

ドイツ刑事判例研究 (91)

ドイツ刑法研究会
(代表 曲 田 統)*

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
BGB §§ 1901a Abs. 1, 1901a Abs. 2 S. 1, 1901a Abs. 3, 1904 Abs. 2

山 本 絃 之**

a) 生命維持の措置の中止は、患者が中止に関する自己の意思をすでに有効な事前指示 (BGB1901条 a 第 1 項) に記録しており、事前指示が具体的に生じた生命・治療の状況を対象としている場合には、BGB1904条 2 項に基づく世話裁判所による許可は必要ない。その他の場合については、BGB1901条 a 第 2 項 1 文は、治療上の希望 (Behandlungswünschen) と患者の推定的意思を区別している。

b) 「不可逆的な死への経過」を伴う基礎疾患は、生命維持の措置の中止を許容するための要件ではない。現実に承諾能力のない患者の現実のまたは推定的意思の拘束力にとっては、疾患の種類と段階は重

* 所員・中央大学法学部教授

** 嘱託研究所員・大東文化大学法学部教授

要ではない（BGB1901条 a 第3項）。

c) 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し、関連する法益の重要性を考慮しなければならない。その際、患者の死期が切迫しているか否かによる区別はなされない（この点、当部の決定（BGHZ 154, 205）とは異なる）。

BGH, Beschluss v. 17. 9. 2014 - XII ZB 202/13 (LG Chemnitz).

BGHZ 202, 226-242 = NJW 2014, 3572, FamRZ 2014, 1909, JZ 2015, 39,
MedR 2015, 508 usw.

《事実の概要》

I.

〔1〕本手続は、承諾能力のない患者への人工的栄養補給の中止に関する世話人の承諾にかかる世話裁判所の許可に関するものである。

〔2〕1963年生まれのこの患者は、2009年9月18日に脳内出血を発症し、覚醒昏睡という意味での失外套症候群に至った。この患者はPEG胃ゾンデによって栄養補給を受けており、意思疎通は不可能であった。

〔3〕2009年9月22日の決定によってAGは、患者の夫および娘ならびに請求2、3に関する訴訟参加人（以下、世話人とする）を、仮命令によって、特に健康・財産管理および公的手続の代理を任務とする世話人に任命した。世話人は、本案に関しても、2010年4月12日の決定により、2017年4月1日の再審査期限を付した上で命じられた。2010年7月27日に世話人らは、以後の生命維持に関する医療措置にもはや承諾しないこともしくは生命維持の措置の続行への承諾を撤回することの許可、または人工的栄養補給の中止に関する許可を申請した。2011年9月29日および2012年2月15日に、世話人らは、それを再申請し、さらに予備的に、人工的栄養補給の中止はBGB1904条4項の許可は必要ないことの確認を求めた。人工的栄養補給の中止が患者の意思に沿っていることについては、患者の治療医と一

致していた。

〔4〕AGは申請も予備的申請も容れなかった。LGは世話人の抗告を棄却した。これに対して法律抗告がなされた。

《理由》

II.

〔5〕法律抗告には合理的な理由がある。異議が申し立てられた決定を破棄し、LGへ事案を差し戻す。

〔6〕1. LGは理由づけにあたり、患者が人工的栄養補給の中止を、本件の事実関係において望んでいたことを疑いなく認定することはできないと述べている。PEG胃ゾンデによる人工的栄養補給を中止するという判断には、治療に関する、世話人のかつての承諾の撤回と、それに基づいて講じられていた治療に対する承諾の拒否が存在する。医的侵襲に関する世話人の不承諾または承諾の撤回に関する許可は、それが被世話人の意思に合致する場合はBGB1904条3項に基づいて与えられなければならないとされている。——本件のように——患者の事前指示がない事案においては、世話人は患者の推定的意思を認定し、それに基づいて判断しなければならない。患者の基礎疾患はたしかに不可逆的であり、死への経過が始まっているが、死期が迫っていない場合には、推定的意思の推知には高い要求水準が立てられるべきだとされた。

〔7〕抗告手続において請求された事実審理に基づけば、患者の病気が不可逆的な死への経過が始まっているが、死期が迫ってはいないことが認定されている。病気が原因で、患者との意思疎通は不可能であったので、目下、適切に判断するためには、推定的意思が考慮されるべきであったとされた。世話人と抗告手続において採用された証人——患者の母親、娘および女友達——は、患者が過去に、もし昏睡状態に陥って意思表示が不可能となり、積極的な活動ができなくなった際は生命維持の措置を求めず、安らかに眠りにつきたい旨を何度も述べていたという点で、大筋において一致し、納得できる追体験可能な証言を行っていた。世話人に任命された患

者の夫は、2009年にはさらに、患者の事前指示の書式が自宅に保管されていたが、それを記入する時間はなかった旨を述べている。

〔8〕患者が過去にすでにこの問題に真剣に向き合っていたことは明白になっているとされた。そのきっかけとなったのは、たいていはたとえば患者の両親、女友達のめいやその他の、その重大な疾患によって（ストレッチャー型の）車椅子を用いていた第三者の重大な疾患であったとされている。患者のこの意見表明がきわめて真摯に受け止めるべきもののだとしても、患者の事前指示の枠組みで表明されるべき疾患の質と重大さを含むものではないと評された。2001年に短期的に昏睡状態に陥り、その後72歳で死去した患者の父の重大な疾患をきっかけとして、生命維持の措置という問題について述べている点については、本件の状況は患者と比較できるものではないとされた。患者の父は死期が迫っていた上、患者よりもはるかに年長であった。目下の状況における生命維持の措置の中止に関する具体的な自己決定の重要性は、不幸にも重大な疾患を患った第三者をきっかけとした患者の意見表明にはそぐわない。患者の女友達は、生命維持のための器具がいかなる場合でも外されるべきなのか、あるいは治癒と意識回復の見込みがない場合に限るのかという問題は、患者と話したことがないと述べたとのことである。

〔9〕患者は、もし病気と苦痛に苛まれることになれば生命維持の措置を望んでいない旨を、患者の夫が述べている。しかしながら原審は、患者の状況は病気または苦痛に苛まれているものではないと捉えた。それゆえ、患者にとって実際の生命・治療の状況における生命維持の措置が受け入れられるのか拒絶するのかということを疑いなく認定することはできないとされた。さらに、患者の事前指示の原案に関する、どの具体的書式が選択されたはずかという点については、患者の夫は詳細には述べていないという事情は、患者が本件における重要な生命状況に具体的かつ拘束的に想定していたであろうという認定に消極的に作用するとされた。

〔10〕2. 叙上の敷衍は、すべての点において法的な再検討に耐えられない。

[11] a) 抗告審は適切にも、第一に本件では世話人によって意図された、承諾無能力の患者の人工的栄養補給の中止への承諾は BGB1904条 2 項に基づき、世話裁判所の許可が必要だという点から出発している。というのは、BGB1901条 a 第 1 項に基づく有効な患者の事前指示も、不承諾または承諾の撤回が、BGB1901条 a に基づいて認定された患者の意思に沿うものであるという一致も、世話人と治療医との間にないからである (BGB1904条 4 項)。

[12] aa) BGB1904条 2 項によれば、医的侵襲に対する世話人の不承諾または承諾の撤回は、その措置が医学上適切であり、またはその措置の中止によって被世話人が死亡する根拠ある危険がある場合は、世話裁判所の許可を必要とする。この規定は、2009年 7 月 29 日の世話法改正のための第三次法 (BGBI. I S. 2286) ——いわゆる患者の事前の指示に関する法律——による、患者の意思に沿った治療の限界に関する包括的な新しい世話法の一部である。2009年 9 月 1 日に施行された同法は、第一に、世話人が医学上適切な一定の措置に対して、患者の意思に沿って承諾しない、または以前に与えた承諾を撤回しようとする場合は、そうした世話人の判断への義務的な許可を定めている (BGB1904条 2 項ないし 4 項)。抗告裁判所は適切にも、PEG 胃ゾンデによって可能となった人工的栄養補給への承諾の撤回は、一本件のように一措置の中止によって死亡の危険がある場合は、同規定の適用を受け、原則として世話裁判所の許可が必要であるということを出発点としている (*Heitmann*, in: NK-BGB, 3. Aufl., §1904 Rn. 16; vgl. auch Senatsbeschluss *BGHZ* 154, 205 [= JZ 2003, 732 mit Anm. *Spickhoff*] = *FamRZ* 2003, 748, 750)。

[13] bb) 生命維持の措置の中止はしかしながら、患者がすでに有効な患者の事前指示 (BGB1901条 a 第 1 項) にその意思を示しており、それが具体的に生じている生命・治療の状況を対象としている場合は、BGB1904条 2 項による世話裁判所による許可は不要である。

[14] BGB1901条 a 第 1 項の定めるところによれば、患者の事前指示は承諾能力ある成人の書面による意思表示であり、それによってその者はま

だ間近に迫っていない医療上の措置を承諾するか否かを、将来、承諾無能力となった場合に備えて判断するものである。患者の事前指示が、具体的に生じている生命・治療の状況に対する一定の医療上の措置への承諾または不承諾に関する判断を含んでいる場合は、その措置に対する、世話裁判所の許可にかかる世話人の承諾は必要ない。というのは、患者みずからがすべての関与者を拘束する判断を行ったからである（BT-Drucks. 16/8442 S. 14; BGHZ 154, 205 = FamRZ 2003, 748, 750; Götz, in: Palandt, BGB, 73. Aufl., §1901a Rn. 2; Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Btreuungsrecht, 5. Aufl., §1901a BGB Rn. 50; Bauer, in: HK-BUR [Stand: Juli 2011], §1901a BGB Rn. 27 f.; a. A. Roth, in: Erman, BGB, 13. Aufl., §1901a Rn. 8; Albrecht/Albrecht MittBayNot 2009, 426, 432）。この場合、患者の事前指示に収められている患者の意思を表明して実現することだけが世話人の責である（BGB1901条 a 第1項2文）。

〔15〕しかしながら、BGB1901条 a 第1項に基づく有効な患者の事前指示の要件が揃っていない、または患者の事前指示が具体的に生じている生命・治療の状況に一致しない場合は、BGB1904条2項の許可の必要性が生じる。本件においては被世話人の意思表示は直接の効力を持たないから（BT-Drucks. 16/8442 S. 11; vgl. auch G. Müller, in: BeckOK BGB, §1901a Rn. 23; Götz, in: Palandt, BGB 73. Aufl., §1901a Rn. 17）、世話人はBGB1901条 a 第2項に基づいて、問題になっている医療上の措置に承諾するか否かの判断を世話人がしなければならない。その際、世話人は患者の治療上の希望または推定的意思を実現しなければならない。それに基づいて世話人が、生命維持の措置の中止への承諾を推論するのであれば、その判断は、——BGB1904条4項の場合を除いて——世話裁判所による許可を必要とする。

〔16〕本件においては、患者は、抗告審の認定によればBGB1901条 a 第1項の形式的要件を満たす書面による患者の事前指示は作成していなかった。患者とその夫はたしかに、2009年9月に患者の事前指示のための書式を持っていた。しかしながらそれが記入されることはなかった。

[17] cc) 不承諾または承諾の撤回が、BGB1901条 a に基づいて認定された被世話人の意思に沿っているという合意が世話人と治療医との間にある場合は、BGB1904条 4 項によれば、世話人の判断に関する世話裁判所の許可は不要である。

[18] (1) BGB1901条 b においては、患者の意思を発見するために必要な治療医と世話人の対話に関する明確な法規定がある。BGB1901条 a 第 1 項にいう書面による患者の事前指示が存在し、それが現在の生命・治療の状況に向けられているということについて世話人と治療医の間で一致している場合は、世話裁判所の許可は不要である。なぜなら、患者自身の判断の作用ゆえに、世話人による医療上の措置への不承諾や承諾の撤回は不要だからである (BT-Drucks. 16/8442 S. 11)。拘束力ある患者の事前指示がない場合については、BGB1901条 a 第 2 項に基づき、治療上の希望または患者の推定的意思が重要になる。世話人と治療医が、承諾を与えること、不承諾、承諾の撤回が BGB1901条 a 第 2 項に基づいて確定された患者の意思に沿っていることについて世話人と治療医の間で一致することができる場合は、BGB1904条 4 項に基づいて、世話人の判断は世話裁判所による許可を要しない (BT-Drucks. 16/8442 S. 18; vgl. auch *BGHSt* 55, 191 = *FamRZ* 2010, 1551, Rn. 17; sowie *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* [a. a. O.], §1904 BGB Rn. 137; *Kieß*, in: *Jurzeleit*, *Betreuungsrecht*, 3. Aufl., §1904 BGB Rn. 97, *Götz*, in: *Palandt*, [a.a.O.], §1904, Rn. 22; *Bauer*, in: *HK-BUR* [Stand: Juni 2013], §1904 Rn. 96; a. A. *Roth*, in: *BtKomm*, E Rn. 24. それゆえ、医師と世話人が一致して患者の推定的意思を出発点とする場合であっても、裁判所による許可は必要である)。そのため、立法者意思によれば、裁判所による許可は、争いのある事案においてのみ必要だということが明らかとなる。濫用のおそれがない場合は、患者の意思の実現は場合によっては複数の裁判部において、長期化される世話裁判所の手続にかからせるべきではない。さもなければ手続の最中に問題になっている医療上の措置が原則として続行され、それによって場合によっては患者の自己決定権が大きく害されることになってしまうから、患者の意思の現実化が大幅に遅

延するか、不可能になってしまうであろう。とりわけ世話権の濫用からの患者の保護については、一方で、判断の際に医師と世話人との相互コントロールがあることを挙げることができる。他方では、特に被世話人の配偶者、パートナー、親族または信頼できる人物といった第三者が、世話手続における職権探知主義に基づいて随時、世話人の判断の世話裁判所によるコントロールを作動させることができる（BT-Drucks. 16/8442 S. 19）。

〔19〕もっとも、侵害の重大性を考えれば、裁判所の介入に関する閾値を過度に高く設定するべきではない（*Kieß*, in: *Jungeleit* [a.a.O.], §1904 BGB Rn. 13）。世話裁判所は、計画されている措置が患者の意思に沿っているか、行為者の誰かが疑いを持った際は常に BGB1904条2項に基づく許可の手続きに入らなければならない（vgl. *Schwab*, in: MünchKommBGB, 6. Aufl., §1904 Rn. 53; *Marschner*, in: *Jürgens*, *Betreuungsrecht*, 5. Aufl., §1904 BGB Rn. 14; vgl. auch BT-Drucks. 16/8442 S. 19）。この手続きは世話行為の法的限界を明らかにし、患者の現実のまたは推定的意思を——可能な範囲で——突き止めるための司法手続の枠組みを提供するものである。この手続きは、世話人の判断に正当性を付すものであり、世話人の負担を軽減するとともに、その判断を他の関与者に仲介し、それと異なる刑法上の事後判断のリスクから世話人を守るためのものである（Senatsbeschluss *BGHZ* 154, 205 [= *JZ* 2003, 732 mit Anm. *Spickhoff*] = *FamRZ* 2003, 748, 755, m. w. N.; vgl. *Spickhoff*, *Medizinrecht*, §1901a BGB Rn. 14）。それゆえ、世話裁判所の審査権限は、たしかに、世話人と治療医の間で一致はあるが、世話裁判所の許可が請求されている場合にも及ぶ（*Jurgeleit/Kieß* [a.a.O.], §1904 BGB Rn. 77 f.）。

〔20〕BGB1904条4項における合意を裁判所が認定できるのであれば、裁判所はそれ以上の裁判上の審理をすることなく世話裁判所による許可の請求を拒否すべきであり、裁判所による許可は不要であることを示すいわゆる無異議回答を出すべきである（*LG Kleve FamRZ* 2010, 1841, 1843; *AG Nordenham FamRZ* 2011, 1327, 1328; vgl. auch *LG Oldenburg FamRZ* 2010, 1470, 1471; *Schwab*, in: MünchKommBGB, 6. Aufl., §1904 Rn. 56; *Marschner*,

in: *Jürgens*, *Betreuungsrecht*, 4. Aufl., Rn. 13; *Bauer*, in: HK-BUR [Stand: Juni 2013], §1904 Rn. 106; a. A. *Kieß*, in: *Jurpleit* [a.a.O.], §1904 BGB Rn. 11; *Götz*, in: *Palandt* [a.a.O.], §1904 Rn. 22. これによれば, 無異議鑑定は不適切だとされる)。合意があるにもかかわらず, 裁判所が当初は, 裁判所の裁量内にある調査可能性によって患者の意思の調査の端緒を見出したが, 審査の結果, 不承諾または承諾の撤回が BGB1901条 a によって認定された意思に合致していた場合も同様である。それに対して, 見解が一致しない, または治療医や世話人が被世話人の治療上の希望について疑いを持つ場合は, 世話裁判所は不承諾または承諾の撤回に関する世話人の判断が実際に突き止められた患者の意思に合致しているかどうかのチェックに基づいて, BGB1904条 2 項により許可を与えるか拒絶するかをしなければならない。

[21] (2)このように考えると, 世話人は2012年 2 月15日の要請によって患者の治療医と共同で書面によって, 人工的栄養補給の中止への不承諾または承諾の撤回は患者の意思に沿うものである旨の合意を示しているにもかかわらず, 抗告審は本件において BGB1904条 4 項による審査だけに限定していないことは正当である。世話人と治療医の間の合意が最初は形成されず, 患者の意思に沿っていることへの疑問を裁判所が抱いてからは, 裁判所は職権主義に基づいて裁判手続きにおいて患者の意思を確認しなければならない (*Schwab*, in: *MünchKommBGB*, 6. Aufl., §1904 Rn. 56. これによれば, 裁判所はみずからの濫用の疑いの際にも無異議鑑定を出し, BGB1837条 2 項ないし 4 項および1908条 i 第 1 項 1 文によるコントロール手続きを執らなければならないとされる)。いずれにしても, 患者が他の施設に転送され治療医が変更になった以上, 抗告判断の時点における世話人と治療医の間での合意はもはや認定できない。

[22] b) 抗告審は同様に正当にも, 旧規定に関する2003年 3 月17日の決定 (*BGHZ* 154, 205 = *FamRZ* 2003, 748, 751) と関連して, 「不可逆的な死への経過」を伴う基礎疾患の存在は, 生命維持の措置の中止を許容するための要件ではないとした。新規定によれば, BGB1901条 a 第 3 項におい

て、現実に承諾無能力な患者の現実のまたは推定的意思の拘束力にとっては、疾患の種類および段階は重要ではない旨が述べられている (BT-Drucks. 16/8442 S. 16; *BGHSt* 55, 191 [= *JZ* 2011, 532, dazu *Engländer JZ* 2011, 513] = *FamRZ* 2010, 1511 Rn. 14 ff.; *Fröschle/Guckes/Kuhrke/Locher, Betreuungs- und Unterbringungsverfahren*, §298 *FamFG* Rn. 19)。基礎疾患が、死への経過にまだつながっていない場合、すなわち死への経過がまだ始まっていない場合でも、憲法上保障されている患者の自己決定権は尊重され、その意思に反して医療上の措置を講じたり続行することは許されない。生命維持の措置の中止は、相応する患者の意思がある場合、一般的な決定の自由 (GG1条1項と関連において、2条1項) および身体の不可侵性 (GG2条2項) という権利の表れとして原則として許容される。患者は、その治療が、死に至る病を治癒させる、あるいは死の発生を大幅に遅らせることができる場合でも、その治療を拒絶することができる (BT-Drucks. 16/8442 S. 9)。

[23] c) それに反して、抗告審が、その認定を基礎にして、人工的栄養補給の中止は患者の推定的意思に沿わないと評したことに、法の適用の誤りがないとは言えない。さらに抗告審は、患者の治療上の希望があったかどうかという優先的な問題に取り組んでいない。

[24] aa) 不承諾または承諾の撤回が患者の意思に沿う場合は、BGB1904条2項に基づいて世話裁判所による許可が与えられなければならない (BGB1904条3項)。世話裁判所は、被世話人の保護のために、世話人の判断が、突き止められた患者の意思に実際に沿うものであるかを検討しなければならない。裁判所による検討の基準は、個々の患者の意思である。その際、BGB1901条a第2項で挙げられている手がかかりが、推定的意思の調査にとって重要である (BT-Drucks. 16/8442 S. 18)。これにおいて、BGB1901条a第2項1文は、治療上の希望と患者の推定的意思を区別している。

[25] (1) BGB1901条a第2項にいう治療上の希望とは、具体的な生命・治療の状況についての決断を含むが、たとえば書面にまとめられていな

い、事前の判断を含んでいない、あるいは未成年者によるものであるなどの理由で BGB1901条 a 第 1 項の患者の事前指示の要求は満たしていない患者のすべての意思表示を言う。BGB1901条 a にいう患者の事前指示も、それが実際の生命・治療状況に一致せず、それゆえ直接の効力を持たない場合には、治療上の希望として考慮されうる (*Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann*, *Betreuungsrecht*, 5. Aufl., §1901a BGB Rn.57; *Götz*, in: *Palandt* [a.a.O.], §1901a Rn. 28; *Jürgens*, in: *Jürgens*, *Betreuungsrecht*, 5. Aufl., §1901a BGB Rn. 16; *Bauer*, in: *HK-BUR* [Stand: Juli 2011], §1901a BGB Rn. 71)。治療上の希望は、疾患を考慮に入れて最近表明されており、実際の治療状況との関連が具体的に示されており、患者の目的が認識できる場合には特に強い効果を持つ (*Schneider*, in: *MünchKommStGB*, 2. Aufl., Vorbem. zu §211 ff. Rn. 156)。世話人は、BGB1901条 a 第 2 項に基づいてだけでなく、BGB1901条 3 項によってすでに、患者の治療上の希望に拘束される (a. A. wohl *Kutzer*, in: *Festschrift für Rissing-van Saan*, S. 337, 353. これによれば、単に口頭で表明された治療上の希望は、世話人を直接に拘束するのではなく、世話人の全体状況の評価において考慮されるにすぎないとされる)。

[26] (2)それに対して、実際の生命・治療の状況と関連する患者の意思を認定できない場合は、患者の推定的意思に焦点があてられる。推定的意思とは具体的な手がかり、特に患者の世話人のかつての口頭または書面による (しかしながら実際の生命・治療の状況とは関連を有しない)、倫理的または宗教上の信念およびその他人格的な価値観を手がかりとして突き止められる (BGB1901条 a 第 2 項 2 文および 3 文)。世話人はただ、もし患者がみずから決断できるとしたら、具体的状況においてどのように判断したであろうかという問いを立てるにすぎない (*Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* [a.a.O.], §1901a BGB Rn. 67 ff.)。

[27] もっとも、そのような患者の推定的意思の考慮は、承諾無能力になる前に表明された患者の現実の意思を突き止めることができない場合に、その限りにおいて補助的に考慮されるにすぎない (*BGHZ* 154, 205 = *FamRZ* 2003, 748, 752; *BGHSt* 55, 191 = *FamRZ* 2010, 1551 Rn. 17)。患者の意思

表明が存在する場合は、それが今なお効力ある自己決定権の表現として世話人を拘束する。患者の意思は、その表明形式を問わず常に尊重されなければならない (BT-Drucks. 16/13314 S. 22 zu §1901 b BGB)。一定の医療上の措置に承諾する、または反対する意思表示が、世話人によって患者の「推定的意思を考慮すること」によって枉げられてはならない (BGHZ 154, 205 = FamRZ 2003, 748, 752)。

[28] (3) BGB1901条 a 第1項にいう書面による患者の事前指示がある場合も同様に、一般的な内容にとどまる治療上の希望を突き止めるだけでは不十分である。

[29] BGB1901条 a にいう患者の事前指示が直接の拘束力を持つのは、一定の、まだ間近に迫っていない医療上の措置への患者の承諾・不承諾に関する具体的な判断を窺える場合だけである。治療の結果がもはや期待できなくなったら尊厳ある死を可能にしてもらいたいとか、認めてもらいたいといった一般的な指示、要求は最初から不十分である (Bauer, in: HK-BUR [Stand: Juli 2011], §1901a BGB Rn. 39; Spickhoff, Medizinrecht, §1901a BGB Rn. 7)。しかし、患者の事前指示の特定性に関する要請が過度なものであってならない。患者が一定の生命・治療状況において望むこと、望まないことが記されていれば、要件としては足りる。患者が、患者としての伝記を予想して将来の医学の進展を先取りして考慮することは必要ない (Götz, in: Palandt [a.a.O.], §1901a Rn. 18)。特に、承諾能力のある患者による措置への意思表示の場合と同じ精確さの基準を立てることは不適切である (vgl. Spickhoff, FamRZ 2014, 1848 f.)。さもなければ、患者の事前指示は、特定性に関する要請が充たされていないという理由で、ほとんどすべてが拘束力を否定されてしまうであろう (vgl. auch Schneider, in: MünchKommStGB, 2. Aufl., Vorbem. zu §§211 ff. Rn. 146; Jürgens, in: Jürgens [a.a.O.], §1901a BGB Rn. 8)。

[30] 特定性に関する類似の基準は、BGB1901条 a の治療上の希望の判断にあっても、要請されるべきである。ある基準が十分に特定されているとしても、それはその個別の事例についてだけのことである。書面による

患者の事前指示と同様、患者の口頭の表明も、考慮の対象となる。

[31] (4)さらに決定的となるのは、一定の医的侵襲が、まだ間近に迫っていない、生命・治療の状況に組み込まれた時点において、相応する指示があるかどうかである（いわゆる患者の事前指示と必要な医的侵襲の競合）。

[32] bb) 異議が申し立てられた判断は、これらの諸原理に照らすと、全体において正当とまでは言えない。

[33] (1) BGB1901条 a 第 1 項という書面による患者の事前指示が存在しないため、抗告裁判所は適切にも、患者の意思の調査のために BGB1901条 a 第 2 項に着目した。もっとも、抗告裁判所は治療上の希望と推定的意思を区別せず、患者の推定的意思を突き止めるべきだとしていた。その際、抗告裁判所は、法律抗告が正当にも非難するように、証人 L の証言を十分に考慮していない。

[34] 証人 L に対する患者の口頭での表明において、BGB1901条 a 第 2 項 1 文という治療上の希望、すなわち患者はそれによって具体的な生命・治療状況に関する意見表明をするものであるが、実際の治療・生命状況に関してそれが述べられていたかどうかを検討するきっかけを、抗告裁判所は擱んでいた。患者の推定的意思を考慮することは、それを考慮から外すことに等しい (vgl. auch *BGHSt* 55, 191 = *FamRZ* 2010, Rn. 5, 17)。

[35] 患者は、証人 L の証言によれば、39歳で覚醒昏睡状態に陥った患者のおいの病気をきっかけに、意思表明をしていた。証人 L への尋問による記録の示すところによれば、患者は、自分もおいのような状態になった場合は、人工的な生命維持は望まない旨を述べていたという。抗告裁判所によればさらに、二人の世話人も証人と同じように、以下のように説明しているが、それは信用できるものであり、追体験可能である。すなわち、患者は、もし昏睡状態に陥り、その意思をもはや表明できず、もはや積極的な生存が不可能な場合は、延命措置を望まないということを過去に何度も述べていた、という証言である。

[36] (2)異議が申し立てられた判断はさらに、法的な疑いがある。なぜなら、患者の死が——本件のように——迫っていない場合には、推定的意思

の調査と推定に高すぎる要求を立てているからである。

[37] この考えは、BGB1901条 a 第3項と整合的ではない。同規定は、患者の意思の尊重と実現を、疾患の種類および段階に関係なく重視することを明確に打ち出しているからである。さらに同じく BGB1901条 a 第3項からは、患者の死が間近に迫っていない場合の治療上の希望や推定的意思の調査と推定について特に高い要求を立てる旨を導くことはできない。治療と関連する患者の意思の確定には、GG1条1項との関連における2条2項および2条1項から生じる自己決定権 (vgl. insoweit auch *BVerfG FamRZ* 2011, 1927, Rn. 35 f.) と GG2条2項1文によって保障される生命の保護という法益の重大性に鑑み、厳格な証明の基準が適用される。このことは特に、書面による患者の事前指示に誤りがあった場合に過去に口頭で表明された患者の意思の確定が問題になっている場合にあてはまる (vgl. auch *BGHSt* 55, 191 = *FamRZ* 2010, 1551 Rn. 38; *BGH*, Beschluss v. 10. 11. 2010-2 StR 320/10 = *FamRZ* 2011, 108 Rn. 12)。患者の推定的意思の調査にあつては特に、世話人の評価とイメージが基準にならないように留意すべきである。推定的意思の調査と推定において立てられるべき厳格な要求はしかし、患者の死が間近に迫っているか否かとは無関係に妥当する (a. A. *LG Kleve FamRZ* 2010, 1841, 1843; *AG Nordenham FamRZ* 2011, 1327, 1328; *Schwab*, in: *MünchKommBGB*, 6. Aufl., §1901a Rn. 50; *Kutscher*, in: *Festschrift für Rissing-van Saan*, 2011, S. 337, 354; 旧法下におけるものとして, *BGHZ* 154, 205 = *FamRZ* 2003, 748, 751 unter Bezugnahme auf *BGH*, Uerteil v. 13. 9. 1994-StR 357/94 = *NJW* 1995, 204)。

[38] 抗告裁判所はそれに対して、患者の死が間近に迫っていない場合には推定的意思の調査と推定についてより高度な要求を立てている点で、誤った基準を出発点としている。

[39] 3. 抗告裁判所の判断は、それゆえ維持できない。差戻審において抗告裁判所は、治療上の希望があるかもしれないこと、場合によっては患者の推定的意思を、証人Lの証言を考慮し、具体的な審査基準を立てた上で、調査しなければならない。当部はさらに、以下の点を指摘しておき

たい。

[40] a) 患者の表現は、患者が証人 L とその対話において、すべての場合に生命維持の措置を排除する趣旨なのか、治癒や覚醒のチャンスがない場合に限っていたのかを詳細には区別していなかったという理由で軽視すべきではない。というのは、抗告裁判所は抗告手続において請求された事実認定を排斥しているが、この請求によれば、患者の病気は不可逆的な死の経過に至っていたとされていたからである。さらに、鑑定人は、——長期間経過後に、臨床上是改善されたという散発的な症例報告はあるものの——植物状態が——本件の患者のように——半年以上続いた場合は、意識的で自立した生活の蓋然性が 0 % であると述べている。

[41] b) 患者の口頭による意思表示は、患者が、自宅で用紙を用意していたにもかかわらず書面による患者の事前指示を完成させていないということによって相対化されない。その事情によって、患者が、まだ具体的に拘束的な態度決定を望まずに患者の事前指示の作成から（ひとまずは）距離を置きたいと思っていたとか、すでに内容上確定していたといった推論はできない。抗告審による認定によれば、患者は、自分の疾患をまだまったく意識していない時点において患者の事前指示を作成しようと思っていたが、思いがけず重篤化する前に、様々な様式のいずれも選んでいなかったという点に尽きる。

《研究》

本決定は、延命措置の中止の許容性に関する民事判例である。そのため、本決定の要旨はドイツ民法1901条 a など（以下、ドイツ民法は単に条数のみを示す。また、同条および関連条文の試訳を末尾に掲載したので、適宜参照されたい）の、成年後見（世話）に関する規定に関するものである。他方、本決定に先立つドイツの刑事判例¹⁾は、法秩序の統一性という

1) BGHSt 55, 191 ff; BGH NJW 2011, 161. これらの展開については、武藤真朗「ドイツにおける治療中止」甲斐克則編『終末期医療と医事法』（2013年、信山社）190頁以下、拙稿「治療中止の不可罰性の根拠について」大東法学23巻1

観点から、民法上の許容性評価が刑法上の違法評価に影響を及ぼす旨を示しているから、本決定は今後の刑事判例への影響も少なくない²⁾。

1. 要旨(a)について

本決定における患者は、すでに意識不明に陥っているが、1901条 a が定める患者の事前指示 (リビングウィル) を作成していない。同条 2 項によれば、有効な事前指示が存在しない場合は、被世話人の意思に沿って治療方針を決定するとされている。本決定では、患者がどのような意思を有しているかという事実の認定だけではなく、同条同項の解釈論も問われている。すなわち、本決定は、要旨 (a) にも表れているように、「BGB1901条 a 第 2 項 1 文は、治療上の希望と患者の推定的意思を区別している」と解したのである (本決定 Rdn. 24. 以下、本決定については単に Rdn. XX と示す)。以下、詳説する。

患者が意識不明に陥るなど、承諾無能力となった場合において、患者本人が事前指示を作成しており、その内容が患者の治療状況と合致する場合は、事前指示が関係者を拘束する (1901条 a 第 1 項, Rdn. 14)。もっとも、事前指示が実際に作成されていても現在の治療状況と一致していなければ 1901条 a 第 1 項を適用することはできない。そのように、同条同項が適用されない場合は、同条 2 項に基づいて、患者の意思を推測することになる。本決定で問題となった患者は事前指示を作成していないので、後者のカテゴリーに属する。

患者の意思を推測する場合、どのような要素をどのように考慮して推測を行うのが問題となる。推測の手がかりは同条 2 項が定めているが、そ

号 (2013年) 114頁以下を参照。また、BGHSt 55, 191 ff. に関するわが国の文献として、甲斐克則「ドイツにおける延命治療中止に関する BGH 無罪判決」年報医事法学26号 (2011年) 286頁以下、神馬幸一「ドイツ連邦通常裁判所 2010年 6月25日判決 (Putz 事件)」法学研究84巻5号 (2011年) 109頁以下、島田美小妃「治療の中止による臨死介助 (安楽死)」比較法雑誌45巻4号 (2012年) 494頁以下、などがある。

2) *Jurgleit, Sterbehilfe in Deutschland*, NJW 2015, 2710.

ここに挙げられている様々な要素をどのように組み合わせて判断すべきかは、明らかではなかった。

本決定は、叙上のように、まず、同条同項が治療上の希望と推定的意思を区別していることを出発点としている。両者の区別は、たしかに、すでに注釈書で述べられてはいたが³⁾、原審がそうであったように、その区別が広く自明のものとして捉えられていたとは思われない⁴⁾。本決定は、患者の意思の推測というカテゴリーを、治療上の希望と推定的意思に分類することを明らかにした点で、大きな意義を持つ⁵⁾。

もっとも、両者の区別については、本決定は多くを述べていない。本決定が明示的に述べていることは、治療上の希望は、実際の治療状況と関連が具体的に示されており、患者の目的が認識できる場合には特に強い効果を持つ (Rdn. 25) 一方で、推定的意思は補助的にしか考慮されない (Rdn. 27) という効果 (拘束力) に関する差異である。この効果の違いは看過できるものではなく、両者の要件はより明確にする必要がある。

ドットゲは、この効果の違いを手がかりとして、両者の要件の区別を試みる。すなわち、治療上の希望というカテゴリーに属する場合は、原則として患者の意思が尊重され、意思にしたがうことが患者を害するという例外的な場合にのみ効果を持たない⁶⁾、という効果を検討の出発点とするのである。この強い拘束力に鑑みれば、治療上の希望とは、十分な事実認識に基づいてまとめられた意思表示であって、現実の生命・治療の状況と関

3) たとえば、本決定にもたびたび引用されている、*Schwab*, in: MünchKommBGB, 6. Aufl., §1901a Rn. 40, 42. 原審が両者の区別を十分にしていなかったと指摘するのは、*Spickhoff*, Anmerkung, FamRZ 2014, S. 1914.

4) たとえば、*Schneider*, in: MünchKommStGB, 2. Aufl., Vor §§211ff. Rdn. 156 は、両者を明白に区別していない。

5) このように指摘するものとして、*Spickhoff*, a.a.O. (Anm. 3), S. 1914; *Duttge*, Anmerkung, JZ 2015, S. 44.

6) なお、この「例外」は、1901条3項1文にいう、「被世話人の幸福に反せず、世話人に可能な限りにおいて、世話人は被世話人の希望に沿わなければならない。」(傍点筆者) という規定から生じる。Vgl. *Duttge*, a.a.O. (Anm. 5), S. 44.

連するものをいう、と定義される⁷⁾。具体的には、患者の事前指示で求められるものを内容としているが、書面になっていないとか、未成年者であるといった理由で1901条 a 第1項の要件を充たさない場合が想定されよう (Rdn. 25)。

推定的意思というカテゴリーにおいては、1901条 a 第2項2文が示すように、患者の価値観といった、現在の状況と関連しない要素も広く考慮に入れられる (Rdn. 26)。スピックホフによれば、このカテゴリーにおいて、「疑わしきは生命の利益に」の原則が意味を持つと言う⁸⁾。

要旨(a)は、延命治療に際しての患者の意思表示に関して、患者の事前指示書と、推定的意思の、いわば「中間領域」として、治療上の希望というカテゴリーが存在することを明確にしたものである⁹⁾。このカテゴリーを設定することで、延命治療における患者の意思の推測をより綿密に行うことが可能と思われ、わが国における制度設計にも有益と思われる。

もっとも、患者の事前指示の要件は比較的明確である一方、治療上の希望と推定的意思との具体的な区別基準が示されたわけではない。本決定の理論によれば、両者は患者の意思が具体的なものであるか否か、その具体的な意思表示が現在の治療状況と一致しているか否かによって区別されるが、それが具体的にどのような場合を指すのかは、事案の蓄積が待たれる¹⁰⁾。

2. 要旨 (b) および (c) について

要旨(b)は、BGB1901条 a 第3項が規定する内容に一致する。そのため、一見すると実務上の意義は大きくないようにみえる。しかし、生命維持の措置を中止する余地を広げた要旨 (a) が、同 (b) と併せて宣言されたことの

7) *Duttge*, a.a.O. (Anm. 5), S. 44. *Spickhoff*, a.a.O. (Anm. 3), S. 1914は、予言のような言明までは必要ないが、「尊厳ある死」といった一般的な内容は治療上の希望たりえないとする。

8) *Spickhoff*, a.a.O. (Anm. 3), S. 1915. Vgl. auch BT-Drucks. 16/13314, S. 4.

9) *Duttge*, a.a.O. (Anm. 5), S. 44.

10) *Boemke*, Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen, NJW 2015, S. 380.

意味は決して小さくない。というのは、ドイツにおいては、治癒不可能な病状の患者数が約15000～30000人と推定され、覚醒昏睡の患者はさらに毎年約3000～6000人生じていると推定されている¹¹⁾。「不可逆的な死への経過」という要件を外すとすれば、これらの患者の延命措置の中止の余地が生じる可能性が生じることになる。

証明の厳格さを示した要旨(c)も、それじたいは当然の法理を示しているにすぎないようにみえる¹²⁾。しかし、そのようないわば自明の法理を改めて述べたのは、叙上のような現実の影響力を考慮したものと理解することもできよう。すなわち、本決定は、患者の意思という生命維持の措置の中止のための実体法的要件を広げつつも、患者の意思の証明という手続的な側面で絞り込もうとしているものと解しうる¹³⁾。本決定がRdn. 19以下において、裁判所が介入する閾値を高く設定しなかったのも、その流れを汲むものと評しうる。

「不可逆的な死への経過」という要件に関するBGHの態度を検討するためには、以下のような先例を挙げるのが有益であろう。まずケンプテン事件(刑事)において、BGHは「治癒不可能で、もはや決断能力のない患者については、医師の治療あるいは措置の中断は、死の過程がまだ始まっていないという理由で連邦医師会の指針に反する場合でも、例外的に許容される¹⁴⁾」として、この要件に拘泥しない態度を示した。その後、本決定においても再三引用されているリューブック事件(民事)においては、「患者に承諾能力がなく、基本疾病が死への不可逆的な経過をたどり始めた場合には¹⁵⁾」として、同要件を必要とするかのような言辞を用いた

11) *Duttge*, a.a.O. (Anm. 5), S. 44.

12) *Duttge*, a.a.O. (Anm. 5), S. 44.

13) 他方、事前指示と現実の病状の対応性を厳格にすることによって、実体法的側面からの絞り込みを図るものとして、*Boemke*, a.a.O. (Anm. 10), S. 380.

14) BGHSt 40, 257 ff. 訳文は、武藤眞朗「人工的栄養補給の停止と患者の意思」東洋法学49巻1号(2005年)6頁によった。さらに、甲斐克則『尊厳死と刑法』(成文堂、2004年)234頁以下も参照。

15) BGHZ 154, 205 ff.

が、死が時間的に切迫した狭義の臨死介助と、この要件を満たさない死への介助（広義の臨死介助）とを区別したものであると解されている¹⁶⁾。

このようにみえてくると、ケンプテン事件の段階においてすでに、連邦医師会の指針と異なり、BGHは「不可逆的な死への経過」を必須のものとは捉えていなかったと理解すべきであろう。要旨(c)後段は、このような立場が本決定も援用する現1901条a第3項に明文化されたのを受けて、「不可逆的な死への経過」について言及したリューベック事件の立場を、明示的に変更したものと思われる。

3. わが国への示唆

本決定は、すでにリビングウィルが1901条aという形で法制化されているドイツにおいて、その条文の解釈を示したものであるから、たしかに、わが国の延命治療と直接に関連するものではない。他方、わが国においては患者の自己決定権の妥当性の限界に関する疑問が提起されており¹⁷⁾、患者の意思推測に関する他国の法制と、それをめぐる運用状況は、わが国の問題解決の参考になると思われる。ここでは、①リビングウィルの運用方法と、②患者の意思推測の手法の二点について指摘しておきたい。

①の問題は、リビングウィルという定型化された書面によって患者の意思を正しく表明できるかどうかという、法制化に際しての疑問¹⁸⁾と関連する。本件においては、たしかにリビングウィルが作成されてはいないが、口頭による意思表示が、BGB1901条aにいう「実際の生命・治療の状況を対象としているかどうか」についての判断を示している。すなわち、本件における患者は、近親者の病状をきっかけに、そのような状態において

16) 武藤・前掲注14) 35頁。

17) このような問題意識に基づく論稿として、辰井聡子「治療不開始／中止行為の刑法的評価」明治学院大学法学研究86号（2009年）59頁以下。さらに、山口厚ほか「〔座談会〕終末期医療と刑法」ジュリ1377号（2009年）101頁（原田発言）は、同論文を引用しつつ「自己決定権だけから説明する理論構成は、『恐ろしくて使えない』とする。

18) 辰井・前掲注17) 88頁。

は延命治療を望まない旨を述べており、それは、単なる推定的意思とは異なる「治療上の希望」として、強い意義を持つとされた (Rdn. 8, 35)。本決定の論理によれば、もし上記の口頭による意思表示が書面にまとめられていれば、有効な事前指示として拘束力を有していたと思われ、リビングウィル法制化に関する上記の疑問に対する回答になりえよう。すなわち、たしかに事前の書面による意思表示という性質上、リビングウィルは一定の定型性を持たざるをえないが¹⁹⁾、本件のような事実関係であれば、「実際の状況」に一致するため拘束力を認めてよい一方、それ以外の場合は、以下の②患者の意思の推測の問題として扱うことになる、という構成である。

リビングウィルが現在の状況と一致しない場合は、患者の意思を推測することになる。本決定は、この推測方法についても一定の示唆を持つと思われる。というのは、意思推測の問題を、a: 治療上の希望として比較的強い意義を与える場合と、b: 推定的意思として、推定の一材料にとどめる場合に二分するという定型的な判断枠組みを提示しているからである。これによれば、患者の事前の意思表示と「現在の状況」との一致を検討した上で、その一致性が高ければそれを重視し (本決定が述べる「治療上の希望」)、一致性が低い場合は、たとえば患者の価値観のように推定の素材を広げ (Rdn. 26)、最終的には「疑わしきは生命の利益に」の原理をも考慮するという²⁰⁾こととなろう。患者の意思推測の方法は、必ずしも明らかではなかったように思われるが、このような判断枠組みによって、一定の明確性を保つことができよう。

19) もちろん、患者の意思の認定のためには、慎重な手続が必要である (いわゆる「手続モデル」)。Vgl. *Schlüter*, Passive Sterbehilfe vor dem EGMR im Fall Lambert - Das „Gewissen Europas“ vor dem non liquet, HRRS 2015, S. 331.

20) 前掲注8) を参照。

（参照条文）

BGB 1901条 a 患者の事前指示

（1） 承諾能力ある成人が、承諾無能力に陥った場合に備えて、一定の、作成の時点ではまだ間近には迫っていない健康状況の検査、治療行為、医的侵襲に承諾するか拒絶するかを書面で記録している（患者の事前指示）場合は、世話人はそれが実際の生命・治療の状況を対象としているかどうかを検討するものとする。もし対象としている場合は、世話人は被世話人の意思を表明し、尊重しなければならない。

（2） 患者の事前指示が存在しない、または、患者の事前指示の内容が実際の生命・治療状況に一致しない場合は、世話人は治療上の希望あるいは患者の推定的意思を確定し、それに基づいて、患者が前項に基づいて医療上の措置に承諾するか拒絶するかを判断しなければならない。推定的意思は、具体的な手がかりに基づいて調査されなければならない。特に、被世話人の過去の口頭または書面による表明、倫理的または宗教上の信念及びその他人格的な価値観が考慮されるべきである。

（3） 1項及び2項は、被世話人の疾患の種類及び段階に関わりなく適用される。

（4項以下略）

BGB 1904条 医療上の措置における世話裁判所の許可

（1） 健康状態の検査、治療行為及び医的侵襲に関する世話人の承諾は、被世話人がその措置によって死亡する、または重大な長期間にわたる健康被害を蒙るという根拠ある危険がある場合は、世話裁判所の許可を必要とする。延期によって危険が生じる場合は、この限りではない。

（2） 健康状態の検査、治療行為及び医的侵襲に関する世話人の不承諾、または承諾の撤回は、その措置が医学上適切であり、その不実施によって、またはその措置の中止によって被世話人が死亡する、または重大な長期間にわたる健康被害を蒙るという根拠ある危険がある場合は、世話裁判所の許可を要する。

(3) 承諾, 不承諾及び承諾の撤回が被世話人の意思に基づいている場合は, 1項及び2項に基づく許可を与えなければならない。

(4) 承諾, 不承諾または承諾の撤回が, 1901条 a に基づいて認定された被世話人の意思に沿っているという合意が世話人と治療医との間にある場合は, 1項及び2項に基づく許可は要しない。

(5項以下略)

(追記)

なお, これらの条文の和訳として, アルビン・エーザー (甲斐克則 = 福山好典訳) 「患者の事前指示と事前配慮代理権」比較法学47巻2号 (2013年) 195頁以下などがある。

脱稿後, ドイツの刑事判例の動向を詳細に示す, 鈴木彰雄 「臨死介助の諸問題」法学新報122巻11・12号 (2016年) 267頁以下に接した。