

医療同意能力がない者の医療同意代行に関する法律大綱

2011年（平成23年）12月15日

日本弁護士連合会

はじめに

当連合会は、2005年5月6日、成年後見制度に関する改善提言を發表し、その「医療同意と後見人の職務」において、判断能力を喪失した人たちが医療を受けられるようにするため、成年後見人に対し、医的侵襲を伴う医療行為（以下「医療行為」という。）の同意代行権を付与すべきであること、そのため第三者の医療同意に関する法の整備に早急に着手すべきであることを提言した。

医療同意の代行に関する制度を創設する場合、家族が代行決定をしている現状を放置あるいは無視して、成年後見人についてのみ部分的に制度化することは、医療の現場に混乱をもたらすおそれがある。したがって、家族による代行決定の法的位置付けと成年後見人の代行決定権限との関係を整理することが不可欠であり、民法の後見の事務の章に、成年後見人に対する医療同意権付与に関する規定を設けるとともに、その運用及び家族の同意権との関係は特別法で規定する必要がある。本大綱は、その特別法を提案するものである。

ところで、医療の同意の意義や医療の同意をする者がいないため判断能力を喪失した人たちが医療を受けられない実情があること等については、既に前記改善提言において示したところであるが、これらについて改めて詳論することにより本大綱の意義と法整備の必要性を明らかにしたい。

そこで、本大綱の具体的内容を示すに先立ち、以下に再度、医療同意の法的問題点を示すこととする。

1 医的侵襲を伴う医療行為の同意の意義

医療を受けることに関する決定権は、医療を受ける者が有している。医師が医療行為を行うには、医療診療契約とは別に、原則としてその具体的な医療行為につき患者から同意を得ることが必要であり、同意なくして医療行為を行うことは違法となる。医療行為の同意は、自己決定権に基づく自己の身体の法益処分として、一般には違法性阻却事由と位置付けられている。

裁判例でも、例えば札幌地裁昭和53年9月29日判決（判タ368号132頁、判時914号85頁）は、手術が適法たるためには原則として患者の治療及び入院の申込みとは別の当該手術の実施についての患者自身の承諾を得ることを

要するものと解すべく、これ無き限り違法な侵害となるとする¹。

このように同意が違法性阻却の一要素であることから、緊急時には同意がなくとも医療行為を行い得るとされる。また、同意が得られない場合でも、推定的承諾が認められる場合は同意は不要とされる。侵襲が軽微なものであり、患者がその診療行為の意味を認識し、又は当然認識すべき場合には同意は不要とされ²、当然予測される危険性の少ない軽微な身体的侵襲は医療契約と併存的に表明され、あるいは同時に黙示的に表明されているのが通常であるともされる³。

2 医療行為の同意能力

医療行為を受けることにつき同意するには、同意能力がなければならない。

ただし、医療行為の同意は法律行為とはいえない。したがって、同意能力の内容や程度は意思能力とは異なる基準で判断されることになる⁴。なお、ドイツでは、医療の同意が法律行為ではなく、一身専属的法益への侵害に対する承認であるため代理ができるかどうかにつき争いがあったが、ドイツ民法第1904条第2項は明文でこれを認めている⁵。

この同意能力の内容や程度については未だ明確な基準があるわけではなく、一般的には、その医療行為の侵襲の意味が理解でき、侵襲によってどのような結果が生ずるかを判断する能力があれば良いとされる。前掲札幌地裁昭和53年9月29日判決は、患者本人において自己の状態、当該医療行為の意義・内容及びそれに伴う危険性の程度につき認識し得る能力を備えている場合は、本人の承諾を必要とするとしている。また、「必ずしも意思能力を必要とするものではなく、当該医療行為の意味・内容及び将来の予後について理解しうる能力があれば足りる」ともされている⁶。

医療行為の同意においても必要とされる能力は、実施されるべき医療行為との関係でそれぞれ異なると考えられるので⁷、年齢で一律に線を引くことができるも

¹ 名古屋地裁昭和56年3月6日(判時1013号81頁)も同じくロボットミ手術事案で、医療は生体に対する医的侵襲であるから、これが適法となるためには患者の承諾が必要と述べ、東京地裁昭和46年5月19日判決(下民集22巻5.6号626頁,判時660号62頁)も承諾なき乳腺摘出手術につき同旨を述べる。

² 大谷實著「医療行為と法新版補正第二版」(弘文堂1999年85頁)

³ 新井誠/西山詮編「成年後見と意思能力」所収-上山泰著「患者の同意に関する法的問題点」(日本評論社2002年122頁)

⁴ 大谷實著「精神保健福祉法講義」(成文堂1997年67頁)

⁵ H・ベーム/A・レースルマイヤー/H・レルヒ/K・ヴァイス著、日本社会福祉士会編訳、新井誠監訳「ドイツ成年後見ハンドブック」(劉草書房2000年22頁)

⁶ 大谷實著「精神保健福祉法講義」(成文堂1997年67頁)

⁷ 法と精神医療学会編「法と精神医療第17号」所収-丸山英二著「カルテ開示とインフォームドコンセントの法律問題」(成文堂2003年94頁)・新井誠/西山詮編『成年後見と意思能力』所収-林美紀著「医療における意思能力と意思決定」(日本評論社2002年235頁)・トマス・グリツノ/ポール・S・アップ

のではない。軽微な医療の場合は、より低年齢相当の能力でも同意能力がある。ドイツ世話法の下でも、各検査、各治療行為及び各侵襲ごとに、個別的に判断の対象となるとされている⁸。なお、イギリスの判例法理では、さらに具体的に、同意能力とは、その治療が何であるか、その性質と目的、なぜその治療が提案されているのかについて単純な言葉で理解すること、その治療の主たる利点、危険性及びそれ以外の治療法を理解すること、その治療を受けないとどうなるかを大まかに理解すること、情報を保持し、それを利用しかつ比較考量して意思決定に到達することができる能力であるとされている⁹。

3 同意の代行について

しかし、同意する能力がない者に関しては、患者本人による同意が受けられない。このため、どのような要件の下であれば、本人の同意がなくとも医療行為を行い得るかを明確にする必要がある。

同意の代行について、刑法上の議論では、本人に承諾能力がないときは配偶者、保護者の承諾を得て医学上一般に承認されている方法により医療行為がなされれば違法性は阻却されるといわれている¹⁰。

また民法上も、医療行為については、本人又はそれに代わるべき者の同意があれば違法性が阻却されると論じられる¹¹。

さらに、後に述べるように、高度の医療の必要性があるが、本人に同意能力がなかったり、本人に同意を求めることが不相当であるときには、本人の同意を得なくとも家族の同意等の代替的手続きをとることにより正当化される場合もあるとされる。

この点について、日本医師会生命倫理懇談会「説明と同意についての報告」(1990年1月9日)は、説明を受けて同意するだけの判断能力がない場合は、「患者に代わって同意するのに最も適当な最近親者、たとえば配偶者、父母、同居の子などに説明をして、本人に代わっての同意を求めることになる」としている¹²。

4 同意能力がない未成年者への医療行為

ルボーム著、北村總子/北村俊則訳「治療に同意する能力を測定する」(日本評論社2000年21頁)

⁸ H・ベーム/A・レースルマイヤー/H・レルヒ/K・ヴァイス著、日本社会福祉士会編訳/新井誠監訳「ドイツ成年後見ハンドブック」(劉草書房2000年66頁)

⁹ 英国医師協会著、日本社会福祉士会編訳、新井誠監訳「イギリス成年後見ハンドブック(Assessment of Mental Capacity)」(劉草書房2005年122頁)

¹⁰ 福田平著「注釈刑法(2)の」(有斐閣1974年117頁)・団藤重光著「刑法綱要総論」(創文社1971年157頁)。

¹¹ 加藤一郎編「注釈民法(19)」(有斐閣1973年143頁)・加藤一郎著「不法行為」法律学全集(有斐閣1971年139頁)・「医事判例百選」新美育文執筆部分(有斐閣1976年82頁)

¹² 「資料集・生命倫理と法」太陽出版2003年2月20日所収

未成年者も同意能力がある者となない者とに分けられる。そして、同意能力がない未成年者の場合は、親権者あるいは未成年後見人が、未成年者に代わって同意することができる。その根拠は、親権の本質や子の監護権を定めた民法第820条に求められ、子の保護を必要とする範囲で、親権者、未成年後見人らは子の身体に対する侵害に同意できるとされている。

この点 最高裁昭和56年6月19日第2小法廷判決(判時1011号54頁,判タ447号78頁)は、同意権者から同意を得る必要があることを前提として、10歳の児童に対する頭蓋骨陥没骨折手術に関し、「傷害を受けた患者の開頭手術を行う医師には、右手術の内容及びこれに伴う危険性を患者又はその法定代理人に対して説明する義務がある」とするほか、多くの裁判例が法定代理人たる者に説明し同意を得ることが必要としている。また、学説等においても、大谷實・前掲「医療行為と法新版補正第二版」(86頁)は、同意の代理が重要であるとして、未成年者の保護が必要となる限りで法定代理人が同意できるとする。前田達明外編・前掲「医事法」(256頁)、水野邦夫「患者の自己決定権とその限界」(前掲47頁)も同旨である。

5 同意能力がない成年者への医療行為

(1) 家族による同意

成年者についても、同意能力を喪失したときは、家族から同意を得るのが臨床での運用となっている¹³。

裁判例では、東京地裁平成元年4月18日判決(判時1347号62頁)が、判断能力が不十分で、脳血管造影のように患者の精神的緊張が症状に悪影響を及ぼすときは、特別の関係にある患者の近親者に対する説明とその承諾があれば、患者に説明しなくとも説明義務を懈怠したことになるとする。千葉地裁平成12年6月30日判決(判タ1034号177頁)も、精神科医が患者に病名を告知しないで投薬した行為について、保護者的立場にあって信用のおける家族に説明をすれば医師法第20条の禁止行為には当たらず、違法性を欠くと判断している¹⁴。これらは、医療の同意が違法性阻却事由であることから、当該医療行為には社会的相当性があり、違法性がないと判断しているものと考

¹³ 日本医師会生命倫理懇談会「説明と同意についての報告」・年報医事法学第15号所収・塚本泰司著「臨床現場における意思決定の代行」(日本評論社2000年38頁)・宮本恒彦編著「実践インフォームドコンセント」(永井書店2003年99頁)等

¹⁴ 「実践成年後見No.35」所収・岩志和一郎「医療同意システムのあり方」(民事法研究会2010年86頁)は、直接的判例こそ少ないが、早くから患者本人が「医師の説明を理解し、治療を受けるか否かの判断能力を有する場合には、患者本人の同意が必要であって、近親者の同意では足りない」(名古屋地裁昭56.3.6判時1013.81)とされていることの裏返しとして、患者に同意能力がない場合には、家族・近親者の同意で足りると考えられてきたとする。

えられる。

なお、最高裁平成14年9月24日第3小法廷判決(判時1803号28頁)は、末期癌患者本人に告知することが相当でない場合には、診療契約に付随する義務として、連絡の容易な家族に連絡をとり、家族への告知の適否を検討し、告知が相当であるときは告知の義務を負うと判示した。これは癌を告知せず、積極的な医療行為を行わなかったという事案であり、医療行為を行うことに対する同意が問題となったものではないが、医療に関して家族の役割を積極的に承認する判決である。そして、この論理に基づくならば、当該家族に説明した後は積極的な医療行為を行うことが認められることになる。

(2) 家族の同意の根拠

しかしながら、家族が同意すれば何故に違法性がなくなるのか、同意をなし得る家族とはどのような親族をいうのか、また家族間に対立があったらどうなるのかということについては、未だ明確にはされていない。むしろ、家族ということだけで本人に代わって同意できるとすることについては、疑問視する見解も多い¹⁵。

もとより、家族というだけでは、法定代理人でもなく、しかも医療行為の同意は法律行為ではなく一身専属性も強いと考えられるのであるから、例え法定代理権があるとしても、当然に代理できることにはならない。

しかし、同意能力がない成年者に関し、治療の高度の必要性があるときに、本人の意思を推測しかつ本人の最善の利益を図り得る立場にある家族に説明してその同意を得るならば、社会的相当性ということから違法性がなくなる場合があることは肯定されて良い。

しかしながら、それは個別具体的な状況の下での判断であり、臨床で行われているように当然に家族が代行決定権を持つということではない。したがって、その同意をなし得る家族の範囲を明確にすることは容易ではなく、家族、親族の範囲をあまりに広げるのは相当ではない。家族であるということだけでは、相互の権利を代行できる関係にはなく、医療の同意に関しても何らかの権限を有するわけでもないからである。もとより本人と交流のない遠い親族が同意したからとしても、社会的相当性の評価が得られることはあり得ない。

このため、どのような家族であれば同意の代行が認められるのかを明確にす

¹⁵ 新井誠/西山詮編「成年後見と意思能力」所収 - 上山泰著「患者の同意に関する法的問題点」(日本評論社2002年132頁)以下。岡林伸幸・前記最高裁平成14年9月24日判決「判例評論534号」(判例時報1821号180頁)。

べきであり、そのための法整備が必要であると提唱されることになる¹⁶。現状の混乱を考えると、法整備の必要性は明らかというべきである。

しかしながら、本人を保護する地位にあり、かつ本人の意思を推測することができる関係にある親族には代行決定権を与えても良いであろうが、その範囲を定める基準については、家族の利益を優先させることにつながる恐れがないかどうか、慎重な検討が必要である。

6 成年後見人等と医療の同意権

それでは家族のいない者については、どうすれば良いのか。

医療の同意を厳密に受け止め、同意がない以上医療行為はできないとして積極的な医療行為を止めてしまうという事態が生じている。「痴呆性高齢者の権利擁護に関する医学・法学研究会」¹⁷が2003年10月31日に発表した「同意能力低下患者に対する医療行為の同意取得に関する調査」によると、3,200名の医師に対して同様の事例につき手術をするか否かアンケート調査をしたところ、回答者643名中44%の医師が「手術はしない」と回答している。

これでは、家族がいない同意能力喪失者は、適切な医療を受けることができないことになる。そのため、同意能力がない者の医療行為につき、病院内の倫理委員会に代行決定を求めたり、代行判断者の選任を求めるといった動きも出始めている。厚生労働省が、2007年5月21日に発表した「終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン」で、患者の意思が確認できず、家族もいない等の場合の医療行為につき、医療・ケアチームがその判断で、患者にとって最善の治療方針をとることとするとしているのもその流れにある。

しかし、終末期医療でもなく、また医療・ケアチームも編成できない場合については、何ら対処方法は定められていない。

医療同意能力のない者の多くは、成年後見に該当する者である。これらの者に成年後見が開始した場合には、成年後見人が本人の利益を擁護すべき立場に就く。このため、臨床の現場では、家族がいない成年被後見人等に第三者後見人が就いている場合には、成年後見人が同意を求められている。現場からの報告では、予防注射、胃潰瘍、胃ろう手術、経管栄養、足の切断、骨折の手術治療などで成年後見人が同意を求められた例が報告されている¹⁸。治療を必要とする本人を目の前にして、同意権がない以上医療行為を受けられないのもやむを得ないという対応

¹⁶ 唄孝一／石川稔編「家族と医療」所収 - 石川稔「医療における代行判断の法理と家族」（弘文堂1995年61頁）

¹⁷ 座長：新井誠筑波大学大学院教授・齊藤正彦慶成会老年学研究所主任研究員（当時）

¹⁸ 「実践成年後見No.16」所収 - 寺沢知子「医療現場における成年後見人の同意の実際」（民事法研究会

はとれるものではない。大阪弁護士会高齢者・障害者総合支援センター編「成年後見人の実務」¹⁹が、状況に応じて同意することもあり得るとしているのも、2004年1月発行の千葉家庭裁判所「成年後見人のしおり」が、「親族がいない場合、親族からの協力が得られない場合、緊急を要する場合、病院が特に求める場合には救命に必要な医療措置として手術や治療への同意を求められたならば、後見人がその権限に基づいて、同意したり、同意書を書くことは差し支えないと考えられます」と説明しているのも（2011年4月発行版も同一）その間の事情を示している。

しかしながら、通説では、成年後見人には未成年後見人に認められるような医療の同意権はないとされている。成年後見制度改正の際の議論では、同意権者、同意の根拠、限界等について社会一般のコンセンサスが得られていない状況の下では未だ時期尚早であるため、医療の同意の問題は「本人の判断能力に問題のある場合の第三者の決定・同意全般に関する問題として、医療の倫理に関する医療専門家等の十分な議論を経た上で、将来の時間をかけた検討に基づいて慎重に立法の要否・適否を判断すべき事柄である」るので、当面は緊急避難等の一般原則に委ねるべきであるとされた²⁰。

ただし、成年後見人には療養看護に関する職務があり（民法第858条）、本人のために医療契約を締結する権限が与えられ、契約締結後の医療の履行を監視する義務が存することを考えれば、生命身体に危険性の少ない軽微な医療行為については成年後見人に代行決定権があると解する見解もあり²¹、このような考え方が増えつつある。

7 諸外国の立法例

同意能力がない成年者の医療同意に関する法制としては、ドイツとアメリカ、イギリスが対照的なものとなっている。

(1) ドイツ世話法

ドイツ法制の下では、家族というだけでは医療行為の同意代行をすることは認めない。他方、あらかじめ本人が同意に関する代理人を定めれば、その者が

2006年29頁以下)

¹⁹ 大阪弁護士協同組合発行2003年47頁

²⁰ 法務省民事局参事官室「成年後見制度の改正に関する要綱試案の解説 - 要綱試案・概要・補足説明」1998年4月14日49頁

²¹ 新井誠編「成年後見と医療行為」所収 - 上山泰「医療行為に関する成年後見人等の権限と機能」（日本評論社85頁）・「実践成年後見No.16」所収 - 床谷文雄「医療同意シンポジウムから考えるわが国の医療同意の方向性」（民事法研究会2006年70頁）・四宮和夫/能見善久著「法律学講座双書 民法総則」（弘文堂2003年64頁）は、特に限定をつけず、生活・療養看護の義務に対応して、手術などについての意思決定もできると考えるべきであろうという。

代行決定権を持つ²²。その代理人がない場合は、世話人の同意を得なければならない。ドイツ世話法制の下では、世話人に一般的な医療の同意権が与えられ、被世話人がその措置によって死亡するおそれのある場合や重大かつ長期に及ぶ健康上の障害を被るおそれのある場合などについては、同意を後見裁判所の許可にかからせるという制度となっている（ドイツ民法第1904条）。同意能力がない成年者で世話人が付されていない場合には、本人の申立て又は職権により世話人を選任し、その同意を得なければならないとされている²³。

(2) アメリカ合衆国

アメリカにおいては、代行決定が広く認められており、身上後見人が広範な医療の代行決定権を持つ²⁴。持続的代理制度や統一医療ケア決定法を定めている州では、これに基づき医療同意に関する権限を代理人に授権することができる（ただし、授権の範囲は無制限ではない。）。

また、ドイツと異なり、持続的代理人も後見人もいない場合には家族の代行権が認められている。これは多くの判例上で認められており²⁵、また制定法で家族の同意代行権を定める州もある。さらに、終末期医療を対象とする「家族同意法」を定める州も増加しつつある。家族同意法により同意権を持つ家族は、配偶者、成年の子、親、成年の兄弟姉妹の順である。

アメリカ法で注目すべきは、統一医療ケア決定法である。アメリカでは州により制度が異なるところから、その抵触が生じやすいため、1993年に法統一委員会で承認され、カリフォルニア州をはじめとして7州が採択している²⁶。

同法では、延命治療の停止も含めた医療に関する決定権を代理人に授権できるとし、この代理者の権限は後見人のそれより優先する。また代理人が定められていない場合や代理人が正当な理由により決定権限を行使できない場合には、

²² ドイツ民法1904条2項，H・ベーム/A・レースルマイヤー/H・レルヒ/K・ヴァイス著，日本社会福祉士会編訳，新井誠監訳「ドイツ成年後見ハンドブック」（劉草書房2000年22頁）

²³ 前掲「ドイツ成年後見法ハンドブック」66頁以下・田山輝明著「続・成年後見法制の研究」（成文堂2002年350頁以下）・唄孝一/石川稔編「家族と医療」所収 - 岩志和一郎「ドイツの世話制度と医療上の処置に対する同意」（弘文堂1995年217頁以下）・「実践成年後見No.16」所収 - 黒田美亜紀「ドイツの医療同意システム」（民事法研究会2006年59頁以下）

²⁴ 日本成年後見法学会編「成年後見法研究第3号」所収 - デイヴィッド・イングリッシュ著，中村昌美訳「意思能力喪失者に対するヘルスケアの判断 - アメリカ各州における立法動向」（民事法研究会87頁）・ジムニー/グロスパーグ著，日本社会福祉士会編訳，新井誠監訳「アメリカ成年後見ハンドブック」（劉草書房2002年8頁，25頁）・新井誠/西山詮編「成年後見と意思能力」所収 - 林美紀「医療における意思能力と意思決定」（日本評論社230頁）・丸山英二「意思決定能力を欠く患者に対する医療とアメリカ法」（法律時報67巻10号13頁）・前掲「家族と医療」所収 - 石川稔「医療における代行判断の法理と家族」48頁以下

²⁵ 前掲「家族と医療」所収 - 唄孝一「家族と医療・序説 - 個の再生産と種の再生産」21頁以下参照

²⁶ デイヴィッド・イングリッシュ著の前掲書

一般原則に従うとして、その順位を配偶者、成年の子、両親、兄弟姉妹とする。代理人による決定の基準は、本人の意思と本人の価値観や最善の利益である。

(3) イギリス

これらに対しイギリスでは、判例上、同意能力がない者については医師の判断で医療行為を実施できるとされている²⁷。ただし、その能力を欠く者への治療が肯定されるには、必要性の原則に従うことが要求され、第1に行動する何らかの必然性、第2に本人の最善の利益とならねばならないとされる。最善の利益については、最善の医療利益にとどまらず、より広い感情的、社会的かつ福祉的な配慮を含むとされ、患者や本人が有能力の時の価値観や好み、本人の幸福、生活の質、家族やその他の介護者との関係、宗教的安寧並びに家族自身の財政上の利益をも考慮しなければならないと判示した裁判例がある²⁸。

またイギリスでは、2005年4月、意思能力法（Mental Capacity Act）が制定され（2007年10月施行）、判断能力喪失者に関する永続的代理権制度において、医療行為に関する代理を認めるとともに、延命治療を拒否する事前決定制度も規定した。コモン・ローでは、能力のある成人には医療措置を事前に拒否する法的権利があるとされていたが、これについてセーフガードをつけた上で、成文化したものである²⁹。

(4) その他

「ヨーロッパにおける患者の権利の促進に関する宣言」³⁰は、「患者は誰であれ、自分に代わって情報を知らされる者を選任する権利を有する」とし、「法定代理人がコンセントを与えることを拒否し、かつ医師その他の提供者がその医療行為が患者の利益となるとの意見である場合には、その決定は何らかの仲裁機関に付託されなければならない」とする。「患者の権利に関するリスボン宣言」³¹も、法的に無能力な患者の項で、「(a)患者が未成年者もしくはその他の理由により法的に無能力である場合には、法律により法定代理人が定められているときはその者の同意を要する。(c)患者の法定代理人もしくは患者から権限を与えられた者が、医師の意見によれば患者にとって最善と判断される処置

²⁷ 英国医師協会著、日本社会福祉士会編訳、新井誠監訳「イギリス成年後見ハンドブック（Assessment of Mental Capacity）」（劉草書房2005年125頁以下）・新美育文「イギリスにおける意思決定の代行」（法律時報67巻10号24頁以下）

²⁸ 前掲「イギリス成年後見ハンドブック」（126頁）

²⁹ 新井誠監訳、紺野包子訳「イギリス2005年意思能力法・行動指針」（民事法研究会）・「実践成年後見No.18」所収 - 菅富美枝「英国・新成年後見制度の一考察 - わが国における任意後見活性化の手がかりとして -」（民事法研究会2006年87頁）

³⁰ WHO患者の権利に関するヨーロッパ会議1994年3月

³¹ 世界医師会1981年9 - 10月採択、1995年9月修正

を禁じた場合、医師は、適切な司法機関その他の検証を求めなければならない。」とする。「生物学及び医学の適用における人権と人間の尊厳の擁護に関する条約」³²は、その第6条第3項で、「精神障害、疾病その他の理由のため、法律の定めにより成人が医療の侵襲的行為に同意する能力がない場合には、侵襲行為は本人の親族もしくは法律によって規定された代理人又は代理機関の授権がある場合にのみなし得る。」としている³³。

8 判断能力喪失者に関する医療同意に関する法の提言

現実には医療を必要とする者が、同意する者がないがゆえに医療を受けられないという事態を放置することはできない。また、数々の判例上、同意の重要性が指摘されながら、本人に同意能力がない場合、誰から同意を得るべきかが不明確なため、混乱がもたらされていることも看過し得ない。

しかし、この場合に医師を決定者とすることは、侵襲を行う者に侵襲を受ける者の立場で判断をさせるものであり、医師に対して過大な責任を負わせることになるとともに、過度の濃密医療や評価の定まっていない医療、実験医療などが濫用的に行われるおそれも生じ得る。また、医療・ケアチームに判断させるというのも医療を提供する側の決定という問題がある上、軽微な医療や通常の医療についてすべて医療・ケアチームに判断を求めるというのも、現実的ではない。

2000年の成年後見制度の改正においては、高齢社会にふさわしい信頼できる成年後見制度の創設が課題とされ、同時に成年後見人等が身上監護、医療の同意などの職務を担うことが期待された³⁴。この改正では、身上監護義務が明文化されることはなかったが、身上配慮義務が定められ、また市町村長の申立権が福祉関係法で制度化されることにより（老人福祉法第32条、知的障害者福祉法第28条、精神保健福祉法第51条の11の2）、成年後見制度が福祉の一翼を担う制度としても認識され、成年後見人等に対する期待が広がった。社会福祉関係者が成年後見人等に選任されるようになったこともそれを示している³⁵。前述の「痴呆症（当時）高齢者の権利擁護に関する医学・法学会」の「同意能力低下患者に対する医療行為の同意取得に関する調査」の結果では、回答者の86%の医師が成年後見人に対して同意権を与えることを肯定している。また、宮田裕章・白石弘巳外「痴呆性高齢者の治療決定における成年後見制度、事前計画の適

³² 欧州評議会閣僚理事会採択1996年11月19日

³³ 資料集生命倫理と法編集委員会編「資料集・生命倫理と法」（太陽出版2002年）。患者の権利オンブズマン編「Q&A医療・福祉と患者の権利」資料編（明石書店2002年）等所収。

³⁴ ジュリストNo.1055所収 額田洋一「成年後見法制定要綱『私案』」有斐閣1994年104頁等

³⁵ 日本社会福祉士会の成年後見センター「ばあとなあ」は家庭裁判所に成年後見人等の候補者を多数推薦している。

用可能性」³⁶で報告されている特別養護老人ホームに対する調査では、単身者や家族の協力が得られない認知症高齢者の医療の代諾者として成年後見人をあげた者が57.3%に達したという。現在では、成年後見人等に医療同意の代行決定権を付与することに社会的コンセンサスが得られているといえるであろう。

そこで、当連合会は、医療同意能力がない者の医療同意に関する法大綱を定め、早期の法整備を求めるものである。

なお、同意に関する制度においては、代行決定者としての家族と成年後見人等の関係を整理することが不可欠である。現実には家族が代行決定している事実を放置して、成年後見人についてのみ部分的に制度化することは、医療の現場に混乱をもたらすおそれがあるからである。

他方、自己決定権重視の観点から、代行決定者選任の制度化も必要である。

また、この大綱は本人の同意権の代行を前提としている。身体の処分ともなる侵襲に対する同意については、第三者に独自の同意権を付与することは適当ではないと考えるからである。

そして、ここで提言しているのは、あくまでも治療行為を行うことに関する制度である。不妊手術や開始した延命医療の中止等についてはさらに慎重な検討が必要である。

医療同意能力がない者の医療同意代行に関する法律大綱（案）

第1 目的

この法律は、医的侵襲を伴う医療行為（以下「医療行為」という。）を受けることに同意する能力を欠く成年者が医療行為を適切に受けるための同意の代行及びこれに必要な事項を定めることにより、同意能力を欠く成年者の適切な医療行為を受け権利を保障することを目的とする。

【趣旨・説明】

患者の身体への医療行為については、これに対する患者の同意が必要である。この同意は、自己決定権に基づき医療について決定し、自己の身体の法益を処分するものとして、侵襲行為の違法性を阻却する事由と位置付けられている。この大綱が示す同意代行制度は、医療行為を受けるに当たり、自己決定権に基づく違法性阻却事由としての本人の同意を代行することに関するものであり、代行の法的効果も、本人が同意したと同一の効果をもたらすものである。なお、この同意は違法性阻却

³⁶ 臨床精神医学33巻9号（アークメディア2004年）1239頁以下

事由であるから，緊急性がある場合には緊急避難等の法理に従い，同意を要しないことはいうまでもない。

この大綱が示す同意代行制度は，同意能力を喪失した患者が適切な医療を受けられるようにすることを目的とするものであることを明示した。これは不妊手術や開始した延命医療の中止等は対象としないとの趣旨でもある。

第2 同意能力の定義

「同意能力」とは，疾患及び傷病の治療を目的とする医療行為を受ける成年者（以下「本人」という。）が，自己の状態並びに当該医的侵襲の性質，意義，内容及び効果並びに当該医的侵襲に伴う危険性の程度につき認識し得る能力をいう。

【趣旨・説明】

侵襲性を伴う医療行為を受けることに同意するには，自己の身体の法益処分という観点から，提案されている医療行為の意味及び効果並びにその危険性を理解し，判断できる能力が必要であり，これを同意能力と定義した。同意能力の程度は，医療行為の内容に従い相対的なものである。なお，疾患及び傷病の治療を目的とするとの限定を付したのは，延命医療の中止や不妊及び去勢術を除外する趣旨である。

第3 同意代行者

- 1 本人が同意能力を欠くときは，第4の規定に従い，本章に定める同意代行者は本人に対する医療行為につき同意権（以下「同意」という。）を代行することができるものとする。
- 2 意思能力がある本人は，同意代行者を選任することができるものとする。
選任された同意代行者の職務の終了については，民法第651条第1項並びに653条第1号及び第3号を準用する。
- 3 前項の同意代行者の選任，解任及び辞任は，公証人の認証ある書面によらなければならない。
- 4 本人が同意代行者を選任していないとき，又は第2項によって選任された同意代行者が同意権の代行を行うことができず，若しくは第8項の規定に該当することとなったときは，以下の者が以下の順に従って同意代行者となる。
 - 一 家庭裁判所の審判により医療行為の同意権限を付与された成年後見人
 - 二 配偶者（婚姻の届出をしないが，事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含む。）
 - 三 成年の子

四 親

五 兄弟姉妹

5 家庭裁判所は、本人の保護のために特に必要があると認めるときは、前項第二号から第五号までに掲げる者の請求により、その者の間の順位を変更することができる。

6 第4項の同順位の者が複数存在するときは、同順位者間の協議により同意代行者を1名定める。

同順位者間の協議で定めることができないときは、同順位者は、家庭裁判所に対して前号の同意代行者の選任を請求することができ、その請求により家庭裁判所がこれを定めることができる。

7 家庭裁判所は、第4項の同意代行者のいずれもないときは、本人又は四親等内の親族の請求により、四親等内の親族の中から、同意代行者を定めることができる。

8 次に掲げる者は、第2項及び第4項の同意代行者となることができない。

一 未成年者

二 家庭裁判所で免ぜられた法定代理人、保佐人又は補助人

三 行方の知れない者

四 不正な行為、著しい不行跡、その他同意代行者の任務に適しない事由がある者

【趣旨・説明】

本人が同意能力を欠く場合の同意代行者を定めたものである。

1 同意代行者選任制度の創設

医療の同意は法律行為ではなく、また一身専属性が強い行為であるため、現行の代理制度では、任意代理人にこの同意権を授権することはできず、したがって、任意後見制度により医療同意権を授権することもできない。

しかし、自己の信頼する者に医療行為の同意権を委ねて、判断能力喪失後も適切な医療を受けたいという本人の希望については、自己決定権の尊重の観点から、認めるべきであると考えられるので、同意代行者選任制度を新設した（第2項1号）。

この同意代行者選任行為は、準委任と考えられるので、その意思能力が必要となる（第2項1号）。

同意代行者による同意は、あくまで本人の同意権の代行であるから、本人が同意代行者を選任するときは、その選任された代行者が最優先順位者となるものと

する（第4項）。

なお、この選任は準委任と解されるので、終了事由について、民法第651条第1項及び第653条が準用されることとなるが、同法第653条第2号の破産手続開始決定については、医療の同意を代行するにつき支障とする必要がないため、同法第1号及び第3号のみを準用することとした。

また、任意の同意代行者の選任、解任が真に本人の決定によるものであることを担保し、また辞任の事実を明確にするため、公証人の認証ある書面によることを求めることとした（第3項）。これは、選任に公証人が関与することを求める趣旨であるので、任意後見契約において代行者の選任を授権することもできるとすべきである。したがって、その旨、任意後見契約に関する法律の改正も必要となる。

2 法定同意代行者

任意の同意代行者がないときや欠けたときのために、法定の同意代行者を定めた（第4項）。成年後見人は成年被後見人の療養看護に関する職務を行うものであるので、同意を代行する者として相当と考えられることから、成年後見人を同意代行者とした。

しかし、医療行為の同意は、本人の身体に重大な影響を与え、かつ自己決定権を高度に尊重すべき事柄であるので、本人の生活歴や身上等から必要に応じて家庭裁判所が権限を付与することが相当である。したがって、民法を改正して新たに以下の規定を設けることとする。

民法第859条の4として、第1項で家庭裁判所は、後見開始の審判を請求することができる者の請求若しくは職権で、成年後見人に成年被後見人が医療を受けることに同意する権限を付与する旨の審判をすることができるとし、第2項で、家庭裁判所は、第1項に規定する者の請求によって、同項の審判を取り消すことができるものと定める。

この審判は、本人の自己決定権を代行するという重要な決定であり、また親族の同意権を制約することになるので、即時抗告が認められることになる。したがって、この関係で家事事件手続法の改正も必要となる。

保佐人、補助人についても、身上監護に関する代理権が付与されることがあり得るが、通常は本人に同意能力があり、また、保佐、補助の本人は自ら保佐人又は補助人を代行者に選任することができることから、法定の代行者からは除外した。極めて高度の医療行為で保佐レベルの本人では同意する能力が及ばないという場合も考えられないわけではないが、それは非常にまれな例であろうし、そのような場合であるかどうかの判断も困難で、代行制度として予定するのには不適

当と考えられる。

また、必ずしも成年後見人が選任されているとは限らないことや、家族が本人の状況を最も知り得るということから実際に行われている親族による代行の実態やこの点に関する裁判例等に鑑み、親族の同意代行権も認め、同意し得る親族の範囲を明確にすることとした。親族の範囲については、同居を要件とすべきとの意見もあるが、医療の現場で家族について常に同居の要件を判断するのは困難であるため、要件から外した。同居していないため、同意代行者となるべき親族が本人の状況を知らないことから判断しないという場合は、後に述べるように家裁に許可を求める手続があるので、不都合はない。

3 法定同意代行者の順位

成年後見人と親族の順位は、家庭裁判所が必要と判断して権限を付与することに鑑み、成年後見人を第一順位とし、第二順位以降を親族と定めた。親族相互の順位は、本人との親密さの観点から、配偶者、成年の子、親、兄弟姉妹の順と定めた。配偶者には、本人の意思を最も良く知り得る者として事実婚の配偶者も含むこととした。事実婚の存在については、住民票や本人に対する現実の看護や介護の状況などにより判断することは可能である。

しかし、親族においては、本人との関係の濃淡により本人の生活歴や意思をくみ取れないことがあるので、順位の変更を認めることとした(第5項)。ただし、成年後見人は、家庭裁判所があえて必要と判断して権限を付与したものであるから、順位の変更は認めない。

同順位者が複数あるときに、全員が同意代行をすることとなると、意見の対立が生じたときなどは結論が出なくなってしまうので、代表者1名を定めるものとした(第6項第1号)。また協議で代表者を定めることができないときは、家庭裁判所が定めることができることとした(同項第2号)。

これらの同意代行者がいずれもいないときでも、死亡した子の配偶者や甥姪などで緊密な交流をしている親族がある場合には、本人の意思を知り得ると考えられるので、家庭裁判所が四親等内の親族の申立てにより、その親族の中から同意代行者を選任することができるものとした(第7項)。

4 欠格事由

同意代行者として不適格と考えられる者については、本人が選任を決定することであっても同意代行者とすべきではないので、欠格事由を定めた(第8項)。

- 1 同意代行者は、本人の健康状態又は疾病等の診断に必要な医的侵襲をともなう検査及び疾病予防のための医療行為並びに本人の治療に必要な医療行為につき、本人に代わって同意することができる。
- 2 同意代行者は、本人に死亡のおそれ又は重大かつ長期に及ぶ障害の発生する相当のおそれがある医療行為につき同意をするには、医療同意審査会の許可を得なければならない。

ただし、許可の審査手続遅滞により、本人の生命身体に重大な障害等の危険を生じさせるおそれがあるときは、医療行為実施後速やかに許可を取得すれば足りるものとする。
- 3 同意代行者は、第2項に定める医療行為以外であっても、同意の可否につき判断することが困難であるときは、政令の定めるところにより医療同意審査会に意見を求めることができるものとする。
- 4 同意代行者は、同意をするに当たっては、本人の意思を尊重し又本人の身上に配慮しなければならない。

【趣旨・説明】

1 通常の医療行為の同意代行

後述のとおり、医療行為の同意に際しては、医療の専門家としてではなく、一般市民が有する知識に基づいて医師の説明を聞き、本人の意思と最善の利益を考慮して判断すれば足りる。したがって、通常の医療行為について同意代行者が同意の判断をすることは可能と考えられるので、その範囲で単独で決定できる代行権を付与するものとする（第1項）。

2 重大な医療行為

死亡のおそれ又は重大な障害等の発生する相当のおそれがある医療行為（以下「重大な医療行為」という。）についてまで、同意権者に単独で判断させることは、事柄の重大性からみて相当でないことから、同意をするにつき許可を要することとした（第2項）。この重大な医療行為とは、前記障害等を生じさせる相当程度の危険性が高い医療行為、例えば内臓器摘出、一眼又は両眼の摘出及び四肢の一部ないし全部切断等の手術及びこれと同程度の重大な手術や重大な副作用を生じさせるおそれが強い医薬品の投与をいう。

しかし、このような高度の専門的医療知識を要しかつ迅速な判断が求められることがらにつき、家庭裁判所を第一次的判断機関とすることは、我が国の家庭裁判所の実情から見て困難と考えられる。

3 同意の許可

そこで、行政機関としての医療同意の審査機関を設け、この審査機関により第

一次審査をさせることとし、これを医療同意審査会とした。医療同意審査会は、市町村設置の審査会をいい、都道府県単位の審査会は都道府県医療同意審査会とする。

現在、家族は、重大な医療行為も含めて同意をしているが、この点については、家族の利益と患者の利益の対立が生ずることがあることから、多くの疑問が投げかけられているところでもあるので、家族も含めて、同意につき許可を要することとした。

審査会の運営状況等によっては、速やかに審査ができない場合があり得るため、その結果、その間本人に医療行為を行えないことにより、本人の生命身体に重大な障害等が生ずることを防止するため、そのようなときは事後の許可で足りることとした。

しかし、緊急な場合には、同意が得られなくとも、緊急避難により医療行為の違法性は阻却され、また、当該医療行為に対する本人の意思が明らかに推定できる場合には、同意がなくとも医療行為をすることができることと解されている（推定的承諾は違法性阻却事由となるともいわれる（注釈刑法（2）の1・116））。これらの場合は、患者本人の同意が不要となるので、許可の要否の問題とはならない。

4 医療行為についての求意見制度

また、身体に対する侵襲ということの重大性から、重大な医療行為でなくとも同意代行者が判断に迷うこともあり得るため、この場合も医療同意審査会に意見を求めることができることとした（第3項）。この場合の審査会は許可をするものではなく、当該医療行為を行うことに関する意見を示し、同意代行者が同意するにつき支援をするものである。判断に迷う場合をも審査会の審査事項とするときは、申立てが乱発されないかとの懸念もあるが、セカンドオピニオンに対する同様の適切な費用を負担して意見を求めるスキームであれば、乱発は防止できると考えられる。これらの細目は、政令等に譲ることとなる。

5 本人の意思の尊重と身上配慮義務

医療行為の同意代行に際しては、本人の意思を尊重し、身上に配慮することを義務とした。医療の同意権が自己決定権に基づくものであることから、本人に同意能力がなくとも本人の意思を尊重することすなわち本人の意思をくみ取り、本人の身上に配慮する義務（民法第858条）を負うものとした（第4項）。ただし、同意代行者は医学の専門家ではないので、通常の患者が有する医療に関する知識に基づいて、関係資料や医師の説明を検討することで足りる。これらの義務は善良な管理者の注意義務（民法第644条）を具体化し敷衍した義務であり、

その内容は同意権者が選任された同意代行者か後見人かあるいは家族であるかによって異なる。

第5 医療同意審査会

- 1 医療同意審査会は、政令の定めるところにより市町村に置き、また不服審査機関として、都道府県に都道府県医療同意審査会を置くものとする。
- 2 医療同意審査会の委員は、医療に関し学識経験を有する者、法律に関し学識経験を有する者及びその他の学識経験を有する者のうちから、市町村の医療同意審査会に関しては市町村長が、都道府県医療同意審査会に関しては都道府県知事が任命する。
- 3 第4の第2項の許可申請及び同第3項の求意見は、市町村の医療同意審査会が審査する。
- 4 委員の任期は、2年とする。

【趣旨・説明】

審査申立ては申立人の便宜のため、市町村単位で設置し、不服審査機関として都道府県で1審査会を設けることとした。ただし、このような審査会を設置することが困難な市町村が存すると考えられるので、設置を政令に委ねることにより、市町村の広域連合体で設置することができることとする。

医療同意審査会は行政機関であるため、その許可の可否は行政処分となり、不服審査請求の対象となる。

医療同意に関する審査が必要なケースは、当然のこととして医学的知見や患者の最善の利益等の専門的判断が必要とされることから、医療同意に関する第一次的審査は、医師、法律家、医療倫理の専門家等で構成される機関とした(第1項)。

第6 審査の案件の取扱い

- 1 医療同意審査会は、委員3名以上、都道府県医療同意審査会は委員5名以上をもって構成する合議体で、審査の案件を取り扱う。
- 2 合議体を構成する委員は、次の各号に掲げる者とし、その員数は当該各号に定める者1名以上とする。
 - (1) 医療に関し学識経験を有する者
 - (2) 法律に関し学識経験を有する者
 - (3) その他の学識経験を有する者

【趣旨・説明】

審査は合議体で行うことのみを明記し、その他の細目については政令によるこ

とした(第10)。

第7 不服申立て

- 1 医療同意審査会の決定に不服がある者は、都道府県医療同意審査会に再審査を請求することができる。
- 2 都道府県医療同意審査会の決定に不服がある者は、家庭裁判所に対し不服申立てをすることができる。

【趣旨・説明】

裁判を受ける権利との関係で裁判所に対する不服申立てを認める必要がある。この不服申立ての性質は行政訴訟であるが、医療を受けるか否かの判断は、医学的要素のみでなく、患者の人生観や生活歴などを考慮する必要があり、内容的に家事的色彩が強いことから、第一審につき家庭裁判所の管轄とした。裁判所法第31条の3第2項による他の法律において特に定める権限ということになる。

再審査請求の後の審査であれば、事件数もそれほど多くなるとは考えられない。なお、このように不服申立てがなされることは、迅速性を求められる案件であることにそぐわない可能性もないわけではないが、不服が申し立てられるのは、不許可となった場合であり、不許可となるということは、安易に医療行為を行うべきではないとの見解が示されたということであるから、慎重な判断をすることもやむを得ないであろう。ただし、病状の進行により緊急を要する事態となった場合は、緊急行為として同意なく医療行為を行うことが可能であることを付言する。

第8 同意代行者の資格の確認

医療行為を行うため同意を求める医師又は医療機関は、同意代行者に対し、資格の有無を証する資料の提出を求めることができる。

【趣旨・説明】

医療機関としては、患者本人の利益のため、同意をする者が真に同意代行権を有するか否かを確認する必要が生じる場合もあるため、資格確認のための規定を設けることとした。

本人により選任された同意代行者の場合は、第3の3により公証人の認証のある選任書が、成年後見人には後見登記事項証明書があるので、その提出を求めることができ、家族の場合は、身分関係を証する資料(戸籍等)や同居を示す資料(住民票等)の提出を求めることができるものとした。

第9 同意拒否・同意欠如の場合

本人と医療契約を締結している医師又は医療機関が、本人に対する医療行為の必要性が高いと判断したにもかかわらず、同意代行者が正当な理由なく同意しないとき又は同意代行者の同意が得られないときは、当該医師又は医療機関は、家庭裁判所に対し、同意に代わる許可を求めることができる。

家庭裁判所が許可したときは、重大な医療行為であっても、医療同意審査会の許可は不要である。

【趣旨・説明】

本条は、同意代行者の恣意的な同意拒否があるとき、また、同意代行者と連絡がとれないときなど、同意が得られない場合の対応を定めた。

同意代行者は、善良な管理者の注意義務に従って同意権を行使することになるが、例えば親族が、患者本人の利益ではなく、親族の利益を優先して同意拒否をするということも考えられなくはない。医師が医療行為の必要性について説明しても、同意代行者が理解しないということもあり得る。他方、本人の推定的意思に基づいて同意代行者が同意しないということもあるが、医師等が医療の必要性をこれに優先させて同意を求めるということも起こり得る。

このため、基本的には、本人の適切な医療を受ける権利を保障するため、同意代行者の同意に代わる許可等が必要となるが、この場合は、本人の利益と親族の利益の対立、医療の必要性に関する意見の対立、また推定的意思の評価等をめぐる判断その他同意を拒否する正当性の判断が必要となるため、同意審査機関では判断が困難である。また医療同意審査会の審査から始める場合は、それに対する不服審査や行政訴訟等が可能となり、最終的な確定までに相当の期間がかかる。このため、この場合は、第一次審査機関を家庭裁判所とした。

第10 政令への委任

この法律で定めるもののほか、医療同意審査会及び都道府県医療同意審査会に関し必要な事項は、政令で定める。

以上