

# 同意能力を欠く患者の医療同意

Medical Consent of Patients without Capacity to Consent

石田 瞳  
ISHIDA Hitomi

**要旨** 医師が医療行為を行うには、原則、患者の同意を得なければならない。この医療行為に対する同意権限を持つ者は、患者本人である<sup>1)</sup>。当該同意は、医師の説明内容を理解し、利益と不利益を判断できる（以下、この能力を同意能力とする。）ことで初めて有効となる。しかし、幼児や強度の精神障害によりかかる判断に乏しい場合には、自ら決定することができない。幼児の場合、親権者が幼児への医療行為に対して同意を行うことが認められている<sup>2)</sup>。認知症等に罹患している成人の中には、同意能力が乏しい者も少なくない。そこで本稿では、この同意能力を欠く成人患者に医療行為を施す際、法的に、誰が同意を行うことができるのかを検討する。

## 1. はじめに

65歳以上の高齢者（以下「高齢者」）人口は3211万8千人（平成26年6月1日現在概算値）で、総人口に占める割合は約25.7%<sup>3)</sup>である。このような超高齢化社会である我が国においては、高齢者医療における患者の同意能力と医療決定が深刻な問題である。本来、医師が医療行為を行う際には、患者本人の同意を必要であるとしているが、同意能力のない患者の場合、医師は患者本人から同意を得ることができない。このような場合、我が国においては多くの場合、患者の家族が同意を与えている。しかし、この同意の性質は全く議論されないまま、家族による同意が慣行として行われてきた。

医療は、疾病の治療及び健康の維持、増進を目的とするものであり、国民の健康で文化的な生活を営む権利（憲法25条1項）の基盤となる。日本においては、医師法が医師に応召義務（医師法19条）等に公法上の義務を課していることや、国民皆保険制度による医療体制が整備されていることから、私法上の契約であると単純に捉えることはできない。しかし、医療提供者側には、「疾病の治療に向けた診療」という手段債務を、患者側には、報酬支払があるとして医師と患者との関係を準委任契約と位置づけている。このことから、契約の当事者である患者には事理を弁識する能力（以下、事理弁識能力とする。）が求められる。

事理弁識能力のない患者や緊急時以外の医療行為に患者本人が、有効な同意を医師に行うことができない場合、医師は自らの判断のみで医療を施すことはできず、また、医療を施さないことは、許されない。

<sup>1)</sup> Wolfram Eberbach; Familienrechtliche Aspekte der Humanforschung an Minderjährigen, MedR 1986, S.15ff

<sup>2)</sup> 幼児に対する医療同意の代行は、親権の一内容とはしているが、両親の一方のみの同意で良いのか、親権者間で意見が不一致の場合、親権者がおらず、後見人の選定がなされていない場合は、事実上の監護者でよいなどの問題がある。

<sup>3)</sup> 総務省統計局統計データ「人口推計—平成26年6月報—」<http://www.stat.go.jp/data/jinsui/pdf/201406.pdf> (2014年6月現在)、平成26年6月20日

事理弁識能力を欠く場合、成年後見人を選任することで不利益な契約が締結されることを回避するために成年後見制度が2000年4月からスタートしている。成年後見人は、患者である成年被後見人の為に診療契約を締結することを代理できるが、医療行為は患者自身の生命・身体に重大な影響を及ぼすため、個々の医療行為には改めて本人の同意が必要となる。このように患者の同意というものは、一身専属的なものであり、代理できるものではない。同意能力を有していれば、当然に患者の意思を尊重しなければならないが、認知症高齢者等、同意能力を有していない患者の場合、どのようにして患者本人の意思をはかるのかが問題となる。

そこで、本稿においては、説明内容が理解できない成人患者や自らの利益と不利益を判断できない、いわゆる同意能力が不十分な成人患者のために行われる第三者の同意がどのような法的構成でなされているのかを検討する。

## 2. 医療同意とその限界

医療行為とは、患者の身体や精神への侵襲行為である。よって、患者の意図しない医療行為は専断的行為として刑法上では傷害罪に該当し、民法上においては不法行為にあたる<sup>4)</sup>。なぜなら、患者は医師の説明義務を負うべき相手方であり、身体への侵害を許可するのは患者本人である。このことから、かかる同意権限は患者の一身に専属する。自己の身体に最終的な処分を行うための自己決定を行える法益を持つ者は、患者本人であるため、医療行為における同意権限を持つ者は、原則として患者本人となる。

自己決定権を行使する同意が、医師と共に契約の内容を形成する場合には、行為能力が要件とされ、当該能力を欠く者は自己決定ができないこととなる。しかし、医療行為における同意とは、患者自らの病状とそれに施される医療行為の性質・効果・危険などを理解し、その行為を引き受けるのか否かの判断を行い、決定しうる能力、すなわち同意能力を有していればよい。

しかし、医療界においては患者に同意能力が十分に存在するのか否かの判断が困難な場合には、患者本人の同意とその法定代理人の同意の両方を得ておくべきとされている<sup>5)</sup>。これは、患者自身に同意能力があると誤認した場合、同意能力がなかったことが判明した場合の訴訟対策として慣行となっている。

医療行為における同意は、医師の治療に関する説明内容に一致していなければならないが、医師が提案した以上には及ばない。しかし、患者の同意がない場合、身体不可侵性を侵害したとして患者の自己決定権を侵害したことから違法となる（注意義務説<sup>6)</sup>）のか、それとも、身体への侵襲自体が違法なものであることから、その違法性を阻却されるものが同意（同意無効説<sup>7)</sup>）であるのか、判例<sup>8)</sup>は同意の位置づけについて確定していない。近時の判例においては、患者の同意は、一身専属的なものであるから、他者が代わって行

4) 町野朔「患者の自己決定権と法」東京大学出版会（1986年）46頁以下において、患者の意図しない医療行為は、自己決定権の侵害であることにも触れられている。

5) 蒔田覚・墨岡亮「医療現場における成年後見制度—同意能力を欠く患者の「利益保護（権利擁護）のための方策」」日本外科学会雑誌109巻6号（2008年）359頁以下。患者の同意とともに重ねて家族の同意をとる医療現場の慣行について、治療に関して全責任を医師が負うことにならないか、悪しき結果の場合に法的責任を迫及されることにならないかという漠然とした不安から、違法性阻却の理論的根拠のない患者の法定代理人に対して同意を求める運用に繋がると推測される。

使することは許されないとする「自己決定権」の問題として取り扱う傾向がある<sup>9)</sup>。判例からみても、医療行為を行うには患者の同意を得なければならないのは明らかである。しかし、患者は医学に関する専門知識も乏しく、自らの意思に適合した正しい判断ができない場合も少なくない。そのために、医学の専門知識を有する医師が患者に判断材料を提供する目的で病気の状態や治療方法、副作用などのリスクを説明しなければならない。患者は、自己の生活、人生の目的に重大な影響を与える生命身体に対する医療行為について、自己の価値観に従って、最善と思える決定を行う。これが自己決定権であり、医療行為が患者の自己決定によるものであった場合に正当化され、違法性が阻却されると考えられる。

医療行為が適法であると正当化されるためには、①医学的適応、②医療技術の正当性、③同意原則、の3つの要件に基づく必要がある<sup>10)</sup>。この意味でのインフォームド・コンセントの法理が展開される以前は、患者の自己決定権の行使の前提となる「医師の説明義務」に基づく「患者の同意」ではなく、「医師の裁量権」を前提とした医療行為の違法性阻却と、事前に法的責任を免責するための「患者の同意」であった。このようななかでも、「患者の同意」のない医療行為は、医学的適応や医療技術が正当であっても、専断的医療行為として違法であるとみなされてきた。インフォームド・コンセントの原則の法理の展開とともに、多くの判例で医師に「裁量権」があるとしながらも、原則として医療行為に同意するか否かを最終的に決定する「患者の自己決定権」が認められるようになった。この「患者の自己決定権」を確保し保証するために、「医師の説明義務」があるという「説明原則」が確立されるようになったのである。

原則として「医師の裁量権」の行使の権限は、「患者の自己決定権」の行使としての「同意」によって与えられる。「患者の自己決定権」の行使として医療行為に対して「同意」を拒否する場合には、「医師の裁量権」の行使の権限は存在しないことになる。原則として、患者の生命・健康の維持・保護としての治療義務に基づく「医師の裁量権」は、正当な理由や緊急時以外、自己の生命身体に対する「処分権」としての「患者の自己決定権」を超えることはできず、また優先することもない。

<sup>6)</sup> 医師の注意義務説とは、医師の説明義務を法的義務とし、この義務違反を根拠とするものである。注意義務説は、①不法行為上の注意義務であるとする説（菅野耕毅「医師の説明義務」4頁以下岩手医科大学教養部研究年報12号（1977年））、②診療契約上の義務であるとする説（大谷實「医療行為と法」71頁以下弘文堂（1990年））、不法行為でも診療契約でもどちらの義務にも位置づけられるため性質にこだわる必要がないとする説（稲垣喬「臨床に関する医師の裁量と限界」判例タイムズ294号（1973年）29頁に分類される。

<sup>7)</sup> 医師の説明不足が同意の無効性をもたらすのかの理由付けはなされていないが、詐欺・錯誤により同意は無効となるとする説（山下登「医師の説明義務をめぐる最近の議論の展開(1)」六甲台論集30巻1号、132頁以下（1983年））。

<sup>8)</sup> 東京地裁昭和63年12月26日判決（判例時報1328号（1990年）59頁）で、「医師は、患者が医療行為を受けるにあたり、自己決定する前提として説明しなければならない」と判示しており、高松地裁平成3年12月9日判決（判例タイムズ783号197頁1975年）においても、「説明によって患者がした同意は、患者の自己決定権を侵害した」という注意義務説である。しかし、広島地裁平成元年5月29日判決（判例時報1343号89頁1990年）では、「医療行為においても、患者の身体に対する侵襲行為の側面を有する以上、たとえ医師の適切な判断によるものであっても、患者の承諾があつて、始めてその違法性が阻却される…」と判示しており同意無効説をとっている。

<sup>9)</sup> 最高裁平成12年2月29日判決（判例時報1710号（2000年）97頁）、最高裁平成13年11月27日判決（判例時報1769号（2002年）56頁）。

<sup>10)</sup> 大杉一之「治療行為といわゆる「代諾」序説」中央大学法学新報113巻34号（2008年）378頁以下。

以上のことから、原則として、同意能力を有する患者に対する同意のない医療行為は許されず、患者の自己決定の尊重が医療行為に対する同意の本質である。患者本人に同意する能力が存在する以上、治療拒否をも含んだ患者本人の治療内容選択の結果を尊重しなければならない。

### 3. 同意能力を欠く患者に対する代諾の可否

既にみてきたように、身体・精神に対する侵害を伴う医療行為を受ける場合には、診療契約を締結するほかに原則として同意が必要となる。この患者の同意の法的性質については、身体に侵害を加えることから、違法性阻却事由として位置づけられる。しかし、近年は、「同意のない治療行為」を不法行為とはせず、人格権や自己決定権の問題として取り扱う傾向である。インフォームド・コンセントには「医師の説明」と「患者の同意」が必要とされるが、この「患者の同意」は、患者の人格権に由来する一身専属的なものであるため、他者が患者に代わって行使することは許されない。これを貫徹するならば、同意能力のない成人患者の場合、同意を与えられないために医療行為を受けることができないという本末転倒な現象を引き起こす。そこで、同意能力を欠く者が医療行為を受ける際には、いかにして医療を施すのが問題となる。医師が医療行為を施す際には、患者の同意を必要とするが、患者が同意能力を欠いている場合、医療行為について同意を誰が為しうなのか、インフォームド・コンセントの当事者が誰であるのかが問題となる。

わが国では、医療行為に対する同意の規定が整備されていない。ゆえに、同意能力を欠く者に対して、誰が患者本人に代わってこれを行うべきかについて明白となっていない。現実的には家族等が行っているものの、多くの問題点を抱えているのが現状である。

わが国の民法においては、精神障害や成人年齢に達していない場合、制限行為能力者として法律上の行為能力を欠く者には、親権者や成年後見人などの法定代理人が本人に代わり判断する。精神障害などにより判断能力が著しく低下している者を図る保護として成年後見制度がある。本人（成年被後見人）の財産を管理し、その財産に関して包括的な代理権を有する成年後見人には、後見事務の遂行にあたり、「成年被後見人の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならない」と民法858条で規定している。このことから、財産行為について、成年後見人は成年被後見人に対して意思尊重義務・身上配慮義務を負うこととなる。

成年後見制度は、法定後見制度と任意後見制度からなり、法定後見制度はさらに後見、保佐、補助の3つに分類される。この3類型を「本人の意思能力の状態」、「行為能力の範囲」、「法定後見人」、「法定後見人の機能」についてまとめたものが表1である。

表 1

		後 見	保 佐	補 助
要件	対象者	事理弁識能力を欠く状況にある者	事理弁識能力が著しく不十分な者	事理弁識する能力が不十分な者
	鑑定の要否	原則、必要	原則、必要	原則診断書等で可
開始手続き	申立権者	(民法) 本人、配偶者、4親等内の親族、任意後見受任者、任意後見人、任意後見監督人、検察官、市区町村長（福祉の為に特に必要があると認められるとき）		
	本人の同意	不 要	不 要	必 要
同意権・取消権	対 象	日常生活に関する行為以外の行為	民法13条1項 <sup>11)</sup> の各号の所定行為	申立の範囲内で家庭裁判所が定める特定の法律行為
	取消権者	本人・成年後見人	本人・保佐人	本人・補助人
代理権	対 象	財産に関する全ての法律行為	申立の範囲内で家庭裁判所が定める「特定の法律行為」	申立の範囲内で家庭裁判所が定める「特定の法律行為」

### 3・1・1 法定後見

法定後見は、本人の意思能力（判断能力）が低下した後に、本人その他の申立権者の申立により、家庭裁判所が開始の審判をし、法定後見人を選任する制度である。選任された法定後見人は、家庭裁判所に付与された同意権・取消権・代理権を行使して、本人の制限された法律行為を補い支援する制度である。

法定後見の開始は、本人の意思能力の状態が申立類型に該当していることが要件となる。3類型のうち、いずれかの類型であるのかを特定し、本人その他の申立権者が申し立てることにより、家庭裁判所が開始の審判を行う。本人の状態が、いずれの申立類型に該当するのか否かの判断は、申立時に提出される後見・保佐類型の場合には鑑定書が、補助類型の場合には診断書が参考資料とされる。

申立権者は、3類型に共通して、本人、配偶者、4親等内の親族<sup>12)</sup>、他の類型の法定後見人・法定後見監督人、検察官、任意後見人（受任者）、任意後見監督人、市区町村長で

<sup>11)</sup> 民法13条1項における法律行為とは、①元本を領収し又はこれを利用すること、②借財又は保障すること、③不動産又は重要な財産を売買したりすること、④訴訟行為をすること、⑤贈与、和解又は仲裁契約をすること、⑥相続の承認もしくは放棄又は遺産分割をすること、⑦贈与もしくは遺贈を拒否し負担付贈与もしくは遺贈を受諾すること、⑧新築、改築、増築又は大修繕をすること、⑨建物については3年、土地については5年を超える期間の賃貸借をすること、である。

<sup>12)</sup> 市区町村長の申立ての場合には、親族調査に係る期間の短縮の為、原則として2親等までとされている。厚生労働省「『民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備に関する法律による老人福祉法、精神保健及び精神障害者福祉法及び知的障害者福祉法』の一部改正について」2005年7月29日障障発第0729001号、障精発第0729001号、老計発第0729001号

ある。3 類型とも本人に申立権を認めている（民法 7 条、11 条、15 条 1 項）。

本人以外の申立による場合には、審判の開始時に本人の同意が必要か否かは、後見・保佐類型は不要（7 条、11 条）としているのに対し、補助類型の場合にのみ本人の同意を必要（15 条 2 項）としている。成年後見・保佐・補助は、後見・保佐・補助開始の審判を行う際に、各保護者（成年後見人・保佐人・補助人）を家庭裁判所が職権で選任する（8 条、843 条 1 項、12 条、876 条の 2 第 1 項、16 条、876 条の 7 第 1 項）。

裁判所により選任された成年後見人・保佐人・補助人は、家庭裁判所が監督する法定代理人であるため、その権限は法律により定められている。民法は、①包括的な財産権、②財産に関する法律行為の代理権、③本人が行った法律行為の取消権、④本人が行った財産に関する法律行為の追認権、を認めておりこれら以外の権限は認めていない。また、成年後見人は、「成年被後見人の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務を行うにあたっては、成年被後見人の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならない。」（858 条）としており、これが「身上配慮義務」である。これは、保佐や補助にも同様の規定がある。

「財産管理権」とは、「財産の保存・維持及び財産の性質を変じない利用・改良を目的とする行為」であり、財産管理に関する包括的な権利である。そのため、法律行為のみならず、事実行為をも含んでいる。

「財産に関する法律行為」の代理権、取消権及び追認権は、あくまでも財産に関する法律行為に関するものと限定されているため、事実行為については、代理権や取消権及び追認権は含まれない。

身上配慮義務ないし身上監護は、それに関する契約の締結、契約の履行の監視、費用の支払い、不服申立、契約解除等の事務を行う者に限られており、「介護行為」等の事実行為については、成年後見人の権限には含まれない<sup>13)</sup>。したがって、財産行為としての診療契約の締結については、成年後見人が本人に代わり締結することができる<sup>14)</sup>。しかし、身上監護行為としての医療行為に対する決定権ないし同意権は含まれないこととなる<sup>15)</sup>。

### 3・1・2 任意後見

任意後見制度とは、意思能力が十分に備わっている間に本人が任意後見人を選任し、その任意後見人（受任者）との間で、自らの意思能力が低下・喪失した際に「自己の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務の全部又は一部を委託」し代理権を付与する契約を締結しておく制度である（任意後見契約に関する法律 2 条 1 項）。本人が望む将来の生活や療養看護の為に、いかなる財産管理を希望しうるのかの決定を本人が行うため、「自己決定の尊重」の理念が具体化された制度であると言える。

任意後見契約は、契約の有効性を確保するために、公証人が作成する公正証書（3 条）によって効力が発生する。作成された公正証書は、公証人から登記所へ職権によって、登

<sup>13)</sup> 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案補足説明」（1998年）。

<sup>14)</sup> 四宮和夫・能美善久『民法総則』（第 7 判）弘文堂（2005年）56頁。

<sup>15)</sup> 四宮・能美、前掲（14）46頁。床谷文雄「成年後見における身上配慮義務」民商法雑誌122巻 4 号（2000年）549頁。これらによれば、診療契約の内容となる身体処分について、一定の範囲内で処分権限を成年後見人にも認めるべきだとされている。

記される。任意後見契約の効力は、本人の意思能力が不十分な状態となり、家庭裁判所によって任意後見監督人が選任された時からである（2条1項）。この任意後見監督人の選任には、本人申立または本人の同意が要件となる（4条3項）。

任意後見人は、契約内容に従って委託された事務を代理して行うが、その遂行にあたっては、「本人の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならない」（6条）。任意後見人による契約内容の適切な遂行を確保するためには、任意後見人は、任意後見監督人による直接の監督を受け（7条1項）、さらに、家庭裁判所による間接的な監督をも受ける（7条3項）。家庭裁判所は、任意後見人が不正行為、著しい不行跡、その他任務に適さないような場合に、本人、その親族、又は検察官の請求により解任することができる（8条）。

任意後見契約は、任意後見監督人が選任される前であれば、いつでも公証人の認証を受けた書面によって解除がすることが可能である一方、任意後見監督人が選任された後では、正当な事由がある場合に限り、家庭裁判所の許可を得てでしか解除することができない（9条1項、2項）。

任意後見は、法定後見に優先するが、「本人の利益のために特に必要がある場合」に限って例外的に法定後見が開始され（10条1項）、任意後見契約が終了する（10条3項）。この「本人の利益のために特に必要がある」場合とは、任意後見契約で設定した代理権の範囲が狭すぎる場合、または、同意権・取消権による保護が必要な場合<sup>16)</sup>などである。

任意後見人の事務も「財産管理に関する事務」と「身上監護に関する事務」に分類されるが、任意後見人の権限の範囲は、法定代理人たる成年後見人とは異なり契約に依存するため、権限の委譲が公序良俗等に反しない場合に成年後見人より広い授權が認められる余地がある。

### 3・1・3 考察

法定後見にしても任意後見にしても、身上監護に関する直接の規定は、民法858条と任意後見契約に関する法律6条、その後見職務にかかる費用を本人の財産から支払うことを定めた民法861条と任意後見契約に関する法律7条4項のみである。

成年後見制度は、精神上的障害や痴呆等により判断能力が不十分となった場合、当該能力を補充し権利を擁護する制度である<sup>17)</sup>。

従来、民法の禁治産及び準禁治産の制度により法的保護が行われてきたが、その際の制度的な不備や利用上の障害などの問題を是正するために法手続き的に民法の改正という形で2000年4月に「成年後見制度」が施行された。

身上監護に直接触れている規定は、上述したとおりであるが、抽象的な規定であり、条文上、内容は不明確である。

医療行為において同意能力のない成人を保護する制度として成年後見制度が考えられる。

<sup>16)</sup> 林・大鷹・大門編「新しい成年後見制度」商事法務研究会（2000年）167頁。

<sup>17)</sup> この根拠法として「民法一部改正法」、「任意後見契約に関する法律」、「後見登記に関する法律」があげられる。

### 3・2 立法者の見解

成年後見人は、成年被後見人の法定代理人としての責務を負うため、患者が医療行為に対する同意能力を有さない成年被後見人である場合、本人に代わって同意をする者として成年後見人が考えられた。このような考えから、成年後見制度が施行される際の議論では、財産管理行為としての「診療契約締結の代理権」と身上監護としての「手術・医療行為その他の医的侵襲行為への同意権」とを区別し、成年後見人は、診療契約の履行として実施される手術等の具体的な医療行為については、直接的に干渉はできないという立場を明らかにした。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補足説明」によれば、成年後見の場面における医療行為に関する決定・同意の問題は、一時的に意識喪失している患者や未成年者などに対するものと共通の問題である。したがって、それら一般の場合における決定・同意権者、決定・同意の根拠・限界などについて社会一般のコンセンサスを得られているとは到底、言い難い。また、本人の自己決定及び基本的人権との抵触などの問題についての検討もなされておらず、成年後見の場面にのみ、医療行為に対する決定権・同意権を付与する規定を導入するのは時期尚早である。との理由により、見送られた。当面は、社会通念のほか、緊急性がある場合には緊急避難・緊急事務管理等の一般法理に委ね、今後十分な検討を経て解決すべき問題であるとしている。

### 3・3 学説

学説における身上監護の捉え方は、①善管注意義務であるとする解釈と②身上配慮義務を規定したものであるとする2つに大別できる。さらに、医療行為に対する成年後見人の同意権を認めるべきだとする学説は①患者本人が同意能力を欠いている場合にのみ同意権を認めるとする説、②客観的に必要性がある場合に同意権を認めるべきだとする説、③限定的に肯定するべきだとする説、の3つに分類される。

#### 3・3・1 身上監護の捉え方

##### 3・3・1・1 善管注意義務説

この解釈は、成年後見制度を成年後見人等の代理権・同意権によって本人の判断能力を補うとする考え方である。

道垣内教授によれば、米倉教授が身上監護を「健康、生命の保持、その他の一身上の世話に関する決定権<sup>18)</sup>」と定義づけしたものを、①医的行為に対する同意・決定権限と②財産管理・財産行為に還元できるものとの2つに細分化<sup>19)</sup>されている。道垣内教授によれば、身上配慮義務とは、成年後見人等が本人の財産管理をなすにあたり、善管注意義務の内容に包摂されるものと解されている。なぜなら、医療行為に対する同意・決定権限は、成年後見制度の枠内で処理することができるものではない。しかし、介護等が必要となった場合に、必要となる契約を行うという財産管理・財産行為に還元できるからである。そのため、身上監護というものは、成年後見人が成年被後見人の財産管理を行うにあたり、善管注意義務の内容に包括されるものであるし、立法者見解と同様の立場をとっている<sup>20)</sup>。床

<sup>18)</sup> 道垣内弘人「成年後見制度私案(二)」ジュリスト1075号(1995年)94頁、97頁。

<sup>19)</sup> 道垣内、前掲(18)94頁。

谷教授は、成年後見には「成年後見法が身体に対する強制を一切含まないものとされていることからすれば、身上配慮義務は存在せず、存在するのは、被後見人の意思を尊重し、身上に配慮しつつ行うべき財産管理事務のみ」だと述べておられる<sup>21)</sup>。また、水野教授は、「かつての民法730条の解釈におけるように拡大解釈して介護労働義務・家事労働義務を読みこむ危険のないようにしなければならない」とし、858条の身上監護が独自のものであってはならないとされている<sup>22)</sup>。

### 3・3・1・2 身上配慮義務

成年後見制度の中核をなすものが身上監護であり、成年後見制度が判断能力を補充するものであることから、身上監護に独自の権限・義務を認めるというものである。

新井教授によれば、成年後見制度は、「被保護状態にあっても可能な限り従来通りの生活が送れるよう、社会的に擁護する」ことが最も重要<sup>23)</sup>であるとし、858条は、身上監護を強調するものであり、858条は、条文上「財産管理」と並列的に扱われていることから、財産管理に包括されない身上監護事務がある<sup>24)</sup>と解されている。

小賀野教授は、判断能力の低下だけでなく、身体能力の減退により交流能力が欠けた場合も支援すべきだとされている。そこで、身上監護とは、「身上監護者が身上処理能力減退者のために必要かつ適切な解除が行われるよう、身上監護事項の決定及び手配を行うこと」と定義づけている<sup>25)</sup>。このように定義づけた上で、後見人が必要な介護事項を準備できない場合には、善管注意義務の内容として時事上の解除義務が身上監護者に課せられる<sup>26)</sup>とされている。そこで、成年後見人等の権限には、858条から「法律行為または事実行為の決定権限」と「決定権限に付随して行われるべき事実行為」を導くことが可能であるとされている。

## 3・4 成年後見人の医療同意権

医療行為に対する同意は、一身専属的な性質を有するため、最終判断を下すのは患者本人でなければならない。立法者等の見解のように、成年後見人等に身上配慮義務を課す一方で、医療行為に対する同意権限を認めないとするならば、成年後見人等は当該義務を十分に履行することができないと思われる。

一定の範囲内で成年後見人等にも医療行為に対する同意を認めるべきだとする学説も数多く存在する。これは、以下の3つに大別される。

### 3・4・1 本人が同意能力を欠く場合

患者本人が、同意能力を欠いている場合にのみ、民法858条の身上配慮義務に対応する

<sup>20)</sup> (座談会)「成年後見制度と地域福祉権利擁護事業—その制度と運用をめぐって」野田愛子・道垣内弘人編『成年後見制度と地域福祉権利擁護事業』判例タイムズ1030号(2000年)、道垣内教授の発言より。

<sup>21)</sup> 床谷、前掲(15)549頁。水野紀子「後見人の身上監護義務」判例タイムズ1030号(2000年)105頁。

<sup>22)</sup> 水野紀子「後見人の身上監護義務」判例タイムズ1030号(2000年)105頁。

<sup>23)</sup> 新井誠『高齢社会の成年後見法 [改訂版]』有斐閣(1999年)164頁。

<sup>24)</sup> 新井誠「成年後見制度の概念と実際」法学セミナー505号(2002年)43頁。

<sup>25)</sup> 小賀野晶一『成年身上監護制度論』信山社(2000年)78頁。

<sup>26)</sup> 小賀野、前掲(25)165頁

権限として、成年後見人に医療同意権を認める<sup>27)</sup>とする説である。

### 3・4・2 客観的必要性による場合

健康維持のために、定期的な健康診断、日常生活の中で通常生じうる疾病・けがについては、客観的に医療行為の必要性が認められる場合に限り、本人の保護の観点から成年後見人等に医療同意権を認めるべきだとする説<sup>28)</sup>である。

### 3・4・3 限定的だとする場合

成年後見人等の医療行為に対する同意権は、その範囲を一定限度内に制約したうえで、認めるべきだとする説<sup>29)</sup>である。具体的には、「本人に当該医的侵襲行為に関する判断能力（同意能力）がないこと」を条件として、①「病的症状の医学的解明に必要な最小限の医的侵襲行為（触診、レントゲン検査、血液検査等）」と、②「当該診療契約から当然予測される、危険性の少ない軽微な身体的侵襲（熱冷ましの注射、一般的な投薬、骨折の治療、傷の縫合等）」、③「健康診断および各種検査の受診（ただし、検査に関しては、重大な手術に匹敵するような危険性のあるものは除く）」の3つに関しては、成年後見人等の同意権を肯定してよいと判断する。

## 3・5 検討

学説で主張される身上監護の内容は、生活・信条に関する法律行為と事実行為である。事実行為は、さらに、①法律行為に付随する事実行為、②事実行為にかかる決定権限、③介護のような事実行為、に分類できる。

法律行為とそれに付随する事実行為が、成年後見人等の職務であると考えられる場合、身上監護に独自の義務が与えられるのか否かという問題は、介護のような事実行為について、成年後見人等に義務を課すのか否かという問題と直結する。

成年後見人等が自ら事実行為を提供することは自由であるが、法的義務を課すことには問題があろう。身上配慮義務とは、本人の心情に配慮してその事務を遂行すべき一般的な責務である。高齢化とともに要介護者は増加し、介護労働の支援に対する期待も年々たかまっており、同時に成年後見人等の職務への期待も増大している。成年後見人等の職務自体が多岐にわたっており、財産管理と身上監護、事実行為の各要素が密接に関連していることもある。このことから、全ての事実行為に義務を課すことは、成年後見人等に不当な過重負担を生じさせるであろう。

診療契約には、必ず何かしらの医療行為が伴い、また、締結時に契約の内容が確定しているわけでもない。よって、医療機関側の債務の内容は、医療行為を実施しながら段階的に確定していくものであり、医療者側の債務を確定するためにも必要最低限の医療行為に対する同意権を本人に同意能力がない場合に限り第三者に付与すべきであると考えられ

<sup>27)</sup> 四宮・能美、前掲・(14) 401、402頁。立法論として、ドイツ民法と同様に医療行為を「通常の医療行為」と「重大な医療行為」に区別し、後者については裁判所の許可を要件とすべきであるとされている。

<sup>28)</sup> 床谷、前掲 (15) 547頁以下

<sup>29)</sup> 上山泰『成年後見と身上配慮』筒井書房（2000年）53頁。

る。

#### 4. 判例

患者が同意能力を有さない場合、医師は誰の同意を得る必要があるのかという点について言及した以下の裁判例を紹介する。

##### 4・1 東京地裁昭和46年5月19日判決<sup>30)</sup>

患者の右乳房の腫瘍が乳腺癌であることが判明し、乳腺全部を摘出する手術に同意を与えていたが、乳腺症を罹患する左乳房についても、将来癌になる恐れがあるとして、乳腺の全部を摘出した。これに対し、裁判所は、一般論として、医師は「患者（患者が承諾の能力を欠く場合にはこれに代って同意をなしうる者）の治療の申込とは別の手術の実施についての承諾を得たうえで行うことを要すると解するべきである」と言及した。

##### 4・2 福井地裁平成元年3月10日判決<sup>31)</sup>

くも膜下出血により意識を喪失した患者に対し、医師は、患者の病状から根治手術を強行することは症状を悪化させる危険性が高いことから、脳室ドレナジー手術によって回復を待つのが妥当であると判断し、その旨を患者の夫に説明したうえで同意を得た。脳室ドレナジー手術後、回復したものの、根治手術を行う前に再び脳内出血を起こして死亡した。

裁判所は、患者本人が意識不明の状態に陥っている場合は、その配偶者に対して説明をし、その同意を得ていれば医師の説明義務を十分に果たしていると判示した。

##### 4・3 東京地裁平成元年4月18日判決<sup>32)</sup>

脳挫傷により意識消失後に入院した58歳の患者に、意識回復後も逆行性健忘症等がみられ、高次機能現狀診断テストの結果、患者本人には脳血管撮影の必要性の判断や決断する能力が不足していると判断されたため、近親者である娘に説明を行った事案である。

裁判所は、「脳血管撮影のように患者の検査に対する不安や精神的緊張が病状に悪影響を与える可能性がある検査については、患者とのつながりが深い成人の近親者に説明すれば、患者本人への説明を欠いても説明義務の懈怠にならない」と述べた。

##### 4・4 東京地裁平成13年3月21日判決<sup>33)</sup>

帝王切開での分娩の際に、患者の人の同意を得ず、医師である夫の同意を得て子宮筋腫等のために子宮の全摘出をしたことが違法であると判断された事案である。

東京地裁は、「医師が患者に対して手術のような医的侵襲を伴う治療を行う場合には、患者の自己決定権が尊重されなければならないから、医師は患者に対し、治療を行うことが緊急を要し、これを受けるか否かの判断を患者に求める時間的余裕がないなど特段の事情があるときを除いて、患者の症状、治療の方法・内容及び必要性、その治療に伴い発生

<sup>30)</sup> 東京地裁昭和46年5月19日判決下級裁判所民事裁判例集22巻5・6号、626頁。

<sup>31)</sup> 東京地裁平成元年3月10日判決判例時報1347号（1990年）86頁。

<sup>32)</sup> 東京地裁平成元年4月18日判決判例時報1374号（1991年）62頁。

<sup>33)</sup> 東京地裁平成13年3月21日判決判例時報1770号（2002年）109頁。

の予測される危険性、代替的治療法の有無、予後等、患者が当該治療を受けるかどうかを決定するのに必要な情報を、当時の医療水準に照らし相当と認められる範囲内で具体的に説明して、当該治療を行うことについて患者の同意を得る診療契約上の義務を負う。」と展開し、「医師が患者本人以外の者の代諾に基づいて治療を行うことは許されない。」とした。この判例は、帝王切開を受けるための腰椎麻酔により、患者の同意能力が一時的に欠けていたために、夫という患者の家族の同意が患者の同意に代わるものができるか否かという同意の本質に着目したものである。この事案は、子宮筋腫は癌のように説明自体に慎重さを要するものでもなく、また、緊急性もなかったことから患者本人の同意を得ずに代諾に基づく医療行為が許される特段の事情がなかったとして、医師の責任を認めている。この判決により、特段の事情があれば代諾が許されるが、患者の家族の同意権は否定している。

#### 4・5 考察

裁判所は、医師が患者に医療行為を施す際の説明すべき相手方は、原則として患者本人であると言う姿勢である。しかし、患者本人の同意を得ることができない場合には、患者の家族への説明で足りるという例外を認めている。これは、医師によりなされる病状や治療方針などの説明は、本人による医療行為の選択に関する判断材料を提供するものであり、インフォームド・コンセントの基礎となるものであると捉えていることが伺える。それゆえに、本人に同意能力が存在する限りで、いかなる法定代理人であっても本人の意思や判断が尊重される。しかし、医療行為に対して同意できない場合には、誰かが本人に代わって当該同意を行わなければならない、本人に同意能力がない場合でも本人の意思を尊重するために、近親者等に当該同意を代えることを容認している。この理由として挙げられるのは、本人の意思を最も知る立場である<sup>34)</sup>からだとされている。医療者側にとって、家族の同意はその後のトラブルを避けるための実践的な方法であり、家族が医療費の実質的な負担者であることも少なくない。しかし、これは実質的な理由であり、家族が本人の意思の代諾権を有する法的な説明とは言い難い。推定相続人であるような家族には、本人との間で利益相反関係にある場合もある。家族が常に本人の意思についての最大の理解者とは言えない。

わが国においては、診療契約と医療同意とを区別している。診療契約は法律行為であるため、代理に馴染む性質を有する。ゆえに、成年後見人等は、成年被後見人を代理して診療契約を締結することができる。それに対し、医療同意は、一身専属的な性質を有していることから、法律行為ではない。判例からも伺えるように、同意能力を欠く患者に対しては、家族・親族などによる代諾により、治療・手術などの医療行為が行われている。また、家族・親族などが居ないために代諾者がいないという事態もなくはない。

学説や判例などから、医療行為に対する患者の同意には、患者の意思をどこまで尊重すべきであるのかと言う問題があるように思われる。医師の「生命・健康の維持・保護義務」や「治療義務」といった「医師の裁量権」と「患者の自己決定権」が対立しており、同意能力がない患者の場合には、「患者の最善の利益」と「患者の自己決定権」が対立する。

<sup>34)</sup> 石川稔「医療における代行判断の法理と家族」唄孝一・石川稔編『家族と医療』弘文堂（1995年）61頁。

なによりも「患者の自己決定権」が勝るのであれば、患者が選んだ医療行為などがいかに客観的にみて問題があったとしてもこのような対立は存在しない。そこで、「患者の最善の利益」を保護するためには、どの程度、「患者の自己決定」に介入することができるのかを考察しなければならない。

## 5. 精神保健及び精神障害者福祉に関する法律との関連性

精神保健及び精神障害者福祉に関する法律<sup>35)</sup>33条1項によれば、精神科病院の管理者は、家族等のうちいずれかの者の同意があれば本人の同意がなくても入院させることができる。

入院とは、医療保護入院のことを指しており、これは、精神保健指定医が、「自傷他害の恐れはないものの精神障害の治療のために入院が必要である」と判断した場合のことである。また、家族等というのは、同法2項で当該患者の配偶者、親権を行う者、扶養義務者及び後見人又は保佐人を指している。平成26年2月12日「厚生労働省社会・援護局精神保健福祉部精神・傷害保険課事務連絡」によれば、扶養義務者とは、民法877条に規定している扶養義務者を指し、直系血族、兄弟姉妹、家庭裁判所に選任された3親等内の親族であるとしている。このように、精神医療を受けるのか否かは患者本人の自己決定ないし当該患者の家族等の同意が認められている。

この精神保健福祉法33条における家族等の医療保護入院への同意は、本人の身上に関する事項である。民法上、成年後見人は、成年被後見人の意思の尊重と身上監護に関する義務を負う。しかしこれは、既にみてきたように現行法上、療養看護の「事務」についての義務であり、事実行為である個別の医療行為について、成年後見人に同意権は認められていない。しかし、精神保健福祉法上では、家族等に医療保護入院への「同意権」を認めている。これは、患者本人の自由な意思に反して、強制的に家族等に当該患者に必要な医療行為を受けさせられるために与えられている。

配偶者に医療保護入院の同意権が与えられているのは、民法752条の「協力・扶助義務<sup>36)</sup>」に基づく。この規定は、夫婦の共同生活の維持ということから認められた規定ではある<sup>37)</sup>が、その内容には配偶者に治療を受けさせる義務を含んでいることから導き出せる。扶養義務者に当該同意権が与えられているが、扶養者とは、「直系血族及び兄弟姉妹」、「3親等内の親族間から家庭裁判所が選任した者」である。この扶養義務は、生活扶助に限定されており、扶養義務者に余力がある場合のみである。ここからは、扶養の内容として療養看護や身上監護は導き出せず、扶養義務者が精神福祉法における「家族等」に含まれるのかは疑問に残る。しかし、扶養義務者のうち、「直系血族及び同居の親族」においては、民法730条<sup>38)</sup>で「互いに助け合わなければならない」とする夫婦の場合と同様に扶助義務がある。

今回の改正は、精神障害者の地域における生活への移行を促進し推進するため、①保護

<sup>35)</sup> 平成26年4月1日に改正され、保護者制度が廃止された。旧法においては、保護者とは「精神障害者の後見人又は保佐人、配偶者、親権を行う者及び扶養義務者」と規定しており、また、保護者の順位も①後見人又は保佐人、②配偶者、③親権を行う者、④配偶者以外の扶養義務者のうちから家庭裁判所が選任した者との順位付けがなされていたが、全て削除された。

<sup>36)</sup> 「協力義務」とは、一般的に婚姻生活を維持するうえで必要な事実行為を互いに行う義務と解されている。また、「扶助義務」は、夫婦の一方が要扶養状態にある場合に他の一方に生活保持（自己と同程度の生活）のレベルを経済的に保障する義務であると解されている。

<sup>37)</sup> 鍛冶良堅『親族法講義改訂版』啓文社（1983年）43頁。

者制度の廃止、②医療保護入院における移送及び手続並びに医療保護入院者の退院による地域における生活への移行をそくしんするための措置の整備、③厚生労働大臣が精神障害者に対する医療の提供を確保するための指針を定めることとする等の措置。が趣旨である。

改正前には、保護者（後見人・保佐人、配偶者、親権者、家庭裁判所が選任した扶養義務者、居住地（現在地）の市町村長：順位順）の同意を医療保護入院時には要件としていた。また、保護者に対して、①治療を受けさせること（任意入院、通院患者を除く）、②財産上の利益を保護する、③診断が正しく行えるよう医師に協力をする、④医療を患者に受けさせるにあたり、医師の指示に従う（任意入院、通院患者を除く）、⑤回復した患者を引き取ること、必要があれば、病院や指定病院の管理者又はその関連する障害者自立支援法に規定される障害福祉サービスの事業者と相談し、必要な援助を求めることができる、⑥通院医療の公費負担の申請ができる、⑦医療保護入院の同意ができる、⑧入院患者の退院や処遇改善の請求ができる、といった義務が課せられていた。しかし、今回の改正では、保護者に関する規定が全て削除され、保護者が家族等に変更された。改正<sup>39)</sup>の理由として、1人の保護者の権限が負担となっていたからである。これにより、保護者の規定部分が削除された。しかしこれは、保護者の義務がなくなったのではなく、負担を軽減することが目的であり、当該患者に必要な医療を受けさせるための医療保護入院や、正しい診断をするための情報提供義務を無くしたわけではない。これは、改正後にも家族等に必要な医療を受けさせるために医療保護入院への同意権を付与していることから伺える。

そもそも、「精神保健医療体制の構築に向けたチーム<sup>40)</sup>」では、保護者に対する責務規定を削除することに伴い、医療保護入院を保護者の同意を要件とはせず、精神保健指定医1名の判断で入院させる制度に見直すことを提言していた。しかし、「医療におけるインフォームド・コンセントが重要視されるなか、患者に寄り添う家族の承諾なしに医師のみの判断で同意能力のない者への医療が提供できるのか？」という指摘により、当該患者の権利擁護やその家族に対するインフォームド・コンセントの観点から家族等のうちいずれかの者の同意を新たに要件として位置づけた<sup>41)</sup>。

## 6. 私見

既にみてきたように、同意能力を欠いた成人患者を保護する制度としては、成年後見制度が考えられる。この制度は、被後見人等の自己決定権と保護を基本理念においている。しかし、現行法上、成年後見人等には医療行為に対する同意は認められていない。成年後見人等に身上監護の整備（立法による成年後見人に医療同意権の付与）がなされれば、監護権が付与された成年後見人には、医療行為に対する同意権を付与できる<sup>42)</sup>のではないか

<sup>38)</sup> 川井健『民法概論5親族・相続』有斐閣（2007年）7頁。我妻栄『親族法』有斐閣〈法律学全集23〉（1961年）399-400頁。川井、我妻によれば、法的義務を認めず倫理的規定あるいは指導理念を定めた規定にとどまる。

<sup>39)</sup> 今回の改正においては、家族等のうちいずれかの者全員に同意権を付与するという、同意権を持つ者の対象者が広がり、順位等もないために必要以上の医療同意入院者が増えるのではないかと危惧する。

<sup>40)</sup> 厚生労働省援護局障害保健福祉部 精神・傷害保険課 平成24年6月29日「入院制度に関する議論の整理」。

<sup>41)</sup> 改正精神保健福祉法の附則第8条において、施行後3年を目途として検討を行い、必要に応じて見直すこととなっている。

と思われる。

医療行為における代諾は、本人に代わって他人が判断するという「代理」というより、本人に同意能力がある場合にどのように考えたのかという本人の意思決定に関する問題である。患者本人の考えを良く知る者は、通常、配偶者や近親者であることを考えれば、成年後見人等の同意以外にも配偶者や近親者の意見も尊重すべきであろう。

配偶者間においては、民法752条による協力扶助義務があるため、同意能力を失った配偶者のために、同意能力のある他方の配偶者が本人の最善の利益のために代諾することは扶助の態様であると思われる。また、直系血族および同居の親族は、互いに扶け合わなければならないという730条の規定や877条より、直系血族および兄弟姉妹間には、扶養義務規定が存在する。また、改正精神保健福祉法において、同意能力のない患者へ必要な医療を受けさせるための医療保護入院への同意権を与えている事から、父母、配偶者、近親者には、同意能力を失った者に対する医療行為について、本人を扶けるために、また、最善の利益を図るため、医療行為に対する決定に何かしらの関与が可能であると思われる。

以上のことから、立法による成年後見人等の医療同意権の付与と近親者によって医療行為を受けるという代諾は可能であると考えられる。しかし、どちらにしても医療という侵襲行為に対する違法性を阻却するものであり、「患者の自己決定権」と「他者が考える患者の最善の利益」の対立であることは否めない。患者の同意とは、一身専属的なものであり、他者が代わって行使することは本来、許されるべきではない。しかし、患者の利益を最大限重視する場合には、医療従事者のみならず、親族や成年後見人等らの全てが関与することが患者本人の最善の利益を図ることになるであろう。これは、成年後見人等や親族が同意能力を欠いた患者本人の代わりに医師に同意を与えるというものではなく、医療従事者側に患者の情報を提供するための道具としての役割をもつ。医療従事者側は、提供された患者の情報を基に医療行為の最終決定を行うことができると捉えるべきである。

成年後見人等と親族との判断が異なる場合や、親族の中で意見が異なる場合もある。成年後見人等として同居の親族が選任されている場合には、その選任されている親族の意見が重要視されるがこれは決定的なものではない。また、親族以外の第三者が成年後見人に選任されている場合でも、親族の意見を無視することはできない。あくまでも、成年後見人は本人の利益代弁者として、その他の親族の合意を形成する努力をしなければならず、意見が分かれる場合には、裁判所や医療倫理委員会といった第三者機関に判断を仰ぐべきだと考えられる。

このような観点にたてば、診療契約の内容を確定するための必要最低限の医療行為に対する同意のみを代諾できる範囲であると捉えるべきである。生命・身体に重大な危険のある治療に関しては、代諾者である成年後見人等や親族が単独では行えないようにするのが妥当であると思われる。なぜなら、医療行為の内容を理解するための専門的な知識を代諾者側に期待しているのではなく、患者本人の意思を決定に反映させる<sup>43)</sup>ための役割に過ぎないからである。

精神障害者の医療保護入院に関して、成年後見人には、特別法上の規定がある。患者本

<sup>42)</sup> 「医療契約締結は、858条の身上監護事務として捉え、かかる事務について859条によって代理権が与えられると捉えることが解釈論としては適切である。」小賀野、前掲（25）177頁以下

<sup>43)</sup> 民法858条により成年後見人に期待されているのは、成年被後見人の意思の尊重である。

人の自由を著しく制限するこの医療保護入院においては、成年後見人のみならず保佐人にまで同意権を付与している。しかし、成年被後見人に対する必要な医療行為には、成年後見人に同意権が付与されていないことは疑問<sup>44)</sup>が残る。

## 7. おわりに

本稿においては、同意能力を有しない者に代って、第三者が医療行為について代諾する問題点を本人保護との関係から考察を試みた。同意能力を有していない者が医療行為を受ける際には、誰かが本人に代わって医療行為に同意する必要があるのは明らかである。そもそも、医療行為に対する同意とは、身体の完全性への侵害の違法性を阻却するものであり、自己決定権を行使することである。このことから、代諾権を第三者に与えれば良いものではなく、いかにして患者本人にとっての最善の利益を実現すべきであるかを考え、そのための道具として代諾権を捉えなければならない。

本検討から、患者本人の同意は自己決定の行使とするものである。成年後見人等による同意は、患者に医療を受けさせるために医師に情報を提供するためのものであり、また、親族による同意は、扶助義務や身上監護により義務づけられている患者に必要な医療を受けさせるものである。また、患者にとっての最善の利益とは何かという医療者側が最終決定を下すための情報提供の側面も兼ね備えている。このような点に鑑みれば、法的にはこれらは全く異なる性質をもっており、それぞれの関係を調整して十分に考慮していかなければならない。

---

<sup>44)</sup> 上山泰「身上監護に関する決定権限—成年後見制度の転用問題を中心に—」成年後見法研究7号(2010年)によれば、上山教授も他法令では後見人に医療同意権と同様の権利を与えており矛盾が生じているのではないかと指摘されておられる。精神保健福祉法における医療保護入院の同意権のみならず、上山教授は「感染症予防法」や「予防接種法」においても後見人を保護者と位置づけ、規定の範囲内で保護者は医療同意権が付与されていると解釈できる点や薬事法に基づく「医薬品の臨床試験の実施の基準に関する省令」で被験者の「後見人その他これらに準じる者」と位置づけている事、臨床研究に関する指針、ヒトゲノム・遺伝子解析研究に関する倫理指針、疫学研究に関する指針などの倫理審において、成年後見人が代諾者となっていることが民法の解釈とは矛盾していると指摘されている。