

研究

臨死介助の諸問題

——ドイツ法の現状と課題——

鈴木彰雄

はじめに

- 一 臨死介助の諸類型
- 二 世話法の改正について
- 三 臨死介助をめぐる近年の判例
むすび

はじめに

終末期医療の在り方について、医学、生命倫理学等の分野のみならず、法学においても活発な議論が展開されている。そこには、人の死期を人為的に操作することができるようになった現代医学の状況と、医療や生死に関わる問題を自分の判断で解決しようと

臨死介助の諸問題（鈴木）

二六七

する人々の意識の高まりが色濃く反映している。刑事法の領域においても、かつては人為的な生命の短縮が「安楽死」として許容されるか否かが議論の中心であったが、近時は医師や家族による延命治療の中止の問題が「尊厳死」の問題として論じられている。とりわけ、最（三小） 決平成二二年二月七日（刑集六三・一一・一八九九）の「川崎協同病院事件」決定を契機として、終末期における治療行為の中止とその合法化要件があらためて問われることになった。医療技術のあらゆる手段を用いて生命を維持すべしという医の倫理は、もはやその厳格性を失っており、人間の尊厳を尊重するルール作りが模索されているといえよう。

そこで本稿は、終末期医療をめぐる刑事法上の諸問題を検討するための準備作業として、以前から「臨死介助」の問題に強い関心を示し、近時の立法と判例に顕著な動きが見られるドイツ法の状況を参照しつつ、問題の所在を明らかにしたい。このテーマについては、わが国においても医事法の専門家による多くの研究成果が公表されていることから、先行研究の知見を借りつつ議論の整理をしたいと思う。以下においては、ドイツにおける「臨死介助」の意義を確認し（一）、世話法の改正に関する議論を紹介した上で（二）、近年の判例の動向を見て（三）、今後の課題を考えてみたい。

一 臨死介助の諸類型

「臨死介助」(Sterbehilfe)とは、死に臨んだ重病者に対して、その者の希望により、またはその者の意思を推定して、その者の考え方に即した尊厳ある死を可能にするために行われる介助をいう。⁽¹⁾これには広狭二義があり、狭義の臨死介助は、死に至るプロセスがすでに始まった後に、すなわちその介助の有無にかかわらず死期が切迫している時点で行われるものであり、広義のそれは、なお比較的長時間生存しうるが、疾病のため耐え難いと感じている自己の生を終えたいと思っている者の死に加功することという。この臨死介助は、以下の（一）「純粹な (reine od. echte) 臨死介助」、（二）「間接的な (indirekte) 臨死介助」、（三）「消極的な (passive) 臨死介助」、および（四）「積極的な (aktive) 臨死介助」または「直接的な (direkte) 臨死介助」に区別される。⁽²⁾

(1) 純粹な臨死介助

「純粹な臨死介助」とは、死に臨んだ重病者（以下「臨死者」ともいう）に対して、生命を短縮する作用をもたない鎮痛剤や鎮静剤などの苦痛緩和の手段を提供することをいう。これによって吐き気などの不快感や意識の混濁が生じたとしても、それが臨死者の同意を得て、あるいはその希望に従って行われたものであれば、当然に不可罰である。また、臨死者がもはや答責的な意思表示をなさないが、その介助が基本的にその者の推定的意思に適合していると認められる場合も、同様に不可罰である。

この類型について問題となるのは、たとえば、臨死者ができるだけ明瞭な意識をもって自己の死を迎えたいという理由で、鎮痛剤等の提供を拒否する場合である。その臨死者には、そうすることについて神学的・哲学的な理由があったり、特に勇気があったり、最後まで近親者と意思疎通をしたかったり、あるいは遺産の処理について自分で決めたいという事情がある。そうした臨死者の希望は尊重されるべきであるから、たとえば、医師がそのような拒否は無分別だと思つて臨死者に鎮痛剤を注射した場合には、それは身体の完全性に対する許されざる侵害であるから、傷害罪（刑法二三三條）として可罰的となる。

逆に、臨死者が苦痛の緩和を希望しているにもかかわらず、医師や近親者がこれを行わず、あるいは十分に行わない場合には、その不作為は原則として可罰的な傷害となる。なぜならば、医師等の保障人的義務（刑法一三條）は、患者に不必要な苦痛を与えないことにも及び、苦痛を除去ないし軽減させないことは傷害罪という虐待となるからである。その者に保障人的地位が認められない場合には、不救助罪（刑法三三三c條）の成否が問題になる。

(2) 間接的な臨死介助

「間接的な臨死介助」とは、臨死者に対して、死期を早める可能性のある苦痛緩和のための措置をとることをいう。たとえば、医学的適応性のある鎮痛剤の投与が不可避免的に臨死者の死期を早める効果を伴う場合がこれである。それが許されることは、判例や

医療実務において以前から認められている。

後に紹介する「ドラリンチン事件」判決は、臨死者に対して、その治療に当たっていた医師らが致死量の薬物を用いて故意に殺害したという事案について、「医療上必要とされる苦痛緩和のための薬剤投与は、それが意図しない、しかしやむをえない不可避的な付随結果として死期を早めるとしても、それによって許されなくなるものではない。…なぜならば、患者の明示的ないし推定的意思により、尊厳ある苦痛のない死を可能にすることは、きわめて大きな死にも勝るほどの苦痛のもとで、なお短時間生きなければならぬという見込みよりも、より価値の高い法益であるといえるからである」と述べている。⁽³⁾また、ドイツ連邦医師会の「医師による死の看取りについての連邦医師会の諸原則」(一九九八年九月一日)も、「苦痛の緩和は臨死者にとって不可避的な生命の短縮を甘受しうるほど重要な問題である」と述べている。⁽⁴⁾このように、間接的な臨死介助が原則として不可罰とされることについては大筋で意見の一致があるが、その根拠と範囲については争いがある。

① 不可罰とされる根拠

作為により、少なくとも未必の故意をもって行われる生命の短縮は、故殺罪(刑法二二二条)または要求による殺人罪(刑法二一六条)に該当しうるので、間接的な臨死介助を不可罰とする理論的根拠が問題になる。少数説によれば、許される間接的な臨死介助は、その社会的意味からみて殺人罪の保護範囲に含まれないので、あるいは「社会的に相当な行為」といえるので、殺人罪の「人を殺す」行為に当たらないとされる。これに対して、現在の多数説は、その介助によって死期が早められたのであるから、行為と具体的結果との因果関係を否定することはできず、また、その臨死者はいずれにせよ疾病により死亡していたであろうという仮定の因果経過も考慮すべきではないので、殺人罪の構成要件該当性を否定することはできない。しかし、その介助が臨死者の明示的または推定的な意思に反しないかぎり、「許された危険」として、被害者の同意または推定的同意の法理によって、あるいは正当化する緊急避難(刑法三四条)によって違法性が阻却されると主張する。このうち、正当化する緊急避難を認めるには、「保全

利益が侵害利益を著しく超える」ことが要件となるが、この説の主張者は、苦痛のない尊厳ある死は苦痛に満ちた生より価値が高く、また、保全利益と侵害利益が同一の法益主体に帰属しても緊急避難を認めることの妨げにはならないと解するのである。⁽⁵⁾ BGH〔連邦通常裁判所〕はこの問題を判断していない。

② 不可罰とされる範囲

間接的な臨死介助について、さらに以下の三点が問題になる。

第一の問題は、これが許される時間的範囲である。BGHの判例と上記の連邦医師会の「諸原則」は、「死に瀕した者」(dar Sterbende)とするが、これでは狭すぎるという意見がある。たとえば、不治の癌においては、死に至るまでに何か月も続く、したがって患者がまだ死に瀕していない時点で耐え難い苦痛がある。有効な鎮痛剤の投与が死期を早める危険を伴っているとしても、患者がそれを甘受していれば処方されてよいという意見がこれである。

第二の問題は、間接的な臨死介助は、患者に「重大な苦痛」があることを前提とするか否かである。たとえば窒息の不安を伴う呼吸困難も耐え難いものであり、医師の介入を必要とすることがあるので、「重大な苦痛」に代えて、「他の方法では除去することができない重大な病状」とするべきであるという意見がある。

第三は、間接的な臨死介助における故意ないし動機の問題である。従来の学説においては、その動機が苦痛の緩和ではなく意図的な殺人であった場合には、臨死者の明示の希望があつても要求による殺人罪により処罰するべきであるから、間接的な臨死介助が不可罰とされるのは、苦痛緩和のための措置による生命の短縮がありうるがそれが確実でないという未必の故意の場合に限らるべきであるという見解が有力であつた。上記の連邦医師会の「諸原則」も、「起こるかもしれない不可避的な生命の短縮も、場合によっては認めることができる」という。これに対して、臨死介助法の対案(一九八六年)は、生命の短縮が確実であつても苦痛緩和のための治療は妨げられるべきでないという理由で、行為者が最初から生命の短縮を確実に予見していた場合も、許される間

接的な臨死介助の領域に含めている。⁽⁶⁾ただし、臨死介助が殺人の意図をもって行われた場合、すなわちその動機が苦痛の緩和ではなく殺人であった場合には、その行為はやはり可罰的であるから、臨死者の明示の希望があっても要求による殺人罪に当たるといふ意見が有力である。この問題についてのBGHの見解は必ずしも明らかでない。

このように、間接的な臨死介助が原則として不可罰とされることについては大筋で意見の一致がみられるが、その根拠と範囲については以上のような問題がある。

(3) 消極的な臨死介助

「消極的な臨死介助」とは、医師や近親者が、臨死者の延命のための措置をとらないという不作為によって行う介助をいう。たとえば、治療を担当する医師が、臨死者の延命を可能にする手術や集中治療を行わず、あるいはすでに始まっている集中治療を継続しない場合がこれである。ここでは、医学と医療技術の進歩によって不治の重病者の延命が相当期間可能になったにもかかわらず、その者が自然の死を迎える権利、あるいは人間としての尊厳を保ちつつ死ぬ権利をどのように尊重するべきかが問題になる。これについては、①延命措置をとらないことが患者の希望による場合、②それが患者の意思に反する場合、さらに、③それについて患者がもはや意思表示できない場合を区別して論じなければならない。

① 患者の希望による場合

この場合には、「決定するのは患者だけである」という原則が妥当するので、法律関係は比較的明瞭である。患者はいつでも自己決定権に基づいて治療を拒否することができるので、臨死者がこれを拒否すれば、医師等は保障人的義務を負わず、延命措置をとらなかつたことについて不可罰とされる。これを行えば、専断的治療行為として傷害罪に問われることになる。臨死者の意思決定が客観的な判断によれば誤りであり、あるいは多くの関与者からみて合理的でないとしても、その意思は決定的である。たとえば、

癌の末期患者が延命のための手術を拒んだならば、その手術を行ってはならず、老年の臨死者がその死をわずかに遅らせる集中治療を拒んだならば、その治療を行ってはならない。

これについて注目すべき憲法判例がある。BYERIDGE 32, 98 にあらわれた事案は、自宅で四人目の子を出産した妻が重度の貧血症に陥り、生命に危険が生じたのもかかわらず、その夫が医師の助言に従わずに妻を病院に搬送せず、その後妻が死亡したというものである。これについて、原審は夫に不救助罪（当時の刑法三三〇c条）を認めたが、憲法裁判所は夫の憲法異議を認めて原判決を破棄した。同裁判所はその理由において、この夫婦が強い宗教的信念のもとで生活していたこと、夫は神に救いを求めれば妻が快復すると信じていたこと、宗教団体の修道士を呼んで一緒に祈ってもらいたいので病院への搬送を望まないという妻の強い希望があったこと等の事情を指摘して、「人間の尊厳を最高の価値とし、同時に個人の自由な自己決定に共同社会を形成する価値を認める国家においては、良心の自由は国家の介入から自由な法領域を個人に保障しており、ここでは個人が自己の確信に即した生活様式を形成することができる」とした。⁽⁷⁾

② 患者の意思に反する場合

これに対して、臨死者が治療や治療の継続を希望しているにもかかわらず、保障人的地位にある医師等がこれを行わず、それによって臨死者が死に至り、あるいはより早い死に至った場合には、不作為による殺人罪が成立しうる。保障人的地位が認められない場合には、不救助罪（刑法三三三c条）が問題となる。

したがって、臨死者が治療を希望する場合には、症状の改善が見込まれないとしても延命が可能であれば、医師等はその治療を行わなければならない。医師等がその治療について臨死者の利益になると考えたか否かは重要でない。これに対して、その治療が延命に役立たず、臨死者の死に至る運命を改善しえない場合には、医師等はその希望を拒否することができる。その場合には、医師等に対して無意味な業務の遂行を要求することはできず、医師等は本来の任務から解放されるからである。

しかし、高度な医療技術を用いる延命措置については、臨死者の意思が絶対的であるとはいえない限界がある。なぜならば、われわれの保健機関の技術的・財政的な資源は無尽蔵ではないからである。阻止しえない死のプロセスを現代の医療機器を用いてさらに引き延ばすことは、尊厳ある死についての我々の考え方も一致しないという意見が多い。その基準となるB G Hの有名な一節がある。すなわち、後に紹介する「ヴィティヒ事件」判決は、「医師は、死につつある生命をなんとかして維持すべき法義務はないということを考慮することができる。延命のための措置は、それが技術的に可能であるというだけで不可欠なものとなることはない。これまでの限界を超える医療技術の進歩を考慮すれば、医師の治療義務の限界を決めるのは、医療機器の効率ではなく、人命および人間の尊厳の尊重に向けられた個別事例の判断である」としたのである。このように、重要なのは経済的観点ではなく、死苦を長引かせることが客観的に評価して臨死者にとって何らかの意味をもちうるか否かということである。

③ 患者が意思表示できない場合

重病者がいまだ死に臨んでいるとはいえず、なお何か月も何年も生存することができるが、もはや意思表示できない状態に陥った場合に、医師等がその治療や医療的措置を中止することができるかという問題は、これまで未解決であった。その典型例は、重病者が不可逆的に意識を喪失した場合、たとえば、大脳皮質や大脳の外套がその機能を完全に喪失した遷延性植物状態 (apallisches Syndrom) の場合である。

この問題について、B G Hは、継続的に判断無能力になった患者について、医師等が呼吸の確保、輸血、人工栄養等の延命措置をとらないことは必ずしも違法ではないとした。後に紹介する「ケンプテン事件」判決は、回復したい重度の脳障害で施設に収容され、経管による人工栄養が与えられていた七〇歳の女性患者について、その看護を引き受けた医師と看護人 (Neger) に任命された息子が、経管栄養を停止すれば同女が二、三週間以内に死に至ることを知りながら、これを停止してお茶だけを与えようとしたが、これを知った看護職員の通報により後見裁判所 (後の世話裁判所) がその措置を認めなかった (同女はその九か月後に肺水

腫により死亡した」という事案について、被告人らを殺人未遂で有罪とした原判決を破棄し、これを原審に差し戻したものである。このような場合をどのように取り扱うべきかについては、二以下で少し詳しく見てみたい。

(4) 積極的な臨死介助

「積極的な臨死介助」とは、苦痛緩和を目的として臨死者を積極的・直接的に殺すことをいう。ここでは、臨死者の死はその行為の付随的結果ではなく、その主たる目的となつてゐる点に特徴がある。

現在の多数説によれば、このような行為は現行法上可罰的であり許されない。なぜならば、要求による殺人罪（刑法二二六条）は、「被殺者の明示的かつ真摯な要求」があつてもその者の殺害を可罰的としているので、このような「同意の遮断」（Einwilligungssperre）を前提とすれば、臨死者の同意があつてもその行為は可罰的であり、積極的な生命の短縮は原則として殺人罪の構成要件に該当するからである。また、このような行為の保全利益が侵害利益を「著しく超える」とはいえないので、正当化する緊急避難を認めることはできず、さらに、生命保護の絶対性の観点から、超法規的な責任阻却事由ないし処罰阻却事由を認めることも困難である。

これに対して、少数説からは、患者の苦痛が大きく、直接的な殺人によつてこれを除去しなければならないというきわめて例外的な場合には、「同情による殺人」（Mitleidstötung）として不処罰とすべきであると主張される。被殺者の要求が客観的にみて合理的な理由のある場合には、刑法二一六条に当たらないとする説、超法規的な責任阻却を認めるべきであるとする説、あるいは刑事訴訟において手続を停止するべきである（刑訴法一五三条、一五三a条）とする説、さらには立法論として刑の免除を認めるべきであるという意見がこれである。⁽⁸⁾しかし、多数説からは、殺人禁止の原則を緩和することは、生命保護を相対化し、人命尊重の意義を掘り崩し、有用性の考慮を優先させ、あるいは濫用の危険を防止することができなくなるといふ批判が強い。

もつとも、積極的な臨死介助の可罰性には三つの制限がある。その第一は、作為による殺人が苦痛緩和のために行われる右の「間

接的な臨死介助」に当たる場合であり、その第二は、医療技術を用いた治療の中止が、そこに含まれる個々の行為が一定の作爲によつて行われるとしても、全体として見れば右の「消極的な臨死介助」と評価される場合である。たとえば、人工心肺装置などの医療機器の停止がスイッチの切斷などの作爲を伴う場合である。第三のもつとも重要な制限は、積極的な臨死介助が自殺幫助に当たる場合である。

ドイツ刑法によれば、自殺幫助は不可罰である。幫助はすべて違法な正犯行為を前提とするが、自殺は「他人の」殺害を前提とする殺人罪の構成要件に該当しないので、これに対する幫助も存在しないからである。したがつて、死を望む者に毒物やピストルを渡すことによつてその者の自殺を可能にする者は、刑法上問題とされることはない。判例にあらわれたその顕著な例が、後に紹介する「ハツケタル事件」の事例である。可罰的な殺人に当たるとする検察官の主張を、LG〔地方裁判所〕もOLG〔上級地方裁判所〕も退けた。

もつとも、不可罰の自殺関与と可罰的な殺人の区別については、多くの困難な問題がある。以下で三つの問題点を紹介する。

① 自殺者の答責性

自殺者の答責的な自殺への関与が不可罰であることに争いはない。これに対して、自殺者に答責性が認められない場合、たとえば精神病により自殺の危険のある人の自殺に関与した場合には、その関与者は故殺罪か謀殺罪の（間接）正犯として処罰される。では、自殺者の答責性はどのような基準によつて判断されるべきか。

これについて、一部の論者は、責任無能力に関する刑法の原則（刑法二〇条等）を基準とし、別の論者は、「被害者の同意」の諸原則、あるいは刑法二二六条にいう「真摯な要求」の有効性についての原則を基準とする。前説によれば、関与者に殺人罪の（間接）正犯が認められるのは、自殺者が責任無能力の状態にあった場合に限られるが、後説によれば、たとえば自殺が短絡的な意思つきで行われた場合、一時的な気分で行われた場合、あるいは無思慮な判断によつて行われた場合には、すでにして答責性が否定

されるので、関与者の可罰性がより広い範囲で認められることになる。前説の主張者は、自殺者の心理状態を云々するのは法的判断の安定性を害するので、責任無能力の原則を嚴格に適用するべきであると主張する。この見解は、二〇〇六年のドイツ法律家会議で採択された⁽⁹⁾。

もつとも、積極的な臨死介助が問題になる事例では、臨死者が自分の置かれた状況を正確に認識し、自分にとって重要な諸事情を注意深く衡量して行為することが多いので、この議論の意義はさほど大きくないという指摘がある。

② 自殺関与と要求による殺人の区別

不可罰の自殺関与と可罰的な要求による殺人をどのように区別するかについて争いがある。現在の有力説によれば、撤回の余地なく死に至る最後の行為について誰がその支配をもつかによって区別される。その支配が自殺者であれば、加功した者の行為は不可罰の共犯にすぎないが、それが関与者であれば、可罰的な要求による殺人罪となる。たとえば、毒物を混入した飲み物や装填したけん銃を自殺者に手渡した者は、自殺者がこれを用いて自殺しても不可罰であるが、自殺者の要求によって毒物を注射し、あるいはけん銃を発射して殺した者は、要求による殺人罪として罰せられる。

しばしば問題になるのは、この区別に意味があるか、またこの区別を貫徹しうるか否かである。有力説によれば、自殺者が「死に至る瞬間についての支配」を手中にもっている場合、すなわち最後の瞬間に思いとどまる可能性が自殺者に留保されている場合には、自殺行為の自律性が保障されている。自己の手で自分を撃つ者は、最後の決断を維持したのであり、自分の死についてみずから責を負わなければならない。これに対して、他人に自分を撃たせた者は、みずからはその遂行を躊躇するような、撤回しえない行為をその他人にゆだねたのであるから、その他人が被害者の死について最終的な責任をもち、刑法二二六条により可罰的になると解するのである。

これについて困難な問題が生ずるのは、自殺者の行為と関与者の行為が時間的に相前後して行われる場合である。その一例とな

るのが、被告人がおじを殺害したとして起訴された「スコフェダル事件」(Scophedal-Fall)である。これは、慢性の気管支喘息で苦しんでいた七〇歳のおじが、自死を企図していることを被告人に暗示したうえで、麻薬法の規制対象となっていた薬物であるスコフェダルを自分の腕に注射して意識を失ったところ、これに気づいた被告人が、おじの生命を確実に終わらせようと決意して、さらにスコフェダル等の薬物をおじに注射して死亡させたが、被告人の行為がなかったならば、おじは少なくとも確実に一時間長く生きていたであろうと考えられる事案であった。⁽¹⁰⁾このようなケースにおいては、死に至る最後の行為を誰が支配していたかは必ずしも明白ではない。

③ 自殺者を救助しなかったことの可罰性

自殺者が行為能力を失ったのち、その場にいた第三者が自殺者を病院に搬送せず、あるいは救命のための措置をとらなかった場合に、その者を不作為による殺人罪として処罰することができるかという問題がある。判例は、第三者が自殺者を救助しなかった事案について、自殺関与の不可罰性を実質的に限定している。すなわち、第三者が行為無能力になった自殺者を病院へ搬送せず、あるいは適切な救命措置を講ずることなく死亡させた場合には、その者が保障人的地位にあるならば不作為による殺人罪として、そうでない場合には不救助罪として処罰する。

これ対して、そう解するならば、作為犯として処罰しない自殺幫助を不作為犯として処罰することになるという学説の批判がある。また、自殺が第三者の救助を排除するような状況で行われた場合には、そうした状況を作出した関与者に保障人的地位が認められ、これによって自殺幫助が処罰されることになるという理由からも、判例の立場は正しくないとされる。

二 世話法の改正について

ドイツにおいては、どのようにして終末期医療に患者の意思を反映させるべきか、とりわけ回復の見込みのない重病者が意識を喪失しているため、自己の治療の継続ないし中止について意思を表示することができない場合をどのように取り扱うべきかという法政策的議論が続けられてきた。ここでは、医師の治療義務と患者の自己決定権の衝突をどのように調整すべきかが問題になった。そこで、以下において、患者の指示（リヴィング・ウィル）に法的な拘束力を認めた世話法（Betreuungsrecht）の第三次改正法（二〇〇九年九月一日施行）に至るまでの議論を簡単に紹介する⁽¹¹⁾。

この議論の中で次のような考え方が有力になった⁽¹²⁾。

まず、患者の指示に拘束力を認めるためには文書の形式をとることが必要であるとする見解が有力に主張された。なぜならば、年月が経過すると、口頭の意味表示だけでは、その真摯性も厳密な文言も認定しえなくなるからである。文書による指示も、具体的な決断状況に即した明確な意思表示を含んでいなければならない。したがって、以前の口頭による意思表示は、文書による患者の指示が存在しない場合に、患者の推定的意思を知るための手がかりになるにすぎないとされた。

次に、患者の指示の有効性は、学説の有力な反対があつたものの、有効性を制限するその他の前提条件に拘束されないとされた。たとえば、公証人による文書化を要求することは行き過ぎである。なぜならば、そうすることは患者の意思表示を抑制し、病者の自律的な決定を尊重しようとする法の趣旨が損なわれるからである。公証人が必要とされるほどの法的な正確さの保障も問題にならない。医師による説明と助言も、有効性の要件とされるべきでない。それは望ましいことではあるが、意識が明瞭な患者は医師の助言なしにその後の治療を拒否することがあるので、患者の指示を実行に移す者は当然にこれと異なった判断をすることはできないからである。医師の助言を不要とする患者の意思を無視する合理的理由もない。

さらに、患者の指示の効力について時間的制限（たとえば二年）を設けることも認められない。患者はいつでも自分の指示を撤回することができ、その撤回は文書の形式をとる必要はないので、撤回しない場合には、一度行われた指示が維持されるとすべきである。それにもかかわらず、患者の指示が一定の時間の経過後に無効であるとされるならば、患者の判断が医師のコントロールの下に置かれることになり、患者の自律に反することになるからである。

最後に、患者の指示の有効性は、一定の病気の経過に制限されるべきでない。ドイツ連邦議会の調査委員会「現代医学の倫理と法」は、その後の治療を拒否する患者の指示を、「基本的疾病が回復しがたく、医学的治療にもかかわらず、医師の認識により死に至るであろうという事例形態」にのみ認めようとした。⁽¹³⁾ 同委員会の説明によれば、意識不明の患者と認知症の後期の患者については、死の到来の時点が不確実であるから、患者の指示は拘束力をもたないとされる。しかし、それによって、患者の指示はその主たる適用領域において拘束力のないものになってしまう。多くの老人は、こうした病状に終止符を打とうとしているので、これを禁ずることは人格の自律に反することになる。さらに、患者がいかなる条件のもとでその後の治療を望むかについては、患者の指示の中で自由に決定されなければならない。

ただし、この議論の中で「患者が指示した時点で、後の医学の発展、とりわけ新たな治療の可能性を考慮することができず、それを知っていたならば別の判断をしていたであろうと考えられる場合」には、患者の指示の有効性を制限すべきであるという意見があった。

このような議論を経て、二〇〇九年の初めの時点で、四つの異なる立場があった。

もっとも多くの支持を得たのが、①司法大臣 Zypries と社会民主党 (SPD) 議員 Stünkel によって提出された立法提案であった。これによれば、民法一九〇一 a 条は「患者の指示」について次のように規定する。

「意思能力のある成年者が、自己が意思無能力になった場合のために、確定の時点ではいまだ差し迫っていない、特定の自己の健康状態の検査、治療行為または医的侵襲に同意するか、あるいはそれを拒否するかについて、文書で確定していた場合には、世話

人は、その確定が現実の生命状況および治療状況に当てはまるか否かを審査する。当てはまる場合には、世話人は、被世話人の意思に効力を認める。患者の指示は、いつでも形式を問わず撤回することができる。」

これと類似した提案をしたのが、②キリスト教社会同盟（CSU）議員 Nöcker を中心とする超党派のグループであった。その提案は、患者の意思が文書によって確定されることを必ずしも必要としないが（Sollvorschrift）、その意思は「規則的な間隔で確認されなければならない」とする。

もっとも厳格な規定を置くのが、③キリスト教民主同盟（CDU）議員 Bosbach を中心とする超党派の議員による提案であった。これによれば、生命維持のための医療措置の中止を指示する決定は、文書で証明された医師の助言により、公証人によって文書化された患者の指示によって、かつ予後不良（Infaust Prognose）の場合にのみ拘束力をもつ。すなわち、死に至る不治の病気が存在しない場合には、生命についての国家の保護義務は、死に瀕した者を死に至らせることよりも重視される。したがって、予後不良でなければ、治療の中止には常に後見裁判所の承認が必要であるとされた。

最後に、④CDU議員 Hildebrandt を中心とする議員らは、いかなる法文による規定も必要でないとした。

二〇〇九年六月一八日の連邦議会の投票により、Stünkel の提案が認められた。これによって成立した第三次世話法改正法は次のとおりである（試訳）。

民法第一九〇―a 条〔患者の指示〕

①同意能力のある成年者が、自己が同意無能力になった場合のために、確定の時点ではいまだ差し迫っていない、特定の自己の健康状態の検査、治療行為または医的侵襲に同意するか、あるいはそれを拒否するかについて、書面で確定していた場合（患者の指示）には、世話人は、その確定が現実の生命状況および治療状況に当てはまるか否かを審査する。当てはまる場合には、世話人は、被世話人の意思を表明し、その効力を認めなければならない。患者の指示は、いつでも形式を問わず撤回すること

ができる。

②患者の指示が存在せず、または患者の指示の確定が現実の生命状況および治療状況に当てはまらない場合には、世話人は、被世話人の治療の希望または推定的意思を確定し、これに基づいて、第一項による医的措置に同意するか、あるいはそれを拒否するかについて判断しなければならない。推定的意思は、具体的な根拠に基づいて探究されなければならない。特に、被世話人の以前の口頭または文書による意見の表明、倫理的または宗教的信念、およびその他の個人的価値観を考慮しなければならない。

い。

③第一項および第二項は、被世話人の疾病の種類と段階にかかわらず効力を有する。

④何びとも患者の指示を作成するよう義務づけられない。患者の指示の作成および提出を契約締結の条件とすることはできない。

⑤第一項ないし第三項の規定は代理人に準用する。

民法第一九〇一b条〔患者の意思の確定のための協議〕

①治療を行う医師は、患者の全体的な状況および予後を考慮して、どのような医的措置が適切であるかを検討する。医師および世話人は、第一九〇一a条により下すべき判断の基礎としての患者の意思を考慮して、その措置を検討する。

②第一九〇一a条第一項による患者の意思、または第一九〇一a条第二項による治療の希望もしくは推定的意思を確定する際に、著しい遅滞なく可能である場合には、被世話人の近親者その他の信頼できる者に意見を述べべる機会を与えられなければならない。

③第一項および第二項の規定は代理人に準用する。

民法第一九〇四条〔医的措置についての世話裁判所の承認〕

①健康状態の検査、治療行為または医的侵襲についての世話人の同意は、被世話人がその措置によって死亡し、または重大かつ長期にわたる健康障害を被るといふ根拠のある危険が存在する場合には、世話裁判所の承認を必要とする。遅延によって危険が生ずる場合にかぎり、承認なしにその措置を行うことができる。

②健康状態の検査、治療行為または医的侵襲についての世話人の不同意または同意の撤回は、その措置が医学的に適切であり、かつ、その措置を行わないこともしくは中止することにより被世話人が死亡し、または重大かつ長期にわたる健康障害を被るといふ根拠のある危険が存在する場合には、世話裁判所の承認を必要とする。

③同意、不同意または同意の撤回が被世話人の意思に合致する場合には、第一項および第二項による承認を与えなければならない。
④世話人と治療を行う医師との間で、同意、不同意または同意の撤回が第一九〇一a条により確定された被世話人の意思に合致することに於いて合意がある場合には、第一項および第二項による承認を必要としない。

⑤第一項ないし第四項は代理人にも適用する。代理人は、第一項第一文または第二項であげられた措置について、代理権がその措置を明示的に含み、かつ書面で与えられている場合にかぎり、これに同意し、同意せず、またはその同意を取り消すことができる。

この改正により、終末期医療の中止の問題について法律上の根拠と指針が与えられ、以下に見るように、その後の判例に影響を及ぼすことになる。

三 臨死介助をめぐる近年の判例

ここでは、臨死介助をめぐる議論にとつて重要な近年の判例として、一九八四年のBGH「ヴァイティヒ事件」判決から二〇一二

年のBGH「ケルン事件」決定までの一〇件の裁判例を概観し、近年の判例の基本的な考え方を探ってみたい。⁽¹⁴⁾

(1) BGH (第三刑事部) 一九八四年七月四日判決「ヴィティヒ事件」⁽¹⁵⁾

① 事実の概要と訴訟経過

原審 (LG Krefeld) の認定によれば、被告人 (Wittig) は、七六歳の未亡人Uの家庭医であった。Uは、心臓の冠状血管の高度の硬化のほか、股関節症と膝関節症による歩行障害を患っていた。Uは、夫のペーターが一九八一年三月に死亡した後、自分の人生に意味を見いだせなくなり、しばしば被告人や第三者に対して死にたいと言ひ、自殺に関する本を読んでいた。Uは、どうすることもできない状態になりたくなかったし、病院や介護施設に収容されたくもなかった。被告人は、Uの自殺の考えを改めさせようとしたができなかった。一九八〇年一〇月から、Uが書いた文書が机の上に置かれており、被告人もその内容を知っていた。その文面は、「意思の表明。私は気を確かにもって、私を病院や介護施設に入れないよう、集中治療をしたり延命のための薬を使ったりしないよう、私の医師にお願ひする。私は尊厳ある死を迎えたい。生命維持装置も使わないこと。臓器の摘出もしないこと。」という内容であった。Uは、一九八一年四月一三日に、ほぼ同じ内容の別の文書を作り、そこに「表明。私は七六歳を越えていて、もうこれ以上生きたくない。」と書き加えていた。

被告人は、一九八一年一月二七日にUの家を訪ねた際に、病院へ入りたくない主張していることについて同女と話し合うために、その翌日の午後七時から八時の間にまた訪問する旨の約束をした。被告人は、約束どおり翌日の午後七時一五分から七時三〇分の間に、Uの家の玄関のベルを鳴らした。灯火はついてしたが、Uはドアを開けなかった。そこで彼は、近くに住んでいる原審の共同被告人であったBを訪ね、Bが合鍵を持っていることを知ったので、両名はその合鍵でUの住居に入った。Uはソファーに横になって意識を失っていた。Uの組み合わせた両手に一枚の紙があり、そこには手書きで、「私の医師へ―病院へ運ばないで―解放を!―一九八一年一月二八日―Ch.U.」と記されていた。住居内にもう一枚の紙があり、そこには「私はペーターのところへ

行く」と書いてあった。

被告人は、多数の薬のパックと別れの手紙があったことから、Uが自殺の目的で多量のモルヒネと睡眠薬を飲んだことを知った。被告人の診断によれば、Uの呼吸は一分間に六回であり、脈もほとんど感知できなかったため、彼はUを救命できないか、少なくとも重大な後遺症なしには救命できないと思った。Uの自殺の意思を知っていた被告人は、その場の状況を見て、救命措置をとらないう方がよいと思った。彼はBとともに住居内にとどまり、翌朝の午前七時ごろにUの死亡を確認した。

Uをすぐに病院の集中治療室に運び、あるいはその他の救命措置をとっていれば、Uの延命または救命が可能であったか否かは、解明できなかった。

被告人とBは、要求による殺人罪（刑法二二六条）に当たるとして起訴されたが、LG（ラント裁判所）は両名を無罪とした。これに対して検察官が事実誤認を理由として上告した。

② 判決の理由

BGHは、被告人を無罪とした原判決を維持し、要求による殺人罪も不救助罪（刑法三二三c条）も認められないとして、検察官の上告を棄却した。このうち、要求による殺人罪が成立しないとされた理由は以下のとおりである。

I ∴ LGは被告人兩名を無罪とした。共同被告人Bの無罪判決には確定力がある。被告人の無罪は主として次のような考慮に基づいている。すなわち、被告人の不行為がUの死を惹起したとはいえないので、要求による殺人罪の既遂は問題にならない。自殺者の生命に対する保障人が自殺者の自由で答責的な自殺の決意に従った場合には、要求による殺人罪を不作為によって行うことはできないので、同罪の未遂も認められない。そうした事態においては、自殺は刑法三二三c条にいう事故でもない。被告人が到着したときには、救助は必要でなかったし、被告人にそれを期待することができなかったことか

らも、この規定による処罰を認めることはできない、というものである。

II L Gが事実的理由から被告人を不作為による殺人罪の既遂として処罰することはできないとしたことは正当である。医師の救命措置がただちに行われていればUの死を回避することができ、あるいは死期を遅らせることができたという証明がされなかったことは、上告審も当然に認める。

III 被告人は、殺人未遂によっても処罰されない。

1 被告人の行為の内心面についてのL Gの認定は、必ずしも明確ではない。これによれば、被告人が何もしなかったのは、救命の試みが最初から見込みがないと思っていたからだけではなく、眼前の状況と患者が繰り返し自殺の意思を表明していたことを考えて、「生に疲れた者の意思に従って救命を試みないこと」を「最終的に」決意したからである。この点について、さらに事実を認定しなければならない。すなわち、「被告人はその状況を致命的なものと思い、Uを救助できないか、いずれにせよ救助しても重大な後遺症があると思っていた」ことである。当刑事部は、L Gのこの説示を次のように理解する。すなわち、被告人は救助措置をとった場合の効果についてさほど明確には意識しておらず、たしかにまずもって救助の見込みはないが、しかし―重い後遺症を伴うが―奏功することは否定できないと思っていた、という理解である。したがって、上告審の審理としては、被告人は救助が可能だと思つた場合でも不行為にとどまるつもりであったことを前提とする。つまり、被告人は、医師の介入がなければすぐに到来する死を、重い後遺症を甘受してまでも阻止することはないという未必の故意をもって、救助措置をとらなかつた。それゆえ、医師による救助行為をしないことよつて行われる殺人罪の未遂、しかも刑法二二二条による、あるいは―明示的かつ真摯な、そして決定的に作用する被害者の要求という減輕的な前提条件があれば―刑法二二六条による処罰が考えられる。

2 LGは、本件において、適切にも要求による殺人罪のみを考慮した。その見解によれば、保護義務者が―本件の被告人のように―意識不明の状態に陥った自殺者の意思に従った場合には、自由な決意に基づく自殺は刑法二一六条によって捕提されないもので、すでにして同条による処罰は認められないとされる。

当刑事部は、そのような原則を認めることができない。むしろ、本件のような諸事例における医師は、自殺患者の救命手当をしなかった場合には、およそ殺人罪で―刑法二一六条による減軽事情があれば同条で―処罰されうとする点で、検察官の上告理由に賛成するべきである。…

3 しかし、本件では、要求による殺人罪の未遂を理由とする有罪判決は、本件の特別な事情から考慮されない。

a もっとも、当刑事部は、Uは被告人に対して自殺未遂後の救命手当を拒否していたので、それだけですでに被告人の保障人的地位は認められないとする、公判で表明された連邦検事総長の代理人の見解には与しない。被告人はUの家庭医であった。彼は、Uが薬を服用する前日にも同女を治療していた。兩人には、被告人がその翌日にもUを訪問するという合意があった。したがって、被告人が自殺の現場に到着した際にも、被告人とUの間には、保障人的義務を基礎づける医師と患者の関係があった。「しかし」被告人が現認した異常な状況を考慮して、被告人がUについて課せられていた救命義務に違反したか否かは、これとは別個の問題である。この点については、LGによって認定された事実に基づき、以下の理由から否定されるべきである。

b 被告人は、重い心臓病を患った七六歳の患者が、救命されても重い後遺症をもつであろうと思っていた。被告人は、Uが何か月にもわたる病的とはいえない認識のプロセスに基づいて、介護施設や病院、とりわけ集中治療室への収容や延命のための薬の服用を拒否するという原則的な決意をしていたのであり、意識不明の状態になるまでこの決意を維持していたことを知っていた。したがって、被告人は、自分が認識した致命的な薬物服用の自殺状況によって、自分の患者を救命する

ためにあらゆる機会を利用するという医師の使命と、患者の自己決定権を尊重すべしという要請との葛藤に陥っていた。葛藤状況においてどちらの義務づけを優先するかは、法秩序と職業倫理の諸基準によって決められるべき医師の合義務的な判断にゆだねられている。これについては次のような考え方が重要である。

aa 患者の自己決定権の尊重は、医師の任務の本質的な部分である (BVerfGE 52: 131 [70])。医師は、基本法二条二項一文で保障された身体の無傷性の権利を、救命的な干渉を受けることを拒否している患者に対しても尊重しなければならぬ。BGHはこのことを、無条件に必要とされる手術の事例で言明し (BGHSt. II, III [133])、それは文献でも認められている。患者の意思に反する医的侵襲の禁止が、救命されるべき自殺者が問題になってくる事例にも当てはまるか否かは、参照するかぎり最高裁の判例ではいまだ判断されていない。医的侵襲が行われることについてみずから決定する権利を、意識が明確な、しかし重傷を負った自殺者についても優先的な理由で制限することが、BGHSt. 6, 147および 13, 182 [88] の諸判決の結論に含まれているか否かは、未決定にしておいてよい。Uは、被告人が医師としての救命措置をとることの判断をしなければならなかった時点で、すでに意識を失っていたからである。

bb いずれにせよ、医師の介入なしに確実な死に身をゆだねようとする自殺者がすでに意識を失っている場合には、治療に当たる医師は、意識不明に至る前に表明された自殺者の意思のみに従うことは許されず、奏功するかもしれない介入を行うか行わないかについての判断を、自己の責任において下さなければならぬ。

患者と医師の関係は、契約の両当事者の意思のみによつて規定される法律的关系にとどまるものではない。医師の職業倫理は、法と並んで孤立して存在するのではない。それは、連邦憲法裁判所が Eb. Schmidt を引用して強調したように (BVerfGE 52: 131 [169])、いたるところで常に医師と患者の法的関係に作用する。医療の領域においては、それ以外の人の社会的諸関係におけるよりもはるかに多く、倫理的なものや法的なものが交錯している (BVerfGE aaO. S. 170)。したがって、医師は、その判断を下す際に、自分と患者が生活している法共同体の社会的倫理的な諸関係を無視することはできない。

そうであれば、意識を失った患者、あるいはその他の判断能力を失った患者について、死期に近い患者や負傷者に回復の見込みがあるかぎり、なすべき救助を生命の維持に向けて方向づけることが、医師の自己認識に適っている。死に近い重病患者と臨死者の治療に関するドイツ外科学会の決議は、予後が不確実であれば、不可逆的な障害が予想される場合であつても医師の治療が要請されるとしているが、しかし別の箇所では、意識不明者の治療について、合理的に理解された利益と患者の現在の状況における推定的意思を基準とすべきことを指摘している。刑法の立法者も、生命保護の優位性を前提にしても、つまり、刑法二一六条は、他人の生命の原則的な不可侵性を保障し、同時に重病患者を、第三者が直接的にも間接的にも、明示的でもそうでなくても、その者の死の要求を惹起することに對して保護している。

他方で、医師は、死につつある生命をなんとかも維持すべき法義務はないということを考慮することができる。延命のための措置は、それが技術的に可能であるというだけで不可欠なものとなることはない。これまでの限界を超える医療技術の進歩を考慮すれば、医師の治療義務の限界を決めるのは、医療機器の効率ではなく、人命および人間の尊厳の尊重に向けられた個別事例の判断である。

cc 被告人が置かれていると思つていた法的に重要な葛藤状況は、結局、医師は自殺者の死の願望に屈することが許されるかという一般的な問題にはなかつた。上記のⅢ2で述べたように、それは原則として許されない。むしろ、被告人が責を免れる特別な状況は、彼が致命的だと思つた著しく進行した服毒状況があつたことにより、Uが常に嫌悪していた集中医療の措置によつて、その場合でも回復しえない重い障害をもつてのみ、同女の延命ができると確信したことにある。もつとも、非難されている原判決は、被告人が、考えられる延命措置をとつた場合にどのような後遺症があると予想していたかについて、明確には認定しなかつた。その種類と程度は、医師による種々の行為の可能性を義務に即して衡量するために重要な意味をもつ。しかし、当刑事部は、その点について簡潔に述べられた原判決の全体的な文脈から、とりわけそこで示された鑑定を考慮して導いたように、被告人は、有機体の生命機能の著しい欠落がもはや回復できないほど失われてしまつたと反論

の余地なく確信していたことを前提とする。彼の診断と、救命措置をとった場合の予後の評価が誤りであったという根拠は、原判決からも上告理由の申立てからも明らかにっていない。

被告人が、このような限界状況において、人命保護の義務と、彼の表象によればすでに重大で回復しがたい障害をもった患者の自己決定権の尊重との葛藤を、集中治療を指示するという、より安易な方法を選択することなく、臨死者の人格を尊重して最終的な死の到来まで待ち続けることによって解決しようとしたのであるならば、彼の医師としての良心的な判断は、法律上是認できないとみなすことはできない。…

③ コメント

本件は、夫の死後、生きることには疲れた七六歳の重病の女性が、延命措置を拒否する旨の文書を残して、みずから多量のモルヒネと睡眠薬を服用したところ、同家を訪れた家庭医であった被告人が、すでに意識を失っていた同女を病院に搬送せず、その住居において同女が死に至るのを待っていた、という事案である。これについてBGHは、被告人を結論において無罪としたが、その理由は、医師が自殺者の死の願望に屈することは原則として許されないが、本件の患者は救助されても回復しがたい重大な障害を伴うので、そのような場合には病院への搬送を見送るといふ医師の良心的な判断は支持しうる、というものであった。消極的な臨死介助においては、患者の意思が表明されていればこれに従うことが原則とされているが、本判決は、自殺願望を有する患者についてその例外を認めたものである。

しかし、この判決理由は、学説においては一般に支持されていない。たしかに、自殺者に精神の障害があると認められる場合には、保障人に救助義務と治療義務が認められるが、そうでない場合には、患者の自律的な意思決定を尊重するべきであるから、自殺者の死の願望に屈することは許されないとする判決の論理を認めることはできないとする意見が多い。⁽¹⁶⁾

(2) OLGミュンヘン(第一刑事部) 一九八七年七月三十一日決定「ハックターール事件」⁽¹⁷⁾

① 事実の概要と訴訟経過

六九歳のE女は、一九七七年から顔面に重い悪性の皮膚癌を患い、そのためほとんど食べることができず、傷は治らず、両眼から涙が流れ、鎮痛剤を使っても顔面神経痛の痛みを苦しんでいた。一九八四年の初めに、全身状態と栄養状態が悪化して体力が低下し、再発した上あごの腫瘍が増悪して頭蓋底と眼窩に達していることが確認された。さらに、上顎の欠損を伴う顔面中央部分の変形と両側の下瞼の著しい腫脹により右眼が完全に塞がり、左眼の外反があらわれた。

Eは、こうした状態になったことから、自分の生はもはや生きるに値しないと思い、病院の医師らに対して、死にたいがどうしたらいいのかかわらないと言うようになった。そこでEは、医師であった被疑者H (Hackett) に手伝ってくれるようにせがみ、Hに対して電話でこの願いを繰り返したので、ついにHはこれを受け入れた。同年四月一八日に、Hは、服用の方法を詳しく説明した上で、Eに即効性の毒物を与え、同女はHがいない時にこれをグラスに入れて飲み、その後間もなく死亡した。

検察官は、同年一月二三日に、HはEの明示的かつ真摯な要求により殺害を決意して実行したものと判断し、要求による殺人罪(刑法二二六条)に当たるとして起訴した。

原審(LG Traunstein)は、一九八六年二月二日の決定により、公判手続の開始を認めなかった。これに対して検察官が即時抗告した。

② 決定の概要

OLGミュンヘンは検察官の即時抗告を以下の理由で斥けた。

II 検察官の即時抗告は許容されるが、その理由は認められない。

2 当刑事部は、原審の刑事部と同じく、刑法二一六条の要求による殺人罪とその幫助について、十分な嫌疑が認められないという結論に至った。

a 現行法によれば、自己答責的に意欲され実現された自殺は、殺人罪の構成要件に該当せず、したがってこれに関与したにすぎない者は、動機の純粋さを問題にすることなく、同罪の教唆または幫助として処罰されることはない (BGHSt 32, 367 [371f.])。

不可罰の自殺幫助と要求による殺人をどのように区別しうるかについては、争いがある。

当刑事部は、BGHの判例 (BGHSt 19, 135 [137]) とともに、次のような見解をとる。すなわち、共犯論の諸原則に従った区別をするべきであり、その際に、行為者がその行為を自己のものとして意欲したか、正犯意思、行為支配の意思、あるいはその行為に対する自己の利益をもっていたかという主観的に規定された諸基準は、意味のある結論を導くことができない。重要なのは、誰が死に至る事象を実際に支配していたかということだけである。個々の事例においては、死に至る者が自己の運命をどのように定めたかという態様が、それについて決定的なものとなる。死に至る者が他人から死を与えられることを甘受してその他人の手中に赴いた場合には、その他人が行為支配をもつ。これに対して、死に至る者が自己の運命についての判断を最後まで留保していた場合には、他人の援助を受けたとしても、その者がみずから命を絶つたことになる (BGHSt 19, 135 [139])。

こうした判例の諸基準によれば、本件では直接的な作為の正犯は認められない。毒物がEに流し込まれたとはいえない。むしろEは、毒の入ったグラスを第三者の助けを借りることなく、みずから口に運んで毒物を飲んだ。これによってEは、生命を断絶させる行為を自分の手で行ったのである。…

要約すれば、毒物を渡したことは、たしかにEが自分の手で自殺を行うことを可能にしたと認定することができる。しか

しEは、毒物を飲むか飲まないかについて最後まで自由な判断をすることができたのであり、死に至る事象を支配していたのはEだけであり、Hや他の誰かではなかったのである。

Hが医師としての職業的地位にあったことも、この点では問題にならない。医師であっても、自己答責的に実現された自殺に幫助者として積極的に関与していたにすぎないかぎり、いずれにせよ不可罰である。Escarが述べているように、潜在的な自殺幫助者の範囲は、法律によって限定されたり区別されたりすることはない。

b Hは、自殺者による毒物の服用後に何ら医療的な救命措置をとらなかったことを理由として殺人罪の正犯とされることもない。

aa たしかに、結果が生じないことについて法的に責任を負っているにもかかわらず被害者の死を回避しなかった者は、殺人罪により処罰される（刑法一三条）。しかし、当刑事部は、不作為によって行われた殺人罪について十分な嫌疑があるとは認めない。

Hが作為に出ることが義務づけられていたか、そうであればいつ義務づけられていたかについて、検察官はその異議において次のような見解を述べた。すなわち、Eは服毒後すでに、その後の事象について無力となっており、それゆえ結果回避義務についてこの時点の問題にすべきであり、自殺者の意識喪失後の時点の問題にすべきではない、という見解である。

当刑事部はこの見解に従うことはできない。Eは意識があるかぎり、医師の治療について同意を与え、それによって医師らが救助に必要なことを行わせるための前提条件を与えることができる。同女は、意識喪失に至ったことよって、この可能性を失ってしまった。

したがって、いずれにしても、BGHも重視するこの時点が重要である。BGHはBGHSt 32, 374の判決において、自殺者が事象の支配者であるかぎり行為支配は自殺者であり、その保障人は自己の行為支配を欠くがゆえに、保障人の責任という法的な観点から介入を義務づけられることはないと述べた。

BGHによれば、自殺者が意識を失ったために事象に影響を与える事実的な可能性（行為支配）を完全に失った場合には、死の発生は今度はもっぱら保障人の態度にかかっている。その時には、被害者が救命されるか否かは保障人の手中にある。この時点で行為支配をもつのは、もはや自殺者ではなく、保障人だけである。

それにもかかわらず、行為能力の喪失がただちに保障人への行為支配の移行をもたらずのとはなく、また、この時点以後、救助行為を行わなかったことが必ずしも死の結果に因果的であるとは限らないという見解を維持すべきである。

いずれにしても、有効な行為支配の移行が認められ、因果関係があるとされるための前提は、保障人が介入することによって事象に決定的な転換をもたらすような事実的な可能性をもっていること（BGHSt 2, 150 [156]; 13, 162 [166]）と、ただちに医師の救助があれば、確実性に境を接する蓋然性をもって死の結果が生じなかったであろう、あるいは相当程度遅く生じていたであろう（BGH, NSZ 1985, 26 [27]）とどうことである。Hが医師として、確実性に境を接する蓋然性をもってその死を回避する事実的な可能性をもっていたことは、認定されない。…

dd … 死の危険に臨んだ自由で答責的な患者が、差し迫って必要とされる医師の侵襲を自己決定権を行使して拒否している場合には、医師と患者の関係から生ずる治療の権利と、生命保護を目的とする医師の治療の義務は認められず、医師は死に瀕した患者の同伴者（Begleiter）となり、患者の基本看護についての保障人となるにすぎない。

したがって、患者の自己決定権は、原則として合意に従う医師の保障人としての保護責任を限界づける。

「正常な患者」とは異なり、判断能力のある自由で答責的に行為する自殺患者については、延命措置への同意を拒否することによる医師の生命保護責任の否定に向けられた意思表示は法的に重要でないとする必然的な理由を、当法廷は認めることができない。…

③ コメント

本決定は、不可罰の自殺幫助と要求による殺人罪の区別について、BGHの先例に従って、被害者を直接的に死に至らせる行為について行為支配を有するか否かという基準を採用するとともに、医師であっても不作為による殺人罪により処罰されることはないとしたものである。本件は積極的な臨死介助が問題とされた事案について、医師の保障人的義務よりも患者の自己決定権を優先させた点でも注目される。⁽¹⁸⁾

(3) LGラーヴェンスブルク(第三刑事部)一九八六年二月三日判決「レスピレーター事件」⁽¹⁹⁾

① 事実の概要

被告人の妻は、不治の進行性脊髄麻痺により、一九八五年七月二日に病院に入院したが、その時には意識がなく、「死に瀕した」(im Sterben)段階にあった。妻は、人工呼吸器を装着されて意識を回復したが、その措置を「耐え難い苦痛」と感じたことから、その翌日に、意思表示できる唯一の手段であった電子筆記器を用いて、次のような文章を作成した。

「私の状態はもはや耐え難いので、死にたいと思う。早ければ早いほどよい。私はこのことを心から希望する。」

その後、被告人が、「最後の愛の奉仕」をしようと考え、誰もいない機会に人工呼吸器を停止させ、これにより妻は約一時間後に心停止により死亡した。もつとも、人工呼吸を継続していたならば、妻は少なくとも二四時間は生存していたであろうと考えられた。検察官は、被告人の行為は要求による殺人罪(刑法二二六条)に当たるとして起訴した。

② 判決の理由

LGラーヴェンスブルクは、以下の理由により被告人を無罪とした。

われわれの法秩序によれば、他人を殺すことは原則として禁止されている（その例外はたとえば正当防衛）。本件では、人命の尊重と倫理的・宗教的な理由から侵してはならないタブーが問題になっている。したがって、被殺者による殺人の同意や死の要求があっても、その殺人が正当化されないとすることは適切である。こうした厳格な殺人禁止は、すでに死に瀕した人についても同様に妥当するべきである。なぜならば、高齢で介護を必要とする人は、しばしばきわめて過敏になり、親族に負担をかけまいとする「配慮」から、自分の被害を依頼し、あるいは殺人に同意する旨の意思を表示することがあるからである。これは耐え難い事態であるといえよう。

こうした諸原則を考慮して、刑法二一六条は、基本法で保障された自己決定権と人間の尊厳に照らし、その意義と目的に即して解釈されなければならない。殺人禁止の意義は、生存を維持することにある。しかし、この目的の実現は、死の苦しみの中にある人の死を、その人の意思に反して力づくで妨げることを要請するものではない。このような行為は、常に死をもって終える他人の生命の尊重の要請と一致しないであろう。死は誕生と同じく生に含まれる。もはや救命できない臨死者においては、死はまったく不自然なことではなく、疾病のようにあらゆる手段を用いて克服しなければならないものではない。したがって、延命のための措置は、それが技術的に可能であるという理由だけで不可欠なものとなることはない。BGHは近時これについて次のように説示した。「医療技術の著しい進歩のこれまでの限界を考慮すれば、医師の治療義務の限界を決めるのは、医療機器の効率ではなく、人命および人間の尊厳の尊重に向けられた個別事例の判断である」と（BGHSt. 32, 367 [397f.]）。この見解は今日、文献においても広く主張されている。判断能力を有する患者は、自分が医師の治療を望むか望まないかについてみずから決定することができることに、何の疑いもない。この原則は、患者の判断が客観的には不合理であると思われる場合にも当てはまり（vgl. BGHSt. II, 111 [114]）、医師の処置がおよそ治療に向けられず、少なくとも苦痛緩和に向けられておらず、死の苦しみを長引かせることにしか役立たない場合には、なおのこと当てはまるというべきである。

したがって、被告人の妻は、人工呼吸を受けないことを拘束力をもって要求することができた。病院で治療に当たる医師のみならず、人工呼吸器を装着する事実的な可能性をもつすべての人が、このことを尊重しなければならなかった。しかし、被告人の妻が人工呼吸を受けないことを要求する法的な力をもっていたとすれば、人工呼吸器が停止されるためにある行為が必要とされる場合にも、同女は当然にその停止を要求する権利をもっていたことになる。このことは、人工呼吸がその人の明示の意思に反して行われていた場合には、より強く当てはまる。

これまでの判例と文献が治療の中止ないし治療の不作為の問題について述べてきた範囲でいえば、このことは医師による治療中止の諸事例に関するものであった。しかし本件では、医師でない者が医師の治療に介入した。本件のように、看護スタッフや病院内で業務に従事している医師の不在の機会を利用して、第三者が病院内の人工呼吸器を停止させることは、病院業務の秩序と安全という理由から、耐え難いことのように思われるかもしれない。しかし、刑法二一六条による可罰性を考慮すれば、このような事情だけで、右に述べた判断と異なる判断を正当化することはできない。被告人の妻は、死期が早ければ早いほどよいと願っていた。このことは、人工呼吸の停止によつてはじめて実現できることである。同女は自分でこれを行うことができなかつた。医師であれ看護スタッフであれ親族であれ、誰が正当な治療中止の要求に従うかは、当刑事部の見解によれば重要な問題ではない。なぜならば、誰もが―医師のみならず―尊重しなければならない、判断能力のある患者の自己決定権と人間の尊厳が重要だからである。

本件では、これに加えて次のような事情がある。すなわち、被告人はその妻がもつとも信頼していた人物であつたのみならず、約二年前から―最後の半年間はほぼ四六時中―同女の看護人であつたという事情である。さらに、このような「治療の諸関係」は、同女と病院との治療の諸関係よりもはるかに強いものであつたことは確かである。これに加えて、人工呼吸器を停止させた時点でF博士がその場に現れたという事情がある。Fも同女の治療を担当する医師であつた。彼は治療の中止について共同の責任を負つていた。被告人は、Fの意思に反してその行為を既遂に至らせることはできなかった。その点

で、任意の第三者ではなく、夫であり看護人であった直近の親族が、その装置を装着して同女の治療に当たっていた医師の監視と是認のもとで、人工呼吸器を停止させたのであった。

当刑事部の見解を要約すれば次のとおりである。避けがたい死に直面した人が、もはや自力で生存することができず、技術的な装置の助けを借りたその者の「延命」が死に至る経過を長引かせるにすぎないことが明らか場合には、その人は、そのような措置を行わず、あるいは中止することを要求することができる。この要求に従った者は、それが不作為であつても作為であつても、(要求による)殺人を行ったのではなく、死にぎわの援助 (Beistand im Sterben) を行ったのである。

当刑事部は、本件のような事例について、すでに(殺すという)構成要件該当性が否定されるのか否かという議論の多い問題を未決定にしておく。しかし、いずれにしても、当法廷で判断されるべき具体的事例においては、死に瀕した人の死を技術的な装置の助けを借りることによってのみ人工的に遅らせることができ、自力での短期間の生存の希望すら認められないことから、その人の真摯な死の願望は、被告人の行為にとつて正当化事由となり、これにより刑法二一六条による可罰性が排除されることになる。

③ コメント

本判決は、自力による生存ができずに人工呼吸器が装着されていた臨死者を、その夫が本人の希望に従つて人工呼吸器を停止させることによって死に至らせたという事案について、要求による殺人に当たるとする検察官の主張を斥けて、夫を無罪としたものである。ここでは、治療の中止が作為であつても不作為であつても、「死にぎわの援助」として許容される場合があること、また、その行為が医師以外の第三者によって行われた場合でも不可罰とされる余地があることを示した点で意義がある。本判決は、不可罰とする根拠について、構成要件該当性を否定するの違法阻却とするのか、その判断を留保しているが、学説においては本判決の結論に賛成する意見が多い。⁽²⁰⁾

(4) B G H (第一刑事部) 一九九四年九月一三日判決「ケンプテン事件」または「アルツハイマー事件」⁽²¹⁾

① 事実の概要と訴訟経過

原審 (LG Kempten) の認定によれば、被告人となる医師 T は、一九九〇年一〇月に、同年三月一五日からケンプテンにあるマリーエンハイムの看護棟に収容されていた当時七〇歳の S 女の医療的看護を引き受けた。S 女について、権限をもつ看護人 (Pfleger) 「現在の「世話人」に当たる」として、その息子である被告人 S (以下「S」という) が任命された。S 女は、アルツハイマー病の疑いのある初老性痴呆と思われる著しい脳器質性の精神症状を呈し、同年九月に起こした心停止とその蘇生術の後、回復しがたい重度の脳障害をもっていた。S 女は、それに起因する嚔下不能により、T が指示した経管による人工栄養が、当初は鼻孔を通して、一九九二年末からは胃ゾンデによって行われた。S 女は、一九九〇年の末から話すことも歩くことも立つこともできず、光と音と加圧の刺激に対して顔面の痙攣とうめき声で反応するだけであり、四肢に拘縮が生じていた。経管栄養が行われてから S 女の病状に変化はなく、苦痛の感覚をうかがわせる徴候はなかったが、生命機能は維持されていた。

一九九三年の初めに、T は S に対して、経管栄養を停止してお茶だけを与えるという方法で、回復が期待できない S 女の状態を終わらせることを提案した。これによって S 女は苦しむことなく二週間ないし三週間以内に死に至るということであった。S の質問に対して、T は、この方法は法的に保障されていると説明した。S は、この説明を信じてそれ以上の法的助言を求めなかったが、数人の友人と近親者に相談して、結局、同年三月初めにこの提案に同意した。S がそうした判断をした際に、S 女が八年から一〇年ほど前に、あるテレビ放送で四肢が硬化して床ずれができた看護事例を見た後で、自分はそのように終わりがたくないと聞いたという事情が、重要な意味をもっていた。

その後、T は、前もって看護職員に説明することなく、看護婦室にある指示書に、「私は、T 先生と同意の上、現在の瓶による人工栄養が終了した直後、あるいは一九九三年三月一五日以降、私の母にお茶だけを与えることにしたい」と記入した。T と S はこ

れに署名し、看護職員がこれに従うのでS女は数週間以内に死亡するであろうと思っていた。しかし、この予想に反して、この措置が許されるか否かについて法的な疑念を抱いた看護職員の長が、同月一七日に後見裁判所である区裁判所に通告したところ、裁判所は仮命令によりその措置を認めなかった。TとSはその事実を知り、Sが区裁判所に対してお茶の供給への変更を承認するよう求めたが、区裁判所は専門家、関係者への聴聞と当事者の状況視察のちにこれを認めなかった。その後、Tは同女の治療を中止したが、他の医師によって治療が続けられた。S女は同年二月二十九日に肺水腫により死亡した。

LGは、被告人兩名を故殺罪（刑法二二二条）の未遂により罰金刑に処した。これに対して被告人兩名が上告した。

② 判決の理由

BGH第一刑事部は、以下の理由により原判決を破棄して本件を原審に差し戻した。

1 a LGが、本件はいわゆる消極的な臨死介助の事例ではないとしたことは正当である。この意味での臨死介助は、患者の根本的な疾病が医師の確信により不可逆的な（回復不能な）ものであり、すでに死のプロセスが始まり、その死が短時間内に（in kürzer Zeit）生ずるであろうことを前提とする。そうした診断がとりわけ死期が近いというメルクマールについてできれば、死のプロセスはすでに始まっていることになる。したがって、この段階になつてはじめて、臨死者のための援助と死にぎわの援助、すなわち臨死介助を認めることができる。これにより、医師は呼吸や輸血や人工栄養のような延命措置を行わないことができる。

本件では、死のプロセスはまだ始まっていなかった。S女は人工栄養が必要であることを別にすれば生存の能力があり、実際に人工栄養を停止するという被告人らの決定の後も、なお九か月間―一九九三年二月二十九日まで―生存した。し

たがって、本来の意味での臨死介助は認められない。むしろ、個々の生命維持措置の中止が問題だったのである。このような事象は文献上すでに広義の臨死介助と呼ばれているが、そうした治療の中止が当該患者の意思に従ったものであれば、患者の一般的な意思決定の自由と身体の無傷性の権利（基本法二条二項一文）の表明として原則的に認められるとしても、推定的意思を認めるには、本来の意味での臨死介助と比較して高度の要件が必要とされる。医師、近親者あるいは世話人が、判断能力を失った患者の意思とは独立に、自己の基準と考え方によって、無意味な、生きるに値しない、あるいは無用になったと思った患者の生存を終了させるという危険には、最初から対処しなければならない。

b 本件では、S女は一九九〇年九月以降、回復しがない脳障害により自分で判断することができない状態にあったので、推定的同意を認めることだけが問題となった。しかし、これまで認定された事実によれば、そのための十分に確かな根拠がなく、看護人である被告人Sの同意は有効でないので、推定的同意を認めることはできない。

aa 基準となる時点——一九九三年三月——の八年前に、あるテレビ番組を見た後の直接的な印象として表現された「私はそのように終わりたいくない」というS女の言葉は、治療の中止についての推定的同意を認めるための十分な基礎を提供していない。その言葉は、一時的な気分から発せられたものであったかもしれない。LGの認定によれば、S女はこの表明を文書でも口頭でも繰り返し返していない。S女は、一九九三年の自分の状況を予見し、あるいはその状況を評価することはできなかった。たしかに、S女の生存は一九九三年以降きわめて単純な諸機能に限られ、人工栄養を必要とし、脳障害のために他人とのコンタクトをとることができず、したがって同女の生命は周囲の者にとつては無意味に見えたかもしれない。しかし、このような事情だけでは、その他の点では生存の能力のある患者が、すぐに確実な死に至る治療の中止に推定的に同意したと認めることはできない。

bb 患者の息子であり看護人である被告人Sが治療の中止に同意したという事実があっても、この結論に変わりはない。

一九九〇年九月一二日の世話法の規定による民法一九〇四条（BGBl I 2002）によれば、一定の医療的措置についての世話

人の同意が有効とされるためには、世話人は後見裁判所の同意を得る必要がある。もともと、この規定は―死の経過をたどることになる―治療の中止にすぐに適用できるものではない。その文言によれば、同条は診察、治療あるいは医的侵襲といった積極的な医療的措置のみを捕捉しているからである。しかし、いずれにせよその規定は、同条の意義と目的からみて、医療的措置がそれまで行われてきた生命維持治療の終了となり、死のプロセスがまだ直接的には始まっていないという臨死介助の諸事例にも―当然に―類推適用されなければならない。一定の医的侵襲がその危険性のため、すでに世話人の一般的な判断権限から除外されているならば、医療的措置を終了させ、短時間内に確実に患者の死に至るような措置については、なおのことそのようにいうことができる。

被告人Sは、これにより必要とされていた後見裁判所の承認を得なかつたので、一九九三年三月の初めに被告人Tに示した人工栄養を停止することの同意は、すでにそれだけで無効である。

2 もつとも、被告人兩名における禁止の錯誤の回避可能性については、LGの判示に根本的な疑問がある。

原審の刑事部は、被告人兩名の禁止の錯誤を回避可能とした。その際に原審は、死のプロセスにゆだねるという許容される行為は本件のような場合に(も) 最初から認められず、その点で判断能力のない患者の推定的同意はまったく問題にならないという法の見解に立っているが、刑事部はこの見解を認めない。

a 当刑事部の見解によれば、本件の限界事例の特殊な諸事情に鑑み、治療や措置の中止によって死のプロセスにゆだねるという許容される行為は、その患者が中止に推定的に同意したと認められるかぎり、最初から排除されるものではない。このような状況においても、患者の自己決定権が尊重されるべきであり、その意思に反する治療は原則として行われてはならず、また継続することも許されないからである。

LGは―許容される―臨死介助の前提条件を全体として否定し、したがってその点に意義を認めなかつたので、これに言

及しなかった。このような考察方法は狭きに失し、本件の特殊事情を十分に評価したとはいえない。

もつとも、判断能力を失った患者のそうした推定的な同意を認めるための前提条件については——人命の保護という利益のために——事後的観点において厳格な要件が課せられるべきである。重要なのは、行為時における患者の推定的意思であり、全事情を注意深く衡量してその意思がどのようなものであったかということである。その際に、その患者のそれ以前の口頭または文書による表明とともに、その者の宗教的確信、その他の個人的な価値観、年齢による生存の期待、あるいは苦痛の有無も同様に考慮されなければならない。客観的な諸基準、とりわけある措置が一般に「合理的な」あるいは「通常の」ものであり、またそれが一般に分別ある患者の利益に適うものと評価されることは、独自の意味をもたない。それらは個々人の仮定的な意思を知るための手がかりとなるにすぎない。

必要とされる注意深い検討をしても、患者の個人的な推定的意思を認定するための諸事情を見いだせない場合には、一般的な価値観に即した諸基準に立ち戻って検討しなければならない。しかしその場合には謙抑的な態度が求められ、疑わしい場合には、医師、親族その他の関与者の個人的な意見よりも人命の保護が優先される。個々の事例においては、その判断は当然に、医師による予後の見込みの程度や患者の死期の近さにも左右される。一般的な考えにより人間の尊厳にふさわしいと考えられる生存を回復することが期待できないほど、そして死期の到来が近いほど、それだけ強く治療の中止が是認されると考えられる。

b 被告人Sは、母親の治療を担当する被告人Tに問い合わせて、計画された企図は法的に保障され、自分の行為は処罰されないという教示を受けていた。しかし彼は、この回答のみを信頼することは許されない。

たしかに、信頼できる人の法的教示は、原則として禁止の錯誤の回避可能性を排除する。つまり、その教示によって何ら自己の利益を求めず、客観的な、注意深い、義務を意識した教示をする、権限のある、専門的な、予断のない人は、この意味で信頼できる。これらの基準によれば、被告人Sは、治療に当たる医師であるTを信頼できると思ってい

た。重要な質問が一般医が間違いなく知っている範囲に明けられていた。Tの職業は——とりわけ継続的な研究において——関連する法的な問題提起に取り組むことを当然に必要とし、それゆえに素人はこうした法医学的な限界領域で医師を信頼することができるのである。

しかし、被告人Sの問い合わせの義務は、医師に尋ねることに尽きるものではない。なぜならば、被告人Sは——すでに述べたように——自分の母親の医学的措置の問題をその任務として含む世話人としての地位に基づいて、意図した治療の中止に同意する前に、後見裁判所の承認を求めることが義務づけられていたからである。したがって、LGは、被告人Sはなぜ後見裁判所に問い合わせなかったのか、世話法の発効（一九九二年一月一日）後に適用される民法一九〇四条について照会したか否かについて認定しなければならなかった。

c 被告人Tは、その判断の前に何の助言も求めなかった。しかし、S女の状態と困難な法律状況からみて、彼にはそうすることが義務づけられていたといえよう。

たしかに医師は、限界的な事例では、治療を終了するか継続するか判断において、一定の判断の余地と裁量の余地もっている。しかし、呼吸、心拍、循環のような重要な生命機能が維持されているならば、許される治療の中止が考慮されるのは、それが判断能力を失った患者の推定的意思に合致する場合に限られる。したがって、LGの見解とは逆に、被告人Tについてもこの点が問題になる。原審の刑事部は、Tがいかなる理由で一九九三年の初めに治療の中止を提案したのか、彼は患者の推定的意思に適った行動をしていると確信していたのか、何を根拠にして自分の企図が法的に保障されていると思っていたのかという問題について、立ち入った検討をしなければならなかった。

当刑事部は、患者の推定的同意についても、被告人両名の禁止の錯誤の回避可能性についても、異なった評価が必要であると思わせるようなさらなる事実認定ができることを否定できない。したがって、非難された原判決は全体として破棄され、本件を新たな審理と判断のために差し戻す。新たに判断を求められる事実審の裁判官は、その際にとりわけ、これまでに判

明した十分とはいえない諸事情を超えて—少なくとも被告人らの観点から—S女の推定的同意を認めるためのさらなる手がかりが提示されたか否かを検討しなければならない。その際に、刑事部はとりわけ、連邦医師会のガイドラインであげられた諸基準を考慮しなければならないが、そのみにとどまるべきではない。…

③ コメント

本件は、回復しがたい重度の脳障害により継続的に意識を失い、経管による栄養補給を受けていたS女に対して、同女の治療に当たっていた医師Tと同女の息子のSが相談して、お茶のみを与えることよって同女を死に至らせようとした行為が、殺人罪の未遂に当たるとして起訴されたものである。これについて原審は、死に至るプロセスが始まっていない「広義の臨死介助」における生命維持治療の中止は認められないので、患者の推定的同意は問題にならないとしたが、BGHは、そのプロセスが始まっていなくとも例外的に治療中止が許容されることを前提にして、S女の過去の発言は推定的同意を認めるための十分な根拠となりえないこと、また、看護人としての地位にあるSは民法一九〇四条により必要とされていた後見裁判所の承認を得ていなかったため、Tに対して表明した同意は無効であることを主たる理由として、原判決を破棄した。また、原判決は、患者の推定的意思について十分な審理を尽くしたとはいえず、被告人両名の禁止の錯誤の回避可能性についても検討の余地があるとして、本件を原審に差し戻した。⁽²²⁾

このように、本判決は、不治の病気により意思表示できなくなった患者について、いまだ死に至るプロセスが始まっていないために臨死介助に関する連邦医師会のガイドラインが定めた条件が認められない場合でも、例外的に治療や措置の中止が許されることを示した点で重要な意義がある。また、患者の推定的同意を認めるには厳格な要件が課され、とりわけその患者の以前の口頭または文書による表示、その宗教的確信、その他の個人的な価値観、年齢によって制約された生存の期待、あるいは苦痛の有無が重要であることを明らかにするとともに、必要とされる注意深い検討をしても、患者の個人的な推定的意思を認定するための具体的

な諸事情を見いだしえない場合には、一般的な価値観に即した諸基準に立ち戻って検討しなければならぬが、その際には謙抑的な態度が求められ、疑わしい場合には、医師、近親者、その他の関与者の個人的な考え方よりも人命の保護を優先しなければならぬとした点でも意義がある⁽²³⁾。

(5) B G H (第三刑事部) 一九九六年一月一日判決「ドラランチン事件」⁽²⁴⁾

① 事実の概要と訴訟経過

本件は、整形外科の専門医であった被告人Dと、その妻で、かつて麻酔医としての教育を受けたことのある被告人Cが、以前から膝の障害でDの治療を受けていた富裕な年金生活者であった八八歳のV女を、致死量の薬物を用いて故意に殺害したとして起訴された事案である。

原審 (JG Kiel) によれば、一九八七年六月初めに、Vが(後の検死によって判明した)重いヘルニアを患った際に、被告人らは、内科医Sと相談してVを自宅に引き取ることにした。同月三日に、Vの症状が悪化したので、Sが薬を処方したが、Vが肺水腫を起こして苦しそうな症状を呈したので、翌日の午前二時ころ、右の三名は病院への搬送を検討したが、その時点では、いずれにせよVは死亡するであろうと思っていた。原審によれば、右の三名は、Dの決定的な影響力により、Vを病院へ搬送せずに薬物の過剰投与によって殺害しようとして決意した。その際に、CとSは、Vの苦痛を免れさせようという動機を、Dは、Vの遺言書を偽造することによって同女の財産を相続するという目的をもっていたとされる。その後、Sが薬物のドラランチンを調査し、点滴投与によってVを死に至らせた。同日、Dは、DとCのみを相続人とする旨のVの遺言書を偽造した。

内科医Sについては、捜査手続が停止され、DとCが殺人罪により起訴された。原審は、Dを謀殺罪により、Cを故殺罪により有罪とした。

これに対して、被告人兩名は無罪を主張し、検察官はCについても謀殺罪の適用が妥当であると主張して双方が上告した。

② 判決の要旨

BGHは、被告人兩名の主張を認め、事実誤認を理由として原判決を全体として破棄した。本件では、謀殺罪の適用の是非と処断刑の形成の方法も争点になったが、BGHは臨死介助に関する問題について大要以下のような判断を示した。

臨死者について、医療上必要とされる苦痛緩和のための薬剤投与は、それが意図しない、しかしやむをえない不可避的な付随結果として死期を早めるとしても、それによって許されなくなるものではない。このいわゆる間接的な臨死介助が、すでにその社会的な意味内容に照らして殺人罪の構成要件から除外されるのか否かについては、文献において争いがある。これを否定したとしても、刑法二二二条ないし刑法二一六条の構成要件を充足する、生命の短縮に至る医師の行為は、いずれにしても刑法三四条の緊急避難の規定によって正当化される。故殺罪の未遂による可罰性についても同じことがいえる。なぜならば、患者の明示のないし推定的意思により、尊厳ある苦痛のない死を可能にすることは(BGHSt 37, 376)、¹きわめて大きな死にも勝るほどの苦痛のもとで、なお短時間生きなければならぬという見込みよりも、より価値の高い法益であるといえるからである。

③ コメント

本判決は、間接的な臨死介助が結論において不可罰とされることを確認したものである。その刑法解釈論上の根拠が構成要件不該当にあるのか、それとも緊急避難による正当化にあるのかについては不明である。⁽²⁵⁾

(6) B G H (第五刑事部) 二〇〇一年二月七日判決「自由死の介助者事件」⁽²⁶⁾

① 事実の概要と訴訟経過

本件で死亡したT女は、長い間医師として働いていた者であるが、多発性硬化症を患っていた。一九八二年から一九九八年までの病状の進行により、Tはほとんど動くことができず、一日の大部分を自宅で仰向けの姿勢で過ごし、視力の低下のために読書用ルーペを用いていたが、体力の低下によりルーペを持つのも短時間に限られていた。

Tは、一九九七年に自殺を試みたが、夫に阻止されて失敗した。Tはその後、数か月にわたって夫と話し合い、同女を死に至らせることを夫に納得させ、被告人に相談することにした。被告人は、八三歳の神学者であり心理学者であったが、長年にわたる「臨死介助と死の看取り」の問題に取り組み、「自由死の介助者」として、死を希望する者に対してその実現を助けるための協会(Exitus)を設立していた。

被告人は、Tを訪問した際に、Tとその夫と個人的な話し合いをして、Tが十分な精神力を備えていること、Tの病気が不治であること、Tの死の希望は真摯であり、何らかの外部的圧力によるものではないことを確信した。そこで被告人は、Tが希望する死の看取りを行おうと決意した。その際に彼は、自分が提供するナトリウム・ペントバルビタールは強い毒性と即効性があるので、意識を失った以降は救命の可能性はないことを知っていた。さらに、スイス人であった被告人は、自分の行為はドイツの法律では不可罰であると思っていた。被告人は、Tが水に溶かした毒物を飲む前に、「自死の表明」という書式に合わせて用意した書面に署名させた。Tは、これを飲んだ三分後に意識を失い、三〇分以内に死亡した。

原審(LG Berlin)は、被告人を麻薬法により有罪として罰金刑を言い渡したが、殺人罪、不救助罪および遺棄罪については無罪とした。これについて、検察官、被告人の双方が上告した。

② 判決の理由

BGHは、殺人罪については原審の無罪判決を支持した。その部分の理由は以下のとおりである。

I 2 C : 人間の生命は、基本法の価値秩序の中で―相対化を許すことなく―保護されるべき法益の最上位に位置する。それゆえ、法秩序は自殺を―きわめて例外的な場合は別として―違法なものとして評価しており (BGHS 6, 147 [153])、自殺とその共犯を不処罰としているにすぎない。本件のように、同じく基本法一条一項に基礎をもつ、「人間の尊厳を保った」諸条件のもとで死ぬ個人の権利を考慮する場合にも、こうした生命保護の原則的な優位性が尊重されるべきである。その際に、被殺者の要求による殺人を故殺罪に対する刑の減軽とするにすぎない刑法二二六条の規定から明らかになる基本的判断も考慮されなければならない。このことは、法秩序が人の自殺に他人が加功することを原則的に否認していることを示している。::

II 2 : 被告人は、死に至る麻薬を提供した者として、違法で危険な先行行為の観点からみて原則として生命の保障人となりうるということから、同人に―不作為によって行われた―殺人罪の責任を導くことは、結論においてできない。この観点で被告人の答責性を認めるには、いずれにせよ、Tが意識を失って事象のコントロールを失った時点で、なおTの救命が可能であったということが前提となる。これについてLGは、Tが意識を失った時点では、救助を試みても―薬物の重大な効果がすでに生じていたので―失敗していたであろうという認定をした。原審の認定によれば、被告人もそのように思っていたので (不作為による) 殺人罪の未遂も認められない。これによれば結局、刑法三三三c条の不救助罪も考えられない。

③ コメント

本判決は、不治の重病者に薬物を提供してその自殺を幫助した事案について、不作為による殺人罪の成否を問題にし、被害者が

意識を失った時点では結果を阻止する可能性がなかったことを理由として、同罪の未遂も認められなかったものである。ただし、結果阻止の可能性があった場合に、毒物の提供という先行行為に基づく救助義務が生ずるのか否かについては、必ずしも明らかでない。⁽²⁷⁾

(7) B G H (第一二民事部) 二〇〇三年三月一七日決定「リユーベック事件」⁽²⁸⁾

① 事案の概要と訴訟経過

当事者は、二〇〇〇年一月二九日に、心筋梗塞による低酸素性の脳障害から遷延性植物状態に陥り、それ以降 P E G ゾンデによる栄養補給を受け、意思疎通ができない状態になった。A G (区裁判所) リユーベック (J. Beck) は、当事者の治療に当たっていた病院の申立てにより、二〇〇一年一月一八日の決定において、本人の息子―関係人―を世話人に任命した。

この関係人は、二〇〇二年四月八日に、後見裁判所である A G において、その父親のために「P E G ゾンデによる栄養補給の停止」を提案した。その理由は、父親の状態の改善が期待できず、停止することが父親が以前表明した希望に沿うことになる、というものであった。その際に関係人は、タイプ打ちされ、本人の自筆による場所・日付・署名の入った次のような当事者の指示書を提示した。

指示書

私は、判断できなくなった場合のために、次のように指示する。

回復しえない意識喪失、脳のきわめて重大な継続的障害に陥り、もしくは生命にとって重要な身体の諸機能が継続的に失われた場合、または死に至る病気の最終段階に至った場合において、治療しても死の経過を長引かせるにすぎないときは、私は、

- ・集中治療を希望しない
 - ・栄養の停止を希望する
 - ・必要であれば不安や苦痛を緩和する措置だけを希望する
 - ・人工呼吸を希望しない
 - ・輸血を希望しない
 - ・臓器移植を希望しない
 - ・人工心肺装置に接続されることを希望しない。
- 私の信頼できる人は：（妻と息子・娘の氏名と住所が続く）。
- 私ははっきりとした理解力を持ち、法的状況を完全に認識してこの指示書に署名する。

リユーベック一九九八年一月二七日 H. S.

当事者の妻と娘は、関係人の提案に同意してこれを全面的に支持することを明らかにした。しかし、AGは、後見裁判所が承認することの法的根拠がないという理由でこの申立てを認めなかった。LGも、これに対する異議申立を斥けた。

これに対して関係人がさらに異議を申し立てたところ、OLGシュレスヴィヒ(Schleswig)は、原審と同じくその異議申立を退けようと考えたが、回復しえない脳障害により判断能力を失った当事者の世話人がPEGゾンデによる栄養補給の停止に同意するには民法一九〇四条の類推適用により後見裁判所の承認が必要であるとする過去のOLGの諸決定があったことから、本件をBGHの判断にゆだねた。

② 決定の要旨

BGH第一二民事部は、AGおよびLGの判断は維持しえないとしてこれを破棄し、本件をAGに差し戻した。その決定要旨は次のとおりである。

a 患者が同意能力を失い、その根本的疾患が回復したい死のプロセスをたどっている場合において、生命維持措置または延命措置をとらないことが、あらかじめ—たとえばいわゆる患者の指示書の形式で—表明された患者の意思に合致するならば、そのような措置をとってはならない。このことは、患者がもはや自己の責任による判断をなしえなくなった場合においても、同意能力のある状態で表明された患者の自己決定権を尊重することを要請する人間の尊厳から帰結されることである。そうした患者の表明された意思を認定することができない場合にのみ、その措置の許容性は患者の推定的意思によって判断され、その意思は個別的に—したがって患者の生についての判断、価値観および確信から—確認されなければならない。

b 患者のために世話人が任命されている場合には、その世話人は、自己の法的責任において、民法一九〇一条の基準により、医師と看護スタッフに対して患者の意思を表明し、これを主張しなければならぬ。しかし、世話人が医師の立場からみて必要とされる生命維持措置または延命措置の同意を有効に拒否できるのは、後見裁判所の承認がある場合に限られる。医師の立場からみてそうした措置または継続的措置が必要でなくなった場合には、世話人の同意と後見裁判所の承認を問題にする余地はない—そうした措置が最初から医学的に必要でなかったり、もはや無意味になったり、あるいはその他の理由から不可能になった場合がこれである。後見裁判所の判断の権限は、民法一九〇四条の類推適用から生ずるのではなく、世話法の当然の要請から生ずるものである。

③ コメント

本決定は、疾病が回復しがたい死のプロセスをたどっている事案について、同意能力を失った患者があらかじめ延命措置をとらないことを表明していた場合には、自己決定権の尊重を要請する人間の尊厳を理由として、そのような措置をとってはならないことを示すとともに、世話人が医師の立場からみて必要とされる延命措置の同意を有効に拒否できるのは、後見裁判所の承認がある場合に限られるとしたものである。これに対して、本決定の立場は、尊重されるべき患者の指示の拘束力を相対化することになるという批判がある。本決定を契機として、患者の指示の要件と効果を明文によって規定すべきであるという意見が有力になり、連邦法務省はその法制化を検討する作業部会を設置することにした。⁽³⁰⁾

(8) BGH (第一二民事部) 二〇〇五年六月八日決定⁽³¹⁾

① 事実の概要と訴訟経過

原告は、当時一六歳であった一九九八年に自殺を試みたが未遂に終わり、その後、意識を失ったまま遷延性植物状態に陥り、同年九月一〇日から、世話人となった父親が締結した療養契約に基づき、被告となるA看護施設に入り、同施設において開業医Sの治療を受け、看護職員によって施設に入る前に装着されたPEGゾンデによる栄養補給を受けていた。

二〇〇一年一月四日に、Sは、世話人と合意のうえ、人工栄養を停止することと、ゾンデによって供給される輸液を減量することを指示した。これに対して被告は、この指示に従えば原告は(最長でも)八日ないし一〇日以内に死亡することになるので、看護職員が医師の指示に従うことはないという理由で、これを拒否した。

原告は、被告に対して人工栄養を停止することを求めて訴を提起したが、原原審(LG Traunstein)と原審(OLG München)がこれを認めなかったため、その停止を求めて上告した。その後、原告が二〇〇四年三月二六日に死亡したので、両当事者はこの法的紛争は終了したものと見て、民法による相互的な訴訟費用の申立てをした。

② 決定の理由

BGHは、広義の臨死介助が許される刑法上の限界が十分に解明されていないという理由で両当事者の訴を棄却したが、臨死介助については次のような見解を示した。

1 OLGの見解に反して、原告の不作為の要求は、被告との間で締結された療養契約がその要求に反するものであることを理由として、あるいは被告が「被告の憲法上の権利から導かれる拒否権」を主張しうることを理由として、ただちに理由なしとされることにはならない。

a 胃ゾンデによって行われる人工栄養は身体の完全性の侵害であり、それゆえ患者の同意を必要とする。したがって、患者の明示の意思に反して行われる人工栄養は違法な行為であり、患者は、民法八二三条〔損害賠償義務〕一項と結合した一〇〇四条一項二文〔不作為請求権〕の類推適用により、その不作為を要求することができる。このことは、要求された不作為によって―本件のように―患者が死亡するであろうと思われる場合にも当てはまる。自己の身体について決定する患者の権利は、生命を維持する働きをする強制的治療であっても、これを許されないものとすることができる。

b 原告に対する人工栄養は、原告の現実的または推定的意思として世話人によって表明された意思に反していた。…

c 原告と締結した療養契約は、被告に対して、原告の人工栄養を他人の―世話人によって拘束力をもって表明された―意思に反して継続する権利を与えるものではない。世話人によって主張された、自己の身体について決定する原告の権利は、事前の放棄にならない。いったん与えられた身体の完全性の侵害への同意は、それが行われるまでいつでも取り消すことができる。同様に、その後の治療の継続も、いつでも取り消すことができる。OLGが述べたように、両当事者が療養契約によって原告の自己決定の権利を制限し、あるいはその権利の限界を拘束力をもって確定しようと思っていたとしても、両当事者はそうした制限あるいは拘束を、法的に有効に取り決めることはできなかった。したがって、療養契約の締結によつ

て与えられた原告の人工栄養の同意を撤回することは、療養契約があることよって妨げられない。被告が療養契約において、原告の人工栄養をも含む扶助の義務を負っていたか否かも、重要でない。なぜならば、そうした給付義務は、いずれにせよ被告が責を負う給付を受け入れる法義務を基礎づけるものではないからである。すなわち、そうした給付義務は、このような給付を原告の意思に反して強制する被告の権限を認めるものではないからである。

d OLGの見解に反して、被告には、原告の不作為の要求に対して、基本法一条、二条、四条よって保障される被告またはその職員の権利から導かれる拒否権は認められない。たしかに、被告の看護スタッフは、その職業活動においても人間の尊厳（基本法一条一項）の担い手である。しかしそれは、スタッフの倫理的または医学的見解が基本法一条一項の保護領域に含まれ、あるいは要求された不作為によつてこの保護領域が侵害されることを意味しない。基本法二条の違反も認められない。とりわけ、施設のスタッフの自己決定権は、これに反対する原告ないし原告のたために行為する世話人の意思しただがって「他人の権利」（基本法二条一項）により限界づけられる。原告の要求が看護人の良心の自由を侵害するものであるか否かは、最終的に判断しなくてよい。刑法が意思能力を失つた患者の人工栄養を命じているかぎり、基本法四条一項を考慮する必要はない。すなわち、何びとも許されない行為を強制されることはない。しかし、良心の自由は、世話人によつて主張された原告の自己決定権を積極的な行為によつて無視し、原告の身体の無傷性の権利を侵害する権利を、看護人に与えるものではない。…

2 OLGは―その立場から一貫して―被告ないしその組織と職員が原告の不作為の要求に従うことが、刑法の禁止によつて妨げられるか否かを検討しなかった。原告の要求が目指している広義の臨死介助の刑法上の限界は、当刑事部にはこれまでに十分に解明されていなかったと思われる。しかし、その限界は本件の判断にとつて重要である。なぜならば、被告は、被告の組織とスタッフが刑法の命令に反する危険をおかすことになる行為について、民法上不利な判断を受けることはない

からである。本件の訴訟は―本件についてのみ判断すべき費用決定に鑑み―この限界いかんの問題に最終的に答えるに適した場を提供するものではない。したがって、本件の法的紛争の最終的な解決は確かなものではない。

③ コメント

本決定は、いまだ死に至るプロセスが始まっていない患者に対する延命措置の継続の是非について、世話人が担当医師と合意のうえ、世話人である同意能力のない患者の人工栄養を停止することを要求している場合には、看護施設は療養契約をもってこの要求に対抗することはできず、看護スタッフの良心の自由もそれだけで人工栄養の継続を正当化するものではないとしたものである。⁽³²⁾

(9) B G H (第二刑事部) 二〇一〇年六月二五日判決「フルダ事件」または「ブッツ事件」⁽³³⁾

① 事実の概要と訴訟経過

原審 (LG Fulda) によれば、被告人 (Puis) は、医事法の専門分野、とりわけ苦痛緩和医療の領域について専門的知識を有する弁護士であった。同人は、二〇〇六年から、一九三一年生まれのE K女 (以下「K女」という) の二人の子、すなわち原審で共同被告人となったG女と、その弟でその後死亡したP K男 (以下「K男」という) から相談を受けていた。

K女は、二〇〇二年一〇月から脳出血により意識不明の状態にあった。同女は、それ以来話すことができず、ある老人ホームで看護され、腹壁を通したP E Gゾンデによって人工栄養を与えられていた。同女は、二〇〇六年の骨折の後、左腕を切除され、二〇〇七年一月には身長一五九センチメートル、体重四〇キログラムにまで痩せ衰えていた。同女の健康状態の回復はもはや期待できなかった。

二〇〇二年に、G女の父親〔K女の夫〕が重大な健康障害を伴わない脳出血を患ったことがあったが、その後の同年九月末に、

G女が母親のK女に対して、もしK女に何かあったら自分と弟はどうしたらよいかと尋ねたところ、K女がこれに対して、自分が意識不明になって意思を表示することができなくなった場合には、人工的な栄養や呼吸による延命措置を望まない、「管」のようなものに繋がれたいと答えたことがあった。

当初はK女の夫がその世話人の地位にあったが、後にその補助のため、職業世話人の女性が付された。その女性は、K女の夫が死亡した後の二〇〇五年末から、単独でK女の世話を引き受けた。G女は、二〇〇六年三月に、その女性に対して、自分と弟には母親を尊厳をもって死なせるために胃のゾンデを取り外したいという希望があると伝えた。G女はその際に、二〇〇二年九月に母親と交わした会話と、その件を夫と話し合ってから文書にするようにという娘の依頼があったにもかかわらず、結局はその内容を文書化しなかったことを話した。その女性は、K女の推定的意思を知ることができないという理由をあげてゾンデの取り外しを拒み、その後代理人となった被告人のたび重なる働きかけに対しても拒否の態度をとり続けた。

被告人はその後、G女とその弟とともに、人工栄養を停止しようと努力した。被告人の提案により、二〇〇七年八月に、二人の子が母親の世話人に任命された。治療に当たっていた家庭医も、その見地から、人工栄養を継続するための医学的な事由がもはや認められないという理由で、世話人らの提案を支持した。しかし、その努力は施設の経営部と職員の反対にあった。施設の経営者の女性は、人工栄養を停止する旨の医師による明示の指示があっても看護職員がこれに従わないという理由で、最終的にある妥協策を提案した。すなわち、関係者全員の道徳観をしかるべく反映させるために、職員はひき続き狭義の看護行為をいつつ、G女とK男がみずからゾンデによる栄養補給を停止し、必要な苦痛緩和のための世話をを行い、母親を死に至らせるといふものであった。G女とK男は、被告人と相談した後にこれに同意した。

これにより、二〇〇七年二月二〇日に、G女がゾンデによる栄養の供給を停止し、輸液の供給も減量されはじめた。しかし、その翌日、施設全体の経営部が施設の経営部に対して、人工栄養をすぐに再開するようにとの指示を出した。G女とK男は、これに同意する意思を表明しなければ施設への立ち入りを禁止すると言いつ渡された。これに対して被告人は、同日、ゾンデによる栄養

が施設によって違法に継続されることに対して効果的な権利保護がすぐに得られないという理由で、G女とK男に対して、ゾンデの管を腹壁のすぐ上の所で切断するよう電話で助言した。被告人による法的状況の評価によれば、どの病院も自らの権限で新しいゾンデをつなぐことはできず、そのためK女は死に至ることができる、というものであった。G女はこの助言に従い、その弟の助力を得て、数分後に管を切断した。施設の職員がその数分後にこれを発見し、施設の経営部が警察に通報したため、その後K女は、検察官の指示により、子らの意思に反して病院に収容され、そこで新しいPEGゾンデを接続され、人工栄養の補給が再開された。同女は二〇〇八年一月五日に、その疾病に基づく自然死により死亡した。

LGは、二〇〇七年二月二日の被告人の行為を、G女と共同で行った作為による故殺罪の未遂（刑法二二二条、二二二条二五条二項）と評価し、K女の推定的同意によっても、緊急救助ないし正当化する緊急避難によっても正当化されず、また免責する緊急避難も認められないとした。また、許されていると誤信したという被告人の主張についても、同人は専門的な知識を有する弁護士でありその錯誤は回避しえたとして、これを退けた。これにより被告人を九月の自由刑に処し、その執行を猶予した。共同被告人となったG女は、被告人の法的助言により回避しえない禁止の錯誤（刑法一七条一文）に陥っていたので、責任がないという理由で無罪とされた（LG Fulda, Urt. v. 30. 4. 2009 – 16 Js 1/08 I Ks. BeckRS 2010. 06420）。

被告人は事実的非難を理由とする上告により、原判決の破棄と無罪の言渡しを求めた。検察官は事実的非難を理由として、被告人の不利益となる上告を申し立て、原審の量刑について異議を述べた。

② 判決の理由

被告人の上告が全面的に認められ、検察官の上告は認められなかった。

I 被告人の上告

被告人の上告は、原判決が実体法に違反していると非難する。この上告により、原判決は破棄され、被告人は無罪とされる。原審は、被告人の助言により行われた原審の共同被告人G女によるゾンデの管の切断は刑法二五条二項により被告人に帰属されるので、被告人の行為とその切断は故殺罪の未遂となり、同意によって正当化されず、その他の正当化事由も認められないとするが、その見解は結論において法的検討に耐えるものではない。

1 原審は、有罪判決の基礎となった被告人の行為に先行する事象について、明確な法的評価をしなかった。原審は、施設の経営者が世話人と主治医の意思に反して人工栄養を再開しようと意図したことは、当事者らの自己決定権を違法に侵害したことになるが、しかしその見解は、これに先行する人工栄養の停止が適法であったことを前提としている。その点では、原審は結果的に適切な前提に立っていた。

a B G H第一刑事部は、すでに一九九四年九月二三日の判決 (BGHSt. 40, 257 [261]) 「ケンブテン事件」判決) において、回復しがいきわめて重い脳障害をもち、判断能力を失った女性患者の人工栄養を、その看護人 (Pfleger) に任命された息子と患者の主治医が共同して中止したという事例について判断した。その患者の根本的な疾病は「本件と同様に――いまだすぐに死に至る経過をたどるものではなかったもので、第一刑事部が認定したように、ドイツ医師会の当時の「臨死介助のための要綱」(Deutsches Ärzteblatt 1993 B-1791f を参照) の諸基準によるいわゆる「消極的な臨死介助」の事例ではなかった。それにもかかわらず、B G Hは次のことを認めた。すなわち、「本件の限界事例の特殊な諸事情に鑑み、治療や措置の中止によって死のプロセスにゆだねるという許容される行為は、その患者が中止に推定的に同意したと認められるかぎり、最初から排除されるものではない。このような状況においても、患者の自己決定権が尊重されるべきであり、その意思に反する治療は原則として行われてはならず、また継続することも許されないからである」(BGHSt. 40, 257 [262]) と。

もつとも、BGH第一二民事部は、二〇〇三年三月一七日の決定(BGHZ 154, 205「リューベック事件」決定)において、遷延性植物状態に陥った患者の事例について次のように判断した。すなわち、同意能力のない患者について、生命維持あるいは延命のための措置をとらないためには、それが患者の実際に表明された意思または推定的な意思に一致していること、およびその根本的な疾病が「回復したい死のプロセス」をたどっていると認められることが前提となる、と。このことから、文献においてはしばしば、いわゆる「消極的な臨死介助」の許容性の問題について、BGHの民事判例と刑事判例の間に見解の相違があるという指摘がなされている。この見解は、第一二民事部が二〇〇五年六月八日の費用決定(BGHZ 163, 195)において、遷延性植物状態により判断能力のない患者について、世話人と医師が一致してその後の人工栄養の継続に反対している場合には、施設の経営者は、世話人によって拘束力をもって表明された患者の意思に反して人工栄養を継続する権限はなく、後見裁判所もその判断をする権限がないとした後も、依然として維持されている。これによれば、根本的な疾患がすぐに死に至るであろうと推定される段階に至ったことは、前提とされていない。

これにより、公的な承認において、生命維持のための医学的治療を患者の意思に基づいて打ち切ることが許容するための前提条件と射程について不明確が生ずることになったが、それはいずれにしても、二〇〇九年七月二九日の世話法の第三次改正法(BGBI 2286)により、民法一九〇一a条三項によって疾病の種類と段階は(もはや)問題にならないとされたことにより排除された。

b もつとも、LGが結論において適切に認めたように、原審の共同被告人とその弟によってカロリーを含有する輸液の供給が行われず、あるいはそれが減量されたことよって人工栄養が停止されたことは、いわゆる「消極的な臨死介助」による適法な治療中止について一般に認められた前提条件が存在していたので、行為時に適用される法律に基づいて許されていた。その際、本件では、同意無能力になる前に明示的に示されたK女の現実的な意思が疑問の余地なく認定されているので、個々の事例においては認定が難しいと思われる――当事者の推定的意思は問題にならなかった。さらに、世話人と

主治医との間に、人工栄養の停止が患者の意思に合致しているという了解があった。こうした前提条件のもとでは、人工栄養を継続しないことは許されていたのであり、世話法上の裁判所の承認または指示は必要でなかった。

c したがって、LGが、施設の経営部によって通告された人工栄養の再開は患者の身体の不可侵性と自己決定権に対する違法な侵害であったと認めたことについて、法的な誤りはない。行為時においてすでに完全に支配的であった法的見解によれば、施設との契約も良心の自由（基本法四条一項）も、施設の経営部や看護職員に、患者の自己決定権を無視し、憲法上保障された身体の無傷性についての権利を専断的に侵害する権利を与えるものではない（BGHZ 163, 195 [200]；なお、これと異なるのはOLG München, NJW 2003, 1743 [1745]；LG Traunstein, NJW-RR 2003, 221 [224]）。

2 有罪判決の基礎とされた被告人と原審の共同被告人の行為によって、人工栄養の違法な再開と、その点に認められる身体の無傷性と自己決定権の侵害が阻止されたことになるが、その行為がすでにして緊急救助（刑法三二条）の原則により正当化されていたかという問題をLGが否定したことは適切であった。たしかに、上記のことから明らかのように、刑法三二条の意味での正当防衛状況は存在しており、それは被告人と世話人に刑法三二条二項による緊急救助の権利を与えていたといえるであろう。しかし本件では、防衛行為は侵害者の法益に向けられておらず、あるいは侵害者の法益だけに向けられておらず（管の切断による器物損壊）、とりわけ被侵害者自身のそれ以外の最上位の法益に向けられていた。しかし、被侵害者の生命という法益への侵害が、同一人の身体の無傷性という法益と自己決定権の侵害に対する緊急救助によって正当化されないことは明らかである。むしろそれは、独立した法益侵害として、緊急救助の状況とは別の固有の正当化を必要とする。

LGが結論において適切に認めたように、刑法三二条による緊急避難の観点からの正当化も認められない。なぜならば、本件ではすでに、被告人の侵害は、刑法三四条の意味での（身体の無傷性と自己決定権という法益にとつて）現在の危険が

切迫している人の最上位の法益（生命）へ向けられていたからである。刑法三五条による免責、あるいは「超法規的な」緊急避難の観点からの免責も、同様に認められない。

3 したがって、本件では、殺人行為について正当化が認められるとすれば、それはもっぱら世話人としてのK女の子らによって主張された当事者の意思、すなわち、人工栄養を停止してその継続や再開をしないというK女の同意から生ずることになる。

本件は、これまでBGHが判断してきた諸事例と異なり、人工栄養の再開を妨げ、生命の終了を直接的に目的とする原審の共同被告人の行為が、LGが法的な誤りなく認めたように、刑法二五条二項によって被告人自身の行為として帰属され、それが一般原則により不作為ではなく積極的な作為とみなされるという特徴を示している。このような事例について、「臨死介助」の観点から生命を直接的に終了させる措置を正当化することは、判例によってこれまで認められたことはなかった。当刑事部は、二〇〇九年七月二九日の世話法の第三次改正法（BGBl I 2386）によって改正された民事法の法状況をも考慮して、この点に固執しない。

a 立法者は、二〇〇九年七月二九日の法律―いわゆる患者の指示法―（BGBl I 2386）によって、患者の意思に方向づけられた治療の限界づけについての世話法上の枠を定めた。二〇〇九年九月一日に施行されたこの法律は、とりわけ法的安定性と行為の安全性をもたらすことも目的とした。法律による新規定のための諸基準は、一つは憲法上保障された人の自己決定権であり、それは医学的治療と場合によっては延命措置をも、その必要性を考慮することなく拒否する権利を含んでいる。もう一つは、同様に憲法によって命ぜられている人命の保護であり、それはとりわけ刑法二二二条と二二六条の刑法規範において表明されているものである。

世話法の第三次改正法の立法者は、これらの原則を衡量して、包括的な審議と意見聴取の後に、多数の知見と種々様々な

意見を考慮して次のように判断した。すなわち、その時点では患者に同意能力がないが、たとえば具体的な治療の希望の中で表明された現実的または推定的な意思は、その患者の疾病の種類と段階を考慮することなく拘束力を持ち、世話人ならびに主治医を拘束する、というものである（民法一九〇一 a 条三項）。医学的措置を行うか行わないか、あるいはこれを中止するか否かという判断について世話法上の裁判所の承認が必要となるのは、みずから意思表示できない患者の意思について、あるいはその措置の医学的適用事由について、医師と世話人または代理人との間で見解の相違がある場合に限られる（民法一九〇四 a 条二項、四項）。さらに、民法一九〇一 a 条以下の諸規定は、被世話人の現実的または推定的な意思を調査するための世話法上の手続原則を定めている。

b この新规定の効果は刑法にも波及する。もつとも、刑法二二二条、二二六条の規定は世話法の諸規定によって影響されない。世話法の諸規定は、すでにその文言から、それをはるかに超えた多数の事例形態に適用され、立法者の意思に照らしても、たとえば許された臨死介助と禁止された殺人との区別についての特殊刑法的な原則を含むものではない。さらに、種々様々な世話法上の事例形態を含む、原則として制限のない民法一九〇一 a 条の文言それ自体から、殺人行為の刑法上の正当化の問題は、単に民法に従属した問題として論じられるものではないことが明らかになる。どこで正当化する同意の限界が超えられ、可罰的な要求による殺人の領域が始まるかは、傷害を正当化する同意（刑法二二八条）の射撃いかんの問題と同様に、刑法に特殊な問題であり、憲法秩序に照らし、他の法領域の諸規定を考慮しつつ、しかし原則として実体刑法の諸基準に照らして自律的に判断されるべき問題である。立法者の意思によれば、その限界は、民法一九〇一 a 条以下の諸規定によって動かされてはならない。しかし、民法一九〇一 a 条以下は、みずから意思表示することが（もはや）できなくなつた患者の自己決定権の実現のための手続法的な防衛策も含んでいる。それらの規定は、その患者の意思が同意無能力になる時点を超えて効力を持ち、尊重されることを保障しようとするものである。この新规定は、明らかにすべての関与者のための方向づけの安定性という目的をもって創設されたものであり、法秩序の単一性の観点のもとで、生命を終了させることに

因果性をもつ行為を正当化しうる限界を画する際に考慮されなければならない。

4 L Gは、本件の患者の同意による被告人とその共同正犯者の正当化を認めなかった。その理由は、L Gの見解によれば、これまでの法律により許される、その後の人工栄養を行わないことによるいわゆる消極的な臨死介助の前提条件が存在しなかったことにある。すなわち、P E Gゾンドの管を切断したことが積極的な作為と評価され、そのため患者の同意に正当化の効果が認められなかったからである。

a この考え方は、これまで判例と文献においてきわめて有力に主張されてきた見解と一致する。すなわち（一定の諸条件のもとで）許される「消極的な」臨死介助と「間接的な」臨死介助、ならびに常に禁止される「積極的な」臨死介助を区別する見解である。これによれば、単に人工栄養を停止することは、すでにその外的な現象形態からして、あるいはまた刑法上重要な意味をもつ行為の重点に照らして、積極的な所為としてではなく、不作為として、したがって「消極的な」行為とみなされてきた（BGHSt 40, 257 [265f.]「ケンプテン事件」）。許される「消極的な」臨死介助は、これまで支配的な見解によるこの区別を基礎にすれば、常に法的意味（刑法一三条）での不作為を前提としており、自然的意味における積極的な行為は、これによれば常に、刑法二二二条、二二六条の意味での違法な殺人罪として可罰的になる。

b この基準は、正当化される死の惹起と違法なそれとを当該患者の同意または推定的同意によって区別することについて、作為と不作為の外見的な現象形態に方向づけられたものであるが、当刑事部はこれにこだわらない。

aa B G Hのこれまでの判例も、義務に違反する不作為も同様に刑法二二六条の構成要件を充足するとしているので（BGHSt 13, 162 [166]; 32, 367 [371]）、必ずしも一貫してこの基準に方向づけられているのではない。このことはすでに、許された行為と禁止された行為を区別する基準が外見的な行為の性質のみに見いだされるわけではないことを示している。たしかに法律は、すでに刑法一三条二項において、不作為によって結果を惹起した場合について刑の任意的減軽を認めている

ので、結果を回避する行為を義務に違反して行わないことと積極的に結果を惹起する作為とを評価に即して区別している。しかし、この一般的な区別は、同時に、基礎となっている生活実態が必要とする場合には、作為と不作為を価値に即して同等に重視し、それによって同等に論じるといふ可能性を残している。

bb 許される臨死介助と刑法二二二条、二二六条による可罰的な殺人との限界を、積極的な行為と消極的な行為という自然主義的な区別の基準によって定めることは、必ずしも賢明ではない。なまの (cited) 現実をこれに反する規範的な評価に読み替えること、たとえば人工呼吸器を停止するという、事実としては積極的な行為を—この行為を「消極的な臨死介助」として法的に正当化するという目的で—「規範的に理解された不作為」に読み替えることは、過去において正当にも批判にさらされ、解釈上許されない「トリック」であるとして拒否された。

そうした評価的な方法で積極的な作為を規範的な不作為に読み替えることは、現に生じている諸問題を正しく評価するものではない。つまり、「治療の中止」は、その自然的・社会的意味内容によれば、単なる不作為に尽きるものではない。むしろそれは、ほとんど常に多数の積極的・消極的行為を包含しているので、解釈論において、また刑法一三条の不作為の行為について判例によって展開されてきた諸基準に照らしてこれを位置づけることには問題があり、その一部は単なる偶然に左右されうることになる。したがって、医師の治療の終了と関連するすべての行為を、治療の中止という規範的・評価的な上位概念に包摂させることが、有意義であり必要なことである。その上位概念は、客観的な行為要素とともに、すでに開始した医学的治療措置を患者の意思に従って全体として終了させ、あるいは当事者やその世話人の意思に照らして、その都度必要とされる看護の必要性と準備の必要性という基準に即してその範囲を限定するという行為者の主観的な目標設定を含んでいる。なぜならば、患者が治療を行わないことを要求しうるならば、それは（もはや）望まない治療の終了についても同様に認められなければならない、たとえばレスピレーターの取り外しや栄養補給ゾンデが取り外される場合がそうであるように、その後の治療措置を行わない不作為とするか、あるいは積極的な作為とするかは、どちらでもよいからである。患者の意思

に（もはや）一致しない、阻止されるべき医学的措置の再開が問題になっている場合にも、同じことがいえる。

cc 外見的な諸基準によって積極的行為と消極的行為を区別することは、医学的治療の不作為または中止に向けられた患者の意思による行為の正当化が認められる限界を、個別事例の正義の要求に即して適正に画することに適していないので、この区別をなしうるための他の諸基準が認められなければならない。それは、「臨死介助」と「治療の中止」という概念それ自体から、また憲法秩序を背景とした当該法益の衡量から明らかになるものである。

治療を行わず、これを制限し、あるいはこれを中止することによる臨死介助という概念は、当事者が生命に危険のある疾病に罹患し、当該措置が医学的に生命の維持または延命に適していることを前提とする。この密接な連関においてのみ、「臨死介助」という概念は体系的で刑法上正当な意味をもつ。これに対して、疾病の医学的治療とそうした関連のないところで行われた故意に生命を終えさせる行為は、もともと同意による正当化になじまない。このことは、刑法二二六条、二二八条とそれらの規定の基礎にある私たちの法秩序の評価からすぐに明らかになる。

さらに、同意によって正当化される臨死介助の行為は、それが客観的にも主観的にも、上記の意味の医学的治療に直接関連していることを前提とする。これによって捕捉されるのは、生命維持治療の不作為またはその中止、および早めに生ずるかもしれない死の結果を医学的に必要とされる緩和的措置の付随結果として甘受して行われる、いわゆる「間接的な臨死介助」という形態の行為のみである。

基本法一条一項、二条一項から導かれる個人の自己決定権は、人が自分の身体の無傷性と、自分の生と死に影響を受けずに続けることへの欲しない侵害に対して防衛する権利を与える。しかしそれは、医学的治療と関連しない生命への独立した侵害を第三者に行わせる権利を認めるものではなく、いわんやその請求を許すものではない。したがって、同意による正当化が考慮されるのは、たしかに苦痛は緩和されるが、疾病は（もはや）治療されず、したがって患者は結局、死にゆだねられることにより、すでに始まった疾病の進行に身をゆだねるという状態を（ふたたび）生じさせる行為に限られる。これに

対して、生命の終了を疾病のプロセスから解き放つという意図的な侵害が行われる諸事例は、これに含まれない。

そのように、治療の関連性と治療に関係づけられた当事者の意思という、治療中止の概念に内在する諸基準によって区別することは、積極的な行為と消極的な行為を区別するという、解釈上疑問があり実務上ほとんど使うことのできないこれまでの区別より、当該法益の重要性を衡量し、すべての関与者に明確な法的方向づけを与えることに適している。

刑法二一六条の構成要件の限界は、このことによって影響されない。このことは、当該患者による医学的措置の拒否やその継続の拒絶を正当に考慮する行為は、刑法二一六条の意味での要求による殺人から厳格に区別されるべきであるという、第三次世話法改正法の立法者の意図にも即したものである。

dd 治療に関連する患者の意思を認定することについて、証拠上、当該法益の高度の意義を考慮しなければならないという厳格な諸基準が適用される（すでにBGHS 40, 257 [260]「ケンプテン事件」を参照）。このことが特にいえるのは、文書による患者の事前の意思が存在しない場合に、過去に口頭で表明された患者の意思を認定することが問題になる場合である。民法一九〇一a条以下の手続規定、とりわけ世話人または代理人と医師との絶対に必要な共同関与、また場合によっては世話法上の裁判所の関与は、これらの基準の尊重と遵守を確実なものにする。

c 上で述べた治療中止の正当化の諸原則は、患者を治療する医師の行為と、世話人や代理人の行為に限られるのではなく、治療と世話のために医師、世話人あるいは代理人によって求められた補助者として働く第三者の行為についても適用される。このことは、治療の中止は原則として個々の作為や不作為に尽きるものではなく、場合によっては、必ずしも主治医自身によって行われるとはかぎらない、通常は緩和医療上の措置として行われる一連の措置を必要とすることからも明らかになる。

5 当刑事部が、上述した刑法二一六条の解釈と臨死介助の領域における同意の正当化事由の内容規定によって、BGH

他の刑事部の比較的以前の基本的な諸判決から逸脱しているか否かについては、判断する必要がない。なぜならば、当刑事部は民法一九〇一a条以下の新規定を基礎にして判断しなければならないからである。したがって、裁判所構成法一三二条三項による照会は必要とされない。二〇〇九年九月一日以前の法状態により、被告人の行為が正当化されないとすれば、その法改正はいずれにしても刑法二条三項（刑の変更）と刑事訴訟法三五四a条（法令の変更）により、被告人に有利に考慮されるべきである。

6 被告人は、K女の世話人の依頼によつてこの件に関与し、同女に助言する弁護士として、世話人自身と同様にほとんど違法に行為することはなかった。それゆえ、被告人は当刑事部によつて、刑事訴訟法三五四条一項により無罪とされるべきである。

II 検察官の上告

それゆえ、量刑についてのみ提起された検察官の上告は結局理由がなく、したがって棄却されるべきである。

③ コメント

本判決は、脳出血により意識不明の状態に陥り、回復の見込みがなくなったK女に対して、苦痛緩和治療について専門的知識を有する弁護士であった被告人が、K女の子であったG女と共同して、K女に接続されていた栄養供給のためのゾンデを切断した行為が、故殺罪の未遂に当たるとして起訴された事案について、原審の有罪判決を破棄して無罪としたものである。本件は、従来を理解によれば、「消極的な臨死介助」のうち、問題となる行為の時点で患者が意思表示できない類型に当たたる事案であるから、死に至るプロセスが始まっていなくても、病者の推定的同意が認められれば、例外的に医師による治療の中止という不作為が許される

ことになる。しかし本件では、医師でない被告人がゾンデの管の切断という積極的な行為を行ったことから、その行為を作為とみ
るべきか不作為とみるべきか、また、正当化されるならば、どのような根拠で適法とされるのが問題になった。

これについて、本判決は、医療的措置を中止するすべての行為を「治療の中止」という規範的・評価的な上位概念に包摂させる
ことが有意義であるとし、また、正当化の根拠は、世話法の第三次改正法の趣旨を考慮して、世話人によって主張された当事者の
意思、すなわち、人工栄養を停止してその継続や再開をしないという本人の同意にあることを示した点で、重要な意義がある。ま
た、治療中止の正当化要件として、中止が患者の現実的または推定的な意思に適っていること（民法一九〇―a条）と、その治療
を行わなければ死に至るプロセスに経過をゆだねることになるものでなければならぬことを示した点でも注目される。⁽³⁴⁾

(10) BGH (第二刑事部) 二〇一〇年十一月一日決定「ケルン事件」⁽³⁵⁾

① 事実の概要と訴訟経過

原審 (LG Köln) が認定した事実の概要は以下のとおりである。

被告人の姑である八二歳のSは、二〇〇九年六月二六日に、肺炎と心不全の疑いがあったことから、X病院の一般病棟に入院し
た。Sは、入院してから二日間は意識があつて話をすることもでき、治療に同意していたが、同月二八日になって病状が悪化した
ので、女医Hが、これ以上悪化したら集中治療室に移らなければならないと説明したところ、Sはこれに反対することはなかった。
翌二九日の午前五時ころ、Sは肺炎による敗血症のため同病院の集中治療室に移され、鎮痛剤を投与されて意識のない状態になり、
医療機器が接続された。挿管措置がとられ、酸素吸入も行われた。このような治療、とりわけアドレナリンの継続的な投与をしな
ければ、Sはすぐに死に至るような状態に陥ると思われた。医師らの判断によれば、Sの症状は死に至りうるほど重いが、医学的
な見地からは希望がないとはいえない状態であつた。

Sの娘のTは、そうしたSの状態を電話で知らされたが、自分は子供たちの世話をしなければならぬので、後に被告人となる自分の夫Aを病院に行かせると告げた。Aは、同日の午後、仕事を終えた後に同病院を訪れ、Sの世話をしようとしていた看護人に対して、「いずれにしてもすぐに終わる」ので何もする必要はないと言った。Aは、医師らからSの状態は希望がないとはいえないという説明を受けたが、すべての措置をすぐに中止ないし停止するよう求めた。Aは、興奮した攻撃的な態度で、Sの意思を表示した患者の指示書があり、Tがこれを預かっていると説明したが、その詳しい内容は知らなかった。AはTに電話をかけたが、TはAに、Sは「延命措置」を望んでいないと告げただけだった。Aは、その希望が医学的な見地から治療の効果を期待できない場合に限って表示されたものであることを知っていた。しかし、AはTに対して、医師らがその用意がないならば自分が「延命措置」を停止するであろうとほめかした。Aは医師らに対して治療の中止を何度も強く求めたが、医師らはこれを拒否し、Sの指示書の提示を求めた。同日の午後八時過ぎに、その指示書がファクスで病院に送られてきた。二〇〇四年七月三日付のSの指示書は次のような内容であった。

患者の指示書

私は、自分のことを自分で決めることができなくなった場合のために、事前に次のことを指示する。

私が直接的な死の過程にあり、いかなる延命措置をとっても治療の効果が期待できずに死苦を長引かせること、あるいは、私の生存に不可欠な身体の機能が回復できない程度に失われ、そのため死に至ること、
が現実になった場合には、私に対して延命措置をとってはならない。

このような場合に、必要な苦痛緩和治療によって生命の短縮が避けられないとしても、医師の付添と治療、ならびに丁寧な看護が、苦痛、不安および恐れへの緩和に向けられなければならない…。
私は積極的な臨死介助のための措置を拒否する。

私はこの指示書に、熟慮したのちに私の自己決定権の表明として署名する。私は差し迫った状況において、この文書で表示した私の意思を変更するつもりがあったと主張されることを望まない。私は、自分の考えを変更しようと思った場合には、変更後の意思を表明するように配慮する…。

私はこの文書により、自分の意思を形成し、あるいは表明できなくなった場合に、特に信頼できる人としてTを指名し、Tに、必要なすべての判断を治療医あるいは担当医とともに決定する代理権を与える。

この信頼できる人が私の意思を提示し、私の名をもって異議を申し立てるので、医師らはこれを考慮しなければならない…。

Aは、この患者の指示書の内容を知らなかったので、いつ機器が停止されるのを知りたいと要求した。これに対して医師Pは、機器を停止すれば臨死介助として処罰されることになるので停止することはできないこと、さらに、Sは、ここ二日間意識があり話ができてもかわらずその指示書に言及せず、必要書類の中にも入れていなかったもので、たつた今提示された指示書を検討して評価する必要があることを説明した。これに対してAは、「よろしい。そうであれば私が自分でやる」と答えた。Aはその後、集中治療室へ行き、午後八時一五分ごろ、機器を停止したので、Sの循環機能を維持するために必要なアドレナリンを含む五種類の薬の供給が中断された。Aは、この機器を停止することによって、Sの意思に従って同女をすぐに死に至らせるつもりであった。この機器が数秒間停止されたことにより、Sの血圧と心拍数が急激に低下した。Aはその後、ベッドの後ろにある人工呼吸器を停止しようとしたが、近くにいた集中治療室の看護人によって阻止された。これに対して医師らがすぐにしかるべき措置をとったので、Sは救命されたが、その後、午後一時四九分に死亡するに至った。Aが医療機器を短時間停止したことと死の結果との因果関係は証明されなかった。

原審は、Aを故殺罪の未遂により二年の自由刑に処し、その執行を猶予した。これに対して、Aが、その行為は治療の中止とし

て正当化されると主張して上告したので、Aの行為が適法な治療の中止に当たるか否かが問題になった。

② 決定の理由

BGH第二刑事部は、刑法二一六条（要求による殺人）にいう「被殺者の明示的かつ真摯な囑託」があったとはいえないとしたうえで、二〇一〇年六月二五日の当刑事部の判決（フルダ事件）の諸原則に照らして、Aの行為は患者の意思に基づく治療の中止とは認められないとして、大要次のように判示した。

当刑事部の二〇一〇年六月二五日判決が示した諸原則によれば、被告人の行為は、患者の意思に基づく治療中止として正当化されることはない。これによれば、たしかに、その臨死介助が患者の現実的または推定的な意思に一致し（民法一九〇一a条）、それが治療しなければ死に至る病気の進行にゆだねることに役立つ場合には、すでに開始した医学的治療を行わず、これを制限し、あるいはこれを終了することによる臨死介助も正当化される。しかし、本件においては、これによる殺人未遂の正当化に必要とされる前提条件のいずれも認められない。

被告人は、Sの意思を実現したと主張することもできない。このことは、法的に瑕疵のない認定によれば、被告人は患者の意思を詳しく知らず、これを知ろうともしなかったことからすでに明らかである。さらに、患者の指示書の中で定められていた治療中止の諸条件も存在しなかった。医学的見地からも、患者は直接的な死の過程がなく、生命にとって重要な身体の機能が回復しがたく失われて死に至るような状態でもなかった。被告人はこのことを知っていた。被告人は、治療に当たっていた医師らから、Sの状態は重篤ではあるが、希望がないとはいえないと知らされていた。その点で被告人は、Sの状態について錯誤に陥っており同女の意思を実効的にしようと思っていたと主張することはできない。

さらに当刑事部は、二〇一〇年六月二五日の当刑事部の判決が示した諸原則により、患者の意思に基づく治療中止の正当

化が将来問題になるような諸事例について、民法一九〇一a条、一九〇一b条の前提条件が遵守されなければならないことを指摘する。これらの規定は、関与者が患者の意思を探索して治療中止を判断する際に、法の安定性と行為の安全性を提供すべき手続的な安全策を含むとともに、生の終焉と因果性のある措置を正当化しうる限界を画する際に、刑法にとつても効果を發揮する。これらの規定は一方で、自分では（もはや）意思表示できなくなった患者の憲法上保障された自己決定権の実現に役立つ。しかし、それらの条文の機能はその点に尽きるものではない。それらは他方で、治療に関する患者の意思の認定に必要な厳格な証明上の要件を手続的に保障することによって、憲法によって要請される人命の保護をも同程度に考慮する。

後者の観点のもとでまずもつて保障されるべきは、患者の指示を、その内容に反して、不純な動機から重病患者の生命を短縮するために利用されないようにすることである。さらに、治療の中止を考えなければならぬという、通常は感情に動かされやすい重い負担を関与者に課す状況において、時間的な重圧を受けることなく、医学的な基礎と場合によっては患者の指示書の中で表明された患者の意思を慎重に考慮したのちにはじめて、その判断が行われることが保障されなければならない。生命維持の措置を濫用的に、あるいは性急に中止することを防ぐために、そうした手続を規律する諸規定が必要であることは、まさに本件の事案が示している。Sは当初、集中治療室へ入って生命維持治療を受けることに同意していたと推断される。その後の医学的措置と、健康状態が悪化した後の薬による意識不明状態は、その翌日になってはじめて生じた事態であり、その日に、被告人の認識によれば、実際の健康状態が治療中止の判断が行われるべき患者の指示書の中で表明されたそれに一致するか否かを詳しく検討することなく、治療中止の判断がすぐに行われるべきであったのである。事実認定によれば、被告人はその際に、治療が奏功すれば看護を必要とすることになる義母が自分の経済的負担となるかもしれないことを心配していたのである。

民法一九〇一a条と一九〇一b条は、生命維持のための医学的措置を適法に中止するための基礎となる患者の意思を認定

するために、原則的に以下の手続を定めている。すなわち、一九〇一a条一項一号一文と二文によれば、世話人ないし代理人（民法一九〇一a条五項）だけが、患者の指示書の内容と患者の現実の生命状況と治療状況が一致することを検討し、これを基礎にして、必要に応じて患者の意思に効力を認める権限を有する。さらに、民法一九〇一b条一項による治療中止についての判断は、世話人ないし代理人と医師との共働を必要的前提としている。これによれば、担当の医師は、自己の責任において、全体的状況と患者の予後を考慮してどのような医師の治療が必要であるかを検討し、これを適切に行うべき判断の基礎としての患者の意思を考慮して、これを世話人と相談しなければならない。

本件では、こうした手続法上のルールはまったく履践されていなかった。被告人は、世話人の権限もなければ、患者の意思を探求し、場合によってはこれを実行するための代理人の権限もなかった。また被告人は、患者の指示書の内容を知ろうとせず、これを問題にしようとしなかった。さらに被告人は、権限ある医師らとの共働をすべて拒んだ。それどころか彼は、治療に当たった医師らによるSの状態の医学的評価を独断的で専断的な方法で無視し、医師らの強い反対を押し切って装置を止めたのである。

③ コメント

本決定は、肺炎による敗血症のため病院の集中治療室に移され、意識のない状態に陥って医療機器に接続されたSに対して、Sの娘婿であった被告人Aが、Sの「患者の指示書」があることを知りながらその内容を検討することなく、医師らの反対を押し切って医療機器を停止したことが、故殺罪の未遂に当たるとして起訴された事案について、検察官の主張を認めて有罪とした原判決を支持し、被告人の上告を棄却したものである。ここでは、患者の意思に基づく治療の中止が許されるか否かがあらためて問われるとともに、どのような要件のもとで患者の意思が有効とされるべきかが問題になった。本決定は、「フルダ事件」判決が示した諸原則を確認し、患者の意思に基づいて行われた治療の中止が適法とされるのは、患者の意思を考慮するとともに、二〇〇九年九月一

日に施行された民法一九〇一a条、一九〇一b条の諸要件を考慮した場合に限られるとしたものである。⁽³⁶⁾

(11) 判例の基本的な考え方とその問題点

臨死介助をめぐる以上の裁判例、およびその他の関連判例等を概観すると、ドイツにおける近年の判例の基本的な考え方を次のように要約することができる。⁽³⁷⁾

① 人の生命は、基本法の価値秩序の中で保護されるべき法益の最上位に位置づけられる。それは人間の尊厳の生体的基礎であり、他のすべての基本権の前提となるものである [VerfGE 79, 1 (42)]。その保護は国家の義務であり (基本法二条二項)、その維持は医師の優先的な任務である。社会的な有価値性ないし有用性によって、あるいは人の身体状態や精神状態によって生命保護を弱めることは、道徳律と憲法に違反する。たしかに、二〇〇九年七月二九日の患者の指示法の趣旨を考慮すれば、患者の自己決定権にも高い価値を認めなければならないが、BGHはほぼ一貫して、人命が「最上位の法益」であるとしている (19) 判決ほか)。

② 刑法が要求による殺人 (刑法二二六条) を禁止していることから、立法者は他人の生命の原則的な不可侵性を保障しており、それは同時に、第三者が重病者の死の要求をひき起こすことに対して、重病者を保護している (1) 判決)。

③ 重篤な患者が意識を失い、あるいはその他の判断能力を失ったとしても、回復の見込みがあるかぎり、なすべき救助を生命の維持に向けて方向づけることが、医師の自己認識に適っている (1) 判決)。

④ 医療技術のあらゆる手段を用いて生命を維持すべしというヒポクラテスの原則は、その厳格性、絶対性および排他性を失っている。医師には、死につつある生命をなんとしても維持すべき法義務はない。延命のための措置は、それが技術的に可能であるというだけで不可欠なものとなることはない。これまでの限界を超える医療技術の進歩を考慮すれば、医師の治療義務の限

⑤ 界を決めるのは、医療機器の効率ではなく、人命および人間の尊厳の尊重に向けられた個別事例の判断である（(1) 判決）。基本法は「自殺の権利」を認めない。法秩序はむしろ、自殺を—きわめて例外的な場合は別として—違法なものとして評価しており、自殺が自己答責的な判断に基づくかぎりで、自殺と自殺の共犯を不処罰とするにすぎない。もつとも、自殺が道徳によって禁じられているとしても、自殺者は他人の外的な自由を侵害していないので、法的には重要ではない。したがって、自己答責的に意欲され実現された自殺は、「他人の」被害を処罰する殺人罪の構成要件に該当せず、自殺に関与した者は、動機の純粹さを考慮することなく、教唆犯または従犯として処罰されることはない（(1) 判決、(6) 判決）。なぜならば、共犯形式は、客観的に構成要件に該当し、故意による違法な正犯行為を前提とするからである。

しかし、法秩序は、人の自殺に他人が関与することを原則として否認しており、刑法二一六条も要求による殺人を故殺罪の減輕規定としているにすぎない。基本法一条一項に基礎をもつ「人間の尊厳」を保った諸条件のもとで死ぬ個人の権利を考慮する場合にも、こうした生命保護の原則的な優位性が尊重されるべきである（(6) 判決）。

⑥ 判例は、自己決定権に、生命の権利と同格の特に高い価値を認めている。それゆえ、判例によれば、法文によって厳密に定式化されたわずかな例外を別にすれば、患者の意思に反する「強制的治療」を行うことはできず、患者の意思に基づかなければ、医療的措置に関する「医師の治療権」も認められない。かつてRGの判例は、「医師は、法律による授權が認められず、あるいはその介入が特に重要な公共の利益の観点から正当化されないとされる場合には、患者の明示的で真摯な意思に反して侵襲を行うことは許されない」と強調した（RGZ 151, 349 [352]）。BGHも、医師には患者の病苦を可能なかぎり治すという崇高な権利と重要な義務があることを強調しているが、「この権利と義務は、原則として自己の身体に関する人の自由な決定権にその限界を見いだす」といっている（BGHSt 11, 114）。したがって、自己決定権は、医学的には主張しえない患者の決定をも保護しており（BGHZ 90, 103, 111）、患者はいわば「無分別の権利」をもっている。死の危険に臨んだ自由で答責的な患者が、差し迫って必要とされる医師の侵襲を自己決定権を行使して拒否している場合には、医師と患者の関係から生ずる治療の権利と、

生命保護を目的とする医師の治療の義務は認められず、医師は死に瀕した患者の同伴者となり、患者の基本看護についての保障人となるにすぎない。したがって、患者の自己決定権は、原則として合意に従う医師の保障人としての保護責任を限界づける〔(2) 決定〕。このことは自殺願望をもつ患者についても当てはまる。

- ⑦ 患者が自己答責的な判断に基づいて医療的措置を拒否しているかぎり、自己決定権の保護と治療義務の限定は法的に問題にならない。しかし、これについて困難が生ずるのは、患者が同意能力を失い、その回復の見込みがなく、医療的措置が患者の死へ至るプロセスを長引かせるにすぎない場合である。この場合にも、自己決定権が尊重されるべきである。したがって、患者がその時点ではみずから判断することができず、世話人も代理人も任命されていない場合には、たとえば患者の指示によって表明され、あるいは―補充的に―推定的同意によって探究されるそれ以前の、患者の意思を明らかにしなければならない。延命措置の継続が許されるか、あるいはどこまで許されるかを決定するのは、このようにして探求された患者の意思、あるいは推定的意思であり、治療に当たる医師や親族の評価・裁量は問題にならない〔(1) 判決、(7) 決定〕。

- ⑧ 生命の短縮を伴わない「純粹な臨死介助」を行うことは、医師および一般人の法的義務である。その義務は、身体の世話、気道の確保、輸液や栄養の補給等を含む「基本看護」にも及ぶ。ただし、PEGゾンドのような非経口の人工栄養を含むか否かについては争いがある。

- ⑨ たとえば、治療が無意味なものとなったり、その他の理由から不可能になったために、その救命措置ないし延命措置の医学的適応性がなくなった場合には、医師はそうした措置をとらないことが許される。なぜならば、患者の自己決定権は防衛権であり、それは一定の治療を要求する権利ではなく、「医学的治療と関連しない生命への独立した侵害を第三者に行わせる権利」を基礎づけるものでもない〔(9) 判決〕。その点で、医学的適応性は医師の治療の任務の内容を限界づける。これを決定するのは、自己の責任による医師の判断だけである。もっとも、これは患者の状態が確実に回復不能と判断される場合についてであり、その判断に疑いがある場合には、常に生命の利益に (pro vita) 判断されなければならない。意識を失い、あるいは判断能

力を失った患者の意思が明確に認定できない場合にも、同じことがいえる。その場合にも、判断の担い手（医師・看護人・親族・世話人および裁判官）は、憲法上保障された生命保護の優位性に拘束され、したがってその者の利益に判断しなければならぬ（〔4〕判決ほか）。

- ⑩ どこで正当化する同意の限界が超えられ、可罰的な要求による殺人の領域が始まるかは、原則として実体刑法の諸基準によって自律的に判断されなければならない。もつとも、その際に、正当化される死の惹起と違法なそれとの区別を、積極的な行為と消極的な行為という自然主義的な区別の基準で行うことは適切でない。たとえば人工心肺装置を停止させる行為については、医師の行為を許された「消極的な臨死介助」として正当化するために、積極的な行為を規範的な不作為へと読み替えることは、問題を正しく評価するものではない。新たな区別の基準は、「臨死介助」と「治療の中止」という概念それ自体から、また「憲法秩序を背景とした当該法益の衡量」から導かれなければならない（〔9〕判決）。

- ⑪ 患者の意思の認定については、「厳格な諸基準」が適用される（〔9〕判決）。すなわち、世話人ないし代理人だけが、患者の指示の内容と患者の現実の生命状況・治療状況が一致することを検討し、これを基礎にして、必要に応じて患者の意思に効力を認める権限を有する（〔10〕決定）。

- ⑫ 判例は、これまで一般に承認されていた「積極的な臨死介助」と「消極的な臨死介助」の区別を放棄して、世話法の第三次改正による民法一九〇―a条以下の諸規定を抛りどころとした。すなわち、同意能力のない患者によって表明されていた現実的または推定的な意思は、その患者の疾病の種類と段階を考慮することなく拘束力を持ち、世話人ならびに主治医を拘束する。この新规定は、すべての関与者のための方向づけの安定性という目的をもって創設されたものであり、法秩序の単一性の観点のもとで、生命を終了させることに因果性をもつ行為を正当化しうる限界を画する際に考慮されなければならない（〔9〕判決）。

こうした一連の裁判例とその基本的な考え方を概観すると、近時の判例の中で（9）判決がとりわけ重要な意味をもっているこ

とが看取される。しかし、その射程は必ずしも明らかでない。これまでの裁判例でも、医療的措置をめぐる作為と不作為の区別が疑問視されてきたが、同判決によって「治療の中止」という上位概念が提示されたことによって、「消極的な臨死介助」と「積極的な臨死介助」の区別を維持することができなくなつたのではないか。また、同判決は、治療に関する患者の意思を認定することについて、「厳格な要件」が適用されるとする。しかし、そのことから、「世話人ないし代理人（…）だけが、患者の指示書の内容と患者の現実の生命状況と治療状況が一致することを検討し、これを基礎にして、必要に応じて患者の意思に効力を認める権限を有する」（10）決定」とする帰結を導くことができるのであろうか。治療の中止が正当化される根拠は、自己決定権の表明としての患者の同意にあり、医師や世話人の手続上の安全にあるのではない。そうであれば、治療を拒否する患者の意思が患者の指示によって明確に認定できる場合には、世話人ないし代理人が任命されていない場合でも、医師は患者の意思に従って治療を中止すべきではないか、という疑問が残る⁽³⁸⁾。さらに、医療的措置が医学的適性をもたないことを、医師はどの程度の確実性をもって認定しなければならぬのか、世話人が任命されていない場合には、医師はどのように判断するのか、という問題もある。これらの問題は、患者の指示法によって一定のルールが法定され、あるいは判例による明確化が図られてきたにもかかわらず、依然として法的に不確実な状況にあることを示している。

む す び

このように、臨死介助をめぐる近時のドイツの判例は多くの未解決の問題を残している。このうち、以下の二点についてささやかな感想を述べてみたい。

(一) 作為と不作為の区別について

作為と不作為をどのように区別するかという問題は、わが国でもドイツでも古くから争われてきた。わが国の学説は、作為と不作為を、法規範の構造ないし性格によって区別するべきであるという「規範説」と、結果に対する因果関係の有無によって区別するべきであるという「因果関係説」に大別することができる。前者によれば、刑罰法規の解釈によって何が禁止または命令されているかを確定し、禁止規範に違反する態度が作為、命令規範に違反する態度が不作為とされるが、この説に対しては、行為者の一個の態度に禁止規範違反と命令規範違反の両面があることが少なくないので、両者を区別する何らかの基準が必要であるとする批判や、個別事例の解釈に当たって恣意が介入する危険があるという批判がある。後者によれば、作為・不作為の概念は何かをすること、あるいはしないことを意味し、その「何か」は結果に対する因果関係によって決定されるのであるから、結果に対して因果関係のある態度が作為であり、因果関係のない態度が不作為であるとされるが、この説に対しては、因果関係の基準は結果犯についてしか役に立たないという批判や、結果犯についても先行行為後の不作為を認めることができなくなるという批判がある。⁽⁴⁰⁾⁽⁴¹⁾⁽⁴²⁾

他方、ドイツの学説は、作為と不作為を、評価的な考察ないし価値判断によって区別する「規範的方法」と、現実的・客観的な事実的所与の違いに着目して区別する「自然主義的方法」に大別される。前者に属するのは、行われた行為の社会的意味内容ないし有意味性によって区別する「社会的意味説」、⁽⁴³⁾ 作為か不作為かが疑わしい場合には作為を認め、あるいはその両者が競合すると思われる場合には作為を優先的に認めるべきであるとする「作為優先説」、⁽⁴⁴⁾ 非難可能性の重点が作為にあるのか不作為にあるのかという評価によって区別する「非難可能性の重点説」⁽⁴⁵⁾ 等であり、後者に属するのは、人間の行為の外的な現象形態によって区別し、有意な身体運動による身体状態の変更が作為であり、そのような身体運動が認められず、身体の静止の状態にとどまることが不作為であるとする「身体的運動説」⁽⁴⁶⁾、エネルギーを一定の方向に向けて投入することが作為であり、これを投入しないことが不作為であるとする「エネルギーの投入説」⁽⁴⁷⁾、結果に対する因果関係が認められる場合が作為、そうでない場合に不作為であるとする「因果

関係説⁽⁴⁸⁾等がある。

このような理論状況を背景として、(9)判決は、治療の中止は多くの積極的・消極的行為を包含しているので、これに関連するすべての行為を「治療の中止」という規範的・評価的な上位概念に包摂させることが有意義であるとする。なぜならば、基本法一条一項、二条一項から導かれる個人の自己決定権は、人が自己の生と死について他者の影響を受けずに決断する権利を保障しているので、患者が治療を行わないことを要求しうるならば、それは望まない治療の終了についても同様に認められなければならない。たとえば人工心肺装置や栄養補給ゾーンの取り外しがそうであるように、取り外しという積極的な作為とするか、あるいはその後の治療措置を行わないという不作為とするかはどちらでもよいからである、というのである。

学説においては、(9)判決の結論には賛成であるが、「治療の中止」という新たな上位概念を設定することには疑問があるとする意見が多い。たとえば、Steng は、次のように主張する。すなわち、作為と不作為の区別が刑法解釈論において重要な意義を有していることから、医師が行う治療中止は「積極的な不作為」(作為による不作為)として不作為と評価されるべきであるが、医師以外の部外者がこれを行う場合には、新たな因果関係を始動させることになるので作為と評価されるべきである。本件は後者の類型に当たり、被告人の作為は要求による殺人罪(刑法二二六条)の構成要件に該当するが、緊急救助(刑法三二条一項)の一事例として違法阻却を認めるべきである⁽⁴⁹⁾。また、Walter は、臨死介助の諸事例においても作為と不作為を区別することは十分に可能であり、本件の被告人の行為は、作為による刑法二二六条の「殺す」行為に当たりうるが、民法一九〇一a条と刑法二二六条の立法者意思を考慮した目的論的縮小解釈 (teleologische Reduktion) により、刑法二二六条の構成要件に該当しない⁽⁵⁰⁾という。もつとも、(9)判決は、憲法上保障される患者の自己決定権を根拠にして、治療中止の問題を、事実的なし推定的同意による違法阻却の問題として解決しようとしたものであり、これを作為とするか不作為とするかは、判決の文脈上、必ずしも重要な意味をもつものではないと思われる⁽⁵¹⁾。

(2) 治療中止の正当化要件について

(9) 判決が、「治療の中止」は、疾病により直接的な死のプロセスが開始した後、すなわち死期が切迫した時点ではじめて許容されるのではなく、治療の中止を求める患者の意思があらかじめ表示され、あるいはその意思が推定される場合には、直接的な死のプロセスが開始する前の時点においても許容されうるとしたことは、判例上注目し値すると思われる。患者の症状がますます死に至るプロセスをたどるものではない場合にも、患者の自己決定権を根拠にして「治療の中止」が許容されうることは、すでに判例により認められていた(4)判決。これについては一時期、民事判例(BGHZ 154, 205「リュエベック事件」)との見解の相違があると指摘されたが、二〇〇九年の第三次世話法改正により、民法一九〇一a条三項で、患者の指示またはその推定的意思は「被世話人の疾病の種類と段階にかかわらず効力を有する」ことが明文で規定され、民事法においては一応の解決が図られたことになる。(9)判決は、この新规定の効果が刑法にも及ぶことを認めた点で重要な意義がある。

また、(10)決定は、(9)判決の趣旨を受けて、民法一九〇一a条以下の諸規定は、みずから意思表示することができなくなった患者の自己決定権の実現のための規定であること、また、すべての関与者に対して法的安定性を保障するという目的をもつて規定されたものであることを確認した。すなわち、患者の指示が不純な動機から重病患者の生命を短縮するために濫用されないようにするとともに、重い負担を課された関与者に、時間的な重圧を受けることなく、医学的な基礎と患者の意思を慎重に考慮したのちにはじめて、その判断が行われることが保障されなければならないと指摘する。生命維持のための措置を濫用的に、あるいは性急に中止することを防ぐために、そうした手続を規律する諸規定が必要であることは明らかである。

この点については学説の支持が多い。たとえば、Wolfsast/Weinrichによれば、本決定は、患者の指示があるだけで関与者に生命維持装置の取り外しのお墨付きが与えられるのではないことを、以前より明確にした点で意義がある。すなわち、患者の指示法の諸規定は、医師と世話人が、患者の指示の中で表明された意思が具体的な状況と一致するか否かについて共同で検討しなければ

ならず、その一致が認められ、医師が生命維持措置を継続する事由が認められないと判断した場合にはじめて、その措置をそれ以上行わず、あるいは中止することを認めることよって、患者の保護に資するものであるという。⁽³²⁾

他方で、(9) 判決にはなお問題が残るとする意見もある。Engländerによれば、同判決は一方で世話法の諸規定の効果も刑法にも及ぶことを認めながら、他方で同意による正当化と可罰的な殺人との区別は「刑法に特殊な問題」であり、刑法の立場から自律的に判断されるべき問題であるとしており、世話法の諸規定が刑法の解釈にどのように反映されるかは必ずしも明らかでないように思われる。⁽³³⁾

また、(9) 判決は、治療の中止が正当化される人的範囲について、患者を治療する医師、世話人・代理人、およびその補助者として働く(本件の被告人を含む)第三者をあげるが、これに限定するべきではないという意見がある。これについても、さらに検討が必要であろう。⁽³⁴⁾

以上のように、臨死介助をめぐる近年の判例にはなお未解決な問題が残されていることから、今後の議論の帰趨が注目される点である。

- (1) これまで一般に用いられてきた「安楽死」(Euthanasie)という用語が、ナチスの「安楽死計画」を想起させることから、近年では「臨死介助」という用語が一般的であり、このほかに「死の看取り」(Sterbebegleitung)あるいは「死に至るの介助」(Hilfe beim Sterben)とも呼ばれている。
- (2) 臨死介助の諸類型については、Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. (2010), S. 75ff. を基本として、Lauts/Katzemeier/Lipp, Arztrecht 7. Aufl. (2015), VI Rn. 98f., Saferling, in: Mart/Renzikowski, StGB (2013), § 212, Rn. 33ff.; Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. (2014), Vor §§ 211ff. Rn. 24ff. 等にヨリヤの説明を補った。これに對して Fischer, StGB, 61. Aufl. (2014), Vor §§ 211–216, Rn. 35f. は、故意の殺人罪として訴追される行為を「臨死介助」と呼ぶのは適切でないで、いずれも不可罰の「間接的な臨死介助」と「直接的な(消極的な)臨死介助」に区別するべきであると主張する。なお、本稿が引用する条文はすべてドイツのそれであり、また、訳文中で引用される文献の一部を省略した。
- (3) BGHSr 42, S. 305 (Urt. v. 15. 11. 1996–3 StR 79/96)
- (4) Vgl. Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung (Deutsches Ärzteblatt vom 7. 5. 2004) I, Abs. 2, Satz 2.

- (5) Laufs/Katzenmeier/Lipp, aaO. [注(2)] IV Rn. 103は、間接的な臨死介助で問題になるのは、殺人の正当化ではなく医学的措置の正当化であり、選択された医学的措置に適応性が認められ、患者ないしその代理人が生命を短縮するかもしれないリスクと付随効果について同意していたか否かが重要であると指摘する。
- (6) Vgl. Baumann et al. (Hrsg.), AE-SH, § 214a Ann. 3.
- (7) BVerfGE 32, S. 106 (Beschl. v. 19. 10. 1971 – 1 BvR 387/65).
- (8) 詳しうて Antoine, Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung (2004), S. 67ff. 参照。
- (9) Vgl. Abteilung Strafrecht IV, 5. 1. Variante.
- (10) 以下について、原審は故殺罪の成立を認めたが、BGHは、おじには明示的かつ真摯な囑託があったとして、原判決を破棄して原審に差し戻した (Beschl. v. 25. 11. 1986 – 1 StR 613/86; NSZ 1987, 365)。
- (11) 「世話法」とは、ドイツ民法典世話法編に規定された諸規定 (一八九六条以下) をいい、わが国の成年後見制度に相当する内容が盛り込まれている。わが国の文献として、神野礼斉「ドイツ世話法の概要」新井誠ほか編『成年後見法制の展望』(二〇一一年) 一四八頁以下参照。同法の第一次改正法について、山上泰「ドイツ世話法改正について(上)(下)」法律時報七一巻二二号(一九九九年)七四頁以下、七二巻二二号(二〇〇〇年)五四頁以下参照。同法の第二次改正法について、黒田美亜紀「ドイツ成年者世話法の第二次改正について」国民生活研究四五巻第三次改正法について、新谷一朗「世話法の第三次改正法(患者の指示法)」年報医事法学二五号(二〇一〇年)二〇一頁以下、神野礼斉「成年後見制度と終末期医療」甲斐克則編『終末期医療と医事法』(二〇一三年)一三五頁以下、山口和人「患者の指示(リビング・ウィル)」法の制定「外国の立法」二四〇―二二二号(二〇〇九年)一〇頁以下、松田純「ドイツ事前指示法の成立とその審議過程―患者の自己決定と、他者による代行解釈とのほぎまで―」大阪大学大学院医学系研究科「医学の倫理学教室編『医療・生命と倫理・社会』九号一・二(二〇一〇年)三四頁以下、同「ドイツにおける患者の事前指示の法制化と医師による自殺補助をめぐる議論」富山大学大学院医学薬学研究部医療基礎学域哲学研究室「生命倫理研究資料集四」(二〇一二年)一頁以下、武藤真朗「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『終末期医療と医事法』(二〇一三年)一八五頁以下、渡邊斉志「尊厳死法制化に関する最近の動向」外国の立法二二七号(二〇〇六年)一五二頁以下、同「患者の指示法案」ジュリスト一三六八号(二〇〇八年)一二二頁参照。なお、連邦議会の答申について、山本達監訳『人間らしい死と自己決定―終末期における事前指示―』(二〇〇六年)四八頁以下参照。
- (12) Vgl. A. Albrecht/E. Albrecht, Die Patientenverfügung (2009), S. 5ff; Stoffers, Behandlungsabbruch zwischen Betreuungsrecht und Strafrecht (2011), S. 25ff; Wietfeld, Selbstbestimmung und Selbstverantwortung: Die gesetzliche Regelung der Patientenverfügung (2012), S. 126ff.
- (13) Vgl. BT-Drs. 15/3700 v. 13. 9. 2004.

- (14) 判例の選択は Uesenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5. Aufl. (2015), Rn. 656ff. に従った。臨死介助をめぐるドイツの近時の状況について、アルビン・エーザー「甲斐克則・三重野勇太郎訳」『近時の判例から見た臨死介助と自殺関与』*刑事法ジャーナル*三七号（二〇一三年）五四頁以下、甲斐克則「ドイツにおける終末期医療をめぐる法的・倫理的論議の最近の動向」*年報医事法学*三二二号（二〇〇七年）二二三頁以下参照。なお、訳文中の「…」は訳者が補った注であり、判例中で引用された文献等は原則として省略した。
- (15) *Urt.* v. 4. 7. 1984-3 StR 96/84, BGH St. 32, 367=NJW 1984, 2639. 本判決について、甲斐克則『*安楽死と刑法*』（二〇〇三年）六七頁以下、只木誠「医師による自殺補助の可罰性のドイツ・ドイツの理論状況の紹介」同『*刑事法学における現代的課題*』（二〇〇九年）一二七頁以下参照。
- (16) Vgl. Brandel (Anm.), ZRP 1985, S. 85ff.; Döling (Anm.), NJW 1984, S. 1011; Eser (Anm.), *MedR* 1985, S. 6ff.; Gropp (Anm.), NSZ 1985, S. 97 (1397); Herzberg (Anm.), JA 1985, S. 184ff.; Kutzer (Anm.), *MDR* 1985, S. 710; Otto/Brannsen (Anm.), *Jura* 1985, S. 596; Rantf (Anm.), JZ 1987, S. 912f.; R. Schmitt (Anm.), JZ 1984, S. 866ff.; ders. (Anm.), JZ 1985, S. 365ff.; Schulz (Anm.), *Jus* 1985, S. 270ff.; Sawada (Anm.), *Jura* 1985, S. 75f. なお、本判決が臨死介助法案の契機になったことは、甲斐・前掲書〔注(5)〕七一頁以下、同『*尊厳死と刑法*』（二〇〇四年）二一四頁以下参照。
- (17) *Beschl.* v. 31. 7. 1987-1 Ws 23/87; NJW 1987, 2940=JZ 1988, 201. 本決定について、アルビン・エーザー「ハッケタール事件」*ミンテン*上級裁判所決定（要約）「甲斐克則執筆」上田健二＝浅田和茂編訳『*先端医療と刑法*』（一九九〇年）三二二頁以下、甲斐・前掲書〔注(15)〕八五頁以下参照。
- (18) Vgl. Gropp (Anm.), NSZ 1985, S. 101ff.; Herzberg, *Strahbare Beteiligung am Suizid und gerechtfertigte Tötung auf Verlangen*, JZ 1988, S. 182ff.; ders. (Anm.), JA 1985, S. 339ff.; Schulz (Anm.), *Jus* 1985, S. 273ff.
- (19) *Urt.* v. 3. 12. 1986-3 KIs 31/86; NSZ 1987, 229
- (20) *Urt.* v. 24. 1. 1987, Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidfreiheit, erlaubten Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen, NSZ 1987, S. 350; Stoffers (Anm.), *MDR* 1992, S. 621ff.
- (21) BGH, *Urt.* v. 13. 9. 1994-1 StR 357/94; BGHSt 40, 257=NJW 1995, 204. 本判決について、甲斐・前掲書〔注(9)〕一三三頁以下、武藤真朗「人工的栄養補給の停止と患者の意思」ドイツにおける判例を素材として「東洋法学四九巻一号（二〇〇五年）一頁以下参照。
- (22) *Urt.* v. 10. 1. 1996, 差戻し後のLG Kempfen JZ 1996, 224 注、患者の推定の同意を認める根拠があるとして被告人らを無罪とした。
- (23) Vgl. Merkel, *ZStW* 1995, S. 545ff.; Laufs (Anm.), NJW 1996, S. 763; Schöch (Anm.), NSZ 1995, S. 153; Steffen (Anm.), NJW 1996, S. 1581; Vogel (Anm.), *MDR* 1995, S. 337. 本判決の位置については、甲斐・前掲書〔注(9)〕一四五頁以下参照。
- (24) *Urt.* v. 15. 11. 1996-3 StR 79/96; BGHSt 42, 301=NJW 1997, 807

- (51) Vgl. Dölling (Anm.), JR 1998, S. 160ff.; Martin (Anm.), Jus 1997, S. 661ff.; Schöck (Anm.), NSZ 1997, S. 409ff.; Verrel, MedR 1997, S. 248ff.
- (52) Urt. v. 7. 2. 2001 – 5 StR 474/00- BGHSt. 46, 279=NJW 2001, 1802=JZ 2002, 150
- (53) Vgl. BGH NSZ 1983, 117, 118.
- (54) Beschl. v. 17. 3. 2003 – 12 ZR 2/03, BGHZ 154, 205=NJW 2003, 1588. 本決定について、武藤・前掲論文〔注(2)〕「二頁以下参照」。
- (55) 「カロウメント」(Percutante endoskopisch kontrollierte Gastronomie Sonde) とは、通常の摂食器官を迂回して、腹壁を通じ胃に直接的に栄養を送り込む医療機器をさす。さかき「胃のインターナル」における栄養の授与が「れた」か否か。
- (56) Vgl. Heyers, Vormundschaftsgerichtlich genehmigte Sterbehilfe—BGH, NJW 2003, 1588, Jus 2004, S. 100ff.; Höfling/Rixen, Vormundschaftsgerichtliche Sterbeherrschaft?, JZ 2003, S. 884ff.; Spickhoff (Anm.), JZ 2003, S. 739; Stoffers (Anm.), DNotZ 2003, S. 855ff.; Verrel (Anm.), NSZ 2003, S. 449ff.
- (57) Beschl. v. 8. 6. 2005 – 12 ZR 177/03, BGHZ 163, 195=NJW 2005, 2385
- (58) Vgl. Höfling (Anm.), JZ 2006, S. 144ff.
- (59) BGH, Urt. v. 25. 6. 2010 – 2 StR 454/09, BGHSt. 55, 191=NJW 2010, 2963=NSZ 2010, 630. 本判決に関するわが國の文献として、甲斐克則「メンゴ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(二〇一一年)二八六頁以下、神馬幸一「メンゴ連邦通常裁判所二〇一〇年六月二十五日判決(Putz事件) —人工的栄養補給処置の中止に関する新しい判例動向—」法学研究八四巻五号(二〇一一年)一〇九頁以下、本判決の後述の(9)、決定について、武藤・前掲論文〔注(1)〕「一四頁以下が要旨」。
- (60) 判決の後の後述の(9)、決定の評釈として、文獻が多数。Albrecht, Behandlungsbruch und Selbstbestimmungsrecht, DNotZ 2001, S. 40ff.; Bosch, Rechtfertigung von Sterbehilfe, JA 2010, S. 908ff.; Brunnhöber, Sterbehilfe aus strafrechtlicher und rechtsphilosophischer Sicht, Jus 2011, S. 401ff.; Dölling, Gerechtfertigter Behandlungsabbruch und Abgrenzung von Tun und Unterlassen, Zu BGH, Urt. v. 25. 6. 2010 – 2 StR 454/09, ZIS 5/2011, S. 345ff.; Dittige, Sterbehilfe durch Unterlassen (Behandlungsabbruch), MedR 2011, S. 36ff.; Erdam, Wider die Bevormundung eines selbstbestimmten Sterbens: Zugleich Besprechung vom BGH Urteil vom 25. 6. 2010, GA 2010, S. 232ff.; Engländer, Von der passive Sterbehilfe zum Behandlungsabbruch: Zur Revision der Sterbehilfedogmatik durch den 2. Strafsenat des BGH, JZ 2011, S. 513ff.; Gaede, Durchbruch ohne Dammbruch—Rechtssichere Neuvermessung der Grenzen strafloser Sterbehilfe, NJW 2010, S. 2925ff.; Geppert, Zur gerechtfertigten Sterbehilfe durch Behandlungsabbruch, Jura 2011, S. 8; Hecker, Strafrecht AT und BT: Sterbehilfe durch Behandlungsabbruch, Jus 2010, S. 1027ff.; Hirsch (Anm.), JR 2011, S. 37ff.; Jäger (Anm.), JA 2011, S. 309ff.; Kubickel (Entscheidungsbesprechung), ZIS 2010, S. 656ff.; Rheinbach (Anm.), FamFR 2010, S. 439; Mandla (Anm.), NSZ 2010, S. 698ff.; Oizen/Metzner (Anm.), JR 2011, S. 318ff.; Rissing-van Saan, Strafrechtliche Aspekte der aktiven Sterbehilfe: Nach dem Urteil des 2. Strafsenats des BGH v. 25. 6. 2010 – 2 StR 454/09,

- ZIS 2011, S. 544ff.; Schumann, Telefonische Sterbehilfe? – Zu der Beteiligungsrfrage im *Sterbehilfe-Urteil* des BGH, JR 2011, S. 142ff.; Verrel, Eingrundsatzurteil? – Jedenfalls bitter nötig! Besprechung der Sterbehilfeentscheidung des BGH vom 25. 6. 2010 – 2. StR 454/09 (Fall Fulda), NSZ 2010, S. 671ff.; ders. (Anm.), NSZ 2011, S. 276ff.; Walter, Sterbehilfe: Teleologische Reduktion des § 216 StGB statt Einwilligung! Oder: Von Nutzen der Dogmatik: Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 25. 6. 2010 – 2 StR 454/09, ZIS 2011, S. 76ff.; Wolfslast/Weinrich (Anm.), StV 2011, S. 286ff.
- (35) BGH, Beschl. v. 10. 11. 2010 – 2 StR 320/10; NJW 2011, 161=NSZ 2011, 274
- (36) Vgl. DnoZ 2011, S. 622ff.
- (37) Vgl. Ulsenheimer, aa.O. [注(1)], Rn. 674ff.
- (38) 世話法の第三次改正法の後、二〇一一年に「連邦医師会の諸原則」が改正された。これについて、松田・前掲「ドイツにおける患者の事前指示の法制化と医師による自殺補助をめぐる議論」[注(11)]九頁以下、武藤・前掲論文[注(11)]二〇一頁以下参照。
- (39) (9) 判決は、「臨死介助」という概念は、当事者が生命に危険のある疾病に罹患し、当該措置が医学的に生命の維持または延命に適していることを前提とする」としたが、同判決の事案は、「治療に当たっていた家庭医が人工栄養を継続するための医学的な事由がもはや認められない」とした事案であった。そうであるならば、患者の推定的意思を問題にする必要がなかったのではないかと、という疑問がある。
- (40) 基本的に規範説に立つのは、阿部純二「作為と不作為の区別」法学セミナー一九八二年二月号八〇頁以下、中森喜彦「作為と不作為の区別」『平場安治博士還暦祝賀・現代の刑事法学(上)』(一九七七年)一二六頁以下、西原春夫「作為と不作為の概念」『平場安治博士還暦祝賀・現代の刑事法学(上)』(一九七七年)九四頁以下。
- (41) 因果関係説に立つのは、山中敬一「刑法における因果関係と帰属」(一九八四年)二六頁以下。
- (42) この問題について詳しくは、神山敏雄「作為と不作為の限界に関する問題——作為による不作為をめぐって——」岡山大学法学会雑誌二六卷三・四号(一九七七年)九五頁以下、同「作為と不作為の限界に関する一考察——心肺装置の遮断をめぐって——」『平場安治博士還暦祝賀・現代の刑事法学(上)』(一九七七年)一二六頁以下等参照、川口浩一「作為犯と不作為犯の区別について(2)」大阪市立大学法学雑誌三三卷一(一九八六年)七四頁以下参照。
- (43) たまへは Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht (1939), S. 78ff.; ders. Soziale Handlungslehre, in: FS für Engisch (1969), S. 355ff.
- (44) たまへは Spendel, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, in: FS für Eb. Schmidt (1961), S. 189; Gropp, Strafrecht, AT, 3. Aufl. (2006), § 11 Rn. 62ff.
- (45) たまへは Mezger, Strafrecht, 3. Aufl. (1949), Vorwort zur zweiten Auflage, S. XIX; Schwab, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen (1995), S. 30.

- (46) たといは *v. Liszt, Belling, M. E. Mayer* の論者がこれに当たる。詳しくは拙稿「いわゆる両義的な行為態様について」名城ロースクール・レクチャー七号(二〇〇七年) 一三二頁以下参照。
- (47) Englisch, *Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände* (1931), S. 29.
- (48) たといは *Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte* (1959), S. 57ff.; *Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 5. Aufl. (1996), S. 603.
- (49) *Streng, Straflöse „aktive Sterbehilfe“ und die Reichweite des § 216 StGB: Zugleich ein Beitrag zum System der Handlungsformen*, in: FS für Frisch (2013), S. 749ff. た' 正当防衛にやてつ利益を受ける者の法益が害されることば、正当防衛を認めることの妨げとはならず、また、刑法三二条一項の「被害請性」(Gebotenheit) の中で、臨死者の自己決定権という利益と臨死者の生命保護という利益が比較衡量され、前者が優越するに主張する。
- (50) *Walter, aa.O.* [注(34)], S. 81f.
- (51) 二' 点を指摘するは *Hirsch, aa.O.* [注(34)], S. 38.
- (52) *Wolfsist/Weinrich, aa.O.* [注(34)], S. 288f.; なお、神馬・前掲論文[注(33)] 一二六頁以下は、肯定的な意見として Geade の評釈を、批判的な意見として Dutige の評釈を紹介している。
- (53) *Engländer, aa.O.* [注(34)], S. 518f. によれば、患者の意思に適った治療の中止は適法な状態を惹起する行為であるから、中止した行為者に結果不法の非難を加えることはできず、許される治療の中止と殺人罪は、もっぱら治療を中止する者が客観的にも患者の意思に適った行為を行ったか否かで決めるべきである。世話法の規定に違反したことが、ただちに殺人罪による処罰を基礎づけるものではないという。
- (54) *Verrél, aa.O.* [注(34)], S. 276ff.; *Jäger, aa.O.* [注(34)], S. 312 もこの点を指摘する。
- (54) *Engländer, aa.O.* [注(34)], S. 518f. によれば、患者の意思に適った治療の中止は適法な状態を惹起する行為であるから、行為の主体が誰であるかは問題にならない。たとえば、患者の世話人が患者の意思に適った治療の中止を拒否したので、患者の親族が自分で人工呼吸器を止めた場合にも、殺人罪で処罰するべきではないといつ。

(本学法学部教授)