

医師の説明義務(2・完)

山中 敬一

目次

1. 説明義務の意義と根拠
2. 医師の説明の機能 (以上, 61巻6号)
3. 説明義務の範囲 (以下, 本号)
4. 説明の省略可能性
5. 説明の実施方法
6. 説明義務の制限
7. 仮定的同意?

3. 説明義務の範囲

1. わが国における説明義務の範囲決定の一般的基準

医師の説明義務は、どのような状況のもとでどのような内容でなければならず、どの範囲にまで及ぶかについては、大きくは患者の自己決定のための説明と治療のための説明とでは異なるであろう。ここでは、自己決定のための説明を中心にその範囲を決定する基準について考察する。

わが国では説明義務について「説明の程度」ないし「範囲」を決定するにあたっての一般的基準論が展開されている。この一般論の展開に意味があるのかという疑問がないわけではない。むしろ、「説明の内容」において具体的に論じられたところであり、説明義務の「程度」というよりは、どのような事項について説明すべきかという内容が重要だということもできる。したがって、ここでは、「説明の程度・範囲」の一般的基準に関するわが国の議論を簡潔に紹介するにとどめる。

この問題は、説明に関する医師の裁量判断と患者側の必要性のどちらに重点

を置くべきかという観点から論じられてきたという¹²¹⁾。すなわち、どこまで説明すべきかという問題を考えるにあたって、極端に言えば、医師の裁量の問題として捉えるか、または、患者の自己決定権行使につきどこまでの説明が必要かという二つの観点に依存するということである。これは、従来、① 医師の間の一般的慣行から通常医師が説明する情報を説明したかどうかを基準にする「合理的医師説」¹²²⁾、② 当該患者の置かれた状況からして合理的な患者なら重要視する情報が説明されたか否かを基準とするという「合理的患者説」、③ 当該患者が重要視していたであろう情報が説明されたか否かを基準とするという「具体的患者説」、さらに、④ 具体的患者説を前提として合理的医師説を重畳基準とする「二重基準説」が対立していた¹²³⁾。

しかし、合理的医師説の出発点そのものがすでに問題である。この見解は、治療を医師の裁量であるという見解を出発点とするもので、現代の患者の自己決定権を基礎とする治療観に適合しない。最高裁もこのような見解をとるものでないことは、この最高裁の判決¹²⁴⁾で、原審が「大多数の医師が相当とする考え方に従って説明義務を履行した場合には違法」ではないという一般論を支持しなかったことが論拠として挙げられている¹²⁵⁾。説明義務が、患者の自己決定権と治療のためであるとすれば、具体的患者説が妥当なことは当然であ

121) 藤山雅行(編著)『判例からみた医師の説明義務』8頁、西野喜一・前掲新潟大法政理論34号3号13頁以下参照。

122) 最判昭56・6・19判時1011・54が、これに従うとするものがある(中村哲「医師の説明義務とその範囲」大田幸夫編『新裁判実務体系』〔第1巻〕71頁)。ただし、藤山・前掲書9頁は、合理的患者説や具体的患者説とも矛盾するものではないという。

123) 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102頁以下、判例における「説明の程度」を決める基準について論じるものとして、中村哲「意思の説明と患者の判断・同意について」判例タイムズ773号6頁以下(具体的患者説を正当とする)、藤山・前掲書8頁、西野・前掲新潟大法政理論34巻3号14頁参照。

124) 最判平7・4・25判時1530・53。(控訴審)名古屋高判平成2・10・31判時1373・68。胆嚢がんの疑いがあると診断した医師が、患者にもその夫にもその旨の説明をしなかった事案。この判例については、本稿前掲箇所参照。

125) 藤山・前掲書8頁参照。

る¹²⁶⁾。

2. 理解力ある患者と説明の個人化

説明は医師がするものであり、説明において医師が積極的役割を果たすことはいうまでもないが、患者も説明につき一定の役割を果たさなければならない。すなわち、説明にあたって患者は、「理解力ある患者」であって、例えば、医師の説明に不十分なところがあれば、質問をして詳しく聞くなどの合理的な行動をとることが予定されているのでなければならない。ドイツの連邦憲法裁判所では、可能な限り、「患者の側でも共同責任として行われる対話を要求しなければならない」¹²⁷⁾とする。もとよりその前提として、少なくとも患者には「基本的説明」において侵襲の危険が意識できるようになっていなければならない。ドイツで行われている、まず文書による基本的事項の説明、次いで口頭による説明という段階的説明方式も、このような考え方に基づいている。とくに第2段階の口頭による説明は、説明の中核をなすものであって、患者に、種類、その期間、その特有の危険、効果および失敗率など、とくにその治療に関する個人的状況について質問をする機会を提供するためのものである¹²⁸⁾。例えば、手の手術において指の麻痺が残るものかどうかは、患者がピアニストである場合と指が動くかどうか職業上重要ではないその他通常の人である場合とは大きく異なるからである。

手術の結果は、その種類に応じて個々の患者によって著しくその重要性は異なる。したがって説明にあたって、医師は、いたずらに負担を矮小化したり、不安がらせないように、適切な言葉を選んで行わなければならない。いかなる合併症の危険を「理解力ある」患者が受忍するかという問題においては、個人的な事情、例えば、健康状態、職業、病歴からする知識や経験、学歴および知的

126) 民事法上も、本説が有力説とされ、これを妥当とするものに、西野・前掲法政理論34巻3号14頁。

127) BVerfG NJW 1979, 1925. Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 124.

128) Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 124.

能力、年齢、性別、家族・社会状況、感受性などが考慮されなければならない。このように、一切の説明は個人的な性格をもつことが強調される必要がある。ドイツでは、これを「患者関係的情報の原則」(Prinzip der patientenbezogenen Information)と呼ぶ¹²⁹⁾。これを実行するには、説明文書を示し同意書に署名させるだけでは、説明の本質と意義を満たさないのであって、決定的なのは、医師と患者の間の信頼できる個人的な会話なのである¹³⁰⁾。

説明義務の範囲は、しばしば、患者の体質や置かれた状況によって制限されることがある。たとえば、患者が痛みに過敏であり、しかも、鎮静剤注射の影響で精神力が落ちているといった状況にある場合がそうである。連邦裁判所の判例の事案で、患者が交通事故に遭い、重傷を負い、病院で大腿部とひざの骨が粉碎していることが確認されたが、翌日、医師が手術したという事案で、その説明の範囲について、連邦裁判所¹³¹⁾は次のように述べる。「骨折の伝統的な治療は、問題にならない。その結果、手術の必要性に対する説明義務はそもそも存在しない。あらゆる手術に伴う一般的危険は、説明される必要がない。原告は、明らかにそれを受忍しようとしていたからである。……控訴審の見解に反して、被告は、手術の前に原告にいかなる手術方法が理論的に考察に上るか、また、そのメリット・デメリットはどうかについて説明する義務はない。反対の事情がないなら、医師は、自ら問い返さない患者がその意思の決定を熟知していて特殊な医学上の問題について詳しい専門的教示を期待していないということから出発してよい。……この控訴審の見解は、とくに、患者が重傷を負い、事故後に病院に搬送されてきて、事故のショックがまだ冷めやらないときには適切ではない。そのような患者がさまざまな考えられる手術の技法について説明を求めるという考え方は、筋違いである。そのような考え方は、医師の救助を期待しその苦しい状態において難解な医学的専門の講義を受けたいと思い、また受けることができると、患者の状況を見誤るものである」。

129) *Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl., S. 724.

130) BGH MedR 1985, 168 f.; BGH JZ 2000, 898. Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 125.

131) BGH, *Arzt und Krankenhaus* 1982, 417 ff.; Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 125 f.

3. 危険の種類と侵襲の切迫性・重大性による説明義務の範囲

さらに、説明義務がどの範囲にまで及ぶかを決定する要素となるものとして争いがないのは、侵襲の目的と切迫性・緊急性である¹³²⁾。説明の正確性と詳細性は、侵襲の切迫性・緊急性に反比例する。すなわち、医療侵襲が急がれるときは、医師に要求される説明の正確性・詳細性は低くなる。これに対して、侵襲の切迫性・緊急性と必要性が低くなればなるほど、その要求は高く厳格になる。侵襲の重大性も、説明の範囲に影響を及ぼす。危険に対する説明義務は、法的要請によって決まる。次の四つの要素が決定的である。それは、① 危険の種類（侵襲に特有の危険，一般的危険，一般に周知の危険），② 侵襲の切迫性，③ 侵襲の重大性，④ 患者の個人的事情の四つの要素である。以上については、ウルゼンハイマーの分類¹³³⁾にしたがってドイツの事情を基礎にわが国の判例をも加えるという方法で解説を加える。

(1) 危険の種類と説明の範囲

(a) 一般的危険における説明の範囲

これについては、すでに説明の機能（ないし対象）の箇所述べた¹³⁴⁾が、ここではその基準としての「合併症の頻度の原則」が重要である。頻度といっても、統計的な確率ではなく、「まったく稀有な」状態については、あるいは「極めて稀な」合併症の可能性に関しては、説明の必要がないといったあいまいさの残る基準である。なぜなら、説明は、患者には医学的現象に対する一般的な講義を行うものではなく、その個人的状況にとっての侵襲が何を意味するかを示すものだからである。したがって、個別の、大きいが遠い確率の危険を示すのではなく、「具体的な危険の広がりや重大性と方向の一般像」が示されるべきである。それゆえ、患者の個人的「期待水準」も、説明の範囲を決めるに決定的な役割を果たすのである¹³⁵⁾。他方、患者には意外であったが、その

132) Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 117 ff.; *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, a. a. O., S. 109.

133) Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 109 ff.

134) 前節「(3) 危険に関する説明」(a) 参照。

135) OLG Oldenburg VersR 1992, 1005; *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 110.

具体的で特殊な生活状況において認識できるとくに重要な合併症、例えば、重要な器官の損傷などの合併症については、それが発生することが稀であっても原則的に患者に説明されるべきである。もしも患者に発生しうる最も重大な危険について説明がなかったため、患者が侵襲の重大性と射程について適切な認識をもたなかったなら、この基本的説明の不備は、侵害された規範の意味と目的に従って、その侵襲が同意を欠き、その損害の大小にかかわらず、違法で可罰的となるにつながる。

(b) 侵襲に特有の危険

すでに述べたように、その侵襲に特有の危険については、その危険については極めて稀有なものであっても説明されるべきである。したがって、主要な危険に付随するあまり重大とはいえない従たる危険についても説明されるべきである。ここでは、具体的な判例を検討しておこう。

① 鼻の篩骨手術事件

当該侵襲に特有の危険に関する説明につき、連邦裁判所の1993年11月2日の判決の事案¹³⁶⁾を例にとって説明しよう。

(事実) ある患者が、その鼻、篩骨迷路および両方の上愕洞に多数の鼻茸ができたため、鼻内篩骨手術を上顎洞両側に窓を開けることによって行った。これが骨の隔壁を侵害し眼窩に達し右目の失明に至った。患者は、何か月か前に同意の前提となる説明を受け、署名したが、その際失明の危険があることが警告されていなかった。この特に重大な危険の実現する危険は、極めて小さかった。

(判旨) 連邦裁判所は次のようにいう。「本法廷の不断の判例によると、医師の警告義務については、合併症の頻度が一定程度に達したかどうかは基準ではなく、問題となっている危険が、侵襲に特有に付随するか、また実現したときに患者の生活に特に負担となるかが基準とされるべきである。そうだとすれば、説明の種類と範囲は、計画された手術がいかに切迫しているかに方向づけられる。しかし、侵襲と結びついた危険が冒されるかどうかにつき決定するのは、通常、医師の権限ではなく、患者の権限である。……患者によって署名された様式書においては、眼窩に対する篩骨の侵襲の危険性につき十分に警告しておらず、その手

136) BGH MDR 1994, 557=NJW 1994, 793. Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 113.

術の高度の切迫性について警告し、手術をしなかったときにまさに隣接する眼窩に対して現実化する危険に注意を向けていた。説明書における重大な危険の過小評価は、患者に理解できないことがあったら、あるいは詳細を知りたいければ医師に尋ねる可能性を認めたということによって、中和されるものではない¹³⁷⁾。

この事例においては、鑑定人の報告書によると、「その病院で毎年100回の手術が行われ、35年間にたった2回現実化しただけであり」「千分の1の範囲に属する」ものであった。

② 輸血におけるエイズ感染事件

これに関する別の例としては、さらに、エイズの感染に関する危険や他人からの輸血に関する説明がある。エイズの感染の危険は、2から3百万分の1であり、極めて稀である。しかし、連邦裁判所は、この危険が絶対的現実性をもって排除されない限り、輸血ないし手術の前に適時に、注射によるエイズ感染の危険につき説明しなければならないとする¹³⁸⁾。他人の血液の輸血については、その他にも免疫に関する付随効果についても説明すべきである。

③ 輸血における免疫学上の副作用事件

他人の血液を輸血した際の危険としては、溶血のない発熱性の、そしてアレルギー性のアナフィラキシー性反応、急性のまたは後発性の溶血性の後続作用、提供者—供与者—反応、溶血性の保存、高カルシウム症、酸血症、空気塞栓、細菌性・ウイルス性・寄生性感染といった危険も含まれる。クロイツフェルト・ヤコブ病の危険の説明義務も争われている。その説明は、しかし、証明はされていなくても、血液製剤の使用により発生することがあるという可能性に関する真摯な声があるというものでよい¹³⁹⁾。サリドマイド事件では、アーヘン地裁は、すでに次のように述べている。

「患者の身体の完全性に対する侵襲に関して決定する患者の権利は、薬剤の有害な副作用が証明されたときはじめて侵害されるのではない。真摯な疑いを根拠

137) BGH, Urteil vom 2. 11. 1993, NJW 1994, 793.

138) BGHZ 116, 379.

139) *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 112.

にして、ある薬剤が健康被害をも招くかどうかを危惧しなければならないときすでに、消費者は、その身体の完全性を危険にさらすかどうかの決断の前に立たされる。消費者のこの決定権は、製薬会社の相応の開示義務を結果にもつ。……例えば、催奇形性のようなとくに重い損害は、製薬会社に、表明された疑いが正しいと証明される可能性——それが遠いものであっても——があるときにすでに、行動をとるよう強いるものである」¹⁴⁰⁾。

④ 椎間板ヘルニア手術事件

侵襲に特有の危険に関する判例の事例をもうひとつ検討しておこう。連邦裁判所の2001年1月30日の民事判決¹⁴¹⁾の例である。椎間板ヘルニアによって、患者に椎間板造影法およびレーザー神経根圧縮除去 (Laser-Nervenwurzeldekompression) が施された。それが、腓骨神経不全麻痺 (Peroneusparese) とインポテンツを招いた。患者には、横断麻痺の危険のみが説明され、インポテンツの危険については説明されなかった。患者がこの危険を知っていたら同意しなかったであろう。他の旧来の治療方法がまだ尽くされてはいなかったからである。連邦裁判所は、最も重大な横断麻痺の危険については説明されていたとしても、インポテンツに関する説明義務違反が、患者の同意を無効とするのであって、医師に損害賠償責任を負わせるという。

(c) 一般に周知の危険

「一般に周知の危険」である合併症の可能性については、医師が補充的に説明することが不必要な程度の情報を患者がすでに得ていると判断されるときは、説明を省くことができる。一般に周知の危険については、通常患者にあっては、それを補充する説明を要しない情報水準が与えられているとみなされるのである。傷口の感染、後の出血の危険、血栓症、塞栓の危険などが典型的な一般に周知の危険である¹⁴²⁾。これは、一般的危険や侵襲に特有の危険とは区別されている。

140) LG Aachen, JZ 1971, 507, 515.

141) BGH, MedR 2001, 421. Vgl. Schöch, a. a. O., S. 63.

142) Ulsenheimer, a. a. O., S. 115.

盲腸の手術のような、「その経過や、その重大性の程度に関して、その頻度のゆえに、公衆にとくに親しみのあるもの」である手術については、医師は、その手術の性質と危険の説明を簡単にまとめて行うことが許される。患者がその手術がその日常性のゆえにまったく危険のないものであると誤解していなければよい。

① 開頭手術事件

わが国における民事判例においては、医師（S）の患者の手術に際しての説明義務の及ぶ範囲につき、自転車の転倒事故によって後頭部に受傷した子供の開頭手術の必要性を子供（A）の父親（X）に告げ、手術を開始したが、手術開始直後、父親に、手術室に呼んで手術の様態を説明しようとしたところ、拒否されたため、祖母の兄（Y）が説明を受けたが、子供は出血多量で死亡したという事実につき、子供の父親等が説明義務違反で損害賠償を請求したという事案で、手術の内容ないしその危険につき患者が認識しているとき等には、その説明を省略できるとした最高裁判例がある¹⁴³⁾。

「原審の適法に確定した事実関係のもとにおいては、頭蓋骨陥没骨折の傷害を受けた患者の開頭手術を行う医師には、右手術の内容及びこれに伴う危険性を患者又はその法定代理人に対して説明する義務があるが、そのほかに、患者の現症状とその原因、手術による改善の程度、手術をしない場合の具体的予後の内容、危険性について不確定要素がある場合にはその基礎となる症状把握の程度、その要素が発言した場合の対処の準備状況等についてまで説明する義務はないものとした原審の判断は、正当として是認することができる」。

本件第２審たる高松高裁¹⁴⁴⁾は、説明義務の省略の前提としては、「患者側が、右侵襲の内容及び危険性について認識し、又は当然認識すべき事情及び通常予測できずごくまれに発生する危険については、これを省略しても差しつかえないが、その反面、患者側がしばしば無知であり、誤解している事情もあるから、右の点につき説明を求められなかったからといって、これを全く省略することは許されず、医師が善良な管理者として、その具体的事情のもとにおいて相当と認める範

143) 最判昭和 56・6・19 判時 1011・54。

144) 高松高判昭 55・10・27 LEX/DB。

困に及ぶべきものである」という。本件については、「亡Aの手術は、その受傷部位からみて、左側後頭部という枢要部であり、被控訴人Sから多人数分の輸血を必要としていることが明言されているうえ、H医師がいったん入院を決めながら転医を指示し、転送の途中には酸素の吸入までしている経過などから、亡Aにとって危険かつ相当大がかりなものになることは、控訴人らにとって容易に認識しえたことが推認される。しかも、本件手術は、夜間に及ぶものであり、被控訴人Sにおいて、具体的な手術の模様につき手術開始後に説明するため親族の者が手術室に入るように指示されたのであるから、控訴人らに対し、右手術につき直接に説明を受ける機会も与えられているのであって、同人らから依頼を受けたYより右手術に関する報告もなされており、これらの諸点をあわせ考えると、被控訴人S、同Kにおいて、説明義務に違反したものと断定するのは困難である。控訴人らの理解認識があるいは十分でなかったとしても、控訴人らは敢て不安、疑問、不信を表明せず質問をすることもせず、医師たる被控訴人らとO病院を信頼して本件開頭手術を承諾したものと認められる」とする。

② 特有の危険と一般に周知の危険の区別

一般に患者が知っている危険とその手術に特有の危険、そしてさらにその他の、手術や麻酔に伴う一般的危険とを区別することは困難である。例えば、鼻の篩骨の手術に続く失明がその手術と典型的に結びつく危険であったのかどうかを判別するのは困難である。しかし、この区別の問題は、実務的にはその意義は大きい。実務は、その危険が手術に特有であり、それが実現した場合には患者の生活にとくに負担となり、それが患者にとって意外なものであるとき、ある手術の極めて稀な危険をも、つねに説明されるべきだとしている¹⁴⁵⁾。

患者にあまりにも多くの危険についての説明がなされるなら、患者が決断するにあたってその決断を困難にし、容易にすることにはならないのであって、それによって、まさに、説明の目的に逆行することになる。「医師が患者に突き付けなければならない事実にあふれることになると、患者を当惑させ、無能力状態に陥れる」¹⁴⁶⁾。

145) *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 116.

146) *Weissauer*, *Information des BDC*, 1996, S. 69.

(2) 侵襲の切迫性・緊急性と説明の範囲

すでに述べたように、医師の説明義務の範囲が、手術の必要性和切迫性・緊急性によって決定されることは疑いない。その際、手術が必要であり、切迫・緊迫すればするほど、説明は詳細でなくともよくなる。

(a) 医学的適応のない侵襲

この場合、正確で詳細な説明が要求される。例えば、美容整形手術の場合、そのメリット・デメリット等が詳しく説明されなければならない。ドイツのある上級ラント裁判所の判例において、次のように述べられている。「美容侵襲においては、健康を理由に必要となる手術の場合に衡量に入れられる次のような観点、すなわち、患者は合併症やその他の消極的な付随現象に対する不相当な不安を掻き立て必要な医療を受けたくなくなるようにしてはならないという観点は、なくなる。たんにその外部的見かけを不満に感じている女性は、完全な、包み隠さぬ説明によって、その自身の知識にもとづいて、手術によって達成できる状態をその従来の状態に比べて好ましいかどうかを判断することができるようにならなければならない」¹⁴⁷⁾。連邦裁判所も、「医師の侵襲が医学的に必要でなくなればなくなるほど、侵襲を受ける患者、あるいは自らそれを望んだ患者は、より詳細で印象深く、その成果の見込みと生じうる損害について情報を与えられるべきである。そのことはとくに美容手術にあてはまる。……患者は、最善の場合、どのような良い結果を期待できるのかについて教示され、万が一の場合の危険を明確に説明されなければならないが、それは、それによって、侵襲の効果としては稀なものであったとしても、もともと負担の大きい手術のありうる失敗の結果としかも残る醜悪な結果、あるいは健康侵害をも甘受しようとするのかどうかを厳密に衡量できるようにである」¹⁴⁸⁾。美容手術に近いレーザー治療についても同じことがいえる¹⁴⁹⁾。

147) OLG Hamburg, MDR 1982, 580 f.

148) BGH MedR 1991, 85 f.

149) OLG Düsseldorf, VersR 2004, 386. なお、レーザーでシミをとる美容整形にあたってレーザー治療の危険性に関する説明義務違反が問題となったわが国の民事判例として、横浜地判平15・9・19判時1858・94参照。萩原孝基・前掲（藤山編）

上記連邦裁判所は、さらに続けて、次のように述べる。「患者が、何に同意するのかを知らないで医師の侵襲に同意することはあってはならないことはいうまでもないが、他方で、その患者にあらゆる結果に対するメリット・デメリットを明らかに示すのは、美容手術を行う医師の責任である。したがって、判例は、美容手術に対する患者の説明に関しては極めて厳格な要件を課してきたのである」¹⁵⁰⁾。厳格な要件を課する判例として、例えば、美容目的で皮下脂肪を除去する手術のあと傷痕治癒障害が生じたが、それは、「極めて稀有であった」としても、説明されるべきであったとするもの¹⁵¹⁾、減量のため食塩を詰めたシリコンの袋を胃の中に移植する手術にあたっては、危険のない別の方法で行うことはできなかったかを説明すべきであったとするもの¹⁵²⁾がある。

(i) わが国における美容手術と説明の範囲 わが国における民事判例¹⁵³⁾においては、かつては、美容手術は本人の申し出がない限り手術の必要性はないものであるから、「医師としては、かりに患者から強い懇望を受けたとしても、同女の外貌を毀損して尋常の手段をもってしては治療不可能ないし至難な予後症状に陥るような結果を避けるため、そうした手術の施行を拒否するのが無難、かつ穏当である」¹⁵⁴⁾とまで言われたのである。

そのような中、美容整形に関する術前説明義務について、次のようにいう判決¹⁵⁵⁾が出ている。

(事実) 被告は、A整形美容外科医院の名称で外科医院を経営し、美容整形を行っていた。原告は、被告に対し、鼻の段差をなくする美容整形手術をすることを依頼し、被告はこれを承諾した。被告は、同日、原告の鼻の段差を解消するた

ゝ著)『判例にみる医師の説明義務』367頁以下参照。

150) BGH MedR 1991, 85 f.

151) OLG Düsseldorf, VersR 1991, 61.

152) OLG Köln, VersR 1992, 754.

153) これについて、坂田大吾「整形をめぐる問題」秋吉仁美(編著)『医療訴訟』(2009年)388頁以下参照。

154) 大阪地判昭48・4・18判時710・80。水沼 宏「美容整形アカンベ事件」医事判例百選111頁。

155) 広島地判平6・3・30判時1530・89。医事法判例百選136頁以下参照。

め、原告の左腰背部を切開して自家組織である真皮を抽出し、それを鼻の突出した部分の直上及び直下である鼻根部に挿入移植してそこを相対的に嵩上げし、右突出部分を目立たなくさせる美容整形手術を行った。右手術で真皮を取り出した結果、原告の左腰背部には幅2ミリメートル、長さ9～10センチメートルの傷痕が残った。原告は手術の結果が気に入らなかったため、その後2回にわたり手術を受け、挿入物の除去をした。

（争点）[原告の主張] ① 原告は、鼻の段を取りたいので、鼻の骨を削ってくれるようにと希望し、鼻はこれ以上高くしたり、大きくしたりしては困るとはっきり述べているのに、被告はそれ程高くも大きくもなる訳ではない、可愛らしい鼻にしてあげよう、などと事実と反する説明をして手術を受けることを承諾させた。② 腰に傷痕が残るのならば手術は受けないとはっきり言っているのに、腰の傷はすぐ消えるし、残らないと虚偽の説明をした。③ 自家組織を取って入れる方法は、美容外科のなかでも一般的な方法ではないのにそれを説明せず、また自家組織を入れると、シリコンプロテーゼを入れる場合などに比し、後に取り出すことが困難になることを十分説明しなかった。④ 術後の経過についても、通常腫れが引くには2週間程度かかり、落ちついた状態になるには最低1カ月はかかるのに、腫れは2、3日でとれると虚偽の説明をした。[被告の主張] 右説明の結果、原告が十分納得し、右手術を直ちにしたいと強く希望したため、被告は手術をした。

（判旨）「一般に治療行為は患者の身体に対する侵襲行為であるところ、美容整形は、その医学的必要性・緊急性が他の医療行為に比して乏しく、また、その目的がより美しくありたいという患者の主観的願望を満足させるところにあるから、美容整形外科手術を行なおうとする医師は、手術前に治療の方法・効果・副作用の有無等を説明し、患者の自己決定に必要なかつ十分な判断材料を提供すべき義務があるというべきである。そして、実際に外科手術を行うについては、患者において右のような判断材料を十分に検討・吟味したうえで手術を受けるかどうかの判断をさせるように慎重に対処すべきであって、それは場合によっては説明と手術を日を変えて行なうという位の慎重さが要求されて然るべきである」。

「殊に、本件においては、原告の希望は鼻の段を取りたいというやや特殊なものであり、しかも原告は、当初は段になっている部分の骨を削って段を除去したいという具体的な希望を表明したものであり、これに対して被告は骨を削るという

方法を勧めずに鼻根骨の上下に真皮を挿入するという方法を提案したものであるが、真皮を挿入するという方法自体、他の医師は余りやっていない特殊なやり方であり、しかも程度はともあれ左腰背部に傷痕を残すことになるのであるから、特にその点については詳しく説明をするべきであったというべきである。また、鼻の段をとりたいが、鼻を高くしたり大きくしたりすることは困るという原告の希望が表明されているのであるから、この点についても被告がしようとしている手術がどのようなもので、これによって原告の希望が満たされるかどうかの点について十分に説明をし、しかるのちに原告が手術をするかどうか、するとしてどのような方法を選択するか等の決定をさせるべきであった。

しかるに、被告は……とるべき真皮の大きさについても述べず、傷痕についてはなるべく小さく切るから残りはするが、4、5年も経てばきれいになると述べ、また手術の効果についても明確・具体的には示さず、『可愛くしてあげる』等の極めて主観的な表現で示したものであるから、説明は不十分、不正確であり、義務を尽くしたとは認めがたいところである。そうすると、被告は過失により右説明義務を怠ったものというべきである。

わが国においては、美容外科も、医療行為であるかどうか争われ、消極説が有力であったが、近時、積極説が有力になっている。美容整形手術によって精神的な悩みを解消する効果は否定できず、広義では医療行為に含められるべきであろう。しかし、美容整形は、① 医学的必要性、② 緊急性が乏しく③ 専ら主観的願望を満足させる効果を目的として実施される点に特異性がある¹⁵⁶⁾。本判決では、このような場合、医師は、「手術前に治療の方法・効果・副作用の有無等を説明し、患者の自己決定に必要なかつ十分な判断材料を提供すべき義務」があるというのである。とくに特殊な手術方法をとるときには、「詳しく説明をするべきであった」という。

さらに、整形美容目的に手術に関する説明義務の問題に関する民事判例には、平成5年の福岡地裁の陥没乳頭手術事件¹⁵⁷⁾がある。陥没乳頭手術を受けた患

156) 増田聖子・医事法判例百選(2006年)137頁、吉野孝義「美容整形」判タ686号(1989年)126頁参照。

157) 福岡地判平5・10・7判時1509・123。評釈として、家永登「陥没乳頭手術事件」医療過誤判例百選(第2版・1996年)184頁。

者に手術痕が残り授乳機能が喪失した障害が残った事故につき、整容目的の手術にあたり担当医は通常の手術以上に手術による傷跡の有無やその予想される状況について十分に説明する義務を負うとした。

（事実） 被告は、福岡記念病院を開設している医療法人であり、訴外Aは、被告病院に外科医（乳腺外科）として勤務し、原告の主治医としてその治療に当たった。原告は、被告病院に入院し、A医師から、原告の右乳頭にはゼルハイム法の術式、右乳頭にはビルケンフェルト法を基本とする術式による手術を受けた。手術の結果、原告の乳頭壊死及び瘢痕が発生した。原告は、Aの説明義務違反を主張した。

（判旨） 「本件手術のように整容目的の手術の場合、手術の必要性や緊急性に乏しい上、その目的が整容ということから、手術の担当医師に対しては、手術の実施にあたって、手術の方法や内容、手術の結果における成功の度合い、副作用の有無等のみならず、通常の手術の場合以上に手術の美容的結果、なかでも手術による傷跡の有無やその予想される状況について十分に説明し、それにより、患者がその手術を応諾するか否かを自ら決定するに足りるだけの資料を提供する義務が当然負わされているものと解するのが相当である。

そこで、本件をみるに、前記認定事実によれば、A医師は、陥没乳頭は一般に乳腺炎や乳癌になりやすいので手術した方がよいと述べ、また、手術方法は、乳輪の中を切るだけで傷はほとんど残らず、美容形成外科医は乳房の機能について知識がないので手術を受けると授乳機能を失う危険があるが、自分はベテランの専門医であるからその危険はない、被告病院で手術を受ければ、保険診療の適用のある病名を付して行うなどと説明したものの、本件手術の方法であるゼルハイム法やビルケンフェルト法の切開線などの内容やその結果生じる傷跡の有無、予想される傷跡の状況について正確な説明を全くしていなかったものであり、その結果、原告は、本件手術による傷跡はほとんど残らないものと考えて手術に同意したといえるので、この点において、A医師に本件手術を行うに際して担当医師に求められる右説明義務に違反したことが認められ、その結果なされた原告の同意は、本件手術に対するA医師の責任ひいては同医師の不法行為に基づく被告の損害賠償責任を何ら免責するものではないといわなければならない。

本件では、整形美容手術であり、手術の必要性・緊急性が乏しく、担当医は、

手術の方法・内容，手術の成功の度合い，副作用等についてのみならず，美容的結果，特に傷痕の有無等につき，自己決定権を行使しうるだけの十分な説明が必要であるというべきであるとするのである。

美容整形手術における説明義務については，昭和時代にも多数の下級審民事判例¹⁵⁸⁾があるが，平成に入って以降の民事判例としては，さらに，① 脇の下の多汗症および脱毛の手術を受けた際に，両脇に傷痕が残ったという事案につき，その手術は緊急性・必要性に乏しく，また，多汗であることを気に揉む患者の希望を満足させる手術であることから，どの程度患者の状態が改善されるか，手術の危険性・副作用について十分説明し，これらの判断材料を十分に吟味検討したうえで，手術を受けるかどうかの判断をさせる注意義務があるとし，目立つような大きな傷痕が残る可能性については説明していないとして，説明義務違反を認めた判例¹⁵⁹⁾，② 美容外科において眼瞼の二重の幅を修復する美容整形手術を受けたが，希望通りにならず，眼瞼がめくれて粘膜が見える状態になったとして，損害賠償を請求した事案で，美容整形の依頼者に対し，医師は，医学的に判断した本人の現在の状態，手術の難易度，その成功の可能性，手術の結果の客観的見通し，あり得べき合併症や後遺症等について，十分な説明をしたうえで，その承諾を得る義務があるとしたもの¹⁶⁰⁾がある。

(ii) 血液の採取と説明の範囲 輸血のための採血についても，このような厳しい要件が課される。血液提供は，自分のための採血を除き，提供者に医学的適応がなく，任意に公共の利益のために行うものだからである。連邦裁判所の判例¹⁶¹⁾によれば，血液提供者は，稀ではあるが，血液提供ととくに結びついた

158) 名古屋地判昭56・11・16判タ462・149，京都地判昭51・10・1・判時848・93，横浜地判昭54・2・8判時941・81，横浜地判昭58・10・21判時1094・85。なお，手術の適否についての手術に関する注意義務については，大阪地判昭48・4・18判時710・80，東京地判昭52・9・26判タ365・386等がある（これらの判例につき，吉野・前掲判タ686・127頁以下参照）。

159) 東京地判平7・7・28判時1551・100。

160) 東京地判平9・11・11判タ986・271。

161) BGH NJW 2006, 2108.

危険について、例えば、採血用の注射針を刺すことによって発生する左前腕の皮膚神経の損傷とそれによってもたらされる慢性の神経障害的痛みについて、説明されなければならない。

(b) 診断のための侵襲

診断を下すための侵襲 (diagnostische Eingriffe) に際しても、治療としての意味をもたないことから、説明につき厳格な要件が課されるべきである¹⁶²⁾。ここでは極めて稀にしか具体化しない危険についても説明すべきとされている。ただし緊急を要するときは別である。ここで注意すべきは、診断を下すための侵襲の重要性が極めて区々様々でありうるという点である¹⁶³⁾。それが緊急を要することもありえ、生死にかかわることもありうる。たとえば、腫瘍ができていると推測されるが、手術が可能なのかどうかが問われるときがそうである。一分一秒を争うわけではなく、説明義務が不要となるわけではないが、その範囲が制限されることはあるのである。もとより、緊急事態であっても、医学的知識のない患者がすぐに了解できるよう、侵襲のメリット・デメリットにつき適切に説明される必要がある。診断を下すため侵襲が、主として治療のための侵襲にあたって同時に行われるときには、治療のための侵襲の場合に必要な事項について説明されることを要することはいうまでもない。

(c) 適応はあるが、必ずしも必要のない医的措置

この場合も、比較的高い説明が課されている。患者は、ここでは、手術のメリット・デメリットを勘案し、いずれかを選択する。これに属するのは、例えば、医学的適応にもとづく一定の事情下での子宮の摘徐や肥満解消のための腹の脂肪の切除手術である。この場合、患者が侵襲の危険を知ったときにのみ十分な決断のための基盤を得るのであるから、医師による詳細な説明が必要である。

(d) 絶対的適応のある侵襲

著しい健康侵害をなくするために侵襲が必ず必要なとき、説明義務の程度は

162) Vgl. *Laufs/Kern*, Handbuch S. 728.

163) Vgl. *Laufs/Kern*, Handbuch S. 728.

低い¹⁶⁴⁾。理性的な患者は、一定の危険を甘受するからである。しかし、患者の自己決定権は、患者に侵襲に対する決断を委ね、またはその決断が医学的には不合理であっても、それを拒否する自由を保障することを要求するからである。

(e) 命にかかわる、切迫して必要となる侵襲

命を脅かす状況を脱するために迅速に必要なとなった医的行為の場合、説明義務の必要性はゼロに近い¹⁶⁵⁾。この場合、生命を救うことが、自己決定権の保障に優先するからである。しかもそのような状態にある患者は、話しかけることもできず、事実上、説明は不可能なことが多いからである。生まれてくる子供に極めて高い生命の危険があり、すぐに帝王切開をする必要がある場合には、説明は、最小限でよく、またはしなくてもよいとされている。そのような場合、医師も、どの程度の侵害か、その効果はどうかなど、診断・方法的な根拠から、および時間的な理由から完全には認識できないからである。連邦裁判所は、「そのような緊急事態においては、最良の医者でさえしばしば疑念を後回しにする。事情によっては既往病歴を調査しないことがある。彼は、そんなに早くは調査できない患者の何らかの身体の状態が、必要な侵襲の危険を高めるものかどうかを問題にしなければならない。まだ助かる可能性があり、侵襲が急がれるなら、医師は、そのような危険を甘受しなければならない。その場合、もし不幸な結果に至っても医師を非難すべきではない」¹⁶⁶⁾とする。

(3) 侵襲の重大性

手術の重大性は、説明義務の範囲を決める第3の基準である¹⁶⁷⁾。結果が重大であればあるほど、または死亡率が高ければ高いほど、稀有な危険であっても説明義務はできるだけ早く肯定される必要がある。例えば、規則通りに実施された(腎盂形成=Nierenbeckenplastik)手術においてもつねに、それが実現

164) Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 122.

165) Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 122.

166) BGHSt 12, 289.

167) Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 123.

すれば、腎臓を失う高い危険を伴う再手術を必要ならしめるような、一定の危険（吻合不全）は存在するのであるから、患者には最初の手術にあたってその侵襲に特有の危険について説明されるべきである¹⁶⁸⁾。

4. 説明の省略可能性

1. 説明の省略の要件

説明義務は、有効な同意のための前提である。したがって、その前提が変わるとき、説明義務がなくなることがある。つまり、① 医師による説明を患者自身が放棄しているとき、② 患者の治療にとって説明が悪影響を及ぼす時、③ 患者が説明を理解しえないとき、あるいは④ 患者がすでに情報を得ていて医師による説明の必要がないときなどがそうである¹⁶⁹⁾。

原則的には、患者は、同意ないし医師の説明を全面的に放棄できるか、その要件はどのように定められるかは問題である。ドイツの判例は、全面的放棄を可能であるとするが、その要件を厳しく設定している¹⁷⁰⁾。判例によれば、治療の危険が、医学的経験に照らして認識・予測できる限りで、合理的な素人にとって予見可能な程度を超えるかどうか、説明の放棄の許容性の限界である¹⁷¹⁾。学説においても、説明の放棄は、あらゆる危険につき可能であるが、説明の全面的な放棄は、否定するのが圧倒的多数である。患者がその決断の射程範囲を知っている限りでのみ、説明の放棄は有効であるとする¹⁷²⁾。

しかし、最近では、患者の自己決定権とそのような「強制的説明」とは相容れないとする見解が有力となっている。患者の「知りたくない権利」をも認めようというのである。これ自体が、自己決定権の一種だというのである¹⁷³⁾。

168) BGH MDR 1996, 1015 f. Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 123.

169) *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 175 ff.

170) *Riedelmeier*, a. a. O., S. 106 ff.

171) BGH Urteil von 10. 7. 1972, NJW 1973, 1415 ff.

172) *Riedelmeier*, a. a. O., S. 107.

173) BGH, Urteil v. 28. 11. 1972, NJW 1973, 556 ff. 「患者が医師にその全面の信頼を置くことを許すのも患者の自己決定権に属する」。

2. 省略要件の諸類型

(1) 患者が説明を受けることを放棄するとき

患者が説明を明示的・黙示的に、または全部または一部、要らないということは、患者の自己決定権に属する。医師を全面的に信頼し医師に詳細を委ねることも患者の自由である。詳細を告げられることによって、患者に不安を与えることもありうる。知らないでいる権利は、国際的にも承認されている。しかし、「白紙の状態で放棄する」のは、無効である¹⁷⁴⁾。患者は、侵襲の種類と必要性を知り、それが、危険がないわけではないことを知らなければならない。「基本的な説明」は行われなければならないのである。

この患者による「説明の放棄」の場合について、詳論しよう。患者が説明を放棄する事例には二つの類型がある。第1類型は、患者が専門知識をもっている場合、ないし他の方法で侵襲に結びつく危険を知っている場合である。この場合、患者は説明を受けなくても自分が同意しようとしているその危険に対する予備知識がある。これに対して、第2の類型は、侵襲の危険をすべて知っているわけではないにもかかわらず、患者が説明を要らないという場合である。

放棄するためには、厳格な要件を充たすことが必要である。患者は、明確に、そして誤解なくその手術について知っている必要がある。したがって、実際上は、治療の経過と危険の詳細に関する情報のみを放棄することができる。

(2) 説明が反対の適応 (Kontraindikation) を示すとき

(a) 人道原理による制限

説明によって、生命の危険が発生するとき、ないし、深刻な健康侵害が発生するとき、あるいは臨死状態にあるものの苦痛緩和措置をとるときなどには、説明しないことが許される¹⁷⁵⁾。これは、「人道原理」(Humanitäres Prinzip)に

174) *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 176.

175) *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht* S. 202 では、トーマス・マンが書いたテオドル・シュトルムの逸話が語られている。シュトルムが癌にかかって医師に癌だと宣告されたが、それによってショックのあまり倒れ、生きる希望を失ったので、医師団が再検査することにし、実は癌ではなく、別の胃病であったと説明したところ、その後、彼の最高傑作「白馬の騎士」を完成したが、それは、まさに「心温まる」

よるのである。治療の上で説明しない方がよいときにも、説明を省略できるが、説明することが、侵襲自体よりも治療を阻害し、患者に危険なときなどに限る。いわゆる「説明による殺人」（Tötung durch Aufklärung）といわれる場合が典型例である。その判断は、曖昧な推測では足りず、客観的な裏付けが必要である。学説においては、説明の必要がない場合として、バセドウ症候群が挙げられる。そこでは、少しの心理的興奮でさえ致命的に作用するというのである¹⁷⁶⁾。判例は、「深刻な、取り除きえない健康侵害または治療結果の危殆化」を要求する¹⁷⁷⁾。ただし、この前提を狭すぎるとする批判¹⁷⁸⁾もある。

(b) 説明の制限の類型化

反対の適応による説明の制限は、三つの事例群に分けられる。第1の事例群は、患者の法的に必要な説明が、その患者については、患者を直接危険にさらすような身体的・精神的な反応につながる事が予見できる事例群であり、第2の事例群は、治療の実施と成果を疑問にさらし、そのようにして治療の治癒目的に反するという患者の反応につながるというもの、第3の事例群は、適応のある治療が「不合理な理由」から拒否されるという反応につながるというものである。

この反対の適応については、ドイツの判例は、「極めて厳格で狭量である」とされている。連邦裁判所は、説明が、「患者の深刻で取り除くことができない健康の侵害」につながる時にのみ、反対の適応を認める¹⁷⁹⁾。精神的侵害は、考慮されない。

(c) わが国の判例

わが国の民事判例には、ガンを告知しなかったことについて、第1の事例群に属する事案として、精神的打撃と治療への悪影響を理由とし、さらに、患者

、幻想の所産」だというのである。

176) Schönke/Schröder/Eser, StGB § 223, Rdn. 42. Schöch, a. a. O., S. 69.

177) BGHZ 29, 176, 183, 185.

178) Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht S. 203. 「取り除きえない」という要件は不要であり、「重大な障害」が存在するだけでよいというのである。

179) BGH 29, 46, 56=NJW 1959, 811. Vgl. Laufs/Katzenmeier/Lipp, a. a. O., S. 117.

の方から入院を中止し、それによって家族への説明の機会をも失ったとして、説明しなかったことが医師の責に帰すべき事由でないとして、説明義務違反を否定したもの¹⁸⁰⁾がある。

① 胆のうがん不告知事件

(事実) Aは、Y病院において診察・超音波検査の結果、胆のう腫瘍の疑いが生じ、結果的に、胆のうがんと診断された。消化器内科のE医師は、Aの性格、家族関係が不明であり、告知による精神的打撃と治療への悪影響を恐れて、Aに説明せず、精密検査の後、家族に説明することにした。E医師は、「胆石がひどく胆のうも変形していて早急に手術する必要がある」と説明し入院を指示したが、Aは、旅行や仕事、家庭の事情を理由に入院を拒んだ。その後、病状が悪化し、胆のうがんと診断されて治療を受けたが、それから約半年後に死亡した。

(判旨) まず、「E医師にとっては、Aは初診の患者でその性格等も不明であり、本件当時医師の間では癌については真実と異なる病名を告げるのが一般的であったというのであるから、同医師が、……Aに与える精神的打撃と治療への悪影響を考慮して、同女に癌の疑いを告げず、まずは手術の必要な重度の胆石症であると説明して入院させ、その上で精密な検査をしようとしたことは、医師としてやむを得ない措置であったということができ、あえてこれを不合理であるということとはできない」とする。次に、真実と異なる病名を告げた結果患者が自己の病状を重大視せず治療に協力しなくなるものがないように相応の配慮をする必要があるという点については、「E医師は、入院による精密な検査を受けさせるため、Aに対して手術の必要な重度の胆石症であると説明して入院を指示し、二回の診察のいずれの場合においても同女から入院の同意を得ていたが、同女はその後同医師に相談せず入院を中止して来院しなくなったというのであって、同医師の右の配慮が欠けていたということとはできない」とする。さらに、「その家族に対して真実の病名を告げるべきかどうかについては、「同医師にとっては、は初診の患者でその家族関係や治療に対する家族の協力の見込みも不明であり、同医師としては、同女に対して手術の必要な重度の胆石症と説明して入院の同意

180) 最判平7・4・25民集49・4・1163。この判例については、ドイチュ・シュピックホッフの医事法の教科書で紹介されている (*Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht S. 204*)。

を得ていたのであるから、入院後に同女の家族の中から適当な者を選んで検査結果等を説明しようとしたことが不合理であるということとはできない。そして、……Aがその後にE医師に相談せずに入院を中止したため、同医師が同女の家族への説明の機会を失ったというのであるから、結果として家族に対する説明がなかったとしても、これを同医師の責めに帰せしめることは相当でない」というのである。

② 舌がん不告知事件

同じく民事判例のなかには、医師が舌癌患者に病名を告知せずに切除手術を説得したが、拒否されたので、潰瘍部分を焼きとるだけだと説明して承諾を得て3分の1切除手術をした事案につき、患者は舌切除には同意していなかったから、承諾を得ておらず違法であったとして医師の不法行為責任を認めた判例¹⁸¹⁾がある。判決は、「医師は、治療行為の方法として患者の身体に侵襲を加える手術をなす際には、患者が意思能力未熟である場合、精神病患者である場合、特に急速を要する場合等を除いては、患者にその侵襲の本質、意味、射程範囲の大綱を説示し、患者の自己決定権に基く承諾を得なければならないものである」と一般論を述べた後、「仮りに、患者にその病名を告知することが治療上適当でない場合であっても、病名を告知せずにその侵襲の本質、意味、射程の範囲を説示することは可能であるというべきである」とし、「原告は、当時、意識は鮮明であり、手術に対する諾否の意思能力は完全であったところ、その承諾をしていないばかりか、積極的に、舌を切除する手術は絶対に拒否していたのである。にも拘らず被告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」とする。

181) 秋田地判昭48・3・27判時718・98。

(3) 患者に判断能力がないとき

治療の延期ができないとき、意識不明の状態にある等によって判断能力を失っている患者は、代理人のいないとき、事前の説明なく治療を開始することができる。はじめから手術の拡大が予測されているのではないならば、医学的に必要な手術の拡大は、それが改めて説明の上でもう一度手術することが不可能ないし手遅れになるなどの事情があれば、推定的同意として許され、説明を要しない。

(4) すでに情報を得ているとき

患者がすでに必要な情報を得ており、説明が不要な場合、説明の必要はない。しかし、すでに患者が必要な情報を得ているかどうかは、医師が自ら確かめなければならない。どのような情報源から情報を得ているかは原則として問わない。医学本やその他の様々な情報源がありうる。その際、患者は、その治療法の一定の危険を知っていることが必要である。先に紹介した最高裁昭和56年の開頭事件のように一般に周知の危険であって患者（ないしその父親）がすでにその危険を認識していた場合がその例である。しかし、患者同士の会話からこのような情報を得ているような場合には、説明を省略できないであろう。

5. 説明の実施方法

1. はじめに

ここでは、誰が、誰にどのような方式で説明するかを解説する。医療の分野における分業は、今日の高度医療に関しては当然のこととなっている。このことは、医師の説明義務にもあてはまる。例えば、手術にあたっての説明が、執刀医とは別の医師によってなされることがありうるが、どのような要件のもとでそれが許されるのであろうか。

2. 説明の主体

(1) 執刀医・受任医師

患者に説明をする主体は、原則として、治療を自らの責任をもって行う医師である。これには、医療侵襲を行う医師、薬物の処方をする医師、診断する医師も含まれる。とくに困難な、かなりの付随効果をもたらすようなそして専門知識を要する医療侵襲がなされる場合には、執刀医自らによる口頭での説明が必要である。高度の手術に対する専門的知識をもった医者が説明することによって、患者の信頼を得ることができるという観点からも、このことは根拠づけられる。そこまでは要求できないとしても、執刀医が説明する他の医師に対して説明に関する指示を与えておくか、予め説明する医師と話し合いをもっておくことが必要である。患者に対する説明は執刀医の「本来の医療上の任務」なのであるから、その任務を他の医師に委ねる場合には、しかるべきコントロールを行うことによって、きっちりと履行されるかどうかを監督する義務があるからである¹⁸²⁾。このような監督義務を認めただうえで、説明を病院内の他の医師に委ねることは是認される。しかし、医師資格をもたない医療関係者にこれを委ねることは許されない¹⁸³⁾。このような治療主体である医師の監督義務を通じて、この医師は、彼に信頼を寄せる患者に対して保障人的地位に立つ。説明する医師と治療を行う医師とは、つねに相談し、的確な権限分配を行うことによって組織上の問題がないようにしておかなければならない。

(2) チーム医療の総責任者？

わが国の判例において、チーム医療として手術が行われる場合にチーム医療の総責任者が患者やその家族に対してする手術についての説明に関して、その説明を主治医に委ねたとき、説明義務違反の責任を負うかが問題となった民事事件として前述の最高裁の民事判決¹⁸⁴⁾がある。

182) BGH MedR 2007, 108, 110=MedR 2007, 169 ff.; Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 148.

183) BGH VerR 1992, 1142; BGH NJW 1974, 486.

184) 最判平 20・4・24 判タ 1271・86。この判決に対する評釈として、橋口賢一ノ

(事実) 大動脈弁閉鎖不全のため大学医学部付属病院に入院して大動脈弁置換手術を受けたXが手術の翌日に死亡したが、チーム医療の総責任者であり、かつ、本件手術を執刀した医師である上告人Aの不法行為が問題となった。Xは、結果的に、循環不全を克服することができず、死亡した。

(判旨) 「本件病院におけるチーム医療の総責任者であり、かつ、実際に本件手術を執刀することとなった上告人には、Xまたはその家族である被上告人らに対し、Xの症状が重症であり、かつ、Xの大動脈壁がぜい弱である可能性も相当程度あるため、場合によっては重度の出血がおこり、バイパス術の選択を含めた深刻な事態が起こる可能性もあり得ることを説明すべき義務があったというべきである」。にもかかわらず、上記説明をもしなかった上告人には、信義則上の説明義務違反があったというべきである。「一般に、チーム医療として手術が行われる場合、チーム医療の総責任者は、条理上、患者やその家族に対し、手術の必要性、内容、危険性等についてその説明が十分に行われるように配慮すべき義務を有するものというべきである。」「しかし、チーム医療の総責任者は、上記説明を常に自ら行わなければならないものではなく、手術に至るまでの患者の診療に当たってきた主治医が上記説明をするのに十分な知識、経験を有している場合には、主治医に説明をゆだね、自らは必要に応じて主治医を指導、監督するにとどめることも許されるものと解される」。

本件では、チーム医療の総責任者が、手術における執刀医でもあり、他の助手であった医師も部分的に執刀しているのであるが、その助手の一人である主治医による説明が不十分としても、その主治医が十分な知識、経験を有している場合には、総責任者によるその指導、監督があったとき、総責任者は、主治医の不十分な説明に対する不法行為責任を負わないとした。

、 「チーム医療として手術が行われるに際し、患者やその家族に対してする手術についての説明を主治医にゆだねたチーム医療の総責任者が、当該主治医の説明が不十分なものであっても説明義務違反の不法行為責任を負わない場合」法律時報81巻3号117頁以下、手嶋 豊「チーム医療における説明義務」平成20年度重要判例解説(2009年)ジュリスト1376号89頁以下、高橋 譲・[時の判例]ジュリスト390(2009年)135頁以下、水野 謙・前掲判例評論606号152頁以下、川崎富夫「チーム医療の総責任者が手術説明について患者やその家族に対して負う義務」年報医事法学24号164頁以下。

3. 説明の相手方

医師の説明義務が向けられる相手方は、治療を受ける患者である。ここで問題となるのは、患者に同意能力がない場合であり、子供や意思ないし理解能力がない成人に対する説明である。

当該の医療侵襲の意味と射程に対する概要に関する理解力があり、その是非に対する判断をなしうるかどうか重要である。有効な同意に必要なのは、法律行為能力（わが国においては20歳、ドイツにおいては18歳）ではなく、刑事責任能力年齢（14歳）でもなく、「自然的な弁識・判断能力」であるといわれる。アメルングは、「同意能力とは、合理的な決断をなすための一般的能力である」という¹⁸⁵⁾。

(1) 未成年者への説明

画一的な同意能力年齢はないといわれている。むしろ、具体的な事案のあらゆる事情を勘案して個人的な精神的・倫理的成熟性が判断されるべきである¹⁸⁶⁾。

しかしながら、ドイツでは、限界線上にあるのは、ほぼ14歳という年齢ではないかといわれている。14歳未満の子供については、同意無能力であり、親権者（親）の承諾が必要である。

これに関し、連邦裁判所は、すでに他所で論じたように1988年にいわゆる3段階説を展開した¹⁸⁷⁾。第1段階は、「日常茶飯の事案」、第2段階は、「些細とはいえない危険を伴う重大な医療侵襲」および第3段階は、「重大でかなりの広がりのある決断と著しい危険を伴う大手術」である。第1段階は、「軽い疾病と侵害」の治療の場合であり、付き添ってきた方の親に対する説明とその親の同意があればよい。第2段階の中程度の侵襲の場合には、付き添ってこなかった方の親が授権しているかどうか、それがどこまで及んでいるのかを確かめなければならない。第3段階の重大な侵襲については、付き添ってこなかっ

185) *Amelung*, JuS 2001, 942; *ders.*, NStZ 1999, 459.

186) *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 153.

187) BGH NJW 1988, 2946 ff.

た方の親の承諾を確実に得なければならない。

14歳以上の子供については、成熟度や年齢をも勘案しつつ、むしろ手術の切迫性や合併症の可能性身体に対する作用などを勘案して判断されるべきである。そして、ドイツの判例においては、日常的な治療であればあるほど、命にかかわる手術で緊急を要する手術であればあるほど、また、年齢が成人に近づけば近づくほど、弁識能力があり、親と意見が分かれた場合でも、子供が単独で決断しうる権限をもつと解されている¹⁸⁸⁾。

連邦憲法裁判所は次のようにいう¹⁸⁹⁾。「親権は、義務と結びついた権利として、子供の福祉に資する。それは、その本質と目的に従って、子供が、生活関係を独立に判断するに十分な、そして、法的取引において自己答責的に参加するに十分な成熟度をもつ年齢に達したとき、後退しなければならない。子供のために、また、その人格の発展のために存在する権利として、その権利は、子供が成熟すれば、余計となり意味がなくなるのは、その構造による。様々な生活領域と行為領域にとっての青少年の決断能力は、原則として異なって発達するので、青少年の教育の必要性和自己決定能力の間の衡量がその都度必要である。その際、極めて個人的な権利の行使については、たしかにいまだ未成熟な者ではあるが、すでに判断能力のある者は、彼にその人格のゆえに与えられる権利を独立に行使することができるという原則が妥当しなければならない」。

このようにして、有効な同意の前提条件としての医師の説明は、未成年者の年齢とそれらの者に対する侵襲の重大性・切迫性・危険、後遺症の結果等を勘案して、未成年および両親に対して適切な範囲・程度と方法において行わなければならない。

(2) 弁識能力のない成人の患者への説明

成人の患者でも、意識不明の状態に陥っている場合、事故のショック状態にある場合、精神的に混乱している場合、激しい苦痛がある場合等について、治

188) *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 155. BGHSt 12, 382.

189) BVerfGE 59, 360, 387.

療行為の必要性と意味を弁識しその意思をそれに従って決定することができないときに、弁識能力がないことによって同意の必要性がなくなるわけではない。もちろん、直ちに同意の権限が次の関係者に移るわけではない。ただし、例えば、配偶者や成人したその子が配慮権限を与えられている場合は別である。民法（1896条）により、職務上、または申し立てにより世話人が選任されなければならない。しかし、侵襲を延期するなどの時間的余裕がない場合には、親族を通じて患者の現実の、ないし推定的意思が推測される限りで、親族の意見が意味をもつ。

（3）近親者への説明・手術拡大時の近親者への説明

患者本人に意思能力・弁識能力がある場合、未成年者や精神疾患を持つ患者についても、本人ではなく両親や配偶者などの近親者のみに説明することによって説明義務が果たされたということとはできない。問題は、本人に加えて近親者にも説明することが必要かどうかである。

ここで、ドイツ連邦裁判所の1989年の民事判例¹⁹⁰⁾を検討しておこう。事案は、以下の通りである。当時39歳の原告が、1979年に左眼に異状を感じ、ある病院（第1被告）の医師（医長＝第2被告）を訪れ、診断を受け、網膜剝離の治療のため組織を摘出し、大学病院で組織学上の検査を受けるためにそれが送られた。大学病院の教授は、おそらく脈絡膜の網膜組織上の細胞肉腫（Retikulumzellsarkom）が問題だとして、患者を内科的に徹底検査することが必要と暫定的に返答し、リンパ節が大きくなっているかなどを問い合わせ、その後、組織学上の結論が出た後、悪性のリンパ節の腫瘍であると連絡をした。第2被告は、患者にCT検査を施したが、悪性の所見は出なかった。患者は3年後に再び同病院を訪れ、今度は右眼の異状を訴えたところ、CT検査により頭に病巣が見つかり、早速、細胞増殖抑制治療を受けたが、眼病を原因とする労働不能に陥った。第1被告が、左眼の病気とその細胞学的所見につき説明せず、更に検査が必要と説明しなかったことを理由に、損害賠償を請求した。連

190) BGH, MedR 1989, 322. (連邦裁判所1989年5月30日判決)

邦裁判所は、施された治療について医療水準を充たさないものとした後、説明義務について、次のようにいう。「原告への医療上の助言は、その近親者への説明によって代替され得ない。このことは、控訴審自身が適切に認めている。原告は、成人した、自立した人間である。したがって、説明され、助言され、患者としての協力を求められるべきであった。原告は、その『精神的不安定』によりがんの診断の開陳に堪えないだろうという第1被告の詳しい事実報告によって証明されていない表象は、原告人とはなくその父親と妻とのみ話し合うことを第1被告に正当化しない」。……「このような方法によって医師は、患者に治療の説明をするその任務を済ませてしまうことは許されない。医師は、原告にその診断所見とそこから明らかになる帰結を、もとより相手を思いやる形で開陳することができ、しなければならなかったであろう」。

それでは、精神に障害をもつ患者に対しては、説明義務は認められるのであろうか。これについては、わが国の民事判例を参考にしよう。それによれば、「意思能力、判断能力を有していたこと」が「明らか」であった精神障害者に対する精神外科手術につき、「医療は生体に対する医的侵襲であるから、これが適法となるには、患者の生命又は健康に対する害悪発生の緊急の虞れの存するとき等特別の場合を除いて、患者の承諾が必要というべきで、患者の自己決定権に由来する右の理は、精神衛生法上の強制入院たる措置入院させられた精神障害者に対しても、右措置入院が当然には治療受忍義務を強いるものではないことから、適用され、更に、同人が医師の説明を理解し、治療を受けるか否かの判断能力を有する場合には、患者本人の同意が必要であって、近親者の同意では足りないと解すべきであり、特に、精神外科の如き治療法は患者に与える影響の重大さから、より一層患者本人の同意が尊重されねばならないというべきである」とする¹⁹¹⁾。

さらに、別に詳しく検討を加えた手術中の手術の拡大の問題の一つであるが、手術中に手術の拡大の必要性が生じた場合に、近親者の同意のみを得て手術を拡大することの患者本人の同意を採らなかった場合に、説明義務違反があると

191) 名古屋地判昭56・3・6判時1013・81。

いえるのかという問題に触れておこう。これに関しわが国の民事判例においては、手術中に子宮筋腫が発見されたが、患者の姉に説明し、その承諾を得たのみで患者本人の承諾を得ずに子宮全摘手術を行った事案につき、「原告の子宮筋腫について、緊急に手術を要したわけではなく、一旦閉腹して原告の承諾を得ることも可能であったことが認められるから、子宮全摘術の実施は、原告の承諾を要しない場合に当たらないものというほかない。そして、原告が成人で判断能力を有している以上、親族である姉Hの承諾を以て原告のそれに代えることは許されないものというべきである」とするものがある¹⁹²⁾。

4. 説明の形式

文書による表示を必要とせず、また特別な様式に従う必要はない。署名も記録の交換も要しない。本来、医師と患者の間の信頼のある自由な対話でよい。できるだけあらゆる官僚的な形式主義からは解放されているものであるのがよい。しかし、実際には、印刷された用紙が渡され、患者が署名するという様式が用いられている。それらの様式は、平準化され、個別の事案には不正確で不完全なものとなっており、本質的な点で無内容なものとなっている。そのような説明のための用紙の証拠価値は、法的には、患者による署名があっても疑わしいとされている。署名があるからといって、説明の内容が読まれ理解されたとはいえない。内容的な説明があったともいえない。署名された用紙があることは、署名の前に説明のための対話が交わされたということに対するたんなる徴表にすぎない。

そこで、ドイツでは、説明が行われたことを記録しておくため、また、たんなる様式に形式的に限定されることを避けるために、説明は、2段階で行うべ

192) 広島地判平元・5・29判時1343・89。この判例につき、池町佐知子（藤山雅行編著）『判例にみる医師の説明義務』299頁以下参照。ほかに、東京地判平13・3・21判時1770・109も、夫の同意のみで子宮全摘をしたことが違法であるとする。この判例については、別稿「医療侵襲に対する患者の同意」（法学論集61巻5号49頁以下）で論じた。がん患者に対する説明義務の問題（東京地判平6・3・30判時1522・104）については、がんの「告知」の問題として先に論じた。

きであるとされている。このいわゆる段階的説明 (Stufenaufklärung) の構想は、ヴァイスアウアーによって展開され、判例によって承認されたものであり¹⁹³⁾、医師と患者の両方の利益に役立てようという目的をもつ。第1段階は、「文書による基本様式」によって行われ、手術の計画、それに伴う危険を説明する文書による形式的に様式化された基本的情報を含む説明集が手渡される。第2段階は、「口頭による説明面談」からなる。判例によれば、この第2段階が、説明の中心であり、治療の種類や期間、特有の危険、結果、失敗の確率などにつき、個人的な事柄を考慮して説明される¹⁹⁴⁾。これは理想型ではないとしても、基本的な説明と個人的な会話による説明の両者を共に可能とするための有用な妥協であるとされている¹⁹⁵⁾。また、文書による説明は、もとより後の訴訟を考慮して証拠となることが期待されている。

わが国においては、2段階の説明方式はとられていない。むしろ、医師の口頭での説明を受けたあと、文書による説明を読み、同意書を提出するという方式が取られていることが多い。説明は、合併症や副作用、危険については、網羅的・包括的であるが、その危険の発生の程度・確率などは文書にはされていない。むしろ、患者の質問に基づき医師が口頭で回答するという形態で、説明されるが、質問がない場合には説明されないことの方が多いと思われる。

5. 説明の時点

同意は、治療の開始時までには与えられていなければならないのであるから、説明は、患者が手術等の医療行為を受けるか受けないかを静かに熟考することができ、時間的に急かされることがないように、早めに与えられる必要がある。もとより、生命に対する危険が迫っているときには、侵襲の直前でも仕方がな

193) *Weissauer*, Notfallmedizin, Bd. 6 (1980), 720; BGH JZ 2000, 898: Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 124.

194) 説明においては、個々の患者の個人的事情を考慮して、その健康状態、体調を踏まえて説明されるべきだとするいわゆる「説明の個人化」が説かれている (vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 124 f.)。

195) *Geilen*, a. a. O., S. 359.

い¹⁹⁶⁾。具体的にどの程度の時間的間隔をあけた方がいいのかは、個別の事情により、説明の意味や目的、また、侵襲の重大性や切迫性による。あまり深刻でない手術や麻酔の危険についての説明については、治療の1日前であってもかまわない。麻酔については、具体的な事情に依存し、正確に予測できないから、切迫した段階であってもよいとされている。患者がディレンマに陥り、問題がある場合であれば、時間的間隔は長くなければならない。危険に関する説明が侵襲の日に行われるというのは、遅すぎる。手足を切開する手術については、「通常の」侵襲と「大きな」侵襲とで区別される。通常の侵襲の場合には、説明は、病院内の組織上の事情等を考慮して手術の日でもかまわない。しかし、手術室の前での説明は、患者に「もはや進行を始めた事象経過から逃れられない」という印象を引き起こすのであり、遅すぎる。診断のための侵襲に関しても、連邦裁判所によれば、原則として、侵襲の日に行われれば十分とされる。

「しかし、そのような場合には、患者には、侵襲の種類とその危険に関する説明との関係で、患者が侵襲を受け入れるのかについては独自の決断に委ねられていることを明らかにされなければならない。このような熟慮と決断を行うことができるよう、診断のための侵襲の前にも、十分に機会が与えられなければならない。しかし、患者が……すでに説明の間にそれに引き続いて行われる侵襲の実施を予定しなければならず」、したがって、すべては準備され、いまやもはや事は進行しているのだとの「印象を抱くときには、十分な機会が与えられたとはいえない」¹⁹⁷⁾。

6. 説明義務の制限

1. 説明義務の制限の意義

治療行為には、無数の危険が伴う恐れがあるのが普通である。したがって、すべての危険について説明することは、実際上は困難となる。そこで、医師は、患者に極めて稀にしか発生しないような合併症について説明するという義務が、

196) Schöch, a. a. O., S. 62.

197) BGH NJW 1995, 2411.

どの程度のものなのかを見極めなければならないという難問に直面する。つまり、医師が侵襲の稀な危険についても、より包括的に説明に含めなければならないとすればするほど、説明義務のある危険について説明しないという危険が高くなり、可罰的となる危険が大きくなる。

そこで、危険に関する説明を、一定の危険についてははじめから医師の説明義務から取り除いておくことによって、制限することが必要となる。

2. 民事判例における原則と責任限定

(1) 包括的損害賠償責任の原則

ドイツの民事判例によれば、説明の瑕疵は、それを原因として結びつくすべての損害結果に対する責任を根拠づけるものとする。このことは、いずれにせよ、考えられる最も重い危険に関する説明を含めた侵襲の種類と重大性の程度についての基本的な説明が欠けているときに妥当する。学説においては、不十分な説明による損害賠償義務は、義務に反して説明されなかった危険がまさに実現した場合に限定すべきであるという立場が唱えられてきたが、そのような立場は、上級ラント裁判所の判例においてはたまに見られるが、連邦裁判所の判例には見られない¹⁹⁸⁾。最近の判例においても、連邦裁判所は、患者の同意は、不可分である、それは、孤立して、個別の危険に関係するものではなく、侵襲全体に及び、同じ種類のある一つの説明事項の部分のみに関する義務違反的な違反を行えば、全体としての説明が違法となるとしている¹⁹⁹⁾。したがって、医師の部分的に欠陥のある説明でも、同意が全体として無効であり、治療行為が全体として違法であり、医師は、原則として治療の間に実現したすべての危険に対して責任を負わなければならないということになる。

1989年2月14日の連邦裁判所の民事判決においては、「患者の侵襲に関する十分な説明がなかったけれども、説明されなくてもよかった侵襲の危険のみが実現されたというとき、患者の身体と健康の被害と説明がなかったこととの間

198) *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, a. a. O., S. 126.

199) BGHZ 106, 391=NJW 1989, 1533; BGH NJW 1991, 2346, 2347.

の帰属関係が存在しないとされるのは、個別の事案の評価的な考察において、説明義務のなかった危険が、患者にとっての意味と効果に従い、説明されるべき危険とかけ離れているとき、そして、患者が侵襲の一般的重大性の程度に関しては、少なくとも情報を与えられていたときにのみである」とされている²⁰⁰⁾。事案は、コルチゾン含有薬の肩の関節内注射に関するものであるが、その際、稀ではあるが、肩コリを引き起こす可能性のある関節の感染の危険が、説明義務の対象であった。なお、この感染は、完全にコントロールはできず、敗血症により患者が死亡することもあった。

本判決においては、「いかなる事情のもとで、場合によっては、医療侵襲があった時に説明義務があった危険とは異なった危険が実現したときでも、医師の損害賠償義務が存在するのかという問いは、判例と学説において異なって答えられている」として、ちなみに、「本法廷は、その BGHZ 90, 96 以下において公刊された判決においてありうる診断のための侵襲の痛みに対する必要な説明を行わなかった医師に、説明義務がなかった治療の、一時的に痛みから生じた所見の侵害に関係しない危険の実現から生じる損害を責任法上帰属させなかった」とする。そして、「結論としては、そのような法的問題は、この争いのある事案においては、被告の説明義務違反と、それによって発生した損害の間には、保護目的連関においても責任法上帰属連関が存在するというように答えられるべきだと」²⁰¹⁾という。連邦裁判所は、「この損害、すなわち患者の死亡は、一般的侵襲危険とは関係のない領域に属するのではなく、逆にまさに、説明の際に大まかに全体的に説明されるべき、事情によっては重大な結果をもたらす感染の危険の結果である。したがって、その損害は、侵害された行為規範の保護範囲から外れることなく、したがって、医師によって賠償されるべきである」²⁰²⁾とした。

200) BGHZ 106, 391.

201) BGHZ 106, 397=NJW 1989, 1533.

202) BGH 106, 401. ただし、本判決は、後述のように包括的損害賠償責任の例外を認める。

(2) 近時の判例における包括的損害賠償原則の例外

しかし、最近の判例²⁰³⁾では、この包括的損害賠償責任の例外が、二つの場合につき肯定されている。まず第1に、まさに説明されなければならない、実際に、説明もされたその危険が実現したという状況においては、説明の際に、他の危険についても説明されることが必要だったのかどうかは、原則として、何の役割も果たさないとされた。むしろ、患者は、実現した危険を知りつつ同意を与えたのであり、したがって、説明義務の規範の保護目的に従えば、その侵襲からは何ら責任は演繹されえないというのである。すなわち、他の危険について示唆を与えていたとしたなら、同意が与えられていなかったかどうかについての考察は、頭の中だけのことであり、したがって損害賠償請求の基礎ではありえないというのである。

もうひとつの、連邦裁判所の包括的損害賠償責任の例外とされる場合とは、患者が、必要な基本的説明は受け、したがって、患者に適切な危険の意識は伝えられたが、説明義務がありかつ実現した危険が、作用しうる方向に関して、ならびに患者の将来の生活の在り方に対する意味に従えば、相互に無関係であるとき、したがって、これらの危険がまったく関係なく並立していたときである。この場合、「違法性連関」(Rechtswidrigkeitszusammenhang)が否定される。例えば、先の判例の事案において、医師が、義務に違反して、患者は、直腸内視鏡検査(Rektoskopie)の際に、ひょっとすると、著しい痛みを耐えなければならないということを説明しなかったところ、直腸内視鏡検査の途中で、患者は、痛みを感じることはなく、腸穿孔(Darmp perforation)が発生したが、この腸穿孔の危険については説明義務はなかったという場合である。連邦裁判所は、このような場合においては、説明義務の保護目的を評価的に考察するなら、そのゆえに侵害が違法となる権利侵害は、外面的・偶然的にのみ発生した損害の中に表現されたのであり、したがって、帰属が否定されるべきであるとする²⁰⁴⁾。

203) BGH 144, 1, 7 f.=NJW 2000, 1784; BGH VersR 2001, 592.

204) BGHZ 106, 391, 400=NJW 1989, 1533.

しかし、これは、あくまで稀有な例外であって²⁰⁵⁾、すでに論じたように本件では、連邦裁判所は、医師の責任を肯定した。

3. 説明義務の発生する危険と発生しない危険の区別

(1) 両者の区別基準

まず、危険の説明義務は、もっぱらその実現の蓋然性の程度によるのではない。統計上の危険度にはあまり価値はないからである。危険の頻度ではなく、当該の危険がその侵害に特殊的に伴うものか、その実現の際に患者の生活にとくに負担となるかが決定的である。したがって、極めてまれな危険でも、説明義務に含まれることがある。当該副作用が患者に不利益であり、持続的に影響するものであればあるほど、稀な危険についても、それだけ説明が必要となる。したがって、患者の決断に対するその重大性と効果にかんがみて意味を持たないと予測されるような危険に関してのみ説明義務から除かれる。判例によれば、「極めて実現することが稀であってその発生が当該の患者の事案についても非常に蓋然性が低²⁰⁶⁾く、その状況における合理的な人間にあっては、治療に同意する決意にとって、真摯に重要ではないほどである危険については、患者は説明される必要はない。同じようにして、説明は、ひょっとして発生するかもしれない不利益な治療の付随効果が、治療しなかった場合の結果よりもはるかに重大ではなく、患者の状況に身を置く合理的な人間が、治療を受けまたはそれを拒否する意思決定にとって重要であるとみなさないとき、不要でありうる」。また、このようにして「予測的な観察に従って、患者に立場における合理的な人間がその具体的な状況において兆候の切迫性を勘案して、患者に提案されている治療に対して賛成ないし反対する決断をなしうるために、知りたいと思うと推定されること」²⁰⁷⁾が、説明義務に含まれるのである。

しかし、この合理的人間としての患者を基準とするという見解は、学説にお

205) *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, a. a. O., S. 127.

206) BGH, Uteyl v. 16. 10. 1963, NJW 1963, 393 ff.

207) OLG Celle, Urteil v. 15. 6. 1981, VersR 1981, 1184 f.

いて批判されている。

(2) 説明義務の保護範囲

説明義務違反は、同意の有効性の条件である。したがって、説明義務違反があれば、同意は無効になり、構成要件該当性が阻却されず、または、違法性が阻却されないことになる。そもそも説明義務がまったく果たされなかった場合は別にして、一定の事項については説明義務が果たされたが、別の事項については説明が行われなかったところ、説明義務違反とは無関係なところから、結果が発生した場合、同意がすべて無効であって、傷害罪等が成立することになるわけではない。説明義務には、保護範囲があり、その保護範囲の外に位置する事実からの結果の発生は、同意の無効を主張できない。

ドイツの民事判例は、後述するように、そのほかに医師が説明義務を怠ったが、説明義務を尽くしていたとしても、患者は同意していたであろうといういわゆる仮定的同意がある場合、損害賠償義務を負わないとする。この考え方が、刑事判例に採用され、学説の中にもこれを根拠づける見解が唱えられるようになり、これに対する賛否両見解が対立した。

4. 刑事事件における説明義務の保護範囲

医師が、説明義務を怠ったが、このことが、必ずしも必然的に、その医師が、治療から生じたあらゆる危険に対する責任を負わなければならないということではない。患者の同意を得て行われた侵襲の結果として、侵害された説明義務の規範の保護範囲の外に存在する危険が実現した場合、医師の可罰性がなくなるのは具体的にいつなのかについては、判例も詳しく述べていない。しかし、説明の瑕疵が代替治療に対する指摘を行わなかったという点にのみあって、患者は、侵襲の種類と重要性について基本的な説明を受け、またありうる重要な侵害についても情報を与えられていたという場合には、保護目的思想が作用する。つまり、(説明されなかった)治療方法の特殊な危険がそもそも実現しなかったという場合である。ウルゼンハイマーが挙げる例によって説明しよう²⁰⁸⁾。

208) Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 177 f.

ある子供が、麻酔事故の結果としてではなく、外科手術の後の合併症にもとづいて死亡した²⁰⁹⁾。しかし、患者の親に麻酔の危険について十分に説明しなかったという点に関して、捜査の手は麻酔医に及んだ。麻酔医の説明義務は、患者に予想外の麻酔事故に対して保護し、患者がその危険を知らない麻酔手続に同意することを予防するという目的をもつ。しかし、この麻酔の危険が、具体的事例においては実現したのではなく、子供の死亡は、麻酔医がその危険につき説明していなかった外科的措置に発したのであるから、子供の死亡は、麻酔医の説明義務違反の保護範囲には入らないというのである。

保護目的論を援用して医師の責任を否定する判例もある。他の実現しなかった危険については、説明はなかったにもかかわらず、説明されるべきであった危険のみが実現した場合については、医師の責任が否定される²¹⁰⁾。説明義務を伴わない危険のみが実現したが、患者は少なくとも最悪の、考慮されるべき危険に関する説明によって基本的説明を受けていたときも同様である²¹¹⁾。ウルゼンハイマーは、「説明の不足を援用することが、患者による説明義務の濫用である」とされるときにのみ、保護範囲論による医師の賠償責任の否定が行われていると結論づけている²¹²⁾。

7. 仮定的同意？

1. 民事法における仮定的同意

(1) ドイツ民事法における仮定的同意

民事判例において、「仮定的同意」の考慮が、説明義務違反の損害賠償範囲に制限を加える法概念として展開され、それが刑事判例にも影響を及ぼし、学説においても、賛否両論に分かれて、この法概念の適正と有用性について、議論されるに至っている²¹³⁾。

209) Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 177 f.

210) BGH VerR 2000, 725; NJW 2001, 2798.

211) BGH NJW 2001, 2798.

212) *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 179.

213) この問題につき、詳しくは、山中「医師の説明義務と患者のいわゆる仮定的同意」

説明義務違反のために損害賠償請求をされた医師ないし病院は、規定に沿った十分な説明が行われていたとしても、患者は、同じように、侵襲に同意していたであろうと主張できた場合、説明義務違反を理由に損害賠償を問えないというのがその原理である。判例は、この「仮定的同意」の抗弁を認めている²¹⁴⁾。それは、権利濫用的に主張される説明義務違反に対処するためである。しかし、これによって、患者の自己決定権が迂回されることがないように常に注意を払っている。

すなわち、仮定的同意の証明には、裁判所は、厳格な要件を課している。医学的適応があるということは、いかなる場合にも同意されていたであろうという仮定の拠り所となりうる。そこで裁判所は、「合理的な患者」の立場が、決め手となるのではなく、むしろ、まさに当該の患者がその特殊性と固有性をもってその当時具体的な状況において同意したであろうということが重要であるとする。認定する裁判所には、その確信を形成するに当たって、反対の根拠が欠けるがゆえに、病人は、通常は、比較的高い蓋然性をもって、比較的低い危険において健康の確実な回復につながる医学的適応のある侵襲に対する同意

「意について」神山古稀祝賀（第1巻・2006年）253頁以下、278頁以下。その後のドイツにおけるこの問題に関する文献の検討を含めて改めてこの問題を採り上げ、自説を展開したドイツ語文献として、vgl. *Yamanaka, Kritisch-dogmatische Überlegungen zur hypothetischen Einwilligung*, in: (Hrsg.) Bloy/Böse/Hillenkamp/Momsen/Rackow, *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht (Festschrift für Maiwald)*, 2010, S. 865 ff. なお、同じテーマを取り扱ったわが国の文献として、武藤真朗「医師の説明義務と患者の承諾——『仮定的承諾』序説——」東洋法学49巻2号（2006年）5頁以下、同「いわゆる仮定的承諾について——医師の説明義務と患者の承諾——」刑法雑誌47巻3号1頁以下、民法の分野におけるこの問題については、河原 格『医師の説明と患者の同意』208頁以下参照。

214) Vgl. BGHZ 29, 176, 187=NJW 1959, 814; BGHZ 90, 103, 111=NJW 1984, 1397; BGH NJW 1994, 799, 801; 1996, 3073, 3074; 1998, 2734; 2005, 1364; BGHZ 172, 1, 14=NJW 2007, 2767. 判例は、当初は、この概念を用いるのには謙抑的であったという。「仮定的な内心の事実」が実際に「このようにして」認定されるものかどうかというのである（BGH VersR 56, 406. Vgl. *Edlbauer*, a. a. O., S. 252.）。判例の中には、仮定的同意によって、いったん認定された「違法性」は「除去」できないとするものもあった（BGH VersR 59, 355.）。

に至ることが多いという経験を援用することは許されないというのである。

しかし、このような患者の個人的な事情を基準とするなら、極端にいうと、患者が「同意しなかつたらう」と主張しさえすればよいことになり、医師の立証責任が重くなりすぎる。そこで、その間の「妥協」として、患者側は、「明白な根拠」（Plausibilität）をもつてもし十分な説明があったならば同意に至っていなかつたらうという反証を挙げなければならないが、そのためにはその場合同意するかどうかにつき「葛藤ないし迷いの状態」に陥っていただろうという反証で十分だとするのである²¹⁵⁾。これについては、さらに後述する。

（2）わが国の民事判例

わが国の民事判例において、仮定的同意の問題につき論じたものとして、前掲東大脳動静脈奇形（AVM）事件判決がある²¹⁶⁾。

（事実）患者Eは、T大学病院を受診し、脳動静脈奇形（AVM）と診断され入院した。医師らは、将来の出血の可能性を考え、摘出手術を妥当と判断し、患者および家族の同意を得て手術を行った。手術は難航し出血があり、輸血を要したが、その後、患者の意識は徐々に回復したにもかかわらず、急に意識レベルが低下し、再開術が行われ、血腫の除去などが行われたにもかかわらず、著しく脳が腫脹し、患者は2日後に死亡した。患者の家族らが手術時の過失とともに手術の適応・危険を含めた医師の説明義務違反を問うた。

（判旨）過失の認定は否定され、説明義務違反については肯定した。「治療行為にあたる医師は、緊急を要し時間的余裕がない等の格別の事情がない限り、患者において当該治療行為を受けるかどうかを判断決定する前提として、患者の現症状とその原因、当該治療行為を採用する理由、治療行為の内容、それによる危険性の程度、それを行った場合の改善の見込み、程度、当該治療行為をしない場合の予後等についてできるだけ具体的に説明すべき義務がある」。「A医師は、原告Mらに対し、AVMについての一般的説明、Eに対して手術をする理由、手術

215) これについては、vgl. *Edlbauer*, Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrekativ, 2009, S. 255 ff.; *Ulenheimer*, a. a. O., S. 180 ff.

216) 東京地判平4・8・31判時1463・102。評釈として加藤新太郎・医事法判例百選128頁以下。

を行った場合の改善の見込みについては一般的な説明をしているものの、家族が最も知りたいと思っていた手術の危険性及び手術をしない場合に将来発現が懸念される症状について、単に抽象的に述べたに止どまり、具体的な説明もせず、また、それらの危険性を対比して説明するということも十分行わなかったものと認めざるを得ない」。

「本件は、実際に開頭して手術を進めてみると予想外に癒着が強く、手術が困難を極め、結果的には不幸な帰結に至ったものの、被告病院の設備とスタッフを考えれば、手術前にはそれほど高度な危険性を伴う手術とみることはできなかった。これらの事実を併せ考えると、Eが担当医らから十分な説明を受け、手術にある程度の危険を伴うことを具体的に知らされたとしても、手術を承諾した可能性を否定することもできない。そうすると、担当医らがEに対して十分な説明をしておればEが本件手術を承諾しなかったかどうかは必ずしも明らかではなく、担当医らが必要な説明義務を尽くさなかったこととEが死亡したこととの間には相当因果関係があるとはいえない」。

本件では、医師の十分な説明があったとしても、患者は手術を承諾した可能性を否定することができないとする。そして、結果的には、説明義務違反と「死亡結果」との間の「相当因果関係」を否定する²¹⁷⁾。

この因果関係の認定につき、① 当該患者が同意したかどうかを基準とすべきだという見解（主観説）、② 一般的な患者を基準にするという見解（合理的患者説）、③ 裁判所が判断するという説（客観説）がある²¹⁸⁾。本判決は客観説をとる。民事法で、そもそも「仮定的因果関係」を認めるのであれば、説明義務違反と「同意」との条件的な「因果関係」も、「相当因果関係」も問題にすることができるともかもしれない。そのことを前提にしても、因果関係の「認定」を

217) ほかに、AVM（脳動静脈奇形）の全摘出手術を受けた患者に重篤な障害が残ったことにつき、担当医師らに治療方法の選択等の落ち度は認められないが、手術の危険性や必要性についての説明が不十分であったとして、慰謝料の支払を命じた判例（東京地判平8・6・21判時1590・90）がある。本判決では、説明義務違反による損害額について、障害との相当因果関係を否定し、精神的損害のみを認めた。判例評釈として、金川琢雄・判例時報1606号（判例評論463号35頁）197頁以下、山田洋一郎「各論⑤ 医療〔判例分析50〕」判例タイムズ1178号212頁以下参照。

218) 塚本泰司・医療過誤判例百選（第2版・平成8年）21頁参照。

行うのは裁判所であり、その因果関係の判断の「基準」は、「患者本人」か、それとも想定される「合理的患者」かであり、「裁判所」と同列にすることはできないと思われる。この判断基準に関しては、結論としては十分な説明があれば同意していたかどうかは、一般人ではなく、あくまで本人の問題なので、基準とされるべきは、たとえ認定は困難であっても、理論的には当該患者本人であるべきであろう。

他方、新潟地判平6・2・10判タ835・275においては、説明義務違反を認められた後、さらに、「また、前記のとおり本件手術の有効性や必要性には重大な疑問があったのであるから、担当医らが説明義務を尽くしていれば、原告が本件手術を受けなかった可能性が高く、本件手術を受けなければ原告に本件後遺症が生じる事もなかったことが認められ、いずれにしても担当医らは原告に生じたすべての損害を賠償する責任があると言わなければならない。したがって、被告は民法715条により原告が被った損害を賠償しなければならない」として、条件関係を肯定する。問題は、これが理論的に「説明義務違反」と「同意」の「因果関係」の問題かどうかである。

(3) ドイツ民事判例における仮定的同意

民事判例では、このように、医師の説明義務違反があった場合に、医師は、患者の仮定的同意を援用して、義務違反がなくても患者の同意は得られていたであろうと主張して責任を免れることができることになっている。しかし、医師によって無制限にこの主張がなされると、患者はほとんど勝訴の見込みがなくなる。そこで、民事判例では、仮定的同意を援用して、医師がその責任を免れるのは、「極端で例外的な場合に限定されている」²¹⁹⁾。

まず、立証の問題であるが、医師が説明義務を尽くしていたとしても、患者は同様に同意していたであろうことを主張しなければならない。その場合、患

219) *Ingeborg Puppe*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative—Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 3. 3. 1994 und 29. 6. 1995, GA 2003, 773. これにつき、山中・前掲神山古稀（第1巻）264頁以下参照。

者は、これに対抗するに、もし異なった治療方法に関する説明があったなら、患者は、「深刻な決断の迷いの状態」に陥っていたであろうと立証すれば反証として十分である。また、完全な説明が行われていた場合、患者は同意していたであろうと判断する場合の「患者」は、本人に代わる通常の「合理的な患者」であってはならない。その患者「本人」なら同意していたであろうという場合でなければならない。しかし、本人が、実際に行っていない場合に、仮定的に、一定の迷いに陥ったかどうかを判断し、立証することは困難である。したがって、患者が、そのような迷いが生じたことを明らかにすれば、医師が仮定的同意を援用することは事実上すでに意味がなくなるのである。

実体法的には、医師の説明義務は、侵襲の重大性、その手術の効果、回復の見込み・危険性、その他その手術によって生じる生活上の負担などの基本的な事項については、「大雑把に全体的」に説明がされなければならない。説明義務によってカバーされた以外の危険が発生する場合にも、医師がそれだけで責任を免れるわけではない。上で検討した判例によると、「極めて稀有な、説明義務のない危険が実現したときも、侵害された行為規範の意義と目的に照らして、手術から生じた全損害に対して責任を負わなければならない」が、「例外は認められる」のである²²⁰⁾。この判例の事案では、以下で検討する1984年判決の事案と異なり、この例外にはあたらないとした。

以上の訴訟法上・実体法上の制限から、医師が、実際に、仮定的同意を立証して賠償責任を免れるのは極めて困難であるといえる。

(4) 1984年連邦裁判所判決

ドイツの刑事判例において仮定的同意の問題が取り扱われたのは、民事判例の影響を受けている。それらの民事判例の先駆けとなった1984年2月7日の民事判例²²¹⁾の事案はおおよそ以下の如くである。

220) BGH NJW 1991, 2347; Vgl. *Lothar Kuhlen*, Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung, Festschrift für Heinz Müller-Dietz, S. 437.

221) BGH NJW 1984, 1397. 山中・前掲神山古稀(第1巻)261頁参照。

医師の説明義務（2・完）

医師が、首のリンパ腺が腫れた患者にホジキン病（＝リンパ内腫症）と診断し、上半身にコバルトの遠隔照射を行ったが、その際、患者に手渡した「照射を受ける患者のための説明書」に脊椎損傷の危険については書いてなかった。患者は、照射を受けはじめて約14日後、嚥下障害、呼吸時の痛み、その後、さらに腰を曲げたときに脊椎に沿った痛みを感じるようになり、一年以上経って、脊椎横断麻痺が発症するなどの症状が出た。医師に対して損害賠償を請求した。この事案につき、連邦裁判所は、① 医師は、脊椎の治療を行う際には、その脊椎横断麻痺の危険が稀有で、その治療法をとらなかった場合でも高い蓋然性をもってその病気を原因として実現していたであろうといえる場合にも、脊椎横断麻痺（*Querschnittslähmung*）の危険について患者に説明する義務を負わされているとし、② 医師が説明義務を果たしていないと主張する患者は、規則通りの説明があった場合には、患者の視点から見て、決断の迷いに立たされていたし、そこから当該の治療が拒否されることが合理的であることを説明し、立証しなければならないとした。

この判決は、仮定的同意に関する連邦裁判所民事第6部の一連の判例のリーディングケースとなったものである。

次いで、1989年2月14日の連邦裁判所の判決²²²⁾においても、肩の関節の痛みを止めるため注射を行い、その後、敗血症により死亡したが、注射の際、間接の硬直が起こる可能性について説明を怠るという説明義務違反があったという事案で患者側は、規則通り説明が行われていたなら、患者は決断に迷いが生じていたと主張した。すなわち、患者は説明義務のある危険、つまり、感染を引き起こす間接の硬直の危険ではなく、別の危険、つまり、注射によって引き起こされた感染の後の死亡につながる敗血症の危険が実現したものであるとして、生じた損害は、行為規範の保護範囲に含まれないと主張した。これに対して、連邦裁判所は、危険に対する説明は、「大雑把に全体的に」行われればよいとして、本件では、まさに医師によって告げられた侵襲の危険が実現したといえるものとした。かくして、患者の死亡の結果という損害は、まさしく大雑把で全体的な説明に相応する、事情によっては重大な結果となる感染の危険の

222) BGHZ 106, 391=JR 1989, 286. 山中・前掲神山古稀（第1巻）261頁以下参照。

結果であるというのである。

さらに、1993年11月9日の連邦裁判所の判決の事案では、仮定的同意があったとする原審の判決を破棄していることで注目に値する。

事案は、被告である歯科医師の親知らずの抜歯治療を受けた原告が、顎の神経を傷害され、骨髄炎になり、何度も手術が必要となった医療過誤の損害に賠償を請求したものである。医療過誤であるとして、原告は、施術された侵襲の範囲と危険につき十分な説明がなかったことも申し立てた。原審は、行われた侵襲は、違法ではなかったとし、その理由として、もし十分に説明していたなら患者は決断の葛藤に陥っていたであろうという点と、もし十分に説明していても同意していただろうという点を挙げた。

これに対して、連邦裁判所は、もし実際に真剣に考慮すべき抜歯に対する対案が示されていたなら、原告は、すぐに抜歯させず、後に静かに知り合いの歯科に行くか、外科に行って治療を受けるかを考慮する時間をとるため、初診であった被告の医院ではとりあえずは、薬で痛みを抑えるという治療を選択していただろうというのである²²³⁾。

2. 刑事法における仮定的同意

前述のように、ドイツの刑事判例においては、民事判例の影響を受けて仮定的同意が考慮されているが、これを考慮する判例は、すでに1963年にさかのぼる。

(1) 先駆的判例

1963年6月28日の連邦裁判所の判例で、左の睾丸に膿瘍ができた患者に、医師ががんの疑いを持ち、両方の睾丸を摘出することが必要となるかもしれないことにも言及したが、経験上、手術の拡大につき説明する義務はないと思っていたところ、手術の途中で両方の摘出が不可避だと判断し、摘出したという事案につき、連邦裁判所は、「左の睾丸がいずれにせよ摘出されなければならない

223) BGH NJW 1994, 801.

いであろうという説明を受けていた場合には、その同意を得られなかったであろうというときにのみ、医師に対して過失の非難がなし得る」とする²²⁴⁾。

その次にこれが問題とされたのは、1990年9月25日の連邦裁判所のいわゆる「O脚矯正事件」の判例²²⁵⁾においてであった。本件では、O脚を外科的に矯正してくれる医師を探していた患者が、矯正を受けたが、その手術方法は「医学的にありうる枠内」の措置であった。しかし、医師は、その説明において、手術方法について精通していない助手医に説明をさせたところ、骨髄炎や誤った関節形成の危険が指摘されなかったが、これが現実化し、患者は車椅子生活を余儀なくされたという事案で、連邦裁判所は、医局医によって適切に説明されていたとしても、その「義務違反は傷害の原因ではない」から、過失は成立しないとした。なぜなら、被告人は、十分に説明されていたとしても、患者は被告人の能力と技術をなお無条件に信頼しており、結論的には同意していたであろうからである。

この判例は、その当時、注目されなかったが、これらの先駆的判例を経て、この問題に俄然注目を集めることになった1995年6月29日の連邦裁判所の判決²²⁶⁾が登場する。

(2) 1995年連邦裁判所判決

（事案）被告人は、ある大学病院の神経外科の医長であったが、HW ディスク・切除術を患者に施した。首の椎間板を除去した後で、分離具として、脊椎骨の間に加工した牛の骨（サージボーン接合器具=Surgibone-Dübel）を挿入する手術であった。しかし、当時、ドイツでは、自分自身の骨か人造骨を用いた分離具を使用するのが通常であった。サージボーンを用いる場合には、ドイツ薬事法によれば、認可を申請する義務があるが、連邦健康省によって認可されていなかった。

被告人は、手術の結果、〔骨の〕削り屑による合併症が発生した。患者の一部

224) BGH JZ 1964, 231. Vgl. *Edlbauer*, a. a. O., 273 ff.

225) BGHR StGB 223 Abs. 1 Heileingriff 2. Vgl. *Edlbauer*, a. a. O., S. 277.

226) BGH JR 1996, 69=NSStZ 1996, 34. この判決についても、山中・前掲神山古稀（第1巻）255頁以下参照。

に対しては、再手術がなされた。手術の前に、患者達は、不成功に終わる可能性も含めて手術の危険性について説明を受けた。しかし、一般に使われる挿入器具の素材の差や、その特殊な長所や短所に関する説明は、被告人の指示によって、患者に不安感を与えないようにという配慮から行われなかった。すべての事案において、患者達は、それらについて説明を受けていた場合には、被告人による手術に直ちには同意していなかったであろうといえる。原審は、被告人を6件につき傷害罪で有罪とした。

(判旨) 患者が、手術に際してその経過や成功の見込み、危険、代替治療の可能性などの説明を受けずに同意したとき、その同意は無効であるという原審の出発点は、正当である。本件の6件における同意は、必要な方法で説明が行われていないので、無効であるという点も正当である。

① 用いられた「サージボーン」が認可されていなかったことについては、被告人は、患者に説明していないが、被告人は、使用されたサージボーンが連邦健康省によって認可されていないことを知らなかった。被告人が表象していたのは、他の挿入物の使用の可能性につき、患者に対する説明は必要でないということであった。つまり、被告人は、患者の同意は有効であると思っていたのであり、その侵襲は適法であると思っていたのである。正当化事情の誤認は、故意行為の可罰性を阻却する。

このような法的誤謬により原審の判決は破棄され、差し戻されることになる。新たな公判のため、次の点の指摘をしておく。

② 説明の欠如は、患者が、侵襲に対する要件を充たす説明があったなら同意しなかったであろうという場合にのみ、傷害罪での医師の可罰性を根拠づける。このことは、民法とは違い、(検察官から)医師に対して立証されなければならない。その点で疑いが残るなら、その同意は、規則通り説明されていた場合にも、与えられていたであろうということから出発されるべきである。この仮定的同意の問題については、新たな事実審裁判官は、破棄された判決よりは詳しく取り組まなければならない。

新たな事実審裁判官は、発生した削り屑合併症 (Spank komplikationen) と被告人によって侵害された説明義務の間に、必要な関係が存在するかどうかという問題に注意を払わなければならない。もちろん、医師の侵襲の判断に関する判例によれば、一切の、身体の完全性を侵害する医師の治療措置は、それが成功しよ

うと否とにかかわらず、傷害罪の構成要件を充足する。それを正当化するためには、患者の同意が必要である。患者の同意なしに行われた手術は原則として構成要件に該当し、違法な傷害であることを表す。しかし、判例のこの原則から、一切の、不十分な説明により行われた侵襲が傷害罪として可罰的となるのではない。可罰性の限定は、とくに保護目的思想の観点のもとで行われる。「ここでは、患者の同意をとって行われた侵襲の結果であるとして、侵害された説明義務の保護範囲内に属さない危険が実現した場合に、患者への説明が不十分であるとして医師の可罰性が阻却されるのは、個別の場合につき何時であるのかは決定される必要はない。しかし、いずれにせよ、それについて考慮されるべきなのは、説明不足が、代替治療に対する示唆が行われなかったことにのみ存在し、患者が侵襲の種類と程度に関する基本的説明を受けており、生じうる最も重大な侵害についても情報を与えられていたときであろう」。

(3) 2003年連邦裁判所決定

2003年10月15日の連邦裁判所の決定²²⁷⁾の事案は以下の通りである。

（事実） 被告人はある病院の神経外科の医長であったが、Aが椎間板ヘルニアで被告人の管轄する科で手術を受けた。手術に先立って行われた核スピン断層撮影により、患者の腰脊椎の脊椎部位 L4/L5 に重大な椎間板ヘルニアが、その下の脊椎部位 L5/S1 には、軽い椎間板ヘルニアが認められた。重大な椎間板ヘルニアは、手術しなければならなかった。女医Kが助手とともにその手術を行った。Kは、気づかずに、下部の L5/S1 段階につき手術し、小さな椎間板ヘルニアを切除した。翌日、患者には、下肢の麻痺現象が発生したが、それは、神経線維が傷つけられたことを意味していた。神経線維の侵害の原因は、早期再発か、あるいは、段階を間違えたことによるもともとのヘルニアの存続でありえた。レントゲンやコンピュータ断層撮影によると、明らかに段階の取り違えを示していた。Kは、そのことを上司である被告人に伝え、自分の医療過誤にショックを受けたので、相談にのってほしいと申し述べた。被告人は、患者にはミスのは黙っておき、実際には手術が行われなかった L4/L5 の部位につき早期再発のためもう一度手術が必要だと説明するように申し述べた。また、第2手術の報告書に

227) BGH JR 2004, 251=NStZ-RR 2004, 16. この判決についても、山中・前掲神山古稀（第1巻）259頁以下参照。

は、患者は早期再発があり、その際に、右の椎骨半弓と小さな椎間板ヘルニアも除去したと書くように助言した。その虚偽の説明をされて、患者は、第2の手術に同意した。すでに手術の前に、右の椎骨半弓の切除が決められていたという事情については、患者は聞いていなかった。この切除が、医学的に必要であったことは、原審が認めた。

量刑において、法廷は、患者が真実の事情を知っていたら、医学的に必要な手術に結果的には同意していたであろうし、手術は結果的に患者の意思にも利益にも相当していたと認定した。さらに、患者は、正しい情報を得ていても、第2の手術を女医Kによって行われることにも、必要性・緊急性からしてひょっとして同意していたであろうが、そのミスを知って他の医師による手術を希望したかもしれないと認定した。患者の推定的同意はなかった。結局、原審は、被告人を故意の傷害罪の教唆で有罪とした。

(判旨) 判決の認定からは、傷害教唆罪で有罪とはなしえない。

意思に瑕疵のない同意のみが正当化される。必要となった第2手術の原因に関して、欺罔によって招かれた同意は無効であった。したがって、正当化できない。

患者が、現に行われた手術に対する真実の説明をしていたら、同意していたであろうというとき、違法性が阻却される。原審は、説明不足の因果関係については開かれたままにした。因果関係の検討にあたっては、それぞれの患者の具体的な決断結果に注目されるべきである。患者は、どのみち手術しなければならなかった、あるいは、合理的判断のできる患者ならば同意していたであろうということは問題にならない。

仮定的同意について被害者に質問する場合には、その発言とともに根拠も聞き出すこと、それによって、当時の患者の決断が、患者の視点から真実の事実を発見するのに、追体験可能で、かつ、ありうる推論であるかに思わせるものであることが重要である。

本決定では、「仮定的同意」における「因果関係」の判断に関する要件を先の1995年判決に比べてより詳しく論じている。重要なのは、第1に、説明義務違反と患者の同意との間の因果関係を検討する際に、「患者の具体的決断」に着目すべきであって、「合理的判断のできる患者」の判断に置き換えてはならないということである。第2に、患者の仮定的決断に関する立証につき、「患

者の視点」から、「追体験可能で、かつ、ありうる推論」であることを立証しなければならないとしている点である。

(4) その後の判例

その後の判例でも、仮定的同意の存在を否定したものが続いている。

(i) ドリルの先端事件　まず、2004年1月20日の「ドリルの先端事件」判決²²⁸⁾では、医師が、18歳の患者の肩こりを解すため、同意を得て肩甲骨に穴をあける手術をしたところ、ドリルの刃先2 cmほどが折れて骨に突き刺さったが、肩甲骨の中に埋まったので、医師はそれを隠し、第2の手術が必要になったと欺き、数日後、第2の手術をして、欠けた刃先を取り出そうとして、承諾を求めたので、熟考の末、患者が同意したという事案が問題となった。刑事裁判所は、意思の欠缺に起因する同意は、医的侵襲の正当化事由とみなされないとして、被告人を故意の傷害で有罪とした。連邦裁判所も、真実の説明があったなら、患者は手術に同意していたであろうから、違法性が阻却されていたであろうとする余地はないとして、これを是認した。

(ii) 脂肪吸引事件　さらに、2007年7月5日の連邦裁判所の判例²²⁹⁾では、次のような事案が問題となった。

医師が、患者に局部麻酔及び後に全身麻酔をして脂肪吸引をし、腹の脂肪を取り去る手術をしたが、これについては患者の同意があった。しかし、何カ月かして、同じ患者がまたも手術を受けたが、それは、先の手術の瘢痕の除去と新たな脂肪吸引を受けるためであった。医師は、今回は、脂肪吸引の危険につき説明をしなかったほか、手術の日、助手を務める看護師が留守であったので、化学専攻の学生であった義妹を助手として脂肪吸引の補助作業を手伝わせたほか、痛みを訴えた患者にいくつもの鎮静剤等を与えたが、被告人は、それらの薬の組み合わせが呼吸抑制的に作用することに気付いていなかったといった不注意が見られた。医師は、測定器のアラームにより手術を中断し、救命措置を図ったが、薬剤の過剰投与により患者は死亡した。患者は、第1の手術に同意していたのであるから、

228) BGH JR 2004, 469=NSStZ 2004, 442.

229) BGHR StGB 223 Abs. 1 Heileingriff 8=StV 2008, 189=MedR 2008, 158.

第2の手術にも同意していたはずだとして、地裁は、傷害致死罪ではなく、過失致死罪とした。

これに対して、連邦裁判所は、本判決が仮定的同意を認めた点で、これを破棄した。第1の手術の事情のみではなく、第2の手術の際に変更されていた枠組み条件を知った上でも、患者は同意していたかが考慮されなければならなかった。本件で、同意を仮定することはできない。第2の手術は、緊急を要するものでも、医学的適応があった事案でもなく、説明の要件も厳しくなる「たんなる」美容手術であったからである。正当化事情の存在に関する錯誤があった場合にのみ、故意非難ができないのであるが、原審の認定によれば、本件ではむしろこのような錯誤は認められない。

(5) ドイツ刑事判例の意義

刑事訴訟においては、厳格な証明が要求され、インドゥビオ・プロ・レオ（疑わしきは被告人の利益に）の原則が妥当する。したがって、完全な説明が行われたとしても、患者が同意していたであろうことは、検察官によって立証されなければならない。民事訴訟の場合、患者は、完全な説明があった場合には自分が「決断の迷い」に陥っていたであろうと主張すれば、医師の仮定的同意の抗弁を否定できる。しかし、刑事訴訟においては、検察官は、医師によって完全な説明が行われていたとしても、患者によって同様に同意されていたであろうかという問いに答えられない場合、被告人たる医師に有利に、同意があったものと認定されることになる²³⁰⁾。つまり、検察官は、医師に対して有罪とするためには義務を尽くして説明していたなら、結果は発生していなかったであろうと立証しなければならないのである。疑いが残るなら、「疑わしきは被告人の利益に」の原則により医師に有利に、説明を受けたとしても、患者は、同意していただろうということを前提にしなければならない²³¹⁾。

この点につき政策的に問題があるかどうかは、見解によって評価が分かれる

230) *Puppe*, GA 2003, 774.

231) *Thomas Rönnau*, JZ 2004, S. 804.

ことになる²³²⁾。医師の責任を問うべきであるという立場からは、これは許されないが、これを民事訴訟の場合とは異なって、限定すべきであるという立場からは、歓迎すべきことになる。民事法のように医師の責任を患者の利益のために拡大することは、客観的帰属の思想と矛盾し、刑法においては拒否されるべきということになる²³³⁾。刑事判例においても、民事にならって、仮定的に同意があったとされるかどうかの判断は、個々の患者の具体的事情を考慮して判断されるべきで、合理的な人が代置されるべきではないとされ、とくに、患者は完全な説明を受けた場合でも、その手術をする以外にないのだから、合理的に判断すればほとんどつねに同意していただろうと認定することはできないとしている。したがって、基本的な説明義務は尽くされ、代替治療の方法に関する説明が不十分であるといった場合にのみ、この仮定が許されるとされている²³⁴⁾。

判例は、因果関係や規範の保護範囲の理論に言及するが、この問題の体系的な位置づけや、体系的意味を詳しく分析していない。1995年の判決では、故意が阻却され、過失犯の問題とされたが、2003年決定では、故意の傷害罪の教唆が問われた。そこで、未遂の可能性が考慮されるべきことになる²³⁵⁾。仮定的同意が、因果関係ないし規範の保護範囲の理論の問題とされることから、故意犯においては未遂の可能性が問題になることは予想されるが、しかし、判例においては、この問題が、体系的に、構成要件該当性の問題なのか、違法性の問題なのかについて言及はなく、したがって、いかなる意味で既遂処罰の排除の問題であるのかは定かではない。この点の説明は、学説に委ねられているといってもよい。

232) 医師に対する刑事責任の限定を好ましいものとして歓迎する見解として、*KrümpeImann*, GA 1984, S. 519. 反対の見解として、*Puppe*, GA 2003, S. 776.

233) *Kuhlen*, Festschrift für Heinz Müller-Dietz, S. 438 f.

234) Vgl *Rönnau*, JZ 2004, S. 803.

235) ドイツ刑法223条の傷害罪では、2項で、未遂を処罰する。

(6) ドイツの学説

(a) クーレンの見解

クーレンは、仮定的同意の問題をいち早く取り上げ、この問題を正当化事由の帰属の問題として体系化しようとした。「客観的帰属の理論は、構成要件論の一部であるとするのが圧倒的である。しかし、それは、それと並んで、違法論においても意味をもつ。既遂結果犯は、結果が、客観的構成要件の枠内で検討されるべき、客観的に帰属可能的に一見規範に違反するように見える……行為に依拠することを要請するだけではない。むしろ、結果が客観的に帰属可能的に決定的に、正当化するような行為に還元されえないので、規範違反的なものに依拠していることを前提とする。それは、正当化事由の客観的前提の枠内ないしその付近で、行為が事前的に判断して、正当化事由の事実的前提を充たさないことが明らかになれば、検討されるべきものである。その後、行為が正当化されなかったこと、したがって、最終的に違法となったことが確定される」。クーレンの分析によれば、仮定的同意の問題は、正当化事由における結果帰属を意味する。その法的効果は、既遂犯の客観的不法の阻却である。したがって、その効果は、既遂ではなく、故意犯においては未遂だということである。そして、クーレンは、このような考え方を一般化する。「既遂行為の客観的不法は、それとはまだ(……)必然的には結びつかない。むしろ、その客観的不法は、構成要件結果が、正当化事由が介入しなかったということに客観的帰属可能的に依拠していることを前提としている。それは、それぞれの正当化事由の不存在が、義務違反連関や危険連関によって結果に結合されているという場合のみである」²³⁶⁾。これを説明するに、クーレンは、次のような例を出す。Eが、Eのカバンを持ち逃げしようとした窃盗犯人Dに「とまれ」と叫んだ。Dが止まらなかったため、本来、威嚇射撃をすべきところ、Dの足に向けて一発発砲し、命中した。既遂の傷害の構成要件は充足されている。発砲は、正当防衛とはならない。威嚇射撃をせずに発砲することは、財産を防衛するために必要ではなかったからである。それにもかかわらず、ここでは既遂とはならな

236) *Kuhlen*, a. a. O., Festschrift für Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 432.

い。というのは、威嚇射撃ではDは止まらず、結局、Eは発砲していたからである²³⁷⁾。クーレンによれば、傷害は正当化事由の不存在に客観的に帰属できないのである。

(b) クーレン説に対する批判

(i) 因果関係の認定方法に対する批判

プッペのクーレンの見解に対する批判は、まず、仮定的同意の問題は解答不可能であるという点であり、次に、ここで問題とされているのは、正当化事由と結果の「因果関係」の問題だという点である。

第1の批判は、患者が十分に説明していたら同意していたかどうかという問いには答えられないというものである。クーレンによると、答えが疑わしいなら、仮定的同意は、被告人に有利に判断されるべきであるとされる²³⁸⁾。しかし、プッペによれば、この問いは解答不能である。なぜなら、患者の決断は、一般的法則によって理解可能になるのではないからである。特定の患者は、完全な説明が行われていた場合にも医師によって選択された治療方法に同意していたであろうかという問いに対する答えは、疑わしいのではなく、無意味である²³⁹⁾。それが正しいとか間違っているとかを決定する方法がないからである。

第2の批判は、仮定的同意を検討する根拠を問題にしている。なぜ、結果が正当化事由の不存在に拠っていなければならないのか。このように問うなら、どのような任意の正当化事由も仮定されうる²⁴⁰⁾。正当化事由と結果との間に因果関係がなければならぬという見解にそもそも問題があるというのである。

(ii) 最近の学説における批判

近時、このクーレンの見解に対しては、批判的な見解が主流となっている²⁴¹⁾。

237) これに対しては、もちろん、仮定的事情を考慮することは許されないという批判がある。詳しくは、山中・神山古稀（第1巻）268頁以下参照。

238) *Puppe*, a. a. O., GA 2003, S. 769.

239) *Kuhlen* の反対論については、彼の論文参照，in: JR 2004, S. 228 f.

240) *Puppe*, a. a. O., GA 2003, S. 770.

241) これらの近時の学説を検討したものとして、*Yamanaka*, a. a. O., Festschrift

(ア) グロップの批判 まず、グロップは、仮定的同意を帰属阻却事由とすることに反対の根拠を次の4点にまとめる²⁴²⁾。

- ① 刑事手続の諸原理との不一致。仮定的同意をどのようにして認定するのかが問題である。
- ② 正当化事由においては、因果結合は存在しない。正当化事由は、因果の外に存在する。
- ③ 代替原因は重要でない。窃盗の被害者が事情を知っていたら贈与していたらろうということによって、窃盗にならないというわけではない。
- ④ 自己決定権を尊重しないことになる。仮定的同意による医師の負担免除は、侵襲時点での患者の自己決定権を尊重しないことにつながる。

(イ) イエーガー／ドゥットゲの批判 イエーガーも、医師はたいていの場合患者がどうせ同意するだろうと信じているのだから、傷害の故意が否定され、傷害未遂での処罰も疑問であるとし²⁴³⁾、ドゥットゲも、帰属を正当化の次元に転用することを批判する。それによって、構成要件とは異なる違法性の特徴が、中心的なところで損なわれることになるというのである²⁴⁴⁾。つまり、構成要件段階では、行為と結果の帰属が問題となるのに対して、不法の段階では、阻却事由がないかどうか問題となり、構成要件的结果の帰属は、構成要件の次元のみで問われるべきであるというのである。

(ウ) ジッコアの批判 さらに、ジッコアは、仮定的同意の概念を合法的行為の代置の問題²⁴⁵⁾と同様に扱うことができないと批判する²⁴⁶⁾。その出発

↘ für Maiwald, 2010, 865 ff.

242) *Gropp*, hypothetische Einwilligung in Strafrecht?, Festschrift für Schroeder, 2006, S. 197 ff.

243) *Jäger*, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 2006, S. 26.

244) *Duttge*, Die „hypothetische Einwilligung“ als Strafausschlußgrund: wegweisende Innovation oder Irrweg?, in: Festschrift für Schroeder, S. 179 ff.

245) 過失犯において、もし注意義務を守っていたとしたら、結果が発生していたであろうかを問い、「同じ結果」が発生していたであろうということが肯定されれば、「過失と結果の第2の因果関係」を否定したり、結果はその注意義務の保護目的に含まれないから客観的帰属が否定されるなどとして、過失犯の成立を否定すると

点は、「同意」の概念である。それを事実的な意味で捉えるか、規範的にとらえるかが問題である。前者であるとすれば、事実に同意が与えられていたかが重要であり、後者であるとすれば、法的に有効な同意か無効な同意かが問われる。後者であるとすれば、合義務的行為の代置の問題との相違は明らかである。仮定的同意においては、説明があったとしても「同じく」同意されていたであろうという命題において、実際には、「同じく」同意があったのではなく、説明がなかった現実の同意は「無効な同意」、仮定される同意は、「有効な同意」だからである。同意の概念を事実にとらえるとすると、事実に同意は、仮定された場合も存続することになる。この場合、前提の交換が帰属客体の状態を変えないのだから、説明に不備があったという事実は、事実上与えられた同意に影響しないのである。しかし、ジッコアは、正当化事由の次元での「同意」は、阻却事由であり、構成要件段階の「結果」は処罰を根拠づける要素であることから両者の論理的相違に着目する。正当化事由としての「同意」は正当化の必要条件であるが、十分条件ではないとする。仮定された「同意」は違法性阻却のためにはなければならないが、それだけで正当化されるわけではなく、同意能力があるなどの他の前提をも充たす必要がある。したがって、説明があったとしても、同意があり、正当化されていたであろうという結論部分については、同意の過程だけでは十分でなく、「結論」部分については合法的行為の代置の場合とは異なるというのである。

5. 私 見

(1) 同意の有効要件としての医師の説明

ドイツの判例・学説の検討においてすでに考察してきたように、とくに患者の自己決定を保障するための医師の説明は、医的侵襲に対する患者の同意の有

、という問題を指す。詳しくは、山中『刑法における因果関係と帰属』（1984年）1頁以下、286頁以下等参照。

246) Sickor, Logische Unbestimmigkeiten in der höchstrichterlichen Prüfungsformel zur hypothetischen Einwilligung, JR 2008, S. 179 ff.

効要件であるであるというのが考察の出発点であるべきである²⁴⁷⁾。構成要件該当性を否定するという意味をもつ同意、あるいは、正当化事由としての同意が正当化する効力をもつかどうか、医師の有効な説明の有無にかかっているのである。したがって、説明のない同意は、無効であり、たとえ有効な同意が仮定されても現実の同意の無効の事実は変わらない。

説明義務が果たされていなかったが、果たされていたとしても患者の同意は与えられていたであろうという事情は、説明義務の「同意」ないし「構成要件的结果」に対する関係としてではなく、説明義務の有無そのものの問題としてとらえられるべきである。つまり、例えば、代替治療に関する説明が不十分であり、代替治療を行っている病院の所在について説明しなかったとき、それを聞いていたとしても現在治療を受けている病院で手術を受けていたであろうという事情は、どうせ同意をしていたであろうからではなく、その説明義務違反は同意の有効要件に影響しない義務違反だったから、同意は有効であり、したがって、手術は正当化されるのである。これは、当該説明義務は、当該の同意の有効性を保障するという意味をもたなかったということの意味するので、規範の保護範囲の問題とってよい。

(2) 説明義務の規範的意味

これをもう少し根本にさかのぼって考察しておくと、医師の説明義務は、患者の有効な同意のひとつの前提である。同意は、医師が患者に手術のメリット・デメリットについて基本的なところを説明し、決定のための資料となる情報を与えなければならない²⁴⁸⁾。この意味において患者の同意は、患者の重大な錯誤のない十分に情報を与えられた基礎に基づいて与えられなければならない。したがって、患者の自己決定権を保障するために説明が必要なのである²⁴⁹⁾。

247) これについて、詳しくは、山中・前掲神山古稀祝賀（第1巻）253頁以下、278頁以下。Yamanaka, a. a. O., Festschrift für Maiwald, S. 865 ff.

248) Geilen, a. a. O., in: Handbuch S. 351.

249) この目的は「自己決定のための説明」という。ここでは「治療のための説明」↗

同意者が法益関係的錯誤に陥ったとき、そして意思の欠缺があったとき、同意は無効である。その場合、説明義務違反は、それが患者の意思の欠缺を惹起したとき、同意の無効につながる。説明不足が、意思の欠缺を惹起しなかったとき、理論的にはそれは有効でありうる。しかし、説明義務違反は、原則として意思の欠缺の徴表である。逆に、医師の説明のない患者の同意は、患者が法益関係的錯誤に陥っていないとき、有効である²⁵⁰⁾。

(3) 説明義務違反と同意の関係

(a) 実行行為前の説明義務

仮定的同意の問題が生じるのは、傷害構成要件の実行の着手以前である²⁵¹⁾。説明義務が尽くされているとしても患者の同意は与えられていたであろうという公式は、医師の医的侵襲の開始以前の事前の説明義務違反と、実行の着手前の「同意」との間の関係を意味しているにすぎない²⁵²⁾。この公式によると、同意は、仮定的同意においては、いずれにせよ同意自体は与えられていたであろうというのであるが、そこではその仮定される同意が「有効」な同意か「無効」な同意かは問われなくて、一様に「同意」として捉えられている点が問題である。

(b) 因果関係の問題か

この説明義務と同意の関係は、因果関係であろうか²⁵³⁾。まず、説明義務違反「行為」と「同意」の因果関係の問題とするなら、その存在は明らかであり、「仮定的同意」は仮定的因果経過を考慮するものであって、問題とならないは

は問題ではない。それは有効性の問題とは関係がない。Vgl. Geilen, a. a. O., in: Handbuch, S. 352.

250) 患者は、医師の説明を放棄することもできる。Vgl. Geilen, a. a. O., Handbuch, S. 360.

251) Vgl. auch Gropp, a. a. O., Festschrift für Schroeder, S. 202.

252) なぜなら、手術は、患者がその同意を与えていたとき、行われていたであろうからである。同意が与えられた後の事象の経過は、事実上の観点からは同じである。その際、説明が、義務を充足していたか、義務に違反していたかは問わない。

253) 以下でいう「因果関係」という用語は、客観的帰属の基礎となるものという観点からこれを用いている。

ずである。ここでは、「不十分な説明」と「同意が与えられたという結果」の間の自然的因果関係の存在は疑いがない。しかし、このような事実上の因果関係は、仮定的同意の問題とは無関係である。

(c) 説明義務違反の同意に対する客観的帰属関係？

これを同意が与えられたことは、説明義務違反に客観的に帰属できるかという問題として捉えることはできるのだろうか。すなわち、不十分な説明は、事後の観点からは同意の危険を高めなかったかを問う問題と捉えるのである。換言すれば、説明義務の規範が、事後的にみると、同意を回避するに何らの意味をも持たなかったのか。このような問いには、その際、「同意」だけが問題となっているなら、ただちに「持たなかった」と答えられるであろう。なぜなら、同意は、説明が不十分だったこととは無関係に与えられていただろうからである。しかし、振り返って、医療侵襲の前に十分な説明を要求する規範は、一般的に「同意」をそもそも抑制する目的をもつのか。規範目的の観点からこの問題を検討すると、説明義務は、「無効な」同意を阻止することを目的とするということ是可以する。この「無効な同意」を防止するという観点から、もう一度、その危険が増加させられたかを問うと、「無効な」同意に対する危険は、不十分な説明によって本質的に高められたといえる。なぜなら、十分な説明をしていたらという仮定から導かれる結論は、「無効な」同意ではなく、まったく別の結果、すなわち、「有効な」同意が生じていたであろう²⁵⁴⁾から、十分な説明をしていたとしても「同じ結果」が生じていたとはいえないからである。

(d) 過失犯における義務違反と結果の関係とパラレルか

この問題は、過失犯における義務違反と結果の関係とパラレルな問題なのであろうか。すなわち、医師が義務を果たして説明をしていたとしても結果が発生していたであろうというときは、結果は、規範の保護範囲の外にあるというのだろうか。しかし、結論を先取りすれば、仮定的同意の問題は、すでに部分的に述べたように、これを同様のものではない²⁵⁵⁾。

254) Vgl. Jäger, a. a. O., S. 25.

255) Sickor, JR 2008, S. 183 も、犯罪結果は利益をもたらす帰属対象ではないとす

（4）小活：同意の体系的地位とその意義

最後に同意の体系的位置づけと患者の同意の意義を確認しておこう。まず、同意を正当化事由に位置づけるなら、患者の同意は、有効な同意によってカバーされていない医師の侵襲は、構成要件的危害の正当化を妨げるという意味をもつ。つまり、説明義務に違反した上での同意は、無効であり、正当化は行われぬ。結果の発生が説明義務違反の危険の現実化かどうか問題というは、説明義務の規範目的に含まれない結果の客観的帰属という問題を生じさせるが、それは、説明義務が果たされていたと仮定したときにも、同意があったかどうかという問題を含まない。その仮定された同意は、現実にあった同意が「無効な同意」をもたらし、「不法な結果」をもたらしたのとは異なって、「有効な同意」を意味し、それがあれば「不法な結果」を発生させなかったからである。このことは、同意を構成要件に位置づけた場合も同様である。すなわち、仮定的同意の体系的地位とその構造の問題は、それが、構成要件に位置づけられるか、正当化事由に位置づけられるかという問題とは関係がない。発生した結果が説明義務の保護範囲内にとどまるかどうかは、真正の意味において客観的帰属の問題ではなく、義務の有効範囲の問題である。

客観的帰属論は、自然的因果関係の限定の領域では大きな成果を得たが、その適用領域が過度に拡大される傾向にある。それは、まるで「無数の足をもった巨大蛸」のようだと評されている²⁵⁶⁾。仮定的同意の問題は、客観的帰属論に属するのではなく、同意の有効性の要件にすぎない。説明義務違反の保護範囲は、説明義務の射程を検定する。したがって、説明義務は、その結果が義務違反から生じるのでないなら、不法結果につながらないのである。仮定された合義務的な同意は、医師の義務違反を遡って否定するものではない。

ゝる。シッコアによれば、「仮定的にルールに則した説明があったとして、それでも事実上の有効な同意があったとすれば、犯罪結果の発生がなかっただろうというのではなく、犯罪結果を『ただ』正当化するにすぎない」という。

256) Vgl. Schünemann, Über die objektive Zurechnung, GA 1999, S. 207.