

後見制度と医療機関の関わり③ ～本人意思の確認できない場合の医療同意について～

後見制度と医療機関の関わりについて、第3回目となる今回は、医療行為を行う際の同意についての問題を見ていきたいと思います。

多くの後見人をしている弁護士等の専門職が一度は頭を悩ませる経験をする問題として、「医療同意」の問題があります。病院側としても、後見人等に同意を求めてよい事項なのかどうか、迷われることも多いのではないかと思います。実際に、弁護士である後見人の下に、一定の医療行為についての同意書が送付されてくることはよくあります。

今回は、医療行為における同意の意味まで遡って、本人意思が確認できない場合の医療同意の問題について検討していきたいと思います。

1 同意はどうして必要なのか

(1) 違法性阻却としての同意

医療行為は、医学的な判断や技術をもってするのでなければ、人体に危害を及ぼす可能性のある行為ですので、素人が行えば違法になるべき行為です。

これが、違法性が阻却（違法性が否定）されるのは、①治療という目的があること、②方法が現代医療の見地から見て妥当なものであること、③そして、医療行為を施される患者本人が同意していること、という条件がそろってからだと説明されます。

もっとも、すべての行為に常に明示の同意が必要なわけではなく、比較的安全な侵襲の程度の少ない行為の場合には、黙示的に同意が示されていることもありますし、同意が推定されるという場面もあります。

(2) 本人同意が可能な場合にはできるだけ本人同意を！

後見制度が利用されている場合であっても、その程度はさまざまです。後見人がついている場合で完全に寝たきりで意思表示ができないというケースから、保佐・補助のように一人で自分の財産管理をするには不十分又は不十分な場合があるという程度のケースもありますし、経験上、後見人がついているケースでも財産管理は支援を受けないとできないものの、日常的なやり取りはある程度できる方もいるように思います。

後見制度は、あくまで、支援を受けないと自分で財産管理ができないかどうかという観点から判断されているものですので、医療同意を取り付けることができる患者かどうかは、また別の観点から考える必要があり、後見制度を利用しているからといって直ちに本人からの同意取得を回避して別の手段を探すということは妥当ではありません。

(3) 親族の同意で足りる場合があるのはなぜか

しかし、中にはやはり、本人がどうしても医療行為の内容を理解できないケースや、同意の意思表示ができないケースも多くあります。

このような場合、医療の現場では、家族・親族からの同意をもって本人の同意に代えていると思います。

なぜ、実際に医療行為を施される本人ではない家族の同意があれば、違法性が阻却されるのか、ということとは理論的には非常に難しい問題であり、法律学の中では特に刑法の分野においてさまざまな説明がなされているところです。ただ、同意ができない患者が適切な治療を受けることができないとされるのは明らかに不当な結論ですので、本人の意思を推認でき、本人の利益を最善に考えることができる家族に同意があれば、社会的相当性がある行為として違法性が阻却される、と考えるのが一般的だと思います。裁判例でも、本人の判断能力が不十分な場合には、特別な関係にある患者の近親者に対する説明とその承諾があれば、患者に説明しなくても説明義務を怠ったことにはならないと判断したものもありますし（東京地裁平成元年4月18日判決）、日本医師会生命倫理懇談会「説明と同意についての報告」（平成2年1月9日）でも、同意能力のない患者に対しては「患者に代わって同意するのに最も適当な最近親者、例えば配偶者、父母、同居の子などに説明をして本人に代わっての同意を求めることになる」とされています。

2 後見人等に医療同意権はあるか

(1) 同意権はあるとすると一部見解

では、親族ではなく、後見人等に医療行為の同意権はあるのでしょうか。

同意できる親族がいない場合に適切な医療行為を受けることができないということは、明らかに不当な結論であるということ強調して、これを認める見解も一部にはありますし、傾聴すべき見解だと思っています。

(2) 通説的な見解

しかし、後見人等が選任されるときに裁判所において考慮されている事項の中心は、あくまで財産管理の側面から誰が適当かということであり、医療同意をするという観点から本人の意思を推認しうるかどうか、という観点が重要視されているわけではありません。

やはり、現在の法制度を前提とする限りは、後見人等には医療同意権はないとされるのが通説的な理解です。

(3) 具体的な立法により解決されている場合

もっとも、同意の種類によっては、立法によって解決されているものもあります。

例えば、精神保健福祉法33条では、精神保健指定医の診察の結果、医療及び保護のための入院の必要がある場合には、家族等（後見人、保佐人を含む）の同意によって医療保護入院をさせることができるとされています。

3 本人意思が確認できない方に対してどのように医療行為を行えばよいか

(1) 同意をするにふさわしい親族がいる場合

弁護士等の専門職の後見人がある場合でも、法的に困難な一定の課題を処理するという観点からついては、同時に親族がいる場合もあります。

このような場合には、もちろん、その親族が本人の医療行為についての同意をするにふさわしい人物かどうかという視点を落としてはなりません、基本的にはその親族の同意を取り付けるようにすべきです。

病院代金の支払い等の財産管理の面は後見人に、医療同意の面は親族に、と切り分けるのが基本的な扱いと思われますが、後見人がいることが分かった時点で、病院側においては、どのような場合の連絡先を誰にするのか、一度、後見人及び親族と同席の上で話し合いをして、整理しておくべきと言えます。

(2) 緊急避難の法理で行う医療行為

仮に本人の同意がない場合でも、緊急時には、治療目的で、その方法が現代医療の水準の観点から適切なものである場合には、医療行為を行うことができます。

(3) 厚生労働省が発表したガイドライン

厚生労働省が平成19年に発表した「終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン」では、患者に同意能力がなく、家族もいない場合の医療行為につき、医療・ケアチームがその判断で、患者にとって最善の医療行為を選択するものとしています。このガイドラインは、平成30年に「人生の最終段階における医療・ケアの決定プロセスに関するガイドライン」として改訂されました。終末期医療という場面で、医療・ケアチームが組める場合という限定された場面かもしれませんが、同意に代わる方法として参考になります。

4 病院側でできる対策

以上、見てきたとおり、現状では制度自体に不備がある状況で、同意能力のない患者のすべての場合に完全に対応しきるだけの対策を立てることはなかなか難しい状況です。ここは早期の法整備が望まれます。

病院側としてできることは、まず、患者が徐々に弱っていき判断能力を失っていくようなケースでは、意思疎通ができるうちから患者とのコミュニケーションを密にしたり、家族がいる場合には家族との連携を密にして、いざというときの患者の同意が推認しやすい状況を作っておくことが重要と言えます。また、ある医療行為の結果、入院する病棟が変更になったり転院や施設に移ったりする場合もあるわけで、そのような場合には、医療費等が変更になったり、転院先・入居先での環境を適切に調整することが必要になることもあります。したがって、確かに後見人等には医療同意権はありませんが、事前にこれから行う医療行為の内容について情報共有することが、今後の患者さんのよりよい環境を整えるために重要といえます。

なお、病院によっては、推定相続人の方の同意を得ることを第1の基準として同意の問題を捉えている場合もあるかもしれません。確かに、本人に、もしものことがあった場合、病院に対してクレームを寄せてくるのは、ほとんどの場合本人の一切の権利義務を承継した相続人の方でしょうから、事実上のトラブル回避の手法として推定相続人の方からの同意を取っておくことは、法的なリスク管理の方法として大きな意味があることだと思います。

ただ、家族の同意によって、違法性が阻却されるのは、あくまで、その家族が本人の同意を推認することができ、本人にとっての利益を最善に考えることができるからこそです。遠方に住む、ほとんどつきあいのない推定相続人がこのような家族に当たるかどうかは慎重に考えるべき場合が多いと思います。類似の問題で、より悩ましいのは、重婚的内縁（戸籍上は離婚しないままに、別居期間が長期に及び別のパートナーと事実婚の状態となっている場合）や、同性のパートナーと事実婚の実体があるような場合に誰の同意を得るべきか、という問題もあります。簡単には答えの出ない問題かもしれませんが、厚生労働省が発表している「人生の最終段階における医療・ケアの決定プロセスに関するガイドライン（解説編）」において、「家族等」とは、「本人が信頼を寄せ、人生の最終段階の本人を支える存在であるという趣旨ですから、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（親しい友人等）を含みます」と記載していることが示唆に富んでいます。