

いわゆる仮定的同意について

——患者の自律性の観点から——

菊 地 一 樹

- 第1章 はじめに
- 第2章 仮定的同意論をめぐる議論状況
 - 第1節 概念の輪郭
 - 第2節 仮定的同意の理論的根拠
 - 第1款 違法性阻却事由
 - 第2款 正当化事由に関する帰属
 - 第3節 仮定的同意に対する批判
 - 第1款 訴訟法上の問題
 - 第2款 自己決定の保護への悪影響
 - 第3款 理論的問題
 - 第4節 適用範囲の広がり
 - 第1款 同意不存在事例への適用
 - 第2款 医事刑法を超えた適用
 - 第5節 小 括
- 第3章 説明義務と患者の自律性
 - 第1節 仮定的同意の代案
 - 第2節 法益関係的錯誤説による解決
 - 第3節 患者の自律性の実現
 - 第1款 同意の存在
 - 第2款 同意の有効性と情報入手
 - 1 主観的重要性
 - 2 客観的重要性

3 情報入手の不当な阻害

第4節 問題の解決——椎間板事件を素材に——

第4章 おわりに

第1章 はじめに

本稿は、仮定的同意 (hypothetische Einwilligung) を素材として、刑法における患者の自律性の保護のあり方について若干の考察を試みるものである。そもそも「仮定的同意」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なるが、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という場合には、医師の説明義務違反に関する法的責任を否定する」ことを内容とする法理である。元々は、ドイツの民事医療訴訟において、説明義務違反を理由とする医師の賠償責任を制限するために用いられた法理であり、現在では、ドイツ民法630h条2項2文に明文化されるに至っている⁽¹⁾。

このように、民法において仮定的同意の法理が定着している一方、この法理を刑法にまで持ち込むことの当否については、現在ドイツにおいて「論争の嵐 (Meinungssturm)⁽²⁾」が巻き起こっている。後述するように、その根底には刑法における患者の自律性保護の意義や限界をめぐる対立が存在しており、その問題状況を整理しておくことは我が国の議論にとっても有益であると考えられる。また、仮定的同意は医事法の枠を超えて、あらゆる個人的法益について適用される可能性がある。したがって、このテーマは、刑法全体の中で法益主体の自律性が果たすべき役割を考察するに際しても重要な視点を提供しうるものであると思われる。

第2章 仮定的同意をめぐる議論状況

第1節 概念の輪郭

本格的な検討に立ち入る前に、まず、「仮定的同意」という概念の輪郭を明らかにする。「同意」と名の付く制度としては、法益主体が侵害の発生を実際に同意したことを理由に犯罪性⁽³⁾の阻却を認める「現実的同意 (tatsächliche Einwilligung)」のほか、同意が現実には存在しない場合でも、法益主体の「推定される意思」に合致することを理由に法益侵害行為の違法性阻却を認める「推定的同意 (mutmaßliche Einwilligung)」がある。本稿で取り上げる仮定的同意は、この「現実的同意」とも「推定的同意」とも異なる概念であるとされている。

現実的同意が法益主体から行為時に実際に得られた有効な同意を指すのに対して、仮定的同意は「仮に適切な説明がなされていたら」有効に得られていたであろう同意であり、両者は明らかに異なる。また、推定的同意との主な違いは、同意を得ようにも得られないという意味での「補充性 (Subsidiarität)」が要求されない点に求められている⁽⁴⁾。通説によれば、推定的同意は、例えば、患者が事故で意識不明であるが緊急に手術が必要である場合など、現実的同意の入手が不可能ないし困難であるという前提のもとで初めて持ち出されうる⁽⁵⁾。これに対して、仮定的同意による免責は、現実的同意の入手可能性を問わずに認められる。むしろ、仮定的同意が典型的に問題となるのは、適切な説明が可能であったのにそれが怠られた場合であり、このような場合にも、仮定的な考慮に基づいて医師の責任を制限する点に、推定的同意とは異なる独自の意義が認められるのである⁽⁶⁾。問題は、「現実的同意」によっても「推定的同意」によっても認められないような医師の可罰性の制限が、理論上いかに根拠づけられるのかという点である。

第2節 仮定的同意の理論的根拠

第1款 違法性阻却事由

ドイツの刑事判例は、仮定的同意を「現実的同意」とも「推定的同意」とも異なる独自の違法性阻却事由として承認している。仮定的同意論の萌芽は

すでに1990年代の連邦通常裁判所の判例⁽⁷⁾に表れているが、この概念が明確に打ち出されたのは、椎間板事件(Bandscheibenfall)の連邦通常裁判所の決定⁽⁸⁾においてである。

本件では、まず、上級医(Oberarzt)による椎間板ヘルニアの摘出手術において、本来摘出する必要があった部位とは異なる、誤った部位の椎間板を摘出するという医療ミスが生じた(第1手術)。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、第1手術のミスを隠し、患者に対して「ヘルニアが再発した」との虚偽の説明をすることで、再度の手術の同意を騙取し、本来摘出すべきだった椎間板ヘルニアの摘出手術(第2手術)を行った。その際に、残存していた重度のヘルニアの摘出だけでなく、第5腰椎の右側の椎弓部の摘出も行われたが、患者は右側の椎弓部の摘出が予定されていたことを認識していなかった。もっとも、第2手術に医学的適応性・医術的正当性があることは認められる。このような事実認定の下で、地裁は、第2手術に対する患者の有効な同意が認められないとして、医長に故意傷害罪の教唆犯の成立を認めた。

これに対して、連邦通常裁判所は、地裁による有罪判決を破棄している。連邦通常裁判所も、第2手術に対する患者の同意が、手術が必要となった原因の欺罔に基づいているため無効であるとする点では地裁と同様である。しかし、連邦通常裁判所によれば、「違法性は、その患者が規則に適合した説明を受けたならば、実際に行われた手術に同意したであろう場合に欠落する」。すなわち、「傷害罪の可罰性が認められ、それに従属する教唆の可罰性が肯定されるのは、適切に説明していれば同意がされないままであったであろう場合に限られる」のである。そして、「この事情は、医師に対して〔検察官により〕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(in dubio pro reo)によって医師の有利に、すなわち、規則に適合した説明がなされた場合であっても同意はなされてい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 (konkretes Entscheidungsergebnis des jeweiligen Patienten)」が考慮されなければならない。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手術が結果的には (im Ergebnis) 患者の意思と利益に適うものであったという認定だけでは、仮定的同意の認定として不十分である。以上の点を指摘して、連邦通常裁判所は、仮定的同意の存否を判断するために必要な審理を尽くさせるべく、差し戻す旨を判示している。

この事件に引き続き、連邦通常裁判所はドリル事件⁽⁹⁾（2004年）、脂肪吸引事件⁽¹⁰⁾（2007年）、さらに、ターボ禁断療法事件⁽¹¹⁾（2007年）において、仮定的同意による違法性阻却がありうることを認めており、肝細胞移植事件⁽¹²⁾（2013年）では、「処女的な方法 (Neulandmethode)」による手術が問題となる事例にも、仮定的同意論の適用が可能であることが示されるに至っている。⁽¹³⁾

第2款 正当化事由に関する帰属

判例が仮定的同意を独立の違法性阻却事由として位置づけるのに対して、これを「正当化事由に関する帰属」の問題として理論づけたのがクーレンの学説である。クーレンによれば、構成要件段階だけではなく違法性の段階においても、客観的帰属の可否が審査されなければならない。すなわち、事後的に (ex post) 考察して、生じた結果が正当化の瑕疵 (Rechtfertigungsmängel) に客観的に帰属可能な形に基づくものであることが肯定できなければ、既遂の客観的不法を肯定することができないのである。⁽¹⁴⁾これを同意という正当化事由について考えると以下のようなになる。すなわち、有効な同意が認められず行為の正当化ができない場合であっても、結果が同意の瑕疵 (説明不足) に基づいていない場合には、違法性段階での客観的帰属が認められず、既遂不法が阻却される。具体的には、「もし適切な説明がなされていたとしても同意がなされていたであろう」という場合、すなわち「仮定的同意」が認められる場合がこれに当たる。⁽¹⁵⁾

仮定的同意を違法性阻却事由として把握するのは異なり、この見解によれば、仮定的同意が認められる場合にも行為不法の存在は否定されない。むしろ、正当化事由が充足されず、行為の違法性が確定したときに初めて、その正当化の瑕疵と結果との間の帰属連関を問題とすることができる。⁽¹⁶⁾ また、仮定的同意による帰属の阻却が肯定されても、行為不法を理由とした未遂犯処⁽¹⁷⁾罰の余地は残されるため、説明義務違反を犯した医師を不可罰とすることにはならないとされる。⁽¹⁸⁾

第3節 仮定的同意に対する批判

第1款 訴訟法上の問題

以上で見たように、仮定的同意は民法の規定に取り入れられているのみならず、刑事判例においても定着しつつあると言えるが、学説上はこれに否定的な見解も有力に主張されている。⁽¹⁹⁾ まず、仮定的同意に対しては手続法的な観点からの懸念が示されている。

椎間板事件で連邦通常裁判所が指摘しているように、仮定的同意の認定に際しては、患者本人の具体的な価値観を考慮する必要があるため、患者の証言が極めて重要な意義を有することになる。そのため、学説上は、医師による患者の証言の「買収」の可能性を指摘するものが存する。⁽²⁰⁾ また、医師の可罰性を証言により左右できてしまう点で、「実体法の衣を纏った刑事告訴」を患者に認めるとの異ならず、傷害罪の規定を親告罪化してしまうとの指摘もなされている。⁽²²⁾

もっとも、患者の供述の「買収」がありうることは、被害者が証人となる大部分の場合に妥当することであり、裁判所による適切な事実認定により解決するほかないとの反論がありうるだろう。連邦通常裁判所も、「仮定的同意に関する被害者尋問の際、その陳述と理由づけについて適切に評価しなければならない」と指摘し、その陳述と理由づけは、「真実の事情を知らされた場合に、当人の視点に立って、そのときの時点における当該患者の当

該決断が、追体験しうる、また起こりうる推論（eine nachvollziehbare und mögliche Schlussfolgerung）であることを認めさせるものでなければならぬ」と述べている。患者の供述は、手術後の諸事情（例えば、手術の結果如何）に影響される可能性があるため、それを「鵜呑み」にして仮定的同意（の不存在）を認定することのないよう注意深く審理すべきことが、ここで強調されているのである。⁽²⁴⁾

第2款 自己決定の保護への悪影響

仮定的同意に対する批判として重要なのは、この法理を刑法に持ち込むことが、患者の自律性ないし自己決定の保護に対して極めて不利な影響を及ぼすというものである。仮定的同意の特徴は、推定的同意と異なり「補充性」が要求されない点に認められるが、こうした特徴ゆえに、仮定的同意は推定的同意の要件をかいくぐって、説明義務に違反した医師の可罰性を広く制限してしまう。その結果、患者の自己決定の保護が刑法においてなおざりにされてしまうことが批判されている。⁽²⁵⁾

このような批判に対して、仮定的同意の支持者からは次のような反論が加えられている。すなわち、仮定的同意の認定に際しては、平均的・合理的な患者ではなく、その都度の患者自身の具体的な価値観が考慮されるため、むしろ患者の自己決定に有利に働くものである。⁽²⁶⁾ また、民法で仮定的同意による免責が承認されている以上、刑法でもこれを認めるべきである。民法上の責任が否定される場合にまで、患者の自己決定の保護を理由に刑法上の可罰性を肯定することは、「法秩序の統一性」や「刑法の謙抑性」に反するというのである。⁽²⁷⁾

しかし、後者に関しては、民事訴訟と刑事訴訟との間の証明ルールの相違に注意を払う必要がある。すなわち、民法上の仮定的同意の主張・立証責任は医師側に課されており、医師には厳格な証明が要求されるのに対して、刑法上の仮定的同意（の不存在）は利益原則に基づき、検察官側に証明責任が課されている。したがって、仮定的同意の存否が証明できない場合、民事訴

訟では医師の賠償責任が肯定されるのに対して、刑事訴訟では、医師の可罰性が制限され、患者の自己決定に不利に働くという違いがある。⁽²⁹⁾

さらに、仮定的同意が存在であることの合理的な疑いを超える証明は極めて困難であることが指摘される。その都度の患者自身の具体的な価値観を考慮するとはいえ、「もしその場で適切な説明がなされていたら」という架空の問いに対する回答は、当の患者自身もそのような状況を経験したことがない以上、常に憶測によらざるを得ない。プッペは、人間の決断に関する一般法則が存在しないために、このような架空の問いを設定することは無意味であると断じ、仮定的同意が原理的に認定不可能であることを指摘している。⁽³⁰⁾ さらに、患者が死亡ないし証言能力を喪失しており、その個人的な価値観に関する具体的な手がかりを得られない場合には、合理的な（＝自身の健康状態の改善を望む）患者を目安として、仮定的な意思の存在を認定せざるを得ない。そのため、実際に行われた治療行為が医学的適応性・医術的正当性を備えている場合には、ほとんど常に仮定的同意の存在が認定されてしまい、その結果、医療的合理性の前で患者の自己決定権が切り詰められることが批判されている。⁽³¹⁾

また、仮定的同意を「帰属阻却事由」として位置づける学説からは、未遂犯として処罰する余地がなお残されるため、医師は患者の現実の有効な同意を得ようと動機づけられると説明されるが、この点に対しても疑問が投げかけられている。なぜなら、医師が仮定的同意の存在を確信している場合には、故意の存在が否定され、未遂犯としての処罰も否定されてしまうからである。⁽³³⁾

第3款 理論的問題

以上は、仮定的同意を刑法に持ち込む場合に懸念される実際上の問題であるが、仮定的同意に対しては、そもそも理論的に根拠づけられないとする批判も提起されている。まず、判例のように、仮定的同意を「違法性阻却事由」として捉えることに対しては次のような批判がなされている。そもそも

違法性阻却原理は、法益衝突状況における「優越的な利益の維持」という思考を基礎に置いているが、仮定的同意が存在する場合に、より高位の利益が維持されるわけではない。患者は、行為の時点において、自己の法益の保護を有効に放棄していないのであり、場合によっては存在しうる仮定的意思を重視することは、患者の現実的な意思を尊重することと比べてより高位の利益とはいえないとされる。⁽³⁴⁾

また、仮定的同意を「帰属阻却事由」として位置づける理解の論理構造に対しても批判が加えられている。そもそも、こうした理解は、「仮に行為者が注意義務を尽くしていても、結局、同じ結果に至ったであろう」という場合に、当該結果を注意義務違反行為に帰属しないという「合義務的態度の代置」の論法から類推的に導かれたものである。しかし、この類推の正当性についても疑問が残る。⁽³⁵⁾なぜなら、仮定的同意が問題となる場面においては、現実には同意により正当化されない「違法な結果」が生じているのに対して、「もし適切な説明がなされていたら」という假定事情の下では、患者の有効な同意に基づく「適法な侵襲結果」の発生が想定されるため、「いずれにせよ、同じ結果に至ったであろう」と評価することはできず、現実⁽³⁶⁾に生じた「違法な結果」は、まさに説明義務に違反して行われた侵襲に帰属されると考えられるからである。ドイツの判例の立場のように、自己決定権の侵害⁽³⁷⁾も傷害罪の不法の内容に盛り込むのであれば、同様の侵襲の発生が想定されることだけを根拠に、義務違反連関の欠落を認めることは困難であろう。⁽³⁸⁾

第4節 適用範囲の広がり

ドイツにおける近時の議論においては、仮定的同意を背任罪に適用する裁判例が登場したこともあり、その適用可能な範囲に対して関心が集まっている。そこで、以下では仮定的同意論の適用範囲がどこまで拡大されるのかを検討する。

第1款 同意不存在事例への適用

第一に、仮定的同意論は、何らかの瑕疵により同意が無効となる事例（以下、「同意無効事例」）にとどまらず、そもそも同意が存在しない事例（以下、「同意不存在事例」）にも適用可能なのであろうか。上で紹介した椎間板事件では、上級医の欺罔により無効とされるものの、侵襲に対する同意自体は存在していると見る余地がある⁽³⁹⁾（第3章第4節参照）。これに対して、例えば、患者が熟睡している間に独断で手術を行った（が、仮に起こして適切な説明をしていれば同意が得られていたであろう）という事例では、患者の同意がその有効性を問う以前にそもそも存在しないのである。

仮定的同意の論理を素直に受け止めるならば、「同意無効事例」も「同意不存在事例」も、「適切な説明をしていても（していれば）同意が得られたであろう」といえる限り、可罰性の制限が認められるように思われる。しかし、この点に関してクーレンは次のような注目すべき主張を展開している。クーレンは、正当化事情それ自体が全く存在していないような「正当化の重大な欠陥（tiefgreifende Rechtfertigungsdefizite）」と、それに至らない「正当化の単なる瑕疵（bloße Rechtfertigungsmängel）」とを区別したうえで、正当化の瑕疵が後者にとどまっている場合に限り、結果との間の客観的帰属連関に関する問いを立てることができるとする⁽⁴⁰⁾。したがって、仮定的同意が問題とすることができるのも、あくまでも「正当化の単なる瑕疵」が認められる場合、すなわち、同意は存在するが、情報の欠陥や強制等により当該同意が無効となる場合に限られる。これに対して、同意がそもそも存在しない場合には、仮定的同意を問題とする余地がないというのである⁽⁴¹⁾。

以上の説明によれば、同意不存在事例の場合、患者の同意が欠如しているため、「正当化の重大な欠陥」が認められ、仮定的同意を問題とすることができない。このような限定は一部の民法学説においても主張されているもの⁽⁴²⁾の、その理論的根拠は必ずしも明らかではない。また、クーレンの提示する「正当化の重大な欠陥」及び「正当化の単なる瑕疵」という限定基準によって具体的にどのような正当化の欠陥が仮定的同意の適用範囲から除かれるの

かも明瞭とはいえない。⁽⁴³⁾

第2款 医事刑法を超えた適用

第二に問題となるのは、仮定的同意が医事刑法を超えて適用可能か否かという点である。例えば、XはYの財物を窃取したが、もしお願いしていればYはXにその財物を贈与していたであろうという場合に、仮定的同意の論理を窃盗罪に適用して、（少なくとも既遂の）可罰性を否定することが許されるかが問題となる。⁽⁴⁴⁾ 仮定的同意が、違法性阻却や客観的帰属という総論的な問題に関連する以上は、その適用範囲を医事刑法に限定する理由は存在しないであろう。⁽⁴⁵⁾

近時では、背任罪の成否が問題となった事案で仮定的同意を（予備的に）⁽⁴⁶⁾適用し無罪を導いた判決も登場するに至っている。⁽⁴⁷⁾ この事案では、市営の住宅・都市建設有限会社（stadteigene Wohn- und Stadtbau-GmbH）の経営者である被告人が、会社にとって具体的なメリットのない監査役会メンバーの観光旅行の計画・実行を行った行為が背任に当たるとして起訴された。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有益な目的への貢献が認められることを認定し、被告人に無罪判決を下した。検察官の上告を受けたハム上級地方裁判所（OLG Hamm）も、被告人の重大な義務違反を認定することはできないとしたうえで、次のような指摘をしている。すなわち、仮に義務違反が認められるとしても、旅行の存在を知り数十年間にわたり黙認してきた市には、黙示的な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、少なくとも「仮定的合意（hypothetisches Einverständnis）」が存在する可能性を排除することができない。というのも、もし被告人が、市に旅行を申請していたとすれば、当該許可が降りていたであろうと考えられるからである。⁽⁴⁸⁾

第5節 小括

確かに、拡大し続ける説明義務に基づく医師の責任を適切な範囲に制限するという動機は正当なものである。仮定的同意論に反対するグループも、『『仮定的同意』の背景には、患者に対して十分に説明することを意識的に懈怠した『だけ』の医師を、故意の身体傷害（既遂）罪による処罰から免れさせるという、全く正当な要請がある⁽⁴⁹⁾』ことを率直に認めている。

しかし、以上で見たように、仮定的同意論の適用範囲は、同意の取得そのものが怠られたケース（同意不存在事例）や、医事刑法の枠外にも広がりうる。少なくとも、仮定的同意の論理構造の内部にその適用範囲を限定する要素は存在していない。仮定的同意論が「独り歩き」することで、刑法全体における自己決定保護に対して不利な影響が及ぶという事態は、実際に他罪に適用した裁判例の存在も考慮すれば、杞憂とは言えないように思われる。

適切な解決を導くためには、仮定的同意をめぐる争われている問題の本質に立ち返る必要がある。すなわち、刑法における患者の自律性保護の意義と限界を正面から考察したうえで、それが医師の説明義務や責任の範囲にいかなる影響を及ぼすかを分析しなければならない。次章以下で示される、医師の説明義務の範囲を制限するアプローチも、そのような試みとして位置づけることができるだろう。

第3章 説明義務と患者の自律性

第1節 仮定的同意の代案

仮定的同意が持ち出された背後には、民法上ますます拡大を続ける説明義務の違反のみを根拠に、医師に対して広く故意傷害罪の成立を認めるべきでないという正当な動機が存在する。したがって、仮定的同意の法理による解決が支持できないとすれば、これに代わる代案によって医師の責任を認めるべき合理的な範囲を画する必要が残されることになる⁽⁵⁰⁾。

代案としてまず考えられるのが、医学的適応性・医術の正当性を備えた治療行為はそもそも「傷害」に当たらないとする見解（治療行為非傷害説）を

採用することである。ドイツの判例では、治療行為にも傷害の構成要件該当性が肯定され、患者の有効な同意が認められない限り違法性が阻却されないという原則が確立しているため⁽⁵¹⁾、このような代案を採ることは現実的でないであろう。これに対して、我が国においては、専断的治療行為が傷害罪として立件されていないのが現状であり、実務が治療行為非傷害説を前提していると説明することも不可能ではないと思われる⁽⁵²⁾。ただし、この代案を正面から採用する場合、患者の自己決定の保護が、客観的な健康利益の増進ないし医療上の合理性に劣後するという結果を認めざるを得ないことになる。

他の代案として、推定的同意に際して必要とされる「補充性」の要件を緩和することにより、その射程範囲を拡張するという解決が示されている。例えば、武藤眞朗は、十分な説明をして同意を得る可能性が物理的に存在する場合にも、「十分な説明」をすることが患者本人の健康状態に悪影響を及ぼす危険がある場合には、「十分な説明に基づく同意を得ることが困難な場合」であるとして、推定的同意の法理を適用する余地を残すことが考えられるとしている⁽⁵³⁾。確かに、「適切な説明が可能である場合には、推定的同意の法理によることができない」ということが仮定的同意の法理の出発点である⁽⁵⁴⁾ことからすれば、これは有効な代案の一つといえるだろう。ただし、推定的同意の「補充性」要件を緩和することが、いかなる理由からどの程度まで許容されるのかは、そもそも「補充性」が要求されることの根拠に遡り慎重に検討する必要がある問題である。

さらに、ドイツにおいて主張されている代案としては、医師の責任が軽微な事案について、ドイツ刑事訴訟法における手続打切り規定（Einstellungsvorschriften）を利用するというものがある⁽⁵⁵⁾。もっとも、この代案に対しては、逮捕・起訴による医師の評判への不利な影響を解消することができない⁽⁵⁶⁾点が批判されるとともに、説明の欠如がいかなる場合に可罰性と結びつくかという問題は、理論上明確化されなければならないとの指摘が加えられている⁽⁵⁷⁾。

そこで、刑法独自の基準により医師の説明義務の範囲を限定するという代案が注目されることとなる。⁽⁵⁸⁾ そもそも問題の根源が説明義務の著しい拡大にあるとすれば、このような方向性は基本的に妥当であるといえるだろう。

第2節 法益関係的錯誤説による解決

説明義務を限定するための具体的な基準として有力に主張されているのが、患者の「法益関係的錯誤 (rechtsgutsbezogener Irrtum)」を問題にする見解である。これによれば、患者の同意を無効とするのは、傷害罪の保護法益である身体と関係する錯誤のみであり、それ以外の動機の錯誤は同意の有効性に影響を与えない。したがって、有効な同意を得るために必要な説明の範囲も、患者の身体的利益に関係するものに限定されることになる。具体的には、治療侵襲の具体的内容(彼の身体に何をされるか)や、安全性・成功率、副作用等の付随リスクなどの事項が説明義務の範囲に含まれる。⁽⁵⁹⁾ これに対して、治療の成功率や危険性と無関係な事情は、身体的利益とは無関係であるとして、説明義務の範囲からは除外されることになる。したがって、椎間板事件で問題となったような、過去の失敗の意図的隠匿は、必ずしも同意を無効とするものではなく、それが施術主体の技量、ひいては、手術の成功率を判断するのに必要な情報といえる限りで、⁽⁶⁰⁾ 同意の有効性に影響を与えられらるることになる。

以上のような解決の基準を支持する学説は我が国でも有力に主張されているが、⁽⁶¹⁾ 「身体的利益に関係する事項」に何を含めるかは論者によって大きな差がある。治療侵襲の具体的内容がこれに含まれることは争いがないと思われるが、後遺症や副作用等の付随リスクの説明については、治療侵襲と直接結びつくものではないことを理由に、「身体関係性」を否定する見解も主張⁽⁶²⁾ されている。

また、本人の身体的利益とは無関係な事項に関する欺罔や錯誤が、常に同意の有効性に影響を与えないと考えられるかについても検討の余地がある。

例えば、母親に対して、生命に危険のある息子を救助するためには今すぐ輸血が必要であると偽り、採血に同意させた場合、息子の身体の状態は、本人（母親）の身体的利益に係る事情とはいえ、法益関係の錯誤が否定されることになるが、この場合に同意を有効として母親に対する傷害罪を不成立とする結論は妥当といえないであろう。法益関係の錯誤説の論者からは、この場合に、母親が心理的に法益を処分せざるを得ない状況にあることを理由として同意が無効になるとの説明が加えられているが、⁽⁶³⁾「心理的に法益を処分せざるを得ない状況」自体は、実際に息子の生命に危険がある場合にも否定できない。さらには、生命に危険のある自分の病気を治すために手術に同意する患者も、心理的に同意せざるを得ない状況にあると言えるが、この場合にも同意を無効とすることはできないように思われる。むしろ、本人の身体的利益に係らない事項についても、法益処分に際して重要な動機となりうる事項については、その情報の欠如が同意の有効性に影響を与える場合があると説明した方がより端的である。

法益関係の錯誤説における以上のような混乱の原因は、「法益（身体）関係的」とされる事項の中に、同意の「存否」に関するものと「有効性」に関するものが混在している点に求められるように思われる。⁽⁶⁴⁾治療侵襲に対する同意を問題とする限り、治療侵襲の具体的内容は、同意の対象となる事項であるため、これについて錯誤がある場合には同意が「不存在」となる。この場合に現実的同意による正当化の余地はありえないのは当然のことである。これに対して、安全性・成功率、副作用等の付随リスクなどは、存在する同意が有効と評価されるために必要な情報か否かという視点から問題とされる。しかし、この有効性評価のハードルの高さは、刑法による患者の自己決定をどの程度まで徹底して保護するかに関する価値決定により変動しうるものである。「身体的利益に係る事項」といっても様々なものが想定しうるものであり、その中のいかなる情報を説明義務の対象に含めるかは、これによって大きく左右されるだろう。同意の存否の問題が、同意対象を認識・認

容していたか否かにより一義的に定まるのとは対照的といえる。

さらに、同意の存在が認められるために必要な情報が「身体関係的」であるのは、それが身体への侵襲に対する同意である以上当たり前であるのに対して、当該同意が有効と評価されるために与えられるべき情報の範囲が、本人の「身体関係的」なものに限られなければならない論理必然性は存在しない点にも注意が必要である。

法益関係の錯誤による解決に上記の問題があることを踏まえれば、同意の「存在」と「有効性」の問題を区別して、患者の自律性が実現したといえるための条件を分析的に検討する必要がある。また、後述するように、このような区別に基づく検討は、「仮定的同意」というカテゴリにおいて扱われる事例群の適切な解決を示すのにも資すると考えられる。

第3節 患者の自律性の実現

第1款 同意の存在

治療侵襲に対する同意の存在が肯定されるためには、患者が当該侵襲の具体的内容（彼の身体に何をされるか）を認識・理解したうえで、これを認容する心理状態を抱いている必要がある。この認識が欠如する場合には、有効性評価の以前に同意の存在が認められず、現実的同意による正当化の可能性はおおよそ否定されなければならない。

この同意不存在事例において、「もし尋ねていれば同意していたであろう」という仮定的同意を理由として行為者の可罰性を制限することは妥当でないと思われる。現実には生じたのは同意により全くカバーされない違法な侵襲結果であり、行為者は現実の同意の取得を通じてこの違法な結果の発生を回避すべきであった。現実の同意が不存在である以上、患者の自律性が実現したと評価する余地はなく、これを「架空の同意」で埋め合わせることはできないのである。⁽⁶⁵⁾

現実的同意が認められない場合にも、推定的同意による正当化の余地は残

されるが、「補充性」を厳格に要求する場合には、患者が事故で意識不明であるなど、現実的同意の入手が不可能という状況でなければ、正当化はできないことになる。無論、この「補充性」の要求を一定程度緩和できないかに関しては別途検討の余地があるが、その検討に際しては、患者の現実的同意の重要性を掘り崩す結果とならないよう慎重な配慮を要するであろう。

なお、以上の説明は患者の同意だけでなく、他の個人的法益に対する罪における同意にも妥当する。例えば、XはYの財物を窃取したが、もしお願いしていればYはXにその財物を贈与していたであろうという場合（第2章第4節第2款）には、財物の占有移転に対するYの現実的同意が「不存在」であるため、実際には存在しない「架空の同意」を根拠にXの可罰性を制限することは認められない。もし、Yが駅の売店の売り子であり、Yが不在の間にXが代金を置いて商品を持ち出したといった事情が存在する場合には、窃盗罪の成立を否定する余地があるが、それは、Yの事前の包括的同意（黙示の同意）の存在が現実⁽⁶⁶⁾に肯定されるからに他ならない。

第2款 同意の有効性と情報入手

以上のように存在が肯定される患者の同意につき、その有効性を認めるためには、治療侵襲を認容する心理状態の形成過程が自律的であると評価できなければならない。具体的には、十分な判断能力の下で、判断に必要な情報の入手を他者から阻害されることなく意思形成が行われることが必要となる。

同意の存否の問題と異なるのは、この問題がすぐれて「評価的」な側面を有していることである。すなわち、意思形成プロセスがどの程度まで充実している場合に、自律的な決定がなされたと評価できるかは、自己決定をどの程度まで徹底して保護するかに関する価値決定に大きく左右されるのである。もっとも、ここで注意が必要なのは、刑法的保護を問題とする限り、完璧で理想的な自己決定の実現を志向することはできないということである。⁽⁶⁷⁾ 現実の人間の意思決定は、あらゆる情報を完全に掌握してなされるようなも

のではなく、常に不完全な情報に基づくものである。したがって、あらゆる情報の欠如を理由に刑法的介入を認めることは妥当でない。刑法が介入すべきなのは、患者の意思決定に際して必要となる「重要な情報」の入手が不当に阻害されたと評価できる場合に限られるべきである。

問題はこの「重要な情報」の範囲をどのように画定するかであるが、この問題の検討に際しては、情報の「主観的重要性」と「客観的重要性」をそれぞれ区別して論ずるのが有益であろう。

1 主観的重要性

まず、患者本人にとって重要でない情報の欠如は、たとえその情報が合理的な患者にとって必要なものであったとしても、意思形成の自律性に何ら影響を及ぼさないと考えるべきである。いわゆる「仮定的同意」が認められてきた場合というのは、問題となる説明事項が、患者本人にとっての主観的重要性を欠く場合であると理解することができる。なぜなら、「適切な説明をしていたとしても同意したであろう」という場合、意思が現実に行った不適切ないし不十分な説明は、患者の決意にとって決定的な影響をもつものではなかったといえるからである。⁽⁶⁸⁾このような主観的重要性を欠く事項については、説明義務の対象外であると理解することが可能である。⁽⁶⁹⁾

もっとも、厳密に考えれば、そのような場合の中には患者が当該説明事項について全く無関心であった場合と、当該説明事項について関心は有していたが、説明を聞いていても決断結果には影響しなかった場合の両者が含まれる。このうち、前者については情報の主観的重要性を否定して、同意の有効性に影響を与えないと考えることに特段問題は生じないものと思われる。これに対して、後者の場合にも情報の主観的重要性を否定する理解をする場合、実際の刑事裁判においては利益原則により被告人に有利な認定がなされる結果、多くの事例で決断結果に対する影響が否定され、同意の有効性が肯定されてしまうという問題が生じる(第2章第3節第2款参照)。

そこで、実際の決断結果への影響を問わず、本人にとって関心のある情報

については全て「主観的重要性」を肯定するという理論構成もありうると思われる。すなわち、たとえ決断の結果が変わらないとしても、関心のある情報に基づいてなされた同意と、そうでない同意との間では自律性の実現という観点から見て質的な相違があり、後者は無効と評価すべきとする考え方で⁽⁷⁰⁾ある。しかし、このように解する場合には、「関心のある情報に基づいて意思決定を行う機会」自体を傷害罪の規定を通じて保護する結果になってしまう点に注意が必要である。そのような抽象的な自己決定権自体の保護は、損害賠償法など他の手段に委ねることで十分であろう⁽⁷¹⁾。

2 客観的重要性

主観的重要性の認められる情報の欠如の全てが同意を無効にすると考えるべきではなく、さらに刑法的リアクションにふさわしいか否かという観点から、同意の有効性に影響を与える情報に客観的な絞りを設けなければならぬ⁽⁷²⁾。

客観的重要性が認められる情報の範囲をいかに画定するかは難問であるが、治療侵襲が行われる文脈では通常、安全性・成功率や、侵襲に伴う危険⁽⁷³⁾性などが合理的な患者にとって重要な情報であるといえるだろう。もっとも、法益関係的錯誤説のように、本人の身体的利益と関係する錯誤のみが、同意を無効としうると考える必然性は存しないように思われる。通常の治療侵襲が問題となる場合に、重要な情報の範囲が原則として本人の身体的利益に関するものと重なるのは確かであるが、それは事実上そうであるにすぎない。母親に対して、生命に危険のある息子を救助するためには輸血が必要であると偽り、採血に同意させたという特殊な事情が問題となる場合には、本人（母親）の身体的利益と無関係な事情も同意の有効性に影響を与えうる。この事例で、息子が危篤状態か否かという情報は、母親にとって主観的に重要な情報であるのはもちろん、それが客観的にも了解可能であり、自律的な意思決定に対して必要な情報であると考えられるのである。

また、傷害罪の保護法益に自己決定権が含まれるとしても、それは身体的

利益から遊離した抽象的・包括的な自己決定権ではなく、身体という実体利益と関係づけられた自己決定権として理解されなければならないとも指摘されるが、⁽⁷⁴⁾こうした理解から、法益処分の有効性に影響を与える情報が本人の身体的利益と関係するものに限定されるという帰結を導くこともできないであろう。以上の献血の事例においても、自己の身体を何のために処分するかという、身体と関係づけられた自己決定権は侵害されているのであり、このような自己決定を保護することが、身体と無関係な抽象的な自己決定権を傷害罪の保護法益に含めることには必ずしもならないものと思われる。

3 情報入手の不当な阻害

意思決定に際して主観的にも客観的にも重要な情報を入手することが不当に阻害されている場合には、意思形成プロセスの自律性が損なわれており、その結果なされた同意を無効と評価すべきことになる。この「情報入手の不当な阻害」は、積極的な欺罔による場合だけでなく、当該情報を告知する義務の懈怠によっても行われうる。医師による説明の懈怠は、後者の場合に当たるといえるだろう。

自律的な意思形成過程の侵害という見地からは、単なる情報の不告知と比較して、積極的な欺罔が行われた場合の方が、より侵害の度合いが高く、同意の有効性に対する影響力も大きいと考えられる。意思形成過程において重要なのは、「重要な情報」への到達の可能性がどれだけ確保されているかであり、積極的な欺罔がなされる場合、到達可能性の減弱の程度が大きいといえるためである。これに対して、錯誤の内容にのみ着目し、その発生原因には基本的に関心を払わない法益関係的錯誤説による解決では、欺罔と不告知との間の差異を問題とすることができない。また、仮定的同意の法理による解決でも、錯誤の発生原因と結果帰属の可否とは無関係であるため、やはり両者の違いは無視されてしまうであろう。⁽⁷⁵⁾

もっとも、積極的な欺罔があれば、情報の内容や重要性を一切問うことなく常に同意の有効性に影響を与えると解することはできない。最終的な同意⁽⁷⁶⁾

の有効性判断は、情報の（主観的・客観的）重要性の程度と、当該情報の入手の阻害の程度とを総合的に考慮したうえで、自律的な意思形成過程の重大な侵害があったと評価できるか否かという観点から慎重に行われる必要がある。⁽⁷⁸⁾

第4節 問題の解決——椎間板事件を素材に——

椎間板事件は、本稿で示した理解によれば以下のように解決することができる。まず、患者の同意が実際になされた第2手術に及んでいるかどうかという、同意の「存否」の問題が検討されなければならない。実際になされた第2手術では、残存していた重度のヘルニアの摘出だけでなく、第5腰椎の右側の椎弓部の摘出も行われているが、患者は右側の椎弓部の摘出が予定されていたことを認識していなかった。したがって、同意の存在として手術内容の具体的な認識を要求するのであれば、第2手術に対して同意がそもそも及んでおらず、その有効性を問題とする以前に同意が存在であると結論づけられる。この場合、推定的同意による正当化がさらに問題となるが、「補充性」要件を厳格に要求する限り、現実にも同意を得ることが可能であった本件事案ではそれも困難であろう。他方で、同意の対象をより抽象化すれば、椎弓部の摘出も含めた手術全体に対する（黙示的・包括的）同意が第2手術の際に存在したと考える余地がある。このような同意の対象の抽象化がどの程度まで許容されるかはさらなる検討を要する問題であるが、少なくとも治療侵襲に関しては、患者に手術内容の詳細かつ具体的な認識を常に要求することが困難であることから、いわば素人的な認識と理解が備わっていれば同意の存在が認められると解する余地は十分であろう。

第2手術に対する同意の存在が認められる場合、次にその有効性を検討しなければならない。特に本件では第2手術が必要となった理由（＝第1手術の失敗）について医師による積極的な欺罔が行われており、このような欺罔が同意の有効性に影響を与えないかが検討の対象となる。この点について、

いわゆる「仮定的同意」が認められる場合、すなわち、第2手術が必要となった理由について「適切な説明が行われていた場合にも同意が得られていたであろう」という場合には、当該情報に主観的重要性が認められないため、その欺罔は第2手術に対する現実の同意の有効性に影響を与えないことになる。その限りで、連邦通常裁判所が、仮定的同意が認められる場合に違法性が欠落すると説明している点は結論的に正当であるといえよう。⁽⁷⁹⁾

これに対して、情報の主観的重要性が肯定される場合、さらに当該情報の客観的重要性の有無が審査されなければならない。過去の手術の失敗はその後の第2手術自体の必要性や安全性と無関係であると考えるならば、この点に関する錯誤は同意の有効性に影響を与えないと見る余地もあろう。もっとも、過去の失敗が隠匿される場合には、手術しようとしている患部の現在の状態についても正しい情報が与えられないため、この点を理由に意思決定の自律性を否定することも考えられる。⁽⁸⁰⁾

第4章 おわりに

「仮定的同意」というテーマで扱われる事例群は、現実的同意の存在と有効性の問題に還元される。具体的には、患者の自律性が実現したといえる条件の分析的な検討を通じて適切な解決を図ることが可能である。「適切な説明をしていたとしても同意したであろう」という場合は、当該説明事項が患者本人にとっての「主観的重要性」を欠くために、同意の有効性に対する影響が認められないことになる。これに対して、同意不存在事例で、尋ねていれば得られていたであろう「架空の同意」を根拠に広く行為の可罰性を制限することは許されない。もちろん、同意不存在の場合にも、推定的同意による正当化の余地は別途残されており、その正当化の範囲は「補充性」を要求するか否か、さらにどの程度要求するかという点に依存することになる。この点は、「補充性」が要求される理論的根拠に遡りさらなる検討を加える必要があり、今後の課題といえる。いずれにせよ、「仮定的同意」というテ

マの下で扱われる問題は、論点の真の所在を正しく認識することを通じて解決が目指されるべきである。

- (1) 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」 梶善夫・遠藤賢治古稀祝賀『民事手続における法と実践』（成文堂、2014年）402頁以下を参照した。）

- (2) Brigitte Tag, Richterliche Rechtsfortbildung im Allgemeinen Teil am Beispiel der hypothetischen Einwilligung, ZStW 127 (2015), S. 523. 仮定的同意の代表的な支持者としては、Kristian Kühl, Strafrecht AT, 7. Aufl., 2012, § 9 Rn. 47; Lothar Kuhlen, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 331; Henning Rosenau, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, in: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 687 ff.; Claus Roxin, Strafrecht AT Bd. 1, 4. Aufl., 2006, § 13 Rn. 119 ff. 仮定的同意を刑法に持ち込むことに否定的なのは、Walter Gropp, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, in: Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 200 ff.; Christian Jäger, Die hypothetische Einwilligung – ein Fall der rückwirkenden juristischen Heilung in der Medizin, in: Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, 2007, S. 349 ff. [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]; 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, 768 ff.; Frank Saliger, Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht, in: Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015., S. 264 ff. [本論文の紹介とし

- て、菊地一樹「フランク・ザリガー『刑法における仮定的同意の代案』」早稲田法学91巻4号(2016年)197頁以下]; Detlev Sternberg-Lieben, Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler: Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung, in : Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 302 ff.
- (3) 法益主体の同意が構成要件該当性を阻却するか違法性を阻却するかについては周知の争いが存在する。通説は、個々の構成要件の解釈により体系的地位が異なることを前提に、傷害罪における同意は違法性阻却事由として考慮されると説明している(団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(創文社、1990年)222頁、大塚仁『刑法概説(総論)〔第4版〕』(有斐閣、2008年)418頁、高橋則夫『刑法総論〔第2版〕』(成文堂、2013年)311頁以下等)。これに対して、同意を一元的に構成要件阻却事由と解する見解も有力に主張されている(山中敬一『刑法総論〔第3版〕』(成文堂、2015年)206頁以下、松原芳博『刑法総論』(日本評論社、2013年)119頁以下)。
- (4) Kuhlen, a. a. O. (2), S. 333. また、後述するように、仮定的同意を帰属阻却事由として取り扱う見解によれば、仮定的同意は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を排除しない点でも推定的同意と異なる。
- (5) Statt vieler Roxin, a. a. O. (2), § 18 Rn. 10 ff.
- (6) したがって、推定的同意の(現実的同意に対する)補充性を否定する(例えば、町野朔『患者の自己決定権と法』(東京大学出版会、1986年)199頁以下)理解を採用する場合には、仮定的同意は推定的同意の一場面にすぎないことになる。
- (7) 例えば、サージボーン・プラグ事件における第4刑事部の決定(BGH NStZ 1996, 34)を参照。本決定を紹介したものとして、鈴木彰雄「傷害罪における被害者の仮定的同意—クーレンの所説について—」名城ロースクール・レビュー3号(2006年)2頁、杉本一敏「仮定的同意論の『論理構造』に対する批判的覚書」愛知学院大学宗教法制研究所紀要49号99頁以下、武藤真朗「医師の説明義務と患者の承諾—『仮定的承諾』序説—」東洋法学49巻2号(2006年)9頁以下、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)383頁以下、山中敬一「医師の説明義務と患者のいわゆる仮定的同意について」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第1巻』(成文堂、2006年)255頁以下、古川伸彦「医的侵襲行為の正当化と『仮定的同意』論」高山佳奈子=島田聡一郎編『山口厚先生献呈論文集』(成文堂、2014年)73頁以下、佐藤陽子「仮定的同意に関する序論的考察」『川端博先

- 生古稀記念論文集 上巻』（成文堂、2014年）220頁以下。
- (8) BGH JZ 2004, 800. 本決定を紹介したものとして、鈴木・前掲注（7）2頁以下、山中・前掲注（7）259頁以下、武藤・前掲注（7）13頁以下、杉本・前掲注（7）103頁以下、塩谷・前掲注（7）385頁以下、古川・前掲注（7）59頁以下。
- (9) BGH JR 2004, 469（結論的には仮定的同意の存在を否定）。本決定を紹介したものとして、鈴木・前掲注（7）3頁以下、杉本・前掲注（7）105頁以下、塩谷・前掲注（7）386頁以下、山中敬一『医事刑法概論Ⅰ』（成文堂、2014年）359頁以下、古川・前掲注（7）66頁以下。
- (10) BGH NSTZ-RR 2007, 340. 本判決を紹介したものとして、鈴木彰雄「ドイツ刑事判例研究（10）」名城ロースクール・レビュー8号（2008年）171頁以下、山中・前掲注（9）360頁、古川・前掲注（7）49頁以下。
- (11) BGH NSTZ 2008, 150. 本判決を紹介したものとして、山中・前掲注（9）361頁以下、古川・前掲注（7）56頁以下。
- (12) BGH NJW 2013, 1688.
- (13) 以上のドイツ刑事判例を分析し、判例上の「仮定的同意」論の実体を明らかにすることを試みるものとして、古川・前掲注（7）論文を参照。
- (14) Kuhlen, a. a. O. (2), S. 338 f.
- (15) Kuhlen, a. a. O. (2), S. 340. さらに、説明の瑕疵と結びついた特別な危険が結果に実現しなかった場合には、リスク連関（Risikozusammenhang）の不存在を理由に客観的帰属が否定される（Ebenda, S. 337）。
- (16) Kuhlen, a. a. O. (2), S. 338 f.
- (17) ドイツでは、1998年の第6次刑法改正で傷害罪に未遂犯の処罰規定（ドイツ刑法223条2項）が創設されている。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・前掲注（7）408頁。
- (18) Kuhlen, a. a. O. (2), S. 340.
- (19) 仮定的同意論に対する各種の批判については、杉本・前掲注（7）131頁以下も参照。
- (20) Gropp, a. a. O. (2), S. 200.
- (21) ドイツ刑法において傷害罪は「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」場合に非親告罪であると規定されている（230条1項1文）。

- (22) Jäger, a. a. O. (2), S. 355 f.; Saliger, a. a. O. (2), S. 267.
- (23) Rosenau, a. a. O. (2), S. 692. ヘニング・ローゼナウ(島田美小妃訳)「仮定的承諾——新しい法形象!」比較法雑誌43巻3号(2009年)161頁以下も参照。
- (24) 古川・前掲注(7)65頁参照。
- (25) Saliger, a. a. O. (2), S. 265; Sandra Wiesner, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, 2010, S. 120 ff.
- (26) Rosenau, a. a. O. (2), S. 697.
- (27) Henning Rosenau, SSW-StGB, 2. Aufl., 2014, Vor §§ 32 ff. Rn. 53; Philipp Böcker, Die „hypothetische Einwilligung“ im Zivil- und Strafrecht, JZ 2005, 928 f.; Wiesner, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, 2010, S. 178.
- (28) BT-Drucks. 17/10488, S. 29. 民法上の仮定的同意については、河原格『医師の説明と患者の同意』(成文堂、1998年)208頁以下、山中・前掲注(9)349頁以下、春日・前掲注(1)424頁以下も参照。
- (29) Saliger, a. a. O. (2), S. 263; Sternberg-Lieben, a. a. O. (2), S. 300; Jäger, a. a. O. (2), S. 353 f. これに対して、ロクシンは、自身の危険増加論の考え方をここでも転用し、帰属を阻却するためには「適切な説明がなされていたとしても同意していたであろう」ということが確実性をもっていえなければならず、疑わしい場合には、仮定的同意論を援用できないと説明している(Roxin, a. a. O. (2), § 13 Rn. 123 ff.)。しかし、この見解によれば結局、検察官の立証の程度の要求が事実上緩和されることになり、刑事裁判における利益原則に違反するとの批判は免れないであろう(塩谷・前掲注(7)401頁)。
- (30) Puppe, a. a. O. (2), 769. これに対して、Lothar Kuhlen, Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung, JR 2004, 228は、法的な場面のみならず日常生活においても仮定的同意について問うことはよく行われており、これに対して満足のいくように答えることも可能であると反論している。
- (31) Saliger, a. a. O. (2), S. 265; Sternberg-Lieben, a. a. O. (2), S. 303.
- (32) Lothar Kuhlen, Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen, JR 2004, 229 f.
- (33) Christian Jäger, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 2006, S. 26; Puppe, a. a. O. (2), 770; dies, Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, ZIS 2016, 369.
- (34) ハロー・オットー(甲斐克則=福山好典訳)「医的侵襲にとつての仮定的承諾の

- 意義」比較法学44巻2号（2010年）120頁。さらに、Saliger, a. a. O. (2), S. 266; Sternberg-Lieben, a. a. O. (2), S. 302.
- (35) この問題を検討した我が国の文献として、杉本・前掲注（7）論文が挙げられる。なお、杉本は、「仮定的同意論」も「合法的行為の代置論」もともに客観的結果帰属論の下位類型として理論的に包摂されうると結論付けている（同144頁以下参照）。
- (36) Jens Andreas Sikor, Logische Unstimmigkeiten in der hochstrichterlichen Prüfungsformel zur hypothetische Einwilligung, JR 2008, S. 180; Scarlet Jansen, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, ZJS 2011, 488; Martin Böse, Unrechtausschluss durch hypothetische Dispositionen über das geschützte Rechtsgut?, ZIS 2016, 497. なお、ジコーの見解を我が国で紹介したものととして、杉本・前掲注（7）137頁以下参照。また、山中・前掲注（7）279頁も、現実事例と仮定事例との間の「結果」の違いについて指摘している。
- (37) BGHSt 11, 111 [114].
- (38) Böse, a. a. O. (36), 497.
- (39) 武藤・前掲注（7）17頁も、「形式的には患者による現実的承諾が存在する」事例であることを指摘している。
- (40) Lothar Kuhlen, Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung, in : Festschrift für Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 434. さらに、Thomas Rönnau, Anm. zu BGH, Beschluss vom 15. 10. 2003, JZ 2004, 803も参照。
- (41) Kuhlen, a. a. O. (32), S. 440.
- (42) Hans-Joachim Mertens, in : Soergel, 12. Aufl., 1990, Vor § 249 Rn. 166は、患者の同意が全く欠如している場合には仮定的同意の抗弁が認められないとする。また、ライヒ裁判所も、民法上の仮定的同意について同様の制限を設けていた（RGZ 163, 129）。もっとも、その後の判例においては、医師が説明を完全に懈怠した場合と、不十分な説明との場合とが区別されていないとの指摘がなされている（河原・前掲注（28）212頁）。
- (43) 杉本・前掲注（7）119頁注27参照。例えば、クーレンは同意者の判断能力が欠如する場合を、同意が完全に欠如する場合と同視できるとして、「正当化の重大な欠陥」に分類しているが（Kuhlen, a. a. O. (32), S. 440 f.）、この場合に一応は同意が存在するにもかかわらず同意不存在と同視できる根拠は明らかでない。

- (44) Vgl. Gunnar Duttge, Die „hypothetische Einwilligung“ als Strafausschlußgrund: wegweisende Innovation oder Irreweg?, in : Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, 2006, S. 188; Harro Otto, Einwilligung, mutmaßliche, gemutmasste und hypothetische Einwilligung, Jura 2004, 683.
- (45) Böse, a. a. O. (36), 497. さらに、仮定的同意の法理が、令状取得に対する裁判官の許可といった国家機関の決定に対しても適用されうることが指摘されている (Ebenda, 499 ff.)。
- (46) 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。
- (47) OLG Hamm wistra 2012, 447.
- (48) この判決に対しては、すでに重大な義務違反が認定できず、委託者の黙示的な合意が認定できる以上、仮定的合意を考慮することは完全に無用であったとの批判が加えられている (Saliger, a. a. O. (2), S. 268.)。
- (49) Gropp, a. a. O. (2), S. 207.
- (50) Saliger, a. a. O. (2), S. 268 ff. 我が国においても、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」を模索する方向が複数の論者により示唆されている。武藤眞朗「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47巻3号(2008年)324頁以下、塩谷・前掲注(7)408頁以下等。
- (51) RGSt 25, 375; BGHSt 11, 111.
- (52) 井田良「医療とインフォームド・コンセントの法理」五十嵐敬子『医をめぐる自己決定』(イウス出版、2007年)132頁。岡上雅美「治療行為と患者の承諾について、再論」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 上巻』(成文堂、2014年)325頁も参照。
- (53) 武藤・前掲注(50)326頁。
- (54) 佐藤陽子「被害者の承諾」伊東研祐=松宮孝明編『リーディングス刑法』(法律文化社、2015年)242頁。
- (55) Puppe, a. a. O. (2), S. 776.
- (56) Sternberg-Lieben, a. a. O. (2), S. 306.

- (57) Saliger, a. a. O. (2), S. 269.
- (58) 医師の説明義務を限定するアプローチを採用するのは、Benedikt Edlbauer, Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv, 2009, S. 472 ff.; Andreas Albrecht, Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht, 2010, S. 545 ff.; Sabine Swoboda, ZIS 2013, 31 f.; Saliger, a. a. O. (2), S. 268 ff.; Sternberg-Lieben, a. a. O. (2), S. 306ff.; Tag, a. a. O. (2), 543 ff. さらに、オートー（甲斐＝福山訳）・前掲注（34）123頁以下も参照。
- (59) 甲斐克則「医療行為と『被害者』の承諾」現刑6巻3号（2004年）29頁以下参照。
- (60) 杉本・前掲注（7）127頁注40参照。
- (61) 例えば、武藤・前掲注（50）325頁、塩谷・前掲注（7）409頁など。
- (62) Sternberg-Lieben, a. a. O. (2), S. 309 f. 「侵襲と直接結びつけられるリスク (die mit dem Eingriff direkt verbundenen Risiken)」としては、例えば、施術中に近くの血管を損傷してしまう可能性などが想定されている。それ以外の付随リスクに関する説明義務違反に関しては、損害賠償法による解決に委ねられる（Ebenda, S. 310）。
- (63) Sternberg-Lieben, a. a. O. (2), S. 310は、錯誤自体が法益関係的でない場合であっても、この事例のように、「法益関係的不自由 (rechtsgutsbezogene Unfreiheit)」の状況が作出された場合には同意が無効になるという。しかし、「法益関係的不自由」という概念の射程は不明確であり、錯誤自体の法益関係性の要求を放棄できる根拠も明らかではない。
- (64) 菊地一樹「法益関係の錯誤概念の拡張に対する批判的検討」早稲田大学大学院法研論集156号（2015年）120頁以下参照。
- (65) Saliger, a. a. O. (2), S. 265も、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とし、同意と仮定的な承諾が質的に (qualitativ) 区別されることを強調している。
- (66) 小林憲太郎『刑法的帰責』（弘文堂、2007年）251頁以下参照。
- (67) Thomas Rönna, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S. 220. レナウの見解の詳細については、佐藤陽子『被害者の承諾』（成文堂、2011年）176頁以下、菊地一樹「法益主体の同意と規範的自律（1）」早稲田法学会誌66巻2号（2016年）202頁以下参照。
- (68) 武藤・前掲注（7）34頁、同・前掲注（50）325頁、松原・前掲注（3）131頁、山中・前掲注（9）370頁以下参照。

- (69) これに対して、佐藤・前掲注(7)239頁は、「説明義務を具体的な被害者の意思に左右させる点で不自然なように思われる」と指摘している。しかし、この点は説明義務の範囲をどの程度事後的な立場から考えるかに依存するであろう。
- (70) 例えば、山口厚「客観的帰属と違法性阻却」『立石二六先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2010年)88頁は、「説明してもしなくても、いずれにしても同意したであろうとして、当該事項の説明を不要とするのは、あまりにも、患者・法益主体の利益、その自己決定権をないがしろにするものといわざるを得ない」としたうえで、「事後的に見ればいずれにしても同意を与えていたであろうといえるにせよ、一定の事項についての説明を受けた上で同意を与える機会を確保されていることが、患者の自己決定権の保護、法益主体の利益の確保という観点からは重要である」と指摘している。
- (71) 実際に我が国の民事訴訟実務において、説明義務違反と損害の間の因果関係が否定される場合にも、「十分な情報を提供されないままに治療行為の諾否を決めざるを得なかった」という点に関して慰謝料の請求が認める運用がなされている(西野喜一「医師の説明義務とその内容」法政理論34巻3号(2002年)20頁、手嶋豊「医療と説明義務」判タ1178号(2005年)189頁参照)。なお、賠償請求を広く認める運用と、効果の強い刑事制裁の厳格な適用との組み合わせにより、全体として適正な権利保護を行う「自己決定権保護の多段階化」について、米村滋人「再論・『患者の自己決定権と法』」町野朔古稀記念『刑事法・医事法の新たな展開 下巻』(信山社、2014年)107頁以下参照。
- (72) この点に関する詳細は、菊地一樹「法益主体の同意と規範的自律(2・完)」早稲田法学会誌67巻1号(2016年)181頁以下を参照。森永真綱「欺罔により得られた法益主体の同意」川端博=浅田和茂=山口厚=井田良編『理論刑法学の探究④』(成文堂、2011年)138頁も、「ある法益主体の信頼が刑法において保護されるべき場合とは、それが少なくとも日本の刑法規範が向けられる者の間において、重要なものとして一般化可能性を有し、法のレベルに高められたもので、しかも刑罰によるリアクションにふさわしいものでなければならない」と指摘する。
- (73) 町野・前掲注(6)250頁以下は、危険の説明を「対象の説明」に属するとし、患者の同意を存在させるために必要な説明であると位置づけている。しかし、同意=認容の対象はあくまでも治療侵襲それ自体(一次的侵害)であり、手術の危険が実現した場合に生じる悪化結果(二次的侵害)にまで認容が及んでいると解することは困難であると思われる。二次的侵害に関しては、「許された危険」や「危険の

- 引受け」等の別個の法理による解決を問題とすべきであろう。
- (74) 町野・前掲注（6）131頁以下。同様の指摘を行うものとして、甲斐・前掲注（59）27頁、武藤眞朗「治療行為の違法性と正当化——患者の承諾の意義——」早大法研論集59号（1991年）207頁、天田悠「傷害罪の保護法益からみた治療行為論（二・完）」早稲田法学会誌（2015年）25頁等。
- (75) 山中敬一『医事刑法概論 I』（成文堂、2014年）171頁参照。
- (76) 杉本・前掲注（7）128頁も、医師が積極的な欺罔手段を用いているという事情は、「医師の態度の悪質性を示すものではあるが、この事情の存在ゆえに結果帰属が認められ易くなる、といった論理が帰属論の発想から内発的に出て来るわけではない」と指摘する。
- (77) Saliger, a. a. O.（2）, S. 270は、医師による欺罔が行われる場合、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ため、常に同意が無効となると説明している。
- (78) 換言すれば、問題となる情報の重要性和情報の入手に対する干渉の強度には、相互補足的な関係が認められるということである。したがって、情報の重要性がそれほど高くない場合にも、それを補うだけの強度な干渉（例えば、巧妙な偽装を伴う欺罔）が認められれば、意思形成過程への自律性が有意に阻害されたと評価する余地がある。このような枠組みは同意の有効性の柔軟な判断を可能とする利点がある反面で、その明確な限界づけが困難となる面もあり、克服すべき課題もなお残されている。
- (79) なお、古川・前掲注（7）88頁も、ドイツの刑事判例における仮定的同意の問題は「存在しない同意を仮定的に認める」というものではなく、存在する同意が実際の侵襲を包摂しているか否かという「潜在的同意」の問題であると分析している。
- (80) 塩谷・前掲注（7）410頁。