

# 成年後見制度と医療措置の代諾

渡 辺 幹 典

## 目 次

1. はじめに
2. ドイツにおける議論
3. イギリスにおける議論
4. わが国への示唆
5. おわりに

## 1. は じ め に

禁治産者・準禁治産制度に代わって成年後見制度が施行されて、早くも数年が経過した。この改正では、従来、問題点が指摘されていた禁治産・準禁治産者制度に代わり、高齢者や精神障害者・知的障害者の能力を最大限活用できるようにするための制度として成年後見・保佐・補助の三類型が導入された。同時に、自己の判断能力が低下したときに備えた任意後見制度が新たに創設され、あらかじめ任意後見契約を締結しておくことで、信頼できる任意後見人による、本人の希望に沿った後見が可能となった。

今回の改正により、わが国の成年後見に関する議論は一段落した感がある。しかし将来に残された問題点も少なくない。その一つが、本人の身上に配慮する成年後見人（保佐人、補助人）の義務についてである。改正法では、成年後見人（保佐人、補助人）に、本人の身上に配慮する義務が定められた（民法858条、876条の5第1項、876条の10第1項）。これらは一般的な規定にとどまり、実際にどのようなものがその範囲に含まれるのかは明確でないが、成年後見制度の改正に関する要綱試案補足説明は、そこに含まれるものは契約等

の法律行為に限られ、現実の介護行為のような事実行為あるいは医療措置に対する代諾については含まれないものとしている（同補足説明第2部、第2、2、(2)イ）。

今回の改正の議論においては、成年後見人等に、身上監護に関する権限と義務を積極的に認めるべきとする見解も多く述べられてきており<sup>1)</sup>、特に医療の場面における代諾については、今回の議論の初期段階からその必要性が主張されていた<sup>2)</sup>。医的侵襲を伴う医療行為については、本人の同意を得ることがその前提条件とされ、同意のない医療行為は専断的医療行為として、民事および刑事上の責任を問われることとなる。そのため、本人が同意の前提となる判断能力を有しない場合、他の者が代わって同意することが必要となる。その第一候補として、成年後見人等が考えられるのは、自然な流れであろう。

しかし結果的には、医療行為の代諾については、なお検討を要するものとされ、今回の改正では盛り込まれなかった。その理由として、成年後見制度の改正に関する要綱試案補足説明は、成年後見の場面における医的侵襲に関する決定・同意という問題は、一時的に意識を失った患者又は未成年者等に対する医的侵襲に関する決定・同意と共通する問題であるところ、それら一般の場合における決定・同意権者、決定・同意の根拠・限界等について社会一般のコンセンサスを得られているとは到底言い難い現在の状況の下で、本人の自己決定及び基本的人権との抵触等の問題についての検討も未解決のまま、今回の民法改正に際して成年後見の場面についてのみ医的侵襲に関する決定権・同意権に関する規定を導入することは、時期尚早といわざるを得ないものであるからとする（同補足説明第2部、第2、2、(2)エ）。

もちろん、医療措置の代諾は、前述の補足説明が指摘するように、成年後見制度の場面に限られるものではなく、それだけに困難な問題を含んでおり、簡単に解決できる問題でないのは確かである。しかしこれからの高齢化社会を踏まえ、成年後見制度が利用される場面を想定すると、判断能力のない本人が医療措置を受ける場合、本人に代わって誰かが決定する必要がでてくるのは不可

避であると考えられる<sup>3)</sup>。成年後見制度の改正手続が一段落した現在、次の段階として、特に医療措置に対する意思決定の代行が必要とされる場合および代行者は誰かという問題が議論されるのは、必然的な流れであろう。

わが国の成年後見制度に関する議論においては、多くの場面で、先行する欧米諸国の成年後見制度およびその実務が参照されたことは周知の通りである。このことは、本稿で検討を試みる医療措置における代諾に関しても妥当するものである。特に、ドイツの世話法（*Betreuungsgesetz*）およびその実務は、多くの場面で紹介・検討されてきたが、医療措置に対する代諾の問題においても同様に、貴重な示唆を与えるものであると考えられる。意思決定の代行、特に医療措置に対する代諾に関して、ドイツ世話法は、場合によっては世話人の職務に含まれることを認め（BGB 1896 条 1 項）、その場合の後見裁判所による監督についても配慮されている（BGB 1904 条 1 項）。しかし医療における代諾に関して明文規定が置かれているドイツにおいても、後述するように実務上の問題は生じている（2、参照）。

また、イギリス<sup>4)</sup>の持続的代理権授与法（*Enduring Powers of Attorney Act 1985*）も、わが国の任意後見法に影響を与えたものである。この法律に基づいて付与される持続的代理権（EPA）は、わが国の成年後見制度と同様に、その対象を財産管理に限定しており、医療措置の代諾等、本人の個人的事項に関する決定権を有しない。しかしイギリスでも EPA が財産管理に限定されていることが問題とされ、現在、財産管理とともに本人の個人的事項に関する決定権を職務範囲に含む代理権を導入するための議論が重ねられている。イギリス国民の多数はこの新制度を支持しているようであるが、現在までのところ、法改正は実現していない。しかし 2004 年 6 月に、本人または裁判所の選任した者に、本人の財産事務に加えて個人的な福祉に関する決定権を認める精神能力法案（*Mental Capacity Bill*）が下院に提出された。今後の審議状況が注目されるところである（3、参照）。

わが国の成年後見制度改正に際し、ドイツ世話法はその先例として多くの場

面で紹介,検討されてきたが,医療措置に対する代諾の問題においても同様に,貴重な示唆を与えるものであると考えられる。またイギリスにおける議論は,同様の問題に直面しているわが国の議論にも共通する点があると考えられる。本稿では,ドイツにおける医療措置に対する代諾の問題およびイギリスにおける法改正の議論を検討することで,わが国における同じ問題に関する示唆を得ようとするものである。

## 2. ドイツにおける議論

### (1) 医的侵襲に対する世話人による同意

#### ① 本人による医療措置に対する同意

ドイツでは,一般的に対象者のその時点での身体,生理,心理の状態に対して,放置されている場合に比べて症状が悪化するか否かに関わりなく,直接的な影響を及ぼす行為全てが「身体・心理・生理・自由に対する侵襲」と評価され,従ってほとんどの医療行為は侵襲と評価されることになる。そして「侵襲」に該当する行為は,原則として,刑法上の傷害罪の構成要件に該当し,民法上は身体侵害または自由の侵害,もしくは人格権侵害という不法行為を構成するものと理解されている<sup>5)</sup>。このような医療行為の侵襲の違法性が阻却されるためには,個別具体的な正当化事由が必要とされ,それが当該医療行為に対する当事者の同意であるとされている<sup>6)</sup>。この同意は,ドイツ基本法(GG)の保障する身体的不可侵権(2条2項1文),一般的人格権(2条1項)ならびに人間の尊厳の保護(1条1項1文)と結び付く強固なものであり<sup>7)</sup>,それゆえ判断能力のある者が医師の説明を受けた上で,なお医療措置に対して同意を与えない場合には,いかなる理由があっても,その医療措置は法的に許されない専断的医療行為とされ,刑事上および民事上の責任を負うことになるのである<sup>8)</sup>。

本人が医療措置に対してなす同意あるいは拒否は,BGB 104条の意味における意思表示(Willenserklärung)ではなく,法律行為類似の行為であると考えられている<sup>9)</sup>。従って,その同意あるいは拒否をする時点で本人に行為能力が

あることは要求されず、行為能力よりは低く位置づけられる同意能力（Einwilligungsfähigkeit）があれば、十分であるとされる。この同意能力は、医師による啓蒙および助言により、人格的法益である身体に対する侵襲を許容する意思表示に必要な判断力であり、医療措置の性質、意義、効果の大略を理解し、その措置に対する同意あるいは拒絶を慎重に検討することができる能力と解されている<sup>10)</sup> 別の言葉では、患者自身が自己の精神的ならびに習俗的成熟に従って当該侵襲や自己の許諾の意味と射程とを判断できる能力、すなわち「自然の弁識と統制の能力（natürliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit）」<sup>11)</sup> であると表現される。このような同意能力を本人が有する限り、医療措置に対して同意あるいは拒否できるのは本人に限られる。

しかし、たとえそのような決定ができる者であっても、自分にとって、より負担の少ない手段や事情について理解ができない場合には、その者は同意無能力とされる<sup>12)</sup> 従って、風邪や骨折、虫歯の治療等の具体的な、当事者の理解が容易であると思われる疾病の治療については同意能力のある者であっても、複合的な疾病における複雑な侵襲、例えばガンの化学療法および放射線療法、または腎臓結石の手術については否定されることもあり得る<sup>13)</sup> また本人の同意能力の有無は、対象となる疾病や措置に応じて、個別具体的に判断されるべきであり、当該措置につき、本人が理解できる内容のものであれば、本人の同意が必要となる<sup>14)</sup> 本人が同意能力を有するかは、医師が判断することになるが、実務上、本人が同意能力を有するかどうか疑わしい場合には、本人だけでなく同意権限を有する世話人の同意も取り付けることが勧められている<sup>15)</sup>

② 本人が同意能力を有しない場合と世話人（事前配慮代理人）の代諾権限  
本人が同意能力を有しない場合、そのままでは本人が医療措置に対して有効な同意を与えることができず、従って医師は治療をすることができないことになる。その場合、医師は、本人の判断能力の回復を待って同意を得るか、あるいは本人に代わって同意する権限を有する者に同意してもらうことになる。こ

の場合に同意する権限を有するのは、本人のために選任された世話人（Betreuer）あるいは本人が選任していた事前配慮代理権（Vorsorgevollmacht）を付与された代理人である。それ以外の者は、例えば本人の配偶者や子供等の親族であっても、本人に代わって同意することはできない。家族法上の身分関係があることだけでは、同意権者としては不十分であるとされている<sup>16)</sup>

先に述べたように、ドイツ世話法は一般的に、被世話人（Betreute）に対する医療措置の同意を、世話人の職務範囲とすることを認めている。但しそれは、世話人を選任する後見裁判所（Vormundschaftsgericht）が、その世話人の職務として被世話人の医療措置に対する代諾を含めた場合に限られる。従って、医療措置に対する代諾を職務としない世話人は、そもそも代諾する権限を有しない。具体的には、職務範囲として「全ての事務」、「身上配慮」、「健康上の配慮」といったものが規定された場合に、その世話人は、被世話人の医療行為につき代諾することができる<sup>17)</sup>しかし世話人の職務範囲に医療措置の代諾が含まれる場合であっても、前述のように被世話人が同意能力を有する場合には、世話人は代諾することができない。本人が判断能力を有せず、従って自ら決定できない場合に限り、医療措置に対する同意をその職務とする世話人が代わりに同意あるいは拒否することになる<sup>18)</sup>

世話人が代わって同意する場合、世話人は医師の説明を参考にし、被世話人の身体状態や処置の必要性などを勘案して同意するかどうか判断する<sup>19)</sup>そしてその判断をする際に、世話人は本人の福祉に適するようにしなければならず（BGB 1901条2項1文）、しかも本人の福祉に反せず、かつ、世話人に期待することができる限りで、本人の希望に応じなければならない（BGB 1901条3項1文）。そのため世話人は、本人の福祉に反しない限り、重要な事務について本人と協議するものとされ（BGB 1901条3項3文）、また被世話人が世話の実施に関して希望を記した書面を事前に作成していた場合（BGB 1901条a）には、その内容に配慮しなければならない。

しかし本人の福祉に適合する医学的措置に対して本人が拒絶している場合、

世話人は困難な立場に立たされることになる。被世話人である本人の希望は尊重されなければならないが、それが客観的に見て本人の福祉に反するならば、世話人はその職務に反することになる。このような場合、世話人は一般的に、本人の希望に反して同意することができると考えられている。特に本人が、その精神的または心的障害、あるいは精神疾患のために治療の必要性を認識せず、自分の生命または健康に必要な治療を希望しない場合には、強制的な治療も可能である<sup>20)</sup>。このことは、「世話人は、職務の範囲内において、本人の疾病もしくは障害を除去し、改善し、その悪化を防止し、またはその結果を軽減する可能性が活用されるように、寄与しなければならない（BGB 1901 条 4 項）」とする世話法の趣旨からも肯定されるだろう。

なお、1999 年 1 月 1 日から施行されている世話法改正法（BtÄndG）では、事前配慮代理権によっても、その代理権が文書で与えられ、かつ 1904 条 1 項 1 文に挙げられた医療措置について同意することがその職務に含まれる代理人は、世話人と同様に、同意能力のない本人に代わって同意することができる（1904 条 2 項）。

### ③ 後見裁判所による許可

世話法は、被世話人に対する医的侵襲につき、「被世話人が死亡し、又は重大かつ長期にわたる健康上の損害を被るという根拠のある危険がある場合」には、世話人は、当該措置に同意する際に、後見裁判所の許可を必要とすると定めている（BGB 1904 条 1 項 1 文）。ただし、措置の延期が本人にとって危険な場合は、許可は不要である（BGB 1904 条 1 項 2 文）。この場合における「危険」の意味については、個々の医学的措置における通常の平均的な危険を超える生命および健康上の損害を被る危険とされており<sup>21)</sup>、裁判所の許可が必要とされる事例は、例外的なものと考えられている。そのような危険の有無の判断は、患者の年齢、身体の状態等を考慮した上で、個々の事例に応じて、個別に判断されることになる<sup>22)</sup>。もっとも、触診、聴診、血圧検査、レントゲン撮影、

超音波検査, コンピュータ断層撮影法, 採血, 尿カテーテルなどについては, 一般的に危険は存在しないと考えられている<sup>23)</sup>

ここで問題とされる「重大な健康上の損害」の定義については, ドイツ刑法 (StGB) 224 条の「傷害」の基準, すなわち, 「重要な身体部分, 視力, 聴力, 会話能力, 生殖能力等の喪失, または麻痺, 精神病となる危険」が引用されるが, その他にも, 医薬品による重大な副作用, 内臓の摘出, 精神的な損害といったものも含まれるとされる<sup>24)</sup> また「長期」とは, 具体的には通常1年以上継続する損害が想定される場合とされている<sup>25)</sup> が, これは立法者が明示したものである<sup>26)</sup>

なお, 世話法改正法では, 事前配慮代理権に基づく同意の場合にも, 代理人が代諾できることを前提に, 世話人の場合と同様に, 1904 条 1 項の要件に該当する場合には後見裁判所の許可を必要とするものとされた (1904 条 2 項)。

#### ④ 許可を必要とする医療行為の具体例

それでは, 具体的に BGB 1904 条による後見裁判所の同意が必要な場合として, どのようなものが考えられているのであろうか。前述のように, 同一の措置であっても, 患者の状態により, 許可が必要となるかどうかは具体的に判断されなければならないが, 一般的な基準として, 次のような措置が例示されている<sup>27)</sup>

##### ア 検査

危険を伴う検査としては, 次のようなものが示されている。

気体脳造影法, 経皮的肝生検, 気管支直視検査, 心臓カテーテル, 脳液および骨髓液の採取, 脈管撮影法, 等

また, 高齢者や病弱者の場合には, 関節鏡による検査もここに含まれるとする見解<sup>28)</sup> もある。



## イ 治療行為

### a) 手術による治療

後見裁判所の許可が必要とされる手術として、次のようなものが挙げられている。

心臓手術、大動脈狭窄症の手術、移植手術、神経外科的な侵襲、椎間板の手術、脳外科手術、定位法による脳手術、胸郭を開く手術、臓器あるいはその一部の除去、手足の切断、等

高齢者や病弱者の場合には、通常の麻酔の使用であっても、「危険」が存在する可能性があるとする見解<sup>29)</sup>もある。

### b) 手術によらない治療

手術等によらない措置であっても、次のような場合には、後見裁判所の許可が必要であるとされている。

化学療法、放射線療法、コバルト照射、長期的な膀胱カテーテル、ドイツ国内で許可されていない薬剤による治療、長期的な神経弛緩薬および抗けいれん薬による治療、向精神薬その他の、本人の身体および精神に重大な副作用、例えば人格を変えてしまうような副作用を伴う薬剤による治療、抗うつ薬による治療、等

## (2) 世話人の同意・裁判所による許可の必要性について争いのある医療行為

前章で述べた措置は、多くの見解によって、後見裁判所による許可の必要性が認められているものであるが、検査や治療行為の中には、世話人の同意の可否や後見裁判所の許可の必要性をめぐって争われているものも存在する。そこで、次にそのような検査や治療行為のいくつかを選び、ドイツにおける議論を検証する。

### ① 電気けいれん療法

電気けいれん療法とは、うつ病に対する治療法の一つで、患者の頭部に通電

して人工的にてんかん性全身けいれんを起こさせ、それによって精神病を治療するものである<sup>30)</sup> 電気けいれん療法は、1992年に世話法が施行された当初は、副作用としての記憶障害を伴うことから、危険を伴う治療として裁判所の許可が必要であるとされていた<sup>31)</sup>

しかしながら、医学的な技術の進歩により改良された現在の電気けいれん療法では、もはや後見裁判所の許可を必要とするような危険性は存在しないと見る見解<sup>32)</sup> が述べられるようになり、判例の中にも、後見裁判所による許可を不要とするものも現れた<sup>33)</sup> もっとも、このような見解に対し、電気けいれん療法について後見裁判所の許可が必要であるとする説も、なお主張されている<sup>34)</sup>

医学の進歩により医療措置の危険性が減少し、その結果、以前には許可が必要であるとされた措置が、許可を要しないものとされることは、これからも十分に考えられることであり、電気けいれん療法に関する議論は、その一例であろう。

## ② 妊娠中絶

被世話人の不妊手術については、世話法は特別規定を置いている（BGB 1905条）が、妊娠中絶については何も述べていない。妊婦は基本的に、ドイツ刑法218条以下の規定によって保護されているが、本人に同意能力がない場合、世話人が被世話人に代わって中絶に同意することができるかどうかについては争いがある。この問題は、従来から刑法の分野でも議論されてきたものであり、見解の一致を見ていない。

これまで主張されているものとしては、まず刑法に違反しない場合には、自己の職務範囲に同意権限が含まれている世話人は、被世話人の妊娠中絶に同意することができるとする見解<sup>35)</sup> がある。この見解は、被世話人である妊婦は刑法218条以下の規定によって保護されていること、世話法が不妊手術のような特別規定を置いていないこと、本人が同意能力を有しない場合には、その世

話人によってまさに保護が与えられるべきであること、世話人の決定は本人の福祉に従ってなされなければならないこと、をその理由に挙げている。この見解によると、妊娠中絶も他の医学的侵襲と同様に、妊婦に生命の危険がある場合などには、妊婦が拒否する場合であっても、世話人が中絶に同意することができることになるし、1904条1項の要件が存在する中絶についてのみ、後見裁判所の許可が必要になる。

第二に、法定の中絶理由がある場合に限り、世話人が同意できるとする見解<sup>36)</sup>がある<sup>37)</sup>。この見解は、社会的な中絶理由による強制的な中絶は許されないとする。

第三に、被世話人に同意能力がない場合であっても、中絶には被世話人の自然な同意 (*die natürliche Einwilligung*) が必要であるとし、世話人は、これに反する同意をすることができないとする見解<sup>38)</sup>も存在する。その理由としては、個人の自己決定権は、他人によって行使されるべきではなく、それは本人が同意能力を有しない場合であっても同様であること、あるいはまた、妊娠中絶は女性の一身専属権であるだけでなく胎児の生命との比較考量が必要であり、これは他の治療行為と同一に考えることができないものであることを挙げる。

同様の問題は、事前配慮代理権においても生じる。この問題に関し、妊婦が同意無能力の場合に、事前配慮代理権を与えられている任意代理人が妊娠中絶に同意することは、禁止されるとする見解がある<sup>39)</sup>。その見解は、理由として次のように述べる。すなわち、妊娠中絶に同意する決定は将来の母親にとって非常に重大かつ深い影響を及ぼす良心の決定を意味し、その決定をする際には、その構造から、本人の健康および人生設計について、すなわちその女性自身の一般的な一身専属権についての、中絶によって生じる結果についての判断だけでなく、子の生命権と互いに関連する法益考量を要求するものであり、両者は不可分で、お互いに結び付いている。この特別性により、妊娠中絶における同意の代理可能性を、その他の治療行為における同意の基準によって取り扱

うことは禁止される。

### ③ 臓器の提供

後見裁判所の許可に関連して、被世話人の臓器提供について世話人が同意することができるか、裁判所が世話人の同意に許可を与えることができるかという問題が存在する。

生存している被世話人の臓器提供について、臓器移植法は代理を予定していない<sup>40)</sup> 同意能力のある成年者が臓器提供に同意していたとしても、その後判断能力を失った場合には、以前の同意は要件を欠くことになる（臓器移植法<sup>41)</sup> 7条2項2文および3文<sup>42)</sup>）しかし世話法制定時の議論において、その臓器提供が被世話人の幸福につながるような場合、例えば被世話人の子の生命を、その臓器提供によってのみ救うことができるような場合には、例外的に考慮の対象になるとされていた<sup>43)</sup>）しかし1997年制定の臓器移植法は、この問題について何も規定しなかった。そのため学説では、従来の見解が変更されていないとする見解<sup>44)</sup> と、臓器移植法の立法理由は臓器提供の同意を一身専属的なものと解しており、世話人による同意を認めていないとする見解<sup>45)</sup> が対立している。

被世話人が死亡した後の臓器提供については、提供者自身の同意（臓器移植法3条）、あるいは近親者またはそれらと同等である者、並びに受任者の同意（同4条）が必要とされ、世話人に付いては特に規定されていない。しかし個々の場合において、臓器提供者が死亡するまで、世話人が特別な個人的つながりにおいて、その者と明らかに近い立場にいた場合には、近親者と同等である者として、なお臓器提供に同意するかどうかの決定を職務範囲とする可能性がある<sup>46)</sup> とされている。

同様の問題は、事前配慮代理権においても問題となり得る。前述のように、世話法改正法により事前配慮代理人もまた世話人と同様に、本人の医療措置について同意することが可能となったことから、本人が代理人に対して臓器提供について同意する権限を与えることができるかどうかを考察しなければならな

い。臓器提供の同意を目的とする事前配慮代理権は認められないとする見解<sup>47)</sup>は、その理由を次のように述べる。すなわち、臓器提供の同意は絶対的の一身専属性を有するものであり、任意代理という考え方は、始めから問題とならない。世話法制定時に考えられていた状況は、まさに例外的に認められる場合であり、それ以外の場面では認められるべきではない。

### (3) 治療の中止（臨死介助—Sterbehilfe）

#### ① 問題の背景

世話人の同意に関して最も問題となっているのは、世話人が被世話人に対する治療行為の中止に同意できるかどうか、それに対して後見裁判所が許可を与えることができるかどうかということである。特に被世話人である患者に対する人工的な栄養の供給を打ち切ることに對する世話人の同意が問題とされている。

このような問題が生じてきた背景としては、医療技術の進歩と発展が挙げられる。以前であれば救命が困難であった重症患者、場合によっては意識不明の患者であっても、現在では人工的な延命が可能となっている。近年、このような、本人がベッドから動けない、あるいは意識さえない状態での生存が、はたして患者本人の希望するところであるかどうか疑われるようになりつつある。しかし、患者本人が意識不明状態であり、しかも治療の中止に関して本人の意思表示が存在していなかった場合にも、世話人が本人の意思を推測して治療行為の中止に同意することができるのかという問題については、一致した見解が存在しない。

従来、この問題に対して、裁判所は一般的に否定的に解していたところ、フランクフルト・アム・マイン高等裁判所（Oberlandesgericht）は、民事裁判所として初めて、栄養供給の打ち切りに対する世話人の同意に裁判所の許可を与えた。この判決をめぐる、学説では賛否両論が述べられている。

## ② 治療の中止に対する連邦最高裁 (Bundesgerichtshof) の判決

人工的な栄養供給の中止に関する問題は、1994年9月13日の連邦最高裁判決<sup>48)</sup>が引き金となった。この判決は、一時的な心停止による脳の損傷から不可逆的な意識不明状態に陥り、2年以上も介護病棟のベッドで全く動けない状態で、人工的な栄養供給により生きているという状態にある患者の息子が、介護人と裁判所に対して栄養供給の中止を求めたものである。結果的には介護人、裁判所ともに息子の要請を拒否し、患者は肺水腫で死去した。

息子と治療に当たっていた医師は、栄養供給の中止を求めたことにより、地裁で故殺未遂 (versuchten Totschlag) による有罪判決を受けた。連邦最高裁は次のように述べて、この有罪判決を破棄した。

「不治の疾病に冒された、もはや決定能力を有しない患者につき、医学的な治療あるいは措置の中止は、死への経過がまだ始まっていないことから連邦医師会によって議決された安楽死に関する指針の要件が存在しない場合であっても、例外的になお認めることができる。決定的であるのは、推測による患者の意思である。

推測による同意を仮定するための要件は、厳格に要求されるべきである。その際に、とりわけ以前の口頭あるいは文書による患者の表明、その宗教的信念、その他の個人的価値観、年齢に相応する平均余命、あるいは被る苦痛が重要である。

望ましい入念な確認においてもまた、患者の個人的な推測による意思を確認するための具体的な状況が見出され得ない場合には、一般的な価値観に相応する基準が引用されることができ、かつ、しなければならない。けれどもその場合に、慎重さが必要である。疑わしい場合には、人命の保護は、医師、親族あるいはその他の関係者の個人的な意見表明に優先する。」

連邦最高裁は、本件においては患者の意思の確認が不十分であったとして、審理を尽くさせるためにケンプテン地裁に差し戻した。差戻し審において、栄養供給の中止が患者本人の意思に相応していたことが認定され、息子と医師は

無罪判決を受けた（ケンプテン地裁 1995 年 5 月 17 日判決）。

このように、ドイツにおいて治療の中止は、患者本人の意思表示によってなされることを原則としつつ、本人の意思を推測することによって例外的になされる可能性を認めている。そこで、世話人が本人の意思を推測し、本人に代わって治療の中止を求めることができるか否かが問題となる。

③ フランクフルト・アム・マイン高等裁判所 1998 年 7 月 15 日決定<sup>49)</sup>

本判決の事案は、次のようなものであった。

当時まもなく 85 歳になろうとしていた当事者（女性）は、1997 年 12 月の終わりごろから入院による治療を受けていた。彼女は広範な脳梗塞により、運動能力および会話能力を完全に喪失しており、しかも持続的な意識不明状態（昏睡）にあった。彼女は胃ゾンデ（PEG）によって栄養を摂取していたが、状況が改善する見込みはなかった。彼女が以前に、過度の延命治療を希望しない旨の意思表示をしていたことから、世話人に選任された彼女の娘は、1998 年 3 月から 4 月にかけて、BGB 1904 条に基づき、ゾンデ栄養食餌法の中止による治療の打ち切りを申請した。区裁判所（Amtsgericht）は、その申請を BGB 1904 条の適用可能性を欠いているとして退けた。世話人の抗告を、地方裁判所（Landesgericht）は棄却したが、再抗告を受けたフランクフルト・アム・マイン高等裁判所は、世話人の申請を認める決定を下した。その判旨は以下の通りである。

「不可逆的な脳障害の当事者について、胃ゾンデによる栄養供給の中止は、BGB 1904 条の類推適用により、後見裁判所が同意することができる。この場合に、特に当事者の推測される同意が考慮されるべきである。」

④ 学説における議論

1998 年のフランクフルト・アム・マイン高等裁判所決定に対し、学説は賛否両論が主張されている。

## ア 肯定説

本決定を支持する見解は、次のように主張する。すなわち、前述の連邦最高裁判決が述べるように、患者の自己決定権は尊重されるべきであり、それは治療の中止にも当てはまり、本人の意思に反する治療はできない。そうすると、医学的な治療について本人に同意能力がない場合には、どのような場合であっても「患者の代わりに決定」する世話人が必要であり、それは治療の中止の場合においても同様である<sup>50)</sup>

後見裁判所が許可を与えることについても、治療の中止の適法性に関し、事後的な刑事裁判における判断では、患者本人はすでに死亡しており、当事者の利益にならない<sup>51)</sup> 後見裁判所は、鑑定や職権による調査で、当事者の意思を推測できる立場にあるし、後見判事は、そのような職務に慣れていることから、患者の意思を推測するのに適した立場にある<sup>52)</sup> 患者の意思を、生命を維持する措置の限界であるとするならば、その意思を究明し、それに従って行為する者が必要であるが、それには裁判官が相応しく、また裁判所であれば、中立の立場から、治療の中止について客観的、合理的に判断することができる<sup>53)</sup>

世話人が被世話人のために決定をする際には、可能な限り、被世話人の希望に沿ってなさなければならないのであり (BGB 1901 条3項)、世話人は、被世話人の主観的な見方に沿って決定しなければならないこと、および、BGB 1904 条から 1907 条において裁判所の許可が要件とされているのは、これらの決定が事後的に取り消せない、あるいは取り消すことが困難な問題であることが理由であることから、裁判所は世話人の決定が客観的な評価に基づいて正当になされたかどうかを確認するものであることを理由に、世話人は、被世話人の (推測される) 意思により医療措置の中止を決定でき、裁判所はその決定が適法になされたかどうかを確認するべきである<sup>54)</sup>

患者の推測される意思が確認できない場合にも、高齢で、多重疾患、不可逆的な意識不明、体を動かさない状態、食物を飲み込めない状態、両手両足の拘縮等の、人間らしい生命の回復が望めない状況においては、当事者は治療の中



止を希望していると思ふことが、一般的な価値観念に相応するものである<sup>55)</sup>

さらに、1999年施行の世話法改正法は、財政面の改正のみがなされ、その他の部分については以前のままであることから、1998年のフランクフルト・アム・マイン高等裁判所決定は、変更されていない<sup>56)</sup>

#### イ 反対説

これに対し、反対説の論拠は、次のようなものである。すなわち、まず本人の意思に関して、治療の中止を認めるとしても、そのためには、「患者自身」の明白な意思表示が必要であって、他人が決定できるものではない<sup>57)</sup> 患者の意思を推測することを認めるとしても、治療の中止に関する本人の現在の意思を、果たして確実に「推定」することができるのか<sup>58)</sup> また患者の意思を推測する際には、一般的な価値観念によるべきではなく、当事者の推測される意思の探知については、厳格になされるべきである<sup>59)</sup>

1904条の類推適用については、治療の中止の問題は1998年の世話法改正前から議論されてきた問題であるが、今回の世話法改正法が治療の中止に関する問題を取り上げていないということは、立法者は1904条の適用を否定していると考えられるのではない<sup>60)</sup> また世話人の職務に関しては、そもそも被世話人の死亡につながるような措置に対する同意を含めることが認められるのか<sup>61)</sup> あるいは世話人は「被世話人の福祉に適合するように事務を行わなければならない」(1901条2項)が、ここでいう「福祉」とは生きている人間の福祉のことであって、被世話人を死なせることは、世話人の義務に違反するのではない<sup>62)</sup> 1904条は生命の保護を目的とした規定であるが、治療の打ち切りは生命を終わらせることを目的としたものであり<sup>63)</sup> また1904条は積極的な行為を対象とするものであるが、治療の打ち切りは不作為であって本条が適用される場面ではない<sup>64)</sup> さらにこのことに関連し、1904条の類推適用が疑わしいのであれば、その他の要件(1896条)が満たされるかどうかを調べるべきである<sup>65)</sup> 後見裁判所が、治療の中止に対する許可を与えることについても、そもそも裁判官が人の生死を決定できるのか<sup>66)</sup> そのような場合における国家の

関与は、刑法に限るべきではないか<sup>67)</sup>

#### ウ ミュンヘン I 地方裁判所の判決

ミュンヘン I 地方裁判所は、前述のフランクフルト・アム・マイン高等裁判所決定の後に、治療の打ち切りに対する世話人の同意および後見裁判所の許可に関し、次のように述べて、フランクフルト・アム・マイン高等裁判所の決定に反する判断を示した。すなわち、

「身上監護の職務範囲は、生命を終了させる措置（ここでは、昏睡状態にある当事者についての栄養供給の中止と水分供給の制限）に対する世話人の同意を含まない。

BGB 1904 条は、生命を終了させる措置に対する後見裁判所の許可に、直接適用も、また類推適用もされない」<sup>68)</sup>

この問題については、学説・判例による解決は困難であり、最終的には立法による解決が必要であるとの指摘もある<sup>69)</sup> また裁判所ではなく、学際的な委員からなる専門の委員会を設けて、個別的な治療の中止に関して、その委員会に意見を求めることができるようにすべきだとの提言もなされている<sup>70)</sup>

#### (4) 小 括

ドイツは世話法施行時より世話人の職務に医療措置の代諾が含まれることを認めており、権限のある世話人が、判断能力のない本人に代わって意思決定を行うことについては、法律上、問題は存在しない。しかしそれは、法律上の問題が全くないことを意味するものではない。実際の医療現場では、本人に判断能力があるか否か、また医療措置が後見裁判所の許可を必要とする危険なものであるか否かについて法律上の明確な基準が存在せず、具体的な当該治療について許可が必要か否かという問題も学説によって判断が分かれるなど、現在もなお試行錯誤が続いていることが明らかとなった。これらの点については、わが国においてほとんど論じられていないのではないだろうか。

とりわけ、治療の中止については、治療の中止に関する世話人の同意および

後見裁判所の許可が認められるかどうかは、現在なお不明である。世話人の同意および後見裁判所の許可を肯定したフランクフルト・アム・マイン高等裁判所の決定に対して賛成意見も多く述べられる一方で、強硬な反対意見が根強いのも事実であり、また判例も、前述のミュンヘン I 地方裁判所判決のように否定的に解するものがあり、一致している訳ではない。

既に10年以上に及ぶ世話法の実績を有するドイツにおいても、世話人は個別の事例ごとに判断を迫られているのが現状であり、医療措置に対する同意の問題は、なお完全に解決されていない問題である。

### 3. イギリスにおける議論

前述のように（1，参照）、イギリスでは1985年に持続的代理権授与法（Enduring Powers of Attorney Act 1985）が制定され、コモン・ローの原則に重大な修正が加えられた。同法は、代理権授与者が意思能力を喪失した後も、代理人による財産管理を可能とするものであり、その後の、成年後見制度に関する各国の議論に多大な影響を与えるものであった。しかし同時に、同法の施行後20年を経過した現在、イギリスでの成年後見実務では持続的代理権の問題点が明らかになりつつあり、また財産管理に範囲が限定される持続的代理権の限界も認識されるようになってきた。その結果、現在の持続的代理権を改正し、財産の管理に限定されない、医療上の措置に対する同意等のヘルスケアに関する決定においても同様の代理権を認める必要性が議論されている。以下、イギリスの医療に関する法律上の問題を検討し、その後に成年後見における医療措置の代諾の問題を取り上げることにする<sup>71)</sup>

#### (1) 治療に対する同意

イギリスでは、身体的接触を含む治療は、本人の同意がない場合には個人への不法な身体接触、トレスパス（assault, battery—不法接触）となる。また同意のない治療は、介護義務の違反としてネグリジェンスになり、違法とされる。

そして精神能力のある本人は、医学的措置に対して同意を拒否する絶対的な権利を有し、それは、たとえその結果が本人の死につながる場合であっても認められ、またその決定が合理的か否かを問わない<sup>72)</sup> 従って、本人が治療に同意しない場合、医師は治療をすることはできない<sup>73)</sup> しかし前述のように、持続的代理権 (EPA) は、その対象を財産管理に限定されており、また現在のところ、イギリスでは治療の同意あるいは拒否に関する個人の決定権を他人に委任する方法は他に存在せず、さらに、たとえ近親者であっても、成人の患者に代わって同意あるいは拒絶する法的権利を有しないとされている<sup>74)</sup> 従って、本人が意識不明あるいは決定する能力に欠けている場合は、誰も治療の同意あるいは拒否を決定できないという状態が続くことになる。

但し例外的に、緊急治療の場合、および能力のない成人の場合に、医師が患者の最善の利益であると考えるときには、同意のない治療も原則的に適法であると解されている<sup>75)</sup> 最善の利益とは、患者の救命、患者の精神のおよび肉体的健康における悪化の防止または改善の確保を意味すると解されているが、その際には、患者が事前に表明していた希望等を考慮して、患者がどのような判断をしたかを考慮に入れなければならないとされる。そして患者の最善の利益について判断する際に、医師は家族と相談することが求められており、家族の同意を得た上で治療を行うように勧められている<sup>76)</sup> しかしそれは、家族を通じて、医師が患者本人の事前の意思決定あるいは推測される意思を知ることができるからであり<sup>77)</sup> 家族が患者の最善の利益を決定するわけではない。

## (2) リビング・ウィルあるいは事前の指示・宣言 (advance direction or declaration)

特定の治療が、特定の状況においてなされるべきである、あるいはなされるべきではないという要求 (要望) の表明であるリビング・ウィルあるいは事前の指示・宣言については、そこに含まれる文言にもよるものの、最近の判例<sup>78)</sup> によって法的な拘束力が認められるようになってきている。この問題は、特に

尊厳死の問題と関連を有する。たとえ本人がリビング・ウィルにおいて明記していたとしても、積極的に死亡を生じさせることを意図した治療、あるいは利益となる効果なしに、単に死亡という結果となるような治療を、医師に要求することはできない。但し、本人の苦痛を軽減させるための措置が、結果的に生命を短縮することになる場合、あるいは死亡を阻止または遅延させる治療の拒否は、違法ではないとされており、このような内容を含むリビング・ウィルは認められることになる<sup>79)</sup>。

なお、自ら治療についての決定をすることができなくなった場合に、そのような決定をする権限を他人に委任することを内容とする永続的代理権 (a durable power of attorney) が、これまでも提唱されてきた<sup>80)</sup>。これはまた、ヘルスケア代理権 (Health Care Proxy)、もしくは医学的治療代理人 (Medical Treatment Attorney) とも呼ばれる。しかしこれまで、このような委任を適法に行う手続は、イギリスには存在していなかった (但し、(4)参照)。

### (3) 医療措置の中止

ドイツと同様、イギリスにおいても、末期患者に対する医療措置の中止の是非が裁判で争われた。イギリスにおいて最初に医療措置の中止が裁判で争われたのは、1993年のブランド事件とされる<sup>81)</sup>。この裁判において貴族院は、延命措置の中止が正当化されるのは、「確立された良き医療慣行 (good medical practice) に一致し、患者本人の最善の意思にかなう」場合であるとした。その後、St. George 事件では、控訴院 (Court of Appeal) が、その「最善の利益」に関し、医師等が採るべきガイドライン<sup>82)</sup>を示し、判断能力のある患者の治療に際し、患者の意思に反することが許されないことを確認した。

現在では、治療の継続あるいは中止について判断能力を有する患者が、第三者の影響によって自分の意思が支配されず、かつ一般的な意味において治療の性質と効果を理解した上で、当該治療を拒否した場合には、たとえその結果が本人の死亡であったとしても、治療することはできないとされている<sup>83)</sup>。その

際に、たとえ身体的に重度の障害を有しているとしても、判断能力があると判断される場合には、その者はなお治療を拒否することができる<sup>84)</sup>。最近の判例でも、首から下が麻痺した状態にあるが判断能力を有する女性が延命措置の中止を求めた Ms B 事件<sup>85)</sup>において、適切な情報を与えられ、かつ可能な選択肢を提供された判断能力のある患者が治療を拒否したときは、その決定は医師によって尊重されなければならないことが確認され、そして「疾病の重大さが患者の能力に影響していない限り、重度の障害を持つ患者は、私的自治の尊重に付き、健康な者と同じ権利を有する」と判示された。

逆に、判断能力を欠く患者の場合は、国家や他の者が本人に代わって治療を拒否する手続きが存在しないとされており、そのような法的可能性は認められていなかった<sup>86)</sup>。

#### (4) 制度改革の議論

##### ① 総論

EPA 法は、成立当初は成年後見の領域における画期的な制度であり、わが国の法改正の議論にも多くの影響を与えたものであった。しかしながら同法は、その対象が財産管理に関する事項だけであり、持続的代理人は、本人の居所の決定や医療措置に対する同意等の身上監護に関する決定をすることができない。前述のようにイギリスでは、成人の患者に対する医学的治療は、原則として本人の同意を必要とするが、これまで、イギリスでは身上監護に関する事柄を本人以外が決定する方法が存在しなかったことから、本人が決定できない場合にどうするのかという問題が残されていた。

この EPA 制度の問題点を踏まえたロー・コミッションの報告書<sup>87)</sup>が 1995 年に公表された。この中で、ロー・コミッションは、EPA を含めた無能力者に関する法律の統合を目指し、具体的には、無能力者に関する裁判権の統一、「無能力」の定義の統一、医療措置に対する本人の「事前の指示」の承認、治療に対する同意等の身上監護に関するものを含めた CPA (Continuing Powers of

Attorney) の導入, 法定後見人であるレシーバーに代わる, 財産管理と身上監護の両方で代理権を有するマネージャー (Manager) 制度の導入, 等を取り入れた法律草案<sup>88)</sup> を提示した。

その後しばらくは法制化の動きが停滞したものの, 大法官省は 1997 年に “Who Decides ?” と題するコンサルテーション・ペーパー<sup>89)</sup> を公表し, ロー・コミッションが提示した新しい制度に対する意見を募った。このコンサルテーション・ペーパーに対し, 各界から多くの意見が寄せられた。その一つに, ロー・ソサエティ (the Law Society) が 1998 年 3 月に提出した意見書<sup>90)</sup> が挙げられる。これらの意見を踏まえて, 大法官省は 1999 年 10 月に, “Making Decision”<sup>91)</sup> というポリシー・ステイトメントを公表した。

さらに 2003 年 7 月に, 憲法事項省 (Department of Constitutional Affairs)<sup>92)</sup> は, これまでの議論を踏まえ, EPA に代わって精神的能力についての包括的な規定を定めた “Mental Incapacity Bill” を公表し, さらにそれを改正した “Mental Capacity Bill” が 2004 年 7 月 17 日に下院へ提出された。この法案は, 広く意思決定の代行全般に関するものであるが, 以下では, この法案の中で述べられている医療措置の代諾に関する部分を紹介する<sup>93)</sup>。

## ② 能力に関する原則と法案の対象

法案は, 1995 年に公表されたロー・コミッションの報告書 No. 231 を基礎とするもので, 能力を欠く成年者に関し, 2000 年 1 月 13 日にハーグで署名された成年者の国際的な保護に関する条約<sup>94)</sup> に関連して, 法律上の不明確な点を明確にし, 現行法に代わる新しい規定を導入することを, その目的とする。

法案は, その第 1 条において 5 つの原則を確認する。すなわち——

- i) 能力の欠缺が確認されるまで, 人は能力があるものと推定される
- ii) 全ての援助のための手順を踏まえた上でなければ, その人は決定することができないと取り扱われるべきではない
- iii) 単に, 賢明でない決定をしたことだけによって, その人は決定すること

ができないと取り扱われるべきではない

iv) 本法のもとで、能力を欠く者のために、あるいはその者に代わって行われる行為、あるいはなされる決定は、その者の最善の利益においてなされなければならない

v) 行為が行われる前、あるいは決定がなされる前に、それが必要とされる目的が、個人の権利および行動の自由をより制限しない方法によって有効に達成することが出来るかどうかを考慮されなければならない

もっとも、この法案は、夫婦や親子関係など家族に関する事項(27条)や選挙(29条)について、第三者に決定権限を付与するものではない。

本法案において対象となる者は、重大な時期において、精神または脳の損傷あるいは機能の乱れにより、ある事項について自分自身で決定することができない者であり、その状態が一時的か永続的かは問われない(2条1, 2項)。また本法案は対象者を原則として16歳以上の者とする(2条4項, note 19.)。

### ③ 最善の利益 (Best Interest)

今回の法案においても、従前のロー・コミッションの報告書や大法官省のポリシー・ステイトメント同様、意思決定を代行する場合には、代行される者の最善の利益にかなうように決定しなければならないとされる(4条1項)。その決定においては、その状況におけるあらゆる状況を考慮しなければならない。まず考慮しなければならないものとして、代行される本人がその状況に置かれた場合に、ある時点で能力を有する可能性があるか、およびその者がどのように決定するかという点である(4条3項)。前者の場合、本人が決定できるようになるまで、決定が延期され、たとえ延期できない場合でも、本人の能力喪失が恒常的か一時的かによって決定が影響される可能性がある(note 24.)。

決定をしようとする者は、合理的に知ることができる限りで、本人の過去および現在の希望と感情、本人が能力を有していた場合に決定に影響すると考えられる信念および価値観その他の要素を考慮しなければならない(4条5



項)。信念および価値観には、宗教、文化、生活スタイルなどが、その例として挙げられている (note 26.)。

さらに、決定をする際には、本人の希望および感情について情報を有する者と相談しなければならない (4条6項)。それらの中には本人の介護人、家族、友人、後述の継続的代理権 (Lasting Powers of Attorney) の受任者、および裁判所によって選任された代行人 (Deputy—後述⑦参照) が含まれるが、これらの者との相談は、実行可能かつ適切な場合に要求される。例えば、緊急時には相談が事実上不可能であるし、また日常の生活における決定については、特に相談を要しない (note 27.)。

#### ④ 介護および治療に関する行為

現行法は、本人の世話をしている者 (carer—介護人) が、本人のために日常生活における決定をすることについて、何も規定していない。従って現状では、無能力者本人も介護者も、法の保護を受けていない状態に置かれていることになる。このことについては、これまでの報告書等においても指摘されていた。

そこで法案は、まず一般的な原則として、患者が当該事項に関して無能力であることが確認される場合に、他の者が、その患者にとって最善であると合理的に信じていることができる行為をすることができる旨を規定する (5条1項)。その場合に、行為した者は、患者が能力を有しており、かつその行為に同意していたならば負わなかった責任を負うことがないとされる (5条2項)。但し、患者を拘束する行為については、さらに患者への危害を防止するためにその行為が必要であり、かつその行為が、患者が危害を被る可能性およびその重大性との均衡が要求される (6条1～3項)。また、その患者によって付与された継続的代理権の受任者、あるいは裁判所によってその患者のために選任された代行人の決定と衝突する行為を行うことは、認められていない (6条5項)。

### ⑤ 医療措置に対する事前の決定 (Advance Decision)

従来の議論において、医療措置に対する事前の指示・宣言を制定法により認めるべきかどうかという問題は、イギリス国内でも大きく意見が割れており、前述の大法官省のコンサルテーション・ペーパーに対しても多くの意見が寄せられた<sup>95)</sup>。それらは、(a)現在の判例法は、医師や法律家によって十分に理解されておらず、事前の指示・宣言を立法によって明確化する必要性があるとするもの、(b)現在の判例法によって十分な指針は与えられており、硬直した立法によるよりも、はるかに柔軟性のある判例法の発展に任せるべきであるとするもの、(c)事前の指示・宣言を道徳的に誤ったものであるとし、それらに立法による強制力を与えることは、医師に患者の生命を救うことができる治療の中止あるいは差止めを強制するものであるとして、認めることはできないと解するもの、に大別することができた。

この問題に対し法案は、治療の拒否に対する事前の決定として以下のように規定する。まずこの決定は、満18歳以上の能力を有する者が、その後生じる特定の状況のもとで、その者について健康管理を行っている者から治療の実施または継続を提案され、かつその時点でその者が治療の実施または継続について同意する能力を欠いている場合に、特定の治療が実施、または継続されないようにするものと定義される(24条1項)。この決定は、決定をした者が能力を有する間はいつでも取消し、あるいは変更することができる(24条3項)。さらに、生命を維持する措置に適用される事前の決定は、本人がその決定においてその決定がそのような治療に適用されるべきであると明示した場合を除いて適用できない(25条5項)。有効かつその治療に適用できる事前の決定が存在する場合、本人に決定する能力があり、かつそのように決定したものとして取り扱われる(26条1項)。もっとも、決定に関して係争中の場合に、生命を維持する治療あるいは本人の状態の悪化を防止する行為を行うことを差し止めるものではない(26条5項)。

## ⑥ 継続的代理権（LPA）の創設

今回の法改正の中心であると思われるのが、継続的代理権（Lasting Powers of Attorney=LPA）の創設である。LPAは、本人が受任者に対し、本人の個人的な福祉あるいはそれに関する特定の事項、または本人の財産および事務あるいはそれらに関する特定の事項の全て、あるいは一部について決定する権限を付与するものであり、本人がもはや能力を有しない状況においてもそれらの決定をする権限を含むものである。もっとも、本人が能力を有している間、LPAを通常の代理権として機能させることも可能である（note 42.）。LPAは、前述の権限を付与する旨の内容を有する証書によって作成されなければならない、しかも登録されなければ効力を生じない（9条）。

LPAは、本人および受任者がともに18歳以上である場合に創設することができ、さらに作成の時点で本人に能力があることが必要である（9条2項(c)、10条1項(a)）。LPAは、財産および事務にのみ関する場合には、自然人に加えて信託会社も受任者となることができる（10条1項(b)）が、破産者は財産および事務に関する受任者となることができない（10条2項）。

LPAにおいても、受任者が本人を拘束しようとする行為は、当該事項に関して本人が能力を欠いている（と合理的に信じることができる）ことに加えて、介護および治療に関する行為の一般原則と同様の要件が必要となる。またLPAが本人の個人的福祉に関する決定を行う権限を付与するものである場合、その権限は、本人が能力を有している場合を含むものではなく、また本人の行った事前の決定および治療拒否に服し、さらに本人に対して行われる治療の実施および継続に対する同意または拒否を含む（11条）。さらに、LPAの受任者は、本人の最善の利益に沿って権限を行使しなければならない（9条4項）。この点、代理人が身上監護に属する決定をするのは本人が無能力になった後に限られ<sup>96)</sup>かつ人工給餌および水分補給の中止については、代理権を創設する証書において、特にそのための権限が与えられている場合を除いて、できないものとされていたCPA<sup>97)</sup>と基本的に同様の規定であると解することが

できる。

本人はいつでも LPA を撤回することができ、また本人の破産は、原則として財産事務に関する権限を撤回することになる（13条2、3項）。

受任者が任命を拒否した場合には権限は付与されず、また受任者の死亡、破産、無能力、清算あるいは解散（信託会社の場合）の場合には、権限は撤回される。但し、破産の場合には、本人の個人的福祉に関する権限については影響されない（13条5～9項）。

LPA の作成の際に本人に対して詐欺（Fraud）あるいは不当な圧力が加えられた場合、および LPA の受任者がその権限または本人の最善の利益に反した場合には、裁判所は、その LPA を登録しないことを指示し、あるいは本人が能力を欠いている場合には LPA を撤回することができる（22条3、4項）。

#### ⑦ 裁判所による決定および代行人（Deputy）制度の導入

法案では、ある者が特定の事項について判断能力を有するか否か、およびその者についてなされる、あるいはなされた行為についての適法性について、裁判所が宣言（Declaration）することができるとする（15条）。また、ある者の個人的福祉または財産事務に関して、その者のために命令によって決定することができる（16条2項(a)）。その決定には、その者に対する治療（の継続）の同意および拒否も含まれる（17条4項(d)）。

法定後見においても、現行のレシーバー制度に代わって、LPA と同様の権限を有する代行人制度の創設が予定されている。裁判所は、ある者のためにある事柄を決定する者（代行人）を任命することができる（16条2項(b)）が、裁判所が代行人を任命すべきかどうかは、その選任が本人の最善の利益に適合しているか否かについて検討しなければならない（16条4項）。代行人に付与される権限は、その状況において合理的に行うことができる範囲および期間に限定される（16条4項(b)）。これは、「最も制限的でない干渉」の原則（the “least restrictive intervention” principle）に基づくもので、代行人の任命より裁判所の

決定が先に考慮されるべきであり、代行人の任命が必要な場合でも、その権限の範囲および存続期間はできるだけ限定されるべきであるとするものである (note 60.)。

代行人になることができるのは満 18 歳以上の者であるが、その権限が財産および事務にのみ関する場合には、信託会社も代行人になることができる (19 条 1 項)。ただし、代行人に選任される者の同意が必要とされる (19 条 3 項)。代行人はその権限の範囲内において本人の代理人として取り扱われる (19 条 6 項)。代行人は、本人がある事項について能力を有すると知っているか、または合理的に信じる理由のある場合には、本人のために決定する権限を有しない (20 条 1 項)。また代行人は、その権限内において、本人によって付与された LPA の受任者の決定と矛盾する決定をすることができない (20 条 4 項)。

#### ⑧ 代行人と医療措置の拒否

裁判所が任命した法定代理人に、ヘルスケアに対する同意を拒否する権限を与えるべきかどうかという問題<sup>98)</sup>に対して、これまでの意見の多くは否定的であった。反対意見の主な根拠は、患者である被後見人の医師に比べて、裁判所が選任する法定代理人は、治療に対する患者の希望を知らないのではないかという点にある<sup>99)</sup>ものと考えられている。これに対してロー・ソサエティは、法定代理人に対してヘルスケアに対する同意を拒否する権限を与えることが適当であるとした<sup>100)</sup>その理由としてロー・ソサエティは、実際に法定代理人に任命されると予想される者は患者の家族である可能性が高いと思われること、裁判所が特定のヘルスケアに対する決定をなす権限を有する法定代理人を任命するということは医師と家族との間で治療に対する意見が異なっている場合であると考えられること、さらに裁判所は、患者の最善の利益に沿うように、あらゆる関連した要素を考慮に入れて法定代理人を任命しなければならないのであるから、裁判所がそのようにして任命した法定代理人に対してそのような権限を認めることは適当であることを挙げていた<sup>101)</sup>

これらの議論を踏まえ、法案では、裁判所が明示の権限を付与していない限り、代行人は本人の生命を維持する措置の実施および継続を拒否できないものとされ、かつその裁判所の権限付与も、例外的な場合に限られるとされた（20条5、6項）。代行人が本人を拘束できるのは、代行人の権限にそれが含まれており、本人が能力を欠いている（と合理的に信じることができる）ことに加えて、介護および治療に関する行為の一般原則と同様の要件が満たされる場合に限られる（20条8項ないし12項）。

#### (5) 小 括

イギリスは、EPAによる財産管理に関しては長い実績を有するものの、医療措置の代諾については、わが国と同様、有効に代行する権限について法律上の規定がない。そして成年後見制度の中に、医療措置の代行権限を取り入れるための議論が続いていることも、同様である。ただ、意思決定の代行を認める法案が議会に提出された点で、わが国より一歩先んじている状態と評価することができる。

意思決定を代行する場合に、本人の最善の利益になるように行わなければならないというイギリス法の原則は、わが国での法制化においても参考となるものであろう。本人の意思を尊重するのが成年後見制度の原則ではあるものの、わが国の実情を見れば、往々にして「家族の意思」による決定がなされていることは否定できない。意思決定の代行は、本人の判断能力を欠く状態で作られる判断であるだけに、常に本人の利益を考慮しなければならないのであって、本人にとって最善の利益という判断基準は、意思決定を代行する際の基準として重要な意味を持つと考えられる。

また医療措置について同意する権限を有する任意後見制度であるLPAについては、前身のCPA以来、ほぼ国民的な合意が得られているものの、同じく法定後見制度の代行人制度については、医療措置について拒否する権限を認めるか否かにつき、激しい意見の対立が見られた。その賛成、反対の理由も、わ

が国における同様の議論にも参考となると考えられる。結果的に、法案では医療措置についての決定権限も含むものとされたが、前述のとおり、その実施および中止が認められるのは例外的な場合に限定されることとなった。このことは反対意見を考慮したものと考えられる。さらに、ドイツと同様にイギリスにおいても治療の中止に関する意思決定の代行が問題とされている点が注目される。同様の問題は、将来的にわが国においても問題となる可能性が高いと考えられるからである。

なお、今回の法案作成に当たって聴取された意見の中に、セカンドオピニオンの活用を求めるものもあった<sup>102)</sup>。セカンドオピニオンは、わが国の実務においても活用が期待されるべきものであり、今後の法制化においても積極的な運用を求めるべきであろう。

## 4. わが国への示唆

### (1) 法改正における議論

わが国においても、医療行為に際して、本人の承諾が必要であることについては争いが無いであろう。それでは、本人が同意能力を有しない場合、誰が判断することになるのだろうか。医療措置における代諾は、本人の自己決定権と関係するものとして、従来から議論されてきた問題である<sup>103)</sup>。そして患者本人に承諾能力がない場合には、患者本人に代わって、医師以外の第三者が患者本人のために判断・意思決定しなければならないと解される<sup>104)</sup>として、承諾権者による承諾、即ち代諾の必要性が肯定されるとする見解<sup>104)</sup>があった。今回の改正に関する議論においても、本人が意思無能力である場合、あるいは意識喪失状態である場合に、本人の同意を得られないからといって医療行為ができないというのも不合理であり、しかし本人に代わって同意できる者が明確でない現状では多くの問題が生じているとして、早急な改革を主張する見解<sup>105)</sup>。また要綱試案補足説明の理由付けに対して、後見人が選任されている場合において、極めて重大なリスクを伴うような手術等の場合に、間に合うのであれば裁

判断の許可を得ることとする程度の規制が、なぜ時期尚早なのか理解できない<sup>106)</sup>あるいは医的侵襲に対する決定・同意の問題は判断能力等の減退を扱う成年後見の場面だからこそ検討対象として取り上げる必要があるともいえる<sup>107)</sup>という反論がなされていた。

他方で、成年後見制度の改正に関する要綱試案補足説明の理由付けと同様に、成年後見制度においてのみ代諾を認めるのは他の場合とのバランスに欠けること、および、たとえ代諾を認めるとしても後見人に判断を集中させるのは疑問であるとして、問題となる医療措置に応じて誰の同意が必要かを考えるべきだとする意見も述べられていた<sup>108)</sup>。

結果的に、今回の成年後見制度の創設において、前述の通り（1、参照）、成年後見人（保佐人、補助人）に、本人の身上に配慮する義務が定められたものの、それらが一般的な規定にとどまったため、実際にどこまでその範囲に含まれるのかは明確でない。一般的には、その対象が生活や財産管理を含む後見事務全般に及ぶが、介護労働等の事実行為は含まれていないと解されている。このことは、任意後見契約においても同様である（任意後見契約に関する法律6条）。具体的な事務としては、医療契約、介護契約、住居に関する契約、施設・病院等の入退所に関する契約等が考えられている。従って、新しい成年後見制度においても、医療措置における代諾は含まれない。もっとも、学説の中には、新しい成年後見制度の下でも、民法858条の身上配慮義務を考慮し、一定限度で成年後見人等に対して医療措置に対する同意権限を認めるべきであるとする見解も主張されている<sup>109)</sup>。

## (2) わが国における医療措置の代諾に関する現在の状況

医療現場では、本人が同意能力を欠く場合に、医師は家族に代諾を求めることが多いと考えられ<sup>110)</sup>また医師が成年後見人等に対して医療行為に対する同意を求めることも少なくないようである<sup>111)</sup>もちろん、一般論として家族が本人の意思をもっともよく知る立場にいることは否定できないし、家族が本人の



生命や健康に対して一定の権限があるとする見解も存在する<sup>112)</sup>しかし、いずれの場合も、その法的根拠を欠いており、また場合によっては、本人よりも「家族の意思」が重視される結果、本人の保護が不十分となってしまうおそれ<sup>113)</sup>が指摘されている。一方で、医療措置における代諾に関しては、本人に代わって他人が判断するという「代理」の問題というよりは、本人が判断能力のあるときに、本人だったらどういうふうにかえたであろうかという本人の意思決定を付度する問題であるとするならば、本人の考え方を一番よく知っているのは通常は配偶者であることを考慮すると、成年後見人の同意以外に、配偶者や家族の意見も尊重すべきであるとの考え方も成り立つとの見解もある<sup>114)</sup>

### (3) わが国における立法提案

成年後見人等に積極的に医療措置の代諾を認める見解としては、額田私案<sup>115)</sup>と小賀野私案<sup>116)</sup>がある。額田私案は、成年後見人の職務範囲に身上監護に関する事項の決定を含むものとし、住居の立退き、自由の制約を伴う施設への収容、危険性の高い医療行為の同意（但し、緊急を要するときはこの限りではない）、延命治療の中止、臓器提供の同意については裁判所の許可を要するものとするが、不妊手術は成年後見人の代諾を認めない<sup>117)</sup>この内容については、ドイツ世話法の規定を簡略化したものとしている<sup>118)</sup>

小賀野私案は、身上監護者が本人の身上監護に関する決定権を有することを前提として、治療施設等への入所・入院、危険性の高い医療行為、その他本人の生命、身体及び福祉に重大な影響を及ぼす事項にかかる身上監護については、身上監護者は家庭裁判所の許可を得てこれを行なわなければならないとし、ただし、緊急の必要性があるときは、この限りでないとする<sup>119)</sup>小賀野私案は、「本人の生命、身体及び福祉に重大な影響を及ぼす事項」に相当する例として不妊手術を挙げる<sup>120)</sup>

両者に共通するのは、成年後見人等に一般的な同意権を与えつつ、医療行為のうち、危険なものの代諾については裁判所の許可を必要とする点であり、こ

のことはドイツ世話法とも一致する。その根拠は、代諾の対象となる本人が能力減退者であり、その他の者と比べると、人権・福祉を侵害される可能性が高いことから、侵害行為をチェックする必要があるとして、公的機関、つまり裁判所の関与を求めたものとしている<sup>121)</sup>しかし同時に、医療措置の代諾全てに裁判所の許可を必要とすると、裁判所の負担が過大となることから、生命の危険等、限定された場合にのみ裁判所が関与するものとし、裁判所の判断が必要かどうかの判断は、成年後見人等に委ねようとするものである。そして成年後見人等が故意又は過失により、裁判所の許可の必要な措置について、裁判所のチェックを回避した場合は、善管注意義務違反となり、解任事由になり得るものとして対処するものとしている<sup>122)</sup>

#### (4) 成年後見制度における医療措置の代諾

##### ① 成年後見人等に代諾権限を認めることの可否

###### ア 法定後見の場合

今回の法改正に際し、いくつかの立法提案がなされたが、身上監護において積極的に医療措置の代諾を認めるべきとするものも見られた。そもそも、現在の成年後見人等、本人以外の者が代諾することを認めるかどうかという問題も検討する必要があるだろう。

今回の改正では、医療措置の代諾については成年後見人等の職務の範囲外だとされたが、これは立法者が代諾を認めないという趣旨ではなく、時期尚早であるに過ぎないということを述べている。またその他にも、代諾を全面的に否定する見解は見られない。先に見たように、既に法文上で明確に規定しているドイツはもとより、イギリスにおいても代諾の必要性は認識されている。わが国においても現実に必要性が叫ばれており、特に高齢者を対象とすることの多い成年後見制度においては、成年後見人等による代諾を否定することは、できないであろう。

しかし同時に、成年後見人等による代諾の問題点も、把握しておくべきであ

る。この問題は、成年後見人が代諾することで解決するものではないことが、ドイツやイギリスでの議論から明らかになった。例えばドイツのように成年後見人等に同意権が与えられるとした場合、他の親族等はその決定に一切関与できないとするのか。ある治療について成年後見人等と親族の意見が分かれた場合、医師は成年後見人等の決定のみに従うべきなのか。ドイツのように親族といえども同意権がなければ決定できない、決定できるのは権限を有する成年後見人等だけであるとすれば、非常に明快ではある。しかし、その結論をそのままわが国に取り入れることができるであろうか。

この問題では、特に職業後見人が同意する場合の困難さ<sup>123)</sup>も考慮されなければならない。本人の事理弁識能力衰退後に選任され、それまで本人と接点を持たなかった成年後見人等が、医療措置に対する同意が求められる場面において、「本人の意思を尊重する」ことは、その成年後見人に過分の負担を強いることになりはしないだろうか。本人にとって「他人」である職業後見人と「家族」の関係についても、十分な考慮が必要となる。

#### イ 任意後見の場合

任意後見については、成年後見等の法定後見とは状況が若干異なると思われる。任意後見では、意思決定を代行される本人自身が、代行権者である任意後見人を選任でき、さらにその任意後見人に、本人が具体的な指示を行うことも可能であるので、法定後見の場合よりは制限を緩めてもよいと思われる。任意後見監督人が選任され、特定の医療措置に対して同意する場合、任意後見監督人が異議を唱えない限り、有効な承諾としてもよいと思われる。

### ② 積極的な治療に関する代諾

#### ア 代諾権者とその順位

医療行為の代諾という問題は、本人の判断能力と、必要とされる医療措置により、多くの段階が考えられる。それらを一まとめにせず、どのような場合に

誰が代諾できるのかを定める必要がある。特に成年後見人等および家族の中で意見が異なる場合、最終的な判断を誰が行うのかは重要な問題である<sup>124)</sup>

まず、通常の病院における診察、治療行為については、成年後見人等または家族のいずれかの承諾で構わないのではないと思われる。これらについては、代諾権者を複数認めることが实际的であり、また代諾によって本人が不利益を受ける可能性はほとんどないと考えられるからである。

通常の治療行為を超えるものについては、基本的には成年後見人等の代諾権限を認めつつ、家族との関係を配慮する必要があるだろう。成年後見人等が選任されているとしても、家族が判断に全く関与できないとするべきではない。特に成年後見人の判断が家族と異なる場合、どのようにすべきか、さらに、家族の中で意見が分かれる場合、成年後見人はどのようにして判断すべきかについても、考えなければならない。成年後見人が決定できない場合、および家族が成年後見人の決定に反対する場合には、裁判所の判断を仰ぐこととせざるを得ないのではなかろうか。その際に、本人にとって最善の利益が何かという点が考慮されなければならないのは、言うまでもない。なお、任意後見人についても同様の問題が生じ得るが、本人の意思が任意後見人に示されており、任意後見人がそれに従って判断した場合は、当然にその判断が優先することとなる。

## イ 同意権の範囲

成年後見人等が本人に代わって同意することができる」とすると、次に問題となるのは、その同意権の範囲である。ドイツにおいては、本人の生命および健康に重大な危険がある治療については、後見裁判所の同意が必要であるとされている。わが国における立法提案においても、同様の限定が付されている。

確かに、全ての医療措置について裁判所の許可を必要とするのは、事実上不可能であろう。しかし生命の危険のある医療措置かどうかの判断を成年後見人等に委ねることについては、疑問がある。ドイツの実務を参考にするならば、医療に関して十分な知識のない成年後見人等は、事後の責任追及を恐れて、必

要以上に裁判所の許可を求めることが予想されるのではないか。また、重大事項について裁判所の助言を得る<sup>125)</sup>としても、結局は裁判所の事務を増加させる結果になるものと考えられる。さらに、事後的に成年後見人等の責任を追及するとしても、本人の利益を守ることに必要はないであろう。やはり、問題となっている医療措置がなされる前に、本人の利益が守られる制度を考案すべきである。

まず、本人の生命、健康に重大な危険のある治療については、やはり成年後見人等が単独で代諾することはできないと解すべきであろう。ただし、その場合に裁判所の許可を必要とすると、結果的に裁判所の事務を増加させてしまうことにつながる。この点に配慮するならば、むしろ裁判所外の機関が判断できるとすべきである。大学医学部や病院に設置される倫理委員会、その他の第三者機関を、裁判所の補助機関としての役割を認めるとの見解<sup>126)</sup>も、検討に値するだろう。

同時に、当該治療行為が「重大な危険」を伴うものか否かの判断が必要となる。その場合に、ある医療行為について成年後見人以外の（裁判所あるいは上で述べた機関等による）同意が必要かどうかの判断を、本人を担当している医師以外の医師に委ねるのも一案であろう。数人の医師の判断が、裁判所の許可を要しないと見解で一致する場合には、その判断を尊重した成年後見人等は、その判断につき、事後的に責任を追及されることはないとするだけで、成年後見人の不安を解消することもできると考える。さらに、成年後見人の他に、本人を担当している医師にも、裁判所に医療措置に対する許可を求めることができるようにすることも考慮すべきであろう。そうすれば、裁判所の負担を増やすことなく、また成年後見人等の拒否にもかかわらず治療を行うことができる可能性を認めることで、本人の利益を不当に損ねることもないと考えられる。

別の問題として、「重大な危険」の内容も医療技術の進歩に応じて変化することが十分に予想される。ドイツでは、電気けいれん療法が許可を必要とする

治療か否かについて争われたが、他にも同様の問題が生じる可能性は高い。またドイツの実務が示すように、同じ治療でも患者の状態に応じて危険度が異なることは、当然考えられることである。これらの判断も、やはり専門家の協力なしには行い得ないのではないだろうか。

以上のようにすることで、裁判所の役割は、重大な危険のある治療について同意する第三者機関の監視と、成年後見人と家族、もしくは家族間で代諾についての争いがある場合の紛争処理ということになり、裁判所の負担軽減にもつながると思われる。

### ③ 医療措置の中止等に関する代諾

本人の健康回復を目的とする医療措置の場合と異なり、本人の健康回復に結び付かない医療措置の中止については、より一層慎重な考察が必要となる。ドイツおよびイギリスの実務は、成年後見人等による医療措置の中止の代諾が、わが国においても避けがたい問題であることを示している。しかし両国と比較してわが国では、医療措置の中止に関する議論自体がまだ不十分であり、その要件等の確定が先決事項であろう。少なくとも現状では、本人の生命・健康の利益にならない意思決定について、法定成年後見である成年後見人等による代諾は認めるべきではないであろう。イギリスにおいても、本人の判断能力が失われた後に選任される法定代理人に拒否権を付与することには相当な抵抗が存在していたことを、本稿でも見てきた(3, (4)参照)。結果的に、イギリスは厳格な要件のもとで拒否権を認めたが、判例の蓄積のあるイギリスにおいてさえ、このような慎重な態度を探っていることからしても、わが国の現状では、認めるべきでない。

任意後見契約で、医療措置の中止に関する代諾が可能であるかどうかも同様に悩ましい問題であるが、任意後見契約においては本人の意思が明確に示されている点で、法定後見の場合と状況が異なる。現在のところ、任意後見契約において医療措置の中止に関する本人の意思が明確に示されており、かつ代諾の

時点で本人の意思が変わっていないことが推測される場合にのみ、認めても良いのではないかと考える。もっとも、この点についてはなお確信を持つことができない。医療措置の中止に関する議論の深化を待ちたい。

なお、臓器提供については、わが国の臓器移植法改正の動向とも関連するので、ここでの検討は見送ることにしたい。

## 5. お わ り に

本稿では、成年後見の場面において、判断能力を有しない本人に代わって成年後見人等が医療措置について代諾する場合の問題点について議論してきた。ドイツやイギリスの議論を見るまでもなく、わが国においても判断能力を有しない者のために誰かが代わって医療措置につき代諾する必要があることは明らかである。しかしこの問題は、成年後見人等に代諾権限を与えれば解決するという単純なものではないことが、本稿の検討の結果明らかになったのではないだろうか。

そうであっても、実際の医療現場は、成年後見人等による代諾を必要としていることも事実である。本稿では、その必要性を認識しつつ、ドイツおよびイギリスの実務を参考としながら、実現可能な方法を模索したつもりである。高齢者を主な対象とする成年後見制度が、医療措置における代諾の問題と結びつくのは、ある意味で必然である。そのための法整備も避けて通ることはできないものであり、そして法改正の前段階としての議論も、なお続けていく必要がある。

\*本稿は、関西大学法学研究所・成年後見制度研究班の研究成果を基礎とするものである。

## 注

- 1) 例えば小賀野晶一「成年身上監護論(1)～(4・完)」ジュリスト1090号112頁～119頁, 1092号60頁～67頁, 1093号106頁～115頁, 1094号113頁～120頁(1996年), 等々
- 2) 例えば廣瀬美佳「医療における代諾に関する諸問題①②」早稲田大学大学院法研論集60号245頁(1991年), 61号177頁(1992年), 新見育文「意思決定の代行制度の整備にむけて(特集・意思決定の代行)」法律時報67巻10号6頁(1995年), 石川稔「医療における代行判断の法理と家族—誰が代行判断者か—」唄孝一=石川稔(編)『家族と医療—その法学的考察—』(弘文堂, 1995年)48頁, 米倉明「[[講演] 高齢化社会における財産管理制度—成年後見制度の制定をめざして—」『信託法・成年後見の研究 [民法研究第三巻]』(新青出版, 1998年)407頁[初出: トラスト60研究叢書(トラスト60, 1995年)]。
- 3) 小賀野晶一「身上監護—総合的な身上監護法からの考察—(『成年後見問題研究会報告書』(法務省民事局)について4)」判例タイムズ961号24頁も, 医療措置の代諾について, 「この問題は判断能力等の減退を扱う成年後見の場面だからこそ検討対象としてとりあげる必要があるともいえる。」と指摘する。
- 4) 本稿において「イギリス」とは, イングランドおよびウェールズのコモン・ロー領域を指すものとする。
- 5) ドイツ成年後見法研究会「ドイツ成年後見制度の改革(三)世話法(Betreuungsgesetz)注解—」民商法雑誌108巻3号465頁(山本隆司)。
- 6) ドイツ成年後見法研究会・前掲註5)民商法雑誌108巻3号465頁(山本隆司)。
- 7) 浦川道太郎「終末期医療と自己決定権—ドイツの現状と改革の動向」國井和郎先生還暦記念『民法学の軌跡と展望』(日本評論社, 2002年)378頁。
- 8) 浦川・前掲註7)378頁および400頁(同論文註8)。
- 9) BGHZ 29, 34, 36; 105, 48.
- 10) Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, *Betreuungsrecht kompact*, 5. Auflage, 2002, Rn 200; 浦川・前掲註7)400頁(同論文註5)。
- 11) 岩志和一郎「ドイツの世話制度と医療上の処置に対する同意」唄孝一=石川稔(編)『家族と医療—その法学的考察』(弘文堂, 1995年)216頁。また Damrau/Zimmermann, *Betreuung und Vormundschaft*, 3. Auflage, 2001, § 1904 Rn 3参照。
- 12) Jürgens, *Betreuungsrecht*, 1995, § 1904 Rn 4.
- 13) Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, a. a. O. (Anm. 10) Rn 200; Damrau/Zimmermann, a. a. O. (Anm. 11) § 1904 Rn 4.
- 14) Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, a. a. O. (Anm. 10) Rn 200; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, 3. Auflage, 1992, § 1904 Rn 4 (Schwab).
- 15) Münchener Kommentar, a. a. O. (Anm. 14) § 1904 Rn 4 (Schwab); Damrau/Zimmermann, a. a. O. (Anm. 11) § 1904 Rn 12.
- 16) 岩志・前掲註11)217頁。また Damrau/Zimmermann, a. a. O. (Anm. 11) § 1904 Rn 6 参照。



- 17) Jürgens, a. a. O. (Anm. 12) 1995, § 1904 Rn 4; Damrau/Zimmermann, a. a. O. (Anm. 11) § 1904 Rn 17.
- 18) Damrau/Zimmermann, a. a. O. (Anm. 11) § 1904 Rn 14.
- 19) 岩志・前掲註 11)218 頁。
- 20) 岩志・前掲註 11)218 頁, 浦川・前掲註 7)385 頁; Münchener Kommentar, a. a. O. (Anm. 14) § 1904 Rn 8 (Schwab); Damrau/Zimmermann, a. a. O. (Anm. 11) § 1904 Rn 16.
- 21) Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, a. a. O. (Anm. 10) Rn 206; Münchener Kommentar, a. a. O. (Anm. 14) § 1904 Rn 12 (Schwab); Jürgens, a. a. O. (Anm. 12) § 1904 Rn 5.
- 22) Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, a. a. O. (Anm. 10) Rn 206.
- 23) Damrau/Zimmermann, a. a. O. (Anm. 11) § 1904 Rn 23.
- 24) Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, a. a. O. (Anm. 10) Rn 206; Damrau/Zimmermann, a. a. O. (Anm. 11) § 1904 Rn 34. また, Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, 11., neubearbeitete Auflage, 2004, § 1904 Rn 9 (Roth) は, さらに当事者を健康な人と比較して, 精神的, 身体的影響を考慮すべきであるとする。
- 25) BT-Drucks 11/4528 S 141. もっとも, Damrau/Zimmermann, a. a. O. (Anm. 11) § 1904 Rn 37 は, 回復に 6 ヶ月を要する記憶障害を「長期の危険」とした LG Hamburg, FamRZ 1994, 1204 を引用し, 場合によっては数日の期間であっても該当するとする。
- 26) Erman, a. a. O. (Anm. 24) § 1904 Rn 10 (Roth).
- 27) どのような医的侵襲につき, 後見裁判所の許可が必要かは, 公式の基準が存在するわけではなく, 論者によってその範囲も若干異なる。ここでは, 次の文献を参考にした。  
Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, a. a. O. (Anm. 10) Rn 207; Jürgens, a. a. O. (Anm. 12) § 1904 Rn 7; Damrau/Zimmermann, a. a. O. (Anm. 11) § 1904 Rn 35; Münchener Kommentar, a. a. O. (Anm. 14) § 1904 Rn 14 (Schwab).
- 28) Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, a. a. O. (Anm. 10) Rn 207.
- 29) Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, a. a. O. (Anm. 10) Rn 206; vgl. Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Auflage, § 1896-1921, 1999, § 1904 Rn 33 (Bienwald).
- 30) 野間惟道編『医科学大事典 33』266 頁 (講談社, 1983 年)。この治療法は, 向精神薬の使用が一般化するにつれて, 一旦は衰退したが, 近年ドイツでは再び使用されるようになってきたそうである (vgl. Jürgens, a. a. O. (Anm. 12) § 1904 Rn 8)。
- 31) LG Hamburg, FamRZ 1994, 1204; Jürgens, a. a. O. (Anm. 12) § 1904 Rn 8; Damrau/Zimmermann, a. a. O. (Anm. 11) § 1904 Rn 35.
- 32) Dodegge, Die Elektrokrampftherapie, FamRZ 1996, 74; Dodegge, Die Entwicklung des Betreuungsrechts bis Anfang Juni 1999, NJW 1999, 2714.
- 33) LG Hamburg, NJWE-FER 1998, 203.
- 34) Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, a. a. O. (Anm. 10) Rn 207.

- 35) Schreiber, Die medikamentöse Versorgung als Heilbehandlung gemäß § 1904 BGB n. F. im zukünftigen Betreuungsgesetz, FamRZ 1991, 1016 ; Damrau/Zimmermann, a. a. O. (Anm. 11) § 1904 Rn 39, 40 ; Staudinger Kommentar, a. a. O. (Anm. 29) § 1904 Rn 39 (Bienwald) ; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 58., neubearbeitete Auflage, 1999, § 1904 Rn 9 (Diederichsen).
- 36) Münchener Kommentar, a. a. O. (Anm. 14) § 1904 Rn 16 (Schwab).
- 37) 但し, 「法定の中絶理由」について, ドイツ刑法は複雑な変遷を重ねることとなった。ドイツ統一時に, 中絶に関して厳格であった旧西ドイツ刑法の堕胎罪の条文が, 比較的要件の緩やかであった旧東ドイツ刑法を考慮した規定に改められたものの, 連邦憲法裁判所は, その規定がドイツ基本法に違反するとして違憲判決を下した (Urteil von 28. 5. 1993, BverfGE 88, 203)。この違憲判決を受けて, 再度改正された現在の条文 (現行の刑法 218 条 a) によると, 妊婦の生命に対する危険, あるいは身体的または心的な健康状態の重大な侵害の危険を防止するために適切であり, かつその危険が, 妊婦に求めることのできる他の方法では防止できない場合 (2 項), および妊婦に対して刑法 176 条ないし 179 条 (強姦, 14 歳未満の者および抵抗できない者に対する性的強要) の違法行為が行われ, 妊娠がその行為に基づいていると推定する重大な理由がある場合で, 受胎から 12 週を越えていない場合 (3 項) となる。なお, 従来規定されていた優生学上の中絶理由 (胎児の遺伝因子または懐胎中の影響による重度の障害を理由とするもの) は, 現行法では規定されておらず, 認められない。
- 38) Kern, Die Bedeutung des Betreuungsgesetzes für das Arztrecht, MedR 1991, 70 ; Reis, Sterilisation bei mangelnder Einwilligungsfähigkeit, ZRP 1988, 318 ; Walter, Die Vorsorgevollmacht, S. 236.
- 39) Walter, a. a. O. (Anm. 38) S. 238 ff.
- 40) Staudinger Kommentar, a. a. O. (Anm. 29) § 1904 Rn 40 (Bienwald).
- 41) Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz - TPG) Vom 5. November 1997 (BGBl I 2631).
- 42) Walter, Organentnahme nach dem Transplantationsgesetz: Befugnisse der Angehörigen, FamRZ 1998, 203 ; Damrau/Zimmermann, a. a. O. (Anm. 11) § 1904 Rn 43.
- 43) BT-Drucks 11/4528 S 142.
- 44) Damrau/Zimmermann, a. a. O. (Anm. 11) § 1904 Rn 43. もっとも, 世話人が同意する場合には, 具体的な事例における十分な職務範囲が必要であるとする。
- 45) Walter, a. a. O. (Anm. 42) FamRZ 1998, 203.
- 46) Damrau/Zimmermann, a. a. O. (Anm. 11) § 1904 Rn 44.
- 47) Walter, a. a. O. (Anm. 38) S. 238.
- 48) BGHSt 40, 257.
- 49) NJW 1998, 2427.
- 50) Coepicus, Behandlungsabbruch, mutmaßlicher Wille und Betreuungsrecht, NJW 1998, 3383 f.

- 51) Knieper, Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Abbruchs lebenserhaltender Maßnahmen, NJW 1998, 2720.
- 52) Knieper, a. a. O. (Anm. 51) NJW 1998, 2720 f.
- 53) Verrel, Richter über Leben und Tod ?, JR 1999, 8.
- 54) Fröschle, Maximen des Betreuerhandelns und die Beendigung lebenserhaltender Eingriffe, JZ 2000, 76, 80.
- 55) Coepicus, a. a. O. (Anm. 50) NJW 1998, 3386 ; Verrel, a. a. O. (Anm. 53) JR 1999, 8.
- 56) Knieper, a. a. O. (Anm. 51) NJW 1998, 2721.
- 57) Seitz, Das OLG Frankfurt a. M. und die Sterbehilfe, ZRP 1998, 420 f.
- 58) Alberts, Sterbehilfe, Vormundschaftsgericht und Verfassung, NJW 1999, 836.
- 59) Nickel, Genehmigung eines Behandlungsabbruchs durch das Vormundschaftsgericht, MedR 1998, 522.
- 60) Dodegge, a. a. O. (Anm. 32) NJW 1999, 2714.
- 61) Seitz, a. a. O. (Anm. 57) ZRP 1998, 420. 同論文は、ドイツ基本法 (GG) 1 条 2 項 1 文および、1 条 1 項により、そのような職務範囲のために世話人を選任することはできないとする。
- 62) Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, a. a. O. (Anm. 10) Rn 207 ; Seitz, a. a. O. (Anm. 57) ZRP 1998, 420.
- 63) Seitz, a. a. O. (Anm. 57) ZRP 1998, 420 ; Alberts, a. a. O. (Anm. 58) NJW 1999, 835 f.
- 64) Alberts, a. a. O. (Anm. 58) NJW 1999, 835.
- 65) Staudinger Kommentar, a. a. O. (Anm. 29) § 1904 Rn 45 (Bienwald).
- 66) Alberts, a. a. O. (Anm. 58) NJW 1999, 836.
- 67) Seitz, a. a. O. (Anm. 57) ZRP 1998, 420 f ; Alberts, a. a. O. (Anm. 58) NJW 1999, 836.
- 68) Beschl. v. 18. 2. 1999, NJW 1999, 1788, FamRZ 1999, 742.
- 69) Knieper, a. a. O. (Anm. 51) NJW 1998, 2721.
- 70) Nickel, a. a. O. (Anm. 59) MedR 1998, 522.
- 71) EPA の実務および問題点に関しては、拙稿「イギリスの成年後見制度—その現状と展望—」関西大学法学研究所研究叢書第 23 冊『成年後見から権利擁護へ』71 頁以下 (2001 年) 参照。
- 72) In re T [1992] 4 All ER 649, 662, 664.
- 73) G. R. Ashton, Elderly Client Handbook (3rd edition, 2004), 235.
- 74) *Id.* at 237. 但し、この点に付き、後述のように法整備が予定されている (3, (4)参照)。
- 75) *Ibid.*
- 76) *Id.* at 238.
- 77) *Supra* note 72, at 653.
- 78) Airedale NHS Trust v Bland [1993] 2 WLR 316, HL ; Re C (Adult : refusal of medical

- treatment) [1994] 1 All ER 819.
- 79) G. R. Ashton, *supra* note 73, at 241-242.
- 80) *Id.* at 241. なお、この点につき、後述の Mental Capacity Bill を参照。
- 81) Airedale National Health Service Trust v Bland [1993] A. C. 789, Fam D., C. A. and H. L. ブランド事件については、三木妙子「イギリスの植物状態患者トニー・ブランド事件」ジュリスト 1061 号 50 頁以下 (1995 年) 参照。
- 82) St. George's NHS Trust v S [1998] 3 All ER 673, 703.
- 83) G. R. Ashton, *supra* note 73, at 236.
- 84) *ibid.*
- 85) Re B [2002] 2 All ER 449, 450, 473.
- 86) G. R. Ashton, *supra* note 73, at 236.
- 87) Law Commission, Mental Incapacity (Law Com No 231), February 1995, HMSO.
- 88) *Id.* at Appendix A (Draft Mental Incapacity Bill).
- 89) The Lord Chancellor's Department, Who Decides? (Consultation Paper), December 1997.
- 90) The Law Society Mental Health & Disability Sub-Committee, Who Decides? - Response to the consultation paper issued by the Lord Chancellor's Department, March 1998.
- 91) Lord Chancellor's Department, Making Decisions, October 1999.
- 92) 憲法事項省 (Department of Constitutional Affairs) は、イギリスにおける司法制度改革の一環として 2003 年に大法官府が廃止されたことに伴い設置された省庁である。
- 93) 以下に紹介する法案の内容は、特に断らない限り、“Mental Capacity Bill” [Bill 120] およびその Explanatory Notes による。なお、本稿は提出された法案について述べるものであり、法案が修正される可能性があることを付記しておく。
- 94) The Convention on the International Protection of Adults signed at the Hague on 13th January 2000.
- 95) Lord Chancellor's Department, *supra* note 91, at introduction 14.
- 96) The Law Society Mental Health & Disability Sub-Committee, *supra* note 90, at paragraph 2.5, paragraph 2.7.
- 97) *Id.* at paragraph 2.6.
- 98) The Lord Chancellor's Department, *supra* note 89, at paragraph 7.26.
- 99) *Id.* at paragraph 7.26.
- 100) Lord Chancellor's Department, *supra* note 91, at paragraph 3.22.
- 101) The Law Society Mental Health & Disability Sub-Committee, *supra* note 90, at 26.
- 102) The Government Response to The Scrutiny Committee's Report on the draft Mental incapacity Bill, February 2004, Recommendation 39 and R 39, Recommendation 41 and R 41.
- 103) 医療措置における代諾の問題について述べた文献は、非常に多数存在する。差し当たり、廣瀬・平掲註2)「諸問題㊦」早稲田大学大学院法研論集第61号177頁、および同「医

- 療上の代諾と保護義務者制度に関する法的考察」精神神経学雑誌 95 巻 8 号 631 頁（1993 年）の文末に掲げる文献目録を参照。
- 104) 廣瀬・前掲註 2)「諸問題①」早稲田大学大学院法研論集第 60 号 248 頁。
- 105) 吉田勤「成年後見制度はどのような場面で必要とされているか」自由と正義 47 巻 7 号 50 頁以下（1996 年）。
- 106) 田山輝明「法定後見制度（『成年後見問題研究会報告書』（法務省民事局）について 2）」判例タイムズ 961 号 15 頁（1998 年）。
- 107) 小賀野・前掲註 3)判例タイムズ 961 号 24 頁以下。
- 108) 道垣内弘人「成年後見制度私案②」ジュリスト 1075 号 93 頁以下（1995 年），同「成年後見制度立法において考えるべき事柄」自由と正義 47 巻 8 号 85 頁以下（1996 年）。
- 109) 新井 誠・西山 詮／編『成年後見と意思能力—法学と医学のインターフェース—』128 頁（上山 泰）（日本評論社，2002 年）は，医療契約締結の前提として，医療機関側の債務内容を確定するために一定程度の医的侵襲が不可欠であり，そのために成年後見人等にそれらに対する同意権限が与えられるべきであるとする。
- 110) 石川・前掲註 2)61 頁。
- 111) 赤沼康弘「成年後見と医療行為の同意」実践 成年後見 No. 12 75 頁（2005 年）。
- 112) 石川・前掲註 2)61 頁。
- 113) 新井・西山・前掲註 109)239 頁（林 美紀）。
- 114) 野田愛子他「成年後見制度の改正に関する要綱試案をめぐる座談会」戸籍時報 494 号 28 頁以下（1998 年）（森田発言）。
- 115) 額田洋一「成年後見法制定要綱「試案」」ジュリスト 1055 号 101 頁（1994 年）。
- 116) 小賀野・前掲註 1)「制度論(1)～(4・完)」ジュリスト 1090 号 112 頁，1092 号 60 頁，1093 号 106 頁，1094 号 113 頁。
- 117) 額田・前掲註 115)ジュリスト 1055 号 104 頁以下。
- 118) 額田・前掲註 115)ジュリスト 1055 号 105 頁。
- 119) 小賀野・前掲註 1)「制度論(3)」ジュリスト 1093 号 111 頁以下。小賀野試案では，家庭裁判所の許可を得なかつた緊急の場合において，事後的に家庭裁判所に報告することを求めている。
- 120) 小賀野・前掲註 1)「制度論(3)」ジュリスト 1093 号 112 頁。
- 121) 小賀野・前掲註 1)「制度論(3)」ジュリスト 1093 号 111 頁以下。
- 122) 小賀野・前掲註 1)「制度論(3)」ジュリスト 1093 号 112 頁以下。
- 123) 能手歌織「成年後見制度における「身上監護」の検討」立命館法政論集 1 号 309 頁（2003 年）。
- 124) 赤沼・前掲註 111)実践 成年後見 No. 12 83 頁は，同意権者の順位として，①任意の代行権者，②成年後見人等，③家族（配偶者，成年の子，親，兄弟姉妹）を提案している。
- 125) 小賀野・前掲註 1)「制度論(3)」ジュリスト 1093 号 112 頁以下。赤沼・前掲註 111) 実

踐成年後見 No. 12 83 頁も, 医師等の専門家による審査委員会による同意を提言している。  
126) 小賀野・前掲註1)「制度論(3)」ジュリスト 1093 号 112 頁。

(2005 年 4 月 30 日 脱稿)

\*本稿校正中に **Mental Capacity Act 2005** (2005 c.9) 成立の報に接した。