

## 事前指示書を巡るドイツの現状

Der gegenwärtige Zustand der Patientenverfügung in Deutschland

秋 山 紘 範\*

### 目 次

- I 序 論
- II 事前指示書に関する近時のドイツ判例
- III ドイツ判例についての検討
- IV 日本における事前指示書の現状と課題
- V 結 語

### I 序 論

終末期医療の現場において、最早本人の意思を確認できない場合、延命措置を継続するのか、それとも見合わせるのかという問題が生じる。このような局面における「決定」は、事実上は本人ではない誰かが担わなければならないが、法的にはどのような取り扱いがあり得るだろうか、そして、どのような制度が目指されるべきであろうか。このような問題意識が早くから共有されていたドイツ<sup>1)</sup>では、2009年に第三次世話法改正法によって民法（以下、BGB）に事前指示書の規定が新設されたが<sup>2)</sup>、この新法

---

\* 中央大学大学院法学研究科博士課程後期課程在学中

- 1) 延命措置の中止を巡るドイツの主要な刑事裁判例の動向と、第三次世話法改正法に至るまでの国会での議論については、鈴木彰雄「臨死介助の諸問題—ドイツ法の現状と課題—」法学新報122巻11・12号（2016年）267頁が詳しく紹介している。
- 2) 事前指示書に関する規定である BGB1901a 条については、Schwab の注釈を中心にドイツの議論を紹介するものとしては、谷口聡「ドイツ民法典における「患

は日本でも高い関心を集めている<sup>3)</sup>。

既に、BGH 第12民事部は2014年9月17日に、延命措置の中止の許容性を巡る判断(以下、2014年決定)<sup>4)</sup>を下しているところではあるが、2014年決定の事案では事前指示書が作成されていなかった(テンプレートに未記入)。しかし、BGH 第12民事部はそれに引き続いて、2016年7月6日<sup>5)</sup>と2017年2月8日<sup>6)</sup>に相次いで、事前指示書の有効性要件について判断している(以下、それぞれ2016年決定、2017年決定)。以下、本稿では2016年決定と2017年決定について概観し、両決定に関するドイツの議論を確認する。その上で、一連の決定は今後の日本の議論にとって、どのような比較法的意義があるのかについて、若干の私見を展開する。

## II 事前指示書に関する近時のドイツ判例<sup>7)</sup>

### 1 2016年決定

#### (1) 事案の概要

2016年決定における事案の概要は、以下の通りである。

---

者の事前指示書」規定に関する一考察—BGB1901a 条の立法経緯と解釈をめぐ  
る議論について—高崎経済大学論集61巻1・2号(2018年)1頁がある。

- 3) ドイツにおける事前指示書の法制化は、倫理学の文脈においても紹介されている。浜渦辰二「ドイツにおける事前指示書の法制化の内実—自律と依存を両立させる試み」文化と哲学32号(2015年)1頁は、ドイツの事前指示書の法制化について、「その内実は、日本で尊厳死法を法制化しようとする動きとはまったく異なるものである」としている。
- 4) BGH, Beschluss vom 17. 9. 2014 - XII ZB 202/13, BGHZ 202, 226. 2014年決定に関する日本の文献としては、山本紘之「生命維持措置の中止に関する世話裁判所の許可が不要となる要件および覚醒昏睡にある患者の推定的意思を探知するための要件」比較法雑誌50巻1号(2016年)275頁を参照。
- 5) BGH, Beschluss vom 6. 7. 2016 - XII ZB 61/16, BGHZ 211, 67.
- 6) BGH, Beschluss vom 8. 2. 2017 - XII ZB 604/15, BGHZ 214, 62.
- 7) 以下では、判例中で引用された文献は省略する。また、丸数字は便宜上筆者が付したものである。

1941年生まれである本人は、2011年11月末に脳卒中を患った。更に病院では彼女にPEG ゾンデ<sup>8)</sup>が挿入され、それ以降彼女にはこの管を通じて栄養と薬剤が与えられた。2012年1月に彼女は介護ホームに入居した。入居の時点ではまだ本人は口頭でコミュニケーションを取ることができていたが、てんかん発作に至ったことが原因となり、2013年春にはそれもできなくなった。

本人には、2013年2月に死去した夫との間に、成人した三人の娘（関与者1乃至3）がいる。既に2003年2月10日に、本人は以下のような内容の、文書による「事前指示書」に署名していた。

①「私が（…）意識不明や意識混濁に陥り、（…）最早自分の意思を表明できなくなった場合には、以下のようにしてください。

まだ我慢できるような状態で生命を維持できる現実的な見込みがある限りは、医師の方も看護師の方も手を尽くしてください。

そうではなくて、以下のことが医学的に明らかに認められるならば、延命措置を行わないでください。

- 私が間もなく死ぬ段階にあって、そこでは治療の見込みがなくどのような延命治療も死や病苦を延長させるであろうこと、又は
- 意識を取り戻す見込みがないこと、又は
- 病气若しくは事故により脳の重篤な永続的障害が残ること、又は
- 私の生命に不可欠な身体の機能が永久に失われ、それが治らないこと。

こうした場合には、必要な緩和ケアをすれば余命が短くなることが避けられないとしても、苦痛、不安及び恐怖の緩和を目指して治療と看護をしてください。私は、できることなら親しい人々に囲まれて、尊厳ある安らかな死が迎えられることを望みます。

私は、積極的臨死介助を拒否します。

私は、思いやりがあり（menschliche）精神的に気配りしてくれる人の

---

8) いわゆる「胃ろうカテーテル」の事を指す。鈴木・前掲注1) 346頁を参照。

付き添いを希望します。』<sup>9)</sup>

同一の文書で本人は、彼女が自らの意思を形成し又は表明することができなくなった場合に備えて、彼女の信頼できる人物として関与者2(以下、本件任意代理人)に以下のような代理権を付与した。即ち、

②「私の代わりに、主治医と話し合っ(…)必要となる決定をします。この信頼できる人物は本事前指示書の意味において私の意思を提示し、私の名において異議を申し立てますので、主治医はこれを(…)尊重してください。」

本人は事前指示書と代理権を2011年11月18日に同一の文言で更新した。その他に本人とその夫は、公正証書によって2003年2月26日にお互いに包括的代理権を付与し、補充任意代理人として第一位に本件任意代理人を、第二位に関与者1を指名した。代理権の文書の中には、とりわけ以下のようなことが書かれている。

「本代理権は、とりわけBGB1904条の意味における医療の提供と医療行為の問題において、代理する権限を付与するものである。任意代理人は、健康状態の調査、治療行為又は医的侵襲をも承諾し、これらについての承諾を拒み又は撤回し、診療記録を閲覧し、これを第三者に引き渡すことを承諾することができる。(…)

本代理権は、延命措置の中止に関する決定の権限を含む。我々は、かかる決定が一定の厳格な要件の下で問題になることを教わった。死に至る病の場合において、容体の回復を期待できないことが認められるならば、我々は延命措置を重要視しない。委任者は適切な治療、とりわけ緩和ケアを希望するが、器具を通じた人工的な延命は希望しない。委任者の表象に従って、有効な薬剤を投与する際には避けられないような、起こり得る生

---

9) これは、バイエルン福音ルター派教会が当時提供していたテンプレートである。同テンプレートはJakobi/May/Kielstein/Bienwald (Hrsg.), Ratgeber Patientenverfügung: vorgedacht oder selbstverfasst?, 2001, S. 78.に掲載されている。また、同書には、他にも法制化以前に各種団体が配布していた事前指示書のテンプレートが多数掲載されている。

命の短縮よりも、鎮痛が優先する。」

本件任意代理人及び本人を治療していた家庭医は、人工栄養の中止は事前指示書で表明された本人の意思に合致しないとの解釈で一致している。これに対して他の二人の娘、即ち関与者1及び3は、これとは逆の考えを主張している。

それゆえ、関与者1は、2015年3月に世話裁判所に「事前指示書の実現及び患者の意思の遵守」並びに本件世話人の「世話権（Betreuungsrecht）剥奪」の申し立てを行っている。関与者3はこれに賛成している。AGはこれを監督世話命令の申し立てと解釈した上で却下した。関与者1の抗告に基づいて、LGはAGの決定を破棄し、関与者1を「健康福祉の領域に関してのみ、本人の（…）付与した代理権を撤回する権限を有する世話人に選任」した。本件任意代理人による法律抗告は認められた。これによって原決定は破棄され、事件はLGに差し戻された。

## (2) 2016年決定要旨

BGH第12民事部は、LGが監督世話を認めるにあたって肯定した前提条件は不当であるとしたが、かかる結論に至る論理の大枠は以下の通りである。まず、「LGが関与者2を、全健康福祉の領域、それもとりわけ人工栄養の継続又は中止と関連する問題について、BGB1896条3項の意味における本人の任意代理人であると見做したことには、法的に異論が差し挟まれるべきではない」としており、本件関与者2が任意代理人であるという点はBGH第12民事部も肯定している。より具体的には、本件において2003年に作成され2011年に更新された公正証書では、本人の立場に必要な決定を医師と共に行う権限しか含まれておらず、従ってそこでは、場合によっては医師の助言に反してでも、BGB1904条1項2文及び2項に挙げられた措置の実施又は不実施の問題についての最終決定を行う権限までは付与されていないが、いずれにせよ、2006年2月26日に公証された代理権では、本件任意代理人には疑いなく健康福祉の領域における決定権限が委ねられているとする。次に、LGが「BGB1896条3項に従って、世話人は被世話人の権利をその任意代理人に対して主張することができ、一定の要

件の下では代理権を撤回する権限も与えられ得る」とした点も適切であるとしており、場合によっては世話人が任意代理人の代理権を撤回する可能性もあり得ることを認めている。ここでBGH第12民事部は、監督世話に関する先例<sup>10)</sup>を引用し、監督世話の付与が必要となるのは、具体的な、即ち十分な具体的根拠によって裏付けられた、代理権によって世話の必要が満たされていないという疑いがある場合であるとする。しかしながら、「本件では代理権撤回の権限を有する監督世話の要件が満たされていない」のであり、この点についての審理不尽を理由として、事件はLGに差し戻された。以下では、2016年決定が監督世話の要件について検討するにあたり、事前指示書の有効性に関して初めて判断を下した点について、より詳細に取り上げる。

まず、BGH第12民事部は以下の通り論じている。

「確かに、本人のために必要な世話が尽くされていないと言えるための十分な根拠と、代理権を撤回する権限を正当化するような事情は、BGB1904条1項1文、2項の意味における延命措置を実施するという任意代理人による決定との関連の中からも、原則的には判明し得るものである。そのためには、任意代理人は明らかに——とりわけ事前指示書に記された——本人の意思を無視している必要があるだろう。だが本件はそれに当たらない。」

この点について、BGH第12民事部は、延命措置を行うべきか否かを決定する際に任意代理人に課せられている義務は、BGB1901a条、1901b条、1904条の体系から推論されるとした上で、以下の通り判示する。

「BGB1901a条1項1文、5項に従って任意代理人が検討すべきは、BGB1901a条1項1文で法的に定義された意味での事前指示書に記された本人自身の決定が存在するか否か、そしてこれが現在生じている本人の生活状況及び治療状況に該当しているか否か、である。この文脈において、任

---

10) BGH, Beschluss vom 23. 9. 2015 – XII ZB 624/14, FamRZ 2015, 2163, Rn. 14 f. m.w.N.

意代理人は、この決定が今もまだ本人の意思に合致しているか否か、この検討には何が含まれているのか、最早決定能力のない本人の現在の態度は、彼が所与の事情の下であらかじめ文書で表明した意思を最早妥当させたくないと言っていると見えるための具体的根拠を提供するか否か、そして彼が指示書を書いた時点でこの生活状況を考慮していたか否かということも、調べなければならない。その際、任意代理人はBGB1901b条1項2文、3項に従い、患者の意思を考慮した措置を、主治医と共に審議しなければならない。1901b条2項及び3項によれば、それが著しい遅滞なく可能である場合には、本人の近親者その他の信頼できる人物に意見を表明する機会が与えられるべきである。

有効であり、なおかつ現在の状況に当てはまる事前指示書が存在する場合には、本人は自ら決定を行っているものである。その場合には、BGB1901a条1項2文、5項に従って、事前指示書に記された本人の意思を表明し実現することだけが任意代理人の義務となる。そうでない場合には、任意代理人は1901a条2項及び5項に従って、本人の治療上の願望又は推定的意思を確かめなければならない、その際には再びBGB1901a条、1901b条を顧慮し、同条に基づいて決定しなければならない。

その際、個別事例では、決定無能力である本人の治療意思を確認することが困難、あるいは不可能ということもあり得る。医療措置の実施、不開始又は終了に向けられた本人の意思を、用いることのできるあらゆる知識の源泉を汲み尽くした後であっても確認することができないときは、高次の法益である生命法益の要請から、本人の福祉に適うように決定し、その際には本人の生命の保護を優先しなければならない。」

そして、世話裁判所の許可に関しても、BGH第12民事部は以下のよう  
に判示している。

「任意代理人と主治医との間で、BGB1901a条1項及び2項に従ってどのようなやり方が本人の意思に合致するののかについて意見の一致があるならば、BGB1904条1項1文、2項の意味における措置であっても裁判所の許可は必要とはならない (§ 1904 Abs. 4 und 5 Satz 1 BGB)。その場合

に世話裁判所は、延命措置として例えば人工栄養供給の中止を承諾することについての世話裁判所の許可の申請を、格別の職権調査をすることなく拒否し、裁判所の許可が必要ないことを明らかにするいわゆる許可不要通知証（Negativattest）<sup>11)</sup>を与えなければならないだろう。このようにして、立法者意思に従い、裁判所の許可は紛争事例においてのみ必要であるということが、確たるものとされなければならない。」

しかしながら、BGH 第12民事部は、2016年決定の事案において本人が作成した「事前指示書」は法律上の有効要件を満たすものではないと説示する。

「BGB1901a 条 1 項の意味における事前指示書が直接的に拘束力を及ぼすのは、未だ間近に差し迫ってはいない何らかの医療措置への承諾又は不承諾に関する本人の具体的決定を、事前指示書から読み取ることができる場合に限られる。治療の結果が最早期待し得ない場合に、尊厳ある死を可能にする又は許容する要求といったような大まかな指示は、そもそも不十分である。しかし、事前指示書の明確性の要求は、度を越してはならない。前提となり得るのは、本人が一定の生活状況及び治療状況において何を望み、何を望まないかを記述して定めている、ということだけである。本人が将来は患者になることを漠然と予感して、今後の医学の進歩を先取りの考慮に入れているということは、重要ではない。

いずれにせよ、「一切の生命維持措置」を望まないという表現は、それ自体では十分具体的な治療決定を含むものではない。しかし、その点について必要とされる具体化が、場合によっては、一定の医療措置の指定又は十分個別的に記載された病気若しくは治療状況との関連付けによって果た

---

11) 訳語の選択にあたっては、合田篤子「ドイツにおける家庭裁判所による許可制度—後見人等の財産管理権を規制する制度として」金沢法学59巻2号（2017年）285頁、同「親権者による財産管理権の濫用的行使の規制」神戸法學雑誌51巻1号（2001年）137頁に倣った。これを「無異議回答」と訳すのは、ベルント・ゲツツェ『独和法律用語辞典〔第2版〕』（2010年）324頁、山本・前掲注4）282頁。

されることはあり得る。」

このように説示した上で、BGH 第12民事部は、本件で本人の作成したいずれの文書も具体的な治療措置に関連するものではなく、「死に至る病」は本件では存在せず、事前指示書で指定された治療状況の一つである「脳の重篤な永続的障害」は正確さを欠いた表現であるとの理由から、本件に事前指示書の拘束力が及ぶことはなく、PEG ゾンデを用いた人工栄養法に反対する本人の意思を事前指示書から逆推論することも許されないとした。また、本件任意代理人は監督世話を正当化するような義務違反を犯しているものではないとして、結局本件では監督世話の要件は満たされていないと判断された。

そして、LG の事実認定からは本人の治療上の願望も推定的意思も判明しないため、この点について審理を尽くすために、事件はLG に差し戻された。その際、BGH 第12民事部は、抗告手続ではそれまで法的に誤って行われてこなかった本人の審問を、差戻審で追完するよう指示している。

## 2 2017年決定

### (1) 事案の概要

1940年生まれである本人は、2008年5月に卒中発作を起こし、2008年6月に心停止による低酸素脳症を起こして以降、遷延性意識障害の状態にある(ICD-10: F03〔詳細不明の認知症〕)。本人はそれ以来、胃ゾンデ(PEG)を通じて人工栄養と水分を与えられている。

本人は、既に1998年に、〔2016年決定の①と同一の〕「事前指示書」に署名しており、同一の文書で、彼女が自らの意思を形成し又は表明することができなくなった場合に備えて、彼女の信頼できる人物として関与者1(以下、息子)に、〔2016年決定の②と同一の〕代理権を付与した。

1998年から卒中を起こすまでの厳密には認定できない時点で、自分の生活環境の中で二人が遷延性意識障害に陥ったことに直面して、本人は幾度かにわたり、何人かの家族と知人に対して、自分は人工栄養法を望まず、延命も望まず、寝たきりも望まず、むしろ死にたいと述べていた。彼女は

事前指示書によって、我が身に降りかかるべからざることに予め備えていた。

2008年6月に、卒中を起こしてから一度だけ、本人は気管切開カニューレがあるにも拘らず、話せる機会があった。この機会に彼女は臨床医に、「死にたい」と述べた。

本人の息子は2012年に、1998年の事前指示書を提出して、自分を世話人を選任する旨の提案をし、自身を世話の担当者に任命した。彼は同時に、関与者2（以下、夫）に補充世話人になるよう依頼した。AGはこれに基づいて、息子と夫をそれぞれ単独代理の権限を有する本人の世話人に任命した。

本人の息子は、2014年から今に至るまで、人工栄養法と水分供給は中止すべきとの考えで、それまでの主治医と意見が一致している。その理由は、中止することが事前指示書に記された本人の意思に合致しているからであるという。本人の夫はこれを拒否している。

人工栄養法と水分の供給を中止すべきという趣旨で治療目的を変更する旨の、息子の代理による本人の申請を、AGは却下した。これに対して提起された本人の抗告をLGは却下した。本人及び息子による法律抗告は認められた。これによって原決定は破棄され、事件はLGに差し戻された。

## （2）2017年決定要旨

BGH 第12民事部は、2014年決定及び2016年決定を引用し、「治療の結果が最早期待し得ない場合に、尊厳ある死を可能にする又は許容する要求といったような大まかな指示では不十分である。いずれにせよ、「一切の生命維持措置」を望まないという表現も、それ自体では十分具体的な治療決定を含むものではない。」ということを確認する。しかし、そこで要求される具体化について、2017年決定は以下の通り態度決定している。「しかし、個別事例においては、一定の医療措置の指定があまり詳細ではない場合であっても、十分詳細に述べられている病気又は治療状況と関連付けることによって、必要な具体化がなされることはあり得る。このような場合に十分具体的な事前指示書が存在するか否かは、指示書に含まれる説明を

解釈することで確認され得る。」(下線引用者)

そして第12民事部は、本人が本件「事前指示書」において、今生じている状況においては人工栄養法の継続を望んでいるという趣旨で具体的決定を行っているということを、「私は、積極的臨死介助を拒否します。」というテンプレートの一文から導き出そうとしたLGの判断は、「許容された解釈の限界を超えている」ものであると批判する。その上で、「書面化された意見表明である事前指示書は、まずは文書で記された内容に従って解釈されなければならない。その際には、文書の全文脈が顧慮されるべきであり、そこから全体として十分明確に決定できる患者の意思が判明するか否かが確認されるべきである。」「本人の書いた文書は、その全文脈において、本人が目下の状況で人工栄養法の継続を望んでいるという趣旨の明確な意味内容を含むものではない。」と第12民事部は述べている。

更にBGH第12民事部は、本件で問題となっている事前指示書において、延命措置を希望しない治療状況の一つとして挙げられている「脳の重篤な永続的障害」は非常に不正確であるため、ここから人工栄養法に反対する本人の意思を逆推論することは許されないが、「意識を取り戻す見込みがない」という治療状況は医学的に明確であるから、この場合には、本人は人工栄養法の中に承諾しているという趣旨で事前指示書を解釈することが可能であるべきであろう、とする。もっとも、遷延性意識障害にある本人の現在の健康状態が、この具体的に示された健康状態に当てはまるか否かを、抗告裁判所はこれまで認定していないとの理由で、事件はLGに差し戻された。

本決定後、差戻審では鑑定人が選任され、この鑑定人は、本人は意識を喪失しているのか否か、そして本人が意識を取り戻す見込みはあるか否かについての鑑定意見を口頭で説明した。LGは、本件事前指示書は十分明確かつ有効であり、従って裁判所の許可は不要であるとして、本人の法律抗告を却下した(即ち、人工栄養法と水分の供給を中止すべきという趣旨での治療目的の変更は、世話裁判所の許可なしに可能であるとされた)。これに対して本人の夫が許可抗告を提起したが、BGH第12民事部はこれ

を却下した<sup>12)</sup>。

### III ドイツ判例についての検討

#### 1 2016年決定をめぐる議論

以上で確認した通り、2016年決定及び2017年決定を通じて、BGH 第12民事部は、事前指示書が有効であるために必要とされる具体化に関する判断の蓄積を行っている。もっとも、これらの決定に対しては、一部には学説や事前指示書の作成に携わる公証人からの批判も見受けられるところである。

Sternberg-Lieben<sup>13)</sup>は、2016年決定が先例との関係で矛盾に陥っていると批判する。まずSternberg-Liebenは、2014年決定において示されていた指針、即ち、治療と関連する患者の意思の確定にとっては、厳格な証明の基準が妥当するのであって、患者の死期が切迫しているか否かによって厳格さは左右されるものではないとする姿勢に賛同する。これはBG-B1901a条3項の規定に即したものであるが、ここでSternberg-Liebenは、BGH 第12民事部がGG2条2項1文における生命の保護と同時に、GG1条1項と関連して2条2項及び2条1項に由来する自己決定権を引き合いに出している点を強調する。即ち、「誇張された証拠の要求によってもたらされる、生命の広範な処分不可能性は、基本法上の国家と市民の関係性を転倒させてしまうであろう。基本法に基づく国家が人間のためにあるのであって、人間が国家のためにあるのではない。宗教的に形作られた「生命の尊さ」のイメージも、100年続く基本法の国家において、立法的な解決又は具体的な法適用にとっての規範としては、許されない基準であるだろう。憲法上保障された人格の自律性に従って、何人たりとも自己の生命を、自分自身の意思に反する方法で終わらせてはならない。それとは違う

---

12) BGH, Beschluss vom 14. 11. 2018 – XII ZB 107/18, NJW 2019, 600.

13) Sternberg-Lieben, MedR 2017, 42-45.

決定を望むのであれば、——たとえ善意によるものであっても——原則（生命の絶対的保護）は、純粋な生物学主義へと退化してしまうであろう。」<sup>14)</sup>そして、遷延性意識障害に関する医学の進歩には目覚ましいものがあるからといって、そのことから直ちに当該患者の作成した事前指示書が無効になるという推論は導かれないのであって、入念なケアを行うのは当然であるとしても、自分自身がこのような容態で生き続けることを受け入れられると考えているか否かは、その個人の事前決定に委ねたままにしなければならない、とする。そしてこのことから、2014年決定では明文で触れられていた「本人の死が差し迫っていない場合には、治療上の願望又は推定的意思の調査及び仮定には、より高度の要求が課されるべきではない」という推論は、妥当なものであると解している。

Sternberg-Lieben は、しかし、2016年決定では「遺憾なことに」、事前指示書が有効であるために示していなければならない具体性の程度に関して、極めて限られたことしか述べていないとする。そして Sternberg-Lieben は、本人が作成した、「脳の重篤な永続的障害」の場合に関しては「一切の生命維持措置」を受けたくないという「事前指示書」は十分正確とは言えないとの理由から BGB1901a 条の要件を充足した事前指示書たりえないと2016年決定が判断したことについても、これは過度な要求であって、そのため BGH 第12民事部は、2014年決定だけでなく、いわゆる Putz 事件についての第2刑事部の判断<sup>15)</sup>とも、矛盾に陥っていると指摘する。

そして、Sternberg-Lieben は、2016年決定によってもたらされた二つの危惧を述べる。一つは、刑法上の禁止についての限界が混乱したため、治療中止が希望された状況に直面している医師が、治療を継続する方が安全だという考えに傾いてしまうのではないかという危惧である。もう一つは、推定的意思を問題にする際には、解釈が必要ではあるとしても真正な本人の意思が最早引き合いに出されることはないために、利己的な動機の

---

14) Sternberg-Lieben, a.a.O., S. 43.

15) BGH, Urteil vom 25. 06. 2010 - 2 StR 454/09, BGHSt 55, 191.

ある治療の決定が、表向きは患者のための行為の陰でカモフラージュされるといふ危険である。そして、推定的承諾の場合に第三者を通じて具体的な本人の意思を突き止めるということの否定し難い困難さは、事前指示書の法的拘束力に高度の要求を課し、そうすることによって自己決定の可能性を空洞化してしまうものであるとするのである<sup>16)</sup>。

Sternberg-Lieben は、こうした自らの異議を、二つの憲法的な考察から裏付ける。まず、確立した判例<sup>17)</sup>によれば、医学的に適応しており医術的に正当に実施された医的侵襲であっても、StGB223条とBGB823条1項の意味における構成要件に該当した傷害を意味するのであって、その正当化のためには患者の承諾が必要である。これは、患者の身体の統合性に対する侵害は、直ちに患者又はその代理人の（推定的）承諾を必要とするのであって、承諾が得られないのであれば、治療しなければ生命を脅かす状態を回避し又は克服することができないときであったとしても、治療することは許されない。そして、基本法上基礎付けられた患者の自己決定権（GG1条1項、2条1項、2条2項）は、自己放棄する権利をも包括するものであり、他人が定義する理性の制約を受けるものではないとするのである<sup>18)</sup>。

次いで、Sternberg-Lieben は、憲法的な観点の下で、以下のことを想起すべきだとする。即ち、基本法で保護された「生命」という財は、その態度が生命法益の毀損に至るような者の基本権行使に、自由を制限する形では対抗できないということである。ここで、基本権から導き出されるいわゆる基本義務とは、第三者の侵害に対する国家による保護を巡る、国家に向けられた防衛権的な基本権の構成要素だけを補強すべきであって、個人の基本権からは、基本権の恩恵を受ける者としての個人に対立する基本義務というものは生じないとされる。生命とはあくまでも個人の財であって、その主体は、法に従って、他人の権利（「神の与え賜いし生命」）の受

---

16) Sternberg-Lieben, a.a.O., S. 43.

17) RGSt25, 375, 378; BGHSt 11, 111, 112, BGHZ 29, 46, 49.

18) Sternberg-Lieben, a.a.O., S. 44.

託者ではないのであり、もし、専ら、自分自身に関係する事柄に直面した際に自己の法益について自分の好みに従って決定できる可能性が個人にはないのでしたら、基本法は最早、基本権主体の自由の領域を保障するための基本法の規定を果たすことができなくなり、国家による保護義務の恩恵は、苦しみ、つまり現状をそのまま受け入れろという強制へと転じてしまうであろうと Sternberg-Lieben は述べる。そして、治療行為中止の許容性と根拠を問うこと自体が適切な問題への入り口を隠蔽しているのであって、生命を終わらせるような治療行為の中止ではなく、そのような治療行為の開始及びその継続が、明文での又は推定的な患者のコンセンサスによる正当化を必要としているとするのである<sup>19)</sup>。

また、2016年決定に対しては、Will<sup>20)</sup>も批判的な見解を述べている。Willによれば、2016年決定で第12民事部は、事前指示書の適用のみならず、広い意味での死に際しての自己決定権と法的安定性をも妨げているという。Willは、2016年決定が、胃ゾンデを通じた人工栄養法が延命措置であることは明らかでないという明確性の要求は、法律家による揚げ足取りであると批判する。そして、このことによって、司法は個人の意思どころか立法者意思にまで反しているとする。Willによれば、2016年決定は、人工栄養の中止は消極的臨死介助という許された形式に当たるか否かという古い議論を復活させてしまうものであり、ここで用いられた明確性の論拠は、他の事例でも本旨から逸れて用いられかねないものであるという。即ち、事前指示書に関する家族間での紛争事例や、医師との不一致の事例では、常に世話裁判所の判断を仰ぐことになるが、世話裁判所は、その事件では事前指示書が十分明確ではなくそれゆえ無効であるということを説明することで、判断を拒むことが将来的には容易にできてしまうという。そして確かに、人工呼吸、人工栄養、除細動といった措置の一つ一つを指示書で列挙するということもあり得ようが、しかし考え得る限りでの実施し

---

19) Sternberg-Lieben, a.a.O., S. 44.

20) Will, vorgänge #216, 101-104.

て欲しくない延命措置を全て挙げるということも、更にはそれが該当する病気や治療状況を全て挙げるということも、現実的には不可能であるとする。

また、事前指示書の作成に実際に携わる公証人の立場から、Weigl<sup>21)</sup>も2016年決定に対して批判的な態度を展開している。まず、Weiglは2016年決定について、多くの部分で理由付けには納得できるとしながらも、本件では有効な事前指示書、更には関係する治療上の願望の拒否までもが否定されたことについては、納得できないとする。Weiglは、「病気がしくは事故により脳の重篤な永続的障害が残ること」という定式化は絶対的に解釈の必要があり、個別事例において困難な限界の問題を投げかけ得るものであるというのは確かにその通りではあるが、しかし裁判所が指名した医学的鑑定人がかかる持続的障害の存在を肯定している事案において、それでも明確性が足りていないとされる理由は判然としていないと指摘する。当然のことながら、健康な人が事前指示書を作成すれば、治療中止が望まれる状況についても、ある程度の一般論としてしか書くことができない。そこで2016年決定は適切にも「しかし、事前指示書の明確性の要求は、度を越してはならない。前提となり得るのは、本人が一定の生活状況及び治療状況において何を望み、何を望まないかを記述して定めている、ということ〔だけ〕である。」ということを確認しているが、そこで2014年決定を引用するにあたっては、「さもなくば、明確性の要求を満たしていないとの理由から、ほぼ全ての事前指示書には拘束力がないということになりかねない。」という補足は引用から外されている。そして、「一切の延命措置」を望まないというテンプレートが、それだけでは十分に明確な治療の決定を含むものではないとされたのは適切であるが、そこから先は納得できないとする。即ち、本件ではそれだけでなく四つの、延命措置を望まない治療状況が列挙されていたのであるが、BGHはそれを「具体的治療状況——本件ではPEGゾンデによる人工栄養——に反対する本人の意思を

---

21) Weigl, MittBayNot 2017, 346-354.

逆推論することを許容する」ほどには「ほとんど正確では」ないとしながらも、他方でBGHは、「必要とされる具体化が、(…)一定の医療措置の指定又は十分個別的に記載された病気若しくは治療状況との関連付けによって果たされることはあり」得るということを広く想定している。そこで、事前指示書で言及された治療状況に関して、「具体的な治療措置」との十分な関連付けが本件ではないとされたことについて、Weiglは疑問を呈する。ここでWeiglは、PEGゾンデを通じた人工栄養法が延命措置にあたるということは、ほとんど反論の余地がないように思われるとした上で、それゆえ、どの程度まで治療状況及び結果は不十分に定められてはならないのかは、正しく理解することができず、また2016年決定からは、BGHが不正確であると評価したのは治療状況についてなのか、それとも治療結果についてなのかは、全く明らかではないとする。そして、WeiglもWillと同様に、望まないものを全て列挙することは無駄であるし、法的にも前提とされていないとする<sup>22)</sup>。

しかし、2016年決定に対するこうした否定的な見方に対しては、同じく公証人の立場から再反論もなされている。Renner<sup>23)</sup>は、2016年決定がメディア、一般市民、そして公証人の多くを動揺させたということは認めつつも、こうした危惧感は正当ではないと論ずる。即ち、2016年決定はあくまでも2014年決定の延長線上にあるのであって、2016年決定によって、広く用いられている事前指示書のテンプレートは根本的な改訂の必要が生じることもなければ、法的な不正確さが生じたわけでもないとする。そしてRennerは、2016年決定が、表面的には、数度の卒中発作を起こしてコミュニケーション能力を喪失し、介護ホームに入居している75歳の患者への、PEGゾンデによる人工栄養法の中止に関するものではあるものの、問題の核心はむしろ三人の娘の間で生じた紛争であって、第12民事部は単に、事前指示書を根拠として延命措置の中止を求めた長女と三女の訴えを

---

22) Weigl, a.a.O., S. 348.

23) Renner, DNotZ 2017, 210-214.

退けたに過ぎないと分析する<sup>24)</sup>。その上で Renner は、現在流通しているテンプレートは任意代理人に治療中止の権限を付与する内容を含むのみならず、ゾンデによる人工栄養法についても言及するものであるから、無効な事前指示書となる疑いはないとした上で、むしろ実務的には、〔2016年決定及び2017年決定で問題となったような〕「第一世代の」事前指示書は明確性の要求を満たさないことから問題性があるとする<sup>25)</sup>。

## 2 2017年決定をめぐる議論

Heitmann<sup>26)</sup> は、2017年決定を、2014年決定及び2016年決定に連なるものとして位置付けた上で、2016年決定との違いは、医療措置の指定それ自体が十分具体的ではない場合であっても、事前指示書作成者の意思は解釈によって確認することができる点にあるとする。そして、BGH 第12民事部はこの三件の決定によって、事前指示法について一定の解決を図ったと評する。

その上で Heitmann は、2017年決定の事案の分析として、本人の夫の役割を「悲劇的」と評する。即ち、彼にとっては、妻である本人が遷延性意識障害のまま生き続けるならばむしろ死にたいという意思を受け入れるよりも、最早話すことができなくなった妻を自らの傍に置いておきたかったというのである。そして、世話裁判所に係る多くの事案では、「感情的な近さと結び付き」があまりに大きいために、世話人に過大な要求が課せられることは少なくないとする。しかしながら、Heitmann は、本件でもこのような事態は避けることができたはずだという。というのも、本人は息子に全権委任しているのであり、これによって BGB1901a 条 5 項の意味における代理権は有効に存在しているからである。そして、1998年よりも今日の方が事前配慮代理権はより明確に定式化されているかも知れないからといって、それによって事前配慮代理権の法的性格が何ら変わることは

---

24) Renner, a.a.O., S. 210 f.

25) Renner, a.a.O., S. 214.

26) Heitmann, jurisPR-FamR 22/2017 Anm. 5.

ないと述べる。Heitmann は、本人が息子には全権委任したが夫には委任することを望まなかった理由は、夫を精神的な葛藤に陥らせないためであり、息子の方が〔夫と比べて自分のことを〕感情的に突き放すことができると判断したからである、と推察する<sup>27)</sup>。

また、Weigl も、2017年決定については、2016年決定を明確化あるいは具体化するものとして位置付ける。まず、事前指示書で命じられた「一切の延命措置〔を望まない〕」という（不）治療結果については、命じられた治療状況が十分明確である場合であって、更に「こうした場合には、苦痛、不安及び恐怖の緩和を目指して治療と看護をしてください」ということが定められているときには、いずれにせよ十分な治療決定を意味するものであることが明確化されていると評する。更に、2017年決定では、単に標準的な治療状況（「重篤な脳の持続的障害」）が極めて不正確なものとして評価されていたことが明らかにされているとする。そして、「意識を取り戻す見込みがないこと」という治療状況が、BGB1901a 条1項の意味における事前指示書にとって十分明確であるということである、ということも明らかにされたと述べる<sup>28)</sup>。

他方で、Weigl は、本決定では不明確な点についても触れる。まず、遷延性意識障害の患者が意識を取り戻すケースも確かに少なくはないが、外傷性であれば12か月、非外傷性の場合には3か月という時間が、回復の見込みを判断する際の期間として挙げられるという。そして、確かに外傷性で12か月以上経過していても意識を回復したというケースは少なからず存在するが、本件のように約8年経過している場合には、そうした観点は最早意義を持たないとする。しかし、2017年決定では、経過した期間と意識回復の見込みの関係性を巡る点を明言していない。そして、遷延性意識障害についての診断も、将来的にあり得る医学の進歩を評価することも、いずれも難しいことから、医師らは本決定に基づいて、重篤な脳の持続的障

---

27) Heitmann, a.a.O., S. 3.

28) Weigl, a.a.O., S. 350.

害について「意識を取り戻す見込みがない」との診断を、より軽率に下しかねないとする<sup>29)</sup>。

更に Weigl は、それ以上に BGB1901a 条 2 項の意味における治療上の願望についての 2017 年決定の射程が不明確であると指摘する。2017 年決定によれば、具体的な生活状況及び治療状況に関する定めであって、「しかし例えば文書で書かれたものではない、予想的な決定にあたらぬ又は未成年者の本人によって書かれたものである」といった理由で BGB1901a 条 1 項の意味における事前指示書に課せられた要求を満たさない」ものがそれに該当する。だが、「それゆえ、事前指示書が本人の当時の治療状況に関しても、本人が承諾し又は拒否する医療措置についての十分明確な指図を含むものではない、という結論に抗告裁判所が至るといふのであれば、同様に事前指示書から本人の十分具体的な治療上の願望を読み取ることは許されないのであろう」と詳述したことで、BGH 第 12 民事部は矛盾に陥っているとす。その上で Weigl は、このような事例における事前指示書の規定は、意識を取り戻す見込みがないとは明白には診断できないが、それに類似又は匹敵する場合には、少なくとも治療上の願望として共に尊重されなければならないとする<sup>30)</sup>。

同じく公証人の立場から 2017 年決定を評するものとして、Müller は、「自律性についてより好意的な路線へと戻った」とす。即ち、事前指示書の明確性の要求は過度に誇張されたものであつてはならず、先見的な処分（事前承諾）としての事前指示書にあつては、承諾能力のある患者が間近に迫つた医療措置へと承諾するのと同じ程度の正確さを要求することはできない、という点を第 12 民事部が確認したことを重視する。ここで Müller は、事前指示書が妥当する治療状況が具体的に記述されているほかに、指示書作成者が承諾し又は拒否する医療措置が詳細に示されているならば、事前指示書は十分明確であると第 12 民事部が判断した点をもつ

---

29) Weigl, a.a.O., S. 350.

30) Weigl, a.a.O., S. 350 f.

て、今日実務で広く普及しているテンプレートは具体性の要求を満たすものであると第12民事部は明らかにしたのだと論ずる。そしてそれは、テンプレートが通常は治療状況の記述、そしてそれに続いて医療措置の目録を内容として含むものであるからだという。また、Müllerも Rennerと同様に、2016年決定及び2017年決定で問題となったテンプレートとは異なり、新しいものでは人工栄養の中止について、明示的に述べていると指摘する<sup>31)</sup>。

また、Müllerは、第12民事部は患者の標準的な意思の確認を、解釈という方法によっても許容したことによって、具体化の要求を緩和したとする。また、2017年決定は、姑息療法的な世話の願望と関連して文書で記された、回復不可能な意識の喪失についての患者の意見表明が、人工栄養法の中止の承諾として解釈されることがあり得ると評価したものであるとする。このような理由から、Müllerは、2017年決定を歓迎すべきものとして評価する<sup>32)</sup>。

#### IV 日本における事前指示書の現状と課題

以上、ドイツにおける事前指示書の有効性に関する二件のBGH決定と、それを巡るドイツの議論を確認した。これらの判例を踏まえた上で、ドイツの事前指示書制度は、日本にどのような示唆を与えるであろうか。この点について、日本における事前指示書の現状と近年展開されてきた議論を参照しつつ、若干の検討を試みたい。

現在の日本では、事前指示書は制度としては未だ認められていない。しかしながら、一部の自治体や団体では、既に事前指示書のテンプレートを配布しているのも事実である。その一例として、愛知県半田市は、「私の事前指示書」と題されたテンプレートを市内の医療機関や市のホームページ

---

31) Müller, ZEV 2017, S. 341.

32) Müller, a.a.O., S. 341.

ジ上で配布している<sup>33)</sup>。このテンプレートでは、代理判断者として第1判断者と第2判断者を指定することができ、「私の病気が治る見込みがなく延命治療が単に死期を延長させるだけの手段であると医師が判断した場合、私は以下について希望します」として、延命措置を受けたいか、それとも受けたくないかを示すことができる。また、そこでは注意書きとして「延命治療をしない」ということは、すべての医療処置やケアをやめることではありません。「快適な日常ケア」や「苦痛を取り除くための治療」は必要です。」と記されているほか、心境の変化についても「人の気持ちは揺れ動き、また周囲の状況や病状によって変化します。気持ちが変わった場合には、事前指示書を書き直してください。」と促されており、事前指示書を巡って問題となり得る点について配慮されている<sup>34, 35)</sup>。

一般財団法人としては、日本尊厳死協会が「リビング・ウイル」<sup>36)</sup>を会員に配布しているが、これに付随し補完する文書として「私の希望表明書」を2018年1月から発行しており、そこでは「最期を過ごしたい場所」

---

33) 「半田市／終末期医療に関する事前指示書」〔<https://www.city.handa.lg.jp/hoken-c/kenko/iryo/hoken/jizensijisho.html>〕（最終閲覧：2019年7月17日）

34) 〔<https://www.city.handa.lg.jp/hoken-c/kenko/iryo/hoken/documents/a3jizensijsyo2015.pdf>〕（最終閲覧：2019年7月17日）

35) この他、自治体レベルでの取り組みについての研究としては、谷口聡「事前指示書」の普及に対する自治体の取り組み—宮崎市の“エンディングノート”を素材として—」地域政策研究21巻3号19頁がある。

36) もっとも、いわゆる「リビングウイル」を即ち事前指示書と理解するのは誤りであるとされている。この点について沖永隆子は、Living Will (LW)：生前遺言 C Advance Directive (AD)：事前医療指示（書） C Advance Care Planning (ACP)：事前ケア計画 C Advance Life Planning (ALP)：事前人生設計、という諸概念の関係性を図示、整理している。沖永隆子「日本の事前指示をめぐる諸問題」帝京大学学修・研究支援センター論集9号（2018年）20頁以下。その上で沖永は、「日本では終末期における自分の意思を事前に表明した指示書のことをLWということが多く、LWとADの違いも不明なまま、ほとんど同様の意味に捉えられてきた」として、LWは「その言葉だけが独り歩きしている」と論ずる。沖永・同23頁。

「私が大切にしたいこと」に加えて、医師から回復不能と判断された場合に希望する栄養手段や、実施して欲しくない措置その他の希望を表明することが可能となっている<sup>37)</sup>。

事前指示書に対する関心は、医師の間でも高まっている。日本透析医学会は2014年に「維持血液透析の開始と継続に関する意思決定プロセスについての提言」を公表している。この提言それ自体は判断能力を喪失した患者のみを前提としたものではないが、その中では参考資料として大平整爾が作成した事前指示書の一例が掲載されている<sup>38)</sup>。また、病院として事前指示書のテンプレートを配布しているところ<sup>39)</sup>や、更にはアドバンス・ケア・プランニングの普及に向けて詳細な解説を行っているところも存在する<sup>40)</sup>。

このように、事前指示書を普及させようとする動きは、日本でも徐々に広がりを見せている。また、厚生労働省の「平成29年度人生の最終段階に

---

37) 「リビングウィルとは | 日本尊厳死協会」[[https://www.songenshi-kyokai.com/living\\_will.html](https://www.songenshi-kyokai.com/living_will.html)] (最終閲覧：2019年7月17日)

38) 日本透析医学会雑誌47巻5号(2014年)284頁。

39) 例えば、千葉大学病院が配布しているものとして、「私の診療に関する希望書(事前指示書) 千葉大学病院企画情報部 20140807版」[[https://www.naika.or.jp/jsim\\_wp/wp-content/uploads/2016/08/bukai03\\_160710a1.pdf](https://www.naika.or.jp/jsim_wp/wp-content/uploads/2016/08/bukai03_160710a1.pdf)] (最終閲覧：2019年7月17日)

40) 「もしバナのすすめ(アドバンス・ケア・プランニングって何ですか?) | 医療ポータルサイト」[<http://www.kameda.com/patient/topic/acp/index.html>] (最終閲覧：2019年7月17日)。また、事前指示書の運用についても、亀田総合病院では「この指示書の作成にあたっては、これらの医療処置の内容を理解するとともに、これらを行う場合と行わない場合に予想される結果についても十分に理解する必要があります。仮にその理解が十分でないままこの指示書を作成してしまったとしましょう。その場合、せっかく書いたこの指示書は、肝心な時に、あなたの意思に反する方向に働いてしまうかもしれません」との理由から、「この事前指示書は患者さまとご家族、主治医の3者が一緒に話し合いながら作成することを原則としています。」としている。「事前指示書 | 医療法人鉄蕉会 亀田メディカルセンター」[[http://www.kameda.com/pr/advance\\_directives/index.html](http://www.kameda.com/pr/advance_directives/index.html)] (最終閲覧：2019年7月17日)

おける医療に関する意識調査報告書<sup>41)</sup>によれば、「あなたは、自分が意思決定できなくなったときに備えて、どのような医療・療養を受けたか、あるいは受けたくないかなどを記載した書面をあらかじめ作成しておくことについてどう思いますか。」との問いに対して「賛成である」と回答した一般国民の割合は66.0%であり、平成10年の調査ではリビング・ウィルに賛成すると回答した一般国民の割合が47.6%であった<sup>42)</sup>ことから比較すれば、この20年ほどで国民の事前指示書に対する関心が全体的に高まっていることも認められる。

しかしながら、平成29年度の意識調査では、事前指示書に賛成すると回答した642名のうち、「実際に書面を作成していますか。」という質問に対して「作成している」と回答したのは8.1%に留まり、91.3%は「作成していない」と回答している<sup>43)</sup>ことから明らかなように、事前指示書は依然として日本では定着していない。更に、事前指示書の法制化については、一般国民の間でも意見が大きく割れているのが現状である。平成29年度の意識調査において、意思表示の書面に従った治療を行うことを法律で定めることについては、「定めてほしい」が22.4%、「定めなくてもよい」が35.1%、「定めるべきではない」が10.2%、そして「わからない」が29.9%との回答結果が示されており<sup>44)</sup>、事前指示書の法制化について、国民のコンセンサスが得られているとは到底言い難い。

そして、事前指示書を制度化することについては、既に種々の予想される問題点が挙げられている。一つには、画一的な法適用によって、定着している医療慣行が破壊され、医療現場等に新たな混乱が生じるという問題

---

41) 同40頁〔[https://www.mhlw.go.jp/toukei/list/dl/saisuyiryo\\_a\\_h29.pdf](https://www.mhlw.go.jp/toukei/list/dl/saisuyiryo_a_h29.pdf)〕（最終閲覧：2019年7月18日）

42) 「平成19年度終末期医療に関する調査結果」69頁〔<https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r9852000000yp23-att/2r9852000000ypwi.pdf>〕（最終閲覧：2019年7月18日）

43) 前掲注41) 42頁。

44) 前掲注41) 43頁。

がある<sup>45)</sup>。もっとも、前述した通り、医療の現場においても事前指示書の作成に向けた動きが現に生じているのであり、またかつては治療行為が往々にして専断的に行われてきたのに対し、患者の自己決定権に対する意識の高まりから、現在ではインフォームド・コンセントが原則となっていることを想起すれば、価値観の変化と共に慣行もまた変化していくことそれ自体は、否定的に捉えるべきではないように思われる。

むしろ、考えなければならぬのは、事前指示書が法制化されることによって、「死への自由」が「生への不自由」へと逆転してしまうのではないか<sup>46)</sup>、あるいは「仕方なくさせられる死の自己決定」となってしまうのではないか<sup>47)</sup>、また、本人が事前指示書の作成後に翻意したとしても、周囲の雰囲気流されてそのことを言えなくなる危険がある<sup>48)</sup>、といった指摘である。事前指示書に対するこのような反論が現に表明された例としては、京都市のケースが参照されるべきであろう。その概要は以下の通りである<sup>49)</sup>。京都市は、2017年4月7日から「終活～人生の終末期に向けての備え～」と題されたリーフレットを市内区役所や支所、福祉事務所などで配布した。そして、このリーフレットには「終末期医療に関する事前指示書」が含まれていた<sup>50)</sup>。しかし、この配布に対しては、京都府保険医協会<sup>51)</sup>や市民団体<sup>52)</sup>などから、その撤回・回収を求める反対意見が相次い

---

45) 亀井隆太「患者の事前指示書について—民法との関わりを中心に—」千葉大学法学論集30巻1・2号（2015年）303頁。

46) 亀井・前掲注45) 303頁、沖永・前掲注36) 24頁。

47) 沖永・前掲注36) 24頁。

48) 亀井・前掲注45) 303頁以下。

49) 沖永・前掲注36) 23頁以下を参照。

50) この事前指示書のテンプレートは、京都市長寿すこやかセンターのホームページに掲載されている。〔<http://sukoyaka.hitomachi-kyoto.jp/doc/sukosendoc/syumatsuki-jizenshijisyo.pdf>〕（最終閲覧：2019年7月18日）

51) 「京都市は「終活」リーフの撤回・回収を」〔<https://healthnet.jp/wp-content/uploads/2017/06/5b3a0f0054f3fa27dce7a07fe43739f2.pdf>〕（最終閲覧：2019年7月18日）

52) 「京都市の「終末期医療に関する事前指示書」回収に関する要望書」〔<http://>

だ。京都市長は記者会見において、事前指示書の配布を撤回する考えは全くないと述べており<sup>53)</sup>、見解の対立が生じている<sup>54)</sup>。また、立法化に向けた近時の動向としては、超党派の「尊厳死法制化を考える議員連盟」が「終末期の医療における患者の意思の尊重に関する法案」（仮称）の国会提出を目指していたが<sup>55)</sup>、日本医師会や<sup>56)</sup>日弁連<sup>57)</sup>が同法案を疑問視し、あるいはこれに反対する意見を表明しており、未提出に終わっている。

以上から分かるように、日本では事前指示書の法制化については反対論も強く、制度化の具体的な用途は立っていない。従って、既に事前指示書に関する規定が民法に置かれ、その具体的な運用についてBGHの判断が下されるに至っているドイツの法律状況が、直ちに日本の現状と比較できるものでないことは事実である。しかしながら、本稿で取り上げた二件のBGH決定とそれを巡る議論は、以下のような観点から日本の議論に有益な示唆を与えるものであると解する。

まず、仮に日本も将来的に事前指示書を法制化することになったとして、現在各種団体が提供しているテンプレートに基づいた事前指示書が制

---

[www.jca.apc.org/~yamete/pdf/068youbou.pdf](http://www.jca.apc.org/~yamete/pdf/068youbou.pdf)（最終閲覧：2019年7月18日）

53) 「京都市：門川市長記者会見（2017年4月24日）」〔<https://www.city.kyoto.lg.jp/sogo/page/0000218296.html>〕（最終閲覧：2019年7月18日）

54) 京都市による事前指示書の配布に向けられた批判に対し、ファクトチェックを行った上で、事前指示書を撤回しないとした市の判断を支持するものとして、児玉聡「京都市の「事前指示書」は何が問題なのか」〔<https://news.yahoo.co.jp/byline/satoshikodama/20170430-00070336/>〕（最終閲覧：2019年7月17日）。また、沖永・前掲注36) 24頁は、「事前指示は治療中止を勧めるもので、尊厳死や安楽死を誘導する形になるといった（…）主張は飛躍である。」としている。

55) 亀井・前掲注45) 302頁以下。

56) 「「尊厳死」一人のやすらかな自然な死についての考察—」〔[https://www.hospital.or.jp/pdf/06\\_20150424\\_01.pdf](https://www.hospital.or.jp/pdf/06_20150424_01.pdf)〕 1頁（最終閲覧：2019年7月18日）

57) 「日本弁護士連合会：「終末期の医療における患者の意思の尊重に関する法律案（仮称）」に対する会長声明」〔[https://www.nichibenren.or.jp/activity/document/statement/year/2012/120404\\_3.html](https://www.nichibenren.or.jp/activity/document/statement/year/2012/120404_3.html)〕（最終閲覧：2019年7月18日）

度化後に問題となった場合、法的にはどのような観点から内容の有効性を検討すべきであるのかという視座を、一連のBGH第12民事部の決定は与えるものである。そもそも、事前指示書はその趣旨からも明らかな通り、作成から相当の時間が経過した後に初めて問題となることがあり得るものである。事実、2016年決定と2017年決定のいずれにおいても、問題となった事前指示書が作成されたのは、第三次世話法改正法の施行前であった。従って、事前指示書の黎明期、即ち事前指示書が民法上の制度として未だ導入されておらず、有効であるために具備していなければならない内容は何であるのかという議論も定まっていない時期に作成された書面が、実際に法制化後に問題となったのである。そして同じ問題は、今後日本でも事前指示書が法制化された場合には、当然発生し得る。日本もこのような問題に直面したならば、本稿で紹介したBGHの決定は、海外における先例として高い参照価値を有することになるであろう。

しかし、あり得る将来においてのみならず、BGH第12民事部の決定は、現在の日本でも一定の参照価値がある。即ち、今後の法制化に向けた議論において、事前指示書はどの程度の具体性を有することが必要とされるべきかを検討するにあたり、BGH第12民事部の下した判断は一定の指針となり得るものである。同時に、現在種々の団体によって行われているテンプレートの配布についても、どれだけの具体性を備えたものが後の検討に耐え得るものであるか、現在配布しているものについてもより具体的な指示を含む内容に改訂する必要があるか、といった問題を配布者自らが検討する際にも、これらの決定は参考に値する。

更に、一連の決定における事実関係が、事前指示書を巡る大きな論点を浮き彫りにしていることも、今後の日本の議論にとって重要であると思われる。即ち、事前指示書の有効性を巡る法的な争いは、2016年決定と2017年決定のいずれにおいても家庭内紛争として生じているという点である。確かに、家庭内紛争の問題は、事前指示書に限って起こるものではない。しかしながら、2016年決定では三人の姉妹間で、2017年決定では夫と息子との間で、それぞれ治療中止の是非について意見が対立しているように、事

前指示書の有効性を巡る争いは家族対家族において発生し得るものであるという認識は、今後の日本の議論においても前提として広く共有されるべきものである。ここにおいて、一つの理想論としては、患者一人で作成できる事前指示書ではなく、患者本人、家族そして医師が協同して作成するアドバンス・ケア・プランニングが目指されるべきであるとの考え方があり得よう<sup>58)</sup>。この考え自体には筆者も異論はない。しかしながら、極論ではあるが、家族全員が一致していなければ患者個人は自分の終末期医療に関する希望を示すことができないという形で制度が作られてしまったならば、それは終末期医療に関する「自律」ではなく「家族律」となってしまっているのではないだろうか。更に言えば、前述した2017年決定に対する Heitmann の分析で述べられているように、ある家族は自分の意に沿って判断を下してくれるであろうが、別の家族は自分の意に反する決断をするであろうということが本人にとって既に予測可能である場合には、意見の一致がそもそも期待できない。そして例えば、どんな手を尽くしてでも延命させようとする夫よりも、精神的に親離れできている息子にこそ終末期医療に関する決定を行って欲しいという意味が本人にあるのならば、たとえ夫にとっては酷であるとしても、そこでは本人一人で作成できる事前指示書の方が却って本人にとって望ましい帰結をもたらすということがあり得よう<sup>59)</sup>。ここにおいて、ドイツの事前指示書制度が世話人によって運用されることを原則としながらも（BGB1901a 条1項）、任意代理人への準用規

---

58) 亀井・前掲注45) 321頁以下、沖永・前掲注36) 25頁以下。

59) 浜渦辰二は、ドイツの事前指示制度が家族の中でも順位を付けることができるようにした背景思想とは、「[「伝統的家族構成の解体」を現状として捉え、こうした「社会の様変わり」を背景として、「以前なら、まだ広く意見の一致を見ていた事柄を、書面で確定する限りで、そうした事前指示が有意義である」というものである」と指摘する。浜渦・前掲注3) 7頁。2017年決定も、推定的意思の認定に関する文脈ではあるが、差戻審への指摘において、「夫の意思の尊重は、これが推定的には本人の意思に影響を及ぼしているであろう場合のみ問題になる。これに対して、夫の意思を直接的に考慮することは、GG6条1項を見ても、排除される。」と述べている。BGHZ 214, 62 Rn. 43.

定を設けている点（同6項）は決定的に重要である。即ち、誰が最も自分の意を汲んでくれるか、自分は誰に託したいかということも、本人はあらかじめ決めることが可能なのである。日本でも半田市の提供している事前指示書のテンプレートが第1判断者と第2判断者を記入できるようになっていることは既に述べたが、こうした問題意識は立法論においても、そしてまたテンプレート配布者においても共有されるべきものである。

そして最後に、BGH第12民事部が2014年決定から一貫して、「有効であり、なおかつ現在の状況に当てはまる事前指示書が存在する場合には、本人は自ら決定を行っているものである」<sup>60)</sup>との姿勢を示していることは、事前指示書があくまでも自己決定の範疇に属するものであるとの理解を促すものである。確かに、事前指示書の制度化に対する根強い反論として、制度化それ自体が死ぬことへの同調圧力の温床となるとの指摘があることを本稿でも確認した。そしてこれは、何人も事前指示書の作成を義務付けられてはならないとする規定（BGB1901a条5項1文）を法律に置いただけで解決する問題ではない。しかし、専ら尊厳死へと向けられていたリビング・ウィルとは異なり、事前指示書においては自分の希望する治療を指定することもできるということは、度外視されるべきではない。また、先に紹介した日本のテンプレートの各種も、本人として何を希望し、何を希望しないかを表明する形式となっていることから見ても、事前指示書においてはあくまでも本人の自己決定がベースであるという意識は、現在のテンプレート提供者においても共有されていることが窺える。

この問題において、事前指示書そのものに対する反論として、最も強固であるのは恐らく次のようなものであろう。即ち、事前指示書が作成されるのは病気になる前の時点であるが、自分が病気になったときにどのように考えるかはその時が訪れなければ本人にも分からないはずであり、健康な時に書いた書面は意味がない、という考え<sup>61)</sup>である。そして、この指摘

---

60) BGHZ 202, 226 Rn. 14; BGHZ 211, 67 Rn. 36; BGHZ 214, 62 Rn. 14.

61) 前掲注51) 参照。

の根底にある思考そのものについては、筆者も同意する。自分がまだ病気を発症していない段階において、どれほど親しい人が延命措置によって苦痛を被っている姿を目の当たりにしたとしても、実際に自分自身の身体が病に苛まされたときに、病気そのものによってどのような苦痛を覚えるのか、延命措置によってどのような身体感覚が負担として襲い掛かってくるのか、そして何より、病苦が続く生よりも死を望むのか、それともどれほど苦しくとも限界まで生は手放したくないと思うのかは、我が身として経験するに至るまで、本人にさえ分からないはずである。ここで事前指示書を直ちに全き自己決定として観念することには、筆者も確かに躊躇を覚える。

それでもなお、事前指示書制度、そして本稿で紹介したBGH第12民事部の二つの判断は、参考にすべきものであると解する。それは、2016年決定と2017年決定の両事案における実質的な結論を分けた事実関係の違いについて、BGH第12民事部は適切に判断を下したと言えるからである。即ち、両事案で共通する事前指示書が妥当する治療状況には「意識を取り戻す見込みがないこと」が含まれていたが、2016年決定においては、本人が発話能力は既に喪失しているものの、外部からの刺激には反応していたとのLGの認定があり、そうであるからこそBGH第12民事部は、差戻審ではそれまで行われてこなかった本人への審問を追完するよう指示しているのである。ここにおいては、事前指示書においてそれが妥当すべき治療状況として「意識を取り戻す見込みがない」との指定があることが前提にはなっているものの、たとえば言葉ではないとしても、まばたき等によって本人がまさに今何を希望しているのかを確認することができるならばそれを尽くせという姿勢を窺うことができよう。そしてこのような姿勢は、制度化を巡る日本の議論においても前提とされるべきものである。

これに対して2017年決定の差戻審においては、本人が意識を取り戻す見込みがないという鑑定意見が採用された。確かに、Weiglの指摘する通り、「見込み」についての判断は医師にとっても極めて困難なものであろうし、また見込みなしと診断された患者が後に意識を取り戻したならば、それは

結果的に誤診ということになろう。従って、事前指示書が存在するとしても、それが本当に今この患者に当てはまるのか否かという問題は、残り続けるであろう。しかしながら、この局面において、それではこの患者に対して具体的に何をするのか、何をしないのかを、家族であれ、医療チームであれ、あるいは裁判所であれ、最終的には「誰か」が決断しなければならないのである。そしてここにおいて、本人であったならばどう考えたであろうかという推定的意思の探求の深淵へと陥ることを回避させるために、他ならぬ本人自らが「指針」を示すということには、意義が認められて然るべきであろう。このような事前指示書をやはり純然たる自己決定として取り扱うのか、それとも治療上の願望に位置付けるべきかについては議論の余地があるが、少なくとも推定的意思以上の意味を持つとするドイツの法律状況は、この点でも参考にすべきものと思われる。

## V 結 語

近年、救急隊員が救命現場に駆け付けた際に、本人の意向として家族が蘇生を拒否するケースが相次いでいる。総務省消防庁の調査によれば、救急隊が蘇生拒否の意思を伝えられた事例が、2017年には全国で少なくとも2015件あったという<sup>62)</sup>。こうした状況において、本人の意思を尊重するか、それとも蘇生措置を優先するか、統一的なルールを国は定めるべきであるとの要望もあったが、総務省消防庁の部会は、実態把握が不十分であるとして、全国統一ルールの検討を事実上棚上げした。また、蘇生拒否された場合の対応方針を定めていた消防本部の数は、全国728のうち半数以下の332であり、その内訳も100が「かかりつけ医の指示など一定条件で蘇生を中止」している一方で、「拒否されても蘇生しながら搬送」する本部の数は、その倍の201であると報じられている<sup>63)</sup>。

62) 『日本経済新聞』「「自宅で最期を」救急隊戸惑い」2018年10月23日付朝刊39面。

63) 『日本経済新聞』「蘇生拒否の統一対応困難」2019年7月3日付夕刊14面。

このように、終末期医療における患者の希望を巡る問題は、日本でも現実のものとして既に顕在化しているが、統一的な指針の策定については、慎重論が根強いこともあって、未だに見通しも立っていないという実情がある。しかしながら、高齢化がますます進む日本において、救急現場の方針がそもそも定められていない、あるいは定められていたとしても消防本部によって対応が異なるという事態は、可及的速やかに解消されるべきものであろう。このような問題意識から、本稿は、一つのモデルとしてドイツにおける事前指示書制度を取り上げると共に、事前指示書の有効性が争われたBGHの判例について検討を加えたものである。

もっとも、事前指示書の法制化は、事実上流通している事前指示書を法的に裏付けるものではあるが、事前指示書に関する問題について終局的な解決を与えるものではない。この点について、2017年決定の再上告審についての評釈の中で、Putzはドイツにおける事前指示書の現状と課題について、以下の通り論じている。

「今日のドイツでは、事前指示書と事前配慮代理権のテンプレートは数えきれないほど流通しているが、困ったことに、そこには法的に無効な定式化が書かれていることが少なくない。その原因は、事前配慮代理権では素人が作成しており、彼らは世話法上の基準をよく知らないから、事前指示書ではやはり素人が作成しており、彼らは重病と死の経過において医療がどのように進行していくのかをよく知らないからである。従って、有効と認められるテキストを作成するには、専門家の集合知が不可欠なのであって、そこでは世話法、看護法、社会法、牧会、ホスピス、緩和医療、そして何より医事法の領域の専門家が必要とされるのである。」<sup>64)</sup>

日本においても、事前指示書であれ、アドバンス・ケア・プランニングであれ、患者の事前の意思表示に一定の法的根拠を与えることは、医療従事者と家族が直面する問題の解決に資するものであると考える。しかしながら、法制化は問題解決のための手段であって、目的ではない。特に、「治

---

64) Putz, NJW 2019, 603.

療の見込みがない」か否かの判断は、医学の進歩、そして提供可能な医療の問題と不可分であって、常に最新の知見によってアップデートされていかなければならない問題である。

こうした事実上の問題を踏まえながら、事前指示書の法的な有効性要件はどの程度厳格なものが課されるべきか。BGH 第12民事部は、そこに一定の厳格さを要求しながらも、過度な要求がされてはならないと判断した。もっとも、2016年決定と2017年決定で争われた事前指示書のテンプレートは同一の内容であり、それ以外のテンプレートが有効で拘束力があると認められるか否かは、当該患者の置かれている治療状況、そして事前指示書の内容に応じた個別判断に委ねられている。従って、事前指示書の有効性を巡る今後のドイツの司法判断も、注視していく必要がある。また、事前指示書の有効性と臨死介助の許容性の関係については、本稿では検討が及ばなかった。この点は、今後の研究課題としたい。