HOKKAIDO UNIVERSITY

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
Author(s)	富山, 侑美
Degree Grantor	北海道大学
Degree Name	博士(法学)
Dissertation Number	乙第7128号
Issue Date	2021-06-30
DOI	https://doi.org/10.14943/doctoral.r7128
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/82466
Type	doctoral thesis
File Information	Tomiyama Yumi.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

博士（法学）学位申請論文

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―

北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター

協力研究員　　富山侑美

目次

序章
第１節　問題の所在
第２節　検討の方法

第１章　患者の現実的同意とインフォームド・コンセント
第１節　問題の所在
第２節　正当化要件としての患者の現実的同意に関する学説の展開
第３節　判例
　第１款　我が国の判例
　（１）乳腺症事件
　（２）舌癌事件
　（３）エホバの証人輸血拒否事件
　（４）乳房温存療法事件
　（５）小括
　第２款　ドイツの判例
　第３款　小括
第４節　患者の自己決定権の保護との関係
　第１款　検討の視点
　第２款　ボン基本法２条２項１文と患者の自己決定権
　（１）ボン基本法２条２項１文に基づいて自己決定権を尊重すべきとする判例
　（２）ボン基本法２条２項１項に基づいて強制治療を行うべきとする判例
　（３）小括
　第３款　日本国憲法 13 条と患者の自己決定権
　（１）エホバの証人輸血拒否事件控訴審判決
　（２）東海大学病院安楽死事件
　（３）川崎協同病院事件
　（４）幸福追求権について
　（５）インフォームド・コンセントと患者の自己決定権
第５節　小括

第２章　仮定的同意の理論的検討と有効な患者の同意
第１節　問題の所在
第２節　判例
　第１款　ドイツの民事判例
　第２款　ドイツの刑事判例
　（１）サージボーン事件
　（２）椎間板事件
　（３）椎間板事件以後の判例
　第３款　小括
第３節　学説
　第１款　因果関係ないし客観的帰責の問題として考える見解
　　（１）ウルゼンハイマーの見解
　　（２）ロクシンの見解
　　（３）クーレンの見解
　　（４）ミッチュの見解
　第２款　違法性阻却説
　　（１）ローゼナウの見解
　　（２）ベックの見解
　第３款　小括
第４節　検討
　第１款　刑法理論における仮定的同意
　（１）ドイツの学説の検討
　　a）ウルゼンハイマーの見解への批判
　　b）客観的帰責説への批判
　　c）違法性阻却説への批判
　（２）仮定的同意による治療行為の正当化
　第２款　インフォームド・コンセントの本質としての仮定的同意
第５節　小括

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
第１節　問題の所在
第２節　判例
　第１款　ドイツの判例
　（１）鼓室形成判決
　（２）BGH1988 年 3 月 25 日判決
　（３）BGH1994 年 9 月 13 日判決

第２款　我が国の判例
（１）開頭手術判決
（２）東京地判平成 13 年３月 21 日
第３款　小括
第３節　検討
第１款　推定的同意の法的性質
第２款　緊急治療の正当化要件
第３款　家族等のインフォームド・コンセントの意義
第４節　小括

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
第１節　問題の所在
第２節　未成年者と同意―医療ネグレクトの場合を手掛かりとして―
第１款　親権と医療同意・医療契約
（１）同意権者としての親権者
（２）医療契約締結者としての親権者
第２款　医療ネグレクトにおける親権喪失・停止制度の運用について
（１）審判例
（２）児童福祉法との関係
第３款　未成年者に対する治療行為の正当化と家族等のインフォームド・コンセント
第４款　小括
第３節　精神障害者と同意
第１款　強制入院・治療制度の正当化根拠
第２款　後見人・家族等の同意権
（１）我が国の状況
（２）立法化の動き
第３款　精神障害者に対する治療行為の正当化と後見人・家族等のインフォームド・コンセント
第４節　小括

終章
第１節　まとめ
第２節　残された課題

初出一覧

下記の箇所は、以下の論文を加筆修正し、見解を改めて再構成したものである。

第 1 章第 2 節、同第 3 節第 1 款、第 2 章第 2 節
「インフォームド・コンセントにおける仮定的同意（1）」北大法学論集 68 巻 1 号（2017 年）66 頁以下。
第 2 章第 3 節、同第 4 節
「インフォームド・コンセントにおける仮定的同意（2）」北大法学論集 68 巻 2 号（2017 年）45 頁以下。
第 4 章第 3 節第 2 款、同第 3 款
「精神科医療におけるインフォームド・コンセント―日本・ドイツ刑法学における議論を中心に―」法と精神医療 34 号（2020 年） 1 頁以下。

序章

第 1 節　問題の所在

刑法において、被害者の同意は犯罪の違法性を阻却する[1]。つまり、被害者の意思は、犯罪の成立が否定される場面において尊重される。他方、刑法 202 条に規定されているように、被害者の死にたいという意思は、たとえそれが有効なものであったとしても直ちに被害者の同意として正当化事由とはならず、尊重されない[2]。また、いわゆる保険金詐欺事例[3]やヤクザの指つめ事例[4]のように、傷害への被害者の同意があっても犯罪の成立が否定されない場合が存在する。このような意味で、被害者の自己決定権の尊重は際限なく認められるというのではなく、生命・身体の後見的保護の観点から、刑法上の限界が存在している。

それでは、治療行為における患者の自己決定権には、刑法上、どのような意義と限界があ

---

[1] あらゆる犯罪類型について、被害者の同意が構成要件該当性を阻却するとする見解として、大谷實『刑法講義総論（新版第 4 版)』(2012 年）252 頁、山中敬一『刑法総論（第 3 版)』(2015 年）206 頁以下、前田雅英『刑法総論講義（第 6 版)』(2015 年）75 頁、林幹人『刑法総論（第 2 版)』(2008 年）160 頁などがある。もっとも、これらの見解も、従来の議論において「被害者の同意の中心的課題は人身犯罪ことに傷害についてであり、この場面では依然として違法性阻却が中心的課題となる」ことや、「法益性の欠如は、実質的には違法性阻却原理としての意義を有するという理解」ができることから、被害者の同意を違法性阻却事由の問題として論じることとしている。また後述するように、患者の同意は、正当化事由の要件の 1 つであると解するのが相当である。被害者の同意と患者の同意は、いずれも法益放棄主体の放棄意思が存在していることから、両者を並行的に論じるのが相当であると解される。従って、本稿においても、被害者の同意は違法性阻却事由と解することとする。なお、被害者の同意について、構成要件毎に、構成要件該当性を阻却するものと違法性を阻却するものとが存在することを前提として詳細に検討したものとして、佐藤陽子『被害者の承諾－各論的考察による再構成－』(2011 年）がある。

[2] 殺害の嘱託をめぐっては、被害者に死にたいという意思が現に存在することを認識していなかった行為者に対して、刑法 202 条後段の適用を認めず、傷害致死罪（刑法 205 条）の適用を行った事例が存在する。札幌高判平成 25 年 7 月 11 日高刑速平成 25 年 253 頁。その意味でも、被害者の死亡意思の尊重は、非常に限定的であると解することができる。ただし、後述するように、終末期医療における安楽死・尊厳死の場面では、患者本人の死亡若しくは死亡を早めることに対する現実的・推定的意思が正当化の 1 要件として機能する。横浜地判平成 7 年 3 月 28 日判時 1530 号 28 頁、最決平成 21 年 12 月 7 日刑集 63 巻 11 号 1899 頁。

[3] 最決昭和 55 年 11 月 13 日刑集 34 巻 6 号 396 頁。

[4] 仙台地裁石巻支判昭和 62 年 2 月 18 日判時 1249 号 145 頁。

るのだろうか。少なくとも、被害者の自己決定権とは異なり、刑法の条文から直接その制限根拠を見出すことはできないが、この問題は、古くから治療行為の正当化根拠の場面で検討されてきている。

後述するが、従来、どのような治療を行うか、行わないのかということについて医師に広い裁量権が認められていた。しかし、その後、治療行為がいかに医学的・客観的に患者の生命・健康に利益があっても、患者の意思に反して実施する専断的治療行為は違法であると考えられるようになった。つまり、治療を拒否する患者の自己決定権が尊重されようになったのである。

このようにして、現在の通説のように、傷害構成要件に該当する治療行為が正当化されるためには、①患者の生命・健康を維持するために必要であるという意味での「医学的適応性」、②医術の基準に合致した方法でなされるという意味での「医術的正当性」に加えて、③「患者の同意」の 3 要件を具備していることが必要となった[5]。このうち、③患者の同意が有効であるためには、医師が患者に対し当該侵襲について説明した上で、患者の理解と同意を得ることが必要であるとされている。なぜならば、治療行為によって生命・健康に関する利益を、行為時点で放棄することになるから、自らが何に対する侵襲行為に同意しているのかということを理解しなければならないからである。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、当該侵襲行為が違法となる。このようなことから、医師には、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った。実際に、後述の通り、民事判例において、医師の説明義務違反に基づく責任が認められており、宗教上の信念に基づいて、たとえその結果死亡するかもしれなくても輸血を拒否するという選択肢に関する説明や、未確立の治療法に関する説明まで義務とされるほど、その範囲は広くなっている。我が国において、説明義務違反に基づく刑事責任が認められた判例は、現在のところ存在しないが、今後認められるようにならないとは言い切れない。このようにして、法的責任を免れるために、医師は過剰な説明を行うことを強いられ、説明義務が過大化している。元来、患者の自己決定権は、患者の意思に反した治療が専断的治療行為であるということに基づいて形成された、治療の拒否権であったのに対し、現在では、有効な患者の同意が認められない治療が専断的治療行為であるとして、治療の選択権も患者の自己決定権に

---

[5] 町野朔『患者の自己決定権と法』(1986 年) 163 頁以下、内藤謙『刑法講義総論（中)』(1986 年・有斐閣) 532 頁以下、曽根威彦『刑法総論（第 4 版)』(2008 年) 121 頁など。なお、これらの 3 要件に加え、行為者が主観的な治療目的を持っていることを治療行為の正当化要件とする見解も有力である。例えば、高橋則夫『刑法総論（第 2 版)』(2013 年) 323 頁、前田・前掲注（1) 339 頁など。もっとも、治療の目的は、医学的適応性の中に含まれると解することもできる。また、実験的治療行為の場合には、治療目的以上に臨床試験としての目的が含まれるために一律に犯罪の成立が肯定される可能性があるため、治療目的の要件は、個々の場面において考慮するのが相当であると思われる。

含まれる。このような方向が今後も続き、あるいは説明が不十分なことによって医師に刑事責任が課されることになれば、患者の自己決定権は、今後も際限なく広がっていくことになるだろう。

しかし、このような方向性は妥当であるようには思われない。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り、医師はそれを行うために存在するのであって、説明するために存在するのではないからである。また、患者の自己決定権が憲法上国民に保障される対外的な人権の 1 つであるとしたら、少なくとも憲法上の自己決定権に内在する制約原理が働くはずである。そのような制限を受けた上で、適切な範囲内で患者の自己決定権が認められるべきなのである。

そこで、本稿は、自己決定権が侵害されているように見えたとしても実際に正当な治療行為が行われている場合を 3 つに分類し、それぞれの場合について、どのような理屈から制限が許されるのか、ということを検討することによって、患者の自己決定権の制約原理を明らかにしたい。それは、以下の 3 つの場合である。（Ⅰ）十分な説明に基づかない患者の同意がある場合、（Ⅱ）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、（Ⅲ）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。

（Ⅰ）の場合には、患者の同意が得られているが、理論上、患者の現実的同意が有効ではないという。しかし、この場合を一律に違法であるとすると、かなり多くの治療行為は違法であることになる[6]ため、事実上、このような場合にも現実的に正当化されていると考えられる。そこで本稿は、まず、外形上、患者の自己決定権を侵害しているように見える（Ⅰ）の場合に、なぜ正当化されるのか、ということを検討することによって、患者の同意の有効性の範囲を明らかにする。少なくともこの範囲では、患者の自己決定権の制限が許される。

（Ⅱ）及び（Ⅲ）の場合には、医師が説明しても患者が理解・判断することが出来ず、有効な同意が得られない。従って、これらの治療行為も患者の自己決定権を侵害しているように思われるにもかかわらず、現実的に正当に行われている。そこで、これらの場合にも、それぞれ正当化される理屈を検討し、自己決定権の適切な保護範囲を明らかにする。

なお、医療実務上、患者の同意を得ることは、患者のインフォームド・コンセント（説明に基づく同意）[7]を得ることによってなされている。しかし、インフォームド・コンセント

---

[6] 治療行為においては患者が侵襲結果のすべてについて説明されて、それを理解して同意しているわけではないからである。町野・前掲注（5）175 頁。

[7] もっとも、昨今では、患者の選択権としての性格が強いことから、「インフォームド・チョイス」（医学的適応性と医術的正当性を充たす複数の治療方法がある場合に、それぞれのベネフィットとリスクに関する十分な説明を受けたうえで、患者本人が治療方法を最終的に選択（決定）すること）に変化しつつある。上山泰「医療行為の同意と自己決定」二宮周平編『現代家族法講座第 4 巻　後見・扶養』（2020 年）139 頁、高井信朗「『ムンテ

の中には、正当化要件としての患者の同意のみが含まれるわけではない。患者のインフォームド・コンセントには、刑法上問題となる(ⅰ)正当化要件としての患者の同意、民法上問題となる(ⅱ)医療契約締結のために必要な患者の同意、治療手段・過程として問題となる(ⅲ)ムンテラとしてのインフォームド・コンセントという不可分の３つの要素が含まれる。この中から（ⅰ）だけを取り出して患者の自己決定権の問題を検討することは不可能なのである。そうすると、刑法上・民法上・医療上それぞれの意味で「十分な」インフォームド・コンセントとは何か、という問題が、患者の同意の有効性の問題とともに生じてくる。そこで、筆者が主に刑法的観点から医療上の問題を研究していることに鑑みて、（ⅰ）正当化要件としての患者の同意の有効性の範囲を中心的に議論するが、併せて民法と（ⅱ）の関係や、総合的に患者の利益となる、よりよき医師―患者関係の形成という観点から（ⅲ）の役割も若干ながら考察する。

患者の自己決定権の制限根拠を考察した上で、領域横断的に「十分な」インフォームド・コンセントとは何か、ということを検討する。このことは、本来守られるべき患者の生命・健康の利益を保護し、法的に適切な医療なあり方を考える一材料になるように思われる。

第２節　検討の方法

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過大化していったかということ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。その上で、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一貫した目的の下に生じたものであることに鑑み、自己決定権の法的の性質に照らして、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なっているか、ということを検討する。本章で、このことを明らかにすることで、第２章において、患者の自己決定権を保護する範囲内で、患者の「十分な」インフォームド・コンセントがあるということが、まさに正当化要件として「有効な」患者の同意があるということになると示すことになる。

次に、第２章において、（Ⅰ）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。その手掛かりは、いわゆる「仮定的同意」（Hypothetische Einwilligung）の理論にあると思われる。これは、ドイツにおいて、過大化した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

ラ』と『インフォームド・コンセント』に思うこと」臨床整形外科 47 巻２号（2012 年）110 頁。

療行為に同意していることを前提として、「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だろう」という関係が認められる場合には、医師の免責を認める。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を、刑法的観点から検討した上で、これと民法上問題となっているインフォームド・コンセントとの関係を明らかにすることとする。そのために、仮定的同意論がドイツの民事判例において発展し、その後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、ドイツの民事及び刑事判例を概観した上でドイツの学説を整理・検討することによって、（Ⅰ）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、考えを示していくこととする。

第３章では、（Ⅱ）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。我が国の通説と同様に治療行為傷害説をとるドイツの判例における理論と我が国の民事判例を整理し、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うことの法的意義を考察する。刑法の通説上は家族等のインフォームド・コンセントが無意味であると考えているしても、民法上の意義の有無は検討しなければならないからである。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と治療行為のうちの１つの状況としての意識のない患者の緊急治療の正当化理論を構築したい。

さらに、第４章では、（Ⅲ）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。まずは、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する。次に、精神障害者の場合にも後見人・家族等の同意が必要とされているが、まずはその制度上の仕組みを明らかにする。未成年者の場合とは異なり、我が国ではこれらの代行者が同意できるのは診療契約上の同意に限られ、治療行為の正当化要件としての同意は与えられないことになっている。そこで、正当化同意権も後見人等に与えているドイツの法制度と比較検討し、その法的意義を検討する。

本稿は、以上の考察を通して、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提示するものである。

第１章　患者の現実的同意とインフォームド・コンセント

第１節　問題の所在

治療行為が正当化されるためには、①患者の生命・健康を維持するために必要であるという意味での「医学的適応性」、②医術の基準に合致した方法でなされるという意味での「医術的正当性」、及び③「患者の同意」の３要件を具備していることを要する[1]。このうち、③の要件が有効であるためには、医師が患者に対し当該侵襲について説明した上で患者の現実的同意を得るということが必要であるとされている。つまり、医師が患者に対して説明をせずに患者の同意を得た場合には、この同意は治療行為の正当化要件として有効な同意ではないということになる。このような見解に従うと、医師の説明が欠缺している治療行為は、③の要件を欠くために違法性の阻却が認められず、傷害罪の成立が認められることになる[2]。

正当化要件としての患者の同意を得ることは、医療実務においては患者のインフォームド・コンセントを得るという態様によって実現する[3]。そうすると、十分に説明を受け、そ

---

[1] 町野朔『患者の自己決定権と法』（1986 年）163 頁以下、内藤謙『刑法講義総論（中）』（1986 年）532 頁以下、曽根威彦『刑法総論（第４版）』（2008 年）121 頁など。なお、これらの３要件に加え、行為者が主観的な治療目的を持っていることを治療行為の正当化要件とする見解も有力である。例えば、前田雅英『刑法総論講義（第５版）』（2011 年）339 頁、高橋則夫『刑法総論（第２版）』（2013 年）323 頁など。

[2] 町野・前掲注（１）13 頁以下参照。但し、治療行為は傷害罪の構成要件に該当しないとする説もあるが、この点については我が国でもドイツでも十分に議論がし尽され、傷害構成要件該当性は通説的地位を得ていると解するため、本稿で詳細に立ち入ることはしない。この点について歴史的背景から網羅的に検討するものとして、天田悠『治療行為と刑法』（2018）がある。なお、本稿の主眼は、手術・投薬等の身体に直接侵襲を伴う治療行為にあるため、傷害罪を例に挙げているが、治療行為には他の法益を侵害するものもあり、それぞれに対してそれぞれの構成要件該当性があることを否定するものではない。たとえば、患者の同意がない場合には、致死結果に対して致死罪や殺人罪が成立し得たり、治療行為を診察室等で開始する段階や入院する場合では、監禁罪が成立し得たりする。とりわけ、第４章でも触れる精神障害者の強制入院制度は、実質的には監禁罪の問題となる。

[3] もっとも、治療行為の正当化要件としての患者の現実的同意を得ること、それに先立って医師が説明するということの必要性は、ドイツ刑法学に由来する考え方であるのに対し、インフォームド・コンセントの理論はアメリカ法に由来する原理であり、完全に一致するわけではない。しかし、後述する通り、これらを峻別することはできないので、実際に医療現場で行われている、インフォームド・コンセントを得るという態様の中に、患者

れを受けて患者が同意意思を明示的に表明するというのが、法的な意味で患者の「十分な」インフォームド・コンセントであるといえる。このため、正当な治療行為を行うために、患者のインフォームド・コンセントを得ることを通して、医師に法的に説明義務が課される。

現在までのところ、説明義務違反を根拠として医師に対して傷害罪の成立を認めた刑事判例は存在していないが、後述の通り、民事判例においては、説明義務違反に対する医師の不法行為責任が広く認められており、今後、刑事判例においても医師の説明義務違反行為に対して傷害罪の成立が認められる可能性があることは、否定できない。そうであるならば、例えば、後述する「乳腺症事件」のように、乳癌である右乳房の全摘手術に関する説明を行い、当該侵襲に対する患者の同意を得た上で手術を開始したものの、手術中に左乳房についても全摘が必要であると医師が判断したために、左乳房の全摘に関する説明を行わないまま、右乳房に加えて左乳房も全摘してしまったという、いわゆる手術拡大の場合には、医師は、既に認められている民事責任とともに刑事責任を負う可能性も否定できない。従って、医師が免責されるためには、あらゆる事項について説明しなければならず、医師の説明義務の範囲は過大なものとなっている。

しかし、正当化要件として有効な患者の現実的同意と医療実務における「十分な」インフォームド・コンセントとの間にはどのような関係があるのか、実は明らかではない。治療行為の正当化に患者の同意が必要とされているのは、生命・健康に関する患者の自己決定権を保護するためであるということは疑いがなく、個人の選択の自由を様々な場面で保障しようとする現代社会において、そのための社会の変革は歓迎されるものであるが、医師の説明義務が過大化することによって、患者の自己決定権がより大きく保障されるようになっているのかというと、疑問が大きい。むしろ、医師―患者関係の良好な形成にとっては、必ずしもいい影響ばかりではない。患者の生命・健康という利益の保護が、正当な治療行為の第一義的な目的であるとするならば、それが保障されない中で、患者の自己決定権を行使することに意味があるようには思われない。

さらに、現在の判例の状況では、説明義務違反があり、患者の同意が十分ではない、すなわち、「十分な」インフォームド・コンセントではないということが、直接的に専断的治療行為であるということになるが、しかし、果たして、患者の有効な同意のない治療行為全般を、専断的治療行為として身体に対する違法な侵害とするべきなのだろうか。本来は、「意思に反した」治療行為と「有効な同意のない」治療行為とは別のものであるはずである。

また、このように、とりわけ刑法的側面からのみ患者のインフォームド・コンセントを検討するのも妥当ではない。「十分な」インフォームド・コンセントではない、すなわち、医師に説明義務違反があるということによって、医師に対して民事責任を課していることからも、民法的側面からどのような意義があるのか、検討されなければならないし、従来、いわゆるムンテラとして行ってきた医師の説明も含んでいると解すべきである以上、患者の

の現実的同意を得るという行為が含まれると解している。

インフォームド・コンセントを一部分だけ切り取って検討するのではなく、総合的に検討しなければならないように思われる。すなわち、患者の同意の有効性の問題とインフォームド・コンセントがどのような内容で、どのような説明が必要か、ということとは同一ではない。

そこで、本章において、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過大化していったかということ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の展開も参照する。その上で、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一貫した目的の下に生じたものであることに鑑み、自己決定権の法的の性質に照らして、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なっているか、ということを検討する。本章で、このことを明らかにすることで、第２章において、患者の自己決定権を保護する範囲内で、患者の「十分な」インフォームド・コンセントがあるということが、まさに正当化要件として「有効な」患者の同意があるということになると示すことになる。

第２節　正当化要件としての患者の現実的同意に関する学説の展開

かつて我が国において、患者の意思に反して医的侵襲を行うこと（専断的治療行為）が認められないということは、法の問題というよりむしろ医療倫理の問題として一般的に認められていた。従って、当時の多くの刑法学説においては、治療行為の正当化要件に患者の同意が含まれるとはされておらず、治療行為が医師の正当な業務であるということや、正当な目的のための正当行為であるということを理由に、直ちにその違法性が阻却されると解されていた[4]。このような見解は、業務権説及び目的説である。

例えば、業務権説を主張する岡田博士は、「業務行爲ハ法令又ハ慣習ニヨリ認メラレタル權利行爲ナルカ故ニ正當ナリ」とされた上で、医業はその１例であるとされている[5]。このような見解は、当時の多数説であった[6]。

また、目的説を主張する小疇博士は、「疾病ヲ治療シ又ハ之カ發生ヲ豫防スルコトハ國家

---

[4] 団藤重光『刑法綱要各論』（1972 年）333 頁以下、大谷實『刑法講義各論』（1982 年）39 頁以下参照。なお、かつて、患者の同意が医師の治療行為を正当化する要件に含まれるとする同意説も主張されていた。例えば、大場茂馬『刑法各論上巻』（1911 年）212 頁以下。

[5] 岡田庄作『刑法原論総論』（1917 年）302 頁以下。

[6] 勝本勘三郎「刑法三十五条ト医業トノ関係」『刑法の理論及び政策』（1925 年）232 頁参照。

ノ設備ニ必要ニシテ國家ハ之ヲ適法ナル目的ト認メ且ツ之ヲ奬勵セサルヘカラス」ということを前提とされた上で、「此等ノ目的ヲ達スル爲メニ衞生學並ニ醫學ノ方則ニ準據シテ行ハレタル行爲（中略）ハ其目的ヲ達シタルト否トニ拘ハラス適法ナリト云ハサルヘカラス」とされている[7]。

このような学説の状況が一変したのは、唄博士がドイツにおける医師の説明義務と患者の同意に関して詳細な検討を行った論文を発表されてからである[8]。唄博士は、この論文において、ドイツの判例において一貫して医的侵襲行為が傷害罪の構成要件に該当するとされていることを紹介された上で、「そこにおいて違法性を阻却する原因の有力な一つとして、被侵襲者の承諾があげられる」とされ、患者の同意が治療行為の正当化要件であり、このような要件は患者の利益となっているということを示された。さらに、ドイツにおいては、「その承諾に際して、『患者がその侵襲の本質・意味・射程範囲を、その大綱において、知っていた限りで有効である』」とされており、「［このような事情を］患者に説明し教示することが、承諾の有効の前提的要件であり、したがってまたそれはその侵襲の主体＝医師の義務として登場してくる」と述べられ、医師の説明義務という概念も紹介された[9]。博士は、ドイツにおいては、このような医師の説明義務に違反し、十分な説明を行わずに患者の同意を得て行った医的侵襲は傷害罪として違法であるということについても、判例を整理することによって示されたのである。

前述の通り、患者の同意が治療行為の正当化とは無関係であると考えられていた当時の我が国にとって、この論文で紹介されたドイツの判例の状況は衝撃的なものであった。この影響は、まず民事判例において現れることになる。

以下、判例の変遷を辿り、それらの議論によってどこまで医師の説明義務が過大化したかということを示す。

第３節　判例

第１款　我が国の判例

（１）乳腺症事件

上述の考え方が判例において初めて取り入れられ、患者の同意のない治療行為は違法であり、その前提として医師の説明が必要であることが初めて示されたのは、「乳腺症事件」[10]である。その事実の概要は以下の通りである。

---

[7] 小疇伝『新刑法論』（1910 年）269 頁以下。

[8] 唄孝一「治療行為における患者の承諾と医師の説明―西ドイツにおける判例・学説―」『契約法大系Ⅶ補巻』（1965 年）66 頁以下。

[9] 唄・前掲注（８）67 頁以下。

[10] 東京地判昭和 46 年 5 月 19 日下民集 22 巻 5・6 号 626 頁。

患者である 27 歳の未婚の映画女優であった原告は、左右乳房の腫瘍について被告らの診察を受けた結果、右乳房の腫瘍が乳腺癌であることが判明したため、被告らから右乳房全部の摘出手術が必要である旨説明され、原告はその手術に同意し、その手術が行われた。ところが、被告は、右乳房の手術を行った後、左乳房の腫瘍が乳腺症であり将来癌になる恐れがあるため、右乳房と同様の摘出手術が必要であると判断し、原告に同意を取ることなく、右乳房の手術に続いて左乳房全部の摘出手術も行った。その結果、原告の両乳房は、皮膚・乳首を残すのみで内部組織の全くない状態となった。なお、左乳房の乳腺症が将来乳癌となり、全内部組織を摘出する必要があるものであるか否かについては、医学上争いのあることであるが、内部組織を摘出することが医学的にみて不当とは言えないということが認められる。

東京地裁は以下のように判示し、被告医師の不法行為責任を肯定した。

まず、手術への同意の必要性について、「患者の治療の申込において（中略）手術に関する承諾までが常になされているものとは到底いえないから、患者の生命の危険がさしせまっていて承諾を求める時間的余裕のない場合等の事情がある場合を除いては、医師はその手術につき患者が承諾するかどうかを確認すべきであり、これをしないで手術を実施したときは当該手術は患者の身体に対する違法な侵害である」とした。

次に「その前提として、病状および手術の必要性に関する医師の説明が必要であること［は］勿論であるが、本件のように手術の要否について見解が分かれている場合には、手術を受けるか否かについての患者の意思が一層尊重されるべきであるから、医師は、右のような事情を患者に十分に説明したうえでその承諾を得て手術をなすべき」であるとした。

従って、本件のように、緊急の事情もないのにもかかわらず説明を行わず、それゆえ「承諾を得ないでなされた手術は患者の身体に対する違法な侵害」であるので、被告に慰謝料 150 万円の支払いを命じた。

（2）舌癌事件

このような判例の姿勢をより積極的に確認したのが、「舌癌事件」[11]である。その事案は、以下の通りである。

診断の結果、舌癌であることが判明した原告患者に対し、被告医師は、病名を秘したまま舌の切除を勧めたところ、患者が強固にこれを拒否したので、被告は原告に対し、舌を切り取るのではなく、潰瘍の部分を焼きとるだけだと説明し、原告は不承不承、手術に同意した。この手術において、被告は原告が拒否していたにもかかわらず、舌の 3 分の 1 を切り取って、病巣を摘出した。その結果、原告は嚥下障害や発音障害を負い、それに伴う精神的苦痛を被った。

本件手術は、患者の生命を救うために必要なものであり、医学的に正当であったこと、一

[11] 秋田地大曲支判昭和 48 年 3 月 27 日判時 718 号 98 頁。

般に癌の治療にあたる医師は患者に病名を告知すべきではないと医学界では考えられていること、本件において、原告に舌癌であることを秘した上でその手術の必要性を納得させるのは至難であったことは認められるとした上で、裁判所は以下のように判示して、医師の不法行為責任を認めた。

「生命、健康の維持、増進という医学上の立場からは不合理なことであるかも知れないが、（中略）［原告患者が］拒否していることが明らかな場合にまで、右の医学上の立場を強調することは許されない」。従って、「病名を秘して納得させなければならない場合、医師としてはいろいろな手段、方法を工夫し、万難を排して患者の説得に努力するが、それでもあくまで拒否する場合には、結局手術は思い留まらざるを得ない」。

（3）エホバの証人輸血拒否事件

以上の下級審裁判例の立場を最高裁として確認したのが、「エホバの証人事件」[12]である。

本判決の原告患者は、手術を要する悪性の肝臓血管腫であると診断されたが、「エホバの証人」の信者であり、その信念から、いかなる場合にも輸血を受けることを拒否する（絶対的無輸血）との固い意思を有しており、その旨を被告（国）の開設する病院に勤務する執刀医にも伝えていた。他方、当該病院は、輸血拒否の意思をできるだけ尊重するが、他に救命手段がない場合には輸血する（相対的無輸血）方針を採っていたが、その旨を患者には伝えないまま本件手術を行った。その結果、輸血しない限り患者を救うことができない事態に至ったために輸血を行った。

これに対し原々審[13]は、「説明義務に基づく説明は、医学的な観点からなされるものであり」、本件のような「いかなる事態になっても患者に輸血しないかどうかの点は含まれない」として説明義務を限定的に捉え、さらに医師には患者を救命する義務を負うから、むしろ本件輸血行為は救命義務に従ったものであり、緊急時には輸血をするということについて説明しなかったことをもって違法性があるとは言えないとして、原告の請求を棄却した。

しかし、原審[14]は、「各個人が有する自己の人生のあり方（ライフスタイル）は自らが決定することができるという自己決定権」があるため、本件においては、「相対的無輸血の条件下でなお手術を受けるかどうかの選択権は尊重されなければならなかった」とし、医師らの説明義務違反を認め、原告の選択の機会が奪われたことによる慰謝料55万円の支払いを命じた。

このような経緯を経て、被告（国）が上告し、原告らも賠償額を不当として附帯上告を行い、最高裁は以下のように判示して、上告棄却及び附帯上告棄却をした。

「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為

---

12 最判平成12年2月29日民集54巻2号582頁。

13 東京地判平成9年3月12日判タ964号82頁。

14 東京高判平成10年2月9日判タ965号83頁。

を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない」。また、このような理由から輸血を伴わない手術を受けることができると期待して本件病院に入院したことを当該医師が知っていたという本件の事実関係の下では、当該病院が相対的無輸血の方針を採っていることを説明して、本件手術を受けるか否かを原告患者自身の意思決定にゆだねるべきであった。それにもかかわらず、この方針について説明せず、本件手術においてもこの方針に従って輸血を行う可能性があることを告げないまま本件手術を行い、その方針に従って輸血を実施した本件は、このような説明を怠ったことにより、「輸血を伴う可能性のあった本件手術を受けるか否かについて意思決定をする権利を奪ったものといわざるを得ず、この点において同人の人格権を侵害したものとして、同人がこれによって被った精神的苦痛を慰謝すべき責任を負うものというべきである」。

本判決は、輸血拒否という患者の自己決定権が尊重されなければならず、それに反した侵襲行為は違法であるということを示している点は、上述の下級審裁判例と同様であるが、この違法の内容を具体化し、人格権侵害であるとしたものである[15]。

（4）乳房温存療法事件

最高裁によって確認された医師の説明義務違反による損害賠償責任は、さらに以下の「乳房温存療法事件」[16]において、さらに広い範囲で認められるようになった。本件事案は、以下の通りである。

原告患者は、被告医師の診察により乳癌であると診断され、被告は原告の乳癌につき、乳房を全部切除する乳筋温存乳房切除術適応と判断し、原告に対し、入院して手術をできるだけ早く行うべきであること、乳房を残す乳房温存療法も行われてはいるが、その方法は未確立であることを説明した上で、乳筋温存乳房切除術を行うことを説明した。

これに対し原告は、乳房温存療法に関心を持っている旨被告に告げ、被告も患者がその治療法の適応可能性や実施可能性について関心を持っていることを知ったが、特段の措置を取ることなく乳筋温存乳房切除術による本件手術を行った。

なお、本件手術当時、我が国において乳房温存療法は、実施例は存在したものの、安全性

---

[15] この内実は「患者の自己決定権」であると解する見解もあるが、判決文中では自己決定権という文言が使われていないことから、治療行為に対する患者の自己決定権やその絶対性を認めたと解するのは妥当ではないように思われる。なぜならば、本判決はあくまで「宗教上の信念に基づく人格権」に特化した判断枠組みを提示したにすぎず、一般論としての「自己決定権」に拡張されるのを避けるためにあえて避けたためであると考えられる。岩志和一郎「輸血拒否―東大医科研病院事件」医事法判例百選第 2 版（2014 年）81 頁参照。なお、原審は、患者の自己決定権侵害であることを明言している。

[16] 最判平成 13 年 11 月 27 日民集 55 巻 6 号 1154 頁。

や有効性が立証されておらず、統一的な基準も作成されていなかった。被告自身に関しては、乳癌専門医として乳房温存療法を実施した経験を有し、当時この療法を実施している医療機関及び実施例が相当数存在し、医師の間では積極的な評価もなされており、原告についてもその適応可能性があること及びこの療法を実施していた医療機関を知っていた。

原々審[17]は、「説明義務の対象とされるべき術式は、手術の時点において、一般医師に広く知れ渡って有効性、安全性が確立しているもののみならず、専門医の間において一応の有効性、安全性が確認されつつあるもので、当該医師において知り得た術式も包含されると解するのが相当である」として、医師の説明義務違反を認めた。

原審[18]は、「同療法はその実施割合も低く、未だその安全性が確立された術式であったということはできないことからすれば、［原告］において、同療法実施における危険を犯してまで同療法を受けてみてはどうかとの質問を投げかけなければならない状況には未だ至っていなかったと認めるのが相当である」として、原告の請求を棄却した。

これに対し、原告が上告し、最高裁は以下のように判示して、原判決を破棄差戻した。

「一般的にいうならば、実施予定の療法（術式）は医療水準として確立したものであるが、他の療法（術式）が医療水準として未確立のものである場合には、医師は後者について常に説明義務を負うと解することはできない」。しかし、「このような未確立の療法（術式）ではあっても、（中略）少なくとも、当該療法（術式）が少なからぬ医療機関において実施されており、相当数の実施例があり、これを実施した医師の間で積極的な評価もされているものについては、患者が当該療法（術式）の適応である可能性があり、かつ、患者が当該療法（術式）の自己への適応の有無、実施可能性について強い関心を有していることを医師が知った場合などにおいては、たとえ医師自身が当該療法（術式）について消極的な評価をしており、自らはそれを実施する意思を有していないときであっても、なお、患者に対して、医師の知っている範囲で、当該療法（術式）の内容、適応可能性やそれを受けた場合の利害得失、当該療法（術式）を実施している医療機関の名称や所在などを説明すべき義務があるというべきである」。

（5）小括

以上のような民事判例において、患者の同意が治療行為の正当化要件の 1 つであるということが確立され、医師が患者の同意の前提として患者に対して十分な説明を行うことが医師の義務とされるようになった。このような説明義務の範囲は、エホバの証人事件のように、患者の救命という観点からは利益とならない事項に関するものや、乳房温存療法事件のように、未確立の治療法についてまで及び、非常に広いものとなっている。

以上のことを前提として、民法学説においても医師の説明義務の範囲について盛んに議

---

17 大阪地判平成 8 年 5 月 29 日判時 1594 号 125 頁。

18 大阪高判平成 9 年 9 月 19 日判時 1635 号 69 頁。

論されるようになっている。しかし、民法学説においても、未だ必ずしも統一的な結論が得られているわけではない[19]。さらにいえば、民法上、このような説明義務と患者の同意は、診療契約の締結にも必要なものであると思われるが、その医療を受けるかどうかの意思決定としての患者の同意との関係、契約の法的性質についても未だ一致した見解を見ていない[20]。そうすると医師は、何を基準にして、どのような内容まで説明すればよいのかということについて何らの指針を持たないことになり、民事責任を免れるためには、患者に必要ない、あるいは時として有害な情報まで伝えなければならないことになる。

第2款　ドイツの判例

他方、ドイツにおいても、治療行為の合法性についての議論は、ここでみる判例が登場するまではほとんどなかった。「他人の権利又は法益に干渉する一定の行為を行うことについて永続的な必要性が存在し、かつこのような行為が官庁の面前で継続的に行われ、官庁がそのことに異議を述べない場合には、業務権が存在」し、行為が合法とされるとし、その一例として国に認可された医師の行為を挙げる[21]、いわゆる業務権説や、「医師の治療行為はそれを許容する法律が存在しないにもかかわらず大昔から行われ、何人もそれが犯罪とはならないことを疑ったことがない、このような事実に基づく慣習法が、医師の治療の目的とともに、治療行為の合法性の基礎をなし、慣習法によって医師の行う個々の行為の許容される原則が定まる」[22]とする慣習法説が主張されていたことからも、このことがわかるだろう[23]。この状況を一変させたのは、患者（の親権者）の同意を得ないで行われた治療行為が違法であるとした、以下の判例[24]である。

事実の概要は、以下の通りである。患者である7歳の子供は、足首の骨に結核性の潰瘍が

---

[19] このような議論について詳細に解説したものとして、松井和彦「医師の説明義務違反の法的効果に関する一考察」修道法学22巻1・2号（2000年）277頁以下、西野喜一「医師の説明義務とその内容」新潟大学法政理論34巻3号（2002年）1頁以下、岡林信幸「医師の説明義務の基準に関する一考察」千葉大学法学論集22巻4号（2008年）35頁以下、山中敬一「医師の説明義務（一)、(二・完)」関西大学法学61巻6号（2012年）1415頁以下、62巻1号（2012年）1頁以下がある。

[20] 川崎和治「医療訴訟に見る医師の説明義務と患者の同意」沖縄大学法経学部紀要24号（2015年）5頁、神野礼斉「ドイツにおける医療契約」広島法学43巻4号（2020年）98頁。

[21] Binding, Handbuch des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1877, S. 793 ff.

[22] Oppenheim, Das ärztliche Recht zu körperlicher Eingriffen an Kranken und Gesunden, 1982, S. 17 ff.

[23] 詳細は、町野・前掲注（1）36頁以下参照。

[24] RGSt 25, 375.

あり、そのまま治療を行わずに病巣が拡大すれば衰弱して死亡する状態であった。そこで、自然療法の信奉者である患者の父親が拒絶していたが、その娘の足を切断する手術を行い、その手術が成功し、予後も良好であった。親権者の同意なく治療を行った医師は、傷害罪で起訴された。原審は、本件手術行為によって、患者の健康は悪化させられたのではなく、改善されたのであるから、ドイツ刑法 223 条[25]における「健康侵害」や「虐待」には当たらないのであって、患者の親権者である父親の意思に反して行われたかどうかは法的に無関係であるとした。これに対し、ライヒ裁判所（以下、RG とする。）は、以下の理由から原判決を破棄差し戻した。

「原審が、全ての医師に全ての患者の身体を侵害・虐待する権利として与えたものは…自己に治療技術があると思う全ての者に、彼が病気であると考える全ての者に対しても許容されることになる」ため、不当であり、あくまで客観的には全ての直接的・物理的に身体に加えられた侵害は、刑法 223 条の「身体的に虐待する」の文言に該当する。「民法及び刑法の領域内においては、医師と患者の関係にとって、特に両者間の意思の合致が、指導的・決定的な観点として固持されなければならない」から、医師の治療権を基礎づけ、傷害罪の違法性を阻却するのは患者の同意である。

以上のように、治療行為は、客観的医学的観点から適切に行われ、その結果健康が増進したとしても、ドイツ刑法の傷害罪の構成要件に該当し、その違法性が阻却されるためには、患者又は親権者等の代理人の同意が必要であるという原則が打ち出され。この立場は、民事的にも刑事的にもドイツの判例上完全に定着している[26]。そうすると、医師の法的な説明義務は我が国のそれよりもはるかに大きい。

第 3 款　小括

かつての我が国の刑法学説においては、治療行為の正当化は患者の同意とは関係なく、医師の正当な業務であるということや、正当な目的のための正当行為であるということを理由に正当化されるとする業務権説や目的説などが主流であった。しかし、1960 年代後半になって、唄教授が、患者の同意が治療行為の正当化要件であるということを示され、その有効性を担保する前提要件である医師の説明が欠ける治療行為の場合にも、違法性が阻却されないというドイツの判例における考え方を紹介されたことによって、このような状況は一変した。

まず、乳腺症事件において、このような考え方を取り入れることによって医師の説明や患者の同意を欠く治療行為が医師の民事責任を根拠づけるとされ、舌癌事件において、患者の

---

[25] ドイツ刑法 223 条 1 項：他の者を身体的に虐待し又はその健康を害した者は、5 年以下の自由刑又は罰金に処する。訳は、法務資料第 461 号「ドイツ刑法典」（2007 年）による。

[26] Vgl. RGSt 38, 34.; RGZ 68,431.; BGH HJW 1956, 1106.; BGHSt 11, 111.

同意が治療行為の正当化要件の 1 つであるということが、より積極的に肯定された。このような下級審裁判例の姿勢は、エホバの証人事件において最高裁においても是認された。そこにおいては、患者が輸血を伴う可能性のある手術を受けるか否かを決定する権利を奪ったことは、患者の人格権の侵害に当たるとされ、医師の説明義務違反の法的意義が示されている。さらに、乳房温存療法事件において、このような説明義務は未確立の治療法についてまで及ぶということが示された。これらの民事判例を受けて、現在、医師の説明義務違反を根拠とした多くの民事訴訟が、患者により提起されている[27]。そのため、医師の説明義務は過大の一途を辿っている。

このような判例の変遷に相応して、民法学説においても、説明義務の範囲に関する議論が行われているが、未だ一定の結論を得ていない。さらに、民法上、このような説明義務と患者の同意は、診療契約の締結にも必要なものであると思われるが、その医療を受けるかどうかの意思決定としての患者の同意との関係、契約の法的性質についても未だ一致した見解を見ていない。そうすると、何を基準に何をどこまで説明すればよいのかということが不明確であるために、医師は民事責任を負わされることを恐れて、患者に必要ない、あるいは時として有害な事項についても説明しなければならないことになる。

さらに、現在の刑法の通説においては、患者の同意が治療行為の傷害罪としての違法性を阻却する要件であるとされており、これが有効となるためには、医師の説明が必要であると解されている。この考え方自体に問題がないとしても、考え方を徹底すると、説明義務違反に基づく治療行為は、専断的治療行為であり、傷害罪として違法であるということになる。刑事判例において、このことを認めるものは我が国では現在までのところ存在していないものの、今後このような判断がなされないとは言い切れない。従って、医師は、刑事責任を免れるためにもあらゆる事項について説明しなければならないことになる。

この点について、ドイツは、判例上、説明の欠缺により患者の同意が有効ではない場合には、治療行為が傷害罪として違法となることが明白である分、状況はさらに深刻であった[28]。

このように、説明義務が過大化し、医師の負担を増大させることには以下のような問題がある。すなわち、医師が民事及び刑事責任を課されることを恐れてあらゆる事項について説明することは、医師‐患者間の健全な医療関係の確立を損なうことになり、ひいては患者の生命・健康上の不利益を招くことになる。それゆえ、医師の説明義務の過大化に対しては、一定の制限を設ける必要があることは明らかである。

そこで、医師の説明義務の過大化の背景にある、患者の自己決定権の保護とはなにか、と

---

[27] 山中敬一『医事刑法概論Ⅰ　序説・医療過誤』(2014 年) 349 頁以下参照。

[28] なお、これに対抗するように、ドイツの学説は、治療行為は傷害罪の構成要件に該当しないとする治療行為非傷害説が通説である。しかし、近年の判例の状況に鑑み、インフォームド・コンセントと刑法との関係を論ずる者は皆、傷害構成要件該当行為であるということを前提として議論している。

いうアプローチからその制限範囲を検討する。

第４節　患者の自己決定権の保護との関係

第１款　検討の視点

上述の通り、治療行為において、生命・健康に関する患者の自己決定権は保障されなければならず、それを侵害する行為はたとえ客観的・医学的に正当なものだとしても、違法な専断的治療行為であり、許されない。誤解をおそれずに言及すると、医学の進歩に伴って、客観的・医学的に正当な治療行為も時代によって変遷する。第４章で言及することになるが、現在では患者の人権に対する侵害の程度が大きく、医学的に正当ではないとされている精神障害者に対するロボトミー手術も、一定の医学的正当性があるとされた時代があるからこそ、治療法として存在するのである。このような意味では、①医学的適応性、②医術的正当性という客観的要素に加えて、③患者の同意という患者の主観的要素を、治療行為の正当化要件であるとする我が国の学説の立場は正しい。そのために、医療実務上、患者のインフォームド・コンセントを得ることが必要であると考えられ、手術等の重大な身体的侵襲を伴う治療行為の場合に患者のインフォームド・コンセントを全く得ようとしないなどという医療機関・医師は存在しないと思われる。医療法１条の４第２項でも「医師、歯科医師、薬剤師、看護師、その他の医療の担い手は、医療を提供するに当たり、適切な説明を行い、医療を受ける者の理解を得るよう努めなければならない。」と規定され、より一層、インフォームド・コンセントの重要性は周知されることとなった[29]。このこととともに、前述の通り、法的な観点からも医師の説明義務が過大化したのである。

しかし、ここで問題となるのは、法的に保護される患者の自己決定権の性質は何か、それは無限定に保障されるものなのか、そうでないとすれば、どのような基準で制限されるのかということが不明瞭だということである[30]。いかなる個人的人権も、それがただ内心にあるに過ぎない場合の精神的自由権を除いては一定の制約があると解するのが相当である。個人は社会との関係を無視して生存することはできないため、人権も他人の人権との関係に

---

[29] もっとも、医師等の説明に基づいて、患者の「同意」ではなく、「理解」を得るという点で、インフォームド・コンセントを得る努力義務を規定したものとまではいえないと解されている。米村滋人『医事法講義』（2016 年）80 頁参照。しかしながら、後述するように、インフォームド・コンセントを得るというプロセスは、憲法の人権保護の要請に基づく刑法的要素、民法的要素に加え、非法的要素が多分に含まれる行為態様であり、それらを峻別するのは難しい。結局、同意も理解も、得られれば患者の意思に反しないという点で、インフォームド・コンセントの原則と読み換えることが十分に可能であるといえる。

[30] 同様の指摘として、上山泰「６、医療行為の同意と自己決定」二宮周平編『現代家族法講座第４巻　後見・扶養』（2020 年）140 頁。

基づいて制約されることになるからである[31]。

このように考えるならば、患者の自己決定権も、それが憲法上保障される基本的人権の１つであると解する限り、刑法・民法上の観点に加えて、憲法的観点からも一定の制約を受けることになるのは明らかである[32]。そこで、ここではまずドイツにおける患者の自己決定権の根拠を参照した上で、我が国における自己決定権の法的性質から患者の自己決定権の限界を探る。そうすることによって、患者のインフォームド・コンセントの法的意義の範囲を確定させることができる。

第２款　ボン基本法２条２項１文と患者の自己決定権

（１）ボン基本法２条２項１文に基づいて自己決定権を尊重すべきとする判例

ドイツの判例において、患者の自己決定権が尊重されるようになってから、その法的性質がボン基本法２条２項１文[33]の保障する「生命・身体不可侵の権利」（Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit）であるとしたのは、第２章で検討する第２筋腫判決の差し戻し前の判決である第１筋腫判決[34]である。そこでは、以下のように指摘された。

基本法２条２項１文で保障されている身体不可侵の権利は、それによって生命に危険のある疾病から解放される場合であっても、自己の身体の不可侵性を犠牲にすることを拒む人間において尊重されなければならない。いかなる状況下で、他人が合理的に再び健康になるために、すすんで自己の身体の不可侵性を犠牲にすべきかという問題においては、何人も裁判官にはなれない。この指導基準は、医師に対しても拘束力を持つ。病者に関して、可能な限りその疾病を治療することは、医師の最高の権利であり、本質的な義務ではある。しかし、この権利とこの義務は、自己の身体に関する人間の基本的な、自由な自己決定権にその限界を持つ。医師が、それが医学的に正当な理由による場合であっても、その見解を適時に求め得るような患者に対して、その事前的な許可なしに、専断的かつ専制的に、重大な結果をもたらす手術を行ったとしたなら、それは人間の人格の自由と尊厳に対する違法な干渉である。

---

31 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法　第７版』（2019 年）99 頁。

32 但し、患者の自己決定権が刑法・民法上の権利であって、憲法上の権利の問題ではないとする見解もある。山田卓生『私事と自己決定』（1995 年）341 頁、樋口範雄「患者の自己決定権」『岩波講座　現代の法 14』（1998 年）75 頁。

33 ボン基本法２条：①何人も、他人の権利を侵害せず、かつ憲法的秩序又は道徳律に反しない限り、自らの人格の自由な発展を求める権利を有する。②何人も、生命に対する権利及び身体を害されない権利を有する。人身の自由は不可侵である。これらの権利は、ただ法律の根拠に基づいてのみ、侵すことができる。

34 BGHSt 11, 111.具体的事案等は次章に譲ることとする。

このような判例の立場は、以後の判例[35]で確定されることとなったが、近時その制約となり得る指摘をするものもある。第４章で事案等を詳述するが、そこでは、被世話人である患者に対し、その自然の意思（natürlicher Wille）に反して治療を行うことが、ボン基本法２条２項１文違反となるかという点が以下のように言及されている[36]。

（２）ボン基本法２条２項１項に基づいて強制治療を行うべきとする判例

ボン基本法２条２項１文は、被世話人の自然の意思に反しても、必要であれば、医的措置による保護を保障することを国家に義務付けている。本人が疾病のために医的措置の必要性を弁識し、又はその弁識に従って行動することができないために、本人がその疾病とどう付き合うかについて自由な意思（freier Wille）を形成することができない場合でも、たとえば自身の疾病についての自然の意思は、自己決定権の表れであり、その尊重も重要である。しかし、必要とされる治療に反する自然の意思は、本人における特別な援助と保護の必要性を何ら変ずるものではない。少なくとも入院治療を行っている被世話人に対しては、その収容が強制的なものであるか否かを問わず、保護としての強制治療が可能である。

（３）小括

ドイツの判例において、患者の自己決定権の法的根拠がボン基本法２条２項１文の生命・身体不可侵性に求められることは判例上明らかであるが、その制限範囲について、「その見解を適時に求め得るような患者」ではない場合、「重大な結果をもたらす手術」ではない場合に一定の留保があると読むことができる。さらに、自己決定権の侵害行為は、「人間の人格の自由と尊厳に対する違法な干渉である」としている点も重要である。治療行為において重要なのは、生命・身体に対する物理的な侵襲であって、刑法上は傷害罪の成否に関連するのは間違いないが、あらゆる侵襲ではなく、人格の自由と尊厳にかかわる生命・身体に対する侵襲に限られると言い得る[37]。

第３款　日本国憲法 13 条と患者の自己決定権

憲法 13 条は、幸福追求権を保障し、自己決定権もその中に含まれると多くの学説において解されているが、このことを認めた最高裁判例は存在しない[38]。憲法上、「公共の福祉に反

---

35 Vgl. BGHZ 29, 46.

36 BVerfG FamRZ 2016, 1738.本決定を詳細に紹介するものとして、神野礼斉「ドイツ世話法における強制治療と国家の保護義務―連邦憲法裁判所 2016 年 7 月 26 日決定を素材として―」九州国際大学法学論集 23 巻 1･2･3 号（2017 年）181 頁以下がある。

37 逆に言えば、患者の自己決定権は、ボン基本法２条１項の一般的行為自由に関する権利ではないということである。

38 芦部・前掲注（31）128 頁。

しない」限り、個人が様々な「国家からの自由」を享有していることは明らかであるが、私人間への適用には否定的な立場を採らざるを得ないからである[39]。そのような中にあっても、医療における患者の自己決定権は、いくつかの判例において、憲法上の権利として指摘されている。患者の自己決定権を前面に押し出して損害賠償を認める初めての判決[40]が、先に紹介したエホバの証人輸血拒否事件の控訴審判決である。

（1）エホバの証人輸血拒否事件控訴審判決

この判旨において、手術等に対する患者の同意が由来する自己決定権とは、「各個人が有する自己の人生のあり方（ライフスタイルないし何に生命より優越した価値を認めるか）は自らが決定すること」であり、「絶対的無輸血の意思を維持しして医科研での診療を受けないこととするのか、あるいは絶対的無輸血の意思を放棄して医科研での診療を受けることとするかの選択の機会（自己決定権行使の機会）を奪われ、その権利を侵害された」ことが、本件の説明義務違反の本質であるとした。

これに対し、先述の通り、最高裁はこのような意思決定の機会を、「人格権」の一内容として尊重されるべきこととして、「自己決定権」という文言を回避した。これに対しては、あくまでも、「最高裁が示した『人格権の一内容』である『意思決定する権利』とは、宗教（上の信念）と関係のある意思決定に限定されている権利にほかならない」[41]との指摘もあるが、たまたま本件において、意思決定の根拠が確固たる信教の自由に基づいていたからにすぎないと解すべきであるように思われる。もっとも、少なくとも、信教の自由は、憲法上保障される権利の中でも極めて重要なもの[42]であり、とりわけ、エホバの証人の信者にとって輸血は、「魂」を否定することであり、自己が自己であることを否定することであるとされて、究極的には医療的に生命を救えても、患者本人としては生命が奪われたのと同義であるとされている[43]ことから、憲法上保障される自己決定権の要件として、この程度の重要な選択であることを要求しているという意味では解し得る。

これに対し、終末期医療において、医療の発展に伴った高度の延命技術により、人としての尊厳を失った状態でいるよりも、人間らしい死を選択するといういわゆる尊厳死・治療行為の中止という問題がある。ここにおいては、輸血拒否の場合と同様に、その治療行為を受けなければ、死という結果が早まるにもかかわらず、その選択を行う権利があるのか、とい

---

39 芦部・前掲注（31）112 頁以下。

40 樋口範雄「輸血拒否患者への無断輸血と自己決定権の侵害」法学教室 215 号（1998 年）108 頁。

41 野畑健太郎「判例における『患者の自己決定権』再考―憲法の視点から」白鳳大学法科大学院紀要創刊号（2007 年）153 頁。

42 芦部・前掲注（31）159 頁。

43 平野武・佐久間泰司『医療と宗教と法　医療倫理と宗教の交錯』（2019 年）163 頁。

う点で共通する。ここにおいても、我が国の判例は、患者の自己決定権の問題を扱っている。

（2）東海大学病院安楽死事件

まず、東海大学病院安楽死事件[44]において、「意味のない治療を打ち切って人間としての尊厳性を保って自然な死を迎えたいという、患者の自己決定権の理論と、そうした意味のない治療行為までを行うことはもはや義務ではないとの医師の治療義務の限界」を根拠に、治療行為の中止が認められるとした。その要件については、以下のように示された。

要件①患者が治癒不可能な病気に冒され、回復の見込みがなく死が避けられない末期状態にあること。

これは、「早すぎる治療の中止を認めることは、生命軽視の一般的風潮をもたらす危険があるので、生命を救助することが不可能で死が避けられず、単に延命を図るだけの措置しかできない状態になったときはじめて、そうした延命のための措置が、中止することが許されるか否かの検討の対象となると考えるべきである」からである。

要件②治療行為の中止を求める患者の意思表示が存在し、それは治療行為の中止を行う時点で存在すること

これは「治療行為の中止が、死が避けられない状態での末期医療の内容・限界について、患者の自己決定を尊重することに由来することからして、治療行為の中止のためには、それを求める患者の意思表示が存在することが必要であり、しかも、中止を決定し実施する段階でその存在が認められることが必要である」からである。「そのためには、中止が具体的に検討される時点で、患者自身の明確な意思表示が存在することがもっとも望ましい」が、「現実の医療の現場においては、死が避けられない末期患者にあっては意識さえも明瞭でなく、あるいは意識があったとしても、治療行為の中止の是非について意思表示を行うようなことは少なく、そのため、治療行為の中止が検討される段階で、中止について患者の明確な意思表示が存在しないことが多」い。そこで、「中止を検討する段階で患者の明確な意思表示が存在しないときには、患者の推定的意思によることを是認しえてよい」として、推定的意思の内容についても検討を加えている。

まず、「事前の文書による意思表示（リビング・ウィル等）あるいは口頭による意思表示」がある場合は、「患者の推定的意思を認定する有力な証拠」となり、再度の意思確認や家族の意思表示等により総合して認定されるとしている。

次に、「患者の事前の意思表示が何ら存在しない」場合は、「家族の意思表示から患者の意思を推定することが許される」と裁判所は考えている。ただし、「家族の意思表示から患者の意思を推定するには、家族の意思表示がそうした推定をさせるに足りるだけのものでなければならないが、そのためには、意思表示をする家族が、患者の性格、価値観、人生観等について十分に知り、その意思を適確に推定しうる立場にあることが必要であり、さらに患

---

[44] 横浜地判平成 7 年 3 月 28 日判例時報 1530 号 28 頁。

者自身が意思表示をする場合と同様、患者の病状、治療内容、予後等について、十分な情報と正確な認識を持っていることが必要である」、などと簡単に患者の推定的意思を認定してはならないことを示している。「疑わしきは生命の維持を利益にとの考えを優先させ、意思の推定に慎重さを欠くことがあってはならないといえる」からである。

（3）川崎協同病院事件

この問題をさらに詳細に分析して、治療行為の中止と患者の自己決定権との関係を明らかにしているのが、川崎協同病院事件[45]の控訴審判決[46]である。

なお、第一審[47]は、東海大学病院事件と同様の理論に依拠して、以下のように判示している。

「末期医療において患者の死に直結し得る治療中止の許容性」は、「患者の自己決定の尊重と医学的判断に基づく治療義務の限界を根拠として認められるものと考えられる。」

ところで、「終末期における患者の自己決定の尊重は、（中略）あくまでも人間の尊厳、幸福追求権の発露として、各人が人間存在としての自己の生き方、生き様を自分で決め、それを実行していくことを貫徹し、全うする結果、最後の生き方、すなわち死の迎え方を自分で決めることができるということのいわば反射的なものとして位置づけられるべきである。」そして、「その自己決定には、回復の見込みがなく死が目前に迫っていること、それを患者が正確に理解し判断能力を保持しているということが、その不可欠の前提となるというべきである。（中略）もっとも、末期医療における治療の中止においては、その決定時に、病状の進行、容体の悪化等から、患者本人の任意な自己決定及びその意思の表明や真意の直接の確認ができない場合も少なくないと思われる。このような場合には、前記自己決定の趣旨にできるだけ沿い、これを尊重できるように、患者の真意を探求していくほかない。（中略）その真意探求に当たっては、本人の事前の意思が記録化されているもの（リビング・ウィル等）や同居している家族等、患者の生き方・考え方等を良く知る者による患者の意思の推測等もその確認の有力な手がかりとなると思われる。」

また、「治療義務の限界については、（中略）医師が可能な限りの適切な治療を尽くし医学的にも有効な治療が限界に達している状況に至れば、患者が望んでいる場合であっても、それが医学的にみて有害あるいは意味がないと判断される治療について、医師においてその治療を続ける義務、あるいは、それを行う義務は法的にはないというべきであり、この場合にもその限度での治療の中止が許容されることになる。」ただし、「医師があるべき死の迎え方を患者に助言することはもちろん許されるが、それはあくまでも参考意見に止めるべきであって、本人の死に方に関する価値判断を医師が患者に代わって行うことは、相当ではな

---

45 最決平成 21 年 12 月 7 日刑集 63 巻 11 号 1899 頁。

46 東京高判平成 19 年 2 月 28 日刑集 63 巻 11 号 2135 頁。

47 横浜地判平成 17 年 3 月 25 日刑集 63 巻 11 号 2057 頁。

いといわざるを得ない。」

第一審の重要な点は、患者の治療行為の中止に関する自己決定権を「幸福追求権の発露」として、明確に憲法上の権利に位置づけたことである[48]。これに対して、控訴審も同様に当該事件に関して治療行為の中止は認められないと判示しながらも、その根拠は異なっており、以下のように判示した。

「いわゆる尊厳死について、終末期の患者の生命を短縮される治療中止行為がいかなる要件の下で適法なものと解し得るかを巡って、現在さまざまな議論がなされている。治療中止を適法とする根拠としては、患者の自己決定権と医師の治療義務の限界が挙げられる。」

この点は、第一審と同じ立場をとっている。ただ以下にみるようにそれぞれの立場を別個に区別している点が、複合的に捉えている第一審と異なる点である。

「まず、患者の自己決定権からのアプローチの場合、終末期において患者自身が治療方針を決定することは憲法上保障された自己決定権といえるかという基本的な問題がある。通常の治療行為においては患者の自己決定権が最大限尊重されおり、終末期においても患者の自己決定が配慮されなければならないとはいえるが、患者が一旦治療中止を決定したならば、医師といえども直ちにその決定に拘束されるとまでいえるのかというと疑問がある。また、権利性について実定法上説明できたとしても、尊厳死を許容する法律がない状況で、治療中止を適法と認める場合には、どうしても刑法 202 条により自殺関与行為及び同意殺人行為が違法とされていることとの矛盾のない説明が必要となる。そこで、治療中止についての自己決定権は、死を選ぶ権利ではなく、治療を拒否する権利であり、医師は治療行為を中止するだけで、患者の死亡自体を認容しているわけではないという解釈が採られているが、それはやや形式論であって、実質的な答えにはなっていないように思われる。さらに自己決定権説によれば、（中略）急に意識を失った者については、元々自己決定ができないことになるから、家族による自己決定の代行か家族の意見等による患者の意思の推定かのいずれかによることになる。前者については代行は認められないと解するのが普通であるし、代行ではなく、代諾にすぎないといっても、その実態にそう違いがあるとも思われない。（中略）（つまり、家族の様々な）事情の介入は患者による自己決定ではなく、家族による自己決定にほかならないことになってしまうから否定せざるを得ない」。後者については、現実的な意思（現在の推定的意思）の確認といってもフィクションにならざるを得ない面がある。」結局、「自己決定権による解釈だけで、治療中止を適法とすることには限界があるというべきである。」

「他方、治療義務の限界からのアプローチは、医師には無意味な治療や無価値な治療を行うべき義務がないというものであって、それなりに分かりやすい論理である。しかし、それが適用されるのはかなり終末期の状態であり、医療の意味がないような限定的な場合であって、これを広く適用することには解釈上無理がある。しかもどの段階を無意味な治療と見

---

[48] 野畑・前掲注（41）160 頁。

るのか問題がある。（中略）（さらに、）治療義務限界説によれば、治療中止を原則として不作為と解することが前提となる点でも、必ずしも終末期医療を十全に捉えているとはいい難い。」

控訴審では、「終末期における患者の治療選択権」を憲法上の権利とすることには疑問を呈しながらも[49]、少なくとも、通常の治療行為における患者の自己決定権は、「憲法上保障された」ものであると考えていると示された点で意義が大きい[50]。

（4）幸福追求権について

我が国の判例は、宗教上の強い信念に基づく治療の選択権に関する場合と、治療行為の中止の場面における中止の選択権に関する場合とに限られるものの、広く認められている患者の自己決定権が、憲法上の権利、幸福追求権の発露であるとの見方を示している。そこで、今一度、幸福追求権とはなにか、その制約範囲はどのようなものか、ということを確認しておく。

憲法 13 条は、「すべての国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定している。憲法 14 条以下で規定されている人権規定と異なり、一般的・包括的な記述となっているが、それは、社会の変革に伴い、「自律的な個人が人格的に生存するために不可欠と考えられる基本的な権利・自由」として保護に値する法的利益を含んでいるからである[51]。このような自由は、服装の自由、バイク免許取得の自由、飲酒の自由など広範な自由を含み得るものではある。しかし、裁判所が、憲法上の権利として認めるか否かは、「特定の行為が個人の人格的生存に不可欠であること」や、「その行為を社会が伝統的に個人の自律的決定に委ねられたものと考えている」こと、「多数の国民が行おうと思えば行うことができる」行為であること、「行っても他人の基本権を侵害するおそれがない」ことなどが考慮される[52]。

（5）患者の自己決定権とインフォームド・コンセント

上述のような幸福追求権の一内容としての自己決定権は、医療における患者の自己決定権としてどのような意義があるだろうか。

最初に述べた通り、患者の意思に反する治療行為は専断的治療行為として違法であり、

---

[49] 判決文中も、このような選択を「自己決定」とし、自己決定「権」とはしていないことからも、治療行為の中止に関する選択自体には、極めて消極的態度をとっていると考えることができる。

[50] 野畑・前掲注（41）161 頁。

[51] 芦部・前掲注（31）120 頁。

[52] 芦部・前掲注（31）122 頁以下。

様々な事項について個人の自由が認められる現代社会においては、患者の意思の尊重が重要であるため、意思に反する治療行為を行った医師に対して法的責任を課すべきである。このことを保護するための患者の権利が、本来の意味での患者の自己決定権である[53]。その尊重の範囲について、先に見た乳腺症事件では、「手術を受けるか否かについての患者の意思」であり、舌癌事件では［原告患者が］「拒否していることが明らかな場合」に拒否する意思、エホバの証人輸血拒否事件最高裁判決では、「相対的無輸血の条件下でなお手術を受けるかどうかの選択権」であるとされ、このことは治療への拒否権（治療を受けるか否かの選択権）と読み換えることが出来よう[54]。しかし、現在では、拒否権のみならず、乳房温存療法事件において、「患者が当該療法（術式）の自己への適応の有無、実施可能性について強い関心を有している」という意思も尊重されていると解されているため、治療法の選択権としての要素も含まれ、一定程度の治療法の選択権侵害も専断的治療行為として違法であることになる。その範囲がまさに問題となるが、この判例上は「強い関心を有している」内容でなければならないとする。

このことと、憲法上の自己決定権を比較すると、少なくとも、憲法上保障される権利としては、患者の治療に関する拒否・選択が「人格的生存」に重要な意義を有するものである必要がある。具体的に、エホバの証人輸血拒否の事案に当てはめてみると、確かに、患者の個人的な選好においては、輸血を伴う手術を行うことによって自己が自己であることを否定することになるのであれば、「人格的」に否定されることになる。そうならない選択を行う権利が認められるはずであり、それが仮に客観的に生命に危険のある、治療の拒否という選択であっても、患者の自己決定権として認められる[55]。乳房温存療法においては、単なる興味やあり得た選択ではなく、「強い関心」を有している内容についての選択権であるのだから、やはり自律的個人の「人格的生存」に対する違法な侵害であるといえ、患者の自己決定権として認められる。そうすると、民法との関係では、説明されていたとしたら、拒否していたであろう、という場合と、強い関心を有している治療法について説明していたとしたら、実際に実施された治療を拒否して、関心を有している治療を選択していただろう、ということが認められる場合に、医師が専断的治療行為としての民事責任を課されるべきなのではないだろうか。

なお、刑法との関係では、「人格的生存」という条件に加え、患者の自己決定権という文脈においては、それが患者の同意という形で、客観的医学的必要性とともに治療行為の正当化事由の１つとされていることから、少なくとも、生命・健康に関する利益の拒否・選択権

---

53 町野・前掲注（１）177 頁以下。

54 町野教授は、患者の自己決定権を患者の拒絶意思の尊重の問題と捉えている。その上で、その拒絶意思が尊重される範囲として自己決定権の制限範囲を検討している。

55 「人格」存立の利益を、生命処分の意思の刑法上の制限根拠として挙げるものとして、辰井聡子「治療行為の正当化」中谷陽二編『精神科医療と法』（2008 年）358 頁以下。

の限度で保障されると解するのが相当である。なぜならば、医的侵襲行為の正当化は、人の生命・健康という法益を守るという社会的機能によって担保されているからである[56]。このような客観的な利益によっておよそ正当化されそうな治療行為が、それでもなお患者の意思に反してまで、「説明されていたならば拒否していた」という場合にまで正当化されるとするならば、専断的治療行為であるし、「人格的生存」を否定するものである。この意味で、患者の自己決定権は保護されなければならない。

このように、民法上と刑法上とでは、尊重される患者の自己決定権の内容が若干異なる。(ⅰ)これがなければ医療行為自体が違法となる、「違法阻却の同意」と、(ⅱ)これがなければ自己決定権侵害として慰謝料請求が可能となる「医療的決定の同意」があり[57]、これを説明の観点から整理すると、(ⅲ)「治療のための説明」と(ⅳ)「自己決定のための説明」とに分けられる[58]とするのも、このような趣旨からであろう。しかし、このいずれもインフォームド・コンセントを得るということによって保護されることになり、これらを峻別することは不可能である。さらに、それがなくても法的責任は問われないが、医師―患者関係において、信頼関係を形成するための医師の説明を通した会話、というのもインフォームド・コンセントにおいて重要であり、むしろその方が重要な説明であるともいえる。Mund Therapie(口で治す)を語源とする、いわゆるムンテラがそれである[59]。そこで本稿は、患者のインフォームド・コンセントという形で得られる患者の同意は、(ⅰ)正当化要件としての患者の同意、(ⅱ)医療契約締結のために必要な患者の同意、(ⅲ)ムンテラとしてのインフォームド・コンセントという不可分の3つの要素があるという前提に立った上で、説明されていたら、当該治療を拒否していたという意味で「人格的生存」に関わる範囲内で患者の自己決定権が尊重されると解する。(ⅰ)(ⅱ)のいずれか又は両方に関わる領域での侵害があれば、刑法上または民法上の責任を医師が負うが、(ⅲ)については原則的に医師の裁量の問題であり、原則的には医師に法的責任を負わせるべきではない。但し、その裁量を逸脱するような侵害があった場合には、当然に法的責任が課される。

では、実際に「人格的生存」に関わる拒否・選択権がどのような範囲に及ぶのか、それとインフォームド・コンセントとはどのような関係にあるのかということを検討しなければならない。この点については、第2章において、医師の説明義務の制限理論との関係で考察することとする。

---

[56] 上山・前掲注(30)143頁。

[57] 米村滋人「医療行為に対する『同意』と親権」法学83巻4号(2019年)158頁。

[58] 町野・前掲注(1)239頁以下。

[59] 村岡潔「医師の裁量権と患者の自己決定権(3)違法性阻却とインフォームド・コンセント」佛教大学保健医療技術学部論集第13号(2019年)28頁、小林良二「ムンテラ」北海道医報1195号(2019年)、高井信朗「『ムンテラ』と『インフォームド・コンセント』に思うこと」臨床整形外科47巻2号109(2012年)頁。

第５節　小括

本章では、治療行為の正当化の議論の中で大きな意義を有している患者の現実的同意に関して、それが医師の説明に基づくものでなければならないという意味で、医療実務上は患者のインフォームド・コンセントとして得られるものであることから、法的に「十分な」インフォームド・コンセントとは何か、ということを検討するための前提を整理した。

まず、学説・判例を整理することによって、法的に十分なインフォームド・コンセントかどうかは、医師の説明義務の存否、その履行という観点から検討されており、現在では相当広い範囲で医師の説明義務が認められているため、説明義務の過大化という問題が生じていることが明らかとなった。これは、患者の自己決定権を保障するために必要なものではあるが、実はこの患者の自己決定権がいかなるものなのか、ということの議論は多くはなく、この点が明らかにならない限り、無限定に説明義務の範囲が広がってしまうことになる。このことは、医師だけでなく、患者にとっても利益があることとはいえない。

他方、ドイツの判例においては、患者の自己決定権は、「生命・身体不可侵の権利」という憲法上の権利として構成されている。このことによって、患者の自己決定権を、生命・身体に関する自由な処分権に関する権利という制限を設けることができる。それゆえ、意思無能力であることなどによって自己決定権を行使できないからという理由で治療を行わない、というのはむしろ「生命・身体不可侵の権利」に反し、国家は患者の生命・身体が侵害されないよう保護するために治療を行う義務があるという。

そこで、我が国の憲法的な観点からの絞り込みを試みた。そこでは、患者の「人格的生存」にとって必要な治療の拒否・選択権であることが必要であると考えられた。その内容については、「もし、説明をされていたとしたら、拒否していたであろう」という内容について説明されず、同意してしまった場合が想定される。

しかし、これがインフォームド・コンセントを得る中で、どのような点で認められた場合に、どのような責任があるのかというのは、インフォームド・コンセントの性質と併せて考えなければならない。本章では、患者のインフォームド・コンセントという形で得られる患者の同意は、(ⅰ)正当化要件としての患者の同意、(ⅱ)医療契約締結のために必要な患者の同意、(ⅲ)ムンテラとしてのインフォームド・コンセントという不可分の３つの要素があるということを示した上で、具体的検討を第２章において、医師の説明義務を制限する法理論の検討を通して、より具体的に検討するものとする。

第２章　仮定的同意の理論的検討と有効な患者の同意

第１節　問題の所在

第１章では、治療行為の正当化要件として、患者の同意が必要であることから、それを有効にするための医師の説明義務が過大化しているという問題と、患者の自己決定権の憲法・民法・刑法的な内容について検討した。そこでは、治療行為の正当化として患者の同意が有効であることと「十分な」インフォームド・コンセントであることとは別個のものであることを示した。すなわち、医療実務においては、治療行為の正当化についてインフォームド・コンセントが必須とされる傾向にあるが、説明が不十分であっても、患者の同意が無効であり、治療拒否・選択権という患者の自己決定権が侵害されていると直ちにはいえないのである。その基準として、「人格的生存」要件は一定の意味を有する。

実際に、患者の現実的同意があるとはいえない場合も、治療行為として正当だと考えられている。大別すると以下の３つの場合である。すなわち、（Ⅰ）十分な説明に基づかない患者の同意がある場合、（Ⅱ）患者が意識不明等でインフォームド・コンセントを得ることが不可能である場合、（Ⅲ）患者が精神障害者や未成年であるために、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である。しかし、これらの場合に、いかなる理論的根拠により正当化されるかは明らかではない。したがって、これらの場合は、治療行為としての正当化における患者の同意の意義とインフォームド・コンセントとの関係の問題が顕在化する場合であり、それぞれについて検討を行うことが必要となる。このうち、本章では、（Ⅰ）十分な説明に基づかない患者の同意がある場合について、治療行為の正当化がどのようにして可能なのか、インフォームド・コンセントや患者の自己決定権の理論とはどのような関係にあるのか、ということを検討する。

「十分な」インフォームド・コンセントを突き詰めていくなら、第１章で紹介した民事判例にみられるように、医師の説明義務は過大化してゆく。すなわち、説明が不十分であることによって医師の法的責任（我が国では民事責任）を負うということになるにつれて、患者ができるだけ多くのことを説明され、その上で治療を選択するということが必要となってくる。

しかし、医師に過大な説明義務を課し、大きな負担を強いることは、健全な医療を損なう恐れがあり、患者の利益とはならない。患者のインフォームド・コンセントを得る、ということが、個々の患者の様々な事情を考慮して、医師と患者が病気の治療に協同して専念するためのものではなく、訴訟になったときの医師の保身のための手続に映ることもあるからである。さらに、医師が過大な説明義務を充たす説明を行うことによって患者に過大な情報を与え、あらゆる判断を全て患者に委ねることは、かえって患者に不利益をもたらすこともある。あらゆる事情を知りたい、という人にとっては良いかもしれないが、何事も選択肢が

多ければ多いだけ良いわけでもない。その中から何かを選択する、というのは、病気を治すという本来の目的に使うべき患者自身のエネルギーを、別のことにも使わなければならないということを意味する。

他方、今日のドイツの刑事判例において、我が国と同様、治療行為は傷害罪の構成要件に該当すると考えられており、学説上もそのことを前提として患者の自己決定権の問題が検討されている。また、我が国と同様に、医学的正当性の要件と患者の同意要件とを充たす場合には正当化が認められ、このうち患者の同意要件が有効となるためには、医師の説明が必要であると考えられている。ドイツにおいては、判例上もこのような考え方が示されており、医師の説明義務違反がある場合には、傷害罪の成立が認められる。それゆえ、ドイツにおいても我が国と同様、医師の説明義務の過大化という問題が生じている。

医師の説明義務の過大化の問題を解決する理論の 1 つとして、近年、ドイツにおいていわゆる「仮定的同意（hypothetische Einwilligung)」が盛んに議論されている。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ことを前提として、「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だろう」という関係が認められる場合には、医師の免責を認めるという理論である。この理論を前述した乳腺症事件の場合に適用すると、もし、患者が左乳房の全摘手術について説明を受けていたとしても、当該侵襲を同意していただろうと言える場合には、医師の法的責任が否定される。

この理論は、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の問題として読み換えることができる。そこで、本章においては、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を、刑法的観点から検討した上で、これと民法上問題となっているインフォームド・コンセントとの関係を明らかにすることとする。そのために、仮定的同意論がドイツの民事判例において発展し、その後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、ドイツの民事及び刑事判例を概観した上でドイツの学説を整理・検討することによって、（Ⅰ）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、考えを示していくこととする[1]。

第２節　判例

第１款　ドイツの民事判例

医師が説明義務に違反している場合に、当該義務違反に基づく治療行為と患者の損害との間の因果関係が欠缺しているということを根拠に医師の不法行為責任を否定するとする

[1] 仮定的同意に関する判例の詳細は、拙稿「インフォームド・コンセントにおける仮定的同意（１）（２・完)」北大法学論集 68 巻 1 号 61 頁以下、 2 号 45 頁以下を参照。

判例は、1900 年代初頭から存在していたが[2]、仮定的同意に独自の意義を認めたと評価されているのは、連邦通常裁判所（以下、BGH。）1984 年 2 月 7 日判決[3]である[4]。

事実概要は、以下のとおりである。原告である 34 歳の女性患者は、両頸部及び左上胸部にリンパ節の肥大が見られ、1974 年 7 月に、被告医師 A の下でリンパ肉芽腫症（die Lymphogranulomatose）であると診断された。その治療のため、被告医師 B によって同年同月 2 日から放射線治療が開始されたが、放射線治療に伴う脊髄損傷（der Rückenmarksschädigung）のリスクについては説明されていなかった。治療開始から約 14 日後に、嚥下障害や呼吸困難を起こし、同月 20 日からは、脊髄炎（Rückenmarksreizung）によって、頸椎と腰椎を屈伸させる際に打たれるような痛みを訴えるようになった。翌 1975 年 4 月から、まず、両肢に感覚障害（Gefühlsstörung）が発生し、その後、痙性の麻痺、肛門及び膀胱の括約筋の衰弱並びに右上腕の感覚麻痺も生じた。同年 8 月 6 日、被告 A の病院において、脊髄炎であると診断されたため、同年 8 月から翌 1976 年 9 月まで、大学病院 F において、細胞増殖抑制性の薬によって治療されたが、1975 年 12 月から、第 5 胸髄 T5 の部分に不完全対麻痺（die inkomplette Querschnittslähmung）を起こした。

原告は、被告の放射線治療に関するリスクに関する説明義務違反による損害賠償請求を行ったが、地方裁判所（以下、LG。）がこの訴えを退けたため、原告が上告した。BGH は、これを受け入れ、以下の理由から原判決を破棄差戻した。

医師は、放射線治療を行わなければ、残された平均寿命が 2、3 年しかなかったことや、対麻痺を発症する確率が 10 倍高かったということを根拠に、もし原告患者がふさわしい説明を受けていたとしても、放射線治療に同意していただろうと主張しているが、「患者の自己決定は、医学的にみて不合理なものであっても尊重される」ため、このような主張によって医師の損害賠償責任を否定することはできない。また、「患者個人の行為当時の立場からみて、説明されていた場合にも同意していただろうということは、医師側から立証できない」。従って、患者側が、もし、説明をされていたならば、同意していなかっただろうということを立証する責任を負い、その際、「決心の迷い（Entscheidungskonflikt）を表明していたということの立証をもってこれを成し得る」が、本件については、原審の認定においてそのような立証が説得的に行われていない。

本判例は、仮定的同意が認められるか否かということの判断は、個々の患者を基準とするとした上で、患者にその立証責任を負わせることを明示したものである。具体的に、行為時点において、患者自身が「決心の迷い」を表明していたかどうかということを立証すること

---

[2] RG JW 1907, 505; RG JW 1932, 3328; RGZ 163, 129; BGH NJW 1956, 1106 など。

[3] BGHZ 90, 103.

[4] Vgl. *Hemgstenberg*, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht – Zu den „Risken und Nebenwirkungen“ eines Transfers der Rechtsfigur aus dem Zivil- in das Strafrecht, 2013, S.10.

によって仮定的同意の抗弁が否定されるとした。仮定的同意についてのこのような立場は、現在の判例においても採用されている[5]。後述する刑事判例においても、このような「決心の迷い」という基準に基づいて患者の意思を推定するという手法が用いられている点でも、本判例の存在意義は大きい。また、本判例において最も重要なことは、これまで医師の説明義務という観点から、説明しなければならない事項を説明していたか否かについての立証責任が医師に存在すると考えられてきていたが、患者の個人的内心的事情についての問題であるという原則を徹底する意味でも、その立証責任を患者に転嫁していることである。

第 2 節　刑事判例

このような仮定的同意に関する民事判例の影響を受け、刑事判例においても仮定的同意によって医師の刑事責任を否定することが認められるようになった。

まず、仮定的同意の考え方を刑事判例において初めて考慮したものであるとされているのは、第 2 筋腫判決[6]である[7]。

被告人である医師が、被害者である患者の下腹部の 2 つの腫瘍を摘出するために子宮（die Gebärmutter）を手術していたが、その手術において、腹壁を切開した結果、多数の筋腫結節（der Myomknoten）及び子宮の右端にりんご大の有茎筋腫結節（der gestielter Myomknoten）が発見された。それゆえ、医師は、子宮の外側と左右の卵巣を残して、子宮のそれ以外の全ての部分を摘出した。この手術は、専門家として妥当な計画、方法及び範囲において行われたものであったが、手術の後で、患者がこのような広範囲に及ぶ手術には同意していなかったということが、明確に示された。

第 1 次事実審においては無罪の判決が下されたが、患者の上告によって行われた第 1 上告審である BGH 1957 年 11 月 28 日判決[8]の差戻審の LG においては、過失傷害罪とされた。この LG による過失非難の根拠は、医師の個人的な経験や知識から尽くすことを要求された注意を怠ることによって、患者に対し事前に手術の拡大の必要性を伝えなかったこと及び誤って患者の有効な同意があるということを前提としてしまったことに、医師の過失があるという。

これに対する医師の上告に対し、BGH は、手術の拡大の可能性について、「事前に説明されていたとしても、患者が同意を与えていただろうという場合には、医師が患者の同意が存在すると考えたとしても過失がない」として、LG の有罪判決を破棄差戻した[9]。

本判決は、刑法上も仮定的同意も有効な同意であることを認めるものであるが、具体的に

---

[5] BGH NJW 1986, S. 1541; 1991, S. 1543; 1992, S. 2351 など。

[6] BGHSt 15, 200.

[7] *Rönnau*, Anmerkung, JZ 2004, S. 801.

[8] BGHSt 11, 111.

[9] 以上の事実概要及び訴訟経過の詳細については、*Hengsteiberg*, a.a.O., S.82 ff.参照。

どのような場合に仮定的同意が認められるのかということについては示されていなかった。この点を明らかにしたのが、「睾丸摘出事件（Der Hodenentfernungs-Fall）」[10]である。

当時、病院の外科助手であった被告人医師 Oe は、左睾丸に痛みを伴う腫れを訴えている被害者である患者 J を診察し、その原因について、結核かもしれないし、良性ないし悪性の腫瘍かもしれないと診断し、治療のために左右の両睾丸を摘出する必要があると考えた。しかし、癌の可能性といった暫定的な診断については患者に説明しなくてよいと考え、両睾丸の摘出手術が必要であるということのみを患者に説明した。J が、1 度に両睾丸を切除しなければならないのかどうか被告人に尋ねたところ、被告人は、1 度に全て摘出するのではなく、手術中に組織を顕微鏡で検査することによって病因を特定してから、どのような処置をするか決定すると伝えた。これに対し J は何も言わず、手術前の準備の間も何ら疑問を示さなかったので、被告人は、J が手術の範囲について顕微鏡による検査の結果によって決定することに同意し、その決定について任されたものと考えた。手術において、病因が重度の開放性の結核（der offener Tbc）によるものであることが判明し、それによって今後すぐに発症し得る膀胱結核（die Blasentuberkulose）を予防するためには両睾丸を切除することが必要であると判断して両睾丸を摘出し、病気は治癒した。被告人が、手術後に患者に対し、行われた手術について説明したところ、患者は、もし手術の範囲及び影響について説明されていたならば、手術に同意していなかっただろうと主張した。なお、結核性炎症のために、患者は手術の前に既に生殖無能力になっていた。

LG は、患者の有効な同意は、手術の利害得失について自身で事前に十分考慮し判断した上でのみ存在し、医師はそのために十分に説明をし、質問する機会や考える時間を与えなければならないとした上で、本件においては医師の十分な説明が欠けるために有効な同意は存在せず、傷害罪の違法性は阻却されないが、被告人が患者の有効な同意があると誤認していたために故意が阻却され、過失傷害罪が成立するとした。これに対し、被告人が上告し、BGH は、以下のような理由から原判決を破棄し、被告人を無罪とした。

まず、原則的に「たとえ医療準則に従った医師の手術であっても、患者の同意に瑕疵がある場合には、傷害罪の構成要件に該当し」、その違法性を阻却するのは患者の有効な同意が存在する場合である。これに対し、同意がない場合には「たとえ手術に落ち度がなく、良好な結果を得られたとしても違法性は阻却されない」とした。患者の有効な同意の要件については、手術の方法及び範囲に関する医師説明であるとするのが有力であり厳格な立場であるとした。

その上で、本件については、手術を延期することができないわけではないが、病因を特定するために必要であったこと、結核ないし癌又は良性腫瘍である可能性があるという暫定的な診断は、病因が特定できていない段階においては医師が説明すべき範囲には入らないこと、患者はどの臓器に対する手術であるかということや、場合によっては両睾丸の摘出が

[10] BGH JZ 1964, S. 231.

必要となるということを知っていたこと、病気による両睾丸の痛みがあるために睾丸の摘出が必要であり、その暫定的な診断や手術範囲の判断に両睾丸が含まれるということを患者が知っていたことなどを理由に、暫定的な診断について説明しなかったことは説明義務違反ではないとした。被告人が怠った説明は既に説明義務の範囲ではないために、患者の同意が有効であると判断して無罪を言い渡した。

LG が、手術の影響について全く知らず、知らないことについて同意を与えることはできないということを被告人が認識する義務があったということを過失責任の根拠にしているのに対し、BGH は、第 2 筋腫判決を引用して、過失非難が可能な場合として、「もし患者に対し（中略）手術範囲について説明していたならば、その範囲の手術を患者が間違いなく拒否する」ということを、被告人が認識することができ、認識したに違いないという場合を挙げている。この見解によると、「J が、本件のような［患者の年齢や術前に既に患者の睾丸が生殖無能力になっていたこと、手術の必要性、生命への危険が差し迫っていることなどの］事情にもかかわらず、もし左の睾丸をどのような場合であれ摘出しなければならないということを説明していたならば、絶対に患者が同意していなかっただろうということを、被告人が認識できたであろうということが認められる場合にのみ、過失非難が妥当する」。そして、本件においてはこのことは認められないために、もし両睾丸の摘出が不可避であることを説明していたとしても、患者は同意していただろうということが認められ、過失非難は妥当しないとした。

本判決は、補足的にではあるが、仮定的同意の考え方による過失非難の否定を認めている。そのようなことが認められる根拠として、睾丸が既に生殖無能力になっていたことや手術の必要性といった、客観的事情を具体的に挙げていることが、上述の第 2 筋腫判決とは異なっている。もっとも、この判例においても、刑法上のどのような根拠から過失責任を否定するのかということは明らかにされていない。これに対し、仮定的同意の存否の判断材料や、仮定的同意の刑法的効果について論じているのが、「O 脚事件（Der O-Beine-Fall）」[11]である。

付帯原告である被害者患者 J は、O 脚を手術で矯正してもらうために一般病院 B の整形外科長であった被告人医師の下を訪れた。被告人の診察を受ける前に、既に 2 人の医師の診察を受け、患者の O 脚は手術が必要なものではなく、手術を行う利益よりもリスクの方が大きいということを理由に、O 脚矯正手術を思いとどまるよう助言されていたが、どうしても手術を行いたかったからである。被告人は、とりわけこの患者の希望を重視して、高位脛骨骨切り術（die lange Schrägosteotomie）によって O 脚矯正手術を行うこととした。

---

[11] BGH Urteil vom 25. 09. 1990 5 StR 342/90.
（http://www.juris.de/jportal/portal/t/p7k/page/jurisw.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=KORE520909100&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint）

術前説明において、手術の危険性や合併症の可能性については、一般的な事項についてしか話しておらず、骨髄炎（die Osteomyelitis）や関節の癒着不良（die Pseudarthrose）といった本手術特有のリスクについては説明していなかったが、患者は、この手術は簡単ではなく大きな手術になり、危険のないものではないが、自身の強い希望を聞いてくれる被告人に出会えたことを喜び、手術に同意した。2回に分けて行われる手術の前ごとに、助手である女医 H. -L. が、患者に対し創傷治癒障害、血液供給障害及び感覚障害並びに痛みに関する全般的な説明のみを行って、この手術特有のリスクについて説明せずに同意書を取り、手術が行われた。手術後、入院中に、患者の左足に骨髄炎及び関節の癒着不良が生じ、何度も手術を行ったが、カリパー副木（die Gehapparat）を装着しても十分に歩行することが困難な状態になり、癒着不良は現存したままとなった。

このような事実に対し過失傷害罪の成否が問われ、LG は、被告人に無罪を言い渡した。BGH は、本件手術が医学的適用性のあるものであると認められることに加え、以下の理由から無罪部分に対する患者の上告を棄却し、被告人を無罪とした。

「確かに、被告人がこの手術に特有のリスクについて説明しなかったことは、義務違反行為である」が、この義務違反行為と傷害との間の因果関係が存在しない。なぜならば、「患者が O 脚を手術によって矯正したいという切なる希望を叶えてくれる被告人にようやく出会ったということや、被告人の医師としての技量や手技に無条件の信頼を置いていたということが認められる本件の事情の下では、もし、関連する全てのリスクについて説明されていたとしても、患者は手術に同意していただろうということが認められる」からである。従って、被告人に過失傷害罪は成立しない。

本判決は、まず、仮定的同意が認められるか否かということの判断材料として、どうしても本件手術を希望していたという患者の主観的・個人的な事情を具体的に挙げている。さらに、仮定的同意が認められる場合には、説明の欠缺と結果との間の過失因果関係が否定されるために、医師の責任が否定されると明示している。もっとも、患者の主観的・個人的な事情をどこまで考慮するか、あるいはいかに考慮するか、という認定についてはなお、明らかではない。

（1）サージボーン事件[12]

大学病院の神経外科長であった被告人は、1990 年 6 月から、傷んだ頸部椎間円板（Halsbandscheibe）を除去した後で、隣接する椎体骨（Wirbelkörper）との間に、椎間固定具（Abstandhalter）として、牛骨のサージボーン合わせ釘（サージボーンという削る機械で作る合わせ釘）をはめこむというある種の侵襲（HWS-Disc-Ektomien 手術法。以下、術式①）を実施していたが、この合わせ釘は、例えばカナダといった諸外国では慣例だったものの、ドイツ薬品法（Arztneimittelgesetz）においては許認可義務があるものであり、1990 年

[12] BGH JR 1996, S. 69.

時点において連邦保険庁（Bundesgesundheitsamt）から認可を受けていなかった医薬品であった。当時のドイツにおいては通常その代わりに、椎間固定器具として自身の骨を使っていた（以下、術式②）。

術式②のメリットは、自身の骨そのものから隣接する椎体骨との結合が促され、よって望ましい強度を得ることができるということで、デメリットは、患者の骨盤の腸骨稜（Beckenkamm）への外科的侵襲が再度必要になり、その結果この部位の感染や衰弱によって、相当な痛みがあるということであった。他方、術式①のメリットは、余分な手術が必要ないということで、デメリットは、サージボーン合わせ釘は単に隣接する椎体の骨の成長のための骨組みとしての役割を果たすに過ぎないために、骨の結合にかかる時間が術式②に比べて長く、従って、より長い間にわたって、例えば脱臼（Dislokation）や脱出症（Ausstoßung）、麻痺（Zusammenbruch）、削りくずの吸収、椎体の損傷といった削りくずによる合併症（Spankomplikation）を起こす危険があることであった。

本件の被害者である 6 名の患者らは、以上のような術式①の手術を被告人によって行われ、削りくずによる合併症が発症した。患者らは確かに、術式①を選んだか術式②を選んだかということに左右されずに存在する、通常の手術の危険、特に死亡したり横断麻痺を発症したりする危険性や、手術の失敗については説明されていたが、患者らを不安にさせないために、術式①によって、術式②と比べて合併症の危険性が高められることや利用されるサージボーン合わせ釘はドイツ薬品法の下では許認可義務があり、しかし認可されていなかったという事情については説明されていなかった。患者らは、もし術式①では通常と異なった許認可義務のある材料が使われるということや、その特殊なメリットやデメリットについて説明されていたならば、本件手術に同意していなかった、もしくは少なくとも即座には同意していなかったとしている。

LG は、(a) 術式①と術式②の危険性の差異に関する説明を行っていないということと、(b) 術式①に利用するサージボーン合わせ釘が当時認可されていなかったということに関する 2 つの説明義務違反が存在することを根拠に、被告人を故意の傷害罪で有罪に処した。これに対して被告人が上告し、BGH は以下のような根拠から原審を破棄差戻した。

まず、(a) について、そもそも「治療方法の選択は、医師の第 1 の任務であるために、どのような治療法があり得るか、そしてその治療法ないし他の治療法にどのような理由で賛成ないし反対するかということを説明するように医師が患者に求められることは通常はない」という前提に立った上で、「治療の選択についての説明が必要となるのは、一方の治療法を選択した場合に患者に特殊な負担を強いることになる場合、あるいは特別な危険と成功のチャンスが示される場合である」と示した。本件においては、サージボーン合わせ釘の場合に骨の接合が遅いために、その遅れた時間の間に削りくずによる合併症が予期されるということについて具体的な認定はなされていない以上、術式①と術式②の危険性の差異に関する説明を行っていないということが説明義務違反にあたることはないとした。

他方、(b) については、「患者らが、許認可がないことについて他の情報源から情報を得

ていたとは言えないし、被告人が使おうとしているサージボーン合わせ釘の代わりに、自身の骨から作った椎間固定具を利用することが考えられるということ、そしてそれが他の病院では通常行われていることだということを、患者らは知っていたが、この認識は、サージボーン製品の認可が下りていないことに向けられた説明義務を果たしたとは言えない」として、術式①が術式②と異なった材質の椎間固定具を利用するという点で異なり、その椎間固定具は許認可が義務付けられているが、実際には許可されていなかったということは、説明義務違反にあたるとした。

以上の理由から、被告人によって行われた「手術が適法となるためには、患者らが、被告人によってその手術、経過、成功の見込み、危険性、治療選択の可能性について説明された上で与えた、有効な同意が必要である」が、患者らは必要な説明をなされていない上に、患者の決定にとって本質的であった可能性のある事情について十分な考慮をする機会を与えられていなかったため、患者 P の同意は無効であり、傷害罪の構成要件に該当すると判示した。

しかし、BGH は、仮定的同意の一般論を以下のように提示した上で、本件においては仮定的同意によって医師の可罰性が否定される可能性があるために破棄差戻しを免れないとした。すなわち、「説明の欠缺は、侵襲について医師が完全に説明した場合には、患者が同意を与えなかっただろうという場合にのみ、傷害罪による医師の可罰性が生じ得る、すなわち、説明義務違反がある場合にも、義務付けられた説明を全て行っていた場合にも患者が同意していたであろうという場合には、医師の傷害罪による可罰性が否定される」。このことは検察官によって立証されなければならず、もし疑いが残るならば、「疑わしきは被告人の利益に」の原則から、義務に従った説明の場合にも同意があっただろうということを前提としなければならない。本件においては、ある患者が、基本的に自分以外の骨に対して嫌悪感をもっていたということにより、サージボーン合わせ釘についてのメリットやデメリットについて完全に説明を受けていた場合には、自身の骨から作る合わせ釘を選択していただろうと供述しているものの、主張されているように自身以外の骨に対して基本的に嫌悪していたにもかかわらず、なぜその患者がサージボーン合わせ釘による手術に同意したのかということが納得できることではないために、これでは自身の骨による合わせ釘を組み込むことを希望した可能性が認められたに過ぎず、「疑いが残る場合」であると言えるので、患者が同意していたであろうということを前提としなければならないとした。

本判決は、「仮定的同意（Hypothetische Einwilligung）」という文言を初めて用いた上で、その定義は「もし、医師が患者に十分に説明していたとしても、患者は手術に同意していただろうということが認められる場合」であると明示し、仮定的同意が認められる場合には、医師の可罰性が否定されるという枠組みを示したものでもある。また、仮定的同意の立証は検察官が行い、その立証に疑いが残る場合には「疑わしきは被告人の利益に」の原則によって、同意があっただろうということを前提としなければならないということも示している。もっとも、このような免責がどのような刑法理論的根拠により示されるのかということは

明らかではない。この点について明らかにしたのが、以下の判例である。

（２）椎間板事件[13]

被害者患者 A は、事前に行われた核スピン断層撮影法（Kernspintomographie）によって、A の腰の脊椎（Lendenwirbelsäule）のうち、より重傷の椎間板ヘルニア（Bandscheibenvorfall）が上部 L4/L5 間に、その下により軽傷のヘルニアが L5/S1 間に発見され、重い方のヘルニアについて手術が必要であったために、1996 年 8 月に O クリニックの神経外科長であった被告人医師の治療を受けた。第 2 主任医師である女医 K が、若い助手医師とともに執刀したが、彼女は気付かずに、その下にある L5/S1 間を手術し、除去してしまった。翌日、その患者に、神経線維の損傷を喚起する下肢の麻痺症状が出現し、その原因としては、同じ箇所の新たな脱出症という早期再発の可能性、あるいは手術の部位の取り違えによって、当初の脱出症が存続している可能性があり、放射線医 D によるレントゲン診断及びコンピューター断層撮影法（Computertomographie）により、手術部位の取り違えであったことが明らかになった。以上のことは、記録から被告人も K も認識していた。

被告人は、K に助言を求められたため、患者に対し、ミスについては伝えずに、実際には手術を行っていない L4/L5 間の早期再発により再手術が必要であると説明した上で 2 回目の手術を行い、2 回目の手術の報告においては、既に 1 回目の手術で除去されている軽い方のヘルニアについて、この機会についでに除去したと述べるよう助言した。K は、実際にこのような事実に即さない説明をして患者から 2 回目の手術の同意をとり、2 回目の手術の報告においてもこのような虚偽の説明を行った。よって、2 回目の手術の以前に右側の腰椎骨の半分 L5/S1 間の除去は終わっていたという事情について、患者は知らなかった。

LG は、被告人を傷害の教唆罪としたが、BGH は以下のように判示して、被告人及び被害者の双方からの上告のうち被告人の上告を認め、原審を破棄差戻した。

まず、本件のように、「不可欠に行われた 2 回目の手術の根拠についての欺罔によって得られた同意は、無効であり違法性を阻却しない」とした上で、もし、患者が本当の説明をされた場合にも、実際に行われた手術に対して同意を与えていただろうという仮定的同意が認められる場合には、違法性が阻却されるものであると確認した。これを前提とした上で、仮定的同意が認められるか否かについて、LG の認定によっては判断できないため、差戻しを免れないとしている。すなわち、LG は、事実に即した説明の場合には、2 回目の手術の必要性と緊急性のために、執刀医 K によって手術されることに同意したかもしれないし、手術ミスを行った K ではなく他の医師による手術を希望していたかもしれない、という認定では不十分であり、「仮定的同意の認定の際には、手術が必要であったことや、合理的な患者ならば同意していただろうということは関係ない」とした。

本判決は、サージボーン事件における仮定的同意の定義をそのまま援用した上で、医師の

---

[13] BGH JR 2004, S. 251.

刑法上の免責を認める根拠が違法性阻却であるということを具体的に示したものである。また、その判断の際には患者の具体的な決定が重要であり、合理的な患者を想定する睾丸摘出事件の立場を否定するものである。このような個別具体的な患者の判断を想定するということ自体は、O 脚事件においても取られていた枠組みではあるが、そのことを仮定的同意の認定のための判断基準として明示したのは、本判決が初めてである[14]。しかし、どのような根拠により、違法性を阻却できるのかということは明らかにされていない。この点については、以下第 3 章で概観する通り、学説において争いがあるところである。

以上の判例は、治療行為の正当化要件である医学的必要性が認められ、その処置の方法についても医療準則に則って行われたものであると認められる事案であった。しかし、近時の判例においては、そのような要件を充たさない、美容整形や民間療法、検査、さらに実験的医療に位置づけられるものについても、以下のように仮定的同意の判断枠組みを用いている。

（3）椎間板事件以後の判例

その後、美容手術という、医療準則に従わない医師の侵襲の場合に仮定的同意が認められる範囲を示したものが「脂肪吸引事件」[15]である。一般的に、美容整形の場合に侵襲の違法性を阻却する患者の同意の前提となる医師の説明義務の範囲は、一般医療の場合のそれと比べて、非常に大きいことは既に知られていることであるが[16]、そのような基準と同程度の詳細な説明をしていたとしても同意していただろうと認められる場合には、仮定的同意による医師の免責を認める余地があることが示されたと言える。

さらに、「ターボ禁断療法事件」[17]では、前述の脂肪吸引事件と同様に、医療準則に従っていない侵襲行為であるが、そのような場合にも仮定的同意が認められ得るということを認めつつも、個々の事案における特殊事情についての説明まで十分に行っていた場合を仮定した上で、その場合にも同意があったかどうかということを検討することが必要となるとされた。

検査行為の場合においても、仮定的同意による医師の免責の可能性を示したものが、「胃

---

[14] 本判決の判断枠組みを援用した上で、仮定的同意が認められないために医師の説明義務違反行為による故意の傷害罪の成立を認めたものとして、連邦通常裁判所 2004 年 1 月 20 日判決（BGH JR 2004, S. 469）がある。 本事案は、被告人医師が、患者の肩脱臼（die Schulterluxation）の手術において、器具の破損により患者の骨に埋まってしまった穴あけドリルの先端を除去するために必要な 2 回目の手術おいて、その手術を行う根拠について欺罔した上で同意を得た事案であった。

[15] BGH NStZ-RR 2007, S.340.

[16] 山中敬一『医事刑法概論 I　序説・医療過誤』313 頁以下参照。

[17] BGH NStZ 2008, S. 150.

内視鏡事件（Der Gastroskopie-Fall)」[18]である。緊急に必要な検査であったわけでもなく、事前の同意が手に入れられ得ないわけでもない検査である場合には、手術の場合と異なり、その検査が原則的に必要であるという客観的な事情を根拠に、その範囲を拡大することに対する仮定的同意は認められないということを確認している。手術範囲の拡大の場合については、既に第 2 筋腫事件及び睾丸摘出事件において検討されており、そこにおいては、手術の拡大の必要性という観点から仮定的同意を認めていたのに対し、検査範囲の拡大の場合には、それとは異なった判断枠組みによって認定するということを示したと言える。実験的医療の場合における仮定的同意の問題を取り扱っている。

「自家肝細胞移植事件」[19]は、実験的医療の場合においても仮定的同意によって医師の免責が可能であるということを示した上で、過失犯において仮定的同意が認められる場合には、説明義務違反と結果との間の義務違反連関を否定するという判断枠組みを確認したものである。

第 3 款　小括

以上のように、民事判例において認められるようになった仮定的同意は、現在では刑事判例にも及んでいる。

まず、仮定的同意とは、患者に説明されなかった事項があったとしても、「もし、その事項について説明されていたとしても、同意していたであろう」ということが認められる場合をいう。民事上は、その立証責任は患者側が負い、同意した時点で「決心の迷い」があったということを立証した場合には、医師側の仮定的同意の抗弁が否定される。逆にこの立証ができない場合には、医師の損害賠償責任を否定することになる。刑事上は、過失犯の場合には、義務違反連関を否定することによって過失責任を否定し、故意犯の場合には、違法性を阻却するという立場を採っており、過失犯と故意犯とでは法的効果が異なるとされている。もっとも、その立証については、過失犯と故意犯とで区別はなく、検察官が医師に対して立証し、もしその立証に疑いが残るならば、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従って、医師に有利になるように、説明があった場合にも患者が同意していたということを前提とすること、その判断については、合理的な患者ならば同意していたかどうかということではなく、個々の患者の個人的な見解や状況に鑑みてその患者自身が同意していたかどうかということを基準とすることとされている。

以上のような立場は 2004 年の椎間板事件までに確立されたものであり、以後の判例にも踏襲されている。

さらに、近時の BGH 判決においては、医学的適応性並びに医術的正当性の要件を充たさない治療行為である美容整形や民間療法、検査行為、及び実験的医療の場合にも、仮定的同

---

[18] BGH NStZ 2012, S. 205.

[19] BGH NJW 2013 S. 1688.

意によって医師の説明義務に対する免責の可否を判断するということが明確に判示されている。

このような判例の状況を受け、ドイツの刑法学説においても仮定的同意について検討がなされている。特に、判例においては明らかにされていない法的効果に関する理論的な根拠について、盛んに議論されているところである。次節において、これらを概観することとする。

第3節　学説

第1款　因果関係ないし客観的帰責の問題として考える見解

仮定的同意によって医師が免責される理論的根拠として、医師の行為の傷害結果への帰責が否定されることを挙げる見解として、以下に示す因果関係否定説と客観的帰責阻却説の2つがある。

（1）ウルゼンハイマーの見解

この見解は、仮定的同意が認められる場合には説明の瑕疵と同意の無効との間の因果関係が否定され、傷害罪の構成要件該当性が否定されるというものである[20]。この見解を主張するウルゼンハイマーは、「医師の説明の欠缺と患者の同意の無効性との間の因果関係が肯定される場合にのみ、（過失）傷害罪の客観的構成要件該当性が肯定される」ため、仮定的同意が認められる場合には、医師の説明の欠缺と患者の同意の無効性との間の因果性が認められないために、（過失）傷害罪の構成要件該当性が否定されるとしている。「説明義務に違反していなかったとしても、同様に患者が侵襲に同意していただろう」ということは、過失犯において、「注意義務に違反していなかったとしても（合義務的代替行為の場合にも）、同様の結果が発生したであろう」ということと同様の構造をなしており、後者について因果関係を否定するものであるならば、仮定的同意の場合にも因果関係を否定すると解することができるからである[21]。このような因果関係の証明について、ウルゼンハイマーは、患者の推測上の決定は、「病気の重大さや期間の長さ、手術の必要性、予後の見通し、そして治療選択の際の客観的なリスクの比較衡量」によって示すことができるとしており、このような事実が認められる場合には仮定的同意が認められ、この証明に疑いが残る場合であっても、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従って、医師に有利になるように、仮定的同意が存在したということを前提とすることになるとしている[22]。

また、ウルゼンハイマーは、このような仮定的同意による医師の処罰の制限が認められる

---

[20] *Ulsenheimer*, Zu Voraussetzungen und Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 29. 6. 1995- 4 StR 760/94, NStZ 1996, S. 132 ff.

[21] *Ulsenheimer*, a.a.O., S.133.

[22] *Ulsenheimer*, a.a.O., S.133.

範囲についても、過失犯における注意義務違反の場合と同様の考え方に基づいて示されるとしている。すなわち、過失犯において、違反された法的義務の保護範囲にはない危険が実現した場合に行為者が免責されるということを仮定的同意の場合にも適用し、「違反された医師の説明義務の保護範囲内にはない危険が手術において実現した場合には、保護目的思想の顧慮によって、医師の可罰性が否定される」。この具体例として、患者に対して手術に関する原則的な説明や、最悪の結果の可能性に関する原則的な説明は行っていたものの、一定の説明の欠缺があった場合に、欠缺していない原則的な説明に関する部分についての危険が実現した場合を挙げている[23]。

このような因果関係否定説には、以下のような批判が妥当する。すなわち、一般的に、合義務的代替行為の理論が当てはまる場合であっても、「行為なければ結果なし」という関係が認められる以上、因果関係を否定することができないとされているため、仮定的同意が認められる場合にも因果関係を否定することはできない[24]。

以上のような批判を受け、合義務的代替行為の問題は因果関係ではなく客観的帰責の問題であるとされており、それゆえ仮定的同意の問題も客観的帰責の問題であるとするのがこの見解である。このような見解を採るのは、ロクシン、クーレン及びミッチュであり、具体的にはそれぞれ以下のような見解を示している。

（2）ロクシンの見解

客観的帰責の考え方は、行為者が許されない危険を創出したが、その危険が発生した結果に実現していないという場合に、既遂行為の構成要件該当性を否定するというものである[25]。このことを仮定的同意の場合に適用するとしているのが、ロクシンの見解である[26]。ロクシンによると、説明義務に違反して侵襲行為を行った医師は、許されない危険を創出しているが、説明していたとしても同様に患者が同意していただろうということが認められる場合には、その危険が発生した結果に実現したとは言えないので、客観的帰責が否定され、既遂傷害罪の構成要件該当性が否定されるということになる[27]。ロクシンは、以下の通り、①仮定的同意がどのような範囲で認められるかということを具体例とともに示した上で、②その判断方法を示している。

まず①について、ロクシンは、「完全な説明があった場合にも、同意が確実に与えられていただろうという場合にのみ、説明の欠缺が重大なものではなかったという理由で、帰責阻

---

[23] *Ulsenheimer*, a.a.O., S.133.

[24] Vgl. *Kuhlen*, Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen, JR 2004, S. 227.

[25] *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I , 4. Auflage, 2006, S. 343 ff.

[26] *Roxin*, a.a.O., S. 590 ff.

[27] *Roxin*, a.a.O., S. 591.

却される」としている。なぜならば、「説明義務は、患者がその侵襲の影響とリスクについて、義務に従った情報を与えられている場合にのみ、医師による侵襲が行われるということを確保するものであるべき」であり、「事実に即した説明の場合には、治療に同意しなかったであろうという具体的な可能性のみが存在する場合にも、もはやそのような場合ではない」からである[28]。つまり、医師が十分に説明していたとしても、患者が同意していたということが確実に言える場合には、説明の欠缺が重大なものではないため、その危険が結果に実現したとは言えず、帰責が阻却されるが、少しでも患者が同意していなかった可能性が認められる場合には、自己決定権の保護の観点から、説明の欠缺は重大なものであり、帰責阻却を認めることはできないというのである。

ロクシンは、仮定的同意が認められる具体例として、白内障を罹患しているある患者が十分な説明を受けずに眼の手術に同意し、その手術を受けたことによって視力が回復したという場合を挙げている。ロクシンによれば、このような場合には、「手術のリスクは小さなものであり、また、視力を回復させたいと思う患者には任意の治療選択はできないので、原則的な説明があった場合にも同意があったと期待される」ために、「説明の欠缺は作用しておらず、義務違反連関が欠けるその他の場合と同様に、帰責が阻却される」。それゆえ、仮定的同意による医師の免責が認められる[29]。

以上のようなロクシンの見解によれば、仮定的同意が認められるか否かということは、説明の欠缺が重大であったか否かということによって判断されることになる。このような考えから、ロクシンは、②について以下のように述べている。すなわち、「侵襲に関する本当の説明があった場合には、患者が同意していなかっただろうという具体的な可能性がある」か否かということが判断基準となり、この点を立証する際には、例えば、患者への尋問が有効であるが、その他に「医師の人間性に問題がないことや、その手術が医学的な必要性を示していること、他に考えられ得る治療方法の選択肢が存在しないこと」などの客観的事情が存在する場合には、「それに反する具体的な状況が存在しない限りにおいて、患者が事実に即した説明を受けていた場合にも同意していたであろうということの根拠となる」ために、患者が同意していなかっただろうという具体的な可能性を否定する有力な根拠となる。逆に、患者が治療を拒否しないように医師が故意に説明を行わなかったという場合には、医師が意図的に違法な行為態様によって危険を創出しているので、むしろ医師の可罰性の根拠とされる、としている。

ロクシンが挙げたこのような基準は、患者側の客観的事情及び医師側の事情に依拠するものであり、仮定的同意による医師の行為の帰責阻却は、患者が治療に同意していなかっただろうという具体的な可能性が示されない限りにおいては、患者個人の主観的要素とは関係なく行うことができるということになる。

---

[28] *Roxin*, a.a.O., S. 592.

[29] *Roxin*, a.a.O., S. 591.

（3）クーレンの見解

近年、客観的帰責論の位置づけに関し、違法性阻却事由の問題である場合には違法性段階において考慮するべきであるという考えが主張されている[30]。これは、刑法上重大な規範違反行為について、構成要件段階と違法性段階に分けて事前判断を 2 度行うという立場を採るならば、客観的帰責の否定による不法の否定という事後判断も 2 度行われなければならないとする考え方である。このように考える場合には、事前判断において構成要件に該当する行為であっても、事後判断において構成要件段階での客観的帰責が否定される場合に構成要件該当性が否定されるのと同様に、事前判断において違法性が肯定される（違法性阻却事由が欠缺している）行為であっても、事後判断において客観的帰責が否定される場合には既遂不法が否定されるべきであるということになる[31]。

このような、違法性段階における客観的帰責の問題を仮定的同意に適用しているのは、クーレンである[32]。クーレンは、仮定的同意が認められる場合には、医師の説明の欠缺によって患者の同意が無効であるために侵襲行為を正当化することはできないが、説明の欠缺がなかったとしても同様に患者が同意し、同様の侵襲行為が行われていると言えるため、侵襲行為が説明の欠缺に基づいておらず、違法性段階の客観的帰責の考え方によって既遂不法が否定されるとしている。クーレンは、①このように言える根拠を示した上で、②仮定的同意がどのような場合に認められるのか、さらに③認められる場合には、どのような法的効果があるのかということについて、以下のように述べている。

①について、まず、仮定的同意が問題となる場合に、客観的帰責を構成要件段階ではなく、違法性段階で考慮する根拠について、クーレンは、「もし、[現実的及び推定的] 同意を違法性阻却事由であると解するならば、[それが欠缺している場合である] 仮定的同意の検討及び傷害結果の発生が違反された説明義務の保護範囲内にあるのかどうかという問題の検討は、構成要件該当性の段階ではなく、早くとも違法性の段階においてなされ得る」ということを挙げている。その上で、「[仮定的同意は、] 構成要件的結果が、許されない危険行為によって違反された規範の保護範囲にはない、すなわち規範の保護範囲内ではこの行為の特別な危険は実現していない（危険連関が欠けている）[場合である]」ことを根拠に、「仮定的同意の法理論は、明らかに、構成要件論において是認されている義務違反連関の欠缺にお

---

30 *Puppe*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Irrtümer bei der Ausübung der Notwehr und für deren Folgen - Zugleich Bespr. des Urteils des LG München v. 10. 11. 1987, JZ 1989, S. 728 ff.; *Kuhlen*,Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungusgründen, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 331 f.

31 *Kuhlen*, Roxin-FS, S.332.

32 *Kuhlen*, Roxin-FS, S. 331 ff.; *ders*, Ausschluß der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung, Festschrift für Heinz Müller-Diez zum 70. Geburtstag, 2001, S. 431 ff.; *ders*, JR 2004, S. 227 ff.

ける帰責阻却という構造をなしている」としている。以上のことから、仮定的同意は、違法性段階における客観的帰責の問題であるとしている[33]。

②について、クーレンは、検察によって医師に対して、義務に従った説明の場合には患者が同意していなかっただろうということが証明される場合には仮定的同意が否定され、この証明に疑いが残る場合には、「疑わしきは被告人の利益に」の原則から、患者が同意していただろうということを前提とすることができるため、仮定的同意が認められるとしている。このような証明は、「患者の利益状況又は意思表明から明らかにされ得る」が、患者個人がどのように決定しただろうか（ないし決定するだろうか）ということを検討する必要があり、特に被害者を少なくとも事後的に尋問することができる場合には、この決定に対する根拠を追及しなければならないと示した[34]。

また、このような証明を行う場合には、実際にどのような行為を仮定して結果を観測するか、ということが問題となる。この点について、クーレンは、帰責可能性を検討する際に想定される行為は「違法性阻却事由の欠缺がなかった場合」であるが、違法性阻却事由が全く存在しないのに、もし違法性阻却事由が存在していたならばどうであったか、ということを想定してはならないとしている。例えば、およそ正当防衛状況が存在しない状況で、行為者が暴行し、相手方に傷害結果が発生したという場合において、もし正当防衛状況が存在していたとしても行為者が暴行し、相手方に傷害結果が発生していただろうということを考えることは妥当ではない。従って、ここで想定されるのは「些細な違法性阻却事由の欠缺がなかった場合」のみである。クーレンによれば、仮定的同意において仮定する「説明義務違反という違法性阻却事由の欠缺がなく、十分に説明していた」場合は、この範囲内にあるため、違法性段階の客観的帰責の問題として仮定する条件とすることができると言える[35]。

③については、「構成要件該当行為に対する構成要件の前提となる結果の客観的帰責（中略）が欠ける場合には、既遂犯の客観的構成要件該当性を阻却する［ということ］に相応して、説明の欠缺と結果との間の義務違反連関と危険連関は客観的違法性の枠内において検討されるべきであ［り］、客観的違法性が欠ける場合には、既遂犯の客観的不法を阻却する」とし、仮定的同意が認められる場合であっても、未遂不法は残されるとしている[36]。

（4）ミッチュの見解

上述のクーレンの見解と同様に、違法性段階における客観的帰責の考え方が仮定的同意による医師の免責の根拠となるということを認めつつ、その適用範囲についてクーレンと

---

33 *Kuhlen*, Roxin-FS, S.337.

34 *Kuhlen*, JR 2004, S. 229.

35 *Kuhlen*, Roxin-FS, S.339.

36 *Kuhlen*, Roxin-FS, S.338.

は異なった見解を述べるものとして、ミッチュの見解がある[37]。ミッチュは、このことについて、まず、①客観的帰責という考え方を考慮するのはどのような場合であるのかということを示した上で、②違法性段階での客観的帰責論によって医師が免責が認められるのはどのような場合なのかということを、具体例を交えて検討している。

①について、ミッチュはまず、構成要件段階における客観的帰責は、行為と結果との間の因果関係の欠缺が認められないということが確定した後に考慮されるとしている。その上で、既に因果関係が欠けている場合には、結果の根拠づけに客観的帰責を必要としないために、客観的帰責を考慮する余地はないとしている。すなわち、「行為が構成要件に該当し、結果も構成要件に該当し、そして、行為が結果に対して因果性を有する（中略）が、義務違反ないし行為の危険性が結果に実現しておらず、従って、義務違反連関ないし危険連関が欠けている［という場合にのみ、客観的帰責論という法解釈類型によって］その行為は客観的に構成要件に該当しないということになる」ということである[38]。

ミッチュは、このような考え方を違法性段階において適用すると、以下のようになるとしている。すなわち、「［違法性段階での］客観的帰責の問題は、（既遂）行為に関する不法判断とともに生じる結果無価値を示すところの結果である場合にのみ立てられる（中略）ので、結果無価値のない結果の場合は、客観的帰責は問題とならない」[39]。

このことを前提とした上で、②について、ミッチュは以下のように述べている。すなわち、説明の欠缺が認められる場合には、確かに一見すると、違法性が阻却されないように思われるが、このうち、「治癒する可能性が高まるものであり、従って患者が同意していたであろうという医師の侵襲は、（中略）正当化事情の存在のために、結果無価値が欠けている」ため、仮定的同意の問題ではない。ミッチュによると、この根拠は、結果発生の時点において、仮定的同意を認めることができるような事情が存在する場合には、事前の段階で推定的同意による違法性阻却が認められるという性質のものということになり、発生した結果に対する同意の有効性が認められるということである[40]。以上のことから、治癒可能性ないし治療効果のある侵襲の場合には、推定的同意による違法性阻却が可能であるので[41]、その場合

---

[37] *Mitsch,* Die „hypothetische Einwilligung“ im Arztstrafrecht, JZ 2005, S. 279 ff.クーレンとミッチュの見解の相違を、具体的な事例を挙げながら詳細に解説するものとして、*Schwarz,* Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, 2009, S. 35 ff.がある。

[38] *Mitsch,* a.a.O., S. 282 f.

[39] *Mitsch,* a.a.O., S. 283.

[40] *Mitsch,* a.a.O., S. 283.

[41] ミッチュは、治癒可能性ないし治療効果のある侵襲の場合には、既遂結果の違法性が阻却されるために結果不法が存在しないが、行為不法が残されているために、未遂結果の違法性に関する検討の余地がある、という部分的違法性阻却（die Teil-Rechtfertigung）によってこのことを根拠づけている（*Schwarz,* a.a.O., S. 33 ff.）。ただし、このような場合にな

には違法性段階における客観的帰責の問題とはならず、従って仮定的同意によって医師の免責を根拠づけられるのは、治癒可能性ないし治療効果のない侵襲の場合のみであるということになる。

ミッチュは、このような見解を示した上で、仮定的同意によって医師の免責が認められるのは、具体的に以下の場合であるとしている。すなわち、「治癒の可能性のないあるいは治療効果のない医師の侵襲の場合［において］、もし、医師の侵襲が、説明が行われないことあるいは間違った説明を行うことによって得られた患者の同意に依拠して行われたならば、違法性の阻却されない傷害構成要件該当行為であるが、例えば、患者が侵襲結果の見込みについて思い込みをしているために、患者が通常の説明の場合にも（有効に）同意していたであろうという場合には、義務違反連関が欠けるために客観的帰責が否定される」としている[42]。さらに以下のような具体的な事例において仮定的同意による医師の免責が可能であるとしている。すなわち、「いわゆる『抜歯事件（Zahnextraktions-Fall)』[43]を、欠缺のある説明が患者から切に訴えられた治療の希望に先行しているという状況に変更するならば、（中略）意思の欠缺のために同意は無効であ［り］、（中略）歯科医師による侵襲の結果は、周知の通り、（予想通り）失敗であった［ために、仮定的同意の第 1 要件である結果無価値を示す結果であるということを充たす］ため、これは仮定的同意の場合である」としている。なぜならば、この場合、「もし、患者が抜歯の前に既に、手術した場合にどのような結果となるか（すなわち、頭痛からの解放という期待された結果が得られないということ（事後的な事実)）を知っていたならば、患者は侵襲に同意しなかったであろう」と考えられ、それゆえ、「医師の行為の結果は、『同意に基づくもの』ではなく、構成要件該当性という結果不法の表現を否定するものとして適していない」と言えるからである。しかし、「実際は、患者が（事前に）治癒の可能性の見当をつけていたために、患者は事実に即した説明（とりわけ、治癒する可能性がないということを強く意識させるような説明）の場合にも、同意していた」と言うことができ、「正しい説明の場合にも、患者は侵襲の失敗の危険を引き受けることを

ぜ推定的同意が認められるのかということについては、ミッチュの見解からは明らかではない。

[42] *Mitsch,* a.a.O., S. 284.

[43] BGH JR 1978, S. 518.この事実概要は以下の通りである。慢性的な頭痛に悩まされていた被害者である女性患者 P が、この痛みが歯と関係するものだと考え、被告人である医師 A に対し、抜歯するよう依頼した。しかし、A の診察においては、この関係は見受けられなかったため、抜歯の必要がないことを伝えたが、P はそれでも抜歯に固執したため、P の依頼に応じ、P の歯を 16 本抜いた。これに対し、BGH は、必要な判断能力を欠くために、P の現実の同意は存在しない。というのも彼女は、何度も説明されたにも関わらず、「素人考えの強い、自身で行った診断に固執していた」からであるとして、被告人を傷害罪により有罪とした。

妨げられないだろう」ために「説明の欠缺の危険は、結果不法に実現していない」と言える。従って、仮定的同意により既遂不法への客観的帰責が阻却される[44]。

以上から、ミッチュの見解は、違法性阻却に欠缺がない場合にも同様の結果が発生していただろうという場合には、違法性阻却の欠缺が結果の発生にとって決定的であったとは言えないために、結果への帰責を否定するということ自体には賛成し、仮定的同意の場合にも医師の不処罰を根拠づけるものとして機能し得ることは認めているが、その適用範囲については、クーレンのようにあらゆる説明義務違反の場合に一括して適用するのではなく、治癒の可能性のないあるいは治療効果のない医師の侵襲において、説明の欠缺によって得られた患者の同意に基づいて行われた場合に限定していると言える。具体的には、およそ成功する見込みのない手術について、十分に説明せずに侵襲を行った場合のうち、患者が侵襲結果の見込みについて思い込みをしているために、患者が通常の説明の場合にも同意していたであろうという場合にのみ、客観的帰責の理論に基づいて既遂不法を否定することができる。

第2款　違法性阻却説

以上の見解は、因果関係ないし客観的帰責という、行為と結果との間の関係性を検討することによって、医師の免責を根拠づけようとするものである。これに対し、違法性阻却説は、仮定的同意を同意論の一部であると考え、現実的同意や推定的同意と区別された独自の違法性阻却事由であるとするものであり、既に故意犯を論ずる仮定的同意の刑事判例において示されているものであるとともに、学説においてはローゼナウ及びベックが主張しているものである[45]。これに対しては、以下のような批判が強い。すなわち、「仮定的同意［によって、医師の傷害罪としての違法性を阻却する］という法理論を徹底して適用する場合、説明の欠缺が刑法上一層重要性を失うことになる。（中略）つまり、仮定的同意は自己決定権と調和し得ない」[46]。

（1）ローゼナウの見解

このような批判に応える形で、ローゼナウは、仮定的同意について、まず、①傷害罪の構成要件は、自己決定権を保護しているわけではないとうことを前提として、説明義務に違反した医師を傷害罪として処罰することに反対するということを示した上で、②因果関係否定説や客観的帰責阻却説によって仮定的同意による医師の免責を根拠づけることを批判し、

---

[44] *Mitsch,* a.a.O., S. 284.

[45] *Rosenau,* Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S.683 ff., *Beck,* Was ist das Hypothetische an der hypothetischenen Einwilligung?, Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle, 2019, S. 389 ff.

[46] Vgl. *Rosenau,* Maiwald-FS, S. 695 f.

違法性阻却説によって根拠づけるべきであると主張している。さらに、仮定的同意が違法性阻却事由であると解する場合、③仮定的同意がどのような要件で認められるか、そして、④現実的同意や推定的同意といった他の違法性阻却事由とどのような点で区別されるのかということについても示している。

①について、ローゼナウは、「医師の侵襲について問題なのは、自己決定権について優先されるのが患者側でも行為者側でもないということではなく、治療と慈しみであ」り、「自律性の保護は、結局、StGB223 条以下の反射的効果として是認されるのであって、主要な保護法益として認められているわけではない」ため、「223 条［傷害罪］の構成要件は、身体の完全性が保護法益であるということがはっきりとわかっており、（中略）自己決定の保護に解釈しなおすことは許され得ない」としている。この根拠として、「主要な保護法益である身体の完全性に対する侵害は、例えば脅迫罪（StGB241 条、1 年以下の懲役）や強要罪（StGB240、3 年以下の懲役）と比べてより厳しく処罰されて」いることを挙げ、「医療準則に従った侵襲の場合に、説明の欠缺のみが非難要素であるならば、［脅迫罪や強要罪］より厳しく処罰されるのは適切ではない」としている。このような理由から、説明を怠った医師も傷害罪については免責されるべきであるとしている[47]。

また、②について、ローゼナウは、まず、因果関係否定説に対して、「仮定的同意において問題となるのは、自然法則的な因果関係ではなく、規範的な帰責連関である」ため、因果関係の問題として捉えることは不可能であるということを主張している[48]。次に、客観的帰責阻却説に対しては、「適切な説明がある場合にも身体の完全性に対する同様の侵襲に対する有効な同意が得られていたことが明白である場合には、結果不法が否定される」という帰結を導くために、考慮に値するという評価を与えつつ[49]、未遂処罰の可能性を残しており、何らかの刑事責任を問われる点に問題があるとしている。なぜならば、(a) 医療慣習との関係及び（b）民事法との整合性の観点から、以下のような問題が生じるからである。

（a）について、まずローゼナウは、医療慣習の状況を以下のように分析している。「一般的な治療法であり、それと関連する侵襲（例えば注射）の場合、患者が説明の後で実際に拒否することはないために、結論的には具体的な説明は重要ではないということになる。［従って、］具体的な説明が欠けていた場合も、仮定的同意の要件が満たされている。というのも、患者が正しい説明を受けていた場合にも同様に侵襲に同意していただろうからである。医師はこの仕組みを知っている。すなわちこの仕組みは医師の経験に合致している。そのため、医師の日常的な業務においてしばしば説明が全くなされない。また、非日常的あるいは特にリスクがある侵襲である場合にも、実際には多くの場合に説明の欠缺が患者の意思表示に影響がないといってもよいだろう。なぜならば、患者の具体的な決定にとって、他の観

---

47 *Rosenau,* Maiwald-FS, S. 696.

48 *Rosenau,* Maiwald-FS, S. 690.

49 *Rosenau,* Maiwald-FS, S. 690.

点、特に医師の推薦なども重要な役割を担う。患者が医師の下に来るのは、第1に自己決定権を行使するためではなく、医師の配慮や助言、信頼関係の範囲内における推薦を期待しているためであるからである。そして、通常はこの推薦に従って治療が行われている」[50]。このように分析し、このような医療慣習の状況に鑑みれば、患者の意思に実際に合致している医師の行為について、説明義務違反を理由として刑事責任を負わせるのは妥当ではないということになると主張している。

(b) については、「法秩序の統一という考え方［によると］、違法性の問題は全法秩序に一貫して答えられ得ることにな［り］、問題となっている医師が民事上の責任を免れているにもかかわらず、刑事責任を問われることはあり得ない」ということを根拠に、民事裁判において免責された医師に対し、未遂犯の限度であっても刑事責任を負わせるのは妥当ではないとしている[51]。

以上のようなことを根拠として、ローゼナウは、仮定的同意を、同意論において議論をしようとしている。その上で、③について、ローゼナウは、仮定的同意が民事判例において過剰な説明義務を抑制するものとして発展してきたという背景から、民事判例が用いている基準と同様に「本物の決心の迷いが認められない場合」に仮定的同意による医師の免責が認められるとしている[52]。

さらに、④について、ローゼナウは、以下のように述べている。

まず、仮定的同意は、現実の同意と同様に、侵襲に対する医師の説明と患者の同意は存在しているが、現実の同意と異なって、医師の説明の欠缺のために、その同意が無効である場合であり、かつ、推定的同意と同様に、有効な同意は存在しないが、推定的同意と異なって、医師が侵襲について説明を行い、患者の同意を得ることが可能な状況が存在している場合であるという定義に立った上で、推定的同意と仮定的同意との区別に関して、「推定的同意の場合には、被害者が全く自己決定を行わない［ために、］(中略) 平均的で理性的な患者から推定的意思を推し量ることにな［り、］(中略) 高度のパターナリズムであり、侵襲を行った医師による他者決定である」のに対し、「仮定的同意の場合には、現存しないただの仮定的な患者の同意が代用されることはな［く、］(中略) 患者の信条や個人的な見解が正確に考慮され得る［ため、］(中略) 平均的に理性のある患者は基準として妥当しない」と言える点で異なっているとしている。さらに、「仮定的同意は、侵襲に同意する意思を患者が実際に持っているということが要件となるという意味では、原則的な同意があることにな［り、］説明の欠缺によって、意思表示が有効な同意としてみなされない」という点以外については、

---

[50] *Rosenau,* Maiwald-FS, S. 695.

[51] *Rosenau,* Maiwald-FS, S. 697 f.

[52] *Rosenau,* Satzger/Schluckebier/Widmaier StGB Kommentar 2. Aufl., 2014, §§ 32 ff. Rn 51; *ders,* Maiwald-FS, S.694.

むしろ現実の同意との共通性を有するということを指摘している[53]。

以上から、仮定的同意は、現実の同意によっても推定的同意によっても違法性の阻却が認められない場合において、独自に違法性の阻却が認められるとしている。もっとも、仮定的同意が認められる場合になぜ違法性阻却し得るのかということの理論的な根拠は明らかではない。

（2）ベックの見解

ローゼナウの見解からさらに一歩踏み込み、仮定的同意の問題を、被害者の同意が違法性を阻却する根拠に立ち返って、同意論を再構築した上で、同意の有効性の問題として仮定的同意による違法性阻却を認めているのが、ベックの見解である。

ベックは、仮定的同意が問題となる場合を３つの場合に分類した上で、それぞれについて正当化の根拠を検討している。①説明の欠缺に基づいて同意が無効となっているが、事後的に患者の同意意思が表明された場合、②欺罔等に基づいて同意が無効となっているか、行為時に同意が存在しないが、事後的に患者の同意意思が表明された場合、③行為時に有効な同意が存在せず、その後死亡したり、同意無能力であったりして、事後的な患者の同意意思の表明が存在しない場合である。

まず、①の場合について検討するに際し、たとえば、手術代金についての動機の錯誤といった、法益関係的錯誤にあたらないものを除外している。なぜならば、「単なる副次的な事項に関する錯誤は、自由な処分権限の侵害とはならない[54]」からである。問題となるのは、「侵襲そのものではなく、身体の完全性に関する何らかの要素についての錯誤」であって、「確かに身体の完全性を侵害しているが、同時に故意の侵襲そのものではない場合」であるとしている。何らかの要素の具体例として、ベックは、将来のリスクや人生上の利益を挙げる。このような場合において、もし患者がこのような事項について説明されていたとしても同意していたであろうということを事後的に表明した場合、すなわち仮定的同意が存在しているといい得る場合に、どのような理論的根拠に基づいて正当化されるのかについて、まず、(現実的) 同意による違法性阻却理論の本質を「利益欠缺ないし法益放棄の表明[55]」であるとして以下のように述べている。「確かに、医師には事前に説明義務があったという事実は変えられないが、その説明の前若しくは最中にも、患者はその情報を放棄することができる。…そうだとすると、この場合[「もし説明されていたとしても同意していたであろう」

---

[53] *Rosenau,* Maiwald-FS, S.696 f.

[54] *Beck,* a. a. O., S. 396.

[55] ベックは、同意の正当化原理を、a）自己決定権の積極的行使ないし法益所有者と行為者による法益の共同形成、b）利益欠缺ないし法益放棄の表明、c）法益維持の社会的利益と法益所有者の自由利益との間の衡量の結果の３通りの理解があり得るとしている。*Beck,* a. a. O., S. 396.

というのは]、同意を代用したり仮定したりしているのではなく、患者が実際に事前に法益を自由に処分したないし利益を放棄したといえる[56]」。結局、これは患者の既に行為時に表明された同意の有効性の問題に集約されるというのである。

これに対し、脅迫や欺罔に基づいて同意が表明されている場合や、同意が全く表明されていない場合には、このような理論から正当化することはできない。なぜならば、自身の自由領域の実現あるいは同意に基づいて行為しているわけではないからである。そこで、事後的に同意の表明がある場合を②、事後的にも同意の表明がない場合を③として検討している。

まず、②の場合について、事後的な意思の表明と事前の意思の表明との関係を検討し、「確かに、同意による可罰性の否定の根拠を、主に法益被侵害者の具体化可能性の法的実現であるとするならば、事後の同意と事前の同意は異なる評価をされるように思われる[57]」とする一方で、「軽度の社会的圧力によって、自律性や同意決定能力に問題があるといわないのと同様に考えると、事後の同意と事前の同意とを別のものと評価する根拠はない[58]」として、この問題を同意の法構造から議論しなおさなければならないと指摘する。ベックの考えでは、同意は、法益の被侵害者の利益欠缺若しくは法益放棄の表明であると解する。そうすると、仮に事後的に意思が表明されたとしても、[表明されてはいないが実際上の]利益欠缺によって違法性が減少していたのだから、最初からもはや可罰性はない行為であった[59]のである。従って、事後的な同意表明も、利益欠缺の表明として行為の（違法）評価を変更する根拠となる。

なお、ベックは、同様にこの結論に至る根拠づけとして、社会的妥当性の考え方を挙げている。すなわち、可罰性の判断はあくまで行為時であるという通説に則ると、「事後的な状況や被害者の行動によって可罰性が変動することは、偶然性に可罰性を委ね、自身の行為が可罰的か否かということがわからない間隙が生じてしまう」。また、このような事態によって、「全国民の法や法治国家に対する信頼が減少する」。「確かに、表明されたのは事後的であるが、これは意思を遡及的に仮定しているのではなく、むしろ表明時と[行為時の違法性の]評価とを結びつけるものである」と理解すると、可罰性の判断が行為時に行われるとする通説にむしろ合致する、というのである[60]。結局ここには、存在しない意思の虚構（Fiktion）である「仮定（Hypothetisches）」は存在しない[61]。

③の場合については、①②の場合とは異なって、「仮定」をしなければならなくなる。つまり、事後的な意思の表明がない以上、仮定的同意の根拠が存在する、すなわち、もし説明

---

[56] *Beck*, a. a. O., S. 397.

[57] *Beck*, a. a. O., S. 396.

[58] *Beck*, a. a. O., S. 399.

[59] *Beck*, a. a. O., S. 399.

[60] *Beck*, a. a. O., S. 400.

[61] *Beck*, a. a. O., S. 401.

していたとしたら同意していたであろうという、患者の虚構の意思を仮定することが、①②の場合と同様に行為の評価を変更するかどうか、またこれが可罰性とどのような関係にあるか、ということが問題となる。もし、この場合であっても、利益欠缺や法益放棄の意思が証明され得る場合には、②の場合と同様に虚構ではない、とベックは考える。他方、これがあくまでも虚構である場合には、このような虚構に基づいて可罰性を否定することは、刑法理論上許されない[62]と明言している。従って、例えば、侵襲の前に患者の同意がなく、侵襲の危険に基づいて患者が死亡して事後的にも意思が表明されない場合には、医師は処罰されることになる[63]。他方、侵襲の前に同意がある場合については、利益欠缺や法益放棄の意思が証明され得る場合に、この同意が有効であるということになる。

第3款　小括

以上のように、仮定的同意に関する刑法学説は、①帰責の問題として考える見解と、②違法性阻却事由として考える見解が存在する。

①の見解については、仮定的同意が因果関係を否定するものであるとするウルゼンハイマーの因果関係否定説、及び客観的帰責を否定するものであるとするロクシン、クーレン及びミッチュの客観的帰責阻却説が主張されている。ロクシンの見解は、客観的帰責を構成要件段階に位置づけるため、既遂構成要件該当性を否定することになるが、クーレン及びミッチュの見解においては、違法性段階に位置づけ、既遂不法を否定することになる。この中でもクーレンは、あらゆる医師の説明義務違反の場合にこの理論が適用可能であると主張しているのに対し、ミッチュは、医師が説明に違反している場合であっても、治癒の可能性あるいは治療効果のある侵襲の場合には、推定的同意による違法性阻却が可能であるため、客観的帰責による医師の免責の可能性はなく、治癒の可能性あるいは治療効果のない侵襲の場合にのみ、仮定的同意が認められるか否かの検討によって、客観的帰責が否定されると主張している。

②の見解は、現実の同意や推定的同意と並んで違法性を阻却するとするローゼナウの見解である違法性阻却説が主張されていると同時に、故意犯の場合における判例の立場でもある。また、仮定的同意が認められる場合には結論として違法性を阻却するが、その理屈を、現実的同意・推定的同意と並ぶ独自の正当化事由としてではなく、現実的同意の有効性の問題として捉えるベックの見解がある。ローゼナウの見解では、医学的適応性及び医術的正当性の認められる医的侵襲行為において、仮定的同意が認められる場合には、医師の未遂処罰の可能性も残すべきではないことや、仮定的同意と現実の同意及び推定的同意との区別が可能であること、仮定的同意によって傷害罪の違法性を阻却することは患者の自己決定権

---

[62] *Beck*, a. a. O., S. 402.

[63] *Beck*, a. a. O., S. 403.もっとも、侵襲の段階で同意がない場合は、いわゆる仮定的同意の場合ではないといえる。この点については、本稿は、第3章において検討する。

を侵害するものではないことなどが主張されている。また、ローゼナウは、仮定的同意は推定的同意と異なり、その侵襲を同意する患者の意思が実際に存在するということに注目し、仮定的同意の場合にはこのような意思の存在によって違法性阻却効が導かれるとしている。しかし、ここでは仮定的同意が認められる場合になぜ違法性阻却し得るのかということの理論的な根拠は、判例やローゼナウの見解においては挙げられていない。さらに、判例においては、故意犯と過失犯とで仮定的同意による医師の免責の根拠を区別しており、後者においては義務違反連関の否定によって構成要件該当性を否定しているが、そのように区別する妥当性もない。これに対し、ベックの見解は、仮定的同意を現実的同意の一場合として位置付ける。

以下、第4節においては、ここまで概観してきたことを検討した上で、我が国において仮定的同意という法理論によって医師の免責を認め得るとすれば、どのような理論的根拠によってなし得るのか、ということについて若干の私見を述べる。さらに、治療行為の正当化における患者の意思の尊重とどのような関係にあるのか、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あるか、ということを示す。

第4節　検討

第1款　刑法理論における仮定的同意

（1）学説の検討

a）ウルゼンハイマーの見解への批判

上述の通り、ウルゼンハイマーによって主張された因果関係否定説とは、仮定的同意が認められる場合には、医師の説明の欠缺と患者の同意との間の因果関係が否定されるために医師の侵襲行為の傷害構成要件該当性が否定されるとする見解であるが、これに対しては以下のような批判がなされている。

まず、ローゼナウは、「仮定的同意において問題なのは、自然法則的な因果関係ではなく、規範的な帰責連関である」と批判している[64]。すなわち、結果と直接結びつく行為との関係を因果関係として考えるならば、傷害罪の構成要件該当性において問題となるのは侵襲行為と傷害結果との関係であり、侵襲行為に先行する医師の説明の欠缺と患者の同意という違法性阻却事由の有効性との関係は、因果関係の存在の問題ではない。従って、仮定的同意において検討するこのような関係は、因果関係の問題ではなく、違法か否かという規範的な問題、すなわち客観的帰責の問題であるというのである。

さらにプッペは、仮定的同意の場合に検討するのはいわゆる仮定的因果関係（der hypothetische Kausalzusammenhang）であるが、それは実際のところは擬制された因果関係（der fiktive Kausalzusammenhang）であり、因果関係の問題ではないと批判している。す

---

[64] *Rosenau*, Maiwald-FS, S. 690.

なわち、「医師が説明義務に違反している場合に得た患者の同意が無効な同意であるのに対し、医師が説明義務に違反していないという仮定された状況で得られた同じ手術に対する同意は、本来法的効果の異なった有効な同意という異なった結果で」あるはずである。従って、これは「実際には異なった結果である同意を、法的効果としては同一のものとして取り扱おうとする、擬制された因果関係と呼ばざるを得ない」のであり、やはり因果関係とは言い得ない[65]。

また、前述した通り、仮にこのような関係が因果関係の問題であるとしても、一般的に「行為なければ結果なし」という関係が認められる場合には因果関係を否定できないとされており[66]、仮定的同意が認められる場合であっても、「行為（説明義務違反行為ないし侵襲行為）なければ結果（患者の同意ないし侵襲結果）なし」と言えるために因果関係を否定することはできないという批判がなされ得る。

もっとも、説明義務違反行為を過失犯の実行行為と捉えた上で、過失因果関係の問題とする場合には、仮定的同意を因果関係の問題とする余地はある。しかし、そのように考えたとしても、原因が複数存在するいわゆる択一的因果関係（die alternative Kausalität）の場合や、代替原因（die Ersatzursachen）が存在するような場合には、他の原因によっても同じ結果が発生したかどうかという問題が一義的には答えられ得ないことから、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が被告人に有利になるように適用され、真に不可欠な条件ではなかったとして、常に因果関係が否定されてしまうという問題がある。このことを前提として、プッペは、この考え方を仮定的同意においても適用した場合、医師が義務に従った説明を行った場合にも患者が同意したかどうか、という問題に対して一義的に答えられ得ない以上、「疑わしきは被告人の利益に」の原則によって、あらゆる説明の欠缺が刑法的保護から排除されることになり不当である、と批判している[67]。

さらに、山中教授は、このような因果関係の検討が転用できるのは過失犯の場合のみであって、仮定的同意の場合は過失犯に限定されるものではないために、因果関係論における解決は妥当ではないと批判している[68]。

以上の批判が妥当することから、仮定的同意が認められる場合に医師が免責される根拠として、因果関係が否定されるということを挙げることはできないように思われる。このような批判を受けて、説明の欠缺と同意の有効性ないし侵襲結果との間の関係を客観的帰責連関であると考え、仮定的同意が認められる場合には客観的帰責が否定されるために医師

---

65 *Puppe*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative - Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 3. 3. 1994 und 29. 6. 1995, GA 2003, S. 767 ff.

66 山中敬一『刑法における因果関係と帰属』（1984 年）24 頁。

67 *Puppe*, GA 2003, S.767 ff.

68 山中・前掲注（16）280 頁以下。

が免責されるという見解を主張するのが、既に述べたロクシン、クーレン及びミッチュによる客観的帰責阻却説である。

b）客観的帰責説への批判

客観的帰責の考え方は、上述の通り、行為者が許されない危険を創出したが、その危険が発生した結果に実現していないという場合には、その結果を行為者の行為に帰責できないために行為者が免責されるという理論であるが、まず、この理論そのものに対する批判が可能である。例えば、杉本教授は、客観的帰責論は「結果犯規定の行為規範違反を別の実定法規（取締法規）に対する違反に見出」すことであり、このことは「規範論理的に見て正当化され得」ず、「理論的必然性も全く無い」としている[69]。このような批判は、妥当であるように思われる。

また、仮に、客観的帰責論によって解決するとしても、仮定的同意による医師の免責の根拠としては考えることはできないとして、客観的帰責阻却説を批判するものも存在する。

例えば、山口教授によると、「義務に合致した行為によって代替されるべき行為は、処罰を基礎づける実行行為でなければなら」ないということを前提とした上で、「患者に対して医的侵襲をなす場合に傷害罪の構成要件に該当する実行行為は、侵襲行為そのものであり、患者に対する不十分な説明はそれに当たらない」。そのため、「説明が不十分であり患者の同意が無効となる場合に、医師に期待される行為は、侵襲行為自体を行わないことであり、患者に対して十分な説明をすることではな」い。従って、仮定的同意が認められる場合であっても客観的帰責は否定されないのである[70]。

これに加えて、ジコーは、たとえ合義務的代替行為として医師が十分に説明することを仮定したとしても、その場合には異なる結果が発生するため、仮定的同意が認められる場合であっても、やはり客観的帰責が否定されないとしている[71]。すなわち、仮定的同意の場合には、「現実には医師の説明が不十分であり、患者の意思の欠缺のため」に、同意が無効となり、従って構成要件に該当する違法な侵襲結果が発生しているが、他方、説明を十分行っていた場合（合義務的代替行為の場合）には「同意が有効となり、治療侵襲の違法性が阻却され、医師の可罰性も否定される」ために、構成要件該当結果がなくなることになる[72]。従っ

---

[69] 杉本一敏「規範論から見たドイツ刑事帰属論の二つの潮流（下）」比較法学 38 巻 2 号 87 頁以下。

[70] 山口厚「客観的帰属と違法性阻却」『立石二六先生古稀祝賀論文集』（2010 年）86 頁。

[71] *Sikor*, Logische Unstimmigkeiten in der höchstrichterlichen Prüfungsformel zur hypothetischen Einwilligung, JR 2008, S. 180 ff.

[72] これと同様の批判を行うものとして塩谷毅「被害者の仮定的同意について」立命館法学 5・6 号上巻（2009 年）1822 頁以下、佐藤陽子「仮定的同意に関する序論的考察」『川端博先生古稀記念論文集（上巻）』（2014 年）235 頁以下などがある。このような批判が妥当しない

て、仮定的同意の場合には、合義務的代替行為の場合に異なる結果の発生が予測されるため、客観的帰責を否定することができない。

また、杉本教授は、上述の通り、客観的帰責論そのものに欠陥があることから、仮定的同意の理論的根拠として客観的帰責論を用いることも妥当ではないとしている[73]。

以上のような批判は、客観的帰責論の構造的な問題に対するものであり、全ての客観的帰責阻却説に妥当するように思われる。このような批判に加えて、ロクシン、クーレン及びミッチュの個別の見解に対する批判も以下のようになされている。

まず、ロクシンの客観的帰責阻却説は、仮定的同意は、説明が欠缺していることによって、医師は許されない危険を創出しているが、その危険が発生した結果に実現していないという場合であるので、既遂行為の構成要件該当性を否定するという見解である。これに対しては以下のような批判がなされている。

まず、クーレンは、同意を違法性阻却事由であると解する立場に立った上で、このように解する場合には、その有効性を問題とする仮定的同意の検討も早くても違法性の段階でなされるべきであり、構成要件段階での客観的帰責の問題として考えることはできないとしている[74]。

また、ロクシンは、仮定的同意が認められるか否か、すなわち危険が結果に実現したか否かということを判断する基準として、説明の欠缺が重大であるか否かということを挙げており、その具体的内容として、他に治療法がないなどの患者個人の意思とは関係のない客観的事情や、医師の人間性といった事情を想定しているが、このような基準は不明確であるという批判が妥当するように思われる。従って、ロクシンの見解は支持され得ない。

上述のように客観的帰責論の位置づけについての批判を行うクーレンは、違法性段階での客観的帰責阻却説を主張している。すなわち、仮定的同意が認められる場合には、違法性段階への帰責が阻却され、傷害罪の既遂不法が否定されるとするのである。しかし、客観的帰責論は、伝統的には構成要件段階において考慮するものであるため、このような見解を検討するためには、まず、客観的帰責の考え方を違法論に転用することの可否について検討しなければならない。

この点については、ドイツにおいて既に同意以外の違法性阻却事由の場合において議論されており[75]、我が国においても近年注目されつつある考え方である[76]。この適用の可能性

とするものとして、杉本一敏「仮定的同意論の『論理構造』に対する批判的覚書」愛知学院大学宗教法制研究所紀要 49 号（2009 年）144 頁以下がある。

[73] 杉本・前掲注（71）147 頁以下。

[74] *Kuhlen*, Roxin-FS, S.332 ff.

[75] *Puppe*, JZ 1989, S. 729 ff.

[76] 山口・前掲注（70）73 頁参照。そこでは、日本刑法学会第 87 回大会において、違法性段階における客観的帰責の問題に関するロクシンの講演「ドイツの理論刑法の最近の状況

のある具体的例として例えば、正当防衛による違法性阻却に関する事例において以下のような場合が想定される。すなわち、被告人が、不正な侵害者に対する正当防衛行為として、拳銃で侵害者を射撃するのではなく、威嚇射撃の限度で発砲することが許されているという状況において、威嚇射撃を怠り、直接侵害者に向けて発砲したという場合である。このような場合、正当防衛の必要性・相当性の要件を欠くために違法性が阻却されず、過剰防衛となるが、もし威嚇射撃を行っていたとしても、それによって侵害を防衛することができず、侵害者に向けた発砲まで必要となるという状況の場合には、もし威嚇射撃の限度で防衛行為を行うという義務に違反していなかったとしても、結局侵害者を射撃するという結果が発生していただろうということが言えるので、正当防衛によって違法性を阻却することができないとしても、被告人が侵害者に向かって行った発砲を、その結果に帰責できないと考えるのである[77]。

このような考え方は、行為者が実際に行った構成要件該当行為ではなく、法的義務に従った代替行為を仮定し、その場合にも同様の違法結果が発生していただろうということが言える場合に、実行行為の結果への帰責を否定するという、構成要件段階における客観的帰責論と構造上変わりがない。従って、構成要件段階での客観的帰責を認める限りにおいて、このような転用論自体は是認することができるとされている。

このような考え方を是認した上で、同意による違法性阻却の場合にも転用し、仮定的同意による医師の免責を根拠づけることに対しては、以下のような批判がなされている。

まず、プッペは、以下のような理由により、仮定的同意の場合にこのような考え方を用いることはできないとしている[78]。すなわち、「患者が完全な説明を受けていた場合にも医師によって選択された治療法を同意していたかどうかという問題は、答えられ得ない」ものであり、「疑わしきは被告人の利益に」の原則によって、この問題が医師に有利になるように判断されることによって、ほぼ全ての場合に患者が同意していたであろうということを前提としなければならなくなる。たとえ完全な説明の場合には患者が同意していなかったということが認められたとしても、「医師が説明の欠缺によっては結果の客観的帰責の要件を満たし得ないということを知っている場合には、［故意が阻却されるために］未遂処罰も否定される」こととなる。このため、違法性段階での客観的帰責阻却説に基づく仮定的同意による医師の免責を認めるならば、「医師が患者に十分に説明しないことによって、医療準則によりカバーされるあらゆる危険を患者に押し付けたとしても、医師が処罰されないことになる」。

について」が行われたことも、我が国の学説の動向に影響を与えたとされている。

[77] このような場合に、山口教授は、侵害者に対する発砲行為は結局必要になる行為であるから、防衛行為としての必要性・相当性を欠いていないために、結局正当防衛が成立して違法性が阻却されると解する余地があるとされている。山口・前掲注（70）84 頁参照。

[78] *Puppe*, GA 2003, S. 769ff.

しかし、この批判は手続きにおける立証の問題であり、犯罪実体論の問題ではない。例えば、民事判例における仮定的同意の立証については「決心の迷い」という事情を患者に立証させるという方法によって、合理的な判断を行うことが可能となっている。もちろん、刑事裁判における立証は、民事判例におけるそれよりも厳格なものでなければならない。すなわち、仮定的同意が否定されるためには、「適切に説明を受けていたならば、拒否していた可能性がある」ということの立証では足りず、「確実に拒否していた」ということの立証まで要求される。しかし、そのような立証が困難ではあってもおよそ不可能であるとは言えないであろう。従って、このような批判は妥当しない。

また、グロップは、合義務的代替行為に関する考察が客観的帰責を否定するのは、不作為及び過失の場合のみであって、作為及び故意が問題とされる仮定的同意の場合には適用することができないと批判している[79]。すなわち、仮定的同意の場合には、故意犯である傷害罪に対する医師の行為は、治療侵襲という作為行為であるから、客観的帰責論は適用できない。しかし、義務違反行為が作為行為なのか不作為行為なのかということは確定的なことではなく、また過失犯において採用されていた判断枠組みである客観的帰責論が、故意犯に妥当しない理由はない[80]。従って、このような批判も妥当しない。

以上から、クーレンの見解は、それそのものへの批判が妥当しないとしても、そもそも客観的帰責論によって仮定的同意による医師の免責を根拠づけることには理論的及び構造的問題が存在するため、妥当な見解であるとは言えない。

さらにミッチュの見解は、クーレンの見解のような違法性段階での客観的帰責論を仮定的同意の場合に適用することを認めた上で、クーレンの見解とは異なり、説明の欠缺が存在する場合のうち、治癒の可能性あるいは治療効果のある侵襲の場合には、推定的同意による違法性阻却が可能であるため、客観的帰責による医師の免責の可能性はなく、治癒の可能性あるいは治療効果のない侵襲の場合にのみ、客観的帰責によって医師が免責されるとするものである。

これに対しては、前述の通り、なぜ治癒の可能性あるいは治療効果のある侵襲の場合には、推定的同意による違法性阻却が可能であるのかということが明らかではない。そもそも、クーレンとミッチュの見解の差異は、推定的同意の理解の差に帰するものである[81]ため、実質的な相違はないように思われる。

従って、ミッチュの見解によっても仮定的同意による医師の免責を根拠づけることはできないように思われる。

---

[79] *Gropp*, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, Festschrift für Friedrich- Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 201 ff.

[80] 杉本・前掲注（69）93 頁。

[81] 山中敬一「医師の説明義務と患者のいわゆる仮定的同意について」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集』第 1 巻（2006 年）275 頁。

以上の検討から、客観的帰責阻却説は、仮定的同意によって医師の免責を認める根拠として妥当ではない。そこで、ドイツの判例が採用しているように、違法性阻却事由として解する可能性があるのかということを検討する必要がある。もっとも、前述したように、判例上はその根拠が明らかではなく、ローゼナウのみが、これを理論的に支持しようとしている。また、判例は、仮定的同意を故意犯の場合と過失犯の場合とを区別しており、前者の場合には違法性を、後者の場合には客観的帰責を阻却ものであるとしている。客観的帰責による解決が妥当ではないということは、既に述べたとおりであるが、このように故意犯と過失犯とを区別することに論理的必然性もなく、妥当ではない。従って、このような解決が可能なのかどうかということは、違法性阻却説を検討することによって決せられることになる。

c）違法性阻却説への批判

ローゼナウの見解は、仮定的同意を同意論の一部として捉えるものである。ローゼナウは、仮定的同意の場合には、説明の欠缺のために有効な同意は存在せず、現実の同意と区別されるが、推定的同意との比較では、推定的同意の場合には患者の自己決定が存在しない一方で、仮定的同意の場合には患者の意思が存在しているということによって区別されるとしている。

この見解に対しては、①仮定的同意による違法性阻却を認めると、推定的同意との関係で、患者の同意の有効性や緊急状況といった特殊事情の存否が違法性阻却事由の要素として機能しなくなるという問題が生じること[82]、②患者本人の現実的な意思ではなく仮定的意思が医師にとって重要となり、患者の自己決定権が侵害され患者の保護が著しく困難になること[83]、③仮定的同意を違法性阻却事由であると解する場合には、仮定的同意と追認とを区別するのが困難であるために、実質的には患者の事後的な同意を新しい正当化事由として承認することになり、同意は事前のものでなければならないという原則に反することになること[84]などが批判として挙げられている。これらの批判は、いずれも、仮定的同意が患者の自己決定権の保護に相反するものであるということをその本質としている。

この点を解決しようとするのがベックの見解である。すなわち、ベックは、行為時の患者の意思が行為の可罰性の判断において重要であるから、それが明らかにされているか否かは問題ではない。説明の欠缺等の理由によりその意思が有効な同意という形で「表明」され

---

[82] *Kuhlen*, Roxin-FS, S.332 ff.

[83] *Kuhlen*, Roxin-FS, S.332 ff; *Duttge*,Die „hypothetische Einwilligung“ als Strafausschlußgrund: wegweisende Innovation oder Irrweg?, Festschrift für Friedrich- Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 182 f.

[84] *Otto*, Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, JURA 2004, S. 683; *Gropp*, a.a.O., S. 206 f.同様の見解として、武藤眞朗「医師の説明義務と患者の承諾―『仮定的承諾』序説―」東洋法学 49 巻 2 号（2006 年）33 頁。

ていなかったとしても、それが事後的に示されるのであれば、実際に利益欠缺又は法益の放棄が行為時になされたものと考えられる、というのである。しかし、この見解には、治療行為の特殊性が加味されていないという問題がある。ローゼナウの見解への批判と同様に、被害者ではなく「患者の」自己決定権の保護という観点からみても、利益欠缺ないし法益放棄と同視することができるか、という検討を欠いているように思われる。従って、違法性阻却説に対してこれらの批判が妥当するか否かということは、仮定的同意によって医師の行為の違法性を阻却することが患者の自己決定権の保護に反するか否か、ということによって決せられることになる。

（2）仮定的同意による治療行為の正当化

この点について考察するためには、そもそもなぜ侵襲行為の違法性を阻却するために患者の同意が必要であるのか、またその前提としてなぜ医師の説明が必要であるのか、ということから考えなければならない。以下、このことを明らかにし、仮定的同意が患者の自己決定権の保護に反するものなのかを検討した上で、仮定的同意論によって我が国においても医師の免責を認めるとするならば、どのような理論的根拠によって裏付けられ得るのかということについて若干の私見を述べることとする。

ここまで検討してきたことからすると、仮定的同意を違法性阻却事由として解するのが妥当であるように思われる。このことに対する根拠づけは、違法性阻却原理を検討することによって可能となるように思われる。

これに関し、我が国において、大別すると（ⅰ）目的説、（ⅱ）社会的相当性説及び（ⅲ）優越利益説の3つの見解が主張されている。（ⅰ）は、行為が正当な目的のための正当な手段である場合には、違法性が阻却されるとする説である。「『正当な目的』達成のための『相当な手段』という考え方の内容は明確ではなく、それが実際にどのようにして判断されるのかは明らかではない」[85]ということが、この説に対する批判である。

また、（ⅱ）は、問題となる法益侵害行為が、別の法益の保護に資するものであり、その手段として「社会観念上是認し得ること」という意味での社会的相当性を有する場合には、違法性が阻却されるという説である。この説に対しては、まず、社会的相当性という観念が不明瞭であるということが批判として挙げられる。さらに、「結果無価値が結果価値によって止揚されているのに、さらに行為価値による行為無価値の止揚を要求するのは、結局、行為無価値のみを根拠として犯罪の成立を肯定すること」になるという批判もなされている[86]。

これに対し、（ⅲ）は、法益性が欠如している場合又は利益衡量によって優越利益性が認

---

[85] 内藤謙『刑法講義総論（中）』（1986年）307頁。

[86] 山口厚『刑法総論（第3版）』（2016年）110頁。同様の見解として、内藤・前掲注（85）313頁以下がある。

められる場合には、違法性阻却が認められると解する説である[87]。法益性が欠如すると言えるのは、問題となる法益が、被害者の有効な同意などによって保護に値しない場合であり、優越利益性があると言えるのは、法益侵害を惹起することが、別の法益を保護するために必要であり、侵害法益Ａ（惹起された法益侵害）と保全法益Ｂ（回避された法益侵害）とを衡量した結果、保全法益が侵害法益と同等か、それよりも優越している場合である。このような場合には、「Ｂ－Ａ≧0 となるから、社会功利主義の見地から、その行為は全体として正当化されることになる」[88]。この見解は、利益を判断する際に「判断者は憲法を頂点とする実定法を手掛かりとして、衝突する利益を評価し、それを衡量して結論を出さなければならない」ため、「違法判断が直観によってなされ、恣意が介入するという事態をさけることが可能となり、判断者の判断過程を外部に対して可視的にし、それに対する合理的な検討・批判を可能とする」[89]点が、（ｉ）及び（ii）説に比べて優れており、支持することができるように思われる。従って、侵襲行為の場合にも、優越利益説によって違法性阻却効が導かれるものであるとして、それぞれの要件を検討すべきである。

このような前提に立った上で、治療行為の正当化要件について考えると、以下のようになる。

治療行為において、その行為によって維持・増進される生命・健康という身体的利益の方が、その行為によって侵害される患者の身体的利益よりも大きいという意味で、前者に客観的優越利益性が認められる。このような客観的優越利益性は、治療行為が①医学的適応性及び②医術的正当性の要件を具備する場合に認められると言えるだろう。しかし、治療行為は、既に述べた通説によると、①及び②の要件を充たすことのみによって直ちに違法性を阻却することはできず、③患者の同意の要件も必要である。なぜならば、侵襲行為において衡量されるのは、いずれも患者自身に帰属する利益であり、たとえそれが客観的優越利益性の認められるものだとしても、本人の意思に反して、それを擁護することを認めることはできないからである[90]。すなわち、③の要件は、患者の自己決定権の保護し、専断的治療行為を防止するために必要なのである。

先に述べたとおり、通説によると、③の要件については、それが有効であるための前提として医師の説明が必要であるとされており、このことは是認することができる。なぜならば、自身の病気がどのようなものであり、それに対してどのような侵襲が行われるのかといったことを何ら認識していない患者は、そもそも侵襲に関する自己決定をできないからである。しかし、③の要件は、違法性阻却事由の１つである、いわゆる被害者の同意と必ずしも同じものではなく、被害者の同意の場合より緩和された要件のもとで、その存在と有効性を

---

87 山口・前掲注（86）110 頁以下。

88 西田典之『刑法総論（第２版)』（2010 年）134 頁。

89 町野朔『患者の自己決定権と法』（1986 年）147 頁参照。

90 町野・前掲注（89）132 頁以下。

肯定しうる[91]。なぜならば、①及び②の要件を充たす場合には、前述したように、客観的には患者の利益をもたらすものであるため、③の要件としては医的侵襲行為が患者の意思に反していないということが認められれば足りるからである。

このことに関し、町野教授は「患者の意思は医学の専断を抑制するという役割を果たすものであり、患者の個人的選択に反する治療行為に限って違法であると考えるべきである」という前提に立たれた上で、「患者の意思が治療行為の正当化に意味を持ち自己決定権が認められなければならないのは、治療行為の持つ客観的な事前・事後の優越利益性が主観的にも患者の選択に反しないことを確保する必要があるからである」と述べられている[92]。

また、実際の医療現場において、手術を受ける患者が、個々の侵襲の詳細な態様や危険についてまで全て認識した上で同意しているわけではないことからしても、患者の同意を被害者の同意と同列に扱うことができないということは明らかであろう[93]。

このようなことからするならば、③の要件は、被害者の同意よりも緩やかなもので足りるとするという方向性は妥当なものである。

もっとも、町野教授は、以上のことを前提とされた上で、具体的に、患者の推定的同意が認められる場合には患者の意思に反しておらず、③の要件が充たされるとされている。すなわち、教授は、患者の推定的同意が認められる場合には、行為が患者の意思方向に合致している蓋然性が認められるため、客観的優越利益性のある行為により侵害された法益の法益性が欠如するというために違法性が阻却できるとするのである[94]。より具体的に言うならば、「[もし、適切な説明が医師からなされることによって]患者が当該状況を正しく認識したとするなら治療的侵襲の結果・危険に対して同意を与えることを拒絶しなかったであろうと認められる場合には、患者の現実的な同意が存在せず、あるいは[医師の説明の欠缺によって]それが無効であったとしても、[推定的同意(意思方向との合致の蓋然性)が認められることによって]結果の発生は合法となる」ということである[95]。

しかし、町野教授が見解のように、③の要件を推定的同意が認められる範囲にまで緩和することには、以下のような疑問があるように思われる。

まず、米村教授が指摘されているように、このような町野教授の見解は、「自己決定権を

---

91 町野・前掲注(89)178頁。同様の見解として、内藤・前掲注(85)532頁、山口・前掲注(86)176頁、佐藤・前掲注(72)217頁以下がある。

92 町野・前掲注(89)172頁以下。

93 内藤・前掲注(85)533頁。また、このことについて町野教授は、これらの同意が有効となるためには、「医師は患者に対して医学の講義を事前にしなければならないことになってしまう」と述べられている。町野・前掲注(89)197頁。

94 推定的同意の違法性阻却根拠について、詳細に論証されているものとして、町野・前掲注(89)199頁以下がある。

95 町野・前掲注(89)199頁以下。

保護すると言いながら、実際上は推定的同意によって大半の医的侵襲行為が正当化されることになり、不当である」という批判がなされる余地がある[96]。この点について、ローゼナウも、患者の推定的同意は、患者が自己決定や意思の形成を全く行わないということであるので、このような要素によって③の要件の有効性を判断すると、患者の意思が治療行為の正当化要件とは関係ないということになると批判している[97]。

また、第３章で検討するが、推定的同意による違法性阻却が認められるのは、意識不明の患者に対する緊急手術など、患者が実際に同意できない場合に限定されるべきであるとされている[98]。これに対し、仮定的同意が問題となるような治療行為の場合には、このような場合とは異なり、緊急性の要件を欠き、現に医師が十分に説明し得る状況及び患者が同意を表明し得る状況が存在しているので、推定的同意による違法性阻却は認められないように思われる。

さらに、山口教授が指摘されているように、このような町野教授の理解は、「『法益主体の意思に合致する』（被害者の同意）という違法性阻却事由から、『法益主体の意思に合致する事前的蓋然性が存在する』という別の違法性阻却事由を引き出すもの」[99]であり、不当であるという批判も妥当するように思われる。しかも、その「蓋然性」の判断は、結局客観的な医学的必要性に依拠せざるを得ず、客観的利益衡量による正当化との違いが明確とはならない。この意味で、町野教授が一貫して主張される「患者の意思に反した治療が専断的治療行為であり、その範囲内で自己決定権を法的に保護する」という理屈からも逸脱する自己決定権侵害となるように思われる。

以上のことからすると、町野教授が示されるように、③の要件を推定的同意が認められる範囲にまで緩和するというのは妥当ではないように思われる。

これに対し、本稿で検討した、「仮定的同意」が認められる場合には、確かに、行為時点においては、説明に基づく明示的に有効な同意は存在していないが、もし説明をしていたとしても、患者が同意していたであろうということが認められる場合であるので、この場合には、①及び②の要件を充たす侵襲行為が、事前的に見ても患者の意思に反しているものではないということが認められるように思われる。従って、前述したことからするなら、このような場合に、治療行為として違法性阻却を認めることは可能であるということが言えるように思われる。

---

96 米村滋人「再論・『患者の自己決定権と法』」『町野朔先生古稀記念　刑事法・医事法の新たな展開　下巻』（2014 年）106 頁以下参照。

97 *Rosenau,* Maiwald-FS, S. 696.

98 Vgl. *Kuhlen,* Roxin-FS, S. 333. また、山口教授は、仮定的同意を推定的同意を限定的に理解したものであるとして、いずれの場合にも法益主体の事前の意思確認ができないという状況でのみ正当化を認めるべきであるとしている。山口・前掲注（86）183 頁。

99 山口厚『刑法総論（第２版)』（2007 年）169 頁。

このことについて、ローゼナウは以下のように述べている。すなわち、仮定的同意は「説明の欠缺によって、意思表示が有効な同意としてみなされないという場合」であるが、「侵襲を同意する意思を患者が実際にもっているということが要件となるという意味では、原則的な同意がある」場合であり、従って③の要件を具備しているということができ、治療行為の違法性が阻却される。ベックも同様に、「患者の意思に反していない」ということを、被害者の利益欠缺や法益放棄の場合と並列的に考えることで暗に示しているように思われる。

また、古川教授が「仮定的同意の問題は、存在しない同意を仮定的に認める、という話ではな」いとして、仮定的同意という用語ではなく「潜在的同意」と言い表された上で、このような同意が存在する場合には、「説明していなくても、患者の理解が得られてい［る場合であるので、］侵襲は正当化される」とされているのも、①及び②の要件を充たす治療行為が、患者の意思に反していないと認められる場合には、違法性が阻却されるとするという趣旨であるように思われる[100]。

以上のことからするなら、①及び②の要件を充たす治療行為において、仮定的同意が認められる場合には、当該侵襲が患者の意思に反していないということを超えて、実際に表明した患者の同意が、本来求められる現実的同意としては無効であるようにみえるが、正当化に必要な患者の同意としては有効と認められるので、刑法上違法性の阻却が認められるということになる[101]。

第２款　インフォームド・コンセントの本質としての仮定的同意

以上、治療行為の刑法上の正当化理論という観点から仮定的同意論を検討したが、これとインフォームド・コンセントとの関係がどのようにあるかということは明らかになっていない。すなわち、第１章で検討した通り、患者のインフォームド・コンセントには、(ⅰ)正当化要件としての患者の同意、(ⅱ)医療契約締結のために必要な患者の同意、(ⅲ)ムンテラとしてのインフォームド・コンセントという不可分の３つの要素があるということ、それと、患者の生命・身体に関わる人格的生存のために必要な自己決定権を保護する、ということとの関係を明らかにしておかなければいけない。

先に述べた通り、(ⅰ)正当化要件としての患者の同意として必要なのは、患者の意思に反してまで身体的干渉を受けない権利の保障である。その意味では、仮定的同意は、刑法上の

---

100 古川伸彦「医的侵襲行為の正当化と『仮定的同意』論―ドイツ刑事判例に現れた考え方を中心に」『山口厚先生献呈論文集』(2014 年) 88 頁以下。

101 なお、拙稿・前掲注（１）では、仮定的同意が認められる場合には「患者の意思に反しない」ということを根拠に違法性の阻却を認める、推定的同意より主観的利益を重視した正当化事由であるとしていたが、本稿は説を改め、仮定的同意は、表示された同意の有効性の問題であるとする。

正当化要件として有効な患者の同意であり、「刑法的に」十分なインフォームド・コンセントであることは明らかである。

しかし、患者のインフォームド・コンセントを得ることを通して自己決定権を尊重することには、(ⅱ)医療契約締結のために必要な患者の同意を得ること、(ⅲ)ムンテラ実施の結果としてのインフォームド・コンセントという要素も含まれる。また、第4章でも触れることになるが、インフォームド・コンセントは、ムンテラとしての要素、すなわち治療の1つの過程とみることができ、十分に医師と患者が話し合った上で、患者の生命・健康という利益のために最善の方法を協同して選択していくのがインフォームド・コンセントの本来の役割である。そうであるならば、インフォームド・コンセントは、医師と患者の人間関係形成の 1 つの場面であるのだから、その人間関係形成において問題が生じた場合には、隣人同士の人間関係の問題の場合と同様に民事的介入の可能性はあり得る。その範囲については、医療の場面と隣人の場面とでは状況も異なる。医師が優先すべきは、まずは患者の生命・健康という利益の擁護であることからも、隣人同士の場合よりも医師の民事責任の範囲は限定的なものと解するのが相当である[102]。

そこで、どの範囲で限定するかという問題も、仮定的同意が認められ、患者の同意が有効な範囲においては医師の民事責任も否定し得るように思われる。確かに、説明が不十分であり、医師－患者関係に倫理上の問題が生じているが、(ⅱ)医療契約締結のために必要な患者の同意という意味でのインフォームド・コンセントを覆すだけの拒否・選択の意思があるとは言えないからである。つまり、患者の生命・健康の利益を目指すという点で、契約上の医師－患者間の関係形成にも問題がない。仮にこのような問題を(ⅲ)ムンテラとしてのインフォームド・コンセントの問題として捉え、従って、精神的な損害に対する慰謝料としての民事責任は残るとしても、ムンテラは、医師がどのような治療を選択するかという裁量権に関わる内容であるので、この点に関する自己決定権を侵害する程度の説明義務違反は、もはや医療過誤の問題として処理せざるを得ないのではないだろうか。したがって、医師の説明が不十分であり、患者の十分なインフォームド・コンセントがないということによって医師が民事責任に問われ得るのは、仮定的同意の認められない場合に限定すべきである。

---

[102] また、隣人同士の場合には、双方が原告となり得るが、インフォームド・コンセントをめぐる医師―患者関係の形成の場面では、医師側が原告となることはあり得ない。そういう意味でも、隣人同士の場合とは異なる。また、医師の治療義務・応召義務の観点からも、自由な契約関係ともいえない。とりわけ、医師―患者間の対話に基づくこのような民事訴訟は、患者側からしか提起し得ず、医師の側は訴えられる側にしかならない点がその根拠として挙げられるだろう。

第５節　小括

医師の説明義務という概念は、治療行為の正当化の議論の中で発展し、判例や学説において議論されてきたものである。このような議論の中で、現在の我が国において、その範囲は非常に過大なものとなっている。このことは、医師‐患者間における健全な医療の確立を損ね、ひいては患者にとって不利益となるという問題を生じさせている。本稿は、同様かそれ以上の問題が生じているドイツにおいて、仮定的同意という法理論によってこのような問題を解決しているということに着目し、まずドイツの判例・学説における仮定的同意論を整理・検討した上で、もし、我が国において仮定的同意によってこのような問題を解決し得るとするならば、どのような理論的根拠により医師の免責を認めることができるのかということについて、治療行為の正当化の議論に立ち返りつつ、刑法的な観点から考察を行った。また、仮定的同意の有効範囲においては、医師の説明が不十分であっても患者の自己決定権を侵害するものではなく、刑法上正当化することを結論付けた上で、同様の問題に対する医師の民事責任について、若干の私見を示した。具体的には、以下のとおりである。

仮定的同意論は、説明義務違反に基づいて医師の損害賠償責任を過度に認めてきたドイツの民事判例において、それを制限するものとして発展してきたものである。ドイツにおいては、刑事判例においても、説明義務違反を根拠に医師を傷害罪で処罰していることから、このような処罰範囲を制限するための理論としても仮定的同意が採用されるようになった。このような刑事判例においては、仮定的同意が認められる場合の法的効果は、故意犯の場合には違法性阻却であり、過失犯の場合には客観的帰責阻却であるとされている。しかし、このような法的効果が生じる根拠は明らかではなく、このように故意犯と過失犯とで別の法的効果が生じるとすることにも理論的な妥当性があるとは言えない。

このような判例の状況に対し、ドイツの刑法学説においては、仮定的同意の法的効果に関して、（１）因果関係の否定ないし客観的帰責の阻却がなされるとする見解と、（２）違法性阻却がなされるとする見解が存在している。しかし、（１）の見解に対しては、仮定的同意が認められるような場合であっても因果関係ないし客観的帰責を否定することはできないという批判が妥当し、仮定的同意の理論的根拠として考えることはできない。

他方、治療行為の正当化原理に立ち返ってみるならば、（２）の見解は妥当であるように思われる。その理由は、以下の通りである。

治療行為が、①医学的適応性及び②医術的正当性の要件を充たす場合には、客観的優越利益性が認められるため、③患者の同意の要件は、被害者の同意とは異なり、それよりも緩やかなものでよい。その内容としては、専断的治療行為ではない、すなわち当該治療行為が患者の意思に反していないということで足りると解されている。従って、①及び②の要件を充たす治療行為が患者の意思に反していないということが認められる場合には、③の要件を充たし、違法性が阻却される。

もっとも、このような前提に立ったとしても、③の要件を推定的同意が認められる範囲まで緩和するというのは妥当ではない。なぜならば、患者の意思方向との合致の蓋然性がある

ことによって③の要件が充たされるとするならば、その判断基準は医学的客観性に依拠せざるを得なくなり、①及び②の要件を充たす治療行為のほとんどは、それだけで正当化されることになるからである。それでは、患者の自己決定権を保護し、専断的治療行為を阻止するために必要とされている③の要件を、事実上無意味なものにしてしまう。

これに対し、「もし、医師の説明の欠缺がなかったとしても、患者が同様に侵襲に同意していただろう」ということが認められる場合には、患者の意思に反していないということが認められる。従って、①及び②の要件を具備する治療行為において、患者の仮定的同意が認められる場合には、違法性の阻却が認められるように思われる。そして、このような場合には、患者の生命・健康の利益を目指すという点で医師－患者間の関係形成にも問題がないのだから、医師の民事責任も否定される。精神的損害に対する民事責任が課される場面としては、ムンテラとしてのインフォームド・コンセントに問題がある場合も残されているが、ムンテラは、医師がどのような治療を選択するかという裁量権に関わる内容であるので、この点に関する自己決定権を侵害する程度の説明義務違反は、もはや医療過誤の問題として処理せざるを得ない。

以上が、説明が不十分であることに基づいて患者の同意がある場合についての治療行為の正当化理論とその範囲の検討、それとインフォームド・コンセントの関係についての検討であった。以下、第３章では、患者が意識不明等で患者のインフォームド・コンセントを得ることが不可能である場合について、続いて第４章では、患者が精神障害者や未成年であるために、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についてそれぞれ治療行為の正当化理論とその範囲を検討し、それと実務上要求されている家族等のインフォームド・コンセントとの関係について検討する。

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

第１節　問題の所在

ここまで、患者のインフォームド・コンセントには、(ⅰ)正当化要件としての患者の同意、(ⅱ)医療契約締結のために必要な患者の同意、(ⅲ)ムンテラとしてのインフォームド・コンセントという不可分の３つの要素がある[1]ことを前提として、患者の同意という正当化要件として有効となる患者のインフォームド・コンセント、すなわち「十分な」インフォームド・コンセントの範囲を明確化し、それによって過大化した医師の説明義務を制限する理論の構築を試みた。すなわち、患者のインフォームド・コンセントを得るという行為を医師に課し、患者の意思に反した専断的治療行為を防ぐことによって、患者の生命・健康という法益が保護されているが、これによって治療行為に関するあらゆる患者の自己決定権が認められるのではなく、生命・健康に関する人格的生存に必要な自己決定権を侵害された場合に、医師の法的責任が生じると解するのが相当であるとした。具体的には、「もし、医師に説明されていたとしたら、患者が治療を拒否していたであろう」といえる場合には、患者の人格的生存に著しく不利益をもたらすものであるから、傷害罪として違法となる。逆に、「もし、医師に十分に説明されていたとしても、患者が同様に同意していたであろう」という仮定的同意が認められる場合には、患者の人格的生存に対して影響がない場合であり、自己決定権を侵害されているとはいえず、医師に法的責任を負わせることはできない。このような場合には、患者の意思に反していないのであるから、刑法上、治療行為の正当化要件として患者の同意が必要とされているのは、「患者の意思に反してまで治療を強制されない」ということを保障するためであるということとの整合性もあり、仮定的同意が認められたということは、行為時に有効な患者の同意が既に存在していたということが事後的に確認されたという評価が出来よう。説明に欠ける部分があることによって、一見すると十分なインフォームド・コンセントが存在しないように見えるが、結局、仮定的同意は「十分な」インフォームド・コンセントにあたるということである[2]。

これに対し、同様に患者のインフォームド・コンセントを得ることができない場合の１つである、意識のない患者の緊急治療の正当化については、これまでとは別の観点から検討しなければならない。なぜならば、医師の説明も患者の同意も明示的には存在しないからである。しかし、これまでも述べてきたとおり、このような場合に、患者の同意要件を充たさない、すなわち患者の自己決定権が保護されないからといって治療行為として正当化できないという理屈は存在しない。後述する通り、我が国の医療実務において、意識のない患者の

---

[1] 第１章参照。

[2] 第２章参照。

緊急治療の場合には家族等のインフォームド・コンセントを得て治療を行っている。しかし、家族等のインフォームド・コンセントが法的にどのような意義があるのか、ということは一定の解決を見ているとは言い難い。他方、この問題について判示した我が国の刑事判例はこれまで存在せず、民事判例上は、端的に家族等への説明義務や代諾を認めるか、あるいは緊急であるということをもって、患者本人のインフォームド・コンセントを得ることを免除する旨判示しているに過ぎない。刑法学説上は、ドイツの判例理論に倣って、患者のいわゆる推定的同意（mutmaßliche Einwilligung）によって患者の同意要件を充たすと考えるのが通説である。すなわち、事前的に何ら同意がないとしても、「もし、患者が事態を認識していたならば、治療に同意していただろう」ということがいえる場合には、患者の同意要件を充たし、正当化される。ところが、被害者の推定的同意がなぜ違法性を阻却するのか、その理論的根拠も未だ一定の解決をみておらず、従って「患者の」推定的同意が刑法上どのような性質を持つものであるのか、明確な答えがあるわけではない。まして、先述の通り、医療実務上は家族等がいる場合には家族等のインフォームド・コンセントを行わなければならないとしていることからすると、医師に課す家族への説明義務の法的意義が一層不明確となる。確かに、前述の通り、患者の推定的同意を正当化要件とする以上、患者の意思の推定が必要となる。その際、患者本人が治療行為の時点で同意能力を有していないため、家族等の意見から推定するというのはあり得るかもしれないが、結局家族等のインフォームド・コンセントは他者決定であるから、患者本人のインフォームド・コンセントを治療行為の正当化要件として要求してきた意義との関係が問題となる。さらに、生命や将来の健康に対する重大で切迫した危険性がある緊急治療という状況は、前章までで検討してきたような、患者の自己決定を医師とともに完成させる治療の状況とは全く異なっており、それぞれの正当化要件が根底において一致していなければならないとする理由も明らかではないし、むしろ別異に扱うべきである。

そこで、本章においては、まず、我が国の通説と同様に治療行為傷害説をとるドイツの判例における理論と我が国の民事判例を整理し、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うことの法的意義を考察する。刑法の通説上は家族等のインフォームド・コンセントが無意味であると考えているしても、民法上の意義の有無は検討しなければならないからである。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と治療行為のうちの１つの状況としての意識のない患者の緊急治療の正当化理論を構築したい。このことは、次章において検討する、意思無能力者に対する治療行為の正当化の問題と繋がっている。この場合にも、前章・本章の検討と同様に、患者の十分なインフォームド・コンセントが得られない。

第２節　判例

第１款　ドイツの判例

ドイツの判例において、治療行為が傷害罪の構成要件に該当することが確立され、その正当化に患者の同意が必要である[3]とされて以降、患者の自己決定権を優先的に考慮する考え方から、意識不明の患者についても、その個人的な利益や欲求、価値観から患者の推定的意思を突き止めた上で治療を行うべきだという考え方が生じてきた。そこで、患者が意識不明である緊急治療や、手術中の術式変更・手術拡大、臨死介助の場面において、患者の推定的同意が認められる場合には正当化されるということが判例上確立されていった[4]。すなわち、明示的に事前的に同意することが出来ない患者に対して、自身で決定することはできないが、任意の処分権限を有する当人の、予想される自己決定であり、仮定的な意思に従って行われたといえる場合には、行為を正当化するというものである。このような意思の推定は、当人の個人的・主観的な選好と客観的利益衡量との両方から判断すると考えられている。もっとも、後述する通り、このような推定は、患者の自己決定権の保護と相容れないものになる可能性がある。そこで、患者の推定的同意による正当化が可能ととるのは、本人の意思を確認していたのでは、生命・健康に著しい不利益がある「遅れると危険」な場合に限るという「補充性の原則」が徹底されている。そのことが判例上決定的となったのが、手術拡大の場面における以下の判例[5]である。

（１）鼓室形成術判決

事実の概要は、以下のとおりである。原告患者は 1968 年 5 月より右耳の聴覚障害を感じていた。そこで、被告医師の診察を受けたところ、中耳の化膿に基づく聴覚障害であるとされ、患者の右中耳を切開し、聴覚障害の原因・聴覚機能回復の可能性を探るため、またそれによって可能であれば聴覚回復のための手術を行うことを提案し、患者の同意を得た。しかし、手術に伴う特殊な危険性と、悪化を防止できない可能で医については説明していなかった。同年同月 6 日に鼓室形成手術を行った被告医師が、顔面神経の経路の異常を伴う小中耳奇形があることを発見したにもかかわらず、手術を続行したため、顔面神経を切断し、原告患者に顔面麻痺を生ぜしめた。このような大きな危険性があることを説明されておらず、その合併症の危険性についても説明されていないため、十分な説明に基づいて同意する機会を奪われたとして、原告患者は被告医師に対して慰謝料を請求した。これに対し、BGH は以下のように判示した。

筋腫判決[6]において、手術を中断せずに拡大することが許されるとしたのは、その中断が

---

[3] 第 1 章参照。

[4] Schönke/Schröder/Heine/Weißer, StGB Kommentar, 30. Aufl., § 223 Rn. 38g.

[5] BGHZ NJW 1977, 337.。

[6] BGHSt 11, 111.詳細は、第 2 章の第二筋腫事件を参照。

拡大と同様に危険で、医学的に禁忌の場合であり、手術の拡大についての患者の同意を前提としてよいが、手術の最中にその危険が高まった状態に直面した医師は、説明の欠缺により手術の拡大に関する有効な患者の同意がなく、かつ、同意を得るために手術を中断・中止しても患者を危険にさらすことがない場合には、手術を中断しなければならない。

このように、本判決では、「補充性」がなければ患者の推定的同意による正当化が認められないということが示された。このような意識不明の状態における生命の危険という要件について、具体的にどの時点の誰の判断によって決定されるかを示したのは、以下の判決[7]である。

（2）BGH1988 年 3 月 25 日判決

事実の概要は、以下の通りである。被告人である医師は、帝王切開によって被害者である患者を出産させた。患者は、骨盤が小さく、既に当該病院において 2 回帝王切開手術によって出産した経験があったが、今回は手術開始後、内臓の位置に変異が起き、腹腔内に強度の癒着が見られた。次に妊娠した場合には、母子の生命の危険があると医師が判断したため、帝王切開手術に加えて、患者の同意を得ずに卵管遮断による不妊手術まで拡大して行った。しかし、その約 6 年後、患者は妊娠し、極限的に難しい帝王切開手術を行い、無事に出産したため、結果的にこの手術は生命の危険の除去のために必要な手術ではなかったこととなった。そこで、同意なく行われた不妊手術について、被告人は重度傷害未遂罪で起訴された。これに対し、原審は、同罪の成立を認めたが、BGH は以下の理由により、同罪の成立を否定した。

まず、患者の推定的同意による正当化は、現在の生命の危険の除去に役に立たない場合であっても制限されるものではない。このような意思の推定において、第一に個人的な利益、望み、価値観などが判断において重要であり、合理的患者等の一般的・標準的な利益は、独自の意味はない。本件においては、さらに子供を望む発言を以前にしており、原審はこのことをもって、本件拡張手術は患者の推定的意思に反し、推定的同意による正当化は認められないとしたが、実際に生命に危険があると医師が判断し、そのことを患者に伝えたら患者が拡張手術に同意しただろうと考えて手術を実施した場合には、また、実際に同意した可能性を否定できない場合には、いわゆる正当化事実の錯誤として、医師を重度傷害未遂罪に問うことはできない。

手術の拡大においては、拡大が事前に予見できなかった場合であっても、意識の回復を待っていると患者の生命・健康に危険がある場合にのみ、推定的同意による正当化が認められ、危険性の有無の判断は、行為者である医師の医学的に適切な判断であればよく、結果的にその手術の拡大を行わなくても生命・健康に危険がなかったということが事後的に判明すること自体は、正当化の妨げにはならない、ということである。

---

[7] BGHSt 35, 246.

このような患者の意思の推定はどのように行うのか、という問題が残される。この点について、とりわけ終末期医療[8]において、以下の判決[9]が示している。

（3）BGH1994 年 9 月 13 日判決

認知症患者が転倒し、心停止により重大な脳の損傷が起きた女性患者について、医療を受ける機会の継続・中断を決定する権限及び財産管理権限を有する世話人となった息子が、その治療中止に同意したという事案において、息子は、要介護老人に関する TV 番組で、体もこわばり、床ずれをしているのを見て「余命 2 ～ 3 週間となった場合には、栄養点滴をお茶に変えてほしい。」と 8 年ほど前に言っていたということを根拠に、母親の推定的意思に合致するとして無罪を主張していたのに対し、BGH は、以下のように判示して、その無罪を退けた。

このように、不可逆的に脳の損傷を負い、自己決定ができない状況においては、推定的同意が問題となる。その推定に当たっては、まず、本人の個人的な意思について入念に検討しなければならない。まず、以前の発言や書面においてそれが確認できるのであれば、それを参考にし、世話人や家族等の見解もその参考となる。しかし、それでも意思を推定できない場合には、一般的な価値観に妥当する基準を考慮し得るし、考慮しなければならない。[患者の意思が]疑わしい場合には、医師や世話人・家族等の個人的信念よりも「疑わしきは生命の利益に」の原則が優先される。

本件においては、8 年ほど前の発言は、当該状況における患者の意思の推定には足りず、客観的に治療の中止に同意する根拠もないので、息子の主張は受け入れられない。

第 2 款　我が国の判例

以上のように、ドイツの判例においては、意識のない患者に対する治療行為では、患者の推定的同意に基づいて治療行為の正当化を行うが、まずは生命・健康に「遅れると危険」な状態が存在するという「補充性の原則」を要求し、これが認められる場合には、患者の意思の推定に当たって世話人や家族等の見解を参考にするということが明らかとなった。

それでは、我が国の判例の状況を以下で概観する。まず、未成年の患者の場合であるが、

---

[8] なお、本章で取り扱うべき「緊急医療」とは状況が異なるように思われるが、実際に意識のない患者の緊急治療の場面では、もはや救命不可能となり、輸液や挿管などで最低限の延命処置をした後、治療を中止する判断を行うことが少なくない。従って、終末期医療における患者の意思の推定と無関係ではないと思われるので、本章において患者の意思の推定方法に関する限度で取り扱うものとする。

[9] BGHSt 40, 257. 本判例を紹介するものとして、武藤眞朗「人工的栄養補給の停止と患者の意思」東洋法学 49 巻 1 号（2005 年） 6 頁、甲斐克則『尊厳死と刑法』（2004 年）234 頁以下がある。

その意識がない場合には、法定代理人に対する説明義務があるとした最高裁判例が以下の判例[10]である。

（1）開頭手術判決

事実の概要は、以下のとおりである。転倒して後頭部を打って意識不明となった１０歳の患者に、脳出血及び脳損傷の所見があったため、原告である患者の両親の同意を得て、開頭手術を行ったが、出血多量による心不全で患者が死亡した。両親に行って説明が不十分であったとして、説明義務違反に基づく慰謝料を請求したのに対し、第一審は「十分な説明を受けていたとしても、原告らは手術を依頼していただろう」ということに基づいて説明義務を否定し、また原審は、生命に危険がある場合には、手術の遅延に繋がるような、確実に把握できない事実である病状、手術の見込み・予後等についてまで説明義務はないとした。これに対し、最高裁も、結論としては本件について説明義務はないとしながらも、以下のように判示した。

「原審の適法に確定した事実関係のもとにおいては、頭蓋骨陥没骨折の侵害を受けた患者の開頭手術を行う医師には、右手術の内容及びこれに伴う危険性を患者又はその法定代理人に対して説明する義務がある」。

このように、我が国の判例の立場は、まずは本人の同意を得るための本人に対する説明義務を原則としつつ、それが不可能な意識不明の場合には、法定代理人の同意とそのための説明義務を必要とする、ということを、何ら根拠を挙げることなく適用してきた。この点で、ドイツの判例のように、本人の推定的同意の問題が出てくることは、第１章で若干の検討を行った、終末期医療における意識不明の患者の治療の中止の場合の患者の推定的意思の問題に限られる。そうすると、意識のない患者の治療の場合には、原則的には代諾があればよいと考えられ、自己決定権の尊重の観点から、それが許される場合をどのように制限するか、という問題に集中することになる。具体的には、次の判例[11]において、その基準が生命・健康への緊急な危険性の有無であるとされた。

（2）東京地判平成 13 年 3 月 21 日

事実の概要は、以下のとおりである。原告患者は、子宮筋腫があるが、分娩には問題ないとして、腹式帝王切開術で分娩すると被告医師から説明を受け、これに同意した。輸血を避けてほしいという希望は伝えていたものの、当該手術により次男を無事出産した。ところが、分娩後、被告医師が原告患者の子宮からにじみ出るような出血が持続しているのを発見し、医師である原告患者の夫に対して、分娩に引き続いて子宮の全摘出を行うのがよいと説明し、患者の夫が同意したため、原告患者に同意を得ることなく子宮の全摘出を行った。同意

[10] 最判昭和 56 年 6 月 19 日判時 1011 号 54 頁。

[11] 東京地判平成 13 年 3 月 21 日判時 1770 号 109 頁。

のない手術であるとして、慰謝料の請求を行った。これに対し、東京地裁は以下のように判示した。

「医療行為が、時に患者の生命、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うべきである。これを本件についてみるに、既に判示したとおり、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はできず、被告らの主張は理由がない。」

このように、本人の現実的同意に基づいて自己決定権を尊重すべき場合ではないのは、本人の同意を取る時間的余裕のない緊急治療の場合、（癌等の精神的なケアの観点から）本人の同意を求めるべきではない場合であるとし、逆にこのような事情があれば「代諾」によって正当に治療を行うことができるということを示しているように思われる。

第３款　小括

意識のない患者に対する緊急治療について、ドイツにおいては推定的同意による正当化を行い、その適用の前提として補充性の原則を徹底した上で、患者の意思の推定の場面で患者の家族等の意見を参考とするという構成をとっている。すなわち、代諾の許容要件という形では議論されていないのである。これは、生命・健康に対する著しい危険がある状況であっても、治療行為に対する患者の個人的な事情も考慮に入れなければならないという考えから生じている。これに対し、我が国の判例は、ドイツと同様に、補充性の原則を要求する一方で、代諾を可能とし、むしろ家族等への説明義務を認めていえるといえよう。しかし、前述の通り、我が国の判例は民事判例に限られ、家族等の代諾がどのような意義があるか、家族間で意見が分かれた場合にはどのように対処するのか、ということについては未解決のままである。

第３節　検討

ここまで概観した判例では、意識のない患者に対する治療で、それが生命・健康に対する危険がある緊急治療の場合には、患者本人のインフォームド・コンセントを得ることなく正当に治療行為を行うことができるとしている点では、ドイツも我が国も共通している。しかし、治療行為は患者の自己決定権を尊重しなければならないという原則との関係は解決さ

れなければならない。そこで、まず、ドイツにおいて採用されている推定的同意に基づいて正当化する理論について、推定的同意の法的性質に触れた上で、検討する。

第1款　推定的同意の法的性質

推定的同意は、「もし、被害者が事情を知ったならば、同意するであろう」ということが認められる場合には、その法益侵害が正当化されるという理論であるが、それが、独自の違法性阻却事由なのか、ドイツ刑法34条の正当化緊急避難の一事例なのかということには学説上争いがある[12]。まず、推定的同意を正当化緊急避難の一事例であるとするボッケルマンは以下のようにその根拠を述べている[13]。推定的同意が、分別のある人なら、その状況におかれた場合に同意するであろうという意味である以上、実際上は利益衡量の原則を意味する。より低い利益を犠牲にしてより高い利益を救助する者は、当人の「真の幸福」(wahres Wohl) のために行為しており、そのことは法的に許容される。しかし、このような見解は、正当化にとって、「推定的」なものにしろ、被害者の意思が考慮されるということを表現できていないという批判が妥当する[14]。

これに対し、この法理に初めて統一的な基礎付けを行ったとされる[15]メツガーは、以下のように述べている[16]。推定的同意の違法阻却根拠は、行為が被害者の意思方向に合致している点に求められるのであって、利益欠缺の原理の 1 つの現れであることにおいては現実的同意の場合と異ならない。被害者が利益を放棄するという現実的意思は存在しないが、行為者の行為が被害者の意思に合致する蓋然性が、その時点で、すなわち、事前的に高度である場合には、事後的に彼がその行為を是認しなかったであろうということが判明したとしても、行為は合法性を取得する。すなわち、推定的同意とは、その者が事態を十分に認識したとするなら、彼の個人的立場から行為に同意を与えたであろうという、客観的な裁判官による蓋然性判断を意味する。このことは、ドイツの判例・学説において広く前提とされている[17]。また、いわゆる補充性の要件を要求する点も共通している。

これに対し、町野教授は補充性の要件は不要であるとする[18]。たとえば、友人に無断で友人の煙草を1本取って吸う行為が、友人の所在が不明で連絡が取れない場合にのみ推定的

---

12 Schönke/Schröder/Heine/Weißer, a.a.O, §32ff. Rn. 54.

13 Bockelmann, Strafrecht AT, 1973, S. 105.

14 Kindhäuser, Strafrecht AT, 7. Aufl., 2015, §19 Rn. 2.

15 Tachezy, Mutmaßliche Einwilligung und Notkompetenz in der präklinischen Notfallmedizin, 2009, S. 41.町野朔『患者の自己決定権と法』(1986年) 200頁。

16 Mezger, Strafrecht Ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949, S. 219ff.;ders. Strafrecht, 9. Aufl., 1960, §39 S. 101.

17 Tachezy, a.a.O., S. 42.

18 町野・前掲注 (15) 201頁。

同意によって違法性が阻却され、それ以外の場合には常に処罰を免れないのは不当であるということを挙げている。「要は行為時における非歯医者の意思方向についての客観的な判断であり、行為が法益主体の意思に合致する蓋然性が十分に高度であれば、その現実的承諾を得るまでもなく、推定的承諾による行為の合法性を認めることは許されると解されなければ、あまりにも現実離れした結論を生じる」というのである。しかし、被害者の意思を確認できる場合にまでこのような意思の推定を許すということは、結局先に述べた利益衡量の原則に基づく正当化緊急避難の一事例であるとする見解との区別がつかなくなる。

第２款　緊急治療の正当化要件

このような理論が、意識のない患者に対する緊急治療の場面で正当化根拠となるか、ということを検討する。

前述の通り、推定的同意の法的性質としては、ドイツの通説のように、法益所有者の個人的利益とその処分の自由が、その意思を適時に表明できない場合にも法的に保護することに資するものであるとするのが相当であると思われる。しかし、これを緊急治療という、生命・健康という法益が今まさに失われようとしているときに、患者がどのような利益を優先するかの推定することを要求するものだとしたら、それを認めるのは難しいように思われる。とりわけ、本稿で扱っている意識のない患者の場合には、生命の危険が切迫していることが多いだろう。真の意味で患者の意思の推定を要求するのであれば、自殺志願者が遺書を握りしめて救急搬送された場合は、治療を拒否する意思が推定されるが、このような場合に救命できないとするのは救急医療の目的を見失う結果になりかねない。

この点について、緊急治療のみならず、意思無能力者の治療行為に対しても推定的同意を根拠として正当化を認める町野教授は、患者の意思の推定にあたっては、患者の主観的事情のほかに、治療行為の優越利益性や医学的適応性の程度といった治療行為に付随する客観的事情を考慮しなければならないとする。そうすると、軽度の侵襲によって治癒の結果がもたらされる可能性が大であるなら、患者がそれに同意を与える蓋然性は極めて高度であるから、患者の現実的同意が存在しない場合でも、このような患者の推定的意思との合致によって治療行為を正当化し得るというのである[19]。また、重度の侵襲を伴う行為の場合についても、それが治療行為であるならば「患者の利益のために行われるものであり、彼がそれに承諾を与える蓋然性が高い」ために、推定的意思に合致し、正当化される[20]。そうすると、遺書を握りしめた意識不明の自殺志願者の救命は、患者の生命という利益のために行われるものであり、同意を与える蓋然性が高いことによって、正当化される[21]。

---

[19] 町野・前掲注（15）203 頁。

[20] 町野・前掲注（15）202 頁。

[21] なお、町野教授は、このような状況を、拒絶意思を表明している場合と考え、その拒絶意思が有効なものかどうかを検討しなければならないとする。その有効性の検討に当たっ

このような考え方は大きな矛盾をはらんでいる。すなわち、患者の意思を推定し、その意思に合致していなければ正当な治療行為ではないとしながらも、その内実は医学的・客観的事情によって正当化することを認めることになる。しかし、このような見解も、緊急治療の場合には妥当するように思われる。その根拠は、患者の自己決定権と医師の治療義務との衝突の場合であり、第1章で検討した憲法13条の幸福追求権と憲法25条2項の生存権の保障のための規定との対立である。

第1章では、自己決定権は憲法13条の幸福追求権に由来するものであるから、医療行為においては、患者の生命・身体に関わる「人格的生存」のための治療の選択・拒否権が患者にあると考えられると示した。エホバの証人が輸血を拒否することは、その信念上、魂を葬り去るに等しい。それにもかかわらず輸血を伴う手術を強制されるとすれば、人格的生存にとって著しい不利益である。あるいは、治療をそれ以上行わずに、自宅で死を迎えたいという場合に、無理やり入院させて治療を行うことも、その人格的生存を脅かすものであろう。

これに対し、医師は第一に患者の生命・健康のために治療をする義務を負っている。医師法19条1項は「診療に従事する医師は、診療治療の求があつた場合には、正当な理由がなければ、これを拒んではならない」と規定しているが、もともとは自己決定権と同じく憲法13条の幸福追求権と憲法25条の生存権に由来する国民の健康権に由来するものであるとされている[22]。特に、憲法25条2項は、「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない」と定めているが、1項で定める抽象的な生存権を、立法等の措置により実現する義務を国に課す役割があり[23]、それを実際に行うことができるのは、その技術を持つ医師等の医療従事者その他専門家である。このことは、医師を国家資格とし、広い業務独占権を与えて職業選択の自由を制限していることからも明らかである。

そうすると、憲法の文言上、幸福追求権は少なくとも「公共の福祉」に反する場合には制限されることになっている一方で、生存権にはそのような制限はない。確かに、通常の医療において、どのような治療を選択・拒否するかという自由が「公共の福祉」という要素によって制限されるとは考えにくいが、救急医療は、通常医療よりも時間的余裕がなく、国民の生命という最も大切な多くの権利を守るために必要不可欠なものであるが、患者の自己決定権を侵害するかどうかを確認できなければ治療を開始できない、ということになると、救急医療が崩壊することになる。

以上のことから、意識のない患者の緊急治療の場合には、まずは患者の生命・健康を保護するために医学的・客観的に必要な治療を行うことが、患者のインフォームド・コンセントがないということによって違法とされることはないと思われる。「自己決定ができないと認

ては、客観的利益を重要な資料としている。

[22] 米村滋人『医事法講義』(2016年) 49頁。

[23] 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法　第7版』(2019年) 278頁以下。

められ、しかも医療保護が必要なものに対して、国がその自己決定を補い後見的な立場から医療保護を加えることは、むしろ幸福追求権を保障することになる」[24]ということにもなる。

また、医療契約のための同意についても得られないが、緊急事務管理によってこれを行い得るとするのが相当である[25]。

第３款　家族等のインフォームド・コンセントの意義

前述の通り、結局、意識のない患者の緊急治療の場合には、医学的・客観的要件によって正当化し得るため、患者のインフォームド・コンセントがないことは法的な意義を有しない。そうだとすれば、一刻も早い治療の開始が求められる中、患者の身元を特定し、家族等を呼び、慌ててやってきた家族等に対して状況を説明してその同意を得るという行為も、法的に無意味なのだろうか。

法的に必要とされないのは(ⅰ)正当化要件としての患者の同意、(ⅱ)医療契約締結のために必要な患者の同意、(ⅲ)ムンテラとしてのインフォームド・コンセントのうち、（ⅰ）及び（ⅱ）の要素である。すると、（ⅲ）として必要なインフォームド・コンセントは依然として残っている。緊急治療において（通常の医療においてもそうだが)、救命治療を行っただけで医師―患者関係が終了するわけではない。予後の経過も観察しながら何らかの治療を継続して初めて、医師が守るべき患者の健康が取得される。予後の治療に対しては、意識を回復した患者との間で(ⅰ)正当化要件としての患者の同意、(ⅱ)医療契約締結のために必要な患者の同意、(ⅲ)ムンテラとしてのインフォームド・コンセントが必要となるが、その際、どのような救命を行ったかということが、医師―患者関係、ひいては治療効果にも影響がある。

たとえば、サッカー選手が事故に遭遇して、意識不明のまま病院に搬送され、片足を切断すればほぼ確実に救命できるが、足を出来るだけ切断せずに救命を試みることもでき、そのリスクと難易度は切断する場合よりも一定程度高いものの、あまりにも足の温存が難しければその時点で切断すれば間に合う、という場合を考えてみる。救急医療においては、先に述べた通り、生命を救うことが最優先であるので、何ら患者の意思を考えもせずに足を切断したとしても、治療行為は正当化される。しかし、このような２種類かそれ以上の方法で救命が可能であるとき、そのどれが患者にとってベストなのか、ということを考えなくていいわけではない。もちろん、患者本人は、意識がないためにこれを受け、同意や理解を示すことはできない。そこで重要となるのが、家族等である。

第１章で見た通り、終末期医療において、救命をやめる、いわゆる治療行為の中止の場合

---

[24] 大谷實『新版　精神保健福祉法講義　第３版』(2017 年）45 頁。

[25] なお、意識がある状態で搬送された場合には、治療に同意が得られず治療を行わずに帰宅したとしても、事務管理ではなく、本人の同意に基づく医療契約が成立するとされている。札幌地判平成 13 年 4 月 19 日判時 1756 号 121 頁。

に、正当化されるには「家族の意思表示から患者の意思を推定することが許される」と裁判所は考えている。ただし、「家族の意思表示から患者の意思を推定するには、家族の意思表示がそうした推定をさせるに足りるだけのものでなければならないが、そのためには、意思表示をする家族が、患者の性格、価値観、人生観等について十分に知り、その意思を適確に推定しうる立場にあることが必要であり、さらに患者自身が意思表示をする場合と同様、患者の病状、治療内容、予後等について、十分な情報と正確な認識を持っていることが必要である」、などと簡単に患者の推定的意思を認定してはならないことを示している[26]。また、患者本人の任意な自己決定及びその意思の表明や真意の直接の確認ができない場合も少なくないと思われる。このような場合には、前記自己決定の趣旨にできるだけ沿い、これを尊重できるように、患者の真意を探求していくほかない。（中略）その真意探求に当たっては、本人の事前の意思が記録化されているもの（リビング・ウィル等）や同居している家族等、患者の生き方・考え方等を良く知る者による患者の意思の推測等もその確認の有力な手がかりとなる[27]と裁判所は考える。

そうだとすると、緊急治療のような極限的な場合であっても、患者の意思を法の外で考慮するならば、家族等のインフォームド・コンセントは、治療効果の上で意義を有することとなる。どの程度の推定が必要な状況か、ということは医師の裁量の範囲内であるが、それを逸脱して、たとえば家族等がじきに到着し、意識の回復は認められないが容体も安定しているのにもかかわらず、家族等の到着を待たずして先の足の切断のような、結果に大きな差のある治療を行った場合が考えられる。このような場合に医療過誤の責任を負い得る。

第4節　小括

本章では、患者のインフォームド・コンセントを得ることができない場合の１つである、意識のない患者の緊急治療の正当化について検討した。まず、第２章までと決定的に異なるのは、医師の説明も患者の同意も明示的には存在しないということである。しかし、このような場合に、患者の同意要件を充たさない、すなわち患者の自己決定権が保護されないからといって治療行為として正当化できないという理屈は存在しない。我が国の医療実務において、意識のない患者の緊急治療の場合には家族等のインフォームド・コンセントを得て治療を行っている家族等のインフォームド・コンセントが法的にどのような意義があるのか、ということは一定の解決を見ているとは言い難い。そこで、まず、我が国の通説と同様に治療行為傷害説をとるドイツの判例における理論と我が国の民事判例を整理した。ドイツの判例においては、一貫して、生命・健康に「遅れると危険」がある場合に、明示的に事前的に同意することが出来ない患者に対して、自身で決定することはできないが、任意の処分権

---

[26] 横浜地判平成７年３月28日判例時報1530号28頁。

[27] 横浜地判平成17年３月25日刑集63巻11号2057頁。

限を有する当人の、予想される自己決定であり、仮定的な意思に従って行われたといえる場合には、行為を正当化するという患者の推定的同意を用いて正当化を行っていた。意識がない患者であっても、その自己決定権を侵害することは許されない、という考え方から生じる。他方、我が国の判例は、緊急治療の場合には、本人へのインフォームド・コンセントが省略されても正当化され得る、ということを示したにすぎず、なぜ正当化されるかは明らかではない。また、この際に家族等への説明義務を認めているものもあり、家族のインフォームド・コンセントの意義が不明である。

そこで、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として、意識のない患者の緊急治療があるとした。すなわち、このような場合には憲法 13 条に基づく幸福追求権の一つである患者の自己決定権と、憲法 13 条及び 25 条に基づく医師の治療義務とが衝突し、むしろ患者の自己決定権を制限することによって患者の健康を保護することは、患者の真の幸福追求権の保護であると考える。そうであるならば、医学的・客観的要件を具備した治療行為であるということによって、緊急治療は正当化されることになる。

このことと家族等のインフォームド・コンセントが要求されることとの関係は、救命のための治療の選択肢がいくつかある場合に、できるだけ患者の意思に沿ったものを選ぶことが理想的であり、そのための患者の意思の推定の根拠として、家族への説明と理解を得る必要があるとして、意義を認めることとした。

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

第１節　問題の所在

患者が意思無能力者[1]である場合には、第３章の意識のない患者に対する緊急治療の場合と同様に、患者のインフォームド・コンセントが得られないという点では共通しているが、決定的に異なっているのは、必ずしも「遅れると危険」なほど生命・健康への客観的不利益が切迫しているとは限らない点である。また、一時的に意識を失っている患者と、過去・現在・未来に渡って一定期間意思無能力である患者とは、その保護の在り方が異なっているべきである。すなわち、一時的に意識を失っている患者は、治療によって意識が回復した後に、自律して人格的に生存することが可能だが、精神障害者の場合には、治療の前後でその人権が侵害されたとしても、それを自律的に回復させることが難しい。未成年の場合には、成年に達すれば完全な人権を手に入れることにはなるが、やはりそれまでは。このような、社会的弱者に対しては、パターナリズム的な介入も必要かつその介入が国家の義務であり、そのことと治療行為との関係がいかなるものか、ということは検討しておかなければならない。

後述するように、治療行為におけるこのような弱者へのパターナリズム的な介入としては、精神障害者の場合には成年後見人・家族等の補助を、未成年の場合には家族法内の親権制度に基づく家族等の補助をシステム上採用している。要するに、意思無能力者の治療行為は、その同意・拒絶を他人に代行させることが一般的である[2]。しかし、このことと患者の自己決定権との関係は明らかではないし、このようなシステムに則っているということが治療行為の正当化に与える影響も明らかではない。

そこで、まずは、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[3]の場合を手掛かりとして検討する。次に、

---

[1] 精神疾患があることや未成年であることによって同意能力がない場合を指す。もっとも、とりわけ精神障害者の場合には、完全な無能力ではなくても、一定程度減退していたり、あるときは完全な同意能力を有していて、あるときには減退又は消滅するという病状であったりする。このような場合に、患者の自己決定権をどのように保護していくか、ということは、後述するように、医療実務上の手法（ムンテラの部分とも解される）・立法の問題となってくるため、十分な検討には相当に複合的な視点が必要とされる。本稿は、あくまでも、治療行為の正当化と患者の自己決定権との関係という法的問題に注目するため、あえてこのような「グレーゾーン」については検討の対象から除外する。

[2] 町野朔『患者の自己決定権と法』（1986 年）226 頁。

[3] 広義の医療ネグレクトは、児童虐待の一種としての一般的なネグレクトの延長として、子供にひつような医療を受けさせない場合であり、狭義の医療ネグレクトは、その他の点

精神障害者の場合にも後見人・家族等の同意が必要とされているが、まずはその制度上の仕組みを明らかにする。未成年者の場合とは異なり、我が国ではこれらの代行者が同意できるのは、診療契約上の同意に限られ、治療行為の正当化要件としての同意は与えられないことになっている。そこで、正当化同意権も後見人等に与えているドイツの法制度と比較検討し、その法的意義を検討する。

以上の検討を通して、意思無能力者に対する治療行為の正当化理論と家族等のインフォームド・コンセントの意義について結論付ける。

第２節　未成年者と同意―医療ネグレクトの場合を手掛かりとして―

第１款　親権と医療同意・医療契約

医療ネグレクトの問題を考えるに当たって、親権者等が治療を拒否しているということの意義を示さなければならない。そのために、まず親権と医療同意・医療契約との関係を明らかにする。

（１）同意権者としての親権者

患者が意思無能力者である場合の正当化要件としての患者の同意は、推定的同意によるとする説がある[4]が、第２章・第３章で既に述べたとおり、患者の自己決定権を保護するという建前の下、その内実は、医学的客観的要素のみによって正当化することと同義であり、何ら解決になっていない。第３章のように、生命・健康に対する「遅れると危険」な不利益がある場合であって、本人の明示的な同意が存在しない状態では、患者の自己決定権は制限され、医学的客観的根拠に基づいて正当化される[5]。

先述の通り、確かに生命・健康に対する不利益があるとしても、すぐに必要ではない場合

では全くネグレクトのない親が、宗教上の理由、医療不信などの理由で、子供に必要であるとされる医療についてのみ同意を拒否する場合である。永水裕子「医療ネグレクト―同意能力のない未成年に対する医療行為への同意権の根拠についての一考察―」桃山法学第20・21号（2012年）331頁。

[4] 町野・前掲注（２）・232頁、米村滋人「医療行為に対する『同意』と親権」法学83巻４号（2019年）157頁。

[5] 但し、先述のとおり、遺書を握りしめて搬送された自殺志願者や、診断や治療の説明に至る前まで意識を有しており、自らがエホバの証人の信者であるから絶対に輸血をする手術を拒絶する、ということを表明していた（明示的な拒否がある）場合については、このような自己決定権が尊重されるのは、それがその人の人格的生存にとって本当に欠かせないな選択であることが必要であるとされ、その確認が取れないまま、救命可能な、しかしそのままでは失われる生命を医療現場で侵害することは許容され得ない。

も医療ネグレクトに含まれるとすると、このような考え方のみによって親権者のインフォームド・コンセントに(ⅰ)正当化要件としての患者の同意に類する医療同意権としての性格を排除するのは望ましくない。そこで、親権者の同意権の根拠についての民法学説を整理[6]した上で、親権者が患者の治療に対する同意権をどのような意味で有し、それが医療ネグレクトの場合にどのような制限を受けるのかを検討する。

①法定代理権説

親権者の法定代理権に基づいて、親による同意は「代理行為」としての法的性格を付与され、同意能力のない患者に代わって親権者が同意権を行使するとする説である。この説に対しては、先述の通り、自身の生命・身体に関する処分権は一身専属的なものだから、「代理」という考え方がなじまないとされている。

②身上監護権説

未成年者への医療行為は、未成年の生命・健康に極めて重大な影響を及ぼすことから、民法 820 条の「監護・教育の権利義務」に基づき、親が子の利益になるように自ら監護権及び監護義務を果たすとする説である。この説については、離婚等により親権者と監護権者が分離した際（民法 766 条）に、実質的に子の監護を行わない親権者に監護教育する権利義務が残っているとしたら、どちらの同意を得なればならないと考えるべきか不明確になるという問題がある[7]。

いずれにせよ、原則的に親には、子供の医療を受けさせるか否かということの決定権があるべきである。なぜならば、患者の自己決定権が、その生命・身体にとって人格的生存という観点から最も利益となることを選び・時に治療を拒否する権利であるとすると、子供にとって「最善の利益」[8]とはなにか、ということは、人格的に未成熟の未成年、まして意思無能力の未成年本人に決定することはできず、それをなし得るのが親のみであるからである。法的には、親権者や監護権者にはそれを行う権利と同時に義務が生じているから、当然のことである[9]。我が国の家族法の特徴としても、「家族に、家族メンバーの生存を支えつつコン

---

[6] このような整理を行うものとして、永水・前掲注（３）323 頁以下、米村・前掲注（４）155 頁以下。

[7] とりわけ、親権者と監護権者とで意見が分かれたときに、どちらかの同意に基づいて最善の治療を行うことができるのか、あるいは共同の同意がなされるまで治療を開始できないのか、という問題が生じる。この問題に対する解決は

[8] この点について、まずは未成年者の客観的利益を保護し、親権者の選好は患者の最善の利益を考慮するための一要素であると考えるべきではある。同様の指摘として、永水・前掲注（３）351 頁。

[9] 同様の指摘として、永水・前掲注（３）348 頁、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（2011 年）6 頁以下。

トロール広範な権利義務を与え、また家族に広範な自治権を与える傾向」がある[10]ことからも、親権者に対して医療同意権がないとするのは不当であるように思われる。

それでは、問題となっている、医療ネグレクトの場合にも、親権者が拒否している以上、原則的に治療行為を正当化する家族のインフォームド・コンセントが存在しないことになる。

（2）医療契約締結者としての親権者

医療における医師－患者関係の形成は、準委任契約による医療契約に基づいていると考えるのが通説である[11]。契約の内容は、医療側が疾病の診断・治療その他医療の提供義務を負う一方で、患者が報酬支払い義務を負う有償・双務・諾成契約である[12]。当事者としては、意思能力・行為能力があれば患者本人又は配偶者[13]が行うものとされる。

患者が意思能力を有しない未成年の場合には、親権者や保育士等の同伴者とともに受診することになるため、同伴者との関係が問題となる。このような場合の契約当事者について、以下の4つの法律構成がなされている[14]。

①法定代理構成

これは、同伴する親権者が、法的代理人として契約を締結し、患者本人に効果が帰属するとする。患者本人が権利義務の主体となるため、医療側に対する債務不履行責任等を直接追求できる点が評価されているが、同伴者が保育士、知人等の法定代理権を有しない者の場合には妥当しない。

②第三者のためにする契約構成

同伴者を要約者、医療機関開設者を諾約者、患者本人を受益者とする第三者のためにする契約（民法537条）が成立するとする見解である。この場合、契約当事者は同伴者となり、親権者等の法定代理人でなくてもよい。

③不真正第三者のためにする契約

---

[10] 水野紀子「医療ネグレクトに関する一考察」米村滋人編『生命科学と法の近未来』（2018年）324頁。

[11] 準委任契約ではないとする見解として、樋口範雄『医療と法を考える』（2007年）135頁、内田貴『民法Ⅱ　第3版』（2011年）300頁。準委任契約は両当事者が対等でなければならないが、医師には応召義務があり、原則として医療上必要な患者からの求めのある契約を拒否する権利がないこと、民法の委任の規定は条文が少ない上、医療に適合しない規定が多いことなどを挙げている。

[12] 米村滋人『医事法講義』（2016年）93頁。

[13] 但し、民法762条の日常家事債務の範囲内であるとされる。

[14] このような整理を行うものとして、村山淳子「医療契約論―その実体的解明―」西南学院大学法学論集38巻2号（2005年）67頁以下、米村・前掲注（5）95頁以下。

同伴する親権者が自らの監護義務の履行のために医療機関開設者との間で医療契約を締結し、医療者は「親権の一部の代行者」として子に診療を実施すると理解する。契約当事者は親権者であり、患者本人は契約上の権利義務を有しない。

④事務管理構成

事務管理（法定債務関係）により、同伴者と医療機関開設者との間に診療契約が成立し、診療は同伴者の事務管理として患者本人に効果が及ぶとする構成と、医療機関の患者に対する事務管理が成立するとする構成がある。

これらのいずれの構成をとるべきか、ということは状況によって異なるが、米村教授は以下のように述べている[15]。

「まず、未成年患者に親権者が同伴する場合は①②のいずれかの構成がとられ、いずれとなるかは代理意思の有無、すなわち同伴する親権者が報酬を自らの計算で支払う意思を有するか（②)、患者本人の計算で支払う意思を有するか（①）によって分かれる。次に、患者に親権者以外の者が同伴する場合は、同伴者が報酬支払いの意思を有する場合には医療契約が成立する（②）が、そうでなければ事務管理となる（④)。同伴者がいない場合（警察官や救急隊により搬送された場合を含む）は事務管理と構成」する。

このような見解の妥当性については、検討できないが、親権者等は契約当事者としての意義を有する以上、親権者の同意は、本来患者本人のインフォームド・コンセントで得られる(ⅱ)医療契約締結のために必要な患者の同意を担うこととなる。従って、この意味で、親権者である家族等のインフォームド・コンセントは欠かせないこととなる。

そうすると、医療ネグレクトのように、親権者が患者の治療に同意しないというのでは、医療契約が締結できない。

第２款　医療ネグレクトに対する親権喪失・停止制度の運用について

以上のように、親権者のインフォームド・コンセントは、(ⅰ)正当化要件としての患者の同意、(ⅱ)医療契約締結のために必要な患者の同意を患者のために与える機能がある。しかし、先に述べた通り、医療ネグレクトにより大きな不利益を受ける意思無能力の未成年患者のパターナリズム的な保護が検討され、それをいかにして行うか、ということが問題となる。また、その際の治療行為の正当化と医療契約の締結がどのような仕組みで行われるのかが問題となる。そのことを検討する前に、まず我が国の審判実務上の医療ネグレクトに対応するシステムを概観する。

（１）審判例

親権の濫用から子供を守るため、民法は従来から親権喪失宣告制度を規定していた（民法834条)。しかし、親権喪失宣告は、親権の全面的で無期限の剥奪という峻烈な効果があり、

---

[15] 米村・前掲注（４）97頁。

少なくとも狭義の医療ネグレクトの場合にまでこれを適用することはふさわしくないと考えられている[16]。そこで、2011 年の民法一部改正において、親権を部分的又は一時的に制限する親権停止審判制度が設けられた。

＜民法 834 条の 2 ＞

①父又は母による親権の行使が困難又は不適当であることにより子の利益を害するときは、家庭裁判所は、子、その親族、未成年後見人、未成年後見監督人又は検察官の請求により、その父又は母について、親権停止の審判をすることができる。

②家庭裁判所は、親権停止の審判をするときは、その原因が消滅するまでに要すると見込まれる期間、子の心身の状態及び生活の状況その他一切の事情を考慮して、2 年を超えない範囲内で、親権を停止する期間を定める。

これにより、2 年を超えない範囲で親権を停止することができるようになった。この制度を利用して親権の停止を行い、未成年患者への治療を行った事例は、以下の審判例である[17]。

事実の概要は以下のとおりである。未成年者患者は、頻繁に嘔吐を繰り返すようになり、病院を受診した結果、手術が必要と診断されたが、親権者である両親は手術の必要性については理解しているものの、宗教上の理由から輸血に同意することができなかった。そこで、無輸血手術が可能な d 病院において、未成年者の手術を行うこととなった。d 病院における診断によれば、手術以外に根治方法はなく、診断確定時に可及的早期に手術を行うのが適切であり、手術を行わない場合には、衰弱し、死亡する可能性がある。手術による死亡の危険性極めて低い。d 病院においては、無輸血での手術を予定しているが、周術期に凝固障害や手術中の多量出血は十分に可能性があり、その場合には輸血が必要となる。親権者らは手術については同意しているが、手術に伴う輸血を拒否しているため、親権停止の審判と審判前保全処分の申し立てをした。これに対して、以下のように審判し保全処分を認容した。

「上記認定事実によれば、未成年者の生命の安全及び健全な発達を得るためには、可及的

---

[16] 永水・前掲注（3）351。このため、実務上は、親権喪失宣告を本案とする審判前の保全処分という形で、一時的な親権停止の効果を生じさせていた。津家審平成 20 年 1 月 25 日家月 62 巻 8 号 83 頁は、未成年である患者が、緊急に治療を行わなければ、腫瘍の眼球外浸潤により数か月以内に死亡するが、右目摘出手術、左目局所療法及び全身化学療法を行えば、90％の確率で救命されるが、右目が全盲となり、左目の視力もほぼ失う障害を抱えることになるという状況であった。未成年者の親権者である両親は、医師からの再三の説明・説得にもかかわらず、「障害児を育てる自信がない」などの理由から治療を拒否していた。児童相談所長は、良心の親権喪失宣告の申し立てをし、手術・治療まで時間がないため、保全処分として両親の職務の執行を停止し、停止中に職務代行者として弁護士を選任する審判を求め、これが認容されたという事案である。

[17] 東京家審平成 27 年 4 月 14 日判時 2284 号 109 頁。

速やかに手術を行う必要があり、無輸血手術を行う場合でも、凝固障害や手術中の大量出血の緊急の場合に備え、事前に輸血について同意を得ておく必要があるといえる。そうすると、輸血に同意しないことが宗教的信念などに基づくものであっても、未成年者の生命に危険を生じさせる可能性が極めて高く、親権者らによる親権の行使が困難又は不適当であることにより子の利益を害することが明らかであり、本件では保全の必要性も認められる。また、親権者らの陳述を聴く時間的余裕もない。したがって、本件審判申立事件の審判が効力を生ずるまでの間、親権者らの未成年者に対する親権者としての職務の執行を停止し、かつ、その停止期間中、申立人を職務代行者に選任するのが相当である。」

本審判は、従来の親権喪失審判ではなく、親権停止審判を行ったことだけでなく、そのために必要な、親権者の陳述を聞く手続きを省略している点で、未成年患者の生命の危険、切迫した医療現場での対応という点から評価されている[18]。また、このような親権者の宗教上の信念から輸血を拒否するケースは少なくない[19]。

（2）児童福祉法との関係

また、医療ネグレクトを含む、昨今大きな社会問題となっている児童虐待への対応として、親権者の意思よりも、未成年者の福祉、生命・身体の客観的利益の観点からパターナリズム的な介入を許そうとする傾向は、児童福祉法にも表れている。

＜児童福祉法 33 条の 2 ＞

①児童相談所長は、一時保護が行われた児童で親権を行う者又は未成年後見人のないものに対し、親権を行う者又は未成年後見人があるに至るまでの間、親権を行う。ただし、民法 797 条の規定による縁組の承諾をするには、厚生労働省令の定めるところにより、都道府県知事の許可を得なければならない。

②児童相談所長は、一時保護が行われた児童で親権を行う者又は未成年後見のあるものについても、監護、教育及び懲戒に関し、その児童の福祉のために必要な措置を採ることができる。ただし、体罰を加えることはできない。

③前項の児童の親権を行う者又は未成年後見人は、同項の規定による措置を不当に妨げてはならない。

④第 2 項の規定による措置は、児童の生命又は身体の安全を確保するために緊急の必要があると認めるときは、その親権を行う者又は未成年後見人の意に反しても、これをとることができる。

---

[18] 水野・前掲注（10）217 頁。

[19] 民法改正前の審判例として、大阪家岸和田支審平成 17 年 2 月 15 日家月 59 巻 4 号 135 頁、名古屋家審平成 18 年 7 月 25 日家月 59 巻 4 号 127 頁などがある。永水・前掲注（3）332 頁以下参照。

なお、施設入所措置がとられた児童についても同法 47 条 5 項において同様の規定がなされている。このように、児童相談所長等は児童の生命又は身体の安全を確保するために緊急の必要があると認めるときには、「親権者等の意に反しても」児童を監護することができるのである。そうすると、親権喪失・停止の手続きを経ずして、児童相談所長等に対して監護権が付与され、従って先に見た児童の医療同意権・契約締結権が付与されることになる[20]。そもそも、親権喪失・停止手続によって児童相談所長等に親権が付与されたからといって、医療同意権・契約締結権まで付与されるか否かも、少なくとも、児童相談所長等が子の「最善の利益」を考え得る立場なのかという点から疑問であるが、まして、親権喪失・停止手続きが必要であるほど、親権の濫用を行っている親であるということが認められてもいないのに、このような監護権を付与することに問題があるように思われる[21]。

第 3 款　未成年者に対する治療行為の正当化と家族等のインフォームド・コンセント

以上のように、我が国においては、親権の濫用にあたるほどの医療ネグレクトの場合は、親権を停止し、職務代行者による同意に基づいて意思無能力の未成年に対する医療行為を実施するようになった。このように、司法プロセスを経た上で、子の「最善の利益」を客観的に保障することは、そもそもなぜ親権者に医療同意権・医療締結権があるのかということと整合性がある。そうでなければ、医療の専断が万が一生じた場合に、歯止めとなる基準がなくなるからである。

しかし、このような制度運用が、実際に必要とされている事例すべてに適用されているわけではない事実[22]もあり、それを支える司法インフラも十分ではない[23]。また、少なくとも、審判に至るようなケースでは、患者の生命の危険がかなり高度であるのに対し、治療さえ行

---

[20] 永水・前掲注（3）354 頁。

[21] 永水・前掲注（3）354 頁。このため、「緊急事態において児童の生命・身体を保護する必要がある場合に限定された権限行使のみ認められるべきであろう」と指摘している。

[22] yomiDr.コラム「口唇口蓋裂を受け入れられなかった家族」
https://yomidr.yomiuri.co.jp/article/20171012-OYTET50005/　（2021 年 1 月 20 日時点）松永正訓（小児外科医）氏が遭遇した状況は以下のとおりである。口唇口蓋裂と先天性食道閉鎖症を患った新生児の手術に両親が、口唇口蓋裂の赤ちゃんの顔が受け入れられないという理由で手術に同意せず、治療ができないまま新生児室で餓死した事例である。当然松永氏は、口唇口蓋裂は形成外科手術によって綺麗に治すことができ、食道閉鎖症の手術は一刻を争うものであると何度も説明したそうである。それでも同意しないため、児童相談所に連絡して、両親の親権を制限して手術を実施しようとしたが、到着した児相職員は両親の説得を試みただけで「あとは先生たちで解決してください」と言って立ち去ったという。本エピソードを紹介するものとして、水野・前掲注（10）211 頁。

[23] 米村・前掲注（4）164 頁。

えば救命の可能性が非常に高く、失敗する可能性が低いという状況がある。このような場合には、親権者の有効な同意がなかったとしても、あえて親権喪失・停止手続をとらずに、意識のない患者の緊急治療の場合と同様に、医学的客観的要件のみによって治療行為を正当化し得る。また、医療契約の締結についても、事務管理構成をとることによって可能であるように思われる[24]。

問題は、そこまでの生命・健康に対する患者の切迫した危険が存在していない場合ではないだろうか。親権者は、子の監護をする義務だけでなく、自らの選好に基づいていかに監護するかという自由を有しているし、そうでなければ、「家族」制度が崩壊してしまう。戸籍における家長制度にもみられるように、我が国は従来、諸外国に比べ、自律的個人の尊重よりも家族集団としての権利の尊重を重視される傾向にあった[25]。完全な人権を享有する存在ではない未成年は、少なからず親権者によって判断された「最善の利益」を享受又は甘受しなければならないのである。そうであるならば、やはり、親権者によって、(ⅰ)正当化要件としての患者の同意、(ⅱ)医療契約締結のために必要な患者の同意が与えられなければならない。従って、医師は、患者本人ではなく家族等に対する説明を行い、家族等の同意を得なければならない[26]。法の範囲外の(ⅲ)ムンテラとしてのインフォームド・コンセントという点でも同様である。もっとも、広義の医療ネグレクト、すなわち、身体的・精神的虐待を含む児童虐待の 1 つとして医療ネグレクトも併存している場合においては、医療の場面のみならず、生命を維持する衣食住の観点からも子供の生命・健康に危険がある。中長期的観点から見れば、相当程度大きな危険である。このような場合には、親権喪失・停止宣告の審判を経て、あるいは理論上は経ずに、正当に治療行為を行うことができるように思われる。なぜならば、医師には、虐待を通報する義務があり[27]、そこから親権喪失・停止宣告の審判手

---

[24] このような見解を採るものとして、水野・前掲注（10）229 頁。これに対し、患者の推定的同意による正当化を認める町野説を前提とする

[25] 水野紀子「医療における意思決定と家族の役割―精神障害者の保護者制度を契機に、民法から考える―」法学 74 巻 6 号（2010 年）74 頁以下。

[26] 本稿では検討を行うことが出来なったが、患者本人が一定程度意思能力を持つようになった場合には、患者と親権者との間で意見が分かれることがある。その際にどちらの意見に従うべきか、という問題が発生するが、完全な意思能力や判断能力、同意能力を持っていない場合には、親権者への説明と同意が法的な意義を有する。但し、患者に意思能力がどの程度あるのか、ということは、年齢や客観的事情に基づいて判断されるものではないため、その判断を行う過程となるという意味では患者本人に対して十分か十二分に説明し、その理解を得ることが必要となると思われる。これは、(ⅲ)ムンテラとしてのインフォームド・コンセントに属する問題である。

[27] 児童虐待防止法 5 条 1 項：学校、児童福祉施設、病院その他児童の福祉に業務上関係のある団体及び学校の教職員、児童福祉施設の職員、医師、保健師、弁護士その他児童の福

続きが開始されることが想定されるからである。

第4款　小括

医療ネグレクトをめぐる議論を通して、意思能力のない未成年患者の治療行為の正当化について検討した。患者に、生命・健康に対する患者の切迫した危険が存在している場合には、第3章の意識のない患者の緊急治療と同様に、家族等の同意がなくても治療行為が正当化される。生命・健康に対する患者の切迫した危険が存在していない場合には、原則として、親権者の同意が必要であり、親権者への説明は、それが患者本人に対するのと同程度必要となる。したがって、家族のインフォームド・コンセントの在り方と説明の欠缺に基づく医師の法的責任も第2章で検討した基準に従うことになる。

ただし、広義の医療ネグレクトの場合は、中長期的視点から子供の生命・健康に莫大な危険がある。そのような場合には、親権者の同意なく治療を行ったとしても違法ではないが、それは親権が喪失・停止される程度の児童虐待に当たる場合に限られる。

第3節　精神障害者と同意

意思能力のない精神障害者の場合にも、意識のない患者、意思能力のない未成年の場合と同様に、その権利が不当に侵害される危険が常にあることから、治療という場面では、自己決定権よりも医学的客観的利益を優先させるパターナリズム的な介入が許され得る。このことが、憲法 25 条の 1 項の生存権、またそれを支える憲法 25 条 2 項に資する医療従事者という構図から根拠づけられることは先に見た通りである。そこで、現実には、病識のない精神障害者は、精神科治療を拒否することが多く、患者本人の同意が得られない場合には、家族等への説明と同意を得て治療を行うのが一般的である。このことは、第一に、精神障害者の強制入院制度に現れてくる。また、触法精神障害者に対しては、強制治療も認められている。このような場合の入院・治療行為の正当化がいかなる理由からなされるのか、ということが、この問題を解決する糸口となろう。したがって、このような制度についてまず検討を加えたい。

もっとも、これは極端な場合であり、精神科医療に限られてしまう。現実には、意思無能力の精神障害者であるが、身体的な疾患により手術等の治療が必要とされる場面で、患者の有効なインフォームド・コンセントが得られないということが最も問題である。また、高齢

祉に職務上関係のある者は、児童虐待を発見しやすい立場にあることを自覚し、児童虐待の早期発見に努めなければならない。児童虐待防止法 6 条 1 項：児童虐待を受けたと思われる児童を発見した者は、速やかに、これを市町村、都道府県の設置する福祉事務所若しくは児童相談所又は児童委員を介して市町村、都道府県の設置する福祉事務所若しくは児童相談所に通告しなければならない。

化社会にあって、認知症の患者に対する治療に苦慮しているというのも同じ問題である。この点について、近年、成年後見制度の活用を促す政策的背景から、従来、医療契約の場面において成年後見人の同意に意義があったところ、その権限を拡張し、医療実施に対する同意、すなわち、成年被後見人である患者自身に帰属する身体の自由権を、成年後見人が代理して行使することを可能にしようという動きがみられる。しかし、患者本人の身体は誰にも濫りに傷つけられないという意味で、インフォームド・コンセントの要件が必要とされているのであり、そこに他者の意思を介在させることは刑法理論的に問題があると言わざるを得ず、そのような動きの刑法的な妥当性については慎重に検討しなければならない。

たしかに、患者本人の意思を推し量るために、家族や後見人等の意見を汲み入れることは認められてきている[28]。しかし、治療行為を行うことが「濫り」な身体的な侵襲であるかどうかは、他者の意思の介在しない客観的判断によって検討されるものと考えられる。そうだとすれば、刑法理論上、どのような根拠から精神科医療における治療が正当化されるのか、ということを整理しておく必要がある。

その上で、治療同意権を世話人に与えるという制度を構築しているドイツでの議論を検討し、精神障害者に対する治療行為の正当化理論を構築する。

第1款　強制入院・治療制度の正当化根拠

我が国で、原則的に治療行為に際して患者の現実的同意（私見では仮定的同意）が必要であることは前述のとおりであるが、精神科医療においては、本人の同意によらず入院をさせたり治療をさせたりすることが許されている。

心神喪失者等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律（以下、医療観察法。）における①裁判官と精神保健審判員による合議体の判断で行われる医療観察法の入院処遇（43条1項）・通院処遇（42条1項2号）、精神保健及び精神障害者福祉に関する法律（以下、精神保健福祉法）における②自傷他害のおそれがあり2名以上の指定医の診察の上で入院に至る措置入院（29条）、③1名の指定医の診察と家族等の同意で入院に至る医療保護入院（33条）、④1名の指定医の診察だけで72時間以内の入院が可能な緊急措置入院（29条の2）と応急入院（33条の7）である。特に、医療観察法における規定では、入院だけでなく、治療も強制的に行うことができる点で、患者の自己決定権とは相容れない制度となっている。

このような強制入院・治療が認められる根拠としては、パレンス・パトリエ（パターナリズム）思想とポリス・パワー思想があるとされている[29]。前者は、精神障害者は自己の医療

---

[28] 最決平成21年12月7日刑集63巻11号1899頁。

[29] それぞれの思想の詳細については、大谷實『新版　精神保健福祉法講義　第3版』（2017年）44頁以下、町野朔「心神喪失者等医療観察法案と触法精神障害者の治療を受ける権利」町野朔・中谷陽二・山本輝之編『触法精神障害者の処遇　増補版』（2006年）

的利益を選択し決定する能力を欠いているから、本人に代わって社会が選択・決定して医療を行う必要があるという後見的な考え方であり、後者は、精神障害者の社会に与える脅威の除去のためという保安的な考え方である。実際に精神障害に基づいて触法行為を行った患者に対する強制入院・治療を規定する①の入院・通院処遇と、その入院の要件に他害行為のおそれが含まれている②措置入院には、保安的要素が含まれているということを否定するのは難しい[30]。しかし、このような入院・治療は刑罰や保安処分とは異なる性質のものであるから、パレンス・パトリエ思想による介入でなければ正当化されないと解するのが相当である[31]。

このことを、憲法 25 条から導くことも可能である。すなわち、「意思能力ないし社会的適応能力を充分に有していない精神障害者に対しては、その生存権を保障し福祉を図る見地から、本人の利益のために一定の強制権限を加えることが必要である。医療保護の必要性（treatment standard）を根拠として強制医療を認めるパレンス・パトリエ思想を機軸として、精神科医療」を考えるべきなのである。自己決定権の観点からも「自己決定ができないと認められ、しかも医療保護が必要なものに対して、国がその自己決定を補い後見的な立場から医療保護を加えることは、むしろ幸福追求権を保障することになる」とも考えられる[32]。

このような理由から、患者本人のインフォームド・コンセントがない場合にも、精神障害者に対する医療が正当化されると考えられる[33]。

---

237 頁以下参照。

[30] パレンス・パトリエのみが医療観察法における強制入院・治療の根拠であるとする見解として、山本輝之「心神喪失者等医療観察法における強制処遇の正当化根拠と『医療の必要性』について―最高裁平成 19 年 7 月 25 日決定を契機として―」中谷陽二編『精神科医療と法』（2008 年）。山本教授は、医療観察法の保安処分的な性格を否定するだけでなく、精神保健福祉法上の措置入院もパレンス・パトリエのみが正当化根拠であるとしている。山本輝之「措置入院制度の問題点について」立教法学 97 号（2018 年）104 頁。なお、措置入院中の強制治療は妥当ではないとしたものとして名古屋地判昭和 56 年 3 月 6 日判時 1013 号 81 頁。

[31] 山本教授は、措置入院「の要件には、『自傷行為を行うおそれ』もあるのであり、それをポリス・パワーで説明するのは困難である」という消極的な根拠づけを行っている。しかし、他害行為を行うおそれはすなわち、患者本人の本来の意思に基づかない精神的疾患の影響で構成要件該当行為を行う可能性と考えられることから、そのような人格的な不利益から患者を保護するという、より積極的な根拠によって、パレンス・パトリエ思想のみによる根拠づけが可能であるように思われる。いずれにせよ、このような後見的介入は、意思能力のある精神障害者についても適用されるのであるから、意思能力のない精神障害者についても妥当する。

[32] 大谷・前掲注（29）45 頁。

[33] なお、拙稿「精神科医療におけるインフォームド・コンセント―日本・ドイツ刑法学に

では、このようなパターナリズム的な介入が緊急治療の場合と同様に認められ、医学的・客観的要件のみにって治療行為を正当化することを認めるとして、それをどのような仕組みで保障するのか、という問題がある。緊急治療の場合には、生命・身体に対する切迫した危険性があるため、まずは生命・健康の状態を回復させるという利益が圧倒的に大きい場合であるため、そのような検討は必要なかった。また、緊急治療の後で、本人が再び自己決定権を行使し得る立場になることから、何らかの不当な治療や治療ではない行為が行われた事実があった場合には、自らその救済を求めることができる。しかし、精神障害者の場合には、必ずしも意思能力が回復するとは限らないため、第三者の関与は必要であると思われる。他方、意思無能力である未成年の場合には、パターナリズム的な介入を第一にし得るのは、まさに親（ペイテル pater）であるということにより、親権者が医療同意権も契約締結権ももつと解するのが相当である。

そこで、我が国の状況を概観した後、医療同意権も契約締結権を世話人に付与しているドイツの考え方を参照する。

第 2 款　後見人・家族等の同意権

（1）我が国の状況

まず、精神科医療におけるインフォームド・コンセントの問題を明言する裁判例の 1 つとして、無診察医療と非告知投薬について示した民事裁判例がある[34]。

事案は、以下の通りである。被告医師は、原告患者 X の叔母 A の訴えを聞き、X が精神分裂病（現在の統合失調症）の妄想型であると診断して、水薬の処方を考えたが、A の訴えだけでこれを行うことは不適当だと考え、X の夫 B を呼んだ上で X に水薬を処方したという事案に対し、X が被告医師に対し、医師法 20 条に違反する行為であり、これにより X の人格権が損害されたとして、損害賠償請求を行った。

これに対し、千葉地裁は、「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

おける議論を中心に―」法と精神医療 34 号（2019 年）12 頁では、このような憲法的な立場からの考察を行っていなかったため、精神障害者の意思能力が欠けている場合又は不十分な場合に「意思に反しているかもしれない」ということから十分な治療を行えず、患者の生命・身体に対する危険を増大させることが問題であるとしていたが、このような、可能性の観点からの消極的な理論によって自己決定権の制限を行うのではなく、憲法 13 条に基づく「人格的生存」の保障や、憲法 25 条に基づく「生存権」の保障という積極的な観点から同様の結論を導くように説を改める。

[34] 千葉地判平成 12 年 6 月 30 日判時 1741 号 113 頁。本判決の評釈として、星野茂「判批」別冊ジュリスト 183 号 10 頁、野々村和喜「判批」別冊ジュリスト 219 号 218 頁、宮下毅「判批」年報医事法学 17 号 149 頁がある。

ための法的、制度的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の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、請求を棄却した。

また、判旨において、インフォームド・コンセントの原則に反しているといえなくはないということを言及した上で、「㋐非告知投薬は、日本における精神病の治療においては非常に広い範囲で行われており…、その中には本件のように患者本人を診察しないで行われるケースも相当含まれていること、㋑ことに、病識のない精神病患者が治療を拒んでいる場合には、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、患者に気付かれることなく服用させることの可能な水薬が処方される例がままあること、㋒右のような場合にも、その処方は、家族等の訴えを十分に聞き、かつ、保護者的立場にあって信用のおける家族に副作用等について十分説明した上で慎重に行われていること、㋓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、制度的なシステムが十分に整っていない日本の現状においては、このような患者を抱えた家族には民間の精神科医以外に頼る場所がなく、このような患者に対して診察や告知をしないで行う投薬を一切拒否することは患者とその家族にとって酷な結果を招くこと（残された手段は強制的な入院治療しかないが、これは事実上困難な場合が多く、また、医師と患者の関係を破壊するのでその後の治療に悪影響を及ぼす場合が多いこと）を認めることができる」として、インフォームド・コンセントの原則を貫徹することが患者本人の利益とはならないことを示している。もっとも、このような状況であるからといって、なぜ家族へのインフォームド・コンセントによって、このような治療が正当化されるのか、ということは理論的に明らかではない。

このように当然のように家族等のインフォームド・コンセントが法的に必要なものであるとされる背景には、精神保健福祉法の前身である 1900 年成立の精神病者監護法における監護義務者、1950 年成立の精神衛生法における保護義務者の権利義務から由来するように思われる[35]。精神衛生法 22 条は、保護義務者に対し、精神障害者に医療を受けさせ、身上や財産の監督をする広範な権利義務を定めていたのである。そのような権利義務を付与する根拠としては、保護者が扶養義務者という家族であることが挙げられていた[36]。

しかし、本来、意思無能力であり行為能力のないものに対しては、その適切な財産管理の

---

[35] なお、現在は保護者制度が廃止され、医療保護入院は、「保護者」ではなく「家族等」の同意に基づいて行われる。精神医療にまつわる法改正、その転機となった事件等の詳細については、水野・前掲注（25）204 頁以下参照。

[36] 水野・前掲注（25）208 頁。

観点から成年後見人を選任し、その者に少なくとも財産の監督権利と義務が付与されるはずである。このような場合には、扶養義務を負う家族であるというだけで、このような広範な権利義務を付与することはなく、むしろ家族であるがゆえに長年の確執があるということによって、第三者に代行機能を委ねるべきであることも多く、その判断を裁判所が客観的に行うという仕組みになっている。精神障害者の同意権の問題だけが、民法の規定から不当に外されてきたといえるだろう。保護者制度が維持されていた旧精神福祉法 20 条は、法定の保護者である後見人、保佐人、配偶者及び親権者がいない場合は家庭裁判所が精神障害者の扶養義務者（親や子など直系血族及び兄弟姉妹）の中から保護者の選任を行い、配偶者及び親権者については、特別の事情がある場合には、保護者の義務を負うべき順位を変更し、その他扶養義務者の中から保護者を選任できる、として、選任審判手続きが制度化されていた。しかし、現行法では、この保護者制度が廃止され、より客観的な面からの患者の権利擁護が図られるものと考えられていたにも関わらず、医療保護入院に際しては「家族等」の同意を要求し、家庭裁判所の介入のない、何の担保もない三親等以内の親族や後見人、保佐人等の誰でも同意をすることができるとされた。そうなると、裁判所の選任審判を受けて法的に権利義務を確定されていた時代にも、その大きすぎる負担と、患者の権利の代行権の根拠の不明確性が問題視されていた[37]にもかかわらず、司法的な制限なく負担と権利を付与されることになるのは不当である[38]。

（２）立法化の動き

このように根拠も、患者本人の権利擁護の観点から、司法的救済が難しくなっているこの問題に対しては、成年後見制度を活用することによって司法的な介入をするための立法化の動きがある。平成 28 年 4 月 8 日に成立、同月 15 日に公布された成年後見制度の利用の促進に関する法律の 11 条 3 項において、「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」と規定されている。また、近時も「身寄りがない人の入院及び医療に係る意思決定が困難な人の支援に関するガイドライン」が策定されるなど、盛んに議論されているところである[39]。このことから、現在我が国の民法上の議論では、契約代行権に加えて、医療代諾権も成年後見人に付与される方向にあるといえる[40]。その立法の際、参考とされて

---

[37] 水野・前掲注（25）207 頁。

[38] もっとも、医療の側からは、誰かの同意に基づいているという事実を好意的に受け止める見解もある。新垣元「保護者制度の廃止とその問題点」高柳功・山本紘世・櫻木章司編著『三訂　精神保健福祉法の最新知識―歴史と臨床実務』（2015 年）66 頁。

[39] https://www.mhlw.go.jp/content/000516181.pdf　（2021 年 1 月 20 日時点）

[40] しかし、現在もそのような立法はなされていない。

いるのは、ドイツ民法 1906a 条である[41]。

①ドイツ民法 1906a 条の規定

ドイツにおいては、精神障害者のインフォームド・コンセントが行えない場合、世話人すなわち後見人の同意と後見裁判所の許可を得て、強制治療を行うことができるということを立法的に解決している。その条文は、ドイツ民法典で 1906a 条において、以下の 7 つの要件を充たした場合には、後見人が入院患者の治療に対して同意することができる、従って医師は刑法的な責任も免れるということが規定されている。すなわち、①強制治療が、差し迫った著しい健康侵害を阻止するため、被世話人の福祉のために必要な場合、②被世話人が精神疾患又は知的若しくは精神の障害のために医師による措置の必要性を理解できない、又はその弁識に従って行動できない場合、③強制治療が、被世話人の事前指示書から推定される意思又は推定的意思と合致する場合、④事前に被世話人に対して医師による措置の必要性の説得を試みた場合、⑤著しい健康上の損害が他の被世話人によって承認されている措置によって回避できない場合、⑥強制治療による利益が、想定される損害を明らかに上回る場合、⑦強制治療が、その後必要な療養が確保される医療機関における入院治療においてなされる場合、の 7 つの要件である。

本条は、2017 年改正前においては、強制入院の患者のみに適用されていたものであるが、以下の連邦憲法裁判所の判断[42]に基づいて改正され、任意又は強制による入院治療中の患者については、患者の同意の問題について以下のような立場を採ることとされた[43]。

②連邦憲法裁判所 2016 年 7 月 26 日決定

事実概要は以下の通りである。統合失調症に罹患した A の世話人は、医的措置や治療への同意も含めた監護・健康への配慮、居所指定を職務範囲としていた。2014 年 9 月初め、入居していた介護施設において、自己免疫疾患のための治療薬の服用や食事を拒否し、自殺企図もあったため、同年 9 月半ば、認知症の閉鎖病棟において、世話裁判所による決定に基づき、自己免疫疾患・精神疾患等のための薬剤による強制治療が実施された。この時には身体が著しく衰弱し、歩くことも、自ら車いすを操作することもできなかったが、精神的には、

---

41 同様の指摘として、神野礼斉「ドイツ世話法における強制治療と国家の保護義務―連邦憲法裁判所 2016 年 7 月 26 日決定を素材として」九州国際大学法学論集 23 巻 1-3 号（2017 年）208 頁。

42 FarmRZ 2016, 1738.本判決を紹介するものとして、神野・前掲注（37）190 頁以下。なお、本稿第 1 章第 4 節第 2 款（２）でも紹介している。

43 ドイツ世話法の改正背景等について詳細に紹介するものとして、山中友理「日独の精神科患者の自己決定権と強制治療」山中敬一先生古稀祝賀論文集下巻（2017 年）519 頁、神野・前掲注（37）181 頁がある。

自然の意思を表明することができる状態で、治療拒否の意思表示をしていた。2015 年 1 月 20 日、世話人が収容に基づく強制治療の継続について区裁判所に許可を申し立てたところ、もはや身体の自由のきかない被世話人に対しては収容には当たらず、旧ドイツ民法 1906 条の強制治療は許可できないとしたことを受け、連邦通常裁判所に抗告し、ボン基本法 100 条に基づいて、同条の違憲性が問われ、以下のように判示した。

被世話人が重大な健康上の侵害に脅かされており、医的措置の必要性を弁識することが出来ず、又はその弁識に従って行動することが出来ないにもかかわらず、被世話人が空間的に治療から逃れる能力がないために、閉鎖的に収容されている状態には当たらないとして、自然の意思に反して治療を受けることができないことは、ボン基本法 2 条 2 項 1 文（何人も、生命に対する権利及び身体を害されない権利を有する）に基づく国家の義務に合致しない。したがって、旧同条は改正されなければならない。ボン基本法 2 条 2 項 1 文は、被世話人の自然の意思に反しても、必要であれば、医的措置による保護を保障することを国家に義務付けている。本人が疾病のために医的措置の必要性を弁識し、又はその弁識に従って行動することができないために、本人がその疾病とどう付き合うかについて自由な意思を形成することができない場合でも、たとえば自身の疾病についての自然の意思は、自己決定権の表れであり、その尊重も重要である。しかし、必要とされる治療に反する自然の意思は、本人における特別な援助と保護の必要性を何ら変ずるものではない。少なくとも入院治療を行っている被世話人に対しては、その収容が強制的なものであるか否かを問わず、保護としての強制治療が可能である。

以上のことから、ドイツ世話法における強制治療に関する規定は、インフォームド・コンセントの原則を、厳格な要件の下制約し、「強制治療を行うことこそ、患者（被世話人）の基本的人権の保護である」という別の原則から正当化しているものであると解されるように思われる。通院治療については、立法化されていないため、正当化の是非や根拠が不明であるが、あくまでも精神障害者の生命・身体の保護という観点からこのような強制治療が認められているということから、精神疾患の症状が重篤な場合には（強制）入院を行うこととし、その中で強制治療を行う道がある。

第 3 款　精神障害者に対する治療行為の正当化と後見人・家族等のインフォームド・コンセント

先述の通り、意思無能力の精神障害者に対して、その自己決定権を制約し、客観的に必要な入院や治療を行うことは、パターナリズム的な観点から正当化される。つまり、ドイツの決定の文言に従うならば、「ボン基本法 2 条 2 項 1 文は、被世話人の自然の意思に反しても、必要であれば、医的措置による保護を保障することを国家に義務付けている」のである。我が国に置き換えて考えると、憲法 25 条 2 項に基づく。従って、このような場合に患者のインフォームド・コンセントは、法的には必要ないことが明らかとなった。そうであるならば、原則的に後見人・家族等のインフォームド・コンセントも意味を持たないことになる。

しかし、誰がそのパターナリズム的・客観的介入に対して歯止めをかけるという意味で患者の代わり状況を把握する者が、医療側以外に必要であるように思われる。そのような意味では、成年後見制度を活用しようという動きにも一定の意味がある。ドイツにおいては、裁判所による裁量的判断というものが絶対的地位をもつという特徴もあり、世話人の代諾権に加えて、裁判所の判断を通すことで、患者の人権保護を行うことができると思われる。しかし、我が国の裁判所がそのような裁量的な判断を行うことは、従来行われておらず、客観的介入に対して裁判所が果たせる役割は、現状では小さい。そこで、平成 30 年 5 月発表の「成年後見制度の現状」を見てみると、成年後見人等と本人の関係について、親族（配偶者，親，子，兄弟姉妹及びその他親族）が成年後見人等に選任されたものが全体の約 26.2%、親族以外の第三者が選任されたものが全体の約 73.8%となっている[44]ことから、後見人が家族等である場合には利益相反関係にある場合もあるが、第三者が介入することによって、より客観的な視点からの患者の権利擁護が可能となり、成年後見制度はそういう意味で推進されるべきであるように思う。そこで、後見人・家族等に状況を説明し、その理解を得るという意味での後見人・家族等のインフォームド・コンセントは必要である。

また、未成年であり、意思能力がないのではなく不十分である場合と同様に、精神障害者であり、意思能力がないのではなく不十分である場合には、意思能力がどの程度あるのか、あるときとないときがあるのか、などを観察した上で、できるだけ本人がどのような治療を行うのかを知ってもらい、「治りたい」という気持ちを引き出すことも、とりわけ精神科医療においては重要である。したがって、法的に患者本人のインフォームド・コンセントは意味をなさないとしても、説明と理解を得るための対話は、意思能力が十分ではない精神障害者の場合には、意思能力のある患者の場合よりも多くの時間と労力をかけて行わなければならない。それを損なう場合には、（ⅰ）正当化要件としての患者の同意、（ⅱ）医療契約締結のために必要な患者の同意、（ⅲ）ムンテラとしてのインフォームド・コンセントのうち、（ⅲ）の内容について医療過誤の責任を問われる可能性が残される。

第 4 節　小括

以上の考察から、第 1 章・第 2 章で考えてきたような、患者のインフォームド・コンセントの（ⅰ）正当化要件としての患者の同意、（ⅱ）医療契約締結のために必要な患者の同意という性質は、意思無能力者に対する医療においては失われることになる。それが自己決定権侵害だ、といってみても、侵害されている「人格的生存」のうちの、自律的人格的が発現できない状態にあるのであるから、まずは医療の本質的な役割である生命・身体の客観的利益の保護、つまり「生存」を優先させるべきなのである。

---

[44] https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12000000-Shakaiengokyoku-Shakai/genjyou30.5.2_2.pdf　（2021 年 1 月 20 日時点）

この点、未成年の場合には、家族の中で「人格」の内容が形成され、将来的には完全に自律した存在となることが想定されることから、親権者に(ⅰ)正当化要件としての患者の同意、(ⅱ)医療契約締結のために必要な患者の同意を行う権利が付与されることになる。従って、親権者のインフォームド・コンセントを得なければ治療行為が正当化されない。正当化要件として有効な親権者の同意は、通常の医療の場合と同様に仮定的同意の認められる範囲ということになる。

これに対して、精神障害者の場合には、家族等にこのような権利義務を課すべき根拠がない。そこで、(ⅰ)正当化要件としての患者の同意を代行する者が誰か指定されるというのではなく、医学的・客観的要件によってこれが正当化される。その上で、何らかの権利侵害があった場合には、後見人・家族等がその救済を行うという考え方を採る。(ⅱ)医療契約締結のために必要な患者の同意の代行は、既に構築された成年後見制度に従って行われる。このようなことから、成年後見人・家族等へ説明し、その理解を得ることは必要なことである。

また、未成年の場合にも、精神障害者の場合にも、本当に意思無能力なのか、ということは一定の基準があるのではないため、できる限り、本人の理解を得るための説明が必要である。これは、(ⅲ)ムンテラとしてのインフォームド・コンセントに属するものであり、そこに医師の裁量権の逸脱があるならば、医療過誤として責任を問われ得る。

終章

第1節　まとめ

患者の自己決定権は、元来、患者の意思に反した治療が専断的治療行為であり違法であることから認められる治療の拒否権であったのに対し、現在では、説明が不十分であることによって有効な患者の同意が認められない治療が専断的治療行為であるとして、治療の選択権も含まれるようになった。医師の説明義務違反を根拠に法的責任を課すようになってからは、ますます患者の自己決定権が広く認められている。しかし、医師の説明義務の過大化という問題を生じさせていることは、患者の利益とはならない。そこで、本稿は、この問題を解決する一つの方法として、患者の自己決定権が制限されているように思われてもなお、治療行為が正当化される場合について、その正当化理論についてそれぞれ検討を加え、患者の自己決定権の適切な範囲での保護を試みるものであった。その上で、刑法上・民法上・医療上意義を有する、インフォームド・コンセントの意義について検討を行った。

第1章では、その前提となる原則について整理・検討した。すなわち、治療行為の正当化の議論の中で大きな意義を有している患者の現実的同意に関して、それが医師の説明に基づくものでなければならないという意味で、医療実務上は患者のインフォームド・コンセントとして得られるものであることから、法的に「十分な」インフォームド・コンセントとは何か、ということを検討するための前提を整理した。

まず、学説・判例を整理することによって、法的に十分なインフォームド・コンセントかどうかは、医師の説明義務の存否、その履行という観点から検討されており、現在では相当広い範囲で医師の説明義務が認められているため、説明義務の過大化という問題が生じていることを示した。これは、患者の自己決定権を保障するために必要なものではあるが、実はこの患者の自己決定権がいかなるものなのか、ということの議論は多くはなく、この点が明らかにならない限り、無限定に説明義務の範囲が広がってしまうことになる。このことは、医師だけでなく、患者にとっても利益があることとはいえない。

他方、ドイツの判例においては、患者の自己決定権は、「生命・身体不可侵の権利」という憲法上の権利として構成されている。このことによって、患者の自己決定権を、生命・身体に関する自由な処分権に関する権利という制限を設けることができる。それゆえ、意思無能力であることなどによって自己決定権を行使できないからという理由で治療を行わない、というのはむしろ「生命・身体不可侵の権利」に反し、国家は患者の生命・身体が侵害されないよう保護するために治療を行う義務があるという。

そこで、我が国の憲法的な観点からの絞り込みを試みた。そこでは、患者の「人格的生存」にとって必要な治療の拒否・選択権であることが必要であると考えられた。その内容については、「もし、説明をされていたとしたら、拒否していたであろう」という内容について説明されず、同意してしまった場合が想定される。

しかし、これがインフォームド・コンセントを得る中で、どのような点で認められた場合に、どのような責任があるのかというのは、インフォームド・コンセントの性質と併せて考えなければならない。本章では、患者のインフォームド・コンセントという形で得られる患者の同意は、(ⅰ)正当化要件としての患者の同意、(ⅱ)医療契約締結のために必要な患者の同意、(ⅲ)ムンテラとしてのインフォームド・コンセントという不可分の３つの要素があるということを示した。

第２章では、我が国と同様かそれ以上に説明義務の過大化の問題が生じているドイツにおいて、仮定的同意という法理論によってこのような問題を解決しているということに着目し、まずドイツの判例・学説における仮定的同意論を整理・検討した上で、もし、我が国において仮定的同意によってこのような問題を解決し得るとするならば、どのような理論的根拠により医師の免責を認めることができるのかということについて、治療行為の正当化の議論に立ち返りつつ、刑法的な観点から考察を行った。また、仮定的同意の有効範囲においては、医師の説明が不十分であっても患者の自己決定権を侵害するものではなく、刑法上正当化することを結論付けた上で、同様の問題に対する医師の民事責任について、若干の私見を示した。具体的には、以下のとおりである。

仮定的同意論は、説明義務違反に基づいて医師の損害賠償責任を過度に認めてきたドイツの民事判例において、それを制限するものとして発展してきたものである。ドイツにおいては、刑事判例においても、説明義務違反を根拠に医師を傷害罪で処罰していることから、このような処罰範囲を制限するための理論としても仮定的同意が採用されるようになった。このような刑事判例においては、仮定的同意が認められる場合の法的効果は、故意犯の場合には違法性阻却であり、過失犯の場合には客観的帰責阻却であるとされている。しかし、このような法的効果が生じる根拠は明らかではなく、このように故意犯と過失犯とで別の法的効果が生じるとすることにも理論的な妥当性があるとはいえない。

このような判例の状況に対し、ドイツの刑法学説においては、仮定的同意の法的効果に関して、(１) 因果関係の否定ないし客観的帰責の阻却がなされるとする見解と、(２) 違法性阻却がなされるとする見解が存在している。(１) の見解に対しては、仮定的同意が認められるような場合であっても因果関係ないし客観的帰責を否定することはできないという批判が妥当し、仮定的同意の理論的根拠として考えることはできない。

他方、治療行為の正当化原理に立ち返ってみるならば、(２) の見解が妥当であるように思われる。その理由は、以下の通りである。

治療行為が、①医学的適応性及び②医術的正当性の要件を充たす場合には、客観的優越利益性が認められるため、③患者の同意の要件は、被害者の同意とは異なり、それよりも緩やかなものでよい。その内容としては、専断的治療行為ではない、すなわち当該治療行為が患者の意思に反していないということで足りるというのが原則である。従って、①及び②の要件を充たす治療行為が患者の意思に反していないということが認められる場合には、③の要件を充たし、違法性が阻却される。

もっとも、このような前提に立ったとしても、③の要件を推定的同意が認められる範囲まで緩和するというのは妥当ではない。なぜならば、患者の意思方向との合致の蓋然性があることによって③の要件が充たされるとするならば、その判断基準は医学的客観性に依拠せざるを得なくなり、①及び②の要件を充たす治療行為のほとんどは、それだけで正当化されることになるからである。それでは、患者の自己決定権を保護し、専断的治療行為を阻止するために必要とされている③の要件を、事実上無意味なものにしてしまう。

これに対し、「もし、医師の説明の欠缺がなかったとしても、患者が同様に侵襲に同意していただろう」ということが認められる場合には、事前的には有効な患者の現実的同意は存在しないが、結局患者の選択には影響がなく、実施された治療が患者の意思に反していないということが認められるため、結果的に有効な患者の同意があったと評価できる。従って、①及び②の要件を具備する治療行為において、患者の仮定的同意が認められる場合には、違法性の阻却が認められるように思われる。そして、このような場合には、患者の生命・健康の利益を目指すという点で医師－患者間の関係形成にも問題がないのだから、医師の民事責任も否定される。精神的損害に対する民事責任が課される場面としては、ムンテラとしてのインフォームド・コンセントに問題がある場合も残されているが、ムンテラは、医師がどのような治療を選択するかという裁量権に関わる内容であるので、この点に関する自己決定権を侵害する程度の説明義務違反は、もはや医療過誤の問題として処理せざるを得ない。

第３章では、患者のインフォームド・コンセントを得ることができない場合の１つである、意識のない患者の緊急治療の正当化について検討した。まず、第２章までと決定的に異なるのは、医師の説明も患者の同意も明示的には存在しないということである。しかし、このような場合に、患者の同意要件を充たさない、すなわち患者の自己決定権が保護されないからといって治療行為として正当化できないという理屈は存在しない。我が国の医療実務において、意識のない患者の緊急治療の場合には家族等のインフォームド・コンセントを得て治療を行っている家族等のインフォームド・コンセントが法的にどのような意義があるのか、ということは一定の解決を見ているとは言い難い。そこで、まず、我が国の通説と同様に治療行為傷害説をとるドイツの判例における理論と我が国の民事判例を整理した。ドイツの判例においては、一貫して、生命・健康に「遅れると危険」がある場合に、明示的に事前的に同意することが出来ない患者に対して、自身で決定することはできないが、任意の処分権限を有する当人の、予想される自己決定であり、仮定的な意思に従って行われたといえる場合には、行為を正当化するという患者の推定的同意を用いて正当化を行っていた。意識がない患者であっても、その自己決定権を侵害することは許されない、という考え方から生じる。他方、我が国の判例は、緊急治療の場合には、本人のインフォームド・コンセントが省略されても正当化され得る、ということを示したにすぎず、なぜ正当化されるかは明らかではない。また、この際に家族等への説明義務を認めているものもあり、家族のインフォームド・コンセントの意義が不明である。

そこで、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

自己決定権の限界として、意識のない患者の緊急治療の場合があるとした。すなわち、このような場合には憲法 13 条に基づく幸福追求権の一つである患者の自己決定権と、憲法 13 条及び 25 条に基づく医師の治療義務とが衝突し、むしろ患者の自己決定権を制限することによって患者の健康を保護することは、患者の真の幸福追求権の保護であると考える。そうであるならば、医学的・客観的要件を具備した治療行為であるということによって、緊急治療は正当化されることになる。

このことと家族等のインフォームド・コンセントが要求されることとの関係は、救命のための治療の選択肢がいくつかある場合に、できるだけ患者の意思に沿ったものを選ぶことが理想的であり、そのための患者の意思の推定の根拠として、家族への説明と理解を得る必要があるとして、意義を認めることとした。

第 4 章では、意思無能力である患者については、パターナリズム的な観点から、患者のインフォームド・コンセントの(ⅰ)正当化要件としての患者の同意、(ⅱ)医療契約締結のために必要な患者の同意という性質は、意思無能力者に対する医療においては失われることになる。それが自己決定権侵害だ、といってみても、侵害されている「人格的生存」のうちの、自律的「人格的」という点が発現できない状態にあるのであるから、まずは医療の本質的な役割である生命・身体の客観的利益の保護、つまり「生存」を優先させるべきなのである。

この点、未成年の場合には、家族の中で「人格」の内容が形成され、将来的には完全に自律した存在となることが想定されることから、親権者に(ⅰ)正当化要件としての患者の同意、(ⅱ)医療契約締結のために必要な患者の同意を行う権利が付与されることになる。従って、親権者のインフォームド・コンセントを得なければ治療行為が正当化されない。正当化要件として有効な親権者の同意は、通常の医療の場合と同様に仮定的同意の認められる範囲ということになる。

これに対して、精神障害者の場合には、家族等にこのような権利義務を課すべき根拠がない。そこで、(ⅰ)正当化要件としての患者の同意を代行する者が誰か指定されるというのではなく、医学的・客観的要件によってこれが正当化される。その上で、何らかの権利侵害があった場合には、後見人・家族等がその救済を行うという考え方を採る。(ⅱ)医療契約締結のために必要な患者の同意の代行は、既に構築された成年後見制度に従って行われる。このようなことから、成年後見人・家族等へ説明し、その理解を得ることは民法的な観点から必要なことである。

また、未成年の場合にも、精神障害者の場合にも、本当に意思無能力なのか、ということは一定の基準があるのではないため、できる限り、本人の理解を得るための説明が必要である。これは、(ⅲ)ムンテラとしてのインフォームド・コンセントに属するものであり、そこに医師の裁量権の逸脱があるならば、医療過誤として責任を問われ得る。

以上のように、治療行為の正当化において、必ずしも自己決定権を尊重するための患者の同意が絶対的な意義を有しているわけではないことが明らかとなった。「人格的生存」という、現代社会において欠かせないものであると同時に、その中に含まれる「生存」が優先さ

れるべき時もあるのである。しかし、インフォームド・コンセントの意義は、正当化や医療契約締結の外の場面で大きな意義を有することも明らかとなった。これは、必ずしも本人のインフォームド・コンセントだけでなく、家族等のインフォームド・コンセントも同時に医療において尊重される必要性がある。これらに法的な意義を失わせることにより、逆に患者の生命・身体を保護できるよう、医師はその裁量権の範囲で、よりよい医師―患者関係を形成していくことが大切である。

第２節　残された課題

本稿は、治療行為における患者の自己決定権の意義を、従来の学説よりもかなり限定的に解釈するものである。理論的検討は本文に任せるとして、本稿のスタートラインは、限られた医療資源を国民のためにどのように配分するかも政策的には大切であるということであり、功利主義的な考え方をせざるを得ない場面があるはずであるとすれば、それはどのような場合なのか、という点であった。患者の自己決定権という極めて現代的・個人主義的な権利は、生命・身体という普遍的・絶対的な利益に対して、後退せざるを得ない場面が少なからずある、ということである。この問題については、今後の立法論の問題として扱うのであれば、法と経済学に基づく理論化も可能であったと思われる。しかし、解釈論の枠内での解決を試みるため、このような視点を取り入れることはできなかった。

また、同様の観点から、昨今の新型コロナウィルスに対する医療政策が問題となる。感染症法上の隔離措置に関して罰則規定を新たに設けるとすると、患者の「隔離されない」という自己決定権の制限度合いは、本稿が考えるよりもさらに大きくなるように思われる。この場合には、患者を隔離することによって保護される利益と侵害される利益とを明確化することが必要であるように思われる。本稿では、患者の自己決定権は、生命・健康に関する人格的生存に関する拒否・選択権であるとしたが、症状や予後について未解明なウィルスに罹患している患者本人にとって、入院治療を受けることが、その後人格的生存に問題が生じるほどの大きな作用があるとは言えないように思われる。強制的に手術を行うというのであれば問題だが、少なくとも、入院の上、体調の観察、投薬等の治療を受ける程度ではこれを拒否する権利は認められない。ただし、隔離治療には、本人の利益ばかりでなく、周りの人に感染させないという公衆衛生の観点も否定できない。そうすると、不当な強制治療としての性格を否定しきれないところに問題があるため、今後、様々な観点から検討したい。

さらに、傍論として展開した、家族等のインフォームド・コンセントの問題について、本稿では、我が国の現状を概観した上で、問題点を指摘するにとどまっている。この問題は、「個人の自己決定権と家族」「医療における家族の役割」「家庭への（刑）法的介入」という大きなテーマから考察することが必要であり、立法論・運用論を念頭に置いて、別稿において今後研究を重ねていきたい。

この他、意思無能力者に対する治療行為については、意思決定支援の観点からの立法論の

方がより有用であり、そのためにはより多くの国の比較法的観点が必要であったができなかった。この点も今後の研究課題としたい。