

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

田 坂 晶

I はじめに

患者の自己決定権の尊重が強調される今日、刑法上、治療行為の正当化を導くためにも、原則として患者の同意が必要とされている。しかしながら、実際の医療現場では、患者が未成年者であったり、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。したがって、こうした同意能力を有さない患者に対する治療行為の正当化については、通常の治療行為の正当化とは異なった、特別な検討が必要となる。

この点について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の能力とは、どのような能力をいうのか、また、そうした能力の有無は、どのような基準で判断すべきなのかといった問題について検討しておく必要がある。

わが国では、刑法上、治療行為の正当化を導くために、患者の同意が重要な意義を有すると考えられているが、この同意の意義自体、十分に議論し尽くされていないのが現状である。前稿までの考察では、こうしたわが国の現状を打破するための示唆を求めて、同様の問題に関し、アメリカ合衆国とイギリスで展開されてきた議論との比較法的考察を加えてきた¹。これまでの考察から、治療行為に対する患者の同意能力は、民法上の行為能力とは必ずしも同一のものではないという点とともに、患者の同意能力の意義とその有無を判断するための基準について、次のような一定の結論にたどりつくことができた。第一に、患者の同意能力としては、①治療行為に関する情報を理解する能力、②得た情報を一定の間記憶にとどめておく能力、③情報を駆使

して自ら結論を導く能力を要求するべきである。第二に、患者がこうした同意能力を有しているかどうかは、治療行為について決定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て個別具体的に判断するべきである。第三に、その判断に際しては、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を判断資料とするべきである。

しかしながら、こうした結論を導くことができた一方で、患者の年齢は治療行為に対する同意能力の有無には何ら影響を与えないのか、治療行為について判断を下すにあたって、患者は具体的にどの程度の情報を理解していることが要求されるのかなど、いくつかの問題点が未解決のまま残されている。そこで、これらの課題を解決し、治療行為に対する患者の同意能力の意義やその有無を判断するための基準を確定するために、本稿では、古くから治療行為の正当化をめぐる議論が活発に展開されてきたドイツでの議論について比較法的考察を加えることにしたい。

ドイツでは、患者の身体への直接的な侵襲をとまなう治療行為は、形式上、ドイツ刑法典223条の傷害罪の構成要件に該当することから、治療行為と傷害罪との関係をいかに捉えるかについて長い間議論が戦わされてきた。この点については、別稿で検討を加えたので²、本稿において詳述することは避けるが、本稿の考察に必要な範囲で整理すると以下のとおりである。医師による治療行為について、ドイツの判例は、患者の身体に直接的・物理的な侵襲をもたらすものである以上、傷害罪の構成要件に該当するという「治療行為傷害説」に立脚したうえで、患者の同意が認められる場合に限って、違法性阻却を認めている³。また、学説上では、「治療行為傷害説」と「治療行為非傷害説」の対立が残されているものの、患者の自己決定権の重要性が強調されるようになるにつれて、治療行為を正当化するためには、少なくとも患者の意思を無視することはできないとの認識が次第に強くなり⁴、原則として患者の同意を得ていない治療行為については正当化を認めるべきではな

いとの考え方が支配的になってきた⁵。

こうした判例の姿勢や学説の動向から、今日のドイツ刑法において、患者の同意は、治療行為の正当化に大きな影響を及ぼすものと解されていることが分かる。このように、古くから治療行為の正当化をめぐる議論が活発に展開されてきており、しかも、治療行為の正当化を導くにあたって、患者の同意が重要な位置を占めると考えられているドイツの動向からは、治療行為に対する患者の同意能力の意義や、その有無を判断するための基準についても有益な示唆を得ることができるものと思われる。そこで、本稿では、ドイツにおけるそれらの問題に関する議論について考察を加えたい⁶。

Ⅱ 治療行為に対する同意能力の意義

1 治療行為に対する同意能力と民法上の行為能力

ドイツでは、治療行為が正当化されるためには、原則として患者の同意を得ることが必要であるとされるが、治療行為の正当化を導くための同意が法的に有効なものであるためには、同意能力を有する者によってなされたものでなければならないということは当然の前提とされている⁷。それでは、ドイツにおいて、治療行為に対して同意をするために患者に要求される能力とは、具体的にどのような内容のものであると考えられているのであろうか。この点を検討するにあたってまず確認しなければならないのは、民法上の「行為能力（Geschäftsfähigkeit）」との関係である⁸。

ここでいう民法上の「行為能力」とは、「法律行為を有効に行う能力」をいい、その有無は年齢によって区別されている⁹。民法上、成人年齢（18歳）に達している者は、完全な行為能力を有するものと推定される。したがって、18歳以上の者は自ら単独で自己に関する選択・決定をすることができる¹⁰。これに対して、7歳未満の未成年者は行為能力が否定され、これらの者による意思表示は無効とされる¹¹。また、7歳以上18歳未満の者については、行為能力を有するが、その意思表示が法的に有効なもの認められる

ためには、両親や後見人などの同意を得なければならないという制限が付されている¹²。治療行為に対する同意能力についても民法上の行為能力と同様に考えることができるのであれば、患者の年齢によって、治療行為に対して患者自らが同意する能力を有するかどうかを客観的かつ容易に判断することができる。では、ドイツにおいて、治療行為に対する同意能力と、民法上の行為能力とは、どのような関係にあるのか。

かつての判例の中には、治療行為に対する患者の同意能力を、民法上の行為能力と同じと解するものも存在した¹³。こうした判断を下した裁判例では、患者が未成年者である場合、医師は、未成年者の同意に代わって、あるいは、未成年者の同意に加えて、未成年者の法定代理人の同意を得る必要があるとの結論が導かれていた。したがって、たとえ患者本人が治療行為について十分に理解していると認められ、治療行為に対して自ら同意している場合であっても、未成年者である本人の同意だけでは、医師による患者の身体への侵襲の違法性は阻却されないと解されていたのである。

しかし、連邦最高裁判所は、1958年に、治療行為に対する患者の同意能力と、民法上の行為能力とは必ずしも同一のものではないとの判断を下した¹⁴。本件の事実の概要は、以下のとおりである。本件の原告となった患者Xは、旧ソ連占領地域から西ドイツへの亡命者であり、長期にわたって甲状腺疾患を患っていた。Xは、親の同意を容易に得られない状況にあることから、当時の成人年齢であった21歳になる直前に、医師Yによる甲状腺の手術に対して自ら同意した。医師Yは、Xが西ドイツに逃亡していることが明るみに出ればXの両親が不利な立場に置かれるかもしれないと考え、法定代理人である両親の承諾を得ないまま手術を行ったのである。ところが、術後、Xは神経損傷と声帯麻痺により声が出なくなり、また、重い呼吸障害に悩まされるようにもなった。そのため、Xは、①医師が行った治療行為にはミスがいくつかあったこと、②手術を受けた当時Xはまだ成人年齢に達していなかったにもかかわらず、法律上の代理人の同意を得ないで手術を行ったこと、さらに、③自分自身も十分な説明を受けていなかったことから、当該医的侵襲は

違法であるとして、損害賠償を請求する訴訟を提起した。

この訴えを受けて医師Yは、Xは手術に対して同意した時点において、あと約3ヶ月で成人年齢に達するという状況にあり、自己の治療行為について判断することができると思われることから、本件では法定代理人の同意は不要であると判断し、また、X本人に対しては、治療行為によって身体に生じうる影響や、起こりうる結果について十分に説明を尽くしたと主張した。

これに対して、ドイツ連邦最高裁判所は以下のような判断を下した。まず、治療行為に対する患者の同意は、法律行為としての意思表示ではないという点を明らかにした。治療行為に対する同意は、同意をする者の法益を侵害する実際の行為の許容ないし授權であるとして、法定代理人の同意について規定したドイツ民法典107条を直接適用することはできないと明言したのである¹⁵。ただし、治療行為に対する同意は、少なくとも重要な法律効果を招く意思の表明であるから、未成年者の保護が必要な限度で法律行為に関する民法の規定も類推適用されることを認めた。したがって、未成年者である患者が、その精神的・道徳的な成熟度からして、医的侵襲や自己の承諾の意味と射程範囲とを正確に認識することができると思われる場合には、治療行為に対して自ら同意することができ、医師は保護者などの同意を別途得る必要はないとしたのである。

このような一般論を展開したうえで、本件については、①治療行為を受けた時点においてXはたしかに成人年齢に達してはいないが、あと約3ヶ月で成人年齢に達する状況にあったこと、②当時のXは単独で当該治療行為について正確に理解し、同意するに足る能力を有していたと認められること、さらに③法定代理人の同意を容易には得ることができない特段の事情があったことなどにかんがみて、結論として、Xは単独で治療行為に同意することができ、法定代理人の同意は不要であったとの判断を下し、原告の訴えを退けた。

治療行為に対する患者の同意能力と民法上の行為能力との関係について明示した連邦最高裁判所の姿勢は、学説においても広く支持されてきた¹⁶。学

説の多くは、裁判例で示された姿勢と同じく、治療行為に対する患者の同意能力と民法上の行為能力とは、必ずしも同一のものではないとの立場に立つ¹⁷。たとえば、治療行為に対する患者本人の同意が法的に有効なものであるかどうかを判断するにあたっては、患者が治療行為に関して理解し、判断する能力を有しているかどうか重要なのであって、民法上の行為能力の有無が問題なのではないと説く見解などがみられる¹⁸。したがって、民法上の行為能力が否定される者であっても同意能力が認められる余地はあるし、反対に、行為能力が認められる者すべてについて一律に同意能力の存在が肯定されるわけではない¹⁹。

また、実際に治療行為に対する患者の同意能力の有無が問題となった裁判例の数からも、治療行為に対する同意能力が一律に判断されていないことがうかがえよう。仮に、治療行為に対する患者の同意能力の有無が民法上の行為能力の有無によって客観的に判断されているのであれば、一見すれば明白な治療行為に対する患者の同意能力の有無が法廷で争われることはほとんどないはずである。しかし、後で詳しく検討するが、実際にドイツにおいて、治療行為に対する患者の同意能力の有無が争われた裁判例の数は決して少なくはない。このことから、ドイツにおいては、両者は必ずしも同一のものでないと考えられており、治療行為に対する同意能力の有無は、民法上の行為能力の有無を画するのとは異なった基準によって判断されていることが分かる。

2 治療行為に対する患者の同意能力の内容

それでは、民法上の行為能力とは異なる「治療行為に対する患者の同意能力」とは、具体的にどのような能力をいうであろうか。以下では、患者の同意能力の意義に関するドイツでの議論の動向を整理していきたい。

ドイツには、治療行為に対する同意能力の定義を明らかにした法律の規定は存在しない²⁰。したがって、同意能力の具体的内容については、判例および学説上での議論に委ねられている。

(1) 裁判例　まず、判例の動向をみてみると、未成年の患者の同意能力が問題となった前述の連邦最高裁判所1958年12月5日判決において、医的侵襲や自己の承諾の意味と射程範囲とを正確に認識することができるかと認められる場合には、保護者などの同意を別途得る必要はないとされている²¹。本件判決において、裁判所は、治療行為に対する同意能力として、少なくとも、治療行為に関する情報と、それに対して自らが与える同意の意味とを正確に認識する能力を要求していることがうかがえる。

この判決の姿勢は、その後の裁判例でも基本的に支持されてきた。裁判所は、治療行為に対する同意能力があると認めるためには、精神的、道徳的に成熟していると認められる患者が、治療行為にともなう侵襲の程度や、自己の同意の意味とこれによってもたらされる影響を正確に「理解」することができるかと認められる者であることを要求してきたのである²²。

(2) 学説の展開　他方、学説においては、治療行為に対する患者の同意能力の意義について、どのような議論が展開されてきたのであろうか。この点について改めて学説をながめてみると、治療行為に対する患者の同意能力について、次のような表現を用いて、定義の具体化が試みられていることに気がつく。たとえば、治療行為に対する同意能力の内容として、「自然の認識能力および判断能力 (natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit)」を要求する見解がある²³。これとよく似た見解として、患者自身が、当該侵襲や自己の同意の意味とそれらによってもたらされる影響について、「認識、理解、判断する能力 (natürliche Einsichts-, Urteils-, Verständnisvermögen)」を要求するべきと説くものもある²⁴。また、患者が治療行為に対する同意能力を有していると認めるためには、治療行為の効果や緊急性、治療行為に対して同意をすること、または拒否することによって自己の身体に生じうる影響を見通し、得失を勘案できる能力が必要であるとの見解もある²⁵。さらに、治療行為に対して同意する能力を有さない者の定義を示した見解もある。これによると、治療行為に対する同意能力を有さない者とは、成人年齢に達していないことや、精神障害や精神疾患に罹患していることが原因で、①自己の財

産や利益に関する同意決定の価値や範囲、②自らの同意に付随する危険性、③同意して治療行為を受けることによって得られると期待している結果を理解することができない者をいうとされている²⁶。

これらの学説を俯瞰してみると、文言上の表現は異なるものの、いずれの立場も、治療行為に対する同意能力の内容として、治療行為を行う目的やその方法、治療行為に付随する侵襲やその危険性の程度、治療行為を受けることによって得られる結果、またはこれを受けなかった場合に自己の身体に生じうる影響など、治療行為に関する情報を正確に理解したうえで、この理解に基づいて適切な判断を下すことができる能力を要求しているという点では、軌を一にしていると評価できる。

(3) 裁判例と学説との比較　それでは、こうした学説の流れは、1985年連邦通常裁判所判決をはじめとする裁判所の姿勢に沿うものであるといえるだろうか。両者を比較検討してみると、裁判例では、治療行為に関する情報や自らが下す判断の意味を理解することができる能力を要求しているのに対して、学説は、こうした能力に加えて、適切な判断を下すことができる能力も要求している。しかし、次のような理由から、この表現の差異をもって、両者が示しているベクトルが異なると評価するのは妥当ではないと考える。すなわち、そもそも、治療行為に対する患者の同意は、「自己決定権」の表出であるから、最終的に患者は治療行為を受けるかどうかを判断することこそ、その本質を見出すことができる。判例においても、多くの学説においても、こうした判断を下すための前提として、判断材料となる治療行為に関する情報を理解できる能力を要求しているのである。そうであるならば、判例が判断を下す能力を同意能力の内容として明示していないことをもって、治療行為に関する情報を理解してさえいれば同意能力の内容として十分であると考えていると解するのは妥当ではなく、自己決定により判断を下すことを前提としたうえで、情報を理解する能力を要求していると解することができる。したがって、これまでの学説の流れは、判例の姿勢にも沿うと評価することが許されよう²⁷。

以上の考察から、今日のドイツにおいては、治療行為に対する患者の同意能力の内容として、患者本人が提案されている治療行為の意味や目的、治療行為にともなう身体への侵襲や危険性の程度、治療行為に対して同意した場合に得られるであろう結果、またはこれを拒否した場合に自己の身体に生じうる影響といった、治療行為に関する情報を正確に理解し、自己の意思にしたがって適切な判断を下すことができるだけの能力が要求されているとまとめることができる²⁸。

Ⅲ 同意能力の有無の判断基準

次に、患者がこうした同意能力を有しているかどうかを判断する際に用いる基準について、考察を進めたい。

1 判断基準の必要性

実際の医療の現場では、治療行為に対する患者の同意能力の有無は、治療行為を行う医師がケースごとに判断する²⁹。たいていの医師は、患者との会話や時間をかけて築かれた信頼関係などを基にして、患者が医師から受けた説明を理解し、消化できているか、自分が置かれている状況や予定している治療行為について正確に認識できているか、また、自分の意思にしたがって決定しているかを判断する³⁰。しかし、医師が患者の同意能力の有無を判断するにあたって、よりどころとするべき形式的な基準が法令や判例によって示されているわけではなく、判断の方法や基準は医師個人の裁量に委ねられているのが現状である³¹。そのため、治療行為に対する患者の同意能力の有無を判断する統一的な基準を明確にする必要性は、決して小さくないのである。

医師が治療行為を行うにあたって、患者の同意能力の有無を判断する際に、まず考慮するのが、患者の年齢である。能力の発達速度には個人差はあるが、年齢からその患者がどれだけの能力を有しているかがある程度客観的に

判断できるからである。具体的には、患者が成人年齢に達しているかどうかの一つの目安とされている。たしかに、本稿の冒頭で確認したように、ドイツにおいては、治療行為に対する患者の同意能力は、民法上の行為能力とは異なると解されている。しかし、成人年齢に達し、自己に関する決定を自ら下すことができる能力を具備していると評価される成年者については、原則として、自己の身体への治療行為についても、自ら判断することができるものと評価されているのである。したがって、成人年齢に達した患者については、原則として、治療行為に対して同意する能力があると推定され、他方、未成年者の同意能力については、原則としてこれが否定されるという目安が設けられているのである³²。こうした原則を前提としたうえで、これを覆す事情が認められる場合には、成人の患者であっても同意能力を有しないと判断され、反対に、未成年者であっても治療行為に対する同意能力を有すると認められることもありうる³³。問題は、この原則が覆されるかどうかを、どのような基準を用いて判断するのか、という点である。この点を明らかにするべく、以下では、治療行為に対する患者の同意能力の有無について判断した裁判例を整理したい³⁴。

2 裁判例

(1) 1959年2月10日連邦最高裁判所判決 成人年齢に達していない患者について、治療行為に対する同意能力を肯定したものとして、1959年の連邦最高裁判所判決が挙げられる³⁵。本件の事実の概要は、以下のとおりである。本件で同意能力の有無が問題になった患者は、虫垂炎に罹患した当時17歳の未成年者であった。当該患者の虫垂炎の症状から判断して、緊急に手術をする必要もなかったが、医師は、患者の利益になると信じて虫垂炎を切除する手術を行った。ところが、手術の翌朝、患者の腸から出血が認められたことから、医師は血液凝固のための投薬などの処置を施した。しかし、出血は止まらず、同日午後には直腸から多量に出血し、薬をさらに投与したが、夕刻になって、患者は意識不明に陥った。医師は卵管妊娠を疑い、その旨を患者

の両親に説明したが、翌日、患者は死亡した。このため、患者の遺族が医師および病院を相手取って損害賠償請求訴訟を提起した。

以上の事案に対して、連邦最高裁判所は次のような判断を下した。すなわち、緊急に治療行為を行う必要がないケースでは、時間的に余裕があるのだから、治療行為に対する未成年者の同意能力の有無を慎重に検討するべきである。本件事案においては、緊急に治療行為を行う必要性がなく、このことを本件医師も当然に認識していたのであるから、このような状況のもとで未成年者に対して治療行為を行うにあたっては、未成年者の同意のみで治療行為を行うことの是非を慎重に検討することができたはずである。さらに、本件では、当該患者の症状は軽く、患者自らが治療行為について冷静に判断できる状況にあるし、予定されている医的侵襲の程度も低く、当該患者は、同意するための十分な能力を有していると認められ、患者本人から同意を得る必要があった。

このように、連邦最高裁判所は、緊急性がなく、時間的に猶予が認められる本件においては、治療行為に対する患者の同意能力の有無をより慎重に判断しなければならなかったとした。そのうえで、治療行為によって患者の身体に及ぼされる侵襲の程度も低い本件においては、未成年者の同意能力を肯定すべきであるという姿勢を明らかにしたのである³⁶。

(2) 1970年1月13日連邦最高裁判所判決 1959年の判決とは反対に、患者の身体に危険を生じさせる可能性が高い治療行為について、未成年者の同意能力を否定したものとして、1970年の連邦最高裁判所判決がある³⁷。本件の事実の概要は、以下のとおりである。当時15歳であった女性患者Xは、医師Yから、手にできた腫瘍の治療のために亜ヒ酸カリウム液を1日3回つけるよう指示された。しかし、処方された薬を合計約65g使用した時点で、XはホームドクターZの診断を受けたところ、砒素中毒と確認されて、市立病院に入院し、治療を受けた。Xは、薬の使用を開始するにあたって、Yが亜ヒ酸カリウム液の危険性、特に身体に生じうる不適合現象を説明しなかったとして、Yに対して損害賠償を請求した。Yは、これに対して、たしかに砒

素には毒性も含まれているが、適切な使用量を守れば薬としての効能をもつ旨を説明したと反論した。

こうした事実を受けて連邦最高裁判所は、次のような判決を下した。本件において、当時15歳の患者が、医師の指示と当該措置が必要な理由について説明を受けていたことが明らかであっても、この年齢の患者が、医師の処方を受けることによって自己の身体に起こりうる中毒症状の危険性を正確に理解したうえで同意していたとは認められない。本件の場合、1日に使用する量で身体にもたらされる影響に加えて、毎日の使用による溶液の蓄積量が健康にもたらす危険性を、患者本人だけでなく、両親にも説明するべきであった。したがって、当該治療行為に対して単独で同意する能力を有するとは認められないXの同意しか得ないで治療行為を行った医師Yの行為は免責されない³⁸。

本件において、連邦最高裁判所は、患者の身体に重大な危険を及ぼす可能性がある治療行為について、15歳の未成年者の完全な同意能力を認めなかった。未成年者に対して、こうした治療行為を行う場合には、薬によってもたらされる身体への影響を、患者本人だけでなく、両親にも説明し、同意を得る必要があるとしたのである³⁹。

(3) 1971年1月16日連邦最高裁判所判決　1970年連邦最高裁判所判決と同様、未成年者に対して治療行為を行う場合には、未成年者である患者本人と、両親に対して説明したうえで同意を得ることが必要であるとしながらも、結論として未成年者自身の同意能力は肯定したのが、1971年の連邦最高裁判所判決である⁴⁰。本件は、当時16歳であった女性患者Xの左手にできた4つのいぼを除去するために行ったX線照射治療が問題になった事案である。医師は、X線を照射して治療を行うということを患者本人に説明したが、X線照射による治療の本質と、そこに含まれる潜在的な危険性については何も説明をしていなかった。また、患者は、X線照射後の皮膚の保護についても何ら指示を受けていなかったことから、照射後に瘢痕が残った点についても、医師の説明義務違反の責任を追及した。

これに対して、連邦最高裁判所は、一般論として、侵襲の必要性が切迫していない場合には、説明は詳しくなされなければならないと述べた後で、以下のように判示し、被告に賠償の支払いを命じた。すなわち、本件における治療行為は重大性が認められるものであるから、当該治療行為に関する決定に際しては、16歳の患者の同意だけでは十分ではなく、両親の同意も必要である。また、本件の事情のもとにおいて、当該治療行為は緊急に行わなければならないものではなく、両親の同意を得る時間的な余裕もあったことから、本件事案において両親の同意を要求しても理不尽ではない。

本判決は、未成年者の同意能力を肯定しながらも、治療行為が緊急を要するものではないことと、当該治療行為が重大な結果を生じさせる可能性をとまなうものであることにかんがみて、未成年者保護の見地から、両親の同意も必要であるとした。未成年者である患者本人だけではなく、両親に対しても治療行為に関する説明が必要であるとした点では前述の1970年連邦最高裁判所判決と同旨であるが、1970年判決は、未成年者の同意能力を認めることに消極的であったのに対して、本件判決では、未成年者本人の同意能力を肯定しつつも、未成年の患者だけでなく親権者の同意も要求していることが出来る点で異なるといえよう。

(4) 1978年ミュンヘン地方裁判所 1975年の法改正によって成人年齢が21歳から18歳に引き下げられた後に初めて、未成年の患者の同意能力の有無について判断を下したのは、1978年7月24日のミュンヘン地方裁判所判決である⁴¹。本件は、人工妊娠中絶手術を希望する、当時16歳の患者の同意能力が問題になった事案である⁴²。当時妊娠10週であった16歳の患者が、人工妊娠中絶手術を希望し、医師から手術についての説明を受けたうえで自ら中絶手術に同意したが、彼女の両親は手術に反対していた。患者本人の同意を得た医師は、患者の意思を尊重し、手術を実施した。これに対して、患者の両親が、患者が未成年者である本件においては、保護者である自分たちが説明を受けて同意をするべきであるにもかかわらず、自分たちは中絶手術に関する説明を受けておらず、同意もしていないとして、説明義務違反で損害賠償

請求訴訟を提起した。

これに対して、ミュンヘン地方裁判所は、以下のような判断を下した。妊婦である未成年者が、精神的かつ道徳的に成熟していると認められる状態にあり、人工妊娠中絶手術に関して、その意味と侵襲の範囲とを理解し、適切な判断を下すことができる場合には、自ら人工妊娠中絶手術に同意することができる。本件事案に関してしてみると、当時16歳であった妊婦は、たしかに未成年者ではあるが、人工妊娠中絶手術について正確に理解し、適切な判断を下すことができると評価しうるから、当該手術を実施するに際して、医師は患者本人の同意を得れば足り、両親の同意は不要である。

本判決では、人工妊娠中絶手術という身体への侵襲の程度が決して小さくない手術に対する同意であるにもかかわらず、当時16歳であった未成年者の完全な同意能力を認め、保護者の同意を不要とした。これは、人工妊娠中絶手術という治療行為の性質にかんがみて、当該患者が「精神的・道徳的に成熟していると認められるかどうか」を重視し、患者本人の意思を尊重したものであるといえよう。

(5) 1991年4月16日連邦最高裁判所判決 成人年齢に達する直前の未成年者に対して治療行為を施す場合でも、当該未成年者本人と両親の同意を得る必要があると明言した判決として、1991年4月16日連邦最高裁判所判決が挙げられる⁴³。本件の事実の概要は、以下のとおりである。患者Xは、10歳のときと17歳6ヶ月のときに大動脈峡部狭窄手術を受けた。これは、頸動脈と鎖骨動脈との間のへそ靭帯が大動脈壁に食い込み、そこに発生した3mmの亀裂による大出血を回避するために、頸動脈と鎖骨動脈と大動脈を結紮する手術で、いずれも約6時間に及ぶものであった。ところが、二回目の手術を受けて以来、Xは、両足が麻痺し、尿排泄障害で苦しむようになった。Xは、手術に際して自らにも両親にも、治療行為にともなう危険性、特に横断麻痺の危険性についての十分な説明がなされなかったと主張して、心臓治療センターの所長に対して、医療過誤と説明義務懈怠を原因とする損害賠償を請求した。

これに対して、連邦最高裁判所は、以下のとおり判示した。本件手術を執刀した担当医は、当時、当該手術を行えば横断麻痺という合併症を生じる可能性があることを十分に予見できたはずである。また、本件患者は、こうした治療行為にともなう危険性について説明を受けていれば、ある程度理解することができたと認められるのであるから、医師は、本件手術を実施するにあたって、横断麻痺が生じる危険性について患者本人に対して適切な説明をするべきであった。さらに、本件のように、それ自体重大であり、かつ、その後に深刻な後遺症の発生が予測される手術を行うに際しては、未成年の患者本人に加えて、患者の両親にも説明する義務があった。

本件においては、患者があと約半年で成人年齢に達する者であり、治療行為についてもある程度理解できることから、患者本人の意思を十分に尊重するべきであるとしながらも、当該治療行為の困難性や侵襲の程度の大きさにかんがみて、両親の同意も必要であるとの結論が下されたのである。

(6) 裁判例の検討　ここまで、治療行為に対する患者の同意能力の有無がどのように判断されているのかという基準を探るべく、患者の同意能力の有無について言及した裁判例を整理してきた。ここから、ドイツの裁判所は、治療行為に対する患者の同意能力の有無について、患者本人の年齢のほかに、予定されている治療行為の身体への侵襲の程度や緊急性、治療行為にともなう危険性の大きさなどの客観的な事情、さらに、こうした事情についての患者本人の理解度などをも加味して個別具体的に判断していることがうかがえる⁴⁴。たとえば、緊急を要さない手術に対する未成年者の同意能力が問題になった1959年連邦最高裁判所判決では、患者の症状や医的侵襲の程度を判断材料として患者の同意能力の有無を検討し、患者は両親の承諾を得なくても当該治療行為について自ら判断を下すことができる能力を有していると認めた。また、1970年連邦最高裁判所判決では、患者の身体に重大な危険を及ぼす可能性がある薬の使用については、その生じうる結果の重大性を理由に挙げ、未成年者の同意だけでは不十分であるとして、当時15歳であった患者に完全な同意能力を認めなかった。これと同様に、1971年連邦最高裁判所判決

においても、医的侵襲の重大性から、未成年者の患者本人の同意だけでは足りず、親の同意も必要であるとした⁴⁵。なお、本件判決では、未成年の患者本人の同意能力を認めつつも、これだけでは不十分として親の同意も必要であるとしている。治療行為の困難性、医的侵襲の重大性を根拠に挙げて、未成年者である患者本人の同意だけでは足りず、このほかに親の同意も必要であるとの結論を導いたのは、1991年連邦最高裁判所判決も同様であった。ただし、裁判所は、治療行為について未成年者の同意だけでは足りず、親の同意も得なければならないとされている事案においても、未成年者の意思を全く汲む必要はなく、親の同意があれば未成年者の同意は不要であるとしているわけではない。このような場合には、保護者への説明と同意とともに、未成年者本人への説明と同意も必要であるとしているのである⁴⁶。

このようにドイツの裁判例は、患者の年齢のほかに、問題になっている治療行為の性質、治療行為が患者の身体に与える影響の可能性やその大きさなど、治療行為自体に関する客観的な性質、さらに、こうした治療行為に関する情報を患者自身が正確に認識したうえで自己の意思にしたがって適切に同意または拒否しているかという点を加味して、ケースごとに検討し、治療行為に対する未成年者の同意能力の有無を判断していると評価することができる。

3 学説の展開

ここまで、治療行為に対する患者の同意能力の有無の判断基準について言及したドイツの裁判例を整理してきた。次に、同様の問題をめぐる学説の動向を整理したい。治療行為に対する患者の同意能力の有無を判断する際に用いる基準について、学説上、いくつかの見解が主張されているが、大別すると、①一定の年齢を基準として一律に判断する見解、②患者の年齢によって段階的に区別する見解、③患者の年齢に関係なく、事例ごとに同意能力の有無を判断する見解の三つの立場に整理することができる。

(1) 一定の年齢を基準とする見解 第一は、一定の年齢を基準として設

定し、患者がその年齢に達しているかどうかで治療行為に対する同意能力の有無を判断する見解である。この立場に立つ見解の多くは、治療行為に対する同意能力の有無を、14歳を基準として区別する⁴⁷。14歳未満の患者については、一律にその同意能力を否定するのである。14歳という年齢に基準を置くこの見解は、ドイツ刑法典において、14歳未満の者については刑事責任能力が否定されることを根拠としているものと考えられている⁴⁸。

たしかに、こうした見解によると、治療行為に対する同意能力の有無を患者の「一定の年齢」という客観的な基準を用いて判断することができるので、法的安定性に優れているという利点がある。しかし、一人ひとりの患者の自己決定権を尊重するという観点から考えると、やはり、患者の同意能力の有無について、患者の年齢のみから一律に区別する方法には疑問が残る。治療行為に対する患者の同意能力は、個人の認識能力、考察能力、制御能力なども加味し、個別具体的に判断するべきであるから、患者が一定の年齢に達しているかどうかという基準によってその同意能力の有無を判断する方法は、法的安定性という利点をもってしても妥当性に欠けるとの批判が加えられている⁴⁹。

(2) 段階的に区別する見解 第二は、年齢によって段階的に患者の同意能力の有無を区別するべきと説く見解である⁵⁰。この見解は、患者の年齢によって治療行為に対する同意能力の有無を判断するという点においては第一の見解と共通するが、一つの基準のみによって同意能力の有無を区別するのではなく、段階的に捉えるべきであるとしている点で異なる。具体的には、以下のような区別が提案されている。すなわち、14歳未満の者は、治療行為に対して同意をするために必要な認識能力と判断能力を有していないとして、同意能力が否定される。これに対して14歳から18歳までの間の未成年者については、個人の人格発達の状況に応じて同意する能力を認めうる。そして、18歳以上の成人年齢に達している患者については、原則として治療行為に対する同意能力を有すると考えるのである。

そこでは、段階的に同意能力の有無を判断することによって、医師の判断

に安定性と柔軟性を確保することができると説かれる。しかし、この見解に対しても、第一の見解に対するのと同様の批判が加えられている。すなわち、治療行為に対する同意能力の有無は、個々の患者に認められるさまざまな能力の程度に応じて個別に判断するべきものであるという批判である。また、能力の発達の速度には個人差があるから、いくつかの段階に分けているとはいえ、患者の年齢によって同意能力の有無を区別する方法は妥当でないとの批判も加えられている⁵¹。

(3) 具体的に判断する見解 第三は、患者の年齢による同意能力の制限を一切認めず、患者個人が自らの治療行為について、その目的や方法、治療行為にともなって生じうる侵襲の程度、これを受けることによって得られる結果などの情報を認識し、判断することができるだけの能力を具備しているかどうかという観点から、患者の治療行為に対する同意能力の有無を判断するべきと説く見解である⁵²。この見解によると、患者の年齢に関係なく、それぞれの患者について、治療行為に関する情報を正確に理解し、自らの意思にしたがって適切に判断する能力を有するかどうかを個別具体的に検討し、当該患者がこうした能力を有していると認められる場合に、治療行為に対する同意能力の存在が肯定されることになる。

この見解は、一つひとつのケースごとに患者の能力を個別的に考察するので、患者個人の自己決定権を尊重することができる反面、前出の二つの基準に比べて安定的な判断が難しいという点が問題であるとされている⁵³。

(4) 若干の考察 ドイツでは、治療行為に対する患者の同意能力の有無を判断する基準をめぐる、以上のような議論が展開されてきた。前に述べたように、今日では、同意能力の具体的な内容として、治療行為に関する情報を正確に理解し、自己の判断にしたがって適切な判断を下すことができる能力を要求する見解が有力である。治療行為に対する同意能力の意義を、このように捉えるのであれば、患者が治療行為に対して同意する能力を有しているかどうかは、一定の年齢によって一律に判断できる内容のものではない。なぜなら、治療行為に関する情報を理解したり判断を下したりする能力の発

達に要する時間は個人によって差異があるであろうし、治療行為にともなう侵襲の程度や危険性によっても、理解できる程度や要求される能力は異なってくるからである。たしかに、患者が成人年齢に達しているかどうかが一応の目安とされており、患者の年齢もその同意年齢の有無を判断する際の要素のひとつに数えられていることは間違いない。しかし、それのみによって判断するのが妥当でないと考えるとしても、それもまた不自然ではない。実際に、ドイツにおいても、こうした見解が広く支持されている。問題は、年齢のみによって同意能力の有無を判断するべきではないとの見解に立脚した場合、同意能力の有無を判断する際によりどころとするべき判断基準である。この点について、ドイツでは一致した見解が提示されるには至っていないが、患者の年齢のほかに、予定されている治療行為の性質、とくに治療行為の重大性や緊急性、侵襲の程度やこれに付随する危険、後遺症が発生する可能性やその程度なども加味して総合的に判断するべきであるとの主張が広く支持されている⁵⁴。

Ⅳ 治療行為に対する同意能力に関する ドイツの議論

ここまで、治療行為に対して同意するために必要な能力に関するドイツでの議論を整理してきた。ドイツでは、治療行為の正当化をめぐる、古くから活発な議論が戦わされてきたが、判例・学説ともに、治療行為の正当化を導くにあたっては、患者の同意に大きな比重がおかれている。そこで、本稿では、治療行為の正当化にとって患者の同意が重要なものであると考えられているドイツにおける議論に焦点をあて、治療行為に対する患者の同意能力の意義や同意能力の有無を判断するための基準に関する議論について分析を加えてきた。

1 同意能力の意義

治療行為に対する患者の同意能力について検討するにあたって、まず、民法上の行為能力との関係を確認した。かつては、両者は同一のものであると解する見解もみられたが、今日においては、治療行為に対する患者の同意能力と、民法上の行為能力とは必ずしも同一のものではないとする見解が有力である。

では、治療行為に対して同意をするために要求される能力とは具体的にどのような内容のものであると考えられているのであろうか。ドイツには、治療行為に対する同意能力の定義を示した明文の規定は存在せず、その内容については、判例や学説において検討が重ねられてきた。連邦最高裁判所が初めて治療行為に対する患者の同意能力の内容について言及したのは、1985年の判決であった。そこでは、患者が治療行為に対して同意する能力を有していると認めるためには、治療行為に関する事情や、自己が下す判断が与える影響を正確に「理解」することができる能力が必要であるとされ、この結論がその後の裁判例でも支持されてきた。

学説においても、治療行為に対する患者の同意能力の定義を確定しようとするいくつかの試みが展開されてきた。これらの学説を俯瞰してみると、基本的に、治療行為に対する同意能力の内容として、治療を行う目的や、治療行為にともなう身体への侵襲の程度、治療行為を受けることによって得られるであろう利益、またはこれを拒否した場合に自己の身体に生じうる影響などの治療行為に関する情報を正確に「理解」し、自己の意思にしたがって適切に「判断」することができることを要求する点で共通していると評価することができる。

治療行為に対する同意が患者の自己決定権の表出であることを考えると、判例は、適切な判断を下すための前提として治療行為に関する情報を理解する能力を要求していると解することが許されよう。したがって、治療行為に対する同意能力の意義について、判例と学説とは同じ方向を指していると評価することができる。また、患者が同意をするにあたって理解しておくべき

情報としては、具体的に、治療行為の意味や目的、身体への侵襲や危険性の程度、治療行為に対して同意した場合、またはこれを拒否した場合に自己の身体に生じうる影響が挙げられている。

2 同意能力の有無の判断基準

同意能力の内容を上述のように解した場合、次に、患者がこうした能力を有しているかどうかを判断する際の基準をどこに求めるかが問題になる。ドイツには、同意能力の有無を判断する基準についても、同意能力の定義と同様に明文の規定はなく、判例や学説上で様々な議論が展開されてきた。

ドイツでは、治療行為に対する同意能力の有無を判断するにあたって、患者の年齢が一応の目安とされている。つまり、成人年齢に達している患者は、治療行為に対して同意する能力を有していると推定され、未成年者については、これが否定されるとの推定が働くのである。こうした推定を覆す事情が認められる場合には、成人年齢に達した患者であっても同意能力が否定されることもあり得るし、反対に、未成年の患者であっても同意能力を有すると認められる場合もありうるのである。

そこで次に、こうした推定を覆す事情があるかどうかを判断する際に用いる基準が問題となる。この点については、これまで、いくつかの主張が唱えられてきた。そこでは、客観的な基準として、一定の年齢を基準とし、この年齢に達すれば上述の能力を有していると判断して治療行為に対する同意能力を認める一方で、この年齢に達しない者については、一律に同意能力を否定するという見解もあれば、ひとつの基準だけで同意能力の有無を判断するのではなく、年齢によっていくつかの段階を設け、患者の同意能力の扱いを変えようとする見解もある。

しかし、上述したような治療行為に対する同意能力、すなわち、治療行為を実施する目的や方法、治療行為にともなって生じうる身体への侵襲の危険性や程度、治療行為を受けることによって得られるであろう結果、またはこれを拒否した場合に自己の身体に生じうる影響などの治療行為に関する情報

を正確に「理解」し、自己の意思にしたがって適切に「判断」を下す能力の有無は、患者の年齢という基準のみによって一律に判断できるものではない。また、患者の自己決定権の尊重という観点からも、治療行為に対する患者の同意能力の有無を患者の年齢のみによって画一的に判断する方法は妥当性に欠ける。こうした理由から、患者の年齢のみを基準として治療行為に対する同意能力の有無を判断する立場を支持する見解は少数にとどまっている。今日では、患者の年齢はあくまでも治療行為に対する同意能力の有無を判断するためのひとつの要素にすぎず、患者の年齢のほかに、患者本人が治療行為に関する情報を正確に理解できているか、冷静に判断できているか、といった患者自身に関する要素に加えて、治療行為にともなう侵襲の程度や治療行為の難易度などの要素も加味して総合的に判断するべきであると説く見解が広く支持を得ている。

ここまで検討を加えてきたように、治療行為に対する患者の同意能力の有無は、①患者の年齢のほかに、②治療行為を行う目的やその方法、治療行為にともなって生じうる侵襲の程度、治療行為を受けることによって得られる結果、またはこれを受けなかった場合に自らの身体に生じうる影響など、治療行為に関する情報を認識、理解する能力、判断能力など患者に関する項目に加えて、③患者の症状や治療行為の難易度なども加味して、患者が、治療行為について正確に理解し、適切な判断を下すことができる能力を有しているかどうかを個別具体的に判断するという基準によって判断されているのである。

なお、こうした基準は、患者が成人年齢に達しているといないとを問わず、あてはめることができる。なぜなら、治療行為に対して同意するにあたって、患者に要求される能力の内容は、患者が成人年齢に達しようとして、未成年者であろうと、変わるものではないからである。したがって、その年齢を問わず、治療行為を行う目的やその施術方法、治療行為にともなって生じうる侵襲の程度や危険性、さらに治療行為を受けることによって得ることができる結果、またはこれを拒否した場合に自己の身体に生じうる影響など、患者

が治療行為に関する情報を正確に理解し、自己の意思にしたがって適切に判断を下すことができると認められる場合には、当該患者は治療行為に対する同意能力を有するものと判断されている。

V むすび

今日、医療の現場では「患者の自己決定権の尊重」がますます浸透しており、医師が治療行為を実施するにあたっては、原則として患者の同意が要求される。しかし、実際には、患者が治療行為について適切に判断を下すことができないケースも少なくない。たとえば、患者が重度の精神障害を抱える者であったり、幼児であったりする場合である。このように、患者が自己決定をできない場面では、通常とは異なる治療行為の正当化根拠や正当化要件を検討しなければならない。ただ、こうした課題に取り組むためには、その前提として、治療行為に対する患者の同意能力の意義や、その有無を判断するための基準を明らかにしておく必要がある。これまでの研究では、この点に関するわが国での議論を整理したうえで、アメリカ合衆国、イギリスでの議論に分析を加えてきた。こうした考察を経て、治療行為に対する同意能力の意義および同意能力の有無を判断する基準について、一定の方向性を示すことができたものの、本稿の冒頭に挙げたように、なおいくつかの明らかにしておかなければならない問題が残されていた。本稿では、こうした問題を解決したうえで、同意能力の意義とその有無を判断するための基準について、明確な結論を導くべく、ドイツにおける同様の問題をめぐる議論を整理してきた。

本稿の検討を経て、前に述べたようないくつかのポイントを明らかにすることができた。こうした結論を導く過程で、冒頭で挙げた残された課題、すなわち、①患者の年齢は、治療行為に対する同意能力の有無には影響を与えないのか、②治療行為に対して同意をするにあたって、患者はどの程度の情報を理解していなければならないのか、という問題についても有益な示唆を

得ることができた。最後に、この点についてまとめておきたい。

ドイツの動向を参考にするならば、治療行為に対する同意能力を有しているかどうかは、患者の年齢のほかに、患者の症状や治療行為の難易度、治療行為を行う目的や実施方法、治療行為にともなう侵襲の危険性やその程度、治療行為を受けることによって得られる結果、またはこれを拒否した場合に患者の身体に生じうる影響などの治療行為に関する客観的な事情と、これに加えてこうした情報についての患者の理解力、判断力などを加味して判断されるべきである。つまり、治療行為に対する患者の同意能力の有無を判断する際には、患者の年齢は一つの目安となり、その判断に一定の影響を与えるものであると解される。ただし、患者の年齢のみによって治療行為に対する同意能力の有無を判断するのは妥当ではないということは、ドイツでの議論で述べられているとおりである。また、ここから、患者が治療行為に対して同意をするにあたって、具体的にどの程度の情報を理解していることが要求されるのかも明らかにすることができよう。すなわち、治療行為に対して同意する患者には、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、治療行為を拒否した場合の結果などの情報を理解していることが要求されると解されるのである。患者は、自己の身体に対する侵襲行為を受けるか否かを判断しなければならないので、治療行為によって得られる利益だけでなく、これによって生じうる不利益、さらに、これを受けず疾患を放置した場合には自己の身体にどのような影響が生じるのか、という事情も合わせて理解しておく必要がある。しかし、医師が患者に治療行為について説明をする段階では予測しえない事態や、発生する可能性が極めて小さい後遺症など、医師の説明責任の対象から外れうる事情についてまで、患者に理解が要求されないことは、当然である。

前稿までのアメリカ合衆国とイギリスにおける議論に加えて、古くから治療行為の正当化における患者の同意をめぐる問題について検討されてきたドイツでの議論を参考に、本稿では、同意能力の意義とその有無を判断する基準について考察を加えた。これまでの考察で得られた成果をふまえて、今後

は、同意能力を有さない患者に対する治療行為の正当化について研究を進めたい。

- 1 アメリカ合衆国における議論について、田坂晶「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。イギリスにおける議論について、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。
- 2 ドイツにおける治療行為の正当化をめぐる議論については、田坂晶「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頁以下を参照。
- 3 Vgl. RGSt. 25,375; BGH St11, 111; BGH St35, 246.
- 4 Hans Lilie, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 11Aufl., 2000, Vor § 223, Rdn.3; Klaus Ulsenheimer, Handesbuch des Arztrechts, 3 Aufl. 2002, § 138, Rdn. 9.
- 5 かつては、以下のような様々な見解も主張されてきた。
 ①医師の治療意図を根拠に構成要件該当性を否定するものとして、Anton Hess, Die Ehre und die Beleidigung des § 158 StGB, 1891, S.54; Hamm, Operative Eingriffe der Ärzte, DJZ 1907, S.450; Hans-Heinrich Jescheck / Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5 Aufl., 1996, S.235. ②治療行為の本質から構成要件該当性を否定するものとして、Kahl Engisch, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW 58, 1939, S.5 ff.; Eberhard Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S.69 ff. ③医師の業務権による違法性阻却を認めるものとして、Adolf Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889, S.158.; Hugo Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 5. Aufl., 1895, S.271. ④治療行為の目的による違法性阻却を認めるものとして、Karl von Lilienthal, Die pflichtmäßige ärztliche Handlung und das Strafrecht, in : Festgabe zur Feier des fünfzigsten Jahrestages der Doktor-Promotion des geheimen Rates Professor Dr. Ernst Immanuel Bekker, Neudruck 1973, S.13 ff. なお、この点の詳細については、ドイツにおける治療行為の正当化をめぐる議論については、田坂晶・前掲注（2）263頁以下を参照。
- 6 ところで、以下において検討の対象としているのは、民事判例である。刑事法における治療行為に対する同意能力について考察を加えようとしている本稿において、民事判例である本件判決を引用し、検討の素材として扱うことの可否について一考を加えておく必要がある。ここで問題にしているのは、判決中の「治療行為に対する患者の同意能力と民法上の行為能力との関係」

について言及された部分である。この部分について判決において示された裁判所の姿勢は、民事であると刑事であるとを問わず、同じものであると解することができる。したがって、刑事法における治療行為に対する患者の同意能力の意義を検討する本稿において、治療行為に対する患者の同意能力と民法上の行為能力との関係について言及した民事判決の一部を参考として、考察を進めることは可能であるとする（Vgl. Lilie, a.a.O. [Anm.4], § 226, Rdn.16）。

- 7 Christian Knauf, *Mutmaßliche Einwilligung und Stellvertretung bei ärztlichen Eingriffen an Einwilligungsunfähigen*, 2005, S.23.
- 8 厳密には、ドイツの民法上、広義の「行為能力 (Handlungsfähigkeit)」は、「法律行為能力 (Geschäftsfähigkeit)」と「不法行為能力 (Deliktsfähigkeit)」とに分かれる（山田晟『ドイツ法概論Ⅱ』〔有斐閣、1987〕49頁参照）。本稿でいう「行為能力」とは、前者の「法律行為能力」を指すが、「行為能力」とのみ表記することとする。
- 9 BGB § 104 I: 成人年齢は、1975年に、21歳から18歳に引き下げられた（河原格『医師の説明と患者の同意』〔成文堂、1998〕65頁参照）。
- 10 BGB § 2.
- 11 BGB § 104, 105.
- 12 BGB § 106～§ 114.
- 13 JW 1911, 748; RGZ 68, 431.
- 14 BGHZ 29,33,36; NJW 1959, 811, S. 811; VersR 1959, 308.
- 15 BGHZ 29,33,36; NJW 1959, 811, S. 811.
- 16 Brend Rüdiger Kern, *Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe*, NJW 1994, 753, S. 755; Kristian Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26 Aufl., 2007, Vor § 32, Rdn. 16.
- 17 Horst Woesner, *Die strafrechtlich Verantwortlichkeit des Arztes beim Heileingriff*, *Arztrecht Zeitschrift für Rechts und Vermögen* 2 (1966) S. 240; Lilie, a.a.O. (Anm.4), § 226, Rdn.16; Schmidt, a.a.O. (Anm.5), S.108; Theodor Lenckner, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27 Aufl., 2006, Vor § § 32, Rdn.35, 40; NJW 1958, 633, S.633; Hans Joachim Hirsch, *Keipziger Kommentar Grosskommentar*, 11 Aufl., 2001, § 226a, Rdn. 16.
- 18 Albin Eser, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl., 2006, § 223, Rdn.38; Ulsenheimer, a.a.O. (Anm.4), § 139, Rdn. 27; Kunt Amelung, *Über die Einwilligungsfähigkeit*, 104 ZStW 1992, 525, S. 525 ff; Claus Roxin, *Strafrecht AT*, Bd.1, 4Aufl. 2006, § 13, Rdn. 56. なお、畔柳達雄『医療事故と司法判断』〔判例タイムズ社、2002〕120頁も参照。

- 19 ただし、未成年者の同意能力に疑問がある場合には、未成年者自身の同意に加えて、可能な限り親権者の同意 (Zustimmung) を得なければならない (Kern / Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983, S.29. なお、河原格「同意能力について」上武大学経営情報学部紀要 8号 [1993] 22頁も参照)。Vgl. Eser, a.a.O. (Anm.18), § 223, Rdn.38; Kern, a.a.O. (Anm.16), S.755.
- 20 Knauf, a.a.O. (Anm.7), S.25.
- 21 BGHZ 29, 33, 36.
- 22 BGHSt 4, 88, 90; 12, 379, 382; 23, 1, 4; NSTz 2000, 87, 88; NJW 1972, 335, 335.
- 23 Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2 Aufl., 1991, S.244; Jescheck / Weigend, a.a.O. (Anm.5), S. 343; Theodor Lenckner, Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, ZStW 72, 1960, 446, S. 458; Amelung, a.a.O. (Anm.18), S. 542.
- 24 Ulsenheimer, a.a.O. (Anm.4), § 139, Rdn. 27; Adolf Laufs, Handbuch des Arztrechts, 3 Aufl. 2002, § 66 Rdn.9; Jescheck / Weigend, a.a.O. (Anm.5), S.382; Amelung, a.a.O. (Anm.18), S. 525 ff.; BGHZ 29, 33, 36; BGHSt 4, 90; BGHSt 12, 382. なお、岩志和一郎「ドイツにおける意思決定の代行」法律時報67巻10号 (1995) 19頁、神野礼斉「医療における意思決定—ドイツ世話法の動向を中心として—」九州国際大学法学論集 8巻 1・2号 (2001) 94頁、大杉一之「治療行為といわゆる『代諾』序説」法学新報113巻 3・4号 (2007) 381頁も参照。
- 25 Paul Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 1968, S.55; Gred Bichlmeier, Die Wirksamkeit der Einwilligung in einen medizinisch nicht indizieren ärztlichen Eingriff, JZ 1980, 53, S.55.
- 26 Amelung, a.a.O. (Anm.18), S. 558.
- 27 Eser, a.a.O. (Anm.18), § 223, Rdn.38; Kern, a.a.O. (Anm.16), S.755.
- 28 ただし、治療契約は法律行為であるから、契約を締結するためには自然的行為能力を有していることが要求される。したがって、契約を締結する能力は否定されても、治療行為に対する同意能力は認められることもありうる (BGHSt.12, 379, 382; BGHZ 29, 33,36; Bockelmann, a.a.O. [Anm.25], S.55.)。
- 29 Ulrike Golbs, Das Vetorecht eines einwilligungsunfähigen Patienten, 2006, S. 85; Diederichsen in Diercks/Baumann/Lenard, S.98; Uwe Fröhlich, Forschung wieder Willen?, 1 Auflage S.51; Klaus Ulsenheimer in Christian Diercks / Toni Graf-Baumann / Hans-Gred Lenard, Therapieverweigerung bei Kindern und Jugendlichen, 1995, S.76.
- 30 Golbs, a.a.O. (Anm.29), S. 84.

- 31 Golbs, a.a.O. (Anm.29), S. 84.
- 32 Ulsenheimer, a.a.O. (Anm.4), § 139, Rdn. 31.
- 33 Lenckner, a.a.O. (Anm.23), S.458.
- 34 以下では、民事判例を検討の対象としている。刑事法に関する本稿において、民事判例を引用することの可否について一考しておきたい。ここで判例を用いて検討し明らかにしようとしているのは、「患者の同意能力の有無を判断する基準」についての裁判所の姿勢である。この点についての裁判所の言及は、民事であると刑事であると問わず、刑事法における治療行為に対する患者の同意能力の有無を判断する基準について検討するにあたって、参考になるものと考えられる (Vgl. Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht Allgemein Teil, 2 Aufl., 1984, S. 120; Thomas Rönna, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar Großkommentar, 12 Aufl., 2006, Vor § 32 Rdn.194; Ulsenheimer, a.a.O. [Anm.4], § 139, Rdn. 29)。
- 35 BGHSt. 12, 379; NJW 1959, 825, S. 825.
- 36 河原格・前掲注 (9) 66頁も参照。
- 37 BGH NJW 1970, 511.
- 38 BGH NJW 1970, 511, S.512.
- 39 河原格・前掲注 (9) 67頁を参照。
- 40 BGH NJW 1972, 335.
- 41 ドイツにおいては、それまでは21歳とされていた成人年齢が、1975年に18歳に引き下げられた (河原格・前掲注 [9] 65頁を参照)。
- 42 LG München NJW 1980, 646.
- 43 BGH NJW 1991, 2344, S.2344.
- 44 Schmidhäuser, a.a.O. (Anm.34), S. 120; Rönna, a.a.O. (Anm.34), Vor § 32 Rdn.194; Vgl. Ulsenheimer, a.a.O. (Anm.4), § 139, Rdn. 29; Kern, a.a.O. (Anm.16), S.755; Kern / Laufs, a.a. (Anm.19), S.29. なお、大杉一之「ドイツにおける治療行為に対する承諾の代行」比較法制研究29号 (2006) 115頁、同・前掲注 (24) 181頁も参照。
- 45 Vgl. BGHSt 12,379.
- 46 Kern, a.a.O. (Anm.16), S.755.
- 47 Otto Tempel, Inhalt, Grenzen und Durchführung der ärztlichen Aufklärungspflicht unter Zugrundelegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, NJW 1980, 609, S.614; Kleinewefers, VersR, 1981, S.104; Laufs, a.a.O. (Anm.24), § 66 Rdn.9.
- 48 なお、採血や風邪の治療などの日常的な治療行為 (alltäglich Eingriff) について、16歳以上の者について同意能力を認めると説くものとして、Eser,

- a.a.O. (Anm.18), § 223, Rdn.38.
- 49 Golbs, a.a.O. (Anm.29), S. 91.
- 50 Ulsenheimer, a.a.O. (Anm.4), § 139 Rdn. 29.
- 51 Vgl. Sonja Rothärmel / Gabriele Wolfslast / Jörg Michael Fegert, Informed Consent, ein kinderfeindliches Konzept?, MedR, 1999, 293, S.297.
- 52 Albert Mutius, Grundrechtsmündigkeit, Jura 1987, 272, S.274; Florian Wölk, Der minderjährige Patient in der ärztlichen Behandlung, MedR 2001, 80, S.86.
- 53 Vgl. Eser, a.a.O. (Anm.29), S.91.
- 54 Ulsenheimer, a.a.O. (Anm.4), § 139, Rdn. 27, 29; Kern, a.a.O. (Anm.16), S.755.