

患者の自己決定権 ——ドイツにおける2つの価値の対立(2)

村 山 淳 子

- I 序論
- II 問題の所在——2つの価値の対立
- III 刑法領域における核心的議論
 - 1 すべての議論の発端である1894年「骨癌事件」判決
 - 2 専断的治療行為の刑法的評価をめぐる論争
 - 3 刑法典改正草案による立法的解決の企て

以上、39号
- IV 私法領域における説明義務をめぐる実践的攻防
 - 1 説明義務法理の生成と展開
 - 2 説明義務の保護法益をめぐる論争
 - 3 医療契約法による理論的成熟と体系的整理
 - 4 自己決定権の私法的変質の背景と理論的基礎

以上、本号
- V 補強材としての基本権条項の変遷
- VI 結論と展望

IV 私法領域における説明義務をめぐる実践的攻防

1 説明義務法理の生成と展開

(1) 分岐点としての1930年代¹⁾

私法領域でも、刑法領域の「骨癌事件」判決の頃には、患者の同意について

1) 戦前の法状況については唄孝一『医事法学への歩み』(岩波書店、1970年)参照。

活発に議論されるようになっていた（説明義務の起源について後述4(2)参照）。しかし、1つの分岐点と目されるのは、私法領域に特徴的な説明義務法理が判例において登場した1930年代である²⁾。以下にて、説明義務のリーディング・ケースとされる1931年の「子宮腫瘍判決」の概略を述べよう。

ライヒ裁判所1931年5月19日判決（「子宮腫瘍判決（Myomurteil）」）³⁾

【事実概要】

Xは、子宮筋腫を患い、婦人科医Yを受診した。YはXに子宮摘出手術を提案した。その際、YはXに、生殖能力の喪失などの手術による重大な影響について、十分な説明をしていなかった。Xは、手術前から生殖能力の喪失に対する恐れを表明していた。Xは、Yの説明を受けて、本件子宮摘出手術に同意し、YはXに手術を実施した。その結果、Xの生殖能力は失われた。Xは、ライヒ裁判所への上告理由において、Yの助言義務違反の主張を加えた。

【判旨（下線筆者）】

破棄差戻し。

生殖能力の喪失などの手術の重大な影響についてYが説明をしなかったことを助言義務違反とするXの主張について、以下のように判示する。

「……まさに医師の技術の領域では、民242条（訳注：独民法の信義則の根拠条文）を正しく適用するならば、倫理の基本原則と医師の職業上の識見は……無条件に望ましい結果を約束するものではなく、結果は一定の副作用を排除しないということになるはずである。ためらえば危険（Gefahr im Verzug）が存在する例外的なケースを除き、医師は手術の実施について患者の同意（Einwilligung）を必要とする（RG,68,433）……。そうである以上、医師は、手術の実施に関する患者の決定（Entscheidung）を、患者の決定にとって本質的な錯誤（Irrtum）を引き起こすような説明によって誤らせてはならない。さ

2) 唄孝一は、1930年代を、患者の自己決定権の強化という意味で「一つの分岐」と評価している（同書29頁）。

3) JW 1932,3328. 判決文のほか、唄・前掲注(1)25頁以下参照。

もなければ、医師は、個別的な諸配慮（örtliche Rücksichten）が彼の行為を正当化しない限りは、一般的な助言義務（Beratungspflicht）に対する違反を理由に責任を負う」。

本判決は、一般的な「助言義務（Beratungspflicht）」として、独民242条（信義則）を根拠に、医師の説明義務を初めて法的に構成したという点で古典的価値がある。

本判決に代表される1930年代の判決は、政権を獲得したナチスの圧力と、それに対する司法の抵抗という両極の作用を受けていた⁴⁾。そして、後者の影響により、患者の自己決定権に関する判決は、この頃より次第に増加していったといわれる⁵⁾。もっとも、この頃、説明義務は、論点として登場するにとどまり⁶⁾、いまだ切実な課題にはなっていなかった⁷⁾。医師の側においても、不安感と疑惑が増大してきていたものの、後に述べるような医師と法律家との深刻な乖離はまだ生まれていなかったとされる⁸⁾。

(2) 戦後の基本判決——「第一電気ショック判決」

第二次大戦後、基本法の制定による基本権尊重の機運の高まりの中で、患者の自己決定権をめぐる議論は、新たな段階を迎えた。契機となったのは、1950年代に相次いで登場した連邦裁判所の判決群である（一般的によく知られているのは、1954年「第一電気ショック判決」、1957年「第一筋腫判決」、1958年「第二電気ショック判決」、1959年「放射線判決」である）。なかでも当時の理論状況に照らして基本的判決であるといえる1954年の「第一電気ショック判決」を、以下にて取り上げよう。

4) 唄・前掲注(1)28頁以下、55頁等参照。

5) 同書29頁

6) 同書29頁

7) 同書25頁

8) 同書29頁参照。

1954年7月10日連邦通常裁判所判決（「第一電気ショック判決1. Elektroschockurteil」）⁹⁾

【事実概要】¹⁰⁾

Xは、退行期内因性鬱病のために、Y市立病院の神経病棟に入院していた。担当医は、Xに対し、複数回にわたり電気ショック療法（Elektroschockbehandlung）を実施した。最後の治療の際に、Xは、第12脊椎を骨折した。その結果、Xは、骨折の治癒まで約6か月半ギブスベットに入れられることになり、骨折が治癒した後も、左足の麻痺、腸と心臓の異常に悩まされた。Xは上記症状から、作業能力なしと宣告された。

Xは、電気ショック療法による「あり得べき損傷の結果（die mögliche schädliche Folgen）」について十分に説明されていなかったことを主張し、Yを相手取って、財産的損害と慰謝料の賠償を請求した。

第一審X敗訴（略）。

原審は、Xが電気ショック療法の性質・範囲・危険、とくに脊椎骨折の可能性につき説明を受けていなかったことを理由として、電気ショック療法へのXの有効な同意を否定し、Xの肉体的損傷に起因する損害賠償を認めた。これに対してYが上告したのが本件である。

【判旨】（下線部は筆者）

上告棄却。

「患者の身体の無傷性（körperliche Unversehrtheit）に対する医的侵襲（ärztliche Eingriff）は、患者の同意が十分なものである限りにおいてのみ、契約に適合し、かつ違法ではない。」（RGZ88,433（436））「医師は、あらゆる侵襲に先立ち、当該侵襲の性質（Art）と結果（Folgen）に関する適切な考えに基づく、明白な患者の同意を……たしかめなければならない。」（RGZ163,129（138））「有効な同意のためには、いかなる場合でも、同意者が、医的侵襲の本

9) NJW 1956,1106

10) 判決文の原文のほか、唄・前掲注(1)30頁以下参照。

質的な性格 (Wesen)、意味 (Bedeutung)、範囲 (Tragweite) の基本的特徴 (Grundzügen) を認識していたことが求められる。」(Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S.96)

「医師と患者の関係には特別な基準の適用が求められるため、身体の統一性 (körperliche Integrität) に対する侵襲に関する決定の自由 (Entschließungsfreiheit) に配慮すべき義務を否定することはできない。医師の倫理的課題は、患者の言葉に耳を傾け、適用する治療方法の望ましくない副次的な現象について最大限説明することを求めている。……当該治療方法の「あり得べき傷害の結果 (die mögliche schädliche Folgen)」に関するこの説明義務は、まさに同時に (gerade mit)、人格と身体の統一性に配慮しなくてはならない医師の職業上の義務である。……(精神病患者において) 医師が患者を有害な不安から守ろうとし、また、その病気がもしかしたらもたらすかもしれない悪結果を不必要に指摘しないようにすることは自明のことであろう。しかし、そのことも、医師があらゆる侵襲に先立ち当該侵襲の性質と結果に関する適切な考えに基づく、明白な患者の同意をたしかめる必要があることの前では、後退しなければならない。同意取得と結びつく説明が患者の気分もしくは全身状態すら悪化させる結果となるとしても、それは甘受せねばならぬ不可避の不利益として扱われるだろう。」

本判決は、「身体は無傷性」という独刑法の傷害罪の条文の表現¹¹⁾を使用し、医的侵襲の適法化には患者の同意を要することを述べる。これと同時に、医師の倫理的課題を理由に、「身体の統一性に対する侵襲に関する患者の決定の自由」に配慮すべき義務であるとして、医師の説明義務を導出している。

さらに、本判決は、患者の精神疾患との関係で、治療上の理由ないし裁量（後に「治療上の特権 (therapeutische Privileg)」¹²⁾と呼ばれる）の問題に立ち入る。本判決は、同意取得と結びつく説明は、説明による患者の気分もしくは全身状

11) 第17章「身体は無傷性 (körperliche Unversehrtheit) に対する罪」との表記。傷害罪はこの章下の犯罪類型。

12) 後述参照。

態の悪化を不可避の不利益として甘受してでも貫くべきことを説示し、後続判例に影響を与える準則を定立した¹³⁾。のみならず、患者の精神状態を考慮して必要な説明の程度（Maß）を判断すべきことを述べることで、説明義務の存否の問題と説明の仕方の問題は別であるとする発想をも生み出している（この発想は、後にがん告知に関する1959年「放射線事件判決」（後述参照）でより明確化されることになる）。

本判決は、以上のごとく内容をもって、強化された説明義務を認め、治療義務優先の思想に決定的な打撃を与えた。以後、医師の治療義務の前には、説明義務が立ちはだかることになったのである¹⁴⁾。

（3）戦後の民事判例の特徴——説明義務をめぐる実践的攻防

ほかの重要判決および学説の理論状況を補足しつつ、説明義務をめぐる戦後の民事判例¹⁵⁾の全体的な特徴を以下にて描出しよう（なお、1957年の「第一筋腫判決」は、戦後の重要判決の1つであるが、基本法にかかわる刑事判決であるため、次号で取り上げることにする）。

戦後の民事判例は、一貫して、ライヒ裁判所判決によって生成した説明義務法理を継承している（上記1931年「子宮筋腫判決」と1954年「第一電気ショック判決」を対比参照されたい）。さらに、戦後の民事判例は、基本法の保障する「人格」と「身体の一貫性」（「第一電気ショック判決」の表現）をいずれとも根拠として説明義務を導出している。

戦前の説明義務判例は事例によって説明義務の認否に波があったという¹⁶⁾。しかし、1950年代の一連邦裁判所判決群は、説明義務の強化を方向性として

13) 次号で扱う1957年11月28日連邦通常裁判所判決（「第一筋腫判決（1.Myomurteil）」（BGHSt11,111）でもこの見解は継承されている。

14) 唄・前掲注(1)65頁

15) 医師の説明義務に関する戦後の民事裁判例について、とくに山下登「医師の説明義務をめぐる最近の論議の展開(1)～(3)」六甲台論集30巻1号（1983年）96頁以下、30巻3号（1983年）33頁以下、31巻3号（1984年）68頁以下参照。

16) 唄・前掲注(1)28頁以下参照。

決定づけた。のみならず、自己決定権に関する議論の主軸は説明義務に移行し、爾来、患者の自己決定権は説明義務の問題として論ぜられることになった。さらに、1970年代になると、説明義務の主張が医療技術過誤の立証困難を迂回する捕捉的機能¹⁷⁾を担う現象が加わり¹⁸⁾、訴訟において説明義務の強化拡大現象はいっそう進んだのである。

上記のごとく圧倒的な説明義務の強化拡大の流れの中で、説明義務は程度や範囲として強度を上げるのみならず、質的にも豊饒化し射程を拡げている（とくに、患者への治療上の配慮が問題となるケースで顕著である）。説明は、医師と患者の対話や協働の要素として倫理上求められる広範多彩な内容をも包摂し、法的義務として医師に課されるようになった。諸学説はこれに対応して、多彩なレベルと視点を基準に、医師の説明を分類した¹⁹⁾（例えば、主要なものとして、「自己決定のための説明（Selbstbestimmungsaufklärung）」、「安全のための説明（Sicherungsaufklärung）」、「経済的説明（Wirtschaftliche Aufklärung）」などがよく挙げられている）。そして、このように捉えられる説明は、法化の出発点であった治療行為の適法化のための同意からはもはや独立した存在感を帯びようになっていったのである。

臨床の場での医師と患者のやり取りが現実の法的制裁を生み出すようになって

17) Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, 1981, BGB § 823 I Rn. 41. 技術過誤は患者が立証しなければならないが、患者の同意とその基礎たる説明は正当化事由として医師が立証せねばならない。説明義務違反を理由に訴えれば、証明責任の分配が有利であるにもかかわらず、損害賠償額において技術過誤の場合に匹敵する効果が得られる。

18) 「捕捉的構成要件（Auffangtatbestand）」ebd., Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl., 2008, Rn. 245; Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 59, Rn. 3u.a.

19) 例えば, Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18) Rn. 266 ff. は、説明の種類（Art）と項目を立てて、自己決定のための説明（Selbstbestimmungsaufklärung）、診断の説明（Diagnoseaufklärung）経過の説明（Verlaufsaufklärung）、代替的療法の説明（Aufklärung über Alternativen）リスクの説明（Risikoaufklärung）医薬品の作用の説明（Aufklärung über Medikamentenwirkung）治療をしない場合の説明（Aufklärung über Nichtbehandlung）、安全のための説明（Sicherungsaufklärung）、治療の質の説明（Qualitätsaufklärung）経済的説明（Wirtschaftliche Aufklärung）を挙げている。

たことで、説明義務論の底にある価値対立は先鋭化した²⁰⁾。説明義務の問題は、説明の限界づけの困難が顕在化するクリティカルで微妙な場面²¹⁾——「ためらえば危険 (Gefahr im Verzug)」²²⁾、「治療上の特権 (therapeutische Privileg)」²³⁾——をめぐり、それを契機として、説明義務の範囲²⁴⁾・限界・例外の問題として、1958年「第二電気ショック事件」や1959年「放射線判決」に代表され後続する幾多の判例を通じて激しく争われた。医師と法律家の間に「冷たい戦争 (kalter Krieg)」²⁵⁾が勃発したのも、戦後になってからである。

20) Vgl. Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18) Rn.243

21) 唄・前掲注(1)58頁の表現参照

22) いわゆる「ためらえば危険 (Gefahr im Verzug)」とは、患者の生命健康に重大な危険が迫っている場合に、成功の見込みのある医的侵襲ないしその拡大が緊急に必要なときに、患者ないしその法定代理人の同意が得られないか、それを得るために労することによってその侵襲の有効性と可能性が重大な賭にさらされる状態のことを指す (唄・前掲注(1)42頁参照)。事務管理ないし推定的同意によって対応される。

戦前の1931年「子宮腫瘍事件判決」ですでに、戦後も1954年「第一電気ショック判決」にて言及、1958年「第二電気ショック判決」で説明義務の例外を詳細に説示する中でその理論を容認した。さらに1957年「第一筋腫判決」(BGHSt 11, 111, 113 f) は、拡大侵襲の事例につき言及している。

23) Deutsch, Das therapeutische Privileg, NJW 80, 1305. この「治療上の特権 (therapeutic privilege)」とは、説明を行うことが患者の心身や治療効果に悪影響を与える場合において必要な説明を差し控えることができる医師の権利である。

精神疾患に関する前出1954年「第一電気ショック判決」および前出1958年「第二電気ショック判決」、そしてがん告知に関する連邦通常裁判所1959年1月16日判決 (「放射線判決」) BGHZ 29,176が、一定の準則を定立した (しかし、とくにがん告知について、その後の判例の制限的傾向につき、河原格『医師の説明と患者の同意——インフォームド・コンセントの日独比較』(成文堂、1998年) 24頁以下参照)。

24) なお、(後の判例で否定されたため) 現代的意義は疑わしいが、連邦通常裁判所1958年12月9日判決 (「第二電気ショック判決2.Elektroschockurteil」) BGHZ 29,46では、説明義務の範囲について詳細な説示がなされた。そこでは、前出「第一電気ショック判決」と併せ、「ティピカルな危険については説明を要し、アティピカルな危険については説明を要しない」(唄・前掲注(1)30頁) というドグマが定立された (同書30頁以下参照)

25) Schwalm, Die strafrechtliche Bedeutung der ärztlichen Aufklärungspflicht, MDR 1960, S. 722 ff., 723.

なお、「推定的同意 (mutmaßliche Einwilligung)」²⁶⁾や「患者の事前指示書 (Patientenverfügung)」²⁷⁾などの解釈論やその法制化も並行して進展したことを付け加えておきたい。これらは、激化する2つの価値の対立を止揚・調整し、2つの価値の実質的な均衡をカバーする役割を担ったのである。

2 説明義務の保護法益をめぐる論争²⁸⁾

(1) 私法領域のテーマ設定の特徴

刑法領域では、患者の自己決定権の保障内容は、医師の専断で実施された、医学的適応があり (Indiziert)、医学準則に則った (lege artis) 治療行為が、患者のいかなる利益を侵害するから違法なのかという先鋭化した、かつ象徴的なテーマ設定のもとで議論された。

これに対し、私法領域では、適切十分な説明なくして実施された治療行為が悪結果を生じた場合に、患者のいかなる利益を侵害し、ゆえに、いかなる種類

26) BGHSt 45, 219, 223 : Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18), Rn.262 ff. 刑法では、慣習法上認められ、被害者の同意と正当化的緊急避難の間に位置づけられている (Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl., 2006, § 18 Rn.4,8)。現実的同意に対して補充的に用いられる。

27) 「患者の事前指示書 (Patientenverfügung)」は、患者が意識喪失や判断能力減退によって自身に施される医療行為に関して同意ないし拒絶を行うことができなくなる場合に備えて、予め、特定の医療措置に関して、同意ないし拒絶の意思表示を書面で行っておくものである。一種の予防的措置であり、自己決定の時間的拡張にあたる。従来判例 (BGH BGHZ, 202, 206) によって認められてきたものが、2008年の世話法の改正によって立法化した (村山淳子「ドイツにおける高齢者医療の法的問題の現状と課題——世話制度を用いた医療上の自己決定支援」甲斐克則編『医事法講座14巻 高齢社会と医事法』(信山社、2014年) 289頁参照)。

28) 患者の自己決定権をめぐる私法領域の議論に関する独語文献は、2013年の医療契約法制定の前後でかなり内容が異なるため、本項目および次項目では医療契約法制定以前の版のものを中心に参照している。なお、医療契約法制定前の説明義務に関する議論状況を紹介する邦語文献として、山下登「医師の説明義務をめぐる最近の論議の展開(1)」六甲台論集30巻1号(1983年)96頁、山下登「医師の説明義務をめぐる重要争点の検討——脊髄疾患に対して椎弓切除術が施行された事例を手がかりとして——」臨床法務研究18巻(2017年)32頁参照。

と範囲の損害の賠償責任を生じさせるのかという民事責任法の目的と構造に沿ったテーマがみいだされる（両テーマの建付けは似通っているようで異なっている）。

私法的に再現したともみえる2つの価値の対立は、違法性阻却構成と義務構成の対立という形をとって現われたかのようにみえる。

なお、ドイツでも、医師責任については、債務不履行責任と不法行為責任が観念的競合（Idealkonkurrenz）の関係にあり、互いに排除しあう関係にはない（違法性阻却構成をとった場合の契約法の機能の問題については後述3(2)参照）。実際には、2002年の債務法改正を境に、医師責任の法的根拠は不法行為から契約法に移行してゆき²⁹⁾、その流れは後述の医療契約法の制定をもって決定的なものとなった。

(2) 違法性阻却構成

判例・多数説³⁰⁾の支持する構成である。

違法性阻却構成は、治療行為を身体法益の侵害であると評価し、その徴表される違法性が患者の有効な同意によって阻却されると考える。本構成において、同意と説明は、「真正な意味で法的義務」³¹⁾であるわけではない。患者の同意は、身体法益の処分³²⁾ないし放棄³³⁾を意味するものであり、説明は同意の有効性の前提要件（Voraussetzung）である³⁴⁾。適切十分な説明を行わなかったことは、

29) 2002年の債務法改正（半田吉信『ドイツ債務法現代化概説』（信山社、2003年）参照（巻末にはドイツ債務法現代化法の邦訳を所収））前は、医療訴訟のメインの責任根拠は不法行為であった。債務法改正（旧847条にもとづく慰謝料請求権が債務法の一般的部分に移ったことにより、両責任構成に実質的差異がなくなった）後、患者の自律性の志向や医療の多様化と相俟って、責任根拠の重心は契約法に移行していった。

30) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18), Rn.243

31) Weitnauer, Fragen der ärztlichen Verantwortlichkeit in zivilrechtlicher Sicht, DB1961, Beilage Nr.21, S.3（山下・前掲注(28)（1983年）125頁より）

32) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18), Rn.248

33) ebd., Rn.265

34) ebd., Rn.248

患者の同意の有効性の前提を崩壊させ、もって当該同意を無効化し、そのために治療行為は同意なきものとなり、違法性は阻却されず、治療行為は違法性を帯びるのである³⁵⁾。このようにして違法な治療行為を実施した医師は、それを原因とするあらゆる財産的および非財産的損害に対して賠償責任を負う。

判例は、上記構造において、説明の適否と同意の有無の関係を、違法性関連(Rechtswidrigkeitszusammenhang)——行為の違法性と結果との間に行行為者に責任を負わせるに足る関連性があるかどうか——の問題として捉えている³⁶⁾。適切かつ十分な説明をしたとしても患者が当該治療行為に同意していたであろうこと(仮定的同意 Hypothetische Einwilligung³⁷⁾)を医師が主張立証できれば、医師は責任を免れる。この主張に対して、患者側は、適正な説明を受けていれば、当該治療行為の実施に関し、重大かつ持続的な内心の葛藤に陥ったであろうことを、あとづけ可能でもっともらしい理由を付して陳述しなければならない³⁸⁾。

この違法性阻却構成は、説明義務の保護法益を、患者の身体法益と、身体に関して自ら決定する人格的な利益であると捉える。この2つの保護法益の関係に関しては、論者の見解は一様でないが、以下に述べる Deutsch の見解³⁹⁾が支配的であったといえる⁴⁰⁾。Deutsch は、違法性阻却構成を叙述する中で、説明を受けたいうでの同意を違法阻却の前提条件とすることは、一般的人格権の現

35) この構造において刑法の判例の立場と共通している。

36) 山下・前掲注(28)(2017年)41頁

37) BGHZ 90,96; 後に刑事判例でも BGHSt 15, 200 (「第2筋腫判決」).Vgl. Laufs/Kern, a.a.O. (Note 18), § 63,Rn.5ff. (Laufs).

38) 松本博之『民事訴訟における事案の解明』(日本加除出版、2015年)75頁以下参照(証明責任を負わない「具体的事実陳述義務」)

39) 以下は、Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18) Rn.248の一部をその表現を使いながらまとめた内容である(本書の前身である Deutch,Arztrecht und Arzneimittelrecht,2.Aufl.1982,S, 52でも同旨見解が述べられている)。

40) Vgl.Laufs/Kern,a.a.O. (Note 18), § 63,Rn.2,note 2 (Laufs). なお、私法領域では、2つの保護法益の関係までには深く立ち入らないのが、むしろ一般的な文献状況であったといえる。

れであるとする。そして、不法行為に関する民法823条の列挙するところの身体・健康・自由といった法益が、患者の同意によって処分されるとしたうえで、それら身体・健康・自由といった法益の背後には、それらの侵害を許容することも拒否することも自由になしうる人格権が潜んでいる (verbergen sich) と説明する⁴¹⁾。Deutschによると、専断的治療行為は、患者の人格権を侵害し、そのみならず、患者の身体・健康・自由をも侵害する。

なお、違法性阻却構成の論者は、説明義務の基本法上の根拠を、当初は、基本法2条の1項と2項の双方に求めていたが⁴²⁾、次第に、基本法2条1項、あるいは2条1項と1条1項に求めるようになっていった⁴³⁾(憲法論については、次号で詳述する)。

(3) 義務構成⁴⁴⁾

かつて少数の支持者を有していたが、現在では言及されることが多い。

義務構成は、説明や同意を、身体侵害の損害賠償の問題とは切り離して、それ自体、義務としてとらえ、それら義務に対する違反が独立の責任原因をなすとする。本構成において、説明の有無適否は、同意の有効性を左右するもの

41) Deutsch, Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht, NJW 1965, 1989 は、一般的人格権には透明性があり、その背後には、固有規定を当てられた法益(身体と健康)がみられると述べている。

42) Deutsch, Arztrecht und Arzneimittelrecht, 2. Aufl. 1982, S. 52; Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983, S. 9 (患者の自己決定権の根拠に関する最近の裁判例・学説の見解として); Taupitz, Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, 2000, 274 ff. D3, D5 (説明の保護法益を、身体は無傷性に対する権利(2条2項1文)、それと密接に結びついた一般的人格権(基本法2条1項)、基本法1条1項1文で保障された人間の尊厳とする)

43) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18) Rn. 248; (医療契約法制定後に) Spickhoff, a.a.O. (Note 18), § 630d BGB Rn. 1 (Spickhoff) (2条1項と1条1項を根拠とする)

44) Wiethölter, Arzt und Patient als Rechtsgenossen, in: Stiftung zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung über Wesen und Bedeutung der Freien Berufe (Hrsg.), Die Aufklärungspflicht des Arztes, 1962, 71 ff. (79); Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983, S. 149 ff.

ではない⁴⁵⁾。適切十分な説明をしなかったこと、あるいは有効な同意を取得しなかったことは、いずれも、医師の義務違反、ないしは過失を構成する⁴⁶⁾。

義務構成は、適切十分な説明をせずに、または同意を取得せずに実施した治療行為であっても、医学的に正当な行為であれば、身体の侵害にはあたらないとする考えを基礎としている。適切十分な説明を行わなかったことは、人格権である自己決定権単独の侵害として評価される⁴⁷⁾(本構成は、人格権である自己決定権を独立の保護法益として承認する)。説明義務違反の効果は、患者の自己決定権を顧慮しなかったことを理由とする、慰謝料の賠償にとどまる⁴⁸⁾。

(4) 小括——自己決定権概念の弛緩と核心的問いの喪失

自己決定権の保障内容を問う、違法性阻却構成と義務構成の対立は、刑法領域における専断的治療行為論争と構造的に似通っている(実際、とくに違法性阻却構成は、刑法の判例の立場の影響を受けている)。

しかし、違法性阻却構成と義務構成の論争において、身体と意思の価値対立を究極的に問う視点をみいだすことはできない。刑法の傷害罪構成要件該当説におけるように、差引勘定を完全に排した、「生のままの」身体法益を保護することは、民事責任法の構造ではできない。損害の発生を要件としその填補を法の目的とする以上、損害と評価される悪結果が生じていないケースは、民事責任法の保護の対象には入ってこない(このことは、義務構成から違法性阻却構成に対する批判の論拠として挙げられ⁴⁹⁾、だからこそ義務構成はむしろ人格権である自己決定権単独の問題として保護しようとしたのである)。私法領域では、身体と意思の価値の関係は、法の構造のレベルで解決される問題ではなく、身体法益の解釈や同意の有効性の判断における社会規範に即した利益衡量

45) 「違法性判断の前方移行」(山下・前掲注(28)(1983年)100頁)

46) Kern/Laufs, a.a.O. (Note 44), S.149.

47) Kern/Laufs, a.a.O. (Note 44), S.149.

48) Kern/Laufs, a.a.O. (Note 44), S.149

49) ebd., S.149f.

にゆだねられる問題なのである。

3 医療契約法の立法による理論的成熟と体系的整理

(1) 患者の権利法の一部としての医療契約法の制定

2013年、長年の患者の権利の法制化の運動に応えて、「患者の権利法 (Patientenrechtegesetz)」⁵⁰⁾が制定された。同法は、患者の権利の向上という1つの目的をめざして⁵¹⁾、私法・社会法にわたる7法令⁵²⁾の改正を包括した形式で成立し、その中心をなすのが民法典の改正であった。

改正により挿入された民法630a～630hは、医療契約と医師責任に関して、判例によって形成されてきた諸規範を、雇用契約⁵³⁾の下位類型の箇所に条文化して挿入するものである。

本規定群をもって、医療における説明や同意をめぐる規律も、従来曖昧さのあったところにつき、一定の理論的成熟と体系化を達成した。また、法案理由においては、立法者の解釈が示された。ここでは、説明と同意にかかわる体系

50) Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20.Februar 2013 (BGBl. I S.277).

本法の邦語参考文献として、渡辺富久子「【ドイツ】患者の権利を改善するための民法典等の改正」外国の立法月刊版255-1号(2013年)16頁以下、服部高宏「ドイツにおける患者の権利の定め方」法学論叢172巻4・5・6号(2013年)255頁以下、村山淳子「ドイツ2013年患者の権利法の成立——民法典の契約法という選択——」西南学院大学法学論集46巻3号(2014年)117頁以下、小野秀誠「医療契約：ドイツ民法典の改正」国際商事法務629号(2014年)1679頁以下、村山淳子「〈翻訳〉ドイツ医療契約法の法案(理由付)(上)」同誌51巻1号(2018年)45頁以下等。本稿で用いる条文ならびに法案は上記拙稿(2014年)154頁以下の翻訳を基にしたものである。

51) 連邦政府法案の前文(Drucksache 17/10488,S.1)および法案理由(ebd.,S.9).

52) 民法(BGB)、社会法第5編(SGB V)、患者参加令(Patientenbeteiligungsverordnung)、病院財政法(Krankenhausfinanzierungsgesetz)、契約医許可令(Zulassungsverordnung für Vertragsärzte)、契約歯科医許可令(Zulassungsverordnung für Vertragszahnärzte)、そして連邦医師法(Bundesärzteordnung)である。

53) 本改正により典型契約化する以前の医療契約は、判例により、雇用契約の一種として性質決定されてきた(BGHZ 47, 75 ff.; 76, 259, 261; 97, 273, 276)。

と解釈の到達点を確認しよう。

【資料1 新・医療契約規定（下線筆者）】

独民法第2編債務関係法のうち、第8章個別の債務関係のうち、第8節の改正である。

第8節 (Titel 8)

「雇用契約とそれに類する契約 (Dienstvertrag und ähnliche Verträge)」

第1款 (Untertitel 1)

「雇用契約 (Dienstvertrag)」(611条～630条)

第2款 (Untertitel 2)

「医療契約 (Behandlungsvertrag)」

630a 条 医療契約における契約に典型的な義務

630b 条 適用可能な規定

630c 条 契約当事者の協力 (Mitwirkung) (1項)、情報提供義務 (Informationspflichten) (2項・3項)

630d 条 同意 (Einwilligung)

630e 条 説明義務 (Aufklärungspflichten)

630f 条 医療上の記録 (Dokumentation der Behandlung)

630g 条 医療記録の閲覧 (Einsichtnahme in die Patientenakte)

630h 条 医療過誤および説明過誤責任に関する立証負担

(2) 同意 (Einwilligung) (630d 条)

医療契約の定義規定である630a条⁵⁴⁾とは別に、あえて医療上の措置に関する同意について本条を設けている。これをもって、医療上の措置 (medizinische Maßnahme) に関しては、契約締結合意とは別個独立に、患者の同意を要すること⁵⁵⁾が条文をもって確認された (もし、治療を目的とする医療契約の存在のみをもって治療行為を正当化し得るのであれば、本条は存在する必要のない、余計な条文であるということになる⁵⁶⁾)。

本条を630e条の説明義務（Aufklärungspflichten）とは別条文で規定したことは、戦後の説明義務論において、説明が同意から分化独立して内容を発展させたことを反映している。

法案理由では、630d条の保護法益について以下のように述べられている。すなわち、一方で、本条は、「患者の人格の自由な発展と人間の尊厳の尊重に対する憲法上の保障の私法による具体化という意味での、患者の自己決定権」⁵⁷⁾を保護する。他方で、その同意は、「不法行為の法益保護の枠組みでも、つまり侵襲の違法性ないしその正当化の問題にとっても、意味がある」としている⁵⁸⁾。

さらに法案理由は、これまで医療契約の法規定を欠くために、「同意」に関して、契約法と不法行為法との区別・関係性が判例において精密でなかったとの認識を述べる⁵⁹⁾。そして、この問題を630d条の制定をもって整理する意図を述べる⁶⁰⁾。立法による整理の成果を、有力説は以下のように理解している。

54) 参考のため、医療契約の定義規定を下記に訳出する。

630a条 医療契約における契約に典型的な諸義務

1項 医療契約によって、患者の医療上の処置（medizinische Behandlung）を約束する者（医療者 Behandelnder）は、約束した処置を給付する義務を負い、もう一方の当事者（患者 Patient）は、第三者が支払義務を負わないかぎりにおいて、合意された報酬を支払うべき義務を負う。

2項 前項の処置は、別段の合意がないかぎりにおいて、当該処置の当時に存在し、一般的にみとめられている専門の水準に則って行われなければならない。

55) Vgl. Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 85. Aufl. (2026), § 630d Rn. 1 (Weidenkaff)

56) Vgl. Linoh, Die mutmaßliche Einwilligung im Medizinrecht : Gewohnheitsrechtlich anerkannte Illusion der Selbstbestimmung?, medstra Heft 4, 2017, 216 (キム・フィリップ・リノー／仲道祐樹・天田悠（訳）「医事法における推定的承諾——慣習法上認められた自己決定という幻想か？」比較法学 53 卷 1 号（2019 年）167 頁以下参照）

57) BT-Drucksache 17/10488, S.23（法案理由）

58) ebd., S.23（法案理由）

59) ebd., S.23（法案理由）

60) ebd., S.23（法案理由）

すなわち、同意は、不法行為法および契約法のいずれにおいても、患者の一般的人格権に奉仕する。どちらの構成によるかで異なるのは、同意の機能である⁶¹⁾。不法行為法上の同意は治療行為の正当化の根拠としての機能が前面に出るが⁶²⁾、630d 条は同意に契約上の義務の対象としての機能を獲得させるものである⁶³⁾。

【資料2 第 630d 条 同意 (Einwilligung) (下線筆者)】

第1項 医療上の処置、とくに身体又は健康への侵襲の実施に先立ち、医療提供者は患者の同意を取得すべき義務を負う。患者に同意能力がない場合、1901a 条1項1文にもとづく患者の事前指示が当該処置を許容し、若しくは禁止していないかぎり、同意権者の同意を取得しなければならない。他の規定により、同意についてさらに要件が定められている場合には、このかぎりでない。延期不能な処置に関して適時に同意が取得できない場合、推定上の患者の意思に適合しているかぎりにおいて、同意なく当該処置を実施することができる。

第2項 患者、若しくは1項2文の場合には同意権者が、同意に先立ち、630e 条 (1～4項) の準則に則り説明を受けていることが、同意の有効要件である。

第3項 同意は、無理由・不要式・随時に撤回可能である。」

(3) 説明義務 (Aufklärungspflichten) (630e 条)

① 説明義務概念の体系化

630e 条は630c 条と併せ、従来裁判例によって広範多彩に認められ、学説が分類を試みてきたところの説明義務を、それまでの議論を基に種類分けし、条文をもって体系化して示した。すなわち、630c 条の情報提供義務 (Information

61) Spickhoff, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 630d BGB Rn.1 (Spickhoff) Vgl. Bergmann/Pauge/Steinmeyer, Nomos Kommentar: Gesamtes Medizinrecht, 4. Aufl., 2023, BGB § 630d Rn.1, 2 (Wever)

62) Spickhoff, a.a.O. (Note 61), § 630d BGB Rn.1 (Spickhoff)

63) ebd., § 630d BGB Rn.1 (Spickhoff)

spflichten) と 630e 条の説明義務 (Aufklärungspflichten) に大別したうえで⁶⁴⁾、さらに前者につき、630c 条2項1文の医療 (Behandlung) にとって重要な事情について情報提供する義務⁶⁵⁾、2文の医療過誤についての情報提供義務、そして3項の経済的な情報提供義務 (wirtschaftliche Informationspflicht) の3類型に分ける。

630e 条の説明義務 (Aufklärungspflichten) に相当するのが、それまで、「自己決定のための説明 Selbstbestimmungsaufklärung)」ないし「侵襲とリスクの説明 Eingriffs- und Risikoaufklärung」と呼ばれてきた説明である⁶⁶⁾。630d 条の同意 (の有効性) の前提条件であるのは、この630e 条の規定する説明義務の方であることが、630d 条2項に明記されている (前述(3)参照)⁶⁷⁾。法案理由では、「自己決定のための説明」を求める患者の権利は、人格に関する彼の自己決定権が流れ出たもの (Ausfluss) と表現されている⁶⁸⁾。

② 説明義務の範囲・例外・方法の規定化

630e 条は、説明の範囲や例外について、それまでの確立した判例を反映した条文化を行っている。患者に説明すべき、同意にとって本質的な事情として、具体的項目を列挙する (1項2文)⁶⁹⁾ (これは例示であって、閉じられたカタログではない⁷⁰⁾)。さらに代替的療法の説明義務の基準 (1項3文)⁷¹⁾のほか、説明が例外的に不要となる条件⁷²⁾として「ためらえば危険」と患者による説明放

64) とくに630c 条2項1文の治療上の情報提供義務について BT-Drucksache 17/10488,S.21 (法案理由)

65) それまでの判例で「治療上の説明義務 (therapeutischen Aufklärungspflicht)」や「安全上の説明 (Sicherungsaufklärung)」と捉えられてきたものに相当する (Vgl.Thole, Das Patientenrechtgesetz-Ziele der Politik, MedR 2013,S.146)。

66) BT-Drucksache 17/10488,S.24 (法案理由)

67) ebd.,S.24 (法案理由)

68) ebd.,S.24 (法案理由) (BGH VersR 1959, 153 ff. を参照表示)

69) ebd.,S.24 (法案理由)

70) ebd.,S.24 (法案理由)

71) 詳細は ebd.,S.24 (法案理由) 参照。

72) 詳細は ebd.,S.25 (法案理由) 参照。

棄を例示的に列挙する(3項)。さらに、条文の複数個所にわたり、説明の相手方や方法⁷³⁾までも規定化されている。

【資料3 630e 条 説明義務 (Aufklärungspflichten) (下線筆者)】

第1項 医療提供者は、同意をするために重要なすべての事情を患者に説明すべき義務を負う。それにはとりわけ、医療上の処置の種類、範囲、実施、期待される結果およびリスク、および診断と治療からみた必要性、緊急性、適応、及び成功の見込みが含まれる。適応があり通常行われている医療上同程度の方法が複数存在し、負担、危険、又はもたらしうる治癒の機会に重大な差異がある場合、医療提供者は説明に際して別の選択肢としての処置も摘示しなければならない。

第2項 説明は、以下の各号の定めるとおりに行わなければならない。

第1号 医療提供者、又は当該処置を実施するのに必要な能力を有する者が、口頭で行なわなければならない。補足的に、患者に文書を交付して、説明に用いることもできる。

第2号 同意に関する決定を患者が熟慮のうえで行えるよう、適時に、行わなければならない。

第3号 患者にとって理解しやすいものでなければならない。患者が説明又は同意に関連して署名した文書のコピーを、患者に交付しなければならない。

第3項 特別な事情により患者への説明が例外的に必要なでない場合、とくに当該処置が延期不能であるか、又は患者が説明を明示的に放棄している場合には、これを不要とする。

第4項 第630d 条第1項第2文により、同意権者の同意を取得すべき場合には、第1項から第3項までの準則に則って、同意権者に説明しなければならない。

第5項 第630d 条第1項第2文のケースにおいて、患者がその成長段階と理解能力から説明を受容しうる状態にあり、かつそれが当該患者の福祉に反しない

73) 以下条文参照。

限りにおいて、患者にも、第1項による重要な事項を、その理解力に応じて説明しなければならない。第3項を準用する。

（4） 小括——判例による法形成の継続

2013年の医療契約法は、法の透明性の確保のために⁷⁴⁾、従来の判例の内容を整理し体系的に纏めることにとどまるものであった。判例法による曖昧さを立法的に解決した要素もあるが、判例の内容を明確に否定したり、新たな内容を加えることはしていない。加えて、医療という進展の早い領域を対象とする立法であることを考慮し⁷⁵⁾、立法後もなお、判例による継続的な法発展を妨げるものがないよう⁷⁶⁾十分な余地⁷⁷⁾を残す書きぶりとなっている。

この立法姿勢は、20世紀後半の刑法改正論議におけるそれにも通じている。刑法改正論議でも、説明義務の特則が重要な争点となったが、適切な条文化の可能性やその成果に疑問が呈せられた⁷⁸⁾。ようやく立案された1962年草案の説明義務の特則も、説明義務の例外についての判例法の条文化であって、判例により認められていた説明義務の根拠や意義につき制定法上の根拠を与える以上のものではなかった⁷⁹⁾。

4 自己決定権の私法的変質の背景と理論的基礎

（1） 自己決定権の私法的変質

上記のごとく、判例および制定法の展開をみると、私法領域において、同意や説明が保護するところの患者の自己決定権の保障内容は、刑法領域におけるそれとは質的に異なっている。私法領域において患者の自己決定権とは、身体

74) とくに法案前文の叙述（BT-Drucksache 17/10488,1）参照。

75) Vgl.Katzenmeier,Der Behandlungsvertrag-Neuer Vertragstyp im BGB,NJW 2013,823

76) Thole,Das Patientenrechtgesetz-Ziele der Politik,MedR 2013,S,149（法務省の担当官の立場から）

77) BT-Drucksache 17/10488,S.9（法案理由）

78) 唄・前掲注(1)46頁以下参照

79) 以上、天田悠『治療行為と刑法』（成文堂、2018年）211頁以下参照。

法益の処分に対する権利ではなく、自己の身体に関して自身で決定することのできる人格的な利益（一般的人格権）であって、それが身体法益に結び付けられる構造になっている（その結びつきの在りようについては、次号の憲法論に譲りたい）。この構造において、刑法領域において保護されてきた身体法益とその処分の拒絶意思の構造上の絶対的地位は喪失した。

このような自己決定権の私法的変質の原因としては、私法領域特有の、以下のような背景と理論的基礎を考えることができる。

(2) 医師の説明の2つの起源

医師が患者に対して行う「説明」には、2つの起源が存在する。

1つは、刑法の影響を受けた、法律論としての、治療行為の適法化論である。刑法領域における「骨癌事件」と同じ頃、私法領域でも、19世紀後半には⁸⁰⁾、治療行為を適法化するためには患者の同意が必要であるとする議論が存在していた。有名な証左として、1898年のビスマルクの自著⁸¹⁾における以下のような叙述がある。すなわち、後にフリードリッヒ三世となる皇太子が咽頭癌に罹患したことにつき、「治療にあたった医師団は、1887年5月末、皇太子にその意図を告げることなく、彼の意識を（訳注：麻酔で）失わせ咽頭を摘出することを決めた。これに対して、私（訳注：ビスマルク）は異議を唱え、患者の同意なく手術を実施しないよう、また、王位継承者が手術を受けるのだから、家長（訳注：皇帝）の同意も取得するように求めた。私から報告を受けた皇帝は、息子の同意なく手術を実施することを禁止した」⁸²⁾。Deutsch は、このエピソードを紹介して、「道徳的および法的に必要な不可欠なものとしての患者への説明は、19世紀後半の落し子である」と述べるのである⁸³⁾。

もう1つは、それよりも時代的に遡る、近代的な医療観ないし医療倫理であ

80) Vgl. Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18), Rn.244

81) Bismark, Gedanken und Erinnerungen, 2 Bd. 1898, 306 (Neue Auflage. 1920, S.349)

82) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18), Rn.244 による引用。

83) Deutsch, Theorie der Aufklärungspflicht des Arztes, VersR 1981, S.293.

る。医療の主体は患者であって、医療の効果や目的達成のためには、医師と患者との協働が不可欠であるという思想である。このような近代以降の医療観⁸⁴⁾は、社会道徳に基礎づけられ、医師の職業倫理にも取り込まれていた。かような医療の在り方についての理念は、医師と患者の対話（Gespräch）を要請する⁸⁵⁾。医師は病気と治療について患者に情報提供し⁸⁶⁾、患者の治癒に向かう意思を強化し⁸⁷⁾、助言者として患者の正しい決断を導かねばならない⁸⁸⁾（他方、患者は自身の苦しみと状態について情報提供しなければならない⁸⁹⁾）。私法領域では、むしろ⁹⁰⁾、説明の担うこの道徳的機能こそが、実際の医療⁹¹⁾に根差した本来的な要請であり続けた。

19世紀後半以降、説明が法的議論の俎上に上げられるようになったとき、伝統的な医療倫理が要請する医師と患者の対話の一部としての説明が、医師の訴訟上・法律上の責任を免ずる同意の前提条件としての意義も併せ有することとなり（これは、説明にとっては重大な変性を意味する⁹²⁾）、両方の意味を併せて説明が法的に義務付けられた⁹³⁾。説明という1つの所為が、協働者としての患者に対する対話的・人格的働きかけの要請と、医師の身体侵害の法的免責の前提条件という2つの意味を併せ帯びることになった⁹⁴⁾。このことが、

84) 山下・前掲注(28)(1983年)102頁参照（近代以降の医療観の変化について述べる。個人の自己決定権の承認が、医師・患者関係にも決定的な影響を及ぼし、患者は解放された自立した個人であって、患者に何がなされるのかを決定するのは、国家でも教会でも医師でもなく、患者自身であると考えられるようになったとする）

85) Vgl. Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18), Rn.247; Laufs/Kern, a.a.O. (Note 18), § 63, Rn.1,2 (Laufs)

86) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18), Rn.243

87) Laufs/Kern, a.a.O. (Note 18), § 64, Rn.4 (Laufs)

88) Vgl. ebd., § 64, Rn.4 (Laufs)

89) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18), Rn.243

90) ebd., Rn.247（第一に）

91) ebd., Rn.243（違法性阻却構成の立場を述べつつ、現実是这样な一方的なものではないとしている）

92) Vgl. ebd., Rn.245

93) Vgl. auch ebd., Rn.246

説明義務の保護法益の融合的理解や曖昧さを生み、ひいては自己決定権概念の弛緩をもたらしたのである。

(3) 一般的人格権 (Das allgemeine Persönlichkeitsrecht)⁹⁵⁾の生成の影響 ——人間の存在にかかわる人格的利益の登場

戦後の私法領域における議論の質的な変容にいわば法的な受け皿を与えたのが、1950年代から1970年代にかけての不法行為法の解釈における「一般的人格権 (Das allgemeine Persönlichkeitsrecht)」の生成である。

この権利は、連邦通常裁判所の20年余にわたる一連の判決⁹⁶⁾を通じて、基本法1条1項と結びついた2条1項を根拠として、不法行為に関する民法823条の「その他の権利」の枠を用いて生成した。

戦前から認められてきた経済活動の保護を内容とする個別的な人格権⁹⁷⁾と異なり、一般的人格権は人間の存在にかかわる⁹⁸⁾観念的、包括的な非財産的利益⁹⁹⁾である。ナチス支配下での人間性の墮落に対する反応として、基本法制定による倫理的価値観の高揚を受け、基本法を根拠とする人間の尊厳や自己決定の基礎的価値¹⁰⁰⁾(人間らしさやそれを取り巻く不可侵の権利や自由¹⁰¹⁾)をはじめ法的保護の対象とするものであった。基本法の条文に即した判例の表現によれば、「個人が個性を発展させ維持するのに必要な」¹⁰²⁾、「人格的な生活領域

94) Vgl. auch ebd., Rn. 245 (「変性 denaturieren」とは、このことをも含意している), Rn. 246

95) 村山淳子「死後の人格権——その概念に託されたもの——」只本誠=佐伯仁志=北川佳世子編『甲斐克則先生古稀祝賀論文集 下巻 医事法学の新たな挑戦』(成文堂、2024年) 99頁以下およびそこでの参考文献を参照。さらに、木村和成「ドイツにおける人格権概念の形成(2・完) 人格権概念に仮託された意味・機能に着目して」立命館法学296号(2004年) 175頁も参照。

96) BGHZ 13, 334; 20, 345; 24, 200; 26, 349 (以降、後続判例によって内容が明確化されていった)。

97) 木村・前掲注(95) 175頁以下参照(氏名権や商標権など)

98) 同論文221頁等参照

99) 木村・前掲注(95) 249頁注377参照。

100) 以上、木村・前掲注(95) 236頁(Götting, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995, S. 6の見解を引用) 参照

とその基本的諸条件の維持」¹⁰³⁾に民法上の保護を与えるものである。

伝統的な医療倫理に根差し、私法領域で発達した説明義務論は、不法行為法における基本法2条1項と1条1項を根拠とする、人間のひととしての存在にかかわる抽象的・観念的な自由権に法的な受け皿をみいだしたのである。

（4） 民事責任法の構造上の制約——差引勘定の支配する世界

違法性阻却構成をとる場合、刑法と民事責任法において治療行為の適法化の構造は似通っており、同意の解釈論においても共通性がある。しかし、民事責任法は損害の発生を要件としその賠償を目的とするゆえに、前提として差引勘定のフィルターを通過することになり、その構造には差引勘定がもとより織り込まれている。仮に患者の明確な拒絶意思に反して治療行為を実施したとしても、損害と評価し得るような悪結果が生じていないケースでは、責任は生じえない。差引勘定を排した、「生のままの」身体法益を保護することも、その処分の拒絶意思に絶対的地位を与えることもできない。民事責任法の本来的な構造において、刑法の傷害罪構成要件該当説における核心的価値構造の意義は失われる（故に、私法領域の議論では、刑法領域での専断的治療行為論の論争を意識しつつ、その論争は立証責任の違い¹⁰⁴⁾くらいしか実益を認識されなかった¹⁰⁵⁾）。傷害罪構成要件該当説と傷害罪構成要件非該当説の2大潮流の核心的な相違点は私法領域では意味をなさなかったのである¹⁰⁶⁾。

101) Vgl. Weinkauff, Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, NJW 1960, S. 1693. (「自然法秩序の中心的要素」としての「人間らしさとそれを取り巻く不可侵の権利領域および自由領域」)

なお、木村・前掲注(95)241頁は、一般的人格権には、倫理的な意味での「人格」という脈絡で「人格的な権利」を構想したカントの思想と、法律上の権利概念として基本的な一般的人格権概念を設定したギールケの思想が、統合的に組み込まれているとみることができるといふ。

102) Vgl. BVerfGE 79,256/268; Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 17. Aufl., 2022, C.H. Beck, Art. 1 Rn.43 (Jarass)

103) BVerfGE 121,69/90; Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 17. Aufl., 2022, C.H. Beck, Art. 2 Rn.39,43 (Jarass)

(5) 小括——刑法領域と私法領域の相互作用

刑法領域を発生源とする患者の自己決定権の保障内容は、私法領域に固有の背景と理論的基礎ゆえに、その内容を弛緩させるのみならず、核心的な価値構造を喪失した。そして、このような自己決定権の私法的変質は、発生源である刑法領域にも逆流して影響を与えた¹⁰⁷⁾。前号で述べたとおり、私法領域での説明義務論を契機に、戦後、刑法領域でも専断的治療行為論争が再高揚し、説明義務論を取り組むとともに、民法や基本法に力を得た（人格を保護法益に取り込む）傷害罪構成要件非該当説が勢力を伸ばした。判例の確固とした立場である傷害罪構成要件該当説さえ、自己決定権の解釈を弛緩させたのである（明示的拒絶ではなく説明過誤による同意無効の認定をもって専断的治療行為と評価することで、身体処分権に人格的利益の混入を許した）。

【付記】

本研究は、JSPS 科研費 基盤研究（C）JP24K04658「民事責任法の比較領域研究——医師患者関係の起点を問う」の助成を受けた研究成果の一部である。

（むらやま・じゅんこ 筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

104) 違法性阻却構成とった場合には、患者の同意は正当化事由であるから、患者が有効に同意をしたこと、つまり説明および同意の立証責任を負う。これに対して、注意義務構成をとった場合には、有効な同意の欠缺は「自由の侵害」という構成要件の一部であるから、同意や説明なきことの立証責任は患者が負う。

105) 本論争に言及する学説は、立証責任への影響について叙述するにとどまる。z.B. Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18), Rn.248

106) z.B. ebd., Rn.248; Laufs/Kern, a.a.O. (Note 18), § 59, Rn.2 (Laufs)

107) 医療契約法の制定をもって確認された学術的成果は刑法領域の議論にとっても指針ともなったとされる (Satzger/Schluckebier/Werner, StGBKommentar, 6. Aufl. 2024, § 223, Rn.35 (Momsen-Pflanz/Momsen/Leszczynska))