



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（５・完）：「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, 75(1-2), 33-67
Issue Date	2024-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/92897
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_75_1-2_02_Tomiya.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（5・完）

——「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、74巻4・5・6号合併号)

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

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 医療ネグレクトに対する親権喪失・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 (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

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、治療行為の正当化要件は、どのように解することができるだろうか。この場合、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意識のない患者に対する緊急治療の場合²と共通しているが、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、同意能力を完全に欠くか、少なくとも一定期間同意無能力である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場合がある。未成年の場合には、成年に達すれば完全な人格的自律性を手に入れることにはなるが、それがいつになるのか不明確であることが指摘される。このような、自己決定に関する弱者に対しては、受けられる医療が受けられなくなるかもしれないという点で、パターナリズム的な介入が必要な場合もあり、その

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 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（4）—「仮定的同意」の問題を手掛かりとして—」北大法学論集74巻4・5・6号合併号507頁参照。

ことと治療行為の正当化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事実上許容されている³。しかし、このことと患者の自己決定権の保護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。

この点について検討するために、まず、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⁴の場合を手掛かりとして検討する。また、精神障害者の場合にも後見人・家族等の本人以外の同意が必要とされているが、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、次に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

³ 町野朔『患者の自己決定権と法』（1986年）226頁。

⁴ 広義の医療ネグレクトは、ネグレクトによる児童虐待の延長として、子供に必要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、子供に必要な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。

ているということの意味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、推定の同意で足りるとする説がある⁵が、既に述べたとおり、その内実は、客観的要素のみによって正当化することと同義であり、患者の自己決定権の保護に反するものである。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にのみ、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⁶。

しかし、すぐには治療が必要ではない場合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⁷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

まず、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

⁵ 町野・前掲注（３）・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。

⁶ 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。

⁷ このような整理を行うものとして、永水・前掲注（４）323頁以下、米村・前掲注（５）155頁以下参照。

同意権を行使するとする説が、法定代理権説である。この説に対しては、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

身上監護権説とは、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け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⁸。

いずれの説が妥当か否かにかかわらず、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、子供にとって「最善の利益」⁹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ということからも、同様の帰結となる¹⁰。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広範な権利義務を与え、また家族に広範な自治

⁸ 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。なお、2024年5月17日に成立した、離婚後の「共同親権」の導入をめぐる民法改正案との関係は、本稿では取扱わないものとする。

⁹ 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べきである。同様の指摘として、永水・前掲注（4）351頁。

¹⁰ 同様の指摘として、永水・前掲注（4）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。

権を与える傾向」がある¹¹ことから、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。

以上のことからすると医療ネグレクトの場合には、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¹²。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¹³。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¹⁴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¹⁵。

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

¹¹ 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。

¹² 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。このような見解の根拠として、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られている。

¹³ 米村滋人『医事法講義』（2016年）93頁。

¹⁴ 但し、民法762条の日常家事債務の範囲内であるとされる。

¹⁵ 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（13）95頁以下。

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

これは、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構成

これは、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ものである。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

これには、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¹⁶。

「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、本稿が、刑法理論上の問題を検討するものである都合上、検討できないが、親権者等は契約当事者とし

¹⁶ 米村・前掲注（5）97頁。

で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と理解することができるように思われる。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、それが許容される基準がいかなるものなのか、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、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¹⁷。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

¹⁷ 永水・前掲注(4) 351頁。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。このような方法を探った例である津家審平成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、

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。

この制度により、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として、以下の審判例である¹⁸。

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速やか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、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

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、両親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。

¹⁸ 東京家審平成27年4月14日判時2284号109頁。

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、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が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¹⁹。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²⁰。

（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ンリズムの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

¹⁹ 水野・前掲注（11）217頁。

²⁰ 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（４）332頁以下参照。

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。

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²¹。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²²。

²¹ 永水・前掲注(4)354頁。

²² 永水・前掲注(4)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。

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²³もあり、それを支える司法インフラも十分ではない²⁴。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のではないだろうか。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²⁵。

²³ 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/>（2024年3月31日閲覧。）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（11）211頁。

²⁴ 米村・前掲注（５）164頁。

²⁵ このような見解を採るものとして、水野・前掲注（11）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

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ある。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²⁶。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²⁷。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子供に生命・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²⁸、そこか

²⁶ 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。

²⁷ 本稿では検討を行うことが出来なかったが、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。

²⁸ 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

ら親権喪失・停止宣告の審判手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、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ンリズミ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

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。

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、治療が必要であるにもかかわらず病識のない精神障害者であり、精神科治療を拒否して、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。従って、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、精神科治療に限られている。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²⁹。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

²⁹ 最決平成21年12月7日刑集63巻11号1899頁。

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一定の要件下で許されている。

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、医療観察法とする。）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、精神保健福祉法とする。）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と解し得る点で、患者の自己決定権の保護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（パターンリズム）思想とポリス・パワー思想があるとされている³⁰。前者は、精神障害者は自己の医療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

³⁰ 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）237頁以下参照。

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³¹。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³²。

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十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者に対して、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³³。

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

³¹ 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。

³² 山本教授は、措置入院「の要件には、『自傷行為を行うおそれ』もあるものであり、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。

³³ 大谷・前掲注（30）45頁。

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³⁴。

では、このようなパターン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・客観的要件のみによ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、第三者の関与が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、パターン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

³⁴ 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。

裁判例がある³⁵。

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、水薬の処方考えたが、Aの訴えだけでこれを行うことは不適當だと考え、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、⑦病識のない精神病患者が治療を拒んでいる場合に、①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、②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、③保護者の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、「⑦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、①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、②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、保護者の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、③

³⁵ 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。

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う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³⁶。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³⁷。

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。そのように

³⁶ 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（26）204頁以下参照。

³⁷ 水野・前掲注（26）208頁。

考えると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よう、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。そうになると、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が与えられることに対する根拠の不明確性が問題視されていた³⁸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³⁹。

（２）立法化の動き

このように、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現状に鑑み、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つて医療、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

³⁸ 水野・前掲注(26) 207頁。

³⁹ 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。

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⁴⁰。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⁴¹。その立法の際、参考とされているのは、ドイツ民法1906a条である⁴²。

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。ドイツ民法典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⁴³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

⁴⁰ <https://www.mhlw.go.jp/content/000516181.pdf>（2024年3月31日閲覧。）

⁴¹ しかし、現在もそのような立法はなされていない。

⁴² 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。

⁴³ FamRZ 2016, 1738. 本判決を紹介するものとして、神野・前掲注（42）190頁以下。

ついて以下のような立場を採ることとされた⁴⁴。

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、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

⁴⁴ 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(42)181頁がある。

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）の基本的人權の保護である」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、パターン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。したがって、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、そのパターンナリズム的・客観的介入に対して歯止めをかけるという意味で患者に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、患者の人權保護を行うことが

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⁴⁵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われる。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、患者のインフォームド・コンセントの(i)正当化

⁴⁵ https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12000000-Shakaiengokyoku-Shakai/genjyou30.5.2_2.pdf (2024年3月31日閲覧。)

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、と試してみても、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は正当化されない。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疗行

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患者の同意の有効性が認められない治療が専断の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方法の一つの方法として、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を想定し、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・医療上の、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ことから、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だけ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いい難い。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、パターンリズミ的な観点から、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「人格の生存」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」は、現代社会において欠かせない自己決定権の保護の問題であると同時に、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という考えを導くこととなる。一定の場合に、インフォームド・コンセントの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イ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イ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。