

医療行為の同意についての中間報告書

平成21年11月25日

社団法人 成年後見センター・リーガルサポート

1. はじめに

(1) 「提言」におけるリーガルサポートの態度

2005年10月1日、成年後見センター・リーガルサポート(以下、「本法人」という)では、「成年後見制度改善へ向けての提言～法定後見の現場から～」(以下「提言」という)を発表した。同提言を前に、後見人等と医療行為について、後見人等に就任している本法人の社員945名にアンケートを実施し、102名からの回答を得た。

その結果、現状では後見人等に同意権がないにも関わらず、医療機関から医療行為に対して同意を求められた経験のある後見人等は半数を超え(56%)、そのうち、他に親族がいた事例が64%あった。後見人等に対する医療機関の期待が大きいことが窺われる。

そして、同意を求められたケースは、検査や投薬等の比較的軽微なケースから、予防接種、眼球摘出の可否、下肢の切断等、非常に重い選択を迫られたものまで多岐にわたっている。後見実務の現場で、被後見人の「医療を受ける権利」を保障することのできないもどかしさと、一方で、命の問題に直接関わるといふ重い責任を負うことへの不安とで悩む後見人の姿が浮かび上がった。

後見人等に医療行為の同意権を付与すべきかどうかという問いに対して、アンケート結果は、以下のとおり、社員間でも意見は大きく分かれた。また、この問題を検討していく中で、医療行為の同意権の問題は、後見人等が選任されている件数よりはるかに多いと思われる、認知症等で同意能力のなくなった人が医療を受ける場合の問題全般として検討すべきではないかという意見が多くなった。そのため、「提言」では、「限定的同意権付与説」と「同意権付与否定説」の両論を示すにとどめ、結論を出すまでにはいたらなかった。そして、医療機関を含めた関係機関における議論を含め、同意能力のない人の医療について、後見人等への同意権付与の議論にとどまることなく、本人以外の者による医療行為の代行決定全般について、国民的な議論をつくすことが必要であることを訴えた(「提言」の内容についてはリーガルサポートホームページ参照)。

・「成年後見人(保佐人、補助人を含む)に医療行為の同意権を与えるべきかどうか」に対するアンケート結果

包括的に与えるべき	9%
一定の範囲・条件の下で与えるべき	33%
同意権を与えるべきではない	12%

医師の責任において医療行為を行うべき 40%

「提言」発表当時、今後の検討課題とされたものは以下のとおりである。

- a. 医療行為の同意という場合の「同意」の意義・法的性質は何か
- b. 「同意」の内容・範囲
- c. 現在親族が行っている「同意」をどう考えるか
- d. 重大な医療と軽微な医療の区別とは
- e. 「同意権」付与の判断基準
- f. 「同意権者」の責任の範囲
- g. 第三者後見人と親族との「同意」の優先関係・その場合の親族の範囲
- h. 同意権者が判断に悩む場合や重大な医療についての第三者機関の設置の有無（果たして機能するのか）
- i. 第三者後見人だけではなく市民後見人を視野に入れた議論の必要性
- j. 第三者に決定権を与えることに対する国民的合意の必要性

（２）「提言」後における検討

「提言」発表後、本法人の「医療行為の同意検討（小）委員会」（以下「委員会」という）では、今後の議論を深めるため、検討課題につき論点整理を続けてきた。そして、2008年6月15日に開催された本法人の「第1回研究大会」において経過報告を行い、分科会参加者に意見を求めた。

さらに、2008年夏に開催された本法人ブロック会議において意見を求めるため、事前に各支部に対して委員会における経過報告書を送付し意見照会を行った。各地域のブロック会議では、主に委員会からの説明が中心となり、十分な議論を交わすことができなかった点は否めないが、医療行為の同意に関する法律の制定の必要性については、概ね参加者に理解いただいたのではないと思われる。

その後、委員会に上山泰筑波大学准教授、大西丈二名古屋大学准教授を招き、研究者としての立場からの意見を伺い、各ブロック会議での意見も踏まえて、本法人としての中間報告を取りまとめることになった。

（３）中間報告書の発表の趣旨

本法人は、根本的には、本人が医療行為の同意について判断する能力を喪失した場合に、本人の医療を受ける権利を擁護するために、本人以外の者（後見人等のみではなく、親族等も含む）が医療行為の同意について代行決定できるように法律を制定する必要があると考える。そこで、国民的議論を巻き起こしていただくたたき台として、根本的な法律制定の骨子について提言したい。

しかしながら、このような法律の制定のためには、医療関係者を含め、国民各層のコンセンサスを得る必要があり、そのためには多大な時間を要するものと考えられる。そこで、

医療行為の同意能力を喪失した本人に親族等がない場合に、本人の医療を受ける権利を擁護するため最低必要な限度において、当面の現行成年後見制度の運用についても併せて提案することとした。

2 . 医療行為の同意についての基本的な考え方

医療行為（医行為）とは、「当該行為を行うに当たり、医師の医学的判断及び技術をもってするのでなければ人体に危害を及ぼし、又は危害を及ぼすおそれのある行為」（平成 17 年 7 月 26 日「医師法第 17 条、歯科医師法第 17 条及び保健師助産師看護師法第 31 条の解釈について（通知）」医政発第 0726005 号）である。

また、医事法の観点からは、一般的に医療行為が業務行為として適法になされるためには、医学的適応のもとに医師が治療目的を有していること、医療行為の方法が現代医療の見地からみて妥当と解されること、本人（患者）の同意があること、という三つの要件を医師が確認し、医療行為を実施する必要があるとされている。

なお、医学的適応性とは、疾病の治療・軽減、疾病の予防に代表されるように、医療技術を適用することが許容される性質をいうとされている。

この医療行為を実施する場合に必要とされる、「本人（患者）の同意があること」の意味について、本法人の基本的考え方を以下に述べる。

（1）医療行為の同意の定義

医療行為の同意とは、医師が、本人に自らの判断で医療行為の諾否を決定することができるように、病状、実施予定の医療行為とその内容、予想される危険性、代替可能な他の治療方法等を説明し、本人自身が医的侵襲を受け容れ、生命や身体に対する危険を引き受ける決定である、と考えられる。

そして、この医療行為の同意は、個々の医療行為ごとに同意を必要とし、本人の承諾が医的侵襲の違法性阻却の事由となる。

a . 医療行為の同意の法的性質

医療契約に基づき行われる医療行為は生体に対する医的侵襲であり、適法とされるためには本人の同意が必要である。この医療行為の同意の法的性質は、法律行為としての医療契約の申込とは異なり、身上監護行為としての身体処分に関する意思決定行為であると解される。そのため、代理行為としての対象に馴染まず、医療行為の同意は代行決定の問題として把握されることとなる。

b . 医療行為の同意の持つ意味

医療行為についての本人の同意は、専門医学的な知識を要する同意ではなく、医療

行為による身体の一部の喪失・将来の生活への負担、今後の手術の必要性等の説明を受けることによって、現在の生活の状況と医療行為実施後の生活の状況の質の変化を理解し認識したうえでなされることを要するものと解すべきである。

なお、医師からの説明は、説明を聞く者の理解力に適合した方法でなされる必要があり、その説明の種類・性質は、具体的には治療法の説明（投薬、手術等）・代替治療の説明（医師の専属事項）・経過説明（たとえば身体の一部の喪失・将来の生活への負担、今後の手術の必要性等）であると考えられる。

本法人は、「医師と本人の信頼関係を築き、本人についての生活環境及び経済状況を含めた情報を医師に伝え、医師は最も本人に適していると思われる医療方法及び他に医療方法があればそれも説明し、本人は、選択しようとしている医療行為を行った後の生活の質が現在の生活の質とどのように変化するかを十分理解したうえで医療行為への同意をすることが必要となる。医師から押し付けられる一方的な医療行為ではなく、医師と本人のコミュニケーションであることが必要である。」とするインフォームド・コンセントの在り方に関する検討会報告書（平成7年6月22日厚生省）におけるインフォームド・コンセントについての考え方を支持する。

c. 同意能力

同意能力とは、当該医療行為の目的、内容、結果、危険性について理解した上で、疾患の特質、治療の可能性、危険性等の本人の置かれた状況に関する情報の意義を認識したうえで、判断し選択を表明することのできる能力である。しかし、本人が選択しようとしている医療行為を行った後の生活の質が、現在の生活の質とどのように変化するかを十分理解したうえで医療行為への同意を表明できれば、本人が後見類型等であったとしても、必ずしも同意能力がないとは言えない。本人に同意能力がないと確認されるまでは、同意能力はあるものとするべきである。

そのような理解に立てば、常に同意するような人には注意を要し、本人にとって最善の利益が何かを押し量ることをせず常に同意している人については、同意能力について再確認をする配慮が必要となる。

(2) 同意を必要としない医療

医療行為が本人の生命・健康を維持するために必要であり、その医療行為に緊急性があつて、また、医師により、医術の基準に合致して医療行為がなされる場合には、本人の明らかな不同意がない限り、同意は不要であると解される。

例えば、交通事故の怪我の手術等、事前に拒否の意思表示がなされていない場合は、本人の同意を得なくても医師の責任として医療行為はできる。

また、本人が自らの意思を表すことができず、生命の危険にさらされている場合に、本人の意思を推定でき、連絡する相手がない場合も医療行為はできるものと解される。

なお、本人の意思に反する診断上の処置あるいは治療は、特別に法律が認めるか、医の倫理の諸原則に合致する場合には、例外的な事例としてのみ行うことができる。(リスボン宣言6)

(3) 同意の及ばない医療

本人に同意能力がない場合の障害を理由とした堕胎、精神疾患のある本人に対するロボット手術については代行決定の及ぶ範囲外と解される。

3. 現行法における問題点

医療行為の同意を行う能力が本人に無い場合、誰が代行してこれを行うのか。この問題に関して、後見人等については、成年後見関連法の制定時に、権限付与はなお議論を要するものであり「時期尚早」として見送られた経緯がある。また、医療の現場において本人の同意能力が無い場合、家族が代わって判断することもあるが、この判断については法的な権限が明確であるというわけではない。

(1) 家族と医療行為の同意

医療の現場では本人に医療行為の同意能力がない場合、家族の同意により医的侵襲を伴う手術などが行われているのが実情である。判例も、本人が同意できない場合は、家族への説明や同意を本人に対するものと明確に区別せず、「患者側」として緩やかに捉え判断している傾向がある。

しかし、この家族の同意がどのような根拠に基づくものであるかは、法的には曖昧である。確かに本人の状況や考えを把握できる立場の密接な関係にある家族は、本人の自己決定を伝える立場になりえるし、同意能力のない本人が治療を受ける権利を保護するためにも家族が同意を代行することは、実情に則しているという面もある。反面、家族は、密接さゆえに本人と利益が対立しうる関係にあり、家族の判断にすべてをゆだねることも危険な側面がある。また、「家族」と一口に言っても、本人とのかかわりは様々であり、本人の意思を推定して同意するだけの関係があるとはいえない場合もある。

医療の現場では往々にして本人とあまり面識のない親族の同意を得て医療行為が行われることもあるが、そのことが本人の意思を代行した行為といえるのか疑問である。

(2) 成年後見人と医療行為の同意

また、近親者がいないかもしくは存在しても協力が得られない場合、後見人等に選任された専門職等が代わって医療行為の同意を求められるケースもある。しかし、後見人等は、医療契約の締結は出来るが、その契約の履行として実施される医療行為の同意については一身専属的なものであるので行うことができないというのが立法担当者の見解であり、そ

の対応に苦慮するケースも決して少なくない。

同意能力のない人の医療行為については、それが家族であれ、後見人等であれ法的に同意する権限があるわけではないのだが、事実上家族の「同意」を得ることで医療行為が行われており、このことは、逆に同意する家族が存在しない場合、医療行為による治療を受ける権利を行使できないという問題が生じてしまうことにもなりかねない。

(3) 現行法上における成年後見人の医療行為同意の権限

立法担当者は、後見人等の医療行為の同意について否定説に立つが、医療契約に含まれる医療行為については、契約締結が出来る以上、後見人等にも一定の権限があると考えることが可能である。実際に後見人等の身上配慮義務の一環として一定の医療行為に限定はされるが、同意を行うことについて肯定する見解もある。

本法人では、後見人等としての業務を行う立場から、後見人等が現行法上どこまで医療行為の同意に権限を持ちうるのか、またその限界についても検討した。

本法人では、現行法上、後見人等の権限として行いうるものとして次の2点を掲げる。

a) 医療契約として行うもの

被後見人等に治療の必要性があると判断した場合、後見人等は医療機関と医療契約を締結することになる。しかし医療契約の申し込みの時点では、病気の概要、治療方針については明確ではなく、医療機関は契約に基づき病状を把握し治療を行うために様々な検査をすることになる。これは契約の履行に伴う行為であり、医療契約に含まれると考える。具体的には、採尿、レントゲン検査、血液検査などが挙げられよう。但し、検査の方法には医的侵襲を伴うものもあり、被後見人等の希望もある。契約に含まれるとしても、被後見人等のさまざまな状況に合わせた個別の判断が後見人等には求められるであろう。

また、これらの検査の結果、より精密な検査が必要となった場合（内視鏡検査や胃カメラなど）、医療契約にどこまで含まれるのかも検討が必要である。

b) 身上配慮義務の一環として考えられるもの

後見人等の身上配慮義務を根拠として一定の医療行為については同意が可能であると考えられる。具体的には服薬、傷の縫合、点滴などが挙げられる。また、予防注射について、予防接種法（第8条第2項）は、成年後見人に接種の努力義務を課しており、既往症など本人に関する身体的精神的状況の確認を得た上で、成年後見人が必要であると判断する場合は、同意しても良いのではないかと考える。

しかし、医薬品の治験については、「医薬品の臨床試験の実施に関する基準に関する省令」により本人の同意を得ることが困難な場合は、後見人など「代諾権者」の同意により治験が可能である（同令第50条2項）としているが、これは、通常の治療行為よりも本人の自己決定権尊重の必要性が高いと考えられ、代諾権を認めることについて批判的な意見も多く、本法人としても慎重に解するべきと考える。

(4) 後見人としての権限を超える状況下での現状における対応

医療契約や身上配慮義務の解釈として導き出すことが難しい医療行為の同意については、現行法上では法的根拠の曖昧な中での対応にならざるを得ない。現状では、被後見人等の医療関係情報の説明を医療機関に求めたり、医療機関に対して被後見人等の情報を提供したり、ケア会議等で関係者との協議の上、治療方針を決めていくなどの対応をとることになるであろう。

後見人等には医療行為の同意権があるわけではないが、身上配慮義務があり、また、医療契約締結に基づいた適切な履行がなされているかの見守りや監視・監督を行う義務があるので、このような形での関与をなすべきであろう。また、被後見人等にかかわっている複数の人間による協議を行うことで、より被後見人の意思に近くまた適切な判断が可能となるであろう。このような決定のプロセスは、医療行為の同意に関する法律の制定後においても必要であると考えられる。

しかし、このような被後見人等にかかわる関係者の判断が仮に一致したとしても、最終的に誰が同意するのか（もしくは医師の決定にゆだねるのか）という点については明確な結論を出すことは現状では難しい。

なお、任意後見契約については、受任段階で委任者の希望を聞くことが可能であるので、その意思を定期的に確認し、明確にするために書面に残してもらうなどして、発効後委任者が医療行為の同意能力を喪失した場合は、受任者は医療機関に委任者の希望を伝えることは可能である。しかし、任意後見契約においても医療行為の同意・決定についての一般的な代理権を付与できるわけではないので、任意後見人が当然には医療行為の同意権を有しないことは、法定後見人等や家族と同様である。

(5) 同意の必要な範囲とガイドライン策定の必要性

医療行為については、原則全て本人が同意することが前提となるが、医療契約に含まれるような医療行為については改めて書面等での同意を得なくても黙示の同意があるものとみなされ、治療行為などが行われる場合がある。（このような場合でも、本人が反対の意思表示を行った場合は、その意思が尊重されることは言うまでもない。）

また、医療行為についての選択を求められる場合や、契約に含まれずに個別の説明により行為を行うものについては、改めて同意を求められることになる。このような医療行為について、本人に同意能力が無い場合は、後見人等の身上配慮義務や医療契約の代理権を根拠として現行法上も解釈上同意が可能であるという前提に立てば、後見人等が代行して同意するということも考えられる。

さらに、上記によっても対応できない医療行為について、本人に同意能力が無い場合は、誰が本人に代わって同意を行うのかという問題が生じる。

「医療行為の同意」と一口に言ってもその内容は幅広く、具体的にどの医療行為がどの

ケースに該当するかについて、明確な線を引くことは現状では難しい。医療技術的には容易であっても、人権的な視点での同意の可否も判断の基準となるべきである。例えば避妊手術について、技術的に容易な手術や処置が可能であったとしても、第三者による同意が可能であるかということは慎重に考えなければならない。

医療行為を行うにあたり、どのような場合に本人に同意を求めていくのか、この点について、今後の課題として法律家や実務家などの意見も取り入れた医療の専門家によるガイドラインの策定が望まれる。また求められた同意に対して、本人に同意能力がない場合に誰が代わってどこまでの行為について権限を持って同意・決定するのは、立法による解決が最終的に必要と考えられる。

(6) 医療行為の同意の限界と医療同意法制定の必要性

以上のように、後見人等は可能な範囲を模索しつつ被後見人等のために業務を行っているのが現状であるが、代行決定できる医療行為以外の医療行為の同意について本人に同意能力がない場合は、現行法上では権限をもって同意できる人間が存在しないということになる。これは後見人等のみならず、事実上同意をしている家族においても同様である。家族については、さらに「医療契約」を代理して締結する権限が当然にあるわけではなく、「契約」により行いうる医療行為の同意についても法的には曖昧な形にならざるを得ない。

この「曖昧さ」を解決し、たとえ同意能力が無い場合でもすべての人が適切な治療を受ける権利を守るには、法律の制定による解決を図る必要がある。

司法書士等専門職後見人が後見人等としての業務を行う中で直面している問題は、まさに今まで「潜在」していた法的な問題点の「顕在化」であり、この問題点を検討し、その上で新しい法律の制定に向けた取り組みを今後具体的に行っていく必要があるものと考えられる。

4. 「医療同意法」制定の提言

以上述べてきたように、医療行為の同意という問題については、根本的には、本人が医療行為の同意について判断する能力を喪失した場合に、本人の医療を受ける権利を保障するためには、本人以外の者（成年後見人のみではなく、親族も含む）が医療行為の同意について代行決定できるように法律を制定する必要がある。以下、「本人以外の者による医療行為の同意の代行決定に関する法律」（仮称）（以下、略して、「医療同意法」という）の制定についての基本的考え方について述べる。

(1) 医療同意法の理念と目的

医療行為に対する同意権は、身体の不可侵性という人格権に基づく固有のものである

って、一身専属的権利である。医療行為の同意によって、医的侵襲の違法性を阻却するとともに、医師からの説明を受けた上での本人の自己決定を保障するものである。

医療行為の同意能力を喪失した本人が、そのことで正当な医療を受けられないということがあってはならない。医療同意法は、本人の医療を受ける権利を守るために、法律によって、第三者に、本人の医療行為の同意に代わる「代行決定」を認める制度である。

なお、未成年者については、別途検討すべき点多々あるので、今回の提言は、未成年者については含まれていないことを付言する。

(2) 本人の同意能力の判定

そこで、まずは、本人に医療行為の同意能力があるかないかについて判定されなければならない。被後見人であるということのみをもって、同意能力なしと単純に判定されるべきではないし、この判定は、個々の医療行為ごとになされなければならない。

本人に医療行為の同意能力があるかないかを判定することが、大前提であって、そのためには、その判定者及び判定基準のためのガイドラインの制定は不可欠である。

(3) 医療同意法の対象となる医療行為の範囲

医療同意法の対象となる医療行為の範囲は、すべての医療行為を対象とする。

ただし、関係当事者に、過度な負担にならないように、同意を取る手段・方法については検討を要する。

(4) 重大な医療行為については、裁判所の許可事項とする。

重大な医療行為とは、死亡のリスクの高い医療行為や重大かつ長期に及ぶ障害の発生する虞のある医療行為をいう。

すべての医療行為について代行決定者に決定権限を与えつつも、重大な医療行為については裁判所の許可を得ることを条件とする。重大な医療行為について、裁判所の許可を得たとしても、最終的に決定するかどうかは代行決定者が判断することになる。

重大な医療行為について、省令で、具体的に明示する必要がある。その省令は、医療技術の進展等を考慮し、定期的に改訂されるべきである。

(5) 医療行為の代行決定者の範囲

本人の同意能力がある時に、本人が指定した第三者

医療同意法で、その指定制度を設ける（例えば、公証人による認証制度を活用する、健康保険証に指定者の記入欄を設けるなど）。任意後見契約の条項の中で、第三者を指定することも可能とする。

ただし、第三者にすべての医療行為の代行決定を委ねる方法がよいか、個別列挙した事項についてのみ委ねる方法がよいのかについては、今後検討を要する。

親族

ア．配偶者・子・親・兄弟姉妹についてのみ認める。

ただし、その他の親族（孫、本人と親しい親族）についても認めるべきかどうかについて今後検討を要する。

イ．但し、欠格要件を定める必要がある。

欠格要件については、具体的に検討する必要がある。

後見人

当然のことではあるが、後見人といえども、本人に医療行為の同意能力がある場合は、本人が決定すべきことであり、後見人は代行決定できない。

成年後見人に限らず、保佐人・補助人・任意後見人（上記 で代行決定者として指定されていない場合）に認めるべきかどうか、また、認めるとしても、医療契約の代理権を有しない保佐人・補助人・任意後見人（上記 で代行決定者として指定されていない場合）に認めるべきかどうかについては、さらに検討を要する。

市町村長

、 、 、 のいずれもない場合には、市町村長とする。

（６）代行決定者の順位

順位の決定について

ア．本人の自己決定を尊重する以上、本人が指定した第三者を第１順位とするべきである。

イ．第２順位を、後見人等とするべきか、親族（配偶者・子・親・兄弟姉妹）とするべきかについては、今後より慎重に検討するべきである。

前者の考え方の根拠としては、医療契約の締結ができる後見人等が、親族がいるからといって代行決定できないというのは、親族と本人とは、そもそも利益相反関係にあるとも考えられることからして、本人の権利擁護に欠けることになりはしないかというものである。また、現在も将来的にも、親族後見人は７割～８割は占めるであろう状況を前提として、親族の中でも、裁判所の監督を受ける親族後見人の代行決定を優先するべきではないかとする。

ただし、後見人よりも、親族を優先すべきであるとの意見が根強くあり検討を要する。

ウ．最後は、市町村長とする。

順位の変更について

法律で定められた順位が相当でない場合には、裁判所に申し立てて、順位変更の手続が定められる必要がある。

申立権者を誰にすべきかという点についてはさらに検討を要する。

同順位の者が複数いる場合においては、申立により、裁判所が、その順位を決定するものとする。同順位者を複数置かないものとする。その決定に対する異議制度も必要である。

この点については、制度設計としては重すぎるのではないかとの意見があり今後検討すべきである。

(7) 代行決定者の注意義務規定

代行決定者に過度の負担が強いられることになると代行決定者のなり手を確保することが困難になるという問題がある。本人による代行決定者の指定制度が利用され易いようにするためにも、また、専門職後見人を確保していくためにも、親族に要求されるのと同程度の（一般人としての）注意義務でよいとの規定が検討されるべきではないだろうか。この点については、さらに検討を要する。

(8) 相談機関としての第三者機関の設置について

代行決定者が判断に迷った場合に、気軽に相談できる第三者機関が必要なのではないかと考える。例えば、医療行為にいくつかの選択肢があって、どれを選択するのがよいか迷う場合や、「重大な医療」かどうかについて判断に迷う場合に相談できるものとする。

この第三者機関の構成員と運営主体については、下記のとおりと考える。

ア．構成員は、医療機関・司法書士・弁護士等の法律家・その他有識者とする。

イ．運営主体は、行政（都道府県）とする。

なお、相談機関として第三者機関を置くことについては、制度設計としては重すぎるのではないかとの意見や、セカンドオピニオン制度をもっと活用しやすくする方向をめざすことでよいのではないか、という意見もあり、今後の検討課題とすべきである。

5．成年後見制度を利用した当面の運用の提言

前述のとおり、本法人は、本人が医療行為の同意について判断する能力を喪失した場合における医療行為の同意の問題については、成年後見制度特有の問題ではなく、本人が同意できない状況にある場合における全ての医療行為に関わる問題であるとの認識で一致している。

また、本人に代わって同意できる者の範囲やその序列の問題についても、家族等を含めた総合的な検討が必要であると考えている。仮に、後見人等に何らかの同意権を付与したとしても、医療関係者の間では家族からの同意を重視する傾向にあるため、家族がいる場合は混乱を招く可能性が極めて高いからである。

したがって、根本的には、本人の医療を受ける権利を擁護するために、本人以外の者が

医療行為の同意について代行決定できるように何らかの法律を制定する必要があるものと考えらる。

しかしながら、我が国においては、そもそも他人の医療行為に対して第三者が同意して良いものなのかどうかについての議論が未だ不十分であり、国民の間にもその意識が浸透していない状況にある中での医療同意法の制定は、時期尚早との意見が出る可能性を否定できない。さらに、医療同意法の制定を推し進めるためには、法律関係者だけではなく医療関係者、福祉関係者等との協議や検討が不可欠であり、関係官庁も法務省のみではなく厚生労働省の積極的な関与なくしては速やかな進展は難しいと言わざるを得ない。

一方、以上のような状況下にある中においても、主に患者の身近に家族や親族がいない場合には、医療側から後見人等に対して医療行為の同意を求めてくる需要は現に存在していることは既に述べたとおりである。

医療行為に対する同意能力を喪失している患者は、家族や親族がいなければ十分な医療行為を受けられないという事態は、患者の医療を受ける権利を侵害するばかりでなく、家族や親族の有無によって医療行為の態様が区別されることとなり、著しく不公平であり社会正義に反するものと言わざるを得ない。

そこで、少なくとも後見人等が就任している場合においては、医療同意法が制定されるまでの当面の措置として、一定の場合に、家庭裁判所が後見人等に対して医療行為について同意できる権能を付与すべきである。

この付与すべき例としては、本人の推定的同意が確認できず、また拒絶の意思表示が明らかでない場合に、本人に、本人の意思を推測しうる親族や本人と事実上の家族的関係や強い信頼関係を有している人物が存在しない場合などがあげられよう。

そして、この同意できる権能は、通常の代理権とは異なるものであり、審判決定時に審判書に明記すべきと考える。

* 参考文献

「成年後見法研究 第3号」(日本成年後見法学会)

「医事法入門 第2版」(手嶋豊、有斐閣アルマ)

「専門職後見人と身上監護」(上山泰、民事法研究会)

「医療契約・医療行為の法的問題点」(岩志和一郎、日本評論社『成年後見と医療行為』)

「医療行為に関する成年後見人等の権限と権能」(上山泰、日本評論社『成年後見と医療行為』)

「医療行為に対する承諾の相対化と法的評価」(寺沢知子、日本評論社『成年後見と医療行為』)

「医療行為と身上監護」(小賀野晶一、日本評論社『成年後見と医療行為』)