

タイトル	対案 臨死介護(二)
著者	吉田, 敏雄
引用	北海学園大学法学研究, 42(2): 465-478
発行日	2006-09-30

対案 臨死介護 (二)

ドイツ語圏対案教授陣著
吉田敏雄(訳)

目次

H 立法提言

I 対案 臨死介護 (Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung)

II 臨死介護法草案 (Entwurf eines Sterbebegleitungsgesetzes)

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

(以上第四二巻第一号)

III 刑法における患者指図の承認

1 表示力を有する書面による患者指図に対する制限つき証明推定

2 それ以上の拘束性前提要件の放棄

- 3 射程距離を特定の疾病に限定しないこと
- IV 醒覚昏睡患者に対する一方的治療制限を行わないこと
- V 世話法の補充
 - 1 修正葛藤モデルの範囲内における後見裁判所の関与
 - 2 患者意思の重要性
- VI 死が切迫している際の治療制限
 - (以上本号)
 - (以下次号)
- E 苦痛緩和処置
 - I 目的とされない且つ回避できない生命短縮を伴う鎮痛処置の正当化

D 生命維持の医学的処置の停止、制限又は差控え

III 刑法における患者指図の承認

対案「臨死介助がなお、第二二四条第一項三号の定める、望んでいると推定される治療制限を許すこととの関係で、患者指図に関する規定を放棄でき、「細部の問題の解明を実務にゆだねる」ことができる、と考えたとき、注目すべき一致した見解は、患者指図の形式と拘束力を法的に規制することが必要だということであり、これが、今日公表された、ただし(そ

- II 禁止される積極的臨死介助を医学の基準に従った苦痛緩和の客観的構成要件によって境界付けること
- III 濫用に対するその他の安全措置
- F 自殺の問題性
 - I 自殺の阻止義務の境界
 - II 自由答責の自殺における事後的救助義務の拒否
 - III 死病者における医師によって支援された自殺の不処罰と身分法上の寛容
 - IV 利欲からの自殺幫助の可罰性
- G 積極的直接的臨死介助の包括的禁止の維持

の限りで)、前節で触れた(D II)、民事法にのみ関係する諸委員会草案の中心にある。

研究班員は患者指図を法律的に認める努力を強力に支持するが、しかし、それは民事法に限定されたままであつてはならない。許容される治療制限の範囲を規制することはその核心において優れて民事法の問題というわけではないのである。⁽⁵⁵⁾あり、とりわけ、刑法の問題提起なのである。かくして、ほかでもなく患者指図の拘束力の範囲はその名宛人の可罰性判断に直接影響を及ぼす。医師と親族は、葛藤事例では、相互⁽⁵⁷⁾

に非難されかねないのである、例えば、患者の自己決定権を無視する傷害罪を犯したとか、患者指図の限界を誤認したの(過失)殺人罪を犯したとかがそれである。刑事訴追を、普通、理由もなく、時には、まさに無分別に恐れる医師が多(過失)くいても、この恐れが、民事上の責任を負う不安なんかではなく、判断態度に著しい影響を及ぼすのである。したがって、法秩序の単一性とこの主題である法益の地位が高いことにかんがみ、連邦司法省が意図する世話法中の部分規制で満足するということになれば、それは説得力をもたないのである。

もとより、患者指図を刑法上認める必要があるという問題から区別されるのが、必要とされる規制密度の問題である。

研究班は、この点で、いずれにせよ核刑法に依然として典型的且つ実証済みの抽象化水準から下りる理由を見ないのであり、それ故、新たに起草された対案「臨死介護第二一四条第一項二号において、「有効な書面による患者指図」を治療制限のための正当化基礎として掲げることと十分だと考える。この法制度のそれ以上の具体化(例えば、その理論的整理、有効性前提要件の精密化)は実際のところ刑法典の外にあって(刑法)判例と学説によって行われうるのである。

患者指図の拘束性を(刑)法的に明確にする緊急性がある

こと、このことに疑問はないのかもしれない。患者指図は、次第に中心的事前配慮手段として薦められ、今では、連邦医師会の原則でも医師の行為のための重要な助けになると見られているが、患者指図の中に含まれている治療をしてほしくないとの願望が拘束力を有するの(58)のか否か、いかなる前提要件の下でなのかに関しては、引き続き不安定な状態にある。(59)従来、刑法判例は、明白な態度表明を避けてきたのであり、「病人の事前の書面による意思表明」(60)が当該病人の推定的意思の判断に対してもちうる徴憑価値を指摘したに過ぎない。

1 表示力を有する書面による患者指図に対する制限つき証明推定

明推定

この反証可能な証明推定としての分類は、なるほど、なお(61)圧倒的な見解、つまり、患者指図はすでに自ら拘束力を有するというものではなく、具体的判断状況を背景に、その表示力及び場合によつては瑕疵ある意思又は意思の変更を検証しなければならぬ、という見解と一致する。しかし、このやり方は、つとに対案「臨死介護」の研究員が批判した傾向、つまり、信頼のおける患者指図をすら、考えられるに過ぎない有効性欠如を指摘して、とりわけ、そこに医師の視点から

非理性的と思われる治療拒否が含まれているときも、無視できると説明する傾向を助長するのである。これに対して、諸委員会草案及び計画中の三回目の世話法改正法担当官案の民法第一九〇一条a理由書が一致して強調していることは、一義的且つ状況関係的患者指図の場合、作成時点における承諾能力の欠如又はその間の意思変更の具体的根拠があるときにだけ、そこから出立して良いということである。⁽⁶⁴⁾ 同様に一致が見られるのは、専ら、作成と実際の治療状況の間の時間的間隔⁽⁶⁵⁾だけが拘束性をはじめから疑問視する規準となるのではなく、場合によっては起こりうる意思変更を特別に注意を払って調査するきっかけを与えうるにすぎないということである。

信頼における患者指図の扱いにおけるこういった説明・承諾責任の修正、そして、その予期できる明白な、民法の新第一九〇一条aの法的承認の意図は、先取りされた意思表示の価値をもちや不当に切り下げさせないところにある。このように強められた証明推定を法理論的にも確実なものにするために薦められることは、患者指図を将来これ以上患者の推定的意思のための単なる徴憑と捉えるのではなく、第一二民事部の裁判に連動して、明白な治療放棄と推定的に望まれている

る治療放棄の間にある、独立の正当化基礎と捉えることである。⁽⁶⁶⁾

したがって、患者の意思に支えられた治療制限には、対案―臨死介護第二一四条第一項一号―三号にも現れているように、三段階からなる階層・審査順位があることになる。承諾能力のある患者の場合、治療の範囲は専ら現に表明された意思に従う。したがって、場合によって生ずる治療放棄は、患者の決断に接合して表明された明白且つ真摯な要求に帰さねばならない(対案―臨死介護第二一四条第一項一号)。この要求は、患者が意思表示後、承諾無能力になった場合でも、拘束力がある。こういった意思表示が欠如しており、しかも、それをもはや(適宜に)得ることができないとき、有効な患者指図において先取りされた意思が拘束力を有する(対案―臨死介護第二一四条第一項二号)⁽⁶⁷⁾。したがって、最終的に、承諾能力のない患者の推定的(不治療の)意思(対案―臨死介護第二一四条第一項三号)を調査する必要が生ずるのは、患者指図が作成されていないか、又は、具体的判断状況に対しては直接の表示力を有しない患者指図しか作成されていない場合である。この意思調査段階でも、専ら個人の希望だけが決定的意味をもち、それ故、連邦裁判所刑事判例集第四〇巻二五

七頁が思い出させる「一般的価値観念」を考慮に入れることは許され⁽⁶⁸⁾ない。

理論的整理とは関係なく、患者指図の刑法上の拘束・正当化効果を受け入れる前提には、内容的表示力と並んで、形式的要請として文書性がある⁽⁶⁹⁾。文書形式は絶対に必要な最小限の真摯・濫用統制を保障するし、医師の記録義務との関連でも必要であり、いずれにせよ、「患者遺言 (Patiententestament)」という伝来の名称にかなり明確に表現されている一般的概念理解にも対応する。担当官草案「民法典第一九〇一条aに定められているのだが、一切の形式要求を放棄することにもなれば、患者遺言が法律で承認されることによってまさに価値の切り上げられた法制度が即座にまたもや輪郭を失うことになるし、そうなる⁽⁷⁰⁾と、患者が前になした(という)口頭での意思表示との違いがどこにあるのか不明確になるし、又、現実⁽⁷¹⁾に、すなわち、判断に近接してなされる口頭での意思表示との違いも不明確なままになる。

文書を要求するからといって、変更や撤回が難しくなるということに繋がるわけでもない⁽⁷²⁾。刑法において、意思形成ないし意思探求の現実状態が重要であることに争いが無い点は別として、書面で作成された患者指図が同じ方法でしか修正

ないし撤回できないということは民事法上もその必然性がない⁽⁷²⁾。いずれにせよ、事後変更の形式にはとらわれないことを法律で明確にするというよう⁽⁷³⁾なことは簡単なことである。

2 それ以上の拘束性前提要件の放棄

本研究班員は、目下のところ、状況関係的且つ表示力のある書面による患者指図をそれ以上の前提要件にからしめる必要はないと考えている。このことは、先ず、一部で要求されている、事前の医師の説明の記録に妥当する⁽⁷⁴⁾。この要請を満たす患者指図が重きをなすことに疑問はない。しかし、患者指図の熟慮性、真摯性及び一義性の前提要件に医師による説明がなるとい⁽⁷⁵⁾うものではない。その上、意識的に医師の相談を放棄したとか、病気の進み具合からしてもはや医師との相談を要求できない患者、こういった者の意思が真剣に受け止められないという危険がある。最後に考えられるべきは、一義的且つ具体的状況にぴったりの意思表示の要請により、すでに、その制限効果の点で過小評価されるべきでない拘束性前提要件が簡潔に表現されているということである。患者指図の普及度が引き続きごく少数にとどまることに鑑みて、その(形式的)効力前提要件に不必要に高い要求をする

料 べきではあるまい。⁽⁷⁵⁾ このことによつて次の事情に変化がもた

らされることにはならない、つまり、医学的判断能力が欠如している、そして、今まで、患者指図による備えの可能性に

それほど詳しく思いをいたさなつた大多数の患者に、医師の助言が切に勧められるべきであるということがそれである。⁽⁷⁶⁾

医師情報と助言の利用と質を促進するために、これは明白に診療項目の中に入れられるべきである。

3 射程距離を特定の疾病に限定しないこと

いずれにせよ誤りといえるのは、アンケート委員会委員の多数が第一二民事部の裁判に依拠して、患者指図の射程距離を、「本病が不可逆的であり、医学的治療にもかかわらず医師の認識によると死に至るであろう事例」⁽⁷⁷⁾に限定することである。この医学的に疑問のある制限の明白な意図は、痴呆や醒覚昏睡の場合の生命維持処置の差控え⁽⁷⁸⁾に関して拘束力を有する患者指図を不可能にするところにある。⁽⁷⁹⁾これは、例えば、自分の生命を安らかに絶ち、一切の生命維持治療を拒絶する老人にもあてはまる。結果として、このことによつて、今日、多くの人が恐れ、望まれない医学的処置を断るための患者指図を作成する理由となつてしまつてしまふ。治療状

況が除外されてしまふ。それ故、アンケート委員会の提案は、尊厳を傷つけると感じられる生命機能の維持を阻止するといふ希望を、非常に幅広くそして実態からしても正当化されないような形で無視することに帰着する。というのは、痴呆や醒覚昏睡の場合、それに、老齢者の熟した判断の場合も、誤評価や意思変更の危険は非常に少ない。⁽⁸⁰⁾この意思先取りは比較的安定した基礎に立脚しているからこそ、この中心的領域において患者指図の適用範囲を削減する理由は見当たらない。

アンケート委員会が引き合いに出し、⁽⁸¹⁾そして、同委員会の見解によれば、醒覚昏睡患者の場合には、経過予後の新評価を要請しているという、言うところの神経学研究や神経心理学研究の現在の知見もこれを変えるものではない。そこでは、本研究班に属する医学専門家が組しない研究状況の一面的解釈が問題となつているのかもしれないということは別としても、緩解の見込みが継続治療を意味あるものにするのか否か、いかなる緩解の見込みがそうするのか、これに関する判断は専ら患者が下すべきものであり、国が下すべきものではない。

IV 醒覚昏睡患者に対する一方的治療制限を行わないこと

ただし、今日、本研究班員にとり広すぎると思われるのは、意識の取り戻せない喪失を、生命維持治療の中止のための独立した正当化事由として分類する対案臨死介助第二一四条第一項二号の規定案である。当時、その背後には、これらの場合の患者の推定的承諾は「まさに客観的事情から」推測できると考えられたからである。⁽⁸²⁾なるほど、圧倒的事例数ではこのことにならないが、しかし、診断及び予後の不安定性が自制的態度を要求するし、同様に、この患者群への対処の仕方にも社会的合意が得られていないことも自制的態度を要求するのである。ケムプテン事件で連邦裁判所が示唆した方法、つまり、意思探求がうまくいかない場合の治療制限に関して「客観的価値観念」に従って判断するという方法に対する圧倒的に批判的反応は、⁽⁸³⁾この大胆な企ての原理的危険を明白にしたのであり、又、生命保護の相対化が始まることへの不安が真剣に考慮されなければならないことを証明したのである。それ故、立法者は、必要であり、ようやく始まったばかりの議論を先取りしてはならない。

しかし、このことは、醒覚昏睡患者にあっては、無制限の生命維持義務があることを意味しない。むしろ、おのおのに

呼びかけられていることは、特に患者指図によって、医師の見立てでは永続的だと思われる意識喪失の場合の望ましい治療範囲についての個別的備え規制をすることである。完全な予後確実性は存在しないから、不可逆性認定にいかなる要件（例えば、待ち時間の考慮、二人の独立した医師の評価）がおかれるべきかについて触れておくことが推奨されるのである。⁽⁸⁴⁾

V 世話法の補充

患者指図の場合と同じく、世話法の領域で対案臨死介助の起草者の予見しなかった発展が見られた。対案臨死介助は、当時、個人的答責を手続き規則の中に吸収させないために、「手間のかかる手続き的安全確保」を明らかに放棄した。⁽⁸⁵⁾なるほど、今でも、刑法をこの種の規制の分だけ拡大する必要はない。しかし、今まで判例によつて認められ、しかも、対案臨死介護第二一四条第一項三号が明確にした、治療制限の推定的希望を不処罰とすることでは、判断能力のない患者の意思を究明し、顧慮するのに十分ではない。それ故、過去一〇年の間に、刑法から民事法による、特に世話法による患者自律性の安全確保に注目が移ったのも理由なしとしない。⁽⁸⁶⁾時に

料 非常に争われる、常に実態に即しているわけではない議論⁽⁸⁷⁾、

特に、治療制限が後見裁判所の許可を要するの可否かといった問題に関する議論は、残念ながら、更なる不安定化に繋がったのであり、それどころか、後見裁判所のさまざまな判例に

繋がったのである。⁽⁸⁸⁾連邦裁判所民事第一二部の相異なる裁判は、そこに期待された法的明確性への配慮を部分的にしか満足させることができず、したがって、規制の必要があることに争いはない。それ故、本研究班は、今や、三回目の世話法改正法担当官案がこの素材に注意を向けていることに、はつきりと歓迎の意を表する。これについて最近公表された立法提言のすべてが広く一致していることから分かることは、従前の議論が決して実りがなかったということではなく、差し迫って必要な世話法の改革を間もなく可能にするはずの状態に立ち至っているということである。

1 修正葛藤モデルの範囲内における後見裁判所の関与

本研究班員は、裁判所の協働という「手続きの合理性」⁽⁸⁹⁾を放棄できない、臨死介護のかかる事例に、後見裁判所の介入を限定する規制を勧告する。なるほど、中立的審級としての後見裁判所が関与することは、基本的に必要な統制を可能に

し、又、治療制限を実施したい世話人と医師の法的及び心理学的背面援護⁽⁹¹⁾を可能とするための、正しく且つ法律で一義的に定められるべき方法である。しかし、同時に、その関与の広がりの中で不必要な、臨死介助判断の官僚主義化の危険がある。⁽⁹²⁾かくして、一方で、濫用統制及び安全確保の必要、他方で、実践性及び医師と患者の代理人の答責的判断自由の保持の間に妥協を図ることが、第一二民事部によって選ばれ、三回目の世話法改正法の担当官案の民法第一九〇四条第三項によって取り上げられた「葛藤モデル」⁽⁹³⁾の精密化において、どうしても必要である。

a 生命倫理委員会⁽⁹⁴⁾の提案に依拠して、本研究班が勧告することは、民法第一九〇四条において明確にされるべき、治療制限の許可必要性原則を、はじめから、**死の段階の開始前の処置に限定**することである。このことの長所は、一方で、医師から見てもはや適正とはいえない生命維持努力を放棄することが、代理人の同意がなくとも依然として可能だという点にある。他方で、後見裁判所は、長期間持続する、不可逆だと予測されるが、しかし、直接には生命を脅かさない昏睡状態の事例に審査を集中できるのである。従来、判例はこの種の事例を扱ってきたのであり、そこでは、熟慮の上で判断を

下す特別の必要性があるのである。

b 患者意思の解釈に関する医師と世話人のあいだの合意は、それだけではまだ、後見裁判所の介入を見合わせるうるのに十分とはいえないのであって、これに加えて、一致した意思判断の根拠を検証可能なように記録する、過料で担保された義務が臨死介護法に定められなければならない。重要な意味が、この関連で、拘束力を有する患者指図の存在に与えられることになる。

c 連邦司法省「研究班」⁽⁹⁵⁾とともに、そして、三回目の世話法改正法の担当官草案民法第一九〇四条第四項における規制案と一致して、本研究班は次のように考える、患者によって事前配慮任意代理(Vorsorgevollmacht)の方法で指定された代理人の地位は、国によって任命された世話人の地位に対して、任意代理人が治療判断に関して患者から文書による任意代理で明示的に授權されたときも、任意代理人の治療判断も許可義務からはずすように、高められるべきである。

d したがって、濫用の治療判断を阻止するためのいつでもそして誰にでも可能な後見裁判所の介入と並んで、後見裁判所の管轄は、医師と世話人の間に、まだ死の過程にない患者の意思の判断に当たって疑問や不一致が見られる事例に限定

されることになる。

2 患者意思の重要性

今までのところ、世話法は、「被世話人の福利」がその希望の顧慮といかなる関係にあるのかについて、望ましい明確性をもっては定めていない(民法第一九〇一条第二項、三項)。それ故、自由答責的に形成され且つ十分な確実性をもつて推定されうる個人の意思が優先されることを明確にしなければならぬ。客観的に、つまり、生命維持の利益として理解される患者の福利が意味をもちうるのは、明示の死の希望が承諾能力が欠如しているが故に無視されるか、拘束力を有する患者指図がないか、推定的意思の探求も失敗したといった場合に限定される。これらの場合、判断原則は「疑わしきは生命の利益に」である。

担当官草案「民法第一九〇一条aの、世話人と任意代理権者は患者指図に表示された患者意思に拘束されるとの明文規定は、患者自律性を民事法上防護する重要な一步である。しかし、周知のように、担当官草案は、被世話人の世話人との関係における患者意思の尊重及び患者指図の法制度に限定しているから、いまだにまだ世話人が任命されていなかったり、

及び／又は、患者指図が存在しないとき、どのような手続きを踏むのかについての基底が依然としてないことになる。したがって、一方で、治療制限は世話手続きの範囲内で行われない、したがって、医師の判断・決定管轄が不必要に削がれるという危険が生ずる。他方で、(推定的)患者意思が世話人、任意代理人及び医師を、患者指図の形態以外の方法で示される場合も、拘束するのだということについての疑問を放置してはならない。

例えば、世話手続きを開始する必要がないのは、医師がまだ承諾能力のある患者との会話によって、患者には承諾無能力の場合の(非)治療の希望が明瞭に得ることができた場合である。同様に、医師には、まだ世話を受けていない患者の明確に作成されたそして場合によっては親族によって確認された患者指図を、直接に、つまり、事前の世話人任命をさせなくとも、実施に移す自由行動の余地がなければならない。⁽⁹⁶⁾ただし、医師には、後見裁判所を介入させる自由裁量の余地がある。患者指図の有効性に疑問があるとき、可罰性の危険を避けるために、医師は自己のためにこれをすべきである。

VI 死が切迫している際の治療制限

対案—臨死介護第二一四条第一項一号—三号の定める治療制限状況が問題となるとき、その正当化は患者の自己決定権から導かれるのだが、対案臨死介護第二一四条第一項四号の定める、生命維持措置の停止は別の考慮に基づく。もはや回復可能な治療のできない疾患の最終段階において、間近かに迫っている死をたんに引き延ばすようなことはしないということは、昔から認められている臨死介護(「死に際しての援助」*Hilfe beim Sterben*)の明らかな事例群である。⁽⁹⁷⁾なるほど、死の段階において無意味な生命維持努力を放棄するということは、常に患者の意思にも合致するだろう。しかし、「消えつつある生命をなんとしてでも維持する法的義務」⁽⁹⁸⁾を全員一致して拒否することによって、医師の生命維持努力の客観的境界が浮き彫りになる。医師の治療義務は、最初から、医学的に適正な処置の範囲内に限定される。同様に、患者自律性が技術的に可能な生命延長処置すべてを投入させる権利を有するものではない。⁽⁹⁹⁾むしろ、患者自律性というのは、——それ自体生動的には適正な——医的侵襲を拒否できるといふ患者の消極的地位(*status negativus*)なのである。⁽¹⁰⁰⁾

死に際しての援助の不処罰を明確にすることが必要なの

は、医師に、患者やその親族のものはや適正ではない治療希望を退けることを可能にするためである。研究班は、生命の終結についての、この排他的な医師の決定権限に危険も伴うことを誤認してはいない。しかし、止むを得ない場合の一方的治療制限への権利——義務ではない——は不可逆性と直接的死の切迫という非常に狭い前提要件の下でしか存在しない。したがって、生命にとって重要な機能の進行性不全に特徴のある、経験上短い時間が問題となる。⁽⁴⁸⁾ただし、周知のように、その点で、一〇〇%の予測確実性なるものは存在しないのだから、対案臨死介護第二二四条第一項四号は首尾一貫して「医師の認識」に狙いを定めている。死の過程のこの段階ですら「極限の確実性」⁽⁴⁹⁾を要求するなら、これは、入手可能な資源をすべて投入した例外なき生命維持義務に帰着することになるう。

(二〇一)

- (55) AE-Sterbehilfe (Fn 21), S. 6.
- (56) So aber dezidiert *Lipp FamRZ* 2004, 317; zuvor schon *ders.*, in: *May/Geißendörfer/Simon/Strätling* (Fn 32), S. 43; ähnlich *Zypries in Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom

8.3.2005, S. 38; wie hier dagegen der 12. Zivilsenat in BGH *NSTZ* 2003, 478(9); *Schwab/Wagnitz*, Betreuungrechtliche Aspekte der Sterbehilfe, in: *Lilje/Zwierlein* (Hrsg.), *Handbuch integrierte Sterbebegleitung*, Gütersloh 2004, S. 173, 179; *ふなべと*「補充的」刑法的規制を国倫理審議会も要求しつつ (Fn 19), S. 30.

- (57) Einen derartigen Fall schildern *Borasio/Eisenmenger in Süddeutsche Zeitung* vom 17.11.2004, S. 2.
- (58) 患者指図の意義に対する連邦医師会の態度変更はすでに一九九八年の原則 (*NJW* 1998, 3046) で明らかにされた (näher dazu *Vernel MedR* 1999, 547)。最新の二〇〇四年の原則 (Fn 18) は「それどころか、健康な日々における意思の先取りがいかに難しいかという、以前にはなお含まれていた指摘を放棄した」。
- (59) *May/Geißendörfer*, in: *May/Geißendörfer/Simon/Strätling* (Fn 32), S. 27, 34.
- (60) BGHSt 40, 257, 263.
- (61) Vgl. *Schöck*, Festschrift für H. J. Hirsch, S. 706f.
- (62) Vgl. *Holzhauser ZRP* 2004, 42; H.-L. Schreiber, Festschrift für Hanack, S. 742.
- (63) AE-Sterbehilfe (Fn 21), S. 18; vgl. auch *BMJ-Arbeitsgruppe* (Fn 14), S. 45; *Lipp FamRZ* 2004, 320; *Vernel MedR* 1999, 548.
- (64) *BMJ-Arbeitsgruppe* (Fn 14), S. 7f., 17; *Bioethik-*

- Kommission (Fn 16), S. 41; Enquete-Kommission (fn 17), S. 37; 3. Betr. ÄndG, S. 10.; Nationaler Ethikrat (Fn 19), S. 33.
- (58) BMJ-Arbeitsgruppe (Fn 14), S. 17; Bioethik-Kommission (Fn 16), S. 38; Enquete-Kommission (Fn 17), S. 42.
- (59) Vgl. *Verral* NStZ 2003, 450f. sowie 3. Betr. ÄndG, S. 16f.
- (60) それ故「患者指図は」なる承諾能力のある患者の現実の意思の慎重な調査の代わりとなるのではないかと、医師と患者の間の意思疎通のためのものとして価値ある結節点である。この状況に於いて「具体性」と「善性の点」を思いつくべき患者指図も「それ」であり、その患者指図が意図の探求に役立つのである。vgl. dazu *Schreiber* MedKlin 2005, 432.
- (61) Ebenso BMJ-Arbeitsgruppe (Fn 14), S. 49; ähnlich H.-L. *Schreiber*, Festschrift für Hanack, S. 742.
- (62) Ebenso Bioethik-Kommission (Fn 16), S. 41; Enquete-Kommission (Fn 17), S. 40; Nationaler Ethikrat (Fn 19), S. 21, 33; zu weitgehend dagegen *Duttge*, Preis der Freiheit, Thüringersheim, Frankfurt 2004, S. 19, der notarielle Beurkundung verlangt.
- (70) この概念は民法上の「同意」*Verral* MedR 1999, 547.
- (71) So aber die Begründung des 3. Betr. ÄndG, S. 16.
- (72) エンタープライズも撤回し形式を問わないことにより賛成する。*Duttge* (Fn 69), S. 22f.
- (73) Vgl. auch die Beschlüsse des 63. DJT, Abteilung A, II 4.
- 1 u.a. in: Arztrecht 2001, 124-127.
- (74) Bioethik-Kommission (Fn 16), S. 41, ebenso der Vorschlag von *Taupitz*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens? Gutachten A zum 63. DJT, A 113f., der jedoch in der Abteilung Zivilrecht keine Mehrheit fand (Beschlüsse A, III 2.3, Arztrecht 2001, 124-127), sondern「エンタープライズは法律上の」であれば公証人の助言を要求している。*Duttge* (Fn 69), S. 17.
- (75) Ähnlich Bioethik-Kommission (Fn 16), S. 38.
- (76) 個人による患者指図作成を理に適ったものとするのに役立つのは「それ」ではなく「前もって出来上がった」印をつけるだけである。難形指図からなる資料ではない（従来の）患者に例えて説明されるという治療状況と対峙するという方法で「自分の生命と死に対する態度について考えようとする」に促す資料である。 genannt sei etwa *Kielstein/Sass*, Die persönliche Patientenverfügung, 4. Aufl. Münster u.a. 2002.
- (77) BGHZ 154, 205.
- (78) *Borasio/Eisenmenger* in *Süddeutsche Zeitung* vom 17.11.2004, S. 2.
- (79) Enquete-Kommission (Fn 17), S. 38; abweichende Sondervoten S. 60, 66.
- (80) Vgl. *Schöck*, Festschrift für H. J. Hirsch, S. 707; *Weißauer/Opperbecke* MedR 1995, 459.

- (18) Enquete-Kommission (Fn 17), S. 38f.
- (38) AE-Sterbehilfe (Fn 21), S. 15.
- (38) BGHSt 40, 257, 263; ablehnend u.a. *Dörner* ZRP 1996, 95f.; *Seitz* ZRP 1998, 421; *Laufs* NJW 1998, 3399; *Weissauer/Opderbecke* MedR 1995, 460; *Dutige* (Fn 69), S. 56; vgl. auch *Taupitz* (Fn 74); eine Konkretisierung versucht dagegen *Coepficus* NJW 1998, 3385f.
- (74) Formulierungsvorschläge (Textbausteine) liefert die BML-Arbeitsgruppe (Fn 14), S. 26(85) AE-Sterbehilfe (Fn 21), S. 6.
- (55) AE-Sterbehilfe (Fn 21), S. 6.
- (98) この特筆、第四刑事部のケムペレン裁判によつて動きが生じた視点の変遷を明確に表つてゐるのが、ライプツィンゴの開催された二〇〇〇年の第六三回ドイツ法曹大会民事法部会のもはる回つた証言やあつた問題やあつた Empfehlungen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Lebensende?
- (57) S. dazu *Verral* KritV 2001, 444ff.; ders. JR 1999, 5.
- (88) Einen Entscheidungsüberblick geben *Geißendörfer/May/Putz* in: *May/Geißendörfer/Simon/Strätling* (Fn 32), S. 113f.
- (89) *Saliger* MedR 2004, 243.
- (96) なるが、後見裁判所の (不) 関与が直接の刑法上の効果を有するものな、周知の「いふ」治療制限の許容性は専ら対案「臨死介護第二」四条が規範化した実体的前提要件に依存するからである。しかし、患者意思の誤評価の場合、錯誤の回避可能性の問題、したがつて、過失可罰性の問題などについて、後見裁判所に訴えたか、いふつて結果になつたか、重要な意味を有する。 näher dazu *Verral* KritV 2001, 451f.
- (16) BGH NSTz 2003, 480; LG Düsseldorf NJW 1999, 2744; *Verral* MedR 1999, 550; *Saliger* KritV 1998, 126; aus vor-mundschaftsrichterlicher Sicht *Kerner* ZRP 2004, 127f.
- (26) Vgl. die insoweit von *Strätling* u.a. Anästhesist 2000, 657 angestellten Berechnungen.
- (36) Zuvor schon u.a. *Spickhoff* NJW 2000, 2301; dezidiert gegen die Konfliktlösung des BGH *Saliger* MedR 2004, 243f., *Dutige* (Fn 69), S. 27ff.
- (76) Bioethik-Kommission (Fn 16), S. 142.
- (56) BMJ-Arbeitsgruppe (Fn 14), S. 43, 49f.; auch dazu kritisch *Dutige* (Fn 69), S. 42.
- (96) Ebenso *Kulzer* ZRP 2003, 214; *Hufen* ZRP 2003, 251f.; wohl auch *Lipp* FamRZ 2004, 321; a.A. *Saliger* MedR 2004, 240.
- (56) BGHSt 40, 257, 260; BMJ-Arbeitsgruppe, S. 12; *Lipp* FamRZ 2004, 319.
- (86) BGHSt 32, 367, 379f.
- (96) Unklar insoweit Bioethik-Kommission (Fn 16), S. 62f.
- (90) Vgl. Nationaler Ethikrat (Fn 19), S. 10f.; *Holzhauser* ZRP

2004, 44; *Vennel JZ* 1996, 224, 227.

(10) Vgl. *Schöch*, *Festschrift für H. J. Hirsch*, S. 705f. mit Beispielen.

(102) 基礎処置に必要な処置はもちろん継続されねばならない。

(103) *Bioethik-Kommission* (Fn 16), S. 61.

(104) Vgl. BGHZ 154, 205.

〔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 を翻訳したものです。翻訳に当たっては、原著者であるミュンヘン大学教授ハインツ・シェヒ法学博士 (Prof. Dr. Heinz Schöch an der Universität München)、『マンハイム大学教授ユルゲン・ヴォルター法学博士 (Prof. Dr. Jürgen Wolter an der Universität Mannheim)』及び、『対案 臨死介護』の掲載雑誌の出版元であるヒューテイツヒ・イエーレ・レーム社 (Hüthig-Jehle-Rehm-Verlag) の承諾をいただきました。ここに、そのご厚意に対して心より感謝申し上げます。

本翻訳連載第一回目は、本誌前号に掲載されています。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て提言される原著最終節H「立法提言」に掲載されているI「対案 臨死介護」及びII「臨死介護法草案」を本連載翻訳第一回目の冒頭におきました。