

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，専門家パターナリズムの論理—

北星学園大学大学院
社会福祉学研究科社会福祉学専攻 博士後期課程 3 年
0825002 鈴木 道代

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	1
第1章 問題意識と研究の枠組み	8
第1節 問題意識	8
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	10
第3節 研究の目的と意義	11
第4節 研究の方法	12
第5節 論文の構成	13
第6節 本論文の諸概念	17
第2章 自己決定と代理決定	21
第1節 医的侵襲行為場面における自己決定権	21
第2節 代理の仕組みと事実上の代理決定—民法的視点	32
第3節 医的侵襲行為の違法性阻却要件—刑法的視点	42
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	55
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	68
第1節 代理決定の仕組み	69
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	76
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	107
第4節 成年後見人に同意権が付与されるための考え方	121
第4章 慣行的家族特権	134
第1節 法学的意味における家族の権限・位置	135
第2節 事実上家族による代理決定	168
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	170
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	175
第5節 介護職者及び家族の医療行為のあり方	211
第6節 「慣行的家族特権」の様相	214
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	219
第1節 「一般的パターナリズム」に関する見解と検討	220
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」	232
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	237
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	241
第6章 結論	247
第1節 これまでの代理決定のあり方	248
第2節 代理決定の正当化原理としての信託・信認関係	253
第3節 「信託」「信認」「信用」概念—斉藤壽彦に依拠して	264
第4節 信託・信認関係による代理決定の正当化	266
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	270
おわりに	272
資料	274
文献一覧	290
謝辞	330

はじめに 社会福祉学における「自己決定」概念に関する論調と批判的検討

本論文は代理決定の正当化原理を導くことを試みるものであるが、代理決定とともに論じられるのが自己決定についてであるといえる。自己決定権あるいは自己決定については様々な学問領域で論じられており、本論においても医的侵襲行為の違法性阻却原理との関連で検討している憲法学、刑法学もそのうち一つのである。

では、社会福祉学の立場から自己決定権あるいは自己決定はどのように論じられているのだろうか。ここでは、社会福祉学における自己決定権・自己決定の論じられ方を社会福祉学領域において代表的な雑誌である『社会福祉学』『社会福祉研究』『ソーシャルワーク研究』『社会福祉士』をもとに「自己決定」概念に関する論調を述べ、それに対して批判的検討を行なうことにする。

社会福祉学における「自己決定」概念に関する論調

白井（2000：142-143）は「福祉分野における自己決定概念の扱い」について述べている。それによれば、自己決定を権利として考えた場合、法学・社会学の分野においてもその定義が明確ではないのだから福祉分野において「自己決定権」とすることは、憲法学、社会学上の議論を除いて語ることになってしまうため「特殊な法的権利として論じる場合を除き、自己決定権ではなく、自己決定として語るべきであり、そのうえで『自己決定の尊重』という言い方をするのが適切である」と述べている。そして、自己決定を支えるために選択肢の質の確保と社会福祉制度の仕組みの整備が必要であるとする。

白井（2000）は福祉分野において「自己決定」概念を扱う場合には「自己決定権」とするのではなく、「自己決定」とするほうが適当であると述べているが、田中（2008：152）は自己決定を考えるとときに大事なことは、選択権があることの自覚を高める支援が求められること、選択の幅を広げ自己決定権を行為できる支援、そのための環境づくりなどが専門家に求められると説き、土屋（2002：157）は自己決定とは「自分の生き方を自分で選び、決定してそれを実現する権利」である、と述べているように「自己決定」を権利として位置づけて論じている者もいる。

「自己決定」を権利と位置づける一方で、笠原（2003：45）はクライアントの自己決定を尊重するという考え方は、ソーシャルワーク実践において援助者の行動を導く行動原理としていちづけられる」と説き、土屋（2002：157）も自己決定とは「本人が自分の判断のもとに、自立の方向を決定するという援助方法の原則」でもあるという。つまり、「自己決定」は利用者の権利であると同時に援助者の援助原則あるいは行動原理として位置づけられるということが窺える。

では、「自己決定」とは具体的に何をすることとして捉えられているのか。鈴木（2005a：43-45）は、日常的な場面で利用者が「選択・決定」することを「自己決定」として捉え、「選択・決定」あるいは「自立」することができる機会を保障することが自己決定支援であるとしている。また、別の論考で鈴木（2005b：65-58）は知的障害者が地域移行するプロセスにおける自己決定について述べている。そのなかで自己決定とは「重要であると考え（ること）」「決めたいと考え（ていること）」「どの程度決めている」ということであり、知的障害者がある事柄について考え・決めていることが自己決定の具体的内容であることが窺えるが、最終的には自己決定を支援するための取り組みについて述べている。

鈴木（2005a, 2005b）の論考における「自己決定」の内容は、上述した田中（2008）や土屋（2002）が権利としてあげていた「選択権」、「自分で選び、決定してそれを実現する権利」と同様であると思われる。この点が、社会福祉学領域における自己決定権・自己決定の論じられ方への批判的検討をする内容の一つである。

次に、臼井（2000）が「自己決定の尊重」という言い方が適切であるとしていたが、「自己決定を尊重」するだけでなく「自己決定を支える」、「自己決定を支え合う」ということが必要であり、その場合には援助者のポジティブな援助観やエンパワメントの視点をもった「援助者の人間観」が重要になり、かつ多様な選択肢の余地を作っていくことが重要であると狭間（2000：39）は述べている。同様に笠原（2003：45）も自己決定をただ尊重するだけでなく「その過程を支援する必要がある」ということから、自己決定を尊重することに加えて、支援することが必要であるというが、これは援助者としては当然のことであると言えよう。

そして、「自己決定」を支えるためにはどのような支援が必要かという点、臼井（2000）は「自己決定を支えるために選択肢の質の確保と社会福祉制度の仕組みの整備が必要」とあり、狭間（2000）はエンパワメントの視点が必要であるということであった。同様に、谷口（2008：158）も障害のある人もない人も「快・不快のレベル」「好き・嫌いのレベル」で自己決定を行っているのであり、「自己決定を難しく考えると余計にややこしくなってくる」ため、自己決定をできる・できないという問題ではなく、自己決定力は育てられるものとして捉えることが重要であり、自己決定力を育てるということは「エンパワメント」することであるという。沖倉（2000：186-187）も自己決定におけるエンパワメントの重要性を述べているが、なぜ重要なのかまでは言及されていない。加えて、土屋（2002：157）も本人が権利に目覚め自らの意思と力で、自らの責任において計画し決定できるように側面的に援助すること、本人が十分に理解し、自己決定できるように情報提供したり、考え方の筋道を整理したりすることも援助であり、そこで重要となるのがエンパワメントであるという。

このように、「自己決定」を支援するには利用者にエンパワーしてもらうこと、つまり自らの意思で選択し、決定してもらうことが重要であって、そのために援助者にはエンパワメントの視点が必要となるのであろう。また、エンパワメントの視点だけではなく選択肢を提示すること、制度の仕組みを整備することもまた援助者としては必要となってくるということである。

ただし、土屋（2002：160）は「自己決定」の要素に「自己選択」があげられるが、この場合の「自己選択」は「メニューの選択」とは異なるということを指摘する。つまり、施設におけるサービスにおけるサービスメニューは施設で用意されたものであって、施設にとって都合の良い限られた選択肢の中から選ぶことが、あたかも「自己決定」と考えてしまう傾向にあるという。しかし、これは「自己決定」ではなく「メニューの選択」に過ぎないというが、では利用者は何をもとにして「自己決定」（選択、決定すること）するのであろうかという疑問が生じる。また土屋（2002）は施設におけるサービスメニューを選択することは「自己決定」ではないと指摘するが、ではなぜ既に述べてきたように「自己決定」を支援するために多様な選択肢を援助者は用意しなければならないのだろうか、ということになる。

そして、沖倉（2000：186-187）は自己決定に呈される疑問について検討し、全ての人が自己決定できるのかという問いから、誰が自己決定を制限しているのかという疑問へ転換し、それは支援者であると指摘する。與那嶺ら（2009：36）も判断能力が不十分な知的障害者の自己決定を考えるためには、支援者を含めた他者との関係においてどのように援助していけばよいかという問題に対して知的障害者の自己決定がどのような支援環境において抑制されまたは促進されるのか、その関連性を明らかにすることが今後の課題であると述べ、笠原（2003：45）は「知的障害のある人の自己決定を考える場合、自己決定が『できるようになる』ことを目的とすると、変容すべき対象として、知的障害のある『人』にばかり焦点をあててしまう危険がある。（中略）自己決定はむしろ、その人が決めたこと、表現をどこまで受けとめ、支援することができるのかという、他者の問題である」と説く。

これらの見解で共通することは、利用者自身が「自己決定」をできるのか、できないのかを問題にするのではなく、他者である援助者がどのような援助を展開すれば、利用者の「自己決定」が可能になるのかということが問われていることである。そしてこのことは、利用者に「自己決定」「させる」ために援助者はどのような援助を展開する必要があるのかという方向に議論が転換していると思われる。

このような議論の転換は、沖倉（2000：186-187）が自己決定力の獲得を意識しているならば、ときにはパターナリスティックな関わりも許容できるということ、土屋（2002：157）がパターナリスティックな対応についてそれは本人の自己決定の可能性を前提にした上で、最小の制約のもとで最大の自由を保障することが重要であると述べているように、援助者によるパターナリスティックな対応を「利用者の自己決定を支援するために」という名目で許容する危険があると思われる。ただし、沖倉（2000）は自己決定力の獲得を意識している場合にはパターナリスティックの関わりが許容できると述べているが、援助場面において自己決定力の獲得を意識するのは一体誰であるのか、それは利用者の様子から判断する援助者自信の意識なのか、あるいは利用者自身による自己決定力の獲得の意識なのか、ということは言及されていない。同様に土屋（2002）のいう最小の制約とは一体誰が判断するのか、最小の制約とは何か、なぜ最小の制約であれば援助者によるパターナリスティックな対応が許容されるのか、言及されていない。

他方、沖倉（2000）、土屋（2002）がパターナリスティックな関わりあるいは対応が許容できるとするのは、本人の自己決定力の獲得の意識や自己決定の可能性を前提にしているためであるが、鈴木（2004：15）は利用者による自己決定能力の高まりに限界が生じた場合に代行判断が必要であると述べている。つまり、「人間は潜在的能力をもつ」と同時に「人間は能力に限界がある存在でもある」という考えのもと、知的障害者のもつ一定の能力を尊重しながら、その限界に留意する必要がある、また能力向上には一定の限界があることから代行判断が必要になる場合もあるということである。

そして、「自己決定」を支援する中で援助者としてどのように判断するべきかという問題として挙げられるのが「自己決定」と「わがまま」との違いである。これについて沖倉（2000：186-187）は「自己決定」と「わがまま」の違いを判断するためには一般社会のルールを用いて判断することが原則であるという。そして土屋（2002：157）は「施設の場合は特にマンパワー等の支援の量に限りがあるため、その量を超えた『自己決定』に基づく要求が生じたとき『わがまま』という判断になる」が、『わがまま』の内容そのもの

を実現することが妥当かどうか一般社会の価値判断の中で検討することが原則」であるというように沖倉（2000）と同様の見解を示している。

批判的検討

以上が、社会福祉学における自己決定権・自己決定の論じられ方であるが、臼井（2000）は他領域においても自己決定権の定義が明確とはなっていないから社会福祉において自己決定権を用いるのは適当ではないと指摘している。しかしそうであろうか。つまり、後述するように自己決定権の定義は明確になっていないとしても、少なくとも自己決定権は憲法 13 条によって保障されている権利であるということはいえよう。

社会福祉学領域において「自己決定」概念を用いる場合には、概して臼井（2000）のいうように単に「自己決定」として用いていることが窺える。ただし、場合によっては「自己決定権」と「自己決定」が混在して使われていることもあり、田中（2008）が選択権を自己決定権とし、土屋（2002）が「～選び、決定してそれを実現する権利」というように「権利」を付しても、他研究者からすればそれは「選択すること」「決定すること」「実現すること」であり、必ずしも「権利」としなければならない理由は明確ではないと言える。そのため、自己決定を権利として扱うのか否かの議論は棚上げされ、「自己決定の尊重」という言い方がされている。

では、「自己決定権」ではなく「自己決定の尊重」という形で「自己決定」に関して論じられていくなかで次に何が論じられるかという点、それが「援助者の価値・倫理」「援助原則」であるということ、そして「自己決定の尊重」をするための実践としてどのような援助を展開する必要があるのかという援助論へと議論は発展することになる。このように、社会福祉学領域における「自己決定」概念の論じられ方は「自己決定権」と論じられないことはいうまでもなく、いつの間にか自己決定をする利用者を抜きにした援助論へと容易に転換されていくのである。

その顕著な例が鈴木（2005b）の論考である。鈴木（2005b）の論考において「自己決定」をどのように捉えているかは上述したが、知的障害者がある事柄（地域支援移行するための事柄）について“考え・決めている・決めた”ということが重要であって、実際に知的障害者が“考え・決めた”ことが結果的にどの程度、適うのかということまでは議論の中に含まれていないのである。すなわち、知的障害者が意思表示（考え・決めたこと言う）をすることが重要なのであって、それがどのように知的障害者に還元されるか、されたのかまでは言及されていないということである。このように、知的障害者の自己決定の結果、それがどの程度まで援助関係に基づきながら適うのかということが言及されないまま、では援助者としてどのような援助を展開する必要があるのかということ、その次にはエンパワメントを筆頭に多様な選択肢の確保あるいは提示、制度整備の必要性を論じるという展開になる。

このことが社会福祉学における「自己決定」概念の論調の一つであると言えよう。つまり、自己決定を権利として捉えないことと関連するが、「自己決定」概念は援助原則として捉えられるということである。なぜ「自己決定権」として捉えるのではなく「自己決定」とするのか、それは「自己決定」を援助原則として捉えることによって援助原則に従って援助者は利用者の「自己決定を尊重」するような援助内容を提供すればよく、仮に利用者

の自己決定に添うような援助が展開されないとすれば、それは援助者の問題として取り込むことができ、新たな援助論を展開すればよいことになる。

けれども、権利として「自己決定」を捉えることは憲法 13 条で保障されている自己決定権の行使として利用者が援助関係のなかで何かを決定したにもかかわらず、それを援助者が保障できないとすれば、援助者としての責任が問われることになり、単にエンパワメントや多様な選択肢の提示、新たな援助論を展開すればよいということでは済まされなくなる。それは援助者にとっては「自己決定」を難しく考えると余計にややこしくなることであり、また複雑でわずらわしいことになるということになる（谷口 2008）。だから、社会福祉学では「権利」として「自己決定」を捉えるのではなく、あくまでも援助関係における利用者の「自己決定」とは「快・不快のレベル」「好き・嫌いのレベル」でなされている行為であるため、権利の行使として「自己決定」概念を扱わないのであろう。

次に、自己決定とわがままについて。それは、援助者がどのような援助を展開する必要があるのかという議論のなかで生じる観点である。つまり、「自己決定」と「わがまま」の区別をどのように判断するかである。

「自己決定」と「わがまま」の区別を判断するためには「一般社会ルール」で判断する必要があり、援助者による判断によるものではないという指摘がされていた（谷口 2008, 沖倉 2000, 土屋 2002）。けれども、ここでいう「一般社会ルール」が何を示しているのが不明確であり、「自己決定」と「わがまま」の区別は援助者によってなされているといえよう。特に、後者の点は「わがまま」を権利として捉えることに関連する。

立岩（2000a : 54）は安楽死にかかわる自己決定の問題を論じている中で、「その人自身が自分自身で『死にたい』と言ってくれば、それは都合のよい『自己決定』なのである」と述べる。それは「誰にとって都合がよいのか、負担を免れる人にとってである」という。これらのことから「一方では自己決定が実現されにくいのだし、他方では自己決定がやすやすと受け入れられそうなのだ」と述べている。

これは、利用者の自己決定とわがままについても同様のことが言える。すなわち、利用者が援助者から提示された選択肢の中から「何かを選んで決定すること」は、実現されやすい自己決定であり、一方で援助者の許容範囲を超えた自己決定は実現されにくい自己決定であり、それは「わがまま」とされてしまうということである。とりたてて「わがまま」を権利としなくても、利用者の「自己決定」によって土屋（2002）のいう「～したい」ということから「～したくない」ということが言えるのであり、「わがまま」という概念を用いることがすでに援助者側の論理であると思われる。だからこそ土屋（2002）が指摘するような援助者の限界を超えた「自己決定に基づく要求が生じたときに『わがまま』という判断」に至るのであろう。

そして、パターンナリスティックな対応について。それは最小の制約ということで、あるいは自己決定力の獲得を意識していれば許容されるということであった。またパターンナリスティックな対応と関連して代理決定について触れていたのが鈴木（2004）であり、代理決定（鈴木 2004 は代行判断としている）が必要とされるのは能力向上に限界が生じたときであるとしていた。ここにも社会福祉学における自己決定の論じられ方の特徴がある。

つまり、自己決定の論じられ方のなかには、特に精神上に障害がある者の援助におけるパターンナリズム（パターンナリスティックな対応）に関する議論や代理決定の議論では、自

己決定力の獲得を意識している場合や自己決定能力があることを前提にして、自己決定能力の向上に限界が生じたときにはパターンナリスティックな対応や代理判断が必要であるということまでは述べられているが、能力論に関すること以外でなぜ援助者がパターンナリスティックな対応や代理判断をしてよいとされるのかということまでは厳格に追及がされていないということが言える。

けれども例えば、援助場面において家族による代理決定が必要とされる、あるいは援助者がそれに頼る、ということは当然のようになされていると思われる。また、家族による代理決定に限らず、既に見てきたように（自己決定の尊重のための援助という名目で）援助者が利用者の決定にかかわることも当然のようになされている。しかし、その正当性を社会福祉のなかで問われた場合どのように応えるのだろうか。そこでは“利用者の自己決定を尊重するために身近にいる家族の考えを必要とする”あるいは“援助者として当然とすべき援助行動である”という答えがそれぞれ一つ考えられるが、社会福祉の援助過程で自己決定を利用者の権利として捉え、権利に応えることが困難であるとするならば、少なくとも社会福祉の援助過程における「家族」に依存した判断や決定、あるいは「援助者」の価値判断を前景にした判断や決定を再度客観的に見直すことも必要であると思われる。

社会福祉の援助過程において家族や援助者の判断や決定が利用者のそれよりも優先されるのは、概してそこに非対等な関係が存在するからであると思われる。つまり、“決定する家族—決定される利用者”，“援助する援助者—援助される利用者”，である。これらの関係を基底にして代理決定がなされるわけであるが、このような関係においても前者に対して一定の義務づけを行い、かつ，“代理決定する側—される側”という関係を正当化することが客観的に見直す一つの方法であると考えられる。

そこで，“代理決定する側—される側”という関係を正当化するために本論文で用いるのが「信託」「信認関係」である。

「信託」「信認関係」という概念は財産管理制度において用いられる概念であり、わが国において「信託」に関する事項が定められているのが「信託法」である。「つまり、信託とは、ある者（T）が、一定の目的（受託者以外の利益の目的を除く）に従い、財産を有する者（S）からある財産（P）を分離させ、財産の管理または処分およびその他の当該目的の達成のために必要な行為をすべきこと」である。「ある者（T）を『受託者』、財産を有する者（S）を『委託者』、委託者の財産から分離され、受託者に帰属された財産（P）を『信託財産』、一定の目的を『信託目的』、そしてこれらの受託者の行為によって信託財産から生じた利益の帰属者を『受益者』という」（佐藤 2009：23-25）。ここにおける委託者ないし受益者と受託者の関係が「信認関係」となる。

そして、「信認関係」という見方はいまでは弁護士と依頼人、医師と患者、というように、一方が専門家であり、その専門家のもつ知識や能力に依存する非専門家（素人）という関係も「信認関係」とであるとみなされている。さらに親と子という関係においても同様である。このような「信認関係」において受託者である専門家には「信認義務」が課せられ、委託者ないし受益者、非専門家（素人）の最善の利益のためにつとめなければならないとされている。

本論文では、専門家と非専門家（素人）という関係、その関係において権限が受託者に移転するという、そして専門家のほうに「信認義務」を課すことを特徴とする「信託」

「信認関係」を代理決定する側、される側という代理決定の關係に位置づけることにした。

自己決定権・自己決定の尊重がいわれる中で、精神上に障害のある者が何かを決める場合に代理決定が必要とされることがあるが、その場合の代理決定は慣行的なものであると思われる。「信託」「信認関係」の観点によって、精神上に障害のある者のために行為する者に対して「信認義務」を課しながら、代理決定の關係に一つの法的正当性を付与できると考える。

本論文では、既に述べた社会福祉学領域のほかに憲法学、刑法学における自己決定権の意義を述べ、それでも（医的侵襲行為場面に限定して）代理決定が必要となった場合に民法上の代理制度、成年後見制度では、必ずしも代理決定に関して有効に機能しないこと、その一方で、家族や医師による代理決定が許容されている現状を述べ、法的な代理決定が機能しないこと、慣行的な代理決定や専門家による代理決定が機能することの矛盾を指摘する。

そしてその矛盾について、大きく成年後見制度、慣行的家族特権、専門家パターンリズムという3つの主題に分けて検討し、成年後見制度、慣行的家族特権、専門家パターンリズムに共通して法的に代理決定が機能するような別の観点が必要であることを説き、代理決定を正当化させる観点として「信託」「信認関係」を位置づけることを試みる。

これらの考察が、成年後見制度における成年後見人、家族、専門家であれ、精神上に障害がある者にかかわる者との事実關係が信認關係であること、したがって、それらの者は精神上に障害がある者に対して常に最善の利益となるような判断や行為をしなければならないという考えを改めて提起することができると考える。

第1章 問題意識と研究の枠組み

本章では、本論文の問題意識、研究目的と意義、研究方法、本論文の構成と諸概念について述べる。

第1節 問題意識

医的侵襲行為場面において、インフォームド・コンセント（以下 IC）が必要とされるということは、周知の事実であると思われる。IC は「説明と同意」と訳されているが、そのうちの「同意」について、それが「できない／されない」という場合が生じる。その典型として、認知症、精神障害、知的障害のように精神上に障害がある者を取り巻く問題の一つに、医的侵襲行為への本人同意を原則とする IC が成立しないという問題がある。この理由として「治療への同意もしくは可能なだけの意思能力を備えているか否か」、「開示された医学的情報を理解できるか否か」という二分法的能力論が根底にあると考えられる。

IC における同意とは、刑法学の観点からすると医的侵襲行為という傷害の違法性を阻却させるための原理として機能することになる。患者が同意をするということは、本人の保護法益（生命・身体）に対する侵害（侵襲）を承諾するということであり、これは憲法 13 条によって保障されている自己決定権の考えが基盤にある。したがって、医的侵襲行為のような本人の生命・身体に侵襲が伴うような場合の同意は、概して「患者本人」による同意がされなければならないとされる。このことは、医的侵襲行為に対する同意は「一身専属的」なことである言われている。

けれども、精神上に障害のある者が自らになされる医的侵襲行為に対して同意をすることができるか、といえど否である。けれども、理論的には患者本人からの同意を得なければ違法性が阻却されず、医師は医的侵襲行為をすることができず、患者本人も自分に必要な医的侵襲行為がされないということが生じる。そのため、それらの者が医的侵襲行為を必要とした場合の判断や決定は家族や専門家に委ねられることが多いと考えられる。

わが国において、患者本人のために代理決定を行う者は概して「家族」と言える。その理由としては「家族の治療やケアへの協力・配慮が、結果として患者本人の利益になると考えられる」（箕岡ら 2007a : 66）ため、「患者のことを最もよく知るのは家族だから」というように、家族以外の者ではなく家族でなければならないという「家族特権」を背景にもつと思われる。実際の臨床場面では「家族から同意をもらえるならば万一の場合の損害請求に対する抑止力になるという自己防衛の判断が働いている」（岩志 2006 : 56）、「運良く家族がいる場合は家族の同意を得てよしとし、治療を行っているケースが多い」（渡邉ら 2008 : 2369）というように家族自身の考えに基づく理由あるいは医師による家族への要請によって家族が代理決定を行っている。

しかし、このような理由から事実上家族が代理決定、すなわち患者本人に代わって医的侵襲行為に対して同意をしたとしても、そのことによって違法性が阻却されるわけではなく、また家族が患者本人に代わって同意をしなければならないという義務もあるわけではないのだから、通常であれば法的効力はないと言えよう。このような現状を岩志（2006 : 56）は「有識者を含めた周囲の誰もが、この家族の同意を得る行為に対して違和感を覚えずに認容しているようである。これが、医療行為の同意に対する日本社会の実態なのである」と指摘している。

そして、「家族」以外に患者本人のためのかかわる者として挙げられるのが専門家であり、特に医的侵襲行為場面においては「医師」による介入¹⁾であると言える。その理由としては、「損害請求に対する抑止力になるという自己防衛の判断」(岩志 2006 : 56)として医師が家族に同意を要請することも考えられるが、「医師の持つ専門的知識」と「生命を救うという医療の目的」(田中 2001 : 113-114)から、患者の生命・身体に害があるような決定を患者がした場合には医師としてその自己決定権を尊重することはできない、ということが挙げられる。このような医師の持つ専門的知識に基づいて、生命を救うという患者本人の保護のために患者本人に代わって医師が自らなす医的侵襲行為を決定する、という考えは「パターナリズム」に相当する。けれども、「パターナリズム」に基づいた同意(決定)が医的侵襲行為に対する違法性を阻却するとは言い切れない。なぜならば、パターナリズムに基づいて医師による判断や決定のすべてが許容されてしまう危険性があるからである。それは必ずしも精神上に障害のある者のためになされる行為とは限らないのではないだろうか。

このように、精神上に障害のある者の代理決定を家族が務める、あるいは医師が家族に求める、医師やその他の専門家が務めたとしても、家族の場合には家族であるがゆえになされる家族の価値判断を根拠にした慣行上の行為であり、専門家の場合には専門家の(家族への要請ということも含む)価値判断を前景にしてなされるパターナリズムに基づいた行為であると言えるが、必ずしもこれらの代理決定の正当性は明確にはされていないと思われる。

他方、医的侵襲行為場面における代理決定の問題を法定上の、特に精神上に障害のある者の「生命、身体、自由、財産等の権利を擁護する」(赤沼ら編 2007 : 5)制度である成年後見制度から捉えた場合どうであろうか。すなわち成年後見人²⁾による同意が可能かということである。

成年後見制度は 2000 年、自己決定(権)の尊重、残存能力の活用、ノーマライゼーションの理念と従来の保護の理念との調和をはかりながら、精神上に障害のある者の「生命、身体、自由、財産等の権利を擁護する」(赤沼ら編 2007 : 5)制度として施行され、その職務内容には大きく分けると財産管理と身上監護に関する事務がある。

最高裁判所事務総局家庭局(2010)によれば、平成 21 年 1 月から平成 21 年 12 月までの成年後見関係事件の申立件数は合計で 27,397 件であり、対前年比約 3.5%の増加となっており、申立の動機については財産管理処分が最も多く、次いで身上監護となっている。また、成年後見人と本人(成年被後見人)との関係については、子が最も多く、次いで司法書士、その他の親族(配偶者、親、子及び兄弟姉妹を除く)である、とされている。

成年後見人とは「本人の意思ではなく、法律の規定に基づいて代理権が生じている法定代理人」(金子ら編 2007 : 960)として位置づけられているわけであるが、現在では後述するように「成年後見人には医的侵襲に関する同意権は付与しない」という“否定説”が通説となっており、成年後見人には医的侵襲行為に対する同意権は付与されないという見解で一致しているようではある。したがって、否定説が通説とされていることから、結局のところ代理決定を誰が行うのかが特定されないために事実上家族や医師に委ねられることになると思われる。

けれども、否定説が通説とはされているが、必ずしも否定説のみが適当な回答であると

は言い切れない。というのは、成年後見制度は判断能力の不十分な者の生命、身体、自由、財産等の権利を擁護する制度として位置づけられたものだが、権利擁護を行う範囲の中に“成年被後見人への医療に関する保護あるいは監護”の点が抜け落ちていると思われる。

成年後見人には成年被後見人に対する医的侵襲行為への代理決定の権限は付与されていないが、成年被後見人が医療を必要とする場面では、医療契約が締結されると医療機関は当該契約の債務の履行として、種々の具体的な医的侵襲行為（検査、投薬、注射、手術等）を実施すべきことになる。このとき、いわゆる IC の視点から患者の同意が必要となるが、判断能力の減退した成年被後見人からこの同意を得ることが困難ないし不可能な場合がある（上山 2007：87）。とすれば、自然な流れとして成年後見人に同意が求められることになるが、成年後見人には医的侵襲行為に関する判断・決定を行う権限はない。ここに一つの矛盾が生じる。この生じた矛盾が本研究の検討すべき論点の基底にある。

すなわち、なぜ精神上に障害がある者を擁護するために法的に規定された代理人である成年後見人には成年被後見人に対する医的侵襲行為への同意権が付与されていない（であるから同意をするという代理決定ができない）のか。その一方で、なぜ代理人として法的な規定のない家族や専門家が「慣行的家族特権」と「パターナリズム」によって患者本人に代わって判断や決定をすることができるのか、ということである。

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

精神上に障害のある者が医的侵襲行為を必要とした場合に、自ら同意することが困難であることから代理決定が必要となり、その場合には概して家族や医師によることが多いことは既に述べた。そして、それは「慣行的家族特権」と「パターナリズム」に基づいていると考えられるが、その正当性は必ずしも明確ではないため法的効力があるとはいえない³⁾（違法性は阻却されない）と言えよう。また、家族や医師には同意をするかしないかの選択があるにもかかわらず、同意をする（あるいはせざるを得ない）傾向にあると思われる。一方、法定代理人である成年後見人は医的侵襲行為に対する代理決定、すなわち同意をする権限が付与されていない。けれども、成年後見人は法的に規定された代理人であるため、それ以外の事柄に対する代理決定については法的効力がある。また、成年後見人には医的侵襲行為への同意権は付与されていないが、それは職務内容に含まれていないというだけであり、同意をしてはならないということにはならず、したがって同意をすることは可能である。けれども、成年後見人が同意をしたとしても、職務内容に含まれてない以上それに法的効力（違法性は阻却されない）は及ばないということになる。

従って、本人に代わって家族や医師が医的侵襲行為に対して同意をすること、成年後見人が医的侵襲行為に対して同意をすること、ともに医的侵襲行為場面に限っては法的効力がなく医的侵襲行為の違法性は阻却されない、つまり代理決定の正当性はともにないのであるだろうか。けれども、成年後見人は医的侵襲行為場面以外の職務内容における代理決定は法的に正当化され、家族や医師の医的侵襲行為場面における代理決定は「慣行的家族特権」と「パターナリズム」によって正当化されているといえよう。

このように医的侵襲行為場面において、法的な／法的ではない正当化原理によって代理決定がされない／されている状況を解明するにあたって、本研究の鍵となるのが「権威」の位置づけである。

町野（2000：46）は「他者決定は本人の現実的選択に近づく営みとして理解されるべきではあるが、それは自己決定と同一ではないのであり、それに自己決定と同一の法的効果を認めることはできない」と指摘し、町野（2000）が引用している光石（1998：23）のいうようにそれは「法的フィクション」に過ぎないということになる。つまり、自己決定と同一の法的効果として代理決定によって自己決定権が保障されることもなければ、違法性を阻却することもできないということである。しかしながら「自己決定を行うだけの条件を備えていない者については、その者のために、他の者が本人に代わって意思決定を行うという方策が用意されなければならない」（新美 1995：6）というのも事実である。

熊倉（1994：217）によれば「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」おり、「そしてパターンリズムは三者構造の中に、はじめて成立する」という。そして「患者と治療者と権威の三者関係において治療関係は完成する」（熊倉 1994：217）と説く。熊倉（1994）による見解は、医的侵襲行為場面においてなされる意志決定は患者と医師の二者関係ではなく、そこに権威が存在して成立する関係であることを説いている。このことは、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のではないかという疑問が生じる。

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、「パターンリズム」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ということである。とするならば、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考えられる。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思われる。また、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のではないだろうか。

このように、それぞれの関係を律することのできる「権威」を導入することによって代理決定される側の最善の利益を担保するために一定の仕組みに沿って代理決定する側に一定の義務を課しながら「法的フィクション」とされていた代理決定に法的正当性を付与することが可能であると考ええる。

第3節 研究の目的と意義

本研究の目的は、精神上に障害がある者に対して医的侵襲行為場面における同意を必要とする場合に生じる代理決定の正当化原理を導くことである。その際、代理決定者となるのは概して家族や専門家であるが、それらの者に医的侵襲行為への同意権を付与する場合の正当化は必ずしも明確ではないと言える。一方、法定代理人として成年後見制度に配置されている成年後見人は代理決定をする権限を有しているにもかかわらず、医的侵襲行為場面に限定した場合には機能しないことになる。

このことから、今後、医的侵襲行為への同意権を代理人として法的に規定されている成年後見人や成人に対する法的な代理人としての規定がない家族や専門家の、どの仕組みに

付与することが精神上に障害のある者が医的侵襲行為場面を必要とした際の権利擁護の仕組みとして機能するのかということを検討するうえで意義がある。

また、本研究では「慣行的家族特権」が生じる背景を探る前提として医的侵襲行為場面に限定して家族による代理決定が行われている状況を述べることになるが、家族による代理決定が必要とされる、あるいはそれに頼るということはソーシャルワークの援助過程においても当然のようになされていると思われる。また、家族による代理決定に限らず援助者が利用者の決定にかかわることも当然のようになされている。しかし、その正当性を社会福祉の中で問われた場合どのように論じるのだろうか。そこでは“利用者の自己決定を尊重するために身近にいる家族の考えを必要とする”あるいは“援助者として当然とすべき援助行動である”という答えがそれぞれ一つ考えられるが、これらは援助者側が「慣行的家族特権」利用した、あるいは「パターンリズム」によった考え方であり、そのような対処から抜けきれていないと言えよう。そのため、社会福祉の援助過程における「家族」に依存した判断や決定、あるいは「援助者」の価値判断を前景にした判断や決定を再度客観的に見直すことへの一視点としても「家族」や「専門家」による代理決定に対する正当性を問い、検討することは意義があると考ええる。

第4節 研究の方法

本研究の方法は、理論研究によるものである。医的侵襲行為場面において精神上に障害がある者に同意を求めたとしても本人から同意を得ることが困難であることから、代理決定が要求されることになる。けれども、その正当化については未だ解決されておらずこの状態が続くことによって本人の最善の利益や法益が侵害される可能性があると言えよう。現状においては家族や専門家による代理決定によって本人への医的侵襲行為が可能となっている。他方、精神上に障害のある者の権利擁護の制度である成年後見制度からこの問題を検討した場合においても、代理決定に対する正当化を導くことは困難であると言える。

そこで、代理決定の正当化原理を導くために成年後見制度、慣行的家族特権、専門家パターンリズムの3つの主題に焦点を当て、精神上に障害のある者に対する医的侵襲行為への同意権問題に関して、成年後見制度についてはこの問題を巡った論議から成年後見人への同意権付与の可能性を導き、家族や専門家については代理決定がなされている実態とその正当化の不十分さを指摘する。そして、これらの3つの状態を共通に解決するための糸口として共通に代理決定者に対して一定の義務を課すための「権威」として「信託」「信認」概念を用いて、代理決定の正当化原理を導くことを試みる。以上のことからすれば、本研究の方法は学的領域からすれば社会福祉学、法学、社会学等の成果の混成といってよいだろう。

そのために、文献の収集方法としては各章を検討するにあたり概説書を手がかりに行なう。また、データベース Cinii より、例えば「自己決定」「代理（決定）」「インフォームド・コンセント」「医学」「法学」「社会福祉学」「成年後見」「医療」「治療」「同意（権）」「違法性阻却」「緊急避難」「推定的同意」「医療水準」「家族」「親権」「未成年後見」「親密圏」「家族社会学」「家族心理学」「文化」「信託」「信認関係」といったキーワードの組み合わせを設定し、本研究と関連があると思われる標題の文献収集を行なう。

第5節 論文の構成

本論文は、本章を含め全6章により構成される。第1章では、既に述べてきたように本論文における問題意識、目的、意義、研究方法、諸概念についてである。

精神上に障害がある者の医的侵襲行為を必要とした場面に限定し、その際に必要とされる同意という代理決定を要求されることが多く、また代理決定者になるのは家族や専門家であると言える。しかし、これらの者によって同意という代理決定がなされたとしても、それら者に代理決定を行える法的権限はなく、あくまでも「慣行的家族特権」や「パターナリズム」に基づく行為であり、その正当性は必ずしも明確にはされていないという疑問が生じる。一方で、代理人として法的に規定された成年後見人は、医的侵襲行為への同意権が付与されていないため代理決定を行うことはできない、というよりはむしろ同意をしても法的効果がないとされる。このことは、家族や専門家が代理決定をしても同様のことであるにもかかわらず、成年後見人の場合には法的効果がないということが徹底されることになる。これらの矛盾が本論文の論点の基底となるということを述べた。そして、これらのことから慣行上の代理決定を法的なものへ、パターナリズムによる介入を改めて法的なものへ、代理決定として法的に機能しないものを法的なものへ、と位置づけるために三つの共通項として「権威」を位置づけることで、代理決定の正当化原理を導くことが可能であると考えた。

第2章では「自己決定」と「代理決定」について述べる。まず、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、そしてそれは「エホバの証人」輸血拒否事件からみるように判例上においても厳格に保障されていることをいう。けれども、憲法13条によって保障されている自己決定権ではあるが、その行使を厳格に追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が挙げられることを述べる（以上が第1節に相当）。次に、精神上に障害のある者による自己決定権の行使が困難な場合、それを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、民法上の代理制度、そして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ことをいい、そうであるから事実上の代理決定が許容されている現状を述べる（以上が第2節に相当）。そして、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、ここではさらに患者の同意がどのような意味を持つのか、また、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。そのために、刑法学的視点として学説における医的侵襲行為の違法性を阻却させる要件を踏まえて「治療行為の正当化」を患者の同意と医療水準との関連から論じている小林公夫の見解に依拠しながら、医的侵襲行為の違法性を阻却する要件を改めて提示し、「医療水準論」について述べる（以上が第3節に相当）。

以上の検討を踏まえて精神上に障害のある者が医的侵襲行為場面において自己決定権を行使する場合、それは憲法13条によって保障されているが、その行使が困難な場合には民法上の代理制度によって補完されること。しかしながら民法上の代理制度、特に成年後見制度においても医的侵襲行為への同意権が付与されていない現状であるから、家族や医師による事実上の代理決定がなされていることを改めて指摘し、そのような法的に機能

しない代理決定、あるいは法的に機能しているかのような代理決定に共通して法的正当性を付与すること、それを可能にするためには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述べる（以上が第4節に相当）。

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する。

その前提として成年後見制度の仕組みを述べるが、そのことから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、つまり論理的限界を指摘する。また、制度上の論理的限界があるなかで成年後見制度に対する世論の認識はどのようなものであるのか、つまり報道を通じた成年後見制度への認識がなお財産管理としての制度であるという偏りがあること、それは報道のされ方によって生じていることを示し、一方で日常生活において必要となる医療に関することは報道の網の目にはかからないことを指摘する。そして、現実として医療を必要とする場面において成年後見人に求められる役割が財産管理に関することだけではないことを述べる（以上が第1節に相当）。

以上のことを踏まえて、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を検討するにあたり、本研究における分析枠組みを提示する。すなわち、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、それを大別すると現状において成年後見人に同意権を付与しないとする否定説とそれへの対抗説である肯定説に分類することができるが、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することが可能になる。それは、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。

このような分析枠組みに基づいて否定説と肯定説の諸説を検討する。さらに、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でありながら、なお家族による同意の必要性、それを正当化する試みがなされている。したがって、このことを家族同意権に関する見解として成年後見人への医的侵襲行為への同意権問題とは独立して検討し、成年後見人への同意権付与と家族同意権に関する正当性の限界、成年後見人に同意権を付与するための条件を述べる（以上が第2節に相当）。続いて、では諸外国における医的侵襲行為への同意権はどのように位置づけられているのかを明確にし、わが国との比較を試みる（以上が第3節に相当）。

そして、最後に成年後見人に同意権を付与するための条件に加えて、別の観点を持ち込むことによって、成年後見人への同意権付与の可能性を示唆する（以上が第4節に相当）。

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指摘する。つまり、なぜ家族のもつ危うさがあるにもかかわらず慣行的家族特権が成立してきたのかということについて、特別な分析がなされるべきであろうことで第4章を論ずる。

そのためにまず、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る。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

れていることを説く。その前提として親権の概念説明を行う。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いることを指摘する。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なされているかということを概観し、わが国と比較する。

次に、未成年後見における医的侵襲行為場面における同意権の所在について検討する。そのために、未成年後見と親権の関係を述べ、同質であるが異質な点があることを言う。また、未成年後見においても財産管理に関する事件として限定されるが、事件性に絡むことがあることを指摘し、以上のことから家族間で唯一代理が許される親権であっても、それと同質の権限とされる未成年後見であっても危ういことを指摘する。

さらに、2010年に施行された臓器移植法について改正に至るまでの国会議事録をもとに「家族同意」によって臓器提供がなぜ可能となるのか、すなわち「家族同意」が認められるわけを明らかにする。これらを踏まえて、家族でありながら法的規定を与えられた親権、あるいはそれと同質の権限をもつとされる未成年後見の危うさを再度強調し、また法的規定において「家族同意」が認められているが、しかしそれは「家族特権」に依拠したものである、ということを述べる（以上が第1節に相当）。

では、なぜ「家族特権」が生じるのか。その背景を探る前提に改めて医的侵襲行為場面における事実上家族による代理決定の様相を述べる（以上が第2節に相当）。そして、家族社会学による「家族」の描きを中心に「家族」概念について、それを踏まえ「伝統的家族」「近代家族」「現代家族」に加えて「現代家族Ⅱ」という区分をし、それぞれの「家族」にかかわる特徴を明確にする（以上が第3節に相当）。次に、前節の時代区分ごとの「家族」の特徴をもとに「慣行的家族特権」が生じる背景を導くことを試みる（以上が第4節に相当）。

さらに、医療行為⁴⁾をめぐって生じる「家族特権」について述べる。すなわち、在宅療養において医療行為が必要とされた場合に専門家である介護職者には医療行為が認められない（あるいはその範囲が狭い）にもかかわらず、家族であれば認められる、という状況があるということである。このことは、医的侵襲行為への同意のみならず、実際の医療行為においても家族特権が許容されている状況を示すことになる（以上が第5節に相当）。

これらのことを踏まえ、全ての状況ではないが、ある状況では法的正当性を持ち得ない「家族」が法的正当性があるかのように代理決定がされる「家族特権」が生じる背景がある（あった）こと、けれどもそれには法的正当性がないために危ない関係に陥る可能性があること、医的侵襲行為場面における違法性を阻却させることは困難であることを述べ、「家族特権」に基づいた代理決定に限界づけをするために法的な観点が必要であることを示唆する（以上が第6節に相当）。

第5章では、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、その議論と特徴を述べる。しかし、「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」が保障されるような特徴が見出せないことをいう（以上が第1節に相当）。そしてこの問題は「一般的パターナリズム」における特徴にもみられるがパターナリズムそれ自体をどのように定義するのかという問題が基底にある。つまり、パターナ

リズムを定義する場合には自律性・意思能力・同意能力といった内容を含意させることによってそれらの要件を欠くとされる精神上に障害がある者に対する行為はパターンリズムに基づく介入ではないとされることが生じ、これまで言われてきた自己決定権の行使・自己決定の実現のためにパターンリズムに基づく介入が必要であるとされていることも成立しなくなるという矛盾が生じるのである。そこで、パターンリズムを再度定義し直し、かつ、本研究では、医的侵襲行為場面において介入する医師側に一定の規制をかけるための別の観点として「一般的パターンリズム」とは異なる「法的パターンリズム」を位置づけることを述べる。というのは、医的侵襲行為が生命・身体・健康等の利益侵害に相当し、かつ、利益侵害の惹起の可能性が高いとすれば、介入する側に対して一定の法的な規制をかける必要があると思われるためである（以上が第2節に相当）。

次に、中村直美によるパターンリズムの種類と正当化基準に依拠して、本研究におけるパターンリズムに該当する種類と正当化基準を述べる。特に正当化基準については、主に介入される側（被介入者）の様態を基準にパターンリズムの正当化基準が成立していたが、これまでの議論から介入される側ではなく、介入する側（介入者）のありようにパターンリズムの正当化基準を位置づけることの妥当性を述べ、それを既に述べてきた「医療水準」が適当であることを述べる（以上が第3節に相当）。

これらのことを踏まえ、「法的パターンリズム」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、また、本研究において検討している成年後見制度もまたパターン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述べる。

そして、医的侵襲行為場面において代理決定する医師側（介入する側）と代理決定される患者側（介入される側）の関係性の中で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、かつ関係性が成立する以前の最初の段階においても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「法的パターンリズム」を再構築するための別の観点を位置づける必要性をいう（以上が第4節に相当）。

第6章では結論として、これまで医的侵襲行為場面における代理決定者としては成年後見人、家族、医師が考えられたが、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になる。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現状があるなかで、熊倉（1994）が提示する医的侵襲行為場面における「意志決定」「パターンリズム」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ことをいう（以上が第1節に相当）。

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」を用いる意義を説く（以上が第2節に相当）。また、「信託」「信認関係」の概念整理をする中で「信託」「信用」概念が含まれているが、それらと「信託」「信託」がどの様に関連するのかを述べるために斉藤壽彦に依拠しながら、改めて「信託」「信託」概念の特徴をいう。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いうことを導く（以上が第3節に相当）。

そして、「信託」「信認関係」の特徴から医的侵襲行為場面における代理決定の正当化を試みることにする（以上が第4節に相当）。最後に、「信託」「信認関係」が有するもとの機能が財産管理のためであるということによって、代理決定の正当化原理としてはふさわしくないといわれるであろう批判に対して筆者の見解を述べる（以上が第5節に相当）。

第6節 本論文の諸概念

本論文では様々な先行研究レビューを行っているため、諸研究者によって用語の表現の仕方が異なることが多い。そこで、代理決定が必要とされる場面を「医的侵襲行為」とすることの意味を述べる。

「医療行為」について『医学書院 医学大辞典』（2003：144）では、医療[medical care]とは、「医師の医学的判断および技術をもってするのでなければ人体に危害を及ぼす恐れのある行為を医行為といい、医行為を業（反復継続すること）とすることを医業という。医師法 17 条は、医師でなければ医業をしてはならないと規定している。医療とは、医師およびその他医療従事者が医師の指示に基づいて行なう、患者の疾病・外傷の診断・治療の目的で行なわれる医療行為を総称していう」。そして、医療行為[medical practice]とは「①医師が行う診療、歯科医師が行う歯科診療、②保健師・助産師・看護師、薬剤師、臨床検査技師などの診療・歯科診療への補助行為や参加行為、③あん摩・マッサージ・指圧師、はり師、きゅう師、柔道整復師の施術行為、④医業類似行為がある」。

次に医療行為について諸研究者はどのように述べているかという点、例えば上山（2004：1179，2006：46）は「身体への物理的侵襲を伴う医療行為」、「患者への一定の医的侵襲行為（たとえば、触診等の検査行為）」（上山 2000：90-94）と表現している。

そして井上（2003：112-113）は医療行為を「医療行為とは、医師が患者に対して行う診断のための行為または治療のための行為と定義する。診断のための行為は、通常、治療方法や予後を知るために行われる（視診、触診、血圧測定、心電図検査、採血、X線検査、内視鏡検査、カテーテルを用いた検査、各種生検等がこれに含まれる）。治療のための行為は、疾病そのものまたは症状の改善をめざして行われる（生活指導、投薬、注射、手術等がこれに含まれる）」と定義している。

また、「治療行為」という概念については、伊東（2006a：109）によれば医療行為は治療行為を包含するものであるが「疾病患者の健康状態を本来あるべきところまで回復させる（あるいは、更なる悪化を防止する）」という『治療』の要件を必ずしも満たさない質的に異なる行為をも広く含め」るものである。「侵襲との関連でいえば、例えば、健康診断の為に行なう検査資料・検体（血液・組織等）の採取や、純粋な美容の為の整形手術、更には、臓器移植の為の臓器提供者からの臓器の摘出手術等が問題となりえる。これらは、基本的には、『被害者の同意』の問題として扱われることになる」とする。したがって、伊東

(2006a)は治療行為概念を用いている。町野(1986:3)は「患者の生命・健康を維持・回復する必要があるときに行なわれるという意味で『医学的適応性』を有し、医学的に認められた方法で行われるという意味で『医術的正当性』を有する」、これらを合わせて「医学的正当性」とし、この「医学的正当性」の要素があるものを「治療行為」としている。

そして、小松(2007:8-9)は大塚仁による医療行為、治療行為の概念を踏まえて「治療の概念に通常の外科的治療侵襲以外に、(a)各種の検査、疾病の診断、リハビリテーション、(b)臨床試験、実験的治療行為、(c)通常分娩、妊娠中絶、人工授精、体外受精、美容整形、性転換手術なども含めて考えることとする」としている。

このように、「医療行為」「医的侵襲行為」「治療行為」と類似する概念があるが、ICにおける「同意」というのは違法性阻却事由の役割を果たし、なぜ「医療行為」あるいは「医的侵襲行為」「治療行為」がされる場合に「同意」が必要かという、それが「法的に保護しなければならない必要性がきわめて高い人の生命・身体・健康に対して何らかの影響を与える“侵襲性”や“危険性”という性質を有している」からであると思われる。

とするならば、“侵襲性”を含意する治療行為とするほうが適当であると思われる。けれども本論文ではこれらのことを踏まえて「医療行為」には「治療行為」が含意されること、「治療行為」は侵襲性を伴うこと、「医療行為」は必ずしも侵襲性を伴わないが、侵襲性がないとは言い切れないことから、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」とする。

次に、「家族」に関する規定については本文中にも指摘しているが、諸研究者は「家族」を厳密に定義することなく、自明のように用いている。本研究では、そのような議論のされかた自体が問題であるとする立場である。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ことから、本論文においては「家族」については厳密な定義をしないこととする。

そして「正当化」概念について、『広辞苑』(2008)によれば「正当」とは「正しく道理にかなっていること」であり、「正当化」とは「正当であると(認められるように)すること」とある。「正当性」とは「法律・社会通念から正当であると認められる状態にあること」とある。では、「正当」の意味に含まれている「道理」とは何かというと「物事のそうあるべきすじみち。ことわり」と定義されている。『岩波哲学思想事典』(1998)によれば「正当化」とは「認識論から倫理学までを包括する広範な概念であり、信念や行為が、一定の評価基準に照らして『正しい』こと、すなわち、適切かつ十分な理由や証拠に基づいて妥当であること、またはそれを示す過程を意味する」とあり、「正当性」とは「集団や秩序や支配は、成員の事実に服従を十分な程度にまで確保することをもって成立する。その際に、成員の服従が、物理的強制力への恐怖や各自のその秩序あるいは支配が正当に設立されたものだという信念(正当性信仰)に動機づけられるとき、この信念の根拠となるものを秩序や支配の『正当性』と呼ぶ」とある。また「正当性」の説明の中にN. ルーマンによる見解が挙げられている。それによれば「実定法システムの正当性は、規範的な了解の一致ではなく法的手続きによって保証される法の変更可能性に移行して、むしろ安定すると見る」という内容である。これが直接「正当化」の規定ではないが「正当化」を理解するのに意義があると思われる。けれども「正当化」にしても「正当性」にしてもそれをどのように理解するのかということには様々な見解があり、むしろ改めて定義されることな

く自明のように用いられているとも思われる。

これらのことを踏まえ、本論文において代理決定の正当化原理とする場合の「正当化」と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、「正当化」されことによって「代理決定」の仕組みが（法的手続きによって）安定するということを目指すことにする。また、先述において家族や専門家における代理決定については法的効力があるとは言い切れないということを指摘した。それは、そのような代理決定というのが行政機関によって規定された指針の中における慣行に依拠した決定であれば法的な決定によるものと等位であると考えられるためである。けれども確かに、倫理指針のような規定に従った決定もまた「正当」であるということは可能である。けれども、それは代理決定者として規定されているがゆえになされる行為であるため、行為者の主観に応じた判断や決定になり、必ずしも本人の利益ためになされる決定とは限らないと思われる。本論文における「正当化」概念について法という規範によって正当化を試みるのは、精神上に障害がある者の利益を保障するためになされる代理決定が代理決定者の判断や考えによって左右されるのではなく、それを客観的に操作する仕組みを設定することが可能になると考えたためである。

加えて、本論文における熊倉（1994）による「権威」概念について、熊倉（1994：216）によれば「治療上の意志決定は患者と治療者という二つの主体の『共同意志決定』として定式化されてきた」が、実はそこには「患者と治療者の『共同意志決定』として、治療関係を規定し、それに統制を加えた社会、その代表者としての公権力としての「権威」（他者性、第三者性）があるという。このことは具体的に次の内容を意味する。すなわち「すべての治療行為は国家統制された社会的行為という性格をおびている。医師免許は当然のこと、臨床心理士の資格なども、そのような統制を目指している。（中略）それを支えるのが社会福祉・保健・医療システムの諸規則や法制，社会的・文化的な規範，あるいはまたは社会資源などであって、そこには治療者が知るべき社会的ルールが無数にある。（中略）そのルールを決定する社会的価値があり、それを統制する社会的権威がある。これらは治療者と患者の意識を支配し、治療行為を規定する」（熊倉 1994：14）ということである。また、「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」ており、「パターナリズムは三者構造の中に、はじめて成立する」。「治療関係には社会からきて、治療関係の中核的部分を構成する何ものかがある。それを、ここでは『権威』とよぶ」としている（熊倉 1994：217）。

熊倉（1994）による「権威」概念を踏まえ、本研究では“代理決定する側—される側”という関係に「権威」を位置づけ、代理決定の正当化を試みることにする。つまり、熊倉（1994）は患者と治療者の関係は二者関係で成立するのではなく、その二者関係を統制する「権威」が存在して治療関係が成立するということを説いていた。なぜ「権威」が必要なのかというと、患者に対して医師の個人的な価値判断行に基づいた行動として医師のもつ権限の行使を防ぐためであると思われるが、成年後見人による代理決定に対する法的効力のなさ、慣行的特権によってなされる家族による代理決定、そして医師のパターナリズムに基づく代理決定、それぞれに共通して欠如しているのが代理決定の法的正当化を可能にする「権威」であると考えられる。すなわち、熊倉（1994：216）は「治療上の意志決定は患者と治療者という二つの主体の『共同意志決定』として定式化されてきた」が、実

はそこには「患者と治療者の『共同意志決定』として、治療関係を規定し」、それに統制を加えた社会、その代表者としての公権力としての「権威」（他者性、第三者性）を備えているという。とするならば、医的侵襲行為場面における医師と患者、家族と患者との関係でなされる代理決定については本来であれば「権威」を備えた三者関係でなされているはずであるのに、二者関係で代理決定がされているという誤解が生じているのではないだろうか。また成年後見人については、成年後見人と成年被後見人の二者関係において医的侵襲行為への同意がなされるのであれば、そこに「権威」を位置づけることで代理決定が正当化されるのではないだろうか。

そこで、精神上に障害のある者への医的侵襲行為場面における同意権付与の問題が生じた場合に考えられる代理決定する側である成年後見人、家族、医師と代理決定される側の二者関係を改めて律することのできる「権威」を介入させることによって、代理決定される側の最善の利益を担保するための一定の仕組みに沿って代理決定する側に一定の義務を課しながら「法的フィクション」とされていた代理決定に法的正当性を付与することが可能であると考ええる。

-
- 1) ここで、医師による判断や決定を「代理決定」ではなく「介入」とするのは事実上家族が代理決定をするのは、まさに患者に「代わって」の判断や決定であるが、医師の場合には患者に「代わって」というよりは、医師であるがゆえの行為であるため表現として「代理決定」とすることも可能であるが、ここでは第5章で検討する「専門家パターナリズム」との関連から「介入」とする。なお、文中において医師と家族を並列して論述する場合には「介入」ではなく「代理決定」と表現している場合もあることを断っておく。
 - 2) 本論文においては、成年後見制度における代理人を成年後見人に限定することにする。というのは、医的侵襲行為場面において精神上に障害のある者が判断や決定をすることができない場合の代理決定の正当化原理を導くことが目的であることからすれば、後見、保佐、補助のうち本人の意思にかかわらず代理人に権限が付与されているのが成年後見人であるからである。そのため、成年後見人と限定するとともに成年被後見人等についても成年被後見人と表す。
 - 3) 「法的効力があるとは言い切れない」ということについて。例えば、厚生労働省における「医学研究に関する指針」のうち、「臨床研究に関する倫理指針」では国が決定した指針の中で「被験者が生存している段階にインフォームド・コンセントを受けることができない場合」には「研究責任者は、一般的には、被験者の家族構成や置かれている状況等を勘案して、以下に定める者の中から被験者の意思及び利益を代弁できると考えられる者を選定することを基本とし、臨床研究計画書に代諾者等の選定方針を記載しなければならない」として、「任意後見人、親権者、成年後見人、未成年後見人、保佐人及び補助人が定まっているときはその者」、「被験者の配偶者、成人の子、父母、成人の兄弟姉妹若しくは孫、祖父母、同居の親族又はそれらの近親者に準ずると考えられる者」とされている。このように、行政機関に規定された指針の中における慣行に依拠した決定は法的な決定によるものと等位と言えよう。ただし、本論文における代理決定の正当化問題を「法的」に限定する意義については本章第6節の「本論文の諸概念」にて述べる。
 - 4) ここで「医療行為」としているのは、在宅療養における痰吸引などの処置をめぐった介護専門職者と家族に関する論議では「医療行為」と表現されていたので、本論文で用いる「医的侵襲行為」とは置き換えずにそのまま用いることにした。

第2章 自己決定と代理決定

医的侵襲行為の違法性を阻却するためには、患者の同意が必要となる。患者の同意は IC の法理、自己決定権の具体的現われである。しかし、患者からの同意を得ることができない、例えば、緊急的場面、患者本人が精神上の障害を有している場合には代理決定が要求される。また治療拒否、治療中止、自殺のように患者本人の生命にかかわるような同意については、その妥当性が問われることになり患者の意思に反して権力の行使、すなわちパターンナリズムに基づく介入が考えられる。

自己決定権は患者の同意として医的侵襲行為場面における違法性阻却原理としてだけでなく社会福祉学領域や憲法学的視点などの領域でも論じられている。

他方、自己決定権の尊重がいわれるなかで、自己決定権の行使が可能ではない場合には法的な代理関係あるいは事実上の代理関係によって代理決定がなされているが、医的侵襲行為場面に限定した場合にどのようにそれらの関係が正当化されているのかを検討する必要がある。

本章では以上のことから憲法的視点から自己決定権の位置づけ、なかでも生命・身体にかかわる自己決定権が憲法 13 条に保障され、それが医的侵襲行為場面における患者の同意の具体的現われであることを述べる。その一方で、憲法 13 条によって保障されている自己決定権ではあるが、患者本人の生命にかかわる自己決定権の行使に関しては場合によってパターンナリズムに基づく介入があることを述べる。これらのことを背景にもつ判例として「エホバの証人」輸血拒否事件を取り上げ、判例の分析を行なう。

次に、憲法 13 条において自己決定権が保障されているが、このことを厳格に追及した場合に生じる問題として挙げられるのが、精神上に障害のある者による自己決定権の行使であり、この点を補完する制度として民法上の代理制度がある。そこで「代理」の仕組みを概観し、その仕組みを医的侵襲行為への同意の代理として機能するのかということを検討する。他方、医的侵襲行為への同意は事実上の家族や医師による代理決定によって解決されている現状があることを述べ、法的な代理と事実上の代理が乖離していることを指摘する。そして、医的侵襲行為への同意というのは刑法学的視点からするとそれは違法性阻却要件とされている。しかし、医的侵襲行為の違法性を阻却するためには患者による同意だけではないことが学説上でもいわれている。そこで、学説上における違法性阻却要件について概観し、医的侵襲行為の違法性を阻却するうえで患者の同意だけではなく、医的侵襲行為の適法性の判断基準として医療水準の重要性を説いた小林公夫の『治療行為の正当化原理』に依拠しながら、本研究においても医療水準の観点から医的侵襲行為場面における代理決定を法的に正当化する際に重要であることを述べる。

これらのことを踏まえ、医的侵襲行為場面における自己決定権の意義と限界、限界が生じた結果に必要とされる代理決定の正当化を試みるために検討されるべき論点を提示する。

第1節 医的侵襲行為場面における自己決定権

本節では、憲法的視点から医的侵襲行為への自己決定権が保障されること、その一方で自己決定権の制約が生じることを学説上で整理し、しかしながら「エホバの証人による輸血拒否事件」から判例上においては厳格に自己決定権が保障されているという実態を把握する。

第1項 憲法的視点に基づく生命・身体にかかわる自己決定権とその限界

自己決定権とは「個人の私的なことがらについて政府に妨げられることなく自由に決定できる権利」とされ、日本国憲法には自己決定権を保障した明文の規定は存在しないが、現在では「憲法上保護を受ける基本的人権は明文で列挙されるものに限られないこと、一定の権利は憲法 13 条の『生命、自由及び幸福追及に対する国民の権利』として憲法上の保護を受けることが認められている」（『現代法律百科大事典』2000：484-489）。そして認められるべき自己決定権の中身は、主に①性的自己決定権、②家族の形成時に関する自己決定権、③身体と生命にかかわる自己決定権、④ライフ・スタイルに関する自己決定権の4つに類型される（戸波 1993：36，芦部 1996：394，佐藤 1988：16-17）¹⁾。

憲法的視点における自己決定権²⁾のうち医的侵襲行為への同意に位置づけられるのが生命・身体にかかわる自己決定権であり、通説として憲法 13 条によって保障されている³⁾。

けれども、木村（2004：6-7）が、日本国憲法第 13 条を患者の自己決定権の根拠として、なかでも「生命・身体の処分に係る自己決定権」が治療における IC の法理を取り込んだ形で構成されているが、この「自己決定権は、常に絶対的であるとはいえず、『やむにやまれぬ利益』による制限は可能であり、その内容として『社会的制約』と『生命保護』のための制約」があり、「これは言い換えれば、『他者加害』と『自己加害』ということに帰結するが、ともに、人格的生存に関わり、かつ不可逆的な行為の場合において『限定されたパターンナリスティックな制約』の範囲内で制限がみとめられるものと考えられる」と説いている。

では、なぜ憲法 13 条によって自己決定権が保障されているにもかかわらず木村（2004）のいう「限定されたパターンナリスティックな制約」が許容されるのであろうか。このような憲法上の自己決定権とパターンナリズムの関係について論じているものとして竹中勲が挙げられる。

竹中（1996：32-33）によれば、自己決定権の享有主体について「すべての人間を『自己決定権』の享有主体とする立場」であり、「精神疾患をもつ個人もたない個人も、＜自己の人生の作者＞である。日本国憲法の念頭に置く具体的人間像の内実は、＜かけがえのない人生において生き方のその人なりのまとまり・自己統合ないし自己の人生創造を希求し模索する個人＞＝自己統合希求的ないし自己人生創造希求的個人像である」（竹中 2005a：182-183）。けれども、『自己決定権』は『自己決定の自由』を中核とするものであるが、「なお、消極的自由（つまり、外部からの干渉がない状態）にとどまらない、いわば『自己支配』ないし『自律』という要素をも含みうる権利概念で、したがって、本人が自らの権利主張をなしえない判断能力状態にある場合にも、『公権力の干渉の排除』という処遇のあり方ではとらえきれないのを『自己決定権』が射程におきうる点」があるため、「判断能力の不十分な、あるいは、欠如した個人が“享有・所持”することになる『自己決定権』については、その権利の“行使”をどのようなものとして理論構成すべきか」という問題が生じるという（竹中 1996：32-33）。

例えば、精神障害者の強制入院は憲法の個別条項と憲法 13 条により保障される身体の自由や『生命・身体のあり方に関する自己決定権』の一内容としての『医療を受けるか否かの選択の自由・どのような医療を受けるかについての自己決定の自由』を制約するもの

であるため、この制約の正当化がされなければならないということである（竹中 2005a はこの正当化については明確に述べていない）（竹中 2005a : 183）。

このことからすれば『自己決定権』の享有主体を限定しない立場においても、少なくとも判断能力ないし自己決定能力の不十分な個人については、当該個人の『利益』の確保を目的として当該個人の自由・自己決定の制約が正当化される場合があることを肯定せざるを得ず、したがって、この場合には「自己加害阻止原理」・「パターナリスティックな介入原理」⁴⁾が正当化されるという（竹中 1996 : 43）。また、「当該個人の利益の確保を目的」とすることに加えて「被介入者個人の独自の生き方・方針の尊重を要件」として遵守しなければならないとする（竹中 2005a : 187）。

竹中（1995a : 165）は「自己加害阻止原理」に基づいた自由の制約が正当化されるためには『本人の利益の確保』を目的として行なわなければならない⁵⁾と、そして、『自己加害阻止原理』（パターナリスティックな介入原理）に基づく制約が憲法 13 条の自律・自己決定尊重原理に違反しないものとなるためには、当該制約・介入は必要最小限度のものに限定されなければならない⁶⁾とする。

そこで、次に「自己加害阻止原理」によって自己決定権の制約が正当化されるのはどこまでの範囲であるのか、ということについて竹中（1996 : 43）は「判断能力の不十分な個人の場合（いわゆる『弱いパターナリズム』）」と「判断能力の十分な個人の場合（いわゆる『強い』パターナリズム）」に大別している。第一の「判断能力の不十分な個人と自己加害阻止原理」については、その者の判断能力の程度が問題となることから、個別具体的に判断せざるを得ないとして、第二の「判断能力の十分な個人と自己加害阻止原理」について、この原理が妥当する場合はきわめて限られるが「たとえば自殺行為を警察官が実力で阻止することは、身体の自由の強い自己加害阻止原理に基づく制約として正当化されうると解することができる」（竹中 1998 : 201, 2005a : 190）という⁵⁾⁶⁾。

このように、憲法における自己決定権の享有主体はすべての人間ではあるが、自己決定権に「自律」という要素が含みうる権利概念であることから、自ら権利を行使することが困難な者においては、それを可能とするための理論構成をする必要が生じることになる。

けれども、いわゆる「自律」した人間であっても憲法 13 条によって保障されている自己決定権の行使は制約されることがあり、判断能力が不十分な者についても同様である。そして、憲法 13 条において自己決定権が保障されているにもかかわらず、これが制約される、すなわちパターナリスティックな介入が許されるのは個人の利益の確保、個人の生き方への考慮が要件となるということが窺える。

生命・身体にかかわる自己決定権は憲法 13 条によって保障されるという見解の中で、木村（2004）は「やむにやまれぬ利益による制限は可能である」としている。つまりパターナリスティックな介入（竹中 1996）がされるということであるが、より具体的にそれは主に自殺、延命治療の拒否といった生命にかかわる自己決定権の行使について説かれている。例えば、芦部（1996 : 394-395）は「生命・身体の処分に關する自己決定権」について「医療拒否、特に尊厳死のような生命・身体の処分に關する事項は、人間の人格的生存の根源にかかわり、多くの重要な問題と微妙に關連するので、その自己決定権を憲法上の人権として構成できるとしても、その条件と限界については慎重な検討が必要である」という見解に留めているが、佐藤（1995 : 460）は「自己の生命、身体の処分かかわる事

柄」について「人の生と死にかかわる最も根源的な自律にかかわるものであって、インフォームド・コンセント、あるいは治療拒否や尊厳死などの問題がこれである」という。そして「生と死にかかわる自律権を徹底すれば、積極的安楽死をうける権利、さらには自殺の権利にまで行きつくが、不可逆的な行為として、『限定されたパターンリスティックな制約』が妥当すると解される。『基本的人権』ないし人格的自律権（自己決定権）の大前提には、“生きるということは尊いことである”という考え方があり、自殺を『権利の行使』と構成することはその大前提にもとるもので」と述べる。

けれども、佐藤（1988：19）は「自己の生命、身体の処分にかかわる事柄」の一つである「延命治療拒否」について、それは『『品位のある死』を選びとる権利の問題であるが、「少なくとも、回復が不可能で苦痛を伴うような場合、本人の明確な意思をもとに、肯定されてよいのではないか」という。それは「人の人生設計全般にわたる自律を問題とすべき余地はもはや存在」せず、「本人の究極的な『人格的自律権』の行使として肯認されるべきで」とする。

これに対して松井（2007：504-505）は、学説では生命自体が憲法的に保護されることは当然であり、そうすると「13条は自己の生命をどうするかを決定する権利を保障していると解される」のであるから「生命の処分に関する自己決定権が保障されている」となるという。とすれば「自殺の権利や生命維持装置の取り外しを求める権利、いわゆる尊厳死の権利が導かれることになり、「積極的安楽死までもが憲法上保護されるという主張も導きだせるかもしれない」とする。けれども「生きることを強制されない権利として、みずからの生命を自分で絶つ権利を含む」ことは考えられるが「保護されるのはあくまでも自ら命を絶つ行為に限られ、殺してもらう権利までは含まれないと考えるべきである」。「それゆえ生命維持装置を拒否したり、その取外しを求める権利は認められるが、積極的安楽死を求める権利までは認められまい」と指摘する。また、阪本（2008：105）は自己決定権の論拠には人格的利益説と一般的行為自由説があるが、一般的行為自由説を「貫徹すれば、おそらく人間にとって最終的な哲学上の難問である自殺をも自己決定権だ、といわざるをえなくなる」が「この難問について、今日の学説は、“自己決定権は自己決定の基礎にある生命、判断能力を喪失させる処分には及ばない”という論理で解決をはかろうとしている」という。そしてこのことからすれば「結論は、人格的利益説によろうと一般行為自由説によろうと、違いは出てこないだろう」と述べる。

しかしながら、佐藤（2009：56）はこのような憲法上の生と死にかかわる自己決定権について「有力とされる人格的利益説に立つ場合でも」、「自殺の権利や積極的安楽死を受ける権利が含まれないとする点ではほぼ一致するにせよ、宗教的理由による輸血拒否や延命治療拒否権が憲法上の『自己決定権』に含まれるとする合理的な解釈論を十分には提示できていないのが現状である」とする。このように、諸研究者によって個人の自己決定権の行使に対する解釈の違いは見られる。そこで、佐藤（2009）が挙げている宗教的理由による輸血拒否をめぐる判例を紹介し、自己決定権の扱われ方を示すことにする。

第2項 「エホバの証人」輸血拒否事件

エホバの証人による輸血拒否に関する判例は、医的侵襲行為場面における患者の自己決定、家族や医師による代理決定、それを審理する裁判所、という関係性を浮き彫りにする。

輸血拒否をする患者が成人か子どもか、その者の意識の有無の状態によっては患者の決定を優先するのか、代理決定を優先するのか、ということが左右される。また、代理決定においても家族と医師のどちらの決定が優先されるのか、ということも患者との関係や代理決定が必要とされる状況によって左右されることになる。

そこで、エホバの証人による輸血拒否に関する主要な判例から医的侵襲行為場面の患者の自己決定、代理決定、裁判所の審理の特徴を概観する。

(1) 川崎エホバ証人輸血拒否事件

まず、川崎エホバの証人輸血拒否事件について（以下は川崎事件とする）。1985年6月6日、午後四時三〇分、川崎市内において当時10歳の少年が自転車で走行中、交差点でダンプカーに接触し出血多量の状態で川崎市の聖マリアンナ医科大学病院救命救急センターに運ばれ手当を受けた。同病院の医師が輸血の必要性を両親に伝えたところ、両親が宗教上の理由から輸血を拒否。医師団からの輸血の必要性を強く説得されるが、両親は拒否し続けたため手術を受けられず事故の4時間半後に、少年は出血性ショックで死亡したというものである（小林 2003：84）。この事件は「裁判になって事実の認定が行なわれたわけでもない」（中村 1993：17）が、「親の信仰上の理由で子どもが輸血を受けられなかったという点」で医学や法学の領域に難題を投げかけたという（小林 2003：84-85）。

小林（2003：85-87）は、この事件について「本事案の背後に宗教的信条の問題がある以上、これが、生物学的な生命以上の価値を有するものか否かの衡量をしたうえでその是非が判断されるべきである」とし、「自己の生命よりも信仰上の信念を大事にするという価値判断も、信教の自由として憲法 20 条で保障されている以上」軽視することは許されないと説く。そして「子どもの手術に対する同意は、一般的には親権者の権限の範疇であるから、輸血拒否が治療方法の選択とみられる範囲では親権者の権限内に収まるものと考えられる」と述べている。加えて、この事件の問題の核心として「少年 X が出血多量性ショックで死に至るまで数時間の猶予があったにもかかわらず、医師がなんの治療も施せなかった点にある」ということを指摘している。

この川崎事件は、エホバの証人である両親が子どもになされる医的侵襲行為場面に際し信仰のために子どもに対する輸血を拒否した事例である。結果として、両親が輸血拒否し続けたことから子どもは死亡した。ここで問題となるのが、未成年者による医的侵襲行為場面における同意の有効問題もあるが、まず、子どもが自らになされる輸血処置に対する認識はどうであったかということ、子どもが自らになされる輸血処置に対してそれを拒否しなかった場合の両親との見解の相違ではどちらの決定を優先するのか、ということであろう。川崎事件における子どもの輸血処置に対する認識に関して、その時点では意識不明であった、あるいは「生きたい」との意思表示をしたなどの報道が散見しているということが言われている。従って、この点の信憑性は不明確である。そのため、両親による子どもへの医的侵襲行為の代理決定と医師側の決定の問題となるのであろう。この場合、輸血することを説得する医師側の判断よりも両親による信仰に基づく判断が優先されたことになった。小林（2003：87）、野口（2001：83）は、未成年者への医的侵襲行為に対する同意について、民法 820 条を根拠にしてなされてはいるけれども、それは「多くの医療上の決定を親に求めている慣行」が裏づけとなっているという。このことからすると、川崎事

件では親権の行使という法的権限と「親であるから」という慣行的な部分に加えて、それらを併せ持つ両親の信仰という側面が、子どもの意思や医師側の判断よりも優先された背景にあると思われる。では、この三つの背景のうち信仰という側面がなかった場合、果たして誰の判断が優先されることになるのか、という問題が残るとと思われる。

(2) 昭和 60 年 12 月 2 日大分地裁決定⁸⁾

次に、エホバの証人による輸血拒否事件のうち、初めての裁判例として挙げられる判例が昭和 60 年 12 月 2 日、大分地方裁判所によるものである（以下は大分事件とする）。

要旨によれば「信仰上の理由で骨肉腫の転移を防止するための足の切断手術に伴う輸血を拒否している成年の患者の両親が、右患者に代わって病院に対し、右手術およびそのために必要な医療行為を委任することができる旨の仮処分申請したことにつき、被保全権利がないとして却下された事例」である。また『『エホバの証人』が自らの宗教上の理由で輸血を拒否することは、その両親の幸福な親族関係を保持する権利を違法に侵害するものではない』とされている。

大分事件の概要は次の通りである。債権者である父母が仮処分を求める根拠は明確ではないがということをお互い「債権者らは債務者の父母として、債務者との間に平穏な親族関係を享受し、親族関係における幸福を追求し保持する権利ないし利益、債務者に対し将来の扶養義務の履行を期待する期待権等を包摂した『親族権』とも称すべき人格的権利ないしは利益を有しているところ、債務者が本件手術にあたり輸血を拒否することは、結局手術を不可能とし、ひいてはその生命を自ら絶つことに等しく、債権者らの右権利ないし利益を故意または過失によって侵害する不法行為にほかならないので、債権者らは、債務者に対し、不法行為に基づく妨害排除（予防）請求権に基づき、その侵害をあらかじめ排除（予防）するよう求めるというように理解することができる」という。一方、債務者でありエホバの証人である患者本人は左足大腿骨骨肉腫に侵され放置しておけば転移しやがて死に至る可能性が高いことから入院先の医師に「右骨肉腫の転移を防ぐ最善かつ確実な方法は早期の患部（左足）切断手術である。右手術を施行すれば施行しない場合に比してかなりの確率で救命しうる」と説明し、右切断手術を受けることを勧告した。これに対し「債務者は、右手術の必要性を理解し、担当医に対してその実施方を強く希望したものの、同時に右手術に伴って必要とされる可能性のある輸血の実施についてはこれを拒み、輸血をすることなく右手術を施行して欲しい旨を述べた」。「債務者は、精神状態や判断能力において、特に通常人と異なるところはなく、正常であり、輸血以外のすべての治療を受けることは強く望んでいる」。「その後、前記病院では、債務者が輸血を承諾しない限り本件手術を施行しない方針をとり、担当医師らによって債務者への説得が続けられている。この間、債務者の骨肉腫に対しては、放射線療法や化学療法による治療が行われている」。

この事実関係をうけて「債権者らは、債務者の両親であり、親族としての身分関係に基づき、将来万一の場合、債務者に対し扶養を請求し、それを期待しうる地位を有するほか、債務者との間に幸福な親族関係を保持することにつき一定の権利ないしは利益を有しているものと解しえないではない。そして債務者の本件輸血拒否行為は、それによって不幸には骨肉腫の全身転移による死の転帰に至る事態を生じた際には、債権者らの右の権利ないし利益を侵害することになる」。そこで、「債務者の本件輸血拒否行為が違法性を帯びるも

のであるか否か」について検討がなされた。その結果、裁判所は「債務者が真摯な宗教上の信念に基づいて輸血拒否をしており、その行為も単なる不作為行動にとまるうえ、債権者らの主張の前記被侵害利益が、債権者の有する信教の自由や信仰に基づき医療に対してする真摯な要求を陵駕する程の権利ないしは利益であるとは考え難いことであり、(中略)右輸血拒否行為が権利侵害として違法性をおびるものと断じることとはできない。(尤も、個人の生命については、最大限に尊重されるべきものであり、社会ないし国家もこれに重大な関心をもち、個人において、私事を理由に自らの生命を勝手に処分することは法認することができないことはいうまでもない。しかし、本件においては、債務者は輸血を拒む以外切断手術を含む他のあらゆる治療を受け、その完治、生命維持を強く願望しているのであり、治療方法としても、放射線療法や化学療法など他の方法も存在することに鑑みると、本件輸血拒否行為を、単純に生命の尊厳に背馳する自己破壊行為類似のものということとはできない)」という決定をした。

大分事件は、輸血拒否をする成人のエホバの証人である患者とその両親と病院、それらの関係を審理する裁判所という関係である。

成人のエホバの証人である患者の輸血拒否に対して、両親が代わって手術と必要な医療行為を病院側に委任することができる旨の仮処分を裁判所に申請している。裁判所は患者と両親との間の関係性から、両親のもつ将来への扶養義務履行の期待、幸福な親族関係の維持ということを考慮すると仮処分を申請することには理解できるとしている。けれども、このような両親がもつ「権利ないし利益」は宗教上の信念に基づいた患者の輸血拒否という行動に優るほどのものではないと判断し、申請を却下している。また、両親は患者の輸血拒否という行動が自殺に等しい行動であるという主張をしているが、患者は輸血以外の治療方法を受け入れていることから、申請が却下されるという判断がされている。

この大分事件は、子どもの輸血拒否という行動を自殺に等しいと捉えそれを排除(予防)するために、将来へ扶養義務履行の期待や幸福な親族関係を維持するために、患者に代わって必要な医療行為を委任することができる仮処分を申請するということは、親であれば抱くであろう心情あるいは行動であると思われる。けれども、ここではそれらは取り上げられず、事実上患者本人の自己決定権を認めていることになると言えよう。では、事実上患者本人の自己決定権を認めたのはなぜか、ということ考えた場合、それは輸血以外の治療方法があり、かつそれを患者自身が受け入れていたということによると思われる。

そこで、川崎事件と同様に残る問題としては、輸血拒否をしている成人の患者に対する輸血以外の治療方法がない場合、裁判所は上述同様に両親の申請を却下するのであろうか。つまり、成人の患者本人が輸血拒否をしているのであるから、輸血以外の治療方法がなくても患者の自己決定権の行使を認めるのか否かということである。これは同時に、両親による(必要な医療行為を病院側に委任するという)代理決定が認められるか否かということにもなると思われる⁹⁾。

(3) 平成9年3月12日東京地方裁判所判決、平成10年2月9日東京高等裁判所判決、平成12年2月29日最高裁判所第三小法廷判決¹⁰⁾

最後に、平成12年2月29日、最高裁判所による判決(以下は最高裁判決とする)が挙げられる。最高裁判決に至るまでに、まず平成9年3月12日、東京地方裁判所において

第一審がなされた。概要は次の通りである。エホバの信者である A は主婦であり、夫 B はエホバの信者ではないが A (妻) の意思を尊重し、長男である C もまた A の意思を尊重しており、輸血を拒否するという認識をそれぞれ有していた。主婦 A は身体症状に違和感をもち病院 X に入院したが当該病院の医師らから輸血なしでの手術ができないため転院を示唆された。そして転院した先が病院 Y (=医科研) であった。主婦 A は事前に病院 Y がそれまでにエホバの証人の信者に対する手術を無輸血でしていることは聞かされていた。

主婦 A は病院 Y の医師 D と面談。医師 D による「心配はいりません。ちゃんと治療できます」との発言から輸血なしで手術することができると思った。長男 C も医師 D と面談し母親 (主婦 A) がエホバの証人であり、輸血することはできないこと、それに代わるものであれば大丈夫であることを告げると医師 D は「(省略) 本人の意思を尊重して、よく話し合いながら、きちんとやっていきます」と言った。また夫 B も「必要なら免責証書も出します」と付け加えた。このような医師 D とのやりとりの結果、主婦 A、夫 B、長男 C は希望通りに無輸血で手術をしてくれるものと思った。そして病院 Y に入院し、主治医ら E が輸血に関する質問をするも、輸血の拒否の考えは変わらなかった。その際、主治医ら E は書面の提出について「そういう書面をもらってもしょうがない」と返答した。

手術に関する説明をする段階で医師 D は夫 B と長男 C に対し「術後再出血がある場合には、再び手術が必要になる。この場合は医師の良心に従って治療を行う」ことを告げ、術後に出血が起これば、輸血が必要になる場合には輸血をすることを言外に示そうとした。また悪性腫瘍の可能性が高いことや手術の予後、重篤な合併症については話さなかった。長男 C は医師 D からの説明に際し、主婦 A、夫 B が連署していた免責証書を手渡し、医師 D はそれを「分かりました」といって受け取った。医師 D は、それまでエホバの証人の信者と接触した経験から、彼らが手術の際に免責証書を差し出すことは知っており、それが形式的なものと考えていた。また主婦 A の生命を守るためには、本件手術をやらざるを得ないと考えていたので、本件手術について輸血がどの程度必要であるのか輸血をしなければどうなるのかについては、それを説明すれば主婦 A は手術を拒否すると考えて、あえて説明しなかった。

外科手術を受ける患者がエホバの証人の信者である場合の病院 Y の治療方針は、第一に、診療拒否は行わないこと、第二に、エホバの証人患者が教義の立場から輸血及び血漿製剤の使用を拒否していることは尊重し、できるだけその主張を守るべく対応する、第三に、輸血以外には生命の維持が困難な事態に至ったときは、患者及びその家族の諾否に拘わらず輸血をするというものであった。

このような経過の後、手術が開始される。その中で、輸血をしない限り主婦 A を救えない可能性が高い状態となり、医師ら (手術にかかわった医師たち) は緊急的対応について協議し、主婦 A が輸血することを知ると輸血の実施が困難になるものと考え、説明することなく輸血した。

手術後、医師 D は手術内容等について主婦 A、夫 B、長男 C に説明するも輸血に関してはそれらの者から質問がなかったことから、本件輸血の事実を告げることは主婦 A のためにならないと考えて、説明をしなかった。けれども、この事実を知った週刊誌の取材がなされたことを契機に、退院時の説明の際に医師らは夫 B に救命のためには本件輸血が必要であったことを告げた。また別の日に医師 D が長男 C に対して本件輸血の事実を伝えた。

これまでの経過を受けて、第一審の争点は二点である。第一に、「医師が患者との間で、輸血以外に救命方法がない事態が生ずる可能性のある手術をする場合に、いかなる事態になっても輸血をしないとの特約を合意することは」有効であるか否かである。これに対して「いかなる事態になっても輸血をしないとの特約を合意することは、医療が患者の治療を目的とし救命することは第一の目標であること、人の生命は崇高な価値のあること、医師は患者に対し可能な限りの救命措置をとる義務があることのいずれにも反するものであり、それが宗教的信条に基づくものであったとしても、公序良俗に反し無効であると解される。よって、原告主張の特約は無効であるから、原告に被告国に対する債務不履行に基づく損害賠償請求は、右特約の存否について論ずるまでもなく、失当である」とされた。

第二に、医師らが「手術中に輸血以外に救命方法がない事態になれば必ず輸血をするとは明言しなかったことが違法であるか」という点である。この点について、エホバの証人であるかにかかわらず、治療を受ける患者は当該手術を受けるか否かについて自ら決定することができ、そのために医師が説明をすることが前提である。しかし、この「説明義務に基づく説明は、医学的な観点からされるものであり、手術の際の輸血について述べるとしても、輸血の種類・方法及び危険性等の説明に限られ、いかなる事態になっても患者に輸血をしないかどうかの点は含まれていないものである。一般的に、医師は、患者に対して可能な限りの救命措置をとる義務があり、手術中に輸血以外に救命方法がない事態になれば、患者に輸血をする義務があると解される。ところが、患者がエホバの証人の患者である場合、医師から、手術中に輸血以外に救命方法がない事態となれば必ず輸血をすると明言されれば、当該手術を拒否する蓋然性が高く、(中略)患者を死に至らしめることになる。そうとすれば、(中略)輸血以外に救命方法がない事態になれば輸血をすると説明する対応をすることが考えられるが、患者の救命を最優先し、(中略)輸血するとまで明言しない対応をすることも考えられる」という判断、病院 Y の治療方針からすれば、医師に治療義務があることからして、直ちに違法であるとか相当でないとかいうことはできないと判断された。

平成 9 年 3 月 12 日、東京地方裁判所における第一審を受けて、平成 10 年 2 月 9 日、東京高等裁判所にて控訴。その結果、東京高等裁判所は第一審における家族(夫 B、長男 C)と医師 D との間の絶対的無輸血の意思を明確にした免責証書の授受については合意が成立したとは認められないとしながらも、次の見解を述べている。「当事者双方が熟慮した上で右合意が成立している場合には、これを公序良俗に反して無効とする必要はないと考える。すなわち、人が信念に基づいて生命を賭しても守るべき価値を認め、その信念に従って行動することは、それが他者の権利や公共の利益ないし秩序を侵害しない限り、違法となるものではなく、他の者がこの行動を是認してこれに関与することも、同様の限定条件の下で、違法となるものではない。ところで、エホバの証人の信者がその信仰に基づいて生命の維持よりも輸血をしないことに優越的な価値を認めて絶対的無輸血の態度を採ること及び医師がこれを是認して絶対無輸血の条件下で手術を実施することは、それが他者の権利を侵害するものでないことが明らかである。(中略) K の右受診時点では、絶対的無輸血の条件下で手術を実施することも、公共の利益ないし秩序を侵害しないものと評価される状況に至っていたものと認められる」とする(ここでの K は主婦 A を指す)。

次に、説明義務の存否について。東京高等裁判所は、医師らが主婦 A の生命を守るため

に輸血を伴う手術の実施をせざるを得ないと考えていたところ、主婦 A に「本件手術に関して輸血がどの程度必要であるのか輸血をしなければどうなるかについて説明すれば」、主婦 A が「手術を拒否すると考えて、あえて説明しなかった」ということに対し「手術等に対する患者の同意は、各個人が有する自己の人生のあり方（ライフスタイルないし何に生命より優越した価値を認めるか）は自らが決定することができるという自己決定権に由来するものであるところ、右主張はこの自己決定権を否定し、いかなる場合であっても医師が救命（本件ではむしろ延命）のため手術を必要と判断すれば患者が拒否しても手術をしてよいとすることに成り兼ねないものであり、これを是認することはできない。（中略）前判示の病名、患者の意思の強固さ等諸事情からいってそのような裁量によって説明をしないことが許される場合でないことは明らかである」とする。これらのことから主婦 A に対して「絶対的無輸血の意思を放棄して医科研での診療を受けることとするかの選択の機会（自己決定権行使の機会）を奪われ、その権利が侵害された」ことからすれば説明義務違反があったとされる。また、医師らは「本件輸血は社会的に相当な行為又は緊急事務管理として違法性が阻却されると主張」する。しかしながら、「本件は、前判示のとおり救命ないし延命を至上命題とすべき事案ではなく（中略）前記説明を怠ったことの違法性が明らかであるところ、本件輸血は、同被控訴人らが前記説明を怠ったことによって発生したのであるから、本件輸血が K の救命のために必要であったことをもって同被控訴人らが前記説明義務を怠ったことの違法性が阻却されることはない。そして、この違法性が阻却されない以上、前記説明を怠ったことによって発生した本件輸血の違法性も阻却されることはない」とされる。

そして、平成 10 年 2 月 9 日、東京高等裁判所における控訴審を受け、平成 12 年 2 月 29 日、最高裁判所第三小法廷にて上告。上告人主婦 A（B と表記することもある）に対する不法行為責任の成否について検討された。その結果、医師らが主婦 A の肝臓の腫瘍を摘出するために、医療水準に従った相当な手術をしようとすることは、人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者として当然のことである。けれども「輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない。そして、B は宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることは拒否するとの固い意思を有しており、輸血を伴わない手術を受けることができると期待して D 病院に入院したこと」を医師らが知っていたという事実関係の下では、主婦 A に対してそのような事態に至った場合輸血をするという方針を採っているということを説明し、入院を継続した上で医師らの下で「本件手術を受けるか否かを B 自身の意思決定にゆだねるべきであったと解するのが相当である」。ところが、医師らは主婦 A ら（夫 B、長男 C を含む）に病院の方針を説明することなく、本件手術を施行し、輸血を行った。これらのことは、主婦 A らに説明を怠ったこと、また輸血を伴う可能性のある本件手術を受けるか否かの意思決定をする権利を奪ったものといわざるを得ず、「この点において同人の人格権を侵害したものとして、同人がこれによって被った精神的苦痛を慰謝すべき責任を負うものというべきである」とされた。

この最高裁判決は第一審と控訴審の審理が異なり、これを受けて最高裁判所の審理が確定したものと言えよう。第一審では、エホバの証人である患者、その家族と医師らとの間でなされた絶対的無輸血に関する免責証書の授受、特約に合意することが有効であるか否

かが問われた。この点については、医師の第一目標が患者の救命措置をとる義務であることからすれば、それが宗教的信条によるものであっても公序良俗に反するものとして無効であるとされた。また、エホバの証人である患者とその家族による手術中の輸血拒否という意思表示に対し、医師らは了承しながらも手術中に輸血を必要とする緊急的対応に迫られ、また輸血の必要性を説明することによって輸血拒否を要求されることを鑑み、そのようになれば患者を救命することができないと判断し、説明することなく輸血した行為は違法ではないということであった。第一審では、医師側の主張が全面に肯定されているということが窺える。

しかし、控訴審、最高裁判所はこれと異なる判断を下した。つまり、患者の救命のために輸血をせざるを得なく、またそのことを患者に説明すれば輸血をすることができなくなるため、あえて説明することなく輸血を実施したということ、輸血を実施したことは緊急事務管理として違法性が阻却されるという医師ら主張に対し、第一に、患者の輸血拒否という意思表示がありながらも、あえて説明しなかったということは自己決定権を否定するあるいは自己決定権行使の機会を奪うことになること、たとえ輸血の実施が救命のために必要な手段であってもその前提である説明義務を怠ったということは違法性を阻却されるものではないということである。

小林（2007：310）は「患者本人は、絶対的無輸血を熱望しているのであるから、患者の容態が切迫していない通常のケースでは、『医師の裁量性』が機能する余地は稀少なはず」と述べる。そして、本判決について、医師らは「宗教上の理由で輸血を拒否する患者に対しても、輸血が救命のための唯一の手段であるときは、患者の同意を得ることなく輸血を行なうのが、本件手術当時の医療水準であった」としているが、「ここには大きな誤謬がある」と指摘する。つまり、ここにいう医療水準が「体系書の中に記載され、一般臨床医の間に十分な知識の普及が見られるとき、医療の現場に形成されるものであるとすれば、ひとえに輸血治療のみが一般に承認され確立された治療行為といえるわけではない。

（中略）もし、そうであるとすれば、本件訴訟の患者 X は、インフォームド・コンセントの後に無輸血治療を受ける機会、すなわち転医の機会を選択（インフォームド・チョイス）できたはずであり、それを奪った違法は重大と位置づけられまいか」（小林 2007：319-320）として医療水準との関係で本判決について述べている。また、中村（1993：46-47）は、「医療におけるパターンリズムで患者本人のためという視点が呈示される際には、通常、患者の生命・健康と患者の意思（自己決定）とが対立するものと考えられている」。この「患者のためという視点の中にはすでに、生命、健康をも含めた患者本人の多様な利益（例えば信仰の自由などの価値）が一定の階層秩序（ヒエラルヒー）をなすものとして含まれるものと理解し、患者本人のためになるようにとりはかられることとは、その個人の中核的自己に即応するという意味で本人のための自律（自己決定）を尊重することにほかならない。確信的なエホバの証人の輸血拒否は、彼らの中に形成された中核的自己の求めることとしてなされている（本人の価値のヒエラルヒーの中で信仰の価値が最上位におかれている）限りで、それに介入・干渉するパターンリズムは正当化されない」と述べている。この見解は、上述した「（ライフスタイルないし何に生命より優越した価値を認めるか）は（中略）患者の自己決定権に由来する」ということを指していると言えよう。

このような最高裁判決について自己決定権を人格権の一内容として位置づけたこと、患

者の自己決定権を医師の裁量より優先した、あるいはパターンナリズムを脱したということ、医師の説明義務を厳格に位置づけたということでそれぞれ意義があるといわれている（樋口 2000c : 43, 野口 2000, 2001, 阿部ら 2006, 小林 2007）。また、竹中（2009 : 8）は既述したパターンナリズムとの関係から最高裁判決は「論理的には、＜強い自己加害阻止原理に基づく医師による患者の同人格権の制約は正当化されないとの立論・結論＞を含んでいるものととらえることができる」とする。

以上のように学説では憲法 13 条によって（生命・身体に関する）自己決定権が保障されていることは通説とされてはいるが、判例上においても、特に最高裁判決において輸血拒否という生命・身体の危険性に関する自己決定権の行使であったにもかかわらず、それが厳格に保障されていることが明確になったと言える。

けれども、確かに憲法 13 条における自己決定権の保障が学説上も判例上においても厳格に説かれていることは窺えるが、このように厳格さを追及することによって生じる問題がある。それが、既述したように意思能力の問題から生じる精神上に障害がある者による自己決定権の行使であり、それを法的に補完するための制度が民法上の代理制度である。

第 2 節 代理の仕組みと事実上の代理決定—民法的視点

医的侵襲行為場面における自己決定権、すなわち「患者の同意」は憲法 13 条によって保障されているということは学説上、判例上においても確認することができた。けれども、憲法 13 条によって保障されている自己決定権ではあるが、自己決定権を行使する者が精神上に障害がある際には、その者の利益の確保を目的として、個人の生き方が考慮される場合に限ってパターンナリスティックな介入が認められるということであった。

医的侵襲行為場面に限らず、自己決定が行えない場合に必要とされるのが「代理決定」である。一般的に「代理」といえば「本人に代わって第三者が何かをする」ことであるが、法的意味合いでは「代理」とは「ある人（代理人）が、その権限（代理権）の範囲内で、本人に代わって意思表示をし（能動代理）、または第三者からの意思表示を受ける（受動代理）ことをさす（『広辞苑』2008）」というように、本人に代わって行為をする代理人には代理権が与えられ、その代理権の範囲内で第三者との行為をしなければならない、というように代理人としての代理行為の範囲が決められているのである。ここでは法的意味を持つ一般的な「代理」の仕組みを概観し、本論文で検討する成年後見制度の仕組みである「法定代理」についても概観する。

第 1 項 代理の仕組み

市民社会における取引は契約によってなされ、契約は「相対する意思表示の合致によって成立する」。けれども十分な意思表示ができる状態でなければ契約を行なうことは困難である。そこで他の誰かに代わって契約をしてもらうのが「代理」である（内田 2008 : 102）。

代理とは「一定の場合に、他人の意思表示によって成立した契約に本人が拘束されることを」認める制度である。代理制度が必要なのは行為能力を備えた者であれば自ら意思表示に基づいて相手と契約を結ぶことが可能であるが、現実にはこの原則を貫徹できないためである。代理が必要となる場合として挙げられるのが「行為能力が十分ではない場合である。民法の原則上、全ての人間が権利能力を有する」ことができるが、例えば精神上に

障害のある者が相続などを通じて財産を持つことができたとしても、それを管理し自らのために必要に応じて利用することが困難となるため、それらのことを行なってくれる者が必要となる。「未成年者の場合の親権者、成年被後見人に対する成年後見人」がそれにあたる。「このような、本人の意思に基づかずに発生する代理の関係を法定代理といい、本人を法定代理する人を法定代理人と呼ぶ。自ら有効な意思表示をなし得ない本人のために法定代理があるのだから、法定代理は、私的自治の補充を目的とする代理である」(内田 2008 : 133-134)。そして「法定代理人の代理権は、本人の意思によらず法律上与えられ、法定代理について各規定に従って、代理人が選任される」(内田 2008 : 139)。

法定代理の仕組みをとるのが成年後見制度である。成年後見制度の場合には「本人、配偶者その他一定の範囲の者の請求により、後見開始の審判」(内田 2008 : 109) がされ、それによって付された成年後見人との間で代理関係が成立することになる。

第2項 代理の仕組みからみる医的侵襲行為への同意

医的侵襲行為がなされる場合には医療契約を結ぶことになるが、それは民法 643・656 条によって導き出される(準)委任契約であるとされている。民法 656 条における「準委任契約」の性質をもつ「医療契約」とは「疾病の診断・治療を患者が委託し、医師・医療施設がこれを受諾することによって成立し、それにより医師・医療施設は(中略)完治に向けて最善の医療を施すという手段に対して法的責任を負う」ことである(近藤ら編 2002 : 57)。このように、医療契約に基づいてなされる医的侵襲行為ではあるが、医療契約にかかわらず、精神上に障害がある者には契約を行うための意思表示をすることが困難であるために代理制度が必要となることはすでに述べた。

そして法定代理の仕組みをとる成年後見制度から医療契約が可能であるのかとした場合、それは成年後見人の代理権の行使として可能となる。では、次に考えられる医的侵襲行為への同意という代理は可能であるのかとした場合、成年後見制度においては同意という代理行為は成立しない。なぜならば、成年後見制度で規定されている代理行為、すなわち代理権行使の範囲というのは法律行為に限られているからである(ただし、法律行為によって生じる事実行為は認められるとされている)。つまり、本人に代わって法定代理人である成年後見人が相手方である医師と医療契約を結ぶことは可能であるが、それ以降の医的侵襲行為への同意というのは法律行為でもなく、事実行為にも含まれないと解されているのが後述するように通説となっている。

「代理」の基本的な考えは「市民社会のメンバーが、取引ゲームを単独でプレーするだけの能力がなく、他人の助けを必要とする」(内田 2008 : 133) ことを認めないと他人の助けを必要とするものが市民社会で保護されないということが基底にある。にもかかわらず、成年後見制度では医的侵襲行為場面における相手方への同意という代理権を有してないために法定代理が機能しないとなると、このことは法定代理の仕組みをもつ成年後見制度における一つの機能不全であるということが言えよう。

では、この問題に対して成年後見制度では解決できないとして放置せざるを得ないのか、あるいは機能不全を解消するような別の考えがあるのか、その点を第3章で検討することになる。

第3項 医的侵襲行為場面における事実上の代理決定

代理制度の一つである法定代理の仕組みが採用されている成年後見制度において成年後見人と被成年後見人という法的な代理関係でありながらも、医的侵襲行為における同意権を有していないことから、その場面においては成年後見制度において問題が残ることを指摘した。医的侵襲行為場面における代理決定とは「患者の決定とは異なる決定をすること」、「患者に代わって誰かが医的侵襲行為に対する決定・同意を行うこと」であるが、事実上家族が代理決定を行う、医師が家族に依頼する、もしくは医師が決定をくさすことがあると言える。

(1) 代理決定者としての医師

新美（1986：89）は「患者の最終決定権（自己決定権）を承認することは、『医師は医療上の意思決定過程において様々な選択肢を患者に提示するのみで、常に中立的な立場であるべきである』ということを経ずしも意味しない。医師がその専門的立場から患者に対してある選択をなすよう説得することは、患者に最終決定権（自己決定権）を与えることとは少しも矛盾しない、むしろ、専門的な助言、判断を提供することがプロフェッションの重要な役割であり、そのような説得は、強迫的なものでないかぎり、患者の自律的な判断に寄与するものとしておおいに奨励されるべきものである」と述べている。

中村（2000a：89）によれば「医師は、仮に、患者の申入れた内容が患者の生き方の根幹にかかわるものであったとしても、患者の意思の中に自殺目的や積極的な生命の短縮を目的としたものは、たとえ、患者の自己決定権が特別重視されるような場合であったとしても、診療・治療行為の名のもとに患者の自殺行為に対し、積極的に手を貸すことが許されないことはいくまでもない（刑法 202 条）」という。そして、田中（2001：113-114）は患者の自己決定権や IC は患者やその家族主体性は確固として確保されることが前提ではあるが、時には「医師の専門性に頼らざるを得ない場合が多く」、「医療においては、患者の自己決定権とは別に医師にも裁量権が認められる」という。その根拠は第一に「医師の持つ専門的知識」であり、第二に「生命を救うという医療の目的である」と説く。医師の裁量権について田中（2001：115）は「説明、理解、決断のいずれかが不可能な場合（患者の意志未確立）、患者の意志が社会的に認められない場合（社会的合意）、あるいはやむを得ない現状の事情によって（現実対応）、医師が専門的立場から（医師の専門性）、社会的に認められる範囲で（社会的合意）、生命優先で対処する（生命優先）権利」とであると定義している。

これらのことから医師が患者による自己決定権の行使に対して医師の裁量性が認められるのは、医師という専門的な立場にあり、かつ、救命を目的としているために可能になると言えよう¹¹⁾。

一方で、立岩（2000a：27）は医療の供給者と利用者との関係について「決定を補ったり代行したりする必要がある場合に、直接の供給者が再登場していること」がおかしなことであると述べる。「例えば、利用者は非力であり、決定主体であることができず、この時、供給者がその弱さを補うような存在としてあらなくてはならないといったことが言われる。しかしこれはとても不思議なことだと言わねばならない。利害の対立が生じうる関係の一方の当事者が他方の当事者の弁護を引き受けるようなものだからである」。そして、医療の

場面において本人が決めない、決められないといった場合に「誰が決定するのかという問題」が生じ、その場合、医者に決定権が存在するかといえは違ふと指摘している。そもそも患者の決定権がいわれなければならなかったのは、患者と医者との関係が供給者と消費者の関係であり、この場合に「供給サイドと消費サイドの利害が一致しないことのほうがふつう」であり、「供給サイドのほうが力が強くなってしまふ」。「そうすると、その中で、どこまで消費サイドの力を対等に持っていくのか」となると「決定権を利用者に確保させる」ことが考えられるにもかかわらず「それを供給サイドがもってしまえば意味がなくな」ると指摘する（立岩 2000a : 77-78）。

このように、患者の自己決定権に対して医師の裁量性から医師が異なる決定を下すこと、一方で、利害関係があるはずの医師と患者の関係において医師が決定者となることのおかしさを説くもの、いずれも医師が患者に代わって決定をしていることには変わりない。ここで重要なのは、医師が医師の裁量性に基いて利害関係があるとされているにもかかわらず、患者に代わって決定することができるのはなぜか、またその根拠は何か、ということを検討することであり、この点を解決する糸口として第5章で「パターナリズム」に関する検討を行なうことになる。

(2) 代理決定者としての家族

一方、医的侵襲行為場面において事実上家族が患者に代わって同意をすることについては多く述べられている。

熊倉（1994 : 159）によれば「家族の同意は患者の『真意』と同一視され、家族の同意に基づく『治療のための強制』は、家族（患者）と医師の間の二者関係の自由な治療契約とみなすことが可能だった時代であり、この場合、保護義務者などによる同意の代行は、むしろ『公権力が介入しえない家族生活の私的領域』として守られねばならなかった」という。熊倉（1994）の見解によれば、家族による代理決定が可能だったのは、私的領域として守らなければならない家族生活があったからであるという。この指摘は後に述べる慣行的家族特権について一つの論点を与えてくれる。つまり、私的領域として守らなければならない家族生活が崩壊すれば、家族が代理決定をする必要性は無くなり、また公権力が介入する余地があれば、さらに家族が代理決定をする自明性は生じなくなると考えられる。

新美（1996b : 36-39）は、癌患者に対する医師の告知義務について検討している。その中で、「代替措置義務説」ともいうべき「患者本人への癌の告知を法的義務としないのが一般的な状況であることに照して、医師の助言義務を発展させ、患者の近親者への連絡・説明などによって疾患の進行をくい止めるべき義務を肯定する見解」があり、これによって患者本人への告知が差し控えられる場合に、医師が誰か代わりの者に告知することを肯定するという。すなわち、誰に告知をすべきかという場合「患者と同居の近親者をもって代理人と捉えるべきである」と考える。なぜならば、それらの者が患者の価値観ないし選好をもっともよく知っているとともに、患者もそれらの者を代理人とすることに異論はないと考えられるからである」と説く。また、前田（2007 : 157）は「患者に同意能力がない場合には、医療従事者はインフォームド・コンセントを得ることを免除される」が「この場合には、代諾者に説明して代諾者から同意を得なければならない」という。この場合の代諾者は『患者の価値観を最も反映できる者』であることが望ましく、この意味では、代諾

者は、家族やその他の親族に限りする必要はない」が、「代諾者の対象範囲を拡張すれば医療現場に混乱を招く可能性も高いため、実際には、家族の中から『患者の価値観を最も反映できる者』を選定し、その者を代諾者とするのが適切である」と説く。

そして、水野（2007b：164）は患者に同意能力がない場合、患者が事前に代理人を指名していない限りでは、患者の家族が代諾者になると述べている。その理由は4点である。第一に「家族が代諾者になることを多数の人が望んでいること」、第二に「家族は患者の望みや価値を知っていると考えられること」、第三に、家族が「患者の最善の利益になるように行為すると期待されていること」、第四に、「治療上の結果は、家族に大きな影響を及ぼすこと」が挙げられる。その一方で、患者の家族がいなかった場合、家族に同意能力がない場合、家族の間に対立があり治療方針が決まらない場合、患者の最善の利益になるような治療方針が選択されなかった場合には問題が生じると指摘する。

芝原ら（2008：988）は医療方針の決定に際し「一般には」として、患者に意思能力が欠如していると判断された場合には、代理人が意思決定に参加すると説く。特に、「わが国では患者の性格や価値観、意思をよく知っているとみなされる家族（患者が未成年者の場合は親権者）が患者の代理人として意思決定に参加する」という。けれども、芝原ら（2008：988）は「家族は患者のことをよく知っているとともに、利害関係者になることもあるため、家族に対して治療方針について話し合う場合にも、家族が表明する意思をそのまま無批判に患者の意思を代理していると安易にみなすことは適当ではない」と注意点を喚起している。

辰井（2009：82-83）は患者の意思が確認できない場合の推定的意思というのは「医師よりも、患者と個人的に親しい人物の方が適切な推定を行いやすいことは確かであろう。その意味で、患者の意思の推定にあたっては近親者による推定を重視するべきであるとする立場は基本的には正当であると思われる」という。

このように、新美（1996b）は医師が本人に対して癌の告知ができない場合には、同居している近親者が患者の価値観ないし選考を知っていることから代理人として捉えるべきであるとし、前田（2007）、水野（2007b）、芝原ら（2008）は患者の同意能力がない場合には家族が代理決定を行うのが適当であるとしている。新美（1996b）、前田（2007）、水野（2007b）、芝原ら（2008）では患者本人に同意能力がある場合でもない場合でも、いずれにしても家族に代理決定を委ねていることがわかる。その理由として共通しているのが、患者の価値観を最もよく知っている者であるということが挙げられる。そして辰井（2009）は患者の意思が確認できない場合の患者の意思を推定する者として家族（近親者）を位置づけていた。

一方で、事実上家族による代理決定に対して問題点を述べる者もいる。横藤田（1999：8-9）によれば、医療における代行決定について「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、実際の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のルールが一応は成立しているように思われる」という。けれども、「それは明確な内容をもっているとはいいがたく」いくつかの未解決の論点があるとして6点挙げている。すなわち①代行決定の契機、②判断能力の判定、③代行決定者、④代行決定の範囲、⑤代行決定の基準、⑥自己決定権の保障との整合性の保持、である。また、石川（1995a：48-49）も

横藤田（1999）同様に事実上家族が患者に代わって同意がされることを説くが、その問題点を述べている。つまり、医療における自己決定権は IC を結びつくことになり「医師が患者の同意なしに治療行為を行えば、不法行為が成立する」という。従って、患者の同意が治療行為に必要となると「同意能力をもたない患者については誰かが代わって同意を与える必要があり」、「多くの場合、家族が代行判断者となり、患者の自己決定権を代わって行使することが行われる」と説く。しかし、本人に代わって同意を与えることができる家族とは誰か、となると必ずしもはっきりせず「ましてやこれまで事実上個別的に慣行として判断されてきたと思われる、わが国の医療においては理論上も実際上もその範囲ははっきりしない」と指摘する。

そして、小西（2008：34）は、臨床の現場では判断能力が不十分であるために真正な承諾をすることができない患者に治療をする場合が少なくなく、その場合問題となるのが「いかに承諾を得るか」であるという。それに対して「しばしば慣行的に行われるが、家族など患者本人のことをよく知る人が、患者の普段の言動等から『本人の判断能力があったらこうするだろう』と思いをめぐらして代わりに判断し承諾をする方法」が行われていると説く。けれども、この代諾の問題、特に家族などに行われている代諾というのは「どのような法的根拠にもとづいて認められるのか見解の一致をみて」いないし、「法制度も整備されているとはいえない状況にある」と述べている。

横藤田（1999）、石川（1995a）、小西（2008）はともに患者に判断能力がない場合の代理決定は家族が行うというルールあるいは慣行が一応成立しているが、一方で未解決の問題もあることを指摘している。問題点を指摘しているということでは上述した水野（2007b）、芝原ら（2008）も同様である。横藤田（1999）が家族が代理決定を行うことで考えられる項目を挙げているが、石川（1995a）は家族の範囲について、小西（2008）は法的根拠がないことについて、水野（2007b）、芝原ら（2008）は家族間における利害対立の場合、患者にとって最善の利益となるような決定を家族が行うのかということについて、それぞれ問題点を指摘していることが言える。

蒔田ら（2008：358-359）は「学説上は、本人に同意能力がないときは配偶者、保護者の承諾を得て医学上一般に承認されている方法により医療行為がなされれば違法性は阻却される」との見解が有力であるが、「同意による違法性阻却の根拠は『患者の自己決定権（一身専属性）』に求めざるを得ず、配偶者等の家族とはいえ、患者本人でない者の同意により違法性を阻却するという理論構成には無理がある」と指摘している。このように家族や（成年後見人）に同意が求められるのは、「医療従事者の立場からすれば、①治療に関して医師が全責任を負うことにならないか、②悪しき結果が発生した場合に法的責任を追及されることにはならないか」という漠然とした不安があるからであると推測している。

そして、稲葉（2003：37-38）は、患者が同意無能力の場合には、当人以外の第三者が最終決定を下すしかないとして「家族の権限」について述べている。「臨床現場では、患者に意思能力がある場合ですら、医師は患者本人よりも家族の方に先に診断名などの情報を提供し、治療方針も家族の意思によって決定されることが多々ある。そして、患者本人が既に意思（認識）能力を失っている場合には、家族に説明することになる。そこで、現場では、患者に代わって家族が、医療契約の締結のみならず、医療を受けることを代諾し、具体的な医療行為の意思決定の代行を行っている」ということではあるが「家族（その範

困は問題であるが)には、患者と並行して、また、同意能力のない患者に代わって意思決定をする権限があるのか、あるのならそれはどのような理由で、また、どの範囲(どのような要件を備えた)の家族にどのような権限が与えられるのか、家族に権限がないのなら、臨床での現状を法的にどのように評価すべきなのか。このようなこれまで当然検討を加えられなければならない問題について、法律家のこれまでの議論は稚拙であった」と指摘する。稲葉(2003:38)によれば、「家族が意思決定をする理由」として、家族は、本人の意思をもっともよく知っている立場にあるからだ、あるいは、「医療者側からは、家族の了解・同意は、その後のトラブルを避けるための実践的な方法である、また、家族が医療費の実質的負担者であるという点が挙げられる」が「これらは、実質的な理由であり、法的な説明、つまり、なぜ、家族は本人の意思の代諾権を有しているのかという問題に答えて」いなく、「家族というくくりだけで権限を導き出すことは難しい」と説く。

蒔田ら(2008)は医師が患者本人に代わって家族から同意を得ることについて推測される医師側の理由の点から指摘しているが、実際家族から同意を得ることには理論構成上無理がある、つまり違法性阻却の根拠にはならないとして、蒔田ら(2008)はそれを否定しているということが窺える。同様に稲葉(2003)も医師が家族から同意を得ることの理由を挙げており、けれどもそのような状況に関する法的評価というのは十分に議論がされていない現状を指摘している。

このように諸研究者が医的侵襲行為場面において、患者に代わって家族が同意ないし決定を行っている状況を述べている。概して、事実上家族が代理決定を行っている状況は認められている傾向にある。事実上家族が同意ないし決定を行うのは、患者に判断能力が不十分であるからということに限られるわけではなく、患者の意思が確認できないとき、癌告知の例のように、患者が判断能力が十分とされ意思確認もできるけれども家族が代わって決定を下すことがあると言える。

しかしながら、家族の範囲や家族が代理決定を行うことは違法性阻却の根拠にはならないこと、家族間における利害対立の場合、患者にとって最善の利益となるような決定を家族が行うのか、という問題点も指摘されていた。では、なぜ事実上家族が代理決定を行えるのか。それは代理決定の基準に関係すると思われる。

(3) 代理決定の基準

事実上家族が代理決定を行える、そのことを容認する理由として挙げられていたのが、家族が「患者の価値観をよく知る」「患者の最善の利益になるように行為する」ということであった。これは代理決定の基準にみられる内容である。

水野(2007b:166-167)によれば、代諾者が治療方針を決定するには第一に、代行判断基準、第二に、最善の利益基準、の二点があるという。

代行判断基準とは「同意能力がない患者が当該の状況で同意能力を備えていたとしたら行っただと考えられる決定をすることを、代諾者に要求すること」であり、最善の利益基準とは「同意能力のない患者がその能力を失う前に抱いていた治療に関する意向がわからないか明確でない場合には、患者の最善の利益になる決定を要求する」ことである。ここでの最善の利益とは「理性的な人であれば選択すると考えられる生の質であり、公平な立場からできるだけ客観的に判断すべきもの」である。

けれども二つの基準には問題点もあるという。代行判断基準については、第一に、患者が望むことと代諾者の望むことが混同される恐れがある、第二に、代諾者の判断と最善の利益が対立する場合、第三に、「同意能力を備えたことがない患者には適用できない」という点である。最善の利益基準については、第一に、健康な人である代諾者の判断が患者の最善の利益と一致しないこと、第二に、「代諾者の望みや利益が、患者の利益として主張される場合」である。

横藤田（1999：9）も代行決定の基準について、誰が代行決定者になるかということと関連はするが、「患者本人の主観的な価値体系を前提として、文字どおり本人になりかわって判断する（代行判断テスト）」のであれば、「家族の代行決定を求める理由」になり、「より客観的に本人の『最善の利益』を追求してなされる（最善の利益テスト）」のであれば、「必ずしも家族が判断する必然性はなくなる」と述べる。

箕岡ら（2006a：268）は、終末期医療における治療の中止・差し控えにおける代理決定の基準について述べている。「自己決定が不可能であると判断された場合は、事前指示（アドバンスディレクティブ）の有無が問題となる」が「事前指示がない場合は、substituted judgment（代行判断）（現在意思能力がない患者が、もし当該状況において意思能力があるとしたら行っていたであろう決定を代理人がすること）→最善の利益判断（患者にとって最もよいと思われる決定を代理人がすること、すなわち治療による患者の利益が本当に患者の負担を上回っているか）の順に、代理人によって判断が行われることになる」が「誰が代理人になるかによって判断内容は変わってくる可能性がある」とする。箕岡（2006a：88-90）によれば、代理判断は「本人の個性を尊重することになり、倫理的にも正当化される方法である」という。また「誰が代理人になるかによって判断内容は変わってくる可能性がある」ため、「家族による最善の利益判断や医療者による最善の利益判断を、倫理原則である善行原則や無危害原則に留意し、第三者の意見を参考にしながら対話によりバランスをとっていくことが重要になる」という。さらに、代理人になるひとは「本人の価値観・人生観を知り、最も親密で本人が信頼している人になるのがふさわしい」として「家族が一番にあげられる」が、一方で「必ずしも家族が真に本人の意思を反映できるのか、あるいは本人の最善の利益を推測・代弁できるのか疑問もある」ということを指摘する。

このように、代理決定の基準では第一に「代理判断基準」、第二に「最善の利益基準」があることがわかるが、事実上家族が代理決定を行う場合には両方の基準が混在し、家族でなくてもよいとされる「最善の利益基準」においても家族が事実上の代理決定をしているといえよう。

しかし、やはり代理決定の基準については問題点があることも指摘されていた。それは上述した家族が代理決定を行う場合の問題点と同様である。つまり、家族と患者本人が利害関係にあった場合、あるいは、そもそも家族であるからといって患者の価値観や最善の利益になるような行為をするとは限らないということである。

したがって、箕岡ら（2006a）の見解にもあるように「家族による最善の利益判断や医療者による最善の利益判断」に加えて「第三者の意見を参考にしながら」ということであれば、必ずしも家族（や医師）が患者に代わって代理決定をしなければならないということにはならないであろう。

蒔田ら（2008：359-360）は患者本人から同意を得ることができない場合には『医療水

準』に適った治療であれば一応『適法』の推定が働くという理解も可能」であり、「少なくとも、医療水準に適う治療行為であれば『推定的同意』があったと理解することは可能であるとする。推定的同意とは、代行判断基準にあるように患者が当該状況で同意能力を備えていたとしたら行なったと考えられる決定によって導かれることであるが、蒔田ら（2008）の見解からすると医的侵襲行為場面において「医療水準」に従う決定をするならば、それは理性的な人間であれば選択すると考える客観的な判断を基底にした患者本人の「最善の利益」に適うものとなり、その場合家族による代理決定も可能となるが、必ずしも家族でなければならないということにはならないと言えよう。

（4） 法的家族権に関する見解への検討—石川稔による見解をもとに

さて、これまで事実上家族が代理決定を行っている状況、それが認められている現状を述べてきたが、それらはあくまでも“慣行的”なことである。家族による代理決定に対して法的根拠がないという問題点、つまり既に述べてきたように違法性阻却の理由にはならないことも指摘されているが、これに対して石川（1995a）は法的地位にある家族に家族権とでもいうべき権限を与えるための検討を行なっている。ここでは、その内容を紹介し、検討する。

石川（1995a：61-64）は同意能力を喪失した患者のための制度を法的に整備する必要があるとして、次のような見解を示している。

第一に、家族がいる場合。家族がいる場合には、「家族は、その者の意思をもっともよく知っている立場にあるからその者に代わって代行判断なしうるのにもっともふさわしいということが1つの理由としてあげられ」、一方、「医師の側からすれば、家族の同意をとっておけば、医師は家族から訴えられることはないであろうという実際の配慮にもよる」という。けれども「それ以上に家族には何らかの権限はあるのでないか」ということで、「同居の家族と非同居の家族」、「同居・非同居にかかわらず、相続権を有する者と有しない者」、「家族のうちでも、扶養義務者である者とそうでない者」、これらの条件を組み合わせ「法的地位にある家族がどのような根拠にもとづき代行判断権をもつべきかを決定」し、「家族が家族として特定の家族員に対して家族権とでもいうべきものを有する者が代行判断権をもつ者とするべきことになる」と述べている。

その結果、「生命侵害による財産的損害についての請求権者」ということからすれば「扶養関係にある家族ということになり」、「患者本人をよく知る者という観点からは単に引取扶養関係にある家族の判断が優先すると解すべき」としている。

次に、「近親者の慰謝料請求権をもつ者」ということからすれば、「民法 711 条は、被害者の父母、配偶者、および子に家族として被害者の生命侵害による精神的損害を認めて」おり、「請求者の範囲について、類推適用説」があることから民法 711 条の請求者の範囲に加えて「内縁の配偶者、同居の兄弟姉妹、事実上の養子（同居に限る）が代行判断者として資格を有しうる」ということである。すなわち「医療過誤によって生命侵害が起こったときは、これらの家族が慰謝料請求権を有することになるから、これらの者がインフォームド・コンセントを患者本人に代わって与えることには合理性があると考えられる」と説く。

そして刑法上との関係からすれば「保護責任者遺棄罪」の観点から、「保護責任を負う者

が、医療を施す処置をせず放置すれば、保護責任者遺棄罪に問われることになるから、保護責任を負う者が病人を病院へ連れて行くことは義務として課される」のであり、「このような者が、病人に代わって医療の承諾をなすことが起こりうるのは当然である」という。

また、IC なしに医療処置がされる場合は違法性阻却にならないため、医師は患者が同意能力を喪失しているときは「患者の家族などから代わって同意を得ることを必要とする。いわゆる代行判断」が行われると述べている。ただし、ここでの保護責任者の範囲というのは、「民事的に絞った範囲の家族が代行判断者となることがよさそうである」という。

一方、家族がない場合について石川（1995a：64）は後見人や医師の裁量によって医療を行うか、いくつかの選択肢を挙げているが結論的に「いずれにせよ、行政機関に一時的に保護の権限を与える簡便な手続きを制定する必要がある」ということに留めている。

石川（1995a）による見解について、第一に引取扶養関係にある家族による代理決定は認められるというが、後述するように扶養義務関係から家族を代理決定者に位置づけることは無理があると思われる。つまり、引取扶養義務があるからといって、その中に患者に代わって何かをするという義務までは導くことはできないと言える。

第二に、慰謝料請求権を持つ者が代理決定者になることについて、たしかに代理決定者になれる範囲が規定されていることからその範囲は明確である。しかし石川（1995a）によって説明されているように「被害者の生命侵害による精神的損害」を家族が認めた場合にということであれば、その範囲で利益を得るのは誰かとなれば、必ずしも本人だけに限定される事柄ではないと思われる。つまり、被害を負ったのは本人であるにもかかわらず家族が家族自身のために慰謝料請求を起こす場合もあり得ると考えられる。

第三に、保護責任者遺棄罪の観点から家族を保護責任者として位置づけ代理決定者とするということである。本山（2009：108）によれば刑法 218 条とは、第 30 章の遺棄の罪に規定されている条文であり、「老年者、幼年者、身体障害者又は病者を保護する責任のある者がこれらの者を遺棄し、又はその生存に必要な保護をしなかったときは、3 月以上 5 年以下の懲役に処する」という内容であるが、この刑法 218 条「保護責任者遺棄等」も親権の内容に含まれると述べている。石川（1995a）は保護責任者として病院に連れて行く義務があるのだから、同時に同意する義務もあるということ、保護責任者の範囲は民事的に絞った範囲として、保護責任者遺棄罪の観点から家族による代理の権限を位置づけていた。けれども、まず保護責任者の範囲を民事的に絞った範囲ということでは 6 親等内の血族、配偶者、3 親等内の姻族を指していると思われるが、これらの者の中には本人と遠距離関係にある者がいると予想されるほど、範囲が広いのではないかということ、そしてこの観点から家族の代理の権限を位置づけるならば、いつまで「保護責任者」であり、「生存に必要な保護」とはなにかということまで検討する必要があると言えよう。さらに、保護責任を負う義務は法令、契約、事務管理、条理、慣習（齊藤 2007：81、板倉 2004：27）のいずれかによればよいとされていることからすれば、扶養義務を負う家族だけに限らず、上述した成年後見人においても保護責任者として代理決定をすることが可能になるという解釈もできるとと思われる。

従って、石川（1995a）の見解から、法的地位にある家族ということでは代理決定者として位置づけることは困難であると思われる。

第4項 代理の仕組みと事実上の代理決定の様相—医的侵襲行為場面に限定して

これまで、法的な代理の仕組みと医的侵襲行為場面に限定した事実上の代理決定の様相を述べてきた。

民法上の代理制度は、精神上に障害のある者が契約を結ぶ際に本人に代わってそれを可能とするものである。なかでも本人の意思に基づかずに代理関係を成立させる法定代理があり、この法定代理の仕組みをもつ制度として成年後見制度が位置づけられていた。これらの代理制度から医的侵襲行為へ同意の可能性を考えると、まず医的侵襲行為がなされる前の医療契約は準委任契約と解されていることが通説であり、このことからすれば成年後見制度における法定代理人である成年後見人も医療契約を締結させる権限を有していた。では、次になされる医的侵襲行為への同意は法定代理人の権限から可能であるかとした場合、同意という代理は成立しないということが言えた。したがって、ここに一つの論点が生じる。すなわち、精神上に障害のある者に対する医的侵襲行為への同意という代理が成立しないことは法定代理の仕組みをもつ成年後見制度における一つの機能不全であり、この問題を解決するための見解を示す必要がある、ということである。

一方、民法上の代理制度では医的侵襲行為への同意に対して機能せず、このため医師や家族による代理決定がされている現状があると言える。医師による代理決定は医師の裁量性の行使として成立していると思われるが、一方で医師と患者の関係には利害関係が生じる可能性も説かれていた。このことからすれば、医師は患者との利害関係が生じる可能性があるにもかかわらず、なぜ医師の裁量性に基づいた代理決定が許容されるのか、その根拠は何かを問う必要性があると思われる。

また、事実上家族による代理決定について石川（1995a）による法的家族権の見解に対する検討を行なったが、法的地位にある家族ということで代理決定者として位置づけることが困難であると思われた。そのため、事実上家族による代理決定がなされているのであろう。そこでは、必ずしも精神上に障害があるから家族が代理決定をするというわけではないことが窺えるが、事実上家族が代理決定を行うことに対する問題点も指摘されていた。すなわち、医師と患者が利害関係にある可能性が否めないことと同様に、家族間における利害関係によって家族が本人の最善の利益のためになるような決定をするとは限らないこと、代理決定は慣行上のものであって法的意味合いを持っていないことは指摘されていた。

このように、医的侵襲行為場面に限定した場合には、法的な代理決定が成立しない一方で慣行上の家族による代理決定や医師の裁量性に基づいた代理決定が成立するという状態が生じているということが言える。

第3節 医的侵襲行為の違法性阻却要件—刑法的視点

これまで医的侵襲行為における自己決定権が憲法13条によって保障されていること、けれども精神上に障害のある者による自己決定権の行使に対しては代理決定が必要とされることを述べてきた。では、医的侵襲行為における自己決定権は刑法学的にどのような意味を持つだろうか。また、精神上に障害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だろうか。このことを検討することは、医的侵襲行為が患者の生命や身体への侵襲であり傷害罪の構成要件に該当しながらも（井田 2008: 329, 小林 2007: 111-113）違法性が阻却される論理を提示することになる。そこで、刑法学的

視点として学説における医的侵襲行為の違法性を阻却させる要件を踏まえて「治療行為の正当化」を患者の同意と医療水準との関連から論じている小林公夫の見解に依拠しながら、医的侵襲行為の違法性を阻却する要件を改めて提示し、「医療水準論」について述べる。

第1項 学説上における医的侵襲行為の違法性阻却要件¹²⁾

医的侵襲行為は刑法 35 条の正当業務行為に位置づけられていたが、正当業務行為とは「法令に直接規定がなくても、社会通念上、正当なものと認められる業務行為」（大塚 2008 : 412）であり、「社会的有益性をもたらす活動として法令上（または慣習上）承認された範囲内で、その活動の際に遵守を求められる社会的行動準則をもって行われた行為である（すなわち、それが正当な行為であるから）」（井田 2008 : 266）。

新美（1986 : 102）によれば「医療行為は、通常、何らかの形で患者の身体に接触するものであり、時には、患者の身体への侵襲を伴うものである」から「医療行為に対しては、わが国の裁判所は、古くから、たとえ医療行為が患者の疾病を治癒せしめるものであっても、その実施について患者が同意をしないかぎり、当該医療行為は違法性を帯びるものである」という原則を承認してきた」という。また、新美（1986 : 102-104）は患者の同意なき医療行為は違法であるという原則が承認されていることを踏まえ、ではすべての医療行為について医師は同意を得なければならないのかと疑問を呈している。これについて「患者の最終決定権（自己決定権）を尊重するならば、『是』という答えに」なるが、患者の同意を必要とする医療行為については、学説・判例においても「限定する方向にあり、医療行為に伴う苦痛ないし人体への影響が軽微なとき、患者が医療行為の意味を認識しまたは当然認識すべき場合には、同意を要しない、とするものが多い」という¹³⁾。

門田（1995 : 62-63）は「患者の同意が自己決定権の医療領域における具現化」であるとし、「医療行為は、患者の身体的安全性あるいは生理的機能に対する侵襲性を伴い、医師がその医学的判断と技能をもってしても、患者の身体に危害を及ぼすまたはその危険のある行為」であり、「その意味で、医療行為は身体に対する侵害行為の犯罪類型である傷害罪に該当する」が、傷害罪に該当する医療行為が正当化されるのは「それが刑法 35 条の正当業務行為に該当する」ためであるという。また「その実質的根拠は、基本的には、医療行為が患者に害ではなく、益を与える行為であるという点にある」こと、「患者に対する利益の付与だけでなく、患者が医療行為に伴う危険について同意を与えている」ためである。すなわち「医療行為は、それによって患者にもたらされる優越的な利益の存在とその危険に対する患者の同意を基盤に、刑法上正当化される」ことになる。さらに「医療行為が患者にとって必要であり（医学的適応性）、医療水準に適合した治療が実施され（医術的正当性）、かつ、患者の同意があつて、はじめて違法性が阻却される」（門田 1995 : 63）ことになる。

佐久間（1995 : 89）によれば「医療行為が人の生命・身体を『侵襲する』とみられるにもかかわらず、適法な行為として正当化されるのは」、「患者の同意・承諾を前提とした、医療水準に合致する診察・治療であることが要求され、通常は、被害者の承諾に基づく正当行為（治療行為）として、故意の傷害罪（刑法 204 条）および傷害致死罪（刑法 205 条）の成立が否定される」。

西田（2010a : 196-197）によれば「医者による医療行為は、それが医学的な適正な基準

にもとづき患者の生命の救助・延長、健康の回復のために行われる場合には、傷害罪などの構成要件に該当しても、優越的利益保護の原則によって正当化される」。そして「ただし」として「医療行為に対する患者の同意（IC）も正当化の条件である」と説く。すなわち「違法性阻却の一般原理である優越的利益保護の原則¹⁴⁾と被害者の同意による要保護性の欠如の原則の組み合わせによ」って、違法性が阻却されることになる」と述べ¹⁵⁾、同様に井田（2008：328）も治療行為とは、医師が、治療の目的で、傷病者本人の同意に基づき、医学上一般に承認されている方法（医療水準にかなった方法）によって、人の身体に侵襲を与えることであり、違法性を阻却される。学説上の通説によると、治療行為もひとまずは『傷害』の概念にあたり、したがって傷害罪の構成要件に該当する（これを治療行為傷害説とよぶ）。治療行為としての要件を具備することにより、その違法性が阻却される」が「治療行為が適法とされる根拠は、①同意により法益の要保護性の減弱・否定が認められるというだけでなく、②健康の維持ないし回復（場合によっては、救命）という積極的利益の実現がはかれることから、優越的利益保護の要素が付け加わるところに求めることができる」と述べる。

また、今井ら（2009：208）は「正当な医療行為は傷害罪の構成要件に該当しても、違法性が阻却される。その違法性阻却の決定的な理由は、患者の同意に基づく行為であるという点にあると解されるから、基本的には被害者の承諾に基づく違法性阻却と同一の構造を示」すが、「患者の同意に基づく行為であることに加えて、その行為が患者の生命・健康の維持・増進にとって有益な行為であること（医学的適応性）が加わって、その違法性が阻却されている」とする。

山口（2008：182-183）は、医療行為は患者の身体を傷つけるものであるから傷害罪（刑法 204 条）に該当する。「しかし、患者のために医学的に必要は手術を医療上適切な技術によって行った場合に、犯罪として処罰することは考えられ」ない。それは、人の身体に傷をつけることは一般的に禁止されているが、それが適切な医療行為として行われる場合には、違法性が阻却される。そして「①患者が医療行為に対して同意していること、②医療行為が患者の生命・健康の維持・回復にとって必要であること（医学的適応性）、③医療行為が医学上認められた医療技術に従って行われること（医術的正当性）の三つが、違法性阻却を認めるための具体的要件」であると述べる。

これらの見解から、医的侵襲行為は患者の生命・身体あるいは生理的機能への侵襲であることから危険性を伴う行為であるとされている。そして、これは刑事法上の傷害罪に相当するとされる。傷害罪（刑法 204 条）が成立するためには「人の身体を傷害したこと」を要件とし、「人の身体の傷害という結果が発生したことが必要」となる。そして「人の身体の傷害とは、人の健康状態を悪化させることをいい、人の健康状態という保護法益の侵害を意味している」（山口 2008：103-104）。従って、医的侵襲行為は傷害罪に相当するのであるが、これが正当化されるのは刑法 35 条の正当行為に該当するからということに加えて、患者の同意、医学的適応性・医術的正当性、治療の目的、という要件が違法性の阻却に機能しているということが窺える¹⁶⁾。

では、医的侵襲行為の違法性を阻却させるための要件である「被害者の同意」が有効となる条件は何か¹⁷⁾。大塚（2008：418-421）は「被害者の同意」が違法性を阻却するために有効となるための要件を 6 点挙げている。すなわち、1)「承諾の内容は、被害者にとっ

て承諾の可能な法益，すなわち，被害者みずから処分しうる個人的法益に関することを必要とする」，2) 承諾自体が有効なものでなければならず，「幼児や高度の精神病者のした承諾や，強制による承諾，たわむれにした承諾などは，本来，承諾とはいえない」，3) 「承諾の方式は，被害者の内心に存在するだけで足りるとする意思方向説と，外部的に表明されることを要するとする意思表示説とが対立している」(後説を正当とする)，4) 「承諾は，行為の時に存在しなければならない」が，「推定的承諾が認められる場合はこの限りではない」，5) 「承諾による行為は，被害者の承諾であることを認識して行わなければならない」，6) 「承諾に基づいてなされる行為自体，その方法および程度において，国家・社会的倫理規範に照らして是認されるものでなければならなく，そのためには「承諾を得たことの動機，目的の意味が考慮されなければならない」ということである．また，大塚(2008)の2)と関連して，精神上に障害のある者の同意については同意の有効性・同意の能力の中で度々説明されていることではあるが，今田ら(2009：254-255)は代理との関係について述べている．それによれば「被害者の同意とは法益主体の意思に基づく法益の保護であるから，同意は法益主体自らによってなされる必要がある．年少者など意思能力が欠ける者については，法定代理人が同意を代行できると解する余地もあるが，それはあくまでも法益主体の利益に合致した判断である必要がある」と説く．

この今田ら(2009)による見解は，行為時に承諾が存在しない場合の推定的同意，緊急避難における同意¹⁸⁾をどのようにして「法益主体の利益に合致した判断」としてみなすのかという問題と関連すると言える．大塚(2008)による被害者の同意が有効となる条件に関する見解からすれば「法益主体の利益に合致した判断」とみなされるのは，その判断が「国家・社会的倫理規範に照らして是認されるもの」の場合であると言えよう．すなわち，推定的承諾に基づいてなされた行為が「国家・社会的倫理規範に照らして是認されるもの」であるならば，当該行為は「法益主体の利益に合致した」ものであると判断されるということになる．

「被害者の同意」を得ることができない場合に考えられる「推定的同意」¹⁹⁾は，「被害者の同意」同様に違法性阻却事由の一つになると解してよいと言える．というのは，今田ら(2009：264)によれば「法益主体の同意が行為時において現在には存在しないが，もし法益主体が事実を認識していれば，行為時において同意を与えた蓋然性が高いような場合」に違法性が阻却されるという．また西田(2010a：194)も「法益侵害行為の時点では同意が得られていないが，諸般の事情から同意を得られることが高い蓋然性で推定されることを，被害者の同意とは別個の同率の違法阻却事由とするもの」と述べ，井田(2008：327)は「行為者が，行為の時点で被害者による同意の可能性を推測して行動し，それが行為時の判断として合理的と認められる限りでは違法性の阻却を肯定することができる」とするからである．

町野(1986：174)は「治療行為を被害者の承諾の法理のみで処理しようとするなら，有効な承諾の存在を認めえないため，違法性の阻却を肯定しえないあまりにも多くの侵襲結果が存在することに」なる．違法性阻却事由としての被害者の承諾について「より重大なのは，治療行為においては患者が侵襲結果のすべてについて現実に承諾を与えていることはむしろ稀であるという事実である．(中略)個々の侵襲を具体的には認識していないのが通例であろう．手術に伴う個々の危険についても同じことがいえる．このように現実的

な被害者の承諾の存在が肯定できないときにもあくまでも被害者の承諾によってその適法性を説明しようとするなら、現実的な承諾の存在を擬制するか、あるいは『推定的承諾』の存在を肯定するしかない」(町野 1986 : 175-176) と述べる。

ここでは、緊急の状態における医的侵襲行為に対してそれを緊急避難で正当化するのか、あるいは推定的同意に基づいて正当化するのか、ということが言われている。

井田 (2008 : 327) によれば、「推定的同意」によって違法性阻却が認められる典型例は治療行為の場合である、という。例えば、「事故に遭い意識不明の状態に救命救急センターに担ぎ込まれた負傷者に対し、医師が直ちに緊急の手術を実施するという場合、これを緊急避難により正当化することはできない。治療行為は、利益衡量のみで認められるものではなく、同意(患者の自己決定)が違法性阻却の中心的根拠とされるべきものだからである。ここでも、手術についての本人の同意を推定することが合理的と認められるところから、同意の推定に基づく手術が適法とされる」(井田 2008 : 327) ということである。ただし、「病院側は、親族と連絡がとれる限り、親族の同意を得ようとするであろうが、親族の同意が意味をもつのは、それが本人が同意するであろうことの重要な推定根拠となるからにはほかならない」(井田 2008 : 327) ことではあるが、親族による同意は「本人の意思を推定するための一つ手段にすぎ」ず、「親族が当然に患者本人の自己決定権を代理行為する権限をもつわけではない」(井田 2008 : 328) ということである。

同様に、須之内 (2004 : 97) は、意識不明の瀕死の重傷者に対する猶予しがたい措置のケースに関して、緊急性を強調する説が少なくないが、緊急避難のケースにおいては「患者は死を眼前にして実際にいかんか決意するかは決して測り知れないのであり、彼が死んですべての可能性が奪われるより、むしろ手術を受けて決定の状態が持ち越されるなら、このような決定状況の留保により彼の自己決定権はもっとも良く守られ、したがって、医師の手術行為は患者の推定的同意により庇護されるとの展開が可能になる」と述べ、「これこそ被害者の意思(自己決定)を尊重するものとして、基本的に妥当と考えられよう」と説く。

一方、今田ら (2009 : 265) は「推定的同意」が問われる場面として「緊急手術など治療行為においても推定的同意が問題とされることがあるが、これは患者の治療という正当な目的のために行われる正当業務行為としての性格を有するから、推定的同意の問題とは切り離して議論した方が適切であろう」と述べる。

では「緊急避難」とは何かということについて、これは「被害者の同意」を得ることができない場合に違法性阻却事由に位置づけられている違法性阻却事由である²⁰⁾。

「緊急避難」は刑法 37 条に「自己又は他人の生命、身体、自由又は財産に対する現在の危難を避けるため、やむを得ずにした行為は、これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合に限り、罰しない」(西田 2010a : 139, 大塚 2008 : 399) と規定されている。西田 (2010a : 139) によれば、これは「自己にふりかかった危難をさけるため、これを第三者へ転嫁する行為」であり「守ろうとした利益(保全利益)が生じた害(侵害利益)と同等、または、それ以上のときは罰しない」ということを意味する。「緊急避難」の規定のうち一般的要件とされているのが「現在の危難」、「補充性」、「法益の均衡」である²¹⁾。

このように、患者本人による同意を得ることができない場合には、推定的同意、緊急避難を適用することで医的侵襲行為の違法性が阻却されるということになる。

さて、「推定的同意」、「緊急避難」について概観してきたことを踏まえ、上述した緊急の状態における医的侵襲行為に対する正当化を「推定的同意」に基づくとするか、あるいは「緊急避難」に基づくとするかについて、筆者は今田ら（2009）同様の立場をとる。そして、この議論は既述したように精神上に障害のある者による同意が有効とされない場合の法定代理人による同意の問題とも関連する。

緊急の状態において本人の同意を推定することは自己決定権を尊重するという意味で相容れることであると考えられる。けれども、そこで推定した本人の同意は他者による推測の域をでないと思われ、したがって、推定的同意によって違法性が阻却されるのであれば、患者の価値判断を推し量るという意味で代理決定でも違法性が阻却されることになると思われるが、それであれば代理決定による違法性の阻却は常に推定的同意によって可能になるということが言えよう。けれども推定的同意の内容をみるとわかるように、「被害者が事態を完全に認識していたならば」、「諸般の事情から同意を得られることが高い蓋然性で推定されること」、「蓋然性が高いような場合」、ということが要件とされている。高い確率で被害者が同意をする状況と「被害者がどう思うか」ということは必ずしも一致しないと思われる。つまり、高い確率で他の被害者も同意をするならば被害者も同意をするだろう、ということによって違法性が阻却されるということになるが、仮に被害者が同意しなかった場合に既になされた違法性のある行為はどのように位置づけられるのだろうかという疑問が生じる。したがって、推定的同意のみによって違法性を阻却することは危険であり、緊急の状態の場合は緊急避難の法理で違法性を阻却させることのほうが適当であると思われる。

そして、ここで重要なことは医的侵襲行為場面における代理決定や推定的同意、緊急避難のいずれの場合においても患者本人による同意を得ることができない場合において患者の最善の利益を考慮してなされる決定が、行為時の行為それ自体を客観的に判断できる基準に沿っていることであり、この場合の客観的に判断できる基準を提示することであると言えよう。このような医師の行為時における行為を客観的に判断するための基準として「医療水準」を基軸とし「患者の自己決定」と関連させて医的侵襲行為の正当化を論じたのが小林公夫による「治療行為の正当化原理」である。

第2項 「治療行為の正当化」のための要件—小林公夫の見解に依拠して

小林（2007：1）は、刑法における治療行為の正当化について医師の行為時点における態様を重視する立場から治療行為を正当化する要件として医療の社会的相当性を客観的に判断する基準である「医療水準」と「患者の自己決定」を二大構成要素として位置づけている²²⁾。そして、「治療行為の医療水準を医学の観点から四段階に分離し、治療行為の客観性を担保する『医術的正当性』²³⁾を中核に、各段階で要求される正当化要件をそれぞれ追求」し、「その結果として、抽象的・包括的概念である『社会的相当性』の明確化・客観化」図り、それを「最小医療水準」説とした（小林 2007：5）。

このような「最小医療水準」説を提唱する前提作業として小林（2007：36）は、治療行為の正当化根拠を「同意」説、「結果」説、「行為」説、の三つに類型化し、どの説が正当化根拠として妥当性があるのかということを順次検討している。

その結果、「同意」説は治療行為における「患者の同意」を重視する立場ではあるが、こ

の立場を強調することに対する批判を述べている。すなわち「治療行為を被害者（患者）の承諾（同意）の法理でのみ処理しようとするならば、有効な承諾（同意）の存在を認めえないため、違法性の阻却を肯定しえないあまりにも多くの侵襲結果が存在することに」なるということである（小林 2007：48）²⁴⁾。このように「同意」説のみに傾斜した形で治療行為の正当化を試みようとするには慎重な検討を要するとして、次に小林（2007：90）は「結果」説と「行為」説の立場から、特に「医療の特殊性」ということを考慮し治療が「失敗」した際の治療行為の正当化の妥当性を検討している。

その結果、治療の「失敗」ということについて「結果」説の立場から言えることは「医療の範疇では不確実な出来事が起こりうる」にもかかわらず「外科的手術の際に、患者に対し、現在の医療の技術・規則から適正な処置をしたところ、予想に反し、治療の効果が出なかった場合、その結果生じた“負の側面”を医師に負わせる」ことになるということであるが、「結果の無価値が生じているが、この無価値を医師に負わせてよいものだろうか」と小林（2007：92-93）は疑問を呈している²⁵⁾。つまり「外科的治療行為を評価する場合、何よりも重要なのは、治療行為の特殊性を加味せず、正当化要件を考察してはならないという点」であり、「強調されるべきは、医療の技術・規則にかない、現時点での医療の水準を満たした治療行為は、たとえ結果が思わしいものではないとしても、医師の治療行為は正当化される場合がある」と小林（2007：94-95）は述べる²⁶⁾。

これらの検討を踏まえ小林（2007：124）は「結果」説を基本とする「法益論的原理から導出される『優越的利益』説」と「行為」説を基本とする「規範論的原理から導出される『治療目的』説、『社会的相当性』説」についてそれぞれ説明し、治療行為を正当化するためには「社会的相当性」説が妥当であるということ述べている。

小林（2007：127-128）が「優越的利益」説でもなく、「治療目的」説でもなく、「社会的相当性説」が妥当であるとする理由は次の通りである。すなわち、「その行為が社会の中で歴史的に形成された社会倫理秩序の枠内にあるとき、『社会的相当性』があり、換言すれば、社会生活における常軌を逸脱しない行為や健全な社会通念より許容される行為であれば、そこには『社会的相当性』が認知され、それが違法性阻却の一般原理たりうるとの主張がなされていること」。「この原則からは、治療の目的で医学的に一般に承認された手段・方法で行われた医学的処置は、社会生活の中で歴史的に形成された社会倫理的秩序の枠内にある行為であるから、たとえ法益を侵害しても、違法性が阻却されるとの帰結になる」ということである²⁷⁾。

そして、「社会的相当性」説において「治療行為の適法性の判断基準として、社会生活の実態に即した合理的なものが要求される」ということからすれば、このことを「治療行為の次元では、医師の行為当時、医師が採る医療の技術・規則が当時の社会において、合理性を具備しているかどうかを指示するものである」からこれは「科学法則に支えられた客観的医学の技術・規則を意識して」おり、これに即した行為は「同時に治療意思・目的をその下位に従属させ併存させており、社会的に許容される医療の技術・規則の遂行こそが、治療行為の正当化にとり『核』となりうるものである」という。

小林（2007：137）は「社会的相当性」説から刑法上治療行為の正当化をなしうる「社会的担当行為」を形成するための変数として『治療方法の成熟度』（医術的正当性）を基軸に、当該療法の内包する危険性、治療の必要度、患者の同意という四つの変数」があり、

「各変数が変化しながら、基調となる『医術的正当性』が狭義の医療水準から最下位の極限的治療水準にまで、下降するというイメージ」が描かれるということである。

これまでみてきたように、小林（2007：142-143）は治療行為の正当化について「医師の行為時点におけるレーゲ・アルティスを何よりも重視し、医学の客観的基準である『医術的正当性』を中核に据えて」きているが、このことが重要であるという。つまり「正当化要素の中核である『医術的正当性』が狭義の医療水準、換言するならば、一般に承認された医療水準を形成している場合、それはほぼ独立した正当化要素と評価しうる」のであるから「この段階の治療法は、安全性の観点からも成熟の域にあり、医師が当該処置を患者に採る場合も、行為時点における裁量性の幅は広がり」ということである。

したがって、「中枢たる『医術的正当性』が医学水準・治験水準に位置している場合、未熟な『医術的正当性』の段階ではそれらを「補完する正当化要素として少なくとも『同意』の重み²⁸⁾が増すはずである」と述べる。このような「社会的相当性」説の立場に立ちながら治療行為の正当化を医師の行為時における準則を基準に把握されなければならないとして「医療水準を医術的正当性のレベルで四段階に細分化し、正当化を図る」ことを「最小医療水準」説という（小林 2007：186）。

小林（2007：186-195）による「最小医療水準」説のうち「第四段階」にあたる「狭義の医療水準における治療行為」とは「患者の生命に危険が迫っておらず、他の代替治療法をとりうる場合」である。ここでは、「医療水準のレベルが高度であり、医術的正当性・医学的適応性の側面は何ら問題がない」。したがって、「患者の自己決定は前提とならなければならない、患者の人格権・自己決定権との関係で治療行為を受けるか否かの決定を患者自身がなす以上、患者の意思が当該治療行為を受診するかどうかの引き金になることに相違ない」が「厳格な同意が要求されるということの意味するものではない」という。

次に、「第三段階」²⁹⁾にあたる「医学水準レベルにあたる治療行為」とは「患者の生命に危険が迫っておらず、他の代替治療法を採りうる場合」である。ここでは「患者の自己決定を経て、狭義の医療水準未満の行為を採ることができる」。「第二段階」³⁰⁾にあたる「治験水準にあたる治療行為」とは「患者に生命の危険が迫っていず、他の代替療法を採りうる場合」である。この場合には 6 つの厳格な要件が整えば、「当該個別の術式は、それぞれがすでに狭義の医療水準を獲得している以上、一応の安全性が担保され、当該療法の施行が許容されるものとする」という。

そして、「第一段階」³¹⁾にあたるのが「極限的治験水準にあたる治療行為」である。これは「患者の生命に危険が迫っており、他の代替療法が存在しない場合」である。この場合には「患者の強固な同意を得て、第一段階の治療介入をとりうる場合がある」けれども、その要件は極めて厳格なものとなる。

これまで、小林（2007）による「最小医療水準説」を概観してきた。小林（2007）は違法性阻却原理のうち社会的相当説の立場から医療水準を四段階に区分し、それを基軸に患者の同意の必要性あるいは慎重性を説いていたと思われる。そして、刑法上治療行為を正当化させるための変数として医術的正当性を基軸に当該療法の危険度、必要度、患者の同意を挙げており、これらの変数は記述した学説上の違法性阻却要件である患者の同意、医学的適応性・医術的正当性、治療の目的を含んでいると言えよう。

小林（2007）による「最小医療水準説」において重要と思われるのが、第一段階以外の

治療行為のレベルでは患者の同意を厳格に要求しているというよりは、むしろ患者になされる医的侵襲行為が医療水準にあたるか否かを基底としているという点である。第四段階における治療行為に際し、それは医療水準のレベルが高度であること、医術的正当性・医学的適応性についても問題がないことからすれば、厳格に患者に同意を要求する段階ではないという見解であった。また第三段階にあたる治療行為は極めて第四段階に近接している内容であること、第二段階にあたる治療行為については厳格な要件をさらに付加させることで治療行為の実施を可能としていた。このことからすれば、患者の同意を得ることができない場合になされる医的侵襲行為への代理決定に関しては、それを担保するものとして「医療水準」を位置づけ、一定の医療水準レベルにあると解される医的侵襲行為への代理決定が可能になると考えられる。

第3項 医療水準論—医療水準の意義

既述してきたように、医的侵襲行為の違法性を阻却する要件として、医療水準が有効であるということは窺える。また、小林（2007）は医療刑事過誤における過失の判断を「社会的相当性」説の立場によった「最小医療水準」説の観点から検討していた。そして、小林（2008:73）は医療過誤訴訟における刑事事件と医療水準との関係について述べている。すなわち、医療刑事過失の「過失認定の認定として、行為者（医師）の主観ないし、心理的状态を重視する過失の構成に傾斜すること」は「医療刑事過失の判断に、果たしてなじむのか、という点が指摘されなければならない」と指摘する。そして「何故ならば治療行為の過失判断に際し、中核に据えられるべき要素が、医学を支える科学法則である以上、それが命じる準則に力点を置いた行為の遂行が医師には求められているからである。彼は、法的判断に先行する基準として、定立された医療水準に照らし、日々行動しているはずである。そして、もしそうであるならば、彼の行為時における一般的な医学・医療の水準を確定し、医師がその水準から離反したか、換言するならば基準行為からの逸脱の程度がどうかで刑事過失の成否は決せられるべきである」と述べている。

小林（2007, 2008）同様に、荻原（2009）も刑事事件として医療過誤訴訟が起きた場合の医療水準の意義について述べている。

荻原（2009:26）によれば医療過誤訴訟が起きた場合には医療側を問う場合には「医学的な専門知識によらなければ過失の有無の判断が困難な医療事故は、従来民事による解決に任せる傾向」が強く、「患者と医師との間の医療契約違反があったとしても医師や病院に対する債務不履行（民法415条）に基づく損害賠償請求や、医師に対する不法行為（民法709条）に基づく損害賠償請求を認めてきた」という。一方、「刑事では行為と結果との因果関係と過失の存在が明確な形で立証し得る可能性が認められる場合に限り立件」されてきたがここ数年では「医療事故に対して積極的に刑事介入を行うようになり、医療事故を起こした医師や、看護師、麻酔医など関係者に対して業務上過失致死傷罪の成立を認めて」きているという。

そして、医療過誤訴訟における民事裁判では「医師の注意義務違反の程度を判断するときの基準として、従来『医療水準』が重視されている」が、「刑事裁判においては医療水準が論じられているケースはほとんど多くない」という。これは「刑事過失が認められる多くは患部や血液型のとり違い、操作ミスというような治療上の初歩的ミスであり、そこに

医師の明らかな落ち度が存在しており、あえて平均的医師が被告医師の立場ならばどのような態度をとったであろうかという医療水準の議論をするまでもなかったこと」(萩原 2009 : 28) による。例えば「医師がレントゲン検査結果に現れていた限局性大腸疾患を疑わせる顕著な所見を見落とし、正しい診断が下せず適切な治療を施さなかったために患者を死亡させた事案や、錯酸浣腸の経験がない内科医が、蟯虫症の患者に浣腸を施したが、その後の様態の変化を錯酸中毒によるものと気づくのが遅れたため、患者が死亡した事案、常位胎盤早期剥離の発症を疑うべき症状を認識しながらも、切迫早産によるものと軽信し、院長が気がつくまで放置した結果患者に傷害を負わせた事案等がある」。そしてそこでは「問診義務違反、検査義務違反、経過観察義務違反があり、ほとんどは、医療水準以下の行為であるため容易に過失が認められる」(萩原 2009 : 44-45) という。

けれども、萩原 (2009 : 28) は「刑事でも過失の認定基準として医療水準の役割を見直す必要がある」とする。

つまり、萩原 (2009 : 49-50) によれば刑事裁判においても民事裁判同様に医療水準を積極的に適用すべきであり「医学の専門領域での事故、特に問診や検査を基に医師の経験や勘に頼りがちな診療行為において、医師の過失責任を問題にする際には、当該医師と同じ立場に置かれた平均的な医師のとるべき行動 (医療水準) を参考にしなければなるまい」と述べる³²⁾。

さて、刑事事件における医療過誤訴訟においても医療水準の意義がいわれてきているわけではあるが、医療水準の形成過程、すなわち医療水準論は「未熟児網膜訴訟において、新規の治療法たる光凝固法を前提とする注意義務がどの段階で課されるかという論点の中で形成された議論」(山口 2008 : 82-83) である³³⁾。

医療水準とは例えば、滝井 (1984 : 83) によれば「多くの学説は、医療水準とは一つの価値判断として医師に要求すべきものであり、担当医師をとりまく具体的事実をもとに認定されるべきものだと考え、当該医学的知識の現実の普及度や実践度は、当該医師・医療機関の具体的状況 (専門性、経験度、地域性、医療機関としての規模・性格等) と並ぶ判断資料の一つ」である。橋本 (1987 : 320) によれば「過失の有無を判断する医療水準とは、医学の最先端のものを意味するものではなく、臨床医学の中に定着した段階、すなわち、その有効性、合併症、副作用などの点が明らかにされている段階のものをいい、医師の置かれた環境、例えば、所属医療施設の特質、地域性などからくる制約も十分考慮された具体的な基準をいう」としている。そして「医師としては、自己の治療行為がこの医療水準に照らして十分なものを絶えず注意する必要がある」という。

このような滝井 (1984)、橋本 (1987) による医師側の環境を考慮に据えた医療水準の捉え方について山口 (1996 : 324-346) は医療過誤訴訟における判決では「『医療水準』の判断の際に、社会的・地理的環境が考慮されて」きたけれども、未熟児網膜症訴訟からもわかるように多くの場合「『医療水準論』が医師側を利する結果をもたらしていた」と指摘する。つまり「社会的・地理的環境の考慮がなされ、かつ、医師側に有利な判断がされ」、「社会的・地理的環境等の具体的な事情は、医療水準の『実践性』を強調するために考慮されてきた」という。したがって医師には社会的・地理的環境という「制約」があるために過失がないと判断され、「医師らの責任を免れさせるための口実」として機能していたことを説く。

そして、未熟児網膜症訴訟を中心として形成されてきた医療水準論について饗庭（1980：54）は医療過誤訴訟において「過失の規範としての医療水準の認定がされ、いかなる時期に、いかなる内容の説明・転送が具体的に行われるべきであるが正しく理解されねばならない」としている³⁴⁾。医療水準に医師の説明義務、転医義務を位置づけることについて例えば、滝井（1984：85）が転医に関する医師の義務について「必ずしも水準的医療としては一般的に承認されておらず、したがって転医させる義務がなくても、ある治療法の有効性が承認されつつある段階で、医師にそれについての説明義務を課し、患者にその治療法を選択する機会を与えるべきだとの見解が有力」であり、したがって医師の説明義務は「患者に発生する危険を認識し、認識できる場合に、危険回避のために医療内容選択の道を開くものであり、その意味では転送義務の延長線上にあるもの」であると述べている。また、滝井（1984：87）は新規治療法が発表された場合において「具体的状況下でそれを採用しないことは、医師の裁量の範囲内の行為として許容されること」はあるが、「従来、医師の裁量が無限定に医師の責任を否定する方便に用いられてきた傾向は否定」できず「この点の医師の独断を排し、患者が医療に主体的なかかわりをもつ手がかりとして医療情報に関する説明義務が注目されるようになってきている」という。したがって医師の研鑽義務の範囲内で知りえた情報については説明義務を負うと解すべきであると述べている。さらに、別の論考においても滝井ら（1987：14）は、医療機関を訪れる患者は「契約の相手となった医療機関から直接医療給付を受けることを一応の目的とはしているが、当該治療機関の給付に特別の利益をもつわけではなく、究極の目的は疾病の治癒であり、健康状態の回復」にあるから、「医療機関が自らなしえない医療がある場合には、それを受けるよう転医の機会が与えられることを期待している筈」であり、「少なくともその機会が与えられることを期待しており、それに応じるのは、特に明示されてなくとも医療契約に付随した医師の信義則上の義務である」と述べている。

これらの社会的・地理的環境や説明義務・転医義務との関連で“近時の”という形で注目され医療水準論に関する議論として取り上げられるのが平成7年判決³⁵⁾と平成8年判決³⁶⁾と呼ばれる判例である。例えば、平成7年判決を受けて、寺沢（1997：7677）は「当該医療機関と類似の医療機関に知見が相当程度普及し、当該医療機関が知見を有することを期待することが相当であると認められれば、当該医療を行なってもらえるという患者の認識・期待は合理的であり、『特段の事情』がなければ、期待された医療行為は医療水準に達しているとする。そして、その結果、当該医師・医療機関が達すべき医療水準に到達していなければ、到達するように研鑽義務や転医義務が生じる」ということを医療水準との関連で医師の注意義務を位置づけたことに意義があり、「診療契約から注意義務の内容をまず確定するという、『法的判断』のための規範の役割を担っている」という。また、小谷（2009：286）は「医療水準につき、なにをもって医療水準として確立したといいうるかという点と、どの程度の医療機関を基準に医療水準を捉えるべきかという点につき、判断枠組みを示した」と説く。

平成8年判決を受けて山口（1996：331）は「医師（医業従業者）の注意義務の基準となるべき医療水準が『規範』であり、それが「現場の実践で行なわれている『医療慣行』とは異なることを明らかにした」点で意義があり、「慣行は規範ではなく慣行に従ったからといって注意義務を尽くしたことにはならないこと、現場の実践で何らかの慣行が行われ

ていたといつて、それだけでは口実になり得ない旨を述べた」ことに意義があるという。第二の意義として山口（1996：334-337）は「医師の注意義務の基準が医療水準（または医学水準）とされることにより、医師の注意義務の内容が専ら医師によって、医師の世界で決定される傾向」があったことに対して「歯止めをかけ、医師の注意義務が医師の周りの世界の規範によっても規定されることを明らかにした」ことであるという。

つまり「医師はプロフェッションである以上、なお、その高度な専門性を駆使しながら、『医療水準』に基づき、自らの責任と判断で治療・診断を行なわなければならないことはいうまでもない」が、「そこでの注意義務が、能書や、一般人の常識といった諸要素によっても律せられることを明らかにした」ということに意義があるという。

寺沢（1997：77）は、医療水準が規範であり「平均的医師が現に行なっていた当時の医療慣行に従った医療行為を行ったというだけでは、医療水準に基づいた注意義務を尽くしたとはいえないこと」、したがって「医療水準が注意義務の基準（規範）であり、相対的に決定しなければならないこと」が明らかになった点に意義があるという。

新美（1999：71-72）は、医療慣行について「多くの専門家ないし同僚がとっている行動と同様の行動をとることは一般的に合理的であると考えられたことからすれば、非難されるべき事柄ではない」という認識があり、このような考え方によって医療行為がなされたとしても「その責任を問うことができなくなるおそれがある」ことを指摘する。また「医療慣行のすべてが医学的合理性に基づいているともいえないし、また、社会通念からみても合理性を持たない医療慣行がないわけではない」と指摘する。

小谷（2009：297-298）は平成8年判決について医療水準概念がこれまで未熟児網膜症に関する裁判例で生成されてきたが、それ以外の判決である同判決において医療水準概念を援用することによって医療水準はより一般化されたこと、「医療水準とは医師がその診療上従わなければならない規範にほかならないことが明らかとなった」のであり、「医療水準に関する規範構築の最終仕上げを行ったという」位置づけができると説く。

このように、医療水準は医師による診療契約、説明義務、転医義務、研鑽義務が医療慣行によるのではなく医師の注意義務の規範として機能するように発展してきたと言える。

これらの判決は医療水準の内容を規定し、医療水準論の議論に影響を与えてきたと言える。では、医療水準とは学説上どのような意義を有するとされているであろうか。

寺沢（1997：79-80）は「医療水準は、行為義務を事前的に措定するための規範として機能する」という。つまり、医療水準は医師の行為義務を事前に措定するための規範であり、「その措定の設定は、何らかの損害発生のいかなる危険をどの程度医師に負わせるかの問題として、契約または『当該行為者と潜在的被害者（群）』という特別な関係にある者の間での、当事者の『信頼』およびそれに基づく医師の給付能力の保証の観点からなされるべきである」と述べる。そして、『規範としての医療水準』の判断基準に置き換えると、患者がどのような信頼を医師に対して持ったか、そして、患者は医師のどのような能力に信頼を与えたのかということであり、これは、いわば患者の信頼が医療水準の確定に入り込むことを意味する」という。そして、なぜ医療水準に患者の信頼を考慮するのかというところには「患者側が医師ないし医療機関と診療契約を締結する前提に」は期待が存在するからであるとしている（寺沢 1997：81-82）。

すなわち、「医師は患者に対して診療義務を負う以上、患者にとって当然に期待される技

術レベルである医療を行なわなければならない。なぜならば、当該医師に対しては、当該状況における専門家としての適切な処置（または裁量）が期待されており、当該具体的患者のこの期待（信頼）は合理的であるからである。このように、医療水準は、患者の信頼に応じた医療技術レベルの下限を設定することによって、信頼に対する医師の技術保証の役割を担っている。医療水準のこの役割は、たとえ患者が具体的な治療方法を知らない場合でも変わることはない」（寺沢 1998：11-12）ということになる。

寺沢（1997, 1998）は医療水準が医師による行為基準を事前に措定するための規範として機能し、その措定の設定は「当該行為者と潜在的被害者（群）」という特別な関係における医師の給付能力の保証の観点からなされるべきであると述べているように、米本（1992：133）も「医療過誤訴訟は専門家側の実践水準を問うものであったが、逆に見ると、それは患者（およびその家族・関係者）の消費者としての人権意識（権利意識）の水準が測れるものであった。つまり、訴訟の乱用という批判が一部にあるとしても、その訴訟が専門家とそのサービスの消費者との間の関係を見直させ、受けるべきサービスの水準を検討させ、専門家支配（時にパターンリズムと言われる）を再考させてきたことは否めない」と述べている。また、寺沢（1997）が医療水準に患者の信頼を考慮するのは、医師と患者の関係が診療契約を締結する前提に期待があるからであるとしていた。秋田（1998：203）が医療水準は医療過誤訴訟以前においても「患者側に客観的に確立された『医療水準』の内容の開示がなされれば、当該医療機関の具体的状況に照らし事前にその相当性を判断することがある程度は可能になり」、「医療水準を確定するということは、患者側にとっては、常にその水準に照らした医療を受け得ることを保障すること」になると述べている。そして、山口（1997：403-405）は医療水準が医療水準論の議論の中で「法規範」として位置づけられてきたことについて「法の役割が、契約をそのまま貫徹させて、契約内容に直接関与したりすることにあるのではなく、種々の契約義務を課すことにより、当事者に自主的な決定・履行・紛争解決を行なわせ、かつそれを促進し、このことによって理想的な交渉の『場』を提供し、そのプロセスを確保すること」にあるとすれば、これを医療行為に適用した場合では、法は「医師と患者の間に種々の義務を設定して医師と患者の間のコミュニケーションを促進することをその役割」とし、「『医療の内容の是非について法が判断しない』との主張が極端に解されるならば（中略）かえって患者の利益に反することになる」。したがって「当事者の自主性に委ねるだけでなく、法の側から内容の是非について判断し、一定水準以上の医療が行われることを担保しなければならない」と指摘している。

これらのことから、医療水準は患者が給付（保障）されるべき明確な医師の能力、あるいはサービス（医的侵襲行為）の水準を事前に提示するものであり、かつ法規範として機能していると言えよう。

ただし、医師の裁量性との関係でいえば植木（2007：957-958）は医療上の医師の裁量は原則的に認められているが「その保障には本質的な限界」があるという。すなわち「第一に、患者の自己決定権を無視した医療行為は本質的に違法であること、第二に、医療の裁量がみとめられるとしても、その範囲には限界があり、その範囲でのみ医師には判断の自由（術式や治療方法の選択等）が認められる」という。そして「その分水嶺となるのが、医師の注義務違反＝過失」でありその判断基準である医療水準ということになるという。

そして医師の裁量が医療水準と照らして許容されるのは、新美（1999：92）が「医学専門家である医師が医学界で是認された医学的知見に従うことは至上命令であり、そのかぎりでは裁量の許される範囲は限定されよう。そして、是認された医学的知見において複数の選択肢あるいは判断の幅が用意される場合には、医師の裁量を肯定する余地があるが、患者の自己決定権と交錯する場合には、そこで医師の裁量を後退せざるを得まい。そうすると、現実には、医師の裁量が認められるべき場面というのは」、「治療行為の有効性と安全性の評価の場面」に限定されることになる」と説く。このことは先述における小林（2007）による「最小医療水準」説のうち第四段階においては医師の裁量性が認められるということになるのであろう。しかしながら、それでも植木（2007：959）は最近の最高裁の判例の特徴として医師の裁量の範囲を制限する動きがあるという。つまり「医師の裁量権だけを理由に医師を免責するのは妥当ではないという考え」からである。「だとすれば被害の程度や回避性の有無に応じて医師の裁量の範囲を決める必要があり、そこでは医師が具体的に取った損害回避措置を医療水準の下で精査する必要がある」という。

このように、医療水準は判例上、学説においても医師の注意義務の判断基準として機能していることがわかる。すなわち、医療水準は医療機関における過失を判断する基準であるとともに、医療技術のレベルの下限を設定し、患者に保証すべき技術レベルを決定する基準として、あるいは患者に給付されるべき明確な医師の能力、サービスの水準を事前に提示するものであると言える。このことからすれば、患者本人から同意を得ることが困難な場合においても患者に保証されるべき技術レベルに従って同意を得ればよいのであるから、代理決定による同意も可能であると思われる。

第4項 患者の同意、医療水準と代理決定の関係

これまで、刑法的視点から医的侵襲行為の違法性阻却要件について学説上、小林（2007）による「最小医療水準」説に依拠して概観してきた。学説では、医的侵襲行為は傷害罪の構成要件であり違法性があるというのが通説である。そして違法性があるとされていながらも医的侵襲行為の違法性が阻却されるためには、患者の同意、医学的適応性・医術的正当性、治療の目的という要件が必要であった。このことは小林（2007）も同様であると思われる。ただし、小林（2007）は患者の同意と医療水準を違法性阻却の二大要素として、当該医的侵襲行為の医療水準程度に応じて患者の同意の必要性を説いていたといえる。次に、医療水準論について概観してきたが小林（2007）が医療水準の段階に応じて厳格に患者の同意は要求されないということを踏まえると、医療水準は患者に事前に提示される患者に保証すべき技術レベルを決定する基準として作用していることから、事前に提示される客観的基準である医療水準に準則する形で患者本人以外の者による同意が可能になると思われる。つまり、精神上に障害のある者が同意を行なうことが困難な場合には、医療水準に準則する形で代理決定者が同意をするということであり、このような代理決定によって代理決定者の価値観に左右されることなく法益主体である患者の利益に合致した判断がされることになる可言えよう。

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

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は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代理が許容されている矛盾が生じている。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、ということを検討する必要がある。

医師による代理決定は医師の裁量性によって認められるわけであるが、患者と医師の関係について熊倉（1994：217，221-222）は、医師は「公権力によって業務独占の資格を与えられて」医師になるのであり、したがって患者と医師の関係には社会からの統制、その代表者としての公権力が介在している。そして治療関係は患者と医師、その関係を統制する「権威」、あるいは自己と他者と判定する「権威」が介入しているのであり、その中で他者である「医師」の存在が拡大されたとき、それはパターンナリズムが前景にでるに過ぎない状態であると説く。つまり、医師の存在の拡大として医師の裁量性の拡大がされるときパターンナリズムが前景にでるということになる。けれども、医師の裁量性が生じるのは、医師と患者の治療関係が成立している場合であると思われる。このことから、第一に医師によるパターンナリズムに基づく介入は医師と患者の関係が成立している場合の医師の裁量性の拡大によって生じるパターンナリズムであると思われるが、それは医師と患者の関係を律する「権威」の不在によって生じるパターンナリズムであると思われる。では、そのパターンナリズムを後景させるためにはどうするかという論点が生じる。

次に、事実上家族による代理決定について仲正（2004：258）は「自己の権利行使と他者の権利行使の間で衝突が生じる可能性が高く、それゆえ公権力が『法』に基づいて介入し、各種の権利主体の『自由』をある程度まで制約したうえで『公正としての正義』の実現を図ることが正当と見なされるのが『公的領域』であるのに対し、他者の権利との相互干渉の可能性が低く、それゆえ『公権力』の介入は可能な限り避けるべきとされるのが（家もしくは親密圏を中心に形成される）『私的領域』である」と説く。これは、私的領域として守らなければならない家族生活が崩壊すれば家族が代理決定をする必要性は無くなり、また公権力が介入する余地があれば、さらに事実上家族が代理決定をする自明性は生じなくなるということが考えられる。また、児童虐待、DV、高齢者虐待といったことが家族内で起こり得ること、であるからその領域にも法が介入し始めたことを鑑みれば、事実上家族による代理決定についても法の介入を可能とすることで限界づけが可能になると考えられる。このことは、立岩（2000a：82-83）が「ぼくらは、なんか身近な小さな決定のほうが、大きい、なにかわけのわからない大きいところで決まる決定よりも、その人にとっていいんだというふうにとどこかで思っている節がある」と指摘する。別の言い方では「表に出ないレベルで、なあなあでいろんなことが決まっている」という。しかし、このような決定よりは杓子定規かもしれないが、具体的なパワーが働いた表立った決定のほうが「ましである」ということである。これらのことから第二の論点として家族間（患者と家族）の關係に医師と患者關係を統制するための「権威」が存在しているように、具体的なパワー（立岩 2000a）としての「権威」を位置づけ、「表にでないレベルで、なあなあでいろ

んなことが決まっている」(立岩 2000a) ことに対して限界づけをする必要があると同時に、その前提としてなぜ従来、慣行的に家族による代理決定が成立してきたのかを検討する必要性が生じる。

そして、憲法 13 条によって生命・身体にかかわる自己決定権が保障されていること、このことは学説上でも判例上においても厳格に説かれていることではあるが、精神上に障害がある者による自己決定権はそれらの者を保護し最善の利益を確保する目的で制約されることが認められていた。そこで、自己決定権の行使を補完するものとして代理制度があり、なかでも本人の意思表示を前提としない法定代理は精神上に障害がある者の代理制度として機能し、それに成年後見制度が相当するといえるが成年後見制度から医的侵襲行為への同意の問題を捉えても解決しないことは既述した。そこで、この問題に対して成年後見制度では解決できないとして放置せざるを得ないのか、あるいは機能不全を解消するような別の考えがあるのかということが第三の論点となる。

町野 (2000 : 46) は「他者決定は本人の現実的選択に近づく営みとして理解されるべきではあるが、それは自己決定と同一ではないのであり、それに自己決定と同一の法的効果を認めることはできない」と指摘し、町野 (2000) が引用している光石 (1998 : 23) はそれを「法的フィクション」に過ぎないのであるという。つまり、自己決定と同一の法的効果として代理決定によって自己決定権が保障されることもなければ、違法性を阻却することもできないということである。けれども、代理決定が必要とされるのは確かであることを考えると法的効果を持ちえるような「権威」をそれぞれの関係において導入することによって「法的フィクション」とされていた代理決定に法的正当性を付与することが可能であると考ええる。

-
- 1) 自己決定権の中身について、例えば戸波 (1993 : 36) は「避妊・中絶など子どもを生むか生まないかに関わる事項」、「延命拒否、尊厳死、臓器移植など、生命の処分に関わる事項」、「髪型・服装・登山・水泳、喫煙・飲酒など、個人のライフ・スタイルや趣味・スポーツに関する事項」の三つに、芦部 (1996 : 394-406) は「リプロダクションの自己決定権」、「生命・身体処分に関する自己決定権」、「ライフ・スタイルの自己決定権」の三つに、佐藤 (1988 : 16-17) は「自己の生命、身体処分にかかわる事柄」、「家族の形成・維持にかかわる事柄」、「リプロダクションにかかわる事柄」、「その他の事柄」の四つに、それぞれ分類している。
 - 2) 憲法的視点から自己決定権を捉える場合には二つの立場がある。ひとつは「人格的自律ないし人格的生存の不可欠な権利のみが自己決定権として認められるべきである」とする「人格的自律権説」、もう一つは「何をするのも自由であり、憲法は一般的自由権を保障していると考えられる立場」である「一般的自由権説」である。例えば、一般的自由説を支持する者として戸波江二が挙げられる。戸波 (1993 : 36) によれば、一般的自由説とは「自己決定権ないし幸福追求権が個人の自由な行動を広く保障していると解する」ことである。戸波 (1993 : 37-42) は人格的利益説と一般的自由説それぞれの問題点を提示した上で、一般的自由説の意義を述べている。それによれば、第一に「一般的自由説が、一般に人権保障を強化すること。(中略) 広い意味での一般的自己決定にも憲法上の保護が及ぶ」こと、第二に「特殊な法律関係での人権制限に対する救済に関してみてとることがきること」(例えば特殊な法律関係として学校や刑務所が挙げられ、そこにおける髪型やバイク乗車などは一般社会では個人の任意に委ね

られるが、特殊な法律関係の下では「特別に制限されることになり、そこに人権問題が生ずる」ということ)、第三に「少なくとも個人の自由な行為が他人の権利を侵害しない場合には、その行為をするかしないかは個人の自由な決定に委ねられ、公権力はそれに介入することは原則的に許されない」という「人権の基礎にある観念に適合する」こと、第四に人権の基礎にある人権観ないし具体的人間像について人格的自律説のような位置づけでは「人権保障を強めるばかりではなく、人権の保護の範囲を狭める」ことになるため「人格的な自己決定を行うことが困難な身障者等の人たちの人権を狭める論理に転化しないか」という危惧があること、第五に「人格と結びついた行動のみが憲法上の人権保護を受けるとする見解が、人間の現実の行動に照らして狭すぎるのではないか」ということ、があると説く。一般的自由説に対し、人格的利益説を支持する者として芦部信喜が挙げられる。芦部(1996: 344)によれば人格的利益説とは「個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利の総体と解する説」である。そして、人格的利益説が「わが国の通説的見解であり、私もこの説を妥当と考え、自己決定権を人格的利益説の立場から支持すると「その意味は限定的に捉えなければならない」と述べている(芦部 1996: 392)。そしてもう一人、人格的利益説を支持する者として挙げられるのが佐藤幸治である。佐藤(1995: 445)は人格的利益説の立場から憲法 13 条を「人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由を包摂する包括的な主体的権利であると解される」という。しかし、松井(2007: 593-594)は人格的自律権説(人格的利益説に相当)と一般的自由権説(一般的自由説に相当)が対立しているが、「日本でも一般的自由を基本的人権として認めようとしている」としており、芦部(1996)が人格的利益説がわが国の通説的見解であるということと異なる。このように、憲法 13 条によって保障されている自己決定権を解釈する際には対立する立場がある。

- 3) しかし生命・身体にかかわる自己決定権を憲法 13 条によって保障するか否かについては見解が分かれている。まず、憲法 13 条の自己決定権を医的侵襲行為場面に持ち出す必要があるのかという見解である。奥村(2002: 38)は「医療における自己決定権は医療契約上の問題であり、憲法 13 条に由来する本来の自己決定権とは異質である」と指摘し、野畑(2007: 163-164, 2008: 15-16)は患者の自己決定権を直ちに憲法上のものとして議論する必要性はあるのか、という問題はあるが「少なくとも医療に関わる多くの場合、身体に対する自己決定権は憲法上の権利から演繹的に導かれ、私法関係に導入されたものではなく、逆に、私法上の権利が熟した段階で憲法上の権利として認知されたというものである」ため「そもそも、患者と医師の関係をベースとする医療の領域において、憲法上の自己決定権を持ち出して具体的解決できる争点は多くない」と述べる。他方、生命・身体にかかわる自己決定権は憲法 13 条によって保障されるという見解もみられる。北村(1995: 44)は「治療における自己決定権は、人権として、一般的自由説によれば当然に、人格的利益説によっても、人格的生存に不可欠な権利として、さらに、他人の基本権を侵害するものでもなく、多くの国民が行使することができ、また、一部の重症疾患患者を除けば、長期間国民にとって基本的であったといえることから、身体・生命の処分に関する自己決定権として、13 条の保護を受けることになると解される」と説く。三輪(1997: 134-135)は患者の自己決定を憲法問題として検討するにあたり、自己決定権の憲法上の評価とし人格的利益説と一般的自由説の検討を踏まえ、「一般的自由説は人権保障を強化するのに作用しているのは明白である。広い意味において、この点より自己決定一般の憲法上の保護及び、特殊な権利制限に対して自己決定権ないし幸福追求権が重要な役割を果たすのである」。しがたって「自己決定権を、一般的自由の保障の内容と理解することが、人権の基本的理念と最も合致すると考えられる」する。この考えによれば「医療における自己決定権を、憲法的保障にまで高めて理解するのに役立つことになる」(三輪

1997 : 136-137) と述べる.

- 4) 『他者加害阻止原理』とは、他者の権利・利益を侵害する個人の行動（作為・不作為）を阻止するために公権力が介入し、当該個人の身体的自由・精神活動の自由・経済活動の自由を制約することは正当化されうるとの原理をいう（竹中 1995a : 168).
『自己加害阻止原理』とは、自己の権利・利益を侵害する個人の行動（作為・不作為）を阻止するために公権力が介入し、当該個人の身体的自由・精神活動の自由・経済活動の自由を制約することは正当化されうるとの原理をいう（竹中 1995a : 169). また「自己加害阻止原理」は佐藤幸治による「限定されたパターナリスティックな制約」原理を指す. 竹中（2005a : 184）によれば、それは『自己加害』を理由とする公権力による介入は原則として許されないと解されるが、人格的自律そのものを回復不可能な程永続的に害する場合には、例外的に介入する可能性を否定し切れないと解される（限定されたパターナリスティックな介入）」として、憲法 13 条における「公共の福祉」とは区別される第三の範疇としての人権制約の正当化原理であるという.
- 5) ただし竹中（1998 : 203）は『自殺の自由』は憲法 13 条後段を根拠とする『自己決定権』にはそもそも含まれないと解しているが、警察官による自殺阻止行為は通常、身体への実力行使を伴うことになるので、この事例は、身体的自由に対する強い自己加害阻止原理に基づく制約として構成されることになる」とする.
- 6) 竹中（2010 : 96）が、この原理が妥当する場合はきわめて限られるとするのは「＜自己の人生を作り上げていく営みを終えてしまうことを目的とする自己決定＞と＜自己の人生を作り上げていく営みを終えてしまうという不可逆的効果をもたらす自己決定＞とは識別される必要がある」（竹中 1998 : 204）からである. 後者の一事例として『末期患者による延命治療拒否・生命維持医療拒否行為』をあげることができるが、これは、＜医療を拒否しつつも、残された時間をなおも生きるとの自己決定＞として、『死にゆく人』の現実世界での最後のあり方（最後の生き方・死に方）に関する自己決定として承認されうるものであり、強い自己加害阻止原理による制約は妥当しないと考えている」とする.
- 7) ただし、この問題は「当時の無輸血手術の医療水準の問題」、「その関連で、自己血輸血による手術法をとる転院先の整備が不十分であったという側面もある」とする（小林 2003 : 87).
- 8) 昭和 60 年 12 月 2 日／大分地方裁判所／民事第 2 部／決定／昭和 60 年（ヨ）第 169 号 判例時報 1180 号 113 頁、判例タイムズ 570 号 30 頁
- 9) 山下（1989 : 113）は大分事件において残る問題点として「現実に扶養請求権を有する者（例えば未成年子、妻など）が債権者である場合には異なった判断が下される可能性がある」とことを指摘し、「他に治療方法がない場合には判断をことにする可能性を残している」と疑問を呈している.
- 10) 平成 9 年 3 月 12 日／東京地方裁判所／民事第 34 部／判決／平成 5 年（ワ）第 10624 号、最高裁判所民事判例集 54 卷 2 号 690 頁、訴務月報 44 卷 3 号 315 頁、判例タイムズ 964 号 82 頁、平成 10 年 2 月 9 日／東京高等裁判所／第 12 民事部／判決／平成 9 年（ネ）第 1343 号、高等裁判所民事判例集 51 卷 1 号 1 頁、東京高等裁判所（民事）判決時報 49 卷 1～12 号 1 頁、訴務月報 45 卷 5 号 821 頁、判例時報 1629 号 34 頁、判例タイムズ 965 号 83 頁、平成 12 年 2 月 29 日／最高裁判所第三小法廷／判決／平成 10 年（オ）第 1081 号／平成 10 年（オ）第 1082 号、最高裁判所民事判例集第 54 卷 2 号 582 頁、裁判所時報 1262 号 8 頁、訴務月報 47 卷 5 号 1108 号、判例時報 1710 号 97 頁、判例タイムズ 1031 号 158 頁
- 11) ただし、エホバの証人の輸血拒否事件にあるように、必ずしも救命を目的とした医師の判断・決定が正当化されるとは限らないとされる.
- 12) 違法性を解釈するにあたっては 2 つの立場がある. 一つは「結果無価値論」であり、

もう一つは「行為無価値論」である。「結果無価値論」について、「結果無価値論」とは、「違法性の実質を行為によって引き起こされた法益侵害またはその危険に求める見解」(西田 2010a : 127)、「刑法の目的を法益の保護に求める立場からは、刑法の禁止の対象は法益侵害行為やそれを危険にする行為であると考えられる。この立場からは、違法性の実質は、法益侵害およびその危険の惹起に求められることになる」(今井ら 2009 : 199)、というように、違法性の判断を行為の「結果」に求めるという特徴がある。次に「行為無価値論」について。「行為無価値論」とは、「行為が常識、社会通念、公序良俗に反する程度によって違法性が決定されたり、当該構成要件の予定する法益侵害以外の要素を考慮することにより違法性が決定される」こと(西田 2010a : 129)、「社会倫理秩序の維持・保護を刑法の目的に掲げる立場からは、刑法の禁止の対象は社会倫理規範から逸脱した行為であるということになるから、この立場からは違法性の実質は、行為の規範逸脱性に求められることになる」(今井ら 2009 : 199)、というように違法行為を行った行為者の主観的側面(なぜ違法行為をしたのか)が重視され、違法性の判断は行為者の主観的側面を常識、社会通念、公序良俗、社会倫理規範に求めるという特徴がある。また、違法性阻却事由の解釈には、この二つの折衷案もみられる。西田(2010a : 130)は、「二元的違法論」として「結果無価値を基本としつつ、結果の違法を限定するものとして行為無価値(社会的相当性からの逸脱)を考慮する」ということ。これは「結果無価値が欠如する場合にも行為無価値(規範違反の意思)の存在を理由として処罰を拡張する方向に機能する」わが国における有力論であると述べ、今井ら(2009 : 200)によれば「結果無価値・行為無価値二元論(伝統的通説)」として「刑法の目的を法益侵害の防止に求めつつも、すべての法益侵害行為を処罰すべきではないという観点から、違法性の本質を社会倫理規範に違反する法益侵害行為として解してきた」とある。

- 13) 新美(1986)は軽微とはどの程度をいうのか、従来は手術や注射等の侵襲を伴うものを典型として同意を要するとされていたが、それに限定されるべきか、侵襲を伴わない行為であっても苦痛ないし人体への影響が存在する場合に患者の同意を必要とすべきか、いずれの見解に賛成すべきかと疑問を呈している。
- 14) 違法性阻却原理は「結果無価値論」「行為無価値論」、それぞれの立場を前提にして導き出される。「結果無価値論」から導き出される違法性阻却原理は「優越的利益保護の原則」あるいは「優越的利益原理」、「要保護性の欠如の原則」あるいは「法益性の欠如」が挙げられる。「優越的利益保護の原則」あるいは「優越的利益原理」に基づいて違法性が阻却されるのは「行為が構成要件に該当するとき、そこでは法益が侵害されるという社会的に有害な結果が発生している(侵害法益A)。しかし、同じ行為が、同時に別の法益を保全するという社会的有用性を有する場合もある(保全法益B)。もし、侵害法益よりも保全法益の方が優越している場合には」、「その行為は全体としては正当化されることになる」(西田 2010a : 134)、「法益侵害が惹起されたことは否定できないが、そのことによって、それに優越する利益が擁護されたため(結果価値の惹起)、全体としてみると社会全体の利益のマイナスではなく、構成要件該当行為の結果無価値が止揚されたと評価しうる場合」(今井ら 2009 : 203-204)、である。西田(2010a : 134)によれば「優越的利益保護の原則」の例として「医師による手術行為は、一方で傷害という法益侵害であるが、他方で、患者の生命や健康を守るものであり、後者が前者に優越するから正当化されることになる」ということを挙げている。また、今井ら(2009 : 203-204)は、典型例として緊急避難の場合を挙げ「行為者は第三者の利益を侵害しているが、その行為に出ることによって優越する利益を保護することができたため、その行為はトータルでは社会全体にとって望ましい行為とされ、その結果無価値が止揚される」と説く。「要保護性の欠如の原則」あるいは「法益性の欠如」に基づいて違法性が阻却されるのは、個人に帰属する個人的法益について「こ

の法益主体が自己の法益の保護を要求しない場合には刑法が介入する必要はない」場合、「行為者みずから法を破ることにより自分の法益保護を要求できないため当該法益の要保護性が欠如・減少する場合」(西田 2010a : 135), 「法益侵害行為が行われたようにみえるが, 具体的状況においては要保護性のある法益に対する侵害が認められないため, 結果無価値の惹起は表面的なものにすぎない場合」(今井ら 2009 : 203-204), である。「要保護性の欠如の原則」あるいは「法益性の欠如」というのは西田 (2010a : 135) によれば「被害者の同意」が相当する。次に「行為無価値論」から導き出される原理は「目的説」, 「社会的相当性 (説)」, 「許された危険」である。「目的説」に基づいて違法性が阻却されるのは, 「行為が目的に承認された共同生活の目的を達成するために適当な手段」であること (大塚 2008 : 276), 「立法者により正当なものと承認された目的達成のための, 適切な手段であることを求める」こと (井田 2008 : 256), 「行為が正当な目的のための相当な手段である場合」(浅田ら 2008 : 73), である。「社会的相当性 (説)」に基づいて違法性が阻却されるのは, 「一般人を基準として, 当該行為が日常生活において通常性を有しているかを基準」とした場合 (西田 2010a : 136), 「歴史的に形成された社会生活上の枠内にあることに求める」(井田 2008 : 256), 「歴史的に生成してきた社会倫理秩序からみて相当な場合」(浅田ら 2008 : 73), である。西田 (2010a : 135-136) によれば行為無価値論から主張される目的説もあるが, 現在では社会的相当性が多数説であるという。大谷は (2007 : 248) は社会的相当説を支持している。それは「違法性の実質を社会倫理規範に違反する法益侵害行為とする立場からは, 法益侵害行為が社会的相当性を有する限り違法性を阻却すべきである」からであると説く。そしてここでの「社会的相当性」とは「行為が社会倫理秩序の枠内にあるという性質をいい, 具体的には, 結果の法益侵害性を含めて当該行為が個々の生活領域において日常性または通常性を有しているため, 健康な社会通念によって許容されるという性質」のことを指すと説く。しかし, 社会的相当説に対して西田 (2010a : 136) は判断が包括的, 多義的, 直感的で判断基準が明確ではなく「判断プロセスをブラックボックスの中においてただ結論を述べるに過ぎない」と指摘する。同様に今井ら (2009 : 204) も社会的相当説に対して「いかなる場合が社会的に相当といえるのか, その具体的な判断基準を合理的に示すことが不可欠であるが」十分にされていないということを指摘している。「許された危険」によって違法性が阻却されるのは, 「事前的には人の生命を侵害するある程度の可能性があり, そこから現実にはたまたま死亡結果が引き起こされたとしても, それが『許された危険』の範囲内の行為であれば, その行為を違法とするべきではないとする」(西田 2010a : 136) ことであり, 「危険な行為をすることが, 他の法益の救済との関係で許される場合」(西田 2010a : 137) である。また「今日の社会においては, (中略) それ自体, 人の生命・身体・財産等各種の法益を侵害する危険性を含んでいるが, われわれの生活を維持する上に, 不可欠な意味をもつものが少なくない。これを広く禁止するときは, 近代社会生活は成り立たない」。「したがって, それらが, 国家・社会的倫理規範に照らして相当と目される範囲内で行われる限り, 法益侵害の危険を伴うものであっても, 法的に許容され, 適法と認められなければならない」(大塚 2008 : 357) という。具体的例としては, 今井ら (2009 : 264-265) によれば「被害者の現実的同意が欠けている場合であっても被害者が同意する蓋然性が高いと考えられる場合」, 「許された危険」が適用する。また, 西田 (2010a : 137) によれば「手術をすれば死亡する危険が高度であってもそうするしか救命する可能性がない場合」であるという。

- 15) 西田 (2010a) が患者の同意も医的侵襲行為の正当化要件であるとし, 同時に被害者の同意によっても違法性が阻却されるということについて, 西田 (2010a) は特段区別することなく論じているが, これは被害者の同意と IC における患者の同意の性質に関する検討を必要とすると言える。町野 (1986 : 172-173) は治療行為に対する患

者の同意と身体傷害に対する被害者の承諾は「同一の要件で、また同一の範囲で存在しなければならないものではない」とする。たとえば「凍傷のために壊疽になった指を切断する意思の行為と、(中略) 子分の指を詰める親分の行為(省略)」, 「それぞれを同列に判断しなければならないことになる」と説く。そして、甲斐(2004: 26)は「患者の承諾」と「被害者の承諾」について、区別しておく必要があるという。「前者は、患者の身体・健康に必然的に干渉する行為(医的侵襲行為ないし与薬行為)でありながら基本的に患者の生命・身体ないし健康に関する客観的な優越的利益が対抗利益として存在することを前提としており、治療を受けるか否かの最終的な選択権が患者に委ねられているのであって、通常は刑法 35 条後段の正当業務行為の問題として論じられ、しかも『患者の自己決定権』の侵害に対して刑法が前面に出るよりも民事法的対応との兼ね合いを考慮する必要がある」。「後者は、『被害者』(患者であるとは限らない)に少なくとも客観的利益はなく、敢えて言えば『自己決定の自由』という主観的利益があるにすぎない」ということである。このように、西田(2010a)がそうであったように被害者の同意と患者の同意の性質について言及しているものは少ない。したがって、本研究では被害者の同意と IC における同意の性質に関する見解があるということに留めることにする。

- 16) 医的侵襲行為の違法性を阻却されるこれらの要件について、その概念の用いられ方は研究者によって異なる。「患者の同意」という表現は、「患者の同意」(門田 1995, 佐久間 1995, 西田 2010a, 今井ら 2009, 山口 2008), 「患者の承諾」(佐久間 1995), 「被害者の承諾」(西田 2010a), 「被害者の同意」(吉澤 2000), 「傷病者本人の同意」(井田 2008) が挙げられる。次に、「患者にとって必要」(門田 1995), 「生命・健康の増進にとって有益な行為であること」(今井ら 2009), 「生命・健康の維持・回復にとって必要であること」(山口 2008) というように、患者になされる医的侵襲行為が患者の生命・身体の維持・回復・増進にとって必要であることならびに有益である、とすることを「医学的適応性」としている。そして、「医療水準に適合した治療が実施」(門田 1995), 「医療準則に合致する診療・治療」(佐久間 1995), 「医学的に適正な基準」(西田 2010a), 「医学上一般に承認されている方法(医療水準にかなった方法)」(井田 2008), 「医学上認められた医療技術に従って行われること」(山口 2008) というように、患者になされる医的侵襲行為が医学的な承認があり適正な基準となっていること、すなわち医療水準あるいは医療準則として位置づけられていることを「医術的正当性」としている。したがって、「医療行為の評価」(吉澤 2000) とされることも「医術的正当性」を指していると思われる。加えて、「治療の目的」それ自体の概念を用いているのは、佐久間(1995), 井田(2008)であり、それを「生命の救助・延長, 健康の回復のために」(西田 2010a) としている場合もある。このように、これらの要件について概念の中味を示す表現は多様であるが「患者の同意」については既に述べたように「患者の同意」とし、「医学的適応性」は患者になされる医的侵襲行為が患者の生命・身体の維持・回復・増進にとって必要であることならびに有益であることを指し、「医術的正当性」は患者になされる医的侵襲行為が医療水準あるいは医療準則として位置づけられていることを指すと言えよう。そして「治療の目的」は、文字通り「患者のために」ということになる。ただし、これらの要件の組み合わせについていえば「治療の目的」はまさに「患者のために」医的侵襲行為をするということからすれば、その目的のために「医学的適応性」があるという判断がなされると思われるため、そこに含意しているとも考えられる。また「患者の同意」は必須の要件として挙げられている。けれども「医学的適応性」と「医術的正当性」については、要件として含む者とそうでない者がいた。この点について、小林(2007: 115)によれば「医術的正当性」とは「医療技術の知識と経験から命じられる、行為時における医師の技術・規則, 医療水準」を指し、医療技術の知識と経験は、上述のごとく、医学的適応

性をも画している点」を注意しなければならないと述べる。したがって「当該患者にとっての医学的適応性、すなわち利益と不利益の衡量の明確な基準は医療技術の知識と経験が前提となっている」というように、「医術的正当性」を基底として「医学的適応性」の判断がなされると解することができるため、「医学的適応性」のみを要件としている場合には、その基底に「医術的正当性」を含意していると考えることができよう。

- 17) 井田（2008：320-322）によれば、被害者の同意が有効となるのは「その対象となる法益が、同意を行う者に放棄・処分の権限のある法益でなければならない。したがって、それは、純然たる個人的な法益に限られる」という。しかし、「純然たる個人的法益であっても、そこに認められる自己決定権は必ずしも無制約のものではなく、個人の生命等のように、放棄・処分の法的有効性が認められず、その法益の法的保護が貫徹される場合があ（202条）」り、「個人の自己決定権の尊重にも限界があり、法益の後見的保護のために法が干渉してよいと考えられる場合がある。それは、国が個人の保護者としての役割を引き受け、『その人をその人自身から守る』ために自由を制約する、パターンナリズムの考え方に立脚するものである。とはいえ、自己決定権の思想と矛盾するような制約を認めるべきではないから、自己決定権を行う主体そのものを破壊するような重大な結果をもたらす場合に限り、自己決定権の内在的制約として、刑法による干渉を認めるべきで」とあるという。今井ら（2009：263）も「①生命の危険のある傷害、②身体の枢要部分に回復不可能な永続的損傷を与える行為」は違法性阻却が否定されているとしている。須之内（2004：73-75）は「現在の段階では、生命という法益に関してまで、個人に完全な処分権を認めるというのは納得し難く思われる」が、「自己の身体・生命に対する処分の問題を考えるにあたって、法益侵害を自己決定の結合が単に信仰・告白を意味するに過ぎないものとして排斥してしまうのは、もとより正当とは思われない」と指摘する。すなわち「個人の自己決定というものは基本的には尊重すること、したがって、身体傷害に対する同意は、それが完全なものである限り、許容すべきではなかろうか」としている。
- 18) 「推定的同意」「緊急避難における同意」という表現について。この表現についても「被害者の同意」のとき同様に「同意」を「承諾」としている者もいるが、特に断らない限りでは諸研究者の表現を変更することなく用いることにする。
- 19) 須之内（2004：16）は推定的承諾の議論には目的説ないし社会的相当説による把握と、法益衡量説ないし優越的利益説による把握があるという。目的説ないし社会的相当説によれば「推定的承諾は被害者の主観ではなく法の理念そのものの問題であって、当該事態に対する客観的かつ合理的判断により、被害者がその事情を知っているならば当然承諾したであろうと考えられる場合、その意思を推定して行なう行為が問題とされる」という。一方、法益衡量説ないし優越的利益説によれば「被害者が事態を完全に認識していたならば彼の個人的立場よりして行為に同意したであろうという、被害者の個人的な意思方向との合致を客観的・蓋然的に判断することになる」という。須之内（2004：18-19）は法益衡量説ないし優越的利益説を支持し「被害者の真の意思を最大限に尊重するという観点から、基本的には、現実の承諾に関する理論の延長上でとらえるべきである」と説く。
- 20) 「緊急避難」について、それを「違法阻却」とするのか、「責任阻却」とするのか、あるいは「二分説」として捉えるのかの議論はあるが、通説としては「緊急避難」を「違法性阻却」と捉えるということなので、「緊急避難」を「違法性阻却」と捉えることとはどういうことなのかについて説明する。西田（2010a：140-141）は「緊急避難」は「優越的利益保護の原則にもとづく最も基本的な刑法上の独立した違法性阻却事由」とであると述べ、今井ら（2009：243）も「緊急避難とは一定の利益を保護するために、他に方法がない場合にはそれよりも小さい利益を犠牲にすることを正当化したものであり、まさしく、優越的利益原理が具体化されたもの」と説く。

- 21) 「現在の危難」については、「自己または第三者の生命，身体，自由，財産に対して危難が差し迫っていることが必要である」（西田 2010a : 144），「法益に対する侵害が現実存在し，または侵害が差し迫っていること」（井田 2008 : 304），と説明されている．次に「危難を避けるためにやむを得ずした行為」というのは「補充性」と言われ，「法益保全のために他にとり得る手段がなかったことを必要とする」こと（西田 2010a : 145），「緊急避難行為は，まさに『最後の手段』として行わなければならないのであり，法益を保全するために他の手段がある以上は，それを選ぶべきであって，他者の正当な法益を犠牲にすることは許されない」（井田 2008 : 305）と説明されている．そして「緊急避難」を成立させるためには「生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった」必要があり，そのためには「法益の均衡」が判断基準となる．つまり，「避けようとした害すなわち保全法益が，侵害法益と等しいとか，これより大であることが必要だということ」（西田 2010a : 148），「大きな価値の法益を犠牲にして小さな価値の法益を救うことは許されない」，「生命は身体よりも，身体は財産よりも尊重されるべく」ある（大塚 2008 : 405），「避難行為から生じた害が，避けようとした害の程度を超えないことが必要であり，「価値の大きい法益を好くために価値の小さい法益を犠牲にすること，そして，同価値の法益の一方を救うために他方を犠牲にすることも許されることになる」（井田 2008 : 305）ということである．
- 22) 小林（2007 : 11）によれば医療水準とほぼ同義で使用する用語として，科学的根拠，医術的正当性を用いている．
- 23) 小林（2007 : 115）によれば「医術的正当性」とは「医療技術の知識と経験から命じられる、行為時における医師の技術・規則，医療水準」を指し，「医療技術の知識と経験は，上述のごとく，医学的適応性をも画している点」を注意しなければならないと述べる．したがって「当該患者にとっての医学的適応性，すなわち利益と不利益の衡量の明確な基準は医療技術の知識と経験が前提となっている」という．
- 24) 小林（2007 : 48）は「この立場によれば，治療行為の不可罰性の基盤を基本的に患者の同意に置くことになるが，意識不明の者，同意能力なき者等，例外的な場合に有効な同意が得られず，かつそれが得られる時まで待っていたのでは，患者の生命・健康に危険の生ずる場合に，同意なしの治療行為を許容する理由が説明できないことになるからである」と述べている．
- 25) 小林（2007 : 65）によれば，このように結果の無価値を医師に負わせることが生じるのは「結果」説が「客観的構成要件該当性の判断を利益と損失の差し引き残高に求め」，「文字通り治療の成功（Erfolg）こそが，正当化のメルクマールだったのである」と説く．そして，小林（2007 : 66-68）は「結果」説のこのような主張に欠けている点として「医療の技術・規則にのっとり，規定通りに施行された健康回復のための治療侵襲が，たとえ結果が思わしいものでないにしろ，なにゆえそれを結果の無価値といえるのかの視点」であると指摘する．治療行為の「正当化において重視すべきは，“行為時の施行がどのような行為態様であったか”であり，『結果の価値』にそれを求めるのではなく，むしろ『行為の価値』にそれを追求することの妥当性が見え」，「その手技・手法が正当なものであったか否かは，医師の施術，行為時点で“事前”の状況において評価されるべきで，事後的に評価されるべきではない」と主張し，「行為」説の枠組みから治療行為の正当化を試みることになる．
- 26) これらの検討を踏まえ小林（2007 : 106）は「治療行為の正当性を行為基準に立ち把握する」立場から日本の通説が支持する正当化要件である「医学的適応性，医術的正当性，治療目的，患者の同意」の四要件の精査を行なっている．小林（2007 : 111-114）は四要件の精査を行なう前提として治療行為が刑法 204 条の傷害の概念に該当することを述べ，「身体に対する治療侵襲は，『結果の価値』『行為の価値』のいずれかに依拠し，その正当性が把握されるにせよ，患者の自己決定を前提に，それが『健康維持・

増進』というモーメントを具備し、それにより『結果』ないし『行為』の価値故に、正当化が図られる」のであり、「このような正当化はまさしく構成要件の領域ではなく、違法論の問題領域に属することになる」とも述べている。小林（2007：114）によれば「医学的適応性」について「医学的に適応性があるとは、具体的な患者の病状に対して治療侵襲の見込み・可能性があること」であり、「医学的適応性があるとは、もし患者の健康状態が具体的侵襲により総体的に改善されるという見込みが、患者への治療侵襲がなされず悪化する危険よりも高い蓋然性で存在する場合」である。

- 27) 小林（2007：126-127）が「行為」説の立場でありながら、「治療目的」説ではなく「社会的相当性」説の妥当性を説くのは、前者では「治療目的のみが先行し、当該治療法が本質的に医学的な正当性を欠いている場合、治療行為は正当化されず、その正当化のためには、患者の同意を前提に、何よりも医学的に正当な要件を具備していなければならない」ということが言えるためである。つまり「行為者に治療目的さえあれば、行為は治療行為として合法である、ととらえられているのであれば、治療の目的という行為者の主観が、第一義的に重要であると位置づけ」られるため、「客観的な医療の水準に達しない行為であろうとも、主観によりすべてが正当化が図られてしまうからであり、逆に客観的に正当な行為であろうと、行為者に治療目的を欠く場合には違法となるという不合理な結論に陥るからである」。そこで、小林（2007）は「治療行為の客観的側面に第一義的に光があてられる」ために「社会的相当性」説の妥当性を説いている。
- 28) 「同意の重みが増す」ということについて小林（2007：157-158）は「治療行為の医術的正当性が低下している分患者が治療に際し、与える同意がより慎重になるという」意味である。
- 29) 第三段階の治療行為について。これは「患者にとって、生命の危険など緊急性がなく、上位の医療水準にある代替治療行為がある場合、医師は基本的に狭義の医療水準に位置する治療法に依拠することが望ましい」ことになる。そして「この段階にある治療法は、学問的立場から見れば、診断・治療基準の客観化が図られ、深化・安定した状態に進んでいるものと考えられる。したがって、学会報告を経て有意義な論文が提出され、他者からの批判・追試を堪えうるレベルに達し、さらに、厚生省（厚生労働省）の特別研究班の報告がなされる段階の治療法などは、いずれも医学・学問的水準として、体系化の手がかりが得られたと評価しえよう」という（小林 2007：190-191）。
- 30) 第二段階における 6 つの要件について。「第一に、新療法が、患者にとり医学的適応性を有するか否かの判断がなされねばならない。（中略）新療法を患者が必要としており、患者の健康状態との関連で、新療法に医学的適応性が認められる場合、第二に重要となるのは、当該療法の方法・内容を含めた医学的・臨床的根拠が示されること。（中略）すなわち、治療段階の新療法といっても医学的な医療水準の適合性が動物実験を経るなど、科学的に示されている必要がある。（中略）第三に、患者が新療法を選択することに、従来の術式に比して、何らかの優越性が存在することが示されなければならない。さらに、その他の補完的要件として、第四に、新療法の副作用・危険性に対する方策が検討・準備されている必要性、第五に、新療法を実施するにふさわしい人的・物的な医療資源の存在の必要性、最後に、医学の目的との関係で新療法の実施が、倫理委員会により承認されうる必要がある」（小林 2007：191-192）。
- 31) 第一段階における厳格な要件について。「第一に、実験室における医学的・科学的実験ならびに、動物実験がなされている必要がある。第二に、その新たなになされる侵襲は、前段階の実験を通じ、動物のみならず、人間に応用しうること、（中略）第三に、当該侵襲が実験ではなく、第一義的に治療を目的としてなされていなければならない。（中略）第四に、患者の生命が切迫した状態にあり、当該新種の侵襲を実施しなければ生命が危険な状態に陥る危険性が存在しなければならない。第五に、患者の生命を

救うのに、第四段階・第三段階・第二段階の上位の医療水準にある治療行為が存在しないか、あるとしても何らかの事情でそれを採りえないという代替手段・方法の存しないケースである必要がある。さらに（中略）医学の目的・進歩が付加的要件として加算される必要がある」（小林 2007：193）。

- 32) 荻原（2009）が指摘するこの内容について、小林（2007：486）は医療刑事過失において医療水準以前の過失に類型化されるものがあるという。「医療水準以前の過失とは、医師の業務上の専門性、医療水準性によるというよりは、一般的な行為規範に反する初歩的かつ重大な過誤の類型である」。例えば「患者の血液型誤認による輸血に関する過誤、注射箋・投薬内容に関する過誤、医療器具操作に関する過誤に加え、患者・患部の取り違いによる過誤」が挙げられる。これらは「医師など平均的な医療従事者に要求される注意義務に違反することが明白であり、過失認定に、さしたる困難のないケースと評価され」、「医療水準を重視する見解からは、そもそも行為自体に医療水準性が欠如している事例」であると述べる医療水準の観点から捉える必要はないとしている。
- 33) 松倉（1974：64-65）は、医療過誤訴訟において医師の注意義務基準として使われていた「医学水準」という考え方について、それを「学問としての医学水準」と「実践としての医療水準」に分けて考えるのが妥当であるとした。「学問としての医学水準」とは「学会に提出された何らかの学術的問題が基礎医学的に又は臨床医学的に」、「もしくは学会間の研究、討議の繰り返しを経て、問題の全容又はその核心の方向付けが学会レベルで一応認容されるに至ってはじめて形成される」ものであり、「将来において一般化すべき目標の下に現に重ねつつある基本的研究水準」と言える。「実践としての医療水準」とは「形成された医学水準の諸問題につき、これを医療の実践として普遍化するために、あるいは普遍化し得るや否やを知るために、さらに多くの技術や施設の改善、経験的研究の積み重ね、時には学説の修整をも試みてようやく専門家レベルでの実際適用の水準としてほぼ定着したもの」をいい、「現に一般普遍化した医療としての現在の実施目標」であることから「当然に専門性によって裏打ちされるものである」という。したがって「大学病院や大病院での医療の程度といわゆる第一線開業医でのそれとの格差というのは、診療面の実情ないし情状に関することであって、その格差が前記の医療水準を左右するものではない」と指摘している。
- 34) 饗庭（1980：58）は、医療水準の認定にあたっては診療科の性格や各診療科に段階的に受診するなど特殊事例を考慮する必要性を説く。饗庭（1980：59-60）は医療水準の形成過程を「治験的段階」「学問的水準（医学的水準）」「医療水準」の三段階で捉えている。「治験的段階」とは特定の疾患に関心をもつ当該医師独自の診断基準・治療基準を示し、それは客観的評価に耐えない主観的基準にある段階のものをいう。「かなり普遍的な疾患に関するものであれば、質疑も多く、追試が開始される時期も早いものである。したがって、新知見による療法は到底臨床医師の過失の判断の基準として認められることはな」く、「とりわけ、その新知見が危険なものであったり、また動物実験をも経ていないものであれば法的義務の設定入る余地もない」。次に「学問的水準（医学的水準）」とは、「治験的段階が母集団として評価に耐えられる奨励数の累積と検討を経て一応の評価が与えられる時期」である。学会のシンポジウムの結果や厚生省（現在の厚生労働省）などの特別研究班による報告は、学問的水準として体系化の手がかりが得られたと評価できる。そして「医療水準」とは、「臨床医学の最新の仮設が、具体的可能性のあるものとして認められるべき水準」であり、「多くの臨床医に認識形成と、医療の実施にあたっての具体的な指標となる。かつ又、医療の特質として各種の医療制度や人的・物的制約の下で段階的に行なわれる」。このような医療水準に至る形成過程に対して饗庭（1980：61）は「医師としては絶えず、既知の知識・技術に加えて、さらに日々の自己の標榜する専門診療科のその時代における学問的水準の

動向に絶えず留意し、研鑽すべきものである」ということを指摘している。また饗庭（1980：64）医師による説明義務や転送義務についても「医療水準」の中で段階的に位置づけられるべきであると述べている。つまり、結果発生防止義務としての説明義務の存在と転送義務はなされるべき医的侵襲行為の診断基準・治療基準が実践的に評価されかつ具体的可能性が存在することが必要であり、それらが「医療水準」として確立されていることを前提として段階的に生じるものであるということである。

- 35) 平成7年6月9日、最高裁判所にて判決された未熟児網膜症姫路日赤事件のこと。要旨によれば「昭和49年12月出生の新生児に生じた未熟児網膜症に関する債務不履行の有無を判断するにおいて、被告病院の所在地域の各種医療機関における光凝固に関する治験の普及の程度等の諸般の事情を検討することなく、光凝固についての一応の統一的な指針を示した厚生省研究班の報告が昭和50年8月に出されたことだけで、光凝固が有効な治療法として確立しておらず、その実施を前提とする検査等の医療水準になかったとした原審の判断には、医療水準についての解釈適用を誤った違法がある」。診療契約上の注意義務の基準は、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である。あるいは新規の治療法の存在を前提にして検査・診断・治療等に当たることが診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準であるかどうかを決するについては、当該医療機関の性格・所在地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮すべきであり、右の事情を捨象して、すべての医療機関について一律に解するのは相当でなく、新規の治療法についての知見が当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、当該医療機関に右知見を有することを期待することが相当と認められる場合に、右知見は当該医療機関にとっての医療水準であるというべきである。主な判例評釈として、田中豊（1995）『ジュリスト』1077号111-114、稲垣喬（1995）『判例タイムズ』884号59-69、手島豊（1995）『月刊法学教室』183号84-85、など。
- 36) 平成8年1月23日、最高裁判所にて判決された損害賠償請求事件のこと。要旨によれば「医師が医薬品を使用するに当たって医薬品の添付文書（能書）に記載された使用上の注意事項に従わず、それによって医療事故が発生した場合には、これに従わなかったことにつき特段の合理的理由がない限り当該医師の過失が推定される」。人の生命・健康を管理すべき業務（医業）に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のための実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるのであるが、具体的な個々の案件において、債務不履行又は不法行為をもって問われる医師の注意義務の基準となるべきものは、一般的には診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である。「右臨床医学の実践における医療水準は、診療に当たった当該医師の専門分野、所属する診療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮して決せられるべきものであるが、医療水準は、医師の注意義務の基準となるものであるから、平均的医師が現に行なっている医療慣行と必ずしも一致するものではなく、右医療慣行に従った医療行為を行ったからといって、医療水準に従った注意義務を尽くしたと直ちにいうことはできない」。（中略）「医薬品の能書の記載事項は、当該医薬品の危険性（副作用等）につき最も高度な情報を有している製造業者又は輸入販売業者が、患者の安全を確保するために、医師等に対して必要な情報を提供する目的で記載するものであるから、医師が医薬品をしようするに当たり能書に記載された注意事項に従わず、それによって医療事故が発生した場合には、これに従わなかったことにつき特段の合理的理由がない限り、当該医師の過失が推定されるというべきである」（省略）。主な判例評釈として、大橋弘（1996）『ジュリスト』1097号134-135、吉田邦彦（1997）『ジュリスト』1105号83-89、滝沢幸代（1997）『成城法学』53号201-212、など。

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

本章では、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に焦点をあて、この問題における代理、すなわち成年後見人が本人に代わって同意をするということに関する論議を整理し、その正当性に対して検討を行う。

そこで、まず成年後見制度の代理の仕組みについて整理し、成年後見人による代理の範囲を述べ、医的侵襲行為場面における成年後見人の代理権の限界を指摘する。次に、新聞記事を一つの素材として成年後見制度に関する世論の認識を示し、世論の認識としては成年後見制度が今もなお財産管理の制度であるという認識があること、それは報道のされ方によっても影響を受けているということを述べる。その一方で、現状として成年後見人が医的侵襲行為場面において求められる役割について事例をもとに概観する。

これらの現状を踏まえて、成年後見制度における医的侵襲行為へ同意権付与問題の論議に対するわが国の先行研究レビューを行う。その際、成年後見制度における医的侵襲行為への同意権付与に関しては成年後見人には同意権を付与しないという否定説（通説）と肯定説に分かれる。さらに、否定説と肯定説は必要性に対して否定・肯定、解釈的に否定・肯定の立場にそれぞれ分類でき、その結果、事実論を基底にして解釈論、立法論へと立場を分けることが可能である。現在では否定説が通説となっているが、この分析枠組みから否定説の主張をみると純粋に成年後見人への同意権付与を否定する論理にはなっておらず、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することになる。

一方、否定説が通説とされてはいるが、この論議には成年後見人への同意権付与を認める肯定説がある。けれども、肯定説の主張も純粋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、先の分析枠組みから事実論を基底にすると解釈論のみで成年後見人に同意権付与を認めるだけではなく立法論を主張する立場がある。

つまり、肯定説の主張を検討する際の分析枠組みは次のようになる。解釈論の立場から“単独に”成年後見人への同意権付与を認める場合の根拠は第一に、民法 858 条によるもの、第二に、医療契約と民法 858 条との関連がある。これに加えて、成年後見人単独に同意権付与を認めるけれども、その場合には「医療の性質」による同意権行使の制限がかかるとするもの、である。次に、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、第三者機関の関与である。そして立法論の場合には、なぜ立法論を主張する必要性が生じるのか、という経路が二つあると言える。すなわち、「医療の性質」への考慮によって立法論を主張する場合と解釈論の可能性を認めつつ立法論を主張する場合、である。

さらに、肯定説の主張には成年後見人だけではなく家族にも同意権を付与する必要性が説かれ、さらに肯定説と否定説に分かれている。従って、まず成年後見人への同意権付与とそれに関連した家庭裁判所・第三者機関・後見監督人の必要性に関して分析枠組みをもとに肯定説が主張する諸説を概観し、次に家族への同意権付与の必要性を説く見解について、それぞれ検討を行なうことにする。これらのことから、肯定説の特徴とその正当性の限界を提示し、改めて否定説と肯定説の検討を踏まえてみえてくる論点を提示する。

他方、精神上に障害のある者に対する医的侵襲行為への同意権付与について成年後見人にそれを認める制度をもつ諸外国の制度を概観し、わが国における特徴と比較する。これらのことを踏まえて医的侵襲行為場面における成年後見人への同意権付与を可能とするための考え方を述べる。

第1節 代理決定の仕組み

成年後見制度は本人の判断能力の程度に応じて、補助、保佐、後見の三類型で構成されている。本節では、まず三類型の概要とそれぞれに付与される権限について説明し、成年後見人に付与されている権限と医的侵襲行為への同意権の関係について検討する。けれども成年後見人に付与されている権限だけでは医的侵襲行為への同意権を付与することの限界を述べ、成年後見制度に関する世論の認識と実際の医的侵襲行為場面において成年後見人に求められる役割を概観する。

第1項 三類型に付与される同意権・取消権、代理権と職務内容

成年後見制度は本人の判断能力の程度に応じて補助、保佐、後見という三類型で構成されており、このような分類のされ方については類型論ないし多元的方法と呼ばれている。そして三類型にするか否かに関する賛否があったが、概して補助、保佐、後見の内容は次の通りである。

補助制度は、精神上の障害により判断能力が不十分な者のうち保佐、後見の程度に至らない軽度の状態にある者を対象とする制度である。保佐制度は、精神上の障害により判断能力が著しく不十分な者を対象とする制度であり、単に浪費者であることを要件とはしていない。後見制度は、精神上の障害により判断能力を欠く常況にある者を対象とする制度である。それぞれの制度の開始は、本人、配偶者、四親等内の親族等がその申立をすることができる。そして、家庭裁判所はそれぞれの制度開始の審判をするときは、本人（被補助人、被保佐人、成年被後見人）のために「補助人」「保佐人」「成年後見人」を選任して、それぞれに同意権・取消権・代理権といった権限が付与されている。

大倉（2002：391）によれば、成年後見制度は契約の相手方との対等性は残存能力が大きいほど行為の制限内容が小さくなり、支援の内容も少なくなるように構成されているから、すべての類型について契約当事者として必要な判断能力が同じ程度に補充されることになるという。制度の上では、すべての判断能力の不十分な者が契約の相手方との関係で同じ程度の対等性を確保することになる。また契約の相手方との対等性を保障するもう一つのものが、保護・支援の内容であり、その内容として民法は、法律行為の同意、取消、追認及び代理を定めているという。そして、上述した成年後見人に対して取消、代理、追認を行う権限が付与されている¹⁾。補助、保佐制度ではそれぞれ補助人・保佐人に同意権・取消権が付与される範囲は限定されており、同意権と取消権の関係は、本人が補助人あるいは保佐人の同意を得ないでそれらの者に同意権・取消権が付与される範囲に関する行為をした場合において取消権を行使することができる。

成年後見人に付与される権限として説明されているのが、主に代理権と取消権についてである。成年後見人には広範な代理権と取消権が付与され、代理権については本人の財産に関する法律行為について包括的な代理権が付与される。また自己決定の尊重の観点から、

日用品の購入その他日常生活に関する行為は、取消権の対象から除外される（民法 9 条但書）（岩井 2001：19）。このことは、成年被後見人が日用品の購入その他日常生活に関する行為を単独で行うことができるということを意味する（遠山 2001：28-29）。

成年後見人の職務内容には「生活、療養看護および財産の管理に関する事務」があり、「これらの職務を遂行するために、成年後見人には包括的な代理権と取消権が与えられる」。また、成年後見人は「善良なる管理者の注意義務をもってこの職務を遂行しなければなら」と規定されている。なかでも、身上監護に関する職務については「純粋に財産に関する職務のほか、生活の維持や医療、介護等身上の保護に関する職務すなわち身上監護の職務が存在する」のである。例えば、医療に関する事項、住居の確保に関する事項、施設の入退所、処遇の監視、介護・生活維持に関する事項、教育・リハビリに関する事項における「契約の締結、相手方の履行の監視、費用の支払、契約の解除等が職務となる」。

けれども、「生活、療養看護に関する事務は、それに関する法律行為を行うことであり、事実行為を行うことは含まれない」とされ「現実の介護行為や身体に対する強制（受診、入院の強制、介護の強制等）などは職務とはならない」とされている。その一方で、契約の際などには「施設や病院の状況を調査確認するという事実行為を行わなければならない。さらに、契約の履行の監視」も必要になるということである（赤沼 2006：89-99）。

このような成年後見人の職務内容のうち本研究で問題となるのが、第一に、成年後見人には包括的な代理権が付与されていること、第二に、第一と関連して成年後見人には包括的な代理権が付与されることで法律行為を行うことを職務とするが、事実行為は職務には含まれないということ、第三に、医療契約の締結のみ職務内容に含まれた場合、その後の医的侵襲行為に必要とされる IC をどうするのかという問題が生じること、第四に、成年後見人の職務内容をみるとわかるように相手方の履行の監視ということが含まれていること、その解釈の仕方について、そして第五に、身上配慮義務の規定の解釈の仕方について、がある。これらの内容が、後に述べる医的侵襲行為における成年後見人の同意権問題に関連するということをここでは述べておくに留める。

第 2 項 成年後見人の代理権と医的侵襲行為への同意権—人格権・一身専属的なもの

成年後見人の権限が説明される場合、主に取消権と代理権についてである。そして、成年後見人の代理権とは財産管理に関する法律行為に関して効果が生じる権限であるため、医的侵襲行為への同意というのは、法律行為ではないから代理権の効果としてそれを生じさせることは難しいとされている（後述する否定説の立場である）。では、取消権の点からはどのように考えられるのか²⁾。

仮に、成年被後見人が医的侵襲行為への同意をした場合（それがうなずくだけなのか、あるいは表情で訴えるものなのか）、医師がその同意に対して意味をなさないと判断しない限りでは、本人による同意であるから有効になると言えよう³⁾。このとき、成年後見人は成年被後見人の同意に対して取消権を行使することができるのだろうか。答えは否である。なぜならば、取消権もまた法律行為にのみ効果を生じさせる権限であるためである。けれども、保護の観点から取消権あるいは代理権が付与されたのであれば、成年後見人は成年被後見人の行為に対して、これらの権限を行使しないことのほうが問題になると思われる。このように、取消権・代理権の観点から医的侵襲行為に対する同意について述べてきたが、

概して成年後見制度における医的侵襲行為に対する同意権付与の問題として挙げられるのが、成年後見人に付与された権限の一つである代理権が医的侵襲行為に対する同意権として位置づけることが可能であるかということである。

そこで、成年後見人の代理権の性質から成年後見人に医的侵襲行為への同意権を導くことが可能なのかということを考えてみる。

成年後見人に対して成年被後見人に対する医的侵襲行為への同意権が付与されないのは、後述する否定説にもあるように、代理決定に医的侵襲行為への同意を認めるか否かの問題を成年後見制度の範囲のみで考えるのは時期尚早であるということが一つの理由として挙げられる。そして、その根底として医的侵襲行為に対する同意というのが法律行為ではなく、「成年被後見人の身体に対する強制を伴う事項（手術・入院・施設入所の強制）」（冷水 2009：217）あるいは「医療行為は法律行為とはいえず、またきわめて一身専属性の強い行為だから」（赤沼 2007：79）という理由が挙げられる。

また、須永（2003：28）が医療行為は生命、身体、健康等の人格権に関することであり、これらは帰属・行使が一身専属的であるため、代理・代行にしたりされないのが通説であること⁴⁾、赤沼（2005：79）が「医療行為の同意が身体に対する処分、人格権であることを考えると」すべての医的侵襲行為に関する同意権を成年後見人に付与することに対して懸念を示していること、床谷（2006：70-71）が「身体上の苦痛が相当程度超えるような場合」の医的侵襲行為というのは「本人の人格に対する侵害」に値することから、同意権付与は許されないとしていること、岩志（2007：79）が「個々の医療行為の承諾はもちろん、医療契約の締結も、患者の人格的利益にかかわる判断であり、本来、代理や代行に親しみ難い」と述べていることをみると、医的侵襲行為に対する同意というのは、一身専属的なものあるいは人格権であることから、代理にはなじまない（第三者による代理決定がなじまない）とされていることが挙げられる。

では、人格権に関すること、一身専属的であるということはどういうことか。まず人格権について。人格権とは「伝統的に生命、身体、健康、精神、名誉などをその内容とし」、「法的に保護される利益と考えられるものを総称する権利」（渋谷 2007：367）である。次いで、一身専属的であるということについて。これは一身専属権と同義であると思われるが「特定の権利主体だけが行使あるいは享有できるものとされている権利の総称」（『法律学小辞典第4版』2007：24）である。これを踏まえると、医的侵襲行為への同意は人格権でもあり「特定の権利主体」である本人のみが行使できることであるといえる。けれども、成年後見制度とは精神上の障害により判断能力を欠く者等を保護し、それらの者を保護する後見機関として成年後見人を選任し、権限が付与される制度であると言える。

とするならば、上述において岩志（2007）が医療契約の締結も代理や代行に親しみ難いということであったが、医療契約の締結については介護施設の契約と同じく成年後見人の代理権の行使によって可能であること、成年後見人は契約履行の監視をするといった契約に付随する事実行為を行う必要がある（赤沼 2004：1127、冷水 2009：217）こと、上山（2006：47）が医的侵襲行為に対する同意権が成年後見人に付与されていなければ、この付随する事実行為が機能なくなるということを指摘していることからすれば、成年後見人による医的侵襲行為に対する同意権付与は成年後見人による代理権の法律効果としてなされる医療契約の締結、それに付随する監視の一つとして位置づけることによって可能であ

と考えられる。すなわち、成年後見人が医的侵襲行為に同意することは人格権あるいは一身専属的なことに相当するという観点からすれば代理になじまないと解されるが、むしろ成年後見人による代理権の行使として医的侵襲行為への同意を認めることのほうが法的な代理制度によって保障される人格的利益の保護に相当すると考えることは可能であろう。

第3項 無権代理・追認権から考える

成年後見人による医的侵襲行為への同意の可能性

このように、成年後見人に代理権の法律効果の一部として医的侵襲行為に対する同意権付与を位置づけることが可能であると思われるが、それでもなお代理権の法律効果の一部としてそれを位置づけることには無理があるとした場合、成年後見人の追認権の観点からも同意権付与を位置づけることが可能であると考えられる。

代理権の法律効果の一部として成年後見人による医的侵襲行為に対する同意権付与を位置づけられないことは、無権代理に相当すると思われる。無権代理とは「代理人が与えられた代理権の範囲外の行為をしたり、代理権がないのに代理行為」を行なうことである。ただし、無権代理だからといって本人に効果が帰属しないのは本人の利益を考えてのことであるが、その場合第三者の権利を害することになるため、その対応策の一つとして追認がある（内田 2008：163-165）。この追認する権限（追認権）というのは成年後見人にもある（宇田川 2007：58）。

では、無権代理・追認権から成年後見人による医的侵襲行為への同意の可能性をどのように考えるのか。

まず、代理権を持たない成年後見人が同意をした場合、それは無権代理となり法律効果を生じさせるためには本人による追認が必要となる。追認とは「代理権のない代理行為について、代理権があったのと同じに扱うという本人の意思表示」（内田 2008：165）のことである。しかし、成年後見制度の観点からすれば、追認をするはずの成年被後見人による意思表示は困難であると言える。そこで、無権代理を行った無権代理人として成年後見人自身が追認を行うことによって、医的侵襲行為に対する同意の法律効果を生じさせることが可能なのではないかと考える。つまり、成年後見人の無権代理行為に対して自らが追認することについて、内田（2008：180-181）は次のように説明している。内田（2008）による説明は、追認拒絶の場面についてであるが、追認拒絶をすることが信義則に反するか否かを判断するのは、追認することによってこうむる禁治産者の不利益と追認拒絶によって相手方がこうむる不利益の比較考量であるという⁵⁾。これに従えば、成年後見人が自ら追認することは、医的侵襲行為への同意がされないことによって生じる成年被後見人の不利益と医師が同意を得ることができないことによる医的侵襲行為の不履行、両方を見ると成年後見制度における身上配慮義務に従った行為として適当であると考えられる。

第4項 成年後見人の代理権の限界

本節では、上述してきたように成年後見制度の代理の性質、なかでも成年後見人の代理権による法律効果の一部として医的侵襲行為への同意権の行使、そして、無権代理とした場合の追認の効果として医的侵襲行為への同意の可能性を検討してきたが、前者については後述する成年後見人に対する医的侵襲行為への同意権付与問題における否定説への異議

に相当するといえよう。これらの検討からわかるように、成年後見人が有している代理権からは単純に医的侵襲行為への同意権付与を導くことが困難であると思われる。

成年後見制度は成年被後見人がなす法律行為につき、成年後見人が代理権、あるいは、同意権・取消権を行使することにより判断能力の不十分さを補い、取引社会（契約の社会）において権利能力ある個人として生活（財産的生活）をしていくことに保護援助の手をさしのべる、というものである。従って、この規定により成年後見人が代理、同意などの法形式で保護援助の手をさしのべるべき抽象的範囲が明らかとされた（安永 2000：464-472）ということになるが、以上の検討からすると成年後見制度における成年後見人に付与されている三つの権限（特に代理権）や身上配慮義務の規定は論理的限界であると言えよう。

したがって、成年後見制度の代理の性質とは異なる観点から医的侵襲行為への同意権付与の問題を解決する必要があるということが窺える。

第5項 成年後見制度に対する世論の認識

成年後見人の職務は大きく分けて財産管理と身上監護に関する事務があるが、従来の禁治産・準禁治産の流れから、その職務内容は財産管理に傾斜した理解がされていると思われる。実際の申立動機についても財産管理处分の件数が最も多いという現状である。しかしながら、そのような理解のされかたでは生命・身体・財産などの権利を擁護することを目指す成年後見制度の理解は幅広いものにはならず、また、財産管理を必要とする者の利用しか見込まれないかもしれない。

このような問題意識のもと成年後見制度の理解のされかたを解明することは、今後の成年後見制度に対する国民の認識の仕方に影響を与えると考える。

鈴木（2009b：10）は、国民の認識を反映あるいは国民の認識を作り出していると思われるマスコミの報道のされ方から、成年後見制度について何が主題となって報道されているのかを分析することは、国民がどのように成年後見制度を認識しているかを示すうえで意味があるとして、国民がどのように成年後見制度を認識し、成年後見制度に対する国民の認識がどのように作り出されているのかを示すために＜新聞＞を分析対象として成年後見制度の報道のされ方を分析している⁶⁾。

その結果、成年後見制度における見出し・記事内容の報道のされ方の特徴は、①制度の概要説明、②成年後見制度の利用を支援するための組織整備に関すること、③相談会を含めた広報活動・啓蒙活動に関すること、④行政への働きかけ、行政等の働きに関すること、⑤制度利用の状況、⑥成年後見制度における医療分野に関する行為の位置づけ、⑦事件性との関連でそれぞれ説明がされており、特に①②③④⑤で共通していることは、それらの見出し・記事内容には“守れ”“財産管理”“悪徳商法”といった言葉が含まれていることであるという。これが意味することは国民に成年後見制度が財産管理、悪徳商法から守る制度として機能する制度であるという情報を与え、認識づけていることである。この点が“財産管理に傾斜した理解のされ方”ということになる。加えて⑦にあるように、成年後見制度における“後見人—被後見人”の関係が“加害者—被害者”といった関係に転換したように報道されることは、“事件性”あるいは“紛争性”と関わっている制度としての認識を与えることになるという。その一方で、生活、そして生死に関わる医療的側面に関する見出し・記事内容は、“財産管理”“事件性”に関する報道に比べると関心が向いていな

いということが窺え、国民にも成年後見制度の職務内容の一つでもある生活、医療に関する身上監護に関する内容が伝えられていないと指摘する。

そして、このように成年後見制度に関する見出し・記事内容が成年後見制度の職務内容である財産管理に傾斜した形で、また“守る制度”であるという強調がされることで、成年後見制度が目指している“財産の権利を擁護する制度”であるという情報・認識が与えられる一方で、“横領”“着服”“逮捕”といった言葉と並んで“成年後見制度（成年後見人）”が出現することで、成年後見制度や“成年後見人—成年被後見人”の関係が“事件性”“紛争性”に満ちたものとなり、そのことから派生して成年後見制度と家族間のあり方という問題が生じてくると考えられる。これらのことから、成年後見制度の報道のされ方は財産を守る制度であるという側面と、財産をめぐる事件性・紛争性に関わる制度であるという側面があるという。

他方、医療分野に関する行為の位置づけに関する報道というのは、成年後見制度における医療同意の問題に相当する。新井（2007：1）によれば成年後見制度がノーマライゼーション、自己決定の尊重、身上保護を重視するという新しい理念を掲げて改正されたことは評価できるものの、「成年後見法には改正理念から取り残された側面もある。その典型が成年後見人等の医療行為の同意権である」というように成年後見制度における問題点の一つであると思われるが、報道では、①成年後見人等には医療契約はできるが治療内容の同意はできないという事実、②それに対して医療関係者は困惑しているという状況、③成年後見人等は医療場面において同意権を求められることがあるということ、④成年後見人に医療行為に対する同意権がないということは改善されるべきである、という4つのパターンのみの報道のされ方であったとしている。

以上のことから、成年後見制度はその職務内容である財産管理に関連した報道のされ方がある一方で、身上監護に関連した報道のされ方が欠落しているということ、すなわち身上監護に関すること、特に成年後見人等の医療同意権に関する問題点があるにも関わらず財産管理における問題性（事件性）に比し、報道の網にはかからないといえる。

このことは、成年後見制度について国民は財産管理に傾斜した情報を得、それを認識する一方で身上監護に関連した情報を得ることは少なく、成年後見制度に（問題点も含め）そのような機能があることが認識されていないということが窺えた結論づけている。

第6項 事例からみる医的侵襲行為場面における成年後見人の役割

成年後見制度に関する世論の認識は既述したように財産管理に傾斜した形で報道され、そのことは国民に成年後見制度は財産管理にかかわる制度であるという認識を与える影響があると思われるが、成年後見人への求められる役割というのは必ずしも財産管理にかかわる事柄だけではなく、実際の医療場面では医的侵襲行為への同意に関する役割が求められることもあるということが言われている。

例えば、吉田（2004：113）は重度障害者Aさんの事例を紹介している。Aさんは重度知的障害者で現状の生活維持をすることと、将来を見据えて援助する必要性が生じてきたため市長申立を行い、第三者後見人を選任することになり、Aさんへの後見活動の際にインフルエンザの注射の同意を求められたということである。吉田（2004）によれば、その時は「状況判断で医師の責任で行なうこともあることが判明したので、主治医の判断で行

なっていたとお願いした」⁷⁾が、「注射や手術などの医的侵襲について、その侵襲の程度によっては、医療機関より強力に同意を求められる。医療侵襲についての同意のあり方について一定のガイドラインが必要ではないか」という見解を示している。

次に、小松（2006：36）はインフルエンザ予防接種と胃ろう造設手術の同意を求められた事例⁸⁾を紹介している。「いずれのケースにおいても、成年被後見人は認知症のため医療行為につき説明を受けこれを理解し同意することはできない状況にあった」という。小松（2006：36）は「施設や病院からインフルエンザ予防接種の同意を求められた場合、まず成年後見人には医療行為につき同意権が与えられていない旨を説明している。しかしほとんどの場合、施設や病院からインフルエンザ予防接種に関し所定の書面に署名・捺印して提出することを求められる」ことから、「成年後見人に医療行為の同意権がないとされているため、本件のように同意する親族がいない場合においては、対応を決定するまでに多くの時間と労力を費やすこととなる。場合によっては、実質的に医療行為の同意権者が存在しない状態を放置する結果となり、成年被後見人が取り返しのつかない不利益を被るおそれがある。成年後見制度が、医療行為の同意を要する場面においても本人の利益を守る制度として機能するように、どのような要件のもとに医療行為の同意権を成年後見人に与えるのか、早急に明確にすることが望まれる」（小松 2006：39）と述べる。

最後に、迫田（2006：40-42）は医療同意の実務現場で体験した二つの事例⁹⁾を紹介している。例えば「眼球摘出手術の事例」のなかで成年後見人はどのような対応をしたかという、医師から「麻酔に関する説明を受け」、「医師からの手術の結果等につき説明を受け」、その後、眼球摘出とは異なる骨折手術を必要としたため医師から説明を受けるが、その際に「手術に関する承諾書および輸血に関する承諾書が要求された」という。これに対して「承諾書には、『成年後見人として異議を述べないこと、本人が承諾していることを確認したこと』を付記したうえで、私が署名・捺印をしたということである。

二つ目の「透析の事例」のなかで、成年後見人はFさんが透析しなければならないということを医師から説明をうけた上で透析準備のための「シャント（人工的動静脈瘻）をつくる手術の説明に基づく承諾、エイズウイルス感染調査の承諾を書面で求められ、『成年後見人として説明は受けた』趣旨を付記して署名した」という。そして1ヶ月後、透析開始の必要性が生じた際には「医師から、『検査値が高く、このままでは非常に危ない状態であり、いつ突然に心臓が停止するかわからない』と説明を受け、透析開始をお願いすることになった」とある。

以上の3つの事例は、いずれも医的侵襲行為に対する同意が成年後見人に求められた内容である。吉田（2004）による事例は、インフルエンザ注射に関する同意を求められた場面であった。そこでの成年後見人としての判断は「主治医の判断で行ってほしいというお願い」であった。成年後見人として患者本人に注射を行う目的や副作用がないことを医師から説明されたにもかかわらず、成年後見人は医師に任せるという判断をしたのである。この“医師に任せるという判断”は成年後見人としての権限で認められるのであろうか。

成年後見人に医的侵襲行為への同意権がないとされていながらも注射を行うか否かということに対して（結果的に行うことになるが）“医師に任せるという判断”をしたことは、間接的に医的侵襲行為への同意をしたということになると考えられる。同様に小松（2006）もインフルエンザ予防接種の事例を挙げ、同様の対応をしていることがわかる。すなわち

「医学的に接種可能か否かの判断は主治医にお任せする」という付記である。また小松（2006）は胃ろう造設に関する事例を紹介している。その事例によれば、患者本人が手術を受けるためには成年後見人がどうにかするしかなくなったため、家庭裁判所に訪れ担当書記官から助言を受けたということであった。しかし、その助言の内容をみるその担当書記官は「成年後見人としてではなく、唯一本人にかかわっている一人の人間として手術の同意をしたらどうか」、ということ述べたという。ここでの担当書記官の真意は事例のみでは読み取れないが、このようにいうのであれば“本人にかかわっている人”であれば、誰でもよいという誤解を招きかねないと言えよう。そして迫田（2006）の最初の事例は、本人が「希望を述べる能力」があるということ、本人が「治療をしてほしい」と言ったことから、代筆者としての成年後見人の役割を果たしている。しかし、次の透析の事例では成年後見人として手術に関する説明を受けたことに対する署名をしたことによって、手術が行われていることが窺える。この事例をみる限りでは、手術に関する説明を受けた者である成年後見人として署名のみで医師側が手術を行ったと見受けられる。仮にそうであるならば、結果的に成年後見人による同意によって医的侵襲行為である手術がなされたということになる。

このように、医師の判断に任せるという付記や手術の説明を受けたことに対する同意という形ではあるものの、成年後見人には医的侵襲行為に対する同意を求められる現状があると言える。そして、インフルエンザ注射の事例からわかるように、成年後見人として医的侵襲行為に対する同意を求められた場合に躊躇するのは、患者に必要とされている医的侵襲行為に関する必要性の可否を判断しなければならないということがあると思われる。この点は、後に述べる肯定説における医的侵襲行為の性質の問題と関連し、また、このことが成年後見人にとって躊躇する要因となっているのであれば、この点を解決することによって成年後見人に医的侵襲行為への同意権を付与するための一定の方向を導くことが可能である言えよう。

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¹⁰⁾

医的侵襲行為を実施する場合に本人の同意の必要性がいわれている。しかし、精神上に障害がある者が同意を行なおうとした場合にはその有効性が問われることになる。そこで持ち出されるのが代理決定となる。医的侵襲行為への同意を民法上の代理制度、特に成年後見制度から可能であるか否かとした場合、成年後見制度において位置づけられている権限からそれは不可能であるということがいえる。なぜならば医的侵襲行為への同意が法律行為に相当しないということもあるが、その根底には医的侵襲行為への同意が人格権、一身専属的なものであるとされていることからすれば、第三者による同意とはなじまないとされるからである。しかしながら、成年後見人は法的に位置づけられた代理人である。にもかかわらず精神上に障害がある成年被後見人が医的侵襲行為を必要とした場合に成年後見制度ではどのような対応をするのだろうか。

本節では、この問題について成年後見制度ではどのように論議されているかを検討するために、まず論議の内容を分析するための分析枠組みを提示し、それをもとに成年後見制度における医的侵襲行為に対する同意権問題に関する学説を整理し、検討を行なう。

第1項 分析枠組みの提示

成年後見制度における医的侵襲行為への同意権付与に関しては成年後見人には同意権を付与しないという否定説（通説）と肯定説に分かれる。さらに、否定説と肯定説は必要性に対して否定・肯定、解釈的に否定・肯定の立場にそれぞれ分類でき、その結果、事実論を基底にして解釈論、立法論へと立場を分けることが可能である（図1）。図1について、①は必要性・解釈的にも成年後見人への同意権付与を否定している場合であり、純粋に否定説の立場をとる場合を示す。次に②は必要性・解釈的にも成年後見人への同意権付与を肯定している場合であり、解釈論の立場となる。そして③の立法論となるには、必要性を肯定しつつも解釈的には否定あるいは別の要件によって立法論の立場を取らざるを得ない場合である。現在では否定説が通説となっているが、この分析枠組みから否定説の主張をみると純粋に成年後見人への同意権付与を否定する論理にはなっておらず、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することになる。

一方、否定説が通説とされているが、この論議には成年後見人への同意権付与を認める肯定説がある。けれども、肯定説の主張も純粋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、家庭裁判所や第三者機関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。つまり、肯定説の主張を検討する際の分析枠組みは次のようになる。解釈論の立場から“単独に”成年後見人への同意権付与を認める場合の根拠は第一に、民法858条によるもの、第二に、医療契約と民法858条との関連がある。これに加えて、成年後見人単独に同意権付与を認めるけれども、その場合には「医療の性質」による同意権行使の制限がかかるとするもの、である。次に、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、第三者機関の関与である。そして立法論の場合には、なぜ立法論を主張する必要性が生じるのか、という経路が二つあると言える。すなわち、解釈論の可能性を認めつつ立法論を主張する場合と「医療の性質」への考慮によって立法論を主張する場合、である。

そして、成年後見人、家庭裁判所や第三者機関、家族という三つの機関に同意権付与の可能性をみた場合、家族による同意を認める必要性を主張する内容は、必ずしも成年後見人である家族を想定しているとは言い切れない論議のされ方という特徴があるため、分析枠組みから独立して検討する必要があると言える。

	解釈			
		肯定	否定	
	必要性	肯定	否定	
	肯定	② ◎	×	→ ③ 立法論
	否定	—	① ×	

図1 「否定説と肯定説における分析枠組み」

第2項 否定説の主張と検討

否定説は、成年後見人に医的侵襲行為の同意権を認めない考え方であり、成年後見法の起草担当者の見解と軌を一にしている（新井2007：4）この否定説は成年後見人に医療同意権をめぐる論議において通説的見解である（谷口2007：15）。

否定説の立場をとる主張には、起草担当者による立法担当者説、成年後見制度の施行前から立案に関与し、施行後の運用に関して協議を行う立法担当者である原（2001a）による主張がある。また谷口（2007：18）によれば「このような立法担当官の意思に即して通説的見解を形成し、支持しているのは道垣内弘人教授である。道垣内弘人教授は成年後見人の身上監護における権限の問題において、医的侵襲の問題を採り上げた上で、医療同意権を肯定しようとする諸説を批判し、立法担当官の考えを支持されている」という。

分析枠組みにおいて否定説の立場は「①必要性・解釈ともに否定」に相当する。けれども、否定説の立場を示す主張を検討すると必ずしも「必要性」「解釈」とともに「否定」であるとは言い切れず、主張の中にいくつかの分類ができることがわかる。

すなわち、「時期尚早説」、「未解決問題説」、「社会通念、緊急避難・緊急事務管理説」である¹¹⁾。以下、諸説の内容を述べる。

(1) 時期尚早説

「時期尚早説」とは成年後見法の起草担当者による見解¹²⁾の内容の一部についてである。それによれば、成年後見人への同意権付与を否定する理由として「成年後見の場面における医的侵襲に関する決定・同意という問題は、一時的に意識を失った患者又は未成年者等に対する医的侵襲に関する決定・同意と共通する問題であるところ、それら一般の場合における決定・同意権者、決定・同意の根拠・限界等について社会一般のコンセンサスが得られているとは到底いい難い現在の状況の下で、(中略) 今回の民法改正に際して成年後見の場面についてのみ医的侵襲に関する決定権・同意権に関する規定を導入することは、時期尚早といわざるを得ないものと考えられる」(新井 2007：1-2) という。つまり、成年後見の場面における医的侵襲行為への同意というのは、一時的に意識を失った患者、未成年者への同意の問題と共通することであり、その二つの場合を「一般の場合」と位置づけてこれらの「一般の場合」に対する社会的コンセンサスが得られているとは言えず、したがって時期尚早であるということである。この見解を「時期尚早説」とするが、この見解には二つの事柄が同時に含まれているといえる。つまり「一時的に意識を失った患者」への同意と「未成年者」への同意の問題である。

まず「一時的に意識を失った患者」への医的侵襲行為への同意について検討をする。一時的に意識を失った患者について、それは「緊急避難・緊急事務管理」を根拠に医的侵襲行為がなされていると言えよう。「緊急避難」とは「自己又は他人の生命、身体、自由又は財産に対する現在の危難を避けるため、やむを得ずにした行為は、これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合に限り、罰しない」(西田 2010a：139) ことであり、「緊急事務管理」とは本人の意思や利益とはかかわりなく、本人に損害を与えても事務管理を成立するとして、管理対象としての事務管理は、本人の身体、名誉または財産に対する急迫の危害を免れしめるための事務である(金山 1991b：236-239)。このことからすると、一時的に意識を失った患者の生命への危害を避けるためになされる医的侵襲行為場面が依る法的根拠はこの点から導き出される。それゆえ、上述したように緊急事態の場合に、患者本人から同意を得なくても、それは IC の免除要件に相当するため違法とはされないことになる。

次に「未成年者」への医的侵襲行為への同意について検討をする。未成年者等について

は後に述べるように、未成年者は民法上法律行為をする場合には法定代理人の同意を得なければならないとされている。「法定代理人とは、未成年者の場合、ふつう親（親権者）であり、親権者のいないときは未成年後見人が選任される」（内田 2008 : 106）。そして「親権を行う者は、子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う」（民法 820 条）こと、「未成年後見人は、第 820 条から第 823 条までに規定する事項について、親権を行う者と同じの権利義務を有する」という「未成年被後見人の身上の監護にかんする権利義務」（民法 857 条）（常岡 2009 : 162, 215-216）があることから、概して未成年者への医的侵襲行為がなされる場面においては、これらのことを根拠として親権者あるいは未成年者の法定代理人が判断し、決定をしていると言える。

これらのことからすると、成年後見人への同意権付与が時期尚早であるとされている理由に位置づけられている「一般の場合」という二つの場面については社会的コンセンサスが得られていないとしながらも、緊急避難や親による同意によって医的侵襲行為がなされている現状があるといえる。また必要性・解釈的にもこれらの法的正当性から肯定されていることからすれば、一時的に意識を失った患者や未成年者に対する医的侵襲行為への同意に関する問題のなかでいわれる本人の同意能力や意思確認の問題と成年後見人への同意権付与の問題は関連するが、同様の問題として位置づけることはできず、時期尚早の理由とされている「一般の場合」にはそれぞれ正当性が付与されているため成年後見の場面においてのみ「時期尚早である」とは言い切れないと考えられる。

(2) 未解決問題説

「未解決問題説」は、成年後見法の起草担当者による見解の内容の一部と道垣内（1995b : 94）による見解についてである。つまり、第一に「この問題は、医療行為について本人の判断能力に問題がある場合における第三者の決定・同意全般に関する問題として、医療の倫理等に関する医療専門家等の十分な議論を経た上で、将来の時間をかけた検討に基づいて慎重に立法の要否・適否を判断すべき事柄」であること、第二に「医療に関する事項に関連する問題として臓器移植、不妊手術、延命治療及び中止、尊厳死等の問題についても、同様の理由から、今回の民法改正に際して成年後見の場面についてのみ決定権・同意権に関する規定を導入することは、適当ではないものというべき」こと（新井 2007 : 1-2）、第三に「医的侵襲に対する決定・同意（不同意）をみずからなしえない事態は、常態として精神能力の不十分な成年者についてだけ生じるものではない。精神能力の十分な成年者が突如意識不明の重態となったときにも生じるし、より一般的には未成年者にも生じる。現実には、配偶者や親の同意を取り付けることによって医療行為がなされているわけであるが、なぜそれらの者に決定権限・同意権限があるのか、その決定権限・同意権限には限界はないのか、家族といってもどこまでの範囲の者にそのような権限があるのか、などについて、わが国で確立した見解があるわけではない。このような段階で、成年後見制度の枠組みにのる精神能力の不十分な成年者についてだけ、『後見人』に安易に決定権限・同意権限を認めることは慎むべき」（道垣内 1995b : 94）こと、が挙げられる。

「未解決問題説」のうち成年後見人への同意権付与を否定する第一と第三の理由は類似しているといえる。つまり、第一の理由は判断能力が不十分な者に対する第三者の決定・同意全般の問題が解決していない（から時期尚早である）こと¹³⁾を指摘し、第三の理由は

家族によってなされる同意に関してわが国では確立した見解がないことを指摘している。

これらは、医的侵襲行為への家族を含めた第三者による決定・同意に関する問題解決あるいは確立した見解が提示されれば成年後見人への同意権付与を肯定するというものになると考えられる。このことは既述した「時期尚早説」も含め、実は否定説の立場で主張している見解ではあるが、「必要性」については「肯定」を示し、けれども（第三者による決定・同意といった）「解釈的」には現状として困難であるから「否定」を示す、という二重の構造があり、立法論へと進む位置に位置づけられる。そして、家族を含めた第三者による決定・同意の問題が解決していないから成年後見人への同意権付与を否定すると主張するのであれば、まさに本研究では従来慣行的にされていた家族による代理（としての同意）、専門家によるパターンリズムを基底にした代理決定の正当化原理について検討することを問題意識で述べていることから、成年後見人に医的侵襲行為への同意権付与について検討するための条件は備えていることになろう。

次に、第二の理由として挙げられている他の医療に関する事柄との関連から成年後見人への同意権付与は適当ではないということであるが、少なくとも成年後見の場面において成年後見人への同意権付与を認めるのであれば、このことが他の医療に関する事項に反映すると思われる。また、後述する臓器移植法改正案論議を検討する際には、成年後見の場面は想定されていない。この現状を踏まえるならば、成年後見制度が先駆的に第三者的立場である成年後見人への同意権付与を認める方向づけをすることも可能であり、このことも第一、第三の理由と同様に成年後見人への同意権付与の「必要性」は肯定できるが、他の医療に関する事柄との関連から解釈的に「否定」の形をとっていると考えられる。

(3) 社会通念、緊急避難・緊急事務管理説

「社会通念、緊急避難・緊急事務管理説」は成年後見起草担当者による見解の内容の一部であり「当面は社会通念のほか、緊急性がある場合には緊急避難・緊急事務管理等の一般法理にゆだねることとせざるを得ないものというべきであろう」（新井 2007：1-2）という。また、道垣内（2002：239）も「医的侵襲に対する同意については、なお緊急事務管理等の一般法理で解決されるべきではなかろうか」¹⁴⁾と述べている。

ここでの“社会通念”とは何を示すかは明確にされていないが、ある状況にいる個人を放置しておけば危険であるから、危険ではない状態へと生命を救わなければならないと考えることは、社会的に一般化しているという意味であると思われる。そのため、結局のところ家族や専門家も危険な状態を放置しておかない方向で代理決定をすることになるのであろう。しかしながら、なぜこのような“社会通念”が成年後見人に医的侵襲行為に対する同意の権限を与えることよりも優先されるのか、ということが本研究の問題意識であることは既に述べた。

では、“緊急性がある場合には緊急避難・緊急事務管理等の一般法理に委ねる”というのはどうであろうか。

まず、緊急避難についてである。緊急避難とは刑法 37 条に規定されている。今井ら（2009：211）によれば『現在の危険を避けるため、やむを得ずにした行為は、これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合に限り』、緊急避難として処罰されない」という。この点からすれば、否定説の言うように、緊急の場合は“緊急避難”

に委ねることが可能であろう。けれども、刑法 35 条は正当行為という規定を置き「法令又は正当な業務による行為は、罰しない」とあることから、刑法 35 条の正当行為に否定説の根拠を位置づけることも可能であると思われる。けれどもなぜ刑法 35 条に根拠を位置づけなかったかというと、医的侵襲行為が正当化されるためには刑法 35 条であることに加えて「患者の同意」「医術的正当性・医学的適応性」「治療の目的」といったいくつかの要件が必要であった。そして既述したように、緊急避難の法理で患者の同意を得ずに医的侵襲行為を行うのであれば、その際になされる当該医的侵襲行為が医療水準に適っている必要があると言える。また、井上（2007：3）、浅田ら（2008：81）によれば、緊急避難の法的性質には既に述べたようにいくつかの学説があるということが指摘されている。しかしながら、否定説の見解では、その点については触れられることなく、またその学説それぞれに医的侵襲行為場面を置き換えた場合の議論の方向性も見出されてはいない。つまり、緊急避難に委ねた場合に、なぜそれに委ねるのか明確な根拠付けがないということ、根拠にしようとしている法理それ自体にもいくつかの学説に分かれ一致した見解を得ないという課題があり、加えて否定説が緊急避難によって当面の成年後見場面における医的侵襲行為への同意権問題に対処しようとするのであれば、その際に要求される厳格な判断基準の必要性を説く必要があったと思われる。

次に緊急事務管理についてであるが、本人の意思や利益とは関係なく、事務管理が成立し、事務管理者は善管注意義務が問われないという特色がある。ただし、緊急事務管理に、管理者が悪意または重大なる過失により本人に損害を与えたときは不法行為になり、どのような判断基準で緊急事務管理を行ったかが問われる（金山 1991b:236-239）。とすると、緊急性の場合は、否定説がこの法理を支持しているように、医的侵襲行為場面で同意が必要であっても、医師は緊急事務管理としての医的侵襲行為をすることでよいとされる。

しかし、ここで問題となるのはこの点も既に述べたように緊急の状態が済んでしまい、医師が持続的に医的侵襲行為へのかかわりを伴う場合に医師はもはや事務管理者とはなり得ないと言えよう。したがって、継続される生活の中ではやはり誰かによる同意を得なければならない状況が生じるということが考えられる。その場合にどうするのかという疑問が浮上する。仮に、緊急事務管理の法理に委ねたとしても「緊急事務管理」の内容をみると、成年後見人が「管理者」として緊急事務管理の法理に拠って医的侵襲行為への同意を行うことが可能であると解釈することもできる。この場合にも、成年後見人には同意の権限は付与されないと言い切れることはできるのであろうか。成年後見人は後見人－被後見人という関係があるけれども、医的侵襲行為への同意権付与の権限を有していないことに限定すれば、成年後見人は事務管理者になり得ると考えられる。

したがって、この問題は緊急避難・緊急事務管理等の一般法理のもつ法的性質について議論を十分したうえで、それが法定代理人としての成年後見人がいなくても適応可能かということまで議論されなければ一概に、これらの法理に委ねることとせざるを得ない、とは言いきれないと言えよう。

「社会通念、緊急避難・緊急事務管理説」は成年後見法の起草担当者による見解であることから「時期尚早説」「未解決問題説」と同様に「必要性」については「肯定」し「解釈的」に「否定」するが、それでは成年後見の場面における医的侵襲行為への同意問題が残るため当面は社会通念や別の法理に委ねるという対応をとることが説かれている。けれど

も「社会通念、緊急避難・緊急事務管理説」のなかで、特に別の法理に委ねる際に生じる問題点が否定説として検討されておらず、このことを抜きにして否定説の根拠としていることが問題であると思われる。

(4) 否定説の主張への批判

以上のことから、否定説の根拠である一時的に意識を失った患者や未成年者に関する医的侵襲行為に関する決定・同意の問題について社会的コンセンサスを得られていないから、成年後見人にも認めないということについては、現状として緊急避難や親による同意で医的侵襲行為がなされていること、また緊急避難や未成年者に対する権限については、それぞれ一定の法的正当性持ちえていると言えよう。確かに緊急避難ということで医的侵襲行為がなされてはいるが、否定説の主張のみでは社会通念や緊急避難・緊急事務管理に委ねることとせざるを得ないとした場合に生じる問題点を解決しなければ、成年被後見人が医的侵襲行為を要する場合に適切な医療を受けることができないか、あるいは、新たな解決し難いとされる問題が生じるとと思われる。

さらに、他の立法においても第三者による決定・同意によって医的侵襲行為がされることに対する確立した見解がないから成年後見制度においても導入すべきではないという主張については、それであれば成年後見制度を出発点としてこの問題に取り組むことも可能であると言えよう。

このような否定説の見解の特徴は、医的侵襲行為への同意権付与の問題について成年後見制度の枠組みでは解決することはできないが、その問題に関連のある事柄において解決したならば、それを取り入れることによって成年後見制度において同意権付与の問題を解決の方向に導く可能性を含んでいると思われる。すなわち、否定説の見解はこの問題に対して全面的否定の立場をとっているというよりは「時期尚早説」「未解決問題説」「社会通念、緊急避難・緊急事務管理説」のように成年後見制度の問題として医的侵襲行為への同意権付与の必要性を持ちながらも、解決し難い問題があるということで否定するという二重の構造が窺える（図2）。

そのため、従来のように否定説の主張は否定説＝全面的に成年後見人への同意権付与を否定するという単純な構造にはなっていないということが指摘でき、成年後見人に「安易に決定権限・同意権限」（道垣内 1995b : 94）を付与しないための解決策を提示することが必要になってくることが示唆される。

解釈			
必要性		肯定	否定
	肯定	② ③	時期尚早説 未解決問題説 社会通念、緊急避難・緊急事務管理説
	否定	—	① ×

③ 立法論

図2 「否定説と分析枠組みの関係」

第3項 肯定説の主張と検討

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肯定説は諸説ある。成年後見人に対する医的侵襲行為への同意権を付与することを肯定する諸説を概観すると「成年後見人」「医師・弁護士等の審査機関・家庭裁判所・後見監督人」「家族」それぞれに同意権付与され得るような根拠を示していることが窺える。ただし、「家族」への同意権付与に関する肯定説の主張には、必ずしも成年後見人「である家族」を想定しているとは言い切れない論議がされている特徴があることから分析枠組みから独立して検討する必要があるため後述する。

分析枠組みに基づくと、成年後見人への同意権を「必要性」「解釈的」にも「肯定」する②が解釈論に相当し、「必要性」は「肯定」するが「解釈的」に「否定」の場合には③の「立法論」へと移行し、具体的な立法論の主張を展開することになる。

このことを踏まえると、諸説ある肯定説は解釈論の立場から“単独に”成年後見人への同意権付与を認める場合の根拠は第一に、民法 858 条によるもの（身上配慮義務説）、第二に、医療契約と民法 858 条との関連（医療契約延長説）がある。これに加えて、成年後見人単独に同意権付与を認めるけれども、その場合には「医療の性質」によって同意権行使の制限がかかるとするもの（医療の性質制限説）、である。次に、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・第三者機関・後見監督人の関与である。そして立法論の場合には、なぜ立法論を主張する必要性が生じるのか、という経路が二つあると言える。すなわち、「医療の性質」への考慮（二重の条件説）と解釈論の可能性を認めつつ立法論を主張する場合（原初機能説）、である。

以下では、肯定説における解釈論、立法論の立場から成年後見人に医的侵襲行為への同意権が付与される場合とそれに付随した家庭裁判所・第三者機関・後見監督人の位置づけに対する見解である「身上配慮義務説」「医療契約延長説」「医療の性質制限説」「二重の条件説」「原初機能説」、それぞれに対して検討を行なう。

(1) 成年後見人に同意権付与される場合と家庭裁判所、後見監督人、第三者機関の位置づけに対する見解

① 身上配慮義務説

小賀野（2000：37）は「医療に関する事項であっても本人の意思を尊重し、それを実現する方途をみいだすことは、現行法との接続の点でも十分に可能と考えられる」と述べ、「新法における成年後見人等は、身上監護の目的のために選任されるのではなく、第1次的に身上に係る本人のニーズ（需要）を代弁しあるいは代行する者として位置づけられていない」という身上監護の限界が生じると指摘する¹⁵⁾。そのため「民法 858 条は後見人が一定範囲で医療に関与することを容認していると解することができ」と説く。上山（2000：90-94）は「成年後見人等が負う身上配慮義務（民法 858 条など）の観点からすれば利用者の健康状態の変化に即応して、適切な診療契約を結び、適正な医療の受給を確保することは、成年後見人等の重要な職務であり義務である」とし、「さらに、成年後見人等には、身上配慮義務ないし善管注意義務（民法 644 条）の帰結として、利用者への医療行為ができる限り適切に実施されるように側面的支援を行うべき責務があると考えられる」と述べる¹⁶⁾。

また、須永（2003：28-31）は「民法 858 条所定の『療養看護……に関する事務』の中に医療行為についての同意，代行・代諾を含ませることに対しては事実上の介護・看護を含ませるほどの文言上の抵抗感が存しないのではない」か。「また，本人の意思能力のない場合，責任ある立場にある保護機関（成年後見人）が本人に代わって同意，代行・代諾」することは，「本人の『健康で文化的な最低限度の生活を営む権利（憲法 25 条）』の実現にも不可欠と」思われると述べ¹⁷⁾，赤沼（2004：1127）は「成年後見人には本人のために医療契約を締結する権限が与えられ，医療の履行を監視する義務が」あり，「医療行為にあたっては，医師の説明を受けるのであるから，成年後見人等として身上監護を行っていれば通常の医療行為の同意を行うことはできると考えられる」（赤沼 2005：79）とする。

そして，四宮ら（2005：55-56）は身上監護に関する後見人の権限・義務について¹⁸⁾，「治療・手術を受けるか否かの決定をしなければならない」ことは「純粹に身上に関する決定である」が「治療・手術といっても副作用があったり，危険度の高い手術などもある。このような治療・手術を受けるか否かを決定することは，極めて重要な意思決定である。したがって，後見に付されていても，本人が判断できるのであれば，本人が決定すべきものである。しかし，治療・手術の意味について本人に判断能力がない場合には，誰かが代わって判断しなければならない。このような身上監護に関する意思決定は，財産行為ではないので，当然には成年後見人の代理権の範囲に入らない（859 条）。しかし，『成年後見人は，成年被後見人の生活，療養看護……に関する事務を行う』義務があると考えるべきであり（義務まであるか明確ではないが，民法 858 条参照），その義務に対応して，手術などについての意思決定もできると考えるべきであろう」と説く。加えて岩志（2007：77）は「家族がない者に成年後見人が選任されているような場合には，ある程度広範な事務を見通して成年後見人が選任されていると考えることから，成年後見人の身上配慮義務を拡大し，医療契約の締結はもちろん医学的に必要な医療行為について承諾することもできると解してよいのではなかろうか」と述べている¹⁹⁾。

このように，民法 858 条「（成年被後見人の意思の尊重及び身上の配慮）成年後見人は，成年被後見人の生活，療養看護及び財産の管理に関する事務を行うに当たっては，成年被後見人の意思を尊重し，かつ，その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならない」という身上配慮義務を根拠にして成年後見人に医的侵襲行為への同意権付与を肯定しているといえる。

民法 858 条は民法改正によって旧 858 条を全面改定された条文である。旧 858 条の規定には「禁治産者の身上面に関する規定として置かれ，療養看護義務と，その手段として精神病院等の施設に収容する場合には家庭裁判所の許可を要することを定めていた」（吉村 2004a：400）。けれども精神衛生法（現在，精神保健福祉法）が制定された際の保護義務者の中に後見人が位置づけられたことによって，民法上の旧 858 条における後見人の義務内容が不明確になったことを理由に，民法改正時に新たに 858 条を設け，そこに旧 858 条を純化・吸収したのである。その際には，旧 858 条で明示されていた身上面に関する規定の療養看護義務の内容は「法律行為に純化され」，『生活』に関する事務が条文に加えられ，在宅ヘルパーの派遣などの福祉サービスの購入，施設の入所にかかる事務など成年被後見人の生活面の多様なニーズを包摂することが明確になった」（吉村 2004a：401）という。

既に述べたが，成年後見制度が改正された背景として，本人保護の理念を過度に重視し

ていたこと、財産保護重視であったことが挙げられる。そのため、本人の意思、自己決定の尊重、ノーマライゼーションの理念を掲げることになった。この改正に至った経緯から考えるならば、確かに従来に禁治産・準禁治産制度は財産保護に重点が置かれていた。けれども、その一方で過度の保護であったとしても、療養看護義務が規定されていたのも事実である。赤沼（2005）が「成年後見人には療養看護に関する職務があり」と述べているように、そこでは成年後見人にも医的侵襲行為への同意も可能であったと考えることができる。改正された民法 858 条は、本人の意思や自己決定の尊重の観点を含めた条文であるけれども、その理念の強調は、成年被後見人の保護という観点を考慮すると成年後見人による医的侵襲行為への同意の可能性を狭めていると考えられる。

肯定説のうち解釈論のみの主張として成年後見人に医的侵襲行為への同意権の付与を認めることは、民法 858 条によって正当化されるという見解は少数であり、条文規定を提示するのみに留まるっていることからその理由は明確ではなく、学説を見る限りでは、制度の改正理念に沿って新たに規定された条文だからふさわしいだろう、という程度の解釈に留まってしまう。したがって、解釈論のみではなく、以下に述べるように立法論を備えることになると言えよう。

② 医療契約延長説

新井（2001b：37-38）は医療行為の決定・同意に関して、成年後見人等の権限にはそれらが含まれないという立法趣旨の解釈でいくと、いくつかの問題が生じるとする²⁰⁾。そのうち「成年後見人等に医療契約の締結権限を与えながら、当該医療契約に不可避免的に随伴する医療行為に関する決定・同意権限が認められないというのは矛盾ではなかろうか。なぜなら、医療契約は締結の時点では具体的な医療行為の中身が確定しておらず、事後的な検査等によって初めて治療内容が確定され、したがって、医療契約の締結と当該契約に基づく後発の医療行為とを一体として把握するのでなければ、医療契約それ自体が有効に機能しなくなってしまうからである」と指摘する。

そして、井上（2003：112）は「医療行為が必要であるときに、その医療行為に対して患者本人が同意できないケースが、増加しつつあると考えられる。このような場合、実際には、明確な法的権限なしに家族等が同意していることが多い。しかし、本人の自己決定を尊重するためには、法的に明確な代理権を付与された代理人が必要な場合もあると考えられる」と述べている。そこで「平成 12 年 4 月に施行された新しい成年後見制度を用いて、明確な法的権限のある代理人が本人に代わって医療の代諾をなすことができるのではないか」として、井上（2003：117）は「医的侵襲に対する同意は、法律行為である診療契約の一部であるから、法律行為であると考えられる。そうだとすれば、医的侵襲に対して同意する代理権を他者に付与することができるはずである。したがって、保佐類型、補助類型では、本人の同意のもと、法律行為に関する代理権が付与されるので、医療行為の代諾に関する代理権が付与されれば、代諾はできるはずである。後見類型では、日常生活行為以外の法律行為は成年後見人に代理権が付与されるので、医療行為の代諾に関する代理権も付与されていると考えられるであろう」という理論的根拠を示している²¹⁾。

「医療契約延長説」は成年後見人に医的侵襲行為への同意権を付与することは法律行為である診療契約の一部であり、契約締結後の医療履行の監護義務の一貫として可能である

ということである。

医療契約の一部として、医療同意を捉えるということについて名倉（2008：475）によれば「身上監護事務とは、本人の生活および療養看護に関する事務をいう。具体的には、①介護・生活維持に関する事務、②居住用不動産の購入、賃借、修繕など、③施設の入退所契約、処遇の監視、異議申し立て等に関する事務、④医療費の支払い、入院契約などの医療に関する事務など、およびこれらの事務に関する契約の締結、相手方の履行の監視、費用の支払い、契約の変更・解除、ならびにそれに伴う処理等の事務が含まれる」。この成年後見人による職務内容を踏まえて、赤沼（2004：1127）、冷水（2009：217）は、医療契約の締結は介護施設の契約と同じく成年後見人の代理権の行使によって可能であり、成年後見人は契約履行の監視をするといった契約に付随する事実行為は行う必要があることを述べ、上山（2006：47）は医的侵襲行為に対する同意権が成年後見人に付与されていないければ、この付随する事実行為が機能しなくなるということを指摘している。

そして、この点について小賀野（2007：152-153）は契約履行の監視、それに付随する事実行為という考え方ではなく、医療契約の締結が身上監護の機能であるのと同様に、成年後見人等による医療同意も身上監護の機能として捉えることによって、また、その後の医療行為の適正性を監視する監視機能の必要性を医療行為への同意権限に求めることで、成年後見人等に医療行為に対する同意権限の付与を可能にすると考えることができる、というように成年後見人に医的侵襲行為への同意権付与を認めなければ、身上監護における職務内容の処遇の監視が行なえないとして、あくまでも医療同意権の付与を前提にして、それ以外の成年後見人の職務を位置づけている点で、示唆的である。

また、後述するように家族が事実上の同意をする場合にはそれが法律行為であるのかということ問われることなく慣行的になされている現状からすれば、成年後見人の場合に限って、成年後見人のなす同意が法律行為あるいは事実行為であるのかないのか、と問うことの矛盾があると言えよう。

③ 医療の性質制限説と二重の条件説の浮上—医療水準の活用

成年後見人に医的侵襲行為への同意権付与を肯定する場合、それは医療の性質によって左右されていることがわかる。例えば、上山（2007：91）は具体的な医的侵襲行為の範囲について「すなわち『利用者が同意能力を欠く状態にある』ことを前提条件としたうえで、①『病的症状の医学的解明に必要な最小限の医的侵襲行為（触診、レントゲン検査、血液検査等）』と②『当該診療契約から当然予測される、危険性の少ない軽微な身体的侵襲（熱冷ましの注射、一般的な投薬、骨折の治療、傷の縫合等）』に関しては、医療契約締結に関する代理権を持つ成年後見人等の医療同意権（代行決定権）を肯定してよいと考える。また当該行為が本人の推定的意思に合致するか、あるいは少なくともこれに反しない場合には、③『健康診断及び各種検診（ただし、重大な手術に匹敵するような危険性のある検査は除く）』と④『各種予防接種の受診（施設等で実施されるインフルエンザの予防注射等）』についても医療同意権（代行決定権）を認めてよいと思われる」と述べる²²⁾。

また、赤沼（2005：79）は軽微な医的侵襲行為に対する同意権付与は身上配慮義務説との関係から認めているが「実は主に重大な医療行為に関する場合である。実際の医療現場では、判断能力のない者に対する軽微な医療行為については同意がなくとも医師の裁量で

行われている実態がある」と述べている。したがって、「そのような場合の対処策が強く求められている」のであり、この問題を解決するためには第三者による医療同意に関する法整備が不可欠である、として次のように規定する。「成年後見人等に通常の医療行為の同意権を与え、その範囲を超える重大な医療行為に関しては、同意すべきか否かにつき審査決定をする機関を設置する。この機関は成年後見人が判断に迷う場合についても審査決定できるとする」。「その権限の範囲としての『通常の医療行為』とは、死亡のおそれや重大かつ長期に及ぶ障害の発生するおそれのある医療行為を除くものである。医療行為にあたっては、医師の説明を受けるのであるから、成年後見人等として身上監護を行っていれば通常の医療行為の同意を行うことはできると考えられる。軽微な医療行為以上の許可事項とする考えもあり得るが、それでは審査機関の負担が大きすぎる。他方、重大な障害等のおそれのある医療行為についてまで成年後見人等に判断をさせるには責任において重過ぎる。（中略）その権限を越える重大な医療行為は許可事項として、そのための審査機関として、裁判所以外の専門機関を新たに設置する。（中略）審査機関の構成は、医師、法律家、医療倫理の専門家などからなるものとし、この審査機関の決定の不服がある場合には、裁判所に不服を申立てられることにする」（赤沼 2005：82）という²³⁾。

そして、床谷（2006：70-71）は成年後見人に限定的医療同権を認める見解を述べている。「能動的な医療行為の依頼についてであるが、日常生活上での健康維持のために行うことを通例とする定期的な健康診断を受けること、生活の中で通常生じうる疾病・けが（風邪・骨折・歯痛など）については、それが客観的に必要と思われる限り、つまり通常人であれば医師の治療を受ける必要があると判断するであろうと思われる限り、事理弁識能力を失っている成年被後見人本人の意思・感情に反する場合であっても（いわゆる医者嫌いの人、検査嫌いの人の場合）、成年後見人の判断で受診させることができると考えてもよからう（成年被後見人の推定される合理的意思）。それに伴う通院・入院治療・通常必要とされるリハビリを継続することも、成年後見人の判断で行うことができると考えてもよいのではなかろうか。もっとも、これは成年被後見人の心身の状態を回復・維持し、生活の状況を改善するためのものであるから、身体上の苦痛が相当程度を超えるような場合は、本人の人格に対する侵害になるので、許されない」。「本人の心身の状態に配慮するならば、成年後見人の判断で過剰診療・服薬を止めさせることができてもよいと思われる」。「その際に、必要な診療契約上の手続きおよび費用の支払いに関する事務を行うことは、成年後見人の代理権の範囲に当然含まれる」。また、床谷（2006：71）は成年後見人の権限を越えるもの、すなわち重大な医療行為に関する成年後見人の権限についての見解も述べている。「医療行為のうち軽微なものと重大なものを区別することは困難であるという指摘もあるが、身体の一部喪失を伴うもの、生命の短縮のおそれがあるものは、重大な医療行為である。（中略）生命の存続そのものにかかわる生命維持装置の取り外し、あるいは臓器移植の問題についての判断は、成年後見人の権限の外にある。生命の危険があるような重大な医的侵襲行為についても成年後見人が判断（同意）することを認めたうえで、そのセーフガードとして裁判所の許可あるいは裁判所が変わる第三者機関を設けて、その承認を得るものとする案は、成年後見人の判断の確かさを客観的に確保するとともに、成年後見人自身についても判断に伴う負担を軽減する機能が期待されているところであろう。しかし、このような重大な危険を伴う医療行為については成年後見人の判断に対して許可を与える

という法律構成ではなく、成年後見人には裁判所ないし第三者機関の判断を求める権限のみが与えられるものと構成するほうがよいのではないかと思う」とする。

加えて、須永（2003：31-33）は家庭裁判所の権限によって後見監督人を選任することとの関連で「重大な医療行為については」とし、小賀野（2004：84-87）は後述する「家庭裁判所との許可」との関連で「心臓手術など重大な医療行為」を挙げ、四宮ら（2005：55-56）は「ドイツ民法のように通常の治療と重大な治療行為を分け、後者については裁判所の許可を得て行うというのが適当であろう」と述べる。

このように医療の性質の内容をみると第一に、①定期的な健康診断、生活の中で通常生じる疾病・けが（風邪・骨折・歯痛）など、重大でない医療行為（床谷 2006）、②病的症状の医学的解明に必要な最小限の医的侵襲行為（触診、レントゲン検査、血液検査等）、③当該診療契約から当然予測される、危険性の少ない軽微な身体的侵襲（熱冷ましの注射、一般的な投薬、骨折の治療、傷の縫合等）、④健康診断及び各種検診（ただし、重大な手術に匹敵するような危険性のある検査は除く）、⑤各種予防接種の受診（施設等で実施されるインフルエンザの予防注射等）⑥生命身体に危険性の少ない軽微な医療行為（②～⑥上山～2007）、という内容がいわれ、これらの医療の性質については成年後見人の判断によって決定をしてもよいということである。但し、①～⑤のように風邪、骨折、歯痛というような具体的な症状を挙げているものもあれば、“軽微な”“一定の範囲”“通常の”というような程度で留めている場合や、“など”にその他の行為を含めている研究者もあり、成年後見人に同意権を付与する場合の医療の性質が明確にされているわけではないと言える。また、具体的な医療の性質を挙げている研究者はいるものの、その項目の共通性は少ないということが窺える。

これらの医療の性質によって成年後見人単独で医的侵襲行為への同意権付与を肯定することになり、同時にこのことは、成年後見人によって同意がなされる範囲というのが医療の性質によって制限されていることを意味する。なぜ、成年後見人単独による同意が可能になるのかというのは医療の性質制限説が記述した身上配慮義務説や医療契約延長説を基底するためである。すなわち、身上配慮義務説が根拠となるが、医的侵襲行為への同意が医療の性質に関する決定であるということからすれば、天保ら（2001：113-114）が本人の利益を擁護するための判断である「第三者的判断は通常の判断能力を持つ人間の判断レベルで十分」であるということ、医療契約延長説のいうように同意の前提として医師の説明を受けるのであるから成年後見人としての職務を行うに過ぎないということによって可能になると考えられる。

けれども、第一の医療の性質との関連で重大な医的侵襲行為に対して、その内容は単に「重大な医療行為」としているものや、赤沼説による「死亡のおそれや重大かつ長期に及ぶ障害の発生する医療行為」、床谷説による「身体の一部喪失、生命の短縮の恐れのある医療行為は重大な医療行為」、小賀野説による「重大な医療行為（心臓手術など）」、というように具体的に内容を示している場合もある。その場合には裁判所の許可を得る、第三者機関の設置をしてそこから許可を得ること、民法 859 条の 3 を根拠に第三者機関として家庭裁判所の関与、民法 859 条の 2 を根拠に家庭裁判所によって後見監督人を選任すること、というように成年後見人ではない第三者機関の関与によって、重大な医的侵襲行為を考慮して成年後見人による医的侵襲行為への同意に規制を加えていることがわかる。ここでは

じめて、第二の後見機関としての家庭裁判所、医師・弁護士等からなる第三者機関が位置づけられるという二重の条件つきとなると言える。

このように、医療の性質が成年後見人に医的侵襲行為への同意権限を付与できるか否かを左右することが窺えるが、この点について肯定説では取り上げられておらず既述した医療の性質を挙げるに留まっている。

このような医療の性質によって純粹に成年後見人に医的侵襲行為への同意権が付与されないことを解決するために既述した“医療水準論”を用いて検討することが可能だと思われる。繰り返しになるが、医療水準論は「未熟児網膜症訴訟において、新規の治療法たる光凝固法を前提とする注意義務がどの段階で課されるかという論点の中で形成されてきた議論」であり、医療水準は、医療従事者や医療機関に医療上の過失を判断する基準となる（甲斐編 2008：82-83）。畑中（2006：49）によれば医療水準に関する判例の到達点は、医師の過失の判断は実験上必要とされる最善の注意義務が基準とされ、その具体的内容は、診療当時の臨床医学の実践における医療水準であり、その有効性と安全性が是認された治療法の知見が、当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関の相当程度普及し、当該医療機関において右知見を有することを期待することが相当と認められる場合には、右知見は右医療機関にとっての医療水準である、という解釈になる。また寺沢（1998：9）によれば医療水準は「医師の行為義務を事前的に指定するための『規範』として機能し、相対的に決定されなければならない」という。そして医療水準は医師が患者の診療義務を負う以上、患者にとって期待される技術レベルであり、医療技術のレベルの下限を設定し、医師の技術保証を担っているのである。仮に患者が具体的な治療方法を知らなくても、その認識の不十分さを医師は補う説明をして、保証すべき技術のレベルを決定しなければならないのである（寺沢 1998：11）。

このように医療水準は医療機関における過失を判断する基準であるとともに、医療技術のレベルの下限を設定し、患者に保証すべき技術レベルを決定する基準として作用する。

このことからすれば、医療の性質によって成年後見人への医療同意権付与が左右されることはなくなり、患者に保証されるべき技術レベルに従って、成年後見人が医的侵襲行為場面に対して同意をするか否かを判断し決定する際の基準になるということが考えられる。

岩井（2006：56-58）は「医療行為の同意の本質は、財産に関する法律行為などとは異なり、基本的には本人しか行為し得ない自己決定権で一身専属的行為であるから、その代理（代行）は不可能であるとするならば、意思決定の代行という側面からは、成年後見人に対して同意権を与えることはできないものとなる」という。けれども「医療行為の同意の本質を一身専属的行為としても、意思決定の代行者としてではない別の地位または権能に基づいて成年後見人に同意権を行使させる可能性がないわけではない」として「新たなシステムの構築」が必要であるとする。それは「成年後見人には医療行為の同意権はないとしたうえで、あらかじめ限定的に列举された範囲の医療行為については、医師単独の判断で行うことができるようにしようとするものである。すなわち、まず、医療機関が主体となって、医師のほか、有識者、法律関係者などから構成される第三者機関を設置する。この第三者機関は、医療行為の同意意思を代行する機関ではもちろんなく、その医療行為を認めるかどうかを判断し、決定する機関である。また、この第三者機関は、極めて軽微な内容の医療行為や臨床的に必然性および合理性があると認められる医療行為をあらかじめ

め限定的に公表しておき、これらの医療行為についてのみ、医師の単独判断でも医療行為をすることができるものとしておく。それ以外の一般的な医療行為については、担当医師が成年後見人または家族に対する十分な説明を行うことを義務づけるものとし、一方、成年後見人には、医師から十分な説明を受けたことを証する内容の書面を医師に交付することを義務付ける」というものである。

しかし、成年後見人等が書面を医師に交付しない場合はどうするのか、その場合の対応策が岩井説では示されていない。また、岩井説が指摘しているような成年後見人への同意・不同意の選択の適正さに対する責任というのは成年後見人に問われることではなく、その必要とされる医的侵襲行為を提示する医師側の段階に責任の所在があると思われる。さらに、第三者機関によって限定的に定められた医療行為の範囲ならば、それに基づいて成年後見人が同意をすることは可能であると考えられるため、必ずしも成年後見人に対する責任の所在が問われる問題が生じるとは言い切れないと思われる。

医療水準を用いることによって、成年後見人は説明を受ける役割のみならず、事前に規範として出されている医的侵襲行為の基準から当該医的侵襲行為への判断・決定をし、理性的な人であれば選択すると考えられる客観的判断をすることで当該患者の最善の利益に繋がるとと思われる。また、医療水準によることができない場合、すなわち特殊な医的侵襲行為の場合（おそらくそこには上述された生死に関わるような医療行為が含まれると思うが）については、医師・弁護士等による審査機関や家庭裁判所の関与を必要とするという展開になると考えられる。

④ 二重の条件説—家庭裁判所・第三者機関・後見監督人の必要性

医療の性質によって成年後見人単独には医的侵襲行為への同意権が付与されず、家庭裁判所・第三者機関・後見監督人の必要性が説かれていた。例えば、田山（1998：15）はどのように裁判所から許可を得るのか、裁判所の許可を得ることが間に合わない場合の対策までは言及していないが「重大なリスクを伴うような手術等の場合に、間に合うのであれば裁判所の許可を得ることとする規制」によって成年後見人への同意権付与を認め、天保ら（2001：113-114）は「重大な医療行為については医療の専門知識に欠ける成年後見人等だけでは適切な判断は難しい場合があり、医療専門家によるセカンド・オピニオンや裁判所などの関与が必要であろう。しかし、どの医療を生命に関わる重大な医療とするかは難しい問題を含む」としている。また、白石（2006：31）は成年後見人による代諾について「成年後見人が代諾を行う権限をもつことで利益こそあれ、実害が生じる余地は事実上少ないとみるものである。懸念があるなら裁定のための第三者機関を創設・活用すればよいであろうし、代諾権の付与が成年後見人に過重な負担となるとの意見については、セカンドオピニオンの制度を活用するなど対処の方法がある」と説く。新井（2004a：19）も同様に、成年後見人等に一定範囲の医療行為の同意権を与え、それを超える医療行為については裁判所または独立の審査機関に同意権を与えることが立法論としては考えられると述べる。

そして、単純に家庭裁判所や第三者機関の必要性を説くのではなく条文規定によって、これらを位置づけているものもある。例えば、小賀野（2004：84-87）は成年後見人が介在した医療同意システムに対して「第三者機関による監督」の必要性、具体的に「家庭裁

判所の許可」と「倫理委員会の審査」を提示している。まず「第三者機関による監督」の必要性については次のように述べている。「身上保護の保護を受ける本人は能力減退者であり、その他の者と比べると人権・福祉を侵害される可能性が高い。そこで、本人の人権・福祉への侵害行為をチェックする必要がある。また、本人の生命・身体の安全や、福祉を確保するために、身上監護事務の内容を明確にする必要がある。加えて、身上監護人の裁量に無条件にゆだねるのではなく、一定の身上監護事項については第三者の監督を必要とすべきである。なお、監督の必要性はこれまでも指摘されることがあったが、成年後見と関連して述べられることにより説得力を持ちえるものとする」という。

「家庭裁判所の許可」については「当該医療行為の適切性（医療行為の必要性、相当性を含む）や人権保障のあり方については、医療の内だけでなく、医療の内と外の双方から明らかにされることが望ましい。とりわけ心臓手術など重大な医療行為については、そのことが当てはまる。そこで、治療施設等への入所・入院、危険性の高い医療行為、その他本人の生命、身体及び福祉に重大な影響を及ぼす事項に係る身上監護（重大事項）については、身上監護人（身上監護者）は家庭裁判所の許可を得て行わなければならないとすべきである。この点、成年後見法における『家庭裁判所の許可制度』（民法 859 条の 3）に注目することができる。家庭裁判所は家事審判事件の処理において人権配慮の機能を担ってきた。新法の許可制度は人権保障の観点から行われるものであり、医療同意についても家庭裁判所が同様の観点から関与することは可能であろう。なお、医療同意に関連して、尊厳死、安楽死、臓器移植など生命倫理に関する問題も控えている。しかし、それらの問題を成年後見問題に直ちにくみこむことはできない。いずれもそれぞれ固有の事情を抱えており、成年後見法の対象となり得るかについて議論する必要がある」という。そして「倫理委員会の審査」については「大学医学部や病院に設置される倫理委員会やその他の第三者機関には、メンバーの構成や選任方法からみて、公平かつ的確な判断が形式上期待できるものであれば、裁判所を補助する機関としての役割を認めてよいであろう」という。

また、上山（2006：50-52）は 2 点の立法課題（立法論）について述べている。すなわち、第一に立法案としては、近親者を含めた代行決定者リストを明文化し、少なくともこのリストから成年後見人等を外さないということ、第二にセーフガードとしての監督機関の位置づけについて「家庭裁判所は二次的な（しかし最終的な）監督機関として位置づけたい。一次的な監督機関としては、医師と法律家を含む第三者機関を創設」することである²⁴⁾。ここで、なぜ上山（2004, 2006）が家庭裁判所を二次的な監督機関として位置づけたかという点、立法的制度設計に際して「医療同意権行使の正当性を担保するための監視・監督機関として、通常真っ先に想起されるのは家庭裁判所」である。「すなわち、居住用不動産の処分行為（民法 859 条の 3）と同様、重大な医療行為についても家庭裁判所の許可制とするわけである」。

しかし「現在のわが国の家庭裁判所の実情を鑑みた場合、家庭裁判所のマンパワーを増強し、その機動性を高めることが必要不可欠の前提となる」という。そのため「新たに医療同意に関する許可事務を引き受けることが現実問題として可能であるかが問われることになる」ということ、そして「他者のために医療同意権行使の正当性を評価するためには、①利用者である患者の個人的嗜好（価値観）が適切に代弁されているか、②専門医学的観点からみて当該医療行為が客観的正当性を有するか、という 2 つの異なる視点からチェッ

クを行うべきであると解される」ということから、特に「②については医療専門家である医師の協力を仰ぐ必要がある」ため「仮にチェック機構の軸を家庭裁判所に置くとしても、何らかの形でこのチェック機構に医師を関与させる必要があるという」ことからである。

そして、須永（2003：31-33）は成年後見人の同意、代行・代諾を妥当なものとするための措置として、後見監督人制度の活用を挙げている。「民法 849 条の 2 は『家庭裁判所は、必要があると認めるときは……後見監督人を選任することができる。』と規定しており、かつ、後見監督人を複数選任することも可能とされております（852 条→859 条の 2）。そうして、ここで『選任することができる』とありますのは、家裁に裁量の余地があることを意味するのではなく、選任権が家裁にあるというだけの意味であって、必要性がある限り家裁としては選任しなければならない趣旨と解することも不可能ではない」ということである。つまり「事柄の性質上、第三者的立場の医師と成年後見制度の趣旨を理解した法律的素養のある者それぞれ 1 名程度の関与を求めることは、判定を適切・妥当なものとするのに不可欠であり、また、その実限に格別の困難を伴うもの」ではなく、家庭裁判所としては重大な医療行為については「そのような後見監督人の選任の『必要があると認め』て職権によってでも適当な者を後見監督人に選任し、当該医療行為についての後見人等の処置に対する同意を得させるべきだ」という²⁵⁾。

加えて、赤沼（2005：79）は軽微な医的侵襲行為に対する同意権付与は認めているが「実は主に重大な医療行為に関する場合である。実際の医療現場では、判断能力のない者に対する軽微な医療行為については同意がなくとも医師の裁量で行われている実態がある」と述べている。したがって、「そのような場合の対処策が強く求められている」のであり、この問題を解決するためには第三者による医療同意に関する法整備が不可欠である、として次のように規定する。「成年後見人等に通常の医療行為の同意権を与え、その範囲を超える重大な医療行為に関しては、同意すべきか否かにつき審査決定をする機関を設置する。この機関は成年後見人が判断に迷う場合についても審査決定できるとする」。「その権限の範囲としての『通常の医療行為』とは、死亡のおそれや重大かつ長期に及ぶ障害の発生するおそれのある医療行為を除くものである。医療行為にあたっては、医師の説明を受けるのであるから、成年後見人等として身上監護を行っていれば通常の医療行為の同意を行うことはできると考えられる。軽微な医療行為以上の許可事項とする考えもあり得るが、それでは審査機関の負担が大きすぎる。他方、重大な障害等のおそれのある医療行為についてまで成年後見人等に判断をさせるには責任において重過ぎる。（中略）その権限を越える重大な医療行為は許可事項として、そのための審査機関として、裁判所以外の専門機関を新たに設置する。（中略）審査機関の構成は、医師、法律家、医療倫理の専門家などからなるものとし、この審査機関の決定の不服がある場合には、裁判所に不服を申立てられることにする」（赤沼 2005：82）ということである。

成年後見人単独に医的侵襲行為への同意権付与が認められるのは上述したことを根拠にすることで可能となる。その一方で、重大な医的侵襲行為については家庭裁判所、第三者機関、後見監督人といった成年後見人による同意について規制をかける機関の必要性が説かれていた。多くはそれらの機関の設置の必要性を述べるに留まっているが、民法 849 条の 2、民法 859 条の 2、民法 859 条の 3、家事審判規則 84 条を挙げて根拠づけもされてい

た。このことは、肯定説のなかでは解釈論を踏まえ、立法論も主張する立場のほうが多数であるということが窺える。

民法 849 条の 2 では「家庭裁判所は、必要があると認めるときは、成年被後見人、その親族若しくは成年後見人の請求によって、又は職権で、成年後見監督人を選任することができる」と規定されている。民法 859 条の 2 では「成年後見人が数人あるときは、家庭裁判所は、職権で、数人の成年後見人が共同して又は事務を分掌して、その権限を行使すべきことを定めることができる」と規定されている。民法 859 条の 3 では「成年後見人は、成年被後見人に代わって、その居住の用に供する建物又はその敷地について、売却、賃貸、賃貸借の解除又は抵当権の設定その他これらに準ずる処分をするには、家庭裁判所の許可を得なければならない」と規定されている。そして家事審判規則 84 条では「家庭裁判所は、何時でも、後見人に対し被後見人の療養看護、その財産の管理その他の後見の事務に関し相当であると認める事項を指示することができる」と規定されている。

これらの条文規定のうち民法 849 条の 2 と民法 859 条の 3 に対して異論を唱えるのが谷口（2007）である。まず民法 849 条の 2 について、谷口（2007：25-27）によれば「選任した後見監督人が医療行為に同意する保証はない。また、本条は、成年後見制度における裁判所の広範な職権を象徴する条文ではあるが、裁判所が医療行為に許可を与えているとする根拠とするにはあまりにも内容がかけ離れていると言わざるをえない。この条文から、何らかの根拠を読み取るのは不可能であろう」と指摘している。次に民法 859 条の 3 については「民法 859 条の 3 であるが、この規定は、本人の生活面および健康面に関して保護をする規定であり、身上監護の実現を図る規定であるとみることができる。その意味においては、家庭裁判所が、そのような事項に関して許可を与える職権を有しているということは、本人の生活・健康の問題について裁判所が一部権限を有していることを示しているものである。しかし、本条は、本人の居住不動産に限定された規定であり、裁判所の職権の範囲があまりにも明確に限定され過ぎている。本人の居住不動産に関する問題から、医療行為に関する問題まで解釈を拡張するには、やはりかなりの無理があると言わざるをえない」と指摘している。

この二つの条文規定に対する谷口（2007）の見解について、まず民法 849 条の 2 に対する谷口（2007）の見解であるが、果たして選任された後見監督人が医的侵襲行為に同意する保証がないと言えるのか。答えは否であると思われる。確かに民法 849 条の 2 から家庭裁判所が後見監督人を選任できるという規定のみであって、実際の職務については規定されていない。けれども、そもそも成年後見人の監督機関として位置づけられた成年後見監督人は「保護機関の権限濫用を防ぐために、活動状況の適切さをチェックする」（原 2001：76）機関であり、その職務は成年後見人を監督する以外に「急迫の事情がある場合に、必要な処分をすること」というのが民法 851 条にある。このことからすれば「急迫の事情がある場合」には成年後見監督人の職務として医的侵襲行為に対する同意が可能となると思われるが、それ以外についてこの条文規定から成年後見監督人による医的侵襲行為に対する同意は導きだされないが、成年後見人による医的侵襲行為に対する同意に対して何らかの命じをすることは可能であると思われる。また、冷水（2009：208）によれば民法 849 条の 2 にある「必要であると認めるとき」というのは、「家庭裁判所が合理的な裁量に基づいて選任の必要性を判断する」という趣旨であり、家庭裁判所は個々の事案ごとに

諸般の事情を考慮して必要性の有無の判断をすることになる」ということであるから、家庭裁判所が判断する個々の事案の一つに成年後見人への医的侵襲行為に対する同意の必要性の判断を含み、かつ、その判断を成年後見人単独による同意の是非への担保として後見監督人の必要性を要すると判断したということであれば、本条文によって成年後見人単独に対する規制をかけることは可能であると考えられる。

次に、民法 859 条の 3 について。この条文は「成年被後見人の居住用不動産の処分についての許可」に関する規定である。谷口（2007）はこの規定から医的侵襲行為に関する問題まで解釈を拡張するには無理があると指摘していた。この点については筆者も同様の見解を示す。環境の変化、特に居住環境の変化が本人の生活や健康面に影響を与えることもあり得るが、この規定から成年後見人が医的侵襲行為に対する同意をしなければならない状況に家庭裁判所の許可を得るという経過を根拠づけることには無理があると考えられる。

そして民法 859 条の 2 について。本条文は「成年被後見人の状況に応じ、財産管理の専門家や福祉の専門家、あるいは親族の誰か等、複数の後見人が選任された方がより適切な後見事務の執行が期待できる」（冷水 2009：219）という趣旨に基づいている。とするならば、医師や弁護士などの専門家、または諸説では挙げられることはなかったが福祉の専門家も含めた第三者機関をこの条文規定によって設置することは可能であると思われる。

このように、成年後見人単独に重大な医的侵襲行為に対する同意権付与を懸念する場合には、家庭裁判所の関与、家庭裁判所によって選任された後見監督人の必要性が問われているものの、なぜその条文規定から成年後見人への関与が正当化されるのかまでは諸研究者によっては論じ切れていないということが言える。重要なのは解釈論として単に民法条文を提示するだけではなく、その条文規定を根拠とした場合に想定される成年後見人による同意（の可能性）までの見解を導くことであると思われる。そこで筆者はこれらの条文規定から、家庭裁判所、後見監督人の関与について次のような見解を示す。

すなわち、家事審判規則第 84 条から家庭裁判所によって後見の事務に関して相当であると認める事項に成年後見人による医的侵襲行為に対する同意を位置づけ、家庭裁判所が必要であると認める場合には成年後見監督人を選任する（民法 849 条の 2）。ここまでは実際に同意を行うのは成年後見人であるが、この時点で家庭裁判所の関与と必要であれば成年後見監督人の選任が可能となる。また、否定説においては緊急の場合は緊急避難の一般法理に委ねるということであったが、後見監督人が選任されている場合は「急迫の事情がある場合」に相当する、すなわち「これをしなければ被後見人に回復しがたい損害が生じる」というような事情があると認められる」（冷水 2009：210）ということから、成年後見人ではなく後見監督人による同意もまた可能になると考えられる。

⑤ 原初機能説

医療の性質によって成年後見人単独にではなく、家庭裁判所・第三者機関・後見監督人の関与を必要とする二重の条件説とは別に、医療の性質に関わらず成年後見人による医的侵襲行為への同意を妥当なものとするために、あるいは不適切な同意を予防するために家庭裁判所の権限によって後見監督人を活用する必要性がいわれている。これを「原初機能説」とする。「原初機能説」は「二重の条件説」と比べると、広範に成年後見人への関与を述べるものである。須永（2003：31-33）は成年後見人の同意、代行・代諾を妥当なもの

とするための措置として、後見監督人制度の活用を挙げている。「民法 849 条の 2 は『家庭裁判所は、必要があると認めるときは……後見監督人を選任することができる。』と規定しており、かつ、後見監督人を複数選任することも可能とされております（852 条→859 条の 2）。そうして、ここで『選任することができる』とありますのは、家裁に裁量の余地があることを意味するのではなく、選任権が家裁にあるというだけの意味であって、必要性がある限り家裁としては選任しなければならない趣旨と解することも不可能ではない」ということである。つまり「事柄の性質上、第三者的立場の医師と成年後見制度の趣旨を理解した法律的素養のある者それぞれ 1 名程度の関与を求めることは、判定を適切・妥当なものとするのに不可欠であり、また、その実限に格別の困難を伴うもの」ではないということである。そして、家庭裁判所による後見監督人の選任によって既述した二重の条件として機能するということになる。

また、井上（2003：114-115）は成年後見制度を利用して医療行為への代諾を可能とするのであれば、不適切な代諾をさせないための予防策が講じ、また「代諾者のみで常に判断できるわけではないので、第三者機関の関与が必要となることがある」という。その理由は「第三者機関が関与することによって、代諾者が公序良俗に反する恐れのある行為をなすことを予防するだけでなく、代諾者の重圧を多少なりとも軽減しうると考えられる」からである。そこで、第三者機関として考える機関として裁判所と病院倫理委員会を挙げている。けれども、裁判所に対しては明確な理由付けはしていないが、「多くを期待できない」という点で、病院倫理委員会に対しては「法的な位置づけはなく、各医療機関によって、自主的に設置されている」ため、「病院倫理委員会が検討した結果に沿って医療行為を行った場合でも、その医療行為が法的に不適切であれば、担当医等が法的責任を追求されることも考えられる」というで多くを期待できないと指摘している。これらのことから、井上（2003：118-119）は「成年後見制度を利用した医療の代諾では、成年後見監督人等や裁判所が代諾者を監督することができること等のため、被代諾者の自己決定が侵害される恐れが、通常の委任契約より少なくなると考えられる」ということから、家庭裁判所の権限と成年後見人等監督人を第三者機関として機能させること示唆している。つまり、「成年後見制度を利用した医療行為の代諾の場合には、事前の司法判断をうける可能性がある」と筆者は考える。なぜならば、家事審判規則 84 条によると、家庭裁判所は、何時でも、後見人に対し後見の事務に関し相当であると認める事項を指示することができることとされ、診療契約とその一部である医療の代諾について、家裁がなんらかの指示を事前に行うことができるという解釈も可能であろう」ということである。

⑥ 肯定説の特徴の関係性

以上のことを分析枠組みに当てはめると図 3 になり、肯定説が成年後見人に医的侵襲行為への同意権付与を認める根拠を表したのが図 4 である。すなわち、成年後見人に医的侵襲行為への同意権を付与することの根拠は、第一に民法 858 条（身上配慮義務説）、第二に医療契約の一部としての行為として捉えること（医療契約延長説）、である。また、それを左右する要因として医療の性質が挙げられると言えよう（医療の性質制限説）。つまり、医療の性質によっては、医師・弁護士等による審査機関や家庭裁判所の関与を必要とするのである（二重の条件説）。その場合の根拠は民法 859 条の 2、859 条の 3 である。また、

家庭裁判所や後見監督人のもつ機能から医療の性質にかかわらず，成年後見人による同意権付与に関与を必要とする（原初機能説），ということが挙げられる。

解釈			
必要性		肯定	否定
	肯定	身上配慮義務説 医療契約延長説	医療の性質制限説
	否定	—	—

二重の条件説
 原初機能説

③ 立法論

図3 「肯定説と分析枠組みの関係」

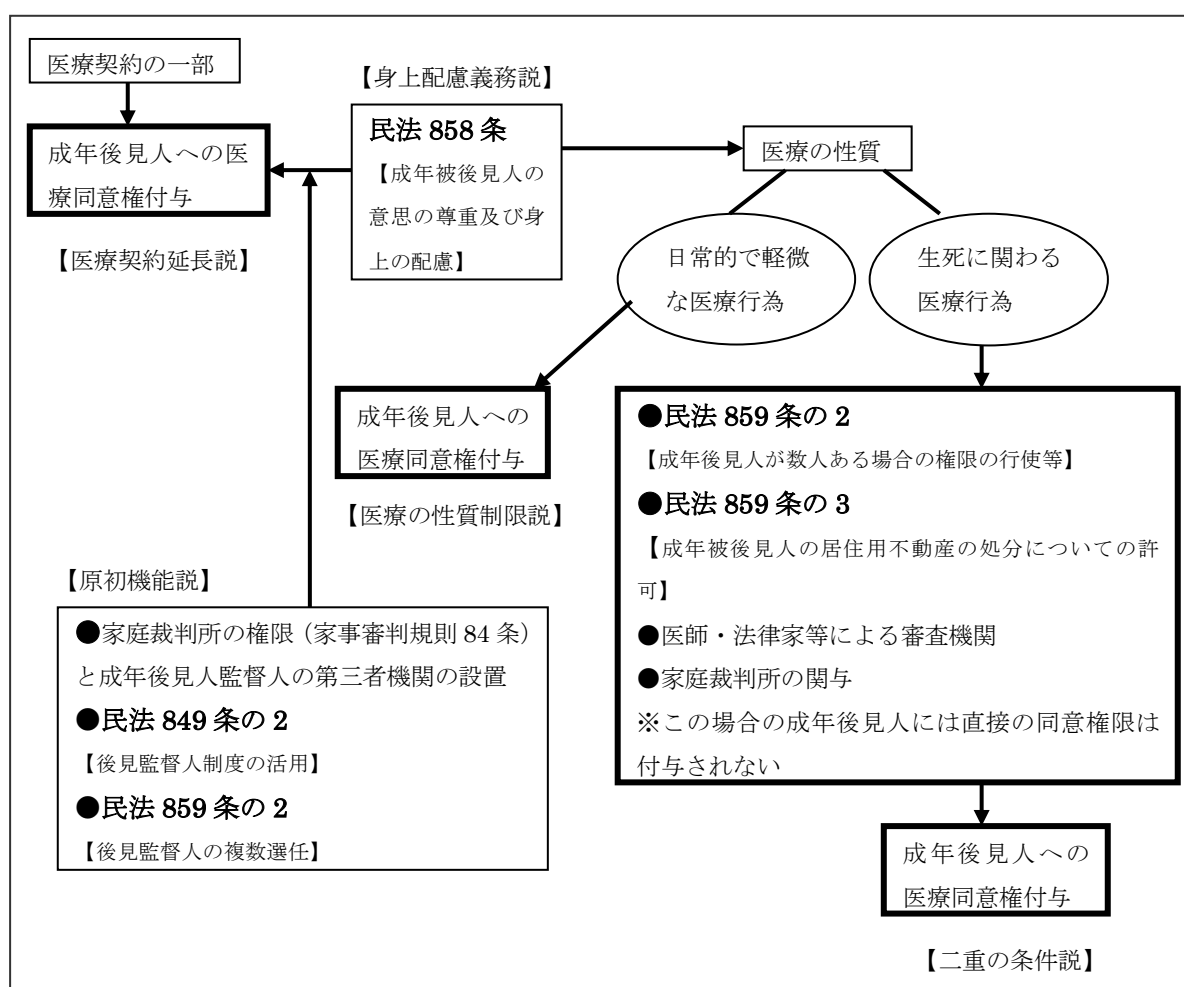


図4 「成年後見人に医的侵襲行為への同意権付与を可能にする肯定説の根拠」

(2) 家族同意権²⁶⁾に関する見解

成年後見制度における医的侵襲行為に対する同意権問題に関する肯定説の中には成年後見人への同意権付与あるいは家庭裁判所や第三者機関の関与によって成年後見人への同意権付与を認める主張がされている一方で，家族による同意を認める主張がされている。ま

た、家族による同意を認める主張がありながらも、同じ肯定説において家族による同意を認めない主張がされている。

このように家族による同意を認めるか否かについては同じ肯定説の中でも見解が分かれている状況である。そして重要なことは、この論議における「家族」とは必ずしも成年後見人「である家族」を想定しているわけではないということである。以下では、改めて家族による同意を認める立場（肯定説）と認めない立場（否定説）として、それらの説の主張の正当性を問うことにするが、その際、肯定説の主張は第一に、成年後見人「である家族」と成年後見人「ではない家族」という「家族」の曖昧な位置づけがあること、第二に家族同意権付与が成立する条件を示唆するもの、第三に扶養義務関係より家族同意権を導く見解に分かれ一方で、否定説は概して家族同意権には法的根拠がないと指摘するものである。

① 家族同意権に関する肯定説の主張と検討

A 「家族」の曖昧な位置づけ

—成年後見人「である家族」と成年後見人「ではない家族」

家族同意権を認める肯定説の主張は、成年後見制度における医的侵襲行為に対する同意権問題の論議のなかでされていた。そのため、一見すると家族同意権を認める肯定説の主張にある「家族」とは成年後見人「である家族」のように見受けられる。しかし、諸説を検討すると、それらは成年後見人「ではない家族」であるということがわかる。

例えば、石井（2000：99）（以下では石井説とする）は現状として家族同意権によって医的侵襲行為が行われていることがあるため、それを認めるということである。ただし、この論理には何ら根拠がないということが言え、後述する「慣行」によっていると思われる。その一方で、成年後見制度を拡張的に捉え成年後見人による同意も認めているが、これは二次的なものである。そして、家族と成年後見人に同意を認めた場合に、どちらを優先するのかという問題が生じると指摘している。この議論からすると石井説は家族同意権を全面的に認めているため、成年後見人「である家族」が同意権を行使する場合、どのような根拠でそれを認めるのか不明となる。すなわち、成年後見人による同意はあくまでも二次的な位置づけであるにもかかわらず、それが「である家族」ということによって成年後見人による同意を一次的な権限へと昇格させることになるのである。

赤沼（2005：79）（以下では赤沼説とする）は、家族同意権を認めるのは家族にも一定の同意の代行権を付与しなければ、本人が医療を受けられないという結果も招くおそれがあることを指摘している。治療の高度の必要性がある時に、本人の意思を推測、本人の最善の利益を測り得る立場にある家族に説明を行い、その同意を得るならば、違法性がなくなる場合もあることは肯定されると述べる（ただし、家族同意権が違法性阻却事由になるか否かの議論は必要である）。この点は、岩志（2007：75-76）も同様に本人の意識が容易に回復する見込みがない場合に、配偶者や子、家族あるいは近親者といった人々の承諾によって医療行為を行うことができるのかと問題を提起している。これに対して、家族や近親者らの承諾によることを認める法律構成はかならずしも明らかではないが、判例では家族や近親者の承諾によることを認めてきていること、患者本人に承諾能力がある場合であっても、本人に病名等を告知したり、危険を説明することが困難な事情にある場合には、

家族や近親者らに説明し、その承諾によって医療行為を実施すること、患者への療養への協力と配慮をにない立場にあるということも重要な要素となるということで「家族や近親者らの承諾によることを認める」と述べている。

また、赤沼（2007：273-277）は「判断能力喪失者に関する医療同意法の提言」をしており、そのなかで家族の同意権については「一定の範囲の家族にも同意の代行権を付与する」ということである。「また同居の家族の結びつき、本人の状況を最もよく知りうる地位ににいるという面からみても、家族を除外することはできないであろう。家族が本人の利益を無視して家族の利益にしたがって判断するということが起こりえるが、そのような場合には、家庭裁判所の監督権の発動や医療機関からの許可請求で救済を求められることとすればよい」と述べている。けれども「家族に同意権を付与することについては疑問をもつ見解も多い。しかし、家族に同意権がなければ、本人は医療を受けられないという結果となる。しかも、ここで規定しようとしているのは、尊厳死などの医療行為の中止までも含めた権限ではなく、いいかえれば医師が治療を行うについての適法性を付与する権限である。家族の範囲としては、本人の自己決定権を代行するのであるから、本人の意思を推測し、本人を保護する義務を負い、最善の利益を計りうる立場にある親族とすべきである。精神保健福祉法上の保護者すなわち配偶者、親権者、扶養義務者が一応それに該当するが、しかし、扶養義務者は直系血族、兄弟姉妹となっているため（民法 877 条 1 項）、本人の状況を全く知らない者も含まれてくる。成人した兄弟姉妹となると、相互の交流が疎遠になっている例も含まれる。そこで、同居を要件とすることが考えられる。親、成年の子については必ずしも同居を要件とする必要はないであろうが、配偶者、兄弟姉妹については同居を要件として同意権を付与する」という。

そして「同意権者の順位は、自己決定権の尊重、保護義務の軽重の観点から、任意の代行判断者、成年後見人等、家族の順とし、家族相互の順位は、本人との親密さから、配偶者、成年の子、親、兄弟姉妹の順とする。ただし、裁判所の決定により、後見人も含めて順位の変更を認めるべきである。身近に家族はいるが高齢等の関係で親族以外の第三者後見人を選任する場合もあり、そのような場合は、むしろ常時身近にいる家族の同意権を優先させた方がよいこともある。また、家族内でもより適切と考えられる者を優先させることには合理性があるからである」と述べている。

赤沼説を踏まえると家族同意権は成年後見人による同意よりは下位になるということであり、この場合、成年後見人「である家族」であれば、成年後見人による同意が優先されるのか、「である家族」が同居要件を満たしていない場合、成年後見人としての同意の優先順位はどうなるのか、といった問題が考えられる。

そして、床谷（2006：71-74）（以下では床谷説とする）は医療の慣行として判断能力を失った者の代わりに事実上家族が判断し同意していることに対して、法律上明確な規定がないと指摘しながらも配偶者間については民法 752 条の「同居、協力及び扶助の義務」を根拠として、直系血族および同居の親族については民法 730 条の「親族間の助け合い」を根拠として、そして直系血族および兄弟姉妹は民法 877 条における扶養義務者として位置づけられている、という既存の法規定からみられる家族間の扶助関係から医療同意の権限を導くことは、家族内に合意がある限り、医師・医療機関との関係では、本人の意思の代行として実質的に機能すると説明している。このように、床谷説では民法条文規定によっ

て事実上の家族同意権の正当化を試みている。この場合、成年後見人「である家族」による同意は、家族同意権なのか、それとも成年後見人としての権限なのか曖昧となる。

これらのことから家族同意権を認める肯定説の主張における「家族」とは成年後見人「ではない家族」であることが見受けられるが、必ずしもその点は強調されることなく一見すると成年後見人「である家族」に関する主張がされているように窺える。また、この点を明確にして議論しなければ、成年後見人「ではない家族」「である家族」による同意、あるいは家族同意権、どの同意権を優先させるのかという議論もまた成立しないと考えられる。

B 家族同意権付与が成立する条件の示唆

石井（2000：99）は、事実上家族の同意によって医的侵襲行為が行われていることを認めているが、なぜ「家族」による同意でよいのかという根拠が明確でなく、それ以前に「家族」の範囲が言及されていないということが指摘できる。一方で、家族が同意することで生じる家族の負担を考慮すると成年後見制度を拡張的に捉えて医療行為に適用することの可能性を述べている。そのうえで重大な医療行為については、複数の医師からなる第三者の判断に基づいた同意が可能となるような制度が必要であるとする。そして、家族による意思決定の代行は医療の性質を分けて考えるべきであるとして、医療の性質を4つに分類している。すなわち、①風邪の治療のような日常的な通常の医療の場合、②生命の危険がある外科手術のような重大な医療の場合、③死につながる延命治療の中止、消極的あるいは積極的安楽死の場合、④死そのものを決定する脳死の判断、必ずしも患者本人のための医療とはいえない臓器提供のような場合、である。但し、この医療の性質の違いによる代行の可否には触れていない。加えて、家族が本人に代わって医療行為に同意ができるようにするために家族同意法のような制度の必要性を説いている。

石井説は医療の性質によって家族による意思決定代行の範囲を考えるべきであるとして医療の性質を4つに分類しているが、実際どの範囲の医療の性質について家族による代理を認めるのか、ということは明確にはされていない。けれども、重大な医療行為については、複数の医師からなる第三者の判断に基づいた同意によってなされる必要があるということから、②生命の危険がある外科手術のような重大な医療の場合、③死につながる延命治療の中止は複数の医師からなる第三者の判断に任せるという考えであり、①風邪の治療のような日常的な通常の医療の場合は、家族に任せるということであろう。

しかし、④死そのものを決定する脳死の判断、必ずしも患者本人のための医療とはいえない臓器提供のような場合については、問題が残る。というのは、昨今議論がなされていた臓器移植法改正案審議の結果、本人が生前に臓器提供することを拒否していなければ、家族同意によって臓器提供が可能になるという、まさに「家族同意権」が確立されたのであった。このことからすれば、石井説は家族によって同意がされることを考慮（あるいは懸念）して、それらの者による同意可能な範囲を医療の性質で定めているが、臓器移植法における医的侵襲行為が、家族同意権によって可能であると認められたのだから、医療の軽重といった性質によって家族同意の範囲を限定するという主張は、家族同意権を許可する根拠としては成立しなくなっていると思われる。

ただし、臓器移植法における家族同意権というのは、脳死判定が行われること、本人の拒否がないこと、という条件付きである。このことから、家族同意権は認められているが、

無条件で認められているわけではないということがいえる。岩志（2007：75-76）も家族同意を認める立場ではあるが「家族であれば誰の承諾でもよいということにはならず、医師は説明するのに適した家族に対して説明し、承諾を得る必要があり」、「家族や近親者の承諾を認める考え方に対しては、家族が患者の最大の理解者とは限らず、利益相反関係に立つ場合もある（生命に重大な危険が及ぶような医的侵襲の場合）ことから、何らかのセーフガードもなしに承諾を認めるべきではないとする声も強い」ということを指摘している。このように岩志説においても、家族が利益相反関係に立つ場合もあることから、家族同意権が認められるのは家族が患者本人の療養への協力と配慮を担いうる立場であるということであるが、その一方で家族が患者本人の最大の理解者とは限らないことから具体的なセーフガードまでは言及されてはいなかったが、その必要性を説いていた。

赤沼説は、実際の医的侵襲行為場面を考えると家族にも一定の同意の代行権を付与しなければ、精神上に障害がある者が医療を受けられない結果を招く恐れを懸念して、家族同意権を認めていた。赤沼説において家族同意権を認める根拠は、医療受診の確保の必要性ということもあるが、その前提に家族は本人の意思を推測し家族の判断によって本人の最善の利益を測ることができるという自明性があると考えられ、そのため家族同意によっても医的侵襲行為の違法性が阻却されると解釈していると窺える。では、本人の最善の利益を測ることができるとしている「家族」とは誰か。本人の親密さから、配偶者、成年の子、親、兄弟姉妹の順で同意権付与の必要性を説くが、配偶者と兄弟姉妹については同居要件が前提となっていた。しかし、後にみる新井説も指摘しているように、配偶者が施設に入所していたり、兄弟姉妹が遠方にいるなど、本人に同居する家族がいない場合も考えられることから、同居要件によって家族の順位を決めることには問題が生じることになる。

たしかに、がんの病名告知に関する判例をみると必ずしも患者本人にではなく、家族に病名告知を行うことが認められている（最高裁判所第三小法廷平成14年9月24日：判例時報1803号28頁、東京地方裁判所平成6年3月30日：判例時報1522号104頁）ことから、家族同意による医的侵襲行為の違法性阻却は成立するかもしれない。しかしながら、理論上の同意というものは、ICからすれば「侵害行為の違法性を阻却する（違法性阻却事由）被害者の同意の一種」であり「医師の医療行為に際して、適切な情報を与えた上でなされる患者の同意」をいうのであって「これを得ないで行った医療行為は、医療行為自体には落ち度がなくても、患者の自己決定権を侵害したものとして債務不履行ないし不法行為」にあたる（『法律学小辞典第4版』2007）とされている。とするならば、“治療の高度の必要性がある時”に家族同意権に依るのは適当ではないと考えられる。

赤沼説においても、家族間の利害関係を懸念することから専門機関による救済を求めるという補完措置を念頭に据えている。藤井（2009：6）も、虐待が疑われるような場合や信頼のおける家族がいない場合に、最善の利益を誰が本人に代わって代弁し、実現してくれるのかという問題があることを指摘し、成年後見制度を利用する場合には、最終的に家族や親族に頼るだけでなく、専門機関が引き受けることの必要性を述べている。

赤沼説における家族と藤井（2009）のいう家族では、前者は成年後見人としての位置づけでないのに対し、後者は成年後見人としての家族という位置づけの違いであって、家族間における利害関係の可能性、それを懸念して専門機関に代理判断を委ねるということでは一致していると言えよう。

これらのことから、どのような条件であれば家族同意権が認められるのかを考える必要があり、共通していることは単独で家族同意権を付与すること（つまり代理の判断決定を委ねること）には懸念が残るということが言えよう。

C 扶養義務関係より家族同意権を導く見解

次に、上述した床谷説では石井説同様に医療行為の性質によって誰に同意権限を与えるかということについて述べている。けれども、床谷説で注目すべき点は医療の慣行として判断能力を失った者に代わって事実上家族が判断・同意をなしていることについて、それには明確な法律上の規定がないことを指摘しているにもかかわらず、実質的に家族同意権が機能する根拠及び「家族」の範囲を民法条文により提示していることである。配偶者間については民法 752 条、直系血族および同居の親族については民法 730 条、そして直系血族および兄弟姉妹は民法 877 条を根拠として、家族（親族）間における医的侵襲行為に対する同意権限を導いている。

民法 752 条とは、「夫婦は同居し、互いに協力しなければならない」という「同居、協力及び扶助の義務」を規定している条文である。この規定は婚姻によって発生する義務であるが、床谷説において、この規定からなぜ家族同意権を発生させることができるのかという議論はなされていない。筆者は床谷説とは逆に、民法 752 条から家族同意権を発生させることは困難であると考え。その理由は、本山（2009：7）が紹介している「アルツハイマー離婚事件として知られる長野地判平成 2（1990）年 9 月 17 日」より導きだされるであろう。というのは、この事件は、夫である X がアルツハイマー病となった妻 A に対する献身的な介護を行ったけれども、重篤になる一方であり、まだ若い X に対する周囲からの再婚の進めもあったことから、X が離婚訴訟を起こしたという内容である。

離婚訴訟の理由は「回復の見込みのない精神病（民法 770 条 1 項 4 号）か、もはや婚姻を継続できない重大な事由」であるということであり、裁判所の判決は、「X の民法 770 条 1 項 5 号に基づく離婚請求はこれを認容するのが相当である・・・」ということである。

民法 770 条 1 項 4 号とは「夫婦の一方は、次に掲げる場合に限り、離婚の訴えを提起することができる」として「四 配偶者が強度の精神病にかかり、回復の見込みがないとき」とされている（『模範六法 2008 年平成 20 年版』2008）。

この事件について本山（2009：8）は、「確かに A は夫婦の本質ともいえるべき共同生活を営むことができず、A は夫婦間の法的義務である同居・協力・扶助義務を果たしていない（民法 752 条）。また、A は X が夫であることも分からなくなっている。つまり、夫婦だという認識すら失っている。夫婦関係は存在しているが破綻している」という見解を述べる一方で、「一方で不治の病に冒されたら、他方からサヨウナラというのは、何のための夫婦なのだろうか。一方が大変な状態だからこそ法は夫婦でいる義務を課すべきだともいえる」ということを指摘している。

本山（2009）が紹介している判例からすれば、床谷説がどのような理由付けによって民法 752 条から家族同意権が発生可能と考えているのかということは明確ではないけれども、少なくとも、民法 752 条によって配偶者間の家族同意権を発生させたとしても、別の条文規定によって婚姻関係というのは解消され得る可能性もあるため、根拠としては危ういと思われる。また、民法 752 条における扶助義務について、本山（2009：20）は経済的な

給付を行うことを指すとし、山川（2009：62）は「自己の生存を維持する必要があると同様の程度の必要性をもって配偶者の生存を維持する努力をすることである」としていることから、扶養義務の内容が経済的給付のみを指すのか、あるいは、生存の維持という広範囲を含めたものを指すのかは論者によって異なる。床谷説において後者の生存の維持という範囲を含めた上で民法 752 条を家族同意権を発生させる根拠としているのであれば、その成立も考えられる。けれども、床谷説では扶養義務の内容を生存の維持ということまでも含めているのかということは明確ではない。したがって、この条文規定が配偶者間における医的侵襲行為の同意権付与の根拠とはならないと思われる。

次に、民法 730 条とは、「直系血族及び同居の親族は、互いに扶け合わなければならない」という「親族間の扶け合い」を規定している条文である。

山川（2009：33-34）によれば、「この規定は、家族的な共同生活における倫理的理念を示すことによって、裁判や審判あるいは調停の場において、これが指導的なものとして機能を果たすことをねらいとした規定であり、同時に戦後の改正によって家族的な共同生活が否定される趣旨ではないことを明確としたものである」という。しかし、この規定については、「倫理的な意味しかない規定であると否定的な評価をするのが通説の立場である」という（山川 2009：34）。また、渡辺（2008：36）によれば、ここでいわれている『扶け合い』が、法律上何を意味するのかはあいまいであるとする見解が有力であり、「この規定は法律的には無意味であり、たんに倫理的な意義をもつにすぎないと解するのが多数であり、「親族互助の倫理を法認しようとするものである」と述べている。

山川（2009）、渡辺（2008）の見解からもわかるように、民法 730 条から何を“扶け合う”かが明確ではないこと、そして、仮に床谷説が“扶け合い”の中に医的侵襲行為に対する家族同意権を発生させるということを含んだとしても、民法 730 条から強制させることもできず、また実際に家族同意権で同意がなされた結果が利害関係に基づくものによってなされたとしても罰するはたらしがないことから、民法 730 条によって家族（親族）間に家族同意権を発生させることは、民法 752 条同様に危ういと考えられる。

最後に、民法 877 条とは、「直系血族及び兄弟姉妹は、互いに扶養をする義務がある（省略）」という「扶養義務者」を規定している条文である。これは先に述べた民法 752 条が「生活保持義務」と称されるのに対し、「生活扶助義務」と称されている（渡辺 2008：254，米倉 1999：212）。

民法 877 条には、夫婦、親と未成熟子における扶養は含まれず、夫婦については民法 752 条、親と未成熟子間の扶養については民法 820 条における親権によって理解されるのが通説であるとされている（米倉 1999：212）。また、民法 877 条は、親族の範囲が広すぎるという批判があるということが指摘される（渡辺 2008：256，米倉 1999：213）。民法 752 条、民法 820 条によって扶養関係が成立しているのは、それぞれが「当然扶養すべき」関係であり、かつ、それぞれの「生活関係を維持するゆえんである」（米倉 1999：215）という。それに対し、民法 877 条は、米倉（1999：215-216）によれば、「養わない兄弟姉妹があっても別におかしくはない。兄弟姉妹くらいになればそれぞれ独立して、責任をもって自活すべきなのであって、ただ困ったときだけ兄弟姉妹のよしみで最低限度の援助をしてやる。その程度のことなので」としている。

さらに、扶養の方法については「扶養権利者を引き取って直接衣食住を提供する引取扶

養と、権利者を引き取らないで生活資金または生活物資を支給する給付扶養との二つ（渡辺 2008：260）があるされている。床谷説において、これもまた、なぜこの規定が家族同意権発生の根拠となるのかということは明確ではないが、仮に、引取扶養によって根拠付けていたとしても、成年被後見人と家族が同居していなければならないことから、単身高齢者の場合には相当しないということになると思われる。加えて、扶養の方法について、米倉（1999：224-225）は、実際には経済的出費だけでは済まず、老親を引き取って世話をしなければならない状況になった場合、この扶養義務規定にもとづき「養護命令」を命じることは被扶養者にとっては好ましいことであるが、実際に「養護命令を出してみても、養護しない者が出てきたときに、それを強制して養護させることができるかどうか」、「これを守らないものが出た場合に、それを強制する手段がない」ということを指摘している。そして仮に「強制されるのがいやだから、仕方なくうわべだけやっておこうという」状況もあり得るといふ。このことからすると、親族の範囲が広く規定されている民法 877 条をもって、同居の家族に同意権を発生させると「仕方なく」同意をするということに成りかねないと考えられる。

② 家族同意権に関する否定説の主張と検討

家族同意権に関する否定説の主張は概して、家族同意権に関する法的根拠は明確ではないということである。例えば、天保ら（2001：113-114）は、本人から正当な同意を得られない場合、家族などから代諾を得た上で医療行為が行われているが、その明確な法規定はないと指摘している。そして、成年後見人には第三者的判断として、医師の説明が十分であるか、治療が本人の最善の利益につながるのかという判断をし、本人の利益の擁護を求めている。また、どの程度を重大な医療行為とするのかは難しい問題であるとしつつも、重大な医療行為については、医療の専門知識がないとその範囲の特定は困難であることから、成年後見人ではなく、医療専門家によるセカンド・オピニオン、裁判所による関与の必要性があることを述べている。

また、新井（2004a：19）は、まず通常は家族が代諾者として考えられていることについて、法律上では家族が判断できるという根拠はなく、また被保護者に家族がいない場合はどうするのかという様々な問題が生じるということを指摘している。従って、成年後見人に同意権付与をしなければ被後見人の保護が明確に後退した状況に陥る可能性もあるため（新井 2001b：38）、成年後見人等に一定範囲の医療行為の同意権を与え、それを超える医療行為については、裁判所または独立の審査機関に同意権を与えることが解釈論・立法論としては考えられるということである（新井 2004a：19, 2007：9）。

新井説は、天保ら説同様に、明確に家族に同意権を付与するような法律上の根拠はないということ指摘し、また、家族がいない場合にはどのように対応するのかという問題があることについても言及している。この問題は、床谷説における引取扶養による根拠付けから生じる問題でもあると言える。従って、この 2 つの説は成年後見人に医的侵襲行為に対する同意権付与を認めつつ、かつ「家族」への同意権付与を否定する立場であるということ、他説とは異なる。そのため、家族に同意権限を付与するのではなく、一定範囲の医的侵襲行為については成年後見人に（新井説）、あるいは、重大な医療行為（天保ら説）、一定範囲の医的侵襲行為を超える行為（新井説）については裁判所等の専門機関に同意権

を委ねることを示唆している。

特に新井説は、家族に医的侵襲行為に対する同意権を認めた場合、家族がいない者に対してはどのように対応するのかという問題提起をしており、家族に医的侵襲行為に対する同意権を付与することを否定している立場であると言える。床谷説においては、民法を根拠に家族（親族）間における同意権限を導き出していたが、先述したようにその主張には問題があると思われ、本研究においても新井説と同様に家族同意権を付与し得るような法的根拠はないという立場をとる。しかし、新井説、天保ら説においても石井説同様に「家族」の範囲は明確ではないということが言える。

第4項 肯定説の特徴と正当性の限界

—成年後見人への同意権付与と家族同意権に関する正当性の限界、家庭裁判所・第三者機関・後見監督人の位置づけの必要性

これまでのことから肯定説の特徴は、第一に否定説の根拠となる社会通念や緊急避難、緊急事務管理が、その根拠として成立するのか否かという検討を全面的に行っているものは、ほとんどなく、田山（1998）が「緊急避難で解決できない可能性のほうが本人の人権侵害にあたる」という指摘、小賀野（2000, 2003, 2004）による「緊急事態の発生が予想されるからこそ、その場合の支援内容が明らかにされるべきである」という指摘と、それに対する対応策を挙げるに留まっている、という特徴があると言える。しかし、肯定説の立場で主張をするのであれば、否定説に対する論破あるいは単に現実と乖離しているというのではなく、なぜ乖離しているのか、否定説の主張の正当性を改めて問う必要があると思われる。第二に、肯定説では既に述べたように医的侵襲行為を正当化するためには患者の同意が必要ではあるが、しかし患者本人が決定できないときには代理決定が必要とされること、違法性を阻却させるための何らかの方策が必要となってくること（でなければ患者に医的侵襲行為がなされない可能性があるため）は指摘されていた。その手立てを検討した結果として第三に、肯定説の主張は成年後見人、家族、家庭裁判所・第三者機関・後見監督人という三つの機関それぞれに医的侵襲行為に対する同意権付与を可能とする見解が述べられていると言える。

第三の特徴を踏まえて、成年後見人への同意権付与そして家庭裁判所・第三者機関の関与については、解釈論の立場から民法 858 条より成年後見人への同意権付与を認めている身上配慮義務説、成年後見人による医療契約に付随する職務として捉える医療契約延長説、身上配慮義務説あるいは医療契約延長説で成年後見人に同意権付与を認めるけれども、医療の性質によって成年後見人単独で同意が可能となる範囲を制限する医療の性質制限説があると言える。立法論の立場からは、概して家庭裁判所・第三者機関・後見監督人の関与が必要とされているが解釈論から立法論の方向に移行するのは、医療の性質を考慮して重大とされる医的侵襲行為への同意については、それらの関与が必要であるとする二重の条件説と医療の性質にかかわらず家庭裁判所・第三者機関・後見監督人のもつ元来のあるいは期待される機能から、それらの関与を説く原初機能説による。

これらの見解に集約することができるが、第一に医療の性質について肯定説では一致した見解はみられず、抽象的な見解で留まっているものもあること、第二に家庭裁判所・第三者機関の設置を民法条文より正当化していたが、単純に民法条文規定を挙げるだけであ

って、必ずしも成年後見人による同意とのつながりが述べられていないことから、さらなる解釈が必要であるということを指摘した。そして医療の性質については医療水準論を用いることによって医療の性質の点から成年後見人への同意権付与の問題は解決されるということ、しかしながら、それでも成年後見人による同意の妥当性を担保するためには、肯定説の主張するように家庭裁判所や第三者機関の関与が必要であると思われるため、肯定説で挙げられていた民法条文規定より、それらの関与が可能となるような見解を示唆した。

次に、肯定説における医的侵襲行為への同意権問題の中には家族同意権に関する肯定説・否定説の立場あることが言える。

つまり、第一に成年後見制度において医的侵襲行為への家族同意権を認める主張があるが、そこで主張されている「家族」とは、成年後見人「である家族」ではなく、あくまでもわれわれが通常想定する「家族」、すなわち成年後見人「ではない家族」であるということ、第二にしかし、われわれが通常想定する「家族」とは何か。すなわち、床谷説では民法の条文規定を根拠に家族の範囲を規定していたが、それ以外の主張では同意権を持ち得るとされる「家族」の範囲については言及されていない状況で論議が展開されている。

第三に、このような論議の現状を踏まえ事実上家族による医的侵襲行為への同意を認めている立場がある一方で、それには何ら根拠がないと否定する立場があること、第四に“事実上家族の同意”を認める理由は、「家族である患者の利益のために、患者のことを最も知っているのは身近にいる家族であるから」という“慣行的”理由づけと民法 730 条、752 条、877 条の条文規定を根拠としていること、第五に、家族同意権を否定する立場は家族というだけで本人の利益を推し量るとは限らないという“慣行的”理由づけの否定と民法の条文規定には根拠がないとする主張である。

第六に、家族同意権を認める理由としては、本人が医療を受けられない状況を招くことへの懸念が挙げられるが、その一方で、家族がいない場合にもまた同様の状況が想定されるということ、第七に、成年後見人への同意権付与の場合と同様に家族同意権を発生させる上で“医療の性質”が重要となっているといえる。すなわち“軽微な医的侵襲行為”と認識されているものには、家族同意権を認めるが、第八に、そうでない場合には第三者機関（複数の医師、家庭裁判所、成年後見人等）の設置を必要としていること。その理由として家族間の利害関係に対する懸念が挙げられる、という見解に集約される。

このような見解に集約することができるが、問題は以下に残る。すなわち第一に、肯定説、特に成年後見人に同意権を付与することを認めつつ家族同意権に言及している諸説の検討を行った結果、言及の対象とされる「家族」というのは、床谷説からは民法の条文規定を挙げていたことから成年後見人「ではない家族」と推察されるが、論議における「家族」が成年後見人「である家族」「ではない家族」のどちらを指しているのか不明確であるということが指摘できる。

そのような状況で、一義的に成年後見人への同意権付与の正当化を試みたとしても、成年後見人としての家族、あるいは、慣行的な家族、のどちらの同意権付与の正当化を試みているのかが不明確なために混乱が生じると考えられる。

第二に、そもそも「家族」とは何か、その範囲はどうするのか、それが規定されたとして、なぜ家族によって代わりに同意されることが認められるのか、という背景を探らなければ、様々な主張がなされても家族同意権を認める根拠にはなり得ないと思われる。

床谷説では、家族同意権を認める根拠の一つに民法の条文規定を用いていたが、それぞれの条文規定を解釈すると家族に同意権を付与し得るには危ういことは先に指摘した。すなわち、扶養義務関係から家族同意権を導き出すような議論がそもそも十分になされていないことから、家族同意権を発生させることは困難であること。また、それぞれの条文規定より、限られた家族（親族）であれば家族同意権を発生させる根拠となり得るとも考えられるが、家族における利害関係や同居状態、家族観といったその他の要因を考慮しなければ、条文規定のみによる根拠づけは成立しないということである。

しかしながら、第三に、医療受診の確保の観点から、あるいは、“慣行的”理由づけから精神上に障害がある者に対して家族による同意が事実上認められているのは確かである。けれども、そのような理由から家族同意権を認めたとしても家族が同意するとは限らず、利害関係への懸念は拭えないという現実もあるということが指摘できる。第四に、“医療の性質”によって家族同意権の範囲を制限しているが、それには限界があること。つまり、無条件で家族同意権の付与は成立しないと言える。そのため第五に、石井説から示唆されたように、条件つきで家族同意権を認めることになり、その条件とは家庭裁判所の協力、複数の医師からなる第三者による判断(第三者機関の設置)、成年後見人等の判断であるが、この条件とされる事柄（家庭裁判所の協力、第三者機関の設置、成年後見人等の判断）を成立させるための根拠づけが必要となってくる（二重の条件つき）と考えられる。

従って、肯定説の主張には「成年後見人」「医師・弁護士等の審査機関・家庭裁判所」「家族」のそれぞれに同意権を付与し得る根拠があるとされるが、「成年後見人」「家族」に同意権を与える正当性の現状は明確ではなく、特に家族同意権に関する肯定説の見解からすれば、成年後見人への同意権付与を優先しつつも“慣行的”理由付けが含まれている現状であると言える。また、「成年後見人」「家族」に同意権を与えることを認めたとしても（正当性は明確ではないが）単独による同意権付与ではなく、家庭裁判所・第三者機関・後見監督人の設置が要求されているということが言える。

このことは、家庭裁判所・第三者機関・後見監督人の設置がなされていることによって成年後見人や家族に対して医的侵襲行為への同意権の付与を可能にすることが窺える。

第5項 否定説と肯定説の検討を終えて見えてきたこと

わが国では、これまでみてきたように成年後見制度における医的侵襲行為への同意権問題については否定説が通説とされているが肯定説も主張され、この問題に関する論議が展開されている。そして、成年後見人には同意権を付与しないという現状のなかで、この“空白の状態”²⁷⁾を埋めているのが家族や医師であるといえる。

これまで、否定説と肯定説それぞれの正当性の検討を行ってきたが、否定説では医的侵襲行為への同意が違法性阻却原理であるということに触れることなく、社会通念や緊急避難・緊急事務管理の法理で解決しようと試みていた。けれども実際に成年被後見人に対して医的侵襲行為が必要となった場合、一時的な対応が可能であっても継続的には否定説の主張からでは対応することができず、ではその場合どのように対応するのかという慣行としての家族や医師の判断に委ねるという対応をとると思われる。しかしこのような対応は、成年後見人として保護することを職務内容に含むのであれば、まさに保護の観点が抜け落ちた解決策であると思われる。一方、肯定説では医的侵襲行為には同意が必要とされ

ているが、成年被後見人は行うことができないため成年後見人の職務として同意権付与が可能となるような主張がされていた。その主張の中には、やはり“慣行的”理由付けによって家族同意権を認める見解（認めない見解もあったが）が含まれていた。このことは成年後見人がいながらも、なぜ「家族」に頼らざるを得ないのか、という論点を導くことができる。

肯定説では、主に民法 858 条の身上配慮義務によることが多いが、この条文規定によることは旧法の流れに沿って理念を受け継いだという解釈ということで留まってしまうため、新たな法的観点が必要であると考ええる。しかし、肯定説の主張の中で重要な点は医療の性質によって成年後見人への同意権付与の範囲を定めていたことから、筆者は患者に保証されるべく技術レベルに従って、成年後見人が医的侵襲行為に同意するか否かの判断をする基準となる医療水準論から成年後見人への同意権付与を認めること、かつ、それでも単独で成年後見人に対して同意権付与することに懸念が生じることから、家庭裁判所・第三者機関・後見監督人のような機関（の位置づけによる二重の条件）を備えることによって可能になると考えられた。

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

これまでみてきたように、わが国における成年後見制度では医的侵襲行為への同意権は成年後見人に付与されていないというのが現状である。このような医的侵襲行為への同意について“空白の状態”を埋めているのが事実上家族による同意であるが、この正当化も明確ではない。

では、諸外国において医的侵襲行為への同意というのはどのようになされているのだろうか。そこで、この問題に対して“空白の状態”を作っていない諸外国における成年後見制度の仕組みの概要、特に医的侵襲行為への同意権の位置づけについて焦点を当て紹介し、どのような論理で第三者であるにもかかわらず同意権付与を正当化しているのかをみる。諸外国における成年後見制度の仕組みと医的侵襲行為への同意権の位置づけをみることで、わが国におけるその問題に何らかの示唆を与えるものと考ええる。

第 1 項 諸外国における医的侵襲行為への同意権付与に関する仕組み

諸外国において医的侵襲行為への同意に対して“空白の状態”をつくっていない制度をみるために、ここではドイツ、カナダ、イギリスの制度について紹介することにする。

(1) ドイツ

ドイツにおける成年後見制度に関する研究は諸研究者によってなされている。ここでは、主に『成年後見シリーズ ドイツ成年後見ハンドブック』と黒田（2007b）による研究に依拠し、また他の研究も補足しながら、制度の概要を説明していくことにする。

ドイツにおける成年後見制度は、1992 年に施行された世話法（「成年者のための後見および監護法改正に関する法律」）に規定され、1999 年、2005 年に改正が行われている。

世話法制定以前の従来の制度というのは、「行為能力剥奪・制限の宣告」、「後見」、「障害保護」という 3 つの要素（制度）から構築されていた。被保護成年者を対象とする保護システムとして、後見と障害保護という 2 つの制度が並立。両制度は、被保護成年者のため

の保護機関であり、前者では「後見人」、後者では「保護人」を選任・付与する。「行為能力剥奪・制限の宣告」、「後見」は利用者の行為能力への干渉を前提とし、「障害保護」は利用者の行為能力への干渉を伴わないという違いがあり、利用者の私法上の行為能力の制限の有無という点で差異がある（ベームら 2000）。

そしてこの制度の問題点としては、第 1 に、制度を利用するためには、完全に行為無能力者として位置づけられてしまうため能力制限の過剰性があること、第 2 に、第 1 と関連して完全に行為無能力とされることからくる本人への不当な差別、スティグマにもつながること、第 3 に、本人の希望・提案を無視し、本人の意思よりも後見人・保護人の意思が尊重されていたこと、第 4 に、後見人・保護人の選任に関する規定が不備であることから、「家族のような素人後見人は、心理的、物理的、情動的に孤立した状況の中で、過重ともいえる職責を個人で抱え込まざるを」えない状況、そして「こうした悪条件は、当然ながら、後見人への就職忌避」となり、職業的世話人（後見人・保護人）によって、匿名的に管理されているに過ぎない状況であったこと、第 5 に、財産管理については詳細な規定があったが、身上監護については規定がなかった、ということが挙げられる（黒田 2007b : 78-79, ベームら 2000）。この問題点をうけて 1992 年に 3 つの要素を一元化して制定された世話法の特徴は、第 1 に、能力区分はせずに「世話」という概念によって後見を行う、第 2 に、世話人の選任に関する規定が明確になったこと、第 3 に、治療行為、収容（措置入所）、収容類似措置および居住空間の明け渡しなど、身上監護面の規定を強化したこと、である。

なお、黒田（2006a : 7）によれば、2005 年の改正に向けて、「親族のための法定代理権」というものが草案で採用されていたという。この狙いは、「配偶者に財産管理および身上監護の法定代理権を、子に身上監護だけの法定代理権を、特別な手続きなく認めて、不必要な世話を回避する」ことであったが、「配偶者、子であるからといって、本人にとって身近であり、法的な判断を行うのにふさわしいとは限らない」ということで 2005 年改正においては採用されなかったと説く。

世話制度を利用するのは、精神疾患、身体障害、知的障害によって自己の事務の一部または全部を処理することができない成年者である（黒田 2006a : 3）。世話法における世話の申立は、本人の申立あるいは職権によって命じられ、その他の申立権は法律には規定されておらず、本人からも申立は殆どない（阿部 1997a : 63）。ただし、家族、隣人、医師、福祉施設の管理者らによる報告は提案として解されるため、後見開始のための行動を起こすための後見裁判所への提案は誰からでもできるということになる（黒田 2007b : 84）。

本人あるいは職権による申立権以外を認めない理由について田山（1996 : 28）は、「これにより、親族等が『世話』制度を濫用する可能性が防止されている」と説く。

世話法には、「後見裁判所が援助を必要としている人に対してどのようにして、どの範囲で世話人を選任するかが規定されており、ある人が疾患または障害により、援助を現に必要としている場合にのみ、世話を命じることができる」。このことを必要性の原則という。また、「世話が実際に発動される前には、親族や知人、社会サービスなどの援助の可能性が探られ、そちらが優先される」。このことを補充性の原則という（黒田 2006a : 3）。

後見裁判所の裁判官は、世話人の選任に先立ち、手続規定の顧慮及び遵守のためにいくつかの手続きの義務が定められており、それを経て世話の命令の要件がそろっていると結

論に達した場合は、世話を命じ一定の職務範囲、世話の期間（最長 5 年間）を確定し、世話人を選任することになる（黒田 2007b : 84）。

後見裁判所によって選任される世話人には「自然人」と「法人」の 2 種類の分類される。「自然人」としての世話人に含まれるのは「名誉職世話人」と呼ばれるボランティアによる世話人、職業世話人、協会世話人、官庁世話人の 4 種類である。ボランティア世話人は、家族・親族、近い立場にある人、その他の人、人生のパートナーの 4 タイプの世話人が含まれる（青木 2007b : 3）。「職業世話人は、自由業的に働いている者か、あるいは世話教会に雇われている者で、特に、親族では世話が困難な場面で被世話人の世話を引き受けている」。その大部分は「ソーシャルワーカーとして養成教育を受けている」（黒田 2007b : 85）。「法人」には世話協会と世話官庁が含まれる（青木 2007b : 3）。

「世話人の義務」について民法 1901 条の 2 項の「被世話人の福祉」では「被世話人の福祉が、事項処理の際の世話人にとっての指針」とであるとされている。「被世話人の福祉」という概念の中には、被世話人の能力の範囲で、本人の希望と考えに従って、その生活を形成する可能性も含まれて」いる。

また民法 1901 条の 3 項の「被世話人の希望」では「被世話人の福祉に反することなく、かつ、世話人に要求可能な範囲において、被世話人の希望に応じなければならない」とされている。加えて「世話人は、その職務範囲内において、裁判上および裁判外で、被世話人を代理する」法定代理人となる。ただし、法定代理人としての世話人は、無制限に行動する権能をもつものではないとされている。そして、世話人を選任する「後見裁判所」の役割は「世話人に対して助言を行なう義務を負うとともに、世話人が自己の職務に習熟できるように協力することになっている」という。さらに「世話人の全活動について監督を行い、かつ、その義務違反に対して、しかるべき命令および禁止を通じて介入を行なう」という職務がある。この「監督の実行は、後見裁判所による世話人に対するある種のコントロール機能と結びついている」という。加えて「効果的な監督の実行を担保するために、世話人には後見裁判所に対する報告義務」があり、「この報告は、請求に応じて常時行なわれるもの」である（ベームら 2000 : 44-45, 132）。

医的侵襲行為に対する同意権について言及されている条文は、民法 1904 条である。ドイツ成年後見法研究会（1993a : 465）によれば、「ドイツでは、伝統的に、一般的にこのような性質を持つ医療行為を『身体・心理・生理・自由に対する侵襲』と評価してきた」と説く。このような性質を持つ医療行為とは、疾病治療のための治療行為は勿論、疾病罹患の有無を含む身体の状態を検査するための健康診断に始まる様々な検査措置から、直接的な医学的必要性はないが本人のおかれている社会的状況やその希望によって行われる措置（美容整形、社会的経済的事情による妊娠中絶や不妊化の手術など）や、健康人を対象としてなされる純粋に実験的な措置まで含まれる」という。「しかし、いずれであっても、基本的に、疾病に罹患しているなどの状況にあるか否かに関わりなくその対象者のその時点での身体・生理・心理の状態に対して、放置されている場合に比べて症状が悪化するかどうかにかかわらず、直接的な影響を及ぼすものであるという点で共通している」ことから、「手術や注射」を典型的として「それだけにとどまらず、およそその対象者の身体・生理・心理に影響を及ぼすすべての措置（すなわち医療行為のほとんどすべて）が侵襲と評価され」てきたということである。

世話人の職務範囲が健康配慮とされている場合、「被世話人に同意能力があり、かつ、彼が同意を拒否している場合には、世話人が代わりに同意することは許されない」が「健康状態の検査、治療行為もしくは医的侵襲行為についての世話人の同意は、同意無能力である一つまりは侵襲行為の性質、意味及び効果を理解できないような一被世話人に対してのみ必要となるのである」。

ここで、被世話人が「措置に反対する場合」の「措置の可否をめぐる判断の基準」について、神野（2002：154）は、「当該措置を実施することが本人の『福祉』に合致するかどうか」であるとする。被世話人の「反対」すなわち、医的侵襲に対する拒否と世話人の判断をめぐる問題について神野（2002：154）は「ベルリン地方裁判所 1992 年 11 月 5 日決定」の方法を紹介している。それによると「福祉の判断の方法は、その治療による『副作用が、もはや治療の成功によって補われないほど重大である』かどうかであり、すなわち、企図される措置によってもたらされる『利益と不利益を比較検討して』、そこに『相当性』が存在するかどうかによって判断される」という。

これを受けて神野（2002：154）は、「治療によって生ずる損害がその成功によって『補われる』なら、すなわち、そこに相当性が存在する限りで本人が拒絶する治療も正当化されるということになり、それがここでの被世話人の自己決定の限界といえよう」と述べている。

他方、健康状態の検査、治療行為もしくは医的侵襲に対して、「被世話人がその措置によって死亡する恐れのある場合」、「被世話人が重大かつ長期に及ぶ健康上の傷害を被る恐れのある場合」については、後見裁判所の許可留保が行われる。というのは、「命に関わる措置、もしくは、健康上の傷害を与える措置に対する同意は、明らかに世話人の精神的負担となるおそれがある」からである。そのため、後見裁判所は、手続保障を守るために、いくつかの手続きを行い、世話人の同意についての後見裁判所の許可がなされることになる（ベームら 2000）。

この流れを示したのが図 5 である。これをみるとわかるように世話人は医師による説明義務を受けたのち、医師の判断のもと問題がないとされる措置については世話人によって同意がなされているということがわかる。一方、命にかかわる場合には後見裁判所への報告によって許可され、世話人が医師に同意の表明をしてよいことになる。世話人が同意するには、医師の説明義務を受ける必要があるということで、世話人に含まれる内容から、同意が可能となっていることがわかる。

このように身上監護についても重視している世話法について、新井（2004d：1193）は、法文上も運用上も身上監護の重視の姿勢が貫徹されていると評価している。すなわち、「世話法が身上監護を重視していることは、生命の危険を伴う医療行為、不妊手術、施設への収容等の特に重大性が高い身上監護事項について、後見裁判所の許可制度を導入した点から看取することができ」、「後見裁判所という公的機関の関与を保障することにより、被世話人の福祉実現を確保しよう」とし「身上監護面における被世話人の人権擁護機能をも担っている」と評価している。

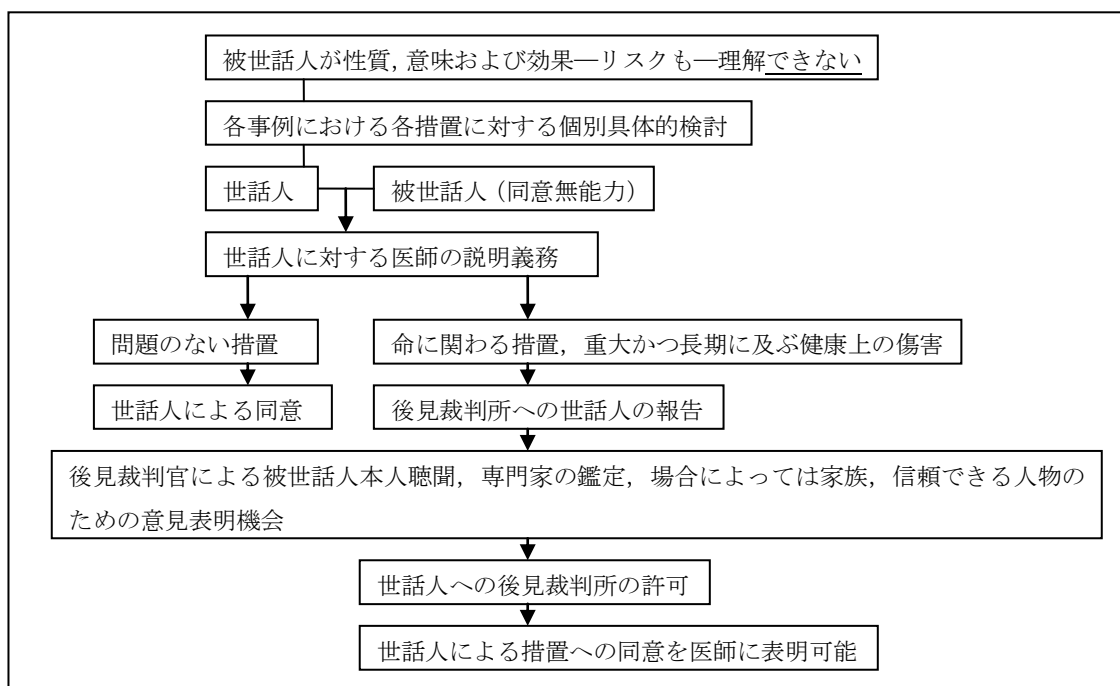


図5 「医師による措置への同意」（ベームら 2000：71 を筆者修正）

(2) カナダ

ここでは主に白石（2001）による報告と Public Guardian and Trustee of British Columbia²⁸⁾に依拠しながらブリティッシュコロンビア州（以下 B.C 州）における医的侵襲行為に対する代理人の規定がされている制度について紹介する²⁹⁾。

B.C 州では、1960 年代に成年後見や精神保健に関連する大規模な法制度改革が行われた。そして 1993 年に、成年後見に関連する 4 法律、「代理に関する合意法」（Representation Agreement Act）、「ヘルスケア（同意）とケア施設（入所）法」（Health Care(Consent) and Care Facility(Admission) Act）、「成年後見法」（Adult Guardianship Act）、「公的後見人及び公的財産管理法」（Public Guardian and Trustee Act）が議会で通過され、再検討を経て実施可能な部分から順次実施されることになった。

白石（2001：34-37）による解説からすると、B.C 州では、「裁判所の関与を最後の選択肢と位置づけ、通常人々が行っている家族や友人の親身な支援について法手続きを整備することを優先させる道を選んだ」という。つまり『代理に関する合意法』や『ヘルスケア（同意）とケア施設（入所）法』が主としてこの目的を担うものであり、「一方、『成年後見法』や『公的後見人及び公的財産管理法』は、家族や友人の支援が得られない場合や、権利の侵害や虐待などが発生している場合の安全ネットとして機能すべき法律である」という。

この中で、医的侵襲行為に対する同意権に関する規定というのは、「ヘルスケア（同意）とケア施設（入所）法」（Health Care(Consent) and Care Facility(Admission) Act）にある。

Public Guardian and Trustee of British Columbia では Health Care(Consent) and Care Facility (Admission) Act における「CONSENT TO HEALTH CARE」について説明がされている。それによれば、ヘルスケアの専門家は、患者が治療をする前にはインフ

オームド・コンセントを得なければならないが、もし患者にその能力がないならば、代理決定者が必要であるということが述べられている。

『Health Care(Consent) and Care Facility(Admission) Act [RSBC1996] CHAPTER181』の第1条では、概念の定義が規定されている。その中でヘルスケアとは、治療、予防、一時的緩和、診察、美容、あるいはその他の健康に関する目的でなされる全てのことを意味し、ヘルスケア提供者とは、ヘルスケアを提供するために任命された法律の下で、免許を受け、証明され、登録された人を意味する。

また、ヘルスケアの内容を2つに分類している。ひとつは、重大なヘルスケアであり、重大なヘルスケアとは、(a)重大な外科的手術、(b)一般的な麻酔を必要とするどんな治療でも、(c)重大な診断あるいは調査の処置、(d)重大なヘルスケアという規定で示されたどんなヘルスケアでも、を意味する。ふたつめは、重大でないヘルスケアであり、重大でないヘルスケアとは、重大なヘルスケアでないどんなヘルスケア、そして(a)ヘルスケアの必要性を診断するための日常的なテスト、(b)疾患や外傷による負傷、あるいは予防、状態の治療という日常的な歯科治療、例えば(i)局部麻酔を伴って、あるいは伴わないでなされる虫歯の詰め物、抜歯、そして(ii)口腔衛生検査、が含まれる。

この点について、白石(2001:35)はこの法律におけるヘルスケアとは「人の健康に関して行われる治療などの行為を指」し、「特に、本格的な外科手術、全身麻酔、侵襲的な診断のための検査などをメジャーヘルスケアと呼び、他のマイナーヘルスケアと区別」されると説く。

そして、この法律では白石(2001)が説明しているように、家族や友人が決定、すなわち同意をすること認め、家族や友人がいない場合に裁判所によって指名された後見人が同意をすることを認めている。

このことについて、第16条において以下のように規定されている。

成人に重大なあるいは重大でないヘルスケアを提供するための代わりの同意を得るために、ヘルスケア提供者は以下の(2)のもとでリストされた順序に従って利用できそして適任である人を選択しなければならない。(a)成人の配偶者、(b)成人の子ども、(c)成人の両親、(d)成人の兄弟姉妹、(e)成人に家系、あるいは養子縁組によって関係のあるほかのすべて

(2)成人のためにヘルスケアに対する代わりの同意をする、拒否をする、無効にするのに的確とする人は、(a)19歳以上である、(b)12ヶ月以内に成人と接触があった、(c)成人と論争がない、(d)代わりの同意をする、拒否をする、無効にする能力がある、(e)第19条の義務に従う意思があること。

ただし、「仮代行決定者は、指名されてから21日間に限り、本人のヘルスケアに対して同意ないし拒否を行う代行決定権を有する」(白石2001:35)。

そして第16条において規定されている第19条の義務というのが、(1)成人のヘルスケアの代わりの同意をするあるいは拒否をするために第16条のもとで選任された人は、(a)代わりの同意、拒否をする前に、(i)成人のもつ最大範囲の可能性について話し合わなければならない、(ii)第16条で選任された人が、友人あるいは援助することを求める成人の親類、Public Guardian and Trusteeによって権限を与えられた人でなければならない。(b)彼あるいは彼女に能力がある間に表出された成人のどんな指示あるいは願望に応じなければ

ばならない。(2)もし成人の指示あるいは願望を知らなければ、第 16 条のもとで選任された人は、(a)成人の既知の信条あるいは価値にもとづいて同意するあるいは拒否することを決定しなければならない、あるいは(b)彼のあるいは彼女の信条と価値を知らなければ、成人の最善の利益で決定しなければならない。(3)代わりの同意をする、拒否をする、無効にすることが成人の最善の利益であるかどうか決定するとき、第 16 条で選任された人は、(a)成人の現在の願望、(b)成人の状態あるいは福祉が提案されたヘルスケアによって改善されそうであるかどうか、(c)成人の状態あるいは福祉が提案されたヘルスケアなしに改善されそうであるかどうか、(d)成人が提案されたヘルスケアから期待されることになっている利益は、危険や損傷より大きいかどうか、(e)ヘルスケアのより制限的でないか、あるいは侵襲的でない形は、提案されたヘルスケアと同じくらい有益かどうか、ということを検討しなければならない、ということである。

このような B.C 州の制度について白石（2001：38）は、「成年後見制度では、裁判所を最後の選択肢と位置づけ、そのため本人の自己決定、周囲の支援者のネットワーク、担当する医師の権威など、当事者の権限及び現在の慣行を尊重した代諾の手続きが整備された。その一方で、これがうまく機能しないとき」に「裁判所や公的後見人及び公的財産管理人」に権限が与えられることから「自己決定の保護、家族など近親者との社会的あるいは公的後見などバランスをとる方法として」見るべきものがあると評価している。

(3) イギリス

イギリスにおける成年後見制度は、Mental Capacity Act 2005 にあたる。これは、改正を経て 2007 年に施行されている。ドイツにおける世話法同様に、この制度についても諸研究者によって制度の概要等について報告がなされている。また、海外の論文としても入手しやすいことから、ここでは、日本において報告されている内容、海外で報告されている内容、そして『Mental Capacity Act 2005 CHAPTER9』³⁰⁾、『Mental Capacity Act 2005 Code of Practice』³¹⁾、『イギリス 2005 年意思能力法・行動指針』³²⁾を参考にしながら、制度の概要について紹介することにする。

イギリスにおける成年後見制度は、保護裁判所（Court of Protection）による法定後見制度と 1985 年に制定法によって導入された任意後見制度から構成されていた。法定後見制度は 1983 年、精神保健法（Mental Health Act 1983）に制定され、任意後見は持続的代理権法（Enduring Powers of Attorney Act 1985）にあたる。そして 2005 年、これらを「ひとつの法律に統合し、法定後見制度においては管財人（receiver）制度を代理人（deputy）制度に、任意後見制度においては、持続的代理権（Enduring Powers of Attorney）制度を永続的代理権（Lasting Powers of Attorney）制度へと改正」、「代行決定の権限を財産管理のみならず身上監護（医療・福祉）にまで拡大」した。これを「Mental Capacity Act 2005（以下 MCA2005 とする）」と呼び、MCA2005 は、2007 年 10 月 1 日より全面施行されている（五十嵐 2009：436-437）。

MCA2005 が改正されるきっかけの一つとして、法定後見を司る保護裁判所の問題が挙げられている。保護裁判所とは、「裁判機関（judicial body）ではなく、最高法院（Supreme Court of Judicature）の業務組織の 1 つであり、保護の審判（命令や指示）を決定する機関である」（五十嵐 2004：1197）。

デンズィル・ラッシュ氏（2005 中山翻訳：106-108）によれば、保護裁判所の問題点の一つとして、保護裁判所には財産あるいは財政状態に関する管轄はあるが、これ以外の個人的な決定に関する管轄がないということがある。このことは、「保護裁判所は、どこに住むか、誰に連絡をとるか、医療上の決定などについては管轄を有していない」のであり、「意思能力を喪失した高齢者が自己決定できないことはもちろん、親族もできない、裁判所もできない、医師すら勝手にやってはならないと言われている」。すなわち「誰も医学的な決定ができない」状況が生じるというのである。そのため、イギリスでは、裁判所が何らかの決定を下してもよいかということを経済決定に対する管轄をもつ「高等法院においてまず審理してもらうということ」になるが、「高等法院は、管轄権を有している裁判所が生命維持装置を外すということは法に反するものではないと判断するが、生命維持装置を外せという明白な判断を下さない」という。

そこで、「自己決定能力を喪失した者に代行して決定するための、統合された新しい体系を勧告」すること、「健康配慮や個人的福祉に関わる決定に関する高等法院の宣言的管轄権を1つの制定法上の基礎に据えること」、すなわち「第1に、財産と財政状態に関する決定、第2に、医療・介護に関する決定、第3に、自分のライフスタイルに対する決定」という「人生の重要な決定領域を全部網羅すること」を目的として MCA2005 が制定されたのである。このことは、MCA2005 に対する行動指針 8.1 においても述べられている。それによれば、MCA2005 第 45 条では、意思能力が欠如している成人の意思決定を取り扱う保護裁判所について既定されている。新しい保護裁判所は、同じ名称の古い裁判所の代わるものである。そしてそれは、彼ら自身の問題を管理する能力が欠如している人びとの財産と財政についての決定に対処するだけであったが、新しい裁判所はまた、ヘルスケアと身上福祉の問題に影響する重大な決定に対処することができるようになった。これらは従来、高等裁判所によって対処されていた、ということである（新井 2009：178）。

MCA2005 は、意思決定能力が欠如している成人に対して自己決定（自律）権を与える（Geraldine2009：415）。この法律の目的は、彼ら自身の決定をする能力が欠如しているかもしれない人びとに能力（資格）を与え、保護するために制定法上の枠組みを規定することである。たとえば、認知症を持つ人、学習障害、精神的問題、手足や脳の障害を持つ人びと。そして、誰がこのような状況で決定することができ、どのように彼らはこれを努めるべきかを明らかにしようとする。また、仮に能力が欠如するかもしれない時に、前もって人びとが計画を立てることができることも目的としている（『THE MENTAL CAPACITY ACT & ‘LIVING WILLS’』2008：13）。Richard, Cassam (2008a：235-236)によれば、無能力者の最善の利益のために決定をする責任がある個人について、MCA2005 では、現在、法の下での公式な権限は、能力が欠如している人のために代理の同意をする第三者を認め、代理の同意をする第三者には、患者の最善の利益を決定することに責任があるという。また、法では決定する能力が欠如しているそれらの者に代わって決定をする人々を幅広く認めている。これらに含まれるのは、家族、友達、ヘルス専門家、弁護士、裁判官、である。そして、これらの人は、法の原理や基準が適用される。このような幅広く第三者による決定の範囲を認めたことについて菅（2010：139）は「私人が他者の決定に関与する機会が正式に創設された」と説く。

また、MCA2005 は能力が欠如している人々に代わってなされる決定を可能にし、決定

は個人の福祉そして財産業務を含むすべての範囲にわたる。これは、必要である意思能力が欠如している人の最善の利益のためだけに用いられるというのであれば、権利の剥奪を許すという規則を可能にさせる。ただし、MCA2005の下では保護裁判所は、精神的能力を奪われた成人に代わってなされる決定のために監督権が与えられ、そして代理人を指名することができる（Bridgit2008b：182-183）ということである。

医的侵襲行為に対する同意権に関して言えば、MCA2005は「これまで法的根拠のないままに医療・介護関係者などが行っていた意思決定能力を喪失した人の医療・介護の事実行為に関する代行決定に関しても新たな法的根拠を創設するなど、総合的な自己決定支援としての成年後見制度の実現を目指した法律である」（五十嵐 2009：437）。

MAC2005に規定されている意思決定能力を喪失した人の医療・介護の事実行為に関する代行決定に関する新たな法的根拠というのが「一般的権限（general authority）」である。

デンズィル・ラッシュ氏（2005 中山翻訳：116）は「一般的権限」について次のように説明している。

「意思能力を喪失した者には、多くの人が決定をしてあげることがある。たとえば、裁判所、代行人、あるいは持続的代理権を与えられた弁護士などである。そのときには、意思決定をする人に一般的権限を与える、すなわち、その人を介護している人や治療をしている人にも権限を与える、と規定する。具体的にいうと、他人の介護や治療に関してなされた特定の行為に対して負うべき損害賠償責任から制定法による保護を与える、すなわち訴追されなくて済むということである。介護や治療に際して、まず第1に、その行為が必ず必要であったと考えられる場合、第2に、合理的な行為をとったと考えられる場合、第3に、この者にとっての最善の利益を考えてした行動であること、このような場合には、一般的権限を与え、そして責任追及されないという保護を与えている」。

そして、ケアあるいは治療に関する行為について『Mental Capacity Act 2005 CHAPTER9』（2007：14-15）の第5条では次のように規定されている。(1)人(D)が他人(P)のケアあるいは治療に関する行為をする場合、その行為は本条の適用となる一つである。(a)行為をする前にDは、Pが問題となっている事柄に関係する能力を欠如しているかどうか、確立されている妥当な方法をとること、(b)行為をする時、Dが以下の2点について適当だと思っている。(i)Pが事柄に関する能力を欠如していること、(ii)その行為を行うことはPの最善の利益のためであること、である。MCA2005でいう「最善の利益」に関しては、第4条において「最善の利益」を判断するために意思決定者がしなければならないことが規定されている。また、第5条の(3)では「本条は、その行動をすることで、過失の結果として生じた損失あるいは損害について本人の民事責任、あるいは刑事上の責任を何も考慮するものではない」とされている。

第6条では第5条行為の限界について次のように規定されている。(1)DがPの抑制することを目的とする行為をするならば、それは以下の二つ以上の状況が当てはまらない限り、第5条に適する行為ではない。(2)第1に、DがPへの損傷を防ぐことを目的のために必要であると適当に思っているということ。(3)第2に、その行為が以下の2点に適当な対応であること。(i)Pのこうむる損傷の可能性、そして(ii)損傷の重大さ、である。

次に、わが国において成年後見に相当する事項について『Mental Capacity Act 2005

CHAPTER9』(2007: 22) では第 15 条から規定がされている。その中で第 16 条決定をする権限と法定代理人を任命する権限—一般的権限では、(1)本条は本人 (P) が事柄に関連する、あるいは以下の 2 点に関する事柄について能力を欠く場合に適用される。(a)本人の身上福祉、あるいは(b)本人の財産管理。(2)裁判所は、「(a)命令を発して当該事項行為に関する意思決定を本人に代わって行う、(b)「法定代理人」に任命し当該事項に関する意思決定を本人に代わって行わせる、権限を有する」。第 16 条の(4)では「法定代理人を任命することが本人の最善の利益に適うか否かを判断するに当たっては、裁判所は(第 4 条に加えて) 次の原則を考慮しなければならない、(a)裁判所による意思決定は法定代理人によるそれよりも望ましい、(b)法定代理人に授与される権限の範囲及び期間はその状況下で相応と認められる最小のものとすべきである」と規定され、第 17 条には第 16 条に基づく裁判所の権限: 個人の身上福祉に関する事項が規定されており、そのうちの(d)において「本人のために医療を提供する者による治療の実施又は継続への同意を又は同意を拒否する」(新井 2009: 24-26) とある。

このような MCA2005 に対する行動指針として『Mental Capacity Act 2005 Code of Practice』(以下: 行動指針)がある。行動指針第 6 章では、ケアあるいは治療を提供する人々に対して MCA2005 がどのような保護を提供するのか、ということについて説明されている。それによれば MCA2005 では、介護者、ヘルスケア、そしてソーシャルケアスタッフに責任の心配をすることなく特定の仕事を遂行することを認めている。これらの仕事は同意をする能力が欠如している人々の個人的ケア、ヘルスケア、治療を意味する。その目的は、同意をする能力が欠如している人の最善の利益で実施される必要がある行為に対して法的保証を与えることであるという。そこで行われる行為というのは、世話をする日常的な仕事(例えば、誰かが洗うのを援助している)から、生活が変化する出来事(例えば、重大な医学的治療、あるいはケアホームに入るための誰かのための手配)に及んでいる(行動指針 6.1)。

しかし、これらの行為というのは理論的には、同意を得ないですということは法律に違反していることになる。法律的に、人々は、彼らは同意を与えない限り彼らの身体や財産に干渉するのを止める権利がある。しかし、誰かが同意を与える能力が欠如していたらどうするか? 服を着ることができない人々に着させる介護者は、彼らの同意なしに誰かの身体にもしかすると干渉している、だから、理論上は暴行で起訴される、あるいは能力が欠如している人の家に入って、きれいにする近隣の人は、人の所有地に不法侵入することになるが、法では、このようなケアを提供する人々が行うための形式的(正式の)許可を得る必要はないとしているのである(行動指針 6.1, 6.2)。

重要なのは、彼らが介護や治療といった行為が可能となるために(専念できるように)、責任からの保護を法が提供しているということである(行動指針 6.3)。

5 条 1 項ではケアあるいは治療に関する行為と規定しており、その行為は本人の最善の利益に限って能力を欠く本人のために実施することが許されている(行動指針 6.4)。

ここでいうヘルスケアと治療の内容は、診断検査とテスト(疾病、状態、他の問題の確認)を行うこと、専門的な内科の、歯科の、そして類似する治療を提供すること、薬物治療を与えること、評価あるいは治療のために誰かを病院に連れて行くこと、ナーシングケアを提供すること、他の必要である治療を行うこと(例えば、血液検査)あるいは、療法

(例えば、物理学療法、手足療法)、緊急時のケアを提供すること、である(行動指針 6.5).

これらの行為は、もしその人が行動のために同意を与える能力が欠如していると正当に思うならば、責任からの保護を受ける(行動指針 6.6). 保護される者は、家族介護者あるいは他の介護者、介護福祉士、救急車のスタッフ、ボランティアなどである(行動指針 6.20).

ただし、この責任からの保護に関しても限界がある。それは、拘束の不適当な使用、あるいは、能力が欠如している人が彼らの自由を奪われる場合には、責任からの保護は受けられないという重要な規約が課されている(行動指針 6.40).

このように行動指針からも明らかなように「これまで意思決定能力を喪失した人々のために周囲の判断によって行われてきた介護や治療行為に関する法的処理」(菅 2007 : 22) に対する権限が MCA2005 では家族や介護者にも与えられていることがわかる。

MCA2005 では、家族や介護者、保護裁判所によって指名された代理人と幅広く能力が欠如した者に対する代理決定がされる仕組みがあるが「一般的権限 (general authority)」によって権限を与えられた家族や介護者について、菅 (2007 : 22) は「実質的にサポートする立場にある人々は、一定の行為権限を与えられると同時に、過失ある行為については、従来どおり法的責任を問われるというしくみが明確になった」と述べている。ただし、菅 (2007 : 24) によれば行動指針というのは「考慮する義務」であって「遵守する義務」でないから、万一、行動指針に反する意思決定を本人に代わってしたとしても、サンクションを与えられないが、なぜ、行動指針に反したのかという「正当な説明ができなければ、後見人らは、本人のベスト・インタレストに反する行動をとったとして、保護裁判所の判断により、法的責任を問われる可能性がある(民事上の損害賠償責任、さらに不当な対応や故意による任務懈怠とまで判断される行為に対しては、罰金または 5 年以下の禁錮)」ということである。

Bridgit (2008a : 110) も同様に、MCA2005 は、裁判所によって指名された代理人、研究に従事する人、職業上の資格で行動する人、報酬のために行動する人、などは能力が欠如している人に関する行動をする場合、関係するどんな指針に対しても考慮する義務があると述べている。Bridgit (2008a : 110) は、考慮する義務があるこれらの人々のうち、看護師が従わなければならない 2 点を挙げている。第一に、彼あるいは彼女に代わってケアや治療の決定をする能力が欠如している人のためにケアをすること、第二に、MCA に規定されている原則、規則、そして指針に対する「考慮」である。そして、指針で述べられていることを無視した場合には、自動的に、刑事上あるいは民事上の責任への違反、あるいは根拠とはならないが、裁判所や法定によって考慮されることになる。加えて、上述してきた法定代理人の支援及び監督についての責任機関として公的後見事務所が位置づけられており、そのことについては MCA2005 の第 57 条、行動指針 8.69 から規定されている。Bridgit (2008a) は裁判所によって指名された代理人、研究に従事する人、職業上の資格で行動する人、報酬のために行動する人が行動指針を考慮しなければならないことを説いていたが、菅 (2010 : 40) によれば「さらに、家族・友人、無報酬の介護者といった、非専門家であり、公式な意思決定権限者ではない人々についても」行動指針を尊重することが望ましいと考えられているという。その理由は、「公式／非公式、専門／素人に問わず、そもそも、判断能力の減退した人に関わる全ての人々が、『本人に代わって意思決定をする』ということの重大性、なぜそうした決定をしたのかについて常に応答できることの大切さ、

を認識するのに有効だと考えられているためである」とする。

そして、保護裁判所の役割については次のように述べられている。まず、保護裁判所への申請について行動指針 8.3 では、個人の身上福祉問題に関する事例の多くは、法の中核の原則、第 5 章と第 6 章で規定されている過程、彼ら自身のケアあるいは治療に関する決定をする能力が欠如している者の最善の利益に関する行為あるいは決定をすることを助けること、行為あるいは決定に関する不一致を解決する方法を見つけることで足りるだろう。しかし、以下の場合には保護裁判所の申請が必要となるかもしれない。特に困難な決定、どのような方法でも解決することのできない不一致、などである。保護裁判所への申請者は、例えば「能力がないと判定された本人が、必要に応じ、他者の支援を受けて異議を申し立てる」、「家族間に対立があり、その中の一人が調停を求めて申請を行う」場合が考えられる（行動指針 8.7）（新井 2009 : 178）。

次に、保護裁判所の権限について（行動指針 8.13）。能力が欠如している人々に影響する財産や身上福祉の事柄に関する宣言、決定、命令を出す。これらの決定をする能力が欠如している人々のための決定をするために法定代理人を指名する。不適当に行動する法定代理人あるいは永続的代理権代理人を解任する、である。そして、裁判所は、本人のケアあるいは治療に関する特定の行動が合法的であるかどうかを宣言することができ、第 15 条のもとで、この行為は本人が必要とするケアあるいは治療を提供しないことに関する不作為を含むとされている（行動指針 8.17）。誰を法定代理人として任命するかという決定は裁判所にあり、裁判所は候補となる法定代理人が信頼でき、信用でき、そして必要である仕事を遂行するのにふさわしい技術と能力のレベルがあるかどうかを判断することになる（行動指針 8.32）。多くの場合、法定代理人は家族成員やその人のことをよく知る誰かであるが、裁判所は家族から独立した代理人を任命することもある（行動指針 8.33）。

身上福祉法定代理人は、裁判所の権限なしに遂行することができない重要な行動が必要となっている、あるいは、本人の最善の利益のために問題を解決させる他のいかなる方法もない場合に必要とされる。例えば、一定の期間誰かが身上福祉の決定をする必要があるが、これらの決定の全てに対して裁判所を必要とすることは有益であるがふさわしくないとき、歴史的に深刻な家族紛争があり、法定代理人が任命されない限り、本人の将来の介護に関する有害な影響を及ぼすとき、能力が欠如している本人が、家族成員の保護下のままにされるならば、重大な損害が及ぶ恐れがあるとき、などである。この場合は、家族から独立している誰かによって決定がされる必要がある（行動指針 8.38, 8.39）。そして、法定代理人となれるのは、18 歳以上であると規定されている（行動指針 8. 40）。

保護裁判所によって指名された法定代理人は、制定法の原則に従う、能力が欠如している人々の最善の利益に関する行動をする、行動指針のガイダンスをみる、保護裁判所が与えた権限内の意思決定だけを行う、という義務がある（行動指針 8.50）。

この他に法定代理人が負う義務が列挙されている（行動指針 8.56）。注意義務、受託者義務、自らの過失により生じさせた第三者の損害を本人に弁償する義務、許可なく任務を他人に委託しないこと、忠実義務、秘密保持義務、保護裁判所の指示に従う義務、である（新井 2009 : 187）。

受託者義務では、彼らの立場を利用してはならないことを意味する。法定代理人は、彼らの義務と対立する個人的利益を持つてはならず、彼らの義務に影響を与えるどんなこと

も認めるべきではないとされている。そして、多くの場合法定代理人は家族があたるが、潜在的に利害相反につながることもあるため、法定代理人は本法の諸原則及び最善の利益を守り、自らの個人的利益で意思決定をゆがめることのないようにするべきである（行動指針 8.58）（新井 2009：188）と規定されている。

このように、保護裁判所によって任命される法廷代理人は概して家族であることが多いということを踏まえて、それらの者は能力が欠如している人々の最善の利益のために行動すること、保護裁判所が与えた権限内のみで行動することが厳格に定められていることがわかる。菅（2010：140-142）も「私人」が本人に代わって決定主体となることは「本人と近い関係にあるがゆえに本人の利益と自らの利益を混同させてしまう危険性を帯びている。あるいは、プロフェッション性を有するがゆえに、パターンリズムに陥りやすい危険性を有している」が、「決定者の考える『ベスト・インタレスト』を排斥し、あくまで本人の観点からみた、本人を中心に据えた『ベスト・インタレスト』のみを正当なものとして承認する法制度こそが、本人の自律や尊厳を守るセーフガードと考えられる」説く。そしてこの『ベスト・インタレスト』概念は、多面性を有している」が共通していることは「本人に代わって意思決定を行うすべての『他者』に対して、自らの行為を慎重に見直すことを求める、法理念であるという点である」とする。

第2項 諸外国の制度からの示唆されること

以上、ドイツ、カナダ、イギリスにおける諸制度を海外してきた。ドイツにおける特徴は、「被世話人の福祉」のために後見裁判所が（その他の職務範囲も含め）「健康配慮」の必要があると認めた場合に、世話人に同意の権限が与えられる（世話の命令）ということであった。しかしその前提として、親族や知人等による支援が優先されるという補充性の原則と後見裁判所によって世話の必要性が判断される必要性の原則があることも特徴の1つであると言える。また、医的侵襲行為に対する同意権についての言及は民法 1904 条でされていた。そこでは、「身体・生理・心理に影響を及ぼすすべての措置（すなわち医療行為のほとんどすべて）が侵襲と評価」されるということが注目すべき点である。さらに、ほとんどすべての行為が医的侵襲行為とみなされるということではあるが被世話人が「死亡する恐れ」あるいは「重大かつ長期に及ぶ健康上の傷害を被る恐れ」のある場合については、後見裁判所の許可留保が働くということであった。

このように、ドイツでは、補充性の原則が優先されるということではあるが、後見裁判所に世話の必要性が認められた場合には、医師の説明義務のもとで世話人にほとんどすべての医的侵襲行為に対する同意権が付与され、死亡などの可能性がある医的侵襲行為に対しては後見裁判所の判断によって、世話人が同意をするという仕組みになっていることがわかる。特に重要と思われる点は、世話人の義務として被世話人の福祉を考慮した職務の遂行をしなければならないが、その場合の後見裁判所の役割であると言えよう。後見裁判所は、世話人のあらゆる職務内容を監督し世話人の職務内容に対する制御装置として機能しており、このような機関の配置によって新井（2004d）も述べていたように「被世話人の人権擁護機能」を担っていると思われる。

カナダにおける特徴は、成年後見に関する 4 法律があり、そのうちヘルスケアや施設入所に関する同意を法的に家族や友人が認めることを制定しているのが「ヘルスケア（同意）

とケア施設（入所）法」であった。「ヘルスケア（同意）とケア施設（入所）法」に基づいた家族や友人から支援（同意をする）を得られない場合には、「成年後見法」あるいは「公的後見人及び公的財産管理法」のもと、裁判所によって指名された後見人が同意をすることになる。カナダでは本人から同意を得られない場合に、本人の自己決定の保護のために成人の最善の利益であるかどうかの決定について家族や医師による同意ないし代理判断が行われている慣行を法的に規定し、一方で、それらの者によって解決しない場合に、裁判所や公的後見人に権限が付与されるというように、わが国における医的侵襲行為への同意に関する空白の状態を埋める役割を果たしている事実上家族による代理決定を法的に位置づけているということが示唆的であると言える。

そして、イギリスにおける特徴は、カナダ同様に、法的根拠がないまま、すなわち家族や介護者が慣行的に行っていた医療や介護に関する代理決定について法的根拠を与えたということが特徴として挙げられる。彼らには、対象となる本人の能力の有無に関わらず、妥当な方法をとることや最善の利益のための行動であると正当に信じた場合に「一般的権限」が与えられることによって、責任からの保護を法によって規定された。菅（2007：22）はこの点について、「空隙をなくすという効果をもたらした」と評価している。

他方で、保護裁判所に指名された代理人（法定後見人）にも医的侵襲行為に対する同意権が与えられるということであるが、多くの場合代理人となるのは家族やその者を良く知っている誰かであるということであった。ここで、MCA2005 においては法的枠組みの中に医的侵襲行為に対する家族の権限（それは一般的権限と呼ばれる）を認め、その一方で、保護裁判所によって指名される家族という存在もまた認めるという点が重要である。また、MCA2005 では、保護裁判所に指名される代理人を務めるのは家族であることが多いということ、したがって家族間の利害関係をも考慮して指名された代理人は、本人の最善の利益のために行動しなければならないこと、それは保護裁判所が与えた権限内の行為であること、という規制を設けている点も重要である。

このように、わが国における医的侵襲行為への同意権のあり方と比べるとカナダ、イギリスでは日本では慣行としてなされている家族による代理決定、パターンリズムとしてなされる医師等の専門家による代理決定が法的に位置づけられており、カナダでは家族に権限を与える独立した法律があり、それらの者による行為でも適当ではない場合には裁判所によって指名された後見人によって同意がなされるということ、イギリスでは MCA2005 内に一般的権限をもつ家族と代理人として保護裁判所に指名された家族が存在するが、慣行的に家族によってなされていた行為に対して、一般的権限を与えることによって法的責任から保護されるということであった。このことは、逆に一般的権限が与えられるための条件に反する行為をした場合には責任が問われるということになると思われる。また、保護裁判所によって指名された代理人としての家族については、それらの行為が不適切な場合には、保護裁判所による解任という手続きがとられるということからも、MCA2005 において家族が医的侵襲行為に対する同意をした場合の危険性の回避に対する措置がとられていることが窺える。一方、ドイツについては補充性の原則が優先されるということではあったが、世話制度が必要とされた場合には後見裁判所によって指名された世話人による医的侵襲行為に対する同意がなされるということ、医師の説明義務をもとに世話人に同意が可能となるということ、これらを可能にしているのは後見裁判所による世話人の職務内

容への監督と制御装置という機能によるということが窺えた。

以上のことから、諸外国では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、このことはまさに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ということが言えよう。そして重要な点は、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（それが家族であったとしても）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。また、ドイツの制度においては医師の説明義務のもとでほとんどすべての医的侵襲行為に対する同意権が付与されている、ということからすればわが国では医師は医療水準にのっとって医的侵襲行為を行い、したがってそれに基づいて説明義務をしていると考えられることから、家族や成年後見人に同意権付与を認めることは可能であると思われる。

諸外国において精神上に障害のある者に代わって第三者が代理決定を行えるのは「被世話人の福祉」や「最善の利益」を守るために法制度が必要であるということを第一義として、そのためには成年後見人に相当する者はもちろんのこと友人や家族を含めた第三者をも機能させる必要があること、加えて裁判所などの公的機関の配置によって代理決定者の職務内容を監督、制御する体制が整備されていることが挙げられ、それらが機能することによって空白のない状態を作り出していると考えられる。

第4節 成年後見人に同意権が付与されるための考え方

これまで、成年後見制度の代理の仕組み、新聞記事からみる成年後見制度に関する報道のあらわれ方と現状として成年後見人に求められる役割、そして成年後見制度における医的侵襲行為への同意権問題、諸外国との比較の検討を行ってきた。

成年後見制度では精神上に障害のある者を保護することを一つの目的とし、そのために権限が付与されているが、その中でも代理権からは必ずしも成年後見人による医的侵襲行為への同意権を導くことができないという論理的限界に至った。また、報道のあらわれかたにおいても、財産管理に焦点が当てられていることから生活にまつわる医療に関する問題が成年後見制度にはあるという認識を国民に与えにくいということが言え、他方で医的侵襲行為場面において成年後見人に同意が求められている現実があることを確認した。

そして、成年後見制度における医的侵襲行為に対する同意権問題の論議の検討から、成年後見人に同意権付与の可能性を導いたとしても、単独で成年後見人には同意権付与はなされずに、医療の性質によって左右されることと、家庭裁判所や第三者機関の必要性が条件となっていると言える。また“慣行的”理由づけから、やはり「家族」に頼らざるを得ないという見解がみられた。

諸外国においては医的侵襲行為における権限は成年後見人に付与されているだけではなく「家族」にもまた権限が付与されていた。この点がわが国と異なる点である。つまり、諸外国では医的侵襲行為への同意権付与のあり方が法的に空白のない状態、すなわち合法的に医的侵襲行為への同意がされないという状況を作り出さない仕組みになっており、正当な権限を家族等にまで付与しているが、一方で日本では事実上家族による代理決定によって空白にならない状態を維持しているだけであって法的には空白があるということが言

える。

わが国では親族が後見人となって被後見人の財産を着服するという事件が起きていること、社会的にも親族による虐待問題が起きている社会的状況の中で果たして「家族」に同意権を付与するための正当性を論じ、その根拠を提示することができるのであろうかという疑問が生じる。これらのことから、法定代理人である成年後見人がいるなかで「家族」が頼られる、あるいは頼らざるを得ない状況で医的侵襲行為場面における代理決定について、第一に医療水準論、第三者機関の関与ということを念頭にいれながら、どのような法的観点を導入すれば、法定代理人として成年後見人による代理決定が正当化されるのか、という論点が浮上する。そして第二に、成年後見人への同意権付与に関する論議でありながら、家族に頼らざるを得ないことが想定されている、あるいはそのような想定をさせている家族による代理決定がなぜ正当なこととして受け入れられるのかという疑問が生じる。そこで、わが国における家族の位置づけとその背景を探ることが必要であると思われる。

-
- 1) 取消とは「表意者を保護するために認められた制度である」。「表意者保護のため、有効にするか否かの選択権（取消権）が与えられる場合」に取消権の行使によって「取消しの対象となった申込や承諾の意思表示が取り消され、はじめから無効だったものとみなされること」。取消権は「ある特定の人の利益を擁護するために与えられるもの」である（内田 2008 : 289-290, 294）。
 - 2) 後見制度において同意権ではなく取消権が説明されるは、後見制度の対象となる者は自らの意思で行為することがないという前提であり、それらの行為のうち日常生活に関する行為以外については取り消す必要があると思われることから、取消権の効果について説明がされていると思われる。
 - 3) ただし、一般的に医的侵襲行為に対する判断能力のない者による同意というのは無効あるいは免除されるというのが通説である。
 - 4) 須永（2003）は、このことを理由に成年後見人による医的侵襲行為に対する同意を認めないとする立場ではない。
 - 5) 信義則とは信義誠実の原則のことであり「社会生活上一定の状況の下において相手方のもつであろう正当な期待に沿うように一方の行為者が行動することを意味する」（『法律学小辞典第4版』2007 : 655）。
 - 6) ここで＜新聞＞を分析対象として選定した理由を述べる。マスコミュニケーションのメディアとしては、新聞、雑誌、ラジオ、テレビなど、さまざまなものがある。メディアは「それを使う人間の知覚習慣を変える。内容とかかわりなく、メディア自体がなかに入っていく。メディアは内容を伝える過程においても人々の感覚に働きかける」。また「社会にも働きかける」（水野 2000 : 35）という機能をもつ。また、そのような機能をもつ「メディアから発信されるメッセージの『意味づけ』や『意味の創出』は、受け手と送り手の相互作用によって社会的実践として協同構築され、その繰り返しによってテキストを読み解くための『文法』が生み出され、それらが再構築され強化されていく」（岡本 2008 : 28）という。そのような機能、効果をもつメディアの中で＜新聞＞を分析対象とするのは、中島（1998 : 15）が「新聞という活字メディアは、各世代の幅広い読者に向け、不特定多数の興味や関心を集めるということを前提にした紙面作りをしている」と述べ、また布尾（2008 : 63）が新聞における「見出しは、新聞記事の要旨を表す部分であり、これを見ただけでおおよその記事の全貌がつかめるものであることが理想とされている」と説明していることから、＜新聞＞が日常生活の中で人々に多くの情報を提供し、また過去から現在までの情報も集めることも可

能であり、また、それを提供してくれるからである。これらのことから、成年後見制度に関する〈新聞〉の見出し・記事内容を分析することで、ある時点から現在にいたるまでの成年後見制度の見出し・記事内容が、何を主題として報道されているのか、また、そこでの報道のされ方が、人々や社会にどのような影響を与えているのか、つまり、成年後見制度が、社会的に普及する際に正しい内容をもって認識されているのかが明らかになると思われる。

- 7) 吉田 (2004) によれば「注射の目的・理由として、『病棟という閉鎖的な場所であり、発病すると感染が早い。病弱な者がいる場合、感染すると危険である。Aさんは、今まで注射しても副作用などは生じていない』ことが説明された」ということである。
- 8) 小松 (2006) によれば【インフルエンザ予防接種の事例 (成年被後見人 C さん) について】の事例内容は次の通りである (以下、下線部分は筆者)。「Cさんが入院している老人病院からは、成年後見人あてに、『インフルエンザ予防接種のお知らせ』『予防注射申込書』『“予防接種希望書”兼“予診票”』が送付される。そのうち『インフルエンザ予防接種のお知らせ』には、一番気にかかる副反応についての説明がある」。一成年後見人である小松氏はインフルエンザ予防接種に伴う副反応について厚生労働省等のホームページより調べる。そこには「一般的に副反応は微熱、注射痕の痛み・腫れなど軽微であり数日で消失し、深刻な副反応の発生は非常にまれである」といった趣旨がかかれており、これは病院からの「お知らせ」にも同様の内容が記載されていた。「しかし、重い副作用が生じる可能性がある以上、医療行為の同意権を与えていない成年後見人が予防接種を受けるか否かの判断をおいそれとすることはできない (中略)。病院側は成年後見人の署名捺印を求めているのに成年後見人がこれを拒否すれば、Cさんが予防接種を受ける機会を失う。成年後見人の対応が原因でCさんに不利益が及ぶという事態は避けたい。今年の予防接種の申込期日は迫っている。そこで、致し方なくCさんに予防接種を受けてもらうため、所定の書面に署名・捺印をして提出することにした。病院から渡された『予防接種申込書』の家族署名欄には成年後見人が署名・捺印し、『“予防接種希望書”兼“予診票”』の本人署名欄に成年後見人が本人の氏名を代筆した。なお署名・押印することに戸惑いがあったので、『費用の支出は問題ないが、医学的に接種可能か否かの判断は主治医にお任せする』と付記し、『予診票』中の既往症や接種当日の体調等の質問事項については病院側に記入を委ね提出した」。【胃ろう造設の手術の同意に事例 (成年被後見人 D さん) について】の事例内容は次の通りである。「成年被後見人 D さんは持病が悪化し入院したが、食べ物がうまく飲み込めなくなり、鼻から管を入れて栄養をとるようになった。そして担当医から成年後見人に対し病状について次のような説明があった。『Dさんは嚥下障害のため、(中略) 雑菌が体内に入るのを抑えて本人の不快感を取り除くため、腹部に穴をあけてそこから経管栄養に替えたい。腹部の穴すなわち胃ろうをつくるには内視鏡による簡単な手術が必要なので同意してほしい』。『以上のような主治医の説明を受け、安全でしかも快適な経管栄養の方法に替えてほしいが、成年後見人には医療行為の同意権が与えられていない旨を返答すると、主治医は驚き、『身寄りのない人は施設に入所していれば施設長の同意で手術が受けられるのに、身寄りのない人のために家庭裁判所が選んだ成年後見人に同意権がないのは理解に苦しむ。病院としては成年後見人で何ら問題ないので同意してほしい』と重ねて依頼された。担当医の判断で手術することはできないか尋ねたところ、同意書なしで行う緊急手術には当たらない、内部規定があり簡単な手術でも同意書の提出が要求される、とのことである」。「Dさんが手術を受けるためには、成年後見人がどうするしかなくなってしまった。決心がつかず、医療行為の同意の問題について書籍や雑誌を調べてみた。一定の条件付きで成年後見人に同意権を認める説もあるが通説的見解ではない。実際に、危険性が低い手術や緊急性の高いものについては、必要に迫られて成年後見人が同意している例も報告され

ている。しかし、あくまでも例外である」。—このような状況の中 D さんの容態悪化—「D さんの苦痛を思い知らされた瞬間だった。もう迷ってはいられない、一刻も早く同意書を書いて D さんを鼻の管から解放しようと決心した。翌日、成年後見人が手術を同意することにつき事前の了承を得るため家庭裁判所を訪れた。事情を説明すると担当書記官から、『本人につき、当初からかわりのある親族がいないことは裁判所でも確認している。現在、本人にかかわりのある人は成年後見人しかいない。成年後見人としてではなく、唯一本人にかかわっている人間として手術の同意をしたらどうか。このような状況では他に同意する人はいないだろう』との返答があった」。「大至急病院に同意書を提出し、手術日を決めてもらった。担当医から胃ろう造設手術の説明を受けてから、ちょうど1ヶ月が過ぎていた」。

- 9) 【眼球摘出手術の事例（成年被後見人 E さん）について】（以下、下線部分は筆者）
「E 氏は生来知的障害があり、財産管理等に関する判断力はないといえるが、旅行に行きたいとか、〇〇が欲しいとか、希望を述べる能力はある」。「入所施設の担当者から携帯に電話が入った。『E さんが左目より出血、眼球摘出手術が必要と医師が言っています』とのことである。（中略）声をかけたところ、『目が痛いので治療をしてほしい』と言い、またそのために眼球を摘出する手術をすることはわかっているようだ。本人の意思をはっきりと聞き取ることができたため、事前に用意されていた手術同意承諾書に、『本人代筆として成年後見人迫田博史』と署名・捺印した」。「その後、麻酔担当医から入所施設の人とともに麻酔に関する説明を受けた」。「手術が開始され、翌午前1時30分頃、無事に終了した。医師から手術の結果等につき説明を受けた」。—その後—「E 氏は退院した。歩きにくくなる症状が少し前から出ており（中略）神経系による症状ではないかという説明があった。そこで、施設に戻る前に別の病院に寄ったところ、背骨が折れていることが判明した。この骨折手術については、医師から状況の説明を受けたうえで、手術に関する承諾書および輸血に関する承諾書が要求された。承諾書には、『成年後見人として異議を述べないこと、本人が承諾していることを確認したこと』を付記したうえで、私が署名・捺印した。この手術も成功した」。
- 【透析の事例（成年被後見人 F さん）について】F さんは透析をしなければならない時期が近づいていた。医師からの説明を受けたうえで「治療については『本人の代わりには同意できない』という説明を医師にしたところ、『よくはわからないが、そういうことなんでしょうね。でも、治療しないと危ない。治療する方向で考えましょう』という回答があった。その後、透析事前準備のため、再度病院で説明を受けたが、その折、シャント（人工的動静脈瘻）をつくる手術の説明に基づく承諾、エイズウイルス感染調査の承諾を画面で求められ、『成年後見人として説明は受けた』趣旨を付記して署名した。この手術は成功した」。
- 1ヶ月後—「入所施設から、前記項目の数値が悪くなり、透析開始の必要が出てきてののだが、本人が嫌だと言っている旨の連絡が入った。そこで、医師を含めたミーティングを再度行うことにした。（中略）病院のミーティングにおいては、医師から、『検査値が高く、このままでは非常に危ない状態であり、いつ突然に心臓が停止するかわからない』と説明を受け、透析開始をお願いすることになった」（迫田 2006：40-42）。
- 10) 本研究では「医的侵襲行為」という表現を用いているが、医的侵襲行為への同意権問題に関する論議では否定説と肯定説に分類される諸説を検討する。その際、諸研究者によって「医療行為」「医的侵襲行為」「医行為」と表現されていることもあるが、とくに断らない限りそれらの表現については本研究で用いる「医的侵襲行為」と修正することなく論ずる。同様に、本研究で用いている「同意」「同意権」という表現についても諸研究者によっては「代諾」「代諾権」「医療同意権」という表現がされているが、諸説を検討するにあたって修正することなく論ずる。
- 11) この他に否定説の立場をとる者として原（2001a：28-29）による見解が挙げられる。

それによれば身上配慮義務等と医的侵襲への同意について、法制審議会における内容を踏まえて成年後見人には同意権が認められないこと、しがたって「本人に代わって成年後見人が手術に同意する権限は認められず、これに応ずる義務もなく、仮に、成年後見人が医師に対して同意を与えたとしても、私法上何ら意義を有しないものというほかない」と指摘する。原（2001a）がこのように指摘するのは「実務上は、手術等の医的侵襲への自己決定としての同意とともに『万一治療中に自己が発生しても一切異議は申しません』といった内容の免責特約への同意が求められることが通常であると思われるが、手術等の医的侵襲の結果医療過誤が生じた場合の医師（又はその使用者）の免責のために同意を求めるのだとすれば、その効力は通常否定されるべきものであると解すべきであり、その意味でも成年後見人に同意を求めることは無意味ではないかと考える）」ためであるということである。

- 12) 成年後見法の起草担当者の見解は新井（2007：1・2）によって紹介されている。それによれば、「成年後見の場面における医的侵襲に関する決定・同意という問題は、一時的に意識を失った患者又は未成年者等に対する医的侵襲に関する決定・同意と共通する問題であるところ、それら一般の場合における決定・同意権者、決定・同意の根拠・限界等について社会一般のコンセンサスが得られているとは到底いい難い現在の状況の下で、本人の自己決定及び基本的人権との抵触等の問題についての検討も未解決のまま、今回の民法改正に際して成年後見の場面についてのみ医的侵襲に関する決定権・同意権に関する規定を導入することは、時期尚早といわざるを得ないものと考えられる。この問題は、医療行為にについて本人の判断能力に問題がある場合における第三者の決定・同意全般に関する問題として、医療の倫理等に関する医療専門家等の十分な議論を経た上で、将来の時間をかけた検討に基づいて慎重に立法の要否・適否を判断すべき事柄であり、当面は社会通念のほか、緊急性がある場合には緊急避難・緊急事務管理等の一般法理にゆだねることとせざるを得ないものというべきであろう。また、医療に関する事項に関連する問題として臓器移植、不妊手術、延命治療及び中止、尊厳死等の問題についても、同様の理由から、今回の民法改正に際して成年後見の場面についてのみ決定権・同意権に関する規定を導入することは、適当ではないものというべきであろう」。ということである。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の見解は起草担当者によるものに集約される。しかしながら、この見解にはいくつかの検討すべき内容が含まれていることから、本研究では「時期尚早説」、「未解決問題説」、「緊急避難・緊急事務管理説」と細分化して否定説の主張の正当性を検討することにした。

- 13) 本章文末脚注 11)を参照。

- 14) 道垣内（2002：239）は「契約の締結 とくに医的侵襲に対する同意との関係について」次のように述べている。「民法 858 条の立法過程においては、医的侵襲に関する決定・同意の問題について規定を置くことは意識的に避けられたわけだが、一般法に委ねられたわけだから、本人が判断できない状態にあるとき、成年後見人に判断権限を与えるという解釈論を展開することはできる。しかしながら、入院契約の締結と、具体的な医的侵襲に対する同意とは、厳密に区別して考えるべきである。同意を契約締結の必然的な前段階と見ることは、事柄を曖昧にする。たとえば、判断能力のある者は、いったん手術に同意し、入院契約を締結しても、その後、自由に手術への同意を撤回できると考えるべきであり、このことには異論がないと思われる。つまり、入院契約の締結と医的侵襲に対する同意とは独立のものなのである。このように考えるとき、まず、成年後見人が契約そのものを締結することには問題がない。もちろん、このときにも本人の意思を尊重しなければならないから、本人に判断能力があるときに、本人が拒絶している限りは、契約締結も許されないが、本人に判断能力がないとき、意思を尊重し、身上に配慮しながら、契約を締結することは可能である。しかし、

医的侵襲に対する同意については、なお緊急事務管理等の一般法理で解決されるべきではなからうか」。

- 15) 小賀野（2000）は成年後見制度における身上配慮義務から医的侵襲行為への同意権を導出することについて、これは「立法過程において財産管理アプローチがとられてきたこと、規定上も支援の対象とするものを『精神上の障害により事理を弁識する能力』の減退のみに限定している」ことから「財産管理にあたっての身上配慮義務にとどまるとするのが素直な解釈」（小賀野 2000：47）であると述べている。「財産管理アプローチ」とは「成年後見は財産管理を中心に構成すべきであり身上監護は主に福祉で配慮すればよいとすること」（小賀野 2000：31）を指す。これらのことは、成年後見人に医療行為の同意権を付与するか否かの問題を捉える場合にも関係する。すなわち、小賀野（2007：152-153）によれば成年後見人に医療行為の同意権を付与する否かの問題を「財産法理論から捉えると代理構成の可能性が問われることになる」が、「医療同意は財産法理論だけでは説明できない」という限界が生じることを意味する。一方でこの問題を「身上監護からみると代理構成の可能性を論ずる必要性は必ずしも認められない」ことから「身上監護の目的を重視すると、身上監護の機能の問題として捉えることができる」という。このような身上監護の機能の問題として成年後見人に医療行為の同意権を付与するか否かを捉えることを、先ほどの「財産管理アプローチ」に対して「身上監護アプローチ」という。「身上監護アプローチ」とは「成年後見を総合的支援法と考え、身上監護を中心に構成すべきとする」（小賀野 2000：31）ことを指す。つまり、小賀野説は成年後見制度を財産管理アプローチと身上監護アプローチに分け考え、身上監護の中に成年後見人への医療同意権を含めているということを踏まえると、財産管理アプローチで成年後見人への医療同意の問題を考えた場合、代諾説の限界が生じるということを指摘している。そのため、成年後見人の医療同意権は身上監護の機能として捉えるという機能論で抑えることで、成年後見人にも医療同意権が付与されるのではないかということである。その場合、成年後見人には医療や看護等の専門的資格を必要とするような行為を要求するものではないとする。また、身上監護の水準と内容を明確にする必要があることも指摘している。そして、医療行為の適正性を監視する必要性の中に医療行為に対する同意を位置づけることで、成年後見人にその監視機能も求めることができるということである。さらに、成年後見人の医療同意権が緊急避難・緊急事務管理の一般法に委ねられたことについて、「緊急事態の発生が予想されるからこそ、その場合の支援内容が明らかにされるべきである」と指摘して、身上配慮義務では、そのような緊急時の任務に関する内容を有していないため、小賀野説は身上配慮義務の内容を含むことができる「福祉配慮義務」を位置づけ、そこにおいて「身上監護人は緊急事態を予期し、的確に対処」することを期待していると言える。加えて、本人の身体的安全や福祉の確保を無条件に身上監護人である成年後見人の裁量に委ねるのではなく「第三者機関の監督」を置くことで、危険性の高い医療行為に関する医療同意も可能となるということである。特に、民法 859 条の 3 に注目し、心臓手術など重大な医療行為については家庭裁判所が関与することは可能であるということである（小賀野 2004：81-82）。
- 16) 上山（2000：88-94）は「本人の身体的拘束ないし制約を帰結（強制）することに繋がる事実行為についての同意・決定権限を、成年後見人の職務権限に含めることができるかどうかという問題がある」と述べ、その具体的な問題として「医療行為に関する決定・同意」を挙げ、事例を紹介している。「成年後見人 X は、ひどく咳き込み苦しそうな成年被後見人 A（重度のアルツハイマー型痴呆症患者であり、意思能力はない）を、自家用車で近隣の大学病院 Y へ連れて行った。病院は精密検査を勧め、この検査の結果、A に初期の肺がんが発見された。病院は、完治の確率が高いとして、早期の手術を X に勧めている。X はこの手術について、A に代わって同意することがで

きるのか？」(上山 2000 : 82)。この事例について上山 (2000) は「成年後見人の職務権限射程との関係で、①(最初の)受診決定、②大学病院への連行行為、③大学病院との診療契約締結、④精密検査の受診決定、⑤手術に関する同意(決定)という5つの行為が問題となりうる」と説明している。続けて「このうち、まず③については、成年後見人の法律行為に関する権限(代理権)の範囲内の行為であり、まったく問題は生じない。②については、事実行為ではあるが、③の診療契約締結に付随する行為として、同じく成年後見人の権限に含めることが可能である。これに対し、①④⑤については、本人の身体的拘束を伴う事実行為であり、立法趣旨の解釈からすれば、成年後見人にはこれを遂行する職務権限がなく、こうした行為の正当化には、緊急避難や緊急事務管理等の一般法理を援用すべきことになる。しかし、現実には、たとえば、まず①の決定が完全に成年後見人の職務範囲外だとして割り切ることには疑念が残るのではないだろうか。特に、本人に意思能力がない状況では、各個別の具体的な医的侵襲(投薬、輸血、手術など)の実施に対する決定・同意はもとよりして、そもそも医師の受診を受けるべきかどうかという①の判断自体を、まず第三者が代行的に判断して決定を下さざるをえないわけである。にもかかわらず、裁判所が選任した成年後見人すら、正式な法的決定権限は属さず、こうした受診決定のすべてに対して、逐一、一般法理を援用しなければ処理できないというのは、いささか奇異な感じがする」ということで、私見を述べている。すなわち「医療行為の場面で、判断能力不十分者に対し、通常人と同レベルでの権利保障を図るためには、理論上、判断能力不十分者の保護機関に対して、抽象的な契約締結代理権に加えて、個別具体的な医的侵襲行為に関する代行決定権(医療同意権)を付与しておく必要があるわけである」(上山 2006 : 43-44)という。したがって、「せっかく公的信認を受けた法定代理人が存在するにもかかわらず、身体への物理的侵襲を伴う医療行為という、本人の福祉にとってきわめて重要な場面において、彼らが本人保護のための積極的な支援を実行することができないというわけである。これは、理念的にみて、成年後見人等に身上配慮義務を課した姿勢とはそぐわないともいえる」(上山 2006 : 46, 2004 : 1179)と指摘している。

- 17) 須永 (2003 : 28) は医療行為に際しての同意、代行・代諾の問題は改正成年後見制度の最大の問題であるという。その問題に対する須永 (2003 : 31) の立場は現行の858条を根拠として、解釈論のレベルで「本人に意思能力がない場合には医療行為について同意、代行・代諾の権能が成年後見人に認められるべきである」ということである。そしてその理由を8点挙げ、身上配慮義務説で挙げた内容は理由のうちの一つである。この他に第1に、本人の意思決定能力がないからということで何も決定しないで済みますということは実際に不可能であること。第2に、医師に決定を一任することは「医師に過重の負担を課すこと」にもなり、「医師が持つかもしれないバイアスなどを防ぐことを不可能にすることもあるのではないか」ということ。第3に、「医療の現場で現実には、家族が何らかの形で同意等をしていることが多い」。しかし、改正成年後見制度が施行されたということは、「家族員の意思よりも成年後見人の意思の方を優先させることが制度の趣旨・目的に適うのではないか」。家族の同意権等を強いて根拠付けるのに役立つ民法の条文としては、現在のところ「752条(配偶者の同居協力扶助義務)、877条(直系血族。兄弟姉妹間の扶養義務)、730条(親族間の助け合い義務)が存在」するが、「改正法は、配偶者を法律上当然・かつ第一次的に後見人にする(旧840条)をやめて、より適切な者を後見人に選任することをした(843条4項など)」からである。第4に、成年被後見人に対しては「療養看護」のに関する「事務」を任務とするに最適の者が特別に選任され付与されているのだから、そのような特別の措置の適用を受けていない一般の者と成年被後見人とを同視して両者を一律に論じることが妥当かどうか問題視されるべきであるということ。第5に、「意

思能力を欠く者の医療行為についての同意、代理・代諾の許否・適否の問題は、必ずしも成年後見制度の下にある者に限定されない・より一般的なかたちでも、これに関する議論が改正法当時とは全く異なる状況ですめられているようになっている」こと。第6に、身分行為は身分権に関し、医療行為は生命、身体、健康等の人格権に関するが、ともに身上に関するものとして一括されることが少なくない。どちらも、帰属・行使が一身専属的であって、代理・代行にしない、と普通には説かれているが、15歳未満者の養子縁組は法定代理人による代諾が認められており、「すでに昭和13年に於保不二雄教授によって、『純粹身分行為』においても、本人に意思能力がない場合には法定代理の認められるべきことの提唱」がされていたことを想起されるべきである。第7に、ドイツ法、フランス法において保護機関の医療事項について明文化され、相応の権限が与えられている。これを踏まえて、わが国でも直接の明文がなくても、解釈論でこれを認めることは差し支えないということ、ことが挙げられる。

- 18) 四宮・能見説について。四宮ら(2005: 55-56)は身上監護に関する後見人の権限・義務について述べ、その中で、成年後見人の医療に対する権限・義務を整理している。「成年被後見人の身体・生活・健康などに配慮することを身上監護と呼んでいる。こうした身上監護に関する行為について、成年後見人はどのような権限と義務を負うのかは、大きな争点の1つである。たとえば、成年被後見人が病気となり、治療・手術などが必要とされるときに、成年後見人にはどのような権限・義務があるのか。このような状況でなされるべき行為にはレベルの異なる幾つかのものがある。①まず、治療・手術を受けるか否かの決定をしなければならない。②次に、選定した医師・病院と治療契約・入院契約を締結することになる。③さらに、実際に病気の成年被後見人を病院まで連れて行ったり、医師の説明を聞いたりすることが必要となる。これらの一連の行為のうち、①は、純粹に身上に関する意思決定である。治療・手術といっても副作用があったり、危険度の高い手術などもある。このような治療・手術を受けるか否かを決定することは、極めて重要な意思決定である。したがって、後見に付されていても、本人が判断できるのであれば、本人が決定すべきものである。しかし、治療・手術の意味について本人に判断能力がない場合には、誰かが代わって判断しなければならない。このような身上監護に関する意思決定は、財産行為ではないので、当然には成年後見人の代理権の範囲に入らない(859条)。しかし、『成年後見人は、成年被後見人の生活、療養看護……に関する事務を行う』義務があると考えられるべきであり(義務まであるか明確ではないが、民法858条参照)、その義務に対応して、手術などについての意思決定もできると考えるべきであろう。立法論としては、ドイツ民法のように通常の治療と重大な治療行為を分け、後者については裁判所の許可を得て行うというのが適当であろう。次に、②の入院契約・治療契約の締結は、財産行為として成年後見人の本来の代理権の範囲に含まれる(859条)。③の行為は、身上監護に関する事実行為である。成年後見制度は、本人の判断能力の低下によって困難となった意思決定をサポートする制度であるから、事実行為をすることは成年後見人の義務ではない。しかし、誰かが医師の説明を聞いたり、本人を病院に連れて行くように手配する義務はあるというべきであろう(その根拠も民法858条または869条の準用する受任者の善管注意義務(644条)に求めることになる)」。
- 19) 岩志(2007: 77)は「家族や近親者の承諾を認める考え方に対しては、家族が患者の最大の理解者とは限らず、利益相反関係に立つ場合もある(生命に重大な危険が及ぶような医的侵襲の場合)ことから、何らかのセーフガードもなしに承諾を認めるべきではないとする声も強い」ということを指摘している。これらのことから、岩志(2006: 18)は「事実上患者の世話にあたっている家族が患者のために医療契約を締結したとしても、それが患者の治療のために必要である場合には、成年後見人においてその契約の効力を否定すべき理由はない。逆に、家族がない者に成年後見人が選任

されているような場合には、ある程度広範な事務を見通して成年後見人が選任されていると考えることから、成年後見人の身上配慮義務を拡大し、医療契約の締結はもちろん医学的に必要な医療行為について承諾することもできると解してよいのではなかろうか」と述べている。このように、岩志説では成年後見人による医的襲行為への同意はあくまでも家族がいない場合で成年後見人が選任されている場合、という条件付きであり、そうでない場合には家族による同意を優先する（ただしセーフガードの必要性は問いていた）ことを認めていると窺える。また、谷口（2007：27-28）は岩志和一郎による『医療契約・医療行為の法的問題点』という論文内容を検討した結果次のような見解を述べている。それによれば「未成年後見人に医療行為の承諾能力がない場合には法定後見人が代諾することが判例上認められおり、また新 GCP においても法定後見人などの代諾が認められている。これは成年後見制度成立以前から存在してきた法状況であり、現在でも点には変わりはない。そして、未成年後見人も成年後見人も同じ法定後見人であることを鑑みれば、同じ権限が認められてしかるべきであると言える。このような分析は、（中略）立法担当官の見解であるところの成年後見人の代理権は医療同意には及ばないというものを凌駕する一つの解釈論であると考え」という。よって「成年後見人に医療同意権は認められるとするのが本稿の結論である。（中略）通説的見解は成年後見の現場からあまりに乖離した、現実を重視していない見解に筆者には映るのである」（谷口 2007：30-31）と述べている。

- 20) 新井（2004a：19）は、通常は家族が代諾者として考えられてはいるが法律上では家族が判断できるという根拠はなく、さらに被保護者に家族がいない場合はどうするかなど、さまざまな問題が生じてくることを指摘する。加えて新井（2001b：37-38）は医療行為の決定・同意に関して、成年後見人等の権限にはそれらが含まれないという立法趣旨の解釈でいくと、いくつかの問題が生じるという。新井（2001b：38）による問題点は次の3点である。「第一に、禁治産時代の後見人は病院に入院していたり、施設に収容されている被後見人のインフルエンザ予防接種、点滴が効果的でなくなったときの胃への栄養補給手術、脳梗塞に伴う失語症の治療行為としてのリハビリ等については、後見人に決定・同意権限があることを前提として同意（不同意）するのが実務上の一般的取り扱いであったようである。しかるに、新法下において以上のような医療行為に関して同意権限が後見人にまったくないことになると、被後見人の保護に関して明確に後退した状況に陥ってしまうのではないか。第二に、結核予防は、成年後見人（保護者）が、成年被後見人に『健康診断、ツベルクリン反応検査又は予防接種を受けさせるために必要な措置を講ずるよう努めなければならない』（641条1項）と規定し、精神保健及び精神障害者福祉に関する法律も成年後見人（保護者）が成年被後見人（精神障害者）に『治療を受けさせ』なければならない（22条1項）と規定している。これらの規定によって成年後見人に課される（努力）義務が成年後見人にとって創設的な義務規定なのか、それとも確認的なものなのかについては議論があるとしても、これらの規定が現に存在する以上、わが国の実定法体系上、成年後見人等にあらゆる医療行為に関する決定・同意権限の一切を一律に認めないとするのは、無理があるのではなかろうか。第三に、成年後見人等に医療契約の締結権限を与えながら、当該医療契約に不可避的に随伴する医療行為に関する決定・同意権限が認められないというのは矛盾ではなかろうか。なぜなら、医療契約は締結の時点では具体的な医療行為の中身が確定しておらず、事後的な検査等によって初めて治療内容が確定され、したがって、医療契約の締結と当該契約に基づく後発の医療行為とを一体として把握するのでなければ、医療契約それ自体が有効に機能なくなってしまうからである」。第二の問題点について赤沼（2005：79）も精神保健福祉法、結核予防法、予防接種法においては、成年後見人に予防接種等に関して必要な措置を講じなければならないと規定していることから「その規定の範囲で成年後見人に対し医療の同意権を

与えている」ことを指摘する。結核予防法において成年後見人は「保護者」として位置づけられており、第64条では「第7条規定により健康診断を受けるべき者が16歳未満の者又は成年被後見人であるときは、その保護者において、その者に健康診断、ツベルクリン反応検査又は予防接種を受けさせるために必要な措置を講じなければならない」「この法律の規定により行われる予防接種の対象者が16歳未満の者又は成年被後見人であるときは、その保護者は、その者に予防接種を受けさせるために必要な措置を講ずるよう努めなければならない」とされている。次に予防接種法第2条4項において「この法律において『保護者』とは、親権を行う者又は後見人をいう」規定されている。第8条の2においては「(中略) 予防接種の対象者が16歳未満の者又は成年被後見人であるときは、その保護者は、その者に定期の予防接種であつて1類疾病に係るもの又は臨時の予防接種を受けさせるため必要な措置を講ずるよう努めなければならない」とある。ここでの「後見人」とは「法による予防接種の対象者が成年被後見人であるときは、同様に、予防接種を受けるよう努めなければならない旨の規定」である(『予防接種法詳解』2007: 41)。そして、精神保健福祉法第20条においても成年後見人は「保護者」と位置づけられており、義務を行う順位は配偶者、親権を行う者、家庭裁判所が選任した扶養義務者よりも上である。「保護者」の役割は「精神障害者に必要な医療を受けさせ、財産上の保護を行うなど、患者の生活活動一般における保護の任」に当たることである。また、この「保護者」制度は「患者の医療保護を十分に行うとする要請と、患者の人権を十分に尊重しようとする要請との間にあって、重要な意味をもつ制度である」という。「保護者」として位置づけられている者は、精神障害者の「人権を尊重し利益を擁護する観点から、身近にあって精神障害者に対して適切な医療と保護の機会を提供する役割を果たす者」が配置されている(『三訂精神保健福祉法詳解』2007: 190-193)。このことからすれば、成年後見人が何らかの医的侵襲行為の場面において単なる契約という形ではない権限が与えられていることが窺える。中でも精神保健福祉法における「保護者」としての成年後見人の位置づけについて、池原(2000: 840)は「一般医療については、成年後見人は何らかの決定権限を持たないのであるが、精神医療については、保佐人と後見人は保護者となって、移送、医療保護入院の同意権、治療を受けさせる義務など、保護者に付与される権限と義務を持つことになる。したがって、精神医療では、成年後見人は独特の地位に立つことになる」と述べている。このことは、成年後見人にはこれらの法律から要請されている権限がないにもかかわらず、他法において先行して位置づけられていることが問題なのか、あるいは、もはや新井説や赤沼説が指摘するように、これらの法的位置づけと成年後見制度における成年後見人に対する医的侵襲行為への同意権付与を関連させる必要がある時がきているのか、いずれにせよ矛盾が生じるということが指摘できる。

- 21) 井上(2003: 114)は「わが国では、患者本人が担当医に対して医療行為についての同意を与えることができないとき、家族の代諾によって円滑に治療が進められていることが多くみられる。家族の中でも、本人により近い人が本人の意思を推測して、本人の利益になる方向で、他の家族の意見をまとめて同意しているようである。その中で、法的に明確な代理権が存在することは多くない」と指摘する。井上(2003: 114-115)は「成年後見制度において医療行為に対する代理権を付与されれば、保護者が法的に明確な代理権も持つことになるであろう」し、「本人から、医療行為の代諾に関して法的に明確な代理権を付与された人は、権限は大きく、代理権のない人よりもその判断は優先されなければならない。その代諾が、成年後見制度による代理権の付与に基づくものである場合、不適切な代諾をさせないための予防策が講じられている」のだから、「本人の自己決定をできるだけ尊重するためには、家族・知人の中で信頼できる人が成年後見制度を利用して代諾することが最も望ましい場合もあると考えられる」と

説く。

- 22) 上山(2000: 90-94)は「成年後見人等の医療同意権(代行決定権)の問題を考える前提」として「医療契約の特殊性について触れて」いる。それによれば「患者は、『医療契約締結の申込みの意思表示』と同時に①『病的症状の医学的解明に必要な最小限の医的侵襲行為』(たとえば、触診その他の身体的侵襲の軽微な検査行為等)への同意をおこなっていると考えることができ」、「この同意がなければ、医師は具体的な治療方針を決めるための必要最小限の活動すらできず、結果、医療契約の具体的な内容を確定できなくなってしまうことになるため、一方で医療契約の申込をしつつ、他方でこの同意を拒絶するというのは、実質的には矛盾した態度と評価せざるを得ないからである」と説く。「通常の場合であれば、②『当該医療契約から当然予測される危険性の少ない軽微な身体的侵襲』(たとえば、熱冷ましの注射や副作用の少ない一般的な投薬行為)への同意も、先の①に対する同意と同様、『医療契約締結の申込の意思表示』と同時に、黙示的に患者が与えているとかんがえてよ」く、「わが国の患者の意識からみても、侵襲の程度が軽微なものにとどまるかぎり、治療法の選択・行使を医師の裁量に委ねる方がむしろつうじょうであると思われるし、社会全体の医療コストの視点から見た場合、軽微な侵襲行為についてまで、逐一厳密なインフォームド・コンセントを求めることは、診療時間の大幅増や医師の加重負担等を招きかねず、現実的とはいえない」という。「逆に、①および②に該当しない、『重要性の高い(身体への侵襲の程度が高い)医的侵襲行為』については、その実施ごとに、原則として、患者の明示的な同意が必要となるべきことになるだろう」として、「以上の議論は、患者と医療機関との契約が法定代理人たる成年後見人等を通じて結ばれる場合についても、一定の影響を及ぼすこととなるだろう」と述べている。なぜ、上山説が成年後見人に対して限定的に医的侵襲行為の同意権を認めるかというところ「成年後見人による意思決定はフリーハンドの他者決定ではなく、本人の意思(推定的意思を含む)によって『拘束を受けた他者決定』というべきだからであり」、「成年後見人が医療同意権を行使する場合、自己の主観的価値体系に準拠して判断を下すのではなく、原則的に患者本人の価値基準に従って決断しなければならないという制約を受けるのである(この制約は、原理的には、成年後見人が判断能力不十分者のアドヴォケイターとして裁判所から信認を受けたことから、解釈論的には、民法858条の本人意思尊重義務から、それぞれ正当化されるものと解される)。そして、この制約によって、成年後見人による代行決定は、物理的に不可能ないし困難な患者本人による自己決定の具象化としての要素を含有することになる。かくして、成年後見人による代行決定は、それが正当に行使される限りにおいては、患者本人に対するインフォームド・コンセントと同等・同質の機能を果たすものと解することができる」(上山2007:103)という。また、上山(2006: 48, 2007: 91)は成年後見人等による医療同意権行使の正当性に対する評価基準について「原則として成年後見人等は、医療行為について、あくまで通常人の程度の知識や能力を要求されているにすぎないというべきであろう。すなわち、医療行為の客観的な妥当性に関しては、成年後見人等は、通常の患者が当該医療行為を受けるか否かの決断をする際に参照するであろう程度の知識等に基づいて、医療同意権を行使すれば、身上配慮義務ないし善管注意義務を尽くしたものと認められてよいと思われる」と述べる。
- 23) 赤沼(2005: 76)は医療同意の法的意味について「この医療行為の同意は、違法性阻却事由として位置づけられている」もので、「たとえ医療行為といえども、同意がない限り刑法上の傷害罪となり、民法上は不法行為等を構成する」という。そして、赤沼(2007: 271-277)は「判断能力喪失者に関する医療同意法の提言」をしている。身体に対する医的侵襲行為を適法化させるための同意に関する制度を整備するにあたり、4つの観点から提案をしている。すなわち、(1)代行判断者の選任制度、(2)成年後

見人等の同意権、(3)家族の同意権、(4)順位、である。(1)代行判断者の選任制度について「まず、意思能力のあるうちに自らの代行判断者を選任できる制度の創設を求めたい」という。つまり、任意後見制度においても、医療同意権の授権を認める法整備が必要であるということを述べている。(2)成年後見人等の同意権については「成年後見人に明文で同意権を与える」ということを提起している。そして同意権の範囲については「通常の医療行為については単独で判断できることとし、死亡のおそれや重大かつ長期に及ぶ障害の発生するおそれのある医療行為については、同意すべきか否かについて審査決定をする機関を設置してその許可事項とする。また、この機関は成年後見人が判断に迷う場合についても審査決定できることとする」ということである。

「通常の医療行為については単独で判断できることとする」理由は、「ここで求められる判断は医療の専門家としてのそれではないから」であり、「医療行為にあたっては医師の説明を受けるのであるから、成年後見人として身上監護を行っていれば、通常の医療の同意を行うことはできるであろう」というものである。そして、審査機関の構成については「権限を越える重大な医療行為に関する審査機関として、裁判所以外の専門機関を新たに設置する」。「設置機関の構成としては、医師、医療従事者、法律家、医療倫理の専門家などからなるものとして、この審査機関の決定に不服がある場合には、裁判所に不服をも申し立てることができるものとする」ということである。(3)家族の同意権については「一定の範囲の家族にも同意の代行権を付与する」ということである。「また同居の家族の結びつき、本人の状況を最もよく知りうる地位にいるという面からみても、家族を除外することはできないであろう。家族が本人の利益を無視して家族の利益にしたがって判断するということも起こりえるが、そのような場合には、家庭裁判所の監督権の発動や医療機関からの許可請求で救済を求められることとすればよい」と述べている。家族の範囲としては、本人の自己決定権を代行するのであるから、本人の意思を推測し、本人を保護する義務を負い、最善の利益を計りうる立場にある親族とすべきである。精神保健福祉法上の保護者すなわち配偶者、親権者、扶養義務者が一応それに該当するが、しかし、扶養義務者は直系血族、兄弟姉妹となっているため(民法 877 条 1 項)、本人の状況を全く知らない者も含まれてくる。成人した兄弟姉妹となると、相互の交流が疎遠になっている例も含まれる。そこで、同居を要件とすることが考えられる。親、成年の子については必ずしも同居を要件とする必要はないであろうが、配偶者、兄弟姉妹については同居を要件として同意権を付与する」という。最後に(4)順位については「同意権者の順位は、自己決定権の尊重、保護義務の軽重の観点から、任意の代行判断者、成年後見人等、家族の順とし、家族相互の順位は、本人との親密さから、配偶者、成年の子、親、兄弟姉妹の順とする。ただし、裁判所の決定により、後見人も含めて順位の変更を認めるべきである。身近に家族はいるが高齢等の関係で親族以外の第三者後見人を選任する場合もあり、そのような場合は、むしろ常時身近にいる家族の同意権を優先させた方がよいこともある。また、家族内でもより適切と考えられる者を優先させることには合理性があるからである」と述べている。赤沼説における代行決定者としての家族の位置づけは、成年後見人が家族よりも上位ではあるが、家族による代行決定を容認しているように窺える。

- 24) 第一の立法案について「最初の問題は、この代行決定権者の候補として、成年後見人等が適任者か否かということになる。この点、家庭裁判所が、審判を通じて、患者本人の保護機関として、公的信用を与えた成年後見人等の適正を否定することは難しいのではないか。実際、比較法的にみても、法定の成年後見人等が、少なくとも一般的な医療同意権をもつことは、むしろ当然とする例が多いように見受けられる。むしろ、このことは、成年後見人等だけが判断能力の不十分な成年者に対する医療同意権を独占すべしということではない。立法案としては、近親者を含めた代行決定権者リストを明文化し、成年後見人等を加えるという方法も十分に可能だからである。(中略)私

見が強調したいのは、少なくとも、このリストから成年後見人等を外すという方向での立法は考えにくいのではないかということである」(上山 2006 : 50-51) と説く。次に上山 (2004 : 1181-1182, 2006 : 50-52) はセーフガードとしての監督機関の問題について「むしろ家庭裁判所は二次的な(しかし最終的な)監督機関として位置づけたうえで、一次的な監督機関としては、医師と法律家を含む第三者機関を創設し、これを各地域ごとに設置して機能させるという方策がむしろ望ましいのではないだろうか。さらにいえば、この第三者機関は、単に重大な医療行為への許可を行うだけではなく、成年後見人等の医療関係事務の相談窓口としても機能させ、判断能力を欠く者への不当な医療行為(過剰医療や医療過誤など)がないかを全般的に監視する役割を負うべきであろう。また、逆に医療機関側からの相談や問い合わせについても、ここで一律に処理することも可能であろう。つまり、この第三者機関が、成年後見関連の医療事務に関する総合センターとして機能すれば、理想的であると思われる」(上山 2004 : 1181-1182) ということである。

- 25) 須永 (2003) は成年後見人の同意、代行・代諾を妥当なものとするための措置として、後見監督人制度の活用を提示し、後見監督人を選任することができる家庭裁判所の権限(民法 849 条の 2)を用い、第三者的立場の医師、法律的素養のある者の関与を求め、重大な医療行為についても、適当な後見監督人選任し、当該医療行為についての後見人等の処置に対する同意を得させるべきであると須永説は考えている。後者の点について、谷口 (2007) は、これは解釈論ではなく、立法論でしかない指摘している。つまり、「第三者 1 名、医師 1 名、複数後見監督による医療同意という形態を制度として採るには条文上の根拠がない以上、立法が不可欠となる」ためである。しかし筆者はこの点について、異なる見解を示す。というのは、谷口 (2007) は第三者 1 名、医師 1 名等による医療同意の形態を採るには条文上の根拠が必要であるというが、それは、須永説でいうように民法 849 条における家庭裁判所が後見監督人を複数選任するだけの選任権を有しているという解釈でよく、民法 849 条において条文上の根拠があると言えよう。
- 26) ここにおける家族による医的侵襲行為への同意について「家族同意権」とする。「家族同意権」とは、家族が本人に代わって IC における同意を行うことを指す。「~権」としているが、これは法的に規定されているものではない。「家族同意権」とするのは、「家族である」ということで同意がなされているその状態は、「家族である」ことで許されている「特権」と考えることから、単に「家族の同意」「家族同意」とするのではなく、「家族同意権」とした。
- 27) “空白の状態”(がある)というのは、合法的に医的侵襲行為への同意が成年後見人や家族を含めた第三者によってなされない状況、あるいはそのような仕組みがないことをさし、一方“空白の状態”がないというのは、合法的に医的侵襲行為への同意が成年後見人や家族を含めた第三者によってなされる状況、あるいはそのような仕組みがあることをさす。
- 28) <http://www.trustee.bc.ca/default.htm> 2010/01/20
- 29) カナダにおける成年後見制度について国土が広大であるためか、例えばオンタリオ州、ブリティッシュコロンビア州、アルバータ州、ケベック州など特定の州に焦点を当てて制度の概要が報告されている。その中で、筆者が入手した国内の論文で医的侵襲行為に対する同意権に関して報告をしているのは白石 (2001) による報告である。なお、この他に Health Care(Consent) and Care Facility(Admission) Act が書かれている資料を 2010 年 2 月 16 日に入手した。アドレスは文献一覧に記載する。
- 30) http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/ukpga_20050009_en_1 2010/01/23
- 31) <http://www.publicguardian.gov.uk/docs/mca-code-practice-0509.pdf> 2010/01/23
- 32) 新井 誠監訳 (2009)、民事法研究会より出版。

第4章 慣行的家族特権

これまでの検討から、精神上に障害のある者が自己決定を行うことが困難な場合には事実上家族が代理決定をしている現状があること、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のなかでも成年後見人への同意権付与に関する論議でありながら、それでも家族同意の必要性が主張されていたように、家族に頼らざるを得ない状況にあることが窺えた。

けれども、医的侵襲行為場面において事実上家族による代理決定がなされている現状に対して、なぜ家族を頼るのかと問われた場合それに答えることができるのだろうか。そこでの答えとして考えられるのが「家族だから当然である」「家族だから仕方がない」ということが挙げられるが、事実上家族による代理決定に対して「家族だから当然である」という自明性や他に方法がないため「家族だから仕方がない」とするのは論理に飛躍があると思われる。また、実際の臨床場面では「家族から同意をもらえらば万一の場合の損害請求に対する抑止力になるという自己防衛の判断が働いている」（岩志 2006 : 56）、「運良く家族がいる場合は家族の同意を得てよしとし、治療を行っているケースが多い」（渡邊ら 2008 : 2369）ということで、家族自身の考えに基づく理由や医師からの家族への要請によって家族が代理決定を行っている。

このような現状を岩志（2006 : 56）は「有識者を含めた周囲の誰もが、この家族の同意を得る行為に対して違和感を覚えずに認容しているようである。これが、医療行為の同意に対する日本社会の実態なのである」と指摘しており、精神上に障害がある者の代理決定を家族が務める、あるいは医師が家族に求めたとしても、それらは家族が考えた価値判断を根拠にしてなされる慣行上の行為であり、家族の場合は「家族特権」に基づく事実上の代理決定であると思われる。しかし必ずしも、このような代理決定の正当性は明確にはされていないと言えよう。

そのため、自明とされ、仕方がないゆえの手段として事実上家族による代理決定がなされてきた現状に一定の理由付けを提示することが本章の論点となる。つまり、なぜ「家族」による代理決定が認められるのか、なぜ「家族」が代われるのか、「家族」でなければならない理由はあるのか、といった疑問を生じさせる慣行としての家族特権が生じる構造、すなわち「家族」が第三者よりも特権的な扱いをされる文化的な背景を探ることが必要であると考え。この論点を考察することは、単純に「家族」であるからということで代理決定が許容されていた現状に対する理由を改めて提示し、また「家族」であるからということで代理決定が許容されている現状への懐疑を解消するために別の観点を導入する必要性も提示することが可能になるということで意義があると考え。

そこで、まず法学的意味として親権・未成年後見と医的侵襲行為への同意権との関係、諸外国における未成年者に対する医的侵襲行為への同意権のあり方と臓器移植法における「家族同意」の位置づけを提示する。

親権・未成年後見について、親権があるということによって子の監護教育などを行う権利と義務をもつ者を親権者といい、それは唯一、私たちが自明のように用いている「家族」間において代理を認めるものである。従って、子が医的侵襲行為を必要とする場合には親権を持つ者によって代理決定が行われている¹⁾。また、未成年後見について、その権限の範囲は親権をもつ者と同じであるとされ、医的侵襲行為への同意もまた同様であるとする

見解が多数である。けれども昨今、深刻な親による子への虐待に対応するために、子どもの保護を容易にするために親権制限の見直しが問われている。この現状を踏まえ、従来、絶対とされていた親権が子の最善の利益の観点から万能ではなくなってきたということを指摘し、慣行的な「家族特権」が許容されていることへの懐疑を示すために、法的に位置づけられた家族間での代理ですら危うい現状にあることを明らかにする。加えて、諸外国における未成年者に対する医的侵襲行為への同意についてどのような仕組みでなされているのかを概観し、わが国との比較を行なう。

臓器移植法においては、1999年に施行された臓器移植法の改正が2009年に改正されたことに注目し、臓器移植法改正に関する議事録のなかで「家族同意」の位置づけについて論議されている内容を抽出し、その論理を検討することで、どのような理由で「家族同意」によって臓器移植の提供が可能になるのかということを述べる。

これらのことを踏まえて「家族」による代理が危うい現状にあるにもかかわらず、それでもなお「家族特権」が有効とされるのはなぜか、つまりなぜ「家族」が「代わる」ことが可能となっているのか。そのことを家族社会学の観点を基底にして「家族特権」を裏づける背景を探る。また、介護職者及び家族による医療行為の現状という具体的な一場面に焦点をあてることで、医的侵襲行為をめぐる家族特権の現状を踏まえる。

第1節 法学的意味における家族の権限・位置

本節では、法学的意味として親権・未成年後見と医的侵襲行為への同意権との関係、諸外国における未成年者に対する医的侵襲行為への同意権のあり方と臓器移植法における「家族同意」の位置づけを提示する。

第1項 親権・未成年後見

親権・未成年後見について。親権とは父母が保護を必要とする未成年者に対して有する権利義務のことであり、身上監護権、財産管理権を有している（内田 2010：238）。そして親権があることで子の監護教育などを行う権利義務をもつ者を親権者といい、それは唯一、私たちが自明のように用いている「家族」間において代理を認めるものである。従って、子が医的侵襲行為を必要とする場合には親権を持つ者によって代理決定が行われている。けれども昨今、深刻な親による子への虐待に対応するために、子どもの保護を容易にするために親権制限の見直しが問われている。この現状を踏まえ、親権によって未成年者に対する医的侵襲行為への同意がされていることと、従来、絶対とされていた親権が子の最善の利益の観点から万能ではなくなってきたということを指摘する。

次に未成年後見について。未成年後見とは「未成年者に対して親権を行なう者がいないとき、または、親権を行なう者が管理権を有しないとき、開始」し「公的な関与によって保護者を提供すること」である（内田 2010：245, 283）。そして未成年後見を行う者を未成年後見人といい、未成年後見人には親権をもつ者と同じ権能を有するとされていることから、医的侵襲行為への同意もまた同様であるとする見解が多数である。未成年後見についてもまた、医的侵襲行為に対する問題ではないが「親族相盗」を適用するか否かが焦点となった未成年後見人による金銭の横領という問題がある。これらのことを踏まえて慣行的な「家族特権」が許容されていることへの懐疑を示すために、法的に位置づけられた家族

間での代理ですら危うい現状にあることを明らかにする。

(1) 親権の内容と捉え方—身上監護としての親権

親権とは父母が保護を必要とする未成年者に対して有する権利義務のことであり、身上監護権、財産管理権を有している（内田 2010 : 238）。親権の内容は大別して子の監護教育（身上監護権）と子の財産管理（財産管理権）である。そして、身上監護権の具体的内容として居所指定権・懲戒権・職業許可権がある（内田 2010 : 211）。本山（2009 : 108）、青山（2008 : 193）も親権の内容を身分に係る事項（身上監護）と財産に係る事項（財産管理）の二つに分けて、その内容を説明している。このうち、身上監護に係る事項は、民法 820 条監護・教育、民法 821 条居所指定、民法 822 条懲戒、民法 823 条職業許可、で規定されているとする。

山川（2009 : 160）も本山（2009）、青山（2008）同様に、親権の内容を身上に関する権利義務、財産に関する権利義務の二つに分けて、その内容を説明しているが、本山（2009）と異なる点は、民法 820 条の子の監護・教育権を実現するための具体的な手段として民法 821 条、822 条、823 条を位置づけているという点である。山川（2009）が民法 820 条の具体的な手段として他の条文規定を位置づけているのは、身分上の親権の一つである監護教育権をどのように捉えるのかということによって左右されるためである。つまり監護教育権の解釈の違いによっては、監護権と教育権を分ける立場、両者を不可分一体のものとしてみなして監護教育権とする立場、そして監護教育権の中に居住の指定、懲戒、職業許可権を含む、あるいは監護教育の内容の具体化であると解する立場がある（中川 1977 : 349、常岡 2009 : 162-163）ということである。そのため、山川（2009）は監護教育の内容の具体化として居住の指定、懲戒、職業許可権を位置づけているという解釈であると思われる。

このように親権の内容について内田（2010）は子の監護教育（身上監護権）と子の財産管理（財産管理権）とし、本山（2009）、青山（2008）、山川（2009）では身分に係る事項（身上監護）と財産に係る事項（財産管理）、後述する渡邊（2008）は親権の具体的内容の一つとして身上監護権と分類ないし表現している。このように本研究に関わる身分上の親権の内容を示す表現には「監護教育」と「身上監護」の 2 つあることがわかる。しかし、それに属するものとしては山川（2009）を除いては民法 820 条から民法 823 条であることは同じである。

さて、先述した民法 820 条監護教育権の捉え方について、民法 820 条とは「親権を行う者は、子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う」という規定である。

監護と教育の関係をどのように捉えるのかということが問題になる場合として、常岡（2009 : 163）は、親権者と別に監護者が定められた場合などがそれに相当するという。例えば民法 766 条では「離婚後の子の監護に関する事項の定め等」に関する規定がされており、その 1 項では「父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者その他監護について必要な事項は、その協議で定める（省略）」とある。民法 766 条規定が用いられた判例として、本山（2009 : 110-111）は、児童虐待への対応の一つとして司法の積極的な関与があった「監護者の指定」に関する事案を紹介している。その事案は、祖母が孫の監護者の変更を申し立てる、という内容であるが、判旨では民法 766 条 1 項の規定を用い、父母の婚姻が継続していても父母が共に子に対して虐待・放置を行う場合などは、「父母が

子の監護権に関する合意を適切に成立させることができず子の福祉に著しく反する結果をもたらす事態は父母が離婚する場合に限定されない」ことから、これを「子の福祉のために適切な監護者等を決定する権限を定める趣旨の条項」として家庭裁判所は解するべきであり、祖母を監護者として定めるということになった。

このように「監護は教育を含むのみならず、さら居所指定、懲戒、職業許可等を加えた身上監護すべてを包摂するという見解が有力で」とされているものの、「監護権の内容は子の年齢や具体的事情に応じて決せられるべきであり、教育その他の身上監護を含むものと画一的に解することはできないとの批判もある」（常岡 2009：163）。このことからすると、民法条文規定において「監護」を独立に用いたとしても「監護教育」の両方が含まれていると解すのか、居住の指定、懲戒、商業許可権を含むのか、それらを区別するのか、という見解は一致していないということになる。

これらを踏まえて、本研究において身分上の親権の内容を「監護教育権」とするのか「身上監護」とするのかについて述べることにする。本研究では医的侵襲行為に対する同意権問題から代理決定の正当化を試みるものであるが、まず身分上の親権の行使として医的侵襲行為に対する同意をすることが可能か、ということについて。本山（2009：108）は他の条文規定とも照合させて「親権者は子に衣食住を与え、学校教育（教育基本法 4 条）と家庭教育（しつけ）を施し、子が悪事を働かぬよう監督し（民 714 条）、病気や危険から子を保護する（刑 218 条）」と述べている。この中の刑法 218 条が医的侵襲行為への同意権問題と関連し、刑法 218 条「保護責任者遺棄等」²⁾も親権の内容に含まれると述べている。刑法 218 条に焦点を当てた場合に親権の内容には「病気や危険から子を保護する」ことが含意された上で条文規定が成立していると考えられることから、親権の内容として医的侵襲行為への同意は可能であり、また後述する親権と医的侵襲行為への同意権の関係からも、親権の内容として同意が可能であるということがわかる。

次に、身分上の親権の内容を「監護教育権」とするのか「身上監護」とするのかについて。本研究では「監護教育権」とすることは上述したような監護と教育を分類するか否かの見解が一致していないことに加えて、本研究においては学校教育に関する色彩の強い教育権は含まれないことから、身分上の親権の内容、民法 820 条を示す表現として「身上監護」を用いることにする³⁾。

（2）親権と医的侵襲行為への同意権の関係①

—未成年者に対する医的侵襲行為への同意権の所在に関する見解とその検討

では、実際に未成年者に対して医的侵襲行為がなされる場合の同意は誰によって行なわれ、その根拠は何か、ということを経験者の議論より明確にする⁴⁾。

廣瀬（1991：247-259）は、承諾能力⁵⁾のない未成年者に対して医的侵襲行為がなされる場合には、患者の自己決定権を無視して医師に服従するのであれば医療行為に関する決定について医師の裁量権行使を全面的に認めることになってしまうため、代諾権者が必要になってくるといふ。その場合の代諾権者の範囲というのが原則として当該患者の親権者が挙げられ、他に後見人等の法定代理人、法律上の保護義務者がいるとしている。なぜ、これらの者を代諾権者とするべきかという点、それらの者は患者本人にとって最善の利益となる意思決定をなすことによって当該患者本人の保護を図ることをその職務とする者で

あるからである。原則として親権者が代諾をなす⁶⁾場合の法的根拠として、民法 824 条の「親権者は法定代理人として子を代理する権限を有する」こと、民法 820 条の「普段から子の傍らでその監護の任にあっている」ことを挙げている。また何らかの事情により親権者と監護者が分離している場合には、後者による同意を優先させると述べている。

寺沢（1992a : 658, 1992c : 58-59）は、未成年者の承諾能力がない場合には、法定代理人である親権者の代諾によって問題を処理する、というわが国の支配的見解に懸念を示している。その理由は、法定代理人である親権者によってなされた代諾というのは「代理行為」としての法的性質を付与されることになるため、そのようになると未成年者の承諾能力の有無によって法定代理人の承諾の必要性もまた二者択一的になってしまうからである。けれども、未成年者の自己決定権の尊重という形で、未成年者の保護を安易に消滅させてよいとも考えられず、したがって未成年者が承諾能力を有していたとしても監護権（義務）による保護は必要であると説く。したがって、寺沢（2001 : 187）は「生命・身体・健康を含む未成年者の利益を保護するために、民法は監護義務を内包する監護権という一定の資格を用意して」いることから、これを根拠に「未成年者保護のために医師の説明を受ける治療行為の決定に介入することが正当化される」という。すなわち、『承諾能力』のない未成年者の生命や身体を保護するために、説明を聞いて承諾をする権利を与えるという形で、現行法制度は未成年者の治療行為に対する保護の枠組みを考えていると解すことができる⁷⁾と述べている。

また、わが国における未成年者への医的侵襲行為に対する承諾取付義務違反⁸⁾に関する裁判例の検討を行った（寺沢 1992a : 660）結果、未成年者への医療行為に対して患者本人が承諾できる状態でない場合には、親の承諾は必要な承諾であるということが当然の前提となっていること（寺沢 1992a : 669）、患者自身の承諾は必要とされてはいるが、それと並行して他の者の承諾をも必要とする場合があること（寺沢 1992a : 671）、親の承諾については、親権者かあるいはそうでなくてもよいのか、両親あるいは一方の親でもよいのかということについては一定した見解はみられないということ、また、一時的に親から子を委ねられた者（学校、友人、その他の家族など）の承諾を認めることによって両親の承諾を「推認」している（寺沢 1992a : 671-674）というように、「承諾」が医療行為の違法性を阻却するための問題と捉えられているがために、代諾権者の内容や範囲が厳密に問われることなく、かつ、具体的な対処がされていると述べている。

このように未成年者への医的侵襲行為に対する承諾者が一定していないこと、承諾の性質が代理行為とすることで懸念される問題を踏まえて、寺沢（2001 : 187）は、民法の監護義務を内容とする監護権から「未成年者保護のために医師の説明を受ける治療行為の決定に介入することが正当化される」という見解を示している。

横野（2002a : 115-116）は、わが国における同意能力のない未成年者の医療に対する法的対応の可能性について説明している。①親権喪失宣告の申立（民法 834 条・児童福祉法 33 条の 6）、および審判前の保全処分による親権者の職務執行の停止と職務代行者の選任、について「民法 834 条の規定による親権喪失の宣告の請求は、同条に定める者のほかに、児童相談所長も、これを行うことができる」ことから、「子の医療に対する同意の拒否が親権の濫用になると解すれば、児童相談所長」は、親権喪失宣告を行うことができ、後見人の選任を請求することができる。「後見人は子の監護教育に関して親権者と同一の権利義務

を有する（民法 857 条）。したがって、後見人は児童の医療に対して同意を与えることができる」と解され、職務代行者も同様であるとする。②特別代理人の選任（民法 826 条 1 項・860 条の類推適用）について、「子の医療に対する同意を拒否することは子の利益を侵害する決定であり、利益相反行為にあたると考えれば、826 条 1 項を類推適用して特別代理人を選任し、特別代理人が医療に対して同意を与えることが可能となる」という。③児童福祉法上の一時保護（33 条）および措置承認（27 条・28 条）制度の利用について、児童相談所長は「児童に一時保護を与え、または適当な者に委託して、一時保護を加えさせることができる。この規定に基づいて、児童相談所長が病院長に児童の一時保護を委託する。一時保護を委託された病院長が医療に対して同意を与える」ということである（横野 2002a : 116-119）。

このように、横野（2002a）はわが国における同意能力のない未成年者の医療に対する同意権の所在については明確に議論はなされていないが、法的対応の可能性があるということで、3 つの対応を説明している。いずれも同意能力のない未成年者の医的侵襲行為に対する同意を親権者が行わなかった場合に考えられる対応策であり、このことから横野（2002a）は、すでに親権を行う者には医的侵襲行為に対する同意権を行使できることを前提としていることが窺える。

神谷（2007 : 58-61）は、宗教上の理由から生後間もない乳児に対する手術等の医療措置を親権者が拒否したという判例⁸を評価しながら、同意能力のない未成年者の医的侵襲行為に対する同意権の所在について見解を示している。すなわち、判例から親権者が「適切に未成年者の監護教育に当たるべき権利を有し、義務を負う」という説示があることから、「同意権の性質に踏み込んだ表見」がされているという。そして、このことは「医療への同意権が身上監護の権利義務に根ざしていることを強調している」こと、「親権者が同意を拒否することは親権の濫用」であることを明確にした点で評価できるという。

また、わが国における未成年者への医的侵襲行為についての同意権は親権者、法定代理人が有していることは異論のないこととして議論が展開されてきたこと、その議論を代諾構成と身上監護構成という 2 つの考え方に整理している。

前者が、親権者等の同意権は法定代理人としての権限に基づくものとする考え方であるのに対し、後者は、親権者等の同意権は身上監護権を有することに基づくものとする考え方であり、神谷（2007）は後者の立場である。その理由は、代諾構成によって親権者等の同意権を導くとなると、「個々の医療行為の態様を無視して、同意能力の有無と代諾の要否を捉一的に捉える」ことになってしまうという、寺沢（1992a, 1992c, 2000）と同様の見解によっている。そのため、民法 820 条の親権者の監護・教育の権利義務を根拠として親権者には同意する権限が付与されるという見解である。そして神谷（2007）はこの論理からすると「いみじくも法定代理権の有無と医療行為への同意権の有無は必ずしも連動させる必要はない」と指摘する。さらに、親権者等が医的侵襲行為に対する同意を拒否した場合の対応策としては親権喪失宣告と第三者（病院側）への一時保護の委託と病院側による監護権の行使を挙げ、横野（2002a）と同様の考えを示している。

そして、蒔田（2009a : 1364-1365）は未成年者が診療契約すなわち医療契約を行う場合には、法定代理人である親権者が本人に代わって契約を行い、医的侵襲行為に対する同意は民法 820 条の身上監護を根拠に認められると説いている。上述した廣瀬（1991）も法

定代理人として親権者と監護の任をする親権者と2つの根拠から医的侵襲行為に対する同意を導いていたが、蒔田（2009a）との違いは、廣瀬（1991）が民法824条と民法820条をともに親権者による同意を導く根拠にしていたのに対し、蒔田（2009a）は医療契約と医的侵襲行為に対する同意、という2つの場面にそれぞれの根拠を適応しているということである。

さて、これまでみてきたことから未成年者に対する医的侵襲行為への同意というのは、親権を行う者あるいはそれ以外の第三者によってなされるのが可能であるということが言える。けれども諸研究からいくつかの論点が浮上する。第一に、親権を行う者が同意をすることを正当化する根拠は何か、ということである。この点について、廣瀬（1991）は民法824条と民法820条の両方から、寺沢（1992a, 1992c, 2001）、神谷（2007）、蒔田（2009a）は民法820条の身上監護（監護教育権）から、それぞれ導いていたことがわかる。

但し、蒔田（2009a）は、民法824条によって親権者による同意を認めていたが、それと同時に廣瀬（1991）が根拠にしていた民法820条を医療契約の場面の根拠としていた。このことは、寺沢（1992a, 1992c, 2001）と神谷（2007）のように民法824条を排除しているわけではないということが言える。しかしながら、蒔田（2009a）のように医療契約の場合には法定代理人として、医的侵襲行為への同意の場合には親権者の性質を監護者としていたが、このように区別するのであれば他の場面における親権の性質の区別も必要になってくると考えられる。

廣瀬（1991）は親権者には法定代理人として、かつ、監護者としての役割があるということ根拠としている。他方、寺沢（1992a, 1992c, 2001）と神谷（2007）は、民法824条に基づく親権者の法定代理人としての性質では、未成年者の同意能力の有無によって同意の行使もまた二者択一となり、それは、未成年者の保護という観点に欠けるため親権者に対して当然あるいは自然とされている監護・教育権より導くことが妥当であるということであった。加えて、神谷（2007）はこのことからすれば「いみじくも法定代理権の有無と医療行為への同意権の有無は必ずしも連動させる必要はない」と指摘していた。

ここで第二の論点が挙げられる。果たして寺沢（1992a, 1992c, 2001）も含むが、神谷（2007）のいうように法定代理権の有無と医的侵襲行為への同意権の有無を連動させる必要はないのか、ということである。身上監護（監護教育権）のみによって親権者による同意を導くことは、それが当然あるいは自然であるということが前提にあると言える。けれども、後述するように昨今の児童虐待を鑑みれば、また「親」とされる者だけでなく第三者によっても身上監護は可能であるため、必ずしも「親」に係る当然あるいは自然ということを理由とした身上監護からのみ未成年者に対する医的侵襲行為への同意を親権者に認めるというのは適当ではないと思われる。また、場合によっては「親」とされる者以外の第三者による身上監護としての同意もあり得るため、それらの者が当然あるいは自然に未成年者の生命・健康に対して未成年者の利益となるような判断をするとは限らないと考えられる。また、法定代理人としての親権者によってなされる未成年者に対する医的侵襲行為への同意というのは、未成年者の同意能力の有無によって左右され、その結果として未成年者の自己決定を侵害し、もしくは、未成年者の身上監護に反するのではないかと、いうことであったが、果たしてそうか。というのは、未成年者の同意能力の有無によって、親権者が同意するか否かも二者択一になるとは限らないと思われる。そこでの基準は、廣

瀬（1991）や寺沢（1992a, 1992c, 2001）が述べていたように「子の最善の利益」であって、たとえ未成年者に同意能力があるからといって、その判断が「子の最善の利益」にかなっていないければ、親権者は法定代理人としての職務を果たさなければならず、未成年者に同意能力がない場合においては、法定代理人としての未成年者に対する職務を果たすに過ぎないからである。

本研究における代理の内容とは異なるが、前田（1969：73-75）によれば「嫡出でない子の母親が子を代理して認知の訴を提起した」判決要旨は「未成年の子の法定代理人は、子に意思能力がある場合でも、子を代理して、認知の訴を提起することできる」ということである。この判決理由というのは、通常は子に意思能力がない場合には、子の法定代理人が認知の訴を提起することができることは民法でも規定されているが、このように解することは「子の意思能力の有無について紛争を生じ訴訟手続の明確と安定を害することになるおそれがある」として、他面、子に意思能力がある場合にも法定代理人が訴訟を追行することを認めたからといって、必ずしも子の利益を実質的に害することにはならないものと解されるものである」という。

従って、法定代理人としての性質に医的侵襲行為への同意権の有無を必ずしも連動させる必要はない、のではなく親権者の法定代理人としての性質からも未成年者に対する医的侵襲行為への同意というのは「子の最善の利益」のためには「害することにはならないものと解される」ことから可能であると考えられる。このことは、先に蒔田（2009a）が親権が必要とされる場面ごとに親権者の性質を区別している見解に対する批判となる。

そこで、第三の論点が挙げられる。つまり、身上監護によって未成年者への医的侵襲行為への同意を導くことによって何が起こるのか、ということである。親権の内容には民法 820 条の監護教育権のみだけでなく、いくつかの権利義務が定められていることを先述においてみたが、その中の民法 822 条の「懲戒」に関する内容と照らし合わせると想像に難くない。つまり、民法 822 条では「親権を行う者は、必要な範囲内で自らその子を懲戒し（省略）」と規定されている。この点は、後にみる児童虐待防止のための親権制度研究会報告書⁹⁾（2010：58）において検討されている。それによれば「民法に懲戒権があることを理由に自己のした児童虐待を正当化しようとする親権者がいる」という現状があるという。この点について床谷（2004：470）は、暴力が「子どもに対する懲戒権という形で家族の法律関係の中に入り込み、未来の望ましい家族の自律を超えて」、「親の専横の温床となってしまった」と指摘している。

身上監護によって未成年者への医的侵襲行為を導くことは、場合によっては懲戒という名のもとに未成年者への医的侵襲行為に対する同意がされない可能性も導くのである。現状として、この場合の対応策は親権喪失宣告をして第三者によって身上監護が行使されることである。

これらのことから、第四の論点として、未成年者への医的侵襲行為に対する同意というのは確かに「親権」の性質、ここでは民法 820 条、民法 824 条によって可能であり、あるいは前者のみを根拠として導くのが適当であるという見解がみられるが、ここで重要なのは、なぜ「親権者」となり得る「親」あるいは「第三者」に「親権」を付与する（その結果として同意もされる）ことが可能なのか、ということであり、この点を後に検討する。

(3) 親権と医的侵襲行為に対する同意権の関係②

―「子の最善の利益」と「医療ネグレクト」の観点から

上述において「子の最善の利益」ということを根底に親権者による医的侵襲行為への同意が認められるということであったが、久々湊（2003：195）は「子の最善の利益」を確保するために「監護教育」があると述べていることから、そのように考えることは妥当であると思われる。

さて、「子の最善の利益」、未成年者への医的侵襲行為に対する同意を親権者が行うことと関連して説明されるのが「こどもの権利に関する条約」である。

「こどもの権利に関する条約」では、「子の最善の利益」が考慮されること、「子の生存と発達が最大限に確保される」こと、「子は父母から分離されない権利を有するとともに、その最善の利益のためには分離が許容される」こと、「自己の意見を形成する能力のある子は、自由に自己の意見を表明する権利を有し、子の意見は年齢や成熟度に応じて考慮される」こと、「子は虐待・放任・不当な取扱いから保護される権利を有する」ことなどが規定されている（久々湊ら 2003：97）。甲斐（2010：221）は「こどもの権利に関する条約」では「子どもの『最善の利益』を家族の『最善の利益』から独立したものとして位置づけている」と説く。

しかしながら、甲斐（2010：221）も引用しているがエンゲルハート（甲斐ら訳 2009：158）によれば「こどもの権利に関する条約」に規定されている「子どもの最善の利益」については3つの問題点があるという。それは「一般的にその子どもの最善の利益は何であるのかを誰が決定するのか、特定の状況において誰の基準によりその子どもの最善の利益を決定することになるのか」、「仮にそのような権限があるとして、両親は子どもに対して、最善の利益に関する事柄には還元できないものについていかなる権限を有しているのか」という点である。なかでも「親権」は「子どもの最善の利益および自律に関する問題に十分に還元することができない」にもかかわらず「最善の利益に関する問題を超えて、家族は子どもに対する権能としての機能を有している」（エンゲルハート甲斐ら訳 2009：160）という。このことは「子どもの最善の利益と離れて、子どもたちが単純に両親の権能に服することはしばしばあり、両親は、社会の監視に服する子どもの最善の利益を保護するために社会が確立した受託者（trustees）として機能するだけでなく、子どもに対して権能を有する者として機能するがゆえに、家族の性質および権限に関する問題が提起される」（エンゲルハート甲斐ら訳 2009：161）という。そしてエンゲルハート（甲斐ら訳 2009：158）は「両親は、自己の子どもの最善の利益を確証するものであるが、一般社会の最善の利益に相反する最善の利益基準を利用することもしばしばある」場面として「医療的介入」を挙げている。

「医療的介入」がしばしば「子の最善の利益」に適わないことに関して、わが国についていえば昨今の児童虐待防止のための親権制度見直し問題が挙げられる。

去る、2009年11月24日（火）読売新聞では「虐待児守れ『親権』制限論」と題された記事が掲載された。その後、同年12月31日（木）「児童虐待防止への親権制限 法務省研究会 施設長に優越権」、2010年1月5日（火）「親権制限で虐待防止 法相諮問へ子どもの保護容易に」という記事が次々と掲載されたのは記憶に新しい¹⁰⁾。

『児童虐待防止のための親権制度研究会報告書』¹¹⁾（2010：4-7）（以下では『報告書』

とする)では「親権は子の利益のために行わなければならないものであり、児童虐待が親権によって正当化されないことは、法律上明らかにされており、社会的にも広く理解されるようになってきた」と述べている。ここでいう「児童虐待が親権によって正当化されない」ことが明らかになっている法律というのは民法 820 条、民法 834 条、そして児童虐待防止法第 4 条 6 項、第 14 条第 1 項・第 2 項、である。しかしながら「児童虐待や親権者による親権の不適切な行為により、子の利益が現に害され、又は害されるおそれ大きいにもかかわらず、現在の制度では対応に苦慮する場合」があるとして 9 つの事案を提示している。そのうち本研究と関連があるのは「未成年者が手術や治療を必要としている場合、医療機関がその未成年者に対し医療行為を行うには、通常、親権者の同意が必要とされるが、親権者が正当な理由もなくその同意を拒否して放置することにより、未成年者の生命・身体が危険にさらされるような」、「医療ネグレクトの事案」である¹²⁾。

医療ネグレクトについて「児童虐待防止のための親権制度の見直しに関する問題点の検討 (1)」¹³⁾ (2010 : 6) では、次のように説明されている。「未成年者が手術や治療を必要としている場合、医療機関がその未成年者に対し医療行為を行うには、通常、親権者の同意が必要とされるが、親権者が正当な理由もなくその同意を拒否して放置することにより、未成年者の生命・身体が危険にさらされる場合がある。このような親権者の行為は、『医療ネグレクト』として、児童虐待の一類型（児童虐待防止法第 2 条第 3 号）に該当するとされている」。

現在、それへの対応として「医療ネグレクトにより児童の生命・身体に重大な影響がある場合の対応としては、現在、児童相談所長等の申立てにより、親権喪失宣告を本案とする審判前の保全処分として、親権者の職務執行の停止及び職務代行者の選任（家事審判規則第 7 4 条）をし、職務代行者において必要な医療行為に同意し、医療行為が終了した後は、適宜、親権喪失宣告の申立てを取り下げるという運用が行われている」という¹⁴⁾。

甲斐 (2010 : 223) は「通常、両親は、『子どもの最善の利益』を確証して対応するであろうし、医師も両親の判断を尊重する。したがって、『最善の利益』の判断主体は、両親であることが多い」が「医療ネグレクトに当たる場合のように、両親の考えが社会の支配的な考えと大きく食い違う場合もあり、特に両親の判断が子どもに著しく不利益を与える場合には、危害防止の観点から、あるいはパターナリズムの観点から、法的規制が介入してくる余地もある。この意味では、家族の役割は、重要だが、万能ではない」と指摘しているように、上述した児童虐待防止法による介入、あるいは親権見直しの問題が浮上してくることを鑑みると、まさしく親権を行使し得る立場の「家族」が医的侵襲行為に対して同意を必要とする場合においても、危うい存在であるということが言えよう。

けれども「小児科分野での医療的介入における家族の役割は変遷しつつあるが、それにもかかわらず、道徳的多様性社会にあっても、最小の社会的ユニットとしての家族が治療への同意について限定的ながらも大きな役割を果たし続けることは否定できないように思われる。なぜなら、『子どもの最善の利益』を最もよく知りうるのは、結局は家族、とりわけ（両）親だからである」と甲斐 (2010 : 224) は述べている。

このように「親権」の行使は「子の最善の利益」に適うものでなければならない、にもかかわらず医的侵襲行為に対する「親権」の行使の点からすれば「医療ネグレクト」が行われているという現実がある。エンゲルハート (甲斐ら訳 2009) は、「子どもの最善の利

益」が「何であるか」を「誰が決定するのか」、「誰の基準により子どもの最善の利益を決定することになるのか」、そして両親が「子どもに対して、最善の利益に関する事柄に還元できないものについてはいかなる権限を有しているのか」と述べていた。このなかで重要なことは誰の基準によって子どもの最善の利益を決定するかということであり、これに対して蒔田（2009b：1372）は「未成年の患者保護のために、最も望ましい治療は何かという視点で捉えた場合、当該時点における医療水準に則った治療が最も合理的なものとの推定が働くので、父母の意思、未成年者の意思、いずれの意思を優先させるかという判断ではなく、医療水準の軸として治療内容を決定すべきである」と説く。つまり、既述したように医的侵襲行為の場面において患者以外の者が患者の最善の利益のために代理決定する際の基準として医療水準が有効であると言えよう。

（4）親権万能説の限界—安全な「親権」付与のための別の観点

上述において、親権を行使し得る立場の「家族」は医的侵襲行為への同意をする者としては、危うい存在であることを述べた。そして第四の論点として、「親権」の性質から未成年者に対する医的侵襲行為への同意が可能になることがいえだが、なぜ「親権者」となり得る「親」あるいは「第三者」に「親権」を付与する（その結果として同意もされる）ことが可能なのか、と論点を残していた。この論点に対して示唆的なのが、野崎（2003a）・Kymlicka（1991）、エンゲルハート（甲斐ら訳 2009）による論考である。

野崎（2003a：108）は、マーサ・ミノウとメアリー・リンドン・シャリによって概念化された現代アメリカにおける家族関係および家族法の契約アプローチ、共同体アプローチ、権利アプローチの三つのアプローチ¹⁵⁾を紹介し、それに対し批判を加えるとともに、それを踏まえ自らの家族関係の法的捉え方について見解を述べている。

野崎（2003a：120-126）は「ウィル・キムリッカの論考『家族を再考する』の検討を通じて」ミノウらによる契約アプローチとは異なる契約アプローチの考え方を提示している。それによれば、キムリッカはリベラル化された家族について「単純にいうとリベラリズムは、正義の制約のもとでの契約の自由を信ずるものであり、自己の持つ能力のうち、どれを発展させ、また市場においていかなるサービスを売り買いするかを選ぶことは、個人の自由に任されている。したがって、かかるリベラリズムを、家族にも一般化すれば、セックス、結婚および親業の契約化が要請されるはずである（少なくとも許容されるはず）」としている¹⁶⁾。そして、契約化を可能にするものとして「信託原理」を用いるという。つまり「子どもを産み育てる自由は、権利というよりもむしろ責任であり、子どもの利益を増進するような仕方でのみ行為しうる信託（trust）である。かかる信託原理は、家族生活に極端な制限を行うことを正当化する根拠となる。すなわち、親業をライセンス化するというアイデアまで行き着くはずで」あり、この「信託原理がどれほど厳しい基準を要求するかによって、契約の自由が制限されることになる」。すなわち「基準を厳しく解すると、契約化は法的に規制又は禁止され、親業のライセンス化にもつながる」という見解である。

これに対して野崎（2003a：125-142）は、「正義の基底性を基本理念とするリベラリズムからは、家族関係は契約を基礎にして理解するのが原則であり、特定の家族形態をあらかじめ排除しないとするのが、筋がとおっている。その代わりに、信託原理に基づき個別・具体的に、子どもの福祉の判断を行うというキムリッカの提案は、他方の要請である子ど

もの利益にも配慮を示しており、妥当」であり、「契約アプローチには、親業に対する信託原理による介入を伴うから、この点でも自由の縮減を伴う。このように、子の福祉の観点からの親業の遂行に対する適切な国家のコントロールを確保することによって、家族の多元化の要請とのバランスを測る」と述べている。このことは既に述べたエンゲルハート（甲斐ら 2009）による「親は社会が確立した受託者である」ということに通じる。

エンゲルハート（甲斐ら 2009：162）は、子どもの地位と親権に関する見方の一つとして家族の意義を社会構成主義的な家族の価値として特徴付けている。これにはリベラルな価値とリバタリアンの2つの異なる家族の価値を含むが、本項で示唆的なのがリベラルな価値による子どもの地位と親権に関する見方である。エンゲルハート（甲斐ら 2009：166-167）によれば、リベラルな価値による子どもの地位と家族ないし親権に関する見方というのは「家族を、単に社会生物学的事実としてみなすものでもなく、また義務論的事実とみなすものでもなく、人工的な社会的統一体としてみなしているが、この社会的統一体の構造ならび一連の権限および義務は、自由かつ平等で同意している個人の合意による改善を通じて形成され、またそれに開かれている」というものである。そして「子どもの自由の利益を含む子どもの最善の利益の受託者として両親が行動するかぎり、そして子どもが効力を持って選択することができ自己の参加権を行使することができる成熟した未成年者となっていないかぎり、小児科医療の意思決定については、子どもは家族の権限もしくは親権に服するものと理解している」という。「この家族観においては、子どもに対する家族の権限はせいぜい、補完性に基いているにすぎ」ず、「家族の権限は、子どもの最善の利益および参加権の受託者として理解されるべきである」と説く。

エンゲルハート（甲斐ら 2009）による「それに開かれている」というのは「家族の受託者としての職務が常に社会の監督および国家の介入に適切に開かれている」ということを指している。

これらのことから、第一に民法 820 条、民法 824 条による「親権」の性質を根拠にして親権を行う者による未成年者に対する医的侵襲行為への同意が認められていた。しかし、第二にいくらそれらの根拠によって親権を行う者による同意が正当化されても、それは「子の最善の利益」に適うものでなければならないということが言える。第三に実際には「親権」の行使ということで「子の最善の利益」にはならないような医的侵襲行為への同意の拒否という「医療ネグレクト」が生じていた。このことは、第四に、従来「親権」が未成年者に対して万能の権限のように行使されていたことの限界を示すとともに、「子どもに対して権能を有する者として機能」（エンゲルハート甲斐ら訳 2009：161）することの限界であると思われる。そのような状態を打破すべく、親権を行使する者—される者という関係に信託原理を介することによって、親の「自由の縮減」が可能となり、かつ、受託者としての「家族」の職務が常に国家や社会の監督、すなわち「各人の内面に『他者から見られている』という意識を定着させ、社会的規範を身につけさせていく『パノプティコン（全展望監視装置）』（仲正 2009：157-158）的効果を生じさせることが可能になると考えられる。そして、この観点が本研究において重要な原理となる。加えて、「子の最善の利益」のための客観的な判断を可能とする医療水準を基底にして親権を行なう者による代理決定が必要となると言えよう。

(5) 諸外国における未成年者に対する医的侵襲行為への同意権について

わが国では、親権の行使として（その性質の捉え方の議論はあるが）未成年者に対する医的侵襲行為への同意がされていたことが窺えた。この状態は家族による同意ではあるけれども一定の権限のもとでなされていることからすれば、成人の場合と比較して空白の状態はないといえる。では、諸外国ではどのように未成年者への医的侵襲行為に対する同意が行なわれているのか。ここでは、諸外国において医的侵襲行為への同意に対して“空白の状態”をつくっていない制度をみるために横野（2000, 2001b, 2002a）、寺沢（1992b）に依拠する形でイギリス、カナダ、フランスに限定して概観する。

① イギリス

横野（2000：293-291）は、イギリスにおける制定法から患者が未成年者の場合の医療に対する同意の一般原則をみている。

未成年者が同意能力を有する場合、まず 16 歳以上の未成年者本人による同意は、1969 年家族法改正法（family Law Reform Act 1969）第 8 条において、「16 歳以上であれば同意能力を有すると推定されることになった」とある。次に、16 歳未満の未成年者本人による同意については、「16 歳未満の未成年者であっても、十分な理解力を有する場合には、医療に対して有効な同意を与えることができる」ということである。

では、未成年者本人が同意能力を欠く場合はどうか。横野（2000：290）によれば、まず「家族法の代表的教科書が、子の医療に対する同意を監護権の一内容と位置づけている」という。また「16 歳未満の未成年者に対して医師が父母の同意なしで医的処置を適法に行うかどうか争点となったギリック事件」において、裁判官は「『親の権利（parental rights）は、この身上及び財産一すなわち、身上の監護、ケア、及び監督、ならびに子の財産の管理一の双方に関するものである』としたうえで『子に関して医師の助言を求めるかどうか、及び医療に対して同意を与え、または差し控えるかどうかを決定する親の権利及び義務が存することを法が承認していることは、まったくの明白である』と述べている」。さらに、「1933 年少年法（Children and Young Persons Acts 1933）第 1 条により、子に対する不必要な苦痛または健康に対する損害を防止するために医療が必要とされる限度において、親は医療を提供するための措置を講じる義務を負う。この義務を果たさない場合には、刑事責任を負うことがある」とされているとする。これらのことから、「コモン・ローにおいては、子の医療に対して同意を与えることは親の監護権の一内容であると理解」できるという。

次に、同意を与える親については「父母が婚姻している場合には、父母双方が自動的に親責任を有する。父母が婚姻していない場合には、母が親責任を有」し、「子に父母がなく、後見人（guardian）が指定または選任された場合には、後見人が親責任を有する」。また、「裁判所のケア命令（care order）によって、子が地方当局のケアの下に置かれている場合には、当該地方当局が親責任を有」し、「地方当局は、親責任に基づいて子の医療に対して同意を与えることができる」ということである。さらに、「親責任を有していない者が実際に子のケアに従事している場合」、「児童法のかかる規定に基づき、場合によっては、近親者、ベビーシッター、教師、あるいは子が入院患者である場合には医師でさえも、子の医療に対して同意を与えうる」。けれども「選択的大手術（major elective surgery）のよ

うな長期的または不可逆的な影響を及ぼす医療に対しては親責任を有する者の同意が必要であると解され、加えて、「子が裁判所の被後見人（ward of court）である場合には」、裁判所が決定を行うということである。

子に対する医療同意権が親にあるということが説明されてきたが、横野（2000:288-287）によれば、「親の同意権行使に対する制約」もあるという。例えば、「親が子を放置・遺棄する場合及び所在不在の場合」や、「裁判所の命令」がそれに当たる。「裁判所による後見は、パレンス・パトリエとしての国王が有する『未成年者を含め、自分のことを自分で処理する能力を欠く者の身上及び財産を保護する』権利義務に由来し、制定法上の根拠規定はない。パレンス・パトリエとしての国王の権限は、現在は高等法院の固有の管轄権の一部として行使されている。高等法院が固有のパレンス・パトリエ管轄権を行使する際の手続のひとつが裁判所による後見である」（横野 2000 : 284）。

裁判所が、同意能力のない被後見人の未成年者の医療に関する決定を行う場合の考慮事項は「子の最善の利益でなければならない」（横野 2001b : 210）。このことは、横野（2001b : 209）によれば、1989 年児童法の第 1 条第 1 項に「被後見人の最善の利益について決定する際には、裁判所は合理的かつ責任感のある親（a reasonable and responsible parent）が自分の子の場合に取るのと同じの態度をとらなければならない」と規定しているという。この場合に裁判所が行う比較衡量の対象は「提案された医療によって子にもたらされることが予想される利益と不利益である」（横野 2001b : 209-208）と説く¹⁷⁾。

② カナダ

横野（2002a : 125-127）によれば、未成年者の医療に対する同意に関する制定法では、16 歳以上の未成年者による医療に対する同意は成年者と同様に取り扱われるということであり、また、コモン・ローにおいては、「一定年齢による区分はなく、未成年者であっても一定の能力を備えていれば医療に関する決定をすることができるものとされる」。他方、同意能力のない未成年者の医療に対する同意権について、カナダの多くの州で「同意無能力者に代わって同意を与えることができる順位を制定法で規定し」、「いずれの法域でも、患者が未成年者である場合における第 1 順位の同意権者は、親（または親に代わる者）である」（横野 2002a : 128）という。

次に「同意権者について規定した制定法が存在しない法域」について、横野（2002a : 130-131）によれば「コモン・ロー法理によって同意権者が決ま」り、「コモン・ローにおいては、親が子をケアする法的な権利義務を有する者として、子の医療に対する同意を与えるもの」とされ、「カナダにおいては、親は『自然の』後見人とみられ」、「現行の州法のなかでも、依然として親は『後見人（guardian）』、親の地位は『後見（guardianship）』と表現される」ということである。また、「ニュー・ブレズウィック、北西準州、およびヌナブト準州はいずれも同意能力のない未成年者に代わる同意権者を制定法で規定していないが、未成年者の医療に対する同意を免除するための命令を裁判所に申し立てるための特別の手続きが制定法によって設けられ」、「そこでは、『親または後見人の同意が法的に必要とされており、かつ拒否またはその他の理由によって同意が得られない』ことが申立の要件となって」いることから「医療に対する同意が後見の一内容であるとみられている」と解釈している。加えて「子の医療に対する親の決定権は、コモン・ローおよび制定法上

の権利であるのみならず、権利及び自由に関するカナダ憲章第 7 条によって保障されるリ
バティ・インタレストである」という。

このように、同意能力のない未成年者の医療に対する同意において、当事者間で意見が
一致しない場合には、公的介入によって問題が解決される（横野 2002a : 136）。

横野（2002a : 136-137）によれば、まずは「何が児の最善の利益になるかが明確ではな
い場合には、通常、適切なコンサルタント医からセカンド・オピニオンを得て、必要最小
限の医療を継続すべきである」が、この場合において意見が一致しない場合には「倫理諮
問委員会（Ethics Advisory Committee）等の病院施設によって承認された機関に問題を
提出」する。「さらに病院内において問題が解決しない場合、医師は児童保護立法に従って
公的介入を要請」することになるとされている。横野（2002a : 137-139）は、二つの公的
介入を紹介している。一つは、パレンス・パトリエ管轄権による介入であり、もう一つが
児童保護立法による介入である。裁判所が関与する場合は、多くは児童保護立法に基づく
介入であるが、「裁判所が固有のパレンス・パトリエ管轄権を行使して介入することも可能
である」という。

③ フランス

寺沢（1992b : 800-801）によれば、「フランスにおいては、人間の最も基本的な法的属
性は自己の身体的完全性及び自己の生き方が何人にも侵されないことであり、医師であつ
ても、承諾なくそれを侵すことはできないと考えられている」という。しかし、未成年者
については、「種々の権利を行使するための十分な能力を有していない故に、その保護のた
め、法律上無能力であるとされ、親権または後見に服する」ことになる。このことは「未
成年者からすべての能力を奪うものではなく、『行為の一身専属性や社会的配慮』等により、
16 歳以上による遺贈、13 歳以上による完全養子の同意などの一定の権利行使が認められ
ている。ただし、「未成年者への医療行為に対しては、未成年者を保護するため、他の者に
よる承諾が必要」となる。「未成年者への医療行為に対しては、原則として、親権行使者の
承諾が必要である」。「原則として、医師は両親の承諾を得なければならない」が、「緊急の
場合や予防接種などの義務的医療行為の場合はその例外であ」り、「また、一般医の慣習的
な通常の治療も、民法典 372 条の 2 の『通常の行為』であるとして、一方の承諾でよい」
が、両親間で治療に関する争いがあった場合には「後見裁判官（Je juge des tutelles）」に
よって解決される¹⁸⁾。

また、「学校、家族、友人などに親権行使者である親が子を委ねる場合、子を委ねられた
者は、この健康が危険な状態にあるか、もしくは治療が必要と判明する場合は、処置する
義務を負う」（寺沢 1992b : 804）とされている。

次に、親権行使者による承諾の法的構成について寺沢（1992b : 805-806）によると、そ
れは「子の身上に関する親権に基づく」とある。この「承諾権者は親権行使者を含めた『法
定代理人』と理解していると解されている」という。そしてポワチエ大学助教授であるレ
イモン氏の見解を引用し「レイモンは、医療行為について、『監護権は、子の身上を保護す
ることと子の生活の一定の重要な行為についての子の監護者の許可が必要であることに現
される。……監護者である親は、子の私的生活の支配者（le maitre）である。その資格で、
親は、子の人格に関する諸権利（de droits de la personnalite）を行使する権利と義務を

有する。すなわち、内科治療または外科手術に関して親の承諾が要求される』とする」ということである。

④ 諸外国の制度からの示唆されること

以上のことから、イギリスでは「16歳」という年齢を一区切りとして未成年者による同意を認め、同意能力を欠く場合、あるいは16歳未満については監護権の一内容として親権者による医的侵襲行為への同意が可能となる。その場合、父母（母親のみ）だけではなく、地方当局、児童法の規定に基づく近親者、ベビーシッター、教師、そして裁判所といった未成年者にかかわっているあらゆる人材・機関が同意権を有する重層的な構造になっていることが窺える。カナダについては一定の年齢による区分はなく、一定の能力を備えていれば未成年者にも同意が認められ、同意能力がない場合に制定法の規定に基づき親（あるいは親に代わる者）が第一順位として同意権を有している。また、制定法による規定がない場合においても、基本的に親や後見人の後見の一内容として医的侵襲行為への同意が認められている。そして、同意するのに際し意見が一致しない場合には公的機関の介入が想定されていることといえる。フランスでは未成年者に対する医的侵襲行為への同意の権限は保護の観点から親権者によってなされるということであった。またイギリス同様に学校、友人、など親権行使者である親が子どもを委ねた場合には、それら者にも同意がなされることになる。

このように、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が窺えることである。日本においては、未成年者に対する医的侵襲行為への同意は親権の行使としてなされるが、親権を行使する者が子の最善の利益となるような同意をしないと判断された場合には親権喪失宣告によって一時的に権限行使を停止させ、第三者が同意を行なうという対応策が考えられる。けれども、これは諸外国に比較すると当面の対応策として位置づけられていることは否めないと思われる。

(6) 親権よりも厳格な規制をもつ未成年後見—未成年後見と親権の関係

民法第838条1号では、未成年者に対する後見の開始について「①未成年者に対して親権を行う者がいない場合、②未成年者に対して親権を行う者があっても、その者が未成年者の財産管理権を有していない場合、③後見開始の審判があった場合」と規定されている（山川2009：176）。

親権と未成年後見との関連について、本山（2009：108）は「未成年後見人（民839条～842条）は、未成年被後見人（子）に対して親権者と同じの身上監護を行う（民857条）」という説明にとどめている。同様に、渡辺（2008：223）も「未成年後見人は、未成年被後見人の身上に関しては、親権者と同じの権利義務を有する。したがって、未成年後見人は未成年被後見人を監護・教育し、（省略）」としている。山川（2009：175-178）は、未成年後見は「未成年者に対して親権を行う者がいないか、親権者が財産管理権を有しなくなった際に必要となる一種の親権の延長の後見」であると説く。そして未成年後見の職務としては「未成年者の監護・教育およびその財産管理ということの内容とし、親権者とは

ば同様といってよい」ということである。けれども、「後見人は親権者に類するが、親権者と子の関係のように自然の愛情などで結び付いているものでないから」、「職務上の注意義務もいわゆる善良なる管理者の注意が要求される（869条）」ということである。

冷水（2009：212）は民法第857条を説明し「未成年後見は、親権の延長となる後見と位置づけられているため、その事務の内容も親権と同じく身上監護と財産管理を中核としており、親権の規定が準用される」内容である。しかし、「父母でない者が未成年後見を行う場合に、その者に親権者同様の身上に関する事務を行うことを期待できない」ため、「本条ただし書きは、未成年後見監督人がいる場合に、未成年後見人が、親権者が定めた教育方法・居所を変更したり、被後見人を懲戒場にいれたり、営業を許可・取消し・変更する際には、未成年後見監督人の同意を要する旨を定め」ている（冷水2009：216）。

青山（2008：210）は「未成年後見は親権を補完するものであるから、両者の内容は異なる」として、親権者同様に身上監護と財産管理に関する職務を行うと述べ、ただし「未成年後見人の職務遂行については、親権者よりも未成年後見監督人や家庭裁判所の監督が厳重である」とする。

以上のことから、親権（者）と未成年後見（人）の関係とその権限の範囲について未成年後見は親権の延長であるから、その事務内容も親権と同様であり、未成年後見人は未成年被後見人に対して親権者と同一の監護・教育あるいは身上監護に関する職務を行い、その法的根拠は民法857条とされているということがいえる（渡辺2008、青山2008、本山2009、山川2009、冷水2009）。そして、未成年者の医的侵襲行為への同意を未成年後見人が代わって行う場合の根拠としてこの規定が用いられているということは、横野（2002a：115-116）が親権者が子の医療に対する同意を拒否することが親権の濫用になると解するならば、児童相談所長は親権喪失宣告を行い、後見人の選任を請求することができると述べた際に「後見人は子の監護教育に関して親権者と同一の権利義務を有する（民法857条）。したがって、後見人は児童の医療に対して同意を与えることができると解され」としていることから窺える。その場合には、未成年後見人は親権者と子との関係のような愛情で結びついた関係ではないので善管注意義務や後見監督人による監督によって厳重に規制がかけられているということであった。

とするならば、親権と未成年後見の権限の範囲は同じであるということではあったが、未成年後見の場合は（財産管理に関する職務も含め）身上監護に関する職務には善管注意義務や未成年後見監督人による監督、家庭裁判所の監督といった厳格な規制がかけられていることから必ずしも親権と同列ではないということが言え、またこの点から親権よりも未成年後見のほうが医的侵襲行為場面における不適切な対応が回避できるとも考えられよう。しかし、未成年後見においてそれが親権と同一の権限を持ちえているということから医的侵襲行為に対する同意も認められるとするならば、成年後見において同意権が付与されないことと矛盾するという問題が依然としてある、ということを指摘しておく。

（7）未成年後見の危険—「財産管理」に関する事件とそこから見えること

さて、上述から未成年後見は親権の延長であることから、未成年後見人の有する権能も親権者と同様であるとされていた。したがって未成年後見人も未成年者に対する医的侵襲行為への同意が可能になると考えられる¹⁹⁾。しかし、未成年後見人は「親」である親権者

と子の関係のように愛情に結びついた関係ではないということから厳重な規制がかけられていた。しかしながら、それでも未成年後見人の立場を利用した事件が生じている現状があり、新聞でも報道されている²⁰⁾。

【読売新聞：要約】

引き取った孫の少年の貯金口座から多額の現金を流用したとして、業務上横領罪に問われている元後見人の祖母に対する判決が福岡地裁で言い渡される。直系血族や配偶者らが業務上横領や窃盗などで有罪になっても刑が免除される親族相盗が、後見人に適用されるかが焦点となる。

親族相盗が適用されれば、直系血族の後見人による流用が黙認されることになる。適用されなくても、同じ行為で後見人でなければ刑が免除されるという不公平が残る。

被告は祖母 A と少年の伯父 B とその妻 C の三人である。祖母 A 被告は 2001 年 8 月、少年の未成年後見人に選任された。三被告は 03 年 11 月までに、亡き母の生命保険金などが入った少年名義の口座から現金約 1540 万円を引き出し、横領した。

業務上横領罪は、財産管理を委託する側とされる側の信任関係が崩れた場合に成立する。検察側は委託する側を少年とすると親族相盗が適用されるため、今回は、委託する側は、A 被告を後見人に選んだ福島地裁であると主張し、「家裁は信任関係を裏切られた被害者だ」として親族相盗を適用せず、A 被告に求刑した。

【朝日新聞：要約】

後見人横領、被告の控訴棄却（同 31 日） 少年（15）の未成年後見人に家裁から選任された立場を利用し、少年の預貯金など約 1500 万円を流用したとして、祖母 A 被告（72）ら 3 人が業務上横領の罪に問われた事件の控訴審判決が仙台高裁であった。裁判長は、3 人を有罪とした一審の福島地裁判決を支持し、控訴を棄却した。

福島地裁判決によれば（2006 年の記事より）少年の祖母 A 被告は、娘である少年の母親が病死後の 01 年 8 月に福島家裁から（未成年）後見人に選任された。01 年 8 月～03 年 11 月、伯父やその妻と共謀し A 被告が管理していた少年の母親名義の貯金口座から計約 1500 万円を引き出した。しかし、口座から引き出しに不審な点があったため家裁が 04 年に解任、福島地検に異例の告発をした。

「判決は『後見人の地位は家裁との信任関係に基づくもので、横領により裏切られた』と指摘。『法は家庭に入らず』との考えに基づいて刑罰を控える余地はない』と結論づけた」という。

そして仙台高裁において（2007 年の記事）「この事件では、親族が盗みや横領で有罪となっても刑が免除される「親族相盗」特例が受けられるかどうか焦点となっていた。（中略）裁判長は、親族相盗について『国家が刑罰権の干渉を控え、親族間の自律に委ねる方が望ましい』とする『法は家庭に入らず』の思想を提示。その上で、被告は親族関係によるものではなく、後見人として家裁から財産の管理を委託されていたと指摘。後見人が親族でも『もっぱら親族関係に基づく関係で行われた場合とはいえ、親族相盗を適用する余地はない』として、弁護側の主張を退けた。判決を受けて弁護側は『親族が後見人であれば罰せられ、後見人でなければ罰せられないというのでは不平等。“法は家庭に入らず”の原則を破るのも納得できず、被告と協議して上告を検討したい』と話した」。

これは親族（祖母・叔父・叔母）である後見人によって被未成年後見人の金銭を横領するという「財産管理」に関する事件であり、「親族相盗」の適用の可否が争点であった。「親

族相盗」とは「配偶者、直系血族または同居の親族との間で窃盗罪、不動産侵奪罪、これらの未遂罪を犯した者の刑を免除し、その他の親族間で行なわれた場合を親告罪とする特例を認めたもの」（西田 2010b : 161）である。

未成年後見人による金銭横領事件から、「親」である「親権者」同様に「親族」である「未成年後見人」による後見もまた危ういということが窺える。この事件では未成年後見人が「親族」であったために横領という事件に発展したのか、「親族」でなければこのような事件は生じなかったのかという疑問は生じるが、重要なのは「親族」も未成年者を保護するために安全に機能しないこともあるという点に加えて、公的な関与によって保護者を提供する未成年後見ですら安全に機能していない点であり、これらのことを未成年者に対する医的侵襲行為への同意権のあり方と関連させると従来まで「親権」の行使として、あるいは親族も含めた「家族」という枠で医的侵襲行為への同意がされていたことに対する懐疑的な見方を示すことになると言えよう。

(8) 親権と未成年後見による代理の危うさ

家族の役割として「親権」の行使があり、それによって未成年者への医的侵襲行為への同意がなされていると言える。しかし「親」は通常であれば「子の最善の利益」のために、つまり生命や身体に害の及ばない方向でその権限を行使するはずであるにもかかわらず、現実にはその権限の下で虐待が行なわれ、医療ネグレクトも生じる。これはエンゲルハート（甲斐ら訳 2009 : 158）のいうように「家族」が両親の権限が子どもの最善の利益や構成員の同意に基づいているということではなく「特殊な社会的統一体」である所以であろう。一方、未成年後見については、親権と同一の権限を有し、なおかつ厳格な規制があることからすれば、親権に基づく同意権の行使よりも安全に機能するかもしれない。けれども財産管理という限定された場面ではあったが、未成年後見でも未成年者を保護仕切れていない現状である。

一方、諸外国の状況をみるとわが国と同様に、親権の行使として医的侵襲行為への同意が行なわれるが、必ずしも親権の行使としてではなく未成年者にかかわる人材・機関も医的侵襲行為への同意権を有していることが窺えた。このことは、わが国においても医的侵襲行為への同意が親権の行使としてされていることからすれば空白の状態はないということになるが、諸外国においては空白の状態のなさというのがより重層的な仕組みとなっているということがわが国との違いであると思われる。

また、わが国においても親権の行使によって医的侵襲行為への同意がなされているが、医療ネグレクトによって同意が適切にされない場合には親権喪失宣告という対策以外にも上述した「信託」の考え方を導入することも一つの考えであるということが言える。

このように、唯一「家族」の間において代理が認められている親権の行使や未成年者の保護する機関である未成年後見でも「代理」することが危ういということが窺えた。

第2項 臓器移植法改正論議

1999年に施行された臓器の移植に関する法律（以下では臓器移植法とする）の改正が2009年に行われたのは記憶に新しい。平成21年6月18日の第171衆議院本会議において「脳死を人の死」とした考え方を前提に臓器摘出年齢の制限をなくし、本人の臓器提供

の意思表示が不明な場合にも家族の承諾で可能とする、いわゆる「A 案」が可決された。その後、修正案、子どもに係わる脳死及び臓器の移植に関する検討等その他適正な移植医療の確保のための検討及び検証等に関する法律案を含めた審議がなされ、平成 21 年 7 月 13 日参議院本会議にて投票総数 220 のうち賛成 138, 反対 82 によって A 案が可決されることになった（以下では改正論議とする）。

そして平成 22 年 7 月 17 日に施行され、今回の改正では移植機会の拡大を第一義としてることから次の三点が大きく変更された。すなわち①「家族の承諾」のみで臓器提供が可能となる、②15 歳未満の子どもでも「家族の承諾」があれば臓器提供が可能となる、③例外的に親族が優先的に臓器提供される、ことである。

今回の改正に至るまでには、「脳死を人の死」と法律上規定してもよいのか、本人の意思表示ではなく、遺族（家族）の承諾で臓器提供を可能としてもよいのか、あるいは、親族に対して臓器を優先提供できる意思表示を可能としているが、その親族の範囲はどこまでを指すのか、などの論議がなされていた。また、改正論議の背景には、2009 年 WHO（世界保健機関）において臓器移植ガイドラインが変更されたのを契機に、自国内における移植可能な臓器の国内自給が求められていること（渡航移植の制限）、日本の臓器移植の承諾条件は諸外国と比較し最も厳しいということからも、その基準を世界レベルにするという意図があると言える。

臓器移植法の基本理念の第一には、提供者本人の意思の尊重が規定されており、臓器の提供に関する本人の意思は、積極・消極を問わず、尊重されなければならないこととされている。このことの実現化として、必ず事前に提供者本人の書面による同意が必要条件とされている。

「脳死した者の身体から臓器の提供に関する標準的手順」（『逐条解説 臓器移植法』1999：180）によると、終末期にあり蘇生不能と主治医が判断し、家族もこのことを受容している場合には、臨床的脳死診断が行われる。脳死判定に従い、臓器提供の意思表示を本人がしている、または、本人の意思表示に加えて家族の意思表示も承諾であれば、法に規定する脳死判定が行われ臓器提供が可能となる。けれども、本人が臓器提供の意思表示をしているにもかかわらず、家族が脳死判定に基づく臓器提供を拒否した場合には、臓器提供が行われない、あるいは、拒否したけれども心臓が停止した死後の臓器提供を承諾した場合には、三徴候による死亡確認の上、臓器提供が行われる。

三徴候による死亡確認の上で行われる臓器提供については、本人が臓器提供の意思表示をしており、家族が拒否しない限りにおいてなされる。その一方で、本人による臓器提供の意思表示がない場合には、家族の意思表示が承諾であれば、死亡確認の上で臓器提供が可能になるという手順であるということがわかる。改正論議によって可決された A 案では、脳死判定に従った臓器提供の意思表示を本人がしている場合、または、本人の意思表示に加えて家族の意思表示も承諾であるということだけでなく、本人の意思表示がない場合、つまり臓器提供をする意思の有無が確認できない場合においても家族が臓器提供の意思表示を承諾とするならば、臓器提供が行われるということになる。

このように、改正論議においてより強調されたことは、「家族の承諾」を契機として本人の臓器提供の意思確認が不明であっても（拒否を示すかということも不明）、臓器提供が可能になった点であり、この点が本研究の問題意識につながる。すなわち、なぜ本人の意思

表示が不明であるにもかかわらず「家族の承諾」を契機とした臓器提供が可能になるのかということである。

医的侵襲行為の場面では IC との関連から、例えば、精神上に障害がある者、幼児などの同意を考える場合に、本人の意思表示が不明ないし不可能であれば“家族同意”によって医的侵襲行為がなされる場合があると思われる。後述するが、改正前の臓器移植法においては「家族の承諾」を契機とした臓器提供が可能になる理由については触れられていない。そこで、本研究では改正論議において「家族の承諾」を契機とした臓器提供が可能であるとされた理由を分析し、その特徴を明らかにする。

臓器移植法における「家族の承諾」を契機とした臓器提供が可能になることの理由づけを検討することは、他の医的侵襲行為場面での本人同意と家族同意の関係、特に家族による代理決定が認められる一つの特徴的な論理を提示する意義があると思われる。

(1) 改正前臓器移植法の概要、法枠組み

臓器移植法の概要について、以下では主に『逐条解説 臓器移植法』（厚生省保健医療局臓器移植法研究会 1999）に依拠して概説をする²¹⁾。

臓器移植法は、平成 9 年に制定され、昭和 54 年に制定された角膜及び腎臓の移植に関する法律に基づき角膜及び腎臓について行われていた移植医療から対象となる臓器を心臓、肝臓等にまで拡大、さらにこれまで心臓死状態からの摘出に加えて脳死状態からの摘出も可能と、我が国における移植医療に新たな道を開くことになった。

通常の医療行為はほとんどの場合、患者に対する侵襲性を持っているため、外形的には刑法第 204 条の傷害罪を構成する。しかしながら、それが治療行為の一環として正当性を持つ範囲において刑法第 35 条の正当業務行為として違法性が阻却されるという法的構成をとる。これを踏まえ、臓器摘出という医療行為を捉えると臓器摘出については臓器提供者に対する治療行為として行われるものではないため、その構成をとることはできないということになる。従って、臓器摘出に係わる臓器提供者の承諾が行われていることをもって違法性の阻却と解されることになる。さらに、死体からの提供の場合には、死体損壊罪に係わる違法性阻却事由として、承諾についても遺族の承諾が加えて重要となる。臓器移植法においても、遺族がいる場合にはその承諾を必要条件としている（一定の場合は十分条件である）。

臓器移植法は、第 1 条から第 4 条において、目的、基本理念並びに国、地方公共団体及び医師の責務について規定されている。

臓器移植法の目的は、「臓器の機能に障害がある者に対し臓器の機能の回復又は付与を目的として行われる臓器の移植術に使用されるための臓器を摘出すること」である。

基本理念では、第一に、提供者本人の意思の尊重が規定されている。臓器の提供に関する本人の意思は、積極・消極を問わず、尊重されなければならないこととしている。このことの具体化として、必ず事前の提供者本人の書面による同意が必要条件とされている。第二に、臓器の提供については、臓器摘出の承諾等に先だって行われる説明、意向確認等の過程において、不当な圧力がかからないよう、自由な意思によって決定されるべき旨が規定されている。第三に、移植術は適正に行われる必要があることが明記され、第四に、移植術を受ける機会の公平な配分について記載されている。

第6条から第9条において、臓器提供施設において臓器が摘出されてから移植実施施設において移植術が行われるまでの手続きの大枠が定められている。これらの規定は、移植目的の死体から臓器の摘出等について種々の規制を定めている部分なので、生体間の臓器移植については適用がないと解されている。第6条に焦点を当てると、臓器の摘出を可能とする要件が規定され、それによると「医師は、死亡した者が生存中に臓器を移植術に使用されるために提供する意思を書面により表示している場合であって、その旨の告知を受けた遺族が当該臓器の摘出を拒まないとき又は遺族がないときは、この法律に基づき、移植術に使用されるための臓器を、死体（脳死した者の身体を含む。以下同じ。）から摘出することができる」とある。

臓器の摘出を可能とする要件である臓器提供の意思表示又は臓器摘出の承諾は、「①臓器摘出の意味と承諾の効果とを認識・理解する能力を有する者によってなされたものであること、及びその者の真意に基づいてなされたもの」でなければならない。この二つの条件を満たして、法的に有効な承諾があったと解される。このことからすると、幼児、心神喪失者等、①及び②について満たさない者の承諾は法的に無効と解することになる。また、欺もう・錯誤によって真意に基づかない承諾は、法的に有効な承諾とはならない。第2条においても、意思表示の任意性の確保という点と趣旨は同様であるが、第2条は罰則を伴わない訓示規定にとどまっているのに対し、第6条規定との関連においては、真意に基づかないでなされた意思表示に基づき臓器摘出を行った場合には、要件に合致しないことから、刑法第35条の「法令行為」には該当せず、死体損壊罪に問われる可能性がでてくることもあり得る。そのため、臓器提供の任意性が疑われるような場合は、その事情を勘案しなければならないとされている。

第6条に規定されている「遺族」の範囲については、臓器移植法上一般的に、類型的に決まっていない。というのは、法令で画一的にその範囲や範囲の中での承諾の優先順位等について規定することは、承諾に係わる運用を硬直化することが予想されるためである。

したがって、喪主ないし祭祀主宰者等が遺族に該当し、死亡した者の近親者の中から、個々の事案に即し、慣習や家族構成等に応じて判断すべきものであるが、原則として、配偶者、子、父母、祖父母及び同居の親族の承諾を一義的には得る必要があるとされている。

なお、『臓器の移植に関する法律の運用に関する指針（ガイドライン）』によると、「第2遺族及び家族の範囲に関する事項」では、喪主又は祭祀主宰者となるべき者において、「遺族」の総意をとりまとめるものとするのが適当であると規定され、臓器提供に対する異論が出された場合には、その状況等を把握して、慎重に判断することと明記されている。

また、遺族が子供しかいない場合は、法令も厚生省の通達等においても全く言及されていないところではあるが、基本的には臓器提供の意味及び臓器提供に関する意思表示の効果を理解した上で主体的に判断する能力を備えている場合にのみその承諾を有効にすることとされている。

(2) 改正前臓器移植法の問題点

以上が、主に改正前の臓器移植法における概要と条文規定（第1条から第9条に限定して）である。

逐条解説に依拠するならば、次のことが指摘できる。第一に、基本理念では、臓器提供

に関する本人の意思は積極・消極に関わらず尊重されるべきであるということからも、本人承諾が必須要件となっていることが窺える。けれども、「脳死した者の身体から臓器の提供に関する標準的手順」からは、「本人による臓器提供の意思表示がない」場合でも「家族の承諾」を条件に「三徴候による死亡確認」をした上で臓器提供が可能になるという流れになる。なぜ、「本人による臓器提供の意思表示がない」にもかかわらず「家族の承諾」を契機に「三徴候による死亡確認」後の臓器提供を可能とするのか。それを認める根拠は、改正前においても明確ではないということが指摘できる。また、「脳死判定」による臓器提供を行う場合には、本人の意思表示が必須である。とすると、この改正前の段階では、「本人の意思表示がない」場合には臓器提供への方向には進まないと言える。この点が、後述する今回の改正案論議の焦点の一つとなっている。

第二に、第6条規定に関して本人の真意によらない臓器提供がなされた場合には、死体損壊罪に問われる可能性がいわれている。改正前の条文規定を解釈する際に、このような指摘がなされていることは重要である。というのは、この指摘は後述する臓器移植法改正案論議において可決されたA案に対する批判要素となっているためである。

第三に、「遺族」の範囲は原則的に規定されてはいるが承諾に関わる運用を硬直化させるということから、個々の事案に即し、慣習や家族構成等に応じて判断すべきものが適当であるということであった。けれども、範囲が規定されないことによる、承諾範囲の曖昧性の助長、混乱、あるいは、利害関係のからんだ承諾がなされる可能性もあり得ると考えられる。そして「遺族」あるいは「家族」の範囲が「慣習」によって判断されているという事実は、「家族特権」の特徴である。

第四に、臓器提供については、「遺族」の範囲のうち喪主又は祭祀主宰者となるべき者の総意によって判断され、さらに異論がでた際には、その状況を慎重に判断すべきとされているのみであった。とするならば、結局は、異論がでるたびに個々の事案に即して総意をとる状況のみが作り出されるだけであり、総意といっても、その状況で想定されている「遺族」全員によるものなのか、多数決で判断するのか、といった問題が生じる。

第五に、遺族が子供のみの場合について、法令や厚生省の通達において言及されていないことは既に触れたが、遺族が精神上に障害がある者であった場合のみに関することは『逐条解説』でも触れられていない。このことから、法令や厚生省の通達においても、この点について想定されていないということが窺える。

子供の場合は、主体的に判断できる能力を備えている場合にのみ、その承諾を有効にするということであった（ただし、その基準は明確ではない）。では、精神上に障害のある者が遺族の臓器を提供することの趣旨を判断する状況に置かれた場合、子供同様に主体的に判断できる能力を備えている場合にのみ承諾を有効とする、という説明がなされる可能性は少ないと思われる。その背景には、精神上に障害のある者に対する能力の有無を問う能力論があると思われる。そのため、精神上に障害のある者が遺族として残された場合の措置（承諾の行方）について言及することは、臓器提供主体者にとっても遺族にとっても臓器提供が恣意的になされないためにも重要であると思われる。

このように改正前の逐条解説の段階で、すでにいくつかの問題点や重要な説明がなされていることを指摘した。これらの点は去る平成21年7月13日に改正が可決された、新たな臓器移植法が可決されるまでの論議に影響を与えと言える。

(3) 臓器移植法改正案の概要

昨今、論議されている臓器移植法改正案について、平成 21 年 6 月 18 日に開催された第 171 回衆議院本会議では、第 164 回国会、中山太郎氏らによって提出された、いわゆる A 案が総数 430 のうち「可」とする 263 の票によって可決された。その後、修正案、子どもに係る脳死及び臓器の移植に関する検討等その他適正な移植医療の確保のための検討及び検証等に関する法律案を含めた審議がなされ、去る、平成 21 年 7 月 13 日参議院本会議にて、A 案が可決され、1999 年に成立して以来、初めての改正となった。

ここでは、会議議事録より、今回臓器移植法改正案として提出された、中山太郎議員ら法律案（以下 A 案）、石井啓一議員ら法律案（以下 B 案）、金田誠一議員ら法律案（以下 C 案）、根元匠議員ら法律案（以下 D 案）、子どもに係る脳死及び臓器の移植に関する検討等その他適正な移植医療の確保のための検討及び検証等に関する法律案（以下 E 案）、そして南野知恵子議員による A 案に対する修正案（以下修正案）、それぞれの法律案の要約を示すことにする。

① A 案

本法律案の概要は、第一に、脳死下で臓器を提供できる要件について、本人が生前に書面によって臓器の提供意思を表示している場合に加え、本人が書面によって臓器の提供を拒否する意思を表示している意外の場合で、遺族が書面により承諾している場合とすること、第二に、本人が臓器提供の意思を表示する場合において、親族に対して優先的に臓器を提供する意思を表示することができること、第三に、国及び地方公共団体は、移植医療に関する啓発及び知識の普及に施策を講ずること、とする（第 166 回衆議院厚生労働委員会 32 号平成 19 年 6 月 20 日）。

② B 案

第一に、現行法の本人の意思をあくまで尊重するという枠組みを残し、第二にその意思が表明できる年齢、現行法では十五歳となっているが、これを初等教育が終わった十二歳以上とし、第三に、臓器の優先提供、そして国及び地方公共団体が移植医療に関する教育の充実、啓発等の施策を講ずるものとする（第 166 回衆議院厚生労働委員会 32 号平成 19 年 6 月 20 日）。

③ C 案

本法案の概要は、第一に、脳死の定義を、脳幹を含む能全体のすべての機能が不可逆的に喪失することに改めるとともに、脳死判定を開始することができる要件を法律に明記すること、第二に、死体からの組織移植等について、本人の提供意思を書面により表示している場合で、遺族が組織の摘出を拒まないとき等の場合に認めること、第三に、生体移植について、配偶者または二親等以内の血族である親族が、肺等の特定臓器を提供する意思を書面により提示している場合で、所要の基準を満たし病院等の承認があった場合と認めること、第四に、国は、臓器等の移植に関し、臓器等を提供する意思表示の有効性、脳死判定の適正性の調査分析を通じて、適正な移植医療の確保を図るための検証を行うものと

すること、第五に、子どもについての臓器等の移植に関する摘出を防止するための有効な仕組みのあり方、子供の自己決定権や親権の及ぶ範囲等について、広く国民の意見を求めつつ検討が加えられ、必要があると認められるときは、第二次脳死臨調の設置等、所要の措置が講じられるものとする、とする（第 169 回衆議院厚生労働委員会 12 号平成 20 年 5 月 9 日）。

④ D 案

本法律案の主な内容は、第一に、死亡した者が十五歳未満の場合は、本人が拒否する意思表示をしていない場合であって、その遺族等が書面により承諾し、さらに、医療機関において臓器の摘出等に関する必要な説明が行なわれ、その遺族等による虐待の疑いがないこと等が確認された場合に限り、臓器の摘出等を行うことができること、第二に、国及び地方公共団体は、国民があらゆる機会を通じて移植医療に対する理解を深めることができるよう、臓器提供の意思の有無を運転免許証及び医療保険の被保険者証等に記載することができることとする等、移植医療に関する啓発及び知識の普及に必要な施策を講じること、第三に、法施行後三年を目途に、臓器移植全般について検討を行うこと、である（第 171 回衆議院厚生労働委員会 14 号平成 21 年 5 月 22 日）。

⑤ E 案

法律案の概要は、第一に、脳死した子供の身体からの移植術に使用されるための臓器の摘出その他子供に係る臓器の移植に関する制度については、子供に係る脳死の判定基準、臓器の提供に関し子供の自己決定及びその親の関与が認められる場合並びに虐待を受けた子供の身体からの臓器の摘出を防止するために有効な仕組みの在り方を含めて検討が加えられ、必要があると認められるときは所要の措置が講ぜられるものとしている。そして、この検討を行うにあたっては、学識経験を有する者による専門的な調査審議が行われるとともに、広く国民の意見が反映されるよう配慮されなければならない、第二に、死亡した者の身体からの組織の摘出及び当該組織の移植に関する制度、生体からの臓器及び組織の摘出並びに当該臓器及び組織の移植に関する制度等については、この法律の施行後一年を目途として検討が加えられ、必要があると認められるときは所要の措置が講ぜられるものとする、第三に、臓器移植に関する法律の一部改正であり、国は、臓器の移植に関し、臓器を提供する意思表示の有効性、脳死の判定の適正性及び当該判定に関する意思表示の有効性等の調査及び分析を通じて、移植医療の適正な実施を図るための検証を遅滞なく行い、その結果を個人情報保護に留意しつつ公表するもの、また、脳死の判定等に関する記録の保存期間を二十年とするとともに、国は、移植術を受けた者の適切な健康管理に資するため、その者の健康に関する情報に係るデータベースが整備されること等により、その者その他関係者がその者の当該移植術後の健康状態を的確に把握することができるよう必要な措置を講ずること、である（第 171 回参議院国会厚生労働委員会第 20 号平成 21 年 6 月 30 日）。

⑥ 修正案

修正案の骨子は、第一に、原案では、脳死した者の身体について定める第 6 条第 2 項の

規定から、「その身体から移植術に使用されるための臓器が摘出されることとなる者であつて」と文言を削除することになっているが、このような改正は行わず、現行どおりにする。

第二に、虐待を受けた児童が死亡した場合に当該児童から臓器が提供されることがないようにするための検討に関する規定を、公布日から施行すること。

そして、検討等に関し、次の 5 つの項目を追加。一項目は、臓器の摘出に係る脳死の判定についての厚生労働省令は、児童についての臓器の摘出に係る脳死の判定に関しては、児童の身体の特性に関する医学的知見を十分に踏まえて定められるものとする、二項目として、政府は、新法の運用に当たって、臓器の摘出に係る脳死の判定及び臓器の摘出に関する当該者、特に当該児童の思いをその者の家族又は遺族が尊重する等のこれらに関するその者の家族又は遺族の心情が十分に配慮されるとともに、遺族が臓器が摘出されることとなる者に寄り添う時間を求める等の遺族の心情が十分に配慮されるようにするものとしている、三項目として、政府は、臓器の摘出が遺族の心理的影響を及ぼした場合においてこれが緩和されるよう、当該遺族に対する適切な支援について検討を加え、その結果に基づいて必要な措置を講ずるものとしている、四項目として、政府は、当分の間、新法による脳死の判定の状況及び新法による臓器の摘出の状況に関し検証を行い、その結果を遺族の同意を得た上で公表するものとする、五項目として、新法による臓器の移植については、この法律の施行後三年を目途として、その全般について検討が加えられるべきもの、とする（第 171 回参議院国会本会議第 37 号平成 21 年 7 月 10 日）。

(4) 臓器移植法改正案論議の在り方①—衆議院本会議の論議に焦点を当てて

A 案から修正案までの各改正案の概要を踏まえ、その論議の中でも本人意思と家族同意の関係に関する論議のあり方に注目しながら、結果として A 案可決に至るまでにどのような問題点が浮上し、そしてそれらをどのような論理で論議しているのかを衆議院における「臓器移植法改正案論議」をもとに検討すると次のような特徴があると言える²²⁾。

① 言葉の用いられ方の問題と「遺族」の範囲

第一に言葉の用いられ方の問題であるが、発言者によって「遺族の承諾」「家族の承諾」「遺族の同意」「家族の同意」と一様ではないということである。これは、「脳死を人の死」とするかどうかによっても、「家族」とするのか「遺族」とするのかは左右されることであると思われるが、改正案論議においては、「脳死」概念の捉え方に関する論議がなされていることと同じくらいに、「家族」あるいは「遺族」概念の捉え方に関する論議をすることは重要であると言える。なぜならば、上述した現行法に関する逐条解説を検討した際に、指摘したとおり、現行法では、「遺族」の範囲を規定することは、承諾に関わる運用を硬直化させるということであったが、この点は、むしろ法的に規定されないことのほうが混乱、利害関係のからんだ承諾がされる可能性があると考えられるためである。それを裏づけるものとして、実際に今回の論議においても児童虐待や DV という状況を想定した「家族同意」の問題が指摘されている。

また「遺族」の範囲を理解する場合、ガイドラインにおいて原則的に規定されている範囲が参考にはなるものの、最終的には、個々の事案に即し、慣習や家族構成等に応じて判断すべきものとされていることから、「遺族」（「家族」）の範囲を法律的規定するのではな

く、慣習的に規定されていくことが望ましいということを示唆していることが窺える。これらのことからすれば、現行法において問題とされる事柄が、改定案論議においてもまた問題となっており、その点についても解決はされていない、つまり、「遺族」（「家族」）を慣習的規定によって決めるのが望ましいという程度に留まっていると言え、改正はされていないということが指摘できる²³⁾。

② 脳死を前提とした意思不明者に対する家族同意論（A 案）

第二に、A 案に関して脳死を前提とした場合の 15 歳未満を含む意思不明者に対する家族同意の論議がある。この論議には脳死を前提とした意思不明者に対する家族同意について成人と子供（15 歳未満）を対象にしてそれぞれ肯定的立場と否定的立場がある。A 案による脳死を前提とした成人の意思不明者に対する家族同意について、それを認める立場には、①根拠は提示せずに、単純に家族の同意でよいとする見解（E）、②本人の意思表示がないときには、遺族の意思によって臓器の提供を認めることは、諸外国と同様であり、A 案が非現実的な人間像を前提に、死者の自己決定権を侵害しているとは思えない。この場合に与えられる遺族の承諾とは、臓器提供が本人の意思にも合致していることを確認する意味を持つという見解（J）、③近親者の同意が得られれば摘出を認めるということの根拠は、第一に、大多数の人の自然な物の考え方、普通的心情に合致するからである。つまり、大多数の人はポテンシャルに臓器提供の意思を持っており、それを近親者の同意により摘出可能とする方法は、本人のことを最もよく知っている近親者が具体的な提供意思の形にするというやり方によって可能であるためである。第二に、死後の身体にメスを入れるということが、本人の何にとって権利侵害、不利益になるのかということは考えてはいけなからである。つまり、法律上の推定的同意、代諾に基づく治療行為とは、それによって本人にプラスになるであろうと考えられるからこそ行われるのであって、プラスの効力があり、その患者もそのように意思決定し得るであろう、そういう治療行為のことをさす。このことからすれば、死後の臓器摘出は本人にとり権利侵害でもなければ、不利益なことでもないと考えべきだと思われる。このことは、利害関心を持ちようもないことであって、利益、不利益を語りえるような、そういう事柄では到底ないという見解（K）、④意思表示のない場合には、本人の意思を一番よくわかって、接している遺族が生前の本人の意思をそんたくして決定するのがよいという見解（L2, R4）、⑤平成二十年の世論調査からも、臓器提供に対して潜在的意思（脳死になった際には提供したいという回答四三・五%）があるのだから、家族がかわりに判断するのが妥当であるという見解（P2）、あるいは、同様の調査で本人の意思が不明な場合に臓器提供を認めてよいとするのは約五四%という結果が出ていること（AA2）、⑥死亡解剖保存法を根拠に遺族の判断、承諾で臓器提供が可能であるという見解（P4）、⑦『臓器の移植に関する法律』の運用に関する指針（ガイドライン）の「第 2 遺族及び家族の範囲に関する事項」²⁴⁾を参考にして、生前に本人が拒否していない限り、それらの者によって意思を決めてもらうのが適当である（Q2）、といった見解がある。

次に、15 歳未満においても家族同意によって臓器提供を可能にするというのが A 案であるが、⑧我が国では、唯一、臓器提供に際し本人の同意が必要という厳格な規定に対し、海外では、特に、子供についての年齢制限はなく、親権者の同意で臓器提供が可能である

ため、グローバルスタンダードにする必要があるということ (A), ⑨小児の場合, 一般的な外科手術の場合, 生命を助けるために本人の同意の有無に関わらず, 親権者の同意によって手術を行う。また, 同様に, 解剖という名で, 親に臓器を献体という形で提供してもらい, 病因を究明することもあるということ (D1), ⑩子供の利益にならないという見解もあるが, 両親が子供の生前の意思をそんたくし, 推し量り, 提供していく考え方, 解剖の場合と同様に, 子供から得られるものを医学的に役立たせて欲しいという考え, そういう意味で, 家族の気持ちをそんたくという言葉によって推し量っていること (Z4), が挙げられる。

一方, 上述したように脳死を前提とした場合に起こる臓器提供の成人の意思不明者に対する家族同意に否定的立場をとるその理由は, ①A 案の肯定は, 何人の何の決定もない状況に至るまで自己決定というような, 自己決定のプラスイメージの乱用であるということ (B1), ②臓器提供は「愛の行為として本人みずから進んで提供の意思表示をしているとき, 臓器提供は崇高な行為」となり得るが, 本人の意思表示の不明の場合には, ただ「だれかが死ぬことを期待する」という状況になってしまうということ (C1), ③法律をつくる以上は, 平均的な人間像に基づいてつくらなければならない, 死後に臓器を提供する意思は現実に表示しなくても, 人間はそういう自己決定をしている存在であるというような, 理想的人間観にたった, 自己決定法理の誤用はされるべきでないという見解 (M), がある。そして, 15 歳未満への家族同意については, ①子供の最善の利益ということを考えると, 子供の臓器提供は臨床上, 子供に利益はない (B2), ②親権者の監護権の権限を越えているため, 親が子供本人を代行することは許容できないということ (B2), ③日常診療における親の意思で治療する場合と臓器移植における親の意思で臓器移植を正当化するのは本質的に異なるということ (D2), ④子供の最善の利益のために, 子どもの権利条約の意思表明権に則らなければならないという主張があるならば, それは趣旨違いであって, その場合の子供の最善の利益とは, 子供の成長, 発達を助けるための表明権であるので, 子供の臓器提供はそれに適さないという見解 (G4), ⑤そもそも子供の利益にならないことについて親が代諾する権限はないという見解 (N2), がある。

③ 年齢引き下げ論 (B 案)

第三に, B 案に関して現行法の 15 歳未満から 12 歳へと年齢を引き下げることについての年齢引き下げ論があり, 肯定的立場と否定的立場がある。

B 案のように臓器提供意思を表す年齢を 15 歳から 12 歳に引き下げる案について, 肯定的立場を示す理由は, ①経験則上, 子供に対する教育を十分にすれば, 意思表示は可能であるという見解 (F2), ②子供の権利条約における小児の自己決定権の尊重の立場から, 十五歳未満でも自己決定できるという主張 (G1), ③十五歳未満であっても, 死についての正確な理解や, 臓器を他者に提供することの意義や脳死についても真摯に考えている場合は多いが, 十五歳以上であれば, 未成年であっても, 当該問題に自己決定をなし得るとするのはフィクションであり, その理解の程度は人々によって様々である。従って, 学校内外における教育を中心に, 少なくとも, 中学校に入学した後の児童, 十二歳以上が意見を表明した場合には, その意思を尊重しなければならないということ (H), が挙げられる。

一方, 臓器提供意思を表す年齢を 15 歳から 12 歳までに引き下げることについて否定的

立場を示すその理由は、①子供は社会的な弱者であり、十分な理解力を持ちえていない。また親が子供の命にどこまで代弁できるのかという問題もある (C2)、②家族の同意だけで弱者である子供が安易に臓器提供体になってよいのかという不安 (F1)、③子供に自己決定権があるというふうに認めた場合、家族であっても、子供の生死を決めるべきではないということ (G2)、③十二歳の子供が正しく理解できる状態ではないので、みずからの生命自体、その存在を決定する最も重大な決断のできる年齢を安易に引き下げるべきではないという見解 (I)、④情報が極めて乏しく、誤解の多い内容について子供のサインを得て責任を生じさせ、臓器摘出を認める方向で子供の意思表示権を発動させるというのは、法の趣旨に反し、また、子供本人にとって非治療的介入に、親の代諾、同意の代行を許容する根拠はないという見解 (M)、⑤十五歳未満については、基本的に自己決定はないという理解 (Q5)、がある。

④ 現行法と 15 歳未満の家族同意論 (D 案)

第四に、D 案に関して 15 歳以上を現行法、15 歳未満を家族同意で臓器提供を可能にすることについての論議があり、この論議も肯定的立場と否定的立場がある。D 案では、15 歳以上の臓器提供意思の表明について現行法同様に本人の意思と家族の同意を前提とし、15 歳未満の臓器提供意思の表明については、生前における本人の拒否がなければ、家族同意で可能になるということである。この案に対して肯定的立場を示す者の理由は、①親と子のきずな、命の大切さ、子供の尊厳を一番よくわかるのは、親権者であるから、「親権者が子供にかかわって意思をそんたくして意思を表示し、そして家族が承諾する」のが適当であるということ (O2, S2, T2, BB2)、②子供は意思を表示する力が問題であって、意思決定権はあるので、その問題点を、「子供の人格形成に責任と義務を持っている一番大事な親が、その子供の気持ちをそんたくし、そして判断しながら意思を表意するという役割を担う」ことによって可能であるという見解 (R6, U2)、③民主党岡本充委員と團藤政府参考人の質疑は、15 歳未満の者に対する家族同意を可能とする根拠として監護権を位置づけていることが明確に指摘されている (W1～W5)。④脳死を人の死として取り扱うためのハードルとして、子供の利益をあらゆる事情を勘案して総合的に判断できる保護者の関与を求め、子供本人に意向をそんたくすることのできる家族の承諾を条件としている。子供の何が一番いいかということ判断するというのも、家族にできることではないかと思うということ (Y2)、が挙げられる。

一方、D 案の特徴である 15 歳未満について臓器提供について生前における本人の拒否がない限り、家族同意で可能とすることに関する否定的立場の見解は、①臓器提供を決定する親の精神的負担があるということ (O3)、である。

(5) 臓器提供を可能とする家族同意論の検討

これらのことから、家族同意論によって臓器提供することを認める主張がされていたのは、意思不明者に対する場合と 15 歳未満の子どもについてであった。意思不明者に対して家族同意でも臓器提供が認められるのは、家族が同意することが自然な考えであり、本人のことをもっともよく知っているのは家族である、というようにあたかも死者の考えも家族は知りえているというような主張である。また、死後の臓器摘出というのはその者の

利益・不利益という次元の問題ではないために可能であるということも言われていた。そして、慣習や家族構成、あるいは喪主や祭祀主宰者によって臓器提供の意思を決定してもらうということも言われていた。同様に、15歳未満の子どもについても親が子どもの気持ちをそんたくしている、よくわかっているのは親であるからということである。

15歳未満の者に関する家族同意について肯定的立場は、子どもの権利条約における子どもの自己決定権の尊重のため、親子のきずな、親が最も子供のことをよくわかる、よって、子供の意思を「そんたく」して決定するということに集約され、他方、否定的立場は、子どもの権利条約における子どもの最善の利益のために行使される子どもの意思表明権を尊重する、それを尊重するために、親権者が代行するのは、趣旨違いであるということ、親権者といえども、子供の生死を決定する権限はない、という主張がある。

肯定的立場における、子供への親権者の「そんたく」というのは概念的には理解できるものの、それを何で担保するのかは明確ではない。また、否定的立場で言われている子どもの権利条約を主張することは趣旨違いであるという指摘もあるが、この論議で子どもの権利条約を論拠として論議すること事態が趣旨違いであると言えよう。というのは、児童の権利に関する条約では、「⑤子どもが自由に意見を表明し、その意見に基づいた活動を保障しそれを通して地域社会で積極的な役割を果たすことを保障される、参加の権利」が基本的権利の一つとして規定されている（玉井ら編 2009：1）。

この文脈からすれば、臓器移植法において意思表明権を持ち出して論議することは、親権者が子どもの臓器提供に関する意思を推察して、臓器提供という活動に積極的に参加するということを意味すると思われるためである。このことは、臓器提供の意思は強制されるものではないとされながらも、意思表明権を子どもの臓器提供に関する自己決定と読み替えることは、臓器提供の可否を親権者に強要させることになりかねないと思われる。

さらに、親権者といえども子供の生死を決定する権限はないという主張をするが、論議のなかでは、このことを根拠づける論は明確にされているわけではない。但し、親権者は子の死亡によってその権限が消滅する（平田 2004b：150）ことから、15歳未満あるいは12歳以上の者の臓器提供の意思を表すことに対して家族同意の有無が言われるが、仮に親権者に子どもを「そんたく」する権限があるとしても、平田（2004b）の見解からするとそのような権限は無いということが言え、したがって臓器提供することが子どもの利益にならないため行われるべきではないという主張よりも親権者にはもはや親権者としての権限がないという主張が成立すると考えられる。

したがって、家族同意によって臓器提供を認めるという主張はまさに慣行的家族特権のあらわれであると思われる。すなわち、法的な論議でありながらも、慣行的家族特権に依拠しながら論議が行われているということが言える。

(6) 臓器移植法改正案論議の在り方②

一参議院本会議、厚生労働委員会の論議に焦点を当てて

上述では、第171衆議院本会議でA案が可決されるまでの論議のあり方から、主に「親権」に関する言及が主であったといえる。ここでは、衆議院でA案が可決された以降の第171参議院本会議、厚生労働委員会における臓器移植法改正に関する議事録において「家族同意」の位置づけに関する論議の内容を抽出し、その論理を検討する。

さて、医的侵襲行為場面の IC との関連から、成人で精神上に障害のある者については、本人同意よりも家族同意が認められることがあり、その理由として能力論が前提とされていると思われる。また、それ以外に、家族が持つあるべき姿に関する、人々の認識によってもまた、家族同意という行為が認められているのではないだろうか。「家族同意」を契機として臓器提供が可能になるということは、“家族特権”を支える何らかの理由付けがあると思われる。

「家族」に関する研究では、人々が認識する「家族とは何か」ということをさぐる研究がなされてきた。それは「家族認識の範囲は、人々の意識における家族の形態的・空間的形式にかかわる問題」であるから、「きわめて主観的なものである」ということに基づいている（西岡ら 1996 : 28）、あるいは「人びとが家族に対して抱く主観そのままを汲み取ることを、方法論上重視しよう」と（西野 2000 : 43）する試みである。西岡ら（1996 : 28）は「主観としての家族観の中にも、歴史的・社会的に特有なある共通した認識の枠組み・尺度が存在していると考えられる」ため、主観的家族観を捉えることには意味がある、とする。そのような研究として、山田昌弘の研究、ファミリー・アイデンティティの概念を提唱した上野千鶴子の研究（田淵 1996 : 24-25）が挙げられる²⁵⁾。

このような人々が主観的に認識する「家族」に関する研究がある一方で、田淵（1998 : 73）は「人々が実際にはどのように『家族』という言葉を使っているのか、という現象を分析」している。その際に用いている分析概念が『レトリカル・アプローチ』である。田淵（1998 : 73）によれば、『“家族”という言葉の用法』を分析する上で、この立場は「社会的構築主義の立場から家族現象を試みる」ということである。田淵（1998）のように社会的構築主義の立場から家族現象を試みるということは、すなわち「1 つの語の意味や概念が形成される過程を追跡する方法を用い」ながら『家族同然だ』とか『到底、家族とは呼べない』といった発言、「その発言がなされた場面や文脈、利用される情報や意図を分析することで、その場面で生成される家族の定義や意味を知ろうとする」（岡本 2008 : 36）ことであると思われる。

そこで、A 案における「家族同意」については田淵（1998）が用いる「レトリカル・アプローチ」という視点で議事録内容を分析していくことにする。以下では、田淵（1998）に依拠して、この概念の説明を行いこの概念を使うことの意義を述べる。

まず、「レトリック」の定義について田淵（1998 : 74）は、「何らかの目的達成を意図して聞き手に影響を及ぼすための手段として用いられる道具的な言説」であるとしている。

次に「レトリカル・アプローチ」の視点の特徴について、田淵（1998 : 74）は「人々が他の人々との相互行為のなかで提示する言説（言明、説明）を、外在的な真理や本質に対応するものではなく、何かを社会的に達成するために構築されるものとみなす点である」と説明している。そして、「家族」という言葉との関連から「家族という言葉の人たちが使うとき、それは『心情』『血縁』『同居』などの本質や実体を表すものとは考えない。そうではなく、家族という言葉は、具体的な人間関係のなかで、何かを達成しようと用いられるものとみなされる」という。すなわち「家族という言葉を用いることが、話者の目的達成に寄与するならば、それはレトリックとしての性質を持つことになり、そこには「特有な論理展開や頻繁に使われる語彙などが存在することが予想される」ということである。

以上が田淵（1998）によって提示された「レトリカル・アプローチ」の視点であり、こ

の視点から臓器移植法改正論議の議事録を分析することは、第一に田淵（1998）の指摘するように、今回の論議で「家族」という言葉が用いられる際に頻繁に使われる語彙とは何かということ、第二に臓器移植法改正論議の出席者たちが「家族」という語彙とともに頻繁に用いられる語彙を並べることによって、何を達成しようとしているのか、ということが明らかになり、このことによって「家族同意」が認められるわけを提示することが可能であると思われる。

改正前の論議の段階では「脳死判定」による臓器提供を行う場合には、本人の意思表示が必須であり、「本人の意思表示がない」場合は臓器提供へと向かう方向には進まないということであった。この点が、今回に改正論議の論点の一つとなった。つまり、本人の意思表示が不明の場合において「家族同意」を契機とした臓器提供が可能になるということである。そこで、本人の意思表示が不明の場合において「家族同意」を契機とした臓器提供が可能になる理由付けを国会議事録より分析した結果、三点の見解に集約することができる（三点それぞれの見解の根拠となる議事録内容（枠内）²⁶⁾）。

第一に【家族同意を当然視する見解】として分類した議事録のなかでレトリカル・アプローチの視点で注目すべき語彙は、A)「これは当然、脳死判定等には遺族及び家族の同意が必要なわけで」、「ガイドラインで決めさせて」、B)「御家族の子どもに対する強い思い」、「当然ありますね」、「乳児の意思という捉え方[は]（[]内は原文を筆者が修正）御家族を介して」、C)「それは当然」、「思いを一番もって[いる]家族」、「どういうふうにかんじるのかもすべて家族に掛かって[くる]」、「意思をそんたくする」、「親の責任あるいは家族の責任としてあってもしかるべき」、D)「家族のそんたくが許されたなら」、E)「生前の本人の意思をよく知る立場にいる家族」「本人の意思をそんたく」、F)「御遺族が御本人の考えを分かっているときに、本人ならきっとこうしただろうという意思の表示をするということも当然あり得る」、「当然ある」、「世論」「世論調査の中で」、である。

これらの語彙から、臓器提供に際して「家族（遺族）」が承諾を条件とするのが「当然」であるという見解を示し、その根拠をガイドライン規定や家族による意思のそんたく、としていることがわかる。

第二に【家族同意の例外性と家族承諾の危険性を問う見解】として分類した議事録のなかでレトリカル・アプローチの視点で注目すべき語彙は、G2)「本人同意というのがベース」、「それがないという例外的な場合に以下の順位で家族の決定を認める」、H2)「利害が直接絡んでくる」、I)「利害関係にある」、である。

これらの語彙から、臓器提供に際して本人の意思表示というものが前提であるが、ない場合の対応策として家族の承諾を位置づけているということが窺える。けれども、対応策として承諾をしてもらう「家族」と本人というのは、実は利害関係にある、利害関係が絡んでいる可能性もあり得るという指摘もされていることがわかる。

第三に【角膜移植・腎移植に関する理由付けを根拠にする見解】の議事録では、J)「現に行われてい[る]」、という一言が注目すべき語彙である。つまり、現在においても本人の意思表示がなくても角膜移植・腎移植に限っては家族同意でも臓器提供を認めると規定されている法律で動いているのだから、今回論議の論点の一つである脳死下の状況においても同様に良いとしていることがわかる。

(7) 「家族同意」を契機とした臓器提供が可能となる理由

以上のようにトリカル・アプローチの視点で注目すべき語彙を挙げた結果、①【家族同意を当然視する見解】では、家族同意を認める根拠は、ガイドラインに規定されていることと、死者に対する遺族の思い、あるいは、そんたくである。

家族の範囲については「ガイドラインで決められている」ということが述べられていた。しかし、ガイドライン規定は、現行法（改正前）においても慣習的な捉え方で家族の範囲を規定しているに過ぎず、法的に規定しているものではない。そのように家族の範囲を幅広く捉えている中で家族同意を認めるということは、後述するような家族間の利害関係が生じた場合にどのように対応するのか。その点はガイドラインの中でも明確にはされていない。「ガイドラインで決められている」ということを強調することで、「慣習的な」家族の範囲を認めるということを説明していると言える。脳死の定義については、法的規定をするか否かについての論議がさかんにされたにもかかわらず、家族の範囲となるとガイドラインで規定しているから、それでよいとするのは何の根拠にもなっていないと言える。家族の範囲を法的に規定し、それを踏まえ家族同意とするのと、家族の範囲をガイドラインで規定し、それを踏まえ家族同意とするのでは、法的規定とガイドラインレベルの規定という次元の違いがあり、また、どのレベルで家族の範囲を定め、家族同意を認めるかによって、同意した者に対するサンクションのレベルも異なると思われる。

逐条解説の検討の際に説明されていた、第6条規定との関連において、真意に基づかないでなされた意思表示に基づき臓器提供を行った場合には、死体損壊罪に問われる可能性もあるということであった。このことからすると、ガイドラインレベルの規定、すなわち慣習的に家族の範囲を捉え、家族同意を認めるという考え方のほうが、同意権をもつ家族としての存在を危うくさせられると思われる。なぜならば、家族は法的に規定されていない存在であって、（成人に対しては）何の権限も持ちえていないからである。

「家族」という用語と「当然」「（その範囲は）ガイドラインで決められている」「～に対する強い思い」「意思を捉える」「意思をそんたくする」「思いを持っている」「責任」「意思を知る立場」「きっとこうしただろう」という語彙を並べることによって、“あたりまえに思いや意思を捉えることができたり、知っていたり、何らかの思いを持っている存在”，すなわち、「そんたく」という言葉に表れているように“家族の思いをおしはかることのできる存在”としての“家族”（その家族の範囲は慣習的な規定による）ということを説明し、家族同意があたかも正当であるかのような達成へと導いていると考えられる。

②【家族同意の例外性と家族承諾の危険性を問う見解】では、まず、家族同意を認めるということは、家族間の利害関係を生じさせる契機になるという指摘がなされていた。①と関連して、ガイドラインレベルの規定のみによって慣習的に家族の範囲を捉え、家族同意を認めた場合にどのようにして、問題を回避するのかという対策が講じられていないということが言える。また家族同意というのは、例外的な場合にされるものであるということであったが、例外的な場合というのはどのような状況であろうか。おそらく、本人の意思表示がない場合がそれに相当すると思われることから、“例外的な場合＝家族同意を可能とする→（承諾できる）家族の範囲とはガイドラインによって規定されている”，という仕組みで家族同意が可能になっているのであろう。

けれども、①家族同意を当然視する見解の中に「世論」「世論調査」の結果を根拠として、

家族同意を認める見解があった。例えば、第 171 回参議院厚生労働委員会第 23 号（平成 21 年 7 月 7 日）における、谷委員の答弁ではドナーカード所持率について述べられている。それによると、ドナーカードの所持状況は増加しているが、記入者は減少している状況にあり、95%を超える国民が意思表示をしていない状況であるという。とするならば、意思表示が不明（されていない）という状況は例外的な場合には相当しないのではないだろうか。従って、例外的な場合という状況の場合には、家族同意を認めるとする見解ではあったが、その例外的な場合が明確にされない限りは、すべての状況を例外的状況として捉えてしまう懸念があると言える。

ここでは、本人の意思表示が前提であると位置づけ、それがいない場合の対応策（救済策）として家族同意を認めると説くことによって、家族同意による臓器提供でも（本人の意思表示は不明であるにもかかわらず）やむを得ないという感情をわれわれに与える効果があると考えられる。けれども、“本人の意思表示不明＝家族同意”とするための理論づけは展開されていない。その一方で、「家族」とは利害ある関係であるという指摘もされていた。そのように捉えられる背景には、DV、虐待という社会的問題があるためである。ここに、「家族」という用語を用いながら、達成しようとする事への矛盾が生じていると言える。すなわち、一方では「家族同意」を認めるように本人の意思表示が前提であるとしながらも、他方では、家族内で生じるであろう問題状況を説明することによって「家族同意」を認めないようにしているということである。

③【角膜移植・腎移植に関する理由付けを根拠にする見解】では、現在、脳死下では本人の意思表示がない限り臓器提供は行えないが、角膜移植や腎臓提供については、家族同意によって行われているという現行法の規定を持ち出すことによって、脳死下において本人意思表示がない場合でも、家族同意が可能なのではないかという見解が出されている。しかし、上述した逐条解説の検討の際にも指摘したように、現行法においても角膜移植や腎臓提供についての家族同意を認める根拠は、何も明確にはされていない。従って、何も根拠がない現行法の規定を持ち出して、脳死下における家族同意を認めるというのは、何の根拠にはならないと言える。

(8) 「家族同意」が認められるわけ

これまでが、国会議事録内容からみられる「家族同意」を契機とした臓器提供を可能とする理由づけに対する検討である。「家族」という言葉が用いられる際に頻繁に使われる語彙は「当然」「そんたく」「意思を知っている・持っている・捉えている」「本人の意思表示が前提」「例外的な場合」「利害関係」「現行法でも行っている」、ということであった。これらの語彙から、「家族」とは「利害関係」が生じる可能性はあるけれども、家族同意とは「本人の意思表示が前提」であって、「例外的な場合」に生じると主張することによって、やむを得ないという感情をわれわれに与えていると思われる。

このように、本人の意思表示が不明“であるから”家族同意でよし、とするような理論展開の中身は見えないながらも、「当然」「そんたく（できる存在）」「（家族の）意思を知っている・持っている・捉えている」という語彙を並べることによって、家族同意が正当であるという認識をわれわれに与えることを達成しようとしていると考えられる。つまり、“家族であるから当然である”“家族であるからそんたくできる”“家族であるから他の家族の

意思を知っている”ということが、臓器移植法における「家族同意」を支えていると思われる。

けれども、立岩（1992：164-165）が「例えば、妻であるから、親であるからという言葉は、それ自体では何も正当化しない」し、「このことは、まず当事者についても言えるが、同時に第三者にしても、関係に対しても、あるいは個々の成員に対して、特別な権利や義務を付与する理由がここからは与えられないということである」と指摘しているように、

①【家族同意を当然視する見解】②【家族同意の例外性と家族承諾の危険性を問う見解】③【角膜移植・腎移植に関する理由付けを根拠にする見解】それぞれに「家族」という用語に他の語彙や論理展開が付随していても、そこから「家族同意」が正当となる根拠は導き出せないと思われる。また、法改正論議では「法」の改正論議でありながら、「家族」の法的位置づけについて言及することなく、「家族」という用語に他の語彙や論理展開を付随させた「慣行的」な家族の捉え方、それによって生じる家族特権に依拠した形で「家族同意」を認めているということが窺える。

従って、今回の改正法案論議ではA案可決に至る中で、家族同意について論議されていたが家族の捉え方については、現行法の状況が維持されたと言える。すなわち「ガイドラインで決められている」ということから「慣習的」に家族を捉え、その範囲内で承諾がなされるということである。けれども、ガイドラインレベルでの規定は同意権をもつ家族の存在を危うくさせると思われる。なぜならば、家族は法的に規定されていない存在であって（成人に対しては）何の権限も持ちえていないからである。国会議事録において“家族の思いをおしはかることのできる存在”としての“家族”（その家族の範囲は慣行的な規定による）ということを説明し、本人の意思表示不明の場合における家族同意による臓器提供、そのことが正当な行為であるという認識をわれわれに与えていると思われる。

けれども「レトリカル・アプローチ」の視点から議事録を分析した場合、「家族」という用語に他の語彙や論理展開が付随し「家族同意」が“家族特権”として機能していても、そこには「家族同意」が正当となる根拠は導き出せず、法改正論議では「緊密な関係の網としての家族の権限は、通常、同意によって、市民に対する国家の権限よりも広く正統化される」（エンゲルハート甲斐ら訳 2009：169-170）というように「慣行的」な家族の捉え方に依拠した形で「家族同意」を認めるという論議が展開されているといえ、衆議院本会議からの臓器移植法改正案論議も踏まえると、臓器移植法改正を巡っては終始「慣行的家族特権」を基底にして臓器移植が可能になる主張がなされていたと言えよう。

第2節 事実上家族による代理決定

本節では、実際に家族が医的侵襲行為場面で患者本人に「代わる」ことが許されていることを示す論考を紹介する。既に医的侵襲行為場面において事実上家族が同意をしていることを述べた。例えば、横藤田（1999：8-9）が医療における代行決定について「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、実際の同意権を行使しているのは、ほとんどの場合家族である」というように、水野（2007b：164）が患者に同意能力がない場合、患者が事前に代理人を指名していない限りでは、患者の家族が代諾者になると述べているように、そして、小西（2008：34）が臨床の現場では判断能力が不十分であるために真正な承諾をすることができない患者に治療をする場合が少な

くなく、その場合問題となるのが「いかに承諾を得るか」であるという。それに対して「しばしば慣行的に行われるが、家族など患者本人のことをよく知る人が、患者の普段の言動等から『本人の判断能力があったらこうするだろう』と思いをめぐらして代わりに判断し承諾をする方法」が行われているというように、事実上家族が同意していることは多く論じられている。

また、樽川（2000：120）は「医療行為を成立させる基本的な関係として医師—患者関係が浮上」してくるが、これは「理念型の一つであるとみるべきである」と述べている。というのは、日本における医療場面においては、家族というのは「医師—患者関係に関与する重要な存在」であり、「家族に二重に位置づけられている」ことをみることができるといふ。すなわち第1に「キーパーソンとなる家族員は患者本人の代理人の役割が期待される。第2に、家族の愛情にもとづく相互作用は、医療スタッフでは代替できないものであり、患者の心理的な支えやケアに重要であるという認識」がある。

二宮（2002：107-108）によれば「今日、当事者の対等性を前提に自律・自己決定を家族法の基礎とする発想に対して、実質的な自己決定を保障するためには、公的介入や支援が不可欠であることを導く一方で、それでもなお自己決定できない領域があると論じられている。その領域とは」、「未成熟子、病者、高齢者、失業者など要保護者の補完・保護は、可能な限り社会的ネットワークに移行させるとしても、親密な関係性のなかにおいて、当事者の合意によっても変更・排除できないのである」と説く。

そして上野（2008：36）によれば「ケアの権利・義務関係を、完全に自己決定できる個人間の契約関係だけで処理できると仮定することができれば、『家族』の領域は最終的に解体する。だが、家族がかかえた『依存的な他者』のなかには、自己決定能力を持たない子どもや、認知症のような自己決定能力を失った高齢者が含まれる。家族は、それらの『依存的な他者』の意思決定を代行する権限を移譲されている。高齢者の場合には、成年後見制度によって代行者を指定することも可能だが、子どもはそうでない」という。

樽川（2000）、二宮（2002）の見解は、これまで事実上家族が同意することが認められていたのは、家族が患者本人の価値観をよく知っているから、本人の最善の利益となる行為をするから、という理由が主であったが、その他に“家族の愛情”あるいは“親密な関係性”であることによってもまた、事実上家族が同意することが認められているのである。これは、家族が患者本人の価値観をよく知っているから、本人の最善の利益となる行為をする、ということを導く背景であると言えよう。

また、上野（2008）は家族には代行する権限が移譲されていると説いていた。しかし、その根拠は示されていない。

立岩（1992：164-165）が家族として観念される関係というのは、他の同意に基づいた相互関係と同様であり、そうした「単位を家族と呼ぶことは可能」である。しかし、「他の相互関係との具体的な境界線は設定されず」、「それは相互関係が成立していることを示す名称にとどまり、そこでは、当事者間で合意された権利・義務関係以上のものが設定されない」と指摘する。「例えば、妻であるから、親であるからという言葉は、それ自体では何も正当化しない」し、「このことは、まず当事者についても言えるが、同時に第三者にしても、関係に対しても、あるいは個々の成員に対して、特別な権利や義務を付与する理由がここからは与えられない」と指摘しているように、事実上の家族同意もそうだが、上野

(2008) のような「代行する権限」が「家族」であることによって移譲されるとは言いきれない。また、「家族に義務を課し家族外に課さない根拠はどこにもない」と立岩(2000b : 67-68) は指摘するが、事実上家族が同意すること、すなわち代理決定することは“義務”と課されているというわけではないが、そのため家族でない他者が代理決定を行っても問題はないはずなのに、“家族でなければならない”というような法的拘束力のない、道徳規範ともいえるべき“義務”が生じていると思われる。

なぜ、法的拘束力がないにもかかわらず事実上家族が「代わる」ことが可能なのであろうか。その背景を以下では探ることとする。

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

本節では、事実上家族が「代わる」ことが可能になっている背景を探る前作業として、「家族」概念の辞書的定義より「家族」の特徴と機能を捉え、次に家族社会学によって「家族」に関わる事柄がどのように論じられてきたのかを整理する。

第1項 「家族」概念の辞書的定義

諸領域において「家族」概念がどのように定義されているかをみるために、ここでは『広辞苑』(2008)、『岩波哲学・思想事典』(1998)・『事典 哲学の木』(2002)、『新版地域福祉事典』(2006)、『現代社会事典』(1984)、による辞書的定義を挙げることにする。

まず、『広辞苑』(2008) では、家族とは「夫婦の配偶者関係や親子・兄弟など血縁関係によって結ばれた親族関係を基礎にして成立する小集団、社会構成の基礎単位」であるとされている。哲学に関する事典『岩波哲学・思想事典』(1998) では、

「家族は、ほとんどすべての人にとってもっとも身近な日常生活の基盤であり、しかも社会的機能として、次代社会成員の再生産と基層文化の継承作用を担う働きをもつと考えられてきた。それゆえ、家族は、全体社会の人口構成、男女の性的結合と分業、全体社会の社会階層の連続性と変化、および権力あるいは道徳の継承の根幹にかかわる社会の土台であり(中略)。近代の社会変動は、家族外にさまざまな社会領域を作り出し、それまで家族内領域に含まれていた活動や機能の多くを家族から切り離した(生活の家族外化)」。

という。また『事典 哲学の木』(2002) では「家族という結合形態は、生殖により生み出された次世代の養育をこそ目的とする」としている。

福祉に関する事典『新版地域福祉事典』の「3-4 現代家族と地域福祉」において杉岡(2006 : 56-57) は、これまでの家族の基本モデルは、夫婦と未婚の子どもからなる核家族とされてきたが、核家族を基礎とする近代家族は大きく変化していると説く。また、第一次産業中心の社会では、家族は子どもの社会化、老親扶養、経済的機能、生産的機能、娯乐的機能、教育的機能などの包括的機能を果たしてきたが、産業化の進展するなかで、家族機能は社会化、外部化、縮小化という形で単純化してきたという。このような家族機能の変化によって現代家族は、集団的な生活から個人の自立を可能とするような機会を拡大している一方で、成員の独立性を実現する家庭では家族の脆弱性が現れ、精神的基盤の不安定化が生じると指摘する。これらのことから杉岡(2006 : 57) は、現代家族は非婚や

離婚に伴い、その構造は多様化し、家族を定義することは困難であり、「伝統的家族に比較して家族規模の縮小、性別役割分業の崩壊、個の尊重などに直面し、家族機能を大きく変化」していることから「かつて家族が担っていた子どもや老親扶養に対して社会的サービスを必要とするようになってきている」と示唆している。

最後に『現代社会辞典』（1984）の「家族」の項目で布施（1984：405）は、その特徴を6点挙げている。すなわち、①その集団構成員が婚姻または血縁関係（擬制的血縁関係をふくむ）によって結ばれ、②そのもっとも本源的な社会的機能としては、労働主体たる人間の生命と生活の再生産、あらたなる労働主体の世代的再生産を期待され、③その日常生活形態としては、通常、住居・食事・家計をともしする生活の相互保障をもって特徴とし、④その人間関係としては、性愛と母性愛、父性愛、肉親愛等の愛情の絆による結合をもって特徴とする、人間的共同社会の基礎的単位である。⑤その形態・機能・人間関係等は、全体社会の変容にともない変容をとげ、歴史的な段階ごとに一定の特徴を示すこと、⑥全体社会における個々の家族の階級・階層的位置づけによって異なる存在形態を示す側面に留意しなければならない、ということである。

布施（1984：409-410）は「全体社会における家族の位置づけに従い、家族関係も大きく変化し」、「家父長的家族制度下における支配-服従の関係と比較すると、資本主義段階以降の近代家族における家族関係は平等で友愛的であると指摘される」という。つまり、近代家族は「男女相互の愛情と合意によって結ばれた夫婦が築く民主的な家族、家庭内の意志決定には家族成員が平等に参加する友愛的な家族、個人の自由を最大限に保障する家族、夫婦関係を重視する家族」であり、家父長的家族制度下の関係と比較すると、愛情関係がより純化された結びつきであるがゆえに、脆い一面もあるとしている。

これらの「家族」概念の辞書的定義より見出される特徴は、「家族」は①夫婦の配偶者関係（婚姻）、親子・兄弟などの血縁関係によって結ばれて成立する小集団、社会構成の基礎単位であり、②社会的機能として次世代社会成員の再生産、養育、基層文化の継承作用を担い（権力および道徳の継承）、③その日常生活形態・人間関係は生活の相互保障と愛情の絆をもつ、ことであるとされていることがわかる。そして、「家族」概念が定義づけされる時、杉岡（2006）、布施（1984）が顕著であるが「伝統的家族」あるいは「家父長的家族制度」、「近代家族」、「現代家族」という時代区分を規定し、それぞれの時代区分の「家族」の社会的特徴を示す、あるいはそれぞれを比較しながらその特徴を解説しているということが窺えた。

第2項 時代区分ごとの「家族」に関わる事柄

「家族」概念の辞書的定義より、「家族」とは婚姻・血縁関係によって成立する社会構成の基礎単位であり、次世代社会成員の再生産や基層文化の継承作用、相互保障と愛情の絆をもつものとされていることがわかる。そして、それらの特徴は3つの時代区分によって内容が異なることが窺える。

そこで、本項では時代区分ごとの「家族」に関わる事柄を整理するため、また、後述に「家族」が「代わる」ことができる背景を検討するために、辞書的定義にみられた「伝統的家族」、「近代家族」、「現代家族」という区分を行う。このように区分することは、佐々木（2002：41）が家族変動を「明治時代の『直系家族としての家制度』、戦後の『近代家

族』、さらに 1980 年以降の『個人化』『多様化』してきた『現代家族』への 3 つの段階にとらえて」いること、川島（1965：1）が「家族集団は、少なくとも過去においては、常に、それぞれの時代それぞれの場所において、一定の行動様式・一定の人間関係をともなうて存在した」ということから、時代区分ごとに「家族」に関わる事柄を整理する意味はあると思われる。なお、後述で整理される内容から「伝統的家族」は 1898（明治 31）年、明治民法が制定された時代、「近代家族」は 1955（昭和 30）年頃からの時代、「現代家族」は 1973（昭和 48）年から 1980 年代頃、の家族の特徴を示すこととなる。

（1）「伝統的家族」

伝統的家族とは、1898（明治 31）年に制定された民法（以下、旧法とする）における家制度に基づく家族である。

川島（1965：45-47）によれば、民衆の家族生活は末子相続や分割相続、自由結婚等が農村山村漁村で存在し続け、非規範意識的な情緒的な行動によって主として成立していたが、家族制度に関する民法の規定は、徳川封建制の旧武士層の家族秩序に対する規定であったことから、民衆の生活から遊離していたと述べている。しかし、このことは第一に、民法は家父長権を潜在的に補強する装置として機能している、第二に、旧武士層の家族道徳を全国民にとって価値あるものとして政府が公権的に宣言することによって、そのような家族秩序をもつ天皇家・華族等は道徳上に高い水準にあるものとして位置づけ、それに反してこのような家族秩序・家族道徳をもたない一般庶民は道徳的に低い水準にあるものとされる。第三に、家系にもとづく家の身分階層的序列に公権的な権威づけを与える役割をはたしている、とされていたことから家族制度の民法の規定が民衆にとって現実に無意味であったということを意味しないと説く。

また、明治政府にとっては「儒教的な家族道徳にもとづく家父長制を公認し強化し、これを『封建的』な『恩』と『恩返し』の教説で正当化」するという「家族に対する社会統制（とくに政府権力による道徳上および法律上の統制）は特別な重要性」をもち、これを可能にするために、明治 31 年の民法で「きわめて強力な家父長権の上に立つ『家族制度』を規定するにいたった」（川島 1965：4-5）という。

伝統的家族を取り巻く社会の特徴としては、家業として営まれていた自給的な農業を経済基盤としていた。また死亡率や離婚率が高く、親子や夫婦は長期的に安定した関係であるとは言えないこともあり、それを共同体的集団（家、同族団、ムラ）が支えていた（山田 2001：4，15）。

旧法の「家」は、戸籍制度における「戸」を、民法上の制度として法的に構成したものである。『家』は、戸主が戸主権をもって家族を統率し、家督相続によって維持される集団であり、その構成は、戸主を中心とし、それと続き柄をもって家族を特定する戸籍によって表示される。『家』の中における婚姻関係、親子関係も、『家』的統制に服し、『家』の存続という至上命令に譲歩を余儀なくされた」（利谷 1989：62-63）、あるいは戸主の位座をもつ代々の家長が行う家職や家業をもち、祖先祭祀を行ない、家族が世代を超えて存続繁栄することに重点を置く制度であった（森岡 1967：3，坂本 2002：16）。

明治民法では「家」を戸主と家族からなるものとして、戸主に家族を統制するための「戸主権」が与えられていた。そして「家」を永続させるために、原則として長男を家督相続

人とする「家督相続制度」が定められ「戸主は、祭祀財産、つまり『系譜』(系図など), 『祭具』(位碑・仏壇など), 『墳墓』(墓石, 墓碑, 墓地)の所有権(墓地使用権を含む)を家督相続の特権として受け継ぎ, 祖先祭祀の主宰者と」になっていた(利谷 2005 : 160)。

坂本(2002 : 17)によれば, 家制度は家という団体主義的な基礎的生活単位を設定することで「国は社会保障や社会福祉の手を抜くことができた」, つまり「最後の拠り所は公の制度が欠けていたため家に求めざるを得なかった」と述べ, 櫻井(2010 : 8)は「家制度では家の繁栄を親子の情愛を優先して, 凡庸な嫡子や長男を分家させて婿嫁を取ることすらあった」説く。そして家制度における「地位の継承に関して複雑な心理的關係も生み出した」という。つまり「跡継ぎにとって家長が死去するか隠居するしかない限り, 家長の地位は自分には来ない。しかし, そのことが早く起るよう待ち望むような態度はけっしてとれなかった。他方で, 家長にとっては跡継ぎという期待を子に与えることで跡取りの行動を戒めることができたが, 家の繁栄や自分の老後の扶養は子の心がけ次第であるから, 跡取りをむげに扱うことができなかった」という関係性でもあったということである。

(2) 「近代家族」

中川(1996 : 98)は1960年代の家族を「近代家族」として, その「近代家族」の規範として埋め込まれたのが「愛」と「性別役割分業」であったと述べている。これは戦後型日本家族であり「戦後型家族を新たな社会安定装置として認知・採用し『望ましい家族像』として鼎立・支援することで, 高度経済成長期を支える労働力の量・質の確保, 労働力の全国的流動化, そして大量生産・大量消費の担い手を個別家族の簇生として確保する, という課題を達成していった」と説く。中川(1996)が「愛」と「性別役割分業」規範を埋め込まれた家族である「近代家族」が1960年代の高度経済成長期を支えるために位置づけられていると述べていること, 櫻井(1994 : 208)が高度成長期というのは1950年代後半ないし60年代ごろからオイルショック(1973年)の70年代初期を表していることからも, この時代の家族を「近代家族」として規定する。

この時代の社会(近代社会)は, 戦後の産業革命を経過しながら, 工業の発展を軸として資本主義社会へと生成展開し, その中で家業を経営の分野で生活していた人の多くが, 賃金労働者へと転換し企業が立地する都市的地域に移動しなければならなくなったという。その結果, 親の家族から分離し, 核家族という形をとることになると共に家や地域の共同体から解放されることになる(坂本 2002 : 12-13)。家や地域共同体から解放されると安定した信頼できる関係として小規模な家族を求めることによって, 親子や夫婦が長期的に安定した関係になっている必要が生じた。この頃では平均寿命は延び, 乳児死亡率や離婚率が低下している(山田 2001 : 4, 15)。

法律的には, 新民法は封建的な家父長的な家制度の廃止, 一夫一婦制の徹底, 「男女の平等と個人の尊厳」, 婚姻が両性の合意のみに基づくとされる, という内容に大きく変化した(佐々木 2002 : 46, 米村 2009b : 28)という特徴が挙げられる。

このように戦後の高度経済成長期において民法上においても家族の位置づけが変化した近代家族に対して布施(1984 : 410)は近代家族は愛情関係が純化された結びつきであると述べ, 目黒(1999 : 5)は「愛情によって結ばれる夫婦」があると表現している。

また, 山田(2001 : 16)は「家族=愛情の場のイデオロギーが普及し, 家族の中で愛情

を実感することが目的」となり、「『夫は仕事、妻は家事・育児で一生懸命働いて、豊かな生活を築き、よりよく子どもを育てる』ことによって愛情を実感するというシステム」として普及、あるいは高度経済成長期の近代家族は『家族の愛情の中身』を曖昧にしたまま、言葉だけ受容し、「それゆえ、『役割を果たすことが愛情』というわかりやすい愛情観が普及し、『愛情あふれる家族』と多くの人々が思える基盤が」できあがり「家族はセーフティーネットの役割を十分に果たしていた」あるいは「近代社会は、家族と国家を『安全弁』として残した」（山田 2001 : 21, 2004a : 342, 2005 : 138）と述べている。さらに、牟田（2006 : 103）は「日本社会が戦前からひきずっている非民主主義的な残滓、残存する『家』の意識や習慣の呪縛から家族が真に解放されることによって、そして急速な経済成長・都市化によるコミュニティの解体、親子や夫婦間の関係の混迷を乗り越えることによって、家族は人間ひとりひとりの安定的な心のよすが、愛情と幸福の源泉となるはずだ、という理念があった」と説明しているように、様々な「愛情」という概念をキーワードとして論じられていることが見て取れる。

(3) 「現代家族」

1973 年、オイルショックによる高度経済成長の終焉を向かえた現代社会では、医療水準の向上により平均寿命が延びと同時に高齢者の増大から介護の長期化が生じた。また乳児死亡率の低下と共に、近代社会の特徴であった性別役割分業家族から共働き家族に変化したこともあり、出生率の低下となった。さらに、離婚率の上昇、婚外出生率の上昇という状況が生じた。これは、女性雇用機会の増加、社会保障制度の整備（児童扶養手当、年金）、離婚に対する考え方の変化、事実婚や同棲など法律婚以外の「非婚カップル」の一般化ということがその背景にある（山田 1999 : 153-154, 佐々木 2002 : 58, 殿村 2006 : 16）。

このような状況について落合（2001 : 136-137）は家族の実体上の変化を踏まえ、出生率の低下、離婚率の上昇、事実婚の増加、婚外出生率の上昇なお一連の人口学的変化を家族変動という観点からみると、「現在起こっている現象は揃って、婚姻の公的意味付けの消失、子供や配偶者を持たないライフコースの一般化など、家族に属するということが人々の人生にとって自明でも必然でもない社会の到来を示しているように思われる」と述べている。また、これらの現代社会における家族の変化について佐々木（2002 : 60-61）、岩上（2006 : 66-67）は、近代家族の特徴として位置づけられた父-母-子の核家族における規範的拘束、すなわち「男は仕事、女は家事・育児」というものが弱まり、個々の家族の現実 に即して、家族の集団生活の内外に個人の活動領域を広げ、多様な家族の共存・家族の個人化・家族のライフスタイル化が進行し、私的領域が尊重される「私化」の傾向が強くなってきたとする。

中川（1996 : 103-104）は、1980 年代では「家族の個人化、消費の外部化の強まり」によって「家族メンバー間の経済的、発達保障的、時間的な相互支援を弱め、空洞化していった」と述べ、中西（2004 : 251-252）はその状況を「たとえば、家族が共有する（すべき）時間の象徴のようにみなされてきた食事時間の個別化が、消費社会化にともなってどれだけ劇的に変化してきたかを想起しよう。朝食はもちろん、一家団欒のあかしとされる夕食時間にまでも、個人別のサイクルが広がりつつある」。これは「消費社会をとりこんだ形態に再編されてゆくことを意味する」と説く。

さらに、山田（2005：250）は近代家族のような長期的に信頼できる関係である家族の存在の解体、それに代わる新たな家族のありよう、このような家族を持つことができない者は「ペットや新興宗教、夢や幻想の中に『理想的家族』をつくりあげることで、現実の家族が理想的でないことを補償しようとしている」と説く。

山田（2001：5）は、「現実を直視する機会が増え、マスコミなどで事件報道が増えるにつれ、家族だからと言って、自動的に『絆』が形成されるわけではないという認識」が深まり、制度的家族と信頼できる関係性（絆）が一致しない機会が増えたこと、「制度的家族から離れた所に『絆』を求めようとする人が出現してきたこと」、「家族を作らなければならなかった欲求が、家族なしではたせるようになったこと」を現代家族の特徴として挙げている。これらの特徴から、もはや「家族はセーフティーネットにならないだけでなくリスクフルな存在となりつつある」（山田 2001：17）ため「家族のリスクマネジメントをしながら将来設計を考える時代になった」（山田 2001：v）として「家族のリスク化」（山田 2005：222）と表現している。

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

本節では、前節で整理した「伝統的家族」「近代家族」「現代家族」によって特徴付けられている「家族」に求められる機能をもとに、なぜ「家族」が「代わる」ことができるのか、その背景を示す。

第1項 資源分配説—「伝統的家族」の特徴と食物分配過程を背景にして

「伝統的家族」は旧法によって法的にも道徳的にも権威づけられ、情愛よりも家の存続を第一義的にして家長権の承継という形で維持されていた集団であると言える。この家督相続に含まれるのが祖先崇拜あるいは祖先祭祀・先祖祭祀であり、これは基層文化の継承作用の一つの現れである。

祖先崇拜あるいは祖先祭祀・先祖祭祀の用語の使い方について、後述する『【縮小版】文化人類学事典』（1994）の定義によれば、祖先崇拜というのは宗教体系を示す概念であり、崇拜を儀礼的に行うことを祖先祭祀とよぶとされていることから、ここでは諸研究者の用いる概念はそのまま記述し、それ以外では祖先祭祀という概念を用いることにする。

そこで、まず家督相続について説明し、次いで祖先祭祀について説明する。

(1) 家督相続／祖先祭祀

戸田（1990：140-141）は「家の永続化を助長する意味に於て定められている制度」として家長権の制度と家督相続制度について説明している。

家長権の制度とは家の永続化を促進するために、「永続せらるべき一家の統一を維持し、外部に対しては一家を代表し、内部に於ては一家を構成する人々の和合を圖って、家としての團體生活の調和を保ち、家の機能をよく営ましめ、この家の生活を一層充實したものととして後世に傳へ得るよう、常に最善の考慮を拂う責任者のあることが必要で」あり、この責任者のことを「家長」とし「一家の内だけの者とせず、家長の地位と責任を国家的に規定し、家長をして全責任を以てその家族的集團の統一と存続に力を致さしめんとする制度」である。そして、家督相続制度とは「一家の秩序を維持し、その機能を全うせしむべ

き責任をもつ家長の生命には限界がある。又老齡，身心の故障又はその他の事情によって家長がその任務を遂行することが出来ない場合も度々起こる」ため，あるいは「家長が死亡した場合」には「この家長に代わって家長権を遂行する者がなければなら」ず，「この場合前の家長に属していた一切の責任と権限とを受け継ぐことが家督相続」であり「新たな家長となる者は，通常家督相続人」と呼ばれる。家督相続というのは「家長権の承継」であって単なる財産相続とは異なり，「團體としての家の存続を助長するために，家長権の相続」であり，「家に属する資産運用の任務の相続である」。これは「一家内の秩序を維持し，その機能を充実せしむべき任務である」（戸田 1990：146-149）と説く。

この家族相続に含まれる一つとして祖先祭祀が挙げられる。森岡（1989：82-86）は先祖祭祀の機能を挙げている。それによれば，先祖祭祀は第一に，特に政治権力・権威をもつ家（天皇家・将軍家等）や宗教的権威をもつ家（世襲神職家・法主家等）に顕著であるが，当主が先祖の社会的地位を正当に承継するものであることを証拠だてる，地位正当化機能，第二に，日本においては家長権の生前委譲である隠居制があることでアンビバレントな感情の尖鋭化を回避することができるので重要ではないが，家長である親に対する後継子の，アンビバレントな感情を統制する孝の倫理を親の死後に拡張することによる，世代間関係安定機能，第三に，親族糾合機能，第四に，先祖の恩徳に感謝し冥助を祈念することによる，家維持への動機づけの機能，を担っているという。

星野（1989：v）は「自分の祖先を含めた『家』を考えると，自分の生命の源は祖先にあり，父方母方双方の親族の一人でも欠けるならば，自分はこの世には存在しなかったはず」であると述べている。このような考えが生じる結果，祖先祭祀があると言える。つまり，戸田（1990：106）が「祖先崇拝の行事は，我が国民が日常行っている行事であるが，それは現在の所属員が祖先の精神を体得するために行う行事，即ち祖先一体化のための行事である。それは祖先に対して報恩感謝の念を捧げると共に，我等も亦祖先の心に従って生きていくという心持ちを起し，祖先に対して誓いをなすための行事である」ということである。

次に、『【縮小版】文化人類学小事典』（1994：435）では祖先崇拝について次のように定義されている。

「祖先崇拝は，ある集団の現成員の生活に死亡したかつての成員が影響を及ぼす，または及ぼすことができるという信仰に基づく宗教体系である。一般に“崇拝”行為を行う現成員と，これを受ける死亡したし成員の関係は，“子孫”と“祖先”（または“先祖”）の関係として認識され，前者は自分たちとその集団の存続や繁栄を“先祖”に負うものと考え。この事実を認め，感謝や祈願を怠らないことが，“先祖”の善意や守護をひき続き確保し，より幸せな生活を送るため（または不幸に見舞われないため）不可欠であると考えるのである。この際必要となる“子孫”から“先祖”へのコミュニケーションは一定の儀礼を通して行われ，この儀礼を一般に祖先祭祀と呼ぶ」。

山本（2009：31-32）は，波平（1996：16）を引用して祖先崇拝について述べている。波平（1996：16）によれば，「日本の『家』の思想と制度は，ある特定の『家』の成員となれば，実際には血縁がなくてもフィクションとしての血筋（社会的血縁）を共有することができる」とみなし，その成員が一人でも存在する限りにおいては『家』は絶えることは

ないとみなされる」という。そして「家」を生命の主体とするならば、「家」は「生命を有限の存在から無限の存在へと変化する巧妙な文化的装置とみなすことが」でき、具体的には「祖先崇拜の儀礼」であるとしている。

また、波平（1996：169）によれば死者儀礼は『家』の継続の保証を儀礼の力で行うもの」であり、「親から子へ、子から孫へと受け継がれていく『いのち』と、生命維持の基盤であると考えられる耕地、山林、家屋敷、村落内の他の『家』や親族との相互扶助の関係の保持が、個人が死んでもなお保証されるもの」であると述べている。

小林（1974：73-74）は、祖先祭祀について祖先は子孫の世話を受けなければ安定できないことから適当な場所で食物をそえて供養する。これをなおざりにすると死者は不幸になり生者に害を与える。これに対して、これを努めるものについては死者は生者の生活を守り、保護し、難局に際して生活を援助してくれる、という思考を拡大した死者信仰によって成立していると述べている。このような祖先祭祀がみられるところというのは、「すでに家族という共同体が確立」しており、その中で「慣行として行われることになる」という。そして、「祖先を祭祀するということは、祖先の代表となることであり、家長の権威も、家長の言動を決定する根拠も、多くは祖先の代表者として与えられるものである」と説く。

（2） 正当でもあり正統な組織である「家」

このように、隠居制によって生じる家長権の移動は生前委譲であり、家長が死亡することによって生じるのが家督相続である。これは他でもない現存する家長からの法的かつ任意的な家長権の委譲・相続であり、家長権という所有物を次の家長に分配することである。

そして、委譲・相続によってまさに家長権の行使者が「代わる」ことを意味する。そこでの関係は、一方で家長の座を早く欲しいことを待ちわびながらそのような態度をとってはいけない状況、他方で家長であることによって跡取りを戒めることはできても、将来の扶養のことを考えると戒めるだけにはいかないという関係性があつた。

また、生前委譲あるいは家督相続の中でなされる祖先祭祀は孫から祖先へコミュニケーションとしてなされる儀礼であり、家の永続性のための『系譜』（系図など）、『祭具』（位碑・仏壇など）、『墳墓』（墓石、墓碑、墓地）の所有権（墓地使用権を含む）」という物を取得する方法（利谷 2005：160、内田 2008：379）でもある。さらにそれは、星野（1989：v）が「自分の祖先を含めた『家』を考えると、自分の生命の源は祖先にあり、父方母方双方の親族の一人でも欠けるならば、自分はこの世には存在しなかったはず」と述べているように、生前委譲あるいは家督相続における権限や物の承継だけでなく、生命の源を創造した祖先に対する恩徳・感謝・報恩感謝の念を捧げ、祖先・先祖の善意や守護を引き続き確保すること、より幸せな生活を送るためになされ死者を保護するシステムとして機能し、子孫と祖先との関係性をたやさないということの意味すると考えられる。そして、この生者（子孫）と死者（祖先・先祖）の関係性を権威づけているものが、正当でもあり正統な承継としての生前委譲あるいは家督相続を位置づけている旧法であり、もう一つが、祖先祭祀をなおざりにすれば死者は不幸になり生者に害を与える。これに対して、これを努めるものについては死者は生者の生活を守り、保護し、難局に際して生活を援助してくれる、という思考を拡大した死者信仰（小林 1974）の 2 つの権威によって成立しており、後者の点はまさに「慣行として行われる」（小林 1974）ことであつた。

この2つの権威は、生前委譲あるいは家督相続のなかで「家」という「正統とされた組織」が持続的に機能していくために必要であり、そのために「権威がその組織や体制の内部で適切に再生産されていく必要がある」（『事典 哲学の木』2002：628-629）と言えよう。

(3) 「所有（相続）」と「資源」

さて、これまでは伝統的家族において、旧法・死者信仰によって権威づけられていた家長権の委譲・相続は家長権という所有物の分配の形態の一つであると考えられた。

これを踏まえてここでは、現代における法学的意味における所有権概念と相続概念について触れておく。

所有権とは、内田（2008：361）によると「ある特定の物を全面的に支配する権利である。すなわち、『所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する』（206条）。自由に処分できることのひとつの現れとして、所有者は所有権の権能の一部を他人に与えることもできる」とされている。そしてこの所有権を取得する方法の一つに相続が挙げられる（内田 2008：379）。また、内田（2008：358）は「人の身体は、生きている限り所有権の客体（『物』）にはならない、とされる（分離された歯や髪、死体には所有権が成立しうる）。これを表現するために、物は『外界の一部』でなければならない、とか『非人格性』が必要である、といわれる。しかし、輸血や臓器移植を売買契約によって行うことも理論的には可能であり、排他的支配可能性が確保される限り（人そのものに対する排他的支配は憲法上許されない）、生存している身体の一部も『物』でありうるというべきであろう」と述べている。

次に、相続について本山（2009：139-140）は生存中において自分の意思で自由に自己の財産を処分でき、民法の意思主義や所有権絶対という基本原則から、生存中に表明された意思を死後においても尊重することが要求され、それは民法から遺言による財産処分（遺言相続）が原則形として考えられる。しかし「遺言が原則で、人が死すべき存在であっても、人はそう簡単に遺言をしない」。「ある人が死んだときに、遺言ではなく、財産に関する死者の意思は分からない。分からないからといって残された財産（遺産）を放置するわけにはいかない。そこで、遺産の承継方法を法律で定めておくことにした。それが法定相続である。法定相続は、遺言による財産の処分が行われない場合に補充的に機能する」とし、山川（2009：206）は、相続について「これは自然人が生前に有していた財産的地位（法律関係・権利義務関係）を死亡によって喪失し、これを原因として、これが他の自然人に承継される制度のことである」と説明する。

泉（2005：159-160）によれば、相続の基本的機能は私的所有関係の継続であり「所有権は不滅の権利ではないから、所有者の死亡を超えて、死亡とともに一定に人に移転して使用されるという保障は何もない。そこで、社会全体の所有関係、さらにはその所有関係の上に成り立っている生産関係を、その担い手の死亡によって変わることなく存続させるためには、どうしても、所有関係の継続を保障する相続制度が必要となる」という。これは、家督相続に通ずることである。

このように法的概念としての所有権とは、ある特定の物である所有物を所有している所有者がその所有物を自由に使用し、収益および処分をする権利である。また、所有権の権

能の一部を他人に与えることができるという特徴がある。そして、相続というのは、所有者が生前に有していた所有物が所有者の死亡によって、遺族である生者に承継される制度、あるいは所有関係を継続させる制度であるということになるが、死者の意思がわからない場合には財産を放置するわけにはいかないで、法律によって承継方法が定められていた。

松村（2009：v-vi）は『『わたしのもの』を最大限に個人に帰属するものとして扱う『私的所有』という原則』は『『わたし』は、『わたしのもの』に対する排他的な決定権をもつ』ことを意味し、「私的所有権は、現在、多くの社会で基本的な自由を守るための権利として受け入れられている」と述べ、この私的所有の原則は、法的意味における所有（権）と同様であるといえる。

しかし、松村（2009：20-22）はわが国において「所有」という概念を認識する場合には、上述した民法に規定されている『使用する権利（使用権）』、『利益を享受する権利（収益権）』、『処分する権利（可処分権）』という三つの権利とそこからの『他者の排除』によって構成されると考えるが、「じっさいに現象としてあらわれる『所有』はそのとおりにはいかない」と指摘する。

例えば、『わたしが所有するもの』という場合の「もの」に『臓器』をいれた場合、『わたし』は自分の『臓器』を使用したり、利益を得たり、売却したりすることができる』ということになる。けれども、周知のようにわが国において臓器を売却するということは「社会の制度や倫理的な制約のなかで」で許されてはいない。あるいは、『わたし』というところに『未成年』を、『もの』に『煙草』を入れると『未成年者が所有する煙草』となるが、これも法律で禁止されている。このように「所有」の概念をみると「所有はその概念だけでなく、『もの』のもつ社会的価値や意味に制約されているものであり、『主体』の性質の違い、あるいは『主体』と『もの』との関係によって」もまた制約を受けることになる」と説く。

同様に『【縮小版】文化人類学事典』（1994：371）においても、所有は「第一義的には、所有主たる人の、対象物に対する関係である」が、「所有は実はものをめぐっての人と人との関係であり、同時に人と社会との関係である」という。また、鷺田（2007：35）は「所有〔権〕は、その放棄ないしは譲渡によって、その現存在を手に入れる」、「つまりそれは、自己とその所有物との『自己固有なもの』という内部的な関係としてではなく、交換という事実のなかで、権利として相互的に承認されることによってはじめて可能になる」と述べている。

松村（2009：23）も所有と権利の関係について述べている。例えば、『われわれは公園で野球をする権利がある』という言い方が可能なのは「公園のなかで野球することで、他の人の利用を妨げてしまう可能性があるから」であり、このことから『権利』とは、限られた関係／状況において意味をもつものであって、ある人や事物について常につねに内在しているわけではない」と指摘する。そしてこの権利の正当性を認証する主体を問うた場合、仮にこの公園が市営の公園だとするならば、この権利の正当性を認証する主体は市役所ということが言える。とするならば「この『公園で野球をする権利』というのは、ひとつの正当性を認証する枠組み』である市役所によって認められることになる。この考え方から、松村（2009：23）は、所有について語るときには、『権利』を可能にしている権威の所在に目を向ける必要がある」と述べている。

加えて、松村（2009：25）はこの権威の所在というのは複数あると指摘する。ある調査村における土地などの所有のあり方について、「土地の所有者が亡くなって親族の者が相続する状況になったりすると、これまで保たれていた安定的な関係がくずれてしまう。もちろん、相続に関する慣習もある。しかし、じっさいに相続の方法を決定する過程では、いくつもの主張が噴出しはじめ、規則性を支えてきた『慣習』という権威は争われるべき枠組みとして後退してしまう」という。同様に、曾田（2009：83）も権利を可能にしている権威の所在について「人間社会において、ものごとの判断の基準となる複数の『参照系』（承認のルール）が並存し、実際に機能している」と述べている。

「所有」という概念は、法的概念として規定される一方で、松村（2009）のいうように実際の現象としてあらわれる「所有」は、その主体とものの関係、人と人の関係、主体の性質によって所有することが制約されることになる。

「所有」が権利として、すなわち「所有権」として成立するためには、「放棄」「譲渡」「交換」という行為、相互的な承認（鷲田 2007）や権威の所在（松村 2009）あるいは「参照系（承認のルール）」（曾田 2009）に目を向けることが必要ということになるのであろう。

このことは、既述した家長権の所有と関連づけると現存の家長と跡継ぎの者という関係のなかに存在する旧法・死者信仰という権威に位置づけられた「委譲」「相続」の結果、家長権（祭祀財産の所有権、死体など）が所有されることになると言えよう。

さて、ここまで所有（権）について述べてきたが、いったい何を所有するというのか。松村（2009：v）は、『所有』が問題となるのは、土地や資本のようなわかりやすい『富』だけではなく、知的財産、身体あるいは命の所有といった様々な分野において問われているとする。つまり「富」や「知的財産」、「身体」や「命」を所有することになる。この所有されるモノは「所有物」であり、「資源」とも表現できると思われる。というのは、岸上（2003c：18）が「資源であるかどうかは、人間の欲望を充足する効用があるかないかによって決まる。すなわち、資源とは、人類全体や人間集団が特定の目的に利用するものになる物資や動植物、人材、情報、知識などのことをさす」というように、「所有物」もまた、人が「特定の目的に利用するものになる」モノであると思われる。

特に、本研究と関連のある身体の資源性について、菅原（2007：14-15）は身体が他の物質的資源同様に資源性を帯びてきているとしている。そして身体資源論における身体資源を狭義と広義で規定している。狭義の身体資源とは「共同体にとって『良い物』として立ち現れる『だれか』の身体の物質的属性」であり、広義の身体資源とは「共同体のある成員によって担われ、仲間に対して『良い事』をもたらす『身体的な行為』の総体」であり、「治療、儀礼、芸能といった実践を、広義の身体資源として理解する」という。

また、寺嶋（2007：29-30）も「身体は二重の意味で資源である」と述べ、「第一に身体は自分にとって、生きるための最も身近でたいせつな資源である」、「第二に人の身体は他人にとって資源となり」、「人の生身の身体の場合には、いかなる時代、いかなる場所でもおのずと豊かな資源性を有する」と説く。

つまり、身体というのは自分自身にとっても他者にとっても資源性を有し、またその身体を用いた行為も資源ということが可能であると考えられる。

このような資源の理解と上述の所有の考え方から、慣行的家族特権の構造ないし背景を明らかにするためにいくつかの論点が生じてくる。第一に、本人について。本人は何を (x)

所有するのか。本研究の問題意識からすると本人は同意権 (x) を所有することになると言える。次に、これが「資源」となるか、とした場合、“同意権は本人であるわたしが所有するモノである”ことからすると自分自身にとっての「資源」となる、と考えられる。この考え方は「自己とその所有物との『自己固有なもの』」(鷲田 2007) となる。

けれども、この考え方からすると一つの疑問が生じる。それは、本研究で対象とする精神上に障害がある者である本人は、確かに身体は所有しており私的所有権を有していると言える。そして、この私的所有権の具体的なものとして医的侵襲行為に対する同意権、すなわち“わたしは、わたしの身体への侵襲に対する排他的な決定権”を有していることになる。しかし、ここで果たしてそれらの者が“わたしのものである同意権を排他的に自己に最大限に帰属する形でコントロールできるのか”という疑問が生じる。このことは、松村 (2009) が所有は『主体』の性質の違い、あるいは『主体』と『もの』との関係によって「制約を受ける」という指摘しているように、本人(精神上の障害がある者)が同意権を所有することは可能であるが、それは精神上に障害があるという性質によって本人であるわたし自身による使用ないし処分することが制約されることを意味するのではないだろうか。その場合はどうするか。

第二に、家族について。本人の「代わり」とされる家族は一体何を (y) 所有しているのか。(y) に (x) である本人の同意権は入らない。これは、私的所有の考えから言って妥当であると思われる。では、「代わりに同意をする」という代理権 (y) を所有するということは可能だろうか。

家族が代理権 (y) を所有する可能性を考えるには、それが「資源」であるかを考える必要がある。つまり、代理権 (y) は「資源」に相当するのか、ということであるが、家族が所有する代理権 (y) は「資源」に相当すると考えられる。というのは「人の身体は他者にとっても資源である」(菅原 2007) ならば家族の身体もまた本人にとって「資源」である。これを<資源①>とする。

そして家族が「代わりに同意をする」といった「身体的な行為」(菅原 2007) として身体資源である家族は<資源②>となり、したがって「代わりに同意をする」という「身体的な行為」は<資源②>になり得ると考えられる。

けれども、このように家族が「代わりに同意をする」という<資源②>を所有している場合、だからといって患者本人のために用いることができるのか、すなわち家族が「代わりに同意をする」ということが「正統性をおびた資源」(菅原 2005 : 179) (家族が「代わりに同意をする」ということが暗黙のよりどころとなっている) ということによって代理決定が可能になるのだろうか(論点三)、ということ。加えて、家族の<資源②>を有効にするためには、その資源性を問うだけでなく権威の所在を明らかにしなければならないのではないか(論点四)、という論点が生じる。

そこで次に、狩猟採集民社会における食物分配の構造を手がかりとして、これらの論点の検討を行う。

(4) 「資源」と「分配」—狩猟採集民社会における食物分配の構造を手がかりとして

ここで取り上げるのは北西 (1997, 2001, 2004)、岸上 (2003a)、丹野 (2004)、松井 (2005) である。特に、北西 (1997, 2001, 2004) については、論点を検討するための

枠組みを提示している。なお、下線部は筆者である。

北西（2001：61-66）は、狩猟採集民における「平等」について、社会的な地位が存在しない、政治的権利をもった人がいない、経済的な「平等」が達成されていることに加えて、「食物を『分かち合い』、狩猟に成功した人も失敗した人もみんな同じだけの食物を食べてきているといわれてきた」こと、「土地やそこにある資源は確かに集団で『共有』されているが、道具や獲得された食物は個人的に『所有』され」、「その個人的に『所有』された食物が分配されているということが明らかになってきた」が、「一見すると、個人的な『所有』と分配は相反するものであると感じられる」のに「なぜ食物を分配するのか」という疑問を呈している。そこで、アフリカ熱帯雨林地帯に住む狩猟採集民アカ・ピグミーを調査し「アカにおける個人的な『所有』と分配が何ら相反するものではないこと」を示すために「食物分配の具体的な過程、特にその過程における『所有者』の役割の焦点をあて論考している。

北西（2001）が食物分配の過程をみるためにアカにおける食物分配の対象としたものは「肉」「料理」「ハチミツ」の3種類である。

肉の分配について北西（2001：66-69）によれば、狩猟された獲物には必ず「所有者」が存在し、この決定には明確なルールがある。そのルールとは、最初に獲物に対して何らかの打撃を与えた道具の「所有者」を獲物の「所有者」とするということである。肉の分配は三段階に分けられ、第一次分配は「獲物のある特定の部分が狩猟においてある特定の役割を果たした人に分配される」。次に、「獲物の所有者や第一次分配で肉を手に入れた人は、その人の判断に基づいてさらに分配を行う」、これが第二次分配であり、この分配は義務的ではなく、明確な規則もない。そして「獲物の『所有者』や第一次、第二次分配で肉を手に入れた男性は分配を終えると自分の手元にある肉を近親者の女性（一般的には妻、未婚の男性の場合は母親）にわたす。女性はそれに自分がもらった肉と数種類の植物性食物を加えてシチューを作る。調理した女性はこのシチューをキャンプにいる人たちに分配する」。この分配が第三次分配にあたる。

この肉の分配過程は槍猟、罟猟、ネットハンティングで異なるが罟猟とネットハンティングについて北西（2001：70）は次のように記述している。

「例えば、夫の罟にかかった獲物を妻が見つけて、キャンプまでその獲物を解体することはときどき見られるが、そのとき★夫がキャンプに不在であったら、妻は『所有者』である夫をさしおいて勝手に分配することなく、夫が帰ってきてから夫が自分自身で分配を指揮する。ただし、夫がその日のうちに帰ってこないときは、妻がそれを分配する」。

「獲物の『所有者』とその妻両方が不在の例をあげてみよう。森のキャンプの滞在中に農耕民の村近くでイモムシがたくさん捕れているという情報が入り、キャンプにいたアカのおよそ半分が罟を仕掛けたままにして村に移動した。そのとき、村に行った人の罟に大きなブッシュピッグがかかってしまった。その獲物は、森のキャンプに残っていた罟の所有者の妻の父のところに集められ、その男性が分配した」。

このような分配過程から北西（2001：70-71）は、★「分配すべき『所有者』が不在の場合でも、その獲物の分配は無秩序な状態で行われるわけではなく、「『所有者』の役割

は妻や『所有者』の近親者によって代行されるのである」と述べている。また、ネットハンティングにおける第二次分配も「必ず『所有者』の近親者の女性によって行われる」という。

次に、料理の分配について、アカでは第一次、第二次分配がされると女性によって、女性が採集した植物性食物といっしょに煮込んでシチューを作り、それを分配する。

この料理にも「所有者」が存在すると北西（2001：76-80）は述べている。「肉の入っていない植物性食物だけのシチューの場合、その材料を採集して調理した女性が当然その料理の『所有者』になり、「この料理は調理した女性が分配する」。しかし、シチューの中に男性が狩猟した肉が入っている場合には、少しややこしいという。そこで3つの例を紹介している。まず一つ目が、第二次分配で肉を得た男性が調理だけを（妻ではない）女性に頼んだ場合である。この場合は、その料理にたとえその料理に植物性食物が入っていても、「その肉を提供した男性が料理の『所有者』になる」。これは、植物性食物よりも動物性食物のほうがアカにとってより評価の高いおいしいものとされているためであるという。しかし「★これはあくまでも『所有者』がこのようになるということであって、実際に料理を分配するのは調理をした女性である」と説く。

二つ目は、夫の肉を妻が料理した場合である。この場合「女性から男性への分配であるというよりも、料理の『所有者』として夫が当然もらうべきであると考え」、「彼らはその料理を夫か妻のどちらか一方のみが『所有者』であるというのではなく、両者が『所有者』であると考えているようである」とする。これは「夫婦が経済的同一の単位として認識されているから」と示唆している。

三つ目は、次のような事例である。

「村のキャンプに10才くらいの女の子が料理をしていた。この料理の『所有者』はこの女の子であった。しかし、この子は料理の途中で他のキャンプでやっていた踊りに参加するために料理を火にかけてそのままほったらかしにしてそのキャンプに行ってしまった。その後、その子の母親がそれに気がついて、煮詰まったときに鍋を火から下ろして調理が終わった。しかし、★料理の『所有者』である娘がいないため、この母親はとりあえずその料理を勝手に食べたり分配したりすることはせず、そのまま放置しておいた。◆彼女は一時間程度待っても娘が帰ってこなかったため、ようやくその一部を分配し自分で食べた後、◆一部を娘のために鍋に残しておいた」。

この事例から北西（2001：80）は「料理の『所有者』がその料理の分配を自分でやるのか他人にやってもらうのか不明の場合、たとえ『所有者』が自分の娘であってもその料理を自由にできるわけではなく、「とりあえず、できるだけ『所有者』の判断を尊重としようとしている」ことがいえる★一方で『所有者』がいないと判断された場合には、（中略）その場にいる『所有者』の近親者を分配の責任者として分配を行うのである」と述べている。

最後に、ハチミツの分配について、ハチミツにも「所有者」を決める規則があり、それは「ハチの巣を見つけた人をそのハチミツの『所有者』にするというものである」。「ハチミツをいつ採集するかは原則としてその『所有者』が決定する。見つけたときではなく後日採集する場合は、『所有者』自身が採集しに行くか、「他のアカに指示し採集を依頼する」。

北西（2001：82）によれば、ハチミツの分配は肉や料理の分配に比べて「長期保存可能」であることから『所有者』がいつか帰ってくるならそれまで採集を待つのが普通である」という。けれども、あるハチミツの所有者が不在の場合に、そのキャンプで食物不足が生じ、それをどうしても食べたいということになった場面では『所有者』の妻がキャンプに残っており、◆彼女に採集したハチミツの一部をあげるので採集してもよいということにして食すことがある。「これは★『所有者』がいない場合には『所有者』の近親者がそれを代行するということと、◆『所有者』は必ず一部を受け取るということを組み合わせて『所有者』に無断で採集することを正当化した」ことになる」と説く。

これらの肉、料理、ハチミツにおける食物分配過程から北西（2001：86-88）は、アカにおける食物の『所有者』は分配者である」としている。この場合「誰に分けるのかということについては、肉の第一分配を除いて、所有者が選択でき、何らのルールによってある人に対する分配を強制されることはない。所有者は自分の所有する食物の質と量や親族関係、空間的な近接などを考慮に入れて分配相手を選択している」（北西 2004：80）。なぜ、所有者が分配者となるのか。そのことについては『所有者』がいない場合、もしくは『所有者』が分配においてその役割を果たさない場合」から見解を述べている。すなわち、アカにおいて所有者が分配という役割を放棄してしまうと、その食物が誰ものになるのかということが分からなくなり、『早い者勝ち』によって決まる」というように、「個人によって所有されない食物が突然目の前に現れると、一気に混乱が生じ、奪い合いとも見える状況に陥る。しかし、それは個人による所有が確定することによって収まり、その所有者によって分配が成立する」（北西 2004：81）のである。このことは「所有者が食物の受け手の選択を放棄した場合に他人を気にすることがなく食物を手に入れられるのは、この食物のやりとりがそれにかかわった人たちの間に何らかの社会的関係を生み出すものではないためである」（北西 1997：20）。そのため、食物分配において生み出される『与え手』と『受け手』という非対称的な社会的関係を作り上げることで、「緊密な関係が維持される」、「親密な関係を表現している、もしくは確認している」という「彼らの人とのつきあい方」が食物分配過程から見られると北西（1997：21，2001：89-90，2004：82）は述べている。

次に、岸上（2003a：145）は従来までの互酬性概念に基づく狩猟採集民社会における食物分配の形態を示す研究に対して、問題を提起し新たな食物分配行動の類型化を試みている。岸上（2003a：148）は、狩猟採集民社会の食物分配の形態は互酬性概念にもとづく交換ではないという立場である。そこで、既存の諸研究を整理、検討した結果、「食物分配が開始されるやり方（ルールによる、自主的、要求による）と食物の流れ（移譲、交換、再・分配）という2軸」を設定することができ、それに基づくならば9種類のバリエーションが存在するということを示唆した。すなわち『ルールによる移譲』、『自主的な移譲』、『要求による移譲』、『ルールによる交換』、『自主的な交換』、『要求による交換』、『ルールによる再・分配』、『自主的な再・分配』、『要求による再・分配』である（図6）。

ここで、岸上（2003a：147-150）が「再・分配」としている理由として、経済史家のK・ポランニーによる経済過程を制度化する3つの原理の一つである「再分配」とウッドバーンによる「再分配」概念を区別するためである。岸上（2003a：150）が、ウッドバーンによる「再・分配」概念を起用したのは、ウッドバーンによる狩猟採集民の分配行動には、

「肉を獲得したハンターがその肉の所有者になるとは限らず、ハンター以外の人々が肉を分配を行うことがある」という主張に基づく。「すなわち、ある狩猟者が獲得した獲物が、その狩猟者以外の人物によって所有され、他の人々に分配される場合」を「再・分配」としている。

	ルールによる分配	自主的な分配	要求による分配
移譲 (transfer) A ———→ B	類型Ⅰ	類型Ⅱ	類型Ⅲ
交換 (exchange) A ←——→ B	類型Ⅳ	類型Ⅴ	類型Ⅵ
再・分配 (re-distribution) AC ———→ B	類型Ⅶ	類型Ⅷ	類型Ⅸ

(A : ハンターもしくは肉の所有者 B : もらい手 C : ハンター以外の分配者、矢印は食物の流れる方向を示す)

図 6 「食物分配形態の類型」(岸上 2003a : 152)

そして、丹野 (2004 : 63) は、狩猟採集民社会の居住集団 (バンド) やキャンプにおける物の授受の検討から「シェアリング」という形態の存在を提示している。丹野 (2004 : 79) によれば、バンドやキャンプにおける授受は「交換」でもなく「贈与」でもないと主張する。

「この獲物を倒したのは A である。しかし彼らの社会ではそれは A の所有物にはならない。A はそれの所有者ではない。A が所有者たろうとすれば、つまりそれを独占することはもとより、彼個人の意志によるあるやり方でそれを処分しようとするれば、彼はバンド全員の非難にさらされる。彼はそれをキャンプの仲間に分けなければならない。しかも、彼は自分の所有物の肉を他の人に分け与えるのではないし、他の人も彼から彼の所有物をもらうのではない。(中略) 彼らは、自分も含めたバンド内の誰か獲ってきた肉であろうと、それを互いに分かち合う、ともにする (to share) である」。

丹野 (2004 : 80) はこのような生活をしている狩猟採集民について「生活を共にするための共同体の暗黙の規範が存在し、彼らはそれに拘束されることを意味する。バンド内の人びとは互いに親族や姻族という親密な関係にあるとはいえ、彼らはつねに気配りをしていなければならない、けっして気楽に暮らしているのではない」と述べている。

最後に、松井 (2005 : 98-100) は狩猟採集、牧畜、焼を行うアフリカ社会の民族の例をいくつか紹介し、それらを踏まえ「所有者が、自ら所有するものに対してもっている絶対的ともみえる権利は」アフリカの例からは社会的に認知されていないと指摘する。これは、近代的所有権は、完全な自由意志と独自の判断を行為しうる、あくまでも十全な独立した個人として認められ、所有権が賦与される。「その意味で、アフリカ辺縁地方の『伝統』的諸社会においては、その成員は完全な自由意志や判断力を行使する個ではなく、むしろ、まずその社会に帰属するということによって、存在するものとみなされ」、「所有という資源との関係自体が社会的なものである以上、社会に従属している個人に、社会が十全な所

有権を賦与することはない」ということを意味する。これらの社会の民族が、その社会のなかでのしきたりを尊重し、そのなかに生きようとしているのは、呪術や信仰体系などというのが「所有や蓄財に対して一定のコントロールとなりうる効果を発揮しうるわけ」でもある。

(5) 「資源」と「分配」のまとめ

以上が、いくつかの狩猟採集民社会における食物分配の構造であった。まず北西(1997, 2001, 2004)の論考について。北西(1997, 2001, 2004)は、アカにおける食物分配過程より「所有者は分配者である」と結論づけている。これは、所有者が不在であった場合においても、別の所有者によって分配されるため、結局のところこのような結論に至ることである。なぜ、個人による所有者を確定するのかというと、そうしなければ食物をめぐる混乱が生じるからであった。そして「所有者は分配者である」という確定を行うのは『与え手』と『受け手』という非対称的な社会的関係を作り上げることで、親密な関係ということを確認するためであった。

けれども、筆者は北西(1997, 2001, 2004)の論考から「所有者は分配者である」とは別の、もう一つの間接性をみることができると思われる。それが「代行者も分配者である」ということである。前者は、先述した食物の所有者はあくまでも最初に獲物に対して何らかの打撃を与えた道具の「所有者」を獲物の「所有者」とする、という「所有者」の存在を定める明確なルールに基づいた考えであり、後者は明確なルールはないものの、無秩序な状態で行なわれるのではなく、代行という方法によって分配が可能となる。

そして北西(1997, 2001, 2004)の論考にある★印と下線が「代行者も分配者である」ということを指し示すと思われる箇所である。所有者が自らの意思で食物を分配するという行為ができないために誰か(ここでは近親者や女性)が「代わり」に食物分配を行うのである。これによって生じることというのは、北西(1997, 2001, 2004)が、アカにおける食物分配というのは「所有者が分配者である」という確定がされていることと同様に、食物を放置することによって生じる混乱を防ぐことと、社会関係を作り上げるためである、ということであると思われる。このことは、北西(1997, 2001, 2004)では指摘されていないが、丹野(2004)のいう「共同体の暗黙の規範」が存在するからであると考えられる。

さらに注目する点が◆印と波線で示した箇所である。この部分は所有者が不在であり、代行者が分配したとしても、必ず一部の食物は所有者に残ることを意味している。これは、代行者が分配することと合わせて、所有者の不在時に食物を食す、あるいは分配することを正当化する理由となるということを示す北西(1997, 2001, 2004)は指摘していた。

つまり、代行者による分配を可能にするには、所有者が一時的にいないか、まったくの不在の場合に代行者が分配者となるということになる。

次に、岸上(2003a)の論考は、食物分配形態の類型を行ったものである。岸上(2003a)の論考については後述する。

そして、丹野(2004)は狩猟採集民社会の居住集団やキャンプにおける物の授受を「シェアリング」という形態として提示していた。丹野(2004)の論考で重要なのは、獲物を獲得した特定の所有者がいた場合、その者は獲物を独占すること、その者の判断で処分す

ることは許されず、キャンプの仲間に分け与えなければならないということであり、それが「共同体の暗黙の規範」によって成立していることである。その「暗黙を規範」をやぶった場合には「非難」という道徳的サンクションが生じるのである。同様に、松井（2005）の論考においても「所有や蓄財に対して一定のコントロール」として効果を発揮するものに「呪術や信仰体系」が挙げられていた。これらはともに「所有すること」だけではなく「分配すること」に対する「権威」として働いていると考えられる。またこの点は先に述べた「家」にも同様のことが見られた。つまり、権威としての死者信仰が家長権の委譲あるいは相続を可能にしているということである。

(6) 論点の検討

第一の論点について。第一の論点は、本人（精神上の障害がある者）が精神上に障害あるという性質によって、「資源」としての同意権（x）を所有していたとしても、それを「わたし」がコントロールすることができないという制約が生じた場合にどうするか、ということであった。

筆者は、狩猟採集民社会における食物分配過程を手がかりに論点を検討することから、ここでの「コントロールする」というのは「行使する」ということを意味する。

第一の論点について、北西（1997, 2001, 2004）の論考から浮かび上がった「代行者も分配者である」ということ、すなわち必ずしも「所有者＝分配者」ではないという視点から検討する。一般的に、本人に何の制約もないとすれば本人が所有している同意権（x）の分配は岸上（2003a）が分類していた「ルールによる交換」（類型Ⅳ）や「自主的な分配」（類型Ⅱ）が可能であると思われる。「ルールによる交換」（類型Ⅳ）ならば、それはA患者本人からB医師へ同意権が行き、交換物として治療が行われるということ。「自主的な分配」（類型Ⅱ）ならば、A患者本人からBもらい手（指名された誰か）に同意権を移譲する、という事前意思表示の形であると考えられる。しかし、本研究における対象者は「同意権をわたしがコントロールすることができない者」である。

北西（1997, 2001, 2004）の場合、所有者の不在ということで身体がその場不在のことを前提としてと思われるが、筆者は所有者の不在というのは、娘が料理をしていたが、一時手間程度待っても帰ってこなかったということ、つまり娘は自らの料理を料理し続けること、それを分配することができない（から、母親が分配した）こと、という操作の可能性の有無という意味で所有者の不在と理解した。

「同意権をわたしがコントロールすることができない」ならば、理論上治療関係は成立しないことになる。食物分配においても所有者が不在で誰も分配せず、食物だけがその場に放置されれば混乱が生じるということが説明されていた。だから無秩序な状態を続けないうために代行という方法によって食物分配がされ、社会関係を作り上げることを可能にしていた。とするならば、治療関係を形成するためには代行者によって同意権を行使することは可能になると考えられる。そこには「同意を得られなければ医的侵襲行為ができない」という暗黙のルールが存在するのであろう。先の相続との関連でいうならば、死者の意思がわからないからといって財産をそのままにしておくわけにはいかないから、ということになる。また、家制度においても、現存の家長が老齢、心身の故障があった場合には家長として存続することができないため隠居という形をとり、跡継ぎに家長権を承継、す

なわち生前委譲という形で分配することになることに相当すると思われる。

第二の論点について。第二の論点は、家族それ自体が本人の「資源」となり（これを＜資源①＞とした）、家族が「代わりに同意をする」ということもまた、身体的な行為としての「家族」のもつ「資源」（これを＜資源②＞とした）として位置づけた。

そして第三の論点について。第三の論点は、家族が「代わりに同意をする」という＜資源②＞を所有している場合、だからといってそれを本人のために他者である医師に行使する、すなわち代理決定ができるのかということである。この論点は第四の論点とも関連する。つまりくり返しになるが第一の論点の検討にあるように、同意権（x）を所有している本人がそれをコントロールすることができないならば、＜資源②＞の結果として、医師による医的侵襲行為がなされるということになる。そして、なぜ家族でなければならないのか、というとそれは家制度においても家長権の委譲ないし相続が正統であり正当でもあるというように、＜資源②＞が「正統性をおびた資源」（菅原 2005 : 179）であるということと、丹野（2004）にあるように家族による意志によってそれを拒否することは共同体からの非難を浴びることとなり、それはすなわち“放置するわけにはいかない”という関係性の維持のためであると思われる。加えて、＜資源②＞の結果として医師による医的侵襲行為がなされるわけであるが、＜資源②＞を有効にしているのは「医師」を「権威」づけている「違法性阻却事由」によってであると考えられ、したがって「違法性阻却事由」に「権威」づけられた「医師」と「家族」の関係内において「代わる」ことが可能になっているといえよう。

このように「伝統的家族」と食物分配過程からの推論によって、ある所有者の資源を分配することである関係性の調和が保たれていることが窺える。このことは家族を資源として捉え、家族の持つ資源を行使することで自らの資源を行使することができない本人の代わりとなり医師との関係性を成立させ医的侵襲行為を可能にさせる。このような背景をもって「家族」が「代わる」ことができることを「資源分配説」と表すことにする。

第2項 家族愛情説—「近代家族」の特徴を背景にして

「近代家族」の特徴が述べられている諸研究をみると「愛情」概念と「家族」概念が並びながら論じられているということが窺える。「愛情」概念を用いながら「家族」のあり方を特徴づけている論考から、なぜ「家族」が「代わる」ことができるのか、慣行的家族特権の第二の背景を検討する。

(1) 家族社会学における「愛情」の捉え方

山田（1997 : 157-158）によると「家族に関する言明を調べていくと、内容は同じだが報告の違う二種類のルール（規範）がみいだされる」として2点挙げている。1つは『「家族だから、——する、している、しなければならない」』という言明であり、もう1つは『「——しているから家族である」』という言明である。この家族に関する2つの言明を用いて、山田（1999b : 124）は「家族だから愛情が湧くのか、愛情が湧くから家族なのか」という論理的に対立する二つの見解について説明している。前者は「家族というカテゴリーの存在が直接愛情をもたらすという立場」であり、後者は「愛情が先に存在し、それが根拠となって家族形成・維持されるという立場である」。また、愛情の位置づけにつ

いても多様な立場が存在するとして 2 つの意味で区分している。山田（1999b : 125）によれば、「愛情という言葉自体多義的で、マジックワードとして使用される事が多い」が、「1 つは『動機づけ』としての愛情というべきもので、『愛情があるから……する』という形で言及される」ものであり、これは愛情という言葉（記号）が「一種の規範的強制力をもったものとして把握される」。そして「もう 1 つは、『愛情を感じるから幸せ』『愛情を充足させる』というように、個人の満足な状態を表す」という形で言及されるものであり、「前者を『動機づけ』としての愛情、後者を『目的』としての愛情」と呼んでいる。そして、山田（1999b : 125-127）は家族社会学の中では「家族だから愛情が湧く」という「動機づけ」としての愛情の認識と、「愛情の結果として家族が形成される」という「目的」としての愛情の認識を曖昧にしたまま、家族の愛情に関する主張がなされてきたと指摘している。

山田（1997, 1999b）が提言する家族に関する言明というのは、立岩（1992 : 164-165）からすれば「それ自体では何も正当化しない」のである。すなわち、「家族だから、——する」や「——している家族である」ということから「特別な権利や義務を付与する理由がここからは与えられないという」ことである。

けれども、これからみる家族社会学における「愛情」概念を用いながら「家族」のあり方を特徴づけている論考というのは、まさに山田（1997, 1999b）が提言する 2 つの形に類似した形で論じられていることが窺える。また、そのことによって「特別な権利や義務を付与しない」にも関わらず、何らかの一定の行為を「家族」がすることを認める根拠として規定されていることがわかるであろう。

(2) 「近代家族」前からの「家族愛情説」—戸田貞三に依拠して²⁷⁾

戸田（1990）は 1944 年において「家は他の団体とは異なって、特に感情融合の強い団体である。家の構成員は互に信頼して、極めて緊密に共同し、隔意なく一致することによって、強い連帯関係を形造っている」（戸田 1990 : 53）というように家族の機能の中に「内的安定」の保証作用を挙げている。

この家における内的作用について戸田（1990 : 9-10）は「法律上の家は法的に定められた手続を経、一定の条件を充たしているものを指すのであるが、具体的な家は事実上親子関係、夫婦関係及びその他の近親関係にある者が、日常生活の全面に互つて共同している団体である。それは最近親にある者が互に感情的に融合して、日常寝食を共にする集団である。前者は法的に要求される条件を整えている団体であり、後者は事実上最近親者が通常形造っている具体的な共同生活体である」と述べている。つまり、この内的作用というのは事実上の親子関係、夫婦関係、兄弟関係においても認められる関係であるということである。そして、この内的作用を次のように述べている。

「家は近親者が相互に強い信頼感をもって相結び、感情的に緊密に融合することによってなる小さい団体生活である。ここに於ては人びとは全く打算を離れ、相手方の人格自身に愛着心をもち、互に人格的に融合している。この人格的に強く融合した一家の生活の中に於ては、人びとはその心持に於て互に別々になることはない。一家の総じて同じ運命の下に立つてをることを強く意識している。一家の者が同じ運命を擔つてをることを強く意識することによって、家の中では何れも者も自

分ひとりだけが他の者からとり残されているとか、或は自分一人だけが他の者から除けものにされているとかいう感じをもたない。いつでも自分と運命を共にするものが自分と一緒にをいると考えてをいる。それ故に人々は家の中に於ては、強い内心の安定即ち落ち着きを得るのである。そしてこの内心の落ち着きを得ることは、心からの慰安を得ることであり、この意味に於て家は精神的な慰安の源泉となつてくるのである。一家の者は互に相手方から何かの事物、或は作用を求めることに重点を置いているのではない。互に相手に親しみ相手に愛情をもつことによって、離れることの出来ない関係を形造っている」(戸田 1990 : 59-61)。

さらに続けて戸田 (1990 : 62-67) は次のように述べている。

「こういう人格的な関係の強い家の生活に於ては、人々は営利を離れ、策略を離れ、全く私心なく、互に信頼し、相手方に自分を捧げようとする。人々はこの家の内に於ては、出来るだけ相手方との間に起り得る隔てを取除いて許される限り一つの心になろうとする。同心一体化という言葉があるが(中略)自分の良くするところが相手方の欲するところとなり、又相手方の欲するところが自分の欲するところとなることを念願している。」「親子の間には自然的な愛情が働いている。夫婦も愛情を以て結びつくのである。愛情のないものの間に於ては夫婦関係を続けることは出来ない。互に愛情をもちさへすれば、互に相手方と強く一体化して行くということが出来る。(中略)互に相手に対して愛情をもち、相手を信頼することになると、相手方のために盡そうという気持ちが出て来る。つまり相手方のために奉仕することを、自発的に欲するようになる。愛するもののためにこうしてやりたい、ああしてやりたいという考え方が自ら起り、何事にかかはらず互に相手方のことに関して無関心であることが出来難くなる。そしてかように相互に奉仕することによって、お互に一つの心になり、自分と全く運命を共にする者の極めて容易に自分の周囲に見出し、そこに内心の満足を得るのである」。

このように 1944 年の論考においてすでに、家というのは精神的な慰安の場であり、親子夫婦は相手方に愛情を持ち、信頼し、この気持ちによって相手方に奉仕したいという気持ちが生じるということが言われていたことが窺える。その前提は“感情的な融合が家としての小さな団体を形成している”という言明である。

また戸田 (1990) が家族というのは運命共同体であると述べているように「夫のいうところ、妻のいうところが、常に外部の人々にとっては同じように聞え、両者は同様な判断を下し、同様な主張をするように見える」ということは親子関係においても同様であり「親の心と子の心とが全く一つになっているということを人々が指している」(戸田 1990 : 59-61) と説いている。

この戸田 (1990) による愛情を基盤として相手方に奉仕したいという気持ちが生じるというのは、先述した波平 (1996 : 16) が「家」が生命有限の存在から無限の存在へと変化する文化的装置の一つに祖先崇拝の儀礼を挙げ、それに加えて山本 (2009 : 31-32) が「孝」の考え方を挙げていること。同様に萩原 (2009 : 139) も、「孝」の考え方が「親子関係、扶養関係に受け継がれ」、「子ども世帯と老親が同居しながら『扶養』する形態をとって表れ」、「孝」の考え方が現代社会の精神文化として受け継がれていると述べていること、そして、高橋 (2006 : 79) が家制度において老親と子どもはギブアンドテイクの関係であっ

た、これは「法的な子どもの老親扶養義務だけでなく、親を敬い大事にする道徳的な教えも強固に存在し、親の家族内における地位の安定を支え」、「その教えも親の『恩』に対する『孝』を説く互酬的なものであったと説くことと同様の意味であると思われる。つまり、戸田（1990）の論考から“互に”という表現が何度かみられるように、どちらか一方の当事者の感情や行為ではなく、双方向に愛情、信頼、「～してやりたい」という願望といった感情が生じなければ運命共同体としての家族は成立せず、そこに奉仕したい気持ちも生じないということが考えられる。

これは先述した櫻井（2010）と矛盾することになる。櫻井（2010）は家においては情愛よりも優先して家長権の承継がされていることを説いていたが、戸田（1990）の論考からは事実上家族は情愛に満ちた生活をしていることがわかる。このように先述した「伝統的家族」においては必ずしも愛情を抜きにした関係形成がされていたわけではないということが言えよう。

（3）「愛情」概念によって特徴づけられる「家族」

「愛情」概念と並んでいる「家族」が「近代家族」と称されていることが窺えるが、「愛情」概念と並ぶことによって「家族」は一体どのような機能を有することになるのだろうか。「近代家族」の存在が言われている時代の論考と、回顧的にその時代の「家族」の特徴を論考しているものそれぞれを以下では紹介する。

川島（1965：12-14）は次のように述べている²⁸⁾。

「旧家族法が家父長権を中心とした権力集団を規定していたのに対し、新家族法は、すべての家族構成員の平等を基礎とし、したがって家族関係からは権力関係をできるかぎり排除して、ただ未成年の子に対する親権およびその延長たる後見において、最小限の権力を子あるいは被後見人の利益のためのみに承認するにすぎない。このような家族構造においては、家族員のあいだの人間関係を秩序づけ彼らの社会行動を動機づける主要素は、もはや固定的な外部的な制度的形式（『制度家族』“institutional family”）ではなくて、各家族員個人の愛情にもとづく自発的な内面的決定である（『友愛家族』“companionate family”）。「このような『友愛家族』においては、家族間に期待されている命令に対する外面的服従ではなくて、愛情に基礎付けられた内面的な自発的強力であるから、外部的な法的強制によって制裁されるのに適してはいない。すなわち、ここでは家族の秩序は本来は、各家族員のパーソナリティと、道徳という文化形態によって維持されるべきものであり、法が機能をはたし得る余地はきわめて小さいものである」。

川島（1965）は新家族法では親権や後見による介入を認めているというわけではなく、あくまでも承認するにすぎないと述べている。これは家族関係から権力関係を排除することを意味し、家族員の人間関係の秩序づけや社会行動を動機付けるのは、それぞれのパーソナリティと道徳という文化形態、愛情に基づいた内面的決定によって維持されるべきであると述べている。この道徳という文化形態というは上述した恩・孝といった道徳が背景にあると考えられる。

松原（1967：78）は、バージェスとロックによる「制度から友愛へ」という家族関係の変化の過程を説明している。それは、「制度としての家族は、その結合が慣習や近親者など

からの社会的圧力に基づいてなされるものであったのに対して、友愛としての家族は、その結合が相互の愛情に基礎をおく親しい結びつきを特色としているというものである」。

これを受けて、松原（1967：78）は「現代の家族においては、その内部の人間関係において愛情の授受ということが本質的な意義を持っている」と説く。ただし「愛情の授受という感情関係の裏側」には憎しみ、嫌悪という感情もあり「愛情の牽引（選択）と嫌悪による反撥（拒否）といった関係が入り交じることになる」ことを指摘する。

松原（1967）も川島（1965）同様にバージェスとロックによる制度家族から友愛家族の考えをもとに、家族関係を成立させるためには愛情の授受関係があると説く。

そして、森岡（1967：1-3）は「家族は、夫婦関係を基礎として、親子・きょうだいなど近親者を主要な構成員とする感情融合に支えられた、第1次的な福祉追求集団である」と家族を定義づけていることは有名である。そして、この定義から家族は非打算的な感情融合が支配し、より高い福祉の実現のためにあらゆる活動は方向づけられ、「家族が福祉を実現しやすいように条件を整え、あるいは身体障害者など家族の荷の余る負担を引き受ける責任を負うまでである」という特質を説いている。

加えて、先述した布施（1984：410）は近代家族は愛情関係が純化された結びつきであると述べ、目黒（1999：5）は「愛情によって結ばれる夫婦」があると表現している。

山田（2001：16）は「家族＝愛情の場のイデオロギーが普及し、家族の中で愛情を実感することが目的」となり、『夫は仕事、妻は家事・育児で一生懸命働いて、豊かな生活を築き、よりよく子どもを育てる』ことによって愛情を実感するというシステム」として普及、あるいは高度経済成長期の近代家族は『家族の愛情の中身』を曖昧にしたまま、言葉だけ受容し、「それゆえ、『役割を果たすことが愛情』というわかりやすい愛情観が普及し、『愛情あふれる家族』と多くの人々が思える基盤が」できあがり「家族はセーフティーネットの役割を十分に果たしていた」あるいは「近代社会は、家族と国家を『安全弁』として残した」（山田 2001：21, 2004a：342, 2005：138）と述べている。さらに、牟田（2006：103）は「日本社会が戦前からひきずっている非民主主義的な残滓、残存する『家』の意識や習慣の呪縛から家族が真に解き放たれることによって、そして急速な経済成長・都市化によるコミュニティの解体、親子や夫婦間の関係の混迷を乗り越えることによって、家族は人間ひとりひとりの安定的な心のよすが、愛情と幸福の源泉となるはずだ、という理念があった」と説明している。

(4) 「愛情」概念によって特徴づけられた「家族」からいえること—規範と機能の成立

以上みてきたのが「愛情」概念を用いながら「家族」のあり方を説く論考であった。その特徴は、愛情の授受関係によって家族関係が成立するため、家族はそれを実感することができるということ、つまり「愛情」それ自体が家族関係を規定することであり、何らかの役割を遂行させるといえる。これは「愛情」が権威性の帯びたものとなるということの意味すると思われる。

けれども、実際は「愛情」がなくても「家族」は成立し、「家族」がなくても「愛情」は「家族」ではないところで成立する、というように「愛情」、「家族」はそれぞれを成立させるための必要条件ではなく、十分条件に過ぎないのである。けれども「近代社会」における「近代家族」がそのことを見えなくさせている言えよう。

中川（1996）は「近代家族」には「愛」規範が埋め込まれていると述べていたが、戸田（1990）による論考においては、すでに「孝」の精神を背景にもって、家というのは精神的な慰安の場であり、親子夫婦は相手方に愛情を持ち、信頼し、この気持ちによって相手方に奉仕したいという気持ちが生じるということが言われていたということが窺えた。とすれば「近代家族」において「愛情」規範が埋め込まれたのではなく、すでに事実上「伝統的家族」の時代において「愛情」規範の原点ともいべき規範は存在し、それが「近代家族」において強調された結果であると言える。

このような「愛情」概念を用いて「家族」のあり方は説かれているが、山田（1999：123）が「家族社会学は、なぜ、『家族は愛情の場である』というテーゼを立て、そして固執しなければならなかったのか」と呈しているように、研究者は何をもって「愛情」と表現し「家族」と関連させているのか、「愛情」があるというだけで、「家族」・「家族関係」において権力関係を排除し、より高い福祉の迫及が実現でき、セーフティーネットとして、あるいはこころのよすがとなると言えるのか、そこについては実際明らかにされていなければ、「愛情」があるというだけで「家族」・「家族関係」がそれらの機能を実現させるという確証はどこにもない。立岩（2000a：82-83）は「ぼくらは、なんか身近な小さな決定のほうが、大きい、なにかわけのわからない大きいところで決まる決定よりも、その人にとっていいんだというふうにどこかで思っている節がある」と指摘するように、「家族」内で決めることのほうが疑いもなく「家族」をよりよい方向、よりよいものとして機能させてくれるかのような「権威」として「近代社会」の中に「愛情規範」が配置されていたと考えられる。

(5) 「愛情規範」が浮き彫りになる介護場面—その背後にある互惠・互酬規範

野崎（2003a：116-117）は社会学的研究における「家族としての愛情は、強い規範性を持っている（家族なのだから愛情がなければならぬ）がゆえに、これを強調することは、かえって困難な問題を招くと」指摘し、「家族愛のもつ規範性が、家族構成員に抑制的に働くことに」よって、最も深刻な問題が生まれる場面として介護場面を挙げている。

野崎（2003a）は、家族に対する愛情規範を強調しすぎることによって深刻な問題が生まれる場面として介護場面を挙げている。ここでは、家族の愛情規範を強調することが深刻な問題を生じさせるという前提ではなく、介護場面に関する事柄から愛情規範の成立をみる。

芦刈（2002：72-75）は、痴呆性老人を在宅で介護している家族に対して『なぜあなたはこんなにひどい症状なのに看ていけるのですか』という問いでインタビューを行い、その事例を紹介している。芦刈（2002）が紹介している事例の家族の回答の中に『そりゃあ、はじめはなんで私がこの人の犠牲にならないといけないのか。私は被害者だ。と思っていましたよ（中略）。徘徊の後をつけるのが、毎日の日課になってきてね』、『この人が病気になっちゃんだから私こうしちゃいられない。できるだけのお世話をするよ』、『なにからなにまでこんなに世話になった母のために、私のできる事はしてあげたい。（中略）悔いを残したくないと思って（省略）』、『これは、人生の宿命です。私以外にはみられませんから』、という言葉がある。

木立（2004：74）は、嫁介護者を対象に、彼女らが介護を引き受け続けている要素をインタビューによって導いた。一人目は、長男の嫁ということだけで、世話になった恩がな

いのに、感謝が示されないことに不満があるが、他の親族による干渉がないこと、自分の都合で介護が行えるということで介護を継続できている。二人目は、要介護者と同居することによって情を感じ、高齢ということで介護が長く続かないであろうという見通しをもって継続できている。三人目は、「共に暮らしたこと、世話になって恩を受けたことを思い起こし、看取ってやりたい」、また、「要介護者に頼られ、感謝されることにより、やる気になる」ということから継続している（木立 2004：77）。以上の嫁介護者によるインタビューより、木立（2004：77-78）は、「言及される規範は類似のものである」としている。すなわち、介護を引き受ける理由として、長男の嫁だから、家族だから女性が世話をするという「役割規範」、世話になったから（なっていないのに）という「互惠性規範」、仲間意識、が挙げられ、さらに、介護を継続する要因としては、「要介護者へ感じる情（愛着）、感謝が示されること、やり方への反対がないこと（家庭内自己決定権）、期間の見通しができることが」が挙げられている。

木立（2004：79-80）によれば、「広く援助行動への動機付けとなり、促進する規範としてよく言われるのは、互惠性（返報性）規範である」という。『情が移る』ことは、生活の共有や世話という行為を通して、次第に相手への愛情や親しみを覚えるようになること」であり、『情が移る（情緒的に繋がる）』ことにより、報償を期待せずに相手の利益や福祉のために行動しようとする愛他心が生起し、愛他的行動が起き、ひいては、満足感、喜び、自尊感情の高揚など、自己報償をもたらすようになる」とする。

石川（2006：34）によれば「高齢者が介護を必要とするようになったとき、気心しれた家族から介護を受けたいということは自然なことです。また、『肉親の情』が家族でなくては気づかない細かなケアを実現することも多いでしょう。このようなとき、介護を家族内だけで担うのではなく、多様なサポートシステムの力を組織的に利用することが家族でなくてはできないケアを実現させることにつなが」と述べている。

これらのことから、芦刈（2002）の調査では介護することは日常的なこととなり、相手方（配偶者）が病に倒れたならば「こうしてはいられない」という介護をするという目的意識や両親から今まで受けて世話に対する恩愛が生じていることが窺える。木立（2004）の調査でも情や恩といった感情によって介護が継続でき、それは互惠性（返報性）規範であるということが述べられていた。そして石川（2006）は、芦刈（2002）・木立（2004）のような介護者の立場ではなく、介護される側の考えを推測して高齢者というのは「気心しれた家族から介護を受けたいということは自然なこと」であり、これはまた家族でなければできないことでもあるという見解であった。

野崎（2003a）は、介護場面では家族愛のもつ規範性が強く強調されることによって困難を招くと指摘していた。しかし、先述した戸田（1990）の論考にもあるように介護場面については「愛情規範」が働くというよりは「互惠」あるいは「互酬」規範が働いていると考えられる。つまり、双方向に感情が生じ、あるいは行為がなされなければ、介護継続というのはなされないのではないだろうか。

「互惠」あるいは「互酬」をAとBの間で成立させるためには、双方向的な心的働きかけや行為がなければならぬ。例えば【A（情）⇔B（情）=A（満足感、行動継続）】である。これはA・Bともに同等のふるまい・はたらきかけ、あるいはそれに見合っていると本人が思っていること（これを上述した「身体的な行為」としての資源とする）が与えら

れる関係である。また、Aによって過去に与えられた資源に対して、Bが現在の資源を与える、というような過去の出来事に対する現在の働きかけは「時間差のある互酬性」(岸上 2003b)の結果であると思われる。これは、何らかの感情の生起によって資源の分配は可能になるということを意味する。このことからすると、「家族であるから愛情がある(なければならない)」という「愛情規範」がすでにあるから介護行為がなされるのではなく、「互惠」あるいは「互酬」規範における分配行為によって生じるのであり、そこに「愛情」概念(その内実是不確かであるが)と読み替えることで「家族」という枠組みにしかできない「代替不可能」なこと、それを行なう「家族」もまた「代替不可能な存在」(山田 1997: 160-161)として形作られているから、「家族であるから愛情がなければならない」という規範が生じると言えよう。

(6) 「家族」が「代わる」ことができる理由

先述において「近代家族」に要請されたことは、高度経済成長期を支える労働力の量・質の確保、大量生産・大量消費の担い手を個別家族の簇生として確保、そして家や地域共同体から解放されことによって、安定した信頼できる関係として小規模な家族を求め親子や夫婦が長期的に安定した関係になっている必要が生じたことであった。

藤崎(2000: 156)は「今日の家族は政策主体から二様の相矛盾するメッセージを投げかけられている」として「一方では、産業社会からの要請される安定的で質の高い労働力供給に適合的な核家族単位が推奨され、もう一方では、老幼弱者の養育・扶養・介護を一定に引き受けることのできる、生活上のリスク分散のための『保険機構』として家族に望まれる」と述べているように、同様に立岩(2000b: 65)も「家族という単位も小さな保険会社と考えることができる」と述べ、松木(2003: 139)がパーソンズの家族論を例にとって家族規範を位置づけている見解によれば、全体社会に対する下位システムとして家族をみるならば、全体社会にある社会規範の「個人への内面化という機能を果たす」ために「家族という専門家された社会システム」が必要であるという。この「家族という専門家された社会システム」もまた「保険機構」「保険社会」と同様であると言えよう。

なぜ、「家族」が「保険機構」「保険会社」「家族という専門化された社会システム」となることを要請され、その成立を可能としたのか。そこには両性の合意に基づく婚姻関係という枠組みの中に「あるべき家族像」(夫は外で仕事し、妻は家で家事をし子どもを育てる)が想定され、その一方で思いやる、優しさなどの象徴として「愛情」規範が位置づけられ、それによって「あるべき家族像」を内包した「家族」が作られたと思われる。

そして、「愛情」規範によって支えられた「家族」は「保険機構」ないし「保険会社」「専門化された社会システム」としてなすべきことの一つに「代わる」ことが要請され、実際にそれを実現させていったと思われる。もはやそこで家族は本人にとって他者でありながらも「愛情」に包み隠されることによって「代諾者は明らかに他者ではあるが、患者と代諾者が一体であるという家族観の前提にたてば、その判断は患者にとって他者のものではなくなる」(熊倉 1994: 219)のである。そこで「代わる」ことが要請できたのは、「愛情」規範によって支えられる「家族」「家族関係」が「安定した信頼できる関係」であるはずだという特色をもつことが可能だったからであろう。そして、ここでの「安定した信頼できる関係」というのは互惠・互酬的規範による双方向によって得られるものではなく「他者

の所有を通じた自己の安定化」(浅見：2001：46)によって関係づけられるものであると考えられる。

エンゲルハート(甲斐ら訳 2009：165-166)が「家族の統一性という感覚が強くなればなるほど、家族の親密性や両親の意思決定権限に干渉する子どもの代理人だとか国家の道徳的押しつけはますます強くなる」と述べ、「両親の権限に関する家族主義的価値において、家族の一制限されているものの一構成員に対する推定的主権は、単に権限委譲の考え(すなわち、子どもの最善の利益の実現のような社会的および／もしくは道徳的価値を現実化するための最も効果的なレベルは、一般的な家族の存在である)やその構成員の同意に基づいているのではなく、権限を有する特殊な社会的統一体としての家族の性質に根拠を有している」と述べる。これは、「愛情」規範によって権威づけられた「家族」という集団であること、それ自体に「家族」以外の者にはできない(家族員の人間関係の秩序付けや社会行動を動機付けること)代替不可能であるという特権性が付与されているということの意味すると言えよう。

つまり、「近代社会」における「愛情」規範に従う「家族」の成員である以上、両性の合意に基づく婚姻関係という枠組みの中に第三者や法的な権力関係が排除されているため、例え「代わる」ことを拒否しようとしたとしても、それは「家族」「家族関係」における道徳や内面的決定の判断を仰がなければ、逃れられない仕組みによって制限される。そのことは「家族」が「代わる」こと、代わらざるを得ない状況を生じさせると考えられ、このことを「家族愛情説」と表すことにする。

第3項 親密圏説—「現代家族」「現代家族Ⅱ」の特徴を背景にして

「現代家族」は「近代家族」が「愛」と「性別役割分業」という規範が埋め込まれ、法的には両性の合意にのみ基づく婚姻を基本としそれらの子からなるという核家族の形態を「家族」とみなしていたことから、出生率の低下、離婚率の上昇、婚外出生率の上昇といったことを背景に同性同士の結婚、事実婚、別居婚、といった多様な家族の共存・家族の個人化、あるいはペットや新興宗教など現実の家族以外のものに、つまり「制度的家族から離れた所に『絆』を求め」(山田 2001：5, 2005：250)るようになったと言える。この「絆」あるいはそれがある関係は「愛情」規範に変わって「親密性」「親密な関係」として語られることになることが後述より窺える。

そこで、まず家族社会学の観点を基底にして「愛情」規範によって成立していたとされる「近代家族」の特徴とそれへの懐疑を示す見解を挙げ、「親密」をキーワードとして「家族」が新たに社会の中で位置づけられてきた様相を述べる。次に、諸研究者による「親密圏」概念の定義を整理し、「家族」を「愛情」規範と「親密圏」のそれぞれで捉えた場合に起こり得る状況を示す。そして「公共圏」概念を踏まえて、医的侵襲行為への同意権問題について「公共圏」による「親密圏」への介入の必要性和介入に伴う問題点を述べる。

以上のことは「伝統的家族」「近代家族」「現代家族」に続くこととして、つまり 1990 年代初頭から 2000 年代初頭にかけての 10 年は「失われた 10 年」と称され、「戦後の日本社会において一般的であった、性別役割分業の人生モデルの自明性が崩れ始めた時期である」(岩井 2009：194) こと、中里見(2002：94)も 1990 年代後半以降は家族をめぐる問題が表出したとして、「家族の個人化」による「家族内弱者たる子どもの成長と高齢者の

生活維持に困難が生じ、新たな『人間破壊』の様相を呈し」、「同時に、夫の妻への暴力、90年代以降公然化した家族内の世代間暴力（児童虐待）は、『私事性』という＜近代＞家族の核心の根本的な疑問を突きつけている」と指摘していることから、単なる個人の志向だけの強調の「現代家族」ではなく、そこに「崩壊」「暴力」といったことが生じる時代として「現代家族Ⅱ」（1990年代、2000年代以降）として現すことができると思われる。従って、これ以降は「現代家族」「現代家族Ⅱ」を背景に「家族」が「代わる」ことができる理由を探ることにする。

(1) 「家族愛情説」への懷疑

中川（1996：99-100）は、1970年代では、『夢の夫婦家族』に埋め込まれていた性別役割分業を神話化すると同時に、その神話化を再生し強制していくこととなり、また「家族団らん」に象徴される『愛』の絆は、規範としては強いものであったが、その絆を支える家族の生活基盤と家族関係は弱まっていった」とする。

同様に、大和（1990：38）は「近代家族の特徴として、夫婦愛、母子愛、家族愛といった成員間の心の結びつきが、制度や利害による結びつきより、また同姓・同年齢集団との心の結びつきより、優先していることであるといわれている」が、「これは実態というよりも、そのような理念、あるいは規範が広く社会に浸透」していることであって、「実際の結びつきは、規範ほどに一貫してもいなければ、一枚岩でもないかもしれない」と指摘する。

「愛情」規範によって結ばれていた「家族」の結びつきが「一貫してもいなければ、一枚岩でもない」とはどういうことか。それは石川（2006：28）が、これまで家族に関する研究の多くは家族がいかに社会システム全体の安定的な維持、存続に貢献してきたかという視点からなされ、一般の意識のうえでも家族は親密で無条件の信頼と愛情に満ちた存在とイメージされてきた。けれども、個別の家族をみると、様々な要因によって機能不全を起こし、深刻な問題をかかえている家族が少なくないという事実もある、ということだと言えよう。このような「愛情」規範によって成立されていた近代家族についての論じ方を「家族愛情説」とした。

石川（2006）による家族の機能不全や深刻な問題を抱える家族が少なくないという事実について、山田（1999：138-139）も「1973年のオイルショック後の低成長により、戦後の日本家族の安定性を支えていた諸条件が失われ、家族の愛情の不安定性が明らかになり、『家族は愛情の場である』ということ唱えていただけでは解釈できない現象が、家族の危機として捉えられ始めた」と述べ、これは人々が家族以上の何かを外に求め始めた「家族の外に愛情が生じる」ことと、虐待、離婚を典型とした「家族内部での愛情が失われる」ということに現れていると説く。

山田（1999）は「家族内部で愛情が失われる」ことによって生じる現象の一つに虐待を挙げているが、菰渕（2000：93）も『子は親を介護するのが当然』という社会規範が揺らいできた以上、介護されるほうも介護するほうも、情愛と困惑との葛藤にみまわれる状況が生じ、その結果として家族の介護力の限界を超えた場合に「家族ケアは破綻をきたし、要介護老人への虐待（菰渕 2000：98-99）が生じると述べている。これらの状況を山田（2001：17）はもはや「家族はセーフティーネットにならないだけでなくリスクフルな存在となりつつある」と述べ「家族のリスク化」（山田 2005：222）と表現していた。

同様に、岩上（2006：75）も「親による子どもの虐待や子どもによる老親の虐待、さらには配偶者間の暴力などをもちだすまでもなく、多くの現実が示す通り」、「今日、家族が社会的弱者にとって最適の安全保障になりえていないこと」を指摘する。その理由は「①もともと家族が無条件で弱者の保護機関として機能してはいなかったという事実に加えて、②小規模化し、地域社会や親族集団から切り離された存在になった家族に、そうした重い責務を担えるだけの人的資源がもはや存在しないこと、③子どもの世話にせよ、高齢者の介護にせよ、ここ 30 年間にそれまでと比較にならないくらい長期化し、多様化し、未経験の現象に直面することが多くなっていること」を挙げている。

以上のような「愛情」規範に基づいた「家族」に対して、家族関係の弱まり、機能不全、深刻な問題を抱える家族、安全保障になり得ていない、ということがなぜ言われるようになったのか。それは立岩（1991：48）が「従来家族の中にあった関係、諸行為の成立に愛という感情が必要かどうか」という問いを立て「確かに、愛ある関係、行いを正当化する、という場面を見てきた」が「結局、その内容は定まらない」ということ、「従来愛の関係の中に、家族の中にあったあるいはなかった関係や行為を、どこまでそうしたものに独占させることを許容し、あるいは義務とし、どこまでをそうしないのか」という問いを立てずに、つまり行為の境界設定をせずにきたこと、そして「家族が存在するとは、情緒的な関係があるという事態そのものではない」（立岩 1992：155）という見方を抱かずにきた帰結であると考えられる。

（2）「私領域としての家族」「公領域としての社会」—家族愛情説からはみえないこと

「家族愛情説」への懐疑は、立岩（1991）が家族が存在するということが情緒的な関係があるということが必要条件ではないこと、愛の関係の中にどの程度の独占を許容するのか、義務があるとするのか、という境界を定める必要があること、これらのことを行わずに「愛情」規範によって「家族」を縛りつけていたことから虐待を典型にした危険性が家族内部には生じるのではないかというかたちで浮上する。

宮本（2003：27）によれば、「われわれは情動を介した感情をつうじて、愛情を寄せられる対象が健やかに生きることを思いやるように義務づけられていると感じ」、「この情動的な関係においてわれわれが負う行為義務は、双方の側で受け入れ可能で、その実行を期待可能であるが、その義務において指令される役割そのものは交換可能であるとは限らないのである」と述べているように、「愛情」規範に基づいた「家族」にはあらゆる独占や義務を負わすことが可能となっていたが、どこまでの独占を許容するのか、また双方向におけるそれぞれの役割遂行をどこまで遂行するのかを明確なものとしないうちに、家族内部において危険性が生じる温床を作り上げていたのであろう。

つまり、「家族愛情説」における「愛情」とは「他者との交わりの無政府を回避し、みずからの存在に秩序を与える」こと、「他者の所有を通じた自己の安定化」であり（浅見 2001：46）、その「愛情」規範によってみずからの存在に秩序を与え、自己の安定化を可能にしていたと思われる。そしてそれを可能にしたのが、立岩（1991）のいう義務と独占が生じる「愛における排他的独占欲の所有形式」（浅見 2001：70）である両性の合意に基づいた婚姻関係という枠組みであると考えられる。

では、なぜ「家族愛情説」に潜んでいた独占や義務による双方向的ではない役割遂行が

なされる状況がこれまで顕在化しなかったのか。

中里見（2002：93）によれば、戦後家族は「政治社会（公）と家族（私）両方の男性間の平等および男女間の平等が政治原則と」なり、『家』制度は解体し、夫婦と未婚の子からなる小家族が都市部を中心に誕生したのであるが、近代社会と近代家族の関係について木戸（2002：30-31）は、「社会（近代社会）の編成においては、自由な選択にもとづき、合理性を原理とする公領域（市民社会）に対して、私領域としての家族は、選択不可能な関係性によって営まれる、その意味では極めて非合理的な領域である。合理性の追求という社会の近代化（市民社会化）は、公領域に組み込むことのできない非合理的なものを排除し、それを家族という私領域に囲い込んできた」と述べている。同様に上野（2008：33）は『法的主体』にたりえない存在に対しては、市民社会の法は、限界と無力を露呈する。そして、そのような『依存的な他者』を、市民社会はその『外部』に配置し、その領域を『家族』と呼んできたのだ」という。この囲い込みによって、清水（2000a：15）は「家族という治外法権的世界で夫から妻に加えられる暴力、痴呆症状を呈した寝たきりの老人に加えられる暴力」があると指摘し、「家族介護ですら、どのような法的権利＝義務関係にもないことは、法学者たちによって明らかにされ」ているにもかかわらず「高齢者は、慣習や規範によってもたらされる恩恵としてのケアを、肩身の狭い思いで受けてきた」と上野（2008：36）は述べ、また「不介入の原則によって公権力は、市民社会においてなら犯罪とされるような不法行為を、私的領域においては黙認または許容してきたのである」と指摘する。しかしながら例えば、「フェミニストが私的領域における暴力や虐待を問題化するにつれて、公的権力が私的領域に介入することを正当化する法理がつぎつぎと整備されてきた」（上野 2008：33）のである、というこの点が後述において「親密圏」概念が登場する所以である。

したがって、「家族愛情説」で論じられていた家族とは、公領域に組み込みことのできない非合理的なものの排除、その中には「依存的な他者」が含まれ、それらを「家族」として私領域へと囲い込んだという構造、治外法権的世界、であることから独占と一方向的な役割遂行が認められ、家族であることによってどこからも支配を受けないという特権がある領域となったということが言えよう。

(3) 「愛情」規範に代わる「親密」

このような「私領域」への囲い込みについて赤川（1997：111-112）は、これまで家族境界を設定する基準として「血縁」や「同居」という基準が最も重視されてきたが、これは現在では絶対的基準にはならず、そうした枠をはみだすような現象、例えば、単身赴任の夫は家族である、犬や猫などのペットも家族である、というような恣意的、選択的に「新たな境界設定の基準が醸成されつつ」あり、その「基準として新たに浮上しているのは、『愛』であり、『親しさ（親密さ）』という原理である」という。赤川（1997）は「血縁」や「同居」という基準では囲い込みがしきれない「家族」（とされるもの）に対して新たに「愛」や「親密さ」という基準で「家族」を境界設定することを説いている。このことは「血縁」や「同居」という基準を「愛」や「親密さ」という新たな基準に代えるということの意味しているのであろう。

「近代家族」においては「愛情」規範が家族境界を設定していたが、そこでは、どの範

囲でどの程度のことを担わせるのか否かという上述した立岩（1991）の指摘をせずに「私領域」への囲い込みがなされていたと言え、赤川（1997）は「親密」だけでなく「愛」もまた家族の境界を構成する基準として位置づけているが、「愛（情）」に位置づけられた家族というのは「近代家族」を前提とするものであり、また筒井（2008：72）によれば『愛』は親密性そのものというより、そこにおいてコードとして働き、親密な関係内部の相互行為を律する言説装置である」ことから、それに代わって1990年代以降、特に上野（2008）の言う「公的領域が私的領域に介入することを正当化する法理」の整備との関連で「親密さ」「親密性」「親密な関係」「親密圏」といった「親密」をキーワードとして「家族」を新たに社会の中に位置づけてきたと思われる。

（4）「親密圏」の捉え方

「愛情」規範によって「家族」が私的領域として囲い込まれていたのに代わって「親密」をキーワードとして、特に「親密圏」概念で「家族」を位置づけようとする論調がある。その一方で「家族」は「親密圏」であるけれども「家族」だけが「親密圏」ではないとする論調もある。

佐藤（1996：113）は、親密圏を「身体的なコミュニケーションを前提にしながら、親密さの感情を共通の基盤にする共同的空間」として定義づけ、山守（2010：22）は親密圏を「親密な関係を形成する『場』（領域・空間）」と定義している。

中里見（2002：95）は「子どもや高齢者の人間的存在は『家族からの自由』ではなく、『家族への自由』を不可欠としている」と説き、「そのためには『契約』や『自己決定』とは別の観点から家族の考察が必要である」と述べている。その観点として「家族の共同性・協同性」を考えているという。この「家族の共同性・協同性」の観点から家族を考察するというのは、二宮（2002：105-106）による「家族関係の個人化・市場化、国家による権力的統合を防ぐ視点として、家族の絆の強化や父性の復権ではなく、男女の対等性を前提としながら、家族共同生活、協同性への展望を開こうとする見解」であり、その一つの方向性として『親密圏』としての家族を再構成しようとする立場」がある。

つまり『親密圏』を、日常生活を協同して営む親密な人的関係（領域）として把握し、性別を問わない複数の人々による関係とする」ということである。

本田（2007：74）によれば「近代化のプロセスは、一方で労働を担う『理性』的なく空間＞としての公共圏を創り出し、他方に『身体の提供、すなわち子どもの生産、社会化、労働力の提供のための家族の親密性と情緒性によって特徴づけられる』＜空間＞としての親密圏を生み出した。そのため、近代＝現代における社会的配置のもとで公共圏が『理性』の埋め込みによって秩序化される一方で、親密圏は『欲望』と『情緒』が宿り満ちた前政治的な不介入の領域となる」という。

そして木戸（2010：139-142）は『親密性』を特徴とする人間関係、すなわち『親密な関係』（あるいは関係領域としての『親密圏』をめぐる論議の系譜には、おおむね二つのものが区別できる）として、一つは『親密な関係』とその一形式である家族を考えるにあたって、夫婦のような成人間のパートナー関係に着目するか、もう一つは「母子のような親子関係に着目するか」という「性愛」と「ケア」をそれらの関係の媒介項としている。

浅田（2004：142）は「親密圏という言葉は多様な意味あいをこめて用いられるが、家

族を包含しつつもイコールではない領域を意味する言葉として、また『協同領域』といった言葉では抜け落ちてしまう身体接触あるいはセクシャルな関係を伴う領域を意味することとして用いられることが多い」と説く。

村田（2004：179）は、齋藤（2003b：213）による「親密圏」の定義を踏まえ、それは「いずれも家族に限定しない、むしろそこからの解放を意図した考え方である。確かな人間関係を、緩やかで、自由な関係として多様なかたちで創出していきたいという理念」であり、こうした立場に賛成であると述べている。では、齋藤（2003a：vi-vii）はどのように「親密圏」を定義しているかということ、親密圏とは「具体的な他者への生への配慮／関心をメディアとするある程度持続的な関係性として定義」している。

松島（2002：123-125）は「親密圏は、人が生きていく上で必要な、具体的な他者との全面的なつながりや信頼感が存在する場であり、ケア（養育・介護・気遣い）しケアされるという機能を持つ場である」と述べている。そこは、家族に限るものではないけれども、家族をその場と想定することが暗黙の了解とされていたということを指摘する。

中里見（2003：95）は「人間が協同して生活を持続する関係、生命再生産（持続的生産）の場」ととらえている。この再生産には「日々の再生産と世代的再生産があり、いずれも労働をともしない」「再生産労働は物の交換価値に還元されない使用価値を再生産し、経済効率に還元できない人間的価値を実現する営み」を指すとしている。

井上（2006：34-35）は、親密圏について「そこでは、問題意識を共有し、お互いに関心を持ち合っている他者との会話やコミュニケーションを通して、問題意識にのぼり、言葉となる。そのような過程を積み重ねていくうちに、複数の公共圏から成り立つ市民社会へ影響を与える。親密圏を現代の社会にふさわしい個人の成立の場として、また裸の個人を公共圏に媒介する場」としてみている。また「親密圏とは、家族とは異なり、血縁的な関係を基盤とする人間関係を前提とせず、その意味で近代家族とは異なる」。「親密圏は人間的な関係を前提とし、抽象的ではない具体的な生活のあり方などに互いの関心・利害に配慮し合う関係性であり、現実の家族すべてが親密圏となるわけではない。逆に、家族ではなくとも上記のような関係が成立していれば、親密圏といえる」としている。

さらに、井上（2006：35-36）は『親密圏』は、機能システムや市民社会の代替物ではなく、人間的な交流・コミュニケーションにより、反省的契機を作り出す機能を持つ場として意義を持つ。そのような反省的契機は、それまでのわれわれの社会的実践や制度を規定しているあるいは規定してきた明示的なあるいは暗示的な社会的規範や習慣を明らかにし、それを具体的な場面で再検討することを通じて作り出される」と述べている。これは「反省的契機を、権利の概念のとらえなおしといった過程を経て、システムの中に取り入れていく点が重要」であり、「親密圏で培われた理念や価値、あるいは権利にまで到達していない具体的なニーズなどを、新しい公共圏である市民社会やシステムに逆流させるという動きである」。

このように諸研究者によって「親密圏」の論じられ方は多様であるが、2つの特徴を挙げることができる。すなわち、第一に「親密圏」の定義あるいは特徴について「親密さ」「親密な」「親密性」（佐藤 1996, 山守 2010, 二宮 2002, 本田 2007, 木戸 2010）という概念が含まれている。このことによって「親密圏」に存在できるものの範囲を限定することになり、「親密」であることを「親密圏」を生み出す条件とするならば、それ以外の関係

は排除されることになると言えよう。第二に、第一の特徴とは異なり「親密圏」というのは「場」「領域」「空間」「関係性」を示す概念であり、必ずしも「親密」な状態があることが含まれてはおらず、具体的な他者が存在することができる。このことは、血縁関係や性別を問うというような「愛情」規範に基づいた「家族」に限定されないと考えられる。

先に、本田（2007）が「親密圏」を「家族の親密性と情緒性によって特徴づけられる空間」として、木戸（2010）が異性愛あるいは母子愛を媒介項として「親密圏」の一形式として「家族」を位置づけていたが、「親密」や「愛（情）」を「親密圏」における関係性の媒介項とし「家族」を捉えることは、佐藤（2004：13）が「家族以外に信頼できる関係を結ぶことのできる社会的空間がほとんど実感できないなかでは、家族に依拠の場を求めようとする。ところが、このような家族のなかに親密圏を求める企ては、本来的に矛盾に充ちたものである。というも、この家族のなかで示される親密性は、元来、経済的依存を暗黙の前提にした家父長的關係を内包しているからである。家族のなかで示される親密性は、元来家父長たる父がその支配に従う従順な存在たる家族員に対して示すかぎりの温情主義的独裁（パターンリズム）の性格を免れない」と述べているように、「愛情」規範に基づいた「家族」が再び生じることが懸念されると思われる。

(5) 「親密圏」＝「家族」—その結果で起きること

上述したように「親密圏」を「家族」として捉えることについて佐藤（1996：123-124）によれば今日『愛の共同体』としてはきわめて脆弱な基盤しかもてない状況にあるにもかかわらず、親密圏の代表的空間とされてきた家族が情緒的安定の場として、極めて高い期待を投げかけられているのは、家族が第一に「生活の共有による多面的で信頼を基礎とした関係と考えられており、損得関係抜きで人間関係を形成するものとして期待されている」こと、第二に「人間を能力や財産によって評価しないで親密さによって考えようとする空間」であること、第三に「病気や老いあるいはさまざまな経済的・身体的・精神的困難を、たとえ公的な空間で見捨てられることがあっても、最終的に支えてもらえるという、いわば受容の場としての機能が存在する」あるいは「避難場所だと期待」されていること、第四に「この空間こそは近代の本質的特徴とも言える情緒的親密性を経験できる空間」であり「家族はなによりも愛とやすらぎの感情を経験できる場としてイメージされる」という親密圏としての条件を備えているからであると言く。

浅田（2004：152-154）は「高度経済成長期には、夫が安心して存分に仕事が打ち込めるような温かいマイホームを作ることが妻の役割として強調されてきたことは、家族社会学のなかでは実証済みの事実で」あり、「親密圏とはまさに、育児や養育、介護や介助など、ケア関係を伴う、非対称な関係の場」なのであり「親密圏には愛があるものだという、正の感情の強制が親密圏のケアにつきまとっている」とする。

そこでは「とりわけ家族を構成するメンバーは愛という正の感情をもつことが当然とされ、逆に親密なあいだがらにおいて正の感情が欠如していることは異常なことであり、ときには病理現象とみなされる」という。そして「愛は、親密圏内部の豊かな力（とりわけ女性がもつ力）を、ある場合には無償で、ある場合には安く利用するためのイデオロギー装置として機能してきたのである」と述べている。この点が先に立岩（1991）が指摘していたように愛ある関係、行いを正当化する場面であるけれども、何をどこまで無償で安く

利用する（できる）のか、その境界設定が不明確な状況を示していると言えよう。

このように「親密圏」（親密な関係）＝「家族」とされるのは、「愛情」規範によって育児や介護が維持される場ないし関係であるとされるからであり、佐藤（2004：24-25）が「弱者である病人や子どもたちは、実際に自分が信頼できたり、安心できる人との具体的な親密圏のコミュニケーションを必要としているのであり、社会的サービスをどれほど充実させたとしても、その重要性はいささかなりとも減ることはない」状況を生み出すことになると言えよう。

「肝心なことは、現代社会において、具体的な身体的コミュニケーションをはらんだ人間関係としての親密圏が、他の社会的人間関係とはっきり異なった実存的意味を持っており、それを、他の社会的関係から見て捉えてはならず、むしろ、存在論的次元としては、より根本的で基底的な領域として捉え、そこから、その他の社会理論、政治理論を再構成し直すという必要性があるということである。その意味で、人間の最も基本的条件とは、親密圏で十分な時間を費やす権利を保障されることである」り、そのために「家族」の中に「親密性が世界に残っている」（筒井 2008：2-3）、あるいは「親密圏」＝「家族」として捉えられていたのであろう。

しかし、「親密圏」＝「家族」として位置づけ、その役割として従来の「愛情」規範に維持されてきた内容をそのままにしておくことに対する懸念も示されている。

宮城（2002：65）は「家族は私たちにとって特別な共同体であることには間違いない。そのつながりは赤の他人との関係よりも強く深い。その関係のなかでは互いを慮ることが当然であり、そうしない者は非道德的である、と語られ」、「巷には、帰る場所として家族、家族であれば自然に愛情が湧くはずだ、といった語りが溢れかえっている。もしもそこから踏み外そうものなら、既成の価値観を壊す者とみなされ、そうした者を構成員として抱える家族は病んだ家族とみなされる。家族は抜けるに抜けられない、関係性希釈の不許可性を突きつける親密圏である。それゆえに関係が親密であるほど互いに与える影響は大きく、時としていわば暴力的でさえありうる」と述べているが、それにもかかわらず山守（2010：24）は「親密圏として、人が最初に経験するものは、とりもなおさず『家族』である」が、『家族』と『親密さ』の結びつきである「近代の『親密な家族』像が揺らぎを見せていることが、しばしば指摘され」、「言説レベルにおいては、ドメスティック・バイオレンスや児童虐待のような端的な例でなくとも、親子間のコミュニケーションの減少など、様々な次元で、『家族』の『崩壊』が叫ばれている」という。

以上のことから、「親密圏」＝「家族」とすることによる「親密圏」のもつ信頼を基礎とした関係、病気や老いなどの身体的・精神的困難を支えてくれる受容の場という特徴が、「家族」が「代わる」ことを可能にしていると思われる。このことは「親密圏」において「親密」であることや「愛（情）」あることが排除されるということではなく、「親密圏」における関係性の中で既に存在するか、あるいは醸成されていくことを意味する。

けれども、「親密圏」＝「家族」の観点から「家族」が「代わる」ことを捉えるのは危険である。というのは、「親密圏」＝「家族」では、道徳や愛情に基づいた内的決定によって「家族」に関することが解決されるため、「崩壊」や「暴力」を律するための観点ないし関係性が入り込む余地が想定されていないからである。

(6) 「親密圏」≡「家族」—その結果で起きること、「家族愛情説」との異同

「親密圏」の捉え方には、それを血縁関係や性別を問うというような「愛情」規範に基づいた「家族」と限定するものではないとする論調がある一方で、上述したような「親密圏」＝「家族」（それは「愛情」規範に基づく「家族」と変わらない）とする論調があることが窺えた。後者の論調を「親密圏」＝「家族」と表現したのに対し、前者の論調を「親密圏」≡「家族」として、「親密圏」と「家族」は同じではないが、まったく異なるということでもないため「ほぼ等しい」という意味で表す。

浅田（2004：157-158）は、親密圏自体が「暴力を本質とした前近代的な家父長制的家族共同体の延長上に位置する」ものであり、「人権と民主主義という、近代社会が生み出した暴力排除の原理を閉めだしたところに作られ、暴力容認の家父長制的な原理が支配する場として存続し続けたことは確かである」と指摘する。これは「近代国家が成立し、まがりなりにも人権と民主主義を原理とする社会が成立した後も、その原理が個々の近代家族の内部に浸透することはなく、「親密圏はプライベートな領域であり、国家権力が侵入すべきでない神聖な場、『愛』の場だということであった」ためであるが、「しかし、家族や親密圏は必ずしも愛を伴う場ではない」、「親密圏には愛があるものだと決めつけるのは幻想にすぎないことが」明らかになってきたと述べている。

そして、井上（2006：58-59）は家族に関して現在は DV や子どもの虐待から明らかのように「現実にはそのような互いの配慮・関心を持っていない家族が増えているということが明らかになってきた」。「もちろん、現実の家族が親密圏としての機能を持っていないということを、正当化するわけではない。しかしながら、家族はすべてこのような機能を持たなければならないという家族に対する規範的なメッセージ・『家族愛』がもつイデオロギー性についても配慮すべきであろう。家族との関係では、親密圏が愛の共同体ではないことに注意しなければならない」と指摘し、家族や家庭などの「親密圏」に対する国家権力の介入や法の直接的な介入の例として 2000 年に制定されている児童虐待防止等に関する法律、2001 年の配偶者からの暴力防止及び被害者の保護に関する法律などを挙げている（井上 2006：26）。

これは『「法は家庭に入らず」の限界が露呈』（床谷 2004：470）したことを示し、「親密圏」≡「家族」では、「親密圏」＝「家族」では想定されていなかったその場・関係性を律する観点やその場・関係性への介入が必要となり、実際にそれを実行していったと考えられる。

そして、「親密圏」の定義とこれまで述べてきた「家族愛情説」に代わって「親密圏」概念から「家族」を捉え、かつ、「公共圏」による介入の可能性を論じるために参照できるのが斎藤（2003a, 2003b）による「親密圏」に関する論考である。

斎藤（2003a：vi-vii）が「親密圏」を「具体的な他者への生への配慮／関心をメディアとするある程度持続的な関係性として定義」していることは先にも述べたが、「具体的な他者とは、一般的な他者とは異なって人称性を帯びた他者であり、そうした他者との関係性は『他ならぬ』という代替不可能性を幾分か含んで」おり、具体的な他者との関係は「非対称的な関係であり、しばしばそれは、自らの必要や意思を明確には表現することのできない他者との関係をふくむ場合があるが、関係が非対称的であるからといって相互性がないというわけではなく「最低限の互酬性は親密圏を存続させていく不可欠の条件でもあ

る」(齋藤 2003b : 229-230)。

「次いで、生への配慮／関心が人々の関係をつなぐということは、具体的な他者のほとんどは、身体性・物質性をもった存在者であり、私たちはそうした他者との関係を生きることによって、その生や欲望や困難に否応なく曝されるようになる」。「生の自立は他者の生への依存をすでに前提としたものでしかありえないのである」(齋藤 2003a : vi-vii)。また「親密圏」における身体性・物質性をもった存在者である具体的な他者との関係は、「性愛のみならず、生の存在それ自体にかかわっている」(齋藤 2003b : 229-230)。

そして「親密圏は、ひとりひとりの他者への生への関心／配慮を関係のメディアとするかぎり、社会的なものによる生への干渉を中断し、正常・正当なものとして社会的に承認されていない生のあり方や生の経験が肯定されうる余地をつくりだす」、「『異常』『異端』とされる価値が生き延びることのできる空間として機能」(齋藤 2003b : 219)する。

さらに「親密圏の関係性がある程度持続的なものであるというのは、それが他者への愛着や被縛性から完全には自由ではありえないことを意味している」(齋藤 2003a : vi-vii)のであるが、「親密圏において愛という感情が人びとを結びつけることもあるが、それがすべてではない」(齋藤 2007a : 93)と指摘する。

加えて「親密圏は、社会的なものに対して一定の距離を設定することにより、社会が正常と認めない事柄に活動の余地を与えるが、社会の命法を遮る空間を維持しようとしたり、新たに形成しようとする動きは、不穏なもの、秩序を攪乱するものとしてマークされることになる」(齋藤 2003b : 226)という特徴も持つ。

他方、齋藤(2003b : 223)は親密圏の危機を「家族の危機」と捉えることは深刻な問題ではなく、それはむしろ歓迎すべき事態であるという。というのは「それは家父長制や異性愛主義という近代の家族秩序を支えてきた根強いイデオロギーが退潮しつつあることを示し」、「親密圏の新たな形成をとまなっている」からである。けれども、実際さまざまな家族が形成されつつある中で「それでもなお『家族の危機』を真剣に受けとめるべきだとすれば、その最も重要なポイントは、安全な空間という家族の『神話』がはっきりと否定され、少なくともその一部がきわめて危険な空間である実態が露わになったこと」、「家族はそのなかに暴力の要素を宿し、しかもそれを増殖させつつある」という点であると説く。

そして「家族が最も激しい暴力が行使される空間になってきたことを説明する理由の一つは、こうした『自然的従属性』の想定が疑問に付され、『愛の共同体』の背後にある権力関係が根底から問い返されるようになってきたことに求めら」(齋藤 2003b : 224)れると述べている。この「暴力化(＝自然状態化)としての『家族の危機』は、家族をあらためて『法状態』へと変えていくことによって、かなりの程度克服することができるだろう」(齋藤 2003b : 225)と説く。

このように「親密圏」⇔「家族」とすることによって「家族愛情説」との異同が浮上する。すなわち、「親密圏」＝「家族」の場合には「家族」が愛情をもちながら他の家族成員と関わらなければならず、その中に暴力性が存在していたとしても「家族」から抜け出すことのできない状況にあることが窺え、このことは「家族愛情説」による「家族」が「代わる」ことができる理由と類似する。つまり、婚姻関係という枠組みの中で成立する愛情規範によって権威づけられていた「家族」において「代わる」ことができたのは「家族」「家族関係」における道徳や内面的決定の判断を仰がなければ、「代わる」ことから逃れら

れない仕組みになっていることであり、かつ、そのなかに第三者や法的な権力関係が排除されているということであった。このことは、「家族愛情説」における「家族」内に暴力性が存在していたとしても「家族」から抜け出すことのできない状況が窺える。

一方、国家権力による介入を許容しながら「家族」が愛情を持ちながら他の家族成員と関わること、その中に暴力性が存在する場合には国家権力による介入が可能となり、また、必ずしも両性の合意に基づく「家族」である必要はなく、「愛情」を「親密圏」を成立させるための絶対条件とはしないということが言える。このことは後述する「親密圏説」の内容を示すことであり、したがって「家族愛情説」とは異なる点であると言えよう。

また、齊藤による「親密圏」の捉え方からすれば「親密圏」には第一に、具体的な他者との関係性は「他ならぬ」という代替不可能性を幾分か含むこと、第二に他者の生への依存をすでに前提としていること、第三に愛という感情が関係性を結びつけるものではないこと、第四に最低限の互酬性があること、第五に正常、正当なものとして社会的に承認されていない生のあり方が肯定され、異常、異端とされる価値が生きのびることができる空間であること、第六に、「親密圏」における危機を「家族」の危機と捉え「家族」を改めて「法状態」へと変えていくことによって「暴力化」が克服される、という特徴があることが窺える。

これらの特徴は、「家族愛情説」においても主張されることであるが、「親密圏説」においては、第一に「家族」以外の「具体的な他者」が代替不可能な存在になり得ること、第二に他者への生への依存を前提にはしているが、それは「愛情」の名の下によって生じる独占や暴力を浮上させるものではないこと。なぜそれらが浮上しないかという「愛情」の名の下によって生じる独占や暴力といった「親密圏」の危機を「家族」の危機と捉え「家族」を改めて「法状態」へと変えていく、つまり権力関係あるいは支配関係を律することを可能とすること。そして第三に、後に述べるように事実上家族が代理決定者となることは社会的承認を得ているようではあるが、家族内部における危険性に鑑みれば、事実上家族が代理決定者となることも家族の危機として捉えることによって法の介入ないし第三者の介入を可能にする、という特徴を見出せることができ、これらのことが「家族愛情説」とは異なると言えよう。

(7) 「公共圏」の不備による「親密圏」への依存の結果

—「家族」が「代わる」ことができる理由

ここで「公共圏」という概念について、「私領域」の対語として「公領域」であったのと同様に「親密圏」の対語として「公共圏」がある。

「公共圏」という概念についても「公共性」「公共空間」という類似する概念があるが、これについて齋藤（2007a：x）は「論者各様の好みもあるので、これをきれいに整理することは難しい」としていることから「公共圏」として統一することにする。また、その意味について齋藤（2007aviii-ix）は「公共性」の意味を「第一に、国家に関係する公的なものという意味」であり「国家が法や政策などを通じて国民に対しておこなう活動」、第二に、特定の誰かにではなく、すべての人びとに関係する共通のものという意味」であり「共通の利益・財産、共通に妥当すべき規範、共通の関心事を指す」、第三に、誰に対しても開かれているという意味」であり「誰もがアクセスすることを拒まれない空間や情報

などを指す」としている。この意味合いを「公共圏」を指すこととして援用することにする。

これを踏まえ、上野（2008：29）は「家族が自立した成人間の契約関係に還元されてしまえば『家族』という領域は最終的に解体されても構わないように思える」が、「現実には家族は変容したようにみえても、なくなっていないし、家族が果たしてきた機能を代替する制度が登場したようにも見えない」と指摘する。そのため、下夷（2008：64）は、「家族より望ましい機関を社会が用意できない以上、社会としても家族というシステムを維持していかななくてはならない」とする。

また、浅田（2004：159-160）は、親密圏の暴力を廃絶する具体的な方向を提唱している信田さよ子氏の「親密圏が危険なのは『第三者が喪失したとき』であり、『隙間風の吹き込む関係こそが安全で快適なのだ』という指摘から、「ここで信田氏が言う『第三者』『隙間風』とは、親密圏の密室性と閉鎖性を排除すること、親密圏と他の領域、地域社会や自治体、公権力などの介入を許容する領域に作り変えること」を意味していると説く。

その親密圏の暴力を廃絶する具体的な方向を提唱している信田（2002：99）は、対の関係、あるいは親密な関係の危険性について述べている。「第三者の喪失によって浮上するのは対の関係である。調停を失い、共通の目的を失った対の関係は不安定になり、距離の調整が不能となる。距離が近いとは親密であると同義だ。対の関係は親密化し、そして容易に所有関係、支配関係に転化する。つまり対の関係は容易に権力関係へ、する／される、という加害被害関係へと転換するだろう。つまり対の関係はきわめて暴力を発生しやすい関係となったといえよう。対の関係の典型、親密さの典型である男女関係はもっとも支配、所有、暴力と親和性の高い関係であるといえる」。「対の関は親密化し、その二者は非対称のする／される関係へと転換し、そして所有、支配をする側、つまり権力者はその関係のもたらす快に容易に嗜癖していいくだろう。二者関係、親密な関係は実に危険であるということ的前提としなければならない。それは家族の危険性そのものであろう」と述べている。これが「家族愛情説」における家族成員による独占や一方向的な役割遂行に相当すると思われる。

齋藤（2003b：231-232）によれば、「親密圏」では複数の人びとの「間」において「言葉や行為における現われとそれに対する一定の応答がある」という。このような「自らを応答されうる状態におくことができる」ということは、親密圏を成り立たせる最も重要な条件であり、そこでの応答は「他者たちの生の必要や困難への対応という次元をうちにふくんでいる」と説く。

このように「親密圏」において第三者を必要とすること、また「公共圏」の介入が許容されるのは、信田（2002）も「親密圏」における権力関係の存在を指摘しているように、中里見（2003：96）も「親密圏は、それが子どもや高齢者という不可避的な弱者の生活の場である点において、必然的に権力関係であらざるをえなく」、「その意味で、親密圏は、現実には権力関係であり、支配と従属の場である。それゆえに、親密圏をまっさき私事性の領域とすることは、親密圏内の権力者の支配に委ねることと同義である」と述べているこの権力関係が存在するからである。

ただし、上野（2008：30）は「親密圏」概念を子どもや高齢者など依存的な存在にまで拡張することが可能か、という疑問を呈し、「彼らはたとえ『親密でない』他者にまで、依

存しなければ生きていくことができない存在であるから」と続ける。けれども、筆者は「親密圏」概念を上野（2008）のいう子どもや高齢者など依存的な存在にまで拡張できると考える。というのは、中里見（2003：95）は「子どもとしての人間的成長や、高齢者の人間的生存は、利潤を追求する市場・商品関係によっては実現不可能であり、協同の原理を必要とする」ことから、それを「人間が協同して生活を持続する関係、生命の再生産の場」である「親密圏」に含むことを可能としていた。また、「親密圏」に存在できるのは他者の生への依存を前提とした具体的な他者であること、「親密圏」に存在することができるか否かの判断は、斉藤（2003b）が「親密圏」の特徴として挙げていた「社会の命法を遮る空間を維持しようとしたり、新たに形成しようとする動き」を行なうような存在についてであると述べていたことからすれば、子どもや高齢者などの依存的な存在を「親密圏」において存在させることは可能であると思われる。

また、上野（2008）によるこのような疑問が生じるのは先述において「親密圏」の捉え方を整理した際の第一の特徴による影響であると思われる。すなわち、「親密圏」を＜場＞＜関係＞などと捉える際に「親密」であることを含め、「親密圏」において存在できる範囲を限定させてしまうということである。

そして、ここで考えなければならないことは子どもや高齢者などの依存的な存在にまで「親密圏」概念を拡張した場合に起こり得る支配関係、すなわち依存する者とされる者という関係性を野放ししないための「公共圏」による介入についてであると言えよう。

「親密圏」＝「家族」の関係で、「愛情」規範に基づく「家族」よってなされる行為の場合、「暴力」が内在している可能性があり、その「暴力」が発生したとしても「親密圏」において解決しなければならないことを意味していた。しかし「親密圏」≡「家族」の場合は「公共圏」からの介入を可能とする。ただし、上野（2008）、下夷（2008）が言っていたようにいまだに「家族」が果たしてきた機能を代われる制度がなく、社会もそれを作ることができないならば、社会としても「家族」を維持していかななくてはならないということからは、「公共圏」側の問題として「公共圏」による介入が万全ではなく「公共圏」が「親密圏」に依拠している状況が窺える。

さて、これまで「親密圏」についてその特徴を述べ、「親密圏」≡「家族」と捉えることによって「公共圏」が介入できるということも述べてきた。

それらを踏まえて「親密圏」で「家族」が「代わる」ことができるのは、「親密圏」が具体的な他者との信頼（松島 2002）を存在させ、生への配慮・関心を媒介にし（斉藤 2003a）、反省的契機を作り出す機能を持ち、それを「公共圏」まで逆流させる動きができること（井上 2006）、というような「親密圏」の特徴から解答を得ることができる。

「親密圏」では家族の中に危険な空間があることを受けとめ「家族を改めて『法状態へと変化させていく』」ことによって、危険な空間が克服されると捉えている。このことは「家族」が「代わる」場合にも「暴力性」が（意図的に同意しないなど）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その状態を委ねることを可能にする。けれども、成年後見制度においては医的侵襲行為場面に限定した場合には代理決定の機能を果たすことはできない。つまり、「親密圏」への「公共圏」による介入を認めているにも拘らず、「代わる」ということについては「公共圏」の不備によって、結果として「親密圏」に戻ることになると考えられる。このことは、まさに（「公共圏」側の問題として）「公共圏」によ

る介入が万全ではなく「公共圏」の機能を「親密圏」が代理している状況であると言える。

また、「親密圏」では「家族」でなくても代わることでできる条件はそろっている。それは「親密圏」の特徴が「家族」ではなく具体的な他者が存在しているからである。しかし「親密圏」内だけで第三者に「代わる」ことを許してしまうと、上述したことと同様に「暴力性」が生じるかもしれない。そこで「公共圏」の介入を受け入れようとしても「公共圏」として「親密圏」に介入する手立てを持ちえていない。

このように「親密圏」において「第三者」はその内部においても調達可能であり、また「公共圏」による介入も可能であり、一部でそれは許容されている。つまり「親密圏」に対する法としての「公共圏」の介入であるが、本研究の問題意識でもある医的侵襲行為に対する代理決定者としての家族による同意を正当化する議論からは「親密圏」に依拠した形で、あるいは「公共圏」の発想が「親密圏」に依拠していることが指摘できる。したがって、結局のところ「親密圏」内で対処せざるを得ないことになる。このような特徴を「親密圏」説とする。

すなわち、「親密圏」に含まれる「家族」や「家族ではない具体的な他者」は、「親密圏」の特徴から本人に代わって「代わる」ことが可能であるし、そこに「暴力性」（意図的に代わらない）ということ）があったとしても「公共圏」としての法による介入が理論的には可能である。けれども、この医的侵襲行為に対する同意権問題においては未だに可能とはなっていないということが言える。果たしてそれでいいのであろうか。

齋藤（2003b：233）は「公共圏と親密圏はあくまでも分析的な区別であり、実態としては重なることも多い。それらが重なるのは、とりわけ、具体的な他者の生への関心／配慮を通じて問題化されるようになった事柄が、一般にも通じる共通の問題として争点化されていく場合である」と述べており、精神上に障害のある者に対する代理決定に関することがこの点に含まれると思われる。それは、「親密圏」が親密さのある関係、あるいは「生への配慮／関心をメディアとする持続的な関係性」（齋藤 2003a）であり、親密圏内部において代理決定、特に家族による代理決定がなされてきたけれども、それはもはや「親密圏」においてのみ解決すべき問題ではなく「公共圏」においても解決すべき問題として捉える必要があると言える。しかしながら「公共圏」においては未だ解決すべき対策が示されているとはいえない。

そのため、この問題を解決するための介入（親密圏内部から、公共圏から）が必要となる。筆者は「親密圏」内部でもなく、「公共圏」による介入でもなく、その重なる部分に他者への依存が許容されながら、家族であっても第三者であっても代理決定者となり得ることを律する観点・関係性を求めることができると考える。

第4項 三説の関連性—慣行的家族特権を裏づけていたもの

これまで「伝統的家族」「近代家族」「現代家族」「現代家族Ⅱ」という時代ごとに特徴づけられていた「家族」の様相から慣行的家族特権、すなわち「家族」が第三者よりも特権的な扱いをされる文化的な背景を探ってきた。

「伝統的家族」の特徴からは「家」制度に内包される家長権の移動である生前委譲・家督相続というのは、法的かつ任意的な所有を可能にする分配形式の一つであること、それを踏まえ狩猟採集民による食物分配のシステムから「家族」が「代わる」ことを可能にし

ている背景をみた。食物分配のシステムからは、明確なルールのもとに「所有者＝分配者」であるという決まりがあったが、「所有者」が不在、一時不在の場合には、無秩序な状態で食物が放置されることを防ぐために「代行」がなされていた。しかし、それは「共同体における暗黙の規範」である。

本研究の対象である、精神上に障害のある者は確かに身体を所有し、同意権も所有している。しかしそれを「コントロール」することはできない。それは「所有者」が一時不在という状況と類似するのではないか。そうすると、「家族」が本人にとっての＜資源①＞であると同時に、「代わって同意をする」という「身体的な行為」という＜資源②＞としての存在であるならば、「家族」がもつ「身体的な行為」という「資源」分配によって「家族」が「代わる」ことができると考えられた。

なぜ家族でなければならないのか、ということそれは家制度においても家長権の委譲ないし相続が正統であり正当でもあるというように、＜資源②＞が「正統性をおびた資源」（菅原 2005 : 179）であるということと、丹野（2004）にあるように家族による意志によってそれを拒否することは共同体からの非難を浴びることとなり、それはすなわち“放置するわけにはいかない”という関係性の維持のためであると思われる。加えて、家族による＜資源②＞を有効にするためには「医師」を「権威」づけている「違法性阻却事由」によってであり、したがって「違法性阻却事由」に「権威」づけられた「医師」と「家族」の関係内において「代わる」ことができると考えられた。

次に、「近代家族」の特徴からは「近代社会」からの要請として「愛情」概念と関連づけられた「家族」であるということ自体が、「家族」が「代わる」ことに背景にあると言えよう。つまり、「愛情」規範によって支えられる「家族」「家族関係」が「安定した信頼できる関係」であるはずだという、その関係内では法的なものが排除されており、家族内の道徳、内的決定によって何かを解決しなければならない状況が生じたときに対処することとなる。なぜ「家族」内だけで対処しなければならないのか、それは「家族」が「代替不可能」なものであるという特権性が付与されているからであり、「家族」が「代替不可能」なものであるから「家族」以外に頼るものはないことになり、そこから逃れることはできない。それが「家族」が「代わる」ことを可能していると考えられた。

最後に、「現代家族」「現代家族Ⅱ」の特徴からは「愛情」規範に権威づけられた「家族」に対する懐疑から「親密圏」概念の登場について述べてきた。そして「親密圏」の特徴でもある、具体的な他者の存在、生への配慮／関心を媒介として持続的な関係性を構築できる場であり空間でもあるということ、「親密圏」における「暴力性」あるいは権力者による支配を排除するために「親密圏」内部、「公共圏」から第三者の介入が許容されるということ、これらの特徴から「家族」が「代わる」ことのできる背景を探った。

「親密圏」においては「家族」でなくても、「家族ではない」第三者によっても「代わる」ことは可能である。しかし「親密圏」内だけで「代わる」ことが許容されることは「暴力性」が生じる可能性も潜んでいるといえる。そのため、「公共圏」の介入を受け入れようとするも、「公共圏」それ自体の不備によって、結局のところ「親密圏」内で対処せざるを得ない状況が生じ、それが「家族」が「代わる」ことの背景の一つにあると言えよう。

そして、これらを「資源分配説」、「家族愛情説」「親密圏説」とした。この三説の関係は、いずれも慣行的家族特権を裏づける説であると思われる。つまり、時代ごとの特徴から「家

族」が「代わる」ことのできる根拠を導くことが可能であり、時代ごとに前景となる説が違ってくるのであろう（図 7）。しかし、それは「伝統的家族」のように旧法や死者信仰によること、「近代家族」のように第三者が入り込む余地がないこと、「現代家族」「現代家族Ⅱ」のように「公共圏」の不備ということによって「家族」が代わらざるを得ない状況、「家族」が代わることに疑う余地も与えない状況が作り出されていると思われる。

「家族」が「代わる」ことで「親密圏」でいわれているような危険性が生じた場合の対処もまた「家族」内ですることになると思われる。従って、本研究の立場からはこのような暗黙のよりどころを基底とした家族特権に対する限界づけを行なうために「権威」を位置づけることをこれ以降で試みることになる。

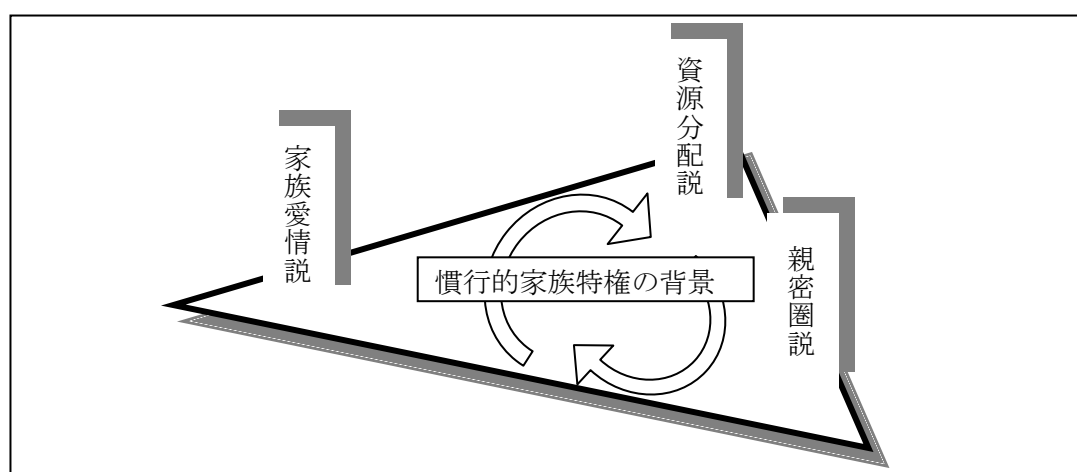


図 7 「資源分配説・家族愛情説・親密圏説の関連」

第 5 節 介護職者及び家族の医療行為のあり方

介護職者（ここではホームヘルパーに限定するが）と家族の医療行為のあり方からも家族特権の様相をみることができる。つまり、以下で述べるように介護職による医療行為の範囲は限定されている、にもかかわらず家族であればその範囲が拡張されているということである²⁹⁾。

第 1 項 介護職者と家族の医療行為の範囲の矛盾

新井（2007：39）によれば、医療行為は 1948 年に制定された医師法によって医師、そして医師の指示、指導監督の下で看護師にも医行為を行うことが認められ、それ以外は「緊急避難的な行為や偶然反復継続された行為及び自己に対する行為は『医行為』から除外され、家族に対する医療行為も自己に対する行為と同様に扱われる。つまり、医療行為は医師、看護師のみが行え、例外的に利用者、その家族にも認められていることになる」と述べているように、医療行為は医師や看護師のみが行えるということではあるが、例外的な場合には家族や利用者自身も行ってもよいということである。これは、われわれが日常生活において現在では医療行為とはされていないが、血圧測定や爪きり、点眼、座薬の挿入、内服薬を内服することを考えれば、従来医療行為とされていたことをこれまでは行ってきたことになる。

なぜ、家族や利用者自身が医療行為から除外されるのかという点、医師法 17 条が無免許医業の禁止を定めており、これに基づけば「患者本人ないし家族が医療をすることは違法ではない」のである。すなわち「本人らの行為は、そもそも『業としての医療』を制限する本条の対象外にあると考えられるからである」と宇都木（1988：829）は述べており、菊池（2009：21）も「家族の行う医療行為は、生業とならないことで認められるのである」と説く。

「在宅における ALS 以外の療養患者・障害者に対するたんの吸引の取扱いについて（平成 17 年 3 月 24 日医政発第 0324006 号）」³⁰⁾によれば、平成 15 年 7 月 17 日付け医政発第 0717001 号厚生労働省医政局長通知に基づき「ALS 患者の在宅療養の現状にかんがみれば、在宅 ALS 患者に対する家族以外の者によるたんの吸引の実施については、一定の状況の下では、当面のやむを得ない措置として許容されとの考えを示した」という。

これについて高木（2003：34）は、この ALS 患者への「たんの吸引」をホームヘルパーに認めることは ALS 患者とその家族への朗報であると述べている³⁰⁾。また、新井（2007：40）によれば ALS の患者に限り「介護する家族の負担を軽減する目的」でヘルパーに医療行為である「たんの吸引」を認められたということであるが、ヘルパーによる「たんの吸引」が認められたとしても、「医療行為を行い何らかの介護事故があったとしても、事故の責任は国や事業所に求められるのではなく、ヘルパー個人に求められる」、ということから「たんの吸引」を行うヘルパーは一向に増加していないという。そのため「ALS 患者が人工呼吸器を装着して生きる決意をしても、訪問看護を頻繁に利用できない状況では、『たんの吸引』を家族にのみ負担をかけることになる」という状況が続くと説いている。

そして、平成 17 年 3 月 24 日医政発第 0324006 号厚生労働省医政局通知は「在宅における ALS 以外の療養患者・障害者に対するたんの吸引の取扱いについて」通知がなされたが、この背景には、わが国における「在宅で人工呼吸器を使用する者等の増加により、在宅でたんの吸引を必要とする者が増加している」とことがある。

そのため、菅原（1998：343）によれば「ALS 患者の場合と同様に、たんの吸引を行っている家族の負担を緊急に軽減する必要等があること、また、ALS 患者に対して認められている措置が、同様の状態にある者に合理的な根拠もなく認められないとすれば、法の下での平等に反することから、ALS 患者に対するたんの吸引を容認する場合と同様の条件の下で、家族以外の者がたんの吸引を実施することは当面やむを得ない措置として容認されるもの」されたということであるが、従来、「家族が医療行為の中心的役割を担わなければ、在宅医療が成立しなかった現状」や「ホームヘルパーが医療行為を担ってよいという法的規定がないため、日常生活を営む上で実施が避けて通れない『吸引』や『在宅酸素療法の管理等』といった医療行為を、これまでどおり家族が行わざるを得ないという現状があり、せつかくホームヘルパーの派遣を受けても家族は休息をとることが出来ないという問題が起っている」ということを奥津ら（2003：42）は述べている。

上述で、新井（2007）は ALS 患者へのたんの吸引がホームヘルパーに認められたこと、しかしうまく機能していないことを指摘していたが、在宅介護における医療行為についても「在宅での老々介護が多くなってきているが、ヘルパーに医療行為を依頼することができないため、高齢の介護者は『目が見えにくくなってきた』『手が震える』と言いながら、利用者へ医療行為を行っている。これが医療行為を必要とする医療者を抱えている老々介

護の現状である」(新井 2007 : 41) と述べている。

このように、ALS 患者や在宅における療養患者へのたんの吸引が「家族」以外の者、ホームヘルパーに認められることになったが、櫻井 (2003 : 39) がホームヘルパーの医療行為に関する事例紹介の中でホームヘルパーが「摘便や痰の吸引介助など『ヘルパーは医療行為はできない』と言うと、夫は『家族ができることをプロのヘルパーができないはずはない』と怒りだ」す家族の状況を紹介している。

同様に、倉沢 (2005 : 27) は『「家族がしているのにヘルパーができないというのはおかしいし、してもらわなければ在宅介護そのものが成り立たない』という現実論が家族や在宅医療・介護をリードしてきた人のなかに根強くあり、禁止されているはずの医療行為についても、実際には多くの事業所で行っているという報告がある」ということ、新井 (2007 : 41) も「医療行為が必要な利用者を介護している家族から、家族でもできる医療行為をなぜヘルパーができないのかという苦情がよく寄せられている」という実態を指摘している。

けれども、「家族」がしている行為をホームヘルパーがなぜできないのかということを理由にホームヘルパーに医療行為を認めることについて、新井 (2007 : 45-46) は「利用者やその家族が日常生活のなかで行っている医療行為ならヘルパーも対応できるとして、既成事実に基づいてヘルパーの医療行為が追認されることは、ヘルパーの医療行為が拡大の一途を辿る危険性がある」こと、「医療行為が適切に行われなければ、時には利用者の生命を脅かし、利用者の生命を奪いかねない。そのためにもヘルパーに医療行為を求める場合、医師が責任をもって、ヘルパーに医療行為の方法などを指導・指示できる体制づくりをと整える必要がある」と指摘する。また、中尾 (2009 : 27) は「介護者が常時付き添っている場合には問題ないが」、例えば「痛み止めの座薬挿入、点滴施行時の注射針の抜去等」について「介護者が仕事などで留守をした時の援助がホームヘルパーにできるのか」という問題があると述べている。

第2項 介護職者より家族が優位になる矛盾

これらのことから、ホームヘルパーの医療行為に関する論調の特徴は、第一に「家族」が在宅で医療行為を行うこと、ここでは「たんの吸引」に限定されるがそれは「家族の負担」として語られていること、第二に「家族」が医療行為を行っていることに対する疑問はないこと、それは家族がなす医療行為が生業ではないということから正当化される。第三に「家族」でもできる医療行為なのだからホームヘルパーにもできるはずというホームヘルパーへの批判が生じていること、けれども第四に、実際ホームヘルパーに医療行為が認められたとしても、責任の所在からか、技術の問題なのか、どちらにせよ中尾 (2009) からわかるように“家族がいれば安心”という思惑があると言えよう。ここでの安心とは、家族であれば責任を問われないという安心であると思われる。

この論調の特徴から「家族」が医療行為を行うことは「負担」であるけれどもホームヘルパーが行えないから仕方がないという形で折り合いをつけていると思われる。けれども一定の研修を受けたホームヘルパーでもできないことを(結果的には認められたが)なぜ「家族」が行えるのか、行ってもよいのか、という理由は述べられていない。

ここに、家族がしなければ在宅療養における医療行為が成立しない、ということを経由

に第三者であるホームヘルパーよりも「家族」が在宅療養において医療行為をすること、すなわち、たん吸引も医療行為であるからホームヘルパーが行なってはいけない。しかし家族が行っても良い、ということ。第三者であれば専門職の資格を求めつつ、家族には求めないということ。仮に専門職として行なってはいけないとされている行為をしたならば罰則となる、つまり、第三者が行なえば違法となり、家族が行なっても違法にならない、ということ。これらの矛盾がまさに家族に特権性があることを表していると考えられる。

現在、介護職者への医療行為に関する議論もホームヘルパーにおけるそれと同様になされている。介護職者への医療行為を求める理由の一つとして、菊池（2009：19-20）は「在宅でインスリンの自己注射ができない高齢者に、同居の家族が代わってその行為を行って暮らしを支えているのに、その高齢者に特養入所の必要性が生じても、朝食前にインスリンを注射できる看護職員がいないことが理由で入所できないケースがある」。このようなケースを考えると「介護職者に一定の条件下で認めてよい行為と、医師や看護師等の有資格者しかできない行為を区分して、家族でも行うことができるような行為については適切な医療・看護の専門職員の管理下において、施設の介護職者でも行うことができるようにすべきという」。ここでも、ホームヘルパーの医療行為に関する論調の特徴の一つを見ることができる。このような家族が行える行為だから、介護職者でも行なっても良いという論調それ自体が家族に特権的な地位を付与しているとも言えよう。

第6節 「慣行的家族特権」の様相

これまで、親権と未成年後見における未成年者への医的襲行為への同意のされ方は、親権の行使としてされ、また未成年後見もまた親権と同様の権限を有することから、それが可能であるということ述べた。けれども、法的に付与された権限である親権ですら、未成年の子にとって必ずしも安全な行使のされ方がされないこと、それはまさに親権の名の下に越権であると言えよう。また臓器移植法改正論議からは「家族同意」によって臓器提供が可能になるということであった、死後においても家族が第三者よりも死者のことをよく知っているという位置づけで、家族同意権が付与されているように窺える。

そして、実際の医療行為場面においても専門職が行なってはいけないことを家族ならば行ってもよいという特権性を家族に与えている状況が窺えた。

なぜこのような家族が第三者よりも特別な扱いをされるのか、なぜそれが可能になっているのかということを探るために家族社会学における時代区分ごとの家族の特徴から、それぞれ「資源分配説」「家族愛情説」「親密圏説」を導いたが、それらに共通することは「家族」が「代わる」ことで「親密圏」でいわれているような危険性が生じた場合の対処もまた「家族」内ですることになるという危険が内包されているということである。従って、本研究の立場からはこのような暗黙のよりどこを基底とした家族特権に対する限界付けを行うために「権威」を位置づける必要があると思われる。

1) ただし、親権をもつ者は大多数が「親」であることと重なるが、必ずしも「親」でなければならぬということはない。この点について常岡（2009：164-165）は父母以外の親権者で「監護教育」をする者として、児童福祉施設の長（児童福祉法47条）、民法の規定する監護者（離婚後、認知後の監護に関する事項の定めによる規定）が挙

-
- げられると説く。監護者と親権者の「監護教育」の権限の関係については「親権者の監護・教育権が停止するとする説と、親権者の権利義務は停止せず、監護者が親権者に優先して監護・教育権を行使できるとする説に分かれている」ということである。
- 2) 刑法 218 条とは第 30 章の遺棄の罪に規定されている条文であり「老年者、幼年者、身体障害者又は病者を保護する責任のある者がこれらの者を遺棄し、又はその生存に必要な保護をしなかったときは、3 月以上 5 年以下の懲役に処する」(本山 2009: 108) とある。
 - 3) ただし、これ以降諸研究者によっては「監護」「監護・教育」「身上監護」といった民法 820 条を指し示す用語は統一されていないため、その点は諸研究者の表現をそのまま用いることにする。
 - 4) また、ここでも諸研究者によっては医療行為、同意・承諾・代諾、代諾権者、代諾者と用語の使われ方が一様でないが、諸研究者が用いる概念はそのままにし、それ以外は「医的侵襲行為」「同意」「同意権」とし、代諾権者、代諾者は「親権を行う者」と表現する。
 - 5) ただし、承諾能力の程度について廣瀬 (1991: 252) は、原動機付自転車の免許取得年齢、女子の婚姻年齢が 16 歳以上であると規定されていることから「16 歳になれば自己の生命・身体や人生について判断・決定できる能力があると法律上もみなされている、と解することができ」、「16 歳を一応の目安に承諾能力有り」とみてよいと思われる」としている。けれども、実際には個人差や医療行為の侵襲の程度、危険性の点を考えると「個々の具体的な場合にどこで線を引くかについては、判例等を通じて明確にしていくしかない」ということに留めている。
 - 6) また『『親権者をもって代諾権者とする』』ということが生じる問題の一つとして共同親権と単独親権行使の問題を挙げている。これについて廣瀬 (1991: 257-259) は、原則として「共同親権に服するのが原則」であって、「例外として父母の一方による単独親権の行使が認められる」。その例外というのは「当該単独親権行使の内容が子の保護ないし利益に一致し、かつ緊急のものである場合に限られる」ということであり、また、父母の離婚等の結果、親権者でない監護者が存在することになる場合については、「親権者と監護者が異なる場合には、子を現実には保護することに関して前者より後者の方が適任と判断されることになる。親権者にのみ代諾権を認め、監護者は有効な代諾をなし得ないとするのは不当である、と解すべき」であり、「原則として監護者が代諾をすべきであって、親権者が例外的に代諾をなし得るのは、緊急の場合で監護者の代諾が得られず、かつその親権行使の内容が子の保護ないし利益に一致している場合に限られる」としている。
 - 7) なお、寺沢 (1992a) による承諾取付義務違反という用語の説明はなく、またこのような用語も辞書的には存在しないが、「承諾」の意味を調べると「同意」の意味で使われることもあるとされていることから医師が同意を得る義務に違反したことであると思われる。
 - 8) 「重篤な心臓疾患に罹患した生後間もない乳児について、親権者が宗教上の理由から手術等の医療措置への同意を拒否している事案」について。事件本人である A および B の間には平成 18 年に未成年者 C が誕生した。C は先天性の重篤な心臓疾患に罹患しており、このままであれば、低酸素症での合併症として障害の発生、さらには突然死も予想される状況にあった。この疾患に対する治療としては、C が 4 歳ないし 5 歳になるころに手術を行う必要があるが、そのためには乳児期に検査および手術等を段階的に行っておく必要があった。これらの手術等が新生児の身体に及ぼす危険性は非常に低く、手術の成功率は 99.9 パーセントと言われている。他方、これらの手術等を適切な時期に行わなければ、4, 5 歳ころに根治手術を施すことは不可能になると予測され、そうすると成人にまで到達する可能性は高くないと考えられた。C の主治医は

親権者である A および B に C の病状や手術の必要性を説明したが、A・B は、その宗教上の考えから C の手術に同意しなかった。そこで、さらに児童相談所職員も A・B と面談し、再考を促したが、A・B は手術に同意しなかった。C の手術は緊急を要することから、児童相談所長は、手術の同意拒否が親権の濫用にあたるとして、家庭裁判所に親権喪失宣告を申立、その上で、この本案審判が確定するまでの間、事件本人 A・B の親権者としての職務の執行を停止して職務代行者として弁護士 D を選任するように求めて本件の保全処分の申立をした。判旨は、このままの事態を放置することは未成年者の生命を危うくすることにほかならず、事件本人らの手術拒否に合理的理由を認めることはできないものである。してみると、事件本人らの手術の同意拒否は、親権を濫用し、未成年者の福祉を著しく損なっているものと言うべきである、として、事件本人らの親権者としての職務の執行を停止させ、かつ、未成年者の監護養育を本案審判確定まで図る必要があるから、その停止期間中は D をその職務代行者に選任するのが相当である、ということである。

- 9) <http://www.moj.go.jp/content/000033295.pdf> 2010/3/29
- 10) 11 月 24 日（火）の記事には「児童擁護施設の施設長には、親と同様に、子どもの世話や監督をする『監護権』と呼ばれる権限が与えられている。それでも入所中の子どもが手術などの医療行為を受けたり、進学したりする際には親権者の同意が必要なケースが多い。だが、親と施設が対立している場合（中略）子どもに不利益な主張を貫こうとすることが少なくない。そこで、施設長らの監護権が親より優先することを明確にすべきだ」という案が浮上している」という。また 12 月 31 日（木）の記事では「深刻化する児童虐待に対応するには、『聖域』だった親権の制限に踏み込まざるを得ないと判断した」と述べられている。
- 11) <http://www.moj.go.jp/content/000033295.pdf> 2010/3/29
- 12) 『報告書』（2010：8-11）によれば、「児童相談所が関与しない場合や一時保護を解除する場合等で、一定の期間に限って親権者の親権を制限し、他の親族等がこれに代わって権限を行使するのが適当な事案である」医療ネグレクトに対しては「民法に、家庭裁判所の審判により一定の期間に限って親権を行うことができないものとする制度（以下「親権の一時的制限制度」という。）」が有効であると述べている。親権の制限が正当化される理由としては「親権は子の利益のために行わなければならないのであり、これが全うされていなかった場合には、そのことに親権制限の正当化根拠が認められる」（『報告書』2010：21）という。
- 13) <http://www.shojihomu.co.jp/shinken/shiryou/shiryou0201.pdf> 2010/3/29
- 14) これらの点は「医療ネグレクトにより児童の生命・身体に重大な影響がある場合の対応について」（平成 20 年 3 月 31 日付け雇児総発第 0331004 号）が出されている。
- 15) 野崎（2003a：109-111）によれば、ミノウとシャンリーによって提示されたアプローチとは、契約アプローチ、共同体アプローチ、権利アプローチの 3 つであり、彼らは権利アプローチによって家族関係を法的に捉えようとしているのに対し、野崎（2003a）は契約アプローチによって捉えようとしている。契約アプローチとは、「家族関係を、私的な契約関係として把握する。このアプローチは、個人の自由への権利を基本とし、この権利が自らの意思に基づき負担した義務によって制限される、リベラルな社会を前提とする。かかる捉え方は、多元主義に適うものであり、同姓婚など、家族のあり方の多様性の基礎を提供する」。共同体アプローチとは「家族は単なる私的結合ではなく、市民社会や政治体を構成する重要な制度であるとする。家族制度は、共同体による、何が個人にとって善き生き方であるかについての公的な判断を反映」しなくてはならないものである。「かかる共同体主義的考え方からすると、性別役割分業を前提とする伝統的な家族のあり方が、家族制度の構築にも反映することに」なる。そして、権利アプローチとは「個人の自由への権利を、家族の内部へも拡張し、家族

の多元性を擁護するもので」あり、「家族関係の非契約的な側面、相互依存関係に注目すべきものとする」。

- 16) ここで、野崎（2003a：120）が「親業」と訳している言葉は Kymlicka（1991：88）によれば「parenting」としている。この意味は「子育て、育児」を示すことから「親業」とは「子育て、育児」のことであると思われる。
- 17) 例えば、生命維持推定について「かかる比較衡量においては、生命維持は子の利益になるという強い推定が働く」。この生命維持推定をくつがえすためには『『高度の蓋然性をもって（to a high degree of probability）』立証されることが必要』となる（横野 2001b：208）。また、子が終末期にある場合、そこで比較衡量される対象は「生と死ではなく、わずかに長く痛みを伴った生命と、わずかに短く、痛みがなく尊厳ある死によって終わる生命であるといわれている」（横野 2001b：203）という。
- 18) 「民法典 372 条の 2『善意の第三者に対して、夫婦のそれぞれが子の身上に関して親権の通常の行為を単独でなす場合、他方の一致をもって行為するものとみなされる』（寺沢 1992b：818）。
- 19) 内田（2010：245）によれば「未成年者に対して親権を行なう者がいないとき、または、親権を行なう者が管理権を有しないときは、未成年後見人が開始する（838 条 1 号）」が、「実際には、親権者がいなくても未成年者は後見人なしに親戚などによって事実上監護されていることが多く、後見が必要となることは余りない。後見が必要となるのは、子に財産があってその管理者を置く必要がある場合や、子を他人の養子にするので代諾権者が必要となる場合、遺産分割をしなければならない場合等に限られる。このため、後見に服している未成年者の数は少ない」と述べている。内田（2010）の見解では、未成年者が後見に服さない場合には、親戚などによって事実上監護がされているということであった。とするならば、親戚などによって事実上の監護がされている場合に未成年者が医的侵襲行為を必要とする際には親戚などによる同意によって医的侵襲行為がされると考えられるが、この場合の根拠も明確にはされていないと思われる。
- 20) 読売新聞での主な見出しは『『親族相盗』の適用が焦点 孫の金横領・元後見人、きょう判決』（2006 年 10 月 25 日／東京朝刊／福島 2／30／863 字）、「後見業務上横領事件 弁護士、祖母の刑免除を主張 福岡地裁初公判」（2006 年 2 月 7 日／東京朝刊／福島／35／596 字）、「『孫の口座から横領』立件 家庭内の犯罪、変質『親族相盗』見直す時」（2006 年 1 月 19 日／東京朝刊／解説／13／1311 字）である。朝日新聞での主な見出しは『『親族相盗』適用せず 高裁、一審判決を支持 後見人横領裁判』（2007 年 6 月 1 日／朝刊／福島中会・1 地方／027／00620 文字）、「祖母の刑、免除せず 後見人の立場悪用、孫の貯金横領 福島地裁」（2006 年 10 月 26 日／朝刊／2 社会／038／00880 文字）、「被告の刑免除、弁護士求める 後見人横領裁判」（2006 年 9 月 5 日／朝刊／福島中会・1 地方／031／00425 文字）、などである。
- 21) 臓器移植法における「家族の承諾」といった場合の「承諾」の意味については言及されずに用いられているが、辞書的定義にある「引き受けること」「聞き入れること」という意味を指すと思われることから、本研究においてもその意味で用いることにする。また、『逐条解説 臓器移植法』にならい「医療行為」「治療行為」という表現をそのまま用いる。
- 22) 臓器移植法改正案論議における本人意思と家族同意の関係に関する論議をみるために【資料 1】「臓器移植法改正案論議の議事録」を作成した。本文中にあるアルファベットは【資料 1】に表示した発言者の発言内容をもとにしたことを示している。
- 23) 臓器移植法改正案論議における「遺族」（「家族」）範囲の捉え方の問題点を指摘するのは参議院の論議を検討した後に行うこととし、本研究においては、この論議の特徴を導入として、現存する家族特権の表れ方について検討していくことから、「遺族」で

はなく「家族」を用いることにする。また、「承諾」あるいは「同意」という用語についても、発言者によって様々ではあるが、他者の行為に対する自身の立場を示すという意味で「同意」という用語を用いることとし、ここでは「家族同意」に統一することにする。

- 24) 「臓器の摘出の承諾に関して法に規定する『遺族』の範囲については、一般的、典型的に決まるものではなく、死亡した者の近親者の中から、個々の事案に即し、慣習や家族構成等に応じて判断すべきものであるが、原則として、配偶者、子、父母、孫、祖父母及び同居の親族の承諾を得るものとし、喪主又は祭祀主宰者となるべき者において、前記の「遺族」の総意を取りまとめるものとするのが適当であること。ただし、前記の範囲以外の親族から臓器提供に対する異論が出された場合には、その状況等を把握し、慎重に判断すること。脳死の判定を行うことの承諾に関して法に規定する『家族』の範囲についても、上記『遺族』についての考え方に準じた取扱いを行うこと」。
- 25) この点の山田昌弘の研究には「家族定義論の検討」『ソシオロギス』10（1986）、「第8章 『家族であること』のリアリティ」好井裕明編『エスノメソドロロジーの現実』世界思想社（1992）、上野千鶴子の研究には『近代家族の成立と終焉』岩波書店（1994）がある。
- 26) 三点それぞれの見解の根拠となる議事録内容を並べ（枠内）たものは【資料2】「臓器移植法改正案論議の議事録 抜粋」を参照。また、議事録を分析していくなかで、それぞれの発言者によって「家族同意」「家族の承諾」「遺族の承諾」というように言葉が統一されていないことがわかる。本研究では、議事録内の用語は修正せずに用いることにする。
- 27) ここで取り上げる戸田（1990）の論考は『家と家族制度 “家族・婚姻” 研究文献選集⑮』に掲載されているものであるが、実際にこの論考が出されたのは1944年である。
- 28) ただし、川島（1965）が述べている「制度家族」から「友愛家族」へという内容は、後述する松原（1967）も参照しているバージェスとロックによるものであると思われる。
- 29) なお、ここでは医師によって行われる「侵襲行為」ではないことから単純に「医療行為」とする。
- 30) <http://www.t-file.org/About/author.html> 2010/03/28. ALSとは筋萎縮性側索硬化症のことであり、本文中ではALSと表記する。

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

医的侵襲行為場面において精神上に障害がある者に代わって同意をなすのは概して「家族」であり、それは第4章で検討したように「慣行的家族特権」に基づいてなされていることが言える。しかし、「慣行的家族特権」に基づいて事実上代理決定をなすのは「家族」ではあるが、実際にはこの構造を基底にして医師が医的侵襲行為を実現しているというのも事実である。すなわち、岩志（2006：56）が「家族から同意をもらえるならば万一の場合の損害請求に対する抑止力になるという自己防衛の判断」の結果として、あるいは蒔田ら（2008：358-359）が「医療従事者の立場からすれば、①治療に関して医師が全責任を負うことにならないか、②悪しき結果が発生した場合に法的責任を追及されることにはならなかつたという漠然とした不安が」あるから医師が家族に同意を求める、というように。そして、稲葉（2003：37-38）が「臨床現場では、患者に意思能力がある場合ですら、医師は患者本人よりも家族の方に先に診断名などの情報を提供し、治療方針も家族の意思によって決定されることが多々ある」というように、医師の要請によって家族が代理決定をする現状があり、それは医師が「慣行的家族特権」に基づいてなされている事実上家族による代理決定に依拠しているということになる。

他方、「家族」を経由するのではなく医師自らが患者に対してかかわることについて、花岡ら（1997：231-253）との座談会のなかで平林（1997）は「医師患者関係において、医師が、その患者のためを思って、患者のためにどうすればいいかということ判断することは、必要だろうと思います。カウンセリングやケースワークによって、患者を導いていくことも、パターナリズムだと言うのなら、そういう意味でのパターナリスティックな態度というのは、基本的には医師には必要だろうと思います」と発言している。また、花岡（1997）は座談会のなかで「医師はある意味で『パターナリスティック』に行動しているとも言われ、そうした『パターナリズム』にどうやってブレーキをかけたらいいか、ということが、問題にされ、パターナリスティックな行動が「患者のためになされているか」ということでは、疑問」であると発言している。

平林（1997）の発言にあるように医師と患者や援助者とクライアントの関係はパターナリズムの例としてよく取り上げられているが、医療場面や援助場面においてパターナリズムはどのように論じられ正当化されているのであろうか。

本章では、医療場面や援助場面におけるパターナリズムの論じられ方、正当化のされ方、既述したように憲法13条では自己決定権の保障がされているが、パターナリスティックな介入が正当化される場合もあるということからパターナリズムに関する見解について、それらを「一般的パターナリズム」と称して検討する。そして、これらのことを踏まえるとパターナリズムの正当化に関する論じられ方、特にパターナリズムの定義のされ方への留意点が浮上する。そこで、次にパターナリズムの正当化基準については主に中村直美に依拠して説明し、医的侵襲行為場面におけるパターナリズムの正当化基準に相応するための正当化基準に対する考え方と専門家である医師と患者の関係を捉える場合には「法的パターナリズム」として捉える必要性があることを提示する。

加えて、これまで成年後見制度における医的侵襲行為への同意権問題では「社会通念、緊急避難・緊急事務管理説」によって対応するのが妥当であるという見解が述べられていたが、この点について医的侵襲行為場面における精神上に障害がある者による同意を必要

とする際に、緊急避難あるいは緊急事務管理として回避されることをパターナリズムの観点から検討を加え、また成年後見制度それ自体とパターナリズムの関係について述べる。

以上のことから従来、医的侵襲行為場面における専門家である医師と患者の関係はパターナリズムとして捉えられていたが「患者のためになされている」ことを保障するために、花岡（1997）の言葉を借りるならば「パターナリズムへのブレーキ」をかけるために医師と患者関係におけるパターナリズムの再構築と別の観点を導入する必要性をいう。

第1節 「一般的パターナリズム」に関する見解と検討

本節では、医療場面や援助場面におけるパターナリズムの論じられ方、その正当化のされ方を検討するために、まずパターナリズムそれ自体に関する見解についてパターナリズムの正当化をいう場合にどのように論じられているのか、これらのことを「一般的パターナリズム」と称して検討する。

第1項 パターナリズムに対する考え方と問題点

中村（2007：15）は「ある行為へのパターナリスティックな介入が問題となるのは、一般的には、その介入を受ける行為が行為者本人にとっての何らかの利益侵害を惹起する（あるいは、その危険がある）からである。本人の福祉増進のためのパターナリズムの場合には、現存価値の減少という意味での利益侵害はないが、当該介入行為によって増大させられる価値との比較においてやはり価値のマイナスを見るアナロジーが成り立つであろう。ここで利益侵害（＝マイナス価値）と言われているもののうちわけは、生命、身体の完全性、健康、財産等の喪失・減少や、より抽象的に、生活の不安定化・窮乏化、貧困化等多様である」。「一般的には他の条件が同じであれば、侵害が重大であればある程、また惹起の蓋然性が高ければ高い程それだけ強く介入が正当化される」と述べる。

中村（2007：16-17）は広くパターナリズムを問題にするときは「介入者が何者であるか（換言すれば、介入者と被介入者の関係がどのようなものか）ということ、及びそれと関連して介入行為がどのようなものであるかということが、当該パターナリズムの正当化にとって重要な関わりを持って来る」と述べる。そして「果たして介入者が被介入者の利害について最良の判断者 best judge であるか。このこと自体の判定を誰がするかは重要な問題となる。さらにまた、このような場合に、介入者と介入を受ける個人との間のどのような関係に基づいて介入が行われるかも問題となる」という。

そして、小林（2005：5）は「パターナリズムは、ある選択に直面している者に対して、こっちを取るよりはあっちを取る方が君のためだよと言って、個人の選択に干渉すること」であり、パターナリズムは相手に対して苦痛を強いるもの、個人主義的道徳に反するものでありがなら、パターナリズムが許容されるのはなぜか（小林 2005：6）。それは「個人の利益に適う場合である」（小林 2005：16）とする。つまり中村（2007）がパターナリスティックな介入は被介入者にとって何らかの利益侵害を惹起するために問題となるが、介入行為が「個人の利益に適う場合」においては正当化されるということになる。

このようなパターナリズムの定義からすれば、次のことが前提となってくるとして小林（2005：17）は「パターナリスティックな干渉をする主体と、干渉される主体との間には親と子のような関係、すなわち一方は能力を持ち、他方は能力を持っていないという前提」

があるという。このことは「単に能力の非対称性ということではなく、干渉される側が合理的な判断能力を持っていないということの意味する」。このことからすれば、「個人が能力を有しているのにもかかわらず干渉するのは、単なる規制や禁止、制約であって、パターンナリズムとはならない」と指摘する。

ここで、ひとつの疑問が生じる。つまり、パターンナリズムにあたらないものが「規制や禁止、制約」とあると小林（2005）は述べるが、それらが「干渉」とどのように異なるのかという言及がされておらず、この点がパターンナリズムの定義に関する問題点になると思われる。

次に、宮崎（2005：73）は、パターンナリズム概念についてJ. Sミル、ジェラルド・ドゥオーキン、J・クライニツヒなどの論者の捉え方を整理し、自らのパターンナリズムの正当化基準を導きだしている。宮崎（2005：87）は、先行研究による主要なパターンナリズムの正当化原理には共通した点があると述べている。すなわち「多くの論者が、『任意性』を問う『個人の意思決定過程』と『個人の意思決定の結果』の両方を重視して、パターンナリズムの正当化原理を構築」し、「特に、被介入者の『任意性』を確認する点と、被介入者の『生命・身体』に重大な影響を与えるような決定に対しては『消極的なパターンナリズム』を認めやすいという点」があるという。けれども、パターンナリズムには、様々な事例（シートベルトの着用、登山、自殺など）が該当し、それに加えて様々な種類（強い・弱い・積極・消極など）が存在することからすれば、「それらすべてを体系づけることのできるような正当化原理を期待するのは極めて難しい」ということを指摘する。

これらのことを踏まえ宮崎（2005：88）は「合理的な人間ならば生きていくのに必要だと考える『基本的な財』つまり、最低限のお金や健康・教育が存在すると考えるが、現代社会ではこれが脅かされることが多いので、公的機関がこれを保護・促進できるように、被介入者の明示の意思に反した介入である『強いパターンナリズム』が正当化されるような基準を構築すべきだ」という考えから、「ジェラルド・ドゥオーキンの正当化原理のように『合理的人間』ならばどのようなパターンナリズム的介入に同意するのかという問いを前提に置き、補足原理として『具体的個人の意思』によるパターンナリズムに対する同意・拒否という考えを導入して、パターンナリズムの正当化原理を構築」している。

宮崎（2005：89）が考える「合理的人間」ならば同意すると思われるパターンナリズム的介入というのは「被介入者が任意的でない場合」、「生命・身体の安全や最低限の生活保障といった『基本的な財』の保護・促進を目的」とした場合、「『被介入者の価値観』にあった場合に限って」同意し、パターンナリズム的介入が正当化されるという。したがって、パターンナリズムを正当化する原理とは「第1の原理は、『任意性』の原理である。そして第2の原理は、『合理的人間』が考える『基本的な財の保護・促進』という原理である。そして第3の原理は、『個人の価値の尊重』という原理である」と説く¹⁾。

宮崎（2005）は、先の中村（2007）による利益侵害のうち「生命・身体」に関する処分以外について、介入される側の「任意性」がある場合には「個人善」を優先しパターンナリズムは正当化されないと指摘していた。したがって、「合理的人間ならば同意するであろう」ということよりも「具体的個人の意思」に基づいてパターンナリズムの正当化を試みることが優先されていることが窺える。このことからすればパターンナリズムの定義に介入される側の「任意性」を要件としなければ「任意性」の有無にかかわらず「合理的人間ならば同

意するであろう」ということによってパターンナリズムの正当化が可能になると思われる。

立岩（2000a：302，2002：166）によればパターンナリズムという語は「その人を先取りし，その人を侵害する様々なことを行われてきた」ことを指すのであるから通常否定的な言葉であり，それは当然のことであると説く．自分で決めること，選ぶこと，あるいは別のところに頼むことができる場合にはそのようにすればよいが，そうはいかない場合があるとして二点挙げている．

第一に，「本人の意志，意向が不在の場合」，第二に，「その人が言うこと，望むということと同じまま，そのままそれを受け入れてよいか」である．一点目について，そのような場合には「その本人でない誰かが判断し何をするのかを決めて行なうことは必要である．その意味で代行は必然的である」という．二点目について，「その人の行なうままにしておいては，その人が自らを傷つけることがあり，傷つけることを続けることがある．あるいは自殺しようとする場合がある．そこでは本人の意向が明らかにされているのだが，それにそのまま従えばいいのか」という問題であり，「パターンナリズムはそうではない，と主張する」という．自己決定を承認することは存在を認めることの一部ではあるため自己決定を否定することはできないが，「と同時に，ある種の自己決定に対してそれをそのまま受け入れることをためらわせるものがある．そして，そのためらいは，その人の決定が，存在に破壊的に作用する装置に導かれ，その存在を否定するものとしてあることに対してのものである」と説く（立岩 2000a：40）．

例えば，目の前で友人が自殺しようとする場合それを止めるための理屈として「その本人のために本人の決定をとりあえず遮断しておいてという考え方」があり，その理屈としてパターンナリズムがあることから，パターンナリズムをとことん否定するということは実は非常に難しいと述べている（立岩 2000a：75）．

そして第一，第二の場面ともに支持することができるのは「その人の存在を認め存続させようとしてなされることで」あり，あるいは『「本人のためにもっとよい選択がある」』と私（たち）には思われる」のは「ここでもその人の存在の肯定の方を向いてはいる，ことになっている．だから」認められるという（立岩 2000a：303，2002：169）．「他方で，その人自身の決定，選択をなぜ認めるのか，優先せざるをえないのかといえは，やはりそれもまたその人の存在を認めるから，その人の決定を認めるがその人を認め認めることの一部であるかということ」になる（立岩 2000a：304）．したがって「自己決定を支持しようとする」とパターンナリズムを否定できないことは同じところから発している」と立岩（2000a：304，2002：169）は述べる．

このことは「自己決定を支持しよう」とすることとそれに口をはさんでしまうこと，両方が同じ存在の尊重という場に根をもっていることがあるということ」であり，「本人の決定が不在のときになされる代行という行いが存在の承認のゆえに認められるなら，本人の決定に対立しようとするその行いもその方向は同じであり，その方に向かうこと自体は認められる」（立岩 2002：169）ことを意味する．

仲正（2009：63-64）も「いかに社会常識に反した，奇妙で愚かしく見える行為であったとしても，その行為が基本的に自分自身のみに関わるものであり，どういう人にどういふ害を与えるのかははっきり明示されていない限り，『自分のことは自分で決める』ことが許される」という「他者危害原則」の下であっても，「その行為が『明らかに本人にとって害

になる』と思われるような場合には（中略）冷静に判断できるよう導いてやるべきではないかという趣旨の議論をする人が出てくる。こういう態度はパターンナリズムと呼ばれる」
として「パターンナリズム的な言説においては、『自分自身にとって不利な自己決定をしている（ように見える）人』は、『権利主体としての理性的な判断』ができない状態に陥っていると見なされる。いわば、子供とか成年後見を必要としている人、あるいは、心神喪失・心神耗弱の人のように、『自己決定』をすることができる『自立した主体』としての条件の一部を欠いていると見なされる人」については「他の誰かがその権利行使を『代行』することが近代法においても認められて」おり、「その論理の延長で考えれば、『明らかに自分を害する（と見える）行為』を行なおうとしている人を“保護”する目的でパターンナリズム的に干渉することは、必ずしも『自己決定権』の否定とは言えず、むしろ十分に権利行使し得ない状態にある人が、“正常な状態”に戻れるよう誘導する形で、あらゆる権利の基礎とも言うべき『自己決定権』を補完する営みだとさえ見ることができる」と説く。

つまり、立岩（2000a, 2002）、仲正（2009）の見解を踏まえると、代理決定はパターンナリズムが正当化されるのと同様の理由によって、すなわち「その人の存在を認め存続させようとしてなされること」であることによって必然性を帯びることになり、代理決定の論理の延長として「保護する目的でパターンナリズム的に干渉すること」は許容されることになる、とすれば代理決定はパターンナリズムの論理で正当化される可能性が窺える。

立岩（2000a, 2002）のようにパターンナリズムと自己決定の関係について、小柳（2007：37）は『「中核的自己の意思」に即して『自律』を実現・補完するパターンナリズムを『よきパターンナリズム』とするという独自の主張を展開』した中村直美に依拠して、自己決定と他者とののかかわりの観点からパターンナリズムについて検討している²⁾。

小柳（2007：42）は「よきパターンナリズム」について問題となっているのは「介入者が、被介入者とともに、被介入者のことを決定するさい、被介入者の自律を活かすことがいかに可能か、ということである。これは、『私たちが、私が私のことを決定するように、私のことを決定する』ということはいかにして可能か、ということにほかならない」と述べている。すなわち「ひらたくいえば、『自分らしい自分』というものを他者が本当にとらえることができるのか、という難問がここにはある」という。

これに対して小柳（2007：44, 2009：175）は『「私」のありように他者がふかくかかわっており、『自己と他者』ならびに『他者と他者』の関係は（中略）その様態がさまざまである以上、『私』のなかにみいだされるのは結局のところ『私たち』のさまざまな具体的な関係』であるから「私たちが何を自己にとって重要なことだと考えるかということが、他者とののかかわりあいの中かでさまざまに変化」と説く。そして「自己決定がその主体から自己を排除してしまうならば、それは名目を失うであろう。また、自己決定がその主体から他者を排除してしまうならば、それは実質を失うであろう。これは、自己決定の対象である『自己のこと』が自己と他者が不可分にかかわりあうものごとだからである」。「すなわち、『私たちが、私が私のことを決定するように、私のことを決定する』という『よきパターンナリズム』にみあった—自己決定が正当化されるには、その基層に、『私—たちが『私—たち』のことを決定するという—社会的自我論が保証するような—自己決定が要請されるのである」と述べている（小柳 2009：191）。

このように、パターンナリズムに基づく介入の正当化、パターンナリズムに基づく介入にお

ける関係性に関する見解がある。その一方で、パターンナリズムの種類を述べているものもある。例えば、北村（1995：52-54）はパターンナリズムの構成要素について述べている。それによればパターンナリズムについて多くの論者が定義しているが、要素として必要不可欠なのが「介入」であるという。それは「強制という形をとることもある」が、「政府による食料配給といったような助成を想定すると、パターンナリズムの要素は必ずしも強制のみに限られず」、「賦課があれば足りるとされる」という。そしてもう一つの要素は「利他的な動機」である。「つまり、本人が同意するか否かにかかわらず、本人の為になるからという動機に基づいていることが、その行為をパターンナリスティックなものとして把握させる一つの要因になる」。また、「利他的な動機に基づいて、介入を受ける者の善を促進することを目的としても、そこには二つのアプローチが考えられる。すなわち、積極的パターンナリズムと消極的パターンナリズム」である。「前者は、Y が受ける恩恵を促進する目的で X が干渉することを意味し、後者は、Y が受けるであろう害悪を防止する目的で X が Y に干渉することをいう」。さらに、「パターンナリズムに依拠した行為を受ける客体により、強いパターンナリズムと弱いパターンナリズムが区別」される。「即ち、Y の善を保全するために、その善が Y 自身のために、選択する Y の能力を考慮することなく Y に賦課（強制）する場合、その賦課（強制）は強いパターンナリズムである。他方、X への賦課（強制）が、その選択をする X の能力に基づいている場合、即ち、X が能力を損傷している場合、その賦課（強制）は弱いパターンナリズムである」ということである。

澤登（1997：149-150）によれば「パターンナリズムは、本人にとって利益であるという理由で介入を正当化する原理であるが、ここでの『利益』には二つの意味がある」という。一つは「積極的利益」であり、もう一つは「消極的利益」である。これは「本人の生活利益が平均以下にあるとき、それを平均的状态にまで引き上げることが『消極的利益』の保護であり、その状態以上に引き上げることが『積極的利益』の保護である」。そして「パターンナリズムを理由とする公権力機関の『介入』が正当化されるのは、少なくとも、消極的利益の保護、すなわち、本人の行為を放置しておくとき平均的利益すら維持しえない状態を前提とした本人に対する介入に限られるべきであろう」という。

パターンナリズムの構造と種類について水野（2007a：63）は「パターンナリズムとは、ある人の利益のために、その当人の意思に反した介入を行うこと」であり、その方法の観点からは「当人の自発的な選択を抑えるものと、熟慮の上で判断を下すために必要な情報を与えないこと」に分けられるとして、水野（2007a：64）はパターンナリズムには強いパターンナリズムと弱いパターンナリズムに分けられるとしてそれぞれについて説明している。それによれば、強いパターンナリズムとは「患者の利益を考えて当人の自律的な意思を押さえることである」。強いパターンナリズムについてはそれを許容する立場と許容できないとする立場にさらに分けられるという。強いパターンナリズムを許容する立場では「1 介入を受ける人の利益を保護することと当人の自律を尊重することの比較考量に基づくものと、2 介入を受ける人がその介入に与えると考えられる同意に基づくものがある」があり、許容できないとする立場は、それが「介入を受ける人の自律侵害に該当すること、および、何が当人の最善の利益になるのかが当人がもっともよく知っているので、その意思に反した介入は当人の利益を促進しないこと」を理由としている。一方、弱いパターンナリズムとは「当人が自律的に行為していない場合、または、当人が自律的に行為しているのかどうか確認

するために、当人の利益を考えて介入することである」。これについては「自律的でない行為に介入しても当人の自律を侵害することにはならないから」ということで認められており、また「そもそもパターナリズムではないという指摘もある」ということである。

以上のことから、パターナリズムに関する見解には、パターナリズムの種類を述べる場合、パターナリズムに基づく介入の正当化、パターナリズムに基づく介入の関係性に関する見解がある。

パターナリズムに対する諸研究者の考え方からパターナリズムの定義の問題が浮上する。つまり、北村（1995）はパターナリズムの要件に「介入」と「利他的動機（本人のためになるから）」ということを含意していたのに対し、水野（2007a）はそれに加えて「当人の意思に反して」というように“意思”を要件に含めていた。水野（2007a）の定義に従うならば、繰り返しになるが、意思を表明できていない人に対してはパターナリズムが成立しなくなるということが生じる。小林（2005）による定義も同様の問題を含んでいる。

自己決定とパターナリズムとの関係については立岩（2000a, 2002）、小柳（2007, 2009）の見解がある。つまり、何かを決めることは他者との関係の中で生じ、自己決定というのが「その人の存在の一部を認めること」だとすると、その人の存在の一部を認めるということも他者との関係においてであり一方で、代行や自己決定が存在の破壊的に作用する装置と化した時（この点は仲正（2009）も自己決定が本人にとって害となっている場合）にパターナリズムが生じるのもその人の存在を認め、存続させるためであるから、これもまた他者との関係性によって可能となる。

したがって、自己決定が他者との関係性の中で可能となるように、パターナリズムもまた他者との関係性の中で成立するということを示す見解であると言えよう。そして関係性の特性として小林（2005）は合理的能力をもつ者、もたない者ということでそれぞれ自己と他者と位置づけているということが言える。

加えて、仲正（2009）が「代行」が保護の目的で認められていることからすれば、その論理の延長にパターナリズムを位置づけることが可能であり、それは自己決定権の否定にはならないとする見解は、立岩（2000a, 2002）が代理決定とパターナリズムの目指す方向が同様であるとする見解に相当し、このことから代理決定がパターナリズムの論理で正当化される可能性が示唆され、本研究の代理決定の正当化を試みる場合の検討課題を提示している。すなわち、医的侵襲行為における代理決定をパターナリズムによって正当化できるか否かである。

そして、パターナリズムに基づく介入が問題となるのは、それが介入される側の生命、身体、健康、財産等に対する利益侵害となるからであるが、パターナリズムを問題にする場合には介入者と被介入者の関係とどのような介入行為であるのか、そして介入者が被介入者の最良の判断者であるのか、ということが問題に挙げられるということであった（中村 2007）。また、パターナリズムに基づく介入が利益侵害でありながらも正当化されるのは「個人の利益に適う場合」（小林 2005）であることは異論ないと思われる。パターナリズムにおける介入者と被介入者の関係は被介入者が合理的な判断能力を持っていないということから、合理的な人間ならば同意すると思われるということを前提にしてパターナリズムが正当化される基準の構築が必要であると説かれていた（小林 2005, 宮崎 2005）が、宮崎（2005）は、先の中村（2007）による利益侵害のうち「生命・身体」に関する処分以

外について、介入される側の「任意性」がある場合には「個人善」を優先しパターナリズムは正当化されないと指摘していた。したがって、「合理的人間ならば同意するであろう」ということよりも「具体的個人の意思」に基づいてパターナリズムの正当化を試みることになるが、このことからすればパターナリズムの定義に介入される側の「任意性」を要件としなければ「任意性」の有無にかかわらず「合理的人間ならば同意するであろう」ということによってパターナリズムの正当化が可能になると思われる。

第2項 医療場面におけるパターナリズムに関する見解と検討

医療場面におけるパターナリズムに関する見解として例えば、小林（2005：87）は生命に関わる情報を医師が患者に提供しても医師側からみて正しいとは思われない選択を患者がした場合には「AをとるよりはBをとる方が望ましい」として患者の選択への介入がありうるし、これはパターナリスティックな介入は好ましいものになるという。

五十嵐（2004：12-13）は、医師の裁量権というのはパターナリズムの現われであるとする。つまり、「自殺企図の患者の医療にかぎらず、医療により生命が失われる可能性がある患者を目の前にして、放置することではなく、治療することを選択する権利が医師にはある」ということである。たとえ自殺企図の患者が治療を拒否したとしても、「患者の拒否権より医師の裁量権のほうが法律によって保護される」という。「この理論からすると、患者の自己決定はつねに尊重されるとはかぎらず、逆にいうとパターナリズムが正当化される場合もあるといえることになる」と説く。次に、医療場面において「危害原理」が適用するのは、「患者が他者に対して危害を与えることを予防する目的」がある場合においてであり、この場合にはパターナリズムは正当化される。

そして、五十嵐（2004：14）はこの他にパターナリズムが正当化される場合として次のことを述べている。「目の前に自殺企図者がいる。意識はないが心肺停止ではない。かれに今の病状を説明したい。医療を望むか否かを尋ねたい。インフォームド・コンセントに基づく医療を行ないたい。そのために干渉、すなわち応急的な医療を行なう。今、生命の危機が窮迫している。ただその理由のためだけにインフォームド・コンセントが得られない。このようなときにかぎってパターナリズムが正当化されると考えるのである」ということである。すなわち「医療を行なわないと、二度と患者の自律性を確認できないまま死んでしまうであろう場合にかぎって正当化されると考える」、つまり「『正当化される干渉とは自律性、すなわち自己決定を確認するための干渉である』と考えるのである。自律性の確認のための干渉なら患者の自律性を制限しているとはいえない。すなわちこの干渉は正当化されるということになる」と述べる。

五十嵐（2004）がパターナリズムは医師の裁量権の現われであると説いているように、甲斐（2008：8-9）は、パターナリズムは慎重に用いれば有益な場合もあり一律に排斥すべきではなく「とくに医療においては、高度に専門的な内容と判断をその場で求められることもあり、患者の自己決定権を尊重しつつも、ある程度、医プロフェッションの裁量（メディカル・パターナリズム）に委ねざるをえない場合もある」と述べる。

また、塚本（1996：22）は患者側から「医師の選択肢にない手技」を積極的に要求された場合、それは「患者が医師側の提出する選択肢に対し同意する、拒否するといったインフォームド・コンセントとは、同じ自己決定権に基づくものであっても、区別されるべき

ものであるという」。このような患者側による「要求の実行はときに医師の信念に対立することになり、患者の自己決定権とはいえ、ときに制限されることになる」と説く。ここでの「制限」もまた医師の裁量権の範囲内においてなされることであると思われる。

そして、五十嵐（2004）が述べる患者の「自律」の確認のためにパターナリズムが正当化されるということについて、それは額賀（2007：129-132）によるパターナリズムモデルへの批判に相当する。パターナリズムモデルは医師・患者関係モデルの一つである。パターナリズムモデルとは「医師のみが医療の意思決定ができるとみなし、それが患者の最善の利益につながる」とする関係である。このモデルへの批判は3点ある。第一に「患者の『最善の利益』という意味を狭く捉えてしまう。患者の最善の利益は、医学的事実のみに決定されるわけではなく、患者自身の価値観にも左右される。つまり、『患者の最善の利益』とは『医学的事実』と『患者自身の価値観』を足し合わせたである」こと、第二に「事実と価値判断を混ぜてしまう可能性がある。『医学的・臨床的に適応である』ということは、一見純粋な事実のようだが、そこにはしばしば価値の問題が含まれることがある」こと、第三に「患者の利益以外の価値を考慮に入れていない。特に患者の自律という価値が考慮に入っていない」こと、が挙げられる。その一方で、このモデルには利点があるという。それは「救急医療や患者が意思決定できないとき」である。つまり「患者の価値観が治療法に影響を与える可能性がほとんど無い時」、「病気などで患者の判断能力に問題がある時」である。

これらのことから医師と患者の関係においてパターナリズムが正当化されるは、それが医師の裁量権（裁量）の行使であるためであるとする見解があり、例えば患者の選択が正しいと思われないときの患者の選択への介入として、自殺企図によって治療拒否する場合に対する医的侵襲行為として、自律性の確認のため、そして患者による医師の選択肢にない手技の要求への制限として、がそれにあたる。これらの医師の裁量権の行使としてなされる（医的侵襲行為を含めた）決定は「患者の最善の利益につながる」（額賀 2007）ためになされる。

ただし、医療場面におけるパターナリズムに関する見解ではパターナリズムと併用される用語が介入、干渉、制限、配慮、というように一応ではないということが窺える。このことは、既述したパターナリズムに対する考え方にもあるように、パターナリズムの定義の仕方の問題点となると思われる。

加えて、医療場面におけるパターナリズムについて二つの観点から捉えているのが町野（1996：33-34）である。「補充的」理解について、「パターナリズムの正当化原理は、自己決定によるその『補充的』なものとされる」点にある。したがって「自己決定能力を持つ主体が存在する以上、その決定の前で医師と医療は降伏しなければならない」が、「彼が決定することのできないときに、初めて医療的パターナリズムが決定を引き受ける」のであり、これは「自己決定権絶対主義」と言えるという。しかしこの態度によると「患者の意思の絶対性を理由として医療を放棄する」こと、「患者の自己決定権の価値に一切の序列を認めず」危うい自己決定がなされてもそれを認めざるを得ないという問題があると説く。他方、「並行的」理解について、「患者の自己決定権も医療のパターナリズムも、患者の最善の利益を決定する手段に過ぎず、具体的な状況においてより合理的と考えられる手段が医療決定を行うとするものである。これによると、患者に自己決定能力が否定できな

いときにも、パターナリズム的決定の方が合理的と思われるときには、パターナリズム的配慮を優先させることが可能となるという。これは先の「自己決定権絶対主義」に対し「自己決定権相対主義」とされる。しかしこの態度にもまた問題があり、「このような相対化は、患者の自己決定権の絶対性を犠牲にしたところで得られたもの」であり、「医療的配慮の名の下に『合理性の優位』が認められてしまう危険が常につきまとう」と指摘する。

パターナリズムを「自己決定権相対主義」で捉えることもまた「患者の最善の利益を決定する」ためであり、医師の裁量権の行使であるといえよう。

このような医療場面におけるパターナリズムに関する見解からは「医師と患者」の関係に基づいてパターナリズムが成立していることは言うに及ばず、それを端的に示しているのが額賀（2007）のパターナリズムモデルである。

そして、医療場面において患者の自己決定権よりも医師の裁量権が法律によって保護されている（五十嵐 2004）ならば、すでにパターナリズムが正当化されることになる。それは、まさに患者の最善の利益のためになされる専門家である医師によるパターナリズムに基づく介入であると思われる。けれども、ここで二つの疑問が生じる。すなわち、第一に医師の裁量権の範囲内によってなされる医的侵襲行為の判断基準は何かということ、第二に、医師の債務は医療契約によって発生し患者に対する裁量権の行使も可能になると思われるが、患者が医療機関を訪れる最初の段階で医師と患者の関係性を形成できるのか、ということである。第一の疑問については、既述してきた医療水準が該当すると考えられるが、医療場面におけるパターナリズムの見解では改めてそのことは述べられていない。

第二の疑問については、患者が医療機関を訪れる最初の段階で医師と患者の関係性が不確かな場合、それは医師の裁量権の行使としてパターナリズムに基づく介入が正当化されているとはいいい難いことから、ではその場合のパターナリズムの正当化原理をどうするのかという論点が生じることになる。

第3項 援助場面におけるパターナリズムに関する見解と検討

次に、援助場面におけるパターナリズムについて攝待（1998：32）は「福祉の現場においても、本人の幸せのためと称して、本人の意志を軽んじたり、恩恵を理由に個人の希望や行動を干渉した経緯」もあり、「この行為や関わりをパターナリスティックな介入の関わりといえる」と述べている。そして他者によるパターナリスティックな介入が正当化されうる場面があるとして、その正当化理由を「1, 判断力の欠如した（ないし不十分な）本人の利益確保のために他者が介入し、本人の自由・自己決定権を制約すること（『弱い』パターナリスティックな介入は正当化されうるという説。）2, 本人の自由、自律の最大化のためのパターナリスティックな介入は正当化されうるとする説, 3, 本人のパーソナル・インテグリティ（人格的統合・人格的完体性、自己完結性、その人らしさ）を保護するためのパターナリスティックな介入は正当化されうる説」があるという説明に留めている³⁾。

平野（2004：136）は権利擁護における自己決定とパターナリズムの両者が社会福祉に必要な概念であるということを確認することを目的としていることから権利擁護を「個人の自己決定に対して『介入できる力』」ととらえれば、介入する権利擁護もパターナリズムの範囲内に同一化される」と説く（平野 2004：145）。そして、平野（2004：146）は権利擁護とは自己決定を尊重すべきことであり、ストレングスの視点をもってその力を最大

限に引き出そうとすることであり、権利としての愚行権も原則上認められるが、「その自己決定によっても、早急かつ明らかにその方の生命が脅かされる場合や『振り込め詐欺』など悪質な犯罪など、当事者自身が抱えきれない大きなリスクに絡んだ問題は、介入すべき」であり、こうした介入は『必要最低限のパターナリズム』と考えるのが妥当であると述べている。

樋澤（2003：68）は「ソーシャルワークが『かかわり』の要素を含む以上、それは『干渉・介入』の1つであり、そうである以上はその正当化の根拠について検討する必要がある」と述べ、樋澤（2009：39）は、社会福祉実践におけるパターナリスティックな介入について条件付きではあるが「正当化原理が備わったパターナリスティックな介入があつて初めて本来的な自己決定を実現できると考えている」という。

すなわち「自己決定とパターナリズムは対立するものではなく、あえて言えば相補的な関係」であり「相互に補完し合う関係にあるというのが私の結論」であると説く。そして相補的な関係になるためのパターナリズムの正当化原理というが「一つは、当該個人の状況／状態が生命の保全のための緊急性の高い場合。二つ目は、当該個人の状況／状態が生命保全のための緊急性は低いものの持続的支援を必要とするような場合」である（樋澤2009：53）。

樋澤（2009：53）は「前者は原則的に『合理的人間モデル』に基づく介入が行われ、後者の場合は、原則的に当該個人の『意思反映モデル』の基づいた介入が行われ」、「主要かつ本来的な正当化原理は後者」であると説く。

「合理的人間モデル」については、まずそれはジェラルド・ドゥオーキンによるパターナリズムの正当化原理である。ジェラルド・ドゥオーキンは「パターナリズムを『もっぱら、その強制を受ける人の福祉、善、幸せ、必要なこと、利益、そして価値に関連することによって正当化される、当該個人の行為への干渉』と定義し、正当化のための基準となるのが『十分に合理的な人であれば、保護の形態として承認する』」ということであるという。けれども「合理性」の判断基準について問題があるということが指摘されているということで、樋澤（2009：54-55）はパターナリズムの論者であるクライニッヒによるパターナリズムの定義と、正当化の基準を述べ、クライニッヒによるパターナリズムの正当化原理の考え方のほうが自身の考え方に近いと述べている。

クライニッヒによるパターナリズムの定義とは『Xが、目的の一つとして、Yの善の確保のために、Yに干渉する範囲では、XはYに関してパターナリスティックに行為している』ということであり、正当化原理というのが「その人自身のライフスタイルを反映させる」という「パーソナル・インテグリティ」の原理であるという。

樋澤（2009：55）がクライニッヒによるパターナリズムの正当化原理に近いと述べているのは「本人の生活様式をしっかりと理解したうえで、本当に本人に合った、本人に相応しいと思っていることを具現化する、そういう正当化原理があつて始めて介入できるだろうと思うから」と述べている。

そして、「意思反映モデル」について述べるにあたり、もう一人樋澤（2009：55-56）が挙げているのが中村直美によるパターナリズムの正当化原理であり、5つのモデルのうち妥当性が高いと思っているのが『現に疎外されている被介入者の意思・決定が仮に疎外されないとすれば被介入者が有したはずの意思モデル』であるとする。この中村とクライニ

ッヒの二人のモデルを樋澤（2009：56）は『当該個人の意思反映モデル』と名付け、このモデルが「社会福祉の正当化原理としてみた場合にも、このモデルは最も妥当性が高い」とする（樋澤 2005a：86）。ただし、樋澤（2009：56-57）は「合理的人間モデル」と「意思反映モデル」に基づいた介入は状況によって使い分け必要があることを述べている。

すなわち、「生命保護のための緊急性の高い場合」には「とにかく助ける、いのちを守る、生命を保全することが何より優先される」と思われることから、合理的人間モデルに基づく介入は当然であるということである。一方、「緊急性を要してはいない、しかし生活のいろいろな面において持続的な支援が必要な場合」に「意思反映モデル」に基づいた介入はパターンナリスティックな介入を正当化する原理であるということである。そして「この場合は、本人と綿密なコミュニケーションをとりながら、人の生活様式や価値をできる限りしっかりと把握して介入していく必要があり、そのためには「徹底的な『対話』を土台とした関係構築」によって、援助者側が当該本人を理解するうえで糸口になり、このようなパターンナリスティックな介入をすることで自己決定を尊重した支援が行われる、ということである。

これらの援助者によるパターンナリスティックな介入を認める樋澤（2009）の考えは、次のことから窺える。すなわち、樋澤（2005b：112）は、自己決定と他者との関係性について述べており、そこにおいて「自己決定は自己だけで遂行しているものではなく」、「自己決定には良くも悪くも必然的に『他者』の存在が入り込んでくる」。ここでの「他者」とは、「自己決定する本人にとってその決定事項を遂行するための『合目的存在』、あるいは『他律的存在』としての他者」であり、痴呆のある人や重度の知的障害のある人に対して「何らかのかたちで支援を行う他者」であり、これらの「他者との関わりが常に、必然的に存在する以上、その関わりのなかで自己決定を考えていなければならないだろう」という。

以上のことから、援助場面におけるパターンナリズムに関する見解からは樋澤（2003, 2005a, 2005b, 2009）が“他者”とのかかわりの中で自己決定について考える必要性を説いていたように、パターンナリズムも「援助者と利用者」という関係に基づいて成立しているといえる。平野（2004）は利用者が大きなリスクを抱え込んだ際にそれを軽減ないし解決するための介入をパターンナリズムと位置づけていたのに対し、樋澤（2003, 2005a, 2005b, 2009）はソーシャルワークにおける「かかわり」がすでにパターンナリスティックな介入としている点で、ある特定の場面における援助（介入）をパターンナリズムと位置づけるのか、援助それ自体をパターンナリズムと位置づけるのかの違いがみられる。

このように論者によってパターンナリズムの位置づけがことなることは、医療場面におけるパターンナリズムに関する見解でも述べたように、パターンナリズムの定義の問題であると言える。また樋澤（2003, 2005a, 2005b, 2009）が、利用者の状況・状態が「生命保全のための緊急性が高い」場合には“合理的人間であれば承認する”だろうということによって正当化され、「生命保全のための緊急性は低いが、持続的な支援を必要とする」場合には「対話」による関係構築によって導かれたことが持続的な生活支援に必要な“本人の生活様式の具現化”であろうということによって正当化されるとしていた。

しかし、持続的な支援（この点は“生活”の持続的な支援であると考えられるが）を必要とする場合に介入が正当化されるためには、「対話」によって導かれた内容が“本人の生活様式の具現化”でなければ正当化されないということである。けれどもそれが“本人の生活

様式の具現化である”と把握をするのは援助者側であり、その把握によって認識された“本人の生活様式の具現化”であろうことは援助者の考えの域をでるものではない。また、「対話」によるということであれば「対話」（ここでいう「対話」が言語的なものか非言語的なものかは定かではないが）ができない場合には「意思反映モデル」に基づく介入は正当化されないものであって、その場合どのようにパターナリズムを正当化するのか、「合理的人間モデル」に帰属することになるのか、不確かである。

そして、援助場面におけるパターナリズムが利用者の抱えるリスクの軽減や解消のための介入として正当化されるのであれば、援助者自身が「介入できる力」を備えていなければならないと言えるが、リスクの軽減や解消のための介入が本人のためになされる援助行為であったとしても、介入する側である援助者の介入基準と援助者による介入行為を制限する手立てが必ずしも明確にはなっていないと思われる。にもかかわらず、援助場面においてパターナリズムが正当化されているとするならば、パターナリズムとして正当化される援助行為が利用者のためになっているとは言い切れないであろう。

第4項 「一般的パターナリズム」に関する議論とその特徴から見えること

これまで検討してきた「一般的パターナリズム」に関する議論とその特徴から言えることは、第一に医療場面では医師と患者、援助場面では援助者と利用者、という自己（患者と利用者）と他者（医師と援助者）の関係性の中でパターナリズムが成立している。その関係性の特性のうち合理的能力を持つもの、持たない者がある、という点が後述において重要となる。

第二に、ある特定の関係性を前提としてパターナリズムが成立するわけであるが、その場合にパターナリズムが正当化されるための基準で共通しているのが「本人の最善の利益のために」ということが挙げられる。けれども、第三に、「本人の最善の利益のために」という共通の目的があるけれども、パターナリズムの定義に含意される要件によっては、「本人の最善の利益のために」という介入すら生じない場合がある。すなわち、能力や意思の有無、自律的であるかないのかを定義に含めることで能力のある者にはパターナリズムは成立せず自己決定が成立する、能力のない者にパターナリズムは生じ自己決定は尊重されないということ。他方で、能力のある者であってもその自己決定が自己に害を及ぼすような場合にはパターナリズムが生じるということである。これはパターナリズムをどのように定義するかという問題となる。

第四に、パターナリズムは自己決定の尊重と対概念のように用いられていることがあるが、結局のところ「本人の最善の利益のため」という方向にあるのだから、パターナリズムは否定されるものではない、ということである。

以上のことが「パターナリズム」の特徴として捉えることができるが、重要なことはパターナリズムが介入する側と介入される側の関係性で成立し、それは利益侵害行為でありながらも正当化されるのは「本人の最善の利益のために」ということに集約される。けれども、「本人の最善の利益のために」なされるパターナリズムに基づく介入であったとしても、中村（2007）が介入する側が最良の判断者でありえるのかと指摘していたように、パターナリズムを正当化させる場合には、介入する側の介入する際の判断基準と介入する側に対する一定の規制をかけるための別の観点を位置づける必要があるということである。

そうでなければ、いくらパターナリズムが自己決定権・自己決定と相補的であるとはいえ、介入する側の決め付けの程度が増長することになると思われる。

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」

本節では、これまでのパターナリズムに対する見解を踏まえてパターナリズムの定義の仕方に問題点があると思われることから、その点を改めて論じ、介入する側に対する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本研究におけるパターナリズムの捉え方を「法的パターナリズム」とすることを述べる。

第1項 パターナリズムの定義の仕方と留意点

これまで、「一般的パターナリズム」に関する議論について検討をし、そこで問題となったのがパターナリズムの定義の仕方についてであった。宮崎（2005：87）はパターナリズムには、様々な事例（シートベルトの着用、登山、自殺など）が該当し、それに加えて様々な種類（強い・弱い・積極・消極など）が存在することからすれば、「それらすべてを体系づけることのできるような正当化原理を期待するのは極めて難しい」ということを指摘する。

例えば、水野（2007a：63）は「パターナリズムとは、ある人の利益のために、その本人の意思に反した介入を行うこと」とし、石川（2007：6）はパターナリズムを「ある人の保護や利益を目的とし、場合によってはその者の意思を確認せずまたは意に反して、他者が干渉することを認める思考、またはそれを表す行為」と述べ、平岡（2006：330）は「ある人の利益を保護するという理由で、他者に不利益を与えることのないその人自身の行為について、国家や他の個人・団体が介入すること」と定義する。

これらの定義の共通点は、第一に「ある人の利益のために」「ある人の保護や利益を目的として」「ある人の利益を保護するという理由で」ということ、第二に「意思に反した介入」「意思を確認せずまたは意に反して」、第三に「介入を行なうこと」「干渉することを認める思考、行為」、ということが挙げられる。

第一の点についてはパターナリズムに基づく介入を可能とする第一要件であることは間違いない。検討の必要があるのが第二の要件である。この要件からすれば本人が意思能力を持つことを前提にしていることが窺える。ここでは意思能力としたが、判断能力、自律性といった表現も研究者によってはしている。

この点について五十嵐（2004：41）は「一般的にパターナリズムは『ある個人の利益になるという理由で、その個人の自律性を制限する干渉を行なうこと』と定義されることが多い」が、このような定義からすれば、「たとえば痴呆や失語症を併せ持つ高齢の患者や、意識障害がある患者の医療の場面では、患者の自律性、すなわち自己決定を確認することは不可能なことが多い。すると、このような患者にたいしてどのような医療を行っても『自律性を制限する』とはいえないことになる。すなわち、法律家の定義に従うと、どのような医療をおこなってもパターナリズムに相当しないことになる」と指摘する。また、竹中（1998：177-178）は「憲法解釈論のレベルにおいても、『パターナリズム』や『パターナリスティックな介入・干渉』という用語は、＜本人のためとして（本人の利益の確保ないし本人の保護を目的として）＞他者が当該本人の自由・自己決定に介入する場面を念頭に

おく用語として、使用すべきであ」ると説く。

そして、竹中（1998：180）は「＜本人のためとして他者が行なう介入が正当化されることがありうるとの考え方・原理＞を指すものとして用いる」ことにするという。これは「パターナリズム」という用語と「パターナリスティックな介入」という用語の識別のためであり、「“パターナリスティックな『干渉』・『介入』・『関与』・『行為』”を、＜パターナリスティックな介入＞として表記し、これを、＜他者が本人の保護を目的として、本人の自由・自己決定を制約する（介入・干渉・関与・行為を行う）こと＞、＜公権力によるパターナリスティックな介入＞とは、＜公権力が国民（本人）の保護を目的として、本人の拳法上の自由・自己決定権を制約すること＞と定義」すると述べる（竹中 1998：183）。

竹中（1998：183-184）によれば、「被介入者の判断能力の有無・不十分性」をパターナリスティックな介入の定義にいれることの問題点について指摘している。それによれば「『個人の自律の侵犯』・『自己決定に対する干渉』・『自己決定の篡奪』という要素がパターナリスティックな介入となるための不可欠な要素であるとの見解を文字どおり厳格に適用すると、たとえば、事故で意識を喪失している患者に医師が救命治療をほどこすことや、幼児の保護のために親が介入する行為は、“本人の自己決定の侵犯”という要素を欠いているために、パターナリスティックな介入ではないとの理解がもたらされる可能性がある」という点である。しかし「自己決定能力・判断能力・同意能力を欠如した（または不十分な）個人に対する本人保護の目的での医的侵襲は、本人の明示な同意なき限りは、なお『身体の自由』への介入・干渉であることは否定できず、それゆえ、当該行為も（身体の自由等に対する）パターナリスティックな介入の一類型と位置つける」立場をとるため、「判断能力の有無は＜パターナリスティックな介入＞の定義の一要素としないという立場で、検討をすすめる」とある。

さらに、瀬戸山（1997：243）はパターナリズム概念の構成要素に「被介入者の『意志に反する』あるいは『同意されていない』介入であることをパターナリズムの定義要件とするか否か」ということは、ある介入がパターナリズムであるか否かという『パターナリズムの範囲』を考えるにあたって重要な論点である」と説く。

すなわち「これを定義要件とするということは、パターナリズムの事例であるかないかということに関し、被介入者の『意志決定能力』や『同意能力の存在』を前提とすることになる。したがって、乳児や昏睡状態の患者や生まれつき重度の精神障害を持っている者など、自己決定の前提として必要な『意思判断能力』がそもそも欠如している場合や、あるいは判断能力を有する者であっても、動揺・興奮・誤解・情報や選択肢の不十分さなどから、適切な判断が阻害され、自己決定・選択や、それに基づく行動が実質的に任意的でない場合に介入する、いわゆる『弱いパターナリズム』や、あるいはまた本人の意思が確認できない場合は、パターナリズムではないということに」なると述べている。

これらの指摘はパターナリズムの定義の中に自律性・意思能力・同意能力といった内容を含意させることによってそれらの要件を欠くとされる精神上に障害がある者に対する行為はパターナリズムに基づく介入ではないとされることが生じ、これまで言われてきた自己決定権の行使・自己決定の実現のためにパターナリズムに基づく介入が必要であるとされていることも成立しなくなるという矛盾を生じさせる。

したがって以上の点から本研究におけるこれ以降に述べるパターナリズムとは「個人の

最善の利益の保護のためとして他者による介入が正当化されるという考え方」とする。「考え方」としたのは、先に定義の共通点で挙げた第三点目と関連するが、竹中（1998）も「パターナリズム」を「考え方・原理」であるとしていることによる。そして実際の介入については竹中（1998）が介入・干渉・関与・行為を行うというような表現が見られることをそれらをまとめて「制約する」と表現していたのになら、本研究では他研究者の表現を修正しない限り「パターナリズムに基づく介入」とする⁴⁾。

第2項 「法的パターナリズム」に関する見解と検討

さて、本研究におけるパターナリズムの定義を提示したが、本研究では介入する側に対する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」としてパターナリズムを捉えることにする。それは、医的侵襲行為は生命・身体・健康等の利益侵害に相当し、かつ利益侵害の惹起の可能性があるとするれば、介入する側に対して一定の法的な規制をかける必要があると思われるためである。

「法的パターナリズム」について中村（2007：24）は「正当なパターナリズムが本人の意思の方向に沿って本人の利益を護るための措置であるとするなら、これは、自由を抑圧するものでなくむしろ促進するものとして法の作用の一例」となるが「本人の利益のためという観点からある人の行動に法が干渉・介入することが許されるのか、許されるとすればその限界如何、という意味で個人の自由と法的干渉・介入の関わりを明らかにしよう」としている。

花岡（1997a：90）は『パターナリズム』とは、干渉されるその人のためになされる、その人へのさまざまな干渉である。『その人のため』という理由が必須の要素である」という。「その人のため」という場合、「善のため」、「魂の救済のため」、「延命のため」という様々な意味合いが含まれるが、法的パターナリズムの場合にそれは「干渉されるその人の法益のためになされる干渉であり」、「その個人の法益の保護・実現のためになされる干渉である」とする。そして、その人の法益のためになされる干渉であっても「正当と認められるものと、不当とされるものがある」という。花岡（1997a：91）は、その正当性の基準として「パーソナル・インテグリティの尊重の議論が有力で」あることから、その立場で正当化がなされると説く。「パーソナル・インテグリティをパターナリズムの正当性の審査基準とすることは、人格主義を採ること、または意思主義を退けることを意味する」という。つまり『人格』を基準とする点で、完成した『人格』を基準と出来ない人々は、個別的なパーソナル・インテグリティの尊重によるパターナリズムの適用対象として考えられないことになる。その人のためになされる干渉において、その人の人格について論じようもない場合（たとえば『意識不明の行き倒れの人』『強度の人格崩壊に至っている精神病患者』『必要な保護が現に与えられていない乳児』）、その保護は、その本人の人格を基準とはできないのであるから、提供される保護は、被保護者の個別具体的人格に関わらずに判断することになる。これらの人びとに対する保護は、必ずしも、パーソナル・インテグリティの尊重によるパターナリズムという必要はないのである。生存に必要な保護の提供は人道的なものである。これらの保護の提供を行う場合を、パターナリズムと区別して、徳行原理と言われる場合がある」と述べる⁵⁾。

花岡（1997a, 1998）は「その人のため」という言葉には様々な意味合いが含まれているが「法的パターナリズム」の観点から言えばそれは「法益の保護・実現のための干渉」であるということであった。「法益」とは法によって保護される利益のことを指し、狭義には刑法学で用いられる概念であるが本研究におけるパターナリズムの定義からすれば、それは「最善の利益」に相当する。すなわち、法的パターナリズムによって最善の利益を法的に保護するということである。そして、既述したように医的侵襲行為における代理決定をパターナリズムで正当化しようとした場合、そこには介入する側に対する一定の規制をかけながら「最善の利益」を保護する仕組みを持ちえていないことが窺えた。したがって、その点を「法的パターナリズム」に関する見解を検討しながら、本研究において別の観点の必要性を述べていくことになる。

花岡（1997a, 1998）はパーソナル・インテグリティを「法的パターナリズム」の正当化基準とするとしていたが、このことによって精神上に障害のある者が除外されることを鑑みれば、本研究においてこの基準を採用することは適当ではないと言えよう。

芦野（1999：124-125）は「自殺企図者の＜生命の自由＞に基づく自己決定と、救助者の＜救助意思＞に基づくパターナリスティックな介入とが対立する」場合、「自己決定を全く否定するあるいはパターナリスティックな介入を全く認めない、という解決ではなく、両者を認めつつもその調和をどのようにはかるのが問題となる」という。しかし、この前提として「そもそもパターナリスティックな介入は法的に認められるだろうか」という問いをたてている。それに対して、芦野（1999：125-127）は「我が民法においてパターナリズムが内在する」ものとして「事務管理法理」があるという。これは『他人のために意図的に事務が管理されなければならない』ということが要件とされており、「事務管理を正当化するについては相手方の意思を擬制する必要はなく、その本質が人類扶助にあるという理由から正当化されるものである」というコーラーによる人類扶助説が通説とされていることからすれば、「本来であれば違法とされる他人に対する干渉を、『他人のための意思』という要件の下で適法なものとする事務管理制度を有することにより、ある種のパターナリズムを内包している」と説く。そして「自殺意思を肯定することにより自殺者の救助は本人の意思に反し不法なものになるか」というと、必ずしもそうではなく、「救助行為を適法なものとするためには『本人の意思』を認めつつも何らかの制限をする必要がでてくる。その際には、自殺意思そのものを否定するのではなく、救助行為に反する意思是法理念に反するものとして事務管理成立の際には考慮する必要がないと考える」のが適当であると述べている⁶⁾。

芦野（1999）による自殺企図者に対するパターナリズムに基づく介入を「事務管理」によって正当化するという観点は、「事務管理」に含まれる「緊急事務管理」からパターナリズムの正当化を試みる可能性を示唆する。

田中（2006：89）によれば「法的パターナリズム」の第一次的関心は「本人自身の保護」であるという。そして「法的パターナリズムの正当化原理については、パターナリスティックな介入の当否や限界に関するいろいろな見解が説かれているが、基本的には、『本人が本来ならば同意するかどうか』ということ、本人の身になって判断することが中心的な基準となるべきであろう」と説く。このような「法的規制の場合、『平均人』という観念など、何らかの抽象的一般的な合理的人間を想定して、それに照らして画一的なパターナリズム

的干渉をすることがよく行なわれる」が、「このような規制方式は、生命の安全をはじめ、個々人が具体的にどのような生き方をするにせよ不可欠なものを保護する場合には、ある程度まではやむをえない」と述べる。ただし「個人の生活様式や趣味・嗜好にまで、この種の画一的干渉を押し付けることは個々人の人格の独自性と多様性の尊重と相容れない」と指摘する。

田中（2006）がパターナリズムに基づく介入が「何らかの抽象的な一般的な合理的人間を想定して」行なわれることはやむを得ないと指摘していることは、既述した「一般的パターナリズム」でも述べられていたことであり、本研究において代理決定を正当化する場合に重要な点であると思われる。

そして、瀬戸山（2009：14）は憲法上の議論でいうと憲法13条で個人の尊厳、幸福追求権が謳われ、「それに根拠を置くとされる自己決定権の制約条件の一つとしてパターナリズム」があり、「その制約原理の中で代表的なものが『公共の福祉』」であるという。これは「他者に危害が及ぶ行動の自由は、法で禁止されることが許されるという他者危害防止原理」の主張であるが、単に他者への危害を考慮した法による介入だけでは説明できない現象として「自己決定の本人自身への危害防止を目的とする自由制約原理」が登場したと説く。すなわち「パターナリズムは、本人のためということが、まず第一」であり、「本人（被介入者）がその行為をしなければ利益を得られるとわかっている場合、介入してその行為を制約する、これがパターナリズム」であると述べる（瀬戸山 2009：19）。

このように「法理論分野でパターナリズムを議論する場合、それは法的介入の正当性根拠として捉えるわけで」あり、「つまり、個人の自己決定の自由を制約する原理としてみるわけ」であるという。その原理には「他者危害防止原理」、「不快防止原理」、「法的パターナリズム」、「リーガルモラリズム」があり、「法的パターナリズム」以外の3つは「いずれも本人の行為や選択の自由の価値と秤にかけられるものは本人とは別のもの」であるのに対し、「法的パターナリズム」の場合は「本人の自由の価値と他ならない本人自身の利益が天秤にかけられる」という意味で「他の三つの制約原理と保護する利益・価値が根本的に異なる」ということを説明している（瀬戸山 2009：25）。

また、瀬戸山（2001a：34）によれば「法的パターナリズムとは、法的規制や介入の正当性根拠として、規制される者自身の広い意味での利益の保護や増進を意図するものを指す理論ないし原理を」というのであって「社会道徳に反する行為の法的禁止（道徳強制主義）や第三者や社会全体への危害防止を目的とする法的規制や介入（危害防止原理）から区別されるものである」と説く。

これまでみてきた「法的パターナリズム」に関する見解から、「法的パターナリズム」の第一義は「本人自身の保護」「本人自身の利益のため」概して「法益のため」というように、法によって保護される個人の最善の利益のためにパターナリズムが成立するということであり、この点が重要なことである。つまりパターナリズムは法的足かせのある中、成立することによってある特定の関係性の範囲内において自己決定権・自己決定と同列に位置づけることが可能になると言える。そうでなければ単純に「本人の最善の利益のために」という名の下、合理的判断能力のある者（小林 2005）の利益のために、端的にいえば「都合のよい」ことがされる可能性があるからである。

また、代理決定とパターナリズムとの関係について、代理決定はパターナリズムによっ

て正当化されると言える。では、医的侵襲行為場面において法的パターンナリズムによって代理決定を正当化するための法理は何かということが次に問われることになり、芦野（1999）が事務管理法理を挙げていることを受けて、「緊急事務管理」からパターンナリズムの正当化を試みる可能性が示唆された。

第3節 パターンナリズムの種類と正当化基準—中村直美に依拠して

「パターンナリズム」を「法的パターンナリズム」としたことを踏まえ、本節では主にパターンナリズムの正当化基準をいう場合の代表的な研究成果である中村直美（1982, 2007）に依拠してパターンナリズムの種類と正当化基準を紹介する。

第1項 パターンナリズムの種類と本研究のパターンナリズムの種類

中村（1982：44-46, 2007：30-33）はパターンナリズムの種類を5つ紹介している。第一に、「純粹型パターンナリズムと非純粹形パターンナリズム」である。「純粹型パターンナリズム」とは干渉・介入を受ける人と保護（利益）を受ける人が同一であるのに対し、「非純粹型パターンナリズム」とは干渉・介入を受ける人と保護（利益）を受ける人が別人である場合を指す。第二に、「積極的パターンナリズムと消極的パターンナリズム」である。「積極的パターンナリズム」とは干渉・介入を受ける者の福祉をより増大させるパターンナリズムであり、「消極的パターンナリズム」とは干渉・介入を受ける者の自己自身への侵害を防止する（換言すれば福祉の減小の阻止）ようなパターンナリズムを指す。第三に、「強いパターンナリズムと弱いパターンナリズム」である。「強いパターンナリズム」とは干渉・介入を受ける者の行為が（完全に）任意的であっても干渉・介入を行なうものであるのに対し、「弱いパターンナリズム」とは干渉・介入を受ける者の行為が非任意的である場合に干渉・介入を行なうパターンナリズムを指す。第四に、「強制的パターンナリズムと非強制的パターンナリズム」である。「強制的パターンナリズム」とは干渉・介入が強制（という意味での自由への干渉）というかたちをとることに対し、「非強制的パターンナリズム」とは自由への干渉という強制がゆるやかなかたちをとることを指す。第五に、「身体的・物質的パターンナリズムと精神的・道徳的パターンナリズム」である。「身体的・物質的パターンナリズム」とは被介入者自身に対して惹起しようとする害が身体的・物質的である場合であるのに対し、「精神的・道徳的パターンナリズム」とは被介入者自身に対して惹起しようとする害が精神的・道徳的パターンナリズムである場合を指す。

以上がパターンナリズムの種類であるが、竹中（1998：184）はパターンナリスティックな介入の分類において「当該制約を受ける個人の判断能力の有無・程度の識別は重要」であるため「強い」「弱い」の区分は重要であるとし、花岡（1997b：34-35）も「パターンナリズムを正当化できるか否かの議論では、この区分は大きい」と説く。

しかし、本研究では精神上に障害がある者を前提として代理決定の正当化を試みることになり、既にパターンナリズムを定義した際にも能力区分を含意していないことを鑑みれば「強い」「弱い」という区分はパターンナリズムを正当化できるか否かにおいては意義を見出せない。また「強制」「非強制」という区分についても花岡（1997b：32）が田中成明を引用して『『法的』パターンナリズムは多かれ少なかれ強制的だとみて』ということから、この区分においても「強制」「非強制」の区分が明確でないため、パターンナリズムに基づく介

入それ自体が強制力をもつものとして捉えたほうがよいと思われる。そして、「積極的」「消極的」という区分については、医的侵襲行為によって健康状態を取り戻すということ考えれば「積極的」ということになる。またこれまで自殺企図者に関するパターンナリズム的介入について述べられてきたが、それは「消極的」パターンナリズムに該当することになる。従って、本研究において適当と思われるパターンナリズムの種類とは「純粋型」・「積極的」「強制的」「身体的・物質的」パターンナリズムであると言える。

第2項 パターンナリズムの正当化基準

次に中村（1982：50-56，2007：37-42）に依拠して、また補足として石川（2007）によるパターンナリズムの正当化基準を紹介する。

中村（1982：47，2007：33）はパターンナリズムの問題の定式化を行なっている。「ある者（S）が、他者（A）に対して何らかの侵害を惹起する場合でなくとも、S自身のためになるという理由から、個人または団体（I）—例えば国家—がSに対して何らかの介入行為を行うことができるのか、できるとすればいかなる条件のもとでか」。

この定式化は、他者による個人への干渉・介入がどのような条件であれば認められるのか、すなわちパターンナリズムの正当化基準を問うものである。

そこで、中村（1982：50-56，2007：37-42）は「正当化されるパターンナリズムの要件に関して今まで展開されて来た主張の主要なものを五つの型に分類し、若干のコメントを付した上でそのうち最善のものと思われるものを選択し」説明を加えている。

(1) 中村直美によるパターンナリズムの正当化基準

① 自由最大化モデル

「被介入者のより広い範囲の自由を護るための介入は正当化される」というモデルであり「介入という自由への侵害が、それより大きな本人に自由擁護の為に正当化されるという論理」である。しかし、このモデルの難点として「自由」という概念が不明瞭なこと、「自由」それ自体を計量化できないということがある。

② 任意性モデル

「被介入者の自己に関わる有害行為が、実質的に任意性を欠いている場合、又は任意的か否かを確認するために当面の介入が必要である場合にのみ、介入が正当化される」というモデルである。

このモデルの難点としては、「任意性」というのが「時間、情報、冷静な頭、行動に発達した合理的能力が必要とされる」という意味が強く、『合理性』という意味に実質的に近接してくる」こと、「任意性の欠如が、パターンナリズム正当化の一つの必要条件ではあり得ても、十分条件ではあり得ない」ということが挙げられる。

③ 被介入者の将来の同意モデル

「被介入者が、将来当該介入を承認することになるとされる場合に介入が正当化される」というモデルである。このモデルの難点としては、「子供への親の介入というパターンナリズムの原初的形態や今は判断能力を欠いた状態だが将来回復するといったケースには、このモデルはうまく妥当するように見えるが、その他の多くのケースでは説明できない」と指摘されている。

④ 合理的人間の同意モデル

「(十分に) 合理的である人間ならば当該介入に同意するであろうと言える場合には、介入は正当化される」というモデルである。

このモデルは「被介入者が事実認識上あるいは評価上不合理である場合、不可逆的な(取り返しのつかない) 決定をする場合、極端な心理的・社会的圧力下で決定する場合、被介入者が無能力な状態にあり、その為に重大にして容易に取り返しのつかない害を生じさせる場合には、合理的人間が介入に同意するが故に当該介入が正当化されるという」。

しかし、このモデルの難点としては「事実の認識に基づく決定の場合は格別、評価に関わる決定の場合には、客観的・普遍的な合理的意思を認定することは、少なくとも経験的にはできないこと」、「個人の固有・具体的意思が、抽象的普遍的な合理人の意思によって置き換えられ抑圧されてしまう危険があるということ」、「不合理・非合理的な生き方・選択をする余地を認めること」が必要なのではないか、ということが挙げられる。

⑤ 阻害されていなければ有すべき意思モデル

「現に阻害されている被介入者の意思・決定が仮に阻害されていないとすれば被介入者が有したはずの意思に当該介入が適う場合には正当化される」というモデルである。

「意思・決定を阻害する要因として」は「無知、情緒的ストレス、強制・不当な影響、精神の病気、理性の欠如の五つ」である。このモデルは「被介入者個人の特有の個性を踏まえた上で、その個別・具体的な意思に即応する限りで介入が正当化される」。

このモデルの難点としては「被介入者個人についての情報をもってしても『阻害されなければ彼が有したはずの意思』を細かな点について性格に推認せしめるのが困難な場合が多々ある」こと、「個人が現代社会では **best judge** であり得ない」ということから、「不合理と思える決定をしばしば行うこと」があること、「意思が阻害されているか否かを判定するのが困難な場合が生ずること」が挙げられる。

しかし、この難点については次に述べることによって解消可能であり、また「阻害されていなければ有すべき意思モデル」が正当化基準としては妥当であると説く。さらに詳細については触れないが、上述してきた諸研究者の見解にも見られるように中村(2007: 121-124)はクライニング(他研究者はクライニッシと表現している)による「**Personal Integrity**」が「具体的個人の意思という発想と同じ思考線上にある」と述べている。

第一の難点について「たとえ確認が困難であっても第一次的に基準として求められるべきものは被介入者本人の(阻害されなければ有したはずの) 意思であり、当人に関する個人情報に微少もしくは皆無又はそれを得る時間的余裕がない場合に二次的・補充的に合理的意思を基準として当人の意思を推定するのは次善の策としてはやむを得ない」ということ、そして「具体的に何が合理的意思かを確定するためには、介入の態様、介入行為の持つ正負の価値の程度、介入者のステイタス被介入行為の正負の価値の程度等を個別に確認しそして総合することになる」という。

第二の難点について「この点こそむしろ自律の自律たる所以」であるから「個々人の行き方を強制(矯正)するのに用いてはならない」という意味で積極的に肯定されてよいところ」であるということ、第三の難点について被介入者の行為が「当人にとってその害を凌駕する程の利益(価値)をその選択が含むのでなければ抑止するのが妥当」であるということ、これらのことによってそれぞれ解消可能であると述べる。

(2) 石川時子によるパターンナリズムの正当化基準

そして、石川（2007：8-9）は先行研究においてパターンナリズムの正当化基準について整理し、その問題点を挙げている。パターンナリズムの正当化基準は①判断能力の有無による正当化、②合理性による正当化、③同意による正当化、④被干渉者の利益としての正当化、⑤自律の尊重による正当化、である。

① 判断能力の有無による正当化

これは「被干渉者が判断能力を有するか否かの基準」であり、「この基準では判断能力を有する者への干渉（強いパターンナリズム）のみをパターンナリズムであると考え、判断能力のない者への干渉（弱いパターンナリズム）は当然の干渉であってパターンナリズムではないと考える立場である」。しかし、判断能力の区分の仕方、仮に「判断能力無」とされた場合の意思がどこまで制限されるのかという問題があるという。

② 合理性による正当化

これは「通常時は判断能力がある人が、一時的・衝動的な欲求や酩酊状態、情報不足などで自身に対して不利な行為をする場合、本人の自己決定であっても『合理的ではない』として干渉を正当化することができる」と考える立場である。この問題点は合理性の判断基準の不確かさ、「干渉者の意図によって正当化される範囲が拡大するおそれがある」ことである。

③ 同意による正当化

これは「被干渉者の同意があれば干渉が正当化されると考える立場である」。ここでは「事前同意」「事後同意」といった区分によって干渉の可能性を論じることができるが、それぞれにおいても問題が内在する。

④ 被干渉者の利益としての正当化

これは「干渉者が被干渉者にとっての利益を判断し、それが善意に基づいている場合の干渉は正当化されるとする立場である」。この基準は「干渉者の特定の価値観によって利益が判断され、現状で問題となっているパターンナリスティックな介入な行為のほとんどが正当化されるおそれがある」という。すなわち「善意を前面に押し出すことによって正当化されやすくなる」ということである。

⑤ 自律の尊重による正当化

これはパーソナル・インテグリティの観点から正当化を試みた基準であり、「人間が理性的・合理的に思考している場合を自律とするのではなく、あやまちを犯すこともある人間像を前提とし、その人の本来の意思やニーズに沿うことを『自律の尊重』とし、そのような支援をすることは自律を尊重するよきパターンナリズムであると正当化している」。

第3項 パターンナリズムの正当化基準の検討

中村（1982, 2007）によるパターンナリズムの正当化基準は多くの研究者によって引用されているものである。この正当化基準は介入される側の任意性、将来性、有したはずの意思という介入される側（被介入者）の様態が基準となっていることがわかる。一方、石川（2007）の正当化基準は中村（1982, 2007）をはじめとしてこれまでの正当化基準の先

行研究を整理したものであるが、④被干渉者の利益として正当化されるという点は他の正当化基準と異質である。つまり、ここでは干渉者、介入者、介入する側といくつかの表現が考えられるが、これらの者の行為のありようが正当化の基準となっていると思われる。

中村（1982, 2007）や上述した樋澤（2003, 2005a, 2005b, 2009）、花岡（1997a, 1998）は「阻害されていなければ有すべき意思モデル」あるいは「パーソナル・インテグリティ」がパターナリズムの正当化基準としては妥当であるということを述べており、その内容は介入される側のことを考慮しているもっともらしい基準であるようにみえる。しかし、結局のところ中村（1982, 2007）が「阻害されていなければ有すべき意思モデル」で生じる難点に対する回答として「二次的・補充的に合理的意思を基準として当人の意思を推定するのは次善の策としてはやむを得」ないとしていることから、介入される側の様態を基準としたパターナリズムの正当化基準は「合理的人間の同意モデル」が帰結すると考えられる。

そして、「合理的人間の同意モデル」で要請される「合理的人間」の判断基準が問題とされるが、「パターナリズム」の前提としてあるのは「干渉される側が合理的な判断能力を持っていない」ということ、一方で干渉する側は合理的判断をもっているという関係である（小林 2005）ことからすると、介入する側のもつ合理的な判断能力がどのような合理的基準によって合理的な判断能力を用いるのかということを問うことのほうが、「本人の最善の利益のために」なされたパターナリズムに基づく介入であるか否かの妥当性を裏づけることが可能であり、その合理的判断能力に関する判断基準となる合理的基準として既に述べた医療水準を位置づけることが可能であると考えられる。

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

上述において芦野（1999）は法においてもパターナリズムが内在し、その一つとして「事務管理法理」を取り上げ、自殺企図者に対する救助者のパターナリズム的介入の正当性を説いていた。このパターナリズムの種類は本研究における「純粹型」・「積極的」「強制的」「身体的・物質的」パターナリズムのうち「積極的」ではなく「消極的」区分に相当するものである。芦野（1999）による自殺企図者に対するパターナリズムに基づく介入を「事務管理」によって正当化するという観点は「事務管理」に含まれる「緊急事務管理」からパターナリズムの正当化を試みる可能性を示唆する。仲正（2009）が「保護」する目的でなされる「代行」が子供や成年後見人に認められているとすれば、パターナリズムも「代行」の論理の延長にあると捉えていることは、パターナリズムの論理が代理決定の正当化原理にもなる可能性を窺わせる。

そこで、既に述べた違法性阻却事由である「緊急避難」と芦野（1999）の議論を手がかりとして「緊急事務管理」について、それらが「法的パターナリズム」としての正当化を持ち得るのか、代理決定の正当化原理となり得るのかということを検討する。

また、本研究において検討している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述べる。

第1項 緊急避難と緊急事務管理、その継続性の困難

まず、緊急避難について。緊急避難とは刑法 37 条に「自己又は他人の生命、身体、自

由又は財産に対する現在の危難を避けるため、やむを得ずにした行為は、これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合に限り、罰しない」(西田 2010a : 139) と規定されている。

つまり、他人の生命・身体に危険が切迫しており、患者の同意を得ずにして医的侵襲行為をする以外に方法がないとされるとき、違法性が阻却されるということである。ただし、すぐに違法性阻却となるわけではなく、「その行為が患者の生命・健康維持・増進にとって有益な行為であること(医学的適応性)」が加わる必要がある(今井ら 2009 : 208)。

次に緊急事務管理について。緊急事務管理とは民法 698 条に「管理者は、本人の身体、名誉又は財産に対する急迫の危害を免れさせるために事務管理をしたときは、悪意または重大な過失があるのでなければ、これによって生じた損害を賠償する責任を負わない」と規定されている。さらに民法 700 条においては「管理者は、本人又はその相続人若しくは法定代理人が管理をすることができるに至るまでは、事務管理を継続しなければならない(省略)」とされている。

緊急事務管理も緊急避難同様に、本人の身体に対する急迫の危害を免れるために医的侵襲行為については責任を負わされないということである。

これらを先述してきたパターンリズムの種類に当てはめると「純粹型」「積極的・消極的」「強制」「身体的・物質的」パターンリズムに相当すると言え、両者ともに「危難」あるいは「危害」を避けるための医師の判断に基づく「侵害(侵襲)」である(この時点で医師が代理決定をしている)が、それよりも本人の生命、身体に生じるであろう害が小さい、つまり本人の利益になるということで「法的パターンリズム」に基づく介入が正当化されると思われる。したがって、ともに“緊急”である場合には「緊急避難」「緊急事務管理」によって「法的パターンリズム」が正当化されることになる。

けれども、第一に「緊急避難」「緊急事務管理」の両方に言えることは“緊急”の事態が終わった後になされる行為の正当化はどうするのか、第二に第一と関連してまた樋澤(2009)がパターンリズムの正当化原理の二つ目として挙げていた「当該個人の状況/状態が生命保全のための緊急性は低いものの持続的支援を必要とするような場合」には、正当化されていた「法的パターンリズム」に基づく介入は、その正当性を失うことになるのではないか、という「法的パターンリズム」の正当化を維持できなくなるということである。第三に、本研究においては精神上に障害のある者を前提としていることからすれば、結局“では誰が”同意ないし代理決定をするのかという問題に戻ることになる。

「緊急事務管理」の点から言えば、民法 700 条において「事務管理を継続しなければならない」とある。これは既に述べた民法 697 条の「事務管理」の内容が含まれることに留意すると「義務なく他人のために事務の管理を始めた者」すなわち「管理者」である医師は「緊急事務管理」によって医的侵襲行為を行うことによって、その後の治療の継続を保つためにはすでに応召義務、療養指導義務など義務を負うことになるため、「管理者」としては位置づけられないことになり、「緊急事務管理」による持続的支援は困難となる。

これらのことから、“緊急”という特定の場面においては「法的パターンリズム」として「緊急避難」「緊急事務管理」によって医的侵襲行為場面の代理決定は正当化されるといえるが、その状態が終わった後の持続性、継続性を視野に入れるならば、再度“では誰が”代理決定をするのかという論点が生じる。

既に「パターナリズム」の論理からは代理決定を正当化できることは述べたが、やはり特定の場面以外で代理決定を「法的パターナリズム」から正当化させることは困難であると言える。つまり、「法的パターナリズム」は「個人の法益保護のための干渉」であり、法によって保護される（最善の）利益のために正当化されるけれども、医的侵襲行為場面における専門家である医師の裁量権の範囲内で介入がされたとしても、それはあくまでも医師と患者の関係性が成立している場合であって患者が医療機関を訪れる最初の段階で医師と患者の関係性が不確かな場合、医師の裁量権の行使としてパターナリズムに基づく介入が正当化されているとはいいい難く、医師の裁量権の行使の正当化を従来のパターナリズムの論理で解決することの限界であると考えられる。

第2項 「法的パターナリズム」の再構築の必要性—成年後見制度に内在する問題点の再確認を踏まえて

さて、これまでパターナリズムに関する議論を検討し「緊急避難」「緊急事務管理」が「法的パターナリズム」によって正当化されない、あるいは一時的に正当化されるものの、その状態が過ぎた後になされる医的侵襲行為における代理決定の正当化原理が無くなり、“では誰が”医的侵襲行為に対する同意（代理決定）をするのかという問題が生じることを述べた。

先述において芦野（1999）が民法においてパターナリズムが内在するとして「事務管理法理」を挙げていたが、本研究において検討している「成年後見制度」もまた「パターナリズム」が内在している制度であると言える。

というのは、瀬戸山（2009：16）が「事理を弁識する一定の能力に欠ける者の法律行為能力に制限をかける成年後見制度」はパターナリズムが根拠となっているということ、上山（2000：44・45）が「本来、後見制度は必然的にパターナリスティックな要素を伴うシステムである。後見機関の権限を法技術上いかに構成しようとも、結局、何らかの形で利用者に対する後見機関の法的介入の可能性を認めることに変わりないからである。たとえば、利用者が意思能力のまったくない状況（乳児、植物人間等）にある場合には、後見機関への法定代理人や代行決定権の付与等を通じて、第三者による他者決定の可能性を法的に承認しない限り、現実には利用者の生存すら危機に瀕することになる（代理権・代行決定権型保護の要請）。また、判断能力の不十分な者が他者からの不当な搾取を受けることを回避するために、第三者が利用者の行為に干渉することも、やはり必要最小限の範囲では必要というべきであろう（取消権・同意権型保護の要請）。したがって、第三者の判断に基づくパターナリズムな本人保護という要素を後見制度から完全に払拭することはできない」という説明からも窺える。そうだとすれば、成年後見制度は「本人の最善の利益のため」に代理決定を正当化するパターナリズムが内在している制度であるにもかかわらず、医的侵襲行為場面においてはパターナリズムの観点からも代理決定に対する法的正当性を持ちえていないと言える。

そこで、医的侵襲行為場面において介入する医師側と介入される患者側の関係性のなかで介入する医師側に対して医師の裁量権の範囲内において、かつ関係性が成立する以前の最初の段階においても、その者に一定の規制をかけながら「本人の最善の利益」をどのように担保するのか、その仕組みを構築するために「法的パターナリズム」を再構築する別

の観点が必要になると考えられた。また、「本人の最善の利益」の担保といった場合には医療水準の観点を導入することができると思われる。

- 1) さらに、宮崎（2005：89-90）はパターナリズム的介入を「生命・身体の保護や最低限度の生活保護といった人間が自由に行使するのに必要な『基本的な財の保護を目的とした介入』と、『基本的な財の保護には直接的に関与しない介入』という2つに分類し、それぞれの介入の正当化」について検討している。宮崎（2005：90-93）は、「基本的な財の保護を目的とした介入」の場合には「基本的な財」と「個人善」が衝突することもあるという。その場合「個人善」が優先されるのは「任意性」が存在する場合であり、その際にはパターナリズム的介入は正当化されないが、『基本的な財』の中でも最も『生命・身体』という『基本的な財』を処分しようとする場合には「個人善」が優先されずに、パターナリズム的介入は正当化されることになるという。そして、個人が「任意性」を持たない場合に考えられる「家族といった当該個人をよく知る者が、当該個人の意思を推定し『基本的な財』に影響を与えるような決定をすること」は認められないという。というのは『基本財の保護を目的とした介入』は原則的に常に正当化されるものであるから、家族等による推定的意思は「基本的な財」の保護に対する反駁にはならないと考えるためである」と説く。一方、「基本的な財の保護を直接的な目的としない介入」の場合には、「被介入者が明らかに『任意性』を欠いており、それに加えて被介入者の『推定意思』がパターナリズム的介入を支持する場合に限って、『弱いパターナリズム』は正当化される」ということである。
- 2) なおここで中村直美による『『中核的自己の意思』に即して『自律』を実現・補完するパターナリズムを『よきパターナリズム』』について補足する。『『中核的自己の意思』に即して『自律』を実現・補完する』というのは、中村（2007：291-292）によれば「自律には、他者からの支配を受けない（自分で律する）という側面と、自分を支配・統治する（自分を律する）という側面があると考えられる。前者は、自分の外にある力（物理的力、権力者、教師、親などの外的権威）の支配を排して選択・決定・行動することであり、後者は、自分の中にある自分らしくないもの（一時の狂気・衝動・思い込みなど）を抑えて自分らしい選択・決定・行動をすることである。その自分らしい自分を『中核的自己』とし、自分らしくない自分を『周辺的自己』としてとらえ、結局のところ、自律とは、この中核的自己が外的要因（自分の外にある力）の支配・統制を免れつつ、かつ周辺的自己をも統制していることを理解する。自分の中の自分らしくない部分を自分らしい自分がコントロールすることを支援・援助すること」である。次に、中村（2007：288）によれば「よきパターナリズム」は「正当化されるパターナリズム」であり「根底には、人への愛、友情、保護、救助、支援など利他の考えがある」。そして「弱き人々の弱さを強き人々の強さによって置き換えられるのではなく、弱き人々自身が真に求めるものを探求することを支援しようとする」ものであるという。
- 3) 攝待（1998）は社会福祉の援助場面における関わりはパターナリズムに基づくものであるということを指摘し、その行為が正当化されるための理由を3点挙げているが、援助場面においてどの正当化理由を妥当とするのか、ということまでは言及がされていない。けれども、少なくともここで提示されている3つの正当化理由によって援助場面における介入というのが正当化されるということがわかる。
- 4) これまで検討してきた内容についても、他研究者の表現はそのまま用い、筆者の表現については「パターナリズムに基づく介入」としている。
- 5) 「徳行原理は、『弱いパターナリズム』といわれるものであり、花岡（1998：127）によれば、阪本昌成は特に徳行原理と呼んでいるという。そして「阪本説では、『説明

と同意』について判断能力を欠いている人びと、判断能力の不十分な未成年者や重度の精神障害者など、に関して、第三者が本人の最善の利益を本人に代わって判断してもよいと言う」と説く。

- 6) 芦野(1999)は法においてパターンナリズムが内在しており、その一つに「事務管理法理」を挙げ、パターンナリズムが内包している「事務管理法理」によって法的にパターンナリズムに基づく介入が認められるという見解であった。「事務管理」とは、民法 697 条第 1 項において「義務なく他人のために事務の管理を始めた者は、その事務の性質に従い、最も本人の利益に適合する方法によって、その事務を管理しなければならない」とされ、続く 2 項では「管理者は、本人の意思を知っているとき、又はこれを推知することができるときは、その意思に従って事務管理をしなければならぬ」と規定されている。つまり「義務なくして他人の事務を処理することであり、本人の意思に反したり本人を不利にするものではあってはならず、本人の意思に反したり、あるいは管理者が自分の利益のために他人の事務の管理をした場合には違法性が阻却される

(『法律学小事典第 4 版』(2007 : 528)) ということである。とするならば、自殺企図がある者に対して救助を行なうことは本人の意思に反しているということでこの点に限定するならば違法性は阻却されない、すなわち事務管理に基づくパターンナリズムは正当化されないということになる。けれども芦野(1999)は事務管理は相手方本人の意思を要件としていないこと、救助行為を適法なものとすることによって本人の意思は相殺されるということから事務管理に基づくパターンナリズムは正当化されると説いていた。しかし、筆者は自殺企図者の意思に反した救助行為がパターンナリズム的介入として正当化される理由について芦野(1999)の論理では的を射ていないと思われる。つまり、自殺企図がある者に対して救助を行なうことは本人の意思に反しているということでこの点に限定するならば違法性は阻却されない、すなわち事務管理に基づくパターンナリズムは正当化されないということになる。ではどうするか。この場合に救済するという行為が正当化されるのは、それが「公序良俗」規範の適用がされるからであると考えられる(ここでは山本(2000)に従って「公序」と「良俗」の区別することなく「公序良俗」と用いる)。すなわち、山本(2000 : 61)が「公序良俗」を「社会において妥当する道德規範として理解するならば、まさに基本権保護にかかわる道德的規範が存在するということができるからである」というように、「まさに他人の生命・財産といった基本権の保護」の観点から“死のうとしている人が目の前にいれば助けるべし”という道德規範が生じることによって正当化されると思われる。ただし、単純に「公序良俗」の観点から自殺意思を生命を救うということで無効とすることは適当ではないという議論がなされていると町野(1986 : 188-191)は述べる。したがってその場合には『疑わしきは生命の利益に』の原則が臨床の場ではあてはまるとせざるをえないのである(町野 1986 : 192)と言われるということに留めることにする。

- 7) そして、瀬戸山(2001a : 38)はこのような法的パターンナリズムが問題とされるのは「被介入者が介入主体である国家政府からみれば非合理的に振る舞っているように思われる場合や、あるいは被介入者が自らの効用を減少させるような意思決定を行う時に、その被介入者のために、介入を行なう場合が典型的な状況である」という。さらに瀬戸山(2001b : 66-68)は、「他者危害防止原理」に基づくリベラリズムの見地からパターンナリスティックな法的介入の可能性を説いている。それによれば「ある個人が、自らの判断・決定・行動が自らの利益を損い、他人の目からは合理的でないと言うことを十分承知の上でも、本人の信条や価値観から敢えてそのような行動にでる場合には、自律性に重要な価値を置くリベラリズムの立場からは、その行動に対するパターンナリスティックな法的制約を認めることは難しい」が、たとえば「利用できる選択肢を限定あるいは拡大することによって、人々の選択行動をより本人の利益に適っ

たものへと誘導したり、また嗜好品の健康に対する有害度や危険度の表示を義務付けるなどによって、人々一般が有する合理的判断を阻害しているバイアスを矯正するためのパターナリスティックな法規制であれば、ある特定の価値観や生き方（善）を押し付けることにはならないものと考えられるため、リベラリズムの理念に必ずしも反するものではないように思われるという。従って、瀬戸山（2009：21）はパターナリズムというのは負のイメージが強いけれども、「必要なパターナリズムというものがあ」り、「パターナリズムと自己決定は、必ずしも対立しない」と説く。他方、生命倫理における4つの原則「無危害の原則」、「善行の原則」、「自律の原則」、「公正の原則」の中にもパターナリズムの考え方が含まれており、それにあたるのが「善行の原則」であると瀬戸山（2009：23）は述べる。たとえば、自律することは大事だけれども、意識不明の人、一時的な能力を喪失している人の場合、「自己決定を重視するにしても、正常な判断能力がないと見なされた場合は、同意もままならない。そういう時には、善行の原理で考える」、つまり「パターナリズムを自律の原理の補完原理として位置づけるということにな」と説く。

第6章 結論

これまで、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論議から成年後見人に同意権付与を肯定する主張の正当性の検討を行ったが、成年後見人に医的侵襲行為への同意権を付与するためには、解釈論の立場の主張である身上配慮義務説のみだけでは正当化することは困難であり、医療の性質制限説や立法論の立場の主張である二重の条件説や原初機能説へと移行することになると言える。そして、この論議の中で重要なことは、医療の性質によって単独で成年後見人に医的侵襲行為への同意権付与が困難であるならば、第一に事前の規範として患者に保証すべき技術レベルを決定する基準として作用する医療水準の観点を導入すること、第二に単独で成年後見人に医的侵襲行為への同意権付与が困難であるとした場合に必要とされる二重の条件説や原初機能説の考えを導入することが、医的侵襲行為への同意権を第三者に付与するためには必要であることが導きだされたことである。

次に、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論議のなかでも主張されていたように成年後見人への医的侵襲行為の同意権付与の論議でありながら、家族への同意権付与に関する論議がなされていた。けれども、そこでの家族とは必ずしも成年後見人「である家族」とは限らず、われわれが通常想定する「家族」が位置づけられていた。このことは、法定代理人である成年後見人に医的侵襲行為への同意権付与がなされないにもかかわらず、なぜ医的侵襲行為場面において事実上家族による代理決定が許容されているのかという疑問を生じさせる（以上が第3章における検討）。

そこで、なぜ事実上家族による代理決定が許容されているのか、あるいは「家族」に頼らざるを得ないのかということを親権、未成年後見、臓器移植法の観点から法学的意味を検討し、家族社会学の観点を基底として慣行的家族特権が生じる背景を探った。また、実際の医的侵襲行為を行う場合においても介護職者よりも家族が行うことが認められているまさに家族特権が生じている様相をみた。それらのことから、慣行的家族特権によって医的侵襲行為への同意、すなわち代理決定がされていることは確かではあるが家族特権を暗黙の拠り所にするものの危うさがある現状において、家族特権のみに頼ることの危険に対して法的観点を位置づける必要性を説いた。すなわち、家族特権に基づく代理決定への限界づけである（以上が第4章における検討）。

そして、医的侵襲行為場面において家族による代理決定だけではなく、専門家である医師による決定もまたなされる場合があり、このことは医師の裁量権の行使であるパターンリズムの現われであると言える。パターンリズムに関する論議のされ方を検討したが、ここではパターンリズムに基づく介入の正当化がいわれているが、介入される側の様態に焦点を当てた議論であり、介入する側の介入行為の基準や介入行為への規制に関する観点が強調されているとはいえないということが窺えた。そこで、医的侵襲行為場面において介入する医師側と介入される患者側の関係性のなかで介入する医師側に対して医師の裁量権の範囲内において、かつ関係性が成立する以前の最初の段階においても、その者に一定の規制をかけながら「本人の最善の利益」をどのように担保するのか、その仕組みを構築するために「法的パターンリズム」を再構築する別の観点が必要になると考えられた。また、「本人の最善の利益」の担保といった場合には医療水準の観点を導入することができると思われた（以上が第5章における検討）。

以上のことを踏まえ、共通することは成年後見人、家族、医師と精神上に障害のある者、それぞれの関係を律することのできる「権威」を導入することによって「法的フィクション」とされていた代理決定に法的正当性を付与することが可能であると思われた。そこで、それらの関係を律することができる観点として「信託」「信認関係」が考えられることから「信託」「信認関係」について概観し、そこで得られた「信託」「信認関係」の特徴を踏まえて「信託」「信認関係」を用いた代理決定の正当化を試みることにする。

第1節 これまでの代理決定のあり方

上述では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なしていると考えられた。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ということになる。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現状があり、この点がそれぞれの関係性で生じる矛盾であった。

第1項 成年後見制度の観点から

第3章での検討から、成年後見人については成年後見制度において医的侵襲行為への同意権付与が認められない現状であり、それが現在の通説となっているが、その一方で肯定説が主張されているのも事実であることが窺えた。

否定説が成年後見人に医的侵襲行為への同意権を付与しないということの根拠は、第一に一時的に意識を失った患者や未成年者に対する医的侵襲行為への同意と同様の問題であるが、社会一般のコンセンサスを得られていないことや他法との関連から成年後見の場面のみに医的侵襲行為への同意権を位置づけるべきではないという時期尚早説や未解決問題説、第二に社会通念や意識がない場合の患者や緊急時には緊急避難、緊急事務管理の法理で解決できるとする社会通念、緊急避難・緊急事務管理説、が挙げられた。けれども、一時的に意識を失った患者については否定説においても言われているように緊急避難や緊急事務管理で対応がなされていること、未成年者については親権の行使によって、あるいは未成年後見によって同意が可能であると解されている。したがって、社会的コンセンサスが得られていない状況であるとは言え、法的に正当化がなされているのであるから、一時的に意識を失った患者や未成年者に対する医的侵襲行為への同意と同様の問題としては位置づけられないと言える。また、緊急時における緊急避難や緊急事務管理の法理によった場合、それぞれの法理に問題点はあるものの、共通していえることは緊急の事態が過ぎたあとに、その後に継続されるかもしれない医的侵襲行為に対して、では誰が同意をするのかという第二の問題が浮上することが指摘できた。そして、社会通念によるということについては結局のところ慣行上の行いによって対処されることになると思われるが、後に述べるようにそれでは何ら法的効果を生じさせることができないと言える。したがって、否定説の根拠の正当性は十分ではないということになる。

一方、成年後見人に医的侵襲行為への同意権付与を認める立場である肯定説の根拠についても、その正当性を検討した。その結果、肯定説の主張では成年後見人だけではなく家

族同意権に関する主張もされていること、家庭裁判所・第三者機関・後見監督人の関与の必要性を説いていることがわかる。

成年後見人に医的侵襲行為への同意権を付与するための根拠は、成年後見人の職務である医療契約の締結との関連（医療契約延長説）、民法 858 条の身上配慮義務が挙げられていた（身上配慮義務説）が、これのみで正当化されるというわけではなく医療の性質（医療の性質制限説）、家庭裁判所・第三者機関・後見監督人の関与の必要性（二重の条件説、原初機能説）が言われていた。そのなかで筆者は身上配慮義務説によって成年後見人に医的侵襲行為への同意権を付与するとすることは困難であること、つまり身上配慮義務説によって医的侵襲行為への同意権が成年後見人に付与されるのであれば、既にされているであろうし、そうではないから現状でも否定説が通説となっていることを指摘した。

しかし、肯定説の主張にある医療の性質に関することと家庭裁判所・第三者機関・後見監督人の関与に関しては成年後見人に医的侵襲行為への同意権を付与する場合には重要な条件であり、かつ代理決定を正当化する際にも重要となってくると言える。つまり、医療の性質によって左右されるという問題については医療水準が医療機関における過失を判断する基準であるとともに、医療技術のレベルの下限を設定し患者に保証すべき技術レベルを決定する基準として作用するということから成年後見人は説明を受ける役割のみならず、事前に規範として出されている医療行為の基準から当該医的侵襲行為への判断・決定をすることが可能になると思われる。それと関連して医療水準によることができない場合、すなわち特殊な医的侵襲行為の場合（おそらくそこには上述された生死に関わるような医療行為が含まれると思うが）については、医師・弁護士等による審査機関や家庭裁判所や後見監督人の関与を必要とするという展開になると考えられ、このように代理決定を正当化するためには医療水準の観点と代理決定者を監督するための機関の位置づけが必要であるということが窺える。

他方、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論議のなかの家族同意権に関する主張には肯定説と否定説の立場があり、特に家族同意権の肯定説が根拠とする主張の検討を行なった。その結果、家族同意権を認める場合においても成年後見人の場合と同様に単独ではなく何らかの条件が付加されるということが言え、民法における扶養義務関係から家族同意権を根拠づけることにも困難であることを指摘できた。そして重要なことは、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論議でありながらも成年後見人「ではない家族」に対する同意権付与の可能性が主張されていたこと、つまり家族に頼らざるを得ないことも想定されながら論議がされていることであつた。

これらの検討から第一に、では医療水準論、第三者機関の関与ということを念頭にいれながら、どのような法的観点を導入すれば、法定代理人として成年後見人による代理決定が正当化されるのか、という論点が浮上した。けれども第二に、成年後見人への同意権付与に関する論議でありながら、家族に頼らざるを得ないことが想定されている、あるいはそのような想定に基づいて家族による代理決定がなぜ正当なこととして受け入れられるのかという疑問が生じた。

第 2 項 慣行的家族特権の観点から

そこで、第 4 章では事実上家族による代理決定の正当化を検討するために、まず法学的

意味として親権と未成年後見の観点から医的侵襲行為に対する同意権のあり方、改正臓器移植法論議における家族同意の位置づけをみた。そこからいえることは、親権や未成年後見という権限の行使によって未成年者への医的侵襲行為への同意がなされている、あるいは可能とされている現状ではあるものの、昨今の（医療ネグレクトを含む）児童虐待に関する事件や未成年後見人による未成年被後見人の財産横領事件に鑑みれば、必ずしも親権や未成年後見が万全に機能しているわけではなく、それらの権限の行使が危うい状況にあることが指摘できた。

また、改正臓器移植法論議からは家族同意によって臓器提供を認めるという主張はまさに慣行的家族特権のあらわれであること、すなわち法的な論議でありながらも、慣行的家族特権に依拠しながら論議が行われているということが言えた。そこで、これらのことを踏まえなぜ事実上家族による代理決定がなされているのか、なぜ家族でなければならないのか、という慣行的家族特権が生じる背景を探るために、主に家族社会学で描かれている「伝統的家族」「近代家族」「現代家族」「現代家族Ⅱ」という時代区分を基に家族による代理決定、すなわち「家族」が「代わる」ことができる背景を探ることにした。その結果、「伝統的家族」の特徴と狩猟採集民による食物分配過程からの推論によって、伝統的家族における家長権の生前委譲・家督相続は家長による所有物の分配の形態であること、それは家長権の行使者が「代わる」ことを意味し、旧法と死者信仰によって権威づけられているということが窺えた。

狩猟採集民の食物分配過程からは所有者が不在などの場合には代行者が所有者となって食物を分配することに注目し、代行者は既存の所有者が自らの所有物をコントロールできない状況の場合においてその所有物の所有者となり食物の分配を可能にしていることが言えた。これを可能とさせているのが暗黙の共同規範であり、また関係維持のためであった。つまり、伝統的家族における家長権の行使者が「代わる」こと、食物分配過程で所有者が「代わる」こと、それらの共通は既存の所有者の所有物である資源を代わって所有し、その所有者が分配することが可能であり、それが許容されているといえる。

このことを家族による代理決定が生じる背景と関連させると次のことが考えられる。つまり、患者は自らの同意権という資源を所有する所有者であるが、患者は精神上に障害があるため資源として位置づけられる同意権を自らコントロールすることはできない。しかし、患者にとって家族もまた資源となりえることからすれば、資源である家族が患者の同意権を所有して「身体的な行為」という資源として患者に代わって同意権を行使することが可能であること、同意権の行使の結果としてなされる医師による医的侵襲行為は違法性阻却事由によって権威づけられていること。したがって、違法性阻却事由に権威づけられた医師と家族の関係内において「家族」が「代わる」ことができると考えられ、これを「資源分配説」とした。

次に、「近代家族」の特徴からは「愛情」規範によって支えられた「家族」は「保険機構」ないし「保険会社」「専門化された社会システム」としてなすべきことの一つに「代わる」ことが要請され、「代わる」ことが要請できるのは「愛情」規範によって支えられる「家族」「家族関係」が「安定した信頼できる関係」であるはずだという特色をもつことが可能だったからであると考えられた。これは、「愛情」規範によって権威づけられた「家族」という集団であること、それ自体に（家族員の人間関係の秩序付けや社会行動を動機付けるこ

とが「家族」以外の者にはできないという代替不可能としての特権性が付与されていることを意味する思われた。つまり、「近代社会」において「愛情」規範を押し付けられた「近代家族」における「家族」の成員である以上、そこには法的な権力関係が排除されているため、例え「代わる」ことを拒否しようとしたとしても、それは「家族」「家族関係」における道徳や内面的決定の判断を仰がなければ逃れられないのであり、それが「家族」が「代わる」ことを可能にしていると考えられ、これを「家族愛情説」とした。

そして、「現代家族」「現代家族Ⅱ」では「親密圏」と「公共圏」に注目し、「親密圏」の観点から「家族」が「代わる」状況が生じるのは、「親密圏」において家族の中に危険な空間があることを受けとめることによって「家族を改めて『法状態へと変化させていく』」こと、危険な空間が克服されるということを捉えていること、それは「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」として位置づけられる成年後見制度による介入が許されるが、医的侵襲行為場面における代理決定を「公共圏」として位置づけられ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」の介入はされることなく「親密圏」に依拠する形になる。このことは、まさに（「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であると言える。

けれども、このように家族が代わらざるを得ない状況が作られることになり、「親密圏」内部で「代わる」ことを行なうことになるが「公共圏」による介入が望めないことからすれば、それは家族内部で生じる問題性が明るみに出ない「家族愛情説」と同様の状況でなされる代理決定であると考えられる。したがって「親密圏」が親密さのある関係、あるいは「生への配慮／関心をメディアとする持続的な関係性」（齋藤 2003a）といえども、それを律する介入（親密圏内部から、公共圏から）が必要となると考え、筆者は「親密圏」内部でもなく、「公共圏」による介入でもなく、その重なる部分に律する観点・関係性を求める必要性を説き「親密圏説」とした。以上のことは、「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に別の観点を位置づけることを意味する。

第3項 専門家パターナリズムの観点から

そして、第5章ではパターナリズムの議論からパターナリズムに対する考え方、医療場面や援助場面におけるパターナリズムに関する見解を「一般的パターナリズム」と称して、それぞれの議論を検討した。そこからパターナリズムとは介入する側と介入される側の関係において生じるが、介入する側の介入行為の基準と介入行為を規制することが重要であることが言われていた。けれども「一般的パターナリズム」においては介入される側の「最善の利益」を保障されるような特徴が見出せないこと、パターナリズムの定義には能力論の要素が内包されていたために、「意思に反した場合」には「パターナリズム」となるが、意思を表出できない者については、反する意思が存在しないということになり「パターナリズム」とは言われないということになる。また介入の正当化基準についても主に介入される側（被介入者）の様態を基準にパターナリズムの正当化基準が成立していた。

そこで、本論文では法によって保護される個人の利益のためになされるとされる「法的パターナリズム」の観点からパターナリズムを捉えることにし、かつその定義には能力論を内包しないこと、そして介入する際の正当化基準としては介入する側の合理的判断の妥

当性を問うこととした。すなわち、「個人の最善の利益の保護のためとして法による介入が正当化されるという考え方」である。

これらのことを踏まえて、「法的パターンリズム」の観点から違法性阻却事由である緊急避難、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かということを検討した結果、「法的パターンリズム」である緊急避難、緊急事務管理から代理決定は正当化されない、あるいは一時的に正当化されるものの、その状態が過ぎた後になされる医的侵襲行為における代理決定の正当化原理が無くなり、“では誰が”医的侵襲行為に対する同意（代理決定）をするのかという問題が生じるということを述べた。

したがって、医的侵襲行為場面において介入する医師側と介入される患者側の関係性のなかで介入する医師側に対して医師の裁量権の範囲内において、かつ関係性が成立する以前の最初の段階においても、その者に一定の規制をかけながら「本人の最善の利益」をどのように担保するのか、その仕組みを構築するために「法的パターンリズム」を再構築する別の観点が必要になると考えられた。また、「本人の最善の利益」の担保といった場合には医療水準の観点を導入することができると思われた。

第4項 代理決定を可能とする権威の必要性

これまでの検討を踏まえると医的侵襲行為への同意は違法性阻却原理であるが、それはあくまでも自己決定権の行使としてなされることであつた。したがって、成年後見人、家族、医師による医的侵襲行為への同意、すなわち代理決定は法的効力のないものであるから医的侵襲行為の違法性は阻却されないことになる。けれども医的侵襲行為の違法性が阻却されないという同じ状態のなかで代理決定がされているにもかかわらず、成年後見人による医的侵襲行為への同意は法的効力がなく無意味とされ、家族や医師による代理決定は法的効力があるかのように許容され、そして医的侵襲行為がなされている現状である。

このような成年後見人による代理決定に対する法的効力のなさ、慣行的特権によってなされる事実上家族による代理決定、そして専門家パターンリズムを「法的パターンリズム」の観点から再構築するために、それぞれ共通して欠如しているのがそれらを法的に正当化するための観点であると考えられた。なぜ、法的正当化を可能にする観点が必要となるのかということについては熊倉（1994）による「権威」概念と関連する。

すなわち、熊倉（1994：216）は「治療上の意志決定は患者と治療者という二つの主体の『共同意志決定』として定式化されてきた」が、実はそこには「患者と治療者の『共同意志決定』として、治療関係を規定し」、それに統制を加えた社会、その代表者としての公権力としての「権威」（他者性、第三者性）を備えているという。とするならば、医的侵襲行為場面における医師と患者、家族と患者との関係でなされる代理決定については本来であれば「権威」を備えた三者関係でなされているはずであるのに、二者関係で代理決定がされているという誤解が生じているのではないだろうか。また成年後見人については、成年後見人と成年被後見人の二者関係において医的侵襲行為への同意がなされるのであれば、そこに「権威」を位置づけることで代理決定が正当化されるのではないだろうか。

そこで、精神上に障害のある者への医的侵襲行為場面における同意権付与の問題が生じた場合に考えられる代理決定する側あるいは介入する側である成年後見人、家族、医師と代理決定される側の二者関係を改めて律することのできる「権威」を介入させることによ

って「法的フィクション」とされていた代理決定に法的正当性を付与することが可能であると考えられる。

第2節 代理決定の正当化原理としての信託・信認関係

では、成年後見人による医的侵襲行為への代理決定が法的正当性を持ちながら可能となるために、また慣行的家族特権によってなされる事実上家族による代理決定を法的に正当化するために、医師のパターナリズムに基づく介入を法的パターナリズムの観点から再構築するために、すなわちこれらの二者関係を新たに、あるいは改めて律する「権威」とは何かとした場合、本研究の「権威」となるのが「信託」・「信認関係」である。

本節では、試論的に代理決定の正当化原理として「信託」・「信認関係」を位置づけることを検討するために、まず「信託」・「信認関係」の意味について概観し、その特徴から代理決定の関係を代理の性質からではなく「信託」・「信認関係」から捉える意義を説く。

第1項 信託概念

まず、「信託」「信認」に関連する概念の整理を行うが、「信託」とは「広義の信託的行為（相手方を信頼して、経済的目的に必要とされる以上の法律的権利を与える行為）を指すこともあるが、普通は信託法の信託」（竹内ら編 1989：791, 792）を指すということ、後述する樋口（2000a：2-3）も「信認関係の代表は信託」であり、「信託」に関する基本的事項を定める法律が「信託法」とであると説明していることから「信託法」に関する概説書、諸研究者の見解から「信託」、その他関連する概念について説明する。

「信託法」における信託法第2条1項には「『信託』とは（中略）特定の者が一定の目的（専らその者の利益を図る目的を除く。同上において同じ）に従い、財産の管理又は処分及びその他の当該目的の達成のために必要な行為をすべきものとするをいう」と規定されている。「つまり、信託とは、ある者（T）が、一定の目的（受託者以外の利益の目的を除く）に従い、財産を有する者（S）からある財産（P）を分離させ、財産の管理または処分およびその他の当該目的の達成のために必要な行為をすべきこと」である。「ある者（T）を『受託者』、財産を有する者（S）を『委託者』、委託者の財産から分離され、受託者に帰属された財産（P）を『信託財産』、一定の目的を『信託目的』、そしてこれらの受託者の行為によって信託財産から生じた利益の帰属者を『受益者』という」。

そして「信託の定義として重要なことは、①受託者に財産の管理または処分を行わせる制度であること、すなわち財産管理の制度であること、②財産を受託者に移転する制度（委託者の財産から分離することを含む（自己信託））であること、すなわち、受託者は移転された財産の管理または処分に関する権限を排他的に有する制度であること、③その管理または処分等は一定の目的（信託目的）に従って行われる制度であることである」。なお、ここでいう「財産」とは「法的な権利（所有権）の移転」でもある（佐藤 2009：23-25）。

受託者については信託法第2条5項に「この法律において『受託者』とは、信託行為の定めに従い、信託財産に関する財産の管理又は処分及びその他の信託の目的の達成のために必要な行為すべき義務を負う者をいう」とされ、信託法第2条4項には「この法理において『委託者』とは、次条各号に掲げる方法により信託をする者をいう」とされ、「次条各号に掲げる方法」とは「特定の者との間で、当該特定の者に対し財産の譲渡、担保権の設

定その他の財産の処分をする旨並びに当該特定の者が一定の目的に従い財産の管理又は処分及びその他の当該目的の達成のために必要な行為をすべき旨の契約を締結する方法」(信託法第3条1)である。そして「前条第一号に掲げる方法によってされる信託は、委託者となるべき者と受託者となるべき者との間の信託契約の締結によってその効力が生ずる」(信託法第4条1項)とある。また「委託者自らが受益者となる信託を『自益信託』といい、委託者以外が受益者となる信託を『他益信託』という」(佐藤 2009 : 44)。

このような信託に基づく制度について、能見ら(2010 : 62)は「委託者ないし受益者のための制度」とし、新井(2005a : 142)は、信託は受益者保護を目的として受託者の権限濫用行為を牽制・抑止するために、信託法は種々の義務と責任を受託者に課している。すなわち、信託制度には一方において受託者に広範な自由裁量権を与えているとともに、他方において受益者に最善の利益(best interest)を図るために、受託者に厳格な義務と責任を課してバランスを図ろうと試みていると述べている。

そして、「他人をして、一定の目的に従い、財産の管理・処分をさせるため、その者に財産権(所有権)を移すこと」(大原 2007 : 43)をいう信託について、道垣内(1996 : 217)は「信託とは、所有者でない者に所有者と同様の物権的救済を認めるという法理であり、信託法はそれを可能にするための法律であり」、「信託財産の所有権は T (受託者) に帰属しているのだが、あたかも、受益者 B が所有権を有するかのような扱いがされる」点が信託の最大の特徴である説く。

このように「信託」の特徴は、委託者／受益者・受託者の二者ないし三者間において所有する財産を信用して委託することであり、信託の目的のために管理、処分をする制度であり、受託者は広範な裁量権を有するかわりに厳格な義務が課せられる制度であるといえる。では、次に「信託」と並べて用いられる「信認関係」について「信託」とどのような関係にあるのかをみる。

第2項 信託と信認関係

まず、「信認関係」について、樋口(2007a : 22-23)は「信託的な関係は、人間が必ずしも対等でない現実から出発」し、「一方は専門家であり、他方はその分野について非専門家で、相手方に頼らざるをえない人間」である。そのため、「相手に安心して依存できるのを認めてくれるような法的装置が必要」であり「それが信託的關係、信認関係であり、信じて託された相手には信認義務(fiduciary duty)あるいは受託者責任が発生」と説明している。「受託者の立場の人は、自己の利益の追求が原則として禁止され」、「最大の義務が忠実義務」あるいは「最大限の配慮」(樋口 2000a : 45)であり、信認関係の普遍的な徴表は信認義務である(樋口 2000b : 24)と述べている。

そして樋口(2000a : 38-39)は信認関係の特徴を4点にまとめている。すなわち、第一に「信認関係を結ぶか否かについて、選択の自由がある。受託者になるのを拒むこともできる、それは受益者の場合も同様である」こと。第二に「信認関係の内容についても、一定の選択の自由がある」こと。第三に「信認関係においては、受託者が裁量権をもち、彼が信託違反をしない限り、原則として受益者には何ら発言権はない」。「ただし、受益者が受託者に依存するのは、生活全般に及ぶわけではない」。第四に「信認関係にあつては、受託者は受益者の利益を図らねばならない義務を負う。それどころか自らの利益を図っては

ならないのであり、受益者のためだけに行動しなければならない。これを忠実義務という。受益者は、受託者に対して、自分のためだけを考えて働いてくれることを当てにしてよい」ということである。

信託義務について今井（2003：6）は「他人の財産の管理運用を委託された受託者が、委託者または受益者の最大利益を図るために、合理的かつ思慮ある行動をとらなければならない義務といえる。そのため、契約当事者のそれぞれが自らの利益の最大化だけを図ればよいとする伝統的な契約法理ではなく、委託者が受託者に自己の利益の最大化のために働くことを期待することができる法理である」。しかし「信託義務は信託契約を締結した場合に限らず、一方が他方に依存または他方を信頼し、他方が自己に依存している相手方の財産の管理運用に関する裁量権を有する関係にある当事者間において、広くみとめられるものである」という。そして大原（2007：46）によれば、それは「意思能力のない者との間でも法関係の成立を認めることができ」、「一方の当事者が意思無能力者であっても理論的に信託義務を課することができる」のであり、同様に工藤（2010：3）も「一方が他方に依存し、他方は自ら依存する相手方に対してその利益を図るような関係一般を信託関係とよぶ」としている。

藤田（2000：284-286）は、信託関係の特徴を「受託者（fiduciary）がもつばら principal の利益のために働くという関係である点が本質的で」あり、「受託者はもつばら principal の利益を優先させる義務を負う」という。そして「分業と専門家の激しい現代社会では、相手に能力と専門知識に全面的に依存することが一定の範囲で避け難く、自己責任を基調とする関係に加えて相手方への依存を基調とする関係が必要であり、そして法的にそのような関係をサポートする」のに「信託関係」を用いるべきであるとし、Hall ら（＝2005：93）によれば「『信託』関係は、種々の法的・社会的領域で存在しており、信託義務は個別的な一法理というよりむしろ一般的な不法行為・契約法の高められた局面として現れるものである。そして受託者は、その法的義務を履行するにあたり、高度の忠実・注意・配慮の義務の基準を充たす必要がある」と述べる。

また、改めて大原（2007：45）は信託関係について、それは「受益者に自己責任を迫るのではなく、当事者を非対等とすることを前提に、受託者に受益者の利益を図るように義務づけることで、受益者の利益を厚く保護する法関係である」。したがって、「端的にいえば信頼を保護する法関係であるということが出来る」。「信託関係は信頼によって成立する法関係であり、（中略）一方の当事者には誠実であることが求められ、高度の忠実義務が課されることから、信託関係は信頼を保護する法関係、すなわち『信頼と誠実』の法関係である」（大原 2007：47）という。

西藤（2007：124）は「信託関係とは、当事者の一方があることについて権限を他者に付託し、付託された側は、付託した側の利益のみその権限を行為することが許される関係だとされる。付託された側、つまり受託者ないし受託者は、その権限を自分の利益のために用いてはならないのである。当事者の一方の権限を他者に託すのは、何らかの直面させられている事態に自ら対処することに困難や制約を見出し、知識と経験を具えた他者の裁量に委ねることが、より好ましい結果をもたらすと判断し、期待しているからである」という。けれども、西藤（2007：124-125）によれば「信託関係には、一方に託された権限ないし裁量が濫用される危険が避け難くつきまとう」という。「委託者には受託者ないし受

託者の権限行使の仕方を監視し、濫用の有無を判断することさえきわめて難しい」からである。「したがって、信託関係が有益な仕方で行われるためには、託された権限ないし裁量の適切な行使を促し、同時にその濫用を阻止する枠組みが整えられなければならない」と説く。

そして、加藤（2007：537）は信託法上の「信託」と「信託関係（信託 fiduciary relation）」について整理している。それによれば信託関係とは、委託者－受託者間等の信託関係を基礎とした法律関係において、受託者に広い裁量権が認められている場合に、具体的な義務内容が契約に定められていなくても、委託者の信託に対応する受託者の忠実義務が認められるべき関係であるといえる。これに対して信託法上の信託とは、委託者－受託者間で財産権の移転等があり、受託者が分別管理義務を負ったうえで、それを管理処分することが、必須の要件となる。このことから、信託関係とは広い概念であって、信託法上の信託は信託関係がある法律関係の一部をなすものであるという。

以上が、諸研究者による「信託関係」についての見解である。さて、「信託関係」とは何かという委託者と受託者の信託関係を基礎とした法律関係であり、重要なのは依存関係、非対称関係を前提にしている関係であると言え、また委託者ないし受益者が意思無能力者であるか否かということは問われないということ、したがって理論的には受託者に信託義務を課することが可能であるという点である。

このことについて、新井（1997a：96）によれば「意思無能力または行為能力のない受益者のために能力者である委託者が他益信託を設定することも可能である。信託法は、委託者または受益者が被保護状態に陥って、受託者を監督し得ない場合にも受託者が付与された管理処分権を濫用することがないように受益者保護のメカニズムを備えている」のであるといい、大原（2007：46）も「意思能力のない者との間でも法関係の成立を認めることができる」という点で受益者の利益保護がされるという。つまり「信託関係では、一方の当事者が意思無能力者であっても理論的には信託義務を課することができる」という。

そして委託者ないし受益者は信託を担保にして受託者に権限を託し、受託者は受益者の利益のために信託への対応をはかることになる。委託者ないし受益者が受託者に権限を託すのは信託を担保にしてということではあるが、その信託は何に向けられているかという受託者の持つ専門的な知識や経験に対してである。だから依存関係、非対象関係ということが前提になるわけであるが、受託者が専門的な知識や経験をもつがゆえに裁量権が濫用される危険がこの関係にはつきまとうということであった。

そのために受託者に対しては高度な忠実義務を課すことで信託関係を維持することになる。ここでいう忠実義務のほか、受託者に課せられた義務を総じて信託義務という。

「信託」と「信託関係」については、加藤（2007）が述べていたように信託関係とは広い概念であって、信託法上の信託は信託関係がある法律関係の一部をなすものであるということから、「信託」ということは「信託関係」が基底にあるということであるということがわかる。

（1）患者と専門家の信託・信託関係

以上が「信託」「信託関係」の特徴であったが、どのような関係が「信託関係」に該当するのかというと「代理人、財産を寄託された者、会社の取締役の役員、遺産管理人および

遺言執行者、破産管財人、後見人、さらには患者との関係で医師や神経科医など、皆、受託者であり、また「子供に対する親の立場も信認関係」（樋口 2000a : 37）であり、特に、医師と患者の関係を「信認関係」とみなす見解がある。

中谷（1987 : 32）は医師と患者関係を「信託関係」として捉えている。「すなわち、ある人が他の人に特別の信用ないし信頼を託した場合には、その受託者は相手の利益のために誠意をもって尽くさなければならない」ことである。したがって、医師が患者に告知をする場合には「医師は、患者の信託にこたえて、患者の状態と医師が押す治療法に関連のある事実をすべて告知しなければならないということになる」と説く。

Hall ら（=2005 : 93）によれば「診療関係においては、患者はしばしば疾病により依存心も強くなり体力も減退して、患者の福祉、時には生命にとって重要な知識・技能の複合体を会得する専門家（医師）からの医療を求めることになり、彼（彼女）（患者）は自己に診療につき医師を信頼し、診療に際してはしばしば親密な情報の共有及び身体的・精神的なプライバシーへの深い侵襲が要請される。（かくして）これらの特徴からして、診療関係は信認関係の射程に入ることになる」という。

また、大原（2007 : 47）は信認関係という法関係は「一定の専門性を有する分野において非対等な一方の当事者を保護する必要性が高い場合（たとえば社会福祉サービスを利用する場合など）に、特に重視する必要がある」ということで福祉サービスの利用の場合を念頭にしている。これらも、受託者である医師や社会福祉サービスを提供する者の専門的な知識や経験を信頼して患者や福祉サービスの利用者が生命・身体、あるいは生活を託すということになる。そして先述において今井（2003）が「一方が他方に依存または他方を信頼し、他方が自己に依存している相手方の財産の管理運用に関する裁量権を有する関係にある当事者間」においても信認義務を課することが可能であるということから、これらを「信認関係」と捉えた場合には後に述べる「忠実義務」を始めとした義務を課することが可能であると思われる。

けれども、田岡（2009 : 344）は医師と患者関係を信認関係と捉えられていることに対して、それは「医師患者関係という事実関係それ自体を言い表すための一つの名称でしかない」、あるいは「観念的なモデルの一つの名称でしかない」と批判し、信認関係から医師に何らかの義務を（田岡 2009 は医師の情報開示義務を義務として位置づけている）法的根拠をもって課することはできないと説く。

すなわち、「既存の状況に対して信認関係ないし信認義務という新たな名称をつけただけである以上、それだけではこれまでと何か法的に異なる帰結が導かれるわけではない」（田岡 2009 : 346）という。問題なのは、「そのような医師患者関係のあるべき姿としての『信認モデル』をどのような法的構成でどのような具体的な権利義務に基づく法的関係へと転化させていくかということである」とする。

このような田岡（2009）の見解に対して筆者は異なる見解を示す。つまり既存の状況に「信認関係ないし信認義務という新たな名称」をつけるだけでは何らかの義務を課することはできないということであるが、第一に、「信認関係」を一般化すれば専門家と素人という関係であるため「信認関係」として捉えることが可能であり、既存の関係を「信認関係」と捉えることに意義があり、そのように捉えることによって初めて「信認関係」によって生じるべき義務を課することが可能である。

つまり第二に、田岡（2009）は既存の関係を信認関係として捉えることには意味がないとするだけではなく、既存の義務を忠実義務と言い換えたとしても、結局のところ中身は同じであるという指摘をするが、それは間違いであると思われる。すなわち、「信認関係」という委託者ないし受益者と受託者の関係の中に「忠実義務」を置くことは可能であり、かつそれは独立して位置づけられることによって意義があるのであって、単なる既存の義務の置き換えではないと言えよう。なぜならば、後に述べるように「忠実義務」は専門的知識や経験を有する受託者の裁量権の行使の抑制、つまり受託者という地位を利用させないための厳格な義務であり、「もっぱら受益者の利益のためのみに行動しなければならない義務」（佐藤 2009：82）であるからである。

（2）親子関係の信託・信認関係

上述の「親権」について検討した際に、野崎（2003a：125-142）はキムリッカによる提案された家族関係に信託原理を介入させることで、親業の自由を縮減でき、子の福祉の観点から親業を適切な国家のコントロールによって確保することができること、エンゲルハート（甲斐ら 2009：166-167）が家族は受託者として子の最善の利益を果たすための権限を持つに過ぎず、それは常に社会の監督と国家の介入に適切に開かれている、ということが述べられていた。

これらの見解は「信託」「信認関係」が意義のあるものであることを示す。つまり、親子という生まれながらにして非対称的な関係のなかで子の最善の利益を確保するために、親子の関係を「信託」「信認関係」と捉えること、あるいはそのように位置づけることによって親は子の最善の利益のためのみ権限を有しなければならないということが、常に社会によって監視されていることになり、したがって親の有する権限が子の最善の利益のために行使される状態が維持できるということになる。

第3項 受託者の義務と信託監督人

これまで「信託」「信認関係」について概観してきたが、「信認関係」の一部として「信託」が内包されるということであった。「信認関係」においては委託者ないし受益者と受託者という依存関係、非対称関係の中で、信託財産の移譲がなされ、受託者は受益者の利益のために広大な裁量権をもって職務するということであった。しかし、広大な裁量権がある一方では厳格な義務が課せられているということでもあった。

つまり、信託では「信託財産の管理について利益対立が生じた場合の安全等が保障され、また信託財産の管理に関して容易に裁判所に判断を求める可能性が確保されている」こと、「受託者は委託者の支配を受けることなく信託財産を管理することも可能になっているので、当然に厳格な義務が課されている」である。

ここでは「少なくとも信託を理解するときに、受託者の義務に着目すべき」である（道垣内 2008a：131）ということから「信認関係」に生じる「受託者の義務」を「信託法」に基づいて概観することにする。「信託法」から「受託者の義務」を概観するのは、「信託・信認関係」の基本的事項を定めた法律が「信託法」であるという樋口（2000a：2）の見解による。また、受託者に厳格な義務が課されていれば、受益者の利益となる職務がなされるかといえれば必ずしもそうではないということから、それを監督する機関として信託監督

人が位置づけられているため、信託監督人についても説明をする。

(1) 受託者の義務

「信託法」においては「受託者」に対してさまざまな義務を認めている。その義務は上述からでは、広義において「信託義務」と呼ばれているものである。

「信託法」における「義務」には「信託事務遂行義務」（信託財産を信託目的の達成のために管理する義務、これは受託者はその権限の行為に関して「（善管）注意義務」と「忠実義務」を負っている）、「忠実義務」（もっぱら受益者の利益のためのみに行動しなければならない義務）、「自己執行義務」（受託者自らが信託財産の管理を行わなければならない義務）、「善管注意義務」（善良なる管理者の注意をもって信託財産を管理しなければならない義務）、「公平義務」（受益者が複数ある場合には、それらの受益者を公平に扱って信託事務を処理しなければならない義務）、「分別管理義務」（信託財産を他の委託者の信託管理や受託者固有財産と物理的に分離し、管理しなければならない義務）、「計算報告義務」（各信託についての事務処理、計算を明らかにし、財産目録を作成するとともに、信託の関係者にその内容を開示・報告しなければならない義務）、という 7 つに細分化された義務が規定されている（佐藤 2009 : 82）。

ただし、佐藤（2009 : 82）のいう「自己執行義務」とは正式には「信託事務の処理の第三者への委託」と「信託事務の処理の委託における第三者の選任及び監督に関する義務」という義務の内容を合わせたものである。したがって、ここでは、道垣内（2007 : 136-142）による「自己執行義務の否定」という項目にする。

これらの義務のうち、ここでは「忠実義務」「善管注意義務」「自己執行義務の否定」について述べる。

① 「忠実義務」

信託法第 30 条には「受託者は、受益者のため忠実に信託事務の処理その他の行為をしなければならない」とある。これが「忠実義務」の内容である。

長谷川（2010 : 310）によれば「他人からの信託を受けた受託者として、より高度の専門的な注意義務を負うもの」であり、「当事者間の高度な人的信頼関係（信託関係）に基づいて認められるものであり、①本人と利益相反する地位に身を置いてはならない、②受託者であるという地位を利用して、本人の不利益において第三者の利益を図ってはならない、③事務処理によって自らの利益を受けてはならない、と理解されている（長谷川 2010 : 321, 佐藤 2009 : 84-86, 大原 2007 : 45）。

また「忠実義務は、利益相反行為の禁止や利得の禁止を内容とし、そのような行為によって取得された利益の吐き出しや原状回復的な救済手段を確保するために、信託関係ある受託者に課される行動規範であり（長谷川 2010 : 322）、「忠実義務は、一方（委任者）が他方（受託者など）を信頼して一方（委任者など）の利益を他方に委ねたという事実関係から生ずる」のである（柳 2004 : 434）。

中野（2001 : 224）によれば「信託における受託者には所有と管理とのギャップまたは管理主体と利益帰属主体との相違によるギャップを埋めるために、忠実義務が要請され」、「善管注意義務と並んで、信託受託者にはもっとも厳しい忠実義務が負わされることにな

る」。この忠実義務は善管注意義務とあいまって、受託者の義務の両輪となって受益者を保護する役割を持っている（井上 2007 : 125 ; 井上編 2007 : 59）という。

つまり、「信託」「信認関係」は委託者ないし受益者が受託者を信頼して委ねるという事実関係があればよく、その事実関係によって受託者の専門的知識や経験をもとにした「忠実義務」が生じるということになる。

② 「善管注意義務」

信託法第 29 条 1 項には「受託者は、信託の本旨に従い、信託事務を処理しなければならない」とあり、続く 2 項には「受託者は、信託事務を処理するにあたっては、善良な管理者の注意をもって、これをしなければならない。ただし、信託行為に別段の定めがあるときは、その定めるところによる注意をもって、これをするものとする」とある。これが「善管注意義務」の内容である。

この「善良な管理者の注意」（善管注意）というのは、「一般に、『行為者の属する職業や社会的な地位に応じて、通常期待される程度の注意』ということである」とされているがこれは「客観的な基準であって、主観的な基準ではない」「『自分としては一所懸命やっていた』ではすまされない」（道垣内 2007 : 134-135）ということが含意されているという。

けれども道垣内（2006 : 43）は「その客観的義務水準の具体的中身は、はっきりしない」と指摘している。しかしながら、この根本には「受託者は委託者に信頼されて信託事務を委ねられたのだから、受託者はその信頼に応えなければならない、という理解」と「受託者は自らが信頼されたのだから、自らがその事務を執行しなければならない、という考え方」があり、つまりは専門家として委託者（受益者）の利益を図ることが、受託者の義務である（道垣内 2007 : 134-135）。

信託法における善管注意義務は民法 644 条で定められているそれと同様の機能であると捉えてよい。というのは、富田（2006 : 203）が「現在において善管注意義務は、医師の説明義務、専門家の情報提供義務等に見られるように契約法の領域においても善管注意義務の高度性が認められており、契約法における善管注意義務と信託法上のそれに連続性を認めることは可能であろう」と述べていることからである。さらに富田（2006 : 203）は続けて「医師の説明義務等のように善管注意義務の高度化が現象として認められる現代契約法において、信託関係における忠実義務のみが特殊な高度性を持つと見る必要性はなくなっており、この点からも信託法を契約法一般の中に積極的に組み入れることが適切な対応となるはずである」とも述べている。

けれども、筆者は別の見解を示す。というのは、「信託関係における忠実義務のみが特殊な高度性を持つと見る必要性はなくなっており」という富田（2006）の見解では、後に述べるように代理決定の正当化原理として「信託」「信認関係」を用いることの意義の一つが消失してしまうからである。つまり、意義の一つを先に述べるならば、代理決定を行う者のうち、医師と成年後見人それぞれに課されている「善管注意義務」あるいは「身上配慮義務」では代理人として「患者の利益」のために医的侵襲行為に対する同意をしなければならないということまでは導き出せないことから、信認義務としての「忠実義務」を独立して位置づけることによって、それが可能であると考えからである。

③ 「自己執行義務の否定」

信託法第 28 条には「受託者は、次に掲げる場合には、信託事務の処理を第三者に委託することができる」とあり、第 1 項には「信託行為に信託事務の処理を第三者に委託する旨又は委託することができる旨の定めがあるとき」、第 2 項には「信託行為に信託事務の処理の第三者への委託に関する定めがない場合において、信託事務の処理を第三者に委託することが信託の目的に照らして相当であると認められるとき」、第 3 項には「信託行為に信託事務の処理を第三者に委託してはならない旨の定めがある場合において、信託事務の処理を第三者に委託することにつき信託の目的に照らしてやむを得ない事由があると認められるとき」とある。

これは「第三者への委託は受託者の権限として位置づけられたことを意味する」（深山 2008 : 19）が、第 35 条には「第二十八条の規定により信託事務の処理を第三者に委託するときは、受託者は、信託の目的に照らして適切な者に委託しなければならない」、第 2 項には「第二十八条の規定により信託事務の処理を第三者に委託したときは、受託者は、当該第三者に対し、信託の目的の達成のために必要かつ適切な監督を行わなければならない」、第 3 項には「受託者が信託事務の処理を次に掲げる第三者に委託したときは、前二項の規定は、適用しない。ただし、受託者は、当該第三者が不適任若しくは不誠実であること又は当該第三者による事務の処理が不適切であることを知ったときは、その旨の受益者に対する通知、当該第三者への委託の解除その他の必要な措置をとらなければならない」とあり、受託者に「選任監督義務」（深山 2008 : 19）が負わされているということがわかる。これらの条文規定について道垣内（2007 : 136-142）は「自己執行義務の否定」として、善管注意に基づく事務処理義務が課されている根本には、受託者は委託者に信頼されて信託事務を委ねられたのだから、受託者はその信頼に応じなければならないのだが、「現在では、専門分野の種々に分かれ、それぞれに専門家が存在する状況になっている」ことからすれば「適切な専門家に頼むことこそ、受益者の利益を図ることになり、受託者の義務だと」言えると述べている。

ここにおける第三者について、佐藤（2009 : 89）は「信託事務の処理の委託を受けた者は、受託者に代わって信託事務の処理を行うことにあるのであるから、当然に受託者と同一の義務を負うべきという考え方」もある。信託事務の受任者（第三者）の「責任に関する定めは信託法にはないが、受託者は、善管注意義務として第三者と信託事務の委託契約に信託法に規定された義務のうち、受益者保護の観点から遵守させる必要がある義務については、委託契約に規定する必要があるだろう」という。

(2) 「信託監督人制度」

信託においては受益者が受託者による信託事務処理を監視する権利がある（道垣内 2007 : 184）が、「受益者が現存するけれども、高齢者や未成年者であって、受託者を監督するのに十分な能力を有していないことも」（道垣内 2007 : 188）あるため、受益者に代わって受託者を監視するのが「信託監督人」である。「年少者や高齢者、あるいは知的障害者等を受益者として財産の管理や生活の支援等を行うことを目的とする福祉型の信託の利用の促進を図る等の観点から、受益者のために第三者が受託者を監視・監督する制度」として有益であるという（佐藤 2009 : 193）。

上林（2008：50）によれば、信託法の改正により「受益者が高齢者などを想定した信託監督人制度が新設された」という。それは「受益者が不特定または存在しない場合に限って、受益者に代わって受託者を監視・監督する信託管理人をおくことが認められていた」が、「特定の受益者が現に存在していても、その受益者が高齢者等で受託者を監督するのに十分な能力を有しない場合もある」ため、「改正信託法第 131 条において、受益者が現に存する場合も、信託行為の定めあるいは裁判所の決定により信託監督人を選任することを認めた」と説く。

「信託監督人」の地位は「受益者の代理人ではなく、信託の機関」となる（佐藤 2009：194）。「信託監督人」は「信託行為の定めにより選任」され、「信託行為において信託監督人として指名された者が、就任の承諾をして初めて就任する」。また「受益者が受託者の信託監督人に関する定めがないと特別な事情がある場合において、信託行為に信託監督人の定めがないとき」などは「裁判所は、利害関係人の申立てにより信託監督人を選任することができる。

第 4 項 信託と代理の性質

では、これまで概観してきた「信託」と「代理」の性質について述べる。というのは、医的侵襲行為における代理決定はどれも法的意味における「代理」ではないが、しかし「代理」の性質の観点から考えることも可能である。けれども本研究では「代理」の性質ではなく「信託」「信認関係」の観点から代理決定の法的正当化を試みるからである。

さて、「信託」と「代理」はともに「他人に代わってする行為現象の典型」（伊藤 2010：8）であると言える。けれども「代理」ではなく「信託」を用いるのは、これまでの「信託」の特徴も含まれるが新井（1997a：94）が端的にまとめている。

それによれば第一に「代理人は財産の名義人にはならないが、受託者は財産の名義人となる」、第二に「代理人は本人の支配に服するが、受託者は受益者の支配に服さない」、第三に「代理人は第三者に対する人的責任を負わないが、受託者は第三者に対する人的責任を負う」、第四に「代理は本人と代理人との契約によって生ずるが、信託の設定は必ずしも受益者の承諾による必要はない」、第五に「代理は本人の死亡または無能力によって消滅するが、信託は委託者の死亡または無能力によって当然に終了しない」、第六に「代理においては本人が訴訟を遂行するが、信託においては受託者が訴訟を遂行する」、第七に「代理法は遺言法に服するが、信託法は遺言法には服さない」、という七点が挙げられている。

そして、信託と代理の性質の対比を踏まえ新井（1997a：95）は「代理はあくまでも本人が自己の利益を実現するために代理人をその支配下においてコントロールするものであり」、これに対して「信託はそれ自体独立した自益的または他益的な目的を実現するために委託者がその所有財産を自己の支配圏から離脱させ、受託者にそのコントロールを委ねるものであり、財産管理権は委託者とは別人格の受託者に移転して」いることになる述べられている。

このことから重要な点は、委託者の所有財産が委託者の支配圏から離脱させて受託者がそれをコントロールするということ、受託者は第三者に対する人的責任を負うというのは第三者に信託事務を委託した場合に生じること、無能力であるかどうかはやはり問われないことが挙げられる。このような「信託」の性質が、精神上に障害のある者への医的侵襲

行為の同意を代理関係のなかで法的に位置づける場合に「代理」の性質よりも有益であり、代理決定を法的に正当なものとみなすことが可能になると言えよう。

第5項 本論文における信託・信認関係の意義

これまで「信託」「信認関係」について、「受託者」の義務、「受益者」の利益を保護するための「信託監督人」について述べてきた。

まず「信託」を捉える場合には「委託者ないし受益者」と「受託者」の二者ないし三者関係がある。そして、「信託」とは「受託者」に財産の管理または処分を行なわせる財産管理の制度であること、これは委託者の法的な権利（所有権）が移転することを意味する。けれども、受益者が所有権を有するかのような扱いがされる点が特徴である。そして、移転された財産の管理処分をする権限を排他的に有することのできる「受託者」は受益者の最善の利益のために「信託の目的」に従って職務を遂行することになる。

これらのことから本論文の意義を述べると次のようになる。すなわち、第一に委託者の権限が受託者に移転されること、しかし、第二に受託者に権限が移転されたとしても、受益者の権限であるかのような扱いがなされること、第三に受益者の最善の利益のために職務が遂行されること、である。

第一の点でいえば、患者本人の同意権が代理決定者に移転することに相当し、このことは「資源分配説」にあったように精神上に障害のある者自らが同意権をコントロールすることができないために「家族」によって代理決定がされることになることと関連する。第二に、しかしここでは受益者の権限があるかのように扱われるということであったが、同意権が代理決定者に移転したことによって生じる効果として患者に医的侵襲行為がなされることに相当する。そして第三に、「信託の目的」に従ってということ、これはまさに患者の最善の利益のために代理決定者は行為しなければならないということに置き換えることができると思われる。

けれども、あくまでも「信託」は財産管理の制度であるということで、患者本人と代理決定者、あるいは患者本人と代理決定者と医師という関係を考えるには該当しないという批判も考えられるが、このことについては後述する。

次に「信認関係」について。「信認関係」には「信託」が内包されることになる。「信認関係」の特徴は、一般化すれば専門家と素人という関係であり、専門家の有する専門的知識や経験を信頼して相手方（素人）は自己に関する何かを委ねることを可能にする「法的装置」であり、専門家に対しては「信認義務」を課すことが可能になる。なぜならば、専門家である受託者は広い裁量権が認められているが、その地位を利用することによって生じる自己や第三者の利益の取得を禁止するためである。このことによって受益者の利益が保護されるのである。したがって、これらのことを踏まえると医的侵襲行為場面における患者と医師の関係は当然であるが、患者と家族と医師、患者と成年後見人と医師、というそれぞれの人的関係もまた「信認関係」として捉えることが可能であると思われる。ただし、樋口（2000a）による信認関係の特徴には受託者は信認関係を結ぶか否かの選択の自由があるということであった。仮に「家族」が信認関係を拒否する一方で、代理決定を行ったとすれば、しかもそれが「患者の利益のため」ということや「患者本人のことをよく知っているから」という理由に基づくのであれば、それは患者のことについて他の誰よ

りも精通しているという意味で専門家となりえ、まさに「家族」であるという事実関係によって信認関係にならざるを得ないということになると言えよう。

「信認義務」について、特に重要なのが「忠実義務」である。すなわち、「忠実義務」が課されることによって委託者ないし受益者の権限を所有する、それは利益が帰属すること意味するが、一方でそれを管理しなければならない立場である受託者が「受益者のための信託事務の処理その他の行為をしなければなら」ず、受託者の地位を利用してはならないという制約になるからである。また、「善管注意義務」も「忠実義務」と並んで重要とされているが、これは管理者である受託者として客観的な基準に依拠せずに委託者ないし受益者から移譲された所有物を信託の目的に従って管理処分してはならない、というように「客観的基準」であって主観的基準によって管理処分をしてはならないという点で重要であると思われる。

さらに「自己執行義務の否定」について、受託者が自らで信託事務を遂行できない場合には別の専門家である第三者に委託することができるという点で重要である。すなわち、患者と家族、患者と成年後見人を信認関係とみるならば、受託者である家族と成年後見人は医的侵襲行為への同意という信託事務を含め、医師に対して「自己執行義務の否定」という形で委託することが可能であると考えられるからである。

けれども仮に、これらの義務を受託者に課したとしても広大な裁量権がある以上、それを濫用される危険がつきまとうことから、受益者が受託者の信託事務の遂行状況を監督しなければならないのである。しかし、その監督を受益者自身でできない場合の機関として「信託監督人」が配置されていることは重要であると言える。

まさに「信託監督人」は高齢者など受託者を監督するのに十分な能力を有していない受益者のための機関であるからである。

したがって、成年後見制度における医的侵襲行為への同意権に関する論議から成年後見人や家族に対して単独で医的侵襲行為への同意権を付与できない場合には、家庭裁判所・第三者機関・後見監督人の関与の必要性がいわれていたが、成年後見人の場合は成年後見監督人が挙げられ、ここではそれを「信託監督人」として位置づけることが可能であると思われる。

以上で述べたことを、これまで検討してきたことと関連させて後に述べることにする。

第3節 「信頼」「信認」「信用」概念—斉藤壽彦に依拠して

ここで、上述してきた「信託」「信認関係」の捉え方の中で「信頼」「信用」という概念が含まれていた。これらの概念に加えて「信認」概念を含めた3つの概念の関係について述べているのが斉藤（2007）である。

「信頼」概念について斉藤（2007：25）はニクラス・ルーマンの定義を援用したバーナード・バーバーの定義を挙げている。それによれば信頼とは『『自然的秩序および道徳的社会秩序の存在に対する期待』』であるという。そして斉藤（2007：25）は自然的秩序というのはあまりにも抽象的すぎて信頼についての科学的分析を進めるのには役に立たないため、広義に道徳的社会秩序の存在に対する期待が信頼に相当すると述べる。「道徳的秩序に対する期待は、能力に対する期待と相手の意図に対する期待とに分けることができ」、「前者は社会関係や社会制度のなかで出会う相手が、役割を遂行する能力をもっているという

期待」であり、「後者は相互作用の相手に信託された責務と責任を果たすこと、またそのためには、場合によっては自分の利益よりも他者の利益を尊重しなければならないという義務を果たすことに対する期待」であるという。これらの信頼には期待という意味があるが「それは『裏切らない』という言葉で表現されている期待である」と斉藤（2007：29）はいう。

次に「信用」概念について斉藤（2007：99）は「経済活動や国民生活についても、そこに関与する人々の信頼関係があって初めて円滑に成り立つものである。そこに関係する当事者はその相互関係を保つよう期待され、要請されている」という。そして「信用」概念は三層構造から成立しているということであるが、基本として「信頼」が横たわって「信用」が成立していると説く。そして斉藤（2007：47-48）によれば「信認には信ずる、期待するという意味での信頼という意味が含まれているが、主観的にそう思うのではなく、そこには承認されるべき正当性あるいは客観的事実が確かに存在すると考えられている」。信認概念には私的關係としての信認（私的信認）と社会の集団の暗黙の合意として成立する社会的信認に分けることができるという。

私的信認とは「当事者の一方が他方を信頼してあることを依頼し、委託を受けた者は、受益者の利益のために行動しなければならないということである。このような信認は、委託者と受託者との間での一定の取り決めに基づくものであり、特に法的関係として現われている」という。そして社会的信認とは「社会構成員の信頼を前提とするものである。したがってこれを社会的信頼といってもよい」として、これは「人間の共通の社会的行動の産物として外形をとる。もちろんそれは信頼に基づくものであるから、それは正しいと信じる人間の認識を通じて現われるものであり、客観的真実そのものではなく、また客観的真実をそのまま反映しているとはかぎらず、錯誤も伴うものである」という。

以上のことから「信認」「信頼」「信用」の3つの概念について、「信用」ということの基底には「信頼」があり、「信頼」について斉藤（2007）は能力に対する期待と相手の意図に対する期待とに分類していたが、人間が誰かを「信頼」するときには総じて「裏切らない」という「期待」が込められているということであった。そしてこれらが「信認」概念に内包されること、「信認」は「私的信認」と「社会的信認」があるということである。このことは、既述した「信託」・「信認関係」の内容も専門的な知識や経験を有する者を信頼して依存する、頼るということが含意されていることがわかる。

そして、斉藤（2007）による「信頼」「信認」「信用」という概念の整理は「家族」との代理関係を「信託」「信認関係」として捉えることが可能なのかという疑問を解決してくれることになる。つまり、慣行的家族特権によってなされていた事実上家族による代理決定を生じさせていた三説のうち、「資源分配説」では生前委譲・家督相続という「私的信認」と食物分配過程にみる明確なルールと暗黙の共同規範である「社会的信認」によって「家族」に「代わる」ことが託され、「家族愛情説」もまた「私的信認」と「社会的信認」によって「家族」に「代わる」ことを託したと考えられる。すなわち、「家族愛情説」において「家族」が代われるのは、近代社会によって押し付けられた「愛情」規範によって「代わる」という機能をせざるを得ないということを指摘したが、これは両性の合意に基づいた婚姻関係によって成立する「家族」として生じる「私的信認」であり、そのような「家族」内部に要請される「社会的信認」の結果として「家族」が「代わる」ということが可能に

なったということである。そして「親密圏説」もまた「親密圏」において「家族」が「代わる」ことを「公共圏」に内在する「私的信認」で解決しようとしても、それが可能でないために結果として「家族愛情説」と同様に「私的信認」と「社会的信認」によって「家族」に「代わる」ことが託されていたといえよう。

このように、「信認」概念には「信賴」「信用」が含まれること、そして慣行的家族特権によって事実上家族による代理決定が可能になるのは、「資源分配説」「家族愛情説」「親密圏説」に基づいて生じる関係性が「私的信認」と「社会的信認」によるものであると考えられ、したがって、慣行的家族特権による事実上家族による代理決定もまた「信託」「信認関係」として捉えられることができよう。

第4節 信託・信認関係による代理決定の正当化

熊倉（1994：217）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」おり、「そしてパターンリズムは三者構造の中に、はじめて成立する」、そして「患者と治療者と権威の三者関係において治療関係は完成する」（熊倉 1994：217）と説く。

このことからすれば、本来であれば「権威」を位置づけた三者関係によって成立しているはずの医的侵襲行為への同意、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、「専門家パターンリズム」によって生じる患者に対する医師の介入、そして成年後見制度によって生じる患者（成年被後見人）と成年後見人の関係、それぞれの二者関係に改めて法的権威を位置づけることによって、代理決定に法的正当性が与えられると考えられる。また、医師・家族・患者、医師・成年後見人・患者、という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、三者関係の法的正当性を与えることができると考える。そして、それぞれの人的関係を律することのできる「権威」を介入させることによって、法的でも機能しない、あるいは「法的フィクション」（光石 1998）とされていた代理決定に法的正当性を付与し、かつ「本人の最善の利益」を担保する仕組みを提示することが可能であると思われる。

そこで、改めて医的侵襲行為場面における人的関係に「権威」を位置づけ代理決定の正当化を試み、「本人の最善の利益」を担保するために導入するのが「信託」「信認関係」である。「信託」「信認関係」の特徴として挙げられるのが、専門家（受託者）と素人（委託者ないし受益者）の関係がある。この関係は、一方が有する専門的知識や経験に他方が依存することが前提となっており、「信託」の観点からすれば委託者は自らが有する権限を受託者に移転し、それによって受託者はその権限すなわち利益の帰属主体となるとともに、管理処分することが可能となる。ただし、受託者は自らが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。そのため、その濫用を防ぐために厳格な義務である「忠実義務」、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た。また「客観的な基準」に基づいて信託の目的にかなうように管理者として注意を払わなければならないとする「善管注意義務」があり、善管注意義務を果たすために「客観的基準」に基づいて行為するという「客観的基準」が既述してきた医療水準に相当すると思われる。つまり、医療水準は医療機関における過失を判断する基準であるとともに、医療技術のレベルの下限を設

定し、患者に保証すべき技術レベルを決定する基準として作用するということから、医療の性質によって代理決定者に対する同意権付与するかしないかが左右されることはなくなり、患者に保証されるべき技術レベルに従って、医的侵襲行為場面に対して同意をするか否かを判断し決定する際の基準になると考えられるからである。

そして、受託者が他の専門家に信託事務を委託してよいとした場合に、それが可能となる「自己執行義務の否定」という義務も負うことになっていた。けれども、ただ厳格な義務を課すだけではなく、また通常であれば受益者が受託者の信託事務の様子を監視しなければならないが、それが困難な場合もあるということで信託監督人が位置づけられていた。

これらの「信託」「信認関係」の特徴から、医的侵襲行為場面における代理決定の正当化を試みると次のようになる。

まず、「信託の目的」は常に「患者の最善の利益のため」ということになる。【専門家パターンナリズム】について、患者（委託者・受益者）と医師（受託者）の関係を信認関係とみることによって、従来のパターンナリズムが有していた医師の裁量権の行使という前景が解消され、改めて専門家パターンナリズムが正当化されると考えられる。なぜならば信認関係と捉えることによって従来、医師に課されていた「善管注意義務」よりも高度な「忠実義務」が課せられること、介入する医師側の介入行為の介入基準が「医療水準」に基づくこと、そして「信託監督人」を位置づけることが可能になるからである。

この場合の「信託監督人」は成年後見制度の論議のなかにもあったように、他の医師や家族が想定されるが、これらの者は信託機関であるため「信託の利益を享受する受益者のために」（佐藤 2009：193）受託者を監視することから、同じ医師であっても共謀すること、家族間における利害関係は理論上生じないことになる（図8）。

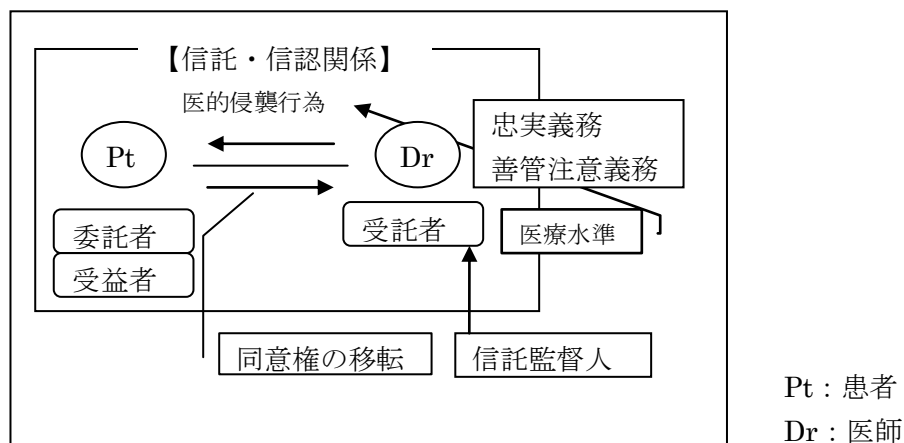


図8 「【専門家パターンナリズム】の正当化の仕組み」

次に「慣行的家族特権」に基づく「家族」による事実上の代理決定と「成年後見人」による代理決定の正当化の仕組みについて、家族と成年後見人による代理決定の仕組みは同様である（図9・10）。

基本は患者（委託者・受益者）と医師（受託者）の関係の信認関係であるが、受託者である医師が第三者である家族や成年後見人に代理決定を要請する場合である。これが「自

己執行義務の否定」に相当する。受託者である医師は、第三者に委託するうえでは責任があり、受託者として果たすべき義務を当然に委託する第三者にも要請することになる。

受託者である医師に要請された家族と成年後見人が、それぞれその要請に応えたならば、そこに患者（委託者・受益者）との「信認関係」が成立し、患者の同意権がそれぞれに移転されることになる。ただし、家族の場合は「家族」であるという事実関係において既に「信認関係」として捉えることが可能であると思われる。そして、それらの関係を「信認関係」として捉えた場合に生じる疑問として、家族や成年後見人が患者にとっての専門家であるかということが挙げられよう。既に述べたように家族の場合には「患者の利益のために」、「患者本人のことをよく知っているから」という理由に基づくのであれば、それは患者のことについて他の誰よりも精通しているという意味で専門家となり、単純に従来までの「家族特権」に基づいた代理決定が成立しなくなることを意味する。また、成年後見人は成年後見人であるということですので既に専門家である。成年後見人の職務内容も精神上に障害がある者の保護ということが含まれていることから、第三者として委託される者としては適当であるといえよう。

そして、第三者である家族と成年後見人が受託者である医師の要請に応え、かつ患者（委託者・受益者）との「信認関係」を結ぶことを拒否しなければ（図中点線部分）、医療水準を基準とした代理決定としての同意がなされ、それは法的正当性を持ちえていると解されることからすれば違法性が阻却され、医師による信託行為として医的侵襲行為の遂行、患者は受益者として利益を得ることとなる。この場合、【専門家パターンリズム】に基づく介入よりも厳重な第三者（家族や成年後見人ではない）の視点で評価されることになる。つまり、受託者である医師は、第三者に委託されたことで、さらに義務と責任を負うことになると同時に、信託監督人を配置することで厳重となる。また委託された第三者の家族と成年後見人は受託者である医師によって適正さが問われている状態があると考えられる。

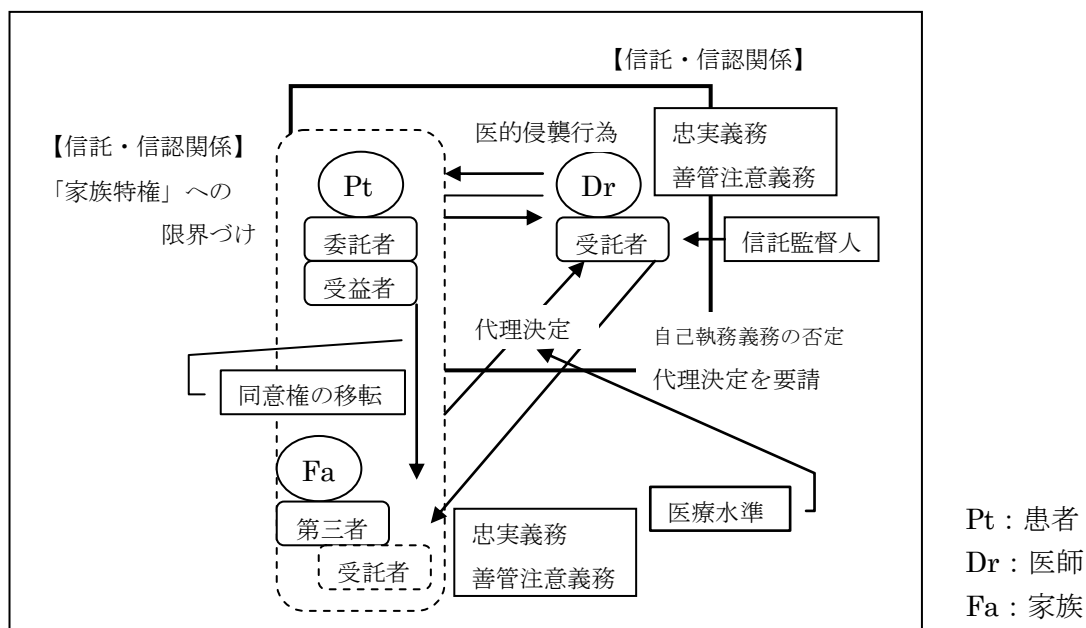


図9 「【家族による代理決定】の正当化の仕組み」

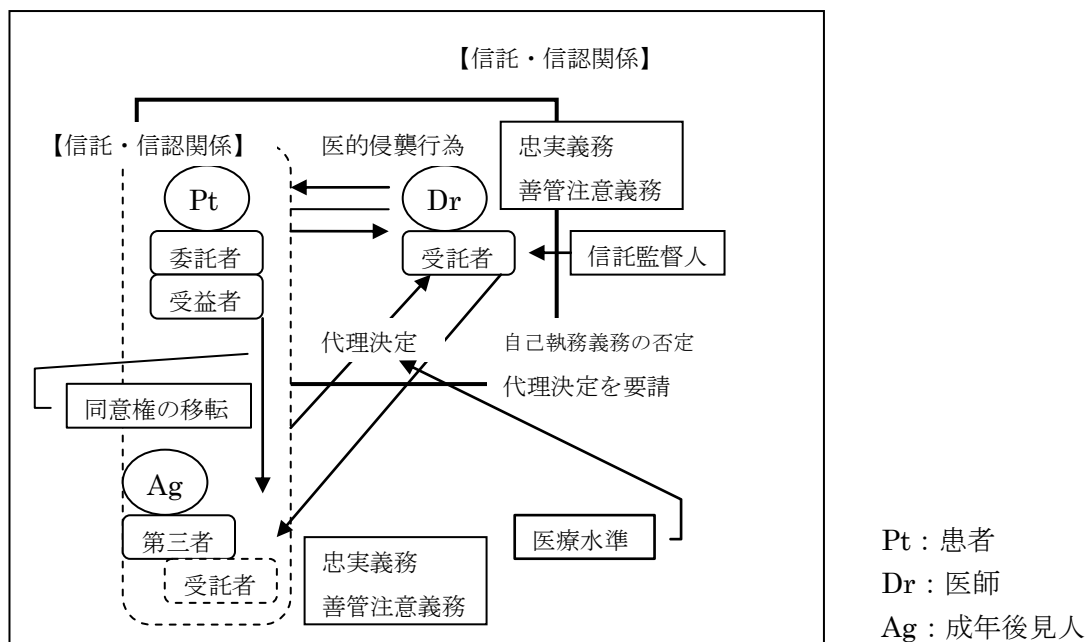


図 10 「【成年後見人による代理決定】の正当化の仕組み」

熊倉（1994）はパターナリズムが成立することと意思決定が成立するには医師と患者の間に権威が介入することによって成立すると述べていた。そしてこの三者関係のうち権威が前景にできることによってパターナリズムが抑制される。この点が、本研究における「法的パターナリズム」に相当すると言え、「権威」として「信託」・「信認関係」を位置づけることができよう。「信託」・「信認関係」の特徴は専門家と素人という関係が前提にある法的装置である。したがって、これを位置づけることで医師と患者関係という依存関係の状態を維持するのではなく、そこに法的観点を介入させることで、たとえ医師の裁量権の範囲内における介入であっても介入する医師側に対して一定の規制をかけながら「本人の最善の利益」を担保することが可能になると思われる。

次に、事実上家族が代理決定をする場合に医師からの要請によって代理決定としての同意をするのであれば、それは慣行的家族特権に依拠した行為に他ならない。けれども、現在の家族関係に鑑みれば、家族に対して代理決定を託すことが必ずしも適当であるとはいえない。そのため「親密圏説」でも説いたように「親密圏」に対する「公共圏」の介入がなされている。けれども、医的侵襲行為における同意を代理決定という形で可能にする「公共圏」は存在しないことはすでに指摘した。

そして、「慣行的家族特権」に基づいた事実上家族による代理決定に対して限界づけを行なうために「信託」・「信認関係」を「親密圏」でもなく「公共圏」でもない、それらが重なる領域に位置づけるとしたのは、「親密圏」における具体的な他者の存在と「公共圏」における権利義務関係をそれぞれの代表的な特徴とするならば、「信託」・「信認関係」は権利義務関係でありながらそこに対等性が要求されておらず、専門家と素人という依存関係であることを特徴とするためである。したがって、「親密圏」と「公共圏」の重なる部分に「信託」・「信認関係」を位置づけることで慣行的家族特権に基づいた事実上家族による代理決

定に法的正当性を付与することができると思われる。

そして、成年後見人については法定代理人として法的権限が付与されていながらも医的侵襲行為への同意権は有しておらず、したがって代理決定は認められていなかった。けれども、成年後見人は精神上に障害がある者を保護すべき後見機関として位置づけられた専門家であることに鑑みれば、「信託」・「信認関係」という法的観点を位置づけることによって成年後見人の職務の一つとして「本人の最善の利益」のために医的侵襲行為への同意という代理決定に法的正当性を与えることができると言えよう。

以上のことから、医的侵襲行為場面における代理決定を必要とする場合に「信託」・「信認関係」を位置づけることは、これまでの法的正当性の欠如の状態を埋めることができると考えられる。

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

上述のように、本研究では医的侵襲行為場面における代理決定を正当化する場合に「信託」「信認関係」を位置づけることに意義があるということを述べてきた。けれども、もっとも考えられる疑問ないし批判は、これらが財産管理制度にかかわる概念であるということであり、この点についてどのように応えるのかであると思われる。

「信託法」の観点からすれば、「信託は信託契約の締結によって効力が生じる」とあった。それは「財産の管理運用を目的とした信託」（樋口 2000a）であるため、患者と代理決定者、患者と代理決定者と医師という人的関係を捉えるには適切ではないという考えがあるかもしれない。

しかし、富田（2006：44-45）が法学分野における研究者である末弘氏を参考にし、「民間の『法的意識』として行われている信託原理を社会的実情に即して捉え、それに法的な価値を与え技術的に信託原理を形成すること、また信託法1条の信託法理を他の信託関係にまで拡張類推すべき」という指摘と、同様に法学分野における研究者である河合氏による、これまでの信託法学者への批判を参考に、「これまで信託法学者が定義した信託の概念は余りにも狭義ないし固定的な信託法理であり、信託概念を一般性のあるあるいは伸縮性の富むものと捉えていなかったと指摘される」という二つの見解が応えになると思われる。

つまり、患者と代理決定者、患者と代理決定者と医師という関係を「信託」の観点が財産管理に関することであるということによって狭義ないし固定的に考えることは、もはや適当ではないということである。それらの関係は「拡張類推すべき」範囲に属しているものとして捉えることが可能であろう。

また、「信託」に加えて「信認関係」として捉えることについて、河上（1995：8）は事務処理が複雑化し、科学・技術の進歩によって、問題状況への対処に専門的知識が要求される局面はますます増大すると考えられ、個人の能力だけでは適切に対応しきれなくて、他人の力を借りざるを得ない場合を念頭においたルール策定は重要な課題であると述べている。さらに、藤田（2000：284）も樋口（2000a：45）の主張を参考に「分業と専門分化の激しい現代社会では相手に能力と専門知識に全面的に依存することが一定の範囲で避け難く、自己責任を基調とする関係に加えて相手方への依存を基調とする関係が必要であり、そして法的にそのような関係をサポートするに相応しいデフォルト・ルールとしての『信認関係』を用意すべきであるといった注目すべき主張もある」と述べる。つまり、樋

口（2000a）は「現代の分業の時代、あるいは専門家の時代において、これらの信認関係の重要性が増加している」と指摘している。

さらに、道垣内（1996：54）は義務内容が完全に同じになるというわけではないということを前提に『信託とは信認関係に基づく義務のことである』といわれることから「信認関係の概念は信託を超えて、一方の他方に対する信頼を基礎とする法律関係において、義務者に対して信託の受託者に類似する義務を課すための概念として機能している。そして、そのことによって、類似した立場にある者の義務は類似したものとなっている」。すなわち、信託法理は類似した立場にある者の義務を均質化する機能を有していると述べている。この点からも専門家と素人という関係である、患者と代理決定者、患者と代理決定者と医師という人的関係を「信認関係」で捉えることは可能であり、かつ「信認関係」に内包されている「信託」に関わる義務もまた類推適用することができると考えられる。また、本研究における「受益者」は精神上に障害がある者に相当するが、上述してきたことからすれば、「信認関係」それ自体が依存関係あるいは非対称関係であるため意思無能力者であることは問われないといえよう。

したがって、「信託」・「信認関係」を狭義ないし固定的に捉えることの批判と関連するが、やはり精神上に障害のある者が「受益者」になることは可能であり、医的侵襲行為場面において、その人の能力だけでは適切に対応しきれない、依存せざるを得ない場合に代理決定を介して医的侵襲行為を得ること、それを法的に正当化するために「信託」「信認関係」という法的観点を用いることには意義があると考えられる。

おわりに

本論文では医的侵襲行為における代理決定の正当化原理を位置づけることを目的とし、第6章において「信託」「信認関係」を代理決定の正当化原理として位置づけることを試みた。結果として専門家パターナリズム、慣行的家族特権、成年後見制度に関し、共通して「信託」「信認関係」を位置づけ、代理決定される側の最善の利益を担保しながら代理する側に一定に義務付けを行なうことを可能とする代理決定の仕組みを考えることができたが、論じ切れなかった点として以下の点がある。

第一に、「信託」「信認関係」を用いて患者・家族・医師、患者・成年後見人・医師のそれぞれの関係性を捉えることはできたが、その関係性を「法的信認関係」とみるか「みなし信認関係」とみるのかということである。

つまり、委託者は精神上に障害がある者であるから、自ら委託することはできない。けれども患者と医師の関係は当然であるが、精神上に障害がある者とその家族、成年被後見人と成年後見人という事実関係が成立していることで信認関係とみなすことができ、また信認関係を基礎とする信託法理を類推適用できると思われるが、この点については十分に論じることはできなかった。

第二に、本論文では代理決定の仕組みを考えたが、では実際に信託財産を生命・身体とし、信託目的を生命・身体の最善の利益のためにと位置づけたとして、何を最善の利益とし、それをどのように評価するのかという点については触れていない。つまり医療水準を基準として受託者が代理決定をしたとしても、憲法や刑法学において述べられていたように代理決定者として自殺する意思のある者を救うこと、延命治療の中止を望んでいるのにそれを拒否すること、これらは果たして本人の最善の利益になるのか、という問題が代理決定の場合には生じることになる。信託・信認関係の観点からすれば、受託者は受益者のために最善の利益をつくさなければならないという忠実義務を負う以上、受託者による代理決定は受益者にとって最善の利益であるとみることは可能である。しかし、そのように言う場合でも、やはり「何が本人の最善の利益となるのか」、最善の利益に関してどのように評価、検討し判断する必要があるのか、ということを考究する必要があると言えよう。

第三に、医的侵襲行為場面における成年後見人、家族、専門家による代理決定を正当化するために「信託」「信認関係」を位置づけ代理決定の仕組みを考えたが、本論文では代理決定を正当化するためには「代理」の性質ではなく「信託」「信認関係」の性質を用いることに意義がある、ということは述べたが、それ以外に正当化原理として位置づけられる観点があるのかということ、成年後見人、家族、専門家による代理決定を「信託」「信認関係」とすることで正当化を試みたが具体的な手続き、手順に関しても論じ切れていない。例えば、それらの関係を「信託」「信認関係」として捉えた場合、自動的に「信認義務」を課すのか、あるいは医的侵襲行為への同意をする前の段階に改めて患者と「信託」「信認関係」とあるということを確認し義務付けを生じさせ、はじめて同意を行なうことになるのか、その場合の確認はどのような形で行なうのか、などということである。

したがって、これらの点を今後に残された課題とし、研究に取り組んでいきたい。

そして、本論文で試みた医的侵襲行為場面における代理決定の正当化原理として「信託」「信認関係」を位置づけることは社会福祉における援助関係を捉える上でも有益であると思われる。

社会福祉学における「自己決定」概念の論調を概観した場合の問題として指摘できたことは、「自己決定」を権利概念として捉えていないこともそうであるが、精神上に障害のある者による「自己決定」が困難である場合のパターナリズムに基づく介入や代理決定に関する議論が能力論を基底にしてその必要性が問われていたが、そのような理由づけ以外になぜ援助者がパターナリズムに基づく介入や代理決定をしてよいとされるのか、あるいは家族に依拠する形で援助関係が展開されるのかということまでは厳格に追及されていないということであった。

概して、そのような援助関係が許容されているのは“決定する家族—決定される利用者”，“援助する援助者—援助される利用者”という関係の中で前者が後者よりも知識や能力において優位とされ、それに依存する者としてみなされているからであろう。けれども、このことを理由にして援助関係のなかで生じる代理決定を正当化することはできない。では社会福祉学において、その正当性を問われた場合どのように応えるのだろうかという疑問が生じ、同時に社会福祉の援助過程で自己決定を利用者の権利として捉え、権利に応えることが困難であるとするならば、少なくとも社会福祉の援助過程における「家族」に依存した判断や決定、あるいは「援助者」の価値判断を前景にした判断や決定を再度客観的に見直すことも必要であると思われた。

また、成年後見人に選任される社会福祉関係者がいるなかで成年後見人に医的侵襲行為への同意権が付与されていない現状ではあるが、医的侵襲行為への同意権が成年後見人に付与される仕組みが構築された場合には代理決定の正当化の問題は社会福祉学領域に波及してくる問題であると考えられる。

そこで、“代理決定する側—される側”という関係を正当化し、前者に対して一定の義務付けを行なうために本論文で用いたのが「信託」「信認関係」であった。「信託」「信認関係」の観点から受託者である専門家には「信認義務」が課せられ、委託者ないし受益者、非専門家（素人）の最善の利益のためにつとめなければならないとされている。このことからすれば、専門家である援助者は精神上に障害のある者の「自己決定」に関して本人による「自己決定」が困難な場合に、単純に能力論の観点からパターナリズムに基づく援助や代理決定、家族に頼るという方法をとるのではなく、精神上に障害がある者にかかわる者としてそれらの者との関係を信認関係として捉え、常に援助される者の最善の利益となるような判断や行為に基づいて援助を展開する必要性を改めて提起することができるといえよう。

【資料 1】 「臓器移植法改正案論議の議事録」

①第 165 回衆議院厚生労働委員会 9 号（平成 18 年 12 月 13 日）	
	1. 特定非営利活動法人日本移植者協議会理事長 大久保通方氏
A	我が国の臓器移植法は、唯一、臓器提供に際し、本人のサインによる提供承諾書を必要としている国です。（中略）年齢を引き下げただけの B 案では、成人の提供について現状と全く変わりません。また、やはり小さな子供たちは、日本国内での心臓移植は受けることができません。海外で、子供たちについて年齢制限を設けている国はありません。皆、親権者の同意で臓器提供を行っています。私たちは、特別な改正をお願いしているのではありません。ただ海外と同じ法律にしてくださいとお願いしているのです。
	2. 日本弁護士連合会人権擁護委員会特別委嘱委員 光石忠敬理事長氏
B1	年齢を問わず、本人がノーと拒否していない限りは、いわゆる遺族の承諾で摘出を可能にするというのが A 案ですけれども、そうすると、およそ人間というのはそういう意思表示をしていなくても連帯的存在なんだ、それで死後に臓器を提供するという意思を現実に表示しなくても自己決定している、こういうことを A 案は言うんです。 しかし、これはよく言われるところの、であるというザインの問題と、であるべきというゾルレンの問題を全く混同しておりますし、（中略）そもそも、何人の何の決定もない状況に至るまで自己決定だ、こういうふうに言うのは、これは自己決定という一つのプラスイメージの言葉を乱用している。そういう意味では、もし自己決定法理で A 案を正当化するのであれば、それは人間の尊厳を侵すものだ、こういうふうには言わざるを得ない。
B2	親権者の承諾のみ子供の臓器提供を可能にするという考え方もありますけれども、しかし、子供の最善の利益という原則を考え、そしてまた、これは本人にとって臨床上の利益は何もありませんから、そういう意味では、そういう非治療的な介入について、親権者に監護権といいたいでしょうか、そういう権限はありますけれども、その権限はありますけれども、その権限を越えているだろうと思います、そういうことを親が子供本人を代行することは、許容できないだろうと思います。
	3. 日本宗教連盟事務局長 佐藤丈史氏
C1	第二に、本人の書面による意思表示が必要であること。河野・福島案では、本人が生前に臓器提供を拒否していない限り、家族の同意で脳死での臓器移植を可能にするとしています。ここに重大な問題が潜んでいます。愛の行為として本人がみずから進んで提供の意思表示をしているとき、臓器移植は崇高な行為であります。しかし、本人が提供の意思を表示していないときに臓器移植を実行するとすれば、そこには愛の行為の要素は全くなく、だれかが死ぬことを期待するという人間としてあるまじき状況が生まれ、日本人の精神文化はますます荒廃する道を広げることになると思料します。本人の書面による意思表示は、脳死臓器移植にとって欠くことのできない絶対条件であると私たちは考えます（省略）。 C2) 第三、十五歳以下への拡大。斉藤衆議院議員から提出された同法改正案は、臓器提供の年齢制限を十五歳以上から十二歳以上に緩める内容となっています。しかし、社会的に弱い立場にあり、脳死臓器移植に十分な理解を持ち得ない子供の臓器提供は、大人とは別のルールが必要であると考えます。また、親が子供の命にかかわる意思をどこまで代弁することができるのかなど、検討すべき多くの問題を抱えており、これらの問題が解決されない現状では、事の重大性を判断し、提供の意思を正しく表明できるかどうか危ぶまれる十五歳以下への拡大に反対します（省略）。
【参考人への質疑】	

	4. 自由民主党 富岡勉委員
D1	富岡委員：まず、例えば小児の外科手術を小児外科というのはやるわけなんです、その際に、本人の意思、あるいは意思がなくても、あるいは意思に反しても、たとえば虫垂炎とかがんの場合には、泣いておられてもそのお子さんの体にメスを入れて、その生命を助けるがゆえをもって親権者の同意をもって手術をしているわけでございます。そういうものが現実的に今も、この瞬間も行われているところがあります。また、臓器についても、解剖という名で、難治性の疾患であれば、そのお子さんの意思がどうであったか、ある場合もあるでしょう、同意された場合もありましようけれども、ない場合も、親御さんの意思をもって臓器を献体という形で摘出させていただいて、病因を究明するという名のもとに臓器をいただいております。
⇒この意見に対する光石参考人の答弁	
D2	光石参考人：日常の子供の診療と、本件のような臓器移植、特に脳死移植のような場合とは全然本質的に違う。（中略）本人のための臨床上の利益があれば、（中略）子供がノーと言っても親の意思でやるということは、それはそのとおりだと思いますが、しかし、この臓器移植、脳死移植については全然違うんだということだけは申し上げておきたいと思います
	5. 福島豊委員
E	福島委員：今いわゆる A 案の提出者の一人でございます、（中略）そもそも臓器移植法が、本人の意思が明確でないと、脳死判定、臓器移植、一連のプロセスに入れないんだ、こういう非常に厳しい規定になっているわけです。それは一つの考え方として、そう主張される立場もあるんですけども、ただ、本人の意思がはっきりしていない場合はどうするんだ、こういう話です。グレーゾーンといいますか、この方々をどういう立場で取り扱うのが一番公正なのかということが今問われているんだろうというふうに私は思います。そのときに、はっきりしてない場合に、家族の方の同意でいいんじゃないか、私は実はそう思っています。
	6. 民主党 郡和子委員
F1	郡委員：年齢を引き下げるといような案が出ているわけなんですけれども、子供の自己決定をどういうふうに尊重していくのかということはどうお考えになっているのか、伺いたいと思っています。現行法では、ドナーカードを持っていたり、知的障害を持っている方だということがわかった場合には、これは脳死判定をしないということがガイドラインで、いわば弱者として守られているわけなんですけれども、子供たちの場合もやはり弱者であろうと思うのですが、家族の同意だけになりますと、これら弱者というのが安易な臓器の提供体となってしまうのではないかなというような心配もあるわけで（中略）。B 案で、十二歳に引き下げるといことというのは問題がないかどうか（省略）
⇒この意見に対する別所参考人の答弁	
F2	別所参考人：きちんとした教育をすればきちんとした自己の意思表示ができるのであるという、それをどのように科学的に証明するかというのは非常に難しいんですが、我々の経験上の経験則からいって十二歳は大丈夫であろうというふうに考えているところです（省略）。
	7. 日本共産党 高橋千鶴子委員
G1	高橋委員：現行法では事前に本人の意思が明示されていることを前提としております。民法上の遺言の規定に準拠して、十五歳未満の小児からの脳死判定はできない。このことを踏まえて、小児科学会では、九四年に批准した子どもの権利条約での小児の自己決定権の尊重の立場から、十五歳未満でも十分に自己決定ができるとして、対象年齢を引き下げることが主張しているかと思っております。（中略）年齢を引き下

	<p>げるためにはどのような条件が必要と考えるのか、あるいは、同時に、適正な判断はできないから家族がかかわって判断すればいいという考え方もありますけれども、それについてどうお考えになるか伺いたいと思います。</p>
	⇒この意見に対する別所参考人の答弁
G2	<p>別所参考人：経験的に十二歳以上であれば自分の意思決定ができるということがあります。ただ、今質問されましたように、大人でも難しいという点がもしあれば、子供ももちろん難しいということになりますので、それは年齢の問題以前の問題になるのかなというふうに思います。（中略）家族がかかわって承諾するのはどうかということなですけれども、私は、やはり自己決定権があるというふうに認めた場合には、家族の意向によって本人の自己決定を無視するということは行うべきではないだろうと思います。ただ、本人ができないということがあったときにどうするのかということは、やはり本人が何も意思表示をしていなかったときに家族が承諾してもいいのかどうかという、年齢に関係ない問題とも関係することなのではないかと思うんですけれども、私自身としては、たとえ家族であっても、自分の生死を自分の意思じゃないところでもって決めてほしくないというふうには思います。</p>
G3	<p>高橋委員：日弁連の「臓器の移植に関する法律」の見直しに関する意見書」を拝見いたしました。その中で、現行の臓器移植法が、我が国においてまだ脳死を人の死とする社会的合意が形成されていないことを踏まえ、自己決定をなし得る者だけが臓器提供を行い得るという大前提を忘れてはならないという指摘がされていることは大変重いものだと感じております。とりわけ、子供にとっては、子どもの権利条約十二条の定める意見表明権を尊重すべきとの指摘がございます。子供の身体、生命にかかわる事柄について、親が親権者として決定する場合にも、親は自由に決定することは許されない、子供の利益に合致する決定でなければならないという指摘がされております。重ねて、子供の人権との兼ね合いから意見を伺いたいと思います。</p>
	⇒この意見に対する光石参考人の答弁
G4	<p>光石参考人：子供の自己決定権というのは子供の権利条約でも大変重視しているわけですが、当然のことながら、子どもの権利条約の意見表明権というのは、子供の最善の利益という原則にのっとってなくちゃいけないことと、あと、その子どもさんの成長、発達を助けるというための意見表明のことであります。したがって、例えば心臓を摘出するということについて、その子供が同意したからということで摘出するということになりますと、それは意見表明権の趣旨とは全然違うんですね。その子供が成長、発達するというためのものでも何でもありません。それから、最善の利益でも何でもありません。（中略）つまり、親が子供のためにかわりいろいろな同意をします。それは、民法でいいますと、監護権という一つの分野における権利であって、それ以上のものではないわけです（省略）</p>

②第 168 回国会 厚生労働委員臓器の移植に関する法律の一部を改正する法律案審査小委員会 第 1 号（平成 19 年 12 月 11 日）

	1. 日本小児科学会 清野参考人
H	<p>（整備されていない基盤整備について三点述べているうちの一点）三．小児の意思表明権の確保に関する基盤整備。（中略）現行法の取扱いが、脳死段階での臓器提供の自己決定をなし得る者を十五歳以上であると画一的に判断している点については、再検討するべきであると考えます。疾病を有したり、友人の死に接するなどして生命について考える機会を得た小児は、十五歳未満であっても死については正確な理解があり、また臓器を他者に提供することの意義や脳死についても真摯に考えている場合が多いです。</p>

	<p>他方、十五歳以上の者であれば、未成年者であっても常に当該問題について十分自己決定をなし得るという考え方はフィクションであり、脳死、臓器移植に対する理解の程度は人によってさまざまであります。それゆえ、我々は、脳死や臓器移植についての理解を図るため、学校内外での教育を行い、ドナーカードへの署名の前の講習や当該小児の自由意思を確認する必要があると考えます。それらが満たされるのであれば、臓器提供を決定できる年齢を十五歳以上とする必要はなく、少なくとも、中学校に入学した後の児童、十二歳以上が意見を表明した場合には、その意思を尊重しなければならないと考えます。</p>
	<p>2. 日本弁護士連合会 加藤参考人</p>
I	<p>(A案とB案の資料について見解を述べる中で) 次に、意思表示できる年齢を十五歳から十二歳に引き下げる改正B案がございます。この案については、脳死の定義が先ほど来申し上げているとおり非常に理解が難しく、脳死が人間の死かなどの問題については、現時点で十二歳の子供が正しく理解できる状態になっていないのではないかと考えております。民法は遺言可能年齢を十五歳以上と定め、刑法は十三歳未満の者が性的交渉に同意したとしても強制わいせつ罪などの罪を認めています。みずからの生命自体、その存在を決定する最も重大な決断のできる年齢を安易に引き下げることは許されないと思います。また、子供が判断できないときには、親が子供の意思を代行して同意することが許されるのではないかという意見もあるようです。しかし、子供本人の生命や身体には何ら利益がない、そのことについておおよそ代行することはできないと思います(省略)</p>
	<p>3. 上智大学法学研究科教授 町野参考人</p>
J	<p>第二は、臓器提供意思の問題です。A案は、本人が生前に臓器提供の意思がないことを表示していないときには、遺族の承諾によって臓器の提供を受けることができますとしています。この改正案は、諸外国の臓器移植法とほぼ同じものです。私は、これも妥当なものだと思います。このような立法は、死んだ後には自分の臓器を生きている人のために使ってもらってもよいと考えるのが人間ではないか、本人が生前に反対の意思を表示していない以上、死後の臓器提供は本人の意思に合致しているのではないかと、そういう考え方に基づいているものと思われます。このような人間観を臓器移植法の基礎に置くべきではないというのなら、現行法のように、本人が生前に承諾意思を表示している例外的場合でない以上、死後の臓器提供は本人の意思に反するから認めるべきではないということになるでしょう。私には、本人の意思表示がないときには、遺族の意思によって臓器の提供を認める諸外国の臓器移植法、そしてA案が、非現実的な人間像を前提にし、死者の自己決定権を侵害しているとは思いません。この場合に与えられる遺族の承諾とは、臓器提供が本人の意思にも合致していることを確認する意味を持ちます。B案は、本人の提供意思の表示がなければ臓器提供を認めないという現行法の態度を維持しながら、臓器提供意思表示の可能な年齢を十二歳以上にすることを提案しています。これは、言うまでもなく、小児臓器移植を可能にするための提案です。この提案が十二歳未満の小児からの臓器の提供を不可能にし、移植を待っている多くのお子さんたちの期待にこたえられないものであることは、しばらくおくいたします。しかしながら、臓器提供への自己決定の存在を譲ることのできない重要な前提と考えるB案からは、承諾意思能力を十二歳まで引き下げることは困難だと思われます。特に、脳死者は生きている可能性があるというB案の前提では、臓器提供はそれによって死ぬことを承諾する意思でもあります。小学校を終えるくらいの年齢の子供がこのような意思決定を行い得るとは到底言えないと思います。私は、小児臓器移植の問題はA案の形で解決されるべきだと思います。</p>

③第 169 回国会 厚生労働委員臓器の移植に関する法律の一部を改正する法律案審査小委員会 第 1 号（平成 20 年 6 月 3 日）

	1. 慶應義塾大学大学院法務研究科教授 井田参考人
K	<p>臓器移植に関する法的ルールをつくろうとするとき、最も根本的な意味を持つものは、だれの同意があるときに臓器の摘出を認めるかという問題であります。（中略）私は、二つのことが特に重要であると考えています。一つずつお話ししてまいります。一つは、それが大多数の人の自然な物の考え方、普通の心情に合致するということです。一般の人は、生きている間に、自分が死んだときのこと、そしてその後の出来事のことなんか考えたくありません。それを強いられるのは苦痛でさえあります。他方で、普通の人は、死後の臓器の提供について強い反対の気持ちを持っているでしょうか。大多数の人は、あえてそれが嫌であるという強い気持ちを持つものではないと思われます。というより、多くの人にとって、正直なところ、死んでから自分の身体がどう扱われるかなどは考える必要がないこと、関心を持ちようもないことであり、臓器提供を求められれば、あえてそれを拒絶する意思などないというのが本当のところだと思うのです。このことを言いあらわすために、私は、大多数の人はポテンシャルには臓器提供意思を持っているという言い方をしたいと思います。意思表示カードを持ち出してきてそれに署名する、そういう人が少ないのは、普通の人々が臓器を提供することに反対だからというのではなくて、およそ自分が死んでから後のことなんか考えたくないからです。その意味では、我が国の現行の臓器移植法は酷な法律です。臓器移植を可能とするために、国民全体に対し、自分が死んだときのことについて正面から考えることを無理強いするものだからです。A案のように、ドナー本人が提供の意思表示を残していないときでも、近親者の同意により摘出を可能とする方法は、本人が持っているポテンシャルな提供意思を、本人のことを最もよく知っている近親者が具体的な提供意思の形にするというやり方であり、国民大多數の自然な物の考え方、普通の心情に合致するものです。今後の我が国の移植医療は、普通の人の持つそういうポテンシャルな提供意思を支えとして行われるべきものです。諸外国の移植法制の基本にあるものも、そういう考え方にほかなりません。今申し上げたところから、B案のように、現行法の同意要件をそのまま維持した上で、意思表示可能年齢を中学校入学年齢の十二歳まで引き下げるといふ提案には疑問を感じます。十二、三歳の年少者に対し、自分が死んでから後のことに思いをいたすことを求め、一定の意思表示をすることを迫り、そしてその意思表示に頼る、そういう移植医療は余りにも不自然なものです。うまくいくはずはありません。世界の国々でそういうやり方がとられていないのは当然です。実際にも、成人であっても提供意思を書面によって表示することが少ないのに、十二、三歳の年少者がそうすることはますますまれなことではないでしょうか。恐らく、小児移植はほとんど実現されないということになるでしょう。以上で、A案のような同意要件の決め方が世界の多くの国々で支持されている理由について申し上げました。もう一つ、私がとても重要だと考えることがございます。それは、死後の身体にメスを入れるということが、その本人にとって何か権利侵害であるとか、何か不利益なことであるとかと考えてはならないということです。私の知る限り、死後の臓器摘出が本人にとり不利益であるという考え方に基づいて臓器移植法をつくっている国は存在しません。もし、それが幾ら他人の役に立つものであったとしても、本人にとり不利益となるのであれば、本人自身の意思表示が絶対に必要です。法律上は推定的同意とか代諾とかそういったものもありますけれども、それはいずれも、本人にとりマイナスにならないときにのみ効力を認められるものであります。推定的意思表示あるいは推定的同意に基づく治療行為とか、あるいは代諾に基づく治療行為と言われるものは、それが本人</p>

	にとりプラスになるであろうと考えられるからこそ行われるものでありまして、判断能力を持ち情報を与えられさえすれば、だれでもが、その患者もそのように意思決定し得るであろう、そういう治療行為のことをいうのであります。したがって、臓器摘出が、もし本人にとり不利益をもたらすものだと考えられるのであれば、A案のような考え方をとるわけにはいきません。ドナーとなる小児にとり、死後の臓器の摘出が何か不利益なことであるというのであれば、親が仮にそれに同意したとしても、それを許容することはできないはずです。しかし、死後の臓器摘出は本人にとり権利侵害でもなければ不利益なことでもないと考えるべきだと思います。先ほども申し上げたように、死んでから後で自分の身体がどう扱われるかは、普通は考える必要もないこと、利害関心を持ちようもないことであって、利益、不利益を語り得るような、そういう事柄では到底ないのであります。
【質疑】	
	2. 公明党 古屋範子委員
L1	古屋委員：井田参考人にお伺いをいたします（中略）。先生は、ポテンシャルとしての提供意思を、近親者がそれをあらわしてあげるんだというようなお話であったかと思うのですが、現実的にそういう場面になったときに、近親者といっても幅があるように思うのですが、先生はその辺のことについてはどうお考えでしょうか。
⇒古屋委員に対する井田参考人の答弁	
L2	井田参考人：もちろん、これは近親者の同意ということであるので、納得できる人に限ってそういう提供に同意をするということになると思われしますので、だれかが強制するとか、あるいは医療関係者ないしはコーディネーターが出てきて事実上の強制を加えるということはあってはならないし、そういう環境がつくられてはもちろんいけないのですけれども、要するに、やはり基本は家族。これまで、一番その亡くなった方を知っていらっしゃる家族の人がずっと見ていて、その人がどういう気持ちでいるだろうか、あるいはいたであろうかということを、そんたくという言葉をよく使われますけれども、そんたくする形で、また、親族御自身の気持ちも納得できるというところで初めて提供の意思に、いわば具体的なものとして形になっていくんだろうというふうに思います。（中略）そして、ポテンシャルな提供意思はだれもが持っているんだという言い方を私はしましたけれども、それを親族が、さっき言ったような形で具体的な形にしてやるというのが一番いいやり方であるし、だからこそ、世界の多くの国でもそういうやり方がとられているんだろうというふうに私は思っているわけです。

④第 171 回国会 厚生労働委員臓器の移植に関する法律の一部を改正する法律案審査小委員会 第 1 号（平成 21 年 4 月 21 日）

	1. 日本弁護士連合会 光石忠敬参考人
M	現行法は、自己決定の思想を非常にてこにしております。改正A案というのは、これも前に申し上げましたように、何人の何の決定もない状況に至るまで自己決定と言っているんですよ。これは要するに、本人が何の決定もしていなくても自己決定だと言っているんです。それは要するに、死後に臓器を提供する意思は現実に表示していなくても、人間はそういう自己決定している存在なんだというような、そういう理想的人間観に立っている。しかし、法律をつくる以上は、平均的な人間像に基づいてつくらなくちゃいけないんじゃないでしょうか。結局、自己決定法理の誤用ですから、A案は現行法の改正の限界を超えています。A案は改正案とは到底言えないですね。いろいろな意思決定や意思表示ができない子供とか、さまざまな病気のために意思決定や意思表示ができない人とか、どうすべきか悩んでいる人

	とか、関心がなくて情報を正確に理解していない人なんかは、改正A案が言う拒絶の意思表示はできません。だから、この改正A案を自己決定ということで根拠づけることは不可能なんです。これを自己決定によって正当化しようというなら、改正A案は人間の尊厳を侵すものというふうに結論しなくてははいけません。（中略）だから、子供について、現行法を自己決定の法理で根拠づけることはできないわけです。（中略）あと改正B案というのもあります。十五歳から十二歳に引き下げるという案ですけども、これはやはり、成人ですら、大人ですら、情報が極めて乏しく誤解の多い内容について、子供のサインを得て責任を生じさせて、臓器摘出を認める方向で子供の意思表示権を発動させるというのは法の趣旨に反しますね。そして、子供本人にとって非治療的介入に、親の代諾、同意の代行というんですか、代諾を許容する根拠もないんです。
【質疑】	
	2. 自由民主党 福岡資麿委員
N1	福岡委員：（光石参考人に対して）（中略）今回、WHOの流れ等も受けて、子供をどうするのかという観点の一つ出てきたときに、要は、本人の意思表示が不明で家族がその意思表示をした場合、オーケーを出した場合について、そういった場合をまた脳死は人の死という部分に加えようというような見解も出てきたわけでありましてけれども、その考えについてどのようなお考えをお持ちかということについてお聞かせをいただきたいと思います。
	⇒福岡委員に対する光石参考人の答弁
N2	光石参考人：（中略）子供についていろいろなわからないということが非常にふえているときに、それを親が代諾してやっていいなんというのは、子供にとって治療になるのなら、これは親が病院に行きますと代諾でやります、それはそのとおりなんですけれども、子供にとって利益にならない、そういうことについて一体何で親が代諾できるのか。親にそんな権限はないだろうと私は思っています。

⑤第 171 回 衆議院厚生労働委員会 15 号（平成 21 年 5 月 27 日）	
【各案提案者への質疑】	
	1. 自由民主党 清水町鴻一郎委員
O1	清水委員：例えば子供の生きる権利を含めて、では、十五歳未満については親がそのことを決めているという、ある種の矛盾があるように思うんですけれども、D 案の提案者の方にその点をお伺いしたいと思います。
	⇒この意見に対する根本議員の答弁
O2	根本議員：十五歳以下への臓器提供の道をいかに開くか、これは随分考えました。やはり我々は十五歳以下の子供への臓器提供の道を開かなければならない。どういうふうな形で開くか。これは、親と子のきずな、命の大切さ、子供の尊厳、これを一番わかるのは親でありますから、親が、親権者が子供にかわって意思をそんたくして意思を表示し、そして家族が承諾する、こういう場合に限って子供の臓器提供への道を開こうということで、そこは現行の、意思を尊重するという枠の中で、今回の子供への道を開くということで考えました。
	⇒根本議員の答弁に対する清水委員の意見
O3	清水委員：十五歳未満の方の意思をそんたくすると申しまして、ゼロ歳、一歳、二歳の生きる権利、その人たちが生きていくということについて、脳死が死でない、まだすくなくともコンセンサスがない状況の中で、もし親がそれを親権があるからといって、少なくとも何のメリットも御本人にはないわけ

	でありますから、大変その辺りは、ある意味で親の方にもすごい負担を負わせることになるのではないかというふうに思います。十五歳未満の方にとって、一般的に日本の国ではまだ脳死というコンセンサスがない、しかしながら、親が子供の意思をそんたくして臓器提供を決めるというのは、大変親の方にとっては、それでなくても臓器移植を実行された後の遺族の方々は、そのことについてよかったのかどうか、よかった、あるいは、いや、そのときに後で後悔した、いろいろな心の葛藤があると聞いています（省略）。
	2. 自由民主党 西本勝子委員
P1	西本委員：（中略）本人の明確な意思表示がない場合において、遺族の承諾で脳死判定、臓器提供を可能にすることについては、後に問題を生じさせないためにも相当慎重な取扱いが求められると考えています。そこで、この場合の臓器提供の可否を握る遺族の承諾についてはどのようなものになるとお考えですか、御所見をお伺いいたします。
⇒西本委員に対する山内議員の答弁	
P2	山内議員：平成二十年の内閣府の世論調査によれば、脳死判定後の臓器提供に対して、自分が脳死になったときには提供したいという方が四三・五％いらっしゃいます。こういった多くの人がドナーになってもいいという潜在的な意思を持ちながら、必ずしもドナーカードを常時携帯しているとは限りませんので、そういった意味では、本人の意思が明らかでない場合に限って御家族がかわりに判断をするという方法が一番妥当ではないかと我々は考えております。したがって、改正案におきましては、本人の意思がわからないときには御家族が書面で承諾するというふうな形になって、意思を確認できるように、遺族の承諾をきちんと書面で残すような形になるということです。
P3	西本委員：D案とA案の内容の主な違いについて、A案を支持できない理由を含めてお伺いします。
⇒西本委員に対する根本議員の答弁	
P4	根本議員：（中略）要は、意思が不明な方に対する対応、これが実は大きく異なります。D案は、不明の場合にはこの法律の適用とはいたしません。A案がなぜそれが可能となるかという、脳死が人の死である、これが前提にありますから、死体解剖保存法と同じように、これは遺族の判断、承諾で臓器を提供できるということになりますから、脳死が人の死かということと意思が不明の方の対応、これがA案とD案とは大きく異なる。
	3. 自民党の荻原誠司委員
Q1	荻原委員：（中略）一つは、先ほどのから話がありました本人の意思の問題なんです。（中略）今回、十五歳以上である本人が明確に書面で同意をしている場合に、さらに家族が拒まないことを要件とするのは逆になぜなのか。本人がいいよと言っているにもかかわらず、家族のところが出てくる。さらに、その家族の拒否というのは一体何なんだ。これは、家族の範囲の問題とか拒否の程度の問題とかいろいろあると思うんですけども、その辺についてまずお考えをお聞かせいただけますか。
⇒荻原委員に対する河野議員の答弁	
Q2	河野議員：御本人が臓器を提供してもいいよという意思表示を書面でされている場合には、ご遺族にはなるべくそれを尊重していただきたいと思っておりますが、しかし、御家族が亡くなられて、その遺体に対するお気持ちを御遺族も持っていらっしゃるわけで、その方々が提供したくないとおっしゃっているときに、それを乗り越えて提供してくださいと言うのもいかがなものかなという気はしております。おっしゃるように、本人の意思を最大限尊重するというならば、遺族が反対しても提供すべきではないかというお考えも確かにあるんだろうと思いますが、現実的になかなか、御遺体に御家族がとりすがって

	<p>提供したくありませんとおっしゃっているときに、それを無理やり排除するというのも当然できないわけでありますから、そこところは、脳死下での提供の意思があるならば、なるべく御家族と生前にしっかり意思疎通をしておいていただきたいというふうに思っております。家族につきましては、今もガイドラインで定めておりますように、配偶者あるいは親、子、祖父母あるいは同居している親族といった中で御議論をいただいて、葬儀のときに喪主となるべき立場の方がその意見をとりまとめていただくということでございますので、一義的にどの範囲というのを決めているわけではございませんが、そうしたことを参考にして家族のあるいは遺族の意思というのを決めていただくことに今後もうろうかというふうに思います。</p>
	<p>4. 自民党 木原誠二委員</p>
R1	<p>木原委員：脳死を一律に人の死といいながら、他方でやはり自己決定、それぞれの皆さんの臓器移植の場面に限っての自己決定を大切にしていくなですよ。私は、これはちょっと矛盾するのかなというような感じを受けているんですが、そのことについてもし御見解があればいただきたいと思います。</p>
⇒木原委員に対する河野議員の答弁	
R2	<p>河野議員：（中略）お亡くなりになった御遺体をどのように取り扱うかということについても、これは宗教的あるいは社会的、いろいろな考えがありますので、仮にお亡くなりになった方の御遺体だとしても、やはりその御遺体をどう取り扱うについては、御本人あるいは御家族の意思を最大限尊重しなければいかぬというふうに思っております。</p>
⇒河野議員に対する木原委員の見解	
R3	<p>木原委員：全くおっしゃるとおりだと思います。そういう立場からすると、今回の A 案の中で、とりわけ、意思が不明確である、意思が表示されていないというときに家族の意思決定で臓器提供を是認するということが本当に適切なのかどうか。つまり、意思が明らかでないというのは、明示的に自分は決められない意思を明らかにしない、そういう自己決定もちろんあると思います。それから、本来拒否をしたい、こう思っているけれども、それを明示的にしなかったという自己決定もあると思います。それぞれそういう自己決定が、今回の法案ですとすべて捨象されてしまう、自己決定がなかったということにされてしまう、あるいは自己決定しなかったことが自己決定とされてしまうということについて、私は若干の矛盾を感じるんですが、この点についてはいかがでしょうか。</p>
⇒木原委員に対する河野議員の答弁	
R4	<p>河野議員：おっしゃるように、意思表示のない場合についてはいろいろなケースがあるんだろうと思います。それについて、やはり御本人の意思を一番よくわかっていらっしゃる、ふだんから一番接していらっしゃる御遺族が御本人の生前の気持ちをそんたくして決めていただくのがいいのではないのかというのが A 案でございます。</p>
R5	<p>木原委員：自己決定ということについて言いますと、私、日本の法体系上は、未成年には基本的に完全な自己決定はないものというふうに理解をしております。つまり、決定をしても、親族が、親がこれを取り消すことができる。ただし、唯一、唯一とは言いませんけれども、限られた場面で未成年にも完全な自己決定を認められているのは遺言の場合、十五歳以上、こういうことであります。ということは、十五歳未満については基本的にあらゆる場面において自己決定というのを完全な意味で認めていないだろうと思います。（中略）D 案についてちょっと伺いたいと思います。私のそういう立場からしますと、やはり自己決定というものを最大限尊重していただきたいなと。そういうことでいいですと、十五歳以上の皆さんについては現行法どおりを維持しながら、しかし、十五歳未満の皆さんについては、この不</p>

	<p>完全な自己決定能力というもの、あるいは意思表示能力というものを家族の力で補強していく、こういう立場であろうと思います。そのことを私自身は積極的に支持をしたいと思っておりますが、他方で、臓器移植という、まさに臓器を摘出するという不利益な行為についてまで家族あるいは親のそういう意思の補強というものが認められるのかどうかということも、批判として、あるいは懸念として挙げられるというふうに思います。この点についての D 案の提案者の御意見をいただければと思います。</p>
⇒木原委員に対する上川議員の答弁	
R6	<p>上川議員：子供に限って意思決定権がないという形で不完全であるということでございましたけれども、意思決定権はあるというふうに私は思います。しかし、意思を表示する力ということについては非常に問題があるということで、その部分については、子供の人格形成に責任と義務を持っている一番大事な親が、その子供の気持ちをそんたくし、そして判断をしながら意思を表示するという役割を担うということでもあります。したがって、親が意思表示をする場合には、なかなか厳しい状況に置かれておりますので、その親の心のケアも含めまして最大限社会全体でケアしていくということが大変大事であるというふうに思います（省略）。</p>
5. 自由民主党 福岡資麿委員	
S1	<p>福岡委員：（D 案の方に何うということ） A 案と違うのは、十五歳以上は本人の意思なのに、お子さんだけは家族に同意が求められるという状況ができてしまうという意味ではより酷なんじゃないかという御意見もあるわけでございます。</p>
⇒福岡委員に対する根本議員の答弁	
S2	<p>根本議員：子供の臓器提供について、子供の心と親のきずな、そして命の大切さ、尊厳さ、これを一番よく知っているのは親ですから、その親が子供の意思をそんたくして、そして臓器提供してもらいたいという崇高な気持ちを示していただく。（中略）医学的な脳死状態、これは厳然としてありますから、親が医学的な脳死を人の死として認められるか、受容できるか、実はこれが大きなこの法案のポイントで、受容できる親が私が申し上げたような判断をする。決して人の死を親が判定しているわけではありません（省略）</p>
6. 公明党 古屋範子委員	
T1	<p>古屋委員：（D 案に対して）現行法で認められている十五歳未満の者からの臓器提供につきまして、家族の同意と第三者機関の確認が必要と一定の条件をつけられておりますけれども、十五歳未満の子供の国内での臓器移植に道筋がつくものと思われます。今回、十五歳未満の者に道を開くこととしたお考えをお聞かせいただきたいと思います。</p>
⇒古屋委員に対する西川議員の答弁	
T2	<p>西川議員：この D 案提出者の私たちは、本人の意思を尊重ということが大前提でございます。その中で、子供の意思が一番わかっているのはやはり親だろうと。その親たちにしても、今回、脳死は人の死だと受け入れられない親の方にそのことを強制するものではない。やはり脳死は人の死だと考えられる親が、子供の生前のいろいろな思いをそんたくして、親がかわって同意をする、それに尽きると思います（省略）。</p>
7. 公明党 梶屋敬悟委員	
U1	<p>梶屋委員：（D 案提出者に対して、まとめに際し苦慮された点、最後まで議論になった点について）</p>
⇒梶屋委員に対する根本議員の答弁	
U2	<p>根本議員：子供の道を開くか。これは基本的に十五歳以上は本人の意思を尊重ということになっていま</p>

	<p>すから、子供に果たして意思表示できる力があるか、こんな議論が非常にテーマになりました。先ほど来答弁をいただいておりますが、子供は、確かに意思表示をする力は、意思表示権は持っていますけれども、それを表示することができない、こういう状況ですから、子供と親の心のきずな、そして子供の命の大切さ、尊厳さ、要は、親と子供の関係の中で一番子供の人格形成にかかわっているのは親ですから、親が子供にかかわって、意思をそんたくして親が表示する、これを家族が同意する、こういう組み立てなら社会的合意が得られるのではないかと。ただし、児童虐待の問題がありますから、これは親あるいは家族だけに決めるのではなくて、第三者機関を関与させることが必要ではないかと（省略）。</p>
8. 日本共産党 高橋千鶴子委員	
V1	<p>高橋委員：自己決定との関係なんですけれども、D 案は、十五歳以上は現行法で、それ以下は家族の承諾という二重基準になっており、先ほど来も指摘をされているわけなんですけれども、やはりこれは矛盾するのではないかと思います。また、線引きをして、そこから先は現行法と同じですよ、自己決定を尊重しますよというのであれば、なぜ十五歳なのだろうか。つまり、自己決定ができるのであれば、十二歳あるいは十歳という議論も成り立っていくわけでありますが、その根拠があいまいではないかと思えます。いかがでしょうか。</p>
⇒高橋委員に対する岡本議員の答弁	
V2	<p>岡本議員：どこかで自己決定ができる年齢というのをやはり決めなきゃいけない。（中略）いわゆる遺言作成可能年齢というのは一つの参考になるのではないかと、自己の死後のさまざまな財産やさまざまな自分にかかわることの処分決定ができる年齢は一つの参考になるのではないかとというところで我々は十五歳で線を引いたということでもありますので、その点御理解いただきたいと思います。</p>
V3	<p>高橋委員：B 案が十二歳以上という形に線引きした根拠について伺いたいと思います。</p>
⇒高橋委員に対する石井議員の答弁	
V4	<p>石井議員：現行法は、先ほど D 案の提出者から答弁がありましたとおり、遺言作成可能年齢という民法の規定を引いて十五歳にしているわけでございますけれども、私どもは、中学校に上がるぐらいの年齢になれば、臓器提供について自己決定できるお子さんもでてくるであろうという判断から、十二歳にしたところでございます。ただ、これは十二歳の子供すべてにこの自己決定を求めているわけではありまして、自己決定できる子供さんにその道を開いているということで、十二歳まで自己決定可能年齢引き下げたというものでございます。B 案については、当面十二歳ということにしておりますが、教育、普及啓発等を進めることによりまして、この十二歳という年齢もさらに引き下げることが可能ではないかというふうに考えているところでございます。</p>
⇒石井議員の答弁に対する高橋委員の見解	
V5	<p>高橋委員：今、私、年齢の線引きの問題で、自己決定ということに自己決定ということにこだわっているわけではなくて、むしろ、本人の意思表示がない中、家族に判断がゆだねられるということが余りに重くないかということに非常に問題意識を持っております。現行でもドナー家族が提供を承諾した後も自分を責め続けているなど課題となっている一方、移植を待つ家族に比べてドナー家族の声はまだまだ拾えているとは言えないのではないかと。ここを本当に慎重に扱う必要があるのではないかと。思うんです（省略）。</p>
（午後）9. 民主党 岡本充功委員	
W1	<p>岡本委員：民法等、法律で十五歳未満の者の意思をそんたくするために親権者が決定できる事項というのは一体どういうものを定めているのか、お答えをいただきたい。</p>

⇒岡本委員に対する團藤政府参考人の答弁	
W2	團藤政府参考人：親権者につきましては、民法上、親権の行使としまして、未成年の子の監護及び教育のほか、居住の指定、懲戒、職業の許可並びに財産の管理及び代表を行うことができるというふうに規定されているところでございます。
⇒團藤政府参考の答弁に対する岡本委員の見解	
W3	岡本委員：医療行為並びに何らかの処置をするにおいても、その意思をそんたくし親権者が決定をすることができるという解釈で問題がないというふうな理解でよろしいでしょうか。
⇒岡本委員に対する團藤政府参考の答弁	
W4	團藤政府参考人：先ほども申し上げましたように、未成年の子の監護、教育等々でございまして、医療行為につきましてもそれに含まれるものと考えてございます。
⇒團藤政府参考の答弁に対する岡本委員の見解	
W5	岡本委員：そういう意味で、私自身は D 案に対して、私も、十五歳未満の者の意思をそんたく、医療行為の決定権の付与というものは親権者にあつていいのではないかと思ったわけです（省略）。

⑥第 171 回衆議院厚生労働委員会 16 号（平成 21 年 6 月 5 日）	
【各提案者への質疑】	
	1. 自由民主党 高島修一委員
X1	高島委員：D 案に対して主に A 案の支持者からですが、こういう批判的な意見があるんですね。それは、脳死と判定された子供が臓器提供する場合のみ死亡することになる、つまり、親が臓器提供を承認することによって子供を殺すことになる、こういう批判がございまして（省略）。
⇒高島委員に対する富岡議員の答弁	
X2	富岡議員：A 案の考え方は、脳死は人の死として、その大前提がございまして（中略）、たとえば家族の承諾が脳死判定を開始する契機になったとしても、家族が承諾したから本人が死んだということになるのではありません（省略）。
X3	高島委員：D 案の方にお伺いいたします。D 案では、子供の死亡というのは、どの段階で、だれの判断で決まるのか、教えていただきたいと思います。
⇒高島委員に対する根本議員の答弁	
X4	根本議員：A 案と D 案の一番の違いは、生前の意思が不明であつた方について、我々は、基本的に意思を尊重しますから十五歳以上であつても認めません。ただし、A 案では、十五歳以上であつても、脳死が死ですから、家族の承諾だけで意思が不明であつても臓器提供できる。ここに大きな違いがあると私は思います（中略）。子供の死の判定については、A 案も D 案も親が判定を承諾するという点では同じ、そして法的に脳死判定がされたというところで死が確実に確定するというのも同じ。それは、D 案の場合はそれを認めている、親ですらそれが認められるということでもあります。
	2. 自由民主党 林潤委員
Y1	林委員：（中略）最大の課題は、子供の臓器を摘出するのに家族の承諾を条件としていることで、子供の臓器移植に道を開いたとしても、そのハードルは高いと思われる現状であります。D 案によって臓器移植の提供の道を開けても、課題はまだあると認識しております。（中略）仮に D 案が成立したとして、こうした課題をどのように今後克服し、国内で脳死に関する議論をどのように高めていくべきと考えているか、お聞かせください。

⇒林委員に対する岡本議員の答弁	
Y2	岡本議員：D 案では、子供の脳死判定については、大人と異なり、子供がそもそも意思の表示ができないこと、また、大人であれば、本人だけがその人格的生存にかかわる重要事項を決定し得ることは当然ですが、子供については、人格形成の途上にあり、重要事項の決定に当たっては、本人だけでなく、子供の利益をあらゆる事情を勘案して総合的に判断することができる保護者の関与を認め、子供本人の意向をそんたくすることができる家族による承諾を条件に、脳死を人の死として取り扱うこととするというハードルをつくっています。確かに、それをハードルと言われるのか、この条項を子供の脳死に向けた一歩ととらえていただくのかは、考え方に差があると思います。また、子供の立場に立って、子供に何が一番いいのかということを判断するというのも、やはり家族にできることではないかというふうに思っています（省略）。
3. 日本共産党 高橋千鶴子委員	
Z1	高橋委員：（A 案に対して）（中略）今意思を表明できないといわゆる消極的な拒否、これはどう尊重していくのか、伺います。
⇒高橋委員に対する富岡議員の答弁	
Z2	富岡議員：提供したくないというのは、十分に意思として尊重されているものと私たちは考えております。
⇒富岡議員の答弁に対する高橋委員の見解	
Z3	高橋委員：だから、どうしてそれは担保されるんですか。意思が表明されていない場合は家族が許諾してよいという法律なわけですね。
⇒高橋委員に対する富岡議員の答弁	
Z4	富岡議員：それは、子供さんであれば、そんたくをし、家族がその子供の気持ちをもって臓器提供を許諾するようなシステムを私たちは考えております。この点につきましては、よく解剖体、献体ということがございまして、臓器移植法の場合には、なくなられたお子さんの利益にならないんじゃないかという考え方もあって、利益にならないのならやっちゃいけないのじゃないか、親御さんでも御両親でも、してはいけないのじゃないかという考え方がありますが、私たちはそう思っておりません。すなわち、両親が子供の生前の意思をそんたくし、推しはかり、そしてそれを提供していくという考え方、これは解剖の場合にも全く一緒で、現行でも、例えば二歳で非常に難しい病気で亡くなられた方などはどうされているかという、何とか子供を生かすことができなかったのか、その親の気持ちをもって、子供から得られるものを医学的に役に立たせてくれということで、解剖をお受けすることがございます。そういう意味で、この臓器移植法改正も、私たち A 案提出者としては、そういった御家族の気持ちを、そんたくという言葉を使っておりますが、推しはかって、やれる道を開いたわけであります。
⇒富岡議員の答弁に対する高橋委員の見解	
Z5	高橋委員：A 案は、大人でさえも、本人の意思が明確でない場合、家族が書面で承諾をすれば認められるということですね。だから、本人の意思が表明されていない、それは消極的拒否とも言えるのではないかと、その尊重が、個人の意見を尊重するといいいながら盛られていないのではないかということを指摘しています（省略）。
4. 社会民主党 阿部知子委員	
AA1	阿部委員：（中略）せんだって、この委員会でも荻原先生が、ではドメスティック・バイオレンスはど

	<p>うするんだと。御家族の利害と御本人の利害が絶えず違うものであるのは、中山先生も長いこと医師としてご経験もおありですし（中略）その極限が子供の虐待であります。（中略）私は、ここで、本人の意思を外すということについて、その危険性について本当にどこまで A 案の提案者が議論され、見識をお持ちなのか、ここを再度（省略）。</p>
⇒阿部委員に対する中山議員の答弁	
AA2	<p>中山議員：臓器に関する意思表示がない場合は、臓器を提供したいという意思のみならず、臓器を提供したくないという意思もある場合がございます。このような場合に一律に臓器提供を否定することは、必ずしも本人の意思の尊重につながらない場合もございます。むしろ、本人の意思をそんたくし得る立場にある遺族の意思で臓器提供の可能性を認めた方が本人意思の尊重となる場合もあろうかと思えます。（中略）こういうことで、内閣府が平成二十年に行った世論調査でも、本人の意思が不明な場合に臓器提供を認めてよいとすることについて、約五四％の人が賛成をしたという調査結果が出ております。主要国の立法例におきましても、本人の生前の意思が不明な場合は家族の判断で臓器摘出を認める例が極めて多いと思えます。以上のことから、私どもは、本人の意思が不明な場合に家族の承諾によりできることとしたところでございます。</p>
5. 自由民主党 福岡資麿委員	
BB1	<p>福岡委員：D 案の提出者の方にお伺いをしたいと思います。D 案については、（中略）子供に関しては、親が子供の気持ちをそんたくしていく意思表示ができるということを認めているわけであります。（中略）子供には意思決定権はあるんだけど、子供は意思を表示する力に欠けるために、親が子供の気持ちをそんたくして、そのかわりに意思表示をしてあげるんだというような答弁をされていたかというふうに思っています。ただ、そんたくするとはいっても、最終的に意思決定するのが親御さんなわけでありまして、それについて、親が死を宣告するのではないかというような問いに対しては、前回、親が脳死を人間の死として認められるかどうかのポイントで、決して親が人の死を判定しているわけではない、親が、脳死が人の死かどうかというのが大切なポイントなんだというふうにおっしゃっていたというふうに、答弁を読ませていただくとなっているわけであります。そうすると、前段では、子供の意思のそんたく、要は、子供の意思を親が汲み取ってやるんだといいながら、親が死を宣告するんじゃないかといった問いに対しては、それは、子供の意思を親が決めるのではなくて、あくまでも親御さんの、脳死は人の死かどうかという価値観をそこにあてはめて法的脳死判定をするんだというところは大きく矛盾するようなきがしているんですけれども、その点についてはどのようにお考えになるか、お答えいただけますか。</p>
⇒福岡委員に対する根本議員の答弁	
BB2	<p>根本議員：（中略）やはり子供の場合は、親と子のきずながありますし、親が一番子供の命の大切さあるいは尊厳というものわかるわけですから、親が子供の心に心を重ねて、そして親が子供にかかわって意思を表示する、判断する、家族が承諾するということを考える、これが合理的ではないかと思えます（省略）。</p>

【資料 2】 「臓器移植法改正案論議の議事録 抜粋」

① 家族同意を当然視する見解（□印は筆者）

- A) 政府参考人（上田博三）：（中略）遺族及び家族の範囲については、個々の事案に即し、家族構成等に
応じて判断すべきものということで、これは当然、脳死判定等には遺族及び家族の同意等が必要なわけ
でございますが、その範囲について決めておるものでございまして、原則として配偶者、子、父母、孫、
祖父母、及び同居の親族と。それから、全体の調整を喪主がこれも遺族の総意を取りまとめると、こ
ういうふうなことをガイドラインで決めさせていただいております（省略）【第 171 回参議院 国会 厚
生労働委員会第 20 号（平成 21 年 6 月 30 日）】。
- B) 政府参考人（藤原研司）：（中略）私は御家族の子供に対する強い思いと、そして子供がだれかの体
中で臓器の一部でも生きていてほしいという御家族、当然ありますね。その言葉に表現しない乳児の
意思というとらえ方って、御家族を介してとれるわけですね（省略）【第 171 回参議院 国会 厚生
労働委員会第 20 号（平成 21 年 6 月 30 日）】。
- C1) 政府参考人（大久保通方）：私も、家族同意で提供していくということに対して、私はそれは当然だ
と思います。家族が、自分の今亡くなった方に対してどうするかということに対しての思いを一番持っ
てらっしゃるのは家族だし、実際に残されてその状態でどういうふうに感じるかもすべて家族に掛か
ってきます。ですから、私は家族同意で提供することに対して問題はないというふうに思っています【第
171 回参議院 国会 厚生労働委員会第 21 号（平成 21 年 7 月 2 日）】。
- C2) 政府参考人（木下勝之）：私は、やはり本人の意思がなくても、まあ意思をそんたくするともうしま
しょうか、そういったふうなことは、親の責任あるいは家族の責任としてあってもしかるべきだと思
います【第 171 回参議院 国会 厚生労働委員会第 21 号（平成 21 年 7 月 2 日）】。
- D) 参考人（篠崎尚史）：（中略）結局、臓器提供の意思はあったにも関わらずカードを見つけることがで
きなかったことから、“家族のそんたく” が許されたなら、脳死下における臓器提供が可能であったと
いう、事実【第 171 回参議院国会厚生労働委員会第 21 号（平成 21 年 7 月 2 日）】。
- E) 衆議院議員（富岡勉）：A 案において本人の意思が不明な場合に家族の承諾で臓器の提供が認められる
とした趣旨は、生前の本人の意思をよく知る立場にある家族に本人の意思をそんたくして臓器提供に
関する意思表示を行うことを認めることが本人の意思の尊重に資することにある（省略）【第 171 回参
議院 国会 厚生労働委員会第 23 号（平成 21 年 7 月 7 日）】。
- F) 衆議院議員（河野太郎）：本人の臓器の提供の意思表示がない場合に一律否定をするというのが本人の
意思の尊重になるわけでは必ずしもないと思うんですね。例えば、御遺族が御本人の考え方を分かって
いるときに、本人ならきっとこうしただろうという意思の表示をするということも当然あり得ること、
それはすべてのケースでそうなるとは決して思いませんが、そういう会話を御家庭でしている場合にも
そういうことというのは当然あるんだらうというふうに思っておりますし、意思表示が明確でない場合
に、御家族が意思表示をして提供の意思を決めてもいいという世論がいろんな世論調査の中で六割以
上を占めているということを考える（省略）【第 171 回参議院 国会 厚生労働委員会第 23 号（平成
21 年 7 月 7 日）】。

② 家族同意の例外性と家族承諾の危険性を問う見解

G1) 福島みずほ委員：(中略) 先ほどから本人の意思ということが問題になっていますが、私も実はその立場で、日本は通り魔とかの数が少なく、殺人事件は実は家族間が多い。虐待もあればDVもあるわけですね。家族が同意をする。＜質疑＞福島みずほ委員に対する政府参考人（ぬで島次郎）の答弁【第171回参議院 国会 厚生労働委員会第21号（平成21年7月2日）】

G2) 政府参考人（ぬで島次郎）：確かに本人同意というのがあくまでベースなんですけれども、それが無い場合には家族の同意で臓器を摘出できるというふうになっている国が多いことは事実です。そういう国でも、先ほど申し上げたように、本人同意というのがまずベースであって、それが無いという例外的な場合に以下の順位で家族の決定を認めるというふうになっていると思います。

H1) 福島みずほ委員：(中略) 要するに、本人の意思が、本人が何の意思表示もしていないときに、それは代わりの人間が担えるのか。特に子供に関して、じゃ親は言えるのかというふうに思っているんですね。虐待も残念ながら世の中にはありますし、という点についてお聞きをします（省略）。＜質疑＞福島みずほ委員に対する政府参考人（加藤高志）の答弁【第171回参議院 国会 厚生労働委員会第21号（平成21年7月2日）】

H2) 政府参考人（加藤高志）：家族の範囲ですが、これも正直言って、今の法律もそうですし、はっきりはしていないと思います。非常に混乱を生じさせると。(中略) 更に言えば、先ほども申し上げたように、相続の問題などでは家族の中で家族自身の個人の利害が直接絡んでくる場合もあると。このときに、法律が家族の承諾という定義をはっきりしないままに、今申し上げたように、今まで以上に対立するような可能性がある場合に、そこをはっきりしないままにA案として成立させるのは危険ではないかと。(省略)。

I) 円より子委員：家族の範囲についても答弁が曖昧である。さらに、臓器提供を受けたいなどの利害関係のある家族が故意に本人の拒否の意思を隠蔽する懸念も拭えず、運用に不安がある、という見解（第171回参議院国会本会議第37号平成21年7月10日）。

③ 角膜移植・腎移植に関する理由付けを根拠にする見解

J) 政府参考人（有賀徹）：一般的に言いまして、現状においても、例えば角膜移植や腎臓の提供については、御本人の意思が、まあなかったとしてもと言ってもいいいんですが、それを確認する直接的なカードがなかったとしても現に行われています。＜質疑＞D1に対する政府参考人（有賀徹）の答弁【第171回参議院 国会 厚生労働委員会第21号（平成21年7月2日）】。

文献一覧（アルファベット順）

- 阿部文明・野中明彦（2006）「エホバの証人に対する輸血に関する判決文精読による一考察」『日臨麻会誌』26(7), 722-726.
- 阿部 潤（1997a）「オーストリア・ドイツの成年後見制度—その裁判実務を中心にして—」『家庭裁判月報』49(11), 1-123.
- 阿部 潤（1997b）「オーストリア・ドイツの成年後見制度」『ケース研究』252, 147-151.
- 阿部和光（2002）「5 福祉従事者の養成と権利擁護」河野正輝・関川芳孝編『講座 障害をもつ人の人権 ①』有斐閣, 138-144.
- 阿部美佐子・志自岐康子・川村佐和子ほか（2007）「救急医療の場における家族の代理決定に関連する要因—家族看護の視点から—」『日保学誌』9(4), 238-249.
- 饗庭忠男（1980）「医療水準と説明・転送義務」『判例タイムズ』415, 54-67.
- 相川 充（1984）「援助者に対する被援助者の評価に及ぼす返報の効果」『心理学研究』55(1), 8-14.
- 相川 充（1992）「返報行動に及ぼす被援助利益と援助コストの効果に関する実験的研究」『宮崎大学教育学部紀要社会科学』70・71, 1-9.
- 相浦桂子・黒田裕子（2006）「生命危機状況にある患者の代理として家族が行う治療上の決断」『日本クリティカル看護学会誌』2(2), 75-83.
- 赤川 学（1997）「家族である，ということ—家族らしさの構築主義的分析」太田省一編『分析・現代社会—制度／身体／物語』八千代出版株式会社, 97-118.
- 赤沼康弘・横地利博（1999）『改正成年後見制度のすべて』日本法令.
- 赤沼康弘（2001）「成年後見制度定着のための課題」『ジュリスト』1211, 59-64.
- 赤沼康弘（2003）「成年後見制度改正への提言」『自由と正義』54(11), 71-79.
- 赤沼康弘（2004）「成年後見法制の現状と課題」『臨床精神医学』33(9), 1125-1129.
- 赤沼康弘（2005）「成年後見と医療行為の同意」『実践 成年後見』12, 75-83.
- 赤沼康弘（2006）「VI成年後見人等の職務と権限」新井 誠・赤沼康弘・大貫正男編『成年後見制度 法の理論と実務』有斐閣, 89-119.
- 赤沼康弘（2007）「終章 同意能力のない者に対する医療行為の法的問題点と立法提言」『成年後見と医療行為』日本評論社, 253-279.
- 赤沼康弘（2009）「医療行為と成年後見制度—同意能力のない者に対する医療」『月刊福祉』6, 41-45.
- 赤沼康弘・鬼丸かおる（編）（2007）『成年後見の法律相談＜改訂版＞』学陽書房.
- 秋葉悦子（2004）「生命に対する罪と被害者の承諾 生命の尊重か自己決定の尊重か—安楽死問題をめぐって—」『現代刑事法』6 (3), 42-46.
- 秋田仁孝（2004）『『個人化』と法システムのゆらぎ』『社会学評論』54(4), 413-430.
- 秋田千恵（1998）「医療過誤訴訟における医師の責任と医療水準」『民法研究』2, 198-205.
- 穂山守夫編（2010）『わかりやすい人権論—よくわかるヒューマンライツ』文化書房博文社.
- 天田城介（2005）『『生命／生存の維持』という価値へ—『公共圏／親密圏』という構図の向こう側—』『家族研究年報』30, 17-34.
- 天津栄子（2007）「認知症のターミナルケアが目指すもの」『老年精神医学雑誌』18, 937-945.
- 青木仁美（2006）「成年後見人の確保に対する日本とドイツの取り組みについて(1)」『早稲田大学大学院法研論集』120, 1-23.
- 青木仁美（2007a）「成年後見人の確保に対する日本とドイツの取り組みについて(2)」『早稲田大学大学院

- 法研論集』121, 1-23.
- 青木仁美(2007b)「成年後見人の確保に対する日本とドイツの取り組みについて(3)」『早稲田大学大学院法研論集』122, 1-23.
- 青木仁美(2007c)「成年後見人の確保に対する日本とドイツの取り組みについて(4・完)」『早稲田大学大学院法研論集』123, 1-24.
- 青山 修(2008)『親権・未成年後見の法律と登記』新日本法規出版株式会社.
- 新井 誠(1991)「イギリスとドイツにおける成年後見法の新たな展開」『ジュリスト』972, 15-31.
- 新井 誠(1995)「イギリスとドイツにおける任意成年後見法の動向」『ジュリスト』1061, 138-143.
- 新井 誠(1997a)「アメリカにおける高齢者財産管理 信託法制の新しい動向(1)—信託制度の成年後見的役割」『ジュリスト』1105, 94-98.
- 新井 誠(1997b)「アメリカにおける高齢者財産管理 信託法制の新しい動向(2)—信託制度の成年後見的役割」『ジュリスト』1106, 102-112.
- 新井 誠(1997c)「アメリカにおける高齢者財産管理 信託法制の新しい動向(3・完)—信託制度の成年後見的役割」『ジュリスト』1107, 86-90.
- 新井 誠(1998)「高齢者・障害者の権利擁護システム構築の動向と課題～生活支援・自立支援型成年後見制度の展望～」『月刊福祉』81(6), 12-19.
- 新井 誠(2000)「新しい成年後見法の概要と課題」『臨床精神医学』29(6), 603-607.
- 新井 誠(2001a)「成年後見制度と高齢者の人権」『老年精神医学雑誌』12(2), 127-130.
- 新井 誠(2001b)「成年後見制度の現状と展望」『民事法情報』173, 33-40.
- 新井 誠(2001c)「成年後見法施行後の1年間を振り返って」『ジュリスト』1211, 10-23.
- 新井 誠(2002)「成年後見制度施行二年後の現状と課題」『民事法情報』192, 2-15.
- 新井 誠(2003a)「成年後見法施行後3年間の実態から学ぶもの」『自由と正義』54(11), 60-70.
- 新井 誠(2003b)「成年後見制度と自己決定—自己決定の仕組みとしての任意後見制度—」『老年精神医学雑誌』14(10), 1240-1250.
- 新井 誠(2004a)「アルツハイマー型痴呆に関する権利擁護について—4年目を迎えた成年後見制度」『老年精神医学雑誌』15(増), 18-20.
- 新井 誠(2004b)「成年後見制度の活用」『Cognition and Dementia』3(4), 402-404.
- 新井 誠(2004c)「財産活用の手法と実際(1)—信託—」『実践 成年後見』9, 31-37.
- 新井 誠(2004d)「ドイツ世話法の現状」『臨床精神医学』33(9), 1191-1195.
- 新井 誠(2005a)『信託法〔第2版〕』有斐閣.
- 新井 誠(2005b)『成年後見法と信託法』有斐閣.
- 新井 誠(2007)「序章 成年後見法における医療行為の同意権」『成年後見と医療行為』日本評論社, 1-15.
- 新井 誠・赤沼康弘・大貫正男編(2006)『成年後見制度 法の理論と実務』有斐閣.
- 新井 誠監訳(2009)『イギリス 2005年意思能力法・行動指針』民事法研究会.
- 新井康友(2007)「ホームヘルパーの医療行為に関する一考察」『産業・社会・人間』9, 39-47.
- 荒木乳根子・大山博史・岡本多喜子ほか(2000)『高齢の“こころ”事典』中央法規出版.
- 有馬明恵(2007)『内容分析の方法』ナカニシヤ出版.
- 有馬 齊(2006)「『利益』のボーダーライン—大脳機能の不可逆的な喪失と代理決定—」『生命倫理』16(1), 76-83.

- 有馬 斉 (2009)「安楽死を選ぶ自由と差別について」『生存学』1, 23-41.
- 浅田和茂・内田博文・上田 寛ほか (2008)『現代刑法入門〔第2版補訂〕』有斐閣.
- 浅田富美枝 (2004)「親密圏と暴力」『唯物論研究年誌』9, 142-166.
- 浅井 篤 (2008)「末期利用における事前指示・代理判断」『現代医療』35(4), 73-77.
- 浅見克彦 (2001)『愛する人を所有するということ』青弓社.
- 浅野 篤 (2007)「死の自己決定と患者の利益」『医学哲学医学倫理』25, 146-151.
- 浅利 宙 (2003)「社会生活上の『家族』に関する学説的展開と現代的家族」『人間科学会学』3, 81-100.
- 芦部信喜 (1996)『憲法学Ⅱ人権総論』有斐閣.
- 芦刈伊世子 (2002)「痴呆と家族」『精神医療』25, 68-75.
- 芦野訓和 (1999)「生命の自由・人命救助と民法理論—生命・身体への自己決定と私的自治・序説—」『法律論業』71(6), 95-130.
- 畔柳達雄 (1986)「未熟児網膜症裁判の現状—60件の判決を読んで—」『判例タイムズ』618, 192-184.
- 畔柳達雄 (1989)「医療水準—専門医, 地域差, 施設差」『判例タイムズ』686, 70-78.
- 唄 孝一 (1990)「患者の『知る権利』と医師の説明義務」医の統合を語る会編『医の統合V医療と社会』, 日本医事新報社, 3-22.
- 唄 孝一 (1995)「序論 家族と医療・序説」唄 孝一・石川 稔編『家族と医療—その法学的考察』弘文堂, 2-45.
- 別府三奈子 (2007)「第八章 新聞写真が描く初期水俣病事件」『“水俣”の言説と表象』藤原書店, 297-332.
- ベーム, レルヒ, レュースルマイヤー, ヴェイス ((社) 日本社会福祉士会編訳) (2000)『成年後見シリーズ1 ドイツ成年後見ハンドブック—ドイツ世話法の概説—』勁草書房.
- Bridgit Dimond (2008a) The Mental Capacity Act 2005 and decision-making Code of Practice, British Journal of Nursing, 17(2), 110-112.
- Bridgit Dimond (2008b) The Mental Capacity Act 2005 mental capacity and mental illness, British Journal of Nursing, 17(3), 182-184.
- 伊達久美子・齊藤朋子 (1999)「訪問看護における在宅療養・家族の自己決定と支援に関する研究—療養者・家族間で意思が異なる場面の分析結果を中心に—」『山梨医大紀要』16, 52-59.
- デンズビル・ラッシュ／中山泰道 (翻訳) (2005)「イギリスの成年後見法改正の動向」『成年後見法研究』2, 103-119.
- 土居健郎 (2000)『土居健郎選集4 精神療法の臨床』岩波書店.
- ドイツ成年後見法研究会 (1992a)「ドイツ成年後見制度の改革 (一) —世話法 (Betreuungsgesetz) 注解—」『民商法雑誌』105(4), 572-596.
- ドイツ成年後見法研究会 (1992b)「ドイツ成年後見制度の改革 (二) —世話法 (Betreuungsgesetz) 注解—」『民商法雑誌』105(6), 850-873.
- ドイツ成年後見法研究会 (1993a)「ドイツ成年後見制度の改革 (三) —世話法 (Betreuungsgesetz) 注解—」『民商法雑誌』108(3), 462-478.
- ドイツ成年後見法研究会 (1993b)「ドイツ成年後見制度の改革 (四) —世話法 (Betreuungsgesetz) 注解—」『民商法雑誌』109(2), 353-379.
- ドーランド医学大辞典編集委員会 (1998)『第28版ドーランド図説医学大辞典縮小版』廣川書店.
- 道垣内弘人 (1995a)「成年後見制度私案(1)」『ジュリスト』1074, 117-121.
- 道垣内弘人 (1995b)「成年後見制度私案(2)」『ジュリスト』1075, 93-98.

- 道垣内弘人（1996）『信託法理と私法体系』有斐閣。
- 道垣内弘人（1998）『身上監護』、『本人の意思の尊重』について『ジュリスト』1141.
- 道垣内弘人（2002）「成年後見人の権限—身上監護について」『判例タイムズ』1100, 238-239.
- 道垣内弘人（2006）「善管注意義務をめぐって」『法律教室』305, 37-44.
- 道垣内弘人（2007）『信託法入門』日本経済新聞出版社。
- 道垣内弘人（2008a）「さみしがりやの信託法第1回いろんな問題, あるんだな」『法学教室』331, 129-134.
- 道垣内弘人（2008b）「さみしがりやの信託法第3回シュシュトリアンは有言実行」『法学教室』333, 72-77.
- Drought, T. S. and Koenig, B. A. (2002) “Choice” in End-Of-Life Decision Making Reserching Fact and Fiction, The Gerontologist, 42III 114-126.
- 江口知子・安里勝人・川島一夫（2003）「貸与行動における向社会的判断と愛他的判断」『信州大学教育学部紀要』108, 91-99.
- 藤井哲治（2009）「成年後見制度利用課題に関する一考察～高齢者施設の事例から～」『最新社会福祉学研究』4, 1-11.
- 藤森三男・大内章子（1996）「ウチ社会の理論—日本企業経営の底に流れるもの—」『三田商学研究』39(2), 51-70.
- 藤村賢訓（1997）「成年後見に関する法制の研究—イギリス LAW COM, No.231 の検討を中心に—」『福岡大学大学院論集』29(1), 29-49.
- 藤永 保・仲真紀子監（2004）『心理学辞典』丸善株式会社。
- 藤縄 昭（1978）「1. 総論—日常臨床における精神療法」懸田克躬編『現代精神医学大系第5巻A《精神科治療学I》』中山書店, 31-44.
- 藤崎宏子（2000）「家族はなぜ介護を囲い込むのか ネットワーク形成を阻むもの」副田義也・樽川典子編『流動する社会と家族Ⅱ 現代家族と家族政策』ミネルヴァ書房, 141-161.
- 藤田冬子（2007）「医療機関における認知症のターミナルケアとその実践—倫理的課題を含めて—」『老年精神医学雑誌』18(9), 946-952.
- 藤田友敬（2000）「忠実義務の機能」『法学協会雑誌』117(2), 283-307.
- 藤内栄太・西村良二（2007）「精神科専門医の精神療法」『精神医学』49(11), 1094-1101.
- 深山雅也（2008）「信託法改正とその活用」『自由と正義』59(4), 17-27.
- 舟越健之輔（1992）『「複合家族」のすすめ』『公評』29(7), 48-55.
- 古川俊治・北島政樹（2003）「癌治療標準化と法的『医療水準』」『日本外科学会雑誌』104(5), 380-385.
- 布施晶子（1984）「家族」『現代社会学辞典』北川隆吉（監），有信堂高文社, 405-421.
- 布施晶子（1987）「家族研究の軌跡と課題」『社会学評論』38(2), 150-166.
- 布施晶子（1990）「家族社会学の現代的課題—変わりゆく家族にどう対処するか—」『家族社会学研究』2, 48-56.
- Geraldine Boyle (2009) The Mental Capacity Act 2005 Deprivation of Liberty Safeguards and people with dementia: the implications for social care regulation, Health and Social Care in the Community, 17(4), 415-422.
- 神野礼斉（2002）「ドイツ成年後見法における医療行為と同意」『比較研究法』64, 151-156.
- H. トリストラム・エンゲルハート（甲斐克則・新谷一郎訳）（2009）「治療への同意—家族の役割」『早稲田大学比較法学研究所比較法学』43(2), 157-178.
- 萩原清子（2009）「高齢者虐待の発生と親孝行文化」『関西学院大学文学部紀要』114, 127-146.

- 萩原由美恵（2009）「医療過誤訴訟における医療水準」『中央学院大学法学論業』22(1), 25-57.
- 濱田勝宏（1992）「核家族と『役割・規範』」『文化女子大学研究紀要』23, 153-162.
- 判例六法編修委員会（編）（2008）『模範六法 2008 平成 20 年 1 版』三省堂.
- 花岡明正（1997a）「基本的人権とパターンナリズム(1)」『新潟工科大学紀要』2, 89-98.
- 花岡明正（1997b）「第一章パターンナリズムとは何か」澤登俊雄編『現代社会とパターンナリズム』ゆるみ出版, 11-50.
- 花岡明正（1998）「基本的人権とパターンナリズム(2・完)」『新潟工科大学紀要』3, 123-130.
- 花岡明正・横山謙一・平林勝政ほか（1997）「第七章 座談会パターンナリズム論の現在」澤登俊雄編『現代社会とパターンナリズム』ゆるみ出版, 231-253.
- 花崎皋平・川本隆史（1998）「自己決定権とは何か」『現代思想』26(8), 44-56.
- 原 司（2000）「成年後見制度の改正に関する民法の一部を改正する法律等の概要」『銀行法務 21』574, 6-13.
- 原 司（2001a）「成年後見制度の実務上の諸問題」『ジュリスト』1211, 24-48.
- 原 司（2001b）「第 4 章 後見体制・監督体制の充実及び経過措置」新井 誠編『成年後見法律の解説と活用方法』有斐閣, 76-104.
- 長谷川秀夫（2005）『「イギリス成年後見法改正の動向」傍聴記』『実践 成年後見』12, 132-137.
- 長谷川啓三（2008）「家族内コミュニケーション研究の意義と最近の成果」『家族心理学年報』26, 50-62.
- 長谷川眞理子（2004）「家族内の葛藤と殺人—進化生物学的視点から—」『家族研究年報』29, 28-40.
- 長谷川貞行（2007a）「委任・代理と信認関係, 忠実義務」『民事法情報』249, 83-87.
- 長谷川貞行（2007b）「代理における信認関係—受任者・代理人の忠実義務と信認代理」『法律時報』79(5) 196-99.
- 長谷川貞行（2010）「信認関係と忠実義務—信認型契約の創設を構想する立場からの提言—」円谷 俊編『社会の変容と民法典』成文堂, 301-328.
- 橋本雄太郎（1987）「医療水準論に関する一考察」『法学研究』60(2), 315-334.
- 橋本雄太郎（1999）「被害者の承諾と自己決定権」『杏林社会科学研究』15(1・2), 74-90.
- 橋本雄太郎・中谷瑾子（1986）「患者の治療拒否をめぐる法律問題—『エホバの証人』の信者による輸血拒否事件を契機として—」『判例タイムズ』569, 8-17.
- 畑中久彌（2006）「医療水準における患者の意思と医学の方法」『賠償科学』33, 49-53.
- 服部健司（2001）「死ぬ義務あるいは家族と自己決定」『医学哲学医学倫理』19, 151-165.
- 林 美紀（2002）「医療における意思能力と意思決定」『成年後見と意思能力』日本評論社, 223-241.
- 林田丞太（1985）「緊急避難における相当性の判断」『駒沢大学大学院公法学研究』12, 67-88.
- 早崎史朗・仁科健夫・中井猛之（2001）「エホバの証人と無輸血治療の選択—生命倫理のケース・スタディとして考察する—」『生命倫理』11(1), 97-103.
- 狭間香代子（2000）「自己決定とストレングス視点」『社会福祉学』40(2), 39-56.
- 東 清巳・永木由美子・吉本美浦子ほか（1997）「在宅癌末期患者の自己決定権, 家族の意思決定の内容と意味—在宅死の転帰をとった 7 事例の分析から—」『熊本大学教育学部紀要自然科学』46, 127-138.
- 東 尚弘・祖父江友孝（2008）「がん医療水準でん化をめざした取り組み」『日本外科学会雑誌』109(1), 45-49.
- 東 洋・柏木恵子編（1999）『流動する社会と家族 I 社会と家族の心理学』ミネルヴァ書房.

- 樋口範雄 (2000a) 『フィデュシャリー〔信認〕の時代』 有斐閣.
- 樋口範雄 (2000b) 『アメリカ信託法ノート』 弘文堂.
- 樋口範雄 (2000c) 「『エホバの証人』 最高裁判決」 『法学教室』 239, 41-44.
- 樋口範雄 (2004a) 『親子と法―日米比較の試み』 弘文堂.
- 樋口範雄 (2004b) 「信認の時代」 『山型大学法政論業』 30, 1-40.
- 樋口範雄 (2007a) 『入門・信託と信託法』 弘文堂.
- 樋口範雄 (2007b) 『医療と法を考える 救急者と正義』 有斐閣.
- 比較家族史学会 (編) (1996) 『事典家族』 弘文堂.
- 平林勝政 (2009) 「介護職と医行為をめぐる法的諸問題」 『月刊福祉』 92(7), 12-18.
- 平川仁尚・益田雄一郎・葛谷雅文ほか (2007) 「療養型病床群 1 施設における心肺蘇生および急性期病院への転院に関する家族の希望」 『日老医誌』 44, 479-502.
- 平野光洋 (2004) 「権利擁護における自己決定とパターナリズムの関係の考察」 『東北福祉大学大学院総合福祉学研究科社会福祉学専攻紀要』 2, 136-150.
- 平岡章夫 (2006) 「『危険な行為』とパターナリズム―『自己決定権』批判の視点から―」 『社会学論集』 8, 319-334.
- 平澤秀人・桐谷優子・秋山英恵ほか (2007) 「認知症高齢者の終末期医療に関する家族の意識調査―入院・外来患者について―」 『老年精神医学雑誌』 18(9), 884-891.
- 平田 厚 (2004a) 「成年後見制度と地域福祉権利擁護事業の違いと特徴」 『ふれあいケア』 10(1), 7-10.
- 平田 厚 (2004b) 『ロースクール家族法』 日本加除出版株式会社.
- 平田 厚 (2005) 『家族と扶養―社会福祉は家族をどうとらえるか―』 筒井書房.
- 平田常子 (2002) 「自己決定の尊重と本人保護の調和―日本とドイツの成年後見制度―」 『近畿福祉大学紀要』 3(1), 16-28.
- 平山順子 (1999) 「家族を『ケア』するということ―育児期の女性の感情・意識を中心に―」 『家族心理学研究』 13(1), 29-47.
- 平山順子 (2002) 「中年期夫婦の情緒的關係妻から見た情緒的ケアの夫婦間対称性」 『家族心理学研究』 16(2), 81-94.
- 廣松 渉・子安宜邦・三島憲一他 (1998) 『岩波哲学・思想事典』 岩波書店.
- 廣瀬美佳 (1991) 「医療における代諾に関する諸問題 (上)」 『早稲田大学大学院法研論集』 60, 245-273.
- 廣瀬美佳 (1992) 「医療における代諾に関する諸問題 (下)」 『早稲田大学大学院法研論集』 61, 177-207.
- 廣田麻里子 (2007) 「判断能力が低下した患者の胃瘻造設―胃瘻造設のインフォームド・コンセントから決定まで; 社会福祉の立場から―」 『臨床看護』 33(11), 1556-1561.
- 樋澤吉彦 (2003) 「『自己決定』を支える『パターナリズム』についての一考察―『倫理綱領』改訂議論に対する『違和感』から」 『精神保健福祉』 34(1), 62-69.
- 樋澤吉彦 (2005a) 「『同意』は介入の根拠足り得るか?―パターナリズム正当化原理の検討を通して―」 『新潟青陵大学紀要』 5, 77-90.
- 樋澤吉彦 (2005b) 「『自己決定/自律』および『自己決定権』について基礎的考察―支援/介入の観点から―」 『Core Ethnics』 1, 105-116.
- 樋澤吉彦 (2009) 「『同意』はパターナリズムを正当化できるか」 『談』 83, 37-58.
- 本田宏治 (2007) 「親密圏における合理的な管理/統制の不可能性とドラッグ・アディクトの構成」 『現代社会病理』 22, 71-86.

- 本間 昭 (2007a) 「第 2 章 認知症の人の現状」『認知症ケア標準テキスト 改訂・認知症ケアの基礎』ワールドプランニング, 11-18.
- 本間 昭 (2007b) 「第 5 章 地域で認知症高齢者を支えるために」『認知症ケア標準テキスト 改訂・認知症ケアにおける社会資源』ワールドプランニング, 193-213.
- 本間 昭 (2007c) 「第 1 章 認知症高齢者の医療同意をめぐる成年後見制度の課題—医師を対象とした全国アンケート調査結果—」『成年後見と医療行為』日本評論社, 19-31.
- 本澤巳代子 (2000) 「成年後見と介護保険」『民商法雑誌』122 (4・5), 554-574.
- 本山 敦 (2009) 『家族法の歩き方』株式会社日本評論社.
- 堀井和栄・金田美佐緒・井上美夕起ほか (2006) 「医療現場における成年後見制度の課題—身寄りがなく判断能力が不足している患者の医療行為と転院援助の症例から—」『岡山済生会総合病院雑誌』38, 74-77.
- 星野 命編 (1989) 『変貌する家族—その現実と未来 講座家族心理学第 1 巻』金子書房.
- 星野 命 (1989) 「序章 家族への学際的アプローチ」星野 命編『変貌する家族—その現実と未来 講座家族心理学第 1 巻』金子書房, 1-12.
- 星野 豊 (1999a) 「『信託関係』における『受益者』の責任(1)」『NBL』673, 10-14.
- 星野 豊 (1999b) 「『信託関係』における『受益者』の責任(2)」『NBL』674, 47-55.
- 星野 豊 (1999c) 「『信託関係』における『受益者』の責任(3・完)」『NBL』675, 52-56.
- 星野 豊 (2004) 『信託法理論の形成と応用』信山社出版.
- 星田 寛 (2004) 「『パーソナルトラスト』と成年後見制度」『実践 成年後見』9, 37-42.
- 星田 寛 (2007) 「自分と家族のための家族信託の検討—改正信託法の受益者連続信託の活用のすすめ—」『信託』229, 384-402.
- 細谷貞雄 (1970) 「愛と所有」『東北大学文学部研究年報』20, 28-68.
- 堀田義太郎・有馬 斉・安部 彰ほか (2009) 「英国レスリー・パーク裁判から学べること—生命・医療倫理の諸原則の再検討」『生存学』1, 131-164.
- 堀田義太郎 (2009) 「介護の社会化と公共性の周辺化」『生存学』1, 265-292.
- 法務省民事局参事官室 (1998) 「成年後見制度の改正に関する要綱試案の概要」『ジュリスト』1141, 4-15.
- 福永ひとみ・井上聡子・木原博子 (2007) 「精神科看護における『自己決定』の捉え方の動向と援助への課題」『川崎市立看護短期大学紀要』12(1), 35-43.
- 福永ひとみ・岡本典子 (2004) 「統合失調症患者の急性期における自己決定を促す看護の働きかけ—セルフケア要素‘活動と休息’に着目した看護記録からの読みとり—」『川崎市立看護短期大学紀要』9(1), 31-39.
- 福永良逸 (2008) 「自己決定と支援の境界について」『九州大谷研究紀要』34, 130-113.
- 古牧徳生 (1999) 「『自己決定』と人間における『自由』—『自由』が本来的に『自由』であるためには何が必要か—」『神戸市看護大学短期大学部紀要』18, 101-115.
- 伊部英男 (1998) 『老人保健健康増進等事業による研究報告書』平成 10 年度老年期における自己決定のあり方に関する調査研究, 国際長寿センター.
- 伊部憲幸 (2005) 「成年後見における身上監護とは何か」『実践 成年後見』12, 56-66.
- 井田 良 (2000a) 「緊急避難の理論」『現代刑事法』2(4), 100-108.
- 井田 良 (2000b) 「違法性阻却事由の理論」『現代刑事法』2(1), 82-90.
- 井田 良 (2008) 『講義刑法学・総論』有斐閣. 行為無価値論の立場
- 井土睦雄 (2006) 「福祉サービスにおける自己決定権の保障—権利擁護と利用契約制度との視点から—」

- 『近畿福祉大学紀要』7(2), 123-133.
- 家永 登(2007)『子どもの治療決定権—ギリック判決とその後—』日本評論社.
- 医学用語大辞典編集委員会◎(1989)『英和医学用語大辞典 F・O』紀伊国屋書店.
- 五十嵐雅哉(2004)「医療におけるパターナリズムが正当化される条件」『日老医誌』41, 8-15.
- 五十嵐禎人(2003)「成年後見制度と意思能力判定の構造」『老年精神医学雑誌』14(10), 1228-1239.
- 五十嵐禎人(2004)「イギリスにおける精神障害者の財産管理などに関する制度」『臨床精神医学』33(9), 1197-1202.
- 五十嵐禎人(2009)「イギリスの新成年後見制度(Mental Capacity Act 2005)における意思能力とわが国における課題」『老年精神医学雑誌』20, 436-442.
- 飯田紀彦(1996a)「成年後見制度と精神医学成年精神障害の心理学的能力の検討」『関西大学 社会学部 紀要』27(3), 1-20.
- 飯田紀彦(1996b)「成年後見制度と意思能力—精神医学の立場から—」『ノモス』7, 180-185.
- 飯田泰士(2007)「患者の自己決定権に関わる医師の説明義務に関するガイドライン—メディカル・リスク・コントロールを踏まえて—」『東京大学法科大学院ローレビュー』2, 20-41.
- 飯島滋明(2005)「患者の『自己決定権』と告知」『工学院大学研究論業』42(2), 17-28.
- 飯塚和之(1993)「説明義務の軽減・免除」『年報医事法学』8, 92-102.
- 飯塚和之(2004)「患者の自己決定権と司法判断—近時の最高裁・説明義務判決をめぐって—」湯沢雍彦・宇津木伸編『人の法と医の倫理—唄孝一先生に賀寿と感謝の気持ちを込めて—』信山社, 263-289.
- 池田恵利子(1998)「福祉改革の方向と成年後見のあり方」『月刊福祉』81(6), 50-55.
- 池田恵利子(2001)「一人暮らし都市高齢者と成年後見制度—一人暮らしをどう支えるか—社会資源の活用と後見支援」『月刊 総合ケア』11(10), 18-23.
- 池田恵利子(2006)「認知症の人の立場に立った連携を実現するために」『老年精神医学雑誌』17(5), 517-522.
- 池田恵利子(2007a)「認知症高齢者の権利擁護—成年後見等の制度を中心に—」『看護技術』10(増), 122-125.
- 池田恵利子(2007b)「高齢者の権利擁護のための成年後見制度—その現状と課題—」『訪問看護と介護』12(7), 574-577.
- 池田恵利子(2007c)「高齢者自立支援としての後見実践」『老年精神医学雑誌』18(4), 396-401.
- 池田省三(2000)「パターナリズムからの脱却は可能か」『生活経済政策』47, 2-6.
- 池田義孝・木戸 功・志田哲之ほか(1999)「単身生活者による家族の構築—構築主義的な家族研究のアプローチの試み—」『早稲田大学人間科学学術院人間科学研究』12(1), 75-92.
- 池原毅和(2000)「成年後見制度」『総合リハ』28(9), 837-841.
- 池本卯典(2003)「医療過誤と法医学(8)—医師の医療水準と受療者の期待権—」『現代刑事法』5(10), 85-88.
- 生村吾郎(1992)「回復をはばむもの—精神医療の侵襲性について—」『臨床精神病理』13, 9-16.
- 生田勝義(1993)「『被害者の承諾』についての一考察」『立命館法学』2, 31-76.
- 今井雅子(2003)「イギリスの成年後見制度改革における最近の動向」『比較法』40, 265-286.
- 今井章子(1978)「ソーシャルワーク研究(そのⅡ)—『クライアントの自己決定』の原理について—」『園田女子大論文集』13, 15-33.
- 今井章子(1980)「ソーシャルワーク研究(そのⅢ)—『自己決定』に於ける日本の特徴について—」『園田女子大論文集』15, 7-17.

- 今井猛嘉・小林憲太郎・島田聡一郎ほか（2009）『刑法総論』有斐閣。
- 今井幸充（2004）「家族を含めたインフォームド・コンセント」『CLINICIAN』529, 107-112.
- 今井幸充（2007）「病名告知と権利擁護」『medicina』44(6), 1138-1141.
- 今井幸充・杉山美香・北村世都（2000）「アルツハイマー病告知の現状と問題点」『老年精神医学雑誌』11(11), 1225-1232.
- 今井嘉文（2003）「信託義務と自己責任原則—継続的証券取引を中心として—」『神戸学院法学』33(3), 1-39.
- 今村 薫（2009）「シェアリング（分かち合う）」日本文化人類学会編『文化人類学事典』丸善株式会社, 518-519.
- 稲葉一人（2003）「医療における意思決定—終末期における患者・家族・代理人—」『医療・生命と倫理・社会』2, 34-51.
- 稲田龍樹（1990）「医療水準と過失の判断」『法学新報』96(11・12), 325-355.
- 稲垣 喬（1983）「医療水準の意義と機能—大阪高裁昭和 58 年 2 月 9 日判決—」『判例タイムズ』503, 45-51.
- 稲垣 武（1996）『新聞裏読み逆さ読み マスコミの整理と病理』草思社.
- 稲永由紀（1998）『『日常生活規範』に対する態度形成と家族集団—他者との関係性認識による態度の変化を手がかりとして—』九州大学大学院教育学研究紀要』44, 119-133.
- 医の統合を語る会編（1990）『医の統合Ⅴ医療と社会』, 日本医事新報社.
- 井上治代（2000）『墓をめぐる家族論 誰と入るか, 誰が守るか』平凡社.
- 井上英夫（1997）「健康権と患者の権利—自己決定とインフォームド・コンセント—」『社会福祉研究』70, 134-143.
- 井上匡子（2006）「親密圏の暴力と司法の役割」『神奈川法学』39(1), 25-65.
- 井上 聡（2007）『信託の仕組み』日本経済新聞出版社.
- 井上 聡（編）（2007）『新しい信託 30 講』弘文堂.
- 井上澄江・飯田紀彦（2000）「新しい成年後見制度—痴呆症の病名告知を中心に—」『大阪医学』34(1), 18-23.
- 井上澄江（2003）「成年後見制度と医療の代諾」『医学哲学医学倫理』21, 112-125.
- 井上たか子（2004）「親密圏」越智 貢・金井淑子・川本隆史ほか『応用倫理学講義 5 性／愛』岩波書店, 240-245.
- 井上嘉仁（2009）「ソフトなパターナリズムは自由と両立するか—リバタリアン・パターナリズム論の影—」『姫路法学』50, 41-95.
- 井上宜裕（2007）『緊急行為論』成文堂.
- 乾 吉佑（2004）「サイコセラピストの産業精神保健への参加心理臨床家の場合」『精神療法』30(5), 27-34.
- 犬塚協太（2006a）「ポスト近代家族における性別分業規範の変容とその類型化(1)」『国際関係比較文化研究』4(2), 253-273.
- 犬塚協太（2006b）「ポスト近代家族における性別分業規範の変容とその類型化(2)」『国際関係比較文化研究』5(1), 1-19.
- 石田光規（2008）「家族に頼れないのはどのような人たちか？」『大妻女子大学人間関係学部紀要』10, 1-12.
- 石田佐恵子（1998）『有名性という文化装置』勁草書房.

- 石黒清子（2002）「成年後見制度と自己決定権の尊重」『判例タイムズ』1100, 221-222.
- 石井美智子（2000）「高齢者の医療における家族の同意」『年報医事法学』15, 98-106.
- 石川栄吉・梅棹忠夫・大林太良ほか編（1998）『[縮刷版]文化人類学事典』弘文堂.
- 石川雅信（2006）「第1章 家族の変化と家族関係」山根常男・玉井美知子・石川雅信編『テキストブック家族関係学—家族と人間性—』ミネルヴァ書房, 18-35.
- 石川 稔（1995a）「第1章 医療における代行判断の法理と家族—誰か代行判断者か—」唄 孝一・石川 稔編『家族と医療—その法学的考察』弘文堂, 48-68.
- 石川 稔（1995b）『家族法における子どもの権利—その生成と展開』日本評論社.
- 石川 稔（2000）『子どもの法の課題と展開』有斐閣.
- 石川時子（2007）「パターンナリズムの概念とその正当化基準—『自律を尊重するパターンナリズム』に着目して—」『社会福祉学』48(1), 5-16.
- 石崎泰雄（2008）『患者の意思決定権』成文堂.
- 磯田朋子・清水新二（1991）「家族の私事化に関する実証的研究」『家族社会学研究』3, 16-27.
- 磯田朋子（1994）「私事化・個別化と家族の統合」『社会分析』22, 71-83.
- 板倉 宏（2004）『刑法各論』勁草書房.
- 市川光雄編（2001）『森と人の共存世界 講座・生態人類学2』京都大学学術出版会.
- 市川直子（2010）「第14講 プライバシー権・自己決定権」亀山守夫編『わかりやすい人権論—よくわかるヒューマンライツ』文化書房博文社, 242-249.
- 伊藤克彦（1994）「精神療法とは何か」成田善弘・関口純一・小林 進ほか編『精神療法の探究』金剛出版, 11-26.
- 伊東研祐（2006a）「違法性阻却の原理と自由—その1 正当行為」『法学セミナー』614, 104-109.
- 伊東研祐（2006b）「違法性阻却の原理と自由—その2 被害者の同意」『法学セミナー』615, 104-108.
- 伊東研祐（2006c）「違法性阻却の原理と自由—その3 緊急避難・自救行為」『法学セミナー』618, 94-98.
- 伊藤正巳・園部逸夫編（2000）『現代法律百科大事典3』ぎょうせい.
- 伊藤正男・井村裕夫・高久史麿（2003）『医学書院医学大辞典』医学書院.
- 伊藤 進（2000）「新成年後見制度の理論における研究—現行の無能力制度との比較を通じて—」『銀行法務』21, 574, 30-35.
- 伊藤 進（2006）「わが国における代理の法的構成論—『三当事者法律行為』形象の提言—」『明治大学法科大学院論集』1, 1-129.
- 伊藤 進（2010）『代理・授權』規定案の検討—代理の法的構成論からみて— 円谷 俊編『社会の変容と民法典』成文堂, 8-78.
- 岩井八郎（2009）「戦後日本型ライフコースの変容—JGSS-2009 ライフコース調査の研究視点と予備的分析—」『日本版総合的社会調査協同研究拠点研究論文集』10, 193-204.
- 岩井英典（2006）「命の行方を決めるのは誰か」『実践 成年後見』16, 53-58.
- 岩井伸晃（2001）「第1章 法定後見制度と任意後見制度」『成年後見 法律の解説と活用の方法』有斐閣, 12-35.
- 岩澤 勇（2002）「成年後見制度導入の経緯と意義」『法学セミナー』575, 38-41.
- 岩澤 勇（2004）「事例①成年後見制度の活用 判断能力が不十分な方のための法律行為」『ふれあいケア』10(1), 10-12.
- 岩志和一郎（2006）「医療契約・医療行為の法的問題点」『実践 成年後見』16, 9-18.

- 岩志和一郎 (2007) 「第 4 章 医療契約・医療行為の法的問題」『成年後見と医療行為』日本評論社, 69-83.
- 岩田香織 (2004) 「知的障害者に対する成年後見制度の運用について」『静岡県立大学短期大学部研究紀要』18, 1-14.
- 岩田香織 (2005) 「成年後見制度における支援内容の検討—知的障害者支援に基づく一考察—」『東海大学健康科学部紀要』11, 11-20.
- 泉 久雄 (2005) 『家族法読本』有斐閣.
- 泉井みずき (2008) 「返報の意識が幼児の『心理的負債』に及ぼす影響」『日本教育心理学会総会発表論文集』50, 4.
- Jaber F. Gubrium and James A. Holstein (1990) What Is Family? (=1997, 中河伸俊・湯川純幸・鮎川 潤訳『家族とは何か その言説と現実』新曜社.)
- Jill Manthorpe, Joan Rapaport and Nicky Stanley (2008) The Mental Capacity Act 2005 and Its Influences on Social Work Practice Debate and Synthesis, PRACTICW SOCIAL WORK IN ACTION, 20(3), 151-162.
- Jurgen Habermas (1990) Strukturwandel der Öffentlichkeit Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft (=1994, 細谷貞雄・山田正行訳 『第 2 版 公共性の構造転換』未来社.)
- 門馬幸夫 (2007) 「歓待と忌避あるいは文化と社会における互酬性—儀礼的身分と社会的身分への素描—」『日本民族学』252, 70-89.
- 門田成人 (1995) 「第 4 章 インフォームド・コンセントと患者の自己決定権」大野真義編『現代医療の医事法制』世界思想社, 54-70.
- 甲斐克則 (1992) 「法的観点からみた安楽死・尊厳死の許容性と問題性」『生命倫理』2(1), 59-64.
- 甲斐克則 (2001) 「医療過誤刑事判例における注意義務の変遷」『年報医事法学』16, 122-141.
- 甲斐克則 (2004) 「医療行為と『被害者』の承諾」『現代刑事法』6(3), 26-34.
- 甲斐克則 (2008) 「第 1 講 医事法の意義と基本原理」甲斐克則編『ブリッジブック医事法』信山社, 1-12.
- 甲斐克則編 (2008) 『ブリッジブック医事法』信山社.
- 甲斐克則編 (2010) 『レクチャー生命倫理と法』法律文化社.
- 甲斐克則 (2010) 「第 19 章小児医療」甲斐克則編『レクチャー生命倫理と法』法律文化社, 220-233.
- 抱喜久雄 (2002) 「『自己決定権』をめぐる議論への若干の疑問」『憲法論業』9, 21-41.
- 柿本 誠 (2009) 『ソーシャルワーカーのための権利擁護と成年後見制度』みらい.
- 釜野さおり (2008) 「レズビアン家族とゲイ家族から『従来の家族』を問う可能性を探る」『家族社会学研究』20(1), 16-27.
- 鎌田哲夫・大塚 明 (1995) 「高齢者問題の新しい視点を求めて—カナダ・アルバータ州の成年後見・財産管理制度—」『自由と正義』46(9), 120-127.
- 亀口憲治 (2008) 「現代社会と家族心理学」『家族心理学年報』26, 2-15.
- 亀井哲也 (1987) 「世帯と家族の諸様相」『金沢大学文化人類学研究室調査実習報告書』6-22.
- 神長百合子 (2009) 「女性と『公と私』」『法律時報』81(2), 76-79.
- 神谷 遊 (1990a) 「西ドイツにおける成年後見制度の改正について」『京都学園法学』創刊号, 98-123.
- 神谷 遊 (1990b) 「ドイツにおける無能力者制度および成年後見制度の新展開—改正法の概要とその特質—」『ジュリスト』967, 82-93.
- 神谷 遊 (2007) 「判例評釈 [家族①] 未成年者への医療行為と親権者による同意の拒否」『判例タイム

- ズ』1249, 58-62.
- 上山 泰 (2000)『日本社会福祉士会成年後見シリーズ3 成年後見と身上配慮』筒井書房.
- 上川 泰 (2001)「身上監護をめぐる諸問題について」『ジュリスト』1211, 49-54.
- 上川 泰 (2002)「医療行為についての同意」『法学セミナー』575, 54-56.
- 上山 泰 (2004)「成年後見と医療行為」『臨床精神医学』33(9), 1177-1183.
- 上山 泰 (2006)「医療同意をめぐる解釈論の現状と立法課題」『実践成年後見』16, 43-52.
- 上山 泰 (2007)「第5章 医療行為に関する成年後見人等の権限と機能」『成年後見と医療行為』日本評論社, 85-106.
- 加茂直樹 (1993)「社会哲学と生命倫理」『生命倫理』3(1), 43-47.
- 神原文子・杉井潤子・竹田美知編 (2009)『よくわかる現代家族』ミネルヴァ書房.
- 神原文子 (2009)「2 家族と暴力」神原文子・杉井潤子・竹田美和編『よくわかる現代家族』ミネルヴァ書房, 198-199.
- 神田橋條治 (1990)『精神療法面接のコツ』岩崎学術出版社.
- 管野和夫・江頭憲治郎・小早川光郎 (2006)『小六法@平成19年』有斐閣.
- 菅野耕毅 (1996)「診療に求められる医療水準論」『医事学研究』11, 85-95.
- 菅野耕毅 (1998)『家族法の基本問題—民法の研究Ⅲ—』株式会社信山社.
- 菅野耕毅 (2006)『〔新版〕図説 家族法』法学書院.
- 金井直美 (2009)「私的領域での人権侵害と法規制—日本における家庭内虐待とその防止に関する法律の制定事例として—」『政治学研究論集』30, 17-41.
- 金川琢雄 (1988)『診療における説明と承諾の法理と実情』多賀出版.
- 金子 宏・新堂幸司・平井宜雄 (編) (2007)『法律学小辞典〔第4版〕』有斐閣.
- 金城秀樹 (2003)「わが国の信託法にける信託の概念—信託立法過程からの考察—」『札幌法学』15(1), 17-47.
- 金城清子 (1985)『家族という関係』岩波書店.
- 金山正信 (1991a)「第3章 事務管理 §697〔管理者の管理義務〕」『新版 注釈民法(18)債権(9)』有斐閣, 187-235.
- 金山正信 (1991b)「第3章 事務管理 §698〔緊急事務管理〕」『新版 注釈民法(18)債権(9)』有斐閣, 236-262.
- 唐沢かおり (2006)「家族メンバーによる高齢者介護の継続意志を規定する要因」『社会心理学研究』22(2), 172-179.
- 鳥野 猛 (2002)「社会福祉における契約と代理について—福祉サービス契約をめぐる民法上の課題—」『法政論業』38(2), 177-192.
- 笠原千絵 (2003)「知的障害のある人への自己決定支援の現状—入所構成施設生活支援員の質問紙調査を通して—」『ソーシャルワーク研究』29(2), 45-52.
- 笠原千絵 (2006)「他の人ではなく自分で決める—当事者主体の自己決定支援モデル化初に向けたグループホームで暮らす知的障害のある人に参加型調査の分析—」『ソーシャルワーク研究』31(4), 43-50.
- 笠原 嘉 (1974)「精神療法と薬物」『精神神経学雑誌』76(10), 675-678.
- 檉田美雄・寺嶋吉保 (2003)「インフォームド・コンセントに家族はどのように関わっているか—エスノメソドロジ的検討—」『社会学年誌』44, 33-55.
- 檉田美雄 (2004)「エスノメソドロジ・会話分析からみた医師と患者の会話—患者の同意の共同的達成—」

- 『保健医療社会学論集』14(2), 35-44.
- 柏木 昭 (2006)「クライアント自己決定論の実践的研究の歩み」『社会福祉研究』97, 73-79.
- 柏木恵子 (2003)『家族心理学 社会変動・発達・ジェンダーの視点』東京大学出版会.
- 柏木恵子 (2008)「家族に関する実証的研究の展望」『家族心理学年報』26, 32-49.
- 柏木恵子・大野祥子・平山順子 (2006)『家族心理学への招待—今, 日本の家族は? 家族の未来は?』ミネルヴァ書房.
- 春口好介・鷺尾昌一・豊島泰子ほか (2008)「介護職の医療行為関与の実態と課題」『聖マリア学院紀要』22, 87-93.
- 加藤恵介 (2004)「脳死と自己決定」『神戸山手大学紀要』6, 1-10.
- 加藤まどか (1997)「家族要因説の広がりを探る—拒食症・過食症を手がかりとして」太田省一編『分析・現代社会—制度／身体／物語』八千代出版株式会社, 119-154.
- 加藤正明・保崎秀夫・笠原 嘉ほか編 (2001)『縮小版 精神医学事典』弘文堂.
- 加藤雅信 (1998)「成年後見制度改正要綱試案と今後の方向」『ジュリスト』1138, 65-71.
- 加藤雅信 (2007)『新民法大系IV 契約法』有斐閣.
- 加藤雅信・加藤新太郎・山本敬三 (2005)「『公序良俗論の再構成』をめぐって」『判例タイムズ』1177, 4-24.
- 加藤正泰 (2005)「自己決定権の尊重と本人保護・安全の狭間」『実践 成年後見』12, 47-55.
- 加藤秀一 (2001)「身体を所有しない奴隷—身体への自己決定権の擁護—」『思想』922, 108-135.
- 加藤尚吾・加藤由樹・赤堀侃司 (2006)「電子掲示板上のコミュニケーションにおける自己開示の返報性と感情的側面に関する分析」『日本社会情報学会学会誌』18(2), 5-19.
- 川田 昇 (1979)「親の権利と子の利益」中川善之助先生追悼現代家族法大系編修委員会『現代家族法大系 3 親子・親権・後見・扶養』有斐閣, 227-242.
- 川口恭弘 (2005)「受託者の注意義務に関する一考察」『同志社法学』57(2), 1-28.
- 河原 格 (1997)「医療水準と過失」『損害保険研究』59(3), 1-14.
- 河上正二 (1995)「『専門家の責任』と契約理論」『法律時報』67(2), 6-11.
- 河上正二 (1998)「成年後見制度における類型論」『ジュリスト』1141, 23-28.
- 河見 誠 (1996)「自律基底のリベラリズムとその問題点—H・ヘイリー『医療パターンリズムの限界』をもとに—」『青山学院女子短期大学紀要』56, 191-223.
- 河見 誠 (2000)「患者の自己決定と家族—東海大学安楽死事件から考える—」『青山学院女子短期大学 総合文化研究所年報』8, 73-88.
- 河本一郎・中野貞一郎 (編) (1986)『法律用語小辞典』有斐閣.
- 川本勇次 (1984)「互酬性再考均衡認知の曖昧性をめぐって」『活水論文集』27, 49-67.
- 河西克介・川上正人 (2005)「高齢者救急搬送の現状と問題点」『救急医学』29, 1797-1800.
- 河野雅美 (2000)「医師の説明義務と医療水準論」『民法研究』4, 92-197.
- 川島武宣 (1965)『イデオロギーとしての家族制度』岩波書店.
- 河崎富夫 (2008)「肺塞栓症予防対策における注意義務違反—医療水準とガイドライン—」『Law&Technology』40, 75-83.
- 風間 孝 (2003)「同姓婚のポリスティック」『家族社会学研究』14(2), 32-42.
- 数井裕光・武田雅俊 (2004)「痴呆性高齢者の成年後見における能力評価」『臨床精神医学』33(9), 1223-1230.
- 木立るり子 (2004)「嫁介護者の語りからみた社会規範意識と介護継続の条件」『日本監護研究学会雑誌』

- 27(1), 73-81.
- 木戸 功 (1994)「家族の実践的アプローチ序説」『ニューマンサイエンスリサーチ』4, 171-183.
- 木戸 功 (1996)「それは家族であるのか、家族ではないのか、ではどうすれば家族であるのか—『家族』とその状況規定—」『家族研究年報』21, 2-13.
- 木戸 功 (2000)「家族社会学における『多様性』問題と構築主義」『家族社会学研究』12(1), 43-54.
- 木戸 功 (2002)「近代家族論の経験的応用をめぐって」『家族研究年報』27, 30-36.
- 木戸 功 (2010)『概念としての家族—家族社会学のニッチと構築主義』新泉社.
- 木戸 巧 (1998)「相互行為を通じた『家族』の構築と知識のダイナミクス」『人間科学研究』11(1), 87-99.
- 菊池雅洋 (2009)「求められる介護職員への医療行為解禁」『月刊福祉』92(7), 19-23.
- 菊池伸二 (2007)「自己決定をめぐって—現代における『自由』の問題についての一考察—」『平安女学院大学研究年報』8, 21-29.
- 君塚大学 (1981)「権力における『主体』と『構造』」『社会学評論』32(2), 2-16.
- 木村恒隆 (2004)「インフォームド・コンセントについての一考察」『国土法研究論集』5, 1-24.
- 木下謙治 (2002)「第1章 家族とは何か」木下謙治編『家族社会学—基礎と応用』九州大学出版会, 3-10.
- 木下謙治・坂本喜久雄 (2002)「第2章 家族の変動」木下謙治編『家族社会学—基礎と応用』九州大学出版会, 11-21.
- 衣笠一茂 (2009)「ソーシャルワークの『価値』の理論構造についての一考察—『自己決定の原理』がもつ構造的問題に焦点をあてて—」『社会福祉学』49(4), 14-26.
- 岸 康宏・岩崎康孝・黒澤 尚 (1993)「心理的・精神的侵襲に対する生体反応」『救急医学』17, 901-903.
- 岸上伸啓 (2003a)「狩猟採集民社会における食物分配の類型について—『移譲』, 『交換』, 『再・分配』—」『民族学研究』68(2), 145-164.
- 岸上伸啓 (2003b)「狩猟採集民社会における食物分配」『国立民族学博物館研究報告』27(4), 725-752.
- 岸上伸啓 (2003c)「水産資源の持続的利用をめざして」『民博通信』103, 18-19.
- 岸上伸啓 (2005)「カナダ・イヌイット社会における海獣狩猟と分配をめぐる政治経済ケベック州アクリヴィック村の事例から」『北方民族文化シンポジウム報告』19, 17-22.
- 喜多綾子 (2008)「『受益者等が存しない信託』の課税と受益者等の意義—目的信託を中心として—」『立命館法学』2, 40-80.
- 北川隆吉 (監) (1984)『現代社会学辞典』有信堂高文社.
- 北村總子 (1995)「精神疾患患者の医療における自己決定権とその制約原理」『法学政治学論究』24, 37-64.
- 北西功一 (1997)「狩猟採集民アカにおける食物分配と居住集団」『アフリカ研究』51, 1-28.
- 北西功一 (2001)「第3章 分配者としての所有者—狩猟採集民アカにおける食物分配」市川光雄編『森と人の共存世界 講座・生態人類学 2』京都大学学術出版会, 61-91.
- 北西功一 (2004)「第2章 狩猟採集社会における食物分配と平等—コンゴ北東部アカ・ピグミーの事例—」寺西秀明編『平等と不平等をめぐる人類学的研究』ナカニシヤ出版, 53-91.
- 北野誠一 (2000)「カナダ・ブリティッシュコロンビア州における成年後見制度と障害者の権利擁護」『ノーマライゼーション』④, 43-47.
- 北山晴一 (2000)「社会規範の『不安定化』と比較文明学 家族問題からの考察」『比較文明』16, 47-60.
- 木山英明 (1986)「家族とは何か—人類学的一考察—」『神奈川県立外語短期大学紀要』8, 35-52.
- Krippendorff Kraus (1980)Content Anarysis. (三上俊治・椎野信雄・橋元良明 (訳) (1992) 勁草書房).
- 小林昭彦 (2000)「成年後見制度の概要」『判例タイムズ』1030, 37-43.

- 小林昭彦（2001）「序 成年後見立法の背景」『成年後見 法律の解説と活用の方法』有斐閣，1-10.
- 小林昭彦・大鷹一郎・大門 匡（編）（2006）『新版一問一答 新しい成年後見制度』商事法務.
- 小林久高（1991）「社会規範の意味について」『社会学評論』42(1)，32-46.
- 小林正信（1992）「慢性分裂病者 H の治療過程で生じたいわゆる依存退行引きこもり—添え木の観点から検討する—」精神科治療を語る会編『精神科治療を語る』金剛出版，52-80.
- 小林直毅（2007）「総説 『水俣』の言説的構築」『“水俣”の言説と表象』藤原書店，15-70.
- 小林修一（2007）「家族モデルの創出と変容—日本の家族法・規範・現実の錯綜を踏まえて—」『東洋大学社会学紀要』45(1)，5-19.
- 小林忠正（1974）「死者儀礼と祭祀相続」『日本大学工学部紀要 B 一般教育編』15，71-81.
- 小林 司編（2004）『カウンセリング大事典』新曜社.
- 小林好宏（1998）「パターナリズムと経済学」『経済と経営』28(4)，1-39.
- 小林好宏（2005）『パターナリズムと経済学』現代図書.
- 児玉安司（1998）「患者の自己決定と事前の司法的介入」『判例タイムズ』980，63-75.
- 木暮高久（2002）「第 2 回国際シンポジウム『日本とドイツの成年後見制度』」『月報司法書士』369，44-47.
- 國府 剛（1998）「報告（3）日本における成年後見制度と民法改正」『ノモス』9，32-36.
- 国府田文則（2003）「わが国における少子化および家族をめぐる政策と研究動向俯瞰」『UFJ Institute REPORT』9(1)，52-60.
- 小泉良幸（2007）「自己決定とパターナリズム」山口昭男『岩波講座憲法 2 人権論の新展開』岩波書店，169-191.
- 小林公夫（2003）「未成年者の輸血拒否の許容性」『ばんぶう』261，84-87.
- 小松公夫（2007）『治療行為の正当化原理』日本評論社.
- 小林公夫（2008）「医療水準と医療の裁量性—福島県立大野病院事件・福島地裁判決を中心に」『法律時報』80(12)，70-85.
- 小松美彦（1998）「自己決定権からの共鳴」『現代思想』26(8)，76-81.
- 小松陽子（2006）「インフルエンザ予防接種・胃ろう造設手術への同意」『実践 成年後見』16，36-39.
- 菰渕 緑（2000）「第 4 章 要介護老人と家族ケア」清水新二編『家族問題危機と存続』ミネルヴァ書房，86-112.
- 古村節男・野田 寛編（2004）『医事法の方法と課題—植木哲先生還暦記念—』信山社.
- 近藤 均・酒井明夫・中里 巧ほか編（2002）『生命倫理事典』太陽出版.
- 近藤三男（1994）「心気神経症の治療から見た医師と患者」成田善弘・関口純一・小林 進ほか編『精神療法の探究』金剛出版，75-84.
- 小西恵美子・デービス アン J（2000）「死ぬ権利と死ぬ義務—日本，欧米の医療者・生命倫理学者の意識—」『生命倫理』10(1)，84-91.
- 小西知世（2008）「第 4 講インフォームド・コンセント」『ブリッジブック医事法』信山社出版株式会社，29-39.
- 河野正輝・関川芳孝編（2002）『講座 障害をもつ人の人権①』有斐閣.
- 河野正輝（2002）「3 福祉サービス利勝者の権利と自己決定権」河野正輝・関川芳孝編『講座 障害をもつ人の人権①』有斐閣，28-43.
- 小沼大八（1970）「個人・所有・愛—人間学の基本構造について—」『愛媛大学教養部紀要』2，1-16.
- 小阪憲司（2004）「老年精神医学からみた成年後見」『臨床精神医学』33(9)，1121-1124.

- 小阪憲司（2005）「認知症の治療導入期における説明」『精神科臨床サービス』5, 484-487.
- 越谷 美貴恵（2006）「中高年者の希望する認知症終末期ケアに関する意識調査」『日本認知症ケア学会誌』5(1), 35-43.
- 小谷昌子（2009）「医療事故訴訟における過失判断基準（一）—医療水準をこえて—」『早稲田法学会誌』59(2), 265-312.
- 小馬 徹（2009）「贈り物」日本文化人類学会編『文化人類学事典』丸善株式会社, 96-97.
- 厚生省保健医療局臓器移植法研究会（監修）（1999）『逐条解説 臓器移植法』中央法規出版株式会社.
- 厚生労働省関連通知（2010）「資料—厚生労働省通知」『ゆたかなくらし』334, 42-45.
- 小柳正弘（2007）「パターナリズムと当事者主権」『琉球大学法文学紀要人間科学』20, 35-64.
- 小柳正弘（2009）『自己決定の倫理と「私・たち」の自由』ナカニシヤ出版.
- 久保田裕之（2009）『「家族の多様化」論再考—家族概念の分節化を通じて—』『家族社会学研究』21(1), 78-90.
- 久藤克子（2008）「第20講小児医療」甲斐克則編『ブリッジブック医事法』信山社, 226-235.
- 工藤聡一（2010）「法概念移植の帰趨—信認義務に関するニューヨーク州会社判例法の経験—」『日本法学』75(3), 3-30.
- 久々湊晴夫・落合福司・甲斐善弘（2003）『やさしい家族法』成文堂.
- 熊倉伸宏（1994）『臨床人間学 インフォームド・コンセントと精神障害』新興医学出版社.
- 熊野純彦（2001a）「所有と非所有との＜あわい＞で（上）—生命と身体の自己所有をめぐる断章—」『思想』922, 4-29.
- 熊野純彦（2001b）「所有と非所有との＜あわい＞で（下）—生命と身体の自己所有をめぐる断章—」『思想』922, 89-104.
- 熊ノ郷卓之・杉田義郎・武田雅俊（2004）「成年後見制度施行5年目を迎えて—後見の実例—」『臨床精神医学』33(9), 1213-1221.
- 熊代雅音（2006）「医療訴訟における説明義務について」『ジュリスト』1315, 138-156.
- 熊谷文枝（1986）「日本の家族の二重構造」『社会学評論』144, 406-423.
- 倉沢高志（2005）『「ヘルパーの医療行為」をどう考えるか』『福祉のひろば』9, 27-29.
- 倉田 聡（2004）「成年後見における生活支援とは」『実践 成年後見』9, 4-11.
- 栗村典男（2003）「社会福祉の場での自己決定の概念に内在する問題」『九州大谷研究紀要』29, 184-151.
- 黒田美亜紀（2001）「イギリスの成年後見制度改革—任意後見法の改正を中心とした考察—」『早稲田法学会誌』51, 213-248.
- 黒田美亜紀（2006a）「ドイツ成年者世話法の第二次改正について」『成年後見法研究』3, 3-10.
- 黒田美亜紀（2006b）「ドイツの医療同意システム」『実践 成年後見』16, 59-64.
- 黒田美亜紀（2007a）「ドイツ世話制度における医療行為の同意」『成年後見と医療行為』日本評論社, 237-252.
- 黒田美亜紀（2007b）「ドイツ成年後見制度と公証人の役割」『公証法学』37, 77-103.
- 楠野泰之（1999）『「市町村長同意」によって精神病院に入院した身寄りのない痴呆性高齢者についての検討—入院に至った経緯と転帰を中心に—』『老年社会学』21(3), 372-377.
- 楠野泰之（2006）「精神病院に入院した痴呆性高齢者の精神保健福祉法上の『保護者』についての検討」『医療と社会』28, 62-69.
- Kwak, J and Haley, W. E. (2005) Current Reserach Findings on End-of-Life Decision Making Among

- Racially or Ethnically Diverse Group, *The Gerontologist*, 45(5), 634-641.
- Kymlicka Will(1991) Rethinking the Family , *Philosophy & Public Affairs*, 20(1), 77-97.
- 馬淵俊介 (2004)「交通事故による負傷者が外傷性急性心タンポナーデにより死亡したという事案で、二次救急病院の医師にはその具体的専門科目に拘わらず、救急医療に求められる医療水準の注意義務を負うとして医師の過失を認め、病院側の診療契約上の債務不履行責任が認められた事例」『民事法情報』219, 45-50.
- 前田和彦 (2000)『医事法セミナー (上) 医療・患者編』医療科学社.
- 前田正昭 (1969)「意思能力のある子の法定代理人による認知の訴」『同志社大学』20(6), 73-78.
- 前田 稔 (2007a)「第 3 章 成年後見と、実務における医療行為」『成年後見と医療行為』日本評論社, 55-65.
- 前田 稔 (2007b)「成年後見と生活支援」『地域ケアリング』9(8), 11-15.
- 前田重治 (1980)「精神分析における副作用」『季刊精神療法』6(1), 9-15.
- 前田正一 (2007)「第 8 章 インフォームド・コンセント」赤林 朗編『入門・医療倫理 I』勁草書房, 141-158.
- 蒔田 覚・墨岡 亮 (2008)「医療現場における成年後見制度—同意能力を欠く患者の『利益保護 (権利擁護)』のための方策—」『日本外科学会雑誌』109(6), 357-360.
- 蒔田 覚 (2009a)「2. 未確立の治療に関する両親への説明について」『小児科臨床』62 (増刊号), 1364-1370.
- 蒔田 覚 (2009b)「3. 両親が治療を拒否した場合の対応」『小児科臨床』62 (増刊号), 1371-1378.
- Mark Hall, Ira Ellman, Daniel Strouse (1999) *Health Care Law and Ethics* 2nd.ed. (吉田邦彦 (訳) (2005) アメリカ医事法 木鐸社).
- 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 (2010)「第 2 章 インフォームド・コンセント」甲斐克則編『レクチャー生命倫理と法』法律文化社, 17-29.
- 丸山英二・絵野沢伸・若林 正ほか (2004)「インフォームド・コンセント及び、代諾をめぐる諸問題と政府指針 (前半)」『Organ Biology』11(4), 333-338.
- 丸山英二・絵野沢伸・若林 正ほか (2005)「インフォームド・コンセント及び、代諾をめぐる諸問題と政府指針 (後半)」『Organ Biology』12(1), 65-72.
- 増田光吉 (1967)「II 家族の内部構造」大橋 薫・増田光吉編『家族社会学』川島書店, 26-49.
- 増田光吉 (1993)「6 講 家族の権威構造」森岡清美編『家族社会学 新版』有斐閣, 61-74.
- 町野 朔 (1979)「治療行為における患者の意思 (一) —刑法上の違法性阻却論との関連において—」『上智法学論集』22(2), 65-128.
- 町野 朔 (1981)「治療行為における患者の意思 (二) —刑法上の違法性阻却論との関連において—」『上智法学論集』24(2), 41-105.
- 町野 朔 (1986)『患者の自己決定権と法』東京大学出版会.
- 町野 朔 (1996)「患者の自己決定権と医療のパターナリズム」『生命倫理』6(1), 32-34.
- 町野 朔 (2000)「自己決定と他者決定」『年報医事法学』15, 44-52.
- 松原治郎 (1967)「IV 家族内の人間関係」大橋 薫・増田光吉編『家族社会学』川島書店, 69-94.
- 松原達哉・楡木満生・澤田富雄ほか (2005)『心のケアのためのカウンセリング大事典』培風館.
- 松田 実 (2005)「インフォームド・コンセント, 病名告知」『Modern Physician』25(9), 1083-1086.
- 松井 健 (2005)「所有の外延についての比較社会誌的覚え書き」『環境社会学研究』11, 88-102.

- 松井茂記（2007）『日本国憲法＜第3版＞』有斐閣。
- 松木洋人（2003）「家族規範概念をめぐって」『年報社会学論集』16, 138-149.
- 松倉豊治（1974）「未熟児網膜症による失明事例といわゆる『現代医学の水準』」『判例タイムズ』311, 61-67.
- 松本一生（2007）「地域における認知症の終末期ケア—その実践と課題—」『老年精神医学雑誌』18(9), 953-958.
- 松本雅彦（1974）「精神科医療における治療の構造（その1）」『精神医療』3(2), 2-14.
- 松本雅彦（1989）「精神医療の中の精神病理学・精神療法—病者の処遇と治療との間で」『精神医療』18(1), 23-28.
- 松本雅彦（2001）「精神病理学・それ以前にあるもの」『精神医療』23, 41-48.
- 松本 了（2000）「セルフ・アドボカシーの実践的枠組み—自己決定と代弁機能との関連—」『社会福祉研究』77, 2-8.
- 松村圭一郎（2009）『所有と分配の人類学—エチオピア農村社会の土地と富をめぐる力学』世界思想社。
- 松村ちづか（2001）「熟練訪問看護者の判断内容から導かれる終末期療養者の自己決定を実現するためのケア機能—終末期在宅療養者の自己決定と家族の意向が不一致な状況から—」『順天堂医療短期大学紀要』12, 66-76.
- 松島 京（2002）「家族におけるケアと暴力」『立命館産業社会論叢』37(4), 123-144.
- 松津節子（1998）「最近の禁治産・準禁治産事件の現状」『ジュリスト』1141, 80-87.
- 松浦 均（1992）「援助者との関係性が被援助者の返報行動に及ぼす影響」『名古屋大学教育学部紀要教育心理学科』39, 23-32.
- 目黒依子（1988）「家族理論におけるジェンダーとパワー」『社会学評論』39(3), 238-249.
- 目黒依子（1991）「家族の個人化—家族変動のパラダイム探求—」『家族社会学研究』3, 8-15.
- 目黒依子（1993）『個人化する家族』勁草書房。
- 目黒依子（1999）「1 総論 日本の家族の『近代性』変化と収斂と多様化の行方」目黒依子・渡辺秀樹編『講座社会学2 家族』東京大学出版会, 1-19.
- 南川久美子（2006）「精神病院への入院・治療における保護者の役割」『実践 成年後見』16, 34-36.
- 南本一雄（2005）「求められる身上監護の実践と課題」『実践 成年後見』12, 67-74.
- 箕岡真子・稲葉一人（2006a）「終末期医療の中止・差し控えの問題—バイオエシックス（生命倫理）と法の視点から—」『癌と化学療法』33(Suppl II), 267-269.
- 箕岡真子・稲葉一人（2006b）「介護保険制度下における高齢者介護に関する倫理的問題と今後の課題」『生命倫理』16(1), 122-129.
- 箕岡真子・稲葉一葉（2007a）「自己決定と意思能力」『月刊 総合ケア』17(2), 63-68.
- 箕岡真子・稲葉一葉（2007b）「終末期の意思決定その1」『月刊 総合ケア』17(8), 61-68.
- 箕岡真子（2006a）「終末期アルツハイマー病患者における延命治療の中止・差し控えの問題を考える—倫理的・法的視点から（前編）」『月刊 総合ケア』16(11), 84-91.
- 箕岡真子（2006b）「終末期アルツハイマー病患者における延命治療の中止・差し控えの問題を考える—倫理的・法的視点から（後編）」『月刊 総合ケア』16(12), 83-90.
- 箕岡真子（2007）「第8章 バイオエシックスの視点よりみた認知症高齢者の医療における『自己決定』と『代理判断』—」『成年後見と医療行為』日本評論社, 159-186.
- 光石忠敬（1998）「第2章高齢患者の自己決定—法と人権の立場から」伊部英男『老人保健健康増進等事

- 業による研究報告書』国際長寿センター，24-43.
- 三石稔憲（1992）「自由とパターナリズム—援助に内在する問題—」『哲学』44，42-55.
- 光吉利之（1967）「Ⅷ家族と親族」大橋 薫・増田光吉編『家族社会学』川島書店，170-187.
- 三輪金司（1997）「医療問題と自己決定権(1)—憲法的評価について—」『朝日大学大学院法学研究論集』1，127-155.
- 三輪金司（2000）「医療問題と自己決定権(2)—その憲法的評価—」『朝日大学大学院法額研究論集』3，94-157.
- 宮川俊行（1998）「自己決定権と『補完性原理』—『選択の自由』の福祉倫理的考察—」『純心現代福祉研究』4，41-58.
- 三宅貴夫（2003）「家族の立場からみた痴呆性高齢者と成年後見制度の現状」『老年精神医学雑誌』14(10)，1254-1259.
- 宮本真也（2003）「コミュニケーションの社会思想史的考察—親密圏としての家庭をめぐって—」『明治大学短期大学紀要』74，11-31.
- 宮永和夫（2007）「ターミナルケアの判断は誰が，いつ行うのか—認知症の人への支援をめぐって—」『訪問看護と介護』12(9)，728-737.
- 宮城昌子（2002）「家族愛と病者の＜死ぬ義務＞」『生命倫理』12(1)，61-68.
- 宮田裕章・白石弘巳・甲斐一郎ほか（2004a）「痴呆性高齢者の治療決定における成年後見制度，事前計画の適用可能性の検討—特別養護老人ホームにおける現状と一般住民の意向の分析—」『臨床精神医学』33(9)，1239-1246.
- 宮田裕章・白石弘巳・甲斐一郎ほか（2004b）「特別養護老人ホームにおける痴呆性高齢者の意思決定と医療の現状」『日老医誌』41，528-533.
- 宮崎牧子・鈴木洋祐（2010）「ALS の患者さんの在宅生活を支援する」『ゆたかなくらし』334，37-41.
- 宮崎真由（2005）「パターナリズムの正当化基準について」『人間社会学研究集録』1，73-94.
- 水川真二郎（2008）「患者，家族および医療従事者に対する『高齢者の終末期医療』についての意識調査」『日老医誌』45，50-58.
- 水野 裕（2003）「介護保険と成年後見制度—医師の立場から—」『日老医誌』40(3)，248-251.
- 水野 裕（2005）「意思能力の評価をどう考えるか—三類型と意思能力との関係—」『実践—成年後見』12，28-38.
- 水野 裕（2007a）「第2章 認知症高齢者における医療選択と意思能力—『認知症高齢者の医療行為におけるインフォームド・コンセントに関する研究』より—」『成年後見と医療行為』日本評論社，33-53.
- 水野 裕（2007b）「成年後見制度と精神医療—認知症の場合—」『精神科治療学』22(6)，729-732.
- 水野博介（2000）『メディア・コミュニケーションの理論—構造と機能—』学文社.
- 水野紀子（2000）「後見人の身上監護義務」『判例タイムズ』1030，97-109.
- 水野俊誠（2007a）「第3章 医療倫理の四原則」赤林 朗編『入門・医療倫理Ⅰ』勁草書房，53-68.
- 水野俊誠（2007b）「第9章 インフォームド・コンセント2」赤林 朗編『入門・医療倫理Ⅰ』勁草書房，159-169.
- 水野俊誠・前田正一（2007）「第14章 終末期医療」『入門・医療倫理Ⅰ』勁草書房，249-266.
- 森 謙二（2005）「埋葬と法—家族・市民社会・国家—」『法社会学』62，87-98.
- 森永伊紀（2010）「介護職の医療行為をどう考えるか」『ゆたかなくらし』334，26-30.
- 森岡清美（1967）「Ⅰ家族の形態」大橋 薫・増田光吉編『家族社会学』川島書店，1-25.
- 森岡清美（1989）「第4章 家族の変貌と先祖祭祀」星野 命編『変貌する家族—その現実と未来—講座

- 家族心理学第1巻』金子書房, 82-100.
- 森岡清美 (1992) 「家憲と先祖祭祀」『国立歴史民族博物館研究報告』41, 135-149.
- 森岡清美編 (1993) 『家族社会学 新版』有斐閣.
- 森山公夫 (1974) 「『生物学的積極主義』の爪痕—現代精神医療の胎動①—」『精神医療』3(2), 87-106.
- 森山公夫 (2001) 「『精神療法』理念の基本的転換」『精神医療』23, 64-75.
- 森山公夫 (2002) 「『分裂病』を通して見た現代家族の変貌」『精神医療』25, 54-67.
- 惣滑谷和孝 (2008) 「薬物療法と精神療法の統合」『老年精神医学雑誌』19(4), 443-448.
- 宗像 雄 (2005) 「患者の自己決定権と医療機関の説明義務—医療行為の選択をめぐる問題を中心として—」『慶應医学』82(1), 29-36.
- 村上伸治 (2007) 「日常臨床における広義精神療法」『臨床精神医学』36(11), 1377-1382.
- 村瀬孝雄 (1978) 「2. 総論—精神療法の科学性と特質を中心に」懸田克躬編『現代精神医学大系第5巻 A《精神科治療学I》』中山書店, 45-70.
- 村田 彰 (2004) 「新しい成年後見制度下における意思能力」『NBL』784, 71-76.
- 村田隆一 (2004) 「難病の痴呆老人と二匹の雑種犬 ケアと親密圏に関する覚書き」『唯物論研究年誌』9, 167-188.
- 村山淳子 (2005) 「医療契約論—その実態的解明—」『The Seinan Law Review』38(2), 61-91.
- 牟田和恵 (2006) 「家族の近現代—生と性のポリティクスとジェンダー」57 (3/4), 97-116.
- 牟田和恵 (2008) 「家族のオルタナティブ—家族研究の挑戦—」『家族社会学研究』20(1), 7-9.
- 無藤清子 (2006) 「高齢者の家族介護者・家族介護支援における重要な視点—ジェンダー・センシティブな家族心理学的・家族療法的視点—」『東京女子大学紀要論集』57(1), 125-154.
- 無藤清子 (2008) 「第8章 老年期の家族」中釜洋子・野末武義・布柴靖枝ら『家族心理学 家族システムの発達と臨床的援助』有斐閣ブックス, 131-153.
- 永井 均・中島義道・小林康夫他 (編) (2002) 『事典哲学の木』講談社.
- 長井長信 (2002) 「正当防衛・緊急避難事例の分析—ケーススタディをめぐって」『刑事弁護』31, 21-26.
- 長沼 淳 (1990) 「脳死・臓器移植問題と自己決定権」『哲学誌』41, 38-53.
- 長尾幸世 (2009) 「医師の説明義務と鑑定」『北星論集 (経)』49(1), 1-22.
- 長嶋紀一・竹中星郎編 (1987) 『老人医療・心理事典』中央法規出版.
- 長山晃子・石原邦雄 (1990) 「家族員として意識する範囲—居住形態との関係から—」『家族研究年報』16, 65-76.
- 名倉勇一郎 (2008) 「成年後見制度の運用について」『日本臨床』66(1), 472-477.
- 内藤伊都子 (2006) 「同性の二者間における非言語行動の返報性とその総量—親密度と文化の影響—」『国際関係研究』27(1), 143-160.
- 中釜洋子・野末武義・布柴靖枝ら (2008) 『家族心理学 家族システムの発達と臨床的援助』有斐閣ブックス.
- 中川 淳 (1977) 『親族法逐条解説』日本加除出版株式会社.
- 中川 淳・大野真義 (編) (1989) 『医療関係者法学 現代医療と法』世界思想社.
- 中川 淳・大野真義 (編) (2007) 『新版 法律用語を学ぶ人のために』世界思想社.
- 中川順子 (1996) 「第5章 現代家族と家族政策」佐々木嬉代三・中川勝雄編『世紀転換期の日本と世界 4 転換期の社会と人間』法律文化社, 97-120.
- 中川米造 (1987) 「医学水準と医療水準」『からだの科学』134, 2-5.

- 中島純一（1998）『メディアと流行の心理』金子書房.
- 中島 弘・飯原弘二・宮本 享（2009）「延命拒否事例にみる患者の自己決定権と生の尊厳に関する考察」『脳神経外科ジャーナル』18(1), 35-40.
- 中島 直（1997）「インフォームド・コンセントと同意能力の問題について」『精神医療』11, 45-52.
- 中島 功（2004）「責任能力がある未成年者の監督義務者の責任」『判例タイムズ』1145, 67-78.
- 中島 徹（2005）『中島徹教授講演録 憲法の想定する自己決定・自己責任の構造』社団法人自由人権協会.
- 中久喜雅文（1998）「精神療法の本質—力動的精神療法の立場から—」『精神療法』24(3), 215-223.
- 仲正昌樹（2004）「医事法における『公／私』の境界線の曖昧さ人体の公的管理と自己決定権の狭間で」『金沢法学』47(1), 251-312.
- 仲正昌樹（2009）『なぜ「自由」は不自由なのか—現代リベラリズム講義』朝日新聞出版.
- 中村久瑠美（2007）「成年後見制度と QOL」『臨床看護』33(12), 1929-1933.
- 中村直美（1982）「法とパターナリズム」『法哲学年報』1982, 37-60.
- 中村直美（1993）「二エホバの証人の輸血拒否とパターナリズム—医療におけるパターナリズムの一考察—」ホセ・ヨンパルト・三島淑臣編, 『法の理論 13』, 成文堂, 11-47.
- 中村直美（2007）『パターナリズムの研究』成文堂.
- 中村伸一（1992）「精神分裂病の家族療法の 1 例」精神病治療を語る会編『精神病治療を語る』金剛出版, 29-51.
- 中村 哲（2000a）「医師の判断（裁量）と患者の自己決定権について（上）」『判例タイムズ』1018, 83-96.
- 中村 哲（2000b）「医師の判断（裁量）と患者の自己決定権について（下）」『判例タイムズ』1019, 43-52.
- 中村敏昭（1979）「医療事故における過失と医療水準」『城西経済学会誌』14(3), 49-86.
- 中村敏昭（1987）『『自己決定権をめぐる』〔I〕・信仰による輸血拒否と自己決定権(1)』『城西大学経済経営紀要』8(2), 1-23.
- 中村敏昭（1989）『『自己決定権をめぐる』〔I〕・信仰による輸血拒否と自己決定権(2)』『城西大学経済経営紀要』9(1), 1-17.
- 中村康子（2005a）「我が国の成年後見制度利用の組織化に関する一試案—ドイツ成年者世話法制度を参考として—」『人間福祉研究』8, 261-275.
- 中村康子（2005b）「成年後見制度の利用に関する一考察—介護保険制度ドイツと日本の比較を通して—」『北方圏生活福祉研究所年報』11, 39-51.
- 中村勇二郎（1994）「不安神経症の精神療法」成田善弘・関口純一・小林 進ほか編『精神療法の探究』金剛出版, 64-74.
- 中西新太郎（2004）『若者たちに何が起っているのか』共栄書房.
- 中西正司（2004）「当事者の時代と社会福祉—権利意識とパターナリズムの残影—」『社会福祉研究』90, 99-102.
- 中野正俊（1985）『信託法判例研究』酒井書店.
- 中野正俊（2001）「信託における受託者の忠実義務」『法学志林』98(2), 223-241.
- 中野正俊（2005）「信託受託者の善管注意義務」『法学志林』102(304), 1113-136.
- 中野 収（1987）「代行する家族」『voice』119, 218-227.
- 中尾辰代（2009）「医療行為に関わる研修体制の構築を」『月刊福祉』92(7), 26-27.
- 中尾哲郎（2005）「三類型の運用上の問題点—補助制度の活用は図られたか—」『実践 成年後見』12,

39-46.

- 中里見博（2002）「新たな親密圏としての家族に向けて」『法の科学』32, 93-96.
- 中里見博（2003）「第5章公共圏・親密圏・ジェンダー」森 英樹編『市民的公共圏形成の可能性 比較憲法的研究をふまえて』日本評論社, 82-102.
- 中里見博（2006）「家族が担う『公』と『私』—親密圏への法的介入」『法の科学』37, 117-128.
- 中谷瑾子（1987）「インフォームド・コンセントの考え方」『医療』3(9), 32-35.
- 中谷陽二・山崎信之・新井誠ほか（2004）「座談会 成年後見の現況—施行5年目を迎えて—」『臨床精神医学』33(9), 1087-1105.
- 中谷陽二（2004）「成年後見制度と精神医学—歴史と背景—」『臨床精神医学』33(9), 1107-1114.
- 波平恵美子（1988）『脳死・臓器移植・がん告知—死と医療の人類学—』福武書店.
- 波平恵美子（1996）『いのちの文化人類学』新潮社.
- 直井道子（2008）「第3章少子高齢社会」『高齢者福祉の世界』有斐閣, 51-67.
- 直井 優・盛山和夫・間々田孝夫編『日本社会の新潮流』東京大学出版.
- 奈良 勲（監）（2006）『理学療法学事典』医学書院.
- 奈良雅俊（2007）「第2章倫理理論」赤林 朗編『入門・医療倫理Ⅰ』, 29-51.
- 成田善弘（1993）『精神療法の経験』金剛出版.
- 成田善弘（1994）「投影性同一視と逆転移」成田善弘・関口純一・小林 進ほか編『精神療法の探究』金剛出版, 39-48.
- 成田善弘（2007）『新訂増補 精神療法の第一歩』金剛出版.
- 那須宗一（1993）「10 講 老人と家族」森岡清美編『家族社会学 新版』有斐閣, 117-135.
- 根岸洋人（1998）「精神遅滞者の自己決定をめぐる課題—家族と施設職員の意識調査から—」『東洋大学児童相談研究』17, 53-63.
- 根本晋一（2006）「再考『医療水準』の諸問題」『法政論業』43(1), 207-217.
- 根元晋一（2008）「患者が転倒による割箸刺入に起因する頭蓋内損傷により死亡した症例につき、医師が患者の頭蓋内に遺残していた割箸片を看過した過失を否定した事例（前編）—杏林大学病院頭蓋内割箸片看過男児死亡事件（綿飴割箸事件）に関する請求棄却判決の評価—」『横浜国際経済法学』17(2), 327-347.
- 根元晋一（2009）「患者が転倒による割箸刺入に起因する頭蓋内損傷により死亡した症例につき、医師が患者の頭蓋内に遺残していた割箸片を看過した過失を否定した事例（後編）—杏林大学病院頭蓋内割箸片看過男児死亡事件（綿飴割箸事件）に関する請求棄却判決の評価—」『横浜国際経済法学』17(3), 307-324.
- 丹生谷晃代（2004）「非痴呆性の精神疾患と成年後見—今後の課題—」『臨床精神医学』33(9), 1171-1175.
- 日本文化人類学会編（2009）『文化人類学事典』丸善株式会社.
- 日本家族心理学会監（1999）『家族心理学事典』金子書房.
- 新美育文（1981）「未熟児網膜症と小児科医師の過失」『判例タイムズ』439, 112-115.
- 新美育文（1985）「医療過誤—その現代的論点」『ジュリスト』828, 151-158.
- 新美育文（1986）「第4章 医師と患者関係」加藤一郎・森島昭夫編『医療と人権』有斐閣, 83-155.
- 新美育文（1995）「意思決定の代行制度の整備にむけて」『法律時報』67(10), 6-9.
- 新美育文（1996a）「診療債務の内容特定のための『医療水準』」『ジュリスト』1091, 63-65.
- 新美育文（1996b）「胆のう癌の疑いと医師の告知義務および裁量権」『私法判例リマックス』（下）, 36-38.

- 新美育文（1999）「医師の過失—医療水準論を中心に—」『法律論業』71（4・5），69-99.
- 新見育文（2001）「インフォームド・コンセントに関する裁判例の変遷」『年報医事法学』16，97-108.
- 新美育文（2003）「医療水準論—再度の混迷を回避するために—」『司法研修所論集』110，115-128.
- 新村 出（2008）『広辞苑 第六版』岩波書店.
- 二宮周平（1996）「第8章 家族と福祉の法的課題—家族単位から個人単位へ—」生田勝義・大河純夫編『世紀転換期の日本と世界 1 法の構造変化と人間の権利』法律文化社，151-168.
- 二宮周平（2002）「家族法の観点から」『法の科学』32，103-109.
- 西田典之（2010a）『刑法総論〔第2版〕』弘文堂.
- 西田典之（2010b）『刑法各論〔第五版〕』弘文堂.
- 西田正規（2004）「家族社会の進化と平和力—家族・分配・平等性—」寺西秀明編『平等と不平等をめぐる人類学的研究』ナカニシヤ出版，274-290.
- 西台 満（1985）「緊急避難—正当防衛との対比—」『秋田大学教育学部研究紀要人文科学・社会科学』35，29-44.
- 西井龍生（1985）「療養指導上の注意義務と説明義務—未熟児網膜症訴訟をめぐる—」『西南学院大学法学論業』17（2・3・4 合併号），1-30.
- 西巻美幸・兒玉憲一（2003）「末期患者にその家族が行う代理決定に対する大学生の態度」『広島大学大学院心理臨床教育研究センター紀要』2，48-56.
- 西村 愛（2005）「知的障害児・者の自己決定の援助に関する一考察—援助者との権力関係の観点から—」『保健福祉学研究』4，71-85.
- 西野喜一（1989）「説明義務，転医の奨励，患者の承諾，自己決定権」『判例タイムズ』686，79-87.
- 西野理子（2000）「家族の認知に関する探索的研究—個人の認知と社会規範との連結をめざして—」『家族研究年報』25，43-56.
- 西尾雅明（1997）「精神科治療におけるインフォームド・コンセントの可能性」『精神医療』11，35-44.
- 西尾雅明（2002）「分裂症と家族」『精神医療』25，35-44.
- 西岡八郎・才津芳昭（1996）「家族とは何か—有配偶女子からみた家族認識の範囲」『家族研究年報』21，28-42.
- 西山 茂（2008）「信託の基礎概念と金融仲介」『九州国際大学経営経済論集』14（2・3），1-16.
- 西崎未和・森末真理・富岡晶子ほか（2004）「医師から勧められた治療を受けないことを自己決定したが—患者の体験—」『川崎市立看護短期大学紀要』9(1)，19-23.
- 西園昌久（1998）「精神療法の本質—精神分析の視点—」『精神療法』24(3)，224-231.
- 西園昌久・村田豊久・神田橋条治（1969）「各種精神療法における治癒像」『精神療法研究』1，47-57.
- 西園マールハ文（2005）「摂食障害の治療における家族の役割の変遷」『日社精医誌』13，137-144.
- 野畑健太郎（2007）「判例における「患者の自己決定権」の再考：憲法の視点から」『白鷗大学法科大学院紀要』1，141-166.
- 野畑健太郎（2008）『「患者の自己決定権」に関する憲法論上の諸問題』『憲法論業』15，1-29.
- 信田さよ子（2002）「臨床現場からみた家族—親密な関係は危険である」『法の科学』32，97-102.
- 信田さよ子（2004）『「家族の力」とは何か—家族代理者という命名から考える—』『精神科臨床サービス』4，210-212.
- 野田愛子（1998）「成年後見法と福祉の架橋」『ジュリスト』1141，67-73.
- 野田愛子（2000）「成年後見制度とその運用上の諸問題」『判例タイムズ』1030，4-7.

- 野田 寛 (1995)「第 5 章 医療事故に対する民事責任」大野真義編『現代医療の医事法制』世界思想社, 71-87.
- 野口 勇 (2000)「エホバの証人無断輸血訴訟とインフォームド・コンセントの法理」『法学セミナー』549, 65-68.
- 野口 勇 (2001)「エホバの証人無断輸血訴訟最高裁判決の意義とインフォームド・コンセント」『生命倫理』11(1), 78-84.
- 野口昌也 (1986)「治療的距離について—『病める人』とのつきあい」『精神医療』15(4), 16-25.
- 能美善久・道垣内弘人・沖野眞美ほか (2010)「信託の設定 (1)」『ジュリスト』1379, 52-69.
- 野々村和喜 (2009)「医療過誤における生命・身体保護と因果関係要件に関する一考察」『同志社法学』60(6), 119-158.
- 野々山久也 (1999)「6 現代家族の変動過程と家族ライフスタイルの多様化 任意制家族の生成に向かって」目黒依子・渡辺秀樹編『講座社会学 2 家族』東京大学出版会, 153-190.
- 野々山久也・袖井孝子・篠崎正美編 (1996)『いま家族に何が起こっているか—家族社会学のパラダイム転換をめぐる—』ミネルヴァ書房.
- 野崎亜紀子 (2000)「特別関係に基づく義務と責任」『法哲学年報』181-187.
- 野崎綾子 (2003a)『正義・家族・法の構造変換 リベラル・フェミニズムの再定位』勁草書房.
- 野崎綾子 (2003b)「第 7 章『親密圏』と正義感覚」齋藤純一編『親密圏のポリティクス』ナカニシヤ出版, 155-179.
- 額賀淑郎 (2007)「第 7 章 医療従事者・患者関係」赤林 朗編『入門・医療倫理 I』勁草書房, 123-139.
- 布尾勝一郎 (2008)「『身内』の不祥事報道における新聞の隠蔽・自己正当化ストラテジー」『メディアとことば 3』ひつじ書房, 58-97.
- 小渕高志 (2005)「社会政策の歴史社会学—明治期から 1980 年代に焦点を当てて— (その 1)」『保健福祉学研究』4, 11-25.
- 小渕高志 (2007)「社会政策の歴史社会学—明治期から 1980 年代に焦点を当てて— (その 2)」『保健福祉学研究』5, 1-15.
- 小田直樹 (1995)「緊急避難と個人の自律」『刑法雑誌』34(3), 337-349.
- 小賀野昌一 (1998)「身上監護—総合的な身上監護法から考察—」『判例タイムズ』961, 22-28.
- 小賀野昌一 (2000)『成年身上監護制度論』信山社.
- 小賀野昌一 (2003)「成年後見制度における身上監護の意義と可能性」『老年精神医学雑誌』14(10), 1251-1253.
- 小賀野昌一 (2004)「4 医事法と成年後見制度—インフォームド・コンセント論の新しい視点—」『医事法の方法と課題』信山社, 61-89.
- 小賀野昌一 (2007)「第 7 章 医療同意と身上監護」『成年後見と医療行為』日本評論社, 137-157.
- 小賀野昌一 (2009)「高齢社会と自立の援助—成年後見における身上監護を実効あるものにするため—」『老年精神医学雑誌』20(7), 787-792.
- 小川一夫 (2007)「慢性統合失調症の治療における精神療法の役割」『臨床精神医学』36(11), 1457-1461.
- 小川正恭 (1986)「1 家族の役割—人間にとって家族とはなにか—」島田一男監『第 4 巻家族の人間関係 (I) 総論』ブレーン出版, 3-19.
- 尾久裕紀 (2004)「精神療法における倫理的問題」『心身医』44(12), 899-901.
- 小倉 清 (2004)「良識ある精神医療のために」『精神医学』46(12), 1256-1258.

- 岡林伸幸 (1994a) 「医療水準論に関する一考察 (一) —先端技術と医療過誤 (一)—」『名城法学』44(1), 87-164.
- 岡林伸幸 (1994b) 「医療水準論に関する一考察 (二) —先端技術と医療過誤 (一)—」『名城法学』44(2), 49-91.
- 岡部耕典 (2004) 「支援費制度における利用者本位の受給システムの検討—アメリカの自己決定／受給者本位のモデルを参照して—」『社会福祉学』45(1), 13-22.
- 岡部 勉 (2006) 「不合理・愚かさ・弱さ自己決定論再考」『先端倫理研究』1, 14-25.
- 岡部 勉 (2007) 『合理的とはどういうことか 愚かさと弱さの哲学』講談社.
- 岡田健二 (2007) 「受益者代理制度について」『信託法研究』32, 3-33
- 岡本朝也 (1999a) 「主観的家族論の射程と限界」『家族研究法』24, 21-32.
- 岡本朝也 (1999b) 「『家族』の誕生—ディスクールの成立と構造—」『比較家族史研究』13, 88-113.
- 岡本能里子 (2008) 「日本語のビジュアル・グラマーを読み解く」『メディアとことば3』ひつじ書房, 26-57.
- 岡本重雄 (1966) 「第 I 章 理論」岡本重雄編『家庭心理学』朝倉書店, 1-29.
- 岡崎仁史 (1990) 「住民参加 (主体) の地域福祉計画づくり—住民の自己決定を援助する広島県大野町杜協の場合—」『社会福祉研究』49, 84-89.
- 沖倉智美 (2000) 「知的障害をもつ本人の自己決定への関わり—本人活動支援の実践的考察—」『社会福祉士』7, 182-189.
- 沖倉智美 (2004) 「成年後見と支援費制度—契約代理人としての体験から—」『実践 成年後見』9, 80-90.
- 小此木啓吾編 (2002) 『精神分析事典』岩崎学術出版社.
- 奥田純一郎 (1996) 「死における自己決定—自由論の再検討のために—」『本郷法政紀要』5, 109-143.
- 奥村文男 (2002) 「自己決定権の批判的考察—判例の考察を通して—」『憲法研究』34, 27-46.
- 奥野満里子 (1994) 「パターナリズムとインフォームド・コンセント」『実践哲学研究』17, 38-45.
- 奥津文子・赤澤千春 (2003) 「ホームヘルパーと医療行為—その現状と課題—」『経済科学通信』101, 42-48.
- 小野幸二・高岡信男 (編) (2005) 『法律用語辞典 [第 2 版]』法学書院.
- 大庭 健・鷲田清一編『所有のエチカ』ナカニシヤ出版.
- 大江 洋 (2003) 「子どもにおけるパターナリズム問題」『人文論究』72, 15-37.
- 大黒岳彦 (2006) 『<メディア>の哲学—ルーマン社会システム論の射程と限界』NTT 出版株式会社.
- 大原利夫 (2007) 「『信頼と誠実』の社会保障制度に向けて～『措置から契約へ』さらに『契約から信認へ』～」『週刊社会保障』2434, 42-47.
- 大橋 薫 (1967) 「Ⅲ家族の機能」大橋 薫・増田光吉編『家族社会学』川島書店, 50-68.
- 大橋 薫 (1990) 「現代家族の構造と機能—家族の歴史的変遷と 21 世紀の家族像—」『社会福祉研究』49, 20-26.
- 大橋一恵 (2007) 「外来クリニックでの精神分析療法の実践について」『精神療法』33(6), 3-7.
- 大橋謙策 (編) (2006) 『新版 地域福祉事典』中央法規出版.
- 大石 裕 (2007) 「第五章 『チッソ安定賃金闘争』をめぐるメディア言説」『“水俣”の言説と表象』藤原書店, 194-227.
- 大河原良夫 (2006) 「患者の自己決定としての輸血拒否権」『生命倫理』16(1), 169-177.
- 大倉正臣 (2002) 「知的障害者の当事者能力—成年後見制度と対等性の保障—」『東洋大学大学院紀要』39, 385-398.

- 大村敦志（1998）『「能力」に関する覚書』『ジュリスト』1141, 16-22.
- 生地 篤（2008）「成年後見人の医療同意権について」『久留米信愛女子学院短期大学研究紀要』31, 61-65.
- 大西秀樹・長岡洋人（2004）「代理による意思決定」『ターミナルケア』14(6), 4792-497.
- 大野 裕（2004）「統合的治療の中の精神療法」『精神医学』46(12), 1259-1261.
- 大野真義（編）（1995）『現代医療と医事法制』世界思想社.
- 大野祥子（1999）「家族役割とジェンダー『家族』という営みの現状と展望」東 洋・柏木恵子編『流動する社会と家族Ⅰ 社会と家族の心理学』ミネルヴァ書房, 81-112.
- 大貫正男（2005）「ドイツ・スウェーデン成年後見制度視察に参加して」『月報司法書士』395, 87-83.
- 大阪谷公雄（1991）『信託法の研究』信山社出版.
- 大澤真幸（2002a）「＜公共性＞の条件（上）—自由と開放をいかにして両立させるか—」『思想』942, 4-21.
- 大澤真幸（2002b）「＜公共性＞の条件（中）—自由と開放をいかにして両立させるか—」『思想』944, 27-49.
- 大澤真幸（2003a）「＜公共性＞の条件（下の一）—自由と開放をいかにして両立させるか—」『思想』946, 70-94.
- 大澤真幸（2003b）「＜公共性＞の条件（上）—自由と開放をいかにして両立させるか—」『思想』947, 127-148.
- 大澤真幸（2008）『不可能性の時代』岩波書店.
- 大嶋一泰（1993）「医療における義務衝突と義務の優先順位」『生命倫理』3(1), 16-21.
- 太田省一編（1997）『分析・現代社会 制度／身体／物語』八千代出版.
- 大谷 實（2007）『刑法講義総論新版第2版』成文堂.
- 大谷 實（2009）『刑法講義各論新版第3版』成文堂.
- 大塚 仁（2008）『刑法概説（総論）〔第四版〕』有斐閣.
- 大塚 滋（2008）『「葬送の法哲学」序説—死者に対する規範—』『文明』13, 101-106.
- 小佐田潔（1996）『民事弁護と裁判実務⑥』ぎょうせい.
- 押川真喜子（2005）「『生きる選択』に伴う問題 経管栄養法導入の決断をめぐって」『看護学雑誌』69(4), 350-355.
- 落合恵美子（1989）『近代家族とフェミニズム』勁草書房.
- 落合恵美子（2001）『近代家族の曲がり角』角川書店.
- 小澤 勲（2005）『認知症とは何か』岩波書店.
- R. Plutchik（1981）「第6章 情緒と人格」八木 冕監『現代基礎心理学 第8巻 動機・情緒・人格』東京大学出版会.
- 冷水登紀代（2009）「第4編第5章後見」松岡久和・中田邦博編『学習コンメンタール民法Ⅱ 親族・家族』日本評論社, 191-232.
- Richard Griffith, Cassam Tengah (2008a) Mental Capacity Act 2005 statutory principles and key concepts, British Journal of Community Nursing, 13(5), 233-237.
- Richard Griffith, Cassam Tengah (2008b) Mental Capacity Act determining best interests, British Journal of Community Nursing, 13(7), 335-340.
- 最高裁判所事務総局家庭局（2008）「成年後見関係事件の概況～平成19年4月から平成20年3月～」『家庭裁判月報』60(10), 129-141.

- 最高裁判所事務総局家庭局（2009）「成年後見関係事件の概況～平成20年1月～12月」『家庭裁判月報』61(7), 91-103.
- 最高裁判平成19年3月8日第一小法廷判決（2008）「内縁関係にあった叔父の死亡による姪の遺族厚生年金受給資格」『ジュリスト』1354, 93-94.
- 齋藤純一編（2003）『親密圏のポリティクス』ナカニシヤ出版.
- 齋藤純一（2003a）「まえがき」齋藤純一編『親密圏のポリティクス』ナカニシヤ出版, i-viii.
- 齋藤純一（2003b）「第9章 親密圏と安全性の政治」齋藤純一編『親密圏のポリティクス』ナカニシヤ出版, 211-236.
- 齋藤純一（2007a）『公共性』岩波書店.
- 齋藤純一（2007b）「5 集団と所有一生の所有から生の保障へ」大庭 健・鷺田清一編『所有のエチカ』ナカニシヤ出版, 124-148.
- 齋藤純一・竹村和子（2001）「(対談) 親密圏と公共圏のくあいだ—孤独と正義をめぐる—」『思想』925, 7-26.
- 斉藤正彦・片山成仁・佐野威和雄ほか（1994）「痴呆性疾患を中心とする老年精神疾患におけるインフォームドコンセント—患者の人権と臨床上の諸問題—」『精神神経学雑誌』96(11), 1001-1006.
- 斉藤正彦（2004）「高齢者の権利擁護 成年後見制度を中心に」『Nursing Today』19(6), 94-95.
- 斉藤信治（1998）「緊急避難と違法性阻却」『刑法雑誌』37(2), 208-213.
- 齊藤信宰（2007）『新版刑法講義〔各論〕』成文堂.
- 齋藤敏靖（2003）「精神障害者の生活実態と、生活訓練施設における必要な援助について」『新潟青陵大学紀要』3, 17-25.
- 斉藤壽彦（2007）『信頼・信認・信用の構造〔第3版〕—金融核心論—』泉文堂.
- 西藤 洋（2007）「契約・委任・信認—会社法についてのノート」『成蹊大学経済学部論集』37(2), 121-137.
- 才津芳昭（2000）「家族は本当に多様化したのか—家族多様化再考論」『茨城県立医療大学紀要』5, 121-129.
- 坂本喜久雄（2002）「第2章 家族の変動」木下謙治編『家族社会学—基礎と応用—』九州大学出版, 11-21.
- 阪本昌成（2008）『憲法2 基本権クラシック〔全訂第三版〕』有信堂高文社.
- 迫田博史（2006）「眼球摘出手術・透析手術における成年後見人としての対応」『実践 成年後見』16, 40-42.
- 佐久間 啓（2001）「新しい成年後見制度について 精神科病院の立場から」『日精協誌』20(6), 35-42.
- 佐久間 修（1995）「第6章 医療事故に対する刑事責任」大野真義編『現代医療の医事法制』世界思想社, 88-107.
- 佐久間 毅（2000）「代理法からみた法定後見・任意後見」『民商法雑誌』122（4・5）, 494-532.
- 桜井 厚（1994）「第9章 家族—ある家族のモノ語り—」間 宏編『高度経済成長下の生活世界』文眞堂, 207-238.
- 櫻井和代（2003）『「家族ができることをできないはずはない」医療行為への要望から考える』『every』7(2), 38-41.
- 桜井庄太郎（1961）『恩と義理—社会学的研究』文栄社.
- 櫻井義秀（2010）『死者の結婚—祖先崇拜とシャーマニズム』北海道大学出版.
- 作田 勉（2004）「欧日共通のサイコセラピストの資格」『精神医学』46(12), 1262-1264.
- 佐野 晋（1987）「当り前の医療と拘束」『精神医療』16(1), 35-39.
- 笹原 恵（1987）「直系家族諸概念の検討」『明治学院大学大学院社会学研究科社会学専攻紀要』11, 271-295.

- 佐々木美智子（2002）「第4章 家族の変容と夫婦関係」木下謙治編『家族社会学—基礎と応用』九州大学出版会，41-64.
- 佐々木能章（1998）『『自律』の可能性』『生命倫理』8(1)，11-18.
- 佐々木養二（1991）「被害者の承諾」『東北工業大学紀要2 人文社会科学編』11，1-23.
- 佐々木裕子（2000）「幼児の返報行動における社会的情報処理」『広島大学教育学部紀要第三部』49，347-355.
- 佐々木嬉代三・中川勝雄編（1996）『世紀転換期の日本と世界4 転換期の社会と人間』法律文化社.
- 笹倉秀夫（1997）「基本的人権の今日的意味—自己決定権とプライバシーの権利—」『社会福祉研究』70，14-21.
- 佐瀬恵子（2008）「尊厳死に関する一考察」『目白大学人文学研究』4，35-52.
- 佐藤宏子（2004）「中高年有配偶女性の老後意識における直系家族規範の変容と持続」『人間福祉研究』7，45-64.
- 佐藤和夫（1996）『『親密圏』としての家族の矛盾』『女性学研究』4，112-130.
- 佐藤和夫（2003）「第2章 家族・親密圏・公共性—H・アーレントの公私観の視角から」山口 定・佐藤 春吉・中島茂樹ほか編『新しい公共性そのフロンティア』有斐閣，59-80.
- 佐藤和夫（2004）「親密圏を根圏として脱構築する」『唯物論研究年誌』9，8-38.
- 佐藤典子編（2009）『現代人の社会とこころ—家族・メディア教育・文化』弘文堂.
- 佐藤 勤（2009）『信託法概論』経済法令研究会.
- 佐藤雄一郎（2009）「医療における『患者の自己決定権』—憲法と諸法との関係からの一考察—」『宮城学院女子大学研究論文集』108，53-74.
- 佐藤幸治（1988）「日本国憲法と『自己決定権』—その根拠と性質をめぐって」『法学教室』98，6-20.
- 佐藤幸治（1995）『憲法〔第三版〕』青林書院.
- 佐藤幸治・長尾龍一・奥島孝康他（2003）『コンサイス法律学用語辞典』三省堂.
- 澤登俊雄編（1997）『現代社会とパターナリズム』ゆるみ出版.
- 澤登俊雄（1997）「第四章 犯罪・非行対策とパターナリズム」澤登俊雄編『現代社会とパターナリズム』ゆるみ出版，122-160.
- 精神保健福祉士・社会福祉士 養成基礎セミナー編集委員会編（2009）『法学 権利擁護と成年後見』へるす出版.
- 盛山和夫（1993）「第1章 『核家族化』の日本的意味」直井優・盛山和夫・間々田孝夫編『日本社会の新潮流』東京大学出版会，3-28.
- 芹沢俊介（2009）『家族という絆が断たれるとき』批評社.
- 瀬戸山晃一（1997）「現代法におけるパターナリズムの概念—その現代的変遷と方理論的含意—」『阪大法学』47(2)，233-261.
- 瀬戸山晃一（2001a）「法的パターナリズムと人間の合理性（一）—行動心理学的『法と経済学』の反—反パターナリズム論—」『阪大法学』51(3)，33-57.
- 瀬戸山晃一（2001b）「法的パターナリズムと人間の合理性（二・完）—行動心理学的『法と経済学』の反—反パターナリズム論—」『阪大法学』51(4)，55-77.
- 瀬戸山晃一（2004）「法的パターナリズムと選好—パターナリスティックな法介入の効率性—」『阪大法学』54(4)，45-73.
- 瀬戸山晃一（2009）「人間の合理性とパターナリズム」『談』83，9-35.
- 攝待幸子（1998）「医療現場におけるパターナリズムについて」『社会福祉研究室報』8，30-34.

- 芝原奈緒・小川尚子・松嶋麻子ほか（2008）「精神疾患をもつ親子の代理人の先帝，治療拒否についての1例」『救急医学』32(8)，985-989.
- 柴田かおり・椎原康史・松岡治子ほか（2005）「精神科医療におけるパターンリズム—群馬県の大学生および一般就労者における意識調査—」『群馬保健学紀要』26，97-104.
- 柴山雅俊（2002）「摂食障害と家族，身体，こころ」『精神医療』25，45-53.
- 柴山漠人（2004）「老人医療と成年後見」『臨床精神医学』33(9)，1165-1169.
- 渋谷秀樹（2007）『憲法』有斐閣.
- 繁田雅弘（2006）「医療行為と成年後見」『実践 成年後見』16，4-8.
- 島田一男監（1986）『第4巻家族の人間関係（I）総論』ブレーン出版.
- 島田美小妃（2010）「仮定的承諾論」『中央大学大学院研究年報』39，185-208.
- 嶋守さやか（1999）「成年後見制度とデュルケーム『職業集団』論」『日仏社会学年報』9，69-84.
- 島村忠義・岡元行雄編（2009）『パートナーシップの家族社会学』学文社.
- 清水浩昭（1989）「第1章 現代家族の変貌—人口学的・社会的にみた家族の構造と機能の変容—」星野 命編『変貌する家族—その現実と未来 講座家族心理学第1巻』金子書房，15-36.
- 清水新二（1994）「専門的医療援助と家族の困惑」『家族研究年報』19，30-41.
- 清水新二編（2000）『シリーズ＜家族はいま…＞④家族問題危機と存続』ミネルヴァ書房.
- 清水新二（2001）「私事化のパラドクス—『家族の個人化』『家族の個別化』『脱私事化』論議—」『家族社会学研究』13(1)，97-104.
- 清水 節（2002）「親権と監護権の分離・分属」『判例タイムズ』1110，144-145.
- 下仲順子（2008）「高齢者の心理と家族」『家族心理学年報』26，129-146.
- 下夷美幸（2008）「家族の現代的変容と社会福祉」『社会福祉研究』102，60-66.
- 下島恵子（2010）「介護職の医療行為」『ゆたかな暮らし』334，31-36.
- 下山瑛二（1978）「医師と患者の関係をめぐって」『ジュリスト』678，46-67.
- 下山晴彦（2007）「精神療法・心理療法の統合の意義」『精神療法』33(1)，3-5.
- 志村浩二・西田寿美・松居ゑり子ほか（2006）「入院被虐待児の心理療法について—『治療的侵襲』の観点から—」『アディクションと家族』23(1)，64-77.
- 志村 武訳（1998）「カナダ ケベック州民法における成年後見法に関する規定—第三章 成年者の保護のための監護（CHAPTER III PROTECTIVE SUPERVISION OF PERSONS OF FULL AGE（§ 256 - § 297）の翻訳」『法政研究』3(1)，193-204.
- 志村 武（2002）「民法総則 能力」『法学セミナー』569，2-7.
- 新福尚武（1998）「今なぜ本質を問わねばならないか」『精神療法』24(3)，211-214.
- 四宮和夫・能見善久（2005）『民法総則〔第7版〕』弘文堂.
- 白石弘巳（2001）「カナダ・ブリティッシュ・コロンビア州における制度改革・成年後見関連4法と精神保健法について」『精神障害とリハビリテーション』5(1)，33-38.
- 白石弘巳（2004）「成年後見と精神保健福祉法」『臨床精神医学』33(9)，1185-1189.
- 白石弘巳（2006）「臨床現場で感じる医療同意の問題点」『実践 成年後見』16，29-30.
- 白石弘巳（2007a）「成年後見制度と精神医療—統合失調症の場合—」『精神科治療学』22(5)，595-598.
- 白石弘巳（2007b）「成年後見のための精神鑑定—その実情と課題」『精神医療』46，56-62.
- 祖父江孝男（1990）『文化人類学入門』中央公論社.
- 袖井孝子（2008）「少子高齢社会における高齢者像の変化家族への依存から自立へ」『家族研究年報』33，

49-61.

- 副田義也（2000）「現代家族論の基本的視覚」副田義也・樽川典子編『流動する社会と家族Ⅱ 現代家族と家族政策』ミネルヴァ書房，31-62.
- 染谷淑子（1986）「8 日本の家族の特徴」島田一男監『第4巻家族の人間関係（Ⅰ）総論』ブレーン出版，159-189.
- 染谷淑子（2003）「社会変動と日本の家族—老親扶養の社会化と親子関係—」『家族社会学研究』14(2)，105-114.
- 曾我 亨（1998）「ラクダの信託が生む絆—北ケニアの牧畜民ガブラにおけるラクダの信託制度」『アフリカ研究』52，29-49.
- 曾我 亨（2004）「第3章 個人と共同体の相克—ラクダ牧畜民ガブラにおける家畜の所有と信託制度」田中二郎・佐藤 俊・菅原和孝編『遊動民—アフリカの原野に生きる』昭和堂，340-362.
- 曾田修司（2009）「『共同財』としてのアートのあり方を考える—地方自治体の文化政策のあり方についての考察—」『跡見学園女子大学マネジメント学部紀要』8，75-90.
- 末原達郎（1991）「第三章 農耕民（一）—テンボ社会」米山俊直・谷泰編『文化人類学を学ぶ人のために』世界思想社，96-109.
- 須藤正規・池田良彦・高月義照（1999）『なぜ日本では臓器移植がむずかしいのか—経済・法律・倫理の側面から』東海大学出版会.
- 菅 富美枝（2007）「英国成年後見制度における身上監護—自己決定を支援する社会へ—」『実践 成年後見』23，15-29.
- 菅 富美枝（2010）『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理 ベスト・インタレストを追求する社会へ』ミネルヴァ書房.
- 菅 豊（2004）「平準化システムとしての新しい総有論の試み」寺西秀明編『平等と不平等をめぐる人類学的研究』ナカニシヤ出版，240-273.
- 須貝佑一・吉田亮一（1999）「アルツハイマー病」『内科』83(6)，1369-1372.
- 菅原和孝編（2007）『身体資源の共有』弘文堂.
- 菅原和孝（2005）「『身体資源』とは何か：特集への序」『文化人類学』70(2)，177-181.
- 菅原和孝（2007）「序 身体資源の共有」菅原和孝編『身体資源の共有』弘文堂，13-26.
- 菅原京子（1998）「家族による医療行為に関する研究 第1報—在宅人工呼吸器装着患者の事例調査を通して—」『新大医短紀要』6(3)，343-350.
- 杉林 稔（2007）「日常臨床を見つめるもの」『臨床精神医学』36(11)，1371-1375.
- 杉林 稔（2007）『精神科臨床の場所』みすず書房.
- 杉井潤子（2009）「1 家族が家族であるための条件」神原文子・杉井潤子・竹田美知編『よくわかる現代家族』ミネルヴァ書房，4-5.
- 杉岡直人（1989）「家族規範パラダイムの再考」『家族社会学研究』1，43-53.
- 杉岡直人（2006）「3-4 現代家族と地域福祉」大橋謙策編『新版地域福祉事典』中央法規出版，56-57.
- 隅田好美（2005）「筋萎縮性側索硬化症（ALS）患者における人工呼吸器装着の自己決定過程—患者・家族・専門職の認識のズレと相互作用による変化—」『社会福祉学』46(2)，52-64.
- 須永 醇（1998）「『成年後見問題研究報告書』の基本的な考え方について」『判例タイムズ』961，4-9.
- 須永 醇（2000）「成年後見制度の課題」『判例タイムズ』1030，53-64.
- 須永 醇（2003）「成年後見制度について」『法と精神医療』17，5-35.

- 須永 醇 (2005)「成年後見制度と日本国憲法 25 条」『実践 成年後見』12, 1.
- 須之内克彦 (2004)『刑法における被害者の同意』成文堂.
- 鈴木 篤 (1985)「輸血拒否死亡事件と患者の自己決定権」『判例タイムズ』555, 7-10.
- 鈴木 篤 (1989)「自己決定論 病名告知・カルテ閲覧・輸血拒否をめぐる」『法と民主主義』236, 9-13.
- 鈴木 肇代表者 (2008)『南山堂 医学大辞典』南山堂.
- 鈴木道代 (2008)「認知症病名告知課題に対するインフォームド・コンセントの法理的検討—法理としての“信託・信認関係”の有用性—」北星学園大学大学院社会福祉学研究科 2008 年度修士論文.
- 鈴木道代 (2009a)「インフォームド・コンセントの法理的側面からみる認知症病名告知の課題—認知症病名告知に伴う行動条件とその特徴を踏まえて—」『北星学園大学大学院論集』12, 57-79.
- 鈴木道代 (2009b)「成年後見制度の新聞記事に関するカテゴリー分析」『北海道社会福祉研究』28・29, 12-21.
- 鈴木道代 (2010a)「臓器移植法改正における『家族の承諾』が認められるわけ—家族特権の虚構を考えるための導入—」『北海道社会福祉研究』30, 5-15.
- 鈴木道代 (2010b)「認知症病名告知課題に対するインフォームド・コンセントの法理的検討—信託・信認関係から捉える医師・患者関係—」『北星学園大学大学院論集』1, 35-53.
- 鈴木 良 (2004)「知的障害者の自己決定支援の思想と方法に関する一考察」『社会福祉学』45(2), 14-23.
- 鈴木 良 (2005a)「施設 A における知的障害者の地域移行後の自己決定支援について」『社会福祉学』45(3), 43-52.
- 鈴木 良 (2005b)「知的障害者入所施設 B の地域移行プロセスにおける自己決定に影響を与える環境要因についての一考察」『社会福祉学』46(2), 65-77.
- 鈴木富七郎 (1995)『欧米 6 カ国の成年後見制度調査報告書』日弁連司法制度調査会成年後見制度海外調査団.
- 鈴木 亘 (2004)「終末期医療の患者自己選択に関する実証分析」『医療と社会』14(3), 175-189.
- 社団法人 日本社会福祉士会 (編) (1998)『日本社会福祉士会成年後見シリーズ 2 成年後見制度資料集【要綱試案関連】』筒井書房.
- 社団法人日本精神科看護技術協会編 (1999)『精神科看護用語辞典』メヂカルフレンド社.
- 田淵六郎 (1996)「主観的家族論—その意義と問題」『ソシオロギス』20, 19-38.
- 田淵六郎 (1998)『「家族」へのレトリカル・アプローチ—探求的研究—』『家族研究年報』23, 71-83.
- 田淵六郎・後藤澄江 (2002)「序章 概説グローバリゼーションと家族・コミュニティ」後藤澄江・田淵六郎編『グローバリゼーションと家族・コミュニティ』文化書房博文社, 13-34.
- 田淵六郎 (2002)「第 2 章 グローバリゼーションと家族変動」後藤澄江・田淵六郎編『グローバリゼーションと家族・コミュニティ』文化書房博文社, 64-91.
- 多田 裕 (2004)「医学情報と医療水準」『東邦医学会雑誌』51(1), 1.
- 高林幸司・新開省二・吉田祐子ほか (2002)「意志表示能力が低下した高齢者におけるインフルエンザ予防接種のあり方についての研究」『東京都老年学会誌』9, 82-87.
- 高田 淳 (2006)「責任能力のある未成年者の行為に関する親権者の責任」『法学セミナー』620, 112.
- 高田久美 (2003)「長期入院患者の自立過程の検討—『代理行為』からの自立—」『日本精神科看護学会誌』46(2), 410-416.
- 高木和美 (2003)「ホームヘルパーによる医療行為の一部解禁が意味するもの」『社会医学研究』21, 34-45.

- 高木多喜男（1991）「第3章 事務管理 前注（§§697-702〔事務管理〕）」『新版 注釈民法(18)債権(9)』有斐閣，105-186.
- 高橋正人（2006）「第5章 『老い』と家族」山根常男・玉井美知子・石川雅信編『テキストブック家族関係学—家族と人間性—』ミネルヴァ書房，78-91.
- 高橋則夫（2010）『刑法総論』成文堂.
- 高橋隆雄（2006）「いのち・リスク・自己決定」『先端倫理研究』1，1-13.
- 高橋隆雄（2007）「治療義務・医学的無益性・自己決定・患者の最善の利益」『先端倫理研究』2，1-12.
- 高橋由典（2007）「資源の放棄」菅原和孝編『身体資源の共有』弘文堂，327-358.
- 高以良恵子・庄司茂美・山口昌弘ほか（2001）「代理行為を通して家族との関わりの検討」『日本看護学会論文集 成人看護』2，306-308.
- 高森哉子（2002）「民法総則 代理」『法学セミナー』569，17-21.
- 高森哉子（2008）『代理法の研究』法律文化社.
- 高崎絹子（2007）「第7章 認知症の人の身体拘束・虐待」『認知症ケア標準テキスト 改訂・認知症ケアの実際 I 総論』ワールドプランニング，157-177.
- 武ユカリ（2005）「意思決定が難しい要因とそのときナースにできること」『看護学雑誌』69(4)，360-365.
- 竹本浩子・三牧好子・佐田亨悦ほか（2007）「電気痙攣療法を代理意思決定した家族の思い」『精神看護』38，208-210.
- 竹中 勲（1987）「人権としての『自己決定権』—生と死をめぐる憲法問題—」『ジュリスト』884，180-187.
- 竹中 勲（1995a）「高齢者の人権と憲法学（一）」『産大法学』28（3・4），138-174.
- 竹中 勲（1995b）「高齢者の人権と憲法学（二）」『産大法学』29(1)，22-59.
- 竹中 勲（1996）「憲法上の自己決定権の意義」『産大法学』29(4)，25-61.
- 竹中 勲（1998）「憲法学とパターナリズム・自己加害阻止原理」『佐藤幸治先生還暦祈念 現代立憲主義と司法権』米沢広一・松井茂記・土井真一代表，青山書院，167-204.
- 竹中 勲（2005a）「精神障害者の強制入院制度の憲法学的検討」『同志社法学』56(6)，177-211.
- 竹中 勲（2005b）「高齢者の人権保障・憲法学」『法律時報』77(5)，21-25.
- 竹中 勲（2009）「憲法上の自己決定権と最高裁判所」『同志社大学』61(3)，1-29.
- 竹中 勲（2010）『憲法上の自己決定権』成文堂.
- 武野俊弥（1998）「精神療法の本質—関係性と個人神話—」『精神療法』24(3)，239-247.
- 竹内昭夫・松尾浩也・塩野 宏（編）（1989）『新法律学辞典（第三版）』有斐閣.
- 竹内隆夫（1996）「2家・家族の変容」木村一信・奥村剋三編『世紀転換期の日本と世界 5 文化の変容と再生』法律文化社，226-238.
- 滝井繁男（1984）「医療水準論に関する一考察—特に転医との関連において」『法律時報』56(6)，82-89.
- 滝井繁男・藤井 勲（1987）『医療水準論』の現状とその批判『判例タイムズ』629，12-24.
- 滝川一廣（2005）「精神療法の基本をなすもの」『臨床精神医学』34(12)，1657-1662.
- 玉井真理子・永水裕子・横野 恵編（2009）『子どもの医療と生命倫理 資料で読む』財団法人法政大学出版局.
- 田村 光（2007）「介護支援専門員からみた認知症のターミナルケアの実践とその課題—介護支援専門員に求められるもの—」『老年精神医学雑誌』18(9)，959-965.
- 丹野 正（2004）「シェアリング，贈与，交換—共同体，親交関係，社会」『弘前大学大学院地域社会研究科年報』1，63-80.

- 田中英樹（2008）「援助原則の立場から」『社会福祉学』49(1), 152-156.
- 田中雅一（1998）「文化人類学における家族・親族領域を中心とするフィールドデータの処理と分析」『人文科学とコンピュータ』40(12), 89-92.
- 田中成明（2006）『法学入門』有斐閣.
- 田中茂樹（1998）「法体系の生成における原基形態と互酬性」『法哲学年報』16-29.
- 田中達也（2001）「患者の自己決定権と医師の裁量権の定義づけ」『生命倫理』11(1), 111-116.
- 田中徹平・黒木俊秀（2008）「高齢者の薬物療法」『老年精神医学雑誌』19(4), 556-561.
- 谷口明広（2008）「障害のある人たちの自己決定力を高める要素—自己決定能力は育てられるもの—」『社会福祉学』49(1), 157-160.
- 谷口 聡（2007）「成年後見人の医療同意に関する一考察」『宮崎産業経営大学法学論集』16(1・2), 15-32.
- 谷口 聡（2008）「移行型任意後見の問題に関する一考察」『宮崎産業経営大学法学論集』17(1・2), 55-69.
- 田岡絵里子（2008）「信認関係概念とその拡大現象の分析（一）—なぜ契約だけでは足りないのか—」『早稲田法学会誌』59(1), 245-294.
- 田岡絵里子（2009）「信認関係概念とその拡大現象の分析（二・完）—なぜ契約だけでは足りないのか—」『早稲田法学会誌』59(2), 313-365.
- 樽井正義（1998）「臓器提供者の意思，家族の意思，社会の意思」『生命倫理』8(1), 41-46.
- 樽川典子（2000）「医療と癒しの現代的課題 患者家族の医療体験とケア」副田義也・樽川典子編『流動する社会と家族Ⅱ 現代家族と家族政策』ミネルヴァ書房, 119-139.
- 館 直彦（2004）「サイコセラピストの産業精神保健への参加精神科医の場合」『精神療法』30(5), 20-26.
- 立岩信也（1991）「愛について—近代家族論・1」『ソシオロギス』15, 35-52.
- 立岩信也（1992）「近代家族の境界—合意は私達の知っている家族を導かない—」『社会学評論』43(2), 154-168.
- 立岩真也（1997）「6章 私が決めることの難しさ—空虚でない自己決定論のために」太田省一編『分析・現代社会 制度／身体／物語』八千代出版, 155-184.
- 立岩真也（1998）「空虚な～堅い～緩い・自己決定」『現代思想』26(8), 57-75.
- 立岩信也（2000a）『弱くある自由へ—自己決定・介護・生死の技術』青土社.
- 立岩信也（2000b）「過剰と空白 世話を巡る言説について」副田義也・樽川典子編『流動する社会と家族Ⅱ 現代家族と家族政策』ミネルヴァ書房, 63-85.
- 立岩真也（2002）「パターナリズムについて一覚え書き—」『法社会学』56, 166-180.
- 立岩真也（2003）「第5章分配的正義論—要約と課題」山口 定・佐藤春吉・中島茂樹ほか編『新しい公共性そのフロンティア』有斐閣, 131-150.
- 辰井（2009）「治療不開始／中止行為の刑法的評価—『治療行為』としての正当化の試み—」『明治学院大学法学研究』86, 57-104.
- 田山輝明（1996）「ドイツの世話法」『ノーマライゼーション』11, 25-28.
- 田山輝明（1998）「法定後見制度」『判例タイムズ』961, 10-18.
- 田山輝明（2000）「法定成年後見制度の比較法的検討—新成年後見制度への影響」『判例タイムズ』1030, 110-118.
- 田山輝明（2006）「成年後見制度と地域福祉権利擁護事業の現状と課題」『月刊福祉』89(2), 18-23.
- 田山輝明（2007）『成年後見読本』三省堂.
- 天保英明・田村芳子（2001）「新成年後見法」『治療』83(8), 107-114.

- 寺本昌広（2007）「新しい信託の諸類型—その意義と活用例—」『金融・商事判例』1262, 2-5.
- 寺沢知子（1992a）「未成年者への医療行為と承諾（一）—『代諾』構成の再検討—」『民商法雑誌』106(5), 655-677.
- 寺沢知子（1992b）「未成年者への医療行為と承諾（二）—『代諾』構成の再検討—」『民商法雑誌』106(6), 799-824.
- 寺沢知子（1992c）「未成年者への医療行為と承諾（三）—『代諾』構成の再検討—」『民商法雑誌』107(1), 56-69.
- 寺沢知子（1997）「医療水準の相対化と『医療水準論』の質的転換—最高裁平成7年6月9日判決と最高裁平成8年1月23日判決を契機として—」『阪大法学』47(1), 69-99.
- 寺沢知子（1998）「医療水準と『説明義務』」『年報医事法学』13, 9-16.
- 寺沢知子（2001）『『承諾能力』のない人への治療行為の決定と承諾—未成年者と高齢者を中心に—』『私法』63, 183-188.
- 寺沢知子（2006）「同意能力のない人への医療行為の決定と家族の利益」『実践 成年後見』16, 19-28.
- 寺沢知子（2007）「第6章 医療行為に対する承諾の相対化と法的評価」『成年後見と医療行為』日本評論社, 107-135.
- 寺嶋秀明編（2004）『平等と不平等をめぐる人類学的研究』ナカニシヤ出版.
- 寺嶋秀明（2007）「からだの資源性とその拡張 生態人類学的考察」菅原和孝編『身体資源の共有』弘文堂, 29-58.
- 手嶋 豊（2002）「乳がんの手術に当たり当時医療水準として未確立であった乳房温存療法について医師の知る範囲で説明すべき診療契約上の義務があるとされた事例」『民商法雑誌』126(6), 874-894.
- 手嶋 豊（2005）「医療と説明義務」『判例タイムズ』1178, 185-189.
- 戸波江二（1993）「自己決定権の意義と範囲」『法学教室』158, 36-42.
- 戸田貞三（1990）『家と家族制度 “家族・婚姻” 研究文献選集⑮』クレス出版.
- Thomas Paul Walters(2009) The Mental Capacity Act-a balance between protection and liberty, British Journal of Nursing, 18(9), 55-58.
- 床谷文雄（2000）「成年後見における身上配慮義務」『民商法雑誌』122（4・5）, 533-553.
- 床谷文雄（2004）「序—『法は家庭に入らず』の再考—」『民商法雑誌』129（4・5）, 463-478.
- 床谷文雄（2006）「医療同意シンポジウムから考えるわが国の医療同意の方向性」『実践 成年後見』16, 65-74.
- 戸丸敦子（2002）「成年後見制度の運用に関する考察—ドイツ成年者世話法に学ぶ—」『国際文化研究論業』13, 183-199.
- 徳岡秀雄（1991）「少年司法における衡平法と救貧法の伝統—パレンス・パトリエをめぐる—」『関西大学社会学部紀要』22(2), 1-20.
- 富田 仁（2006）『信託の構造と信託契約』酒井書店.
- 廣瀬清英（2007）「死の自己決定権」『岩手医科大学共通教育センター研究年報』42, 123-143.
- 殿村琴子（2006）「先進諸国における婚外子増加の背景—フランス・スウェーデンの『家族』をめぐる歴史から—」『Life Design REPORT』5(6), 16-23.
- 遠山浩之（2001）「能力確認と登記事項証明書の限界と対策」『銀行実務』31(2), 26-30.
- 利谷信義（1989）「第3章 民法における家族」星野 命編『変貌する家族—その現実と未来 講座家族心理学第1巻』金子書房, 57-81.

- 利谷信義（1992）「法社会学における家族研究の立場から」『家族社会学研究』4, 11-18.
- 利谷信雄（2005）『家族の法 第2版』有斐閣.
- 豊田奈菜（2005）「PTSD の医学的判断に関する法的一考察～医学水準を中心に～」『国学院法政論業』26, 57-97.
- 津川律子（2006）「サイコセラピーと心理カウンセリング—精神科臨床における臨床心理士の役割—」『精神科』8(2), 142-147.
- 塚本泰司（1996）「患者の自己決定権と医師の倫理的統合性」『生命倫理』6(1), 22-26.
- 塚本泰司（1997）「手術とインフォームド・コンセント法理—外科医の立場から—」『生命倫理』7(1), 44-49.
- 塚本泰司（2000a）『医療と法—臨床医のみた法規範』尚学社.
- 塚本泰司（2000b）「臨床現場における意思決定の代行」『年報医事法学』15, 36-43.
- 塚本泰司（2004）「インフォームド・コンセント法理・再考」湯沢雅彦・宇津木伸編『人の法と医の倫理—唄孝一先生に賀寿と感謝の気持ちを込めて—』信山社, 343-369.
- 常岡史子（2009）「第4編親族 第4章親権」松岡久和・中田邦博編『学習コンメンタール民法Ⅱ 親族・家族』日本評論社, 147-190.
- 土屋 葉（1999）「全身性障害者の語る『家族』—『主観的家族論』の視点から—」『家族社会学研究』11, 59-69.
- 土屋幸己（2002）「知的障害を伴う人の『自己決定』支援の方法論に関する考察」『社会福祉士』9, 157-162.
- 土屋幸己（2006）「知的障害者における医療同意の問題—腎臓結石除去・インフルエンザ予防接種—」『実践 成年後見』16, 31-33.
- 筒井淳也（2008）『親密性の社会学—縮小する家族のゆくえ』世界思想社.
- 筒井康美・谷 正和（2009）「安全な飲料水の分配に関係する社会的政治的要因—バングラディッシュにおける深井戸の偏った配置—」『九州大学アジア総合政策センター紀要』3, 9-21.
- ティモシー・ハーディング（1997）「『精神科におけるインフォームド・コンセントは診療の現実と両立するのか?』」（小林信子（訳））『精神医療』11, 53-61.
- 上林敬宗（2008）「高齢化の進展と信託の役割」『東京国際大学論業 経済学部編』38, 35-54.
- 上原浩志（2008）「成年被後見人である慢性統合失調症患者の身体合併症治療に関して成年後見人は医療同意権を行使しうるか」『病院・地域精神医学』50(4), 319-320.
- 植木 哲（2003）『医療の法律学〔第2版〕』有斐閣.
- 植木 哲（2005）「医療水準（論）に関する一管見」『判例タイムズ』1191, 51-60.
- 植木 哲（2007）「医療水準と医療裁量」『病院』66(11), 957-959.
- 植村和正・井口昭久（1999）「『安楽死』と『尊厳死』—法律的考察—」『生命倫理』9(1), 116-120.
- 上野和男（1984）「大家族・小家族・直系家族—日本の家族研究の三つの系譜」『社会人類学年報』10, 29-50.
- 上野和男（1989）「第2章 日本の伝統的家族とその変容」星野 命編『変貌する家族—その現実と未来 講座家族心理学第1巻』金子書房, 37-56.
- 上野和男（1992）「祖先祭祀と家族・序論」『国立歴史民族博物館研究報告』41, 7-21.
- 上野和男（2003）「儒教思想と日本の家族 家族組織と祖先祭祀を中心に」『国立歴史民族博物館研究報告』106, 137-145.
- 上野千鶴子（1994）『近代家族の成立と終焉』岩波書店.
- 上野千鶴子（2008）「家族の臨界—ケアの分配公正をめぐる—」『家族社会学研究』20(1), 28-37.

- 上野千鶴子・春日キスヨ・市野川容孝（2002）「討議 介護の社会化」『現代思想』30(7), 58-87.
- 上續宏道・向井通郎（2001）「ソーシャルワークにおける自己決定のプロセスと心のバリアフリーに関する一考察」『聖泉論業』8, 33-48.
- 氏原 寛・亀口憲治・成田義弘ほか（2004）『心理臨床大事典 改訂版』培風館.
- 梅田 滋（2006）「在宅で生活する精神障害者への援助」『実践 成年後見』16, 114-119.
- 浦野正男（2009）「福祉サービスと『医療行為』 特集の視点」『月刊福祉』92(7), 11.
- 牛島定信（2004）「精神科臨床に必要な精神療法とは」『精神医学』46(12), 1265-1267.
- 臼井正樹（2000）「自己決定と福祉—自己決定概念の福祉分野における意義と限界—」『社会福祉学』41(1), 135-149.
- 臼井 豊（2010）「代理権濫用法理に関する序章考察—ヴェッター（Vedder）による『本人の利益状況』分析アプローチを中心に—」『立命館法学』1, 27-81.
- 宇田川（2007）「24 成年後見人の権限と職務」赤沼康弘・鬼丸かおる編『成年後見の法律相談＜改訂版＞』学陽書房, 57-60.
- 内田文昭（2000）『改訂 刑法 I（総論）〔補正版〕』青林書院.
- 内田 貴（2008）『民法 I 第 4 版 総則・物権総論』東京大学出版会.
- 内田 貴（2010）『民法 IV〔補訂版〕 親族・相続』東京大学出版会.
- 内出幸美（2007）「グループホームでの認知症の終末期ケアの実践と課題」『老年精神医学雑誌』18, 974-981.
- 内野正幸（2006）『憲法解釈の論点〔第 4 版〕』日本評論社.
- 宇都木伸（1988）「在宅医療の制度化に伴う法的問題（その 2）—健康権の視座から」『病院』47(10), 829-832.
- 宇都宮英人（2004）「追加選任された専門職成年後見人に職務—家族成年後見人の事務是正の観点から—」『実践 成年後見』11, 100-105.
- 和田攻・南 裕子・小峰光博（編）（2003）『看護大事典』医学書院.
- 若松良樹（2005）「合理性, 自由, パターナリズム—合理的選択理論をめぐる—」『成城法学』74, 1-53.
- 鷺田清一（2007）「1 所有と固有」大庭 健・鷺田清一編『所有のエチカ』ナカニシヤ出版, 4-41.
- 鷺尾昌一（2000）「ホームヘルパーの医療行為」『日本医事新報』3999, 59.
- 渡部 晃（2000）『公序良俗入門』商事法務研究会.
- 渡部律子（2003）「改革期におけるソーシャルワークの行方—『対等な関係』『利用』『支援』の概念をてがかりに—」『ソーシャルワーク研究』29(3), 4-13.
- 渡部朗子（1998）「アメリカの成年後見制度」『千葉大学社会文化科学研究』2, 189-213.
- 渡部朗子（1999）「イギリスの成年後見制度と障害のある成年者の意思決定について」『国学院法研論集』26, 107-131.
- 渡邊 浩文・今井 幸充（2008）「認知症者に対するインフォームド・コンセント」『診断と治療』96(11), 2367-2370.
- 渡辺久雄（1967）「精神療法における治癒機転に関する一考察（第 1 報）」『精神医学』9(4), 243-249.
- 渡辺久雄（1970）「精神療法における治癒機転に関する 1 考察（第 2 報）—顕著な治癒的展開とその生起する治療状況について—」『精神神経学雑誌』72(1), 33-60.
- 渡辺久雄（1991）「精神健康のレベルについて考える」『日本医事新報』3506, 31-34.
- 渡辺久雄（1992）「精神療法の展開期における一治療の実践 強固な治療同盟成立のための課題協働体験」『精神療法』18(4), 335-341.
- 渡辺久雄（1994）「新精神療法の特質」成田善弘・関口純一・小林 進ほか編『精神療法の探究』金剛出

- 版, 155-166.
- 渡辺幹典 (2005) 「成年後見制度の医療措置の代諾」『松山大学論集』17(1), 395-440.
- 渡辺信英 (2008) 『福祉社会の家族法 親族編』南窓社.
- 渡辺則芳 (1980) 「パレンス・パトリエ思想の再検討」『比較法制研究』4, 45-63.
- 渡辺則芳 (2003) 「少年保護手続きにおけるパレンス・パトリエ思想再考—シャフツベリー判決を参考として—」『早稲田法学』78(3), 329-341.
- 渡辺俊之 (2008) 「介護家族カウンセリングの実際」『家族心理学年報』26, 147-162.
- 八木剛平 (1996) 「薬物治療学の立場から」『精神医療』8・9 合併号, 91-103.
- 矢原隆行 (2002) 「第7章 『家族』をめぐる語り」木下謙治編『家族社会学—基礎と応用』九州大学出版会, 107-119.
- 山辺朗子 (1990) 「社会福祉における『家族』の位置についての一考察」『社会福祉学』31(2), 49-69.
- 山田昌弘 (1986a) 「家族危機と家族政策—家族における動機づけの危機—」『社会学評論』36(4), 424-437.
- 山田昌弘 (1986b) 「家族定義論の検討」『ソシオロギス』10, 52-62.
- 山田昌弘 (1987) 「近代家族形成における『情緒』の二つの意味」『現代社会学』24, 110-132.
- 山田昌弘 (1994) 『近代家族のゆくえ—家族と愛情のパラドックス』新曜社.
- 山田昌弘 (1997) 「第8章 『家族であること』のリアリティ」好井裕明編『エスノメソドロジーの現実』世界思想社, 151-166.
- 山田昌弘 (1999a) 『家族のリストラクチャリング』新曜社.
- 山田昌弘 (1999b) 「5 愛情装置としての家族 家族だから愛情が湧くのか, 愛情が湧くから家族なのか」目黒依子・渡辺秀樹編『講座社会学2 家族』東京大学出版会, 119-151.
- 山田昌弘 (2001) 『家族というリスク』勁草書房.
- 山田昌弘 (2004a) 「家族の個人化」『社会学評論』54(4), 341-354.
- 山田昌弘 (2004b) 「感情構造と法」『法社会学』60, 24-34.
- 山田昌弘 (2005) 『迷走する家族—戦後家族モデルの形成と解体』有斐閣.
- 山田卓生 (1985) 「信仰上の輸血拒否と医療」『ジュリスト』843, 86-92.
- 山田卓夫 (1981) 「医療水準と医療慣行」『判例タイムズ』447, 39-43.
- 山田卓生 (1989) 『私事と自己決定』日本評論社.
- 山縣文治・柏女霊峰編 (2004) 『社会福祉用語辞典』ミネルヴァ書房.
- 山岸俊男 (1998) 『信頼の構造—こころと社会の進化ゲーム』東京大学出版会.
- 山口 厚 (2008) 『刑法入門』岩波書店.
- 山口 仁 (2007) 「第三章 『全国報道』における水俣病事件の表象」『“水俣”の言説と表象』藤原書店, 130-162.
- 山口昌男 (1982) 『文化人類学への招待』岩波書店.
- 山口斉昭 (1996) 「医療水準の判断枠組み—『社会的・地理的環境の考慮』を出発点に—」『早稲田大学大学院法研論集』79, 309-344.
- 山口斉昭 (1997) 「『医療水準論』の形成過程とその未来—医療プロセス論へ向けて—」『早稲田法学会誌』47, 361-425.
- 山口斉昭 (2001) 「医療水準論をめぐって」『年報医事法学』16, 84-96.
- 山口斉昭 (2005) 「説明義務の前提となる医療水準と治療行為自体に関する医療水準」『年報医事法学』20, 132-138.

- 山口齊昭（2006）「医療水準と法益」『賠償科学』34，97-107.
- 山川一陽（2009）『親族法・相続法講義[第四版]』日本加除出版株式会社.
- 山腰修三（2007）「第二章 経済政策のイデオロギーと『水俣』の言説」『“水俣”の言説と表象』藤原書店，98-129.
- 山守伸也（2010）「ポスト親密圏の変容—携帯サイト『リアル』を事例に一」『関西大学大学院 人間科学』72，21-40.
- 山本敬三（2000）『公序良俗論の再構成』有斐閣.
- 山本起世子（2009）「家族規範の変化と社会政策—老人と子どもの社会的位置をめぐって—」『園田学園女子大学論文集』43，27-40.
- 山本直樹（2004）「成年後見と身上配慮」『実践 成年後見』9，120-127.
- 山本 功（2009）「3 親族間殺人」神原文子・杉井潤子・竹田美和編『よくわかる現代家族』ミネルヴァ書房，200-201.
- 山本 聡（1999）「医療における自己決定権とパターナリズム—生命倫理と法的効力の面から—」『神奈川工科大学研究報告』A（23），47-56.
- 山根 寛（2000）「作業療法の盛衰に映る精神障害者の尊厳」『精神医療』19，61-66.
- 山下真理子・小林敏子・藤野久美子（2002）「アルツハイマー病の病名告知に関する健常成人の意識調査」『老年精神医学雑誌』13(12)，1433-1445.
- 山下真理子・小林敏子・松本一生ほか（2004）「アルツハイマー病の病名告知と終末期医療に関する介護家族の意識調査」『老年精神医学雑誌』15(4)，434-445.
- 山下真理子・小林敏子・松本一生ほか（2007）「介護家族の視点からみた認知症高齢者の終末期治療—その現状と課題—」『日本認知ケア学会誌』6(1)，69-77.
- 山下 登（1989）「エホバの証人信者の両親による輸血委任仮処分申請事件」『別冊ジュリスト』102，112-113.
- 山角 駿・高柳 功（2007）「第3章 第2節 保護者問題と成年後見制度」『改訂 精神保健福祉法の最新知識 歴史と臨床実務』45-57，中央法規.
- 大和礼子（1990）「『選べる』関係と『選べない』関係—夫婦関係の二側面—」『家族研究年報』16，38-50.
- 山上敏子（1998）「精神療法の本質—何をするのか，何ができるのか—」『精神療法』24（3），232-238.
- 山内正美（1994）「躁状態の精神療法」成田善弘・関口純一・小林 進ほか編『精神療法の探究』金剛出版，95-105.
- 柳 勝司（2004）「受任者の忠実義務」『名古屋大学法政論集』201，431-458.
- 柳川育子（2006）「判断能力が衰え，要介護状態にある独居高齢者の地域生活支援—成年後見制度の『身上監護』を中心に—」『京都市立看護短期大学紀要』31，61-67.
- 安永正昭（2000）「成年後見法改革の意義」『民商法雑誌』122(4・5)，461-473.
- 横藤田誠（1999）「医療と福祉における代行決定の法的位置づけ」『季刊 精神科診断学』10(1)，7-22.
- 横野 恵（2000）「イギリス法における未成年者に対する医療と同意—判例研究のための前提作業として—」『早稲田大学大学院法研論集』95，294-271.
- 横野 恵（2001a）「イギリス判例法における未成年者に対する医療と同意(1)」『早稲田大学大学院法研論集』97，228-205.
- 横野 恵（2001b）「イギリス判例法における未成年者に対する医療と同意(2)」『早稲田大学大学院法研論集』98，210-185.

- 横野 恵 (2002a) 「カナダにおける未成年者に対する医療と同意—児童保護立法による介入を中心に—」『比較法学』35(2), 113-154.
- 横野 恵 (2002b) 「カナダ憲法判例にみる未成年者の医療に対する親の権利—輸血拒否をめぐる最高裁判所判決を中心に—」『比較法学』36(1), 97-139.
- 與那嶺 司・岡田進一・白澤政和 (2009) 「生活支援施設における知的障害のある人の自己決定の構造—担当支援員による質問紙に対する回答を基に—」『社会福祉学』49(4), 27-39.
- 米倉 明 (1991a) 「成年後見制度模索の第一歩—はしがきを兼ねて」『ジュリスト』972, 12-14.
- 米倉 明 (1991b) 「日本法への示唆—結びを兼ねて」『ジュリスト』972, 50-65.
- 米倉 明 (1998) 『信託法・成年後見の研究』新青出版.
- 米倉 明 (1999) 『家族法の研究 [民法研究第五巻]』新青出版.
- 米本秀仁 (1992) 「実線水準に関する一考察」『北星論集 (文)』29, 115-136.
- 米本秀仁 (2005) 「ノーマライゼーションの理念と現実」『実践 成年後見』12, 5-18.
- 米村千代 (2009a) 「2 近代家族とイエ制度」神原文子・杉井潤子・竹田美和編『よくわかる現代家族』ミネルヴァ書房, 24-25.
- 米村千代 (2009b) 「4 戦中家族から戦後家族へ」神原文子・杉井潤子・竹田美和編『よくわかる現代家族』ミネルヴァ書房, 28-29.
- 吉田 栄 (2004) 「重度知的障害者への身上配慮」『実践 成年後見』9, 113-119.
- 吉田克己 (2001) 『現代市民社会と民法学』日本評論社.
- 吉田邦彦 (2007) 『家族法 (親族法・相続法) 講義録』株式会社信山社.
- 吉田信人 (2006) 「パレンス・パトリエ思想の淵源」『広島法学』30(1), 29-51.
- 吉川 悟 (2000) 「第 5 章 家族療法家からみた現代家族の隠れた危機」清水新二編『シリーズ<家族はいま…>④家族問題危機と存続』ミネルヴァ書房, 115-139.
- 吉田常孝・織田裕行・杉本達哉 (2007) 「救急現場の精神症状」『EMERGENCY CARE』20(9), 79-84.
- 好井裕明編 (1997) 『エスノメソドロジーの現実』世界思想社.
- 吉松和哉 (1986) 「精神科臨床における精神療法」『精神科 MOOK』15, 1-8.
- 吉村朋代 (2004a) 「第 5 章後見 § 858 [成年後見人の事務処理の基準]」『新版 注釈民法(25) 親族(5)[改訂版]』有斐閣, 400-406.
- 吉村朋代 (2004b) 「第 5 章後見 § 859 の 2 [成年後見人が数人あるときの権限行使の方法]」『新版 注釈民法(25) 親族(5)[改訂版]』有斐閣, 412-423.
- 吉村朋代 (2004c) 「第 5 章後見 § 859 の 3 [成年後見人のする財産処分等に許可を要する場合]」『新版 注釈民法(25) 親族(5)[改訂版]』有斐閣, 423-428.
- 吉野純子・迫田綾子 (2007) 「胃瘻造設における認知症高齢者の意思決定の現状」『臨床老年看護』14(6), 123-129.
- 吉澤三枝 (2000) 「違法性の本質と被害者の承諾」『司法研究所紀要』12, 57-70.
- 善積京子 (1997) 『<近代家族>を超える—非法律婚カップルの声』青木書店.
- 善積京子 (2003) 「<近代結婚>の揺らぎ—スウェーデン社会からみた結婚の意義—」『家族社会学研究』14(2), 43-53.
- 湯沢雍彦・宇津木伸編 (2004) 『人の法と医の倫理—唄孝—先生に賀寿と感謝の気持ちを込めて—』信山社.
- 臓器移植法改正を考える国会議員勉強会編 (2005) 『脳死論議ふたたび—改正案が投げかけるもの』社会

評論社.

〔Web ページ〕

「成年後見関係事件の概況～平成 18 年 4 月から平成 19 年 3 月～」

<http://www.courts.go.jp/about/siryo/pdf/seinen07.pdf> 2008/02/06

「法定後見実務改善と制度改正のための提言」 http://jaga.gr.jp/pdf/H19_seidokaisei.pdf 2008/08/16

『身上監護研究会平成 19 年度報告書』平成 20 年 3 月身上監護研究会日本成年後見法学会

<http://jaga.gr.jp/pdf/H19shinjokango.pdf> 2008/08/16

『CONSENT TO HEALTH CARE』 <http://www.trustee.bc.ca/default.htm> 2010/01/20

『Health Care(Consent) and Care Facility(Admission) Act』

http://www.bclaws.ca/Recon/document/freeside/--%20h%20--/health%20care%20%20consent%20%20and%20care%20facility%20%20admission%20%20act%20%20rsbc%201996%20%20c.%20181/00_96181_01.xml 2010/02/16

http://www.bclaws.ca/Recon/document/freeside/--%20h%20--/health%20care%20%20consent%20%20and%20care%20facility%20%20admission%20%20act%20%20rsbc%201996%20%20c.%20181/05_regulations/10_20_2000%20health%20care%20consent%20regulation/20_2000.xml 2010/02/16

『Mental Capacity Act 2005 CHAPTER9』

http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/ukpga_20050009_en_1 2010/01/23

『Mental Capacity Act 2005 AS IT IS TO BE AMENDED BY THE MENTAL HEALTH ACT 2007』

<http://www.wales.nhs.uk/sites3/docopen.cfm?orgid=744&id=116387> 2010/01/23

『Mental Capacity Act 2005 Code Practice』

<http://www.publicguardian.gov.uk/docs/mca-code-practice-0509.pdf> 2010/01/23

『児童虐待防止のための親権制度研究会報告書』

<http://www.moj.go.jp/content/000033295.pdf> 2010/3/29

児童虐待防止のための親権制度の見直しに関する問題点の検討（1）

<http://www.shojihomu.co.jp/shinken/shiryou/shiryou0201.pdf> 2010/3/29

「在宅における ALS 以外の療養患者・障害者に対するたんの吸引の取扱について（平成 17 年 3 月 24 日医政発第 0324006 号）」 <http://www.t-file.org/About/author.html> 2010/03/28

最高裁判所事務総局家庭局（2010） <http://www.courts.go.jp/about/siryo/pdf/seinen10.pdf> 2010/08/13

〔国会議事録〕

第 165 回衆議院厚生労働委員会 9 号平成 18 年 12 月 13 日／第 166 回衆議院厚生労働委員会 32 号平成 19 年 6 月 20 日／第 169 回衆議院厚生労働委員会 12 号平成 20 年 5 月 9 日／第 171 回衆議院厚生労働委員会 14 号平成 21 年 5 月 22 日／第 171 回衆議院厚生労働委員会 15 号平成 21 年 5 月 27 日／第 171 回衆議院厚生労働委員会 16 号平成 21 年 6 月 5 日／第 171 回参議院国会厚生労働委員会第 20 号平成 21 年 6 月 30 日／第 171 回参議院国会厚生労働委員会第 20 号平成 21 年 6 月 30 日／第 171 回参議院国会厚生労働委員会第 21 号平成 21 年 7 月 2 日／第 171 回参議院国会本会議第 37 号平成 21 年 7 月 10 日／第 168 回国会厚生労働委員臓器の移植に関する法律の一部を改正する法律案審査小委員会第 1 号平成 19 年 12 月 11 日／第 169 回国会厚生労働委員臓器の移植に関する法律の一部を改正する法律案審査小委員会第 1 号平成 20 年 6 月 3 日／第 171 回国会厚生労働委員臓器の移植に関する法律の一部を改正する法律案審査小委員会第 1 号平成 21 年 4 月 21 日／第 171 回参議院国会厚生労働委員会第 23 号平成 21 年 7 月 7 日

謝 辞

本論文は筆者が北星学園大学大学院社会福祉学研究科社会福祉学専攻博士後期課程に在籍中の研究成果をまとめたものである。

本研究を進めていくにあたって、筆者が社会福祉学部在籍以来、一貫してご指導をいただいた米本秀仁教授に深謝します。20代前半で米本先生と出会い、そして現在28年目となる筆者のまだまだ短い人生のなかではありますが、これほど影響を受けた存在はいないと思います。それは米本先生の研究や教育に対する姿勢、考え方はもちろんのこと、そのお人柄につきます。

自分の考えを書くこと、言葉にすることを苦手とする筆者の言動を常に理解し汲み取ってくれていた先生のおかげで研究を続けることができ、まがりなりにも3年間で博士論文をまとめることができた今、本当に感謝してもしきれない程の気持ちです。ありがとうございました。

また、主査としてご助言をいただいた杉岡直人教授、並びに、副査として他の研究科でありながら本論文における法学に関する内容について細部にわたりご指導をいただいた経済学部経済法学科の岩本一郎教授に深謝します。

そして、3年間の研究生生活の事務手続き等全般にわたってお世話をしていただきました本学研究支援課大学院係・宗石依久子氏にこころより感謝いたします。

最後に、就職ではなく将来のあてが必ずしも明確ではない修士課程、博士課程の道に進むこと、その過程のなかでも何も言わずに筆者の心身を気遣いながら、黙々と研究に取り組ませてくれた両親、兄姉に感謝する。