

# ドイツ民法典における「患者の事前指示書」規定 に関する一考察

— BGB1901a条の立法経緯と解釈をめぐる議論について —

谷 口 聡

Eine Studie zur Vorschrift über die „Patientenverfügung“ im  
Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch:  
Für die Diskussion über Gesetzgebungsprozess und Auslegung  
von BGB § 1901a

Taniguchi Satoshi

## 要 旨

本稿の目的は、「患者の事前指示書」に関して規定しているドイツ民法典1901a条に関する議論と問題点を考察することである。「患者の事前指示書」とは、患者が未だ差し迫っていない医療上の診療について、その診療に関する意思をあらかじめ書面で表明しておくものである。わが国でしばしば「リビング・ウィル」などと呼ばれる概念に類似している。

終末期医療における医療上の処置については、患者の同意の問題が大きな問題となる。その診療の際には患者が判断能力を喪失している場合が少なくないからである。この場合、一つには、家族に患者の希望を問いかけることが考えられる。もう一つには、患者自身がそのような場合に備えて事前に意思を表明しておくことも考えられる。ところが、わが国にはそのような問題について制定法が存在しておらず、厚生労働省のガイドラインが患者と医師の中心的な規範となっている。

これらの問題について、ドイツでは、私法の重要な一般法である民法典に「患者の同意」規定（BGB630d条）や「患者の事前指示書」規定（BGB1901a条）が置かれている。したがって、このような規定に関する議論はわが国に大きな示唆を与えるものとする。本稿ではドイツ民法典1901a条の規定をめぐる議論を紹介して検討する。

## Zusammenfassung

Der Zweck dieses Manuskripts ist die Betrachtung der Diskussion und der Probleme des § 1901a Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB), das die „Patientenverfügung“ regelt. Die Patientenverfügung heißt das Schreiben, in dem der Patient für noch bevorstehende ärztliche Maßnahmen seinen Willen schriftlich ausdrückt. Sie ähnelt dem Begriff des sogenannten „Living Will“ in Japan.

Die Einwilligung der Patienten ist das große Problem für die ärztliche Behandlung bei der medizinischen Endversorgung. Es ist nicht selten der Fall, dass der Patient bei der ärztlichen Maßnahme einwilligungsunfähig ist. In diesem Fall besteht eine Möglichkeit darin, seine Familie nach den Patientenwünschen zu fragen. Zum anderen kann der Patient vorher seinen Willen im Fall seiner Entscheidungsunfähigkeit äußern. In Japan gibt es jedoch kein Gesetz für solche Fälle, und es gibt nur eine Richtlinie vom Ministerium für Gesundheit, Arbeit und Soziales als Standard zwischen Arzt und Patient.

In Bezug auf dieses Problem liegen in Deutschland die Vorschriften, welche die „Einwilligung des Patienten (§ 630d BGB)“ und die „Patientenverfügung (§ 1901a BGB)“ regeln, im BGB, das ein wichtiges privates allgemeines Gesetz ist. Dementsprechend gibt die Diskussion dieser deutschen Vorschriften große Hinweise für Japan. Dieses Manuskript stellt Ansichten über § 1901a BGB vor und untersucht sie.

### I はじめに

終末期医療と法の関係には様々な問題が存在しており、かつ、山積している。中でも患者と医師の間の問題は未解決のものが多いと思われる。わが国では、そもそも患者と医師の関係を規定する制定法が、ごく一部の例外（母体保護法、臓器移植法など）を除いて存在していない。そこで、例えば、医師が判断能力を失ってしまった患者にどのような治療をおこなうべきかについては、非常に難解かつ未解決の問題が存在していると言える。

家族・親族に判断能力を有しない患者の処置の同意あるいは拒否の判断を求めることも一つの方法かもしれない。また、一般的にはリビング・ウィルなどと称されているように、患者が自らの判断能力の喪失に備えて、医療上の処置について意思を事前に表明しておくという方法も考えられる。

このような終末期医療の患者の同意の問題については、わが国には制定法が存在していないことから、一つには、安楽死や尊厳死（治療中止）に関して刑事事件裁判例・判例が行為規範を形成してきたし、また、もう一つには、厚生労働省の発表してきたガイドラ

インも重要な行動指針を提供している<sup>1</sup>。このほか、各医療関係の学会が発表してきたガイドラインもその一翼を担ってきたと言える。この点、ドイツ法に目を向けてみると、現在では、民法典という私法の基盤となる法典の中に、患者の同意の問題を含めた診療契約に関する規定や患者の事前指示書に関する規定が明文をもって置かれているのである<sup>2</sup>。

わが国には、わが国に適応した医師と患者の行為規範がつくられるべきであり、法律を作ること自体が必ずしも諸問題の解決につながるということではないと考える。しかし、ドイツにおける制定法の立法経緯における詳細かつ重厚な議論と立法後の一般的な解釈論は精緻なものであり、また、その法律を適用した判例理論も含めてわが国にも示唆を与えることは言うまでもない。

したがって、本稿では、ドイツ法における「患者の事前指示書」の規定であるドイツ民法典第1901a条をめぐる立法経緯と一般的な解釈論を検討することとしたい。

## Ⅱ 本稿の目的

上述のように、本稿は、ドイツ民法典（以下「BGB」という。）における「患者の事前指示書（Patientenverfügung）」の規定である第1901a条の立法経緯、概略、意義、定義、要件論と効果論などの一般的な解釈論を複数の文献を引用しつつ検討して、考察するものである。

なお、BGBの「患者の事前指示書」に関しては、すでに先行研究が存在している<sup>3</sup>が、本稿では特にBGB1901a条に焦点を当てて詳細な検討をすることに意義を見出せるものと臆見する。

## Ⅲ ドイツ民法典1901a条の翻訳

### ドイツ民法典1901a条の翻訳

#### 第1901a条 患者の事前指示書

- (1) 同意能力のある成年が、その同意無能力者となった場合のために、確定の時点に未だ直接的に差し迫っていない彼の健康状態の検査、治療または医的侵襲に同意するかあるいは拒否するかについて、書面で確定した場合（患者の事前指示書）、世話人はこの確定が現在の生命状況および診療状況に合致しているかどうかを検証

1 拙稿「医師による「治療中止」の行為規範に関する一考察」高崎経済大学論集60巻4号（2018）189頁参照。特に、右拙稿においては、主に治療中止に関する判例と裁判例およびその評釈、終末期医療に関する厚生労働省のガイドラインとそれについての学説上の評価、終末期医療全般に関する学説などにつき一応の整理を試みたので参照された。

2 ドイツ民法典に診療契約規定が新設されたことおよびその内容については、服部高宏「ドイツにおける患者の権利の定め方」法學論叢172巻4・5・6号（2013）255頁、村山淳子「ドイツ2013年患者の権利法の成立」九州法学会会報2014年42頁、拙稿「ドイツ民法典における「患者の同意」規定に関する一考察」高崎経済大学論集60巻1号（2017）43頁ほか参照。

3 亀井隆太「患者の事前指示書について」千葉法学30巻1・2号370頁。

- する。合致している場合には、世話人は被世話人の意思が表明され、実現されるようにしなければならない。患者の事前指示書は、何時でも、不要式で撤回しうる。
- (2) 患者の事前指示書が存在しない場合、または、患者の事前指示書の確定が現在の生命状況および診療状況に合致しない場合には、世話人は、診療の希望または推定的意思を確かめ、これに基づいて、第1項により患者が医療上の処置に同意するかあるいは拒否するかを判断しなければならない。推定的意思は具体的根拠に基づいて確かめられなければならない。特に、被世話人の従前の口頭または書面による表明、倫理的、宗教的信条、およびその他の個人的な価値観が考慮されなければならない。
- (3) 第1項および第2項は、被世話人の疾病の種類および段階とは無関係に適用される。
- (4) 何人も患者の事前指示書の作成を義務付けられない。患者の事前指示書の作成または提示は契約締結の条件とされてはならない。
- (5) 第1項から第3項までの規定は、任意代理人に準用される。

## IV ドイツ民法典1901a条をめぐる議論の具体的検討

### 1 患者の事前指示書に関する規定の新規挿入の意義

ドイツ民法典における「患者の事前指示書」の規定についての意義に関する概略は、Mushelerが以下のように述べているところを参照したい<sup>4</sup>。

「2009年9月1日に発効した世話法の第3次改正法によって、以前もっぱら判例法によって形成されていた患者の事前指示書（しばしば不適切に患者の遺言書と呼ばれる）の法制度が民法典（BGB）の中へと引き継がれた。今では、1901a条において見出されるものであり、したがって、世話法の規定範囲に属するものである。効力の要件および法律の効果に関しては、立法者は、本質的には判例および学説が作り出した原則を指向するものであるが、手続および方式の規定については補充をするものである。概念的な観点においては、-1901a条の法律的な概念を考慮して-慎重に考えられた。したがって、（新しい意味における）「患者の事前指示書」の概念は、（限定された意味において）（適格であると）規定された患者の事前指示書の第1項における規定と同様に、第2項に従った患者の診療の簡素な希望もまた包括するものである。両方の制度の意味と目的は、同様に、実施、つまり、しばしば、具体的な診療状況における肉体的または心理的欠損を理由として診療に対する医師をもはや突き止めることができない事例について医療上の診療経過の中止に対する視線をもって患者の意思を継続することである。従って、患者の事前指示書

4 Karlheinz Muscheler, Familienrecht, 2012, S.467 Rn.822

は、医療の診療処置において予見された同意またはその拒否とは異なったものとして、最終的には、描き出される。このことから、とりわけ、終了させることおよび生命維持。つまり延命処置を実施しないことは決定的な意味をもつ。法律に明確に定着させることによって、当事者の自己決定権の現実化と並んで、世話人および診療者の法的安全が達成されるべきである」。

## 2 BGB1901a条の立法経緯

BGB1901a条の立法経緯に関しては、BGBの注釈書およびドイツ世話法の注釈書の中では、Schwabの見解が比較的詳しいので、以下に引用したい<sup>5</sup>。

「この規定は第3次世話法改正により2009年7月29日に挿入され、2009年9月1日に発効した。同様の看做しの下でこれまで存在してきた書面の世話の指示と代理に関する義務についての規定は、現在、1901c条に見出される。家事および任意裁判管轄における手続法（FamFG）と同時に発効したこの改正は、多数の出版物を伴った立法の長い歴史の先端を行くものである。とりわけ、2003年3月17日の連邦通常裁判所第12民事部の判決（BGHZ154,205）の判決以降、安楽術の処置における世話人の機能について、法律上の規定による要求を増大させた。さらに数多の草案が議論された。2004年11月1日の連邦法務大臣の第3次世話改正法の報告書、2008年3月6日の第3次世話法改正についてのStünker議員らの草案、2008年12月16日の世話法における患者の事前指示書の定着に関する法律についてのBosbach議員らの草案、2008年12月18日の患者の事前指示書の拘束力の明示に関する法律についてのZöller議員らの草案（患者の事前指示書の拘束力の法律－PVVG）などである。Stünker議員らの草案を基礎にして、連邦議会の法務委員会は2009年6月8日に決議推薦をして、2009年6月18日に連邦議会において議決された。連邦通常裁判所の仲裁委員会の嘆願の申請は連邦参議院によって採択されなかった」としている。

## 3 BGB1901a条第1項から第5項の概説

Schwabは注釈書において、第1項を以下のように概説する<sup>6</sup>。

「患者の事前指示書の法律上の規定（第1項）。この規定は、第1項において「患者の事前指示書」の規範化した諸条文を提供し、また、その条文は同時に法律上の定義をしている。患者の事前指示書は「法制度」として世話法の中に定着されるべきである。この規定は、当事者において医療上の処置を決心されるべき場合に、世話人または任意代理人に対する一般規定との関係において存立する（1901a条2項、3項、5項、1901b条 1904条）。法律の理由づけにより、患者の事前指示書は、患者の意思の考慮を保障するための

5 Dieter Schwab, Münchener Kommnetar zum Bürgerliches Gesetzbuch 2012, S.1861 Rn.1, Vgl. Rainer Kemper, NOMOSKOMMETAR Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 2014, S.2126 Rn.1, Anderas Bauer, Prütting/Wegwen/Weinreich Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar 2016 S.2738 Rn. 1, Andreas Roth, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 2014 S.5529 Rn. 1

6 Schwab, aaO, S.1862 Rn.2, Vgl. Bauer, S.2739 Rn. 2



重要な、しかし唯一ではない道具である。その保障を達成するために、法律の理由づけにより、患者の意思を確かめることに対するすべての指示可能なコミュニケーション方法を利用することが認められている。患者の事前指示書の規定は、世話法に置かれるところの一般的な人格権法および医事法のテーマにおいて人目を引くものである。したがって、この規定は、同意または不同意にかかわる問題で、世話人または任意代理人が患者の名で表示をするという場合に関して考えられなければならない。もちろん、1901a条1項1文における患者の事前指示書の定義が一般的意味を付与するものでなければならない。同時に、この概念の確定によって立法者はこれまで争点であった以下の問いについて判断した。前もってなされた意思の決定は、実際の事例において、有効な、医療上の処置に対する同意/不同意となるのか、あるいは、-準備された法の見解が承認しているように-、推定的意思についての常に一つの（強い）間接事実すぎないのかという問いである。立法者は前者の見解を肯定する判断をした。もちろん、1901a条1項1文において形成された要式と内容の要件との結びつきにおいてである。この判断はまた、一般的な医事法にとっても標準的なものである」。

第2項について、同じくSchwabは以下のように概説している<sup>7</sup>。

「患者の事前指示書が存在しないまたは状況に適合した患者の事前指示書が存在しない場合の世話人の任務（第2項）。第2項は、有効なまたは具体的状況に合致した患者の事前指示書が存在しない場合、医療上の処置に対する同意に際してのまたはその禁止に際しての世話人の義務を書き改めた。この規定は、その場合において、患者の診療の希望「または」推定的意思が判断の基礎を形成することを目指したものである。この関係において、1901b条2項の規定は、補充的に置かれた」。

同様に、第3項について、Schwabの概説は次のとおりである<sup>8</sup>。

「疾病の種類と段階の考慮をなしとする規定の妥当性（第3項）。この規定は、安楽死の範囲において、死亡の経過の具体的事例において未だ挿入されなかった場合に、患者の事前指示書が放棄されるのかどうか、または、患者の推定的意思もまた考慮されるのかどうかという重要な問いに該当する。法律は、この場合にもまた患者の意思の妥当性を肯定的に判断した」。

そして、第4項の概説もSchwabの見解を以下のように引用したい<sup>9</sup>。

「患者の事前指示書の作成に対する義務がないこと（第4項）。この規定は、患者の事前指示書の作成について強制またこれに類することをしてはならないことを明確にし、かつ、第2文において、契約締結の結びつけの禁止と条件の形式における患者の事前指示書の存在の禁止を制定している。この規定は、患者の事前指示書作成についての個人的および社会的圧力に反対するものである」。

7 Schwab, aaO, S.1862 Rn.3, Vgl. Bauer, S.2739 Rn. 2

8 Schwab, aaO, S.1862 Rn. 4, Vgl. Bauer, S.2739 Rn. 2

9 Schwab, aaO, S.1862f. Rn. 5, Vgl. Bauer, S.2739 Rn. 2

さらには、第5項の概説についてもSchwabの見解を引用することとする<sup>10</sup>。

「この規定は、患者の事前指示書について明示し、かつ、1901a条1項から3項による世話人の任務について、世話人に代わって患者の任意代理人が行為する場合の準用可能性を明示している」。

#### 4 「患者の事前指示書」の定義

「患者の事前指示書」の定義に関して、Schwabは以下のように述べている<sup>11</sup>。

「定義（第1項1文）。法律は、1901a条1項1文において、直接的に拘束力のある患者の事前指示書をその他の意思表示と境界付けをするためという明白な目的をもって、患者の事前指示書の法的定義を提供する。それによれば、患者の事前指示書は、同意能力のある成人がその者の同意無能力となった場合のために、特定の、確定の時点に未だ差し迫っていない健康状態の調査、治療または医的侵襲に同意するか拒否するかを確定するところの書面の意思表示である。その概念をより明確に規定するに際しては、その要素が欠ける場合には患者の事前指示書が存在しないかまたは1901a条1項の意味における拘束的効力が発生しないところの要素に注意が払われる」。

同じく、患者の事前指示書の定義に関して、Kemperの見解は以下のようなものである<sup>12</sup>。

「第1項第1文は患者の事前指示書の概念を定義している。それは、ある者が確定した特定の時点において未だ直接的には切迫していないその者の健康状態、診療または医的侵襲に同意または拒否するかどうかに関わる問題である。これらの概念によって、1904条におけるのと同じように、考えられうるすべての医療上の処置が覆い尽くされる」。

#### 5 患者の事前指示書の法的性質

患者の事前指示書は、患者による一方的な意思表示であるが、そのような法的性質に関して、Schwabは以下のように述べている<sup>13</sup>。

「患者の事前指示書は、すべての者に拘束力を有し、医療上の処置の作為または不作為についての判断を含む、一方的で受領不必要な表示を描き出す。したがって、その指示は、第一には医師、世話人、任意代理人、および、可能性として介入する裁判所に向けられる（1904条）。これらの者は、法律行為理論の意味における名宛人ということではない。もちろん、広められた学説上の見解が存在し、それによれば、患者の事前指示書は、外的な効力を有せず、世話人または任意代理人に対してのみ指図を含むものであり、したがって、名宛人はもっぱら—必要がある場合に指名している—代理人であるというものである。これらの患者の自治に対する危険な見解を拒否しなければならない。むしろ、患者の事前指示書は、すべての者、および、その内容により認識が維持され、かつ指示者の医

10 Schwab, aaO, S.1863 Rn. 6, Vgl. Bauer, S.2739 Rn. 2

11 Schwab, aaO, S.1863 Rn. 7

12 Kemper, aaO, S.2127 Rn. 4, Vgl. Muscheler, aaO, S.467 Rn.823

13 Schwab, aaO, S.1863 Rn. 8

療上の診療に従事する制度を拘束するものである。同意またはその拒否においては、債務法上の医師および病院との契約の問題ではなく、医的侵襲に関する不法行為法上の正当化根拠の意味における同意の問題である。患者の事前指示書の効力を条件と結びつけられるかどうかの問いは、明示的には規定されていない。このことは、法的明確性の意味において否定されなければならない。表示者は、彼が適切な医療上の処置を十分に正確に書き改めることによって、彼の表示の射程をコントロールすることができる。最高的人格的な意思表示として、患者の事前指示書は、代理人によってではなく、表示されうるものである。しかし、使者の指示者は使用しうる」としている。

## 6 患者の事前指示書の要件論の全体像

患者の事前指示書が有効なものとなるための要件については、その全体像に関して、以下のMuschelerの見解を引用したい<sup>14</sup>。

「有効な患者の事前指示書についての構成要件は1901a条1項が規定している。(1) 指示者は同意能力者でなければならない。同意能力は、指示の判断の有効範囲と結果を理解することができるための自然な精神的な成熟において指示者が処分する場合に、承認される。(2) その指示は、一つまたは複数の具体的な診療状況に関するものでなければならない。(3) 相応する診療の状況は直接的に差し迫ったものであってはならない。(4) その指示書は指示者によって最高人格的に著述されなければならない。(5) 指示者は、作成に際して、成年でなければならない(2条)。(6) 書面様式の要求が満たされなければならない(126条)。(7) 1901a条4項1文および2文(134条に關係して)による義務付けの禁止に違反してはならない(いわゆる結合の禁止)。(8) 事前指示書は、最終的には、撤回された場合に有効となつてはならない(1901a条1項3文)。事前の医師の相談は、－立法過程の範囲において普及した要求に反して－、例えば、生命維持の処置の中止が問題である場合に不可逆的で致命的な疾病の経過と同様に、患者の事前指示書ではほとんど要件とされていない。患者の意思の(規則的な)実現または確認もまた行われなくてもよい。従って、患者の事前指示書はいくらかの時間の経過によって失効するものではない(163条)」。

## 7 主観的要件

本節から以下において個別的に要件論を考察していくが、主観的要件に関する議論は次のようなものとなっている。

Schwabの見解は次のようなものである<sup>15</sup>。

「主観的要件。「自然な同意能力」(判断能力)。医療上の処置に対する同意または拒否は患者の事前指示書によって表示されるので、「自然な閲覧および判断能力」の一般原則が適用される。このことは、同意を意思表示とみなすか否かを考慮することなく適用さ

<sup>14</sup> Muscheler, aaO, S.468 Rn.824

<sup>15</sup> Schwab, aaO, S.1863 Rn. 9



れる。当事者が種類、意味、効果および処置のリスクも認識しかつこれに従って彼の意思を決定することができる場合には、当該当事者は判断能力者としてみなされなければならない。表示者が具体的事例において判断能力者とみなされうるかどうかは、診療されなければならない病気と適切な治療との関係において判断されなければならない。医事法上の原則により治療の可能性とリスクについての医師の説明の具体化が複雑になればなるほど、判断能力に対する高度な要求がなされるものとなる」。

Kemperの見解は以下のようなものである<sup>16</sup>。

「患者の事前指示書は、同意能力者たる成年によってのみ作成されることができる（第1項1文）。未成年者によって作成された患者の事前指示書は、仮に、未成年者が処置の場合において既に存在している処置に対する閲覧能力を根拠に同意し、または、同意を拒否した場合であっても、無効なものである。表示の高度な人格的な性質により、代理権もまた排除される」。

Rothの見解は以下のようなものである<sup>17</sup>。

「自然な閲覧およびコントロール能力が伴っていることが認められる場合において、当事者が、処置の種類、意味、効果およびリスクを理解することができ、かつ、これに伴って意思を決定する能力を有するときは、指示書の作成に関して当事者の同意能力は個人として要件を満たす。このことは、医療上の治療における同意についての一般原則に対応する。これについては、このことから、その者は成年でなければならない。このことは完全に首尾一貫しているというわけではない。というのは、立法者は行為能力ではなく、未成年者であっても有することができる同意能力に基準を合せたからである」。

成年者であることが要件とされることについて、Schwabは以下のように疑問を提示している<sup>18</sup>。

「1901a条1項1文の定義は、患者の事前指示書を概念的に成年者の確定に限定する。このことは、首尾一貫せず、さらには憲法違反であると非難される。というのは、ほぼ一般的に認められている見解により未成年者もまた同意能力者となりうるからである。筆者の見解では、もちろん世話法上の意味において成年に到達した後に初めて投入されるところの患者の事前指示書を、十分な判断能力者たる未成年者もまた作成することができる。この私見が受け入れられない場合であっても、未成年者の指示は1901a条2項の範囲において考慮される」。

## 8 書面による確定

書面による確定に関して、Schwabは以下のように述べている<sup>19</sup>。

「書面の要式。概念的には患者の事前指示書として承認されるために、同意の確定ま

16 Kemper, aaO S.2127 Rn.9

17 Roth, aaO, S.5530 Rn.3

18 Schwab, aaO, S.1863 Rn.10f.

19 Schwab, aaO, S.1864 Rn.11

たは同意拒否の確定は書面でなされなければならない。遵守されなければならない要式として126条が適用される。その証書は自署の署名がなされなければならない。その書面要式は、公証人の書面作成によるものと同様に、電子要式によってもまた充足されうるものであり、また、それとは反対にテキスト要式 (Textform) によるものではない (126b条)。したがって、電子要式の要件を満たさない場合には、E-mailによる確定は十分なものとはならない。文書の日付の記録は必要ではなく、証人もまた必要ではない。立法者の考えによれば口頭で発表された意思表示は、何らかの (単なる) 無効なものとなるのではなく、最初から患者の事前指示書の概念に入るものではない。しかし、それは患者の診療の希望を突きとめる範囲においてまったくもって重要なものである」。

Rothの見解は以下のようなものである<sup>20</sup>。

「患者の事前指示書は書面で作成されなければならない (126条)。この点で、立法者は性急かつ無思慮な確定をしないように警告しようと欲した。書面の要式は指示の具体化の特定の種類を要件とした。それによれば、純粋な音響による記録は要件を満たさない。この要求によって、確かに自己決定権は縮減されたが、立法者は、他の種類と方法 (例えば、口頭で) において表明されるところの診療の希望が考慮されないのではなく、第2項に従い同様に考慮されるところの要式を立案することができると考えたのである」。

なお、書面の確定の問題に関して、Schwabは以下の点について付言している<sup>21</sup>。

「書面要式の必要性は、未だ直接的には差し迫っていない医療上の処置に該当する確定についてのみ適用され、それとは反対に、現在躊躇している診療に対する同意または不同意には適用されない。現在間近に迫っている具体的な治療に対する日常的な同意は、自明のことながら、口頭でも、またさもなければ、黙示による行動によっても可能である」。

## 9 患者の事前指示書の有効範囲

患者の事前指示書の有効範囲の問題に関して、Rothは以下のような見解を述べている<sup>22</sup>。

「指示書は同意無能力の場合についてのみ適用される。当事者が未だ自ら判断できる状況である場合には、書面による処分へ立ち戻ることは許容されない」。

Schwabは、同じく有効範囲に関して以下のように述べている<sup>23</sup>。

「有効範囲。将来の同意無能力。確定は、同意無能力の場合についてなされなければならない。すなわち、医療上の処置について具体的な判断がなされなければならない時点において、被世話人がもはや同意無能力である場合である。このことは自明の理である。当事者が診療に対して現在の状況の決定に自ら同意を付与し、または拒否することができる場合には、もっぱら現在の意思のみが有効である。いくらか以前に作成された患者の事

20 Roth, aaO, S.5530 Rn. 4, Vgl. Kenper S.2127 Rn. 8

21 Schwab, aaO, S.1864 Rn.12

22 Roth, aaO, S.5530 Rn.2a

23 Schwab, aaO, S.1864 Rn.13

前指示書は、空虚なものとなる。この理由により、患者の事前指示書において「私の同意無能力の場合には」という有効範囲の表明に関する過度の指示は必要ではない。この限定が確定の意味から生じる場合には十分である」。

## 10 患者の事前指示書の有効期間

事前指示書の有効期間についてSchwabは以下のように述べている<sup>24</sup>。

「有効期間。法律は、患者の事前指示書の有効期間を限定することおよび現実化の義務を導入することをやめた。患者の事前指示書の作成または最後の確認と診療の時点との間のより大きな時間的間隔においては、自明のことであるが、一常にそうであるように！一特に具体的な病気に対してその間に治療の可能性が期待される場合には、指示者が彼の確認を撤回または変更したかどうか、また、確定が本当に具体的状況に適合しているかどうかを証明されなければならない」。

同じくRothの見解は以下のようなものである<sup>25</sup>。

「医師による専門知識に基づいた助言は患者の事前指示書の要件ではないが、どのような場合でも有意義である。医師の助言は、しばしば初めて作成者を相応しい表現を見つけ出す状態へと置く。医師の助言がなければ、十分に具体的な表現に基づいていないという理由で拘束の効力が含まれないという危険に指示書がさらされるであろう。同様に、法律は自己決定をより高位の法益であるとみなす。特に、若年者の生活における時間的間隔は非常に高齢な者の生活における同様の期間よりも全く異なった判断を必要とするという理由から、立法者は確定のための特定の現実化の期間を放棄した」。

## 11 患者の事前指示書の内容

### 11. 1 患者の事前指示書の内容の問題についての概説

患者の事前指示書の内容に関しては様々な問題点が存在するが、その概略について、Kemperの以下のような著述を引用したい<sup>26</sup>。

「患者の事前指示書の内容は、特定の法律上の準則に縛られることなく、作成者自身によって決定されうる。患者の事前指示書の内容は広い範囲に及び、また、一般的な方法において、処置の状況に従うものである。そしてまた、それは個々の診療のみで完結するものである（例えば、蘇生、輸血、特定の投薬、人工的な栄養の投与）。逆に、患者の事前指示書は、仮にその指示が－客観的に考察して－残りの生存期間の短縮を導く場合でも、特定の鎮痛投薬が行われなければならないとする指示と同じように、それ自体が生命の短縮または生命の危険と結びついている処置に対する同意もまた包括されうるものであ

24 Schwab, aaO, S.1864 Rn.14

25 Roth, aaO, S. 5530 Rn. 5

26 Kemper, aaO, S.2127 Rn. 5

る」。

同じく、Rothの見解も以下に引用したい<sup>27</sup>。

「患者の事前指示書は将来における具体的な医療処置に関係するものでなければならない。したがって、その適用範囲から、立法者がガイドラインで示したところの診療の希望に対する一般的な表明の中に入る。同様に、種類および方法または診療の場所についての希望はこの規定の下にはない。そこから、それについては将来において存在するところの処置に関わる問題でなくてはならない。例えば翌日の手術に対する同意のように、処分が具体的かつ現在重要な実施可能な医師の処置に関係する場合には、この表示は患者の事前指示書ではなく、口頭のものであっても可能である。立法者の意思によれば、いわゆる基礎看護（例えば、配慮、身体衛生、自然な方法による痛み、呼吸困難と吐気の緩和、空腹とどの渇きを満たすことなど）は常に医師と看護者により企てられるものであり、そのことから、患者の事前指示書の対象となるものではない」。

## 11. 2 内容の確定

以下においては、患者の事前指示書の内容に関する個別具体的な論点について、Schwabが詳細に検討しているので、項目を分けて、紹介していきたい。

事前指示書の「確定」に関しては以下のように述べている<sup>28</sup>。

「患者の事前指示書は、特定の、表示の時点において未だ直接的に差し迫っていない医療上の処置における同意、または、そのような未だ差し迫っていない処置の拒否の拘束力のある確定である。1904条1項におけるように、医療上の処置としては、健康状態の検査、治療および医的侵襲が挙げられる。その問題となっていることの要件と効果は同意の確定と拒否の確定で区別されなければならない」。

## 11. 3 同意の確定

内容の確定は大きく「同意」の確定と「拒否（不同意）」の確定に大別できるが、このうち、同意の確定の法的性質については、以下のように述べている<sup>29</sup>。

「「同意の確定」という専門用語は以下のような問いを導く。確定の表示は医的侵襲に対する正当化としての同意と等しいものであるのか、あるいは、それは、未来において現実化する事例について患者の名で付与するための世話人に対する拘束力ある指示に過ぎないものであるのかである。前者の見解は、立法者の意思に相応するものであり、かつ、患者の自治における広められた概念的な法的見解に相応するものである。確定された同意が具体的に発生した生命および診療状況に合致する場合には、躊躇されている医師の診療に対する世話人の同意は必要ではない。というのは、被世話人がすでに自らの判断を行っ

27 Roth, aaO, S.5529 Rn. 2

28 Schwab, aaO, S.1864 Rn.15

29 Schwab, aaO, S.1864 Rn.16f.

ているからである。予見された十分に具体的な確定は医療上の処置に対する直接的な法的基礎を形成する。しかしながら、予見された同意もまた、以下のことを要件とする。患者が、患者の事前指示書において既に医療上の諸事情（指示において考慮される疾病、治療の選択肢、予定された治療の機会とリスク）について説明を受けているかまたは説明を放棄していることである。一般に可能であることが肯定される説明の放棄は、患者が主に患者の事前指示書の作成することの中において「黙示的に」はすでに存在していない。その放棄は明示的に表示されなければならない」。

特定の処置については次のように述べている<sup>30</sup>。

「患者の事前指示書の定義の特徴として、法律は特定の医療処置に対する同意を要求する。医師の診療はいつも具体的な罹患の関係において行われるので、確定は、抽象的な治療の処置を引き合いに出すことはできず、具体的な疾病の様相との関係において提示されなければならない。すでにこの観点は、将来の疾病の特定の診療に対する同意の積極的な確定をととも非合理目的なものとして映し出す。このことは、疑いなく、指示者が未だ健康であり、そのことから具体的な病気の診断が不可能であり、かつ、治療を十分に吟味することができないという観点における確定に当てはまる。他方で、特定の医療上の処置に対する同意の予見された確定は、未だ判断能力者たる被世話人がすでに重大で一層長くなると予測される疾病に罹患し、その被世話人が診断と治療について説明を受け、特定の診療を確定し、それについて後の判断無能力の場合に関しても記録しておきたいという場合に考慮される。特定についてどのような指示がなされなければならないかは、意見の対立をもって議論される。一方においては、特定性の程度は、医療上の処置に対する同意に際して要求されることと相応しなければならないという意見に代表される。他方の声にあっては、柔軟な特定性の程度にたいして支持をする。特定性の特徴は医療上の処置を引き合いに出すものであり、疾病の様相を引き合いに出すものではない。診療の技術だけが引き合いに出され、その技術によって診療されるべき疾病を考慮することがない同意は、霧の中の射撃と同様である。したがって、同意の積極的確定に際しては、一つの疾病の特定の種類（複数の種類）との関連付けが不可欠である。立法資料によれば、診療の種類に対する「指導要領」は1901a条の意味における患者の事前指示書として疾病の種類と無関係であるとはみなされない。したがって、医療上の処置において被害を可能な限り少なくするために、または、尊厳をもって死するために、希望は特定性の必要では十分ではない。同じことは、例えば、特定の病院においてであるとか、ある特定の医師によって診療されることであるとかのように、診療の種類と方法および場所についての希望にも当てはまる」。

未だ直接に差し迫っていないという要件に関しては以下のように述べている<sup>31</sup>。

「未だ直接的に差し迫っていない医療上の処置を引き合いに出すところの確定のみが

30 Schwab, aaO, S.1865 Rn.17

31 Schwab, aaO, S.1865 Rn.18



患者の事前指示書としてみなされる。その結果、法律は、患者の事前指示書を、直接的に差し迫った医療上の診療に対する同意（「現在表示された同意」）によって、後者が書面の要式を必要としないことの結果と区別する。その区別は、個別の諸事例においては容易には貫徹されない。直接に差し迫っているとは、翌日のまたは2、3日後について定められた手術のことである。したがって、麻酔と結びついた医的侵襲に対する現代の同意は、依然として、口頭で表示されうるものである。それは、以下の場合にも有効である。すなわち、同意によって正当化される医的侵襲が最初に企てられ、次に患者が鎮静剤によってまたは麻酔を原因としてもはや同意能力者ではなくなった場合である。反対に、同意が書面により表示されることによって、患者の事前指示書に関わる問題であることが閉鎖されてはならない。もっぱら、表示者の観点から同意された診療が直接的に差し迫っているかどうかで判断される。ある紛れもない患者の事前指示書が作成され、そして、直接的に差し迫った診療について同意能力者たる患者が彼の現在の同意を表示する場合には、後者のみが権威あるものとなる。その範囲において患者の事前指示書は空虚なものとなる」。

#### 11. 4 拒否の確定

拒否の確定について、その法的性質に関しては以下のように述べている<sup>32</sup>。

「同意の確定との相違。ある特定の医療上の処置の拒否の確定は、医療上の診療に関係するすべての者を同様に直接的に拘束する。拒否の確定は、患者の事前指示書において合致した確定に対する抗弁において存在する同意を患者の名前において表示するために、世話人または任意代理人に権限を認める。拒絶は医療上の処置を正当化せず、特定の処置だけを排除するものであるので、立法資料によれば、先に行われる医師の説明と助言は必要ではないというべきである。このことについて、以下の疑義が生じうる。特定の医療上の処置の拒否もまた、自らの罹患の事例における医術の使用についての判断である。診療の禁止は、特定の処置に対する同意とちょうど同じくらい危険なものとなりうるものであり、それゆえ、機会とリスクに対する情報が前提とされる。予期された拒否の拘束力を確実にしたいと欲するのであれば、－医師の説明が行われない範囲で－消極的な患者の事前指示書において説明の放棄の表明が推奨される。」

特定の処置に関して以下のように述べている<sup>33</sup>。

「否定的な確定もまた特定の医療上の処置を引き合いにださなくてはならない。ここでは、一般的見解は、同意の確定におけるのとは異なって特定性の原則を理解している。診療上の禁止は医療行為に対する法律上の基礎を構成しないので、特定の疾病または疾病経過と関連させることを必要としない。そのことは以下のことを導かない。疾病の形成と関連することのない処置の拒否は…無意味である。例えばある者が人工栄養を拒否した場合、特定の状況との前後関係におけるこの処置の実施に関連して絶望的な病気が治癒され

32 Schwab, aaO, S.1866 Rn.19

33 Schwab, aaO, S.1866 Rn.20

るときは、このことは意味を有する。人工栄養の禁止は、以下の場合においても医療上の援助を排除することに他ならない。欠陥容態の短時間の解決によって「人生の価値」の生命が救済されうるという事例である。予期された拒否もまた一般的には、少なくともそれが適用されるべきところの診療の状況が限定される場合には、一つの意味をつくりだす。場合によっては、指示を無価値にすることは初めから人を危険にさらす。というのは、拒否が本当に、すべてを予期した後に拒否した方法の実施によって健康を取り戻すことができるという場合について考えたかどうかを、医師および世話人は自ら問わなければならないからである。延命処置を望まないという表示は、耐えうる生命の意味において回復の見込みの存在しない場合には、特定性の原則は十分というべきではないが、あらゆる場合において1901a条2項による患者の希望の一般的な考慮の範囲においては重要なものである。1901a条1項の意味における患者の事前指示書として認められるために、このことから推奨される書式の多くのものが一般的に維持される。」

未だ直接的に差し迫っていない処置という要件に関しては、以下のように述べている<sup>34</sup>。

「このことは、これと関連して、同意の表明にも当てはまる。未だ直接的に差し迫っていない医療上の処置の確定のみが要式を必要とする患者の事前指示書である。現在施されていない医療上の処置は常に不要式で判断能力ある患者が拒否することができる。当事者が患者の事前指示書によって診療を排除した場合であっても、その当事者はその後に同意能力者たる状況において現在の診療に対して同意をなしうる。したがって、その指示書はその限度で放棄され、医師の行為の法的な基盤はもっぱらその現在の同意である。」

そして、不作為と延命処置の中止については以下のような見解を示す<sup>35</sup>。

「同意の拒否の確定もまた延命の医療上の処置にも該当する。そこにおいては、通常は、現代医療の技術的な可能性によって無意味な苦痛を回避すること達成することを支援しなければならないところの患者の事前指示書の独自の意味が存在している。法律は、患者の意思の重要性についての特別な具体的要件を作っていない。そのことから以下のことが結論付けられる。患者の事前指示書において表明された状況に適合した意思は、以下の場合にだけは拘束力を有しない。患者が致命的な病気に罹り、彼の基礎疾患が…不可逆的な経過が認められ、将来の死亡へ導かれる場合である（消極的安楽術）。むしろ、患者の意思は、患者が致命的な病気に罹ったが、具体的に死の進行が始まっているということがないことを要件とするところの、いわゆる拡張された安楽術の場合も当てはまる。その範囲については、法律は、BGHZとは逆のBGHStの系譜に従っている。」

裁判所の許可に関しては以下のような見解を述べている<sup>36</sup>。

「患者の事前指示書が、生命維持処置の不作為/中止を求める場合には、医師と世話人または任意代理人の間で確定が患者の意思に合致していることの考えの一致が存在する場

34 Schwab, aaO, S.1867 Rn.21

35 Schwab, aaO, S.1867 Rn.22

36 Schwab, aaO, S.1867 Rn.23

合には、裁判所の許可は必要な事例ではない（1904条4項）。患者の事前指示書が世話人を指定せず、かつ、明白に具体的状況に適合する場合には、患者の意思の拘束性については、世話人の指名も裁判所の許可も必要ではない。医師は何の問題もなく患者の意思に従うことができる」。

### 11. 5 さらなる確定

「さらなる確定」について項目を設けて以下のように述べている<sup>37</sup>。

「Stünker草案の論拠によれば、患者の事前指示書が具体的な判断であるにもかかわらず直接的には適用されず世話人が常に診療に対する判断を行うべきとすることを、患者の事前指示書において「自明のこととして」確定されうるとしている。その場合、世話人の判断に際して、どれくらい世話人が裁量余地を有するかが確定されうる。そのような場合においては、確定は、同意または同意の拒否として自ら描き出されるものではなく、特定の意味において代理権を使用するために世話人または任意代理人に対する指示として描き出される。医師の行為の基盤としての同意/不同意は、この場合においては、代理人により表示される。「同意の授権」に際しては、この場合においてもまた、指示者が医師による説明を受けたかどうか問われる。これは肯定されなければならない。というのは、指示は拘束力を有すべきであるからである。しかしながら、代理人の判断の裁量余地が余りにも大きく、特定の医療上の処置に対する授権が問題とならない場合には、その他の場合と同じように、世話人/任意代理人によって表明された同意において適用される。この場合には、判断無能力者となった患者の代理人は医師による説明を受けなければならない」。

## 12 患者の事前指示書が存在する場合の世話人の機能

患者の事前指示書が存在する場合について、主として世話人はその内容を実現しなくてはならないわけであるが、そのことは第1項に規定されている。この点について、より具体的に検討している著述を紹介していきたい。

### 12. 1 検証義務

世話人の検証義務についてSchwabは以下のように述べている<sup>38</sup>。

「患者が問われている医療上の処置がなされていない時点において世話人を有する場合には、世話人は1901a条1項1文により、指示の確定が現在の生命および診療状況に適合しているかどうか、および、確定がこの状況についてなされていないままの医師の処置の判断を含むかどうかを検証する責任を負う。世話人はまた、確定が未だもって患者の意思に相応するかどうか検証すべきである。そのことはまた、以下のことの検証も含むべき

37 Schwab, aaO, S.1867 Rn.24

38 Schwab, aaO, S.1867 Rn.25f.

ものである。もはや判断無能力者たる現在の行為が、患者が認められた状況の下で以前に表明した意思をもはや適用させたくないことについての具体的な根拠、および当事者が確定に際して生命の状況を共に考慮したかどうかの検証である。世話人の検証義務は、以下のようなものであるかのように誤って理解される。世話人は、患者の事前指示書において記録された被世話人の判断の有効性に対して、排他的な、さもなければ、優先的な判断権原を与えられているという誤解である。このことには根拠がない。一方において、世話人は「診療の状況」の判断について専門的な権限を有しておらず、世話人には、通例、必要な医療上の専門知識が欠けている。他方において、法律は次のことを出発点としている。医師と患者は患者の意思を異なって解釈しうるものであり、かつ、意見が相違する場合には裁判上の手続きを予定している（1904条4項）。このことは、世話人が単独で患者の事前指示書の有効範囲について判断することができる場合であれば、意味はないという結果となる。むしろ、患者の必要な同意が医師の行為について存在しているかどうかを自ら判断しなければならないという相応する検証義務は診療している医師もまた負担する。…患者の事前指示書がその事例に合致しているかどうかの世話人の判断は、医師を拘束するものではない。」

Rothは以下のように述べている<sup>39</sup>。

「患者の事前指示書が存在している事例においては、世話人は以下の場合についてのみ裁判所の許可を取得しなくてはならない。当事者の診療の意思に関して世話人と医師とが一致しない場合、または、患者の意思がもっぱら推定的意思に依拠する場合である。」

Schwabは、確定が無効となる場合について、以下のように述べている<sup>40</sup>。

「有効な患者の事前指示書において言葉に表現された意思は、正確に区別されなければならないところの2つの場合にだけは権威がない。

－第一に：当事者が彼の指示を有効に撤回した場合である（1901a条1項3文）。世話人はそのような撤回またはそのように解釈されうる行為を認識した場合には、患者の事前指示書の重要性の証明に際して、これを自明なものとして考慮しなければならない。しかし、この証明もまた世話人に排他的な責務ではなく、とりわけ、撤回は医師に対してもまた表明されうるものである。

－第二に：指示された確定が具体的な生命および診療状況に合致しない場合である。このことは以下の結果として生じる。その意味による確定が、具体的な疾病の形成について考慮してないこと、および、指示書の作成または最後の確認以降に、指示書が、指示者が変更の認識において彼の確定が合致しなかったまたは別の確定が合致したことを承認しなければならないほどに、具体的な疾病についての治療の可能性が変化したことである。この判断についてもまた、世話人は、排他的に判断の権能を有するものではなく、むしろ、医師もまた彼の側においてこの観点の下で患者の事前指示書の拘束力を証明する権限

39 Roth, aaO, S. 5531 Rn.13, Vgl. Kemper S.2128 Rn.13, Roth, aaO S.5530 Rn.7

40 Schwab, aaO, S.1868 Rn.26

を有しかつ義務を負担する。この点について見解が相違する際には、1904条による許可の手續きが事情を明らかにする。指示書において確定した具体的事例が（もはや）合致しないことが示された場合には、医療上の処置はもはや指示書に依拠するものとはなりえず、その場合には、医師により適切なものであるとして提案された診療を顧慮して、1901a条2項により世話人の判断が必要となる」。

## 12. 2 事前指示書の表明および効果を達成する義務

Schwabは、世話人が患者の事前指示書の内容を表明し、かつその効果を現実のものとする義務について、以下のように項目を分けて説明している。

表明の達成に関しては以下のように述べている<sup>41</sup>。

「世話人が具体的事例において患者の事前指示書が有効であり、はっきりと分かることが維持される場合には、世話人は、具体的事例において患者の拘束力ある確定を結果において成し遂げられるように力の限り努力する義務を負う。このことが1901a条1項2文の意味である。被世話人の（書面に記載された！）意思を表明することを達成する義務により、世話人は、患者の診療に関係するすべての者に指示書を公表し呈示しなければならないということが考えられる。患者は、「表明することを成し遂げることをすでにそれ自体、彼の意思において有している。通常では指示書の成立の立会人ではない世話人に、この関係において、指示書の内容についての解釈を独占する権限が与えられるべきではない。」

効果の達成については以下のように述べている<sup>42</sup>。

「世話人が患者の意思について効果を達成しなければならないという命題は誤解されてはならない。指示書において確定された患者の意思は有効である。というのは、その意思は患者によってより自由である自治において表明されているからである。それは世話人による判断を必要としない。医療上の処置に関係する者に対する影響によって患者の意思が考慮されることについて配慮する義務が世話人には課せられる。患者の意思は、世話人が彼の考慮を尽くしていない場合であっても、診療している医師に適用される。医師が、例えば、患者の事前指示書の認識を、世話人によってではなく、ある（別の）親族によって受ける場合には、仮に世話人が効果を用いない場合であっても、医師はその場合において指示書に拘束される」。

その他の学説上の諸見解にも以下のように言及している<sup>43</sup>。

「学説の一部は以下の見解を支持している。状況が患者の事前指示書に合致している場合において同意/不同意が患者自身によって外的な効力をもって表示される場合には、原則として患者の事前指示書に拘束される方とはいっても、むしろこの場合においても世

41 Schwab, aaO, S.1868 Rn.27

42 Schwab, aaO, S.1869 Rn.28

43 Schwab, aaO, S.1869 Rn.29



話人が判断しなければならない。この場合においてもまた代理人が医療上の診療を正当化する同意を表示することとなる。この見解は、確定が指示書において世話人の証明および判断によってのみ獲得できるものであるということを目的としている。医師は世話人による指示書の解釈に拘束されることとなるであろう。一部には、世話人によって必要な「現実化の判断」という言葉が用いられる。この見解は、法律の概念および人権に根源のある患者の自治に異議を唱える。この見解は、ほとんど不合理と言ってよい以下の問いを導く。医師は、少なくとも、「世話裁判所または代理人の到達までの緊急の状況」において、自ら患者の事前指示書による意思を確かめてよいかどうかという問いである」。

また、患者の事前指示書の拘束力の限界に関して、以下のように述べている<sup>44</sup>。

「医師に刑事処罰が課されまたは公序良俗違反となる行為を要求するところの確定は、世話人に対しても医師に対しても拘束力はない。この関係においては、ごく最近、連邦通常裁判所（BGH）の刑事第2部が許容された消極的安楽術の境界線を新たに示したことに留意しなければならない。この刑事第2部は、「法的意味における不作為」において消極的安楽術の縮減を緩めたが、いまでは別の物差しを使用している。それによれば、診療の不作為、診療の限界、診療の中止による安楽術の概念は、当事者が生命の危険を孕んだ病気に罹患し、かつ、当該処置が医療的に生命の維持または延命にとって相応しいということを前提としている。罹患の医療上の処置とのそのような関係の外で認められる意図的な生命を終わらせる診療は、刑法典（StGB）216条、228条から導き出されるように、それに対して最初から同意による正当化に近づきやすい。同意により正当化された安楽術の行為は、このことを前提としており、客観的かつ主観的に、直接的な上述の意味における医療上の処置を引き合いに出す。このことから、同意による正当化は以下の場合にのみ考慮される。その行為が、すでに始まっている疾病の経過の状況の回復することに限定され、確かに病気は緩和されるものの、その疾病はもはや診療されず、患者が最終的に死を委託する場合である」。

世話人の調査と調達に関して、以下のように述べている<sup>45</sup>。

「指示書が存在しているということについて助言がある場合には、患者の事前指示書の所在を調査することもまた世話人の義務に属する。特に、世話人は、まぎれもない指示書を第三者が占有している場合、世話人が1901c条の義務を履行することを中断して、場合によっては、裁判所を介入させる義務を負う。微妙なことには、第三者は引渡義務および報告義務を世話裁判所からのみ指示されるのであり、世話人に指示されるのではないということである」。

### 12. 3 世話人のその他の義務

上述した世話人の義務の他に、世話人に課せられている義務について、Schwabは以下

44 Schwab, aaO, S.1869 Rn.30

45 Schwab, aaO, S.1869 Rn.31

のように述べている<sup>46</sup>。

「1901a条1項1文、2文による義務においては、世話人は指示された医療上の処置の開始および構成について彼の責務の範囲で配慮しなければならない。例えば、医師の代表者および病院の代表者は保険者と必要なコンタクトを維持するために、医療上の処置の財産法的な側面の決まりを締結しなければならないなどである。しかしながら、この範囲において、同意能力者たる被世話人の意思は、直接的な意味を与えるということに注意しなければならない。例えば、診療している医師の選択は医療上の診療に対する同意の一部である。この選択は、被世話人が未だ判断能力者である限り、身上世話人は、被世話人の医師に反対することはできない」。

### 13 世話人の選任

世話人の選任の必要性についてSchwabは以下のように述べている<sup>47</sup>。

「具体的な事例に合致した患者の事前指示書が存在する場合には、同意無能力者たる患者の医療上の診療の前に1901a条1項および1901b条において書き換えられた機能を履行する世話人が義務的に選任されなければならないかどうか問われる。この問いは、第3次世話法によって企てられた改正の中心点である。患者は自ら彼の判断をしたのであるから、その範囲において、世話人の選任は必要ではない。特に筆者は、患者の事前指示書の確定が直接的な外的効力を与えるものではないという反対の立場である。しかし、これについては別の学説上の見解もある。正しい解決は、必要性の原則の矛盾ない適用の中に存在する。被世話人が自ら拘束力をもって判断したという範囲において、世話人は判断についての任にはなく、このことから、その判断のためにもまた選任はされない。仮に世話人が「健康上の業務」に従事していても、その世話人はこの判断について権限を有しない。とりわけ、患者の事前指示書の確定に相応する安楽術の処置においては、世話人が未だ選任されないこと、および、それによって死が国家の官僚主義的な事象を創り出さなければならないことについて責任を負うべきではない。以下のことは言うまでもない。医療上の処置のさらなる範囲について世話人の選任は必要である。とりわけ、患者の事前指示書において、通例、禁止だけが確定されているような場合である。次の場合もそうでありうる。医療上の診療に対する同意を世話人が与えなければならないが、患者の事前指示書において表明された禁止が直接的に有効な場合である。「緊急事態」一世話人の選任まで手をこまねていることが患者の危険である事態—についての議論は、患者の要式を整えて示された意思を正直に受け入れようとする場合には、破砕力を失う。」

### 14 患者の事前指示書の撤回

第1項第3文で明確に規定されている患者の事前指示書の撤回について、Schwabは、

46 Schwab, aaO, S.1870 Rn.32

47 Schwab, aaO, S.1870 Rn.33

以下に示すように、原則論、判断能力の問題と部分的撤回（部分的変更）の問題に項目を分けて説明している。

原則論については以下のように述べている<sup>48</sup>。

「1901a条1項3文により患者の事前指示書は、何時でも、不要式で撤回することができる。撤回可能性は有効に放棄することができない。撤回は、要式の必要なくして有効なものである。したがって、撤回は、十分に明確に表現されている限りにおいて、口頭によってまたは言語手段を用いずに実現される。撤回は、患者の事前指示書が公証人によって記録された場合であっても可能である。撤回は患者の事前指示書と同じ法的性質を有する。したがって、撤回は代理人によって表示されることができない。世話人または任意代理人による撤回は主に以下の場合においてのみ考えられる。患者が指示に際して重大な錯誤の状態にある場合、または、指示書の作成以降生命の関係もしくは医療の状態が変化し、患者が彼の指示の発生の認識において内容が適合しないかまたは異なっている場合である。しかし、ここでは世話人による撤回の必要はない。というのは、そのような事例においては、確定がもはや具体的事例に合致しておらず、いずれにしてもそれとはそうしていなければならないものであるからである」。

判断能力については以下のように述べている<sup>49</sup>。

「法律も立法資料も、有効な撤回が当事者の判断能力（「自然な同意能力」）を要件としているかどうかについて明らかにしていない。それは肯定されるべきである。撤回は、患者の事前指示書についての現実の相手（*actus contrarius*）として、表示者の判断能力を要件としている。判断無能力である患者の言語手段によらない反対がその効力を排除されうる場合に、患者の事前指示書がさらに価値を失うこととは異なる。判断無能力者たる患者の反対もまた、患者の事前指示書に合致した確定が未だ具体的な生命状況に合致するかどうかという問いについて意味を有する。特に、患者が今、－指示書のテキストに対して異議を唱えている場合－さらなる診療を患者が望んでいることを認識させられる場合である。撤回が表示され、かつ、その効力について医師と世話人の間で見解の相違が存在する場合には、19014条による処置が問題となる範囲において、裁判所の許可手続の範囲における解決が必要となりうる」。

患者の事前指示書の変更、すなわち、部分的な撤回については以下のような見解を示している<sup>50</sup>。

「指示書がいつでも撤回がなされうるのと同様に、指示書は常に変更可能である。もちろん、新たな確定について書面の要式が考慮されなければならない。このことが考慮されない場合でもまた、従来の指示書がもはや適用されなくなるために、意思を表明することができる。それはどのような場合でも不要式で可能な撤回を含むものである。表明され

48 Schwab, aaO, S.1870 Rn.34f, Vgl. Kemper, aaO, S.2128 Rn.14

49 Schwab, aaO, S.1871 Rn.35, Vgl. Roth, aaO S.5530 Rn.7

50 Schwab, aaO, S.1871 Rn.35, Vgl. Kemper, aaO, S.2128 Rn.15

た変更の希望は、その範囲において同様に不要式で可能な部分的な撤回として描き出される。問題を回避するために、希望において患者の事前指示書の変更により常にすべての表示が新たに把握され、かつ、従来の指示書が古びたものであることが表示されることを推奨する」。

## 15 患者の事前指示書の瑕疵

論点を第2項に移して、患者の事前指示書が存在しなかったり、存在していても有効なものではなかった場合についての議論である。

患者の事前指示書に瑕疵がある場合について、Müllerは以下のように述べている<sup>51</sup>。

「第1項1文の意味における患者の事前指示書の瑕疵。第1項1文の要件に欠ける患者の事前指示書は直接的な拘束の効力を有しない。その場合には、当事者の診療の希望および推定的意思の考慮の下になされうる必要な医師の処置に対する同意についての世話人の判断が必要である（第2項1文参照）。世話人と当事者の診療の希望の結びつきは既に今迄適用されていた法に存在していた（1901条3項参照）。このことから、その受け入れは、その結びつきが継続していることを明記しているのみである」。

Muschelerは以下のように述べている<sup>52</sup>。

「有効な患者の事前指示書が存在し、かつ、そこに規定された診療の状況に至る場合には、生命を終了させる処置への同意または生命を維持する処置への同意の拒否は、患者自身に由来する。それについては世話人の独自の判断の余地はない。世話人はもっぱら、患者の事前指示書において含まれる事例が本当に存在しているかどうか、および、患者の意思が述べられているかどうかを検証する。有効ではない患者の事前指示書または発生した事例が包括されない患者の事前指示書が存在する場合には、状況は外のものとなる。その場合には、－世話人が注意しなければならないところの1901a条2項による診療の希望が存在する場合には－、世話人の判断が必要である。両方の事例においては、1904条2項により、世話裁判所の許可が必要である。ただし、診療している医師と世話人が医療上の措置に関して合意を実現した場合は別である（1904条4項）。世話人との軽率な不合意を引き起こす可能性によって、世話裁判所による管理の相応する同意を問うことが、最終的に、また、唯一かつ単独に、医師の手の中にある」。

このように、患者の事前指示書に瑕疵がある場合には、患者の「推定的意思」が突き止められなくてはならなくなるが、そのような場合に関して、Müllerは以下のように述べている<sup>53</sup>。

「推定的意思確認についての基準。当事者の推定的意思の確定のためには具体的な根拠が必要である。推定的意思確定のための基準は法律において明示的に規定された。それ

51 Gabriele Müller, Bamberger/Roth Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch 2012 S.1316 Rn21

52 Muscheler, aaO, S.469 Rn.824c, Vgl. Kemper aaO, S.2128 Rn.15

53 Müller, aaO, S.1316 Rn22

に対しては、2項3文により、とりわけ、事前の口頭または書面による表明、倫理的または宗教的信条およびその他の被世話人の人格的な価値観が意味を持つ。この根拠は、とりわけ、親族または信頼できる者の言明によって得られるものである（1901b条2項参照）。推定的意思が確定できない場合には、世話人は、希望および願望の考慮の下に一般的な原則により判断する。疑わしい場合には生命の保護が優先する」。

推定的意思について、Kemperは以下のように述べている<sup>54</sup>。

「推定的意思は具体的な根拠を理由として調査されなければならない。とりわけ、以下のことが考慮されなければならない。以前の口頭または書面の表明、倫理的または宗教上の信条、および、その他の痛みを受けることまたは不安状態に関する被世話人の個人的な価値観念である。当事者がその希望に関してさらに生きることを表明した場合には、未だ存在している生存への期待もまたこの決定に組み込まなければならない」。

Rothは以下のように第2項について説明している<sup>55</sup>。

「患者の事前指示書が存在しない（もしくは、有効な事前指示書が存在しない）場合、または、彼の確定が実際の生活もしくは診療状況に合致しない場合には、当事者の推定的意思が適合されうる。以下のことが確認される。世話人の任務は、それについての従前の口頭または書面による表明、同様に、被世話人の一般的な倫理的または宗教的信条を考慮することである。推定的意思を突き止めるために、世話人はまた、親族、つまり、被世話人の代理人を引き合いに出さなくてはならない（1901b条2項）。それによって、立法者は、推定的意思もまた一般的価値観よりも優先することを明確に規定したのである。しかしながら、生命の危険のある診療の中止が推定的意思に帰する場合には、常に裁判所の許可を得なくてはならない」。

## 16 疾病の種類と段階に関する射程の無限定

第3項に関する議論である。第3項は患者の事前指示書の射程が疾病の種類と段階に関して限定されるものではないことが規定されている。

Müllerは第3項について以下のように説明している<sup>56</sup>。

「立法者は、BGH NJW 2003,1588における見解の患者の事前指示書の法律上の規定の範囲に関して患者の事前指示書の拘束力について、従うものである。この関係において第3項は、確定された患者の意思の考察について疾病の種類と段階によって相違するものではないことを明示的に規定している（射程の無限定）。立法者の意思により、非常に重篤な病状の者もまた、一方においては医療上有意義な処置を控えることの、他方においては強制的な診療を受けなくてもよいことの現実性を有すべきであるとしている。しかし、さらに、禁止された囑託に基づく殺人（刑法典216条参照）として判決された患者の事前指示

54 Kemper aaO, S.2129 Rn.17

55 Roth, aaO, S.5531 Rn.9

56 Müller, aaO, S.1316 Rn.23, Vgl. Roth,aaO S.5531 Rn.10



書における確定は無効なままである」。

## 17 患者の事前指示書の反義務的性質

第4項は、患者の事前指示書の作成が義務づけられるものではないことを規定している。診療費用に関して利害関係を有する保険会社などは、診療費用の縮減を図ろうとして、あるいは、治療を拒否する旨の事前指示書を患者に作成させようとするかもしれない。そのようなことはあってはならないことであり、第4項では、作成の反義務的性質が明記されている。

第4項について、Müllerは以下のように説明している<sup>57</sup>。

「第3次世話改正法の目的は、世話法が形成した自己決定権の考慮の原則を判断無能力の者もまた医療上の診療において考慮されることを確実に規定することである。しかし、同時に、患者が「決定しないこと」もまた保護される。このことから第4項においては以下のことが明記される。何人も患者の事前指示書の作成を義務付けることができず、また、患者の事前指示書の作成または提示は契約締結（158条参照）の条件としてはならない（民法上の結びつけの禁止）。したがって、（特定の）患者の事前指示書の作成に対する個人的または社会的な圧力は防止される」。

Kemperは以下のように説明している<sup>58</sup>。

「誰も患者の事前指示書の作成を義務付けられない（第4項1文）。この厳格な公式化から、相応する義務宣言は無効であることが導かれ（なければならぬ、または、導かれる）。したがって、以下のことを防がなくてはならない。可能な限り急速かつめごとの無い当事者の死亡における利益を有する第三者（例えば、疾病保険会社）が、費用の請求の主張なしに可能な限り急速な死亡を保証する患者の事前指示書を作成することを契約の相手方に強制するということである。そのような義務付けの無効性は患者の事前指示書に対してもまた134条において作用する」。

Rothの第4項に関する説明は以下のようなものである<sup>59</sup>。

「第4項は、患者の事前指示書の作成について、どのような強制も認められてはならないことを明確に規定した。このことから、それについては、市民法上の結びつけの禁止を表明した。また、患者の事前指示書の作成は契約締結の条件としてはならないとされた。例えば、保険の契約締結がなされるような場合である。それに相当する合意は無効である。したがって、患者の事前指示書の作成についての圧力は、可能な限り十分に回避されるべきである」。

さらに、Kemperは項目を分けて、以下の点、より詳細に第4項について言及する<sup>60</sup>。

「患者の事前指示書の作成または提示は契約締結の条件にしてはならないという第4項

57 Müller, aaO, S.1316 Rn.24

58 Kemper, aaO, S.2127 Rn.10

59 Roth, aaO, S.5531 Rn.11

60 Kemper, aaO, S.2127f. Rn.11

第2文の条項は同じ方向性のものである。さらに、第4項第1文の義務付け禁止は、主に契約が締結される前に、患者の事前指示書を（一定の内容を伴って）提示するために契約締結の意思によって要求されることを通じて回避されるかもしれない。その点においてもまた、禁止に反して作成された患者の事前指示書は無効でなければならない（134条）ということが承認されなければならない。というのは、当事者の実質的保護のみが達成されるからである。しかしながら、そのことは患者の事前指示書の提示のみが要求される場合には、当てはまらないことがありうる。というのは、要求との関係がなく作成された指示書が、第三者による提示の後の事後的な要求によって、その効力が失われてしまうかもしれないという危険が存在しうるからである」。

## 18 任意代理人への準用

第5項は、第1項から第4項までの規定が、任意代理人に対して準用される旨の定めをしている。

Müllerは以下のように説明している<sup>61</sup>。

「任意代理人は、患者の意思の考察と言い換えおよび世話裁判所の許可の取得の必要性に関して、患者の事前指示書の法律上の規定の範囲で、世話人と対等である（第5項、1901b条3項、1904条5項1文参照）。新しく編成された第5項は、－第一に意図されたことには－、もはや1項から3項の規定を任意代理人に適用することを指示するものではなく、任意代理人について準用することのみを指示することにより、代理から優先的に任意代理人の義務が生じることを明確に規定した。そこにおいては、以下のことが考慮されなければならない。代理が診療の放棄を明示的に包括している場合には、第3次世話改正法による患者の事前指示書の法律上の規定によって、代理は診療の放棄に対してのみ及ぶものである（1904条5項2文）」。

Rothの第5項に関する説明は次のようなものである<sup>62</sup>。

「第5項は、第1項から第3項までが任意代理人に適用されることを指示する。このことについてはまた、－代理の準用がなされ－委任者の意思に投げかけられる。そして、それに相応して、前提として存在している原則が開かれたために助力する」。

## 19 BGB第630d条と本条との関係

ドイツにおいては「患者の権利法」が2013年に施行された。この法律は民法典（BGB）の一部改正を含むものであり、BGBにおいては、民法典の典型契約の一つに「診療契約」が加えられ、それに伴って、BGB630a条から630h条までの条文が新設された。中でも630d条は、患者の同意に関する規定である。この条文においては、「患者の事前指示書」とい

61 Müller, aaO, S.1316f. Rn25

62 Roth, aaO, S.5531 Rn.12

う文言が組み込まれている<sup>63</sup>。そこで、BGB630d条と1901a条の関係が論点の一つとなると思われる。この点について、Rothが以下のように言及している<sup>64</sup>ので参照したい。

「立法者は、2013年2月20日に法律によって挿入された630d条以下において、1901a条の意味における患者の事前指示書が存在している場合には、医師の診療に対する法律上の代理人の同意は必要ではないことを明確にした。しかしながらこの新しい条文は診療契約に関する節において規定されており、医師の積極的行為にのみ適用されるものであり、それゆえ、患者の事前指示書が最も頻繁な適用事例となりうる診療の中止に関して適用されるものではない。このことに加えて、積極的な医療の処置の事例については、患者に対してではなく、世話人に対して与えられる表明が必要である（630d第2項）。しかし、有効に同意することは可能である」。

## V 総合的検討 —結びに代えて—

結びに代えて本稿を総合的視点から振り返り、整理したい。

ドイツでは、現在の民法典において、患者と医師との関係に関する規定が少なからず置かれている。国家の私法の一般法としての民法典（BGB）にこのような条文が置かれていること自体、わが国とは状況がだいぶ異なっている。現在のわが国の状況は、制定法によることなく、裁判例・判例と政府のガイドラインを中心に終末期に関する医師と患者の関係が規律されている。この関係に関して、法律を立法すれば諸問題が解決するというわけではない。わが国にはわが国に適した規範のあり方を模索する必要があることは言うまでもない。しかし、制定法が存在し、その条文と条文解釈、条文を適用した判例によって規範が制定されているドイツの状況については示唆をうるべき点が少なからずあるものと考えられる。

本稿で検討した「患者の事前指示書」に関するBGB1901a条の規定は、終末期医療のあり方に関して、非常に明確な行為規範を提供しているように思われる。「患者の事前指示書の定義」、有効であるための要件、作成に必要な判断能力、要式、存在する場合としない場合の対応、世話人および任意代理人の義務、患者の「意思の推定」が必要とされる場面とその方法、撤回についてなど、様々な内容が整然と規定されているのである。

筆者は、わが国の医療の現場や実情に関して、未だ研究が不十分であり、わが国の終末期医療の現場ではどのように患者の意思が尊重されているのかについては今後の検討課題とさせていただくほかない。しかし、厚生労働省のガイドラインなどを目にした限度で付言させていただけるならば、わが国の終末期医療の議論はドイツと比較すると緩慢であるようにも印象付けられる。

63 前掲拙稿「ドイツ民法典における「患者の同意」規定に関する一考察」参照。

64 Roth, aaO, S.5530f. Rn. 8

本稿では、ドイツ民法典（BGB）における「患者の事前指示書」の規定をめぐる議論を参照したが、このような検討を活かしつつ、筆者としては、今後も終末期医療に関する医師と患者の間の規範に関して、考察していきたいと考える。

（たにぐち さとし・本学経済学部教授）

<本稿におけるドイツ法に関する引用・参考文献>

◇Dieter Schwab, Münchener Kommnetar zum Bürgerliches Gesetzbuch 2012, S.1860-1883 ◇Rainer Kemper, NOMOSKOMMETAR Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 2014 S.2126-2131◇Anderas Bauer, Prütting/Wegwen/Weinreich Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar 2016, S.2738-2740 ◇Andreas Roth, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 2014, S.5529-5533 ◇Karlheinz Muscheler, Familienrecht, 2012, S.467-469 ◇Gabriele Müller, Bamberger/Roth Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch 2012 S.1310-1320 ◇Andreas Jürgens, Betreuungsrecht, 2010. S.238-253 ◇Wilfried Schlüter, BGB Familienrecht, 2012,S.313-317 ◇Birgit Hoffmann, Betreuungsrecht Kommentar, 2011, S.309-333◇Heinrich Meyer-Götz, Nomos Formulare Karin Meyer-Götz Familienrecht, 3 Aufl. S.1036-1052 ◇Ernst Heinmann, NOMOS KOMMENTAR BGB Familienrecht, 2014,S.2468-2488

【謝辞】

本稿は、日本学術振興会科学研究費「挑戦的萌芽研究」（JSPS課題番号[16K15306]）の助成を受けた研究の成果の一部である。

【謝辞】

本稿は、平成29年度（2017年度）高崎経済大学研究奨励費の助成を受けた研究の成果の一部である。

