



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	<a href="http://hdl.handle.net/2115/82465">http://hdl.handle.net/2115/82465</a>
Rights(URL)	<a href="https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/">https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/</a>
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	Tomiya Yumi_review.pdf (審査の要旨)



[Instructions for use](#)

## 学位論文審査の要旨

博士の専攻分野の名称 博士（法学） 氏名 富山 侑美

審査担当者	主査	教授	小名木 明 宏
	副査	教授	城 下 裕 二
	副査	教授	佐 藤 陽 子

### 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—

刑法においては、治療行為はそれがたとえ身体状態の改善につながった場合でも、傷害罪の構成要件に該当するという理解が一般的である。そして、この患者の自己決定権は、患者の意思に反して実施される治療行為は違法であるということから生じる治療の拒否権であり、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、原則として「患者の同意」が求められている。その同意要件が有効であるためには、医師が患者に対して当該侵襲について説明した上で、患者の同意を得ることが必要であるが、医師の説明が不十分な場合には、同意が無効となる可能性があり、当該侵襲行為が違法となる。しかし、具体的な場面において、医師にどの程度の説明義務が課されるのかは、なお明らかになっていない。医師が、治療の選択も含めて、あらゆる場面を想定し、それに関するあらゆる承諾を得ていなければ刑罰を免れないとの帰結は、医師に過大な義務を課することになり妥当なものとは思えない。

本論文は、このような出発点から、治療行為の第一の意義は、患者の生命・健康的利益の保護であることを踏まえて、患者の承諾が問題になる場面、①患者が治療を拒絶している場合、行為時は承諾していたが、それが不十分な説明に基づいていた場合、②患者に意識がなく、承諾の有無を確認できない場合、③患者が本来的に十分な判断能力を持っていない場合（幼児、重度の精神障害者）を念頭に、患者の自己決定がどの範囲で保護されるべきかを検討するものである。

まず、第1章において、患者の現実的同意が治療行為の正当化要件となった学説の展開を整理し、それに伴ってどのように医師の説明義務が理解されてきたかを示す判例を概観する。その際、我が国の状況だけでなく、治療行為を傷害構成要件該当行為であるとした上で、その正当化に患者の同意を要求するようになったドイツの判例も参照する。ここで概観する判例・学説は、患者の自己決定権を保護するという考え方の下に生じたものが多いことに鑑み、自己決定権の法的性質に照らして、患者の自己決定権とはどのような範囲で保護されるものなのか、それとインフォームド・コンセントとの関係はどのようにになっているか、ということを検討する。

第2章においては、十分な説明に基づかない患者の同意がある場合の正当化理論を検討する。その手掛かりを、いわゆる「仮定的同意」(Hypothetische Einwilligung)の理論に求める。これは、ドイツにおいて、説明義務を制限するための理論として、民事判例において議論されるようになったものが、現在では刑事判例においても正当化要件として認められているものである。これは、不十分な説明に基づいて、患者が治療行為に同意しているケースで、「もし、医師の説明義務違反がなかった（医師が十分に説明していた）としても、患者がその治療行為に同意していたらろう」という関係が認められる場合には、医師の免責を認めるものである。そこで、仮定的同

意論はどのような理論的根拠に基づいて医師の免責を認め得るのかということ、刑法的観点から検討する。仮定的同意論がドイツの民事判例から発展し、刑事判例においても採用され、現在は刑法学説上も盛んに議論されていることから、まず、ドイツの判例および学説を整理・分析することによって、十分な説明に基づかない患者の同意がある場合の治療行為の正当化理論がどのように考えられるべきかを考察する。結論的には、一部の学説によって有力に主張されている正当化事由としての仮定的同意の構成を採り、仮定的同意が問題となる治療行為の事例では、患者の同意は潜在的なものとして存在していると解する見解（ベック説）に賛意を表している。

第3章では、患者が意識不明等で同意を得ることが不可能である場合の正当化理論について検討する。ドイツでの議論を整理し、そこで問題となってきた推定的同意の法的性質を概観した上で、緊急状況における治療行為の正当化要件と医療実務で行われてきた家族等のインフォームド・コンセントを得るといふことの法的意義を考察する。その上で、改めて患者の同意が治療行為の正当化要件として必要とされている根拠である自己決定権の限界を論じ、さらに治療行為の許容性が問題となる1つの状況として意識のない患者の緊急治療の正当化理論を検討している。

第4章では、患者が未成年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の正当化理論について検討する。その際、未成年の場合に親権者の同意代行を認めていることの意義と、治療行為の正当化との関係を、いわゆる医療ネグレクトの場合を手掛かりとして検討し、さらに、精神障害者の場合も検討し、後見人等に関するドイツの法制度と比較検討し、その法的意義を検討している。

最後に、本論文はこれらの考察を通して、患者の自己決定権の制限根拠を見出し、総合的に見て「十分な」インフォームド・コンセントとは何かということを探るものであることを確認し、さらに今後の課題を提示して、稿を閉じている。

このように本論文は、同意が得られない患者に対する治療行為の刑法学的な分析を行うことにより、治療行為の正当化要件としての「患者の同意」の意義を再検討するものであり、そのための分析視角を「仮定的同意」の概念に求めるものである。仮定的同意については、すでに我が国においても様々な議論がなされているが、従来の研究はその概念的な分析が主であるといえる。これに対して本論文は、同意が得られない患者、つまり、意識のない患者や意思能力のない患者に対する治療の在り方の問題について概念的な分析をしつつ、個々の事案の解決に意識的に取り組み、帰納的に、患者の自己決定権とは何か、医師の説明義務は何かという根本問題に迫る意欲的な論文であると評価できる。

他方で、本論文に対しては、「仮定的同意」と「推定的同意」の本質的差異は何か、特に法益主体の意思に合致する事前的蓋然性の存在という点では両者に相異はないのではないかと、そもそも治療行為の正当化要件として医学的適応性・医術的正当性・患者の同意を掲げる伝統的見解自体に問題はないのか、刑法35条の枠の中でいかなる基本原理を念頭に置いて構築するのか、といった疑問も提起された。確かに本論文中には、これらの点についてさらに詳細な説明が必要と思われる箇所もあるものの、口述試験では富山氏が一定の回答を用意していることが確認できたことから、公表時の加筆により対応すべきものと判断された。

「仮定的同意」という概念が刑法解釈学において取り扱われるようになって、さほど時間がたっておらず、その概念的な分析が議論の中心になっている現在の状況において、本論文は、同意を取得できない患者の治療という現実問題から自己決定権の一般的意義へと議論を展開するという視点の広さ、比較法的な見地からの網羅性、現代的な意義の重要性、問題関心の広さを備えていることから高く評価することができるものであり、博士（法学）の学位を授与するにふさわしいものとして、合格と判断した。