

# 承諾無能力者，限定承諾能力者の 承諾の有効性シンポジウム報告

——承諾無能力者に対する説明と承諾——

Aufklärung und Einwilligung bei Nichteinwilligungsfähigkeit

ヘニング・ローゼナウ\*

監訳 只 木 誠\*\*

訳 菅 沼 真也子\*\*\*

## 目 次

訳者はしがき

- I. はじめに
- II. 承諾無能力
- III. 承諾が欠けている場合の代諾 (Ersatz)
- IV. 承諾無能力者に対する研究
- V. 結 論

## 訳者はしがき

本稿は、2009年4月11日、中央大学比較法研究所において、「承諾無能力者・限定的承諾能力者の承諾の有効性」と題して、ドイツ・ギーゼン大

---

\* アウグスブルク大学教授

Henning ROSENAU

Professor an der Universität Augsburg

\*\* 所員・中央大学法科大学院教授・法学部教授

\*\*\* 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

法学部教授ヴァルター・グロップ (Walter GROPP) 教授ならびにドイツ・アウグスブルク大学教授ヘニング・ローゼナウ (Henning ROSENAU) 教授を迎えて行われたミニ・シンポジウムにおけるローゼナウ教授の報告原稿(原題は、Aufklärung und Einwilligung bei Nichteinwilligungsfähigen)を訳出したものである。諸般の事情から公表が遅れたことにお詫び申し上げる次第である。

日本比較法研究所での講演は二度目となるローゼナウ教授の報告は、インフォームド・コンセントの限界を見据えつつ、人間の尊厳を基礎において、承諾無能力者の承諾の有効性を検討したものであり、本稿は、今後のわが国における議論に多に資する貴重な文献であると思われる。

なお、これと関連してローゼナウ教授による早稲田大学での講演「同意無能力者に対する研究」についての翻訳(甲斐克則・福山好典訳「同意無能力者に対する研究」比較法学43巻3号187頁以下)があり、本項の内容と一部重なる部分があるが、こちらも参考されたい。

## I. はじめに

「Volenti non fit injuria (承諾あれば害なし)」。承諾した者には、不法は生じない。医師と患者の関係を規律する基本的な原則は、この倫理のおよび法律的な根本原則の上に成り立っている。事前に十分な説明を受けた患者の承諾は、医師の治療の基礎であり、また同時に、限界でもある。

以上のことは、まず第一に、患者の視点において有効であるとされねばならない。患者は主体として尊重されねばならず、その基本法上保護された人格権は、患者の自己決定という点で、医師に対して具体化される。患者が、そして患者こそが第一に医師の行為を正当化するのである。身体の完全性への侵害のための医学的要件が示されなければならないということはあるにせよ——通例、もちろん常にではないが、例えば美容整形が示すように——患者の承諾は医的侵襲の許容範囲に関する必要条件であるに変わりはないのである。

しかしまた、医師の視点からしても、十分な説明の後の承諾、すなわちいわゆるインフォームド・コンセントは、医療行為を行うために基本的なものであり、職業法上のものであることに争いはない。明確にしておかなければならないのは、医師の行為が犯罪構成要件を満たすことは、往々にしてあるということである。必要不可欠な手術を行ったとしても、医師は、傷害罪の構成要件を実現している。もちろん、手術を行った医師は、通常は処罰されない。というのも、その行為は適法とみなされるために、可罰性が阻却されるからである。規範的な端緒は、患者の正当な承諾である。態度によって明らかに示されることもある医師の行為への承諾は、それが医的侵襲の範囲についての十分な説明に基づくものである場合に、医師の行為を正当化する。

われわれが医学における日常を眼前にする場合、即座に明らかとなることは、先に示した「被害者の承諾」という原則は、ひとつの原則に過ぎないということである。これをあまりにも厳格に解した場合、医師の治療を受けられないであろう、以下のような一連の患者のグループが生じることが考えられる。重大な事故の後で病院に運ばれてきた昏睡状態のオートバイ運転手は、救命治療を拒まれることになってしまう。オートバイ運転手は、説明を受けうる状態にも、承諾しうる状態にもないからである。7歳の児童からは扁桃腺を取り除くことができなくなってしまう、13歳の女子にピルを処方しうるかについても、少なくとも問題となりうるであろう。

インフォームド・コンセントに関して、上記の原則の適用によって不合理な結果が導かれるのは、承諾無能力者という大きなグループにおいてである。というのも、承諾無能力者は、医師の行為について正当化可能な承諾をなすことができないからである。もし承諾を言葉で表現することが可能であった場合でも、承諾は考慮されないのである。

## II. 承諾無能力

承諾能力は人の行為能力あるいは責任能力と混同されてはならない。ド

イツ法において、行為能力と責任能力は、法律と詳細な判例によって定義されている。代表的なものを挙げるならば、刑法上の責任能力は14歳から認められる。7歳までは民法上の行為無能力者であり、その後、未成年者にあつては限定(的)行為能力者であり、18歳で成人となる。未成年者は、通常彼が医師や病院との契約の一方当事者となつたり、あるいは、彼が治療費を負担をするということはないというように、単独では法律行為を行うことはできない。彼は、保護の対象なのである。

確立した判例の公式に従えば、承諾無能力とは、患者が医師の処置の内容や意味や効果を、たとえそれについて説明された後でも、理解できない場合をいう。換言すれば、自分の価値体系を基礎にして、費用対効果の分析を行うことができることを承諾能力ということになる。

このことは、医的侵襲にかかる個々の刑事事例でその都度問題となる。18歳で認められる民法の行為能力と同じような明確な基準は、刑法においては存在しない。本質的な基準は、この場合、侵襲の範囲である。明らかに簡単な処置である場合には、不明確な結果を伴う重大な侵害の場合に比べて、より早期に承諾能力が認められるべきである。逆に、一例を挙げれば、例えば去勢法では、明らかに成人になってからよりも遅く、25歳をもって承諾能力があるとされている。

むろん、成人という境界線は、承諾能力に関してひとつの大まかな準拠点とはなっている。成人であれば、基本的に、医師の治療について自分自身で決定することができる。全体を通じて決定的なのは、成人には分別、すなわち結論を見通して検討する能力が存するとされていることである。私が未成年であつて年齢について聞かれたら、経験値を基にして、承諾能力は通常の場合16歳で備えている、と述べるだろう。その経験値は、医学の一身専属的な領域、例えば、性に関する医術的措置においてはすでにより早くなるであろう。したがって、性的な成熟は通常比較的早期に訪れるので、ピルについては、13歳の女子であっても決定することができる。15歳の女子は、医師との相談の後、墮胎に関して自分自身で有効な承諾をすることができるであろう。

重要なのは、承諾能力の問題については、判断の無分別さは問題となりにえないということである。承諾能力は、患者があることを正しいとするかしないかの帰結とは関係しない、その前提問題なのである。このことは、BGHのいわゆる抜歯事例で問題となった。ある女性が医師のあらゆる助言に反して、頭痛を取り除くためにすべての（アマルガムの）充填された上顎歯を（アマルガムが引き起こす頭痛だと思って）抜くことを要求した。その女性は精神的にもまったく異常はなく、行為能力も有していた。それにもかかわらず、BGHは、承諾の客観的不合理性を根拠として、女性の承諾無能力を結論付けた。これは、決して受け入れられることではなく、後見裁判所に係属する事例では、この判例に従わない多くの反対論者を作り出すであろう。自由主義的共同社会では、他人や社会に害を与えない限り、伝統と慣例から逸脱した態度をとることや、自分の利益について自分で決定することが個人において可能でなければならないのである。

### III. 承諾が欠けている場合の代諾（Ersatz）

医師はなすべきことをなし、子どもや意識不明のオートバイ運転手を、その有効な承諾がなくても治療しなければならない、ということは当然である。しかしながら、法的には、そのような場合、医師は危険な状態に陥ることになる。というのも、「患者の健康こそ最高の目標」という言葉は、承諾との関係では、いまや医師の行為の正当化根拠ではないからである。

この問題の一つの答えは、1997年4月4日のヨーロッパ評議会の生物医学協定にある。それは、生命倫理と生命法（biorechtlichen）の問題についての、国家を超えた、もっとも重要な文書である。この文書は、1999年1月12日に発効したものである。そこでは、現代の生物医学の主要テーマ、すなわち、ヒトゲノムの診断やゲノムへの侵害、ならびに承諾無能力者の保護が扱われている。当時、47カ国のヨーロッパ諸国のうち34カ国がこの協定に調印した。もっともドイツはこの協定には署名していない。ここで定められた保護の基準はかなり低いものであると思われるからである。と

りわけ、この協定によれば、限定的に許容されるような、承諾能力のない人を対象とする研究やその者に関係する研究に関して、協定をめぐって争いが生じている。これについては、後述する。

生物医学協定は、承諾を示すことのできない者に対する代諾について取りうる選択肢を列挙しているが、しかしながら、その最も重要な位置に、医学的適応症の原則を置いている。6条1段は、承諾能力がない者には、その者に直接に利益を与えないようなあらゆる侵襲を禁止している。したがって、たとえば自分の子どもの健康に配慮する両親が、先の抜歯の事例の女性の場合における抜歯のような、そのような無意味な侵襲を望んだとしても、認められないであろう。

さらに6条2段は、本人の承諾の代わりに、法定代理人、あるいは法定の官庁または委員会の承諾を予定している。ドイツにおいては、後者は後見裁判所となる。

8条は、緊急状態の際の代諾の可能性を補足している。すなわち、ドイツでいう、いわゆる推定的承諾である。たしかに、この代諾は、副次的なものとして定められている。すなわち、家族とまったく接触できない場合にのみこれを予定しているのである。しかし、この場合、あらゆる必要な侵襲が行われうるので、8条によれば、前述のオートバイ運転手も治療されうるのであろう。結局、医師はなそうと思うところをなすことができることになる。

ここでは個々の事例について立ち入ることはできないが、特筆すべき問題に短く言及する。

#### IV. 承諾無能力者に対する研究

特に微妙なのは、そのような研究については当然に承諾を与えることができないであろう承諾無能力者を対象とする、あるいはその者に関する医学的研究を許容すべきか否かである。

争いがないのは、承諾無能力の患者も医学的研究の対象とする必要があ

る、ということである。というのも、仮に、たとえば承諾無能力者が事故の被害者であった場合や、あるいは認知症患者である場合に、標準的な治療がなく、大いに期待のもてる新たな治療法を用いることができないとしたら、このような患者は、極めて不利な立場におかれるからである。それゆえ、その治療法が被験者自身の治療に役立つ場合、承諾無能力者への研究は一般的に許容されるとみなされる。これは、治療上の実験と呼ばれる。肯定的な「利益-危険-考慮」がある場合、推定的承諾があったとみなされうる。

争いがあるのは、承諾無能力者に対する治療に属さない研究も許容されるか、という点である。2001年4月4日の欧州共同体指令と、ドイツのAMG（薬事法）41条、そして生物医学協定17条2項は、「グループにとって利益ある研究」は、その研究が最小の危険と最小の負荷で行われる限りでのみ、これを許容しようとした。グループとしての利益があるというのは、同一の状況下にある他の承諾無能力者への利益はあるが、被験者自身にはその利益が生じないという意味である。しばしばこの種の試みにあつては、人間の尊厳違反と捉えられる。すなわち、承諾無能力者は、第三者の利益のためにその道具にされた、そして、学問へ奉仕させられた、という見解である。もっとも、以上のことは、承諾無能力者は実験の負担を自ら引き受けるであろう、ということ的前提にしない議論である。

しかしながらこのような議論は、わずかな侵害の場合に、仮に承諾無能力者が必要な能力を有していたならば、それが自らの健康に役立つ場合でなくとも、そうするであろうということが認められなければならない、ということを見誤っている。というのも、基本法（GG）の人間像は、共同体と結びついた次のような存在である。すなわち、人の固有の価値を、自らを共同体（社会）に結びつけつつ、共生の中に見いだす、そういう存在である。人は、単独では人間らしい生活を送ることはできない。それゆえに、承諾無能力者の人間の尊厳は、批判に反して、その共同体との結びつきの中にあるのであり、そのことはまさに、すべての承諾能力者と同様に共同体に等しく参加する可能性を承諾無能力者にも認めることによってな

されるのである。ある人が、自分と同じ病気に罹患している人に、同様の運命にあるとして共感し、もしその者に仮に判断能力があれば、単にわずかな危険とわずかな負担が生じるに過ぎない場合には、グループにとって利益となる研究に参加するであろうということを前提とすると、生物医学協定の承認は当然である。未成年者に関して、立法者は基本法上の見解を実践し、41条2項2号aおよびbにおいて規定した。まさに生物医学協定のそのような規定が、ドイツにおいて激しい論争を引き起こし、それによって結局、ドイツはほとんどのヨーロッパ諸国と異なりこの協定に署名しない結果となったということは、驚くべきことである。

## V. 結 論

はじめに、われわれは医事法という蒼穹に輝く星のようなインフォームド・コンセントの観念を描写した。しかしながら、即座に証明されたのは、その星が見えるほどには光り輝くことはないということであった。承諾無能力者の事例ではしばしば、われわれは、まさに本人の有効な承諾を得ていないことが分かった。法定代理人の承諾は、単に弱い代諾に過ぎないものである。すなわち、たしかに、両親はその決定を病気の子どもの健康のためになすはずである。しかしながら、その承諾はその両親自身の判断であって、子ども本人の判断ではない。推定的承諾についても、それほど異なるところはない。患者の意思を究明するためにあらゆることがなされたとしても、患者ではなく、せいぜい第三者が医学的侵害の許容性について判断しているに過ぎない。

客観的に健康であることを指向するならば、そこでは、まさに明らかに、個々人の自分自身の価値体系はそれほど重要ではなく、差し控えられている抽象的一般的な表象こそが重要であることになるのである。

総じていえば、医事法の中心的テーマとしての承諾を、むしろ冷静に観察すべきときであろう。



承諾無能力者，限定的承諾能力者の承諾の有効性に関する…

\*本研究は，日本学術振興会の科学研究費（19530058及び22530070）の助成を得たものである。

## 承諾無能力者，限定的承諾能力者の承諾の有効性に関するシンポジウムの質疑応答

Die Zusammenfassung des Symposiums

監訳 只 木 誠\*  
訳 水 落 伸 介\*\*

承諾無能力者や十分に承諾能力を有しない者，あるいは未成年者の承諾の有効性について，以下のような質疑応答があった。

〔質問〕：非治療的な研究の場合には，患者本人にも何らかの効果があるものでなければならないのか。

〔Rosenau(R)〕：プラスの効果を有するのであれば，憲法上の問題は生じないであろう。というのも，プラスの効果を有し，かつ，危険性がそれほど重大でないのであれば，その研究は，通常，当該認知症患者たち，子どもたち，あるいは意識不明者の推定的意思に合致するといえるように思われるからである。しかし，実際には，直接的な利益が期待され得ない事例が多く存在するのであって，むしろそれが一般的なのではないだろうか。それでは，そもそもなぜそのような事例が存在するのかということになるが，実は，そのような事例は，子どもたちや認知症患者に対する臨床において，例えば薬品の実用化に際して「子どもたちは薬品に耐え得るのか」

---

\* 所員・中央大学法科大学院教授・法学部教授

\*\* 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

という臨床研究において、必要なのである。次世代の子どもたちがその本来の利益を享受でき、したがって、その効果は、次世代の子どもが享受することになるのだが、今日の子どもたちは、この臨床研究自体からはまだ利益を得ることがない、そういう事例が少なくないわけである。

〔質問〕：日本では、人体実験をするときは、最初に健康な人間に対して実験を行い、それで問題がないとされたところで初めて、当該病気に罹患している患者に治療ができるというように薬事法で定められている。それはなぜかという、例えば、ある薬品を初めから病気を持っている人に投与すると、その人は身体が弱っているので、リスクが大きくなるためである。子どもに特有な病気について実験する場合は、まず健康な子どもに対してそれを投与する必要があるはずなのではないか。

〔R〕：それは、ドイツにおいても同様である。

〔質問〕：治療における承諾の問題についてであるが、承諾というのは自己決定権であるため、自己決定権は、一方では（本人の）客観的な利益と対立し、客観的には治療すべきであるが本人がそれを拒否するということがあり、他方では社会における連帯（Solidarität）と対立することがあり、その意味で自己決定権は、両者による制限が問題となってくるように思われるが、どうだろうか。

〔R〕：判例においては、緊急性というものが、自己決定権に対する確かな防護壁として、現在でも認められている。しかし、私が講演の中で紹介した抜歯事例は、もしかすると悪しき失敗例であったかもしれない。患者の自己決定権は、通常では非常に高く尊重されるので、当該判例の事例では、彼女の判断に合理性がなくとも、尊重されるべきであっただろう。したがって、先の判例は、必ずしも自己決定権の体系に合致しない判例であったかもしれない。

他方、了承（Zustimmung）を得ることなく行われる、承諾無能力者に対する研究に関していえば、それは、いうまでもなく自己決定権を制限するものであって、また、医的侵襲であることは明白であるが、しかし否定もされ得ないものなのである。もっとも、当然ではあるが、それは極めて

例外的な事例に限定されなければならない。すなわち、最小限の危険しか存在せず、その侵襲が取るに足りないものであるために、それは傷害とすらいえないであろうという事例に限定されるのである。したがって、採血の際、わずかに多くの血液が抜かれようとも、それを是認しても、「堤防の決壊」によってナチズムにおけるのと同様の人体実験に陥る恐れがあるといわれるほど、自己決定権に対する危険は深刻ではないのである。したがって、これを是認する立場に対する批判は、むしろ少々過剰な誇張ではなかろうか。

[Gropp(G)]：抜歯事例についてであるが、この事例では、もちろん、明らかに女性の自己決定権が看過されている。そして、その抜歯事例について比較されるのは、BGHSt Bd. 11 S.111の、いわゆる筋腫事例であろう。その事例で、子宮の腫瘍を患っていた女性は、たしかに手術をしてもらいたいけれども、いかなることがあっても、絶対に子宮を切除しないでほしいと訴えていた。それにもかかわらず、その後の手術において、彼女の子宮は切除されてしまった。その後、執刀医が手術に際して子宮を切除したことは合理的であったと弁明したのだが、BGHは、合理性があるか否かが重要なのではなく、患者の意思こそが重要であると説示した。この筋腫事例は、いうならば、われわれが論じている患者の自己決定権と結びつく事例なのである。しかし、抜歯事例との相違はどこにあるのだろうか。抜歯事例においては、その女性の希望はわれわれには理解できないことだとしても、その患者は、その医師にそれを「してもらいたい」と求めたのである。これに対して、筋腫事例においては、その患者は、「してほしくない」と、すなわち、「私が死亡するような危険があっても、私のことは放っておいてほしい」といったのである。自己決定権としての患者の拒否権は、私が見る限り、誰も抗えないものなのである。ある者が死ぬかもしれないという危険があったとしても、その者の治療は行い得ないであろう。患者の尋常でない希望においては、自己決定権が否定されることはあっても、抜歯事例の結論は、必ずしも賛同され得るものではないように、私には思われる。

〔質問〕：エホバの証人の事例はどのように取り扱われるのだろうか。

〔R〕：人は通常、理屈とは別に実際的な行動をとることがある。彼らは、しばしば輸血に承諾しないことがあるので、医師は彼らにあらかじめ、彼らのおかれた状況を説明するのである。そうすると、信者の中には、「私たちは、輸血については承諾できないが、今はこの問題を保留にしておきたい」という者がいる。このような場合、手術の際に医師は、患者の推定的承諾について判断し、どのように治療されるべきであろうかという客観的見地から出発し、輸血を実行するのである。このように、エホバの証人でもこのような信者については、なお輸血を行うことができるわけである。とはいえ、そうでない信者も多い。しかし、これらの事例とは異なり、輸血が青少年あるいは子どもたちにとって必要である場合には、後見裁判所において、このような状況を理由として、親の監護権を取り上げ、判断を引き継ぐ世話人を立てることになる。それが代諾となるであろう。

〔質問〕：日本では以下の事例が有名である。医師は緊急時には輸血を行うが、基本的には輸血しない方針で治療を行っていた。患者は何があっても輸血を行わないでほしいという意思を事前に伝えていたにもかかわらず、手術中、医師はやむを得ず輸血を行ったという事件である。最高裁は、医師が患者の人格権を害した、つまり手術に関する選択権を侵害したという理由で民事上これを違法とした。日本においてできえ違法としたのであるから、ドイツにおいて患者の承諾を得ずに輸血を行ったら傷害罪に問われないとは到底信じられないことである。ドイツの刑事判例は、ライヒ裁判所の判断以来、その治療を行えば生命が救えるがその治療をしなければ生命が失われるという場合でも、患者の意思に反して治療を行ったならば傷害罪が成立するという立場を採っているわけだから、その立場によれば、輸血をしなければ死んでしまうという場合でも、エホバの証人の信者の意思に反して治療をすれば傷害罪で違法になるという結論になるのではないだろうか。

〔R〕：それは完全にその通りである。今日でもなお判例においては、当時ライヒ裁判所がその基礎を置いていた身体傷害原理が問題であって、それ

によれば、いかなる医的（健康）侵襲も傷害にあたり、したがってその正当化には、承諾論が必要となる。積極的に拒否されて承諾が存在しない場合や、あるいは、万が一の場合には輸血が不可欠となるということを患者に正確に説明していない場合には、その承諾は無効となり、違法性は阻却されない。そのことは、医学的適応性（lege-artis）を伴った治療がなされて傷害罪の違法性が阻却される場合に、ここではもはや身体の完全性が保護されているのではなく、別の保護法益である自己決定権が保護されている、ということについての論拠となっているわけである。医師は、典型的なエホバの証人の患者に対しては、「ある条件のもとで輸血をするかしないか」といういずれかを明らかにしなくてはならなかったであろう。それが、適切な解決策であるように思われる。

[G]：出発点となる状況は、医的侵襲は判例によれば構成要件的に傷害を意味し、その不処罰を導くためには、正当化事由を必要とする、という点にある。それゆえ、承諾能力ある患者の決定がたとえ分別のないものであったとしても、彼ら意思に反する治療は許容され得ない。患者の意思が優先され、患者が承諾している場合には、その医師の行為は正当化されることになる。したがって、その患者は重大な権利を手中にしていることになるから、当然、患者は、説明を要求することができなければならないであろう。説明がなければ承諾し得ないからである。

フランクフルトの近くで数週間前、1人の妊婦が出産のために入院したという事例があった。彼女は出血していたが、輸血は不要であるといった。その意思にしたがって、その医師たちは何もせず、その結果、子どもは無事生まれたが、女性は死亡してしまった。しかし、その医師たちには無罪が言い渡された。彼らには、助ける方策はなかったからである。その患者が未成年者であれば、それは許されないであろう。しかし、患者は成人女性だったので、医師らは女性の自己決定権を無視することは許されなかったわけである。その判決は、極めて注目されるものであった。

学説においては、承諾能力を限界づけ得るであろう多くのモデルが存在している。「積極的限定モデル」が主張するのは、当該事例が特に重大であっ

たり、特に緊急であったりして、それで重大な侵害が発生する危険がある場合には、承諾能力が存在するということである。あるいは、避妊ないし不妊手術、去勢、断種という事例に関して承諾能力の存否を決しようとする、いわゆる「部分的成人アプローチ」がある。あるいは、医的適応症ないしは、15歳、16歳、18歳など年齢制限を基準として取り上げるものもある。

次に、承諾能力あるいは承諾無能力を消極的に限界づけることを試みる「消極的限定モデル」がある。1つ例を挙げると、生物学的要素、例えば刑事未成年者、精神の障害、精神病などに基づき弁識能力が欠けていることを理由とする承諾無能力である(Amelung)。しかし、このモデルはそれほどわれわれの関心をひくものではないように思われる。実際に重要なのは、以下の点ではないだろうか。すなわち、承諾無能力者の関与について、モデルがないこと、その結果、承諾無能力者についての「法的保護がない」ことである。承諾能力者を承諾無能力者から区別するモデルはあるのだが、承諾無能力者がある決定に「関与」させることについての考察は、ほとんど存在していない。したがって、これらの者は、根本においては法的保護を受けていないことになる。というのも、第三者が彼らのために決定しているからである。この点、Rosenau氏がいう通りなのである。

いかに打開案を探るべきであろうか。まず、現行法上、代諾による解決策がある。しかし、代諾においても、第三者がこれらの患者の健康について決定しているのであるから、このような代諾は、やはり自己決定ではないであろう。

承諾無能力者に両親と共同して決定させる方法が主張され得るかもしれない。この解決策は、耳触りはよいのだが、しかし、実務においてはほとんど実現され得ないであろう。というのも、子どもが承諾しない場合には、どうするのだろうか。その場合、両親は何もなすことができないのであろうか。そのようなことはあり得ないはずである。それゆえに、このモデルも結局のところほとんど実際的ではなかろう。

非常に魅力的な新しい可能性がある。つまり、承諾無能力者のいわゆる

「拒否権 (Vetorecht)」である。それについては、例えば友人である Taupitz および Amelung の研究がある。この解決策も実に聞こえはいいのだが、しかし、私見によれば、いざという場合に機能しなくなるのではないかと思われる。例えば、私はかつて、非軍事役務の間に、病院で手術援助者として働いたことがあるが、そこでは、多くの子どもたちの扁桃腺が切除された。子どもたちは手術台の上へ寝かせられて麻酔をかけられるのだが、ときには嫌がるのを無理やり拘束しなければならなかった。もしその子どもたちが真剣に「拒否権」を行使したならば、切除ができなくなってしまう。このような無制限な拒否権を、私は実際的とは思えない。

では、どうすればよいのだろうか。その可能性は多くはないように思われる。ただ、承諾無能力者も、自己決定権を有し、人間の尊厳をも享有している人であるということから出発しなくてはならないであろう。したがって、承諾無能力者も何らかの方法で「関与」することが必要なのである。まず、承諾無能力者は少なくとも、必要事項について、分かりやすい言葉でもって説明してくれるよう要求する権利を有しているというべきであろう。この説明要求は、承諾権限 (Einwilligungsbefugnis) とは無関係である。すなわち、承諾権限を有しない者も、必要事項につき説明してもらうよう要求する権利を有しているのである。そのことは、今日すでに、被收容者の強制治療、あるいは臨床試験 (人体実験) の領域では承認されている。承諾無能力者も、言論の自由 (Meinungsfreiheit) および表現の自由 (Äusserungsfreiheit) を基礎とした権利を有しているし、そのことは、子どもの権利条約においてもすでに部分的に明記されているのである。

このように承諾無能力者は共同決定権 (Mitspracherecht) を有していることが承認されるならば、次の問題は、医的侵襲におけるこの関与権をいかに考慮するかということ、より正確には、この関与権を医的侵襲のための要件へいかに組み込むかということであろう。

例えば Taupitz 氏は、承諾無能力者の関与を、いわゆる同意 (Billigung) のための要件としている。この同意は、他方で承諾のための要件でもある。なお、この「関与」という着想は、Jochen Taupitz 氏および Sonja Rothärmel

氏の着想なのである。

結論としては、医師は承諾無能力者に対して、できるだけ分かりやすく、分かりやすい言葉で、説明しなくてはならないということである。同時に、監護権者にも説明しなくてはならないであろう。

以上のことは、扁桃腺切除事例では、以下のことを意味している。両親は説明を受け、その上で承諾する(インフォームド・コンセント)ことが必要であり、子どもたちには、何がなされるかを教える必要はない。それにもかかわらず、その子どもたちが自らの状況を理解していない場合に初めて、子どもたちを拘束することができるのである。

[質問]: Gropp 氏の見解は、子どもであっても分かりやすい言葉で説明を受ける権利があって、それこそが子どもの自己決定をする機会を保障するものであるとしている。しかし、子どもの現実の承諾は要求していないように見受けられる。もちろん親などの承諾は必要であろうが。そういう意味で、子どもの承諾自体は治療行為の正当化要件ではないということになる。自己決定をする説明を受けて、自己決定をするチャンスをもろう権利という構成になっているように思われる。そうすると、先ほどの Rosenau 氏の話の中に出てきた、治療に役立たない子どもの臨床試験の場合に同じモデルが使えるのであろうか。親は承諾し、子どもに説明したが、子どもは嫌だといったという場合に、親が承諾していることを根拠として、子どもに対する新薬の実験が許されると考えるのだろうか。

[R]: 私はこの場合にはそのモデルは有効ではないと考える。この場合には子どもの承諾も必要であろう。Gropp 氏のお考えはどうだろうか。

[G]: その問題は、これまでのとは区別されるべき別の問題であるように思われる。子どもに情報開示請求(Informationsanspruch)の権利をどこで与え、関与をどこに認めるべきかについては熟慮しなくてはならないが、けれども、その決定は両親に委ねられているのである。私見によれば、その子どもにおいてはその侵襲から何らの利益も期待できない臨床試験にあっては、両親にその決定権を付与することは正当ではないと考える。そのほかにも事例がある。例えば、妊娠中絶の事例もそうである。



[R]: 只木氏がまさに質問されたところであるが、法律ではないものの、ヘルシンキ・東京宣言においては、被験者や未成年者の異議は尊重されるべきである、とされている。

[G]: おそらく、承諾無能力者の情報開示請求権は、侵襲のための必要条件ではあるが十分条件ではない、ということではなかろうか。説明と理解は必要であるが、第三者がいわば優先権 (Vorrecht) を有しているであろう事例は、明確に区別する必要がある。1つの事例群は妊娠中絶ではないだろうか。ある14歳の妊婦は「でも、妊娠中絶はしたくない。私、子どもが欲しいの!」と主張したとしよう。この場合、両親は、強制墮胎をさせるような何らの権利をも有してはいない。それはできないであろう。

[R]: 私は、あなたの解決策について質問したい。あなたが、情報開示請求権は侵襲のための必要条件であるというのであれば、この説明が行われないときに、医的侵襲は処罰されることになるのだろうか。必要不可欠の治療でも子どもが「ノー」といえば、医師は、やはり処罰されると考えるのだろうか。その医師を処罰する場合、いかなる法益をわれわれはなおも保護しているのだろうか。自己決定は、法益とはなり得ない。というのも、子どもは自己決定ができないのだから。それとも、Taupitz氏は、ここでは可罰的とはならないと考えているのか。

[G]: 私がTaupitz氏とRothärmel氏の主張を正しく理解しているとすれば、この関与権を有効な承諾のための要件と見なす場合には、医師の行為は可罰的となるであろう。「私は未成年者、つまり承諾無能力者の意見を聴取せず、両親と話し、それから侵襲する」という医師は、実際にも可罰的となる。その場合、何を保護しているかというRosenau氏の質問に答えるならば、構成要件および違法性阻却の解決策 (die Tatbestandsrechtfertigungsloesung) における自己決定権の保護は、医的侵襲においては必ずしも無縁ではなかろう。私は、そのような結論に共感を抱いているのである。そうすると、子どもの人格権が保護されていることになるのではないだろうか。

[質問]: Taupitz氏とRothärmel氏の意見に基づけば、子どもが説明を受

けないまま治療された場合、傷害罪になるのだろうか。

[G]: われわれがもし専断的治療行為という構成要件を有しているとすれば別だが、現行法上そのような構成要件は存在しない。われわれがそれを有しない限り、私は承諾無能力者を承諾能力者として等しく扱い、すべての人を傷害罪の構成要件によって等しく保護するであろう。それ以上の解決策はないように思われる。

[質問]: 未成年の患者が、治療しなければ死んでしまうが治療を拒否する、しかしその両親が治療を望む場合、ドイツでは実際にどれくらいの年齢から患者自身の意思を尊重してよいとされているのか。

[G]: これについては注意が必要であろう。どれくらいの年齢からと質問されると、例えばその回答は16歳以上ということになるのではないだろうか。11歳、12歳であれば、承諾無能力な未成年者とせざるを得ないであろう。精神に障害のある者であれば、承諾無能力者である。したがって、彼が、何らかの理由から、「私はむしろ死にたい」といったとしても、彼を死なせるべきではないように思われる。

[質問]: そういう子どもの場合、説明を受ける権利はあるものの、実際には嫌がっていても治療をすることになるわけだが、その場合、子どもの権利というのは自己決定権なのだろうか、それとは別な子どもに特有の権利と見なすべきなのだろうか。

[G]: 自己決定権は、もちろん承諾の有効性要件の1つではあるけれど、自己決定権という用語を用いることは、この領域では避けられがちであるように思われる。ここでは、むしろ人格権が主張されている。それによって、承諾無能力者や子どもにも人間の尊厳があり、彼らも人格権を有し、それゆえ共同して決定し、そして子どもの水準で説明を受ける権利があることになるわけである。

この人格権は、ドイツ連邦憲法裁判所によって発展させられた憲法上の権利であって、すべての人は人間の尊厳を有しており、それゆえにその人が存在することに基づく権利とされている。人格権については、種々の理解がされているが、たとえ彼が精神に障害を持っていたとしても、あるい

承諾無能力者、限定的承諾能力者の承諾の有効性に関する…

は、さらには承諾無能力であっても、その者には人格権が認められている。それはいわば、承諾無能力者をもその承諾過程に参加させるべきであることを基礎づける論拠なのである。

人格権は、ドイツ連邦憲法裁判所が、情報の自己決定権は存在する旨の判断を示したことの根拠でもある。あらゆる人間は、自分に関して知りたくないことについては知らないでいること、あるいは自らについて知られていることを知ること、をその出発点とするとされている。この人間の尊厳、およびそこから導かれる人格権は、ここで参加権 (Teilhaberechte) を基礎づけるための、あるいは、国家は個人に関するすべてを知ってはならないことを基礎づけるための、論拠のためのトポス (Argumentationstopos) なのである。

[R]: 承諾無能力者らと子どもたちとの間の区別はあるのか。

[G]: 承諾能力者においては、その承諾が正当化に影響を与える。承諾無能力者においては、監護権者の承諾は、その決定プロセスに承諾無能力者が参加することで正当化に影響を与えることになる。

最後に、司会 (只木) によって、本シンポジウムでは、承諾無能力者や子どもの承諾の有効性について、若干の日本の現状を紹介しつつ、ドイツにおける議論を紹介し、意見交換を行った旨、纏められた。また、両国においては、実務においてどのような相違が実際に存するのかは今後の検討を待たなければならないが、日本と異なり、ドイツにおいてはこの問題について種々の法規制が存在し、十分な議論があることが確認された。

\* 本研究は、日本学術振興会の科学研究費 (19530058及び22530070) の助成を得たものである。

