

# ヨーロッパ共通参照枠草案 (DCFR) における 「患者の同意」規定の検討

谷 口 聡

## 要 旨

本稿は、ヨーロッパで2010年に編纂された「共通参照枠草案 (DCFR)」において規定されている「診療契約」に関する条項を検討することを目的としている。特に、わが国の終末期医療の規範に示唆を得ることを主眼としている。

DCFRは、ヨーロッパの民法学者がその英知を結集して編集したモデル民法典である。契約法や損害賠償法などを中心に規定が置かれている。中でも、『完全版』「第2巻 (Vol.2)」「第IV編 各種の契約及びそれに基づく権利義務」「C部 役務提供契約」という項目には、「第8章 診療契約」という項目が設定されており、11の診療契約規定条文を有している。そして、そのような契約類型を単に規定しているにとどまらず、特にIV.C-8:108条では、「事前指示書」や「リビング・ウィル」に関する記述や比較法的な考察も行われている。

本稿では、このようなDCFRにおける「診療契約」諸規定の条文とその「コメント」「注記」を参照して検討するとともに、わが国で厚生労働省が2018年に策定したガイドラインとアイルランドで2015年に制定された「意思決定支援法2015」との比較検討も加えて、わが国の終末期医療規範への示唆を得たいと考える。

## I 本稿の目的と問題の所在

本稿は、ヨーロッパの英知を結集して編纂されたモデル民法典である「共通参照枠草案 (Draft Common Frame of Reference)」における「診療契約」諸規定の中の「患者の同意」に関する規定を検討することによって、わが国の医療規範（特に、終末期医療規範）に示唆を得ることを目的としている。

わが国は超高齢社会となった。また、「無縁社会」「孤独死」などのキーワードに象徴されるような、身寄りのない高齢者が孤立するといった社会状況を生じている。このような社会では、特に、医療とのかかわりで重要となるのが終末期医療における患者の治療に対する意思決定の問題である。終末期医療については、欧米諸国の大多数では、制定法が存在しており、とりわけ、治療実施に対する判断能力を喪失した患者に対して、

どのような処置を実施すべきかあるいは中止すべきかについて、その手続きが明文規定により法規範として存在している。

他方、わが国では、終末期医療に関する制定法は未だ存在しておらず、厚生労働省のガイドライン、尊厳死などに関する僅かな判例・裁判例が構成した規範と、医療関係の各学会が各自で定めているガイドラインなどが医療従事者の行為規範を構成しており、医療現場はそのような規範の下で終末期医療を実施しているという状況である<sup>1</sup>。筆者は、わが国でも終末期医療に関する制定法を設置すべきという目的意識の下で本稿を作成するものではない。ただし、欧米諸国で制定法が実施されるに至るまでには、それに向けた相当な議論がなされたことは事実であり、そのような議論の深化について、わが国も後れを取ってはならないと考える次第である<sup>2</sup>。

本稿で主題としているヨーロッパの「共通参照枠草案」(以下、「DCFR」と本稿で称することもある。)は、契約法などに重点を置いて作成された「モデル民法典」である。ヨーロッパの民法学者の英知を結集して編集されたものであり、国際的な高い評価を得ていることは記すまでもない。そのようなモデル民法典である「DCFR」においても、「診療契約」に関する諸条文が規定されている。これら条文は、言うまでもなく、診療契約全般を概括的に網羅することを目的とした規定であり、終末期医療に特定された規定ではない。しかし、「患者が同意する判断能力を喪失している場合」に関する条文も設置されていることから、終末期医療と密接に関係する議論が含まれているものと考えられる。

本稿では、筆者の上述問題意識の観点から、DCFRにおける関係条文の考察を行いたい。また、DCFRは、2010年に作成されたものであるから、その後ヨーロッパ諸国で制定された終末期医療法との比較で必ずしも先進的とは言えないと考えられる部分なども存在しているように思われる。そこで、本稿では、DCFR関係条文そのものの検討に加えて、2015年にアイルランドで制定された「意思決定支援法2015 (Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015)」との比較検討なども行いたい考えである。

1 拙稿「医師による『治療中止』の行為規範に関する一考察」高崎経済大学論集60巻4号(2018)189頁、同「終末期医療に関する医療関係団体のガイドライン」産業研究(高崎経済大学地域科学研究所紀要)54巻1号(2018)27頁、同「事前指示書」の普及に対する自治体の取り組み」地域政策研究21巻3号(2019)19頁など参照。

2 ヨーロッパ諸国の終末期医療に関する制定法上の規定の考察については、拙稿「ドイツ民法典における『患者の同意』規定に関する一考察」高崎経済大学論集60巻1号(2017)43頁、同「ドイツ民法典における『患者の事前指示書』規定に関する一考察」高崎経済大学論集61巻1・2号(2018)1頁、同「チェコ共和国における終末期医療と法規範」高崎商科大学紀要33号(2018)245頁、同「連合王国の意思能力法における『事前の意思決定』規定に関する一考察」高崎経済大学論集62巻2号(2019)19頁、同「連合王国の意思能力法における『独立意思能力代弁人制度』の検討」高崎経済大学論集62巻3・4号(2020)23頁、同「アイルランドの意思決定支援法2015における『事前のヘルスケア指示』の検討」高崎経済大学論集63巻1号(2020)41頁などを参照されたい。

## Ⅱ 共通参照枠草案 (DCFR) における関連規定の検討の意義

共通参照枠草案 (DCFR) は、正確には、Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則 共通参照枠草案) と称されるものである。このモデル民法典はドイツの民法学者 Christian von Bar らによって編集されたものであり、ヨーロッパ民法学者の英知の結晶である。2010年に書籍として出版された。『概説版 (Outline Edition)』と『完全版 (Full Edition)』<sup>3</sup>がある。前者の『概説版』は条文のみが掲載されたものであり、わが国でも邦訳の書籍が出版されている (窪田充見ほか監訳『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則 共通参照枠草案』(2013法律文化社))。しかしながら、本稿では、『完全版』を参照して、『概説版』には記載のない「コメント」や「注記」などの記述も検討の対象とする。そのような検討には一定の意義があるものと臆見する。

DCFRにおける「診療契約」の規定は、『完全版』「第2巻 (Vol.2)」「第IV編 各種の契約及びそれに基づく権利義務」「C部 役務提供契約」「第8章 診療契約」という項目の中で、IV.C-8:101～IV.C-8:111という11の条文からなるものである。「第8章 診療契約」における規定はすべて診療契約に直接関係する規定であるが、すべてが筆者の問題意識と関連するものではない。筆者が特に本稿において重要視するのは、IV.C-8:108条の「同意なしに治療しない義務」という診療提供者に対する義務を定めた条文である。患者の同意が診療契約においていかに重要であるかは、インフォームドコンセントの問題として扱われるようになってから既に長い歳月を経ている。しかし、本条文における第4項の規定は、「同意する能力が無い患者の治療」に関して明確に規定しており、その検討は本稿の目的に適合する。そのような本稿の目的に照らして重要な規定を中心として、第8章の冒頭規定の検討などを含めて、以下本稿第三章においてDCFRに記載された「条文」「コメント」「注記」を提示した上で考察を加えることとする。

## Ⅲ DCFR における「患者の同意」規定とその検討

### 1 概観と検討の方法

本章Ⅲでは、初めに冒頭規定であるIV.C-8:101条を検討する。DCFRが診療契約をどのように位置づけているか、また、その意義をどのように把握しているかなどをある程度明確にしておくためである。DCFR『完全版』「第2巻 (Vol.2)」「第IV編 各種の契約及びそれに基づく権利義務」「C部 役務提供契約」「第8章 診療契約」は、1932頁からはじまっている。

3 Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition, Edited by Christian von Bar and Eric Clive, (Oxford Univ. press 2010)

次に、本稿において最も重要なIV.C-8:108条を検討する。中でもさらに重要なのは、第4項の規定と言うことになる。

なお、DCFRの記述内容の提示に加えて、適宜、筆者の考えを「若干の検討」という小項目を設けて示すことにしたい。

## 2 「診療契約」冒頭規定（IV.C-8:101）の検討

### (1) 冒頭規定の邦訳<sup>4</sup>

#### IV.C-8:101 適用範囲<sup>5</sup>

##### 第8:101条 適用範囲

- (1) 本章の規定は、当事者の一方である診療提供者が、相手方である患者のために医療を提供することを引き受ける契約に適用する。
- (2) 本章の規定は、診療提供者が、人の身体的または精神的な状態を変えるために、医療とは異なる役務を提供することを引き受ける契約について、適切な補正を加えた上で適用する。
- (3) 患者が契約当事者ではないときは、患者は、本章の規定によって診療提供者に課される債務に対応する権利を付与される第三者とみなす。

### (2) 冒頭規定（IV.C-8:101）の「コメント」

DCFRの冒頭規定（IV.C-8:101）における「コメント」は、「A 一般的な考え方」という項目から始まり、以下のように述べている<sup>6</sup>。

「本条は診療契約の観念を提示している。診療行為は、ある者の肉体的または精神的健康を変えるためにその者に適用される全ての手続が含まれる。診療契約の主要な例は、医学上の診療である。しかしながら、それだけが例と言うことではない。それゆえ、定義のリストは、診療のための契約を、「一方当事者たる診療提供者の下において、他方の当事者である患者のために医学的な診療を提供することを引受ける契約、または、身体的または精神的な状態を変えるために、医療とは異なる役務を提供することを引き受ける契約である」と定義している」としている。

また、「C 比較法的な概観」という項目では以下のように述べている<sup>7</sup>。

「ほとんどのヨーロッパ諸国においては、診療契約は、既存の契約のカテゴリーである役務（ドイツ、スペインおよびポルトガル）または労務（フランス）に属している。いくつかの法体系においては、労務契約もしくは役務契約として資格付けられる診療かどうか、または、それが特定の無名な独特な契約かどうか明確ではない（オーストリア

4 前掲窪田ほか監訳『共通参照枠草案（DCFR）』197頁の邦訳も参照されたい。

5 *ibid.* DCFR Full Ed. Vol.2 p.1932

6 *ibid.* DCFR Full Ed. Vol.2 p.1932

7 *ibid.* DCFR Full Ed. Vol.2 p.1935

およびギリシャ)。民法典における有名契約として診療契約を規定している国はオランダのみである」。

「連合王国においては、患者と公立病院の関係は、契約外の関係としてみなされ、契約外の損害賠償責任における法によって規律される。フィンランドおよびスウェーデンにおいては、患者と病院の関係は、契約ではなく、特に無過失の患者保険のスキームである特別な医学的ヘルスケアの関係である」としている。

そして、「D 選好された選択肢」という項目では以下のように述べている<sup>8</sup>。

「原則として、本章の規定は、診療提供者と患者の間の契約的關係が存在する範囲においてのみ適用される。しかしながら、国家法の下で、その關係が私法上の契約として資格付けることができない場合には、本章の規定は適用しない。行政裁判所は、私法の性質およびそれらの見解とは無關係に、類推によって本章の準則を適用しうる」。

「適用の範囲は、契約当事者ではない者の利益のために提供される診療にも拡張される。パラグラフ(3)を参照のこと。その理由は、患者の保護および同様の状況にある者を同じように取り扱うことである。診療が、患者の最善の利益に奉仕するために即時に遂行されなければならない場合、および、患者が契約の合意について表明することができない場合といった例外的な諸状況においては、慈善による他人の事柄への介入の原則が適用されうる」。

「医学的な診療の外側において人の肉体的または精神的な健康を変えるために役務が提供される場合においては、類推の方法により本章の規定が適用される。パラグラフ(2)を参照されたい」としている。

### (3) 若干の検討

モデル民法典における「診療契約」に関する冒頭規定について、コメントでは、診療契約が必ずしも医学的な治療のみを対象とするものではないことを示している。そして、「診療契約」が属する契約類型について、諸国の法体系をいくつか示しつつ、大半は「役務提供契約」か「労務提供」契約に分類されていること、および、特別な類型として扱う法体系も存在することを示している。

そして、「診療契約」は原則的には私法上の問題であるという認識を示しつつも、行政法においても類推という形で私法規範が適用可能であるとも述べている。また、本稿との関りでは、同意を示すことができない患者について、「慈善による他人の事柄への介入の原則が適用されうる」として、わが国の「事務管理法理」に類似する準則の適用可能性を示している。

---

8 ibid, DCFR Full Ed. Vol.2 p.1935

### 3 IV.C-8:108条「同意なしに診療しない義務」規定の邦訳と「コメント」

#### (1) IV.C-8:108条の邦訳<sup>9</sup>

##### IV.C-8:108 同意なしに治療しない義務<sup>10</sup>

###### 第8:108条 同意なしに治療しない義務

- (1) 診療提供者は、患者が治療に対して十分な情報に基づく事前の同意をしていない場合には、治療を実施してはならない。
- (2) 患者はいつでも同意を撤回することができる。
- (3) 患者が同意することについて無能力である場合には、診療提供者は、以下の場合を除き、治療を実施してはならない。
  - (a) 十分な同意に基づく同意が、患者の利益のために治療に関して判断することを法的に権原づけられた者または機関から得られた場合、または、
  - (b) 十分な情報に基づく情報がなくとも治療を適法なものとするあらゆる準則または手続きを遵守した場合、または、
  - (c) 治療が緊急に提供されなければならない場合。
- (4) パラグラフ(3)で記述される状況において、治療に関して同意する能力が無い患者の意見および同意する能力が失われる前に患者によって表明された意見を、可能な限り考慮することなしに、診療提供者は治療を実施してはならない。
- (5) パラグラフ(3)で記述される状況において、診療提供者は、患者の健康状態の改善を意図した治療のみを実施することができる。
- (6) IV.C-8:106条（不必要な治療または実験的治療における情報提供義務）パラグラフ(2)で記述される状況において、同意は明示的かつ具体的な方法でなされなければならない。
- (7) 当事者は、患者の不利に本条の適用を排除し、または、その効果を制限しもしくは変更することができない。

#### (2) 「コメント」の「一般的な考え方」における「インフォームドコンセント」概念

本条の「コメント」は、「A 一般的な考え方」という項目で始まるが、そこにおけるいわゆる「インフォームドコンセント」についての捉え方について、説示がなされている。以下に示したい<sup>11</sup>。

「本条は、診療に関する契約の規定の下における診療提供者の義務の一つを取り扱うものである。したがって、本条はそのような契約の存在を前提としている。その義務は消極的義務ではあるが、決定的に重要な義務である。－ 十分な情報に基づく患者の同

9 前掲窪田ほか監訳『共通参照枠草案（DCFR）』198頁の邦訳も参照されたい。

10 ibid, DCFR Full Ed. Vol.2 p.1991

11 ibid, DCFR Full Ed. Vol.2 p.1991

意無くして治療は実施できないというものである。その義務は十分な情報の提供をする義務の必然の結果である。治療があらゆる場合において患者に強いられる場合には、患者に要求されるすべての情報を提供する際には利益は存在しないであろう。義務は患者の自己決定権を保護する。その義務は能力者でありかつ意識のある患者を含む諸事例における自明的な義務であるから、故意に無視する場合の事例を想定することが困難である」として、以下のような「素描」を提示する。

「素描Ⅰ」「前立腺がんの患者の治療に関する契約の締結において、その患者は、前立腺外科手術の後、10%の性交不能となる可能性が存在するという情報提供がなされた。その患者は外科手術の決断をせず、代わりに投薬治療を決断した。診療提供者が患者の同意無くして外科手術を実施することができないことは明らかである」。

さらに続けて以下のように説明している<sup>12</sup>。

「十分な情報に基づく患者の同意なしに実施しないという契約上の義務は以下の事実によって補強される。患者の同意なしに患者の身体の完全性を侵害することに対する契約外責任および場合によっては刑事責任が通常は存在するという事実である。しかしながら、ここでは、我々は契約上の義務にだけ関心を寄せている」。

また、患者の同意の「撤回」について、以下のように述べている<sup>13</sup>。

「本条によって捕捉されるまた別の問題は、患者がいつでも同意を撤回する権利を有するということである (パラグラフ(2))。たとえ患者が治療に対する同意を事前に行い、かつ、治療が既に始まっていたとしても、患者はいつでも同意の撤回を決定することができる。同意には通常、特定の方式は要求されず、また、いつでも自由に撤回することができる (CHRB art.5 (一般準則))。これは患者の自治の必然の帰結である。結果とは無関係に、患者の指示には従わなくてはならない」として、以下に続けて「素描」を提示している。

「素描Ⅱ」「前立腺外科手術の後に、その患者は前立腺がんであることが分かった。患者は放射線療法および化学療法に同意した。その治療方法は重い副作用があることが証明されていた。吐き気、嘔吐、髪の毛が抜けるなどによる継続的な不快による2か月にわたる生命の質の縮減の後に、患者はこれらの治療に対する同意を撤回する決断した。彼はそのように決断することについて自由である」。

### (3) 「コメント」の「一般的な考え方」における「同意を表明できない患者」の説明

本条の「コメント」の「一般的な考え方」においては、「同意を表明することができない患者」に関する記述が以下のようなになされている<sup>14</sup>。

「この規定はまた、患者が同意を表明できない状況についても取り扱っている (パラ

12 ibid, DCFR Full Ed. Vol.2 p.1992

13 ibid, DCFR Full Ed. Vol.2 p.1992

14 ibid, DCFR Full Ed. Vol.2 p.1992

グラフ(3))。そのような事例においては、患者の利益となるように決定することを権原づけられた第三者が治療に対する同意を与えることができる。関係する法制度に依拠すれば、この第三者には、未成年者の両親、後見人、家族相談員、または、行政機関もしくは司法機関が該当しうる。いくつかの法域においては特定の手続が存在している。治療はまた、その治療が緊急事態において提供されなければならない場合、同意または必要な手続き上の段階を踏むことなしに提供されうる。しかしながら、これらすべての場合において、同意無能力の患者の希望、そして、同意無能力となる以前に患者により表明されたあらゆる価値観もまた、可能な限り考慮されなければならない。そのような価値観は、事前指示書のような方式の書面において表明されうるものである。パラグラフ(5)は、第三者が同意無能力な患者の利益において同意を付与しなければならない場合、その同意は必要な治療に対してのみ付与されうるものであり、付随的または不必要な治療に対しては付与しえないものである。同意無能力な患者の健康改善に必要な治療のみが許される」として、続けて「素描」が提示されている。

「素描Ⅲ」12歳の子供が外科手術によって治療されうる病気に罹患していた。いくらかのリスクは存在したが、同時に十分な利益も存在した。適用される国内の法の下では同意を付与することは子供の両親にかかっているが、この年齢において子供はすでに問題を判断することができる。いくつかの法域においては、裁判所または別の司法機関若しくは行政機関が同意無能力な患者の利益のための決定をすることが必要である。同意無能力な患者の意見は考慮されなければならないが、拘束力はない。

さらに、「リビング・ウィル」や「事前指示書」に関係する記述も存在している。以下に示すとおりである<sup>15</sup>。

「患者の意思が治療に対してはもはや提供、もしくは撤回、同意することができない場合はいつでも、いわゆるリビング・ウィルと言われる事前指示書および事前に表明された希望が考慮されなければならない。判断する能力が後の時期に失われた場合に備えて、自己決定に関する選好を含む一連の指示を患者は発行することができる（事前に表明された希望）」としている。これに続けて、「素描」が提示されている<sup>16</sup>。

「素描Ⅳ」非常にデリケートでありかつハイリスクな手術を実施する前に、その手術の結果として患者が永続すると思われるような昏睡状態に陥った場合に生命支援が提供されることを拒絶することを宣言する。診療提供者は、そのようなことを判断する場合、この選好を心に留め置かなくてはならない。

また、以上の議論とは別に、「一般的な考え方」の末尾では以下のような説明も加えられている<sup>17</sup>。「本条は、同意は表明されかつ明確にされたものでなければならないことを要件として、パラグラフ(6)における実験的治療に対する明確であり、より厳格な制

15 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.1992

16 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.1993

17 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.1993



度を構成している」。

#### (4) 「コメント」の「一般的な考え方」に関する若干の検討

本章Ⅲ本節3(3)では、同意を表明できない患者について言及がなされている。このコメントによれば、患者が同意を表明できない場合でも権限を付与された第三者が患者の利益のために「同意をすることができる」ことが説示されている。さらには、同意を表明できない患者が同意無能力となる以前に示した価値観や希望が可能な限り尊重されなければならないということも説示されている。同時に、リビング・ウィルや事前指示書についても言及しており、終末期医療に対するコメンテーターの高い関心が窺われる。

#### (5) 「コメント」の「利害関係と政策考慮」という項目の記述

本条の「コメント」では、「B 利害関係と政策考慮」という項目が設けられており、以下のように説明されている。

##### ① 「同意」に関する一般論

この項目の冒頭では「同意」についての以下のような説明から始まる<sup>18</sup>。

「患者は、彼または彼女が同意した範囲においてのみ治療を遂行されるという、彼または彼女の自治に由来する権利を有する。同様に、将来の潜在的な医療事故による訴訟の場合の防御のために、通常書類の方式において、同意を得ることは診療提供者の最善の利益である。通常の場合における治療に対する患者の同意の必要性に関して論争は存在しない」としている。

##### ② 「同意無能力」について

「同意無能力」については、以下のようなやや詳しい説明がなされている<sup>19</sup>。

「永続的または一時的な障害により決定しかつ同意する能力を欠いている患者の利益は、患者が脆弱であるとして保護されなければならない。生命倫理の観点からは、濫用または医療過誤を防止するために患者には拡張された保護が与えられなければならない。治療は患者の直接的な利益に対してのみ実施されるべきである。直接的利益の意思は、客観的な医学的の視点から、脆弱な患者の健康状態を改善しかつ維持する意思において存在するものであり、整形外科手術もしくは避妊のような付加的または不必要な治療は排除される。しかしながら、これは生命状態の終末期においてはあまりにも制限的なものであり、したがって、その準則は、生命倫理における最新の発展を取り込めるのに十分に後から変更可能なものであるべきである」としている。さらに続けて「素描」が2つ示されている。

「素描5」「ある患者は長期間昏睡状態であった。彼は生命維持システムによって生

18 ibid, DCFR Full Ed. Vol.2 p.1993

19 ibid, DCFR Full Ed. Vol.2 p.1993

きながらえていた。回復に対する合理的な予測は存在しなかった。この患者には、彼の残された人生について人工的生命維持が継続されるべきであろうか？これは複雑な倫理的かつ法的問題を提起する。通常は、病院の倫理委員会によって決定される」。

「素描6」「15歳の少女は避妊用のピルの服用を命じられた。そのような治療は医学的観点から不必要な治療であると考えられうる」。

さらには、患者が同意について完全な無能力ではなく、能力が「不十分」であるなどのケースについても言及されている。

「同意無能力の患者が、提供された情報を完全に理解できないのではなく、完全に手続きができないのでもなく、かつ、その基本について完全に決定できないのでもないという状況においては、生命倫理における一般的見解としては、その患者の希望と意見を考慮する者としている。しかしながら、議論のある点は、考慮されるべきそのような患者の意見の範囲である。同意無能力となる患者の希望の記録された書面は同じ問題を提示する」。

#### ③ 「同意」「診療記録」などの「文書化」について

医療に関する様々な「文書化」について以下のように言及している<sup>20</sup>。

「科学的調査に対する同意は明示的かつ特定のになされなければならない、かつ、文書化されなければならないということもまた生命倫理において一般的な見解である。同意は黙示的であってはならない。同意は、特定の実験的治療の類型との関係において明示されなければならない、かつ、望ましくは患者の自筆において診療記録における適切な文書化がなされたものでなければならない。しかしながら、書面による同意の要求は契約法的観点からはあまりにも要式性が強いという議論がなされうる。彼らの保護を目的としたより厳格な条件により診療所の実験に対する同意を与えることができるべきである」としている。

#### ④ 「治療の拒否」について

この項目の最後において、「治療の拒否」に関する記述が以下のようになされている<sup>21</sup>。

「最後に、治療を拒絶または撤回することについての患者の権利については論争がある。一方においては、患者の自治と患者の自己決定権は侵害されるべきではない。他方においては、ヘルスケア提供者の使命は治療させることであり、治療が患者の利益となる場合には患者の意思に反してでも患者に治療を強いることであると議論される。したがって、診療提供者は、あらゆる客観的医療上の推奨に反するであろう潜在的に自己破壊的で不合理な決定を押し切るべきであることが、ヘルスケアの医師および社会における一部の者によってしばしば議論される」。

20 ibid, DCFR Full Ed. Vol.2 p.1994

21 ibid, DCFR Full Ed. Vol.2 p.1994

(5) 「コメント」の「利害関係と政策考慮」に関する若干の検討

この項目では、例えば、長期に渡り昏睡状態にある患者の生命維持装置の中止に関する問題や、いわゆる「治療拒否」に関する議論の一般論が提示されている。DCFRとしての結論は示しておらず、議論の対立を提示するにとどめているが、「診療契約」という観点からも、終末期医療に密接に関係する事例が重要な問題であるということが明白に示された形となったと言えるであろう。

(6) 「コメント」の「選好された選択肢」という項目の記述内容

本条の「コメント」では、「C 選好された選択肢」という小項目が設けられて、以下のような議論が展開されている。

①「同意」に関する一般論と「方式」の問題

「同意」に関する一般論として以下のような記述がみられる<sup>22</sup>。

「同意能力のある患者に関してはいつでも、彼らの同意が彼らに実施される治療について彼らの同意が重要であるということは広く受け入れられている見解である。これは明らかに権利である。したがって、必要な情報が提供された後に、患者が同意を表明しなければ、診療提供者は治療を実施してはならないという義務を負うことをパラグラフ(1)における一般原則が規定している。同意の表明は、十分な同意に基づく同意の最終的な局面であり、治療に関する患者の十分な情報に基づく選択を設定するものである」としている。

また、「同意の方式」に関して、以下のような記述がみられる<sup>23</sup>。

「同意には特定の方式が要求されず、かつ、客観的な医学的観点からその決定が誤っているもしくは不合理であるかどうかには拘らず、いつでも撤回することができる (パラグラフ(2))。撤回は患者の健康に深刻な不利益の衝撃を及ぼしうるにもかかわらず、この立場は健康の問題の患者の自己決定権と首尾一貫したものである。しかしながら、この治療を撤回する権利もしくは治療を拒否する権利は、以下のような特定の状況における公法的性質の特別法によって制限されうる。義務的予防接種、精神衛生法、公衆の健康問題を引き起こす高度に感染力がある疾病の義務的治療、および、公衆の利益が個人の利益を超える場合のその他の状況の場合である」としている。

②同意無能力の場合について

同意無能力の場合に関して、以下のように述べられている<sup>24</sup>。

「パラグラフ(3)によれば、患者が同意を付与することについて無能力である場合には、患者の利益のために決定をなすことを法的に権原づけられた者または機関が患者

22 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.1994

23 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.1994

24 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.1994

の代わりに同意を付与しうる。同意は、そのような状況に適用可能な地方の準則と手続きによりなされるべきである。治療は、緊急事態において必要とされる場合に常に提供されうる。治療が実施されるべき状況を理解することについて限定的な能力を患者が有する範囲において、可能な限り、治療についての患者の価値観と意見が考慮されなければならない（パラグラフ(4)）。この事例においては患者の意見に拘束力は無いが、合理的な範囲において意義がある。この規定は、その側面において変更しうるものである。というのは、具体的な状況により患者の意見の意義は変化しうるからである。同様の理由付けは、十分な情報に基づく同意を付与することについて無能力な患者によって述べられた決定と選好に適用可能である」としている。

### ③民法と「終末期医療問題」に関する制定法の関係について

いわゆる「終末期医療法制」と民法の関係性については、以下のような立場が示されている<sup>25</sup>。

「脆弱な患者の保護は、患者の健康状態の改善のために必要であると推定される範囲において患者に治療を実施することをこの規定が許すことを要求する。このことは、特に脆弱な状況下にある患者の潜在的な濫用と医療過誤を抑止する。終末期の問題は民法の範囲の外にあり、公法的規制によって取り扱われるべきである」としている。

また、実験的治療に関する法制が公法によるものであるべきことが以下の記述より明らかである<sup>26</sup>。

「パラグラフ(6)に関して、実験的治療の事例における同意は患者を保護するためにより厳格な制度に従わなければならないが、書面による方式は、公法の準則または規則の下で要求されなければ、必要ないと考えられる。これらの諸状況における同意は、実験的治療に対して明示的かつ特定のでなければならず、注意深く文書化されなければならない（IV.-C.-8:109（記録））」。

そして、この小項目の最後において、本条が命令的性質を有するものであると説示している<sup>27</sup>。

「最後に、当事者は、患者に損害を与えるような本条の排除をすることができず、または本条の効果を貶めもしくは変更することができない（パラグラフ(7)）。本条の命令的な性質は、本条が患者の保護に関係しているという事実によって正当化される」としている。

### (7) 「コメント」の「選好された選択肢」という項目における記述に関する若干の検討 この項目では、先ず、同意無能力の場合について、患者本人の価値観や希望ができる

25 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.1995

26 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.1995

27 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.1995

限り取り入れられるべきあることが記述されている。また、終末期医療法制は「公法」の問題であるという見解を示しているが、筆者としては、終末期医療は、自然人の意思能力と密接に関係する規範であるから、必ずしもすべてを公法上の規範として考えるべきではないと史料している。

#### 4 IV.C-8:108条「同意なしに診療しない義務」規定の比較法的考察（「注記」から）

本条文の「注記」は、「Ⅰ 概観」「Ⅱ 同意および同意無能力な患者」「Ⅲ 緊急事態における同意」「Ⅳ 事前指示、リビング・ウィルおよび事前に表明された希望」という項目に分けて、それぞれ比較法的な検討が行われている。本稿では以下に順次その記述内容を紹介することとする。

##### (1) 「注記」における「概観」

「注記」における「Ⅰ 概観」という項目では次のように記述されている。欄外ナンバーストに内容を紹介する。

まず、「十分な同意に基づく同意を与える能力がある患者の事例において、診療提供者は患者の同意なしに治療へと進めてはならないということは、世界的に承認されている」という記述から始まっている<sup>28</sup>。

続けて、「(国々によってそれぞれ異なる) 法定の能力者たる年齢以下の患者の事例においては、同意は、通常、彼らの法定代理人によって、すなわち、普通は両親によって付与されなければならない、かつ、付与される。しかしながら、フィンランド、ドイツ、スウェーデンにおいては、少年期の未成年者の知的能力と成熟性によりその意見を考慮しなければならない。フランスにおいては、後者の状況において、同意は、法定代理人によってではなく、未成年者から得なければならない。同じことはポルトガルでも当てはまり、医学的治療に同意する年齢は14歳である。スコットランドでは16歳である（しかしながら、16歳未満の子供は、診療提供者の意見においてその患者が問題とされた治療に十分な情報に基づく同意を付与する能力が事実としてある場合には、同意を付与することができる）。そして、オランダにおいては同意の年齢は16歳である。イングランドでは、避妊のような何らかの不必要な治療の事例においては未成年者の利益のために裁判所のみが決定をすることができる」としている<sup>29</sup>。

また、「十分な情報に基づく同意を付与することについて無能力な成年の事例では、イングランドでは明確が解決はなく、時として診療提供者は患者の利益のために決定をすることが許されている。イタリアもそうである。フランス、スペインおよびオランダにおいては、法定代理人は両親であるが、誰も任命されていない場合には最も近い親族が患者の利益のために同意を付与することを権原づけられている。スコットランドにおいては、必要な権限を伴った法定後見人が同意を付与ことができ、法定後見人がい

28 *ibid.*, DCFR Full Ed. Vol.2 p.1995 Rn.1

29 *ibid.*, DCFR Full Ed. Vol.2 p.1995 Rn.2

ない場合には、同意なしに治療をなすことを可能とする特別な手続きと保護手段が存在する」としている<sup>30</sup>。

そして、「フィンランド、フランス、イタリア、ポルトガルおよびスコットランドでは、緊急事態においては、患者または法定代理人の同意は必要ではない。オランダおよびスペインでは同意が推定される」としている<sup>31</sup>。

最後に、「事前指示、リビング・ウィルおよび事前に表明された希望の効力について、分析をした国々におけるコンセンサスは存在していないように思われる。オランダおよびポルトガルにおいては、それらは考慮されなければならないが、診療提供者を拘束するものではない」という概観を示している<sup>32</sup>。

## (2) 「注記」における「同意および同意無能力な患者」

「注記」の「II 同意および同意無能力な患者」という項目においては、各法域についての考察が以下のようになされている。

### ① イングランドの法状況<sup>33</sup>

「イングランドにおいては、両親は未成年者である子供の最善の利益において行為しうる (Children Act 1989)。成年に関しては、法的問題となるところの正式な代理人は存在しない。Re F (Mental Patient: Sterilisation) [1990] 2 AC 1 において、貴族院は、医師に「準代理人」の地位に基づいて同意無能力な成年に治療を実施することを認めた。いくつかの種類の治療においては、裁判所が、(未成年者または成年の)同意無能力な患者の利益において決定する排他的権限を有している」。

### ② フィンランドの法状況<sup>34</sup>

「フィンランドの患者権利法s.6によれば、法定代理人、家族構成員またはその他の近親者は、成年の患者が精神障害、知的障害またはその他の理由で治療に対する決定ができない場合には、重要な治療に関する決定をなす前に意見が聴取されなければならない。このことが調査できない場合には、患者の利益に一致しているとみなされうる治療が患者に提供されなければならない。患者の年齢もしくは成熟性との関係で可能である場合には、未成年者たる患者の意見は調査されなければならない。未成年者たる患者が決定できない場合には、その患者の後見人または法定代理人との相互理解においてその未成年者たる患者はケアされなければならない」。

30 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.1995 Rn.3

31 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.1996 Rn.4

32 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.1995 Rn.5

33 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.1996 Rn.6

34 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.1996 Rn.7

③フランスの法状況<sup>35</sup>

「フランスにおいては、患者が意思無能力である場合には、診療提供者が同意なしに診療を実施してはならないという義務は未だに存在している (CC art.16-3)。しかしながら、情報の内容と提示は、患者の特定の知的状況に適したものでなければならない。未成年者のように契約関係に入ることが法的に無能力である患者に関して、art.L.111-4(5)は、患者が決定をなすについて知的能力がある場合には、患者の同意を得なければならないと規定している。そのようなことが問題とならない場合には、患者の家族構成員は決定をなしうる」。

④イタリアの法状況<sup>36</sup>

「イタリアにおいては、(極端な事例を除き、) (成年であり理解と決定をなす能力がある) 患者の同意なしに、または、未成年者に事例において親権を有する者の同意なしに、診療提供者は行為することができない。事実、患者が同意無能力である限度において、法定代理人は十分な情報に基づく同意を表明しなければならない (art.32 Const)。決定することを正式に委託された者から同意を得ることを診療提供者に要求する義務的な規定によって同じ原則が明文で規定されている。高齢者について問題が生ずる。いくつかの状況においては、たとえ原則的に未だ同意能力者である場合でも、患者は提供された情報を完全には理解する状況ではないということが議論されうるであろう。十分な同意に基づく同意を付与するに際しての伝統的な手続きの区分(情報、理解、理解と決定の能力、自由、意識的な選択)を採用するに際しては、様々なレベルの関係において老人病の領域の問題が発生することが直ちに理解される。自動的な決定に未だ敬意を払わなければならない者の主観的な能力と知能を、正当な方法において評価しかつ考慮することは困難であろう。この問題は、リビング・ウィルおよび事前の指示の可能性の問題と密接に関係している」。

⑤ドイツの法状況<sup>37</sup>

「ドイツでは、患者が未成年者である場合、その両親によって同意が付与される。成年の場合には、彼らが治療の性質、リスクおよび結果を理解できる限度において、彼らの意見が考慮されなければならない」。

⑥ギリシャの法状況<sup>38</sup>

「ギリシャでは、通常の年齢の同意が適用される。法定代理人は、同意を表明する目的について無能力者にとって代わる。十分な情報に基づく同意は治療の過程におけ

35 ibid, DCFR Full Ed. Vol.2 p.1996 Rn.8

36 ibid, DCFR Full Ed. Vol.2 p.1996 Rn.9

37 ibid, DCFR Full Ed. Vol.2 p.1997 Rn.10

38 ibid, DCFR Full Ed. Vol.2 p.1997 Rn.11

るすべての手続に対して要求される。しかしながら、未成年の患者の肉体的かつ精神的完全性を侵害しない未成年者の手続である場合、および、同意を得る分割された手続が医師の職務の効果を妨害する場合には、同意は推定されうる。このことは、治療の大部分の手続に関して十分な情報に基づく同意をすでに患者が付与している場合に補強される」。

#### ⑦オランダの法状況<sup>39</sup>

「オランダでは、法的に同意無能力な患者（未成年者、成年被後見人）と同意を付与することが肉体的に不能な者との間で区別がなされる必要がある。最初のカテゴリに関しては、以下のことが言われる。CC art.1:233によれば、未婚または登録されたパートナーがいない者および婚姻の経歴が無くパートナーを登録した経歴もない者で18歳に満たない者は、未成年者である。CC art.1:234によれば、法律の条項に相違しないのであれば、未成年者は法定代理人の許可なく契約を締結する能力を有しない。診療契約に関しては、法が確定的に相違する条項を置いている。CC art.7:47(1)によれば、16歳または17歳の未成年者は、彼または彼女自身の人格と関係する診療契約を締結する能力を有している。結果として、CC art.7:450(1)の指導的規定によれば、彼または彼女の同意は必要なものである。さらにこの規定は、両親のような他人の同意は要求されないことを示している。患者が12歳に達しているが、16歳ではない場合、CC art.7:450(2)以下に従って、患者の同意はまた必要なものである。しかしながら、この事例においては、患者の同意は原則として十分なものではない。法定代理人も同様に同意を付与する必要がある。しかしながら、手続が患者に対する深刻な不利益な効果を回避する必要がある場合あり、かつ、たとえ法定代理人が同意を拒絶していても手続が実行を欲することが継続している場合には、法定代理人の同意は必要ではない（CC art.7:450(2)）。患者が12歳に達していない場合、CC art.7:450(1) および CC art.7:450(2)の反対解釈により、彼または彼女の同意は必要ではない。その場合、医師は法定代理人の同意を必要とする。ロッテルダム地区裁判所により判決が下された事例によれば、法定代理人の同意は黙示的に示されうるとされる。15歳の未成年者が彼女の知識に基づいて同意を表明することなしに約4か月間精神医学の病院に自発的に入院した事実について、両親がその治療に同意したことが推定的に付与されることが導き出されうると裁判所は判示した。患者が同意を表明することが不明である場合（第二のカテゴリ）、法定代理人、委任された代理人、または、誰も任命されない場合には、患者のパートナーもしくは患者の家族構成員の同意が、医師には必要である」としている。

39 ibid, DCFR Full Ed. Vol.2 p.1997 Rn.12



⑧ ポーランドの法状況<sup>40</sup>

「ポーランドにおいては、患者が未成年者または意識的な同意を付与することが無能力である場合、制定法上の後見人の同意が要求され、または、患者に制定法上の後見人がいない場合には、後見裁判所の同意 (art.32(2)) もしくは事実上の後見人の同意 (art.32(3)) が要求される。完全に同意無能力な者の事例においては、同意は制定法上の後見人により付与されるべきである。患者が治療に関して意見を表明することができるのに十分な認識能力を有している場合、患者の同意もまた要求される (art.32(4))。患者が16歳以上である場合、同意が要求される (art.32(5))。16歳以上の未成年者の場合、同意無能力もしくは精神障害者の場合で、制定法上もしくは事実上の後見人の同意とは乖離して、または、彼らが同意を付与したくない場合で、十分に認識能力があり治療に不同意であるときは、後見裁判所の同意が要求される (art.32(6))。上述の者の同意は、口頭で、または、治療を受ける同意に疑いを差し挟まないことを表明するあらゆる行為によって付与されうる (art.32(7))。同意無能力の患者が、制定法上もしくは事実上の後見人を有しておらず、または、彼らと対話することが不可能である場合、後見裁判所の同意が要求される (art.32(8))」。

⑨ ポルトガルの法状況<sup>41</sup>

「ポルトガルにおいては、同意能力者たる年齢は14歳である (CP art.38(3))。CC art.1878以下のように、患者は代理による同意を付与しうる」。

⑩ スコットランドの法状況<sup>42</sup>

「スコットランドにおいては、16歳以上の者は同意をなしうる。16歳未満の者は、医師の意見について、彼または彼女が治療の性質と結果の可能性を理解できる場合には、治療に対する同意をなすことができる。医師の意見に対する事実上の能力の水準を有しない16歳未満の子供は、法定代理人、通常は両親が、同意を付与することを権原づけられる者となる。同意を付与する能力を欠く成年者の事例においては、必要な権限を伴った後見人もしくは福祉弁護士 (委任された代理人) またはその目的のために指名された者により同意が付与されうる。そのような有用な者が存在しない場合には、患者の治療に対して第一の責任を負う医学的実務家が、患者の肉体もしくは精神的健康の保護または促進するための状況において合理的であることを行為するための (認証および保護手段と異議申立てを目的とした) 権限を有する。稀有な事例においては、責任のある医学的実務家が特定の治療が同意無能力な患者の利益になるであろうと考えたが、おそらくは曖昧な動機から後見人または福祉弁護士が同意を拒絶する

40 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.1998 Rn.13

41 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.1998 Rn.14

42 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.1998 Rn.15

ということが起こりうる。そのような状況を解決することができる諸規定が存在しており、患者の利益において必要である場合には医学上のセカンドオピニオンを求めたり、裁判所が命令を下すことができる」。

⑪スペインの法状況<sup>43</sup>

「スペインにおいては、診療提供者は、患者の精神および肉体的状況を理由として診療提供者の規準による情報を理解する能力を有しない患者の場合において、患者の家族または法定代理人に情報を提供する義務がある」。

⑫スウェーデンの法状況<sup>44</sup>

「スウェーデンにおいては、子供について、自分自身の状況に対して責任を負うことが十分なほどに成熟して年齢に達していなければ、両親の同意が必要である。このことは、Föräldrabalken (FB) the Book on Parents art 6:11で明文において規定され、以下のように記述されている。子供の年齢と成長が進めば進むほど、それに一致して、子供自身の意見と希望をより一層考慮しなければならない。しかしながら、両親は18歳になるまで子供に対して責任を負担し、あらゆる必要な医学的治療が提供されることを確認しなければならない。実務においてこれらの準則は、10代に達した通常の子供は彼または彼女自身の医学的ケアに対する責任をより一層負担するというやり方で実施されている。10代の妊婦については特殊な状況が生じる。しかしながら、妊婦たる少女はいつでも彼女自身において中絶を選択する権利を有すると考えられる。その妊婦たる少女が拒絶する場合、医療従事者は両親に情報提供する権利を有しない。しかしながら、医療従事者は、その妊婦たる少女に適切な情報提供をし、かつ、彼女の両親に情報提供をする申出をしなければならない」としている。

(3) 「注記」における「緊急事態における同意」

「注記」の「Ⅲ 緊急事態における同意」という項目においては、各法域についての考察が以下のようななされている。

①フィンランドの法状況<sup>45</sup>

「フィンランド法の下では、意識不明またはその他の理由により患者の意思を調査することが不可能な場合であっても、患者の生命と健康を危険にさらす原因を回避するのに必要な治療が患者に提供されなければならない。しかしながら、事前に確固とした完全に表明された治療に関する意思を患者が有している場合には、患者の意思に反して治療が提供されてはならない」。

43 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.1998 Rn.16

44 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.1998 Rn.17

45 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.1999 Rn.18

②フランスにおける法状況<sup>46</sup>

「フランス法の下では、患者または患者の家族構成員が即時に同意できない場合の緊急事態において、治療は常に実施されうる」。

③イタリアにおける法状況<sup>47</sup>

「イタリア法においては、あらゆる緊急事態であって、かつ、反対の意思を表明することができない者の生命の危険の場合には、診療提供者は支援と不可欠な治療を提供しなければならない。その問題を落ち着いて評価する可能性を有する診療提供者の行為は、それが緊急事態において判断を強いられた場合とは異なるやり方で審判を受ける。この後者の事例においては、医師は、全ての必要な試験と相談を遂行するために十分な時間を有していなかった」。

④オランダにおける法状況<sup>48</sup>

「オランダにおいては、あらゆる緊急事態の場合、同意は未だ必要とされるが、なされたものと推定される」。

⑤ポーランドにおける法状況<sup>49</sup>

「ポーランドにおいては、患者が即時の利用支援を必要としており、同意を表明することができず、かつ、患者の制定法上もしくは事実上の後見人と接触できる可能性がない場合には、患者の同意なしに治療することが許される (art. 33(1))。そのような場合には、可能であれば、医師は別の医師に相談すべきであり (art. 33(2))、また、特別な状況が患者の診療記録に記載されるべきである (art. 33(3))。手術または医学的もしくは診察上の治療の際中に、特定の状況が発生して、それら特定の状況を考慮しないと、死亡、深刻な身体侵害もしくは健康上の混乱を来しうるものであり、患者もしくは制定法上の後見人の同意を得るための時間が無い場合に、医師はそのような同意なしにその新たな状況を考慮した手術または治療の方法もしくは診療の範囲を変更することを権原づけられる。可能である場合、そのような状況において医師は別の医師に相談すべきである (art. 35(1))。その諸状況は、患者の診療記録に記載されるべきであり、かつ、患者、制定法上もしくは事実上の後見人および後見裁判所はその記録についての情報提供を受けるべきである (art. 35(2))」。

---

46 ibid, DCFR Full Ed. Vol.2 p.1999 Rn.19

47 ibid, DCFR Full Ed. Vol.2 p.1999 Rn.20

48 ibid, DCFR Full Ed. Vol.2 p.1999 Rn.21

49 ibid, DCFR Full Ed. Vol.2 p.1999 Rn.22

⑥ポルトガルにおける法状況<sup>50</sup>

「ポルトガルにおいては、治療における遅滞が生命を脅かす場合または患者の健康状態の悪化を導く場合には、緊急事態において同意は必要ない。民法上の観点からは、このことは、好意的侵害とみなされる」。

⑦スコットランドにおける法状況<sup>51</sup>

「スコットランドにおいては、緊急事態において同意なしに治療が提供されうることが認められている」。

⑧スペインにおける法状況<sup>52</sup>

「スペインにおいては、患者の自治法art.9.2 sub.aにより、患者の肉体的・精神的完全性に対する切迫したかつ深刻なリスクが存在し、患者の同意を得ることが不可能な緊急事態ではない場合、十分な情報に基づく患者の同意が必要とされる。この解決は推定の同意の理論を基礎としている。この理論によれば、そのようにすることが可能である場合、患者が治療に対する同意を付与したと、医師は推定しなければならない。可能な治療が一つのみ存在し、いくつかの代替的治療が可能ではない場合、医師は同意無くして介入しなければならないことを何人かの著者は議論する。後者の事例において、医師は、患者の家族または法定代理人から同意を得なければならない」。

⑨スウェーデンにおける法状況<sup>53</sup>

「スウェーデンにおいては、特に手術となった場合、患者の同意に関するいくつかの例外が存在する。第一に、患者の病状が非常に悪く深刻に病んでおり、かつ、意識不明または類似の状態を理由として同意を付与することができない緊急事態において、手術は実施されう。時間がある場合、治療に関する患者の仮定的な意見が患者の家族に尋問される。患者が同意を表明することが不能な場合にも同じことが当てはめられる。その場合、同意は推定される」としている。

(4) 「注記」における「事前指示、リビング・ウィルおよび事前に表明された希望」

「注記」の「IV 事前指示、リビング・ウィルおよび事前に表明された希望」という項目においては、各法域についての考察が以下のようになされている。

①フランスにおける法状況<sup>54</sup>

「フランスにおいては、患者は、患者が選択を表明できない場合に情報提供を受け

50 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.1999 Rn.22

51 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.2000 Rn.24

52 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.2000 Rn.25

53 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.2000 Rn.26

54 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.2000 Rn.27

て治療に同意することができる者（家族構成員、友人、習慣的診療提供者）を指名することができる。」。

②イタリアにおける法状況<sup>55</sup>

「イタリアにおいては、患者の事前指示に寄与する価値観に関する共通の観念は存在しない。同意はアップデートしなければならないという事実を強調する適切な文献を否定する極端な観念が存在する。他方において、事前指示は患者の自治の表明であることを理由としてそのような事前指示に確かな拘束力があると確信する者も存在する。事前指示を含む文書において表明された患者の決定は診療提供者を拘束するものではないというのが未だ普及している考え方であると思われる」。

③オランダにおける法状況<sup>56</sup>

「オランダにおいては、16歳以上の患者が同意を表明できない場合、医師および患者の法定代理人と任意代理人および信頼できる相談相手は、患者が同意を表明することができた時点で表明された治療の拒絶のための文書化された決定に従わなければならない。しかしながら、医師は、彼または彼女の意見においてそのように行う十分な合理性が存在する場合には、その決定を逸脱することができる（CC art.7:450(3)）。この決定により、原則として同意は必要であると言ことに従う。文書化されていない決定が有効である場合には、非公式の代理人による同意が要求される（CC art.7:465）」。

④ポーランドにおける法状況<sup>57</sup>

「ポーランド法の下では、たとえそれが患者の死亡や病気を引き起こしうるものであっても、あらゆる患者の事前指示に医師は従わなければならない」。

⑤ポルトガルにおける法状況<sup>58</sup>

「ポルトガルにおいては、リビング・ウィルは診療提供者によって考慮されなければならないが、拘束力はない」。

⑥スペインにおける法状況<sup>59</sup>

「スペインにおいては、情報提供義務の背後にある目的が事実の完全な知識を伴って患者の身体に対するあらゆる医的侵襲をなすことを患者に同意することを認める場

---

55 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.2000 Rn.28

56 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.2000 Rn.29

57 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.2000 Rn.30

58 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.2000 Rn.31

59 ibid. DCFR Full Ed. Vol.2 p.2000 Rn.32

合、(正当な同意を付与することが無能力となる前に)治療に関する患者の考えのあらゆる事前の指示が考慮されなければならないと考えることは論理的である。しかしながら、その時点において同意を付与するか否かを判断するために必要なすべての情報を患者が持つことができるかは議論の余地がある」としている。

## 5 小 括

本節では、本条の「コメント」および「注記」について、特に「終末期医療」との関係のある記述に着目して、若干の考察を行いたい。

本稿Ⅲ 3(3)で示した「コメント」「一般的な考え方」においては、同意を表明できない患者について、第三者、特に、未成年者の両親、後見人、家族相談員、行政機関や司法機関が同意を与えることができると述べられている。ただし、詳細な手続きについての記述はない。また、「意思決定代行」であるのか「意思決定支援」であるのかについても言及はされていない。加えて、同意無能力になす以前に患者が示した希望は可能な限り尊重されるべきことも記されている(同様の記述は、本稿Ⅲ 3(6)②にも見受けられる)。本条パラグラフ(3)(4)の内容がより明確にされたものと言えよう。さらに、「コメント」では踏み込んで、「患者の意思が治療に対しては提供もしくは撤回、同意をすることができない場合はいつでも、いわゆるリビング・ウィルといわれる事前指示書」などが考慮されるべきであるとして、いわゆる「事前指示書」の価値や意義についても言及している。このような「コメント」は終末期医療との関係では非常に重要な意義を有していると考える。

さらに、本稿Ⅲ 3(5)②で示した「コメント」「利害関係と政策考慮」においては、「同意無能力」に関する記述がなされており、とりわけ、「素描5」において患者が長期間昏睡状態で人工的生命維持装置により生命維持が図られているというケースが提示されている。しかしながら、「人工的生命維持が継続されるべきであろうか?」という問題提起と「通常は、病院の倫理委員会によって決定される」という一般論の提示に留めている点は、患者の自己決定権の尊重という価値判断からは物足りなさも感じられる。

加えて、本稿Ⅲ 3(5)④で示した「コメント」「利害関係と政策考慮」においては、「治療拒否」という患者の重要な権利に言及されているものの、「治療を拒絶または撤回することについての患者の権利については論争がある」とした上で、「患者の自己決定権が侵害されるべきではない」という価値観と「治療が患者の利益となる場合には患者の意思に反してでも患者に治療を強いる」べきとの従来のパターンリスティックな医療従事者の価値観とが「両論併記」のまま留められている点は、10年前のヨーロッパの終末期医療に関する一般的な価値判断がそのまま反映されたものであるとの印象を受ける。

そして、本稿Ⅲ 3(6)③では、終末期医療の問題は「民法」で規定されるべきものではなく、公法において規律されるべきであるという趣旨の記述も見られる。患者の意思に

関係する問題であるから、私法との関りにおいて法規範が設定されることもまた必要であると筆者は考える。

このほか、本稿Ⅲ 4(2)や(3)で示した「注記」の記述においては、「同意無能力な患者」について、また、「事前指示書、リビング・ウィル」などに関しても詳細な比較法的な考察がなされた上で整理されており、DCFRの編纂においては、単に「診療契約」という契約法理のみならず、終末期医療と「診療契約」の関りについても強い関心もたれていたことが明らかになったと言えるであろう。

#### Ⅳ 若干の比較法的検討

わが国の終末期医療規範の中心となっている厚生労働省のガイドラインと障害者権利条約に準拠した先進的な終末期医療の法規を含むアイルランドの「意思決定支援法」の関係箇所を若干引用しつつ、DCFRの終末期医療と関係のあるIV.C-8:108条における議論との比較法的な検討を行ってみたい。

まず、わが国では、現在、厚生労働省から出されている「人生の最終段階における医療・ケアの決定プロセスに関するガイドライン」（改訂平成30年（2018年））<sup>60</sup>が終末期医療規範の中心的な機能を営んでいる。これによれば、「人生の最終段階」において、「本人の意思の確認ができない場合」には、第一に、「家族等が本人の意思を推定」して医療方針を決定するとし、第二には、「本人にとって最善の方針をとること」を規定している。これについては、「本人の意思」を「本人の最善の利益」よりも優先しているという意味では、自己決定権の尊重や「意思決定支援」の考え方が示されていることができる。さらに付言するならば、患者本人、家族、医療従事者との継続的な話し合いが重視されており、アドバンスド・ケア・プランニングという観念が取り込まれた内容になっていることも評価できよう。しかしながら、何といても、一省庁が発する「ガイドライン」としての規範的な効力しか有していないことから、これに違反した診療提供がなされた場合であっても関係者は法的責任を負担しないこととなっている点は、そのような規範的状况で良いのか否かを含めて議論の余地を残している。

アイルランドの「意思決定支援法」は障害者権利条約に準拠して2015年に策定された制定法である。終末期医療に関する制定法を包含するものであり、障害者権利条約が意思無能力者を「保護の客体」から「人権の主体」へとパラダイム転換を図ったことに呼応して、患者の「最善の利益」というパターンリスティックな保護から「意思と選好」という患者主体の観念へ転換が図られていることは高い評価がなされている<sup>61</sup>。アイル

60 厚生労働省「人生の最終段階における医療・ケアの決定プロセスに関するガイドライン」（改訂平成30年（2018年））  
<https://www.mhlw.go.jp/file/04-Houdouhappyou-10802000-Iseikyoku-Shidouka/0000197701.pdf>（最終閲覧日2021年3月27日）参照。

61 B. D. Kelly, “The Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015: what it is and why it matters”, *Ir J Med Sci* (2017)186: p.355

ランドの「意思決定支援法」における終末期医療関連規定についての議論に関しては、筆者がすでに拙稿を発表する機会に恵まれている<sup>62</sup>。詳細は当該拙稿に譲りたいが、中でも注目すべき規定は、「第8編」「第83条」であり、この規定によれば、患者の治療拒否について、以下のような規定が置かれていることであろう。すなわち、「(2) 18歳の年齢に達しており、能力を有する適切な者は、以下の理由に妨げられることなく、あらゆる理由（彼または彼女の宗教的信条を含む）によって処置を拒否する権限を有する。－

(a) 賢明ではない意思決定であると思われること、(b) 適切な医療上の原則に基づいていないと思われること、(c) 彼または彼女を死亡に至らしめるであろうこと」というものである。患者が医学的観点からいかに不合理な判断をしようとも、その意思決定を尊重するという規定である。まさしく、患者の「意思と選好」を最重要視した規定の核心部分であろう。

さて、以上のようなわが国と最先端の 아일랜드 法制から、本稿の検討対象である DCFR に目を転じてみたい。IV.C-8:108条は、明文規定として、患者に同意する能力が無い場合にはそれ以前に患者が示していた希望を考慮すべきことについて設定されているものであり、また、その条文に関する議論としても、終末期医療といったものが非常に高い関心の下で行われていることが窺われた（Ⅲ「5 小括」参照）。しかしながら、意識不明患者の生命維持措置の継続について、どのようにすべきか「？」としたまま結論を留保し、また、患者の治療拒否や撤回について、従来の「最善の利益」という価値観と「患者の自己決定権の尊重」という価値観を「両論併記」に留めている点は、慎重であると感じられる反面、やや先進性という観点からは物足りなさを感じざるを得ないというのが筆者の雑感である。

## V 結 語

本稿における以上の議論を整理して、締め括りとしたい。

DCFRは、2010年に『完全版』が出版されたヨーロッパの民法学者の手によるモデル民法典である。本稿の最終的な目的は、わが国に対する終末期医療規範へ示唆を得ることであるが、DCFRそれ自体は、契約原理・準則などを中心として規定することを目的に編集されたものであり、終末期医療法制との直接的なつながりをもつものではない。しかしながら、DCFRの『完全版』「第2巻 (Vol.2)」「第IV編 各種の契約及びそれに基づく権利義務」「C部 役務提供契約」という項目には、「第8章 診療契約」という小項目が設定されており、IV.C-8:101～IV.C-8:111という11の診療契約規定条文を有している。そして、そのような契約類型を単に規定しているにとどまらず、特にIV.C-8:108条では、「同意なしに診療しない義務」という条文が存在し、かつ、その第3

62 前掲拙稿「アイルランドの意思決定支援法2015における『事前のヘルスケア指示』の検討」を参照されたい。



項および第4項（パラグラフ(3)および(4)）では「同意する能力がない患者の治療」という終末期医療と密接に関連する条項までもが存在している。このことだけを捉えても、DCFRの編纂作業に携わった学者が終末期医療法制に高い関心を寄せていたことが分かる。しかも、これに留まらず、『完全版』における同条項の「コメント」や「注記」においては、第三者が同意をなしうることや、「事前指示書」「リビング・ウィル」などの用語が頻繁に使用された議論が展開されており、「診療契約」規範においても終末期医療の問題が如何に重要なものであるかが示されている。

ただし、この2010年のモデル民法典であるDCFRは、例えば、2015年に制定されたアイルランドの「意思決定支援法」などと比較すると、終末期医療関連法規範において先進性という面では後れを取ったものであるという印象を拭えない。長期に渡り昏睡状態にある患者の生命維持措置に関する結論を保留していたり、患者の「最善の利益」という価値観と患者の「自己決定権の尊重」という価値観を対等に扱っている点は、慎重に議論を行っている状況にあると言える。

終末期医療に関する制定法が抱える大きな問題の一つは、いくら立派な法律を規定したとしても、医療現場や医師がその価値観に納得していなければ、医療実務は混乱に陥るだけであるということである。そのことを想起すれば、DCFRの慎重な態度それ自体が問題視されるべきではないのかもしれない。

また、わが国では終末期医療に関係する制定法が存在していないが、そのこと自体が必ずしも問題であるとは限らない。それぞれの法域には、それぞれの価値観が存在しており、その価値観を実現する手段として、一つには制定法があり、他方には行政庁が発出するガイドラインがある。どのような規範が望ましいかは各々の法域において判断されるべきであろう。しかしながら、制定法を国家が策定するに際しては、それ相応の多大な議論が必要とされるはずである。そのような議論のプロセスを経た集大成としての法規範は、異なる価値観の下にある法域のものであったとしても、大いに参考にするべきであろう。

そのような問題意識のもとで、筆者は引き続き、終末期医療と法規範の問題を検討し続けていきたいと考える。

（たにぐち さとし・高崎経済大学経済学部教授）

## 【謝辞】

本稿は、2020年度高崎経済大学研究奨励費（代表：熊澤利和教授）の助成を受けた研究の成果の一部である。

## A Study on the Provisions regarding “Patient’s Consent” in the Draft Common Frame of Reference in Europe

TANIGUCHI Satoshi

### Abstract

This paper aims to examine the provisions regarding “Treatment Contract” provided in the “Draft Common Frame of Reference (DCFR)”, which was compiled in 2010 in Europe. Especially, the main purpose is to obtain suggestions for the norm of terminal medical care in Japan.

DCFR is the model Civil Code which was compiled by concentrating knowledge and wisdom of European scholars. The DCFR mainly stipulates law of contracts and law of damages. Among them, the “Part C Service Contract” of Book IV“ on the full edition of the DCFR has Chapter 8 Treatment which contains eleven provisions concerning “Treatment Contract”. The DCFR does not only stipulate such contract rules, but also includes description about and gives comparative examination of the norm for “Advanced Directive” and “Living-Will” in IV.C- 8 :108.

This paper references and studies provisions, comments and remarks of “Treatment Contract” on the DCFR and also compares the guidelines developed by the Ministry of Health, Labor and Welfare in Japan and the “Assisted Decision-Making (Capacity) Act”, which was established in Ireland in 2015 to obtain suggestions for the norm of terminal medical care in Japan.