

# 臓器移植医療における代諾の可否について

## 成年後見制度を手がかりとして

松尾さとみ

### Abstract

The treatment by doctor's arbitrary diagnosis based on medical paternalism is not allowed except in an emergency today. Medical personnel must have patient's consent with the adequate exposition. Moreover, The patient has the right to self-determination on the medical practice. The Organ Transplant Law went into effect in October 1997. Under this legislation, organ transplants from brain-dead donors was made possible. Meanwhile, chronic shortages of organs are caused by imbalance in the supply and demand. So the revision is presently being studied in order that legally excisable organs will be increased. The amendment to The Organ Transplant Law allows organ donation upon permission of the family unless the brain-dead donor definitied indication of denial. I am questioning the propriety of the bill. In this article, I examine right or wrong of legal representative acceptance in the organ transplant medical treatment with reference to the adult guardianship system.

キーワード.....脳死 臓器移植 医療同意権 成年後見制度 自己決定権

### はじめに

今日において、医学的パターンリズムに基づく医師の裁量による独断的治療行為は、一刻を争う緊急の場合等を除いて、もはや許容されない<sup>1)</sup>。

「医は仁術」と呼ばれていた時代には、医師が医療行為を行う際に、患者に対して病状や治療方針についての詳しい説明を行ったり、当該医療行為に関する同意を得るとことは必ずしも徹底されていなかった。しかし近年になって、人体実験への批判や患者の権利意識の向上に伴い、医学的パターンリズムに基づく医師の裁量による独断的治療行為には疑問が呈されるようになり、次第に、患者は医師の行為の客体ではなく、医療の一方の主体としての地位を保障されるようになった。ここに医療における基本的視座の転換があったといえる。1997年の医療法改正によって、医療者は適切な説明を行って、医療を受ける者の理解を得るよう努力する

義務が初めて明記されるようになり<sup>2)</sup>、いわゆるインフォームド・コンセントの原理が確立されるに至った。患者は、自己に対してなされる医療行為について自己決定権を有しており、医師は患者に対して十分な説明を行うことで当該権利の行使に協力する義務があるとされる。自己決定権は、日本国憲法第 13 条の個人の尊重原理および幸福追求権から導かれる、いわゆる「新しい人権」の一つであり、近年、医療の場において、患者の自己決定権の保障ということが声高に提唱されている。

ところで、臓器の機能に障害がある者に対し、臓器の機能の回復又は付与を目的として行われる臓器移植は、近年の医療技術の進歩を象徴するものとして広く世に知られているところであるが、移植医療を必要とする人に対して、臓器の数が慢性的に不足しているといわれている<sup>3)</sup>。そのため、提供できる臓器の数を増やす方向で、現在、臓器の移植に関する法律（以下「臓器移植法」という。）の見直しがなされている。現行の臓器移植法では、脳死状態となった本人の明確な臓器提供の意思表示（書面による事前の意思表示）が必須とされているが、改正案では、脳死状態となった本人の臓器提供に関する拒否の意思表示（書面による事前の意思表示）がなければ、家族（遺族）の承諾のみで臓器の摘出を行おうとする。脳死状態といういわば意思能力・意思表示能力を失った患者本人以外の者が、本人にかわって脳死判定及び臓器提供の同意（代諾）をすることは果たして妥当といえるのであろうか。

そこで、本稿においては、臓器移植医療における代諾の可否について検討を行う。医療における代諾については、意思能力を失いまたはその表示が困難になった患者本人以外の者が、本人に代わって医師が行う医療行為について同意（代諾）することができるかどうかの問題でもあり、この問題の検討には成年後見制度における医療同意権の議論が参考になるとと思われるため、これを手がかりとして考察することとする。

なお、「臓器移植」には、生体からの移植と脳死体からの臓器移植があり、一方、「成年後見制度」は、法定後見制度と任意後見制度の 2 つの異なる仕組みから構成されているが、本稿においてはそれぞれ後者を念頭において考察することとする。また、成年被後見人については、成年後見制度を利用する者という趣旨から、「利用者」という言葉を用いることもある。

## 臓器移植法をめぐる諸問題

### 1. 現行の臓器移植法

わが国の臓器移植法は、1997 年 6 月 17 日に衆参両院で可決・成立し、附帯決議による 1 ヶ月の猶予期間を経て、同年 10 月 16 日から施行された。これは、臓器の機能に障害がある者に対し臓器の機能の回復又は付与を目的として行われる臓器の移植術に使用されるための臓器を死体（脳死した者の身体を含む）から摘出すること等につき必要な事項を規定した法律である<sup>4)</sup>。本来、死体からの臓器の摘出行為は、外形上は、刑法第 190 条の死体損壊罪に該当するが、本

法はかかる摘出行為を合法化するための要件を定めたものである。

そもそも、これまで人の死とは何かについての明確な定義規定が存在しなかった。それは、伝統的に、心臓の停止、呼吸の停止および瞳孔の拡大という、いわゆる三徴候をもって人の死とすること（＝心臓死説）についてほとんど疑いを入れる余地がなく、あらためて定義する必要がなかったためであるといわれている。しかし、医療技術の発展の結果、生と死の境界が不明確になり、限界的事例、特に脳死状態をどのように考えるかが問題とならざるを得ず、脳死下での臓器移植を可能とするためには、死とは何かを再定義しなければならなくなった。つまり、脳死下において心臓移植を実施するためには、脳死を「人の死」と定義づける必要があったのである。脳死は、脳全体が死んでいる状態であるとはいえ、循環・呼吸機能が維持されているため、心臓死説によれば、そこから臓器を摘出してその心臓機能の不可逆的停止を招いたとしたなら、人を殺したことになる、殺人罪の構成要件が満たされたことになる。つまり、心臓死説をとると脳死体からの移植用臓器、特に心臓の摘出は法的には極めて困難、あるいは不可能となるからである<sup>5)</sup>。それは、殺人罪の違法性阻却の困難さに起因する。生きている人から臓器移植をするために心臓を摘出して、死にいたらしめたとなると殺人罪に該当することになる。一般的に、ある犯罪行為が実行された場合に、違法性阻却の可能性を検討する際には、刑法典の定める3つの阻却事由 正当業務行為・法令行為（刑法第35条） 正当防衛（刑法第36条） 緊急避難（刑法第37条）のほか、何らかの超法規的違法性阻却事由を探求することになる。しかし、いずれの方法をとるにせよ、生きている人から臓器移植のために、心臓を摘出して死にいたらしめた場合に、殺人罪の違法性を阻却することは難しい。これに対して、脳死を人の死と定義すれば、脳死者はもはや死体にすぎず、したがって、脳死者からの臓器の摘出は死体損壊罪（刑法第190条）を成立させるに過ぎないことになる。臓器移植法は、臓器移植を行いやすくするために「脳死」を「人の死」とし、脳死者からの臓器摘出を認めたものであるといえる。

## 2. 臓器移植法における臓器摘出要件

現行法では脳死になったすべての人が脳死と判定されるわけではなく、すべての人が臓器提供のために臓器を摘出されるわけでもない。脳死が人の死とされるのは、脳死患者が、あらかじめ臓器の提供とそのために必要な脳死判定を受け入れることを書面で意思表示し、家族が拒まないときに限られる。したがって、診断の一環として従来から行われている脳死判定とは異なり、臓器移植のための脳死判定の場合には、脳死状態と判定された時点で死亡とされる。その結果、同じ脳死状態にある人でも、臓器提供の意思と脳死判定に従う意思を表示している人は死亡したものとされ、そうでない人は生きていることになる。法律の上での人の死は、臓器移植のための脳死と従来からの心停止による死という二者が並存する<sup>6)</sup>ことになったのである。二つの「死の概念」が存在することになった現行法の問題は、臓器を提供する場合に限り「死

とは何かについて、いわゆる『自己決定権』を認めたことである。」<sup>7)</sup>といわれている。人の死について心臓死説か脳死説かの自己決定を認めると、人により死の概念が異なることになり、様々な問題が生じる。

では、現行法上いかなる要件の下に脳死体からの臓器移植が認められているのであろうか。以下に臓器移植法の一部を抜粋する。

#### 【臓器の移植に関する法律】

第6条 医師は、死亡した者が生存中に臓器を移植術に使用されるために提供する意思を書面により表示している場合であって、その旨の告知を受けた遺族が当該臓器の摘出を拒まないとき又は遺族がないときは、この法律に基づき、移植術に使用されるための臓器を、死体(脳死した者の身体を含む。以下同じ。)から摘出することができる。

前項に規定する「脳死した者の身体」とは、その身体から移植術に使用されるための臓器が摘出されることとなる者であって脳幹を含む全脳の機能が不可逆的に停止するに至ったと判定されたものの身体をいう。

臓器摘出に係る前項の判定は、当該者が第1項に規定する意思表示に併せて前項による判定に従う意思を書面により表示している場合であって、その旨の告知を受けたその者の家族が当該判定を拒まないとき又は家族がないときに限り行うことができる。

摘出の要件について、臓器移植法第6条1項で、死亡した者が生存中に臓器を移植術に使用されるために提供する意思を書面により表示し、その旨の告知を受けた遺族が摘出を拒まないとき又は遺族がないときは、臓器を摘出することができる、と規定されている。

同条3項は、脳死判定をして良いかについて、臓器を摘出される者が、臓器提供の意思に併せてそのような判定に従う意思を書面により表示している場合であって、その旨の告知を受けたその者の家族が当該判定を拒まないとき又は家族がないときに限り行われると規定されている。

つまり、脳死体からの臓器摘出のためには、四重の意思表示が必要なのである。臓器移植法第6条1項では摘出してよいかについて、同条3項では脳死判定をしてよいかについて本人については書面での意思表示、家族については拒まないときにかぎりはじめて脳死からの臓器移植が認められるのである。四重の意思表示のどれか一つでも欠けると脳死からの臓器の摘出は不可能である。また、第6条1項では遺族と記載しているのに対し同条3項においては家族と記載している。この言葉の使いわけは、脳死判定によるまでは、まだ患者が死んでいないことを意味する。脳死判定を拒否すれば、脳死状態であっても患者は生きていることになる。この

ような事態となるのは、この法律が死についての自己決定権を認めたことに由来する。

### 3. 臓器移植法改正案

現在、移植を希望する患者数と提供数の落差が埋まらず、移植用臓器の慢性的な不足が起きているといわれている。この問題の解決が急務であるとされ、臓器移植を容易く行えるように法律を改正しようとする動きがある。もっとも、臓器移植法自体も、その附則第 2 条において、「この法律による臓器の移植については、この法律の施行後 3 年を目途として、この法律の施行状況を勘案し、その全般について検討が加えられ、その結果に基づいて必要な措置が講ぜられるべきものとする。」と定め、将来の改正の余地を自ら認める、暫定的・過渡的性格<sup>8)</sup>のものであった。これまで改正案の検討といえば、臓器不足が解消されないということから、もっぱら提供できる臓器の数を増やす方向での見直しであった。現在、臓器移植法改正案として提案されている法案は 2 つである。1 つは、中山太郎衆議院議員（自民党）ら自民党、公明党の国会議員 6 人が提出したもので、この改正案<sup>9)</sup>の主たる内容は、第 1 に、臓器提供は年齢を問わず本人の拒否の意思表示がなければ、家族（遺族）の承諾のみで行いうるとすること。ただし児童虐待及びその疑いのある場合には適切な対応を取ること、第 2 に、脳死判定については、本人の書面による意思表示や家族の承諾を不要とすること、第 3 に、親族への優先提供の意思を表示することができるというものである。このように、脳死を一律に人の死とする、本人の意思表示を不要とする、そして 15 歳未満の者からも摘出を可能とするなど、臓器摘出の要件を緩和することにより、提供臓器の恒常的な増加を保証することが、この改正案の目的である。しかし、このような改正内容は、臨時脳死及び臓器移植調査会（脳死臨調）<sup>10)</sup>の答申を含めた同法成立までの論議を全く無視した暴挙であるといわざるを得ない。

一方、斉藤鉄夫衆議院議員（公明党）ら自民党、公明党の国会議員 4 人が提出した改正案<sup>11)</sup>は、いわば、上記の中山太郎案への対案として出されたものである。その主たる内容は、第 1 に、現行法の枠組みのまま、臓器提供の意思表示ができる年齢を 15 歳以上から 12 歳以上へと引き下げること、第 2 に、親族への優先提供の意思を表示できるようにすることである。

### 4. 臓器移植法改正案の問題点

現行法上、臓器の摘出は、本人が提供する意思を書面により表示し、かつ、遺族がそれを拒まないときに限られており、臓器移植は提供者の自発的な提供意思によって成り立っている。

ところが、中山太郎らが提案する改正案は、年齢を問わず、本人の書面による意思表示がなくても、本人の拒否の意思表示がなければ、遺族の承諾のみで脳死下での臓器摘出を行い得るようにし、脳死判定においては、意思表示要件を不要とし、本人の書面による意思表示、および遺族の承諾を不要とするのである。脳死状態に陥った人が臓器提供について明確な意思表示をしていない場合、遺族の意思のみで臓器提供を行えるようにすれば、脳死体からの臓器提供

は今より増える可能性はあり、臓器移植を待つ患者の命を救うことになるかもしれない。現行法及び「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）によって15歳未満の者からの摘出が認められていないため、臓器提供を必要とする小児の患者は、日本以外での移植に頼らざるを得ないが、未成年者が臓器提供について拒否の意思表示をしていない場合、親権者の承諾によって臓器提供を可能にすれば、さらに多くの患者の命を救うことができるかもしれない。そうした意味において、この改正案は移植を必要とする患者にとっては大きな希望を与えるに違いない。

しかし、この改正案は、臓器移植について本人の意思表示を必須の要件とする現行臓器移植法の基本理念を根本的に覆すものである。現行法の立法過程では、我が国において、いまだ脳死を人の死とする社会的合意が形成されていないことを踏まえ、自己決定をなし得る者だけが臓器提供を行い得るとする大前提がとられていたことを忘れてはならない。臓器移植法10年を経て、当時の立法事実にも根本的変更があったのか、脳死を人の死とする社会的合意は形成されたのか、本人の自己決定権の尊重という脳死臨調以来の理念はもはや不要になったのか、移植医療を含む医療の透明性に対する不信は解消されたのか、という根本問題を素通りし、実施例が少ないがために要件を緩和するというのは、臓器移植法の立法過程とその基本的な立脚点を全く無視するものであり、到底許されないだろう<sup>12)</sup>。

「はじめに」において述べたように、臓器移植医療における代諾の可否については、成年後見制度における医療同意権の議論が参考になる。そこで、次章においては成年後見制度を概観する。

## 成年後見制度の概要

### 1. 旧制度の問題点

成年後見制度とは、2000年の民法改正等により設けられたものである。旧制度以前には、禁治産・準禁治産の2種類の制度が存在していた。禁治産宣言制度とは、本人や配偶者、4親等内の親族、後見人、補佐人又は検察官の一定の者の請求に基づいて、家庭裁判所が心神喪失の常況にある者<sup>13)</sup>を対象として禁治産の宣言を行う制度であった（旧民法第7条）。禁治産の宣言を受けた禁治産者に対しては後見が開始される（同法第8条、第838条）。このとき、禁治産者に配偶者がいる場合には配偶者が後見人となるが（同法第840条<sup>14)</sup>）、配偶者がいない場合には家庭裁判所が後見人を選任する（同法第841条）。後見人には禁治産者の法律行為に対する取消権（同法第8条、第120条）と包括的な法定代理権（同法第859条）が与えられる。この後見人の取消権は包括的な権限であり、禁治産者の日常生活に関する行為に対しても当然に及んでいた。また、禁治産者の後見人には必要に応じて後見監督人を選任する事ができた（同法第848条、第849条）。

一方、準禁治産宣言制度とは、心神耗弱者<sup>15)</sup>及び浪費者<sup>16)</sup>を対象とする制度であった(同法第11条)。本人や配偶者、4親等内の親族、後見人、補佐人又は検察官の一定の者の請求に基づいて、家庭裁判所が準禁治産宣言を行う(同法第3条)。準禁治産の宣言を受けた準禁治産者に対しては保佐が開始されるが、保佐の権限は一定の重要な行為に関する同意権の行使にとどめられており、法定代理権は与えられていなかった(同法第12条)。準禁治産者が旧民法第12条所定の行為について保佐人の同意を得ずに行った行為についても、明文上は保佐人の取消権が認められていなかったために、同意権の実効性には強い疑問がもたれていた。また、禁治産者の後見人には必要に応じて選任する事ができた後見監督人が、準禁治産者の保佐についてはおかれていなかった<sup>17)</sup>。

上述の禁治産・準禁治産制度は、第二次世界大戦後の1948年1月1日施行の親族法改正を経たものの、基本的には1898年7月16日に施行された明治民法から大きな変更を受けずに維持されてきた。しかし、近年、わが国において急速な高齢化が進み、老後の生活に関する社会的関心が高まるとともに、国民の権利意識の高揚・人権感覚の成熟により、明治時代に施行された従来の制度では、このような時代の変化に応じた需要に対応できないとして、数々の問題点が指摘されていた。特に従来の制度は、「本人の保護」と「取引の安全」を偏重しすぎており、近年台頭してきた「自己決定権の尊重」「ノーマライゼーション」等の理念を反映するものではないとの批判があった<sup>18)</sup>。

そのほか、従来の制度には様々な問題点があった。たとえば、判断能力が減退した者の判断能力の程度や保護の必要性は多種多様であるにもかかわらず、禁治産・準禁治産という2類型をとっていたために硬直的であった。しかもこの2つの制度の法的効果が大きく異なっており、利用者の現実の能力やニーズの多様性に応える弾力的な対応ができなかったばかりか、旧制度は、利用者が実際には「できること」まで「できないこと」として画一的に対処してしまうことにより、利用者の行動の最終的な成否を、利用者自身の判断ではなく、後見人の判断に全て委ねてしまう結果になり、保護の必要性を超えた過干渉のリスクが非常に大きかった<sup>19)</sup>。他の問題点としては、禁治産・準禁治産・無能力者という名称にマイナスイメージが強かったこと、禁治産・準禁治産宣言に伴う広範囲に及ぶ資格制限<sup>20)</sup>(いわゆる欠格条項)があったこと、禁治産宣言と準禁治産宣言については戸籍が公示手段とされていたために、宣言を受けたという事実が戸籍を通じて広く社会一般に喧伝されてしまうことなどから社会的偏見を招きかねないこと<sup>21)</sup>、保佐人には同意権のみしかないために、保護の実効性に欠けること、禁治産・準禁治産宣言手続きが時間と費用のかかる利用しにくい手続きとなっていたことなどがあげられる<sup>22)</sup>。

以上のことから、旧制度最大の欠陥は「利用されない制度」「利用を拒まれた制度」であったと言われている<sup>23)</sup>。

## 2. 成年後見制度の基本理念

旧制度がかかえていた数多くの問題点を解消し、利用しやすい制度へかえるという目的で、1999年12月に禁治産・準禁治産制度に関する民法規定が改正なされ、同時に「任意後見契約に関する法律」、「後見登記等に関する法律」が制定されて、2000年4月1日から新しい成年後見制度が施行された。

従来への批判とともに、この制度が導入される契機となったのは、介護保険制度の発足であるといわれている。福祉サービスの利用にあたって、行政処分である措置制度から受益者（利用者）の意思決定を尊重できる契約制度への移行が検討されていた（いわゆる「措置から契約へ」）。高齢者の介護サービスについては、2000年から、介護保険制度の下で、利用者サービス提供事業者の間の契約によるものとされることとなったが、認知症高齢者は契約当事者としての能力が欠如していることから、契約という法律行為を支援する制度の導入が急務であった。そこで、厚生労働省における介護保険法の制定準備と並行して、法務省は1999年の第145回通常国会に、成年後見関連4法案<sup>24)</sup>を提出し、これらは1999年12月に第146回通常国会において成立した。その後、政省令の制定を経て、2000年4月1日、成年後見制度は介護保険法と同時に施行されることとなったのである。こうした経緯から、介護保険制度と成年後見制度はしばしば「車の両輪」<sup>25)</sup>といわれることがある。

新しい成年後見制度は、自己決定権の尊重、利用者本人の現有能力（残存能力）の活用、ノーマライゼーション<sup>26)</sup>という新しい理念と、従来からの基本理念である本人保護の理念との調和を図ることを目的に掲げた。自己決定の尊重は、憲法の基本原理ともいべき個人の尊厳に基づくものであり、ノーマライゼーションとは、障がいがある者も家庭や社会で障がいのない者と同様の生活が送れるようにすることを言うが、要するに、社会でも家庭でも自らの選択した生活が送れるようにすることである。よって、ノーマライゼーションも利用者本人の現有能力（残存能力）の活用も、基本は自己決定権の尊重の理念にあるといえることができる。この自己決定権を援用するということが成年後見の制度趣旨に加えられた。また、禁治産者・準禁治産者・行為無能力者・無能力者などの表現が改められ、利用者にとって大きな弊害となっていた戸籍への記載、官報公告も廃止されることとなり、新たに成年後見登記制度<sup>27)</sup>がつけられた。さらに、成年後見人等の職務を行うにあたり、本人の意思の尊重が掲げられ、成年後見人等の義務として、身上配慮義務が定められたのも、新たな理念にねざすものであるといえる。また、成年後見制度の利用者に対する差別意識が生ずることを防止しようとの観点から、民法第846条2号などの欠格事由が削除された。民法以外でも、約140の法令に約200にもものぼる一律の欠格事由の定めがなされていたが、労働組合法第19条の4、建築基準法第80の2など、相当数の欠格事由について見直しがなされた<sup>28)</sup>。

### 3. 成年後見人の職務

成年後見人の職務内容は、生活、療養看護および財産の管理に関する事務である（民法第 858 条）。これらの職務を遂行するために、成年後見人には包括的な代理権（民法第 859 条 1 項）と取消権が付与される。また、成年後見人は、善良なる管理者の注意義務をもってこの職務を遂行しなければならない（民法第 869 条による同第 644 条の準用）。職務遂行にあたっては常に被後見人（利用者）の意思を尊重し、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（民法第 858 条）。

つまり、成年後見人の基本的な職務とは、利用者の生活全般について、その質（QOL:クオリティ・オブ・ライフ）の維持と向上を目指し、法律行為（契約の代理締結等）を主な手段として、利用者の生活をトータルに支援することといえる。ただし、事実行為であっても法律行為に当然付随するものであればその職務範囲に含まれる。しかし、実施の介護行為、本人の意思に反する強制を伴う事項および一身専属的な事項は職務範囲の権限外であるとされている<sup>29)</sup>。現行法における成年後見人の基本的な役割は、次の表のようにまとめられる。

表 1. 現行法における成年後見人の基本的な役割

支援の対象
利用者の生活全般（ただし保佐、補助は権限の範囲に依る）
支援の手法
法律行為（契約）による手配とその見守りが中心
法定代理権、同意権、取消権、財産管理権などの権限行使
支援の目的
利用者の生活の質の維持と改善

（上山泰『専門職後見人と身上監護』（民事法研究会、2008）6 頁より）

## 成年後見制度における医療同意権

### 1. 立法者の見解

臓器移植医療における代諾の問題の考察にあたっては、成年後見制度における医療同意権をめぐる議論が参考となる。医療同意権について、成年後見制度の立法担当者は次のように述べている。「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言いがた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事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、医療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づ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、適当ではないというべきであろう<sup>30)</sup>。

この説明からも明らかなように、立法担当者は、医療契約締結のための法定代理権と医療同意権とを区別し、前者については成年後見人の職務に入るが、後者については、その職務権限外であるとし、法制化を見送った。判断能力を欠く被後見人等への治療行為の法的正当化は、当面、社会通念のほか、緊急避難・緊急事務管理等の一般法理を援用して対処していくほかはないとしており、当該治療行為に対する事後的評価としてその違法性ないし責任阻却をすれば足りると考えているのである。緊急性の高い場合には、緊急避難の法理を援用し、緊急性の高くない一般的な治療行為については、患者の推定的承諾の法理を援用して、その正当化を図ることになると考えられる。

以上のとおり、現行法上、成年後見人等に医療同意権はなく、成年後見人等が成年被後見人等の医療行為に関して代行決定を行うことができないと解されている。もっとも、現行の成年後見法は、あくまで本人の能力を支援することが可能で、かつ、取り消すことができる財産行為がその対象であり、不可逆的な結果をもたらす医療行為の同意について、直截に後見法を適用あるいは類推適用することはできないと考えられる<sup>31)</sup>。判断能力が不十分な者に対する第三者の医療同意権については、現在の日本法上、法の欠缺があるといえよう。

## 2. 実務上の問題点

医療行為は利用者の健康や時には命にもかかわるため、利用者の福祉にとって欠かすことのできない身上監護事務である。また、利用者のニーズも非常に大きい領域といえる。しかし、今日においては、立法者の見解と現実の後見実務におけるニーズとの決定的な乖離から、この医療行為への同意は、最も厄介な問題とされている<sup>32)</sup>。

医療行為は、生体に対する医的侵襲であるために、これが適法となるためには医師は患者に対して、当該医療行為の必要性、危険性、代替手段等を総合的に説明し、承諾を得なければならない。医師がこの説明義務に反した場合、債務不履行もしくは不法行為責任を免れない。たとえば、名古屋地裁昭和56年3月6日判決、札幌地裁昭和53年9月29日判決は、精神分裂病

(精神統合失調症)患者の承諾なしに行われたロボットミ手術について、医療行為が適法となるには患者の承諾が必要であるとし、当該手術を違法であるとした<sup>33)</sup>。

成年後見実務上では、医療機関から成年後見人等が医療行為の同意を求められることも多く、成年後見人等が事実上の同意権行使を行っている事案も少なくないといわれている<sup>34)</sup>。たとえば、予防注射、胃潰瘍手術、経管栄養、胃婁、足の切断などで成年後見人が同意を求められた例が報告されており<sup>35)</sup>、医療同意権の行為主体として、成年後見人等に寄せられる医療的ニーズや社会的期待は極めて大きいといえる。

### 3. 学説

後見実務の前提となる立法担当者の見解は、医療同意権否定説をとっているが、成年後見制度における医療同意権に関するわが国の学説は、否定説と肯定説に二分される。通説の見解は立法担当者の見解を支持し、成年後見人等の医療同意権を認めない医療同意権否定説である。しかし、近時、上山説を嚆矢として、成年後見人等に医療同意権を認める肯定説も有力となっている。以下、各学説を概観することとする。

#### (1) 上山説

上山説は、「成年後見人等の医療同意権(代行決定権)の範囲」と「本人の同意能力の状況」の2つの視点から一定の制約を加えたうえで、成年後見人等に対して、限定的な医療同意権(代行決定権)を認めている。本人の同意能力の状況をもとにした場合分けとして、「本人に同意能力があり、かつ、同意している場合」、「本人に同意能力があり、かつ、拒絶している場合」、「本人に同意能力があり、かつ、同意も拒絶もしていない場合」、「本人に同意能力がない場合」の4パターンをあげ、このうち成年後見人等の医療同意権が問題となるのは、に限定されるとしている。

そこで、「同意能力がない場合」を前提としたうえで、成年後見人等の医療同意権の範囲としては、「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、「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(一般的な投薬・注射・点滴、骨折の治療、傷の縫合等)」に限定して、成年後見人等の医療同意権を肯定してよいとする。これら同意は、医療契約の締結それ自体と基本的にはワンセットであるとみてよいと解しているためである。また、その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ような場合には、「健康診断および各種検診(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、「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している。医療同意権を肯定する理論的根拠は、まず、医療契約の履行としての治療行為には、通常何らかの医的侵襲が必然的に含まれる以上、医療同意権を全く伴わない医療契約締結権限(法定代

理権）とは、そもそも内容的に空虚な産物となることを指摘する。医療契約の内容は必ずしも契約締結時に確定するわけではなく、医療契約締結のための法定代理権を有効に機能させるためには、少なくとも医療機関側に債務確定に最低限必要な程度の医的侵襲に対する同意権を法定代理人にあわせて認めておく必要があるはずであると指摘する。立法担当者の見解は、法定代理権と医療同意権を論理的次元において峻別する限りでは全く正当であるが、前者を付与しつつ、後者を全く付与しないということは、両者の関係上、適正を欠くとする。次に、成年後見人等の医療同意権を全面的に否定することは、医療現場における職務遂行の実効性を大きく阻害することを指摘する。少なくとも成年後見人等には、当該治療が利用者の福祉に最適な形で実施されるように活動すべき義務がある。医療同意権は、不適当と思われる医療行為に対する拒否権でもあるところ、これが成年後見人等に帰属していないと考えると、医療機関の債務履行状況に対する成年後見人等の監視・監督機能が十分に機能し得ず、利用者が必ずしも最善の医療を享受できないおそれがあることを指摘する。実務上、成年後見人等の医療同意権を否定してしまうと、家族のいない利用者については、現実には医療機関側が治療の最終的なイニシアチブを握ることとなる。たとえば、一定のリスクはあるが、成功すれば患者のクオリティ・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、リスクは最小限であるが患者のクオリティ・オブ・ライフ向上は望みにくい治療をするかの選択を迫られたような場合、医療機関が後者を選択する可能性は高い。同意のない治療のケースでは、積極的な治療を行うことは難しく、いわゆる保存的治療を施すにとどめざるを得ないと考える医師は少なくない。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ことは不公平であるとする。医療同意権を本人以外の第三者（代行決定権者）に対して付与する目的は、判断能力不十分者に対して、一般的なレベルにおける（通常の判断能力をもつ者に対して保障されている）インフォームド・コンセントあるいはインフォームド・チョイスの機会を保障する点にあることを強調している。

そして、成年後見人等の医療同意権の原理的な正当化根拠は、成年後見人等が本人の自己決定権を「代行」的に行使するための最適任者（の少なくとも一人）であり、本人の最善利益の擁護者足りうる者である点に求めている<sup>36)</sup>。

## （２）床谷説

床谷説は、健康維持のための定期的な健康診断や日常生活の中で通常生じうる疾病・けが（風邪・骨折・歯痛など）については、それが客観的に必要と思われる限り、本人の意思に反する場合（医者嫌い、検査嫌い）であっても、成年後見人の判断で受診させ、通院・入院治療・リハビリを継続することができる<sup>37)</sup>。医療行為の客観的必要性をメルクマールとして、成年後見人等に医療行為への幅広い同意権を認めている。

### (3) 能見説

能見説は、治療・手術の意味について本人に判断能力がない場合、誰かが変わって判断しなければならないとし、成年後見人が負う身上配慮義務に対応する権限として、手術などについての意思決定もできるとする。また、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とする<sup>38)</sup>。成年後見人等の医療行為への同意権の肯定としては、民法第858条をあげている。

### (4) 須永説

須永説は、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)の中に含まれるとした上で、重大な医療行為の実施に際しては、成年後見人等の医療行為への同意の適正さに関するセーフガードとして、後見監督人制度を活用することを提唱する。本人の死亡や重大かつ長期にわたる健康上の被害をもたらすおそれのある重大な医療行為については、成年後見制度の趣旨をよく理解した法律的素養のある者1名、第三者的立場の医師1名および複数の成年後見監督人を家庭裁判所から選任してもらい、後見人の決定・処置につきそれらの者の同意を得るべきだとする。なお、臓器の摘出、生命維持装置の撤去は成年後見人の医療同意権の射程外とし、不妊手術については、原則として、再度妊娠可能な状態に回復しうる方法が選択されるべきであり、それ以外の方法は例外的に許容されるにすぎないとしている<sup>39)</sup>。

これら肯定説のほとんどが、解釈論として成年後見人等の医療行為の同意権を容認しつつ、法整備が焦眉の急であるとしている。

## おわりに

以上本稿では、成年後見制度における医療同意権に関する立法者の見解、成年後見実務の実態、学説の概観を行ってきた。成年後見制度においては、立法担当者が成年後見人等に対して医療同意権を付与することは時期尚早であるとして、医療同意権を否定したために現行法は医療同意権についての規定がなく、法の欠缺状態となっているところ、実務においては、医療機関から成年後見人等が医療に対する同意を求められることが多い。学説の通説も、成年後見人に対する医療同意権を否定しているが、近時、医療同意権肯定説も有力に主張されている。

これらの議論を参考として臓器移植医療における代諾の可否について考察するに、臓器移植と成年後見における医療代諾は、決定的な相違が存在するように思われる。成年後見制度の場合、利用者の生活の質の維持と改善が支援の目的とされている。これに対して、臓器移植医療の場合は、脳死状態にある患者の生活の質の維持と改善はその目的とされていない。成年後見制度において医療同意権が肯定される理由が利用者の最善の利益を追求するためであるのに対

して、脳死臓器移植における同意は患者の最善の利益を追求するためのものではない。臓器移植においては、脳死患者にとって、もはや本人の利益というものは存在せず、むしろ、臓器を必要としているレシピエントの利益が重視されている。成年後見制度における医療同意権と臓器移植における同意権は基本的なベクトルが大きく異なる。このことを前提とした上で、臓器移植医療における代諾の問題を考えるに、利用者の生活の質の維持と改善を支援の目的としている成年後見制度においても、成年後見人に医療同意権が認められていないことに鑑みれば、臓器移植において、これを認めることは妥当ではないと考える。本人の生活の質の維持と改善のためになす成年後見人の医療同意権ですら認められていない現状のもとで、本人の利益に何ら寄与しない脳死下にある患者の臓器摘出医療行為について、本人以外の者が同意をなすということに論理的な根拠を見いだすことはできないというべきである。

なお、一般に、家族の承諾を得て医療行為を行うことが医療現場においては慣習化している。たとえば、家族の同意が問題となったケースとして、下腹部痛を訴える未婚の女性患者に対して、卵巣摘出の可能性を含めた嚢腫摘出の目的で手術を行う事について同意を得、その予定で全身麻酔下において開腹したところ、卵巣嚢腫の他に子宮筋腫があることが判明したため、付き添っていた患者の姉の同意を得て、子宮を摘出した事故につき、緊急性が認められないにもかかわらず、姉の同意のみに基づいて子宮摘出をおこなった医師の過失が認められた裁判例がある<sup>40)</sup>。

このように、家族が患者の最大の理解者とは限らず、利益相反関係に立つ場合も多分にあり、家族の同意のみで医療行為を行う法的根拠をどこに求めればよいかという問題は依然未解決である。医療同意権をめぐり、家族自身の希望や感情が明確な保護法益として成立しうるか<sup>41)</sup>どうかについては、今後さらに深い考察が必要であるが、これらは他日を期したい。

#### <注>

- 1) 当然のことながら、緊急時における救命救急治療のような場合であっても、医学上一般に承認されている妥当な方法（医療水準として確立した方法）であり、かつ、患者にとって最善の利益保護となるものでなければならない。
- 2) 医療法第1の4第2項は「医師、歯科医師、薬剤師、看護師その他の医療の担い手は、医療を提供するに当たり、適切な説明を行い、医療を受ける者の理解を得るよう勤めなければならない。」と規定している。
- 3) 脳死体からの臓器提供事例数は、（社）日本臓器移植ネットワークの調べによると、平成20年9月13日現在75件（心臓59人、肺52人、肝臓57人、膵臓12人、膵腎同時39人、腎臓92人、小腸4人、合計315人）である。これに対して、臓器移植希望登録者数は、臓器移植ネットワークに登録されているデータによれば、平成20年9月1日現在、心臓112人、肺117人、肝臓220人、腎臓11,628人、膵臓148人、小腸1人の合計12,226人となっている。（社）日本臓器移植ネットワークホームページ <http://www.jotnw.or.jp/>（2008年9月24日取得）。
- 4) 臓器移植法第1条。
- 5) 町野朔『犯罪各論の現在 [第一版]』（有斐閣、1996）45頁。
- 6) 曾我英彦ほか『生命倫理のキーワード [第一版]』（理想社、1996）94頁。
- 7) 平野龍一「三方一両損的解決 ソフト・ランディングのための暫定措置」『ジュリスト』1121号

- (1997)30頁。
- 8) 井田良「脳死と臓器移植法をめぐる最近の法的諸問題」『ジュリスト』1264号(2004)12頁。
  - 9) 衆議院ホームページ <http://www.shugiin.go.jp/index.nsf/html/index.htm>  
(2008年9月24日取得)。
  - 10) 脳死臓器移植法成立過程においては、医学界や法学界等各方面で活発な議論が行なわれ、文献も多数にのぼったが、統一的な見解を得ることはなかった。そこで、政府は、「脳死を人の死とするか否か」「脳死体からの臓器移植の是非」「脳死判定基準」の問題などについてのこれまでの議論の収拾を目指し、1990年3月に総理大臣の諮問機関として「臨時脳死及び臓器移植調査会」(脳死臨調)を発足させた。調査会の委員は、医療分野はもとより、法律、経済、哲学、福祉、言論などの極めて幅広い分野の学識経験者15名で構成され、他に5名の参与が参加し、約2年間の審議が行われた。この間、合計20回の全体会合を中心に脳死及び臓器移植問題について委員相互で討論をしてきたほか、医学や法律をはじめとする種々の分野の専門家から意見をきき、さらに国内医療施設の視察、海外関係施設の訪問調査、意識調査の実施、地方公聴会の開催など幅広い調査活動を行った。
  - 11) 衆議院ホームページ <http://www.shugiin.go.jp/index.nsf/html/index.htm>  
(2008年9月24日取得)。
  - 12) 日本弁護士連合会『臓器の移植に関する法律』の見直しに関する意見書(2006年3月14日)。
  - 13) 精神上の障がいのために、法律行為に対する判断能力を通常欠いた状態にある者、意思能力さえない者をいう。内田貴『民法 総則・物件総論[初版]』(東京大学出版会、1994)98頁。
  - 14) 配偶者法定後見人制度。
  - 15) 意思能力はあるが、精神上の障がいのために法律行為に対する判断能力が著しく不十分な状態にある者。内田貴・前掲注(13)99頁。
  - 16) 後先を考えずに財産を浪費してしまう性癖のある者。もっとも、浪費といっても、不道德な目的(賭事等)にお金を使う場合だけでなく、やたらと慈善事業に寄付ばかりすることも含む。なぜなら、この制度の目的は、本人を保護するだけではなく、その家族の生活を経済的破綻から保護するということも含むためである。内田貴・前掲注(13)99頁。
  - 17) 上山泰『専門職後見人と身上監護』(民事法研究会、2008)26頁~27頁。
  - 18) 新井誠、赤沼康弘、大貫正男編『成年後見制度』(有斐閣、2006)153頁。
  - 19) 上山泰・前掲注(17)28頁。新井誠、赤沼康弘、大貫正男編・前掲注(18)25頁。
  - 20) たとえば、医師国家試験や歯科医師国家試験の受験資格制限(医師法旧第13条、歯科医師法旧第13条)、公証人の欠格事由(公証人法旧第14条3号)、国家公安委員会、社会保険審査会委員、教育委員会委員等の行政上の各種審議会及び委員会の欠格事由、日本中央競馬会、日本銀行等の特殊法人の役員欠格事由等多数にわたる。村田彰「特別法との関係」須永醇『被保護成年者制度の研究』(勁草書房、1996)73頁~106頁。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)537頁~546頁。
  - 21) 戸籍を公示手段としていたために、単に利用者本人だけでなく、その戸籍をともにする利用者の家族にまで伝わり、利用者にとってだけではなく、利用者の家族にとっても「利用したくない制度」であったといえる。
  - 22) 新井誠、赤沼康弘、大貫正男編・前掲注(18)25頁。小林昭彦、原司・前掲注(20)。
  - 23) たとえば、1995年度における禁治産宣言の申立件数はわずか2,963件であった。これに対し、2006年度における成年後見の申立件数は2万9,380件とほぼ10倍の数字に達している。上山泰・前掲注(17)27頁。
  - 24) 民法の一部を改正する法律案、任意後見契約に関する法律案、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等に関する法律案、後見登記等に関する法律案。
  - 25) 上山泰・前掲注(17)8頁。
  - 26) ノーマライゼーションは、1950年代に北欧で起こった知的障がい者の処遇改善運動を嚆矢とする社会運動である。ノーマライゼーションの定義としては「障害をノーマルにすることではなく、障害者の住居・教育・労働・余暇などの生活の条件を可能な限り障害のなり人の生活条件と同じようにすること」河東田博「解題：ノーマライゼーションの原理の生成発展とスウェーデンにおける原理の法的具体化」ベクトル・ニリエ(河東田博ほか訳編)『ノーマライゼーションの原理[増補改訂版]』(現代書館、2000)164頁や、「生活環境や彼らの地域生活が可能な限り通常のものに近いが、あるいは、全く同じになるように、生活様式や日常生活の状態を、全ての知的障害者や他の障害をもっている人々に適した形で、正しく適用する事を意味している」ベクトル・ニリエ(河東田博ほか訳編)『ノーマライゼーションの原理[増補改訂版]』(現代書館、2000)21頁等がある。立法担当者はノーマライゼーションを「障がいのある人も家庭や地域で通常の生活ができるような社会をつくるという理念」とであると説

- 明している。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、1998）1頁。
- 27) 成年後見登記制度とは、後見人が選任されると法務局で登記され、成年後見制度の利用内容、後見人の権限などをコンピュータ・システムによって法務局で管理し、証明書を発行することによって、判断能力の不十分な方との取引の安全を確保するための制度である。利用者本人や成年後見人等からの申請で法務局から登記事項証明書が発行され、これを相手に示すことによって、安全な取引ができることになる。プライバシー保護の為、その登記事項証明書を発行することができるのは、利用者本人及びその親族や後見人などに限定されている。
- 28) 新井誠、赤沼康弘、大貫正男編・前掲注（18）26頁。
- 29) 上山泰・前掲注（17）6頁。
- 30) 法務省民事局参事官室・前掲注（26）43頁。
- 31) 寺沢知子「同意能力のない人への医療行為の決定と家族の利益」『実践成年後見』16号（2006）24頁。
- 32) 上山泰・前掲注（17）12頁。
- 33) 名古屋地方裁判所昭和56年3月6日判決。『判例時報』1013号81頁。  
札幌地方裁判所昭和53年9月29日判決。『判例時報』1343号89頁。  
ロボット手術とは、精神分裂病（名称が変更され、現在は精神統合失調症という）などの治療に用いた外科手術の一つである。能の前頭葉白質の一部を破壊して神経経路を切断する手術。後にこの手術は、非倫理的であると非難を集めた。
- 34) 赤沼康弘「成年後見制度改正への提言」『自由と正義』657号（2003）75頁。
- 35) 日本弁護士連合会「成年後見制度に関する改善提言」2005年5月6日。
- 36) 上山泰・前掲注（17）120頁～123頁。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（2006）46頁～48頁。上山泰子『成年後見と身上配慮』（筒井書房、2000）92頁～93頁。  
上山泰「患者の同意に関する法的問題点」新井誠・西山詮編『成年後見と意思能力』（日本評論社、2002）127頁～135頁。上山泰「医療行為についての同意」『法学セミナー』575号（2002）54頁～56頁。
- 37) 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、5号（2000）547頁～548頁。
- 38) 四宮和夫、能見善久『民法総則[第七版]』弘文堂（2000）63頁～64頁。
- 39) 須永醇「成年後見制度について」『法と精神医療』17号（2003）22頁～35頁。須永醇「成年後見制度の解釈運用と立法的課題」『成年後見法研究』2号（2005）10頁。
- 40) 広島地裁平成元年5月29日判決。『判例時報』1343号89頁。『判例タイムズ』705号244頁。
- 41) 寺沢知子・前掲注（31）25頁。

主指導教員(成嶋隆教授)、副指導教員(南方暁教授・國谷知史教授)