

平成 30 年 6 月 11 日現在

機関番号：10101
研究種目：若手研究(B)
研究期間：2015～2017
課題番号：15K16942
研究課題名(和文) 治療行為とその周辺領域に関する統合的研究序説

研究課題名(英文) Integrated legal study on a treatment

研究代表者

佐藤 陽子 (Yoko, Sato)

北海道大学・法学研究科・准教授

研究者番号：90451393

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,300,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、治療行為における医師の行為規範を導くこと、とりわけ患者に対して医師にはどこまでの説明義務があるのか定めることを目標とした。本研究は基本的に日本及びドイツを中心とする諸外国の文献等から知見を集積し、分析・検討する形式で行った。
本研究から得られた知見によれば、刑法上の医師の責任は必ずしも患者の真の意思に左右されず、また場合によっては患者の価値観にも左右されない。このような帰結については、(患者の)推定的承諾の法理が重要な役割を果たす。詳細については、近日中に北大法学論集にて公表予定である。

研究成果の概要(英文)：This study aimed to make a norms for the doctor's behavior in the treatment, in particular, a norm for the duty of explanation (informed consent). I gathered knowledge from literature etc. in Japan and in other countries (for example Germany, Austria) and analyzed that.

According to the consequence of this study, the doctor's criminal responsibility is not always influenced by the patient will. It is the inevitable consequence of the theory "presumptive consent of patient (mutmassliche Einwilligung)". Details of this theory will be reported soon.

研究分野：刑事法

キーワード：刑法 民法 治療行為 推定的同意

1. 研究開始当初の背景

これまで治療行為とその周辺領域（安楽死や臓器移植）の問題（正当化根拠および要件）は、行為類型ごと、そして法分野ごとに区別して論じられるのが一般的であった。治療行為とそれ以外の領域ではその性質が大きく異なるし、法分野が異なればその思考方法が異なるから、このような区別自体は決して不当なことではないが、問題は、医師にとって行為類型ごと、そして法分野ごとの行為規範（つまり民法に違反しないための行為規範と刑法で処罰されないための行為規範）の区別が全く無意味であることにありとされていることにある。

医事法の領域における刑法と民法の対話は実際に日本医事法学会や多くの共同研究にて行われてきた。とりわけ、唄孝一が『契約法大系（7）補巻』（有斐閣、1965）に「治療行為における患者の承諾と医師の説明（西ドイツにおける判例・学説）」（同『医事法学への歩み』（岩波書店、1970年）3頁以下所収）を発表して以降の、患者の同意と医師の説明義務に関する研究は医療関係者をも巻き込んで大いに盛り上がった（たとえば、「医師と患者の関係をめぐって（第5回医事法学会）」ジュリ 568号（1974）14頁以下、「医師と患者の関係（医事法学会シンポジウム）」法時 49巻（1977）1号 8頁以下）。また、2009年以降信山社から「医事法講座」シリーズが刊行され、治療行為およびその周辺領域に関する学際的な研究がおこなわれている。このような研究はいずれも重要な知見を含むものであるが、それぞれの分野の知識をそのまま持ち寄り、それを別の分野の専門家が異なった土俵の上に乗せたまま検討するという形式にとどまるものが多いように思われる。

このような現状を克服すべく、近年「統合的医事法」という分野の必要性が主張される（アルビン・エーザー（上田健二・浅田和茂編訳）『医事刑法から統合的医事法へ』265頁以下を参照。結論においてエーザーは独立した「医事法」という分野の確立を求める）。「統合的医事法」とはつまり、医事法の領域において統一的な行動ルールを作ることを目的とする学問領域のことである。しかし、かかる概念は提唱されたばかり（2006年）であり、なお十分に発展したとはいえないし、発展しつつあるとも言えない状況にある。

本研究はエーザーのいう「統合的医事法」の定立を目指すものであり、それぞれの法分野を横断する「行為規範」を、その理論的基礎を失うことなく得ようとするものである。

2. 研究の目的

本研究は、上述のように最終的にはそれぞれの行為類型、法分野を横断した医師の「行為規範」を導くことを目的とする。法的結果をいったん度外視した、行為規範という上位概念に着目することで、民事法と刑事法の調

和、連続的に行われる治療行為とその周辺領域の調和を目指すものである。

しかし、すでにエーザーが指摘したように、当該研究のためには各分野に関する相当の知識量を必要とする。そのため3年という短期間で結論に至ることは困難であり、本研究期間においては、今後の共同研究への布石として刑事法の分野に限定し、それぞれの行為類型で現在要請されている刑法上の「行為規範」を明らかにする。

3. 研究の方法

基本的には学術的な資料（日本、ドイツ、オーストリア、スイス、イギリス）に基づいて、治療行為およびその周辺領域にある行為の正当化根拠および要件を研究し、そこから医師の（とりわけ説明義務に関する）行為規範となりうるものを抽出した。

また、学説内において規範が対立している領域においては、民事法的観点からの検討を加えた。ただし、民事法の通説的帰結をそのまま受入れたわけではなく、民事法と刑事法の差異を考慮に入れた上で一判断材料とした。

4. 研究成果

（1）平成27年度の成果

平成27年度は、治療行為の正当化根拠について、既存の研究を詳細に確認することから開始した。とくに、患者の承諾と説明義務の問題について、これまでの研究が、患者の承諾にどのような性質を認めているのか、それとリンクしてどこまで説明義務を要求しているのかについて研究した。

ここでは、論者によって用いられる承諾の意義、とりわけその成立要件が異なることを確認した。そして、むしろそれは「あるべき処罰範囲」または「あるべき説明義務」を導くために、恣意的にコントロールされている可能性を認識した。このようなコントロールは、患者の承諾について、いわゆる「被害者の承諾」（犯罪阻却原理のひとつ。被害者が自律的に法益放棄をおこなった場合には、犯罪の成立が否定される）と同じ意義・要件を用いている論者においても、他の理論、特に「推定的承諾」（犯罪阻却原理のひとつ。被害者が承諾することが推定される場合に、犯罪の成立が否定される）をあわせて用いることで事実上行っている可能性も認識した。ただ、後者については、「推定的承諾」の意義と要件がなお明確でない現状で、早急に判断できないとも考えた。

最終的には、平成27年度の成果として、それぞれの論者が、どのような修正を「被害者の承諾」にかけ、どのような結論を導こうとするのか、それは民事法的な帰結を意識してのことなのかを研究する必要性、とりわけ、「推定的承諾」の重要性を確認するにとどまった。

(2) 平成 28 年度の成果

平成 27 年度は、上述のように患者の承諾と説明義務の内容について、とりわけこれまでの研究が、患者の承諾にどのような性質を認めているのか、それとリンクしてどこまで説明義務を要求するのかについて研究した。それによって、患者の実際の意思と規範的に求められる患者の承諾(の最低水準)との隙間を埋めるべく作用する「推定的承諾」の意義を認識し、「推定的承諾」に集中して研究を進める方針を決定した。

そのため平成 28 年度は、主に日本の文献およびドイツの文献を用い、推定的承諾とは何かについて、違法性を阻却する根拠と要件に焦点をあてて研究した。被害者の自己決定権を犯罪阻却根拠とする被害者の承諾とは異なり、推定的承諾は、事態を認識していない被害者の「推定される意思」を根拠に違法性を阻却する。すべての文献を調査したわけではないが、ここでいう「推定される意思」が、被害者の現実的意思に反しているとき、または被害者の承諾を得ることが可能であったときにも、違法性阻却の効果を発揮するかは、論者によって全く異なって理解されている。そこには、被害者の意思に反するが処罰すべきではない事案を、推定的承諾の名において不可罰にするか否かの方針の違いがあるように思われる。より具体的にいえば、被害者の意思に反しても処罰すべきではない一方で、被害者の意思を全く無視できない事案が、特に治療行為を中心に存在し、その解決の一手として推定的承諾を用いるべきか否かは、論者により全く様々である。

さらに、推定的承諾を用いない論者も、仮定的承諾という近年新たに注目を集めるようになった理論を用いて、妥当な帰結を求めようとするものもある。

結局、平成 28 年度の成果として、どれを処罰すべきでどれを処罰すべきでないのかという論者の判断が結論を左右している可能性があること、その際に、推定的承諾や仮定的承諾の理論が論者によって形を変えて用いられている可能性を認識した。

(3) 平成 29 年度の成果

平成 28 年度は、上述のように患者の推定的承諾について日本やドイツに文献に基づいて研究し、暫定的な結果として、推定的承諾や仮定的承諾の理論が結論の妥当性を求めるために、恣意的に用いられている可能性を認識した。そのため、平成 29 年度では医療行為における推定的承諾・仮定的承諾を継続して研究するに加えて、さらにそもそも推定的承諾とはどのような理論であったのかについて研究する方針を決定した。そしてとりわけ後者について、本研究は一定の成果を得ることができたものと思われる。

すなわち、推定的承諾はこれまでの通説的理解に基づけば、患者の明示の意思に反している場合及び、患者の現実の同意を得る

機会がある場合には、用いることができないことが当然の前提とされてきた(ただし、生命に危険がある場合は例外)。治療行為との関係で、は患者の決定がたとえ不合理であっても、その判断(価値基準)を尊重すべきとの結論を導き出し、は、たとえば意識不明者の治療は、治療の遅滞が重大な結果をもたらさない限りは、推定的承諾の法理を用いることはできず、患者の意識の回復をまった上で承諾をえなければならないとの結論を導く。

しかし、本研究に基づけば、はいずれも無制限に認められる理論ではない。すなわち、本来的には、推定的承諾は社会的に許容されるべき、法益所有者の真の利益になる行為の違法性を阻却するものである(推定的「承諾」という名称が混乱のもとになっているものと思われる。詳細は、北大法学にて公表予定)。争いの余地なく、法益の所有者の物理的な利益になる行為は許容されるのであり、この点で、治療行為も一定の範囲で推定的承諾の法理により正当化可能である。説明義務の範囲も、それに対応する範囲で削減することが可能となる。

平成 29 年度の成果として、推定的承諾がこれまで通説的に理解されていた範囲よりもかなり広く認められること、結果として、医師の裁量がある程度広く認められることが明らかとなった。これは、患者が幼児であったり、精神病者であったりと、同意能力が欠けている場合に「代理人の推定的承諾」が問題となるとする理解にも、疑問を呈するものである。代理人の権利は、患者の利益に反しない限りで認められるとすれば、患者の利益が明らかに定まっている範囲では、代理人の推定的承諾は考えられない(結論が決まっている)ことになる。

(4) 最終的な成果(まとめ)

本研究は、治療行為およびその周辺行為に関して医師の行為規範を導くべく、それぞれの正当化根拠および成立要件を研究するものである。

研究の過程で、医師の行為規範を定立するに際し、患者の推定的承諾の法理が重要であること、そして我が国の刑法学ではなおその検討が不十分であることに気が付き、本研究はかかる法理の解明に焦点をあてる方針を決定した。

結果として、これまで推定的承諾の法理が、被害者の承諾の代用品のように扱われていたこと自体が間違いであり、推定的承諾は社会的に許容されるべき、法益所有者の真の利益になる行為の違法性を阻却するものであるとの結論にいたった。そして、これまで推定的承諾の当然の前提とされていた 補充性の原則および 承諾の有無は被害者の価値観に基づいて判断されなければならないという二つの要件は必ずしも必要がないことが明らかになった。また、「代理人の推定

的承諾」という概念自体が怪しいものであることを明らかにした。かかる研究に基づけば、患者に利益であることが疑いようもない行為に関しては、専断的な治療を行っても正当化されうること、この範囲では医師に説明義務がかされないことになる。

上記研究の詳細は、近日北大法学にて公表予定である。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

〔雑誌論文〕(計 1件)

佐藤陽子「性犯罪における被害者の意思と関与」刑法雑誌 57巻2号(2018年) 286頁-301頁、査読無

〔学会発表〕(計 0件)

〔図書〕(計 0件)

〔産業財産権〕

出願状況(計 0件)

名称:

発明者:

権利者:

種類:

番号:

出願年月日:

国内外の別:

取得状況(計 0件)

名称:

発明者:

権利者:

種類:

番号:

取得年月日:

国内外の別:

〔その他〕

ホームページ等

6. 研究組織

(1) 研究代表者

佐藤陽子 (SATO, Yoko)

北海道大学・大学院法学研究科・准教授

研究者番号: 90451393

(2) 研究分担者

()

研究者番号:

(3) 連携研究者

()

研究者番号:

(4) 研究協力者

()