

氏名(本籍)	鈴木 道代(北海道)
専攻分野の名称	博士(社会福祉学)
学位記番号	博第3号(甲第3号)
学位授与の日付	平成23年3月15日
学位授与の要件	学位規則第4条第1項
学位論文題目	医的侵襲行為に対する代理決定の正当化原理に関する研究 —成年後見制度, 慣行的家族特権, 専門家パートナーリズムの論理—
論文審査委員	主査 北星学園大学教授 杉岡 直人 副査 北星学園大学教授 米本 秀仁(指導教授) 副査 北星学園大学教授 岩本 一郎 委員長 北星学園大学教授 今川 民雄

学位論文審査要旨

鈴木道代氏(以下筆者と記す)の学位論文「医的侵襲行為に対する代理決定の正当化原理に関する研究—成年後見制度, 慣行的家族特権, 専門家パートナーリズムの論理—」は、医的侵襲行為に関わる同意権の問題に関して代理決定を必要とされる成年後見制度や医療におけるインフォームド・コンセントにみられる代理決定の正当性を構成する法的な根拠を探りながらその背後にある考え方を浮き彫りにして、代理決定の正当性を新たに構築するための鍵概念を取り出すことを意図した野心的な論文である。つまり、「精神上の障害がある者が医的侵襲行為を必要とした際に要求されるインフォームド・コンセントのうち『同意』ができない場合の代理決定の正当化原理を導くこと」を研究目的として、「同意」の確認できない場合における代理権限に関して、最先端の議論にコミットすることを企図した意欲的なものである。また、憲法に基づく自己決定権を根拠とした「同意」が、医的侵襲行為の違法性阻却の必須要件であること、同意が不可能な場合に行われている代理決定が正当化される根拠として成年後見制度、慣行的家族特権、専門職パートナーリズムを取り上げ、その何れもが十分な根拠を提供していない点を指摘し、現行の法制度の不備と限界を明らかにしようとしていることについての展開における周到な分析過程を評価するものである。

一 本論文の構成

本論文は、以下のように構成されている。

目次

はじめに 社会福祉学における「自己決定」概念の論調と批判的検討

第1章 問題意識と研究の枠組み

第1節 問題意識

第2節 代理決定の正当化原理としての共通項の位置づけ

第3節	研究の目的と意義
第4節	研究の方法
第5節	論文の構成
第6節	本論文の諸概念
第2章	自己決定と代理決定
第1節	医的侵襲行為場面における自己決定権
第2節	代理の仕組みと事実上の代理決定—民法的視点
第3節	医的侵襲行為の違法性阻却要件—刑法的視点
第4節	医的侵襲行為場面における自己決定と代理決定—論点の提示
第3章	成年後見制度における医的侵襲行為への同意権付与問題
第1節	代理決定の仕組み
第2節	成年後見制度における医的侵襲行為への同意権問題に関する否定説と肯定説
第3節	諸外国における医的侵襲行為への同意権付与のあり方
第4節	成年後見人に同意権が付与されるための考え方
第4章	慣行的家族特権
第1節	法学的意味における家族の権限・位置
第2節	事実上家族による代理決定
第3節	家族に求められる機能—家族社会学による描きを中心に
第4節	「家族」が「代わる」理由—資源分配説・家族愛情説・親密圏説
第5節	介護職者及び家族の医療行為のあり方
第6節	「慣行的家族特権」の様相
第5章	パターナリズムによる代理決定の正当化の可能性
第1節	「一般的パターナリズム」に関する見解と検討
第2節	パターナリズムの定義の仕方の留意点と「法的パターナリズム」
第3節	パターナリズムの種類と正当化基準—中村直美に依拠して
第4節	「法的パターナリズム」と代理決定の正当化原理の可能性
第6章	結論
第1節	これまでの代理決定のあり方
第2節	代理決定の正当化原理としての信託・信認関係
第3節	「信頼」「信認」「信用」概念—斉藤壽彦に依拠して
第4節	信託・信認関係による代理決定の正当化
第5節	財産管理制度である信託の考え方と信認関係を用いる批判について
おわりに	
資料	
文献一覧	

二 本論文の概要

筆者の研究動機は、代理決定の正当性の根拠に対する疑問から始まっている。医的侵襲行為場面においては成年後見人、家族、医師が精神上に障害がある者に代わって何らかの判断や行為を行っている。例えば、成年後見人については、医的侵襲行為に対する同意権という権限を持ちえていないため、仮に成年後見人が同意をしても意味をなさない。つまり医的侵襲行為の違法性が阻却されない。一方で、家族や医師も成年後見人同様にそのような権限を法的に持ち得ていないにもかかわらず、違法性が阻却されているかのように医的侵襲行為がなされている現状がある。こうした点についてはたしてどのような法理的な根拠を正当性のなかに位置づけることが可能かという問いによって論文構成が組み立てられている。

代理決定においては、家族や医師による代理行為が一般的であるが、これらの背後にある家族特権とパターナリズムに関してそれぞれ学説的な考察を加えて、その限界を指摘し、最終的な考察として信頼と信託を基礎とした信託の概念装置に注目し、新たな正当性の可能性を取り出すという展開となっている。

本論文は6章から構成されており、以下に概要をまとめておく。

第1章は問題意識と研究の枠組みについてまとめており、まず、「医的侵襲行為」というキーワードについて、類似概念である「医療行為」および「治療行為」があり、諸研究者によって異なることを指摘した上で、本論文では、「医療水準」に沿った行為への同意ということであれば代理決定者として位置づけられた者でも代理決定が正当化されるという立場をとっている。けれども、「医療行為」の定義のみでは通常“侵襲性”を伴うとされる行為は含まれていないこと、「治療行為」の定義では「医療行為」で定義されている行為は含まれないとされることから、本論文では「医療行為」「治療行為」に関する定義にかかわらず「医的侵襲行為」としている。

次に「家族」に関する規定について、筆者は、なぜ自明のように「家族」が特権的な扱いをされるのかという文化的背景を探ることを課題としているため「家族」の厳密な定義はせず、「正当化」の概念については、ルーマンの見解を参考に「法的手続きによって保証されること」としている。また、代理決定を正当化するための「権威」概念については、「インフォームド・コンセントにおける治療上の意志決定は、患者と治療者と権威の三者のダイナミズムにおける『共同の意志決定』という三者構造をそなえて」いるという熊倉（1994）の見解に着目しながら、「慣行的家族特権」によって生じる患者と家族の関係における代理決定、「パターナリズム」によって生じる患者と医師の関係における代理決定、それぞれの代理決定が自明のように二者関係でなされていることにつながるという問題を設定し、その二者関係を法的に正当化する「権威」を位置づけ、三者関係へと統制する必要があるとする立場をとる。このことは、成年後見制度における患者（成年被後見人）と成年後見人、それぞれの二者関係に「権威」を位置づけることによって、医的侵襲行為への同意権を成年後見人に付与する可能性を導くと同時に、医師・家族・患者、医師・成年後見人・患者、というそれぞれの人的関係においても、二者関係において位置づけた同様の

法的権威を位置づけることで、三者関係を法的正当性によって統制することができるという立論上の設定を最初におこなっている。

第2章では、医的侵襲行為場面における自己決定権として憲法13条において生命・身体にかかわる自己決定権を含めすべての人間にそれが保障されていることが、そこにおける自己決定権の行使を厳格に迫及した場合に生じる問題として精神上に障害のある者による自己決定権の行使の問題が挙げられるとする。民法的視点から検討すれば代理制度によって補完することになるが、成年後見制度から医的侵襲行為への同意権の問題を考えた場合には論理的限界が生じるために事実上の代理決定が許容されていることを指摘する。

また、医的侵襲行為場面における患者の同意は刑法学的に捉えれば医的侵襲行為の違法性阻却事由に該当するが、精神上に障害のある者が医的侵襲行為への同意を行なえない場合にはどのような方法が考えられるのか、ということを検討するために刑法学的視点として、医的侵襲行為の違法性を阻却する要件を提示し、「医療水準論」について述べている。

医的侵襲行為への同意について憲法上では自己決定権の保障は厳格に認められており、刑法上の被害者の同意も憲法の自己決定権同様に厳格な意義を有しているため推定するにあたっても厳格な基準が必要となる。他方、精神上に障害のある者が自己決定権の行使が困難な場合、それを補完するために民法上の代理制度が位置づけられているわけであるが、現実問題として医的侵襲行為への同意という代理に対する法的対応が不十分であり、事実上の第三者による同意によって処理されている。

このことからすれば、医的侵襲行為への同意という自己決定権の行使について一方では厳格さが要求され、他方で法的ではない事実上の代理が許容されているという矛盾が生じることになる。そのため、患者の自己決定権を尊重しながら、現実的に法的対応していくためにはどうするか、ということで成年後見人と成年被後見人、家族と患者（と医師）、医師と患者、それぞれの人的関係に「権威」を位置づける必要性を展開している。

第3章では、「成年後見制度」における医的侵襲行為への同意権付与問題の論議に焦点をあて、成年後見人に同意権が付与される条件を明らかにしている。その前提として成年後見制度の仕組みを述べ、成年後見制度の代理制度に位置づけられている権限から成年後見人に医的侵襲行為への同意権を導くことの限界、つまり論理的限界があることを指摘している。

成年後見制度における医的侵襲行為への同意権問題の論議は諸説あるが、大別すると成年後見人に対して同意権を付与に対する否定説と肯定説に分けられる。筆者は、それらは事実論を基底としてさらに解釈論と立法論へと分類し、成年後見人への医的侵襲行為の同意権付与の「必要性」について否定・肯定を示す場合と「解釈」的に否定・肯定を示す場合によって解釈論の立場に留まるのか、あるいは立法論へと発展するのかが異なるとする。

成年後見制度における医的侵襲行為への同意権付与問題の論議では、成年後見人には医的侵襲行為への同意権を付与しないという否定説が通説となっているが、分析枠組みに基づいて否定説の主張を検討し、これまで通説とされていた否定説の主張の論理的手落ちを指摘している。

一方、肯定説の主張も純粹に成年後見人単独に同意権付与を認めるというものだけでは

なく、家庭裁判所・第三者機関・後見監督人の関与を必要とすること、成年後見人への同意権を付与する方向で論議がされているにもかかわらず、家族による同意を認める必要性を主張するものもある。また、立法論の立場から成年後見人への同意権付与を認める場合の根拠は、概して家庭裁判所、後見監督人、第三者機関の関与の存在を指摘する。このような肯定説の主張のなかで代理決定を正当化するために重要となるのが、成年後見人に同意権を付与する場合には医療の性質によって左右されること、また成年後見人単独では同意権が付与されず、第三者機関の関与が必要であるという見解である。

諸外国における医的侵襲行為への同意権のあり方をみると、成年後見人に相当する者、家族などの代理決定者による医的侵襲行為への同意の位置づけが法的に規定されており、医的侵襲行為場面において同意が必要となった場合の“空白の状態”がない仕組みが整備されている。重要な点は、代理決定者による職務に対して何らかの制限を加えることのできる機関として裁判所が配置されていることであり、このことによって家族だけではなく、成年後見人に相当する者に対しても医的侵襲行為への同意権を付与することが可能になるということが窺える。

第4章では、「慣行的家族特権」として家族による代理決定が許容されている背景を探ること、しかしそれには法的な正当性がないことを明らかにしている。まず、法学的意味における家族の権限・位置として親権と未成年後見に焦点を当て、法的に唯一家族間の代理が認められている親権を持つ者（主に「親」を想定しているが）による親権の行使によって未成年者への医的侵襲行為に対する同意が認められていること、けれども昨今の児童虐待の状況（医療ネグレクトを含む）を鑑みると、必ずしも親権が万能ではなくなってきたことを指摘している。そしてわが国との相違をみるために、諸外国における未成年者への医的侵襲行為への同意が誰によってされているかということ概観し、わが国と比較した。諸外国では日本と同様に未成年者に対する医的侵襲行為への同意に関する権限は当然の権利として位置づけられており空白の状態はないといえる。日本と異なる点は諸外国では裁判所を含めた同意権者が重層的にかつ系統的に位置づけられていること窺えた。

次に、未成年後見については、それが親権と同様の権限を持つとされていながらも、親権よりも厳格な規制があることがわかる。そのため、親権の行使よりは未成年後見の権限から同意がされるほうが安全かのように思えるが、財産管理の問題から未成年後見においても未成年者を保護しきれない状況にあることが言え、唯一家族間における代理として認められている親権、それと同様の権限をもつとされる未成年後見ですら危うい存在であることを指摘している。

また、家族社会学における「家族」に関する定義より「伝統的家族」「近代家族」「現代家族」「現代家族Ⅱ」と区分し、それぞれの時代の「家族」の特徴を描き出したことを踏まえ、事実上家族の代理決定がなぜ可能になるのかということの問題意識として考究した結果、「資源分配説」「家族愛情説」「親密圏説」からなる背景を導き出した。

とくに「家族」が「代わる」にも「暴力性」（意図的に同意しないなど）が存在するかもしれないため「公共圏」としての成年後見制度に依拠することが可能になるということの意味する。けれども、「公共圏」である成年後見制度では対処しきれない事柄ではないために、

結果として「公共圏」による介入はされない状況が生じるため、「公共圏」側の問題として「公共圏」の機能を「親密圏」が代理している状況があるとする。したがって、家族が代わらざるを得ない状況が作られるが、「公共圏」による介入が望めないことからすれば、「親密圏」内部のみで「家族」が「代わる」ことを行なうのは危険であるとする。

これらのことから、筆者は「親密圏」内部でもなく、「公共圏」による介入でもなく、その重なる部分での「家族特権」に基づいた代理決定に対する限界づけを行なうための法的観点の必要性を説いている。

第5章は、パターナリズムによる代理決定の正当化の可能性について述べるために医療場面、援助場面、パターナリズムに関する諸説を「一般的パターナリズム」と称して、その議論と特徴を総括している。「一般的パターナリズム」の特徴からでは、ある特定の関係性の中で自己決定権・自己決定とパターナリズムが相補的であるとされながら、介入される側の「最善の利益」を保障されるような特徴が見出せないことを指摘している。

ここでは、パターナリズムを再度定義し直し、かつ医的侵襲行為場面における介入する側への一定の規制をかけるための別の観点を位置づけるために「一般的パターナリズム」とは異なる「法的パターナリズム」の観点から緊急避難、緊急事務管理が代理決定の正当化原理として機能するののかということを検討し、成年後見制度もまたパターナリズムが内在する制度であるが、医的侵襲行為場面における代理決定は正当化されないことを再度指摘している。医的侵襲行為場面において代理決定する専門家である医師側に対して医師の裁量権の範囲内において、介入する医師側に一定の規制をかけながら「本人の最善の利益」を担保するために「法的パターナリズム」を再構築するための別の観点が必要になることを主張している。

以上のような論証に基づき、本来ならば医的侵襲行為への同意は三者関係でなされるはずであるのに、二者関係のなかでなされる共同決定であるかのような誤解が生じていること、すなわち「慣行的家族特権」によって生じる患者と家族の関係における代理決定、「パターナリズム」によって生じる患者と医師の関係における代理決定、それぞれの代理決定が自明のように二者関係でなされている状況であるとする。その二者関係を法的に正当化する「権威」を位置づけ、三者関係へと統制する必要がある、成年後見制度における患者（成年被後見人）と成年後見人という関係にも「権威」を位置づけることによって医的侵襲行為への同意権を成年後見人に付与することが可能であると指摘する。

第6章は、結論的な考察をまとめたものである。これまで医的侵襲行為場面における代理決定者として考えられた成年後見人、家族、医師について、成年後見人については医的侵襲行為への同意権を有していないため、仮に成年後見人が同意をしても意味をなさない、つまり医的侵襲行為の違法性が阻却されないということ、一方、家族や医師も成年後見人同様にそのような権限を法的に持ち得ていないにもかかわらず、違法性が阻却されたかのように医的侵襲行為がなされていることを明らかにした上で、以下の点を新たなブレイクスルーとして提起している。熊倉（1994）が提示する医的侵襲行為場面における「意志決定」「パターナリズム」というのは患者と治療者と「権威」の三者構造を備えている、という見解をもとに代理決定における二者関係ないし三者関係においても「権威」を位置づけ

ることで、これまで「権威」が位置づけられた関係として捉えられなければならないはずの慣行的家族特権や専門家パターンリズムによってなされていた事実上の代理決定に対する法的正当化を試み、それらの関係を律すること、と同時に成年後見人と成年被後見人の関係においても「権威」を位置づけることで医的侵襲行為場面における代理決定の正当化が可能になる。そして、代理決定における二者関係ないし三者関係を律する「権威」として「信託」「信認関係」を位置づけることが可能であるかということを検討するために、「信託」「信認関係」の概念整理と特徴を述べ、「信託」「信認関係」を用いる意義を説いた。また、その中で「信頼」「信用」概念が「信認」「信託」がどの様に関連するのかを斉藤壽彦に依拠しながら、改めて「信認」「信託」概念の特徴をいい、このことは慣行的家族特権によってなされていた代理決定もまた「信託」「信認関係」として捉えることが可能になるとする。

「信託」「信認関係」の特徴から重要なことは、専門家（受託者）と素人（委託者ないし受益者）という関係が前提とされていること、委託者の権利が受託者に移転すること、受託者は自らに有する専門性あるいは帰属された権限を自由に行使することができる地位であることから広い裁量権が与えられているが、その濫用を防ぐために厳格な義務である「信認義務」、つまり受益者の利益のために権限を行使しなければならないということが課せられていることである。この特徴から、「信託」・「信認関係」という「法的装置」をもって成年後見人、家族、医師をそれぞれ受益者である患者の受託者として位置づけ、本人の最善の利益が担保されるような代理決定が正当化される仕組みを提示している。

三 本論文の評価

以上に要約された鈴木道代氏の学位論文は、審査委員会として以下の点について高く評価しうるものとした。

1. 本論文は、研究目的に対する論理的な構成が関連領域の研究成果と法理論的な考察をあわせて周到に配置されており、筆者による本論文に関する論考「医的侵襲行為への家族同意権の正当化問題—成年後見制度における議論を基盤として—」（『社会福祉学』51巻3号に2010年10月に掲載済み）を発展させたものといえ、代理権限に関する最先端の議論にコミットすることを企図した意欲的なものと評価できる。
2. 憲法に基づく自己決定権を根拠とした「同意」が、医的侵襲行為の違法性阻却の必須要件であること、同意が不可能な場合に行われている代理決定が正当化される根拠として成年後見制度、慣行的家族特権、専門職パターンリズムを取り上げ、その何れもが十分な根拠を提供していない点を指摘し、現行の法制度の不備と限界を明らかにしようとした分析過程とその成果は膨大な作業を必要とするものであり、論理的な破綻なくまとめた点が評価できる。
3. 今日、社会福祉専門職が直面するコミュニティレベルの実践課題として、住民のプライバシーと生命の安全を守る上での法的な整備が遅れているために、様々な課題が指摘されており、代理決定の正当化に関わらせて、こうした地域生活場面における「介

入の正当化問題」というべき課題にも研究の射程を拓いた研究上の意義を評価できる。

ただし、審査委員からは、残された課題として以下の点が指摘された。

1. 法的な構成として、代理モデルから信託モデルへと転換することについて、道徳的な観点からその正当性を論証する議論が必要である。なぜなら、信託は、歴史的に財産とかかわりて発展してきた法制度であり、これを生命や身体の問題に「転用」することになるからである。その根拠は、結局、医的侵襲行為を受ける本人の「最善の利益」の保護ということに求められることになるだろうが、それを社会福祉の臨床的な実践や知見と結びつける視点が求められる。
2. 信託モデルを採用することによって、現行の成年後見制度がどのような方向で改革されるべきかについて、立法論にまで立ち入った検討を行うことが求められるが、これは今後の大きな課題となるであろう。
3. 研究方法が文献を用いた理論研究として位置づけられるが、成年後見制度をはじめとする代理決定の問題点を法理的に分析して法制度を整備するような提起の仕方になっているため、社会福祉学からのアプローチとしてどのような接点を求めることになるのか、について今後、整理する必要がある。

審査委員会は、本論文のテーマである医的侵襲行為に関わる同意権の問題に関して代理決定を必要とされる成年後見制度や医療におけるインフォームド・コンセントにみられる代理決定の正当性を構成する法的な根拠を探りながらその背後にある考え方を浮き彫りにして、代理決定の正当性を新たに構築するための鍵概念を取り出すことを意図した意欲的な研究成果を高く評価し、以上の課題点については今後の取り組みにおいて更なる展開を期待することで一致した。

以上の審査結果から、審査委員一同は、本論文が学位論文として学術的水準に十分に達していることを認め、更に口述試験の成績をも考慮して、鈴木道代氏に、北星学園大学博士（社会福祉学）の学位を授与することが適当であると結論する。

学位論文最終試験の結果の要旨

2011年1月31日、学位授与申請者鈴木道代氏の最終試験を行った。

試験において、提出論文「医的侵襲行為に対する代理決定の正当化原理に関する研究—成年後見制度、慣行的家族特権、専門家パターンリズムの論理—」に基づき、審査委員が疑問点につき逐一説明を求めたのに対し、鈴木氏は、論文執筆後の知見も踏まえて、いずれにも適切な説明を行い、審査委員の疑問を解消した。