Kurume SHIN-AI women's College

久留米信愛女学院短期大学研究紀要，第31号，61～65，(2008)
KURUME SHIN-AI WOMEN'S COLLEGE BULLETIN, No.31, 61～65, (2008)

成年後見人の医療同意権について

生　地　　篤

A medical decision by a guardian

ONJI Atsushi

This study is about medical decision by guardian. In Japanese law it has no article of medical decision by guardian. And we should interpret several articles of civil law to make sure for the right of the decision making by a guardian. My idea is that a guardian have the right to make medical decision for incapacitated principal. And when a guardian have to make a medical decision, the family court should appoints a supervisor of the guardian for permitting its decision.

Key words：guardian of adult, the right of medical decision, supervisor of the guardian
キーワード：成年後見人　医療同意権　後見監督人

一，はじめに

平成12年４月に改正成年後見制度が施行されて，８年になる。旧制度のいわゆる禁治産・準禁治産制度の問題点を大幅に改正した結果，新制度の下ますます制度を利用する人が増えてきているように思われる。

特に新制度では，身上監護面を重視したものとなっており，その中心的な規定が858条の身上配慮義務の規定とされている。ただ，その義務の内容としては，改正前からいろいろと議論がなされ，その内容をいかに捉えるかが大きな問題とされてきた。

そもそも，成年後見制度は，制限行為能力者制度の一部を担うものであり（未成年者の規定を除いたもの），制限される行為能力とはいわゆる契約などの法律行為を行う能力ということになっている。そして，これら契約などの行為を制限することによって，判断能力が一般の人に比べて劣っている人たちを契約の拘束力から保護するのが制度本来の目的である。

したがって，これら判断能力が劣っている人たちを保護する後見人等の権限としては，契約に関連する代理権，取消権，同意権などが主なものとなる。すなわち，契約などによるトラブルに巻き込まれ無用に財産を浪費しないようにするためにこのような権限を行使するわけであるから財産管理が後見人等の本来的な職務となる。

しかし，この制度の利用者は，判断能力が一般の人に比べて劣っている人たちであり，主に高齢者や知的障害者，精神障害者ということになる。これらの人たちにとっては，財産管理ももちろん重要であるが，身上監護面すなわち，医療や介護について充分なものが受けられるようにするのが，何よりも生活をしていく上で重要になる。

二，医療同意権の特徴

そして，医療に関しては，本人の代わって医療契約を締結することは，成年後見人の権限として当然含まれるとされているが，その医療契約の前提として医療を本人に受けさせる権限ま

NII-Electronic Library Service

Kurume SHIN-AI women's College

で認められるかについては，争いのあるところである。

この論点は，医療行為というものが身体に何らかの侵襲を加えることが前提となっているため，たとえ成年後見人であっても他人の身体への侵襲を決定することは成年被後見人の身体の自由を侵害するものではないかという点に問題がある。

ただ，この医療の同意，代諾については，次のようなこともいえる。すなわち，ある医療行為がなされる際には，いわゆるインフォームド・コンセントが必要だとされる。インフォームド・コンセントとは，説明された上での同意ということであるが，そういった医療行為を受ける患者本人が説明を受けた上でいかなる医療行為かを理解し，納得した上で同意することになる。しかし，成年後見で問題となる医療の同意・代諾では，説明されるべき本人がそもそも判断能力が不足した状態にあるのだから，説明を受けても理解できない可能性が高い。そうなると，親族のいない場合，又は親族が説明を受けることを拒否している場合には医療についての説明を受けるのは，成年後見人ということになり，同意も成年後見人がするのが望ましいともいえるのである。

以上のことを，例えば介護契約などと比較するとその特殊性がクローズアップされるであろう。成年被後見人が介護サービスを受けようとしたときは，成年後見人が介護施設などと介護契約を結ぶことになる。しかし，これは一応本人がいかなる介護サービスを希望するか又は同意するかを聞いた上で結ばれる。そのように希望を聞いたとしても，被後見人本人もある程度理解できると考えられるからである。また，介護の場合，医療で考えられるような侵襲を受けるようなことは，まずないとも考えられる。

三，立法者の見解

それでは，まず立法者の見解から検討したい。以下のような見解を示している。

「成年後見の場面における医的侵襲に関する決定・同意という問題は，一時的に意識を失った患者又は未成年者等に対する医的侵襲に関する決定・同意と共通する問題であるところ，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・限界等について社会一般のコンセンサスが得られているとは到底いい難い現在の状況の下で，本人の自己決定及び基本的人権との抵触等の問題についての検討も未解決のまま，今回の民法改正に際して成年後見の場面についてのみ医的侵襲に関する決定権・同意権に関する規定を導入することは，時期尚早といわざるを得ないものと考えられる。この問題は，医的行為について本人の判断能力に問題がある場合における第三者の決定・同意全般に関する問題として，医療の倫理等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いて慎重に立法の要否・適否を判断すべき事柄であり，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ゆだねることとせざるを得ないものというべきであろう。また，医療に関する事項に関連する問題として，臓器移植，不妊手術，延命治療及びその中止，尊厳死等の問題についても，同様の理由から，今回の民法改正に際して成年後見の場面についてのみ決定権・同意権に関する規定を導入することは，適当ではないものというべきであろう。」[1)]

確かに，一時的に意識を失った患者又は未成年者に対する医的侵襲に関する決定・同意と共通する問題があり，これらとバランスをとった解決が必要なことは，理解できるのだが，既に改正法施行から8年が経ち，時期尚早とはいえなくなっているのではないか。

現段階では，緊急避難や緊急事務管理等の一般法理に委ねることで，大きな問題は生じていないようである。しかし，医療現場での要望は大きなものになりつつある[2)]。

また，一定のリスクはあるが，成功すれば患者のQOL（クオリティ・オブ・ライフ）が飛躍的に向上する可能性がある手術をするか，あるいは，リスクは最小限だが患者のQOL向上は望みにくい治療法をとるかの選択を迫られた

NII-Electronic Library Service

Kurume SHIN-AI women's College

場合，同意がなければ医療機関は後者を選択する可能性が高い。それでは，判断能力の有無によって，事実上，治療法の選択肢が制約されてしまうというのである[3]。

四，学説の検討

まず次の見解から検討する。

「治療・手術の意味について本人に判断能力がない場合には，誰かが代わって判断しなければならない。このような身上監護に関する意思決定は，財産行為ではないので，当然には成年後見人の代理権の範囲に入らない（859条）。しかし，『成年後見人は，成年被後見人の生活，療養看護・・・に関する事務を行う』義務があると考えるべきであり（義務まであるか明確出ないが，民法858条参照），その義務に対応して，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。立法論としては，ドイツ民法のように通常の治療と重大な治療行為を分け，後者については裁判所の許可を得て行うというのが適当であろう」[4]。

この見解は，858条の身上配慮義務の規定を解釈して後見人に医療同意権を認める。ただ，この見解も後見人だけの判断で被後見人が受ける医療を決定できるという考えでもないようで，立法論という形であるが，重大な治療行為について裁判所の許可を求めている。やはり，後見人のみの判断でなく，後見人以外の第三者の判断も関与させるべきではないかと考える。その点，次の見解は，法解釈によって第三者の関与を導き出している。

「わたくしは，本人が意思能力を有しない場合に医療行為についての同意，代行・代諾をすることは成年後見人の任務（権能）の中に含まれると解せられるべきだ，と思うのであります」[5]。

「しかし，成年後見人にこの権能を認めるといたしますと，成年後見人の同意，代行・代諾を妥当なものにするための措置も併せて考えておかなければならない，と思います。そうして，この点につきまして，私は次のように考えております」[6]。

「次善のより実行可能な方策として，後見監督人制度の活用を考えなければならず，また，それは可能ではないだろうか，と思われるのであります。そうして，それはつぎのようにしてであります。すなわち，民法849条の2は『家庭裁判所は，必要があると認めるときは・・・後見監督人を選任することができる。』と規定しており，かつ，後見監督人を複数選任することも可能とされております（852条→859条の2）。そうして，ここで『選任することができる』とありますのは，家裁に裁量の余地があることを意味するのではなく，選任権が家裁にあるというだけの意味であって，必要性がある限り家裁としては選任しなければならない趣旨と解することも不可能ではない，と思われます（民法7条について旧法以来の通説が宣告・開始審判を家裁にとりまして義務的と解してまいりましたことを思い出していただければ幸いであります）。しかも，事柄の性質上，第三者的立場の医師と成年後見制度の趣旨を理解した法律的素養ある者それぞれ1名程度の関与を求めることは，判定を適切・妥当なものとするのに不可欠であり，また，その実現に格別の困難を伴うもの，とも思われません。家裁としては，重大な医療行為に際しましては，そのような後見監督人の選任の『必要があると認め』て職権によってでも適当な者を後見監督人に選任し，当該医療行為についての後見人等の処置に対する同意を得させるべきだ，というのが私の考えであります」[7]。

この見解も，成年後見人の医療同意権を認めるものであるが，成年後見人のみに決定させるのでなく，家裁に後見監督人を選任させて，後見人の決定に同意させるというものである。第三者を決定に関与させることは，先の見解同様であるが，解釈論として後見監督人に関与させる点で，立法を待たずに実行できることが評価できる。

ただ，民法859条の3の居住用不動産の処分

NII-Electronic Library Service

Kurume SHIN-AI women's College

行為について家庭裁判所の許可を必要とする。これに対して，それよりも被後見人にとって生命や身体への関与という深刻な影響をもたらす医療行為に対する同意については，後見監督人の同意に委ねるのは，バランスを失するのではないかという反論も可能である。しかし，後見人の医療行為決定に対する許可を家庭裁判所が行うことが，必ずしも適当とは言えない面もある。例えば，立法論ではあるが，医師や法律家でつくる監督機関にチェックさせるという考えも出されている[8]。医師など医療の専門家が入る第三者機関に後見人の行った医療行為決定に対する許可を委ねる方がかえって適切な判断ができるかもしれないのである。従って，この場合後見監督人に医療の専門家がなれば，必ずしもバランスを失することはないと考える。

次は，医療同意権を認める範囲を限定するものである。

「利用者が同意能力を欠く状態にある」ことを前提条件としたうえで，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」」に関しては，成年後見人等の医療同意権を肯定してよいと考える。また，当該行為が本人の推定的意思に合致するか，あるいは少なくともこれに反しない場合には，③「健康診断及び各種検診（ただし，重大な手術に匹敵するような危険性のある検査は除く）」と，④「各種予防接種の受診（施設等で実施されるインフルエンザの予防注射等）」についても医療同意権を認めてよいと思われる[9]。

この見解は，解釈論として医療同意権を認められる範囲を限定した点，精緻に場合分けされている点は妥当と考えられる。そして，この見解は，例えば検査などの医療行為についてさえ後見人に同意権がないとすると，医療機関が最終的な治療方法を決めるのに支障が生じ，成年後見人に医療契約の締結権限を認める意味がなくなるとする。

ただ，この見解で認められる医療同意権の範囲はいわば検査段階のものや軽微な治療に限定されたものであり，それ以外の医療行為については，やはり緊急避難や緊急事務管理などの一般法理によって，被後見人に対する実際の医療行為は行われることになる。そこで，このような場合に，先に挙げた見解のように後見監督人の選任をして成年後見人が行った医療同意に対して承認ないし許可をさせてはどうだろうか。

重大な医療行為について家庭裁判所の許可を得るという方法は立法論として唱えられてきた考えである[10]。家庭裁判所の許可という点を後見監督人を選任して許可ないし同意を得るということになる。解釈論としては，この辺りまでなら可能ではないだろうか。

五，尊厳死に関する同意

成年後見人に尊厳死に対する同意を認める見解は，あまり見当たらない。立法者の見解も，成年後見の場面についてのみ同意権を認めることに否定的である[11]。また，成年後見人に医療同意権を認める論者もこの点については否定的である。ただ，被後見人が延命治療の停止や尊厳死を望んでいることが明らかであれば，医療機関にその旨を働きかけることは，後見人の責務とする[12]。

成年被後見人に対する医療同意権すら定まった法的見解が示されていない今日，成年被後見人の尊厳ある死とはいえ，生命を終わらせる決定を成年後見人の権限とすることは，更なる議論の積み重ねを経なければならないであろう。

昨今新型インフルエンザの人への大量感染の危険性が声高に叫ばれているが，それが起こると大量の人工呼吸器が必要となり，場合によっては，助かる見込みのない患者から人工呼吸器を外して助かる見込みのある患者に着け替える事態が生じると考えられている。その場合，いわば延命治療の停止と同じように人工呼吸器を外すことに家族の同意を求めたりすることがあ

NII-Electronic Library Service

Kurume SHIN-AI women's College

るといわれている。そういうときに家族のいない成年被後見人については，成年後見人が決定しなければならなくなるのではないか。

そういう場合の法的な処理の仕方を今から準備する必要があるのではないかと考える。もちろん，このような予想が杞憂に終われば幸いであるが，可能性を想定した立法又は通達等それに類するものを準備しておくことが必要と考えている。例えば，こういう事態に陥ったときにのみ成年後見人にも家族同様の人工呼吸器の取り外し同意権を認めるというようなものである。

おそらく，こういう判断は一刻を争うことになるため，事後的に家庭裁判所などの許可を要するとすればよいのではないかと考える。

六，最後に

成年後見人が職務を行う上で医療に対する同意を医療機関から求められることは，これからますます増えると思われる。特に，身内のいない被後見人については，病状などの説明を受けるのは後見人であり，医療機関側も当然のように受け止めているようである。この論点の早急な解決が待たれる。

(注)

1）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」金融財政事情研究会，43頁，2000年.
2）本間　昭「認知症高齢者の医療同意をめぐる成年後見制度の課題～医師を対象とした全国アンケート調査結果～」新井誠編「成年後見と医療行為」日本評論社所収　19頁～31頁，2007年.
3）上山　泰「医療同意をめぐる解釈論の現状と立法課題」実践成年後見16号・47頁 2006年.
4）四宮和夫・能見善久『民法総則（第6版)』弘文堂，63～64頁，2000年.
5）須永　醇「成年後見制度について」法と精神医療17号，31頁（2003年).
6）須永・前掲注5）31～32頁.
7）須永・前掲注5）32～33頁.
8）上山・前掲注3）51頁.
9）上山・前掲注3）46頁.
10）四宮・能見・前掲注4）と同じ.
11）法務省民事局参事官室「補足説明」前掲注1）と同じ.
12）上山・前掲注3）49頁.

(2008年5月7日受稿)

NII-Electronic Library Service