

# 医療侵襲に対する患者の同意

山 中 敬 一

## 目 次

はじめに

1. 医療における患者の同意の意義
2. 傷害構成要件と正当化事由
3. 患者の同意の要件と制限
4. 患者の同意能力
5. 患者の同意と意思の欠缺
6. 患者の同意と医学的適応
7. 患者の同意と医術的正当性

結びに代えて

## は じ め に

本稿では、医療侵襲における患者の同意の意義について考察する。患者の同意は、被害者の同意の一種であるが、それは、一般に、法益保護の放棄を意味する<sup>1)</sup>。患者がその身体の完全性ないし生理的機能という法益<sup>2)</sup>を法的に保護されることを放棄した場合、医師の、患者の身体に対する医療侵襲は、傷害構成要件にあらず、あるいは構成要件に該当しても正当化される。ここでは、まず、患者の同意が傷害構成要件該当性を阻却する効果をもつのか、構成要件に該当した行為を正当化する機能をもつのかについて詳しく論じ、その際の患者の同意の要件とその限界を考察する。そこでは、患者の同意の主観的・客観的限界の問題、すなわち、同意の有効性の範囲の問題を論じる。ただし、患者の同意の有効要件であるその前提としての「医師の説明義務」については、別

1) 山中敬一『刑法総論』（第2版・2008年）199頁参照。

2) 山中敬一『刑法各論』（第2版・2009年）38頁以下参照。

稿において論じる。続いて、患者の同意能力について考察し、さらに、同意において患者の意思に錯誤があった場合等の意思の欠缺の効果について考察する。最後に、患者の意思と医学的適応や医術的正当性が矛盾する場合、つまり、善行原則や無危害原則と自律性尊重原則が衝突する場合に具体的にどちらを優先させるかについての考え方について考察し、医療の目的と患者の自己決定権の関係の問題に取り組む。

## 1. 医療における患者の同意の意義

### 1. 傷害罪における患者の同意の効果

#### (1) 法益保護の放棄による犯罪成立阻却

医的侵襲は、人の生理的機能を障害する行為であり、それが重大な身体の傷害を生じさせる場合には、原則として傷害罪の構成要件に該当する行為である。しかし、それが医療行為としての要件の枠内で行われるとき、傷害罪の違法性が阻却される。その違法阻却ないし正当化の事由は、医師の説明に基づく患者の同意を前提とする医学的適応と医術的正当性を備える行為であることにある<sup>3)</sup>。医療侵襲に対する患者の同意は、身体の完全性ないし身体の生理的機能という法益の法的保護を放棄するという意思表示である。このように被害者の同意は、原則的に法益主体による法益の法的保護の放棄を意味する。法益主体による法益の法的保護の放棄は、それが完全に有効であれば、構成要件が最終的に目指すべき法益が存在しない場合と同様なのであるから、構成要件該当性を阻却する。

#### (2) 構成要件的行為の文言解釈による区別？

もとより、被害者の同意の存在によって「構成要件的行為」の解釈が異なってくる場合もあるが、それが理由で構成要件該当性が否定されるとみるのは同意の本質を見間違えている<sup>4)</sup>。例えば、住居侵入罪において、居住者の同意が

3) 山中敬一・前掲刑法総論206頁参照。基本的には、それらの要件を充たしたとき、医師の治療行為が正当業務行為（刑法35条）に当たることを根拠とする。

4) 佐藤陽子『被害者の承諾——各論的考察による再構成——』（2011年）23頁以下。



あれば、「侵入」と言わないから、構成要件該当性がなくなるというのは、一見、分かりやすいが、同意の本質を衝いていないと思われる。すなわち、それは、被害者の同意が行為者にも知られ、行為者が同意の存在を知りながら住居に立ち入るという通常の場合のみを想定しているにすぎないのである<sup>5)</sup>。もし、被害者の同意を行為者が知らない場合を前提にすれば、家人が行為者には告げずに行為が夜中に窓から侵入することに同意していたとすれば、その「立ち入り」を客観的に見て「侵入」と呼ぶことが排除されるわけではない<sup>6)</sup>。また、店主が同意をしていることを知らない行為者が、個人商店から商品を万引きする行為が、「窃取」であり続けることをはじめから排除することはできない。したがって、行為態様につき、同意によって「侵入」や「窃取」が否定されるのは、行為者が被害者の同意を知っている場合を原則的に想定したものであり、被害者の同意のすべてを包括して説明されるわけではない。

### (3) 同意による法益保護の放棄か正当化事情の一要素か

このようにして、被害者の同意の意義は、それが完全に有効である限りやはり法益の法的保護の放棄であるということが出来る。医療侵襲に対する患者の同意については、傷害罪に対する同意の意義が問題となり、傷害罪については、

下は、三元説と称し、「行為態様にかかる合意」を一つの同意の類型とするが、以下の本文に記述するように、これは、被害者の同意の独立の類型ではない。あくまで、法益保護の放棄の一つの付随的効果にすぎない。

- 5) その意味では、日本語の「合意」とは、両者の意思が一致することを前提とするから、それが一致しない場合を想定していないとも言えよう。しかし、ドイツ語の Einverständnis にそのような意味はない。ドイツでは、合意（被害者の承諾）がないのがあると誤信した場合に、ただちに Einverständnis がなくなるのではなく、故意が阻却されるという。日本語で合意という場合には、一方の承諾がなければもちろん「合意」はない。これについては、詳しくは後述のところを参照。
- 6) この場合、ドイツの同意論では、住居侵入や窃盗の未遂が成立するとされる。このことは、それが「侵入」行為や「窃取」行為にあたるということを前提としている（ロクシン（平野龍一監修）『刑法総論』〔第1巻第1分冊〕587頁参照）。佐藤・前掲書24頁その他では、住居侵入や窃盗の場合の被害者の承諾は、「行為態様に係る合意」と表現されているので、行為者が、被害者の同意を知らない場合には、相互の「合意」があるとはいわないのだから、このような場合は初めから想定されていないのかもしれない。

患者の同意が身体の完全性の毀損や生理的機能の障害であることを否定することにならないのであるから、それを構成要件上の行為態様の変化を意味すると解する見解<sup>7)</sup>は意味を持ち得ない。このようにして、治療目的や手術の医学的適応・医術的正当性などの要件がなくても同意が真意かつ任意であるかぎり、同意があることによって傷害の構成要件該当性が阻却されるのは、法的に保護されるべき法益が放棄されたからだと説明されることになる。医療侵襲については、患者の同意が、例えば、身体に回復不可能な痕跡を残すことのない軽微な医的侵襲の場合のように、それだけで医師の医的侵襲の傷害罪の構成要件該当性を阻却する場合がそうである。しかし、医的侵襲が身体に対する不可逆的で「重大な傷害」を与える場合には、法益の法的保護の完全な放棄は効果をもたず、構成要件該当性は肯定されたうえで、正当化事由としての患者の同意が問題となり、その際、同意によって違法性は減少するが、正当化のためにはその他の医学的適応や医術的正当性などの要件を充足することも必要となる。

#### (4) 傷害の程度による同意の効果の区別

本稿において以下で展開する患者の同意のある医療行為に対する傷害構成要件と正当化に関する見取り図を予め示しておく、次のようになる。第1に、医療行為によって「重大でない傷害」を加えるにすぎない場合には、患者の有効な同意によって、法益保護の放棄が有効であり、すでに傷害の構成要件該当性が否定される。第2に、当該医療侵襲が「重大な傷害」をもたらす場合には、患者の同意のみでは傷害の構成要件該当性を阻却しない。なぜなら、重大な傷害については、同意は完全な正当化力をもたないで、利益衡量の一要素となり、他の要素と相まって初めて正当化力をもつからである。したがって、正当化原理としての「利益衡量」によって、正当化される必要があるが、その要件は、患者の同意に加えて医学的適応と医術的正当性があることである。第3に、「生命に危険のある重大な身体傷害」に対する同意は、それだけでは、生命を保護する犯罪の正当化効果をもたらさない。殺人に対する同意は、わが国刑法

7) 佐藤・前掲書24頁。

のもとでは、殺人構成要件（199条）該当性から同意殺構成要件（202条）該当性へと変化するのみであって、その行為が完全に正当化されるわけではないが、このように正当化機能を持たないのは、（業務上）過失致死罪（210条、211条）でも同じである。したがって、死亡の結果・危険への同意は、該当する構成要件の変更をもたらすにすぎない。例えば、重大な傷害に当たり得る患部の摘出手術が、患者の同意と医学的適応と医術的正当性をもって行われたため、傷害を正当化するのであれば、たとえ患者が死亡した場合でも、傷害致死罪（205条）は否定され、結果との客観的帰属等が否定されないなら、業務上過失致死罪（211条）が成立することになる。これについては、後に詳論する。

## 2. 患者の権利ないし自己決定権の行使としての「同意」

### （1）医療の主体としての患者

従来、医療とは、医師が患者に施すべきものであり、いわば患者は医療の客体であったが、わが国でも、個人の尊厳を強調する憲法のもとでは、患者は個人としての幸福追求権（憲法13条）をもち、自分自身の生命・身体については自分自身が任意に決定するという考え方が普及・定着し、医療も、患者が治療を受けるかどうか、どのような治療を受けるかを自ら主体的に決定するという新しい医療思想の影響を受け始め<sup>8)</sup>、医療における患者の自己決定権が自覚され始めた。これによって、患者の同意なしに医的侵襲を行う「専断的治療行為」は、それが医学的適応と医術的正当性をもつものであったとしても、自己決定権に反し正当化されないと考えられるようになったのである。

### （2）判例における説明に基づく同意の確立

わが国の民事法において、患者の承諾と医師の説明について論じられ始めた

---

8) 刑法における治療と自己決定権については、町野 朔『患者の自己決定権と法』（1986年）62頁以下、岡西賢治「治療行為における自己決定権」日本大学大学院法学研究年報17号（1987年）71頁以下、武藤真朗「治療行為と障害の構成要件該当性——専断的治療行為と患者の自己決定権に関する研究の予備作業——」早稲田大学法研論集54号（1990年）243頁以下参照

のは、昭和40年代以降のことである<sup>9)</sup>が、民事判例においても、医師の説明にもとづく患者の同意が重要な意味をもつことが自覚されたのは、昭和46年のいわゆる「乳腺症手術事件」判決<sup>10)</sup>においてである。ある映画女優が右乳房の乳腺癌の摘出に同意したが、その手術中に左乳房も将来癌になるおそれがあるとして、医師が患者の同意を得ずに左の乳房も皮膚と乳首を残して摘出した事案につき、「医師が行なう手術は、……原則として、患者（……）の治療の申込とは別の手術の実施についての承諾を得たうえで行なうことを要すると解すべきであり、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といわなければならない。……少なくとも、たとえば、四肢の一部を切断する手術のような、身体の機能上または外観上極めて重大な結果を生ずる手術を実施するにあたっては、患者の治療の申込においてそのような重大な手術に関する承諾までが常に同時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特別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のそしりを免れることができないというべきである」と判示した。さらに、「患者の承諾を求めるにあたっては、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勿論であるが、本件のように手術の要否についての見解が分れている場合には、手術を受けるか否かについての患者の意思が一そう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説明したうえでその承諾を得て手術をなすべ

9) 唄 孝一「治療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——」契約法体系Ⅶ補巻(1965年):同『医事法学への歩み』(1970年)3頁以下所収。なお、新美育文「医師と患者の関係——説明と同意の法的側面——」名古屋大学法政論集64号(1975年)67頁,65号182頁,66号(1976年)149頁。

10) 東京地判昭46・5・19下民集22・5=6・626。評釈として、新美育文「承諾なき乳腺摘出手術」医事判例百選(1976年)82頁以下。宇都木 伸・木原章子「承諾なき乳腺全摘手術」医事法判例百選(2006年)117頁参照。手術の拡大との関係で、本判決には後にもう一度言及する。なお、岡西・前掲日本大学大学院法学研究年報17号(1987年)72頁以下参照。

きであったと解するのが相当である」として、患者の承諾には医師の説明が前提とされるところとしている。

これに続いて、昭和48年の「舌癌手術事件」<sup>11)</sup>では、医師は、病名を伏せて舌の切除を勧め、患者が同意しないばかりか、それを拒否したにもかかわらず、「被告 S は、原告の意思に反しあえてその手術を行なったのであって、それは、医療行為の方法ではあっても違法行為である。仮りに百歩譲って、被告らが原告の家族（妻と娘）にその病名を告知して手術の承諾を得たとしても、患者である原告本人の意思に反している以上、手術が違法であることに変わりはない」とした。

これらの民事判例は、医学的適応と医術的正当性は否定できないが医師の説明にもとづく患者の同意がない場合には、明らかにその医的侵襲は違法であるとして、不法行為責任を認めたのである。これらの判決以降、医師の説明を前提とする患者の自己決定権が、医的侵襲の正当化の不可欠の要件であることが判例・学説に浸透していき<sup>12)</sup>、それは、刑事法の分野にまで及んだのである。

### (3) 医療における患者の権利法への動き

この医療における患者の自己決定権の尊重の背景には、わが国においても1970年代から医療における「患者の権利」という考え方<sup>13)</sup>が唱えられ、確立

---

11) 秋田地大曲支判昭48・3・27判時718・98。評釈として、松倉豊治『医学と法律の間』(1977年)180頁以下、稲垣喬「患者の拒否が明らかであるのになされた舌癌病巣部の舌右半側切除手術が違法であるとして損害賠償が認められた事例——癌の手術をめぐる説明と承諾——」判例時報734号143頁。後者の評釈ではいくつかの点で、判旨に疑問を呈する。

12) 松倉・前掲『医学と法律の間』180頁以下では、「医学上の合理性」と「法律上の合理性」の対立と捉えられている(193頁以下)。しかし、現在では、「医学上の合理性」は、十分な説明を尽くしてはじめて得られるのであり、医術的正当性があっても、それだけでは、医的侵襲に及んではならないという医学上の倫理を踏まえてその「合理性」も判断されるべきというべきであろう。

13) この概念は、1970年代にアメリカで生まれたとされている。これについて、樋口範雄「医療へのアクセスとアメリカの医療保険改革法の成立」岩田 太(編著)『患者の権利と医療の安全』(2011年)101頁以下参照。



していったことがある<sup>14)</sup>。1983年から「患者の権利宣言」の起草の着手が、医療問題弁護団によって行われ、その後、全国に広がり、1984年10月に「患者の権利宣言案」に結実した経緯がある。1991年10月には、「患者の権利法」の制定を目指す「患者の権利法をつくる会」が結成され、7月には「患者の諸権利を定める法律要綱案」が発表された<sup>15)</sup>。これは、1993年には、当時の厚生省が、「インフォームド・コンセントの在り方に関する検討会」を設立すること、そして、その報告書を取りまとめることにつながった。1997年7月には当時の厚生省に「カルテ等の診療情報の活用に関する検討会」が設置された。2000年1月には、日本医師会は、「診療情報の提供に関する指針」を施行するに至った。2002年7月には、厚生労働省は、「診察に関する情報提供の在り方に関する検討会」を発足させたが、診療情報提供に関する法制化には医療者側の強い反発が見られた。2009年の衆議院議員選挙、2010年の参議院議員選挙においては、政党の中に「患者の権利基本法」ないし「医療基本法」の制定を明記するもの（社民党・公明党・共産党）が現れ、市民運動から国政における政党の政策として取り上げられる段階に至っている<sup>16)</sup>。

#### (4) 患者の医療への参加

このように、自己の身体の医的侵襲行為に対する正当化事由としての患者の同意を考察するにあたって、患者の自律性（Patientenautonomie）ないしその自己決定権がその判断の基本である<sup>17)</sup>が、最近では、このような医療におけ

14) 患者の権利に関して加藤一郎・森島昭夫（編）『医療と人権』（1984年）の「はしがき」（ii 頁）では、「わが国では、残念なことに、まだそのような観念は、少なくとも医学界においては一般に受けいれられていない」とされている。なお、患者の権利宣言について、加藤良夫「患者の人権——医療へのアクセス研を中心として——」ジュリスト総合特集「医療と人権」166頁以下、168頁も参照。

15) このような患者の権利法制定の動きについては、土屋裕子「患者の権利と法の役割」岩田 太（編）前掲書27頁以下、佐藤恵子「似て非なる『日本式インフォームド・コンセント』を超えるために」岩田（編）前掲書70頁以下、とくに80頁以下参照。

16) 土屋・前注44頁参照。

17) 人間その尊厳に関する宣言から、患者の自律性の原則を導き出し、それを論証す

る患者の自己決定権ないし自律権の思想から、患者が医療そのものを共同決定していくものであるという思想の展開につながっている。ドイツでは、患者の自己決定権は、治療に関する患者の側の「共同決定権」(Mitbestimmungsrecht)として捉えられ<sup>18)</sup>、「個人化された医療」(personalisierte Medizin)ないし「医療の個人化」(Individualisierung von Medizin)が強調されるようになっているのである<sup>19)</sup>。21世紀においては、医療の任務は、「現代医学の科学的観認識と実証された手続方法を、その価値を個人的な患者に移転させるにあたって完全に維持するように利用することにある」<sup>20)</sup>。そして、「個人化された医療は、一般的なものと個人的なものとを具体的な患者の最善の幸福のために全く新たに結合させることを目指す」のである。

このようにして、個人化された医療を実現し、医療の進歩につながる医療の多様性を保障するには、患者の自己決定権を基礎とする患者の同意の問題の解明が、医事刑法のますます重要な課題となっている。かくして、現代医学においては、医療における患者の同意は、「個人化された医療」実現の基本的条件である。したがって、刑法上の医療行為の正当化を論じる際にも、患者の同意は、患者の医療に対する共同決定権を保障する重要な意味をもち、患者の医師に反する医療は、傷害罪を構成する可能性すらあるのである<sup>21)</sup>。

---

ゝするものとして、vgl. Joerden, Das Versprechen der Menschenwürde—Konsequenzen für das Medizinrecht, ZiF (Zentrum für interdisziplinäre Forschung, Universität Bielefeld) 2010, Nr. 3, S. 10 ff., 16.

18) 既に1984年に起草された「患者の権利宣言(案)」が、患者の主体性の確立を目指し、「与えられる医療から参加する医療へ」のキャッチフレーズが運動の目的を現している(これについて、加藤良夫「患者の人権——医療への患者のアクセス権を中心として——」ジュリスト増刊総合特集「日本の医療——これから」(1986年)170頁参照)。

19) Vgl. Duttge, Rechtliche Problemfelder einer „Personalisierten Medizin“, Wolfgang Niederlag/Heinz U. Lemke/Otto Rienhoff (Hrsg.), Personalisierte Medizin & Informationstechnologie, Health Academy 15, 2010, 251 ff.

20) Duttge, a. a. O., S. 251 f.

21) もちろん、逆に、刑事処罰の限界が常に意識されなければならない、医師の処罰と患者の自己決定権の実現との調和を図る必要がある。



### 3. 同意の要件と正当化の制限

患者の同意が、医療行為を正当化するためには、その同意は、有効なものではないかもしれないことはいうまでもない。同意の有効要件は、それが、患者の自由な意思に基づく法益保護の放棄であることである。したがって、基本的要件としては、患者が、「同意能力」をもつことが必要であり、また、意思の自由が排除されておらず、重要な錯誤がないことが、一般の同意論と同様にその要件である。しかし、医的侵襲にあっては、それに加えるに、事前の医師の説明が要求され、十分な説明にもとづく同意が与えられることが、正当化の前提である。なぜなら、患者の自己決定権を実現するには、その医的侵襲の意義、程度、効果、危険性、副次効果、代替治療方法の存在等に関する患者の正しい認識がなければならず、それは、医療に対する医師と患者の知識水準の差から、意思自由を保障するための実質的基盤を確保する必要があるからである。

しかし、正当化事由の重要な原理は、利益衡量原理における優越的利益原則にある<sup>22)</sup>から、当該医的侵襲が正当化されるには、軽微な傷害を除いて、患者の同意のほかに、その医的侵襲に優越的な利益が認められなければならない<sup>23)</sup>。その優越的利益の判断要素には、医学的適応性や医術的正当性のほか、治療目的も必要であるとする見解<sup>24)</sup>もある。これは、第1に、患者の同意は、

22) ここで、正当化の基本原則を目的説ないし社会相当性に求める見解をとれば、治療行為も基本的に社会相当性を有するから正当化されることになる。大塚 仁『刑法概説』(総論)(第4版・2008年)423頁以下(目的説を基本に利益衡量説を加味する)、福田 平『刑法総論』(第4版・2004年)149頁、175頁、大谷 實『刑法講義総論』(新版第2版・2007年)248頁、265頁(治療行為につき構成要件阻却説をとる)、川端 博『刑法総論講義』(第2版・2006年)293頁、315頁(大塚説と同様)。なお、治療行為について考察したものの中でこの立場に立つものとしては、青木清相・武田茂樹「医療行為の適法性について——その序論的考察——」日本法学48巻3号143頁、小林公夫『治療行為の正当化原理』(2007年)127頁以下。

23) 医的侵襲における患者の同意の体系的地位につき、軽微な傷害にあたる場合と重大な傷害にあたる場合とを分け、前者は構成要件該当性の問題、後者は正当化事由の問題とする見解として、山中・前掲『刑法総論』205頁以下参照。

24) 大塚 仁『刑法概説』(総論)(第4版・2008年)423頁、福田 平『刑法総論』(第4版・2004年)175頁参照。この見解によれば、「治療目的」には、疾病の予防を含むが、美容整形手術、第三者のための輸血、臓器等の移植などは除かれる。

同意の「主観的要件」である自由な意思決定に基づき、第2に、同意の有効性の「実質的基盤」を保障する「医師の説明」が必要とされることを要し、さらに、第3に、いわば法益保護の放棄を意味する同意の「客観的制約」としての「傷害の重大性・生命に対する危険性」という客観的限界が存在することを意味する。

#### 4. 医的侵襲を直接の対象としない同意

患者の「医的侵襲」に対する同意のほかにも、医事刑法における同意には、治療を直接に目的としない身体の侵襲に対する同意のほか、危険に対する同意、研究調査に対する同意、あるいは自らや家族の死後における身体の処分に対する同意も問題となる。例えば、臓器移植・輸血などの場合のドナーの同意は、その提供者の治療に役立つわけではないが、その同意はその身体的侵襲を正当化するためには法的に重要である。さらに臓器移植については、脳死状態にある者の、死後の臓器摘出に対する生前の意思や遺族の意思も、「同意」に含まれる。ここでは、患者の家族の同意や死体の処分ないし死体の一部の処分に対する同意が問題である<sup>25)</sup>。これは、死亡後の身体の処分に関する同意など、医的侵襲が必要になった時点で同意できない事情がある場合に、事前の同意 (Vorab-Einwilligung, antipierte Einwilligung) が許される<sup>26)</sup> か、その要件は何かを問題とするものである。これについては、別稿における生命と医療行為の箇所 で詳論する。また、事前にも直前にも患者がその意思を表示できない場合、同意が推定されることがある。いわゆる「推定的同意」という正当化事由が問題となるのであるが、その要件や正当化根拠については理論上争いがある<sup>27)</sup>。

25) これについて、vgl. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Auflage, 2008, S. 167.

26) Vgl. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Auflage, 2008, S. 171.

27) その理論状況については、山中・前掲『刑法総論』570頁以下参照。

## 2. 傷害構成要件と正当化事由

### 1. 傷害概念・正当行為アプローチから同意アプローチへ

治療行為が、傷害罪の構成要件にあてはまるかどうかについては、歴史的には、当初、患者の同意からのアプローチではなく、「傷害」の概念や治療行為の正当（業務）行為性からアプローチする見解が展開された。そこで、ここでは、治療行為の傷害構成要件阻却と正当化の根拠の問題について、まず、検討を加えておく。

さて、医療侵襲行為が傷害罪を構成するかどうかについては、医行為は、最終的には、治療行為を目的とする行為であり、疾病を快癒させることを目的とするのであるから、患者の有効な同意がある限り、傷害罪の構成要件該当性そのものが否定されるか、あるいは構成要件該当性はあるが違法性が阻却されるかには争いがあるとしても、結果的に処罰されるべき行為でないことは明らかである。もとより、医的侵襲により治療目的が達成されなかった場合には、業務上過失致死傷罪（211条1項）の成立する可能性は残るのであるから、医行為の成功・不成功も、犯罪の成否に影響を与えることは否定できない。しかし、故意による傷害罪の成否のみについていえば、その身体侵襲が、患者の同意、医学的適応、医術的正当性を充たして正当化事由があるかぎり、その成立は否定され、（業務上）過失傷害罪・過失致死罪が残るに過ぎない。

しかし、患者の同意は、医療行為の正当化の展開過程を歴史的に振り返るなら、当初から当該医的侵襲の正当化のためには必須の要件であったわけではない。傷害構成要件への該当性を阻却し、あるいは構成要件該当の行為が正当化される根拠については、従来から様々な見解が表明されている<sup>28)</sup>。

28) これに関するわが国の文献として、町野 朔『患者の自己決定権と法』（1986年）とくに36頁以下、岡西・前掲日大大学院法学研究年報17号89頁以下、最近のものとして、小林公夫・前掲『治療行為の正当化原理』21頁以下、田坂 昌「刑法における治療行為の正当化」同志社法学58巻7号263頁以下参照。英米法ないしドイツ法における状況についても、これらの文献をも参照。

## 2. 医療侵襲の正当化根拠

### (1) 業務権説

古くは、医的侵襲は、医師の職業法上正当化されるという見解が唱えられた。これを業務権説<sup>29)</sup>と呼ぶ。20世紀に入るところから、国家が医師の治療を認可していることによって、患者の生命と健康に対する医師の決定権が正当化されるわけではないのではないかが論じられ始め、ナチ時代を除いては、公共の利益が「患者の治療される義務」を認めるものとする見解は支持されなかった<sup>30)</sup>。したがって、医業が国家によって管理されていることをもって、医師の医的侵襲が法令による行為として傷害罪の構成要件該当性を阻却され、または正当化されるわけではない。

わが国においても、古くは、業務権説が唱えられた<sup>31)</sup>が、治療行為の正当化を医業という職業上の許可そのものに求める見解はかつてから多くなく<sup>32)</sup>、医業が免許を要件とする業務であることから、医師免許をもっている者の行為かどうかは、医的侵襲の構成要件該当性や正当化に影響を及ぼすものではないと解されている<sup>33)</sup>。

### (2) 侵襲＝傷害説

医的侵襲そのものが、傷害といえるかどうかについては、ドイツ刑法においては、すでに1894年以来の判例<sup>34)</sup>において、傷害罪（ドイツ刑法223条）にあた

---

29) これについて、町野 朔・前掲『患者の自己決定権と法』8頁以下、41頁以下参照。

30) ライヒ裁判所は、1936年6月19日の判決において、公共の利益の認められるときは、患者の意思の有無にかかわらず治療は正当化されるものとした（RGZ 151, 349.）。

31) 花井卓蔵「刑法と医師」『刑法俗論』（大正元年）383頁以下、岡田庄作『刑法原論総論』（増訂4版・大正6年）302頁以下、市村光恵『医師ノ権利義務』（改版・昭和3年）82頁以下。

32) 町野・前掲書10頁参照。

33) 川端 博『刑法総論講義』（第2版・2006年）315頁参照。

34) RG, Urteil v. 31. 05. 1894, RGSt 25, 375 ff. Vgl. *Ulsenheimer*, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 4. Aufl., 2008, S. 88 f.; *Brigitte Tag*, *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis*, 2000, S. 14 ff.; ↗

ると解されている。1894年の事案は、医師が、7歳の子供の、結核菌により化膿した足の骨の切除に、自然療法の信奉者であった父親が承諾を与えなかったにもかかわらず手術を施行したが、手術後、子供に結核は出現せず、正常に発育したというものであった。原審は、この医師を無罪とした。大審院（ライヒ裁判所）は、この医師の行為は、傷害罪にあたると判示したのであるが、その際、判決は、医師の行為が不適切で失敗した場合のみならず、身体に加えられた直接的・物理的なあらゆる侵害が傷害にあたるとしたのである<sup>35)</sup>。この見解は、判例においては連邦裁判所にまで引き継がれている。すなわち、あらゆる医的侵襲は、傷害の構成要件に該当するが、医療技術に沿っていた場合、違法性が阻却されると考えるのである。

このような「判例の傷害理論」は、刑事<sup>36)</sup>のみならず、民事判例<sup>37)</sup>においても同様であり、連邦裁判所に引き継がれている。それは、憲法裁判所によっても、医師の民事責任に関する憲法訴訟において基本法に合致し合憲とされている<sup>38)</sup>。

### (3) 侵襲＝非傷害説

これに対して、ドイツ刑法における通説は、すでに1889年にシュトースが医師の外科手術につき、それが「身体を侵害し、健康を害する活動を行うもので

↘ *Henning Rosenau*, Begrenzung der Strafbarkeit bei medizinischen Behandlungsfehlern?, in: *Rosenau/Hakeri* (Hrsg.), *Der medizinische Behandlungsfehler*, 2008, S. 215 f.; *Benedikt Edlbauer*, Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv, 2009, S. 8 ff. これについて、町野・前掲書38頁参照。

35) この事件に対する1894年2月2日のハンブルク地裁の第3刑事部は、傷害罪による外科医の可罰性を否定した。成功した、医術の原則に添った手術は、健康侵害の構成要件も、傷害のそれも充足しない。同意の不存在は、手術を傷害の構成要件に包摂する際には明らかに考慮されなかった。*Stoß*, *Chirurgische Operationen und ärztliche Behandlung*, 1898, Anhang 108 ff.

36) BGHSt 11, 111 f. (子宮筋腫事件＝Myomfall) これについて、唄『医事法学への歩み』60頁、町野『患者の自己決定権と法』63頁参照。

37) BGH NJW 1956, 1106. (電気ショック事件)。これについては、唄『医事法学への歩み』30頁以下、町野・前掲書62頁以下参照。

38) BverfGE 52, 131, 166. (医師責任決定)。

はない」<sup>39)</sup>として以来、医的侵襲を傷害ではないとしている。手術を「傷害」というのは、「日常の用語法」や「ドイツ語の精神」に反するというものである<sup>40)</sup>。この見解の背後にあるのは、医的侵襲は、健康を回復するための措置であるから、健康を害する傷害とは区別されるべきだという考え方である。しかし、今日では、この考え方が無条件に支持されうるわけではない。というのは、患者の意思に反する治療は違法であるという患者の自己決定権の保護という考え方が確立しており、健康を回復するための侵襲だから傷害ではないとはいえないからである。

ちなみに、この見解からは、患者の承諾を得ない医的侵襲は、傷害ではなく、自由剥奪罪（ドイツ刑法239条、日本刑法220条）ないし強要罪（ドイツ刑法240条、日本刑法223条1項）に該当しうることになるが、これらの罪が適用できるのは、承諾のない手術のうちごく少数のものに限られるとされている<sup>41)</sup>。ドイツにおけるいわゆる専断的治疗行為の処罰規定を設けるという立法の試み<sup>42)</sup>が、意思決定の自由に対する罪として提案されてきたことは、このような承諾なき医的侵襲は「傷害」ではなく、「自由」を侵害する罪であるという認識にもとづく。1911年の予備草案に対する反対草案（279条）ないし1919年小刑法委員会草案（313条）における医療の専断性ないし専断的治疗行為の規定の節が「人的自由又は安全の侵害」と題されているのはこのような考え方を表している。1927年草案（281条）においても専断的治疗行為は自由に対する罪に位置づけられている。

39) Stooß, a. a. O., S. 6. 1927年草案263条でも治療行為は、「傷害」には当たらないと規定する。Vgl. Heimberger, Arzt und Strafrecht, in: Frank-Festgabe Bd, 1, 1930, S. 402 ff.

40) Stooß, a. a. O., S. 20; Edlbauer, a. a. O., S. 14.

41) Vgl. Riedelmeier, Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik, 2004, S. 19.

42) これについて、近時の文献として、田坂・前掲同志社法学58巻7号348頁以下参照。



### 3. 医療侵襲と傷害概念

ドイツ刑法223条は、傷害罪の規定であるが、それは、わが国における傷害罪（204条）の規定とは異なる。わが国における傷害罪の規定は、「人の身体を傷害した者」は、15年以下の懲役または50万円以下の罰金に処する」と規定するにすぎないが、ドイツ刑法223条は、「他人を身体的に虐待し、又は健康を害した者は、5年以下の自由刑又は罰金刑に処する」（1項）とし、未遂を罰する（2項）。「身体的に虐待する」行為と「健康を害する」行為の二つの類型の行為が禁止の対象とされている<sup>43)</sup>。わが国では、傷害未遂の規定はない。有形力の行使を手段とする場合には、傷害未遂は、暴行罪（208条）にあたることはある。

#### (1) 客観的傷害概念

(a) 個別的・脱価値的傷害概念 ドイツ刑法においては、「身体的に虐待し」というには、身体が健康が侵害されるような不快で不適切な取り扱いがあったことを意味する。すなわち、「身体的な健全性（Wohlfinden）または身体的な完全性（Unversehrtheit）を少なからず侵害する不快で不適切な取り扱い」をいうと定義される。したがって、殴打といった、日本刑法における暴行をも含む。「虐待」という概念は、「取り扱う」という概念に接頭辞である、miss—（「誤った」「不当な」ないし「よくない」といった否定的意味をもつ接頭辞）が付けられた概念であるが、それは、「不当に取り扱う」という意味をもつ。そして、患者の健康状態を結果的によくする場合であっても、医的侵襲に通常伴う苦痛は、身体的健康状態の侵害にあたるとされている。これに対して、「健康を害する」とは、「身体的・精神的な機能の正常な状態から不利益に逸脱した病理的状态の惹起または増大」をいう<sup>44)</sup>。「健康」とは、疾病や病理的変更が見ら

43) これについて、武藤真朗「治療行為と傷害の構成要件該当性」早稲田大学大学院法研論集54号（1990年）243頁以下、とくに245頁以下、佐伯仁志「違法論における自律と自己決定」刑法雑誌41巻188頁、小林公夫・前掲『治療行為の正当化原理』366頁以下参照。

44) Tag, a. a. O., S. 173.



れない状態を指すが、「健康を害する」という文言は、そのような病理的状态の惹起ないし悪化を意味するのである。例えば、内部器官や外部器官の疾病、骨折、感染、あざをつけること、HIVに感染させることなどがそうである。さらに、レントゲンの照射が、「健康を害する」にあたるとした判例<sup>45)</sup>がある。そこで、成功した医的侵襲でも「虐待し」ないし「健康を害する」にあたる。

この見解は、傷害概念に患者の承諾を伴う病理的状态の惹起や健康への加害をも傷害とする点で、客観的で記述的・個別的な概念を目指し、患者の主観や傷害の価値評価が傷害概念に入り込まないという特徴をもつ。したがって、患者の同意は、構成要件該当性を阻却せず、正当化事由にすぎないということになる。

客観的傷害概念に依拠し、医療行為による侵襲につき傷害の構成要件該当性を肯定しつつ、患者の同意による正当化事由とする点では、ドイツの民事判例も同様であった。連邦裁判所の民事判例によると、次のように根拠づけられる<sup>46)</sup>。「以前から、判例は、身体の完全性への侵襲を正当化するために、治療行為において患者の同意を必要とすることを、身体の完全性に対する権利（基本法2条2項）および人間の尊厳に対する権利から派生するものとしての自己決定権（基本法1条）から導いていた（……）。それによって保護されているのは、身体の完全性に対する患者の決定の自由であり、それに対しては、医師は、勝手に無視するわけにはいかない。つまり、医師の治療侵襲に対する同意は、その同意の枠内で、侵襲と結びついた侵害に対する身体の保護を放棄することを意味し、それを超えて、治療の副作用とありうる合併症から生じる危険を自ら引き受けることをも意味する。この意味において、医師による身体と健康の侵害の問題は、広く、患者の観点から限界づけられなければならない。というのは、医師の治療の間、患者がその枠内で、彼の法益をその処分に委ねるとき、彼の自己決定が問題だからである。（……）そこからは、患者の治療にあたって注意するよう義務づけられるだけでなく、その措置に対するその同意を確

45) 連邦裁判所1997年12月3日判決。BGHSt 43, 346.

46) BGHZ 106, 391, 397=NJW 1989, 1533=MedR 1989, 188, 191.

保するよう義務づけるような作為義務が導かれる。そのような同意を有効に得ることができるのは、医師が、患者の自己決定を保障しようとするれば、患者に必要な決断の基礎を伝えるときにのみである。有効な同意を欠くときには、医師の治療に存在する、患者の身体の完全性に対する侵襲は、違法である」。

わが国においても、治療行為であっても、身体の外形的ないし生理的機能の現状を不良に変更する以上、傷害罪の構成要件に該当するという見解が通説である。この見解は、治療行為は、違法性を阻却するとする。治療行為は、違法阻却事由としつつ、被治療者の承諾を要件として、目的のための適当な手段である場合に違法性を阻却するという目的説ないし社会相当性説の立場に立って、違法阻却されるという見解<sup>47)</sup> が有力である。これに対して、患者の同意のある治療行為に傷害の構成要件該当性を肯定しつつ、患者の意思を違法阻却の段階で利益衡量の判断において考慮し、患者の同意がある場合にのみ違法性を阻却するという見解が有力に唱えられている<sup>48)</sup>。この見解は、利益衡量説を違法阻却事由と解する見解から唱えられる。そのほかにも、治療目的で行われる行為は違法性を阻却するとする見解<sup>49)</sup> もかつて唱えられた。

(b) 全体的・価値的傷害概念

(i) 全体的観察説 傷害罪は、このような虐待ないし健康侵害による身体の傷害を意味するが、傷害とは、身体の一部の侵害ではなく、全体としての身体の侵害をいうとする見解<sup>50)</sup> がある。治療行為によって身体が全体としてよくなっているのであれば、傷害とはいえないというのである。医的侵襲は、身体健康の回復に向けられた行為であって、健康障害を意味する傷害とは真逆の概念であるとする<sup>51)</sup>。このことは、手術による医的侵襲は、それだけを取り出

47) 大塚 仁『刑法概説各論』(第3版・1998年) 28頁以下、同『刑法概説総論』(第4版・2008年) 418頁以下、423頁、佐久間 修『刑法総論』(2009年) 185頁。

48) 町野・前掲書163頁以下。

49) 木村亀二(阿部純二)『刑法総論』(増補版・1978年) 289頁。

50) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 67.

51) Vgl. Schroth, Arztliches Handeln und strafrechtlicher Masstab, in: Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts, 3. Aufl., 2007, S. 23 f. ビンディングによれば、ノ

してみれば健康侵害ということが出来るが、治療とは、「治療過程における一つの局面」であって、全体としてみれば傷害ではないという見解にもあてはまる。わが国においても、「治療侵襲は部分的・一時的に見れば侵害と見えるとしても、全体的・永続的に見れば生命・身体の救助行為にほかならず、傷害罪の構成要件が予定している傷害とは、その社会的・法的意味を異にする」とし、治療行為が成功して健康を回復・増進した場合にはもはや法益を侵害したとはいえないとする見解<sup>52)</sup>が唱えられている。

(ii) 全体優越衡量説 これは、身体組織の一部に対する侵害が、全体的な身体組織の健康の回復というより大きな利益との衡量において優越するがゆえに、傷害の概念にあてはまらないとする見解である。ここで問題となるのは、異なった主体の間の利益相互間の利益衡量ではなく、同一人物の中の利益衡量である点で、特殊性をもつ。手術においてメスを入れ皮膚を切る行為は、それが全体の健康を増進させるという全体的脈絡の中で中立化され、法益保護の側面の方が優越するがゆえに、傷害の構成要件には当たらないのである。

(iii) 三つの立場 全体概念としての傷害説および全体的優越衡量説は、理由づけが異なるだけで、個別的・一時的観察ではなく、全体的・衡量的観察すれば、医的侵襲は、傷害にあたらないという見解であり、これをまとめて全体的観察説とでも名付けることができる。これには三つの立場がある。行為説、結果説、目的説である。① 行為説は、医療技術のルールに従って行われた医療侵襲は、結果の成功・不成功にかかわらず、すべて傷害の構成要件に該当しないとする見解である。医療過誤のない医的侵襲は、構成要件該当性はないということである。したがって、本説においては、「医術的正当性」(Kunstgerechtigkeit)と「適応」の概念が重要な意味をもつ<sup>53)</sup>。本説によると、

「昔から傷の治療は、負傷させる行為に対していい意味で真逆をなすものである」(Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, BT., 2. Aufl., 1902, Bd. 1, S. 56)。

52) 金澤文雄「医療と刑法」現代刑法講座(第2巻・1979年)137頁。

53) Vgl. Wolfgang Bauer, Die strafrechtliche Beurteilung des ärztlichen Heileingriffs, 2008, S. 22.

医療行為の開始時にすでに侵襲行為の判断が可能である。つまり、事前的にみて技術的に正当で適応のある、治療目的で行われた侵襲は、不可避の付随現象をとまなう措置の結果とは独立に、傷害ないし致死の構成要件に該当しない。ここでは重要なのは、事前の侵襲の蓋然的な結果であって、事実上の結果ではない。これに対して、② 結果説は、治療の効果があったときに、すなわち、治療前よりも患者の健康状態がよくなったときに、傷害の構成要件が阻却されると解する。したがって、事後的に、構成要件阻却が決まる。前掲の金澤説は、これに属する。成功した治療行為については、それが健康を回復させたというただそれだけの理由で、傷害罪の構成要件が否定され、失敗した場合には、医学的適応性・医術的正当性があれば、行為の社会相当性が認められ、不法構成要件を阻却すると解する見解<sup>54)</sup>は、行為説と結果説の折衷説とすることができるであろう。さらに、③ 目的説は、行為者の侵襲時における目的、すなわち、治療に際して追求される治療目的を基準とする。加害の目的がない限り、傷害の故意に欠けるというのである。

この意味の客観的傷害概念は、医的侵襲は、患者の健康を回復するという目的で行われるのであるから、身体の状態の不良変更を意味する「傷害」概念にはなじまないという見解を基礎とする。この見解は、専断的治療行為としての治療も、傷害にはあたらないという見解に結びつく。したがって、患者の自己決定権の尊重ではなく、医師は患者の利益のために侵襲行為を行い、「善行」をなすというヒポクラテスの原理をその背景となる理念とする<sup>55)</sup>。しかし、この傷害概念は、患者の自律性ないし自己決定権というもうひとつの医的侵襲の倫理的評価に関する格率を十分に評価しないという問題点をもつ。また、この見解は、医的侵襲の「善行」性から傷害構成要件不該当の結果を導くため、「医学的適応性」及び「医術的正当性」の要件は、不可欠の要件となる。すな

54) 上田健二「正当な診療行為の要件」中山研一・泉 正夫編『医療事故の刑事判例』（第2版・1993年）29頁。

55) Vgl. *Schroth*, in: *Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4. Aufl., 2010, S. 27.

わち、例えば、美容整形手術が自己決定権に基づくとしても、「医学的適応性」の要件で躓くことになる<sup>56)</sup>。

わが国においては、本説の一種とみなされるのは、治療行為を構成要件該当性阻却事由と解し、患者の同意が得られない場合であっても、それが治療の目的で行われ、かつ、その手段・方法が医学上一般に承認されているものであって社会通念上是認しうる限り、人の身体の外形的ないし生理的機能を不良に変更する行為とはいえないから、傷害罪の構成要件に該当しないと解する見解<sup>57)</sup>である。この見解は、違法阻却事由の一般原理を社会相当性に求める<sup>58)</sup>ので、目的説を考慮しつつ社会相当性の観点から行為説に立つものであろう。

## (2) 同意による構成要件阻却と正当化

医的侵襲に対する被害者の承諾は、傷害罪の構成要件該当性に影響を及ぼすのであろうか。これまで検討した見解は、客観的な傷害概念を追求し、被害者の自己の身体に対する処分権との関係で、法益の主体が法益の法的保護を放棄した場合にまで傷害の構成要件該当性が認められるのかという問題を論じることとは避けられていた。従来、被害者の承諾を正当化事由に位置づける見解は、同意にもとづく傷害行為の構成要件該当性は肯定しつつ、違法性を否定した。

### (a) 同一法益内の利益対立

被害者の同意における正当化事由は、多元説にもとづき利益不存在の原則に根拠をもつとする見解は、結局、被害者の同意が、保護されるべき利益の不存在を理由として法益侵害を否定して正当化するのであるから、保護されるべき法益が存在しなければ、正当化事由の検討の前に、その構成要件該当性も怪しくなるとも言いうる。また、もしここで、優越的利益原則に基づく<sup>59)</sup>なら、

56) Vgl. Joost, in: Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl., 2010, S. 408.

57) 大谷 實『刑法講義総論』(新版第2版・2007年) 265頁以下。

58) 大谷・前掲書248頁参照。

59) 平野龍一『刑法総論』(Ⅱ・1975年) 248頁。なお、塩谷 毅『被害者の承諾と自己答責性』(2004年) 6頁も、この場合、「法益侵害」のマイナスと「被害者の意思にかなう」というプラスを衡量し、犯罪成立が阻却されるという。これに目的



その他の利益衡量とは異なり、ここでは、被害者という同一の人物の内部での利益衝突が問題になっており、他の法益主体の利益との衝突ではない<sup>60)</sup>。例えば、法益の維持と法益の担い手の自己決定権が対立しているというのである<sup>61)</sup>。そこで、このような同一法益主体の内部的な利益衝突については、構成要件該当性の問題とするものがある。

ここで、一般に、傷害罪における身体の侵害に対する保護と身体に関する自己決定権の保護の関係が問題となる。

(b) 身体と自由の二元的法益

ドイツにおける通説は、客体の保護とこれに関する意思の保護を区別し、医師の専断的治療行為による医的侵襲は、身体という法益と、独立した法益としての身体に対する処分権という二つの独立した法益の侵害であるとする<sup>62)</sup>。これを「二元的解決」と称する。これを「衝突モデル」と呼ぶものもある<sup>63)</sup>。したがって、この見解によれば、患者の意思に反する医的侵襲は、傷害罪ではなく、身体に関する自己決定権の侵害であるにすぎない。このような行為は、専断的治療行為に関する特別に設けられるべき構成要件に該当すべきことになる。

(c) 人的法益概念

これに対して、傷害罪の構成要件には、身体に関する自己決定権も含まれていると解する見解<sup>64)</sup>も近年有力に唱えられている。この見解は、身体の完全

、説を加えた根拠を示すものとして、川端 博・前掲『刑法総論講義』311頁。

60) Vgl. *Riedelmeier*, a. a. O., S. 39. わが国では、曾根威彦『刑法総論』（第4版・2008年）125頁が、優越的利益原理のなかの利益不存在の原則を説く。

61) *Noll*, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe—im besonderen die Einwilligung des Verletzten*, 1955, S. 74 ff.; *ders.*, *Tatbestand und Rechtswidrigkeit*, ZStW 77 (1965), S. 1, 14 ff.

62) *LK-Hirsch*, StGB, 1989, Vor § 223 Rn. 4.

63) *Rönnau*, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, S. 14.

64) *Amelung*, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft* 1972, S. 189 ff.; *Arzt*, *Willensmängel bei der Einwilligung* 1970, S. 42; *Roxin*, ZStW 85, 1973, 96 ff.; *ders.*, *Gedächtnisschrift für Noll*, 1984, S. 279; *Riedelmeier*, a. a. O., *Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik*, 2004, S. 65; *Wolfgang Bauer*, *Die strafrechtliche Beurteilung des ärztlichen Heileingriffs*, 2008, S. 141 f.

性と身体に関する自己決定権の両者を法益と解する。そこでこれを「統合モデル」と呼ぶものもある<sup>65)</sup>。その根拠は、健康という法益の意味は、社会的現実においてはその単なる静的存在に尽きるのではなく、むしろ、身体の完全性は、自己の人格の展開のための一定の支配可能性を開く点にあるというのである<sup>66)</sup>。この人的法益概念 (personale Rechtsgutslehre) によれば、法益とは「刑法上の要保護的な人間の利益」である<sup>67)</sup>。この見解によれば、法秩序の中心に位置するのは、その利害と欲求をもった具体的な個人である。あらゆる法益は、個人の利益から導きだされる。法益保護の対象は、財とその担い手との本質的關係、つまり、その個人に対するその具体的帰属における財であるという<sup>68)</sup>。

その傷害罪に関する根拠づけの一例を挙げると、カルグルは、傷害罪の法益の本質を「身体上の利益」(Körperinteresse)にあるとする構想を打ち立て、そこから説明しようとする。それは、法益の「人格依存性」と個人の「基本的な利益」を二つの基本的思想とする。これによれば、傷害罪の法益は、「身体の完全性」(Unversehrtheit) および「不可侵性」(Unberührtheit) に対する身体上の利益にある<sup>69)</sup>。これには、身体に関する「自己決定権」が含まれているというのである。本説によれば、同意に基づく傷害は、傷害の構成要件該当性を阻却する。同意の存在は、法益侵害を否定するからである。この見解によれば、同意は、傷害の消極的構成要件要素であるといってよい。

ドイツにおける学説の中には、ドイツ刑法223条1項の第1選択肢である「身体的に虐待する」という文言については、医師が患者の現実的同意や推定的同意なしに身体を侵襲した場合には、身体に関する自己決定権が侵害されることを前提にするが、第2選択肢の「健康に害を加える」という文言は、客観

65) Rönna, a. a. O., S. 17.

66) Vgl. Joost, a. a. O., S. 404 f.

67) Klaus Günther, Die Person der personalen Rechtsgutslehre, in: Neumann/Prittwitz (Hrsg.), Personale Rechtsgutslehre und Opferorientierung im Strafrecht, 2007, S. 15.

68) Rönna, a. a. O., S. 50.

69) Kargl, Körperverletzung durch Heilbehandlung, GA 2001, 550 ff.



的に身体の侵害があるかどうかのみによって判断するという二元論的な見解<sup>70)</sup>がある。これに対しては、一方では個人的な同意を考慮し、他方ではこれを考慮しないのは、一貫しないという批判がある。

わが国においては、患者の承諾があれば治療行為は傷害の構成要件にあたりないとし、また、被害者の法益の完全な放棄が認められれば傷害罪等の構成要件に該当しないとするものもある<sup>71)</sup>。

#### 4. 被害者の同意と構成要件阻却・違法性阻却（私見）

まず、人の身体の生理的機能の障害が、客観的につねに傷害罪の構成要件を充たすわけではなく、逆に、治療行為であれば、傷害とはいえないというものでもないと考えられるので、上の客観的傷害概念も、全体的・価値的傷害概念も不当である。次に、被害者の意思を考慮する人的傷害概念は、出発点において正当であるが、被害者が、その他の何の要件もなしに、その意思によって傷害の法益の保護の放棄を行いうるわけではないから、この見解も制約を加えられるべきである。結局、現代においては、専断的治療行為は否定され、治療行為であるというだけでは、傷害構成要件への該当を阻却できず、また、正当化もされえない。患者の同意の存在は、治療行為の構成要件阻却・正当化のための不可欠の前提である。しかし、それでは、人的法益概念の説くように、他人の「身体の完全性」という法益は、その他人の「意思」と相まってはじめて法益をなすと考えらるべきであろうか。結論を先取りすれば、むしろ、患者の「意思」は、身体の完全性という法益の法的保護を放棄するという機能、すなわち、法益の個人帰属性を否定するがゆえに構成要件該当性を否定し、または、その完全な否定がそれだけでは要保護性を否定しないときに、他の利益衡量要素と相まって正当化する機能を果たすのではないだろうか。そこで、以下ではこのことを論証する。

70) SK-Horn/Wolter, § 223 Rn. 35 ff.

71) 齋藤誠二『刑法講義各論Ⅰ』（1978年）192頁以下参照。山中敬一・前掲『刑法総論』203頁。なお、前田雅英『刑法総論講義』（第5版・2011年）105頁、347頁。

(1) 医的侵襲における患者の同意の意義

医的侵襲行為においても、侵襲される身体の傷害の程度が軽微な場合には、被害者の同意のみによって、すでに傷害罪の構成要件該当性が否定される場合がありうる<sup>72)</sup>。それは、医学的適応や医術的正当性、治療目的とは無関係に、すでに被害者の法益処分の権限内であることによって、法益保護を放棄できる場合には保護されるべき法益がなく、構成要件該当性がないからである。このように考えると、患者の同意は、治療行為であっても傷害罪の構成要件を充足する重大な傷害の場合にのみ、その他の違法阻却の要件の充足と相まって違法性を阻却すると考えるべきである。

(2) 重大な傷害と軽微な傷害による区別

傷害の概念を生理的機能の障害と解する立場<sup>73)</sup>に立っても、被害者が身体の生理的機能の障害に対して同意しているときには、自己決定権にもとづいて法益保護を放棄しているのだから、構成要件が保護すべき法益に欠け、構成要件該当性が否定される。しかし、同意によって無条件に法益保護が放棄されるのは、重大な生理的機能の障害に至らない場合に限定される。自殺と同様、刑法は、自傷行為そのものは処罰していない。しかし、自殺関与罪（202条）の処罰規定があるのに対して、自傷行為に関与する行為に独立の処罰規定を設けてはいない。したがって、自殺関与罪の処罰根拠を論じる際のように、自傷行為の違法性を根拠づけることは必要性ではない。そこで、自ら重大な自傷行為を行い、例えば、任意に自らの両足を切断しても、または、それを他人に教唆して行っても、それが本人の任意の決断によるものである限り、本人の自傷行為は不可罰である。それを違法性がないということにも問題はない。しかし、問題は、他人が被害者の同意を得て重大な傷害を与えることが、法益侵害がない

72) 田坂・同志社法学58巻7号397頁では、治療行為が傷害罪の構成要件該当性を否定するという見解を「実質的判断を差しはさむべきでない」として峻拒する。しかし、治療行為の構成要件該当性の問題は、形式的・類型的判断か実質的判断かの問題ではない。法益の主体への帰属の否定の問題なのである。

73) 山中・前掲『刑法各論』§ 9.1 参照。

という理由で構成要件該当性がないといえるかどうかである。重大な傷害とは、ここで、四肢の切断、臓器・器官の摘出・損傷、外形の主要部分の重大かつ不可逆的な変更ないし身体の機能の重大かつ不可逆的な損傷をいう。それ以外の軽微な傷害は、被害者の同意によって傷害罪の構成要件該当性が阻却される。傷痕が残るような傷害であっても、それが重大な傷害でなければ、被害者の同意によって傷害の構成要件該当性が否定される。例えば、腕や背中等に入れ墨をするのは、被害者の同意があれば傷害の構成要件には該当しない。医療行為であっても、しみやほくろを取る手術、網膜にレーザー治療を施すこと、虫歯を削ることなどは、患者の同意があれば傷害の構成要件に該当しない。医療行為そのものとはいえない、二重まぶたにするとといった純粋な美容整形手術や輸血目的での採決等も、被害者の同意によって傷害の構成要件該当性が否定される。

重大な傷害については、患者の同意だけでは傷害の構成要件該当性は否定されない。その場合には、確かにその違法性は減少するが、構成要件該当性は否定されず、治療目的、医学的適応、医術正当性などの要件および患者の同意の有効性を利益衡量して、違法性の段階において違法阻却事由を備えるかを判断しなければならない<sup>74)</sup>。

### 3. 患者の同意の要件と制限

#### 1. 同意の要件と同意の制限

##### (1) 同意の意義と要件

個人的法益については、個人の処分が認められる。したがって、身体の安全性についても、法益の担い手である個人が、その法的保護を放棄し、侵襲を容認するなら、刑法はそれをその個人のために保護し、侵襲を行った者を処罰する必要はない。しかし、その法益保護の放棄の意思表示は、その個人の自由意思にもとづき、自己の任意の意思にもとづくものでなければならない。この自己決定権の一環としての自由な意思決定の範囲については、個人の自己決定権

74) 山中・前掲『刑法総論』561頁参照。

の行使が行われる社会的基盤や状況に応じて異なった限界が引かれる。法益の法的保護の放棄は、その本人にとって不利益な処分であり、その不利益であることが十分に認識された上で、「正しく自己決定される」必要があるからである。このように、自己決定権の実現は、それがどのような自己に不利益な決定であっても、原則的にその個人の自由であるが、それが本人の無知や無理解あるいは、他人の無言の圧力によるものである場合には、一定の限度でその決定を無効として、本人を保護する必要がある。これは、法の「間接的パターナリズム」<sup>75)</sup>の表れであるといつてよい。例えば、親子の間の臓器移植については、子が親への臓器の移植に同意する場合、それが、子としての親に対する愛情から同意する場合、親の無言の圧力によって同意する場合、同意しなかった場合の社会的非難を斟酌して同意する場合などが考えられるが、子としての自由な意思決定の限界がどこに引かれるべきかは、当該社会と親子関係の自由度によるであろう<sup>76)</sup>。

## (2) 同意の制限の基本的な考え方

刑法における被害者の同意は、法益保護の放棄により、法益と法益主体の帰属関係が否定され、構成要件該当性ないし違法性が阻却されるための要件である。したがって、そのような効果を生じさせるに値する「同意」はどのような前提要件を充す必要があるかというのが、考察の出発点である。それは、「主観的要件」と「客観的要件」の二つの観点から考えられる。

第1は、被害者の「意思の表示」というためには、どのような要件が必要かという観点からする主観的・形式的要件である。これは、意思が強制されたも

75) 間接的パターナリズムは、直接的パターナリズムに対立する。後者が、例えば、本人の法益を保護するために自殺を処罰するというように、直接に行爲者のためという理由で処罰する野に対して、前者は、他人に自殺を勧める行爲のような、自らの法益を放棄しようとする人に関与する行爲を罰することで、自殺者等を保護しようとする者である。

76) これについて詳しくは、vgl. Yamanaka, Die Modelle und Typologie des indirekten Paternalismus im Strafrecht, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, 2010, S. 323 f.

のでないか、無知にもとづくものでないか、瑕疵がないか、真意であるのかなどの要件であり、本来、当該の意思表示者の主観的・心理的な能力・状態の問題である。しかし、その前提は、人間は、原則的に、自由で合理的、合目的な判断をするというフィクションである。

第2は、原則的に、意思表示者の主観的・心理的状态とは独立に、別の観点から同意が客観的に制限されるための要件である。例えば、その同意が、第三者の利益に反するとか、公序良俗に反する<sup>77)</sup>とか、公共の利益に反するといった理由で客観的に制限される場合<sup>78)</sup>である。その一つが、先にのべた、間接的パターンリズムの観点から同意者の利益を保護するための客観的・実質的制限も含まれる。この要件は、実質的に被害者の同意が同意者に不利にならないようにするための実質的な規範的要件であるともいえる。二つ目は、これを同意の「客観的」制限というより、主観的要件の客観的前提という方が妥当かもしれないが、医的侵襲に特有の同意者の自由な判断の基礎である知的基盤を実質的に保障するための要件である。医的侵襲に対する同意の前提として、「医師の説明」が必要であるとされるのは、実質的に、同意する側の専門的知識の不足を補うという配慮を必要とするのであり、したがって、「医師の説明」が患者の同意の前提要件であるという原則も、同意の有効性のための実質的要

77) 現行ドイツ刑法228条は、「身体の傷害を、侵害される人の同意をもって行う者は、その行為が同意にもかかわらず善良の風俗に反するときのみ、違法に振る舞う者である」と規定する。この規定の前身は、旧226条aであるが、ヒトラーの政権掌握後の1933年5月26日の刑法改正によって導入されたものであり、1871年の制定当時にはなかった。一般にドイツ刑法学においては、この228条の規定は、「意味喪失原則」(cessante-Grundsatz)の妥当する場合とされている(cessante ratione legis cessat lex ipsa=法の理由がなくなったときは、法自体もなくなる)。「善良の風俗」の語義自体には意味はなく、それは、一般には、重大な傷害に対する同意は無効であることを根拠づける規定であると解釈され(Vgl. Harald Niedermair, Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten, 1999, S. 18 ff.),あるいは、この規定は、明確性の原則に反して違憲であるとされているのである(vgl. Detlev Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. S. 136 ff.)。

78) 同意の客観的制限については、vgl. Sternberg-Lieben, a. a. O., S. 9.

件に属する。

この第2の客観的・実質的制限については、これを実質的にみて法益の担い手の「意思」を保護する者であるにとらえる見解<sup>79)</sup>もある。同意の第1の主観的・心理的要件は、法益の担い手の「自主的な決断」を保障する者であったのに対し、第2の制限は、その同意が、「自主的な決断の現れ」とみなしえないとき、つまり、その同意の決断が「不合理」であるとき、これを無効とするものであるというのである。つまり、「合理的な人であれば、同意を与えないし、従って、自己決定のできる限りの維持のためであることを考慮しても、この同意に応じた行為を希望しないことが明らかである同意のみ」例外的に制限される<sup>80)</sup>というのである。このような合理的人間なら行わない不合理な同意とは、例えば、回復不可能な傷害への同意である。この見解は、主観的要件をさらに実質的に患者の「自主的な決断」といえるのは、「合理的」な判断でもあるときであるとするものであり、客観的制限を主観的要件の実質化によって実現しようとするものである。しかし、同意の客観的制限には、患者の実質的な主観的意思以上の考慮要素が含まれていると考えられ、客観的・規範的観点からアプローチしてこれを説明する方がベターであると思われる。

### (3) 同意の客観的・規範的制限

#### (a) ドイツ刑法における「良俗違反」概念の解釈

この客観的制限は、ドイツ刑法においては、刑法上規定されている。現行刑法228条は、「被害者の承諾を得て傷害を行った者は、承諾にもかかわらず、行為が善良の風俗に反する時にのみ、違法に行為を行ったものである」と規定する。ここでいう「善良の風俗に反する」(良俗違反)かどうかが同意を客観的に無効とするかどうかの基準として掲げられているのである<sup>81)</sup>。ライヒ裁判所の

79) Frisch, Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung (§ 228 StGB), in: Hirsch-Festschrift, 1999, S. 485 ff. Dazu vgl. Rönna, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S. 167 f.

80) Frisch, a. a. O., S. 498.

81) この規定は、1933年に導入された旧226条が、1998年の改正によって、228条に移され、文言が修正されたものである。この条文の展開過程に関するわが国の文献は



通説的な民事判例によれば、良俗違反は、「あらゆる公正で正義を重んじて思考する人々の礼節感情」に反した行為に見られるという<sup>82)</sup>。連邦裁判所の判例においても、これに従うもの、あるいは「文化的国民の共通の法確信」、「羞恥心・風習及び礼節の民族に既存の概念」、「公共の平均的な羞恥・倫理感情」等々と解されるもののなかに<sup>83)</sup>、戦後の法治国家的解釈の重要性を慮り、「疑いもなく犯罪的で当罰的な不法」の場合と解釈するものも現れた<sup>84)</sup>。1960年代以降は、このような倫理的で純主観的判断に陥りやすい、基準としてはあいまいな良俗違反概念は批判にさらされた。そこでは、この規定は、基本法103条2項に反するとする道と、合憲的解釈によって、良俗違反概念を新たに解釈する道とがあった。後者の道を歩み、この規定を合憲的に解釈する方法には二つの解釈方法があった。それは、「重大性説」(Schweretheorie)と「目的説」(Zwecktheorie)である。

第1に、重大性説は、良俗違反概念を具体化するにあたり、構成要件的法益侵害の重大性を基準とする。さまざまな学説が、重大な健康侵害、侵害の一過性、具体的な生命に対する危険などという基準が提唱した<sup>85)</sup>。判例の中にもこの重大性説に従うものが多くなっている。軽微な傷害について良俗違反がないとするもの<sup>86)</sup>、被害者に依頼されて1メートルの距離から顔面に刺激性ガスを

ゝとして、塩谷 毅『被害者の承諾と自己答責性』(2004年)128頁以下参照。

82) RGZ 48, 114, 124 f.: 55, 367, 373. Vgl. Ulrich Stegmüller, Die Sittenwidrigkeit der Körperverletzung trotz Einwilligung des Verletzten, 2009, S. 16.

83) BGHZ 10, 228, 232; 22, 167, 181; BGH, NJW 1982, 1455.

84) BGHSt 4, 24, 32.

85) Vgl. Hirsch, ZStW 83, 1971, S. 140, 174; ロクシンも基本的にこの立場に立つが、重大性を「具体的に生命に危険」が及ぶときと、生命に危険が及ばなくとも、不可逆的に傷害されたときの二つの場合があるとする (Roxin, Strafrecht AT, Bd. 1, 4. Aufl., S. 559 f.). 私見では、この二つの場合は、分類して効果を帰属させるべきである。わが国では、平野『刑法総論』(1972年)254頁、中山研一『刑法総論』(1981年)306頁、大谷 實『刑法総論』(新版第2版・2007年)260頁、西田『刑法総論』(2006年)174頁、不可逆的で重大な傷害かどうかを傷害の構成要件該当性阻却か正当化事由かの区別に用いるものとして、山中・前掲『刑法総論』203頁以下参照。

86) BGHSt 38, 83, 87.



発射した事案で、それが、「軽微性を示すだけではなく、まったく甚だしい侵害」であることを理由に良俗違反を肯定したものがある<sup>87)</sup>。下級審の判例にも、「発生した危険の程度とその行為の目的」を基準とするもの<sup>88)</sup>がある。後に紹介する連邦裁判所のヘロイン注射事件判決では、「それぞれの構成要件的法益侵害の特別の重大性、つまり、被害者に受忍された身体の虐待又は健康侵害の範囲とそれと結びついたそれ以上の身体と生命の危険の程度」を基準とする<sup>89)</sup>。本説に対しては、228条の善良の風俗の概念の解釈とは文言上適合しないという批判や、侵害の程度に依存する基準は、そう明確でもないとする批判がある。

第2に、目的説は、侵害の目的を基準とする。とくに、その傷害行為に、犯罪目的や性的動機があるときに、同意の効力を否定する。ライヒ裁判所は、わいせつ目的やサド・マゾなどの性的動機による傷害に対する同意を無効とした<sup>90)</sup>。しかし、本説に対しては、法益の自由な処分を認める同意の基本的見解に反して、「身体」という法益と無関係な「傷害によって求められる目的」が倫理的に妥当かに依存することになって妥当ではないといった批判がある。学説の中には、重大性説を基準としながら目的説も、重大な傷害であっても、それが特別の利益を生む場合、ないし積極的な目的をもつ場合には同意を有効とするというように補充的・補完的に用いようとする「良俗違反補完的目的説」<sup>91)</sup>も唱えられている。この説は、まさに、生命に具体的な危険を生じる重

87) BGH NStZ 2000, 87, 88.

88) OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1997, 325, 327.

89) BGH NJW 2004, 1054, 1056. = BGHSt 49, 34, 42 (刑事第3部判決)。さらに、2004年の連邦裁判所刑事第2部の判例も同様である (BGHSt 49, 166.)。

90) RG, DR 1943, 234; RG DR 1943, 579; RG JW 1938, 30; RGSt 74, 91, 94. わが国の最高裁も、同様に「目的説」に立脚する。保険金を詐取するという「違法な目的」があった場合、傷害に対する被害者の同意は、無効である (最決昭55・11・13刑集34・6・396)。

91) Otto, Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung, Festschrift für Tröndle, 1989, S. 168. Vgl. Stegmüller, a. a. O., S. 51.

大な傷害については、生命維持の目的があることによって正当化するというように機能する<sup>92)</sup>。

(b) 客観的限定の基準

これらのドイツにおける客観的制限基準をめぐる見解の検討から、構成要件該当性判断においては、重大性説に従い、軽微な傷害については、患者の同意は、法益侵害の法的保護の放棄によって、構成要件該当性を阻却するが、重大な傷害においては、患者の同意だけでは正当化されず、利益衡量や医療目的などの他の要素をも考慮して判断すべきだという結論の正当性が確認されたと思われる。そこで、以下では、このような基本的視座に基づいて、同意のみでは構成要件該当性や正当化を根拠づけられない限界を論じるべく、患者の同意の客観的制限の根拠と要件につき、詳論しておく。

前述のように、同意の「客観的制限」とは、結局、「患者の意思」以外に同意の効果を制限すべき場合を指すのであるから、それは、規範の想定する限界であるということができる。そこで、これを同意の「規範的制限」と呼ぶ。これには二つの場合がある。第1は、法規範が法益の処分を禁止している場合である。第2は、法規範が、法益の処分を制限している場合である。その制約には、実体法的制約と手続法的制約がある。

(c) 法益の処分不可能性

法益保護の放棄である同意の「客体」には、客観的な限界が付されている。医師の治療における同意の有効性条件の上位に位置する観点は、ここで関係する法益の処分可能性である。当該法益が、個人の法益の処分に委ねられていないような場合、例えば、自分が死亡したとき、自分の死体を鍋に入れて食べてほしいと依頼した場合、死体損壊罪との関係では、その同意は、死体損壊罪を正当化するには無効である。死体損壊罪は、死者に対する公衆の敬虔感情が保護法益であって、社会的法益を保護するものであり、個人的法益ではなく、個人の処分に委ねられていないからである。国家的法益についても、このことは妥当する。個人的法益についても制限が付されることがある。

92) Vgl. BGHSt 49, 166, 171.

(i) 生命の処分不可能性 刑法は、個人の自己の生命に対する処分を、たとえそれが自由で真摯な意思にもとづく決断であっても許してはいない。ドイツでは、嘱託殺人の処罰規定(216条)にこれがうかがわれ、日本では自殺関与罪(202条)の規定がこれを表わしている。故意の殺人のみならず、傷害致死、過失致死のような「死の結果」をともしう犯罪についても、その結果に対する同意は、原則的に無効である。したがって、「具体的な死の危険」がある行為に対する同意については、原則的にその同意は、同意の対象である当該行為に対しては無効である。ただし、その同意が、他の減輕的構成要件における同意としては、——例えば、同意殺人罪における同意として——意味を持つことはありうる。

(ii) 死の危険の伴う身体の処分不可能性 身体の処分、すなわち、身体の傷害に対する同意については、三段階的思考が必要である。第1段階は、軽微な傷害であり、身体の機能上回復可能な傷害に対する同意である。これについては、被害者に処分権限が認められ、任意に処分可能であり、同意はその要件を充たす限り、有効である。第2段階は、重要な身体部分ないし機能の侵害に対する同意である。これは、「不可逆的な外形の変更」を伴う傷害を意味する。これを簡単に「重大な傷害」と呼ぶ。これについては、同意は、それだけでは、傷害の構成要件該当性を阻却しない。しかし、その同意が一般人からみて合理的な決断であり、一定の別の自由の要件を備えた者であった場合には、正当化事由の一つとして利益衡量の要素となりうる。これについては、次項で採り上げる。第3段階は、生命に具体的危険の及ぶ身体の傷害に対する同意であり、ここではこれが重要である。これについては、法益の担い手には原則的に処分不可能であり、同意は原則的に無効である。正当化されるためには、同意がなくとも緊急避難にあたるなどの正当化事情がなければならない。

(d) 同意の規範的制限

人の身体という法益については、それが生命に危険を及ぼす危険を伴わない限り、原則として処分可能である。したがって、整形美容手術にせよ刺青にせよ、個人の身体の処分については個人に処分権が認められている。しかし、こ

の場合でも、法秩序が、個人の自己決定権よりも、別の価値を優先させて保護している場合には、同意の様式や同意の効果に制約を課している。このように、法秩序が、同意につきそれを有効と判断するためには、一定の様式や前提の充足を求める場合は存在する。この限界は、二つの観点から引かれる。

(i) 実体的規範的限界 第1は、法体系上の上位の一般原則から導かれる限界である。もともと「公序良俗違反」という限定要件によって示されていたのはこのような意味の限界である。今日、この観点は、基本法を頂点とする法規範の法原則から演繹される。例えば、「人間の尊厳の不可侵性」(基本法1条1項)といった憲法上の原則を侵害する同意は許されないという限界が、規範的観点から付される。この類型においては、その同意自体が社会的に有益であるとは言えない場合が多い。身体の傷害については、処分権は制限されるので、同意があるだけでは、重大な傷害を伴う医療行為は正当化されない。同意のほかに、医学的適応と医術的正当性が必要なのであり、それは、医師の説明に基づく患者の同意がある場合には、治療という優越する利益のために正当化されるのである。

(ii) 手続的規範的限界 第2の限界は、その法益の放棄は、個人にとっても、社会にとっても、有益ではあるが、同意の方式に法的限定を付しているような場合に認められる。例えば、医的侵襲にあたっては、患者の同意があれば、それだけで手術が直ちに有効となるのではなく、医学的適応と医術的正当性および説明にもとづく患者の同意があってはじめてその同意は有効となるという場合がそうである。同じことは、新たな医療分野に多くみられる。例えば、性転換手術や、代理母、臓器移植については、法秩序は、その法益保護処分を完全に当事者の任意の同意に委ねているわけではない。そのような医的侵襲に対する同意には、法的な有効要件の充足や倫理委員会の許可などの一定の手続を要求している。

#### (4) 同意の実質的基盤としての医師の説明

医療行為に対する患者の同意の場合には、問題は、医療行為の必要性、意味、

効果、副作用、治癒の見込みなどの情報につき、医師が圧倒的な知識量を誇り、患者は、詳しい情報を持っていないのが通常であるという点にある。もし同意が、行為者と被害者の間の合意であり、両者が自由な立場で合意に達するのが原則であるとすれば、同意するには、説明が必要であるなら、被害者すなわち患者が施術する医師に説明を求めればよい。専門的知識がないにもかかわらず説明も求めないで同意した方に責任があるともいえる。しかし、医療行為においては、実際には、患者は、その病状や治療法、治療の効果、危険発生の確率等について専門的な知識はないのが普通であり、しかも患者にはいまだに医師に対する信頼があり、患者の方からは説明を求めにくい。そこで、とくに身体の侵襲を伴う医療行為への同意に関しては、「医師の説明」が同意の有効性の前提とされなければ、実質的に、患者の自己に不利益な同意から同意者を保護できないことになる。このような患者の実質的に自由な意思決定を保障するために、同意に先行する説明を要求しているのである。

## 2. 同意の客観的・規範的限界の具体的考察

先に述べたように、医療侵襲に対する患者の同意の客観的・規範的限界は、身体に関する法益の法的保護の放棄が、現在の法秩序の立場から見て法的限界内にあることである。同意が「公序良俗」に反しない限り有効であるとする良俗違反の概念は、わが国でも、最近では、その内容があいまいであり、道義的・倫理的色彩が濃い不明確な要件であるので、これを用いず、これを「傷害の重大性」の要件に置き換えて、同意の有効性を法益侵害の程度から測定しようという見解が有力である。以下では、この同意の法的限界のうち、とくに実質的規範的限界について、具体的な判例をみながら検討を加えておく。

まず、ドイツにおける判例を詳しく検討しておこう。

### (1) ヘロイン注射に対する同意における「良俗」概念

リーディング・ケースは、連邦裁判所の2003年12月11日の判決<sup>93)</sup>である。

---

93) BGH NJW 2003, 1054.

そこでは、共同してヘロインを摂取するため、他人の同意を得てその他人にヘロインを注射してやった者にとり、同意は公序良俗に反し無効であるから、傷害致死罪が成立するのではないかが問題となった。この「良俗」の概念につき、判決は次のようにいう。

「良俗概念は、もとよりそれ自体を見れば輪郭がはっきりしない。それが処罰を根拠づける要素として刑法の中に統合されるなら、基本法上の明確性の原則と矛盾に陥る。したがって、刑法228条に対しては憲法上の疑義が唱えられている。本法廷は、この見解には与さない。しかし、良俗の概念は、その中核部分に限定されなければならない。その場合にのみ、国家刑罰の予見可能性の要請が充たされる。このことは、傷害行為が良俗に反すると認められるのは、それが、理性的に疑問にさらされることのない、普遍的に妥当する道徳上の規準に従って、良俗違反の明白な兆候をもつときのみである。この意味において、傷害は、被害者の同意にもかかわらず、一般的に用いられる言い回しによれば、あらゆる公平・公正に考える人の礼儀感情に反するとき、道義違反である」。このようにして、「良俗違反」かどうかは、その行為をもって非難すべき目的が追求されるかどうかではなく、「道義違反の兆候は、法益侵害と、それに結びついたそれから生じる生命・身体に対する危険という基準のゆえにのみ行為に認められる」ものとする。ラント裁判所の見解とは異なり、承諾によるヘロインの注射それ自体は、道義違反かつ違法ではない。刑法228条は、倫理的・道徳的規準を引用し、身体の完全性というその個人的法益に関して任意に処分するという個人の自由を制限しているというのである。そして、本法廷は、「違法な薬物を摂取することが今日の一般的に承認された、疑いのない価値表象に従って一般になお良俗と相いれるものとは認められない」という。いかなる条件ないし事情のもとで、薬物の同意による譲渡による健康侵害が、一般に承認された道徳の規準に従って、道義的に非難されるかは、もとより一般的考察になじまない。ここでは、一般にハードな薬物を手渡すということのみでも十分ではない。むしろ、決定的なのは、具体的な行為によって健康侵害の危険と中毒の危険とが根拠づけられ、強化されるか、またどの程度そうかである。一般的な道義的感覚によれば、道徳的非難可能性の限界は、あらゆる基準となる事情の予測可能な客観的観察により、当該者が薬物の手渡しによって具体的な死の危険にも



たらされたとき、超えるのである。そして、ここではそれを超えたのである。

かくして、限界を超えた同意は無効であり、傷害罪の構成要件該当性は否定できず、正当化できないとする。しかし、結論的には、連邦裁判所は、被告人は同意が有効であると誤信していたのであり、事実の錯誤があり、構成要件の錯誤の原則によって検討されるべきであるという。このように、本判決では、目的説を明確に否定し、重大性説にしたがって判断し、結論としては、良俗違反を肯定しているのであるが、不明確な「良俗違反」概念を明確な「具体的な死の危険」概念に限定して解釈することによって明確であり合憲であるとするのであるから、これは、合憲的限定解釈であるといえることができる。

## (2) 良俗違反の内容としての死の危険の概念

良俗の概念に関するこの原則は、2004年5月26日のサドマゾ行為に対する同意が、良俗違反ではないのかが争われた連邦裁判所の判例<sup>94)</sup>に受け継がれている。事案は、女性から「緊縛」を要望された男性が、女性の首を絞めたとき、死亡することはありうると思ったが、死ぬことはないだろうと信じたという場合に、同意が良俗に反し無効ではないか争われたのである。

先のリーディング・ケースを引用した後、本判決は、次のようにいう。「近時の判例および学説において圧倒的に唱えられている見解によれば、行為の公序良俗違反性にとっては、傷害が、それぞれの構成要件上の法益侵害の特別の重要性のゆえに、発生した傷害の範囲とそれに結びついた被害者の生命・身体に対する危険の程度を考慮して、法益主体の同意にもかかわらず、法秩序によってもはや受忍されえないと思われるかどうかが決定的である。それによれば、刑法228条の意味における良俗違反にとっては、原則的に、傷害結果の種類と程度とありうる生命の危険の程度が基準となる。というのは、法益主体の処分権に対する国家の一般予防的・後見的介入は、重大な侵害の領域においてのみ正当化されうるからである。重大な侵害とは、その重大性において、刑法226条において規定された著しい侵害に近いものである」。……「良俗違反性の

94) BGH, Urteil vom 26. 5. 2004, NJW 2004, 2458.

限界は、いずれにせよ、行為が同意者の予測的な客観的観察により傷害行為から具体的な死の危険が生じさせられるとき、越えられる」というのである<sup>95)</sup>。

結局、「死の危険をもたらす程度の法益侵害」であったかどうかは「公序良俗」基準の実質的内容となっているのであるから、処分の不可能性ないし生命の不可侵性の要件と同意の法的限界の要件は実質的には同じことを意味しているともいうことができる。このことは裏を返せば、公序良俗違反による同意の無効は、それ自体が重要なのではなく、別のもっと具体的な基準によって代替するものであることを示している。

### (3) 傷害に対する正当化の同意の限界としての「具体的な死の危険」

したがって、同意の法的限界につきまとめると、次のようにいうことができる。ドイツの判例が認めるように、「法益侵害と、それに結びついたそれから生じる生命・身体に対する危険」が同意の有効性の基準であり、傷害から「具体的な死の危険」が生じる場合には同意は無効なのである。

この見解は、不明確な「良俗」概念を「具体的な死の危険」と解釈することで、道義的・価値的概念から客観的概念に転化させ、むしろ概念の枠組みのみを残し、実質的内容が変更するものである。条文上良俗概念を用いているドイツにおける解釈としては、これを違憲と判断しない限り、これが限界であると思われる。条文上の制約のないわが国においては、その実質的内容のみを用いることで足りる。したがって、「具体的な死の危険」が生じない限り、同意は有効であると解することもできる。しかし、患者の同意には、有効と無効の中間に、正当化事由との関係で、同意としては無効ではないが、同意のみによっては正当化作用をもたず、他の正当化要素である優越的利益を根拠づける事実の存在と相まってはじめて正当化できるような同意も存在する。それが、「重大な傷害」に対する同意である。「重大な傷害」は「具体的な死の危険」までには至らないが、身体に対して回復不可能な損傷を与えるような傷害を意味す

95) 学説には、これに反対のものもある。「死の結果」に対する同意は、無効だが、死の危険に対する同意は有効だというのである (Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht BT, 2000, S. 152 f.)。

る。医療行為については、臓器の摘出などそのような「重大な傷害」にあたる侵襲が多い。したがって、この場合、患者の同意は、侵襲の正当化の前提ではあるが、それだけでは十分ではない。

#### (4) わが国の判例における同意による正当化の限界

わが国の判例においては、わが国では医師免許を取得していないフィリッピン人医師による美容整形手術について、医師が被害者Aに対して行った医行為は、「身体に対する重大な損傷、さらには生命に対する危難を招来しかねない極めて無謀かつ危険な行為であって、社会的通念上許容される範囲・程度を超えて、社会的相当性を欠くものであり、たとえAの承諾があるとしても、もとより違法性を阻却しない」と判示し、医術的正当性をもたない無謀かつ危険な行為」である手術に対する同意を社会的相当性を欠くがゆえに違法性阻却効果をもたないとされた<sup>96)</sup>。わが国の判例は、一般に、傷害の重大性の観点ではなく、社会相当性や行為の目的の違法性を考慮して同意の客観的限界を定めるという目的説・社会相当性説に立ってこの問題を解決しようとしているといえる。このことは、医療行為における同意以外の被害者の同意に関する判例の態度からもうかがわれる。暴力団の組員による不義理を理由とする指詰めにつき、「被害者の承諾があったとしても被害者の行為は公序良俗に反するといしか言いようのない指詰めに関わるものであり、その方法も医学的知識に裏付けされた消毒等適切な措置を講じた上で行われたものではなく、全く野蛮で無残な方法であり、このような態様の行為が社会的に相当な行為として違法性が失われると解することはできない」とする判決<sup>97)</sup>がこれである。さらに、交通事故を装って保険金を詐取する目的で、被害者の承諾を得て、その者に故意に自動車を追突させ傷害を負わせたという事案について、「被害者が身体侵害を承諾した場合に傷害罪が成立するか否かは、単に承諾が存在するという事実だけではなく、右承諾を得た動機・目的、身体傷害の手段・方法、損傷の部位・程度な

96) 東京高判平9・8・4高刑集50・2・130。本判決については、別の章で詳論する。

97) 仙台地石巻支判昭62・2・18判タ632・254。

ど諸般の事情を総合して判断すべきである」<sup>98)</sup>とし、損傷の程度のほかに、動機・目的・方法等も考慮して決定するものとしている。

#### (5) 学説における根拠論

ドイツの学説においては、自殺関与罪の処罰との関係で、法益の担い手の法益に関する処分権の制限が許されるのは、「同意の制限が、第三者または公共の、より高い利益の保護にとり避けがたい場合に限る」<sup>99)</sup>とされている。その際、パターンリスティックな観点から、法益保持者の、自己の利益の侵害に対する後見的な保護の必要性を論拠とすることは、憲法上許容できない行為の自由の限定として排除される。ドイツ刑法216条に関しても、処分の制限は、人間の尊厳を引証し、「本人の幸福のため」だといったパターンリスティックな論証では正当化されえない<sup>100)</sup>。同意の制限根拠は、一般予防的観点から、例えば、嘱託殺が蔓延するのを防ぐ点にあるという見解も、個人法益保護の観点と調和しないと批判されている<sup>101)</sup>。

わが国においては、自殺関与罪は、自殺教唆・幫助、嘱託殺・承諾殺のすべての類型が処罰されている。したがって、被殺者の同意を減輕構成要件への移行事由としかみなしておらず、本来の同意の効果である法益の法的保護の放棄とはみなしていない。もちろん、自殺を処罰する規定はないので、自殺関与の処罰を根拠づけるのは難しい<sup>102)</sup>。自殺関与罪の保護法益に個人的法益を超えた利益の保護を含めるのも、現代刑法の思想と調和しない。また、個人的法益であっても、生命という法益は個人が処分できず、したがって放棄できないと

98) 最決昭55・11・13刑集34・6・396。評釈として多くのものがあるが、ここでは、神作良二「被害者の承諾と傷害罪の成否」最判解（刑事篇）（昭和55年度）（1981年）235頁以下を挙げておく。この判例については、さらに、山中敬一・前掲『刑法総論』214頁参照。

99) Rönnaу, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S. 162; Vgl. Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken im Strafrecht, 1997, S. 583 ff.

100) Rönnaу, a. a. O., S. 163.

101) Rönnaу, a. a. O., S. 164.

102) これに関する学説については、山中敬一・前掲『刑法各論』25頁以下を参照。

いうのも、生命のタブー視の合理的根拠が見出せない。しかし、この見解は、現代の人間の、人間の生命に対する特殊な尊重をよく表している。最近では、自殺教唆・幫助も他人が自殺者の生命を否定する行為を行うことは自殺そのものの当罰性と無関係に処罰の対象となるという見解が、比較的支持を増している。傷害罪に関しては、死の具体的危険がある傷害については同意できないという見解は、生命のタブー視説の延長上に位置づけることができる。

#### 4. 患者の同意能力

##### 1. 自律的意思としての同意

###### (1) 同意能力の内容としての弁識能力・判断能力

患者の同意が、実際に「自己決定」による行為であるとき、その同意は、構成要件該当性ないし違法性を阻却する。患者は、医師と理性的に意思疎通できる限り、その自律的意思にそって決断しうる。したがって、医師の治療に有効に同意するためには、患者は、事理の弁識能力をもち、判断能力がなければならない。この同意能力の問題は、一方で当事者の「自律」と、他方では当事者の「保護」の間の緊張関係にある<sup>103)</sup>。同意能力は、患者が事実上の弁識能力および判断能力をもつかどうかに従って判断される<sup>104)</sup>。同意能力があるというためには、「侵襲とその許容の意味と射程」を判断でき、それによってその人格の自由に展開させうるという基礎のもとでその同意を行うことができないなければならない。

###### (2) 同意の代行

他方で、未成年者や精神障害者のように同意の条件としての弁識能力や判断能力に欠ける場合には、法定代理人ないし家族（親族）の同意が必要であるとされるが、その意義が問題である<sup>105)</sup>。高齢者についても、この能力が事実上

103) Tag, a. a. O., S. 308.

104) アメルング（山中訳）「同意能力について」法学論集45巻4号（1995年）170頁参照。

105) 民事法の分野において患者の同意が相対化される事案について研究したものとノ

制約されている場合にどのように「同意」要件をクリアーするか、さらに、成人患者が、同意表明の必要な時期に意識障害に陥っているなどの障害があるとき、どのように「同意」を確保すべきか、あるいは患者自身の同意に代える制度がありうるのかが問われている。

## 2. 未成年者の同意能力

治療における同意は、身体の生理的機能ないし完全性に対する侵襲を容認する機能をもつものであり、したがって、高度に人格的な意味をもち、そこで、自律性原則が大きな意味をもつ<sup>106)</sup>。そこで、法律行為における意思表示のための民法の規定等は参考にならない。同意能力については、明文の規定は、民法においても刑法においても見当たらない。刑法・民法を問わず、患者が事実上の弁識・判断能力をもつかどうかを基準として判断されてきた<sup>107)</sup>。そこでは、「侵襲とその形成の意義と射程を測定する能力」、そして、それによってその「人格の自由な展開を基礎としてその同意を行う能力」を意味する<sup>108)</sup>。そこで、長きにわたって、未成年者については、当人の個人的な発達（個人の精神的・道義的成熟度）に応じて侵襲および法的保護の放棄の「意味と射程」を測る能力があったかどうかを具体的・個人的に基準とすることが承認されてきた。したがって、年齢を一律に確定することはできない。

一般には、ドイツにおいては、例外的な軽微事案を除いて、未成年者の独自の判断能力・決定能力が認められるのは、14歳<sup>109)</sup>を下らない年齢とされてい

ゝして、寺沢知子「医療行為に対する承諾の相対化と法的評価」新井 誠編『成年後見と医療行為』107頁以下参照。

106) Geilen, a. a. O., S. 348.

107) Vgl. Bauer, Die strafrechtliche Beurteilung des ärztlichen Heileingriffs, 2008, S. 150.

108) Tag, a. a. O., S. 309. アメルング・前掲訳法学論集45巻4号163頁参照。ドイツの判例において、妊娠中絶に対する未成年者の同意については16歳の少女に同意能力ありとする判例が多い。共同自殺が行われた「ギーゼラ事件」において、男性は生き残ったが、16歳の少女が死亡したのであるが、判例は、少女の同意能力を肯定した (BGHSt 19, 135, 137.)。

109) Roxin, Strafrecht AT, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, S. 574. は、14歳未満の場合には同意能力は原則的に否定されるとする。Vgl. Ulsenheimer, a. a. O., S. 156.



る<sup>110)</sup>。しかし、14歳未満でも、例えば、12歳～13歳であっても<sup>111)</sup>、その発育の程度と成熟過程に応じて、例えば軽微な侵襲についてはその同意に意味をもたせ、中程度から重大な侵襲には、保護者の同意を必要とすることができるものとされている。

なお、わが国では、小児脳死移植における臓器提供に同意できる年齢（生前の意思表示による）については、厚生労働省のガイドラインによって、「民法上の遺言可能年齢等を参考として、法の運用に当たっては、15歳以上の者の意思表示を有効なものとして取り扱うこと」とされていたのであり、12歳に引き下げる説なども唱えられた<sup>112)</sup>が、2009年の臓器移植法の改正によって、15歳未満の児童であっても遺族のみの同意により臓器提供できることになった。

### 3. 未成年者における同意の代行

#### (1) ドイツ法における親の代諾

法定代理人は、親である。したがって、それ自体、必要な場合には、両親が同意する必要がある<sup>113)</sup>。しかし、これをもっと実用的なものとするため、ド

110) ドイツ民事法における同意能力に関する研究として、河原格『医師の説明と患者の同意』（1998年）62頁以下参照。イギリス判例法における未成年者の医療と同意については、横野 恵「イギリス判例法における未成年者に対する医療と同意(1)(2)」早稲田大学大学院法研論集97号（2001年）228頁、98号210頁以下。家永 登『子どもの治療決定権』（2007年）とくに107頁以下。それによると、イギリスでは、1969年家族法改正法で「16歳に達した未成年者の治療行為は成人の場合と同様の効力がある」とされた後、ギリック判決（高等法院判決＝1983年7月26日、控訴院判決＝1984年12月20、貴族院判決＝1985年10月17日）によって、年齢にかかわらず、判断能力の成熟した未成年者には治療同意権・拒否権があると解されたが、1990年代にはギリック判決の射程範囲は狭められることになった（同書110頁以下）。なお、フランスにおける未成年者の医療行為に対する同意については、寺沢知子「未成年者への医療行為と承諾——『代諾』構成の再検討——(2)」民商法雑誌106巻6号800頁以下参照。なお、医事法学会のワークショップの企画趣旨に関して、岩佐和一郎「未成年者の医療における同意」年報医事法学24号（2009年）30頁以下。

111) *Bauer, a. a. O.*, S. 151.

112) 町野 朔「『脳死臓器移植』について」年報医事法学20号（2005年）57頁以下参照。

113) 民法において、未成年者や同意能力が不十分な成人にあっては、家族や近親者等の同意を得ればよいというのが大方の学説の理解であるとされる（寺沢知子「医ノ

イツの連邦裁判所は、「三段階説」を提唱している<sup>114)</sup>。第1段階においては、一般日常事例においては、医師は、反対の意思が明らかにされていない限り、病院に現れなかった片方の親の同意をとるだけでもよいとする。第2段階においては、重大な侵襲で、些細とはいえない危険がある場合であるが、現れなかった片方の親がどの程度、授權していたのかを問わなければならない。それにもかかわらず、現れた方の親の積極的答えを信用することは許される。第3段階においては、手術は、子供に対する重大で決断を必要とし、大きな危険を伴う。ここでは、医師は、両親の同意につき確実にしなければならない。

未成年者が、自ら同意能力をもつ場合、親の代理は、原則として認められない。しかし、例えば、13歳の未成年者がいまだ積極的に同意することはできないが、その者の関与なしには決定できないというように、中間地帯も存在する。例えば、未成年者が両親によって同意された、切迫する危険から守るためには避けえないものではないような侵襲を拒否する場合に成り立つ。そのような同意能力をもつ前段階にある未成年者は、侵襲に対して積極的に同意できないとしても、拒否することは許さなければならない。14歳から18歳の部分的にはいわゆる年長少年（Jugendliche）については、成熟度や年齢よりは病気の種類や治療法、切迫性、合併症の可能性あるいは身体に対する影響が決め手になるとされている。侵襲が重大であればある程、また、切迫性や危険と結果が予測できないものであればある程、そして患者の年齢が低ければ低い程、それらの年長少年達の同意能力は欠如することになるというのである<sup>115)</sup>。

親の代理権は、その義務を伴う養育権に発する。したがって、両親は、恣意的に決定することはできない。その子供の幸福に服する養育義務に一致する限りでのみ決定できる。親が同意していてもその治療が医学的に妥当でない場合、医師は、親の同意を全面的な許可状とみなしてはならない。その場合、同意は、

---

「療行為に対する承諾の相対化と法的評価」湯沢雅彦・宇都木 伸・今井 貴（編）『人の法と医の倫理』（唄賀寿）（2004年）107頁参照。

114) BGH NJW 1988, 2946. Vgl. Ulsenheimer, a. a. O., S. 154.

115) Vgl. Ulsenheimer, a. a. O., S. 154 f.

無効である。逆に、適応症が切迫しているにもかかわらず、両親が治療への同意を拒むことによって子供の幸福を危険にさらすときには、医師は、両親が意見を変えないなら、ドイツ民法1666条により家庭裁判所に訴え、「危険を避けるために必要な措置」をとることができる。

(2) わが国における法定代理人の代諾

わが民法においては、親権を行う者の子の財産の管理について、「親権を行う者は、子の財産を管理し、その財産に関する法律行為についてその子を代表する。ただし、その子の行為を目的とする債務を生ずべき場合には、本人の同意を得なければならない」とする(824条)。医療契約の締結ではなく、身体の侵襲に対する同意については、財産の管理の問題ではないので、直接の適用はない。したがって、侵襲に対する同意における代理権の問題につき、類推適用の限度で参考にされるにとどまるというべきであろう。学説・判例の傾向としては、親権者または法定代理人等による「代諾」(＝代理行為としての承諾)を要求し、子供に医療を受けさせるのは、一般に監護権の内容であると解されている<sup>116)</sup>。判例は、親権者、法定代理人、両親などの表現をするが、全体としては、法定代理人である親権者の同意によって医療行為をすることができるとしている<sup>117)</sup>。代諾は、患者の承諾と同視はできないので、「患者の最善の利益に適う範囲」でのみなされねばならない<sup>118)</sup>。わが国の民事法学説も一般には15歳くらいから同意能力をもつと解している。しかし、学説の中には、15歳に

116) 寺沢知子「未成年者への医療行為と承諾——『代諾』構成の再検討——」民商法雑誌106巻5号656頁以下参照。

117) 岩佐和一郎「医療契約・医療行為の法的問題点」新井 誠(編)『成年後見と医療行為』(2007年)74頁以下参照。判例として、福岡地小倉支判昭58・8・26判時1105・101(親権者)、最判昭56・6・19判時1011・54(法定代理人)、横浜地判昭54・2・8判時941・81(両親)。

118) 廣瀬美佳「医療における代諾に関する諸問題(下)」早稲田大学大学院法研論集61号178頁以下、畑中綾子「同意能力のない子に対する親の治療拒否をめぐる対応——医療ネグレクトへの介入——」岩田 太(編著)『患者の権利と医療の安全』(2001年)54頁参照。

達していても、監護権による保護を必要とみなし、未成年者の自己決定権と親権者（監護権者）の監護権とが共同して行使されなければならないとするものもある<sup>119)</sup>。

### (3) わが国における脳死者の家族の同意

未成年者の同意に関する特殊な問題として、「臓器移植法」における死亡した者からの臓器の摘出に関する遺族の「摘出を拒まない」（6条1項2号）意思表示、なし「遺族が当該臓器の摘出について書面により承諾しているとき」（6条1項2号）における「承諾」が、どのような意味をもつかという問題がある。同じように、脳死者の「家族が当該判定を行うことを書面により承諾しているとき」（6条3項2号）における「承諾」の意味も問題である。

まず、この拒否の意思表示ないし承諾は、家族ないし遺族の固有の意思の表示であり、本人に代わる代諾ではない。それでは、家族ないし遺族は、臓器の摘出および提供、並びに脳死判定を行うことの承諾を行う権限をなぜ取得するのであろうか。死体については、本人は、人格権の延長が認められ、切り離された身体の一部に対する所有権が生前の人の所有権の延長として認められたとしても、本人が自分の死後の死体に対する所有権はもたない。遺族が死体について所有権を取得するわけでもない。むしろ、人々の敬虔感情の対象となる、固有の所有権者が、仮に、その者が死亡した地域が属する領土を有する国家が存在する限り、処分権が認められない所有権が帰せられる「特殊な公共財」であると見るのが妥当ではないだろうか。その処分権については、本人の生前の意思と遺族の意思に委ねられている。臓器移植法の改正によって、本人の生前の意思表示が不明ないし不存在の場合には遺族の意思によって処分できることになったのである。

## 4. 成年における同意能力の欠如・限定

通常の場合、成人の患者は同意能力をもつ。成年者についても、例外的に有

119) 寺沢・前掲民商法雑誌107巻1号59頁参照。15歳より低くてもよいとする見解もある。

効な同意に必要な弁識能力ないし判断能力がないことがありうる。精神障害ないし意識障害がある場合がそうである。

(1) ドイツ法における世話人による同意の代行

その場合、ドイツでは、民法1896条によることになる<sup>120)</sup>。世話裁判所は、当事者の申立てないし公的機関の申立てによって、その成年者が精神病または身体的・精神的障害によって自己に関する事項につき個人的に処理することが部分的または完全にできないときには、世話人を擁立することができる。世話人の代理権も、患者の幸福に制約される。

世話の事案で特に重要なのは、ドイツ民法1904条である<sup>121)</sup>。被世話人の治療ないし彼に対する医的侵襲に対して、代理によって与えられた同意が関係する場合、被世話人がその措置のせいで死亡し、あるいは、重大なまたは長期の継続的健康被害を受ける根拠のある危険が存在するとき、世話裁判所による(補完的な)許可が必要である。

(2) わが成年後見制度における同意の代行

わが民法は、第7条において、「精神上の傷害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者については、家庭裁判所は、本人、配偶者、4親等内の親族、未成年後見人、保佐人、補佐後見人、補助人、補助監督人又は検察官の請求により、後見開始の審判をすることができる」と規定する。成年後見人の選任につき、「家庭裁判所は、後見開始の審判をするときは、職権で、成年後見人を選任する」と規定する(843条1項)。民法858条は、「成年後見人は、成年被後見人の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務を行うに当たっては成年被後見人の意思を尊重し、かつ、その心神の状態及び生活の状況に配慮しなければならない」と規定し、成年後見人の職務指針を定めている。その明らかに、

120) Geerds, a. a. O., S. 350. なお、わが国における研究として、黒田美亜紀「ドイツ世話制度における医療行為の同意」新井 誠(編)『成年後見と医療行為』237頁以下参照。

121) Vgl. Bauer, a. a. O., S. 154.

「療養看護」も含まれているので、この規定によって、医療行為についても配慮しなければならないことになる。後見人は、「被後見人の財産を管理し、かつ、その財産に関する法律行為について被後見人を代表する」(859条1項)とあるが、わが民法には、ドイツ民法1904条にあたる規定はなく、被後見人の身体の侵襲に対する同意の代理の問題は、「財産に関する法律行為」の問題ではないので、医療行為に対するその代理権については、疑問の余地はあるが、最近では859条の規定によって医療行為への同意の代行が認められるという解釈もなされている<sup>122)</sup>。

成年後見法の起草者は、医療侵襲に関する後見人の同意については、「社会一般のコンセンサスが得られているとは到底言い難い」として、これを否定した<sup>123)</sup>。しかし、学説においては、肯定説と否定説に二分される<sup>124)</sup>が、近時は、肯定説<sup>125)</sup>が有力である。

## 5. 緊急状態における代諾（同意の代行）

### (1) 問題の所在

手術が急を要し、患者本人に同意する時間的余裕がない場合、親や子、配偶者が、通常であれば、成人の弁識能力・判断能力をもつ患者に代わって同意を与えることができるか<sup>126)</sup>。最高裁の民事判例で頭がい骨陥没骨折の傷害を受

122) 小賀野昌一「医療同意と身上監護」前掲唄喜寿149頁参照。

123) 法務省民事局参事官室「成年後見制度の改正に関する要綱試案捕捉説明」金融財政事情研究会(2000年)43頁参照。

124) 学説の状況について詳しくは、新井 誠「成年後見法における医療行為の同意権」新井誠(編)『成年後見と医療行為』4頁、上山 泰「医療行為に関する成年後見人等の権限と機能」新井 誠(編)・前掲書87頁以下参照。なお、簡潔に解説したものとして、野崎和義『コ・メディカルのための医事法学概論』(2011年)29頁以下参照。

125) 上山 泰『成年後見と身上配慮』(2000年)92頁以下、同「成年後見と医師能力」新井 誠・西山 詮『成年後見と意思能力』(2002年)127頁以下、同前掲(新井編)『成年後見と医療行為』(88頁以下参照)。

126) この問題については、寺沢・前掲唄喜寿107頁以下、本人以外の人への承諾が問題となった判例については、124頁以下参照。このほか、同「未成年者への医療行為と承諾」民商法雑誌105巻5号661頁、「『承諾能力』のない人への治療行為の決定」



けて意識不明となった10歳の少年の開頭手術にあたって、患者またはその法定代理人に対する説明義務を認めたもの<sup>127)</sup>があるが、代諾について直接問題にしたものとして、東京地裁昭和45年の判決<sup>128)</sup>がある。問題となったのは、患者の承諾を得る余裕がなく、近親者もいないという事案であった。本判決は、緊急事態においては、近親者がいない場合には、患者の承諾をえずに手術をしたとしても、違法性はないとした。

## (2) 民事判例における代諾の要件

代諾の許容要件を論じた民事判例として、東京地裁の平成13年の判決<sup>129)</sup>がある。この判決では、医師が患者に対して手術のような医的侵襲を伴う治療を行う場合には、患者の自己決定権が尊重されなければならないから、医師は患者に対し、患者が当該治療を受けるかどうかを決定するのに必要な情報を、当時の医療水準に照らし相当と認められる範囲内で具体的に説明して、当該治療を行うことについて患者の同意を得る診療契約上の義務を負い、緊急に治療する必要がある、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するものである。

(事実) 原告は、被告病院で手術を受けた女性 X である。X は、その病院の教授である医師 Y の妻であった。X は、検診の際、被告である医師 A から、

「と承諾」潮見佳男編『民法学の軌跡と展望』(国井還暦)(2002年)113頁、同「同意能力のない人への医療行為の決定と家族の利益」実践後見16号19頁参照。

127) 最判昭 56・6・19 判時 1011・54。評釈として、新美育文「傷害を受けた者に開頭手術を行う医師の説明義務の範囲」判例タイムズ472号(1982年)101頁以下参照。

128) 東京地判昭 45・6・10 メジカルダイジェスト 135-46。そこでは、患者が意識も判然としない緊急な事態であり、手術の承諾の回答をなしうる状態になく、代諾できる近親者もいなかったとき、患者の承諾を得ず、医師の判断で子宮摘出手術をしても違法性はないとする。

129) 東京地判平 13・3・21 判時 1770・109。この判決については、小賀野昌一「医療同意と身上監護」唄喜寿138頁以下、池畑佐知子・藤山雅行(編著)『判例にみる医師の説明義務』307頁以下参照。

子宮筋腫があるが分娩には特に支障がない旨の説明を受けたので、その後も被告 A の検診を継続した。A は、X に対し、妊娠当初から腹式帝王切開術で分娩する予定である旨説明していたところ、X はこれに同意したが、輸血を避けてほしい旨要望した。X は、腹式帝王切開術を受け、次男を分娩した。その際、「原告は、手術台に仰向けに横たわり、顔の直下のところに手術者との間を仕切るための布製のスクリーンが掛けられ、顔には酸素マスクが装着されていた。Y が原告の分娩と母子の無事を確認し、自分の手術室に戻ろうとしたところ、被告 A が Y に対し、原告の子宮からにじみ出るような出血が持続していることを伝えた上、それに対して考えられる対策とその問題点を説明し、子宮の全摘出を行うのが一番安全であるとして、それを希望するか否か尋ねた。Y は、子宮からの出血が止まらない可能性があることや再手術の可能性があることを考え、原告の子宮の全摘出を承諾した。なお、この時点において、被告 A は、原告の卵巣摘出が必要であるとは考えていなかったため、Y に対し、原告の子宮摘出について説明して同意を求めただけで、卵巣摘出については何の説明もしなかった」。

(判旨) (i) インフォームド・コンセント (説明と同意) 「医師が患者に対して手術のような医的侵襲を伴う治療を行う場合には、患者の自己決定権が尊重されなければならないから、医師は患者に対し、治療を行うことが緊急を要し、これを受けるか否かの判断を患者に求める時間的余裕がないなど特段の事情があるときを除いて、患者の症状、治療の方法・内容及び必要性、その治療に伴い発生の予測される危険性、代替的治療法の有無、予後等、患者が当該治療を受けるかどうかを決定するのに必要な情報を、当時の医療水準に照らし相当と認められる範囲内で具体的に説明して、当該治療を行うことについて患者の同意を得る診療契約上の義務を負うというべきである」。

(ii) 原告の同意の有無 被告等は、Y が原告と相談の上本件手術を依頼した旨主張するが、被告 A は原告に対し、本件手術について何ら術前の説明を行っていない……被告らの上記主張事実を認めるに足りる証拠はない。

(iii) 夫による代諾の可否 被告らは、原告の夫である Y の同意を得て行われたのであるから、本件手術は違法ではないと主張する。

しかし、医療行為がときに患者の生命、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、自らの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る、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、……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ではなく、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。

この判決では、生命に影響するような状況がなく、手術の緊急の必要性もなかったといった「特段の事情」がなかった場合、「代諾」は許されないとしている。

### (3) 刑事法における推定的同意

刑事法の分野においては、成人で弁識能力・判断能力を備えた患者の治療行為については、原則論的に本人の同意が必要であり、代諾は許されない。家族である保護者・配偶者の同意が必要だとする見解もある。その法的構成については、① 患者本人が有する同意権を代位行使とする見解、および ② 家族の代諾は、本人の意思を推定する機能をもつにすぎず、推定的同意の推定のための一資料にすぎないという見解、さらに、③ 法定代理人等が患者を保護するために認められる独立の活動であるとする見解も唱えられている<sup>130)</sup>。

第2説が妥当である。患者が意識不明の状態に陥っていて同意できない場合で、一刻も早く緊急手術が必要な場合には、推定的同意の法理を援用できるの

130) 大杉一之「治療行為といわゆる『代諾』序説」法学新報113巻3=4号388頁参照。大杉説は第三説を採る。これについては、同392頁参照。この論文では、未成年者が成人かを区別せずに論じられている。

であって、家族の同意をもって本人の同意に代えることはできない。その意味で代諾は許されない。脳死移植に場合のように、代諾の制度が法的に認められているのではないかぎり、代諾は、それ自体として有効なのではなく、あくまでも本人の意思を推定するという意味をもつにすぎない。したがって、家族がいない患者については、医師の患者の意思を推定して緊急手術を行ったとき、推定的同意の法理によって正当化されるのと同様の意味をもつにすぎない<sup>131)</sup>。

## 5. 患者の同意と意思の欠缺

### 1. 患者の同意と錯誤

#### (1) 合意と同意の区別？

わが国の刑法学においては、一般に被害者の承諾において「合意」(Einverständnis)という言葉が用いられることはないといってよい。むしろ、承諾と同意(Einwilligung)<sup>132)</sup>とが、同義語として用いられている。しかし、ドイツ刑法学においては、合意と同意の区別が異なった意味と効果をもたらす概念であるとして、両者が使い分けられることがある。したがって、わが国では、これを翻訳する場合に、合意と同意のいわば上位概念として「承諾」という概念が用いられている。ドイツ刑法学においては、合意とは、構成要件の実現が法益主体の意思に反する法益侵害に依存しており、合意は、事實的・自然的意思であり、その合意があれば構成要件該当性が阻却されるという意味をもつ。これに対して、同意とは、法的に有効な場合も無効な場合もある法的な概念であり、それがあるとき、構成要件該当性は認められるが、行為が正当化されるという効果をもつ。そして、重要なのは、このような区別を前提にして、

131) 山中・前掲『刑法総論』564頁参照。これに対して、緊急避難は、患者が明示的に反対の意思を表示している場合などを除いて、原則的に守るべき法益と犠牲にされる法益の各法益主体が異なる場合に適用される。

132) わが国では、Einverständnisを「合意」と訳し、Einwilligungを「同意」と訳するのが一般である。須之内克彦『刑法における被害者の同意』(2004年)9頁以下参照。なお、ロクシン(平野龍一監修)前掲『刑法総論』(第1巻第1分冊)583頁以下も参照。

合意と同意における同意能力の程度、承諾の方式、承諾の認識の要否、錯誤の取り扱いなどにつき明らかな区別をする見解が唱えられていることである<sup>133)</sup>。合意の場合、被害者に錯誤があったとしても、その効果には影響を及ぼさないのに対して、同意にあっては、それが重要な錯誤であれば同意は無効となるというのである。ちなみに、わが国においても、最近、このゲールズの合意と同意の区別を同意（承諾）能力や同意（承諾）の意義全般にまで及ぼそうとする見解<sup>134)</sup>が唱えられているが、不当である。このような見解によれば、医的侵襲が、構成要件阻却の問題であるとすれば、患者の「合意」であり、錯誤<sup>135)</sup>はその効果に影響を及ぼさないが、同意であれば、それが重大であれば無効となるのであるから、これを構成要件該当性の問題とすることは、患者の同意能力や錯誤を考慮しないという不合理な結論につながるので、傷害罪につき構成要件該当性の問題と捉えることは、実際上は排除されることになる。しかし、このような形式的な区別は正当ではないという見解が、今日においてはドイツにおいてもむしろ多数となっているのであって、構成要件該当性の段階であろうと、正当化事由の段階であろうと、同意の要件は同じと解する見解が妥当である。同意能力がなく、また患者の錯誤が重要であれば構成要件該当性阻却としての同意であっても、無効と解すべきだと思われる。

133) Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, 1953. 須之内克彦「被害者の承諾」刑法基本講座（第3巻）148頁参照。

134) 佐藤・前掲書121頁。住居侵入や窃盗においては、事実的な立ち入りや持ち去りを容認する意思は、子供でも持ちうるという。12歳の子供に家の中の預金通帳を持ってこさせる「合意」は（同書・注9参照）、通説でも、窃盗の間接正犯ではなく、「教唆」となりうると思われる。しかし、この見解によれば、7歳の子供でも「合意」が有効であるから、その子供を騙して「もっといいぬいぐるみをあげるから、その熊のぬいぐるみをおくれ」と言ってぬいぐるみを手渡させた場合には、「合意」においては錯誤や同意能力は問題にならないから、窃盗にもならないことになる。この場合、この見解によれば、詐欺罪の成否については、「同意」が必要なので、詐欺にもならない。

135) Beschluss vom 25. 2. 1987, JA 1987, 461 ff.

## (2) 同意における意思の欠缺の効果

同意に際して患者に意思の欠缺があり、それが重要であれば同意は無効である<sup>136)</sup>。意思の欠缺は、患者に脅迫や強要、欺罔や錯誤があった場合に生じる。意思の欠缺があった場合に同意が無効になるのは、もちろん、自由な意思決定によらなければ、その法益保護の放棄は、患者の真意に出たものではなく、意思がともなわないところに、不利益な効果を帰属させることはできないからである。

## (3) 錯誤と同意の効果に関する学説

患者にどのような錯誤があった場合に、同意が無効になるかについては、基本的にいわゆる法益関係的錯誤があった場合であるといえることができる。この「法益関係的錯誤説」は、おそらくは少数説であるが、わが国では有力な見解である<sup>137)</sup>。ここでは、周知のように、これと並んでもし患者が錯誤に陥っていなければ同意しなかったであろうというような本質的な錯誤があった場合に同意が無効であるとする「本質的錯誤説」も唱えられている。また、ドイツにおいては、第3に、欺罔があり、それに影響された同意は、すべて無効であるという見解<sup>138)</sup>である。その場合、法益の担い手の真意にそぐわないというのである。これを「欺罔無効説」と呼んでおこう。

上記の第1説や第2説についてはすでに周知であるので、ここでは、基本的に欺罔無効説に属しつつ独自の論拠を提供した理論を検討しておこう。同意における医師の欠缺の問題を正当化事由の段階に位置づけて、同意の有効性の問題と帰属の衡量の問題との二段階の考察の視点から、この問題にアプローチしたアメルングの見解<sup>139)</sup>がそれである。アメルングによれば、第1に、同意の

136) 被害者の同意における錯誤の意義に関する基本的研究として、山中「被害者の同意における意思の欠缺」関西大学法学論集33巻3=4=5号(1983年)271頁以下参照。

137) 山中・前掲『刑法総論』211頁以下参照。

138) Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, § 17, Rn. 109 ff.; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2004, S. 144; Kindhäuser, Strafrecht, AT, 2005, S. 109; Rengier, Strafrecht, AT, 2. Aufl., 2010, S. 204.

139) Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der



有効性の基準は、その決断が同意者の価値体系と一致するかどうか、つまり、決断の自主性が維持されたかどうかである<sup>140)</sup>。それがないとき、同意は無効であり、違法である。第2に、この意思の欠缺が認定されると、帰属の問題が、「再開」されるのであるが、この段階では、包括的な利益衡量により、その意思の欠缺を、法益侵害にかかわった人の一人に帰属できるか、このようにして行為の可罰性に対する決定的な転轍が切られたかが問題である。欺罔者が被害者の錯誤の存在の後に、法益侵害的侵襲を加えたのではなく、侵襲の許可が成立するに当たってすでにそれを支配していたときには、その違法結果は、欺罔者に帰属されるのである<sup>141)</sup>。行為者が評価上重要な事実に関する同意者の表象を偽ることによって、彼を法益侵害に対する同意へと動機づけ、それによってその意味において操縦することに成功する。このような決断の誤謬を伴う同意は、自主的ではなく、無効と評価される。つまり、行為者が同意者を欺罔した場合には、帰属が肯定されるから、例えば、患者を欺罔して、手術に対する意思の欠缺を伴う同意を得た者は、その同意がその者の価値体系に反するものであるかぎり、傷害罪で可罰的となるのである。

アメルングのいわば錯誤論と違法結果の欺罔者への帰属の問題の二段階構成は、結局、第1段階で、被害者の錯誤による同意の無効については、同意者の価値体系と一致するかどうかはその同意が「自主的」判断によるかどうかの基準であるとし、それに一致しなければ無効であるとして幅広く認めておいて<sup>142)</sup>、第2段階で、欺罔によって引き起こされた錯誤にもとづく違法な結果は、欺罔者に帰属されるとするものであり、欺罔があれば、違法であるという結論になることが多いことになる。これは、欺罔に違法結果が帰属されるかを問うものであるから、いわば「欺罔アプローチ」ともいう方法であり、それ以外の「錯誤アプローチ」に対立する。この二段階アプローチの特徴は、欺罔が、

↘ Einwilligung des Verletzten, 1999, S. 36 ff.

140) アメルング説の検討と批判については、vgl. Rönna, a. a. O., S. 333 ff., 336, 345 ff.

141) Vgl. Rönna, a. a. O., S. 342.

142) 批判として、vgl. Rönna, a. a. O., S. 354.

被欺罔者の錯誤を引き起こしたから、その同意の有効性に影響するとするのではなく、同意の有効性を厳格にすることによって広く認められる無効となった同意結果を欺罔者に帰属できるかを問うた点にある<sup>143)</sup>。錯誤アプローチからは、錯誤による同意の有効・無効により構成要件該当性ないし違法性が阻却されるか否かが決定され、行為者側からは、同意の無効を認識していたかどうかは、故意の問題にすぎない。この錯誤アプローチが、従来の刑法理論の一般的アプローチであって、妥当だと思われる。

しかし、ここで、同意と意思の欠缺の問題について、基本的な考察を行う余裕はない。従来からの私見によって、ここでは、基本的に、放棄される法益に関係する事実錯誤がある場合にのみその錯誤は重要であるという法益関係的錯誤説に基本的に従う<sup>144)</sup>。

#### (4) 患者の同意の特殊性？

問題は、医的侵襲に対する患者の同意の場合に、法益関係的錯誤説が貫徹できるか、または、その理解に、医的侵襲に対する患者の同意に固有の特殊性がないのかどうかである。なぜなら、患者の同意は、医師の説明義務を前提にしており、重大な説明義務違反そのものが同意の無効の結果をもたらし、また、患者の医的侵襲への同意は、健康を回復するための手術という患者の動機が重要な意味をもつからである。身体の完全性に対する侵襲の必要性、その必要性の切迫性、その射程と危険性についての錯誤は、少なくとも法益関係的錯誤であるといえよう。なぜなら、医的侵襲においては、確かに、身体の完全性ないし生理的機能の障害がすでに「傷害」である点に意味があるのではあるが、その一時的生理機能の障害の発生を受忍は、健康状態の回復という目的によってのみ引き受けられるものであり、法益概念にそこまで含めて考えなければ、合

143) 欺罔アプローチからは、欺罔がある場合、同意者の判断の基礎に影響を与えるから、同意は無効であるとする方法も考えられるが、アメルングの方法は、錯誤があって無効な同意による違法結果を引き起こしたことの責任を問うという方法である点に独自性がある。

144) 山中・前掲『刑法総論』212頁以下参照。なお、より詳しくは、山中・前掲関西大学法学論集33巻3=4=5号271頁以下参照。

理的でないからである。

(5) 目的に関する錯誤・施術者の同一性に関する錯誤

法益関係的錯誤説に立脚する場合、法益侵害について正しく認識していた場合には、その真の目的に関する錯誤は重要ではない。しかし、治療行為との関係で、どこまでが「法益侵害」の範囲に属するかには争いがありうる。例えば、診察目的での採血に関する説明をしつつ、実際には「エイズ検査」をする目的を隠し持っていたという場合に、採血に対する同意は有効かという問題がある。これは、診察目的という第1次的目的には錯誤はないが、その第2次的目的に関する錯誤があった場合に、その同意は有効かを問うものである。

次に、法益関係的錯誤との関係で重要なのは、手術する医師が、A 医師でと思っていたが、実際には B 医師が手術をしたという場合のように、施術者の同一性に関する錯誤があった場合、同意は有効か、どのような基準でそれを判断するかという問題である。これらの場合について、詳しく論じよう。

2. 治療ないし臓器摘出の目的に関する錯誤

(1) 問題の所在

目的の錯誤については、法益関係的錯誤説に立つと、法益侵害とは一見無関係な場合が多い。しかし、医療行為の場合の身体に対する侵襲に対する同意の有効性は、治療目的と密接に関係していることは明らかである。なぜなら治療行為の正当化は、医学的適応性・医術的正当性にも依拠しており、患者の同意は、それらにも依拠しているからである。医学的適応がないにもかかわらず、医師に欺罔されて患者が手術に同意した場合、確かに身体に対する侵襲については患者に認識があるが、その同意は有効とはいえない。傷害罪の保護法益は、身体の完全性ないしその生理的機能であるが、治療のための侵襲は、最終的には病気を除去し、健康、すなわち身体の完全性・生理的機能を回復することを目的とするのであり、これは、「法益」に含まれているからである。このように、一般的には目的の錯誤は、法益関係的錯誤と言えない場合が多いが、治療

行為については、少なくとも「治療目的」の錯誤は、法益関係的錯誤といえるのである。

## (2) 事例の類型化

患者の錯誤が、医師の欺罔によって引き起こされる場合であって、身体の侵襲の「目的」に関する欺罔がいかなる場合に同意の無効を導くかについては、事例を類型化して考察しなければならない。

タークは、これを次の類型に分類する。① 治療とそれに結び付いた第1次的目的に関する欺罔、② 治療の第2次的目的に関する欺罔である。後者は、さらに、(a) 身体に関する処分権に係る事情、(b) 身体以外の法益に係る事情、(c) 器官と身体組織の生体提供者への適用、(d) もっぱら身体に関するというわけではない錯誤である<sup>145)</sup>。以下では、タークの議論を参考にしながら、若干の修正を加え、私見を展開する。なお、ここでは、医師による「欺罔」があった場合を中心に論じ、医師の欺罔なく患者の「錯誤」のみが問題となる場合を別に採り上げるが、法益関係的錯誤説に立つかぎり、原則的に、錯誤論の解決にとって「欺罔」の有無は意味をもたないことを予め指摘しておく。

(a) 第1次的目的の錯誤（治療に関する錯誤） タークによれば、第1次的目的の錯誤とは、医師が、直接に治療に係る事情またはその目的に関する説明義務を侵害し、患者の、その身体に関する処分権の中核領域において錯誤を引き起こしたり、維持したという特徴をもつ類型である<sup>146)</sup>。診断や、治療の実施、健康への危険、治療の積極的・消極的效果に関して、義務に反して説明が行われなかった場合がこれに属する。この場合には、患者は、治療に対して正しく決断できないのであって、不可欠の判断のための基礎が欠けるため、侵襲にともなう危険とチャンスの現実的な評価ならびに総じて自律的な決断が不可能である。例えば、治療する医師が、薬剤による血栓の予防措置なくして外

145) Tag, a. a. O., S. 366 ff.

146) Tag, a. a. O., S. 369.

来のギプスの固定の際に、脚の静脈に血栓症を生じる危険が生じるといった患者の生活に重大な負担となる、その治療に特有の危険について説明しなかった場合である。このような治療そのものに関する錯誤がある場合、同意の有効性は否定される。

この点については、前述の通り、「法益」関係的錯誤には、治療目的とその付随的事情も含まれるというタークの見解は、治療目的が、法益主体本人の治療目的に関する限り、支持に値する。第1次的目的に関する錯誤というカテゴリーは精確ではあるが、これを端的に「治療に関する錯誤」という方が分かりやすいので、ここではそう呼ぶ。

(b) 侵襲の第2次的目的に関する欺罔 タークによれば、第2類型は、患者が確かに侵襲自体と、それに関係する危険、直接健康に関係する結果、第1次的目的ないしその付随的事情については説明されたが、医師がそれ以上の事情、つまり、第2次的な目的については説明しなかった場合がこれに当たる<sup>147)</sup>。患者にとって第2次的な目的とは、例えば、人工透析を受けている近親者に普通の生活を可能にするという、腎臓提供の際の提供者の意図、または、細胞の提供によって遺伝子解析を行い、がん体質を発見するといった目的である。このような目的について、欺罔があった場合に関する刑法的效果については争いがある。

タークによれば、同意の社会的脈絡は、法益に関する処分の自由から切り離せない<sup>148)</sup>。確かに身体に関する処分の自由が意思の欠缺によって侵害されるかどうかという判断にとっては、まず、直接に医師の治療と結びついた事情が重要である。しかし、それが、単独で存在するわけではなく、そこから生じる第2次的な目的を達成するためにのみ必然的に受忍されるとき、そこから切り離して観察されるべきではない。

ここでの侵襲の第2次的目的に関する錯誤が、同意を無効にするかどうかは、法益主体本人の「治療」とは関係のないように思われる事情に関する錯誤の事

147) Tag, a. a. O., S. 371.

148) Tag, a. a. O., S. 371 f.

例群に関して問題となる。法益関係的錯誤説からは、この場合の同意の無効性の結論は自明ではない。臓器や組織が移植のために摘出されることに同意したが、移植目的に利用されなかったとき、法益侵害について重要な錯誤があるかについては、否定的解答も排除できないからである。タークは、これをさらに類型別に考察する。それは、次の通りである。第1に、身体に関する処分権に関係する事情、第2に、身体以外の法益に関係する事情、第3に、生体臓器・身体組織の提供者への適用、第4に、身体にのみ関係するのではない錯誤である。しかし、ここでは、これを ① 治療目的の手段としての侵襲に関する錯誤、② 身体以外の法益に関係する錯誤、③ 延長された身体に関する錯誤、④ 摘出臓器等の利用目的に関する錯誤と名付けることにする。その方が体系的に分かりやすいからである。

(i) 治療目的の手段としての侵襲に関する錯誤 この錯誤は、侵襲それ自体は第2次的目的のためであっても、最終目標は、本人の治療にあるので、治療目的に関する錯誤として取り扱われてよい。例えば、採血の目的に関する医師の説明において患者の手術に際して輸血の目的であると説明されたが、実際には研究目的で利用する目的であったという場合、その採血は、最終的に本人の治療目的の手段としての侵襲であると誤信したのであるから、その錯誤は重要であり、同意は無効である。

タークは、これを「身体に関する処分権に関係する事情」と題し、次のように説明する。治療者が、第2次的目的について欺罔したとき、患者に意思の欠缺が生じたとしても、必ずしも常にその錯誤が重要であるということにはならない。その錯誤が患者の身体・健康に関する自律性に触れるものであったかどうかを検討されなければならない。傷害罪は、患者の処分権と自己決定権を包括的に保護するものではないからである。欺罔されたことによって患者に生じた、第2次的事情に関する錯誤、例えば、身体と健康に必然的に影響し、身体から採取した物質（血液）を利用する方法に影響する事情に関する錯誤は、通常、傷害罪の保護範囲に属する。これに対する例は、採血に対する同意がなされたが、後に約束に反する利用に供されることについて錯誤があった場合であ



る。採血によって得られた身体組織の利用は傷害にはあたらない。利用は、身体から切り離された組織に関するものであり、したがって、人格権的な拘束を受けた物に関するものだからである。しかし、物に至るまでの中間段階として必然的に必要となる身体の侵襲に対する、欺罔によって得られた同意は、無効である。

以上のタークの説明において、採血によって得られた組織や血液が身体の一部か所有権の対象かという論点に言及されているが、ここでは、それは問題にする必要はないと思われる。本人の治療のための採血や組織の採取は、本人が採取という身体の侵襲行為が治療のためと誤信しているかぎり、治療目的（第1次的目的）の錯誤に含まれるからである。

(ii) 身体以外の法益に関係する事情 欺罔が、身体の完全性以外の法益に重点的に位置づけられる錯誤を生じさせることを目指している場合、傷害以外の構成要件に関してのみ重要である。治療の医学的適応については説明を受けたが、手術費用について錯誤が生じた場合、医的侵襲には関係しない。その錯誤は、支払義務に関するものであり、詐欺罪に関するものである。

この点に関しては、法益関係的錯誤説からは、タークの説明に異論はない。

(iii) 延長された身体に関する錯誤 タークは、これを「生体臓器・身体組織の提供者への適用」と題しているが、これは現象論的観点からの命名であって、体系的ではない。これは、生体肝移植のような、他人への臓器の提供時に、例えば、叔父への提供だと欺罔されたが、実際には第三者への提供であったといった事例群を意味しているのである。ここでは、重要なのは、提供者にとっては、肝臓の摘出は自分の治療という目的とは無関係であるという点である。その点で、第①の事例群とは異なる。しかし、生体肝移植のための肝臓の摘出は、短期間での移植が予定された提供者の身体の一部にとどまっていると考えることができる。すなわち、提供者の身体から切り離された身体の一部は、いまだ機能的にその身体の延長とみなされうるのである。したがって、その身体の一部が、提供者の意思に反して第三者の身体と附合させられたとき、それは身体の傷害にあたるといえる。

これに関するタークの説明を聞いておこう。タークによれば、上記の原則は、他人への移植目的での臓器・組織の生きた提供者にも妥当する<sup>149)</sup>。例えば、病気の近親者の治療に役立つことを願って生体移植に同意したが、第三者に移植された場合である。透析患者の甥が、叔父に腎臓を提供して通常の生活を送れるように希望したが、第三者に移植した事例、また、母親が、その子供に、迫っている失明を角膜移植によって防止するために、その眼の一つを提供したが、第三者に移植された事例がそうである。このような場合には、このような状況においては、摘出に対する同意は、最終的目的と不可分に結びついている。その限りで、任意の、自己決定的な同意であるというためには、事実上の利用目的に関する説明をも必要とするのである。

このタークの説明は、法益関係的錯誤説からは説得的ではない。法益とは、ここでは、提供者の身体の完全性を意味する。タークは、「摘出に対する同意は、最終的目的と不可分に結びついている」と述べるが、法益関係的錯誤説にとっては、最終目標が、その本人の「身体」の「治療」に結び付いていないのであれば、目的の錯誤に過ぎず、錯誤は重要ではない。したがって、前述のように、その臓器・組織の由来する身体ないし移植が予定された身体と機能的統一体をなす臓器・組織などが他の身体に移植されたときには、治療の客体である身体に対する侵襲に関する錯誤が生じており、それは法益関係的錯誤であるから、同意は無効となると説明すべきである。

(iv) 摘出臓器等の利用目的に関する錯誤 この事例群は、移植目的のためではなく、例えば、治療目的で癌に侵された臓器を摘出することに同意したが、その臓器が研究目的で利用されることについて欺罔があったというものである。この事例群では、治療目的での臓器の摘出については錯誤はないといってもよい。しかし、その臓器の摘出後の利用につき錯誤があった。これについては、摘出された身体との機能的一体性はすでに失われており、身体の延長とみることはできない。法益関係的錯誤説からは、重要な錯誤とはいえないように思われる。

---

149) Tag, a. a. O., S. 374.

タークは、これを「身体にのみ関係するのではない錯誤」と命名するが、これによって、一時的に身体から切り離されたのではない臓器等の利用目的にも関係する錯誤を意味している。患者がその臓器の多くの利用目的のうち幾つかの目的についてのみ説明を受けた場合も含むとする。タークは、これを「ジョン・ムーア事件」<sup>150)</sup> を用いて説明する。

ジョン・ムーアは、白血病のため脾臓を摘出することに同意した。説明に当たって医師は、ジョン・ムーアの細胞は特殊なものであろうと推測していた。そこで、脾臓は、ジョン・ムーアの同意を得ることなく、その疑惑を確証するため、特別に調査された。その細胞は、培養され、広く営利の目的で利用された<sup>151)</sup>。彼自身は、その後、6年間もの間、採血のために通院した。白血病が再発したために再検査し、特殊な細胞を補給したが、その背景をジョン・ムーアに告知することはなかった。カリフォルニア最高裁の多数意見では、遺伝子に対する原告ムーアの所有権は否定された。しかし、同意の有効性につき疑問があるとして、事件は、差し戻された。

このムーア事件でも、臓器の摘出は、白血病の治療に必要なからであり、これについては患者に錯誤はない。ただ、その際、摘出された臓器の利用目的について錯誤があったのである。この問題は、先に述べたように、錯誤の重要性は否定されるものと考えられるが、この問題を錯誤論のみで解決するのが妥

---

150) Moore v. Regents of the University of California 793, P. 2d 479 (California 1990). この事件について、手嶋 豊『医事法入門』（第2版）142頁参照。

151) 次のヒーラ細胞が有名である。1951年2月に、ジョンズホプキンス病院で子宮頸癌で診察を受けたヘンリエッタ・ラックス (Henrietta Lacks) から採取した子宮頸癌組織の切片から世界初となるヒト細胞株が培養され、HeLa 細胞と名付けて発表された。ヘンリエッタは、その年の10月に死亡したが、採取された細胞は、培養され続け、今日まで実験材料として世界中に有償・無償で提供され利用されている。当時、その細胞は、ヘンリエッタおよびその息子の知らない内に採取され、説明もなく同意を得ることもなく、利用されていた。当時、切除された組織等は、医師ないし医療研究所のものであると考えられていた。1990年のムーア事件判決でも、この HeLa 細胞の事件の考え方が前提とされた（これについては、詳しくは、レベッカ・スクルート（中黒京子訳）『不死細胞ヒーラ』（2011年）、および朝日新聞2011年1月11日朝刊も参照）。

当かどうかについては、別の考察を必要とするであろう。これは、次に検討する「採血の目的に関する錯誤」の問題とも関係するので、まず、その問題を取り上げよう。

### 3. 採血目的の欺罔

#### (1) 問題の所在

「摘出臓器等の利用目的に関する錯誤」に関する欺罔につき、とくに、「採血目的に関する欺罔」の問題が、ドイツの判例・学説において大きく議論された<sup>152)</sup>。

それは、診察目的で採血し、それによって「秘密裡にエイズ検査」(heimliche Aids-Tests) をするという事案についてであった。静脈に注射針を刺し、採血する行為が傷害の構成要件該当行為であることは、この議論の前提である。また、採血そのものについては、同意は存在する。同意の有無が問題になるのは、その採血された血液につきエイズ検査を行う目的がある点について説明がないことである。この議論の背景には、血液検査は、通常、診断のために行われ、説明義務が厳格に考えられていることに加えて、検査の陽性という結果が患者の生活の質を大きく変えるという結果をもたらす点にある<sup>153)</sup>。

#### (2) 判例の動向

エイズ検査の目的を偽る事例に関する判断については、判例<sup>154)</sup> に変遷がある。

152) Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 98 ff.

153) *Uhlenbruck*, Schmerzgeld wegen HIV-Test ohne Einwilligung des Patienten, MedR 1996, S. 206. わが国で、警察官採用試験に合格した者に対して実施された身体検査で血液が採取され、HIV 抗体検査のためそれが警察病院に渡され、その結果、陽性であったという事案で、HIV 抗体検査を実施することについて事前の説明がなく、同意を得ず、また、入校辞退願いを作成するよう求められたときに、検査について本人の同意を得ず、また検査結果を同意なしに警察学校に通知した等の行為を違法として損害賠償を請求した判例の事案がある（東京地判平 15・5・28 判タ 1136・114, 医事法判例百選22＝高島英弘「HIV の無断検査」同46頁以下）。東京高裁は、一部容認の判決を下した。

154) これに関するわが国の研究として、河原 格『医師の説明と患者の同意』ノ

(a) メルン区裁判所の1988年10月6日の判例<sup>155)</sup>

(事実) 原告は、被告が医長として勤務する胃腸病・肝臓病専門の療養病院 (Kurklinik) に治療を受けるためにやってきた。原告には、初診の検査としてその承諾を得て採血が行われた。それは、とくに糖尿病、肝炎、梅毒、腫瘍といった病気を検査するためのものであった。その後、被告の指示により、原告に告げることなく、エイズ抗体テスト (エイズ検査) も行われた。これもこの病院ですべての患者に対して行われる通常の検査であった。原告には、検査結果は知らされなかった。そこで、原告は、それを身体の完全性に対する侵害であり、また、一般的人格権侵害であるとして慰謝料を請求した。被告は、技術監査機関 (TÜV) 検査を行うと説明したが、理解力のある患者なら、それにはエイズ検査も含まれると理解すべきだと主張した。

(判決) 原告に初診検査の枠内で実施された採血は、原告の有効な同意によってカバーされており、違法ではない。したがって、慰謝料の支払の義務を負うような傷害は存在しない。「……原告は、原則的に、いわゆる初診時検査の枠内で採血に承諾した。それによって採血に有効に同意したのである。後の秘密裡の、約束違反である血液の利用は、いったん与えられた同意の効力を事後に再び排除するというものではない。有効な同意の要件は、たんに患者の身体の完全性と自己決定権を保護するものであるにすぎない」。

「被告によって秘密裡の実験室規定に沿った実施が指示されていたことも、インフォームド・コンセントの権利の下位形式における一般的人格権の侵害にもとづく原告の慰謝料請求権をもたらしものではない」。たしかにエイズ検査の実施も説明されているとはいえない。しかし、原告の慰謝料請求は、別の理由から認められない。すなわち、人格権のあらゆる侵害が慰謝料請求権を根拠づけるものではない。被害者は、人格権に対する重大な侵害についてのみ、そしてまた、その侵害が他の方法では満足のいくように償えない場合にのみ、金銭賠償を請求できる。軽微な侵害は、物質的賠償に対する請求権を根拠づけえない」。……「ここでは、裁判所は、慰謝料の支払義務を負わせるような原告の人格権に対する侵害を認定できない」。

---

↘ (1998年) 29頁以下参照。

155) AG Mölln, Urteil vom 6. 10. 1988, NJW 1989, S. 775.

このように、本判決は、人格権の重大な侵害を否定し、慰謝料の請求を認めなかった。本件の第2審であるリューベック・ラント裁判所判決<sup>156)</sup>も、1989年6月22日に控訴を棄却した。刑法の観点からも、この民事判例の根拠づけは、錯誤論に限るかぎり、大筋で納得しうる。同意に含まれない後の利用目的は、身体の完全性の法益の侵害に関係するものではない。

逆に、次のケルン・ラント裁判所判決では、患者の人格権の侵害のゆえに請求が容認された。

(b) ケルン・ラント裁判所1995年2月8日判決<sup>157)</sup>

(事実) 被相続人(当初の原告)は、皮膚科の医師が、静脈から採血し、エイズ抗体テストを行い、それをその原告に知らせた。被相続人は、その後、治療を中断し、別の病院でカリニ肺炎と診断され死亡した。原告が、1万マルクの慰謝料を請求し、被告は、同意にはHIV抗体テストも含まれていたと主張した。

(判決) 請求は一部容認される。原告には、1500マルクの慰謝料の請求が認められる。身体と健康に対する不法行為による請求は認められない。民法823条1項の意味における身体の傷害ではあるが、慰謝料を支払うようなものではなく、軽微である。被相続人が、テストの結果を聞いて怒ったことは「普通のこと」であり、「疾病」には当たらない。しかし、被相続人には、人格権の侵害による慰謝料の支払請求権は認められる。患者の同意なしにエイズ抗体テストを行ったことは、患者の自己決定権の侵害である。当時の病状からそのようなテストを行うべき適応があったかどうかは、この関係では重要ではない。適応は患者の同意に代替できない。患者の人格権の侵害は、すでに重大な人格権の高位に位置するものである。金銭賠償以外の方法はない。

このような民事判例に対し、秘密裡のエイズ抗体テストの実施が刑事事件として扱われ、手続が打ち切られたベルリン高等裁判所の処分がある。

156) LG Lübeck, NJW 1990, 2344. 理由なし。

157) LG Köln MedR 1995, 409.



(c) ベルリン高等裁判所1987年2月25日検察庁処分<sup>158)</sup>

(事実) 原告は、歯科医を探して、被告であるベルリン自由大学病院の教授のもとを訪れた。被告は、その意図を患者に告げることなく、注射器で採取した血液を、エイズ・テストを行うため自由大学の研究所に送った。検査の結果は陽性であった。被告は、このようなテストを希望していなかったのに、騙されたと感じて、医師を告訴した。

検察庁は、公訴を提起すべきかを判断した(刑事訴訟法170条1項)が、その際、被疑者が有罪とされる蓋然性が高い場合、犯行の嫌疑は十分であるとし、したがって、有罪の蓋然性が高いという予測が決定的であるとした。その見解によれば、嫌疑があるかどうかは、構成要件該当性、違法性、責任の三段階における検討が必要である。まず、構成要件については、注射による傷害は重要性がないわけではない。しかし、注射器が「危険な武器」(刑法223条a)とは言えない。

次に、患者の正当化事由たる同意については、三つの見解がある。第1に、一般的な採血に対する同意で十分であり、個々の血液検査に対する同意は不要であり、したがって、特別なエイズ・テストに関する同意は不要であるというものである。第2に、診断は可能であるが、現在まだ治療法がないというエイズ問題の特殊性にかんがみて、他の検査の場合とは異なり、同意が有効であるためには、特別のエイズ・テストに関する包括的な同意が要求されるという見解である。検察庁は、次の第3の見解を採り、一般的部分的説明で十分だと考える。この見解は、説明されていない部分には、推定的同意が認められるとする。この見解の中核となっているのは、HIV感染テストのまたはエイズ発症を知るためのテストに関する説明がなされた場合の社会心理的な効果である。現在の議論は、いまだに理性というよりも、ヒステリーに強く刻印されており、陽性と判断された患者の差別と烙印づけが高まることを考慮すべきである。医師は、少なくともそう考えたのであり、禁止の錯誤の状態にあると考えられ、責任が否定される<sup>159)</sup>。

158) Staatsanwaltschaft beim Kammergericht, Einstellungsverfügung v. 25. 2. 1987, JA 1987, S. 461.

159) JA 1987, S. 462.

### (3) エイズ・テストに関する学説

学説には、まず患者が、用心のために「包括的な健康診断」を望んだ場合には、通常、エイズ・テストをも実施する権限が与えられており、また、患者が治療を望み、エイズ検査を必要とするような病状の原因を解明するために医師のもとを訪れた場合にも同じであるとする見解<sup>160)</sup>があるが、これに関しては、一般的な健康診断のための検査を受けようとする者に、エイズ・テストに同意するという黙示の意思があるといえるかは疑問であるとはいう反論がある<sup>161)</sup>。また、医師が、契約上負っている解明の義務は、重大な病気の嫌疑がある場合、包括的な詳しい検査を要求するのであって、エイズ感染の既往歴が判明した場合、医師はテストを実施する義務を負うのであり、さらに、その医師のもとを訪れたことによって、患者が、血清検査の診断結果を告知されることについて同意していると推論することができるとする見解<sup>162)</sup>もあるが、最後の点の同意の推論には無理があろう<sup>163)</sup>。一般的健康相談、診断のため医師のもとを訪れる患者は、一般的な年齢相応の病気について知りたいと望んでいるが、患者がエイズに罹患していることを聞く意思をもつかどうかは、少なくとも疑問である。従来、問題なく生活してきており、エイズに罹っていると考えたこともなかったという場合はとくにそうである。この場合、エイズ・テストについては、明示的な同意が必要であろう<sup>164)</sup>。

患者にエイズ検査に対する説明がない場合に、同意があるといえるかについては、その状況に応じて患者の意思を推し量る以外にない。次のような類型に応じた考察が必要である。

### (4) エイズ検査の諸類型と法益関係的錯誤

以下では、ミヒェルの分析<sup>165)</sup>に依拠しながら、医学的適応との関係を中心

160) *Laufs/Laufs*, Aids und Arztrecht, NJW 1987, S. 2263.

161) *Uhlenbruck*, MedR 1996, S. 206.

162) *Laufs/Laufs*, Aids und Arztrecht, NJW 1987, S. 2263.

163) *Uhlenbruck*, MedR 1996, S. 206.

164) *Uhlenbruck*, MedR 1996, S. 206.

165) *Michel*, Aids-Test ohne Einwilligung—Körperverletzung oder Strafbarkeitslücke?, ↗

とする類型化に対応する解決策を検討しておこう。

(a) ミヒェルによる類型化と結論

ミヒェルによれば、刑法上の同意の有効要件を検討するにあたっては、第1類型、つまり、エイズ・テスト自体が他の検査と並んで医学的適応がある場合（エイズ・テストの医学的適応）、第2類型、つまり、検査が、他の医学的適応のある血液検査を契機として実施された場合（他の医学的適応のある血液検査におけるエイズ・テスト）、第3類型、つまり、医学的適応があるのではなく、採血が、ただ、エイズ・テストを実施することという患者の知らない目的に資する場合（医学的適応なきエイズ・テスト）、第4類型、つまり、検査が、いわゆる危険グループに属する人の血液につき実施された場合（危険グループ）の四つのグループに分類できる<sup>166)</sup>。

第1類型については、① 患者がエイズ感染がありうるという兆候があり、または、医師との間で包括的な健康検査の契約が締結されている類型、および、② 患者の明示的な意思が表示されていないため、その黙示的同意の意思表示の射程を決定するにつき、客観的に認識できる利害状況に従った解釈が必要な類型に分かれる。①については、黙示の意思表示の解釈によりエイズ・テストの実施に同意していたとすることができる。しかし、②については、これによって、いまだ患者が、この射程の意思表示を与えようとしていたということにはならない。つまり、もし患者がこれに明示的に賛成するときのみ、その意思表示はエイズ・テストにも及ぶと考えていたなら、その際、患者の「内容の錯誤」(Inhaltsirrtum)が問題である。そのような内容の錯誤は、いまだに唱えられている見解によれば、同意の有効性をいずれにせよ阻却する。しかし、法益関係的錯誤説によれば、テストが実施されるのは、患者の身体に対してではなく、患者から切り離された物質(Substanz)である。しかし、注意すべきは、これはまだ一定の疾病を早期に認識するために行われるのであるから、身

↖in: JuS 1988, S. 10 ff.

166) ミヒェルによれば、以下は、レンギアのカテゴリによるという。Rengier, DtMed-Wochenschr. 1987, 736 ff.; Vgl. Michel, a. a. O., JuS 1988, S. 10 ff.

体ないし治療に関係する侵襲であるということも可能なことである。この場合、身体の完全性に対する侵害ということもできる。しかし、付加的にエイズ・テストをすることに関する錯誤は、223条以下の法益に関しては、「身体の完全性に役立つ（積極的な）誤信」を意味する<sup>167)</sup>。かくして、医師が患者に説明せず、患者がエイズ・テストをその同意に含めていないときにも、医師は傷害として可罰的ではない。

第2類型については、テストが、患者の明示的な同意なく、他の適応を示す血液検査にともなう行われるとき、上述の解釈原理により、エイズ・テストの実施は、すでに同意の客観的表明内容の中に含まれているわけではないということになる<sup>168)</sup>。したがって、患者の同意の表示がエイズ・テストをも対象としなければならないかどうかのみが重要である。ここで、法益関係的錯誤説によれば、エイズ・テストを実施するという意図により、直接・間接に、223条以下によって保護された法益に介入されるかどうかの問題である。これについては、このテストの実施は、身体の完全性に対する権利に対する侵害とはいえないというべきである。したがって、この類型の行為も、傷害として可罰的ではない。

第3類型は、医学的適応のないエイズ・テストの類型である。採血がただ患者の知らない目的に役立つだけであった場合、医師による黙示の欺罔が存在する。患者は、医師の採血の指示は、医学的に適応があるということから出発できるからである。この場合、意思の欠缺により同意の有効性は欠落する。

第4類型は、危険グループにおけるエイズ・テストの特別扱いの問題を取り扱う。このグループにあっては、彼らから、他の患者や医療関係者、ならびに一般公衆にもより大きな感染の危険が広がるからである。ここでは、ドイツ刑

167) Michel, JuS 1988, S. 11.

168) Michel, JuS 1988, S. 11. ミヒェルは、続けて「この場合、患者の錯誤の問題も、医師の説明義務の問題も生じない」という。しかし、事後のテストの実施について意思表示に含まれていなかったから錯誤の問題が生じるのであり、医師がエイズ・テストを実施する意図であったなら、説明する義務が生じるのであり、この文の趣旨は不明である。

法34条の緊急避難が問題となる。

(b) 私見 ミヒェルの分析と結論はおおむね支持できる。ここではとくに、4 類型において、第1、第2の類型の法益関係的錯誤説による解決が重要である。たしかに、ムーア事件のように、臓器等の事後的な利用が直接患者自身の治療とは無関係であるが、臓器摘出それ自体が治療目的で行われている場合には、事後の利用目的における錯誤は重要ではなく、同意は有効であるという原則からは、第1、第2類型ともに錯誤は重要でないというミヒェルの結論は支持しうる。しかも、第1類型については、ミヒェルが述べるように、エイズ・テスト自体が、「身体の（最終的な）完全性」に役立つものであり、患者の治療目的に含まれ、患者の意思の射程内ともいえる。第2類型についても、この点では同様である。したがって、これらの類型において錯誤は重要でないという結論は支持に値する。第3、第4類型については、ミヒェルの論拠は支持しうる。

問題は、傷害の構成要件ないし正当化事由の要件を充たすかどうかという問題とは別に、ムーア事件のような他の利用目的に臓器や組織を利用することが妥当かどうかであり、これについては、臓器移植法等の別の法規制において説明と同意を要求する立法が行われる必要がある。これについては稿を改めて論じる。

#### (5) 医師の欺罔によらない患者の錯誤

患者が、治療の事情ならびに第1次的・第2次的目的について、欺罔されることなく、錯誤したとき、この錯誤も現実と表象の齟齬に導く<sup>169)</sup>。ここでも、法益関係的錯誤説に立てば、欺罔のある場合と原則は同じである。第1次的目的の錯誤については、身体の完全性に対する治療行為の枠内での錯誤は原則的に重要ではなく、それを逸脱したときには、錯誤は重要であり、同意は無効であるといえる。第2次的目的に関する錯誤については、動機の錯誤は重要ではない。例えば、患者が、アルファベット順に、早朝に手術されると誤解してい

---

169) Tag, a. a. O., S. 381.

た場合、整形手術すれば、化粧品会社での就職のチャンスが増えると信じた場合、歯科医師が、反対の説明を尽くしたにもかかわらず、堪えがたい頭痛から解放されたくて、すべての歯を抜いてほしいと要望した弁識能力のある患者の同意がそうである。これらの事例においては、身体の完全性に関する法益関係的錯誤は、存在しない。

#### 4. 施術者の同一性に関する欺罔・錯誤

##### (1) 同一性の錯誤と法益関係的錯誤説

患者の同意における法益関係的錯誤説の問題点は、治療・手術する医師の同一性に関する錯誤が、法益関係的錯誤に含まれるかどうかである。構成要件の種類によっては、同意の名宛人が誰かということが、法益侵害の有無に重要な意味をもつ類型がある。例えば、準強姦罪の成否について、被害者が、配偶者と誤信して双生児の配偶者の兄弟の性行為に同意したとき、誰に対して同意するかは、法益侵害の有無にかかわる重要な事実であり、それに関する錯誤は、法益関係的錯誤である

実際にはここで問題となっている医療行為に関しては、ドイツの判例においては、医師免許をもたない研修生が執刀したという事件における患者の錯誤が問題となった判例<sup>170)</sup>がある。したがって、手術に関する医師の技量や経験、執刀方法が全く異なり資格をもった医師ではなく、実際には研修医が手術したという場合には、その錯誤は、原則として同意の有効性を阻却する。

##### (2) 研修生事件

この1961年2月1日の連邦裁判所の判例の事件を検討しておこう。

被告人兩名は、医学部の学生であったが、(医師資格のない)研修生として州立病院で働いていた。この間、被告人Pは、6件、Mは、2件、彼らを医師と信じた患者の手術を行った。故意による傷害罪、過失傷害罪につき、第1審は

170) BGH NJW 1962, 682=BGHSt 16, 309; BGHZ 88, 249. この判決については、山中・前掲法学論集33巻3=4=5号328頁以下参照。



無罪とした。連邦裁判所は、第1事案から第5事案までと第6事案を区別して判示した。まず、第5事案までについて次のようにいう。

(第1～5事案)「原判決は、被告人の医師の資格に関する錯誤によって影響された患者の同意『自体』には、正当化の効果はないことから出発する。しかし、刑事裁判所は、彼を治療した者が資格をもった医師であるとの患者の表象が……同意にとって決定的な意味をもたない事案が存在することはありうるという。すなわち、あらゆる合理的な患者が危険のない、軽微で些細な手術が、その者が医師に信頼されている限りで、しばしばあるいはたいてい熟練の医療補助者によって実施されることを知っており、予想しているのであるから、患者は、一般には医師でない者によるそのような手術にも承諾するであろうというのである」。刑事裁判所は、手術のとき患者はどう「考えていた」かを認定するのは難しいとし、もし患者が、施術者が医師ではないと知っていたら同意しなかったかどうかにつき、患者の見解を聞いていない。したがって、正当化事由の前提の問題が未決定にされたままである。そこでは、医師は、患者が資格をもった医師によって治療されるかどうかは、患者にとってはどうしてもよかったと信じていたと認定するのみにとどまる。

「原判決の法的考察には、部分的にのみ賛同されうる。刑事裁判所とともに同意の意思の欠缺は、通常、正当化効果を奪うということから出発すべきである。それゆえ、患者が治療を委ね任せた者を誤信して資格ある医師であると思った場合、有効な同意はない。その意思表示は、患者の真意にそぐわないからである。しかし、この原則には例外がないわけではない。刑事裁判所には、一切の、同意の表示に随伴しまたはそれを動機づける誤信が、正当化事由を阻却するわけではないという点でも賛成しうる。患者を治療する者の資格に関する患者の錯誤は、例外的な場合には無意味となることがあるのである」。

すなわち、あらゆる治療行為が医師の特別の知見を必要とするわけではない。医学的に極めて簡単な事案においては、例えば、軽微な切り傷や衝突による傷害などの場合には、看護師でも治療しうる。そのような場合には、同意は、その客観的意味のうえで、医師でない者による治療も含んでいる。

判決が詳しく述べているところを要約すると、①手術の正当化にとっては、

医長が、いかなる範囲で研修生にその患者の独立の治療を「許して」いたかが決定的ではありえない。むしろ、個々の事案の事実上の軽微性のみが決定的である。② 患者はそのような場合、留保なき同意を正当化するものとして妥当させなければならない。あとから、研修生だと知っていたなら同意しなかっただろうということはできない。③ さらに、治療の正当化は、医師でない者が、病気や傷害の軽微性を自ら判断しえ、治療に関する必要な専門的知識を備えているということに拘束される。④ そのことから、たしかに例外的に治療に対する同意は、客観的な意味に従って、医師でない者による治療をも含みうるのではあるが、このような例外には厳しい限界が付されるべきだということが明らかになる。⑤ このような観点から、内面についても推論が成り立つ。刑事裁判所がその点で述べたことは最終的判断には十分ではない。被告人達は、その行為を正当化する患者の同意を計算に入れていなかったという命題は、いかなる表象から被告人が出発したかを認識させることはない。原判決は、彼らが、被告人達が資格のある医師であるかどうかはどうでもよいと思っていたというのみである。有効な同意の前提について、被告人達がどのような表象をもっていたかは認定されていない。そこで、正当化事由の前提に対する錯誤が問われるのである。刑事裁判所は、新たな公判において、これらの観点からこれらの事案を検討すべきである。

(第6事案) 第6事案については、患者たる女性が鎌で足の腱を切断したという事案で、両被告人が治療したというものであるが、ここでは、被告人達が研修生として許される限界を超える治療が行われている。有効な同意は存在しない。説明する時間も可能性もなかったという事案でもない。

しかし、その傷害行為者が誰かは、誰が行っても同じ「傷害」の結果が生じる限り、法益侵害にとっては重要でないともいえる。医師による手術についても、例えば、医師としての技量・執刀方法が同一であれば、法益侵害にとって重要ではないともいえる。法益関係的錯誤説によれば、誰が手術しようが、傷害結果が同一である限り、同意の名宛人の同一性の錯誤は法益関係的錯誤では

ないということができる。

### (3) 判決の評価

法益関係的錯誤説を提唱したアルツトは、手術における医師の同一性は、専門医に手術を依頼したのに専門医でない医師が施術したといったように、施術者の資格において重大な差異があるような場合にのみ、同意における患者の錯誤は法益関係的錯誤として重要であるという。ただし、アルツトによれば、少なくとも同水準の技量をもっている医師が手術する限り、患者が特定の医師にとくに信頼を置いていたときでも、別の医師が手術を行ったとき、その手術についても、同意は有効であるとする。もちろん、医師がすり替わったことによって、手術の失敗の危険が高められなかったということが前提となる<sup>171)</sup>。

このような法益関係的錯誤説からの結論に対して、もし同意者が、事実を知っていたなら同意しなかったであろうという場合には、同意は無効であるとするいわゆる本質的錯誤説によると、患者が、執刀医につき、その医師ならば手術に同意していなかったであろうという場合、同意は無効である。

## 5. 患者が同意を放棄し医師に決定権限を委譲する事案

### (1) 問題の所在

同意を放棄したいという願望は、患者から発するのが通常である。迫って来た手術に対する恐れから、または医者に対して特別の信頼を置いているために、同意を放棄する患者がいる<sup>172)</sup>。侵襲に関する基本的な事項についての必要な同意が欠けているとき、同意による医的侵襲の正当化は欠落する。したがって、患者の推定的意思が、基準となる。

患者が同意を放棄したとき、決断を医師に移譲している。その場合、患者の

171) *Arzt, Heileingriffe aufgrund einer Blanko-Einwilligung bezüglich der Person des Arztes*, Festschrift für Baumann, 1992, S. 207 f. アルツトは、この点、前説を改めた (vgl. *Arzt, Die Aufklärungspflicht des Arztes aus strafrechtlicher Sicht*, Wiegand (Hrsg.), *Arzt und Recht*, 1985, S. 67 f.)。

172) *Riedelmeier*, a. a. O., S. 101 f.

現実的意思ではなく、医師によって仲介される推定的意思が、侵襲の正当化の基準となる。そこでは、患者は、医師に認められた決断権限の射程を決めることができるのみならず、権限移譲と並んで、同時に、医師が推定的意思を探るにあたって基礎とするべき基準をも挙げることができる。

## (2) ドイツにおける学説と法規定

(a) 同意無能力の場合の代理 学説においては、人格的法益の中核領域において意思を代理することは否定されている<sup>173)</sup>。しかし、このようにして一般的に代理を否定することはできない。同意無能力に陥っている場合には、民法においては、医師の措置に対する（ドイツ民法1904条2項）、また、閉鎖施設への収容に対する（民法1906条5項）いわゆる世話権限が、法律上規定されている。それによれば、個人は私法を通じて自分が決意無能力の時に代理人を決定できる。代理人は、本人のために健康に関する問題については、権限者の意思を明らかにし、その限りで本人のために、意思決定の担い手として機能する。したがって、立法者は、一定の事案においては、高度に個人的な事項についても、本人自身により選任された代理人に拘束的に移譲することを認めるべき決断したといえるのである。

(b) 同意能力が存在する場合の代理の可能性 患者に同意能力があるにもかかわらず、第三者にその決断を委任しようとする場合については、いまだ規定はない。この場合、受任者が、患者によって従前に定められた基準を基礎とすることが許されるのは、「推定的同意」による<sup>174)</sup>。この事案では、患者は同意能力があり、患者の同意を得ることも可能であるが、ここでは例外的に同意が推定的同意に対する遮断作用をもたない。なぜなら、患者は同意を放棄し、医師に決断を委任しているので、自己決定権を行使しており、推定的同意によって患者の自己決定権を迂回することにはならないからである。

(c) 自己決定権の行使としての同意の放棄 病状や医療方法について知りたく

173) Riedelmeier, a. a. O., S. 102.

174) Riedelmeier, a. a. O., S. 103.

ない、医師に決定を任せるという患者の権利は、患者の保護のための限界内では保障されるべきである。「自己決定権の裏面」として、医師の説明が患者に著しい精神的負担をかけることがあることは、連邦憲法裁判所の裁判官によっても認められている。患者が、パニックに陥るなどして、目前の治療行為に対して有効な同意能力を欠く程度に至っているかどうか詳しく吟味されなければならない。

説明を受けていない患者が、侵襲の重大性につき完全に誤った表象を持ち、または不十分な表象を持っている場合にも、その患者を守ることが必要となる。非常に危険の高い手術なのに、危険であるとはほとんど思っていない患者の場合、侵襲の重大性についての知見が欠けていることによって、自己決定権の自律的行使と評価されるべき同意の放棄であるとはいえない。この場合、医師は、患者に手術の危険性を説明して、患者をしてこれに気づかせなければならない。これによって、医師は、患者によって説明を受けることが放棄される場合、患者が手術の重大性について正しく意識しているのかどうかを判断するという難しい問題に直面させられる。

## 6. 患者の同意と医学的適応

### 1. 同意と医学的適応の関係

医的侵襲に対しては、医学的適応と医術的正当性および医師の説明にもとづく患者の同意があってはじめてその傷害が正当化される。原則的には、この三つの要件が充たされて初めて正当化される。しかし、現実には、一つが欠けても正当化される場合があるかどうかが問題となる。そこで、まず、医学的適応と同意の関係を見ておこう。

医学的適応があっても患者の同意のない医的侵襲は、専断的治療行為であって、傷害の構成要件に該当し、正当化されない。問題は、同意はあるが、医学的適応のない医的侵襲は、傷害を構成するかである。前述のように、重大で不可逆的な外形の変更を伴わない傷害は、被害者の同意がある限り、適応症がなくても、同意によって法益保護を放棄しているので、傷害罪によって保護する

必要性がない。それでは、重大で不可逆的な外形の変更を伴う医的侵襲については、医学的適応のない同意は無効なのであろうか。しかし、現実には、医学的に適応があるといえるかどうか疑わしい医師の措置はいくらでも存在する。例えば、純然たる美容整形手術、生体臓器移植のための臓器提供、献血、治療の必要のない人工授精などは、医学的適応に疑問の余地がないわけではない。この場合、その同意は無効なのであろうか。それとも、医学的適応の程度とそれに対抗する別の利益の衡量によって、違法性の有無・程度が決定されることになるのであろうか。あるいは、患者自身の利益内部における患者の自己決定権という利益と患者の身体保護という利益の矛盾対立場面における利益衡量の問題と捉えられるべきなのであろうか。

## 2. 患者の自己決定と医師の理性の対立

### (1) 自律性尊重原則と無危害原則の対立

同意と医学的適応の関係の問題は、医療倫理四原則のうち、患者の自律性尊重原則と医師の無危害原則が相互矛盾に陥るときの序列関係の問題であるといえる。原則的には、刑法上の法益保護は、無危害原則にもとづき、刑法の任務の重要な役割である。したがって、無危害原則が医的侵襲行為における中心原理であるといってよい。ヒポクラテスの誓いの中心命題の一つが、「医師は、その最善の知識と能力に従ってその技術を病者の治療のために用いなければならず、決して病者の死滅と損傷のために用いてはならない」というものである<sup>175)</sup>。これに対して、患者が、医師の目から見れば決して自らの健康の増進・回復のためにはならない決断をし、医師にそのような無危害原則に反する医的侵襲を要求する場合にどのように判断すべきかが問題となる。

### (2) 患者の自己決定権の優越性

一定の限度内では、患者の自己決定権は、無危害原則よりも尊重されるべきときがある。医師は、原則として、患者に対して「医師の理性高権」

175) *Schroth, a. a. O., Handbuch, S. 38.*



(Vernunftthoheit) ないし医師の「治療の特権」(therapeutisches Privileg) は認められない<sup>176)</sup>。たとえ、医師の目から見て、あるいは、医学的見地から客観的に見て患者の同意の拒否が「理性」に反する不合理なものであるとしても、患者の同意がないなら、法律の規定において、例えば、感染予防法や刑事訴訟法に特別の規定がないかぎり、医療侵襲は許されない。連邦裁判所の判決によれば、このことは、次のことを意味する。「何人も、裁判官に向かって、いかなる事情のもとに、他人が、それによって再び健康になるために、その身体の完全性を合理的に犠牲にする用意があるべきかという問いを発することは許されない。このガイドラインは、医師にとっても拘束力をもつ。……医師が、——たとえ医学的に正しい根拠があろうとも、——専断的に勝手に、その見解を適時に聞くことができる患者に対して、重大な結果をもたらす手術を、その事前の承認なしに行うとき、それは、人間の人格の自由と尊厳に対する違法な侵害であろう。というのは、生命が危険にさらされている患者ですら、たとえその患者がその手術によって、そして、それによってのみその苦痛から解放されうるであろうとしても、その手術を拒否する、十分に説得力のある、人間的にも道義的にも尊重すべき根拠を有するからである」<sup>177)</sup>。このように、患者の自己決定権は、患者が、一時的な危害に同意する場合のように、無危害原則に優越することがあるのである。ただし、患者に危害をもたらすような自己決定に対して、医師は、十分にその結果ないし危険性を説明しなければならない。

### (3) 自己決定権の限界としての具体的な生命の危険

患者の自己決定の優越は、しかし、限界をもつ。それは、自己決定にもとづく医的侵襲が「具体的な生命の危険」をもたらすときである。これは、医療侵襲とは無関係の死亡の結果につながった薬物の譲渡やサゾマゾ行為に傷害致死罪が成立するかどうか、同意が「良俗違反」として無効かどうかの基準は何かという問題として、判例においてまず展開ことはすでに論じた。

176) Ulsenheimer, . a. O., S. 133.

177) BGHSt 11, 111, 114.

### 3. 医学的適応があるのに同意がない場合

#### (1) 事案の類型化

以下では、医学的適応に関する「医師の理性的判断」と「患者の不合理的な自己決定」が葛藤する事案に関する問題を類型化して解説しておく。第1に、医学的適応があり、医的侵襲の必要性があるのに、患者が同意しない場合、第2に、逆に、医学的適応がないのに、患者が医的侵襲を望む場合、第3に、手術が開始された後になって拡大される必要性が生じた場合、すなわち、事後の手術の拡大の事例に関する葛藤事例をどのように解決するかが問われる。

#### (2) 患者の信条に基づく輸血拒否

ある種の宗教団体に属する者、例えば、「エホバの証人」の信者が、信仰・宗教上の理由から輸血を拒否することがある。医師は、切迫した病状の場合ないしその他の緊急状態の場合、患者が輸血につき拒否的な態度をとることが分かっている場合、輸血の点を除いて、その種の患者の治療を引き受ける義務がある。緊急状態が存在していない場合には、ひょっとして後に生じるかもしれない輸血の適応症にかんがみてエホバの証人の患者を引き受けるか、そこから生じる医学的な危険に鑑みて拒否するかは自由である。もし初めから輸血が必要になることが医師に分かっている場合には、初めから治療を拒否しなければならない。医師は、患者が拒否しているのにその意思に反して輸血することは、——たとえ命の危険が存在する場合であっても——許されない。なぜなら、患者の自己決定権の尊重は、は、医師の任務の範囲の本質的部分だからである。医師は、命を救う侵襲を受忍することを拒否する患者に対しても、基本法2条2項1文で保障された身体の不可侵性に対する権利を尊重しなければならないからである。

手術の途中で、予測できなかったが、後に輸血の必要が生じたとき、手術中で、意思を表明できない患者が、手術前に輸血拒否の意思を明確に表明していたとき、その生命の危機を救うため、輸血することは許されるかについては、見解が分かれる。一方では、それによっても生命を救えなくなっても、患者の

意思を尊重すべきだという見解が唱えられる。というのは、信仰・良心の基本権は、「その信仰の教義に対してその全体的行為を向け、その内心の確信に従って行為する」権利を与えるからである。したがって、医師は、同意の意味の変化に対する兆候が見られないとき、患者の先の意思に拘束されるし、そうされてよいとする。これに対して、反対説は、生命保護と医師の職業上の義務を優先するものとする。医師には、このような状況においては、命を救う義務と患者の自己決定権を尊重する義務との葛藤に陥るのだから、利益衡量により、また期待不可能性により、命を救う方を優先させた医師を処罰すべきでないとする。

(a) ドイツの判例　ここでは、この後者の見解をとって処罰を回避した判例として、シュトゥットガルト上級ラント裁判所における検事総長の手続打ち切りの決定が出た事案を検討しておこう<sup>178)</sup>。

(事実) 妊娠39週目に入っていた31歳の女性 X に関して、産婦人科医は、全前置胎盤 (Placenta praevia totalis) のため、翌日、帝王切開をすることとした。麻酔医に対する書面による同意書では、エホバの証人の信者であるとし、一切の輸血に対する拒否の態度を明らかに示していた。健全な子供が出生した後、胎座の血管 (Platzentagefäße) から大量の出血があった。麻酔医は、前もって表明していた患者の意思に反して、赤血球の凝縮剤を輸血し、血漿を与えた。その措置は、医学的には問題はなかった。医師と医療スタッフの努力にもかかわらず、患者は血圧が突然低下し、死亡した。過失致死および故意による危険な傷害の容疑で、検察が捜査したが、手続は打ち切られた。その理由は以下の通りである。

(決定要旨) 「後に死亡した患者への緊急措置との関係で生命を救うために行われた輸血は、それが患者の明白に表示された意思に反して行われたとしても、刑法34条〔正当化的緊急避難〕により、正当化される。本件においては、保護されるべき利益は、侵害された利益より本質的に重要である。衝突する利益の衡量が、客観的価値にしたがって行われなければならないことは承認されてい

---

178) Vgl. Ulsenheimer, a. a. O., S. 138 f.

る。したがって、法益の担い手がこれに与えた個人的価値は、役割を果たさない」。

「患者を、すでに一度行ったことのある輸血をしないで措置する別の病院に転院させることによって、輸血を回避できるという異議は、不当である。なぜなら、それは、生命を救う措置の投入に関する状況の深刻性と即時の決断の必要性を見誤るものだからである。しかし、——学説における通説とは違って——侵襲権が否定されたときですら、医師には、いずれにせよ回避不可能な、したがって責任を阻却する禁止の錯誤が認められなければならないであろう」<sup>179)</sup>。

医師は、この場合、一方では、患者の意思に従って、輸血をあきらめ、それによって患者が死亡したならば、過失致死ないし故意の殺人の罪に問われる可能性があり、他方では、患者の意思に反して自己決定権と信仰の自由を侵害し、故意の危険な傷害罪に問われる可能性があり、解決不可能な葛藤に陥ることになる。このような場合には、理論的根拠は別にして、結論的には、医師の行為は不可罰とされるべきであろう。

(b) わが国の刑事及び民事判例

わが国の民事判例においては、最初のリーディングケースとして、骨肉腫の患部を切断する手術には同意したが、宗教上の理由から輸血せずに手術を受けることを希望したのに対し、患者の両親が、医師に必要な輸血等の医療行為を委任する趣旨の仮処分を裁判所に申請した大分医科大学病院事件<sup>180)</sup>がある。地裁の決定は、患者が真摯な宗教上の信念に基づいて輸血拒否をしており、その行為もたんなる不作為行動にとどまるうえ、両親が主張する被侵害利益は、患者の信教の自由や信仰に基づき医療に対してする真摯な要求を凌駕するほどの権利・利益とは認められないとして、輸血拒否行為は権利侵害として違法性

179) Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 138 f.

180) 大分地決昭 60・12・2判時 1180・113。山下 登「エホバの証人信者の両親による輸血委任仮処分申請事件」医療過誤判例百選102号112頁，高井裕之「信仰上の理由にもとづく輸血拒否——エホバの証人」別冊ジュリスト109号38頁，山田卓生「宗教上の輸血拒否者の両親からの輸血委任仮処分申請事件」医療過誤判例百選（第2版）102頁，なお，甲斐克則『医事刑法への旅』（2006年）53頁以下参照。

を帯びるものと断じることとはできないとした。

わが国の刑事事件において、エホバの証人である患者ないしその両親が輸血を拒否した事案で、患者の「死亡」に対し、過失行為者が責任を負うかが問題とされた判例が二つある<sup>181)</sup>。まず、川崎エホバの証人輸血拒否事件<sup>182)</sup>は、以下の通りである。エホバの証人の信者である両親が、自転車に乗っていてダンプカーに接触する交通事故に遭遇し両足を骨折した10歳の男児の輸血を、医師団からの強い説得にもかかわらず拒否したため少年が手術を受けることができず、事故の4時間半後出血性ショックで死亡した事例<sup>183)</sup>である。この事件では、刑事事件としては略式命令であったが、結局、運転手のみが業務上過失致死罪で起訴され、罰金15万円に処せられた<sup>184)</sup>。これに対して、富山エホバの証人輸血拒否事件では、交通事故にあった54歳の女性が病院で進行上の理由から輸血を拒否したために4時間後に死亡したという事案である。富山地検は業務上過失傷害罪で略式起訴した<sup>185)</sup>。過失行為者に死亡結果が客観的に帰属しうるかという点で、この事案は、被害者の宗教上の理由での輸血拒否が、危険実現を妨げる自己危殆化とみなされるかという観点から興味深い、ここではこれに触れない。

わが国における民事判例<sup>186)</sup>において、エホバの証人の信者に対して、十分

181) 山中敬一『刑法における客観的帰属の理論』(1997年)721頁以下参照。

182) 川崎簡略式昭和63・8・20公刊物未公開。川崎聖マリアンナ医科大学病院事件ともいう。甲斐・前掲『医事刑法への旅』55頁以下参照。

183) 評釈として、山田卓生「信仰上の輸血拒否と医療」ジュリスト843号1頁、鈴木篤「輸血拒否死亡事件と患者の自己決定権」判タ555号7頁参照。

184) 10歳の子供の輸血拒否を両親が代わって行うことができるかという問題は残る。少なくとも15歳にも達していない子供の同意は、たとえ自ら表明したとしても有効とはいえず、また、逆に、子供に不利益な同意を両親が代行できるかどうかにも疑問があり、後述するドイツの学説のように、第三者機関による判断を求めるべきであり、場合によっては、医師は両親の拒否の意思を無視して輸血できるとするべきであろう。

185) 橋本雄太郎・中谷瑾子「患者の治療拒否をめぐる法律問題」判例タイムズ569号8頁以下参照。

186) 最判平12・2・29民集54・2・582。評釈として、沢登文治「エホバの証人輸血拒否事件」南山法学25巻4号(2002年)153頁以下、西野喜一「宗教的理由によ

な説明をせずに手術を行って手術中輸血を必要とする事態が発生し、医師が、輸血を行ったことに対し、患者が医師らに損害賠償を請求した事案（東大医科研病院輸血拒否事件）がある。

（事実）患者 M は、63歳の女性で、ある病院で輸血をしないで手術はできないと言われたため退院し、輸血を伴わない手術を行ったことがあることで知られる病院に入院した。その病院は、エホバの証人に対する外科手術に際しては、① 診療拒否は行わない、② 信者が輸血を拒否するのを尊重し、できる限り輸血しないことにする、③ 輸血以外に手段がない事態に至ったときは、患者やその家族の諾否にかかわらず輸血するという方針をとっていたが、医師 U は、このことを患者に説明せず、患者が手術に同意したので、患者の夫と信者である長男に「術後再出血がある場合には、再び手術が必要になる。この場合は医師の良心に従って治療を行う」と説明した後、患者とその夫によって、説明した U 医師に対し、輸血を受けなかったために生じた損傷について病院の責任を問わないという免責証書が交付された後、手術を実施した。U 医師は、手術中出血量が増えたため、輸血をしない限り救えないと判断して輸血を行った。患者は、第2審中に死亡した。

第1審東京高裁<sup>187)</sup>は、手術中いかなる事態になっても原告に輸血をしないとする特約は公序良俗に反し無効であるとした上、医師の救命義務・治療義務からすれば、被告医師らが手術中いかなる事態になっても輸血を受け入れない

---

ゝる輸血拒否と専断的輸血」判例タイムズ955号97頁以下、樋口範雄「『エホバの証人』最高裁判決」法学教室239号（2000年）41頁以下、山田卓生「宗教上の理由による輸血拒否患者への無断輸血と医師の責任」年報医事法学16（2001年）291頁以下、同「輸血拒否患者への無断輸血と不法行為責任」法学教室202号（1997年）122頁以下、野口 勇「エホバの証人無断輸血訴訟とインフォームド・コンセントの法理」法学セミナー549号（2000年）65頁以下、同「エホバの証人無断輸血訴訟と最高裁判決」宗教法学20号（2001年）107頁以下、植木 哲「各論⑤〔判例分析51〕判例タイムズ1178号214頁以下。なお、飯塚和行「患者の自己決定権と司法判断」唄賀寿267頁以下参照。

187) 東京地判平9・3・12判タ964・82。評釈として、山田卓生「輸血拒否患者への無断輸血と不法行為責任」法学教室202号（1997年）122頁以下。



との原告の意思を認識した上で、原告の意思に従うかのように振る舞って、原告に手術を受けさせたことが違法であるとは解せられないし、相当でないともいうことはできないとして、原告の請求を棄却した。これに対し、第2審東京高裁<sup>188)</sup>は、エホバの証人である成人の痛患者がその手術に先立ち「絶対に輸血しないでほしい」旨の意思表示をしている場合に、医師が右意思表示と異なり「できる限り輸血しないが、輸血以外に救命手段がない事態になれば輸血する」との治療方針を採用するときは、医師は、同患者に対してその治療方針を説明する義務があり、この説明義務を怠って手術をし、輸血をしたときは、これにより同患者が被った精神的苦痛を慰謝する義務を負うとした。

これに対して、最高裁は、次のようにいう。

(判旨)「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。そして、Mが、宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることは拒否するとの固い意思を有しており、輸血を伴わない手術を受けることができる」と期待して医科研に入院したことをU医師らが知っていたなど本件の事実関係の下では、U医師らは、手術の際に輸血以外には救命手段がない事態が生ずる可能性を否定し難いと判断した場合には、Mに対し、医科研としてはそのような事態に至ったときには輸血するとの方針を採っていることを説明して、医科研への入院を継続した上、U医師らの下で本件手術を受けるか否かをM自身の意思決定にゆだねるべきであったと解するのが相当である。

ところが、U医師らは、本件手術に至るまでの約1か月の間に、手術の際に輸血を必要とする事態が生ずる可能性があることを認識したにもかかわらず、Mに対して医科研が採用していた右方針を説明せず、同人及び被上告人らに対して輸血する可能性があることを告げないまま本件手術を施行し、右方針に

188) 東京高判平10・2・9判時1629・34。評釈として、石原 明「エホバの証人と輸血拒否——最近の判例から——」産大法学32巻2=3号(1998年)27頁以下、菅野耕毅「輸血拒否患者への無断輸血と医師の責任」年報医事法学14(1999年)137頁以下。

従って輸血をしたのである。そうすると、本件においては、U 医師らは、右説明を怠ったことにより、M が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。そして、また、上告人は、U 医師らの使用者として、M に対し民法715条に基づく不法行為責任を負うものといわなければならない。これと同旨の原審の判断は、是認することができ、原判決に所論の違法があるとはいえない。論旨は採用することができない」。

本判決は、あらかじめ入院から手術までの間に患者に対して、必要な場合には、輸血をするという病院の方針に関する説明がなかったため、「M が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」ことにより人格権を侵害したとして、原判決を維持し、医師らの不法行為を肯定した。まず、本判決は、医師の裁量権よりも患者の自己決定権を尊重すべきであるとした初の最高裁判例であるとされ、また、それが人格権の一内容であると位置づけられたものである<sup>189)</sup>。最高裁は、本件で争われた論点のうち、輸血なしで手術する旨の契約の有効性につき、これを公序良俗違反として無効とする必要はないとし、医師が患者の輸血拒否の意思を知りながら、反対の医師の方針を説明せずに輸血を実施したということが、説明義務違反として不法行為を構成するとし<sup>190)</sup>、さらに患者の受けた精神的損害の額につき、

189) 野口 勇「エホバの証人無断輸血訴訟とインフォームド・コンセントの法理」法学セミナー549号(2000年)66頁参照。

190) 第1審は、患者の生命を救うためにした本件輸血は社会的に正当な行為であって、違法性がないとしていた。この点で、最高裁は、本件では、患者がいかなる場合でも輸血を拒否するという強い決意をもっていることを医師は知っていたので、医師は、患者の医師に反する医師らの方針を当該患者に説明して、本件手術をうけるべきかどうかを患者に委ねるべきであったとしたので、説明義務の程度の基準としては、具体的な患者が重要視し、かつ合理的な医師ならば認識しえたであろう情報が患者に説明されるべきであったとしたのであって、説明義務の程度に関するいわゆる「二重基準説」を採ったといわれている(野口・前掲法学セミナー549号66頁、野口・前掲宗教法20号121頁参照)。二重基準説については、前出参照。

原審の裁量に属するとして55万円のみを許容した<sup>191)</sup>。宗教上の理由ではなく、輸血のリスクなどの理由による輸血拒否の意思が尊重されるべきかについても、本判決の趣旨からは学説上はこれも含むとする見解も唱えられている<sup>192)</sup>。

しかし、刑事事件であれば、これを理由に医師の傷害罪を肯定することはできないであろう。人格権侵害であれば、強要罪の成立が認められうる。そうだとすると、もし、この病院以外で手術をしていたとしても同様に、出血多量の状態に陥り、輸血しなければ生命を失うという状況になっていたとすれば、患者の生命を救うための緊急避難として、患者の意思に反する輸血は正当化され<sup>193)</sup>、あるいは少なくとも正当化事由に関する錯誤のゆえに責任阻却とされる余地があったであろう。

(c) ドイツの民事判例

日本の民事判例と逆の結論をとったドイツの民事判例を紹介しておこう。ミュンヘン上級ラント裁判所の判例<sup>194)</sup>である。

(事実) エホバの証人である患者が、病院と医師らに対して、損害賠償と慰謝料を請求した。医師らは、その患者を救うために意識不明の状態に陥った後に敗血症とヘモグロビンの値が低下したときに他人の血液を輸血したのであった。上級ラント裁判所は、原告の請求を棄却した。

(判旨) 「ここで責任を追及されている医師達には、少なくとも責任阻却事由がある。……刑法の責任阻却事由は、とくに刑法35条〔免責的緊急避難〕は、民法には直接の意味はない。とくに、客観的基準に従って判断されるべき民法上の故意・過失を直ちに排除するものではない。民法においては、しかし、例外的に期待不可能性の観点が、責任非難を失効させることがある。良心の緊急事態も例外的状態においては、責任阻却事由でありうる」。……「……法的観点

191) これについて、野口・法学セミナー549号66頁、樋口・法学教室239号42頁以下参照。

192) 石崎泰雄『患者の意思決定権』(2008年) 106頁参照。

193) 佐伯仁志「違法論における自律と自己決定」刑法雑誌41巻2号(2002年) 77頁以下、甲斐・前掲医事刑法への旅58頁以下。

194) OLG München MedR 2003, 174 ff.

からは、輸血の拒否からもその実施からも何らかの非難も彼らにはなされえない。患者の手術前に表明された意思に反する輸血の実施に際して、生か死かという手術中または手術後の緊急状況において良心の決定に対する良心の決定という関係に立っている。ここでは、医師には、彼が患者に選択した良心の決定が是認されるべきである」。……「原告は、場合によっては、初めからもっぱらその信仰共同体の組織によって彼女に推薦され、彼女の患者としての要求に無条件に追従する準備のある医師のもとに赴くことに、そして、もっぱら彼らの宣誓の義務を負っていると感じている他の医師を、著しい良心の苦痛という危険にさらさないことに注意を払うべきであった」。

ドイツの民事判例は、日本の民事判例と同様に、患者が事前に病院を選択してきたかどうかを問い、日本の判例の事案とは逆に原告は、この普通の病院を選ぶべきではなかったとしているのである。

輸血の実施と手術の是非について、ウルゼンハイマーは、一般的に次のようにいう。すなわち、その手術が重大な兆候を示していなければ、医師が手術すべきかどうかという決断は、その手術の切迫性、その意味およびその成功の見込みについての衡量、ならびに、具体的事例について一般的な医学的経験に応じて、輸血の必要性が予測されるべき確率の程度に依存する。その際、手術が重大な適応を示しており、輸血の確率が少なくなればなるほど、エホバの証人についても手術の適応を肯定することに賛成するということになる。逆に、適応が疑わしく疑問になればなるほど、そして輸血の確率が大きくなればなるほど、手術の実施はなされるべきではないということになる。その手術が、必然的に輸血に結びついていると初めから認定されるなら、医師の側から手術は実施されてはならない。手術が患者の賛同から開始され、その後、輸血が——あらゆる予期に反して、または恐れられていたように——必要となった場合には、医師は、生命の危険または重大な健康上の損害の危険なしに継続できないときには、手術を中断すべきである。さもない場合には、医師は、医学的に適応のある輸血を実施してよい<sup>195)</sup>。

195) Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 143.

(3) 親権者の拒否する子供の医学的適応のある輸血

ドイツの判例・通説によれば、両親が、その子供で、いまだ同意能力のない未成年者への医学的適応のある輸血を親権者として拒否した場合、医師は、この措置を彼らの意思に反してもとってよいし、とらなければならないとする<sup>196)</sup>。子供の生命を救うためにその輸血が必要であり、危険も高くないなら、それを拒否するのは、親の監護権の濫用であり、無視してよいからである<sup>197)</sup>。ドイツでは、このような場合でも、医師は、できるかぎり輸血の実施につき家庭裁判所の許可を取るのが望ましいとされる。それによって、仮命令を発し、または、民法1666条により、特別権限者の同意に代えることができるからである。ツェレ上級ラント裁判所<sup>198)</sup>は、新生児の命を救うために必要となった血液交換のための輸血を、信仰上の理由から拒否した両親を不救助罪に問い、法秩序は、何人によっても良心に反する行為を要求してはならないという抗弁を、このような一般的な形では否定した。というのは、基本法は、その第4条において「あらゆる宗教上の確信そのもの」を保護しているのではなく、むしろ、このような確信も、今日の文化国家の一致した道義的原則から生じる一定の制約に服するからである。本件においては、「子供の生命と健康を救う」義務に、「子供の生命を賭ける、被告たる父親の良心の決定」に対する優位が与えられるべきであるという。

わが国における判例には次の二つの事案がある。

① 大阪家庭裁判所岸和田支部平 17・2・15 審判（家庭裁判月報59巻4号135頁）

（事実） 妊婦健診において、胎児が脳に異常のある〇〇症であると診断され、その後自然分娩によって出生した未成年者（乳児）について、この症状を改善しなければ生命の危険や精神運動発達遅滞の発生又は重度化の危険が発生するので、医師から手術以外に適切な治療方法はないと説明・説得されたにもかかわらず、両親（親権者）は、その信仰する宗教の教えとして身体にメスを入れ

196) Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 142 ff.

197) OLG Celle NJW 1995, 792.

198) OLG Hamm, NJW 1968, 212 ff. Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 142 f.

ることは許されないとして、手術に同意しなかったため、病院が児童相談所に虐待通告を行い、児童相談所長が家庭裁判所に対し、本案として親権喪失審判を申し立て、その本案審判事件の審判確定まで父母の親権者としての職務執行を停止し、患者の疾患を専門とする元大学医学部教授の D 医師をその間の職務代行者として選任する審判前の保全処分を申し立てたというのが本件である。

裁判所は、この申立を認容した。「両名が未成年者の手術に同意しないことは、たとえこれが宗教的信念ないしは確信に基づくものであっても、未成年者の健全な発達を妨げ、あるいは生命に危険を生じさせる可能性が極めて高く、未成年者の福祉および利益の根幹をなす、生命及び健全な発達を害する結果になるものといわざるを得ない」とし、「本案審判事件の結果を待っていたのでは、その生命の危険ないしは重篤な障害を生じさせる危険があり、これを回避するためには可及的早期に手術を含む適切な治療を行う必要があることから、未成年者の福祉及び利益のためには、本案審判が効力を生じるまでの間、事件本人（父母）の親権者としての職務執行を停止する必要がある」と述べた。また、職務代行者としては、「〇〇症に精通する D 医師、が、未成年者の病状、手術への適応、手術の危険性等の諸条件を子細かつ慎重に検討した上で、最も適切な医療処置を選択する能力があると認められる」とした。

② 名古屋家庭裁判所平 18・7・25 審判（家庭裁判月報59巻4号127頁）

（事実） 重篤な心臓障害を有する乳児（平成18年生）である未成年者が重篤な心臓疾患に罹患し、早急に手術等の医療措置を数次にあたって施さなければ、近い将来、死亡を免れ得ない状況であるにもかかわらず、その説明を受けた父母（親権者）が信仰する宗教上の考えから同意することを拒否している状況があったため、児童相談所長が家庭裁判所に対し、本案として親権喪失審判を申し立て、その本案審判事件の審判確定まで父母の親権者としての職務の執行を停止させ、その停止期間中は D 弁護士をその職務代行者に選任するのが相当であるとする審判前の保全処分を申し立てた。

裁判所は、「このまま事態を放置することは乳児の生命を危うくすることに



ほかならず、事件本人ら（父母）の手術拒否に合理的理由を認めることはできない」とし、父母らの「手術の同意拒否は、親権を濫用し、未成年者の福祉を著しく損なっているもの」とし、したがって、彼らの「親権者としての職務の執行を停止させ」、「その停止期間中は D に職務代行社に選任するのが相当である」として申立を認容した。この未成年者の医療行為についての親権者・法定代理人の同意権（代諾権）の根拠については、それが法定代理人についての権限（すなわち、代理人として未成年者に代わって同意する権限）に由来するという考え方であり、もうひとつは、身上監護権が同意権の基礎とする考え方である<sup>199)</sup>。

これに対して、未成年者自身が、宗教上の理由から輸血等の治療を拒否する場合もありうる。アメリカにおいては、17歳の女性がエホバの証人であることを理由に輸血を拒否し、その母親も輸血に同意しなかった事案に対し、イリノイ州最高裁が、18歳で成人となるが、「成熟した未成年者の法理」により、17歳の女性には、治療に同意ないし拒否する権利が認められるとしたとされている<sup>200)</sup>。わが国では、このような事例に対する裁判例はまだない。

#### (4) わが国における宗教上の輸血拒否に関するガイドラインの試み

2008年2月28日には、宗教的輸血拒否に関する合同委員会<sup>201)</sup>の報告として、「宗教的輸血拒否に関するガイドライン」が公表されている<sup>202)</sup>。そこでは、「輸血実施に関する基本方針」、「輸血同意書・免責証明書のフローチャート」を示し、「輸血療法とインフォームド・コンセント」について指針を明らかにし、最後に、「医療側がなすべき課題」を挙げる。ここでは、宗教上の輸血拒否をする人につき、「18歳以上、15歳以上18歳未満、15歳未満の場合に分けて、医療に関する判断能力と親権者の態度に応じた対応」が整理されている。「親

199) 神谷 遊「判例評釈〔家族①〕判例タイムズ1249号（2007年）59頁以下参照。

200) 永水裕子「成熟した未成年者の生命にかかわる治療拒否権」年報医事法学21号（2006年）9頁以下参照。

201) 日本輸血・細胞治療学会，日本麻酔科学会，日本小児科学会，日本産科婦人科学会，日本外科学会からの委員の名前と法学者の名前が挙げられている。

202) <http://www.jssoc.or.jp/other/info/info20080523-1.pdf>

が自己の宗教的信条によって小児に対する輸血治療を拒否し、その生命を危険にさらすことは一種の児童虐待であると考えられる」ことから、15歳未満の小児については、慎重な対応が必要である。「解説」においては、「本ガイドラインでは、患者が未成年者の場合の対応について慎重に検討し、基本的には患者自身の自己決定権（輸血拒否権）を尊重しつつも、満15歳未満の小児（医療の判断能力を欠く人）については、特別な配慮を払いながら、輸血療法を含む最善の治療を提供できるようにすることを提唱する。一方、20歳以上の成人で、判断能力を欠く場合については、一般的な倫理的、医学的、法律の対応が確立していない現段階では法律や世論の動向を見据えて将来の課題とせざるを得ない」とする。

#### 4. 医学的適応のない自己決定

##### (1) 適応なき抜歯の自己決定

医学的適応がないにもかかわらず、患者が、手術等の身体の侵襲を伴う治療を望む場合に、医師の行為は、患者の同意を有効として、手術をしても正当化されるのであろうか。これについては、不合理な根拠からすべての歯の抜歯を希望した患者の同意を無効としたドイツの1978年2月22日の連邦裁判所の判例<sup>203)</sup>（抜歯事件判決）がある。事案は、次のようなものであった。

（事実）患者Pは、長年、強い頭痛に悩まされていたが、その原因は究明できなかった。Pは、そのうち、歯を全部抜きたいと言い始めた。痛みと歯には関係があると信じたからである。診察した医師は、そのような措置は医学的には必要でないという見解であったが、患者の意見を変えさせるには至らなかった。そこで、その意思は、電話で状況を伝えた歯科医師（被告人）に患者を送った。被告人は、歯の状態が頭痛とは因果関係がないという見解であったので、それを患者に伝えた。患者は、それにもかかわらず、抜歯してほしいと固執した。そこで、医師は、後日、抜歯すると約束した。その後、歯科医師は、まず、上あごの2本の歯を、下あごの3本の歯を抜いた。医学的適応はなかつ

203) BGH NJW 1978, 1206.

た。ただ、未知の精神身体的関係が、抜歯の後、頭痛の減退をもたらすことはありうるとおぼろげながら考えていた。患者は、それでは状態が良くならないと考え、ふたたび抜歯を希望した。それは無知と困惑の結果であったが、歯科医師は十分な熟慮の結果だとみなした。後日、改めて通院し、被告人の助手が歯と頭を調べたところ、抜歯する理由を見いだせなかったが、患者が固執するので、被告人に相談した。被告人は、患者は鉛を詰めた歯のみを抜いてほしかったのに、上顎のすべての歯を抜いた。

地裁は、傷害罪を認めた。連邦裁判所も、有効な同意の存在を否定した。

（判旨）「あらゆる医師の措置が治療目的で行われるものではない。むしろ、医師は、断種や美容整形手術のように、他の目的に役立つような治療も、それを施術することは、基本的に許されている」<sup>204)</sup>。

「証人（P）には抜歯の判断に必要な判断能力がなかった。……彼女の蒙昧は、無知と、説明された医学的議論の理性的な衡量を妨げる精神状態とにもとづく。……抜歯に対する説明にもとづく同意も、被告人によって実施された措置を内容的にカバーするものではない。証人の表象によると、確かに確実ではないとしても、ともあれまったくなくはない、治療の見込みを提供する治療的侵襲をして欲しかったのだ。かくして、同意は、確かに治療に対しては与えられていた。これに対して、被告人の採った措置は、そのようなものを意味しなかった。このことが、説明にもとづく同意の無効性を根拠づける。被告人が、医学的適応の欠如を隠さなかったことは、法的に意味はない。決定的なのは、どのようなものであれ、証人の表象を、現実の医学的判断と一致させることができなかったことのみである」。

患者の自己決定権は、二つのことを守るものである。すなわち、第1に、専断的な医師の措置に対して患者を守る。第2に、同意がある場合に医師を処罰や損害賠償責任から守る<sup>205)</sup>。

「同意は、必然的に正当化事由ではなく、ただ医師の行為に対する正当化を限定する枠にすぎない」<sup>206)</sup>。したがって、医師は、一方ではたしかに患者が許したこと以上のことを行うことは許されないが、他方で患者が医師に要求した

204) BGH NJW 1978, 1206.

205) Ulsenheimer, a. a. O., S. 94.

206) Ulsenheimer, a. a. O., S. 94.

ことをすべて行うことも許されない。

本判決がいうように、同意は、侵襲を正当化の枠組みに組み入れる意味をもつのみであり、医学的適のない医的侵襲については同意のみによってそれを正当化することはできない。

## (2) 要望にもとづく帝王切開

この関係で、ドイツにおいては、いわゆる「要望による（帝王）切開」（Wunschsection）の適法性が論じられている<sup>207)</sup>。医学的には帝王切開すべき医学的適応はないが、妊婦の希望により切開を行うことの適否が問題となる。コブレンツ上級ラント裁判所の判決<sup>208)</sup>の事案は、次の通りである。

（事実）原告は、被告の責任のもとに行われた帝王切開によって誕生した。原告の母親は、すでに帝王切開によって出産したことがあり、今回もそれを望んだが、適応症がなく、初めは通常の出産が勧められた。予定日を9日すぎた時点で、陣痛が始まった。徐脈の所見が見られた。その後、破水があったが、長時間経った時点で、原告が帝王切開の準備を始めた。誕生後の原告には、発達遅滞が見られ、運動能力、言語能力、視力、頭の安定に障害が残った。出産時に帝王切開をためらったため、酸素が不足し、障害に至ったというのである。原告の訴えは退けられた。

（判旨）「その母親の要望に応じて初めから帝王切開による分娩が行われなければならなかったという原告の主張は、理由がない。子供の母親に帝王切開の説明をすること、通常分娩をする旨の説明をしておくことも、適切でもなく、必要でもない。帝王切開は、——原告が主張するように——明示的にそれが要求されていたときですら、行われる必要はない」。

ここで、公序良俗違反が論じられている。法律上の文言によれば、医師による帝王切開の実行が問題であって、患者の同意ではない。通説によれば、決定的なのは、侵襲の目的、同意、種類と規模ならびにその危険の程度である。

207) Ulsenheimer, a. a. O., S. 95.

208) OLG Koblenz MedR 2007, 365.

別の公式によるなら、「あらゆる公平かつ公正に考える者の礼儀感情 (Anstandsgefühl)」<sup>209)</sup> によるとされるが、この基準は不明確にすぎる。医学的適応のない手術は、そもそも手術ではなく、医学的適応のない同意は無効といおうが、正当化の要件として同意のほかに「医学的適応」が必要だといおうが、両者がそろって初めて傷害は正当化されるという結論に違いはない。

わが国においては、帝王切開を希望する妊婦に対し、経膣分娩を行わせたところ、出生した長男を死亡させた事案においては、最高裁<sup>210)</sup> は、後に詳論するように（後述7参照）、経膣分娩が可能であること、すぐに異常事態が起これば帝王切開術に移行できること、帝王切開術の場合、手術部がうまく接合しないことがあること、次回の出産で子宮破裂を起こす危険性があることなどが説明され、妊婦の要望には従わずに経膣分娩が行われたとき、「経膣分娩を受け入れるか否かについて判断する機会を与えるべき義務があった」として説明義務違反を認めた判例がある。帝王切開については、たんなる妊婦の要望があれば医師はそれに従わなければならないものではなく、それを行わなければならない医学的適応ないし危険の回避などの帝王切開を施術する医術的正当性が認められなければならないが、それに関する十分な説明が与えられた後に、妊婦の選択権が尊重されなければならないとされているように思われる。

## 5. 事後の手術の拡大

### (1) 事後の手術の拡大における同意の意義

患者の自己決定と「医師の理性」との葛藤する第3の事例群は、手術の拡大の事例<sup>211)</sup> である。つまり、当初は正確に認定された手術の計画なしに着手し、それ以上の措置、すなわち、手術の範囲、補充的措置およびそれと結びついた危険の査定に対する特別の兆候が、手術中にはじめてそれぞ

209) Berz, GA 1969, 145 ff.; Vgl. Ulsenheimer, a. a. O., S. 95.

210) 最判平 19・9・8 判時 1912・16。

211) 手術の拡大に関する刑法上の研究については、vgl. Volker Götz Dringenberg, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Operationserweiterungen, 2005; vgl. auch Deutsch/Spickhoff, a. a. O., S. 173.

れの所見に基づいて確定可能になった手術である。これを「手術中の説明」(intraoperative Aufklärung)と呼ぶことがある<sup>212)</sup>。初めから予見可能な手術の拡大については別である。ここでは、患者に対する手術の拡大の可能性を説明する義務を負う<sup>213)</sup>が、途中で拡大の必要性が判明した場合には、まず、医師は、手術を中断しても危険と患者の負担が大きくないときは、いったん手術を中断して、患者の同意をとってから拡大すべきである。また、医師が、手術の範囲や結果、生じる可能性について注意深く手術計画を立てたことが前提となって、手術の中断ができないときには、「適応」の重要性に応じて「推定的同意」が働く<sup>214)</sup>。

手術の拡大についての同意については、次のように解すべきである。

第1に、予見可能な手術の拡大については、原則的に、医師の説明の中で説明されるべきである。しかし、予見不可能な手術の拡大の場合で、原則的・通例的には手術の拡大と変更につき同意がもはや認められないときでも、もとの侵襲に対して与えられた同意が、一定の手術の変更に関してもまったく排除されえないという状況も考えられる<sup>215)</sup>。そこで、場合によっては、「簡単な」合併症(einfache Komplikationen)で、もとの侵襲に対して与えられた同意に含まれるとみなされる手術の拡大もある。例えば、手術中に発生する大なり小なりの出血、手術中にはじめて認められた異常、手術中の医師の小さな失敗、例えば、血管や組織の微細な損傷、がその例である。このような「単純な」合併症の措置へと手術を拡大することは、当初の同意によりカバーされているというべきである。

第2に、上記の限界を超えた場合には、当初の同意に含まれていると解釈することはできず、別の根拠が必要である。治療措置、方法、手術の危険などに関する当初計画された手術を変更しなければならなくなる「真正の」拡大

212) Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., 2010, S. 729.

213) これについては、説明義務(第3章)参照。

214) Laufs/Kern, a. a. O., S. 729.

215) Dringenberg, a. a. O., S. 167.



(echte Erweiterung) の場合<sup>216)</sup> には、手術を中断して再度患者から同意をとるか、推定的同意がはたらくということになる。この場合に、当初の手術に対する同意も無効となるのか、当初の手術に対する同意の有効性には変更がないと解するかについては、見解が分かれている<sup>217)</sup>。判例批評の中には、医師によって手術拡大について術前に説明があったなら同意していたであろうという場合には、法益関係の錯誤がなかったとして、当初の手術に対する同意は有効とするものがある<sup>218)</sup>。

## (2) ドイツ連邦裁判所の判例

### (a) 手術の拡大に対する同意の必要性和その例外

手術の拡大とは、ここでは、侵襲が、当初の手術の目的を超えて、侵襲から帰結する新たな合併症が発生することなく、新たな手術の目標をもつことをいう<sup>219)</sup>。手術の途中で判明した手術の拡大の必要性の問題については、ドイツの判例は、原則として同意のない限り、手術の専断的拡大はできないが、手術を中断して患者の意思を聞いても手術の続行以外に選択の余地がありえない場合には、推定的同意が認められ、正当化されるという立場をとる。連邦裁判所の1957年11月28日の刑事判決<sup>220)</sup> (子宮筋腫事件) において、同意を得ないで手術を拡大した場合に過失を認めている。

(事実) 被告人は、手術前の検査で握りこぶし2個分ほどの大きさの患者の子宮筋腫を発見した。手術中に腫瘍は、子宮の表面に乗っているのではなく、子宮に固く癒合していることが分かった。医師は、子宮を全摘する以外に方法がなかったので、子宮を全部摘出した。患者は、そこまでは同意していなかった。医師は、患者との話し合いの際にそこまでは同意していないことを認識す

216) Vgl. Dringenberg, a. a. O., S. 171 ff.

217) Vgl. Dringenberg, a. a. O., S. 50 ff.

218) Geppert, JZ 1988, 1024 f.; Müller-Dietz, Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung- BGH, NJW 1988, 2310, JuS 1989, 280 f.; vgl. Dringenberg, a. a. O., S. 51 f.

219) Vgl. Schöch, Ärztliches Handeln und strafrechtlicher Maßstab, in: Roxin/Schroth (Hrsg.). Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl., S. 39.

べきであったとして、過失傷害罪で起訴された。原審は、過失によって同意があったとみなしたことは立証されていないとした。原判決破棄。

（判旨）「被告人は、手術前の話し合いの際に、腫瘍が子宮と固く癒合しており、それを摘出するばあいには子宮を全摘することが不可避であるかもしれないという明白な可能性について考えを及ぼさなければならず、そうすることもできた。被告人がその可能性について認識しなければならなかったとすれば、患者を子の可能性につき示唆し、恐らく必要となり、結果として重大な侵襲に対する承諾を確保する義務がなかったかをさらに検討しなければならなかったであろう」。……患者が全摘に同意していただろうということもできない。なぜなら、患者が身体の器官への危険な腫瘍を、全摘するよりは残しておくということもありうるからである。被告人は、手術前に、ひょっとして手術中に明らかになる子宮の切除の必要性につき確認（説明）することを過失によって怠ったのである。

本判決は、医師にそれが予見可能である限り、手術前に手術の拡大の可能性について検討し、患者に説明する義務を認めている。

この事例のように、手術前に予見可能な手術の拡大ではない場合には、場合によっては、手術の拡大は、推定的同意によって正当化されることがある。まず、刑法学上は、一般に、推定的同意は、患者の現実の同意ではないので、患者の現実の意思に反した推定はできず、また、現実の同意が容易にとれる場合には、推定的同意の法理ははたらかないとされている<sup>221)</sup>。判例に即してこれを詳しく検討しよう。

連邦裁判所<sup>222)</sup>によると、「手術中に、手術に伴う危険の増大に遭遇した医師は、彼がその続行については、いまやそれに対する説明をしていなかったがゆえに、患者の有効な同意を得ていない場合、同意を得るために、手術をその危険なしに中断されうるとき、あるいは止めることもできるとき、侵襲をやめなければならない」。

220) BGH NJW 1958, 267.

221) 山中・前掲『刑法総論』573頁以下参照。

222) BGH NJW 1977, 337, 338.

これに続いて、さらにこの判決は、「開腹したときに初めて病原が、別の器官をも侵襲していることを認識できるようになったとき、悪性の器官を取り除いたうえで開腹したおなかを部分手術の後に、再び閉じなければならない」。それによって、「患者が麻酔から覚めるや否や、患者に同意を得るようにし、手術を初めからやり直せるようにしなければならない」という。ここまで要求するのは行き過ぎのように思われるが、この判例は、もう一度手術をやり直すことの負担を考慮して、「危険の増大を知った上でも」手術の続行以外の決断は期待できないという場合、いわば患者の「推定的同意」を認めることができる<sup>223)</sup>としてこの問題の解決を図るのである<sup>223)</sup>。

(b) 例外としての推定的同意の要件

連邦裁判所の1988年3月25日の「原則的判決」<sup>224)</sup>は、この方向を推し進めた。

(事実) 事案は、以下の通りであった。被告人たる医師は、Mに帝王切開の手術を実施した。その結果、子供は無事に生まれた。Mの骨盤は狭かったので、その病院ではすでに二度帝王切開を実施していた。手術が始まるとすぐに、驚いたことに、子宮は、その下部で腹壁と膀胱に癒着していたことが分かった。医師は、通常の手術とは異なり、膀胱の上部を切らなければならなかったが、一般にその手術によって、次の妊娠の際に、母体と子供の生命に危険が及ぶ膀胱破裂のおそれがあったので、被告人は、医長Dの助言を得て、「重大な適応症」があったため、卵管を切断した。この手術に対する患者の同意はなかった。なお、Mは、4回目の妊娠を望んでいたので、説明を受けていればその手術には同意していなかったであろう。しかし、Mは、卵管を切断したにもかかわらず、後に妊娠し、帝王切開によって出産した。連邦裁判所の判決は、次のようにいう。

(判旨) 「推定的同意の原則は、当事者の同意がとれないときにのみ適用できる。しかし、本件では、患者に、第3回目の帝王切開の前に、第4回目の妊娠

223) 手術の拡大の問題については、vgl. Dringenberg, a. a. O., 2005.

224) BGHSt 35, 246=MDR 1988, 248=JZ 1988, 1021 (mit Anmerkungen von Weizel, Geppert und Giesen).

の際のありうる危険について示唆し、不妊手術に対する同意をもたらすことが強く求められた。同意がなかったときは、不妊手術は中止され、患者と話し合わなければならない。現在の、差し迫った生命の危険は、存在しなかった。即時の手術は、後に行われることのある卵管手術の危険性の高さのゆえにも、必要ではなかった。これに加わるに、卵管切断の手術は妊娠予防のための多くの可能性の一つにすぎなかった」。「医学的適応のある侵襲の場合、とくに手術の拡大にあたっては、患者の推定的同意を基礎にする医療行為の許容性は、重大な適応がある事例に限定されない。患者が明示的にまたは黙示的に同意はしなかったが、推定的意思にかなう医療侵襲は、医師が、患者の同意をもって開始された手術を拡大するか、中断するか、または、新たな、事情によってはより大きな危険と結びついた、しかしいずれにせよ、さらなる身体的・精神的侵害をもたらす手術の危険に患者をさらすかどうかという問いに直面させられるときにも、患者の（推定的）意思は考慮されるべきである。推定的同意という正当化事由は、医師が、患者に予見可能で必要な手術の拡大について説明しないままにし、それによって患者の明示的な決断をもたらす可能性を過失によって利用しないままとしたときには、それだけですでに阻却されるわけではない」。

本判決を評釈したゲッペルトは、本判決が医師に医的侵襲、とくにありうるまた必要な手術の拡大にあたっての推定的同意の範囲と適用範囲について誤った解釈を生むのではないかと恐れている<sup>225)</sup>。つまり、推定的同意を認めることによって当初の医師の説明義務の重要性が、患者のそれに対する要求と比べて低下するのではないかというのである。ゲッペルトは、執刀医が患者に十分に説明し、適宜その必要となり得る同意を取ることを有責に怠ったときには、推定的同意による手術の拡大は許されないものとする。

本判決のもたらす帰結につきウルゼンハイマーは次のようにまとめる<sup>226)</sup>。

- ① 医師は、切迫した重大な適応があり、かつ、患者の反対の意思についての手掛かりとなる根拠がないとき、手術の変更をする権利と義務がある。
- ② 医師は、それが患者を一切危険にさらすことなく可能であり、手術の変更ないし拡大に、患者が同意するかどうかの不確実な場合、医学的適応の

ある拡大手術を行うために必要な同意を得るべく、手術を中断すべきである。

- ③ 推定的同意にもとづく医師の行為の許容性は、医学的適応のある侵襲であれば、重大な適応に限定されず、かつ、手術を中断すれば、それに続く侵襲が事情によっては、より大きな危険と結びつき、いずれにせよ、それ以上の身体的・精神的侵害と結びつくときにも、肯定されうる。

それによって、正当化事由としての推定的同意の範囲は、切迫した生命の危険のある場合を超えて、高度の健康の危険が、後の、患者に健康上それに加えてに負担となる手術によってなお回避されうる事例にも拡大されるようになった<sup>227)</sup>。

しかし、その後の1999年10月4日の判決<sup>228)</sup>において、連邦裁判所は、この「患者の健康に負担となる手術」を行うことによる回避が可能な事例に限定を付そうとする。新たに「患者の健康と生命に著しい危険が存在する」場合という要件を立てるのである。まず、この事案を紹介しておこう。

(事実) 被告人達は、アナベルクのある病院の婦人科医として勤務していたが、そこに24歳のLが第2子を出産するため入院してきた。彼女の第1子は、5年前に帝王切開により生まれた。出産中その女性は、非協力的で、喚き散らし、出産に積極的に協力することを拒んだ。呼吸の方法を誤ったため子供の健康がますます危険に陥ったとき、被告人達は、帝王切開による分娩を実施しようと決意した。被告人WがLに対して帝王切開に関する説明をしようと試みたが、果たせなかったので、Lの夫と話し、夫は帝王切開に同意した。麻酔が実施される前に、被告人Bは、すでに手術室にいたLに目前に迫った帝王切開手術に鑑みて質問した。「子供はこれ以上欲しくないのでしょうか。すぐにでも不妊手術をしようと思うのですが」と。しかし、Lは、これを拒否した。被告人達は、これによりその手術をやめることにした。Wが医長となり、Bがそれを

225) Geppert, JZ 1988, S. 1024.

226) Ulsenheimer, aaO., S. 146.

227) Ulsenheimer, aaO., S. 146.

228) BGHSt 45, 219=MedR 2000, 231=JR 2000, 470=NJW 2000, 885.

補助して手術が実施されたとき、患者の子宮に亀裂が生じ、大量の出血をみたが、すぐに収まった。この合併症により、被告人達は、患者の了承を得て (einverständlich) 卵管不妊術を施した。この措置により、子宮が破裂し、妊婦と子供の生命に危険が生じる危険が危惧されたので、再度の妊娠を確実に避けようとしたのである。全部で3人の子供が欲しかったLは、実施された不妊手術につき承諾していなかった。

(判旨) この事案に関し、連邦裁判所は、まず、「ラント裁判所は、この客観的事情においては、即時の不妊術をMの推定的意思として必然的に評価したことによって、弁護側の見解に反して、その1988年3月25日の連邦裁判所の基本判例において、手術の拡大が予測できない場合に、推定的同意の条件となる判断基準を見誤ってはいなかった。たしかに連邦裁判所は、患者の推定的意思にもとづく医師の行為の許容性は、重大な適応症、すなわち、現在の生命の危険の事案に限定されないと論じている。患者の(推定的)意思は、むしろ、医師が、患者の同意をもって開始された手術を拡大し、またはそれを中断し、患者を、新たな、事情によってはより大きな危険に結び付いた、いずれにせよさらなる身体的・精神的侵害の危険をもたらす手術にさらすことになるかどうかという問いの前に立たされるときにも考慮されるべきである」<sup>229)</sup>と述べ、その後、その推定的同意が認められる要件を詳論する。

「正当化事由としての推定的同意は、——すぐにであれ、後にであれ——行われる侵襲がなかったとしたならば、患者の健康と生命に著しい危険が存在するという場合にのみ、考察に上る」<sup>230)</sup>。「危険が、……小さくて、その危険が最近の診断可能性によってコントロールされうる場合には、患者の同意なくして手術を拡大することが、別段の手術を行えば、——患者によってなおも要望されるなら——さらなる精神的または身体的負担が生じるはずだという観点だけを考慮すれば、許されるというわけではない。さもなくば、患者の自己決定権は無意味となろう。精神的・身体的負担は、あらゆる手術に必然的に伴われるものだからである」<sup>231)</sup>。

229) BGHSt 45, 222.

230) Vgl. Ulsenheimer, a. a. O., S. 146.

231) なお、本件では、次の妊娠の予防は、不妊手術によらなくても可能であるといふ



それによって連邦裁判所によって先の基本判決よりは、狭く引かれるようになった限界を、民事判例においてはコブレンツ上級ラント裁判所<sup>232)</sup>がさらに補強した。その判例において問題となったのは、切開の際に同意を得ずに不妊手術を実施したという事実であった。そこでは、「推定的同意の観点における正当化は、もともと当該の患者に尋ねる機会があったが、それを一有責に一怠ったときにも考慮に値する。そこで基準となるのは、患者の決断が手術の着手の時点で行われなかったかどうかのみである」。しかし、推定的同意があるとするためには、さらに、「個人的な意思の表明をたんなる推定によって代替し、それによって最終的に推測の次元に立ち入ることを許すような特別の緊急状態が存在しなければならない」。したがって、「手術することが、その重大性において明らかに、手術することによって損害としてもたらされものを超えるような健康上の危険を回避するために、客観的に適切であるような状況」が必要である。その際、「患者が、自らそのチャンスと危険を衡量するなら、その承諾を真摯には否定できず、それ以外の反応をすることが理解できないというような状況がなければならない」<sup>233)</sup>。一般に民事においては、全身麻酔の場合、承諾を得るための手術を中断するのは、危険であるから避けるべきだとされるが、局部麻酔の場合には、手術拡大の可能性と新たな危険について説明され、同意が取られなければならないとされている。その上、原則的には、手術の前に手術拡大の可能性について説明しておく必要があり、医師は、予見不可能な状況だったとは主張できず、推定的同意も援用できないとされている<sup>234)</sup>。む

う事情も考慮されている。さらに、本件では、患者が不妊手術を明示的に拒否していることも、推定的同意が認められないとした根拠に挙げられている (BGHSt 45, 223.)。

232) LG Koblenz, NJW 2006, 2928=MedR 2005, 530.

233) Ulsenheimer, a. a. O., S. 147.

234) 1988年12月13日の連邦裁判所の民事判例 (BGH NJW 1989, 1541) では、新生児が重大な心臓疾患を患って出生し、手術が行われたが、執刀医が、手術中に縫合されるべき血管が短すぎて計画されていた吻合ができなくなり、手術方法を変更したが、手術は52分かかりその結果、その子が横断麻痺となり、慰謝料の支払いが求められたという事案に、原審の判断を破棄して医師の責任を認めた。医師は、手術の前に原告の解剖学的状態につき十分検査しておくべきであり、執刀者の特別の知

しろ、その場合一般には「導入段階の過失」(einleitende Fahrlässigkeit)が認められるという<sup>235)</sup>。

このようにして、ドイツの学説においては、手術による苦痛が、耐えうるものであれば、手術を開始した医師は、その続行が患者に同様の負担をかけるという場合には、手術の中断の義務を負うとされる。つまり、その場合、患者がそれによって得る決断の可能性は、手術が繰り返されることによるさらなる負担よりも基本的に高く評価されるべきであるとして、手術は中断されるべきとされるのである<sup>236)</sup>。ドイツの判例においては、手術の事後的拡大の場合、手術を拡大する「特別の緊急状態」の存在が必要である。その緊急状態とは、手術を拡大しなければ「患者の健康と生命に対する著しい危険」が存在することである。この場合には、「推定的同意」によって手術は正当化されるというのである。

### (3) 手術の拡大に関するわが国の指導判例

わが国の民事判例において、手術の拡大に対して患者の「承諾」がなく、また、「承諾を不要ならしめる緊急の事情」も認められない場合、身体に対する「違法な侵害」があるとして損害賠償請求を認めた患者の同意に関する先駆的判決となった「乳腺症手術事件」判決<sup>237)</sup>についてはすでに検討した。判決は、本事案につき先に引用した原則的思想を適用し、「女性の乳房の内部組織を全部剔出する手術は、生理的な機能の点においてもまた外見上も患者にとって極めて重大な結果を生ずる手術であるといえるから、被告 A または被告 B は、原告の左乳房の手術にあたっては、あらかじめ原告の承諾を求めるべきであったといわなければならない」としたのであった。

---

↘見と経験が必要な手術であったとして、医療過誤を肯定し、説明義務については、執刀医が、手術中に吻合の方法を変更する特別の危険があるということを説明することは、そのような展開を予見でき、すべきときに認められるとする。

235) *Deutsch/Spickhoff*, a. a. O., S. 173.

236) *Laufs/Kern*, a. a. O., S. 730.

237) 東京地判昭 46・5・19 下民集 22・5 = 6・626。宇都木 伸・木原章子「承諾なき乳腺全摘手術」医事法判例百選117頁。本稿 1—2 参照。

これに対して、刑法学説には、この処理は「少なくとも刑法上の問題の処理の仕方としては妥当性を欠く」とするものがある。左乳房の手術を患者の推定的意思に反しないものとして、適法性を認める余地は十分にあった」というのである<sup>238)</sup>。患者は外貌に重大な変更をもたらす右乳房の手術にすでに同意を与えていたのであるから、左乳房への拡大に同意を拒絶する可能性は小さかった」というのである。しかし、同意なしに手術を拡大する緊急の事情がないかぎり、現実の同意を要求すべきである。推定的同意は、現実の同意をとれない場合に限って認められるのであり、そのような事情のない限り、安易に「患者の意思」を推定すべきではないというべきであろう。刑事法の謙抑性の原則から出発しても、患者の自己決定権を最大限尊重するという今日の医療の主流である傾向から言えば、改めで手術することが患者の身体的・精神的不利益になるというパターンリスティックな理由のみで、安易に推定的同意を認めることはできない。

後に、乳房を切除する手術における説明について、近時、東京地裁<sup>239)</sup>は、次のように述べている。「医師が患者に対して行うことが求められる説明は、患者が自らの身に行われようとする手術につき、その利害得失を理解した上で、当該手術を受けるか否かについて熟慮し、決断することを助けるために行われるものである。特に単純乳房切除術は、体幹表面にあって女性を象徴する乳房を切除する手術であり、手術により乳房を失わせることは、患者に対し、身体的障害を来すのみならず、外観上の変ぼうによる精神面・心理面への著しい影響ももたらすものであって、患者自身の生き方や人生の根幹に関係する生活の質にもかかわるものであるから、手術の緊急性があるというような事情のない限り、医師は、患者に対し、当該手術を受けるか否かについて熟慮し判断する機会を与えることが求められるべきものである」。この判決がいうように、緊急性がないかぎり、患者の意思が確認されなければならないが、手術の拡大の

238) 町野・前掲『患者の自己決定権と法』209頁。

239) 東京地判平 15・3・14 判タ 1141・207。この判例については、説明義務の個所で、後述する。

事案においても、実際に同意を得る間もないほどの緊急性があったのか、それとも患者が二度の手術を受ける負担を軽減するといった根拠のみで同意を省略したのかによって結論が異なりうる。

## 7. 患者の同意と医術的正当性

### 1. 医術的正当性の枠内での治療方法の選択

医師は、医学的適応のある症状に対して、医術的に正当な治療方法を選択して患者に施術する必要がある。その際、確立した治療方法が複数存在するときは、そのそれぞれの治療方法の意味、危険性、効果、副次的効果等を患者に説明し、患者の意思にしたがって選択できるようにしなければならない。ここでは、これに加えて、選択肢となる一方の治療方法が、医学的に未確立であり、新たな先端的な治療方法である事案も検討されなければならないが、このような場合を含めて、代替治療については、別稿における「説明義務」の個所で解説する。

### 2. 治療方法の選択の自己決定

医師は、確立した複数の治療方法（術式）がある場合、患者の選択した治療方法を実施するべきであって、自己の信念と知見に基づき、正当と判断する治療方法を行うべきではない。治療方法の選択は、患者の自己決定権の問題であるから、医師は、患者の希望する治療方法についても説明においてそれに関する適切な情報を与えるべきであって、患者自身の自己決定が自由に実現できるように説明を与えるべきである。問題は、患者の自己決定権と医師の医術的正当性ないし医療水準の維持の衝突にどのような解決点を認めるべきかである。

#### (1) 分娩方法に関する説明義務違反事件<sup>240)</sup>

帝王切開か経膣分娩かに関する説明についての民事判例を例として挙げてお

240) 最判平 17・9・8 判タ 1192・249。判例評釈として、和泉澤千恵・年報医事法学 21号153頁、小池 泰「分娩方法の選択に関する医師の説明義務」民商法雑誌134ノ

こう。

（事実） 上告人らは夫婦であるところ、上告人である妻 X<sup>2</sup> は、B 病院を受診し、初めての妊娠が確認され、その後も、通院を続けて本件病院の医師である被上告人 Y<sup>1</sup> の診察、検査を受けていたが、胎位が、頭部を子宮底に、臀部を子宮口に向けた状態であることが判明した。被上告人医師は、妊娠37週3日の診察時に、内診やレントゲン撮影の結果などから、分娩時には臀部が先進して産道を降下する状態（「殿位」）となり、母体の骨盤の形状や大きさからして児頭骨盤不均衡などの経膈分娩を困難とする要因もなく、経膈分娩が可能であると判断して、上告人 X<sup>2</sup> に対し、経膈分娩に問題はないと説明し、経膈分娩によるとの方針を伝えた。

上告人らは、骨盤位であるのに経膈分娩をすることに不安を抱き、被上告人医師に対し、帝王切開術によって分娩をしたいとの希望を伝え、さらに、上告人 X<sup>2</sup> は、検診時にもその旨の希望を述べた。これに対し、被上告人医師は、上告人ら又は上告人 X<sup>2</sup> に対し、上記のと通りの状況に照らして経膈分娩が可能であること、もし分娩中に問題が生じればすぐに帝王切開術に移行することができること、帝王切開術をした場合には、手術部がうまく接合しないことがあることや、次回の出産で子宮破裂を起こす危険性があることなどを説明し、更に家族で話し合うよう指示した。

上告人 X<sup>2</sup> は、1時間おきに陣痛促進剤を1錠ずつ服用した。被上告人医師は、上告人 X<sup>2</sup> を内診し、胎児の臀部とかかとの部分が触れたことから、当初の診断と異なり、分娩時には、両下肢のひざが屈し、両側のかかところが臀部に接して先進する状態（複殿位）となると判断したが、子宮頸部が軟らかくなっていることなどから、このまま経膈分娩をさせることとし、陣痛促進剤の点滴投与を始めた。そして、午後1時18分ころには、陣痛がほぼ2分間隔で発現するようになり、午後3時3分ころには、胎胞が膈外まで出てくる胎胞排臨の状態となったが、卵膜が強じんで自然に破膜しなかった。このため、被上告人医師は、分娩が遷延するのを避ける目的で人工破膜を施行したところ、破水後に臍

---

ㄨ 卷3号486頁、小笠 豊「分娩方法に関する説明義務違反と機会の喪失」医事法判例百選130頁参照。

帯の臍内脱出が起こり、胎児の心拍数が急激に低下した。被上告人医師は、臍帯を子宮内に還納しようとしたが奏功せず、午後3時7分ころ、骨盤位牽出術を開始した。

本件病院では、経膣分娩の経過中に帝王切開術に移行することのできる体制となっていたが、被上告人医師は、破水後に帝王切開術に移行しても、胎児の娩出まで少なくとも15分程度の時間を要し、経膣分娩を続行させるよりも予後が悪いと判断して骨盤位牽出術を続行し、重度の仮死状態で上告人らの長男 A が出生した。A は、待機していた小児科医によって蘇生措置を受けたが、死亡した。

〔判旨〕「帝王切開術を希望するという上告人らの申出には医学的知見に照らし相応の理由があったということが出来るから、被上告人医師は、これに配慮し、上告人らに対し、分娩誘発を開始するまでの間に、胎児のできるだけ新しい推定体重、胎位その他の骨盤位の場合における分娩方法の選択に当たっての重要な判断要素となる事項を挙げて、経膣分娩によるの方針が相当であるとする理由について具体的に説明するとともに、帝王切開術は移行までに一定の時間を要するから、移行することが相当でないと判断される緊急の事態も生じ得ることなどを告げ、その後、陣痛促進剤の点滴投与を始めるまでには、胎児が複殿位であることも告げて、上告人らが胎児の最新の状態を認識し、経膣分娩の場合の危険性を具体的に理解した上で、被上告人医師の下で経膣分娩を受け入れるか否かについて判断する機会を与えるべき義務があったというべきである。ところが、被上告人医師は、上告人らに対し、一般的な経膣分娩の危険性について一応の説明はしたものの、胎児の最新の状態とこれらに基づく経膣分娩の選択理由を十分に説明しなかった上、もし分娩中に何か起こったらずぐにでも帝王切開術に移れるのだから心配はないなどと異常事態が生じた場合の経膣分娩から帝王切開術への移行について誤解を与えるような説明をしたというのであるから、被上告人医師の上記説明は、上記義務を尽くしたものである」といふことはできない」。

本判決は、分娩中に問題が発生した場合に、経膣分娩から帝王切開への移行には、時間を要するなどの危険が伴うにもかかわらず、いつでも帝王切開に移行できるから心配ないと不正確な説明をし、経膣分娩を承諾させたのは、分娩



方法に関する選択の機会を失わせたものとし、医師の裁量を制限しており、結論的に正当であると思われる。しかし、本件原審である東京高裁（東京高判平14・3・19）は、逆の判断をしていた。

(2) 第2審判決<sup>241)</sup>

（判旨）「Y<sup>1</sup> が帝王切開の適応がなく、経膣分娩が可能であると判断したことは、上記の一般的な見解に照らしても、誤りとはいえない。そして、帝王切開に伴う危険性や将来の出産に及ぼすリスクなどを考慮して、経膣分娩が適当としたことは合理的な判断であったと認めることができる」。……「医療はその性質上、高度の専門性を有するものであって、医師はその専門的知識と経験等に基づいて、医療水準に適合する範囲内で医療行為を行うべき責任を負うものである。そして、患者との関係においては、その専門性と責任に基づいて、自己の正当と信ずる医療行為を説明し、患者に同意を求めることができ、患者がこれと相違する医療行為を求める場合には、患者を説得することが許されるだけでなく、医師が患者に対し適切な医療行為を行うべき責務を負っていることからすれば、積極的に患者を説得することが求められるものと解される。また、そのような説得をしたこと自体を、違法又は不当と評価されてはならない」。……「医師は自己の信念と専門的知見に基づき、合理的で正当と判断する医療行為を行うべきものであって、それに反する患者の選択に拘束されるものではない。診療義務、応招義務も、原則として、医師に対して、その意思に反してまで、自ら不合理で不適切と考える医療行為を行うべき義務を課するものとは解されない」。

経膣分娩か帝王切開かという分娩方法の選択につき、患者の自己決定権を尊重しつつ、医師が不合理・不適切と考える医療行為を施すべきではない<sup>242)</sup> といえよう。しかし、第2審のように、「医師が患者に対し適切な医療行為を行うべき責務を負っていることからすれば、積極的に患者を説得することが求められるものと解される」というのは、医師が両分娩方法のメルット・デメ

241) 東京高判平14・3・19 訟務月報49・3・799。

242) これについては、最判平13・11・27 民集55・6・1154 参照。

リット等につき患者に十分な分かりやすい説明を尽くした上で、患者に求められれば患者の決断の助けになるような助言を提供することにとどめるべきではないだろうか。結論的には、患者（妊婦）の希望と医師の医術的適切性の判断の調整は、医師による分かりやすく丁寧な説明によって、合意をみる以外に解決方法はないであろう。本件事案においては、患者は、最高裁がいうように、経膣分娩の不安を縷々訴えているにもかかわらず、医師は、その途中で異常事態が発生し、胎児に危険が生じた場合にはすぐに帝王切開分娩に移行できると説明しただけで経膣分娩に同意させている<sup>243)</sup>。これは、誤解を与える説明であって、十分な説明とはいえない。

刑事事件としてこの事案を見た場合、患者の自己決定権に反する医師の合理的判断によって経膣分娩が選択されたことが、医療過誤にあたるかについては、民事と異なる判断が可能であると思われる。十分な説明がなく、患者の同意をとっていなかったことが、直ちに故意の傷害罪ないし業務上過失傷害罪を根拠づけるわけではない。東京高裁の判旨ほどに強く医師の専門性と責任を主張できるかどうかについては疑問がないわけではないが、医師が説明義務を尽くしていなかったことを理由に、医師を傷害罪等に問うことは行き過ぎのように思われる。患者が帝王切開を希望していたが、医師の総合的な判断により、経膣分娩の方が危険ないし次の出産への影響が少ないと判断され、手術を開始したが、帝王切開に移行せざるを得なくなったという事案では、手術開始当初の説明が、十分でなかったとしても妊婦があくまで経膣分娩を拒否したわけではないので、結果的に経膣分娩による危険性が実現しているが、患者の真意に沿わず、患者が十分に納得したわけではなかったことによって、傷害罪の故意ないし過失があるとするのは、患者の意思そのものを直接の保護目的としない傷害罪の成立を認めるのは行き過ぎであると思われる。

一般的には、医療の個人化の尊重の原則からして、患者の自己決定権が重視されるべきが原則であるが、患者の自己決定に優越する医師の医学的な合理的判断がどのような要件のもとで認められるかが重要である。次の東京地裁判決

243) 小笠・前掲医事法判例百選131頁参照。

の事案では、事態の「緊急性」の要件が認められないとされている。

### (3) 乳房切除術に対する説明義務違反事件

本件の原告は、乳頭部線腫と診断され、被告の設置する病院において右の乳房を切除する単純乳房切除術を受けたが、その症状に照し同手術は不要なものであり、適切な説明がなかったとして、債務不履行に基づく損害賠償を求めた<sup>244)</sup>。これに対し、判決は、単純乳房切除術の適応があったとして治療方法の選択における医師の過失を否定したが、施術に至る医師の対応はにつき、医師の説明義務違反を認めて、原告の自己決定権侵害に対する精神的苦痛についての被告の損害賠償責任を肯定した。

「本件については、特にがんではないのに単純乳房切除術が必要であるという A 医師の診断の内容は、原告にとって理解することの困難なものであったと考えられる。実際にも、原告は、手術の必要性に対する疑念から、一度は手術の延期を申し出、A 医師に対し、病状等について詳しい説明を求め、場合によっては他の病院での診断も受けるなどして、手術をするか否かを熟慮したいと真摯に申入れていたものである。加えて、前記のとおり、本件においては、病変部を直ちに切除しなければならないほどの緊急性は認められないのであるから、A 医師は、原告に対し、病状等を丁寧に説明し、熟慮する機会を与えなければならなかった」というのである。

手術の必要性について、その手術をその時点で受ける必要性について十分な説明のない場合、たとえ医学的適応があったとしても、その手術の医術的正当性についての説明が不十分といえる・本判決では、手術をしない選択肢を選ぶために十分な説明があったとはいえないとして、病院に対する損害賠償請求が一部認容されたのである。

### (4) 刑事法における治療方法の選択

さて、このような治療方法の患者の選択に対する十分な説明がなく、もし説

---

244) 東京地判平 15・3・14 判タ 1141・207。

明があれば他の治療方法を選んでいたという事情が、刑事法としては、傷害罪等を構成することになるのだろうか問われるべきである。医師は、例えば、重大な身体への侵襲と生命に対する危険を伴うような手術を選択する場合、その「必要性」と「緊急性」が必要である。患者と十分に話し合って、じっくりと説得し、同意を得てから医師の合理的と考える当該手術を施術することができるのであればそれに従うべきである。そうしない場合には、傷害罪の成立は否定できないというべきであろう。

### 結びに代えて

傷害罪の保護法益は、人間の身体の完全性ないし生理的機能である。その法益は、軽微な侵襲にたいしてはその法益主体の任意の処分に委ねられるが、重大な不可逆性をもたない侵襲には、傷害の構成要件に該当しても、医学的適応があり、医術的正当性があることなどをも要件とした上で、利益衡量によって正当化されることになる。患者の同意が、軽微な医的侵襲については、構成要件該当性を阻却するのは、同意によって、保護法益とその担い手との帰属関係が否定され、法益が主体から切り離されるからである。重大な傷害をともし医的侵襲が、構成要件に該当するのは、この切り離しの有効要件を充たさないからである。その場合には、他の利益衡量要件と相まって正当化事由となる。傷害罪が、身体に対する自己決定権をも法益の一部とするかどうかはさておいて、医的侵襲の正当化において、患者の自己決定権は、原則として医師の善行原則にも優越する利益要素である。

医療の個人化は、どのように治療され、どのような状態の回復結果が個人の希望に合うかを考慮するものであり、それを充たさない医療は、失敗とみなされる虞がある。刑法上の犯罪がいかなる場合に成立するかの判断をする場合、このような自己決定権に基づく要望と、一般的・平均的な健康状態の回復との乖離がどの程度、衡量されるべきかかの基準・指針を得ることが困難な課題となっている。患者の同意論は、このような課題の解決に資するよう理論構成されるものでなければならない。