



Title	正当化要件としての患者の同意とインフォームド・コンセント：「仮定的同意」の問題を手掛かりとして [論文内容及び審査の要旨]
Author(s)	富山, 侑美
Citation	北海道大学. 博士(法学) 乙第7128号
Issue Date	2021-06-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/82465
Rights(URL)	https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/
Type	theses (doctoral - abstract and summary of review)
Additional Information	There are other files related to this item in HUSCAP. Check the above URL.
File Information	Tomiyama Yumi_abstract.pdf (論文内容の要旨)



[Instructions for use](#)

学 位 論 文 題 目

正当化要件としての患者の同意とインフォームド・コンセント
—「仮定的同意」の問題を手掛かりとして—

学 位 論 文 内 容 の 要 旨

治療行為は、医学的・客観的に患者の生命・健康のために行われるものであっても、患者の身体を侵襲し、その健康、ある場合には生命に重大な影響を及ぼす行為である。患者の健康・生命は、患者自身のものであるから、患者には治療行為に関する自己決定権があり、その意思に反する治療行為、すなわち専断的治疗行為は、違法である。このことから、治療行為が正当化されるためには、医学的・客観的要件に加えて、「患者の同意」の要件を具備していることが必要であると解される。

患者の同意が有効であるためには、医師が患者に対して当該治療行為について説明し、その内容と意義を理解した患者がこれに同意することが必要である。そうすると、医師の説明が不十分な場合には、得られた患者の同意は有効ではないため、当該治療行為が違法となる。このようなことから、医師は、患者に対して十分に説明するという説明義務を負うことになり、その違反に基づく民事責任が判例上認められている。

だが、他方で、説明義務が過大化し、医師は法的責任を免れるために、過剰な説明を行うことが強いられているという批判も存在する。治療行為の最終的な目的は、患者の健康・生命的利益を保護することであるにもかかわらず、説明義務の過大化はそれに反する結果をもたらしかねない。また、患者の自己決定権は、憲法 13 条の保障する「個人の尊重」に基づくと解されるが、それは、同じく同条が保障する「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」のために必要な決定が保護されるという意味に理解すべきであって、その範囲外の事項については、患者の自己決定権は及ばないと解すべきである。

本稿は、患者の自己決定権の射程、医師の説明義務の範囲を具体的に示すため、問題となる事例について、それぞれの場合の正当化根拠を検討することによって、患者の自己決定権の適切な保護の範囲を明らかにしようとするものである。

本稿の議論は、以上の趣旨を述べるために、以下のように展開される。

治療行為によって侵害されるのは、患者の身体であり、身体侵害（刑法 204 条）についての古典的な違法性阻却事由である「被害者の同意」と患者の自己決定権との関係を概観する「序章」に続いて、患者の現実的同意が存在しない場合とその自己決定権保護との問題を類型化する。そ

のために、「第1章 患者の現実的同意とインフォームド・コンセント」は、日本とドイツの判例・学説を紹介しながら、患者の自己決定権とインフォームド・コンセントとの関係を明らかにする。医師は患者に十分な説明を与えるべきであるが、そのような説明に基づかない患者の同意は無効であり、治療行為は「専断的治療行為」として常に違法である、というわけではないのである。

以上が明らかなのは、「医師が説明の一部を行わなかったが、もし説明したとしても患者は同意していたであろう」という「仮定的同意」の事例である。「第2章 仮定的同意の理論的検討と有効な患者の同意」では、この点について検討を行う。これは、医師の説明の有無が患者の選択に影響がない場合であり、その治療が意思に反しているわけではないから、患者の自己決定権侵害も存在しない。「仮定的同意」の有効性について多くの議論がなされているのはドイツであり、その法律構成については様々な見解があるが、結局はこのような結論に帰着する。すなわち、有効な患者の同意の範囲は、仮定的同意が認められる範囲であると結論付けることができる。

患者が意識不明であり、治療を行わなければその健康・生命に危険があるが、その同意を得ることが不可能な場合の医療的対応はいかにあるべきか、患者の家族の意思はいかなる役割を果たすべきか、ということは、深刻で現実的な問題であり、「第3章 意識のない患者の緊急治療と家族等のインフォームド・コンセント」において、これを詳細に検討する。

学説は、このような場合、本人の推定的意思に合致することが必要であるとする。他方、医療実務上は、可能である場合には、患者の家族等のインフォームド・コンセントを、多くの論者においては患者本人の推定的意思を推察させる要件として、これを得ることが必要であるとしている。しかし、医師にとって見知らぬ患者の意思を推定するのは、たとえ家族等に確認したとしても困難であり、健康・生命が「遅れると危険」な状態である場合には、その推定を誤ると患者の利益回復は不可能となる。

既に前章で考察したように、医師の説明は患者の有効な同意のために必要とされるのであるから、「意識のない患者の緊急治療」の場合には、患者のインフォームド・コンセントは不要であり、治療行為は医学的・客観的要件のみから正当化されると解すべきである。このことは、治療行為による身体侵害（民法709条）の違法性が問題となる限りでは民事法上も妥当し、不法行為責任も否定される。

しかし、意識のない患者の治療を委任した患者の家族等が存在するときには、医師は家族等に対してその趣旨に従って医療事務を処理する善管注意義務（民法644条）を負うから、治療の制限・中止を含めた治療についての家族の意向が明らかに不合理でない以上、医師がそれを無視した時には、契約違反の責任を負うことになるだろう。

「第4章 意思無能力者と家族等のインフォームド・コンセント」は、患者が未成年者や精神障害者であるために、医師の説明を十分に理解し、判断することができない同意無能力者である場合を検討する。この場合についても、治療行為は医学的・客観的要件のみから正当化されるという基本原則は、前章において述べたところと変わりはない。ただ、未成年者については、親権者が子の「最善の利益」のために包括的な監護権を有する（民法820条）。未成年者は、親権者の下、その人格が将来的に形成されていくことがその最善の利益であるというのが法の趣旨であり、

親権者のインフォームド・コンセントを得ることが患者の最善の利益保護のために必要であるとしなければならない。親権者が、合理的な理由なく、その子に対する医療を拒否する「医療ネグレクト」の場合には、審判によって親権喪失・停止の措置（民法 834 条・834 条の 2）を経て、親権代行者（児童福祉法 47 条）あるいは新たな親権者、未成年後見人の同意を得ることになるが、これらの者に、本来の親権者と同じように、人格的な意味で子の最善の利益を保障することを期待し得るかについては問題がある。医療ネグレクト下の児童の医療については、法改正に至らないまでも、何らかの改善が必要である。この点については、今後の検討課題とする。

また、精神障害者の場合については、未成年者の場合と異なり、人格的意味での「最善の利益」の判断者を特定することは難しい。このため、より一層、医学的・客観的な健康・生命の利益に基づく正当化がなされることになる。ただし、現行法（精神保健福祉法、医療観察法）における精神障害者の医療・強制入院については、本稿とは別個の考察を必要とする。この点についても今後の検討課題としたい。