

臨死介助の法的諸問題

シェヒ, ハイנטツ
ミュンヘン大学法学部

松生, 光正
九州大学大学院法学研究院

<https://doi.org/10.15017/7604>

出版情報：法政研究. 72 (4), pp.163-182, 2006-03-23. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

臨死介助の法的諸問題

ハインツ・シエヒ

松生光正(訳)

1 序論

臨死介助というテーマは、ここ数年ヨーロッパとアメリカにおいて尋常でない知られかたをしました。多くの人は、苦痛に満ちた病と医学技術的な生命延長を伴わない尊厳ある死を望んでいるのです。それどころか、住民アンケートでは、積極的臨死介助に対する希望、つまり要求による殺人の不可罰に対する希望がかなり多数に達しています。その際彼らは二〇〇二年以来オランダとベルギーに存在している法状態を引き合いに出しているのです。

他の諸国はたいいてい他者の殺害禁止を破っていません。しかし、医師による自殺幫助が許されている、あるいはそれどころか支援されている国があります。たとえば、一九九七年以来、「オレゴン尊厳死法」がそうですし、これによると医師は、治癒しえない患者に致死的に作用する物質を処方し、それから患者がみずからこれを服用することができま

す。類似した規定が九〇年代の半ばにオーストラリアで作られました。数年来、スイスでは、EXITという組織があり、医師の責任においてまた名誉職の職員の援助を得て生命を脅かされている患者のために尊厳がありかつ穏やかな環境のなかでの自殺幫助の可能性を提供しています。フランスでは、国民議会が二〇〇四年一月三〇日に、間接的

講演

臨死介助、消極的臨死介助および患者の指示の拘束性を規定する法律草案を承認しました。

ドイツでは、立法者は今まで何もしていません。二〇年前にすでに広範な公の議論が存在しましたが、ドイツ法律家会議の大多数が判例によって現行法の枠内での適切な解決を見いだすことを推奨したことで終わりました。二〇〇四年以来今や新たに、法律の変更を求める倫理委員会や法政策的な作業グループの様々な発議が存在します。それゆえ、連邦司法省は初めて二〇〇四年一月五日に世話法 (Betreuungsrecht) の改正のための参事官草案を提出しましたが、そこでは同意能力がない場合の患者指定の拘束性と消極的臨死介助の場合の後見裁判所の介入が規定されるべきであるとされています。

さらに、刑法的問題にとっては、明確な法的規定が欠けています。それゆえ多くの事例で刑事手続きがあるかもしれないという不安が患者の自律性と医師の良心的決断を阻害しています。確かに判例はいくつかの基本的判決によって解明をもたらそうと努力してきました。しかし、これは判例にとって最終的に民法においても刑法においても説得的な私たちでは成功していません。それゆえ私が一五人の同僚と共に属するドイツ、オーストリア、スイスの刑法学者の作業グループは、本年の秋に、一九八六年の臨死介助に関する対案の新しい版を提出する計画でありまして、それはこの講演で要約した私の提案に基づくものです。

以下において私は、臨死介助の様々な事例グループを扱い、その際臨死介助に関する新たな対案の提案を示唆することにします。臨死介助は、確かに外国法の多くの解決が立法者の視野に入ってはいますが、しかし、最終的にはその種の繊細な刑法的問題について、やはりある国のそれぞれの文化的・司法的伝統がかなりの役割を果たしていて、それが独自の解決に至るといふ良い例です。

2 積極的な安楽死の可罰性

絶対的な生命保護の原則はドイツの法理解によると合意に基づく他者殺害も禁止します。治癒しえない癌の最終段階にいる患者にその真摯な要求に基づいて致命的な注射を行う医師は、刑法第二一六条により要求による殺人を理由として六月から五年の自由刑を伴う有罪判決を受けます。

ヨーロッパ人権裁判所は、三年前に筋萎縮性側索硬化症に罹った、全く動くことのできないブリティン・ダイアン・プリティー (Britin Diane Pretty) の事案で、ヨーロッパ人権条約からも積極的な臨死介助の国家による忍受に対する請求権は導き出され得ないことを確認しました。むしろ、それどころかヨーロッパ人権条約第二条による生命に対する権利からは生命を保護する国家の積極的な義務が生ずるとしています。¹⁾

積極的臨死介助のこのような厳格な禁止には、法政策的には繰り返し疑問が提起されています。これは、オランダではすでに八〇年代の半ば以来緩和されていまして、二〇〇二年以来オランダおよびベルギーでは—要求による殺人と援助された自殺の原則的可罰性を維持するにもかかわらず—医師による積極的臨死介助は、医師がいわゆる注意基準を遵守したならば、明示的に許されています。必要なのは、特に見込みがなく耐え難い病、医師の説明、別の無関係な同僚との面接および地域的な倫理委員会への通知でありまして、この委員会がこれらの前提条件を検討し、挙げられた基準が遵守されなかった場合にのみ検察庁に通知します。

問題をはらんでいますのは、生命終了を、死期が切迫している場合のみならず、そのはるか以前に許容し、また見込みがなく、耐え難い病には心理的疾患も含められているオランダおよび十分に比較可能なベルギーの解決です。検察官が監督から広範に排除されていることも批判されています。

ドイツでは、オランダおよびベルギーの解決は、医師、医療倫理学者および法政策家によって、—住民の多数とは逆

に—ほとんど一致して拒否されています。オランダは医師の倫理的責任にほとんど盲目的な信頼を置く別のより自由な法的伝統を有しているとされています。ドイツは—国家社会主義の時代の安楽死の濫用という理由もあり—それ自身道を行くべきであるといわれています。

さらに患者、老人および障害者に、臨死介助を要求するよう圧力が加えられることも懸念されています。これらの者自身、自分や彼らの周囲の人々に負担を負わせているという感情をしばしば持つことからなおさらそうなのです。

したがって、生命の処分不可能性についての宗教的・倫理的確信と並んで、積極的臨死介助の許容性に対し最終的に決定的影響を与えるのは濫用の危険です。オランダからの最近の報告は、これらの懸念が根拠のないものではないことを示しています。たとえば、あるオランダの安楽死専門家は、その夫をもはやこれ以上世話をしたくない妻の事例について報告しました。彼女は夫を「安楽死か社会福祉施設か」という選択の前に立たせました。夫は死を選択し、医師は状況を非常に良く知っていたにもかかわらず、彼が夫の生命を終了させることを妨げるものは何もなかったのです。それ以上に、匿名による医師のアンケートは、それどころか明示的な要求なく重症患者が、たとえば、近親者にとって疾病状態が耐え難いことや生命の質が重要でないことを理由として殺害されるであろうということを明らかにしました。

それゆえ、緩和医学 (palliative Medizin) と苦痛緩和療法の可能性が人間的な死を可能とする場合、積極的安楽死に対する願望が住民の中で衰退していることを国内的にも国際的にも観察できることは喜ばしいことです。それゆえ、我々は、一九八六年には推奨された刑法二一六条の緩和規定、つまり確かに要求による殺人の可罰性を維持するが、しかし緊急避難に類似した条件の下での臨死介助の場合には刑の免除を許したことを完全に削除することを決定しました。それによって、他者殺害禁止は何の例外もなく妥当しなければならないことが明らかにされることとなります。

3 間接的な積極的臨死介助

間接的な臨死介助は、生命を脅かされている患者の苦痛緩和療法に関わります。その際鎮痛剤の配量は、それにより意図されてはいませんが、回避しえない付随効果として生命短縮が随伴する（たとえば呼吸抑圧に至るような、モルヒネによる苦痛緩和療法）ほど多いこともありえます。これは、すでにずっと以前から様々な理由づけをもって許されているものと見なされておりまして、一九九六年には連邦通常裁判所により確認されました。

この事案では、医師夫婦が意識のない八八歳の患者に非常に多量の鎮痛剤ドランチン (Dolantin) を与え、それがいずれにせよ二四時間後には予期されうる死の発生を促進させるに至りました。女性医師の態度は、尊厳があつて苦痛のない死は、非常に重い苦痛を伴う生命期間の延長よりも高く評価されうるがゆえに、正当化されうるとされました。この判決は、法学においても、医療的、神学的倫理学においてもほとんど一致して歓迎されました。

刑法の文献では、意図されなかつた致死的效果を伴う苦痛緩和の——結論において争われていない——不可罰性が様々なやり方で基礎づけられています。圧倒的多数の者は刑法第三四条による正当化的緊急避難を理由とする正当化に着目しています。なぜなら、関係する法益を衡量すると、耐え難い痛みと不安からの解放は、消えつつある生命を短期間維持することよりも優越しなければならないからです。³⁾ より正しくは、それと並んで、同意あるいは推定的同意が援用されなければならないのです。⁴⁾ なぜなら、刑法第三四条だけでは、問題のある法益衡量のために完全な説得性をもたないからです。

間接的な臨死介助の原則的許容性について広範な一致があるからといって、その前提条件と限界は部分的にまだ解明されておらず、判例による解明も期待されえないことが隠されてはならないでしょう。つまり、法律による明確化が必要のように思われます。⁵⁾ なぜなら、積極的な臨死介助の拒否のための最も重要な前提条件は「有効な鎮痛療法」だから

です。⁽⁶⁾したがって、以下のような争点⁽⁷⁾が法的明確化を必要としています。

間接的臨死介助の時間的広がり⁽⁸⁾は、「死につつある者」に制限されたままではなく、「生命が脅かされている患者」をも含まなければならぬでしょう。つまり、死に瀕しているとはいえないが、「医療的措置がもはや決定的に介入しない」患者をもです。⁽⁹⁾さらに、苦痛⁽¹⁰⁾だけではなく、「他の方法では除去しえない重い疾病状態」⁽¹¹⁾も生命を短縮する鎮痛療法を正当化するでしょう、たとえば、窒息不安を伴う呼吸困難のような場合です。⁽¹²⁾

今まで一致している見解によると、許されない要求による積極的殺害と許される間接的臨死介助とは故意の次元においてのみ互いに限界づけられるのです。意図された殺害あるいは生命短縮の場合は要求による殺人であり、未必の故意の場合は不可罰の間接的臨死介助です。争われているのは、第一級の直接的故意、つまり薬物の生命を短縮する効果について確実に知っている場合の取り扱いです。このようなはっきりしない限界づけは、目指そうとする生命保護も、望ましい刑法解釈論的な明確性と裁判上の証明可能性も危うくします。

これに間接的臨死介助が非常に濫用されやすいことが付け加わります。⁽¹³⁾現在ハノーファーの検事局には、故殺を理由とする刑事手続が係属中ですが、そこでは、人気のある女医が少なくとも八件の事案で治癒しえない病を患った患者を著しく過剰のモルヒネとベンゾジアゼピンによって故意に殺害したとして訴追されまして、これに対し彼女はみずから許された間接的臨死介助を援用しています。根拠としているのは弁護人によって持ち出されたいくつかの鎮痛医学上の鑑定なのですが、これにはまた検事局の依頼した鑑定人が異議を唱えました。

それゆえ、我々は、まず、鎮痛剤の適用の際の記録義務を刑法に関する付随法、いわゆる臨死補佐法に規定することを提案しています。しかし、それ以上に、客観的基準も第二一四条aによる間接的臨死介助の許容条件にすでに取り入れられるべきです。殺害意図の証明の困難性があるために、禁止された積極的臨死介助と許された間接的臨死介助の限界が任意にずらされ、鎮痛療法に関する鑑定人の異なった許容基準に依存させられてはならないのです。意図されな

かった致死的付随効果を伴う苦痛緩和措置が正当化されるのは、それが技術上の準則 (lege artis)、つまり医療上の技術の規則に従って行われる場合のみであります。この規則は、世界保険機構の基準と鎮痛療法の教科書によって客観化され、裁判上も吟味可能です。その際たいはいはより弱く配量も少ない薬物から始められ、処置の経過に伴って薬物の分量と強さが痛みの感覚に合わせて高められます。さらにこの多段階的な処置が注意深く記録されるべきでしょう。¹⁴⁾

4 臨死補佐 (Sterbebegleitung)

死に際しての援助とも呼ばれます臨死補佐は、基本的な医療的、看護的任務に属します。それは、いわゆる基本看護、つまり苦痛を緩和するような身体衛生による看護、鎮痛処置、唇を濡らすことおよび気道の解放を含みます。その際、患者の介護は何ら生命短縮的效果を持ちません。その種の援助と苦痛緩和を医師は義務づけられるのです。基本治療は、消極的臨死介助の観点の下で治療の限界に達している場合にも維持されなければなりません。それどころか、基本治療は、我々はあらゆる技術的に可能な処置をいかなる犠牲を払っても実施する必要はないということの倫理的基礎です。

この認識は残念ながらすべての病院や老人のための福祉施設でまだ行き渡っているわけではありません。しばしば胃ゾンデによる人工栄養が自動的に行われています。それも、自然的なやり方でもはや食物を摂取することができないかあるいは摂取しようとしていない、八〇才を遙かに超えた人の場合にすらそうなのでして、これが患者の推定的意思と一致しないことを親族が明示的に確認しているにもかかわらず、行われているのです。患者の意思が確認されないあるいは意思に反する人工栄養は可罰的な身体傷害です。

それゆえ、二〇〇三年二月一三日のミュンヘン上級地方裁判所第三民事部の判決における人工栄養の評価も誤っています。三七才の男性が、回復しえない重い脳障害を被った四年前の自殺未遂以来、意識なく福祉施設に収容されていま

した。医師は、同時に世話人としても選任されていた父親の願いに基づいて、胃ゾンデによる人工栄養の打ち切りを指示しました。なぜなら、大脳が究極的に機能停止していることが確定していたからです。この指示に看護人は、彼の職業倫理に従うと患者を餓死させることは期待されえないという理由で抵抗しました。ミュンヘン上級地方裁判所は、福祉施設を正しいと判断しました。なぜなら、患者の自己決定権はここでは契約上制限されており、看護人には彼の確信に反して人工栄養を行わないことを期待しえないからであるというのです。その背後には、基本看護の範囲についての誤った観念が存しています。

それゆえ、一九九八年の連邦医師会の基準には、人工栄養がもはや患者の放棄しえない基本看護には数えられていないことは重要な明確化と呼ぶことができます。むしろ、これは、全く意識的に、空腹と渇きの自然的充足に制限されず、つまり注入による液体補給のみによつて行われます、基本看護の最低限の看護的措置に制限されます。それ以上に二〇〇四年の新たな草案では、死につつある者のための人工的な栄養補給が重い負担となりうることが明確にされています。残念ながら、この認識は、多くの福祉施設やそれどころかいくつかの裁判所においてさえも行き渡っていません。

5 消極的臨死介助

消極的臨死介助とは、生命を延長する処置が最初から実施されないか、あるいは開始された処置が継続されないことを意味します。そのような処置制限の許容性は、医師は、終末を迎えようとしている生命を、使うことの出来るあらゆる医療的・技術的手段を用いて延長することを法的には義務づけられていないという考え方に基づいています。これは、死亡の過程は既に開始したが、しかし、実際すでにその前に患者の明示的あるいは推定的同意がある場合には許容されています。後者は、実務ではとりわけ、事情により数ヶ月あるいはそれどころか数年続くことがあります、いわゆる失

外套症候群あるいは覚醒昏睡の場合に重要となります。

意識の明確な患者の場合、彼の意味だけが決定的です。そのような患者には彼が望む治療が与えられなければならないが拒否すれば中断しなければなりません。患者の同意がなければ、処置の開始あるいは継続は許されません。それゆえ、たとえば、一九八五年に、ラフェンスブルク地方裁判所は、数年の看護の後、筋萎縮性側索硬化症に罹った妻の明示的願望に基づいて夫が呼吸装置のスイッチをきり、一時間間に妻の死へと至ったという事案でその夫を無罪としました。

この事案は、あらゆる作為が自動的に積極的臨死介助となるわけではないことをはっきり示しています。ここではロクシンにならって作為による不作為、つまり作為的行為と不作為の規範的同置という言い方がされています。¹⁵ それ以上処置を処置を行わないことと規範的に同等な作為的行為というこのような状況は、一九九四年に連邦通常裁判所第一刑事部が判決しなければなりませんでした、もっと有名なケンプテン事例にも存在しました。

脳縮小を被り、アルツハイマー病に罹っていた七〇才の女性患者が心停止状態に至りました。蘇生術を施した後も患者は回復しえない最重度の脳損傷を被り、それゆえもはや話しかけることができませんでした。彼女は人工的に栄養補給されなければならず、光学的、音響的刺激や圧迫による刺激に対してわずかに顔面のけいれんかあるいは喉をゴロゴロいわせるだけで反応しました。二年半の処置の後も何ら改善が見られなかったとき、処置をしていた医師と世話人としての資格を有する患者の息子は、液体補給は維持しながらゾンデによる栄養補給を打ち切ることによってその女性の生命を終わらせることで一致しました。しかし、これは、看護人が指示書のそれに対応する指示に従うことを拒否したために失敗しました。

連邦通常裁判所は、医師と息子の故殺未遂を理由とする第一審の有罪判決を破棄しました。なぜなら、治療中断に対する患者の推定的同意が存在したか否かが検討されていなかったからです。一定の状況においては、医療的な治療措置

の中断によつて死なせることも、患者が治療中断を了解していたことから出発できるならば、許容できるとしています。これは、間接事実によつて、特に文書による患者指定に基づいて確認できるといふのです。

本件ではそのようなものは存しませんでした。しかし、ケンプテン地方裁判所の別の部は、新たな審理を行い、無罪へと至りました。その際、裁判所は、患者が何ら生命延長措置を望んでいなかったことを確認する様々な証人供述を根拠にしました。この事例は、人々が、意識を失ってしまった場合のためにその意思を一定の拘束性をもって表明しておこうとする、いわゆる患者指定の重要性を著しく増大させるに至りました。

もつともこれは、引き続き、推定的意思に対する単なる間接事実として評価されただけであり、医師はそれを、大抵は非常に一般的な形で作成される文書について起草者が考えたことと具体的状況は異なっているという理由で無視することができたのです。これは、その意思を明示的にこのような場合のために文書により書き留めた人についての患者自律性という考え方と矛盾します。

それゆえ、最初に触れた、民法第一九〇一条aの世話法の改正のための参事官草案が、患者指定として書きとどめられた意思の拘束性を同意能力がない場合にも規定しようとしていることは大いに歓迎すべきです。そのような先取りされた意思表示は、被世話人が患者指定を撤回したという具体的な手がかりが存しない場合には、有効性を保持しなければなりません。一定の病期に制限することは予定されていません。なぜなら、決定能力ある人も、あらゆる疾病段階において医師の治療処置に対し同意するか否かを決定できるからであるとされています。この考え方は正しいのです。これに対し、健康な人間は、疾病により条件づけられた「人格における不連続性」のために不確かな未来のための拘束的な決定を行うことはできないという、ドイツ連邦議会のアンケート委員会の見解は、あらゆる法的基礎を欠いておりまして、憲法的に保障された人間の自己決定権を無視するものであります。

我々は、この考え方の正しさを確信しているがゆえに、対案第二一四条第一項第二号に同意および推定的同意と並ん

で生命維持的措置を行わないあるいは終了する別の根拠として同意能力がない場合のための有効な患者指示における指図を取り入れたのでありまして、その際、有効性条件としては民法の規定が適用されることになっています。

覚醒昏睡患者のための消極的臨死介助の別の問題は、同意能力のない患者の推定的意思にしたがって生命維持的処置を終了させるという事前配慮代理人 (Vorsorgevollmächtiger) あるいは世話人の決定に際し、生命危険のある手術の場合のように、民法第一九〇四条を類推して後見裁判所の許可が必要かという問題です。連邦通常裁判所の第一刑事部は、一九九四年にケンプテン事件においてこれを承認しましたが⁽¹⁶⁾、しかし、たいていの後見裁判官は、明確な法的規定がないため管轄があるとはみなしていなかったのです。多くの議論の余地のある判決の後、連邦通常裁判所の第一民事部は二〇〇二年三月一七日の判決において合意の必要性を確認しました。

後見裁判所の許可の問題は、触れました参事官草案によりまして、将来場合を分けて解決されることになっています。民法第一九〇四条によりまして、生命維持的な医療措置が行われないあるいは中断されることにより被世話者が死亡するに至りうるという危険が存在しています場合には、確かに、世話人の決定の際の後見裁判所の許可が原則として規定されることになっています。しかし、この規則は事実上の例外となるでしょう。なぜなら、これは、事前配慮代理人が決定を行うか、あるいは世話人と医師との間に推定的な患者意思に関し了解が存する場合には必要ないからです。

6 自殺への幫助

6・1 自殺阻止義務の限界

現行ドイツ刑法によりまして、自殺への幫助は不可罰です。なぜなら、なんとといっても自殺自体は何ら可罰的行為で

はないからです。これは、死に至る病の患者だけではなく、法秩序が自由答責的な自殺から出発するすべての事例において当てはまります。

もつとも、自由答責的な自殺は、自殺研究の認識にしたがった熟慮に基づきますとまれであります。それゆえ、不作為による殺人罪を理由として責任を負わなければならない保障人と第三二三条cによる不救助を理由として処罰される非保障人を疑わしい場合にその可能性の範囲内で自殺阻止へと誘致するために、臨死介助対案第二一五条は不自由な自殺をかなり広く定義しました。刑法第二〇、二一条にしたがって責任能力が排除されているかあるいは著しく低減している場合の自殺は不自由です。しかし、さらに、一般的に子供および一八才に満たない少年も不自由と見なされ、その上に、明示的に宣言されたあるいは事情によっては認識可能な真摯な決定から出発しえないような者も不自由とみなされます。これによって、信頼できる手がかりが自由答責的で真摯な決定を示す場合にのみ阻止や救助の試みが行われないことが確保されることになります。それによって、人間仲間の共同生活において重大な影響を持つ無関心が阻止され、特にアピール自殺の場合に阻止義務が基礎づけられます。

6・2 自由答責的自殺の場合の事後的救助義務の拒否

自由答責的自殺の場合の自殺阻止の不作為および自殺への作為的幫助の不可罰性は、文献や判例で争われていませんが、自殺者が事象に対する行為支配を失ったときから直ちに、つまりたいいてい意識喪失の発生から、保障人は刑法第一三条により、外部者は刑法第三二三条cにより自殺者の救助を義務づけられているとすることによって、判例により部分的には空洞化せしめられています。¹⁷⁾

この見解は、文献ではほとんど一致して拒否されています。¹⁸⁾ 自殺幫助者に殺害手段の調達を許しながら、それが効果

を生じたならば、介入を義務づけることは矛盾です。それによって、自殺とそれへの共犯を不処罰のままとするという法律上の決定が回避されます。判例は、自らが結局二〇年前に打ち立てた救助義務からのほつきりした逃げ道を見いだしていないのですから、われわれは、臨死介助対策第二一五条第一項後段において、自由答責的な自殺決定の後には事後的な救助義務は存しないことを明確にしたいのです。

6・3 利益追求の場合の自殺幫助の可罰性

重い症状の患者のスイスへの「死の旅行」は数年前から確認できますが、そこでは、EXITという組織の職員が医師の責任で「利己的動機のない」¹⁹安全な雰囲気の中で臨死補佐を行っているのでありまして、このことは、多くの不治の病に罹った人の苦悩がいかに大きいかを示しています。ドイツでは医師はほとんどすべて自殺幫助を拒否しているのでありますから、²⁰ドイツで私的な企業家や組織がこの苦境を利用し、医的倫理観も治療的援助の優先性もなく利欲追求的動機から、患者に事後的な救助が排除されるほどの即座に効く毒物を渡すことによって自殺への幫助を行うという重大な危険が存在します。このような危険に対処するため、われわれは、利益追求からの自殺幫助という新たな犯罪構成要件を提案します。

6・4 生命が脅かされている患者の医師により援助された自殺の不可罰と身分法的許容性

医療的臨死補佐についての連邦医師会の原則によりますと、「自殺への医師の関与は医師の倫理観に反し、可罰的でありうる」²¹これは、ありうる自殺事例の全体領域を念頭に置くならば、理解できます。しかし、「あらゆる緩和医学的

措置を尽くしたにもかかわらず、十分に緩和されえない、耐え難い、不治の苦痛」の事例に制限するならば、「個別事例のあらゆる事情を衡量し、患者の自己決定権を基礎に置いて医師の責任で行われた異なる決定は、個別事例では正当化されうる」⁽²²⁾のです。

しばしば他者をも危険にさらすそのような患者の絶望的行為（たとえば、ガス中毒、高所からの落下あるいは鉄道交通や道路交通における自殺）を可能な限り回避するため、刑法は、これに関して、実際に医師や看護人から、今までその種の逃げ道のない状況で有してきた良心の苦しみを取り去るような適法な解決を準備すべきでしょう。これは、関係者にとっては法的明確性と法的確実性の命ずるところでもあります。

7 結論

ドイツでは、触れました裁判所の判決にもかかわらず、医師や看護人の間にはなお大きな法的不安定性が存在しています。刑事手続に対する不安からいわゆる正当化医学という形で最大限の処置の自動的処理を維持する医師は、われわれが願うほど自由かつ責任意識をもって決定できないのです。

それゆえ、臨死補佐の刑法的諸問題については法的規制が必要であり、そこでは他の法秩序の経験も顧慮されるべきでしょう。

補遺 I

1 臨死介助に関する法律対案（新版）

第二一四條 生命維持措置の中断又は不開始

(1) 生命維持措置を、停止し、制限しあるいは開始しない者は、以下の場合には処罰しない。

一 本人がこれを明示的かつ真摯に要求した場合、または、

二 本人がこれを有効な患者指示において同意無能力の場合のために指図した場合、または、

三 本人が医師の認識によると治療の開始または継続について意思表示ができず、かつ信頼するに足りる根拠に基づいて、彼が疾病状態の種類、期間及び経過を考慮して、当該処置を拒否するであろうと想定できる場合、または、

四 死が目前に迫っている場合に本人の苦痛状態と治療行為の見込みのなさを考慮して、生命維持措置の開始または継続が医師の認識によればもはや適当でない場合。

(2) 第一項は、本人の状態が自殺の未遂に基づく場合にもあてはまる。

第二一四條 a 苦痛緩和措置

医師としてまたは医師から権限を与えられて、生命が脅かされている病者に、その明示的または推定的な承諾を得て、民法第一九〇一条 a による患者指定において表明された意思に基づいて、医療上の技術の規則に (lege artis) 従ってそれ以外では除去できない重大な苦痛状態を緩和するための措置を施す者は、それにより、回避不可能な、意図されていない付随効果として死の発生が促進されたとしても、違法に行為していない。

第二一五條 自殺の不阻止

(1) 他人の自殺を阻止しないかまたは他人をその自殺未遂の後に救助しない者は、当該自殺が自由答責的で、明示的に

表明されたかまたは諸事情から認識可能な、真摯な決意に基づいている場合には、違法に行為していない。

(2) 特に、他人がまだ一八歳に達していない場合、または彼の自由な意思決定が刑法第二〇条、二一条に対応して侵害されている場合には、前項の決意があったことを前提にしてはならない。

(3) 第二項の除外事由が存在しない限り、生命が脅かされている病者の場合にも、自由答責的な自殺は否定されない。

第二一五条 a 自殺の利益追求的な援助

他人の自殺を利益追求のために援助する者は、五年以下の自由刑または罰金刑で処罰する。

第二一六条 嘱託殺人

刑法第二一六条は変更なし。

2 臨死補佐法草案

第一条 鎮痛措置の場合の記録義務

(1) 医師または医師から権限を与えられた者が、生命が脅かされている病者に、その明示的または推定的な承諾を得て、それ以外では除去できない重大な苦痛状態を緩和するために、致死的な付随効果を伴う可能性のある麻酔剤、鎮痛剤または鎮静剤を投与する場合、治療経過、特に薬剤の投与量および患者により表明された苦痛感覚は文書により記録しなければならない。

(2) 非常に多量の投与または通常的でない投与増加がある場合、別の医師と相談し、彼の決意を文書により記録しなければならない。

(3) 麻酔剤法第一七条による記録義務は本条により制限されない。

第二条 緩和医学的措施の場合の記録義務

- (1) 生命維持的措置を停止しまたは開始しない者は、その理由を文書により記録しなければならない。
- (2) 生命が脅かされている病者にその明示的かつ真摯な要求に基づいて本法律第四条により不可罰の自殺幫助を施そうとする医師も同様とする。

- (3) 事前配慮代理または法律上の世話の場合、代理人または世話人の理由を付した態度決定を文書により記録しなければならない。

第三条 秩序違反

- (1) 故意または過失により第一条および第二条に規定する義務を履行しない者は、秩序違反である。
- (2) 秩序違反は、二五〇〇〇ユーロ以下の過料によって処罰されうる。

第四条 医師による自殺幫助

- (1) 医師によって、生命が脅かされている病者の明示的かつ真摯な要求に基づいて、すべての治療上の可能性が尽くされた後に耐え難くかつ治癒しえない苦痛を回避するためにおこなわれた、自殺への幫助は、違法でも身分法違反でもない。

- (2) 医師は前項の義務を課せられないが、患者の明示的希望に基づいて可能な限りその用意のある別の医師の下に行くよう指示しなければならない。

- (1) EGMR NJW 2002, 2851
- (2) BGHSt 42, 301, 305; *„Hilflosigkeit“* Dölling, JR 1998, 160; Schöck, NStZ 1997, 409; Verrel, MedR 1997, 428; allg. S/S-Eser 2001, Vorbem §§ 211 ff., Rn 26; Tröndle/Fischer 2004, Vor §§ 211-216; Lackner/Kühl 2004, Vor § 211, Rn 7; Roxin, in Roxin/Schroth (Hrsg.), Medizinstrafrecht, 2. Aufl. 2003, S. 96 ff.
- (3) Schreiber, NStZ 1986, 341; FS Hanack 1999, 735-744.

- (4) Dölling, MedR 1987, 7; S/S-Eser, 2001, Vor §§ 211 ff. Rn 26.
- (5) 以下' BMJ-Arbeitsgruppe "Patientenautonomie am Lebensende", Bericht vom 10.Juni 2004, S. 50-52 参照。
- (6) Kutzer, ZRP 1993, 406.
- (7) 以下は、Roxin 2001, 98 f. 以下は AE-Sterbehilfe 1986, S. 22-24 参照。
- (8) 以下は、Roxin 2001, 98 f. 以下は AE-Sterbehilfe 1986, S. 22-24 参照。
- (9) 以下は、Roxin 2001, 98 f. 以下は AE-Sterbehilfe 1986, S. 22-24 参照。
- (10) 参照 BGHSt 42, 301, 305
- (11) AE-Sterbehilfe § 214a, S. 22; Grundsätze der Bundesärztekammer NJW 1998, 3406; Roxin 2001, 98; BMJ-Arbeitsgruppe 2004, 2004, 13, 50f 以下は、Roxin 2001, 98; zustimmend Bioethik-Kommission, S. 68.
- (12) Bioethik-Kommission, S. 69.
- (13) Schöch NSTZ 1997, 410; Verrel MedR 1997, 249.
- (14) 後掲 5.3 以下は、Verrel MedR 1997, 249; Schöch NSTZ 1997, 412 以下。
- (15) Roxin (以下は、Roxin), S. 101 f.
- (16) BGHSt 40, 257, 262.
- (17) 以下は、BGHSt 32, 367; 以下は、BGH NJW 1988, 1532.
- (18) S/S/Eser, StGB, 26. Aufl. 2001, vor § 211 Rn. 42 f.; Tröndle/Fischer, StGB, 52. Aufl. 2004, vor § 211 Rn. 12; Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2005, vor § 211 Rn. 15; Rengier, Strafrecht BT II, 5. Aufl. 2003, § 8 Rn. 12 ff.; 以下は、Roxin 2003, 112 f.; 以下は、Herzberg JA 1985, 184 f., 267 ff.
- (19) これは、スイス刑法第一五条による自殺補助の不可罰性の前提条件である。
- (20) 参照 BÄK-Grundsätze, NJW 1998, 3406.
- (21) BÄK-Grundsätze, NJW 1998, 3406.
- (22) Bioethik-Kommission 2004, 107.

〈付記〉 ハイレンツ・シエロ Heinz Schöch 教授は、チュービンゲン大学とハンブルグ大学にて一般教養および法学を学

ばれ、第一次国家試験の後チュービンゲン大学の助手を勤められた後、一九七四年から二〇年の長きに渡りゲッティンゲン大学の教授をお勤めであったが、一九九四年にはミュンヘン大学の招聘をお受けになり、犯罪学、少年法、行刑学の担当教授として赴任された。ゲッティンゲン時代には地区裁判所の判事も兼任され、ミュンヘン大学でも学部長、副学部長を歴任されるなど、学内外でご活躍の、ドイツを代表する刑事法研究者である。

氏は、平成一一年一月に次いで、平成一七年三月に五日間の日程で二度目の来学をされた。本シンポジウムその他、LL.M./LL.D.講演会において「アメリカ合衆国とドイツ少年司法におけるティーンコート」と題する講演を行われ、本法学府の大学院教育にも寄与された。さらに、刑事法研究者との研究会において「コミュニケーション・レベルの犯罪予防―それは犯罪減少に寄与するか?」と題する講演（本号に翻訳掲載）もされ、有意義な意見交換の場を持たれた。

なお、シンポジウム当日は、立正大学の比嘉康光教授による翻訳がシンポジウムの参加者に配布されて、議論のための素材とされた。比嘉教授にはこの場を借りてお礼を申し上げます。

〔土井政和〕

補遺 II 生命の終末における刑法的保護の事例グループ

	<p>1. 直接的な積極的臨死 介助</p>	<p>2. いわゆる間接的 臨死介助</p>	<p>3. 臨死補佐</p>	<p>4. いわゆる消極的 臨死介助</p>	<p>5. 自殺への 幫助</p>
<p>行為</p>	<p>殺害故意を伴う 生命短縮のための積極 的侵害</p>	<p>非意図的な 生命短縮を伴う 苦痛緩和</p>	<p>基本看護 鎮痛 臨死における援助</p>	<p>生命維持的措置の 不開始または終了</p>	<p>自殺の 促進または不阻止</p>
<p>可罰性</p>	<p>可罰的 刑法第 212 刑法第 216</p>	<p>不可罰 患者の (推定的) 意思の ある場合</p>	<p>不可罰 (不作為は傷害として 可罰的)</p>	<p>不可罰 —死の切迫 —同意 —患者指示 —推定的同意、 それ以外は可罰的</p>	<p>不可罰 自由答責性の喪失の後 は可罰的 (判例)</p>
<p>問題</p>	<p>緩和への要求 (オランダ、ベルギー)、 濫用の危険 社会的圧力</p>	<p>あまりに稀、遅す ぎる、低すぎる； 1. の場合との限 界づけ問題： 客観化の必要性</p>	<p>看護の危機的状況、 養成の必要性、 人工栄養をしない</p>	<p>患者指定 事前配慮代理 裁判所の許可</p>	<p>法的には矛盾 医療的には身分法違反 的か？</p>
<p>事例</p>	<p>BGHSt 37, 376: „死の天使“ EGMR NJW 02, 2851 „ダイアン・フリ テイル“</p>	<p>BGHSt 42, 301: ドランチン事例</p>	<p>連邦医師会 NJW 1998, 3406 DÄB 2004, H 19 問題のある OLG M NJW 03, 1744 (LG TS)</p>	<p>BGHSt 40, 257 (LG KE) OLG F NJW 98, 2247 BGHZ 154, 205 (u.a. NJW 2003, 1588)</p>	<p>BGHSt 32, 367: ヴァイ テイト医師事件 OLG München NJW 1987, 2940: ハッツケ タール事件</p>