



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（2）：「仮定的同意」の問題を手掛かりとして |
| Author(s) | 富山, 侑美; Tomiyama, Yumi |
| Citation | 北大法学論集, 72(6), 63-78 |
| Issue Date | 2022-03-31 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/84631 |
| Type | departmental bulletin paper |
| File Information | lawreview_72_6_03_Tomiyama.pdf |



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（2）

——「仮定的同意」の問題を手掛かりとして——

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

（以上、72巻4号）

第4節 基本的人権として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

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

（以上、本号）

第2章 仮定的同意の理論的検討と有効な患者の同意

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
終章

第4節 基本的人権としての自己決定権の保護との関係

第1款 検討の視点

これまで見てきた通り¹、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ない、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。第4章でも言及することになるが、たとえば、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ットミ手術も、ある時期には一定の医学的正当性があるとされていたことからわかる通り、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。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とする我が国の学説の立場は、正しい。医療実務上も、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ないなどという医療機関・医師は存在しないように思われる。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、

¹ 拙稿「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（1）—『仮定的同意』の問題を手掛かりとして—」北大法学論集72巻4号（2021年）1頁以下。

医療を受ける者の理解を得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、ひいては患者の自己決定権を尊重することの重要性が周知されることとなった²。

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がどのようなものなのか、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³。いかなる個人的権利も、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基づいて制約されることになるからである⁴。

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⁵。そこで、ここではまず、患者の自己決定権も、憲法上保障される基本的人権の1つであることを前提として、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憲法的性質から患者の自己決定権の限界を探る。そうすることは患者のインフォーム

² 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」を得るという文言を用いている点で、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には、憲法の人権保護の要請を基礎とした刑法的要素、民法的要素に加え、法的要素ではない要素が多分に含まれる行為態様であり、こ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。

³ 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。

⁴ 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法 第7版』(2019年)99頁。

⁵ 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。

ド・コンセントの法的意義の範囲を確定させることに資するものと思われる。

第2款 ボン基本法2条2項1文と患者の自己決定権

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⁶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⁷である。そこでは、要約すると、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。」

このような判例の立場は、以後の判例⁸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⁹。第4章で事案等を詳述す

⁶ 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。

⁷ BGHSt 11, 111. 具体的事案等は次章に譲ることとする。

⁸ Vgl. BGHZ 29, 46.

⁹ BVerfG FamRZ 2016, 1738. 本決定を詳細に紹介するものとして、神野礼斉

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概ね以下のように言及されている。

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。

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」ではない場合や、「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。治療行為が、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、問題となるのは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¹⁰。

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

「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。

¹⁰ 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。

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¹¹。憲法上、「公共の福祉に反しない」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¹²。そのような中であっても、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であると指摘されている。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¹³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」¹⁴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。確かに、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¹⁵で

¹¹ 芦部・前掲注（4）128頁。

¹² 芦部・前掲注（4）112頁以下。

¹³ 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。

¹⁴ 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。

¹⁵ 芦部・前掲注（4）159頁。

ある。しかし、本件で重要なのは、エホバの証人の信者にとって輸血が「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、究極的には医学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¹⁶ことである。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あって、信教の自由とかかわる自己決定に限られると言及しているわけではないからである。

(2) 東海大学病院安楽死事件

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にいるよりも、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、という問題がある。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。

まず、東海大学病院安楽死事件¹⁷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患者が治療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

¹⁶ 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。

¹⁷ 横浜地判平成7年3月28日判例時報1530号28頁。

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つては意識さえも明瞭でなく、あるいは意識があつたとしても、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つ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つ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¹⁸の控訴審判決¹⁹である。

なお、第一審²⁰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

¹⁸ 最決平成21年12月7日刑集63巻11号1899頁。

¹⁹ 東京高判平成19年2月28日刑集63巻11号2135頁。

²⁰ 横浜地判平成17年3月25日刑集63巻11号2057頁。

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²¹。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して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

²¹ 野畑・前掲注(14)160頁。

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ぬ。(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えない。」

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²²、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²³。

²² 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、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。

²³ 野畑・前掲注(14)161頁。

（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²⁴。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²⁵。

（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、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

²⁴ 芦部・前掲注（4）120頁。

²⁵ 芦部・前掲注（4）122頁以下。

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²⁶。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²⁷。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、治療法を選択権としての要素も含まれ、一定程度の治療法を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、患者の個人的な選好において、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²⁸。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、

²⁶ 町野朔『患者の自己決定権と法』（1984年）177頁以下。

²⁷ 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。

²⁸ 「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。

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²⁹。

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³⁰、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³¹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じた会話、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³²。そこで本稿は、患者のインフォームド・

²⁹ 上山・前掲注（3）143頁。

³⁰ 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。

³¹ 町野・前掲注（26）239頁以下。

³² 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。

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、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、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。

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

もつとも、ムンテラには、医師が患者に口で言いくるめるといった否定的な印象もある。本稿では、あくまでも治療過程で行われる医師と患者の治療に関する会話、という意味で用いることとする。

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、萎縮した医療を招き、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ていた。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。