

講演

治療行為の正当化における患者の同意

Justification of Medical Treatment and Informed Consent

田 坂 晶*

目 次

- 1 はじめに
- 2 治療行為の構成要件該当性
- 3 治療行為の正当化根拠
- 4 治療行為の正当化要件
- 5 同意能力を有さない患者への治療行為
- 6 むすびにかえて

1 はじめに

今日、医療技術の高度化や、対象の広範化など、医療を取り巻く状況はめまぐるしい変化をみせている。こうした変化にともなって、治療行為は、日常生活において必要性が高いものである反面、身体や生命を侵害する危険性もはらんでいるということが認識されるようになってきた。このため、そうした危険からわれわれの生命や身体を守るために、刑法も一定の役割を担うことを期待する声も高まりつつある。しかし他方で、医療の現場への刑法の過度の介入は、医療行為の萎縮を招くおそれがある。したがって、医療の世界に刑法がどこまで介入するべきかという問題は、きわめて検討の必要性が高い今日的な課題なのである。

* 広島修道大学法学部准教授

今日では、「患者の自己決定」を尊重する立場から、治療行為の実施にあたっては、患者の同意を重視しなければならないという点では一定のコンセンサスが得られているように思う。しかし、治療行為に対する患者の同意が、犯罪論のなかで、どのような意味を有するのか、という問題については、必ずしも明確にされていないのではなかろうか。治療行為が身体への侵襲をとまなうものであることから、患者の同意は、被害者の同意の問題と解することもできそうである。実際に、学説上も、患者の同意を、被害者の同意として捉える見解も有力に主張されている。しかし、後に詳しく検討を加えるが、治療行為に対する患者の同意を、被害者の同意と同じものと捉え、被害者の同意の法理によって治療行為を不処罰とするとした場合、そこには、いくつかの問題があるように思われる。

また、治療行為は高度な専門知識や技術を必要とするものであることにかんがみると、治療行為の不処罰化を考察するにあたっては、患者の自己決定の尊重に加えて、医学的観点からみた治療行為の適切性も考慮するべきである。

本報告では、このような問題意識から、諸外国での議論に示唆を求めつつ、治療行為について、その侵襲の程度や結果を切り離した、統一的な正当化根拠と、そこから導かれる正当化要件について模索してきたこれまでの研究を紹介する。その際、「患者の同意」の存在に留意し、その位置づけについても明らかにしたい。そのうえで、患者の同意が得られないケースにおける治療行為の正当化について検討を進める。

2 治療行為の構成要件該当性

治療行為の刑法上の評価を検討するにあたっては、まず、構成要件該当性の判断から出発することになる。治療行為について構成要件該当性を検討する際に参考になるのが、ドイツでの議論である。ドイツにおいては、治療行為の構成要件該当性に関する議論が古くから活発に展開されており、わが国においてこの点に関する検討を進めるにあたって、大いに参考

になるものとする。現行ドイツ刑法典223条1項は、「他人の身体に虐待を加え、またはその健康を害した者」について傷害罪が成立すると規定している。ドイツ刑法典は、「身体的虐待」または「健康侵害」を傷害罪の構成要件要素としているのである。ここでいう「身体的虐待」とは、身体を傷つけたり、その一部を失わせたりするなど、身体の完全性を侵害することをいう。

ドイツでは、治療行為と傷害罪との関係について、古くから議論が活発に戦わされてきた。判例は、医的侵襲について、一貫して治療行為傷害説を支持している。すなわち、刑法典223条の「虐待」には、直接的・物理的に身体器官に加えられた侵害すべてを含むので、治療行為も、それが医学上正しく行われたかどうか、また、結果として成功したか失敗したかを問わず、傷害罪の構成要件に該当するとしうえて、違法性が阻却される余地があるという立場を維持しているのである。

これに対して、学説においては、健康回復を目的とした治療行為を、刃物を振り回して人を傷つける行為と同列に論じるのは不合理であるなどの理由から、判例の立場を支持せず、治療行為は傷害罪の構成要件に該当しないと解する見解が多数説である。

学説においては治療行為非傷害説が有力であるにもかかわらず、判例が治療行為傷害説をかたくなに守り続ける背景には、構成要件該当性の類型的・形式的な判断枠組みを重視する姿勢に加えて、治療行為に対する患者の同意を尊重する考えがあるものと推察される。治療行為に対する患者の自己決定権は、ドイツ基本法上の権利であり治療行為の正当化の基本であると解されているのである。

こうしたドイツにおける議論の動向を参考にしつつ、わが国における治療行為の構成要件該当性を検討してみたい。具体的な検討に入る前提として、まず、「傷害」の意義を確定する必要がある。わが国においては、傷害の概念について、①身体の完全性を害することと解する見解と、②生理的機能に傷害を加えることと解する見解とがある。しかし、傷害罪は、人の身体の安全を保護法益とする犯罪であるから、いずれか一方のみに限

のではなく、③本人の意思に反して人の生理的機能に傷害を加える行為と、人の身体の外形に変更を加える行為のいずれも傷害行為であると考えらるべきである。

わが国には、治療行為は、身体を改善させる方向に作用するものであり、害悪を加えるものではないという理由から、構成要件該当性を否定する見解(治療行為非傷害説)もある。しかし、このように考えると、治療行為は、行為の相当性のみによって不処罰が導かれ、患者の同意は必ずしも必要ではないということになりかねない。治療行為の不処罰化に関する検討を進めるにあたっては、やはり、患者の意思は無視するべきではないので、患者の同意を重視しない方向に傾きやすい治療行為非傷害説には、疑問を覚える。こうした指摘に対して治療行為非傷害説は、傷害罪は、身体的安全性の侵害を処罰の対象としているものであり、ここに自己決定侵害も含まれると解するべきではないと反論する。しかし、こうした考え方は、かなり実質的な考慮を組み込むことにはなっていないだろうか。構成要件は、刑罰法規に規定された違法かつ有責な処罰に値する行為の類型であるから、その判断は、やはり、類型的・形式的にするべきである。したがって、ここに実質的判断をさしはさむべきではなく、治療の目的で行われた行為であっても、患者の生理的機能の傷害や外形の変更を生じさせている以上、構成要件該当性は肯定するべきであろう¹⁾。直接的・物理的侵襲行為によって身体組織への侵害を生じさせた行為については、少なくとも身体の完全性を侵害したという意味において、構成要件該当性を認めるべきである。そのうえで、治療行為不処罰の可否については、違法性の段階の問題とするのが妥当である²⁾。

-
- 1) こうした私見に対して、「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問題なのである」との指摘がある(山中敬一『医事刑法概論 I 序論・医療過誤』[成文堂, 2014] 131頁)。
 - 2) 高橋則夫『刑法総論』(成文堂, 2010) 312頁以下、佐久間修『刑法総論』(成文堂, 2009) 184頁以下、井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣, 2008)

3 治療行為の正当化根拠

第1節 わが国における議論の状況

それでは、治療行為の正当化根拠は何に求めるべきなのであろうか。わが国では、この点について、学説上今なお激しい議論が戦わされている。まず、治療行為の結果としてもたらされる優越的利益に正当化根拠を求める見解がある。この見解は、治療行為によって侵害された患者の身体的利益よりも、治療行為によって維持・促進された患者の健康という身体的利益が大きいという点に、治療行為の正当化根拠を見出す。たしかに、患者の病気を治癒するための治療行為が成功した場合については、こうした考え方によって違法性を阻却することも考えられるであろう。しかし、結果としての優越的利益に治療行為の正当化根拠を求めると、治療行為が失敗した場合には、優越的利益が認められず、常に違法となってしまうかねない。実際の医療現場においては、成功率が非常に低く、しかも医的侵襲の程度が高い難手術の実施が必要であるケースも少なくない。このような治療行為を十分な注意義務を尽くして適切に行った結果、残念ながら患者の健康を回復させることができなかつた場合でも、正当化されるべきケースは少なくないはずである。

そこで、優越的利益説のなかには、事前の法益衡量を問題として、行為時に医術準則に則っていると認められた治療行為は、「許された危険」として評価し、正当化を導こうとする見解もある。しかし、優越的利益説に立脚しつつ、結果的に法益衡量を失してもなお適法とするということは矛盾しているようにも思われる。そもそも、優越的利益に治療行為の正当化根拠を求める見解は、健康の増進という優越的利益のほか、原則として患者の同意も要求する。この見解は、患者の同意の有無に重点を置くので、実質的には、客観的な優越的利益の判断自体が、患者の同意に依存す

ることになる。つまり、同一人の内部における法益の衡量を患者本人の決定に委ねることになるのである。結局、治療行為の正当化にとって、患者の同意が決定的な要素となり、行為自体の客観的な適切性は全く考慮されないということになりかねない。治療行為の正当化は、患者の意思だけではなく、治療行為としての適切性も加味したうえで導くべきであるから、患者の同意に左右される優越的利益に治療行為の正当化根拠を求める見解には疑問を覚える。

第2節 患者の同意と被害者の同意

さて、今日では、治療行為の正当化に関する検討をすすめるにあたっては、少なくとも、患者の意思を尊重するべきであるという点には争いはないといえよう。そこで、治療行為に対する患者の同意の位置づけについて、検討を試みたい。わが国において有力に主張されているように、治療行為に対する患者の同意を、被害者の同意と同じものであると評価することができるのであろうか。

被害者の同意論によって、治療行為の正当化を導こうとした場合、そこには、いくつかの問題が生じる。第一に、重大な身体障害や、死の結果が予想されるけれども、なお治療として意味があるような行為を正当化できるかという疑問である。わが国の判例および有力な学説は、身体に重大な障害をもたらす傷害行為に対する同意は無効であるとして、違法性を阻却しないとしているし、202条によって、生命の処分に対する同意が死の結果の違法性を阻却しないことも明らかだからである。患者の同意を被害者の同意と同一視する限り、重大な障害や死の危険をとまなう治療行為が正当化されない可能性があるという点が問題として残るのである。このような危険性をとまなう治療行為についても正当化できるような根拠や要件こそが必要なのではないだろうか。

第二に、治療行為に付随する潜在的な危険が現実のものとなった場合についても、被害者の同意によっては正当化されないおそれがある。手術などの治療行為は、行為自体はそれほど大きな侵害をもたらさないものであ

っても、副作用や合併症、感染症などを併発する可能性、さらに、万一失敗した場合には、身体や生命に重大な侵害をもたらす可能性がある。治療行為に内在するこのような危険が実現したような場合も含めて正当化されなければ、医師は、常に刑事責任を問われる可能性を意識しなければならず、安心して治療に専念することができないという状況を招きかねない。たしかに、治療行為から生じた傷害に患者が同意していて、かつ、生命に危険がないような治療行為については、行為によって侵害される身体の法益を放棄したとして、「被害者の同意」によって処理することができることも考えられる。しかし、治療行為に付随する、上述したような内在的な危険については、患者は、必ずしも同意していないのではないだろうか。また、そもそも、治療行為は本質的に人体に侵襲を加えるものであり、「リスクゼロ」にはならない。いかなる治療行為であっても、潜在的な危険性をあわせもっているし、こうした内在的な危険が現実化する可能性は必ずしも低いわけではないので、その発生を、相当因果関係を否定することで切り捨てることもできない。そもそも、治療行為自体の危険性、あるいは、治療行為に内在する危険性の大小は、それほど明確ではなく、区別することは困難である。そのため、医的侵襲の程度や治療行為に内在する危険性の大小、結果として治療行為が成功した場合と失敗した場合とで区別して、その一部について「被害者の同意」による違法性阻却を認めることには、疑問が残る。

第三に、治療行為に対する患者の同意を、「被害者の同意」と同じものと解すると、治療行為の正当化を判断するにあたっては、患者の同意の有無のみが問題となり、治療行為としての適切性は問題とされないことになる。また、患者の選択がいかに不合理なものであっても、これに従わない治療行為は、仮に医学的な観点からみると適切な処置であったとしても正当化されないという結論に至りかねない。しかし、現代医療の医療技術における高度の専門性にかんがみると、治療行為が医学的観点からみて適切かどうかという点を完全に無視するべきではない。そもそも、「患者の自己決定権」を尊重する考え方は、医的侵襲によって直接的な影響を受ける

患者自身の意思を尊重するべきであるとの考え方から派生したものである。患者本人の同意を要求することによって、より本質的には人権が尊重されるのである³⁾。しかし、その一方で、医療行為の多くは非常に高度な専門知識や技能を必要とする性質のものであることもあわせて考えると、医療の専門家である医師に、ある程度の裁量を認めるべきである。患者はあらゆる事項について自由に判断・決定でき、医師はいかなる場合も患者の決定に従わなければならないというわけではない。その意味において、患者の自己決定権は、万能のものと考えべきではないのである⁴⁾。治療行為の正当化根拠について考察をすすめるにあたっては、患者の自己決定と医学的観点からみた治療行為の適切性のどちらも尊重するべきであると考える。

このように、治療行為に対する患者の同意を被害者の同意論によって解決しようとする場合、看過しえない問題がいくつか生じてしまう。たしかに、「医的侵襲」を受ける患者が、これに対して同意しているという意味で、治療行為に対する患者の同意を、被害者の同意と同一のものであると評価することができるようにも思われる。しかし、その本質に立ち返ってみると、被害者の同意は、法益の処分権者である被害者が、当該行為から生じうる結果を認容したうえでの法益の放棄であると解される。他方、治療行為に対して同意している患者は、治療行為にともなう危険性を説明されても、このような危険の不発生を期待し、治療を受ければ病気が治癒すると信じているのが通常である。患者は、医的侵襲を手段として、健康の

3) 田山輝明編著『成年後見人の医療代諾権と法定代理権』（三省堂、2015）197頁。

4) 「人間の尊厳の尊重」と「個人の尊重」とは、ある場合には重なり合うが、必ずしも同一ではない。前者は例外のない倫理学上、かつ法学上の原則であるのに対して、後者には例外がある（たとえば、「公共の福祉に反しない限り」）。治療行為における患者の自己決定権は、後者に該当するため、「人間の尊厳」と抵触する懸念があるような自己決定は認めることができないのである（甲斐克則「『人間の尊厳』と生命倫理・医事法—具現化の試み—」『自由と正義の法理念—三島淑臣教授古稀祝賀—』（2003、成文堂）491頁参照）。

維持・促進という利益を受けることができるのである。このことから、治療行為に対する患者の同意とは、治療行為にともなう危険についての了承であり、法益の放棄を意味する被害者の同意と同じ法理に基づくと解することには疑問が残る。

第3節 治療行為の正当化をめぐる英米での議論

したがって、治療行為の正当化根拠を検討するにあたっては、被害者の同意とは異なる観点からのアプローチが必要になるとと思われる。そうしたアプローチを模索するにあたって参考になるのが、イギリスとアメリカ合衆国での議論である。イギリスでの議論を整理すると、イギリスでは、人身に対する罪（battery）に関し、「同意の抗弁」による不処罰が認められている。そこで、身体への侵襲をともなう治療行為についても、同意の抗弁によって不処罰を導く方法が考えられる。しかし、同意の抗弁による不処罰は、現実に重大な身体傷害をもたらす行為については、認められないものと解されている。このため、治療行為の不処罰根拠を同意の抗弁に求めると、侵襲の程度が著しい治療行為については、同意の抗弁は認められず、犯罪の成立を肯定せざるをえない。ところが、実際には、イギリスにおいても、重大な侵襲をともなう治療行為についてのみ犯罪が成立するとは考えられていない。このことから、イギリスでは、治療行為の不処罰根拠は、同意の抗弁とは異なる点に求められているものと考えられる。

それでは、イギリスでは、いかにして治療行為の不処罰化が導かれているのであろうか。イギリスにおいては、1990年頃から、治療行為の不処罰化をめぐる議論が活発化した。こうした動きを受けて、法律委員会は、同意に関する提案書を公刊した。1995年に公刊された『刑法における同意（Consent In The Criminal Law）』という提案書では、治療行為に対する患者の同意の意義や、同意の抗弁と患者の同意との関係について大きく取り上げている。そこでは、まず、危険に対する被害者の同意は、原則として完全な抗弁となるけれども、意図的に重大な身体傷害をもたらす行為については、たとえ被害者がその危険性に同意していたとしても、抗弁とはな

らないという判例の立場が支持されている。そのうえで、法律委員会は、「適切な治療行為（proper medical treatment）」について患者本人の同意を得ている場合には、犯罪不成立とすることを提案した。こうした見解は、イギリスにおいて広く認められつつあり、今日では、適切に行われた治療行為について、患者が同意している場合には、一般の人身に対する罪とは違った特別のカテゴリーに該当すると捉え、そこから不処罰が導かれている。

また、アメリカ合衆国においても、イギリスにおけると同様に、身体に対する不法な身体接触の罪（assault and battery）について、「同意の抗弁」が認められている。その一方で、「同意の抗弁」によって不処罰が導かれる範囲には限界があること、このため、治療行為の不処罰根拠を「同意の抗弁」に求めることの妥当性には疑問があることなども、イギリスでの議論と同様である。では、アメリカ合衆国では、どのようにして治療行為の不処罰が導かれているのであろうか。この点について探してみると、古くは、1962年のアメリカ法律協会の模範刑法典（Model Penal Code）にまで遡ることができる。そこには、社会的有用性が認められる行為に関する規定が置かれている。つまり、有用性が認められる行為に対して、被害者が同意しており、そこから生じた傷害が、「通常予見できた危険（reasonably foreseeable hazards）」である場合には、不処罰とする旨が規定されているのである。模範刑法典のこうした考え方は、判例においても基本的に受け入れられている。今日、アメリカ合衆国では、治療行為の不処罰化を導くにあたって、インフォームド・コンセントの重要性が説かれている。そして、治療行為に対して患者のインフォームド・コンセントがあるということは、つまり、患者が治療行為にともなう危険を認識したうえで、これを引き受けているということであるとして、ここから治療行為の不処罰化を導くと解されている。ただし、患者が治療行為にともなう危険を認識したうえで同意していれば、いかなる治療行為であっても不処罰とされるわけではない。治療行為を不処罰とするための危険の引き受けが認められるためには、治療行為自体が適切であることが前提として要求されるのであ

る。つまり、社会的に有用であると認められる治療行為については、不法な身体接触とは一線を画し、患者が行為にともなう危険を正確に認識したうえで、これに同意していれば、その危険を引き受けていると評価され、ここから、治療行為の不処罰化が導かれているのである。

このように、イギリスやアメリカ合衆国では、有用性が認められる治療行為については、不法な身体接触の罪とは区別して、不処罰を導く道が開かれている。いずれの国においても、こうした特別のルートによって不処罰とされるためには、当該行為が治療行為としての適切性を具備していることと、患者が治療行為にともなう危険性を十分に認識したうえで、同意していることが前提として要求されている⁵⁾。

こうした英米の動向は、わが国において、治療行為の正当化を検討する際に、大いに参考になるものと考えられる。つまり、社会的に有用な治療行為にともなうリスクが、一定のルールによってコントロールされており、患者自身もその危険性を認識したうえで、治療行為に対して同意している場合には、治療行為は社会的に相当な行為であるとして、違法性が阻却されると把握することができるのではなかろうか。

第4節 治療行為に対する患者の同意の位置づけ

ここから、治療行為に対する患者の同意の位置づけについても、おのずと明らかになるものと思われる。治療行為に対する患者の同意は、治療行為にともなう危険についての了承であると解するべきであるということ

5) アメリカ合衆国における「インフォームド・コンセント」と、イギリスにおけるそれとを、完全に同じ内容を意味していると評価するには、若干の疑問が残る。なぜなら、イギリスの判例実務においては、Bolam test という基準が支持されているからである。Bolam test とは、Bolam case で医療における医師の過失責任を検討する際に示された、「専門領域について技量をもつ医師のうちの一つの席になる集団が適正なものとして受け入れる慣例にしたがって行動している限りは、医師は過失ありとされない」とする基準である（宇津木伸「シンポジウム：インフォームド・コンセント〔各国の状況〕イギリス」年報医事法学8号〔1993〕33頁以下参照）。

は、すでに述べたとおりである。アメリカ合衆国での議論にあったように、適切な医的侵襲にともなう危険を認識したうえで、治療行為に同意している患者は、治療行為にともなう危険を引き受けているということができよう。ここで注意しなければならないのは、患者が治療行為にともなう危険を引き受けていることは、単独で治療行為の違法性を阻却する効力を有するものではなく、治療行為が社会的相当性を有する行為であるとして正当化されるための判断基準に過ぎないということである。

行為の社会的相当性に違法性阻却根拠を求めるとして、次に問題となるのが、治療行為が社会的相当性を有すると認められるための具体的な要件である。行為の社会的相当性を根拠として治療行為の違法性阻却を導く見解に対しては、「社会的相当性」という基準が、きわめて抽象的で不明確であるとの指摘がある。こうした指摘に答えるためにも、治療行為の社会的相当性を肯定するための具体的要件を明確にする必要がある。また、治療行為が正当化されるための明確な基準を確立することによって、適法な治療行為と、違法な治療行為とを客観的かつ明確に区別することができ、ひいては、医療の萎縮を招くという危険を回避することもできると思われる。

4 治療行為の正当化要件

治療行為の正当化要件についても、わが国では、これまで十分に議論が尽くされてこなかったように思われる。しかし、少ないながらも展開されてきたこれまでの議論を整理してみると、多数説は、治療行為の正当化要件として、①医学的適応性（medical indication）、②医術的正当性（*lege artis*）、③インフォームド・コンセント（informed consent）の三つを要求している。第一に、医学的適応性とは、疾病の存在を前提として、治療行為が、患者の生命・健康を維持・回復するために必要なものでなければならないのである。第二に、医学上一般に承認された医術準則に則った治療行為であることが要求される。医術的正当性の要請である。第三の要件

は、インフォームド・コンセントである。「十分な説明と情報提供をしたうえで同意」と訳されるインフォームド・コンセントは、今日ではわが国の民事判例においてもその重要性が認められている。興味深いのは、この三つを治療行為の正当化要件とする立場は、治療行為の正当化根拠に関する見解の対立を超えて支持されているという点である。しかし、なぜこの三つの要件が必要なのかという点については、必ずしも明確な説明が加えられているとはいえない。

すでに検討したように、イギリスやアメリカ合衆国では、有用性が認められる治療行為については、一般の不法な傷害行為とは区別して、不処罰が導かれるとされている。ここから、治療行為の正当化要件について、ヒントが得られそうである。

治療行為の場面では、通常、被害者の同意の法理の場面とは違って、患者は、行為自体の危険性を認識してはいるけれども、そこに何らかの有用性を見出して、行為にともなう危険を引き受けている。治療行為におけるこのような事情にかんがみれば、有用性が認められる行為に限って、危険の引き受けを認めるアメリカ合衆国での議論は、わが国においても踏まえるべきであろう。したがって、患者に害悪を与えるのみで、治療行為としての有用性が認められないことが明らかである危険な行為について、患者がその危険性を認識したうえで同意している場合には、危険の引き受けではなく、被害者の同意の問題として違法性阻却を検討するべきである。また、有用性が認められる行為であっても、患者が、行為にともなう危険性を十分に認識しないまま同意しているのであれば、危険の引き受けがあったと評価するべきではない。

以上の検討から、治療行為が社会的相当性を具備しているとして、違法性阻却が認められるためには、当該行為が有用なものであることと、患者が行為にともなう危険性を認識したうえでこれを引き受けていることが要求されるものとする。報告の冒頭において、治療行為の正当化を検討するにあたっては、医学的見地からみた治療行為の適切性と、患者の自己決定の尊重のどちらも加味するべきであるとの問題意識を示したが、私見の

ように、治療行為自体の有用性と、患者による危険の引き受けを、治療行為の社会的相当性を判断するための要素とすることによって、こうした問題意識にもかなった結論が導かれるのではないだろうか。

さらに、アメリカ合衆国では、治療行為としての有用性が認められるためには、必要性（necessary）と相当性（proportional）が必要であると解されている。この点は、わが国において、治療行為の有用性の具体的内容を検討するにあたって大いに参考になるものと考えられる。第一に、必要性とは、治療行為が患者の生命や健康を維持するために必要なものであると認められることである。これは、わが国の多数説が治療行為の正当化要件のひとつとして要求している医学的適応性であるといえよう。第二に、相当性の要件として、治療行為が医学上一般に承認された医術準則に基づくものであることが要求される。医術的正当性の要請である。

治療行為の社会的相当性が認められるためには、これらの要件を充足して、有用な行為であると認められることに加えて、患者が治療行為にともなう危険を引き受けていることも必要であると考えられる。医療の現場における「危険の引き受け」とは、患者が、治療行為にともなう危険性や副作用などを正確に認識したうえで、治療行為によって回復すること、あるいは、少なくとも現状を維持することを期待して、治療行為に同意することを意味する。通常、患者は、医学の専門知識を有していないので、治療行為にともなう危険性を正確に認識したうえで同意をするためには、医師などの医学的専門家による説明が必要になる。これは、今日、医療の世界で注目されているインフォームド・コンセントにほかならない。患者の自己決定の重要性が強く認識されるようになった今日では、インフォームド・コンセントは欠くことができないものであるといえよう。したがって、治療行為について違法性を阻却するためには、行為の客観的な有用性に加えて、患者が、行為にともなう危険を認識したうえで引き受けていることをも要求するべきであると考えられる。

以上の検討から、治療行為が社会的相当行為であるとして正当化されるための要件としては、①医学的適応性、②医術的正当性、③インフォーム

ド・コンセントの三つが導出される。これらの要件は、現在、わが国において多くの見解が、治療行為が正当化されるための要件として要求しているものと一致するが、従来は、なぜこの三つの要件が必要なのかという点について、必ずしも明確な説明がなされてこなかったことは、先ほども述べたとおりである。本報告においては、行為の有用性と患者の自己決定のどちらをも尊重すべきであるとの観点から、社会的相当性に治療行為の正当化根拠を求め、そこからこれらの要件を導いたことで、なぜこれらの要件が要求されるのかということを説得的に証明することができるものと考えている。

また、治療行為に対する患者の同意の位置づけについても、一定の結論を示すことができる。治療行為に対して同意している患者は、治療行為に一定の危険性が内在することを認識してはいるけれども、治療行為によって病気が治癒すること、あるいは少なくとも、現状を維持することを期待して、治療行為に同意しているのが通常である。このことから、治療行為に対する患者の同意は、治療行為にともなう危険についての了承であり、これは、治療行為の社会的相当性を判断するためのひとつの要素として位置づけるべきであると考えて⁶⁾。

5 同意能力を有さない患者への治療行為

ここまでの検討で、患者の身体への直接的な侵襲をともなう治療行為については、原則として患者本人の同意がなければ正当化されないという結論を導いた。しかし、実際の医療の現場では、患者が幼児であったり、重度の精神障害を負っていたりして、同意能力を有さないケースも少なからず存在する。同意能力を有さない者は自分では有効な同意をすることができないので、これらの者に対する治療行為の正当化についても同様に考え

6) ここまでの考察について、詳細は拙稿「刑法における治療行為の正当化」同志社法学58巻7号(2007)263頁以下参照。

るのであれば、常に正当化要件を充足することができず、すべて「犯罪」の成立を免れない。しかし、この結論が妥当ではないことはいうまでもない。同意能力を有さない患者に対する治療行為も一定の範囲で正当化されるべきである。したがって、通常の治療行為の正当化とは異なったアプローチからの検討が必要になる。

こうした検討を進めるにあたっては、その前提として、治療行為に対して同意をするために必要な能力とは、具体的にどのような能力なのか、また、同意能力の有無は、どのような基準によって判断されるのかを明らかにしておく必要がある。

第1節 治療行為に対する同意能力の意義

治療行為に対する同意能力について、わが国においては、刑事法の分野では必ずしも十分な議論が尽くされてこなかった。これに対して、民事法の領域では、実際にいくつかの裁判例で患者の同意能力が争点となったこともあり、少数ながらも、研究成果が蓄積されてきているようである。一般に、治療行為に対する同意能力の有無が問題になるのは、患者が未成年者であるとか、重度の精神障害を負っているなどの場合である。このような状況にある者は、民法上、一律にその行為能力が否定される。そこで、治療行為に対する同意能力と、民法上の行為能力が、どのような関係にあるのかについて検討してみたい。民法の規定によれば、年齢や精神障害のゆえに行為能力が否定される者が、何らかの意思決定をしようとする場合には、親や後見人などがその者に代わって意思決定を行う。しかし、治療行為に対する同意は、その性質にかんがみて、意思表示ではあるが、法律行為ではないと解されている。医的侵襲に対する患者の同意能力の有無が問題となる場面では、当該侵襲の本質とこれによって自己の身体にもたらされる侵襲の程度、さらに、自己が下す諾否の意思表示の意味を理解することができるかどうか重要なものであり、患者が治療行為に対して同意するためには、必ずしも民法上の行為能力を具備していることが要求されるわけではない。治療行為に対する同意能力とは、①治療行為に関する情

報を「理解」し、②この情報を「記憶」して結論を導き、さらに、③得た情報を「駆使」して自ら決定を下す能力をいい、民法上の行為能力とは必ずしも同一のものではない。したがって、たとえ患者が未成年者や精神障害を負った者で、民法上の行為能力を有さない者であったとしても、上述したような能力を有していると認められる場合には、原則どおり患者本人の同意を得なければならないのである⁷⁾。

第2節 同意能力の有無を判断する基準

治療行為に対する患者の同意能力の内容をこのように解すると、次に、実際に患者がこうした能力を有しているかどうかを判断するための基準が問題になる。治療行為に対する同意能力は、治療行為について患者が判断を下す時点において、患者に認められる能力に焦点をあて、個別具体的に判断すべきである。その判断に際しては、患者の年齢はひとつの目安にはなるが、これのみによって一律に同意能力の有無を判断するのは妥当ではない。治療行為に対する患者の同意能力の有無は、①治療行為に関する情報を理解し、記憶することができるか、②情報を信用できるか、③情報を比較衡量し、自己の価値観にしたがって論理的に結論を導くことができるか、といった点を加味して判断すべきである。ここでいう情報とは、具体的には、治療行為の方法や目的、治療行為を受けることによって得られる利益と起こりうる副作用、また、治療行為を拒否した場合の結果などの情報をいう。患者は、自己の身体に対して直接加えられる侵襲行為を受けるかどうかを判断しなければならないので、治療行為を受けることによって得られる利益だけではなく、これによって生じうる不利益（すなわち

7) 治療行為に対する同意能力に関して詳細は、拙稿「治療行為に対する患者の同意能力に関する一考察—アメリカ合衆国との比較法的考察—」同志社法学60巻4号(2008)217頁以下、同「イギリスにおける治療行為に対する同意能力の意義とその判断基準」同志社法学60巻8号(2009)375頁以下、同「ドイツ刑法における治療行為に対する患者の同意能力の意義とその判断基準」島大法學53巻3号(2009)83頁以下を参照。

副作用など）、さらに、治療行為を受けずに疾患を放置した場合に自己の身体や生命に生じうる影響なども合わせて理解しておく必要がある。

第3節 同意能力を有さない患者に対する治療行為

実際の医療の現場では、患者自身が治療行為に対する同意能力を有さない場合、患者の家族や近親者などの同意を得て治療を行うのが通常のものである⁸⁾。しかし、これには明確な法的根拠があるわけではなく、また、同意をする「家族」の範囲も明らかではない⁹⁾。こうした他者による同意は、患者本人の同意を得ていない医的侵襲の正当化を導くにあたっていかなる意義を有するものなのであろうか。以下、治療行為に対する代諾について検討してみたい¹⁰⁾。

たしかに、民法典では、精神疾患や成人年齢に達していないという理由で法律上の行為能力を欠く者については、親権者や成年後見人などの法定代理人が代わって判断をすることの規定があり、日常生活において親権者や後見人が本人に代わって法律上の判断を下している。しかし、患者個人の生命・身体への直接的な侵襲に対しても、民法上の代理人が患者本人に代わって同意をすることができるのであろうか。なかでも、成年後見人に成年被後見人の医療についての同意権限があるのか、という点については、民法上も学説の対立が決着をみていないようである¹¹⁾。成年後見人の職務

8) 亀井隆太「同意能力がない患者の医療同意—ドイツ法を中心に—」千葉大学人文社会科学研究28号（2014）87頁、小賀野晶一『民法と成年後見—人間の尊厳を求めて—』（成文堂、2012）153頁、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（1992）656頁以下。

9) 永水裕子「医療同意における成年後見人と家族の位置づけ」実践成年後見40号（2012）5頁。

10) 同意能力を有さない患者への治療行為に関する考察と、ドイツにおける世話を概観し、治療行為に対する代諾について検討したものとして、拙稿「刑法における同意能力を有さない患者への治療行為に対する代諾の意義」島大法学55巻2号（2011）1頁以下参照。

11) 永水裕子・前掲注9）5頁。

に、医療契約の締結は含まれるが、身体に対する強制をとまなう事項は含まれないとする見解が主張される一方で¹²⁾、医療現場における必要性などから、成年後見人に医療同意権を認めるべきであるという主張も有力である¹³⁾。

成年後見制度をはじめとする民法上の「代理」は法律行為に関する制度である。他方、治療行為に対する同意は、法律行為ではなく、生命や身体の安全に関するものであるから、患者本人に一身専属的に帰属するものであり、原則として代諾はできないとも解されている。しかし、だからといって、同意能力を有さない患者に対する治療行為に関する決定については、もっぱら医師の判断に委ね、医師の裁量権行使を全面的に認めてしま

12) 平成11年の民法一部改正による新成年後見制度についての立案担当者の説明をみても、成年後見人の医療同意権限については否定的な姿勢を示している(床谷文雄「成年後見における身上配慮義務」民商法雑誌122巻4・5号〔2000〕547頁)。立案担当者は、医療契約の内容として、治療のためには医的侵襲をとまなうのが通常であるから、医療締結権限のみを認めても無意味であり、医的侵襲に対する同意権限も認めるべきであるとの批判があることは承知したうえで、患者本人の自己決定および基本的人権との抵触等の問題についての検討も未解決のままの現状において、成年後見の場面についてのみ医的侵襲に関する決定権・同意権に関する規定を導入することは、時期尚早であるとして、成年後見人の医療同意見を否定する立場を示した(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〕39頁以下、小林昭彦・原司『新成年後見制度の解説』〔金融財政事情研究会、2000〕144頁)。

13) 上山泰①「医療同意をめぐる解釈論の現状と立法課題」実践成年後見16号(2006)45頁以下、上山泰②「患者の同意に関する法的問題点」新井誠・西山詮編『成年後見と意思能力—法学と医学のインターフェース—』(日本評論社、2002)127頁以下。

成年後見人に成年被後見人への医療同意見を認めるべきであると主張する見解のなかでも、さらに、同意できる範囲をめぐって説が分かれている。学説の詳細については、上山泰③「医療行為に関する成年後見等の権限と機能」新井誠編『成年後見と医療行為』(日本評論社、2007)87頁以下、永水裕子・前掲注9)9頁以下参照。

うことは妥当ではない。なぜなら、このように解してしまうと、インフォームド・コンセントの倫理の趣旨にもとることになってしまうからである。つまり、患者に自己決定権を保障することによって、従来のような医師に服従する医療の客体としてではなく、医師と対等の医療の主体としての患者の地位を確立しようとする趣旨である。そこで、患者本人が同意できない場合には、本人の利益を図るために、第三者の何らかの関与を認めるべきであるとの考え方もある¹⁴⁾。また、家族など、普段から患者の身近にいて患者と接している者の方が、医師よりも患者本人にとっての最善の利益（ベストインタレスト）とは何か、ということを知りうる立場にあることが多いと考えられる。さらに、医師のほかに、医師と相対する患者の側に立つ者とは、何が患者にとっての最善の利益となるかについて議論を尽くすことによって、医師のみが判断した場合に起こりうる偏った見方が是正され、医療の真にあるべき姿がみえてくるのではないだろうか。以上のことから、患者本人が同意能力を有さない場合には、患者本人に代わって、医師以外の第三者が患者のために判断しなければならないと解されることとなるのである。ここに、治療行為における「代諾」の必要性がある¹⁵⁾。

第4節 ドイツにおける世話制度

治療行為に関する代諾について考察するにあたって参考になる制度がドイツにある。精神的疾病、身体的もしくは心因的障害のために自己の事務を処理することができない成人の保護を目的とした「世話制度」である。これは、1992年に施行された「成年者に対する後見および保護の法の改正に関する法律（Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige）」（以下、「世話法」）に基づく民法の改正によ

14) 小賀野晶一・前掲注8) 153頁。

15) 治療行為に対する代諾について検討したものとして、詳細は拙稿「刑法における同意能力を有さない患者への治療行為に対する代諾の意義」（島大法学55巻2号）1頁以下参照。

って導入された制度である。この制度は、従来の制度とは異なり、財産管理だけではなく、身上監護も対象としている。また、知的、精神的または身体的障害を理由として世話制度に付されたとしても、被世話人の行為能力が全面的に否定されるわけではないという点も従来の制度とは異なる世話制度の大きな特徴である。世話制度が導入される前の制度では、後見人が付された者は全面的に行為能力が剥奪されていたが、世話制度のもとでは、世話人が付されたとしても、被世話人の行為能力が全面的に否定されるわけではなく、世話人の職務範囲に含まれていない分野の被世話人の行為能力には何ら影響しない。したがって、世話人の職務範囲に含まれていない事項については、被世話人は通常どおり行為能力が認められ、自ら単独で行為をすることもできるのである。

なお、ドイツにおいても、わが国におけると同様に、医療契約と治療行為に対する同意とは区別されている。医療契約の締結は法律行為なので、患者本人が医療行為を締結するためには行為能力が要求される。患者本人が行為能力を欠く場合には、世話人が医療契約を締結することになる。他方、治療行為に対する同意は法律行為ではないので、被世話人に行為能力は要求されないが、治療行為に対する同意能力が必要とされている¹⁶⁾。

このように、ドイツにおいては、わが国における制度とよく似た法律体系をもちつつ、治療行為に関する代諾についてわが国にはない制度を整備し、運用している。このようなドイツの現状を概観することによって、わが国における代諾のあり方を検討する際の示唆を得ることができるものと思われる。

ドイツ世話法では、医療措置に対する代諾を世話人の職務とすることが認められている。世話人を選任する後見裁判所が、その世話人の職務として被世話人の医療措置に対する代諾を含めた場合には、世話人は、被世話人に代わって医的侵襲に対して同意をすることが可能なのである。世話人

16) 富田哲「成年後見と医療同意—外国法を参照する試み—」名古屋大学法政論集227号(2008)741頁。

が被世話人に代わって治療行為に対して同意をする場合には、世話人は医師の説明を参考にして、被世話人の身体状態や処置の必要性などを総合的に勘案し、これに同意をするか、拒否をするかを判断する。その際、世話制度の趣旨から、世話人は被世話人の福祉に適するよう判断しなければならない。しかも、本人の福祉に反せず、かつ、世話人に期待することができる限りで、本人の希望に沿った判断が要求される。さらに、治療行為によって被世話人が死亡するか、または重大かつ長期的に及ぶ健康上の被害を受けるおそれがある場合には、世話人単独では判断できず、後見裁判所の許可が必要であるとされており、世話人の権限に一定の制限を設けている¹⁷⁾。これもわが国にはない規定である。

なお、2009年の第三次世話法改正により、患者の事前指示（リビング・ウィル）に法的拘束力が認められるようになった¹⁸⁾。具体的には、同意能力のある成年者が、自らが同意能力を失ったときに備えて、治療措置の可否について意思を表示している場合には、世話人は、当該患者の状況が事前に指示された状況に該当するかどうかを判断し、これに該当すると判断した場合には、患者の指示を実現しなければならないとされたのである（BGB1901a条）。

さらに、2013年2月20日、「患者の権利の向上のための法律（Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten）」が成立し¹⁹⁾、医療契約に関する条文（BGB630a条～630h条）がドイツ民法典に新たに挿入された。ここでは、以下のような姿勢が示されている²⁰⁾。患者は疾病をかかえたままでの自由を有しており、医療処置を受け入れるこ

17) ドイツ民法1904条「健康状態の診察、治療行為または医療上の侵襲への世話人の事前の同意は、被世話人がその処置にもとづいて死亡するかまたは重大かつ長期間継続する健康上の被害をこうむるという危険が存するときは、後見裁判所の許可を必要とする」（富田哲・前掲注〔16〕740頁以下参照）。

18) 2009年6月18日制定、同年7月29日公布、同年9月1日施行。

19) 同年2月26日施行。

20) 亀井隆太・前掲注8) 88頁以下参照。

とを義務づけられない。医療契約の時点では、医療処置の内容も確定しておらず、医療上の説明も行われていないのであるから、医療契約それ自体には、通常は治療行為に対する同意は含まれない。それゆえ、患者の完全性の保護 (Integritätschutz) および患者の自己決定権 (Selbstbestimmungsrecht) 保護のために、治療行為を施すにあたっては、事前に患者の同意を要求するという前提が確認されている。そのうえで、患者自身が治療行為に対して同意をする能力を有さない場合には、患者が事前指示書において処置を認めるか、または禁止するのでない限り、これについて権限を有する者の同意を得なければならないとしている。ここで、治療行為に対して同意をする権限のある者とは、法定代理人 (世話人) または任意代理人 (任意後見人) である。

第5節 同意能力を有さない患者への治療行為の正当化

ここまでみてきたように、ドイツにおいては、患者本人が治療行為に対して同意をする能力を有さない場合、他者が代わって同意をすることが認められている。しかし、わが国における議論と同様に、他者である世話人によって同意がなされた医的侵襲は、どのような根拠で正当化されるのか、という問題が指摘されている。患者本人の同意を得ることができない場合に、他者の同意を得て行った医的侵襲が正当化される根拠について、刑法的な観点から改めて考えてみる必要がある。

ドイツにおいて、こうした問題について検討する際に議論の俎上にあげられてきた論点のひとつとして、「推定的同意」の法理がある。「推定的同意」の法理とは、被害者による現実の同意がなくても、被害者が事実を認識していたならばその行為に同意したであろうと認められる場合には、当該行為の違法性阻却を認めるという理論である。治療行為の場面においても、たとえば、患者が同意能力を有さない者であったり、緊急の治療行為が必要だが患者が意識不明であるなどの理由で、患者本人の同意を得ることができない場合などに、この推定的同意の法理が持ち出される。ただし、推定的同意はあくまでも現実の同意の欠如を補うものに過ぎない。し

たがって、患者本人の同意を得ることが不可能な場合に限って推定的同意による正当化が導かれる点に注意が必要である。

今日、ドイツにおいては、患者本人による現実の同意がない場合であっても、推定的同意の法理によって医的侵襲の正当化が導かれうるということについては、ほとんど争いがみられない。しかし、推定的同意の法理によって違法性阻却が認められる理論をめぐっては、必ずしも見解の一致はみられないようである。

患者の家族の意見などから推定される患者の意思によって治療行為の正当化を導く際に、解決しなければならない問題点がいくつかある。第一に、「患者の家族」と一口にいても、どの範囲までの者を「代諾することができる家族」と捉えるのか、という問題である。第二に、「家族」が複数人いて、これらの者の間で意見が分かれた場合には、誰の意見を優先して尊重すべきなのか、という問題についても検討しておかなければならない。第三に、患者の配偶者や子など、患者と非常に近い血縁関係にある家族であっても、必ずしも代諾者として適切とはいえないケースもありうる。たとえば、患者本人とその家族との間に利害関係が対立しているような場合である²¹⁾。患者本人の意向と家族の意向とが一致しないおそれがある場合には、その家族は患者の代諾者としての適格性に疑問が残る。こうしたケースでは、中立の立場で判断できる第三者の介入が必要になる。さらに、意識を失った患者に家族も身寄りもないケースもありえよう。こうした場合には、医師は、適切であると考えられる治療行為を実施するかどうかの判断を自ら行ってもよいとすべきなのかという点も考えなければならない。

こうした問題点がクリアにされないままでは、患者の家族の同意を得て医的侵襲を実施した医師が、責任追及を完全に免れることはできない。注意を要するのは、いかに患者の家族などの近親者が患者本人の意思を正確に理解し、医師に伝えることができたとしても、それが「推定的」なもの

21) 富田哲・前掲注16) 736頁参照。

である以上、患者本人の「現実の」同意とは法的性質を異にし、両者の間には一線を画するべきであるという点である。したがって、患者が同意能力を有さないケースにおいて、患者の家族らによって医的侵襲に対する同意が示されたとしても、これをもって患者本人の同意に代えて、医的侵襲の正当化要件のひとつであると捉えることはできないように思われる。こうしたケースにおける家族などの同意は、患者の真意を推定するためのひとつの重要な要素ではあるが、これ自体が医的侵襲の正当化を導くために不可欠の要件であると解するべきではないのである。

それでは、患者の家族などの意見により「推定された」患者の意思は、医的侵襲の正当化を導くにあたって、どのように位置づけるべきなのであろうか。最後にこの点について少し言及しておきたい。

医師は、応召義務を負っており、患者からの求めがあれば、正当な理由がない限りこれに応じなければならない²²⁾。このことは、患者に同意能力がない場合でも同様であり、目の前の患者に同意能力がない場合でも、その患者が治療措置を必要としているのであれば、医師は、患者の生命・身体を救うための治療措置を講じなければならない。医師は、自らのあずかり知らない事情で起こっている法益の危機に対して、何らかの対応をせざるをえない状況におかれているのである。こうした状況は、緊急避難行為と似た性格をもっているようにもみられる。緊急避難行為とは、切迫する危難を避けるために、元来、この危難の発生とは無関係な第三者の法益をやむなく侵害する行為をいう。応召義務を負っている医師は、治療を必要としている患者を拒否することはできず、これを回避するために患者の身体に対して施した侵襲行為は、緊急避難行為として違法性が阻却されると考えることもできそうである²³⁾。

しかし、緊急避難は、危難の発生とは無関係な第三者の法益を侵害する

22) 医師法19条「診療に従事する医師は、診察治療の求めがあった場合には、正当な事由がなければ、これを拒んではならない」。

23) 拙稿「同意能力を有さない患者への医的侵襲の正当化」『大谷實先生喜寿記念論文集』（成文堂、2011）。

行為であり、治療行為の場合は、医師に「現在の危難」、すなわち治療行為に応じなければならない状況をもたらしたのは、ほかならぬ、緊急避難行為を向けられる患者であるから、無関係な第三者とはいえない。さらに、緊急避難行為は、現在の危難を避けるためにやむをえずした行為によって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合に限り正当化されるものである。したがって、医師による治療行為の結果、重大な後遺症が残ったり、患者が死亡したりした場合には、やむをえずにした害が避けようとした害の程度を超えているのであり、正当化することができなくなってしまうという問題点が残る。

わが国には、必要な治療行為について同意をすることができない者のために、ドイツにおける世話法のような、医療代諾権者制度を含む制度が存在しない。2000年の成年後見法の改正に際しては、成年後見人に医療代諾権を与えるべきか、という点については、世論の成熟を待つべきであり、時期尚早として見送られたという経緯がある²⁴⁾。その後も議論は継続されてきたが、結実には至っていない。

治療行為に対する同意が原則として本人によってなされるべきものである以上、家族などや後見人が同意の代行決定の判断を行わなければならない場合は、判断する家族や後見人の主観によらず、本人の最善の利益に沿った、より適切な判断を確保するために、代行決定を行うプロセスそのものが透明化される必要がある。そのプロセスは、制度として用意されることが望ましいであろう²⁵⁾。医療や成年後見の実務をみると、第三者による医療代行を円滑に稼働させるためには、法律の整備が必須である²⁶⁾。今や超高齢化社会を迎え、医療の現場において同意能力を有さない患者が今後も増えることが想像に難くない状況にあるわが国においては、こうした法制度の整備は喫緊の課題であるように思われる。

24) 法務省民事局参事官室・前掲注12) 43頁参照。

25) 小賀野晶一・前掲注8) 177頁。

26) 小賀野晶一・前掲注8) 177頁。

6 むすびにかえて

最後に、研究会において質問していただいた点について、私なりの検討を加えて本稿のむすびとしたい。

第一に、従来「医は仁術なり」として刑事罰の対象とはなりえなかった医療の分野に、刑法をもって介入することは、何をもたらすのか、刑罰の対象となる範囲を拡張してしまうことになるのではないか、というご指摘についてである。

たしかに、治療行為の多くは国民にとって利益をもたらすものであり、われわれが社会生活を営むにあたってなくてはならないものである。また、医療の分野に刑法が過度に介入しすぎると、医療の萎縮を招きかねない。そして、医療の萎縮はひいては国民にとって損失となりうる。刑法の登場はあくまでも謙抑的であればならないという刑法の基本姿勢は、医療の現場においても崩してはならない²⁷⁾。しかしながら、それでは、医療は国民にとって利益をもたらすものなので、医療の分野へは刑法は介入すべきではないのかといえば、そうではない。なぜなら、患者の生命や身体に及ぼす影響が甚大で、到底治癒の効果が見込めないような医療に名を借りた悪質な行為や、無資格者によって行われた人体に影響を及ぼしうる危険な行為は、やはり刑法をもって対処すべきだからである。こうした処罰するに値する行為と、適切な治療行為とは、厳密に区別すべきであり、その基準は明確にしておく必要がある。

さらに、処罰の対象となる行為と正当化される治療行為とを区別する基準を明確にすることは、医療従事者の利益にも資するものと思われる。すなわち、医療に従事する者としても、自らが行った治療行為によって患者に何らかの後遺症を負わせたり、死亡させたりしてしまったような場合でも、当該行為が治療行為として正当化される要件を満たしているのであれば

27) 加藤久雄「医事刑法の学問的枠組み」現代刑事法14号（2000）8頁。

ば（故意の）刑事責任を問われないとされる基準が明確にされていれば、予期せぬ刑事責任を問責されることもない。逆に、こうした基準が不明確なままでは、医師が、訴追をおそれて医療措置の実行を控えるという現象が生じることも懸念される。したがって、やはり、治療行為について、違法なものと同様とされるものとを区別する基準を明確にすることの意義は大きいのではなからうか。

第二に、治療行為の正当化根拠を、危険の引き受けに求めるとの私見について、以下のような疑問が呈された。すなわち、医療をめぐる刑事訴訟で問題になる医師の行為は、圧倒的に過失による行為が多い。被害者である患者は医師の過失によって生じた結果について「引き受けている」といえるのかとのお指摘である。

当該治療行為にともなって生じる可能性がある結果については、事前に患者がこれを承知したうえで同意することが必要である。ただし、医療行為はきわめて専門性が高い活動であるから、患者の自己決定の前提として、医療の専門家である医師から十分な情報を提供され、これを理解したうえでの同意が要求されるべきである。これが満たされている場合には、患者は治療行為にともなう危険を「引き受けている」と評価でき、医的侵襲について違法性阻却の効果を認めてよいであろう。こうした意味においても、やはり治療行為の実施にあたって、インフォームド・コンセントは徹底されるべきなのである²⁸⁾。

これに対して、医師の過失によって、当初想定しえなかった結果を惹起させてしまった場合には、患者はこのような結果を「引き受けて」いないので、危険の引き受けによる正当化を認めることはできない。このようなケースについては、別途、医師に過失責任を問うことができるかという観点から論じる必要がある。

第三に、危険の引き受けに関して、患者は、医師から、治療行為にともなう危険性について説明を受けて、リスク発生の可能性を承知したうえで

28) 上山泰②・前掲注13) 115頁参照。

同意をしても、治療行為にともなうリスクは引き受けているが、結果までは引き受けていないのではないかとのご指摘があった。もしそうであるならば、患者の同意は、傷害罪における被害者の同意と実質的な違いがないのでは、とのご指摘である。

本論においても言及したが、治療行為について、副作用も含めて説明を受け、生じうる結果についても認識したうえで同意をしている患者は、たとえ危険性について認識していたとしても、その不発生を信じている。むしろ、その治療行為を受けることによって自らの身体に利益がもたらされることを期待しているのであり、危険な結果発生そのものについては甘受していないのである。仮に、治療行為によって何らの利益ももたらされず、結果（危険）が確実に発生することを被害者が認識していた場合には、患者は危険を引き受けることもなく、行為自体を承諾しないのが通常であろう²⁹⁾。したがって、治療行為に対する患者の同意は、法益の放棄を意味する被害者の同意とは、やはり一線を画するべきであると考えている。

第四に、患者の意思と患者の家族の意思が合致していない場合は、どのように対処するのか、という質問である。この問題は、おもに、患者本人が同意能力を欠いており、自ら治療行為に対して同意することができない場合について検討が必要になる。患者が治療行為に対する同意能力を有していないとしても、治療行為にともなう侵襲を受けるのはほかならない患者であるから、もっとも考慮しなければならないのは患者本人の利益・意思である³⁰⁾。したがって、家族などの第三者が患者に代わって治療行為に対して同意をする場合には、やはり患者の意思を最大限汲んだ判断をするべきである。患者本人と家族との意向が合致しない場合や、両者の利益が相反するおそれがある場合、あるいは、少なくとも、重大な治療行為については、患者に代わって同意をする者による恣意的な判断を防止するために、中立の立場で判断できる者の介入など、何らかのセーフガードを整備

29) 曾根武彦「過失犯における危険の引受け」早稲田法学73巻2号（1997）38頁。

30) 上山泰②・前掲注13）117頁以下。

することが望ましいであろう³¹⁾。わが国においては、こうした場合に関する制度はないが、ドイツにおける世話制度のもとでは、裁判所の介入が明文で規定されている。こうした制度や法律の整備がわが国においても必要なのではなからうか³²⁾。

第五に、有用性が認められないような医療行為（たとえば、危険な実験や、非常に大きな危険をともなう整形手術など）についても、その危険性も含めて説明を受けたうえで患者が同意していれば、やはり危険を引き受けているとして、治療行為の一環として正当化されるのかという問題である。

本報告では、あくまでも通常の治療行為を念頭に考察を加えてきた。そもそも、実験や整形手術については、本報告において治療行為が正当化されるための要件のひとつとした「必要性」が欠如しているともいえる。そのため、本報告の対象とした純粋な「治療行為」に該当しないと思われる。したがって、当該行為に患者が同意しているとしても、少なくとも本報告において提示した通常の治療行為の枠内では正当化を導くことはできないであろう。しかし、こうした行為も、通常の治療行為と同様に、一定の資格を有する者によってなされなければならない「医療行為」であることにはちがいない³³⁾。また、現実において、こうした実験や整形手術の実

31) 上山泰①・前掲注13) 50頁、廣瀬美佳「医療における代諾に関する諸問題 (F)」早稲田大学大学院法研論集61号（1992）193頁以下。

セーフガードの役割を担う監督機関として、まず想起されるのが家庭裁判所であろう。しかし、現状でもパンク寸前といわれる家庭裁判所の職務負担状況をかながみると、これに加えて新たに後見事務を引き受けることが、現実問題として可能かどうかは大きな問題であると指摘されている。ドイツにおける後見裁判所は、区裁判所（Amtsgericht）の一種であり、とりわけその設置数および設置の密度において、日本における家庭裁判所をはるかに凌いでいる（富田哲・前掲注16) 745頁参照）。

32) 成年後見人の医療代諾権に関する立法上の課題について検討したものとして、田山輝明編著・前掲注3) 197頁以下。

33) 医師の資格を有さない者によってなされた場合には、「医療行為」ですらなく、いうまでもなく違法行為である。

治療行為の正当化における患者の同意

施を望む者も少なくなく、実際に少なからず実施されているのも事実であることにかんがみれば、一定の範囲内でこうした行為についても正当化を認めるべきともいえよう。これについては、別稿において、改めて検討してみたい。