

資料  
〔外国文献紹介〕

フランク・ザリガー  
「刑法における仮定的同意の代案」

菊地 一 樹

一 紹介に当たって

本稿では、ヴェルナー・ポイルケ<sup>(1)</sup>の古稀祝賀論文集に掲載されているフランク・ザリガーの論文を紹介する。本稿が取り扱うテーマである「仮定的同意 (hypothetische Einwilligung)」とは、医的侵襲に際して、医師の説明が不十分であるために患者の同意が無効とされるが、仮に患者が適切な説明を受けていたとしても当該侵襲に対して同意をしていたであろう場合には、医師の法的責任を否定するという法理である。

もとは医師の損害賠償責任をめぐる民事判例において確立したこの法理が、1990年代以降、刑事判例に持ち込まれたことの当否や、さらに、医事法を超えた領域に転用することの当否をめぐり、ドイツの学説では現在も盛んに議論が展開されている。

本論文は、仮定的同意の問題について様々な視点から検討を加え、最終的には「刑法において仮定的同意は拒絶されるべきである (Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht ist abzulehnen.)」と断じる。その一方で、著しく拡大を続ける医師の説明責任を制限するという、問題意識自体は納得できるものとして、適切な「代案 (Alternativen)」を模索するものである。

---

(1) Frank Saliger, Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht, in: Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 257 ff.

## 二 ザリガー論文の内容

### A. 仮定的同意——議論のある帰責のカテゴリー

仮定的同意というカテゴリーは、医事刑法の判例において定着している。現在では、判例において、このカテゴリーの適用を厳格に限界づけようとするものが見受けられるが、実務上、その原則的な正当性については、依然として疑いのないところとされている。このことは、ドイツの立法者が仮定的同意を、2013年2月16日に、民法典に取り入れたこと<sup>(2)</sup>で（ドイツ民法630h条2項2文）、なおさら妥当するであろう。

このように、仮定的同意が実務において高く受け入れられていることは、刑法学における議論の状況に鑑みれば驚くべきことである。たしかに、仮定的同意は、多くの刑法のコンメンタールや教科書で扱われるようになった。さらに、この数年では複数のモノグラフィが刊行されるに至っている<sup>(3)</sup>。しかし、それにもかかわらず、刑法学において仮定的同意に関する見解は一致をみておらず、これまででない程に対立している状況にある。

仮定的同意の支持者が強調するのは以下のことである。民法上、著しく拡大し続ける医師の説明義務を制限する必要性は、刑法においても否定できないものであり、民法との並行（Gleichlauf）を保つためにも、仮定的同意を承認すべきである。また、仮定的同意は、義務違反連関（あるいは客観的帰属）の理論を、正当化のレベルに首尾一貫して適用したものととして構成されるものである。さらに、仮定的同意は、被害者の個人的な関心決定（Interessendefinition）を考慮することを正しく認めるものである。最後に、仮定的同意は、医事刑法の範囲を超

(2) 民法630h条2項 診療を実施した者は、第630d条〔訳者注—患者の同意を得る義務〕に即した同意を得たこと及び第630e条〔訳者注—医師の説明義務〕の要件に従って説明したことを証明しなければならない。説明が第630e条の要件を満たしていない場合には、診療を実施した者は、患者が規定通りの説明があっても医師の措置に同意したであろうことを主張することができる。

（なお、訳出に当たっては、春日偉知郎「医師責任訴訟における法律上の推定規定の意義」梅善夫・遠藤賢治古稀祝賀『民事手続における法と実践』（2014年）402頁以下を参照した。）

(3) Mathis Dreher, Objektive Erfolgzurechnung bei Rechtfertigungsgründen, 2003; Benedikt Edlbauer, Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv, 2009; Tobias Schwartz, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, 2009; Andreas Albrecht, Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht, 2010; Sandra Wiesner, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, 2010; Manuel Garbe, Wille und Hypothese - Zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, 2011.

えて適用が認められるものである。

これに対して、仮定的同意に反対する者は、その理論構成が体系違反を犯しており、整合性を欠いている点を指摘するとともに、仮定的同意が、患者の自己決定権の価値を貶めるものであると批判する。また、民法と刑法の並行化という点についても、法領域ごとの機能の相違という観点から、その必要性について批判を加えている。このことから、同意に際して重要な説明義務を、刑法上独自に制限するという代案を支持するとともに、仮定的同意の適用範囲を医事法の外に拡張することに対して警告を示している。

とりわけ、医事刑法を超えた、仮定的同意の適用範囲の拡大という問題は、実務上の重要性を獲得するに至っている。最近まで、そのような拡大についての議論は学説においてのみ行われてきたが、ハム上級地方裁判所 (OLG Hamm) は、2012年8月12日の判決で、はじめて仮定的合意 (hypothetisches Einverständnis) を、予備的にはあるが、ドイツ刑法266条 (背任罪)<sup>(4)</sup> に際して適用したのである。

こうした背景のもとで、本稿はまず、仮定的同意について、現実的同意 (tatsächliche Einwilligung)、推定的同意 (mutmaßliche Einwilligung)、そして事後的な追認 (nachträgliche Genehmigung) という他の概念との限界を明らかにすることで、その概念の内容を特定する (B)。続いて、仮定的同意に対する刑事判例について取り上げ、それを民法における仮定的同意の取扱いと対照比較する (C)。これが、仮定的同意の中心的な問題 (D)、及び、ありうる代案について議論する (E) ための基盤を整えるのである。

## B. 仮定的同意の概念と限界

医師の説明を欠いたために、治療行為に対する患者の同意が確かに無効とされるが、仮に適切な説明を受けていても、当該具体的な医的侵襲に対して患者が同意をしていたであろう、という場合について、これまでの刑事判例によれば、治療行為の違法性が阻却される。裏返して言えば、説明の欠如は、(故意あるいは過失の) 傷害による医師の可罰性を以下の場合にのみ根拠づけることができる。すなわち、患者が適切な説明を受けていたとしたら、当該具体的な医的侵襲に対して同意をしなかったであろう、という場合である。

(4) 刑法266条1項 法律、官庁の委任若しくは法律行為により行為者に与えられた、他人の財産を処分し若しくは他の者を義務付ける権限を濫用し、又は、法律、官庁の委任、法律行為若しくは信任関係に基づいて行為者に負担させられる、他の者の財産上の利益を守る義務に違反し、これにより、その財産上の利益を保護すべき者に損害を与えた者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。

この仮定的同意の概念は、現実的同意、推定的同意、そして事後的な追認という他の概念との間の限界を明らかにすることで、その輪郭が浮き彫りになる。まず、現実的同意は、所為の時点で現実存在する、法益主体による許諾の意思あるいは表示として特徴づけられる。現実的同意は、医師の治療行為に際しては、適切な説明という更なる要件が満たされることで有効と認められ、通説によれば、正当化事由として、構成要件に該当する傷害の不法を排除する。

推定的同意もまた、治療行為における慣習法的に承認された正当化事由として、以下のような場合に考慮される。すなわち、患者の現実的同意を、必要なタイミングで入手することができないもの（遅れると危険 (Gefahr in Verzug)）、医師の行為に医学上の適応性が認められ、その実施が患者の意思にも合致していると推定できる場合である。古典的な事例は、事故に遭い無意識となった患者の、生命を救うための緊急手術である。このように、推定的同意は、現実的同意の代用品 (Surrogat) であり、それゆえに、現実的同意が入手不可能であることを前提としなければならない。このことは同時に、法益主体が同意を現実に拒否していた場合には、推定的同意を考慮することが許されないことを意味している (現実的同意の遮断作用)。推定的同意にとって重要なのは、まず、当該個人について推定されるところの意思を基準とした、また、当該個人の意思に関する手がかりが存在しない場合には、客観的に推定されるところの意思を基準とした、事前判断 (ex-ante Beurteilung) である。

これに対して、事後的な追認は、法益主体が法益侵害に対する実際の許諾を、構成要件実現の後に表明するという点に特徴づけられる。事後的に表明された許諾は、原則として、刑法上の実体的不法にとって無意味である。さもなければ、被害者が、国家訴追主義 (Offizialprinzip) に反して、国家の刑罰請求権を左右できることになってしまうからである。

仮定的同意は、とりわけ推定的同意との間で、以下の3つの点において重要な違いが認められる。第一に、仮定的同意は、推定的同意と異なり、必要なタイミングで現実的同意が入手可能であったかどうかという点を問わない。むしろ、仮定的同意は、(説明欠如を理由として無効な) 現実的同意が存在する場合において、まさに考慮されるのである。その意味で、仮定的同意に対しては、現実的同意の遮断作用が及ばないものといえる。

第二に、推定的同意が事前判断の問題であるのに対して、仮定的同意に際しては、事後的なパースペクティブが判断の基礎となる。<sup>(5)</sup> 刑事訴訟手続における、仮

(5) Lothar Kuhlen, Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung, in: Festschrift für Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 443; Wolfgang Mitsch, Die „hypothetische Einwilligung“ im Arztstrafrecht, JZ 2005,

定的同意に関する患者の尋問の際には、その陳述と理由づけについて、次の点が評価されなければならないとされる。すなわち、「その当時における」患者の当該決断が、「本人の視点から、真実の事情を知らされた場合に、追体験できる、また起こりうる推論 (eine nachvollziehbare und mögliche Schlussfolgerung) である」ということを認めさせるようなものであるか否かという点である。<sup>(6)</sup>

第三に、仮定的同意を帰属阻却事由として取り扱う学説によれば、仮定的同意は、推定的同意と異なり、既遂犯としての可罰性のみを排除するものであり、未遂犯としての可罰性までも否定するものではない。<sup>(7)</sup>

ここまでの検討をまとめると、次のことが言える。仮定的同意は、その構造上、推定的同意をかいくぐろうとするものである。なぜなら、仮定的同意は、現実的同意の遮断作用の影響を受けないためである。さらに、仮定的同意は、事後的な推論という手続を通じて、刑事不法に影響を与えることを認めるものであることから、事後的な追認が刑事不法にとって原則的に無意味であるということとの間の緊張関係を生じさせる。

### C. 仮定的同意に関する刑事判例の理論

この分析は、仮定的同意に関する刑事判例の理論を通じて深化される。椎間板事件 (Bandscheibenfall) と呼ばれる事例では、まず、上級医 (Oberarzt) による第1手術で、誤った部位の椎間板を摘出するという医療ミスが起こった。その後、大学病院の神経外科の医長 (Chefarzt) の助言により、当該上級医は、患者に対して、第1手術のミスを隠し、虚偽の説明をすることで、残存している椎間板ヘルニアを摘出する第2手術を行った。第2手術は、医学的に適応であるといわざるをえず、かつ、レーゲ・アルティスに則って行われたものである。地方裁判所の認定によれば、患者は、事実を正しく知らされたとしても、結果的には同人の意思にも利益にも適った、上級医による再手術に対して同意していた可能性がある。もっとも、他方で、患者が、上級医の犯したミスを知って、別の医師による再手術を求めていた可能性も存在する。施術者である上級医も、その教唆者である医長も、患者の「推定的同意」を出発点としていなかった。以上の事実認定の下で、地裁は医長に対して、傷害教唆の有罪判決を下した。

281; Claus Roxin, *Strafrecht AT Bd. I*, 4. Aufl., 2006, § 13 Rn. 132.

(6) BGH NStZ-RR 2004, 16, 17.

(7) Kuhlen, a.a.O. (Anm. 5), S. 443; Mitsch, a.a.O. (Anm. 5), 282.; Roxin, a.a.O. (Anm. 5), §13 Rn. 132. なお、ドイツと異なり、「傷害未遂罪」の犯罪類型が存在しない日本においては、仮定的同意の理論を採用することが極めて困難であると指摘するものとして、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年)408頁。

これに対して、連邦裁判所は、医長についての、傷害に対する教唆の有罪判決は基礎づけられないとした。なぜなら、仮定的同意の認定に不備が存在するからである。たしかに、地裁が、本件第 2 手術に対する患者の有効な同意が欠如していることを出発点としたことは適切である。しかし、地裁が、医師らによる、「推定的」—正しくは仮定的—同意の不認識を認定しただけで満足し、「説明が欠けていたことの因果性 (Kausalität des Aufklärungsmangel)」を未解決のままにしたことは許されない。というのも、説明の欠如が、傷害 (教唆) 罪の可罰性を生じさせるのは、もし適切な説明がなされていたとすれば、同意がなされなかったといえる場合のみだからである。このことは、医師のために検察官によって証明されなければならない。もし疑いが残るなら、利益原則に従って医師の有利に、すなわち、適切に説明しても同意されたであろうことを前提としなければならない。

また、仮定的同意の認定に際しては、その都度の患者の具体的な決断結果が考慮されなければならない。したがって、患者がどのみち手術を受けざるをえなかったであろうことや、理性的な患者なら同意したであろうことは重要でない。第 2 手術が、患者の意思と利益に結果的に適うものであったという地方裁判所の認定だけでは、仮定的同意の存在を導く事情としても不十分である、とされた。

このような法の適用には、仮定的同意が、可罰性の制限に対して有する巨大なポテンシャルが示されているが、近年では、連邦裁判所の刑事部が、患者が死亡した事例に際して、仮定的同意の適用範囲に対する制約を、幾度にわたり提示している。注目に値するのは、このような制約が、強い客観的な方向性を有しており、仮定的同意の主観的なアプローチだけでは説明できないものになっている、ということである。例えば、脂肪吸引事件 (Fettabsaugungsfall) において、連邦裁判所は、仮定的同意が原則として、レーゲ・アルティス<sup>(8)</sup>に則って行われた治療行為についてのみ当てはまりうる、としている。

## D. 仮定的同意の問題

### I. 整合性と構成に関する理論上の問題

まず、仮定的同意には、他の制度との間の整合性 (Stimmigkeit) と体系的な構

(8) BGH NStZ-RR 2007, 340. 本判決を紹介するものとして、鈴木彰雄「ドイツ刑事判例研究 (十)」名城ロースクール・レビュー 3 号 (2006 年) 1 頁以下がある。なお、本件につき、「連邦裁判所がレーゲ・アルティスではない侵襲に対する仮定的同意の考慮を制限したものと読むことは誤りである」と分析するものとして、古川伸彦「医的侵襲行為の正当化と『仮定的同意』論—ドイツ刑事判例に表れた考え方を中心に」『山口厚先生献呈論文集』(2014 年) 56 頁。

成（Konstruktion）に関して理論上の問題が存在する。

整合性の問題は、推定的同意や事後的な追認との間の緊張から生ずる。仮定的同意は、必要なタイミングでの現実的同意の獲得とは無関係であり、現実的同意の遮断作用も及ばないことから、推定的同意との間で対立する。また、仮定的同意が事前の同意状況の事後的な推論手続を許すものであることは（それが事後の許諾に接近することから）、事後的な追認が刑法上無意味であることとの間で矛盾を生じさせるおそれがある。

以上のように、推定的同意と、刑法上重要でない事後的な追認とをかいくぐろうとする仮定的同意は、患者の自己決定権を不利に取り扱う傾向にある。著しく拡大している説明義務に基づく、医師の責任を制限するという動機自体は正当なものであるが、その実現のための手段として仮定的同意を持ち出すことは、刑法における説明義務違反への制裁を重要でないものにしてしまう、という懸念を生じさせる。

このことは、特に、医学上の適応性がありレーゲ・アルティスに則って行われた侵襲により死亡した患者に対して仮定的同意を適用する場合に示される。ここで患者の主観面に関する具体的な手がかりを欠く場合には、通常、理性的な患者の意思が、具体的な患者の意思に取って代わることになってしまうのである。推定的同意の方がより自己決定に敵対的な制度であると主張されることがあるが、これは説得的ではない。なぜなら、推定的同意は、現実的同意が入手不可能な場合に考慮されるということにより、仮定的同意には欠けている、自律を保障するような要素を備えているからである。

さらに、医師による欺罔の事案についても仮定的同意の適用が認められるのだとすれば（椎間板事例）、医師と患者間における不誠実な振る舞いを奨励することになってしまう。高度に人格的な決断としての患者の自律は、事後的に回復することができない。同意と、事後的に与えられる仮定的な承諾は、質的に（qualitativ）区別されるのである。

以上のような整合性の問題を度外視するとしても、仮定的同意には、さらに、体系的な構成に関して理論上の問題がある。

まず、判例のように、正当化事由として仮定的同意を根拠づけることはできない。周知の正当化事由である正当防衛や緊急避難、現実的同意とは異なり、仮定的同意は、より高位の（価値のある）権利を、構成要件的行為の実行から保護するようなものではないからである。

さらに、適法な代替態度という思考を類推することも妥当ではない。義務違反

(9) Henning Rosenau, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, in: Festschrift für Manfred Maiwald, 2010, S. 697.

連関の検討に際しての、仮定の形成においては、行為者の非難可能な所為事情だけが、適法な態度に取って代わられる。それを超えて、具体的な所為事情について、何かを省略したり、付け加えたり、変更してはならないのである<sup>(10)</sup>。これに反して、仮定的同意の判断においては、注意義務に反した説明が、適法な説明に置き換えられるだけではなく、それに加えて、患者の（仮定的な）同意というリアクションも付け加えられている。このような付け加えは、許されるものでない。

## II. 民法との並行？

仮定的同意の支持者による、民法との必要な並行という主張も説得的ではない。なぜなら、刑法と民法とでは、置かれている状況が明らかに異なるからである。民事訴訟においては、医師側と患者の間の「武器の対等」を保障することを目的として、患者に対して適切な説明をしたうえで、その同意を得たことを、医師が主張立証しなければならない、とされている（ドイツ民法630h条2項1文<sup>(11)</sup>）。このような、医師側に不都合な状況にとって重要な役割を果たすのが、仮定的同意である。すなわち、仮定的同意は、仮に適切な説明をしていたとしても、患者は当該処置に同意していたであろうことを、医師が訴訟で引き合いに出すことを認めるのである（ドイツ民法630h条2項2文<sup>(12)</sup>）。したがって、医師側が、仮定的同意の存在について、明確かつ具体的に主張しなければならない。

これに対して、刑法においては、利益原則に従い、疑わしい場合には常に仮定的同意の存在を出発点としなければならない。確かに、仮定的同意を投入することの動機が、広すぎると感じられる医師の説明義務違反の責任を制限することにある点は、刑法と民法で共通するものである。しかし、民法の規定が、仮定的同意の主張立証責任を医師の側に課していることから、患者及び自己決定にとって有利であるのに対して、刑法においては、そのような修正を欠くために、仮定的同意が自己決定に不利なものとなるのである。証明ルールの重大な違いからすれば、民法と刑法の並行は必然でない。

## III. 仮定的同意—隠れた告訴？

刑法における仮定的同意のさらなる問題は、手続法的な観点においても存在する。仮定的同意は、医的侵襲に際して、傷害罪の規定を、刑事訴追に関する公の利益が存在する（230条1項1文参照<sup>(13)</sup>）場合についても、親告罪へと転換してしま

(10) BGH NJW 2004, 237, 238.

(11) 前掲注(2)参照。

(12) 前掲注(2)参照。

(13) 刑法230条1項1文 第223条に定める故意の傷害及び第229条に定める過失傷害は、告訴に基づいてのみ訴追されるが、ただし、刑事訴追について特別な公の利益があるために、刑事訴追機関が、職権による介入を必要と考えるときは、この限りではない。

う。なぜなら、事後的に突き止められる患者の仮定的同意に依拠するかぎりでは、實際上、患者は医師の可罰性を左右できてしまうからである。イエーガーが適切に批判しているように、それは、実体法の衣を纏った告訴にほかならない<sup>(14)</sup>。

#### IV. 適用範囲の拡大

さらに、仮定的同意の適用範囲を、医事刑法を超えて拡大する場合にも問題が生じる。この問題は、近時、裁判所の判決を通じて実務上も重要なものとなった。2012年8月、ハム上級地方裁判所（OLG Hamm）は、予備的にはあるが、はじめて仮定的同意を背任罪の成否の判断に際して適用した。当該事案では、市営の住宅・都市建設有限会社（stadteigene Wohn- und Stadtbau-GmbH）の経営者が起訴された。検察官は、彼に対して、会社にとって具体的な利点を有しない、監査役会メンバーの観光旅行の計画・実行を、背任にあたるとして非難した。区裁判所が、被告人に有罪判決を下したのに対して、地方裁判所は、当該観光旅行に観光的要素があることを認めつつも、それに優越する、情報入手や研修といった、会社にとって有益な目的に貢献していたことを認定し、彼に無罪判決を下した。

検察官の上告に対して、ハム上級地方裁判所は、以下のように説いた。まず、被告人の重大な義務違反を認定することはできない。仮に、それが認められるとしても、旅行の存在について知っており、それを数十年間にわたり黙認してきた市には、現実の合意があったと考えるのが自然である。さらに、利益原則に従う限りは、少なくとも仮定的合意が存在する可能性を排除することができない。というも、地方裁判所の認定によれば、もし被告人が、市に旅行の許可を申請していれば、当該許可が降りていたと考えることができるからである。

以上のような、裁判所による仮定的合意の考慮は、完全に無用なものである。具体的な事案との関係では、すでに重大な義務違反が欠如しており、加えて、委託者の黙示的な合意が存在したことから、仮定的合意について考慮する必要は存在しない。また、一般論としても、背任罪に際して仮定的合意を考慮することは不要である。なぜなら、ここでは、医事刑法で問題となったような、拡大し続ける説明義務違反の責任を制限するという動機が問題とならないからである。仮定的同意の適用範囲のさらなる拡張は、その理論上の問題と実務において生じる困難を考慮すれば、拒否されるべきである。

(14) Christian Jäger, Die hypothetische Einwilligung - ein Fall der rückwirkenden juristischen Heilung in der Medizin, in: Festschrift für Heike Jung, 2007, S. 355f. [本論文の翻訳として、クリスチャン・イエーガー（野澤充訳）「仮定的同意——医学における遡及的な法的治癒の事例」法政研究82巻1号（2015年）51頁以下]。

## E. 代案

刑法における仮定的同意の代案を明らかにするためには、以下の3つの出発点を確認する必要がある。

第1に、肥大化する民法上の説明義務を、刑法において制約する必要は否定できないということである。というのも、あらゆる民法上の医師の説明義務違反に対して、傷害罪の可罰性を肯定するとすれば、刑法の最終手段 (ultima ratio) 性に反することになるからである。第2に、近年の刑事判例における、仮定的同意の適用範囲の制限は、仮定的同意を主観的に理解するのではなく、強い客観的なアプローチを志向することを示している。第3に、医事刑法における仮定的同意の代案という問題は、ドイツ刑法223条 (傷害罪) の法益をどのように特定するかということと、医師の説明義務を刑法の体系上いかに位置づけるかということに関係する。本稿は、223条以下の保護法益を、身体の健全感 (körperliches Wohlbefinden) を含めた身体の不可侵性 (körperliche Unversehrtheit) に見出すとともに、医師の説明義務を、正当化レベルにおける同意の有効性の問題として取り扱う通説に従う。

差し当たり、医師の刑事責任を、刑事訴訟法における手続打切りを通じて制限しようとするアプローチでは不十分である。いかなる説明の欠如が、可罰性と結びつくのかという問いは、医師の行為にとって重要であり、法的安定性の原則から、明確で理論的な規制を必要とするものである。このような理論的規制は、手続打切りによって実現することができない。

目下のところ、実現が困難な立法論上の提案を度外視するならば、解釈論的に最も有望な仮定的同意の代案となるのは、医師の重大な説明義務違反を刑法独自の観点から制約するという、問題の根源に即したアプローチである。そのためのガイドラインとして、次のような問題設定をすることが有効である。すなわち、説明の欠如にもかかわらず、なお、患者の自己答責的な決断を認め、それに伴い同意の有効性を肯定することができるか、という問題設定である。

より詳細に検討すれば、この代案は、近年の刑事判例における、仮定的同意の適用範囲の制限と結び付けることが可能である。それによると、レーゲ・アルティスに反して行われた治療行為についての説明の欠如は、常に同意の有効性に影響を与えることになる。同様のことは、医師が患者を欺罔した場合についても原則として妥当する。というのも、欺罔が行われた場合は、脅迫や強制が行われた場合と同様に、患者の自己答責的な決断があったと認めることができないからで

(15) Ingeborg Puppe, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative – Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 3. März 1994 und 29. Juni 1995, GA 2003, 776.

ある。

さらに、民法上の説明義務違反が、刑法上の重要性を獲得する場合の基準として、次のような基準を持ち出すことができる。すなわち、当該患者が、説明の欠如にもかかわらず、法益侵害の具体的なリスクに関して十分な知識を有していたかどうか、という基準である。そのような知識を十分に有していた場合には、患者が自己答責的な決断を採ったと評価することが許されるのである。これに対して、あらゆるリスクに関する正確な知識は必要不可欠ではない。他の手術方法の可能性についても、リスクが大きく異なる場合や、その現実的な選択可能性が存在する場合にのみ、その説明義務違反が、刑法上の重要性を獲得することになる。

### 三 若干のコメント

以上で見たように、本論文では、仮定的同意という構成をめぐる存在する問題が、様々な視点から批判的に分析されている。

まず、他の制度との整合性という視点からは、仮定的同意が、推定的同意の要件や、刑法上重視すべきでない事後的追認を「かいくぐって」医師の行為を不可罰とするものであり、患者の自己決定に対して不利なものである、との厳しい批判が提示されている。このような批判に対しては、とりわけ事後的追認との関係について、仮定的同意が、あくまでも行為時に、適切に説明されていたとしても同意したであろうかを問うものであることから、事後に初めて決定される事後的追認とは似て非なるものである、との反論が予想されるところである。確かに、概念上は、仮定的同意と事後的追認を区別することが可能であると思われる。もっとも、実際の訴訟手続を視野に入れば、前者が後者に接近してしまうというのが、ザリガーの懸念するところであろう。

そのような懸念は、ザリガーが仮定的同意を「隠れた告訴」として批判している点にも示されている。すなわち、事後的に、当該患者がいずれにせよ手術に同意したと証言するかどうかによって医師の可罰性が左右されてしまうというのである。このような見地からすれば、仮定的同意を、他の構成要件にも適用することの問題性も、より一層拡大する。本論文では、仮定的同意の論理を、背任の構成要件において（予備的に）適用したという興味深い裁判例が紹介されているが、このような動向は、背任の構成要件さえも、<sup>(17)</sup> 親告罪へと作り変えてしまうものとして、懸念されることになるであろう。

(16) 両者の区別について、塩谷・前掲注（7）405頁以下参照。

(17) Jäger, a.a.O. (Anm. 14), S. 356.

本論文で注目に値するのは、ザリガーが仮定的同意を刑法において拒絶すべきであるとしつつも、肥大化を続ける医師の説明責任を制限するという問題意識の存在を率直に認め、仮定的同意の「代案」を模索している点である<sup>(18)</sup>。そのような代案として、ザリガーは、医師の重大な説明義務違反を刑法独自の観点から明らかにするというアプローチから、患者の自己答責的な決断が存在したといえるか否かに基準を合わせることを提案している。患者の自律性を正面から問題にし、これがいかなる場合に阻害されるかを明らかにしようとする方向性は、「患者の自己決定の意義と限界」という問題の本質にも即しており、基本的に支持することができるように思われる。

もっとも、このような基準についても課題は少なくない。まず、ザリガーは、医師が患者を欺罔した場合や、レーゲ・アルティスに反して行われた治療行為については、説明の欠如が原則として同意の有効性に影響を与えるものとしている。しかし、これらの場合においても、当該説明事項について、患者が関心を有していなかったのであれば、患者の自己答責的な決断には何ら影響がないものと言わざるをえないように思われる<sup>(19)</sup>。一方で、仮に、患者が当該事項について関心を有していたとしても、欺罔された事項が客観的に重要なものでない場合にまで同意を無効と評価すべきかについては、なお検討の余地がある。

さらに、ザリガーは、「当該患者が、説明の欠如にもかかわらず、法益侵害の具体的なリスクに関して十分な知識を有していたかどうか」という基準を持ち出すことで、刑法上重視される説明義務違反の範囲に絞りを設けている。このような絞りが理論上いかに正当化されるかという問題に加えて、上述の欺罔事例の処理との整合性や、「具体的なリスクに関する十分な知識」の程度や有無をどのように決定するかという課題は残されている。

以上のように、検討すべき課題はあるものの、本論文は「仮定的同意」論の背後にある重要な論争点、すなわち、患者の自己決定権を、医師の刑事責任との関係でどの程度保護すべきかという問題の所在を浮き彫りにし、これに対して一つの解答を与えるものとして、極めて示唆に富むものである。同時に、この問題を解決するためには、推定的同意や事後的追認など、他の法概念との関係・整合性

(18) 我が国において、仮定的同意の法理を用いずに、医師の刑事責任を合理的に限定するための「代案」を模索する方向を示唆するものとして、武藤真朗「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年)324頁以下、塩谷・前掲注(7)408頁以下等。

(19) 武藤・前掲注(18)325頁。さらに、松原芳博『刑法総論』(日本評論社、2013年)131頁以下は、「医師の説明義務違反が患者の同意の有無に影響を及ぼさない場合にまで傷害罪の成立を認めるのは、義務違反の独り歩き」であると批判する。

や、犯罪論体系的な観点、さらには民法との比較や手続法的観点からの多角的な検討を要することが明らかとなったように思われる。