HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	対案 臨死介護（三・完）
著者	吉田，敏雄
引用	北海学園大学法学研究，42(3)：683-698
発行日	2006-12-31

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

資料

対案　臨死介護（三・完）

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、制限又は差し控え
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　表示力の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制限しないこと
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

（以上第四二巻第二号）

E　苦痛緩和措置
Ⅰ　意図しないが、不可避の生命短縮を伴う苦痛緩和措置の正当化
Ⅱ　医学の規則にのっとった疾病緩和という客観的構成要件要素によって禁止されている積極的臨死介助との境界を設定すること
Ⅲ　その他の濫用防止措置
F　自殺の問題性
Ⅰ　自殺防止義務の限界
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　利欲からの自殺幇助の可罰性
G　積極的直接的臨死介助の包括的禁止の維持
H　法律提案

（以上本号）

E　苦痛緩和措置

Ⅰ　意図しないが、不可避の生命短縮を伴う苦痛緩和措置の正当化

積極的臨死介助が原則的に禁止されているのにもかかわらず、意図せずに死の発生を早めることになる苦痛緩和の投薬が問題となるいわゆる間接的臨死介助が許されることは、判例及び法学、医学、生命倫理学界において、今日争いがない。[105]その根拠としては、[106]刑法第二一二条、同第二一六条の定める殺人の構成要件該当性が否定されたり（社会的相当性の故に又は規範の保護目的の欠如の故に）、殺人故意が否定されたり、あるいは、少なくとも証明可能性に疑問が出されたりする。許された危険の正当化事由から出立する者、あるいは、責任非難だけが排除されると考える者もいる。しかし、圧倒的多数説は、刑法第三四条の定める正当化緊急避難を理由とする正当化を認めるのであるが、それは、不安と耐えがたい苦痛からの解放という当該法益の衡量にあたって、消えつつある生命を短期間だけ維持することに対して優先性が認めら

れねばならないというのである。[107]

正しくは、これと並んで、承諾ないし推定的承諾を動員しなければならないだろう、[108]それというのも、周知のように、法益衡量に問題をはらむことから、刑法第三四条だけを適用することには、完全な説得力に欠けるからであり、他方で、承諾は刑法第二一六条に鑑み十分な正当化にならないからである。いずれにせよ、承諾は、法益衡量に当たって、自己決定の尊厳ある死に有利に働く重要な要素である。この見解に連邦裁判所も従がっているように思われる、すなわち、この問題に関する唯一の裁判で、次のように説示している、「明示の又は推定的患者意思に従って尊厳と無苦痛のうちに死ぬことを可能にすることは、きわめて重い容赦なき苦痛の下でもう少しの間生きねばならない見込みよりも上の価値ある法益である」。[109]**患者意思**の究明に当たっては、現実の承諾と推定的承諾と並んで、近時の判例及び三回目の世話法改正法の担当官草案が定める民法第一九〇一条aの患者指図というものの重要な意義に考慮が払われるべきである。[110]

間接的臨死介助が原則的に許容されることについて広範な一致が見られるということによって、その前提要件および限界がなお不明確なところがあり、判例によるその明確化はほとんど期待できないこと、それというのも、間接的臨死介助の問題は――特に、この不明確さゆえに――司法精神医学的には重要でないも同然であるからだということ、このことが隠蔽されてはならない。しかし、法律で明確にする必要があるように思われるのは、[111]いうまでもなく、「効果的臨死介助の始まりであり終わりであることは効果的苦痛緩和療法である」[112]からである。苦痛緩和療法の発達に鑑み、生命を短縮する苦痛治療はもはやほとんど存在しないと主張する麻酔科医もいるが、それは最高の設備と人の整った待期的施設にはいえるかもしれないが、そこでも、危険を完全に排除することはできない。しかし、大多数の入院又は外来治療を受ける苦痛患者にとり、不十分な治療しか受けないという危険がある。ここに、医師の養成・研修ならびに病院の設備、医療行為の面で、なおなすべきことが多くある。

この関連で、次の論争問題[113]が法律による明確化を要する、すなわち、

間接的臨死介助の**時間的次元**は「瀕死者」に限定されたままであってはならず、[114]まだ死に瀕してはいないが、しかし、「医療行為による決定的介入のもはやできない」「死病者」も含むべきである。[115]さらに、**苦痛**ばかりでなく、[116]「重い、他の方

法では除去できない**疾病状態**[117]」も生命を短縮する疾病緩和処置を正当化すべきである、例えば、窒息不安を伴う呼吸困難[118]とか癲癇発作を伴う急性譫妄がそれである。おそらく、この領域における刑法上重要な事例は次のような理由からもますます稀になると思われる、すなわち、他の待期医療のすべてがうまくいかない場合、――いずれにせよ終末の病気段階で――患者の承諾を得て鎮静（鎮静を目指す、場合によっては、意識を遮断するにいたる）を選択してもいいと認められているからである。[119]それが許されるのは、患者の自己決定権から導かれるのであり、法律の規定を要しない。刑法第二一六条の法思想――自己の死への承諾に重要性を認めない――がここで妨げになるわけではない、それは、いうまでもなく、鎮静が法的には同意のある身体傷害にすぎないのであり、稀な場合にこれに伴って早期の死が生じたからといって、許された危険及び同意のある他者危殆化といった側面からして、これを医師に帰責することはできないからである。[120]

従前の全員一致の見解によると、許されない積極的嘱託殺人と許される間接的臨死介助は**故意の次元**でのみ区別されうるということである。それ故、先ず問題とされるのは、死の発生を意図せずに早めることが未必の故意においてのみ正当化されうるのか、[121]又は、生命短縮について確定的認識がある場合も、これはただし現代の苦痛緩和療法では稀なことのだが、正当化に含まれるべきか否かということである。[122]対案―臨死介助第二一四条aを体系的、目的論的に解釈すると、確定的認識を含めるべきことになる、それというのも周知のように、客観的正当化が苦痛緩和療法に必要な用量の確実でないことに依存するはずがないからである。決定的に重要なのは、むしろ、行為の動機である、つまり、苦痛患者の死を意図してはならないのである。しかし、動機が疾病緩和であるなら、生命短縮が確実であるということで、正当化がくじけるはずがない。[123]この意味で、連邦司法省研究班の、刑法の新第二一六条第三項一号の提案も理解されるべきである、それによると、「意図しない副作用として生命を短縮する、医学的に適切な苦痛緩和措置をとること」[124]は可罰的とすべきでない。この幅広い規定の仕方は、「劇痛を減少させるために今日可能なすべての処置をとりつくすことの妨げとなる訴追の恐れを取り払い、死病者の苦痛と症状との効果的闘いを促進する」ことを狙っている。[125]明確にするために、「意図しない」副作用という文言が対案―臨死介護法新第二一四条aに取り入れられるべきである。

新生児の苦痛緩和に関する特別の規定が必要とされないのは、言うまでもなく、生存能力のない新生児は「致死性の患者」に入り、この者には、苦痛緩和措置の一般規定が妥当するからである。[126]

周知のように、重病人へのアヘン剤を用いた十分な苦痛緩和療法は、今日、依然として、「稀にすぎ、遅すぎそして少なすぎで開始される」[127]から、**苦痛緩和療法の不実施**は、苦痛緩和療法が場合によって生命短縮の作用を有するときでも、治療医師には不作為による身体傷害になる、というように明文の規定を設けることも検討された。[128]言うまでもなく、これには争いがあるので、この点で現行法は十分であると考えられる。

II　医学の規則にのっとった疾病緩和という客観的構成要件要素によって禁止されている積極的臨死介助との境界を設定すること

EIにおける詳論にもかかわらず、本研究班には、今日の視点からすると、禁止された積極的臨死介助（つまり、死の招来を目的とした行為）と許された致死の結果を伴う苦痛緩和の間の境界を専ら**主観的**構成要件に基づいて設定することは不十分であるように思われる。境界設定が不明確であることによって、希求されるべき生命保護も望ましい刑法理論的明確性及び裁判の証明可能性も危険にさらされる。加わうるに、間接的臨死介助がかなり濫用されがちになるのであり、[129]これは連邦裁判所の裁判事例で明確になった、すなわち、ある関与者には強欲からの謀殺の廉での有罪が可能だったが、他の関与者には許容される苦痛緩和を理由とする無罪が考えられた。目下、ハノーファー検察庁に故殺の廉での刑事手続きが進んでいるが、この事件では、ランゲンハーゲンのパラセルズス病院のある女医が、少なくとも八件で不治の患者に故意でモルヒネとヴァリウムのかなりの過剰投与をして殺害したとして告発されたのである。この女医自身は許容される間接的臨死介助を盾に取り、その際、弁護人の提出した数本の苦痛医学鑑定に依拠しているが、検察の嘱託鑑定はこれと矛盾している。同じように、鑑定人の間に争いが見られた連邦裁判所の審理にかかるキール事件では、被告人の医師に有罪判決は下されなかった。この事件は、被告人が、八八歳の意識喪失の女性患者に五五分以内に通常の一日量の数倍もの ドランテインを服用させたばかりか、さらに、数週間前にその遺言書を自分の都合の良いように偽造していたというもの

である。[130]

それ故、本研究班は、苦痛緩和剤の使用の記録義務を刑事特別法に定めるばかりか(下記EⅢ)、さらに、客観的規準をすでに、いわゆる間接的臨死介助の許容前提要件のなかに組み込むことに決めた。刑事手続きにおいて殺害の意図の証明が難しいということから、禁止された積極的臨死介助と許容される間接的臨死介助の間の境界を任意に動かすことができ、境界が苦痛緩和療法の専門家のさまざまな評価に依存するということになってはならない。意図しない致死性の副作用を伴う苦痛緩和措置が正当化されるのは、それが医学の規則にのっとっている場合に限定される。この規則は世界保健機構の指針[131]及び苦痛緩和療法の教科書[132]によって客観化され、裁判でも検証可能である。その際、普通は、それほど強くない、小用量の薬剤から始まり、後に、痛感に応じて、薬剤の用量と強さが増強される。更に、多段階の治療は慎重に記録されるべきである。[133]この方法は、ゆっくりと用量を増加することが可能なこと、死というものは普通は苦痛緩和剤の使用によって引き起こされるものではないことを証明した医学の疼痛研究の進歩に相応するのである。「最初から比較的大目の用量及び用量が顕著に跳ね上がることは医学的に正当化されねばならない[134]」。

対案―臨死介護の執筆者は、こういった客観的構成要件の精密化作業にもかかわらず、不処罰とするためには、「意図しない」副作用のというもう一つの主観的前提用件に拘泥するのであるが、その理由は、殺害の目的を許容されない積極的臨死介助の要素として見ることに、今までの判例・学説にまったく異論がないこと、四〇年以上にわたって確定している境界を必要もないのに放棄すべきでないこと、個別案件で境界画定に困難が生ずることがあってもそうだというところにある。普通は、医療規準を無視することは目的の重要な徴憑ということになろう。こういった場合でないとき、対案―臨死介護第二一四条aの定める正当化を断つためには、客観的前提要件の不遵守で十分である。稀な例外的事例で、殺害の目的が医療基準にのっとった苦痛緩和にもかかわらず存在するとき(例えば、キール事件で、遺言書を偽造した医師が偶然か意識的にか正しい苦痛緩和療法をしていたとした場合)、医師の行為は、殺害を意図したがゆえに、これが同時に行為の動機でもあったのだが、当罰的である。そうであっても純粋の心情刑法を意味するもではないし、刑法の非難はむしろ、結果不法の欠如にあって、行為不法に関係するのである。比

肩しうる状況としては、正当化事由は客観的に存在するが、相応の主観的正当化要素が欠如している場合が挙げられる。これらの場合、通説によると、可罰的（不能）未遂が肯定される。[135] すなわち、先の事例は、嘱託殺人の未遂罪が成立することになろう。

Ⅲ　その他の濫用防止措置

苦痛緩和療法という外套をまとった**濫用の直接的臨死介助**を排除するために、苦痛緩和療法は**医師又は医師から授権された者**に限定されるべきである。更に、苦痛緩和治療の装いを凝らしたのではないかという積極的臨死介助の疑いは、医師に、すでに存在する契約上の記録副次義務と並んで、**治療経過に関する社会法上の記録義務（臨死介護法）**[136] を課することによって、払拭されるべきである。その際、特に、疼痛感と用量の間の関連を綿密に記録しなければならない。[137]「危機的数値に達した場合、『単独の』ではなく、的確な同僚とともに下される、場合によって記録される決定が為されるべきである」。[138] 移植法第五条第一項一文に依拠して、少なくとも二名の医師が署名するべきである。

記録義務を担保するために、秩序違反法にならった過料構成要件が考慮される、つまり、それは、麻酔剤法第一七条、同第三二条第一項一一号の定める記録義務ないし移植法第一〇条第二項、同第二〇条第一項三号の定める移植中心施設の記録義務にならって構成できよう。これが意味するところは、契約上いずれにせよ負わされる記録義務は患者のためにあるだけでなく、同時に、人の生命を隙間なく保護することについての一般の人々の利益にも役立つということである。この記録義務に違反するということは、薬剤によって、特に鎮痛剤、鎮静剤によって死が惹起された場合――不相当に多い用量と同じく――医学の規則に相応しない治療の、重大な、ほとんど反駁できない徴憑と評価できるし、したがって、対案――臨死介護第二一四条aの正当化事由が否定される。

F　自殺の問題性

Ⅰ　自殺防止義務の限界

現行ドイツ法によると、自殺は殺人犯罪の構成要件には入らず、したがって、自殺幇助も不処罰である。このことは、支配的見解によると、瀕死病人にばかりでなく、法秩序が自由答責の自殺から出立するすべての場合に当てはまる、[139] したがって、宗教的又は倫理的理由から人の葛藤の解決手段とし

ての自殺が否定される場合でもそうである。

ただし、熟慮に基づく自由答責の自殺は自殺研究の知見によるとむしろ例外であるから、対案―臨死介護第二一五条は不自由の自殺を相対的に拡大し、[140] 決心のつかない場合に、不作為による殺人の廉で責めを負わねばならない保障人と、刑法第三二三条cの不救護の廉で処罰されうる非保障人をして、その可能な範囲内で自殺防止へ仕向けることにしている。なるほど、対案―臨死介護第二一五条第二項は自然の洞察・判断能力という非常に広く且つ不明確な規準をを拒否し、刑法第二〇条、同第二一条に対応した責任能力の排除又はその著しい減退といったかなり精密な規準で方向付けをしている。しかし、さらにまた、一般的に、一八歳未満の青少年は不自由であるとみなされるし、さらに、対案―臨死介護第二一五条第一項によれば、明白に表示された決定や状況から認識可能な真摯な決定から出立できない人も不自由とみなされる。したがって、信頼のできる根拠が自由答責の且つ真摯の決定を支持できる場合にのみ、阻止の試みや救助の試みをしないということ、このことが保障されるべきである。それ故、疑いがある場合、介入が必要となる。したがって、重大な結果をもたらす、相互の人間的共同生活における無関心さが妨げられ、特に、いわゆる愁訴の自殺においては阻止義務が基礎付けられる。[141] したがって、とどのつまり、判例の正当な関心事に考慮が払われ、関与者全部の者にもっと多くの法的安定性がもたらされる。[142]

II　自由答責の自殺における事後的救助義務の拒否

自由答責の自殺の場合に自殺阻止をしないこと及び積極的自殺幇助が処罰されないことについて、学説・判例上争いはないのだが、刑法第一三条の定める保障人は、自殺者が事の行為支配を失うや直ちに、通常は、意識喪失の発生から、自殺者の救助の義務を負うという判例によって部分的に破られている。[143] 具体的案件においてだけ、医師に自由答責の衡量裁量が認められ、可罰性（理論的に明確な根拠付けなしに）がおそらく期待可能性の側面の下で否定される。[144]

この見解はほぼ一致している学説に従い否定されるべきである。[145] 自殺幇助者に殺害薬物の調達を許し、しかも、それが効き始めたとき、この者に介入を義務付けることは矛盾している。したがって、自殺とそれへの共犯は不処罰とするという法律の決定がかいくぐられる。周知のように、判例は――おそらく適切な事例がなかったせいもあるが[146]――その最後は二

○年前に定めた救助義務からの明白な逃げ道を見出さなかったから、自由答責の自殺決定後の事後的**救助義務**は生じないことを対案―臨死介護第二一五条第一項で明確にする必要がある（下記ＨＩ）。

Ⅲ　死病者における医師に支援された自殺の不処罰と身分法上の寛容

連邦医師会の医師による臨死介護の原則によると、「医師が自殺に関与することは医師の倫理感（Ethos）と衝突するのであり、可罰たりうる」[147]。これは、考えられうるすべての事例を念頭に置く限り、正しい。しかし、待期医療措置のすべてを尽くしたのにもかかわらず十分に鎮静できない「耐え難い、不治の疾患」の事例に限定するなら[148]、「個別事例のあらゆる事情を衡量して、そして、患者の自己決定権を基礎におき、医師の答責において下された上記と異なった決定は、具体的事例において正当化されうる」[149]。この説得力ある構想は次の事実に考慮を払っている、すなわち、――積極的臨死介助と医師による自殺幇助の原則的拒否にもかかわらず――瀕死者の介護において、絶望的状況が生じうるが、その場合、すでに従前、患者救済の道が見い出される、つまり、間接的臨死介助の境界領域で鎮痛・鎮静剤の用量を多めに使用するとか、自殺幇助とか、又はそれどころか隠された積極的臨死介助によって。比較的新しい鎮静方法は、自殺願望を押し戻すのには適しているが、しかし、すべての場合に満足を与える解決策というわけではない。

こういった患者のすてばち的行為を（例えば、ガス中毒、高所からの転落又は鉄道・車道自殺）、これは他人を巻き添えにすることが多いのだが、できるだけ避けるために、刑法は、医師や看護師が従前こういった場合に抱いていた疑念を払拭する解決策を準備しておかねばならない。これは関与者のための法的明確性と法的安定性の命令でもある。それ故、臨死介護法草案第四条に、医師によって支援された自殺は上記の非常に狭い前提要件の下で許されることが明文化された。異常な葛藤事例にこのように法律で明確にしておくことは、医師の身分法でも定められねばならないことになろう、それは、特に、上記草案の第四条第二項に、医師にはこういった支援の義務はないが、しかし、患者の明白な希望に応えてできる限り、その用意のある別の医師を紹介するべきと定めているからである。かくして、連邦医師会もその原則を法律に適合させること、州医師会の職業規則をそれに対応して改正する

ことが期待されるべきである。

Ⅳ　利欲からの自殺幇助の可罰性

数年来見られる、重病人のスイスへの「死の旅行」は、そこでは、DIGNITAS（威厳）とEXIT（出口）といった組織（ただし、後者は外国に住所のある人を扱っていない）が「利己的動機なしに」[150]医師の答責の下の自殺支援[151]を安心した雰囲気の中で実施しているのだが[152]、多くの不治の病人の困窮がいかに大きいかを証明している。周知のように、ドイツでは医師がほぼ徹底して倫理的及び身分法上の理由から自殺幇助を拒否するので[153]、私企業や私的組織が、事後的救助を排除する即効性の毒薬を使用することで、この苦境を存分に利用し、医師の倫理感なしに、そして、治療支援を優先することなしに、利欲的動機から自殺幇助をするという危険がかなり高い。

この危険に対処するため――ラインラント＝プファルツ生命倫理委員会の勧告に従って[154]――利欲からの自殺幇助という新しい構成要件が提案される。利欲という概念は――「利己的動機」というスイスの概念とは異なり――ドイツ刑法ではすでに導入されており（刑法第二三六条第四項一号、同第二八三条a二号）、「営利心が抑制されることない、過度の、倫理的にひどい程度にまでたかまること」と定義されるのが普通である[155]。ただし、自殺というきわめて感受性の強い領域では、利欲という概念は経済刑法におけるよりも広い意味を有する。それが早くも肯定されるべきなのは、――自殺意思を有する者の苦境を存分に利用して――費用補塡、医師の行為に対する適切な謝礼を超えて金銭支払いが要求されるばあいである、それ以外の事情が加わるとき――例えば、法外の高い要求とか圧力の行使――刑法第二九一条とか同第二五三条が適用される。

こういった規制によって、自殺の恐れのある者の苦境を存分に利用することがよりうまく防止されることが期待できるのである。この場合、従来のドイツ刑法では即座に効果の出る毒物（例えば、青酸カリ）の利用は不処罰にとどまるのである。こういった規範の法益は、自殺関与によってもそれ自体として侵害されることのない生命にあるのではなく、利欲がある場合社会倫理的に非難に値する、死病者の苦境を存分に利用するところにある。

G　積極的直接的臨死介助の包括的禁止の維持

対案―臨死介助第二一六条第二項の定める、治療不可能な

極めて重い疾患という例外的場合に、患者を意図的に殺すことを処罰免除とする可能性を放棄することによって、ここに新しく公表される法律提案は、もう一つ重要な点で、旧提案から異なる。

積極的臨死介助を一般的に解禁にすることは引き続き問題外である。生命の保護を病人に負担となる期待圧力[156]によって弱体化すること、暴くことが極めて難しい濫用の危険、そして、医師の倫理感ならびに医師―患者―関係の毀損[157]といったことへの警告はその正当性をまったく失っていない。積極的臨死介助を一般的に合法化すべしとの要求はドイツでは十分な理由から実現する見込みはないし、ヨーロッパの視点からも、特に、ヨーロッパ人権裁判所の判例に鑑み[158]、決定圧力はない。この要求は、さらに、その他のすべての規制提案を感情の高まった議論の渦に巻き込む危険にさらすし、これによって、正当な且つ緊急の関心事の実現が危うくなりかねない。

それ故、本研究班は、一九八六年に勧告した刑法第二一六条の緩和、それは、なるほど、嘱託殺人の可罰性を維持したが、しかし、臨死介助に当たっては緊急避難類似の前提要件の下に刑の免除を認めるものだったが、これを完全に削除する決断をした。他殺禁止に穴を開けるいかなる萌芽も避けられるべきであり、他の形態の臨死介助を人道的にすることこれに寄与しうるのである。いわゆる終末期鎮静にまでいたる今日の待期医療の可能性に鑑み、改訂対案で許される臨死介助の範囲及び医師によって支援される自殺の不処罰の範囲に関連して、積極的臨死介助の禁止を緩める必要はない[159]。万一、許容される臨死介助の方法では適切に克服できない、極端な例外事例が実際に生ずれば[160]、正しい**個別事例判断**を下すのが裁判所の任務である[161]。法律で例外構成要件を定めることはしないということで、本研究班が避けようとしたことは、目的とする患者殺を許す抽象的―一般的規定を設けようとすると、これにほぼ必然的に伴う、及び、既にオランダやベルギーで明らかになった濫用の危険と拡大の傾向である[162]。

積極的臨死介助を刑法で禁止することを無限定に維持することで、新しい**対案―臨死介護**（Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung）が明々白々にしようとしていることは、重病人は、生命維持治療を放棄しうる自由を損ねることなく、適切な医療と看護への権利、励ましと世話への権利を生涯の終わりまでもつこと、医師、看護職、親族及び社会はこれに伴う負担を自ら引き受けねばならないのであって、患者を予定よ

り早く殺すという選択をとることでその負担から自らを解放してはならないということである。しかし、同時に、本研究班は、積極的臨死介助の可罰性の緩和を放棄すること、許容される臨死介護の範囲を刑法で拘束的規制すべしとの、**立法者への訴え**を結びつけるものである。

H　法律提案

以上の考察から、対案―臨死介助（AE-Sterebehilfe）を新たに起草（Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung）し、又、苦痛緩和及びその他の待期医療措置に関する医師の記録義務を定める**臨死介護法**（Sterbebegleitungsgesetz）を提案する。

(105) BGHSt 42, 301, 305; dazu *Dölling* JR 1998, 160; *Schöch* NStZ 1997, 409; *Verrel* MedR 1997, 428; allg. Schönke/Schröder/*Eser*, Vor. §§211ff. Rn 26; *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, München 2004, 52. Aufl., Vor. §§211-216; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, München 2004, 25. Aufl., Vor. § 211 Rn 7; *Roxin* (Fn 13), S. 96ff.; jetzt auch *Gössel/Dölling*, Strafrecht, Bosonderer Teil, Band 1, 2. Aufl. 2004, § 2 Rn 41-44; a. A. noch *Gössel*, 1. Aufl., Rn 30-33.

(106) Vgl. hierzu *H.-L. Schreiber* NStZ 1986, 340f.; *ders.*, Festschrift für Hanack, S. 739; Schönke/Schröder/*Eser*, Vor. §§211ff. Rn 26, jewils m.w.N.

(107) *H.-L. Schreiber* NStZ 1986, 341.

(108) *Dölling* MedR 1987, 7; Schönke/Schröder/*Eser*, Vor. §§211ff. Rn 26.

(109) BGHSt 42, 305 unter Berufung auf *Kutzer* NStZ 1994, 110, 115; *ders.*, Festschrift für Salger 1995, S. 663, 672; kritisch zur Rechtsgüterabwägung *Tröndle/Fischer*, Vor. §§211-216 Rn 18.

(110) Ebenso bereits der Entwurf zu § 1901b BGB neu der BMJ-Arbeitsgruppe (Fn 14), S. 42ff.

(111) So jetzt auch BMJ-Arbeitsgruppe (Fn 14), S. 50-52.

(112) *Kutzer* ZRP 1993, 406.

(113) Vgl. dazu vor allem *Roxin* (Fn 13), S. 98f. und AE-Sterbehilfe (Fn 21), S. 22-24.

(114) So bisher aufgrund der gegebenen Fallkonstelation BGHSt 42, 301, 305; ebenso die Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung v. 11.9.1998, NJW 1998, 3406 (BÄK-Grundsätze).

(115) So AE-Sterbehilfe (FN 21), § 214a, S. 22f.; *Roxin* (Fn 13), S. 98; zustimmend Bioethik-Kommission (Fn 16), S. 68.

(116) Vgl. BGHSt 42, 301, 305.

(117) AE-Sterbehilfe (Fn 21), § 214a, S. 22; BÄK-Grundsätze

NJW 1998, 3406; *Roxin* (Fn 13), S. 98；連邦司法省研究班は、疾病緩和措置ということを言い、その下に、専門家による苦痛緩和・症状療法を理解している、BMJ-Arbeitsgruppe (Fn 14), S. 13, 50f.

(118) Bioethik-Kommision (Fn 16), S. 69.

(119) BMJ-Arbeitsgruppe (Fn 14), S. 13.

(120) 一般に、この事例群では客観的帰属が排除されることについて、*Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 3. Aufl. 1997, § 11 Rn 52ff.

(121) *Kutzer* NStZ 1994, 115; BÄK-Grundsätze NJW 1998, 3406; so wohl auch BGHSt 42, 301, 305：「意図しないが、しかし、我慢される回避不可能な副次結果として死の発生を早めるかもしれない」「苦痛緩和医療行為」。これに賛成するのが、シェヒ、直接的臨死介助との区別をよりはっきりと、司法精神医学的に証明可能にする必要があることが理由である（この立場は、現代の苦痛緩和療法をより正確な知見及び以下に説明する濫用統制に鑑み放棄される）。*Schöch* NStZ 1997, 411.; widersprüchlich BMJ-Arbeitsgruppe (Fn 14), S. 13 unter Inkaufnahme einer Lebensverkürzung und S. 50 leidmindernde Maßnahme, die das Leben als nicht beabsichtigte Nebenwirkung verkürzt.

(122) So AE-Sterbehilfe (Fn 21), § 214a, S. 22f.; *Roxin* (Fn 13), S. 98f.

(123) So auch Bioethik-Kommission (Fn 16), S. 69.

(124) BMJ-Arbeitsgruppe (Fn 14), S. 50.

(125) BMJ-Arbeitsgruppe (Fb 14), S. 52.

(126) So AE-Sterbehilfe (Fn 21), S. 23.

(127) *Flöhl* in *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 26.3.1997; zum Nachholbedarf in Deutschland auch BMJ-Arbeitsgruppe (Fn 14), S. 52.

(128) AE-Sterbehilfe (Fn 21), § 214a, der insoweit das geltende Recht für ausreichend hält.

(129) *Schöch* NStZ 1997, 410; Verrel MedR 1997, 249.

(130) BGH NStZ 1997, 182; zur dubiosen Fallgestaltung *Schöch* NStZ 1997, 499ff.

(131) *World Health Organization,* Cancer pain relief and palliativ care, Technical report series no. 804, WHO, Geneva 1990; dazu *Haberland/Boraiso/Bausewein/Beyer*, Schmerztherapie in der Palliativmedizin, MMM-Fortschr. Med. Nr. 6/2004 (146. Jg.), 79-82.

(132) *Wall/Melzack*, Textbook of Pain, fourth edition, Churchill Livingstone 1999; Husebo/Klaschik (Hrsg.), Palliativmedizin, 3. Aufl. Heidelberg, Berlin u.a. 2003; Bausewein (Hrsg.), Leitfaden der Palliativmedizin, München 2004; Loick/Totzauer (Hrsg.), Klinikinterner Leitfaden für Anästhesie und Notfallmedizin, 1. Aufl. 2001.

(133) S.u.H.II. und *Verrel* MedR 1997, 249; Schöch NStZ 1997, 412.

(134) Bioethik-Kommission (Fn 16), S. 69.

(135) *Roxin* AT I (Fn 120), § 14 Rn 101f.; § 15 Rn 112; § 16 Rn 91f.

(136) S.u.H.II.

(137) *Verrel* MedR 1997, 249; *Schöch* NStZ 1997, 412; Bioethik-Kommission (Fn 16), S. 69.

(138) Bioethik-Kommision (Fn 16), S. 69.

(139) Schönke/Schröder/*Eser*, Vor. § § 211ff. Rn 42f.; *Tröndle/Fischer*, Vor. § § 211-216 Rn 12; Lackner/*Kühl,* Vor. § 211 Rn 15; *Roxin* (Fn 13), S. 110f.; MüKo/*Schneider*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2003, Vor. § 211 Rn 84. 異説として、一部であるが、自由答責の自殺の中にも事故を見て、刑法第二一三条cの定める救護義務を課する判例がある（vgl. BGHSt 6, 147; 32, 367, 376; ebenso *Kutzer* MDR 1985, 712ff.; *Dölling* NJW 1986, 1012ff.; *Gössel/Dölling* BT 1, § 56 Rn 3)。レンギーアは、この見解に組するが、しかし、その場合でも、特に、期待可能性を念入りに調査する必要のあることを強調する。*Rengier*, Strafrecht BT II, 6. Aufl. 2005, § 8 Rn 18ff.

(140) Ebenso bereits § 215 AE-Sterbehilfe.

(141) この一般化能力のある境界付けの方が判例より優れている、後者はこれらの理由からすべての場合に事故事例を考え、したがって、救助義務が基礎付けられ、これは、具体的事例においてのみ救助期待不可能の故に否定される (s. Fn 139)。

(142) S.o. Fn 141.

(143) BGHSt 32, 367ff.(3. Senat; Fall Dr. Wittig); kritisch aber BGH NJW 1988, 1532; zur Hilfspflicht nach § 323c StGB s. o. Fn 139, 141.

(144) BGHSt 32, 367, 377ff.

(145) Schönke/Schröder/*Eser*, Vor. § 211 Rn 42f.; *Tröndle/Fischer*, Vor. § § 211-216 Rn 12; Lackner/*Kühl*, Vor. § 211 Rn 15; *Rengier* BT II, § 8 Rn 12ff.; *Roxin* (Fn 13), S. 112f., alle m.w.N.; a.A. *Herzberg* JA 1985, 184f., 267ff.

(146) Vgl. *Salger*, Disskussionsbemerkung, in: Deutscher Juristentag, Recht auf den eigenen Tod?, Sitzungsbericht M zum 56. DJT Berlin 1986, M 169, 171 sowie die Bemerkung des 2. Senats in BGH NJW 1988, 1532. 第二刑事部は、真摯な、自由答責の殺人の決断に第三刑事部よりも強い法的意味を与える向きがあると。

(147) BÄK-Grundsätze NJW 1998, 3406.

(148) § 4 Abs. 1 des Entwurfs eines Sterbebegleitungsgesetzes (s.u.H.II.).

(149) Bioethik-Kommission (Fn 16), S. 107.

(150) これがスイス刑法第一一五条の定める自殺幇助を不処罰とする前提要件である。

(151) EXITとDIGNITASでは本来的自殺は、医師とは異なる臨死介助者が同伴するのが普通であり、事前に、医師との相談が行われる。スイスは、自殺幇助に当たって非医師が重要な

役割を果たす少数の国の一国である。（vgl. *Rippe/Schwarzenegger/Bosshard/Kiesewetter*, Urteilsfähigkeit von Menschen mit psychischen Störungen und Suizidbeihilfe, Schweizerische Juristen-Zeitung 2005, 53ff., 54f.）。

(152) Vgl. *Ulrich*, Exit Beihilfe zum Suizid zwischen 1990-2000, med. Diss. Zürich 2002, S. 10ff.; *Bosshard/Fischer/Bär*, Open regulation and practice in assisted dying, How Switzerland compares with the Netherlands and Oregon, Swiss Medical Weekly Vol. 132 (2002), 527-534, 528f.; *Bosshard/Jermini/Eisenhart/Bär*, Assisted suicide bordering on active euthanasia, International Journal of Legal Medicine Vol. 117 (2003), 106-108.

(153) Vgl. BÄK-Grundsätze NJW 1998, 3406.

(154) Bioethik-Kommission (Fn 16), S. 133f.

(155) Lackner/*Kühl*, § 238 Rn 6; BGHSt 1, 388.

(156) Vgl. *H.-L. Schreiber,* Festschrift für Hanack, S. 736, 738; *ders*., Festschrift für Rudolphi, S. 550f.

(157) Statt vieler *Oduncu/Eisenmenger* MedR 2002, 336; *Dölling* MedR 1987, 8; Bioethik-Kommission (Fn 16), S. 70-73.

(158) Vgl. *Lindemann* ZStW 117 (2005), S. 231ff.

(159) Anders die Einschätzung der Bioethik-Kommission (Fn 16), S. 70ff., die sich für die Schaffung einer § 216 Abs. 2 AE-Sterbehilfe entsprechenden Regelung ausspricht; vgl. demgegenüber *Kutzer* ZRP 2003, 211.

(160) よく議論される事例は、燃え盛る貨物自動車に挟まれた運転者が、苦痛に満ちた焼死から守ろうとした同乗者によって射殺されるというものである。

(161) 臨死介助事例の適切な判断への途上での（あると思われる）法的障壁を克服する判例の能力を示す事例に、ラーフェンスブルク地方裁判所NStZ 1987, 229と連邦裁判所BGHSt 32, 367の裁判例がある。前脚注の挟まれた貨物自動車運転者の場合、正当化の緊急避難の準則に即した解決が考慮されるのであり（so bereits *Otto*, [Fn 20] D 56ff., 97f）、これは連邦裁判所BGHSt 42, 301, 305においてすでに間接的臨死介助の不処罰を根拠付けるために動員された。

(162) Vgl. *Reuter*, Die gesetzliche Regelung der aktiven ärztlichen Sterbehilfe des Königreichs der Niederlande - ein Modell für Deutschland?, 2. Aufl. Frankfurt u. a. 2002, S. 187ff., 201; *Oduncu* Zeitschrift für medizinische Ethik 2002, 311f.; *H.-L. Schreiber,* Festschrift für Rudolphi, S-543, 546ff.; *Klinkhammer* Deutsches Ärzteblatt 2004, A 2360f.; *Eisenmenger*, Geringe Lebensqualität - Die finstere Praxis der Sterbehilfe in Holland - bis hin zum Mord, *Süddeustche Zeitung* vom 17.7.2003, S. 11; *Lindemann* ZStW 117 (2005), 213ff.

［訳者の付記］　本拙訳は、「対案—臨死介護」„Alternativ-

Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB)", in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 10/2005, S. 553-586を翻訳したものです。翻訳にあたっては、ハインツ・シェヒ教授（Prof. Dr. Heinz Schöch an der Universität München)、ユルゲン・ヴォルター教授(Prof. Dr. Jürgen Wolter an der Universität Mannheim）及びヒューティイヒ・イエーレ・レーム出版社（Hüthig-Jehle-Rehm-Verlag）のご承諾をいただきました。ここに、そのご厚意にたいして心より感謝申し上げます。

本翻訳連載第一回、第二回は、本誌前前号、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。