慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	アルゼンチン法におけるインフォームド・コンセントの生成とその民事法的意義： 本人意思尊重のための法制度構築に向けた基礎的考察として
Sub Title	El desarrollo y significado del consentimiento informado en el derecho civil argentino : estudio acerca del respeto a la voluntad del individuo
Author	山口, 詩帆(Yamaguchi, Shiho)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2021
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.131, (2021. 12) ,p.91- 128
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20211215-0091

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

アルゼンチン法におけるインフォームド・コンセントの生成とその民事法的意義

——本人意思尊重のための法制度構築に向けた基礎的考察として——

山口詩帆

一　はじめに
㈠　問題の所在
㈡　本稿の構成
二　前史——アルゼンチン法におけるインフォームド・コンセントの立法化
㈠　特別法における生成と展開
㈡　旧民法典改正法案——人格権規定への組み入れ
㈢　小　括
三　アルゼンチン民商法典におけるインフォームド・コンセント
㈠　序　説
㈡　インフォームド・コンセントの要件
㈢　インフォームド・コンセントの効果
㈣　インフォームド・コンセントの様式・撤回・例外
四　アルゼンチン法における人格権——法的性質としての相対的処分不可能性に着目して
㈠　序　説
㈡　学会のコンクルージョン
㈢　人格権の法的性質としての相対的処分不可能性
㈣　シフエンテス＝リベーラ案
㈤　民商法典における人格権の相対的処分不可能性
五　結びに代えて

一　はじめに

㈠　問題の所在

医療は、患者と医療機関・医師とが医療契約（診療契約）を締結することによって、患者に提供される。もっとも、診療債務の内容は、契約成立の時点でただちに確定するものではなく、診察や一般的な検査等を通じて、徐々に決定されていくものである。[1] 医師の行う診療行為は、医療水準に適合するものであって、かつ、その目的が患者の疾病や負傷の治癒であったとしても、患者の身体に対する侵害となる。[2] そこで、医療契約の先にある手術等の個々の医的侵襲行為を実施するに際しては、医療契約とは別に、当該医的侵襲行為に対する患者の承諾が必要となる。

医療行為に対する患者の承諾は、患者によって自律的に選択された結果であるからこそ有効な承諾たり得る。すなわち、十分な情報を与えられることなくなされた形式的な承諾は、承諾として不完全であり、これに基づいて実施された医療行為は、正当業務行為といえず、その違法性が阻却されない。[3] このように、患者の承諾は、患者が当該医療行為の内容を理解し、そして、自らの論理に従って考えた上でなされた意思決定でなければならないところ、医療行為は高度に専門的な行為であるがために、長らく医師のパターナリズムとして指摘されてきたように、医師と患者との間には圧倒的な知識・情報の格差が存する。[4] したがって、かかる承諾の前提として、医師による十分な説明が要請されるのである。インフォームド・コンセント法理は、こうした医師の説明義務の延長線上に位置づけられる。[5]

インフォームド・コンセント法理は、周知のようにアメリカを発祥とする法理である。一九六五年に公表された唄孝一教授の論文[6]により法学領域における議論の俎上に載せられ、二〇〇〇年以降に日本の医療現場に定着したとされる。[7] その後、学説上の議論および裁判例の蓄積により、今日、インフォームド・コンセントは、協同的な医師・患者

関係によって支えられた、患者の自己決定権に根拠づけられるに至った。医療行為について、医師の専断的判断を容認せず、医師と患者との協同的な関係を望むアプローチは、医療法一条の四第二項における、「医療を提供するに当たり、適切な説明を行い、医療を受ける者の理解を得るよう努めなければならない」との規定にも表れている。

ところで、医師の説明義務は、結果回避義務としての説明義務と、承諾の有効要件としての説明義務に分類され、前者は主に医療水準を基準とするのに対し、後者は必ずしもそれに拘束されない。[8] 医療水準に達していない新しい医的侵襲行為を実施せざるを得ない場合にも、患者の承諾を得るために、医師は当該医的侵襲行為に関する説明義務を果たさなければならないためである。[9] 承諾の有効要件としての説明義務に関するわが国初期の裁判例とされる[10]東京地判昭和四六年五月一九日は、乳腺症患者の承諾を得ずになされた乳房の摘出手術について、「患者の承諾を求めるにあたつては、その前提として、病状および手術の必要性に関する医師の説明が必要であ」り、さらに、「本件のように手術の要否についての見解が分れている場合には、手術を受けるか否かについての患者の意思が――そう尊重されるべきであるから、医師は、右のような事情を患者に十分説明したうえでその承諾を得て手術をなすべきであつた」として、患者の意思尊重に資するような説明がなされなければならないことを示した。したがって、インフォームド・コンセントの観点からは、患者に提供されるべき情報の内容およびその説明の態様・程度が問題となるのである。

患者の側に目を転じると、医療行為に対する承諾が求められる場面において、しばしば、患者は有効な承諾をなし得るだけの能力、すなわち、当該医療行為およびその結果を理解し、意思決定をした上で、それを表示する能力を持たないことが想定される。その場合には、第三者がこれを代行する必要性が生じる。この点について、理論上、身体の処分行為は一身専属性を有するがために代理・代行に馴染まないにもかかわらず、実務上は、患者の周囲にいる「誰か」の承諾が必須となる。

本稿の問題意識は、患者本人が自ら有効なインフォームド・コンセントをなすことができない場面に端を発するも

のである。すなわち、本人に代わり、その承諾を誰に求めるべきなのか、そして、本人がどのような状態にあれば、代行に依らざるを得ないといえるのかという点が、法律上必ずしも明確になっていない。これは、実際の医療現場において混乱を招きかねず、また、患者本人の意思決定を担保する観点からも不都合な結果を生じさせるおそれがある。その一方で、医学の領域に対して法の介入がどこまで許容されるのかという問題がある。[11] そこで、インフォームド・コンセントができない患者への対応について検討する前提として、まずインフォームド・コンセントが法的にいかなる位置を認められているのかを明らかにしておく必要がある。

(二)　本稿の構成

上記の検討を行うにあたり、本稿では、アルゼンチン法を参照する。これは、アルゼンチンでは、二〇一四年制定の民商法典において、民法の条文としてインフォームド・コンセントが明文化されるとともに、それが新たに創設された「第一編　自然人　第三章　人格権及び一身専属的行為（Derechos y actos personalísimos）」において、他の人格権とともに体系的に規律されるに至ったことを理由とする。

その際の方法として、インフォームド・コンセントの規定のみを検討するのではなく、その条文配置にも着目する。民商法典における人格権の特徴は、旧民法典が専ら民事責任に基づく損害賠償によってその保護を図ろうとしたことの対比に見出すことができ、したがって民商法典におけるインフォームド・コンセントを把握する上では、人格権規定からの考察が重要となると考えられるためである。

以上のことから、アルゼンチン法におけるインフォームド・コンセントを検討するためには、まず、なぜこれが人格権規定の中で明文化されたのか、次に、なぜ人格権が民事責任の領域から独立して体系的に整理されたのか、という二段階の問いに答える必要があると考える。そこで、本稿は以下の構成を採る。まず、アルゼンチン法においてイ

ンフォームド・コンセントが立法化される過程を、特別法の制定と旧民法典改正法案とに分けて考察する（二）。次に、民商法典におけるインフォームド・コンセント法理について、特別法との関係を踏まえた考察を行う（三）。そして、インフォームド・コンセントが人格権規定の一条文として配置された理由について、人格権の法的性質としての相対的処分不可能性の観点から検討する（四）。最後に、上記の二つの問いに対する見解をまとめる（五）。

二　前史――アルゼンチン法におけるインフォームド・コンセントの立法化

アルゼンチンにおいて、インフォームド・コンセントに関する立法は、㈠　特別法の中で患者の権利として規定されていくという流れと、㈡　旧民法典の改正法案の中で人格権の中に取り込まれていくという流れの二つに大別することができる。

㈠　特別法における生成と展開

インフォームド・コンセントの土台となる患者の意思の尊重や情報提供義務は、アルゼンチンにおいて、特別法を始点として立法化された。例えば、一九六七年に制定された「医学及び歯科学の行使並びにその協働活動のための規則に関する法律第一七一三二号（Ley 17.132 Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y acticidad de colaboración de las mismas）」一九条三号では、医師の義務として、治療および入院の諾否について患者の意思を尊重すべきことが定められた。

また、一九九〇年には、情報提供義務のみにかかわる立法であるが、「後天性免疫不全症候群への対策のための国

家利益に関する法律第二三七九八号（Ley 23.798 Declárase de interés nacional a la lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida）」八条およびその施行規則である一九九一年のデクレト一二四四号（Decreto 1244/91 Apruébase la Reglamentación de la Ley 23.798）八条において、医師が提供すべき情報の内容として、ＨＩＶウイルスの感染・伝染の性質、感染経路および適切な援助を受ける権利が定められた。

一九九三年の「臓器及び組織の移植に関する法律第二四一九三号（Ley 24.193 Transplantes de Organos y Materiales Anatómicos）」（以下、「臓器移植法」）一三条では、ドナーおよびレシピエントならびにその親族への情報提供義務が規定された。二〇〇五年の改正により、インフォームド・コンセントが定められた。

そして、二〇〇九年に、特別法におけるインフォームド・コンセント規定のある種の完成形といえる「医療従事者及び医療機関との関係における患者の権利に関する法律第二六五二九号（Ley 26.529 Derechos del Paciente en Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud）」が制定された。同法では、医師から提案された医療行為を承諾する権利、そしてこれを拒否する権利は、(a)ないし(g)の七つの「患者の権利」を定める患者法二条の(e)において、「意思の自律」として規定された。

その後、患者法は二〇一二年に、法律第二六七四二号（Ley 26.742）およびその施行規則であるデクレト一〇八九号（Decreto 1089/2012、以下、「デクレト」）によるエポックメーキングな改正がなされた（以下、本改正を含めて「患者法」と呼ぶ。）。法律第二六七四二号による改正の主眼は、「尊厳死の権利」を導入することにあった。これに伴い、患者法二条(e)所定の「意思の自律」として、それまで規定されていた医療行為を承諾または拒否する権利に追加して、患者が一定の場合に、外科的治療もしくは人工蘇生の拒否または生命維持措置の取り外しに関する意思を表明する権利を有することを定めた。これをもって、アルゼンチン法においては、尊厳死が患者の権利として明文化されるに至ったのである。

さらに、患者法は、「インフォームド・コンセント」と題する第三章において、その定義（同法五条）、その取得に際しての医療従事者の義務（同法六条）、その様式（同法七条）、その取得が免除される場合（同法九条）、その撤回（同法十条）等を定めている。このように、医療従事者側の義務として、また、具体的な疾患・医療行為に応じて、分野を越えてなされてきた規律は、患者法によって患者の権利という枠組みの中で一応の体系化がなされた。

(二) 旧民法典改正法案――人格権規定への組み入れ

前節でみたように、アルゼンチンにおいて、インフォームド・コンセントは二〇〇九年に患者法の制定によって立法化されるに至った。一方、こうした特別法の動きと並行して、旧民法典を改正するための法案が検討され、そこでは、インフォームド・コンセントを旧民法典に取り込む方向性が示された。

アルゼンチンにおける現行の民法は、民法典と商法典が統合されたかたちを採った民商法典であるが、同法典の施行に至るまで、一八六九年にダルマシオ・ベレス・サルスフィエルドによって起草された旧民法典が効力を有していた。旧民法典は、約一四五年の歴史の中で、最も重要な改正とされる法律第一七七一一号による改正を含め、幾度も改正がなされ[12]、その他に、実際に成立することはなかったものの、現行の民商法典に大きな影響を与えた法案がある。特に、インフォームド・コンセントとの関係では、一九九三年法案および一九九八年法案が重要である。一九九三年法案において、インフォームド・コンセントを定める条文は、人格権規定の中に配置された。こうした配置は、一九九八年法案にも踏襲された。インフォームド・コンセントにかかわる条文の内容については両者で大きく変わるところはないが、後者においては、各条文に条文見出しが付されているという違いがある。両法案については本稿で再度触れるため、ここではインフォームド・コンセントに絞って条文案を取り上げて検討する。

一九九三年法案一二〇条は、何人も自らが承諾することなく医療行為を受けることはないという、インフォーム

ド・コンセントの基本原則を定めた。これは、起草委員会によって、ボリビア民法典一四条、ケベック民法典一一条およびエチオピア民法典二〇条を参考にしたことが示されている。[13] 同条文案は、一九九八年法案一一二条において、「患者の承諾」という条文見出しが付記されたこと以外は、まったく同じ文言のまま引き継がれた。

そして、一九九三年法案一二一条によれば、患者本人が行為無能力または意思表示ができない状態にある場合には、その法定代理人、配偶者、親族、アジェガード（allegado）[14] が承諾をする。これらの者を欠く場合、医師は患者が重症（mal grave）になることを避けるためであれば、承諾なしで医療行為に及ぶことができる（同条）。法定代理人等が正当な理由なく拒否する場合、裁判所の許可を要するがこれは、ケベック民法典一六条を参考にしたものであるとともに、アルゼンチン国内の判例を踏襲したものであるという。[15] 同条文案は、一九九八年法案一一三条にほぼ同じ文言で引き継がれた。[16]

一九九八年法案一一四条は、「インフォームド・コンセント」という見出しの下、承諾をする者――患者本人およびその法定代理人等――に対して情報提供がなされなければならないことを定める。これは、一九九三年法案一二二条と多少の文言の違いはあれど、[17] 同じ内容を定めていると言って良い。

㈢　小　括

上記にみるように、アルゼンチンでは、分野横断的に特別法を俯瞰した場合、患者の意思の尊重と情報提供義務の定めにおいてインフォームド・コンセントの萌芽が認められ、これらがのちに患者の権利として包括されるに至った。その一方で、旧民法典改正に係る法案においては、インフォームド・コンセントは、起草委員会が示したような比較法の成果としての側面も持ちながら、民法への定位が試みられた。

このように、アルゼンチンにおけるインフォームド・コンセントは、立法を中心に発展してきた。これは、イン

フォームド・コンセントに関しては、欧米に比して裁判所の役割は目立たず、学説が立法に重点を置いた議論を行ったためである。[18][19]

三　アルゼンチン民商法典におけるインフォームド・コンセント

㈠　序　説

民商法典五九条は、「医療行為及び医学研究のためのインフォームド・コンセント」との条文見出しの下、これにフォーカスした条文である。同条は、患者法五条に直接の淵源を有する。[20] もっとも、患者法は民商法典施行後の現在も有効である。[21] 両者の抵触については、見解が分かれているようである。例えば、民商法典は、五八条ないし六〇条を通じて「健康（salud）への権利の硬い核（núcleo duro）」、すなわち、保護の最低限を定めるものであるとして、より保護性が高い法律の適用に帰結するという見解[22]や、後法優先の原則によって解決されるとする見解がある。もっとも、医学と法学、そして何より重要な現実の生命・健康とが交錯する問題において、保護性の高低を決定するのが容易でないことは自明であろう。また、患者法やデクレトの規定と比較すると、民商法典五九条の規定は、簡素であるがゆえに抽象的にも映る。そこで、本章では、民商法典五九条を中心に、解釈上抵触する規定や補完的に機能する規定については患者法も含めて、アルゼンチン法におけるインフォームド・コンセント法理を明らかにする。

まず、民商法典五九条三項において、承諾をしない限り、患者は、「臨床的又は外科的な検査又は治療を受け得ない」ことを定める。ここに、二㈡で言及した、一九九三年法案および一九九八年法案において確立された基本原則が明文化されている。

(二) インフォームド・コンセントの要件

インフォームド・コンセントの要件とは、①承諾が十分な情報を受けた上でなされたこと、および、②患者本人が承諾能力を有することである。前者については、提供されるべき情報がいかなるものであるべきか、すなわち情報提供義務の内容が問題となる。

1　患者に提供される情報

民商法典五九条一項により、医療行為に対する患者の承諾は、(a)ないし(h)において掲げられた事柄に関する、明白、正確かつ適した情報を受けた後でなされたものでなければならない。すなわち、患者に提供されるべき情報は、(a)ないし(h)に掲げられた内容と、「明白」「正確」「適した」という情報の質とを備えたものでなければならない。

まず、患者に与えられるべき情報の内容とは、具体的には、(a)「健康状態」、(b)「提案された処置」（目的の明示を含む）、(c)「処置から期待されるメリット」、(d)「予見可能なリスク、不快感（molestias）及び有害作用（efectos adversos）」、(e)「提案された処置に関して、代替的処置並びにそのリスク、メリット及び損害（perjuicio）」、(f)「提案された処置又は明示された代替的処置の不実施から予見可能な結果」、(g)「不可逆的若しくは不治の疾患（enfermedad）を患う場合又は終末期にある若しくは同等の状況となる傷害（lesión）がある場合において、回復の見込みと比較して並外れた若しくは不釣合なものであるとき又はそれらが過度の苦痛を生じさせるとき若しくは不可逆的かつ不治の終末期における延命を唯一の効果として持つときに、外科的処置、水分、栄養若しくは人工蘇生の処置を拒否する権利又は生命維持措置の取り外しへの権利」、および、(h)「疾患又は罹病のケアのプロセスにおいて完全なターミナルケアを受ける権利」である。右の列挙事項は、(a)ないし(f)については患者法五条を踏襲したものである[23]

が、(g)および(h)は、民商法典において新しく追加されたものである。

医療行為を承諾する権利の裏面には、これを拒否する権利がある。(g)は、後者の権利を明文化した規定であり、(g)に基づく治療拒否の延長線上に(h)所定のターミナルケアを受ける権利がある。[24] 尊厳死の権利は、ターミナルケアを受ける権利と表裏一体となって保障されるものでなければならない。

次に、患者に与えられるべき情報の質についてである。まず、患者の理解を容易にするような「明白」な情報でなければならず、必要不可欠かつ具体的なデータを含めた「正確」な情報でなければならない。[25]「適した」情報とは、主観的・客観的、量的・質的および時間的な側面で考えられるもので、健康状態を認識することや、承諾を得ること、積極的な協同を得ることといった、インフォームド・コンセントの目的に即したものでなければならない。[26]

2　患者の承諾能力

承諾能力については、条文の構造上、患者本人がいかなる状態にある場合にこれがないとされるのかという観点からの検討を要する。この点について、民商法典五九条四項は、①患者本人の意思表示が絶対的に不可能であり、②事前の意思表示がなかった場合、③同人の生命又は健康（salud）について重症（mal grave）となる確実かつ差し迫ったリスクを伴う緊急（emergencia）の状況があるのであれば、第三者がインフォームド・コンセントを代行することを定める。

もっとも、この前提として、未成年者、そして限定能力者（persona con capacidad restringida）および無能力者（persona con incapacidad）――いわゆる成年後見制度の対象者――は、医療行為に関する意思決定について、別段の定めが設けられている。そこで、事理弁識能力が不十分であるとされる未成年者と成年者の類型について述べた後で、承諾能力がないとされる者について検討する。

(1)　未成年者

民商法典における未成年者とは一八歳未満の者をいい（二五条一項）、その中で一三歳以上の者は、「青年（adolescentes）」というカテゴリーに区分される（同条二項）。民商法典二六条は、未成年者が自らの身体に関する決定に参加する権利を有する（同条二項）とした上で、医療行為に関しては、一六歳という年齢を基準に別の取扱いを設けた。

一三歳以上一六歳未満の未成年者（青年）は、「非侵襲的で、健康状態を危うくせず、その生活又は身体的完全性に重大な危険を生じさせない治療に関して」単独で決定することができると推定される（同条四項）。「健康状態を危うくする侵襲的な治療の場合又は完全性若しくは生活が重大な危険にある場合、青年は、同人の父母（progenitores）の援助を伴って承諾をしなければなら」ず、紛争がある場合は、「医療行為をするかしないかの状況に関する医学的意見に基づいて、最善の利益を考慮して解決される」（同条五項）。

一六歳以上の青年については、「その身体の養護に関する決定につき、成年者とみなされる」（同条六項）。

このように、民商法典においては、未成年者の行為能力と医療行為のための能力について、前者が年齢と成熟度の二重の基準で評価されるのに対し、後者は、一三歳と一六歳という年齢のみを基準として、医療行為の侵襲性やリスクに応じた差異を設けている点に相違がみられる。[27]

(2)　成年者

民商法典における、いわゆる成年後見制度の対象となる者は、限定能力者と無能力者の二類型に分けられ、前者には支援人が、後者には保佐人が選任される。[28] もっとも、「無能力・保佐」は、本人が昏睡状態にある等例外的な場合にのみ開始される例外的な類型であるため、同制度における被保護者とは、基本的には限定能力者であるといえる。成年後見制度について、「限定能力・支援」を基軸とした制度設計は、民商法典において初めてなされ、障害者権利条約一二条が求める「意思決定支援」へのパラダイムの転換に対応しようとしたものである。[29]

民商法典三一条(d)は、限定能力者は、「理解のために適した手段及び科学技術を通じて情報を受け取る権利を有する」という一般ルールを定める。もっとも、限定能力および無能力は、行為能力に関する制度である以上、能力制限は基本的に法律行為に及ぶ。限定能力者に対する行為能力の制限がなされる場合、それは可及的に狭い範囲でなければならない。したがって、一身専属的な行為に関しては、裁判官によってなされた明示的な限定を除き、本人は能力を保有していることが推定される。[30]

裁判例においても、例えば、国家控訴裁判所民事部H小法廷二〇一六年八月三日判決では、本人BBの限定能力と支援人の選任を決定するにあたり、当該支援人に付与される代理権の範囲に、財産処分行為および管理行為や所得の管理といった財産管理に加え、「複雑な法律行為」としてインフォームド・コンセントを含めた。第一審では、すべての財産管理行為および処分行為について支援人が選任され、これについて、控訴裁判所が一部変更した事案である。[31]

「精神保健の保護の権利に関する法律第二六六五七号（Ley 26.657 Derecho a la Protección de la Salud Mental）」（以下、「精神保健法」）七条は、国家が精神疾患のある者に対して認める一六の権利を列挙する。その中で、「その配慮のための選択肢を含め、インフォームド・コンセントに関する諸規範に従い、有する権利並びに同人の健康及び処置に関するすべてのことについて、適切かつ理解できる方法で情報提供される権利」を定め、患者が理解できない場合には、その親族、後見人または法定代理人に通知される（同条(j)）。かかる規定は、限定能力または無能力の宣告をされているか否かを問わず、精神疾患者全般に適用される。[32] また、患者本人の「可能な範囲で、同人の配慮及び処置に関する意思決定をする権利」を有することが定められている（同条(k)）。

(3)　承諾能力がないとされる者

(2)に示したように、限定能力および無能力は行為能力にかかわる制度であるため、原則としてそれ自体で身上に関する意思決定は制限されないが、支援人選任の際に、裁判所で当該支援人にインフォームド・コンセントを行う権限

が付与されることがある。精神保健法では、理解できる場合という留保付きで情報提供や自己決定が権利として認められているが、その基準は明確にされていない。

それでは、患者法および民商法典では、いかなる基準が設けられているのか。まず、患者法は、①患者が無能力の場合、または、②身体的もしくは精神的状態が原因でインフォームド・コンセントをすることができない場合（同法六条二項）に、患者の承諾能力を否定する。患者法の施行規則であるデクレトは、患者が、①主治医の判断（criterio del profesional tratante）に従って意思決定をすることができない場合、②身体的もしくは精神的状態によって自らの状況を把握することができない場合（以上、デクレト五条二項）、③無能力者の場合、または、④未成年者の場合（以上、同条三項）とする。

一方、民商法典は、患者の「意思表示が絶対的に不可能な状態」にある場合である（以下、「意思表示の絶対的不可能性」とも呼称する）。

患者法およびデクレトと民商法典との相違は、第一に、無能力者であるという行為能力に係る司法手続の結果が、そのまま患者の承諾能力の有無に結び付くか否かという点と、第二に、司法上無能力ではないものの、患者が事実上の無能力の状態にある場合に、それを決定する基準に求められる。

一点目について、患者法およびデクレトよれば、患者が被保佐人である場合には、承諾能力を持たない者として、そのインフォームド・コンセントを第三者が代行することになる。旧民法典では、無能力者とは、胎児、一四歳未満の未成年者（menores impúberes）、心神喪失者および書面で意思表示できない聾唖者とされていた（旧民法典五四条）。旧民法典では、一四歳以上の未成年者（menores adultos）は、「法律が認める行為のための能力を有する」（旧民法典五五条）として、一四歳未満の未成年者とは区別されていた。もっとも、インフォームド・コンセントの文脈では、多くの場合に、一四歳以上の未成年者についても、右の四者と同様の取り扱いであったと解されている[33]。他方、民商法

典における無能力者とは、胎児、未成年者および無能力者（ただし、その決定で定められた範囲においてのみ無能力となる）である（民商法典二四条）。いずれにしても、患者法およびデクレトの構造では、民法上の行為能力がないとされた場合には、承諾能力もないとされる。

民商法典五九条は、承諾能力について、意思表示の絶対的不可能性に基づいて判断することとし、行為能力への言及がないため、両者の直接的な結び付きを切断したものと理解することができる。すなわち、民商法典の前提は、患者が、医師によって提供される情報を理解し、それに基づいて意思決定することができ、その意思を伝えることができる場合には、患者は「代理人」の関与なくして、医療行為を単独で承諾することにつき「適格である（competente）」[34]。

もっとも、間接的な結び付きは存するだろう。民商法典三二条四項によれば、裁判官が無能力宣告をし、保佐人を選任する場合とは、「例外的に、人がその環境との相互作用及びいかなる形態、手段又は様式によっても意思表示が絶対的に不可能な状態になり、かつ支援制度が役に立たない場合」である。行為能力概念としての無能力を判断する民商法典三二条四項の文言と、承諾能力を判断する五九条四項の文言とを比較すると、ともに意思表示の絶対的不可能性を基準としていることが自明である。専ら財産取引を対象とする行為能力と、身上に関する判断能力である承諾能力とは、その不十分性の観点では、当然のことながら、ベン図の重なり合う範囲で一致することがあるだろう。ここでは、両者が、文言上同一の基準を用いるとしても、等号で結ばれていない点に留意したい。

二点目について、患者が行為能力について何らの司法手続も踏んでいない状態、すなわち、患者は無能力ではないが、実際にはインフォームド・コンセントができない状態にある場合、その承諾能力の有無について、デクレトは、主治医の判断で決定することを定める。一方、民商法典では、意思表示の絶対的不可能性を決定する基準は規定されていない。この点について、デクレトの基準は、現在も有効であるとする見解がある[35]。また、本来、不可能性とは常

に絶対的なものである以上、「絶対的に不可能な状態」という文言は冗長的であるとの観点から、かかる文言に、断定的かつ決定的な不可能性、すなわち、疑念を生じさせない程度の不可能性を含意するものであるという立法担当者の意図を読み込むことによって、「絶対的」が有する性質を、患者がその意思を表示できないことを確認する医師の行為義務とする見解がある。[36] これに対する否定的な見解は、日常的な医学的実践あるいはルーティン的な医療行為についてまでも第三者による承諾の代行を過度に制約する結果になるとして、民商法典の規定を批判する。[37]

民商法典の規定が有する抽象性をいかに解釈するかについては、患者法との抵触の問題も含め、学説の議論および裁判例の蓄積を待つよりほかはない。アルゼンチンの法体系においては、憲法七五条二二号により、児童の権利条約および障害者権利条約等の人権条約が憲法と同格の地位を有するという特徴がある。[38] 現時点の私見としては、民商法典がこれらの人権条約に適合的となるよう起草されていることに鑑み、意思表示の絶対的不可能性という基準を設けることによって、意思決定の代行の場面を可及的に縮小したものと理解するにとどまる。

㈢　インフォームド・コンセントの効果

インフォームド・コンセントは、患者の身体に対する侵害たる医療行為の正当化事由であり、また、医師がこれを取得しなかった場合に責任を生じさせるため、医師は、その取得に関する立証責任を負う。[39] もちろん、承諾の前提である情報提供義務について、患者に十分な説明がなされなかったことは、それ自体で医師の民事責任を構成せず、発生した損害との間に因果関係が存することが求められる（民商法典一七三六条および一七二六条）。すなわち、十分な情報提供がなされなかったという事実により、患者が他の治療を選択する現実の可能性を奪われた場合に、適切に情報提供をしなかった医師の民事責任が問われることになる。[40]

例えば、国家控訴裁判所民事部B小法廷二〇一六年三月一六日判決[41]は、レーシック手術による後遺症について、手

術自体は何ら問題なく適正に行われており、したがって原審においてこれを理由に請求棄却され、これに対する控訴審において、専らインフォームド・コンセントが争点となった事案である。本事案における国家控訴裁判所による判示の概略は次のとおりである。医師の義務とは、「患者の身体について行う業務に関して勤勉に活動すること」および「十分な情報を患者に提供し、提案された実践に対応するインフォームド・コンセントを取得する義務を履行すること」である。そして、本件における外科的治療が勤勉な活動であったこと自体は争われておらず、インフォームド・コンセントの取得があったか否かが検討された。「医師はその手術で起こり得るリスクやメリットについての説明をせずに患者に対していかなる介入も行ってはならない」。当該医療行為を受ける患者自身が意思決定をすることができるように、然るべく説明する必要があり、「インフォームド・コンセントは、身体の処分という患者の不可侵の権利であり、すなわち自己決定」に関するものであるので、最も価値の高い人格権の行使にかかわる問題である。「インフォームド・コンセントは、医師・患者関係の基本的な一部を構成する」ものであって、その有無は、医療におけるリスクの分配において重要となる。「インフォームド・コンセントの欠如」は、患者が「外科手術を受けるかあるいはこれを拒否するか」という基本的な選択を為すことを妨げ、「医療行為を違法とするため」、医師はそれによって「生じた悪しき結果の責任を負わなければならない」。これは、自らの義務懈怠によって、「手術のリスクに単独で直面することを決めたのは、医師自身だからである」。したがって、「遺憾な症状が発現する可能性」がきわめて低いとしても、医師は、「実施された外科手術によって〔生じた〕説明されていないリスクを引き受け」、生じたすべての損害を賠償しなければならない。したがって、インフォームド・コンセントの欠如は自己決定権侵害であり、患者が治療の選択機会を失ったことによって当該医療行為は違法行為となるとして、財産的損害に基づく賠償額二五万ペソ（約一八七万円）を認容した。さらに、精神的損害（daño moral）とは、「生活における平穏及び通常のリズムが妨害されることによる、感情（sentimientos）又は正当な愛情（afecciones legítimas）への傷害（lesión）」であり、「感じ

(sentir)、欲し（querer）及び理解する（entender）ための個人の能力において、不都合な変化」をもたらすものをいうとした上で、これについて慰謝料額五万ペソ（約三七万四千円）の支払いを命じた。[42] もっとも、本件は二〇一五年施行の民商法典の適用がなかった事案である。本事案の紹介を通じては、アルゼンチン法において、医師の説明義務違反が損害賠償の問題として処理されてきたことを明らかにするにとどまり、その際の法律構成や、さらには民商法典適用後の実務の変化については、個別の分析を要する。

㈣　インフォームド・コンセントの様式・撤回・例外

民商法典五九条は、インフォームド・コンセントをなす際の様式について定めていない。すでに述べたとおり、民商法典施行後も患者法は有効なままであるため、この点ついては、患者法七条の規定が適用されると解されている。[43] 同条によれば、承諾は、原則として口頭でなされるものであるが、その例外として、入院、外科手術、侵襲的な診断および治療、人に対する予防法および治療法の研究においてリスクを伴う処置、撤回、ならびに尊厳死に関しては、書面によってなされ、署名が必要となる。

いつでも撤回が可能であるという基本原則について、民商法典五九条には規定がない。この点については、五五条が定める一身専属権の処分に関する一般ルールから導出することができ、身体に関する処分行為を規定する五六条についても同様であるとされる。[44] また、患者法一〇条の規定には、撤回について規定がある。

インフォームド・コンセントは、医療行為の正当性を担保するとともに、患者の自己決定権または自律を保障する機能を有する。もっとも、後者は、無限に許容されるわけではなく、インフォームド・コンセントを省略できる例外的な場合として、第一に、承諾を代行する者がいない状況で、医師の処置が「緊急（urgente）」かつ患者が重症（mal grave）となることを避けるためである場合、第二に、公衆衛生上の重大な危機が存する場合に、医師は、イン

フォームド・コンセントを取得せずに、医療行為に及ぶことが認められる（患者法九条）。

四　アルゼンチン法における人格権――法的性質としての相対的処分不可能性に着目して

㈠　序　説

前章で考察したインフォームド・コンセントに関する条文は、民商法典の「第一編　自然人　第三章　人格権及び一身専属的行為」に配置されている。もっとも、アルゼンチンでは、民商法典以前の旧民法典において、人格権はこのようなかたちで正面から定められてはいなかった。

旧民法典の起草者であるダルマシオ・ベレス・サルスフィエルドは、無体物が財産となり得ることを定める同法典二三一二条に次のような注釈（nota）[45][46]を付している。

> 権利というものがある。そして、財産でない最も重要な権利、すなわち自由、名誉、身体、親権等といった、属する個人の存在にその源を有するある権利がある。むろん、これらの個人的権利の侵害は、財産として賠償の理由となり得る。しかし、訴権（acción）においては個人的な〔権利〕ではない。債権において解決される外在的な財産である。そして、個人的権利が財産の事由または原因となり得るのであれば、〔個人的権利は〕それ自体で法律上の財産を構成することはないのである……[47]

このように、ベレスは、旧民法典の起草当時から、今日多くの人権条約の柱となっている自由、名誉、身体および

親権を「権利」と呼称しただけでなく、これらの権利に対する侵害が、被害者による損害賠償請求の対象となることも認めていた。[48] しかし、人格権は、民商法典のように、「自然人」の編において一章を設けるようなかたちで規定されることはなく、専ら不法行為法による救済の対象であった。

民商法典において人格権に関する規定が設けられた理由は、二つに大別できる。まず一点目としては、私法の憲法化（constitucionalización del derecho privado）あるいは民法の憲法化（constitucionalización del derecho civil）の影響が挙げられる。これは、人権条約を憲法と同等の地位に位置づけるアルゼンチン憲法七五条二二号と、民商法典の適用と解釈とが憲法およびアルゼンチンが締約国となっている人権条約に基づいてなされなければならないことを定める民商法典一条および二条とによる。民商法典の草案（Anteproyecto）に付された理由書（Fundamentos）では、「私法の憲法化」について、既存の法典の大部分が公法と私法との断定的な分裂に基づくものであることを捉えて、草案が、一般の条約、特に人権条約と、憲法ブロック全体で認められた権利に留意し、学説の大部分によって主張された憲法・公法・私法を貫く原則の共通性を確立するものであることが説明されている。民商法典における人格権規定とは、憲法および人権条約上の人権を私法領域に反映させたものであるとされる。[49] このように、民法の憲法化による最も大きな影響を受けた領域の一つが人格権である。[50]

二点目は、学説の議論と、その成果としての旧民法典改正法案である。旧民法典では、一九七五年法律第二一一七三号による改正を通じて、私生活の内密性にかかわる権利を定める一〇七一条の二が新設された。特別法に目を転じると、一九三三年に「知的所有権の法制度に関する法律第一一七二三号（Ley 11.723 Régimen Legal de la Propiedad Intelectual）」三一条ないし三五条において、肖像権が規定された。そして、一九九三年臓器移植法、二〇〇〇年「個人情報保護法（Ley 25.326 Protección de los Datos Personales）」、二〇〇九年患者法、二〇一〇年精神保健法、二〇一二年「性自認の権利に関する法律第二六七四三号（Ley 26.743 Establécese el Derecho a la Identidad de Género de las Personas）」

等といった、個別の人格権に関する立法がなされた。

特別法を通じて人格権保護が整備されていく一方で、このような立法状況は秩序や一貫性に欠けると考えられ、学説では、人格権に関する完全かつ体系的な枠組みをアルゼンチン法に取り入れる必要性が主張されたという。[51] こうした主張は、旧民法典改正法案である一九九三年法案において具体化され、一九九八年法案に引き継がれた。もっとも、これらの法案は成立しなかったため、旧民法典において人格権を体系化する構想は実現しなかった。しかしながら、民商法典の草案には大きな影響を与えた。その意味で、人格権はまさに、旧民法典改正のプロセスにおける挫折が、民商法典という新しい法典において結実した分野である。このようにして、人格権全体を貫く一般ルールを定めることの意義は、現代の科学技術の進歩に対応するためであるという。[52]

それでは、なぜ民商法典では、インフォームド・コンセントに関する定めをその中に含めるに至ったのか。これを明らかにするために、次節以下では、旧民法典改正法案と民商法典の起草に多大な影響を及ぼしたアルゼンチン私法学会（Jornadas Nacionales de Derecho Civil）[53] および州私法学会のコンクルージョンを検討する。特に、アルゼンチン私法学会は、一九六三年の設立以来、二年ごとに、三〇の公立大学および私立大学から民法、ローマ法および国際私法の研究者が参加し、法の適用に関する問題点について、立法論的解決を検討するための組織であり、アルゼンチンの私法領域の発展において重要な役割を担ってきた。そのため、これを検討することにより、当時の学説の大勢を把握することができると考える。

そこで、人格権規定としてのインフォームド・コンセントを理解する上で重要となる箇所、具体的には、インフォームド・コンセントが、患者の身体への侵害である医療行為に対する処分権の発動であることに鑑みて、人格権の処分不可能性に絞って検討する。

(二) 学会のコンクルージョン

一九六九年にコルドバ国立大学（Universidad Nacional de Córdoba）で開催された第四回民法学会（IV Congreso Nacional de Derecho Civil, IV Jornadas de Derecho Civil）は、法律第一七七一一号によってなされた旧民法典改正について分析することを目的としていた。ここでのコンクルージョンの中では、私生活の内密性にかかわる権利、肖像権および身体の処分権その他を、人としての人格の尊重に関する憲法上の原則の私法上の帰結として、民法典または特別法において定めるべきであるとした。[54]

一九八三年にブエノスアイレス州メルセデス市で開催された第二回州私法学会（II Jornadas Provinciales de Derecho Civil）[55]では、人格権に関する包括的かつ体系的な規定を、旧民法典第一編「人について」第一章第二節に組み入れることが提案された。そこでは、まず総論として、次の結論がまとめられた。民法は身体的および精神的な表れ（manifestaciones）ならびにその自由を保護すること。人格権を放棄することはできないが、法律または善良の風俗に反しない相対的処分行為は認められること。承諾は推定されず、厳格に解釈され、また代行されてはならないこと。承諾は自由に撤回することができるが、反対の法規定がある場合を除き、それによって生じた損害を賠償すること。違法な侵害を予防または即時に終了させるため、および、人格権の完全な享受を回復するために、必要な措置を司法上求めることができること。特定の条件の下で、相続人による承諾と、侵害された権利の主体によって提起された訴訟の係属については、コンクルージョンには含められているものの、数名の反対があった。

次に、各論として、次の結論がまとめられた。重大なリスクを孕む処分行為や、法律、道徳および善良の風俗に反する処分行為等を含め、一定の制限を設けた上で、身体の処分権に関する一般的な指針を定めること。承諾が代行されてはならないこと。何人もその意思に反しては研究または臨床的・外科的な治療を受け得ないこと。患者が意思表

示できない場合には、最も近い者による承諾が取得されなければならないこと。この者を欠く場合には、患者が重症（mal grave）となることを避けるためであれば、医師は承諾を取得せずに医療行為に及ぶことが認められること。

一九八三年にマル・デル・プラタ国立大学（Universidad Nacional de Mar del Plata）で開催された第九回アルゼンチン私法学会[56]では、私生活の内密性にかかわる権利に関する解釈論が展開されるとともに、立法論として、これを人格権の完全かつ体系的な規定の中に取り入れることが提案された。

以上にみたとおり、アルゼンチンの学説では、一九八三年には人格権の相対的処分不可能性と、人格権に関する体系的規律を設けることについて、ある程度固まった方向性が共有されていたことがうかがえる。

㈢　人格権の法的性質としての相対的処分不可能性

学説では、人格権の分類として、身体的人格権および精神的人格権の二つの分類以外に、三分類説として、「人の身体的な表れを保護する権利」、「人の精神的な表れを保護する権利」および「自由を保護する権利」に分ける見解[57]、「生命への権利」、（身体的完全性を含む）「身体的側面に関する権利」および（自由を含む）「精神的側面に関する権利」に分ける見解がある[58]。後者が生命への権利を身体的人格権から分離させ、独立して観念する理由は、生命がすべての前提となることを捉えて、身体的完全性が生命の下位にあることを強調するためであるという。

身体的完全性、自由、精神的完全性および個人情報の四分類説[59]に立つサントス・シフエンテス（Santos Cifuentes）は、一九七四年に出版された『人格権』の第一版において、アルゼンチンの学説で現在も通用する人格権研究を行った人物であると評価される[60][61]。アルゼンチンにおける人格権を把握する上での基礎となると考えられるため、二〇〇八年に出版された同書の第三版において記述される人格権の法的性質について、処分不可能性に対する考え方を考察する。

シフエンテスは、人格権とは、「人の内部的な表れを目的とし、固有的かつ非財産的、必要的であることによって、絶対的かつ根本的に譲渡することも処分することもできない、私的主観的かつ生来的、終生的な権利である」と定義する。[62] そして、次の一〇の性質を有するとした。[63] すなわち、①生来の権利（derechos innatos）、②終生の権利（derechos vitalicios）、③必要な権利（derechos necesarios）、④本質的な権利（derechos e senciales）、⑤対象が内部にある（el objeto es interior）権利、⑥固有の権利（derechos inherentes）、⑦非財産的権利（derechos extrapatrimoniales）、⑦相対的に処分不可能な権利（derechos relativamente indisponibles）、⑧絶対的権利（derechos absolutos）、⑨私的権利（derechos privados）、⑩独立（independencia）の権利である。

シフエンテスによれば、人格権の処分不可能性とは、終生の権利かつ固有の権利、非財産的権利であることの帰結であるが、これは相対的な性質である。[64] 処分不可能性について、具体的に、譲渡不可能性（intransmisibilidad、inenajenabilidad）、放棄不可能性（irrenunciabilidad）、差押えの対象とならない性質（inembargabilidad）、強制執行されない性質（inejecutoriedad）、非収用性（inexpropiabilidad）、時効によって消滅しない性質（imprescriptibilidad）、代位できない性質（insubrogabilidad）に分解した上で、それぞれの性質には次のような留保が存するとする。[65] 譲渡不可能性は、主体との厳格かつ密接な関係から生じるが、身体の一部を移植することは適法に認められ得る。また、商業利用できず、人について内部的かつ固有的な対象であるという特徴により、譲渡可能性についての積極的な処分の方法である差押えや強制執行、収用ができない。放棄不可能性は、人が生きている間失われたり消滅したりすることがないことを意味するが、肖像の出版や私生活への干渉等の身体的または精神的な傷害（lesión）に対して、これを承諾することができる。この場合、個人的な財産のみへの侵害であれば、かかる承諾によって可罰性が取り除かれる。これは、人格権の放棄ではなく、何らかの権限を放棄したにすぎない。

このように、アルゼンチンでは、人格権に関する著名な体系書において、臓器移植や肖像の利用といった実社会か

らの要請に目を配り、その法的性質としての相対的処分不可能性が観念されてきた。

㈣　シフエンテス＝リベーラ案

シフエンテスは、立法にも影響を与えた。一九八四年に、内務省が議会に提出する法案の原案として、シフエンテスとフリオ・セサル・リベーラ（Julio César Rivera）の両名により、「人格権の完全な規定に関する案（Anteproyecto de régimen integral de los derechos personalísimos）」[66]（以下、「シフエンテス＝リベーラ案」）が作成された。シフエンテス＝リベーラ案の基礎となったのは、㈡で述べた一九八三年にメルセデス市とマル・デル・プラタ市でそれぞれ開催された学会のコンクルージョンであり、同案は、ほぼそのままのかたちで、グスマン下院議員による *Estatuto de las libertades civiles* という立法の発議のベースとなった。[67]

同案は、旧民法典第一編第一章第二節の後に「人格権について（De los derechos personalísimos）」という見出しを付した第二節の二を設け、そこで六二条の二を新たに創設するというものであった。六二条の二の条文案は、人格権一般について、法が身体的人格権および精神的人格権に対するあらゆる侵害から人を保護し、またその自由を保護するとした上で、次のことを定めた。①放棄不可能性、②道徳、善良の風俗および法律に反しない相対的かつ部分的な処分可能性、③処分行為のための承諾は推定されず、厳格解釈され、代行され得ないこと、④承諾は生じた損害を賠償した上で自由に撤回できること、⑤無能力者の承諾はその法定代理人の承諾によって代行され得るが、適法行為の事理弁識能力を有する被代理人の同意（asentimiento）を要すること。次に、身体の処分については、何人も自らの承諾なくして医療行為を受けることはなく、自ら意思表示ができない場合には、その法定代理人、最も近い親族またはアジェガード（allegado）が代行し、これらの者を欠く場合には、医師は承諾なくして医療行為に及ぶことができる。患者または承諾を代行する者は、医療行為とその結果、治癒可能性に関して、詳細に情報提供されなければならない。

シフエンテス＝リベーラ案は、一九九三年法案の起草においても大いに参照された。これを受けて、一九九三年法案では、私生活（旧民法典一〇七一条の二）および名誉（同一〇八九条および一〇九〇条）に関する規定の再配置を課すとともに、身体的人格の保護および身体の処分行為に関する規定が組み込まれ、そして、人格権一般の体系的規律が設けられた。[68] 一九九三年法案の多くが、特にインフォームド・コンセントに関してはほぼそのままのかたちで、一九九八年法案に引き継がれた。

そして、二〇一二年に、「民法典及び商法典の改正、現代化及び統合に関する法律案を起草するための委員会（Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación）」は、理由書（Fundamentos）を付した草案（Anteproyecto）を行政府（Poder Ejecutivo）に送った。その後、これが国会に提出され、上院および下院の各議員一五名ずつによって構成された委員会（comisión bicameral）で修正が加えられたのち、法案（proyecto）は、二〇一三年一一月に上院で、二〇一四年一〇月に下院で可決され、ついに民商法典が二〇一四年一〇月に公布、翌年八月に施行されるに至る。民商法典における人格権規定――五一条ないし六一条――は、一九九八年法案を直接の淵源としたものとなっている。[69]

㈤　民商法典における人格権の相対的処分不可能性

前述のように、民商法典は、「第一編　自然人　第三章　人格権及び一身専属的行為」において、人格権に関する体系的な規定を有する。同章は、五一条ないし六一条によって構成され、その最初の条文である五一条では、「自然人は不可侵の存在であり、いかなる状況においてもその尊厳の承認への権利及び尊重を有する」として、あらゆる人格権が、尊厳の観念に基づくものであることを定める。

民商法典では、シフエンテスがその著書において示したような人格権の定義づけはなされていないが、その法的性

質としての相対的処分不可能性は、五五条および五六条において、次のとおり明文化されている。

アルゼンチン民商法典五五条【人格権の処分】人格権の処分のための承諾は、法律、道徳又は善良の風俗に反しないならば認められる。当該承諾は推定されず、限定的に解釈され、また自由に撤回することができる。

アルゼンチン民商法典五六条[70]【身体に関する処分行為】法令の規定に従い、〔本〕人の、そして例外的に他人の、健康の改善のために求められる場合を除き、その完全性の永続的な減少の原因となり、又は法律、道徳若しくは善良の風俗に反することになる身体に関する処分行為は禁止される。

〔2〕他人に移植するための器官の切除は、特別法の定めに従う。

〔3〕第一項に規定する禁止に含まれない行為のための承諾は、代行され得ず、自由に撤回することができる。

五五条は、人格権全体の一般原則として、人格権の相対的処分不可能性を明文化した規定である。[71]同条により、一身専属権の処分に関する承諾は、推定されず、限定的に解釈され、また、これを自由に撤回することができる。そのため、疑義がある場合には、承諾はなされていないものとみなされる。[72]

五六条は、身体的人格権の相対的処分不可能性のルールを拡張し、二六条、五五条、五八条、五九条および患者法とそのデクレトに従って、能力のある（competente）すべての者が、自由かつ撤回可能な意思にかかわる行為を通じて、自らの身体を処分することができる旨を定める。[73]

これに対して、インフォームド・コンセントの法的性質については、身体的完全性への権利とする見解、[74]自己決定権に由来する自由への権利であるとする見解[75]があるとされる。いずれとみるにせよ、アルゼンチン法において、人格

権の法的性質としての処分不可能性が相対的なものであると解されてきたことに鑑みれば、体系的な人格権規定を構築する際に、インフォームド・コンセントが身体にかかわる処分行為への承諾として、その中に組み入れられたことは無理なく理解することができる。そして、このようにして人格権に関する第三章で規定することの意義は、インフォームド・コンセントが人の尊厳や完全性、自律と密接な関係にあるという重要性を強調することにあるとされる。[76] あるいは、インフォームド・コンセントが、人の尊厳を保護する仕組みの具体化として位置づけられていることを示しているとされる。[77]

五　結びに代えて

アルゼンチン法におけるインフォームド・コンセントは、複数の特別法において、その基礎としての患者の意思の自律と情報提供義務とが規定されたのち、患者法によって、一応の体系化が図られた。それと並行するように、旧民法典の改正法案の中では、インフォームド・コンセントを旧民法典に組み入れる方向性が検討され、その配置は人格権規定の中になされた。そして、最終的に、インフォームド・コンセントは、民商法典の「第一編　自然人　第三章　人格権及び一身専属的行為」において明文化されるに至った。

アルゼンチンでは、旧民法典においては不法行為法以外に人格権保護の規定を持たず、不法行為法から独立したかたちでの人格権の定めは、民商法典において新しく導入されたものである。これは、人格権についても、特別法による定めが先行し、法状況が体系性を欠いたことで、学説によって、人格権全体を貫く体系的な規定を設けるべきとの要請が高まったためであった。学説の議論は、立法への影響力ある学会においてまとめられ、それが旧民法典改正法案に反映され、その成果である一九九三年法案と一九九八年法案は、旧民法典への改正としては実を結ばなかったも

のの、少なくとも人格権に関しては、民商法典における規定の原型となった。

民商法典では、なぜインフォームド・コンセントに関する条文が人格権規定の中に設けられ、そして、なぜ人格権は民事責任法のみならず「第一編　自然人」において編成されたのか。この二点について、本稿での検討を踏まえて、最後に見解をまとめる。

前者について、アルゼンチンでは、人格権の体系的な規定を設けることが本格的に議論されるようになった当初から、人格権の法的性質としての処分不可能性は、相対的なものであると把握されてきた。処分不可能性を相対的たらしめる一つの要素は承諾である。民商法典では、五五条において、一身専属権の処分に関する一般ルールを定め、続く五六条において、身体的人格権一般に関する処分行為一般について定められた。そして、その延長線上に、医療行為に対する承諾であるインフォームド・コンセントを定める五九条が配置されたのである。

後者については、第一に、「民法の憲法化」が挙げられる。これによって、憲法を頂点とした法秩序に連なる法典として、また、公法と私法との断絶を克服するという目的を果たす法典として、憲法への接近を余儀なくされた民商法典は、憲法上、あるいは人権条約上の原則である「人としての尊厳」を、人格権というかたちで反映させた。これが意味するところは、五一条においても具現化されているように思われる。

そして第二に、特別法によって混沌とした法状況に対して、民法上での体系化の要請が働いたことが挙げられる。加速度的な現代の科学技術の進歩に対して、法は後塵を拝する。もっとも、現在の法の想定を超えた新しい権利に対しても、法は対応する必要がある。それは、一方では新しい権利を包含することでもあろうし、他方では無限に広がりかねないその範囲に制限をかける機能を果たすことが期待されているのであろう。そのために、民商法典では人格権の一般ルールが定められたのである。

インフォームド・コンセントを人格権から把握することの意義は、「第三章　人格権及び一身専属的行為」が、人

としての不可侵性と尊厳に関する五一条に始まることから自明なとおり、「人としての尊厳」を認めることにあると考えられる。そうであれば、「第一編　自然人」において人格権プロパーの体系的な規定が設けられ、その中で規律されるインフォームド・コンセントとは、質的・量的に十分な情報が与えられなかったがために、自らに適した治療の選択可能性を失った患者に対して、民事責任に基づく賠償を事後的に図ることだけでなく、むしろ患者の「人としての尊厳」を事前に把握するための一つの可能性としての意味を持つのではないだろうか。その意味するところは、患者の判断能力の不足によってインフォームド・コンセントが困難となる場面において、患者本人の意思を尊重するための法整備に特に表れると考える。

医療行為に関する承諾能力は行為能力あるいは意思能力を基礎としないため、その承諾は財産管理におけるような代理構成に馴染まない。また、代理構成では、インフォームド・コンセントの性質としての一身専属性を理由に、第三者の関与を排除する帰結にもなり得る。しかし、それは究極的には医師・医療機関とその場に居合わせた家族または成年後見人等による場当たり的な対応に委ねることを意味し、現場に混乱を生じさせ、何よりも患者本人にとって最善の治療を行うという目的すらも危ういものとしかねない。したがって、適切な第三者の関与を認め、患者本人の意思を意思決定に反映させるための制度を構築する必要がある。その際、医療行為に関する意思決定の特徴の一つとして、患者本人の漠然とした意向や願望、選好の類を把握し、反映させることの重要性が挙げられる。すなわち、本人意思尊重の観点からみた医療同意とは、ある日突然同意書にサインを求められるような「点」としてではなく、日頃から本人と関わり、その意向等を把握した上で為す「プロセス」として捉えるべきものとなる。

アルゼンチンでは、インフォームド・コンセントを第三者が代行する場合とは、本稿で示したとおり、①患者本人の意思表示が絶対的に不可能であり、②事前の意思表示がなかった場合、③同人の生命又は健康（salud）について重症（mal grave）となる確実かつ差し迫ったリスクを伴う緊急（emergencia）の状況がある場合である（民商法典五九条

四項）。そして、このような場合には、法定代理人、支援人、配偶者、共同生活者、親族またはアジェガード（allegado）がインフォームド・コンセントを行うことが認められている。ここで重視されるのは、本人を熟知した人物を選ぶという視点である。そこで、医療同意は、成年後見のみならず、事前指示や家族の関与も含めて検討されるべき問題となり、アルゼンチン法の検討からは、そうした包括的なシステムの構築に関する示唆を得ることができると考える。

本稿は、患者本人が自らの身体に及ぶ医療行為に関する諾否を決定することができない状況においても、医療現場では本人を取り巻く「誰か」のインフォームド・コンセントを取得しなければならないという問題に端を発したものであった。その検討の土台を整えるために、本稿では、まず、アルゼンチン法におけるインフォームド・コンセントに関する規定の枠組みを提示した。これを足掛かりに、患者本人がインフォームド・コンセントを行う状況にない場合に、家族や成年後見人等の第三者による代行がいかに本人意思の尊重として機能するかという点を事前指示の位置づけも踏まえて検討することが今後の課題となる。隣国ブラジルでも、二〇一五年制定の障害者法（Estatuto da Pessoa com Deficiência）一一条において、医療行為に関する承諾の代行が規定されている。また、本稿で明らかとなった、第三者による代行に関する一九九三年法案一二一条について、起草委員会がその条文案の作成にあたって、ケベック民法典も参照していたという事実に鑑み、比較法の観点からさらなる考察を加える必要があろう。

［付記］ 本研究は、ＪＳＰＳ科研費 JP20J11147 の助成を受けたものです。

（1） 石外克喜編著『現代民法講義5　契約法〔改訂版〕』（法律文化社、一九九四年）三六八頁。

（2） 潮見佳男『不法行為法』（信山社、一九九九年）二〇三―二〇四頁、近江幸治『民法講義Ⅴ　契約法〔第2版〕』（成文堂、二〇〇六年）三〇一頁。

（3）加藤雅信『新民法大系Ⅴ第2版　事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、二〇〇五年）三〇八頁。

（4）医療上のパターナリズムは、常に批判の対象とされるべきではない。「すべて先生におまかせします」という患者の信頼に、医師が最善の努力をもって応えるという従来の医療慣行が、医療に良い効果を与えていたという側面は否定できない（加藤一郎「「説明と同意」についての報告」日本医師会雑誌一〇三巻四号（一九九〇年）五一八―五一九頁）。

（5）上山泰「患者の同意に関する法的諸問題」新井誠＝西山詮編『成年後見と意思能力』（日本評論社、二〇〇二年）一一五頁。

（6）唄孝一「治療行為における患者の意思と医師の説明――西ドイツにおける判例・学説――」『契約法大系Ⅶ　補巻』（有斐閣、一九六五年）六六―一四〇頁、後、同『医事法学への歩み』（岩波書店、一九七〇年）に所収。

（7）手嶋豊「インフォームド・コンセント法理の歴史と意義」甲斐克則編『インフォームド・コンセントと医事法』（信山社、二〇一〇年）五頁。

（8）野田寛『現代法律学全集58　医事法　中巻』（青林書院、一九九四年）四四〇―四四二頁。

（9）稲田龍樹「説明義務(1)」根本久編『裁判実務大系17　医療過誤訴訟法』（青林書院、一九九〇年）一九三―一九四頁。

（10）野田・前掲注（8）四四〇頁。

（11）法理の内在的分析に終始せず、医療臨床現場に即した法社会学的、法政策論的考察を加えるべきことを指摘する見解につき、吉田邦彦「近時のインフォームド・コンセント論への一疑問（一）（二・完）」民商法雑誌一一〇巻二、三号（一九九四年）。

（12）一九六八年になされた法律第一七七一一号による改正の重要性は、例えば、行為能力に係る無能力制度において顕著である。

（13）BELLUSCIO, Augusto César; BERGEL, Salvador Darío; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida Rosa; LE PERA, Sergio; RIVERA, Julio César; ESCALADA, Federico N. Videla; ZANNONI, Eduardo Antonio, *Reformas al Cidigo Civil Proyecto y notas de la Comisión designada por decreto 468-92*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 34.

（14）アジェガード（allegado）については、法律上明確な定義づけがない。レアル・アカデミア・エスパニョーラの著名なスペイン語辞書によると、「allegado」とは、「血縁関係に限らず、友情、付き合い（trato）または信頼において、近しい相互関係を有する者」とされる。

(15) BELLUSCIO, Augusto César; BERGEL, Salvador Darío; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa; LE PERA, Sergio; RIVERA, Julio César; ESCALADA, Federico N. Videla; ZANNONI, Eduardo Antonio, *op. cit.*, p. 34.

(16) 例えば、行為無能力の文言について、一九九三年法案では「incapaz de hecho」、一九九八年法案では「incapaz de ejercicio」が、また、意思表示できないことについては、それぞれ「condiciones」と「aptitud」が用いられた。

(17) 一九九八年法案では、冒頭に「Cuando los circunstancias lo aconsejan」が加えられ、「que se aplicará」が除かれている。

(18) CECCHETTO, Sergio, "Antecedentes historicos del consentimiento del paciente informado en argentina", en *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal*, 6 (1), 2001, pp. 9–10.

(19) ラテンアメリカの法的文化の一つとして、あらゆる社会関係は立法によって規律されるべきとする「法律規定主義」がある（K. L. カースト＝K. S. ロウゼン（塙浩訳）『ラテン・アメリカの法的諸制度の歴史的発展』（信山社、一九九八年）八五―八六頁）。この点については、法律さえ制定してしまえば、あらゆる問題が解決されるという側面があることが指摘される（前田美千代「ブラジルの簡易裁判所（Juizado Especial）と消費者被害の救済：ポルトアレグレ市及びサンパウロ市における聞き取り調査とともに」法学研究九一巻二号（二〇一八年）一四七頁）。そのため、本稿二の記述にも表れているように、学説の議論は、判例法理の構築よりも、立法によって新たな道を切り開くことのほうに力点が置かれたものと考えられる。

(20) LAJE, Alejandro, *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*, dirigido por Alberto, J. Bueres, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2014, vol. 1, p. 102.; AIZENBERG, Marisa, *CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL COMENTADO, ANOTADO Y CONCORDADO*, dirigido por Lidia, Garrido, Cordobera, Alejandro, Borda y Pascual, E. Alferillo, ASTREA, Buenos Aires, 2015, t. 1, p. 80.; LAMM, Eleonora, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián, 1ª ed., Infojus, Buenos Aires, 2015, t. 1, p. 142.; SAUX, Edgardo Ignacio, *Código civil y comercial de la Nación comentado*, dirigido por Ricardo, Luis, Lorenzetti, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. 1, pp. 307–308.

(21) LAMM, Eleonora, *op. cit.*, p. 143.; HOOFT, Irene, *CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO*, dirigido por Julio, César, Rivera y Graciela, Medina, La Ley, Buenos Aires, t. 1, p. 136.

(22) LAMM, Eleonora, *op. cit.*, p. 143.

（23）LAMM, Eleonora, *op. cit.*, p. 143.
（24）LAMM, Eleonora, *op. cit.*, p. 143.
（25）AIZENBERG, Marisa, *op. cit.*, p. 3.
（26）LAMM, Eleonora, *op. cit.*, p. 144.
（27）山口詩帆「『成年後見制度』から『意思決定支援制度』への転換に向けた代行決定の位置づけ」法学政治学論究第一二五号（二〇二〇年）一九二―一九三頁。
（28）詳細につき、山口詩帆「二〇一四年アルゼンチン新民商法典における『支援（apoyo）』制度――わが国の成年後見制度の改革と障害者権利条約への適合に向けて」法学政治学論究第一二一号（二〇一九年）二〇七―二四〇頁、山口・前掲注（27）一八一―二一四頁を参照。
（29）成年後見制度を障害者権利条約一二条への適合を目指した意思決定支援制度として再構築する立法は、アルゼンチンのほかにも、ラテンアメリカの複数の国で相次いでいる。ペルーについては、上山泰「法的能力」長瀬修＝川島聡『障害者権利条約の実施』（信山社、二〇一八年）、清水恵介「ペルー新法は障害者の権利擁護を果たせるか～支援制度新設の動向を踏まえて～」実践成年後見九一号（二〇二一年）七四―八〇頁を参照。コロンビアについては、犬伏由子（監修）＝山口詩帆「コロンビアにおける成年後見制度の改正」戸籍時報八〇七号一一―一八頁、犬伏由子（監修）、前田美千代（監訳）＝Ruben E. Rodriguez Samudio（監訳）、山口詩帆（訳）「コロンビア・成年障害者の法的能力の行使に関する二〇一九年法律第一九九六号（仮訳）（上）（下）」戸籍時報八〇八、八〇九号を参照。
（30）NAVARRO FLORIA, Juan G., *Los derechos personalísimos*, El Derecho, Buenos Aires, 2016, pp. 72–73.
（31）アルゼンチンでは、保佐人選任の手続について、第一審の判決が出た後五日の間、本人、仮の保佐人、検察庁（asesor de menores）が控訴することができる（アルゼンチン民事訴訟法典六三三条四項）。控訴しない場合は「コンスルタ（consulta）」という手続により、自動的に控訴審で第一審の判断に誤りがなかったかどうかを確認する（同法六三三条五項、同法二五三条の二）。アルゼンチンにおいては、民法が旧民法典から民商法典に代わった一方で、民事訴訟法典は一九六七年に制定された規定のままであるために、民商法典において新設された支援の類型が存在しないため、限定能力・支援についても、上記手続がなされているものと考えられる。このような事情もあり、民商法典の特徴として、手続を定めた条文を多く有する法典となっていることが挙げられる。

(32) TOBÍAS, José Washington, *Tratado de derecho civil: parte general*, 1° ed., La Ley, Buenos Aires, t. 2, 2018, p. 179.

(33) FRISICALE, María L.; GIROTTI BLANCO, Sofía, Decisiones por sustitución en la relación médico-paciente. Apostillas sobre la Ley 26. 529, el Decreto 1089/12 y el Nuevo Código Civil y Comercial. MJ-DOC-7008-AR | MJD7008, p. 4.

(34) FRISICALE, María L.; GIROTTI BLANCO, Sofía, *op. cit.*, p. 4.

(35) LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, "¿Quién decide? : orden de prelación para el consentimiento por representación en la legislación argentina", [en línea]. Salud, Bioética & Derecho N° 1, 2017, p. 3. Disponible en: https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/9001.

(36) FRISICALE, María L.; GIROTTI BLANCO, Sofía, *op. cit.*, p. 4.

(37) CANTAFIO, Fabio Fidel, "Las investigaciones en seres humanos y el consentimiento informado en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", SJA 2014/07/23-24; JA 2014-III. Cita Abeledo Perrot N°: AP/DOC/1028/2014, p. 12.

(38) フロレンシア・ウェゲル＝オスチ（著）、前田美千代＝山口詩帆（訳）、芳賀雅顯（監修）「アルゼンチン新民商法典における国際私法規定」法学研究九三巻四号（二〇二〇年）一七頁。

(39) NAVARRO FLORIA, Juan G., *op. cit.*, p. 77.

(40) MESA, Marcelo J. López, "Los médicos y el consentimiento informado (Necesarias precisiones sobre el tema en el marco del nuevo CCC)", en *EL DERECHO*, año 54, nro. 13. 892, 2016, pp. 2-3.

(41) Ferrero, Juan Manuel c/Instituto Oftalmológico Stefani & Asoc. S.A. s/daños y perjuicios.

(42) 本件においては、治療の選択可能性を失ったという意味での自己決定権侵害が、財産的損害として評価されている。この点、わが国では、説明義務違反による自己決定権侵害が慰謝料請求の対象となる。代表的な事案の一つである、乳がんの手術に関する未確立の乳房温存療法について医師の説明義務が争われた最高裁平成一三年一一月二七日判決の差戻後の大阪高裁平成一四年九月二六日判決では、「実施予定の手術内容の点につき、説明義務違反が認められない」。すなわち、医師は乳房を切除する手術だという説明をして患者がこれに承諾した後に、乳房切除手術の実施により、患者が乳房を失うという結果を招来したため、一連の説明と承諾のプロセスによって当該手術は適法となる。その結果、「他の術式の選択可能性についての説明義務違反」については、より抽象的な自己決定権侵害として慰謝料で救済を図るよりほかはない。一方、本件では、レーシック手術自体に関する説明が不十分であったことが認められ、当該手術の実施によって、医師が説明を怠った部

分の悪しき結果が生じた。これにより当該医療行為は違法とされ、本件では、財産的損害および精神的損害が認定された。本件においては、精神的損害に関して、自己決定権侵害が全面的に精神的苦痛として評価されたのではなく、既述のように、インフォームド・コンセントの欠如による自己決定権侵害の結果違法となった医療行為が、生活の平穏や感情等に対して与えた影響について幅広く評価されたといえる。

(43) HOOFT, Irene, *op. cit.*, p. 138.; AIZENBERG, Marisa, *op. cit.*, p. 82 も同旨。

(44) NAVARRO FLORIA, Juan G., *op. cit.*, p. 75.

(45) Nota al artículo 2312.

(46) 旧民法典では、一部の条文について起草者ベレスによる注釈（nota）が付記されていた。しかし、民商法典の草案（Anteproyecto）の理由書（Fundamentos）において、一九九八年法案と同様に、注釈（nota）を付す手法を採らないことが明らかにされている。

(47) 〔　〕内は筆者による補足である。

(48) PEREIRO DE GRIGARAVICIUS, María Delia, "Derechos y actos personalísimos en el Código Civil y Comercial de la Nación", en *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*, año 8, nro. 2, 2020, p. 244.

(49) RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte gereral*, 7ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020, t. I, p. 1101.

(50) TOBÍAS, José Washington, *op. cit.*, p. 30.

(51) RIVERA, Julio C., *op. cit.*, p. 1103.

(52) NAVARRO FLORIA, Juan G., *op. cit.*, p. 9.

(53) 一九七九年までの名称は "Jornadas de Derecho Civil" であった。

(54) IV Congreso Nacional de Derecho Civil, IV Jornadas de Derecho Civil［1969: 4º Congreso Nacional de Derecho Civil, y IV Jornadas de Derecho Civil. Universidad Nacional de Córdoba（unlp.edu.ar）］（最終アクセス日：二〇二一年八月一四日）.

(55) CIFUENTES, Santos, *Derechos Personalísimos*, 3ª ed., Editorial Astres, Buenos Aires, 2008, pp. 761–763.

(56) IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil［1983: IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Universidad Nacional de Mar del Plata（unlp.edu.ar）］（最終アクセス日：二〇二一年八月一四日）.

(57) RIVERA, Julio C., *op. cit.*, pp. 1120–1121.

(58) TOBÍAS, José Washington, *op. cit.*, p. 25.
(59) CIFUENTES, Santos, *op. cit.*, p. 213.
(60) TOBÍAS, José Washington, *op. cit.*, p. 7.
(61) シフエンテスによれば、アルゼンチンにおいて本格的な人格権の研究に取り組んだ最初の法学者は Orgaz Alfredo であるという。Orgaz は一九四六年に出版された『個人的権利（Personas individuales）』において、人格権を主観的権利（derechos subjetivos）とは考えなかった（以上、CIFUENTES, Santos, *op. cit.*, pp. 79–80）。
(62) CIFUENTES, Santos, *op. cit.*, p. 184.
(63) CIFUENTES, Santos, *op. cit.*, pp. 161–176.
(64) CIFUENTES, Santos, *op. cit.*, pp. 170–172.
(65) CIFUENTES, Santos, *op. cit.*, pp. 170–172.
(66) CIFUENTES, Santos, *op. cit.*, pp. 768–771.
(67) CIFUENTES, Santos, *op. cit.*, p. 92（125）.
(68) BELLUSCIO, Augusto César; BERGEL, Salvador Darío; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida Rosa; LE PERA, Sergio; RIVERA, Julio César; ESCALADA, Federico N. Videla; ZANNONI, Eduardo Antonio, *op. cit.*, pp. 28–29.
(69) RIVERA, Julio C., *op. cit.*, p. 1104.
(70) 〔　〕内は筆者による補足である。
(71) LAMM, Eleonora, *op. cit.*, pp. 133–134.
(72) LAMM, Eleonora, *op. cit.*, p. 134.
(73) LAMM, Eleonora, *op. cit.*, pp. 134–135.
(74) トビアスは、CIFUENTES, Santos, *op. cit.*, pp. 322–326、および、RIVERA, Julio C., *op. cit.*, pp. 1164–1171 に関して、インフォームド・コンセントが身体的完全性への権利に関する章の中で記述されていることを捉えて、両者をこのように位置づける（TOBÍAS, José Washington, *op. cit.*, pp. 158）。同様に考えると、NAVARRO FLORIA, Juan G., *op. cit.*, p. 68–78 もこの見解に与することになる。
(75) TOBÍAS, José Washington, *op. cit.*, pp. 156–181.

（76） LAMM, Eleonora, *op. cit.*, p. 142.
（77） SAUX, Edgardo Ignacio, *op. cit.*, p. 308.

山口　詩帆（やまぐち　しほ）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
日本学術振興会特別研究員（ＤＣ２）
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程
専攻領域　民法、ラテンアメリカ法
主要著作　「二〇一四年アルゼンチン新民商法典における「支援（apoyo）」制度――わが国の成年後見制度の改革と障害者権利条約への適合に向けて」『法学政治学論究』第一二一号（二〇一九年）
「「成年後見制度」から「意思決定支援制度」への転換に向けた代行決定の位置づけ」『法学政治学論究』第一二五号（二〇二〇年）
「コロンビアにおける成年後見制度の改正」『戸籍時報』第八〇七・八〇八・八〇九号（二〇二一年）