

任意後見契約における医療行為代諾特約に関する法律案 FAQ

SFC 模範議会プロジェクト 2010
28 February 2010 作成

Q：この法案の必要性は何でしょう。通常の任意後見契約に医療行為の代諾を含めることはできないのですか。

A：任意後見契約は、本人の法律行為が対象となりますが、それらは主に財産管理を内容とするものです。医療行為のように、生命・身体に影響を及ぼすものについては、本人に選択権が一身専属的に帰属し、他人に委託できないと解釈されています。従って、任意後見契約を結んでいても、医療行為についての選択は、通常の契約とは異なる次元で扱う必要があるのです。

そこで、この法律案は、医療行為の代諾を任意後見契約に付加する特約として盛り込むことを可能とすることを目的としています。

Q：代諾の対象となる医療行為とは何ですか。

A：およそ医療従事者が行う医療行為のうち、医的侵襲性（医学的判断及び技術をもってしなければ人体に危害を及ぼす恐れのある性質）のある処置・治療及び手術を指します（最大判昭和 35 年 1 月 27 日刑集 14 巻 1 号 33 頁参照）。予防接種もこれに含まれます。

手術は外科的手術一般を指します。また、同法案上の「処置及び治療」には、麻酔や投薬、レントゲン撮影、体内への医療器具挿入、鍼灸、柔道整復などの医的侵襲を伴う医療行為が含まれます。精神疾患の治療なども対象となります。ただし、診察行為などで医的侵襲を伴わないものは、ここに含まれません。

本人の生命・身体に対する医的侵襲性を基準とする趣旨ですので、医療保険の適用の有無は判断基準となりません。

なお、検温や消毒、介護行為、食事・散歩といった日常生活の世話は、医療行為ではありません。ただし、在宅医療にある者の「たん」の吸引といったように、医師の指導などの条件の下で、「当面やむを得ない措置」として介護事業者に任されている医療行為については、実施者や方法などに関して、代諾の対象となりうると考えられます。

Q：カイロプラクティックなどのいわゆる「民間療法」は、医療行為に含まれますか。

A：医業類似行為は、民間療法などと呼ばれますが、医的侵襲性の有無が本法

律案の医療行為に含まれるかどうかの基準となりますので、個別具体的な判断が必要になります。なお、無免許で医業を行っている者に代諾をしたからといって、違法行為を正当化することにはなりません。

Q：「医療従事者」とはどの範囲の者を指すのですか。

A：医師、歯科医師、看護師などのほか、法案の規定する医療行為に業として従事する者を指します。法的資格を有する者がそれに該当しますので、例えば、無免許で医業を行っている者はその範囲に入りません。そうした者に代諾を与えても、本来的に違法な医療行為を正当業務行為として扱うことにはなりません。

なお、AEDによる蘇生措置などの応急措置は、「業として」行うものではありませんので、たまたまそのような行為を行った者が、医療従事者に該当することはありません。また、家族については、本人と同一視されるので、医療従事者の範囲に入りません。

Q：「代諾」とはどういう意味ですか。一般には、医療行為への「同意」と呼ばれることが多いように思われますが、それでは不十分なのでしょうか。

A：この法律における「代諾」の意味は、「医療従事者が行おうとする医療行為について、本人に代わって承諾を行うこと」(法案2条2号)です。

一般に、医療行為への後見人等の「同意」と呼ばれる語の内容は、これと同じものと考えられますが、本人の意思が不明・不存在ですから、成年後見制度で使われる「同意」と異なる意味です(一般に成年後見人には「同意」権がないと解されています)。あえて「同意」という言葉を用いるのは避けたものです。また、同意よりも代諾の方が、実態に即した意義を有する語であると考えられます。

法令上、「代諾」の語が用いられる例は、「医薬品の臨床試験の実施の基準に関する省令(平成9年厚生省令28号)」及び「医療機器の臨床試験の実施の基準に関する省令(平成17年厚生労働省令36号)」の2件のみですが、借地借家法(平成3年法律90号)17条に基づき裁判所が行う「借地権設定者の承諾に代わる許可」を一般に「代諾許可」と呼ぶなど、法令に用いる語としての適格を備えているものと思われます。

Q：任意後見人のした代諾の内容に医療従事者は法的に拘束されるのですか。

A：必ずしもそうなるとは限りません。

法案5条2項にあるように、医療行為を選択するにあたっては、「本人の意思に配慮」し、「任意後見人と十分に協議」し、また、「専門的見地から判断」し

なければなりません。そのようにして選択された医療行為についての代諾を得た場合、それに沿って医療行為を行うこととなりますが、医療行為中のとっさの判断で代諾内容と異なる医療行為を行うことを妨げるものではありません（同条3項参照）。

ただし、例えば、本人が信仰上の理由で輸血を拒否していて、手術中に輸血をする可能性があるにもかかわらず、それを明らかにせずに手術に臨んだ場合、救命措置とはいえ、輸血をすることは不法行為責任による損害賠償請求の対象となります（最判平成12年2月29日民集54巻2号582頁参照）。

医的侵襲行為は法律行為ではありませんので、その内容に法的に拘束される訳ではないのですが、任意後見人に対しては本人に行うのと同じの説明を行う必要があり、それが十分に行われた上での承諾（インフォームド・コンセント）が必要になるということです。

Q：任意後見人の代諾に対して、本人の家族が異議を唱えた場合、医師はどのように対処すればよいのでしょうか。また、代諾に従って医療行為を行ってしまっている場合、そうした家族からの法的責任追及を免れることはできるのでしょうか。

A：医療行為前に家族が異議を唱えた場合は、任意後見契約に関する法律（平成11年法律150号）に基づく任意後見人の解任（8条）などが行われる可能性もありますので、可能な限り、一旦、医療行為の実施を見送るべきであると思われれます。

他方、すでに医療行為が行われた後で、家族が異議を唱えた場合は、医療従事者が、本人や家族の真意を知りながら、あえてそれに反する代諾に従って医療行為を選択したなどの特別の事情のない限り、刑事・民事ともに法的責任を免れることとなります。

Q：継続的に行われている医療行為の中止に代諾は必要でしょうか。

A：単純に医療行為を行わないという選択には代諾は不要ですが、すでに医療行為が開始され、それが継続的に行われている場合は、その中止・変更には代諾を要することとなります。

Q：「本人の意識があれば望むだろう」との理由で任意後見人から臓器提供の申し出がなされた場合、これを本人の意思と扱うことはできますか。

A：できません。臓器提供には、臓器の移植に関する法律（平成9年法律104号）に従った手続が必要ですが、臓器の摘出の場合、本人が「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」必要があ

ります（同法6条1項）。本法律案で規定する「代諾」は、この臓器提供の意思表示を代替するものではありません。

Q：任意後見人の判断能力など適性に疑問がある場合、医師は任意後見人の解任などを求めることはできますか。

A：任意後見人の解任には、任意後見契約に関する法律に基づき、「任意後見監督人、本人、その親族又は検察官の請求」（8条）が家庭裁判所になされなければなりません。医師はこれらに該当しませんので、解任請求はできません。

ただし、任意後見監督人や本人の親族に、任意後見人の不適格性を説明するなどして、解任を勧めることは可能です。

また、本人が65歳以上の高齢者、知的障害者又は精神障害者である場合は、老人福祉法（昭和38年法律133号）32条、知的障害者福祉法（昭和35年法律37号）28条又は精神保健及び精神障害者福祉に関する法律（昭和25年法律123号）51条の11の2によって、市町村長に後見開始の審判申立てをする権限が認められていますので、市町村の窓口に要請することも考えられます。

Q：救急で運ばれてきた本人の意識がなく、任意後見人の代諾を得る余裕のない状況で、医療従事者はどう対処すればよいのでしょうか。

A：救急搬送の場合、当該本人が任意後見契約を結んでいるかどうかは分からないのが通常でしょうから、一般の救急搬送患者と同様に、医師の適切な判断での医療行為が行われるべきものと考えられます（法案5条3項参照）。ただし、例えば、付添人から任意後見人が置かれていることを告げられるなどの場合は、緊急性などを考慮しながら、可能であれば代諾を得るよう努めるのが望ましいと言えるでしょう。

Q：代諾特約の内容を修正したい場合は、どうすればよいのでしょうか。

A：医療行為代諾特約は、任意後見契約とともに、法務省令で定める様式の公正証書によってしなければならないことになっています（法案4条）。代諾に関してのみ変更をする場合は、その特約部分についての公正証書を新たに作成しなければなりません。なお、任意後見契約本体部分の公正証書は作成し直す必要はありません。

Q：代諾特約に変更はないのですが、任意後見契約を変更したい場合、特約部分の公正証書はそのまま用いることができるのでしょうか。

A：本体部分を作成し直す場合は、内容に変更がなくても特約部分も新たに公正証書を作成しなければなりません。

Q：民法上の被後見人となった場合に備え、この法律案に従って後見人に代諾権を与える契約を結ぶことはできますか。

A：できません。この法律案は、任意後見契約に特約を付けるためのものですので、民法上の成年後見制度は対象外です。任意後見契約本体なしに、本法律案上の特約のみを設定することはできません。

また、そもそも任意後見契約も本法律案による特約も私的自治の原則に依拠した仕組みであるのに対し、民法上の成年後見制度は職権主義的に実施されるものであるため、後者の制度に特約の仕組みだけを持ち込むのは不相当であると考えられます。

なお、今後、医療行為の代諾を民法上の成年後見制度にも認めていくのかどうかについては、立法政策上の検討が必要になりますので、法案では施行後 3 年での検討などを規定しています（附則 3 条）。

Q：任意後見中に、後見開始の審判がされ、民法上の後見に移行してしまいました。この場合、医療行為代諾特約はどうなりますか。

A：任意後見中に、民法上の後見開始がなされた場合、任意後見契約は終了します（任意後見契約に関する法律 10 条 3 項）が、これに伴い、医療行為代諾特約も失効します（法案 3 条 3 項）。

Q：任意後見人かどうかの証明や特約が結ばれているかどうかを確認するにはどうすればよいのですか。

A：任意後見人には、法務局が発行する「登記事項証明書」が交付されますので、それによって証明・確認をすることが可能です。

この Q&A 集は、SFC 模範議会プロジェクト 2010 用に作成された模擬法案に関する資料です。

<http://web.sfc.keio.ac.jp/~junta/>