

講演

医師の治療（または放置）に関する患者の 意思（臨終に際しての尊重も），患者配慮 処分，患者代弁人制度

ヴェルナー・ビーンバルト
田山輝明 訳

- I 出発点：第63回ドイツ法曹大会の議論
- II 同意なくして医師の治療なし
- III 患者配慮処分証書により成人の患者が以前にすでに行った決断
- IV 患者配慮処分（証書）について
- V 患者の推測的同意と様々な決断者間におけるその地位
- VI 独自の立場
- VII 補論：患者代弁人

I 出発点：第63回ドイツ法曹大会の議論

2年前に（2000年，ライプツィヒ），第63回ドイツ法曹大会の私法部会は，鑑定意見，報告および討論において，次のようなテーマを取り扱った。

「臨終に際しての患者自治の確保のために民法的規制は望ましいか？」

伝統に従って，最後に，課題は投票に付された。立法は審議の結果に左右されうる。ライプツィヒでの投票には，多い場合には52人が参加したが，大抵はもっと少なかった。立法者が投票の結果を取り入れるか，どの範囲において

か、ということは、従って予測することは難しい。

投票の多数意見は、多くの点において立法化に賛成であった。

私は、今、皆さんに個々の投票結果についてお話するのではなく、重要な問題点と、様々な立場を皆さんに紹介し、そして私の見解をお話したい。

II 同意なくして医師の治療なし

医者に行く人は誰でも、援助して欲しいのである。従って患者は、医者が病気について問診し、診察をすることを予測して準備する。

医師の側からいえば、治療が患者の了解を得ないで行われることは許されない。これは侵襲の場合、手術の場合には、より明確である。

患者の有効な同意の前提要件は、彼の同意能力であり、そして事前の医師による十分な説明である。

医師の援助が必要な場合において、その患者がもはや同意能力を有しない場合には、その患者に代わって他の者が決断しなければならない。

この者は患者の意思によるか（事前配慮代理権）または後見裁判所によって（世話人の任命）、そのための権限を与えられていなければならない。例外的場合には、裁判所自身が決定することができる（民法1846条、1908条 i 第1文）。

患者が既に後見裁判所によって世話人を取得し、かつ身上監護権（医師の治療に同意する権限によってしばしば補充される）がその権限に属している場合には、この世話人は、医師の治療と医師の侵襲について決断しなければならない。

患者がすでに以前に、ある信頼できる者に、いつか彼に代わって、医師の治療または措置について決断することになる場合の権限を与えていたときは、医師は必要な同意につき、この受任者に相談することができる。

裁判所によって任命された世話人も、私法的に任命された受任者も、双方とも、被世話人または委任者がその措置によって死亡したまたは重大なもしくは長期的な健康損害を受けうる危険が存する場合には、「依頼人」についての、健康状態の診察、治療または医的侵襲につき、後見裁判所の許可を必要とする。許可なしに措置がとれるのは、遅滞が危険に繋がる場合だけである。この場合でも、後に許可はとられなければならない（民法1904条）。

患者が治療のために医師のもとにおり、かつその医師が、その患者は自己の責任において治療または治療の継続について決断することができないとの印象

をもった場合には、医師は後見裁判所に相談して、世話人の任命およびこの者に健康上の事項（身上配慮事項）につき権限を与えるために、（裁判所の）職権の発動を促す。

同意能力とは、患者の、いわゆる自然の洞察力、判断能力および制御能力のことである（II. 1）。

例えば、開始されている治療の継続、患者の明確な同意なしに緊急に開始された（そして開始されることは許されていた）継続治療が問題である場合には、同意能力の概念は狭すぎる。患者が治療の継続を望まない場合には、彼はそれにつき必要な同意を与えない。治療が継続されるか否かは、彼が決定する。「決断（無）能力」という中立的な定式化は、それが患者の決断〔の内容〕を評価しないが故に、より正しいであろう。患者の態度を「同意の拒否」と表現するのであれば、これは分別のない態度であるとの非難を含むことがある。

Ⅲ 患者配慮処分証書により成人の患者が以前に すでに行った決断

誰もが、考慮される医師の治療の前に、それについて決断することができるということは、恐らく今日ではもはや疑問とされることはない。

法曹会議は、「患者配慮処分証書は同意無能力の状態のための自己決定の最も重要な手段」であることを、一票の反対意見のみで採択した（48：1：0）。圧倒的多数をもって（42：5：3）、法曹会議は、患者配慮処分証書を法律によって規制すべきであることに賛意を表明した。現時点では、法律上の規定は存在しない。従って、口頭的意思表示も可能であり、法的にも有効であるといえる。しかし、それは「法律家の理論」である。というのは、口頭で伝達された表示が医師に知らされた場合に、如何にして医師は患者意思の表明の信憑性を吟味すべきであろうか？

従って、法曹会議は「患者配慮処分証書は書面方式を必要とする」との決議を行った（47：0：3）。

その他の有効要件については、さらに難しい。患者配慮処分証書の作成時点において行為能力または「同意能力」が要求されるべきであろうか？

同意能力が医師の治療、診察、侵襲に関係する場合には、行為能力は治療契約の締結と履行につき適用される。医師と患者関係の両要素は、抽象的には相互に分離している。実際上は、例えば、自己決定能力を有する患者は治療につ

いて決定することができるが、治療契約の締結と履行については、治療の必要性が生じた場合において、それぞれ世話人が任命されなければならないかもしれない。

将来の患者は、現時点では行為能力はあるが同意能力はない、または同意能力はあるが行為能力はない、というようなことは、簡単には想定できない。

抽象的には、法曹会議において次のような決定が多数によってなされた(46:0:3)。「同意能力は患者配慮処分証書を作成する際の有効要件である。」

医師の啓発も必要であるが、それは単に医師のみによってなされるべきものではなく、相談センターによってもなされうであろう。

このような患者配慮処分証書はその適用時点までは撤回されうる、ということとは当然である。これは医者にとって、患者配慮処分証書の取扱における一つの不安定点である。というのは、患者は患者配慮処分証書を撤回してしまうことができるが、それを誰も知らないからである。

従って、連邦医師会議所は、これについて「患者配慮処分証書の取扱に関する医師のための指針」において、次のように述べた。

「患者配慮処分証書において表明された患者の意思は原則として適用される。但し、患者の意思の変更を推定する具体的根拠が存在する場合はこの限りではない。患者配慮処分証書は常に無方式で撤回されうるから、治療担当の医師によって、意思変更の根拠の存否について吟味がなされなければならない。比較的古い処分証書についての疑問を除去するためには、これは定期的に確認または補充されることが望ましい。」

正当にも、J. タウピッツ (マンハイム大学) が法曹会議のために作成した鑑定意見において、(次のように) 様々な理由を述べている。なかでも、患者の後日の同意無能力は当該処分証書の有効性に影響を与えない。この (もはや同意能力のない) 患者は、処分をもはや定期的に確認することはできないであろう。しかし、だから、処分は、定期的に確認されていないからという理由でもはや有効ではないというのであろうか？

さらに、定期的とは何であろうか。医師は、すべての確認されていない処分証書を、それが定期的に確認されていない (そしてされえなかった) という理由で、疑わなければならないのであろうか？

患者配慮処分証書の効力がさらに疑問となる。この点については、法曹会議は多数を以て次のように確認している。

有効な患者配慮処分証書は、その射程に従って、〔次の者を〕拘束する。

- a) 治療担当の医師（46：2：3）
- b) 本人の身上監護受任者も（38：9：4）
- c) 本人の世話人も（42：2：6）

これは、私見によれば、明瞭なことである。

治療担当医師だけが拘束されるということは正しい。それは、その患者を従来から治療していた医師と、その患者を治療しようとする医師である。従来から担当していた医師も、患者が同意しない場合には、継続的治療は許されない。〔すなわち〕患者がその患者配慮処分証書によって同意を排除している場合である。治療の意思を有する医師も、患者がその意思を有しない場合にはそれを理由として治療をすることは許されないのである。

この医師も他の場合には、患者の決断に従う義務を負っているわけではない。例えば、人工呼吸器を止めないことや人工栄養補給を行うことである。というのは、緊急事態の場合を除いて、医師にとって患者との間でその希望に基づく治療契約を締結すべき強制は存在しないからである。しかし、その場合には、医師はその治療を中止し、これを患者またはその代理人に通知しなければならない。

したがって、各場合に依じて、医師が患者配慮処分証書に「拘束」されているか、いかなる関係においてか、という点について吟味がなされなければならない。法曹会議の決定に際しては、この観点については、十分な区別はなされなかった。

患者によって以前に私法的に任命された身上監護受任者は、当該合意に内部的には拘束されている。裁判所によって任命された世話人も、同様に、被世話人の希望に、以前に一度表明されたものであっても、従うべきである。裁判所によって任命された世話人も、これが被世話人の福祉に反しない限度において従わなければならない。ただし、これが、世話人にとって過酷を意味する限りにおいては従わなくてもよい（民法1901条3項）。

私法的に任命された配慮受任者と裁判所によって任命された世話人との間の相違の故に、世話人のために、身上監護受任者と同様な決定基準を法律によって導入すべきであるとの、法曹会議の提言（39：5：5）を、私は、実現不可能であると考えている。

契約によって委任することはすべての者にとって自由であるが、他方では、

世話法は、裁判所がその都度適任と考える場合には、世話の一般的引受義務を含んでいるのである。この国家的に課される義務の場合には、裁判所によって任命された世話人の良心に任せることは絶対に必要なものと、私は考える。これは、既に、受任代理人は、通常は自分が関係すること（契約）を知っているからである。他方、世話人は患者配慮処分証書が知られていない時点で、世話の引受を決心するのである。

IV 患者配慮処分（証書）について

最近、専門誌（ZFE8/2002,254）において（ZFE8/2002,254）アルバーツとシュトレンツ（裁判官と弁護士）によって、次のような患者配慮処分証書が公表された。

「私は宣言する。

生命は私にとって極めて価値の高いものである。しかし、もし私自身の命がもはや生きるに値しない状態に陥った場合には、私の医師は、私に尊厳死の権利を認め、その死を自然な過程に任せるべきである。

従って、私は、私の洞察力および制御能力を最終的に失い、もはや私自身に関する医療上の配慮と治療に関する希望を表明することができないという場合のために、次の場合には、生命維持または延命器具を用いないという処分を行う。

—不可逆的意識喪失に陥った場合、または

—私の身体に生命にとって重要な機能が継続的に失われ、かつ自律的生命〔の営み〕が医療器具なしにはもはや不可能であり、（例えば、重度の脳の損傷または昏睡状態）または

—私に大きな苦痛をもたらすと思われる、希望のもてない診断を伴った基本的病苦が、意識のある、環境と関係を保った、人格の発展を伴った生命〔の営み〕がもはや不可能であるような状態に陥った場合

生命の維持または延命措置に含まれるのは、特に、人工栄養、流動食補給（例えば、胃を用いて、またはPEG-Sonde）、集中治療、蘇生法、診断法、酸素補給、人工呼吸、投薬、輸血、人工透析等である。

私が私の医師に、私に合った死を認めるようお願いする場合には、それは、私が医師の立会いを拒否することを意味するものではない。しかし、これが意識喪失や短命に繋がるような場合であっても、治療と介護は、苦痛、不安

および恐怖の緩和に向けられるものとする。私は、私の信頼できる環境の中においてできる限り、尊厳と平和の内に死を迎えたい。

（場所、日付、署名）

これに関する前注において、公正証書または少なくとも書面が推奨されている。

患者配慮処分証書のこの文言の知らせを、私は、ひな型としては理解していない。ここ数年間に公表された患者配慮処分証書の数は、殆ど数えきれない程である。つまり、「患者配慮処分証書の相談」(Jacobi/May/Kielstein/Bienwald, LIT-Verlag Muenster usw., 3. Auf. 2002)における序文において見られる。そこでは、この間に集められた、150以上の患者配慮処分のリストが紹介されている。

事前配慮規制に関する、特に患者配慮処分証書に関する文献も、殆ど数えきれない程に達している。

V 患者の推測的同意と様々な決断者間におけるその地位

患者自治と患者事前配慮というテーマのもとで、特別な意義を認めるに相応しいのは、推定的同意概念である。

法曹会議は、身上監護受任者のための決断基準に際して、その点に踏み込んでいる。すなわち、

「委任者が同意能力を有する状態で特別な基準を示さなかった場合には、身上監護受任者にとっては、委任者の推定的意思が基準となる。」

1998年9月11日の、医師の臨終立会いに関する、連邦医師会議所の原則においては、次のように述べている。

「患者によっても、法定代理人によっても、配慮受任者によっても、表示がなされず、またはこれが適時に取り寄せられない場合には、医師は、具体的な事情において、患者の推定的意思に従って治療をしなければならない。医師は（患者の、作成者の）推定的意思をすべての事情から調査しなければならない。ここでは、患者の従前の意思表示が特別な意味を有する。」

この連邦医師会議所の諸原則においては、患者の従前の意思表示——これは定義としては、患者配慮処分以外のなにものでもない——には、単に状況証拠の効果が認められているにすぎない。いずれにしても、患者が現在の事態にお

いて正確に決定した意思表示をなさない場合においては、少なくともそうである。

様々の決定担当者の順位と推定的同意については、意見が錯綜している。

同僚のリップ氏（タウピッツもその鑑定意見において）と違って、私は、患者の想定的決断、推定的決断の場合には、本人の独自の意思表示として位置づけられる決断が重要であるという見解に立っている。本人の独自の意思表示に対しては、代理人の決断、つまり配慮受任者または裁判所によって任命された世話人の決断は劣後する。

VI 独自の立場

私は、（次に）重要点を挙げておきたい。

- (1) 臨終の際につき患者配慮処分を限定しておくことは、事前配慮規制の意義を小さなものとする。患者自治の確保は、臨終を超えた課題である。
- (2) 事前配慮規制がなされる限り、患者意思が基準となる。それは、想定（推定）意思についてと同様に、事態を明確に把握する決断についても適用される。

これに対して代理人による決断は、代理人が委任者または被世話人の意思に拘束されている場合においても、常に他人による決断である。

- (3) 患者の意思に屈すべき、医師の義務は存在しない。非常時には、医師は、単独で医師の観点に従って、直接的に生命にとって必要と思われる措置について決断する。それによれば、医師にとっては、患者と治療契約を締結し、患者の意思を取り入れることは自由である。医師にその意思がないときは、彼は治療を終了しなければならない。
- (4) 任務権限の範囲内において、治療契約ないし医師／患者間の法律関係の遵守に注意を払うことは、代理人（配慮受任者または世話人）の任務である。非常時に、医師が患者の意思を尊重できない場合には、この関係は終了するものとする。
- (5) 本来の医師／患者関係は、最も広範囲にそのまま維持されるべきである。医師は、場合によっては以前にその治療に関する希望を文書にしているが実際には（恐らく）決断能力を有しない患者を受け入れる、というリスクを負担してしまっている。この医師は一方では無保護でその状況に曝されている。彼は、しかしながら、責任をとる代理人の腕の中に逃げ

込むことは許されない。

- (6) そのような状態の医師の相談を受け、異議または刑事訴追の審理の際に、彼の負担を軽減することのできる委員会（病院または地域における）が設置されるべきであろう。

VII 補論：患者代弁人

1991年1月1日に、オーストリアにおいて、新しい強制入所（院）法が施行された。この法律によって、患者代弁人制度が導入された。その任務範囲は次のように書かれている。

「患者代弁人は、入所中の患者を、裁判所の強制入所手続において代理し、さらに患者の権利を、特に病院施設に対する関係において保護する。患者代弁人は、強制入所手続において当事者的地位、防御手段、自由制限や治療に対する裁判所の許可統制への申請権を有し、独自の行政部への異議申立、州政府への監査請求ならびに検察庁への異議申立を行う。」（Gäensbacher/Wagnerオーストリアの精神病院における患者代弁人制度、R&P 1996, 112, 113）。患者代弁人の概念は、しかしながらかなり古いものである。患者代弁人の制度は、代弁人および患者代弁人の名前を用いた法人に関する1990年3月1日の連邦法律官報（協会代弁人と患者代弁人法——VSPAG）—BGBl 1990/156—に遡る。

ドイツの各州の大抵の強制収容法では、監督組織として、訪問委員会が規定されている。1994年2月2日の精神病者の援助と収容に関するチューリングェンの法律（ThürerPsychKG）第25条においては、次の任務を掲げている。

1. 精神病者の入居状態、賄い、衣服ならびに施設内における一般的状態を検査すること
2. 入所中の精神病者の口頭または書面での申出、希望および異議申立を受け付けて、これに可能な限り、現場で対応すること
3. 入所中の精神病患者の、その他の書面による申出、希望および異議申立を検討し、評価すること
4. 精神病者の身上監護のための措置の実施について報告し、並びに必要な場合には、措置を申し出ること

訪問委員会は、社会保健担当大臣のもとに設置される。その構成員は、社会保健担当大臣によって数年間の任期をもって任命される。それに属するのは、数人の医師、裁判官、任意の社会福祉事業の代表者および精神病者の親族の代

表者である。

ノルトライン・ヴェストファーレンでは、収容された人には、病院法に基づいて設置された異議申し立てセンターの利用が可能となっている（ノルトライン・ヴェストファーレン州精神病患者収容法第24条）。

2, 3の新しい精神病患者収容法は、患者代弁人を規定している（ベルリン法40条, ザクセン法4条, シュレスヴィヒ・ホルシュタイン法26条, チューリングゲン法26条）。シュレスヴィヒ・ホルシュタイン法では、訪問委員会と患者代弁人は「利益代表」という概念のもとで総括されている。

患者の利益代弁人は、補充的な援助ないし保護給付者と考えられている。彼は、定期的な訪問によって、人間の尊厳に合致した収容ないし治療が維持されることを狙いとしている。彼は常にすべての閉鎖施設と世話領域への立ち入り権を有している。彼は、患者の希望と異議を吟味する。彼は申出や異議があれば、施設の職員の相談にのる。収容や治療に際しての重大な欠陥を確認した場合には、彼は遅滞なく施設の医師の指導者、施設の責任者、精神病社会奉仕団ならびに社会保健省に報告する（チューリングゲン精神病患者法26条）。

個々の患者には、患者代弁人の名前、住所、相談時間および任務範囲が適切な方法（例えば、広報誌）で知らされるものとする。患者は、患者代弁人をその相談時間において訪問する権利を有する（チューリングゲン精神病患者法26条1項）。

患者代弁人の地位と任務についての内規により、彼は代理人ではなく、個々の患者の個人的な患者代弁人であることが明らかである。オーストリアにおいて患者代弁人が引き受けている収容手続中における代理は、ドイツでは手続世話人の任務である。

後見裁判所は、本人に手続のための援助者を、これが本人の利益を保護するために必要であると認める場合には、任命する。これは特に、本人の聴聞が略される場合になされる（非訟事件手続法70条b1項）。本人は、弁護士やその他の適切な手続受任者に代理させることは自由である。その場合には、裁判所はもちろん手続世話人の任命をせず、または解任する（非訟事件手続法70条3項）。これに対して、オーストリア法は異なっている。患者は一人の代理人を選択的に患者代弁人に選任することができる。患者代弁人による支援は、彼にとってはこれらの場合には、補充的に提供される（Gäensbacher/Wagner前掲書同頁）。

これまで述べた監督・支援組織は、収容と、手続と執行に関係している。

ある報道メモによれば、連邦通常裁判所の前の所長であるガイス博士を議長とする専門家グループが2003年の初頭までに、すべての参加者を拘束し、承認された権利を保障する患者憲章を提案するとのことである。

ここで言及した医師/患者関係の領域が考慮されることが期待されている。

〔訳者後記〕 本論文は、ヴェルナー・ビーンバルト教授が長寿科学振興財団の招請事業によって来日された際になされた講演の内容である。翻訳上の責任はすべて田山輝明にあるが、講演の際に通訳の労をとって下さった前堀信子氏からは多くの助言を頂いた。記して感謝申し上げる。なお、原稿の最終仕上げに等に際しては、法学部助手黒田美亜紀さんにお手伝いいただいた。