

意思能力なき患者の同意と自己決定の尊重

——韓国成年後見制度を素材として——

牧野 力也

- 1 はじめに
- 2 医療における患者の同意の法的位置づけ
 - 2.1 生命権に対する自己決定権
 - 2.2 医療契約と医療行為に対する同意の法的性格
 - 2.3 同意を必要としない医療行為
- 3 韓国成年後見制度における医療行為の同意代行
 - 3.1 現行成年後見制度における身上保護
 - 3.2 医療契約における成年後見人の任務・権限
 - 3.2.1 医療契約の締結
 - 3.2.2 医療行為に対する同意
 - 3.2.3 限定後見人、特定後見人への準用
 - 3.3 残された問題
- 4 同意代行権の例外——過去に示された患者の「意思」の尊重
 - 4.1 患者による事前の医療指示が存在する場合
 - 4.2 患者による事前の医療指示が存在しない場合
- 5 おわりに——日本の現行成年後見制度との比較を念頭に置いて

1 はじめに

医療は社会にとって有益かつ不可欠な営為である。しかしながら、その性質上患者の身体や精神に不可逆的な干渉を及ぼす行為を伴うことが多く、場合によっては患者の生命に

かかわる結果をもたらす危険性を内包した営為となりうる。ゆえに、営為にかかわる当事者である患者にとっては、医学的な安全性はもとより、医療上の選択肢に対する自身の判断や医療行為を決定する自由が保障された状況下で医療が営まれるのが理想であるといえよう。そうした理想を達成するうえで最大の要素ともいえるのが、「医療行為に対する患者自身の同意」である。

日本国憲法13条は個人の生命、自由および幸福追求に対する権利を認めており、18条、31条からは理由もなく身体を自由を奪われることのない権利が導出される。個人は人格主体として、自身の意思に基づき自己の生命や身体に対する「自由な」処遇を行うことができる。こうした権利は、自身の生命や健康を他者の手に委ねる医療の領域においても当然尊重されるべきものである。具体的には医療（看護）の専門家である医師や看護師といった医療従事者から、自身の身体や精神の置かれている状態について医学的見地から説明を受け、対処法に関する十分な情報を与えられたうえで、自分の意思に基づいて処遇を決定することになる。医療従事者は、説明を望む患者に対して十分な説明や情報提供をすることなく独断的専断的に医療行為に及ぶべきではなく、その場合は患者の法益に対する民事・刑事上の重大な侵害をすることにもなりうる。こうした一連の枠組みをインフォームド・コンセントとするのであれば、それは患者の権利（自己決定）の尊重を主眼とした枠

組みであるとみるべきであろう¹。

インフォームド・コンセントについては、これまで法理論上大きく2つの役割があるとされてきた。一つは、患者の自己決定を尊重するという人権理念的な役割である。一般的に見て医療は高度な専門性を要する領域であり、医師をはじめとした医療の専門家と医療の受け手である患者の間には圧倒的な情報格差が存在する。したがって、患者の権利を保障するための枠組みが何もないような状況では、患者は自身の身体や健康の処遇について常に医療従事者の判断・決定に従わざるを得ないことになる。それを防ぐための制度として、医療従事者には患者に対する十分な説明と情報提供を義務付け、患者には与えられた情報に基づく自己決定を法的に有効なものとして保障することが必要となる。もう一つの役割としては、患者の同意による反射的效果として、医療従事者が行う医療行為の侵襲的性質に基づく違法性を阻却する機能が挙げられる。医療行為を行う側である医師や看護師らは、自身の行う行為の正当性を科学的医学的妥当性においてだけでなく、患者の主観的評価に基づく同意において正当化することになる。臨床における実験的・冒険的医療行為や、美容整形、（提供する側にとっての）移植手術のような、厳密な意味での治療でない行為など医療概念の広がりを考えると、科学的医学的妥当性を問うこと以上に、患者自身の意思に基づく同意が重要な要素になってきているということができよう。

もっとも、このような枠組みは、患者自身

が自己の身体・健康の状態を適切に理解し、与えられた情報に基づいて自発的に判断できるという前提においてこそ成り立つものである。事故や病気、障害などが原因でそうした判断能力を欠く患者は、インフォームド・コンセントの枠組みの中で通常の判断能力を備えた患者と同じように自己決定をすることができない場合がある。患者本人から適切な同意を得ることができないという状況は、医療従事者をして必要な治療に踏み切ることを思い留まらせることになり、結果として患者自身の意思が尊重されないうえに患者の利益にも反する結果にもなりかねない。患者自身が医療行為について判断することが困難な状況であっても、本人の意思に基づく自己決定を最大限支援することで、患者自身の自己決定を手続的に保障する必要があることは言うまでもない。

同意するための能力を欠いた患者に対して医療行為を行う際に、必要不可欠な患者の同意をどのように確保するかという法的問題は、医療の分野を巻き込んで近年わが国で大きな関心を集めている。現状では、患者の自己決定についての社会的コンセンサスを欠き、自己決定権と医療行為に対する第三者の同意との関連性や問題点等についての検討が不足する中で、判断能力を欠く患者の同意の問題は、緊急性を前提とした一般的な法理²に委ねるか、そうでなければ法的根拠のない家族など第三者による同意に基づいて行うという状況にあり、アメリカやドイツ、フランスなど外国の法状況との比較研究³を含めた

1 上山泰「患者の同意に関する法的問題点」新井誠・西山詮「成年後見と意思能力—法学と医学のインターフェース」(日本評論社、2002) 115頁。

2 事故や疾病が原因で患者が突然意識不明の状態に陥る緊急時の医療においては、患者の同意を得ずに行う医的侵襲行為の違法性が阻却され、患者の当面の福利に配慮した医師の判断に基づいた治療を行うことが正当化される。

3 石川稔「医療における代行判断の法理と家族—誰が代行判断者か」唄孝一、石川稔編著『家族と医療—その法学的考察』(弘文堂、1995)。新谷一郎「終末期医療における意思表示—アメリカの議論を手がかりとして」年報医事法学29号(2014)。亀井隆太「同意能力がない患者の医療同意—ドイツ法を中心に」千葉大学人文社会科学研究所28号(2014)、同「成年後見法における身上保護について—フランスの法制度」千葉大学人文社会科学研究所29号(2014)。五十子敬子「生命倫理—その新たな課題」法政治研究

検討が行われている段階である。

本稿では、この問題に対する比較検討のための素材として韓国の制度や学説を採り上げ、判断能力を欠く患者の自己決定をいかにして尊重するかという問題について検討を試みる。韓国では、2000年代に入って第三者の同意による医師の医療行為が刑事・民事上の事件として社会的な問題となり、これがきっかけの一つとなる形で成年後見制度が導入された。制度導入前の状況はわが国の現状に近いものがあり、それだけに現行成年後見制度の在り方やこれをめぐる議論の状況は、わが国にとっても示唆に富むものと思われる。なお、わが国では、韓国の成年後見制度について特に医療との関連では未だ研究がなされていないため、本稿はこの点で制度紹介も念頭に置くものである。以下では、議論の前提として「自己決定権」と「患者の同意」の法的な位置づけに関する韓国の議論の整理を行ったうえで、医療の領域で韓国成年後見制度がどのように活用されているか、制度運用においてどのような問題が残されているかを紹介し、判断能力を欠いた患者の自己決定のあり方について考察する。

2 医療における患者の同意の法的位置づけ

2.1 生命権に対する自己決定権

韓国憲法10条は、前段で「すべて国民は人間としての尊厳と価値とともに幸福を追求する権利を有す」と定めることで、国民の主観的権利として幸福追求権を承認している。「人間としての尊厳と価値」については「(一般的) 人格権」とも呼ばれ、人格権および幸福追求権は、生命権や自己決定権などといった人格形成権を導く憲法上の根拠規範とされている⁴。生命権に関しては、憲法10条が直接明文では規定していないが、「憲法に明文で規定されていなくとも、人間の生存本能と存在目的に基づく先験的で自然権的な権利」⁵として、人格主体としての人間の生存と尊厳ある生活の前提となる最も重要な基本権として位置付けられている⁶。その規範的性格については、国家を含む第三者からの侵害に対する防御権であるとともに、国家に対して生命権の保障を義務付けるものと理解されている⁷。ただし、生命権の享有主体が自らの「生命」を積極的に処分する権利までは認められておらず、自身の意図に反する侵害から生命、身体を防御する消極的自由権として保障される⁸。こうした解釈によれば、延命治療の拒否ないし中断といった権利は、生命権の消極的側面において認められることになる。

創刊号（2015）。また邦語訳資料であるがソーニャ・ロートエルメル著（只木誠監訳）『承諾、拒否権、共同決定』（中央大学出版部、2014）はこの問題を体系的かつ網羅的に取り扱う。

4 법제처『헌법주석서II（제2판）』（2010）348면.

5 헌재1996.11.28. 95헌마1, 판례집8-2, 537, 545.

6 生命権の憲法上の根拠をどの条文に求めるかという点に関しては諸説ある。詳しくは정종섭『憲法学原論（第6版）』（博英社、2011）470면.

7 金哲洙『憲法学新論（第19全訂新版）』（博英社、2012）394면. 他に권영성『憲法学原論（改訂版）』（法文社、2010）410면. 정종섭, 上掲書, 470-471면. 법제처, 前掲注4書, 317-318면.

8 권영성, 上掲書, 414-415면. 他に, 법제처, 前掲注4書, 346면. 김은철・김태일「죽음에 관한 자기결정권과 존엄사」美國憲法研究 Vol.24No.1（2013）103-104면. 김종세「생명권에 대한 자기결정권과 국가의 보호의무—회생불가능한 연명치료환자의 생명을 중심으로」법학연구 Vol.38（한국법학회, 2010）5면. 전영주「환자의 연명치료중단에 대한 자기결정권—서울지방법원 2008.11.28. 선고 2008가합6977 판결을 중심으로」법학연구 Vol.33（한국법학회, 2009）461-463면.

すなわち、生命に対する自己決定としての「死ぬ権利」は、積極的に自らの生命を断つ権利としては認められないが、自身が自然な死へと向かうことを妨げられない権利（尊厳の下で死を選択する権利）としての側面において認められる余地があるとされる^{9）}。

このように、自己決定権は生命権との関係において一定の限界が設定されるものの、他者の身体や精神を営為の対象とする一般的な医療の過程においては尊重されるべきものとなる。とくに、医師と患者の関係をパートナーリスティックなものではなく、対等な医療（診療）契約関係の下において把握する今日では、自己決定権は、「治療の拒否」を含む医療の過程におけるあらゆる意思を患者自身が表明するための重要な権利として作用する。医療契約に基づく医療行為は、本質的に生体に対する侵襲行為を伴うものであり、原則としてすべての医療行為に対しては医療従事者による十分な説明と情報提供に基づいた患者の同意が必須の要件となる。こうした同意を求めることの意義について、韓国の学説や判例ではいくつかの説明がなされている^{10）}。まず、同意が本人の自発的な意思によるものであることを保障する。これは、自身の身体の処遇に関する自己決定を尊重するという考え方からは当然のことと言えよう。次に、患者の自己決定を支援するために、医療従事者は現在の患者の状態、治療の目的、方法、結果、治療によって現れる効果とリスク、治療後の経過予測、その他の取りうる治療法などを、患者自身が十分に理解できるように

説明しなければならないとされる。また、医療従事者が患者を単に医療行為の対象としてではなく、人格主体として尊重することを義務付けることにつながる。

2.2 医療契約と医療行為に対する同意の法的性格

通常、人は自身の身体や精神に何らかの問題が生じた時、医学的に解決するために医療機関を訪れて医療を享受する。医師をはじめとした医療従事者は、必要な検査と適切な診断を行い、その結果に基づき医療行為を施す。この過程で医療従事者と患者との間にはそれぞれ診療の給付、報酬の給付を主な内容とする一定の法律関係が成立する。これを医療契約とすると、具体的には患者が医療従事者に診断および治療の要請をし、医療従事者が要請を受けた場合には医療行為を目的とした諾成・不要式・双務契約が成立し、さらに患者が医療行為に同意し医療を享受した場合には反対給付として診療代を支払う有償契約となる。

こうした医療契約の類型について韓国の学説では、主に、委任もしくは準委任契約とみる立場と非典型契約とみる立場が存在する。通説および判例^{11）}は、医師が患者に対して負担する診療債務を、善管注意義務をもって患者の治療のために現在の医療水準に照らして適切な処置を尽くすことを内容とする手段債務とみて、一種の委任契約として把握する。一方、非典型契約とみる立場からは、受任者の報告義務（民法683条）や原則的無償（民法686条）、死亡または破産時の終了（民法

9 金哲洙、前掲注7書、408면.ここでは、薬物の投与などによる「積極的安楽死」と治療の中断による「消極的安楽死（尊厳死）」のうち、後者のみ認めうとしている。同旨のものとして、권영성、前掲注7書、413면. 정종섭、前掲注7書、476-479면. 성낙인『헌법학（제12판）』（법문사、2012）468-469면.

10 이석배「의료행위와 대리승낙」의료법학 Vol.15 No.1（2014）305-306면. 이도국「의료행위에 있어서 성년후견」법학논총 Vol.31 No.1（한양대학교 법학연구소、2014）513-514면. 송호열「성년후견법제의 도입에 따른 의료행위와 동의권」의생명과학과 법 Vol.7（원광대학교 법학연구소、2012）128-130면. 判例については、대법원 2004.10.28. 선고 2002다45185 판결.

11 대법원 2001.11.09. 선고 2001다52568 판결

690条）といった民法上の委任契約における原則が医療契約の場合はそのまま認めることはできないといった点が指摘されている。また、この立場からは、民法に規定された14種類の典型契約以外に医療契約を新たな類型として加えることも主張されている¹²。

医療行為に対する同意は、症状や実施予定の医療行為の内容、予想される危険性や副作用、代替可能な他の治療法などについての説明を受けたうえで、患者本人が医的侵襲を受けるかどうか、生命や身体の危険を引き受けるとかを、個別具体的な医療行為に対して決定（許可・授権）する一身専属的な権利とされる。このような医療行為同意権は、保健医療基本法第12条¹³および現行韓国民法947条の2第2項¹⁴が、特定の治療を受けるかどうかに関する本人の自己決定を保障していることから導かれ、原則として第三者が代わりに行うことはできない。

医療行為に対する同意能力は、医師の説明を聞いて理解し、侵襲によって発生しうる結果を予想し、判断することのできる能力であり、医学的な専門知識が必要とされるものではない。具体的な診断や治療、その他の医的侵襲行為に対する患者の同意が有効であるかどうかは、患者の行為能力ではなく「患者の自然な弁識と統制の能力」¹⁵に従って決定される。そして、同意能力の有無は、医療行為の種類や内容、リスクの他、患者の年齢や意識の有無、自身の生命や身体が置かれている状況に対する理解度等により、個別に判定される。医療行為に対する同意能力に要求される能力が行為能力よりも低く設定されるた

め、同意能力は行為無能力者であっても有する場合がある。こうしたことから、同意の法的性質は、通常法律行為を行う能力とは区別され、身上監護行為としての身体処分に關する意思決定（事実行為）とみなされる。ゆえに、医療行為に対する同意は代理行為としての対象ではなく、本人の意思決定を支援する代行決定の対象として把握される。

2.3 同意を必要としない医療行為

患者の同意は、通常は医療の過程で欠かすことのできない行為である。しかしながら、一刻を争う緊急医療の場では、医師は患者の推定的意思に基づいて治療をしなければならない場合もある。本人の生命及び健康を維持するために医療行為が必要であり、かつそれが緊急を要するものである場合、本人の明確な不同意が無い限りは現在の医療水準に適った医療行為を行ううえで本人の同意は必ずしも必要が無いとされている。韓国の医療法15条は、急病患者に対して最善の処置を行う義務を規定しており、同様に応急医療に関する法律9条1項は、医療行為前の説明に対する同意を求めなくともよい場合として、「急病患者で意思決定能力のない場合」を規定している。

また、社会保障政策の一環として国または地方自治体が経営する保険医療機関において必要な一定の処置を受けたり、医療費を支給して一般の医療機関に委託して必要な一定の処置を受けたりできるようにする場合がある。こうした場合には、医療従事者と患者の関係は公法上の医療関係となり、同意が不要

12 이도국, 前掲注10論文, 511면.

13 保健医療基本法12条「すべての国民は、保健医療関係者から自身の病気に対する治療方法、医学的研究対象の有無、臓器移植の有無などに関して、十分な説明を受けた後、これに対する同意の有無を決定する権利を有する」

14 民法947条の2

②成年後見人が、成年被後見人を治療などの目的で精神病院やその他の場所に隔離しようとする場合には、家庭法院の許可を受けなければならない

15 김민중 「성년후견제도의 도입에 관한 논의에서 의료행위와 관련한 과제」 저스티스 No.112 (2009) 202면.

になるとされている。具体的には、社会保険法による医療保護措置（同法1条）、老人福祉法による健康診断措置（同法8条）、児童福祉法による医療保護措置（同法11条）、障害者福祉法によるリハビリ治療（同法16条）が該当する。さらに、行政上の強制処分として医療行為が行われる場合がある。この場合にも患者には受診義務が発生するため同意は必要とされない。これには感染症の予防及び管理に関する法律42条1項や結核予防法9条などの場合が該当する¹⁶。

3 韓国成年後見制度における医療行為の同意代行

従来韓国では、成年者を後見するための制度として民法制定当初から禁治産・限定治産制度が設けられていた。これは、1945年の植民地解放以来依用されてきた日本の旧禁治産制度を継受したものであり¹⁷、内容においても日本の禁治産制度と同じく財産保護規定を主たるものとしていた。ゆえに、禁治産者ないし限定治産者という無能力者宣告によって、要保護者の判断能力の個人差を考慮することなく画一的に行為能力をはく奪することになり、結果として要保護者本人が自分の意思で通常の社会生活を営むことを積極的に支

援する手段としては不十分であるという批判も存在していた¹⁸。こうした制度内容に関する批判に加えて、2000年代以降高齢者人口が漸増し、高齢者や障がい者に対する社会的な関心が高まったことから、将来的な需要の増加に対応しうる後見制度の抜本的改革が議論されるようになった。

2009年12月に政府案として国会に提出された成年後見制度の導入に関する民法改正案は、2011年2月18日に国会本会議を通過し、3月7日の民法改正を経て2013年7月1日に新成年後見制度として結実することとなった。新成年後見制度は、①自己決定権の尊重、②必要性の原則¹⁹、③補充性の原則²⁰、④ノーマライゼーションの4つを基本理念とする。なお、本制度の具体的内容に関しては、わが国でもすでにいくつかの紹介がなされているため²¹、本稿では制度全体の紹介は割愛し、成年後見人による医療行為に対する同意の代行問題に焦点を絞って論じていく。

3.1 現行成年後見制度における身上保護

前述のように、成年後見制度が導入される以前の禁治産・限定治産制度は、要保護者の身上保護に関して問題のある制度であった。ただし、要保護者の身上に関する配慮が全く無かったわけではない²²。旧禁治産・限定治

16 송호열, 前掲注10論文, 131면.

17 朴仁煥「韓国新成年後見制度の構造と特徴（1）」民事研修 No680（2013）7頁。

18 박인환「새로운 성년후견제도에 있어서 신장보호—신장결정의 대행과 그 한계」가족법연구 Vol.25No.2（2011）147-148면. 박호균「성년후견과 의료—개정 민법 제947조의 2를 중심으로」의료법학 Vol.13 No.1（2012）128-129면.

19 家族や親族の利益ではなく、本人の利益のために必要な場合に限って制度の利用が認められるとする原則。

20 本人の福利のためには、任意後見や委任などの制度が優先的に利用されるべきであり、これらの制度では本人保護が不十分である場合に限って成年後見制度が利用されるべきとする原則。

21 前掲注17論文の他にも、制度の導入前では金亮完「韓国における成年年齢の引下げ—成年後見制度導入に関する民法改正案」戸籍時報 No667（2010）、李聲杓「韓国における民法改正案の現状と問題点—成年後見制度の導入を中心に」総合政策論集第10巻4号（東北文化学園大学総合政策学部、2011）、制度導入後では朴仁煥「韓国の新成年後見制度の特色と問題点」比較法研究75巻（2013）等がある。

22 旧禁治産・限定治産制度における身上保護関連の規定としては、改正前の民法947条を挙げることができる。ここでは、禁治産者後見人の療養監護に関する注意義務と、禁治産者の隔離収容において家庭法院の許可を要する旨が定められていた。もっとも、本条文の適用事例はほとんどなく、また確立

産制度は運用の実績が極めて少数ではあったが、原則として法定されていた財産管理行為と法律行為の代理にとどまらず、事実上身上保護に関する事務手続も行われていたようである²³。また、制度の外においては、もともと韓国では財産管理や身上決定について家族による事実上の代理を容認する社会環境が形成されていたこともあり、身上に関わる決定が問題となる医療行為に対する同意について、医療の現場は慣習的に親族や家族、親しい友人などによる同意をもって代行していた。しかし、そのような手続（同意）の代行は、法的には何ら根拠のないものでしかない。特に医療の分野で医師の説明義務を重視するようになった近年において、患者にとっては自身の自己決定が尊重されず、医師にとっては医療行為のリスクに対する免責がなされないなど、不安定な状況を生み出す要因ともなっていた²⁴。

2011年3月7日の民法改正においては、判断能力を欠く患者の支援を核心的課題として身上保護規定が新設され、被後見人の福利や治療行為などといった、財産管理行為のみでは達成することが困難な一身専属的意思決定についても後見人の広範な支援が可能となった。すなわち、成年被後見人の身体を侵害す

る医療行為に対しては、成年後見人が同意代行権を有することを明文で認めるものとなっている。以下では、現行韓国成年後見制度のもと、医療契約において成年後見人が果たすことのできる役割を概観したうえで、残されている問題点について整理していく。

3.2 医療契約における成年後見人の任務・権限

3.2.1 医療契約の締結

現行韓国民法938条1項²⁵は、後見人に対して、被後見人の代理人として包括的な法定代理権を付与している。当該規定は、成年後見制度の導入以前から存在する規定であるが、成年被後見人の身上決定権について定める民法947条の²⁶との関係から、当該規定のいう法定代理の範囲は基本的には身上保護の領域ではなく、財産管理領域に關しての代理権を認めたものと解されている²⁷。一方、2011年に新設された民法947条²⁸は、成年後見人に対して、成年被後見人の財産管理と身上保護に關して、成年被後見人の福利に反しない限りその意思を尊重して事務処理を行うよう規定した。本条文の解釈としては、成年被後見人の福利、治療行為、居住の自由など、財産管理行為に還元されない一身専属的な意

された解釈論も存在しない規定であったとされる。一例として、2011年の時点で民法947条を適用した裁判例は皆無であった。詳しくは、박인환, 前掲注18論文, 157면.

23 朴仁煥, 前掲注17論文, 4頁。

24 後述する「ボラメ病院事件」では、患者の家族の懇願に応じて延命治療を中断した医師に殺人幫助罪が適用された。

25 938条1項「後見人は、被後見人の法定代理人となる」。もっとも、同条2項では、「家庭法院は、成年後見人が第1項により有する法定代理権の範囲を定めることができる」としている。

26 947条の2

1項「成年被後見人は、自身の身上に關して、その状態が許す範囲において単独で決定することができる」

3項「成年被後見人の身体を侵害する医療行為に対して、成年被後見人が同意することのできない場合には、成年後見人が代わって同意することができる」

27 同様に、949条1項は「後見人は、被後見人の財産を管理し、その財産に關する法律行為に対して被後見人を代理する」と規定している。

28 民法947条「成年後見人は、成年被後見人の財産管理と身上保護をする際に、様々な事情を考慮し、その福利に符合する方法で事務を処理しなければならない。この場合成年後見人は、成年被後見人の福利に反しない限り成年被後見人の意思を尊重しなければならない」

思決定に関しても後見人の広範な支援を可能とするものとされる²⁹。したがって、家庭法院が特に代理権の範囲を限定しない限り、成年後見人は成年被後見人の実質的な福利のために法定代理人として包括的な事務処理を行うことが認められる。それが成年被後見人の財産に関するものであれば当然のこと、身上意思決定に関する代理もまた民法947条により明示的に可能となっているのである。ただし、民法947条2の1項は、成年被後見人が自身の身上に関して「その状態が許す限り」自ら単独で行うことができると規定しているため、あくまで身上決定は成年被後見人本人の意思が可能な限り反映されるようにすべきであり、身上決定の代理は、成年被後見人に現存する判断能力が法律行為を行うのに十分ではない場合にのみ、「補充的」に後見人が行うものとなる。

このような成年後見人の法定代理権は、医療契約においてはどのように把握されるのか。先に述べたように、韓国における通説的立場では、医療契約の締結それ自体は財産行為を伴う法律行為として把握されている。ただし、医療契約においては、患者の生命や安全といった点が特に重要な法益となるため、成年被後見人の福利に重点を置いた身上保護が財産的法律行為の側面以上に配慮されることとなる。したがって、医療契約の締結においては、成年被後見人の現在の判断能力の有無がまず問題となり、原則として本人の意思を最大限尊重することになるが、判断能力が十分ではない場合、補充的に、成年後見人が

法定代理人として認められた権限の範囲内で成年被後見人のための医療契約を締結することができる³⁰。

3.2.2 医療行為に対する同意

先に述べたように、韓国では、医療行為に対する同意は行為能力を要求する法律行為上の意思表示ではなく事実行為に対する許可または授權に該当するという見解が通説であり、患者の同意の有効性は、本人の意思を可能な限り尊重するために、行為の結果を判断する本人の精神的な能力によって決定されるべきものとされている。したがって、本人が将来判断能力を喪失した場合に備えて任意後見人を選任し、身上保護について権限を付与していた場合は、本人の意思決定を尊重する目的から、任意後見人の同意権が法定後見人の同意よりも優位することになる。もっとも、本人が任意後見人を指定した際に身上保護に関する権限を付与していなかった場合には、任意後見人は医療行為同意代行権自体を行使できない。

このように本人による自己決定が常に重視される点を踏まえると、成年被後見人に対する医的侵襲を伴う医療行為への成年後見人の関与の仕方は、患者である成年被後見人の判断能力の有無ないしは現存する判断能力の程度によって変わることとなる。

まず、成年被後見人に十分な判断能力がある場合については、新設された民法947条2の1項が、自身の身上に関する決定について、判断能力が十分にある限り成年被後見人

29 이석배, 前掲注10論文, 312면.

30 この点に関連して、民法10条1項が「成年被後見人の法律行為は取り消すことができる」と定めていることから、医療契約における成年被後見人の法律行為の有効性が問題となるが、同条4項では「第1項の規定にかかわらず、日用品の購入等日常生活に必要なものであり、その対価が過度ではない法律行為については、成年後見人は取り消すことができない」と定めている。したがって、通常の検診や風邪の治療といった「日常生活に必要」であり、かつ「対価が過度ではない」医療行為の場合には、成年被後見人の判断能力が十分にある限り取り消すことができないとされる。一方、重大な医的侵襲行為を必要とする場合には、財産的側面で医療機関を保護する必要性が相対的に高まり、身上保護の側面でも成年被後見人本人の生命や安全に対する影響が大きくなることから、成年後見人が取り消すことが可能となるとされる。詳しくは이도국, 前掲注10論文, 513면을参照。

自らが判断し、決定することを認めている。患者本人を身体的に侵害する医療行為は患者自身の身上に関する重大な行為であるため、医療行為に対する同意権は、原則として十分な判断能力を有する成年被後見人本人が単独で行使用することとなる。

次に、成年被後見人に十分な判断能力が無い場合については、民法947条2の3項が「成年被後見人の身体を侵害する医療行為に対して成年被後見人が同意をすることができない場合には、成年被後見人が代わりに同意をすることができる」と規定しており、これによって成年被後見人は成年被後見人への医療行為に対する法的に有効な同意を行うことができる。ただし、その場合には、家庭法院から成年被後見人の身上決定、特に医療行為同意代行権について権限を認められていることが望ましい³¹。また、あらかじめ家庭法院によって医療行為同意代行権が付与されていない場合でも、成年被後見人の生命や健康に重大な影響を及ぼしうる医療行為を行う際には家庭法院による許可が必要となる³²。

なお、身上に関する事項は、原則的に成年被後見人自らが決定を下すことのできる状態にある限り、成年被後見人の意思が最も重要な要素となる。したがって、成年被後見人の身上決定の権限に関するこれらの規定は、成年被後見人自身が医療行為に関する判断をする

ことができない場合に「補充的に」適用されるべきものとなる。

3.2.3 限定後見人、特定後見人への準用

成年被後見人の身上決定権の付与及びその変更に関する民法938条3項・4項の規定は、新設された民法959条の4の2項によって、限定後見人に対しても準用される³³。さらに、成年被後見人が重要な身上決定を行う際に家庭法院の許可を要すると規定する民法947条2もまた、民法959条の6によって限定後見事務にも準用される³⁴。したがって、限定後見人は被後見人に対する医療行為の同意を代行することができる。この場合、限定後見人は家庭法院により特に医療行為に対する同意代行権を付与されているのが望ましいとする見解もある³⁵。

民法959条の8および959条の9によれば、家庭法院は特定の事務の後援・代理を行う特定後見人を選任することができる。特定後見人に対しても被特定後見人に対する医療行為の同意を認めうるかという点については議論がある。少なくとも、法律上では限定後見のように準用規定が設けられておらず、同意に関する留保規定もないため、解釈上は特定後見人には医療行為に対する同意の代行が認められないということになる³⁶。一方、特定の治療行為に関して包括的な成年被後見人や限定

31 民法938条3項「家庭法院は、成年被後見人が成年被後見人の身上に関して決定することのできる権限の範囲を定めることができる」

32 民法947条の2

4項「第3項の場合、成年被後見人が医療行為の直接的な結果として死亡し、または相当な障害を被る危険のある時には、家庭法院の許可を得なければならない。ただし、許可手続によって医療行為が遅滞し、成年被後見人の生命の危険を招来し、または心身上重大な障害をもたらす場合には、事後に許可を請求することができる」

33 民法959条の4

②限定後見人の代理権などに関しては、第938条第3項および第4項を準用する。

34 民法959条の6

限定後見の事務に関しては、第681条、第920条但書、第947条、第947条の2、第949条、第949条の2、第949条の3、第950条から第955条まで、および第955条の2を準用する。

35 현소해「의료행위 동의권자의 결정—성년후견제 시행에 대비하여」홍익법학 Vol.13 No.2 (2012) 192면.

36 박인환, 前掲注18論文, 138면.

後見人ではなく特定後見人を選任すべき場合があることを考えて、特定後見人に民法947条2の準用が認められていないことを問題視する見解もある³⁷。

3.3 残された問題

以上で見てきたように、韓国の現行成年後見制度は、医療行為に対する第三者の同意の問題に対して立法的に解決を試みるものであった。従来の後見制度が財産管理に偏っていたことに対する反省に基づいて、後見人の法的役割を身上保護の領域へと拡大した点については現時点でも高く評価されている³⁸。とりわけ、身上保護職務の中でも医療行為に関連する事項は、今後社会の高齢化が進むにつれて需要も高まると考えられており、将来の医療における患者の同意問題をめぐって成年後見制度が重要な役割を果たすことが期待されている。

一方で、成年後見制度の内容や運用に関しては、2011年の民法改正以前からいくつかの問題点が指摘されており、今なお解決がなされていない。以下では、そうした問題に関する立法対応や学説の状況を紹介していく。

（1）任意後見人や法定後見人が選任されていない場合の同意権

医療行為に対する本人の同意が必要となった時点で後見が開始されていなかった場合、患者本人の自己決定を法的に有効に支援し、同意を代行する第三者が存在しないことが問題となる。現状では医療行為を実施するか否

かは医師の裁量に委ねられることになるが、治療の結果によっては民事・刑事上の責任を追及される可能性があるため、医療従事者は医療行為の実施に対して消極的にならざるを得ず、かえって医療がまともに成立しなくなることが危惧される。これに対して、①家庭法院が直接要保護成年のために治療の実施を判断する案、②保護者に対して後見制度の利用を義務付ける案が検討されているが、同時に以下のような問題点も指摘されている。

①の方法は患者の福利に沿いやすく、医師にとっても家庭法院の許可を介在させることで訴訟リスクを減少しうが、特定の医療行為が必要となるたびに家庭法院の許可を得るようにすることは、家庭法院に対応不可能な負担を強いることになるうえ、迅速な対応が求められる医療の現実にもそぐわない。②の方法では、特定の医療行為の実施のためだけに後見開始審判などの手続を患者の家族や親族に強いることになり、かえって治療自体をあきらめるなど患者の福利に沿わない結果を招く可能性もある。また、患者の家族が積極的に治療を望んでいて、それが患者本人の意思と符合する場合には、成年後見制度の利用を義務付けることが補充性の原則に反することにもなる。以上のような理由から、後見人が存在しない場合には一時的に患者の家族や一定の範囲の親族に同意権を認めるなどの成年後見代替制度が必要であるとの主張がなされている³⁹。

一方で、判断能力が不十分な患者に後見人

37 현소예, 前掲注35論文, 192-193면.

38 박인환, 前掲注18論文, 150면.

39 현소예, 前掲注35論文, 196-197면. ここでは、同意権を行使する親族の範囲については、「臓器等の移植に関する法律」第4条や第12条が、臓器提供に関して同意することのできる遺族の順位を①配偶者、②直系卑属、③直系尊属、④兄弟姉妹、⑤該当する家族または遺族が存在しない場合は4親等以内の親族と規定していること、また「生命倫理および安全に関する法律」第16条2項が、人を対象とする研究時、研究対象者の同意能力が不十分であり、かつ法定代理人が存在しない場合には、①配偶者、②直系尊属、③直系卑属の順に同意権を認めており、直系尊属または直系卑属が複数存在する場合には協議によって代理者を決定し、協議にしなければ年長者が代理人となるべく規定している点を参考としている。

が存在せず、家族や親族もいない場合には、要保護成年の健康と生活の質を向上させるために、検事や地方公共団体の長が家庭法院に対して後見開始審判の請求を行うことができる⁴⁰。もっとも、検事や地方公共団体の長が、意思能力がなく扶養親族もいない患者のためにどれだけ積極的に権限の行使をするかは未知数である。加えて、後見開始審判手続きにかかる費用だけでなく、後見開始後に必要となる費用についても、予算と人材に限りのある国家ないし地方公共団体が負担をすることになるため、このような患者に対する積極的治療は結果的に断念される可能性が高くなるのではないかと指摘もある⁴¹。したがって、医療行為同意権を代行する親族が存在しない場合でも医療を円滑に提供するために、医師が患者本人または第三者の同意がなくとも治療をすることができるような免責規定を設けることが必要ではないかとしている。この場合、一人の医師に治療をするかどうかの裁量を委ねると、医師の独断により患者の福利に沿わない決定がなされる可能性もあるので、複数の医療専門家の同意や各医療機関の倫理委員会の決定によって治療をするかどうかの判断をしていくことが望ましいとされる。

（２） 複数の成年後見人が選任されている場合の同意権の所在

新設された民法930条2項は、「成年後見人は、成年被後見人の身上と財産に関するすべての事情を考慮して数人を置くことができる」と定めているが、成年被後見人に対して行われる医療行為をめぐって成年後見人の間

で意見が分かされると、結果として必要な医療上の措置を実施することができなかつたり、延期されたりすることも起こりうる。複数の成年後見人が選任されている場合、医療行為の同意については、誰がどのように後見をするのであろうか。

一つの解決策としては、民法949条の2の2項⁴²を利用する提案がなされている⁴³。すなわち、家庭法院が職権により複数の成年後見人のうちの誰が医療行為に対する同意を行うかという権限の分掌をあらかじめ行っていれば、実際に医療行為の同意に関する後見が求められる場面でも混乱は起こりにくいであろう。

しかしながら、当該規定は任意規定であり、家庭法院があらかじめ複数の成年後見人の権限を分掌していない場合には、複数の成年後見人が共同で医療行為に対する同意権を行使しなければならない。仮に複数の成年後見人のうちの一人が権限を行使しなかったとすると、医療の領域では患者である成年被後見人に対する重大な不利益を招きかねないことにもなる。

こうした事態に備えて、民法930条3項は、複数の成年後見人の意見が異なり、共同で権限の行使をすることができないような場合に、一定の請求権者の請求によって成年後見人の意思表示に替わる判断を家庭法院が行うことができると規定している。ただし、例えば、成年被後見人が緊急の手術を受ける必要があるにもかかわらず、複数の成年後見人の意見の調整ができず、共同で同意権の行使が

40 民法9条「家庭法院は、疾病、障害、高齢、その他の理由による精神的制約により、事務を処理する能力が持続的に欠如した人に対し、本人、配偶者、4親等以内の親族、未成年後見人、未成年後見監督人、限定後見人、限定後見監督人、特定後見人、特定後見監督人、検事または地方自治体の長の請求により、成年後見開始の審判を行う」

41 현소혜, 前掲注35論文, 197면.

42 民法949条2

第2項「家庭法院は、職権により複数の成年後見人が共同で、または事務を分掌してその権限を行使するよう定めることができる」

43 송호열, 前掲注10論文, 137-138면.

できないような場合に、家庭法院に対する請求を行ってその判断を待っている、かえって成年被後見人に必要な処置が適切なタイミングで行えないという結果を招きかねない。したがって、成年被後見人の後見の順位を定めるような規定を新設するか、あるいは複数の成年被後見人を選任する場合には家庭法院が業務分掌を行うことを義務付ける、民法947条の2の4項の趣旨に沿って、緊急の場合には複数の成年被後見人の多数の同意をもって治療を行い、全員の意見の調整や同意に対する評価は事後的に行うようにするなどといった提案がなされている⁴⁴。

（3） 成年被後見人の同意能力の評価主体と評価の基準

「自己決定の尊重」は、韓国の現行成年被後見制度の基本理念の一つとされる。したがって、成年被後見人の医療行為に対する同意能力を画一的に否定するようなことがあってはならない。民法947条の2の1項は、成年被後見人に十分な判断能力がある限り、単独で身上に関する決定を行うことを認めることで、本人の意思を最大限尊重しようとする。医療契約においては、診察、診断を経て具体的な治療法を決定する時点での本人の同意能力の有無ないしは程度が問われることとなる。しかしながら、そうした同意能力に対する評価をするのは、現状では成年被後見人が受診するそれぞれの医療機関である。統一的な評価基準が無ければ、医療機関ごとに患者の判断能力の有無ないしは程度に関して評価せざるを得ず、場合によっては患者の自己決定を軽視してしまう可能性もある。またそもそもこうした能力の評価自体簡単にできるものではなく、医療機関に過度の負担を強いる

結果にもなりうる。したがって、成年被後見人本人にどの程度の同意能力があるかの判定を行う機関の設置や、判定基準のためのガイドラインを設ける必要があるとの指摘がなされている⁴⁵。

（4） 従来の医療現場における慣行との調和

韓国の医療現場では、判断能力を欠いた患者に侵襲的医療行為を行う際には、家族や親族といった近親者に同意を求めることが一般的に行われている。さらに、患者に十分な判断能力がある場合でも、患者本人だけでなく家族に対しても医療行為の説明をして同意を求める慣行が確立しているとされる⁴⁶。もっとも、本人に十分な判断能力がある場合は当然のことながら、医療行為に対する同意を本人以外の家族や親族が行ったとしてもそれは法的に有効な同意とはみなされない。また、家族が常に患者の利益に適う判断を行うかどうかも定かではない。医療費の負担に関する当事者となったり、相続をめぐる利害関係人となったりする場合には、家族であっても患者本人の利益に反する決定を行うおそれもある。現行の成年被後見制度の利用によって、医療現場における近親者同意の慣行が修正されることが期待されているが、すぐに修正されるかどうかは疑わしいと考える論者も存在する⁴⁷。

一方で、家族や親族による医療行為に対する同意を有効なものとする、「成年被後見代替制度」が必要であるとの指摘もなされている⁴⁸。医療行為に対する同意が必要となった時点で成年被後見人が選任されていないような場合には、一定の請求権者の請求により家庭法院が成年被後見開始審判を行って成年被後見人

44 송호열, 前掲注10論文, 138면.

45 송호열, 前掲注10論文, 145면.

46 こうした慣行は、医療事故が起こった場合に潜在的損害賠償請求権者になりうる家族にも十分に医療行為のリスクを説明することで、法的紛争の可能性を回避するための慣行と考えられている。

47 박인환, 前掲注18論文, 189면.

48 현소혜, 前掲注35論文, 196-197면.

を選任した後に同意を求めることになるが、こうした手続は、求められる医療行為が緊急を要するものである場合には遵守することが極めて困難なものとなる。このような場面では、成年後見制度を利用するのではなく、患者の近親者が同意権を行使することができるような、いわば成年後見制度の空白を埋める制度を新設することによって対応しようというものである。背景には、患者との関係に鑑みて一般的に患者の福利のための最善の決定を行う可能性が最も高いのが家族であり、また、患者本人の意思をもっともよく知るのも家族であるとの肯定的な期待が存在する。

（５）成年後見人による同意権の濫用に対する統制

韓国民法947条の2の4項は、成年被後見人にとってリスクの大きい医療行為に対して成年後見人が同意をする場合に家庭法院の許可を得ることを義務付けている。これは、成年後見人が必要以上に冒険的な医療行為を試みようとする危険に備えるための規定であるとされている⁴⁹。医療行為の多くは患者の身体に侵襲を加えるものであり、行為自体の危険性はもとより、行為後のリスク（後遺症や合併症）に対しても慎重に検討すべきものである。しかし、そうした医療行為のすべてに対して家庭法院の判断を求めるのは現実的ではない。ゆえに、家庭法院が判断するのは「医療行為の直接的な結果として死亡、または相当の障害を被る危険のある場合」に限られることになる。もっとも、同じ医療行為であっても、行為の結果は、それが行われる場所や処置を要する患者の状態のほか、患者の年齢や健康状態、体質によっても変わりうるため、具体的にいかなる医療行為が条件を満たすのかを判断することは容易ではない。し

たがって、この点に関しては今後の判例の蓄積が待たれているところである。

成年後見人が冒険的な医療行為に軽率に同意をしてしまうこと以上に危惧されているのが、必要かつ適切な医療行為に対する同意を成年後見人が拒否する可能性である。これに対しては、民法947条の2の4項に、同意権者が同意を拒否するような場合にも家庭法院の許可を要する趣旨の改正を行うべきとの意見が提示されている⁵⁰。ただし、成年後見人が医療行為の同意を拒否する場面では、そもそも同意権者である成年後見人が家庭法院に医療行為実施の許可を求めること自体考えられないため、法院やその他の国家機関による統制が難しい状況であるともいえる。そのような場合には、医師または自治体の職員などが替わって家庭法院に許可を求めるといった運用を視野に入れるべきとの提案もなされている⁵¹。

（６）延命治療の中断に対する同意

韓国民法947条の2の4項は、「医療行為の直接的な結果として死亡または相当の障害を被る危険」がある場合の成年後見人の同意代行権について、家庭法院による事前の許可を前提として認めているが、ここでいう「医療行為」が延命治療中断や尊厳死、安楽死を含む概念であるかという問題は、昨今延命治療の中断に関する法制化のもある中で多くの関心を集めている。すなわち、現行法上で延命治療中断などに対する同意は、民法947条2の4項を根拠として成年後見人が代行することができるのかという問題である。

延命治療中断の問題が韓国において注目されるようになったのは、2004年の「ボラメ病院（보라매병원）事件⁵²」と2009年の「新村延世大セブランス病院事件（김무함호二事

49 이석배, 前掲注10論文, 318면.

50 이석배, 前掲注10論文, 318면. 他に이도국, 前掲注10論文, 516면.

51 이도국, 前掲注10論文, 516면.

52 대법원2004.6.24. 선고, 2002도995. 판결.

件)⁵³⁾の2件の大法院判決の影響が大きい。以下、各事件の事実関係および争点を整理する。

i) ボラメ病院事件

当該事件は、被害者の妻である被告人の要求に応じて、被害者に対する延命治療の中断に関与した3名の医師が共同被告人として刑事責任を問われた事件である。

1997年12月4日に、被害者は自宅で転倒して硬膜下血腫を発症し、病院に搬送されたが、手術後に自発呼吸が困難な状態に陥ったため、人工呼吸器を装着して治療が続けられていた。被害者の妻は経済的負担を理由に退院の許可を求めており、治療を担当した医師らは数回にわたって被害者の状態を説明し、退院した場合は患者の生命にかかわるとして引き留め続けたが、最終的に退院を許可した。被害者は自宅に搬送され、付き添った医師の手で人工呼吸器が外された5分後に死亡した。

ソウル南部地方法院による第1審⁵⁴⁾は、医療行為の中止が直ちに患者の死亡という重大な結果を招く場合においては、患者の生命を保護する義務が優先されるため、患者が退院を要求したとしても、患者を保護すべき義務がなくなることはないとして、医師たちに対し不作為による殺人罪(共同正犯)を認定した。

一方、ソウル高等法院において行われた第2審⁵⁵⁾は、医師たちが、患者である被害者が退院後に死亡する可能性を認識してはいたものの、患者の死亡という結果をすすんで容認したわけではないとして正犯の故意を否認し、作為による殺人幫助罪を認定した。

検察と被告人医師らによる上告に対し、大

法院は、被告人に正犯の故意が無いとした第2審の判断は誤りとしたが、共同正犯が成立するための客観的要件である機能的行為支配を欠いているとして、第2審の結論を支持した。

医学的判断に反する退院要求を受け入れて患者の延命措置を中断した医師たちに殺人罪を認定した第1審判決は、医療界にとどまらず韓国社会に大きな衝撃をもって受け止められた⁵⁶⁾。最終的に殺人幫助による有罪判決が下されたことで、家族や親族の同意に基づいて慣習的に行われていた延命治療の中断は医師に帰責することが明らかとなった。患者本人の意思が不明確な状態で延命治療の中断を求められた場合、医療従事者は訴訟リスクを負う可能性を避けるために消極的にならざるを得なくなる。次に述べる新村延世大セブランス病院事件では、延命治療を受ける患者の家族による延命治療中断の求めに対して病院側が拒否したことで、最終的に訴訟手続を経由して延命治療の中断が行われる結果となった。

ii) 新村延世大セブランス病院事件

患者である金某(78)は、2008年2月に肺がんの疑いで新村延世大セブランス病院に入院したが、気管支内視鏡手術を受けた後に植物状態となったため、人工呼吸器を用いた延命処置が行われた。患者の子らは、植物状態になる前の患者が延命治療を望んでいなかったとして、病院側に延命治療を中断するよう求めたが拒否され、ソウル西部地方法院に延命治療の中断許可を求める訴訟を提起した。本件上告審において、大法院は第1審と第2審の判断を支持して延命治療の中断を許可し、延命治療中断の処置がとられた患者は

53 대법원2009.5.21. 선고2009다17417, 판결.

54 서울남부지방법원1998. 5. 15. 선고 98고합9 판결.

55 서울고등법원 2002. 2. 7. 선고 98노1310.

56 최지윤, 김원철 「무의미한 연명치료 중단에 대한 환자의 자기결정권—대법원2009.5.21. 선고2009다17417 등을 중심으로」 생명윤리정책연구 Vol.3No.2 (2009) 156면.

201日後に死亡した。

本判決は、患者の意思が推定される場合に患者の自己決定を尊重して延命治療の中断を許可することができるかどうかが主たる争点となった。この点について多数意見は、延命治療中断許可の要件として、「医学的に患者が意識を回復する可能性がなく、生命に関連した重要な生体機能の喪失状態を回復することができず、患者の身体の状態に照らして短時間の内に死亡に至ることが明白な場合」とそれ以外の場合を区別したうえで、前者に限定して、「すでに意識を回復する可能性を喪失し、これ以上人格体としての活動を期待することができず、自然的にはすでに死の過程が始まっていると見ることで回復不可能な死の段階に達した後は、医学的に無意味な侵襲行為に該当する延命治療を患者に強要することが、かえって人間の尊厳と価値を侵害することになる。したがって、このような例外的状況下で死を迎えようとする患者の意思決定を尊重し、患者の人間としての尊厳と価値および幸福追及権を保護することが社会常識に符合しており、憲法の本質からも外れるものではない」とし、患者本人の意思による延命治療の中断は許可できると判示した。

一方、イ・ホンフン（이홍훈）、キム・ヌンファン（김능환）大法官らは、反対意見において、生命維持装置の使用をもってしても短期間のうちに死亡する見込みの高い患者の場合は延命治療の中断を認める余地があるものの、そうでない場合に延命治療を中断する行為は人為的に死の過程を早める行為であり、たとえ患者本人の要求があったとしても「自殺」と評価せざるを得ず、原則として許可することはできないとしている⁵⁷。

また、キム・ジヒョン（김지형）、パク・イルファン（박일환）大法官らは、個別意見において「（禁治産者の療養・監護義務を定めた）民法947条第1項、（禁治産者を監禁治療する場合には家庭法院の許可を要すると規定した）第2項により、延命治療中断の許容の有無に関して法院の事前判断を受けるようにすれば、医療関係者の判断に委ねるよりも適正で法的拘束力のある判断を受けることができ、訴訟手続によるよりは簡易で迅速な手続を通じて延命治療中断に関する当事者の法的不安定性を除去することができる。（中略）このような延命治療中断の請求に対する許可は、現行法上で認められている家庭法院の後見的機能こそ最も必要とされる法的領域といえよう」と述べ、延命治療の中断は法院の事前許可によって行うのが望ましいとの考えを明らかにした。

本判決は、意識のない患者本人を直接の請求人として（家族は特別代理人として）下された判決であり、本人の意思の推定とそれに基づく延命治療の中断の可否が判決の中心的内容である。大法院は、患者本人の意思を推定し、その推定的意思に基づいて延命治療の中断を許可したのであって、法院の事前許可があったとしても家族や親族などの第三者が本人に代わって延命治療の中断を決定することができる判断したわけではない。実際、患者の子らが共同請求人として参加した第1審では、ソウル西部地方法院は「患者に対する生命延長治療によって経済的、精神的苦痛を受けているとしても、（延命治療中断に関する）立法が存在しない以上、他人の生命を短縮する結果を招来する治療の中断を請求する権利を有するとみなすことは困難」だとして延命治療の中断に関する家族の代理権を否

57 この意見については、事件の当事者であり植物状態の患者である金某が、延命治療を中断すれば間もなく死亡するだろうという医療スタッフの見込みに反して、人工呼吸器を取り外した後も201日間にわたって生存し続けたことが背景にあったと思われる。

定している⁵⁸。このような背景から、延命治療の中断をめぐる成年後見人の同意代行権、治療中断の請求権などについては、現行法の解釈を通じて認めることに懐疑的な見解も見られる⁵⁹。また、多数意見が示した延命治療中断の判断基準についても、患者が現在あるいは将来に対する自身の意思を表明することができない新生児や乳児である場合に適用しにくい点や、医療界と法学界、法曹界それぞれの基準が異なる中で韓国社会において確立した基準になったとは言い難い点を問題点として指摘する見解がある⁶⁰。

昨今では、延命治療の中断に関する特別法を制定しようとする動き⁶¹もあり、本人の意思表示が無い場合に誰が延命治療の中断を決定するかという問題は、司法を通じた延命治療中断許可という一定の着地点が提示された今日でも、最終的には立法的に解決されることが期待される問題となっている。

4 過去に示された患者の「自己決定」の尊重

ここまで概観してきたように、韓国の現行成年後見制度は、医療の領域において、原則として患者である成年被後見人の自己決定を尊重し、本人に現存する能力に合わせた支援を行うものとし、本人に意思能力がない場合には、第三者が本人の福利に沿った判断を行い、同意を代行する制度として確立されてきた。意思能力を欠いた患者に対する医師の医療行為は、原則としてその医療行為について十分な情報を提供された成年後見人の同意によって正当化される。しかしながら、この場合は必然的に「患者の現在の意思」を欠いた状態で医療行為に臨むことになるため、成年

被後見人の自己決定を尊重するという成年後見制度の趣旨からは極めて慎重な対応が求められる場面であるともいえよう。現在意思能力を喪失した患者の「自己決定」は、いかなる形で具体化され、保障されうるものなのか。

近年韓国では、本人が過去に示した意思を何らかの方法で確認することができる場合に、その意思を「本人の自己決定」として尊重し、法的に有効な同意として扱うかどうかという問題が議論されている。成年被後見人が意思能力を喪失したとしても、過去に示された本人の意思に基づいて医療行為が行われるとすれば、それは成年被後見人による医療行為同意代行権の枠外の問題となる。以下、事前の医療指示が存在する場合と存在しない場合に分けて整理していく。

4.1 患者による事前の医療指示が存在する場合

現に意思能力を喪失した患者が過去に示した「事前医療指示書」は、患者本人による具体的な医療行為に対する意思表示とされ、法定代理人の同意代行権の例外として有効に機能する場合がある。

前述した「新村延世大セブランス病院事件」において、多数意見は「患者が回復不可能な死の段階に達した場合に備えて、あらかじめ医療関係者に自身に対する延命治療の拒否ないし中断に関する意思を明らかにしていた場合には、仮に中断時点において自己決定権を行使したものと看做することができなくとも、事前医療指示をした後に患者の意思が変わったと見ることでできる特別な事情がない限り、事前医療指示によって自己決定権を行使したものと認めることができる」として、

58 서울서부지방법원 2008가합6977호.

59 이석배, 前掲注10論文, 307면. 김중세, 前掲注9論文, 13-14면.

60 박호균, 前掲注18論文, 146면.

61 大統領直属の諮問機関である国家生命倫理審議委員会は、2013年7月31日に延命治療の中断に関する特別法の制定を政府に勧告する決議を行っている。

現在意識のない患者自身が過去に示した意思表示を尊重するとの立場をとった。さらに、事前医療指示を有効な自己決定権の行使と看做するための要件として、①患者に意思決定能力があること、②医療従事者から直接十分な医学的情報を提供された後で意思決定をしていること、③意思表示の存在が、患者本人から直接医療従事者に宛てて作成された書面ないしは診察の過程で作成された診療記録上に現れていて、それらの事実が延命治療の中断時点で明確に立証できることを要求した。

また、ほぼ同時期に「新村延世大セブランス病院事件」の患者とその子らを請求人とする憲法訴願審判⁶²が開始されていたが、ここでの多数意見は「患者が将来死を間近に控えた状態になる場合に備えて、あらかじめ医療関係者などに延命治療の拒否または中断に関する意思を明らかにするなどの方法で、・・・人間としての価値と尊厳を守るために延命治療の拒否または中断を決定していたならば、自己決定の一内容として保障される」と述べて、患者による事前医療指示の法的有効性を一定の範囲で認めている。

このような事前医療指示の意義については、第1に医療行為に関しては患者本人の自

己決定を優先的に保護することが必要であるからとされる⁶³。第三者による本人の人生への介入は補充的にのみ許容されるべきであり、たとえ本人の意思能力が失われたとしても、医師や家族を含めて本人の意思決定を他者が代行する場面を最小限に抑えようとする考え方に基づいている。同時に、医師にとっては、過去に患者の示した意思を確認できるとすれば、同意の有無ないし同意権者の決定といった手続を避けて患者の意思に沿った医療行為を速やかに提供することができる。また、患者の家族など同意権を代行する立場に立つものにとっても、同意権の代行時に生じる心理的負担から解放されることになる。

もっとも、患者本人が自身の生命や健康に関わる医療行為について示した過去の意思を最大限尊重するための事前医療指示であるからこそ、逆に現時点で意思能力を欠いている患者の「自己決定」としてこれを適切に評価できる制度でなければならない。この点で、「新村延世大セブランス病院事件」多数意見の判示した事前医療指示の要件に対する批判的見解の多くは、立法によってより具体的な要件を備えた事前医療指示制度が必要であるとしている⁶⁴。

62 헌재2009.11.26, 2008헌마385.

本件における訴願請求理由は、延命治療中断に関する立法の不存在が請求人らの人間としての尊厳と価値、幸福追求権や財産権を侵害したというものである。これに対して憲法裁判所は、立法不作為の直接的な相手方が患者自身であり、患者の子らには延命治療を受ける患者を見守ることの精神的苦痛や医療費の負担など間接的な利害関係しか認めることができないとの理由から患者の子らには請求権がないとした。また、延命治療中断に関する自己決定の問題を立法的に解決する義務はないとして、患者の請求を棄却した。

63 현소해, 前掲注35論文, 183-184면.

64 例えば, 김은철, 김태일 「죽음에 관한 자기결정권과 존엄사」 美國憲法研究 Vol.24No.1 (2013) 117-118면. ここでは、治療拒否のような生命にかかわる自己決定を、ただ一度だけの同意によって評価するのは適切ではないとして、時間を空けて複数回の同意が必要であるとする。また, 현소해, 前掲注35論文, 185면. ここでは、事前医療指示の法的性質を要式行為として構成し、遺言のように一定の方式による公正証書または自筆証書とする方法を提案している。ただし、そうした方法に限るとした場合は、意思能力を欠く患者や自筆する能力のない患者にとっては利用することが難しく、自己決定権を保障するという制度理念にもそぐわないため、方式をより簡易化する必要があるとしている。なお、方式を簡易化した場合は第三者による捏造や強制の恐れが高まることから、事前医療指示の内容に疑いが提起された場合の審査手続を設ける必要があるとしている。また, 고준기, 조현, 이강호 「연명의료결정법안에 관한 문제점 및 개선방안」 江原法學 Vol.43 (2014) 18면. ここでは、患者の自己決定を最優先にする場合には、患者自身が家族への医療費の負担を嫌って積極的に延命治療の中断を望む恐れがあるため、

4.2 患者による事前の医療指示が存在しない場合

現在意思能力を喪失した患者に事前の医療指示が存在しない場合には、患者が意思能力を喪失する以前の客観的事実から患者の意思を推定し、「推定的意思」に基づいた医療行為の実施が認められる場合がある。もっとも、一定の方式を備えた「事前医療指示」が自己決定権の行使と看做されるのに対して、この手続の中では過去から現在に至るまで実質的に本人による自己決定は為されていない。この場合「自己決定権」の枠組においてどのように位置づけられるのか。

事前に医療指示を示すことなく意思能力を喪失した患者の意思の推定は「新村延世大セブランス病院事件」における争点の一つであり、最終的に「推定的意思」に基づいて延命治療の中断が許可されている。

多数意見は、まず「患者の通常時の信念や価値観等を鑑みて、延命治療の中断をすることが客観的に患者にとって最善の利益になると認められ、仮に患者に自己決定権を行使できる機会が与えられたならば、延命治療の中断を選択したであろうと考えられる場合には、延命治療の中断に関する患者の意思を推定することができる」と認めることが合理的であり社会通念にも適っている」として、当該事件における推定的意思の効力を認めている。さらに、患者の意思を推定する客観的資料として、患者が日常生活を通じて家族や友達等に対して行った意思表示、他人に対する治療に関して患者が見せた反応、患者の宗教観、普段の生活態度を挙げ、患者の年齢、治療の副作用、患者が苦痛を味わう可能性、回

復不可能な死の段階に達するまでの治療過程、病気の程度、現在の状態といった条件と合わせて、仮に「患者が現在の身体の状態で医学的に十分な情報を提供された場合、延命治療中断を選択したと認められる場合にのみ意思を推定することができる」といえよう」と述べている。

一方、アン・テヒ（안대희）、ヤン・チャンス（양정수）大法官らは、反対意見において、推定的意思に基づく延命治療の中断許可が可能であるとしつつも、延命治療の中断を患者の自己決定権によって正当化する限り、その「推定的意思」は、患者が現実的に有する意思の推定でなければならないとし、多数意見が言うところの「患者に自己決定権を行使できる機会が与えられたならば、延命治療の中断を選択したであろうと考えられる場合」というような「推定的意思」のみでは、延命治療の中断を許可する根拠にはならないと批判した。

以上のような議論を見る限りでは、「推定的意思」は、自己決定権の延長線上に位置づけられているように思われるが、「自己決定権」の一内容であるか否かについては議論が分かれているようである⁶⁵。もっとも、大法院は、一定の方式を備えた事前の医療指示に関しては、本人の現実的な意思が確認できる場合を自己決定の行使とみなしている半面、「推定」が介在する場合については本人による自己決定権の行使と位置付けることに躊躇をしており⁶⁶、この点に現在意思能力を喪失した患者の「自己決定権の境界」を見ることができないのではないだろうか。

現在意思能力を喪失した患者の自己決定と

医師などの専門家が実質的に参加する形での事前医療指示であるべきとする。

65 この点は、学説における議論も同様である。例えば、김종례、前掲注6論文、16면。ここでは、延命治療の中断は、自己決定権を根拠とする限り推定的意思に基づいて国家が許可するのは憲法の問題と矛盾すると述べている。そのうえで、「国民の合意」を根拠として推定的意思に基づく延命治療の中断を許可する手続を法制化するならば憲法の問題と符合するとしている。

66 例えば、「新村延世大セブランス病院事件」の多数意見は、一定の方式を備えていない事前医療指示については、患者の意思を推定するための客観的な資料の一つとして取り扱うとしている。

いう問題は、患者本人による現在の意思表示ではないだけに、ある程度他者による「推定」を含まざるを得ない。事前の医療指示がある場合でも、例えば医療指示を示してからある程度時間が経過し、新たな治療法が確立されたり、患者の置かれている環境が変わったりした場合には、患者の本来の意思を推定して「事前医療指示」に従わないということも考えられる。だからこそ、「生命維持または延命治療の開始と中断に関する立法や裁判は、患者の自己決定権を十分に尊重しつつも国家の生命保護義務を忠実に履行できるような合理的な案とは何かを探索することが重要」⁶⁷であるとされるのであろう。

5 終わりに——日本の現行成年後見制度との比較を念頭に置いて

ここまで概観してきたように、韓国の現行成年後見制度は、個人の自己決定の尊重を基本的な理念として、成年被後見人の意思を最大限反映させることができるように形成されてきた。とりわけ医療上の処置が必要とされる局面で、患者本人に同意をするための判断能力が欠けている場合に、第三者である成年後見人が本人に代わって法的に有効な同意をすることができるとした点は、わが国において医療行為に対する同意の問題を解決していく上で注目すべきであろう。

わが国では、民法858条が「成年被後見人の生活、療養看護」に関する事務を管掌すると法定していることから、成年後見人の医療契約を締結する権限についても異論無く認め

られている⁶⁸。しかしながら、医療行為に対する本人の同意を代行する権限までは認められていないとするのが通説的立場である。立法担当者は、成年後見人の権限について、意思表示に基づく契約等の法律行為に関するものに限られるとし、手術・入院または健康診断の受診の強制、施設への入所の強制といった身体に対する強制をとともなう事項については権限を認めていない。また、意思表示に基づく法律行為であっても、臓器移植の同意等一身専属的な事項も含まれないとしている。このような見解の背景には、医療に関する決定の代行という問題が、単に成年後見の場面においてだけではなく、一時的に意識を喪失した患者や未成年など、自己決定に問題のある場面に共通した問題であるという認識がある。自己決定権の保障の在り方に関する体系的な検討とコンセンサスが不足している状況下で、成年後見の場面だけ立法的に解決しようとすることは、結果として患者の自己決定の保障そのものに齟齬を生じさせる危険性もある⁶⁹。現行成年後見制度の立法過程でも、医療行為に対する同意は一身専属事項であり、第三者による同意を許容することで本人の意思を尊重するという制度の趣旨に反する可能性や、制度濫用の結果として本人保護に問題を生ずる可能性に対する危惧が指摘されている⁷⁰。

一方で、医療や成年後見の実務においては、判断能力を欠く患者の同意を法的に認めることができないことが現場に招く混乱を問題視する意見も根強く存在する。同意するための判断能力を欠く患者に対しては、わが国

67 김중세, 前掲注9論文, 17면.

68 小賀野晶一「成年後見と社会福祉法制」新井誠・赤沼康弘・大貫正男編『成年後見法制の展望』（平文社、2011）264頁。

69 例えば、改正臓器移植法による臓器提供のあり様に関連して、森本直子は「移植用臓器の確保という政策的要請を前提とする臓器提供の「自己決定」とはいかなるものか」という疑問を提起している。森本直子「脳死移植における臓器提供の「自己決定」」吉田仁美編『人権保障の現在』（ナカニシヤ出版、2013）25頁を参照。

70 第145回衆議院法務委員会（平成11年6月11日）の議事録を参照。

もまた韓国と同様に家族の同意に基づく医療行為の選択・決定が行われており、同意をする家族がいない場合には成年後見人などの法定代理人が代行する場合もあるとされる⁷¹。しかしながら、こうした本人以外の第三者による同意の法的位置づけはあいまいであり、裁判所が同情的な姿勢⁷²をとっているにもかかわらず、法理論的には不安定な状況の下で医療は営まれてきたと言えよう⁷³。この問題について、学説上では現行成年後見制度の解釈によって活路を見出そうとする立場と、解釈による対応には無理があり、立法的解決が望ましいとする立場が存在する⁷⁴。

医療行為への同意を代行することが困難な現状は、医療従事者には法的根拠のない同意に基づいた医療行為を実施することに対する不安を背負わせることになり、同意の代行をする第三者には他者の生命や健康を左右する決定をすることへの過度の責任負担を求めることになり、そして何より医療における一方の当事者である患者本人にとって自己決定をする機会と治療を受ける権利が脅かされることにもつながりうる。ゆえに、患者の権利を保障しつつ医療を提供する法的な環境を整えるためには、医療における患者の同意と第三者による同意の代行に関する何らかの法整備を行う必要があるであろう。現行成年後見制度の解釈によって問題の解決を試みる場合は、成年後見人に認められている診療契約締結権の一環として、比較的軽微な治療行為に対して同意できる範囲を模索することになる

が、そうした場合でも、本人の生命にかかわるような重大な医的侵襲や「治療」に当たらない医療行為に対しては同意をすることが困難であるという問題がある。高齢者の医療需要が増大するとともに、新たな治療法の発見や先端技術の導入が頻繁になされる医療の現実に鑑みると、現行法制度の解釈によって問題の解決を図ることは適切な方法とは思われない。

もっとも、インフォームド・コンセントの法理が患者の自己決定の尊重を主眼とした枠組みである以上、医療行為に対する第三者の同意の問題は、患者が成年被後見人の場合とその他の場合（未成年や一時的に意識を喪失した患者など）を同じ道筋において論ずるべきだとする立法者の慎重な姿勢も共感できるものである。本人の主観的価値判断を他者が代行する場合は、可能な限り本人の意思を具体的行為に反映すべきであり、医療の場では治療の拒否を含めて何が本人にとっての最善の利益かを慎重に選択しなければならないのであるから、まずは医療における患者の自己決定権の尊重と保障の在り方について、患者の生命を保護する医療者の義務、生命倫理とも関連した体系的な議論を展開していくべきである⁷⁵。成年後見の場面でのみ第三者の同意権を認める形で立法的解決を図ることは、結果として最も中心であるべき患者の自己決定権を侵害し、本人の利益に還元しがたい新たな問題を生み出す可能性もあるのではないだろうか⁷⁶。また、こういった解決の方途を

71 公益社団法人成年後見センター・リーガルサポートによる「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」(2014) 4-5頁を参照。

72 最判平成21年12月7日刑集63巻11号1899頁。

73 稲田龍樹「成年後見制度の現状と課題—家庭裁判所から見た運営」成年後見法研究（5）（2008）8頁を参照。

74 学説を詳細に紹介するものとして、新井誠編『成年後見と医療行為』（日本評論社、2007）。小賀野晶一『民法と成年後見法—人間の尊厳を求めて』（成文堂、2012）166-170頁。

75 五十子敬子、前掲注3論文、39頁も参照されたい。「我々は患者の、子供の、そして弱者の最良の利益を考慮しなければならない」ことを銘記すべきであろう。

76 浜渦辰二「尊厳死を法制化することは、何をする事なのか」メタフシカ第45号（2014）13頁。ここでは、事前医療指示（リビングウィル）による尊厳死の法制化に警鐘を鳴らしている。

たどるにしても、将来的な課題として、延命治療の中断や尊厳死、安楽死などといった「死の自己決定」への具体的対応を考えていかなければならない⁷⁷。医療において第三者による「他者決定」が認められるのは、観念上自己決定権の行使主体になることはできても実際には自己決定をすることができない患者の当面の福利に配慮する必要があるからであると考え、⁷⁸「死に関する自己決定」が第三者によって代行されることを認める場合、他者の生命に対する価値評価とそれに伴う生命活動の中断が、国民の生命や安全を保護する国家の役割との関連で憲法上許容しうるのかという深刻な問題と接続することになる。患者の自己決定権の側面だけを強調するならば、延命治療の開始や中断に限らず、尊厳死など患者本人の生命にかかわる行為についても全面的に患者本人が決定すべきことになるが、医療制度を整えることで国民の健康を向上させ、生命を保護しようとする国家にとっては、患者自らが決定したからといって、患者自身の生命を短縮させるあらゆる行為を許容すべきということにはならないと思

われる。「患者の自己決定」を第三者が代行する場合には、なおさら患者の自己決定権と福利の双方に対する配慮が求められることになろう。こうした論点の先に尊厳死や安楽死の法制化といった問題があることを念頭に置くならば、現在の韓国における議論は、わが国における憲法上の自己決定権の具体的内容を把握する上で注目すべきものとなる。

医療における患者の同意に関する制度のあり方は、意思能力を欠く成年の患者の同意だけでなく、一時的に意識を喪失した患者や未成年の患者の同意も含めて、全体としてどのように患者の自己決定を保障していくかという議論の枠組において検討していくべきことである。そしてそれは結局のところ憲法上の自己決定権をどのように把握し、どのように具体化していくかという議論の下で位置づけることになるであろう。今後は、韓国における憲法上の自己決定権の議論を分析し、体系的に整理していくことを課題とし、その過程で医療行為における患者の同意の問題についても改めて位置づけを行っていきたい。（人文社会科学研究科法学専攻博士後期課程）

77 五十子敬子「死をめぐる自己決定について—尊厳死・安楽死」医学哲学医学倫理28号（2010）。

