

タイトル	対案 臨死介護(一)
著者	吉田, 敏雄
引用	北海学園大学法学研究, 42(1): 317-332
発行日	2006-06-30

# 対案 臨死介護 (一)

ドイツ語圏対案教授陣著  
吉田敏雄(訳)

対案 臨死介護 (一)

H 目次

立法提言

I 対案 臨死介護 (Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung)

II 臨死介護法草案 (Entwurf eines Sterbebegleitungs-gesetzes)

A 主題の今日的意義

B 臨死介助に関する法律の対案(対案―臨死介助 一九八六年)

C 対案 臨死介護の主導目的

D 生命維持の医学的処置の停止、制限又は差控え

I 伝統的臨死介助専門用語の放棄

II 不可逆的病状経過と死の切迫性に限定しないこと

(以上本号)

料 教授・法学博士 ハイニンツ・シエヒ (ミュンヘン)、

教授・法学博士 トルステン・フェレル (ボン)

資 協働者 教授・法学博士 ブリッタ・バネンベルク、同 ギュ

ンター・ハイネ、同 フランク・ヘツペル、同 バー

バラ・フーバー、同 ハイケ・ユング、同 ハンス・

リーリエ、同 ヴェルナー・マイホーファー、同 ベ

レント・デイトー||マイアー、同 ヘニング・ラー

トケ、同 ルードルフ・ランギーア、同 ペーター・

リース、同 フランツ・リクリン、同 クラオス・

ロリンスキー、同 デイター・レスナー、同 ク

ラオス・ロクスイーン、同 ハンス||ルートヴィッ

ヒ・シュライバー、同 ホルスト・シューラー||シユ

プリンゴールム、同 ユルゲン・ヴォルター<sup>(1)</sup>

協力者 教授・医学博士 マンフレート・クライバー<sup>(2)</sup>、

研究員 ドウンヤ・ラオテンシュレーガー<sup>(3)</sup>、

牧師 ウルリッヒ・リリー<sup>(4)</sup>、

教授・医学博士 ハイニンツ・ミヒヤエル・ロイツク<sup>(5)(6)</sup>

## H 立法提言

### I 対案 臨死介護

第二一四条 生命維持処置の停止、制限又は差控え

(1) 生命維持処置を停止、制限又は差控える者は、次の各号

に当たる場合、違法行為をするものではない、

1 本人がこれを明白且つ真摯に要求しているか、又は

2 本人がこれを、その承諾無能力の場合に備えた有効な書

面による患者指図において命令したか、又は

3 本人が、医師の認識によると治療の受け入れ又は継続に

関する意思表示ができず、信頼のおける根拠に基づき、

本人はその疾病の態様、期間及び経過に鑑み、この治療

を拒否すると考えられうる、又は

4 死が切迫しているときに、本人の苦痛の態様及び治療の

見込みがないことに鑑み、医師の認識によると、生命維

持処置の受け入れ又は継続がもはや適切でない場合。

(2) 前項は、本人の状態が自由答責の自殺未遂に基づく場合

にも準用する。

### 第二一四条 a 苦痛緩和の処置

医師として又は医師からの授権により、死病者に、その明

白な承諾があるか又は有効な書面による患者指図において表示された意思に基づき、又は推定的承諾により、医学の規定に則つて、重い、他の方法では除去できない苦痛状態の緩和のための処置を執る者は、そのことにより、避けることのできない且つ意図しない副作用として、死の時期が早められるとき、違法に行為するものではない。

第二一五条 自殺の不阻止

(1) 他人の自殺を阻止しない、又は、他人をその自殺未遂後救助しない者は、自殺が自由答責且つ真摯の、明白に表明された又は諸事情から認識可能な判断に基づいているとき、違法に行為するものではない。

(2) かかる判断から特に出立してはならないのは、他人が一八歳未満であるか、その自由な意思決定が刑法典第二〇条、第二一条に対応して害されている場合である。

(3) 前項の排除事由が存在しない限り、死病者においても自由答責の自殺は排除されない。

第二一五条 a 利益追求からの自殺支援

他人の自殺を利益追求から支援する者は、五年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

第二一六条 嘱託殺人

(改正せず)

(1) 被殺者の明白且つ真摯の嘱託によりこの者を殺したる者は、六月以上五年以下の自由刑に処する。  
(2) 未遂は罰する。

II 臨死介護法草案

第一条 鎮痛療法の記録義務

(1) 死病者にその明白な又は推定的承諾があつて、重い、他の方法では除去できない苦痛状態を緩和するために、薬剤、特に、致死の副作用のありうる麻酔剤、鎮痛・鎮静剤を使用する医師又は医師からの授權のある者は、治療経過、特に、薬剤の投薬法、用量、並びに、患者が表明した痛みの感覚を書面に記録しなければならない。  
(2) 用量が非常に多い場合、又は、異常に大きくなっていく場合、もう一人の医師と相談し、その意見を書面に記録しなければならない。

(3) 麻酔剤法第一七条の定める記録義務はそのままとする。

第二条 生命維持処置を執らない場合と医師支援の自殺の場合の記録義務

(1) 医師として又は医師からの授權ある者が生命維持処置を

料 停止する、制限する又は差控える者は、その理由を書面に記録しなければならない。

資 (2) 前項は、死病者にその明白且つ真摯な嘱託に応じて、第四条の定める不処罰の自殺幫助をする医師に準用する。

(3) 事前配慮代理又は法定世話の場合、代理人又は世話人の理由を付した意見を書面に記録しなければならない。

### 第三条 秩序違反

(1) 故意又は過失で前二条の定める義務に違反したる者は、秩序違反行為をしたものである。

(2) 秩序違反は二万五千ユーロ以下の過料に処する。

### 第四条 医師による自殺支援

(1) 医師は、死病者の明白且つ真摯な嘱託に応じて、耐え難い且つ不治の苦痛を回避するためのあらゆる治療の可能性を尽くした後、自殺の幫助をすることが許される。

(2) 医師にはこうした支援の義務はないが、しかし、患者の明白な希望に応じて、できるだけ、その用意のある別の医師を紹介するべきである。

## A 主題の今日的意義

臨死介助 (Sterbehilfe) という主題はここ数年異常なほど

社会的論議の対象となっている。アングロサクソン諸国で生まれた国際的な安楽死運動によって担われて、尊厳のある死への権利が要求されている。その背後には、きわめて様々な動機がある。医師が延命のために現代集中治療の技術的可能性をいかなる犠牲を払ってでも濫用しかねないこと、このことを恐れる者が多数いるのである。長期の苦痛に満ちた病气への不安でいっぴいになる者がいる。自分の生命を自分の定めた時点に自殺によって終止符をおきたいと望む者もいる。

一部では、それどころか、嘱託殺人の可罰性が非人道的であると喧伝され、その代わりに、死病患者の真摯な殺害嘱託に応える医師の権能、つまり、二〇〇二年にオランダとベルギーで制定された条項が要求されたりもする。<sup>7)</sup> こういった要求が高まったのは、臨死介助の領域での耳目を集める報道があったからである、例えば、生命維持処置を停止させる許可のための後見裁判所の管轄についてのフランクフルトの「昏睡——判決」<sup>8)</sup>、あるいは、筋萎縮性側索硬化症を患っていたダイアン・プリティの事件、この事件では、欧州人権裁判所は患者の不処罰の積極的臨死介助への権利を否定したのである。<sup>9)</sup> 大変な憂慮の念をもって、全世界の多くの人々の注目集めたのが、二〇〇五年春に起きたアメリカの醒覚昏睡 (Wach-

Koma) 患者テリー・シャイヴオの死の道具化である。彼女の  
場合、政治的手段で、いくつかの裁判で確認された治療制限  
の許容性を無視する試みが為されたのである。

この一般の人々の関心とはまったく対照的なのが、この領  
域でごく最近までまったく活動してこなかった立法者の自制  
的態度である。それでも、連邦司法省は二〇〇四年一月五  
日に三回目の世話法(Das Betreuungsrecht)改正法のための  
担当官草案を発表した。<sup>10)</sup> 刑法上の問題には、この草案が法律  
となった場合ですら依然として明確な法規定が欠けているの  
で、多くの場合に、刑事手続きに巻き込まれるのではないか  
との不安が患者の自律性と医師の良心判断の妨げとなってい  
る。刑法典に含まれている生命保護に関する規定(殺害に関  
わる犯罪)は、死病の運命に対抗し、しかも、個々の身体機  
能を長期にわたって人工的に維持することがいつの日か可能  
になるなどとは考えられなかった時代に制定されたのであ  
る。したがって、例外的に、どういふ場合に、医師を生命維  
持の義務から解放し、それどころか、医師に生命を短縮する  
侵襲を許すのかに関する明確な法律の規定がないのである。  
この法律の隙間、ここから生ずる法的不安定性が昔から慨嘆  
されているのである。

判例は、なるほど、重要な基本問題における若干の指導的  
裁判によって明確化を試みた。しかし、結局、それは説得力  
のあるものではなかった。それは以下の繰り返し返されている議  
論から分かる、すなわち、消極的臨死介助における患者指図  
(Patientenverfügung・英米法圏で用いられるリビング・  
ウィルに相当する「記者注」と後見裁判所の許可の問題に関す  
る二〇〇三年三月一七日の連邦裁判所第一二民事部のごく最  
近の決定<sup>11)</sup>、不治の病人における治療中止についての一九九四  
年九月一三日の第一民事部の判決の射程距離に関する争い<sup>12)</sup>、  
意識喪失の自殺患者に対する医師の義務についての一九八四  
年七月四日の第三刑事部の判決の射程距離に関する争い<sup>13)</sup>があ  
る。

ここから、そして、国際的議論から生じた、医師、患者お  
よび審級裁判所の法的不安定性のために、最近、異なった委  
員会の若干の重要な起動的努力が行われ、それは中心となる  
論争問題の立法的明確化を求めるところにほぼ帰着した。

連邦司法省は二〇〇三年秋に学際研究班「生命の終焉にお  
ける患者自律性」を設立し、連邦裁判所首席裁判官(退官)  
クラオス・クツツァーを長として特に患者指図の拘束性の問  
題を解明することになった。この研究班はその成果を二〇〇

料 四年六月に公開し、臨死介助の問題についての民事法、刑事法の立法提言も行い、<sup>(14)</sup>その民事法の勧告は間もなく立法者によって実現されることとなった。<sup>(15)</sup>二〇〇四年四月に、ライ

ンラントIIプファルツ州の生命倫理——委員会が「臨死介助と臨死介護 (Sterbehilfe und Sterbebegleitung)」に関する報告を提出したが、この主題のほぼすべての側面を二九の命題に分けて扱い、民事法と刑事法の補充立法についての五つの勧告を含んでいる。<sup>(16)</sup>二〇〇四年九月に、ドイツ連邦議会のアンケート——委員会「現代医学の倫理と法」は「患者指図」に関する中間報告を発表したが、それは患者指図の射程距離の制限を勧告するものだった。<sup>(17)</sup>同じ二〇〇四年に、一九九八年に根本的に改定された臨死介護に関する連邦医師会の原則が刷新された。<sup>(18)</sup>二〇〇五年七月には、国倫理審議会が患者指図による自己決定に対する意見を表明したが、<sup>(19)</sup>それは、アンケート——委員会とは異なり、これを一定段階の疾病に制限するものではなかった。今、望まれるべきことは、立法者が今度こそさまざまな提言を取り上げ、生命の最期における医学的介護にもっと法的安定性をという希望にきちんと応えることである。というのは、もう一九八〇年代中頃に、対応する起動的努力が行われていたのであるが、それは、当時、国

会審議の前段階で、未解明の多くの問題があること及び判例の今後の展開を見極める必要があるといった観点から、一時見合わされたからである。<sup>(20)</sup>

当時、国会審議の中心に位置したのが、対案——臨死介助 (AE-Sterbehilfe) だったのであり、これは、刑法と医学の教授陣から成る研究班が一九八六年に公表した臨死介助法案である。<sup>(21)</sup>この立法提言は第五六回ドイツ法曹大会によって上述の理由からなるほど立法者には勧告されなかったが、<sup>(22)</sup>しかし、消極的臨死介助及び間接的臨死介助に関しては大多数の者から「医師にとつては判断の助けになり、法実務にとつては方針を立てる助けになる」と評価されたのである。保障人の救護義務及び刑法第三二三条cの定める救助義務に関しても、対案——臨死介助第二一五条の掲げる基準線が正しいと考えられた。<sup>(23)</sup>最後に、ラインラントIIプファルツ州生命倫理——委員会が、「一九八六年の方向性を示す臨死介助に関する法律の対案 (対案——臨死介助) を取り上げ、若干の修正を加えて立法手続きに乗せるよう」提案したのである。<sup>(24)</sup>

下記の論述は、こういった提起への答えと理解されるのであり、新しい草案 (対案——臨死介護) の筆者らの視点から当時の提言を活性化し、継続させようとするものであるが、

その際、これまでの判例、学問及び立法の発展が考慮されることになる。

B 臨死介助に関する法律の対案（対案——臨死介助 一九八六年）

Der Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe (AE-Sterbehilfe 1986)

一六人の刑法教師及び六人の医学教授が協働作成した一九八六年の対案——臨死介助は以下のようなものだった。

第二一四条 生命維持処置の中止又は差控え

(1) 生命維持処置を中止するか又は差控える者は、次の各号に当たる場合、違法行為をするものではない、

1 本人がこれを明白且つ真摯に要求しているか、又は

2 本人が医師の認識によると不可逆的に意識を失ったか、又は、きわめて重い障害のある新生児の場合、決して意識が生じないか、又は、

3 本人が、それ以外に、医師の認識によると、治療の受け入れ又は継続に関する意思表示が永続的にできず、信頼のおける根拠に基づき、本人が、その見込みのない苦痛

状態の期間及び経過、特に、死が切迫していることに鑑み、この治療を拒否すると考えられうる、又は、

4 死が切迫しているときに、本人の苦痛の状態及び治療の見込みがないことに鑑み、医師の認識によると、生命維持処置の受け入れまたは継続がもはや適切でない場合。

(2) 前項は、本人の状態が自殺未遂に基づく場合にも準用する。

第二一四条 a 苦痛緩和の処置

医師として又は医師からの授權により、死病者に、その明白な又は推定的承諾を得て、重い、他の方法では除去できない苦痛状態を緩和するための処置を執る者は、それによって、回避できない副作用として死の時点が早められる場合であっても、違法に行為するものではない。

第二一五条 自殺の不阻止

(1) 他人の自殺を阻止しない者は、自殺が自由答責の、明白に表明されたか、又は、諸事情から認識可能な真摯な判断に基づくとき、違法に行為するものではない。

(2) かかる判断から出立してはならないのは、特に、他人が一八歳未満であるか、又は、その自由な意思決定が刑法典第二〇条、第二一条に対応して害されている場合であ



料  
る。

## 第二一六条 嘱託殺人

資 (1) 被殺者の明白且つ真摯な要求によりこの者を殺したる者

は、六月以上五年以下の自由刑に処する。

(2) 殺害が、本人によつてはもはや耐え難いきわめて重い苦痛状態を消去することに役立ち、しかも、これが、他の処置によつては除去又は緩和できないとき、裁判所は前項の前提要件の下に刑を免除することができる。

(3) 未遂は罰する。

## C 対案 臨死介護 (Sterbebegleitung) の主導目的

先に発表された対案——臨死介助 (AE-Sterbehilfe) の最も重要な指導思想<sup>25)</sup>は依然として正しいのであり、以下、若干の点につき、拡大又は修正されるにすぎない、特に、患者指図、いわゆる間接的臨死介助の精密化、医師支援の自殺の尊重及び積極的安楽死の完全な拒絶に関してそうである。具体的には、以下の関心事が問題となる、

——判断能力のある患者の自己決定権は憲法上の地位を有し

ており (基本法第一条第一項、第二条第一項、第二項一文)、基本的に医師によつても尊重されるべきである、医師としては、情報提供と助言により、患者に自己答責の判断能力をつけるべきなのである。

——死に瀕している者の最善の治療は、医学的に可能な、規準どおり (lege artis) に行われる苦痛緩和一切を包含するのであり、このことにより、意図しない副作用として、死の時点が早められる場合でもそうである。

——生命維持の処置の停止、制限及び差控えは——こういった処置の開始やその他一切の医療と同じく——本人の明白な、推定的な、又は、患者指図によつて定められた意思に依存する。そこでは、死の切迫性とか病気の経過の不可逆性とかは問題とならない。

——自殺の決断を刑法が尊重しなければならぬのは、それが、自由に答責的であり且つ真摯な判断に基づいているときであるが (いわゆる精算自殺つまり衡量自殺)、子供、少年の場合や、精神病患者又は短絡行為の場合には異なる (不自由な自殺及び訴えかけの又は絶望からの自殺)。

——死病者の医師支援の自殺は刑法上も身分法上も非認めされるべきでないが、利益追求から出た自殺幫助は当罰的で

ある。

— 嘱託殺人は、他人の生命の不可侵性の故に、生命保護における堤防決壊の危険性の故に、そして又、濫用の恐れがあるが故に、依然として無限定に可罰的である。

対案 — 臨死介護は、一部であるが、明白に、医師及び医師から授権された者に向けられている。しかし、宛先の範囲が詳しく限定されていなくとも（……したる「者」、規定はまず先にこの人的範囲に関係している、それというのも周知のように、生命短縮の臨死介助の許容性は、たいいていの場合、医学的専門知識を要する諸前提要件の認定と結びついているからである。このことは、第三者が、特に、患者の親族が、およそ不処罰の臨死介助を行えないのだということの意味するものではない。しかし、傷害に関しても医学の規準に合致しない治療の故に存在する可罰性の危険を排除するために、普通は、少なくとも医師と事前に相談する必要がある。したがって、第三者が単独答責で行う診療制限が許容されるためには、ラーフェンスブルク地方裁判所<sup>26</sup>の裁判例のような特別の事情しか考慮されないのである。この事件では、筋萎縮性側索硬化症に罹っている患者の夫が、妻の事前の明白な

且つ心に迫る願望に依えて呼吸器のスイッチを切ったというものであった。

対案 — 臨死介護の定める診療方法と診療制限の許容性は統一的に正当化事由として構想されている。これは次のような支配的理解に合致している、つまり、承諾は、特殊に意思自由を保護するのではない構成要件では正当化の働きをもち、そして、直接の死の段階における無意味な延命処置の拒絶の場合には、実際妥当性を有する。しかし、究極のところ、ようやく正当化の働きを有するのか、又は、すでに構成要件排除の働きを有するのかということが重要なのではない。対案 — 臨死介護がすべての関係者にもたらそうとする法的安定性に関連して、決定的なことは、ここに記された処置に対して正当防衛権は存在せず、刑法第三二三条cの定める不救助罪の廉で処罰される恐れもないということである。

#### D 生命維持の医学的処置の停止、制限又は差控え

この事例群の特殊の意義というのは、(継続)診療の放棄というものが臨死介助の基本的に許容される手段として引き続き承認されるということから生ずる。さらに、従来のいわゆる「消極的」臨死介助には、現代医学の生命維持の可能性

料がますます広くなっているが故に、重要な実践的意味が与えられる<sup>(27)</sup>。このことが特にいえるのは、積極的臨死介助の禁止に執着し、いわゆる間接的臨死介助の事例には、他でもなく鎮痛療法の進歩に鑑み限られた適用領域<sup>(28)</sup>しか残らないだろうと考えられるからである。他方で、診療制限に対する法的外

枠条件が不十分であることが積極的臨死介助の解禁への要請を挑発している<sup>(29)</sup>のである。この関連は、許容される診療制限の射程距離と実践可能性を考えるにあたって、視野からはずされてはならない。

今日、さまざまな委員会が公にしている規制案から明々白々に分かることは、すべての関係者、特に患者と医師のために法的明確性を整えるという対案——臨死介助の関心事が如何に正しかったかということである<sup>(30)</sup>。多くの者の予期に反することなのだが、臨死介助に関する「もっと適切なそしてもっと明確な答え<sup>(31)</sup>」を出そうとする判例の努力はまったく賞賛に値するが、そのことで立法による規制の必要性は決してなくならなかった。当時なお、生命と死の間の境界領域において自分たちの行為を法制化し、限定することは不必要であると警告を発していた医師たちも、今日では、臨死介助処置のための明確な法的基礎を望んでいる。

## I 伝統的臨死介助専門用語の放棄

許される診療制限の範囲に関して不安定な状態が続いていることの理由の一つは、(禁止された)積極的臨死介助と(基本的に許される)消極的臨死介助というまったく自然主義的に見える区別にある。消極的臨死介助はただの不作为に限定されると思われていたこと、ないし、積極性は可罰性と結びついていてとの医師に深く根付いている観念<sup>(32)</sup>連合によって、すでに開始された生命維持処置の(積極的)停止又は制限に言われなき自制的態度がとられることに繋がったのである。

これに加えて、いかなる処置が患者のいわゆる「放棄<sup>(33)</sup>できない」基礎処置(Basisversorgung)に入れられるべきか、それ故、決して中止することが許されないのか、これに関して見解の相違があるのである。医師の視点からも、患者によって、一切の診療形態の放棄、それ故、死の特別に苦痛のある形態と誤解されかねない「消極性(Passivität)」と「中止(Abbruch)」に対する正当な異論が見られる。患者には処置の中止を恐れるに及ばないこと、恢復可能な処置方法から待期的処置方法への移行が問題となっていることを明白にするために、医師会の原則は比較的前から消極的臨死介助ということには言わず、診療制限と治療目的の変更という概念を用い、医

師に基礎看護 (Basisbetreuung) の義務のあることを強調している<sup>(34)</sup>。

それ故、対案——臨死介助第二一四条がまったく意識的に従来の概念を放棄し、——1号から4号の前提要件の下で許される——診療制限の領域を包括的且つ同時に一義的な、「生命維持処置の中止又は差控え」という表現で輪郭付けていたことが注目に値する<sup>(36)</sup>。本研究班は、この点ではば一致する、連邦司法省の研究班が提案した、刑法草案第二一六条第三項の刑の免除事由の規定<sup>(37)</sup>、及び、医師の侵襲の一切に承諾の必要があるとの説明<sup>(38)</sup>を歓迎するものである。

この点で必ずしも望ましいとはいえるほど明白且つ徹底していない民事判例に鑑み<sup>(39)</sup>、強く注意を促さねばならないことは、特に、人工的水分・栄養補給のためにツンデを用いたり、(継続)使用したりすることは、常に患者の意思による正当化を必要とする侵襲 (Eingriffe) であるということである<sup>(40)</sup>。水分と栄養補給も患者の指図をはじめから免れる基礎処置には入れられないのである。人を飢えて死なせたり、渴きで死なせたりしてはならないといった、一部の論議を呼ぶ警告は<sup>(41)</sup>、最近、連邦医師会の原則で取り上げられた事例、すなわち、人工栄養補給が死に瀕している者の重い負担に繋がりがかね

ず、したがって、——飢えと渴きの感覚を鎮めることとは異なり——医学的視点からも反適応となりかねない事例を正しく認識していない。栄養と水分の補給に関する決定権を患者に認めないなら、それはとりわけ、この国の法秩序——少数の特殊な状況の例外事例は別として——<sup>(42)</sup>にそぐわない強制栄養補給に賛同することに帰着する。患者自律性を包括的に尊重することがすでに開始された医療を制限するための基礎となるばかりか、すでに、治療開始の許容性に意味を有するという認識はいまだ普遍的に承認されるにいたっていない<sup>(43)</sup>。正当化を要するのは、いまだ一般的に認められる思考様式とは違つて、生命維持処置の停止が先ずそうでありそしてそればかりでなく、すでにその開始、継続もそうである<sup>(44)</sup>。

周知のごとく、すべての医師による侵襲は患者の(推定的)承諾を要するのであるから、その限りで、「放棄できない」基礎処置なるものは存在しえない<sup>(45)</sup>。それ故、基礎処置の概念の使用は、生命維持処置の制限の場合でも保証されるべき、最小限の待期医療的且つ看護的処置を説明する目的がある場合にのみ限定されるべきであろう。アンケート——委員会が、基礎処置という方法は患者指図によって排除できないことを提案し<sup>(46)</sup>、その際、患者が看護的処置(例えば、清拭すること)

料を拒否したごく稀な事例を念頭においている限りで、本対案(47) 研究班員の見解によると、規制を要しない事態が問題となつているのであり、これは、待期的医療において、短期間のうちに思いやりのある言動によつて規制されうるのである。この事態を(刑)法で規制するようなことをすれば、特に、基礎処置の一般的自由処分不可能性の考えによつて挑発される限定問題及び誤解と釣り合いが取れなくなる。次いでながら、

自分自身のあるいは他人への健康上の危険(例えば、伝染の危険)を回避するために、看護師や医師が基礎処置の拒否を無視してもかまわないことに、疑問はない。

## II 不可逆的病状経過と死の切迫性に限定しないこと

明確にする必要があると本研究班が考えたのは、死の切迫性と病状経過の不可逆性といったものが診療制限の不処罰に對して如何なる意味をもたせるべきかといった、依然としてまぢまぢに判断されている問題と関係する。刑事判例が消極的臨死介助の概念と許容性を先ず致死の病気の直接的最終段階に限定した後で(「死に際しての支援(Hilfe beim Sterben)」)、連邦裁判所第一刑事部は、ケンプテン事件で、不治の病の患者への(望んでいると推定される)治療打ち切りは、

「例外的に」死の事象が始まる前であつても可能だと判断したのである。(48) 最後に混乱の原因を造つたのは第一二民事部であつた。こう言うのである、患者指図において表明された患者の意思が重要であるか否かは、「その基礎疾患(Grund-*Leiden*)が不可逆的の死の経過をとつた」こと、そして、それがさらに、「最終的確實性」をもつて認定されなければならないということに係るのである。(49)

しかし、この種の限定は患者の包括的自己決定権とも医師の認識可能性とも一致しえないのである。専断的判断規準として、直接的死の切迫性で見込みのない予後が意味を有するのは、対案——臨死介護第二一四条第一項四号の定める「死に際しての支援」の場合だけであり、ここでは、最終段階において、医師の目からはもはや適正とは言えない生命維持の努力は患者の意思とは関係なく中止してもかまわないのである(下記DVI参照)。

この事例群のほかは、治療の範囲は患者の明白な意思又は推定的意思に専ら従つて方向づけられるのである。もちろん、患者の多くは診療制限の希望を疾病の不可逆性と死の切迫性に結び付けることができるし、そうするだろう。しかし、患者の自律性というのは、一切の治療、したがって、医師の目

からは適正であり、恢復を約束する処置の開始、継続であっても、それを拒絶する権利を含むのである<sup>(50)</sup>。もとより、医師は性急にこうした診療の拒否に甘んじてはならないのであつて、医学的に可能なことの説明に特別の注意を払わねばならず、場合によっては、患者にその判断を考え直すような働きかけをしなければならぬ。しかし、時に見かける実務、つまり、医師の目からは「反理性的」と思える非診療の希望を有する患者をただそれだけの理由で承諾能力に欠けると考え、精神科医に紹介することは誤りである。患者には自律的意思形成がもはやできないとの具体的根拠が欠如しているとき、詳細な説明と相談に乗ってもらつた上での患者の治療拒否は尊重されねばならない。これらの事例は、なるほど、希とはいえようが、しかし、例えば、宗教的理由から(例えば、イエホヴァの証人)、あるいは、長期のそして場合によつては苦痛に満ちた死の経過(例えば、筋萎縮性側索硬化症)を免れたために、治癒可能な治療に自ら閉ざすことのできる人もいるのである。

対案——臨死介護第二一四条第一項一号、連邦司法省——  
 研究班<sup>(51)</sup>及び国倫理審議会<sup>(52)</sup>は患者の意思が無制限に優先することに何らの疑問も抱いていないが、生命倫理——委員会委員

長が一般的に、「安楽死の処置」は「瀕死者、及び、病状歴の進展から不可逆的に間もなく死に到る者」にだけ許されると言うとき<sup>(53)</sup>、それは少なくとも誤解を招くのである。それどころか、アンケート——委員会<sup>(54)</sup>が、患者指図の射程距離を、医療にもかかわらず、医師の見立てによると死に到るであろう不可逆的基礎疾患に制限することに賛成していること、このことはまったく明白である。この点について、以下で、詳しく論ずることにする。

(つづく)

- (1) 執筆者はドイツ、オーストリア及びスイスの刑法教師研究班の構成員である(代案——教授)。
- (2) ハレ/ヴィッテンベルク大学法医学研究所長
- (3) ハレ/ヴィッテンベルク大学法学部、講座 教授 博士 ハンス・リーリエ
- (4) 福音派神学者、デュッセルドルフ福音派病院ホスピス施設長
- (5) オイスキルヒェン・マリーエン病院麻酔及び手術集中治療医  
 学主任医師
- (6) ザクセン＝アンハルト州法治国基金の支援を受けた(研究班は本基金に会議のための旅行費用支給に感謝申し上げる)。
- (7) Näher dazu u. a. Lindemann ZStW 117 (2005), 208ff.;  
 Reuter, Die gesetzliche Regelung der aktiven Sterbehilfe

- des Königreiches der Niederlande - ein Modell für Deutschland?, 2001; *Tah ZStW* 113 (2001), 155-172; *H.-L. Schreiber*, Soll die Sterbehilfe nach dem Vorbild der Niederlande und Belgiens neu geregelt werden?, in: Festschrift für Rudolphi, Neuwied 2004, S. 543ff.; *Eisenmenger/Odumcu MedR* 2002, 327; *Saliger KritV* 2002, 383; *Khorrani MedR* 2003, 19; *Knobp MedR* 2003, 379.
- (∞) So u. a. *Focus* 31/1998 und *BILD* v. 21.7.1998 über OLG Frankfurt NJW 1998, 2747.
- (∞) EGMR NJW 2002, 2851.
- (㊦) 入手回覧‘特ビ’ [www.aem-online.de/main.htm](http://www.aem-online.de/main.htm). 二〇〇五年二月十四日の報道機関向けの発表によれば、チトー・ハリー・ス司法大臣は本草案を撤回した。それによっても周知の「よく」ケーン連邦議会のメンバーと委員会の批判後、草案を研突班が提案として提出する予定と、与野合派との了解が成り立たないとの事 (s. [www.patientenverfuegung.de/pv/detail.php?uid=308](http://www.patientenverfuegung.de/pv/detail.php?uid=308) sowie *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 8.3.2005, S.38)°
- (㊧) BGHZ 154, 205 = BGH NJW 2003, 1588 = NSStZ 2003, 457; vgl. jetzt den Refe eines 3. Betr. ÄndG (Fn 10).
- (㊨) BGHSt 40, 257 (Kemptener Fall); offene Fragen u. a. bei *Schöckh*, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), Festschrift für H. J. Hirsch, Berlin 1999, S.693-712; *ders.* NSStZ 1995, 153-157; *Verrel MedR* 1997, 248-250.
- (㊩) BGHSt 32, 367 (Fall Dr. Wittig); kritisch dazu u. a. *Roxin*, Zur strafrechtlichen Behandlung der Sterbehilfe, in: Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht, 2. Aufl. 2001, S.100f., 112f.; Schönke/Schröder/*Eser*, Strafgesetzbuch, Kommentar, München 2001, 26. Aufl., Vor. §§211ff. Rn 42f. m. w. N.
- (㊪) BMJ-Arbeitsgruppe Patientenautonomie am Lebensende, Bericht v. 10.6.2004, <http://www.bmj.de/media/archive/695.pdf>.
- (㊫) Betr. ÄndG.
- (㊬) Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz, Sterbehilfe und Sterbebegleitung, Bericht vom 23.4.2004, hrsg. vom Ministerium der Justiz Rheinland-Pfalz (<http://www.justiz.rlp.de>); dazu *Dutge*, in diesem Heft, S.606ff.
- (㊭) Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, BT-Drucksache 15/3700 vom 13.9.2004.
- (㊮) Grundsätze der Bundesärztekammer zur Sterbebegleitung, Deutsches Ärzteblatt, Heft 19 v. 7.5.2004.
- (㊯) Patientenverfägung - Ein Instrument der Selbstbestimmung (s. [www.ethikrat.org/stellungnahmen/stellungnahmen.htm](http://www.ethikrat.org/stellungnahmen/stellungnahmen.htm)).
- (㊰) Vgl. Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Sitzungsbericht M über die Verhandlungen der strafrechtlichen Abteilung am 10. und 11.9.1986 zum 56.

- Deutschen Juristentag (DJT) in Berlin über das Thema: »Recht auf den eigenen Tod? Strafrecht im Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung«, München 1986, sowie das Gutachten D zum 56. DJT von *Otto*, Recht auf den eigenen Tod?, München 1986, D 99.
- (11) Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe (AE-Sterbehilfe), Entwurf eines Arbeitskreises von Professoren des Strafrechts und der Medizin sowie ihrer Mitarbeiter, vorgelegt von *Baumann* u. a., Stuttgart, New York 1986.
- (12) Außer dem Absehen von Strafe bei der Tötung auf Verlangen zur Beendigung eines unerträglichen Leidenszustandes gemäß §216 II AE-Sterbehilfe (Fn 21), vgl. DJT (Fn 20), M 193.
- (13) DJT (Fn 20), M 192, 194.
- (14) Bioethik-Kommission (Fn 16), S.128.
- (15) AE-Sterbehilfe (Fn 21), S.3; vgl. dazu *H.-L. Schreiber* NSStZ 1986, 343ff.; Schönke/Schröder/*Eser*, Vor §§211ff. Rn 32b; *Schöck* ZRP 1986, 237.
- (16) LG Ravensburg NSStZ 1987, 229.
- (17) *H.-L. Schreiber*, in: Ebert/Roxin/Rieß/Wahle (Hrsg.), Festschrift für Hanack, Berlin 1999, S.735-744.
- (18) Näher dazu u. E. I.
- (19) Vgl. *Kutzer* ZRP 2003, 212.
- (20) AE-Sterbehilfe (Fn 21), S.3; vgl. zur Bedeutung gesetzlicher Regelungen in medizinischen Grenzbereichen *Jung*, in: Jung/H. W. Schreiber (Hrsg.), Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht, Stuttgart 1981, 189ff.
- (21) *Hirsch*, in: Küper (Hrsg.), Festschrift für Lackner, Berlin 1987, S.615f.; auch *Schöck*, Festschrift für H. J. Hirsch, S. 694f.
- (22) Sehr deutlich insoweit die Ergebnisse einer von *Weber* u. a. (Deutsches Ärzteblatt 2001, 98, Heft 48 A 3184-3188) durchgeführten Ärztebefragung in Rheinland-Pfalz; vgl. auch *Kutzer*, in: May/Geißendörfer/Simon/Strätling (Hrsg.), Passive Sterbehilfe: Besteht gesetzlicher Regelungsbedarf?, Münster u. a. 2002, S.22f.
- (23) *Martin* ZRP 2004, 171.
- (24) *Beleites* Deutsches Ärzteblatt 95, Heft 39, B 1851f.; vgl. auch *H.-L. Schreiber*, Festschrift für Rudolphi, S.543f.; *ders.* MedKlin 2005, 432.
- (25) AE-Sterbehilfe (Fn 21), S.4, 13f.
- (26) しかく「完全な治療中」が問題となつてゐるのではなへく「期待——医学的処置」の「治療目的変更が問題となつてゐる」とを明確にするため「中止 (Abbruch)」との概念を採用しようとするべきである。
- (27) BMJ-Arbeitsgruppe (Fn 14), S.50: 「生命維持の医学的処置



の差控え及び停止」

- (38) BMJ-Arbeitsgruppe (Fn 14), S.6f.
- (39) OLG München NJW 2003, 1744; zuvor LG Traunstein NJW-RR 2003, 221.
- (40) Insoweit erfreulich klar der XII. Zivilsenat des BGH NSZ 2003; ebenso BMJ-Arbeitsgruppe (Fn 14), S.7; Bioethik-Kommission (Fn 16), S.14, 23; Nationaler Ethikrat (Fn 19), S.9.
- (41) So etwa der Neurologe Zieger vom Verband Schädel-Hirnpatienten laut *Frankfurter Rundschau* vom 22.7.1998; ähnlich *Laufs* NJW 1998, 3400.
- (42) 例えば、刑法法第一〇一条による「医師による広い裁量範囲が認められ、ハンガー・ストライキを行う受刑者への強制栄養補給が可能である」。
- (43) Vgl. *Tampitz*, Gutachten A zum 63. DJT in Leipzig, A 18ff.; *Hafen* NJW 2001, 853; *Libp* FamRZ 2004, 318; Nationaler Ethikrat (Fn 19), S.12.
- (44) 許される安楽死のための法的枠組みを画するという本草案の関心事にかんがみ、本研究班は、(医師)の良心判断に基づく専断的生命維持のはらむ問題に意見を表明する必要があると思わなう。
- (45) *Missverständlich Martin ZRP* 2004, 171.
- (46) *Enquete-Kommission* (Fn 17), S.38.
- (47) この指摘は委員会提案の理由書には見出されないものであり、

付録に収められた若干の特別意見のなかにやっと見出される (S.63, 68)。承諾能力のある病人の希望に応じて保障人が行わなかつた処置の不処罰について、s. BGH NSZ 1983, 117.

- (48) BGHSt 40, 257; näher zur Entwicklung *Holzhauser ZRP* 2004, 42.
- (49) BGH NSZ 2003, 477 LS 1 sowie 478.
- (50) Statt vieler *Roxin* (Fn 13), S.100.
- (51) BMJ-Arbeitsgruppe (Fn 14), S.7, 42, 45f.
- (52) Nationaler Ethikrat (Fn 19), S.11, 16ff., 30ff.
- (53) *Martin ZRP* 2004, 171 a. E.
- (54) *Enquete-Kommission* (Fn 17), S.38.

「訳者の付記」本拙訳は「Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB)」, in: Goldammer's Archiv für Strafrecht, 10/2005, S.553-586を翻訳したもので、翻訳にあたり「ハン・ハシ・シロ」教授 (Prof. Dr. Heinz Schöch an der Universität München)、「マルク・ハ・バルター」教授 (Prof. Dr. Jürgen Wolter an der Universität Mannheim) 及び「コナー・ニコ・トーン・ホーム」出版社 (Hüthig Jehle-Rehm-Verlag) の「承諾をいただきました」。「ハン」はその「厚意をたいして心より感謝申し上げます。なお、読者の理解を容易にする意図から、本文の論議を踏まえ、た上で提言される原著最終節H「立法提言」に掲載されている「対案——臨死介護」及びII「臨死介護法草案」を本翻訳の冒頭におきました。