

医療と福祉における代行決定の法的位置づけ

横藤田 誠*

要旨：医療・福祉において自己決定権は重要であるが、同時に代行決定の要請をも考慮に入れなければならない。代行決定ルールの構成要素には、①代行決定がいつ求められるのか、②判断能力の有無の判定を、いつ、誰が、どのように行なうのか、③誰が代行決定者となるのか、④代行決定者の権限の範囲はどこまでか、⑤代行決定は何を基準に行なわれるのか、といった諸点が含まれ、これらの論点の背後に、自己決定権とその対抗原理（生命・健康の保持）との相剋という問題が潜んでいる。このような視点から日本の現行法制を概観すると、福祉や一般医療で代行決定ルールが過少であるのに対して、精神医療では過剰であるという事実が浮かびあがる。本稿では、日本と比較するためにドイツおよびアメリカ合衆国の法制を検討したうえで、自己決定権に適合的な代行決定ルールのあり方を探った。

季刊 精神科診断学 10; 7-22, 1999

Key words: *right of self-determination, informed consent, surrogate decisionmaking, substituted judgement, best interest*

1. はじめに

近年、医療の領域でも福祉の領域でも「自己決定権」という概念が浸透しつつある。自己決定権とは、自分にのみ関わる個人的な事柄についてみずから選択・決定する自由のことをいう。自己決定権に関わるテーマが法律問題として鮮明に浮かび上がってきたのは最近のことに属するが（山田, 1987）、近年ではもはや無視することのできない法概念となっているのである。

医療において、自己決定権の重視を本質とするインフォームド・コンセントの原則が市民権を得ていることは、1997年12月の改正医療法第1条の4第2項に、「医師、歯科医師、薬剤師、看護婦

その他の医療の担い手は、医療を提供するに当たり、適切な説明を行ない、医療を受ける者の理解を得よう努めなければならない。」と、努力義務としてとはいえこの原則が明示的に規定されたことに象徴的にあらわれている。一方、福祉の世界でも、法律にその旨が明確に規定されているわけではないものの、社会福祉の基本理念に「自己決定権の尊重」を掲げる文献は枚挙に暇がない。

これまであまりにも軽視されてきた自己決定の理念が重視されなければならないのはいうまでもないけれども、一方で、自己決定を強調するだけですべての問題が解決するわけではないことにも注意が必要である。医療・福祉の利用者のなかには、本人が自己決定を行なうことができない人々も無視できない割合で存在するし、また、できたとしても本人の自己決定に全面的にゆだねることが適当でないケースもあるかもしれない。このような場合には、本人以外の誰かが本人に代わって本人のために選択・決定すること（「代行決定」）を視野に入れなければならない。自己決定の要請とともにこの代行決定の要請をも考慮に入れな

Surrogate decisionmaking in health care and welfare services: a legal perspective.

*広島国際大学医療福祉学部

(〒724-0695 広島県賀茂郡黒瀬町学園台 555-36)

Makoto Yokofujita: Faculty of Health and Welfare, Hiroshima International University, 555-36, Gakuendai, Kurose-cho, Kamo-gun, Hiroshima 724-0695 Japan

ればならないのが、他の領域にも増して医療・福祉の特質であるということができよう。

本稿は、医療・福祉における代行決定の諸相とその法的意義を明らかにすることによって、精神医療における代行決定のあり方を考える基礎としようとするものである。「代行決定 surrogate decisionmaking」という語は必ずしも熟していないけれども、これに代わりうる「代諾 substituted consent」や「代行判断 substituted judgement」にも難点があるため、本稿では、本人以外の者（機関）が本人に関わる決定に関与するという意味で「代行決定」の語を用いることとする。なお、本稿では未成年者に関する代行決定は対象としない。

2. 医療・福祉における代行決定の諸相

1. 医療における代行決定

医療・福祉領域において代行決定は法的にどのように扱われているのだろうか。まず、医療についてみていこう。

患者が何らかの理由によって医療に対する判断ができない場合の対処として、現行法の明文規定で援用できそうなものに、後見人の療養看護義務（民法858条）がある。しかし、この義務は「心神喪失ノ常況ニ在ル者」（民法7条）についてなされる禁治産宣告を前提とするもので、本人の法律行為能力をほぼ全面的に剝奪するものであること、相当の費用・時間を要すること、戸籍に記載されることなどから、あまり有用性があるとはいえない。また、この義務の対象からは、準禁治産者（心神耗弱者等）その他の代行決定の必要性を考慮する余地のある人々の多くが除外されている。そもそも、判断能力が不十分な成人を保護する民法の現行後見（禁治産・準禁治産）制度は、契約締結や費用の支払い等の財産管理に関する事項の規律を主な内容としており、医療、住居の確保、施設の入所、介護の確保等の身上監護の側面には、前述の療養看護義務を例外として注意が払われていないのである（詳細は五十嵐論文参照）。

このような法状況のもとで、しかし、本人以外の者の判断で医療が行なわれることは稀ではない。判例・学説上次第に認められてきたインフォーム

ド・コンセントの原則は、医療提供にあたって医師が患者に十分な説明を行ない、同意を得ることを要求しているが、同意または説明が不要なケースとして、アメリカの判例の影響を受けて、患者が未成年者である場合、緊急状態、説明が患者に有害な結果をもたらす場合（「治療上の特権」）などとともに、患者が精神障害などにより判断能力を欠く場合があげられている（丸山、1997；新見、1984）。患者が判断無能力の場合には、患者以外の誰かによる同意が必要であるとされており、実際に同意権を行使しているのは、ほとんどの場合家族である。

このように、実際上の必要性に迫られて、医療における代行決定ルールが一応成立しているように思われる。しかし、それは明確な内容をもっているとはいいがたく、次のような未解決の論点を残している。

①どのような場合に代行決定が求められるのだろうか[代行決定の契機]。患者に判断能力がない場合と答えることは容易であるが、判断無能力であることが論理必然的に、第三者が登場して決定するという結論につながるわけではない。本人の態度などから意思を推定する試みをしたり、医師の専門的判断で最良の処置をするということも考えられないではないのである。

②判断能力の有無の判定を、いつ、誰が、どのように行なうのであろうか[判断能力の判定]。能力の基準を明示した判例は見つからないし（飯塚、1993）、もちろん立法も存在しない。判断能力を判定するのは誰か、という点についても、法は沈黙している。

③患者が判断無能力とされたとき、誰が代行決定をすべきであらうか[代行決定者]。現実には家族がその役割を担っているが、家族のなかで誰が代行決定権を行使すべきであらうか。また、家族以外の、たとえば裁判所や第三者機関などの関与は考えられないであらうか。

④代行決定者の権限の範囲をどう考えるべきだろうか[代行決定の範囲]。あらゆる医療行為について代行決定が許されるであらうか。

⑤代行決定は何を基準にして行なうべきだろうか[代行決定の基準]。患者本人の主観的な価値体

系を前提とし、文字どおり本人になりかわって判断するのか(代行判断テスト),あるいは、より客観的に本人の「最善の利益」を追求してなされるのか(最善の利益テスト),あるいは両者の併用か。この点は、③誰が代行決定者となるべきか,という問題に深く関わる。前者であれば、長年本人と生活をともにし、その価値観をよく知りうる立場にある家族の代行決定を求めるのは理由があるが、客観的な本人の利益を問題にするのであれば、必ずしも家族が判断する必然性はなくなる。

⑥代行決定ルールは、自己決定権の保障と整合性を保っているのだろうか。①～⑤の論点いずれもが、背後に自己決定権とその対抗原理(生命・健康の保持)との相剋という問題を抱えているのである。

医療における代行決定の法理は、以上のように明確性を欠いている。これに対して、精神医療の場合には、法はたちまち雄弁になる。精神保健および精神障害者福祉に関する法律(以下、精神保健福祉法)は、医療に関する代行決定その他の役割を果たす者として「保護者」の制度を設けている。すなわち、「保護者は、精神障害者に治療を受けさせるとともに、精神障害者が自身を傷つけ又は他人に害を及ぼさないように監督し、かつ、精神障害者の財産上の利益を保護しなければならない」(22条1項)と規定し、保護者として、後见人・配偶者・親権者・扶養義務者・市区町村長をあげているのである(20条2項,21条)。現行の保護者制度にさまざまな問題点があることは、伊藤論文で明らかにされているが、本稿の視点にとって最も重要なのは、「精神分裂病、中毒性精神病、知的障害、精神病質その他の精神疾患を有する者」(精神保健福祉法5条)という広い定義を与えられた精神障害者については、非常に幅広い代行決定権が保護者にゆだねられていることである。この保護者はまた、「精神障害者であり、かつ、医療および保護のため入院の必要がある」者の入院(医療保護入院)について、本人に代わって同意する権限をも与えられている(精神保健福祉法33条1項)。このような保護義務の根拠は、精神障害者が「病識を欠き主体的に医療の利益を選択する能力を欠く」(大谷,1996)点に求められているが、保

護者が選任される精神障害者、または医療保護入院の対象となる精神障害者の判断能力の有無は、少なくとも法文上は問われていないのである。

精神医療における現行の代行決定ルールは、前述の未解決の論点①～⑤のいくつかについて、一定の解答を示したものであるが、それが自己決定権の観点から正当化されるか(⑥)については大いに疑問の余地があるのである。

2. 福祉における代行決定

医療については、以上のようにそれなりの議論がなされてきたが、福祉に関しては、これまで代行決定について疑問がもたれることすら稀であった。たとえば、高齢者の特別養護老人ホームへの入所手続は、希望する施設名をあげて入所を申請することによって始まり、調査・判定等を経て入所決定に至る(本田,1995)。つまり、一見すれば利用者の自己決定を基盤に運用されているかに見えるけれども、法律上は市町村長の「措置」という行政処分によって決定し得るものとされている(老人福祉法11条)。この入所措置が入所を求める者の請求に基づいて行なわれるのか(申請主義)、それとも措置権者(この場合市町村長)の職権により行なわれるのか(職権主義)について、行政解釈では後者とされているため、入所を求める申請は(法律上の効力をもつものではなく)事実上のものにすぎない(田村,1995)。したがって、申請者の施設選択に従う義務は行政側にならない。また、行政解釈によれば、措置を受ける高齢者にとって、入所は「権利」とはいえず。行政措置に伴う「反射的利益」にすぎない(厚生省社会局老人福祉課,1984)。このような法制度のもとでは、本人が真に入所の意思をもっているのか、入所の申請者がしばしば(本人ではなく)家族であることは問題ではないのか、といった点が問われることすらほとんどなかったのである(河野,1997)。

このような法状況は、しかし、「被保険者の選択」(2条3項)を重視する介護保険法(2000年4月1日施行)によって、重大な変容をこうむることになるかもしれない(河野,1997)。同法が利用者の自己決定権を十分に保障する規定内容になってい

るか、疑問点も指摘されているものの(阿部, 1997), 福祉サービスの利用(たとえば老人ホームへの入所)を措置ではなく契約とし, 介護給付限度額の範囲内で利用者がサービスを選択することを基盤とするこの法律の施行により, たとえば痴呆性高齢者が入所に関する意思表示をできないときに誰が代行決定するのかという問題が, たちまち顕在化することになるのである。

もっとも, 従来から, 特別養護老人ホーム等の「措置施設」と並んで, 軽費老人ホーム(老人福祉法20条の6), 身体障害者福祉ホーム(身体障害者福祉法30条の2), 精神障害者福祉ホーム(精神保健福祉法50条の2)のように, 利用者が施設との契約により利用する施設(「契約施設」)も存在していた。たとえば, 精神障害者福祉ホームの利用は, 利用希望者が医師作成の意見書を添えて保健所長に推薦書の交付を申請し, その推薦書を施設に提示して利用の申込みをし, 利用契約を締結する, という本人主体の手続により実施されている。これは, 同施設の利用者が入院治療を必要としない程度にまで精神症状が軽減していることを前提としている(厚生省精神保健福祉法規研究会, 1998)。しかし, 利用希望者のなかには判断能力が不十分な者もいると思われ, その場合には本人のニーズに応える福祉サービス利用を確保するため, 代行決定の余地もありうるはずであるが, この点が正面から議論されることはなかったのである。

また, 福祉法において, 「養護者」(老人を現に養護する者。老人福祉法5条の4)や「保護者」(配偶者, 親権者, 後見人その他知的障害者を現に監督保護する者。知的障害者福祉法15条の2)が規定されることがあるが, その権限などについては何ら定められていない(長谷川, 1993)。

このほか, 福祉に関して代行決定が問われる場面として, 施設入所の高齢者や障害者の年金・預金通帳・印鑑等の管理をめぐる問題がある。施設が入居者の年金等を預かって管理することは, 普遍的に行なわれている。自分のお金であるにもかかわらず, 口座からの払い出しに際して施設側に申請書を提出しなければならないという状況は, 施設による管理が本人の自発的な依頼(管理委託

契約)に基づくものでないかぎり, 財産権の自由な行使に対する制約であると言わざるをえない。ところが実際には, 本人の判断能力の程度を問うこともなく, 入所時に(本人ではなく)家族が依頼する形式をとっている例が少なくない。禁治産者に付される後見人でもない家族にこのような代行決定権を認める法的根拠があるとは思えず, 結局, 施設による管理は, 法律上の義務がないのに他人のためにその事務を処理する「事務管理」(民法697条)とみるほかないであろう(吉田, 1997)。もっとも, 施設側としては, 事務負担の増加を覚悟してサービスの一環として行なっているのが実情であり, このような現実に即応できる法的手段が求められているのである。

以上のように, 福祉の領域においては, 医療に関してあげた未解決の論点のいずれもが, 確たるルールもなく放置されているのである。

3. 代行決定ルールの「過剰」と「過少」

以上のような代行決定行為は, 結果的に患者・利用者の利益にかなうものが多いであろうし, そうであるからこそ近年に至るまで問題として意識されることがなかったであろう。しかしながら, これらの行為の正当性が無条件で認められるわけではない。そもそも代行決定という発想自体がパターンリズムそのものであり, 自己決定権の尊重と対極をなすものなのである(新見, 1995a)。

現行の代行決定に関する法制は, はたして医療・福祉利用者のニーズを満たしているといえるであろうか。自己決定権という視点でみると, 現行法制は, ある場合には「過剰」, 別の局面では「過少」の謗りを免れないのではないと思われる。

いうまでもなく, 代行決定ルールが最も「過剰」な領域が精神医療である。前述のように, 保護者の選任や医療保護入院の前提として, 精神障害者の判断能力の判定が求められていないために, 判断能力のある者についてまで代行決定の効力が及ぶ可能性を否定できないのである(熊倉, 1993)。

これに対して, 福祉の領域では, 措置制度によってはじめから代行決定を問題にする余地がなかったことに象徴されるように, これまで代行決定

の法制はないに等しかった。もちろん代行決定が存在しなかったわけではなく、代行決定を必要とする場面でも、明確な法的基礎を欠くために、そのつどの必要性に迫られて対応しているというのが現状である。この場合、本人の利益を守るためとはいえ、明確なルールに基づくことなく代行決定がなされ、結果として本人の自己決定権が顧みられないという一面があったことは否定できない。すなわち、代行決定ルールの「過少」がここでの問題である。

精神医療と福祉の中間に位置するのが、一般医療であろう。ここでは、ある程度のルールは確立しているものの、いまだ空白部分が多い。いずれの場合についても、自己決定権の観点から再検討する必要があるだろう。

なお、以下の検討の素材となるのは医療に関する問題である。ノーマライゼーションの観点からは、ほとんどの人にとって自分で判断・決定するのがきわめて当然であるような行為について代行決定がなされる福祉に関するケースにこそ、注意が向けられなければならないということもできる。ところが、問題となる行為自体の重要性を軸に考えると、生命・身体に対する直接の侵襲である点で医療行為の方がより問題視されることになる。また、医療・福祉には、究極的な根拠を憲法25条の生存権に置く点や、患者・利用者はもっぱら医療や福祉サービスを「受ける」立場にある点など共通点が多いが、重要な相違があることにも注意しなければならない。福祉が公的責任を前提とするものであるのに対し、医療は、医療保険制度の発達によって社会化されたとはいえ、依然として自由診療の建前を維持している(荒木, 1996)。そうであるからこそ、対等な両当事者間の契約関係を基本に据える医療において、自己決定権の貫徹や代行決定の問題点が議論されやすいのである。一方、福祉の場合には、サービス提供の公的責任と利用者の選択およびその代行決定とがいかなる関係にあるか、という固有の考慮事項が浮かび上がる。福祉サービスを受けることが、自己決定権を行使する舞台である「個人的な事柄」といえるのか、ということ自体問題になりうるのである。このように考えると、福祉における代行決定につ

いては別個の検討が必要となるが、それは今後の課題としたい。しかし、問題の本質としては、いずれ劣らぬ重要性をもっていることに留意すべきであろう。

以下、医療における代行決定に関する日本での議論に大きな影響を及ぼしている、ドイツおよびアメリカ合衆国における法制を検討していきたい。

3. 医療における代行決定に関する ドイツ・アメリカの試み

1. ドイツ

(1) 基本法と患者の自己決定権

ドイツでは早くから、患者の同意のない医療行為に対する刑事上・民事上の責任が判例により認められていた(町野, 1986)。第二次大戦後、基本法(憲法)が「何人も、生命に対する権利および身体を害されない権利を有する。人身の自由は不可侵である」(2条2項)と規定したため、患者の自己決定権が憲法に由来するものと位置づけられ、判例法の立場は一層強化されたが、他方、自己決定権を制約する「生命・健康の保持」という利益もまた憲法に基礎づけられることになった。「意思」か「健康」か、いずれの価値が優越するかを基本法によって決することはできない(町野, 1986; 唄, 1970)。医療における代行決定のルールは、双方の価値の微妙なバランスのうえに成立しているといえようが、自己決定権が基本法に基礎づけられた意味はやはり大きく、日本と比較すれば自己決定権に相当配慮したルールとなっている。

以下、医療における代行決定がいかなる法的位置づけにあるかをみていくが、ドイツではこのテーマに関して、1992年から施行されている成年者世話法が重要な役割を果たしているため、同法について触れておく(河原, 1998; 田山, 1997; 中山(宏), 1997; 岩志, 1995a; 新井, 1994)。

(2) 成年者世話法

従来、成年後見に関する制度として、精神疾患または心神耗弱のために自己の事務を処理することができない場合に、裁判所の決定により行為能力(有効な法律行為を単独でできる能力)を剝奪して後見人を付す制度と、障害者が一定の事務を

行なうことができない場合に、原則として本人の同意を基に、例外的に本人の同意なく、保護人 Pfleger が付される制度などがあつた。いずれも、後見人・保護人の判断を重視し、本人の自己決定権は認めていなかった。

新しい成年者世話法では、精神疾患または身体的障害・精神的障害・情緒的障害（後2種には知的障害者、アルコール中毒者、老年性痴呆者などが含まれる）のために自己の事務を全部または一部処理できない場合に、本人の申立てまたは職権により、後見裁判所が世話人 Betreuer を選任することができる。世話人には、できるだけ1人または複数の自然人（親族、友人、隣人など）を選任すべきであるが、例外的に法人を選任することができる。将来世話が必要になったときに備えて、あらかじめ本人が世話に関する指示を与えること（世話指令）も可能である。世話人の職務は、財産管理のみならず身上監護に関する事務をも含み、その職務範囲において世話人が法定代理人となる。しかし、世話人が選任されても、本人の行為能力が自動的に剝奪されるわけではなく、本人に対する重大な危険を回避するために必要なかぎりにおいて世話人に同意権が付与される（同意留保）にとどまる（この場合、世話人の同意がないと有効な意思表示とはならない）。つまり、それ以外の事項については、判断能力を有するかぎり本人で決定できるのである。この制度では、世話人は本人の意思を可能なかぎり尊重しなければならず、また、重大な危険を伴う医療行為や施設への入所などについては、後見裁判所の許可が必要となる。このように、世話はあくまでも補充的な性格のものであり、また裁判所の監督を受ける点で、日本の後見制度と大きく異なるのである。

(3) 患者に判断能力がある場合の処理

患者に医療に関する判断能力があり、世話人も選任されていないときに、代行決定が許されないのはいうまでもない。それは精神障害者の場合であっても異なるところはない。世話人が付されている場合であっても、本人に判断能力があるかぎり、本人のみが同意権をもち、世話人の判断は求められない。なお、判断能力があるかどうかは医師が判定する。

(4) 患者が判断能力を欠き、世話人が選任されている場合の処理

判例上、患者の自己決定権が認められているといっても、患者に判断能力がないときには、本人の同意ではなく代行決定の問題となる。世話法以前の判例は、後見人がいればその者の代行決定、いなければ保護人の任命を経てその代行決定を得ることを医師側に要求していた（唄, 1970）。この場合、本人の意思が尊重されることはなかった。

現在では、判断能力を欠く患者に医療行為への同意を職務範囲とする世話人が付されている場合には、世話人が同意を与える（医師は世話人に十分に説明しなければならない）。その際、世話人は、本人の福祉に反せず、かつ、本人にとって酷でないかぎり、本人の希望に従わなければならない。また、重要な処置に際しては、原則として本人と事前に協議しなければならない。患者が世話人選任以前に医療行為に関する世話指令を行なっている場合には、世話人は、本人の福祉に反せず、かつ、本人にとって酷でないかぎり、その指令に従わなければならない。つまり、患者が判断能力を欠く場合であっても、可能なかぎり「推定的意思」を探り、尊重しようとしているのである。

生命の危険（心臓手術など）や健康上の重大かつ長期にわたる被害（手足の切断など）を伴う医療行為に対する世話人の同意は、後見裁判所の許可を必要とする。つまり、通常の医療処置については、患者の希望をふまえて世話人が同意するという形態であるのに対して、重大な結果を招きうる処置については、それだけにとどめず、裁判所がチェックを加えて本人の利益を保護するという体制をとっているのである。なお、不妊手術への同意については特別に規定されているが、それ以外の人工妊娠中絶や臓器移植などについては、上述の枠組みのなかで判断されることになる。

このほか、患者に判断能力がない場合に限定されてはいないが、世話人が後見裁判所の許可を得て行ないうる処置として、精神病院などの閉鎖施設への収容と、施設内で隔離や身体的拘束を行なう収容類似措置がある。このような措置が許されるのは、①精神疾患等により自殺または著しい自傷の危険がある場合、または、②診察・治療が必

要であるが、収容（類似措置）なしにはできず、かつ、本人が精神疾患等の故に収容（類似措置）の必要性を理解できないか、または必要であるとの認識に従って行動できない場合、という要件に合致した場合に限られる。なお、民事法に基づくこのような収容のほか、自傷他害の危険がある場合の州法による公法上の収容がある。

(5) 患者が判断能力を欠いているが、世話人が選任されていない場合の処理

この場合には、本人の申立てまたは職権により世話人を選任し、その同意を得なければならない。配偶者、子、父母などの近親者といえども、代理権もないのに患者に代わって代行決定することは許されない。世話人の選任までの間に緊急の必要がある場合には、裁判所は仮命令によって世話人を付すことができる。

(6) ドイツの法制の特徴

成年者世話法を中心とするドイツの代行決定ルールについて、本稿の視点から特徴をあげれば、次の諸点があげられよう。

① [代行決定の契機] 患者の一定の事務処理能力が減退する場合に世話人が付される。しかし、世話人の選任の時点から本人の自己決定の機会がすべて奪われ、代行決定にゆだねられるわけではない。すなわち、世話人の選任は、行為能力の剝奪を意味してはいないために、世話人が付されていても医療に関する判断能力があれば、もっぱら本人が決定することになっている。本人の判断能力がなく世話人が代行決定する場合であっても、本人の「自然の意思」（身振り、態度など）や世話指令という事前の指示に現われる本人の意思（推定的意思）を尊重する形になっているのである。

② [判断能力の判定] 医療行為に関する判断能力について法律上の規定はないが、判例上、行為能力とは区別され、自然の弁識と統制の能力（患者が自己の精神的成熟に従って医療行為とそれへの同意の意味と射程を判断できる能力）と解されてきた（岩志，1995 b）。これは、世話法という自己の問題を処理する能力のひとつと考えられている（河原，1998）。判断能力の判定は医師が行なうことになっている。なお、精神障害者であれば自動的に世話人の選任、という硬直的な図式ではな

いから、精神障害者全員に世話人がつくというわけではない。世話人が付された場合でも、同意確保になっていないかぎり、精神障害者の行為能力は失われぬ。すなわち、精神障害者であるという事実や、世話人が付されているという事実が直ちに、医療に対する自己決定能力の欠如を意味するわけではなく、あくまでも個々の場合の判断能力を問う形になっているのである。

③ [代行決定者] 世話人が付されている場合にはその世話人が代行決定を行なう。ただ、その場合にも、本人の自己決定をできるだけ追求する仕組みがとられている。また、世話人の選任にあたって、本人の選任申立てや世話指令という形で、本人の意思をできるだけ反映しようとする仕組みがとられている。

④ [代行決定の範囲] 代行決定は、世話人選任時に決められる職務範囲に限定され、その他の面に及ぶことはできない。また、代行決定者の恣意や判断ミスを抑制するシステムもとられている。一定の事項について、世話人の同意のみにゆだねることなく後見裁判所の許可制をとっているのは、本人の利益保護のため世話人の判断をチェックすることを目的としている。

⑤ [代行決定の基準] 本人の自己決定を優先するシステムになっているものの、患者の健康を保護する仕組みも取り入れている。上記のように、本人の希望に沿ったり、事前の指示に従ったりするのは、「本人の福祉に反せず、かつ、本人にとって酷でないかぎり」という条件がついている。医療行為の時点で判断能力をもっている者の意思を覆すことはできないけれども、そうでない場合には、自己決定一本槍ではないことを示している。

⑥ [代行決定と自己決定権] 以上みてきたように、ドイツの法制は患者本人の自己決定権を尊重する仕組みとなっている。従来の包括的な代理権をもつ後見人・保護人制度から職務範囲を定めた世話人制度への転換自体が、その象徴である。世話に付されていても、判断能力があるかぎり本人が決定できるなど、みずからの意思と関わりなく他者の代行決定に本人を従わせる可能性は非常に少なくなっているのである（岩志，1995 b）。

2. アメリカ合衆国

(1) 法的無能力と後見制度

アメリカにおいても、法的無能力者 incompetent に付される後見人が代行決定に関与する仕組みがあるのはいままでのない。後見制度は沿革的には財産管理を中心に発展してきたものであるが、住居の選択、医療の決定など身上監護の側面も含んでいるからである(志村, 1993)。かつては、後見人が被後見人たる精神障害者を入院させることも当然視されていたが(横藤田, 1989)、次第に後見人のそうした権限を否定したり制限したりする州が増えていった(Parry, 1985)。最近では、被後見人の自律性と援助の必要性を調和させる目的で、後見の範囲を限定する制限的後見を取り入れる州法が増加している(志村, 1993)。

後見法の整備は重要な課題であるが、医療に関する代行決定が問題となる人々すべてに後見人が付されているわけではないから、代行決定の問題を後見法のみで処理しうものではない。アメリカは、後見法の整備によるというよりも、以下のさまざまな法的手段によって代行決定ルールを形成してきた点に、ドイツとは異なる特徴がある。

アメリカにおいて、医療に関する自己決定権は、次の4つのレベルで現われている(樋口, 1998)。
①判例または州法のレベルでのインフォームド・コンセントの法理、②末期医療に関連して州法で試みられている、患者による「事前の指示」を確保する制度、③1990年、連邦の法律として制定された、患者の自己決定法 Patient Self Determination Act、④主に連邦裁判所を舞台に展開されている、憲法上の権利として患者の自己決定権を確立する試み。このうち、代行決定に関して重要な①②④について考察していきたい。

(2) インフォームド・コンセントの法理と代行決定

アメリカにおいて、医療に関する自己決定権はまずインフォームド・コンセントの法理(以下、IC)として判例上に出現した。ICの先駆的判例である Schloendorff v. Society of New York Hospital (105 N.E. 92(1914)) 判決は、「成年に達した健全な精神 sound mind をもつすべての者は、自分自身の身体に何がなされるべきかを決定する権

利を有している」と述べたが、これは「不健全な精神」の持ち主にとってはこの原則が適用されないことを示唆している。実際、患者が判断能力を欠く場合、本人の同意や本人への説明が不要とされるのは、日本と同様である。

この場合には、本人に代わる誰かによる代行決定が求められる。患者の法定代理人たる後見人が代行決定者となることは、コモン・ロー上認められており、また配偶者が代行決定者となるのを承認する州法もあるが(新見, 1984)、患者に後見人・配偶者がいない場合に誰が代行決定者となるかについては、明確なルールもなく、判例もこの問題に正面から取り組もうとはしてこなかった(Appelbaumら, 1987; Meisel, 1979)。

なお、かつては精神障害者はICに無縁と考えられていたが、最近では、判断能力のある精神障害者にICが適用されるのは当然とされている(横藤田, 1999)。

このように、有効な同意ができない判断無能力者にはIC法理が適用されないというのは明確であるものの、その後の問題である代行決定ルールには見るべきものがない。

(3) 事前の指示 advance directives に関する立法

終末医療に関連して、将来判断無能力になった場合の医療に関する自身の希望を知らしめるために「事前の指示」という法的手法が発展してきた(Meisel, 1989)。生命維持治療の是非という究極の選択の場面に関する議論を医療のあらゆる局面に無媒介に持ち込むことには慎重でなければならないが、この事前の指示の議論は生命維持治療の是非以外の場面でも十分に通用する。事前の指示の意義は、医療に関する判断が求められる時点で判断能力を欠く場合においても、ただちに第三者による代行決定にゆだねることなく本人の選択を重視する点で、自己決定権に資することである。

事前の指示の形態には種々のものがあるが、その代表格はリビング・ウィル living will と持続的代理権授与 durable power of attorney for health care である。前者は、生存中判断能力を失った段階で living 発効する遺言 will の意で、将来の病気や事故に備えて医療に関する自身の希望を記述し

た書面（指示書）に従って行動した医師を免責する制度である。1976年にカリフォルニア州が制定したのを皮切りに、1995年現在で47州で要件と効果を定める法律が制定されている（丸山，1995）。持続的代理権授与とは、判断能力を失ったときに自身の医療に関する代行決定をしてくれる者を事前に指名しておくことを可能にする制度である。代理権が本人の意思能力喪失後も有効であるか議論もありうるが、この法律により能力喪失後も代行決定が可能ということになる。医療に関して特定のこの種の法律を制定したのは、1983年のカリフォルニア州以来10州程度であるものの、一般的な持続的代理権授与法（医療に関する代行決定を含むとされている）はすべての州で制定されている（丸山，1995）。

リヴィング・ウィルが本人の希望を書面という形で確定し、代行決定の余地を残さないという点で本人の意思に沿ったものである反面、硬直的であるとの批判を免れないのに対し、持続的代理権授与は本人が信頼する代行決定者による臨機応変の判断を可能にするが、決定内容が本人の希望通りであるか疑問が残るケースはありうるなど、両者には利害得失がある。

なお、リヴィング・ウィルや持続的代理権授与という手法を、終末医療以外の、たとえば精神医療の場面でも積極的に活用することによって、法的トラブルを減少させようという提唱がある（Winick, 1997）。注目すべき見解である。

(4) 生命維持治療拒否権と代行決定ルール

「事前の指示」が有意義な制度であるとしても、これを実際に行なっているのは、成人人口の10%から25%にすぎないといわれている（中山（道），1998）。したがって、大部分の人にとって判断能力を欠くに至ったときに代行決定を認めるのか、認めるとしてどのような形で行なうのかという問題は、依然として残ることになる。そこで、再び裁判所の登場である。特に、1970年代後半からさかんに議論されるようになった植物状態患者等の生命維持治療拒否権をめぐる問題と精神障害者の治療拒否権をめぐる問題に関して、代行決定ルールは重要な争点となった。これらの問題は憲法上の権利としての自己決定権（プライバシー

権など）の観点から論じられた。いずれの場合も患者の判断能力に疑問符が打たれることが多いからIC法理になじまないと言われてきたこと、この種の事例では、州議会が自己決定権を抑制する法律を制定していたり、裁判所が治療中止の許可を与えたり治療を強制するなど「政府」が登場することなど、憲法上の問題とする条件が整っていたのが、その理由であろう（フェイドンら，1994）。憲法上の権利として治療拒否権を構成するときには、IC法理の場合と異なり、判断無能力者であっても当該権利を有するのは当然とされることが多い（Shaver, 1989）。このような背景から、憲法上の自己決定権を求める試みは代行決定ルールと必然的に結びつくことになったのである。

連邦最高裁判所は、1990年のCruzan v. Director, Missouri Department of Health (497 U.S. 261)において、判断能力のある者が生命維持のための水分・栄養補給を拒否する憲法上の権利を有していることを強く示唆した（ただし、多くの判例で援用されたプライバシー権ではなく、憲法修正14条のデュー・プロセス条項の「自由」利益であるとした）。これは、1976年のニュージャージー州最高裁によるIn re Quinlan (355 A.2d 647)判決以来の流れを一応追認するものといえるが、問題はここで終わらない。なぜなら、この種の事例のほとんどが判断能力を欠く患者に関わるからである。「延命治療を拒否する権利に関して、能力者も無能力者も実体的権利は同一である」(Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz, 370 N.E. 2d 417 (Mass. 1977))とするならば、判断無能力者の治療拒否権（自己決定権）を保障する仕組みがなければならない。

これについて、判例は次の3つの流れに分けられる。(I)生死に関わる決定は代行決定になじまないから、本人の意思を推定するに足る証拠が示されないかぎり現状の変更（たとえば栄養補給の停止）を否定する（推定的意思テスト）。この場合、家族などは本人の意思を推定するための情報を提供する役割のみを果たす。(II)代行決定者は本人が能力を有していたならしたであろう決定をみずからの判断でなす（代行判断 substituted judgement テスト）、(III)代行決定者は本人の意思と

は一応離れて、本人の最善の利益を客観的に追求して決定する（最善の利益 best interest テスト）。このうち、Quinlan 判決以来最も優勢なのは、第三者の判断によって患者の意思を抑圧することもないから自己決定権に最も適うルールであるとされる代行判断テストであるが、批判も根強い（Comment, 1992）。この基準の最大の難点は、判断能力を一度も有したことの無い人について「代行」判断はフィクションであり、「想像上の行使 exercise in imagination」にすぎないということである（Meisel, 1989）。代行判断という用語を初めて用いたのが、生来の重度知的障害者の事例（前出 Saikewicz 事件）だったというのは皮肉であった。

連邦最高裁の Cruzan 判決は、(I)の立場に立って、「明白かつ説得力のある証拠 clear and convincing evidence」という比較の高い証明基準（刑事訴訟で必要とされる基準よりは低い、民事訴訟で一般に求められる 51% の心証でよいとする基準よりは高い）によって本人の意思を確認することを求める州の手続を認めた。すなわち、第三者による代行判断にまかせるこれまでの判例の傾向に歯止めをかける役割を果たしたのである。こうして、自己決定権を実現するためには、やはりリビング・ウィルなどの本人の事前の指示が必要という潮流が再び強まることになった。しかし、これも限界があるのは前述のとおりである。そこで、1980年代後半から州法として成立するようになった、事前の指示のない患者の場合に一定範囲の家族に医療に関する同意権を付与する家族同意法 family consent law が注目を集めており、1995年現在で 24 州に達しているという（丸山, 1995; 石川, 1995）。

もっとも、終末医療に関する以上の議論がそのまま通常の医療の場合に当てはまるわけではない。上記(I)の前提はあくまでも「生死の決定」であって、通常の医療処置のケースでは、ここまでの慎重さはあるいは不必要かもしれない。また、代行判断テストが「意思」重視、最善の利益テストが「健康」重視と、完全に対立するかにみることも正確とはいえない。代行決定ルールの根底には本人の最善の利益を擁護するとの思想が厳然と備

わっており、両者の相違はそのための方法論の違いということもできるし、実際の判断の場面では両者は融合していることが多いのである（唄, 1995; Appelbaum ら, 1987）。

なお、生命維持治療拒否に関する判例においては、代行決定者として誰が最適であるかという点について、家族を想定しているものが多い（友人を含むものもある）とはいえ、明確で首尾一貫したルールはないといってよい（Comment, 1992; 丸山, 1995）。

(5) 精神病院入院患者の治療拒否権と代行決定ルール

精神病院入院患者の治療拒否権をめぐる争いは、代行決定ルールに別の光を当てることになった。終末医療に関する事例の当事者は、植物状態患者に代表されるように判断能力を欠いていることに争いが少ないことが多い。精神障害者の場合、かつては精神障害の診断イコール法的無能力とみられがちであったが、現在では多くの精神障害者が判断能力を有しうることが明らかになっている（Cichon, 1992）。そうになると、患者が拒否しているにもかかわらず薬物を投与することが正当化されるためには、前提条件として判断能力の欠如が判定されなければならない。そこで、能力判定の基準と手続の問題がクローズアップされることになるのである（北村, 1993）。

入院患者の治療拒否権について連邦最高裁はまだ明確な判断を下していないものの、下級裁判所の判例では、少数の例外を除いて拒否権が承認されている。その嚆矢となったのが、Rennie v. Klein (462 F. Supp. 1131 (D.N.J. 1978); 476 F. Supp. 1294 (D.N.J. 1979)) と Rogers v. Okin (478 F. Supp. 1342 (D. Mass. 1979)) という 2 つの連邦地裁判決である。両判決とも、緊急状態の場合のほかは強制入院患者も治療拒否権を有すると宣言した点で共通するが、治療拒否を覆す手続の面では対照的である。前者 (1979 年判決) は、裁判所によって法的無能力と宣告された場合のほか、「治療に対して分別ある同意を与えることができない」という意味の「機能的無能力 functionally incompetent」の場合にも強制投薬が許されるとした。機能的無能力の判定や治療実施の決定を行なうのは

病院所属ではない独立の精神科医である。なお、控訴審判決では独立の精神科医は要件とされず、病院内の医師のみで処理しうることになった (Rennie v. Klein, 653 F. 2d 836 (1981))。これに対して、Rogers 判決では、裁判所によって無能力と判定されて、後見人が治療に関する決定を行なうという場合を除いて、患者は判断能力があるものと推定され、治療を拒否することが可能であるとされた。なお、その後の経過のなかで、裁判所による無能力の判定後、後見人が治療に関する決定をするという部分については、(家族ではなく) 裁判官が「代行判断テスト」により治療を受けるか否かを決定することになった。また、医師の判断で治療を実施できる緊急状態の定義が「重大な精神疾患の不可逆的悪化」をも含むものと拡張されている (Rogers v. Commissioner of Department of Mental Health, 458 N.E. 2d 308 (Mass. 1983))。治療拒否権を承認する上記 2 判決 (特に Rogers 判決) は精神医療界に深刻な反発を引き起こしたが (Appelbaum, 1994), 法は必ずしも自己決定権一本槍ではなく、健康の保持にも一定の配慮をしていることが、両判決のその後の展開からも明らかであろう。

さて、精神障害者の治療拒否の事例で特筆されるのは、一般医療における IC や終末医療に関する傾向とは異なり、代行決定における家族の役割を重視していないことである (Comment, 1987)。Rennie 事件では医師が、Rogers 事件では裁判所が重要な役割を演じている。これは、これらの事件のような強制入院患者の事例に限られない。In the Matter of Guardianship of Richard Roe, III (421 N.E. 2d 40 (Mass. 1981)) では、入院していない精神障害者の後見人たる父親に抗精神病薬投与への同意権を与えた検認裁判所 (probate court. 遺言の検認、遺産管理、後見などについての裁判権をもつ機関) の決定を誤りとして、判断能力を欠く者が治療を拒否している場合には、保護の責任を有する者が裁判所による「代行判断」を求めなければならないとしている。総じて、家族ではなく裁判所の判断によって患者の権利を守ろうとする傾向が強いのが、精神医療に関する判例の特徴である。ただ、裁判所が「代行」判断す

るという形はフィクションの様相が濃く、患者の自己決定権に資するものであるか、疑問なしとしない。

なお、判断能力の基準については、この領域においてもさほど注意が払われていない (Saks, 1991)。

(6) アメリカ法の代行決定ルールの傾向

アメリカ法は連邦と 50 州という多数の法域を含むもので一概に言うことはできないが、以上の検討から代行決定についての傾向をまとめると次のようになる。

① [代行決定の契機] 患者が判断能力を失ったときに代行決定が求められる。しかし近年、無条件に代行決定にゆだねるのではなく、できる限り本人の意思に沿った決定が行なわれるように、「事前の指示」を制度化する動きが強くなっている。持続的代理権授与は代行決定者の存在を予定するが、その選任に本人の意思を係らしめることによって、本人の自己決定に可能な限り近づけようとする試みである。しかし、現実にはこのような指示を行なうものは少数にとどまるため、事前に意思を表明していない人について、法律であらかじめ代行決定者を決めておくという方法も取られるようになってきている。

② [判断能力の判定] 医療に対する有効な同意の前提としての判断能力を判定する基準・手続などについて正面から議論されることは、アメリカにおいてもあまりなかった。例外は、精神障害者に関する事例であり、特に判定手続について裁判所の関与を求める傾向にあることが注目される。他の領域では通常、医師による判定が想定されている。

③ [代行決定者] IC に関する判例や終末医療関連の判例では、代行決定者として、後見人や配偶者、子、親などの家族をあげるものが多く、当事者間に争いがある場合などの他は裁判所の関与は不要とする判例が大部分である (丸山, 1995)。これに対して、精神医療拒否権の文脈では家族が代行決定者として採用されることはあまりなく、裁判所が前面に出ることが少なくない。なお、持続的代理権を授与された者がいれば、その者が代行決定者となるのはいうまでもない。

④ [代行決定の範囲] 医療に関しては後見人の出番が必ずしも多くなく、そのつど代行決定者が選ばれるのが通常であるから、代行決定の範囲は当然、当該医療行為に対する同意に限られることになる。終末医療に関して「推定的意思テスト」を用いる判例のひとつの潮流は、生死に関わる決定は代行決定になじまないことを理由にあげており、ひとつの見識を示している。

⑤ [代行決定の基準] 代行決定の基準としては、「代行判断テスト」が優勢であるものの、その矛盾も顕在化しており、「最善の利益テスト」への回帰もみられる(Comment, 1992)。判例を全体的にみれば、ケースによって使い分けしているということができようか。

⑥ [代行決定と自己決定権] 判例法上のIC法理や憲法上のプライバシー権などを基盤に患者の自己決定権を現実のものにしようとする試みは、日本にも大きな影響を与えてきた。そのさい、安易に代行決定にゆだねるのではなく、できる限り本人の自己決定を尊重しようと、事前の指示の法理を充実させる手法もまた、参考にすべきであろう。

4. 自己決定権と代行決定ルール

1. 日本法における自己決定権

これまで、厳密に定義することなく自己決定権の語を用いてきた。日本でも、1980年頃からこの語が判決文に頻繁に登場するようになった。たとえば、名古屋ロボトミー事件における名古屋地裁判決(昭和56年3月6日, 判例時報1013号81頁)は、「医療は生体に対する医的侵襲であるから、これが適法となるには……患者の承諾が必要というべきで、患者の自己決定権に由来する右の理は、……精神障害者に対しても」適用される、と明言している。ただ、これらの判例のなかで言及される自己決定権は憲法上のものととらえられているようには見えない。

それでは、憲法上の権利としての自己決定権は認められないのであろうか。学説上は、有力な反対論(松井, 1995)はあるものの、一定の個人的事柄について公権力から干渉されることなくみず

から決定する権利としての自己決定権を、憲法13条の幸福追求権の内容として認めるのが支配的である(佐藤, 1995; 芦部, 1994)。この権利には、①生命・身体の処分に関わる事柄、②家族の形成・維持に関わる事柄、③妊娠・出産・妊娠中絶などの事柄、④ライフスタイルに関わる事柄が含まれるとされており、患者の自己決定権は①に関わる。判例においてはいまだ承認されているとはいえないものの、下級審判決のなかには自己決定権を認めるものも出ている(たとえば、修徳学園高校パーマ事件に関する東京地裁判決, 平成3年6月21日, 判例時報1388号3頁)。

しかし、患者の自己決定権を主張する相手方は通常私人たる医師や病院である。このような私人間の関係には憲法の規律が及ばないとされていることその他の理由から、公権力が関与する側面が強いから憲法問題になりやすい精神医療などを除けば、憲法上の自己決定権を医療に関する問題に持ち出すことにはたして意味があるのか、と疑念的な見解もある(樋口, 1998; 高井, 1998)。たしかに、憲法上の権利であるとすれば、容易に解決するような単純な問題ではないのは明らかである。ドイツでは、第二次大戦後、基本法を軸に「意思」か「健康」かという議論がなされたが、結局、いずれが優越するかを憲法から導くことはできないとされている。また、アメリカでも、一時憲法上の自己決定権が華々しく取り上げられたが、最近では判例法上のIC法理によって問題を解決しようとする傾向が強まっている(芦部, 1994)。その方が柔軟な解決ができるというのである。

しかし、訴訟の帰趨を直ちに決するものではなかったにしても、ドイツでもアメリカでも、憲法上の権利として一応確立したことは、医療に関する問題をめぐって、従来のようにバターナリズム過剰ではなく、患者の自己決定権にシフトした解決策を探る動因になったことは疑いえない。日本においても、そのような効果は期待できるであろう。

いずれにしても、患者の自己決定権は、憲法にもその根拠をもちながら、私法上の権利としては明確に確立しているということができよう。代行決定ルールの評価の基軸は、この自己決定権にい

かに適合的であるかというものでなければならない。以下、望ましい代行決定ルールを考案する際に留意すべきポイントをあげてみよう。

2. 自己決定権に適合的な代行決定ルール

(1) 代行決定はいつ必要になるか

代行決定が必要とされる最も典型的なケースは、患者に判断能力がない場合である（これ以外にも代行決定を認めるケースがあるか否か、議論の必要はあるが、本稿では触れられなかった）。最近の各国の法制は、判断無能力の場合であっても、ただちに代行決定にゆだねるのではなく、できる限り本人の意思を推定する方法を模索する傾向にある。ドイツにおける「自然の意思」や世話指令、アメリカにおける「事前の指示」がその例である。この点、日本でも検討すべきである。ただ、これらの試みはどこまでも本人の意思の「推定」であって、医療行為の時点における本人の自己決定ではない。したがって、ドイツにおいて「自然の意思」や世話指令に従う場合の条件が付されているように、生命・健康の保持という側面がある程度前面に出てくることにも理由がある。

精神障害者イコール判断無能力という図式が許されないのは、ロボットミーに関する2つの判決（札幌地裁昭和53年9月29日判決、判例時報914号85頁、および前出名古屋ロボットミー事件判決）により明らかである。判決によれば、強制入院患者である精神障害者であっても判断能力があれば本人の同意が必要であって、近親者の同意では足りない。精神障害者であれば、判断能力を問うこともなく保護者を選任するという現行制度には問題が多い。それでは、本人に判断能力があるときに代行決定者を選任することは一切許されないのだろうか。これについては、代行決定者の選任が本人の行為能力を剝奪することにつながるのであれば正当化できないものの、たとえば精神障害者の保護者が本人とともに行使できる退院・処遇改善請求（精神保健福祉法38条の4）のように、本人の権利擁護を支援するものである場合には、本人の申立てによる選任などを条件にして、積極的な意義が認められよう。

(2) 判断能力の判定方法

(1)でみたように、代行決定ルールにとって決定的に重要なのが判断能力である。この場面では、次の3点が問われる。①いつ判断能力の判定を行なうか。抽象的に判断能力を判定しておいて画一的な処理をするか、個々の行為の決定時に個別的・具体的に能力の有無を判定するのか。②誰が判断能力の有無を判定するのか。③いかなる基準・方法で判断能力の有無を判定するのか。

このうち①について、ドイツ・アメリカをはじめ諸外国では、個別的・具体的に能力を判定する傾向にある。日本の禁治産・準禁治産制度のように画一的な処理をするのは、少なくとも医療のような身上監護の面では自己決定権を阻害するといわざるをえず、個別的・具体的な能力判定が不可欠である。

②について、一般的には医師とされているが、医師（特に担当医）は提案された処置を拒否する患者について判断能力なしという判定を下しやすという懸念も否定できないから、それ以外の者の関与を検討すべきであろう。アメリカの一部の判例や州法がいうように裁判所による能力判定を日本で実施することは、両国の司法制度の相違を思えば非現実的であろうが、本稿では触れられなかったイギリスの精神保健法（1983年）が、医師以外の者が過半数を占める精神保健法委員会 Mental Health Act Commission 任命の医師による能力判定を求めたり、国連の「精神疾患を有する者の保護および精神保健ケアの改善のための原則」（1991年12月17日、国連総会採択）が「独立機関」による能力判定を要求しているのは、示唆的である。

③の問題に対する法の態度は、日本でも外国でもさほど明確ではない。その背景には、能力判定について法的規制がどの程度可能か、という根源的な問題がある（中島、1996）。ただ、判断能力の有無が問われる場面にまず遭遇するのが担当医であり、②の最終判定者はそれをチェックする役割を担うことになることを思えば、医師にとって信頼性と妥当性をもって能力評価ができる基準がなければならないであろう（北村ら、1994）。この点、判断能力評価手法を確立しようという動きが

みられる (Kitamura ら, 1998) のは注目すべきである。

ところで、精神医療において判断能力が問題になる場面が他の医療の場合に増して多いことは否定できない。そこでイギリスでは、個々の患者の具体的な能力を判定するのを中心におきながらも、一定の地位ないし類型に属するもの (たとえば精神障害者) については能力の欠如を推定するなどのスクリーニング・テストを用いることが検討されている (新見, 1995 b)。この手法は自己決定権を損なう可能性があるため (新井, 1994), 精神障害者とその他の患者との間で、そのような取扱いの差異を正当化する相違があるか否かなどに関する実証的な研究を踏まえて、結論を出さなければならない。

(3) 代行決定者はだれか

無能力と判定された場合の代行決定者として、後見人、家族、医療に関する同意権限を与えられた持続的代行人、裁判所、独立機関 (国連原則) といった選択肢がありうる。ドイツのように後見制度の改革で対応するか、アメリカの持続的代行権授与法や家族同意法のように特別法の制定を考慮するか、また、精神保健福祉法上の保護者のように精神障害者独自の代行決定者制度を維持するのか、などのさまざまな問題に答えなければならない。

(4) 代行決定の範囲

代行決定は自己決定権の尊重と対極をなすものであるから、限界がなければならない。ドイツにおいて一定の事項について世話人の同意に加えて後見裁判所の許可を求めたり、アメリカの連邦最高裁が生命維持治療の是非という究極の問題については代行決定の範囲外としたのは、見識を示している。その意味で、日本の現行保護者制度が非常に広い代行決定を許容しているのは問題である。

新しい成年後見制度が定着すれば、「後見人の同意による任意入院」が正統的な入院方法になる可能性があるという見解がある (西山, 1997)。これを「任意」入院と呼ぶのは適当と思われぬが、このような入院の形態が仮に認められるとすれば、ドイツ法が要求しているような厳格な要件が必要である。

(5) 代行決定の基準

この点については、「代行判断テスト」と「最善の利益テスト」の混合、あるいは使い分けによるほかないものと思われる。本人の事前 (判断能力を失う以前) の何らかの指示がある場合 (世話指令やリビング・ウィル) はできる限りそれに従うべきであり、また、本人の希望が態度に現われるときにもそれを尊重すべきであるが、それらが現時点での「自己決定」でない以上、最善の利益の観点から代行決定者がそれらと異なる判断をなすことも場合によっては許されるであろう。

文 献

- 阿部和光 (1997). 介護保障と公的介護保険. 高齢者と法 (河野正輝, 菊池高志 編), 282-305. 有斐閣: 東京.
- Appelbaum, P. S. (1994). *Almost a Revolution: Mental Health Law and the Limits of Change*. Oxford University Press: New York.
- Appelbaum, P. S., Lids, C. W. & Meisel, A. (1987). *Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice*. Oxford University Press: New York.
- 新井 誠 (1994). 高齢社会の成年後見法. 有斐閣: 東京.
- 荒木誠之 (1996). 社会保障法読本 [新版] (第2章 医療の保障). 有斐閣: 東京.
- 芦部信喜 (1994). 憲法学II 人権総論. 有斐閣: 東京.
- 唄 孝一 (1970). 医事法学への歩み. 岩波書店: 東京.
- 唄 孝一 (1995). 家族と医療・序説. 家族と医療 — その法学的考察 (唄 孝一, 石川 稔 編), 2-45. 弘文堂: 東京.
- Cichon, D. E. (1992). The right to “just say no”: a history and analysis of the right to refuse antipsychotic drugs. *Louisiana Law Review* 53, 283-426.
- Comment (1987). The role of the family in medical decisionmaking for incompetent adult patients: a historical perspective and case analysis. *University of Pittsburgh Law Review* 48, 539-618.
- Comment (1992). Letting daddy die: adopting new standards for surrogate decisionmaking. *UCLA Law Review* 39, 581-632.
- フェイドン, R. & ピーチャム, T. (1994). インフォームド・コンセント (酒井忠昭, 秦 洋一 訳). み

- すず書房：東京。
- 長谷川泰造 (1993). 無能力者 (知的障害者) の法律問題実務ノート. 現代家族法の諸相 (高野岩三郎先生古稀記念), 353-382. 成文堂：東京。
- 樋口範雄 (1998). 患者の自己決定権. 岩波講座 現代の法 14 自己決定権と法, 63-99. 岩波書店：東京。
- 本田典子 (1995). 福祉の措置と手続. ジュリスト増刊・福祉を創る, 311-342. 有斐閣：東京。
- 飯塚和之 (1993). 説明義務の軽減・免除. 年報医事法学 8, 92-102. 日本評論社：東京。
- 石川 稔 (1995). 医療における代行判断の法理と家族. 家族と医療 (唄 孝一, 石川 稔 編), 48-68. 弘文堂：東京。
- 岩志和一郎 (1995 a). ドイツの世話制度と医療上の処置に対する同意. 家族と医療 (唄 孝一, 石川 稔 編), 211-235. 弘文堂：東京。
- 岩志和一郎 (1995 b). ドイツにおける意思決定の代行. 法律時報 67 (10), 17-22.
- 河原 格 (1998). 医師の説明と患者の同意. 成文堂：東京。
- 河野正輝 (1997). 権利擁護法とアドボカシー. 高齢者と法 (河野正輝, 菊池高志 編), 136-159. 有斐閣：東京。
- 北村總子 (1993). アメリカ合衆国における精神障害者の治療拒否権. 法学政治学論究 (慶應義塾大学大学院法学研究科) 19, 117-147.
- Kitamura, F., Tomoda, A., Tsukada, K., Tanaka, M., Kawakami, I., Mishima, S. & Kitamura, T. (1998). Method for assessment of competency to consent in the mentally ill: rationale, development, and comparison with the medically ill. *International Journal of Law and Psychiatry* 21, 223-244.
- 北村俊則, 北村總子 (1994). 精神科医療における治療同意の判断能力評価手法について. 季刊精神科診断学 5, 233-242.
- 厚生省社会局老人福祉課 (1984). 老人福祉法の解説. 中央法規：東京。
- 厚生省精神保健福祉法規研究会 (1998). 精神保健福祉法詳解. 中央法規：東京。
- 熊倉伸宏 (1993). 精神障害者の判断能力の診断学 — 精神医学の立場から. 季刊精神科診断学 4, 23-30.
- 町野 朔 (1986). 患者の自己決定権と法. 東京大学出版会：東京。
- 松井茂記 (1995). 自己決定権. リーディングズ現代の憲法 (長谷部恭男 編), 57-79. 日本評論社：東京。
- Meisel, A. (1979). The “exceptions” to the informed consent doctrine: striking a balance between competing values in medical decisionmaking. *Wisconsin Law Review* 79, 413.
- Meisel, A. (1989). *The Right to Die*. Wiley Law Publications: New York.
- 丸山英二 (1995). 意思決定能力を欠く患者に対する医療とアメリカ法. 法律時報 67 (10), 10-16.
- 丸山英二 (1997). インフォームド・コンセントの法理的諸問題. 臨床精神医学講座 22 精神医学と法, 225-239. 中山書店：東京。
- 中島一憲 (1996). インフォームド・コンセントにおける意思決定能力の臨床的分析. 精神科臨床における倫理 (石川義博 編), 163-182. 金剛出版：東京。
- 中山宏太郎 (1997). フランス・ドイツの精神障害者保護法. 臨床精神医学講座 22 精神医学と法, 115-142. 中山書店：東京。
- 中山道子 (1998). 自己決定と死. 岩波講座 現代の法 14 自己決定権と法, 101-125. 岩波書店：東京。
- 新見育文 (1984). 医師と患者の関係. 医療と人権 (加藤一郎, 森島昭夫 編), 83-155. 有斐閣：東京。
- 新見育文 (1995 a). 意思決定の代行制度の整備にむけて. 法律時報 67 (10), 6-9.
- 新見育文 (1995 b). イギリスにおける意思決定の代行. 法律時報 67 (10), 23-30.
- 西山 詮 (1997). 精神障害者の法的能力 — A. 精神医学の立場から. 臨床精神医学講座 22 精神医学と法, 179-197. 中山書店：東京。
- 大谷 實 (1996). 精神保健福祉法講義. 成文堂：東京。
- Parry, J. (1985). Incompetency, guardianship, and restoration. *The Mentally Disabled and the Law*, 369-433. American Bar Foundation: Chicago.
- Saks, E. R. (1991). Competency to refuse treatment. *North Carolina Law Review* 69, 945-999.
- 佐藤幸治 (1995). 憲法 [第三版]. 青林書院：東京。
- Shaver, E. (1989). Do not resuscitate: the failure to protect the incompetent patient's right of self-determination. *Cornell Law Review* 75, 218-245.
- 志村 武 (1993). アメリカ合衆国における後見制度. 現代家族法の諸相 (高野岩三郎先生古稀記念), 425-468. 成文堂：東京。
- 高井裕之 (1998). 憲法と医事法との関係についての覚書. 現代立憲主義と司法権 (佐藤幸治先生還暦記念), 285-315. 青林書院：東京。
- 田村和之 (1995). 措置施設と契約施設. ジュリスト増

- 刊・福祉を創る, 52-56. 有斐閣:東京.
- 田山輝明(1997). ドイツ世話法の運用の実情. Q&A 高齢者財産管理の実務(野田愛子, 田山輝明 編), 500-507. 新日本法規:東京.
- Winick, B. J. (1998). *The Right to Refuse Mental Health Treatment*. American Psychological Association: Washington, DC.
- 山田卓生 (1987). 私事と自己決定. 日本評論社:東京.
- 横藤田 誠(1989). アメリカにおける精神病患者と憲法(一). 広島法学 12, 347-379.
- 横藤田 誠(1999). 法廷のなかの精神疾患(4) — アメリカの経験. 季刊精神科診断学 10, 103-109.
- 吉田 勲(1997). 施設と年金等の管理. Q&A 高齢者財産管理の実務(野田愛子, 田山輝明 編), 328-332. 新日本法規:東京.

Summary

While self-determination should be respected in health

care and welfare services, we must equally consider the necessity of surrogate decisionmaking for those who are unable to exercise their rights to decide. Surrogate decisionmaking rule includes five factors as follows. 1) When should surrogate decisionmaking be required? 2) When, by whom and how should assessment of competency to decide be conducted? 3) Who should be a surrogate decisionmaker? 4) How far can surrogate decisionmaker exercise his or her authority? 5) what standard should surrogate decisionmaker use when he or she decides?

This article compared Japanese law concerning surrogate decisionmaking with law of Germany and United States, and searched for desirable rule of surrogate decisionmaking in accord with the right of self-determination.