

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

田 坂 晶

島大法学第55巻第2号抜刷〔論説〕

2011年8月

# 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

田 坂 晶

—目次—

はじめに

第1章 わが国における議論の状況

第1節 医的侵襲に対する代諾

第2節 若干の考察

第2章 ドイツにおける議論の状況

第1節 医的侵襲の正当化要件としての患者の同意

第2節 世話制度と治療行為

第3節 「推定的同意」の法理による正当化の可能性

第3章 ドイツにおける議論とわが国における議論の比較

むすび

はじめに

今日、患者の身体への直接的な侵襲をとまなう治療行為の正当化を導くにあたっては、原則として患者本人の同意が要求される。治療行為を受けるかどうか、また、どのような治療を受けるか、ということについて、患者自身が医師の説明を受けて判断を下すべきであるという「インフォームド・コンセントの法理」が広く支持されているのである。ここで要求される患者の同意は、治療行為に対する同意能力を具備している患者本人によってなされたものでなければならない。ところが、実際の医療の現場においては、患者が幼年者であったり、重度の精神障害を負った者であるなど、同意能力を有さ

ない者であるという場面が決して少なくない。このように患者自身が治療行為に対する同意能力を有していないケースでは、患者本人の同意を得ることができない。また、意識不明の状態では運ばれてきた患者の生命を救うために緊急に手術を施す必要があるような場面でも同様に、患者本人の事前の同意を得る余裕がないのが通常である。このような場合、医的侵襲の正当化要件のひとつである患者本人の同意を得ることができないという理由で、治療行為の正当化を否定するべきなのであろうか。こうした結論はあまりにも妥当性を欠くであろう。同意能力を有さない患者への医的侵襲も一定の範囲で正当化を認めるべきではなかろうか。問題は、この場合の医的侵襲の正当化を導くための理論構成である。通常の医的侵襲については、患者の自己決定権を尊重するという考えから、患者本人の同意が要求されているが、患者が治療行為に対する同意能力を具備していないケースでは、患者本人の同意が得られず、医的侵襲の正当化要件を充足することができない。そのため、患者本人の同意が得られない場面での治療行為の正当化については、改めて考察をしておく必要がある。

後に詳述するが、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者である場合、患者の家族や近親者などの同意を得て治療行為が行われているようである<sup>1</sup>。ここで検討しなければならないのが、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、他者による同意がいかなる意義を有するものなのか、という点である。患者本人の同意と同様に、傷害罪の構成要件に該当しうる医的侵襲の正当化要件のひとつとして捉えることができるものなのであろうか。こうした問題意識から、本稿においては、治療行為に対する代諾について考察を加えたい。

なお、治療行為に対する患者の同意能力の意義およびその有無を判断する

---

<sup>1</sup> 塚本泰司「臨床現場における意思決定の代行」年報医事法学15号（2000）38頁、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）735頁、赤沼康弘「医療行為と成年後見制度—同意能力のない者に対する医療—」月刊福祉92巻7号（2009）43頁。

ための基準については、これまでの研究において検討してきたことをふまえ、次のとおり解することとする<sup>2</sup>。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」する能力、②理解した情報を「記憶」して結論を導く能力、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、その内容は、民法上の行為能力とは必ずしも同一のものではない。こうした能力を内容とする同意能力の有無は、患者が一定の年齢に達しているかどうかによって一律に判断されるものではなく、また、患者が精神疾患に罹患しているかどうかという客観的な事情によって形式的に区別できるものでもない。この能力の有無は、その内容と連動させて判断すべきであるから、①患者が、医師から受けた説明の内容を理解し、記憶にとどめておくことができるかどうか、②医師から提供された情報を真正なものであると信用したうえで、自己の価値観にしたがって判断を下すことができるかどうか、③情報を比較衡量し、論理的に検討して自ら結論を導いているか、という基準にしたがって判断すべきであるとの前提にたつたうえで、以下、考察をすすめてみたい。

## 第1章 わが国における議論の状況

治療行為に対する同意能力を有さない者という場合、①未成年者、②成人年齢に達してはいるが、精神上の障害などが原因で自己の身体に関する事項について判断をする能力を欠く者、③一時的意識不明者の三つの類型が浮上

---

<sup>2</sup> 治療行為に対する同意能力に関する考察については、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333号（2009）371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」島大法学53巻3号（2009）83頁以下を参照。

する。ただし、前述したように、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<sup>3</sup>。また、医的侵襲に対する同意は、自己の生命や身体あるいは健康という人格的利益に直結する判断である。そのため、わが国の判例は、医的侵襲に関する判断について、可能な限り患者本人の意思を尊重するべきであるという姿勢を示している。すなわち、「患者本人において自己の状態、当該医療行為の意義・内容、及びそれに伴う危険性の程度につき認識し得る程度の能力を具えている状況にないときは格別、かかる程度の能力を有する以上、本人の承諾を要するものと解するのが相当である」から、「精神障害者或いは未成年者であっても、右能力を有する以上、その本人の承諾を要する」と言及している<sup>4</sup>。したがって、同意能力を有さない者として挙げた前述の類型のうち、患者が成人年齢に達していなかったり、精神上の障害を患っていたりする場合であっても、個別具体的に判断して、患者が治療行為に対する同意能力を有していると認められるのであれば、医的侵襲の諾否について自ら判断できると解するべきである<sup>5</sup>。民法上の学説をみても、こうした見解が広く支持されているようである<sup>6</sup>。したがって、民法上の行為能力を有さない者であっても、実質的に治療行為に対する同意能力を有してい

---

<sup>3</sup> 医的侵襲に対する同意は意思表示ではあるが、法律行為ではないからである（柴田滋「同意能力のない者に対する医療の決定」西日本短期大学大憲論叢38巻1号〔2000〕4頁）。

<sup>4</sup> 札幌地判昭和53年9月29日判例時報914号85頁。

<sup>5</sup> 大谷實『医療行為と法』（弘文堂、新版補正第2版、1998年）86頁、町野朔『患者の自己決定権と法』（東京大学出版会、1986年）181頁、佐々木養二『医療と刑法—治療行為に関連して—』（南窓社、1994年）23頁、廣瀬美佳「医療における代諾に関する諸問題（上）」法研論集60号（1991）255頁、柴田滋・前掲注（3）7頁。

<sup>6</sup> 辻伸行「医療契約の当事者について」獨協法学31号（1990）155頁以下、廣瀬美佳・前掲注（5）249頁以下、寺沢知子「未成年者への医療行為と承諾（一）」民商法雑誌106巻5号（1992）656頁、河上正二「医療契約と医療事故」法学教室167号（1994）64頁以下、上山泰「患者の同意に関する法的問題点」西山詮・新井誠編『成年後見と意思能力』（日本評論社、2002）117頁。なお、唄孝一『医事法学への歩み』（岩波書店、1970）15頁参照。

ると認められる患者への医的侵襲の正当化については、通常の医的侵襲と同様に扱うことができる。そこで、以下では、未成年者、精神疾患などの理由によって判断能力を欠く者のうち、治療行為に対する同意能力を有さない者および一時的意識不明状態に陥った者への治療行為について検討を加えていきたい。

## 第1節 医的侵襲に対する代諾

医療の現場において、患者が同意能力を有さない場合、通常、患者の家族など代理の者による同意が要求される。たしかに、民法典には、精神障害や成人年齢に達していないために法律上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するとの規定があり、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。前述したように、医的侵襲への同意能力と民法上の行為能力とは同一のものであるとはいえないので、両者の関係が問題となる。患者が未成年者である場合の親権者の同意権限と、精神疾患などの原因により判断能力を欠く患者に付された成年後見人の同意権限とに分けて整理してみたい。

### 1 親権者の同意権限

子どもが成人年齢に達するまでの間、親権者は子どもの保護のために必要な範囲で代理権を行使する義務を負っている。この義務は、子どもの監護および教育の権利義務について規定している民法820条から導かれる。「医療契約の締結」はこの代理権の範囲に含まれることから、医療の現場において、

---

<sup>7</sup> 河上正二・前掲注（6）65頁。

患者が民法上の行為能力を有さない未成年者である場合には、親権者が代わって医療契約を締結すると解されている<sup>7</sup>。このことは、判例によっても認められている<sup>8</sup>。問題は、子どもの身体への直接的な侵襲に対する同意についても、親権者が代理権を行使することができるのかという点である<sup>9</sup>。

この点に関する民法上の議論をみってみると、医的侵襲に対しても、親権者による代諾を認めるべきであるとする見解が多い<sup>10</sup>。ただし、民法820条の趣旨にかんがみれば、治療行為に対する同意能力を有さない未成年者に代わって患者以外の者が治療行為に関する判断を下す場合、患者本人である未成年者にとって最善の利益となる意思決定をすることができる者によってなされなければならない。とくに、治療行為は、患者の身体への直接的な侵襲を加え、身体や生命に少なからぬ影響を与えるものであるから、より慎重な検討が要求される。親権者は、子どもの最善の利益を図る監護権者として最も適していると解することができることから、治療行為について自ら適切な判断を下す能力を十分に備えていない未成年者への医的侵襲行為については、親権者が代わって判断を行うべきであると説くのである<sup>11</sup>。

---

<sup>8</sup> 横浜地判昭和54年、最判昭和56年6月19日判時1011号54頁、福岡地判昭和58年8月26日判時1105号101頁。

<sup>9</sup> 医療契約の締結も、個々の医療行為の承諾も、患者自身の生命や身体という利益にかかわる決定であるという点で共通するから、個々の医療行為については決定できるのにその医療行為を行う医療機関を選ぶことはできないとか、医療契約は締結できてもそれに基づいて行われる医療行為には何ら関与できないといった結論になることは、本来、問題であるという指摘もある。すなわち、医療行為が患者自身の身体という高度に人格的な法益に対する侵襲をとまなうという点からすれば、医療契約の締結あるいは医療行為の承諾の問題を考える基点は、患者自身に医療行為の承諾に必要とされる判断能力があるかどうかにおかれるべきであり、患者自身にその能力があれば、個々の医療行為の承諾だけでなく、医療契約の締結もできるとみるべきであると説くのである（岩志和一郎「医療契約・医療行為の法的問題点」実践成年後見16号〔2006〕17頁）。

<sup>10</sup> 柴田滋・前掲注（3）17頁。

<sup>11</sup> 廣瀬美佳「医療における代諾に関する諸問題（上）」・前掲注（5）255頁以下。

実際に未成年者に対する医的侵襲が問題になった裁判例でも、民事事件においてではあるが、裁判所は親権者による代諾を認める姿勢を示している。すなわち、治療行為への同意能力を有さない未成年者に対して医的侵襲を加える場合、医師は、法定代理人である両親に対して説明をする義務を負っていると判示しているのである<sup>12</sup>。裁判所は、未成年者が自らの身体への治療行為について同意する能力を有しないと判断した場合には、未成年者の親権者らに対して治療行為に関する説明をしたうえで、その同意を得たのであれば、医師は十分な説明義務を果たしていると認めているのである。

ただ、こうした点について言及した刑事裁判例はわが国では見当たらない。そのため、患者本人が治療行為に対して同意能力を有さないケースにおいて、医的侵襲の正当化を導くためには、誰の同意を得なければならないのか、仮に親権者の承諾が要求されるのであれば、それは刑事法上どのような役割を担うものと解されているのか、という問題についての裁判所の姿勢は現時点ではつまびらかにすることができない。

## 2 成年後見人の同意権限

次に、成人年齢に達してはいるが、精神上の疾患などが原因で、自らの治療行為に関する判断を下す能力を欠く患者について検討してみたい。わが国においては、精神障害などによって判断能力が著しく低下している者の保護を図る制度として、成年後見制度がある。この制度のもとで選任された成年後見人は、本人の法定代理人として、被後見人の財産を管理し、その財産に関して包括的な代理権を有する。民法の規定によると、成年後見人は、後見事務の遂行にあたって、「成年被後見人の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならない<sup>13</sup>」と規定されており、財産行為

---

<sup>12</sup> 最判昭和56年6月19日判時1011号54頁、札幌地判昭和53年4月18日判時916号61頁、東京地判昭和60年10月28日判タ610号107頁、東京地判平成2年3月12日判時1371号96頁など参照。

<sup>13</sup> 民法858条。

について被後見人に対して意思尊重義務・身上配慮義務を負っている。成年後見開始の審判を受けている者は、何らかの持病や障害を抱えていることが多いため、適切な医療の確保は彼らにとって極めて重要であるが<sup>14</sup>、成年被後見人のなかには、自らの医療行為について判断する能力を欠いている者も少なくない。

診療契約の締結については、成年後見人は本人に代わって締結することができる<sup>15</sup>。成年被後見人が治療を必要としている場合、成年後見人が本人に代わって適切な医療契約・入院契約などを締結することは、当然に民法858条で規定された成年後見人の義務の範囲に含まれると考えられるからである。問題は、患者である成年被後見人の身体への直接的な侵襲に対する同意も、この義務の範囲に含まれるのかという点である。成年被後見人に対する医的侵襲についてまでも、代理人とはいえ他者である成年後見人が代理で同意をすることができるのであろうか。医的侵襲に対する成年後見人の代諾権をめぐることは、今日においても、以下のように、見解の対立がみられる。

(1) 立法担当者の見解　成年後見人は、成年被後見人の法定代理人としての任務を負う。そのため、患者が治療行為に対する同意能力を有さない成年被後見人である場合、本人に代わって同意をする者の候補として成年後見

---

<sup>14</sup> 最高裁判所の調査によれば、成年後見関係事件に関して、本人が病院で生活中の事案が占める割合は、以下のとおりである。2000年度：44.4%、2001年度：41.3%、2002年度：37.9%、2003年度：36.3%、2004年度：33.8%（最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況」参照）。なお、2005年度以降、「本人の生活状況について」という調査項目が削除されている。

<sup>15</sup> 四宮和夫・能見善久『民法総則』（弘文堂、第7版、2005年）56頁。

<sup>16</sup> たとえば、廣瀬美佳・前掲注（5）245頁以下、同「医療における代諾に関する諸問題（下）」61号（1992）177頁以下、新美育文「意思決定の代行制度の整備にむけて」法律時報67巻10号（1995）6頁以下、石川稔「医療における代行判断の法理と家族—誰が代行判断者か—」唄孝一・石川稔編『家族と医療—その法学的考察—』（弘文堂、1995）48頁以下。

人が挙げられるのは当然の流れであった。こうした考えから、成年後見制度が施行される際の議論では、成年後見人などに医療の場面における代諾の必要性を主張する声は大きかった<sup>16</sup>。

しかし、結果として、立法担当官は、①財産管理行為としての「医療契約の締結代理権」と、②身上監護行為としての「手術・治療行為その他の医的侵襲への同意権」とを区別したうえで、成年後見人<sup>17</sup>の法定代理権は①のみを対象としたものであり、②は含まないとの立場を明らかにした<sup>18</sup>。つまり、成年被後見人が治療を受ける場合、成年後見人は代理人として医療機関と医療契約を締結することはできるが、この契約の履行として実施される手術などの具体的な医的侵襲行為については、直接的には干渉できないという結論を打ち出したのである。その理由は、成年後見制度の改正に関する要綱試案補足説明によると、以下のとおりである。成年後見の場面における医的侵襲に関する決定・同意という問題は、一時的に意識を失った患者または未成年者などに対する医的侵襲に関する決定・同意と共通する問題である。したがって、それら一般の場合における決定・同意権者、決定・同意の根拠・限界などについて社会一般のコンセンサスを得られているとは到底言い難い現在の状況下で、本人の自己決定および基本的人権との抵触などの問題についての検討も未解決のまま、今回の民法改正に際し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、時期尚早と言わざるを得ないものであるからというのである<sup>19</sup>。

成年後見人について、医療契約を代理で締結する権限と、直接的な侵襲に対して同意する権限とを区別し、後者を否定する立場をとる立法担当者の見

---

<sup>17</sup> 医療契約に関する代理権を付与された保佐人および補助人についても同様である。

<sup>18</sup> 小林昭彦・大門匡『新成年後見制度の解説』（金融財政事情研究会、2000）144頁以下。

<sup>19</sup> 成年後見制度の改正に関する要綱試案補足説明第2部第2-2（2）エ。原司「成年後見制度の実務上の諸問題」ジュリスト1211号（2001）29頁、「成年後見制度と立法仮定—星野英一先生に聞く—」ジュリスト1172号（2000）7頁。

解に対しては、さまざまな評価が加えられた。たしかに医的侵襲に対する同意は一身専属的な性質を有するものであるから、最終的に判断を下すのは患者本人でなければならず、医的侵襲に対する代諾を認めるべきではないとして、立法担当官の姿勢を支持する見解がみられる一方で、次のような疑問も呈されている<sup>20</sup>。立法担当官が示した見解に立つ限り、成年後見人などが自己の法定代理権に基づいて医療機関と診療契約を締結したとしても、当該診療契約の履行として実施されるべき個別具体的な医的侵襲行為を実行することができないことになってしまうのではないかという疑問である<sup>21</sup>。成年後見人などに身上配慮義務、療養看護義務を課す一方で、医的侵襲に対して同意する権限を認めないのでは、成年後見人はこの義務を十分に履行することができず、実際の医療現場において成年後見人などに期待されるであろう役割に応えることができないと懸念されるのである<sup>22</sup>。

そこで、学説においては、一定の範囲内で成年後見人に対して医的侵襲行為への同意権を認めるべきであると説く見解が多くみられる。ただし、医的侵襲への成年後見人などの同意権を肯定する見解も一様ではなく、大きく以下の三つに分けることができる。

(2) 本人が同意無能力である場合に医的侵襲への同意権を認める見解

第一は、患者本人が治療行為の意味について判断することができない場合に限り、民法858条の身上配慮義務の存在に対応する権限として、成年後見人に医的侵襲への同意権限を認めると説く見解である<sup>23</sup>。この見解は、さらに立法論として、侵襲の程度を基準に治療行為を「通常の治療」と「重大な治療」とに区別し、後者の実施にあたっては、裁判所の許可を得ることを要件に追

---

<sup>20</sup> 富田哲・前掲注(1)733頁以下。

<sup>21</sup> 原司・前掲注(19)29頁参照。

<sup>22</sup> 上山泰「身上監護をめぐる諸問題について」ジュリスト1211号(2001)52頁・前田泰「成年後見制度の課題—医療行為についての同意—」法学セミナー575号(2002)54頁。

<sup>23</sup> 四宮和夫・能見善久・前掲注(15)55頁以下。

加するべきであるとも主張している。こうした主張は、後に検討するドイツの法制度の影響を受けているものと解されている。

（３）客観的必要性を条件として医的侵襲への同意権を認める見解　これに対して、当該状況下において、治療行為が必要かどうかを客観的に判断し、治療行為の必要性が認められる場合には、本人保護の見地から、成年被後見人などの同意権を肯定するべきであると説く見解もある<sup>24</sup>。この見解は、健康維持のために定期的な健康診断、日常的な生活の中で通常生じうる疾病やけが（風邪、骨折、歯痛など）の治療や、これにともなう通院・入院治療、リハビリの継続については、通常人であれば医師の治療を受ける必要があると判断するであろうと認められる限り、本人の意思に反する場合であっても、成年後見人などの判断によって受診させることができると説く。また、この見解は、判断能力が減退した高齢者が、毎日のように病院に通って大量の薬の処方を受けているなど、客観的に必要性が認められない過剰診療・過剰服薬の場合には、成年後見人などの判断でこれをやめさせることができるとしている。

（４）限定的肯定説　第三は、医的侵襲に対する同意の代理権をより限定的に解する見解である<sup>25</sup>。この見解は、医的侵襲に対する成年後見人の代諾権は、①本人に当該医的侵襲に対する同意能力がないこと、②患者本人の意思への違背がないこと、③患者の身体への侵害の程度が小さく、危険性の低い医的侵襲行為であることという要件を充足している場合に限り認めるべきであるとしている<sup>26</sup>。第一に、患者本人に同意能力がある限りは、客観的な本人の福祉よりも、本人の意思を優先するべきであるから、医的侵襲への成年

---

<sup>24</sup> 床谷文雄①「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頁以下、同②「医療同意シンポジウムから考えるわが国の医療同意の方向性」実践成年後見16号（2006）70頁。

<sup>25</sup> 上山泰・前掲注（22）53頁、上山泰「医療行為についての同意」法学セミナー575号（2002）55頁以下、上山泰・前掲注（6）117頁以下。

<sup>26</sup> 赤沼康弘「成年後見制度改正への提言」自由と正義54巻11号（2003）76頁参照。

後見人の同意権が認められるためには、本人に同意能力がないことを絶対条件として要求する。本来、患者は当該治療行為を受けるかどうかを自ら決定する自由を保障されているのであるから、成年被後見人であっても自らの意思を表示することができるのであれば、その意思に反してまで医療を強制されるいわれはないはずであるというのである。ここから、第二の要件が導かれる。すなわち、成年後見人による判断が患者本人の意思に反することが明らかかな場合には成年後見人の同意は効力を有さないとされるのである。さらに、この見解は、第三の要件として、成年後見人の医療同意権の範囲を、本人への侵害の程度が小さい医的侵襲行為に限定するべきであるとしている。具体的には、①「病的症状の医学的解明に必要な最小限の医的侵襲行為」と②「当該医療契約から当然予測される危険性の少ない軽微な身体的侵襲」を対象とする同意権に限定するとしている<sup>27</sup>。

(5) 若干の考察　ここまでみてきたように、成年被後見人への治療行為に関して、成年後見人には、治療契約を締結する権限に加えて、医的侵襲に対して同意する権限が認められるのか、という点については、民法法分野において連綿と議論が続いている。

医的侵襲に対する代諾を否定する見解は、民法典は、財産行為についての代理権は認めているが、ここに医的侵襲に対する判断は含まれないと主張している。たしかに、医的侵襲に関する意思表示は財産行為ではないので、当然には成年後見人の代理権の範囲に含まれない。しかし、学説の多くが主張しているように、「成年後見人は、成年被後見人の生活、療養看護に関する事

---

<sup>27</sup> 上山泰・前掲注(6)130頁以下。

<sup>28</sup> 仮に、医的侵襲に対する同意の本質を一身専属的行為とみても、意思決定の代行者としてではなく、別の地位または権能に基づいて成年後見人に同意権を代行させる可能性を示す見解もある(岩井英典「命の行方を決めるのは誰か」実践成年後見16号[2006]57頁以下)。また、治療行為に対する同意能力を有さない者への医的侵襲に対する成年後見人の同意権限に関する明確な立法の必要性を強調する声も大きくなってきているようである(床谷文雄②・前掲注[24]66頁)。

務を行う」という民法858条の規定から、手術などの医的侵襲に対する意思決定をすることが予定されていると考える余地も残されている<sup>28</sup>。仮に、医的侵襲に対する他者による判断を一切認めないのであれば、患者が治療行為に対する同意能力を有さない場合、医的侵襲を実施するかどうか、どのような治療方法を選択するか、という判断はすべて医師の裁量に委ねられることになる。医療の専門家である医師の裁量を認めることも必要であろうが<sup>29</sup>、医師の裁量をあまりにも広く認めすぎると、医療の悪しき専断性に拍車をかけ、患者の自己決定権を十分に尊重できなくなってしまう恐れがある<sup>30</sup>。また、医師に加重大な答責を負わせることになるのではないかという点も懸念されている<sup>31</sup>。医師の裁量と患者の自己決定権の尊重とのバランスが重要となろう。

身体への直接的な侵襲をとまなう治療行為に対する同意は、自己の身体や生命の帰趨にもかかわる重要な意思決定である。治療行為がもつこうした特徴から、そもそも、治療行為に対する同意は一身専属的なものであり、代理・代行にはなじまない性格のものであると主張する見解も少なくない<sup>32</sup>。しかし、患者本人が治療行為に対する判断を下すことができない場面で、当該患者の最善の利益に資するための判断を下すことができる者がいるのであれば、その者の意見を尊重することによって患者本人の尊重につながりうると考えることもできるのではなからうか。成年後見人が本人に対して身上配慮義務を負っていることにかんがみれば、成年被後見人への医的侵襲に対する代諾権限を肯定する余地を認めることもできよう。

---

<sup>29</sup> 赤沼康弘・前掲注（1）44頁。

<sup>30</sup> 柴田滋・前掲注（3）9頁、14頁。

<sup>31</sup> 新美育文「医師と患者の関係—説明と同意の法的側面—（1）」名古屋大学法政論集64巻（1975）79頁、川原広美「推定的同意に関する一試論」刑法雑誌25巻1号（1982）76頁。

<sup>32</sup> 柴田滋・前掲注（3）9頁、富田哲・前掲注（1）733頁。

### 3 裁判例

ここまで、治療行為に対する患者本人の同意を得ることができないケースをめぐる学説の動向をみてきたが、こうした問題について、裁判所はどのような姿勢を示しているのであろうか。今日までのところ、この問題点に言及した刑事裁判例はわが国においては見当たらない。そこで、民事裁判例に目を向けてみると、患者が治療行為に対する同意能力を有さない場合に、医師は誰の同意を得る必要があるのかという点について言及したものがいくつかみられる。こうした問題に対する裁判所の姿勢を探るべく、以下においてこれらの裁判例を概観してみたい。

(1) 福井地方裁判所平成元年3月10日判決 意識を喪失した患者に緊急の措置を要するケースについて判示されたものとして、次のような事案がある。事実の概要は以下のとおりである。クモ膜下出血を起こして意識を失った患者に対する措置が必要となったが、医師は、患者の病状からみて根治手術を強行することはかえって症状を悪化させる危険性が高いことから、脳室ドレナジー手術によって回復を待つのが妥当であると判断し、この旨を患者の配偶者に説明したうえでその同意を得た。治療の結果、患者は一時は回復をみせたが、根治手術を受ける前にふたたび脳内出血を起こして死亡するに至った<sup>33</sup>。そこで、患者の遺族らが、根治手術をただちに行わず、当面は脳室ドレナジー手術などを行ったにすぎなかったことについて、治療を行う医師としての義務違反、また、仮にこのような保存療法が医学上正しいものであったとしても、医師は患者の家族らに対して患者の病状や治療方針などについ

---

<sup>33</sup> 福井地判平成元年3月10日判時1347号86頁。なお、これらの事案の先例として、東京地判昭和46年5月19日（下民22巻5・6号626頁）が挙げられることがある。本件は、将来癌になる恐れがある乳腺症患者の承諾を得ないで乳房を摘出したことにつき、医師の説明義務違反が問われたものである。この判決の中で裁判所は、一般論として、医師は「患者（患者が承諾の能力を欠く場合にはこれに代つて承諾をなす者）の治療の申込とは別の手術の実施についての承諾を得たうえで行うことを要すると解するべきであ」と言及されている。

て詳しく説明をしていなかったとして、医師の説明義務違反およびこれによる自己決定権侵害を予備的に主張し、損害賠償を請求した。

この訴えを受けて、裁判所は、患者本人が意識不明の状態に陥っている場合には、その配偶者に対して説明をし、その同意を得ていれば説明義務を十分に尽くしていると認めるべきであると判示した。そのうえで、本件においては、患者の配偶者である原告に対して十分に説明を尽くしていたと認定した<sup>34</sup>。

（2）東京地方裁判所元年4月18日判決　これと類似の事例として、東京地裁平成元年4月18日判決がある<sup>35</sup>。本件の患者は、頭部を強打して一時意識を失っていたが、意識が回復した後に実施した高次機能現状診断テストの結果、脳血管撮影の必要性の判断や決断をする能力を欠いていると判断された。医師は、この患者の娘に対して、経過説明とともに、脳波検査や脳血管撮影をする必要があること、脳血管撮影には一過性の麻痺が出る可能性がともなうことなどを説明し、その承諾を得て脳波検査および脳血管撮影を実行した。これに対して、患者側が、医師は当該措置を行うに際して、患者本人への説明を怠っているとして、損害賠償請求をしたという事案である。

こうした事実を受けて裁判所が下した判断は以下のとおりである。原則と

---

<sup>34</sup> なお、本件においては、患者の配偶者が、医師は保存的療法ではなく、患者の配偶者が選択をした根治手術を行うべきであり、この点において自己決定権を侵害されたと主張している。裁判所は、この点について、以下のように判断している。たしかに、患者の配偶者は、根治手術の断行を要求したこともあったが、これによって脳に生じうる影響の不安を払しょくできず、基本的には内科的療法を希望していたのであり、「確固たる自己決定権の行使と言い得るようなものではなかった」と認定した。さらに、患者の症状などにかんがみると、患者の配偶者が根治手術を要求した時点で根治手術を断行すれば、成功率は低く、死亡ないし植物人間などの重篤な後遺症を残す可能性が極めて強いことが予測された。このような状況において、医師が自己の信念に従った診療をしている場合、患者側が極めて成功率の低い手術の強行を求めることは、自己決定権の適切な行使とは到底いえず、この要求に従わない医師に損害賠償の責を負わせるべきではないと判示している。

<sup>35</sup> 東京地判平成元年4月18日判時1347号62頁参照。

して、医的侵襲の実行にあたって、医師は、患者本人に対して治療行為に関する説明をしたうえで、本人の同意を得なければならない。ただし、医師が負っている説明義務の範囲や程度は、具体的事情によって異なることは当然であって、場合によっては患者本人でなく、その家族に対して説明し、その承諾を得るべき場合もありうる。したがって、患者本人が適切な判断をすることができない場合には、成人として通常の判断力を備え、患者ともつながりの深い近親者に対して説明がなされている限り、患者本人に説明をしていなかったとしても、説明義務を尽くしていないと解するべきではない。本件についてみると、患者本人は、高次機能現状診断テストの結果、本件撮影の必要性の判断や決断をする能力が不足していたことは明らかである。こうした状況下において、医師は、患者と同居している娘に対して説明をしたうえで、その同意を得ているので、たとえ患者本人への説明と同意がなかったとしても、医師に説明義務懈怠の問題を生じるものではないとしている。

(3) 裁判所の姿勢 こうした事例から、裁判所は、医師が治療行為について説明をするべき相手は、原則として患者本人であり、同意も患者本人から得るべきであるという姿勢を基本としつつ、患者本人の同意を得ることができない場面では、患者の家族への説明で足りるという例外を認めていることが分かる。つまり、患者が治療行為に対して同意する能力を有さない状況下において、治療措置が必要である場合には、医師は、患者の配偶者や子どもなどの近親者に対して説明をし、その同意を得ていれば説明義務は果たしていると認められるとの姿勢を示しているのである。

ただ、これらはいずれも民事判例であり、患者の家族などの近親者による代諾についての刑事法的な観点からの裁判所の姿勢は明らかではない。したがって、医的侵襲を正当化するために患者の家族の同意がどのような役割を担うものとして要求されているのかという問題については疑問符が付いたままなのである。

## 第2節 若干の考察

実際の医療の現場では、患者が治療行為に対する同意能力を有さない場合、通常、親権者などの代理人が本人に代わって意思表示をし、これに基づいて治療が行われている。しかし、法律学の分野では、医的侵襲に対する代諾を認めるべきではないと主張する見解も少なからずみられる。その背景には、医療契約の締結と医的侵襲への同意とが峻別されているという現状がある。医療契約の締結は法律行為であり、代理になじむ性質のものであるから、成年後見人や親権者などの法定代理人が患者を代理して契約を締結することができる と解されている。他方で、医的侵襲に対する同意は法律行為ではなく、しかも一身専属的な性質を有するものであるから、判断能力がある限り患者本人が行うべきものであるとされるのである。したがって、成年後見人や親権者は、本人に代わって医療契約は締結できるが、医的侵襲に対して同意することはできないという結論が導かれるのである。

こうした見解は、医的侵襲に対する他者による代諾を許容する見解に対して、以下のような問題点を指摘する。第一に、誰を代諾者とするのか、という問題である。代諾者としてまず浮上するのが家族・親族であろうが、血縁関係がかなり遠い身寄りしかいない場合に、この者ははたして代諾者として適切なのか、という疑問が残る。わが国の民法では、配偶者、6親等内の血族、および3親等内の姻族が親族とされているが、これらのなかにはほとんど日常的なつきあいのない者も含まれる。近親者がいない場合には、長年交際のない遠縁の者を探し出して同意を求めるというケースも現実にはあるようだが、はたしてこのような遠縁の親族が医的侵襲に対する代諾者としてふさわしいのか、という点については、議論の余地が残る<sup>36</sup>。

第二に、患者の配偶者や子どもなど、患者本人と非常に近い血縁関係にある者であっても、必ずしも代諾者として適切とはいえない場面も考えられう

---

<sup>36</sup> 赤沼康弘・前掲注（1）43頁。

る。たとえば、患者本人とその家族との利害関係が対立する場合である。

第三に考察しなければならないのは、患者に近親者などがいない場合である。こうしたケースでは、医師は、本人と何らかの関係のある第三者、たとえば近隣の住民や入居している施設の長などの同意を得て医的侵襲を行うのか、それとも誰の同意も得ないで医的侵襲を行うという選択を迫られることになる。仮に前者を選択した場合、はたして患者に代わって判断をした者は患者本人の意思を忖度できるのか、という問題も残る。患者本人との関係が希薄であるこのような場合においては、患者本人のこれまでの生活状況、思想信条などをほとんど知らない者に、患者の生命や身体に決して小さくない影響を及ぼしうる医的侵襲について判断を迫ったとしても、適切な判断を期待できない可能性がある。この問題点は、成年後見制度を適用するケースにおいても浮上する。血縁関係のない第三者が成年後見人に任命された場合、患者本人の思想信条など、患者をとりまく状況を正確に理解していないことも想定される。さらに、成年後見人として、医療関係や福祉関係の専門家が選任された場合に、本人の最善の利益は何かという客観的利益に即した判断はできるとしても、患者本人の意思の尊重といった主観的基準にしたがった判断が保障されない可能性も残る。医的侵襲に対する代諾の是非について検討するにあたっては、こうした問題をクリアにしていく必要がある。

ところで、医療の現場において、患者の同意を要求するのは、患者の自己決定権の尊重の考えに起因している。患者本人の意思は、患者が治療行為に対する同意能力を有している場合だけではなく、患者本人が同意能力を有さない場合であってもできるだけ尊重するべきである<sup>37</sup>。こうした背景を考慮するのであれば、他者による代諾を認める余地を完全に否定するべきではないようにも思われる。なぜなら、長年患者と連れ添っており、その真意を代わって主張できる家族などがいる場合には、その者の意見を聞き、推定された患者の意思に沿った判断をすることによって、患者の自己決定権を尊重するこ

---

<sup>37</sup> 富田哲・前掲注（1）734頁。

とができるからである。患者本人の真意を推測する限りにおいて患者の近親者などの意見を尊重することは有益であろう。医療の現場からみても、患者本人が医的侵襲に対して同意する能力を有さないケースでの患者の近親者による代諾のニーズは小さくないであろうし、実際に代諾によって医的侵襲が行われている例は決して少なくない<sup>38</sup>。それでは、患者本人の同意が得られないケースでは代諾を正当化要件として要求するべきなのだろうか。

ところが、患者が同意能力を有さない場合に、患者に代わって治療行為の諾否を判断する者がいないというケースも考えられる<sup>39</sup>。たとえば、患者が意識不明の状態 で病院に搬送されてきて、代理人の到着を待つ余裕も、患者本人の意識の回復を待っている時間的余裕もない場合などである。そもそも患者に代わって意思表示をする者が存在しない場合もありうる。同意能力を有さない患者に治療行為を行うにあたって近親者や代理人の同意を正当化要件のひとつとして要求すると、このような場合には医師の治療行為について犯罪の成立を肯定せざるを得ないことになってしまう。こうした点にかんがみると、患者本人の同意が得られない場合に、患者の近親者や成年後見人などの同意を正当化要件のひとつとして捉えるのは妥当ではないようにも思われる。そこで、代理の者による同意の法的な位置づけが問題になるのである。さらに、患者本人による現実の同意ではなく、周囲の者の意見などから推測した患者の意思によって行われた医的侵襲は、どのような根拠に基づいて正当化されるのか、という点についても考えておく必要がある。

---

<sup>38</sup> 山上泰「医療行為の同意について」法学セミナー575号（2002）56頁。

<sup>39</sup> 当然だが、治療行為に対する同意能力を有さない成人患者がすべて成年後見制度適用の手続きを申し立てているわけではない。成年後見制度の利用状況からして、治療行為に対する同意能力を有さない成人患者について治療行為が必要となった段階で成年後見人が選任されていないというケースは決して少なくないことが予想される（2008年の後見開始の申立件数は、22,532件である。なお、その主な申立ての動機としては、財産管理処分が最も多くその半数以上を占めており、次いで、身上監護となっている〔最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況平成20年1月～12月」参照〕）。

わが国においては、この問題について、民法分野でさまざまな議論が展開されているが、刑法上は、上述したような問題が解決されないまま残されている。裁判例をみても、同意能力を有さない患者への医的侵襲の代諾に関して言及した刑事判例は存在せず、裁判所の立場は明らかではない。そこで、こうした点について刑事法的な観点からの考察をすすめるための示唆を求めて、以下では、古くから医的侵襲と傷害罪との関係について議論が戦わされてきたドイツでの議論に目を移してみたい。

## 第2章 ドイツにおける議論の状況

### 第1節 医的侵襲の正当化要件としての患者の同意

ドイツの裁判所は、医的侵襲行為の刑法上の評価について、いわゆる「治療行為傷害説」を支持する姿勢を貫いており<sup>40</sup>、患者本人の同意がある場合には正当化を認めている<sup>41</sup>。すなわち、患者の身体への直接的な侵襲をとまなう治療行為は、それがいかに医学的な観点からみて適切なものであり、かつ、結果として成功したとしても、すべて傷害罪の構成要件に該当し、患者本人の同意を得ている場合に限って正当化を認めているのである<sup>42</sup>。学説のなかには、こうした裁判所の姿勢に対して異を唱えているものもあるが、治療行為

---

<sup>40</sup> RGSt. 25, 375 ; BGH St. 11, 111 ; BGH St. 35, 246.

<sup>41</sup> ドイツにおける治療行為の正当化に関する詳細については、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）342頁以下参照。

<sup>42</sup> この意味で、裁判所は、医療における最高の法理を「治療」ではなく「患者の意思」（*Voluntas non salus Aegroti suprema lex*）に追及していたとも表現されている（Bockelmann, *Strafrecht des Arztes*, 1986, S.58 ; Lackner / Kühl, *StGB*, 23 Aufl., 2004, § 223, Rdnr. 8 ; Hans Ludwig Günther, *Voluntas aegroti suprema lex—juristische Erwägungen*, S. 124.）。なお、齊藤誠二『医事刑法の基礎理論』（多賀出版、1997）20頁も参照。

傷害説を堅持する裁判所の立場は広い支持を集めている<sup>43</sup>。今日では、医的侵襲の傷害罪の構成要件該当性を否定する治療行為非傷害説をとる見解も、裁判所と同様に治療行為傷害説を主張する見解も、患者の自己決定権を尊重すべきであるという点においては一定のコンセンサスがみられる<sup>44</sup>。

ドイツにおいても、わが国におけると同様に、医的侵襲の正当化を導くために要求される患者の同意は、治療行為に対する同意能力を有する者によってなされることが当然の前提とされている。また、この「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もわが国における議論と同じである<sup>45</sup>。したがって、たとえば、民法上の行為能力を有さない未成年者であっても治療行為に対する同意能力が認められる余地はあるし、反対に、行為能力を有すると推定される成人年齢に達した患者であっても治療行為に対する同意能力が否定されることもある。患者が成人年齢に達していなくても医的侵襲について適切な判断を下す能力を有している未成年者に対して医的侵襲を加えるのであれば、医師は、患者本人に対して説明をしたうえで、その同意を得なければならないのである。古くから治療行為の正当化を導くにあたっては患者の同意が重要な立場を占めると考えられてきたドイツにおいて、患者本人が治療行為に対して同意する能力を有さない場合の医的侵襲の正当化については、どのような議論が展開されているのであろうか。以下では、この点に関するドイツでの議論の動向について整理したい。

---

<sup>43</sup> 治療行為に対する患者の同意能力に関するドイツでの議論については、田坂晶「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」島大法学53巻3号〔2009〕83頁以下を参照。

<sup>44</sup> 治療行為の正当化に関するドイツでの議論については、田坂晶・前掲注（41）342頁以下参照。

<sup>45</sup> 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, 4 Aufl. 2006, § 13, Rdn. 56. なお、ドイツにおける同意能力の意義については、田坂晶・前掲注（43）85頁以下参照。

## 第2節 世話制度と治療行為

患者が成人年齢に達していても重大な精神疾患に罹患しているなどの理由から、患者の同意能力が問題になるケースに関して、ドイツには注目すべき制度がある。精神的疾病または身体的、精神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する「世話制度」である。これは、1992年1月1日に施行された「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（Betreuungsgesetz）」）に基づく民法の改正によって導入された制度である<sup>46</sup>。この世話制度が導入される以前のドイツでは、上記のような能力を有さない成年者を保護するためには、「成年後見制度（Vormundschaft）」と「障害者保護制度（Gebrechlichpflegschaft）」という二つの制度が併用されていた。今日、治療行為に対する同意能力をめぐって展開されているドイツでの議論を整理するにあたって、世話制度は重要なポイントとなる。そこで、以下において、世話制度について詳しくみてみたい。世話制度の特徴を浮き彫りにするために、世話制度が導入される以前にドイツにおいて用いられていたこれら二つの制度について簡単に整理をしたうえで、世話制度に関する検討を加えたい。

### 1 世話法制定以前のドイツの状況

かつての「成年後見制度」のもとでは、精神疾病や心神耗弱のために自己の事務を行うことができない者について、「行為能力剥奪宣告（Entmündigung）」によって行為能力を全面的に剥奪することができることとされていた<sup>47</sup>。行為能力を剥奪された成年者は、行為無能力者として後見に付されることになる。他

<sup>46</sup> 1990年9月2日制定、1992年1月1日施行。1999年1月に改正されて現在に至る。

<sup>47</sup> 新井誠「イギリスとドイツにおける成年後見法の新たな展開」ジュリスト972号（1991）19頁参照。

方、「障害者保護制度」は、精神のおよび身体的障害のために自己の事務、特に財産上の事務を行うことができない成年者について、その事務を行うために保護人（Pfleger）を置き、「強制保護（Zwangspflegschaft）」の対象とするという制度であった。

これらふたつの制度は、元来、成年後見制度を適用するべきかどうかを検討して、当該制度の適用が妥当であると判断され、行為能力を剥奪された者に後見人を付し、障害者保護制度は、成年後見制度が適用されない場合の一時的措置として予定されていた。しかし、成年後見制度の適用によって行為能力を剥奪された者は、行為無能力者であると評価され、行為能力剥奪の取消しがなされない限り、いかなる法律行為もすることができないという事態が生じるなどの現実的な理由から、行為能力の剥奪は極力避け、障害者保護制度が多く利用されるという逆転現象が生じていた<sup>48</sup>。また、こうした旧法上での制度に対しては、以下のような問題点が指摘されていた。第一に、本人が合理的な意思を表明できるときであっても、後見人または保護人の意思が尊重され、後見または保護に付された成年者の意思がほとんど考慮されないという点である。第二に、これらの制度のもとでは、本人の財産管理が重視されており、身上看護、とりわけ健康に対する配慮を著しく欠いているという指摘もあった。さらに、第三の問題点として、いったん開始された後見または保護は、しばしば本人が死亡するまで継続し、定期的に見直すための規定が存在していないという点も挙げられていた<sup>49</sup>。

このようにいくつかの問題点が指摘されていた法制度の状況に加えて、高齢化社会の進行、精神疾患や薬物中毒に罹患した若年者の増加という社会情勢などもあいまって、ドイツでは、民法典における行為能力剥奪の規定が削

---

<sup>48</sup> 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）17頁参照。

<sup>49</sup> 新井誠「ドイツ成年者世話法の運用状況」ジュリスト1011号（1992）60頁以下参照。

除されると同時に、「成年後見制度」および「障害者保護制度」が廃止され、これらの制度に代えて新たに「世話制度」が導入されたのである。世話制度の導入により、能力を欠く成年者に対する治療行為の取扱いが大幅に整理された。次に、ドイツにおける世話制度を概観し、整理してみたい。

## 2 世話制度の概観

(1) 特徴と運用状況 世話制度は、従来の制度とは異なり、財産管理と身上監護の双方とを対象とする制度である<sup>50</sup>。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は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。従来の成年後見制度のもとでは、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なんら影響しないのである<sup>51</sup>。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の行為能力が認められ、自ら単独で行為することもできるし、世話人とは別に任意代理人を任命することもできる。また、世話人の職務範囲とされている事項についても、できる限り本人の意思を尊重するべきであるとされている。

世話法施行により、原則的に行為能力の剥奪・制限の要素が排除されたために、世話制度を受ける者に対する差別的色彩が大幅に薄まり、制度利用の敷居が低くなった<sup>52</sup>。その結果、世話制度の利用者数は、成年後見制度と障害

---

<sup>50</sup> ドイツ成年後見法研究会「ドイツ成年後見制度の改革(1)」民商法雑誌105巻4号(1992)574頁以下、ドイツ成年後見法研究会「ドイツ成年後見制度の改革(2)」民商法雑誌105巻6号(1992)851頁以下、新井誠・前掲注(47)26頁以下、同・前掲注(49)63頁以下。

<sup>51</sup> 新井誠・前掲注(49)61頁参照。

<sup>52</sup> Vgl. Gregersen/Deinert, Die Vergütung des Betreuers, 1990, S.40.

者保護制度が併用されていたときと比較して大幅に増加している<sup>53</sup>。

（２）世話制度開始の手続　世話制度は、成年者が精神的疾病または身体的、精神的もしくは心因的障害によって自己の事務の全部または一部を処理することができない場合、すなわち「必要性」が認められる場合に、後見裁判所が、本人の申立てを受けて、または職権によって法定代理人としての世話人を選任することによって開始される<sup>54</sup>。世話人の法的地位は、法定代理人に類するものであり、被世話人の残存能力の程度いかんにかかわらず、世話人はその職務範囲内の事柄に関して裁判上および裁判外で世話人を代理する。ただし、上記のような能力を有さない成人であっても、問題となっている事項について同意する代理権（Vorsorgevollmacht）をすでに他の者に授与している場合には、世話人は選任されない<sup>55</sup>。世話制度が適用されるためには、「補充性」が要求されているのである。したがって、配偶者、親族、隣人、慈善施設または公の機関による援助が十分である場合には、「補充性」の要件を欠くため、世話人を選任することはできない<sup>56</sup>。また、世話制度に付されている本人が、世話人の職務範囲にかかる事項について他の者に代理権を授与した場合には、世話制度の適用を放棄したものとされる。世話制度は、精神的疾病または身体的、精神的もしくは心因的障害によって①自己に関する事務を処理することができず（必要性の原則）、かつ、②親族や知人、社会サービスなどその他の援助の可能性がない（補充性の原則）場合に限って開始される。

---

<sup>53</sup> 上山泰「ドイツ世話法改正について（上）」法律時報72巻2号（1999）74頁以下参照。

<sup>54</sup> 親族や友人、医師、場合によってソーシャル＝ステーションやホーム、世話官庁（Betreuungsbehörde）、警察などの申立は、職権による選任を求める発議としてのみ意味をもつ（Bienwald, *Betreuungsrecht, Kommentar zum BtG/BtBG, Rz.113 zu 1986*）。

<sup>55</sup> ここで問題となる任意代理権は、事前に授与されたものには限られない。したがって、世話開始の手続係属中に本人が第三者に任意代理権を授与した場合も、最終的に世話人は不要となる。

<sup>56</sup> BGB 1896条2項2文。

### 3 世話制度と治療行為

それでは、こうした世話制度を、身体に対して直接加えられる医的侵襲について適用することはできるものであろうか。成人年齢に達した患者が精神障害などの理由によって、自己の身体への治療行為について適切な判断を下す能力を有さないようなケースにおいて、医療の現場で世話制度の適用が問題になる。「必要性の原則」と「補充性の原則」を満たしている場合には、治療行為に関する判断・決定を職務範囲とする世話人を選任することができるのであろうか。医的侵襲に対する同意は、財産の処分に対する同意などとは異なり、患者の身体や生命に少なからぬ影響を及ぼすものである。こうした侵襲に対して第三者が代わって同意することができるのか、という点で問題になる。

この点について、ドイツ世話法は、医療措置に対する代諾を世話人の職務とすることを認めている<sup>57</sup>。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することは可能なのである<sup>58</sup>。ただし、たとえ世話人の職務範囲に医療措置に対する代諾が含まれていたとしても、患者である被世話人が治療行為に対する同意能力を有している場合には、患者本人が自ら判断を下すべきであるとされる。ドイツにおいては、医的侵襲に対する自己決定権は、すべての人が自己の生命および身体の不可侵性の権利を有している非常に重要な権利であり、ドイツ基本法2条2項で保護される権利とされている。そのため、たとえ治療行為に関する決定を職務範囲に含む世話人が選任されている場合であっても、具体的状況下において、被世

---

<sup>57</sup> BGB 1896条1項。

<sup>58</sup> 富田哲・前掲注(1)740頁。なお、治療行為に対する世話人の同意に関して、世話人が被世話人に対する治療行為の中止について同意することができるかどうか、また、後見裁判所がこれに対して許可を与えることができるかどうか、という問題があるが(渡辺幹典「成年後見制度と医療措置の代諾」松山大学論集17巻1号[2005]407頁以下)、本稿ではこの問題は扱わないこととする。

話人が当該治療行為について自ら判断することができるものと認められるのであれば、被世話人の意思を尊重するべきであるとされるのである<sup>59</sup>。したがって、治療行為に対する世話人の同意が問題になるのは、治療行為に関する判断を職務範囲に含む世話人が選任されており、かつ、被世話人が治療行為に対して同意する能力を有していない場合に限られる<sup>60</sup>。

被世話人に代わって世話人が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、これに同意するか、拒否するかを判断する。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<sup>61</sup>。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<sup>62</sup>。

このように、ドイツにおいては、できる限り被世話人の意思を尊重するべきであるとしながらも、被世話人が治療行為に対する同意能力を有していない場合には、世話人が被世話人の医的侵襲に対して同意をすることが広く認められている。ただし、治療行為に関する世話人の代理権限は無制限に認められているわけではなく、「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よって死亡するかまたは重大かつ長期間継続する健康上の損害を被るという危険が存在する場合には、

---

<sup>59</sup> 患者本人が治療行為に対して同意能力を有しているかどうかの判断は、患者の年齢、心的あるいは身体的状態、理解力の程度などを総合して、医師が行う。同意能力の有無を判断する基準の詳細については、田坂晶・前掲注（43）83頁以下を参照。

<sup>60</sup> Karl Lackner, Strafrechtsgesets 19 Aufl., 1991, Vor § 32, Rdn.,16.

被世話人が当該治療行為に対する同意能力を有しているかどうか、個別具体的なケースの状況に応じて判断されている。一般に、医的侵襲の複雑さや危険性が高まれば高まるほど、または、結果の評価が困難であればあるほど、そのために要求される能力は高くなる（Theodor Lenckner, Strafgesetzbuch Kommentar, 27 Aufl., 2006, Vor § § 32, Rdn., 40 ff.; Brend Rüdiger Kern, Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriff, NJW 1994, 753, S.755.）。

<sup>61</sup> BGB 1901条2項。

<sup>62</sup> BGB 1901条3項。

後見裁判所（Vormundschaftsgericht）の許可が必要であるとされている<sup>63</sup>。この「危険」の存在の有無は、治療行為の種類だけではなく、各ケースにおける患者の症状や年齢などを考慮したうえで、個別具体的に判断される<sup>64</sup>。

#### 4 治療行為の正当化と代諾

ここまでの検討で、ドイツにおいては、患者本人が治療行為に対して同意することができない場合、他者がこれに代わって医的侵襲に対して意思表示できると認められていることが明らかになった。しかし、ここで、わが国における議論と同様に、次のような疑問が浮上する。他者である世話人によって同意がなされた医的侵襲が刑法上正当化されるのであれば、その根拠は何か、という問題である。そもそも、医的侵襲を加えるにあたって患者の同意が要求されるのは、患者自身の自己決定権を尊重するという理由からである。そうであるならば、患者本人の同意を得ることができない場合に、患者本人の同意ではなく、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だろう。また、緊急搬送されてきた患者が、緊急の措置を必要としている場合、医師は、患者本人はもちろん、代理の者の同意すら得ないで患者の身体に侵襲を加えることがある。

---

<sup>63</sup> BGB 1904条1項。ただし、措置の延期が本人にとって危険な場合には、許可は不要である。この場合医師は、客観的な観点から、当該状況におかれた理性的な人間ならば下すであろう判断を推定し、その判断にしたがって治療行為を遂行しなければならないとされる。

<sup>64</sup> 2004年のデータによると、後見裁判所に対してなされた許可申請件数は、2870件であり、そのうち実際に許可されたのは2646件であった（黒田美亜紀「ドイツ世話制度における医療行為の同意」新井誠編『成年後見と医療行為』〔日本評論社、2007年〕247頁、富田哲・前掲注〔1〕741頁）。

なお、それ以前の許可件数は、以下のとおりである。2002年—3877件、2001年—3070件、2000年—2799件、1999年—2526件、1998年—2551件、1997年—2179件、1996年—2388件、1995年—2477件、1994年—2057件、1993年—2316件、1992年—2003件となっている（新井誠「成年後見法における医療行為の同意権」新井誠編『成年後見と医療行為』〔日本評論社、2007年〕3頁）。

このようなケースにおいても、構成要件に該当する侵襲行為を行った医師すべてが刑事法上の責任を問われるわけではないはずであるが、その根拠および要件はどこに求められるのであろうか。

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（*mutmaßliche Einwilligung*）」の法理がある。治療行為に対する同意能力を有さない患者への医的侵襲の正当化について検討するための示唆を求めて、次に、ドイツにおける「推定的同意の法理」をめぐる議論を概観してみたい。

### 第3節 「推定的同意」の法理による正当化の可能性

#### 1 「推定的同意」の法理の意義

「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<sup>65</sup>。メツガーによって提唱されたこの理論をめぐるドイツでの議論の歴史は古く<sup>66</sup>、今日では、被害者の同意とともに超法規的正当化事由のひとつとして学説および判例で広く認められている<sup>67</sup>。推定的同意の法理が適用される具体的事例として、たとえば、留守中の隣家の水道管が破裂し、今にも住居が水浸しになりそうになっていたので、垣根を越えて隣の庭に侵入し、水道管の元栓を閉めたというケースが挙げられる。この場合、居住者の承諾を得ないで他人の住居に侵入した行為について推定的同意が認められうるのである。この法理による正当化を導く際に重要なのは、法益主体の推定的意思、すなわち、「もし被害者がすべて

<sup>65</sup> Roxin, a.a.O. (Anm.45), § 13 Rn 12 ff., § 18 Rn 29 ff.

<sup>66</sup> Mezger, Strafrecht, 3 Aufl., 1949, S.218 ff.

<sup>67</sup> Roxin, a.a.O. (Anm.45), § 13 Rn 12 ff., § 18 Rn 29 ff.

の事情を認識していたならば、行為者の行為に同意したであろうとの蓋然性判断」である<sup>68</sup>。治療行為の場面でも、この推定的同意の法理が持ちだされる<sup>69</sup>。たとえば、患者が治療行為に対して同意能力を有さない者であったり、緊急の治療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である。こうしたケースで医師が患者の同意を得ないで行った治療行為について、推定的同意の理論を用いることによって、当該患者が状況を認識していれば治療行為に同意したであろうと認められる場合には、医師の治療行為の正当化を導くことができるのである。

ただし、推定的同意は、現実の同意の欠如を補うものにすぎないと解されている。したがって、患者本人の同意を得ることが不可能で、「補充性 (Subsidiarität)」が認められる場合に限って、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<sup>70</sup>。「補充性」が要求されている理由は、「法益主体の権利領域に干渉すべきかどうかを、その者に尋ねることが可能な場合にも、法益主体の現実の意思に合致しないという危険をおかすことを許容する理由は存在しない」からである<sup>71</sup>。同意能力を有する患者の同意を得ることが可能な

<sup>68</sup> Mezger, a.aO. (Anm.66), S.219.

<sup>69</sup> Schönke– Schröder, StGB, 13 Aufl., S.371 f.

<sup>70</sup> Claus Roxin, Über die mutmaßliche Einwilligung, in Festschrift für Hans Welzel, 1974, S.461.

<sup>71</sup> Lenckner, Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar 26 Aufl., 2001, Vor § § 32 ff., Rdn., 56; Hirsch, Leipziger Kommentar 10 Aufl., Vor § 32 ff. Rnr. なお、川原広美・前掲注(31)79頁以下、町野朔「治療行為における患者の意思(二)」上智法学論集24巻2号(1980)92頁も参照。

<sup>72</sup> これに対して、軽微な、または一時的な侵害については、被害者の現実の意思を確認することができたであろう場合にも、推定的同意による正当化を認めようとする見解も見られる。しかし、こうした見解に対しては、通説を支持する立場から、以下のような批判が加えられている。そもそも、構成要件に該当する行為が推定的同意によって正当化されるのは、患者本人の現実の同意を得ることができないという状況下において特別に認められる場合のみであるから、法益権者の現実の意思を確認することができる場合には、その侵害の程度がいかに軽微なものであっても、本人の意思を確認するべきである。

場合には、医師は患者本人の同意を得なければならないのである。たとえば、意識を失っている患者への治療行為を延期しても患者の生命や健康に影響を及ぼさないケースにおいては、患者の意識の回復を待って、その意思を確認しなければならないのである<sup>72</sup>。

今日、ドイツにおいて、患者本人による現実の承諾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<sup>73</sup>。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ていないようである。近年、わが国においても「推定的同意」に関する議論が散見されるが<sup>74</sup>、同意能力を有さない患者に対する医的侵襲の正当化について

---

<sup>73</sup> 武藤眞朗「医師の説明義務と患者の承諾—『仮定的承諾』序説—」東洋法学49巻2号（2006）6頁参照。

<sup>74</sup> わが国における推定的同意の法理に関する研究として、以下のものが挙げられる。須之内克彦「推定的同意について」鈴木茂嗣編『平塚安治博士還暦祝賀・現代の刑事法学（上）』（有斐閣、1977）221頁以下、廣瀬美佳・前掲注（5）245頁以下、同・前掲注（16）177頁以下、川原広美・前掲注（31）75頁以下、小林憲太郎「いわゆる推定的同意について」立教法学69巻（2005）27頁以下、川原格「侵襲の拡大と推定的同意」上武大学経営情報学部紀要6号（1992）1頁以下、伊藤寧「推定的同意による行為と許された危険について（1）（2）」海上保安大学校研究報告第1部21巻1号（1975）13頁以下、22巻1号（1976）1頁以下など。

<sup>75</sup> なお、近時ドイツでは、医療措置を行う際に、患者に対して十分な説明をし、患者本人の同意を得ようと思えば得ることができたにもかかわらず、同意を得なかった、あるいは、不十分な説明に基づく同意を得た場合に、「仮定的同意（hypothetische Einwilligung）」とよばれる法理を用いて、当該医的侵襲の可罰性を否定しようとする動きがみられるようになってきた。この法理では、推定的同意の法理において要求される補充性が認められなくても医的侵襲が正当化される。ドイツでは、仮定的同意に関する議論も活発に展開されており、わが国においても近年注目されている重要論点のひとつではあるが、これに関しては別稿で検討を加えることとし、同意能力を有さない患者への医的侵襲の正当化に関する考察を目的とする本稿では扱わないこととする。仮定的同意に関する最近の研究として、武藤眞朗・前掲注（73）5頁以下、同「いわゆる仮定的承諾について—医師の説明義務と患者の承諾—」刑法雑誌47巻3号（2008）317頁以下、塩谷毅「被害者の仮定的同意について」立命館法学327・328号（2009）380頁以下などがある。

検討するにあたって、非常に有益であると思われるので、以下において、ドイツにおける「推定的同意」をめぐる議論を整理しておきたい<sup>75</sup>。

## 2 裁判例

まず、推定的同意の法理に言及した裁判例についてみてみたい。患者本人の現実の同意を得ることができない場合で、推定的同意の法理によって違法性阻却を認める判断を下した裁判例においては、「補充性」の有無が大きな論点のひとつとされている。たとえば、「患者本人の同意を得ることが不可能か、または緊急状態にあるなどの場合にのみ」推定的同意の法理を用いた違法性阻却を認める余地があり、治療行為を開始する前に患者に事態を告げてその同意を得ることが可能である以上は、患者本人の現実の同意を得なければならないと明示されているのである<sup>76</sup>。この補充性について言及された裁判例をいくつかみてみたい。

患者本人の同意を得ることができない場面のひとつとして、手術の最中に手術範囲や手術内容を急遽変更する必要性が生じたケースが問題になりうる。こうしたケースについて判断を下したのが、1957年の第一筋腫事件連邦最高裁判所判決である。本件の事実の概要は以下のとおりである。子宮筋腫摘出について患者本人の同意を得て手術を開始したが、開腹してみると筋腫が子宮全体に深く癒着していることが分かった。そのため医師は、一度閉腹して改めて患者の同意を得ることなく、子宮全部を摘出した<sup>77</sup>。実際に患者の同意を得ていた範囲を超えて医師の判断で侵襲を加えた点について、医師の刑事責任が問われたケースである。

原審では、本件の具体的事実関係のもとでは、患者がこのような手術の拡大についても同意していると認めることができるとして、拡大変更の内容に対する患者の新たな同意を得ないで行った手術について医師の過失責任が否

---

<sup>76</sup> BGHSt 16, 304 (312).

<sup>77</sup> BGHSt 11, 111.

定された。しかし、連邦最高裁判所は、以下のような理由で原審判決を破棄し、差戻した。すなわち、患者は、子宮の全摘出によって筋腫を切除することよりも、筋腫を抱えながらも子宮を温存させることを希望する可能性も考えられる。したがって、手術拡大の可能性をあらかじめ患者に告げなかった点に医師の過失があると判示したのである。

本件の再上告審判決である1960年の第二筋腫判決では、連邦最高裁判所は以下のように判示し、医師の過失責任を否定した<sup>78</sup>。患者が手術拡大の可能性を事前に告知されていても、これに同意していたであろうと推察される場合には、患者の推定的同意があると認められるため、変更後の侵襲についても正当化される。本件においては、たしかに事前に手術拡大の可能性について説明をしていなかったが、仮にいったん閉腹して患者に事情を説明したとしても、当該患者は子宮全摘出に同意したであろうと推察される。したがって、本件では患者の推定的同意が認められるため、手術内容の拡大変更について改めて患者に説明し、その同意を得なかったとしても、医師には過失はないとしたのである。

他方、1976年の鼓室形成判決では、患者の同意を得ることなく手術の拡大変更を行った医師は、たとえその変更が事前に予見不可能な場合であっても、原則として専断的治療行為に基づく責任を免れないと判示されている。本件の事実の概要は、以下のとおりである。医師は、患者の難聴の原因を究明するために、患者の右中耳を切開し、聴覚機能回復の可能性を探ることを提案した。手術を行うにあたって、侵襲方法と経過については患者に説明したが、侵襲にともなう特殊の危険性と、悪化を防止できない恐れがあることは説明していなかった。こうした状況のもと、局所麻酔下で手術を実施したが、その際に顔面神経の分枝を切断してしまい、患者に顔面麻痺が残った。そこで、

---

<sup>78</sup> BGH Urteil 4 StR 375/60. 本判決は、判例集には掲載されていない。ここでは、Schmidt, Gutachten für 44. DJT, Rnr. 164を参考にした。なお、町野朔・前掲注（5）78頁以下、295頁も参照。

患者側が医師に対して慰謝料を請求したというケースである。

こうした訴えを受けて、連邦通常裁判所は、以下のように判示して原告の請求を認容した。手術中に新たな危険に直面した医師は、患者に対して手術を続行するための説明をしておらず、手術の続行についての患者の有効な同意を得ていない。したがって、患者に危険を及ぼすことなく手術を中断することができる場合には手術を中断して患者の新たな同意を得なければならない。本件についてみると、患者に危険を及ぼすことなく手術を中断し、改めて患者に説明をしたうえでその同意を得ることが可能であったはずである。したがって、たとえわずかでも、当初より増大した危険を患者が引き受けるか否かについて決定をする機会を与えなかった点については、医師に責任を問うべきであるとの結論を導いたのである。すなわち、本件においては、補充性がないと判断され、推定的同意の法理による違法性阻却が認められなかったのである。

### 3 推定的同意の違法性阻却根拠をめぐる学説

次に、推定的同意の法理をめぐる学説の動きを整理したい。現実的同意について構成要件該当性を阻却する効果を主張する見解も、推定的同意の法理による違法性阻却は認めている<sup>79</sup>。この点については、学説においてもコンセンサスがある。しかし、推定的同意の法理によって違法性が阻却される根拠については、見解の一致をみるには至っていないようである。推定的同意の違法性阻却根拠については、さまざまな見解が主張されているが、①被害者の自己決定権保護の観点から、被害者の現実の承諾に類似するものと理解する見解、②緊急避難に類似するものであるとの理解を前提として、被害者の客観的利益保護に重点を置く見解、③許された危険に基づく正当化事由と位置づける見解とに大別することができる。以下において、これらの学説について概観したい。

---

<sup>79</sup> Roxin, a.a.O. (Anm.70), S.461.

（１）被害者の同意説 第一に、推定的同意も被害者の現実の同意の一類型であると説く見解である<sup>80</sup>。こうした立場を主張する見解によると、推定的同意とは、仮に被害者が事態を完全に認識したならば、当該行為に同意したであろうという客観的立場から行う蓋然性判断ということになる。こうした見解によると、合理的に判断して、行為者がどのような行為をとるべきであったかということが問題なのではなく、被害者が事態を完全に認識していたならば同意していたかどうかが重要になってくる。

この見解に対しては、単に「推定的な」ものを被害者の現実の同意と同一視し、違法性阻却効果を認めるのは妥当ではないという批判が加えられている。さらに、この見解によると、合理的な一般人の基準に基づいて判断し行為した結果、被害者の現実の同意に合致していなかったことが後に判明した場合、違法性を阻却することができない。この点についても批判が加えられている。すなわち、患者の真意が不明なため、医師は合理的一般人の判断にしたがって行為したが、後にこの治療行為の内容が患者の真意と合致していないことが明らかになった際に、医師の行為について犯罪の成立が肯定されてしまうという結論が導かれてしまうが、このような場合に医師に責任を負わせるのは酷ではないかとの批判である<sup>81</sup>。

（２）緊急避難説 第二に、客観的・合理的要素を強調し、推定的同意の法理による違法性阻却根拠を緊急避難の一類型であると考えた見解がある<sup>82</sup>。すなわち、ある法益を侵害してしまったとしても、それがより大きな利益を保護しようとして、やむをえず与えてしまった侵害であるならば、緊急避難のひとつとして違法性阻却を認めることができると説くのである。こうした

---

<sup>80</sup> E. Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GS, Bd.89, 1924, S. 287; E. Mezger, Strafrecht (Ein Lehrbuch), 3 Aufl., 1949, S. 219; Lenckner, a.O. (Anm.71), Vor § 32, Rn 56.

<sup>81</sup> Roxin, a.O. (Anm.70), S.449.

<sup>82</sup> Schmidhäuser, Strafrecht AT, Lehrbuch 21 Aufl.(1975), § 9, Rn 49; Welzel, Das deutsche Strafrecht 11 Aufl. (1969), S.92.

主張を展開する見解によると、被害者自身の推定的同意によって違法性阻却が認められるのは、当該行為の被害者の利益に資するものであるため、客観的に判断すれば被害者の同意が期待されうるような場合となる<sup>83</sup>。

しかし、この見解に対しては、以下のような問題点が指摘されている。すなわち、推定的同意の法理と緊急避難とでは、その構造が異なるという指摘である。

緊急避難では、法益や価値、利益、義務といったものについて客観的に考慮する必要があるが、法益主体の推定的意思については考慮されない。これに対して、推定的同意の法理では、正しい目的のために客観的に正しい手段を選択するということは問題ではなく、法益主体がその状況を正確に認識していたら、そのような行為に同意したかどうかという点が重要なのである。推定的同意の法理では、客観的に判断すれば当該行為が法益主体の利益にはならないものであったとしても、たしかな根拠をもって推測された被害者の意思にそっていると認められた場合には、その行為は正当なものと評価され、違法性が阻却されるのである。推定的同意の法理では、正しい目的のために客観的に正しい手段を選択するということは問題ではなく、法益主体がその状況を正確に認識していたら、そのような行為に同意したかどうかという点が重要なのである。このように、合理的一般人の立場を重視する緊急避難と、当該法益主体の個人的な立場の重要性を説く推定的同意の法理は相いれないものであると説くのである。したがって、推定的同意による違法性阻却根拠を緊急避難に求めると、自己決定権の尊重がおろそかになってしまいかねないとの懸念を示すのである。

(3) 許された危険説 第三は、推定的同意の性質を許された危険に類するものであると説く見解である。許された危険とは、法益を侵害・危殆化する振舞いをすべて禁止してしまうと、失われる行動の自由や社会的有用性があまりにも大きくなりすぎることから、あらかじめ十分な注意がはらわれて

---

<sup>83</sup> Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11 Aufl., 1969, S.92.

いる場合には、結果的に被害者の望まない事態が発生したとしても、そのような振舞いを許容しようとする考え方である。推定的同意の違法性阻却根拠を許された危険に求める見解は、推定的同意の性質について、現実の同意とは異なり、構成要件に該当する侵襲行為が、本人の真の意思についての事実になかった仮定的蓋然性判断に基づく行為によって正当化されるものであると捉えている。この問題の出発点は自己決定権にあるから、重要なのは「客観的な基準」ではなく、本人の「仮定的意思」である。本人が状況を正確に認識しえたならば、その個人的な立場から当該行為に同意したであろうという蓋然性判断が重要なのである<sup>84</sup>。こうした理解に立てば、推定的意思が現実の患者の意思と矛盾する危険性が常に内在しているということになる。したがって、推定的同意は、被害者の現実の同意や緊急避難に類似するものではなく、許された危険に基づく正当化事由であると説くのである。

この見解は、結果的に被害者の望まない事態が発生したケースを念頭に置いている。治療行為の場面について考えてみると、治療措置が必要になった時点で患者本人の同意を得ることができない場合において、患者の推定的同意が認められ、かつ医師として要求される注意を尽くして医的侵襲を行ったのであれば、万が一好ましくない結果に終わったとしても許容されるという結論が導かれる。この見解によると、医師が治療を施す際に必要な義務を尽くしているかどうか重要なポイントなのである。

こうした見解は、今日、ドイツにおいて広い支持を得ている。他方で、以下のような問題点を指摘する声も聞かれる。許された危険は、本来、当該行為の有用性のゆえに、その行為から法益侵害結果が発生しても一定の範囲で許容する理論である。ここで一定の社会的に有用な行為が「許される」というのは、利益衡量に基づいて正当化されるという意味である。推定的同意の法理においては、行為が社会的に有用かどうかの問題なのではなく、当該法益主体にとっての有用性が問題となっているはずである。それゆえ、推定的

---

<sup>84</sup> Roxin, a.aO. (Anm.70), S.451.

同意の問題領域においては、「許された危険」はそもそも個人の自己決定領域への介入としての正当化根拠とはならないのではないかという指摘である。また、許された危険の発想そのものについて、違法性阻却要素として受け入れることについて疑問を呈する声もある。すなわち、行為者が事前に注意を尽くしたかどうかということは、違法性の段階で考慮すべき要素ではなく、責任を阻却する要素ではないのか、という指摘である。

### 第3章 ドイツにおける議論とわが国における議論の比較

ここで、わが国とドイツにおける議論の現状を比較し、その共通点および相違点を整理してみたい。まず、共通点としては、ドイツにおいてもわが国においても、治療契約の締結のために必要な能力と医的侵襲に対する同意能力とは異なるものであると考えられている点が挙げられる<sup>85</sup>。いずれの国においても、治療契約の締結は法律行為であり、治療契約の締結をするためには行為能力が必要とされる。これに対して、医的侵襲に対する同意は法律行為ではないため、医的侵襲に対して判断を下すためには行為能力とは異なる「同意能力」が要求されるのである。

他方、相違点は、わが国における成年後見制度、ドイツにおける世話制度と治療行為との関係である。ドイツの世話制度のもとでは、成人年齢に達した者が精神疾患などの理由により自らに関する事項について判断することができない場合に選任される世話人は、被世話人の医的侵襲に対して患者の代わりに同意をすることができる。これに対して、わが国における成年後見制度については、患者の身体への医的侵襲に対する成年後見人の代諾権限に関する明文規定が存在しない。こうした現状のなかで、成年後見人は、成年被後見人に代わって治療契約を締結する権限が認められるという点では一定の

---

<sup>85</sup> 富田哲・前掲注(1)739頁。

コンセンサスがみられるが、医的侵襲に対して同意する権限についてはいまだ議論の決着をみるには至っていない。実務におけるニーズなどを根拠に、医的侵襲についても成年後見人の代諾権を認めるべきであると説く見解がある一方で、治療行為が自らの身体への直接的な侵襲行為という一身専属的な性格を有することから、医的侵襲に対する代諾の権限を認めていない立法担当者の見解を支持する立場も少なからずみられる。

また、両国における議論のもうひとつの相違点として、ドイツにおける世話制度のもとでは、患者の生命に重大な危険を及ぼす場合や、重大かつ長期間にわたって健康上の被害を及ぼす可能性がある場合には、後見裁判所の許可を要求している点が挙げられる。つまり、世話人に代理権を認める一方で、一定の場合には第三者機関の介入を必要としているのである。これはわが国の制度にはみられない特徴である<sup>86</sup>。

わが国における成年後見制度と比較すると、以上のような相違点がみられる世話制度には、次のようなメリットがあると評されている。第一に、世話制度の導入によって、治療行為に対して同意権を行使する者が存在しないという状況がほとんど生じなくなったという点である。ドイツの世話制度のもとでは、被世話人が治療行為に対して同意をする能力を有している場合には本人が、被世話人がこの能力を有さないときには世話人が、というように、誰が治療行為に対して同意権限を有しているのかが明確になるからである。上述したように、当該制度の利用に対する抵抗が解消されたことによって世話制度は高い利用率を維持しているため、ほとんどのケースにおいて、治療行為に対して判断を下すべき者が明らかなのである。第二に、患者の生命や身体に対して重大な影響を及ぼしうる医療行為に対しては、世話人のみの判断にかからしめるのではなく、第三者的な立場として後見裁判所を関与させるなど慎重な手続きを要求することによって、患者本人の利益保護を図るこ

---

<sup>86</sup> 富田哲・前掲注（1）741頁参照。

とができる点である<sup>87</sup>。

ドイツの世話制度には、わが国の成年後見制度と共通する点もみられるが、上述したようなメリットも指摘されており、成年後見制度よりもかなり配慮が行き届いた制度であると評価されている<sup>88</sup>。そこで、わが国における医的侵襲についても、ドイツにおける世話制度と同様に、医的侵襲についても成年後見人に代諾する権限を認めるよう法整備を求める声も小さくない<sup>89</sup>。

## むすび

本稿では、治療行為に対して同意能力を有さない患者に対して医的侵襲を加える際に問題になりうる、他者による代諾の意義について考察を加えてきた。患者の身体への直接的な侵襲が正当化されるためには、原則として患者本人の同意が要求されるが、患者が、治療行為について自ら判断することができないような幼い子どもや、重大な精神疾患を患っている者である場合には、医的侵襲の正当化を導くために原則として要求される患者本人の同意を得ることができない。しかし、患者本人の同意が得られないということのみをもってこうした患者に対するすべての医的侵襲について犯罪の成立を肯定するのは、あまりにも妥当性を欠くものと思われる。実際に、医療の現場においても、幼年者や精神上の疾患が原因で自ら判断できない患者に対しても

---

<sup>87</sup> 富田哲・前掲注（1）741頁以下。

<sup>88</sup> 塚本泰司・前掲注（1）42頁、山上泰「医療行為の同意について」法学セミナー575号（2002）56頁、石川稔・前掲注（16）61頁、富田哲・前掲注（1）748頁、赤沼康弘・前掲注（1）45頁。

<sup>89</sup> もっとも、外国の法制度を無条件でわが国に導入することができないが、歴史的にみて、西欧の法を継受してきたわが国にとって、西欧諸国の立法および学説を参酌することは望ましいことであるし、グローバル化が進んでいる今日、高齢化社会への対応は日本と西欧とで共通する問題でもあるから、西欧諸国の動向を参考にすることは必要である（富田哲・前掲注〔1〕742頁以下）。

医的侵襲が行われており、これらの侵襲は一般に正当なものであると評価されている。通常、医療の現場で、患者本人の同意を得ることができない場合には、近親者などの代理の者の同意が要求されている。患者の身体への直接的な侵襲をともない、患者に大きな影響をもたらさうる医的侵襲について、他者による代諾を認めるべきではないと説く見解も少なからずみられる。たしかに、治療行為というのは、場合によっては患者の生命をも左右する重大な影響をもつものであるから、安易に代諾を認めるべきではないであろう。しかし、そもそも医的侵襲を行う際に患者本人の同意が要求されるのは、患者自身の自己決定権を尊重するためである。そうであるならば、患者本人が自己の意思を表明することができない状態にある場合であっても、可能な限り患者の意思を汲み、これに沿った措置を施すべきである。もし、自ら意思表示できない患者に代わって諾否を判断することができる者がいる場合には、その者の意見を汲んだ処置をすることがひいては患者の自己決定権の尊重にもつながりうるのではなからうか。その意味において、医的侵襲に対する他者による同意を尊重する意義は決して小さくないように思われる<sup>90</sup>。

ここで明らかにしなければならないのが、患者以外の他者による同意の法的意義である。患者本人の同意を得ることができないケースでは、患者本人の同意に代わって代諾者の同意を医的侵襲の正当化要件として要求すると、代諾をする者がいない場合には、医的侵襲の正当化の可能性が否定されてしまいかねない。

この問題について検討するにあたって参考になるのが、ドイツにおいて展開され、近年わが国でも注目されつつある「推定的同意」の理論である。ドイツでは、推定的同意の法理によって違法性が阻却される根拠をめぐる議論はいまだ連綿と続いているものの、推定的同意の法理による違法性阻却効果

---

<sup>90</sup> ただしその際には、代諾者の恣意的な判断を排除するために、ドイツ世話制度にならって一定の範囲で第三者の判断を介入させるなど、患者本人の利益保護を図る配慮も必要であろう。

を認めるという点では学説の一致がみられる。そして、患者本人の現実の同意が得られないケースにおいて患者の意思を推定する際には、他者による医的侵襲に対する意見だけが判断要素になるとは考えられていない。すなわち、他者によって示された意見は、患者本人の現実の同意が認められないケースにおける医的侵襲を正当化するための不可欠の要素であると解されているのではなく、あくまでも「患者本人の真意を推測するためのひとつの要素」と解されているのである。

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面での医的侵襲について、この推定的同意の法理を適用することによって正当化を認める可能性を探るドイツでの議論は、わが国において治療行為に対する同意能力を有さない患者への医的侵襲の正当化について検討するにあたって、大変示唆に富むものであるといえよう。

わが国において、患者本人の同意が得られない場合に他者によって表示された意思は、あくまでも同意能力を有さない患者本人の真意を推定するためのひとつの要素であると捉えれば、同意能力を有さない患者に近親者などの代理をする者がいない場合や、意識不明の状態でも病院に搬送されてきた患者に対して緊急の治療行為を施す必要があり、家族の到着を待っている余裕がない場合なども、推定的同意の法理を用いて正当化を導く余地があろう。同意能力を有さない患者への医的侵襲の正当化根拠およびそのための要件について考察をするにあたっては、わが国における推定的同意の法理をめぐる議論を整理する必要がある。本稿においてはこの点について十分に扱うことができなかつたので、今後の研究では、この点について整理をしたうえで同意能力を有さない患者に対する医的侵襲の正当化根拠とその要件について考察したい。