

資 料

医事法における推定的承諾

——慣習法上認められた自己決定という幻想か？*——

キム・フィリップ・リノー
仲道祐樹・天田 悠（訳）

- I. 序
 - II. 推定的承諾の解釈論
 - III. 自己決定という観点から見た推定的承諾
 - IV. 結 語
- [訳者あとがき]

〈概 要〉

「推定的承諾 (mutmaßliche Einwilligung)」という用語の背景には、患者の自己決定という幻想 (Illusion) が潜んでいる。想定される種々の状況を厳密に分析することで示されるのは、推定的承諾の適用領域のもとでは、たとえ推定的承諾が十分に理解された患者の利益に添うとされていても、他者による決定 (Fremdbestimmung) が広く下されている、という事実である。こうした他者による決定はそれ自体として認められるべきであり、その旨を示す用語法を用いなければならない。ここから、もはや推定的承諾ではなく、患者の利益にとっての適切な判断 (interessengerechte Entscheidung) という語が用いられるべきである。

* 本稿の執筆に際して貴重な示唆を与えていただき、また、議論にお付き合いいただいたことにつき、ヘニング・ローゼナウ教授 (Prof. Dr. Henning Rosenau) とカーリーナ・ドーナック (Carina Dorneck) 女史に対して心より御礼を申し上げます。

I. 序

医療行為ほど自己決定が登場する領域は、まずないだろう。もはや「白衣の神々 (Götter in Weiß)」ではなく成年に達した患者自身が、自らに対して何が行われ、何が行われないのかを決定する。現在では、医事法のこのような原則は、医療に対する患者の考え方に加えて、医師に対する患者の関係をも特徴づけている。たとえば、ドイツ・ホスピス財団 (Deutsche Hospiz Stiftung) のある研究では、インタビューを受けた者のうちの57%が、終末期の自己決定を下すことが患者の事前指示 (Patientenverfügung) を作成する主な理由である、と回答している⁽¹⁾。患者の事前指示によってあらかじめ自己決定を行使するという望ましいケースから、日々の医療行為に目を向けてみると、ここでも患者自身の決定に中心的意義があり、尊重を要することが明らかとなる。医学的に見て最も合理的な措置であるがゆえに、患者がその意思に反して麻酔がかけられ手術が施される、と想像してみればよい。その〔際に起こる〕叫びは——正当にも——大きなものであろう。法的には、患者の自己決定は、患者が包括的な説明を受けた後に、予定された治療すべてに承諾を与えなければならないということ、つまり、いわゆるインフォームド・コンセントを通じて保障される。承諾を得ずに行われる措置は、原則として民・刑事法上不法と評価され、損害賠償請求や刑罰の対象となりうる⁽²⁾。しかし、法的現実としては、患者の承諾が事実上または法的な理由から得られない種々のケースが常に存在する。これらのケースでは——少なくともその措置が延期不可能なものである場合は

(1) Deutsche Hospiz Stiftung, Wie denken die Deutschen über Patientenverfügungen? (2005) 参照 (<http://www.stiftung-patientenschutz.de/uploads/files/pdf/stellungnahmen/32.pdf> で閲覧可能である。2016年8月18日最終閲覧)。

(2) 刑法上これは、承諾を得ずに実施される措置を構成要件に該当する傷害に分類することの必然的帰結である。この点については、さしあたり、Lilie in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Band, 11. Aufl. (2005), Vor § 223 Rn. 3 m. w. N. 参照。この点につき、民法上異なる見解については、Wagner in: Säcker et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, 6. Aufl. (2013), § 823 Rn. 757 ff. m. w. N. も参照。

——推定的承諾という法形象で対応することになる⁽³⁾。そこでは、推定的承諾は常に、患者の自己決定を擁護する、より望ましい選択肢であるとされる⁽⁴⁾。もとより、こうした前提がそもそもどれほど適切なのか、それとも全くの幻想にすぎないのかを、以下で検討していきたい。

II. 推定的承諾の解釈論

1. 出発点：患者の承諾

出発点は、「一身専属的法益を侵害する際に、他者による決定は許容されないという原則」である⁽⁵⁾。それゆえ、患者にとって可能である限り、その明示的承諾が得られなければならない。この要求は、医師の治療侵襲も構成要件上の傷害であるとする——さまざまな議論を呼んでいる——見解に基づくものである⁽⁶⁾。というのも、構成要件上の傷害があることを前提とするならば、実現されるこの不法は阻却されなければならないからである。刑法学説においては、承諾を構成要件レベルに位置づけ、承諾があるときはすでに構成要件に該当しないとする見解もあるが⁽⁷⁾、圧倒的通説と判例は、適切にも、承諾を正当

(3) BGHSt 45, 219, 223 ; *Deutsch/Spickhoff* Medizinrecht, 7. Aufl. (2014), Rn. 431 ; *Janda* Medizinrecht, 3. Aufl. (2016), S. 355 ; *Ulsenheimer* in : Ulsenheimer (Hrsg.), *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5. Aufl. (2015), Rn. 555, 558.

(4) *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 3), Rn. 431.

(5) *Kern* NJW 1994, 753, 758.

(6) BGHSt 56, 277, 284 ; 45, 219, 221 ; 11, 111, 112 ; RGSt 25, 375, 378 ff. : *Schroth* in : Roxin/Schroth (Hrsg.), *Handbuch des Medizinrechts*, 3. Aufl. (2007), S. 28 ff. ; *Janda* (Fn. 3), S. 352 ; *Joecks* in : Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 4, 2. Aufl. (2012), § 223 Rn. 53. また、この点で *Wessels/Hettinger* *Strafrecht* BT 1, 38. Aufl. (2016), Rn. 329 m. w. N. もおそらくそのように述べる。これに反対する立場については、本稿ではこれ以上立ち入ることはできないが、この点を概観するためには、*Eser* in : Schönke/Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Aufl. (2014), § 223 Rn. 30 および *Fischer* *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 63. Aufl. (2016), § 223 Rn. 19, jeweils m. w. N. を参照すれば足りる。

(7) *Roxin* *Strafrecht Allgemeiner Teil* I, 4. Aufl. (2006), § 13 Rn. 12 ff. ; *Schlehofer* in : Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1, 2. Aufl. (2011), Vor § 32 Rn. 126 ff. ; *Kindhäuser* *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. (2009), § 12 Rn. 5 ; *Weigend* *ZStW* 98 (1986), 45, 61.

化事由として理解している⁽⁸⁾。違法という文言を明確に用いる刑法228条〔同意傷害規定〕の明文だけでなく⁽⁹⁾、刑法典の体系性もこうした理解を裏づけている。というのも、一方で刑法典は、すでに文言またはその語義により、ある行為が、権限を有する者 (Berechtigte) の意思なく行われ、またはこれに反することを要求する種々の構成要件を規定しているからである⁽¹⁰⁾。他方で、このことを必ずしも要件としない構成要件もある。しかし、たとえそうであるとしても、体系的に整序し、重複を避けることには意味があるとの要請⁽¹¹⁾と、たとえばロクシン⁽¹²⁾が要求するように、これら2つのケースが区分されるべきでないということとは、もはや調和しえない。それに伴い必要となる区別は、上記で考察した文言を考慮し、次のようにレベルを分けることにつながる。すなわち、構成要件上、意思に反しまたはこれを欠く行為を要件とする構成要件に対する同意 (Zustimmung) は、合意 (Einverständnis) として構成要件をも阻却する形で作用する⁽¹³⁾。その他のケースでの同意は——それが刑法典自体を通じて排除されていない限りで——承諾 (Einwilligung) として正当化する形で作用する⁽¹⁴⁾。客観的に目的論的観点から見ても、人格的法益論に基づき反対説の示す論拠⁽¹⁵⁾、すなわち、その侵害が法益の担い手自身によって許容されているときは不法が生じないため法益侵害もありえない〔との反論〕は有効でない。というのも、このような理解は、刑法が個々人の保護を超えて、個人の処分権から独立に存在する一般的抽象的な価値秩序のあらわれで

(8) さしあたり、*Rosenau* in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar (2009), Vor § 32 Rn. 34; *Fischer* (Fn. 6), Vor § 32 Rn. 3b; *Wessels/Beulke/Satzger* Strafrecht Allgemeiner Teil, 46. Aufl. (2016), Rn. 541 ff.

(9) *Rosenau* (Fn. 8), Vor § 32 Rn. 34; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 8), Rn. 541.

(10) この点につき、BGHSt 23, 1, 4; *Krey/Esser* Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. (2016), Rn. 656; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 8), Rn. 543; *Lenckner/Sternberg-Lieben* in: Schönke/Schröder (Fn. 6), Vor § 32 Rn. 31 参照。

(11) この点につき、*Puppe* Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl. (2014), S. 129 und 132 参照。

(12) *Roxin* (Fn. 7), § 13 Rn. 11.

(13) *Rosenau* (Fn. 8), Vor § 32 Rn. 32; *Krey/Esser* (Fn. 10), Rn. 656; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 8), Rn. 543.

(14) *Fischer* (Fn. 6), Vor § 32 Rn. 3b; *Krey/Esser* (Fn. 10), Rn. 657.

(15) *Roxin* (Fn. 7), § 13 Rn. 12.

もあることを見落としているからである⁽¹⁶⁾。

かくして、承諾を正当化事由ととらえると、承諾は、構成要件該当性の不法を打ち消す許容命題となる⁽¹⁷⁾。承諾の正当化効果を肯定するために一般に認められているのは、以下の要件である。すなわち、法益放棄が可能であること、処分権限があること、承諾能力があること、承諾の表示があること、意思欠缺のないこと、承諾を知った上での行為であること、がこれである⁽¹⁸⁾。これらの構成要素がすべて同時に満たされるときにのみ、医師の治療侵襲も不可罰のものとして実施されうる。もちろん——とりわけ、規則に則った説明への要求を通じた⁽¹⁹⁾——これらの高度な要求に照らすと、医師と一部の法学説が、医師の治療侵襲を構成要件上の傷害ととらえようとしたがらないことも、理解可能などころではある⁽²⁰⁾。

他方、民法においても、同様の基準が妥当する。医師の治療行為は、民法上も、絶対的に保護された身体法益に対する不法行為上の侵害であり、徴表されるその違法性は、ここでも承諾によって阻却される⁽²¹⁾。強調されるべきは、医師・患者間の診療契約が存在するという点だけでは、治療侵襲に関する何らの権利も導出することはできない、という点である⁽²²⁾。この点は、一方で

(16) *Rosenau* (Fn. 8), Vor § 32 Rn. 34 ; *Gropp* Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. (2015), § 5 Rn. 112 ; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 8), Rn. 363.

(17) *Gropp* (Fn. 16), § 5 Rn. 26 ; *Kindhäuser* (Fn. 7), § 15 Rn. 1 ; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 8), Rn. 388.

(18) *Rosenau* (Fn. 8), Vor § 32 Rn. 36 ff. ; *Fischer* (Fn. 6), Vor § 32 Rn. 3c ; *Schlehofer* (Fn. 7), Vor § 32 Rn. 134 ff. ; *Gropp* (Fn. 16), § 5 Rn. 76 ff. ; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 8), Rn. 552 ff.

(19) この点につき、*Sommer/Tsambikakis* in : Terbille (Hrsg.), *Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht* (2009), § 2 Rn. 27 ff. を見れば足りる。

(20) すでに前出・注(7)を参照。

(21) 治療行為を傷害に分類することに関する議論状況についても、*Jaeger* in : Prütting (Hrsg.), *Medizinrecht, Kommentar*, 4. Aufl. (2016), § 823 BGB Rn. 3, 84 und 154 を参照すれば足りる。*Wagner* (Fn. 2), § 823 Rn. 66, 757 ff. und 761 ff. ; *Sprau* in : Bassenge et al. (Hrsg.), *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, 75. Aufl. (2016), § 823 Rn. 143, 148 und 152 f. 民法における承諾の法的性質については、*Wolf/Neuner* *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10. Aufl. (2012), § 28 Rn. 29 ff.

(22) *Weidenkaff* in : Bassenge et al. (Hrsg.), *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, 74. Aufl. (2015), § 630d Rn. 1.

は、民法典の体系性と文言から導かれる。というのも、民法630d条は、患者の承諾を明文で要求しており、仮にこれを余計な文言であるとするならば、診療契約のみが正当化事由となることになるからである。他方でこの点は、次のような目的論的考慮、すなわち、患者の自己決定権⁽²³⁾は、契約を締結したということのみをもって身体の不可侵への侵害の根拠とすることを禁止しているとの考慮にも基づいている。なぜなら、この問題はきわめて一身専属的・個人的な決定事項であり、そうした決定を患者に強制することは許されないからである。承諾の有効性は、不法行為法においても、診療契約の枠組のもとでも、同一の基準に従って判断されなければならない⁽²⁴⁾。すなわち、承諾能力と規則に則った説明が特に求められるのである⁽²⁵⁾。かくして、民刑事法上の本質的要求は同一である。

確認されるべきは、医師が患者を治療する際に、民刑事上の責任を負うことを望まないのであれば、原則として患者がその承諾を医師に表示したということが必要だということである。ここに、承諾の中心的意義が明らかとなる。

2. 推定的承諾の状況

しかし、患者が承諾を自ら表示できないか、あるいは表示される承諾が顧慮されない状況もある。これが、患者が法的に承諾を与える能力を有しないケースである。精神的または道徳的に成熟⁽²⁶⁾しておらず、法益を放棄することの意義と射程を判断することができない者、あるいはこの判断に従った行為ができない者は、承諾能力を有しない⁽²⁷⁾。そこで重要となるのは、一般的に、か

(23) こうした患者の自己決定権は、まさに民法630d条を通じて保護されている、という。*Spickhoff in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, Kommentar, 2. Aufl. (2014), § 630d BGB Rn. 1; Weidenkaff (Fn. 22), § 630d Rn. 1.*

(24) *Weidenkaff (Fn. 22), § 630d Rn. 1.*

(25) *Spickhoff (Fn. 23), § 630d BGB Rn. 3 ff.; Wagner (Fn. 2), § 823 Rn. 762 ff.*

(26) 「精神的及び道徳的成熟」は、少年裁判所法 (JGG) 3条にも見られる。これとの関連では、「道徳的」とは、コールバーグの発達モデルにいう道徳的発達、すなわち、社会的責務と正・不正を理解し、適法に行為する能力をいう。この点につき、詳細は、*Klosinski Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2008, 162, 165.* さらに、*Laubenthal/Baier/Nestler Jugendstrafrecht, 3. Aufl. (2015), Rn. 64; Streng Jugendstrafrecht, 4. Aufl. (2016), Rn. 48* も参照。

(27) *BGHSt 4, 88, 92; 23, 1, 4; BGHZ 29, 33, 35 f.; Rosenau (Fn. 8), Vor § 32*

つ具体的に問題となる状況下で、承諾の意義と帰結を判断するための知的能力であるが、ここでは、生物学的欠損が前提とされている⁽²⁸⁾。一般に、承諾無能力の事例群は、未成年、精神障害および精神疾患の3つに集約される⁽²⁹⁾。その場合、アルコールや薬物濫用時の中毒症状といった一時的な状態も、精神疾患のカテゴリーに含まれる⁽³⁰⁾。さらには、意識を喪失した患者も承諾能力を有しない⁽³¹⁾。しかし、これを精神疾患のカテゴリーに含めることは合理的でないように思われる。そのため、このケースは独自のカテゴリーを構成する。

ところで、自身で承諾を表示することができない者は、代理人を指定することになる。すなわち、未成年者は身上配慮権者 (Personensorgeberechtigte) (民法1626条, 1629条) を、成年者は法定世話人 (Betreuer) (民法1896条) または事前配慮任意代理人 (Vorsorgebevollmächtigte) をそれぞれ指定する⁽³²⁾。しかし、たとえば、アルコールによる酩酊のような一時的で短時間の状態が問題となるにすぎないのであれば、世話の必要性は否定されざるをえない⁽³³⁾。代理人は、承諾無能力者のために必要な判断を下す。しかし、これは各代理人独自の判断であり、その判断は一定の指針に、とりわけ、子の福祉 (Kindeswohl) (民法1627条1文) や被世話人の福祉 (民法1901条2項) に適うものでなければならない。代理人が、自身で承諾できない者のために〔意思〕表明をすることができる状況にあるときは、推定的承諾を認める余地はない⁽³⁴⁾。むしろ代理人は、すでに自己の判断の枠内で被代理人の福祉について

Rn. 38 ; Krey/Esner (Fn. 10), Rn. 660.

(28) *Amelung* ZStW 104 (1992), 525, 551 ff. ; *Foerster/Habermeyer* in : *Venzlaff et al.* (Hrsg.), *Psychiatrische Begutachtung*, 6. Aufl. (2015), S. 481.

(29) *Foerster/Habermeyer* (Fn. 28), S. 481.

(30) *Fischer* (Fn. 6), § 20 Rn. 11.

(31) *Kern* NJW 1994, 753, 756.

(32) 世話と事前配慮任意代理の関係については、*Götz* in : *Bassenge et al.* (Hrsg.), *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar* (2015), § 1896 Rn. 12 の説明を参照。

(33) このことは、医学的要件として精神疾患または身体、知能もしくは精神の障害のみを挙げますが、身体疾患には言及しない民法1896条1項1文からすでに導かれる。世話人が実際に活動可能な場合にのみ世話が必要である、と指摘する *Jürgens* in : *Jürgens* (Hrsg.), *Betreuungsrecht, Kommentar*, 5. Aufl. (2014), § 1896 BGB Rn. 15 も参照。

(34) *BGH* MedR 2003, 512, 514.

考え、これを考慮しなければならない。同様のことは、承諾能力を有しない患者の発言にも当てはまる。こうした発言は、いわゆる「自然な意思 (natürlicher Wille)」として考慮されなければならない。しかし、そうした発言が唯一の判断基準となるわけではなく、それは常に被代理人の福祉に照らして解釈されなければならない⁽³⁵⁾。

推定的承諾の状況はこれと異なるものである。たとえば、事実上の理由から承諾が得られない状況について考えてみよう⁽³⁶⁾。意識を失っているが、代理人が選任されていない場合、代理人が〔選任されているが〕その場にはいない場合、あるいはその他、本人や権限を有する者において、その承諾を表示することが不可能な場合がこれである。もっとも、これらの事例では常に、推定的承諾の補充性 (Subsidiarität) に注意しなければならない。すなわち、推定的承諾を援用することは、現実的承諾を取得することに、取り除くことのできない障害がある場合にはじめて可能となる⁽³⁷⁾。現実的承諾に関する障害が乗り越えられないという要件は、状況に応じて規定されるものである。すなわち、患者の具体的状況〔がどのようなものであるか〕が、いつそうした障害が乗り越えられないものとなるのか、という問いへの回答を与えることになる。かくして問題となるのは、〔障害が〕一般的に乗り越えられないということではなく——緊急時は代理人が国の裁判所によって常に選任されなければならないため、いずれにせよこれは理論上おおよそありえないだろうが——、むしろ、健康状態と現実的承諾を得ることで遅滞する治療から生じうる結果とをその評価に取り込んだ、相対的な乗り越えられなさが問題とされなければならない⁽³⁸⁾。したがって、たとえば、患者を著しい危険にさらすことなく法定代理人や世話人と連絡が取れるのであれば、推定的承諾はすでに排除される⁽³⁹⁾。しかし、早急な行為を要する緊急事態があるならば、患者に対する著しい危険が不可避の延期と結び付く以上、たとえ代理人と連絡が取れたとしても当該侵襲は正当

(35) *BGH MedR* 2007, 104, 106 f.

(36) *Rosenau* (Fn. 8), Vor § 32 Rn. 46; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 8), Rn. 569; *Kindhäuser* (Fn. 7), § 19 Rn. 5.

(37) *BGHSt* 16, 309, 312; 35, 246, 249; *Roxin* (Fn. 7), § 10 Rn. 18; *Krey/Esser* (Fn. 10), Rn. 678.

(38) この点につき、すでに *BGHSt* 35, 246, 249; 45, 219, 223 も、生命への危険に限定することによってそのように述べていた。

(39) *Roxin* (Fn. 7), § 18 Rn. 10 ff.; *BGHSt* 45, 219, 223.

化されうる⁽⁴⁰⁾。この点で、推定的承諾の適用範囲は相対的に狭いということが明らかとなる。

3. 解釈論的構成と有効要件

さて、上述のような状況に関して、刑法において推定的承諾は、慣習法上⁽⁴¹⁾認められ、承諾と正当化的緊急避難 (rechtfertigender Notstand) の中間に位置する特殊な正当化事由として理解されている⁽⁴²⁾。この理解は正当である。というのも、推定的承諾はこれら2つのカテゴリーのいずれにも分類されえず、その構造と基礎づけからして独自のものだからである。〔現実的〕承諾と推定的承諾とは、とりわけ、推定的承諾は法秩序の側から構成されるが、これに対し〔現実的〕承諾は、現にそこにある出来事として、法的な構成を経ずに存在するという事実により区別される⁽⁴³⁾。ここではさらに、〔現実的〕承諾は、患者の表示される意思——つまり通常の場合、患者の真意——を常に反映したものであるのに対し、推定的承諾は患者の真意と常に合致する必要はなく、事前の考察ゆえの錯誤〔がありうること〕がまさに甘受される、という事情が出てくる⁽⁴⁴⁾。正当化的緊急避難と推定的承諾とは、とりわけ推定的承諾が法益の担い手の推定的意思に焦点を当てるものであるということによって区別される。すなわち、法益の担い手の推定的意思こそが決定的であり、純客観的利益衡量はそうではない⁽⁴⁵⁾。しかしそれでも、行為者による衡量は必要である⁽⁴⁶⁾。これによって、正当化を基礎づけるレベルでも維持される、ある特

(40) *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 10), Vor § 32 Rn. 54 ; *Fischer* (Fn. 6), Vor § 32 Rn. 4 ; *Rosenau* (Fn. 8), Vor § 32 Rn. 46 ; *Nebendahl Gynäkologie* 2015, 402 u. 404.

(41) その発展とその他の文献について、ここでは *Roxin* (Fn. 7), § 18 Rn. 8 を挙げておく。

(42) さしあたり、*Roxin* (Fn. 7), § 18 Rn. 4 und 8 および *Fischer* (Fn. 6), Vor § 32 Rn. 4 m. w. N.

(43) *Roxin* (Fn. 7), § 18 Rn. 4.

(44) *Jescheck/Weigend Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. (1996), S. 388 ; *Rosenau* (Fn. 8), Vor § 32 Rn. 50.

(45) *Engländer* in : *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar* (2013), Vor § 32 Rn. 23 ; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 8), Rn. 571 ; *Roxin* (Fn. 7), § 18 Rn. 5.

(46) *Puppe Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2. Aufl. (2011), § 11 Rn. 11.

殊な立場が明らかとなる。承諾による正当化は、法益保護の放棄という思想、すなわち、刑法による保護に関する法益主体の利益が欠缺していることを基礎とする⁽⁴⁷⁾。これに対して、正当化的緊急避難は、特定の利益が他の利益に優越するとの思想に基づいており、これは、一般的な連帯原理 (Solidaritätsprinzip) のあらわれである⁽⁴⁸⁾。これらの中間に、推定的承諾は位置しており、本人の利益が (推定上) 欠缺するという要素と、本人の実体的利益が優越するという要素とを含んでいる⁽⁴⁹⁾。

しかしそれでも、推定的承諾は、承諾の代用品 (Einwilligungssurrogat) として、承諾の性格を保っている⁽⁵⁰⁾。この性格は、とりわけ、上述した推定的承諾の補充性から導かれる。推定的承諾は、承諾がまさに実際上表示されえないときに、承諾にとっての代用品として用いることができる。承諾の代用品として、推定的承諾の要件は、[現実的] 承諾の要件にも依存する⁽⁵¹⁾。したがって、承諾を表示することを除き、とりわけ法益処分、傷害の際に良俗に反しないこと (刑法228条) および主観的正当化要素といった、承諾のその他の要件が満たされていなければならない⁽⁵²⁾。

ここで、承諾の表示に代わるのは、行為者の——医事法の文脈では、通常は医師の——衡量であり、これは、医師は「行為時点での法益主体の真意に関する蓋然性判断」⁽⁵³⁾を下さなければならないという形をとる。こうした衡量が治療にとって有利に働くときのみ、すなわち、患者がもし照会を受けたならば高度の蓋然性をもってその治療に同意したであろうというときのみ、これは実施されてよい⁽⁵⁴⁾。こういった推定的意思を探知する際には、患者の利益、

(47) *Puppe* (Fn. 46), § 11 Rn. 1; *Rosenau* (Fn. 8), Vor § 32 Rn. 31; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 8), Rn. 551.

(48) *Kindhäuser* (Fn. 7), § 17 Rn. 10; *Fischer* (Fn. 6), § 34 Rn. 2; *Jescheck/Weigend* (Fn. 44), S. 360 f.; *Rosenau* (Fn. 8), § 34 Rn. 1 m. w. N.

(49) *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 8), Rn. 569; *Krey/Esser* (Fn. 10), Rn. 679.

(50) *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 10), Vor § 32 Rn. 54; *Rosenau* (Fn. 8), Vor § 32 Rn. 46.

(51) *Engländer* (Fn. 45), Vor § 32 Rn. 24; *Krey/Esser* (Fn. 10), Rn. 677; *Rosenau* (Fn. 8), Vor § 32 Rn. 46.

(52) *Rosenau* (Fn. 8), Vor § 32 Rn. 46.

(53) *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 8), Rn. 571.

(54) *Eschenbach* in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. (2015), § 228 Rn. 28; *Roxin* (Fn. 7), § 18 Rn. 21 ff.; *Wessels/*

その願望と価値観、および以前の発言が決定的とされる⁽⁵⁵⁾。もちろん、承諾無能力状態のもとでの実際の発言も、いわゆる「自然な意思」として考慮することはできる。しかし、こうした発言は1つの衡量基準にすぎず、それだけで決定的なものとはなりえない。そうでなければ、承諾能力の構想全体が疑問にさらされることになってしまう。ここでむしろ肝要なのは、こうした「自然な意思」が「真意」とどの程度合致するのかを検討・判断することである。いずれにせよ、近親者の願望や発言は決定的でない。——これらはせいぜい、衡量のためのヒントとなりうるにすぎない⁽⁵⁶⁾。現実には講じうる手段を尽くしても推定的意思の手がかりが見つからないときは、患者が客観的に見て最も合理的な治療に合意するとの前提に立たなければならぬ⁽⁵⁷⁾。この場合、その状況が患者にとって生命に関わる危険があり、延期不可能なものであればあるほど、推定的意思を探知するために時間を費やすようにとの要求は弱まっていく。しかし、生命に関わる危険がなく患者自身に対し照会が可能であるときは、こちらの手段を利用しなければならない⁽⁵⁸⁾。むしろこの点は、生命に危険が差し迫った状況よりも、むしろ、手術拡大のケースにおいていっそう重要となる。しかし、連邦通常裁判所 (BGH) の判例は、最初は別の方向へ展開していった。すなわち、連邦通常裁判所は、筋腫判決 (Myom-Entscheidung) で患者の自己決定権の意義をまず何よりも強調した一方で⁽⁵⁹⁾、その際、副次的に、かつ説得的でない論拠により、子宮全摘に対する患者の承諾を得るために手術が中断される必要はないのだろうか、という問題に取り組んだにすぎなかった⁽⁶⁰⁾。BGHSt 35, 246 において、裁判所は、帝王切開の際に判明した子

Beulke/Satzger (Fn. 8), Rn. 571 ; *Kindhäuser* (Fn. 7), § 19 Rn. 9.

(55) BGHSt 35, 246, 249 ; 45, 219, 221 ; *Roxin* (Fn. 7), § 18 Rn. 21 ff. ; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 8), Rn. 571 ; *Kindhäuser* (Fn. 7), § 19 Rn. 9.

(56) *Janda* (Fn. 3), S. 364 ; *Ulsenheimer* in : Laufs/Kern (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl. (2010), § 139 Rn. 66 ; *ders.* (Fn. 3), Rn. 556.

(57) *Krey/Esser* (Fn. 10), Rn. 677a ; *Kühl* *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. (2012), § 9 Rn. 47.

(58) BGHSt 45, 219, 222 ; *Geppert* JZ 1988, 1024, 1028 ; *Mitsch* ZJS 2012, 39, 41 ; *Janda* (Fn. 3), S. 366 ; *Roxin* (Fn. 7), § 18 Rn. 10.

(59) BGHSt 11, 111, 113 f.

(60) BGHSt 11, 111, 114 f. — 本件で連邦通常裁判所は、医師にとって納得のゆく理由づけを挙げているにすぎず、法的に根拠のある論拠を示していない。

宮、膀胱および腹壁の癒着が、患者自身に再度照会することなく行われた卵管結束を正当化する、とした。患者に対する生命の危険は新たな妊娠の時点ではじめて生じたであろうものであり、それとともに妊娠を防ぐために講じる代替措置として卵管結束しかなかったわけではないという理由からしてすでに、裁判所には賛同できない⁽⁶¹⁾。しかし、推定的承諾を適用することによって、患者からこの選択権を——そして生命への危険を甘受する権利をも——奪うことは、自己決定の思想のみならず、補充的な代用品としての推定的承諾の性格とも矛盾する⁽⁶²⁾。連邦通常裁判所は、BGHSt 45, 219 によってここにある種の制約を付け加えた。もっとも、連邦通常裁判所は、「生命の危険が切迫しているケースを超えて、健康上高度のリスクが、後の、患者にとって健康上さらに負担となる手術をもってすれば回避されるケースにまで〔拡大される：リノー〕」として、推定的承諾による正当化〔の範囲〕を拡張している⁽⁶³⁾。たとえこうした制約に対し基本的には賛同できるとしても、第2手術によるさらなる健康負担だけで足りるというのであれば、連邦通常裁判所には従いえない。というのも、これらの事案においても、患者には自ら判断を下す権利が与えられるべきだからである⁽⁶⁴⁾。推定的承諾の補充性は、単なる目的適合性の考慮だけで掘り崩されてはならない。

まとめよう。各ケースにおいて完全に目的適合的たりうる手術の拡大が、危険を伴うことなく延期されるのであれば、これはそのようにされるべきである。しかし、第2手術のリスクや負担だけで、通常の場合も延期不可能であると根拠づけることはできない。というのも、このリスクはそれぞれ侵襲を伴うものであり、手術をそのつど拡大することに必ずしも特有のことではないからである。

さらに、(現実的)承諾と正当化的緊急避難の間という、上述した推定的承諾の中間的な位置づけからは、患者の推定的意思を判断する際の瑕疵は甘えられる、という結論が導かれる。その判断は、行為者の視点から事前に行われ

(61) この点につき、*Roxin* (Fn. 7), § 18 Rn. 12 による批判も参照。

(62) *Geppert* JZ 1988, 1024, 1028 ; *Roxin* (Fn. 7), § 18 Rn. 12 もそのように述べている。絶対的適応がなかったという点については、*Weitzel* JZ 1988, 1022, 1023 f. も参照。

(63) BGHSt 45, 219, 222 f.

(64) *Roxin* (Fn. 7), § 18 Rn. 12.

る⁽⁶⁵⁾。行為者は義務に従い、利用可能なあらゆるリソースを駆使し、これを適切に検討しなければならない⁽⁶⁶⁾。行為者がこうした検討を行ったときは、推定的意思に関する錯誤が認められるケースであっても、行為者は依然として正当化される⁽⁶⁷⁾。そうでないときは、以下の2つの場合が区別されなければならない。すなわち、行為者が不適切な事実的根拠をその法的評価の基礎としている場合は、許容構成要件の錯誤が認められる⁽⁶⁸⁾。これに対して、行為者が具体的な事実的根拠から誤った法的結論を導いた場合、その者は禁止の錯誤⁽⁶⁹⁾に陥ったものであり、刑法17条によりこの錯誤を回避しえなかったときにのみ不可罰となる。

民法630d条によれば、民法にも同様の基準が妥当する。問題とされなければならないのは、患者またはその法定代理人の承諾を取得不可能とする、延期不可能な措置である⁽⁷⁰⁾。患者の意思を評価する場合であっても、別のルールが妥当するわけではない⁽⁷¹⁾。

Ⅲ. 自己決定という観点から見た推定的承諾

一般に、推定的承諾は、患者の自己決定権を發揮させる機会と解されてい

(65) *Rosenau* (Fn. 8), Vor § 32 Rn. 50; *Kindhäuser* (Fn. 7), § 19 Rn. 14; *Wesels/Beulke/Satzger* (Fn. 8), Rn. 577.

(66) *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 10), Vor § 32 Rn. 58; *Kühl* (Fn. 57), § 9 Rn. 47; *Mitsch* ZJS 2012, 39, 41. 結論としては、*Geppert* JZ 1988, 1024, 1026; *Nebendahl* Der Gynäkologe 48 (2015), 402, 405 もそのように述べている。しかし、*Roxin* (Fn. 7), § 18 Rn. 29; *Joecks* Studienkommentar StGB, 11. Aufl. (2014), Vor § 32 Rn. 44 は、検討義務に反対する。

(67) *Krey/Esser* (Fn. 10), Rn. 677a; *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 10), Vor § 32 Rn. 58; *Kindhäuser* (Fn. 7), § 19 Rn. 14; *Rosenau* (Fn. 8), Vor § 32 Rn. 50.

(68) *Roxin* (Fn. 7), § 18 Rn. 29; *Rosenau* (Fn. 8), Vor § 32 Rn. 50; *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 10), Vor § 32 Rn. 60; *Kühl* (Fn. 57), § 9 Rn. 47.

(69) *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 10), Vor § 32 Rn. 60; *Rosenau* (Fn. 8), Vor § 32 Rn. 50. 結論においては、*Kühl* (Fn. 57), § 9 Rn. 47 もそのように述べている。

(70) *Weidenkaff* (Fn. 22), § 630d Rn. 4 は、延期不可能な状況についても同様である、とする。

(71) *Weidenkaff* (Fn. 22), § 630d Rn. 4.

る⁽⁷²⁾。自己決定権はまた、医師の倫理観 (Ethos) の基本的な構成要素でもある⁽⁷³⁾。こうした文脈で自己決定が詳しく定義されることはほとんどないが、しかし、次のように理解されている。すなわち自己決定は、患者が自己自身とその身体に関して自ら自由な判断を下せることである、と⁽⁷⁴⁾。このような自己決定の構想を基礎とすると、問題となるのは、推定的承諾が自己決定という構想にとっていったいどの程度適切なものであるか、ということである。

1. 問題となる状況と自己決定から見たそれらの判断

まず、医療の日常において問題となりうる状況として、以下に挙げるものが考えられる。これらすべての状況は、——たとえば、意識を喪失していることなど——患者自らに承諾を要請できないことを要件とする。このような基本要件との組み合わせのもとで、次の事例群が区別される。

類型 1 : 患者は、自己の意思を書面により表示した。

類型 2 : 患者は、自己の意思を口頭により表示した。

類型 3 : 患者は、何らの意思表示も行わなかった。

では、これらの事例群を、患者の自己決定との関連で詳しく検討していこう。

a) 書面による意思表示

患者が自己の意思を書面により表示し、民法1901a 条 1 項 1 文のその他の要件が満たされているとして、意思表示がすでに具体的に予定された侵襲ではなく、細かな点ではいまだ確定していない措置に関するものであるときは、患者の事前指示が問題となる⁽⁷⁵⁾。そうでないときは——すなわち、意思表示が具

(72) *Ulsenheimer* (Fn. 3), Rn. 556 ; *Janda* (Fn. 3), S. 364 ; *Mitsch* ZJS 2012, 39, 41. この点については、BGHSt 35, 246, 249 ; 45, 219, 221 und 223 も参照。

(73) *Bundesärztekammer* Dt. Ärztebl. 1999, 1279 と2015年第118回ドイツ医師大会版の医師模範職業規則 (MBO-Ä) 7 条 1 項を参照。法的拘束力を有する州団体のうち、代表的なものとして、ザクセン=アンハルト州医師職業規則 (BOÄ) 7 条 1 項やバイエルン州医師職業規則 7 条 1 項がある。世界的なものとして、*Weltärzteband* WMA Declaration of Lisbon on the Rights of the Patient, Nr. 3 und 4 (<http://www.wma.net/en/30publications/10policies/14/>) で閲覧可能である。2016年10月21日最終閲覧) もある。

(74) *Weltärztebund* (Fn. 73), Nr. 3 lit. a.

(75) BT-Drucks. 16/8442 S. 12 f. ; *Schwab* in : Säcker et al. (Hrsg.), Münchener

体的に差し迫った治療に関するものであるときは——患者の承諾または不承諾が認められる⁽⁷⁶⁾。

したがって、患者の事前指示が現在の治療状況に当てはまるのであれば、その指示は関与者全員を拘束し、また実行される⁽⁷⁷⁾。その際、医師は、すでに民法630d条2項1文後段により患者の事前指示に拘束され、世話人の承諾を要しない⁽⁷⁸⁾。民法1901a条1項1文もこれと立場を同じくする。というのも、民法典は、世話人に対し患者の意思を貫徹するよう要求しているからであり、たとえば、自身による治療の同意や拒否を要求していないからである。かくして、患者の事前指示の拘束力は、選任された世話人がいなかったとしても認められる。こういった具体的な治療のために〔世話人を〕選任することは、通常の場合も、民法1896条の意味においてはもはや不要である。なぜなら、患者はすでにあらかじめ自ら判断を下しているからである⁽⁷⁹⁾。それとともに、こうした状況のもとでは、患者の推定的意思は問題とならない。なぜなら、この場合は、表示された患者の意思に添う形で行為が行われているからである。

患者の事前指示が具体的な生活状況と治療状況に当てはまらないならば、民法1901a条2項1文により、世話人は、患者の発言を手がかりにその推定的意思を探知し、これに従って判断を下さなければならない。その限りで民法典の文言は明確であるが、しかし、これは世話人自身の判断である⁽⁸⁰⁾。こうした判断は、もともと世話人の権限に属する事項であり、民法1901a条2項によると、患者の推定的意思に添うものでなければならない。世話人が選任されておらず、選任まで一刻の予断も許さない治療が問題となる場合や、選任された世話人と適時に連絡が取れない場合は、すでに述べた推定的承諾の古典的状況が

Kommentar zum BGB, Band 8, 6. Aufl. (2012), § 1901a Rn. 7; *Spickhoff* (Fn. 23), § 1901a BGB Rn. 2; *Höfling/Engels* in: Prütting (Hrsg.), *Medizinrecht*, Kommentar, 4. Aufl. (2016), § 1901a BGB Rn. 3 f.

(76) *Schwab* (Fn. 75), § 1901a Rn. 18; *Spickhoff* (Fn. 23), § 1901a BGB Rn. 8.

(77) *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 3), Rn. 1012 ff.; *Spickhoff* (Fn. 23), § 1901a BGB Rn. 10; *Janda* (Fn. 3), S. 365; *Olzen/Schneider* *MedR* 2010, 745, 747.

(78) 法案理由書 BT-Drucks. 17/10488, S. 23 がすでにそのように述べていた。*Mandel* in: Jauernig (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, Kommentar, 16. Aufl. (2015), § 630d Rn. 4; *Spickhoff* (Fn. 23), § 630d Rn. 10; *Lipp* (Fn. 81), VI Rn. 152 も参照。

(79) *Schwab* (Fn. 75), § 1901a Rn. 33.

(80) *Schwab* (Fn. 75), § 1901a Rn. 37.

認められる。したがって、その際に医師は、治療をすること、あるいはしないことについての患者の意思がどのようなものであるかを自ら決定し、これに従って行動しなければならない。

自己決定という眼鏡を通じて考察していくと、そこには、以下のような2つの状況があることが明らかとなる。すなわち、1つが自己決定に基づく判断であり、もう1つが他者による決定である。患者は、事前指示によってあらかじめ自己の意思を表示し、承諾を与えたり、あるいはこれを拒否したりする⁽⁸¹⁾。そこで行われているのは、自己決定である。差し迫った措置に対して患者が書面による承諾または不承諾を直接表示するときも同様である。こういった——直接表示されるか、あるいは患者の事前指示のなかで表示される——患者の自己決定に基づく判断は、尊重され、また遵守されなければならない。しかし、他人——世話人または医師——が、実施され、または差し控えられるべき措置について判断を下すときは、他者による決定が問題となる。ここでは、患者の身に起こることについて、他人が判断を下すのである。このことは、判断を下す者は患者の意思に添わなければならないとの事実によって、覆い隠されるようなものではありえない。というのも、患者の意思を探知〔する過程〕には、常に、判断を下す者の主観的理解が介在し、その影響を受けるからである。判断を下す者は、患者の以前の意思表示を解釈し、書面による意思表示を解説し、そして世界観を判断するという形で、患者の意思を確定する。つまりそれは、患者の意思についての、判断を下す者の——外から見た1つの——見方である。しかし、その者は、患者〔自身〕の立場にある者では決してなく、いわば患者の意思を代弁する者（Sprachrohr）でしかない。なぜなら、その者は、患者の〔実際の〕意思を知ることまではできないからである。したがって、そこにあるのは、推定的意思に関するその判断は妥当なものである、という蓋然性〔のある判断〕にすぎない。患者について判断が下されるのであって、患者を通じて判断が下されるわけではない。結局このことに変わりはないのである。

自己決定が認められるケースは、患者自身が第三者に判断を委ねる場合に限られるであろう。——たとえば事前配慮代理の枠内や、さらには、（裁判所が推薦された世話人を選任しているのであれば）世話に関する事前指示の枠内

(81) *Spickhoff* (Fn. 23), § 1901a Rn. 2; *Schwab* (Fn. 75), § 1901a Rn. 7; *Lipp* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp* (Hrsg.), *Arztrecht*, 7. Aufl. (2015), VI Rn. 146.

で。これによって患者自身の判断が保障される。——たとえ最終的にその患者につき判断が下されるとしても、患者は、完全に自己決定に基づいて判断を他人に委ねることができる。上述の状況との違いは、患者に関する判断が今まさに表示されるその意思と合致している点にある。これにより患者は、自己の意思が誤って評価されるリスクを意識的に甘受しているのである。

b) 口頭による意思表示

口頭による意思表示は、患者の事前指示ではない。たしかに、少数説は、〔口頭による意思表示を〕患者の事前指示ではあるが、有効性を欠くにすぎないと理解しようとしている⁽⁸²⁾。しかし、この理解は、民法1901a条の文言とすでに矛盾している。同条にいう患者の事前指示の法的定義がすでに、書面性を要件としている。これによって、民法125条〔形式の不備による無効〕からは単に無効ではあるが、患者の事前指示そのものは存在するとの論拠⁽⁸³⁾にも対抗しうる。というのも、民法1901a条1項1文は、契約（たとえば、民法311b条〔土地、財産及び遺産に関する契約〕）の場合がそうであるような、単に法律行為に関する書面形式を規定するものではなく、問題となる法律行為の法的定義がすでに書面の形式であることを要件としているからである。したがって、書面の形式であることは、患者の事前指示が存在するための必要条件である。加えて、この結論は、主観的・目的論的見地からも支持される。立法者自身が、書面の形式でなければ患者の事前指示は認められない、と述べているのである⁽⁸⁴⁾。

さて、患者の事前指示がないとなると、口頭による意思表示の場合にどのような点が重要となるのかが問題となる。ここでも、以下のように場合分けがなされなければならない。すなわち、具体的に差し迫った治療や、意見を述べる時点で予測可能な治療に関わる発言が問題となる場合は、患者の承諾ないし不承諾がある⁽⁸⁵⁾。その際、一般的な解釈によれば、承諾が医師に対して表示されたのか、それとも第三者に対して表示されたのかは⁽⁸⁶⁾、医師がこの承諾を知った上で行動している限り⁽⁸⁷⁾、重要ではない。もちろんその際に、通常医

(82) *Lipp* (Fn. 81), VI Rn. 150.

(83) *Lipp* (Fn. 81), VI Rn. 150.

(84) BT-Drucks. 16/8442, S. 13.

(85) *Schwab* (Fn. 75), § 1901a Rn. 12.

(86) *Gropp* (Fn. 16), § 5 Rn. 94 ; *Engländer* (Fn. 45), Vor § 32 Rn. 20.

(87) *Engländer* (Fn. 45), Vor § 32 Rn. 22 ; *Rosenau* (Fn. 8), Vor § 32 Rn. 42 ; *Fi-*

師は、第三者を通じてしか承諾の認識に至らないということは、否定されるものではない。そこにあるのは、承諾が有効に存在するのかを医師は検討することができず、第三者の意見を当てにするほかなく、その第三者を信じるか否かを判断しなければならない、という実務上の問題である。しかし、決定的なのは、その際に第三者または医師自身の決定は全く問題とならず、医師によって実行に移される患者の決定のほうが重要である、という点である。

しかし、患者の意見が具体的な治療と無関係であり、現時点でいまだ予測不可能な治療状況にのみ向けられている場合には、民法1901a条2項1文にいう治療上の願望が認められる⁽⁸⁸⁾。これについては、現在の生活状況と治療状況に当てはまらない、患者の事前指示に関するルールと同じものが適用される。これは上述した通りである。

かくして、自己決定の問題については、書面により意思表示を行ったときと同様の結論が導かれる。すなわち、自己決定に基づく判断が行われるのは、具体的に差し迫っている治療状況や、予測可能な治療状況に対して意思表示をしているとの理由から患者が承諾を与えている場合、ないし承諾を拒否している場合である。というのも、患者はこの場合、自身で判断を下しているからである。単に治療上の願望がある場合は——第三者によって——その患者につき判断が下されるため、この場合に行われているのは、他者による決定である。加えて、医師が第三者の意見を信用すべきか否かという問題に際しては、他者により決定が下される著しいリスクが生じる。医師は、第三者の意見が妥当かを検証することは多くの場合できず、むしろ自身の直感や全体的印象を頼りにしなければならないのである。

c) 意思表示がない場合

患者の意思表示が全くない場合は、医師または——連絡が取れれば——権限を有する者が、患者の推定的意思を探知する義務を負う⁽⁸⁹⁾。その際、彼ら／

scher (Fn. 6), Vor § 32 Rn. 3c; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 8), Rn. 567; *Eschelbach* (Fn. 54), § 228 Rn. 19; *Kühl* (Fn. 57), § 9 Rn. 41. その際に個々の点では、認識に瑕疵があったときに、既遂犯の成立が認められるか、それとも未遂犯にとどまるのかについては争いがある。

(88) *Lipp* (Fn. 81), VI Rn. 150; *Schwab* (Fn. 75), § 1901a Rn. 11; *Spickhoff* (Fn. 23), § 1901a BGB Rn. 6.

(89) この点は、医師にとっては民法630d条1項4文からすでに導かれる。これに対して、延期不可能な措置と認められないときは、民法630d条1項2文が適用される。世話人には民法1901a条2項が適用される。

彼女らは、推定的意思の探知に関する上述の諸原則に拘束される。その際、以下のような2つの異なる帰結が生じる。すなわち、一方で、推定的意思に関する蓋然性判断がなされる可能性がある。他方で、患者の推定的意思を探知するための手がかりが全くないか、こうした意思が限られた時間内で探知されえないとして、何らの判断もなされないことがありうる。前者の場合、医師は、探知された意思に添う形で行為しなければならない。——それは権限を有する者の承諾（民法630d条1項2文）に基づく場合もあれば、延期不可能なときは承諾を得ずに（同630d条1項4文）行われることもある。推定的意思を探知するための手がかりがないときは、客観的に見て最も合理的な治療に対して判断が下される⁽⁹⁰⁾。

まさにこうした状況で明らかとなるのは、ここで行われているのが、純粋な他者による決定だということである。他人が、患者について判断を下す。この場合、自己決定があるとははやいええない。とりわけ、推定的意思を探知する手がかりがない場合、患者は常に、客観的にみて最も合理的な治療方法を望んでいると想定されるのであるから。

2. 自己決定という幻想に代わる、患者の利益にとっての適切な判断

まず確認されなければならないのは、推定的承諾の真の適用範囲は限られたものである、という点である。患者の事前指示があるケースと、あらかじめ承諾が表示されるケースは除外される。残るのは、書面によろうが口頭によろうが、あらかじめ行われた意思表示が現在の状況に当てはまらないケースと、患者が何らの意思も表示していないケースのみである。これらすべての事例群においては、さらに、代理人が患者のために判断を下すケースが除外される。というのも、患者の意思に添わなければならない他人によるものであったとしても、承諾または不承諾はあるからである。こうして残るは、判断を下すために代理人がいない、あるいは適時にいない状況か、患者の意思表示が全くなく、治療が緊急に必要であることから、患者の意思表示がもはや得られない状況のみとなる。

これらのケースで患者の推定的意思という語を用いることは、妥当でないよ

(90) BGHSt 35, 246, 249 f. : 45, 219, 221 : *Schöch* in : *Roxin/Schroth* (Hrsg.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 3. Aufl. (2007), S. 28 : *Knauer/Brose* in : *Spickhoff* (Fn. 23), § 223 StGB Rn. 26 : *Krey/Esser* (Fn. 10), Rn. 677a : *Kühl* (Fn. 57), § 9 Rn. 47 : *Rosenau* (Fn. 8), Vor § 32 Rn. 47.

うに思われる。というのも、この語は、現実には起きていることを覆い隠すものだからである。すなわち、医師は、自身が患者の意思であると考えたもの、ないしは、客観的に見て合理的なものについて自ら判断を下す。この点は、民法典自体が清々しいほどはっきりと述べている。民法630条1項4文は、「承諾を得ずに」治療を行うことができる、とする。つまり、承諾がないのである。——推定的なものすらも。むしろ問題となるのは、十分に理解された患者の利益に含まれるものは何か、に関する蓋然性判断である。患者の承諾を推定する際に自己決定〔がある〕というのは幻想である。まさに他人が、患者に代わって判断しているからである。もちろんここで誤解してはならないのは、患者の真の利益には、医学的措置に関わる願望、利益および価値観も含まれるということである。これらが判断に流入し、あるいは判断がこれらの願望などに添うものであるとの事実だけで、この判断が患者の自己決定に基づく判断になるわけではない。というのも、願望、利益および価値観は、むしろ、判断を下す者にとっての手がかりにすぎないからである。これらはほとんどの場合、治療への独自の承諾や拒否と解されるには、あまりに漠然としている。利益や価値観が、判断を下す者によってはじめて究明され、解釈される必要があるということもしばしばである。したがって、これを患者自身の判断と呼ぶことなどできないのである。

ここで明らかとなるのは、以上の理解が英米法ときわめて類似しているということである。英米法においては、法律が許容しない限り、成年者のための承諾に関する代理は認められないとの原則が妥当している⁽⁹¹⁾。まさしく推定的承諾について述べられたその方式——すなわち、十分に理解された患者の利益に添うこと——は、「最善の利益テスト (best interest test)」と呼ばれており、承諾能力を有しない成年者 (incompetent adult) のための選択手段である⁽⁹²⁾。もっとも、これは緊急避難 (necessity) に分類されている⁽⁹³⁾。また、いわゆ

(91) *Munby* in : Grubb/Laing/McHale (Hrsg.), Principle of Medical Law, 3. Aufl. (2010), Rn. 10. 22. 以前の版である *ders.* in : Grubb/Laing (Hrsg.), Principle of Medical Law, 2. Aufl. (2004), Rn. 4. 105 では、この旨がより明確に述べられている。また、まさにアメリカでは、代理に関する法律規定のある州が多い。この点につき有益なものとして、*Wynn Bifocal* 36 (2014), 10 参照。

(92) *Munby* in : Grubb/Laing/McHale (Fn. 91), Rn. 10. 148 ff. : *Francis/Johnston Medical Treatment : Decision and the Law* (2001), Rn. 3. 3 ff.

(93) *Munby* in : Grubb/Laing/McHale (Fn. 91), Rn. 10. 24.

る「代行判断 (substituted judgement)」という構想も議論の対象とされ、散発的に判決も下されている。——そこでは、患者の視点から、その者が何を望んでいたか、承諾能力を有していたかが問題となる、とされている⁽⁹⁴⁾。こうした「代行判断」の構想は、——少なくともイギリス法では——思弁的であるとして退けられ、「最善の利益テスト」が支持されている⁽⁹⁵⁾。この患者の利益と客観的に見て最も合致するものは何か、がむしろ客観的に問われるべきであり、そこでは、患者の願望、生活態度および以前の発言が考慮される⁽⁹⁶⁾。その際、「最善の利益は、最善の医学的利益 (best medical interest) に限定されない」ということも常に妥当する⁽⁹⁷⁾。

さて、推定的承諾を冷静に考察すると、ここドイツにも「最善の利益」を基準とした判断が確認できる。というのも、ドイツでも法律が予定する場合にのみ、法における代理を行うことができるからである。しかし、そうした代理も常に認められるとは限らないし、あるいは常に行為可能であるわけではないため、治療が延期不可能なケースにおいて治療が行われる可能性が残されていなければならない。すでに述べたように、患者に関する他者の判断のみがそのようなものとして可能である。そこでは、他者による決定が甘受されなければならない。というのも、こうした状況のもとでは、他の可能性はないからである。治療を行う者が、判断しなければならないのである。——それが医師であろうと、看護師または救助隊であろうと。指針となるのは、主観的に理解され、単なる医学的・身体的利益に縮減されない患者の利益である。そのことは、やはり、法制度の名称にも正確に表現されるべきであろう。すなわち、推定的承諾という言葉ではなく、患者の利益にとっての適切な判断という言葉が用いられるべきであろう。

もちろん、以上のことは、推定的承諾の構想を言葉の上で言い換えただけのようにも見える。だがこれにより少なくとも、これまでとは異なる基本的理解が生まれ、推定的承諾の構想が精緻化される。なぜなら、これでもう概念的には、「承諾」というフィクションは消滅しているからである。これによって患者は、他人の決定にいわば翻弄されることはなくなり、患者の利益がさらに保

(94) *Munby* in : Grubb/Laing/McHale (Fn. 91), Rn. 10. 153.

(95) *Munby* in : Grubb/Laing/McHale (Fn. 91), Rn. 10. 153.

(96) *Munby* in : Grubb/Laing/McHale (Fn. 91), Rn. 10. 153 ff.

(97) Re MB [1977] 8 Med LR 217, 255 zitiert nach *Francis/Johnston* (Fn. 91), Rn. 3. 8.

障されることになる。結局、患者の利益が、全体的な判断プロセスを導き、決定するのである。しかし、すでに述べたように、そのことのみで、その判断が自己決定に基づくものになるわけではない。患者の利益にとっての適切な判断に代わる選択肢〔が存在するか〕は、すでにその事実上の前提条件——患者による自己決定に基づく判断は、上述の状況では全く不可能である——に照らして明らかではない。それゆえ、全体としてはっきりさせておくべきは、推定的承諾が問題となる状況では、患者の自己決定に基づく承諾は問題とならないということである。

IV. 結 語

推定的承諾の枠内における自己決定というものは、幻想である。患者が自ら判断を下すわけではなく、他人がその患者に関して判断を下している。これによって、一般に認められている医事法上の自律構想は失われてしまっている。そこで行われているのは、他者による決定である。他者による決定から完全に解放されることは、医事法の文脈では不可能である。——むしろ、他者による決定が必要な状況がある⁽⁹⁸⁾。他者による決定をそれ自体として認めること、また、他者による決定であることを「推定的承諾」という疑わしい用語によって覆い隠さないことが、誠実であり、必要であり、かつ適切である。

〔訳者あとがき〕

本稿は、ドイツのハレ・ヴィッテンベルク大学 (Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg) 法経学部のキム・フィリップ・リノー氏 (Kim Philip Linoh) の論文 „Die mutmaßliche Einwilligung im Medizinrecht : Gewohnheitsrechtlich anerkannte Illusion der Selbstbestimmung?“ (medstra Heft 4 /2017, 216 - 222) を、リノー氏および medstra 編集部のご了解を得て全訳したものである。リノー氏は、ハレ・ヴィッテンベルク大学のヘニング・ローゼナウ教授 (Prof. Dr. Henning Rosenau) の助手であり、ローゼナウ教授と同様、刑法・刑事訴訟法・医事法を専門としている。

ドイツでもわが国でも、「推定的承諾」という法形象の必要性は誰しもが認めるところである。近時では、終末期医療に関する日独の判例が、患者の意思

(98) *Kern NJW* 1994, 753, 758.

推定の重要性について言及するなど、これを検討する必要性は高い。にもかかわらず、推定的承諾そのものに焦点を当てた研究は、やや下火となってきているように見受けられる。推定的承諾がカバーする問題領域や事例群の広さ・多彩さに加え、刑法・民法等を含めた法分野横断的な分析が求められることが、研究の進捗を妨げる一因となっているように思われるのである。

そのようななかで、本稿は、推定的承諾の「総論的」検討にはあえて必要以上に踏み込まず、医療分野に特化した「各論的」検討に徹し、民法上の世話制度をも見据えながらこの問題に切り込んでいる。このような分析を通じて、リノー氏は、「推定的承諾の枠内における自己決定というものは、幻想である。」と結論づける。たしかに、その結論自体は、かなりラディカルなものに映るかもしれない。しかし、訳者の仲道・天田は、「推定的承諾」という言葉の背後にこれまで隠されてきた本質を暴き出そうとする点で、本稿は、立場の違いを超えて少なからぬ共感を得られる内容になっていると考える。このように本稿は、一貫した批判的視点のもと、「推定的承諾」という医事（刑）法の根本問題に果敢に取り組んだ論文であり、わが国にとっても裨益するところが大きいと考え、ここに訳出した次第である。

本稿の翻訳に際しては、天田がまず素訳を作成し、仲道がこれをチェックした上で、両者で訳語・内容面につき協議を重ねる形でこれを作成した。翻訳の責任は両者に帰属する。

なお、本文中の圏点は原文ではイタリック体であり、亀甲括弧（〔 〕）は読者の理解の助けとなるよう訳者が言葉を補った箇所である。（仲道・天田記）