 61/16, BGHZ 211, 67 = BeckRS 2016, 14029, Rn. 46 f.; *Götz*, in: Palandt (Fn. 47), §1901a Rn. 5.

54) BGH, Beschl. v. 06.07.2016 – XII ZB 61/16, BGHZ 211, 67 = BeckRS 2016, 14029, Rn. 53.

55) BGHZ 202, 226 (232, 237).

願望には妥当しない⁵⁶⁾。とりわけ、治療上の願望は、どのような形式でも表明することができる⁵⁷⁾。もっとも、BGHの見解に従えば、治療上の願望を出発点とできるのは、意思表示が——事前指示と同様に——十分に特定されている場合のみである。そうでなければ、これは推定的意思としての間接証拠として考慮され得る⁵⁸⁾。

c) 信条と価値観の告知

事前指示も治療上の願望もない場合には、患者の代理人は患者の推定的意思に従って行為しなければならない、即ち、患者が当該状況下で措置に承諾していたであろうか否かを問わなければならない（§1901a Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB）。推定的意思を突き止める際には、患者についての利用可能なあらゆる情報、とりわけかつての口頭または文書での発言、道徳的・宗教的価値観が考慮され得る（§1901a Abs. 2 S. 2 und 3 BGB）。それに加えて、家族その他親しい人の回答には特別な意義がある（§1901b Abs. 2 BGB）。

2. 解釈の必要性

全ての意思表示がそうであるように、患者のあらゆる事前配慮的意思表明も解釈を必要とする⁵⁹⁾。解釈は、事前配慮的意思表明が向けられた人、

56) 詳細は *Faupel*, Die Betreuungsverfügung, 2010, S. 109 ff.; *Lipp*, in: Handbuch der Vorsorgeverfügungen (Fn. 31), §17 Rn. 19 ff., §18 Rn. 77 ff.

57) これについては *Götz*, in: Palandt (Fn. 47), §1901 Rn. 5. を参照。

58) BGH, Beschl. v. 06.07.2016 – XII ZB 61/16, BGHZ 211, 67 = BeckRS 2016, 14029, Rn. 53 ff.

59) 詳細は *Roth*, Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und der Schutz des Selbstbestimmungsrechts, JZ 2004, 494 (498 ff.); *Hoffmann*, Auslegung von Patientenverfügungen, BtPrax 2009, 7 (8 ff.); *Ludyga*, Der Abbruch lebensverlängernder oder -erhaltender Maßnahmen auf Grund von Patientenverfügungen und die Genehmigung des Betreuungsgerichts, FPR 2010, 266 (269 ff.); *Lipp*, in: Handbuch der Vorsorgeverfügungen (Fn. 31), §17 Rn. 104 ff.; ebenso BGHZ 202,

即ち患者の代理人と医師にとっての責務である⁶⁰⁾。外見上一義的または外見上不合理な文言による説明であっても解釈されなければならない。§133 BGBによれば、解釈の際には文書の文言や口頭での表示の文言だけで標準となるわけではなく、現実の意思が探求されなければならない。それゆえ、事前配慮の意思表示は決して文字通りに受け取ってはならず、むしろ常に、認められる全ての、とりわけ表示の言外にもある事情を考慮しなければならない⁶¹⁾。それゆえ、外見上一義的な文言であっても、いかなる事例であれ、意思表示の解釈をなしとすることはできない⁶²⁾。

3. 事前配慮の意思表示, 患者の代理人, 医師

患者の代理人には、治療の枠内で患者を支援し、場合によってはその際に患者を代理する責務がある⁶³⁾。患者が承諾無能力であるならば、患者の代理人は患者の意思の確認に対して責任を負う。患者が事前配慮の意思表示を文書で示しているならば、例えば医師と看護スタッフが患者の意思について情報提供され、あるいは患者の意思を尊重するように要求されることによって、この事前配慮の意思表示は前述した諸原則⁶⁴⁾に従って解釈され、患者の意思は確認され、その後で患者の意思は現実化されなければな

226 (239); *Götz*, in: Palandt (Fn. 47), §1901a Rn. 14 a.E., 17; *Schneider*, in: MÜKo-StGB (Fn. 9), Vor §§211 ff. Rn. 146; *Neumann*, in: NK-StGB (Fn. 9), Vorb. §211 Rn. 115.

60) *Roth* (Fn. 59), JZ 2004, 494 (500 ff.); ebenso die Empfehlungen der BÄK und der ZEKO (Fn. 23), Ziff. 2. und 10.1.

61) BGH, Beschl. v. 06.07.2016 – XII ZB 61/16, BGHZ 211, 67 = BeckRS 2016, 14029, Rn. 49 f., 56 ff.

62) 以下を参照。schon Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band 1: Allgemeiner Teil (1888), S. 155; *Singer*, in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), Neubearbeitung 2012, §133 Rn. 9; *Ellenberger*, in: Palandt (Fn. 47), §133 Rn. 6.

63) 前掲 III. 1. 以下を参照。

64) 前掲 IV. 2. 以下を参照。

らない。その際、第一に患者の代理人は、事前指示が存在するか否か、それが有効かつ読んで理解できるものであるか否かを吟味し、それら全てが満たされている場合には、これを表明し有効にしなければならない (§§1901a Abs. 1, 630d Abs. 1 S. 2 BGB)。そうでなければ、代理人は患者の現在のもしくはかつて表明された治療上の願望または推定的意思に基づいて、医師の提案した措置への承諾について自ら決定しなければならない (§1901a Abs. 2 S. 1 BGB)。

患者の代理人は、患者の意思の確認について、医師と共に話し合わなければならないが (§1901b Abs. 1 S. 2 BGB)、具体的な治療に関しては原則的に、代理人の決定が標準となる⁶⁵⁾。医師の見地から、代理人が患者の意思を軽視していることについての具体的な根拠があるならば、医師は常に世話裁判所に情報の提供をなすことができ、これによって世話裁判所は、患者の意思の考慮を確保するために、必要な措置を講ずることができる⁶⁶⁾。看護スタッフ、家族その他の者も、〔代理人による〕権限濫用が疑われる場合には、世話裁判所に申し立てることができる。世話裁判所は当該申し立てに基づいて、世話裁判所が活動するか否か、またどのように活動するかを職権で判断する。

V. 結 論

したがって、医師による治療の枠内では、患者の意思は常に考慮され得る。このことは、終末期医療についても妥当する。従って、患者の自律性は、自らの死への法も包含している。法律はこれについて、§1901a BGBに規定された形式での事前配慮的意思表明によって、自らの意思に表現を与える可能性を患者に開いている。だが、こうした権利の置き換えは、近

65) BGHZ 163, 195 (198 f.); *Wagenitz* (Fn. 26), FamRZ 2005, 669 (672); *Hoffmann*, in: *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* (Fn. 38), §1901a Rn. 65.

66) BT-Drucks. 16/13314, 4; *Spickhoff* (Fn. 50), FamRZ 2009, 1949 (1952).

時下された BGH の決定⁶⁷⁾が示すように、絶え間なく新たな試練へと実務を直面させるのである。

67) BGH, Beschl. v. 06.07.2016 – XII ZB 61/16, BGHZ 211, 67 = BeckRS 2016, 14029.