

医療行為と家族の同意

神野礼齐

- I はじめに
- II インフォームド・コンセント
- III 同意権者はだれか
- IV 延命治療の拒否(尊厳死)
- V ドイツにおける患者の代理人
- VI 結びに代えて

I はじめに

医療行為が適法であるためには、①医学的適応性の下に医師が治療目的を有しており(医学的適応性)、②用いられる医療行為の方法が現代医療の見地から見て妥当なものと解され(医療行為の方法の相当性)、③患者の同意があること(患者の同意)が必要とされる。そして、③の「患者の同意」については、わが国においてもインフォームド・コンセントの考え方が定着してきたように思われる⁽¹⁾。

もっとも、インフォームド・コンセントが有効であるためには、患者に同意能力(自己の状態、当該医療行為の意義・内容、およびそれに伴う危険性の程度につき認識し得る程度の能力)が備わっていることが必要とされる。

(1) インフォームド・コンセントについては、1965年に唄孝一教授の論文が公表され、その後、判例・学説においても議論されてきたが、医療現場に定着したのは2000年以降だと指摘される(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・2010年)5頁)。

したがって、認知症などのために判断能力が不十分な患者は、自ら医療行為について同意することができず、そのような場合、だれがどのような手続に従って同意することができるのかが問題となる。わが国の法律は、現在、この問題については沈黙している。このような状況の中、医師や医療スタッフは、十分な知識と技術に裏付けされた医療行為については法的に咎められるはずがないと信じて、専門職としての倫理と良心に基づいて、患者・家族などへの十分な説明・同意のもとに医療を施行しているのが現状であろう⁽²⁾。そして、この医療同意の問題が最も先鋭化するの、延命治療の中止、尊厳死の場面であろう。法的裏付けのない現状において、多くの医師は「もう寿命ですから胃ろうを付けるのはやめましょう」とはなかなか言えない。近年、諸外国では、このような問題についての決定プロセスを定める法制度が整備されつつある。このような法制度の整備は、医師、患者、患者の家族に対して行動指針を明らかにし、また、法的安定性を確保するものとして有用であるように思われる。もとより、濫用の危険を防ぐための何重ものセーフガードを備えることが前提であるが、いずれにせよ、この問題については日本でも法制度の整備が必要であるように思われる。

厚生労働省によれば、2013年の日本人の平均寿命は、男性80.21歳、女性86.61歳であるが、健康寿命（一生のうち、健康で支障なく日常生活を送れる期間）は、男性が71.19歳、女性が74.21歳であるとされる。平均寿命と健康寿命との間には、男性は9.02年、女性は12.40年の差がある。これからの高齢化社会においては、認知症や寝たきりになるなど日常生活に差し障りのある「不健康な期間」が生じうる。日本国内の認知症患者は、現在、462万人と推計され、高齢化が進む2025年には700万人近くに上るとも言われる。本人自らが決定することのできない「不健康な期間」において、本人に代わっ

(2) 日本救急医学会・日本集中治療医学会・日本循環器学会「救急・集中治療における終末期医療に関するガイドライン～3学会からの提言 Q&A集」(2014年)。

てだれがどのように意思決定を行うのか、法律上明確にされる必要があろう。

「経済的、社会的および文化的権利に関する国際規約」（社会権規約）は（日本は1979年に批准）、すべての者が到達可能な最高水準の身体および精神の健康を享受する権利を有することを認める（12条）。また、「障害者の権利に関する条約」（日本は2014年1月に批准）は、障害者は差別なく医療や保健などの健康サービスにアクセスできなければならないとする（25条）。さらに、同条約は、障害者は他の者と平等に権利能力および行為能力を享有することを認める（12条）。以上のことから、障害者が医療や保健など健康サービスに自らアクセスできないときは、本人に代わる誰かが本人による権利行使を支援しなければならないといえる。日本も今後このような条約の定める諸義務を果たしていく必要がある。

II インフォームド・コンセント

従来より日本の医療現場では、患者側には「すべて先生におまかせします」という傾向があり、医師側にも「すべて自分にまかせてくれればよい」という考えがあるとされる。「あ・うん」の呼吸が慣習的にあり、医師と患者の間ではお互いに何も言わなくてもわかるというわけである。しかし、現代医学における医師の役割は、従前のようにパターンリスティックに行動することではなく、患者の自治を尊重することにある。医師は、患者とともに病気と戦う主体なのではなく、病気について患者の要求に応える客体なのであって、医師と患者が意思疎通を図り、むしろ患者が主体的に決定していくことが重要となる。日本社会における伝統的な個人のあり方や対人関係は、アメリカや西欧諸国のそれと違った性格を有するとしても、もはやインフォームド・コンセントの原則を無視することはできないように思われる。

すなわち、医師が患者の身体に対し医療行為を行う場合には、原則として患者の治療および入院の申込とは別の、当該医療行為の実施についての患者

自身の承諾を得ることが必要である。なぜならば、患者は自己の身体に対する侵襲を含む治療を受けるか否かを決定する権利を保留しているからである。たとえば、患者に対して外科手術をする場合、患者の同意がなければ、刑法上の傷害罪や民法上の損害賠償が問題となる。インフォームド・コンセントの原則は、もともとはアメリカで医療事故をめぐる裁判において法的概念として強調されたものであるが、その後、一般診療の場にも普及・定着してきた。現代においてインフォームド・コンセントが強調される背景として、①一般的な人権主張の高まりとも相まって、患者が医師の説明を求める声が急速に高まってきたこと、②医師にとっても、患者に説明をして、患者が理解・納得し、患者の同意を得た上で処置の協力を得ることが治療上効果的であること、③医療技術の高度化に伴い、一つの病気に対する患者の治療に複数の方法があるようになってきたこと、④患者に医学上の知識がある程度普及してきたことなどが挙げられる⁽³⁾。

日本の最高裁判所も、近年、インフォームド・コンセントについては明確な態度を示すようになってきている。たとえば、エホバの証人による輸血の拒否が問題となった、最判平成12年2月29日民集54巻2号582頁(東大医科研病院事件)がある。事案は、エホバの証人の信者である患者Aが、医師Bに対して輸血を拒否する意思を明確に表示していたにもかかわらず、Bの勤務する病院(医科研)での手術の際に輸血がなされ、これによって精神的損害をこうむったとして、医師および病院などを被告して損害賠償を請求した事件である。第一審は、いかなる事態になっても輸血をしないかどうかの点は医師の説明義務には含まれないことなどを理由に患者の請求を棄却したが、原審は以下のように述べて患者の請求の一部を認容した(慰謝料として50万円の支払いを命じた)。すなわち、「本件のような手術を行うについては、患

(3) 日本医師会生命倫理懇談会『「説明と同意」についての報告」ジュリスト950号(1990年)150頁参照。

者の同意が必要であり、医師がその同意を得るについては、患者がその判断をする上で必要な情報を開示して患者に説明すべきものである。……この同意は、各個人が有する自己の人生のあり方（ライフスタイル）は自らが決定することができるという自己決定権に由来するものである」。また、最高裁も、以下のように述べて、医師側の上告を棄却した。すなわち、「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない。そして、患者Aが、宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることは拒否するとの固い意思を有しており、輸血を伴わない手術を受けることができると期待して医科研に入院したことを医師Bらが知っていたなど本件の事実関係の下では、医師Bらは、手術の際に輸血以外には救命手段がない事態が生ずる可能性を否定し難いと判断した場合には、Aに対し、医科研としてはそのような事態に至ったときには輸血するとの方針を採っていることを説明して、医科研への入院を継続した上、医師Bらの下で本件手術を受けるか否かをA自身の意思決定にゆだねるべきであった」。しかし、「医師Bらは、右説明を怠ったことにより、Aが輸血を伴う可能性のあった本件手術を受けるか否かについて意思決定をする権利を奪ったものといわざるを得ず、この点において同人の人格権を侵害したものとして、同人がこれによって被った精神的苦痛を慰謝すべき責任を負うものというべきである」。インフォームド・コンセントの原則は、日本においても定着してきたとみてよいであろう。

Ⅲ 同意権者はだれか

医療行為を行うには、患者からインフォームド・コンセントを得る必要があるが、未成年者、認知症患者、知的・精神障害者など、説明を理解し、同意をすることができない者については、だれが本人に代わって同意すること

ができるのか。

1 親権者・未成年後見人

患者本人が未成年者の場合は、親権者等の法定代理人が医療行為についての同意権限を有するとするのが判例・通説の見解である⁽⁴⁾。このことを前提に、近年では、親権者による同意権の濫用が裁判で争われている。たとえば、名古屋家審平成18年7月25日家月59巻4号127頁では、先天性の重篤な心臓疾患に患っている未成年者Cに対して、早急に手術等の医療措置を数回にわたって施さなければ、近い将来、死亡を免れないにもかかわらず、親権者A・Bが宗教上の理由から手術に同意することを拒否していた。早急に手術をする必要があったことから、児童相談所長が家庭裁判所に親権喪失宣告（民法834条）を申し立てるとともに、審判が確定するまでの間、親権者としての職務の執行停止と職務代行者として弁護士を選任することを求めて保全処分を申し立てた。本審判は、A・Bらは、「未成年者の親権者として、適切に未成年者の監護教育に当たるべき権利を有し、義務を負っているところ」、本件手術拒否に合理的な理由をみとめることはできず、「親権を濫用し、未成年者の福祉を著しく損なっている」として、請求を認容した。その後、このような一時的な医療ネグレクト（未成年の子に輸血・手術などの治療が必要であるにもかかわらず、親権者が正当な理由もなくこれを拒否するケースなど）に対応すべく、2011（平成23）年の民法改正によって、2年の以内の期間を定めた親権の一時停止の制度が創設された（民法834条の2）⁽⁵⁾。

ちなみに、宗教的な輸血拒否については、日本輸血・細胞治療学会ほか5

(4) 最判昭和56年6月19日判タ447号78頁、寺沢知子「未成年者への医療行為と承諾（一）」民商法雑誌106巻5号（1992年）87頁以下参照。

(5) 最高裁判所事務総局家庭局「親権制限事件の動向と事件処理の実情——平成26年1月～12月」によれば、平成26年の親権停止の審判の認容事案40件の内訳は、身体的虐待が4件、性的虐待が2件、ネグレクトが23件、心理的虐待が5件、その他親権の行使が困難または不適当が9件となっているが、ネグレクト23件のうち、少なくとも11件については、医療ネグレクトを原因とするものとされる。

学会が、15歳未満の患者に対しては親権者が輸血を拒否しても輸血を実施する方針を発表している⁽⁶⁾。それによれば、輸血治療が必要となる可能性がある患者について、①18歳以上、②15歳以上18歳未満、③15歳未満の場合に分けた上で、①未成年者であっても18歳以上については本人の意思が尊重されるが、②15歳以上18歳未満については、本人と親権者の意思が問題となり、両者が拒否している場合はもとより、両者の意見が食い違っている場合（一方は拒否し、他方は希望する場合）も輸血を行うが、両者が拒否している場合は輸血を行うことはできない。そして、③15歳未満の者については親権者の意思が問題となりうるが、15歳未満の者については親権者が輸血を拒否しても輸血を実施するとする。15歳を区切りとした理由については、民法797条の代諾養子、民法961条の遺言能力、「臓器の移植に関する法律」の運用に関する指針による臓器提供意思を斟酌して定めたとされる。

ところで、親権者等の法定代理人の同意権の根拠をどこに求めるかについては見解の争いがある。一つの見解は、親権者等の同意権は法定代理人としての権限に由来するとの説であり（法定代理説）、もう一つは、身上監護権（民法820条）が同意権の根拠であるとする説である（身上監護説）。医療行為についての決定は、法律行為の意思表示ではなく、一身専属的な意思決定だとすれば、代理という構成には親しみづらく、むしろ親権者の監護および教育の権利義務（民法820条）を根拠とすべきようにも思われる。もっとも、養子縁組の代諾（民法797条）が予定されているとすれば、養子縁組も身分上の行為であり、医療行為についても法定代理人が子を代理して決定すると考える余地もある⁽⁷⁾。

2 成年後見人

他方、成年者についてだれが医療行為に同意を与えるかについては法律上

(6) 日本輸血・細胞治療学会ほか「宗教的輸血拒否に関するガイドライン」（2008年）。

(7) 岩志和一郎「医療同意と成年後見」田山輝明編『成年後見——現状の課題と展望』（日本加除出版・2014年）61頁参照。

不明である。成年者の法定代理人たる成年後見人にも身上監護権は認められているが(民法 858 条)、成年後見制度における身上監護の対象は、人の身体に対する強制を伴わず(医療行為や施設入所の強制はできない)、かつ、契約等の法律行為(事実行為は含まれない)に関する事項に限られると解されている。成年後見人には本人の配偶者、親、子、兄弟姉妹などの親族がなる場合も多いが⁽⁸⁾、成年後見人に医療同意権はないとされている。現行法上は、「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」⁽⁹⁾。

親権者や未成年後見人と同様、成年後見人についても、成年後見人の身上監護を定める民法 858 条を根拠に医療同意権を認めると解する余地もある。しかし、親権者や未成年後見人は子の身上面について、教育、居所指定、懲戒等を行う権限と責務を有する一方(民法 820 条以下、857 条)、成年後見人にはこれらの権限や責務はない。また、親権者の注意義務は後見人の注意義務よりも軽減されていることなどからすると(民法 827 条、869 条)、親権者には未成年者の意思決定代行についてより広い裁量が認められているようにも思われる。すなわち、成年後見人の身上監護権と親権者のそれとは必ずしも同列ではなく、成年後見人が本人の人格権(医療行為や強制入院に関する決定)に介入するためのハードルは、親権者や未成年後見人のそれよりも高いといえる。このことから、成年後見人に医療に関する同意権限を付与するとすれば、裁判所の関与を前提とするような立法が必要であろう(後述のドイツにおける「患者の代理人」制度を参照)。

(8) 平成 26 年に選任された成年後見人等内訳は、本人の配偶者、親、子、兄弟姉妹などの親族後見人が全体の約 35% であるのに対して、弁護士、司法書士、社会福祉士など親族以外の第三者後見人が全体の 65% であり、年々、第三者後見人の割合が増加する傾向にある(最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況——平成 26 年 1 月～12 月」)。

(9) 小林昭彦=原司『平成 11 年民法一部改正法等の解説』(法曹会・2002 年) 268 頁。

3 家族

「精神保健及び精神障害者福祉に関する法律」(以下、「精神保健福祉法」という)は、精神障害者について、「家族等のうちいずれかの者」の同意があるときは、本人の同意がなくても入院させることができることを定める(精神保健福祉法33条。医療保護入院)。ここでの「家族等」とは、本人の配偶者、親権者、扶養義務者、後見人、保佐人である(該当者がいない場合等は市町村長が同意する)。しかし、入院へ同意を超えて患者に強制的に医療を受けさせることができるかどうかについては定めていない。ちなみに、従前、医療保護入院に同意するのは「保護者」であった。保護者とは、精神障害者に必要な医療を受けさせ、財産上の保護を行うなど、患者の生活行動一般における保護を行う者であり、①後見人または保佐人、②配偶者、③親権者、④扶養義務者が、①～④の順位で保護者となるとされていた。しかし、保護者制度に対しては、(i)一人の保護者のみが、法律上保護者に課せられた様々な義務を行うことは、負担が大きいこと、(ii)本人と家族の関係が様々である中で、保護者が必ずしも本人の利益保護を行えるとは限らないこと、(iii)保護者制度創設時と比較して、社会環境(精神科医療体制の充実等)や家族関係(高齢化の進行等)が変化していることなどが問題点として指摘され、2013年6月の精神保健福祉法の一部改正によって、保護者制度は廃止された。

また、「臓器の移植に関する法律」は、本人の臓器提供の意思が不明の場合であっても、本人が拒絶の意思を表示していなければ、家族(遺族)の同意によって脳死判定・臓器提供を実施することができることを定める。ここでの家族(遺族)は、原則として、配偶者、子、父母、孫、祖父母および同居の親族とされる⁽¹⁰⁾。

以上のように、医療行為におけるインフォームド・コンセントについては、

(10) 厚生労働省『「臓器の移植に関する法律」の運用に関する指針(ガイドライン)』(2012年)。

患者本人に同意能力がない場合、患者の家族の意思が一定の役割を果たしているといえる。しかし、患者と家族との関係も様々であり、家族が必ずしも本人の利益保護を行えるとは限らない。家族による同意権限の濫用の危険性も考慮すれば、公的機関による審査を前提とした医療に関する決定・同意の法制度が必要ではなからうか。

IV 延命治療の拒否 (尊厳死)

本人に同意能力がない場合にだれが本人に代わって同意するののかの問題が最も先鋭化するの、延命治療の中止、尊厳死の場面であろう。尊厳死とは、助かる見込みのない患者に延命治療を実施することをやめ、人間の尊厳を保ちつつ死を迎えさせることをいう。インフォームド・コンセントの法理に従えば、意思能力を有する患者が延命治療を拒否している場合、たとえそれによって生命の短縮を招くことがあったとしても、医師はその意思に従うべきであって、それを無視して延命治療を行うことは行き過ぎた医療となろう⁽¹¹⁾。

近年、わが国において延命治療の中止 (尊厳死) が問題となった裁判例として、最決平成 21 年 12 月 7 日刑集 63 卷 11 号 1899 頁 (川崎協同病院事件) を挙げることができよう。事案は、気管支ぜん息の重篤な発作によって入院しこん睡状態にあった患者 A が、主治医である被告人 B によって、気道確保のために挿入されていた気管内チューブを抜管された上、筋し緩剤を静脈注射されて窒息死させられたという殺人の事案である。

(11) 終末期医療においては、尊厳死のみならず、安楽死の問題もある。安楽死とは、一般には苦痛の甚だしい死期の迫った人について、その苦痛を軽減または除去するために死期を早める措置をとる場合であり、たとえば、森鷗外の「高瀬舟」のような行為である。安楽死が正当化されるためには、「苦痛が甚だしい」、「死期が迫っている」ことが要件とされるが、延命措置の差控え・中止 (尊厳死) においては、これらは要件とされない。

本決定は、治療中止の正当化ついて、①医師の治療義務の限界（患者の回復可能性および余命はどうか）と、②患者本人の意思（推定的意思を含めた患者の意思はあるか）の存在を要件としているものと推察される⁽¹²⁾。これを本件に当てはめるに、①については、患者の余命等を判断するために必要とされる脳波等の検査が実施されておらず、発症から2週間の時点であり、回復可能性や余命についての確な判断を下せる状態ではなく、また、②についても、患者自身の終末期における治療の受け方についての考え方は明らかでなく、気管内チューブの抜管は、患者がこん睡状態にあったため、患者の回復をあきらめた家族からの要請に基づき行われたものであるが、その要請は患者の病状等について適切な情報が伝えられた上でされたものではないので、患者の推定的意思に基づくということもできなかった。本決定は、以上のことを指摘して、原審の判断（懲役1年6月、執行猶予3年）を正当とした。

このように、判例法上、治療中止（尊厳死）の正当化の根拠や要件の手掛かりは明らかにされつつあるが、いまだ特別な法律は存在しない。そのような状況において、終末期医療の意思決定プロセスについては、行政や学会等によって多くの公的な指針（ガイドライン）が作成されつつある⁽¹³⁾。

比較的新しいものとしては、たとえば、厚生労働省の「人生の最終段階における医療の決定プロセスに関するガイドライン（改訂版）」（2015年3月）がある。これによれば、医療・ケアチームは⁽¹⁴⁾、患者の意思が確認できず、家族が患者の意思を推定できない場合には、患者にとって何が最善であるかについて家族と十分に話し合い、患者にとっての最善の治療方針をとることを基本とするとされる。ここでの家族とは、患者が信頼を寄せ、人生の最終

(12) 入江猛・本決定の評釈・ジュリスト1446号(2012年)91頁以下。

(13) このようなガイドラインの作成が活発化した背景に、平成18年3月に富山県射水市民病院における人工呼吸器取り外し事件が報道されたことがあるとされる。

(14) 「医療・ケアチーム」とは、担当医師、看護師及びそれ以外の医療従事者が基本とされ、場合によってはソーシャルワーカーも含まうるとされる。

段階の患者を支える存在であるという趣旨であり、法的な意味での親族関係のみを意味せず、より広い範囲の人を含むとされる。

また、日本救急医学会・日本集中治療医学会・日本循環器学会の3学会は、「救急・集中治療における終末期医療ガイドライン」(2014年11月4日)を公表している。これによれば、患者の意思が確認できず推定意思も確認できない場合において、家族らが延命措置の中止を希望するときは、患者にとって最善の対応をするという原則に従い家族らとの協議の結果、延命措置を減量、または終了する方法について選択するとされる。ここでの「家族ら」とは、患者の意思を良く理解している家族や関係者という意味で、親族だけでなく、場合によっては患者のことを良く知る親しい友人や関係者等も「家族ら」に含まれることがあるとする。

その他、日本老年学会(2012年6月)、日本小児科学会(2012年4月)、日本学術会議(2008年2月)、全日本病院協会(2009年5月)、日本医師会(2008年2月)などのガイドラインがある。もっとも、本人の意思が確認できない場合に本人に代わって同意する「家族」の定義は必ずしも明確なものとはいえない。

V ドイツにおける患者の代理人

ドイツでは、判断能力を有しない成年者に対する医療行為にだれが同意するかについて、民法に規定が置かれている。ドイツにおいては、家族法上の身分関係があることだけでは同意権者としては不十分とされ、同意能力を有しない成年者に対する医療行為については、成年後見人(世話人)の選任が前提とされている。

1 医療行為の許容性一般

ドイツにおいても医的侵襲は法的には傷害であり、患者の(明瞭な、または推定的)同意がある場合のみ正当化される(民法630条d第1項)⁽¹⁵⁾。そ

して、患者が自ら同意する能力を有しないときは、法定代理人としての世話人⁽¹⁶⁾、もしくは法律行為によって選任された任意代理人⁽¹⁷⁾が同意する(民法630条d第1項2文)⁽¹⁸⁾。

2 世話人の職務範囲

もっとも、世話人が本人の医療行為に関わるためには、世話人がそれに関するしかるべき職務範囲を有していることが必要である。しかるべき職務範囲として、たとえば、「すべての事務」、「身上監護(Personensorge)」、「身上に関する事務(persönliche Angelegenheiten)」、「医療行為の提供(Zuführung)」、「治療行為(Heilbehandlung)」、「治療行為への同意」、「医的措置(ärztlicher Maßnahme)」などが考えられる⁽¹⁹⁾。なお、不妊手術については特別に規定が置かれている(民法1899条)⁽²⁰⁾。

なお、職務範囲の中に具体的な疾病を厳密に挙げることまでは必要でないし、適切でもない。たとえば、「内因性の精神病に関する決定」と挙げてしまうと、世話人はその極めて狭い範囲においてしか同意を与えることができな

(15) ドイツ民法典に新たに医療契約に関する規定が置かれ、2013年2月から施行されている(民法630条a～630条h)。これについて、服部高宏「ドイツにおける患者の権利の定め方」法学論叢172巻4・5・6号(2013年)255頁、渡辺富久子「患者の権利を改善するための民法典等の改正」外国の立法No255-1号(2013年)16頁など参照。

(16) 2014年に選任された世話人の内訳は、本人の親族が51.42%、職業世話人が36.33%などとなっている(ドイツ連邦司法庁のHP)。

(17) 医療同意権は、法定後見人たる世話人のみならず、任意代理人にも認められるが、その場合における任意代理権は、必ず書面によって授与されなければならない、かつ、当該医的措置が代理権の内容として明確に指示されていなければならない(民法1904条5項)。

(18) なお、同意能力を有する患者、ならびに同意能力を有しない患者の世話人は、医療行為の開始後であっても、いつでも同意を撤回することができる(民法630条d第3項)。

(19) Walter Zimmermann, Ratgeber Betreuungsrecht, 10. Aufl., München 2014, S.186

(20) 不妊手術については厳格な要件が課されており、2014年の許可件数は36件に過ぎない(ドイツ連邦司法庁のHP)。

い。このような狭い範囲の定めがなされていると、その職務範囲を拡大するために複雑な手続を経なければならなくなる。また、たとえば、「財産管理」や「年金管理」の職務範囲のみを有する世話人が、被世話人を訪問した際に被世話人の医療行為の必要性に気が付いたとしても、それについて行動することはできない。そのような場合、世話人は、世話裁判所⁽²¹⁾に医療行為についての職務範囲の拡大を申し立てるか、あるいは、この職務範囲を有する別の世話人の選任を申し立てなければならない。

3 世話人による医療行為へ同意

(1) 本人の同意能力

上述のように、医師はあらゆる侵襲のために患者の同意を必要とするので(民法 630 条 d)、同意がなければ、医師は、損害賠償責任を負い(民法 823 条)、傷害を理由に罰せられる(刑法 223 条)。同意が有効であるためには、以下の2つの要件が必要である。

第一に、①患者が同意能力を有していなければならない。すなわち、患者が、「その精神的発展と道徳的成熟に従って」⁽²²⁾、侵襲の意義および射程ならびにその侵襲を許容することを評価できる必要がある。ここにおいて、患者の行為能力は問題とならない。たとえば、16歳の少年であっても(たしかに行為能力は制限されているが)、破傷風の予防注射を受けることには有効に同意することはできるが、心臓手術には同意できないかもしれない。第二に、②患者は、医的侵襲の性質、意義、射程について、医師からしかるべく説明を受けなければならない。被世話人に同意能力がない場合は、世話人が説明を受けなければならない(民法 630 条 e)。

以上のことから、患者本人が同意能力を有するとき、世話人が本人に代わって同意することはできず、患者本人が同意能力を有しないとき、世話人は法

(21) 世話裁判所とは、世話事件、収容事件その他の事務のために区裁判所に組織された部局である(裁判所構成法 23 条 c、家事事件及び非訟事件手続法 271 条)。

(22) BGH, Urt. Vom 16.11.1971, FamRZ 1972, S.89

定代理人(相当の職務範囲を有していることが前提)として本人のために同意することができる。

(2) 医師と世話人との協議

世話人は、医的措置に同意するに先立って、情報を入手する必要がある⁽²³⁾。したがって、世話人は、治療契約から生ずる付随的権利としての診療記録の閲覧権(民法630条g)を(被世話人と同様に)有する。世話人は、必要に応じて、病院の所管機関(市当局など)などに異議を申し立てることによって閲覧し、場合によっては、民事裁判所に訴えを提起することによって閲覧することができる。世話人は、医師との協議において、どのような問題・症状があるのか、診断内容の信頼性、治療の可能性、その他の選択肢などについて明らかにしなければならない。

4 患者の指示書

(1) 意義

患者の指示書とは、同意能力を有する成年者が、同意能力を失う場合に備えて、特定の、その時点ではいまだ目前に迫っていない、健康状態の検査、治療行為もしくは医的侵襲に同意し、または拒否することについて書面により定めるものである(民法1901条a第1項)。患者が「特定の」措置に同意するか拒否するかを定める必要があるので、一般的な指針を定めたに過ぎないものは患者の指示書ではない(たとえば「私は尊厳をもって死ぬことを希望する」)。患者の指示書はいつでも撤回することができる(民法1901条a第1項3文)。なお、医的措置が目前に迫っているときは、書式要件は適用されない。たとえば、医師と約2週間後の手術について協議する患者は、書式によって定める必要はない。そのような場合、同意能力を有する患者は、その「患者の指示」を医師に口頭で有効に伝えることができる。患者がその後の手術

(23) 民法1901条b第1項は、世話人と主治医は、必要とされる医的措置について協議しなければならないことを定めている。

中に同意能力を失ったとしても患者の同意は有効であり、世話人を選任する必要はない。なお、患者の指示書は、人工栄養補給の中断などの「臨死介助 (Sterbehilfe)」に関するものでもあってもかまわない。

(2) 要件, 方式, 認証, 登録

患者の指示書は、文書の方式によることが有効要件とされている (民法 1901 条 a)。したがって、文書 (一定の様式を利用することも可) には手書きの署名が必要となる。署名の認証は必要ない。患者の指示書は、それが事前配慮代理権⁽²⁴⁾とセットで作成されるとき、ベルリンにある連邦公証人連合会の「中央事前指示登録簿」に登録することができる (中央事前配慮登録簿令 1 条, 10 条)。患者の指示書に有効期限はない。患者が指示書の作成後に同意能力を喪失しても、このことは患者の指示書の有効性に影響を与えない (民法 130 条 2 項)。したがって、患者の指示書は、一定期間ごとに更新する必要もない (更新は大いに推奨される場所ではあるが)。

(3) 患者の指示書の拘束力と射程

患者の指示書は、医師、世話人、任意代理人、世話裁判所に対しても拘束力を有する。すなわち、患者の指示書は本人の意思に関する単なる間接証拠にとどまるものではない。患者の指示書は、重大であり、あるいは生命を脅かす疾病に関するものに限定されない (民法 1901 条 a 第 3 項)。比較的軽微な疾病に関するものも可能である。また、たとえば、死期が迫っている状況でなければならないなど、疾病の段階についても特に限定はない。

(4) 世話人 (任意代理人) の職務

有効な書面による患者の指示書が存在するとき、世話人 (任意代理人) は、本人による当時の定めが、現在の生活状況および治療状況に該当するかどうかを審査しなければならない (民法 1901 条 a 第 1 項 1 文)⁽²⁵⁾。該当する場合、

(24) 事前配慮代理権 (Vorsorgevollmacht) とは、将来自分が援助を必要と有する場合に備えて特定の信頼できる人物に目的を定めて与えておく任意代理権である。

世話人(任意代理人)は、本人の意思を「表明し、実現し」なければならない(同2文)。このことは、世話人(任意代理人)が、企図される措置について代理人として同意し、または、拒否することを意味する。本人のために世話人または任意代理人が選任されているとき、主治医は、患者の指示書の適用可能性について、代理人たる世話人(任意代理人)と共に審査する(民法1901条b第1項)。この場合、可能な限りで、患者の近親者その他の信頼できる人物にも意見表明の機会が与えられる(同条2項)。

(5) 患者の指示書が存在しない場合や、現在の状況に該当しない場合

この場合は、患者の推定的意思が問題となる(民法1901条a第2項1文)。患者の意思が、具体的な手がかりに基づいて探求されなければならない(同2文)。特に考慮されなければならないのは、被世話人の過去における口頭又は書面による意思表示、倫理上または宗教上の確信、その他の個人的価値観である(同3文)。もっとも、職業世話人はこれを知りえないことも多いと考えられ、疑わしい場合は、患者の生命や健康の保護が優先されることになろう。

5 世話裁判所による許可

世話人が、被世話人の健康状態の検査、治療行為または医的侵襲に同意する場合において、その措置によって被世話人が死亡し、または重大かつ長期にわたる健康上の損害を被るような根拠のある危険が存在するとき、世話裁判所の許可が必要である(民法1904条1項)。たとえば、脚の切断などがこれに当たる。

また、世話人が、被世話人の健康状態の検査、治療行為、医的侵襲に同意しない場合または同意を撤回する場合において、措置が医学的に適切であり、かつ、措置の差控えや中止によって被世話人が死亡し、または重大かつ長期

(25) たとえば、ある者が肺炎に罹患したが、患者の指示書には「私が認知症になった場合、生命維持措置は希望しない」とあり、肺炎については定めていないとする。この場合に患者の指示書が現在の治療状況に該当しないことは明らかであろう。

にわたる健康上の損害を被るような根拠のある危険が存在するときも、世話裁判所の許可が必要である (同条2項)。これは、胃瘻による人工栄養補給の中止や人工呼吸の中止など、臨死介助のケースが典型である。

「根拠のある危険」が存在するのは、主観的な懸念がある場合だけでなく、客観的な危険および損害発生の著しい蓋然性がある場合である。これまで「根拠のある危険」が存在するとされた場合としては、たとえば、身体の一部の外科的な切断術⁽²⁶⁾、電気ショック療法⁽²⁷⁾、精神安定薬 (Neuroleptika) による治療⁽²⁸⁾などがある。その他、動脈の脈管外科手術、脳・脊髄の手術、開胸手術、対になっていない臓器 (心臓、肝臓) および骨髄の移植、進行した癌の根治的な侵襲や治療措置、血管内の診断 (簡単な右心カテーテル検査や画像下治療 (IVR) を除く)、ドイツにおいて認可されていない薬剤による治療などが考えられる⁽²⁹⁾。

なお、本人に同意能力があるかどうか判断が難しい場合、あるいは、医的侵襲が健康上の長期にわたる損害に結び付くかどうか判断が難しい場合、世話人は、世話裁判所から助言を受けることもできる (民法 1908 条 i 第 1 項、1837 条 1 項)。

ところで、医的措置の実施または不実施について一定の危険が存在する場合であっても、世話人 (任意代理人) と主治医との間に見解の一致があるとき、裁判所の許可は必要でない (民法 1904 条 4 項、5 項 1 文)。すなわち、同意を与えること、同意を与えないこと、または同意を撤回することが、被世話人 (代理権授与者) の意思に合致することについて両者に見解の一致があれば、裁判所の許可は不要とされている。

許可を与える管轄を有するのは、世話裁判所である。裁判官は、許可を与

(26) LG Darmstadt, Beschluss vom 25.6.2008, FamRZ 2009, S.543

(27) LG Hamburg, Beschluss vom 31.3.1994, FamRZ 1994, S.1204

(28) LG Berlin, Beschluss vom 5.11.1992, FamRZ 1993, S.597

(29) W.Zimmermann, a.a.O.(注 19), S.196

える前に、本人を個人的に審問しなければならない(家事事件及び非訟事件の手續に関する法律〔以下、「家事事件」という〕298条1項1文)。審問しなくてもよいのは、これによって本人の健康に著しい不利益が及ぶ恐れがある場合、または、本人が意思を表明することができないことが明らかである場合である(家事事件34条2項)。手續の対象が民法1904条2項(臨死介助)の許可であるときは、世話裁判所は手續監護人⁽³⁰⁾を選任しなければならない(家事事件298条2項)。他方、民法1904条1項の場合においては、本人に対して審問することができないときは、手續監護人は必要でない(家事事件276条)。裁判所は、侵襲の必要性、代替策、損害発生の蓋然性などについて専門家の鑑定も入手しなければならない(家事事件298条3項、280条)。

6 緊急の場合

世話人の選任や裁判所の許可の手續には一定の期間を要する。しかし、それを待つことができないケースもある。そのような緊急の場合、以下のような特別な対応が必要となる。

もし当該医的措置が民法1904条の意味において危険でなければ、裁判所の許可は必要ではないが、(患者に同意能力がなければ)緊急の場合でも世話人の同意は必要である。そこで、世話人が選任されていない場合、あるいは、世話人と連絡がつかない場合、または世話人の職務範囲に医療同意が含まれていない場合、裁判所は緊急の仮命令(家事事件301条)によって仮の世話人を選任し(または職務範囲を拡大する。家事事件293条)、その世話人が同意することができる。また、場合によっては、裁判所自体が、命令によって、同意を表明することもできる(民法1908条i、1846条)。

他方、患者に同意能力がなく、かつ、当該医的措置が危険である場合、世話人の同意および裁判所の許可の両方が必要となる。もっとも、後者の裁判

(30) 手續監護人は、個別の手續や裁判所からの通知内容、事務の意義について本人に説明するなど、本人を手續において援助する。

所の許可については、延期することが危険であり、許可を待つことができない場合、医的措置は裁判所の許可がなくても行うことができる（民法 1904 条 1 項 2 文）。しかし、前者の世話人の同意は必要であり、少なくとも仮の世話人の同意、または民法 1846 条による命令などが必要となる。

なお、患者の（推定的）意思について医師と世話人との間に見解の相違がない場合は、世話裁判所の許可は不要である（民法 1904 条 4 頁参照）。

VI 結びに代えて

日本においては、同意能力を有しない患者に適切な治療を受けさせるための法的システムが整っていない。そのため、法律上明確な根拠のないまま、事実上、患者の家族が本人に代わって同意することによって医療行為が行われることが少なくない。未成年者については、明文規定はないものの、判例・通説によって親権者等の法定代理人に医療同意権が認められているが、成年者については、成年後見人に医療同意権は認められていない。また、「精神保健及び精神障害者福祉に関する法律」は、精神障害者について「家族等のうちいずれかの者」の同意による非任意入院を認めるが（医療保護入院）、入院への同意を超えて患者に強制的に医療を受けさせることができるかについては定めていない。このような意味において、同意能力を有しない患者のインフォームド・コンセントが法律上どのように保障されているかについては曖昧な点が少なくない。

インフォームド・コンセントの法制化は喫緊の課題であるようにも思われるが、もっとも、2013 年（平成 25 年）3 月に厚生労働省が実施した終末期医療に関する意識調査によれば、一般国民は必ずしもインフォームド・コンセントの法制化には積極的ではないことがうかがわれる⁽³¹⁾。それによれば、事前指示書（自分で判断できなくなった場合に備えて、どのような治療を受けたいか、あるいは受けたくないかなどを記載した書面）をあらかじめ作成

しておくことの賛否について、一般国民の約7割が事前指示書の考え方に賛成しているが、実際に事前指示書を作成していると答えた人は3.2%に過ぎず、さらに、事前指示書に従った治療を行うことを法律で定めることの賛否については、賛成が22.2%に過ぎず、5割以上は法制化に消極的であった。

また、「自分で判断できなくなった場合に治療方針を決定する者」については、「家族等が集まって話し合った結果」が44.6%と最も多く、次いで、「家族等のうち、自分のことを一番よく分かっている一人の方」が34%、「担当する医師又は医療・ケアチーム」が10.4%であり、「他の人に決めてほしいとは思わない」は5.3%に過ぎない。さらに、「自分で判断ができなくなった場合にあらかじめ定めた者が治療方針を決定することを法律で定めること」の賛否については、賛成は19.4%に過ぎず、むしろ一般国民の約6割は法制化に消極的であった。

たしかに、患者の利益にもっとも関心をもつのは家族であろうが、他方で、家族は、治療費負担、介護労力等の点において本人と利益相反の関係にもある。患者と家族との関係も様々であり、家族が必ずしも本人の利益保護を行えるとは限らない。前述の川崎協同病院事件の第二審判決も⁽³¹⁾、「家族の意思を重視することは必要であるけれども、そこには終末期医療に伴う家族の経済的・精神的な負担等の回避という患者本人の気持ちには必ずしも沿わない思惑が入り込む危険性がつきまとう」ことを指摘している。同意能力を有しない患者のインフォームド・コンセントについては、やはり法制化が必要ではあるまいか。

また、上記の厚生労働省の意識調査では、一般国民とは別に、医師・看護師・施設介護職員など医療福祉従事者に対する調査も実施されている。それによれば、事前指示書の法制化や同意ルールの法制化については、医療福祉従事

(31) 終末期医療に関する意識調査等検討会「人生の最終段階における医療に関する意識調査報告書」(2014年)。

(32) 東京高判平成19年2月28日判タ1237号153頁。

者の消極的意見は一般国民よりもさらに強く、中でも医師の消極的意見の割合は、特に高い傾向にある。また、同調査によれば、上述の厚生労働省の「終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン」の利用状況についても、「ガイドラインを参考にしている」とした割合は約2割に過ぎず、「ガイドラインを知らない」と回答した者は、医師3割、看護師4割、施設介護職員5割であった(学会等のガイドラインの利用状況もほぼ同様)。さらに、「終末期の定義や延命治療の不開始、中止等の判断基準」については、医師においては、「詳細な基準を示すべきである」は6%に過ぎず、「大まかな基準を作り、それに沿った詳細な方針は、医師又は医療ケアチームが患者・家族等と十分に検討して決定すればよい」が52.1%、「一律な基準は必要なく、現場で十分に検討する」が35.6%であった。また、上記基準については「法律に定めるべきである」は14.6%にすぎず、「法律ではなく専門家によって作成されたガイドライン等で示すべきである」が80.2%に達した。

医療現場においては、このような問題を法制化することについては消極的意見が強いようである。しかし、医療同意についての法律上の手続きが明確化されることは、医療福祉従事者にとっても有益である。患者側からの(民事上・刑事上の)責任追及の危険を減少させることができるからである。また、患者の代理人が法律上明確にされれば、患者に同意能力がない場合、医師は医療行為の開始・継続・終了に関する決定について、患者の代理人と共同で決定することができる。このような医師と患者の代理人との対話は、医師の負担の軽減にもつながりうる。医師が、医学的適応性のみならず、患者の意思探求についてまで責任を負うのは、負担として重すぎるともいえる。医師にとっては、「患者の代理人」という法制度を受け入れることには抵抗があるのかもしれない。しかし、医師が患者の治療決定について患者の代理人と協議できるということは、医師ならびに医療・ケアチームにとって極めて大きな負担軽減ともなりうるのである⁽³³⁾。

医療行為に対する決定・同意に関しては、公的機関による審査を前提とし

た明確な法制度を整備する必要があるように思われる。上述のように、ドイツでは、家族法上の身分関係があることだけでは同意権者としては不十分とされ、同意能力を有しない成年者に対する医療行為については、成年後見人の選任が前提とされている。加えて、一定の危険を伴う侵襲については、裁判所の許可も要求されているのである。少子・核家族化の進展に伴い、従来の家族像は変容し、家族をもたない人々も増加している。家族の保護機能が低下する中、医療に関する決定についても、国家（後見人や裁判所）の関与が必要ではあるまいか⁽³⁴⁾。

(33) 神野礼斉「＜日独シンポジウム＞成年後見法における医療行為と健康配慮について」成年後見法研究11号（2014年）221頁。

(34) 丸山英二「成年後見人の医療同意権に関する若干の考察」実践成年後見54号（2015年）14頁は、終末期医療も含めて広く医療同意権を成年後見人に認めるべきとする。