

## 資料

# 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——

神 馬 幸 一

### 一 概説

近時、ドイツ連邦通常裁判所が人工的栄養補給処置の中止に関する刑事事件として、興味深い判決を下した (BGH Urt. v. 25. Juni 2010 - 2 StR 454/09 = NJW 2010, 2963 = NStZ 2010, 630)。この事件は、ドイツ国内で一般的に「Putz 事件 (Der Fall Putz)」と呼ばれている。この通称は、本件の被告人であり、医事法を専門とする弁護士でもある Wolfgang Putz 氏に由来する<sup>(1)</sup>。本件で問題とされた状況は、五年近く昏睡状態にあった被害者 (Erika Küllmer) に対し、民法上の「世話人 (Betreuer)<sup>(2)</sup>」に任命された娘

(Elke Gloor) が本件被告人である Putz 氏の助言に応じて、胃瘻の管を切断したというものである。結局のところ、この切断行為は、被害者の死亡という結果を惹き起すこともなく、被害者は、その後も、数週間、生き続けた (原審のフルダ地方裁判所判決では、娘の Gloor 夫人は、無罪となり、Putz 氏は、故殺未遂罪の共同正犯で有罪とされ、執行猶予付きの自由刑が言い渡されていた)。被害者は、人工的栄養補給処置の中止を判断能力がある時期に口頭で表示していた。このことを主たる根拠として、被告人は、無罪を主張し、それに関する連邦通常裁判所としての判断が求められていた。

本件は、このような被害者の状況（死期が切迫していない段階、生命維持のための医療的処置に対する口頭での事前の拒否的意思表示）に関して、ドイツにおける従前の判例を考慮に入れながら、解決困難な法的問題に一定の結論を述べるものである。<sup>(3)</sup> 従前の判例と異なる点としては、今回、初めて第三次世話法改正以後における新しい民法第一九〇一条 a 以下と刑法との関連性が論じられたことが指摘できる。<sup>(4)</sup> この新しい民事法上の制度は、ドイツにおける従前の判例・医療実務の動向を考慮に入れて、二〇〇九年九月より施行されたものであり、いわゆる「患者の事前指示 (Patientenverfügung・リヴィング・ウィルに相当するもの)」に関する法制度を定めたものである。そこには、患者の推定的意思に関する手続規定も含まれている。<sup>(5)</sup> このような民事法上の規定が「法的秩序の統合（本判決二五段落）」という観点において、刑法上、どこまで影響を及ぼし得るものなのかという論点が本判決では整理されることになった。<sup>(6)</sup>

日本では、ドイツにおけるような患者の事前指示に関する世話人制度が整備されていない状況にあるので、そのままのかたちでドイツの議論を適用することはできない。しかし、本件は、いわゆる「川崎協同病院事件」最高裁決定<sup>(7)</sup>

が示された後においても、終末期医療の在り方を巡り、混沌としている日本の法的状況に対し、一定の示唆を有するものとも思われる。本稿では、このドイツにおける新しい動向を正確に理解するために、まずは、参考資料として、本件判決文を訳出するものである。最後に、本件に対するドイツ国内での反応を幾つか紹介するに留め、この判例に関する詳細な検討は、他の機会に期したい。

## 二 判決文（翻訳）

### 連邦通常裁判所二〇一〇年六月二五日判決<sup>(8)</sup>

#### 判決要旨

- 一 一旦、開始された医療的処置の不作為、制限又は終結（治療の中止）による臨死介助は、これが事実的な患者の意思又は推定的な患者の意思に合致し（民法第一九〇一条 a）、かつ、治療しないことで死に至る病気の進行が成り行きに任せられる場合、適法とされる。
- 二 治療の中止は、不作為のみならず、積極的な作為によっても行うことができる。
- 三 ある者の生命に対する意図的な侵害が医療的処置の中

止に関連しないものならば、それを同意により適法とすることはできない。

主文

一 被告人の上告において、二〇〇九年四月三〇日におけるフルダ地方裁判所の判決を破棄する。

被告人は、無罪。

二 検察の上記判決に対する上告は、理由がないものとして、棄却する。

三 訴訟費用及び被告人の必要経費は、これを国庫が負担する。

判決理由

[1] 地方裁判所は、被告人に対し、故殺未遂の罪で九月の自由刑の判決を下し、その執行を猶予した。被告人は、法令違反の申立てによる上訴において、この原審判決の破棄及び被告人の無罪を主張した。検察は、法令違反の申立てによる検察側の上訴において、被告人の不利益になるように、量刑に関する異議を唱えている。この被告人の上訴は、その全部において、認容され、検察の主張には理由がないものとされた。

A

[2] 地方裁判所は、次のように事実認定している。

[3] 被告人は、弁護士であり、医事法を専門分野とし、特に緩和医療に精通している者である。二〇〇六年から被告人は、一九三一年生まれのE・Kの二人の子供、すなわち、原審の共同被告人であるGに加え、その間に死亡した弟のP・Kに対し、助言する立場にあった。<sup>(9)</sup>

[4] 二〇〇二年一〇月からK夫人は、脳出血による昏睡状態にあった。彼女は、その時点より、B・H地区「ヘッセン州のBad Hersfeldの<sup>(10)</sup>」にある老人養護施設で介護され、いわゆる経皮内視鏡的胃瘻造設術により、腹壁を通して人工的に栄養が補給されている状態であった。骨折したことで二〇〇六年に左腕を切断したK夫人は、二〇〇七年一二月の時点において、身長一・五九m、体重四〇kgという状態であった。健康状態の改善は、もはや期待することができなかった。

[5] G夫人は、二〇〇二年に彼女の父<sup>(10)</sup>が脳出血に倒れ、その際、かろうじて重篤な健康侵害を受け無かったことを受けて、二〇〇二年末、彼女の母「K夫人のこと」に対し、K夫人の身に何か不幸なことが起こった場合、彼女

とその弟は、どのように振る舞うべきかを質問した。その質問に対する答えとして、彼女〔K夫人のこと〕が意識不明になり、もはや何も発話できなくなったような場合、彼女〔K夫人のこと〕は、人工的な栄養補給及び人工呼吸のような延命処置を希望しておらず、何か「複数の管」に接続された状態にはしないで欲しいと述べていた。

[6] 当初は、K夫人のために、彼女の夫が世話人に任命され、その後に職権で選任された女性の職業世話人の援助を受けるようになった。その被世話人の夫が死亡した後、二〇〇五年末より、彼女の世話は、この職業世話人一人により引き受けられていた。二〇〇六年三月にG夫人は、この職業世話人に対し、母親が尊厳をもって死ぬことができるように胃瘻の取り外しを彼女とその弟が希望している旨を伝えた。この際に、G夫人は、二〇〇二年九月における彼女の母との間で取り交わされた会話の内容を告げた。しかし、その内容は、これを彼女〔K夫人のこと〕の夫と協議し、その後、書面に記して欲しいとの娘の懇願にもかかわらず、文書化されることはなかった。この職業世話人は、被世話人の不明確な推定上の意思を根拠にして、胃瘻を取り外すことを拒否し、その間に委

任を受けた被告人〔P・E・S氏のこと〕の度重なる介入に對しても、それを拒否する態度を採り続けた。

[7] 被告人は、その後においても、G夫人とその弟と共に人工的な栄養補給の中止のために尽力した。彼の申立てにより、この二人の子供は、二〇〇七年八月において、母のための世話人に任命された。担当の家庭医によれば、人工的な栄養補給は、医学的適応がなく、もはや継続すべきではないという所見を有しており、この世話人の見解に賛同していた。しかし、このような尽力は、老人養護施設の施設長と施設職員の抵抗にあった。人工的な栄養補給の中止に関する医師の明確な指示が介護職員により従われなかったことを受けて、施設長は、最終的にある妥協を提案した。それは、全ての関係者における道徳的観念が正当化されるように、G夫人とP・K氏が自ら胃瘻による栄養補給の中止を行い、必要な緩和的処置を実施し、死に至る母に付き添わなければならない間に、職員も狭義における介護活動が続けるといふものである。被告人との協議を経て、G夫人とP・K氏は、これを了承した。

[8] それに従って、G夫人は、二〇〇七年一月二〇日に胃瘻による栄養補給を終結し、同様に水分補給も制限し

た。しかし、翌日において、施設管理会社の社長が施設長に対し、即座に人工的な栄養補給を再開するように指示した。G夫人とP・K氏<sup>16</sup>は、これに同意しない場合には、施設への立ち入りを禁止すると警告された。これに関して、被告人は、同日中に電話で、施設の胃瘻による栄養補給の違法な継続に対し、効果的な法益保護は、もはや短期間の内に期待できる状況にはないとして、直接、腹壁上に出ている胃瘻の管を切断することを二人に助言した。その状況において、彼〔被告人のこと〕は、どの病院も新しい胃瘻の管を挿入する権限を有するはずがなく、そのことから、K夫人は、死に至ることができるとのという法的評価を下した。G夫人は、このような助言に従い、その助言の数分後に彼女の弟の力を借りて、その管を切断した。それから更に数分後、そのような状況を介護職員が発見し、施設長が警察への介入を依頼した後、彼女の子供達の意思に反して、検察官は、K夫人を病院に搬送する命令を下し、新しい経皮内視鏡的胃瘻造設術の管が挿入され、人工的な栄養補給が再び開始された。その病院において、彼女は、二〇〇八年一月五日に、その病気を起因として自然死を迎えた。

B

[9] 地方裁判所は、二〇〇七年二月二日にG夫人と共同して惹起された積極的な作為による故殺未遂という被告人の行為は、K夫人の推定上の意思によるものでも、緊急救助の原則又は正当化緊急避難として適法化されるものでもないと判示した。同様に、免責的緊急避難にも該当しないとされた。この行為が法的に許容されるかに関する錯誤<sup>17</sup>において、彼は、この分野〔医事法〕を専門とする弁護士であり、そのような状況を避けることができたとされたとされた。

[10] 共同被告人であるG夫人に対し、被告人の法的助言を勘案すれば、法的に許容されるかに関する錯誤は、彼女において回避しえないものであり、従って、その行為に責任を問うことはできないとして、無罪が言い渡された。

C

[11] I 被告人の上訴

[12] 被告人は、その上訴において、実体法違反を主張する。この違反は、原審の破棄及び被告人の無罪を導くものである。被告人Pの行為及び刑法第二五条第二項〔共同正犯に関する規定〕により彼に帰責され、彼の助言により

行われた前述の共同被告人Gによる経皮内視鏡的胃瘻造設術の管の切断に関して、それが故殺未遂として、同意によっても、他の適法化事由における介入の理由付けによっても、正当化されないとする地方裁判所の前提は、法的審査の結論として維持できない。

[13] 一 有罪判決の根拠として認定された行為に先行する一連の状況の明確な法的評価が地方裁判所では行われていない。しかし、世話人の意思及び被害者の自己決定権を法的に侵害しているという担当医の意見に反して、施設経営者により人工的な栄養補給が意図的に再開されたとする原審の見解は、それに先行する栄養補給の終結が適法であることを前提としている。この点に関する地方裁判所の所論は、妥当である。

[14] a 既に一九九四年九月一三日判決 (I StR 357/94 = BGHSt 40, 257, 261) 「つわゆる「ケンプテン事件」のこと」において、連邦通常裁判所刑事第一部は、回復不能な状態の重篤な脳損傷を受け、判断能力のない患者に関して、世話人に任命された息子と担当医の協議により人工的な栄養補給を中止した事件に判断を下している。そこにおける判決理由の説明によれば、本件と同様に、死に至る経過が切迫したものではないことから、刑事第

一部が事実認定したように、その事件は、当時のドイツ連邦医師会の「臨死介助のための指針」(Deutsches Ärzteblatt 1993 B-1791 f.を参照)の基準で言われるところの「消極的臨死介助」には当たらないとされた。それにもかかわらず、連邦通常裁判所は「本件のような限界事例における特段の事情を鑑み、医療上の治療又は処置の中止により死に至ることに關して、その患者が中止に推定的な同意を与えていた限りで、例外的に、その中止の許容される余地が当初より排除されているわけではない。このような状況においては、患者の自己決定権が尊重されるべきであることから、その意思に反して、医療上の治療は、原則的に開始されるべきでもなく、継続されるべきでもない」と判示している (BGHSt 40, 257, 262)。

[15] しかし、失外套症候群に罹患した患者に関する二〇〇三年三月一七日決定 (XII ZB 2/03 - BGHZ 154, 205 = NJW 2003, 1588) 「つわゆる「リューベック事件」のこと」において、連邦通常裁判所民事第七部は、同意能力のない患者の生命維持又は延命処置の不作為に關して、それが事実上表示されるか、推定される患者の意思に合致することに加え、起因となる病気が「死に向かう不可

逆的な経過」を辿っていることを要件としている。このことから、いわゆる「消極的臨死介助」の許容性に関して、この連邦通常裁判所における民事の判例と刑事の判例の間には、方針転換が図られたものと学説は、度々にわたり推論してきた(例えば、Höfling/Rixen JZ 2003, 884, 885 ff.; Ingelinger JZ 2006, 821; Otto NJW 2006, 2217, 2218 f.; Saenger MedR 2004, 237, 240 f.; Sternberg-Lieben in FS für Eser (2005) S. 1185, 1198 ff.; Verrel, Gutachten zum 66. DJT, 2006, C 43 ff.を参照)。このような見解は、二〇〇五年六月八日における民事第七部の費用に関する決定 (XII ZR 177/03 - BGHZ 163, 195 = NJW 2005, 2385) が出された後であっても、維持されるものと考えられていた。この決定では、世話人と医師において更なる栄養補給をするべきではないと意見が一致している場合、施設経営者は、判断能力のない失外套症候群に罹患した患者において、その世話人により拘束力を有するかたちで表示された患者の意思に反し、人工的な栄養補給を継続する権限を有するわけではなく、その点に関して世話裁判所も判断を下すべきではないとされていた。そして、その決定によれば、起因となる病気により死が切迫していると推定される段階に達していることも前提と

はされていなかったのである。

[16] これらを通して、患者の意思を根拠とする生命維持治療の終結を許容する要件と射程範囲の不明確性が公的にも認知され、二〇〇九年七月二九日の世話法第三次改正 (BGBl I 2286) により、少なくとも民法第一九〇一条 a 第三項の限りにおいては、病気の種類及び段階は、(もはや)重要視されないという結論に至った(これに関する詳細は、後述)。

[17] b しかし、地方裁判所における所論が妥当とされたように、前述の共同被告人及びその弟により不作為ないしは栄養素を含有する液体の流入を制限することによる人工的な栄養補給の終結に関して、それが行為時点で一般的に認められた権利を根拠として許容された理由は、いわゆる「消極的臨死介助」において適法な治療の中止のために求められる公認された要件に該当したからである。本件では、同意能力が失われる段階の以前において明示的に述べられた真摯な意思が疑いなく事実認定できることから、個別の事案では、事実認定が困難とされるような (BGHSt 40, 257, 260 f.) 被害者の推定的な意思が問題とされることはない。世話人と担当医の間で人工的な栄養補給の中止が患者の意思に合致するものであると

いう相互理解が形成されている。このような要件下においては、世話裁判所の許可を求めることもなく、又は、そのような世話裁判所の命令が下される必要もなく、人工的な栄養補給の継続中止は、許容されるのである。

[18] 本件で施設長の通報により人工的な栄養補給が再開されたことに関して、それが患者における身体の完全性及び自己決定権を違法に侵害するものであると地方裁判所が判示するところに法的な誤りはない。この行為時点における通説的な法解釈によれば、患者の自己決定権を排除する権限及び身体の無瑕性という憲法上保障された権利を独断で侵害する権限は、施設との契約においても、施設長又は介護職員の良心の自由（基本法第四条第一項）においても付与されていない（BGHZ 163, 195, 200; Dirksen GesR 2004, 124, 128; Höfling JZ 2006, 145, 146; Hufen NJW 2001, 849, 853; ders. ZRP 2003, 248, 252; Ingelfinger JZ 2006, 821, 829; Lipp FamRZ 2004, 317, 324; Müller DNotZ 2005, 927, 928 f.; Sternberg-Lieben in FS für Eser (2005) S. 1185, 1203; Uhlenbruck NJW 2003, 1710, 1711 f.; Verrel, Gutachten zum 66. DJT, 2006, C 41 ff.; Wagenitz FamRZ 2005, 669, 670 f.; その他 OLG München NJW 2003, 1743, 1745; LG Traunstein NJW-RR

2003, 221, 224 を参照)。

[19] 二 地方裁判所が有罪判決を言い渡す際、被告人及び共同被告人の行為に関して、それが人工的な栄養補給の違法な再開を阻止し、そこにおいて身体の無瑕性及び自己決定権の侵害を回避しようとしたことを理由に、緊急救助〔正当防衛の一種〕（刑法第三二条）の規定により正当化されるという論拠を地方裁判所が否定したことは、妥当である。確かに、前述の通り、被告人及び世話人においては、刑法第三二条の意味での正当防衛状況が生じており、刑法第三二条第二項で正当化されるようにも思われる。しかし、本件において、その防衛行為は、その侵害者の法益（管の切断による器物損壊）に対してのみならず、更に高次のものとされる被侵害者の別個の法益に対しても向けられたものであった。この被侵害者の生命という法益に対する侵害は、その同一人物における身体の無瑕性と自己決定権という侵害に対する緊急救助として、明らかに正当化されるものではない。それは、独立した法益侵害として、緊急救助の状況に左右されない固有の正当化事由を求めるものである。

[20] 同じく、地方裁判所の所論において妥当とされるように、本件における被告人の侵害は、刑法第三四条〔正当

化緊急避難に関する規定」の意味における現在の危難に脅かされている者の身体の無瑕性及び自己決定という法益のために、その侵害が被害者の高次の法益（生命）に対しても向けられていることから、刑法第三四条による緊急避難の観点からの正当化も排除される（反対説として Otto, Gutachten zum 56. DJT, 1986, D 44 ff.; Merkel ZStW Bd. 107 (1995) S. 454, 570 f.; ders., Frühenthanasie (2000) S. 523 ff.; Neumann NK-StGB vor § 211 Rn. 127; H. Schneider in MüKo-StGB vor §§ 211 ff. Rn. 111 f.; Chr. Schneider, Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung 1998 S. 242 ff.)。同様に、刑法第三五条〔免責的緊急避難に関する規定〕又は「超法規的」緊急状況という観点からの判断も排除される。

[21] 三 したがって、本件における殺人行為は、世話人であるK夫人の子供に対して有効になされた被害者の意思においてのみ、すなわち、人工的な栄養補給を中断し、その継続又は再開を行わないとする彼女の意思においてのみ、適法化することができる。

[22] 従前の連邦通常裁判所が判断した事案とは異なり、人工的な栄養補給の再開を回避しようと直接的な生命の終

結を意図した先の共同被告人における特段の事情に関して、地方裁判所は、その事情が法的な誤りなく刑法第二五条第二項により固有の行為として被告人に帰責しうるとし、原則として、その行為は、不作為ではなく、積極的な作為であると判示されている。このような事案に関して、従前の判例における「臨死介助」の観点の下では、直接的な生命終結の処置に正当化の余地はないとされている。この点に関して、当法廷は、二〇〇九年七月二九日の第三次世話法改正 (BGBl I 2286) により改正された民法の状況を鑑み、従前の見解を維持しない。

[23] a 立法者は、二〇〇九年七月二九日において、法により治療の限界を設定する患者の意思に関する世話法の枠組、いわゆる事前指示法 (BGBl I 2286) を制定した。二〇〇九年九月一日から施行されている同法は、とりわけ権利と行動の保障を達成することを目的としている (Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses BT-Drucks. 16/13314 S. 3 f. 及び 7 f. を参照)。この新しい法的秩序は、一方で、医療的処置を拒否する権利に加え、場合により必要不可欠とされる延命処置をも拒否することを含む憲法上保障された個人の自己決定権を指導原理とし、他方で、刑法第二一二条及び第二一六条の刑法的

規範のみならず、憲法的にも保護される人間の生命を指導原理とする。

[24] このような原理間での比較衡量において、第三次世話法改正の立法者は、広範な協議と聴聞の機会に多くの知見と様々な種類の意見を基礎として、実際に同意能力のない患者において、事実上又は推定上、おおよそ具体的に治療の希望に関して表現された意思は、その病気の種類及び段階とは無関係に拘束力を有するものであり、それに世話人のみならず、担当医も拘束されると判断した (§ 1901a Abs. 3 BGB; 法案の理由に関しては、BT-Drucks. 16/8442 S. 11 f.; Diederichsen in Palandt BGB 69. Aufl. § 1901a Rn. 16 ff. u. 29 を参照)。医療処置の実施、不作為又は中止の判断に関して世話裁判所の許可が必要とされる場合は、医師及び世話人又は自らの意思を表示する能力のない患者の意思若しくは処置の医学的適応に関して権限が受任された者との間で見解の相違があるときに限定される (民法第一九〇四条第二項及び第四項)。これに関して、民法第一九〇一条 a 以下の規定は、被世話人における事実上又は推定上の意思を審査する世話裁判所の手続を含んでいる (これに関しては、Diederichsen aaO Rn. 4 ff. u. 21 ff.; Diehn/Rebhan NJW

2010, 326; Höfling NJW 2009, 2849, 2850 f. を参照)。

[25] b このような新しい規定は、刑法においても、その効力を展開するものである。確かに、世話法は、文言上、広範で多大な影響を事案形成に関係するものであっても、立法者の意思によれば、殺人の禁止に対して許容される臨死介助の限界に関する刑法独自の規制を包含するものではなく、もちろん、そのような世話法の条文には、刑法第二一二条と第二一六条の規定に言及しないものとされている (BT-Drucks. 16/8442 S. 7 f. u. 9 を参照)。そうであっても、民法第一九〇一条 a の文言が原則的に無制限で様々な世話法上の事案形成を考慮に入れていることを鑑みれば、殺人行為における刑法的な適法化の問題が単に民事法に付随する問題として扱われるに留まらないことは、既に明らかなことである。どこに適法化される同意の限界線が引かれ、どこからが要求に基づく可罰的な殺人の領域に至るのかは、同意により適法化される身体傷害の射程範囲 (刑法第二二八条) の問題と同様に、刑法上の特殊な問題であり、それに関しては、原則として自律的な実体刑法の基準に従いながらも、憲法的秩序の観点と他の法領域の規定との関係性の中において、その判断が下されなければならないものである (同様

に、 Verrel, Gutachten zum 66. DJT, (2006) C 34 ff. und 57 ff.; AE-Sterbebegleitung GA 2005, 533, 564 も参照。反対説として、 Lipp FamRZ 2004, 317; Neumann/Saliger HRRS 2006, 280, 284; 前の世話法における開かれた問題として、 Bernsmann ZRP 1996, 87, 90)。立法者の意思によれば、民法第一九〇一条 a 以下の規定により、このような限界線上の力関係に変化がもたらされるべきではないとされた (BT-Drucks. 16/8442 S. 9)。しかし、民法一九〇一条 a 以下は、自ら意思表示することが(もはや)できない状態にある患者の自己決定権の実現化を手続的に保障することをも含んでいる。それらの規定は、同意能力のない状態に至った時点において、その意思を有効とし尊重することを保障するものである。全ての当事者のために、ここで目指される保障目的を明確に達成しようとする新規規定において、法的秩序における統合的な観点の下で (Reus JZ 2010, 80, 83 f.)、生命終結の原因となる行為に関する可能な適法化の限界付けが考察されなければならない。

[26] 四 地方裁判所は、その解釈によれば、いわゆる消極的臨死介助として、更なる人工的な栄養補給の不作為が従前の法では許容されうるのであり、本件では、その要

件が具備されておらず、被害者である患者の意思により、被告人及び共同正犯者が適法とされることを拒否している。すなわち、経皮内視鏡的胃瘻造設術の管の切断は、積極的な行為として評価されることから、患者の同意による適法化の効果は、否定されるとする。

[27] a このような見解は、従前の判例及び学説において圧倒的に支持された解釈であり、そこでは(一定の条件下で)許容される「消極的」及び「間接的」臨死介助に対し、禁止される「積極的」臨死介助を区別しなければならぬとされていた(一般的には、Eser in Schönke/Schröder StGB 27. Aufl. Vorbem. §§ 211 ff. Rn. 21 ff.; Fischer StGB 57. Aufl. vor §§ 211-216 Rn. 16 ff.; Otto NJW 2006, 2217 ff.; Roxin in Roxin/Schroth Handbuch des Medizinstrafrechts 4. Aufl. S. 83 ff.; Chr. Schneider, Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung, 1998 S. 33 ff.; H. Schneider in MüKo-StGB vor §§ 211 ff. Rn. 88 ff.; Schöch in FS für Hirsch (1999) S. 693 ff.; Schreiber NSZ 2006, 473, 474 ff.; Schroth GA 2006, 549 ff.; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis 4. Aufl. (2008) S. 336, Rn. 275 ff. ⑥他⑥文献を参照。同様に Sterbehilfe und Sterbebegleitung,

Bericht der Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz v. 23. April 2004 S. 64 ff.を参照)。それによれば、人工的な栄養補給の単なる中止は、その外見上に生じた印象にかかわらず、少なくとも刑法上、意味のある態度に重きを置かならば、それは積極的な作為ではなく、むしろ不作為であり、「消極的な」態度として看做されていた (BGHSt 40, 257, 265 f.; 以下に同じ) は、同様に Coepplius FPR 2007, 63; Eser aaO Rn. 27 ff.; Fischer aaO Rn. 92 u. 104 ff.; Rn. 92 u. 104 ff.; Helgerth JR 1995, 338, 339; Kutzer NSTZ 1994, 110, 113 f.; ders. FPR 2007, 59, 62; Merkel ZStW Bd. 107 (1995), 545, 554; H. Schneider aaO; Schöch NSTZ 1995, 153, 154; Schroth GA 2006, 549, 550 ff.; Verrel, Gutachten zum 66. DJT, 2006, C 13 ff. u. C 56 f.; Vogel MDR 1995, 337, 338 f.; Weigend in LK 12. Aufl. 8 13 Rn. 8 その他の文献を参照。その基礎付けに関しては、Geilen, "Euthanasie" und Selbstbestimmung, 1975, S. 22 ff.)。許容されるべき「消極的臨死介助」は、この従前の通説的見解による区別の論拠に従って、常に法的意味における不作為 (刑法第一三条) を要件としている。すなわち、それによれば、本来的な意味における積極的行為は、常に刑法第二一二条及び第二一六条の意味におけ

る違法な殺人行為として可罰的なものとされていた (Helgerth JR 1995, 338, 339 を参照)。

[28] b 被害者である患者の同意又は推定的同意に伴って惹起される死に関する適法と違法との限界において、この作為と不作為の外見上に生じた態様を重要視する基準を当廷は、維持しない。

[29] a a この点に関して、連邦通常裁判所の判例は、義務違反の不作為が同様に刑法第二一六条の構成要件を充足できることを理由に、それ自体、過去において一貫した態度を有していなかった (BGHSt 13, 162, 166; 32, 367, 371) [BGHSt 13, 162 は、姑の自殺不阻止に関する事件。BGHSt 32, 367 は、いわゆる「ヴィティヒ事件」のこと]。このことが既に、許容される態様と禁止される態様の間における限界に関して、その境界線が外見上の行為の性質のみに見出されるわけではないことを示している。法は、刑法第一三条第二項において、不作為により結果が惹起された場合を任意的減輕と規定していることから、確かに結果回避的な行為が求められる場合の義務違反的不作為と積極的に結果を惹起する作為とにおいて、根本的に重要な区別を設けている (Kargl GA 1999, 459 ff.; Ulsenheimer aaO S. 336 を参照)。しかし、このような

一般的な区別が適用される可能性があったとしても、生命が問題とされる状況の場合、そこにおいて作為と不作為は、価値的に同等に評価されることが求められるのであるから、結局のところ、問題は、未解決のまま残されるのである。

[30] b b 許容される臨死介助と刑法第二一二条及び第二一六条により可罰的な殺人の間における限界を積極的な行為と消極的な行為という自然主義的な区別の基準により決定することは、有意義ではない。このような現実により相反する規範的評価において経験される解釈、すなわち、人工呼吸器の停止のような事実上積極的な行為が「消極的臨死介助」に当たるものとして法的に正当化してよいとする目的から「規範的な理解における不作為」とされることは、過去においても正当に批判され、独断的な許されざる「技巧」として拒否されてきた(例えば、Fischer StGB 57. Aufl. vor §§ 211-216 Rn. 20; Gropp in GS für Schlüchter (2002) S. 173, 184; Hirsch in FS für Lackner (1987) S. 597, 605; Kargl GA 1999, 459, 478 ff.を参照)。

[31] そのような積極的な作為の規範的な不作為という価値評価の転換は、眼前の問題を正当化するものではない。

本質的及び社会的な意味内容によれば、「治療の中止」が単なる無為であるということは、論じ尽くされてしまった。すなわち、それは、多くの積極的な行為と消極的な行為が整然としたかたちで理解されるわけではなく、刑法第一三条の不作為に関して学説と判例が展開してきた基準が問題を有するものであり、部分的には、単なる偶然に左右されるものであったということになる。したがって、医療的処置の終結に係る全ての行為を規範的で価値評価的な治療の中止という上位概念の下に統合することは、有意義であり、必要不可欠である。その上位概念には、客観的な行為要素に加え、主観的には、既に開始されてしまった医療的な治療処置を患者の意思に従うように全体として終局させ、又は、その被害者若しくは世話人の意思に合致する範囲で必要とされる介護及び医療的処置の必要条件を制限するという行為者の目的設定をも含む(1)の「積極的な治療の中止」の概念について、Jähnke in LK-StGB 11. Aufl. vor § 211 Rn. 18を参照。類似の見解として Roxin in Roxin/Schroth Handbuch des Medizinstrafrechts 4. Aufl. S. 94 f.; § 214 AB-Sterbehilfe 1986 und § 214 AB-Sterbebegleitung GA 2005, 552, 560 f. sowie Nr. II u. III der Grundsätze der

BÄK zur ärztlichen Sterbebegleitung, Fassung 2004 を参照)。なぜなら、患者により治療の不作為が要求されている場合、人工呼吸器の停止又は栄養補給管の除去というように記述される行為は、更なる治療処置の不作為であろうが積極的な作為で行われたものであるが、それらは、(もはや) 希望されない治療の終結にとって、等しく同価値なものと評価されるからである。同様のことが本件でも問題とされ、回避されるべきであった患者の意思に(もはや) 合致しない医療処置の再開にも当てはまる(例えば、Eser in Schönke/Schröder/Eser StGB 27. Aufl. vor § 211 Rn. 31 f.; Roxin NSfZ 1987, 345, 350; LG Ravensburg NSfZ 1987, 229)。

[32] c c 外見上の基準による積極的行為と消極的行為の区別は、患者の意思による医療的処置の不作為又は中止を承認する限りにおいて、事実即ち個別具体的な正当化の要求に応じる限界を画するために適切ではないことから、このような区別を踏み台にして、別の基準が当てはめられなければならない。この基準は「臨死介助」及び「治療の中止」の概念自体から明らかにされることに加え、憲法的秩序を背景とする被害者の法益においての比較衡量からも明らかにされる。

[33] 治療の不作為、制限又は中止による臨死介助の概念は、被害者が生命において危機的な病気に罹患し、当該処置が生命の維持又は延長に関して医療的に適切であることを要件としている。この厳格な関連性においてのみ「臨死介助」の概念は、体系的で刑法的な正当性の意義を有する。これに対して、そのような病気の医療的処置に關連する事柄以外において意図される故意の生命終結的な行為は、同意により当初から適法化されるものではない。すなわち、それは、刑法第二一六条及び第二二八条の範圍から出ないものであり、これらの規定は、我々の法秩序における評価の基礎を構成している。

[34] 臨死介助が同意による行為として適法化されるためには、更に、それが客観的にも主観的にも、直接的なかたちで前述した意味における医療的処置に關連付けられていることが要件となる。ここにおいて生命維持治療の不作為又は中止には、医学的に必要な緩和処置の副作用により死亡時期が潜在的に早まることを甘受するものとして、いわゆる「間接的臨死介助」に類型化される行為も含まれる。

[35] 基本法第一条第一項及び第二条第一項から導かれる個人の自己決定権は、その身体の無瑕性に加え、他者から

の影響が及ぼされない生命及び死の過程において、希望されない侵害に対し、その拒否を正当化するものである。すなわち、医療的処置とは無関係の場面において、第三者が独自の生命侵害を惹起する権利はなく、それを要求することもできない。したがって、同意による適法化は、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) 病気が治療されることもなく、最終的に患者が死に至るに委ねられているような状況を(再び) 生じさせる行為に限定化される場合、考慮されるだけである。これに反して、病気の過程から切り離された生命の終結を意図した侵害の場合は、それに含まれないのである(1)のような区別に関しては、Höfling Jus 2000, 111, 113; Verrel, Gutachten zum 66. DJT, 2006, C 64を参照)。

[36] 積極的な行為と消極的な行為の間で解釈論上の問題性を有しながら、実務的にも適用困難な従前の区別に比して、治療の中止の概念に応じた治療関連性の内在的基準及び治療に関連する被害者の意思の現実化による当該区別は、より優れたものであり、被害者の法益に関する比較衡量に際しての判断を可能にし、全ての関与者のために明確な法的指針を提供するものとなる。

[37] 刑法第二一六条の構成要件的な限界は、ここにおいて

言及されない。これは、第三次世話法改正における立法者の意図において、患者による医療処置の拒否又は続行の禁止を考慮に入れた行為は、刑法第二一六条の意味における要求に基づく殺人と分けて考慮されなければならないと述べられているからである(BT-Drucks. 16/8442 S. 3, 7 f.を参照)。

[38] d d この治療に関連する患者の意思の事実認定のためには、被害者の法益における高度な重要性を配慮に入れないければならず、厳格な基準による証明が当てはめられることになる(BGHSt 40, 257, 260 f.を参照)。(1)とは、書面による患者の事前指示が欠けている際、過去において口頭で表示された患者の意思が問題となる場合、特に当てはまる。民法第一九〇一条a以下の手続規定、特に世話人又は任意代理人と医師ないしは場合により世話裁判所の関与により、必要不可欠な協議が求められることは、このような基準の尊重と維持を保障する。

[39] c この前述された治療の中止に関する適法化原理の適用は、患者を治療する医師並びに世話人及び任意代理人の行為に制限されるわけではなく、むしろ医師、世話人又は任意代理人から治療及び世話を求められた介護補助要員として、そのような活動に従事する限りにおいて、

第三者の行為にも当てはめられる。このことは、通常、治療の中止が単独個人の行為又は不作為において論じ尽くされるわけではなく、むしろ、通常の場合、緩和医療処置が実施されている状況下で、その中止が問題とされるものであり、その問題を担当医自身が引き受けなければならぬわけではないことに由来するものである。

- [40] 五 当法廷が臨死介助の枠組内で刑法第二一六条に関して説示した解釈及び同意の適法化根拠に関する内容の判断が他の連邦通常裁判所の法廷において従前支持されていた裁判と相違するかは、当法廷が民法第一九〇一条 a 以下の新しい法的規定の根拠に関して、本件を裁判するものであるから、明確ではない。すなわち、これに関して、裁判所構成法第一三二条第三項による照会は、要求されなく (BGHSt 44, 121, 124; BGH NSTZ 2002, 160 f. を参照)。二〇〇九年九月一日より前の法的状況によれば、被告人の行為が適法化されなくとも、いずれにせよ、刑法第二条第三項〔刑の変更に関する規定〕及び刑事訴訟法第三五四条 a〔法令の変更に関する規定〕により、この法改正は、被告人に対し有利に考慮される。
- [41] 六 被告人は、K夫人の世話人により助言を求められた弁護士として、その世話人自身と同様に全く違法に行

為した者ではない。したがって、彼は、刑事訴訟法第三五四条第一項に従い、当法廷により無罪が言い渡される。

[42] II 検察の上告審

[43] 検察の量刑を対象とするの上告審は、その全部において理由がなく、よって棄却される。

三 本判決に対する反応

本判決は、判決要旨に示されている通り、先ず、一二段落以下において「(1)治療中止の適法化」が述べられ、次に、二六段落以下において「(2)治療中止における積極的な作為と不作為の法的評価」が述べられ、最後に、三二段落以下において「(3)適法な治療中止に関する基準」が述べられている。<sup>20</sup>そこに含まれる重要な内容としては、(1)新しい世話法、特に民法第一九〇一条 a 第三項の規定に鑑みて、その病気の段階は、重要視されないとして (二六段落)、従前の判例における「終末期」を巡る争点を整理しようとした点、(2)本件の事情において「患者の意思」が治療の中止の適法化根拠であると強調されている点 (二二段落)、(3)臨死介助を巡る刑法と民法における射程範囲を「法的秩序に

おける統合的な観点」から、患者の意思表示が尊重されるように整理しようとしている点(二五段落及び三七段落)、(4)消極的臨死介助において、度々、議論されてきた「積極的な作為を規範的に不作為と解釈すること」に関する問題に決着を付けようとした点(三一段落)、(5)治療の中止が医学的に適切な場合(医学的適応が認められる場合)に限定化して、その適法化の要件を設定しようとした点(三三段落)、(6)この治療中止における適法化の法的効果は、第三者にも適用されうる余地がある点(三九段落)が指摘できよう。

本件は、終末期医療に関する重要な争点の整理を試みるのみならず、医事法を専門とする弁護士が刑事事件の被告人とされたことも受けて、ドイツ国内の一般世論においても、非常に注目を集めた。終末期の患者を抱える近親者及び医療従事者の負担に同情的なマスメディアは、医療現場の要請に応えるものとして、本判決の内容を概ね好意的なかたちで受け止めた。<sup>(21)</sup>

このような本判決を歓迎する反応と世論形成を受け、二〇一一年二月にドイツ連邦医師会は、当会の終末期医療に関する指針「死の看取り医療に関する連邦医師会の諸原則」を改訂している。<sup>(22)</sup> この改訂は、従来の医師の役割に転

換をもたらすものとして、重要な動向であるとドイツ国内では受け止められている。<sup>(23)</sup> その指針の「序文」に示されている改訂理由では、本判決を特に考慮するべきであることが明記されている。そして、その改訂された指針の内容は、終末期医療の状況を第三次世話法改正と本判決の内容に対応させるのみならず、「医師による自殺幫助(医師介助自殺)」の在り方までも緩和化する方向性にまで踏み込んだものとなっている。<sup>(24)</sup> これは、本判決二九段落において「ヴェイティヒ事件(医師の救助義務を幅広く設定することで自殺の不阻止を解釈上、可罰的なものとして理論構成しうる」とした事件)<sup>(25)</sup> が批判的に言及されていることから、連邦通常裁判所の態度に一定の変更が見られたと医師会が考えたことによるものとも思われる。

本判決に対しては、法学者によっても既に数多くの判例評釈が寄せられている。<sup>(26)</sup> そこにおいては、賛否両論の様々な意見が論じられている。本判決が出された後、早い段階で公刊された刑事法学者の Gade による評釈では、一般的な世論と医療現場における本判決への歓迎的雰囲気と同調するかのように、本判決を好意的なかたちで支持するものであった。<sup>(28)</sup> そこで、本判決への肯定的な意見の代表として、Gade の評釈を簡単に紹介する。

Grade は、臨死介助の不可罰性を第三次世話法改正により実施された新しい事前指示法の内容に起因するものと説明している<sup>(29)</sup>。彼の評釈によれば、本判決は、臨死介助の不可罰性に関する刑法解釈論にも影響を与えるものと説明されている。すなわち、このような患者の同意による治療の（積極的）中止に関して、連邦通常裁判所は、違法性阻却の問題ではなく、構成要件該当性の段階（客観的帰属論の範疇）で処理されることを判示したものと述べられている<sup>(30)</sup>。

一方で、彼は、そのような場面における患者の意思と回復不可能な病状における死への過程は、慎重に確認されなければならぬことも指摘している<sup>(31)</sup>。例えば、本件のように、口頭での意思表示しか残されていない場合、本判決は、特に厳格な要件を民法第一九〇一条 a 以下の手続に求めていることを強調している（三八段落）。最後に、刑法上の評価により、民法第一九〇一条 a 以下で規定された事前指示法上の法的効果が無効なものとして覆されないという本判決は、法的安定性に資するとして、妥当であると評価されている<sup>(32)</sup>。

このような肯定的な評釈に対し、本判決が著しい矛盾を含んでいるとして、これを批判する見解もある<sup>(33)</sup>。そのよう

な本判決への否定的な意見の代表として、医事刑法学者の Dutge による評釈<sup>(34)</sup>を紹介する。

先ず、Dutge は、本判決における被害者の同意の取扱いに関して批判を加えている<sup>(35)</sup>。被害者は、同意能力を有する段階で、明確に人工的な栄養補給や人工呼吸のような生命維持的処置を拒否していたと本判決により事実認定されている。そして、本判決は、この事実を「推定的意思」としてではなく、「事実上表明された意思」として扱っている（一七段落）。Dutge は、この点を誤りであると指摘する。すなわち、この被害者の説明は、治療の決定の直前になされたものでもなく、むしろ何年も前に表明されたものであり、このような口頭による事前の意思表示は、ケンプトン事件の基本原則によれば、単なる「推定的意思」として考慮されるにすぎないと批判する<sup>(36)</sup>。そして、そのような「推定的意思」が世話裁判所の審査を経るといような手続的保障が得られる機会もなく、十分に吟味されなまま、事実認定として受け入れられたのは、非常に問題であると指摘されている<sup>(37)</sup>。

次に、本判決は、刑法第二一六条（要求に基づく殺人）における「同意の制限」と世話法による「自己決定権の拡張」が矛盾しないことを説明しながらも（三七段落）、治

療の中止が医学的適応性を有する限りで、患者の自己決定権に有利になるような前提が採用されている(二四段落)。しかし、彼によれば、このような世話法の導入を根拠にした説明は、理解が困難であると批判されている<sup>(38)</sup>。なぜなら、世話法の導入が当然のように何の理由付けもなく「要求に基づく殺人」を許容する(この刑法規定の適用を制限する)方向性で読み込まれているからである<sup>(39)</sup>。Dutgeによれば、それとは逆の結論を導くように世話法の導入を自己決定権の効力と範囲を制限する方向性で読み込むことも可能であろうと述べている。それにもかかわらず、そのような逆の方向性で読み込まれない理由付けが本判決では、全く明らかにされないことが批判されている<sup>(40)</sup>。同様に、刑法第二一二条、第二一六条、第一三条という実体的な基準に関する問題が、なぜ、民法第一九〇一条 a 以下の手続規定に劣位することになってしまうのかも理由が不明であると指摘されている<sup>(41)</sup>。また、治療の中止に関する適法化原理の適用が「患者を治療する医師並びに世話人及び任意代理人の行為に制限されるわけではなく、むしろ医師、世話人又は任意代理人から治療及び世話を求められた介護補助要員」という第三者に対しても認められることも、民法第一九〇一条 a 以下に全く根拠を置かないことが批判されてい

る<sup>(42)</sup>。

更に、積極的臨死介助と消極的臨死介助を「作為と不作為における外見上の現象形態」に対応させて論破しようとする本判決の態度も荒唐無稽な話であると批判している<sup>(43)</sup>。なぜなら、本判決が適法化される治療の中止の場面を「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)病気が治療されることもなく、最終的に患者が死に至るに委ねられているような状況を(再び)生じさせる行為(三五段落)」に限定化するならば、それは、単なる因果関係(より正確に言えば、客観的帰属論)の規範的評価により、十分に対応しうる問題であり、取り立てて論じる必要のないものとされている<sup>(44)</sup>。

本判決は、正当防衛(刑法第三二条)、緊急避難(刑法第三四条・第三五条)等の理由による本件行為の正当化を拒絶している。そして、その理由は、その行為が被害者の自己決定権を守るために、より高次の被害者の生命という法益が同時に侵害されてしまうからであると説明する(一九段落・二〇段落)。しかし、本判決の全体から導ける趣旨によれば、ここにおいて引き合いに出されている生命という法益は、既に放棄されてしまっているものではないのかと Dutge は、指摘する。すなわち、法益主体である被

害者は「治療の中止を要求できる」という意味で自由な裁量権が認められることが本判決の前提とされているはずであり、治療の中止を要求した段階で、その法益主体たる資格が放棄されてしまい、この生命という抽象的な法益を守るべき理由は、既に失われてしまっているはずだと批判されている。<sup>(45)</sup>

このように、本判決は、賛否両論含めて、いわゆる「治療の中止」に関する刑法上及び民法上の理論的課題のみならず、制度的な課題をも呈示したものと見えよう。そのような意味で、ドイツ国内でも極めて重要な判決として位置付けられている。<sup>(46)</sup> 今後においても、本判決を巡るドイツの議論動向に注目していく必要がある。

(1) Putz 氏は、原審の共同被告人である Gloor 夫人と共に、当該事件に関する著書 *Sterbe dürfen, Hoffmann und Campe*, (2011) を公刊した。なお、本判決を訳出するに当たり、判決文の文言からだけでは、不明な部分に關し、Putz 氏との電子メール (二〇一一年三月三十一日付け) での情報交換により、その内容の確認をしている。Putz 氏の法律事務所に関する情報及び連絡先に関しては、[www.putz-medicinrecht.de](http://www.putz-medicinrecht.de) を参照されたい。

(2) ドイツ世話法 (*Betreuungsgesetz*) に関しては、数多くの論稿により、その制度内容が紹介されている。最近のものとして、神野礼斉「ドイツ世話法の概要」新井誠ほか編『成年後見法制の展望』日本評論社 (二〇一一) 一四八頁以下参照。世話法における訳語は、この論稿によっている。

(3) 本件でも引用されている「ケンプテン事件 (*Der Kemptener Fall*)」及び「リューベック事件 (*Der Lübecker Fall*)」の分析に関しては、武藤眞朗「人工的栄養補給の停止と患者の同意」東洋法学四九卷一号一頁以下が詳しい。「ケンプテン事件」がドイツの判例において、大きく注目された経緯に関しては、甲斐克則『尊厳死と刑法』成文堂 (二〇〇四) 二二三頁以下参照。また、「ケンプテン事件」以降におけるドイツの動向を紹介するものとして、甲斐克則「ドイツにおける終末期医療をめぐる法的・倫理的論議の最近の動向」年報医事法学二二号 (二〇〇七) 二二三頁以下を参照。

(4) *Rechtsprechung: Sterbehilfe durch Unterlassen (Behandlungsabbruch): Problemstellung, MedR 29/1, (2011), S. 32.*

(5) 第三次世話法改正の内容を紹介するものとして、山口和人「患者の指示 (リヴィング・ウィル) 法の制定」外国の立法二四〇二号 (二〇〇九) 一〇頁以下、松田純

「ドイツ事前指示法の成立とその審議過程」医療・生命と倫理・社会九号三四頁以下、新谷一朗「世話法の第3次改正法（患者の指示法）」年報医事法学二五号（二〇一〇）二〇一頁以下を参照。この改正法に至るまでの経緯に関しては、山本達監訳・松田純ほか共訳『ドイツ連邦議会審議会中間答申…人間らしい死と自己決定』知泉書院（二〇〇六）が詳しい。立法過程の概説として、渡邊斉志「尊厳死法制化に関する最近の動向」外国の立法二二七号（二〇〇六）一五二頁以下、同「海外情報ドイツ―患者の指示法案」ジュリスト一三六八号（二〇〇八）一二二頁参照。

(6) 第三次世話法改正以前においても、世話法と刑法の關係は、議論されてきた。その点に関しては、中井亜弓「治療中止と裁判所の事前の役割」法学政治学論究六七卷（二〇〇五）三七頁以下参照。

(7) 最決平二二年二月七日（刑集六三卷一十一号一八九九頁以下）。この事件も含め、日本においても、治療行為の中止は、継続的に議論されている。この点に関して、既に多数の論稿が公刊されている。最近におけるものとして、現代刑事法研究会「終末期医療と刑法」ジュリスト一三七七号（二〇〇九）八〇頁以下、井田良「終末期医療と刑法」ジュリスト一三三九号（二〇〇七）四四頁以下、町野朔「患者の自己決定権と医師の治療義務」刑事

法ジャーナル八号（二〇〇七）五二頁以下、辰井聡子「治療不開始／中止行為の刑法的評価」明治学院大学法学研究八六号（二〇〇九）七六頁以下、鈴木雄介「治療行為の中止と刑事責任」刑事法ジャーナル二三号（二〇一〇）五一頁以下参照。

(8) 訳文中、「」内は、判決文における段落番号。傍線部分は、本判決で下線が引かれている箇所。ゴシック体部分は、本判決でイタリック体。「」内は、訳者補足。

(9) Putz氏の回答によれば、被害者 Erika Killmer 夫人の娘 Elke Gloor 夫人は、一九五四年生まれであり、息子の Peter Killmer 氏は、一九五八年生まれのことであった。

(10) Putz氏の回答によれば、この「父」とは、Gloor 夫人の父であり、Killmer 夫人の夫のことであった。

(11) Putz氏の回答によれば、この「夫」とは、前段落において脳出血で倒れたとされる Gloor 夫人の父のことであった。

(12) 世話法上の *Berufsbetreuung* に当たる。世話を実施する適切な個人がない場合に、世話裁判所により選任される無給の専門職のこと。民法第一八九七条第六項を参照。神野・前掲論文（二）・一五四頁参照。

(13) Putz氏の回答によれば、この「夫」とは、前段落において脳出血で倒れたとされる Gloor 夫人の父のことである。

あった。

- (14) 連邦通常裁判所二〇一〇年八月一八日の決定により「K氏」から「P・K氏」に更正された。
- (15) 連邦通常裁判所二〇一〇年八月一八日の決定により「K氏」から「P・K氏」に更正された。
- (16) 連邦通常裁判所二〇一〇年八月一八日の決定により「K氏」から「P・K氏」に更正された。
- (17) Erlaubnisirrtumと表現されるもので、ドイツ刑法第一七条における「禁止の錯誤 (Verbotsirrtum)」の一種として処理される問題である。
- (18) 連邦通常裁判所二〇一〇年八月一八日の決定により「2214」から「2217」に更正された。
- (19) 連邦通常裁判所二〇一〇年八月一八日の決定により「Rn. 19 ff.」から「Rn. 92 u. 104 ff.」に更正された。
- (20) このような整理は、NJW-Übersicht NJW 40/2010, (2010), S. 2963 による。
- (21) 例えば、ドイツ情報雑誌界の旗手でもある Der Spiegel のオンライン記事 UTLER, Simine, BGH-Urteil zu Sterbehilfe: Recht revolutionär, Spiegel-Online v. 25. Juni 2010 は、本判決を「革命的」であるとして、その内容に好意的なマスメディアの雰囲気をよく伝えている。また、ドイツの代表的情報雑誌である Die Zeit のオンライン記事では、刑事法学者である Kreuzer による奇稿文を掲載しており、

その中で、本判決の内容が称賛されている。KREUZER, Arthur, Freispruch für Rechtsanwalt im Kampf um menschenwürdiges Sterben: Bundesgerichtshof beendet eine Tragödie in Heimpflege und Strafrecht, Beitrag für Zeit Online am 25. Juni 2010. ただし、批判的な論調の新聞報道として、TOLMEIN, Oliver, Selbstjustiz am Krankenbett, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 18. Aug. 2010.

(22) Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, Deutsches Ärzteblatt 108/7, (2011), S. A346 ff. Sterbebegleitung は、「臨死介添」と訳出される場合もある。この指針の翻訳に関しては、松田純「ドイツ連邦医師会『看取り医療に関する連邦医師会の諸原則』」(www.hss.shizuoka.ac.jp/shakai/ningen/staffs/matsuda/20110326\_2.pdf) を参照 (二〇一一年四月一日確認)。

(23) LANZERTH, Dirk, Sterbehilfe und ärztliche Beihilfe zum Suizid - Positionswandel in der Ärzteschaft ?, Analysen & Argumente 90, (2011), S. 6 ff.

(24) この指針改定に関する動向を伝えるものとして、松田純「ドイツ医師会、自殺幫助容認か？」(www.hss.shizuoka.ac.jp/shakai/ningen/staffs/matsuda/20110321\_1.pdf) を参照 (二〇一一年四月一日確認)。

- (25) ドイツにおいて、自殺幫助は、刑法上、不可罰とされている。しかし、一九八四年七月四日の連邦通常裁判所判決 (BGHSt 32, 367) 、「いわゆる「ヴィティヒ事件」において、その自殺幫助の不可罰性に理論的動揺が生じた。しかし、ドイツにおける通説的な見解は、自己答責的な自殺幫助は、あくまでも不可罰と考えており、それを明確に法制化しようという対案も検討されている。このドイツの自己答責的な自殺を巡る議論に関しては、塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』法律文化社 (二〇〇四) 一九一頁以下が詳しい。ヴィティヒ事件に関しては、甲斐克則『安楽死と刑法』成文堂 (二〇〇三) 六七頁以下参照。また、医師介助自殺に関する比較法的な概説としては、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『シリーズ生命倫理学第五巻：安楽死・尊厳死』丸善 (二〇一一年近刊予定) を参照されたい。
- (26) 主たるものとして、GAEDE, Karsten, Durch ohne Damnbruch - Rechtssichere Neuvermessung der Grenzen strafloser Sterbehilfe, NJW 40/2010, (2010), S. 2925 ff.; MANDLA, Christoph, Sterbehilfe durch Behandlungsabbruch: Anmerkung, NSTZ 12/2010, S. 698 ff.; KUBICHEL, Michael, Zur Strafbarkeit des Abbruchs künstlicher Ernährung, ZJS 5/2010, (2010), S. 656 ff.; ALBRECHT, Andreas, BGH: Behandlungsabbruch und Selbstbestimmungsrecht, DNotZ 1/2011, (2011), S. 40 ff.; HIRSCH, Hans Joachim, BGH v. 25. 6. 2010 - 2 StR 454/09: Sterbehilfe durch Behandlungsabbruch, JR 1/2011, (2011), S. 37 ff.; GEPPERT, Klaus, Zur gerechtfertigten Sterbehilfe durch Behandlungsabbruch, JURA 1/2011, (2011), S. 8; WALTER, Tonio, Sterbehilfe: Teleologische Reduktion des § 216 StGB statt Einwilligung! Oder: Vom Nutzen der Dogmatik, ZJS 2/2011, (2011), S. 76 ff.; DUTTGE, Gunnar, Sterbehilfe durch Unterlassen (Behandlungsabbruch): Anmerkung, MedR 29/1, (2011), S. 36 ff.
- (27) GAEDE, a.a.O. (26), S. 2925 ff.
- (28) 同様に、本判決に好意的な批評として、HIRSCH, a.a.O. (26), S. 37 ff. が挙げられる。ただし、HIRSCH, a.a.O. (26), S. 39 では、本判決が説明する世話法上の効果と刑法の関係性は、若干、不明確であると評されている。
- (29) GAEDE, a.a.O. (26), S. 2926.
- (30) GAEDE, a.a.O. (26), S. 2927.
- (31) GAEDE, a.a.O. (26), S. 2927. ただし、ホルドと HIRSCH, a.a.O. (26), S. 39 と同様に、本判決が説明する世話法上の効果と刑法の関係性は、若干、不明確であると評されている。
- (32) GAEDE, a.a.O. (26), S. 2927 f.

(33) 同様に、本判決に否定的な批評として、WALTER, a. a.O. (26), S. 76 ff. 結論自体は、支持する一方で、全体的に否定的な論調として、MANDLA, a.a.O. (26), S. 698 ff. 作為と不作為における外見上の現象形態に対応させる基準を本判決が放棄する点は、支持する一方で、全体的に批判的な論調として、KUBICHEL, a.a.O. (26), S. 656 ff. がある。

(34) DUTTGE, a.a.O. (26), S. 36 ff.

(35) DUTTGE, a.a.O. (26), S. 36.

(36) DUTTGE, a.a.O. (26), S. 36.

(37) DUTTGE, a.a.O. (26), S. 36 ff. 同様の懸念が ALBRECHT, a.a.O. (26), S. 42 ff. によっても示されている。

(38) DUTTGE, a.a.O. (26), S. 37.

(39) DUTTGE, a.a.O. (26), S. 37.

(40) DUTTGE, a.a.O. (26), S. 37.

(41) DUTTGE, a.a.O. (26), S. 38.

(42) DUTTGE, a.a.O. (26), S. 38.

(43) DUTTGE, a.a.O. (26), S. 37.

(44) DUTTGE, a.a.O. (26), S. 37. この点に関する評価は、前述したように、GAEDE, a.a.O. (26), S. 292ff. によっても示されている。Gaede は、本判決が争点を整理したことを高く評価するのに対し、Duttge は、そもそもこの争点は、整理するまでもないとして低く評価するといふ相違がある。

(45) DUTTGE, a.a.O. (26), S. 38. 同様に、MANDLA, a.a.O.

(26), S. 699 ff. にも、本判決が正当防衛による正当化を拒否した点に関する矛盾が指摘されている。

(46) 既に、本判決を引用した上で判断を下した連邦通常裁判所決定が出されている。その判決でも、本判決内容が支持されている。BGH Beschl. v. 10. Nov. 2010 - 2 StR 320/10 = NJW 2011, 161.