

## 研 究

# ドイツにおける患者の事前指示法制をめぐる 動向および学説に関する一考察

秋 山 紘 範

- 1 はじめに
- 2 ドイツにおける立法に至るまでの動向
- 3 ドイツにおける立法に際しての議論
- 4 ドイツにおける患者の事前指示制度の概要および問題点
- 5 患者の事前指示の意義と限界をめぐるドイツ学説上の評価
- 6 若干の検討
- 7 おわりに

## 1 はじめに

いわゆる終末期医療<sup>1)</sup>を実施するにあたって、法的にも、そして事実的にも大きな問題となるのは、疾病などが原因で患者本人の意思が不明確であり、そのため意思確認ができない場合に、治療を継続すべきか、それと

---

1) 厚生労働省「人生の最終段階における医療・ケアの決定プロセスに関するガイドライン解説編」(2018年3月改訂)では、「終末期医療」から「人生の最終段階における医療」へ名称を変更しているところであるが、本稿では差し当たり、従前の用語法に従って、「終末期」と表現する。また、同様に、Lebensendeについても、「終末期」と訳する。

も中止すべきかという判断を、誰が何を根拠として行うか、ということである。この問題に対する一つの解決策としては、患者の推定的意思を根拠として判断を下す、という方法が考えられる。しかし、推定的意思の判断にあって、例えば患者自身がかつてどのようなことを口にしていたか、あるいはどのような宗教的価値観や世界観を有していたか、ということを経験としたとしても、それは当該治療行為に対する直接的な患者の意思決定と同視することはできず、あくまでも間接証拠に基づく第三者の判断と言わざるを得ない。更に言えば、そうした推定的意思を根拠として治療を中止し、ひいては患者の死を惹起するということには、殺人罪として処罰されるリスクを当事者としては当然感じるであろう。そのため、仮に本人が当該状況下で治療中止を真摯に望んでいたとしても、推定的意思だけを根拠として治療を中止するというのは、当事者にとっては困難であると思われる。また、家族等による「代行判断」や、医師の専断に基づいて治療を中止するのは、患者の自己決定の見地から、なおさら問題があるであろう<sup>2)</sup>。そこで、そのような状況が生ずるよりも前に、患者自身が当該状況において何を望み、何を望まないのか、とりわけ治療中止についてはどのように希望するのかを、事前に意思表示しておくための書類、すなわちリビング・ウィル、あるいは患者の事前指示が、かねてより注目されてきた。

この点、ドイツでは、2009年9月1日施行の第三次世話法改正法 (Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts) により、ドイツ民法 (BGB) に1901a条以下が追加され、患者の事前指示 (Patientenverfügung)<sup>3)</sup>が法律上規定されるに至った。もっとも、患者の事前指示は、立法化されたことで初めてドイツに誕生したものではなく、むしろ、それ以前から、州医師会、州司法大臣、大学病院、公益財団、あるいは教会等々がテンプレートを提供していたという実態がある<sup>4)</sup>。そして、患者の事前指示が、どのような

2) 甲斐克則『安楽死と刑法 医事刑法研究第1巻』(2003年)13頁以下を参照。

3) なお、本稿において、Patientenverfügungは基本的に「患者の事前指示」と訳すが、前後の文脈に応じて、単に「事前指示」と訳出することもある。

形式で作成されるべきか、あるいはいかなる場合に効力を持つべきかをめぐっては、立法以前から（あるいは立法後も）議論が展開されているところである。

筆者は、ドイツとの比較法研究として、ドイツにおける患者の事前指示の立法後の動向として、BGH民事部で下された、患者の事前指示の明確性をめぐる判例についての検討を、かつて別稿にて加えたことがある<sup>5)</sup>。もっとも、同稿では、判例において取り上げられた論点についての検討は行ったものの、ドイツにおける制度の沿革、あるいは現行法における制度論そのものについての検討を展開するには及ばなかった。そこで、本稿においては、以下、ドイツにおいて患者の事前指示が法制化されるに至るまでの経緯、とりわけ法案の形で表れた立法論の対立、そして現行法に対する評価について概観した上で、今後の日本において患者の事前指示、あるいはそれに類する制度を構築するにあたって、視座となり得る要素の抽出を試みる。

## 2 ドイツにおける立法に至るまでの動向

### 1. ドイツ国民における関心の高まり

ドイツでは、BGBで患者の事前指示が法制化される以前から、既に事前指示に対する国民の関心の高まりがあったと指摘されている。そして、その根底にあるものは、自分の意に反して延命させられてしまうことへの恐怖であることが、複数の文献における指摘から窺い知ることができる。すなわち、医学の進歩によって、90歳以上の超高齢者、あるいは重病の患者であっても、多大な技術を費やすことで、延命することができる可能性

---

4) 第三次世話法改正法以前に各種団体等が提供していた患者の事前指示のテンプレートについては、Jacobi/May/Kielstein/Bienwald (Hrsg.), Ratgeber Patientenverfügung: vorgedacht oder selbstverfasst? (2001), 41 ffを参照。

5) 拙稿「事前指示書を巡るドイツの現状」比較法雑誌53巻3号(2019年)227頁。

が開かれることとなった。しかし、意識不明で寝たきりとなった患者は、何年にもわたってチューブやゾンデを繋げられて、家族のことも何もわからなくなった状態のまま、死ぬことは許されない。こうした状態に陥ることに対して、多くの人々は恐怖し、あるいは不快感を抱いているのだという<sup>6)</sup>。こうした不安を、Dorothea Magnusは次のような言葉で、より具体的に表現している。

「しばしば、ここにあるのは人々の恐怖であるが、それは、いつか準備と指示を自分では行うことのできない単なる植物状態に陥ってしまい、他人がコントロールする措置にあっては意思を喪失した単なる客体として治療を受けさせられ、その治療はもしかすると自分には苦痛しか感じられず、それによって自分の身近な人から見た自分の伝記 (Lebensbild) は価値が下落し、品位を穢されるかもしれない、という恐怖である。」<sup>7)</sup>

人々が抱くこのような恐怖や不安を背景として、患者の事前指示をめぐる議論がドイツでは長年にわたって展開されてきたとされる<sup>8)</sup>。もっとも、次節以降で取り上げるように、患者の事前指示の要件効果論は、BGHの判例においても、学説においても、また法律案においても、見解の対立が見られるところであった。

## 2. 患者の事前指示法制化以前のBGH判例

### (1) ケンプテン事件判決<sup>9)</sup>

2009年の第三次世話法改正法による民法改正に至るまで、患者の事前指

---

6) Vgl. Zimmermann, *Vorsorgevollmacht-Betreuungsverfügung-Patientenverfügung*, 3. Aufl. (2017), Rn. 376; Rudolf/Bittler/Roth (Hrsg.), *Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung und Patientenverfügung*, 5. Aufl. (2020), 132.

7) Magnus, *Patientenautonomie im Strafrecht* (2015), 180.

8) Vgl. Magnus (Fn. 7), 182.

9) BGH, Urteil vom 13.9.1994 - 1 StR 357/94, BGHSt 40, 257. ケンプテン事件判

示の要件と効果をめぐっては様々な議論が展開されていたが、その端緒となったのは、BGHが1994年9月13日に下した刑事判例であるところの、いわゆる「ケンプテン事件判決」であるとされる<sup>10)</sup>。ケンプテン事件における事案の概要は、大綱、以下のようなものであった<sup>11)</sup>。

1990年10月、医師であった被告人は、当時70歳であったE女の医的世話を引き受けた。同じく被告人であるE女の息子は、「滞在の決定、医師による治療の供給および財産管理」を活動範囲とする、E女の保佐人(Pfleger)に任命された。E女は、初老期認知症の枠内で重度の器質精神症候群を患っており、アルツハイマー病の疑いがあった。同女には不可逆的な小脳障害があり、人工栄養を頼りにしていた。E女は、1990年末から、話しかけられても答えられなくなり、歩いたり立ったりすることもできず、視覚的、聴覚的、圧力的刺激に対しては、表情や唸り声でしか反応しなくなった。生命に関わる機能は存在しており、痛みを感じているという兆候はなかった。

1993年の初め、本件医師は本件息子に相談し、回復の見込みがないE女の容体を、ゾンデ栄養法を中止し、代わりにお茶だけを与えることによって終わらせるという提案をした。本件息子は説明を受け、本件医師の提案に同意した。息子が判断するにあたっては、E女が息子に対して8~10年前に、四肢の硬直と床ずれのある要介護者をテレビ放送で見た後、このような死に方はしたくないと述べていたことも影響していた。世話サービス業者は、当該措置の法的許容性に懸念を抱き、後見裁判所に通報した。後

---

決については、武藤眞朗「9 ドイツにおける治療中止—ドイツにおける世話法改正と連邦通常裁判所判例をめぐって—」甲斐克則編『医事法講座第4巻 終末期医療と医事法』(2013年)188頁も参照。

10) Vgl. Albrecht/Albrecht/Böhm/Böhm-Röbler, Die Patientenverfügung, 2. Aufl. (2018), 9.

11) 事案の概要の訳出にあたっては、Albrecht/Albrecht/Böhm/Böhm-Röbler (Fn. 10), 9. を参照した。

見裁判所は、これまでの栄養法を継続するよう命令した。E女は、肺水腫が原因で、1993年12月に死亡した。LG Kemptenは、被告人兩名に、故殺未遂での有罪判決を下し、罰金刑を宣告した。これに対する上告は成功した。

本件におけるBGHの判断は、概ね次のようなものであった。まず、BGHは、積極的臨死介助と消極的臨死介助を区別した上で、積極的臨死介助は過去から現在に至るまで禁止されており、そのため、積極的臨死介助を望む患者の意思は、端的に問題にされないとする。これに対して、消極的臨死介助は、患者が合意しているならば、許容されるとする。もっとも、消極的臨死介助は、医学的確信によれば基礎疾患が不可逆なものであって、死の経過を辿っていて、短期間のうちに死ぬ、ということをも前提とするものである。このように死が間近に迫っている状況においては、死の経過は既に始まっているのであり、それゆえ、「死に際しての介助」(„Hilfe beim Sterben“)という表現を用いることが正しいとする。そして、この時点で初めて、医師は人工呼吸、輸血、人工栄養といった延命措置を放棄することができるのだとする。そして、BGHは、消極的臨死介助と同一の要件のもとで許容されるどころの、いわゆる「死への介助」(„Hilfe zum Sterben“,すなわち治療中止)を、「死に際しての介助」と区別している。もっとも、治療中止は、死が間近に迫る前であっても許容されるが、その場合には、患者の承諾が要求されるという高度の要件が設定されるとする。しかし、本件事案においては、死の経過が未だ始まっていなかったため、被告人兩名は、患者がこの状況において治療中止を望んでいたか否かについての患者の推定的意思を、極めて集中的な方法で究明しなければならなかった。また、BGHは、息子に対する何年も昔の発言を参照することで十分であるとはしなかった。もっとも、被告人兩名は、無罪となる治療中止の要件に関して、回避不可能な禁止の錯誤に陥っており、そのため、無罪とされた。

ケンプテン事件判決の事案においては、書面による患者の事前指示が存

在したわけではなく、したがって、BGHもその点についての判断は行っていない。そのため、仮に本件と比較可能な状況において、患者の事前指示が明文で存在したという場合においても、医師は治療中止の願望に応じる義務があるか否かについては、未解決の問題として残されていた。そして、この点をめぐって、学説は以下のように分かれていたとされる。

まず、ケンプテン事件判決まで、学説上の支配的見解は存在しなかったとされるが、かねてより伝統的に形成されてきた見解<sup>12)</sup>は、表明された意思に対して医師が厳格に拘束されることは望まず、間接証拠としての効果のみを認めるというものであった。そして、更に別の間接証拠を根拠とすることで初めて、患者の事前指示の名宛人は、これに従うという義務を突き止めることができるのだという。そして、この見解においては、患者がもしかすると事前指示を書いてから、実際に、あるいは仮定的に、考えを改めているか否かは不明なのであるから、かつて表明された意思に厳格な拘束力を認めることはできない、としていた。また、この見解にあっては、患者の事前指示が定式化されてから危篤の段階が始まるまでの時間的隔たり、そして事前指示が繰り返された頻度も、重要であるとされた<sup>13)</sup>。

このような見解に対しては、当時既に反対説<sup>14)</sup>が広まっており、その見解においては、患者の事前指示で表明された意思とは、医師、看護スタッフ、そして代理人を厳格に拘束するものであって、これを無視することは身体傷害を意味するものと理解されていた<sup>15)</sup>。もっとも、この見解にあっては、責任を自覚した医師でさえ、それまでこの領域では高度の刑法上のリスクを負っていたことが疑問視されていた<sup>16)</sup>。しかし、このような医師

---

12) Vgl. Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594, 604 ff., m.w.N.

13) Albrecht/Albrecht/Böhm/Böhm-Röbler (Fn. 10), 11.

14) Vgl. Sternberg-Lieben, NJW 1985, 2734, 2738; Coppicus, NJW 1998, 3381, (3384).

15) Albrecht/Albrecht/Böhm/Böhm-Röbler (Fn. 10), 11.

16) Scheffen, ZRP 2000, 313, 314.

にとっても、患者のかつての意思表示の真摯性に関する自分自身の基準が、その地域の担当検事の基準と合致するものであるのか否か、わからないことが多かったとされる<sup>17)</sup>。

(2) リューベック事件決定<sup>18)</sup>

ケンプテン事件判決を通じて、BGHは刑事部において、(間接的にはあるが)患者の事前指示の拘束力に関する問題を提起することとなった。その後、民事判例としてBGHが患者の事前指示に関する問題に取り組むこととなったのが、いわゆる「リューベック事件決定」である。本決定は、世話人が患者へのゾンデによる経管栄養への承諾を拒否することで治療中止を指示したという場合、後見裁判所(当時)の許可を要するか否かという問題を通じて、BGHとしては初めて民法の観点から患者の事前指示に取り組んだものと位置付けられている<sup>19)</sup>。しかし、後述する通り、この決定で示されたBGHによる患者の事前指示の理解に対しては、学説から強い批判が向けられることとなった。

まず、リューベック事件決定の事案の概要<sup>20)</sup>は、次の通りである。当該者には、2000年11月29日、心筋梗塞を原因とする、アパリック症候群という低酸素脳症が発生した。それ以来、当該者はPEGゾンデ<sup>21)</sup>を経由して人

---

17) Albrecht/Albrecht/Böhm/Böhm-Röbler (Fn. 10), 11.

18) BGH, Beschluß vom 17. 3. 2003 - XII ZB 2/03, BGHZ 154, 205. リューベック事件決定については、武藤・前掲注9) 188頁以下も参照。

19) Albrecht/Albrecht/Böhm/Böhm-Röbler (Fn. 10), 11 f.

20) Vgl. NJW 2003, 1588.

21) PEGとは、経皮内視鏡的胃瘻造設術(Perkutane Endoskopische Gastrostomie)の略語である。また、PEGゾンデとは、切開された腹壁から胃へと通される、プラスチック製の管のことを指す。人工栄養法は、この管を通じて行われるものである。Vgl. Albrecht/Albrecht/Böhm/Böhm-Röbler (Fn. 10), 12; Zimmermann (Fn. 6), Rn. 399. また、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)346頁を参照。



工栄養を受けており、他人と意思疎通することができなくなっていた。当該者を治療していた病院の提案に基づき、AGは、2001年1月18日、本件関係者である当該者の息子を、とりわけ「当該者の健康、当局に対する代理および施設（例えばホーム）に関する配慮」を責務の範囲とする世話人に任命し、2001年12月18日の決定で、世話が延長された。2002年4月8日、本件関係者は、父親の容体の回復が見込まれず、また、中止することが父親のかつて表明した願望に合致するものであることを理由に、父親への「PEGゾンデによる人工栄養の中止」をAGに申し立てた。この点に関して、本件関係者は、タイプライターで作成され、当該者が場所と日付の下に手書きで署名した、以下のような文言の指示書を参照している。「私は、判断ができなくなった場合に備えて、以下の通り指示します。私が回復不能な意識不明、持続的な最重度の脳障害、生存にとって不可欠な私の身体的機能の永続的な喪失または死に至る病の最終段階にあつて、治療によって死の経過が引き延ばされるだけの場合には、私は次のことを希望します。

- ・集中治療はしない。
- ・人工栄養は中止する。
- ・必要な場合にのみ、不安や痛みの緩和措置を行う。人工呼吸は行わない。
- ・輸血はしない。
- ・臓器移植はしない。
- ・人工心肺装置との接続はしない。(……)」

AGは、本件申立には法律上の根拠がないとして却下し、LGは抗告を却下した。また、OLG Schleswigも本件関係者の抗告を却下しようとしていた。BGHは、AGおよびLGの決定を破棄し、事件をAGに差し戻した。

リューベック事件決定において、BGHは、治療中止の許容性についての新たな基準を打ち立てたものではないとされるが、しかし、この問題については、優先的には医師が責任を負うものと解したとされる。すなわち、医師が、延命措置に適応を見いだせなくなった場合、代理人による治療中止への承諾は最早問題とはならない。これによって治療は終了するが、裁

判所はここで、医師に大きな判断の余地を開いているとされる。これとは逆に、医師が治療継続に適応を認めたならば、承諾能力のない患者による事前指示があり、かつ、(1) 医師の確信によれば基礎疾患が不可逆のものであり、かつ、(2) 死の経過を辿っており、かつ、短期間のうちに死が訪れる場合（ここでは臨死介助の問題となる）、または、死が間近に差し迫っているわけではないが、患者がとりわけ条件付きの (qualifizierte) 承諾を与えている場合（ここでは治療中止の問題となる）にのみ、延命措置の不実施が許される、と判断されている<sup>22)</sup>。

ここにおいて、BGHは、(1) および (2) の要件は、客観的に見て「最大限の確実性をもって」存在していなければならず、さもなくば、消極的臨死介助または治療中止の許可を求める世話人の申立は違法であることを強調しているとされる。そして、事前指示において患者が与える予見的な承諾は、この二段階の検討で肯定的な答えが得られた場合に初めて問題になるものとされている。そして、確かに、(1) (2) の要件が満たされていなくとも、まだ承諾能力のある患者であれば自ら治療中止を要求することはできるが、承諾無能力の患者の場合には、前述された基準によって代理権に制約を受けている世話人が、この患者を擁護することになる。そのため、何らかの形で別個に仕上げられた患者の事前指示によっても、患者がこの基準を緩和することはできず、患者の事前指示の実効性は、もしかすると、重篤な病状があることによって左右されるかもしれないものであった<sup>23)</sup>。

更に、BGHは、患者の事前指示とは世話人と医師を拘束するものであって、患者の意思の間接証拠に留まるものではないのであって、また、定期的に繰り返す必要はなく、拘束力を失うことはないとした。また、患者の事前指示は、直接的には医師に向けられたものではなく、存在するのであ

---

22) Albrecht/Albrecht/Böhm/Böhm-Röbler (Fn. 10), 12 f.

23) Albrecht/Albrecht/Böhm/Böhm-Röbler (Fn. 10), 13.

れば、そこに記された意思を法的に、そして実際に現実化させることを任務とする、世話人または任意代理人に向けられたものであるとされた。また、本決定において、患者の事前指示には特段の形式は要求されなかった<sup>24)</sup>。

このように、リューベック事件決定は、治療や人工栄養を希望しないと、消極的な患者の事前指示が有効であるのは、病気が不可逆的に死の経過を辿っている場合に限定されるという、射程の限定を行おうとしたものと理解されている<sup>25)</sup>。しかし、このような判断は、学説からの激しい批判を浴びたとされる。すなわち、同決定に従うと、患者の事前指示は一定の医学的状況において初めて有効となり得るものであり、そのため、病気が不可逆的な死の経過を辿っているという閾値を下回っているならば、患者は治療中止を指示することができなくなってしまう、と批判された。そして、このような判断は、国民の自己決定権と矛盾し、GG2条とも整合しないとされるのである<sup>26)</sup>。

### (3) トラウンシュタイン事件決定<sup>27)</sup>

本件は、2009年9月1日に患者の事前指示が立法化される以前の、治療中止に関してBGHが下した最後の判断であるとされる。本件の事案の概略は、患者が、世話人による代理を通じて、治療中止を要求したところ、本件患者が入所していた介護ホーム側は、スタッフが医師の命ずるところに従わないことを理由として、人工栄養の中止等々を拒否した、というものである<sup>28)</sup>。

本件係争中に患者が死亡したため、BGHは、訴訟費用の分担について

---

24) Albrecht/Albrecht/Böhm/Böhm-Röbler (Fn. 10), 13.

25) Zimmermann (Fn. 6), Rn. 400.

26) Albrecht/Albrecht/Böhm/Böhm-Röbler (Fn. 10), 13 f.

27) BGH, Beschluß vom 8. 6. 2005 - XII ZR 177/03, BGHZ 163, 195.

28) Albrecht/Albrecht/Böhm/Böhm-Röbler (Fn. 10), 14.

しか判断を行ってはいないものの、本件を契機として、それまでの治療中止に関する判例が、いくつかの点で明確化されたものと評価されている。リューバック事件決定では、BGB1904条を適用した場合について、治療中止には後見裁判所の許可が常に必要となるか否かが不明なまま問題として残されていた。この点につき、本決定は、後見裁判所の判断が求められるのは「紛争事例」の場合のみ、すなわち、承諾無能力の患者を治療する医師が、延命措置または生命維持措置が医学的に必要であり、あるいは支持できると見なし、それゆえこれを「提案」しているが、世話人はこの提案を拒否している場合のみであることを明らかにした<sup>29)</sup>。

また、本決定においては、治療中止に協力することを介護ホームが拒否することには理由がないと判断されている。すなわち、介護ホームとの契約では、患者への人工栄養を、世話人によって表明された拘束力のある患者の意思に反して継続することは、許されないとしたのである。そして、人工栄養とそれに結び付いた身体の統合性への侵襲について与えたかつての承諾を、患者はいつでも撤回できるのであって、患者は契約上、この点について拘束されることはない<sup>30)</sup>とされた。

加えて、本決定では、人間の尊厳と良心の自由の観点のもとでも、倫理的または医学的な考えを第三者に適用することはGG1条1項の保護領域には含まれないのであるから、ホームおよびその従業員には拒否権は存しないと判断された。すなわち、良心の自由とは、積極的な作為を通じて世話人に代理された患者の自己決定権を無視する権利や、自己の立場から身体は無傷性の権利へと介入する権利といったものを、介護スタッフに与えるものではない、とされたのである<sup>31)</sup>。

---

29) Albrecht/Albrecht/Böhm/Böhm-Röbler (Fn. 10), 14.

30) Albrecht/Albrecht/Böhm/Böhm-Röbler (Fn. 10), 14.

31) Albrecht/Albrecht/Böhm/Böhm-Röbler (Fn. 10), 14.

### 3. BGHの判例に対するドイツ学説の評価

これら一連のBGH判例によって、患者の事前指示をめぐる法律状況は確かに安定化した面もあったが、しかし、実際には、立法によって判例法理を明確化、あるいは修正することが必要だとする見解が多数であったとされる<sup>32)</sup>。すなわち、判例法理によってもなお、実務における患者の事前指示の取り扱いには、依然として不安定性が残されていたが、それはとりわけ、病気のあらゆる段階における患者の事前指示の拘束力と効力に関係することであった。そのため、ドイツ国民は、人生のあらゆる段階で、医師による治療行為において、尊厳と自己決定権が尊重されることを求めた、とされる<sup>33)</sup>。

## 3 ドイツにおける立法に際しての議論

### 1. 立法に向けた具体的動向

ドイツにおける患者の事前指示の立法論は、前述したBGHの諸判例が下される以前から、既に存在していた。すなわち、ドイツ法曹大会(Deutscher Juristentag)は、1986年と2000年の時点で既に、患者の事前指示の法制化をテーマとして取り扱い、2006年には立法を要求するに至っている<sup>34)</sup>。

また、連邦司法省(BMJ)は、2003年9月8日に作業部会「終末期における患者の自律性」を設置し、2004年6月10日に「終末期における患者の自律性—患者の事前指示の評価に関する倫理的、法的、医学的観点—」<sup>35)</sup>

---

32) Albrecht/Albrecht/Böhm/Böhm-Rößler (Fn. 10), 15, m.w.N.

33) Albrecht/Albrecht/Böhm/Böhm-Rößler (Fn. 10), 15.

34) Vgl. Zimmermann (Fn. 6), Rn. 376.

35) 同報告書については、以下を参照した。<https://ethikzentrum.de/downloads/bmj-bericht.pdf> (2023年2月15日最終閲覧)

と題した報告書を発表している<sup>36)</sup>。この報告書は、最終的には法案として結実することはなかったものの、その後の議員立法にとって、その定式化に寄与したものと評価されている<sup>37)</sup>。

また、これと同時期の動向として、ドイツ連邦議会は「現代医学の法と倫理」調査委員会を招集し、患者の事前指示法制のための提議を行うこととなった<sup>38)</sup>。同委員会は、2004年9月13日に草案を提出している<sup>39)</sup>。

## 2. ドイツ連邦議会の法案<sup>40)</sup>

こうした動向を経た上で、第16期ドイツ連邦議会の会期末には、患者の事前指示の法制化をめぐり、政治色の異なる議員らから、3つの法案が提出されるに至った。これらの法案は、事前指示の形式、撤回可能性、後見裁判所の関与といった点では共通していたものの、事前指示の「射程の制限」に関して、見解が異なるものであった。すなわち、患者の事前指示とは、疾患が未だ「回復不可能な死に至る経過」を辿っているとは考えられない場合であっても拘束力を持つべきであるのか否か、換言すれば、患者の事前指示が有効であるのは疾病がこうした経過を辿っているという一定の閾値を超えた場合に限定すべきなのか、それとも、患者があらかじめ定義した状況であるならば、いかなる場合であっても、治療中止を望む患者の意思に従わなければならないのか、という問題に対して、これらの法案

---

36) 同作業部会は通称「Kutzer委員会」と呼ばれたが、これは座長をBGH第一刑事部長であったKlaus Kutzerが務めていたことに由来する。Kutzerは、ケンブテン事件を担当した裁判官でもある。Vgl. Zimmermann (Fn. 6), Fn. 583. また、武藤・前掲注9) 190頁も参照。

37) Magnus (Fn. 7), 183.

38) Vgl. Zimmermann (Fn. 6), Rn. 376; Magnus (Fn. 7), 183 f.

39) BT-Drucks. 15/3700.

40) Vgl. Albrecht/Albrecht/Böhm/Böhm-Rößler (Fn. 10), 15 f; Magnus (Fn. 7), S. 184 f. また、日本においてBGB1901a条の各草案を取り上げるものとして、鈴木・前掲注21) 280頁以下を参照。

はそれぞれ異なる立場を示していた。

最終的に、過半数の支持を集めることになったのが、Stünkerの提出した法案（以下、「Stünker法案」<sup>41)</sup>である。Stünker法案は、現行のBGB 1901a条以下の基礎となったものであるが、その最大の特徴は、患者がかつて事前指示書で定めたことであるならば、それは有効である、ということを強調することで、患者の自己決定権および私的自治を前面に押し出しているところにある。Stünker法案においては、患者の事前指示の射程制限は認めておらず、疾病の種類や段階によらず、あくまでも患者の意思を標準とすべきであるとの立場が採られていた。もっとも、患者の生命保護の観点から、世話人または任意代理人による、医療措置の同意や拒否に関する特に重大な判断については、後見裁判所の許可を要するとされた。

Zöllerの提出した法案（以下、「Zöller法案」<sup>42)</sup>は、患者の事前指示の射程制限を認めない点ではStünker法案と共通していたものの、以下の点で異なる立場を示していた。すなわち、Zöller法案では、世話人または任意代理人が患者の意思を実現するにあたっては、主治医、場合によっては患者と近い人々が参加する協議の中で、患者の現実の意思を突き止め、実現することが必要であるとされていた。Zöller法案においては、生と死という複雑な問題を標準化することはできないのであって、概括的なカテゴリーに含めることができないという疑問が根底にあったとされる。

Bosbachの提出した法案（以下、「Bosbach法案」<sup>43)</sup>は、前述した2つの法案とは異なり、患者の事前指示の射程制限を認めるものであった点で特徴を有する。まず、Bosbach法案では、患者の事前指示は、包括的な医学的・法律的助言を受け、そして公証人によって文書化されることで初めて、病状や病気の治療可能性とは無関係に、延命措置の中止を要求できるものとしていた。更に、Bosbach法案では、患者の事前指示の有効期限を5年と

---

41) BT-Drucks. 16/8442.

42) BT-Drucks. 16/11493.

43) BT-Drucks. 16/11360.

していた。こうした時間的制限に加えて、Bosbach法案においては、患者の事前指示が拘束力を有するのは、死に至る不治の病気がある場合、または確実性に境を接する蓋然性でもって医学的にあらゆる手を尽くしても意識が戻らない場合のみであるとされていた。また、Bosbach法案においては、不可逆的に死に至る病気の場合を除き、疑わしい場合については生命維持が患者の意思に優先するとしていた。

これらの法案について激しい討論が交わされた末に、最終的にStünker法案が可決され、現行のBGB1901a条以下の基礎となるに至ったが、Stünker法案が必ずしも圧倒的な賛成多数であったわけではないという点は、日本における今後の立法論を検討するにあたって、注目すべき点があるように思われる。具体的には、Stünker法案は、賛成318名、反対232名、棄権5名により可決されたが、賛成のうち77名については、当初Zöller法案を支持していたグループが、Stünker法案の支持に回ったことが、決定的であったとの指摘が見られるところである<sup>44)</sup>。このことから、ドイツにおける立法において、患者の自己決定権を強化すべきであるという前提は多数派によって共有されていたが、患者の自己決定権の強化と患者の生命保護との調整をどのように図るのかについては、現行法のような形態が必ずしも唯一の選択肢ではなかったということが窺われよう。もっとも、このような立法の他の選択肢の可能性があったにせよ、現行ドイツ法は、Stünker法案において示されていた強固な自己決定重視の姿勢を採用しているものであり、そしてこの姿勢は、現在のドイツの学説、あるいは判例にとっても、基本的姿勢となっていると考えられる<sup>45)</sup>。

---

44) Albrecht/Albrecht/Böhm/Böhm-Röbler (Fn. 10), 17.

45) 本稿のテーマである患者の事前指示が直接に関係するものではないが、StGB217条に規定されていた「業としての自殺援助罪」を違憲と判断した、ドイツ連邦憲法裁判所2020年2月26日判決 (BVerfG, Urteil. v. 26. 2. 2020—2 BvR 2347/15, 651/16, 1261/16, 1593/16, 2354/16, 2527/16) は、自己決定権を強化するという色彩を強く帯びたものとして、特筆すべきものがある。同判決、



## 4 ドイツにおける患者の事前指示制度の概要および問題点

### 1. 患者の事前指示の要件

患者の事前指示について、BGB1901a条1項は次の通り定義を行っている。すなわち、「承諾能力のある成人が、その策定の時点では未だ差し迫っていない、特定の健康状態の調査、治療または医的侵襲に承諾し、またはこれを禁止するかについて、書面で確定している場合」、この書面が患者の事前指示であるとされている。この定義において、有効な患者の事前指示であるための要件が示されているが、こうした法律上の要件に加えて、BGH民事部の判例によって要求されている要件も存するところである。

#### (1) 作成者が成人であること

患者の事前指示の第一の前提となっているのは、その作成者が作成の時点で成人であることである。したがって、未成年者が書面で、患者の事前指示的な内容を定めたとしても、それは法律上、患者の事前指示としては扱われず、せいぜいBGB1901a条2項にいう、治療上の願望 (Behandlungswünsche) としてしか考慮されない<sup>46)</sup>。もっとも、現行法が、未成年者による患者の事前指示を認めていないことについては、学説上は批判も見られる<sup>47)</sup>。

---

あるいはそれに連なる動向に関する筆者の検討として、拙稿「判批」比較法雑誌54巻4号(2021年)249頁、同「終末期における自己決定権を巡るドイツ判例及び学説の動向」比較法雑誌55巻1号(2021年)123頁参照。

46) Rudolf/Bittler/Roth (Fn. 6), 134.

47) Vgl. Rudolf/Bittler/Roth (Fn. 6), 134; Kienzerle, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe (2021), 327 f.

(2) 作成者に承諾能力があること

BGB1901a条1項は、患者の事前指示の作成者が承諾能力を備えていることを要求している。患者の事前指示の作成にあたっては行為能力が必要であるとの見解も存在するが<sup>48)</sup>、現行法はそうした立場を採用していない。これは、医療行為の承諾や禁止が、法律行為における意思表示ではないということから説明される<sup>49)</sup>。

実際上の問題となり得るとされるのは、患者の事前指示が発見されたとき、本当にそれが作成された時点で患者が承諾能力を有していたか否かを後から確認することが困難な点であるが、この点については、反証がない限りは、患者の事前指示は承諾能力があって作成されたものであるとの推定が働くものと解されている<sup>50)</sup>。

(3) 未だ差し迫っていないこと

BGB1901a条1項の定義から、患者の事前指示とは、その内容とされる特定の健康状態の調査、治療または医的侵襲が未だ差し迫っていないことが要求される。既にその内容が差し迫ったものとなっており、患者が承諾能力を有している場合は、患者の承諾が直接的に問題となる<sup>51)</sup>。

(4) 書面によるものであること

患者の事前指示が書面によるものであることを要するか否かについては、大きな論点とされていたが、現行法においては、書面の形式であることが要件とされている。そのため、書面として残されたものでない限りは、BGB1901a条1項の定義する患者の事前指示として扱われることはなく、

---

48) Eisenbart, Patiententestament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, 1998, 115.

49) Zimmermann (Fn. 6), Rn. 386.

50) Vgl. Magnus (Fn. 7), 189; Zimmermann (Fn. 6), Rn. 386.

51) Magnus (Fn. 7), 186.

ドイツにおける患者の事前指示法制をめぐる動向および学説に関する一考察(秋山)

したがって、事前指示としての強い拘束力を有することはない。ただし、患者のかつての口頭での発言は、BGB1901a条2項に基づき、患者の推定的意思を判断するにあたって参照され得る<sup>52)</sup>。

患者の事前指示を作成するにあたって、公証人による認証などは不要とされており、書式にも制限はない。そのため、患者の事前指示は手書きでなくてもよく、既存のフォーマットを利用したものや、ワープロソフトを使用して作成したものであっても、患者の事前指示として認められる。また、患者の事前指示に証人や医師が署名することも、ドイツでは要求されていない<sup>53)</sup>。

#### (5) 十分に明確なものであること

BGBの条文上では要求されていないが、BGHの判例法理によって要求されている患者の事前指示の要件として、患者の事前指示は十分に明確なものでなければならない、というものがある。すなわち、「BGB1901a条1項の意味における患者の事前指示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または不承諾に関する本人の具体的決定を、患者の事前指示から読み取ることができる場合に限られる。」というのである<sup>54)</sup>。

## 2. 患者の事前指示の効果

有効な患者の事前指示があると認められる場合、BGB1901a条1項は、

---

52) Magnus (Fn. 7), 190; Rudolf/Bittler/Roth (Fn. 5), 133; Zimmermann (Fn. 6), Rn. 389.

53) Zimmermann (Fn. 6), Rn. 390.

54) BGH, Beschluss vom 6. 7. 2016 - XII ZB 61/16, BGHZ 211, 67. 同決定を含めた判例の検討については、拙稿・前掲注5) 228頁以下を参照。Vgl. auch Rudolf/Bittler/Roth (Fn. 6), 136; Merkel, Behandlungsabbruch und Lebensschutz (2020), 162 ff.

「世話人は、患者の事前指示で定められたことが、現在の生命-治療状況に合致するか否かを検討する。合致する場合、世話人は、被世話人の意思を表明し、効力を持たせなければならない」と規定する。より具体的には、患者の事前指示においては、一方では治療中止、他方では治療の継続と最大限の治療を希望する意思が示されることが一般であり<sup>55)</sup>、関係者はここに示された患者の意思に基づいて治療行為を行わなければならない。

患者の事前指示は、BGB1901a条3項に基づき、被世話人の有する疾病の性質および段階にかかわらず有効なものとされており、現行法ではその射程に限定が付されていない。また、患者の事前指示の有効性をめぐっては、期間の制限を設けるべきであるとの主張もあったが、現行法はその点についても時間的制限を設けていない。そのため、法律上は、作成してから何年経過した患者の事前指示であっても、形式さえ満たしているならば、有効なものとして取り扱われることになる。もっとも、後述するように、このような無制限の効力を認めることの評価については、学説上も見解が分かれるところである。

### 3. 現行法制度に関して指摘される問題点

このようにして、患者の事前指示はBGBに明文で規定が置かれることとなり、立法以前に議論されていた不透明な点は明確化され、法的安定性ももたらされたものと評価されている。しかし他方で、現行の患者の事前指示制度については、依然として問題点が残されているとの指摘も見られるところである。そこで、ドイツの現行の制度における積極面のみならず消極面についても輪郭を明確化する目的から、あるいは、次節で検討するドイツの学説における争点を明確化する目的から、以下では一旦、ドイツの現行法に対して多角的な批判を向けている論者であるDorothea Magnusの整理に従って、現行法の問題とされている点を取り上げる。

---

55) Vgl. Rudolf/Bittler/Roth (Fn. 6), 143.

### (1) 患者自身の意思の変化

ドイツにおける現行の患者の事前指示制度に対して向けられる異議の最たるものとされるのは、患者自身の意思が、事前指示の作成時点と、その適用時点において、変化している可能性があるというものである。すなわち、病気で承諾無能力となった患者の希望や利益は、健康な状態でのそれとは異なる可能性があり、それゆえ実際には予見不可能である、という指摘である。患者の事前指示は、「差し迫っていない」治療等に関する意思を示すためのものであるが、当然ながら作成の時点では、自分がいつ、あるいはどのような病気に見舞われることになるのかについて、多くの場合、作成者は予測することができない。そのため、患者の事前指示を作成してから実際にそれが適用されるまでの間、医学がどのように進歩しているのかについても、作成者は予測できない、といわれる<sup>56)</sup>。また、健康な状態の人と、病気の人とでは、自身の余命に対する考え方が異なり得るという点も、この問題に関して指摘されるところである<sup>57)</sup>。

こうした患者自身の意思の変化に対して、現行法が与えている解決の一つは、患者の事前指示の撤回について形式や時期を不問とすることであり(BGB1901a条1項3文)、もう一つは、世話人または任意代理人が「患者の事前指示で定められたことが、現在の生命-治療状況に合致するか否かを検討する」ことを要求することである(BGB1901a条1項1文、同6項)。これらが適切に機能すれば、事前指示作成者の考えが十分考慮されていると評し得るであろう。しかし、ここにおいて、Magnusは、次に掲げるように、世話人または任意代理人がこの点について検討することには、患者の事前指示が濫用される危険があると指摘する。

---

56) Magnus (Fn. 7), 218.

57) Zimmermann (Fn. 6), Rn. 382.

## (2) 患者の事前指示が濫用される危険

Magnusは、患者の事前指示が濫用される潜在的な危険は高いものであることを、次のような形で指摘している。すなわち、世話人とは、通常は被世話人の親族になるものであるところ、こうした世話人は、利己的な動機、例えば、最期の治療期間のために相続財産を支払いたくないとか、あるいは治療のための苦労や負担を負って消耗したくないといった動機から、患者の生きる意思を否定する危険があるという。そして、こうした危険が明確に証明された実例として、Magnusは、「娘婿事件」として知られるBGH2010年11月10日判決<sup>58)</sup>を引き合いに出す。同判決の事案において、被害者の娘婿であった被告人は、被害者の世話人ではないが、重篤ではあるが回復する見込みがなかったわけではない姑を、利己的な動機から、患者の事前指示を引き合いに出すことで死なせようとした。Magnusは、生きる意思とは文書で記録されていないのが通常であり、そして世話人は解釈する余地を有していることから、このようなりスクは十分あり得るものであると評価する。とりわけ、患者の事前指示が治療中止を明確に要求していた場合には、これに反証できる可能性はほとんどないとする。そのため、判断能力を失った患者は、事実上、自分の作成した事前指示に拘束されてしまうか、それとも自分の世話人の手に委ねられてしまう、というのである<sup>59)</sup>。

## (3) 遷延性意識障害の患者の治療に関する問題

Magnusは、特に判断が難しく、そして倫理的にも最も扱いが難しい事例とは、患者が最早呼びかけにも反応できない場合、例えば、患者が遷延性意識障害にあり、その推定的意思を確かめることすらできない場合であるとする。ここにおいて、Magnusは、現行の患者の事前指示制度に対して、

---

58) BGH, Beschluss vom 10. 11. 2010, - 2 StR 320/10, NJW 2011, 161.

59) Magnus (Fn. 7), 219.

大きく2つの法的見地から問題提起を行っている<sup>60)</sup>。

第一は、医師および世話人は、患者が遷延性意識障害にあって、明確な意思表示がない場合について、生命の終わりに向かう推定的意思を想定してよいのか否か、という問題に関するものである。この問題について、学説上の一部の見解においては、GG 2条2項1文における生命に対する基本権に関して、「基本権主体は、自己の生命が害されることなく継続することを望む」という推定が働くため、このような場合には推定的承諾は否定されるべきだとする主張<sup>61)</sup>があるところ、Magnusは、推定は生きる方向にも死ぬ方向にも、いずれにも働き得る、との見解を示している<sup>62)</sup>。

第二に、Magnusが指摘するのは、いわゆる人格の不連続性の問題に関連するものである。すなわち、健康な事前指示の作成者と、認知症の最終段階や遷延性意識障害にある患者とでは、最早一貫した同一性があるとは言えないほどに明らかに人格が異なっているのだから、このような場合には患者の事前指示は拘束力がないとして、患者の事前指示の射程を制限すべきとの主張が存するところである。この問題について、Magnusは、確かにこうした患者が健康だった頃とは同一人物には見えないという点は肯定しつつも、「別人」になっているわけではないとして、人格の不連続性自体は否定する。しかし、Magnusは以下のような理由から、患者の事前指示に示された意思を無条件に実現すべきではないとの主張を展開する。すなわち、アルツハイマー病にあっては、患者は例えば、自分がかつて事前指示したことを最早思い出すこともできなければ、その動機も理解できないとされるところ、患者がどのようにしても思い出すことができず、ましてや未だに望んでもいないことに、何故拘束されなければならないのか、との疑問を呈する。そして、ここにおいてMagnusは、(人格ではなく)利

---

60) なお、Magnusは、この文脈において、連邦医師会の示した見解に対しても検討を加えている。Magnus (Fn. 7), 220 f.

61) Höfling, JuS 2000, 117.

62) Magnus (Fn. 7), 221.

害の断絶があるとして、人格の変化とは、患者の事前指示で定められたことが現在の生命-治療状況に合致するか否かを検討するにあたっての強固な端緒であり得るし、またそうであるべきだと主張する<sup>63)</sup>。

#### (4) 事前指示と具体的な治療状況との不一致

Magnusによれば、事前指示はしばしば、そこで考えられていたことに内容的に追いついていないことがあり、そのことが現行法に対する懸念になるという。すなわち、個々の事案においては、予期された症例が始まった際に、そこではいかなる治療を開始し、継続し、または中止すべきかを詳細に定めておくことが困難なことがある。そしてこの問題は、事前指示で想定され、書かれていた事案が厳密には始まっておらず、それとは全く異なる病像が生じたという場合、一層深刻になるという。そして、いずれにしても、後に生ずるあらゆる事例に備えてあらゆる不測の事態についてあらかじめ定めておくというのはおよそ不可能であることから、問題はどの程度、世話人と医師が事前指示の文言から逸脱して、そこでは解決されてもおらず考えられてもいなかった事案に拡大してもよいのか、ということになり、そのため事前指示の解釈とその限界をめぐる数多くの問題が生ずることになるという<sup>64)</sup>。

Magnusによれば、こうした懸念に関しては、現行法において、本人の治療上の願望、推定的意思および個人的価値観の調査についての規定を置くことによって、部分的に対処しているものと評価される。また、連邦司法省の作業部会「終末期における患者の自律性」は、患者の事前指示の作成を希望する人にとってのオリエンテーションとなるよう、定式化にあたっての補助資料、テンプレート、情報のパンフレットなどを作成しており、このために200以上の記入用紙が作成されたとされる。加えて、患者

---

63) Magnus (Fn. 7), 222.

64) Magnus (Fn. 7), 223.



の事前指示について、連邦司法省は定期的に、連邦医師会は遅くとも2年ごとの更新を推奨している。しかし、Magnusは、こうした援助や推奨は、ほとんど功を奏することがないとの評価を加えている。まず、数多くの記入用紙があるというだけでは、実際の援助になるよりも、むしろ混乱に繋がる可能性があるとしてMagnusは指摘する。そして、事前指示の定期的な更新についても、実際にはほとんど期待できないとしている。すなわち、健康な人は、自分が完全な無力に陥った場合について、絶えず進んで取り組もうとはしない、というのである<sup>65)</sup>。

#### (5) 助言の制度がないこと

Magnusは、患者の事前指示の作成にあたって、医師による助言が要件とされていないことについても問題視する。Magnusは、実存論的な判断の葛藤がある場合や、生死に関わる状況である場合には、患者の事前指示の作成者は、医師による助言を受けるべきであるとするが、その理由を以下の通り論じている。すなわち、事前指示の作成者は、通常は医学的には素人であり、そのため、どのような治療状況においてどのような措置が行われるべきであり、あるいは差し控えられるべきなのかについて、ほとんど定式化できるような状況にはない、というのである。また、Magnusは、一方では原則として、あらゆる医学的治療にあっては、法的に不可欠な要件として医師による説明を要求しながら、他方では場合によっては生命を絶つという帰結を伴う患者の事前指示について、医師による説明を放棄しているのは、甚だしい矛盾であると評価している<sup>66)</sup>。

#### (6) 死ぬことが目標とされてしまうこと

Magnusが更に問題視するのは、事前指示の作成者に掛かるであろう心

---

65) Magnus (Fn. 7), 223.

66) Magnus (Fn. 7), 224.

理的圧力である。この問題について、Magnusは以下の通り論じている。まず、患者の事前指示とは、圧倒的多数の事例において、生命維持措置の中止に向けられたものであるとの事実がある。そして、患者の事前指示が主として治療中止に、そして同時に、最終的には死ぬことに向けられたものである場合、本人がどのように、そしてどのような状況で死にたいのかが、指示された症例が生じるよりも何年も前に明らかになっている危険があるという。そして、このように死ぬことが見積もり可能であるということは、潜在的には著しい心理的圧迫の可能性を秘めたものであるという。そして、患者の事前指示の作成者における動機が、しばしばそうであるだろうとされるように、親族に後々負担をかけたくないというものであるならば、まさにこの親族、そして同時に相続人が、生命維持措置を排除するような事前指示を作成するように首尾よく急ぎ立てることができてしまう、というのである。こうすることによって、死ぬことへの願望は文書によって記録されてしまい、一たとえ心理的なものに過ぎなかったとしても—その拘束力は、事前指示がなかった場合に比べて、明らかに強くなってしまふ、とMagnusは指摘する。そして、健康である、あるいは重病でない人は、自分が判断能力を失った場合に備えて決定することや、自分が当事者となった場合のことを真剣に考えることについて、大抵は関心を持たないのだとすれば、こうした心理的圧迫は、いずれにしても既に弱っている人にのしかかっているのだという<sup>67)</sup>。

## 5 患者の事前指示の意義と限界をめぐるドイツ学説上の評価

以上では、ドイツの現行法における制度の概要、そして現行の制度に対して指摘される問題点を概観した。それでは、立法を経たのちのドイツにおける学説において、患者の事前指示という制度はどのように評価されて

---

67) Magnus (Fn. 7), 224 f.

いるのか。患者の事前指示をめぐる議論は現在でも盛んに展開されているが、本稿では差し当たり、現行法あるいは今後の制度論におけるスタンスの違いが明確に表れている論者として、Dorothea Magnus, Grisca MerkelおよびRuth Anthea Kienzerleの三名の見解を取り上げ、検討の素材とする。

## 1. Dorothea Magnusの見解

Magnusは、前述したような、現行法における患者の事前指示制度の問題点を指摘した上で、法改正の必要があるとの提言を行っている。ここにおけるMagnusの関心は、世話人による患者の事前指示の濫用、あるいは単に不注意な世話義務の履行を予防することにある。Magnusは、世話人が被世話人を訪問する間隔が長く、また自分で世話を引き受けていないのであれば、看護スタッフに時折被世話人の容体を尋ねるくらいしかしない、という事態を想像すれば、実体に全く忠実な患者の現実の意思のイメージを世話人が形成しているとは言い難いとする。そして、このような上辺だけの世話では、現在の生命-治療状況を誤って評価し、患者の事前指示に記された意思を、それが最早とうの昔に現在の状況に合致しなくなったものであるにもかかわらず、実行してしまう危険が生じてしまう、というのである。また、世話人が自らの義務を完全に疎かにし、患者の意思を自己の利益になるように解釈することも考えられるとする<sup>68)</sup>。

世話人による、このような濫用や不注意を防ぐために、Magnusは、法律の中に補足的規定を盛り込むことが有益であるだろうと主張する。具体例として、まずMagnusは、世話人が自分では患者の看護をしていない場合には、患者の実際の容体についてのイメージを通常であればより良く持っているところの看護スタッフへの正式な照会義務を課すという提案を行っている。すなわち、たとえ形式的な措置にすぎないとしても、世話人

---

68) Magnus (Fn. 7), 225.

以外の人が関与することによって、ある種の「公開性」が担保されることとなり、これによって被世話人の本当の意思がより良く認識される、というのである<sup>69)</sup>。また、Magnusは、自分では看護していない世話人についても、被世話人についての自分自身のイメージを可能な限り形成すべきであることから、極めて短い間隔での定期的な訪問を行うよう、法律で義務付けるべきであると主張する<sup>70)</sup>。加えて、これらの義務の遵守については、限界があることは認めつつも、世話裁判所の審査に服せしめるべきであるとする<sup>71)</sup>。他方で、世話人が義務違反を行った場合の刑事制裁については、正犯と共犯に関する規定と結び付いた殺人罪の規定が既にカバーしているとして、新たな刑罰規定を設けることについては明確に反対している<sup>72)</sup>。

以上のような立法論を展開した上で、Magnusは、自身の見解に基づく患者の事前指示の処理について、以下のようにまとめている。まず、ある治療を希望する積極的な事前指示の場合、医師は、その措置が医学的に無意味でない限りは、指示に従わなければならない。もし医師が、事前に指示された意味のある治療を怠り、患者が身体や健康に害を被り、あるいは死亡したという場合には、その医師は可罰的である。逆に、ある治療を禁止する消極的な事前指示の場合には、治療によって患者が深刻な害や痛み等々のない健康な状態を再び取り戻せるという、根拠のある見込みがある場合のみ、医師は事前指示に拘束されないとする。そして、Magnusは、このような事例において患者の事前指示を無視することの根拠は、患者の福祉が患者の事前に指示した意思に優越するからであると主張する。とりわけこのようなケースに該当するのは、患者が承諾能力を再び取り戻すことが医学的にあり得る場合であるという。更にMagnusは、患者の生きたいという自然な意思は、事前に指示された意思に優先しなければならない

---

69) Magnus (Fn. 7), 226.

70) Magnus (Fn. 7), 226 f.

71) Magnus (Fn. 7), 227 f.

72) Magnus (Fn. 7), 228 f.

とする。そして、このようなMagnusの処理は、(被世話人の)福祉はその願望に優越するということが法的に命じられていることを拠り所としているという<sup>73)</sup>。

そして、Magnusは、以下のような自律性の理解のもとに、患者の事前指示の射程を限定しない支配的見解とは異なる主張に至る。まず、Magnusは、自身の自律(Eigenautonomie)と他律(Fremdautonomie)を区別した上で、基本的には、患者本人が自分自身に関して自ら自律性を行使することは、医師に代表されるような第三者がこの自律性の行使に注意を払うことよりも、遥かに広範に許されているということ認める。しかし、Magnusは、一般的な見解とは異なり、措置の不実施を求める患者の事前指示については、措置を実施しても回復する見込みが一切なく、無感覚の植物状態、永続的で緩和されることのない痛み、または極めて大きな制限があり、もしくはそれに類する生活が予期されるという場合しか、刑罰的には医師を拘束しないとの見解を主張する。そして、医師はこのような場合において、世話人が同意しているか拒否しているかを問わず、自己の責任において、このような健康状態についての診断を行い、主張すべきだとする。そして、承諾無能力となった患者の世話人について、現行法は強い立場を与えているが、これは医師の負う高度の責任とつり合いが取れたものでなければならないという。何故ならば、患者の自己決定の見地からは、かつて強く印象付けられていた医師の専断や全能が、世話人のそれに置き換わっただけでは、何の改善にもなっていないからである。そして、世話人は、医学的な専門知識を何一つ有していないのであるから、これは患者にとって不利益な後退になってしまうという。これに対して、医師とは、その職業を通じて、客観的な医学的基準に従って、どの程度延命が無意味であるのか、それともまだ意味があるのかについて、一番良い判断を下すことができるというのである。そして、Magnusは、自身の見解について、

---

73) Magnus (Fn. 7), 229.

医師の判断権限をより強化してしまうと、患者の自己決定権があまりにも著しく後退してしまうのではないかと、との反論があり得ることを認めつつも、以下の理由から、このような主張には説得力がないとする。すなわち、医師の見地からみて、治療をすれば承諾無能力の患者が回復し、そして以前とほとんど変わらない余生を送ることができるという見込みがあるならば、これは事前に指示された患者の意思を実行することよりも患者の現実の意思に合致している、というのである。そして、その根拠は、患者は恐らくはそのような〔回復可能な〕状況に備えてではなく、延命が植物状態の続くことしか意味しない、あるいは耐え難い痛みやそれに類する負担や制限に結び付いているという場合についてしか事前指示で備えていないであろう、ということに求められるとしている。しかし、患者の事前指示が現在の状況に合致していないのであれば、医師は、世話人の同意を得ることなく、そして処罰されることなく、事前指示を無視してよいのだと Magnus は述べる。何故ならば、ここでは実際に患者の意思に反するところは何もないからだ、というのである。このような場合に、医師は、生命保護という最上位の理由に基づいて、そして同時に患者の福祉のために行為しているのであって、このような医師を処罰するということは、刑法の見地からも、また医の倫理の見地からも、支持することができない、と Magnus は結論付ける<sup>74)</sup>。

## 2. Grischa Merkelの見解

Grischa Merkel は、現行の患者の事前指示制度について、患者の生命保護が十分に保障されていないという問題意識を持ちつつも、Magnus とは異なる主張を展開する論者である。その主張の骨子は、以下の点にある。

まず、Merkel によれば、自律的な判断の特徴とは、相応に成熟した人に帰属され得るものであって、それゆえ、たとえその判断が無分別なもの

---

74) Magnus (Fn. 7), 230 f.

であったとしても、原則として「正しい」という点にある。これに対して、発話能力を喪失した患者個人の推定的な治療上の願望は、そもそもその患者本人の判断ではない。それにもかかわらず、立法者は、医師と法定代理人に個々の事案の処理を委ねているが、Merkelは、ここにおいて、原則として裁判所による監督が及ばないことに鑑みても、当該患者の生命保護が十分保障されてはいないと評価する。そして、こうした治療中止の事案は、いずれにしても患者の生命権を侵害することのないような、明示的に要求された治療中止の事案とは異なる形で、憲法上の生命保護に影響を与えるものであるとする。そのため、個人の推定的意思を「正当化根拠」とした治療中止は、患者の生命保護の観点から、一方的な治療中止であるということを明示的に特徴付けるべきであるとする<sup>75)</sup>。

また、Merkelは、医療措置が処罰されないという一般原則によれば、治療の継続に関しては患者の意思が要求されるのに対して、立法者は、そこから逸脱して、治療の終了に関しても患者の意思を要求しているのだという。そして、立法者が患者の意思を考慮していることは「死にゆく人の自律的判断に基づかないあらゆる臨死介助の現象形態は、憲法上許容されない」ことによって根拠付けられている、とするテーゼがあることについても、集中治療室で起こっていることを考慮すれば、疑問があるとする。そしてMerkelは、第三者による推測が患者の意思に取って代わることを容認する者は、どのような場合においても象徴的にしか自己決定を保障しておらず、そこでは望まぬ生命の終わりばかりか、完全に他者決定される人間存在になるまで望まぬ最大限の治療を受けることをも甘受しているのだという<sup>76)</sup>。

Merkelによれば、患者の事前指示とは、第一に、最大限の医療供給から自分自身を守るためのものであるという。しかし、立法者は、医療供給

---

75) Merkel (Fn. 54), 159 f.

76) Merkel (Fn. 54), 160.

を規制する代わりに、患者の事前指示や事前配慮代理権を用いることで、この問題を克服することを選択した。このことは、意思と福祉の対立を生じさせたが、のみならず、BGHの判例<sup>77)</sup>にも示されているように、あらゆる医学的な不測の事態に備えた、裁判にも耐え得るような事前指示を作成することは不可能であるという。加えて、延命のための医学的選択の提案に反して、親族の死のために尽力するということは、事前配慮代理権者が親族を喉の渇きや飢えで死なせたと非難されるのであれば、少なくとも困難なことである、とMerkelは指摘する。そのため、Merkelは、より良いアプローチは、一方では起こり得る供給不足の場合の責任問題において医師に明確性を与えるために、他方では供給不足の場合には責任のリスクがあることも医師に認識させるために、重病患者と長期にわたる重度障害者の治療についての、手術、放射線治療、人工呼吸等々を見据えた、拘束力のあるガイドラインを作成することであったのかも知れない、との私見を展開している<sup>78)79)</sup>。

### 3. Ruth Anthea Kienzerleの見解

以上で取り上げたような、患者の事前指示制度における生命保護の不十分さを指摘する論者とは極めて対称的に、自律の観点を強調する論者の一人として、Ruth Anthea Kienzerleがいる。

Kienzerleは、患者の事前指示が立法化され、その法的拘束力が標準化されたことによって、生命維持措置が予見的にはおよそ「決定不可能」であるという問題は最早問題にはなり得なくなったのであり、それは全くもって正当なことであると評価する。そして、自己決定権とは、現在の判

---

77) 前掲注 54) 参照。

78) Merkel (Fn. 54), 173 f.

79) なお、本稿では十分な検討を行うことができなかったが、Merkelは、生命を終わらせる治療に目を向けて患者の自己決定を保障するにあたっては、治療上の願望が最も適しているとの主張を展開している。Merkel (Fn. 54), 178.



断に限られず、錯誤のリスクを抱えた将来についての判断をも含むものであるとした上で、自己の意思を誤って見積もるリスクは自己決定権に内在するものであり、このような理由から将来に関する自己決定を認めない、という論拠にはならないとする<sup>80)</sup>。また、Kienzerleは、患者の事前指示の直接的な拘束力は、治療中止の文脈においても、他律的なパターンリズム的考慮を阻止するものである、と評価する<sup>81)</sup>。このような観点から、Kienzerleは、現行の患者の事前指示制度について、基本的には積極的な評価を加えている。

まず、現行法においては、患者の事前指示の作成時には助言の義務がないことについて、Kienzerleは次のように評価する。曰く、BGB1901a条以下は、「チェックアンドバランスシステム」であるが、ここでは患者の自律性と生命の保護は、(ソフト)パターンリズム的な手続的規制を受けている。そして、患者の事前指示は書面によるものでなければならないと規定されたことで、手続的なソフトパターンリズムにより、軽率さが防がれるとともに、意思の真摯性が保障されている。また、このことは、濫用の取り締まりという形において、第三者保護の効果も有するものである<sup>82)</sup>。

このような観点から、Kienzerleは、これよりも更にパターンリズム的であるという公証が、患者の事前指示の要件として否定されたことを、高く評価している。すなわち、公証は、高度の経済的負担を伴うものであるが、これが要件として課されていたならば、生命保護と並んで手続的パターンリズム的方法によっても守られている本人の自律性は、大きく制限されるとともに、促進されるよりもむしろ、威嚇によって妨げられていたであろう、というのである<sup>83)</sup>。

他方で、Kienzerleも、患者の事前指示の作成にあたっては、専門家に

---

80) Kienzerle (Fn. 47), 312 f.

81) Kienzerle (Fn. 47), 313.

82) Kienzerle (Fn. 47), 314.

83) Kienzerle (Fn. 47), 314 f.

よる助言があることが望ましいと指摘する。すなわち、専門家の助言がないと、医学的な基礎知識がないばかりか、問題となる状況や、希望または拒否する医療措置に関する想像力や正確な定式化もないことがしばしば起こる、というのである。そして、患者の事前指示の作成者が、法律上の要件を満たすような、十分具体的かつ状況に特有の事前指示を定式化できるというのであれば、説明義務や助言義務は不要であるが、実際には、集中治療医を対象としたアンケートによれば、患者の事前指示が医師から見てもあまりに大雑把に定式化されていることがよくあるのであって、実務上も患者の事前指示の実現にあたっては問題が生じている、ということをも Kienzerle は指摘する。この問題に関連して、BGH<sup>84)</sup>は、患者の事前指示について、「一方では、事前指示が適用される治療状況を具体的に記述しており、他方では、例えば痛みや症状の治療、人工栄養と水分の供給、蘇生、人工呼吸、抗生物質の投与、人工透析（……）を挙げることによって、作成者が承諾し、あるいは禁止する医療措置を正確に指定している」ことを要求しているが、Kienzerle は、これらの要件は、患者の事前指示の作成時に専門家による助言や説明がなければ、ほとんど達成不可能であるとす。そして、この点について、説明義務を課すことは、それによって明確性と具体性という法律上の要件を保障することによって、ソフトパターンリズム的に事前指示作成者の自己決定を擁護することに資するであろう、と Kienzerle は述べる<sup>85)</sup>。

次に、Kienzerle は、とりわけ認知症患者の場合に問題となる、自然な意思についての検討を加えている。ここにおいて、Kienzerle は、人格の不連続性というテーゼを明確に退けることから出発している。すなわち、このような考え方は、激しい議論の末に勝ち取られた患者の事前指示の拘束力に逆行し、認知症患者の自己決定の可能性を著しく狭めるものである、

---

84) BGH, Beschluss vom 8. 2. 2017 - XII ZB 604/15, BGHZ 214, 62. 同決定については、拙稿・前掲注 5) 235頁以下参照。

85) Kienzerle (Fn. 47), 315 ff.

とするのである<sup>86)</sup>。その上で、Kienzerleは、認知症患者は事前指示を撤回することができるのかという問題について、自然な意思との関係から次のように論じている。

まず、自然な意思とは、弁識能力および制御能力に支えられていない意思のことであり、現行法ではBGB1906a条1項および4項に含まれる概念である。しかし、患者の事前指示の撤回に関して、BGB1901a条はいつでも形式を問わず可能であるとしているところ、この撤回にあたっては承諾能力が要件となるのか、それとも自然な意思でも十分であるのかについて、明確には述べていない。そして、自然な意思に相反する患者の事前指示を全面的に考慮するのかという問題と、認知症患者の事前指示の撤回という問題が、最大の論点になっている、というのである<sup>87)</sup>。

この問題について、Kienzerleは、「何らかの形で表明された」自然な生きる意思によって、患者の事前指示の拘束力を排除することは誤りであるとする。すなわち、自然な意思を想定するためには、本人による説得力のある行動が必要となるのであって、認知症患者によるどのような本能的な行動であっても足りるというわけではない。そして、患者の自律的な判断を尊重するというのであれば、患者の事前指示の撤回についても、作成と同一の要件を課さなければならない、というのである。そのため、Kienzerleは、患者の事前指示を撤回するためには、承諾能力が必要であると<sup>88)</sup>。そして、自然な意思については、これを事前指示の撤回についての推定的意思として再解釈することはできない、と説く。曰く、少なからぬ数の認知症患者は、微笑むことで満足しているような外観を呈することがあるが、このような態度を撤回の推定的意思として取り扱ってしまえば、認知症の領域に関するあらゆる事前指示の大部分が、通常は、推定的に撤回されたものと見なされてしまうことになりかない、というのであ

---

86) Kienzerle (Fn. 47), 318.

87) Kienzerle (Fn. 47), 318 f.

88) Kienzerle (Fn. 47), 321.

る<sup>89)</sup>。したがって、本人の自然な意思の尊重は、本人が患者の事前指示においてかつて表明した自由意思と矛盾している場合には、限界に直面するのであって、さもなくば、患者の事前指示は、自己決定という機能において、無価値なものにされてしまう、とする。そして、Kienzerleは、このような形で法的不安定性や（パターンリズム的な）推測の余地を生じてしまうことは容認できないとした上で、次のように述べる。「自己決定とは、自己答責と不可分に結び付いている。この場合、それは将来に対する法的な自己拘束の形においてである。」<sup>90)</sup>

## 6 若干の検討

以上、ドイツにおける患者の事前指示をめぐり、立法前、立法時、そして立法後に至るまでドイツ国内で主張されてきた見解を概観した。これを踏まえ、今後の日本において患者の事前指示、あるいはこれに類する制度を構築するに際して、どのような知見が得られるだろうか。以下では、ドイツ学説に対する検討と、雑駁ではあるが、暫定的な私見の展開を試みたい。

まず、本稿における検討を通じて、ドイツにおける現行の患者の事前指示制度が、必ずしも所与のものではなかったということが確認できた。とりわけ、BGHにおいても、患者の事前指示の立法前においては、その射程を無限定に認めることについては消極的であったこと、あるいは、患者の事前指示を通じた自己決定権の行使を無限定に認めるにあたって、それをどのような形で実現するのかについては、Zöller法案も有力に支持を集めていたという点は、注目に値しよう。そして、ドイツの現行法が自己決定権に重きを置いていることは、日本に先行する法制度のモデルとして

---

89) Kienzerle (Fn. 47), 322.

90) Kienzerle (Fn. 47), 322 f.

裨益するところは大きいと言えるが、未だドイツのような制度を置いていない日本を前提として議論を展開するにあたっては、ドイツの現行法に対して批判的に検討している見解も、フラットに参照するべきであると考えられる。

そのことを踏まえた上で、まず、Magnusの見解について検討すると、その主張の背景にあるのは、世話人に対する強い不信感、あるいは医学の専門家たる医師に対する信頼感であることを、その論調から窺い知ることができよう。このようなMagnusの見解は、日本との比較という観点からは、いわゆる川崎協同病院事件控訴審判決<sup>91)</sup>が、「終末期医療に伴う家族の経済的・精神的な負担等の回避という患者本人の気持ちには必ずしも沿わない思惑が入り込む危険性」を指摘していたことに通底するものがあると言えそうである。また、Magnusは、今の自分とは違うかつての自分が行った判断に、今の自分が拘束されることによって、今の自分が死ななければならないという事態、とりわけ認知症患者において起こり得るケースを強く警戒し、笑顔であるとか、周りへの興味であるとか、まだ進んで食事をするとか、あるいは呼び掛けられると喜んで反応するとか、などといったことを総合考慮して、患者の自然な生きる意思を確認することが可能であると主張しているが<sup>92)</sup>、このような見解は、もしかすると伝統的な日本的死生観に馴染むものがあるとも言えるのかも知れない。

他方で、このようなMagnusの見解を、直接的に日本の議論に援用しようとするには、筆者も躊躇を覚える。確かに、Magnusは、事実上はほとんど患者の家族等が任命されることになる世話人が、患者のためではなくて世話人自身のために、患者の事前指示を濫用する形で患者を死なせるということを強く警戒しており、その論旨自体には非常に得心がいく。しかし、そのような観点を背景として展開されるMagnusの立法論は、現

---

91) 東京高裁平成19年2月28日判決刑集63巻11号2135頁。

92) Magnus (Fn. 7), 193.

行のBGB1901a条以下に対するアンチテーゼとしてはあり得るとしても、日本における今後の制度論の基礎に据えることには、慎重でなければならないだろう。Magnusの提唱する立法論は、医師の判断の権限を、現行法よりも強化すべきであるとの点に特色があるが、これを日本の議論にそのまま援用した場合、Magnusの表現を借りるならば、かつては強く存在していた患者の家族等の権限が、医師のそれに置き換わっただけで、患者の自己決定権については何も改善していないということにもなりかねないからである。

もっとも、Magnusの主張の中でも、「公開性」を担保することが必要であるとする点は、日本を前提に考えるにあたって、大いに傾聴に値するものがあるだろう。治療行為の基礎にあるべきは、患者の意思、自律、あるいは自己決定でなければならないが、患者の意思を本人から直接確認することができない状況において、患者-家族等であれ、あるいは患者-医療当事者であれ、その判断を閉ざされた二者関係の中で完結させてしまうことには危険が伴うという視座は、日本においても共有されて然るべきものであろう。

他方で、Magnusの見解とは対極に位置するとも思われる、患者の自律の観点を強く前景化させているKienzerleの見解はどうであろうか。Kienzerleの主張は、パターンリズムに対する強い警戒を背景とするものであって、また、自己決定とは自己答責と不可分である、すなわち、Magnusの呈するような懸念については、当然自分自身がリスクとして引き受けるべきである、という主張であると解される。この見解は、現行法において、有効な患者の事前指示に強い拘束力が認められていることと整合的である。また、その論調の中に表れている一筆者から見て一ドライな自律の思想は、魅力的な部分があるようにも思われる。

問題は、このような一見方を変えれば突き放すような一自律の考え方を背景とした制度を、現在の日本において構築しようと試みたところで、果たしてそれが日本国民にとって受容可能なものとなるか否かであろう。と

りわけ、認知症患者の場合においても、Kienzerleは基本的に、患者は事前指示で示したかつての意思に拘束されるべきだ、との見解を唱えているが、このような前提のもとで構築された制度が日本でどれほど受け入れられるであろうか。この点については当然見解が分かれるであろうが、差し当たり筆者は、そのような制度は日本において時期尚早ではないかと考えるところである。

他方で、Kienzerleも、現行法において専門家による助言が制度上一切フォローされていないことには疑問を呈しているという点には、注目すべきであろう。医師による助言は結論誘導的であってはならず、結論に対して開かれた、中立的なものであるべきだが、事前指示の作成にあっては、インフォームド・コンセントを実施することこそが、自律性の行使、利益、あるいはそれに加えて発生の前提であることがしばしばある、とするKienzerleの指摘<sup>93)</sup>は、日本においても当然共有されるべきものであると考えられる。

このように検討してみると、MagnusあるいはKienzerleのいずれの見解も、日本にとって重要な指摘を含むものであり、参照すべき点は大きいと言える一方、主張の前提となっている法律状況の違い、あるいは主張の背景にある自律の思想そのものの共有可能性の点から、全面的に両者の主張を容れて議論することは、現在の日本においては難しいであろう。むしろ、Merkelが主張するように、ある人が自己決定したことは原則として「正しい」とする自己決定の基本思想は堅持しつつも、患者の事前指示という、ハードな自己決定行使の制度においては、患者の福祉との鋭い対立が生じ得るということを前提とした上で、立法よりもガイドラインの制定による方が望ましかったとする見地は、日本の現状<sup>94)</sup>とも親和的であるし、また、

---

93) Vgl. Kienzerle (Fn. 47), 316 f. ただし、中立的な助言の点については、日本の場合、自殺関与罪の問題に抵触し得ることがネックとなるだろう。

94) 例えば、厚生労働省厚生労働省「人生の最終段階における医療・ケアの決定プロセスに関するガイドライン」(2018年3月改訂)など。

従前日本で主張されてきた学説とも馴染むものであると思われる。例えば、日本において患者の事前指示、あるいはリビング・ウィルに関わる研究を先駆的に行ってきた論者として甲斐克則がいるが、甲斐は、「自己決定権は重要だが、万能ではない」<sup>95)</sup>という問題意識を前提とし、ドイツのような「自己決定モデル」を追求するだけでは解決できない問題があるとして、これを「最善の利益モデル」あるいは「治療義務限界モデル」で補完する、「混合モデル」が妥当であるとの主張を展開している<sup>96)</sup>。これら各モデルについての検討を本稿で及ぼすことはできないが、差し当たり、自己決定だけで問題を解決することはできないという視座は、今後の議論において共有すべきものであると、本稿における検討を踏まえた上で筆者も考えるところである。

## 7 おわりに

以上、本稿では、ドイツにおける議論の変遷を追うことを出発点として、BGBに規定された患者の事前指示についての学説からの評価を手掛かりに、現行法における制度の問題点を確認し、今後の日本において共有されるべき視座の抽出を試みた。本稿における検討は、大綱、以下のようにまとめることができよう。

まず、ドイツにおける患者の事前指示とは、BGBにおいて立法化される以前から、ドイツ国民にとって非常に関心の高いテーマであった。もっとも、立法以前においては、BGHにおいても、患者の事前指示の射程は制限されるべきであるとの見解が採られていたなど、必ずしも現行法のような強い拘束力を認めることが、制度における所与の前提としてあったわ

---

95) 甲斐・前掲注2) 5頁。

96) 甲斐克則「患者の事前指示と自己決定（権）の射程」只木誠、グナー・デュトゲ編『終末期医療、安楽死・尊厳死に関する総合的研究』（2021年）111頁以下参照。



けではない。この点は、立法段階における草案において、患者の事前指示の射程が主たる争点とされていたことから、窺い知ることができる。もっとも、現行のBGB1901a条以下、あるいはその後のBGH判例においては、要件を満たしている患者の事前指示については、そこに極めて強い拘束力が伴うことが前提とされている。こうした現行法に対するドイツ学説の評価としては、患者の自己決定権を擁護し、推進すべきであるとの見地から、これを積極的に評価する見解と、患者の自己決定権と同時に患者の生命保護も図らなければならないとする見地から、現行法の定めるような強い拘束力に疑義を差し挟む見解の、両論いずれも存することが取られる。

そして、以上のような本稿における検討を経たことによって、患者の事前指示とは自己決定権の行使なのであって、常にこれだけを根拠としていわゆる終末期医療の問題を解決すべきだとする立場は、ドイツにおいても必ずしも無条件で賛成されているわけではない、ということが確認された。しかし、その一方で、本稿で検討したドイツの学説のいずれにおいても、いわゆる終末期医療と自己決定の問題については、法定化あるいはガイドライン化された手続きに従うことが重要であるという、一種の「手続き化」が不可欠であるという点については、コンセンサスが形成されていることも確認できた。現状における患者の事前指示が制度として問題がないか否かについては議論があるとしても、本人の意思が不明な状況において、本人の自己決定、更には関係者にとっての安定性をもたらすためには、いずれにせよ制度化が不可欠なのであって、そしてそこに定められた手続きに従うことが重要であるという問題意識は、今後の日本にとっても共有されるべきものであると思われる。

これらの点を明らかにしたことで、本稿の目的は一応達成されたと評価することはできるであろうが、同時に、本稿では残された課題も少なくないところである。

まず、ドイツで展開されている学説について、本稿ではごく限られたものしか検討することができなかった。本稿で取り上げた論者は、いずれも、

背景にある自律の考え方の点、あるいは具体的な制度（改正）論でそれぞれ特色があり、参照価値があるものと考えるが、他方で、自己決定・自律と生命保護という、重要な価値同士で摩擦が生じている領域において、一定の価値決定を為すにあたっては、更に多角的な不断の検討が不可欠となるのであって、ドイツにおける学説についても、本稿で取り上げたものとは異なる見地から現行法を評価するものを、引き続き検討していくことが、今後の筆者に課せられた課題であろう<sup>97)</sup>。

また、それとの関連で、各論者が背景としている自律の観念が、どのような内実を伴うものであるのかについても、本稿では検討を及ぼすことができなかった。この点、例えばMagnusは、Kant, Feinberg, Beauchamp/Childressらの自律観を検討した上で私見を展開しているが<sup>98)</sup>、日本における今後の立法論、制度論あるいは当為論を展開するにあたって、こうした前提を度外視することはできないであろう。

また、本稿においては、刑法における違法性阻却について、患者の事前指示がどのように影響し得るのかについても検討することができなかつ

---

97) この点、本稿では詳細に取り上げるには至らなかったが、以下の二名のドイツ刑法学者による、患者の事前指示に対する評価は示唆に富む。Karsten Gaedeは、患者の事前指示とは、様々な問題点が指摘されるものではあって、そのため「王道」(Königsweg)とは言えないけれども、それでも「応急措置」(Notbehelf)よりは多くのものをもたらすと評価している。Gaede, in: Duttge/Steuer/Tadaki (Hrsg.), Menschenwürde und Selbstbestimmung in der medizinischen Versorgung am Lebensende (2022), 109 ff. (既訳として、カーステン・ゲーデ「患者の事前指示：王道かそれとも応急措置か？—ドイツ法を例として—」只木、デュトゲ編・前掲注96) 398頁以下参照)。これに対して、Gunnar Duttgeは、患者の事前指示が、実際にできること以上のことを期待させてしまうものであるとして、現行の患者の事前指示法制に対して懐疑的である。Duttge, in: Coors/Jox/in der Schmitt (Hrsg.), Advance Care Planning: Von der Patientenverfügung zur gesundheitlichen Vorausplanung (2015), 39 ff.

98) Magnus (Fn. 7), 38 ff.

ドイツにおける患者の事前指示法制をめぐる動向および学説に関する一考察(秋山)

た。この点も、本稿において明確に残された課題であるが、これも別稿に譲らざるを得ない。

(大東文化大学法学部非常勤講師)