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（４）：「 仮定的同意」の問題を手掛かりとして
Author(s)	富山, 侑美
Citation	北大法学論集, 74(4・5・6), 507-526
Issue Date	2024-03-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/91420
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_74_4・5・6_09_Tomiyama.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

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（４）

――「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、72巻６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　（以上、74巻２号）
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　（以上、本号）
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（治療行為の一環）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[1]。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義務を医師に課し、

[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１頁、「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―」北大法学論集72巻６号63頁参照。

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、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ことにはならないはずである。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

[2] 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（３）―「仮定的同意」の問題を手掛かりとして―」北大法学論集74巻２号71頁参照。

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（die 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、本稿においては、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としても、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

[3] 前掲注（１）参照。

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

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」(Gefahr im Verzug) 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性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。

---

[5] BGHZ NJW 1977, 337. なお、「遅れると危険」の訳語は、町野朔『患者の自己決定権と法』(1986年) 39頁等による。この点に関し、天田悠「治療行為における『遅れると危険』と推定的同意―オーストリア刑法110条を手がかりとして―」『寺崎嘉博先生古稀祝賀論文集［下巻］』(2021年) 89頁参照。

[6] BGHSt 11, 111. 詳細は、前掲注（２）77頁以下を参照。

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、いわゆる正当化事由の錯誤として、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

[7] BGHSt 35, 246.

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。

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

[8] なお、本稿で取り扱うべき「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。さらに付言すると、本稿では取り扱うことはできないが、救命不可能であると判断された者の臓器提供の場面とも、時間的に連続するのが緊急医療である。臓器移植医療という終末期医療と密接に関わるため、治療中止に関する患者の意思についても、ここで若干取り扱うこととする。

[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。

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、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。両親に行った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

[10] 最判昭和56年６月19日判時1011号54頁。本判決の評釈として、新美育文「判批」民商法雑誌86巻２号345頁、田上富信「判批」判時1037号170頁、須田清「判批」日本法学48巻１号162頁等がある。

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。

[11] 東京地判平成13年３月21日判時1770号109頁。

「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て行われなければならないという原則との関係は未解決のままである。そこで、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を足掛かりとして検討する。

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]

---

[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] Dorothea Maria Tachezy, Mutmaßliche Einwilligung und Notkompetenz in der präklinischen Notfallmedizin, 2009, S. 41. 町野・前掲注（５）200頁。

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被害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

---

[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（５）201頁。

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（５）203頁。

[20] 町野・前掲注（５）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

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。なぜならば、緊急治療は、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を参考として考えると、以下のように整理されるからである。

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。

効性の検討に当たっては、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。

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刑法的な違法性に関して意義を有しない。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）

[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。

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。そうだとすると、（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に、正当化されるためには、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考えられている[26]。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、

[26] この他、脳死下臓器提供の場合には、脳死判定を行って、積極的治療や保存的治療を中止することにつき、患者本人が事前に拒否の意思表示をしていなければ、家族の同意によって治療を中止できると考えられる（臓器の移植に関する法律第６条３項）。

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[27]。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」[28]と裁判所は示している。

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民事責任を負い得る[29]。

第４節　小括

本稿では、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、

---

[27] 横浜地判平成７年３月28日判時1530号28頁。

[28] 横浜地判平成17年３月25日刑集63巻11号2057頁。

[29] 同様の指摘として、Tachezy, a.a.O., S. 262.

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ことはない。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が、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、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ているが、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、むしろ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。