

医師の説明義務違反と（危険）傷害罪との関係

StGB § 223 Abs.1, § 224 Abs.1 Nr.2, § 228

山 川 秀 道

○外科医が第一手術に典型的に備わっているリスクの実現ゆえに必要となり得る後続処置に際して素人療法をも適用する意図をもつ場合に、その意図につき、医師によって実施される必要のある患者への説明について

BGH, Urt. v. 22. 12. 2010 — 3 StR 239/10 (LG Mönchengladbach)

[NStZ 2011, S.343=NJW 2011, S.1088=StraFo 2011, S.192=HRRS 2011, Nr.284]

【事実の概要】

原審刑事部の事実認定によれば、被告人は、W病院の所有者、業務執行者であると同時に、当院の外科医長であった。80歳の女性Mは、2006年3月10日に（以下、すべて同年のため、年数は省略する。）、当病院の内科において腸の内視鏡検査を受けた。その検査により大腸内部にポリープが判明したところ、それは比較的大きなもので、大腸内視鏡の限度では完全には切除され得ないものであった。腸閉塞の危険が中期的に存在することを理由に内科医長および外科医の一人は、手術が有効であり、場合によっては得策であると判断した。勿論、即時の手術が必要というわけではなかった。そのため、著しいリスクもなく、なお半年ぐらいは、静観され得たであろう。当該患者は、どちらかといえば手術に乗り気でなく、同意を与えることに躊躇していた。勿論、彼女は、病院に留まり、その後、病院内で働いている2人の医師と幾度か説明のための会談をもった。こうした話合いのなかで、彼女は、手術の理由、および計画されている大腸の部分的摘出と結びつくリスクについて規則に適合して説明された。3月12日に、患者は、最終的には、手術侵襲に同意した。

3月13日、被告人は手術を実施した。その後、手術創が著しく炎症を起こした。3月18日から行われた抗生物質の投与にも関わらず、患者の容態が悪化したので、被告人は、3月20日に再手術を実施する決心を固めた。この時点では、もはや、

ほとんど応答を求めることのできない状態であった患者は、その実施について、首肯によって賛意を示した。この手術の最後に、被告人は、創傷部に、レモン果汁を染み込ませた帯状の生地を挿入し、そのうえで、創傷を縫合した。被告人は、個人的な職務経験から、レモン果汁が重大な創傷治癒障害（Wundheilungsstörungen）の処置のために適した手段であると確信していた。被告人は、概してレモン果汁の殺菌効果を前提としていたので、その獲得に関して、無菌という条件の遵守を必要であるとは見做さなかった。そのため、被告人は、果汁の無菌性を保証するための特別な安全措施を講ずることなく、レモン果汁を、病棟の調理場において、看護スタッフを通じ、家庭用ジューサーを用いて、普通に売買されている果物から獲得させた。実際は、そのようにして生成されたレモン果汁の投入は、創傷に、《更なる》細菌を発生させる危険を孕んでいた。

被告人には、次のことが明らかであった。すなわち、レモン果汁を創傷へ投入することは、一般的に通例の医学的水準には適合していなかったこと、および、その効果ならびに、その一般的な適応性が、今日まで、学術的には検査されてこなかったということがこれである。また、被告人には、レモン果汁を用いた処置には患者の同意を要するのであって、そのことは、果汁が、通常の医学的な創傷処置のために、付加的のみ投入された場合であっても確かであるということが判っていたのである。しかしながら、患者は、手術創に創傷治癒障害が発生した場合には、一被告人の実践に応じて一、無菌状況下でなく《とも》獲得されたレモン果汁が、創傷に投入されるかもしれない、ということについては、一時たりとも説明されなかったのである。もしも、彼女がこれについて知らされていたならば、彼女はすでに第一手術の実施に同意しなかったであろう。

被告人は、その後、なお2回、レモン果汁を用いて手術創の処置を繰り返した。3月30日に、患者は、心臓の循環不全に因って死亡した。3月13日および20日の手術の実施における専門的過誤は、判明しなかった。手術創へのレモン果汁の投入が、これを追加的にバクテリアに感染させたこと、または、こうした処置が、患者の死の原因であったということをLG（ラント裁判所）は認定できなかった。むしろ、死亡原因であったのは、一大規模な腸手術に際して典型的に発生した一炎症、つまり、第一の手術侵襲の際に生じた手術創の炎症であった。

LGは、3月13日の前晩に与えられた第一手術への同意を、説明の瑕疵に基づき、無効と見做した。たとえ、創傷の治癒障害が発生し、そのためにレモン果汁の投入に至るかどうかということが、この時点までには未だ不明確であったにせよ、患者は、第一手術の前には、既にそのことについて説明されていなければならなかったという。また、説明は、次のことから必要であったとされる。蓋し、こうした治

療方式は異常であり、被告人によってそれが投入されるという事態がもっぱら適していたのは、被告人による事実上正当な処置に対する患者の信頼を動揺させることのみであったといえるほどに異常であったからである。加えて、そもそも、創傷の治癒障害が後に発生する場合においては、レモン果汁の投入に関する被告人の決断時には、患者の状態が非常に悪化しており、彼女が、もはや、事態を把握し、そうした治療方式に対する賛同の付与について正しく判断を行う状況にはない、…かもしれないという危険があったとされる。そして、本件でも、そのような事態が発生したという。被告人には、たとえ、創傷の治癒障害にとって自己の治療方式が有効であるという確信があったとしても、その治療方式が通例でないものであり、無検査であったということの自覚があったとされる。そのことから、被告人は、次の正しい結論を導けたとされる。すなわち、比較的大きな手術に際して手術創の治癒障害が後に発生するという高められた危険が存した場合には、その手術の前に、最初から、その種の障害を処置するため、その通例でない治療方式について、患者への説明が必要である、という結論である。

LG は、被告人に対し、傷害致死罪のかどで自由刑 1 年 3 月の有罪判決を下し、保護観察のためにその執行を猶予した。これに対して、実体法違反を理由に被告人から上告が求められた。上訴は、原判決の破棄、および、LG の他の刑事部へ事件を差し戻すに至った。

【理由】

2. この有罪判決は、法的な事後精査に耐えられない。LG の理解によれば、被告人は、創傷の治癒障害が生じた場合には、その処置のためにレモン果汁さえも投入するであろうことについて第一の手術侵襲の実行前に説明するという義務に反してこれを為さなかったが故に、第一手術侵襲の実施についての患者の同意は無効であったとされるが、こうした理解に対しては、根本的な法的疑義が存在している。

a) もちろん、LG は、差当り、法的瑕疵なく、次の点から出発している。すなわち、身体の不可侵性を侵す医的治療措置は何れも、故意の身体傷害の客観的構成要件を充足するのであり、そのことは、かかる治療処置がレーゲアルティス（医術準則）に即し、成功したかどうかにかかわらずという出発点である。そのため、医的治療措置は、特別な正当化を必要とする。つまり、通例は、一原則的に、治療処置の実施前に明示的に付与された一患者の有効な同意を必要とするのである。

同意の有効性は、侵襲の経過、それが成功する見込み、リスク、および、本質的に他の負担を伴う可能な代替的治療処置についての説明を前提とする。そうすることによってのみ、人間の尊厳（基本法 1 条 1 項）および普遍的な人格権（基本法 2

条1項）に由来する患者の自己決定権、ならびに、身体の不完侵性についての患者の権利（基本法2条2項1文）が保障されるのだ。内容的には、患者は、「大まか且つ全体的に」処置のチャンスとリスクについて説明されなければならないし、患者には、患者の身体的完全性とその生活態度にとり患者を襲来し得る負担の種類についての適切な印象（イメージ）および、侵襲の重大さが伝えられなければならない。そうした「基本的説明」は、最も深刻なリスクおよび、場合によっては問題となるリスクへの指摘をも内容に含んでいなければならないのが通常である。しかしながら、あらゆるリスクの厳密な医学的解説を必要とするわけではない。説明義務の具体的な範囲は、その都度の治療措置に依存し、そして、手術侵襲の緊急度の考慮のもとで決定される。…

手術的侵襲についての患者への説明の中核に属するのは、とりわけ、確実にまたは通常起こる術後状態についての解説である。そこから、たとえば、通常の事例に反して高められた、創傷感染（Wundinfektion）のリスクへの指摘が要求され得る。例外的には、医術的に正当な手術にもかかわらず、これと結びつく合併症の危険が現実化するが故に必要となるかもしれない後続治療処置のもつ著しく重大なリスクについても知らされなければならない。このことは、次のことから導かれる。すなわち、患者は、手術と結びつく重大なリスクに関しては、たとえ、それが非常に稀にしか現実化しない場合でも、そのすべてについて説明されなければならないということである。医師の指摘義務にとって決定的に重要なのは、合併症の頻度の一定割合のみではない。問題となるリスクがその侵襲に特殊固有に備わっているのかどうか、そして、そのリスクは、それが実現する場合には、患者の生活態度に格別の負担をかけるのかどうかということも決定的に重要なのである。そうした事例においては、第一手術と、場合によっては必要となる後続処置との間に、後の療法のリスクについての説明を第一の手術侵襲前にすでに要求するという密接な関係が存するのである。…

一次的には医師に委ねられている療法選択の範囲内において、確かに、医師には、一般的には承認されていない治療方式の適用が禁じられていない。しかし、同意が有効であるためには、患者が、意図されている療法について説明されなければならない。つまり、こうした方式のもつ利害得失に関する一般的説明と並んで、計画された侵襲が《未だなお》医学的水準ではないということ、および、未知のリスクがその当時には排除され得ないということについてもまた知らされなければならない。…

b) …しかし、一彼の病院では通例の一、家庭用ジューサーで獲得されたレモン果汁を、創傷治療障害の処置のために投入する行為もまた、…、説明が義務づけら

れるものであった。こうした処置は、医学的な水準に対応していない素人療法 (Außenseitermethode)、つまり、その効果ならびに一般的な適応性が、今日まで、学術的に検査されてこなかったものであり、したがって、未知のリスクが排除されないものであることを意味した。こうした説明を被告人は、確かに行わなかった。しかし、この欠缺によって、《死亡原因である》第一の腸手術の実施に対する患者の同意が無効であったかもしれず、そのために被告人は、この侵襲によって、違法な、危険な身体傷害について責任を負ったことになるであろうという結論に至るわけではない。蓋し、こうした素人療法の適用について、被告人は、すでに第一手術の前から説明しなければならなかったのではなく、第二の手術的侵襲《再手術》の前に至って初めて説明しなければならなかったからである。つまり詳述すれば：

腸の手術および、場合によっては必要となる後続処置、すなわち、《無菌でない状況下で獲得された》レモン果汁を使用してさえ行われる創傷治癒障害の処置との間には、次のようにいえるほど高められた危険連関が全く存在しなかったのである。すなわち、被告人が、例外的に、第一侵襲の前にすでに、場合によっては必要となる後続処置の種類とリスクについて患者に知らせなければならなかったといえるほどに高められた危険連関がこれである。第一の腸手術に特殊固有に備わっている危険は、もっぱら創傷感染の発生であった。しかし、その処置は、直ちに著しいリスク、すなわち、それが現実化すれば、格別の負担をかける方法で患者の将来的生活態度を…侵害するであろうといえるリスクと必然的に結びつくものではなかった。それ故、レモン果汁の付加的使用は、そもそも、腸手術後に発生する創傷感染の処置のための、代替手段のない、唯一の途というわけではなかった。むしろ、術後感染は、一差当たっては、本件でもそうであったように一、抗生物質の投与に拠るとい一般的に通例の方法において、その克服が達成され得たかもしれない。創傷感染の発生後、患者との間で、後に投入されるべき処置方式の問題に関する説明会談を行うための時間も、そして、代替的処置の選択について彼女に決断させるために自由に使える時間も、未だ十分に存したのである。その限りにおいて、一 LG の見解に反して一もっぱら、患者がその健康状態において既に著しく減弱していた再手術実施の直前という時点のみに焦点を当ててはならない。むしろ、注目されるべき時点は、創傷治癒障害の処置の必要性が初めて判明した時点である。事実認定によれば、創傷の治癒障害は、第一の手術侵襲後、とにかく数日を経過した後に進展したのであり、そして、5 日後に抗生物質を用いた処置へ至ったのである。…。そのため、彼女は、すでに数日前には、計画されているレモン果汁の付加的投入について教えてもらうことができたのだ。結局、《抗生物質の更なる投与にならんで、》無菌ではないレモン果汁の投入と結びつくリスク、つまり、創傷がさらにバクテリ

アに汚染されるという、患者の将来的生活態度にとってのリスクは、たとえば、臓腑の炎症、臓器の喪失、または、それらに類する身体的完全性への侵害の危険とはまったく比べ物にならない軽微なものであった。それに応じて、LGもまた、レモン果汁の利用が、感染の更なる進行に悪影響を及ぼしたということ、および、患者の死亡に寄与したということ認定ができたのでない。こうした事実状況にあっては、被告人は、創傷の治癒障害が生じた場合に偶発的に付加されるレモン果汁の利用について、第一手術前の観点、すなわち、患者が、後続処置において、被告人によって実施される素人療法の適用を認識した下では、すでに第一の手術侵襲に同意しなかったであろうという観点の下でもまた、患者への説明が義務づけられなかったのである。

c) 以上のすべてのことによれば、被告人に傷害致死の責めを負わせることは、まったくできない。蓋し、第二手術も、創傷へのレモン果汁の投入も、患者の死亡にとっての共同原因ではなかったからである。患者の死亡は、むしろ、もっぱら第一手術の結果として発生した創傷感染によって惹起されたのである。被告人は、これまでの認定によれば、第一の手術侵襲を医術に則して実施したのであり、また、患者は、それと結びつくリスクについて、一特に、創傷感染の典型的危険についても一、規則に適合して説明されたのであるから、患者の身体的完全性に対するこうした侵害は、患者の同意によって正当化されたのである。それ故、被告人は、その限りにおいては、違法な《危険な》身体傷害を何ら行っていない。これに対して、被告人は、当該事実認定に基づき、再手術によって危険な身体傷害の罪を犯したのである。何故なら、被告人は、この手術侵襲の前に、計画されていた創傷へのレモン果汁の投入については、患者に説明しなかったのであり、そしてそれ故に、この手術につき患者によって与えられた同意は無効であったからである。…

（紙幅の都合上、判決文の一部、被引用判例・文献を省略した。）

【研究】

本件は、その奇怪な事実関係ゆえに「レモン果汁事件」と命名され、社会の耳目を集めたものである⁽¹⁾。稍複雑な本件の事実関係と裁判所の評価を纏めると、大要、以下の通りである。まず、被告人は、患者に対して、腸閉塞の危険を回避するため

(1) BGH（連邦通常裁判所）の報道機関によって公開されている記事および、判決文がインターネット上で参照可能である（— 3 StR 239/10 — <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288>）。

Vgl., Mark A. Zöller, ZJS (=Zeitschrift für das Juristische Studium) 2011, S.173 (174)

の腸手術（第一手術）を医術上正当に実施したところ、その後に発生した創傷感染が不慮に悪化したうえ、抗生物質の投与も奏功しなかったために、これに対処するための手術（第二手術）を実施するに至った。第二手術およびその後の治療処置においては、殺菌効果を期待してレモン果汁を使用したものの、これも功を奏せず、結局、患者は、細菌感染に因って死亡するに至ったという経緯である。こうした経緯のうち、被告人は、二度の手術につき、患者に対する説明の実施を同僚である医師に委任することによって、一応、何れの手術についても患者の同意を得ている⁽²⁾。しかしながら、第二手術以降に採用された治療方式、すなわち、レモン果汁を用いた殺菌処置については説明を行わなかったために、患者の同意の有効性が争われることとなった次第である。

原審は、レモン果汁を用いた処置につき、患者への説明義務を、第一手術前の時点から要求することによって、被告人に傷害致死罪（ドイツ刑法 227 条）の成立を認めた。原審の評価によれば、問題は、因果の連鎖という点に還元され得るのである⁽³⁾。というのも、確かに、事実認定によればレモン果汁の使用が患者の死亡結果を促進したかどうかは不明であるが、第一手術がなければ少なくとも細菌感染に因る死亡結果は発生しなかったといえるのであり、すでに第一手術につき、説明義務違反による違法が認められる以上、違法な傷害に基づき、患者を死に致らしめたと評価し得るからである。

これに対して、本判決は、危険性の密接なつながりという観点に依拠して、結果的に、第一手術の違法性を否定した。すなわち、腸手術と術後の処置との間には、例外的に、すでに第一侵襲前に、後に必要となるかもしれない処置の種類とリスクについて患者に知らせなければならなかったといえるほどに高められた危険連関が認められないと判断されたのである。その理由として摘示されているのは、第一手術を実施する前の時点においては、(a) 起り得る術後感染への対応処置としてレモン果汁を使用するリスクが、手術そのものの危険よりも遥かに低いこと、(b) 術後感染のリスクは、抗生物質の投与のみによって対処可能であると想定され得たこと、そして第一手術以降の時点においても、レモン果汁を用いた処置について説明可能な時間的猶予が現に存在した⁽⁴⁾、という事情である。つまり、第一手術を実施する前の時点においては、術後に創傷感染が発生すること自体が、一定程度のり

(2) BGH, NJW 2011, S.1088 (1090 Rn.[14])

(3) Vgl., Ziemann / Ziethen, HRRS (=Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht) 2011/10, S.394 (395)

スクに過ぎず、仮に感染が生じたとしても、通常は抗生物質で対処し得る以上、更に、抗生物質が奏功しなかった際にレモン果汁を用いるかもしれない可能性は、通常は、考慮されない非典型的なリスクであろう⁽⁵⁾。それ故に、本判決は、第二手術前の時点、すなわち、現に創傷感染が発生し、抗生物質でも対処しきれないためにレモン果汁を用いた処置に出る可能性が具体化したときに、初めて、説明義務を肯定しているのである。したがって、第一手術は、その医学的適応性と医術の正当性に加えて、有効な同意に基づき、まったく違法性を帯びない行為であるところ、患者の死亡結果は、この適法な行為に起因している上に、第二手術以降の所為が、細菌感染を進行させ、死亡結果を促進したという証明もない以上は、死亡結果について責任を問うことはできず、被告人の所為は危険傷害罪⁽⁶⁾（ドイツ刑法 224 条）を構成し得るに止まると判断したのが本判決である。

原審と比較すると、本判決の判断のほうが妥当であるように思われるが、その当否を問うためには、説明義務の範囲を考えなければならない。すなわち、説明義務を負う時点が、第一手術時なのか、第二手術時なのかという争点は、医師は、患者に対して、どの程度の可能性まで説明する義務を負うのか、という説明義務の射程を問っている。その背景には、説明義務の根拠、更には、説明義務違反に対する法的効果の問題が潜伏している。

医師の説明義務は、主として、医療行為の一部としての説明義務（療養指導上の説明義務）と、医的侵襲につき、「患者の同意を得るための説明義務」に大別される⁽⁷⁾。前者の説明義務は、医療行為に起因する死傷結果の発生を防止するための注意義務の一種であり、これに反する行為が（業務上）過失致死傷罪を構成し得るものである⁽⁸⁾。後者は、医的侵襲を正当化するための前提として要求されるものである。本件において争点となっているのは、勿論、後者の説明義務である。日本と異なり、ドイツにおいては、患者の同意を得るための説明義務違反を争点とする刑事

(4) 患者に創傷治癒障害が生じ、抗生物質が投与されるに至ったのが第一手術から5日後のことであり、更にその2日後に第二手術が実施されている（NJW 2011, S.1090 Rn.[16]）。本判決は、新たな公判手続を開始するために本件を差し戻すにあたって、この7日間の経緯を明らかにするよう指示している（NJW 2011, S.1090 Rn.[19]）。

(5) Vgl., Zöller, a.a.O., S.175f.

(6) 本件評釈の多くは、本件所為を「危険な」傷害行為とみることに批判的であるが、この論点につき、本稿では紙幅の都合上割愛せざるを得ない。Vgl., Zöller, a.a.O., S.176; Ziemann / Ziethen, a.a.O., S.396f.

裁判例も少なからず存在する⁽⁹⁾。もっとも、この点に関する判断基準は民事判例上において形成されてきたため、本判決も、民事裁判例を多分に参照している。しかし、それ故、患者の同意が有効であるために要求される説明義務という意味において同一であっても、説明義務の範囲、根拠を検討する際には、説明義務違反のもつ法的効果の相違に慎重な配慮を必要とする。

先ず、原審、本判決ともに、医的侵襲は、たとえ医学的適応性と医術的正当性を充足して実施されたとしても、傷害罪の構成要件に該当するという理解を出発点としている。これは、RG (ライヒ裁判所) 時代から一貫して継承されている判例の立場である⁽¹⁰⁾。したがって、医的侵襲が適法であるためには、患者の有効な同意という正当化事由を必要とするのが通例である。この点につき、医師の説明義務は、患者の同意が有効であるための前提である。同意が有効であるためには、医学的知識に乏しい患者が同意を与えるかどうかの判断のために必要とする情報 (侵襲の規模、その経過、成功の見込み、リスク、治療上の選択肢など) について十分に説明

- (7) Vgl., Adolf Laufs, *Arztrecht*, 5. Aufl., 1993, Rn.163, 168; Klaus Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 4. Aufl., 2008, § 1 Rn.61f.; Heinz Schöch, in: Roxin / Schroth (hrsg.), *Handbuch des Medizinstrafrechts* 4. Aufl., 2010, S.51 (57); Eser / Sternberg-Lieben, in Schönke / Schröder, *StGB*, 28. Aufl., 2010, § 223 Rn.40ff. 町野朔『患者の自己決定権と法』(東京大学出版会、1986) 239 頁以下、藤山雅行編著『判例にみる医師の説明義務』(新日本法規、2006)〔藤山雅行〕4 頁以下、土井文美「医師の説明義務」判タ 1260 号 18 頁、山中敬一「医師の説明義務 (1)」(関西大学) 法学論集 61 卷 6 号 11 頁以下参照。金川琢雄『医事法の構想』(信山社、2006) 4 頁も参照。
- (8) たとえば、福島簡判昭和 52 年 2 月 18 日・判時 858 号 130 頁、宮野彬「判批」『医療過誤判例百選 2 版』(別冊ジュリスト 140 号) 52 頁、飯田英男・山口一誠『刑事医療過誤』(判例タイムズ社、2001) 45 頁以下参照。
- (9) ドイツの判例・学説については、唄孝一「治療行為における患者の意思と医師の説明」『契約法大系Ⅶ補巻』(有斐閣、1965) 66 頁以下【同『医事法学への歩み』(岩波書店、1970) 3 頁以下所収]、神山敏雄「西ドイツの医療過誤に関する刑事判例」中山研一・泉正夫編著『医療事故の刑事判例』(成文堂、1983) 311 頁以下、山下登「医師の説明義務をめぐる最近の論議の展開 (1)・(2)・(3)」(神戸大学) 六甲台論集 30 卷 1 号 96 頁以下、30 卷 3 号 33 頁以下、31 卷 3 号 68 頁以下、町野・前掲 35 頁以下、河原格『医師の説明と患者の同意』(成文堂、1998) 1 頁以下、山中・前掲 1 頁以下、同「医師の説明義務 (2)」(関西大学) 法学論集 62 卷 1 号 1 頁以下参照。
- (10) RGSt Bd.25, S.375; BGHSt Bd.11, S.111; Vgl., Thomas Fischer, *StGB*, 59. Aufl., 2012, § 223 Rn. 9

されることが必要である⁽¹¹⁾。しかし、医的侵襲から生じることが想定され得るあらゆるリスクを伝える必要はない⁽¹²⁾。そうした全リスクを患者に伝えることは、医的侵襲に対する患者の印象を明快にするどころか、無用な困惑と不安を患者に与えかねない。本判決においては、説明義務の具体的な範囲が、その都度の治療措置に依存し、手術侵襲の緊急度の考慮の下で決定されること⁽¹³⁾、問題となるリスクがその侵襲に特殊固有に備わっているのか、そして、そのリスクの実現は、患者の生活態度に格別の負担をかけるのかどうかということも決定的に重要であることが示されている。上述の如く本判決においては否定されたが、そうした事例においては、後に実施され得る処置についての説明義務が、第一侵襲前から要求され得ることとなる。

ところで、治療法の選択は、第一次的には医師の裁量に属する事項であると解されるが故に、レモン果汁を用いた処置のように、一般的な医学的水準に達していない素人療法であっても、そのことから直ちに技術上の過誤があると見做されるわけではない⁽¹⁴⁾。しかし、素人療法においては、未確立の治療方法と同様、未知のリスクを伴う割合が高いことも確かである。それ故に、医学水準から逸脱する治療法においては、手術に関する基本説明に加えて、一般的ではない当該治療法の利害得失、その方法が医学的水準ではないこと、および、未知のリスクが完全には排除され得ないことについての説明義務が生じるのである。

日本の民事裁判例においても、一般的な説明義務に加えて⁽¹⁵⁾、医師が、未確立の治療法や自然療法を採用する際には、当該治療法の内容と根拠、他の治療法と比較した長所と短所、臨床上の成果など、当該治療法を選択するうえで重要となる判断要素について説明すべき義務を負うとされる⁽¹⁶⁾。

(11) Vgl., BVerfGE Bd.52, S.131 (167ff.); BGHZ Bd.106, S.391; BGH NJW 1991, S.2346; BGH NSTz 1996, S.34; Ulsenheimer, a.a.O., § 1 Rn.60; Schöch, a.a.O., S.53f.

(12) Vgl., BGH NJW 1991, S.2346; Matthias Borgmann, NJW 2010, S.3190; Matthias Jahn, JuS 2011, S.468

(13) 緊急時には、説明義務が小さくなる。Vgl., BGHSt Bd.12, S.379

(14) Vgl., BGH NJW 1962, S.1780; BGHZ Bd.102, S.17; BGHZ Bd.172, S.254; Albin Eser, ZStW Bd.97 (1985), S.1 (11f.) 【アルビン・エーザー（上田健二・浅田和茂編訳）『先端医療と刑法』（成文堂、1990）1頁以下、同『医事刑法から統合的医事法へ』（成文堂、2011）1頁以下に翻訳所収。】； Geiß / Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6.Aufl., 2009, C. Rn.39, 46; Kristian Kühl, StGB Kommentar 27.Aufl., 2011, § 223 Rn.9, § 228 Rn.14

以上の如く、手術のような重大な侵襲について、殊に一般的ではない治療法を採用する場合、その選択および判断に関する患者の権利を保障するため、医師には、かなり広範な説明義務が課されているように思われる。無論、これは、患者の自由な決断を支えるために、必要な要請であると思われる。しかし、このような説明義務が、患者の同意が有効であるための前提として反射的に要求されるのであれば、ここでいう患者の同意は、所謂「被害者の承諾」とは異質なものであると解せざるを得ないであろう。被害者の承諾は、第一次的には、法益侵害の結果および行為を対象とする。ここで重要なのは、侵害そのものに対する承諾意思が真意かつ任意に表明されたかどうかであり、侵害から派生的に生じ得るリスク、他の手段、その利害得失などの知悉ではない。また、医的侵襲に関しては、医学的適応性と医術的正当性が認められる限りにおいて、客観的価値が付与される。それ故、日本の学説においては、患者の同意は、被害者の承諾よりも緩やかに肯定され得ることが説かれてきたのである⁽¹⁷⁾。しかしながら、上述の判例における患者の同意は、こうした見解とは反対に、広範に及ぶ対象についての説明を要求することによって、より厳格化するという側面を確実に有しているのである⁽¹⁸⁾。すなわち、法益侵害と直接的には結びつかない諸事情について、しかも、欺罔（錯誤）によるのではなく、単なる説明不足（不知）を理由に同意が無効となる範囲が広いのである。

患者の同意と被害者の承諾との間に認められる、こうした相違は、実は、判例の出発点からすでに明白である。すなわち、患者の同意は、人間の尊厳および人格権に由来する患者の自己決定権、身体の不完侵性についての権利の表れなのである。医師の説明義務は、患者が、基本法に由来する自己決定権を十分に行使するための

(15) 最判平成 13 年 11 月 27 日・民集 55 卷 6 号 1154 [1159] 頁によれば、医師は、患者に対して、「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を負うとされる。なお、日本医師会生命倫理懇談会『「説明と同意」についての報告」ジュリスト 950 号 153 頁も参照。

(16) 藤山・前掲書〔浦上薫史〕435 頁以下参照。

(17) 町野・前掲 175 頁以下、238 頁、甲斐克則「医療行為と『被害者』の承諾」現代刑事法 6 卷 3 号 26 頁以下参照。なお、武藤眞朗「医師の説明義務と患者の承諾」東洋法学 49 卷 2 号 19 頁以下、田坂晶「治療行為とインフォームド・コンセント（刑事法的側面）」甲斐克則編『インフォームド・コンセントと医事法』（信山社、2010）65 頁以下も参照。

前提として要求されているのであるから、その射程が広範に及ぶのも当然といえる。同様の傾向は、日本においても看取されるところであり、先述の「患者の同意を得るための説明義務」は、今日においては、むしろ、「自己決定権のための説明義務」として把握される傾向にある⁽¹⁹⁾。

こうした傾向を促したのは、「インフォームド」コンセンツの法理である。まさしく、これが説明義務を強調する契機といえる。戦後、ドイツにおいては、すでに、自己決定権に由来する説明義務を認める傾向にあったといえる⁽²⁰⁾。更に、BVerfG（連邦憲法裁判所）は、明らかに、医療過誤事件における民事上の立証責任を転換するという意図の下、説明義務違反の拡充を試みている⁽²¹⁾。これにより説明義務違反の訴えが急増したことが、説明義務違反を医療過誤の受け皿構成要件化しているという、主に批判的な、指摘を招く所以である⁽²²⁾。しかしながら、説明義務の拡張に対する懸念が看取される一方で、自己決定権に由来する説明義務、すなわち、医療上

(18) 町野・前掲 238 頁が、被害者の承諾においてこそ、説明義務が厳格に要求されると説かれるのは、「意思」内容に相違が存するからである。通常、傷害行為への承諾意思が示されることは稀であるから、被害者の承諾においては、その意思が任意かつ真意によるものであることを証明するために事前の説明が厳格になる。他方で、患者の同意においては、推定的同意が認められる事例が広いと考えるべきであるから、その反射として、説明義務は緩やかであるという。その所以は、患者の同意においては、積極的な賛意は必要なく、むしろ、治療への拒絶がなければ足りると解されていることにある。至極もっともな理解であるが、少なくとも、判例の説明義務においては、その対象が、身体上の侵襲結果のみならず、症状、治療の理由、リスク、治療方法の選択肢などにも及ぶのであるから、説明義務の対象範囲という面においては、むしろ、患者の同意におけるほうが厳格であり、その理由は、後述の如く、自己決定の保障内容如何に基づいているのである。

(19) 藤山・前掲 5 頁、土井・前掲 18 頁以下、武藤・前掲 19 頁以下参照。

(20) BGHSt Bd.11, S.111; BGHZ Bd.29, S.46; BGHZ Bd.29, S.176 この点については、前掲注（9）の諸文献のほか、唄孝一「判批」『ドイツ判例百選』（別冊ジュリスト 23 号）96 頁、堀内捷三・町野朔・西田典之編『判例によるドイツ刑法（総論）』（町野朔）（良書普及会、1987）43 頁以下参照。

(21) BVerfGE Bd.52, S.131 (145ff.) この判決については、金澤文雄「患者の自己決定権と医師の説明義務」広島法学 4 巻 2 号 57 頁以下参照。

(22) Vgl., Laufs, a.a.O., Rn.173; Quaas / Zuck, Medizinrecht, 2.Aufl., 2008, § 13 Rn.69; Ulsenheimer, a.a.O., § 1 Rn.55b, 60

可能な選択肢につき、その利害得失の比較考慮を可能とするための説明義務を肯定し、この説明義務に対する侵害を違法と見做すことについては、ほぼ異論なく承認されているといえる⁽²³⁾。

したがって、問われるべきは、説明義務違反の違法性を如何に解すべきか、という点である。差当たり、説明義務の範囲と根拠は、説明義務違反に対する法的効果に依存する。特に刑事法の観点においては、基本権に由来する「身体の処分に関連する自由な判断」を如何に保障するかという、予てから議論されている論点に立ち還らねばならないのである。この点につき、(1) 基本法に基づく自己決定権を広く傷害罪の保護領域に含めた上で、傷害罪の成立を認め得る説明義務違反の範囲を探るという限定方法が追究されている。

すなわち、近時、盛んに議論されている仮定的同意論、規範の保護目的論がこれである。本判決のなかで引用されている判例のうち、医師の説明義務に関連してこの問題に言及した重要なものが、BGH1995 年 6 月 29 日判決である⁽²⁴⁾。そこでは、外科医である被告人が、患者に対して、頸椎椎間板切除手術を実施するにあたり、現に使用した牛骨を用いる手法のほかに、患者本人の骨を用いるという代替手法が存在することを説明しなかった点に、説明の瑕疵があると見做されたのである。当判決は、本判決同様、実際に採用された手法が、当時の医学水準に照らして疑義がある場合には、医師は、その点についての説明義務を負うとしている。その上で、BGH は、原判決を破棄し、差し戻すに際して、次の示唆を与えている⁽²⁵⁾。すなわち、(i) 説明の瑕疵が傷害罪としての可罰性を基礎づけるのは、「適切な説明を受けていたならば患者は同意しなかったであろう」という場合に限られる。これは、検察官が医師に対して証明しなければならない。疑いが残る場合は「適切な説明がなされたとしても患者は同意したであろう」ということを出発点としなければならない。(ii) 合併症という結果と説明の瑕疵との間に必要な連関があるか検討しなければならない。説明の瑕疵が単に代替的治療処置を示さなかったというものに過ぎず、侵襲の種類や程度についての基本的説明が与えられており、生じ得る最も重大な侵害についても説明されていたのであれば、規範の保護目的の思考から可罰性を制限するということがあり得る。

(23) Vgl., Laufs, a.a.O., Rn.168 ; Quaas / Zuck, a.a.O., § 13 Rn.82 ; Ulsenheimer, a.a.O., § 1 Rn.57 ; Schöch, a.a.O., S.54 ; Eser / Sternberg-Lieben, a.a.O., § 223 Rn.37, 40b ; Kühl, a.a.O., § 228 Rn.14 ; Frister / Lindemann / Peters, Arztstrafrecht, 2011, 1. Rn.20f.

(24) BGH NStZ 1996, S.34 ; Vgl., Klaus Ulsenheimer, NStZ 1996, S.132

(25) BGH NStZ 1996, S.34 (35)

こうした思考のうち、殊に前者の判断は、「患者が真実通りに説明を受けた場合にも現に実施された侵襲に同意したであろうといえるときには、患者の同意なく実行された医的侵襲の違法性が脱落する⁽²⁶⁾」という刑事上の判例理論を構築しつつある。

翻って、本件の評釈において、仮定的同意、規範の保護目的論を援用する見解に目を向けると、先ず、後者の立場から、本件の事案に若干の変更を加えて、義務違反連関の検討が試みられている⁽²⁷⁾。たとえば、医師が、「第一」手術の手術創を閉じる際に、創傷治癒障害の「予防の」ためにレモン果汁を使用したとするならば、レモン果汁を用いる処置についての説明義務が第一手術前に存在することは明白である。そして、この場合においても、その余の点においては本件事案と共通しているものと仮定する。すなわち、手術が、レモン果汁による処置を除けば、医療準則に則して実施されたにもかかわらず、手術に典型的な（合義務的に説明されていた）リスクの実現ゆえに患者が死に至ったという点、確かに、レモン果汁を用いた処置を施したが、それが創傷感染を悪化させたことは認定できなかったという点については、本件同様に設定されている。こうした事例においてもまた、医師の説明義務違反は、確かに存在すると解されている。それ故に、LGの見解によれば、レモン果汁による処置が患者の死亡結果を惹起していないにもかかわらず、医師は傷害致死の責任を負う結果となるであろうが、これは説得力をもたないという。そして、「侵害結果が、説明の瑕疵に客観的に帰属可能であるのは、まさに、義務に反して説明されなかったリスクが、侵害結果に実現した場合のみである⁽²⁸⁾」という見解を引用しつつ、傷害致死罪の構成要件もまた、こうした（規範の）保護目的連関という要請に服さねばならないとする。要するに、傷害致死罪説の成立を認めるには、説明不足による同意の瑕疵に関連づけられる特殊な危険が死亡結果に実現していなければならないが、この事例では、そうした関連が欠けると論ずるのである⁽²⁹⁾。

しかしながら、本件事案がこのように変更されるのは、一方では、患者の死亡結果を、医師の説明義務違反に帰属可能かどうかという論点を強調する意図が存する

(26) BGH NSTZ 2012, S.205 ; この他の裁判例については、Eser / Sternberg-Lieben, a.a.O., § 223 Rn.40e)f. ; Kühn, a.a.O., § 228 Rn.17a ; 武藤・前掲 5 頁以下、山中・前掲 (2) 33 頁以下参照。

(27) Vgl., Gunter Widmaier, FS-Claus Roxin Bd.1, 2011, S.439 (443f.)

(28) Lothar Kuhlen, FS-Heinz Müller-Dietz, 2001. S.431 (438)

(29) Vgl., Widmaier, a.a.O., S.447

ためであろうが、他方で、本件所為を死亡結果から切り離して把握すれば、医師の説明義務違反によって第二手術以降の処置が傷害罪として違法であることには疑いないと解されているからである。この点につき、義務違反連関を問うことは正しい見方であると評価しながらも、果たして、本件の第二手術以降の所為を、全体として一個の違法行為と把握して良いか疑問視する見解が存在する⁽³⁰⁾。すなわち、第二手術以降の処置のうち、一部についてのみ説明が欠けるような、説明の部分的瑕疵が認められるに過ぎない場合、本判決の如く、全か無か、という把握に拠るのではなく、説明が及んでいない処置のみを違法と評価する捉え方がこれである。こうした見方によれば、第二手術における身体傷害は、レモン果汁を用いた処置のリスクに由来するものではなく、外科用メスによって惹起されたものである。そして、かかる傷害は、瑕疵のない説明に基づいて得られた同意、つまり、有効な同意によって正当化が認められ得ることになる。もっとも、この見解によっても、レモン果汁による処置については同意の有効性が及ばないため、これが単独で（危険）傷害罪を構成し得ると評価されているので、無罪という結論が導かれるわけではない。ただ、同意の有効性が及ぶ医学的処置とそうでない処置とを分離することは、不法、責任、および実現された構成要件結果の評価にとって重要であると説かれているのである⁽³¹⁾。

また、本判決が、仮定的同意の精査を看過しているという批判も少なくはない⁽³²⁾。「疑わしきは被告人の利益に」、規則に適合した説明が為された場合にも患者は同意したであろうということを出発点にすべきであるならば、仮定的同意が検討されなければならなかったと指摘される。もちろん、レモン果汁を用いた処置は、医学水準に適った一般的治療法ではないが、抗生物質が奏功しないという状況下にあった患者は、薬にも縋る思いで、これに同意したかもしれないというのである⁽³³⁾。

以上のような、保護目的論、仮定的同意論の思考は、医師の説明義務が広範に及ぶことを前提としている。つまり、ここで問われている説明義務とは、基本法に由来する自己決定権を行使するために要求されるものである。それ故、先述の如く、

(30) Vgl., Bernhard Hardtung, NStZ 2011, S.635 (636)

(31) Vgl., Hardtung, a.a.O., S.636f.

(32) Vgl., Anja Schiemann, NJW 2011, S.1046 (1047) ; Erik Kraatz, NStZ-RR 2012, S.1 (2) ; a.A., Ziemann / Ziethen, a.a.O., S.397 ; Jahn, a.a.O., S.469

(33) Vgl., Schiemann, a.a.O., S.1047 しかし、こうした証明には、殊に患者が死亡している場合、困難を伴うであろう。Vgl., Ingebog Puppe, GA 2003, 764 (769f)

自己の身体への侵襲に対する（被害者の）承諾とは径庭が存するために、自己決定権のための説明義務に違反したことが直ちに、身体傷害という結果に実現するわけではないのである。（2）説明義務違反を、患者の身体的処分権への現実的侵害と関連づけて理解するならば、説明義務違反の結果が、違法な身体傷害として実現したかどうかという保護目的の論点は、説明義務の存否という問題と同一であると解される⁽³⁴⁾。

また、医師の説明義務違反に基づく当罰性に関する限定志向が、傷害罪としての評価に見合った違法性を要求するものであれば、（3）基本法に基づく自己決定権の侵害を傷害罪の射程から排除することも考えられる。この見解によれば、「身体の処分に関する判断過程の自由」の保障は、専断的治療行為罪を設けない限り、原則、不可罰であるという結論に至るであろう⁽³⁵⁾。説明の瑕疵が、身体傷害を基礎づけるわけではないからである。これとは別に、欺罔や脅迫による場合の説明義務違反は故意の傷害罪を構成し得るが、説明の懈怠、有効な同意を得る過程での説明の瑕疵は、過失傷害等の罪を構成するという見解も挙げることができる⁽³⁶⁾。これは非常に魅力的な見解であるが、瑕疵ある不注意な行為が、身体の安全を脅かす結果として実現した場合と、自己決定権の侵害として実現した場合との間には、やはり差異が存するように思われる。適切な自己決定権の行使を保障するために要求される説明義務に対する侵害、殊に、不注意な説明義務違反を刑法上如何に取り扱うか、更なる検討を要する問題であると思われる。

しかし、本件についてみれば、何れの立場に立脚するにせよ、第一手術前の時点においては説明義務違反が否定され、第二手術以降においては説明義務違反が肯定されるという結論は異ならないように思われる。先ず、第一手術前の時点に関して、（2）、（3）少なくとも傷害罪との関係においては説明義務を限定する立場は当然のこと、（1）基本権に由来する説明義務を広く認める立場からも、レモン果汁を用いた処置が第一手術後の炎症と必然的に結びつくものではない以上、当該処置に

(34) 町野・前掲 246 頁、山中・前掲（2）58 頁参照。

(35) Vgl., Walter Gropp, FS-Friedrich-Christian Schroeder, 2006, S.197 (207) 自己決定権の侵害は、本来的に傷害罪の保護領域に含まれないとしつつも、結論においては、判例の傾向に好意的な見解として、Henning Rosenau, FS-Manfred Maiwald, 2010, S.683 (696ff.)。

(36) Vgl., Ulsenheimer, a.a.O., § 1 Rn.132a なお、藤木英雄『刑法各論』（有斐閣、1972）187 頁、中山研一「医療事故刑事判例の動向」中山研一・甲斐克則編著『新版 医療事故の刑事判例』（成文堂、2010）7 頁（注9）参照。

についても同意するかどうかは、創傷部の炎症発生後に決定可能な事項であり、大腸の手術（第一手術）を受けるかどうかの判断にあたっては説明を要する重要事項ではないであろう。仮に、(1) の立場から説明義務を肯定するとしても、その違反が死傷結果に現実化しなかったことを理由に、規範の保護目的の外にあると結論づけることも可能であると思われる。これに対して、第二手術以降は、医療水準に適していない治療法の実施によってレモン果汁を用いた処置が現に実施されている以上、身体の安全を脅かす侵襲についての説明義務違反が肯定されるように思われる。もっとも、医術的正当に実施された第二手術および、医療水準に適っていない当該処置を併せて一体的に評価したとしても、後者につき、技術上の過誤（過失）も、細菌感染を促進したという結果も証明されていない限りにおいては、傷害罪を充足するだけの違法性を認めることができるか疑問の余地がある。むしろ、これらの行為に付与される違法性の評価は、身体の安全に対する脅威が実現しなかった暴行罪の程度に過ぎないように思われる。

自己決定権が重視される反射的效果として、それを十分に行使するために課される説明義務が拡張される傾向のなか、医師の説明義務違反に関するドイツの刑事裁判例が注目を集めている。日本においても、自己決定権の重視に伴い、医師の説明義務違反が傷害罪に問擬され得ることは、実務の観点からも指摘されている⁽³⁷⁾。こうした現況において、同意の有効性に係る説明義務の範囲を争点とした本判決を検討することは、医師の説明義務違反への法的対応を考察するにあたって、少なからぬ意義があると思われるので、本稿で取り上げた次第である。

(37) 藤永幸治編集代表『環境・医事犯罪』（東京法令出版、1999）〔飯田英男〕186頁、〔瀬戸毅〕347頁以下参照。