

《論 説》

消極的臨死介助(延命処置を諦めること)に関する スイスの議論状況

神 馬 幸 一

1. はじめに

1-1 問題の所在

スイス法において、いわゆる「消極的臨死介助 (passive Sterbehilfe; euthanasie passive)」という用語は、人生の最終段階にある患者が「延命処置を諦めること (Verzicht auf lebenserhaltende Massnahmen; renonciation à des mesures de survie)¹⁾」により、その者の(自然な²⁾)死が迎えられる場合

1) ここでいう「諦めること (Verzicht; renonciation)」という表現は、1997年にスイス連邦法務・警察省 (Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement; Département fédéral de justice et police: EJPD / DFJP) の下で編制された「臨死介助作業部会 (Arbeitsgruppe Sterbehilfe; Groupe de travail Assistance au décès)」が1999年に提出した報告書「Sterbehilfe; Assistance au décès」の13頁において用いられている。当該報告書は、EJPD / DFJPのウェブサイト内において入手可能 (2017年4月1日確認)。当該作業部会は、1990年代におけるスイスの臨死介助問題に関して、一定の方向性をもたらす目的により招集された専門家委員会である (刑法学者は Université de Genève の Ursula Cassaniが参加)。従って、その後における当地の議論に大きな影響を及ぼしているという意味でも、当該報告書は、重要な公的文書に位置付けられる。そして、上記の「諦めること」という表現は、Treichsel S., Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 : Kurzkommentar, 2. Aufl., Schulthess, (1997), Vor Art. 111, Rn. 7を参考にしたものとなっている。また、そもそも、日本語における「諦める」という言葉は、本来、否定的な意味合いを有するものでもなかつ

を総じて概念化したものと把握されている。

しかし、ここで特にスイス・ドイツ語圏の議論状況を詳細に検証してみると、その概念設定は、混沌とした状況にあることが分かる³⁾。例えば、そこ

た。その語源は、仏教用語としての沿革を有する「物事を明らかにして見極める」という意味の「明（あき）らむ」が近世以降において「迷いを断ち切る」という意味となり、更に転じて「断念する」という意味へと変化したものと考えられている。この点に関しては、前田富祺（監修）『日本語源大辞典』小学館（2005）33頁参照。

- 2) このような死に至る過程の「自然さ」を強調するスイス法上の見解として、Jaag T. / Rüssli M., Sterbehilfe in staatlichen Spitälern, Kranken- und Altersheimen, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 102(3), (2001), S. 116; Rehberg J., 5. Kapitel: Arzt und Strafrecht, in: Honsell H. (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Schulthess, (1994), S. 316. その一方で、ドイツにおいては、この「自然な死」という表現を批判する論者もある。例えば、Duttge G., Menschenwürdiges Sterben, in: Baranzke H. / Duttge G. (Hrsg.), Autonomie und Würde: Leitprinzipien in Bioethik und Medizinrecht, Königshausen & Neumann, (2013), S. 348 ff.
- 3) 2000年以降におけるスイス・ドイツ語圏の主要な論考として、Bänziger C., Sterbehilfe für Neugeborene aus strafrechtlicher Sicht, Schulthess, (2006), S. 61 ff.; Donatsch A., Die strafrechtlichen Grenzen der Sterbehilfe, recht: Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis 18, (2000), S. 85 ff.; Ege G., Der Behandlungsabbruch bei zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten – eine rechtfertigbare Form der aktiven Sterbehilfe?, in: Andorno R. / Thier M. (Hrsg.), Menschenwürde und Selbstbestimmung, Dike Verlag, (2014), S. 289 ff.; Geth C., Passive Sterbehilfe, Helbing & Lichtenhahn, (2010), S. 12 ff.; Kunz K.-L., Sterbehilfe: Der rechtliche Rahmen und seine begrenzte Dehnbarkeit, in: Donatsch A. / Forster M. / Schwarzenegger C. (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte: Festschrift für Stefan Trechsel, Schulthess, (2002), S. 620 ff.; Petermann F. T., Sterbehilfe: Eine terminologische Einführung: Klärung der sprachlichen Differenzierungen, in: Petermann F. T. (Hrsg.), Sterbehilfe: Grundsätzliche und praktische Fragen. Ein interdisziplinärer Diskurs, IRP-HSG, (2006), S. 34 ff.; Pieth M., Strafrecht Besonderer Teil, Helbing Lichtenhahn Verlag, (2014), S. 22 f.; Schürch S., Rationierung in der Medizin als Straftat, Helbing Lichtenhahn Verlag, (2000), S. 132 ff.; Schwarzenegger C., in: Niggli M. A. / Wiprächtiger H. (Hrsg.), Basler

で問題とされる行為の説明においては、前述したような「Verzicht(諦めること、断念・放棄)」のみならず、「Nichtaufnahme(受け入れしないこと、差控え)」、「Einstellung(留めおくこと、中止)」、「Abbruch(打ち切ること、中断)」というように、様々な表現が錯綜して用いられている。この用語法の不統一は、後述するように、消極的臨死介助の場面において、不作為の態様だけではなく、併せて作為の態様をも見出されることに起因するものと思われる。

この「消極的臨死介助は、不作為なのか？作為なのか？」という（ある種の二者択一的な）問題に関して、ドイツの議論では、2010年6月25日付けの連邦通常裁判所第二刑事部判決（いわゆる「Putz事件」判決）⁴⁾により、既に一定の見通しが付けられている。そこでは、端的に（従前では許容性の論証が困難とされていた）作為の態様をも含めて許容化する「Behandlungsabbruch(医療的処置の中断)」⁵⁾という新たな法的表現が導入された。このドイツにおける劇的な進展を受けて、その隣国スイスでは、どのような影響が生じているのか。先ず、本稿における第1の問題意識は、この点を確認するところにある。

Kommentar StGB II, 3. Aufl., (2013), Vor Art. 111, Rn. 48 ff.; Venetz P., Suizidhilfeorganisationen und Strafrecht, Schulthess, (2008), S. 9 ff.

- 4) BGHSt 55, 191. このPutz事件に関しては、拙稿「ドイツ連邦通常裁判所二〇一〇年六月二五日判決（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（慶應義塾大学）84巻5号（2011）109頁以下、甲斐克則「ドイツにおける延命治療中止に関するBGH無罪判決」年報医事法学 26号（2011）286頁以下、島田美小妃「治療の中止による臨死介助（安楽死）」比較法雑誌 45巻4号（2012）494頁以下、武藤真朗「ドイツにおける医療的処置中止——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』信山社（2013）194頁以下参照。
- 5) 従前からAbbruchは「中止」と訳されることが多い。しかし、この表現は、後述するように、ドイツの議論において、むしろ「作為的態様」をも包含して許容するところに焦点が置かれている。従って、不作為的な意味合いが強い「中止」という訳語よりも、より積極的な作為の意味合いが強い「中断」を用いることにする。このAbbruchに「中断」という訳語を当てるものとして、山中敬一「臨死介助における同一法益主体内の利益衝突について——推定的同意論および緊急避難論の序論的考察——」近畿大学法学 62巻3=4号（2015）271頁参照。

そもそもスイスにおいて、本稿が採り上げるような「延命処置を諦めること」に特化した法制度（特別法）自体は、今のところ定められていない。たとえば逝く者の真摯で切実な要求に従う場合であったとしても、他人の死期を早める行為は、一般的に刑法上の問題として把握されうる。すなわち、そのような行為において、刑法上、他殺類型の規定（スイス刑法第111条以下）の構成要件該当性が先ずは検討されなければならない。その中でも、特に同意殺規定（要求に基づく殺人：同法第114条⁶⁾）との関連性が問題となる。そして、当地では、どのような論証により、当該行為の許容性（違法性阻却）が示されているのか。本稿における第2の問題意識は、その議論内容を検証するところにある。

更に加えて、当地で死を迎えようとしている者は、刑法以外の法状況をも考慮する必要がある。すなわち、消極的臨死介助の場面は、スイスにおいて、民法上の問題ともなりうる。近時、スイス民法典（ZGB）は、その一部改正として2013年1月1日より「成年者保護法（Erwachsenenschutzrecht）」を施行した⁷⁾。そこでは「患者の事前指示（Patientenverfügung：以下、事前指示）」制度に加え、「医療的処置における代理（Vertretung bei medizinischen Massnahmen：以下、医療代理）」制度が新たに導入されている。これらの規定は、人生の最終段階において、患者本人の意思内容が可及的に反映されるこ

6) スイス刑法第114条は、次のように規定されている。「特に同情の念というような尊重に値する動機により、当人の真摯かつ切実な要求に基づいて、人を殺した者は、3年以下の自由刑又は罰金に処する。」

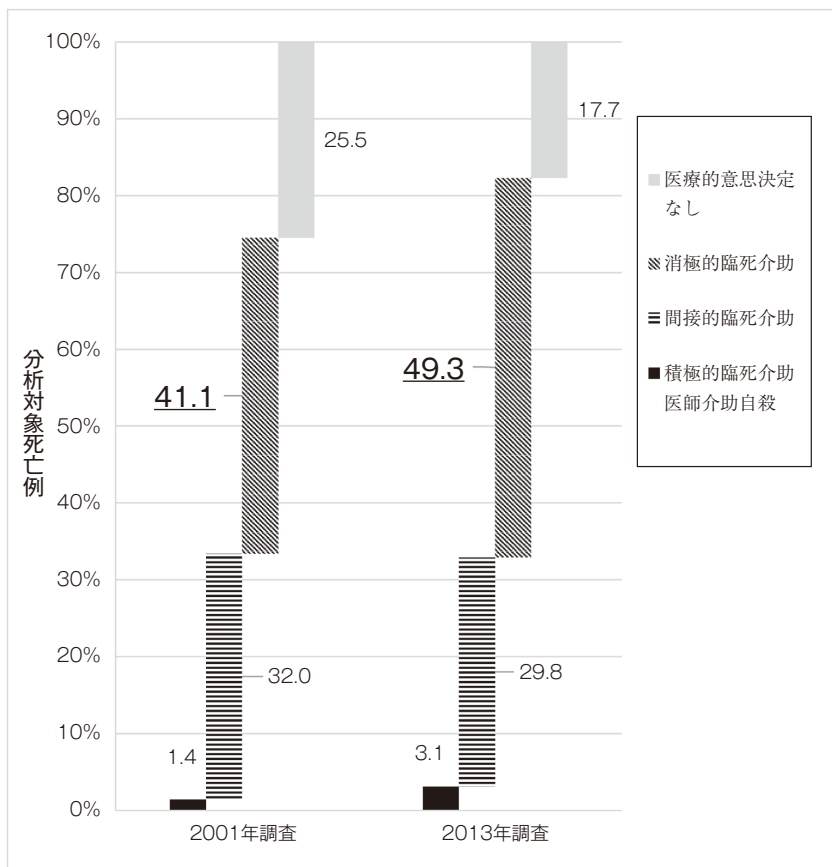
7) この新法の概要に関しては、Resser R. E., in: Honsell H. / Vogt N. P. / Geiser T. (Hrsg.), Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, (2014), Vor Art. 360-456, Rn. 7 ff.; Rosch D., in: Rosch D. / Bücher A. / Jakob D. (Hrsg.), Erwachsenenschutz: Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB und VBVV, 2. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, (2015), Einführung, Rn. 1 ff. 我が国の文献における紹介としては、青木仁美「スイス成年後見法における法定代理権の変遷」五十嵐敬喜＝近江幸治＝榎澤能生（編）『民事法学の歴史と未来——田山輝明先生古稀記念論文集——』成文堂（2014）579頁以下、松倉耕作「新スイス後見法、親子法——二〇一三年一月一日施行法の邦訳」名城ロースクール・レビュー 25号（2012）81頁以下参照。

とを目論むものである。そのような民法規定は、当地の消極的臨死介助に関する刑法上の議論に対して、どのような影響を及ぼしているのか。この点、ドイツでも、同様に 2009 年 9 月 1 日に施行された第 3 次世話法改正 (3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz) を介して、事前指示制度がドイツ民法典 (BGB) において導入されている。また、ドイツ民法上、世話人 (Betreuer) には、医療代理の権限も付与されている。このことから、刑法と民法の調整という論点が共に両国で生じている⁸⁾。本稿における第 3 の問題意識は、その議論状況を検証するところにある。

1-2 スイスにおける消極的臨死介助の現状

また、最近、スイス・ドイツ語圏における臨死介助・医師介助自殺の現況に関して、ある実証的研究の成果が示された⁹⁾。そこにおいて興味深い内容を抜粋して図表化すると、次のような事実を示すことができる。

-
- 8) 実際、この点に関しても、前掲注(4)の Putz 事件判決において、一定の見通しが付けられている。この民法上の制度が刑法に与える影響については、エーザー、アルビン (甲斐克則 = 福山好典：訳)「患者の事前指示と事前配慮代理権：臨死介助におけるそれらの刑法上の役割」比較法学 47 巻 2 号 (2013) 191 頁以下参照、武藤・前掲注 (4) 191 頁以下参照。ドイツにおいて、このような論点を紹介するものとして、Borrmann L., Akzessorietaet des Strafrechts zu den betreuungsrechtlichen (Verfahrens-) Regelungen die Patientenverfügung betreffend (§§ 1901a ff. BGB), Duncker & Humblot, (2016), S. 33 ff.; Lanzrath S., Patientenverfügung und Demenz, LIT, (2015), S. 98 ff.
- 9) Bosshard G., et al., Medizinische Entscheidungen am Lebensende sind häufig, Swiss Medical Forum, 16 (42), (2016), S. 896 ff.; Bosshard G., et al., Medical end-of-life practices in Switzerland: A comparison of 2001 and 2013, JAMA Internal Medicine 176 (4), (2016), pp. 555 f. ちなみに、これらの内容は、Swiss Medical End-of-Life Decisions Study Group による研究成果の一部である。



図表1：スイス・ドイツ語圏における臨死介助・医師介助自殺の現況¹⁰⁾

10) Zürich大学病院のBosshardが研究代表者となっている前掲注(9)の研究成果2件は、同じ質問調査で得られた資料を元データとしている。しかし、各々は、当該論文中の検討事項に応じて分析対象死亡例の母数を変化させている点に注意を要する。本表は、前掲注(9)の内、Swiss Medical Forumで公表された数値を元に作成してある。本表の分析対象死亡例は、前掲注(9)におけるSwiss Medical End-of-Life Decisions Study Groupがスイス・ドイツ語圏で把握しえた死亡例の内、突然死を除くもの(す

この「図表 1」からは、スイス・ドイツ語圏で死を迎える者において、消極的臨死介助という選択肢は、大きな比重(約半数)を占めていることが分かる。更に、同様の問題に関する代表的な実証研究を系統分析した調査報告においても、このようなスイス・ドイツ語圏の数値は、欧州各国の中でも、比較的、高い傾向にあることが示されている¹¹⁾。いずれにせよ、スイスにおける臨死介助の実践は、非常にプラグマティックであり、またリベラルであるとも評価され

なわち、人生の最終段階にあって、医療的意思決定をなしうるだけの余裕があった死亡例)である。同報告によれば、2013年調査は、2256件が対象とされている。他方、2001年調査の分析内容は、Bosshard G. / Fischer S. / Faisst K., Behandlungsabbruch und Behandlungsverzicht in sechs europäischen Ländern: Resultate der EURELD / MELS-Studie, PrimaryCare 5 (39), (2005), S. 799 ff. ここにおける国際比較調査(EURELD / MELS-Study) に関しては、Van der Heide A., et al., End-of-life decision-making in six European countries: descriptive study. Lancet 362, (2003), pp. 345 ff. その抄訳として、ファン・デル・ヘイデ, A (石川悦久=飯田亘之:訳)「ヨーロッパ6カ国における終末期の意思決定:記述的研究(要約)」飯田亘之=甲斐克則(編)『終末期医療と生命倫理』太陽出版(2008)257頁以下参照。

- 11) Chao Y.-S., et al., International changes in end-of-life practices over time: a systematic review, BMC Health Services Research 16 (539), (2016), pp. 1 ff. 特に5頁の図表2参照。ただし、このChaoの研究は、前掲注(10)で示された2001年調査を基礎としているため、最新の動向が反映されていない。ちなみに、その2001年調査を国際比較の観点から分析したBosshard, a. a. O. (10), S. 800によれば、全死亡例の内、消極的臨死介助が占める割合は、スイス・ドイツ語圏では41%、オランダでは30%、ベルギーでは27%、デンマークでは23%、スウェーデンでは22%、イタリアでは6%とされている。そして、このスイス・ドイツ語圏の数値は、統計学的にも有意に高いことが示されている。更に、判断能力に問題がある知的障害者に対して、スイスでは、より頻繁に消極的臨死介助が実施されていることを実証的に示すものとして、Schmid M., et al., Medical end-of-life decisions in Switzerland 2001 and 2013: Who is involved and how does the decision-making capacity of the patient impact?, Swiss Med Wkly 146, (2016), p. w14307; Wicki M. T., Withholding treatment and intellectual disability: Second survey on end-of-life decisions in Switzerland, SAGE Open Medicine 4, (2016), pp. 1 ff.

ている¹²⁾。

1-3 本稿の構成

以上で示されたような医療の実践を支えているスイスの法状況は、同様の法体系を有する隣国ドイツの状況と比較することで、より鮮明になるものと思われる。従って、本稿では、必要に応じて、ドイツとの比較法的な考察も織り交ぜながら、検証を進めることにしたい¹³⁾。

そこで、本稿の問題意識をまとめると、次のようになる。先ず、スイスにおいて展開されてきた消極的臨死介助を巡る概念設定上の問題、特に、そのような概念が対象としている範囲及び行為態様の問題を確認する(2. 概念設定を巡る議論)。次に、刑法上、同意殺規定を有する当地において、どのような論証により、消極的臨死介助は、正当化されているのかを概括的に紹介し、そこで展開されている議論内容を検証する(3. 判断能力¹⁴⁾を有する患者における消極

12) クンツ、カール＝ルートヴィヒ(拙訳)「スイスにおける臨死介助及び自殺介助」静岡大学法政研究13巻2号(2008)253頁参照。

13) 従前のドイツ法における議論状況を検討するものとして、甲斐克則「人工延命措置の差控え・中止(尊厳死)問題の『解決』モデル」井田良ほか(編)『川端博先生古稀記念論文集(上巻)』成文堂(2014)191頁以下、鈴木彰雄「臨死介助の諸問題」法学新法122巻11=12号(2016)257頁以下、只木誠「臨死介助・治療中止・自殺幫助と『自己決定』をめぐる近時の理論状況」井田良ほか(編)『椎橋隆幸先生古稀記念：新時代の刑事法学』信山社(2016)151頁以下、山本紘之「治療中止の不可罰性の根拠について」大東法学23巻1号(2013)97頁以下参照。

14) この「判断能力(Urteilsfähigkeit)」という用語は、スイス民法第16条において規定されており、認識能力・事理弁識能力(Einsichtsfähigkeit)と意思能力(Willensfähigkeit)という2側面の要素によって構成されるものである。我が国における民法上の「意思能力」と重なる部分はあるながらも、厳密には異なるものと思われる。このことから、敢えて我が国の民法上にはない用語である「判断能力」という訳語を使用した。この点に関して、シュワルツェネッガー、クリスティアン(拙訳)「自殺の誘導及び介助(スイス刑法第115条)における利己的な動機」静岡大学法政研究13巻2号(2008)314頁以下参照。

的臨死介助)。更に、消極的臨死介助が実施される際、患者の意思表示が明確に確認できない場合であっても、その意思内容を推定する手段として導入された民法上の制度が当地の刑法解釈論に、どのような影響を与えているのかを確認する(4. 判断能力がない患者における消極的臨死介助)。最後に、本稿の結びとして、ドイツとの比較法的検討も踏まえながら、このようなスイスの議論状況から得られる我が国への示唆を探る(5. おわりに)。

また、後述において頻繁に引用されるスイス民法典中の成年者保護法に関しては、後掲の「資料：スイス民法における事前指示・医療代理関連条文」を併せて参照されたい。

2. 概念設定を巡る議論

2-1 どの段階を対象とするのか

先ず、概念設定上、消極的臨死介助の対象範囲に関して、議論の余地が生じうる。すなわち、そのような行為は、「人生の最終段階において、どの段階にある患者を対象としているのか」という問題である。

この点、スイスでは(従前のドイツにおける議論と同様のかたちで¹⁵⁾)「狭義の消極的臨死介助(患者が回復不可能な病状にあり、死が切迫している場合)」と「広義の消極的臨死介助(人生の最終段階ではあるものの、死が未だ切迫していない場合)」という区別に依拠して、検討されてきた¹⁶⁾。前者は、「Hilfe beim Sterben(死に際しての手助け)」として、また、後者は「Hilfe zum Sterben(死に向けての手助け)」とも呼称されている¹⁷⁾。要は、そこに「切迫性を求めるか否か」という問題である¹⁸⁾。

15) 従前におけるドイツの議論は、Ulsenheimer K., *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5. Aufl., C. F. Müller, (2015), S. 424 f. (Rn. 700)

16) この点に関するスイスの議論を紹介するものとして、Geth, a. a. O. (3), S. 44 f.

17) 同様に、そのような呼称を用いるものとして、Bänziger, a. a. O. (3), S. 6; Ege, a. a. O. (3), S. 291; Schwarzenegger, a. a. O. (3), Vor Art. 111, Rn. 45 f.

先ず、消極的臨死介助を狭義の類型に限定化する主張者は、そのような死の切迫性が認められた瀕死の局面にあること (in der Sterbephase) を求める¹⁹⁾。なぜなら、そこにおいて、患者は死に向かう自然の因果的経過に委ねられ、すなわち、死という根本的な苦難は回避不可能であり、その経過は、受け入れられなければならないものだからである²⁰⁾。

その一方で、消極臨死介助を広義の類型において支持する主張者によれば、死に至りうる慢性疾患又は重傷 (chronisch krank oder schwer verletzt) の患者において、そのような未だ切迫していない死を回避し、又は少なくとも余命を引き延ばすために必要不可欠な延命処置を実施しない場合も含めて、消極的臨死介助は正当化されるものとして把握されている²¹⁾。

しかし、これらの2類型は、スイスの法律上、明確に規定されているものではない。すなわち、それらは、講学上の概念であり、単なる解釈論上の争いにすぎない。また、両者においては、いずれにしても、患者が十分な判断能力を有する時点での (推定的) 意思内容に応じて、消極的臨死介助を許容する論証が展開されている。そして、この「十分な判断能力に裏付けられた意思内容」を求める傾向によれば、それが明確に表示される段階として、広義の類型を志向するかたちで、両者の区別が消失化されるものとも考えられている²²⁾。

更に、スイスの民法において事前指示制度が導入された経緯を検証すれば、そのような消失化傾向は、益々、促進されていることも確認できる。すなわち、この点に関するスイス民法典改正の政府案理由書²³⁾によれば、「事前指示の適

18) Schwarzenegger, a. a. O. (3), Vor Art. 111, Rn. 45 f.

19) 例えば, Donatsch A., in: Donatsch A. (Hrsg.), StGB Kommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch und weitere einschlägige Erlasse mit Kommentar zu StGB, JStG, den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG, 19. Aufl., (2013), Art. 111, Rn. 11.

20) Donatsch, a. a. O. (19), Art. 111, Rn. 11.

21) 例えば, Schwarzenegger, a. a. O. (3), Vor Art. 111, Rn. 48.

22) Geth, a. a. O. (3), S. 45. また, Schwarzenegger, a. a. O. (3), Vor Art. 111, Rn. 46においても同趣旨の見解が主張されている。

23) Schweizerischer Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28.

用範囲及び拘束力は、一定段階の病状に限定されることなく、むしろ判断無能力における全ての状況を対象として制度設計される(Die Reichweite und die Verbindlichkeit der Patientenverfügung werden nicht auf bestimmte Phasen einer Erkrankung beschränkt, sondern das Institut steht für alle Fälle von Urteilsunfähigkeit zur Verfügung)²⁴⁾」ものと考えられている。一般的に、事前指示は、人生の最終段階において、その延命処置を諦めることに向けられたものである。また、その制度は、民法第372条第2項により、他の法律に反しない限りで有効であるとも規定されている。このことから、事前指示の内容は、法的に許容される消極的臨死介助の適用範囲として理解することも可能である²⁵⁾。従って、スイスにおける事前指示の制度設計は、前述で説明した広義の類型に沿うかたちのものであると評価されている²⁶⁾。

この「どの段階を消極的臨死介助の対象とするのか」という論点に関しては、隣国ドイツでも、長らく論争されてきた。従前、ドイツにおいて、消極的臨死介助の臨床的实施は、狭義の類型により把握されていた²⁷⁾。しかし、刑事事件としては、既に1994年9月13日付けの連邦通常裁判所刑事第一部判決(いわ

Juni 2006, BBl. 2006, S. 7001 ff. この政府案理由書に関しては、松倉耕作「新しいスイスの後見法 —— 二〇〇六年連邦評議会草案 ——」名城ロースクール・レビュー18号(2010)241頁以下参照。

24) Schweizerischer Bundesrat, a. a. O.(23), S. 7012. この趣旨を展開する民法上の解釈論として, Gassmann J., in: Rosch D. / Bücher A. / Jakob D.(Hrsg.), Erwachsenenschutz: Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. YGB und VBVV, 2. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, (2015), Art. 370, Rn. 5.

25) この趣旨の民法上の解釈論として Gassmann, a. a. O. (24), Art. 372, Rn. 7; Wyss S., in: Honsell H. / Vogt N. P. / Geiser T. (Hrsg.), Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, (2014), Art. 372, Rn. 15.

26) スイスにおける事前指示制度の政府案理由書と消極的臨死介助の関連性を論証するものとして, Geth, a. a. O. (3), S. 92 ff.

27) 例え ば, Bundesärztekammer, Richtlinien für die ärztliche Sterbebegleitung, Deutsches Ärzteblatt 90, (1993), S. B-1791 f.

ゆる「Kempton事件」²⁸⁾において、死が切迫していない事案にもかかわらず、一定の要件の下で延命処置の中止が認められた。この方向性は、ドイツにおいて事前指示制度が導入された2009年以降、前掲のPutz事件により再度、確認されている²⁹⁾。すなわち、現在の刑事判例においては、ドイツでも広義の類型が採用されている。

その一方で、民事事件においては、2003年3月17日付けの連邦通常裁判所民事第十二部決定（いわゆる「Lübeck事件」³⁰⁾）により、狭義の類型を採用するかのような動揺が過去に見られた。しかし、現在では、2014年9月17日付けの連邦通常裁判所民事第十二部決定³¹⁾により、刑事事件と同様、民事事件においても、広義の類型を採用するかたちで落ち着いたものとされている³²⁾。

このドイツにおける対象範囲の拡大化傾向は、2009年以降の事前指示制度の導入により、ドイツ民法第1901条a第3項が「疾病の種類と進行段階のいかんにかかわらず（unabhängig von Art und Stadium einer Erkrankung）」事前指示の内容は有効であると規定したことに何よりも顕在化している。すなわち、当地において、事前指示により延命処置を諦めることは、もはや死が切迫した段階に限定されない。更に、その病状にも左右されない。そのようなかたちで、法令上も制度設計されている。

以上から、スイスとドイツの両国において、法令の趣旨からしても、判例実務上も、消極的臨死介助は、死が未だ切迫していない段階で実施しうることになる。その意味で、両国においては、広義の類型が通説化していると評価でき

28) BGHSt 40, 257. この事件に関しては、甲斐克則『尊厳死と刑法』成文堂（2004）233頁以下、武藤・前掲注（4）188頁参照。

29) Putz事件の判決文第16段落参照。

30) BGHZ 154, 205. この事件に関しては、武藤・前掲注（4）188頁以下参照。

31) BGHZ 202, 226. この事件に関しては、山本紘之「ドイツ刑事判例研究（91）：生命維持措置の中止に関する世話裁判所の許可が不要となる要件および覚醒昏睡にある患者の推定的意思を探知するための要件」比較法雑誌50巻1号（2016）275頁以下参照。

32) ちなみに、両者の民事事件は、共に失外套症候群（Apallisches Syndrom）による昏睡状態が問題とされており、死は切迫していないものと事実認定されている。

る。

しかし、両国には、なおも重要な差異が見出せる。なぜなら、ドイツでは、前掲の民法第1901条a第3項により、消極的臨死介助の対象範囲は、もはや無限定とされるべきであるにもかかわらず、Putz事件の判決文によれば、その延命処置を諦めることの刑法的正当化に関して、「既に病気の過程が進行し、その苦痛が緩和されながらも、(もはや)病気が処置されないならば、最終的に患者が死に至るに委ねられている状態を(再び)もたらすこと(Zustand (wieder-)herzustellen, der einem bereits begonnenen Krankheitsprozess seinen Lauf lässt, indem zwar Leiden gelindert, die Krankheit aber nicht (mehr) behandelt wird, so dass der Patient letztlich dem Sterben überlassen wird)³³⁾」という状況の限定が付されているからである。このような限定化要素として、判例が求めている状況は、当地の学説上、「生命を危機的状況に陥らせる疾患(eine lebensbedrohliche Erkrankung)³⁴⁾」とも表現されている。それは、延命処置さえ実施されるならば、そのような危機的状況を一時的に脱する余地が認められるものであり、この点において、不可逆的な瀕死の状態を意味するものでもなく、そこでは死の切迫性も求められていない³⁵⁾。従って、そのような限定化要素は、ドイツ民法第1901条a第3項に矛盾しないものと考えられている³⁶⁾。この点に関しては、連邦通常裁判所第二刑事部 2010年 11月 10日決定(いわゆる「ケルン娘婿事件」)³⁷⁾においても追認されている。

33) Putz事件判決文第35段落参照。その一方で、この病気の過程から切り離された死期の短縮は、許容されないことになる。

34) 例えば, Kutzer K., Vorausverfügter Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen und das Verbot der Tötung auf Verlangen, in: Bernsmann K. / Fischer T. (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011, Walter de Gruyter, (2011), S. 356.

35) Kutzer, a. a. O. (34), S. 356.

36) そのような限定化要件を「医療的処置関連性(Behandlungsbezogenheit)」という表現で説明するものとして, Lanzrath, a. a. O. (8), S. 70.

37) BGH NJW 2011, 161. この事件に関しては、エーザー、アルビン(甲斐克則=三重野雄太郎：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37号

これに対して、スイスの通説における広義の類型は、文字通り、極めて広範に把握される概念である。それは、前述したように、「慢性疾患又は重傷の患者」が含まれるとまで解釈されている。そこでは、前述においてドイツの判例で示されたような「生命を危機的状況に陥らせる疾患」という限定化要素も何ら付されていない。

以上から、消極的臨死介助が許容される範囲に関して、スイスの議論状況は、一見すると、ドイツと同様であるように思われながらも、その詳細においては、より広範な内容を有していると評価可能であろう³⁸⁾。

2-2 医療的処置の中断は、作為か、不作為か

消極的臨死介助の場面では、不作為的態様のみならず、延命処置に必要な医療機器（例えば、人工呼吸器等）の電源を切断するというように、積極的な作為的態様も見出される。このこと自体が患者の（推定的）意思に応じるものであれば、刑法上、不可罰とする帰結が支持を集めている点において、両国の状況は同様である。しかし、その論証に関しては、従前から議論されてきた³⁹⁾。特に、この論点は「technischer(apparativer) Behandlungsabbruch(技術上ないしは機器上における医療的処置の中断)⁴⁰⁾」とも呼ばれている⁴¹⁾。

(2013) 61頁以下参照。

38) 同様の評価として、Magnus D., *Patientenautonomie im Strafrecht*, Mohr Siebeck, (2015), S. 463.

39) 更に、そのような医療機器の中断に関しては「医師のみに許容されるのか、近親者・友人のような第三者においても許容可能か」という論点も併せて検討されていた。この点に関するスイスの議論状況は、Donatsch, a. a. O. (3), S. 89 ff. 同様の論点に関するドイツの議論状況は、Roxin C., *Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe*, in: Roxin C. / Schroth U. (Hrsg.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4. Aufl., Richard Boorberg Verlag, (2010), S. 94 ff.

40) これに対して、単なる不作為的態様として見出される概念が「medikamentösterapeutischer Behandlungsabbruch(薬物療法上における医療的処置の中断)」である。この点の区別に関しては、Eser A. / Sternberg-Lieben D., in: Eser A., u. a. (Hrsg.), *Schönke / Schröder: Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Aufl., C. H. Beck, (2014),

この問題に関して、ドイツの議論では、前掲のPutz事件により、一定の方向性が採用された。すなわち、そのような二者択一的な問題設定自体が問題視されたのである⁴²⁾。当該判決以降、ドイツでは、概念設定上、(許容性の論証が困難な)作為的態様としての「aktive Sterbehilfe(積極的臨死介助)」と(許容性の論証が比較的困難ではない)不作為的態様としての「passive Sterbehilfe(消極的臨死介助)」という構図は、問題が多いものとして放棄された⁴³⁾。そして、それに代替するかたちで、既に指摘したように、延命処置を諦める場面において、不作為的態様のみならず、端的に作為的態様をも含めて許容化する「医療的処置の中断」という新しい範疇が判例上、形成された⁴⁴⁾。

Vorbem. § 211 ff., Rn. 32.

- 41) この点に関するスイスの議論を紹介するものとして、Geth, a. a. O. (3), S. 29 ff.
- 42) ただし、Putz事件判決で採用された論証以外においても、従前、この二者択一的な問題設定から離れて、独自の視点から、その正当化の論証を試みた見解がある。例えば、Jakobs G., Behandlungsabbruch auf Verlangen und § 216 StGB (Tötung auf Verlangen), in: Schütz H., u. a. (Hrsg.), Medizinrecht, Psychopathologie, Rechtsmedizin: Diesseits und jenseits der Grenzen von Recht und Medizin, Festschrift für Günter Schewe, Springer, (1991), S. 72 ff. ここでは、患者における「Organisationskreis(組織化領域)」が侵害されたか否かが重要視されている。このJakobsにおけるOrganisationskreisの議論に関しては、中村悠人「刑罰の正当化根拠に関する一考察(2) —— 日本とドイツにおける刑罰理論の展開 ——」立命館法学 342号(2012) 214頁以下参照。この論証を検討するものとして、Merkel R., Die Abgrenzung von Handlungs- und Unterlassungsdelikt, in: Putzke H., u. a. (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag, Mohr Siebeck, (2008), S. 206 ff. このJakobs説をスイスで支持するものとして、Geth, a. a. O. (3), S. 31 ff.
- 43) Putz事件判決文第30段落によれば、積極的な作為を規範的に不作為であるとして、その価値的評価を転換させる解釈論は、明確に「Kunstgriff(策略、技巧を凝らしたもの)」であるとして批判されている。スイスで同様の疑問を示すものとして、Pieth, a. a. O. (3), S. 22 f; Stratenwerth G., Sterbehilfe, ZStrR 95, (1978), S. 67; Venetz, a. a. O. (3), S. 13. 我が国で同様の疑問を示すものとして、米村滋人『医事法講義』有斐閣(2016) 190頁参照。
- 44) Putz事件における判決要旨第2番及び判決文第31段落参照。この着想に関して

これに対して、スイスでは、ドイツのように、ここでの解釈論を先導する判例が存在していない⁴⁵⁾。このことから、当該論点は、現在でも論争的として、

はJähnke B., in: Jähnke B., u. a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch : Leipziger Kommentar : Großkommentar Bd. 5, 11. Aufl., (2005), Vor 211, Rn. 18における「tätiger Behandlungsabbruch(活動的な医療的処置の中断)」という概念が参照されている。このLeipziger Kommentarの解説によれば、技術上ないしは機器上における医療的処置の中断は、明確に「不作為ではない(keine Unterlassung)」と位置付けられている。ただし、判決文の同段落は、類似の論証として、Roxin, a. a. O. (39), S. 94 f.も合わせて参照している。ここでは、Roxinが主として1960年代から提唱していた「作為による不作為(Unterlassen durch Tun)」という解釈論も紹介されている。この解釈論において、Roxinは、問題とされる当該行為を不作為犯的に構成しようとしていた。例えば、Roxin C., An der Grenze von Begehung und Unterlassung, in: Bockelmann P., u. a. (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Klostermann, (1969), S. 380 ff. 特に395 ff. 当該解釈論によりRoxinが目指したところに関する解説として、Schwedler A.-K., Die ärztliche Therapiebegrenzung lebenserhaltender Maßnahmen auf Wunsch des Patienten: Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Frankreich unter besonderer Berücksichtigung des Patientenverfügungsgesetzes in der Bundesrepublik Deutschland, Peter Lang, (2010), S. 44 ff. 従って、Putz事件における同段落の態度(特にRoxin説を巡る理解の仕方)は、その点の不明確さから、議論の余地が残されているといえよう。この点、Putz事件判決を下した裁判官(Ruth Rissing-van Saan)の解説によれば、Roxin説は、その客観的帰属(帰責)という独自の観点から、当該医療的処置の中断が構成要件該当性に欠けるという論証において注目されており、Putz事件判決は、その見解に影響を受けたものであることが説明されている。この点に関しては、Rissing-van Saan R., Strafrechtliche Aspekte der aktiven Sterbehilfe: Nach dem Urteil des 2. Strafsenats des BGH v. 25. 6. 2010 – 2 StR 454/09, ZIS 6/2011, (2011), S. 549 f.

- 45) ただし、スイスの判例上、作為と不作為の区別は、一般的に「ある刑法的結果に差し向けられるかたちで因果的に惹起された外部的原動力の有無」という理解に従っているものとされている。この理解は、問題となる事案で全く積極的な行為が見出せない場合にのみ検討されるという意味で「Subsidiaritätstheorie(補充性理論)」と呼称されている。そのようなスイス連邦裁判所の判例として、BGE 115 IV 199, 203; 120 IV 265; 121 IV, 10, 14; 121 IV, 109, 120. この点の紹介として、Ege, a. a. O. (3), S. 300 ff.

通説的な見解を見出しえない状況にある。すなわち、スイスの議論は、今のところ、前述したようなドイツ法上の展開から直接的な影響を受けていないようにも思われる。

例えば、ある論者によれば、不作為犯としての構成が支持されている⁴⁶⁾。その論証によれば、消極的臨死介助が実施される場面において、積極的動作と消極的動作が複合的に見出される文脈では、法的非難の観点から不作為態様が決定的に重要と把握されている⁴⁷⁾。

その一方で、スイスでは、作為犯としての構成も根強く支持されている⁴⁸⁾。すなわち、そこでの積極的な行為により、死への因果関係が惹き起こされるのであり、それは、刑法上、作為であると評価される。従って、当該行為が問題となる場面は、消極的臨死介助というよりも、むしろ直接的・積極的臨死介助の事案に相当するものとして構成されることになる。しかし、後述で紹介するように、この作為犯構成によっても、当該行為の社会的な意義と患者の自己決定権の観点から、その不可罰性は論証しうるものと考えられている⁴⁹⁾。そして、この作為犯説の論証自体は、前述したドイツにおけるPutz事件判決の論証にも近い内容を有している⁵⁰⁾。

46) Donatsch A., Strafrecht III: Delikte gegen den Einzelnen, 10. Aufl., Schulthess, (2013), S. 20によれば、延命処置の中断に際しては、医療者の保証人的地位が問題とされている。更に、Donatsch A. / Tag B., Strafrecht I: Verbrechenslehre, 9. Aufl., Schulthess, (2013), S. 301 f.; Gunzinger P.-A., Sterbehilfe und Strafgesetz, Juris, (1978), S. 141 ff.; Schürch, a. a. O. (3), S. 126 f.

47) この考えは「Schwerpunkttheorie(重点理論)」と呼称され、前掲注(45)における「補充性理論」とは異なり、不作為犯を規範的に理解するものである。スイスにおいて、この理論を支持するものとして、Donatsch / Tag, a. a. O. (46), S. 301 f.

48) Bänziger, a. a. O. (3), S. 56 ff.; Ege, a. a. O. (3), S. 306; Petermann, a. a. O. (3), S. 35 f.; Schwarzenegger, a. a. O. (3), Vor Art. 111, Rn. 60; Stratenwerth, a. a. O. (43), S. 67. これらで展開される作為犯的構成は、前掲注(45)で紹介されたスイスの判例が採用する補充性理論に忠実な論証であるとも各文献において説明されている。

49) 例えば、Bänziger, a. a. O. (3), S. 123 ff.; Schwarzenegger, a. a. O. (3), Vor Art. 111, Rn. 61.

50) Rissing-van Saan, a. a. O. (44), S. 544 ff.における論文の題目が「積極的臨死介助

以上から、仮に、スイスの議論がドイツ法上の展開を参考にして、それに近似していく傾向を有しているのであれば、今後、この作為犯説が有力化していくようにも思われる。

3. 判断能力を有する患者における消極的臨死介助

前述したように、スイスにおける消極的臨死介助は、その状況的（客観的）要件として、死の切迫性が求められていない。従って、消極的臨死介助の許容可能性を論じる場面では、判断能力を有する患者の「医療的処置拒否権（Behandlungsveto）」という主観的要件が重要な意義を有することになる⁵¹⁾。判断能力を有する患者により、この医療的処置拒否権が瑕疵なく表示されることで、その内容の実現を医師は義務付けられることになる⁵²⁾。この医療的処置という外部的強制からの解放を求める自己決定権は、十分に尊重されるべきであり、このことがスイスでは従前より基本原理に据えられている⁵³⁾。

しかし、消極的臨死介助が正当であるならば、それは、スイス刑法第114条において可罰的とされる「要求に基づく殺人」との区別が求められる。ここにおいて、どのような論証により、その区別を設けるべきなのかという困難な問

（aktive Sterbehilfe）」を対象にしていることから、Rissing-van SaanがPutz事件で問責された作為的態様の許容性を念頭に置いて論証を展開していることは明らかである。

51) Geth, a. a. O. (3), S. 43.

52) 医療的処置拒否権の要件に関しては、Geth, a. a. O. (3), S. 52.

53) 例えば、Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften (SAMW), Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, Medizinisch-ethische Richtlinie, 5. Aufl., (2013), S. 6 (II. 2. 1.). このスイス医科学アカデミーのガイドライン (SAMW-Richtlinien) は、法定拘束力を有していない。しかし、刑事裁判における解釈を補助する行為規範集としての意味合いは有する。そのような指摘として、Geth, a. a. O. (3), S. 5 (Fn. 10). 当該ガイドライン策定の経緯に関しては、Heine G., Schweiz, in: Eser A. / Koch H.-G. (Hrsg.), Materialien zur Sterbehilfe: Eine internationale Dokumentation, Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, (1991), S. 598 ff.

題が生じる。

この点、スイスでは、医師の職業的義務に関連付けて、刑法上、消極的臨死介助の不可罰性を論証する見解が支持を集めている⁵⁴⁾。特に、消極的臨死介助における不作為犯的構成を強調する立場によれば、そこでは生命保持に関する医師の保証人的地位(ないし義務)が解除されるものと考えられている⁵⁵⁾。更に加えて、患者が拒否しているにもかかわらず、医師が医療的処置を継続する場合、そのような医療的侵襲は、患者の身体における統合性を侵害するものとして、傷害罪(スイス刑法第123条)により可罰的として評価されることにもなる⁵⁶⁾。

その一方で、消極的臨死介助において、前述したように、作為犯的構成をも含めて理解する立場からは、その許容性を憲法的な基本権秩序自体から導出する見解が主張されている⁵⁷⁾。先ず、そこにおいて、消極的臨死介助の許容性は、憲法的な基本権秩序に沿うものとして把握される。その論証によれば、スイス憲法第10条第1項で規定された「生きる権利(Recht auf Leben)」は、同条第2項で規定された「人格的自由における権利(Recht auf persönliche Freiheit)」と比較衡量されうる⁵⁸⁾。その基本権間の比較衡量において、患者が自由答責的に医療的処置を拒否する場面では、単なる生命保護よりも、その自

54) Rehberg, a. a. O.(2), S. 317 f.; Stratenwerth G. / Wohlers W., Schweizerisches Strafgesetzbuch: Handkommentar, 3. Aufl., Stämpfli, (2013), Art. 114, Rn. 2.

55) 例えば, Riklin F., Die strafrechtliche Regelung der Sterbehilfe: Zum Stand der Reformdiskussion in der Schweiz, in: Holderegger A. (Hrsg.), Das medizinisch assistierte Sterben: Zur Sterbehilfe aus medizinischer, ethischer, juristischer und theologischer Sicht, 2. Aufl., Universitätsverlag Freiburg i. Ue. (2000), S. 325 ff. このような議論内容を一般的に説明するものとして, Geth, a. a. O. (3), S. 14 ff.

56) Kunz, a. a. O. (3), S. 620 ff.

57) Schwarzenegger, a. a. O. (3), Vor Art. 111, Rn. 50 ff., 61. 特に Schwarzeneggerは, 間接的臨死介助の正当化論拠においても, 同様の論証を展開する。この点に関して, 拙稿「間接的臨死介助(安楽死)の正当化論拠——ドイツ・スイスにおける議論を中心に——」獨協法学 101号(2016) 182(横 139)頁以下参照。

58) Schwarzenegger, a. a. O. (3), Vor Art. 111, Rn. 20.

己決定権に優位性が見出される⁵⁹⁾。

ただし、そのような比較衡量は、生きる権利の核心的部分を本質的に抵触するものではないことも同時に求められている⁶⁰⁾。そこで、このような見解は、消極的臨死介助を許容する論証として、医師の職業的義務を転換するという理由付けも併せて採用している⁶¹⁾。すなわち、高度な医療的処置の実施が實際上、僅かな延命作用しかもたらさず、患者の苦痛が強められるような場合には、むしろ、そこでは、その苦痛を緩和する医師の義務が前面に出てくるものと説明されている⁶²⁾。そのような意味において「要求に基づく殺人」の適用範囲は、目的論的に制限（teleologische Reduktion）されることになる⁶³⁾。

スイスにおける以上の議論状況に対して、ドイツでは、Putz事件判決により、

59) この自己決定権に対する高い意義付けは、スイス刑法における各種殺人罪規定（第111条以下）の体系性からも説明できる。例えば、スイス刑法第115条で規定された自殺関与罪規定は、その典型として挙げられる。当該条文によれば、判断能力を有する患者において、その自殺に患者の行為支配性が認められる場合、医師又は第三者は、利己的な動機により自殺に関与しない限りで不可罰となる。そのように判断能力を有する患者の死への希望は、医師であっても尊重しなければならない。このことから、医師介助自殺を支持する世界的に有名な団体（例えば Dignitas, Exit）がスイスでは肯定的に受け入れられていることも説明できよう。このスイスにおける医師介助自殺の議論状況に関しては、拙稿「医師による自殺幫助（医師介助自殺）」甲斐克則＝谷田憲俊（編）『シリーズ生命倫理第5巻：安楽死・尊厳死』丸善（2012）168頁以下、拙稿「医師による自殺幫助（医師介助自殺）」甲斐克則（編）『医事法講座第4巻：終末期医療と医事法』信山社（2013）77頁以下、只木誠「臨死介助協会と自殺援助処罰法——ドイツおよびスイスの現状——」井田良ほか（編）『浅田和茂先生古稀祝賀論文集（上巻）』成文堂（2016）647頁以下参照。

60) Schwarzenegger, a. a. O. (3), Vor Art. 111, Rn. 6. この点に関するスイスの議論内容は、Weissenberger P., Die Einwilligung des Verletzten bei den Delikten gegen Leib und Leben, Stämpfli, (1996), S. 122 ff.

61) Schwarzenegger, a. a. O. (3), Vor Art. 111, Rn. 22, 50 ff.

62) そのように Schwarzeneggerの見解をまとめるものとして、Magnus, a. a. O. (38), S. 457. 同趣旨の見解として、Gunzinger, a. a. O. (46), S. 175 f.

63) Ege, a. a. O. (3), S. 306 ff.

医療的処置を正当に中断するための要件として、患者の生命における危機的状況が求められている。すなわち、そこでは、特段の状況的（客観的）要件が設定されている。その一方で、ドイツ刑法第216条において可罰的な「要求に基づく殺人⁶⁴⁾」が問題とされる場面は、そのような危機的状況と無関係なものとして把握される。従って、ドイツでは、不可罰的な行為と可罰的な行為が上記のような状況的（客観的）要件の有無により、先ずは区別可能と考えられている⁶⁵⁾。

また、ドイツにおいては、そのような状況的（客観的）要件が整いさえすれば、医療的処置の中断に関して、その実施は、判断能力を有する患者本人の明確な自己決定により可能であるだけでなく、後述するように、推定的意思であっても十分とされる。その意味で、ドイツでは、この状況的（客観的）要件の確認が重要な意味を有している。

このことから、スイスで展開されているような議論内容は、現在、ドイツにおいて状況的（客観的）要件を巡る問題へと解消されたかたちになっている⁶⁶⁾。その反面として、ドイツでは、当該状況的（客観的）要件が欠ける場合、スイスと異なり、「要求に基づく殺人」を正当化する論証は、極めて困難（又は不可能）なものとなりうる。ドイツとスイスの議論状況においては、そのような差異が見出せる。

4. 判断能力がない患者における消極的臨死介助

以上のような判断能力を有する患者の場合に比べて、判断能力がない患者における消極的臨死介助は、その正当化の論証が更に困難なものとなる⁶⁷⁾。なぜ

64) ドイツ刑法第216条は、次のように規定されている。「(1)被殺者の明確かつ真摯な要求により、それを殺害するに至らしめた者は、6月以上5年以下の自由刑に処する。

(2)本罪の未遂は罰せられる。」

65) Rissing-van Saan, a. a. O. (44), S. 546 f.

66) 同趣旨の見解として, Magnus, a. a. O. (38), S. 463 f.

67) ここで展開されるスイスの議論状況として, Schwarzenegger, a. a. O. (3), Vor Art.

なら、判断能力が失われたことにより、そのような者は、十分な思慮に裏付けられた自己決定を現に表明できなくなるか、単に表明できたとしても、それを適切な自己決定として捉えることに問題が生じうるからである⁶⁸⁾。すなわち、このような場合、患者本人の現在の意思内容は、推定されたものにならざるをえない。

この点、ドイツでは、前述したように、主として民法上の事前指示制度と世話人に付与された医療代理制度により対応している⁶⁹⁾。ここでいう事前指示制度とは、同意能力を有する成年が同意能力を失った場合に備えて、未だ差し迫っていない特定の健康状態のために、そこで実施される医療的処置に同意するか否かを表明するものである（ドイツ民法第1901条a第1項）。また、そのような事前指示が存在しない場合又は事前指示の内容が現況に適合的ではない場合、世話人には、被世話人の意思を推定し、その医療的処置に同意するか否かを表明する代理権限が付与されている（同条第2項）。

111, Rn. 53 f. 概して、患者が判断能力を有する場合と同様に、医師の職業的義務に関連付けて論証する方向性が一般的とされている。

68) 従って、ここでは正当化緊急避難を用いた正当化の論証が試みられることもある。例えば、Stratenwerth, a. a. O. (43), S. 73. しかし、この正当化緊急避難による論証は、臨死介助の場面において、適切ではないとも批判されている。なぜなら、正当化緊急避難は、ある危難ないし危険源から本人又は第三者が逃れるために、他者の利益が侵害されるという場合を想定するものであり、その本人自身の利益が侵害される場合に関しても適用可能であるかは、不明確だからである。この同一主体内において正当化緊急避難は適用できないのではないかという問題に関しては、山中・前掲注(5) 287頁以下参照。この点、間接的臨死介助でも同様の問題が生じており、そのドイツ及びスイスにおける議論状況を紹介するものとして、拙稿・前掲注(56) 177 (横144) 頁以下参照。

69) ドイツにおける制度の概括的な説明に関しては、新井誠「ドイツ成年者世話法とわが国の成年後見制度」ドイツ研究44巻(2010) 152頁以下、亀井隆太「同意能力がない患者の医療同意——ドイツ法を中心に」千葉大学人文社会科学研究所28号(2014) 86頁以下、新谷一朗「世話法の第3次改正法(患者の指示法)」年報医事法学25巻(2010) 201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』信山社(2013) 237頁以下参照。

そして、ドイツにおけるPutz事件判決は、患者の意思推定に関して、このような民法上の規定が刑法的にも意義を有することを確認するものであり、その意味で画期的な内容を含んでいた⁷⁰⁾。すなわち、ドイツの刑事判例は、このPutz事件判決以降、当地の民法における世話法上の議論展開も参照しながら、臨死介助の正当化に関わる論証を展開することが求められている。

また、このようなドイツ民法上の制度と同様に、スイスでも2013年1月1日に施行された新しい成年保護法により、事前指示制度(スイス民法第370条以下)及び医療代理制度(同第377条以下)が導入されている⁷¹⁾。これらの規定により、判断能力がない患者における医療的処置に関して、どのように対応するべきかという問題は、民法上、一定程度、明らかにされたことになる。

しかし、そのような民法上の規定が刑法において、どのように考慮されるべきかは、議論の余地が残されている⁷²⁾。この点に関して、スイスでは、ドイツと異なり、Putz事件判決のような指導的判例が未だ示されていない。そのことから、スイスにおいて、この問題は、現在、明確な方向性が示されていない状況にある。

従って、以下では、スイスで新しく導入された民法上の諸制度が刑法に及ぼしうる影響を確認する。

70) Putz事件の判決文第25段落によれば、民法と刑法は、憲法的秩序の観点から、調整されなければならない旨が強調されている。

71) その概説として、Gassmann, a. a. O. (24), Art. 370, Rn. 1 ff., Art. 377, Rn. 1 ff.; Geth C., in: Trechsel S. / Pieth M., (Hrsg.), Schweizerisches Strafbgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Dike Verlag, (2012), Vor Art. 111, Rn. 6a; Vionnet R., Die Behandlung urteilsunfähiger Patienten nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht vom 1. Januar 2013, Igel Verlag, (2014), S. 47 ff.; Wyss, a. a. O. (25), Art. 370, Rn. 1 ff.; Eichenberger E. / Kohler T., in: Honsell H. / Vogt N. P. / Geiser T. (Hrsg.), Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, (2014), Art. 377, Rn. 1 ff. 青木・前掲注(7)596頁以下参照。

72) この論点に関するスイスの議論状況は、Ege, a. a. O. (3), S. 310 ff.; Geth, a. a. O. (3), S. 53 ff.

4-1 事前指示がある場合

スイスにおいては、事前指示制度により、患者本人は、予め消極的臨死介助に関する意思を表明しておくことが可能である。しかし、この事前指示の法的拘束力に関しては、元来、民事法上も完全に明らかなものではない。

この制度における立法者意思によれば、スイスの成年者保護法は、患者の自律を保護することに尽力するものであり⁷³⁾、そのことから、事前指示は、法的拘束力を有し、その内容が最大限に尊重されなければならないものであるかのように喧伝されている⁷⁴⁾。ここにおける立法者意思を前提にするならば、事前指示の法的拘束力には、全く制限が設けられていないようにも想定されうる。

しかし、実際のところ、スイスの事前指示制度は、その条文の文言から、判断能力を失った時点における潜在的な意思を探るための単なる状況的証拠にすぎないように規定されている（特にスイス民法第372条第2項⁷⁵⁾）。また、そもそも事前指示の内容は、撤回可能である（同第371条第3項⁷⁶⁾）。そのような意味で、従前の意思と現在の意思における隔たりが考慮されるところでは、事前指示を表明した者と事後に判断能力が失われた者との間に自己同一性を見出すことは困難になる⁷⁷⁾。そこにおいて、事前指示は、絶対的な拘束力を有するものではなくなる。むしろ、個別具体的な比較衡量の下で、その内容は、一定程度、勘案されるにすぎないものとなる。従って、その法的拘束力は、制限され

73) Gassmann, a. a. O. (24), Art. 370, Rn. 2; Schweizerischer Bundesrat, a. a. O. (23), S. 7030; Vionnet, a. a. O. (71), S. 47; Wyss, a. a. O. (25), Art. 370, Rn. 3.

74) Schweizerischer Bundesrat, a. a. O. (23), S. 7033.

75) Gassmann, a. a. O. (24), Art. 372, Rn. 9; Vionnet, a. a. O. (71), S. 51 ff.; Wyss, a. a. O. (25), Art. 372, Rn. 7 ff.

76) 撤回権の趣旨に関しては、Gassmann, a. a. O. (24), Art. 371, Rn. 5; Wyss, a. a. O. (25), Art. 371, Rn. 13 f.

77) この撤回に関わる問題の指摘として、Geth, a. a. O. (3), S. 109 ff.

たものにならざるをえない⁷⁸⁾。

以上のような議論状況に照らせば、刑法上も、事前指示は、それを表明した患者の自己同一性に連続性が見出せる範囲内に限り、法的拘束力を有するという見解が一般的な解釈論として支持されている⁷⁹⁾。すなわち、過去において患者が将来の危機的状況を具体的に予見し、更に、そこで示された患者の推定的意思が現在の状況的証拠に反するものでもない場合、事前指示は、刑法的な意味においても法的拘束力を有するものと考えられている⁸⁰⁾。そして、この場合、新しい成年者保護法の立法者意思が求めているように、この事前指示の内容から逸脱する医療的処置の継続は、もはや許されないことになる。このような要件の下で、事前指示は、刑法上も一定の意義を有するものとして理解されている⁸¹⁾。

4-2 事前指示がない場合（医療代理）

前述した通り、事前指示が残されていない場合、スイスでは、判断能力がない者のために、一定の代理権限者が当事者の意思を推定した上で、医療的処置に関して判断することができる。個別具体的な事案において、誰が医療的処置の決定権限者に適しており、どのような実質的な基準に従って、その判断がなされるべきかという問題は、新しい成年保護法において規制されている（スイス民法第377条以下）。スイス民法によれば、そのような医療代理の権限は、緊急の場合、医師に付与されるという例外（同第379条）もある。しかし、原則としては、法定の序列に従って様々な類型の者に付与されている点（いわゆる「序列型規制（Kaskadenregelung）」⁸²⁾）が特徴的である（同第378条）。

78) Geth, a. a. O. (3), S. 111.

79) Geth, a. a. O. (3), S. 112.

80) このようにスイスの状況をまとめるものとして, Magnus, a. a. O. (38), S. 457. 同趣旨の論証を展開するものとして, Gunzinger, a. a. O. (46), 172 f.

81) Schwarzenegger, a. a. O. (3), Vor Art. 111, Rn. 55.

82) Gassmann, a. a. O. (24), Art. 377/378, Rn. 13; Schweizerischer Bundesrat, a. a. O. (23), S. 7036 ff.; Eichenberger / Kohler, a. a. O. (71), Art. 378, Rn. 2; Vionnet, a. a. O.

(1) 医療代理による意思推定の刑法的効果

スイス民法上、この医療代理の権限者により、患者本人における推定的意思が見出されたとしても、その刑法における取扱いに関しては、議論の余地が残されている⁸³⁾。

そもそもスイスにおいて、医療上の侵襲的行為は、その正当化に際して、患者自身による有効な同意を要件としている⁸⁴⁾。従って、判断能力がない者の場合、本人から有効な同意が得られないことから、当該行為の許容性は、代理権限者により推定された意思内容を患者本人に帰責することができるか否かに左右される⁸⁵⁾。すなわち、代理される者に帰責できない内容は、他者による意思決定にすぎないとして、それを正当化することはできないという見解がスイスでは一般的とされる⁸⁶⁾。

この一般論から、新しい成年保護法上における規定の仕方に着目して、民法上の医療代理を本人による意思推定の範疇に含めて刑法的にも正当化する見解が支持されている⁸⁷⁾。例えば、この新制度下における医療代理は、判断能力がない者において、その推定的意思が客観的利益 (Interesse) に関連付けて判断されなければならない (スイス民法第378条第3項)⁸⁸⁾。また、そこで推定された意思内容が患者自身の希望するところに適うものであるかに関して、公的

(71), S. 57 f.

83) この論点に関して, Geth, a. a. O. (3), S. 54; Seelmann K., Drittnützige Forschung an Einwilligungsunfähigen, in: Donatsch A. / Forster M. / Schwarzenegger C. (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte: Festschrift für Stefan Trechsel, Schulthess, (2002), S. 572 ff.

84) BGE 124 IV 258; Roth A. / Berkemeir A., in: Niggli M. A. / Wiprächtiger H. (Hrsg.), Basler Kommentar StGB II, 3. Aufl., (2013), Art. 122, Rn. 37. 従前におけるスイスの議論状況に関しては, Rehberg, a. a. O. (2), S. 306 ff.

85) Geth, a. a. O. (3), S. 61.

86) Geth, a. a. O. (3), S. 62.

87) Geth, a. a. O. (3), S. 62.

88) Eichenberger / Kohler, a. a. O. (71), Art. 378, Rn. 12 ff.; Gassmann, a. a. O. (24), Art. 377/378, Rn. 12.

に問い質す手続も用意されている(同法第381条第2項第2号及び第3号)⁸⁹⁾。このような制度設計の趣旨は、刑法上、患者の自律・自己決定(ひいては自由答責性)に基礎を置く正当化の論証とも、その本質を共有するものである。以上を前提として、代理権限者により推定された患者自身の意思は、刑法的にも有効とされる。すなわち、それは、判断能力がない者に帰責しうる有効な同意であるかのように評価されることを介して、医療上の侵襲的行為を刑法的な意味においても正当化する⁹⁰⁾。

(2) 意思推定と客観的利益との調整

以上の民法における規定内容から、医療代理の場合、そこで推定された意思内容は、状況の前提(客観的利益)に照らして妥当であるか否かが重要視される。その意味において、医療代理が許容される場面は、必ずしも無制約ではないことになる。従って、前述したように、判断能力を有する患者の場合、スイスでは、消極的臨死介助の適用範囲が広く認められていたことに比べると、ここで問題とされる状況は、大きく様相が異なるものといえよう。すなわち、推定的意思には、限定的な効力しか認められていないということになる。

この点に関連して、刑法の解釈論上も、患者の意思推定に際しては、延命処置の継続が医学的な観点から「無益(Sinnlos)」とされるか否かも判断の要素に加えるべきことが主張されている⁹¹⁾。そのような意味で、医療的処置の継

89) Eichenberger / Kohler, a. a. O. (71), Art. 381, Rn. 7 f.; Gassmann, a. a. O. (24), Art. 381, Rn. 1 f.

90) このようにスイスの状況をまとめるものとして, Magnus, a. a. O. (38), S. 458.

91) 例えば, Schwarzenegger, a. a. O. (3), Vor Art. 111, Rn. 54によれば, 「延命処置と当該実施による効果の関連性において, 合理性が見出される場合のみ, 医学的な観点から, そのような介入は有意義」と主張されている。また, Geth, a. a. O. (3), S. 57によれば「各人の反応可能性とコミュニケーション能力の不可逆的喪失をもって, 更なる自己決定と自己実現の可能性が全て奪われた」ところに, その限界が見出されている。この点, Ankermann E., Verlängerung sinnlos gewordenen Lebens? Zur rechtlichen Situation von Wachkomapatienten, Medzinrecht: MedR 17(9), (1999), S.

続に際しては、予後の判断が重要視されることになる⁹²⁾。

従って、スイスの刑法解釈論上も、医療代理による消極的臨死介助においては、主観的要件としての意思推定のみならず、客観的要件としての医学的適応が求められることになる。そこで、それらが相互に矛盾する場合、どのように調整するべきかという議論が生じうる。

この問題に関して、新しい成年保護法が制定される際、スイスの立法者は、その態度決定を留保しており、民法の文言上からは、必ずしも明らかではない⁹³⁾。しかし、スイスの一般的な民法学説によれば、医療代理において考慮される患者の客観的利益は、憲法上の人間の尊厳からも導出されうる基本権的内容を有していると理解されている⁹⁴⁾。そして、そのような観点から、意思推定のための状況的証拠が失われている場合又は出生時から（固有の）判断能力が欠けているような場合、医学的適応こそが唯一の決定的基準になるものと考えられている⁹⁵⁾。

このような民法学説を受けて、スイスで支持されている刑法上の見解でも、医療代理による意思推定において、医学的適応は、そこで推定された意思内容自体を限界付けるものとして把握されている⁹⁶⁾。また、そうでなければ、本人の意思推定により、もはや医療的処置が奏功しないような場合にもかかわらず、

389において、同様の論証がドイツでも展開されている。

92) ただし、ここでいう医療的処置における無益さは、結局のところ、残された生命の無益さを意味する可能性もあることから、生命倫理的な批判をもたらすものでもある。例えば、ドイツにおいて当該批判を網羅的に検討するものとして、Merkel R., Früheuthanasie: Rechtsethische und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin, Nomos Verlagsgesellschaft, (2001), S. 294 ff.

93) そのような評価として、Magnus, a. a. O. (38), S. 457.

94) Eichenberger / Kohler, a. a. O. (71), Art. 378, Rn. 13; Gassmann, a. a. O. (24), Art. 377/378, Rn. 12.

95) そのような評価として、Magnus, a. a. O. (38), S. 459.

96) Schwarzenegger, a. a. O. (3), Vor Art. 111, Rn. 54 f.; Geth, a. a. O. (71), Vor Art. 111, Rn. 6a; Rehberg, a. a. O. (2), S. 320 ff.

その継続が義務付けられるということも生じうる⁹⁷⁾。この場合、推定された患者の意思内容よりも医学的適応の方を優先する解釈が妥当とされている。そして、ここでの医学的適応とは、判断能力がない者において、延命による利益と期待可能な余命の質に関する利益を客観的に比較衡量しながら判断されるものと考えられている⁹⁸⁾。

5. おわりに

5-1 スイスとドイツの比較

以上で検証されたスイスの議論状況をドイツと比較しながら要約するならば、次のように表現できるであろう。

まず、両国において、患者の自律・自己決定権は、消極的臨死介助を正当化するための本質的な基本原理として重要な意義が付与されている。そして、そのような本人の現実的な意思表示又は推定的な意思内容は、両国の民法により、その具体的な把握を試みる制度設計がなされてきた。これらの制度によれば、人生の最終段階を迎えた患者の自律が実現化されるために、その死に関する自己決定権をも尊重されなければならないことが法体系的に妥当とされる。このような点において、両国は、概ね共通の認識を有しており、だからこそ、両国で患者本人の意思決定に裏付けられる消極的臨死介助は、許されるものと考えられてきた。

しかし、この消極的臨死介助の許容性に関して、どのように可罰的な他殺類型との区別を見出すかは、両国で差異がある。

97) このような指摘として、Magnus, a. a. O. (38), S. 459.

98) 例えば、Schwarzenegger, a. a. O. (3), Vor Art. 111, Rn. 57によれば、遷延性植物状態に関しても「認識能力、意思表明能力及びコミュニケーション能力の不可逆的かつ確定的な喪失が数か月にわたる観察期間において繰り返し確認された」場合は、消極的臨死介助の実施も正当化できるものと考えられている。同趣旨の見解として、Geth, a. a. O. (3), S. 91.

例えば、スイスでは、慢性疾患又は重傷の患者に対しても、消極的臨死介助が実施可能と解釈されている。その一方で、ドイツにおいては、そのような消極的臨死介助の実施に際して、少なくとも病気による生命の危機的状況が必要とされる。すなわち、ドイツでは、医療上の文脈内において、当該行為の許容性が見出される。このことから、その文脈外にある「要求に基づく殺人」と文脈内にある「医療的処置の中断」は、質的に異なるものと考えられているのである。しかし、スイスにおいて、そのような文脈は、判例上も、学説上も、明確に求められているとまではいえない。

また、スイスの民法上、新しく導入された事前指示制度又は医療代理による意思推定は、当地の刑法上、どのような効果を有するののかに関しても未だ議論の途上にある。この点、特にスイスにおける医療代理制度によれば、そこで医学的適応と推定された意思内容が対立した場合、推定的意思の適用領域は、患者の客観的利益に沿うかたちで制限されるという見解が支持されている。すなわち、この医療代理の場面においては、本人の意思よりも、医学的適応を優先する傾向が示されている。これに対して、ドイツでは、Putz事件判決でも示されたように、患者の意思を推定する過程においては、あくまでも患者の主観的な意思内容こそが医療的処置の中断を許容化する起点とされている⁹⁹⁾。その意味で、少なくとも、このドイツの指導的判例によるならば、そこでは、なおも患者の意思決定に重要な意義付けを付与しようという姿勢が読み取れる。

これらのことを踏まえて、本稿で展開された内容を図表化すると次のようなかたちで、まとめを示すことができる。

99) Putz事件における判決文第21段落参照。

		スイス	ドイツ
判断能力あり		<p>【主観的要件】 本人の明確な意思表示。</p> <p>【客観的要件】 刑法解釈論上、死の切迫性は不要とされている。 ⇒医師の職業的義務の撤回又は転換という解釈論により、同意殺規定の適用範囲を目的論的に制限。</p>	<p>【主観的要件】 本人の明確な意思表示。</p> <p>【客観的要件】 事前指示を巡る刑事判例（Putz事件）に従って、下欄の客観的要件が整えば、許容性が認められるのが論理的帰結か？</p>
	判断能力なし (意思推定)	<p>事前指示（自己推定）</p> <p><u>スイス民法第370条以下</u></p> <p>【主観的要件】 本人自身による事前の（推定的な）意思表示。ただし、民法上（第372条第2項）、状況の証拠にすぎないとされる。刑法解釈論上、意思表明した患者の自己同一性に連続性が求められている。</p> <p>【客観的要件】 上欄「判断能力あり」と同様。</p>	<p><u>ドイツ民法第1901条a第1項</u></p> <p>【主観的要件】 本人自身による事前の（推定的な）意思表示。</p> <p>【客観的要件】 民法上（第1901条a第3項）は、無制約にもかかわらず、刑事判例（Putz事件）及び刑法解釈論上、生命の危機的状況（医療的処置関連性）が必要。</p>
	医療代理（他者推定）	<p><u>スイス民法第377条以下</u></p> <p>【主観的要件】 民法（第378条第3項）を参考に、刑法解釈論上、客観的利益に反しない限りでの意思推定。</p> <p>【客観的要件】 刑法解釈論上、医学的適応の観点（客観的利益）からの「無益さ」が求められている。</p>	<p><u>ドイツ民法第1901条a第2項</u></p> <p>【主観的要件】 法文上、本人の希望に反しない限りでの意思推定。</p> <p>【客観的要件】 事前指示を巡る刑事判例（Putz事件）に従って、上欄の客観的要件が整えば、許容性が認められるのが論理的帰結か？</p>

図表2：消極的臨死介助関連制度の比較（スイスとドイツ）

5-2 我が国への示唆

以上におけるスイスの議論状況から、我が国の刑法理論は、どのような示唆を学び取ることができるのか。最後に、我が国の消極的臨死介助（安楽死）ないしは治療中止を巡る議論に関連付けて、比較的、重要視されている論点に限定化しながら、考察を加えたい。

(1) 患者の自己決定権

先ず、スイスでは、患者の自己決定権による処分範囲が我が国よりも格段に上げられている印象を受ける¹⁰⁰⁾。例えば、死に際して、患者の自己決定に従うかたちで、医師の救助義務ないし保証人的地位を制限化する解釈論が一般的に展開されている。

この点において、我が国の解釈論と親近性を有するかが問題となる。確かに、我が国では、判例のみならず¹⁰¹⁾、学説においても¹⁰²⁾、患者の自己決定権は、治療中止の要件における重要な柱に据えられている。しかし、それだけでは、治療中止の要件として、不十分であるという見解が我が国では支配的である¹⁰³⁾。なぜなら、そのような要件は、必ずしも治療中止と同意殺人との間における差異を示すものではないという論調が非常に強いからである。このような状況から見れば、「同意殺規定は、そもそも、どのような行為を対象としているのか（裏を返せば、刑法は、消極的臨死介助のような場面において、同意殺規定の適用を想定していないのではないか）」という目的論的な考察を展開

100) スイスにおける成年者保護法上の比較法的な特徴として、青木・前掲注(7)602頁によれば、本人の自己決定権が重視され、その能力制限に関しては、非常に慎重である点が指摘されている。

101) 我が国において治療中止の問題を検証した初の最高裁判例である「川崎協同病院事件（最決平21・12・7刑集63巻11号1899頁）」に関しては、拙稿「治療行為の中止」山口厚＝佐伯仁志（編）『刑法判例百選Ⅰ（第7版）』有斐閣（2014）44頁以下参照。我が国における一般的な学説内容に関しては、奥村正雄「終末期医療における刑法の機能」井田良ほか（編）『椎橋隆幸先生古稀記念：新時代の刑事法学』信山社（2016）81頁以下、加藤摩耶「安楽死の意義と限界」甲斐克則（編）『終末期医療と医事法』信山社（2013）43頁以下、米村・前掲注（43）184頁以下参照。

102) 我が国における議論状況を一般的に紹介するものとして、甲斐・前掲注（13）187頁以下参照。

103) 例えば、井田良「再論・終末期医療と刑法」岩瀬徹ほか（編）『刑事法・医事法の新たな展開（下巻）町野朔先生古稀記念』信山社（2014）141頁以下、奥村・前掲注（101）83頁、甲斐・前掲注（13）190頁、辰井聡子「終末期医療とルールの在り方」甲斐克則（編）『終末期医療と医事法』信山社（2013）224頁以下参照。

するスイスの議論は、興味深い内容を有している。すなわち、スイスにおいては、自己決定権という諸刃の剣でも、その一振りの使い様に応じて、可罰的な同意殺規定と許容される消極的臨死介助の限界付けは、十分に見出しうるといふ見解が有力に主張されているのである。

以上のような点は、一見、我が国の議論状況と大きく異なるように思われる。しかし、我が国の刑法第202条を巡る解釈論においても、この同意殺規定が制限しているのは、積極的に生命を捨てることへの自己決定のみであって、生きることを強制されないという意味での「防衛的な自己決定」に関しては、その埒外にあると考えることも不可能ではないという主張が展開されている¹⁰⁴⁾。このような論証は、スイスの議論と親近性を有するものであり、非常に示唆に富む内容を提供しているように思われる。

(2) 治療義務の限界

また、我が国では、以上のような患者の自己決定権を巡る制限的な解釈論から、治療中止のための更なる重要な柱として、治療義務の限界という要件も併せて導入されている¹⁰⁵⁾。しかし、この患者の自己決定権と治療義務の限界における両者の関係性は、未だ曖昧であるという問題が残されている¹⁰⁶⁾。

この点、スイス民法における医療代理の制度設計は、我が国にも参考になる内容を有しているように思われる。前述したように、この医療代理を介して本

104) 井田・前掲注(103) 141頁以下参照。

105) この点の議論状況を紹介するものとして、甲斐・前掲注(13) 204頁以下参照。

我が国においても、消極的臨死介助(安楽死)ないしは治療中止の適用領域に関する客観的な基準を設定することは有意義であろう。この点、ドイツの判例により導入された「病気による生命の危機的状況性」又は「医療的処置関連性」のような議論を我が国でも深化させていく必要があるように思われる。しかし、その一方で、この論点に関しては、「医学的無益性」を巡る議論として、従前より批判が展開されてきたことにも留意する必要がある。最近における法哲学的観点からの論稿として、野崎亜紀子『『医学的無益』を規範的に考える』櫻井浩子ほか(編)『『医学的無益性』の生命倫理』山代印刷出版部(2016) 113頁以下参照。

106) このような問題点を指摘するものとして、米村・前掲注(43) 187頁以下参照。

人意思が推定される場面では、その者の客観的利益が併せて考慮されなければならない。すなわち、スイスでは、患者本人の意思内容が確認困難か、不可能である場合において、患者の客観的利益が優先的に考慮される。裏を返せば、それ以外の場合には、なおも患者本人の自己決定権に重きが置かれている。このようなスイスの制度設計は、「主観的な自己決定権により治療義務が否定される場面」と「客観的な治療義務の限界により自己決定権が否定される場面」を分けて考察し、その各々の場面における独自の要件を設定しているということになる。このような本人の自己決定権と治療義務における把握の仕方は、我が国でも「二段階の関係性」として主張されている内容に近い¹⁰⁷⁾。この二段階の関係性を実際に具体化した制度という意味で、スイス民法における医療代理は、非常に有意義な内容を有しているように思われる。

しかし、更なる問題として、どのような場合に治療義務の限界が到来したといえるのかという大きな論点も残されている。これを客観的に確定することの困難さが医学的に指摘されているにもかかわらず、我が国の法的議論によれば、それを厳格に求める傾向が強いように思われる¹⁰⁸⁾。そのような厳格さが求められる背景には、次のようなことが指摘できよう。なぜなら、前述したように、我が国の議論状況（特に、判例）によれば、治療義務の限界に達していないところで、患者の自己決定権のみに従うかたちで治療を中止することに関しては、現実問題として強い懸念が示されているからである¹⁰⁹⁾。やはり、そこでは、

107) 例えば、井田良「終末期医療と刑法」ジュリスト1339号（2007）45頁参照。

108) 例えば、疾病の種類により、終末期の捉え方が曖昧になることに疑問を示すものとして、奥村・前掲注（101）86頁参照。ただし、医療においては不確実性が避けられないことから、治療義務の限界に関しても、その厳格な客観的認定を求めるべきではないと主張するものとして、米村・前掲注（43）189頁参照。

109) 例えば、いわゆる「東海大学附属病院事件（横浜地判平 7・3・28判時1530号28頁）」においては、その傍論中、治療中止のための一要件として、治療不可能な病気に冒され、回復の見込みがなく、死期も迫っていることが挙げられている。この要件は、早期の段階における治療中止が生命軽視の一般的風潮を生じさせることから、それを懸念するものとして理解されている。また、前掲注（101）における川崎協同病院事件の控訴審判決（東京高判平 19・2・28判タ 1237号 153頁）でも、自

医学的な判断ないしは客観的な限界付けが決定的に重要視されており、結局のところ、治療中止の場面において、患者本人の自己決定権が有効に働きうる場面は、我が国では、非常に限定的であるように思われる。

この点、スイスでは、前述から繰り返し論証してきたように、患者の自己決定権に従うかたちでの消極的臨死介助が広範に認められており、そのような権利を保障するために各種の法制度が民法上も導入されている。このようなスイスの法的状況によれば、治療義務の限界を厳格に求める姿勢は、必然的に乏しくなる傾向が生じるように思われる¹¹⁰⁾。なぜなら、そのような状況下においては、治療義務の限界よりも、患者の自己決定権に当該問題状況を左右しうだけの重要な意義が付されることになるからである。

確かに、そのような治療義務の限界を医学的に確定することが何よりも困難であるならば(要は、「いつ患者が死ぬのかなんて医者にだって分かるはずがない」のであれば)、そこに厳格な客観性を求めないかたちで形成されたスイスの法文化は、むしろ現実的であるといえるかもしれない。我が国とスイスを比較した場合、この自己決定権と治療義務の限界という両概念の関係性を巡り、その背景的考えが大きく異なるように思われる。

(3) 適正な手続保障

また、我が国では、治療中止に際して、そこで当事者の了解が得られるように事実的前提を慎重なかたちで確認していく手続も重視する見解が有力に主張されている¹¹¹⁾。

己決定権のみに依拠した解決法に関しては、強い疑問が示されている。

110) ただし、スイスにおいても、治療義務の限界を医学的に判断することは全く不要と考えられているわけではない。その点は、前掲注(52)で示したようなスイス医学アカデミーのガイドラインが設定されていることから明らかである。

111) 例えば、辰井・前掲注(103)227頁以下参照。我が国における代表的なガイドラインの意義に関しては、前田正一「終末期医療における患者の意思と医療方針の決定」甲斐克則(編)『終末期医療と医事法』信山社(2013)17頁以下参照。町野朔『生と死、そして法律学』信山社(2014)352頁においても、川崎協同病院事件の最高裁決定は、死期の切迫性を要件としておらず、むしろ「その回復可能性や余命についての確な

この点、スイスにおいて、そのような刑法上の議論は、ドイツと同様に、民法上の事前指示制度又は医療代理による意思推定の規定を意識しながら展開されてきた。確かに、この患者の自律を人生の最終段階においても反映させる制度により、自己決定権の可能性を促進しようとしてきた民法上の規定は、法秩序の統一性という観点から、刑法的にも妥当なかたちで解釈・運用される必要がある。まさに当地では、その調整が重要な問題として議論されている。

しかし、我が国では、未だ、このような民法上の法整備すら停滞している¹¹²⁾。この現状から鑑みれば、スイスと同様の論証を展開する前提自体が我が国では形成されていないともいえよう¹¹³⁾。その意味でも、スイスの議論内容は、先駆的な内容を有しているように思われる。そこでは、刑法のみならず、民法に関する動向も含めて、今後におけるスイスの議論状況を慎重に見極める必要性があろう。

判断を下せる状況になかった」という判決文の言い回しに着目して、医療行為における適正な手続保障が重要視されている。また、井田・前掲注(103)139頁以下では、手続が適正であることは、実質的に正しい判断であったことを推測させるにすぎない一方で、場合によっては、その適正さを理由として、行為不法を欠落させ、違法性阻却が認められることもある旨が指摘されている。

112) ただし、患者の意思推定は、事前指示や医療代理のような民法上の法制度がなければ全く有効性を見出せないわけでもない。この患者の意思推定に関して、我が国における刑法上の許容性を展開するものとして、佐伯仁志「末期医療と患者の意思・家族の意思」樋口範雄(編)『ケース・スタディ生命倫理と法(第2版)』有斐閣(2012)71頁以下参照。

113) この点に関する「文化の違い」を指摘するものとして、井田・前掲注(103)140頁参照。

《資料》

スイス民法における事前指示・医療代理関連条文¹⁾

神 馬 幸 一 (訳)

スイス民法典 (Schweizerisches Zivilgesetzbuch) (2017年1月1日版)

第2部 家族法

第3章 成年者保護

第10節 法律による自己のための配慮と処置

第1款 自己のための配慮

第2目 患者の事前指示

(A. 患者の事前指示)

- 第370条 ① 患者の事前指示において、判断能力²⁾を有する者は、自分が判断無能力になったとき、どのような医療的処置に同意するか、又は同意しないかを指定しておくことができる。
- ② 判断能力を有する者は、自分が判断無能力になったとき、その医療的処置に関して、自然人を指名しておくことができ、その自然人は、処置にあたる医師と医療的処置に関して協議し、代理として医療的処置を決定しなければならない。判断能力を有する者は、その自然人に指示を付与することもできる。
- ③ 指名した者が任務に適さない場合、その者が委託を受理しない場合、又は解任された場合に備えて、判断能力を有する者は、追加的な事前指示をすることができる。

1) 訳出に当たっては、本号同時掲載の論稿「消極的臨死介助(延命処置を諦めること)に関するスイスの議論状況」における脚注(7)で掲げた文献を参考にした。

2) 「判断能力(Urteilsfähigkeit)」に関しては、前掲注(1)の論稿における脚注(14)で掲げた文献を参考にした。その詳細は、スイス民法第16条以下において規定されている。

(B. 作成と撤回)

- 第371条 ① 患者の事前指示は、書面で作成され、作成日が付され、署名されなければならない。
- ② 患者の事前指示を作成した者は、その事実及び保管場所を被保険者証に登録させることができる。連邦参事会は、特に登録情報の入手方法も含めて、必要な規定を定める。
- ③ 事前配慮委託³⁾の撤回に関する規定を準用する。

(C. 判断無能力の発生)

- 第372条 ① 患者が判断無能力となるか、又は患者の事前指示における有無が不明のとき、処置にあたる医師は、被保険者証に依拠して、その事実を明らかにしなければならない。緊急の場合は、この限りではない。
- ② 患者の事前指示が法律の規定に抵触する場合を除き、又は患者の事前指示が患者における自由な意思に依拠していることに関して、若しくは推定される意思に適合することに関して、根拠ある疑いが生じている場合を除き、医師は、患者の事前指示に従う。
- ③ 医師は、患者の事前指示に従わなかったとき、その理由を患者記録書類に残しておく。

(D. 成年者保護官庁の介入)

- 第373条 ① 患者と密接な関係にある各人は、成年者保護官庁に対して書面で助力を求めることができ、次のことを主張できる。
1. 患者の事前指示が相当ではないこと、
 2. 判断無能力者の利益が危険に晒されていること又は既に守られていないこと、

3) 「事前配慮委託 (Vorsorgeauftrag)」は、我が国の任意後見制度に相当する制度とされる。その詳細は、スイス民法第360条以下において規定されている。当該制度により、本人は、判断能力が失われた場合に備えて、財産管理、身上監護等を代理人に委託することができる。

3. 患者の事前指示が自由な意思に依拠していないこと。
- ② 事前配慮委託における成年者保護官庁の介入に関する規定を準用する。

第2款 判断無能力者のための法律による処置

第2目 医療的処置における代理

(A. 治療の計画)

- 第377条 ① 患者の事前指示において、判断無能力者が治療に関する意思を表示していなかったとき、処置にあたる医師は、医療的処置における代理権限者の協力を得て治療計画を作成する。
- ② 医師は、代理権限者に対して、特に判断根拠、目的、方法、各種検査様式、リスク、副次的な作用及び費用、治療を行わない場合の帰結並びに代替する治療の可能性も含めて、予測される医学的処置に鑑み、重要とされる全ての状況に関して、その情報を提供する。
- ③ 可能な限り、判断無能力者も当該決定に関与させる。
- ④ 治療計画は、進行中の展開に適合させる。

(B. 代理権限者)

- 第378条 ① 次に列挙する者は、順に判断無能力者を代理し、予測される通院又は入院における医療的処置に関して、同意を付与又は拒否しなければならない。
1. 患者の事前指示又は事前配慮委託において指名された者、
 2. 医療的処置における代理権限を有する補佐人⁴⁾、
 3. 配偶者若しくは登録パートナーとして、判断無能力者と共同世帯を営む

4) 「補佐 (Beistandschaft)」制度は、我が国の成年後見制度に相当する制度とされる。ただし、我が国の「後見」・「保佐」・「補助」制度とは異なり、スイスの「補佐」制度は、原則として、本人における行為能力の制限を伴わない点が特徴的とされる。その詳細は、スイス民法第388条以下において規定されている。

者又はその者を日常的に人的なかたちで補佐する者、

4. 判断無能力者と共同世帯を営む者又はその者を日常的に人的なかたちで補佐する者、
 5. 子孫として、判断無能力者を日常的に人的なかたちで補佐する者、
 6. 両親として、判断無能力者を日常的に人的なかたちで補佐する者、
 7. 兄弟姉妹として、判断無能力者を日常的に人的なかたちで補佐する者。
- ② 代理権限者が複数存在するとき、善意の医師は、各人が他者の了解を得て行動しているものと推定することが許される。
- ③ 患者の事前指示において指示が欠けているとき、代理権限者は、判断無能力者の推定的意思及び利益に従って決定する。

(C. 緊急の場合)

第379条 緊急の場合、医師は、判断無能力者の推定的意思及び利益に従って医療的処置を実施する。

(D. 精神障害の治療)

第380条 判断無能力者の精神病院における精神障害の治療は、保護的収容⁵⁾に関する規定に従って実施する。

(E. 成年者保護官庁の介入)

第381条 ① 代理権限者が存在しないか、又は代理権の行使を希望しないとき、成年者保護官庁は、代理補佐人⁶⁾を設ける。

5) 「保護的収容 (fürsorgerische Unterbringung)」は、行政処分的な意味合いを有する強制入院制度である。その詳細は、スイス民法第426条以下において規定されている。

6) 「代理補佐 (Vertretungsbeistandschaft)」は、前掲注(4)における補佐制度の一類型である。民法第394条及び第395条において規定されている。代理補佐人は、本人を代理する者である一方で、本人の行為能力は、原則的に制限されない。もっとも、代理補佐人の行為は、本人の行為とみなされ、本人にも帰責されることから、その意味において、事実上、行為能力が制限されているとも考えられている。

- ② 成年者保護官庁は、次の場合、代理権限者を指定するか、又は代理補佐人を設ける。
1. 誰が代理権限者か不明である場合、
 2. 代理権限者間において相違する見解がある場合、又は、
 3. 判断無能力者の利益が危険に晒されている場合又は既に守られていない場合。
- ③ 成年者保護官庁は、医師の申立て若しくは他の密接な関係にある者の申立てにより又は職権により行動する。