

講 演

医師法における承諾能力というカテゴリー
——ドイツ法のパースペクティブからみた
基本的な疑問——

グンナー・ドゥットゲ*
甲斐克則・福山好典・天田悠（訳）

I

いわゆる「インフォームド・コンセント」は、個人主義的な人間像⁽¹⁾によって形づくられる「西欧」文化の理解によれば、医師—患者関係における規範的な基本要素に属する。すなわち、「自律 (Autonomie)」は、したがって文字通りに理解するなら人間の「自己支配 (Selbstherrschaft)」⁽²⁾は、自己の生をはじめ「尊貴な」現存在たらしめる、人間の本質的部分であるとみなされているので⁽³⁾、そこから同時に、自律的な決定を原則として尊重する、全体としての社会を含む他のすべての者の義務が（場合によっては法的義務も）生じるのである。すなわち、相手が自己自身に関わる事柄について抱いているその希望を尊重する者であってはいじめ、相手を同時に「人格 (Person)」⁽⁴⁾として尊重しているのである。その相手の希望を妨害したり、専断的にその相手の

* ゲッティンゲン・ゲオルク・アウグスト大学医事法センター (Zentrum für Medizinrecht, Georg-August-Universität Göttingen) (lduttge@gwdg.de).

(1) 「法における人間像の転換 (Wandel des Menschenbildes im Recht)」については、ベッケンフェルデ (Böckenförde) の 2001 年の同名の著書を見よ。

(2) 詳細は、Gerhardt, Selbstbestimmung. Das Prinzip der Individualität, 1999.

(3) Harris, Der Wert des Lebens, 1995, S. 277 を見よ。

(4) 「人格」概念をめぐる継続的な論争についての詳細は、Rehbock, Personsein in Grenzsituationen, 2005, S. 177 ff.

領域をほしいままにしたりすることは、人格の平等性という基本原理に違反し、不当な「パターナリズム (Paternalismus)⁽⁵⁾」の疑いをかけられる。このことが妥当するのは、特に医師による配慮と援助を必要とする患者との緊張領域においてである。この緊張領域では、「解放志向的な自律モデル (emanzipatorisches Autonomiemodell)⁽⁶⁾」が、西欧社会において非常に持続的な成果を獲得してきた。その理由は、とりわけ、ますます密室化され隔離されていく——社会学者ルーマン (Luhmann) に倣っていうならば「オートポイエティックな (autopoietisch)」または「自己言及的な (selbstreferentiell)」⁽⁷⁾——医療および病院の大規模経営システム⁽⁸⁾との関連での病者の重大な権能喪失に歯止めをかけるのに、このモデルが適しているように思われることにある。患者の「情報を与えられたうえでの承諾」の必要性は、医師によるあらゆる善意の行動がまずもって通らなければならない針穴である。患者には、専門家全員の一一致した専門的理解に対してさえ、拒否権がある。というのは、患者は、生死に関わる適応症を患っている場合でさえ、医師側から提案された治療を受け容れない、高度に尊重すべき人格的な私的理由を持ちうるからである。すなわち、これについては、その患者は、自己自身に対してのみ責任を負うが、他者に対して当該他者の判断基準に基づいて責任を負うことはないのである⁽⁹⁾。したがって、これによれば、治療経過に対する責任全体は、医師と患者に分配される。すなわち、医師は、いうまでもなく、医学的に実行可能なものおよび医師側からみて「是認可能なもの」に関する専門家であるが、患者は、その都度の高度に人格的な価値観の地平に関する専門家であり、それゆえ、自伝の著者にふさわしい者として最終的な決定権を保持する者なのである。

(5) 「パターナリズム」概念および強い形態と弱い形態の一般に行われている区別を概説するものとして、Rehbock, Ethik in der Medizin 2002, 131 ff. がある。

(6) Rehbock (前出注 (4)), S. 315.

(7) 基本的なものとして、Luhmann, Soziale Systeme, 1984および最近のBaecker (Hrsg.), Luhmann: Einführung in die Systemtheorie, 2002がある。

(8) 「医療の構造転換 (Strukturwandel der Medizin)」について基本的なものとして、ヴィーラント (Wieland) の1986年の同名のモノグラフがある。

(9) 明示的にそう説くのは、BGHSt 11, 111, 114である(「他者がいかなる事情の下で健康を取り戻すためにその身体的完全性を犠牲にする心構えを合理的に見て当然に持つべきか、という問題において、何人も、裁判官になろうとしてはならない」、と述べる)。

しかし、現代の医事法において支配的な自律の理解は、後見的な他律の影響（強要，強制，欺罔）からの自由だけではなく，自己答責的な自律の行使のためのその都度の個別的な「成熟性（Mündigkeit）」および「能力（Kompetenz）」⁽¹⁰⁾をも要請する。「瑕疵」は，従来の理解によれば，特に判断形成能力の欠如の中に見いだされるが，例えば，情報不足の状況の中にも見いだすことができる。それゆえ，患者は，これから行われる治療的侵襲の「本質，意義および射程⁽¹¹⁾」を理解したのでなければ有効な承諾を与えられないとされ，加えて，医師による包括的な説明，特に当該侵襲に伴うリスクおよび負担についての，さらに場合により代替的治疗方法についての説明が必要であるとされる⁽¹²⁾。かくして，患者の意思表示は，こうした基盤に立ってはじめ，「自律的」決定の性質を獲得する。したがって，これによれば，必要な「行為者性（agency）」——米国の生命倫理学者ビーチャム＝チルドレス（*Beauchamp/Childress*）は「任務を遂行する能力⁽¹³⁾」とも表現する——の確認または帰属には，根本的に重要な「監視機能⁽¹⁴⁾」が認められることになるのである。すなわち，患者の意思表示は，「自律的である」とみなされるか，「自律的でない」とみなされるかのいずれかである。しかし，生の現実が知るのは，これほど厳格な線引きではなく，常に漸次的な段階づけにすぎないので，この概念は，ただちに次のような問題を提起する。すなわち，理解力の地平における上記の不可避免的な個別性の，法実務上の実行可能性の問題——そしてそれと関連して当然ながら，「能力がない」とみなされる人（「人格」？）に対する諸々の帰結の問題——である。ドイツ法は，これらにどう回答するのか。

II

出発点として，ドイツ医師法は，——少なくとも一見すると——「個別的な正

(10) これについての詳細は，*Rehbock*（前出注（4）），S. 317 ff.

(11) BGH NStZ 1981, 351；また，BGHZ 29, 33, 36；176, 180；BGHSt 12, 379, 382 f.；NStZ 2000, 87；さらに薬事法（AMG（＝Arzneimittelgesetz））40条1項第3文3 a号をも見よ。

(12) 医師の説明義務の範囲および類型について詳細は，*Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, 6. Aufl. 2008, Rn 266 ff.

(13) *Beauchamp/Childress*, *Principles of Biomedical Ethics*, 6. Aufl. 2009, S. 112.

(14) *Beauchamp/Childress*（前出注（13）），S. 111 f.

義 (Einzelfallgerechtigkeit)」を志向する個別化的な判断基準に賛成している。すなわち、基準となるのは、「平均的患者」の理解力の次元ではなく、その都度の個々の患者の、その都度の具体的な症状との関連での「通常の」弁識能力および判断形成能力なのである⁽¹⁵⁾。それゆえ、未成年者 (18歳未満) であっても、その成長に伴う「精神的・道徳的な成熟」次第では、すでに承諾能力を有する。したがって、医師法は、行為能力 (民法⁽¹⁶⁾ 104条以下) に関する民法の固定的な年齢制限に縛られない。なぜなら、民法は、主として法律上・商業上の取引の必要によって方向づけられているからである⁽¹⁷⁾。もっとも、それにもかかわらず、年齢に「ある種の徴憑作用⁽¹⁸⁾」が認められるべきであるかぎりでは、「法的安定性」の要請が長きにわたり「標準化 (Standardisierung)」の方向に貫かれてきた。すなわち、14歳に達する前は、通常——取るに足りない事例を除けば——承諾能力の欠如が推定される⁽¹⁹⁾。この点、実務は、若い少女への避妊薬の処方の場合において、この下限年齢に必ずしも依拠していないようである⁽²⁰⁾。これに対し、16歳に達した後は、通常、承諾能

(15) これについての詳細は、Amelung, ZStW 104 (1992), 525, 551 ff. ((主観的に)「合理的な評価」のための能力,「事実および因果経過の認識」のための能力ならびに「分別ある自己決定」のための能力); 包括的なものとして, Odenwald, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht unter besonderer Hervorhebung ärztlichen Handelns, Diss. Heidelberg, 2004がある。

(16) Bürgerliches Gesetzbuch.

(17) この基本的事項については、まったく争いがない。多数の文献に代えて、さりとて BGHSt 4, 88, 90 f.; Deutsch/Spickhoff (前出注 (12)), Rn. 255 f.; Ulsenheimer, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, §137 Rn. 7参照。

(18) シュロート (Schroth) によれば、年齢はそれどころか「中心的な役割」を果たす。ders., in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 21, 34参照。

(19) Geilen, in: Wenzel (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts: Medizinrecht, 2. Aufl. 2009, Rn. 430; Odenwald (前出注 (15)), S. 124 ff.; Spickhoff, NJW 2000, 2297, 2299 f.; 9歳の少年について明確に否定する LG Frankenthal MedR 2005, 243, 244参照。

(20) 避妊薬の処方については、連邦医師会の「手引き」 („Hinweise“ der Bundesärztekammer), Deutsches Ärzteblatt 1984, A-3170 ff.; 「避妊——ドイツにおける家族計画」に関するドイツ産科婦人科学会の指針 (Leitlinie der DGGG (=Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe) zu „Empfängnisverhütung. Familienplanung in Deutschland“), 2008 Ziff. 1. 1.

力の存在が推定される⁽²¹⁾。もっとも、この点で、人工妊娠中絶は、今日に至ってもなお争われているケースである。すなわち、若干の上級裁判所は、これについて、成年（18歳）に達することを要求している⁽²²⁾が、関係する医学会（ドイツ産婦人科学会（Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe））の指針は、明らかにより緩やかであり、16歳の者の承諾を「問題なく有効⁽²³⁾」と評価し、場合によっては、それどころか14歳に達するだけでよいとする。この特殊なケースを離れて、14歳から16歳までのこの中間領域では、一般に、あらゆる法律上の推定は拒否されており、承諾能力は、とりわけ侵襲の複雑性と射程、さらに侵襲の緊急性に基づいて確認されている⁽²⁴⁾。この法状況を前にすると、いくつもの未解決問題のうちの第1の疑問は、次のようになる。すなわち、本来ならば個別的な弁識能力が決定的な正統化の要件であるとする。そして、こうした要件は、周知のとおり、まさに少年の場合には人格の発展に応じて異なって形成されている。このとき、特異な個別事例を多少の差こそあれ大幅に無視する単純化された枠組みとしてはもはや存在しえない「標準化」に正統性を付与するのは、いったい何なのか、と。

その他の種類の「標準化」は、立法者が承諾を明示的に成年に達していることに依存させてきた特別な医事法上のコンテキストにおいて見られる。そのようなものは、例えば、生体臓器移植の場合に存在し（臓器移植法⁽²⁵⁾ 8条1項1 a号）、さらには、承諾無能力状態における後の治療に関わる意思決定を見越した事前の意思表示のためのいわゆる患者の事前指示（Patientenver-

7; ドイツ産婦人科学会の医事法研究チームの意見表明（Stellungnahme der AG MedR in der DGGG）, Frauenarzt 2003, 1109, 1113（16歳以上は通常問題なく、14歳から16歳は明らかでない）を見よ；また、Eser/Koch, in: Huber (Hrsg.), Praxis der Gynäkologie im Kindes- und Jugendalter, 2. Aufl. 1987, S. 18, 24 f. をも見よ。

(21) AG Schlüchtern NJW 1998, 832 f.; Duttge, in: Prütting (Hrsg.), Fachanwaltskommentar Medizinrecht, 2. Aufl. 2011, §228 StGB Rn 6参照。

(22) このようなものとして、OLG Hamm NJW 1998, 3424, 3425がある。

(23) 前出注（20）を見よ。

(24) 例えば、BGH NJW 1970, 511, 512; BayObLG NJW 1999, 372; LG München NJW 1980, 646; Ulsenheimer, in: Laufs/Kern（前出注（17））, §139 Rn. 45参照。

(25) Transplantationsgesetz.

fügung) の記録の場合にも存在する (民法典⁽²⁶⁾ 1901a 条 1 項第 1 文)。健康を危殆化する事前指示, それどころか予見可能性をもって自己の死を惹起する事前指示に関する法律上のこの制限は疑いなく, 命運を左右することもあるこの種の意思決定は熟慮のうえて慎重に行われるべきである, という「配慮⁽²⁷⁾」思想によって支えられている。しかし, こうした思想が絶対的な事前指示禁止を余儀なくさせるとか, そうでなくても, 意思決定の確定性を生み出すための, 自己危殆化状況における周知の手続法上の手段, 特に説明, 熟慮期間⁽²⁸⁾ および時期を問わない自由な撤回可能性⁽²⁹⁾ のような手段では不十分であるという主張は, いまだ証明されていないし, 一見して説得的ですらない主張である⁽³⁰⁾。というのは, この主張は, 未成年者も自己決定能力を有しうる, という想定と完全に矛盾するからである。進行性の (例えば, 腫瘍性) 疾患を患う子どもや少年の場合, 小児科学は, すではるか以前から小さな患者の「早熟な」成長を自覚しており, それゆえ, 成人医療よりもはるかに事前指示の利用に開かれたスタンスをとっている⁽³¹⁾。患者の事前指示という手段は, まさに, 個々の患者に後の承諾無能力の状況との関係でも自己決定権の行使を可能にするために用いられるべきである⁽³²⁾ので, 第 2 の疑問は, 以下のようになる。

(26) 前出注 (16) を見よ。

(27) 「関心 (Sorge)」と「自慮 (Selbstsorge)」と「配慮 (Fürsorge)」の関係を明らかにするものとして, *Rehbock* (前出注 (4)), S. 323がある。

(28) 例えば, 人工妊娠中絶のコンテキストにおいては, 刑法218a 条 1 項 1 号, 妊娠葛藤法 (SchKG (=Schwangerschaftskonfliktgesetz)) 2 a 条 2 項第 2 文。

(29) 例外として, 薬事法40条 2 a 項第 2 文 2 号 (医薬品研究のコンテキストにおける個人関係データの収集および処理に対する承諾の撤回不可能性) がある。

(30) バターナリスティックな (「代わりに跳び込む (einspringend)」) 顧慮とバターナリスティックでない (「先に跳び込む (vorausspringend)」) 顧慮との区別については, さしあたり, *Heidegger*, *Sein und Zeit*, 1922/1979, §26を見よ。

(31) これについて詳細は, *Führer/Duroux/Jox/Borasio*, *Monatsschrift für Kinderheilkunde* 2009, 18, 24; *Jox/Führer/Borasio*, *Monatsschrift für Kinderheilkunde* 2009, 26 ff. を見よ。

(32) 患者の「自己決定」に対する危険について詳細は, *Duttge*, in: *Baranzke/Höyer (Hrsg.)*, *Sterbebegleitung: Vertrauenssache. Herausforderungen einer person-und bedürfnisorientierten Begleitung am Lebensende*, 2011, S.

すなわち、この患者の権利は、今では多くの社会⁽³³⁾において無制限の集中治療医学上の（＝「人工的な」）延命に対する懸命ゆえに非常に重要なものと評価されているが、この患者の権利から未成年者を完全に排除する正統な権限を立法者に与えるのは何なのか。

支配的な自律理解と承諾能力の基準とが結び付けられることにより、その他の場合——成人の場合——には、この患者の権利に関する現行の要件は、できるだけ低く抑えておくことを迫られるので、それだけいっそうこの疑問は大きくなる。というのは、法的に承認された「自己決定」の可能性が（規範的帰属によって）与えられる承諾能力という障壁を乗り越えた後にはじめて開かれることになる場合、厳格な要求はすでに自律原理違反のおそれを含意するからである⁽³⁴⁾。それゆえ、人間の「成熟性」は、その弁識能力、判断能力または制御能力に対する明白な疑いが看過しえない証拠を伴って生じないかぎり、通例18歳に達するとともにあっさり前提とされる⁽³⁵⁾。しかし、成年に達するとともに、曜日を跨ぐと、包括的な視野と専門的能力を備えた人間がそれらを十分に備えていない者から突然生まれることがありえないということは、本来ならば容易に理解しうるはずではなかろうか。ちなみに、患者は「通常」——もっとも、これがまたしても一般化なのであるが⁽³⁶⁾——医学の素人であり、自ら

143 ff.; ders., in: Breitsameter (Hrsg.), *Autonomie und Stellvertretung*, 2011, S. 34 ff.; Duttge/Erler, *Journal für Anästhesie und Intensivbehandlung* 2010, S. 30 ff.

(33) 最近のPalzer, *Die Patientenverfügung*, Diss. Wien, 2010 (http://othes.univie.ac.at/10880/1/2010-08-11_0001621.pdf) によるオーストリアとイングランドの比較法研究；ドイツとフランスの比較法については、リュッケマン(Rückemann)の2008年の同名の著書[*Patientenverfügung in Deutschland und Frankreich: Eine vergleichende Betrachtung*: 訳者]をも見よ；さらに、Barta/Kalchschmidt, *Die „Patientenverfügung“ in Europa*, *Wiener Klinische Wochenschrift* 2004, 442 ff. も見よ。

(34) Rehbock (前出注(4)), S. 319が適切に指摘するところである。

(35) 多くの文献に代えて、さしあたり、Odenwald (前出注(15)), S. 119 (「ほとんど一致した見解によれば、決定の担い手が成年に達していることは、その承諾能力を示唆する」)。

(36) それゆえ正統にも画一化に警鐘を鳴らすものとして、Deutsch/Spickhoff (前出注(12)), Rn 247 (「あらゆる大雑把な枠組みは、個別的には多種多様な患者の前では反倫理的であるように思われる。すなわち、敏感な者は、遠慮の

の病状に関する必要な専門的知識を獲得する前に患者に「能力ある」意思決定を期待することは最初から幻想である、という想定に基づいて医師の説明義務の履行に対する権利が強く主張されていることから、すでに、この洞察に至る⁽³⁷⁾。しかし、専門的情報のほとんど技術的な「1度の伝達」を実施したからといって、しかも、不変の判例によれば、原則的に医師の説明義務は「全体としての⁽³⁸⁾」それに制限されていること、また、臨床実務では主として標準化された雛形⁽³⁹⁾によって説明が行われていることをも併せて考えると、この期待は、はたしてより現実的なものになるのだろうか。ある博士論文執筆中の者が実施したドイツの病院に対する経験的な調査からは、次のような反省を迫る結果が得られたのである。すなわち、全部で30を超える調査対象の説明のための話合いが稀にしか法律上の要件を十分に満たしていなかっただけでなく、関係する患者は、本質的な内容を例外なくまったく理解しておらず、あえてさらに質問しようとすることもなかったのである⁽⁴⁰⁾。ここで強烈な印象を伴って示されるのは、次のことである。すなわち、情報を与えられ、それにより当該事項について広範に能力を有する患者という理念は、疑いなく崇高な理念である。しかしながら、「重要なのは署名だ⁽⁴¹⁾」という標語に基づいて法的要件を単に形式的に履行することは、自律原理に与えられる正統化効果を実現しえないのである。

特に實際上重要なのは、こうした法的要件の形式的履行が今日——人口統計

ない通常の説明を過剰と感ずるであろうし、まったく同様に、控え目な基本的説明は、知りたがる者を満足させないであろう。そして、この控え目な基本的説明は、知りたがる者にさらに質問をする負担を押し付けるものであるところ、彼は、こうした質問をすることすらできないかもしれないのである」⁽⁴²⁾がある。

(37) 医師の説明義務の根拠について詳細は、*Schreiber, Ärztliche Aufklärung—Zweck, Grenzen, Modalitäten*, in: *Innere Medizin & Recht*, 1996, 17 ff.

(38) BGHZ 90, 103, 105 f.; 102, 17, 23; 144, 1, 7; 正統にも批判的なのは、*Deutsch/Spickhoff* (前出注 (12)), Rn 282 (「たいてい追求するどころか、軽んじるような公式」) である。

(39) 批判については、*Deutsch/Spickhoff* (前出注 (12)), Rn 308参照。

(40) *Kreuels, Die ärztliche Aufklärungspflicht. Rechtliche Rahmenbedingungen und praktische Umsetzung, Diplomarbeit an der Fachhochschule Osnabrück*, 2007 [未刊], 特に S. 79 ff.

(41) 適切なものとして、*Rehbock* (前出注 (4)), S. 318がある。

学上の転換⁽⁴²⁾に基づいて——，中年患者や老年患者との関係で生じていることである。すなわち，これらの患者は，ますます頻繁に神経変性性の失調（例えば，認知症⁽⁴³⁾）または重度の鬱病⁽⁴⁴⁾）に苦しみ，自らの広範な依存状況を自覚して自らの利益を表明することをたやすく断念し，それにもかかわらず，医師側から「勧められたこと」に応じて承諾を与えているうちは，——病院における時間的・人的・経済的な余裕がないために——たいていは個別に検討されることなく当然のごとく承諾能力を有するものとして扱われているのである⁽⁴⁵⁾。しかし，このようにして，患者側の承諾という要件は道具化されてしまう。というのは，個別の反省可能性と結び付いた承諾能力は，道路交通における個別の走行特性⁽⁴⁶⁾と同様に，失われえない重要なものではありえなくなるからである。しかし，概念上，承諾能力は，独自の客観化可能な要素として理解されるものであり，それゆえ，定義上，その都度の意思表示の内容が主治医の意に添うか否かとは切り離すことができるのである。意に添う場合には承諾能力を証明なしに医的侵襲の正統化根拠とみなすのに，治療の提案が拒否された場合には患者に成熟性の欠如の疑いをかけることは，自律原理の妥当要求と両立しえず，結局，巧妙な差別なのである。さらに，明らかに中年患者の場合に臨床実務において——しかしこの文脈では治療を制限し合理化する効果を

(42) ドイツの状況については，多くの文献に代えて，例えば，*Statistisches Bundesamt*, Demografischer Wandel in Deutschland, Ausgabe 2011 (<http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Publikationen/Fachveroeffentlichungen/Bevoelkerung/VorausberechnungBevoelkerung/BevoelkerungsHaushaltsentwicklung5871101119004,property=file.pdf>) 参照。

(43) ドイツの現状については，*Robert-Koch-Institut* (Hrsg.), Altersdemenz (Reihe: Gesundheitsberichterstattung des Bundes, Heft 28), 2005を見よ。

(44) いわゆる老人性鬱病 (Altersdepression) の特徴と実際上の重要性について詳細は，*Laux/Müller* (Hrsg.), Altersdepression. Erkennen und behandeln, 1999を見よ。

(45) この見解の矛盾と差別の危険について詳細は，*Duttge*, in: Schickel/Schweda (Hrsg.), Pro-Age oder Anti-Aging? Altern im Fokus der modernen Medizin, 2012, S. 87 ff.; 主治医の倫理的・専門的な能力に特有の課題について詳細は，*Krug*, Ethik in der Medizin 2009, 101 ff. を見よ。

(46) もっとも，この点につき，ドイツでは同様に次のような標語が支配的である。すなわち，何人も，何度も事故を起こすことにより疑いをかけられないうちは，能力があるとみなされる。

伴って——すでに今日ときおり見られる類の差別もある⁽⁴⁷⁾。

III

それでは、「インフォームド・コンセント」という概念には、不運なことに、どのような根本的な欠点があるのだろうか。先ほど述べたことを出発点とするなら、第1の重大な欠点は、紛れもなく次の点にある。それは、すなわち、——ありのままに、大雑把な帰属から離れて——こうした要求を事実上満たすことができず、——科学主義的な学問理念を無批判的に借用することで——個別的な弁識能力の客観的な計測可能性がいわば「外から」主張されるという点である⁽⁴⁸⁾。認知科学ないし精神医学的に条件付けられた「無思慮 (Unvernunft)⁽⁴⁹⁾」と、異なる「世界観」に基づくそれとの境目が厳密にはどこにあり、それらが具体的にはどのようにして可視化されうるかについては、おそらく誰一人として知る由もあるまい。「エホバの証人 (Zeugen Jehovas)」の救命輸血の拒否をめぐる長年の議論もそうであるが⁽⁵⁰⁾、連邦通常裁判所の有名な「抜歯」事件 („Zahnextraktions“-Fall)⁽⁵¹⁾ も、特にこのことを強く訴え

(47) これについて詳細で説得的な *Schleger/Reiter-Theil*, *Ethik in der Medizin* 2007, 103 ff. を見よ。

(48) *Rehbock* (前出注 (4)), S. 319. も、この点に関して、説得力をもって以下のように述べている。すなわち、「客観的な諸基準によって厳格に、ある患者が彼の自律を尊重するのに『値する (verdient)』か否か、あるいは、——場合によってはさらにパターンリスティックな——配慮が必要であるか否かを外から確かめることはできると考える」と。

(49) アメルンク (*Amelung*) は、例の事件において、「瑕疵ある自律 (defekte Autonomie)」について論じている。そこにおいては、「決定を下す者の人格性は、その価値体系がゆがめられ、それゆえに『無思慮な (unvernünftig)』決断が下されることを招く、そういった影響を受ける」という。

(50) これについて例えば、*Bender*, *MedR* 1999, 260 ff.

(51) BGH NJW 1978, 1206 (これに批判的なものとして、例えば、*Horn*, *JuS* 1979, 29 ff.; *Hruschka*, *JR* 1979, 519 ff.; *Rogall*, *NJW* 1978, 2344 f.; *Rüping*, *Jura* 1979, 90, 92; 最近では、*Duttge*, *MedR* 2005, 706, 707による批判がある): 精神身体上推定された連関が被告人の立場から見てもきわめて失当であったにもかかわらず、激しい頭痛を訴えていた患者について、その断固とした要請に応じてすべての歯を抜いたという歯科医の有罪判決。連邦通常裁判所は、「証人の揺るがざる表象世界 (Vorstellungswelt)」が、「医師として」の

ている。たとえ精神医学が信頼に足るだけの細分化された区別基準を定式化することができたとしても、その都度の個別事例における確認に関わる問題は、依然解決できないままであろう。このことは、実際的な組織上の理由だけでなく、規範的な理由に基づいている。というのは、当該患者が彼に求められた「能力試験」を拒否したとしたら、どうすべきだろうか。この拒否が「自律的な」決定の結果であることを最初から否定することはできないので、こうした態度も、患者が「無能力」であることについての十分な証拠と評価することはできない。要するに、自律原理は、自律的に下された決定を尊重することを要求するのである。なるほど、そうした決定に疑いが残るにしても、依然としてありうる「自律の基盤 (Autonomiefundament)」を立証しうるためには「自律に基づく」承諾が必要であらうが、その承諾についてはまず、「自律能力 (Autonomiebefähigung)」が再び確認されなければならないであらう……—それゆえ、全体的な基礎づけのプロセスは、必然的に無限遡及することになる⁽⁵²⁾。

支配的概念がもつ少なからず重大な第2の欠点は、その作用方法の排他性にある。すなわち、それによれば、尊重命令は、「自律的な」患者に対してのみ効果を発揮することができる。これに対して、パターンナリスティックな姿勢が、「自律的でない」患者に対しては正統化されるという。つまり、ある患者が「自律的」に行動しなければ行動しないほど、彼の——むしろ法律上の定義によれば重要でないが——意思を考慮することなく、外部の判断基準によって、彼の「福祉 (Wohl)」に配慮がなされることになる。例えば、こうした「パターンナリスティックな誤謬 (paternalistische Fehlschluss)⁽⁵³⁾」が、精神病患者らに対する、扶助による自由の剥奪と強制的な投薬によって、患者らの権利が大幅に剥奪される重大な危険をもたらすことは、何ら不思議なことではない。ドイツで最も権威のある日刊紙は、2009年10月11日付でドイツの精神病施設における状況について詳細に報じ、閉鎖病棟で違法な処遇を受けた者の割合が、少なくとも10—15%であったと試算している。そこでは、いまだに、

義務から彼を解放することはできないという理由で、——（頭痛について）期待されないとしても、失敗した——「治療」に対する承諾が無効であると判定した。

(52) すでにまた、Rehbock（前出注（4）），S. 319.

(53) この点についてさらに的確なのが、Rehbock（前出注（4）），S. 320である。

「何か悪いことが起こる前に、すぐにでも閉じ込めておいた方がよい」というモットーが支配的である⁽⁵⁴⁾。ここから、次のことが明るみとなる。すなわち、ついにドイツで、まさしく精神治療関係の特殊性に目を向けて、患者の自律の静的観念からの脱却と「患者の自律の動的観念」への転換を強く要請する、そうした医療倫理に関する論文が増えてきたということである。慣れ親しんだイメージからは完全に脱却した、この新たな観点の中核となる文章は、次のとおりである。すなわち、「承諾とはそもそもそれ自体がひとつの発展的な……プロセスであり、それは治療の過程ではじめて効果を発揮するものであり、『除幕式のような (einweihend)』機会、すなわち、承諾する方向での意思決定を行う 1 回限りの機会を通じて、いわば、全か無かの法則 (Alles-oder-Nichts-Gesetz) によって効果を発揮するものではないのである」、と⁽⁵⁵⁾。

確実に言えるのは、以下のことである。すなわち、「無 (Nichts)」とは、「推定的な意思」像でもって、また、代理人の履行によって法秩序を緩和しようとし、承諾無能力の成人の場合は、世話人 (Betreuer) と身上代理人 (Gesundheitsbevollmächtigte) の働きによってこれを行うということである (民法1896条以下)。しかし、世話人と身上代理人は、法律によれば、第1次的には被世話人 (Betreute) の「福祉」に拘束されているのであって、その「意思」に拘束されている訳ではない。被世話人の希望は、法律上明記された基準によれば、「このことが被世話人の福祉と矛盾せず、世話人に期待されうる限りにおいて」のみ、かなえられることが許容されるにすぎない (民法1901条3項第1文)。かくして、代理には、不可避免的に、手続法的な諸規制でさえも取り除くことのできない「他者決定のモメント (Moment der Fremdbestimmung)」が内在するのである⁽⁵⁶⁾。このことは、自己決定に基づく致死結果を伴う治療の限界づけに関する、ドイツにおける法的状況の展開が特にはっきり

(54) 2009年10月11日付 F. A. Z. (=Frankfurter Allgemeine Zeitung) (<http://www.faz.net/artikel/C30919/psychiatrie-da-war-sie-schon-gefesselt-30069765.html>).

(55) Kress, Einwilligung zu psychotherapeutischer Behandlung, in: Tress/Langenbach (Hrsg.), Ethik in der Psychotherapie, 1999, S. 84.

(56) 例えば, BVerfGE 72, 155, 171も、これを明示的に述べている。さらに, Schwab, in: FS für Rainer Frank 2008, S. 496 f.:「法的に行為する者が存在し続けることへの対価としての」他者決定のリスク。

と示している（いわゆる「消極的臨死介助（passive Sterbehilfe）」）⁽⁵⁷⁾。すなわち、連邦通常裁判所は、その有名な「ケンプテン事件判決（Kemptener Entscheidung）」において、ようやく、推定的意思——患者の自律と同義語としての推定的意思であることに注意せよ（！）——等々を確認するための諸基準として、「年齢に制約された平均寿命（altersbedingte Lebenserwartung）」と「医学的な予後（ärztliche Prognose）」にも重要な意義があることを明らかにし、明白でないがゆえに判決を回避した（non-liquet）事件において、「社会一般の価値観」に立ち戻ることも許容したのであった⁽⁵⁸⁾。新民法典1901a条2項があることで、現在このことはもはや何の問題にもならないが、しかしながら、同法典で明記された——現在もっぱら個人にのみ関係する——諸基準には、「特に（insbesondere）」と付記されているため、立法者は、意思を推定する際に、——患者から遠く離れた——古い諸基準がやはり今後は効果を発揮しないのかどうか、という点について意識的に立場決定をせずにいたということになる。たとえこれらの古い基準が今後は効果を発揮しないにしても、最終的には、判断準則（Entscheidungsregel）なしでやってゆくことはできない。しかし、この判断準則が「疑わしきは生命の利益に（in dubio pro vita）」であるとすれば⁽⁵⁹⁾、「人工的な生命維持⁽⁶⁰⁾」に反対する患者の意思は、途半ばで頓挫すること必至である。こうしたジレンマからのまさに抜け道としてつくられた患者の事前指示については、まやかしかけがただくり返し述べられ、引き延ばされるにすぎない。というのは、きわめて稀有な諸事例において、そうした事前指示の内容は、解釈が行われなくてよいとされているからである。誰に解释权（Deutungshoheit）が与えられるかによって、患者の命運が決まる。このことからすれば、たとえドイツの医学界がそうこうするうち

(57) 臨死介助の類型について詳細は、Duttge, in: Kettler/Simon u. a. (Hrsg.), Selbstbestimmung am Lebensende, 2006, S. 36 ff. 近時、連邦通常裁判所は、「規範的に評価された上位概念」という意味において、「治療中止」に賛成している。BGH NJW 2010, 2963 ff. = MedR 2011, 32, 34（「フッツ事件（Fall Putz）」に批判的なものとして、前出・Duttge 参照。

(58) BGHSt 40, 257, 263.

(59) 例えば、最近では、LG Kleve PflegeR 2010, 164 ff. が明示している。

(60) しばしば見られるこうした表現法は、その意味内容がきわめて不明確である。厳密に言えば、現代の集中医療の時代において、「自然な死」などもはや存在しない。これについてはすでに、Duttge, Menschenwürdiges Sterben, in: Biomedical Law & Ethics 2009, Vol. 3, Nr. 1, S. 81 ff.

に、——解釈権限を自らに帰属させる——この手段を用いて自らが患者の事前指示に拘束されることから巧みに逃れることかできることを認めるに至ったとしても、それは驚くほどのことではない⁽⁶¹⁾。

しかし、患者の事前指示の例においては、承諾ドグマがこれまでのその形態においては概念上の有効性を欠いていることがさらに他の箇所でも示されている。すなわち、周知のとおり、事前指示は、形式を問わずいつでも撤回することができる（民法1901a 条 1 項第 3 文）。しかしながら、この点に関して、患者がなお承諾能力を有する状態でなければならないのかという問題については、まったくもって明らかにされていない。つまり、医師法上のこれまでの論理には、事実上その他の選択の余地が残されていなかったのである⁽⁶²⁾。というのも、この論理によれば、承諾能力を欠いた状態で意思を表明することは、（外的関係においては⁽⁶³⁾）法的に無効だからである。しかしながら、そうだとすると、臨床実務、とりわけ集中治療実務における撤回はさらに無意味なものになるであろうし、承諾能力のない患者については、彼が生命維持治療を継続するよう懇願したとしても、彼の意味は残念ながら法律上重要ではなく、「それゆえに、今死なせてやらなければならない」との答えがなされなければならないであろう。このことを——正当にも——不条理と考える者は、承諾無能力者の「自然な意思」にも法的な意義があると認めなければならないのだが、医師法とその解釈論は、このことについてこれまで基本的な点においてすら準備

(61) 2010年5月7日の医療実務における事前配慮代理権（Vorsorgevollmacht）と患者の事前指示の扱いに関する連邦医師会勧告，in：Deutsches Ärzteblatt 107（2010），A-877 ff. これに批判的なものとして，Duttge，in：Intensivmedizin und Notfallmedizin 2011，34 ff.

(62) したがって、撤回表明時の承諾能力は、一貫して以下のことが求められる。すなわち，Spickhoff，Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2009，1949，1955；これと異なる見解として，Nationaler Ethikrat，Patientenverfügung，2005，S. 34は、「生きる意思に関する徴候（Anzeichen von Lebenswillen）」がある場合はすでに拘束力が失われる，と述べている。Höfling，NJW（=Neue Juristische Wochenschrift）2009，2849，2850 f. も、「明白なジェスチャー（eindeutige Gesten）があれば足る」と説く。

(63) これに対して、「内的関係」において、彼の「自然な意思」に基づく承諾無能力の「希望」は、世話人と身上代理人にとって重要でないというわけではない。これについては、民法1901条 2 項第 2 文および同条 3 項を見よ。

してこなかった。さらに、ドイツ法には、その他のコンテクスト、より詳しくいえば、薬事法のコンテクストにおいてすでに完全に、承諾無能力者に共同決定権限を付与するという内容をもった法律規定がある。すなわち、確かに、薬事法⁽⁶⁴⁾ 40条4項3号によれば、未成年の被験者の場合は、原則として法定代理人（通常、両親）が承諾を表明する任務を負うが、しかしながら、臨床試験の利益とリスクに関しては、未成年者にも同様に説明が行われなければならない。彼が当該試験を拒否する旨を宣言し、「または、彼がこのことをその他の方法によって表明したときは、その旨が顧慮さなければならない。」（第3文後段）。語義と法律体系に照らして疑問の余地がないことだが、ここで問題となっているのは、明らかに、明確な意思表示があった限りでのみ、彼の「自然な」抵抗の意を「尊重（Beachtung）」せよと要求することができる承諾能力なき未成年者である。もっとも、自己決定権のもつこれら2つの表現形式⁽⁶⁵⁾が、承諾能力というドグマとどのように調和するか、そのような「自然な意思」に関する要件がどの程度まで緩和されうるか、また、こうした共働権（Mitwirkungsrecht）の協力が、両親の承諾権限との関係では、どのようにしてより詳しく観念されるべきか（承諾能力のある未成年者の場合にはすでに、最大の困難を投げかけているものである⁽⁶⁶⁾）——これらはすべて目下の基本

(64) Arzneimittelgesetz.

(65) この意味においてはすでに、Duttge, in: Schicktanz/Schweda (Hrsg.), Pro-Age oder Anti-Aging? Altern im Fokus der modernen Medizin, 2012, S. 87 ff.

(66) 承諾能力のある未成年者の場合、単独決定権を認めることが一貫するであろう。なぜなら、彼の自己決定権を行使するために必要な能力は、彼に帰属されるからである（この意味において、Ulsenheimer, in: Laufs/Kern [前出注(17)], §139 Rn. 48; さらに、「自己決定と他者決定は両立しない」と説く、Geilen, in: Wenzel [前出注(19)], Rn. 431も見よ）。しかしながら、おそらく支配的な見解は、未成年者と身上監護権者（Personensorgeberechtigte）の重疊的な決定権限を出発点としている。なぜなら、およそ養育権は、少年がその年齢を重ねるにつれて、独自の人格発展に対する権利の背後に退くが、それは成人してはじめて完全に欠落するからである（Deutsch/Spickhoff [前出注(12)], Rn. 686; Kohle, AcP 185 [1985], 105, 143 ff.; 重疊の承諾の必要性の意義については、薬事法40条4項3号第4文も参照）。さらに限定的な解釈は、原則として看護権者（Sorgeberechtigte）に決定権を委ねており、未成年者には拒否権（Vetorecht）のみを認めている（例えば、とりわけ判例として、相対的にのみ適応性のある侵襲が事件となった、BGH MedR 2008, 289 ff. 参照

的な問題であるが、これらの問題に対しては（いまだ）答えられていない。しかしながら、ひとつのことは、今日すでに明らかに認められている。すなわち、承諾能力者が一度だけ承諾したことによって医的侵襲が正統化される、という理念は簡略化されており、諸々の社会関係にとって不適當であり、医的干渉のプロセス全体に本人が真に参加することへの要求に、合致しないということである。

IV

これに対して、人間の実存的で実践的な基本状況と極限状況を受け容れようとする医師―患者関係の「人類学上の反省」は⁽⁶⁷⁾、「患者の自律」を尊重する義務があらゆる患者、さらには承諾無能力者にまでも負わされるという認識をもたらす。というのは、認知症患者や意識不明患者も、彼の個人的な欲求と希望に敬意を払い、これらを尊重するよう求める実存的な人間としてわれわれの前に現れるからである。他人と比較して、彼が「無能力」であることは、彼の意味表明が最初から無視されることを正統化しない。要するに、「自律」とは、経験的な性質ではなく、ありとあらゆる人間の個人的状況が表出したものである⁽⁶⁸⁾。まさに自らの行為無能力に基づき後見と手段化という特別な危険に晒されている者の場合、この表出は、視界から消え去るべきではないであろう。人間の能力のもつ宿命的な有限性は配慮を義務づけるが、このことは承諾無能力者の場合だけでなく、あらゆる患者の場合にもいえる。およそ医師の説明義務とは、単に自律が必然的に配慮を含意するという考えの特殊な表現であり、確認であるにすぎない。（例えば、患者の事前指示を作成する際のように）患者個人をその行為と決定の自由の中で完全に孤立させることは⁽⁶⁹⁾、パターン

[これに賛成するものとして、前出・Lipp]；詳細は、Nomos Kommentar/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2010, §228 Rn. 16; 「拒否権限 (Veto-Kompetenz)」]。

(67) これについて基本的であり、指標の役割を果たすものとして、Rehbock (前出注 (4)), S. 17 ff.

(68) 胎児に関する議論のコンテキストにおいて詳細は、Duttge, ZRph (=Zeitschrift für Rechtsphilosophie) 2007, 76 ff.

(69) それに応じて、オーストリアを手本とした助言義務 (Beratungspflicht) を支持するものとして、Duttge, Intensiv- und Notfallbehandlung 2005, 171 ff. ならびに in: Preis der Freiheit. Reichweite und Grenzen individueller Selbst-

リスティックな後見事例に劣らず尊重要求に反するのである。かくして、ドレステンの哲学者テータ・レーボック（*Theda Rehbock*）が説得的に明らかにしているように、「配慮」と「自慮」は自給自足の島ではなく、それらは相互に依存し合っているのである。周知のとおり、共通の途や永続的なコミュニケーション過程としての「治療上のパートナーシップ（*therapeutische Partnerschaft*）⁽⁷⁰⁾」は、医師患者関係がうまくいった場合の理想像である。もし、法がいつの日か、これまで育まれてきたその分離思考を最終的に放棄するようなことになれば、承諾能力というカテゴリーは、なるほど、完全ではないが、やはり著しく意義が損なわれることになるだろう。

【訳者あとがき】

本稿は、ドイツのゲッティンゲン・ゲオルク-アウグスト大学医事法センター（*Zentrum für Medizinrecht, Georg-August-Universität Göttingen*）のグンナー・ドゥットゲ（*Gunnar Duttge*）教授が、2012年4月9日に早稲田大学比較法研究所主催の講演会で講演された原稿（原題は、*Gunnar Duttge, Die Kategorie der Einwilligungsfähigkeit im Arztrecht: Grund- und Zweifelsfragen aus der Perspektive des deutschen Rechts*）を、同教授の了解を得て翻訳したものである。ドゥットゲ教授は、1966年に生まれ、1987年から1992年までヴュルツブルク大学で法学を学んだ後、司法修習生およびヴュルツブルク大学法学部助手などを経て、1995年に『刑事訴訟法における強制の概念（*Der Begriff der Zwangsmaßnahme im Strafprozeßrecht*）』で法学博士を取得し、2000年に『過失犯の行為無価値の明確性について（*Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*）』で教授資格を取得した。2001年11月にミュンヘン大学教授に就任したが、2004年10月にゲッティンゲン大学刑事法講座教授に転じ、2006年から2010年まで同大学法学部・医事法センター所長も務めた。研究分野は、刑法、刑事訴訟法、医事刑法など多岐に亘っており、日本にも何度か来られている（詳細は、グンナー・ドゥットゲ（加藤克佳訳）「ドイツ

stbestimmung zwischen Leben und Tod, 2. Aufl. 2006がある。

(70) *Laufs*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, Kap. I Rn 33; 詳細は、*Peintinger*, in: *Amler/Bencic (Hrsg.), Ökonomie und Gesundheit. Lösbare Herausforderung oder dauernder Widerspruch?* (Reihe Gesundheitswissenschaften, Bd. 30), 2006, S. 93 ff.

刑事訴訟法における合意」(名城法学61巻4号(2012)の〔訳者あとがき〕39-44頁参照)。今回は、中央大学の只木誠教授の招きで来日された。

本稿は、難解とされている承諾能力の問題について根本的検討を加えたものであり、重要な問題提起となるであろう。なお、同年4月7日には中央大学谷田町キャンパスで、ドゥットゲ教授とスイス・チューリヒ大学のブリギッテ・ターク (Brigitte Tag) 教授を交えて、日本側からも私のほか数名の方々が参加したシンポジウム「承諾能力と承諾の有効性」が開催された。実に有意義なシンポジウムであったことを付記しておきたい。

〔甲斐克則記〕