

氏名 (生年月日)	シマダ ミサキ 島田 美小妃 (1983年9月1日)
学位の種類	博士 (法学)
学位記番号	法博甲第105号
学位授与の日付	2015年3月19日
学位授与の要件	中央大学学位規則第4条第1項
学位論文題目	治療行為における患者の自己決定権について
論文審査委員	主査 只木 誠 副査 鈴木 彰雄・曲田 統

#### 内容の要旨及び審査の結果の要旨

##### 【本論文の要旨】

我が国における通説的な見解によれば、医師が行う典型的治療行為は傷害罪の構成要件に該当するところ、違法性が阻却されることにより、可罰的な行為とはみなされないとされている（治療行為傷害説）。すなわち、治療目的の要件について議論があるものの、治療行為は刑法35条における正当業務行為と考えられ、また、それぞれの間にある一定の優劣関係又は並列関係を認めるかについては論者によって見解が異なるところであるが、一般的には、①医学的適応性がある、②医術的正当性が認められる、③患者の承諾がある、という条件のもとにおいては違法性が阻却されるとされているのである。とりわけ、③患者の承諾については、医師は十分説明したうえで患者の承諾を得て治療を行うべきである、というインフォームド・コンセントの概念（原則）の普及に伴ってますますその重要性が増してきており、我が国においても状況は同様であるといえよう。患者の承諾が重要なものと考えられるようになった背景には、以下のような人権感覚の変化があげられよう。すなわち、人間の尊厳という思想が医療の領域においても定着するなか、人々において、医療を受ける権利（健康権）が一般に認知され、生命・身体に対するそれぞれの権利は個人の主体性を前提として語られるようになり、治療を受けるか受けないかは患者自身が決定すべきものという患者の「自己決定権」（Selbstbestimmungsrecht）の自覚がもたらされたのである。そして、この患者の自己決定権を担保するものとして新たに議論の場に登場したのが医師の「説明義務」（Aufklärungspflicht）の問題であり、法的対応の確立が求められている。このような状況のなかで、治療行為においては、その正当化要件の一つであった患者の承諾は、今や、治療行為の違法性を直接に左右する程までに大きな意味を持つものとなり、また、新たに専断的治療行為の違法性という問題が招来されることとなったのである。

従来、治療行為は、刑罰権の発動が制限的に考えられる領域とされ、現在も、医療の現場への刑事上の法的介入については消極的な意見が少なくない。とはいえ、医療行為は有用である反面、現

実的には生命や身体を侵害する可能性を有するものであり、そのような面が強く認識されるようになるにつれ、刑法も国民の生命や身体の保護のために一定の役割を担うことが求められるに至っている。一方、治療行為の一方の当事者である医師は、治療行為がどのような根拠で、かつどのような要件のもとに正当化されるかについて様々に議論されているなか、法的な刑事責任を負う範囲について不安定な状態におかれていることが指摘されている。本論文において、筆者は、一般的に考えられている治療行為の正当化要件のうち、とりわけ患者の承諾の要件に着目し、当該要件の基礎にある患者の自己決定権が保障される限界を探ることによって、典型的には医師が行う治療行為の正当化要件を明確化し、医師が負う刑事責任の範囲について出来る限り具体化することを意図するものである。各章において示された検討の内容は、概要以下の通りである。

本論文のテーマを論じるにあたって、まず行われるべきは、患者の自己決定権を論ずるための大前提として、自由な意思の存在を確認する作業であろう。自由意思の存在は、刑法においては、責任非難の前提として論じられている。すなわち、自由意思は刑法体系上責任の段階で論じられることが多いが、その意義は行為者を非難するための必要条件であるとされるにとどまらない。例えば、刑法典 43 条ただし書の中止未遂は、「自己の意思により」と規定して自由意思の存在を前提としており、自由意思の存在が否定されると中止犯を認めるための任意性要件についての議論は中断されることとなり、また、故意概念および過失の前提としての回避可能性の捉え方ならびに教唆のような犯罪パターンにおいても、同様である。他方で、犯罪の成立を妨げる事由として刑法上議論される被害者の承諾についても、被害者の意思を考えるにあたって自由意思をめぐる認識および意識の問題を無視することはできないであろう。というのも、自由意思がそもそも全く存在しえないとするならば、被害者が侵害者に対して、侵害を受けても構わないとする意思を表明することの刑法的効果（犯罪の成立を制限する効果）を認めることは不可能になってしまうのである。近時、脳科学の研究成果をめぐって提起された神経生物科学者の主張は、刑法学へ影響を与えるだけにとどまらず、世界像や人間像を覆すことになるかもしれないとさえいわれている。したがって、刑法における「被害者の承諾」の問題は、この自由意思の存在を確認してから論じられなければならない。これらの作業を経てのち、今度は、「患者の承諾」に視点に移され、治療行為における患者の承諾という要件の位置づけが検討される。続いて、さらに、治療行為傷害説を採る我が国とは異なり、治療行為は構成要件に該当しないとする治療行為非傷害説が多数説となっているドイツの議論を批判的に分析し、正当化要件を提示することが試みられる。そして、以上の諸検討を踏まえて、最後に、医師の刑事責任を制限する方向で展開されてきているドイツの仮定的承諾の理論について、これを日本に導入することの可否が論じられている。以下は、第Ⅱ章以降各章の要約である。

第Ⅱ章では、自由意思の存在を基盤とする現在の刑事司法制度は維持されうるかについて取り上げている。現在、多くの論者が刑事責任の基盤としている自由意思は、一部のドイツの神経科学者によれば、自然科学的に観察すると、脳活動（ニューロン）の結果として反映されるものにすぎない

いとされ、この論理からは、我々の行動は我々の意識的作用の及ばない段階で決定づけられており、したがって、刑事責任の基礎を構成するものと考えられている自由意思の存在は否定され、行為者が犯罪行為に至ったことに対して、刑法上の非難を向けることは妥当ではなく、現行の刑事司法制度は再考されなければならないということになる。本章は、刑事司法制度を維持していくことができるのか、これに代わる新しい刑事司法制度を考えなければならないのかを、神経科学の研究成果と刑事責任との関連が目下盛んに考察されているドイツの議論を参考にして検討するものである。あわせて、刑法上の自由意思の意義および刑罰の正当化根拠としての自由意思の是非についても考察が加えられている。

筆者は、刑法上の自由意思を、①熟慮能力、②自発性、③別様の決意の可能性がないとはいえないこと、の三要件から構成されるものであると捉え、神経科学においては、③の要件が成り立たないとして反駁を展開するが、その反論はいまだ十分ではないとする。そして、行為者が行為を決意する状況に応じて異なる扱いを認める我が国の刑法は、非決定論に基づく相対的自由意思論とよく調和するのであり、そしてまた今後、別様の決意の可能性が閉ざされることがあったとしても、刑法上、自由意思を維持する方途は開かれるとの趣旨のもと、現在の科学的知見を踏まえても、自由な認識・意識の存在は否定されないとの確認に立って、自由意思は刑罰の正当化根拠たりうる、と結論づけるのである。また、これにとどまらず、自由意思を措定しなければ、刑法典に規定された特定の犯罪についてその成否を確定することは不可能である。このように、本章では、自由意思の確認作業によって、被害者の意思が自らへの侵害に承諾を与えることの刑法的効果を考える基盤が提供されている。

第Ⅲ章では、一定の犯罪の成立についてこれを否定する効果をもつ被害者の意思と、治療行為における正当化要件としての患者の意思とについて、その相違が相対的に検証され、さらに、治療行為の正当化要件たる患者の意思には、その他の要件と比べてどの程度の比重が置かれるのかが検討対象として取り上げられている。近年、インフォームド・コンセントの原則、すなわち、医師は治療の内容について十分に説明したうえで患者の承諾を得て治療を行うべきであるとする原則が確立しつつあることともあいまって、患者の承諾はますます重要とされる一方で、この要件が、その他の治療行為を正当化する要件との関係でどれほどの意味をもつのかについてはいまだ不明である。すなわち、その他の治療行為の正当化要件との関係において、患者の承諾はそれらと並列関係にあるのか、あるいは、一定の場合に優劣関係が生ずるのか。本章は、刑法上の一般的な議論において傷害行為の違法性阻却事由として考えられている被害者の承諾をめぐる議論について日本およびドイツの学説および判例を検討するなかで、傷害行為における正当化要件としての被害者の承諾とその他の正当化要件との関係性を検証し、治療行為における患者の承諾の意義と正当化要件としての位置づけについて、同じく日本およびドイツの学説および判例を参考にしながら、一定の指針を得ることを試みている。

そして、以下のような検証結果が指針として提示される。すなわち、第1に、被害者の承諾は患

者の承諾とは異なる概念であり、傷害行為への被害者の承諾は基本的にはそれがあれば違法性を阻却する効果を持つ正当化事由であるが、被害者の自己決定権の尊重にも限界があることを踏まえ、これによって違法性が阻却される傷害行為は、重大な傷害結果をもたらすには至らない範囲の行為である。第2に、治療行為における患者の承諾は基本的にはそのみでは正当化要件とは認められないが、被害者の承諾の法理によって、軽微な傷害については、治療目的がなくても、医学的適応性がない、または医学的適応性に反する場合、もしくは、医術的正当性がない場合であっても、承諾のみによる正当化が可能である。第3に、患者の承諾とその他の治療行為の正当化要件との関係については、治療目的はないが被害者本人に利益がある場合には、医療行為として、なお患者の承諾のレベルで正当化の余地が認められる場合がある。さらに、医学的適応性要件との関係では、医学的適応性があるならば、通常は患者の承諾があれば足りるが、医学的適応性が高い、すなわち、緊急適応がある場合にはむしろ、推定的承諾の法理が妥当し、より柔軟に正当化を考えることが可能である。加えて、医術的正当性要件との関係では、医療水準を基準にして、それに応じて、患者の承諾の強度も変わる、という3点である。

第IV章では、ドイツおよび我が国の治療行為非傷害説の基盤および治療行為傷害説に対する批判を検討し、我が国の通説的な立場（治療行為傷害説）が維持されるものであるかが検証されている。ドイツの議論状況は、大きく次の二つに分類することが可能である。その一つは、患者の承諾を構成要件該当性を阻却する事由として扱い、この患者の承諾があるかぎり、治療行為は傷害罪の構成要件に該当しないとす立場である。もう一方は、客観的に「傷害」とはいえない治療行為を確定する立場であり、この立場はさらに二つに分けられる。すなわち、治療の結果を考慮に入れ、成功した治療行為は傷害罪の構成要件に該当しないとす立場（結果説）と、治療の目的を考慮に入れ、治療目的で、レーゲルティス（医学準則）を遵守して実施された治療的侵襲は、それが成功するか、失敗するかにかかわらず、傷害罪の構成要件には該当しないとす立場（目的説）である。筆者は、これらの見解について批判的に検討したのち、治療行為の刑法上の法的性質については、我が国の通説的な立場（治療行為傷害説）を維持するとす結論に至っている。そして、前章と同様に、本章でも、治療行為の正当化要件の一つとしての患者の承諾は、被害者の承諾とは区別されるべきであり、その有効性要件につき、被害者の承諾よりも緩やかなレベルでこれを認めることが可能であり、かつ、治療行為を不処罰にするための要件として一般に要求される患者の承諾は、それのみでは治療行為の不処罰化要件とは考えられず、違法性判断において考慮されるべきものであるとするのである。

第V章では、まず、第III章および第IV章の結論を踏まえ、治療行為の正当化根拠と正当化要件の関係性を明らかにする作業が行われる。そこでは、論者が与する治療行為の正当化根拠により、まず、患者の意思を度外視して治療行為の正当化を考える立場と、患者の意思を大なり小なり考慮して正当化を認める立場とに見解が大きく分けられる。しかし、検証の結果至るのは、現代の社会潮

流に沿えば、やはり患者の意思を看過することは妥当ではなく、また、治療行為の正当化要件として一般に考慮される、治療の目的、医学的適応性、医術的正当性、患者の承諾の4要件のうち、いずれか一つの要素をもってすべての治療行為の正当化を考えることは困難であり、これらの要件が有機的に組み合わさって正当化されるとするべきであろう、との結論である。これには、社会的相当性説が妥当な根拠として考えられるが、その概念の多義性に鑑みて、できるかぎり具体的かつ客観的な基準を提供すべきであり、第Ⅲ章で提案されたところの試論における見解がその指針とされよう。そして、次に、患者の承諾が有効と認められるため、患者の自己決定に際して医師が患者に必要な情報を提供する説明義務について、ドイツでの議論を参考として、その内容を明らかにし、範囲を画する作業が試みられている。すなわち、①患者に説明を放棄された場合、②患者が治療に関する完全な知識を有している場合、③説明することがむしろ医学的適応に反する場合、④患者が意識不明又は判断能力がない場合、医師には説明義務が免除されるが、しかし、医師は、①侵襲の重大性や②侵襲の目的および緊急性、③患者の素養を考慮して、診断、経過およびリスクの説明を行わなければならない。もともと、あらゆる説明義務違反が承諾の無効をもたらすものではなく、説明義務違反があったとしても、承諾が有効とされる余地は存すると考えられている。

最後に、第Ⅵ章で取り上げるのは、ドイツの民事判例において議論となった、前記説明義務違反が生じた場合における、医師の刑事責任を制限しようとする仮定的承諾の問題である。現在では、患者の自己決定権を尊重する時代的な要請により、治療行為においては、原則的には「医師が十分な説明をした」うえで、患者の承諾を得ることが求められている。そのようななかで、現在、ドイツの判例・学説において議論されているのが、仮定的承諾という法形象である。仮定的承諾が問題となるのは、次のようなケースである。すなわち、医師が、患者に対して、当該治療行為について不十分な説明しか行わないままに承諾を得た、あるいは、十分な説明を行って患者から承諾を得ることができたにもかかわらず、承諾を得なかったという状況のもとで、治療行為が実施された場合である。このような場合に、もし十分な説明を行っていたとしてもやはり当該治療行為に賛成する患者の承諾が得られていたであろう、あるいは承諾は得られなくとも納得はできていたであろうとして、仮定的な患者の承諾を想定することにより医師の刑事責任を軽減しようとする動きが判例上見られ、学説上もこの理論につき盛んに議論されている。本章で、筆者は、医療現場でこのような状況が発生することは我が国においても十分考えられることから、ドイツの議論を参照しつつ、我が国においても仮定的承諾論による免責は可能であるかについて検討を加えている。そして、①今後我が国において仮定的承諾が問題となる刑事判例が登場する可能性、②仮定的承諾の理論的問題、③これを採用しない場合に医師の可罰性を否定する代替手段の有無について検討し、①の可能性はないとはいえないが、実際には、我が国の刑事実務の考え方によれば、仮定的承諾が問題になるような場面では、医師の治療行為が傷害罪として処罰される可能性は低いものであること、②仮定的承諾論それ自体の理論的問題性が大きいこと、また③仮定的承諾に代わって、医師の可罰性を否定する方策も考えられることから、我が国への導入にはいまだ熟慮を要する、という結論に至っている。

本稿は、以上のような内容をもって患者の承諾・自己決定権をめぐる諸問題を取り上げ、人の自由意思の存在を出発点として、患者の自由意思に基づく承諾および自己決定権へ議論を展開させ、医師が行う治療行為の正当化要件を具体的に提示することで、患者の自己決定権の意義を限界づけようとしたものである。

#### 【本論文の講評】

近時、医師が業務上の過失に問われる事態を可能な限り回避し、治療行為をつつがなく行うといった意味からも、患者において当該医療行為を正当なものとして認識し、これを医療側において確認することが不可欠となっている。そして、近時、医療行為を正当なものとする要件のひとつとしてインフォームドコンセントがあげられ、その実践がいわれて久しいが、その内実をなす患者の自己決定については、なお議論すべきところが少なくないのが実情である。このような前提において、現在、治療行為における医師の責任、とりわけ刑事責任を適正に判断するための治療行為の正当化の要件の確立が求められており、本論稿は、そのような観点から、治療行為における患者の自己決定権を取り上げてこれを検討し、自己決定権に重きを置きつつ、治療行為の正当化を論じるものである。

筆者は、患者の自己決定権に基づいて医療行為が正当化される要件を論じる前提として、患者の承諾論を検討し、さらにその前提としての被害者の承諾論について、いずれも我が国と法状況を同じくするドイツの議論、具体的には彼の地の判例・学説を参照しつつ、これを論じる。さらに、かかる承諾論の前提をなす、そもそも自由意思は認められるのかという問いについて、近時、ヨーロッパで盛んに論じられる、意思決定論・ニューロン（脳活動）決定論を紹介し検討を加えている。そして、最後に、本稿が目指す方向性、すなわち医師の刑事責任論の制限という文脈において、仮定的承諾論を論じることを意図するものである。

その内容を具体的に示すと、まず第Ⅱ章において、筆者は、ニューロン（脳活動）決定論を取り上げてこれに批判的な検討を加える。我が国においては、現在、自由意思論において、他行為の可能性がなく、因果法則によって完全に決定された行為を非難の対象とすることはできない以上、自由意思の存否について、たとえ科学的には証明が不可能であっても、責任非難は他行為可能性を前提としなければならない。また、刑罰権の正当化のためにも、個人の自己決定を前提とする責任による限界づけが必要であるとされている。このような考え方を基本として、本章では、自由意思の内容として、①熟慮能力、②自発性、③別様の決意の可能性が挙げられ、別様の決意の可能性については、神経科学の知見においても、その存在につき、いまだ十分には論証し尽くされていないとしている。別様の決意の可能性の存在について挙証責任を神経科学の側に負わせる立場に立ったうえで、規範的な帰責を前提とする刑法は非決定論に基づく相対的自由意思論とよりよく調和する、と結論づけようとするのである。自由意思については、これをフィクションとして前提とする、あるいは、経験的なアプローチともいべきものから肯定するものであろうが、我が国でもかかる問題意識で著された論文も散見され、その結論は筆者とは必ずしも同様のものではないが、それらの

いくつかには筆者の論文が引用され、好意的な論評が加えられていることから、筆者の結論が一つの仮説、一つの論拠として成り立ちうる事が分かると思われる。

そして、第Ⅲ章では、この自由意思に基づく刑事責任論を背景として、被害者の承諾と患者の承諾が論じられている。その主張するところは、治療行為においては、患者への医的侵襲すなわち傷害行為があっても、そこには主観的にも客観的にも患者への治療目的があることから被害者の承諾の類型とは異なる側面があり、患者の自由意思に基づく承諾によってより広く正当化がはかられるのであるとする点である。ここで、筆者は、医学的適応症が高い場合・低い場合と、患者の承諾の強度との相関関係を論じて、患者の明示的な意思を優先させつつも、医学的適応症が高い場合には、緊急避難の場合を除いても、推定的承諾の法理によって正当化がはかられるとする。筆者の結論は、患者の承諾の効力についての我が国の一般的な理解と異なるものではないが、自由意思論から見た場合、治療行為の正当化はどの範囲までカバーできるものであるかを論じており、正当化の一つの根拠を示しうるものといえよう。

第Ⅳ章は、そもそも、正当な治療行為とされるためには、構成要件該当性が阻却されるべきか、それとも違法性が阻却されるべきであるのかの論争について、後者の立場、すなわち治療行為傷害説の立場に立つことを、比較法的に論証するものである。我が国とドイツとの多くの判例を用いて例証しつつ、筆者は、自由意思を強調すれば、治療行為非傷害説に至りうるようであるが、被害者の承諾と比較して緩やかに正当化されることが承認されるのみで、それを超えて、傷害罪の構成要件に該当しないとしないものではないとする。この結論は、見ようによっては、やや不徹底のような印象もあるものの、今日、医療事故で問題となる治療行為の諸事例を見ると、解釈論としては現実的な結論であるように思われる。

そして、第Ⅴ章では、これらの検討のもと、治療行為の正当化要件について、説明義務に基づく患者の承諾論を基礎に論じられている。筆者は、治療行為の正当化要件として、治療目的、医学的適応症、医術的正当性、そして患者の承諾の4要件を挙げて、いわゆる社会的相当性の視点から正当化の基準を導こうとし、その論証の過程においては、患者における障害の程度、医学的適応症の程度、緊急性の程度、そして患者の承諾、推定的承諾の強度との関係についても検討を加えている。もちろん、かかる基準によっても一義的に違法性阻却の可否が決められることがないのは、社会的相当性という、我が国では多数説とはいえその内容の不明確性が指摘されている基準による以上ある意味避けられないことではあるが、患者の承諾を可能な限り尊重した場合にはどのように正当化の判断枠組みが示されるのかを論じたものとして意味があり、また、患者の承諾を重視した場合の説明義務についての詳細な具体化、すなわち、リスク等説明の内容、説明の実施方法、説明義務の範囲と省略の可能性についての論及も本論稿の価値を高めていると思われる。

そして、最終章では、治療行為と患者の承諾の問題の延長線上に位置づけられる、近時ドイツの民事判例において展開されてきた仮定的承諾の議論について検討を加える。仮定的承諾論は、例えば、不十分な説明しか行わずに承諾を得て医的侵襲が行われたような、医師において説明義務違反が認められる場合でも、一定の要件のもと、刑事責任を制限しようとするものであるが、筆者は、

このような刑事責任限定については正当であるとしつつも、かかる理論によると専断的治療行為のおそれのあることやこの理論に内在する問題を指摘し、また、仮定的承諾の理論を採用せずとも我が国では他の方法で正当化がはかられうることを示し、そして、結論として今日有力となっている同理論の採用についてはなお考慮が必要であると説く。本章では、患者の自己決定権の意義と限界が示されるなか、理論の基礎に患者の自由意思を置くとする筆者の態度が強く反映されているといえよう。

本論文の内容とその特徴は以上のようなものであるが、全体として、丁寧な考察をもとに、論理性を重視しつつ論証作業を行って主張を展開するという形をとるものであり、論文として高く評価できるものといえよう。また、本論文の主張内容が、我が国の自己決定論・患者の承諾論に有意義であることも疑いのないところであろう。

もっとも、本論文については、すくなくならず問題点、あるいは課題といったものも指摘し得よう。例えば、自由意思と脳研究で主張した、自由意思を肯定したうえで熟慮能力、自発性、別様の決意の可能性という3要件でこれを認めるという自説の立場からは、第III章以下で示される被害者ないし患者の承諾論に関する主張ないし個々の結論あるいは個々の正当化の要件は必ずしも論理的必然とはいえないのではないかと、この点をどのように説明していくのか今後問われるであろう。医療崩壊が危惧されるなか、医師の刑事責任を制限し、懐古的に医師の責任を追及することに汲々とするのではなく、展望的に医療事故の原因を解明し、事故を未然に防ぐ方策を政策的に推し進めようとする流れにあつて治療行為非傷害説や仮定的承諾論が位置づけられるとの指摘は十分な評価に価するものの、かかる政策決定に対しての、患者の自由意思論・自己決定権を基礎とする筆者の態度は明確ではなく、また、個々の要件論に筆者の主張が反映されているとは必ずしもいえないのではないかと。もっとも、これは今後の筆者への課題というべきものであつて、その意味で現時点では過大な要求であるかもしれない。また、患者の承諾論と被害者の承諾論との区別の意義は筆者の考えの通りであるとしても、医学的適応症が低い場合の施術の場合には、被害者の承諾の方が正当化がより緩やかに肯定されるのではなからうか。筆者が否定的な態度を示す仮定的承諾論については、推定的承諾論や緊急避難が正当化の代替策として挙げられて検証されているが、より具体的な方策、例えば、刑事手続き上の起訴猶予などの方策の可能性が論じられれば、我が国の実務における指針に対しても一層の貢献がなされると思われる。

以上、本論文には、今後の進展に対する要望もいくつか存するとはいえ、同稿はこれまでの筆者の長年にわたる研究成果の結実ともいえるものであり、非決定論を批判し、自由意思を基礎にして治療行為の正当性を論じ、他方で、多くの具体的な事例を参照しつつ患者の自己決定権の限界を論証したものとして高い評価を受けるべきであろう。

以上を総合的に判断して、審査委員全員の一致の判断として、島田美小妃氏提出の本論文は博士(法学)の学位を授与するに値すると認めるものである。