

# 治療行為における患者の同意の意義

大 杉 一 之

## 1 はじめに

治療行為とは、患者の疾病を治療するために患者の身体に対して行われる医療措置をいう。患者の同意に基づき、医学的適応性、医術的正当性、治療の目的といった要件を充たす治療行為は、傷害罪の構成要件に該当するが正当化され、または傷害罪の構成要件該当性が否定される。これに対して、被害者の同意に基づく傷害は、被害者の同意が存在すれば侵害行為は正当化され傷害罪は成立しない。治療行為は、被害者の同意とは異なり、患者<sup>1</sup>被害者の同意だけでは正当化されないと考えられている。

個人の自己決定を重視する被害者の同意の法理によれば、患者の同意のみで治療行為は正当化されると考えることもできる。医学的適応性、医術的正当性、治療の目的といった要件が充足されていなくても、患者の同意があれば治療行為は正当化されるのであって、その他の要件は不要ではないのが疑問となる。患者の同意以外の治療行為の要件は、なぜ要求され、どのような役割を果たしているのだろうか。治療行為における患者の同意は、被害者の同意と同程度に厳密なものなのであろうか。患者の同意以外の他の要件と患者の同意との関係について考察を加えようとするものである。<sup>(1)</sup>

この点については、これまで議論されたことはあまりなかったように思われる。本稿では、被害者の同意と治療行為における患

者の同意を比較検討したうえで、医学的適応性と医術的正当性による制約の範囲内で治療行為が行われるのであれば、患者の同意が包括的、概括的なものであっても治療行為の正当化を認めることが許されるという考え方を提示することにした。

## 2 被害者の同意

被害者の同意に基づく侵害行為については、被害者の同意により侵害行為は正当化され、犯罪は成立しない。

(1) 被害者の同意とは、法益主体である被害者が自己の法益に対する法的保護を放棄し、法益に対する侵害を許諾する意思表示である。被害者の同意に基づいて行われた行為は、原則として、正当化（違法性が阻却）され、または構成要件該当性が阻却される。

被害者の同意の正当化根拠は、一般的に、個人の法益処分の自由、または個人の自己決定権に求められる。<sup>(2)</sup> すなわち、法益主体の有効な同意が存在することで、法益性が消滅し、または法益の要保護性（法益保護の必要性）が失われるから、被害者の同意に基づく行為は正当化されるとする。<sup>(3)(4)</sup> 自由に対する罪や財産罪など、法益の性質により、同意により法益自体が消滅すると考えられる犯罪類型については、法益侵害が存在しないから構成要件該当性が認められない。身体的法益（傷害罪）については、法益侵害自体は存在するので構成要件該当性が肯定されるが、同意により法益の要保護性が否定される結果として、同意に基づく行為は正当化される。<sup>(5)</sup>

(2) 同意が有効であるためには、同意の対象となる法益が、被害者にとって処分可能な個人的法益に関するものでなければならぬ。ただし、生命に対する侵害については、被害者の同意があっても違法である（刑法二〇二条）<sup>(6)</sup>。

被害者の同意を得て行う傷害（同意傷害）について、有効な同意がある限り同意傷害は不可罰であるとする見解もある。<sup>(7)</sup> しかし、判例および従来の通説は、同意に基づく傷害が社会的に相当である（公序良俗に反しない）と認められる場合に限り正当化される<sup>(8)</sup>

とする（社会的相当性説<sup>(9)</sup>）。個人の自己決定権を重視する立場からは、傷害の程度に着目して、法益主体が自由な意思で要保護性を放棄しているから原則として正当化されるが、重大な傷害、または生命に危険がおよぶ傷害については、例外的に違法であるとする<sup>(11)</sup>。自らの自由な生存を侵害するような重大な結果をもたらす同意を法は有効とは認めていないと考えられるからである。

(3) 同意が有効とされる前提として、同意の内容と同意に基づく行為によって起りうる結果について理解する能力が必要である（同意能力）。この能力を欠く者の同意については、法的有効性が認められない。また、自由で真意の意思決定に基づく同意でなければならぬ。したがって、同意能力のある者の同意であっても、強制された同意や、錯誤・不知による同意は有効性が否定される。被害者の同意は、当該行為および結果を対象とするものであるから、行為の時点に存在していなければならず、法益侵害の発生時点まで存在しなければならない<sup>(12)</sup>。事後の同意は違法性を阻却せず、事前の同意もそれが行為時まで継続していると認められない限り違法性を阻却しない。

### 3 正当化事由としての治療行為

(1) 治療行為とは、患者の疾病を治療するために患者の身体に対して行われる医療措置をいい、患者の身体に対する医的侵襲を伴う<sup>(13)</sup>。

治療行為は、一般に身体に対する侵襲性があり、通説的な見解によれば、人の生理的機能または身体の完全性を害する行為であるから傷害にあたり、したがって傷害罪の構成要件に該当する（治療行為傷害説）。それが治療行為としての要件を充たす場合には、傷害罪の構成要件に該当しても正当化される（刑法三五条後段の正当業務行為<sup>(14)</sup>）。これに対して、患者の同意に基づく治療行為は、法益主体の同意により法益または法益の要保護性が放棄されており、傷害罪が予定する保護法益を侵害しないので、傷害罪の構成要件には該当しないとする見解も有力に主張されている（治療行為非傷害説<sup>(15)</sup>）。山中敬一は、治療行為による侵襲の程度により、

治療行為における患者の同意の意義（大杉）

構成要件該当性がない場合と治療行為として正当化される場合を分ける（治療行為二分説）。身体に対する重大な侵襲とはいえない治療行為は、患者の同意があれば傷害罪の構成要件該当性がなく、身体の重大な機能を喪失させ、制限するような治療行為のみが、構成要件に該当するが治療行為として正当化される必要があるとする<sup>(16)</sup>。

治療行為が正当化される根拠は、法益主体である患者の同意により法益の要保護性が否定されることに加えて、患者の健康の回復という積極的利益の実現が図られるというところに求められる<sup>(17)</sup>。治療行為の場合には、健康の回復という積極的利益が認められることから、被害者の同意により正当化される以上の重大な身体傷害行為や生命に対して危険をおよぼす治療行為も正当化される。ここから、治療行為の正当化の重要な要素として患者の同意が求められる。

(2) 治療行為は、①医学的適応性が認められ、②医術的正当性を有する治療行為が、緊急を要する場合を除いて③患者の同意に基づいて行われる場合に、構成要件該当性が阻却され、または正当化される（刑法三五条）<sup>(18)</sup>。

治療行為は、患者の疾病を治療し、その生命・健康を維持・回復するために、その処置が客観的に必要なものでなければならぬ（医学的適応性）。したがって、豊胸術などの美容整形手術や、移植医療において他人に移植するための臓器の摘出は、医学的適応性を欠いており、治療行為としては正当化されない<sup>(19)</sup>。また、治療行為は、医学上一般に承認された方法（*arg. in re*）によって行われる必要がある（医術的正当性）。現代の医療準則に照らして適正なものでなければならぬ。いまだ医学上一般に承認されていない方法によって行われた場合には、偶然に治療の効果があっても治療行為としては違法である<sup>(20)</sup>。

治療目的については対立がある。主観説は、行為者が主観的な治療目的を有していることを要求する<sup>(21)</sup>。治療目的をもたなければ、たとえ治療効果が生じたとしても正当化されないとする。これに対して、客観説は、治療目的を疾病の治療に必要なと客観的に判断されること、すなわち医学的適応性があることを意味すると解する<sup>(22)</sup>。医学的適応性が認められない治療行為の場合に、治療目的を認めることはできないから客観説が妥当である。違法性を客観的に判断する立場から、医学的適応性と医術的正当性の他に治療の目的という要件を必要としないとする見解もある（不要説）<sup>(23)</sup>。

(3) 治療行為を正当化するためには、患者の同意が必要である。治療行為に対する患者の同意は、法益主体による身体の生理的機能という法益に対する法的保護を放棄する内容の意思表示である。

それでは、患者本人の同意を得ることができない場合には、治療行為は正当化されないのであろうか。患者の同意がなく行われた治療行為を専断的治療行為という。治療行為の正当化要件として、患者の同意は必要かが問題となる。治療行為の正当化に患者の同意は必要ではないとする見解もある。<sup>(24)</sup>患者の自己決定権を尊重するべきであり、患者の同意は治療行為の正当化のための必要不可欠の要件である。<sup>(25)</sup>したがって、患者の同意がない、あるいは患者の拒絶の意思表示がある治療行為は、医学的適応性や医術的正当性が認められ、あるいは客観的に治療効果が認められても、原則として違法である。

患者の自己決定権の尊重という考え方に基けば、患者の同意による要保護性の放棄が認められなければ、少なくとも治療行為としては正当化されないと考えるべきであろう。患者の個性差などに起因する治療行為の不確実性や、医師と患者との情報の非対称性、それらに基づく包括的、概括的にとどまる患者の同意によるリスクを客観的に制約し、補完するのが、医学的適応性と医術的正当性の要件であると考えられるから、医学的適応性と医術的正当性の要件だけでは正当化されないのである。

(4) 治療行為の要件を充たせば、生命に危険がおよぶ治療行為、または重大な傷害を伴う治療行為も正当化される。この点、山中敬一は、身体の傷害に対する同意について、傷害の程度に応じて同意の有効性を異なるものと理解する。<sup>(26)</sup>①身体の機能上回復可能な「軽微な傷害」については、有効な同意のみで正当化される(構成要件該当性が否定される)。②重要な身体部分ないし機能を侵害する「重大な傷害」については、患者の同意を前提に疾病の治療、患者の健康の回復という積極的利益が認められる場合に正当化される。③生命に具体的危険がおよぶ身体の傷害に対する同意については、法益主体に処分の自由はなく、原則として同意は無効であり正当化されないとする。

治療行為における「軽微な傷害」について、医学的適応性と医術的正当性は不要であり有効な同意のみで正当化されるとすることには疑問が残る。「軽微な傷害」ととどまる場合には医師により十分な情報が提供されないことも少なくないと思われるのであり、

患者の同意は一層概括的なものにとどまるのではないだろうか。そうだとすると、「軽微な傷害」についても医学的適応性と医術的正当性による客観的な制約が必要であると思われる。また、生命に具体的な危険がおよぶ治療行為についての同意は無効であるとする、臓器の摘出などのハイリスクな治療行為が正当化されないことになって妥当ではないように思われる。生命に対する具体的危険の程度や生命に具体的な危険がおよぶ治療行為の正当化については、さらに検討の余地があると思う。

治療行為は疾病の治療を目的とすることから、生命侵害についての同意は問題とならず、生命に重大な危険をおよぼす侵害についての同意が問題となる。被害者の同意の場合とは異なり、治療行為に同意している患者は、治療行為によって自身の疾病が治療することを期待しているのであって、生命に危険がおよぶ治療行為の場合に、生命に対する危険（リスク）を受忍しているとしても、生命に対する危険が現実化しないことを期待しているのである。<sup>(27)</sup>

治療行為については、医学的適応性と医術的正当性を要求することで、生命に対する危険が現実化しないように客観的に制約されていると考えられる。生命に対する危険が医学的に可能な限り低減され、その危険が現実化しないようにコントロールされているといえる。このように、医学的適応性と医術的正当性により生命に対する危険が客観的に制約されている治療行為については、生命に危険がおよぶ治療行為であっても正当化されると考えられるのである。<sup>(28)</sup> 生命に危険がおよぶような傷害に対する被害者の同意の場合には、治療行為における医学的適応性と医術的正当性に相当する客観的な制約が要求されていない。被害者の同意においては、生命に対する危険が現実化しないように制約されていないのである。そこで、被害者の同意によっては、生命に危険がおよぶような重大な傷害の正当化は認められないとしても、治療行為については認められると考えるのである。

#### 4 同意の対象

被害者の同意は、侵害行為だけでなく、法益侵害結果を対象とするものでなければならぬ。<sup>(29)</sup> 法益侵害の危険性についての同意

だけでは不十分である。法益侵害結果について同意がなければ、法益の要保護性を放棄したとは認められないからである。同意は、法益に対する法的保護の否定という効果を発生させる内容の意思表示であるから、被害者が、侵害行為の態様、法益侵害の意義や範囲・程度、法益侵害の効果、さらに同意の意義や同意がおよぶ範囲や効果等を明らかに認識し、十分に理解していることが必要である。侵害行為によって引き起こされる事態を適切に理解し、そのメリットとデメリットを十分に比較衡量したうえで同意の意思決定をしていなければ、要保護性を有効に放棄したとは認められないからである。したがって、これらの事情を十分に理解していない場合には、同意の有効性を否定することになるであろう。また、法益主体が法益侵害を認識していれば足りるとする考え方もあるが、結果の発生を積極的に意欲していることまでは必要ないものの、単なる認識では不十分で法益侵害を受忍する意思<sup>(30)</sup>では必要であろう。

治療行為は、一般に患者の身体への侵襲を伴うもので、場合によっては患者の生命に危険がおよぶ可能性があるものである。そこで、治療行為に同意するにあたっては、治療行為の内容や態様、侵襲の範囲や程度だけでなく、さらに、自己の疾病の状況や治療の必要性、どの程度回復し、どの程度失敗の見込みがあるのかという治療行為の効果（治癒の見込み）、治療行為によって生じる副作用その他の危険など、治療行為が自身にもたらす不利益の内容、代替的治療法の有無やその利点・欠点といった事情を十分に理解していなければ、有効な同意とは認められないことになる。

患者が同意するにあたっては、患者が治療行為について十分な情報を与えられたうえで同意を行うことが求められている。この十分な情報を得たうえでの同意をインフォームド・コンセント（*informed consent*）<sup>(31)</sup>という。患者の同意は医師の説明に基づくものでなければならぬとされる。

患者の自由な意思決定（自己決定権）を保障するためには、患者が、起こりうる事態について十分に理解し、そのメリットとデメリットを合理的に比較衡量して、医的侵襲を受忍して治療行為を受け疾病の治療を図るか、医的侵襲を回避するために治療行為を受けないで疾病が悪化するリスクを負うのかを判断できるようにしなければならない。医学の専門家ではない患者は、自己の疾病の状

況や治療の必要性、治療行為の内容や態様、侵襲の範囲や程度、治療行為の効果（治癒の見込み）、副作用、代替的治療法といった専門的知識や詳しい情報をもっていないのが通常である。このために、治療行為に対する患者の同意については、医師がこれらの情報を提供して、患者の専門的知識・情報の不足を補う必要がある。このように患者の自己決定権を保障し、患者の同意を有効化するために、有効な同意の前提条件として、同意に先行する説明を医師に要求しているのである。<sup>(32)</sup>

## 5 若干の考察

### (1) 治療行為における患者の同意と被害者の同意

治療行為における患者の同意は、被害者の同意と同じものであろうか。治療行為における患者の同意が被害者の同意と同じものであるならば、治療行為についても患者（＝被害者）の同意が存在すればそれだけで正当化されるはずである。

被害者の同意とは、法益主体である被害者が自己の法益に対する法的保護を放棄し、法益に対する侵害を許諾する意思表示である。被害者の同意に基づいて行われた行為は、原則として、正当化される。法益主体である被害者は自己の可処分法益を処分する自由を有しており、被害者の同意により法益に対する法的保護が否定されるからである。被害者の同意によっても生命に対する侵害は正当化されない（刑法二〇二条）。被害者の同意を得て行う傷害（同意傷害）については、原則として正当化されるが、生命に危険がおよぶ傷害または重大な傷害については、例外的に正当化されないとされる。

治療行為に対する患者の同意は、法益主体である患者が身体の生理的機能という法益に対する法的保護を放棄し、治療行為を許諾する意思表示である。治療行為を正当化するためには、患者の同意が必要である。治療行為が正当化される根拠は、被害者の同意とは異なり、法益主体である患者の同意により法益の要保護性が否定されるだけでなく、患者の健康が回復されるという積極的利益の実現が図られるというところに求められる。正当化事情としての治療行為の要件は、医学的適応性が認められ、医術的正当



性を有する治療行為が、患者の同意に基づいて行われることである。

同意に基づく行為が有効な被害者の同意だけで正当化されるのに対して、治療行為は有効な患者の同意だけでは正当化されない。有効な患者の同意に加えて医学的適応性と医術的正当性が認められなければならないのである。患者の同意に加えて、医学的適応性と医術的正当性が要求されるのはなぜなのだろうか。また、同意により正当化される侵害の範囲も異なる。被害者の同意も、患者の同意も、生命に対する侵害を正当化しない。被害者の同意の場合は、生命に危険がおよぶ傷害または重大な傷害は正当化されない。これに対して、治療行為の場合には、手足の切断や臓器の摘出といった生命に危険がおよぶ治療行為または回復不可能な重大な傷害を与える治療行為であっても治療効果が客観的に期待される場合には正当化が認められるべきである。さらに、治療行為に不可避的に付随する予測不可能な危険が現実化することもあるのだから、治療効果が得られなかった場合や治療行為が奏効せず結果として患者が死亡した場合であっても正当化が認められるべきであると考えられる。このような広範囲にわたる正当化は、どのようにして導かれるのであろうか。

## (2) 患者の積極的利益の存在

被害者の同意の場合と異なり、治療行為は患者の疾病の治癒または健康の回復を目的としている。治療的侵襲により患者の生理的機能を害すると同時に、患者の疾病の治癒または健康の回復（またはそれらの可能性）という積極的利益が実現されている。そこで、治療行為は、優越的利益原理に基づいて、患者の同意により法益の要保護性が否定されることに加えて、疾病の治癒または健康の回復という積極的利益が認められることから、被害者の同意によって許される傷害の範囲を超えて、生命に危険がおよぶ傷害または重大な傷害についても正当化されると考えられている。もともと、患者の積極的利益を認めるにあたっては、疾病の治癒または健康の回復という治療効果が現実には得られたことまでは必要ないであろう。事前の診断に基づいて適切な治療行為を行ったとしても、疾病の状態や患者個人に固有の身体的事情などによっては治療効果が得られないこともありうるからである。結果的に治療効果が得られなかったならば、治療行為が正当化されないとするのは妥当ではない。

そこで、疾病が治癒しまたは健康が回復するという治療効果が客観的に期待できること、すなわち治療効果を得られる蓋然性が認められることをもって治療行為を正当化すべきことになる。そして、治療効果を客観的に期待できるのは、治療行為が医学的適応性と医術的正当性の要件を充足している場合だと考えられる。客観的に疾病の治療に適していない治療行為が行われる場合には、治療効果を得ることは期待できないといつてよいであろう。また、医療水準に達した方法によらなければ、期待した治療効果を実現することは困難といつてよいであろう。医学的適応性と医術的正当性が認められる治療行為の場合に疾病の治癒または健康の回復という治療効果が客観的に期待できるのであり、治療行為を正当化する患者の積極的利益を認めることができるのである。

医学的適応性と医術的正当性という要件は、治療効果を客観的に期待できるという患者の積極的利益を基礎づけるものとして要求されることが明らかになったと考えられる。

### (3) 説明義務の範囲と患者の同意の対象

被害者の同意においては行為者に対して侵害の説明義務を負わせていない。これに対して治療行為においては、患者の自己決定権を保障して患者の同意を実効化するために、有効な同意の前提条件として同意に先行する説明を医師に要求している。医師は具体的にいかなる範囲の説明を行うべきか。医師の説明義務の範囲については、次のように説明される。

山中敬一は、「自己決定のための説明の範囲は、患者に治療の内容と意味その及ぶ射程を理解させ、そのメリット・デメリットを合理的に衡量することができる程度ものでなければならぬ。したがって、同意の対象について、医学的所見、治療計画、手術の及ぶ射程範囲、回復の経過と見込み、代替治療の有無、その危険性などにつきその全体と概略を知らせなければならない<sup>(33)</sup>。また「医師は、医学的適応のある症状に対して、医術的に正当な治療方法を選択して患者に施術する必要がある。その際、確立した治療方法が複数存在するときは、そのそれぞれの治療方法の意味、危険性、効果、副次的効果等を患者に説明し、患者の意思にしたがつて選択できるようにしなければならない<sup>(34)</sup>。」と説明する。また、町野朔の研究を受けてこの問題に考察を加えた米村滋人は次のように説明する。保護法益が、「同意の対象たる医的侵襲行為に関する自己決定権」に限定されることから、「患者の医療的利益(医療

にかかわる生命・身体利益に客観的に重大な影響を及ぼしうる決定のみが保護の対象となり、その種の決定場面においてのみ説明義務が発生すると解するのが適切であると思われる。具体的には、大枠の診断・治療の方針（入院するか否か、手術を実施するか否かなど）に関する決定や、特に危険性の高い侵襲的処置に関する決定が該当しよう。」<sup>(35)</sup>という。治療行為に関しては、患者の医療的利益に客観的に重大な影響を及ぼしうる範囲について医師は説明義務を負い、「実施の可能性がある医療行為の具体的な内容（手順や治療機関など）に加え、当該医療行為の適切性を判断するための情報（当該医療行為の利害得失と他に選択可能な医療行為の利害得失など——ライフスタイルや生活の質（QOL）に関する事項も利害損失に含まれうる）が説明されるべきである」と説明する。<sup>(36)</sup>

治療行為に同意するにあたっては、治療行為の内容や態様、治療的侵襲の範囲や程度だけでなく、さらに、自己の疾病の状況や治療の必要性、どの程度回復し、どの程度失敗の見込みがあるのかという治癒の見込み（治療効果）、治療行為によって生じうる副作用その他の危険など、治療行為が自身にもたらす不利益の内容、代替的治療法の有無やその利点・欠点といった事情を認識し、理解していなければならぬ。侵襲性を伴う治療行為とその効果だけでなく、予想される副作用や代替的治療法といった付随的事情についてまで理解していなければならぬ。

治療行為についての医師の説明は、治療行為についての理解を基礎づけるものであり、有効な患者の同意の前提条件である。患者は医学の専門家ではなく、自身に対して行われる治療行為について適確に認識し、理解していることを一般に期待できないから、患者の同意に先行して医師の説明が必要となる。治療行為についての医師の説明に基づいて患者が同意することで、患者の同意は有効であると考えられる。このように、医師の説明は、<sup>(37)</sup>患者の専門的知識の不足を補って患者の理解を助けるものであるから、同意の対象となる事項について説明をしなければならぬといえるのである。<sup>(38)</sup>医師の説明が不十分、あるいは不適切なものであった場合には、セカンド・オピニオンを得るなどして、予定されている治療行為について患者が相応の理解に達していない限り、患者の同意は無効であると考えられる。<sup>(39)</sup>

## (4) 知識・理解の非対称性

医療は専門家の高度な知識を必要とする。患者は、一般に医療の専門家ではなく、医療に関する知識が十分であるとは必ずしもいえないであろう。自己の疾病の状況や治療の必要性、治療行為の内容や態様、侵襲の範囲や程度、治療の見込み（治療効果）、副作用、代替的治療法といったことについての専門的知識や詳しい情報を通常はもっていない。医療の専門家である医師と医療の素人である患者との間では、医学的知識に関して対等な関係にあるとはいえない。治療行為に関する知識と理解に格差が存在するのである。患者の医学的知識や理解が十分でないことから、この格差を埋めて患者の同意を有効化するために、医師による説明が患者の同意の前提として要求されていると考えられる（いわゆるインフォームド・コンセント）。しかし、医学を学んでいない患者は、これらの事項について医師から説明を受けたとしても、医師と同水準の知識と理解に到達することを、患者に期待することはできないであろう。町野朔は、「たとえば盲腸の摘出、胆石の除去、胃潰瘍の切除に同意している患者は、彼が専門の外科医でもない以上、身体の中の部分がどのような態様で侵襲されるのかを認識していることはありえない。有効な患者の同意が必要とするならば、医師は患者に対して医学の講義を事前にしなければならぬことになってしまふであろう。」<sup>(40)</sup>という。また、患者には個体差があり、たとえ医療水準に適った治療行為であったとしても、起こりうる危険を事前に十分に予測することは困難である。

このように医師と患者の間に知識と理解の非対称性が認められる場合には、患者が自分に対して施される治療行為の内容や効果、危険性などについて十分に理解したうえで同意していると考えるのは難しい。被害者の同意におけるのと同じ意味で、有効な同意と認めることは困難なのである。しかし、十分な理解に基づく同意を認めることができなからといって、患者の同意は無効であり、治療的侵襲行為は治療行為として正当化されないと解することは妥当ではない。

## (5) 治療行為における患者の同意の性質

患者の同意が、現実に行われた治療行為に対する関係では不十分なものである場合、患者の同意は無効であって、治療行為は正当化されないであろうか。患者の同意がない専断的治療行為であって違法とされるのであろうか。

(a) 推定的同意による解決

町野朔は、治療行為の正当性は、患者の現実的同意が存在するだけでは判断することができず、患者の現実的同意と推定的同意を併用して、あるいは両者を複合して正当性を判断するという<sup>(41)</sup>。「治療行為は患者の推定的意思に合致するときにも正当化される、と考えるのが妥当である。すなわち、患者が当該状況を正しく認識したとするなら治療的侵襲の結果・危険に対して同意を与えることを拒絶しなかったであろうと認められる場合には、患者の現実的な同意が存在せず、あるいはそれが無効であったとしても、結果の発生は合法となると解すべきである。」とする<sup>(42)</sup>。町野朔は、「治療行為においては患者が侵襲結果のすべてについて現実の承諾を与えていることはむしろ稀である」のであって、「認識していない結果については同意はありえない」として、これらの場合に現実的同意の存在を否定する。そして、患者の同意は被害者の同意とは異質なものであり、患者の現実的同意が認められない場合は、患者の推定的意思により治療行為は広く正当化されるべきであるとするのである<sup>(45)</sup>。このような理解によると、有効な患者の現実的同意が認められる場合を狭く解することになる。患者の同意を被害者の同意と同じように厳格に解してしまうと、有効な患者の同意を認めることは困難なことになってしまう。

そして、町野朔は、推定的同意における補充の原則を検討する中で、推定的同意と現実的同意は相反するものではなく、現実的同意と同じく利益欠缺の原理によって正当化されるとする。「推定的承諾の違法阻却根拠は、行為が被害者の意思方向に合致している点に求められるのであって、利益欠缺の原理の一つの現れであることにおいては現実的承諾の場合と異なるところはない。ただ、現実的承諾の場合と異なり、被害者が利益を放棄するという現実的意思は存在しない。しかし、行為者の行為が被害者の意思に合致する蓋然性が、その時点で、すなわち事前的に高度である場合には、事後的に彼がその行為を是認しなかったであろうことが判明したとしても、行為は合法性を取得するのである」とする<sup>(46)</sup>。

推定的同意についてはなお改めて検討しなければならないが、推定的同意の正当化根拠を現実的同意の正当化根拠と同じものと考えることには疑問が残る。患者の意思が外部に表明されていなかったが、患者が、自己の可処分法益を処分してその侵害を受忍

する意思を現実には有していなかった場合を考えると、このような場合には侵害法益に対する法的保護を有効に放棄したと認めることはできないのであるから、侵害を正当化することはできないといふべきであろう。たとえば、乳がんの手術において乳房温存術を前提として手術を開始したが、予想に反して腫瘍の大きさが乳房温存術の適応を超えて大きかったという場合や、周囲のリンパ節にも転移していたという場合に、患者の同意を得ることなく乳房をすべて切除（全摘）したという場合を考えることができる。この場合に、患者が乳房の全摘だけは避けたいと考えていたならばどうか。それが、一般人にとってはどんなに不合理な意思決定であったとしても、その意思決定を尊重しようというのが、自己決定権の趣旨である。そうだとすれば、推定された患者の意思が、実際の患者の意思とは異なっていた場合には、法益に対する法的保護の放棄を認めることはできないのである。推定の同意の正当化根拠を現実的同意の正当化根拠と同じく、利益欠缺の原理、要保護性欠如の原理で説明することは困難であるように思われる。

(b) 概括的同意による解決

治療行為には高度の医学的専門性が要求されるが、医師ではない患者は一般に必要とされる医学的知識を十分には有していない。このため、医師による説明を受けたとしても、治療行為の内容、治療的侵襲の範囲や程度、治療効果や治療行為によって起こりうる危険（不利益）などについて必ずしも十分には理解していないといえる。治療行為の概略についての漠然とした理解に基づいて同意しているにとどまる（概括的同意）。患者は治療行為を能動的に選定するのではなく、医師が提示した治療行為を受容するか否かという受動的な選択をしているのである。<sup>(47)</sup> 治療行為においては、これらのすべてを的確に理解しただけで同意していることを求めることはできない。当該治療行為に対する包括的、概括的な同意で足りるとすべきなのである。

患者の自己決定権を保障するためには、自己の利益が予想外に損なわれることがないよう治療行為に付随するリスクをコントロールできなければならない。概括的同意だけでは、このリスクを十分にコントロールできていないとはいえない。

治療行為における医学的適応性と医師の正当性の要件は、治療効果の客観的期待を基礎づけるだけでなく、治療行為に伴う患者

の生命や身体に対する危険を医学的に可能な限り低減させ、患者の利益が予想外に損なわれる事態が生じるリスクを客観的に制約するものである。医学的適応性と医術的正当性による制約の範囲内で治療行為が行われるのであれば、患者の同意が概括的なものであっても、患者にとって不意打ちとなるような、予想外の危険が現実化する可能性を最小限に抑えていると考えることができる。この範囲内であれば患者の利益は可能な限り保護されていることから、患者の同意が包括的、概括的なものであっても治療行為の正当化を認めることが許されると考えられる。また、医学的適応性と医術的正当性が認められる範囲内で行われる治療行為については、患者の明示の意思に反しない限り患者の意思を推定することが許され、推定の同意により治療行為は正当化されると思われる。医学的適応性と医術的正当性が認められることで、治療行為によって起こりうるリスクが客観的に制約されているからである。

医学的適応性と医術的正当性によって制約されている範囲内で、患者が治療行為を受けることのメリットとデメリットを比較衡量して、治療行為を受けるか否かを判断できる程度の知識と理解があれば足りる。必ずしも医師と同程度の医学的知識や理解を有していることまでは必要ではないと思われる。<sup>(48)</sup> 医師の説明義務についても、起こりうる可能性をすべて網羅した、精密なものである必要はない。

#### (6) まとめ

医学的適応性と医術的正当性が認められる範囲内であって、患者の意思に反しない限度で、治療行為は正当化される。患者の意思に反する場合は専断的治療行為として違法である。患者が適確かつ十分な理解に基づいて現実の同意を与えている場合には、治療行為は当然に正当化される。患者が概略的な理解に基づいて同意を与えている場合、または患者の現実的同意はないが推定的同意が認められる場合であっても、医学的適応性と医術的正当性の要件によって補充される場合に限って治療行為は正当化されると考えてよいであろう。治療行為が疾病の治癒や健康の回復という患者の積極的利益の実現を目的とするものであること、医学的適応性と医術的正当性の要件によって、治療行為から予想外の危険が現実化するリスクを制約していることから、患者の同意を緩やかに認めることが許されると考える。治療行為における患者の同意は、被害者の同意とは異質なものであると考えるべきなのである。

## 6 おわりに

治療行為における患者の同意について、医学的適応性と医術的正当性が認められる範囲内であれば、患者の同意は治療行為に対する包括的、概括的な同意で足り、患者の意思に反しない限度で治療行為は正当化されるといふ見解を明らかにした。椎橋先生の古稀をお祝いするにあたって、患者の同意の問題について、ほんの僅かばかりの寄与ができたとすれば幸いである。

- (1) 治療行為の正当化の問題は、患者の同意が存在しない場合や患者の同意の範囲を超えて治療行為が行われた場合にも問題となるが、本稿では、患者の同意が存在する場合に限定して考察を加える。患者の同意が存在しない場合は正当化根拠が異なると考えられるので、別の機会に改めて検討することとしたい。
- (2) 被害者の同意に基づく行為が社会的に相当であるから違法性が阻却されるとする見解もある(社会的相当性説)。団藤重光『刑法綱要総論』三版(創文社・一九九〇)二二二頁、大塚仁『刑法概説(総論)』四版(有斐閣・二〇〇八・一〇)四一七頁など。最決昭和十五年一月一三日・刑集三四卷六号三九六頁参照。
- (3) 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣・二〇〇八・二二)三二八頁以下、西田典之『刑法総論』二版(弘文堂・二〇一〇・三)一七二頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣・一九七五・六)二四九頁、山口厚『被害者の同意』同『問題探究刑法総論』(有斐閣・一九九八・四)七六―七七頁、山口厚『刑法総論』三版(有斐閣・二〇一〇・二六・三)一六二頁、山中敬一『刑法総論』三版(成文堂・二〇一五・八)二〇七頁以下。
- (4) なお、曾根成彦は、正当化の一般原理に関する優越的利益説に基づき、生じた法益侵害と同意により実現した個人の自己決定の自由(自己決定権)とを衡量することにより、自己決定権が優越する場合には違法性が阻却されるとする。曾根成彦『刑法における正当化の理論』(成文堂・一九八〇・五)一四九頁、曾根成彦『刑法総論』四版(弘文堂・二〇〇八・四)一二四頁以下。
- (5) 井田良・講義刑法学総論三二八頁以下。同意により法益または要保護性が消滅するのであれば、法益侵害の存在自体が認められないので、構成要件該当性が否定されるとする見解も有力に主張されている。林幹人『刑法総論』二版(東京大学出版会・二〇〇八・九)一六〇頁以下、前田雅英『刑法総論講義』六版(東京大学出版会・二〇一五・二)七五頁、山中敬一・刑法総論二〇九頁以下。



- (6) 同意殺においては、同意は違法性減少事由にとし得る。少なくとも、法益主体以外の他人による生命の侵害を許さないという限度では、法益主体による法益の処分を認めないのである。
- (7) 前田雅英・刑法総論講義二四五頁。
- (8) 最決昭和五五年一月三日・刑集三四卷六号三九六頁。
- (9) 大塚仁・刑法概説総論四二一頁など。
- (10) 重大な傷害の程度については、生命に危険を及ぼす程度の傷害である必要はなく、身体の重要な部位に回復不可能な損傷を与える傷害であれば足りるとされる。山中敬一・刑法総論二二二頁、井田良・講義刑法学総論三二二頁など。
- (11) 大谷實『刑法講義総論』新版四版(成文堂・二〇二二五)二五四頁、西田典之・刑法総論一八九頁、平野龍一・刑法総論二五四頁、山中敬一・刑法総論二二二頁、山口厚・刑法総論一七五頁など。
- (12) 被害者の同意は結果発生時に存在していれば足りると解する見解もある。山口厚・刑法総論一六八頁など。
- (13) 山中敬一・刑法総論六〇〇―六〇一頁など。拙稿「治療行為といわゆる『代諾』序説」『法学新報』一一三卷三・四号(二〇〇七)三七八頁。
- (14) 町野朔『患者の自己決定権と法』(東京大学出版会・一九八六)一六三頁、井田良・講義刑法学総論三二八頁など。
- (15) 大谷實・刑法講義総論二五九頁、前田雅英・刑法総論講義二三七頁、米田泰邦『医療行為と刑法』(一粒社・一九八五)一八五頁。齊藤誠二は、医学的適応を有する治療行為は傷害罪の実行行為に該当しないという。齊藤誠二『刑法講義各論Ⅰ』新訂版(多賀出版・一九七九)一九二頁。
- (16) 山中敬一・刑法総論二〇五―二〇六頁、六〇一頁、山中敬一『医事刑法概論Ⅰ』(成文堂・二〇一四)一〇九―一一二頁。身体に対する重大な侵襲とはいえない治療行為について医学的適応性や医術的正当性の要件を不要とすることになり、治療行為を客観的に規律するという観点からは不適切であるように思われる。
- (17) 井田良・講義刑法学総論三二八―三二九頁、町野朔・自己決定権一六三頁、山中敬一・刑法総論六〇一―六〇二頁。
- (18) 治療目的や医学的適応性、医術の正当性は患者の同意を実効化する前提であるとして、医的侵襲内容を完全に認識したうえでの真摯な同意が存在すれば、それだけで構成要件該当性が否定されるとする見解もある。前田雅英『刑法の基礎・総論』(有斐閣・一九九三)一六六頁。しかし、医療の高度の専門性から、治療行為の内容や効果を完全に理解することは現実には困難であろう。また、患者の同意がない、または同意の範囲とは異なる治療行為であっても、医学上承認された方法である場合もことから、医学的適応性や医術的正当性のすべてを患者の同意に解消することは困難であるように思われる。
- (19) これらの行為については、治療行為としての正当化は問題とならず、被害者の同意による正当化が問題となると考えられる。

- (20) 山中敬一は、「一般に承認された方法を尽くしたが治療効果がなく、未だ危険性があり医術として確立されていない方法を用いて、最後のチャンスをおかせて治療が奏効したときには、医術の正当性の要件を充たすと解すべきであろう。」とする。山中敬一・刑法総論六〇三頁。
- (21) 大塚仁・刑法概説総論四三三頁。
- (22) 山中敬一・刑法総論六〇二頁。
- (23) 大谷實・刑法講義総論二六一頁。
- (24) 大谷實・刑法講義総論二六〇頁ほか。
- (25) 井田良・講義刑法学総論三三九頁、山中敬一・刑法総論六〇三—六〇四頁、町野朔・自己決定権一六三頁、小林公夫『治療行為の正当化原理』(日本評論社・二〇〇七・一〇)二〇三頁、田坂晶『刑法における治療行為の正当化』『同志社法学』五八巻七号(二〇〇七・三)二六三頁以下。
- (26) 山中敬一・医事刑法概論一四一頁。
- (27) 田坂晶「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・二〇一一年・一二)五一七頁、田坂晶・治療行為の正当化三八五頁。
- (28) 軽微な傷害を伴う治療行為から生命に危険がおよぶ治療行為へと、治療行為に認められるリスクが増大するのに応じて、患者の認識や理解はより広範でしつかりとしたものであることが求められるように思われる。例えば、疾患名と医的措置の概要を知れば足りる程度から、その効果や副作用、代替的治療法まで認識し、理解していることが求められるといったようにである。
- (29) 山口厚・刑法総論一六六頁、山中敬一・刑法総論二一五頁。
- (30) 山中敬一・刑法総論二一四頁。
- (31) 井田良・講義刑法総論三三〇頁、山中敬一・刑法総論六〇五頁。
- (32) 山中敬一・刑法総論六〇六頁。医師による説明の法的性質について、米村滋人「再論・『患者の自己決定権と法』」『刑事法・医事法の新たな展開』町野朔先生古稀記念(下)〔信山社・二〇一四・三〕九八頁以下。
- (33) 山中敬一・刑法総論六〇六頁。
- (34) 山中敬一・医事刑法概論二二七頁。
- (35) 米村滋人・再論一〇一頁。
- (36) 米村滋人・再論一〇二頁。
- (37) 説明義務に関する考察が改めて必要であるが、治療的侵襲行為の患者の身体への危険性に応じて、説明義務の程度が高まる。より危険性の高い治療行為については、リスクや副作用、代替的治療を含めて広範囲な説明義務が課されると考えられる。
- (38) ここにおいて問題なのは、患者が治療行為について一定の理解に達していることであるから、医師の説明義務と患者の同意が必然の関係で

はないと考えられる。米村滋人・再論九八―九九頁参照。

(39) 医師が説明義務を果たしていても、患者が要求される一定の理解に達していなければ、患者の同意は無効であろう。

(40) 町野朔・自己決定権一九七頁。

(41) 町野朔・自己決定権一七四頁以下。

(42) 町野朔・自己決定権一九九頁。

(43) 町野朔・自己決定権一七五頁。

(44) 町野朔・自己決定権一九八頁。

(45) 町野朔・自己決定権一九九頁。

(46) 町野朔・自己決定権二〇〇頁。

(47) 田坂晶・同意能力を有さない患者への医的侵襲の正当化五一五―五一六頁など。

(48) 山中敬一・刑法総論六〇六頁は、医師の説明義務の範囲について、治療行為の「全体と概略を知らせなければならない」としている。

(北九州市立大学法学部准教授)