

〔資料〕

独日における医師の説明義務の範囲と刑事責任

山中敬一(編)

目次

- | | |
|------------|----------|
| 1. はじめに | (山中敬一) |
| 2. イエルデン報告 | (山中友理・訳) |
| 3. 木村報告 | (木村武量) |
| 4. コメント | (山中敬一) |

1. はじめに

1. はしがき

以下は、2012年10月6日開催の法学研究所の「特別研究会」におけるドイツ・フランクフルト・アン・デア・オーダーのヨーロッパ大学法学部教授・ヤン・C・イエルデン氏の「異例の治療方針を適用する際の医師の説明義務違反と刑事責任について」(政策創造学部准教授・山中友理氏訳)と大阪大学大学院医学系研究科(内分泌・代謝内科学)医員・木村武量氏の「地域基幹病院の現場から」と題する報告原稿に手を入れたものを掲載するものである。当該研究会においては、【1. イエルデン報告】イエルデン氏は、連邦裁判所の判例となった「レモン汁事件」を紹介しつつ、医師の説明義務がどこまで及ぶかを論じ、【2. 木村報告】木村医員は、その内科医としての、また市立吹田市民病院での病院実務に携わった医師としての経験から、患者に対する医師の説明がどうあるべきかを論じ、二つの症例を通じて医師の診療・治療の倫理と患者の「意思」の尊重の矛盾相克の問題を提起し、法的判断の資料を提供しようとされている。ドイツにおいてもわが国においても、医療における患者の自己決定権の問題は、医師の医学上の理性的判断と患者の自己決定権の緊張関係において、自己決定権に優位性を認める方向に傾いてきている。その自己決定権の行使の前提となるのが、「医師の説明義務」である。特別研究会での報告を再現し、当日参加できなかった方々にもこの問題を考察する一資料を提供しようというのが、公刊の目的である。まず、当日司会を務めた立場から、両報告の論点となる問題の背景を明らかにしておこう。

2. 医師の説明義務について

医師の説明義務は、二つの意味をもつ。一つは、医療における患者の自己決定権の行使の前提として、患者に十分かつ適切な情報を与えて、治療に対する患者の同意が、患者の真意に沿うものとし、治療侵襲に対する患者の理性的な・合理的な判断を可能ならしめることにある。これを「自己決定のための説明」という。これに対してもう一つは、治療は医師が一方的に行うのではなく、患者との協力においてなされることを前提に、患者に治療方針や治療経過、危険、行動準則を説明することによって、治療・療養の効果を上げるための説明である。これを「療養指導（ないし治療）のための説明」という。

わが国の判例においては、すでに1970年代に「医師の説明義務」について論じる下級審民事判例が出されているが、当初は、説明が治療に役立つかどうかという観点から説明義務が論じられていた。1980年代に入って、自己決定権の観点が明らかにされていく。最高裁は、1981年の開頭手術事件（最判昭56・6・19判時1011・54。なお、これにつき、山中『医事刑法概論Ⅰ』[2014年・成文堂刊]309頁も参照）において、患者やその法的代理人に手術内容やそれに随伴する危険について説明する義務を肯定した。それ以降、患者に対する医師の説明義務違反自体が医療過誤と考えられるようになった。医師の説明義務は、刑法上も医療過誤の認定に必要だと考えられている。刑事判例においても、それが論じられている。その犯罪論上の意義については、しかし、従来、明確に整理されているとはいえない。まず、患者の身体に対する侵襲である手術は、傷害の構成要件に該当しうるが、それを否定しあるいは構成要件に該当しても正当化されるには、医学的適応や医術的正当性と並んで、「患者の同意」が必要である。この患者の同意が有効であるためには、もちろん、「同意」たるの形式的要件を満たすことを前提として、実質的に「同意」といえるためには、医師の説明を前提とするという形で、医師の説明は患者の「同意の有効要件」となっている。この限りでは、医師の説明義務は、正当化事由の要件に組み入れられるとあってよい。しかし、医師の説明義務は、それを怠り、不完全に行ったとき、医師の医療過誤が問題とされうる。この場合、医師の説明義務違反は、過失犯における「注意義務」違反の一種とみなすことができる。この両者の意義の相違が従来明確にされていたとはいえない（これにつき、山中『医事刑法概論Ⅰ』370頁参照）。

3. イエルデン報告の問いかけるもの

さて、連邦裁判所の「レモン汁事件」（これについては、山中『医事刑法概論Ⅰ』

[2014年・成文堂] 279頁以下も参照) は、医師が説明義務を怠ったが、患者の死亡は、その説明義務違反とは一見「無関係」に生じたという場合に、説明義務違反を理由に過失犯を認定できるかが問われているものである。しかし、もちろん、本当に「無関係」であったのか、無関係とはどのような場合をいうのかが問題となる。これについては、「仮定的同意」という問題がわが国でも論じられ始めている。医師が患者に「傷口の縫合のためにレモン汁を塗布しますが、よろしいですか」と問い、その意義について説明していたとしても、患者は、同意していたと仮定される場合、説明義務違反を理由に「結果の発生に至る注意義務違反」があったといえるのかが問われるべきだといっているのである。これは、「正当化事由における客観的帰属」の問題とも捉えられている（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について」神山敏雄先生古稀祝賀論文集第1巻253頁以下、山中『医事刑法概論I』349頁以下）。レモン汁事件においては、手術における縫合の際に、通常は医療水準を充たしているとはいえないレモン汁を医師が傷口に塗布するとき、患者にその説明を行うことが必要だが、第1手術ではなく第2手術のときにそれを塗布することを、すでに第1手術の前に行うべきか、患者は、その説明を受けていたとしても同意していたといえるかが問われているのである。しかも、患者がそのレモン汁から入った細菌によって死亡したのではない場合にも、つまり、説明義務から独立に生じたように見える結果発生に対しても、その結果に対する責任を追及する作用を営むのかが問われているのである。

4. 木村報告の問いかけるもの

木村医員は、市立豊中病院や市立吹田市民病院で内科医としての経験を積んだ臨床医であり、医療現場における法的・倫理的諸問題のみならず、病院組織の問題にも関心を持ち続けた医師である。本報告では、病院の規模・組織を示し、実際にとられている医療安全管理体制の概要と、患者への情報提供と同意の実際について情報提供を行っている。

とりわけ、このような地域の基幹病院においても、患者の同意と医師の説明義務、すなわち、どこまでどのように患者に説明するのが、患者の根治的な回復と自己決定権の尊重を実現することになるのかという問題への関心は、医師の民事・刑事事件になる恐れを回避するためのみならず、医師としての患者の健康回復を目指す職業倫理ないしガイドラインあるいは法規範の指針を求める一つの動機にもなっている。わが国の医療は、1990年代末の医療崩壊から、医療安全への関心が高まり、各病院はリスクマネージメン

独日における医師の説明義務の範囲と刑事責任

トに腐心している。木村医員の本シンポジウムの報告では、とくに医師が治療にあたって、患者に関わる医療そのものに関する法的・倫理的問題に遭遇する問題について、問題提起をしている。医療現場で医師が直面する価値判断を要する問題について、法ないし倫理が明確な「行動指針」を与えることができない状態は、医師に多大な精神的・心理的負担をもたらす。木村報告は、このような現場の良心的に医療に従事する医師の内心の葛藤を現している。法的規範が明確に提示されることは、しかし、多くに事案では、後に医師がその下した決断につき「割り切って」後悔しないための一つの方策でしかないかもしれない。

医師の目からみて患者の不合理的と思われる自己決定について、どのように対処すべきかを問いかけるのが、紹介されている「ケース1」である。「ケース2」では、本人の意思表示が不可能で、病気の快復後に患者の嚥下障害による栄養補給の方法が問題となったが、終末期医療の問題として、リビング・ウィルが残されていない場合、どのような延命措置をいつまで続けるべきかについて、問題を提起するものである。現在、栄養補給のため「胃ろう」という措置が実施されることが多いが、「生かせることができる」のに生かすための措置を講じないのは「罪」と考える家族や医師の考え方からこれが選択される点にも問題をはらんでいる。

以上、この2つの報告についての「まえがき」として、読者に問題意識をもって読んでいただくために、若干の解説を試みた。後に、もう一度、「コメント」を試みる。

2. イエルデン報告

異例の治療方法を適用する際の医師の説明義務違反と 刑事責任について

——連邦通常裁判所「レモン汁事件」¹⁾を例に——

Jan C Joeden:

Ärztliche Aufklärungsfehler und strafrechtliche Haftung bei ungewöhnlichen
Behandlungsmethoden am Beispiel insbesondere des „Zitronensaft-Falles“ des BGH

ヤン・C・イエルデン
山中友理(訳)

I.

2010年に連邦通常裁判所は、ある事件について、医師の説明義務の範囲をより明確にする決定を下した。この事件でとりわけ問題となったのは、——殺菌していないレモン汁を縫合不全の治療に使用するという——長期的な治療の中で異例の治療方法も用いられる場合に、どの時点から医師に説明義務が課せられるのかという点である。以下では、詳細部分も重要であるため、事案の大部分を、ほぼ省略することなく紹介する²⁾。

「刑事部の認定によると、被告人は、W病院の所有者兼理事であり、さらには外科の医長であった。

2006年3月10日、80歳の女性Mに対して当病院の内科で腸内の検査が行われた。検査によって、大腸に内視鏡手術では完全に取り去ることのできない比較的大きなポリープが見つかった。内科医長と外科医は、放っておけば腸内閉塞を起こす恐れがあるため、

1) 本稿は、2012年10月6日に関西大学における講演内容を加筆・修正したものである。山中敬一教授には、ご招待して下さったこと、その準備および講演会における有意義なご指摘に感謝申し上げます。本稿は、当日の講演スタイルを広範囲において維持している。原稿の翻訳者の山中友理氏と当日大変興味深い報告をして下さった木村武量医師にも御礼申し上げます。

2) BGH-Urteil vom 22. 12. 2010 — 3 StR 239/10 (LG Mönchengladbach) = NJW 2011, 1088.

独日における医師の説明義務の範囲と刑事責任

いずれは手術するのが有意義、または、得策であると考えた。一方で、早急な手術までは必要ないとした。したがって、仮に放っておいたとしても、患者は、およそ半年間は著しいリスクもないまま過ごせるはずであった。

患者は、手術にどちらかという消極的で、同意をすることに躊躇していた。しかし、彼女は、入院は続け、その後、病院の勤務医2名から複数回に渡り説明を受けた。この話し合いにおいて、彼女には、規則にのっとり、手術が必要とされる原因と予定されている大腸の部分切除に伴うリスクについて説明された。最終的に彼女は2006年3月12日に侵襲に対して同意した。

2006年3月13日、被告人が執刀した。その後、手術による傷が著しい炎症を起こした。2006年3月18日以降、抗生物質が投与されていたにもかかわらず、患者の容体が悪化したため、被告人は、2006年3月20日に再手術を行うことにした。この時点で、患者は会話することもままならず、再手術に関してはうなずくことで同意した。この再手術の最後に被告人は、傷口にレモン汁を塗布し、上から縫合した。被告人は、個人的な職業経験上、重度の縫合不全の治療にはレモン汁が相応しい治療手段であると思い込んでいた。彼は、レモン汁には一般的に殺菌効果があると思っていたため、レモン汁を用意する際に、殺菌の要件を守らなくてもよいと考えていた。そこで、彼は、特別な殺菌状態を確保する対策を講じずに、看護師に病棟内のキッチンにおいて通常の市場で入手したレモンを家庭用のレモン絞り器で絞らせるという方法で、レモン汁を用意させた。しかしながら、実際は、そのようにして作出されたレモン汁を使用すると、傷口における細菌が（さらに）繁殖する危険性があった。

被告人は、傷口にレモン汁を塗ることは、一般的に適用されている医学的水準とは相容れず、レモン汁の効果や適応性は、これまでに学術的に実験されていないことを知っていた。さらに、被告人は、レモン汁を通常の医学的創傷治療を補完するものとしてのみ使用する際にも、レモン汁を使った治療を行うには患者の同意が必要であることを認識していた。しかしながら、患者は、術後の創傷が縫合不全となった際に、——被告人の実務によると適切とされる——殺菌していないレモン汁を（も）傷口に塗ることについては、どの時点においても説明を受けていなかった。仮に、このことを知らされていたのならば、患者は最初の手術にさえ同意していなかったであろう。

被告人は、その後も傷口のレモン汁での治療を2回行った。2006年3月30日に患者は敗血症性ショックにより死亡した。2006年3月13日と20日の手術において医療過誤はなかった。手術創にレモン汁を塗ったことが細菌の増殖につながったのか、または、

この治療によって患者が死亡したのかについては、地方裁判所で認定することはできなかった。死因は、——腹部における大きな手術において典型的に起こりうる——最初の手術で発生した傷の炎症であった。

地方裁判所は、2006年3月13日の晩に最初の手術に対する同意は、説明不足により無効であるとした。仮にこの時点で、術後に縫合不全となるとは断定できず、レモン汁が使用されることについては不確実であったとしても、患者に対して最初の手術の前にこのことについて説明すべきであったという。被告人のやり方は、被告人は正しい治療を行ってくれるという患者の信頼を揺るがせるのに十分なほど異例なものであるため、それに関する説明は不可欠なものであった。さらに、術後に縫合不全が生じた場合、被告人がレモン汁の使用を決定する時点で、患者が、状況を把握し、この方法に関して正しい同意を与えるだけの状況にない程度に、もしくは、正しい同意を行うのに障害となる程度にまで容体が悪化しているという危険性は、当初より存在していた。本件でも実際に、このような状況となっていた。被告人は、自らが確信して適用していたとしても、彼の縫合不全に対する治療方法が異例で治験が行われていないものであることを認識していた。したがって、彼は、術後の創傷が縫合不全となる危険性が高い場合には、当初から患者に対して縫合不全を治すための異例な方法について説明する義務があるという正しい結論を導き出せたはずである。

地方裁判所は、被告人に対し、傷害致死罪で執行猶予付きの1年3月の自由刑を言い渡した。これに対し、被告人は法適用の違反を理由に上訴した。連邦通常裁判所は、判決を破棄し、事案を地方裁判所の別の刑事部に差し戻した。」

II.

BGHは、当事例を、医学的治療行為は、たとえ規則通りに実施された場合でも、傷害罪の構成要件に該当する措置であるとする従来判例を強固なものにする契機とした³⁾。学説の多数説⁴⁾も、このBGHの考えを変えることには成功していない。学説における批判は、とりわけ刑法223条の文言に対して向けられている。というのは、第一印象からしても、ドイツにおいて基本法103条2項において憲法上保障されているのと

3) たとえば、BGHSt 11, 111; 12, 379; 16, 303 参照。さらなる判例の紹介は、*Eser/Sternberg-Lieben*, in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. München 2010, § 223, Rn. 29.

4) たとえば、*Eser/Sternberg-Lieben*, (脚注3) § 223, Rn. 30 ff. 参照。

同時にドイツ刑法1条においても掲げられている「法律なければ犯罪なし」の原則からしても、刑法223条を規則通りには医学的な治療行為には適用できないように見えるからである。この条文には、次の二つの傷害が規定されている。一つは、身体的な虐待で、もう一つは、健康侵害である。医学的技法の規則に従った（つまり規則通りの）医療行為は、身体的な虐待とはなりえないし、むしろ治療であるといえる。そして、医療行為は健康侵害というよりはむしろ、健康回復である。

しかしながら、BGHが——法律なければ犯罪なしの規則に反してまでも——、すべての医学的侵襲が刑法223条の構成要件をひとまずは満たすものであるとし、とりわけ患者による有効な同意によって侵襲を正当化する可能性を残す従来の判例を固持するのには、理由がある。一つ目の理由は、いわゆる「無理強いされた治療的侵襲」に対する処罰可能性を残すためである。というのは、医学的な治療的侵襲が規則通りに行われている限り構成要件に該当しないとすれば、患者の同意がなかった場合でも、場合によっては構成要件に該当しなくなるからである。したがって、患者が医学的に必要とされる治療行為を（自己答責的な理由で）拒否している場合（に実施した場合）に、傷害罪で処罰する道が閉ざされてしまうことになる。これは、実務上は、とりわけ、いわゆる手術の拡張⁵⁾において重要な意味を持つ。時間と機会が十分にある場合に、患者に侵襲の拡張についての同意を求める場合に、医学的技法の規則に従って拡張された侵襲は、どのような場合でも実施すべきであるという論拠で言い負かすようなものである。

もっとも、無理強いされた治療的侵襲は、最終的には、問題の中核ではない。なぜならば、この場合、強要罪（刑法240条）に関する規定を適用することができるからである。確かに、ドイツの立法者は、刑法240条2項において、目的を達成するための暴行または害悪の告知による脅迫の行使が非難できる場合にのみ、強要を違法であるとしている。さらに、この罪においては、例外的に違法性が積極的に認定されることを想定している。もっとも、医師が患者の表明意思に反する場合は、この条項は満たされると考える。というのは、この文脈においては、侵襲は暴行の行使と同視され、通常240条2項でも求められている目的・手段関係が存在するとみなされるからである。

以上から、よりむずかしいのは、患者による明確な意思表示に反して実施された侵襲ではなく、単に患者の意思表示なしに侵襲された場合（の処罰）であるといえる。ドイツにおいて医学的な治療的侵襲を処罰する構成要件は存在しないと主張する者の多くが、

5) たとえば、BGHSt 35, 246 参照。

さらに、無理強いされた治療行為を処罰する新しい刑法上の規定を求める理由はこのためである⁶⁾。この規定がない限りは、BGHの観点の方が幾分正しいように思える。

Ⅲ.

続いて、治療行為が正当化されるためには、事前の有効な同意が必要であるというBGHによる強調が重要となってくる。というのは、同意の有効性の要件は、医学的な治療的侵襲に処罰構成要件がないことを主張する場合とはまったく異なる議論をもたらすからである。患者による同意がなされた場合にのみ、規則にのっとって侵襲が行われたとみなすことでは、問題の本質部分は解決しない。というのは、それでは、BGHのように構成要件レベルでの話をしているだけであって、構成要件レベルと違法性阻却事由レベルの有意義な区別をしていないからである。さらに、BGHは、体系的な明確性も味方につけている。

BGHがすべての医学的侵襲を正当化するために、有効な同意を求めるのは、患者に対する説明を最重視しているからである。というのは、同意は（例えば、同意能力のような、この論文では問題とはならないその他の有効要件の他には）患者が規則にのっとって説明を受けたときのみ有効となるからである（いわゆるインフォームド・コンセント）。相応しい説明なしでは、患者は自己の身に何が起こるのかわからず、患者が有効に同意できないことを意味する。というのは、自らがまったく知らない何かに対して同意することはできないからである。したがって、以後の議論はこの原則そのものに関してではなく、説明義務の適用範囲について進めていくことになる。この点に関し、本判決においてもBGHは、患者は、「侵襲の経過、成功の見込み、リスク、本質的に異なる負担を強いられることになる他の治療の選択肢」について説明を受けなければならないと強調している。そして、判決では、以下のように述べられている⁷⁾。

「内容的には、患者は、治療の『全』チャンスとリスクについて説明を受けなければならない。患者は、身体の不可侵性や生き方に関して決定できるように、侵襲の大きさおよび負担の種類について正しい印象を与えられなければならない。このような『基本的説明』には通常起こり得るかもしれない最悪のリスクについての説明も含まれる。しかし、これらに関する明確な医術的説明までは必要とされな

6) 詳細は、*Eser/Sternberg-Lieben*, (脚注3) § 223, Rn. 31.

7) (脚注2) BGH.

い。」

この説明に関する刑法上の義務が持つ意味は、法律家が医者にかかり、侵襲を受ける際に、自分が法律家であると伝える「ミス」を犯すことによってわかる。というのは、そもそも医者は自らの医療ミスで法律家によって刑務所へ送られることもあり得るために、もともと法律家に対してよい印象を抱いておらず、間接的な報復に出る可能性があるからである。つまり、彼は患者に過度な説明を行い、まだかなり不確実な状況であるにも関わらず、彼が想定するすべてのリスクや副作用に関する詳細を描写することになるであろう。もっとも、説明を賢明に断念するという選択肢も幸い残っている。

相応しい説明に対する同意の有効性と医学的な治療的侵襲の不可罰性の両者を同意の有効性にかからせる BGH の構想は、侵襲が成功した場合に問題を引き起こす。というのは、(例えば成功した盲腸の切除の後) 患者が回復し退院した直後に、(事前の) 説明が欠けていたために治療にあたった医師を告訴するということもあり得るからである。BGH の定義を言葉通り受け取るならば、相応しい説明に基づかない同意は無効であるため、医師は傷害罪で処罰されることになる。

当然、この結論を、例えば、傷害罪の規定の「保護目的」に該当しない場合を例外とするなどの相応しい法的な制限によって回避しようとする試みもある。しかし、この例外に対しては争いがまったくないわけではなく、不明確性(規定の「保護目的」を何に見出すのか?) のため問題が多い。それでも、このような場合に間違った、または、怠った説明を理由に有責行為となることはあっても、傷害罪となることは認められないであろう。したがって、必然的に、規則通りに実施された医学的な治療行為は当初から傷害とはしないという BGH によって否定された定義に再び近づく。つまり、すでに教科書事例のようにになっている事例については、傷害罪の構成要件を目的論的に制限することで対処することになるであろう。

IV.

ここで話を再びレモン汁事件に戻す。というのは、この事件においても、第一手術に関する同意が説明不足により無効となるかという問題が中核になるからである。第二手術、つまり第一手術によって発生した縫合不全を除去するためのいわゆる再手術が同意によって正当化されないことは BGH も認めている。なぜならば、——患者が第二手術に関する説明を行う時点で意思疎通がほぼ不可能な状況であったことを完全に排除した

としても——、第二手術内で殺菌していないレモン汁を使用する治療を計画していることを説明しなかったために、医師による説明は不完全だったといえるからである。

したがって、第二手術はどちらかという点で違法で有責的な傷害となる。地方裁判所は事実審において、殺菌していないレモン汁を使用するという方法は「縫合不全の治療において異例で、治験が行われていないものであることから、」医師は「……大きな手術の前には……そのような傷害に対する異例の治療方法について患者に説明すべきであったという正しい結論が導かれる」ということを認定したからである。

地方裁判所と BGH の唯一の違いは、十分な説明に基づく同意によらなかったために、第一手術がすでに違法であったかという点だけである。この質問に答えるためには、(将来的に) レモン汁という方法が適用されるかもしれないことを説明することが、すでに第一手術の時点で必要であったかということが決定的となる。地方裁判所はこれを肯定し、BGH はこれを否定した。*Gunter Widmeier* は、*Claus Roxin* の80歳記念論文集の中で BGH の立場を支持し、とりわけ、BGH は「爽快にも」当事例の「ドラマの要素を除去」⁸⁾ したと述べた⁹⁾。

当事例に関する上記の質問に答えることが議論を呼ぶのは、とりわけ、少なくとも地方裁判所は、第一手術時における(危険な)傷害を肯定する際に、刑法227条の傷害致死罪までも肯定したためである。これは、第二手術と患者の死の間に因果関係がないために、第二手術を傷害致死罪とする可能性がなかったためであろう。というのは、傷害致死罪の規定(刑法227条)を充たすためには、はじめに、とりわけ、死の結果が傷害から発生することを要件としているからである。さらに、法(刑法18条参照)は、行為者に対して死の結果に対して「少なくとも過失」があることを求めているからである。

最終的に、多くの学説によって基本部分に関しては賛同を得ている判例によると、刑法227条の広い構成要件をある程度制限する要件を充たしていることが必要となる。その要件とは、いわゆる傷害と死亡の結果の間のいわゆる「特別な危険連関」である¹⁰⁾。この規定の妥当な適用に関する詳細に関してはかなり争われているが、ある一点に関しては相対的に合意されている。それは、基本的犯罪である傷害と死の結果の間には単に

8) 訳者注：*Widmeier* 独特の言い回し。BGH は、説明を行う医師に対して過度の要求を行わなかったという意味

9) *Widmaier*, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geb., Berlin 2011, S. 439 ff., 442.

10) この点に関し、たとえば、さらなる文献の紹介付きの *Stree/Sternberg-Lieben*, in (脚注3) *Schönke/Schröder*, § 227, Rn. 3 ff.

因果関係があるだけではなく、傷害自体に、死亡という結論に至る程度の危険が含まれていないといけない点である。ここで争われているのは、とりわけ、実現した傷害結果に死亡の危険性があることが必要とされるのか、傷害行為自体による死亡の危険性で足りるのかである。

もっとも、レモン汁事件においては、この点に関するは説明はなされなかった。なぜならば、この事件では、第一手術は、むずかしい手術的侵襲という文脈において、死亡という結論に至る危険を手術自体に含んでいたため、——刑法227条と刑法18条のその他の要件を充たしている限り——、第一手術に関する同意を無効とする以上、第一手術が原因で実際に死亡という結果に至っており、死亡結果による加重が完全に考慮されることになるからである。少なくとも、加重が刑法227条で求められている特別な危険連関を理由に否定されるということはないであろう。

一方、重い結果を第二手術、つまり縫合不全の治療のための再手術のせいに行える可能性は全くない。というのは、再手術は、死亡結果の中核がすでに（第一手術によって）発生している時点で行われ、第二手術が死亡時期を早めたなどということは認定されなかったからである。むしろ、第二手術は、死亡時期をおそらく遅らせたことになり、明らかに第二手術による傷害と死亡時期の早期化（つまり生存期間の短縮化）の間の因果関係の認定の弊害となっているのである。

当事例において刑法227条の傷害致死を実現したか否かは、主として、第一手術を違法とするか否かにかかっているのである。いずれにせよ、第一手術、または、その後に医療過誤があったなど、これまでにまだ認定されていない状況が認定された場合には、この答えが出るであろう。——BGHは、正しいことに当事例を地方裁判所に差し戻したことによって、医療過誤がまったくなかったとは言い切れないという余地を残した。

Widmaierが「爽快な、ドラマ的要素の除去」と強調したBGH判決であるが、私は状況の「憂慮すべき過小評価」であると考え。なぜならば、私は、第一手術に関する同意の際に、場合によっては必要となる再手術で用いられるレモン汁治療についての説明も求めた点で、地方裁判所の方が正しかったと考えるからである。ところが、第一手術の際にレモン汁を使った縫合不全の治療についての説明も必要であったとする地方裁判所の定義は、BGHによって特に異議を唱えられた¹¹⁾：

「腸の手術と場合によっては必要となる縫合不全の（殺菌されていない）レモン

11) (脚注2) BGH。

汁を使っての再治療の間に、被告人が患者に対して例外的に第一侵襲の前に、必要となる再手術などの種類とリスクについて情報提供すべきであったとされるほどの、特別に高められた危険連関は認められない。最初の腸の手術に付随する危険は、術後感染だけであった。しかし、これに対する治療は、必ずしも著しい危険を伴うものではなく、実施したからといって、——例えば、臓器を失うような——患者の将来の生活に特別な負担を強いるほどの侵害を与えるものではなかった。そして、レモン汁を追加で使用する手術だけが、腸の手術後に発生する術後感染の治療の唯一の手段であったとはいえないのである。むしろ、——当事例でも当初行われたように——抗生物質を処方するという一般に通用する方法のみで対処することが可能なものであった。したがって、術後感染が起こってから、患者に対して導入されるべき治療方法に関する説明を行い、患者に治療方法を選ばせるだけの十分な時間はあったといえる。その限りで——地方裁判所とは異なり——患者が健康状態を著しく悪化させた再手術の実施の直前という時点のみが考慮されるわけではないのである。むしろ、はじめて縫合不全の治療が必要となった時点が重要なのである。認定によると、縫合不全は第一の侵襲の後、数日かけて起こり、5日後に抗生物質の投与が開始されたという。さらにその二日後に被告人は、患者に対して——意思疎通がほぼ不可能な状況であったにも関わらず行われた——直前の説明に基づき第二の侵襲を行った。したがって、患者は、レモン汁の補完的な使用の計画についてその数日前に説明を受けることが可能だったのである。」

V.

このBGHの論拠に対しては、とりわけ次の異議を唱えることができる。私の考えでは、BGHが行ったように、この患者が経験することになる手術全体を簡単に第一手術と第二手術に分けることはできない。当事例では、——あまり相応しくない場面でも適用されることがしばしば見受けられる——他の事例で援用されているBGHの定式を考慮することができるが、残念ながら、適用されなかった。つまり、このように手術を二つに分けることは(BGHのテクニカルタームを使うならば)「一貫した人生での出来事を不自然に分ける」ことになるという定式である¹²⁾。この定式を支持する理由は、BGHも(地方裁判所と同様に)すでに第一手術の時点で縫合不全が起こり、再手術が

12) BGHは、このテクニカルタームを、概して、刑訴法264条が示す訴訟に関する

必要となるかもしれないという一般的な危険は存在していることを前提としているからである。そして、このリスクに関しては、患者に第一手術の際に完全に規則通りに説明されていた。

このような再手術が、第一手術に関する説明を行う際に完全に視野に入っていたとすれば、医師や病院が遂行する再手術の種類と方法について説明すべきであった。地方裁判所の認定によると、この病院では、殺菌されていないレモン汁を縫合不全の治療の際に、いわば日常的に使用されており、治療にあたる医師、つまり被告人は、いずれにせよ、このような事例において抗生物質の投与を補完する形でこの方法を適用していたという。これは、定例であったといえるであろう。（地方裁判所は、「……被告人の実務に相応して」と表現している）。そして、「実際に、」——BGH も認めている地方裁判所の事実認定によると——「そのように入手したレモン汁を使用することは（さらなる）バクテリアの繁殖の危険を含んでいた。」のである¹³⁾。

確かに、「手術創にレモン汁を塗ったことがバクテリアの増殖につながったのか、または、この治療によって患者が死亡したのかについては、」¹⁴⁾「地方裁判所で認定することはできなかった。」しかし、このことは問題ではないのである。規則にのっとった説明の中では、侵襲の際のリスクや、再手術も含む、起こり得る治療の結果とそのリスクについて説明するべきであるからである。したがって、殺菌していないレモン汁を使用することでバクテリアを増殖させるかもしれないリスクについては、その治療を受けることで得る（完治の）チャンスという文脈の中で話題にしなければならず、それは治療を受けることに伴うリスクでもあったために紹介されなければならなかった。そして、リスクの有無は、通常、事後的に見た事前の観点によって判断されるので、現実化したか否かを問わずにそのようなリスクは存在したと考えられる。このようなリスクは、(BGH が強調するように)「医学的水準に相応していない異例な方法」¹⁵⁾ が問題となるレモン汁による治療の場合は当然増大する。

他の類似事例を出す。高山に登る際にガイドを頼んだ者は、このガイドと事前にルー

る行為を確認するという文脈で用いている。たとえば、BGHSt 13, 21 ff.; 23, 141 ff.; 23, 270 ff.; BGH NStZ 2006, 350; BGH NStZ-RR 2009, 289 参照。

13) (脚注2) の引用参照。

14) (脚注13) 参照。

15) (脚注2) BGH。医学的に異例な方法を適用する際により重い説明義務が課されることに関する詳細は、Tamm, Die Zulässigkeit von Außenseitermethoden und die dabei zu beachtenden Sorgfaltspflichten, Berlin 2007 参照。

トについて話し合う。その際、場合によっては起こる危険について情報交換も行われる。その際、地滑りによって通常のルートがふさがれた場合には、氷河を歩かなければならないことも話し合われる。そして、例えば、氷河を渡る際に、登山靴よりも運動靴の方が吸着作用がよいと感じるからという理由で、この運動靴の機能を証明した者は誰もいないのに、通常の登山ルールに反して、運動靴で登山することを計画していることを説明しなかったことに対して、ガイドは責任を負わなくてもよいのだろうか？

このような比較については、他のすべての例との比較と同様に多くの理由から不完全なものであるため、ここでは深く入り込まない。しかし、この例は次のことを示している。難しい手術は長時間に渡る高山の登山と比較できる。もっとも、後者は、大抵の登山者が身体的にも精神的にも例外状態にないという点でまだかなり害が小さいといえる。しかし、指導する者に対しては、見込まれるリスクに関して、必要となり得る回り道や、慣例に沿わない方法を適用する計画について、登山の途中で段階的に突然知らせるのではなく、とりわけその者がその方法を適用することを当初から計画している場合には、登山のはじめから知らせることが期待される。難しい登山をしようと思っている者が、このような道を通りたいか、とりわけこのガイドを関わり合いたいかを決定することができるのは、慣例に沿わない方法を適用することを計画していることも含めて、完全な説明を受けている場合に限られる。

VI.

再びレモン汁事件に戻ると、BGH が地方裁判所の理由に反して、第一手術の後でも、必要となった第二手術を行うことについての説明をすることが可能で、その機会にレモン汁方法について話すべきであったとするのは、私は幾分浮世離れした考えであると思う。BGH も地方裁判所と同様に、抗生物質の投与からまだ5日しか経っていない、すでに7日続いている縫合不全に対して再手術が必要となった時点では、患者が「意思疎通がほぼ不可能な状況」にあり、第二手術は単に「うなずくことで同意」したことを認めている。そうであるとすれば、このうなずきが同意とみなされてもよいのか疑いが残る。しかし、たとえ、うなずきが同意とみなされたとしても、最終的には、レモン汁方法に関する説明が行われなかったために、有効な同意は存在しないという点で地方裁判所とBGHの見解が一致しており、その限りで、第二手術は正当化されないということに変わりはない。

BGH の論拠で問題なのは、むしろ、最初の侵襲の直後、または、少し後に、レモン

独日における医師の説明義務の範囲と刑事責任

汁方法を適用する計画であることを患者との適切な時点でのコミュニケーションにおいて知らせることができたはずであるとし、よって、第一手術の前にレモン汁方法について説明する必要はなく、第一手術後、つまり再手術前に説明する必要があったとして、被告人に対して第一手術の際の説明義務を免除している点である。この見解が浮世離れしているのは、第一手術の直後に、——事例ではすでに80歳である女性の組織を著しく侵害することになる——第二手術を実施することが絶対的な非典型例であるとはいえないからである。

このような場合、縫合不全がどのように経過するのか見守り、緊急の場合のみ手術を行うというように、ある程度時間を置く方が得策であったといえる。患者をいたわるという意味でも、第一手術の直後に場合によっては起こり得る縫合不全について、例えば、再手術の後の治療に殺菌していないレモン汁を使用することを話すことなどできないはずである。さらに、80歳の女性に対して、病院で死亡する危険性のある手術をした後に、レモン汁治療という斬新な方法が試されようとしている再手術からうまく身を守ることが期待する者などいないであろう。さらに、患者が首を動かすことでしか同意、または、反対できなかったことも、被告人にとって不利な要素となっている。

仮にBGHに同調して、第一手術後に、第二手術の中でレモン汁方法の適用が計画されていることについて説明する時間が十分あったことを認めたとしても、患者に対しては、説明状況全体を通して第一手術の前に行われる説明で与える以上の負担を与えたということは、はっきりと理解しておかなければならない。なぜならば、第一手術の前には、彼女は比較的問題もなく病院を替えることもできたのである（もう一度思い出してほしいのは、早急な手術は必要なく、第一手術を行うまでに約半年は平穩に過ごせたということである）。そして、患者は、レモン汁の代わりに（場合によっては適切な時期の十分な配量の）抗生物質の投与のみで治療してくれる病院に転院することもできたのである。

VII.

ここ数年、判例で発展してきた、いわゆる仮定的同意を用いても異議を申し立てることはできない。この——かなり争いのある¹⁶⁾——見解によると、不十分な説明が同意の効果に影響しないのは、十分な説明を受けた場合には同意していたであろうとされる

16) この点に関するドイツにおける議論については、たとえば、*Eser/Sternberg-Lieben*, (脚注3) § 223, Rn. 40e 参照。仮定的同意に対する反対意見として、↗

場合だけである（いわゆる仮定的同意）。これは——その名前が物語っているように——いわば、不十分な説明と有効な同意の因果関係を調べる仮定的なやり方である。もっとも、ここでは、仮定的な同意の難しい問題には触れない。つまり、本当の（説明を受けた上での）同意の代わりに、ある程度の仮定を用いて違法性を阻却するため、そのこと自体が説得的であり得るのかという点についてである。地方裁判所は、——この事実認定に上訴審である BGH は拘束される——、仮に患者がレモン汁治療について「知らされていたとしたら、……第一手術でさえも同意しなかったであろう」ということを認定していた。したがって、当事例においては、仮定的同意の考え方は出る幕がないのである。地方裁判所も BGH も、第一手術に関しても、第二手術に関してもこの見解を採用しなかったことは、評価できる。

したがって、BGH の見解に反して、しかし、地方裁判所の見解に即して、第一手術に関する患者の同意も説明が不十分であるため無効とされる。そして、この時点で違法な傷害が行われたことになり、主観的構成要件も充たされていることになる。なぜならば、地方裁判所の認定によると、被告人は「彼の縫合不全に対する治療方法が異例で治療が行われていない」ことを認識していたからである。したがって（地方裁判所がいうように）、被告人は、「術後の創傷が縫合不全となる危険性が高い場合には、当初から患者に対して縫合不全を治すための彼の異例な方法について説明する義務があったという正しい結論が導かれたはずである。」

VIII.

すでに第一手術において無効な同意のために違法な傷害を認めるならば、刑法227条（傷害致死罪）の道も開かれたことになる。というのは、（無効な）同意によって、第一手術の際の傷害が正当化されないのであれば、手術に伴って起こり得る縫合不全によって患者が死に至ることもあるという（当事例では実際に実現してしまった）生命に対する危険が正当化されることもないからである。確かに、この死亡結果の原因は、第二手術によるものでもレモン汁治療でもない。しかし、第一手術に関する同意を地方裁判所のように無効とするのならば、間違いなく第一手術によってもたらされた死亡という結果によって現実化された生命に対する危険も正当化されない。

もっとも、地方裁判所が「手術創にレモン汁を塗ったことがバクテリアの増殖につな

↘ *Yamanaka*, *Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafwissenschaft*, Berlin 2012, S. 225 ff.

がったのか、または、この治療によって患者が死亡したのか」を認定できなかったことが、どの程度、被告人を刑法227条で処罰する際に影響するののかについては、調べなければならない。ここで考えるべきなのは、すでに先に出した例のように、説明は不十分であったが、医学的侵襲は成功した例において、目的論的な理由（「規則を保護する目的」）を用いて処罰の限定することについてである。刑法227条において患者が死亡した際に刑事責任が問われることになるのは、まさに十分に説明されなかった危険によって死亡が発生した場合に限られる。

しかし、私はこのような考え方には問題があるように思える¹⁷⁾。なぜならば、まさに選択された治療方法を用いようとする際に——当事例のように——場合によっては起こるリスクについて丁寧に説明する代わりに、後に黙っていたリスクと場合によっては起こり得る患者の死亡の間の因果関係が簡単には証明されないことを望むというメンタリティーを助長することになるからである。とりわけ、当初から根本的に危険をはらむ治療方法を用いることが明らかな場合には、このようなメンタリティーの形成は阻害されるべきである。

そこで、当事例においては、一般的な危険増加説¹⁸⁾を採用するのがよいように感じる。たとえば、この説による解決が明らかに勧められた他の事例においてさえも、この説の適用が疑問視されたとしてもである。当事例においては、地方裁判所は少なくとも「実際は、そのようにして作出されたレモン汁を使用すると、傷口におけるバクテリアが（さらに）繁殖する危険性があった」¹⁹⁾ことを認定している。さらに、事後的に患者の死因となったことが分かった炎症にとって、常に炎症の根源となったバクテリアの量が重要となるため、レモン汁方法を用いた場合に手術が死亡という結果で終わるリスクを高めたことを否定することはできない。もっとも、当然のことながら、危険増加自体によって、直接の因果関係を証明することかできなかったという事実が変わるわけではない。

したがって、当事例においては、第一手術の前の説明がすでに不十分であり、第一手術に際してなされた同意は無効であるということになる。そして、被告人は、違法な傷害を行ったことになり、それによって予測可能であった死亡結果も違法に引き起こした

17) 同様の見解に対する批判として、*Eser/Sternberg-Lieben*, (脚注3) § 223, Rn. 40 f. の最後部分。

18) 詳細は、Roxin, *Strafrecht AT*, 4. Aufl., München 2006, § 11, Rn. 88 ff.

19) (脚注2) の引用参照。

ことになる。したがって、刑法227条の加重類型を適用することもできる。つまり、少なくとも当事例においては、十分に説明されなかった危険が、まさに死亡という結果によって実現されるべきであるという目的論的な制限によって刑法227条の成立が妨げられることもないということである。

3. 木村報告

地域基幹病院の現場から

—医療の現場における自己決定権と同意を中心に—

木村武量

1. はじめに

私は2010年4月から2012年3月まで北摂地域の基幹病院である市立吹田市民病院に内科医として勤務した。本稿では、まず、同病院の概略と特色、医療安全管理体制を述べ、次に、そこで働く医師が法、紛争をどのように意識しているかを概観する。最後に、患者の自己決定権と同意の観点から、身体への侵襲を伴う医療行為の同意書として典型的な構造を持った上部消化管内視鏡検査の同意書を取り上げ、医師の情報提供、患者の同意についての医療現場での正常な過程を具体例より述べる。その後、私が経験した症例の中で、同規模の病院に勤務する医師たちも類似例におそらく遭遇しており、かつ法的問題を内包している可能性の高い、自己決定権と同意の正常な過程から逸脱していると思われる2症例を紹介し、法律の専門家の方々に御検討いただく契機としていただきたい、と考えている。

2. 市立吹田市民病院の概要

病院の規模、どのような診療科が設置されているか、救急患者の受け入れ状況、病院の特色は、本稿の理解に重要な意味を持つ。

診療科 (20科)

内科 (血液, 内分泌・代謝, 呼吸器アレルギー, 腫瘍) 消化器内科, 循環器科,

神経内科外科 (消化器, 呼吸器, 乳腺) 整形外科, 脳神経外科, 腎臓・泌尿器科,

産婦人科, 小児科,

耳鼻咽喉科, 眼科, 皮膚科, 放射線科, 麻酔科, リハビリテーション科, 病理診断科,

精神科, 心療内科, 歯科 (障がい者)

病床数 (431床 一般病床)

救急対応 内科 外科 小児科 産婦人科

1) ほぼ全ての診療科がそろっている総合病院。2) 救急医療の根幹である、内科、外科、小児科、産婦人科で当直医を置く救急体制をとっている。3) 公立病院中では経営状態のよい黒字の病院である。という特色を持ち、このことより、1) 重症疾患も自院で対応できる。2) 入院患者 救急患者が多い上、活動性が高く、医療従事者は多忙である、ということが導かれ、医師は重症患者、救急患者への対応に追われ、紛争に巻きこまれるリスクを感じながら診療に従事している。

3. 市立吹田市民病院の医療安全管理体制

同病院では医療安全管理体制につき、来院患者に対し、以下をホームページに公開している。

•【医療安全管理室】

『市民とともに心ある医療を』の病院の理念のもとに、『安全で安心』な医療を提供するため、医療安全管理室は支援しています。

•【管理体制】

医療安全管理室には常時、専任のリスクマネージャー（看護師1名）が従事し、各部署のリスクマネージャーで組織している『医療事故防止運営委員会』を毎月1回開催し、病院内のインシデント・アクシデント事例を検討し、原因分析から改善策を発信し再発防止に努めています。

毎月のインシデント事例は各部署に文書で配布と、電子カルテに添付し職員に周知しています。

•【医療事故発生時の対応】

医療事故が発生した場合は、患者の生命の安全確保を第一に、傷害の拡大防止のための最善の医療を実施します。

初期対応終了後は速やかに事実を確認し、経過を記録し、患者家族への説明を行い、病院長への報告をしています。

また今後の対応を病院として検討し、必要に応じて医療事故調査委員会の設置や、行政機関への報告を検討します。

4. 医師の法的紛争への認識

では同病院にて勤務する医師はどのような点に注意して診療に従事しているのだろうか。

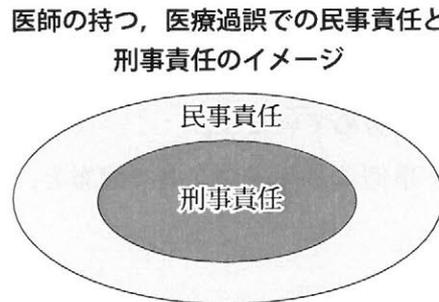
独日における医師の説明義務の範囲と刑事責任

医師によりある程度の個人差はあるであろうが、1) 自己の診療が、現在の総合病院において要求される医療水準をみたしているか、2) 検査、治療につき患者さんへ説明をつくり同意を得ているか、の2点に集約されると思われる。医師は上記2点に注意しながら診療に従事しているのであるが、その行動規範に潜在的に影響を与えているリーディングケースは、1) 未熟児網膜症に関する一連の訴訟で、医師の注意義務の基準となるべきものは診療当時の臨床医学の実践における医療水準、という裁判所の判断、2) エホバの証人の患者さんへの輸血につき、輸血以外に救命手段がない事態になれば輸血する、という治療方針を医師が説明しなかったことに医師の説明義務違反を認め、医療における自己決定権、信教上の良心への侵害に対し損害賠償を認めた事案、の2例である。

5. 医師の日常診療と刑事責任

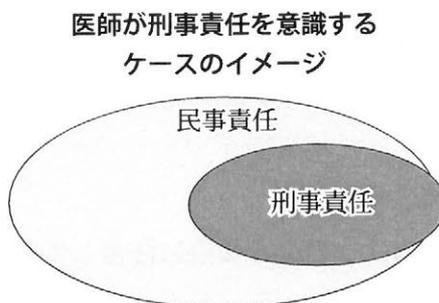
医師は、通常の診療をしている状況では、民事責任に比べ、刑事責任を意識する事はあまり多くない。

【医師の持つ、医療過誤での民事責任と刑事責任のイメージの図】



しかし、患者の同意がかかわる事例の場合、民事責任より刑事責任を意識するケースがある。

【医師が刑事責任を意識するケースのイメージの図】



そこで、まず、同院における情報提供と同意につき実務の観点から検討する。

6. 市立吹田市民病院での情報提供と同意の実際

患者の自己決定権から、医師が検査、処置等、患者に医療行為を施行するにあたり、患者ないしその法定代理人に事前に同意を得る必要があり、同意を得るに際し自己決定権を行使するに必要な情報を提供しなければならない、との認識は同院医師に共有されている。身体への侵襲を伴う処置の同意書として典型的な同院の上部消化管内視鏡検査の同意書を以下に示す。

上部内視鏡検査（胃カメラ）の説明ならびに同意書

[上部消化管内視鏡検査について]

〇〇 〇〇 様

市立吹田市民病院 内視鏡室

- * 上部消化管内視鏡（胃カメラ）検査は絶食状態で内視鏡（胃カメラ）を挿入し食道・胃・十二指腸を観察します。ポリープ・癌など異常があればその一部をとり検査に提出します（生検）。ピロリ菌の検査をする場合もあります。観察しやすい様に色素液をまく場合もあります。
- * 内視鏡治療として、出血している場合には止血処置を、また異物（入れ歯、魚の骨、薬のシールなど）がある場合はそれを回収する場合もあります。
- * 検査は慎重に行いますが、ごく稀に合併症として薬剤アレルギーや消化管穿孔（穴があく）や出血などがおこることがあり、救急処置や入院が必要になったり、緊急開腹手術になることがあります。
- * アレルギー・心臓病・不整脈・緑内障・前立腺肥大などがある方や、血液がかたまりにくくなる薬を服用されている方はお知らせください。
- * 経鼻カメラで検査される場合は、粘膜を刺激しますので少量の鼻出血が起こることもあります。出血がひどい場合は、当院で対応させていただきます。稀に鼻水がよく出る・違和感が残るなどの症状がでる場合もありますが、これらは2・3日でよくなります。
- * 抗血小板剤・抗凝固剤内服中の方へ*

独日における医師の説明義務の範囲と刑事責任

内視鏡検査や処置にあたり、抗血小板剤や抗凝固剤を休薬することにより、新たに血栓症や梗塞（脑梗塞・肺梗塞・心筋梗塞など）及びステント、血管の閉塞を起こすリスクが増えます。当院では2012年版日本消化器内視鏡学会のガイドラインに準拠し休薬などを決定します。

平成 年 月 日 担当医 △△ △△

[上部消化管内視鏡検査にたいする同意書]

上部消化管内視鏡検査につき説明を受け、内容を理解した上で検査を受けること同意します。

平成 年 月 日 患者
親族または代理人 続柄

市立吹田市民病院 病院長 殿

上記同意書は、1. 検査の目的と方法の詳細をのべ、2. 検査の過程で起こりうる合併症とそのときの対応を説明し、3. 検査をうけるには、1. 2とも理解したうえで同意をしていただく、という手術等、侵襲的な医療行為の同意書に共通した構造を持っている。この同意なくして侵襲的処置は施行されない。

以上をふまえ、同意が論点となり、私が市立吹田市民病院に在籍時に刑事責任を意識したケースで、ある程度の一般性を内包している可能性がある、と考えられる2例を紹介したい。

7. ケース1

本症例は、患者の意思形成過程での基盤となっていた医療情報が現時点での医学上の共通認識と隔たりがあり、医学上妥当な同意が得られなかった例である。

症例は82歳の女性、健診で糖尿病を指摘され、当院内科を受診された。高齢での突然の糖尿病発症であり膵癌もふくめての悪性腫瘍の検索のため、画像検査、血液検査等を施行、手術適応のある膵癌が認められた。手術による根治が可能であることを患者さんに説明した。しかし、患者さんは、1) 姉が膵癌の手術をしたが、再発して亡くなった。2) 高齢であり、もう手術で痛い思いをしたくない。痛いことはこの年齢でもうしたくない、と頑なに主張し手術を拒否した。これに対し、医師は、1) 患者さんの膵癌は画像上転移もなく手術により根治する可能性が高い。2) 現在、膵癌は手術可能な状態で

あるが、膵癌は進行が速く、手術不可能な状態にかなり早く至り、その状態になれば1年以内に死亡する確率が非常に高い。その間、痛みは激烈で麻薬を使ってもコントロール困難である可能性もある。3) 膵癌が進行すると胆管が閉塞したり、上部消化管が閉塞したりする可能性があり、苦痛を取るために侵襲的処置、手術が必要になる、と説明した。患者さんとは何度も面談し説明したが、手術の同意を得ることはできなかった。セカンドオピニオンとして大学病院を受診していただいた。同院では当院で手術するように説明していただいたが、やはり手術には同意されなかった。約半年後に膵癌による閉塞性黄疸にて当院に入院され、胆嚢ドレナージ（侵襲的処置だが同意された）等の姑息的処置を施行、強い疼痛に対しては麻薬等を投与したが、疼痛コントロールは必ずしも十分ではなく、入院した約3か月後に永眠された。患者さんは家族がなく、家族の説得は期待できなかった。患者さんに認知症はなかったが、患者さんの手術を拒否する論拠は、医療上の事実を正確に把握していない可能性が高いと考えられるものであった。

8. ケース1で医師が感じた問題点

患者さんの同意なく手術を施行することは不可能である。しかし手術を施行しなければ、患者さんの手術をしたくないという論拠となっている痛みの回避は達成できない。

手術を施行しなければ、1年以内に、相当の確実性をもって患者さんは死亡し、手術を施行すればかなりの高い確率で根治が期待できる症例であった。一方、手術適応のある時期には差し迫った生命の危機はない状態であり、緊急性はなかった。

9. ケース2

本症例では、患者は意思表示が困難、かつ、意思の推認も困難であり、家族が患者の生命にかかわる可能性のある処置の同意を求められた例である。

症例は92歳の女性、息子さんと自宅で二人暮らしであった。加齢による脳血管の動脈硬化が原因と考えられる認知症により意思疎通困難、5年前から徐々にADLが低下した。3年前から寝たきりの状態に至り、食事は全介助でミキサー食を2時間かけて摂取、排泄はオムツで対応していた。2年前から誤嚥性肺炎で入退院を繰り返すようになり、2011年〇月〇日、誤嚥性肺炎で当院へ救急搬送され入院となった。入院後、絶食とし、末梢静脈からの点滴施行、誤嚥性肺炎に対しては抗生剤にて加療、肺炎は軽快したが、全身の衰弱を契機とする嚥下機能の低下から経口からの食事摂取は、たとえミキサー食としても困難な状態であり、栄養の摂取をどうするかが退院への課題となった。このよ

独日における医師の説明義務の範囲と刑事責任

うなケースでの栄養摂取の方法は3種類あり、1)末梢静脈からの輸液→侵襲度が低く施行しやすいが、長期間に渡っては、生命を維持するに十分な栄養を供給できない。2)中心静脈栄養→侵襲度は高く、またカテーテル感染のリスクは高く、自宅で家族が管理しにくい、十分な栄養は供給できる。3)胃ろう→侵襲度は高いが、自宅で家族が管理しやすく、十分な栄養が供給できる。

ここで、患者さんの嚥下機能低下の評価であるが、特定の疾患が原因となっているものではなく、老衰による自然な死へと向かう過程で起きたものであり、改善の見込みは全くなかった。どのような栄養摂取方法を選択するか、にあたり、本ケースでは患者さん本人の意思確認は困難であり、また認知症にいたる前に意思を確認あるいは推認できる書面等も残していなかった。家族は末梢静脈からの輸液を継続しながらの自然な形での死を潜在的には希望していたが、この方法では長期間に渡っては生命を維持するに十分な栄養を供給することができない、ということが問題となり、胃ろうからの栄養供給を選択された。胃ろう作成後に退院。退院後3か月で老衰のため永眠された。

10. ケース2で医師が感じた問題点

ケース2と類似のケースでは、患者家族、医師の双方とも胃ろう作成を選択する傾向が強い。末梢静脈からの輸液を継続しながら経口摂取は可能な範囲で、という選択肢は、長期間に渡っては生命を維持するに十分な栄養を供給できない、ということから、緩徐な消極的安楽死、尊厳死に繋がるのではという不安を潜在的に医師と家族は持つ傾向がある。

11. ま と め

地域基幹病院では、がん患者、救急搬送される高齢患者への対応で、患者の自己決定権、同意が論点として関わる問題に直面することが多く、医師は法律専門家によるガイドラインの提示を求めている。

4. コメント

山中 敬一

1. イエルデン報告の事例解決に関するコメント

連邦裁判所の認定によれば、第1手術の後、第2手術の前に、患者は、レモン汁を補完的に使う計画があることにつき、第2手術の直前ではなく、すでに「数日前に」説明を受けることが可能だったとされ、その時点でレモン汁の使用につき説明すべきであったとする。これに対して、イエルデンは、第1手術の前に第2手術を行うことになることは予見できたのであるから、第1手術の前の時点ですでに再手術で用いられるレモン汁治療についての説明をもすべきであったという第1審の見解に賛成する。第1手術と第2手術が一連・一体の事象かどうかがこの見解の分かれ目になるが、私見では、イエルデンの見解は、結論的には医師に厳しすぎるように思われる。第1手術のときにすでに第2手術が予想されたとしても、そのときに第2手術の細部についてすでに説明しておくべきだということにはならないように思われる。なぜなら、80歳の患者であっても、患者が第1手術の後、同意不可能な状態になることは通常の状態として予測することはできず、第1手術の後に説明すれば足りると考えるのが通例とも考えられるからである。第2手術の必要性が予見できるからといって、その後、説明が困難な状態になることまでは予見できないし、する必要がないともいえるからである。イエルデンの見解では、もし第2手術が必要でなくなったが、第1手術の結果として患者が死亡しても、ありうべき第2手術でのレモン汁の使用につき説明しなかったという説明義務違反のゆえに致死の責任を負うことになる。しかし、連邦裁判所の見解の問題点は、第1手術のあと第2手術を行うかどうかまだ不確実な段階で、患者に第2手術の際の「レモン汁」の使用につき説明する義務があるかどうかである。もしイエルデンの前提に従うなら、第1手術の時にすでに第2手術が予見でき、したがって、説明すべきであったというのであるから、当然、第1手術の後では、第2手術の実施の決断の前でも説明すべきだということになる。しかし、これによると、連邦裁判所の前提からは、第2手術をすべきかどうか未決定の間にレモン汁の使用について説明すべきことになる。これは、不合理だとの印象を払拭できない。しかし、この点は、第2手術の決定が遅すぎたということも可能である。

もしイエルデンのいうように第1手術の前に第2手術時のレモン汁の使用について説

独日における医師の説明義務の範囲と刑事責任

明すべきだとすると、イエルデンの比喻をもじって言えば、ガイドが、連続して2つの山頂を目指す登山につき、第1山頂を征服した後、いったん下山し、疲れた人はそこでやめてもいいし、第2山頂を目指すもよいというルールで、第1山頂を目指す前に、第2山頂登山の際には運動靴を使用するよう説明し登山したが、第1山頂から下山後、気分が悪くなった人は申し出てくださいと注意を促したにもかかわらず、気分が悪くなっていたAも申し出なかったところ、運動靴を履いたAが、心臓麻痺を起して死亡したという場合、第1登山の前に運動靴を勧めたことによってガイドの過失を認定するのは不合理である。これに対して、イエルデンは、本件においては、第2手術は、因果必然的であったのに対し、登山の事例は、さらに第2山頂を目指すかどうか、選べるから比喻は適切でないと反論するであろうが、しかし、本件においても患者は、第2手術を受けるかどうか、あるいはどのような手術を受けるかは「選べる」といえる。なぜなら、第1手術の後、いまだ患者は、適切な時に説明を受けておれば、少なくとも「第2手術では、レモン汁を用いないで手術してください」という可能性があったからである。

本件では、仮定的同意を考慮したとしても、レモン汁の使用について、患者が同意したであろうとは言えない。この点ではイエルデンと同意見である。しかし、仮定的同意の問題の本旨は、説明義務違反と結果との客観的帰属関係を問う点にある。義務違反があっても、それが「原因」で死亡したのでなければ、死亡の責任を問われないという過失犯成立の否定原理なのである。

この点では、イエルデンが、義務違反によって危険増加があれば、その違反と結果との間に「客観的帰属関係」がなくとも過失犯の責任を負うとするのは、あまりにも危険刑法であり、過失犯が結果犯であることを軽視するものと思われる。再びイエルデンの用いている例に即していうと、ガイドが、運動靴の方がよいと信じて、通常は登山靴を用いるべきなのに登山客に運動靴で登山させたとしても、運動靴であるがゆえに滑って滑落死したのではなく、高山病から心臓麻痺によって死亡したとき、運動靴で登山させたガイドに致死の責任を負わせるのは、完全な「結果責任」論であって、賛成できない。

イエルデンが、傷害致死罪の成否を問うべきだとしている点については、二つの前提がある。一つは、レモン汁の使用について説明があれば、患者は、第1手術も受けることはなく、したがって、傷害についても有効な同意はなく、手術による身体の侵襲は医師が認識していたことなので、故意が認められ、傷害罪が成立し、それによって死亡したので「因果関係」が肯定でき、傷害致死罪が成立するというのである。もう一つは、有効な同意には説明が前提となっているが、その説明に瑕疵があれば、同意は無効であ

り、故意ないし過失犯が正当化されないという前提である。まず、第1点については、医師の正当化事由の錯誤を考慮すれば、故意犯の成立は困難である点を指摘しなければならない。つまり、医師は、同意は有効であると信じているので、故意が阻却されうるということである。さらに、第1点につき、「因果関係」の肯定につき、条件関係はあるとしても、創出されたレモン汁による傷口の感染による死亡という結果は発生せず、危険実現連関が否定されることが考慮されていない。第2点については、同意の有効・無効の判断に際しては、「総じて」説明義務違反の有無を判断し、同意の有効・無効を判断するのではなく、説明義務違反があった点について、同意が無効となると考えるべきである。したがって、レモン汁の使用については説明義務違反であり、それについての同意がないといえる。したがって、レモン汁の使用について正当化されることはない。しかし、レモン汁によって傷口が悪化するなどの傷害結果が発生していないのならば、手術全体につき、正当化されないとは言えないのではないだろうか。

2. 木村報告に対するコメント

まず、木村報告によって、実際に医療安全体制の確立と医師の説明に関する実務の一例が明らかにされた。いわゆる基幹病院において、事故予防・事故対応体制が整えられていること、その医療行為（検査・侵襲）が、医療水準を充たしているか、検査、治療につき患者に説明しその同意を得ていることが重要だとされ、その際、医事重要判例が行為規範の法源となっているとされたことは、医療の世界でも、刑事・民事責任に対する法実務を考慮し、医療事故とその責任を意識した対応がとられていることを示し、外部者には有益な情報であった。とりわけ自己決定権尊重原理は、紹介された病院の情報提供・医師の説明にあたって、十分に意識されていることが示されている。

次に、紹介されている「ケース1」については、患者が一定の固定観念をもち、医師の医学的で懇切丁寧な説明が、その固定観念にブロックされ、容易に患者に受け入れられず、しかも痛みを解消したいという欲求をもちつつ、それを解消する手段である手術を拒否するという自己矛盾を犯している状態に陥っている場合、医師としてはどうすればよいのかを問いかけるものである。ここでは、医師の善行義務と自己決定権尊重原理に加えて、法的・倫理的自己防御原理も働くと思われる。そのまま手術をせずに死亡させてしまうのがやりきれない気持ちにさせるであろう。

さらに、「ケース2」については、このような場合、現実にどのような方法が取られるかは、苦痛の除去、栄養補給の充分性、どのくらい長く生きられるかなどの衡量の要

独日における医師の説明義務の範囲と刑事責任

素は多く、医学的観点からする治療としての効果のみならず、さまざまな要素が衡量の要素となる。医師が、長く生きられる「胃ろう」を選択する傾向にあるのは、法的責任を意識してのこともあろうが、遺族の考え方にもよるのであり、医師としての「正しい」判断はないのかもしれない。しかし、「法」が個人の良心や信条に判断を委ねることによって、民事責任や刑事責任を常に意識して、医師の自己防衛的で安全な医療に陥る危険性もはらんでいる。法がなんらかの指針を与えるべきであろう。