

『岡山商大論叢』（岡山商科大学）

第47巻第2号 2011年12月

Journal of OKAYAMA SHOKA UNIVERSITY

Vol. 47 No. 2 December 2011

▷ 講 演 ◁

2011年3月11日東日本大震災の犠牲者に捧ぐ

成年後見法制へのドイツの選択肢

ウルリッヒ・ローマン / ベルリン

青井秀夫・阪本恭子・新津和典 訳

（あとがき：青井秀夫）

目次

1. はじめに
2. 老後配慮代理権
 - 2.1 代理権授与の対外的関係
 - 2.2 書面による方式と表現必要性
 - 2.3 指図・要望、支援
 - 2.4 濫用の防止
3. 患者の事前指示
 - 3.1 これまでの流れ
 - 3.2 患者の事前指示の作成
 - 3.3 医学上の治療方針
 - 3.4 患者による前もっての指示
 - 3.5 治療に関する要望
4. 推定的意思
5. 裁判所によるコントロール
6. まとめ

1. はじめに

2010年の世界成年後見制度会議は、(かつての後見と保護に相当する) 法的世話に関連する「横浜宣言」¹を採択したが、この宣言は、とりわけ〔患者本人による〕前もっての決定に配慮するという方向に対して一般的な賛意を表明する（Ⅰ.1.6参照）のみならず、日本法の改正という論点については、①後見制度の管轄範囲を医療上の措置に対する同意という事項にまで拡張していくように（Ⅱ.1.4参照）、ならびに②代理権授与のシステムを、濫用の防止についても同時に配慮しながら、一層発展させていくように（Ⅱ.1.6参照）、という2点の要請を提起するにいたった。

ドイツの立法者は、この宣言のなかで言及されている複数の領域に関して活発な活動による成果を生み出してきたために、ドイツ民法典におけるこれに関連する規制のあり方を比較法的に眺めてみることは、有益であろうと考える。このテーマはドイツ法においてもきわめて重要なものであるが、それがなぜきわめて重要であるかという理由は、〔今や新立法によると〕配偶者または子といった家族構成員といえども、その家族構成員に近い親族が法律行為能力を喪失したり同意能力を喪失したりした場合に、必ずしも自動的に代理権限を保有しているということではなくなったからである²。世話人として裁判所により選任されるか、あるいはそうでなければ〔本人から〕前もって個人的に代理権を授与してもらう、という2つの方法のうちのいずれか1つの方法によってのみ、それらの家族構成員またはこれに近い親族は、代理人としての機能を発揮することができる。

法的世話（die rechtliche Betreuung）を端的に特徴づけようとする、法的世話という制度の核心は、行為能力を失った成人〔本人〕が本来自分で

¹ これについてはhttp://www.guardianship.org/spotlight/10/IGN_Yokohama_Declaration_2010.pdfを参照。

² 法律上の包括的な代理権限は、未成年者の親についてのみ存続している。これにつき、「親の配慮」（BGB § 1226 I）を参照。

なすべき必要な法律行為を、裁判所によって選任された代理人が、〔本人に代わって〕とり行い処理することができるという趣旨を国家が指示している点にある。1992年の改正³を突破口として、本人により有利にという方向で多くの法規制が導入されたが、それ以後の時点でも、つぎの3点については依然変わりが無い。すなわち、

- ・第1に、〔この法的世話制度は〕法主体の生活に深く介入していく1つの高権的作用（ein hoheitlicher Akt）である
- ・第2に、世話人の選任には時間がかかるが、突然病気や障害に陥った場合や事前の決定には一刻の猶予も許されないといった場合には、こうした時間の猶予はおそらく与えられないということになってしまう〔という短所を伴っている〕
- ・第3に、選任の手続は、コストのかかる司法行政上のやりとりを必要とする

という3点である。

こうした法的世話のマイナス面に鑑みて、立法政策⁴や法律⁵が、懸案の諸問題を少なくとも同じ程度にうまく解決する方策としてすすめているのは、本人が自分の重要業務を処理する全権（代理権）を別の人に対して授与するという行き方である。そこで名づけられた「老後配慮代理権」（“Vorsorgevollmacht”）という制度⁶もまた、法律のなかで詳細に規律されており、そして法的世話と同じように、一定の程度では裁判所による監督に服している。

³ 成年者の後見と保護に関する法を改正するための法律（世話法）（1990年9月12日成立、1992年1月1日発効）〔BGBl. I, 2002頁〕を参照。

⁴ 法務省編「世話法－老後配慮代理権にかんする詳細情報」（書式の付録つき）2009年〔Berlin〕37頁を参照。

⁵ BGB § 1896 II を参照。

⁶ BGB § 1901c のなかの概念を参照。

2. 老後配慮代理権

2.1 代理権授与の対外的関係

老後に予め配慮する代理権（以下では「老後配慮代理権」という）は、通常は、親族または友人といった人的範囲のなかから本人にとって親近性のある人を1人または複数人選んで、その人に与えられる全権であるが、この授権制度は、代理権授与者〔本人〕に対して高い程度の自己決定 — それも間接的な自己決定 — の可能性を与えている。本人は、自分が信頼できる人を未来の代理人として自分自身で決定する〔点では自己決定といえる〕が、しかしその信頼された代理人は、以後、将来降りかかってくる諸決定を代理人自身の好き嫌いの基準にもとづいて下すことができる〔点で単なる間接的自己決定にすぎない〕。

とはいえ、本人が入居したり居住したりしている施設との関係で緊密な関係にある誰か〔施設長など〕をそうした老後配慮代理人として選任することは、有意義ではない。というのも、法律は本人と代理人の間の利益相反を懸念し防止する規定をおいているものの、もし本人の方から施設長などの人物を老後配慮代理人に選任することになれば、法律上〔ドイツ民法1896条2項で〕定められているところの、老後配慮代理権が先順位で法的世話は後順位、という優先順位が崩れてしまうからである⁷。

授与される全権は、法律行為を介して〔本人が〕他の人に対して与えるところの、代理する権能である。この全権は、全権を授与する人が全権を授与される人に対して〔意思を〕表示する表示行為によって付与され、効力を生じる。すべての法律行為がそうであるのと同じく、代理権の授与は代理権授与者が〔法律〕行為能力を有していることを前提としている。それゆえに、代理権授与の意思表示は、本人が（未だ）健康である時点で行われる必要がある。

⁷ BGB § 1896 II と BGB § 1897 III を参照。

法的世話の場合と同様に、老後配慮代理権という全権は、たとえば財産管理、健康管理または施設滞在指定といったような特定の生活領域を選び、その範囲に限定することができる。この代理権を一切の領域にわたって限定なく授与しようと望む場合（いわゆる「包括的代理権」＜Generalvollmacht＞）には、このような代理権は可能であるものの、法律がとくに重要であるとみなしているいくつかの事項については、明示的に（explizit）授権の意思表示をしておかなければならない、という義務が免除されることはない（後に述べる「表現必要性」と比較せよ）。世話法の規定⁸とのアナロジーによって、電話通信や郵便文通の問題は「代理権がその領域に及ぶのか及ばないのかを」特別に言及しておくことが、法的明確性という観点からは、望ましいであろう。

代理権を授与された人の方が「本人に先んじて」いわば行為無能力に陥るという深刻な事態に予め備えるために、代理権を授与する人は、そうした場合の補充的な代理人を自分の手で決定しておくことができるし、あるいは、ある1人の代理人が、その代理人のイニシャティブで、さらに別の人に対して復代理権（Untervollmacht）を授与することを、予め本人が許容することもできる。

こうした代理権の授与が、対外的関係において、何らかの条件に拘束されているということは許されない。なぜかという、もしそのような条件拘束性が許されるとすると、代理権を授与された人は、場合によっては契約の相手方——たとえば医師や介護ホーム——に対して、そうした一定の制約条件を充足しているとか充足していないとかという点を、手間暇かけて、先ずもって証明しなければならないということになってしまうからである。代理権授与の利点というのはまさに、事前に情報が通じており、かつ何時でもバトンを引き継ぐ用意のある人が、本人に深刻な事態が起こったときは、直ちに代理権を授与した本人に代わって諸決定を下したりさら

⁸ BGB § 1896 IV を参照。

にその決定の実現についても配慮したりしてくれるよう、アレンジしておく、という点に存している。

この代理権は、代理権を授与した人の死亡時点に至るまで有効であるのみならず、さしあたっては無期限で有効性を保ち続ける。というのも、そうでなければ、「生存証明」のようなものが再び〔有効性の条件として〕要求されるということになりかねないからである。さらにそれについては、本人が亡くなった後であっても、代理権を授与された人に、住居解約や電話解約など死亡後に必要となる法律行為をとりおこなうようにさせることが望ましい、という実質的理由も加わる。相続人が確定した場合には、相続人の手で代理権の授与を終結させることができる。

世話裁判所が世話人の選任の問題を審査する際に、世話される本人がすでに老後配慮代理権を授与していることが世話裁判所に知られるようにするためには、本人は、連邦公証人会に備え付けの「中央老後配慮登録簿」⁹のなかに、代理権授与の意思表示を記入することができるし、またそうすべきである。世話裁判所が世話人を選任する必要があるかどうかを審査するときには、当該裁判所はまず、上述の中央老後配慮登録簿に照会する。

2.2 書面による方式と表現必要性

法律上、代理権の授与は、一般論としては、書面に書かれていなければならないという方式性の要求に服することはない、とはいうものの、授權行為が文書という形式をとってなされることが、文書と結びついている明白性と証明可能性のゆえに、到る所で推奨されている。しかしながら、何人かの証人の前で代理権授与の意思を表明するとかそれをビデオに記録しておくとかといったやり方でも、〔書面記載と〕同一の効果を達成するこ

⁹ 連邦公証人会「中央老後配慮登録簿」を参照。インターネットでは、<http://bnotk.de/Bundesnotarkammer/ZVR.html>参照。

とができる。ところが、書面による方式およびことばによる表現がどうしても必要であると、法律が要求している場合が2つある。

- ・ 1つは、医療措置に対して同意を与える代理権を授与する場合であり
- ・ もう1つは、医学上の指示にもとづく医療措置に対して同意を拒否することないし撤回することまでなしうる代理権を授与する場合である。

これら2つの場合は、いずれにしても（たとえば重い心臓手術の場合のように）生命の危険がかなり確実であるとか、（たとえば切除手術の場合のごとく）かなり長期にわたる健康への障害が生じる危険性がある¹⁰、といったような重大な危険を随伴している医療措置〔に対する同意または同意の拒否〕に限られている。

さらに別のケースとして、入院という形式を伴う場合であれ伴わない場合であれ、（ベッドの柵のような）機械的装置または（きつい鎮静剤のような）薬剤¹¹を手段として用いる自由剥奪措置に対する同意に関しても、そうした同意を与えうる代理権を授与する場合、上に述べた場合と同じように、授権は書面という方式でなされなければならないし、かつ授権するというのはっきりしたことばが表現されている必要があるとされている。代理権を授与する本人には、そうした権限授与について、権限が何を意味しており、権限の射程範囲はどこまで及ぶのかが、はっきりと意識されているのでなければならない。

これらの場合についても、そこでの代理権授与は必ずしも手書きの文面で書かれていなければならないというものではないが、しかし、手書きによる文書作成が可能である限りは、それが望ましいとされる。手書きによる文書作成が望まれる理由は、手書き文書の存在によって、偽造の危険が減少することになるし、しかも授権した本人が〔法律〕行為能力を有して

¹⁰ BGB § 1904 Vを参照。

¹¹ BGB § 1906 Vを参照。

いるかどうかについての疑惑を封じ込めることにもなるからである。タイプで書かれた文章表現や印刷された文章表現であっても、法的には、十分である。連邦法務省は、オンラインという方法¹²を用いて、代理権授与のひな形を提供するサービスも行っている。このひな形を使うと、さまざまな選択可能性がリストアップされ列挙されているから、それぞれの可能性に関して「はい」または「いいえ」と書かれたボックスにチェックマークを入れるだけで、望ましい可能性を選択することができる。しかしどの場合についても、署名の場所・日付が記載されているということと、署名が完全に自筆により書かれているという点は、不可欠である。

一般的にいつて、代理権授与を公証人による公正証書という形式に高めることまでは、必要ではない。ただし、代理権が不動産取引への許容と結びついている場合に限定して、不動産法¹³は、こうした公正証書による加重的な形式保障を求めている。公証人または世話役所がサインすることによって〔代理権授与を〕認証することは、世話法または代理権授与法の規定が要求していることではないが、そうした安全策を施しておくことは、文書の真正性に関する疑念を払拭するためには適切であり、それゆえ推奨されることではある。

2.3 指図・要望、支援

代理権とは何か、とりわけ代理権授与文書という形態を採用する有意義なやり方による代理権とは何かというと、それは、第三者に向けて指図された、つぎのような内容の〔意思〕表示である — 以下に詳しく記載する人が、以後、私の代理人として法律行為をとりおこなうこと、そしてその法律行為の法的効果が代理任務を与えた私について生じることを私は了承する — という内容の表示である。代理権授与文書のなかでは、それ以上

¹² インターネットではhttp://www.bmj.bund.de/files/-/3331/Vorsorgevollmacht_November_2009-4.pdf を参照。

¹³ BGB § 311b I を参照。

のことは含まれるべきではない。とはいえ、それとは別の問題として、代理権を授権された人に、意思表示に含まれている代理権を本人の意向をできる限り汲むような仕方で行使してもらうために、授権された人との対内関係において、大なり小なりの程度のボリュームと詳細さを有する指図(Weisungen)および要望(Wünsche)を一緒に付託しておくことが望ましい。授権された人を、代理権を授与した本人の意思によってこのように拘束することは、転ばぬ先の杖のようなものであり、授権された人が任務に違背した行為をするような場合には、その人に損害賠償を請求することが可能となる。

場合によっては、授権された人が個々の場合に過大なことを要求されていると感じることが起こりうるが、そのような場合には、その人は一名誉職世話人がそうする如く一世話協会(Betreuungsverein)からの支援を請求し、そして世話協会や世話相談所(Betreuungsbehörde)からの相談や助言を受けることができる。

2.4 濫用の防止

上述のように、代理権は対外的関係においては、条件を付すことなく授与されるべきである。というのも、そうでなければ、条件の発生または前提の存在を多分は手間暇かけて証明しなければならないからである。代理権を授与された人が自己のために利得を得ようとする濫用目的を持って、あまり早すぎる時点で授権証書を用いるようなことにならないための安全策としては、代理権はつぎのような仕方で行与されるべきであろう――すなわち、授権された人が法律行為をとりおこなう際は、授権証書の原本を提示しなければならないということを要求する仕方で行与されるべきである。そうした場合に、代理権を授与する本人にとっては、2つの方途がある――1つは、授権を証明する証書を自宅のなかの他人にも周知の場所に保管しておき、代理権を授与された人は、深刻な事態が生じたときに、その授権証書を受け取れるようにしておく行き方である。もう1つ

は、授權証書は信頼のおける別の人に預かってもらうことにして、代理権を与えた本人が行為無能力に陥る事態が発生したときに、授權証書が代理権を授与された人の手に戻されるようにしておく行き方である。その第2の方途の場合に濫用を企もうとすると、2人の当事者が共働しなければならないことになるが、なるほどそうしたケースが全く起こらないとはいえないものの、本人の困難な事態に直面して1人の当事者が信頼を失うというケースに比すると、それほど頻繁に起こるものではない。

まったく一般的な話として、権限濫用を示す手がかりがあるときは、代理権を授与された人をコントロールするため、世話裁判所(Betreuungsgericht)が世話人を選任することもできる¹⁴が、その世話人は必要とあらば、代理権授与を取り消すこともできる。しかしながら、監督役の世話人を裁判所が選任することは、代理権授与を発効させるための前提であるというわけでは決していない。

以上のような規制によって、本人が行為能力を喪失した後にも法的関係を形成していくための法的な道具立てが整えられたわけであるが、ドイツの一般的な見解に従うと、この法的な道具立ては効果的であり、迅速にかつ簡便な仕方で役立つものであり、しかもコスト面で有利な道具立てである。〔この制度について〕濫用が生じるような重大なリスクは、これまでのところ報告されてはいない。

3. 患者の事前指示

3.1 これまでの流れ

健康管理の領域、より正確にいうと医療措置の領域を、たとえば財産管理とか施設滞在問題といった他の分野と比較してみると、ドイツの立法者

¹⁴ BGB § 1896 IIIを参照。

¹⁵ この議論に最初に貢献した論文は、W. Uhlenbruck「患者の手紙－人の尊厳にふさわしい死に方に向けて自己決定の方向に法を整備する」NJW 1978年566頁以下。

は、数十年の議論¹⁵を経た後のことであるが、まさにこの医療措置の領域において、「自己決定をさらに延長する」という趣旨で、他の財産管理などの分野に比してはるか先までコマを進めたのであり、つまりは、患者の事前指示（Patientenverfügungen）に関する一連の規則という仕方で医療措置の領域を詳細に規律するに至った。

連邦法務省のイニシャティブ¹⁶が失敗に終わったあと、議会内の議員の手で、超党派の3つの草案がつぎつぎと提出された¹⁷。最後の最後まで激しい論争が繰り広げられた末に、2009年になって、自己決定を最も尊重する修正案が法律となった¹⁸。

3.2 患者の事前指示の作成

患者の事前指示〔患者自身による医療措置への事前の指示のこと、別名として患者の事前遺言とよばれることもある〕は、成人（18歳以上）でありかつ同意能力を有する人であれば、書面によって作成することができる。〔医療〕同意能力ということが要求していることは、医療行為の本質、意味、範囲ならびにそのリスクを把握することができ、かつまた自分の意思をこの把握に従わせるとともにその点での自分の意思を伝達することができるという能力である。そうした能力は一定年齢以上の若者であれば備えていると考えられるが、しかし立法計画全体への賛同が脅かされることのないよう〔にということを考慮して〕、法律は成人であることを条件として堅持することによって、未成年の若者たちは患者の事前指示を作成することはできない、と定めている。このことが憲法上の恣意の禁止と一致するかどうかということは、裁判所が今後明らかにしなければならない論点であろう。

¹⁶ 患者の事前指示（拘束性が強化されている）を参照。連邦法務省のBrigitte Zypriesはベルリンで法律草案の要諦を発表した - Deutsches Ärzteblatt 2004年B-2606頁を参照。

¹⁷ 2009年6月8日の法律審議会の勧告決議と報告（連邦議会印刷刊行物16/13314）を参照。インターネットでは、<http://dip21.bundestag.de:80/dip21/btd/16/133/1613314.pdf>を参照。

¹⁸ 世話法改正のための第3法律〔患者の事前指示に関する法律〕（2009年7月29日成立）（BGBl. I, 2286頁）を参照。

患者の事前指示は、将来起こりうる診断上および／または治療上での医療介入行為に対して同意すること、またはそれを拒否することをその本質とする。患者によるこうした取り決めは、事前の想定に対応する生命状況や治療状況が後の時点で訪れるときに、法的効力を発揮する。

患者の事前指示は、事前指示を出した患者の病気がどういう性質であるとか、いかなる段階にさしかかっているかといったこととは無関係に¹⁹、効力を有する — 「〔拒否的な事前指示の場合では〕ある治療には、それなくしては死に至ってしまうような病気を克服する効能があるとか、あるいはその治療が死の到来を大分先まで引き延ばす効能がある、といったような場合であるとしても、事前指示を出した患者はそうした癒しの治療を拒否することができる」²⁰。〔議会での〕議論のなかでは、そうした拒否的な医療措置の例として、進行性認知症や不可逆的な意識喪失（いわゆる恒常的な植物状態）のケースにあつては、蘇生措置および集中医療室でのさまざまな措置あるいは人工栄養の投与および人工呼吸器の投入などは、〔患者が事前に拒否しているときは〕許されない、ということが挙げられている。過激な個人主義的法理論は、このような法案作成の根拠として、国家というものはそれ自体としては、人間を保護する義務もなければ人間を保護する権利さえも有してはいない、ということを主張する。すべての人間はなるほど、国家に対する関係で、生きる権利は有しているものの、生きる義務まで有しているわけではない²¹。基本権は、国民が自らを危険にさらす権利を含んでおり、自らを危険にさらすということは〔極端な場には〕自らを放棄してよいという権利まで包含している — さらに〔個人主義的法理論は、〕そのことにともなつて、医師がいかなる治療指針を出すかということとは関係なく、患者として延命措置を拒否する権利さ

¹⁹ BGB § 1901a IIIを参照。議論のなかでこれについては、「射程範囲の限定」が欠如していると指摘されている。

²⁰ 法律草案理由書には、そのように書かれている（連邦議会印刷刊行物16/8442, 8 頁右欄）。インターネットでは、<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/084/1608442.pdf>を参照。

²¹ 法律草案理由書（前掲刊行物〔Fn. 20〕9 頁左欄）を参照。

えも、基本権のなかに含まれている、と主張する²²。最終的にそこで問題になっていることは、根底に横たわる人間像であり、それはつまり、肉体的実存と精神的・倫理的実存のいずれが決定的であるかという問題である²³。

〔施設入所者に〕患者の事前指示を作成するよう義務づける契約の文言は、法的効力を有するものではないし、同様に、患者の事前指示は、例えば病院や老人ホームへの入所の契約条件として扱われてはならない（いわゆる〔患者の事前指示と入所契約との〕抱き合わせの禁止）。

〔同意能力に成人であることを要求した場合の上記の立法者の配慮と同様に、〕再びこの点も立法計画全体が賛同されやすいようにという配慮からであるが、患者の事前指示を取り消すことは、いつの時点でもなしうるし、しかも取り消しは形式を問わないから、口頭で取り消すことも可能であり、あるいは本人の取り消しを推論させるような行動（konkludent：推測上そうとしか考えられない行動）によって取り消すことも可能である〔というように取り消しに関しては要件を緩和している〕。しかしながら、なお議論されなければならない問題として、一旦出された事前指示の取り消しは、同意能力欠如の状態にいたっているときは行いえないと考えられるかという問題があり、さらに、例えば重度の認知症に陥った人の場合には、すでに人格が激変している可能性があり、そこでの事前指示を出した以前の人物と痴呆になった後の人物とは同一性を保っていないから、痴呆後の現在の人間にはもはや過去の意思表示を取り消すことはできない、と考えてよいのか—これらの問題は、議論の余地がある。

患者の事前指示という仕方で書き記された意思是〔そのままでは効力がないが、それが発効するタイミングとして〕、条件が発生する事態（医療同意能力が欠如するとか患者指示のなかに記載された生命状況や病気の状

²² 法律草案理由書（前掲刊行物〔Fn. 20〕8頁右欄）を参照。

²³ 移植医療では、身体機能が未だ維持されている段階でも、脳死の基準により、全脳の不可逆的停止があれば、「人の死」とであると定義される。

態といった条件が到来する事態)をうけて、裁判所が選任した世話人なり患者自身が指名した代理人なりによって「表現と効力が与えられる」²⁴。

患者によるこの事前指示を手段として、例えば囑託殺人などのような、法的に禁止されていることを〔世話人や医師に対して〕要求することはできない。このような〔本人による事前指示の〕限界は、ドイツにおいては、不幸な歴史（「価値なき生命の抹殺」＜“Vernichtung unwerten Lebens”＞）²⁵のゆえに、不可侵である。

3.3 医学上の治療方針

患者の担当医は、どのような医療処置を施していくかを決定するプロセスの出発点において、（医療の伝統と）法律に従いつつ、つぎのような検討を行う — つまり、患者の全体的な状態と今後の予想を考慮に入れると、どのような治療法や処置が必要であるか、ということの検討を行う。かつては医学上の治療方針は、生命を保持せよという命令だけを念頭において方向づけをすればよかったが、今日では（残された）生命の質という視点を考慮に入れるようになった。このことが具体的に意味することは、患者が不可逆的な死のプロセスに陥ったときに、苦しい症状を緩和するにすぎない、一時凌ぎの緩和ケアを意味するような治療目標は、変更されるべきであるということである²⁶。現在進行中の議論は、そうした域をすでに部分的に越え出ている。というのは、医師による治療方針策定という段階においてすでに — ということは、すぐ後に述べる患者本人の同意という段階に至ってはじめてということではなくて — 、生命の質かそれとも生命の量かのいずれを選ぶかの衡量に関して患者本人の個人的な目標と価値観

²⁴ BGB § 1901aを参照。

²⁵ ナチ時代に外向けには「安楽死」という名を付けられた活動の元来の名称は、この「価値なき生命の抹殺」である。E. Klee『ナチ時代の安楽死－価値なき生命の抹殺』1989年（第3版）[Frankfurt/Main]。

²⁶ 「医師による臨死介助への連邦医師会の原則」、とくにそのⅡ章「不利な見込みの診断をされた患者の場合の態度」－Deutsches Ärzteblatt 2011年A 346 頁（A 347頁）を参照。

が汲み取られるべきである、とされるようになりつつある²⁷。またこうした〔医師による治療方針策定の〕段階において、つまり伝統的には医者のみがもっぱら専門医学的な見地から決定を発見しようとした段階においてすでに、客観的に理解された「平癒」(“Wohl”)から患者の主観的な「意思」(“Wille”)への転換が、同時に行われている。

医学上の治療方針がもはや立ち入れないところでは、医者にとっての活動の場はない。〔こうした場合の〕治療介入は、場違いである。というのも、そこには、望まれない副次結果が生じる可能性を越えて、過剰医療による損傷という危険が、常に存在しているからである。

3.4 患者による前もっての指示

ある1つの診断上または治療上の介入処置に関して、医師が医学上の方針としてもそれを肯定するときは、その医師および患者の代理人(世話人または代理権を授与された者)は、下されるべき〔医療〕決定にとっての基礎である患者本人の意思を考慮して、その処置〔の当否〕について検討する²⁸。「〔患者の意思を〕考慮して」²⁹という表現の代わりに、「患者の意思を尊重して」という、より強い表現方法の方が望ましいと期待する人もいるかもしれない。この点も、多数の人々に受け容れられるようにと〔立法者が〕努力した結果である。この「考慮して」という概念は、原案に対抗していた「ツェラーの草案」³⁰から、〔妥協の産物として〕取り込まれたものであり、こうした妥協的な取り込みによって、〔多数派は〕以前の原

²⁷ この意味では、P. Vetter / G. Marckmann「患者の事前指示の法律上の規制 – 実務上はどこが変わったか?」(Ärzteblatt Baden-Württemberg 2009年370頁/371頁右欄)を参照。

²⁸ BGB § 1901b I を参照。

²⁹ 決定基準という意味では、多くの文献のなかで、批判的な文献である T. Verrel / A. Simon『患者の事前指示 – 法的観点と倫理的観点』2010年 [Freiburg/München] 38頁を参照。

³⁰ BGB § 1901d の第1項における患者の事前指示が有する拘束力を説明するための法律草案と比較せよ。インターネットでは、<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/114/1611493.pdf> (9頁)を参照。

案の文章に対してなされていた非難 — つまり「本人意思の」機能のさせ方があまりにも自動機械のようではないかという非難 — を何とか回避しようとしたのである。しかしながら、法律学的にみれば、「〔考慮して〕という」より穏やかな表現形式にはとくに意味がないのみならず、「〔本人意思を〕考慮して」という表現を用いる場合でも、それに目的論的な解釈を施すと、結局、本人の自己決定を担保するという法律目的に適合するよう解釈せざるをえないことになるから、必然的に「尊重して」という意味に帰着する。「そのことが意味することは、」患者本人が書き記していたことが、目の生命状況および治療状況のなかで現実のものとなったときには、本人により前もって指示された意思がものをいう、ということである³¹。同意する能力を有している患者は、一切の医療の介入行為を — かりにそれが医学上の方針に適合している場合であれ — 拒否することができるという点については何の争いもないが、それと同様に、こうした同意する権利は、患者による前もっての指示についても、そのまま何ら縮減されることなく維持されるべきであると、考えられている。

3.5 治療に関する要望

患者の事前指示を明言する文書が何も存在しないとか、あるいは事前指示を明言する文書があっても、それが眼前の生命状況・治療状況に必ずしも直接に合致するものではないというような場合には、世話人・代理権を授与された者は、補充的な手がかりとして、治療に関する患者の可能的な要望を探究しなければならない。そうした可能的な治療要望は、以前の何らかの指図のようなものがあれば — よしんば患者がそれを口頭でしか表現していなかったとしても、そしてそれゆえに患者の事前指示に書面を要求している法律の趣旨にはそぐわないものであるにしても —、そうした以前の指図から汲み取ることも許される。あるいは、患者がすでに何ら

³¹ BGB § 1901a I を参照。

かの事前指示を作成しているものの、それが眼前の状況にまったくぴったりと当てはまるとはいえないときには、その明示的事前指示が直接の効果を発生させることはできないとしても、〔それからの間接的な効果として〕本人の事前指示のなかで明言されていた文章表現から類推推論をするという方法によって、患者の治療要望を導き出すことは許される。そうした患者の治療要望を探究するためには、患者の近親者およびその他の信頼できる人たちに、発言の機会を与え「なければならない」―ただし発言機会の付与が相当期間の遅滞をもたらすことなく可能である場合に限る、とされている³²。法律の文言のなかで、一方で「なければならない」という義務的表現を使いながら、他方では、―相当期間という不確定概念を用いて―相当期間の遅滞の場合には例外の可能性を認めないとしている行き方は、ヒヤリング手続に関してある一定のフレキシビリティを世話人または代理権を授与された者に対して認めようとするものである。他面ではしかし、上述のヒヤリングの対象人物に関して、患者本人が前もって特定の人物を排除しておくことも可能である、とされている。

治療に関する要望がどのような仕方で書き記されているにせよ、世話人・代理権を授与された者は、あくまでも患者自身の治療要望という基礎にのっとりつつ、患者の地位を代位する (*stellvertretend*) という仕方で決定を下さなければならない。以上のような制度設計にともない、書面性ならびに確定性という方式性の要求も、かなりの程度その厳しさが削がれることになっている。医師は、代理人による同意または不同意の決定に拘束されるのみならず、患者自身による同意または不同意の事前決定にも拘束されているのである。

³² BGB § 1901b II を参照。

4. 推定的意思

これまで述べてきたように、本人の意思については、それが書面に書かれているとか、その他何らかの仕方で表現を見出しているという意味において、意思表示文書が必要である。ところが、この文書が欠如している場合はどうなるか。意思表示文書が欠如している場合には、たとえば本人による同意の必要性がなくなるということにはならないし、また本人による同意の必要性が別の人や別の人の独自の決定に移転していく、ということにもならない。そうではなくて、その場合には、患者自身の推定的意思³³が探究されなければならない、あくまでも本人の推定的意思が決定の基礎に据えられなければならない。こうした現行法の取り扱い状況は、従来においても「委任なき事務管理」³⁴というベースの上で妥当してきたものであるが、この現行法の現状が患者の事前指示に関する今回の法律によって明文の形で表現され、それに拘束力が付与されることになった。

患者の推定的意思は、すべての入手可能な資料から、できる限り患者の個性に即して、具体的な方法で探究しなければならない。推定的意思とは、つぎのような問い——いま本人がことばで何かをしゃべれるとしたら、何をどういうであろうかという問い——に対する答えそのものである。個性と自己決定という価値は、なるほどかなり仮説的な側面を伴うものの、ヨーロッパにおける市民尊重の哲学が育んだ人間像、たとえばカントの人間像に即して、大いに尊重されるべきであろう。

今回の法律によると、患者が過去に口頭でまたは文書によりことばで言い表していた言説とか倫理的または宗教的確信とかその他の個人的な価値

³³ 対比参照すべき文献として C. Knauf 『承諾能力を欠く患者への医師の侵襲行為に関する推定上の承諾と地位の代理－患者の事前指示への一考察』2005年 [Baden-Baden] 180頁；T. Verrel 「臨死介助における患者の自己決定と刑法」－2006年第66回ドイツ法曹大会における専門意見 C、とくに D. 5（「推定的医師の補充的効力」）2006年 [München] C 89頁。

³⁴ BGB §§ 677 ff. を参照。

観³⁵などが「意思を推定するための」手がかりとなるべきである。意思の推定にあたっては、状況次第では、信頼できる人たち（Vertrauenspersonen）に発言の機会を与えるということを考えるべきであろう。当初、意思推定の手がかりとされていた「苦痛感情」という表現は、草案から削除された。削除の理由は、苦痛感情はあまりにも主観的なメルクマールであり、外側にいる第三者の目からみてどうとも判断の仕様のないものであるからである。それゆえ、苦痛感情は、推定的意思を探究するための明白な基準としては不適切である、と法案審議資料は述べている³⁶。最後になったが大事なこととして、意思推定の際には、場合によっては、ことばによらない身体の動静や立ち居振る舞いも、同時に考慮の対象とすべきである。いわゆる「身体言語」（ボディ・ランゲッジ）はそれだけでは法律的にみて重要ではないが、しかしながら身体言語は、かりに患者が知性と表現力を十分に有しているならばどのようなことばを使って表現したであろうかということ推認させる示唆のようなものを、多くの場合に多分伝達してくれるであろう。

患者の個性からすると多分こうであろうと想定できるような患者の事前決定を探究しようとしても、そのための十分な手がかりが存在しないときは、推定的意思は、— これまた補充的（subsidiär）ではあるが — 客観的な要素に従って確定すべきである。そうした客観的な要素として優先的に役立つものは、医学上の正当な方針（medizinische Indikationen）である。そうした医学上の正当な方針をここでの有意義な物差しとして用いてよいという合理的な理由はどこにあるかといえ、それはつぎの点にある — つまり私がもし医学上の通常の準則や方針に則って治療してほしいと思っている場合には、私はことさら潜在的な患者として自分からの事前指示を前もって表現しておく必要などありはしない、という点である。医師仲間

³⁵ BGB § 1901a II を参照。

³⁶ 法制審議会の決議勧告－前掲連邦議会印刷刊行物16/13314, 20頁左欄を参照。

の世界では、このような医学上の通常の準則・方針というものが統一的な形で存立しているとはいえない、ということまで考えに入れる場合は、推定的意思如何の探究はなお一段高みに駆けあがり、当の社会で支配的である価値観であるとか哲学的に解明されるべき理性的基準（哲学的な基準の例としては、「自分にしてほしくないことは他人にもなすべからず」という黄金律の形式）であるとか、さもなければカントによって彫琢が施された定言命法などが、推定の手がかりとして引き寄せられるべきであろう。

5. 裁判所によるコントロール

自由の剥奪と結びついている施設入居という措置は、法規則の上では、世話裁判所の許可があつてはじめて許容される。

医療処置への同意を与えたり同意を拒否したり、あるいは同意を撤回したりするときの基礎となるべき患者自身の意思が奈辺にあるかというポイントについて、別の医療措置に関して治療に当たっている医師ならびに患者の代理人（世話人・代理権を授与された人）の間で意見の一致を見る場合は、法律上は、意思探究結果の内容に対して裁判所が自動的にコントロールを差しはさむ、ということを求めているはいない。そのように〔患者意思を解釈する〕解釈権限が一致をみているとき、そこに濫用がおこりうる大きな危険があるということを、立法者は予定していない。手続があまりにも形式主義や冗漫に流れないようにするためには、相互の監視とコントロールということで十分であると考えられる。

しかしながら代理人が必ずしも本人の身になって決定しようとしていないのではないかというような方向で、患者の側近者あるいは第三者のだれかが疑念を抱くときは、疑念を抱く人が世話裁判所に審査を申し立てることができる³⁷。それが「申し立て」であるという意味は、それらの側近者

³⁷ 法律草案理由－前掲連邦議会印刷刊行物16/8442, 11頁右欄を参照。

や第三者は裁判所の手続を強要することまではできないものの、一切の情報ならびに場合によっては証拠として重要である一切の事実を、裁判所の耳に入れることができるという趣旨である。そして裁判所もそうした情報・事実を自ら審査した結果、やはりおかしいという疑念を共有するに至るときは、裁判所は通報された情報と事実にもとづいて、職権で手続を開始することになる。

いかなる決定が本人意思に適合しているかという点について、医師と患者の代理人との間で見解が一致をみていないときは、裁判所による自動的なコントロールが必然的に発動する。このような制度設計の手助けによって達成しようとする狙いがどこにあるかといえ、場合によっては生きるか死ぬかといった重要事項もこれに含まれるが、〔本人の命運を左右する〕決定がたった1人の人物による解釈を基礎として現実化してしまうということがないように、ということである。

医師と患者の代理人の間で意見が相違する場合に必然的に開始される手続においては、裁判所は、できる限り直接本人に会って個人的なヒヤリングを実施しなければならないし、また側近の人々やヘルパーたちといったそれ以外の関係者も、調査範囲のなかに含めなければならない。さらに、裁判所は、専門家に対して鑑定書の提出を求めなければならない ― しかも、その鑑定書は可能な限り、治療に当たっている医師とは別の専門家によって作成されなければならない。最後に、手続補佐人（Verfahrenspfleger）も、本人の利益をつねに保護しなければならない³⁸。

そうした案件に関する裁判所の決定は、決定後2週間を経過した後にはじめて効力を生ずるので³⁹、その時点から、場合によっては〔死という〕不可逆的な結果を伴うようなケースについての、上級裁判所による実効的な権利保護が可能となる。そういう趣旨（Argument）であるにせよ、〔法

³⁸ 家事事件の手続および非訟事件の手続に関する法律の298条を参照。

³⁹ 家事事件の手続および非訟事件の手続に関する法律の287条3項を参照。

律のこのような規定によれば〕ある処置の実施をこれ以上続けることは本人の意思に沿うものではないということを裁判所が認定したあとでも、その患者は、2週間もの間、問題のある当該治療の継続を受忍しなければならないことになり、本当にこれでよいのだろうかという疑問が提起されている⁴⁰。

6. まとめ

老後配慮代理権と患者の事前指示という二本立てで、ドイツにおいては自己決定に有利な方向での法的世話へのオールタナティブが存立している。代理権を授与された人は、すべての生活領域にわたって世話人のように介入することができるし、しかもその権限は、本人自身によって授与されており、しかも本人からの指図というお墨つきを伴っている。

医療監護の領域では、われわれは、予見可能でありかつ我々にとって重要と思える容態の推移に関して、その容態に即応した前もっての指示事項を取り決めておくことができ、この前もっての指示事項は、予測した状況が後に到来した場合に直接の法的効力を発生させる。

もしわれわれが、行為能力なり同意能力なりを失う事態にまで備えて自分の今後の人生を先回りして自ら決定しておこうとするならば、〔①老後配慮代理権と②患者の事前指示という〕私法上の両制度を組み合わせて利用することが望ましいということになるだろう。

ある人間が、自己の権利を自己自身の名義を使って直接主張する能力は失っているにもかかわらず、自己が1人の人間として個であること(Individuierung)を貫き通していこうとすると、おそらくそのためには、幾世代にもわたって続いていく公法的かつ高権的な後見制度ないし世話制

⁴⁰ T. Verrel / A. Simon 『患者の事前指示－法的観点と倫理的観点』2010年〔Freiburg/München〕98頁。

度のようなものが、さしあたって必要となるであろう。その結果としてこういう〔公法的な〕思想が定着したあとでは、〔私法的な〕生活世界の方に一段と傾斜しながら〔公法的な〕国家からはさらに疎隔している制度設計〔社会モデル〕へと、いわば弁証法的に再び立ち返っているのだ、ということが明らかとなる。(完)

〔あとかき〕

目次

1. 特別講演会の開催
2. 教授の略歴
3. 前回の講演との関係
4. 講演当日の議論
5. 訳語について
6. 共訳者
7. むすび
8. 《補論》成年後見制度法比較へのコメント

1. 特別講演会の開催

岡山商科大学法学部は、ドイツからウルリッヒ・ローマン教授をお迎えして、2011年3月28日に、「成年後見法制へのドイツの選択肢」というテーマで、特別講演会を開催した。以上は、講演会の当日、席上で配布された独語原文の邦訳である。

3月28日といえば、いまだ東日本大震災の余震が収まらず、原発事故も最悪の経過をたどっていた。放射能汚染を懸念して、3月中旬から5月にかけて国内で予定されていた欧米の学者による講演会やシンポジウムが、軒並み中止または延期に追い込まれるなか、商大での講演会が予定通り行われたことは、特筆に値する。

講演に際して、ローマン氏は開口一番、東日本大震災の犠牲者への哀悼の意を表された。引き続いて、こうした自然の大惨事を見越してそれに対する十分な備えを講じておくことは何よりも肝要であるが、それとまったく同様に、われわれ1人1人が、人生の行く先々で待ち受ける障害や痴呆といった不測の事態に対して予め備えをしておくこともどんなに重要であるか、いくら強調してもしすぎることはない、と付言された。

今回の大震災には、外国人であるローマン氏自身も巻き込まれた。環境問題にとりわけ敏感なドイツ政府は、ある日突然、大使館を通じて在日自国民に対し、数時間以内に国外ないし放射能被害のない西日本へ避難するよう命令を出した。本学での講演会の約束を果たすべく国内に留まることを選んだ氏は、西日本に疎開することを余儀なくされたのである。こうして不意の疎開に戸惑いながら講演予定より何日も早く岡山入りすることになった氏を、岡商大は、研究環境を十分整えて温かく迎え入れた。

2. 教授の略歴

ローマン教授の名は専門家の間でよく知られており、作品もいくつか邦訳されている。略歴を示すと、氏は1944年、メンデン（ザウアーラント）で生まれ、大学では法学、社会科学、公衆衛生など広く学問を修めたのち、ベルリン自由大学で法学博士、さらにアウグスブルク大学で哲学博士の学位を取得している。ベルリンのアリス・ザロモン大学に奉職してからは、長年、法哲学・法理論、医事法、社会福祉、社会法など、幅広い分野で研究教育に従事することになった。教授活動の傍ら、ベルリン自由大学医学部の倫理委員会委員およびベルリン州倫理委員会委員を兼務していたが、アリス・ザロモン大学を最近定年で退職した後も、こうした委員会活動は休みなく続けている。最近は、とりわけ医療倫理、社会法、社会政策・福祉政策の分野で、哲学博士ならではの深みのある論文を精力的に発表している。在職中から幾度か東北大学を訪れて講演され、同大学の客員研究員として仙台でまとまった研究期間を過ごされたこともあった。最近は、定期的に日本社会事業大学を訪れ、客員教授として同大学で研究教育に従事している。

3. 前回の講演との関係

ローマン教授は2008年の3月末に、岡山商科大学で最初の特別講演をされた（以下では第1回講演とよぶ）。そのときのテーマは、「同意能力を欠

く場合の患者の自己決定 — ドイツにおける法的可能性」であった。その講演は、法的世話に関する1992年以降の改正（とりわけ1999年と2005年の2度にわたる改正）の流れに言及したり、「老後配慮代理権」の新しい発想に詳しく触れたりしているものの、「患者の事前指示」というテーマについては、いまだ事態が流動的で激しい議論の最中であったため、確かな方向は示されなかった。第1回講演で患者の事前指示について述べられていることは、書面で指示するといった形式的要件をどの程度要求するか、延命拒否のような意思内容の場合、患者による事前指示は死が不可避であるような病気に限定すべきかどうか、といった論点をめぐりホットな議論が絶えない、さらに議会内の議員グループからつぎつぎと新しい提案が提出されつつある、といった中間報告にとどまっている。最終的には、第1回講演から1年以上経った2009年7月29日の新しい法律（「世話法改正のための第3法律」本講演脚注18参照）が成立するにいたって、こうした議論に終止符が打たれた。いわば、商大での2度にわたる講演の丁度中間の時点で、患者の事前指示の成文化という激震が走ったことになる。

ローマン氏の第1回講演は、その新しい法律が生まれるまでの流動的な状況と激しい議論を経過報告したものの、連邦議会内の激しい議論の顛末は、第1回講演から丸3年を経た今回の第2回講演にいたって、やっと総括が可能になった。そういう意味で、2度の講演を結びつけてはじめて、ドイツにおける患者の事前指示制度が成立するまでの議論の全容が明瞭に浮かびあがってくる。別の言い方をすると、今回の講演が扱っているテーマは、成年後見法制に関する多くの文献がいまだ取り上げていない、現行法の新しい1頁についてのフレッシュな紹介と考察であり、安楽死や末期患者の医療中止に関するドイツの議論は、今後この立法成果を出発点として出直さざるをえなくなった。

4. 講演当日の議論

年度末に近い時期にもかかわらず、講演会には予想を上回る参加者が

あった。学内の法律専門家ばかりでなく、どちらかというと学外の法学以外の幅広い分野の出席者も目立ち、今回の成年後見法制という演題が多方面からの社会的関心を集めている最先端のテーマであることが見て取れた。

講演後の質疑応答では、多くの参会者から多様な質問が出された。質問は、法律の専門的な内容にわたるものと、日独の社会背景の違いに関するもの、という2つに大別することができる。前者では、世話裁判所の審級、とりわけ同裁判所の決定への不服申立はどのようなになるのか、患者の事前指示という新しい制度と安楽死・治療中止・囑託殺人に関するこれまでの議論との関係、に関する質問が中心であった。後者では、ドイツの特色である自己決定重視の動向は、強い個人という人間像とそれにもとづく家族関係をベースとしたものであり、家族集団の強い結びつきのなかで個の確立が十分とはいえないわが国では、ドイツの制度を手本として本人意思をオールマイティーとするわけにはいかないのではないか、親族後見に比して第三者後見の比重が大きくなりつつあるドイツと、第三者後見に対する親族後見の比重が今でもきわめて大きいわが国の現実のもとでは、成年後見の問題の様相にしても、解決の方向にしても、ドイツとは大分異なっているのではないか、といった疑問が提起された。

これらの質問に対して、ローマン氏から1つ1つの質問に対してきわめて丁寧な応答がなされた。第2の質問に対しては、ローマン氏も、ドイツでの選択肢は家族制度がほとんど崩壊しているドイツの現状に即したものであり、日本の家族事情とはかなりの隔たりがあるので、ドイツの制度を日本の手本とするには無理がある、という見解であった。

こうした議論の部での討論の熱気は、そのまま懇親会にひきつがれ、日独親善交流を盛り上げることになった。日本酒をこよなく愛するローマン氏はいつのまにか岡山の銘酒の魅力に開眼されたご様子で、この日も地酒の醸し出す脱現世的な雰囲気にも身も心も和まれ、震災の心労をしばし忘れたかに見受けられた。

5. 訳語について

ドイツにおける近時の法律改正過程で生み出された一連のキーワードについては、訳語が定着していないものもいくつかある。それらについては、これまでのものを無批判的に受容することなく、できるかぎり訳者3人の協議によりベストと思われる訳語を盛り込むよう工夫した。

とりわけ苦勞したのは、頻出しているVorsorgevollmachtという独特の意味をもつ原語である。全体のキーワードであるのに、ある学者はこれを「高齢配慮代理権」と訳し（田山輝明『成年後見法制の研究・下巻』2001年成文堂、307頁；同『続・成年後見法制の研究』2002年成文堂、337頁など）、別の学者は「老後に予め備える代理権」という訳語をあてる（新井誠『高齢社会の成年後見法』1999年〔改訂版〕有斐閣、105頁）など、ばらつきが見受けられる（新井誠他編『成年後見制度』2006年有斐閣、159頁も参照）。

この用語の訳し方については、講演の打ち合わせの際に原著者との間でやりとりがあった。ローマン氏自身は、この表現はもともと高齢者や老人に特有のことではなく、比較的若年者でも認知や心神能力耗弱に陥る場合が考えられるから、訳語としても「高齢」とか「老後」といった年齢的な限定はつけないでほしいといっておられた。そういう観点からすると、「予防的代理権」や「予め備える代理権」というような訳語が、原著者の意図にぴったりすることは疑いない。しかしそもそも問題のコンテキストがかなり異なっている日本の社会において、このキーワードに対して「予防的代理権」または「予め備える代理権」といった訳語を当ててみた場合に、ドイツ語のVorsorgeであればともかく、一体何を予防するのか・何に予め備えるのかといった核心がぼけてしまい、その語を含んだ文章の言わんとする趣旨を直観的に把握することが非常に困難となる。こうして、訳者間の議論と合意にもとづき、「高齢配慮代理権」ならびに「老後に予め備える代理権」という先行訳語のいずれにも通じる訳語として、最終的には「老後配慮代理権」という表現に落ち着いた。したがって、この点での本稿の訳語は、日本人にわかりやすいように、という配慮を優先させて、ローマ

ン氏自身の希望から離れる結果になっていることをお断りしておきたい。

訳出にあたっては、含蓄の深い簡潔な独文表現を直訳することは避けて、背景的知識に乏しい読者にも理解できるように最小限の日本語を訳者の責任で補った箇所が少なからずある。そうした箇所は〔 〕で示しているので、原文と対比してお読みいただきたい。

6. 共訳者

今回の国際的学術交流には、幸いにも、心強い2人の若手研究者の協力を得ることができた。哲学と生命倫理がご専門の阪本恭子氏（ノートルダム清心女子大学人間生活学部准教授）は、キャンパス相互の近さと専門の近さが幸いして、日頃から筆者の学際研究にとっての良き協力者である。在外研究期間を含めると滞独経験が十数年に及ぶというだけあってその驚嘆すべきドイツ語力は、講演の通訳のみならず、込み入った議論の際にも頼みの綱であった。丹念な対訳単語辞書を予め作成して翻訳作業を軌道に乗せて下さったばかりか、ドイツ仕込みと思われる氏の模範的な時間規律のおかげで、今回の訳出作業はことのほかスムーズにはかどった。阪本氏のこうした真摯にして精力的な研究姿勢がなければ、難解な独文をこなれた日本語に訳出し、短期間のうちに公刊にこぎつけることは、とうてい考えられなかった。商法・会社法がご専門の新津和典氏（岡山商科大学法学部講師）は、学問にひたむきに打ち込む新進気鋭の研究者であり、その鋭いひらめきは常に新鮮な刺激となって筆者の動脈硬化を予防してくれる、得がたい同僚である。氏が該博なドイツ法の知識を駆使して、専門的な法律用語の訳し方につきすみずみまで厳密な吟味をして下さったおかげで、今回の翻訳表現の法律学的な精度は大いに向上した。

訳出の過程で、幾度となく訳者間の討議を重ね、特定の訳者の語感に偏らぬよう、全体にわたる調整には十分に意を用いたつもりであるが、それでもなお誤訳や不適訳などの不備が目につくとすれば、最終的な責任は筆者（青井）にある。

7. むすび

商大での氏の講演は、これで2度目である。ドイツ人の間に広がる放射能パニックに抗して、氏が今回の講演の約束を果たすために岡山まで来て下さったご好意には感謝のことばもない。筆者の東北大在職時代にはじまった友情が、時の流れを越え震災の惨禍をも乗り越えて、岡山での日独交流のために多くの花を咲かせてくれることは、よろこびに堪えない。

講演会の開催ならびに講演原文・翻訳の同時掲載を後押しして下さった大学当局、共訳者をはじめ講演会の開催から本稿公刊に至る過程でお手伝い下さった多くの方々に、心からお礼申し上げたい。

8. 《補論》成年後見制度法比較へのコメント

(1) ローマン教授の関心 当日の議論に関する上記4.の紹介からもうかがえるように、今回の出席者の主たる関心は、日独の法令という水面上の相違を越え、むしろ水面下の家族構造とか文化的背景とかの違いまで視野に入れた上で、なぜ両国の法令面で大きな違いが生じているのか・それをどのように評価すべきか、という論点に向けられていた。席上、ローマン氏自身も、これまでの日本人との議論は、あまりにも法律学的(juristisch)な平面に偏っており限界を感じていたもので、もっと法社会学的法理学的な広がりをもつ議論を願っていたところだと言われ、わが意を得たりとばかりに、ドイツにおける家族制度崩壊の背景に多くのことばを費やされた――すなわち、1918年の第1次大戦の敗北によりドイツ帝国が崩壊したときが1度目、1945年の第2次大戦敗戦によりヒトラー第三帝国が崩れ去ったときが2度目で、ドイツの古い家族制度は2度にわたる決定的な崩壊に見舞われた。それ以後ドイツの家庭は、もはや老人や子供といった弱者に庇護と安全を提供しうる場ではなくなった。そうした事情に加えて、ますます高くなる一方の離婚率およびパッチワーク・ファミリー(つぎはぎ家族)の激増などが、その傾向に拍車をかけているといった背景事情を雄弁に語られた。こうした当日の議論を契機として、成年後見法

制の法比較という当面の課題について、訳者の1人として簡単なコメントを加えておきたい。

(2) 近時の専門文献における盲点 成年後見法制に関して最近わが国で公刊されている文献、とりわけヨーロッパ各国の動向を紹介する専門書をみると、あまりにも法律学的な規範的平面に偏った紹介が多いという傾向が目につく。諸外国での運用実態に触れている文献もないわけではない。そこでは、たとえば、2003年ではドイツの総人口約8,200万人に対し世話人の選任は112万件で、人口の約1.3%が成年後見を利用しているのに、これに対してわが国では、人口1億2,000万人に対し法定後見開始審判の認容件数はわずか約5万件にすぎず、全人口の約0.04%を占めるのみである（前掲新井他編著5頁）、といった統計的な数値を示すばかりで、その数値がどのような意味を有しており、なぜそうした数値の違いが生じてくるのか、この先わが国もヨーロッパの福祉先進国と同じ道筋をたどることになるのか、といった疑問については、何ら示唆するところがない。

ローマン講演の中心テーマになっている老後配慮代理権に近い制度として、わが国でも10年以上前に、「任意後見契約に関する法律」が成立をみている。しかし、その内容をドイツの現行法と対比してみると、相違は明らかである。わが法ではこれに関する委任契約は、財産管理であれ療養看護であれ、一律に公証人による公正証書の方式が要求されている（第3条）。のみならず、任意後見人に対しては家庭裁判所によって必ず任意後見監督人が選任されるという制約を伴っている（第2条の1）など、公権力が当初から介入する神経質な制度になっている（これに対してローマン講演で述べられているように、ドイツでは、医療同意・医療拒否・自由剥奪などを内容とする代理権に関してのみ方式性の要求はあるが、その場合でも公正証書は要求されていない。また当事者の相互監視に委ねられる余地が大きく、裁判所の関与は、万一の例外的な補充的条件付きコントロールに限られ、著しく背景に退いている）。過度のパターナリズムともいえる日本の制度設計のもとでは、代理権を付与する本人についても付与される代理人についても、がんじがらめの縛り

がかり、「任意」後見契約とは名ばかりになってしまっている。最高裁判所の統計によると、新成年後見制度施行後5年を経過した時点で、任意後見監督人の申立件数は1年目の4.8倍となり、この制度の利用は着実に伸びているようである。しかしそれでも、任意後見監督人が選任されたのは5年間でわずか493件であり、任意後見契約の登記は1万34件という状況である（前掲新井編著7頁も比較参照）。ドイツの盛況に対する日本の全体としての不活発、という大きな違いの背景や根拠については、一体どのような説明が可能なのであろうか。

（3）在外経験からの実感的隔たり 実際にドイツで数年間暮らした筆者自身の個人的感想として、日常生活空間のレベルで、ドイツと日本とでは家族と個人の重みづけがあまりにも大きく異なっていることにびっくりする。以下では、このような実際の体験にもとづく対照面をやや誇張しつつ理念型として捉え、両国の両極端の行き方をドイツ型、日本型と呼んでそれぞれの特色をみてみよう。

ドイツの平均的な家庭では、構成員は個我の強さが強烈で、1人1人が家族から自立しているように見える。家族のまとまりが悪く、親であれ兄弟であれ、自分以外の家族にはどうせ頼れないという自主独立の気風が強い。親世代の離婚件数は多く、家族の軸となるはずの親子関係は日本人の目からは驚くほど希薄に見え、成人した子と親の同居も少なく、親・子・孫の3世代同居は皆無に近い。こういう国で専門職が第三者後見の担い手となる場合（「職業後見人」）、弁護士や社会福祉士は人材が潤沢で、個人の報酬負担もそれほどではない。これに対して日本の平均的な家族では、個人が家族に埋没していて、個人は家族の情緒的連帯を強化するモラルのなかでもたれ合い、地域社会や市民社会といった家族以外の連帯も都市部ではそれほど強くなく、第三者後見の代表的受け皿である専門職の弁護士や司法書士は、申立件数に比してあまりにも人数が少なく、そのため高額な報酬は相当な負担となる。

ドイツ型では、老親介護の担い手という問題は、伝統倫理のほころびを

法律の合理的思考がカバーしつつある。そこでの老人を介護する役割は、家族から遠縁の親族を超えて血縁のない第三者へ、という方向に沿って日本よりも早いスピードでシフトし、職業世話人、名誉職世話人、世話協会・世話官庁といった第三者に財産管理や身上監護を委ねるという仕方の第三者後見の比重が大きくなりつつある（そのなかでも職業世話人の役割が大きい）。日本型では、家族という集団のなかで、個人は自分の考えや意思を明示化したり押し通したりするより、妥協や譲歩により集団の和を最優先させる習性が根強い。そこでの後見のベースは家族連帯の倫理的絆であり、法律的后見の制度を利用しなくても、自発的自生的に行われる実質上の後見により、ことがらが弾力的に処理される。社会倫理による規制が機能する限りでは、法の後見の援用はぎりぎりまで見送られる。いわば、法なき空間が優勢で、それが法的空間とバランスを保っているといえよう。

人はだれもが人生のたそがれを迎える。いつの日か、社会的にも生物学的物理的にも1人では生きられない人生が始まるが、そのあとの自分の財産管理、身上看護、医療同意をどうするか。これを個人が事前に全部自分で取り決めてアレンジしておく、そのような自己決定を尊重するというのが、ドイツ型の法律である。ところが、日本の場合、家族融和の生活空間のなかで、個我の主張よりも協調を重んずることに長年慣れ親しんできた個人に、いざというとき急にドイツのように事前の主体的な自己決定ないし自己主張ができるであろうか。勇み足の自己決定は日本の親族集団のなかでは、自発的に負担を引き受けようと思っている家族に戸惑いを引き起こし、かえってやる気を削ぐマイナス結果をもたらさないだろうか。状況は時々刻々変わるのに、先の状況変化を見通せないまま、個人が硬直的な自己決定をしてみても、家族内部の協調による状況即応的弾力的な扶養よりベターな結果が得られるとは言い切れない。

（４）わが国の介護現場をとりまく近時の変化 しかし一方で、日本型の家族を直撃している、最近の社会変化や倫理思潮の変化は無視しえない。すなわち、家族による前法的後見を支えてきた家族構造が、都市

化、個人主義、経済環境の悪化、離婚の急増、人口構成面での少子多老不均衡への急速な傾斜、といった時代の波のあおりを受けて、家族構造も急激に変化しつつある（とりわけ子と65才以上の高齢者が同居する同居率の減少）。家庭内で老親を扶養する人的、空間的、時間的、経済的ゆとりが失われる一方、伝統的な相互扶助を支えてきた素朴な社会倫理が弱体化し、家族の介護力も疲弊しつつある。こうした変化がどこに向かうかを見極めながら、そうした変化に対処しなければならない、という困難な状況に直面している。

わが国における成年後見制度を見舞っているこのような困難な事態については、理論研究と法実務の間に大きなズレが生じている。実務の世界では、日本の介護現場における老人虐待や後見人の権限濫用の問題に焦点をあて、焦眉の深刻な課題として対策に追われているのに、そうした事態は理論研究ではあまり真剣な検討課題として受け止められていない。私見では、こうした問題状況は、上述のような家族の激変に伴い、伝統的な日本型社会のモラルが効かなくなる局面で、一方では家族による極限までの自己犠牲的介護の疲れがたまり、他方ではそれと裏腹の関係で、親族後見人による老人虐待や権限濫用（業務上横領）が生じつつあるのではないか。そういう意味で、こうした弊害は伝統的な日本型後見が過渡期にさしかかっているコンテクストのなかで、利益コンフリクトの独特の様相として浮かび上がってきている、という捉え方が可能であろう。こうした弊害法学的分析の試みは、理論研究のなかで著しく立ち後れており、そのことも実務と理論の乖離を固定化させる要因となっているのではないか。

（５）法比較の視座 日本法をとりまく社会変化を見据えながら、視線を今回の講演のテーマであるドイツ法に移すとき、そこでも多くの考察課題が待ち受けている。ドイツにおける現行法の法的規制は一体、どういう社会構造またはその変化に対応したものであるか、ドイツの制度設計は、日本人には容易に見通しにくい、独特のタイプの濫用や弊害に目をつけてその解決を志向したものではないか、直近の最善の制度設計をもって

しても、何らかの新たな濫用が生じてくることは今後も予想せざるをえないのではないか。日本もこれからドイツ型と同じような社会構造へと変化していくのか、そうでないのか。日本の法実務で対策が叫ばれている後見人の権限濫用や老人虐待といった弊害は、本当にドイツ的法規制の中核にある本人意思の重視および自己決定尊重の理念の導入によってスムーズに解決されうるのか。超高齢化・超少子化の急速な進展という日本の現実に鑑みると、筆者としても、ドイツ的法規制がわが法にとって多少の示唆を与えうるということまで否定しようとは思わないが、少なくともドイツの法制を手本として後追いしようとする場合は、以上のような疑問と正面から取り組み、ドイツ的法規制の出発点や問題状況、さらに社会的文化的背景をできるだけ総合的に捉えることが先行課題である、と考える。

(6) ヨーロッパ追随型の研究動向への疑問 かつて筆者は、前任校の医学部倫理委員会の初代委員として、国の法律がまったく欠如している段階で脳死臓器移植を容認すべきか否かにつき、激しい議論の渦に巻き込まれた。そのときも、法と倫理の接点が議論の核心にあり、日本国民に固有の死生観や伝統的倫理とヨーロッパで支配的なキリスト教倫理との隔たりが、見えないところで解決の方向に大きな影響を与えていた — 臓器移植法施行後14年もの年月が経っても、脳死段階臓器移植手術がそれほど爆発的に伸びていないこともわれわれ慎重派の予想した通りである —。もちろん医の倫理と今回の老親扶養倫理・孝行倫理とでは多少の様相の違いは否めないが、法と倫理が複雑に交錯していて、その絡みが読めない限り解決は困難であるという点では共通である（「倫理」ということばは多義的であるが、世界観的な体系性を帯びた倫理、自律倫理、素朴な社会道德という3分法でいくと、法と対峙する倫理として重要なのは〈一般人の生活習慣に浸透している〉素朴な社会道德であり、ここでも倫理ということばをその意味で用いている）。

家庭内弱者の扶養倫理についても、医の倫理の場合とは別の意味で、やはり多層的多次元的考察が必要不可欠である。すなわち、後見法と扶養倫

理の緊張関係をめぐって、何よりも、①ヨーロッパ人の生き方とわが国の伝統的倫理の隔たり、②社会倫理の平面での思潮変化、③家族構造の変化、などの考察をベースとし、その上に、④法実務における介護現場での老人虐待や権限濫用の問題をも視野に取り込む視座のもとで、後見法と後見倫理の緊張関係に関する多次元的多眼的な考察を展開する必要があるだろう。そこでは比較法以外に、家族社会学、家族心理学、社会福祉学、法理学など、問題に関係するさまざまな学問相互の協働と連携が不可欠である。しかもそうした多次元の考察は、それらを貫通する結節線がなければバラバラの寄せ集めに終わりがねないが、そうした結節線としては、可視的な規範レベル（水面上）と規範の下部構造である利益コンフリクトの層（水面下）の間に視線を往復させる弊害法学的な方法論的観点（法規範にせよ法以前の倫理規範にせよ、社会における利益と利益の対立、弊害と弊害のコンフリクトをどのように捉え、それをどのように解決しようとしたものか、に重点をおいて考察する視点）が有効であると思われる。ともかく、多くの比較法専門文献に見られるように、かような多元的考察や現実的視座を欠いたままで、ヨーロッパ各国の法制面やその背景にある基本理念の美しさに心奪われヨーロッパ法礼讃に傾くことは、あまりにも思慮の薄い現実軽視の行き方ではないだろうか。

今回の講演をめぐる議論を1つの機縁として、わが国成年後見法制学界の主流とは異なった方向で、複眼的多層的な議論が盛り上がることを大いに期待したい。

（青井 秀夫）