

# 治療行為とインフォームド・コンセント法理

古川 原 明 子

## 目 次

- 1 はじめに
- 2 インフォームド・コンセント法理
- 3 治療行為とインフォームド・コンセント
- 4 おわりに

## 1 はじめに

インフォームド・コンセントという言葉は、現在では広く知られている。広辞苑（第六版）によれば、インフォームド・コンセントとは「医学的処置や治療に先立って、それらを承諾し選択するのに必要な情報を医師から受ける権利」とある。また、「医療における人権尊重上重要な概念として各国に普及」ともあり、患者の承諾やその前提としての情報提供を求めることが、患者の人権尊重と深い関わりを有することも、同様によく認識されているものと思われる。

本稿は、三つの目的を有している。第一に、インフォームド・コンセント法理が患者の自己決定の尊重を根拠の一つとしていることを確認する。そのために、この法理を発展させてきたアメリカの状況を概観する。第二に、インフォームド・コンセントという言葉は学説の議論で散見されるものの、裁判で使われることはさほど多くはなく、説明と同意という形で直接的に法的責任が問題になるのは民事法の領域である。そこで関連する民

事訴訟の動向を確認し、それが関連する刑事法の分野に及ぼす影響について考えてみたい。最終的には、医療の場における患者の同意が、刑事責任に及ぼす効果をいかに考えるかという問題につなげることを目指すものであり、インフォームド・コンセント法理についての考察が、患者の権利に関わる刑事法上の問題点を検討する際には必要となると思われる。

なお、インフォームド・コンセント法理は医療行為のみならず医療研究も適用の場面に含むが、本稿では医療行為のみを扱わざるをえなかった。

## 2 インフォームド・コンセント法理

### (1) 日本における定義

インフォームド・コンセント (informed consent) とは、医療の場で、十分な説明を受けた後の患者の承諾を指すのが一般的である<sup>1)</sup>。また、このインフォームド・コンセントを得ることなく（あるいは、不十分なインフォームド・コンセントを得て）施された医療行為は不当であるという考え方も一般的だと思われる。しかしながら、不当であることが法的にいかなる意味を有するのかは明らかではない。以下では、民事上の責任を簡単にまとめた上で、刑事上の問題点を指摘する。

十分なインフォームド・コンセントに基づかない医療行為は、民事上の責任を発生させるが、これを二つの場合に分けることができる。①当該医療行為において過失があり、身体的な損害が発生した場合と、②当該医療行為に過失はなく、身体的な損害が発生しなかった場合である。

②のように、当該医療行為自体に過失がなく、患者に健康上の悪化もなかった場合であっても、行為者等は民事上の責任を問われうる。すなわち十分なインフォームド・コンセントに基づかずに医療行為を行うことに対して、不法行為ないし債務不履行をおかしたものとして、損害賠償責任が発生する<sup>2)</sup>。当然、そこで十分な説明とはどの程度の説明であるか、患者

が承諾をなすにあたって必要な能力はいかなるものか、といった問題が生じるが、この点については後述する。

日本では、医師の説明義務と患者の同意<sup>3)</sup>に関する民事判例が集積している。最高裁は昭和56年に、医師は医療行為を行うにあたって患者の承諾を得ねばならず、その前提として、承諾に必要な説明がなければならないとの判断<sup>4)</sup>を示しており、これがインフォームド・コンセントを要請したものと受け入れられている。それ以降、現在に至るまで、インフォームド・コンセントの必要性を前提とした上で、説明義務の範囲が重要な争点となってきた。例えば、不妊治療を行う医師が負う説明義務はいかなる程度か<sup>5)</sup>、癌の告知が説明義務として求められるか否か<sup>6)</sup>、未確立療法を説明する義務はあるか<sup>7)</sup>等が問題となってきたのである。ある医療行為の結果として患者は身体上の損害を被ったが、その際に医師は説明すべき情報を患者に十分に提供しておらず、もしも十分な説明がなされていれば患者は医療行為に同意しなかったという因果関係が認められる場合を考えてみよう。患者はいわば錯誤に基づいて同意したのであって、その結果として生じた損害に対して賠償を求めることになる。他方、十分な説明があれば同意がなされなかったという因果関係が証明されずとも、十分な説明がなされなかったこと自体が人格権を侵害したとして慰謝料が認められる可能性もある。従って、不十分な説明、つまり不十分なインフォームド・コンセントが民事責任の根拠となることは、日本の民事訴訟の分野では認められていると言ってよいだろう。

では、インフォームド・コンセントと刑事責任の関係についてはどのように考えられるのだろうか。医師の説明が十分ではない、あるいは患者の同意が得られていないなど、インフォームド・コンセントが不十分であった場合に、ただちに刑事責任が認められるわけではない。例えば、医師がある外科手術を施す際に、当該手術が必要となった病名や手術の性質、危険性、副作用についての情報を患者に十分に提供しなかったというだけで、

当該手術が刑法上違法な行為として評価されるわけではない。医療従事者による行為が刑法上問題となるケースの大半では、業務上過失致死傷罪の成否が問われている。言い換えれば、医療従事者による行為の刑事責任が問われるのは、当該行為により患者に死亡や傷害という結果が生じた場合がほとんどである。従って、当該行為者の、患者の死亡や傷害という結果に対する過失の有無が重要となる。

インフォームド・コンセントと刑事責任の関係を検討する際には、いくつかの論点が挙げられる。一つは、業務上過失致死傷罪の成否が問題となるケースにおける、当該行為の性質である。行政法上主体が限定されている医療行為であるのか、また、刑法上の違法阻却事由の一つともされる治療行為としての評価が問題となりうる。次に、医療行為と治療行為において、患者の意思がいかなる法的効果を有するのかを考える必要がある。業務上過失致死傷罪の保護法益は、人の生命や身体であって、人の意思決定の自由は含まないとするのが通説であるから、瑕疵ある同意をしたこと自体が結果に含まれないのは当然である。また、医療従事者が患者に十分な説明をせずに、患者に錯誤に基づく同意をさせたこと自体は、刑法上の犯罪とはならない。しかし、同意が無効であれば、同意の対象となった行為に業務上過失致死傷罪ではなく、傷害罪や傷害致死罪が成立する可能性もないわけではない<sup>8)</sup>。その限界を考えるには、インフォームド・コンセントの定義である十分な説明に基づく同意と、刑法上問題となる同意との関係、さらに患者の同意との関係を整理する必要がある。この点を明確にするためには、そもそも患者の意思が医療の場で尊重されるべき根拠と、それが同意という形で求められてきた経緯にさかのぼらねばなるまい。そこで、以下ではインフォームド・コンセント法理の歴史を概観する。

## (2) アメリカにおけるインフォームド・コンセント法理の形成

ここでは、アメリカの状況を見ておきたい。アメリカにはインフォーム

ド・コンセント法理が培われた長い歴史があり、日本のインフォームド・コンセント法理の形成に大きな影響を及ぼしているからである。

アメリカにおけるインフォームド・コンセント議論を扱ったものとしてよく引用されてきた Appelebaum らの INFORMED CONSENT の第二版が 2001 年に出版されており<sup>9)</sup>、近年までの裁判例や議論の状況を知る上で有用である。以下では、特に第三章「開示と同意に対する法的要請：その歴史と現在の状況」を参照しつつ、アメリカでインフォームド・コンセント法理が形成されてきた流れを確認していくこととする。

インフォームド・コンセント法理の起源は、かなり古い時代まで遡ることができるが、それは同意のない治療が賠償の対象たりうるという見解がコモン・ローの中で形成されていたことに由来する。また、個人の身体の統合性が法的な関心事となったことは、脅迫と暴行についての不法行為訴訟の存在と、刑法において殺人、暴行、傷害が禁止されてきたことに端を発している。身体的統合性ほどではないにしても、精神的統合性を考慮する見解もまた古くから存在し、今世紀になって徐々に支持を増やしていることは、故意のみならず過失による精神的苦痛が不法行為法の分野で訴訟原因となってきたことから窺われるであろう。同様に、プライバシーの保護を目指す法が発展してきたことも、個人の干渉されない権利 (the individual's right to be let alone) に対する人々の意識の高まりの反映と言える。

従って、患者の同意についての意識が現代になって初めて生まれたわけではないことは驚くに値しないし、このような背景がインフォームド・コンセント法理を豊かに育て上げる土壌となった点は、日本の状況との大きな違いとして考えられるだろう。

患者に何が行われるかを、医師は患者に告げなくてはならないという考え方の起源は、18 世紀のイギリス法に認めることができる。1767 年の Slater v. Baker and Stapleton 判決<sup>10)</sup>は、治療の前に患者から同意をとる

ことは外科医にとっては慣行なのだから、この基準に沿わなかった医師には責任を課しようとの意見をとった。ただしこれは患者の権利といった発想によるのではなく、自らの身体に加えられることを知ることで患者が不安に打ち勝ち、前向きに治療に臨めるという点が重視されていたことによるらしい。従って、インフォームド・コンセントの正当性は、患者が自己の身体におこることをコントロールする権利よりも、むしろ医師と患者のコミュニケーションに由来すると言えるだろう。そこでは、患者の協力という名の下に事実が歪められることも認められたし、医師が「こうすれば良くなりますよ」と言うのに対して患者が頷くといった非常に単純なやり取りがあれば、同意として認められていたのである。

20世紀初頭の段階には、治療に際して患者の同意を求める立法はなされなかったものの、自律の観点に基づく同意原則の深化はこの時代にすでに始まっていた。それ以前の単純な原則とは異なり、もしも医師が虚偽の情報を提供したならば、そこで得られた患者の同意は無効であるという考え方を、裁判所も一貫して認めるに至っている<sup>11)</sup>。そこで形成された初期のルール、つまり「通常は情報を提供する必要はないが、もしも提供するのであれば、その情報は真実でなければならない」というルールが、積極的な情報開示を義務として求めることにつながったのであり、これがインフォームド・コンセント原則の萌芽となった。ただし20世紀半ばまでのいくつかの裁判では、この義務が宣言されていたものの、時代も地域も様々で、一貫性を獲得するにはさらなる時を要した。

一方、不法な身体的接触に関する重要な判決として、1914年のSchloendorff判決がある<sup>12)</sup>。Cardozo判事の、「健全な精神を有する成年者は全て、何が自己の身体になされるかを決定する権利を有する」との判示はよく知られている。この判決では任意の同意の重要性が指摘され、これが同意原則の次のステップとなった。不本意の、あるいは非自発的な同意は、同意がないことと同じだというわけである。続く数十年には患者の

同意に関する立法がいくつかなされたが、それまでの単純な同意原則が現代のインフォームド・コンセント法理へと明確に転換されるのには1950年代まで待たなくてはならなかった。

1955年、ノースカロライナ州最高裁は、手術に伴う危険を説明しなかったことが「外科医の側の過ちである」とし<sup>13)</sup>、その二年後にカリフォルニア州でこの判決を部分的な先例として、医師には積極的な情報開示の義務があることが明確なものとされた<sup>14)</sup>。こうして、自由で任意の同意のみならず、その前提として、患者に十分に治療の危険、利益、その他の要素を説明することを求めることで、インフォームド・コンセント原則は現代の形へと進化してきたのである<sup>15)</sup>。この流れの中で、最も重要な判決はインフォームド・コンセントという言葉をはじめて使ったSalgo判決である<sup>16)</sup>。これは、経腰部大動脈造影を施された患者が足に麻痺を生じたという事件で、こうした合併症が起こることは珍しくはあるものの前例がないというわけではなかった。手術の前になされた説明が十分ではなかったとの患者の主張に対して、裁判所は「患者が提案された手術に合理的な同意を形成する基礎として必要な情報を医師が与えなかったのであれば、医師は患者に対する義務に違反し、責任を負う」と判示した。ただし判決は同時に、患者を怖がらせるような事実を差し控えるとの裁量を医師に認めており、これがいわゆる「治療上の例外 (therapeutic exception)」として後に議論されることとなる問題である。この点につき、インフォームド・コンセント法理の要請に関して今も続いている混乱はまさにSalgo判決がもたらしたものだとの指摘がある<sup>17)</sup>。つまり、重大な情報を差し控える裁量と、完全な情報開示という本質的に相矛盾する言葉を調和させようという試みは不可能であり、それが可能なのはおとぎ話の中だけであると言うのであるから手厳しい。しかし、Salgo判決がインフォームド・コンセントという言葉を使うことで、情報開示の義務という考え方に安定性を与え、その持続的な発展に貢献したことは否定できない。発展しつつあった法的な要

請を表現するのに、インフォームド・コンセントという言葉は有用であった。一つの概念が発達するにあたって、その概念を的確に表す言葉が存在するか否かは肝要であるから、Salgo 判決の果たした役割の重要性はまさにそこにある。

インフォームド・コンセント法理の外郭を形作ったのは、その三年後のほぼ同日に出された Natanson 判決<sup>18)</sup>と Michell 判決<sup>19)</sup>の二つの判決であり、医師に情報開示の義務を課すとの方針はもはや後戻りしないということが明確に示された。両事件とも、患者は治療に同意をしてなかったわけではない。しかし、原告である患者は、治療の危険についての情報を開示する積極的な義務があるにもかかわらず、この義務を十分に果たさなかった医師の行為は過失にあたりと主張し、両裁判所は患者の主張を認めた。Michell 判決は、医師の義務を「一般に起こりうる深刻な付随的危険について説明すること」が医師には求められているとし、Natanson 判決はさらに踏み込んで、医師が説明すべき事柄は「…提案されたあるいは推奨された治療の性質と起こりうる結果についての合理的な情報開示 (reasonable disclosure)、また、医師が施そうとしている治療に付随するあるいは起こりうる危険で知っている限りの危険についての合理的な情報開示」としており、これは説明すべき危険の範囲について、現在の日本の議論にもつながる興味深い部分である。両判決はともに、開示すべき重要な情報とは、治療を施した際に起こりうる悪い結果であるとし、その表現は副作用、合併症、危険 (danger)、危難 (peril) と多様だが、現在は、リスク (risk) との呼ばれるのが一般的だ。人が説明を受けた上で自律的な選択をなす場合、提示された療法が苦痛からの解放を目指していることだけでなく、それが失敗する可能性があること、その結果として前よりも事態が悪化することを知らされるべきことは当然である。危険の開示は、患者が情報を活用し、彼らの決定が合理的なることを保証するものではない。しかしながら、そうした情報がなければ多くの患者は説明を受けた

上での決定を下すことはできない。説明の上での選択 (informed choice) という倫理的概念のまさに中核にあるのはこのような考え方である。Michell 判決は危険に関する情報を開示すべきであると命じたのだが、Natanson 判決はさらに、病気の性質、提示された治療の性質、成功する確率、可能な代替的治療についての情報開示をも求めた。用語に多少の修正はあるが、これらの要素が、現在裁判所や法律によって医師に課されている情報開示の要件の基礎となっている。

その後のインフォームド・コンセント法理が形成されていく過程では、情報を開示する義務があるとしても、そこで妥当な基準とは何かという議論が中心となる。Natanson 判決<sup>20)</sup>では、説明されるべき事柄は、同様あるいは類似の状況下での合理的な医学的慣行の範囲内に限られるという、いわゆる合理的医師基準が示されたが、この基準を多くの管轄区が採用した<sup>21)</sup>。しかし合理的医師基準は、該当する医学的慣行が常に存在しているとは限らないこと、たとえ存在したとしても有用なレベルに達していない場合があること、同時に採用されていた地域基準の下では他の医師の証言が得られないこと、といった問題を有していたために、1970年代初めにはあまり受け入れられなくなっていた。そこで登場したのが、患者志向の基準 (patient-oriented standards) である。関連する重要な判決として、Canterbury 判決<sup>22)</sup>が挙げられる。医師には、提案した治療について、患者の立場にある合理的な者が、治療を受けるか受けないかを決定するために重要であると考える全ての情報を提供することが求められるというのが、合理的医師基準に代わって提唱された新たな基準であり、いわゆる合理的患者基準と呼ばれる基準である。この基準における説明義務の範囲は、医師の慣行ではなく、患者の決定権によって定まることになる。患者志向の基準はまたたく間に多くの裁判所の採用するところとなり、1970年代終わりには多くの裁判所がこの基準への転換をとげたが<sup>23)</sup>、立法による揺り戻しもあって、合理的医師基準を採用する州と合理的患者基準を採用する

州はおよそ半々という状況であった。重要なのは、合理的患者基準採用への流れが生じた背後で、上述の医学的慣行の不存在や証言確保の困難だけではなく、インフォームド・コンセント法理の根拠、つまり自己が受け入れる危険についての選択は患者に委ねるべきだという理念が根本的な動機として作用したという点である。Canterbury 判決が、「ある療法に対する患者の自己決定権を尊重するのであれば、医師による自主的な基準ではなく、医師のための法が必要である」としたのは、医師らの慣行に従ったのでは、患者が決定に必要な情報を得る権利を損ねかねないと考えたためだが、ここにインフォームド・コンセントの要請と、従来の単純な同意の要請との違いがある。単純な同意が求められた目的は、患者が自己の身体的統合性に対して望まぬ侵襲を受けないことにあった。こうした目的は確かに重要であるが、事実と経験に基づく限界もある。患者志向の基準は、合理的な人間が決定を下すために重要と考える情報を開示することを医師に求めている。経験則ではなく仮説に基づく以上、必要な情報の範囲を定めることは容易ではないが、だからこそ医師は、患者との話し合いをもたねばならない。そうすることによって、患者を自己のケアについての決定過程に参加させるという、インフォームド・コンセント理念の一つに資することとなる。

このような合理的患者基準であっても、なおインフォームド・コンセントの理念に忠実ではないとの見解もある。インフォームド・コンセント原則が患者にその個人的信念や価値観や目標に基づいて決定をなすことを認める以上、たとえ大半の裁判所が採用している患者志向の基準であっても不十分であり、患者はそれぞれに個別の関心を有していることを重視すべきであるという。例として、時計修理工の場合が挙げられている。時計修理工にとっては、副作用として体に細かな震えが生じないかが大きな関心事となるだろうが、多くの患者、つまり仮定の合理的患者にとっては、そのような情報はさして重要ではないだろう。したがって、合理的患者基準

の下では、時計修理行為の求める情報は提供されないことになってしまう。個別具体的な患者を合理的患者という共通の枠内で扱うことを批判するこの見解は、いわゆる具体的患者基準につながっていく。この見解に基づけば、説明の範囲は主観的に定まるため、個々の患者ごとに異なる。当該患者が決定のために何を知る必要があるかを見定めるためには、医師は合理的患者基準の場合よりも多くの話し合いを患者ともたなくてはならない。

具体的患者基準はインフォームド・コンセント理念を最大限に追求するが、医師にとっては責任の範囲を確認するのが非常に困難である上に裁判の場での証明も容易ではなく、事後的な濫用の可能性もある。そのため、この基準を採用した州は数少ないが、とはいえ具体的患者基準こそインフォームド・コンセント理念に照らして採用されるべきだと主張が完全になくなったわけではない<sup>24)</sup>。

とはいえ医師基準と患者基準の区別は理論的には有用であるものの、実際はその限界は曖昧であり、この二つを混合した基準を採用している州も多い。上述の Natanson 判決は医師基準を採用したものとしてよく引用されているが、そこで採用された医師基準は純粋なものではなかったとの指摘がある<sup>25)</sup>。カンザス州最高裁は「合理的な医師 (reasonable medical practitioner)」の行動を引用することで、伝統的な不法行為法の枠内でインフォームド・コンセントを得る義務を新たに定義しようと試みたが、医師の情報開示が及ぶべき範囲が、「インフォームド・コンセントを確実にするために十分」であること、なおかつそれが「可能な限り簡単な言葉で」なされることも同時に求めた。これは医師が独自の基準を定めることに内在的な限界があることを示すものである。患者への説明がひどく専門的な用語でなされたり、開示を極端に制限するのが慣行であれば、そのような慣行は Natanson 判決の下では責任追及を免れるに十分ではないこととなる。このアプローチは「修正された医師基準」として知られており、たとえば Helling 判決<sup>26)</sup>は以下のように言う。「医師であるあなたが情報

開示に関して合理的であると我々が考える行動の範囲内で行動する限り、あなた方自身の明確な基準を打ち立てても問題はない。あなた方が我々の考える大筋から逸脱した場合には、裁判所は介入し、裁判所の基準を確立せざるをえないだろう。」実際、専門家集団や業界が十分に慣行を制御しえない場合、裁判所はしばしば専門的実務や商慣行における合理的基準を打ち立てる権限があることを示してきた。Natanson 判決は意図せずに、こうした流れを明確にしたのである。混合的基準として他によく引用されるのは、Daum 判決<sup>27)</sup>と Jambazian 判決<sup>28)</sup>という比較的近年の判決である。この基準とは、仮に実務もしくは合理的患者の希望のどちらか一方により開示すべきとされた情報を差し控えたならば、法的責任が生じるというものであるが、混合的基準というよりは患者志向の基準に近く、多くの裁判所は患者志向の基準に医師基準を包摂する傾向にある。従って、医師基準と患者基準の区別はもっぱら学説上の議論であって、実際は医師の情報開示の範囲にさほど差を生じるものではない。基準の区別ではなく、インフォームド・コンセントを得なかったこと及び意思決定に患者を参加させないことが、最も重要な問題であることに変わりはない。インフォームド・コンセントの欠如は、それ以外の不法行為の主張がなかった場合には、あまり訴訟の原因とはならないし、損害賠償請求を引き起こすことはさらに少ないため、実効性確保のためのメカニズムやその他の動機付けなしには、医師達はインフォームド・コンセントの要請を怠りがちであり、その際に自分たちは患者の最善の利益にそって行動しているのだと正当化している可能性もある。「医師が患者と共にではなく、患者のために決定をしているという考え方は、いまだに医師達のイデオロギーの中に深く根付いているのである<sup>29)</sup>。」医師達がインフォームド・コンセントの要請に重きを置かない原因としてはいくつか考えられるが、これほどインフォームド・コンセント法理が発展していると思われるアメリカでさえそのような状況であるとすれば、日本の医療現場においてインフォームド・コンセントの要

請を満たすことはより困難であろうと思われる。インフォームド・コンセントの獲得を保証するためには、理念的基盤を広く浸透させると同時に、実務で使用に耐える基準として実効性を高めることが重要であろう。

アメリカのインフォームド・コンセント法理の根拠に患者の自己決定の尊重があることは確実だが、その背後にはインフォームド・コンセント法理を支える重層な理念的あるいは倫理的基盤があり、これは日本のインフォームド・コンセント議論の状況とは対照的である。また、アメリカでは、インフォームド・コンセント法理の根拠である自己決定尊重の理念が一方的な拡大を遂げることは許されず、自己決定の尊重を基軸とする自律モデルの問題点として、現在に至るまで盛んな議論がある。こうした議論があつてこそ、インフォームド・コンセント原則は単なる自己決定尊重のスローガンに陥ることを免れ得るものと思われる。

### (3) 日本におけるインフォームド・コンセント原則とその要件

日本におけるインフォームド・コンセント原則は、医師の説明と患者の同意のための要件に関する議論の中で発展してきた。

医療従事者により説明が必要とされる範囲と同意の必要性を述べてきた日本の民事判例を見てみよう。最高裁は、エホバの証人の信者による輸血拒否事件<sup>30)</sup>で患者の意思決定をする権利を保護されるべき権利として認めた翌年、乳房温存療法についての損害賠償請求事件において、「医師は、患者の疾患の治療のために手術を実施するに当たっては、診療契約に基づき、特別の事情のない限り、患者に対し、当該疾患の診断（病名と病状）、実施予定の手術の内容、手術に付随する危険性、他に選択可能な治療方法があれば、その内容と利害得失、予後などについて説明すべき義務があると解される」とし、本件で問題となった治療法に触れて「もし他に選択可能な治療方法があれば、その内容と利害得失、予後などが説明義務の対象となる」とした<sup>31)</sup>。また、「ここで問題とされている説明義務における説

明は、患者が自らの身に行われようとする療法（術式）につき、その利害得失を理解した上で、当該療法（術式）を受けるか否かについて熟慮し、決断することを助けるために行われるものである」、「医療水準として確立した療法（術式）が複数存在する場合には、患者がそのいずれを選択するかにつき熟慮の上、判断することができるような仕方それぞれの療法（術式）の違い、利害得失を分かりやすく説明することが求められるのは当然である」ともしている。従来、最高裁は医師の説明義務の範囲を、医療水準に基づいて判断してきた。本判決は、その見解に基づきつつ、医療水準にいまだ達しない未確立の療法であっても、場合によっては医師が説明の義務を負う余地を認めたものである。ただし本判決は具体的事例に即した判断であり、また、説明義務の拡大があったとしても、それがすなわち医師は患者の意思に必ず拘束されねばならないことまで認めたものではない。そのことは、本件で医師が患者が希望する術式とは異なる術式を最適と考えている場合、「その考え方を変えて自ら乳房温存療法を実施する義務がないことはもちろんのこと、上告人に対して、他の医療機関において同療法を受けることを勧める義務もないことは明らかである」としたことからも、明らかである。本判決はその後、分娩方法に関する最高裁判決<sup>32)</sup>をはじめ、多くの裁判所で引用されている<sup>33)</sup>。また、予防的療法についての損害賠償請求事件でも最高裁は担当医師らに説明義務違反を認めるにあたって、問題となった術式が医療水準を満たしているかといった形式的な判断ではなく、平成13年判決を引用しながら、具体的な判断を下し<sup>34)</sup>、医師は「当該疾患の診断（病名と病状）、実施予定の手術の内容、手術に付随する危険性、他に選択可能な治療方法があれば、その内容と利害得失、予後」を患者に説明する義務を負うとされた<sup>35)</sup>。また、厚生労働省が平成15年に発表した「診療情報の提供等に関する指針」では、医療従事者が患者に対して説明すべきとした項目は、平成13年判決が提示した基準と大きく異なる点はない（現在の症状、病名、予後、治療方針、薬

剤名、副作用、代替的治療法、手術の概要（執刀者及び助手の氏名を含む）、危険性、実施しない場合の危険性等、治療目的以外の目的の有無）。

こうした一連の判決は、医師には患者に対する説明義務があるという前提のもとで、その範囲についての具体的判断を積み重ねてきたものである。今後は平成13年判決の言う「特別の事情のない限り」の範囲をより具体的にすることが求められるであろう。特に医療水準に関しては、美容整形術やホメオパシーが医療水準を満たした医療か否かという議論がある。これらについては後述する。

一方、「特別の事情」があるケースとしては、緊急の場合や、患者本人が同意することができない事情がある場合（患者が乳幼児や無意識の場合、精神医療の場合など）が考えられるが、頭蓋骨陥没骨折開頭手術についての損害賠償請求事件では、救急医療の場合には医師の説明義務を限定することが認められた<sup>36)</sup>。

個別のケースで言えば、病名、特に癌の患者本人への告知は、患者に及ぼす悪影響が甚だしいという後見的な理由により控えられるのが一般的であった時期も過去にはあった。しかし、癌が不治の病であるとの認識が変わると共に、一般にも告知を求める傾向が強まり、現在では告知の有無ではなく、告知の方法が積極的に考えられるようになってきたといえる。最高裁も本人に対する癌の告知が問題となった損害賠償請求事件において、被告である担当医師が「癌の疑いがある旨の説明をしなかったこと」が「診療契約上の債務不履行に当たるということはできない」として原告らの上告を棄却したが、本事件のあった「昭和五八年当時医師の間では、患者に対して病名を告げるに当たっては、癌については真実と異なる病名を告げるのが一般的であった」とも述べている。現在であれば同様の判断が下されない可能性もあるが<sup>37)</sup>、癌に限らず末期患者への告知の問題は、本人への告知が許されるかどうかという問題にとどまらず、家族への告知の要否やその範囲も含んで、高齢化の進む社会においては今後ますます問題

になるものと思われる<sup>38)</sup>。

医師の説明義務の範囲を判断する際の基準として、医療水準と関係して学説で議論されているのは、誰を基準とするかの問題である。合理的医師基準、合理的患者基準、具体的患者基準、具体的患者基準に一定の制限を設けた二重基準説などが主張されている。二重基準説では、具体的患者が重要視するか必要とする情報で、医師がそのことを認識可能であるものを説明すべきとする見解である<sup>39)</sup>。これは先に見たアメリカの基準にほぼ対応したものとして考えることができるだろう。問題となるのは、医療水準に達していない未確立の療法や民間療法を患者が希望していた場合である。そのような療法について医師が説明の義務を負うのかを考えた場合、合理的医師基準説や合理的患者基準説では説明義務は否定されるだろうが、具体的患者基準説では医師に説明義務を認めることになり、二重基準説によれば医師が患者の具体的希望を把握する機会があったかどうかにより結論は別れるだろう。最高裁の見解がどの基準に基づくものかは明らかではない。上述の乳房温存療法についての平成13年判決、分娩方法に関する平成17年判決、さらに予防的な治療法に関する平成18年判決により患者の意思決定権が認められ、そこでの判断枠組みは二重基準説と矛盾するものではないとする見解も見られる<sup>40)</sup>。しかし、当該状況における合理的な説明とはいかなるものかを決定する基準に、患者の意思がどこまで意味を有するかについては、更なる検討が必要である。

また、インフォームド・コンセントに必要な患者の能力についての議論もある。インフォームド・コンセントの要件として、患者は有効な同意をするのに必要な能力を有していなければならない。それは、医療従事者による説明を理解する能力と、その理解に基づいて自己の身体に関わる自律的な決定をなす能力とで形成されるだろう。従って、この能力は、契約の締結などの法律行為を単独で行うために必要とされる行為能力とは区別されなくてはならない<sup>41)</sup>。また、成年後見制度における判断能力と同じ基準

を用いねばならないというものでもない。とはいえ、明確な基準は確立されておらず、必要な能力の存否を判定するために、いくつかの基準が考えられている<sup>42)</sup>。インフォームド・コンセント原則が患者の自己決定を尊重することから生まれたのだとすれば、医師の説明を患者がよく理解し、任意に同意を形成する能力があるかを中心に判断すべきということになるだろうが、そこにコミュニケーション能力を含めるかなどはまだまだ検討されねばならないだろう。また、患者の自己決定を重視することが、逆にインフォームド・コンセント原則の適用を阻む可能性についても言及しておきたい。有効な同意の前提として、患者が医療従事者により提供される情報を正確に理解できるかに着目すると、患者には医療についての専門的な知識が必要になりかねない。そうだとすれば、有効な同意のできる患者は非常に限られてくるだろう。

もしも、患者本人にインフォームド・コンセントに必要な能力がない場合、実際には家族や後見人による決定が求められるであろう。しかし、患者以外の者による決定がいかなる法的効果を有するのかは難しい問題である。この点は、患者の同意がそもそもいかなる法的効果を有するかを検討せねば考えることができない。

一方、刑事裁判においてインフォームド・コンセントという用語が判決文に登場する回数は多くはない。いわゆる東海大学安楽死事件<sup>43)</sup>で横浜地方裁判所は、患者の意思表示の重要性について述べる中で、「そうした意思表示は、患者自身が自己の病状や治療内容、将来の予想される事態等について、十分な情報を得て正確に認識し、真摯な持続的な考慮に基づいて行われることが必要といえるのであり、そのためには、病名告知やいわゆるインフォームド・コンセントの重要性が指摘される」としているが、この判決がインフォームド・コンセントという用語を明確に使用した最初の刑事判決と言ってよいほどである。その他、インフォームド・コンセントに触れているものとして、薬害エイズ事件帝京大ルート第一審判決<sup>44)</sup>、大

学附属病院の医療事故において耳鼻咽喉科科長に業務上過失致死罪が成立するとされた事例の第一審判決<sup>45)</sup>、横浜市大患者取違え事件の控訴審判決<sup>46)</sup>、偽アトピー事件<sup>47)</sup>、小腸狭窄の患者に対するステント留置術の際の過失が業務上過失致死罪に問われた事例<sup>48)</sup>、臨床検査技師が検査名目で行った行為が準強制わいせつ罪に問われた事例<sup>49)</sup>、そして歯科医師による気管挿管研修が医師法違反に問われた事例の控訴審判決<sup>50)</sup>があるが、いずれも医療機関による説明と患者の真摯な同意が必要であるとして、インフォームド・コンセントの重要性を極めて簡潔に述べたにすぎない。そのため、医療提供者が負う説明義務の範囲がいかなるものかについては不明確であるが、上述の民事裁判例において認められてきた説明義務と異なるところはないものと思われる。また、インフォームド・コンセントとしての患者の同意は、刑法上の違法阻却事由である被害者の同意と類似する点があることが理由だと思われるが、真摯な同意という表現が用いられることもある。被害者の同意が行為の違法性を阻却するためには、同意の真摯性のみならず、同意の任意性も重要となるが、インフォームド・コンセントとしての患者の同意も同様に考えられているのだろう。そうであれば、より詳細な検討も必要となってくる。例えば、医療提供者が患者に虚偽の説明を行った場合は、インフォームド・コンセントを尊重せよという規範には反するが、これが刑事責任にいかなる効果を及ぼすのかは明確ではない。虚偽の説明だけではなく、情報の部分的な秘匿や、部分的な誇張の場合も考えねばならない。被害者の同意に関して活発な議論がなされている法益関係の錯誤説がこの場面で適用されるのか否かといった問題も生じるであろう。たとえば、執刀者を指定して患者が手術に同意したが、実際には別の執刀者が手術を行った場合などが考えられる。こうした問題を扱うにあたっては、やはり患者の意思が医療の場で尊重されるべき根拠についての検討が求められるものと思われる。

### 3 治療行為とインフォームド・コンセント

#### (1) 医行為と治療行為

治療行為におけるインフォームド・コンセントの意義を検討するには、まず治療行為の概念を明らかにする必要がある。さらに治療行為は、医行為に関連した概念であることから、先立って医行為の概念を確認しなくてはならない。

医師法は17条で「医師でなければ医業をなしてはならない」と定め、それに違反した場合には罰則を31条1項1号で定めている。「医業」とは「医行為を業とすること」であり、「医行為」とは、医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずる可能性のある行為である。具体的には診察・診断、検査<sup>51)</sup>、投薬、注射、麻酔、手術、リハビリテーションや療養指導、処方箋の作成・交付<sup>52)</sup>など幅広い行為が含まれる。近年、医療技術の進歩やライフスタイルの多様化に伴って、医療目的の範囲が再検討され、医療として捉えられるものは拡大される傾向にある。例えば供血目的の採血や美容整形術など、疾病の予防または治療のためという目的はないが、そこで用いられる方法や作用が医学的なもので、医師が医学的知識と技能を用いて行うのでなければ人体に危険を生ずるおそれがある行為が挙げられるだろう<sup>53)</sup>。

医師法は、医行為の主体を限定している。すなわち医行為の主体となりうるのは医師のみである。それ以外の医療従事者（歯科技師、保健婦、助産婦、看護婦その他の医療補助者、及びあん摩マッサージ指圧師、はり師等）も特別の定めのもとで医業類似行為を許されており、これらの者に免許を与えることによって独占的に医行為およびそれに類似した行為に従事することが認められている。そのため医療免許を有しない者による行為は、医行為として正当化されない。資格を有しない者が上記行為を業として行った場合、行政法上の医療関係法規に違反する行為として規制されること

になる<sup>54)</sup>。

医行為の範囲が争われた事案としては、コンタクトレンズ処方のためになされる検眼及び着脱が問題となった最高裁平成9年の判決<sup>55)</sup>がある。ここでは「医師法は、医師について厚生大臣の免許制度をとること及び医師国家試験の目的・内容・受験資格等について詳細な規定を置いたうえ、その一七条において『医師でなければ医業をしてはならない』と定めているところからすれば、同法は、医学の専門的知識、技能を習得して国家試験に合格し厚生大臣の免許を得た医師のみが医業を行うことができるとの基本的立場に立っているものと考えられる。そうすると、同条の医業の内容をなす医行為とは、原判決が説示するように『医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為』と理解するのが正当というべき」であるとされ、通説はこれを支持している。行政判断においては、平成17年に『医師法第17条、歯科医師法第17条及び保健師助産師看護師法第31条の解釈について（通知）』が各都道府県知事あて厚生労働省医政局長通知として出ており、「医師、歯科医師、看護師等の免許を有さない者による医業（歯科医業を含む。以下同じ。）は、医師法第17条、歯科医師法第17条及び保健師助産師看護師法第31条その他の関係法規によって禁止されている。ここにいう『医業』とは、当該行為を行うに当たり、医師の医学的判断及び技術をもってするのでなければ人体に危害を及ぼし、又は危害を及ぼすおそれのある行為（医行為）を、反復継続する意思をもって行うことである」との解釈を示すのは、上述の平成9年判決と同じ趣旨である。

一方、治療行為とは医療行為が刑法上の暴行・傷害罪の構成要件に該当する場合に、その行為を正当化する刑法上の違法阻却事由の一つとして用いられる概念である<sup>56)</sup>。治療行為が正当化されるためには一般に、患者の同意、医学的適応性、医術の正当性が必要とされる。治療目的という主観的要素まで必要とするかについては議論がある。まず、医学的適応性とは、

当該施術が患者の生命及び精神的・身体的健康の持続・維持にとって客観的にみて必要かつ相当なものでなければならないことを意味する。従って、前提となる疾病が存在しない場合に行われる施術、あるいはそれに対応しない施術は正当化されない。ただし、疾病の概念は近年拡大されている。医学界での認識だけでなく一般的な認知度が疾病概念に影響を及ぼし、さらに主観的愁訴をどこまで疾病として取り込むかにより変動しうるものと思われる。次に、医術的正当性とは、当該治療行為が医学的に認められた方法、すなわち医学準則（レーゲ・アルティス）にのっとって行われなければならないことを言う。問題となりうるのは医療水準に達していない実験的療法であるが<sup>57)</sup>、水準以下の処置も、疾病の重さや不治性の程度、その他惹起されるであろう結果を考慮して、他に代替しうる療法がないという補充性又は緊急性が認められる場合には治療行為として許されうる<sup>58)</sup>。最後の患者の同意という要件が、インフォームド・コンセントとの関係では最も重要である。しかし、患者の同意は治療行為の正当化における必要不可欠の要件ではないとするのが通説的見解である。これは、治療行為における患者の同意は、刑法上の被害者の同意とは異なると考えられているためである。

## (2) 治療行為の正当化と患者の同意

インフォームド・コンセント法理がもつばら民事上の損害賠償請求訴訟に適用されるのだとしても、インフォームド・コンセント法理の由来が患者の自己決定の尊重にあるのだとすれば、刑法上の治療行為の正当化と無関係ではない。もちろん混同は避けなくてはならないが、民事判例を中心に集積されてきた医師の説明義務についての議論は、インフォームド・コンセントという用語を介して、刑法上の議論に影響を及ぼしている。ところが、刑事判例においてインフォームド・コンセントという用語が使用される場合に、医師の説明義務の範囲や、患者の同意の中身について十分な

検討がなされてきたとは思われない。それにも関わらず、特に治療中止行為の適法性が問題となる事例では、患者の意思決定には大きな役割を認めようとの見解も有力である。

民事上不法であることと、刑事上の違法は異なる。従って、不十分なインフォームド・コンセントを理由として民事責任が認められたからといって、刑事責任が認められるわけでないことは当然である。とはいえ、なぜインフォームド・コンセントが求められるかということを考えるに、患者自身の自己決定の尊重が理念として挙げられるのであれば、同じく患者の自己決定の尊重を基軸とした治療行為の正当化論はこれに無関心ではいられない。治療行為の正当化にあたって、患者の同意に積極的な意義を認めようとするのは、同じく患者の自己決定の尊重を目指すからに他ならない。医療の現場における、医療提供者の裁量と患者の意思の対立が背景にあることも、共通した問題点である。

日本で通説的な治療行為の正当化論は、医学的適応性と医術的正当性を前提とした治療行為の客観的利益を重視するものである。この見解は、これまで医療が社会において果たしてきた役割の重要性和、その役割が受けて来た高い評価を考慮している。治療行為の正当性が医学的適応性と医術的正当性を有した段階で推定された場合、患者の同意は推定された正当性を裏付けるものとして求められることになる。逆に、医学的適応性と医術的正当性が認められないケースでは、問題となる侵襲行為は治療行為としては正当化されない。医学的適応性と医術的正当性がないと理解した上で、患者がそのような行為に同意した場合には、刑法上の違法阻却事由である被害者の同意があるものとして、当該行為の違法性が検討されることになるが、正当化される範囲は極めて狭いものとなる。しかし、患者の自己決定の尊重を重視したならば、そのような扱いは合理的なものと言えるのだろうか。医師による十分な説明と、その上での患者の同意を求めるインフォームド・コンセント法理によれば、最終的な選択権を有するのは患者で

ある。そして、患者の希望は、医療水準を満たしていない療法に対しても考慮されるようになってきたのが、近年の民事訴訟の傾向である。刑法上の治療行為の議論においてあげられる医学的適応性と医術的正当性は、この医療水準とほぼ同義であると思われる。医療水準と患者の要望との対立が、患者の要望をできるだけ尊重する方向で議論されているのだとすれば、刑法上の治療行為論においても、医学的適応性と医術的正当性に対して患者の同意が有する意義をより優越的なものとするのは不当とは言えないだろう。そこで、民事上発展してきたインフォームド・コンセント原則から、治療行為の正当化に必要な患者の同意の性質と、その反射として求められる医師の説明義務の範囲を導き出すことが、より積極的に検討されてもよいのではないだろうか。そのための試みとして、次項以下では、合理的医師によれば不合理である療法の選択という場面を取り上げて、若干の検討を加えたいと思う。

### (3) 医学的合理性と患者の意思

未確立の療法や民間療法、あるいは過剰な医療を患者が望んだ場合、患者の意思はどこまで尊重されるべきだろうか。患者の意思が尊重されるべきである、あるいは反映されるべきである、ということと、患者の意思が決定的であるということは同じではない。このような問題に対して、通説的見解は、患者の意思を医療行為の枠内で限定している。つまり、「医師が患者に提示できるのは、生命・健康の維持・回復に役立つものとして医学的に承認された医的介入の方法（および、医的介入の不実施——患者は、医療の実施を拒否することを、常に選択肢として認められなければならない）に限定されることになる<sup>59)</sup>」という理解である。この見解は、患者が希望することであればどんなことであっても医師は行うことができるという見解とは異なるし、患者が希望することであればどんなことであっても医師は行わなければならないという見解とも同じではない。では、ここで

枠組みとして機能する医療水準とは、絶対的な基準なのであろうか。説明義務と同意に関する民事訴訟の近年の動向においては、医療水準よりも多少ながら広い範囲で、患者の意思が尊重されるようになってきたと評価できるだろう。エホバの証人の信者による輸血拒否についての平成12年判決と、乳房温存療法についての平成13年判決が形成した、患者の意思尊重の流れは民事訴訟の中では定着したように思われるが<sup>60)</sup>、その限界はどこにあるだろうか。乳房温存療法事件で最高裁判決が認めた医師の説明義務は、「当該療法（術式）が少なからぬ医療機関において実施されており、相当数の実例があり、これを実施した医師の間で積極的な評価もされているもの」で、「患者が当該療法（術式）への適応可能性があること」「患者が当該療法（術式）への自己の適応の有無、実施可能性について強い関心を有していることを医師が知った場合など」に限られている。従って、全て未確立の療法が説明義務の対象とされるわけではない。その療法が近い将来、医療水準として一般的に確立する蓋然性のあるものに限定して認める趣旨であって、この結論は妥当であると評価されている<sup>61)</sup>。しかし、本判決によって、医師には具体的な患者の要望をよく考慮した上で説明することが求められ、未確立の新規療法につき、それを受けるか否かを検討する機会を保障するための説明も、医師の義務に含まれる可能性が開かれたとも言えよう<sup>62)</sup>。

また、美容整形術に関する裁判例も興味深い。美容整形のために外科手術を受けた原告が、当該手術が特殊な方法であって腰部に大きな傷を受ける可能性を説明することなく行われた手術によって傷害を負ったことについて、執刀医の説明義務違反を理由に損害賠償を求めた事例で、広島地裁は説明義務の違反を認めた<sup>63)</sup>。美容整形術は、生命や健康の回復、維持、増進、予防に直結するものではなく、患者の主観的願望を根拠にして施される療法である。したがって、医学的適応性に問題のある療法であり、美容整形術が治療行為か否かについては従来から議論があった。本判決も、

「一般に治療行為は患者の身体に対する侵襲行為であるところ、美容整形は、その医学的必要性・緊急性が他の医療行為に比して乏しく、また、その目的がより美しくありたいという患者の主観的願望を満足させるところにある」と述べて、美容整形術が一般的な医療行為とは異なることを指摘している。しかし、それゆえにこのような療法を否定するのではなく、「美容整形外科手術を行なおうとする医師は、手術前に治療の方法・効果・副作用の有無等を説明し、患者の自己決定に必要かつ十分な判断材料を提供すべき義務があるというべきである。そして、実際に外科手術を行うについては、患者において右のような判断材料を十分に検討・吟味したうえで手術を受けるかどうかの判断をさせるように慎重に対処すべきであって、それは場合によっては説明と手術を日を変えて行なうという位の慎重さが要求されて然るべきである」として、医師に通常の場合よりも重い説明義務を課している。この判示を受けて、個人的・主観的な悩みを解消し、結果として精神的負担の開放をもたらす可能性にも触れて、社会的に見れば美容整形術は医学的適応性のある療法であるとする見解もある<sup>64)</sup>。この見解をおし進めれば、患者の主観的願望が医療水準の拘束を受ける範囲は、さらに縮小するであろう。究極的には、「東洋医学に拠ったり、さらには、宗教的な力による治癒にまかせるといったように相当に幅広い選択の可能性に途を」開くことも、ありうるのかもしれない<sup>65)</sup>。これに関連して、先頃から活発となっている、ホメオパシーについての議論を取り上げておく。ホメオパシーとは、病症と同様の症状を起こす薬を用いて病気を治療しようとする方法であり<sup>66)</sup>、19世紀初めの民間療法とされるが、2010年になってホメオパシーの利用者の死亡例が複数報道されている。5月には国立市の女性がホメオパシーに頼り通常の医療を受けず、悪化した癌が原因で死亡した一方、さいたま市では生後6ヶ月の男児が、ホメオパシーに傾倒する両親の拒否により病院での治療や予防接種を受けないまま、低体重で死亡したと報じられた<sup>67)</sup>。また、山口市では、ホメオパシーを取り入れた

助産師が乳児に出血症を予防するためのビタミン K2 シロップを投与せず、乳児がビタミン K 欠乏性出血症にもとづく急性硬膜下血腫を発症して死亡したことに對して、損害賠償請求訴訟が提起された<sup>68)</sup>。事件の報道以来、ホメオパシーに対する批判が強い。医療関係者も積極的にホメオパシーを否定しており、周産期・新生児医学会はビタミン K2 シロップの投与を促す緊急声明を出し、一方日本学術会議はホメオパシーの「科学的な根拠は明確に否定され、荒唐無稽」であり、通常医療から患者を遠ざける懸念があるため、一般に広まる前に医療現場から排除する必要があるとの会長談話を発表した。この談話に日本医師会や日本歯科医師会など 6 団体が賛同したとのことである<sup>69)</sup>。当時の厚生労働相も必要があれば調査を進めると述べ<sup>70)</sup>、その後、日本学術会議の会長談話に日本助産師会と日本薬剤師会も賛同するとの考えを表明し<sup>71)</sup>、ホメオパシーを批判する主張が一般にも数多く見られた。発端となったケースでは、ホメオパシーにより損害が生じたと主張する被害者が存在するが、ここで考えてみたいのは、ホメオパシーを信賴してそれを受けたいと希望する患者が通常の医療現場にいた場合、その希望はどこまで尊重されるのかという問題である。ホメオパシーは日本の現在の医療水準を満たしていないようだが、伝承的な民間療法との差は見いだしがたく、長い歴史と多くの実行者が存在することは事実であり、これをカルトとして一切排除することには躊躇いをおぼえる。エホバの証人の信者による輸血拒否に対し、信教上の理由に基づく意思決定権は人格権の一部として尊重されるべきと述べた最高裁判決に沿えば、患者がホメオパシーを信奉し、現代医療の代替医療として求めるのであれば、医療従事者は少なくともそこで求められたホメオパシーになぜ自分が消極的なのかを十分に説明することが必要ではないだろうか。拡大されつつある患者の意思尊重の流れが、ホメオパシーに対する反発の激しさの中で後退するとすれば、正当とは思われない。

ここで、明確に具体的患者基準を採用したアメリカのケースとしてよく

引用される Mcpherson v. Ellis 判決<sup>72)</sup>を見てみよう。具体的患者基準を採用する根拠として「因果関係の決定基準として客観基準を用いると、個々の患者の特性・特異性が考慮されないことになり、自己の身体に対して何がなされるべきかを自己決定する不可侵の権利が、他人によって課される基準に服することになってしまう」を挙げた上で、「同意の基礎となる権利が、社会の主流の外にある恐怖、不安、宗教的信念、迷信といったものを持った人々にとっては、事実上損なわれてしまう」とした点は、ホメオパシーを巡る現在の日本の状況を考える際に示唆に富むものと思われる<sup>73)</sup>。

#### (4) 気管挿管研修医事件

一方、医師に刑罰が科される事件で最近インフォームド・コンセントという用語が使われたものとして、歯科医師による気管挿管研修が医師法違反に問われた事件の控訴審判決<sup>74)</sup>が挙げられる。事実の概要は、病院に勤務する医師 X (A 病院救命救急センター部長) が、歯科医師である B、C 及び D が、いずれも医師の免許を取得していないことを知りながら、医師の資格を持つ研修医と同様の研修を行わせることとして同センターに受け入れ、当直医又は担当医として配置し、救急自動車内等で、歯科に属さない疾病に関わる患者に対し、気管内挿管、右大腿静脈からのカテーテル抜去、腹部の触診等の医行為を行い、もって、医師でないのに医業をなしたというもので、医師 X の行為が医師法違反にあたるとして、起訴された。なお、対象となった患者の生命、身体等に具体的な危険が及んだという事実は認められていない。

一審の札幌地裁は、「歯科医師が歯科に属さない疾病に関わる患者に対してそのような手技を行うことは、歯科医師がその手技にどんなに熟達していても、明らかに医師法 17 条に違反する。本件各行為は、いずれも歯科に属さない疾病に関わる患者に対して行われたことは明らかであるから、

医師法 17 条に違反する」と述べて、医師法 17 条違反を認め、被告人である医師に罰金 6 万円の有罪判決を下した<sup>75)</sup>。被告人は控訴したが、控訴審にあたる札幌高裁は控訴を棄却し、さらに最高裁でも被告人による上告は棄却された<sup>76)</sup>。このうちインフォームド・コンセントという言葉を判決文中に用いているのは、控訴審判決のみであり、当該行為が医師法 17 条違反にあたるのかが、構成要件該当性、違法性の順に検討された。

まず構成要件該当性については、医師法 17 条が定める「医業」が、医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずる可能性のある行為を反復継続して行うことであると確認した上で、本件で問題となった気管挿管および抜管、大腿静脈路確保及びカテーテルの抜去、腹部触診、手術の説明及び同意の取付け、大腿動脈血栓除去等手術における筋鉤使用等による手術補助等のいずれもが、「医業」にあたることを認めた。

次に違法阻却事由については、まず総論として、研修にも医業性が一定の範囲で認められることを述べている。すなわち、「歯科医師に対する医科救命救急部門における研修は、一定の要件を満たせば、社会的相当性が認められ、正当行為として刑法 35 条により違法性が阻却される場合がある」と言うのである。その上で、「一定の要件」として研修の必要性と相当性を挙げ、本件各行為がそれを満たしていたかを具体的に検討する。まず、歯科医師が医科救命救急部門において研修することの必要性についてであるが、被告人側は、一つに中枢神経系疾患等の有病者及び寝たきり患者等のハイリスク患者に歯科治療を施す場面があり、日常診療の場合であっても、患者の急変に対処することがあること、次に、口腔外科は医科の領域と重複するものであり、救急病態の理解、気道確保等の応急処置、全身管理の技術の習得が必要であること、さらに、それにも関わらず歯科口腔外科領域では研修に必要な症例数を確保できないことを主張した。これに対して本判決は、歯科医師に必要とされる研修が広範囲に渡るべきこと、また、関連する症例数が歯科領域では少ないことも認めて、一定の要件下

では医科における歯科医師の救命救急研修を否定しないと述べる。そして、その一定の要件とは、研修施設の規模や、指導体制の整備、研修医の資質及び能力であるとしている。

ついで本判決は、歯科医師の研修の目的の正当性を、「歯科医師（歯科口腔外科医を含む）が歯科医行為を行う過程で患者が急変し、生命や機能的予後に係わるような緊急事態に直面した際、専門家に引き継ぐまでの間になされる救命救急処置を習得させ、もって、歯科医療の安全性及び質の向上を図ること」とすることで、研修の方法と内容を限定しうることを述べる。具体的には、救命救急（生命の危機に瀕した者も含まれる緊急の対応を有する重篤患者を扱う）で、例外的に、（患者に対する）侵襲度、難易度、歯科診療で必要とされる頻度（歯科医師の実施可能性）、重要度、患者の権利等を総合考慮した上で合理的な範囲内で許容されるというのである。ここで歯科医師に、医師とまったく同じ内容・方法の研修を認めることは、医師と歯科医師の資格は全く異なる法体系にあることを理由に明確に否定されるという。それに続いて、研修が、指導医の指導・監督があれば研修医が実施することが許される行為から、指導医が行う行為を見学するにとどめる行為にまで四つに分類しうることを述べている。

本判決は、上記のような違法阻却のための要件を詳細に挙げた上で、本件各行為をそこにあてはめていくが、結論として、違法阻却は認められなかった。本件では、研修医らは「医師の資格を持つ研修医と何ら区別されることなく、これと同様の立場で医行為を行って」おり、研修に際しても、指導医がこれを直ちに制止し、介入できる状況の下でなされていなかったことから、研修の内容・方法には逸脱があったと判断されたのである。さらに、本件の影響により一審判決後に厚生労働省より発出された「歯科医師の救命救急ガイドライン」にも照らした上で、本件各行為は社会的に相当な行為として違法性を阻却されることはなく、医師法17条違反が成立するとの結論に至っている。

本判決においてインフォームド・コンセントについて言及があるのは、上述の違法阻却事由についての検討の中の、研修の方法としての相当性に関する部分である。本判決は、「以上の点に加えて、患者の権利・利益を害しないことが不可欠である。そして、この観点からは、インフォームド・コンセントに代表される医療機関による説明と患者の同意が重要であって、この趣旨からすると、少なくとも当該医療機関は、研修歯科医師が歯科及び歯科口腔外科疾患以外の症例に関する医療行為に関与する場合には、研修歯科医師の身分等を患者、その家族、代諾者等（以下「患者等」という。）に説明し、原則として、自由な意思に基づく承諾を得ることを要するというべきである」と述べる。被告人側は、控訴趣意書において、もしも国民に研修の意味や重要性、安全性等についての理解が十分でない現状で患者に歯科医師であることを告げたならば、多くの場合拒否されることが予想され、研修自体が成り立たない可能性が高いことを理由に、たとえ明確な同意が得られなかった場合でも、指導医の適切な指導・監督下において安全性が十分に確保された中で行われた場合には、研修は必ずしも違法とはいえないと主張したが、そうした例外的取り扱いも、本判決は否定する。すなわち、「医科救命救急部門に搬送される患者やその家族は、誰もが資格を有する医師による救命救急処置を受けられるものと信じているのであり、いかに研修の必要性を強調しても、この信頼を医師・歯科医師側の一方的都合により裏切ることが許されない」と述べるのである。さらに、研修が「医師と患者の相互の理解と信頼」の上に成り立つべきことを主張し、「拒否されることが予想されるから、患者等に十分な説明をせず、承諾を求めないことも許されるというのは、患者の権利を否定するに等しい本末転倒の論理」と強く批判し、患者の承諾が得られない場合には、研修を断念すべきであるとまで述べている。

本判決では患者の承諾がなぜそこまで重要であるかについて、事件の内容からも明らかにされることはない。インフォームド・コンセントに関す

る民事判例は特に引用されず、わずかに医療法1条の4第2項にある「医師（中略）は、医療を提供するに当たり、適切な説明を行い、医療を受ける者の理解を得よう努めなければならない」という規定が挙げられるのみである。このことは、インフォームド・コンセントという言葉が日本の刑事裁判においては、施される療法について患者の承諾を得ねばならないという以上の実質的な意味合いを持ってこなかったことを、一面で表しているように思われる。本件では、医師による説明が不十分であったことは認められたが、対象となった患者の生命や身体に具体的な危険が及んだという事実は認められておらず、その場合に刑法上の責任があえて問われることはなかった。患者の承諾（同意）の有無や範囲が、問題となる行為の刑事責任にどのように関わるかは、今後の検討が必要な問題である。本件でかりに、研修内容や方法が全て相当で、ただし患者の同意がなかった場合に、違法性の判断はどのように下されたであろうか。

先に挙げた厚生労働省による「診療情報の提供等に関する指針」では、医療従事者が患者に対して説明しなくてはならない事項の中に、執刀者及び助手の氏名を含んだ手術の概要を挙げている。執刀者の氏名が、患者が必要とする情報であるのは、自己に侵襲を加える者がどれほどの医学的技量を有しているかに、患者が強い関心を抱くと一般的に考えられるからであろう。医学的技量の有無が、第一に当該医行為をなす有資格者であることを示す医師免許の有無を前提として判断されることも当然であり、すると研修医という医師の資格を有しない者が関わることについては、十分に患者に知らせなくてはならない。本判決が、研修医が医療行為に関わることを患者に伝えなければならなかったと述べる点は、その意味では評価できる。このような考え方に基けば、患者は同意を与えないことによって、そのような者による医療の提供を拒むことができるということになるだろう。ところで、これが、行為者の医療従事者としての技量に関わる選択ではなく、医療従事者の個性に関わる選択であった場合には、患者の選択は

どこまで認められるのかを考えてみた時、合理的医師基準説、合理的患者基準説、具体的患者基準説のいずれを採用するかによって、結論は異なってくるだろう。例えば、患者が特定の医師を強く信頼しており、その医師以外による施術を拒んだ場合などが考えられる。

本判決の意義は、たとえ熟達した手技を有する医師類似の者であっても、医師ではない以上、医業をなした場合には医師法 17 条違反が成立することを確認した点にあると言える。その根拠としてたびたび言及されているのが、医師法と歯科医師法が異なる法体系にあるという点である。しかしこれについては、法体系の別は必ずしも根拠とならず、形式的な医師・非医師の別よりも、「保健衛生上危害を生じない」程度の知識と技術を当該行為者が会得しているかを基準とすべきであるとして、より実質的な危険性判断を行うべきという批判がありうる<sup>77)</sup>。また、医師ではない者に「医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずる可能性のある行為」を一定程度許容しなくてはならない理由があることも、形式的な判断を否定する見解からは主張される。現在では、様々な医療スタッフ（薬剤師、看護師、各種技師、療法士）とのチーム医療は一般的であり、また、病院外での医療行為にも拡大の傾向が認められる。その背後には、医療費の抑制、在宅医療の普及、地域による格差、高齢化社会、深刻な人手不足といった現代の社会問題が横たわっているのである<sup>78)</sup>。

##### (5) 医療の意義と患者の主観

医療は、人々の生命、健康を維持、回復、向上させるものとして、社会でその有用性を長く認められてきたと言える。しかし、医療が単に医療従事者の裁量に基づき一方的に施されるべきものでないことも、現在では認められている。医療を受ける患者がそれに同意していなければ、医療は患者にとって暴力的なものともなりかねない。医療における患者の意思の重要性は、患者の意思を十分に汲まなかったことを損害として認めることで、

民事訴訟の中で徐々に確立されてきた。患者の意思に反した場合に発生する民事責任がただちに刑事責任を構成するわけではないことは、ここまで度々確認してきたことであり、筆者もそのことを批判するものではない。それは、医師が患者の同意を獲得することを刑罰をもって強制することと同じだからである。しかし、民事訴訟の場で主体的地位を獲得しつつある患者の意思は、治療行為の正当化の場面でもより尊重されるべきであろう。一方で患者の意思に医師の裁量を制限する力を認めつつ、他方で後退させることは、民事刑事の違いという名の下で簡単に見過ごされてよいことではない。刑事法において患者の意思が認められる意義は、決して大きなものではないし、大きくなりつつあるとも言えないというのが筆者の認識である。それを象徴するのは、治療中止行為の刑法的評価についての議論である。末期患者に施されている治療を医師が中止する行為は、結果が患者の死であれば殺人罪もしくは同意殺人罪の構成要件に該当するが、一定の要件の下では違法性が阻却される可能性が論じられてきた。その要件の一つに患者の同意がある。ところが、患者の同意はそれだけで治療中止行為を正当化するものではなく、むしろ治療義務の限界が大きな役割を果たすとの見解が有力に主張されている。そうした主張においては、治療義務の限界は、医師によって判断しうるかなり客観的な基準として扱われている。しかし、患者の意思にはより大きな意義が認められるべきではないだろうか。

治療中止行為の正当化の場面で、患者の意思が果たす役割は、さかのぼって治療行為の正当化に患者の意思が果たす役割を考えることを必要とする。そして、患者の意思の意義を考える際には、インフォームド・コンセント原則の根拠と限界についての議論が参考になるものと思われる。そこにこそ、刑法の中でインフォームド・コンセント原則の意義を考える必要性が認められるのではないだろうか。言い換えれば、患者の意思を尊重すべきことが、治療行為の刑法的評価の中でどのように保障されるのかとい

うことである。特に、医師からは不合理と思われるような療法であっても、患者がそれを希望することを医師が知ったならば、医師にはその療法に関する情報を提供する義務があり、この義務を果たさなかった場合には民事責任が生じる可能性があるという考え方は、治療行為に関する議論の中でより意識されなくてはならない。インフォームド・コンセント訴訟の中で、説明義務の基準として用いられる医療水準と、治療中止行為の刑法的評価の議論の中で用いられる治療義務の限界とが、それぞれどこまで客観的な基準で、患者の意思との関係はどう捉えられるかという検討も可能である。従来、医療がもたらす効果は客観的な利益だと考えられがちであったが、医療の利益性は医療を受ける患者本人の意思を抜きにしては決まらない。人々が健康を価値として認める以上、医療が価値あるものと見なされるのは自然なことかもしれない。しかし、健康の価値は客観的かもしれないが、何が健康かは主観的に定まることではないだろうか。それは、幸福の価値は客観的だが、幸福は主観的であることにも似ているように思われる。

刑法上の治療行為論にインフォームド・コンセント法理が与える示唆として、参加権と決定権という視点の重要性を、最後に挙げておきたい。上述の通り、アメリカのインフォームド・コンセント法理の生成は、患者の自己決定の尊重ではなく、医師と患者のコミュニケーションを重視することからも始まっている。このような視点は、二つの方向から議論されるべきものとする。一つは、インフォームド・コンセントの要請は、患者の権利を擁護し、一方的に医師に義務を課するという対立構造を生み出すのではなく、両者のコミュニケーションを目指すものとして考えられないかという点である。合理的医師基準の不当性を指摘して述べられた「…本来患者の意思決定権のために必要な情報が、提供されるかどうか、またどのような範囲で情報提供されるのかが、両当事者のうちの一方当事者のみの裁量により、一方的に確定されてしまうことの不当性は明らか<sup>79)</sup>」であるとの主張も、医師と患者間のコミュニケーションの重要性を反映しているも

のと思われる。しかしその一方で、コミュニケーションの重視という考え方が、患者の自己決定の尊重を制限する可能性も認めねばなるまい。医療現場におけるコミュニケーションの重視は、患者に意思決定過程への参加権を認めることにつながる。しかし、参加権と決定権は同じものではない。患者には自己の治療についての決定権はなく、決定過程への参加権しか与えられないのだとしたら、患者の自己決定は十分に尊重されることにはならないだろう。こうした捉え方は、子どもの権利条約における子どもの意思表明権にまつわる議論を想起させるが、専門的知識と技能を有する医師に対峙した患者という構図は大人と子どもの関係にも似ているから、この類似はあながち突飛なものとも言えない。患者に認められるべきは決定権なのか参加権なのかという視点は、治療行為の正当化にあたって患者の同意が果たす役割を考える際に、改めて検討していきたい。これに加えて、暴行・傷害と被害者の自己決定についてさらに議論することが、刑法におけるインフォームド・コンセントの意義を考える際には必要であり、今後検討すべき課題は多い。

## 4 おわりに

本稿では、刑法上の治療行為論の検討にあたって、インフォームド・コンセント原則から何を学ぶことができるかを考えてきたが、論点をまとめきれず不十分なものとなった。アメリカのインフォームド・コンセント法理に関する議論で、自律モデルに対する批判とそれに対する反論は特に重要であり、よく検討する必要がある。説明と同意に関する民事訴訟における不法行為責任と債務不履行責任の違い<sup>80)</sup>についても本稿では扱うことができなかった。

そもそも、なぜ医師が患者に説明をしなくてはならないのかを問うと、多くの医師は、説明が法的義務であるから説明をするのだと答えるかもし

れない。また、侵襲を受けるのは患者であるから、患者本人には選択と決定の権利があり、医師の説明義務はその権利を保障するために必要だという考え方も根強いだろう。しかし、実際的な効果として、これから施される療法の性質や効果をよく患者に知らせておいた場合、往々にして患者は協力的になるともいわれる。そうであれば、患者の意思を尊重することが、必ずしも医師の負担になるわけではないだろう。医師の裁量と患者の意思が対立する構造ばかりが強調されるが、医師による説明の実際的な効果がより注目されることがあってもよい。

---

## 註

- 1) 『法律用語辞典（第3版）』（有斐閣）より。
- 2) 丸山英二「インフォームド・コンセント」甲斐克典編『レクチャー生命倫理と法』第2章（法律文化社、2010）
- 3) 本稿では、「同意」と「承諾」の違いを扱わない。基本的には「同意」を用い、判例や資料からの引用がある場合およびそれに関連する部分では、引用元で用いられている用語を使用する。
- 4) 最二小判昭和56・6・19判時1011号54頁。
- 5) 仙台高判平成15・8・27判タ1138号191頁。
- 6) 最判平成7・4・25民集49巻4号1163頁。
- 7) 最判平成13・11・27民集55巻6号1154頁。
- 8) 町野朔・医事法判例百選139頁。
- 9) Jessica W. Berg, Paul S. Appelbaum, Charles W. Lidz, Lisa S. Parker (2001), INFORMED CONSENT, Legal Theory and Clinical Practice, 2nd ed.: Oxford University Press.
- 10) Slater v. Baker & Stapleton, 95 Eng. Rep. 860 (K.B. 1767).
- 11) たとえばHunt判決がある。Hunt v. Bradshaw, 88 S.E. 2d 762 (N.C. 1955).

- 12) Schloendorff v. Society of New York Hospital, 105 N.E. 92 (N.Y. 1914).
- 13) Hunt v. Bradshaw, 88 S.E. 2d 762 (N.C. 1955).
- 14) Bang v. Chas. T. Miller Hosp., 88 N.W. 2d 186 (Minn. 1958).
- 15) ただし医師にそのような義務を認めず従来のルールを繰り返す裁判所も見られた。Woods v. Pommerenting, 271 P. 2d 705 (Wash. 1954), Hall v. United States, 136 F. Supp. 187 (W.D. La. 1955).
- 16) Salgo v. Leland Standford Jr. Univ. Bd. of Trustees, 317 P. 2d 170 (Cal. Ct. App. 1957).
- 17) Jay Katz (1977) Informed consent— a fairy tale? University of Pittsburgh Law Review, 39: 137-174.
- 18) Natanson v. Kline, 350 P. 2d 1093 (Kan. 1960).
- 19) Mitchell v. Robinson, 334 S.W. 2d 11 (Mo. 1960).
- 20) Natanson v. Kline, 350 P. 2d 1093 (Kan. 1960).
- 21) 早くからこの基準を批判していたものとして、Meiselの主張がある。  
Meisel, A. (1977) The expansion of liability for medical accidents: from negligence to strict liability by way of informed consent. Nebraska Law Review, 56: 51-152.
- 22) Canterbury v. Spence, 464 F. 2d 772 (D.C. Cir. 1972).
- 23) この背景には、Waltzらの論文の影響がある。Waltz, J. and Scheuneman, T. (1970) Informed consent to therapy. Northwestern University Law Review, 64: 628-650.
- 24) Cooper, E.B. (1999) Testing for genetic traits: the need for a new legal doctrine of informed consent. Maryland Law Review, 58: 346-422, Napoli, L. (1996) The doctrine of informed consent and women: the achievement of equal value and equal exercise of autonomy. Am J Gender Law, 4: 335-358.
- 25) Id. Informed Consent, 51.
- 26) Helling v. Carey, 519 P. 2d 981 (Wash. 1974).
- 27) Daum v. Spinecare Medical Group, 52 Cal. App. 4th 1285 (1997).
- 28) Jambazian v. Borden, 25 Cal. App. 4th 835 (1994).

- 29) Katz, J. (1996) Informed consent to medical entrepreneurialism. In Speece, R.G., Shimm, D., Buchanan, A.E. (eds) *Conflicts of Interest in Clinical Practice and Research*. New York: Oxford University Press, p. 290.
- 30) 最判平成 12・2・29 民集 54 卷 2 号 582 頁。
- 31) 最判平成 13・11・27 民集 55 卷 6 号 1154 頁。
- 32) 最判平成 17・9・8 判時 1912 号 16 頁。
- 33) 長野地判平成 16・3・26、大阪高判平成 16・9・7、東京地判平成 16・11・11、大阪地判平成 17・1・28、高松高判平成 17・6・30、大阪地判平成 17・7・29、東京地判平成 18・2・9、岐阜地判平成 19・6・6、東京地判平成 19・6・27 など。
- 34) 最判平成 18・10・27 判時 1951 号 59 頁。
- 35) 薬の服用の仕方や療養上の注意などについての説明あるいは転医・転院を勧めるための説明がここに含まれるかは問題となる。これらはインフォームド・コンセントの対象に含まれないとする見解として、丸山・前掲第二章。
- 36) 最判昭和 56・6・19 判時 1011 号 54 頁。
- 37) 丸山英二・医事法判例百選 123 頁参照。
- 38) 樋口範雄・医事法判例百選 120 頁参照。家族に対する癌の告知が問題になった事例として、最判平成 14・9・24 判時 1803 号 28 頁。
- 39) 石崎・前掲 132 頁。
- 40) 石崎・前掲第 8 章。
- 41) 丸山英二「インフォームド・コンセント」甲斐克典編『レクチャー生命倫理と法』(法律文化社、2010) 20 頁。
- 42) たとえば丸山英二「インフォームド・コンセント」松下正明総編集『精神医学と法』(臨床精神医学講座 22) (中山書店、1997)、231 頁には同意能力の存否を判定するための基準・テストについて①患者による決定の有無、②説明の理解の有無、③意思決定過程の合理性、④意思決定過程の結果、決定の内容の合理性といった四つの基準が紹介されている。
- 43) 横浜地判平成 7・3・28 判時 1530 号 28 頁。
- 44) 東京地判平成 13・3・28 判時 1763 号 17 頁。
- 45) さいたま地判平成 15・3・20 刑集 59 卷 9 号 1970 頁。

- 46) 東京高判平成 15・3・25 刑集 61 卷 2 号 214 頁。
- 47) 東京地判平成 16・4・19 判例集未搭載 (TKC【文献番号】28095555)。
- 48) 高松地判平成 17・5・13 判例集未搭載 (TKC【文献番号】28115375)。
- 49) 京都地判平成 18・12・18 裁判所ウェブサイト (<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20070205094652.pdf>)
- 50) 札幌高判平成 20・3・6 裁判所ウェブサイト (<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20080321145407.pdf>)
- 51) 医行為であるかが問題となった検査行為としては握力および肺活量の検査があり、結果の判定のみでは医行為には属しないとされた。血圧測定は「疾病治療の目的を以って患者に対し血圧計を使用して血圧の高低を診断すると共に患者の症状を診察したこと」を医行為とした事例がある。血液検査、糞便検査、淋菌検査、梅毒反応試験などについても結果の判定のみならば医行為に属しないが、直接人体より採血し、又はその検査の結果に基づいてその病名を判断することは医行為であるとの事例がある。菅野耕毅・高江洲義矩著『医事法学概論』(医歯薬出版株式会社、1992)、115 頁。
- 52) 行政解釈では「処方箋を発行することは治療行為の一種であって医行為または歯科医行為に属するものであり、これを業として行うことは、医師又は歯科医師でなければなし得ない」とする。判例も処方箋を交付したり薬物を指示したりする行為は医行為であるとしている。菅野 / 高江洲・前掲 117 頁。
- 53) 近年では治療を前提としない遺伝子診断、人工授精、性転換手術、移植目的の臓器摘出等が問題となっている。
- 54) H・S 式無熱高周波療法について、あん摩師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法第 12 条、第 14 条と憲法第 22 条との関係が問われた事例として、最大判昭和 35・1・27 刑集 14 卷 1 号 33 頁。
- 55) 最判平成 9 年 9 月 30 日刑集 51 卷 8 号 671 頁。原審は東京高判平成 6 年 11 月 15 日高裁刑集 47 卷 3 号 299 頁。
- 56) 医療行為、医行為、治療行為の区別は必ずしも明確になされているわけではない。例えば前掲『法律用語辞典』では、医療行為と治療行為は同義であるとされている。また医業とは、「人の疾病の診察、治療等の医行為を業とすること」とある。医行為の項目はない。

- 57) 近年問題となっているのは遺伝子検査などの臨床試験、臨床研究である。前者については疾病が確認されても治療法がない場合があること、疾病の可能性しか判断できないこと、後者については本人に治療的利益がないこと、逆に本人以外の血族者の利益が関わる点が問題である。『ヒトゲノム研究とその応用をめぐる社会的問題』(科学技術庁科学技術政策研究所、2000)。
- 58) 伊藤他『現代法律百科大辞典』(ぎょうせい、2000)、566-567頁。
- 59) 丸山・前掲 19頁
- 60) 石崎・前掲 188頁。
- 61) 石崎・前掲 131頁。
- 62) 山口齊昭・医事法判例百選 125頁。
- 63) 広島地判平成6・3・30判時1530号89頁。増田聖子・医事法判例百選 136頁以下も参照。
- 64) 増田・前掲 137頁。
- 65) 石崎・前掲 30頁は、アメリカの Logan v. Greenwich 判決における Shea 陪審判事の判示をもとに、患者の決定権の尊重を強く主張している。
- 66) 大辞泉による。
- 67) asahi.com (朝日新聞社) 2010年8月11日。
- 68) 朝日新聞 2010年8月5日朝刊。
- 69) asahi.com (朝日新聞社) 2010年8月25日。
- 70) asahi.com (朝日新聞社) 2010年8月25日。
- 71) asahi.com (朝日新聞社) 2010年8月27日。
- 72) 287 S.E. 2d 892 (N.C. 1982)。
- 73) ただしこの判例は後に立法によって覆されたとのことである。石崎・前掲 41頁。
- 74) 前掲・注 27。
- 75) 札幌地判平成15年3月28日(TKC【文献番号】28085437)。評釈として、辰井聡子・医事法判例百選 6頁以下を参照。
- 76) 最決平成21年7月23日判例集未搭載。
- 77) 辰井・前掲 1頁。
- 78) 辰井・前掲 7頁。
- 79) Id. Informed Consent, 50.

80) 石崎・前掲111頁。