

# 被害者の承諾との関係における代諾について

——成年後見制度の利用の促進に関する法律の成立を受けて——

秋山 紘 範\*

## 要 旨

代諾は、被害者の承諾との関係において論じられる一領域であり、とりわけ患者の治療行為に対する家族や成年後見人などの代諾が、治療行為の正当化においてどのような役割を果たすものであるかという問題が議論されている。代諾は患者本人の承諾ではないことから被害者の承諾と法的効果を全く同一に解することは不可能であり、日本でも諸外国の制度を参照した議論が形成されてきたが、「成年後見制度の利用の促進に関する法律」が成立したことによって、代諾が民法上制度化されることはほぼ確実となった。本稿はこうした立法状況を承け、被害者の承諾との関係において代諾はどのようなものとして解すべきか、日本における裁判例も参照しながら現状の議論を確認し、代諾と患者の利益との関係性について検討を加えるものである。

目 次	
I 序 論	
II 医療行為と代諾	
III 刑法的観点から見た代諾	
IV 結 語	

## I 序 論

刑法学において、被害者の承諾という法理は、一般に違法性阻却事由として承認されており、また判例上も同様の体系的な位置付けがなされているところである。そして、どのような場合に承諾が有効なものとして成立し、どのような場合にはそ

うでないかという要件論、とりわけ社会的相当性を要件として取り入れるか否かという違法性の本質に関わる要件論が以前から激しく争われてきた。しかしながら、今日の承諾論においてその関心は、承諾の成否を決する要件論からは既に移行しているように思われる。即ち、旧来から刑事手続に乗せられることは通常なかったが、しかし傷害罪の構成要件該当性を有している治療行為について、当該行為の違法性を阻却する根拠をどのように考えるかという、より実務的な論点へと刑法学の関心はシフトしている。そして侵襲性を伴う治療行為については、確かに傷害罪の構成要件該当性を有するのであるが、それは「被害者」である患者の承諾（と、それに伴う治療行為正当化のための諸要件）を満たすことによって違法性が阻却されるとするのが通説的見解であり、この点について基本的に争いはない。

しかしながら現実には、患者自身の承諾がなく

\* あきやま ひろのり 法学研究科刑事法専攻  
博士課程後期課程

2016年10月7日 推薦査読審査終了

第1推薦査読者 只木 誠

第2推薦査読者 曲田 統

ても治療行為が実施される場面というものは存在する。この点につき日本では、かつては治療行為を正当業務行為として端的に違法性を不問としてきた経緯があるが、ドイツの影響を受けて承諾論からの正当化アプローチについての議論が盛んとなり、今日では専断の治療行為については違法性阻却が認められないという結論で学説上は一致が見られるところである。しかし、患者の意向を殊更に見え無視して、あるいはこれを確認することなく、医師の独断で実施されるような専断の治療行為とまではいかなくとも、患者の承諾なしに実施される治療行為というのは他にも存在する。第一に、患者が意識不明状態などに陥っており承諾を得ることが不可能な状況下において、「もしも患者に意思確認を行うことができたならば、患者は承諾していたであろう」という推定に基づいて治療行為が正当化されるという推定的承諾がある。推定的承諾については日本でも議論が活発に行われてきており、種々の正当化アプローチが存するところであるが、結論において違法性阻却を認めるべきであるとのコンセンサスが得られていると言ってよいであろう。第二に、医師の説明義務が十分に果たされることなく治療行為が実施されてしまったような状況において、翻って「もしも患者に十分な説明を果たしていたとしても、やはり患者は承諾していたであろう」と言えるような場合には、当該治療行為は患者の承諾が与えられていた場合と同様に取り扱うという仮定的承諾の理論がある。これはドイツでBGHが認めた理論構成であり、学説上での賛同を得てはいるものの、強い批判も差し向けられているところである<sup>1)</sup>。

そして第三に、推定的・仮定的承諾に匹敵する、あるいはそれ以上の理論的問題を抱えているのが、治療行為に際して患者自身ではなく第三者（主に患者の家族）に求められるいわゆる代諾である。言うまでもなく、代諾とは患者本人ではなく第三者が本人に「代」わって承「諾」するものであるから、違法性阻却事由としての被害者の承諾を厳

密に要求するのであれば、仮に代諾があったとしても、これによって正当化の効果は生じないという帰結に至るはずである。しかしながら実際には、例えば親だけから承諾を得て子供に治療行為を実施したことを理由として当該医師が起訴された、というような事例は存在しない。無論、実際には子供本人に対しても（ある程度の平易化はされたとしても）説明義務を果たした上で承諾を得るというケースが大半であろうが、そうだとすると子供が承諾無能力あるいは制限承諾能力しか有していないのであれば、何故親の承諾によってその不足が補充されるのか、という問題は依然として残ることになる。また、同様の問題は年少者とその親との関係においてのみではなく、高齢者と介護者、あるいは成年被後見人と後見人の場合にも生ずるものであり、むしろ成人である場合の方が、制度設計との関係でより多くの問題を抱えている。

そして臨床実務においては代諾（あるいは「代理決定」「代行決定」などとも表現される）によって治療が実施されるという事実が先行しており<sup>2)</sup>、かねてから成年後見人に代諾の権限を付与すべきであるとの提言も繰り返されてきていたところ、「成年後見制度の利用の促進に関する法律」（以下、「利用促進法」）<sup>3)</sup>が平成28年4月8日に成立、同月15日に公布された。利用促進法は「成年後見制度の利用の促進に関する施策を総合的かつ計画的に推進することを目的とする」（1条）ものであり、その基本方針の中では「成年被後見人等であって医療、介護等を受けるに当たり意思を決定することが困難なものが円滑に必要な医療、介護等を受けられるようにするための支援の在り方について、成年後見人等の事務の範囲を含め検討を加え、必要な措置を講ずること」（11条3項）が推進されるよう求められている。同法の成立によって、今後は成年後見人等に対して代諾権限が民法上認められることが予想されるが、しかし他方で、医療代諾権を法律で認めることに対しては有力な批判も存するところである。更に言えば、民法上で医療

代諾権が認められたとしても、それが刑法上の正当化根拠との関係でどのような意義を有することになるかは明らかでない。

かかる議論状況に鑑み、本稿では代諾の問題について従前の議論を参考にしつつ理論的な検討を加える。もっとも、先行研究においてはドイツ<sup>4)</sup>やイングランド<sup>5)</sup>といった諸外国における制度を踏まえた比較法的検討が既に存在するところであるが、各国の制度はその国の文化や歴史的経緯などに大きく依拠しており、日本でも当然に日本固有の事情を加味した上で制度設計がなされていくであろうことから、比較法的検討については別稿を期するとし、本稿ではこうした比較法的検討を前提として日本ではどのような見解が提示されてきたか、という問題に絞って研究の対象とし、検討を加えることとする。また、代諾についてはその問題領域が民事法と境を接するものであり、判例の集積も民事を中心になされているところであるため、民事法における議論及び民事法判例も随時参照する。なお、代諾の問題については、未成年者の場合についての議論も保護義務者の監護権・監護義務との関係で存するところではあるが、本稿では利用促進法の射程である成年被後見人を中心に議論を展開するため、未成年者の場合については割愛し、別稿を期することとしたい。

## Ⅱ 医療行為と代諾

### 1. 治療行為の正当化根拠

代諾について論ずるにあたり、まずは原則的な形態における治療行為の正当化根拠について確認しておきたい。前述の通り、日本では被害者の承諾は違法性阻却事由であると解する見解が多数を占めているが、これに対して構成要件該当性阻却事由であるとする見解も存在する<sup>6)</sup>。また、被害者の承諾一般については違法性阻却事由であるとしながらも、治療行為に限っては構成要件該当性がないと考える見解も存するところである<sup>7)</sup>。被害者の承諾によって構成要件該当性が阻却される

という考え方は、「法益」という概念の中には法益に対する処分の自由も含まれているということ为前提としている。即ち、身体や財産などの法益は一般に物理的に観念される場所であるが、そこに被害者の処分の自由という意思的な要素も加わることによって、被害者の承諾は法益侵害それ自体を否定する要素になるのだとするのである<sup>8)</sup>。あるいは治療行為の場合に限って構成要件該当性を否定する見解は、当該行為は法益を害するものではなく、むしろ回復させる方向へと向かうものであることを重視する。つまり、傷害罪における「傷害」の概念については生理的機能障害説が判例<sup>9)</sup>・通説<sup>10)</sup>とされているところであるが、治療行為は確かに一時的には侵害と見えても、全体的には傷病によって既に害されている法益を救助するものであり、即ち生理的機能を不良に変更するものではないから、これを傷害行為とすることは妥当ではないとするのである<sup>11)</sup>。こうした見解は、医師の業務とも言える治療行為を一律に犯罪構成要件に該当する行為であると観念することに対する謙抑的な姿勢を示すものであると言えよう<sup>12)</sup>。

承諾を構成要件該当性阻却事由とする理解は、実際上の結論に相違をもたらさないという理由から支持する論者もいるが<sup>13)</sup>、他方で、違法性阻却事由とする見解からの批判も存在するところである。批判の理由として第一に挙げられるのは、治療行為という枠組みの中で一律に構成要件該当性を否定してしまうと、承諾さえあればどのような医的侵襲であっても治療行為として認められることになる、換言すれば、レーゲ・アルティスが担保されなくなってしまうという批判である<sup>14)</sup>。第二の批判は、法益の処分の自由から法益侵害を否定する法益論を純粋に適用すれば同意殺人も不可罰ということになってしまい、現行法との矛盾を解消するためにはパターンリズム的介入を行うしかない、というものである<sup>15)</sup>。そして第三の批判は、治療行為が構成要件該当性を有していないとってしまうと、そもそも構成要件が有していたは

ずの類型性が失われてしまうというものである。この点については、治療行為ではなくそれに治療行為ではなくそれに付随する看護行為あるいは医療行為（本件では爪切り行為）が問題となった事案ではあるが、福岡高裁平成22年9月16日判決<sup>16)</sup>が以下の通り判示している。即ち、「上記1審の判断枠組みは、看護師が看護行為として、患者の爪を切って爪床を露出させる行為は直ちに傷害罪の構成要件に該当しないというもので、一見すると類型的判断が可能とも考えられるが、1審判決がその『看護行為』性を検討するに当たり、被告人の主観的意図を考慮し、その他種々の非類型的な判断要素を考慮していることから明らかなとおり、形式的、類型的判断が重視されるべき構成要件該当性の判断として相当とはいえない」。

従って多数説は、治療行為であっても傷害罪の構成要件該当性は存在し、治療行為正当化の三要件<sup>17)</sup>が認められる場合に違法性が阻却されるとする<sup>18)</sup>。つまり、結果としてはそれによって患者の健康が回復されるものであっても、治療行為それ自体は患者の身体への侵襲性を有しており、これは「傷害」の概念に含まれるものであるとするのである。

## 2. 利用促進法制定に至るまでの議論

他方で、医療実務においては、医的侵襲の際に患者本人が意思能力を有していないケースは多々存在している。このような場合に、医師の説明義務は誰に果たされなければならないのか、誰の同意を得なければならないのか、という問題がある。とりわけ、高齢者や精神障害者の場合に、この問題をどのように解決すべきかという点が民事法学を中心に議論されており、2000年に成立した成年後見法（改正民法）にも成年後見人による医療代諾権を盛り込むべきではないか、との提言がなされていた。しかし、2000年の法改正の時点では、この問題に関する議論のあることは認められていたものの、「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、本人の自己決定およ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・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<sup>19)</sup>として、この時点での法制化は見送られていた。そして、こうした立法者の見解を受けける形で、成年後見人の医療代諾権をめぐっては種々の見解が主張されることとなった。

かつては、立法担当官の見解に従い、成年後見人の医療代諾権を否定する見解が通説とされていた。その代表的な論者として道垣内弘人は、「入院契約の締結と医的侵襲に対する同意とは独立のもの」であるとし、成年後見人は本人に判断能力がないときには、その意思を尊重し、身上に配慮しながら契約を締結することは可能であるけれども、医的侵襲に対する同意は緊急事務管理等の一般法理で解決すべきではないとする<sup>20)</sup>。

また、医療代諾権を成年後見人に付与することに対しては、医師の立場からも反対意見が出されている。齋藤正彦は、第一に大部分の成年後見人等が、医療手段の選択において、被後見人と利益相反の関係にあること、即ち、成年後見人が親族である場合にはその大部分が推定相続人であり、そこでは被後見人が長生きするほどに相続財産が減るのに対して、第三者後見人の場合には被後見人の生存期間が長いほど受け取る報酬が大きくなり、このような状況で生命予後に関する決定を成年後見人に委ねることを疑問視する。第二に、齋藤は、日本では成年後見人による被後見人の資産横領が横行しているのに対し、監督する裁判所の体制が極めて脆弱であり、成年後見制度の適正な

運用を第三者が客観的に評価する道がないと指摘する。そして第三に、成年後見人等の大半は高齢者であり、医療手段の選択が生命予後の選択と直接結びつく場合が多いため、成年後見人等に医療代諾権を与えることは治療拒否権を与えることに等しいと述べる。そして、「そうした状況で、被後見人の生殺与奪の権限まで与えるということは、被後見人の権利擁護の観点から容認しがたいといわざるを得ない」とする。そして、「当面、現実的なのは、医療上の意思決定は医療機関に任せることである」として、「協議に応じる親族や関係者がいない場合は、医学的な妥当性を中心にして判断を下せばよい」と結論付ける<sup>21)</sup>。

これに対して、成年後見人の医療代諾権を肯定する見解が近年有力に主張されてきた。上山泰は、必要最小限または危険性の少ない軽微な侵襲<sup>22)</sup>については成年後見人に医療代諾権を認めてよいとし、その理論的な根拠としては、「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」であり、「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の債務確定に最低限必要な限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」と説く。加えて、医療同意権の行使主体として成年後見人に寄せられる社会的期待の高まり、医療現場における職務遂行の阻害、そして代諾を否定した場合には医療機関側が最終決定権を有することになるが、そのようなケースで代替的治療が存在する場合に医療機関はQOLの向上よりもリスクの低減を優先する可能性が高いものの、それはインフォームド・チョイスの機会を事実上奪うものであり不公平であるとして、否定説を批判する<sup>23)</sup>。

床谷文雄も、「健康維持のための定期的な健康診断や日常的な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であっても（医者嫌い、検査嫌い）、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と考えてもよいのではなかろうか」（下線引用者）と論じ、あくまでも日常的な治療行為に限るとの前提の下で、本人の意思に反する成年後見人独自の決定権を肯定している<sup>24)</sup>。

田山輝明は、障害者の権利に関する条約25条が判断能力の不十分な者にも保健や医療が平等に与えられなければならない旨を定めていることを承け、補佐制度を中心として成年後見制度を再編成すべきとの立法提言を行っている<sup>25)</sup>。そして、成年被後見人が風邪を引いたに過ぎないような場合は現行法の解釈論として展開し、生命身体に危険を伴うような医療行為については立法論を前提に研究が進められるべきであるとしている<sup>26)</sup>。また、寺沢知子も、監護権という観点からの制度設計を議論する価値は大きいと述べている<sup>27)</sup>。

ところで、代諾を肯定する見解の中でも、医療代諾権をどの範囲まで肯定すべきかについては見解の対立がある。能見善久は、本人に判断能力がない場合には誰かが決定しなければならないのであり、身上監護に関する意思決定は現行民法859条の代理権の範囲には当然には入らないとしつつも、「『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』義務があると考えべきであり（……）、その義務に対応して、手術などについても意思決定できると考えるべきである」とする。そして、立法論としては、ドイツ民法と同様に通常の治療行為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制度が適当であるとする<sup>28)</sup>。

また、須永醇は、現行民法858条の解釈論で、本人が意思能力を有しない場合の医療行為についての代諾は成年後見人の権能に含まれると解されるべきだとしつつ、その妥当性を担保するために、後見監督人として「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」ことが不可欠であるとしている<sup>29)</sup>。

上山泰も、「重要な（身体への侵襲の程度が高い）医的侵襲行為」についての意思決定は、理想論としては成年後見人等と医師との協同的意思決定として位置付けるべきであり、ここでの成年後見人等の役割は本人の最善の利益＝本人の主観的価値判断の擁護であるが、患者本人の主観的利益を探求すること自体が不可能な場合には、現在の日本で最優先の客観的基準であると思われる「患者の生命保全」に従って、最終決定権は原則として医療機関側に留保せざるを得ないと考える<sup>30)</sup>。

他方で、代諾権限を広範に、即ち手術などの侵襲性の高い治療行為に対しても認めるべきとする見解もある。丸山英二は、医療行為の実施は事実行為であって後見人の職務ではないが、医療行為の実施に対して同意を与えることは後見人の権限に含まれるとされる診療契約の締結と密接に関係しており、被後見人のために建築される住居の建築契約の履行段階において、業者が行う作業に関して指示する権限は後見人に属することを引き合いにした上で、医療行為について同意する権限は後見人に認められるのは当然とする。また、成年後見人の同意権限を否定する要因となる医療行為の一身専属性についても、確かに本人の意思に基づかない医療行為は強制的な要素を含み、また大小のリスクを伴うが、「本人の生命の維持、健康の回復に必要であるから行われる、本人の保護を目的とする行為である」とし、また「一身専属性は、本人の同意能力を前提とするものであり、それが認められない場合には、一身専属性は背後に退き、本人の保護が前面に出るべきものとする」。そして、侵襲性やリスクの程度が高い場合についても、それが成年被後見人の保護のために必要と判断されるならば、「成年後見人の同意権限は肯定されるべきである」と説き、終末期医療についても同様であるとする<sup>31)</sup>。

こうした広範な代諾権を認める見解に対しては、代諾権の肯定に消極的な立場を中心として、あくまでも本人の意思や主観的利益を保護すべきであ

るとの主張も唱えられている。患者の主観的利益を重視する見解として藤村賢訓は、代諾を制度として構築するにあたってあり得る方針は、現状を追認して家族に代諾権を付与するか、あるいは成年後見人に立法で代諾の権利を付与するか、という二つが存するところであるが、しかしいずれにせよ代諾とは「他者が最善と考える患者の利益」の確保に過ぎないのではないかと疑問を提示する。その上で、医療提供の前提となる正当化要件としての同意という視点を離れ、患者の利益を最大限重視するために、家族や成年後見人は「積極的代行決定よりもむしろ、本人によりなされた治療拒否等の事前の意思を表明し、本人の価値観や嗜好等の情報を医師に表明するなどを通じて、本人の主観的利益である最善の利益に即した治療態様を形成するための支援者」として考えるべきであるとする<sup>32)</sup>。

また、佐藤雄一郎は、代諾が必要となるのは承諾の前提である自己決定が使えない場面であり、従って本人に承諾能力がある場合とは「異なるルール」が適用されるべきではないかと説く。そして、医療行為ないし侵襲行為が違法性を阻却されるのは、それが「本人の生命や健康の確保のために必要であるからであり、あるいは推測される本人意思に従ったものである」からであるとして、家族や後見人、そして医療者は「できる限り本人意思に迫る努力をすることが必要なのではないか」として、あくまでも代諾とは本人の利益に合うものでなければならないことを強調する<sup>33)</sup>。

渡辺幹典も、代諾の必要性を肯定しつつも、代諾権者の順位という問題や代諾者における同意権の範囲といった問題があり、単に成年後見人の代諾権限を与えれば問題が解決するというわけではないことを指摘している<sup>34)</sup>。

このように、代諾権の範囲に違いはあれど、学説上では代諾肯定説が有力に唱えられたことを承けて、日本弁護士連合会と公益社団法人成年後見センター・リーガルサポートがそれぞれ立法提言

により早期の法制化を求めていた<sup>35)</sup>。日本弁護士連合会は2011年12月15日に「医療同意能力がない者の医療同意代行に関する法律大綱」<sup>36)</sup>を取りまとめており、そこでは、患者本人に同意能力がない場合に医師を決定者とするのは、医師の責任が過大になると共に、過度の濃密医療や評価の定まっていない医療、実験医療が濫用されるおそれがあり、また種々の調査を参照した上で成年後見人に医療同意の代行決定権を付与することには社会的コンセンサスが得られているとしている。また、公益社団法人成年後見センター・リーガルサポートは2014年5月に「医療行為における本人の意思決定支援と代行決定に関する報告及び法整備の提言」を公表しているが、そこではあくまでも「本人の意思決定を、周囲の者が最大限支援することにより、自己決定の手続的な保証がなされる必要がある」との考えの下、可能な限り本人を意思決定プロセスに参加させるべきであるとした上で、本人にその能力がない場合には「①本人があらかじめ指定した者」、「②本人の配偶者（事実婚の配偶者を含む）、直系血族及び兄弟姉妹、三親等以内の親族」、「③成年後見人及び保佐人・補助人・任意後見人」、「④本人の居住地の市町村長」の順位でこれらの者が「本人の過去及び現在の意向、心情、信念や価値観に配慮して医療行為について代行決定する」ものとしている<sup>37)</sup>。

以上概観したように、2000年の民法改正の時点では「時期尚早」と言われた医療代諾権については、数多くの見解が示されるに至った。そして、日常的な医療行為から生命の危険を伴う手術に至るまで、どの程度の代諾権限を認めるべきかについては見解の対立はあるものの、何らかの形で代諾権限は法制化すべきであるとの主張が圧倒的に有力である<sup>38)</sup>。こうした議論状況を踏まえた上で、具体的な制度化に向けて動き出すために利用促進法が制定されるに至ったものと思われる。

### 3. 裁判例における代諾についての判断

日本の裁判例では、代諾の法的意義そのものが直接問題となった事案はないが、主に民事裁判例で代諾の取り扱いが問題とされた事案の集積がある<sup>39)</sup>。もともと、事案によって患者の病状や意思能力の有無などが大きく異なるため、代諾についての統一的な判断がなされるには至っていない。

東京地裁平成元年4月18日判決<sup>40)</sup>は、「医師の診断又は治療のための行為が患者の身体やその機能に影響を及ぼす侵襲に相当する場合、患者は自己の生命、身体、機能をどのように維持するかについて自ら決定する権能を有するのであるから、医師は、原則として、患者の病状、医師が必要と考える医療行為とその内容、これによって生ずると期待される結果及びこれに付随する危険性、当該医療行為を実施しなかった場合に生ずると見込まれる結果について、説明し、承諾を受ける義務があり、承諾を得ずにした前記のような侵襲行為については医師は私法上違法の評価を免れることはできないと解される」との一般原則を認めつつも、「この意味での説明義務の範囲ないし程度は、具体的事情によって異なることは当然であって、侵襲や危険性の程度が小であるとき、緊急事態で説明をしたり承諾を求めたりする余地がないとき、説明によって患者に悪影響を及ぼし又は医療上悪影響をもたらすときなどは説明を省略し又は可能な限度で説明をすることで足りると解されるし、患者本人でなくその家族に対する説明とその承諾で足りる場合もあると解するのが相当である」との基準を立てている。そして、本事案で問題となったセルジンガー法による脳血管撮影の実施に当たっては、「その説明の内容については、重篤で非可逆的な合併症の可能性を原告に説明することは、受検時の原告の不安と精神的緊張を増大し、悪影響を及ぼす可能性も考えられるところから、患者である原告に対しては合併症の危険性を告知するのは相当ではなく、この点は原告の家族に対して説明するのが相当であり、また、重篤で非可逆

的な合併症についての説明の程度も、発生頻度の低さに鑑み簡略なもので足りると解するのが相当である」として、本件証拠関係のもとでは原告の家族が本件撮影を承諾したものと認められ、かつ「当時原告には本件撮影の必要性の判断や決断をする能力が不足していたと判断されるので、このような事情のもとでは、患者である原告との間で前叙の説明や承諾がなされなかったとしても、説明義務懈怠の問題を生じないものというのが相当である」と結論付けている。

千葉地裁平成12年6月30日判決<sup>41)</sup>は、精神科医が原告本人を診察せずに原告の叔母の話の聞いただけで精神分裂病妄想型と診断し、水薬を処方したことが、医師法20条<sup>42)</sup>に違反する行為であり、原告の人格権を侵害したとして、損害賠償請求の訴えがなされた事案である。千葉地裁は、「これが、形式的にみれば、医師法20条に違反する行為（診察なき治療）であり、かつ、インフォームド・コンセントの原則に違反する行為（患者に対して治療の内容について説明しその同意を得るべき医師の義務に違反する行為）であるように見える」としながらも、精神病の治療における当時の実態に鑑みて、「非告知投薬、ことに患者本人の診察を経ないそれは、できる限り避けることが望ましいといえるが、病識のない精神病患者に適切な治療を受けさせるための法的、強制度なシステムが十分に整っていない日本の現状を前提とする限りは、ア病識のない精神病患者が治療を拒んでいる場合に、イ患者を通院させることができるようになるまでの間の一時的な措置として、ウ相当の臨床経験のある精神科医が家族等の訴えを十分に聞いて慎重に判断し、エ保護者的立場にあって信用における家族に副作用等について十分説明した上で行われる場合に限っては、特段の事情のない限り、医師法20条の禁止する行為の範囲には含まれず、不法行為上の違法性を欠くものと解することが相当であると思われる」としている。

上記二件の裁判例は、いずれも患者本人が完全

な承諾無能力に陥っているとまでは言えないが、極めて制限的な能力にまで低減していることが認められており<sup>43)</sup>、かつ患者本人に説明することが相当でないと認められる事情が存しており、その限りで患者本人ではなく家族に対する説明によって医師の義務は果たされたものと判断されている。

しかし、こうした例外的な事情がない限り、裁判所は患者本人に対する説明義務を果たすべきであるとしている。東京地裁平成13年3月21日判決<sup>44)</sup>は、帝王切開の際に患者本人の承諾を得ることなく右側卵巣及び子宮全摘出手術が実施された事案である。被告はこの手術については夫の承諾を得ているため違法ではないと主張したが、東京地裁は、「医療行為がときに患者の生命、身体に重大な侵襲をもたらす危険性を有していることにかんがみれば、患者本人が、自らの自由な意思に基づいて治療を受けるかどうかの最終決定を下すべきであるといわなければならないから、緊急に治療する必要があり、患者本人の判断を求める時間的余裕がない場合や、患者本人に説明してその同意を求めることが相当でない場合など特段の事情が存する場合でない限り、医師が患者本人以外の者の代諾に基づいて治療を行うことは許されないといふべきである」と判示した上で、本件では「いったん閉腹して原告の回復を待ったとしても、直ちに原告の生命に影響するような状況にはなく、本件手術には本件帝王切開に引き続いて本件手術を行わなければならないほどの緊急性はなかったと認められる上、病名も子宮筋腫であって癌等の病気の場合のように患者に説明すること自体に慎重な配慮を要するともいえないから、代諾に基づく治療が許される特段の事情があるということではできず、被告らの主張は理由がない」とした。

また、いわゆるロボットミニー手術について、札幌地裁昭和53年9月29日判決<sup>45)</sup>と名古屋地裁昭和56年3月6日判決<sup>46)</sup>は、いずれも患者本人の承諾を得ずに家族の代諾だけで行われた手術は違法であると判断している。もっとも、ロボットミニー手術自



体が両事案の時点で既に米ソでは禁止されており日本でもほとんど行われることがなくなっており、加えていずれの事案でも患者の承諾能力が否定されていないことから、患者本人の承諾が欠けているという点は留意すべきである。

他にも、福井地裁平成元年3月10日判決<sup>47)</sup>では、患者の夫による根治手術の申し入れを容れず保存的療法を取ったことが自己決定権<sup>48)</sup>の侵害であるとの主張については、「かかる状況のもとで医師が自己の信念に従った診療（グレードの改善を待っての根治手術実施）をしている場合、患者側は医師に対し一か八かの極めて成功率の低い手術の強行を求めることは、患者の自己決定権の適正な行使とは到底いえないし、更にかかる要求に従わない医師ないし医療機関をして診療契約上の義務違反としてこれを問責し、損害賠償の責を負わせるがごとき見解には当裁判所は到底左袒できない」と判事している。この点に関する原告の主張が認容されなかったのは自己決定権というよりは医術的正当性の問題であるようにも思われるが、ロボットミ手術も含めて、代諾の存在によって不合理な治療行為を正当化することはできないという点が確認されよう。

なお、代諾が問題となった事案ではないが、医療における家族の役割について積極的にこれを認める判例としては、最高裁平成14年9月24日第三小法廷判決<sup>49)</sup>がある。この事案は、医師が末期がんの診断を患者本人にもその家族にも告知しなかったというものである。最高裁は、「医師は、診療契約上の義務として、患者に対し診断結果、治療方針等の説明義務を負担する。そして、患者が末期的疾患に罹患し余命が限られている旨の診断をした医師が患者本人にはその旨を告知すべきではないと判断した場合には、患者本人やその家族にとってのその診断結果の重大性に照らすと、当該医師は、診療契約に付随する義務として、少なくとも、患者の家族等のうち連絡が容易な者に対しては接触し、同人又は同人を介して更に接触でき

た家族等に対する告知の適否を検討し、告知が適当であると判断できたときには、その診断結果等を説明すべき義務を負うものといわなければならない。なぜならば、このようにして告知を受けた家族等の側では、医師側の治療方針を理解した上で、物心両面において患者の治療を支え、また、患者の余命がより安らかで充実したものとなるように家族等としてのできる限りの手厚い配慮をすることができることになり、適時の告知によって行われるであろうこのような家族等の協力と配慮は、患者本人にとって法的保護に値する利益であるというべきであるからである」(下線引用者)として、本件病院の医師らの対応は「余命が限られていると診断された末期がんになり患している患者に対するものとして不十分なものであり、同医師らには、患者の家族等と連絡を取るなどして接触を図り、告知するに適した家族等に対して患者の病状等を告知すべき義務の違反があったといわざるを得ない」と判断した。本判決は、家族への告知による協力と配慮が患者本人の重要な利益であることを正面から肯定しており、参考に値する<sup>50)</sup>。

#### 4. 小 括

以上、代諾に関する民法上の議論あるいは民事裁判例を概観してきたが、既に述べたように、議論状況としては大なり小なり成年後見人による代諾を肯定すべきであるとの見解の方が圧倒的に有力となっていた。そして、利用促進法の成立を承けて、今後成年後見人等に代諾の権限が法的に認められるのはほぼ確実であろうと思われる。そうすると、民法的な基盤を持った代諾が成立したとして、それを刑法的にはどのように解釈すべきかが問題となる。従って、次章では、刑法学における従前の議論と、代諾との関連性があると思われる刑事裁判例とを参照した上で、代諾の刑法理論的解釈について検討を加えることとする。

### Ⅲ 刑法的観点から見た代諾

#### 1. 刑法上の議論

刑法学においても、代諾についての議論は、民法学ほど盛んではなかったとはいえ、積み重ねられてきた。そこで問題となるのは、代諾が治療行為の違法性をどのような理由で阻却することができるのかという点である。そこで用いられるのは、患者本人の主観的利益を保護するアプローチと、それに加えて客観的利益を保護するアプローチの二つである。

町野朔は、あくまでも「他者決定は本人の主観的利益を保護するための制度である」とする。「医療は当該本人の利益のみに関することであり、何がその者の利益であるかは本人だけが決めることができる、それ故、医療の実行を本人の選択に委ねる、というのが医療の場において自己決定権を承認する趣旨である。このように、『本人の利益』はあくまでも主観的なものであり、自己決定による選択が行われることのない他者決定のときでもそうでなくてはならない」。町野は、本人の意思能力の有無が自己決定と他者決定の分水嶺であると一般には考えられているが、しかし自己決定は自律 (autonomy)、他者決定は後見 (paternalism) に基づく決定原理であり、いずれも本人の主観的利益の決定という一つの目的のための手段であって並行的・相互補完的に機能するものであると指摘する。そして、倫理的な妥当性には議論の余地があるとしつつも、本人の自己決定を援用することが不可能な場合には、代行決定による治療行為の実施を法的に認めるべきであるとする。その理論的根拠は、「このような場合には、本人が告知を現実を受ければ彼も治療に承諾を与えるであろうと思われるのであり、他者決定による医療の実行は本人の（主観的）利益に合致するからである」とする<sup>51)</sup>。

同様に、代諾による正当化の根拠を患者の主観的利益に求めるのは田坂晶である。田坂は、推定

的承諾の理論における基本構造を代諾へと援用することを試みる。田坂は、代諾を承諾が得られない場合の要件としてしまうと、代諾を得ることができない場合には治療行為を正当化する余地がなくなってしまうと指摘する。その上で田坂は、ドイツにおける推定的承諾の議論状況を参照し、推定的承諾とは現実に患者が承諾を与えることができる場合の承諾と同等の法的意義を有するものではなく、あくまでも「患者本人の真意を推測するための一つの要素」に過ぎず、代諾もまた患者本人の意思を推定するための一要素として捉えようとする<sup>52)</sup>。つまり、推定的承諾と代諾のいずれも、被害者の承諾のように単独で正当化根拠として機能するだけの効果を有するものではなく、患者本人の意思に合うことこそが正当化の核心であって、この患者本人の意思を直接窺い知ることができない場合にそこへ接近するための資料として、「家族の意思」であるとか、場合によっては「推定」が、意義を有するということになる。

これに対して、代諾とは患者の主観的利益と客観的利益を併せて保護するためのものであると解するのは大杉一之である。大杉は、推定的承諾と代諾とは全く別個のものであると考えるべきであるとする。大杉によれば、代諾とは二つの意味を有したものであり、一つは「患者本人の意思を推定する資料としての意味」、言い換えれば患者本人の主観的利益を保護するための資料として、患者の主観的利益をよく知る者による代諾が参照されるとする。そのため、代諾を与えることができるのは同居人や友人も含まれる可能性があり、逆に親権者、近親者、法定代理人といった本人と法的関係を有する者であっても、日常的关系を持たないならばこのための資料とすることはできないとする。そしてもう一つは、「患者本人の客観的利益を保護する役割」である。即ち、一般通常人が利益と考える事態（客観的利益）に反する事態が正当化されるのはそれが患者本人の意思に基づいているからであって、従って患者本人の主観的利益

を確認することができない状況下においては、一般通常人が利益と考える事態を限度として、代諾が機能することになるとする。大杉によればこれは「患者を保護するための独立の活動」ということになり、この意味での代諾を与えることができるのは監護義務又は監護権を有する親権者その他の法定代理人に限定されることになる<sup>53)</sup>。

## 2. 刑事裁判例

刑事裁判において代諾が問題となった事案は極めて少ないが、家族の意思あるいは承諾が患者本人に対する行為についてどのような意義を有するのかについては、侵襲の程度において両極に位置すると思われる二件の裁判例を挙げることでよい。

本人の意思を最も重要視すべきであり、代諾を本人の意思と同視すべきではないとされた事案は、患者自身の死についての決定、即ち臨死介助が問題となった川崎協同病院事件である。本件では代諾の問題が直接論じられたわけではないが、控訴審である東京高裁平成19年2月28日判決<sup>54)</sup>では、尊厳死における治療中止の正当化根拠としては患者の自己決定権によるアプローチと治療義務の限界によるアプローチが挙げられるとした上で、前者について考慮するにあたり、「家族の意思は、同人〔引用者注：被害者〕の意思を探求するための大きな手掛かりではあるが、手掛かりの一つにすぎず、家族の意思のみをもって同人の意思と同視することはもとよりできない。なお、家族の意思が表明された場合には特段の事情がない限り患者本人の意思と同視すべきという見解もあり得るが、前述したように、これでは家族による患者本人の意思決定の代行を認めることと同じことになるし、代諾といってみても、その実態にそう違いがあるとはいえない」とし、家族の意思は本人の意思を探求する上での一資料としての価値しか持たないとの判断を示した<sup>55)</sup>。

これに対して代諾が本人の承諾とほとんど同義

に扱われていると考えられるのは、治療行為そのものではなくそれに付随する看護行為に対する、しかも包括的な代諾であろう。こうした看護行為についての正当業務行為性が争われた前掲福岡高裁平成22年9月16日判決<sup>56)</sup>は、「当該行為が、①看護の目的でなされ、②看護行為として必要であり、手段、方法においても相当な行為であれば、正当業務行為として違法性が阻却されるというべきである（②の要件を満たす場合、特段の事情がない限り①の要件も満たすと考えられる）。なお、患者本人又はその保護者の承諾又は推定的承諾も必要であり、本件でもトラブル回避のためには個別的に爪ケアの必要性等を説明して承諾を得ることが望ましかったといえるが、一般に入院患者の場合は、入院時に示される入院診療計画を患者本人又は患者家族が承認することによって、爪ケアも含めて包括的に承諾しているものとみることができ、本件でもその承諾があるから、本件行為についての個別的な承諾がないことをもって正当業務行為性は否定されない」と判断している。

この両裁判例では、被告人の行為が正当化されるために代諾が果たす役割は全く異なっている。川崎協同病院事件控訴審判決では、家族の意思あるいは代諾は患者の意思と同視し得るようなものではなく、患者本人の意思を探求するための手掛かりの一つとししか位置付けられていない。それに対して福岡高裁判決では、特に理由を説示することなしに、本件では傷害罪の構成要件に該当する態様で行われた「爪ケア」をも包括した入院診療計画への承諾については、「患者本人またはその保護者」が行うことが要求されている。ここでは患者本人の承諾と保護者の代諾が並列的に記述されていることから、このような場合には両者のいずれが行った承諾であるかという点は重要ではないということになる。無論、臨死介助と看護行為とを単純比較することはできないが、患者本人に対する侵襲性と代諾の持つ法的効力との間に相関関係があることは、民事裁判例も併せて検討し

てみれば、裁判所においても認められていると言えるだろう。

### 3. 私 見

ここで改めて、刑法における違法性阻却事由としての被害者の承諾について立ち返ってみたい。被害者の承諾が存在する場合に、行為が構成要件該当性を有することによってその違法性が推定されても、最終的に違法性が阻却されるのは、それが被害者本人の意思に合致しており、従って法益侵害という結果無価値が否定されるからである。これは「欲する者に損害は与えられず」(Volenti non fit injuria)というローマ法時代の法諺から現代に至るまで引き継がれてきた考え方である。そして、ドイツでは基本法2条1項において人格の自由を定め、この重要な権利を保護するために被害者の承諾が違法性阻却事由として承認されている。日本でも、憲法13条に定められている幸福追求権から、自己決定権は個人の有する重大な権利として承認されていると言ってよい<sup>57)</sup>。

問題は、この「欲する者に損害は与えられず」という基本構造を、仮に本人とどのような関係を有しているとしても、他者による決定に援用することが果たして可能か否かということである。ここであくまでも患者本人の主観的利益から代諾を正当化しようとするのであれば、代諾は推定的承諾の問題として回収されることになる。

しかし、代諾を推定的承諾の一類型として処理してしまうことに対して、筆者は疑問を覚える。第一に、推定的承諾も原理的には被害者本人の意思に基づいた正当化ではなく、このことは以前から指摘されている<sup>58)</sup>。第二に、代諾の法制化に対する反対説から指摘されているように、代諾を与えるべき地位にいる人間は固有の利益を有しており、本人の意思を推定する資料として必ずしも妥当であるとは断言できない<sup>59)</sup>。第三に、代諾を意思決定の代行として構成した場合には、一見それは患者本人の自己決定権を尊重しているように見

えて、結局は患者本人の自己決定権を奪っているという考え方を基礎にしているとの疑問が呈されている<sup>60)</sup>。とりわけ、最後の問題は、被害者の承諾による違法性阻却の根拠と真っ向から衝突する、被害者の承諾、ひいては被害者本人の意思尊重を基盤とする全ての違法性阻却事由の核心は、被害者が害を自ら欲している(この場合にそれを「害」と呼ぶのが妥当か否かは問題があるが)ことにある。ところが、代諾による違法性阻却をストレートに承認しようとするれば、それは「第三者から損害を欲された者に損害は与えられず」という構造にならざるを得ない。そして、このような構造が厳然としてあってもなお本人の主観的利益は保護されるべきであるとの建前を貫くならば、そこで観念されている本人の意思や主観的利益というのは結局何であるのかということにならざるを得ないが、一切判然としない。

他方で、代諾による違法性阻却の本質を本人の客観的利益に求めるアプローチについてはどうか。大杉は客観的利益を「一般通常人が利益と考える事態」<sup>61)</sup>であるとするが、結局それは「生命・身体ならびに健康に関する患者本人の利益」<sup>62)</sup>ということになるであろう。そうであるとする、仮に治療行為が本人の現実的意思に反するものであったとしても、それが患者本人の生命・身体を保護するものであるのならば、行為の違法性は阻却されるという理論構成になるが、それは事実上治療行為正当化の要件から患者の承諾を除外することになりはしないか、との懸念を抱かざるを得ない。また同時に、客観的利益を正当化根拠に据えるということは、結局のところ「疑わしきは生命の利益に」という方針を真正面から肯定することになるのではないかと、とも思われる。

以上のような疑問があることを前提とした上で、代諾による違法性阻却はその本質をどこに求めるべきであろうか。筆者自身も未だ確定的な結論に至っているわけではないが、以下では試論として、採択し得るアプローチをいくつか提示したい。

第一にあり得るのは、「疑わしきは生命の利益に」という客観的利益こそが代諾における違法性阻却の根拠であると認め、差しあたって刑法上の違法性阻却事由としては35条の正当業務行為に位置付けるとする考え方である。この考え方は、理論的な疑問が残るとしても、利用促進法が「疑わしきは生命の利益に」という方針を肯定していると考えられることから裏付けられる。即ち、利用促進法の制定によって整備されることになる成年後見人等の代諾権は、「生命・身体ならびに健康に関する患者本人の利益を保護するために、患者本人の自己決定権を制限するまでして、患者本人と関係のある一定の者が介入できるための法規定を用意する」<sup>63)</sup>のものであると解するほかない。そうであるとするならば、この代諾権は、一定の保護義務に基づいて成年後見人等に付与される権限であるということになるであろう。そしてこの権限は、まさしく民法という「法令による行為」として「罰しない」という、刑法35条による正当化の根拠として働くものであると解することができる。もっとも、このような考え方に対しては、単なる形式的対処に過ぎないとの批判が差し向けられるであろう<sup>64)</sup>。

第二の選択肢として考えられるのは、患者本人の利益を離れて、代諾者自身の利益に目を向けるというアプローチである。このような議論を展開しようとすれば直ちに、患者本人の身体、場合によっては生命という重大な利益を、第三者の利益と比較衡量することはそもそも許されないのではないかとの疑問が呈されよう。しかしながら翻って、代諾者の利益というものは、患者本人の利益を前にして常に劣後しなければならぬとする道理は果たして存在するのであるか。例えば、患者に治療行為が行われる際に発生する経済的負担を引き受けるのは家族であり、この負担は、言うなれば、家族の生活に対する一種の「侵害」ともなり得るものである。そして、高齢社会へと突入することが確実となった今日の日本において、例

えば常に「疑わしきは生命の利益に」という方針を貫き続けることは、果たして妥当であるのか。このような問題意識を出発点として、代諾者、あるいはそれに連なる家族の利益を根拠として、代諾の正当化を導き出すという理論的方向性もあり得よう。その場合には、一種の緊急避難類似の構成といったことが考えられるが、要件論はもとよりそもそもの根拠論についても十分に精緻化を図ることが必要であることは言うまでもない<sup>65)</sup>。

#### IV 結 語

利用促進法の制定は、民事法学者あるいは医療実務からの提言や要請に基づくものであり、代諾を制度化する必要性が生じていることについては筆者も異論はない。しかし、その刑法的評価において理論上安易な正当化を与えることは、代諾制度濫用の危険性という観点からも妥当ではないと考える。また、本稿では従前の用語法に従って「代諾」という表現を用いたが、本人の自己決定権による正当化が認められないとするならば、事実上は確かに本人に「代」わって承「諾」あるいは「決定」しているのだとしても、「代諾」や「代理決定」「代行決定」といった、まさしく意思決定の代行が如き表現を用い続けるのが果たして妥当であるのかについても強い疑問が残るところである。いずれにせよ、今後の立法において成年後見人等に法律上付与される権限と義務がどのようなものになるか、刑事法の立場からも注視する必要があるだろう。

また、代諾に違法性阻却事由としての実質的根拠を与えようと試みるならば、違法性の本質とは何か、そして行為が正当化される理由は何に求めることができるか、という原理論から緻密な検討を加えなければ結論を導き出すことはできない。本稿では従前の議論を確認することが中心となったため、代諾の正当化根拠については暫定的な試論を展開するに留まらざるを得なかった。この問題については、今後の検討課題としたい。

- 1) 仮定的承諾を肯定的に捉えるものとして、ヘニング・ローゼナウ、島田美小妃訳『仮定的承諾—新しい法形象!』比較法雑誌43巻3号161頁。医的侵襲の正当化には不適格であると批判するのは、ハロー・オッター、甲斐克則・福山好典訳『医的侵襲についての仮定的承諾の意義』比較法学44巻2号113頁。
- 2) このような実態を報告するものとして、赤沼康弘『成年後見制度改正への提言』自由と正義54巻11号75-76頁、繁田雅弘『医療同意と同意の意義・実際』実践成年後見16号7-8頁、土屋幸巳『知的障害者における医療同意の問題—腎臓結石除去・インフルエンザ予防接種—』同号31頁、岩井英典『命の行方を決めるのは誰か』同号53頁、齋藤正彦「第1編第6章 日本における医療側から見た成年被後見人の医療同意」田山輝明編『成年後見人の医療代諾権と法定代理権』(2015年)126-127頁など。
- 3) 同法の審議経過及び成立法律については、参議院HP (<http://www.sangiin.go.jp/japanese/joho1/kousei/gian/190/meisai/m19005190020.htm>) を参照。
- 4) 新井誠『ドイツ成年者世話法の運用状況』ジュリスト1011号60頁、岩志和一郎『ドイツにおける高齢者の自律と保護—民法上の成年者保護システムについて』法律時報85巻7号26頁、新井誠訳『〔ドイツ〕世話法に関する学際ワーキンググループ最小報告書(1)~(2)』実践成年後見45号106頁、46号103頁など。
- 5) 渡辺幹典『成年後見制度と医療措置の代諾』17巻1号395頁、藤村賢訓『高齢者医療における治療方針の決定と代諾者の役割—英国の制度を参考に—』大分大学経済論集61巻1号51頁。
- 6) 山中敬一『刑法総論〔第3版〕』(2015年)209頁。
- 7) 齋藤誠二『刑法講義各論I〔新訂版〕』(1979年)192頁、大谷實『刑法講義総論〔第4版〕』(2013年)151頁。
- 8) 山中・前掲注6)209頁。
- 9) 大審院明治45年6月20日判決刑録18輯896頁、最高裁平成24年1月30日第三小法廷決定刑集66巻1号36頁、最高裁平成24年7月24日第二小法廷決定刑集66巻8号709頁など。
- 10) 平野龍一『刑法概説』(1977年)167頁、中山研一『刑法各論』(1984年)43頁、曾根成彦『刑法各論〔第5版〕』(2012年)17頁、西田典之『刑法各論〔第6版〕』(2012年)41頁、前田雅英『刑法各論講義〔第6版〕』(2015年)21頁、林幹人『刑法各論(第2版)』(2007年)47頁、山口厚『刑法各論〔第2版補訂版〕』(2012年)45頁、川端博『刑法各論講義〔第2版〕』(2010年)40頁。
- 11) 大谷・前掲注7)151頁。
- 12) 正当業務行為性を徹底した場合には、「そもそも医師の業務が傷害罪等の構成要件に該当すると考えること自体に問題がある」とする業務権説へと至る。前田雅英『刑法総論講義〔第6版〕』(2015年)237頁、151頁。
- 13) 山口厚『刑法総論〔第3版〕』(2016年)162-163頁。
- 14) 齋藤誠二『被害者の承諾と傷害(1)』41巻11号22頁。
- 15) 佐藤陽子『被害者の承諾—各論的考察による再構成—』(2011年)19-20頁。
- 16) 判例タイムズ1348号246頁。
- 17) ただし、三要件と言ってもその内容については論者によって違いが存するところである。有力な見解は①患者の承諾(あるいはインフォームド・コンセント)、②医学的適応性、③医術的正当性の三つを要件とするが、②医学的適応性ではなく②治療目的を要件とする見解もある。前者については甲斐克則『民事刑法への旅I』(2004年)31-34頁、後者については高橋則夫『刑法総論〔第2版〕』(2013年)323頁。また、「正当化四要件」として「医学的適応性、医術的正当性、治療目的、患者の同意」を全て挙げる見解もある。小林公夫『治療行為の正当化原理』(2007年)106頁。
- 18) 甲斐・前掲注17)31頁、西田典之『刑法総論〔第2版〕』(2010年)197頁、高橋・前掲注17)313頁。
- 19) 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の解説—要綱試案・概要・補足説明—』(1998年)43頁。
- 20) 道垣内弘人『成年後見人の権限—一身上監護について』判例タイムズ1100号239頁。
- 21) 齋藤・前掲注2)136-138頁。
- 22) 具体的には、「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想される、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)』」を一般に肯定し、更に「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、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)』についても認めてよいとする。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46頁。
- 23) 上山・前掲注22) 46-48頁。ただし、積極的に代諾権を肯定しようとする論者とは異なり、現行法の解釈適用の範囲内で成年後見人に「医療同意権の行使」を認めることには極めて慎重である。上山泰「成年後見人と医療の同意権」赤沼康弘編『成年後見制度をめぐる諸問題』(2012年)194頁以下。
- 24) 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547-548頁。
- 25) 田山輝明「第1編第1章 本編の課題と日本の成年後見制度—障害者権利条約との関連で」田山編・前掲注2) 41頁以下。
- 26) 田山輝明「第3編第1章 成年後見人の医療代諾権をめぐる問題点」田山編・前掲注2) 206-207頁以下。
- 27) 寺沢知子「『承諾能力』のない人への治療行為の決定と承諾—未成年者と高齢者を中心に」潮見佳夫編代『民法学の軌跡と展望：國井和郎先生還暦記念論文集』(2002年)127頁。
- 28) 四宮和夫=能見善久『民法総則〔第8版〕』(2010年)56-57頁。
- 29) 須永醇『成年後見制度について』法と精神医療17号28頁以下。なお、須永は、民法総則における「代理」は本人の利益に対しては無色・中立であるところ、医療行為の場合は本人の最善の利益を図るものでなければならないから、その意味でも総則の代理とは同視することはできないとし、その意味で成年後見人による同意は「同意者を通しての本人の決定」であるとの法律構成はあり得るとしつつも、遷延性の植物状態にある患者についてもこのような法律構成を維持することについては疑問が残ることから、一種の他者決定としての法律構成とした方がより適切であるとして、用語法としては代諾と区別して「代行」を用いることを提言している。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9頁。
- 30) 上山泰「第7章 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—法学と医学のインターフェース』(2002年)130-131頁。
- 31) 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12-14頁。
- 32) 藤村・前掲注5) 68-69頁。ただし、「個人主義が定着し、患者本人の自己決定権が尊重されていることに鑑み、家族等の代諾に安易に法的根拠を与えることは、慎重になる必要があり、社会的合意をもって立法化を待たなければ正当化できないものであると考える」(同69頁)とも述べており、代諾の制度化には比較的慎重な見解な態度と解される。
- 33) 佐藤雄一郎『高齢者の意思能力および行為能力—医療・介護の場におけるサポートおよび「代諾」』法律時報85巻7号18頁。
- 34) 渡辺幹典『成年後見制度と医療措置の代諾』松山大学論集17巻1号428頁以下。
- 35) また、個人による立法提言としては、2000年の民法改正以前のものとしては額田洋一『成年後見法制定要綱【私案】』ジュリスト1055号101頁、小賀野晶一『成年身上監護制度論(1)~(4・完)』ジュリスト1090号112頁、1092号60頁、1093号106頁、1094号113頁(とりわけ「医療の身上監護」に関するのはジュリスト1093号110頁以下)、2000年以降のものとしては田山・前掲注2) 51-53頁、田山輝明『成年後見読本〔第2版〕』(2016年)279-280頁、赤沼康弘「終章 同意能力のない者に対する医療行為の法的問題点と立法提言」新井誠編『成年後見と医療行為』(2007年)253頁以下などがある。
- 36) 日本弁護士連合会 HP ([http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2011/111215\\_6.html](http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2011/111215_6.html)) を参照。
- 37) 同提言については迫田博幸『『医療行為における本人の意思決定支援と代行決定に関する報告及び法整備の提言』の解説』実践成年後見54号32頁以下を参照。
- 38) 新井誠は、肯定説を比較検討した上で、「これだけの論者が肯定説を主張しており、むしろ肯定説の立場が学説上の優位を占めるようになったのではないか。したがって、『否定説が圧倒的な優位を占めている』との現状認識は修正を迫られているようにも思われる」としている。新井誠「序章 成年後見法における医療行為の同意権」新井誠編・前掲注35) 9頁。
- 39) なお、患者が未成年者である場合の民事判例については、寺沢知子『未成年者への医療行為と承諾—「代諾」構成の再検討—(1)』民商法雑誌106巻5号655頁が詳細な検討を加えているところである。
- 40) 判例時報1347号62頁。

- 41) 判例時報1741号113頁。
- 42) 「医師は、自ら診察しないで治療をし、若しくは診断書若しくは処方せんを交付し、自ら出産に立ち会わないで出生証明書若しくは死産証書を交付し、又は自ら検案をしないで検案書を交付してはならない。但し、診療中の患者が受診後二十四時間以内に死亡した場合に交付する死亡診断書については、この限りでない」。
- 43) 東京地裁判決では「高次機能の現状を診断するために筆記によるテストをしたところ、閉眼で『宮本』を『宮木』と書き誤り、二桁の足し算三題中二題、引き算三題中二題を誤算し、立方体の図の模写ができないなどの失調が認められた事実があり」、千葉地裁判決では患者が「自宅に盗聴器や隠しカメラが取り付けられ、自分の行動が監視されていると確信し、また、昭和五六年ころには、自分を監視しているのはいわゆるグリコ・森永事件の犯人達と同一のグループで夫もその一味であると考え、再三にわたって千葉中央警察署等の警察官に盗聴器や隠しカメラを取り除いてくれるよう要請するようになり、右のような原告の行動は本件入院まで一貫して継続していた」ことがそれぞれ認定されている。
- 44) 判例時報1770号109頁。
- 45) 判例時報914号85頁。
- 46) 判例時報1013号81頁。
- 47) 判例時報1347号86頁。
- 48) 原告側は「自己決定権」と主張しており、裁判所もこの用語を改めていないが、患者本人が当時昏迷状態にありその後死亡していることから、本件で仮に権利を主張するのであれば家族固有の代諾権とするのが相当かと思われる。
- 49) 判例時報1803号28頁。
- 50) これ以前の判例として、最高裁平成7年4月25日第三小法廷判決民集49巻4号1163頁では、胆のう癌により死亡した患者本人又はその夫に対して説明をしなかったことは、「昭和58年当時医師の間では、患者に対して病名を告げるに当たっては、癌については真実と異なる病名を告げるのが一般的であった」と認めた上で、本件事実関係の下では病名の不告知が債務不履行にはあたらないと判断している。しかし、最高裁平成14年9月24日第三小法廷判決判時1803号28頁には上田豊三裁判官の反対意見があるが、それはがんの不告知が妥当であるとするものでは決してなく、平成2、3年当時の医師は「がん末期医療に関するケアのマニュアル」を斟酌した上で患者本人やその家族に告知するか否かを決めるべきであって、原審はその点の検討が不十分であるために破棄差し戻しすべきとするものである。平成28年現在では、がんは告知するのが一般的であると思われるが、こうした判例の変遷を概観するだけでも医師の説明義務に関する要求の高まりを看取し得よう。
- 51) 町野朔『自己決定と他者決定』年報医事法学15号44頁。
- 52) 田坂晶『刑法における同意能力を有さない患者への治療行為に対する代諾の意義』島大法学55巻2号29頁以下。
- 53) 大杉一之『治療行為といわゆる『代諾』序説』法學新報113巻3 = 4号390頁以下。
- 54) 判例タイムズ1237号153頁。
- 55) これに対して上告審である最高裁平成21年12月7日第三小法廷決定刑集63巻11号1899頁では、「被害者は、本件時、こん睡状態にあったものであるところ、本件気管内チューブの抜管は、被害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（中略）被害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く、上記抜管行為が被害者の推定的意思に基づくということもできない」と判示するに留まり、被害者の意思とその推定的意思、そして家族の意思が具体的にどのような関係に立つのかについては言及されていない。
- 56) 判例タイムズ1348号246頁。
- 57) 芦部信喜、高橋和之補訂『憲法〔第6版〕』（2015年）126-127頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第3版〕』（2013年）144-146頁、戸松秀典『憲法』（2015年）110-112頁。ただし、憲法学において自己決定権は「必ずしもその意味内容に一致をみているわけではない」（戸松）とか、「自己決定権の核心部分はその内容が比較的明確であるものの、周辺部分においてどこまでが自己決定権に含まれるか明確に定式化しえていない段階にある」（高橋）など、未だ定まった議論がなされていない点は留意すべきであろう。日本刑法において被害者の承諾を法理として認め、その根拠に自己決定権を据える場合に、その権利の由来を直ちに日本国憲法に求めるべきか否かは検討の余地があると思われる。
- 58) 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（1990年）222頁。また、須之内克彦は、被害者の承諾の根拠を利



益不存在の原則に求めた上で、推定的承諾は「優越的利益の原則により補充されざるを得ない。その意味で、現実の承諾の場合とは異なった独自の違法阻却事由と位置づけられる」とする。須之内克彦『刑法における被害者の同意』（2004年）18-19頁。

- 59) これは、単に家族の相続財産や成年後見人等の報酬に限られた問題ではない。寺沢知子は、家族の利益と本人の自己決定権を調整する必要がある、との前提の下で次のように述べている。「とりわけ、精神医療のように、患者本人の自己決定権と衝突する他者の利益があり、その利益が法的に保護される必要性がある以上は、法的保護を受けなければならない。患者に自己決定権があれば、これは保護されなければならないが、他者の権利を過剰に侵害してはならない。すなわち、家族自身の利益、たとえば家族自身の身体・健康、家族的結合、あるいは、生活上極めて重要な意味をもつ財産のような、家族自身の基本的な利益を、過剰に侵害してまでは保護されないと考える」。「しかし、このような自己決定権の制約は必要最小限でなければならず、しかも、本人の自己決定権が制約されてしまうのであるから、本人の生命・身体の保護が必要とされる。それゆえ、家族の関与も、（本人の意思とは関係ないが）客観的に本人の利益となるものでなければならない」。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27-28頁。

- 60) 寺沢・前掲注27) 117頁以下。  
61) 大杉・前掲注53) 391頁。  
62) 寺沢・前掲注27) 124頁。  
63) 寺沢・同前。  
64) ただし、正当業務行為という構成を採用するということは、患者本人の意思を蔑ろにして良いということの意味するものではない。むしろ、成年後見人等に法律上認められる権限などを前提としつつも、代諾を行うにあたって患者本人の意思を尊重していたか否かなど、その正当性は事後的に刑事法的な吟味を厳しく受け得るものであると解すべきであろう。そして、患者本人の意思という抽象的かつ現実的には審査不可能な後ろ盾を取り払い、あくまでも成年後見人等自身の行為の正当性として刑罰による威嚇を予定しておくことが、代諾反対説の理由として挙げられているところの成年後見人の暴走に対する抑止効となり得るのではないかと考える（もっとも、言うまでもないが、その実効性については筆者自身も決して疑義なしとはしない）。
- 65) なお、家族の利益の問題については、寺沢・前掲注59)での引用箇所を参照のこと。

