

# 被害者の仮定的同意について

塩 谷 毅<sup>\*</sup>

- 1 はじめに
- 2 重要判例
- 3 主要な学説
- 4 論点の整理と若干の検討
- 5 おわりに

## 1 はじめに

近年、ドイツでは、判例及び学説において、被害者の「仮定的同意」の議論が盛んになっている。この仮定的同意とは、従来から議論されてきた被害者の「(現実の)同意」や「推定的同意」とは以下のように異なる。

「(現実の)同意」とは、いうまでもなく、行為時点で「現実被害者が有効に同意した」という場合であり、「推定的同意」とは、行為時点で被害者が意識不明であったりその場にいなかったりしたので被害者の現実の同意は得られなかったが、「もしそのとき被害者が事情を認識していた意思表示することができたならば同意したであろう」と推定される場合である。これに対して、「仮定的同意」というのは、行為時点で被害者の現実の同意を得ることができたにもかかわらず有効な同意を得なかった、すなわち、不適切な説明に基づいて被害者は一応形式的には同意したが、それは現実の同意としては瑕疵のある同意なので無効であるということを前提として、「適切な説明をしたとしても、被害者は有効に同意したであろう」と仮定することができるという場合である<sup>1)</sup>。

---

\* しおたに・たけし 岡山大学教授

仮定的同意は、とくに医師の手術などの治療侵襲に関連して議論されている。医師の治療侵襲について、通説は、患者の現実の同意は違法阻却事由であり、医師が身体的侵襲を伴う外科手術を行った場合は傷害罪の構成要件該当性を肯定した上で患者の同意によって違法性が阻却されるとしている<sup>2)</sup>。これに対して、有力説によれば、患者の同意は構成要件該当性を否定するものであり、これによれば患者の有効な同意に基づく外科手術は傷害罪の構成要件該当性そのものが否定されることになる<sup>3)</sup>。しかし、いずれにせよ、手術などの治療侵襲の犯罪性を否定する根拠は患者の「現実の有効な同意」である<sup>4)</sup>。ここで、「インフォームド・コンセントの法理」によれば、患者の同意は単に一応あればよいというものではなく、医師が患者に必要な説明を行い、十分な情報が与えられて事情を正確に理解した上で患者が決断したということ でなければならぬ。したがって、医師の説明義務に反する不十分な説明によって十分な情報を与えられずに決断した患者の同意は瑕疵ある同意として無効と評価されることになる。

他方で、患者が意識不明で自分の意思を表明できず、手術の説明とそれに基づく同意を待っていたのでは生命に危険な場合などは、現実の同意に代えて「推定的同意」の法理によって手術が正当化される。現実の同意を違法阻却事由とする者はもちろん、構成要件阻却事由とする者も、推定的同意は違法阻却事由としている<sup>5)</sup>。注意すべき点は、推定的同意における「もし被害者（患者）が事情を知ったならば、同意したであろう」という推定は、患者が意識不明であるなどの事情から「行為の時点で患者は意思を表明できない」ということが前提になっているということである（推定的同意の現実的同意に対する補充性）。

そこで、患者の意識がしっかりしている状態で医師が不十分な説明を行って患者の同意を得たという場合、現実の同意としては無効で、また推定的同意の前提も欠けるので、このままでは医師の犯罪成立を否定できないということになる。しかし、不十分な説明に基づくとはいえ患者の同意を一応は得ており、手術も無事成功して、しかも、「患者に適切な説明を

していたとしても、患者は同意してくれたであろう」ということがいえる場合に、医師を傷害罪として処罰すべきなのか、また、医師の説明義務違反を伴う治療侵襲をそもそも傷害罪の既遂として評価すべきなのか、さらに、具体的にどのような事柄についての説明義務違反の場合に可罰的とすべきかについては問題が残っている。そこで、「義務に適合した説明が為された場合にも被害者は同意したであろうから（それ故、手術は行われて同じ結果が生じたであろうから）、説明不足が結果に実現したのではない」という仮定的同意の問題が、「義務に適合した行為によっても同様の結果が生じたであろうから、義務違反が結果に実現したのではない」という合義務的態度の代置の問題に外見上類似していることが注目されたのである。

本稿では、まず、この議論のきっかけとなった BGH の判例を見た上で、仮定的同意の法理に肯定的な論者と否定的な論者の代表的な見解を概観し、その上で論点を整理し若干の検討を加えるものとする。

## 2 重要判例

ドイツでは、1990年代以降、刑事判例において、医師の説明義務違反が仮定的同意と関連づけて実際に問題になった。これを契機として、学説においても、とくに今世紀に入ってから議論が非常に活発になってきている。まず、議論のきっかけとなった4つの BGH の判例を概観する。

### (1) 脳腫瘍事件<sup>6)</sup>

事実 患者は脳腫瘍を患っていた。被告人医師は、脳腫瘍には化学療法が効果があるということを義務に反して知らなかった。化学療法のみを行うということのほかに、化学療法を先に行ってその後手術するという可能性もあり得た。このような可能性を認識していなかったため、被告人はこれらを患者に説明せず、患者にすぐに手術を行った。この手術は、約20%の死亡率があったが、実行可能なものの限界内であり、なおレーゲ

アルティス（医療準則）の範囲内にあるとされていた。手術は技術的には正当に実行されたにもかかわらず、脳腫瘍が原因ではなく手術が原因で患者はしばらくして亡くなった。

ラント裁判所は被告人を過失致死で有罪とし、罰金刑を言い渡した。

判旨 これに対して、BGH は以下のように述べて原判決を破棄し、差し戻した。

正当にも、原審は、患者に十分に説明しなかったことについて被告人を非難している。患者は治療の代替手段を認識してはじめて、被告人が行った侵襲の長所と短所を答責的に衡量することができたはずである。十分な説明が欠如しているので、患者によって与えられた治療侵襲に対する同意は無効である。

しかしながら、化学療法を行った場合、若しくは手術の前に化学療法を行った場合に、患者が実際の死亡時点よりも確実に長く生きてであろうというときにはじめて、被告人を過失致死に問うことができる。本件では、これは確実性に境を接する蓋然性でもっていうことはできない。

## (2) 外科手術用人工骨事件<sup>7)</sup>

事実 被告人はある大学病院の神経外科主任であったが、頸椎椎間板切除手術を患者に施した。その際、摩耗した頸椎椎間板を摘出して、代わりに、境を接する部分にサージボーン接続具（人工骨）を入れた。当時、ドイツでは患者自身の骨盤の一部を切除して用いるのが通常だったが、被告人は牛の骨による外科手術用人工骨を用いた。そのいずれの場合も、それぞれ長所と短所があった。人工骨を用いる場合は、諸々の合併症の危険があったので、薬事法の規定によれば認可が必要とされていたが、連邦保健省は不認可としていた。被告人は人工骨を用いた手術を行ったが、6件の手術で患者に合併症が生じた。患者には手術の危険性は説明したが、用いる素材の長所と短所は、患者を不安にさせないために説明しなかった。

ラント裁判所は、患者が異なる素材を用いる可能性やそれぞれの長所と

短所をきちんと説明されていたとすれば、人工骨を用いる手術には同意しなかったであろうとして、故意の傷害として有罪とし罰金刑を言い渡した。

判旨 これに対して、BGHは以下のように述べて原判決を破棄し、差し戻した。

手術は傷害の構成要件に該当し、適法となるためには患者の同意が必要だが、そのためには患者は侵襲やその経過、成功の見込み、危険、可能な治療の選択肢をきちんと説明されていたことが必要である。本件では、必要な方法で説明が行われていないので、現実の同意としては無効である。

他の治療方法について説明が必要なのは、治療の見込みや患者の負担がその二つの治療方法で大きく異なる場合と、用いられる治療方法が医療準則に達していないような場合である。被告人が手術に用いた人工骨は認可を必要とするものであるが、まだ認可を受けておらず、従って被告人は治療の選択肢について説明しなければならなかったので客観的には説明義務違反がある。しかし、被告人は人工骨が認可を受けていないということを知らず、そのため他の治療方法の説明は必要でなく患者の同意は有効であると思っていた。これは正当化事由の錯誤であり、原審が故意の傷害罪を認定したのは誤りである。

このため、原判決は破棄され差し戻されるが、以下の示唆が与えられる。

説明の瑕疵が医師の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、民法とは異なり、(検察官が)医師に対して証明しなければならない。疑念が残る場合は「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」ということから出発しなければならない。

合併症という結果と説明の瑕疵の間に必要な連関があるか調べなければならない。説明の瑕疵が単に治療の選択肢を示さなかったということだけで、侵襲の種類や程度などの基本的な説明が与えられており、生じう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想から可罰性を制限するということがあり得る。

(3) 椎間板ヘルニア事件<sup>8)</sup>

事実 被告人はある病院の神経外科主任であったが、患者は椎間板ヘルニアで、被告人の管轄する科で女医Kによって手術を受けた。患者の腰椎脊柱 L4/L5 に重度の、その下の椎間板 L5/S1 に軽度の椎間板ヘルニアがあり、重度の方を手術すべきとされていた。女医Kは間違っって軽度の椎間板ヘルニアの方を除去した。後日、患者に麻痺症状が現れたが、それは神経繊維が傷つけられていることを意味しており、それには残っている重度の椎間板ヘルニアが影響している可能性があった。女医Kは被告人に助言を求めたが、被告人は手術ミスは患者に伏せておいて、早期再発のためにもう一度手術する必要が生じたと患者に説明するよう指示した。女医Kはこの指示に従い、意図的に患者に真実に反する説明をし、患者からの手術の同意を得た上で二度目の手術を行った。

ラント裁判所は、「患者が真実を知ったならばこの手術を承諾したであろうし、この手術は結果的には患者の利益になるものであった」としながらも、被告人も女医Kも患者の推定的同意を出発点にしていなかったとして、被告人に傷害教唆を認定した。

判旨 これに対して、BGH は以下のように述べて原判決を破棄し、差し戻した。

原審が、第二の手術が必要となった原因について欺罔して得られた患者の同意は無効であるとしたのは正しい。

本件では、意向を聞くことができない患者の推定的意思に合致した手術が問題になっているわけではないので、原審が推定的同意といったのは間違いであり、正しくは仮定的同意である。

真実に合致した説明がされていれば患者は手術に同意したであろうという場合には、違法性が阻却される。説明の瑕疵があるときに傷害罪及びその教唆が可罰的となるのは、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。疑念が残る場合には「疑わしきは被告人の利益に」の原則にしたがって「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」ということから出発しなければならない。

説明の瑕疵の因果関係を原審は未解決なままにしたが、その検討の際には、患者の具体的な決断に注目すべきである。患者はいずれにしろ手術しなければならないなかったということ、および合理的な患者ならば同意したであろうということは重要でない。原審は、「患者が真実を知ったならば女医Kがもう一度手術するのに同意するか、それとも他の医師に手術してもらいたいというか」を認定しなければならないのである。

被害者に仮定的同意について質問するときには、その発言とともにその根拠も聞き出さなければならない。それによって、当時の患者の決断が、患者の視点から追体験可能な推論であるかを評価しなければならない。

#### (4) 肩関節脱臼事件<sup>9)</sup>

事実 被告人医師は18歳の患者の肩関節脱臼の手術を行った際に、用いたドリルの端が破損し、約2センチメートルの金属片が肩甲骨に刺さったが、これを除去できずに手術を終えた。手術後、患者の父親に手術の成功を知らせたが、ドリルの破損については知らせなかった。被告人は患者に対して、ドリルの破損のことは意識的にふれずに、肩の後部の障害のため再手術が必要であると告げた。患者の同意をえて、第二の手術が4日後に行われ、被告人はドリルの端を摘出して、関節の縫合を行った。患者とその両親は、ドリルの破損のことをあとになって知った。

ラント裁判所は、第二の手術はまずもってドリルの端の除去のためのものであり、被告人が行った縫合手術は第二手術の同意を得るための口実に過ぎなかったということを確認し、正直に話せば厄介ごとが起きるかもしれないので意識的にドリルの破損についてはふせて患者の同意を取り付け手術したことについて傷害罪の成立を認めた。

判旨 被告人は傷害罪を認めたのは不当であるとして上告したが、BGHはその訴えを認めなかった。

被告人は説明において患者とその両親を第二手術の必要性について欺き、

破損したドリルのことについて意識的に言及しなかったので、ドリルの端の取り出しのための手術に対して同意は存在しなかったと原審は法的に誤りなく認定した。患者は破損したドリルの端の除去について同意を与えなかったであろうという明確な認定に基づけば、侵襲が医療準則に従って実行され、適切に説明されていたならば患者は行われた手術に同意したであろうという理由で違法性が阻却されることを認める余地はない。

このように、4つの刑事判例において、医師の説明義務違反が問題となったが、これらは 他の治療法についての説明不足の類型と 過去の失敗の意識的な隠蔽の類型に大別できる。(1)と(2)の事件は の類型であり、(3)と(4)の事件は の類型である。

4つの全てにおいて、患者の現実の同意は無効と判断されたが、現実の同意以外の観点からの犯罪阻却の可能性が示唆された。まず、(1)の脳腫瘍事件では、仮定的同意は問題とされず、実際の死亡時期と他の治療法を用いた場合に予想される仮定の死亡時期の比較という「仮定的因果関係」の問題が扱われた。これに対して、(2)から(4)の事件では、「仮定的同意」が問題とされた。(2)の外科手術用人工骨事件では、被告人は他の治療法を説明しなければならない義務があるとは思っておらず、従って十分な説明を行って有効な同意を得たと認識していたので、「有効な同意が存在しないにもかかわらずあると思っていた」という正当化事情に関する錯誤により故意が阻却され過失犯の成否が問題となるとされた。これに対して、(3)の椎間板ヘルニア事件と(4)の肩関節脱臼事件では、第一の手術の際に生じた不都合を解消するため再手術が必要になったが、それを正直に患者に話すとトラブルが予想されたため意識的にその事情を隠蔽し、他の口実を設けて再手術の同意を得たという事案で、これらでは故意犯の成否が問題となった。すなわち、仮定的同意の法理は、過失犯においても、故意犯においても使用可能なものであり、BGHによればそれは「違法性の阻却」という法効果が与えられるものと考えられたのである。

これに対しては、以下のような疑問が当然考えられる。患者の有効な同意の前提として患者に十分な情報が与えられることを大切にしようという立場からすれば、仮定的同意という別の新たな違法阻却事由が作られることによって医師の無罪が導かれうるのであれば、結論として説明義務違反という点がないがしろにされてしまい、「現実の同意としては無効だ」と評価したことも意味のないものになってしまう。

そこで、後述するように、学説の多くは、仮定的同意の法理を認める場合であっても、仮定的同意の法的効果は「違法阻却事由」という強いものではないと考えている。不適切な説明に基づいているので現実の同意としては無効であり、推定的同意による違法阻却が主張できる前提にも欠ける。したがって、そのような場合の治療侵襲の違法性は否定できない。しかし、仮定的同意が認められるならば説明の瑕疵と結果との帰属が阻却され、「既遂のみ」否定することができる。なぜ、説明の瑕疵と結果との間の帰属を阻却できるのかといえ、いわゆる「合義務的態度の代置」の場合に、実際には義務違反的な行為から結果が生じているのだが「合義務的な行為が行われた場合にも同様に結果は発生していたであろう」という仮定から結果帰属が否定されうるのであれば、同意の場面でもそれとのアナロジーで、実際には不十分な説明から無効な同意を得たに過ぎないのであるが、「合義務的(適切)な説明がなされていたとしても同じように被害者は同意したであろうからその場合でも同じ結果が生じていたであろう」という仮定から同意の瑕疵と結果との間の客観的帰属を否定し、既遂犯のみを否定できるとするのである。

そうすると、過失犯が問題になる場合には既遂の否定は過失犯には未遂処罰規定が存在しないので結局のところ不可罰を導くことになるが、故意犯が問題になる場合には未遂犯としての可罰性はなお残ることになる。治療侵襲において仮定的同意の法理が働くところでは、故意犯の場合には医師は傷害未遂になる。このことから、ドイツでは1998年の第6次刑法改正法で、傷害罪に未遂処罰規定が創設された(StGB 223条2項)というこ

ととの関連が重要になる。我が国では傷害罪に未遂処罰規定が存在しないので、仮定的同意によって既遂を否定すれば、過失犯のみならず故意犯においても結論として医師の不可罰を承認しなくならなくなるが、ドイツでは故意犯においては「傷害未遂」という独自の落としどころが用意されているのである。これが、ドイツにおいて、ここ数十年の間に刑法における仮定的同意の法理が有力に主張されるようになった理由であろう。

### 3 主要な学説

#### (1) クーレンの見解

ドイツでは、仮定的同意の法理に肯定的な見解が有力であるが、その代表的な論者はクーレンであり、彼は以下のように述べている。

現実の同意を正当化根拠と考えるのであれば、仮定的同意と説明義務の保護範囲は、構成要件該当性の段階ではなく、むしろ違法性の段階で問題になる。仮定的同意は、義務違反連関が存在しない場合における帰属の阻却に外見上類似している。また、説明義務の保護範囲の問題は、危険連関の不存在（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）の場合における帰属の阻却と同じような根本思想に基づいている。いずれにせよ、中核において同一の帰属問題が重要なので、仮定的同意と義務の保護範囲の問題は、構成要件論における客観的帰属の基準と同じように扱われる。既遂犯の客観的不法を排除するような義務違反連関と危険連関が、客観的違法性の領域において検討されなければならない<sup>10)</sup>。

このような違法性段階の客観的帰属は、行為が客観的に正当化されないということが確定した場合にはじめて取り上げられる。正当化根拠の客観的な要件が充足された行為は客観的に正当化されるのであり、行為が正当化されたならばそれだけで既遂犯の客観的不法が欠如するのであって、そのときにはもはや客観的帰属は問題ではない。したがって、行為が客観的に正当化されない場合にはじめて、客観的帰属が否定されることによって

既遂犯の不法が阻却されうるのである。したがって、他説の理解とは異なって、正当化根拠が充足されないことが確定した場合でも、既遂犯における客観的違法性の検討はまだ完了していない。結果が客観的に帰属可能なように正当化の瑕疵に基づいているかどうかをなお検討されなければならない。この問題が肯定された場合にはじめて既遂犯の客観的不法が確定する。そして、その場合にはじめて主観的正当化要件の領域において許容構成要件の錯誤による故意の阻却が検討されうるのである<sup>11)</sup>。

正当化根拠によって正当化することができないということの消極的な要件は、行為が構成要件に該当し、かつ、どのような正当化根拠も欠如しているということである。たとえば、表明された被害者の意思に反する傷害の不法は、「同意が存在した場合と同じ結果が法適合的に生じたであろうか」という仮定的な考慮によって阻却することはできない。むしろ、客観的帰属は、正当化の単なる瑕疵によって客観的正当化根拠の充足が排除されるということでのみ使用することができる。構成要件該当行為が単に正当化の瑕疵のために客観的に正当化できないならば、結果はこの瑕疵に客観的に帰属可能なように基づいていなければならない。そうでなければ、既遂犯の客観的な不法が欠如する<sup>12)</sup>。

これを同意についていうと、以下のようになる。同意の客観的な構成要件が充足される（有効な同意によって正当化される）場合、もしくは、行為は有効な同意によってはたしかに正当化されなかったが、構成要件該当結果は同意の瑕疵に客観的に帰属可能な形で基づいていないという場合には、既遂犯は同意原則によって阻却される。後者にあたるのは、同意は単に帰属にとっては重要な瑕疵についてのみ問題があるのであって、発生した結果は客観的に帰属可能な形で同意の瑕疵（説明不足）に基づいていないという場合である。別の言い方をすれば、同意の瑕疵がない場合にも（つまり同意が有効であった場合にも）結果が生じたであろうという場合（義務違反連関の不存在の場合）、もしくは、同意の瑕疵の特別な危険が結果の中に実現したのではない場合（危険連関の不存在の場合）に、既遂犯

が阻却されるのである<sup>13)</sup>。

仮定的同意の法的帰結は、民法では「賠償責任の否定」とされているが、刑法にとっては「刑事責任の否定（違法阻却）」ではない。結果への客観的帰属が欠けるならば、確かに結果犯の既遂は阻却されるが、しかし可罰的な未遂の可能性はまだ残っている。このことは、仮定的同意による結果帰属の阻却についても妥当する。もし仮定的同意において可罰的な未遂が成立しなければ、仮定的同意は推定的同意と結論において同じことになってしまう。「推定的同意による正当化」と「仮定的同意による単なる結果帰属の阻却」という相違は重要である。仮定的同意が認められても可罰的な未遂の可能性が残ってしまうからこそ、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のである<sup>14)</sup>。

## (2) ロクシンの見解

つぎに、ロクシンは仮定的同意を構成要件段階における客観的帰属阻却事由と位置づけ、以下のように述べている。

1990年代以降、民事判例と関連して刑事判例においても仮定的同意が認められるようになってきたが、それによれば、適切な説明を受けた場合には患者は治療侵襲に同意しなかったであろうという場合にのみ、説明の瑕疵が医師の傷害罪による可罰性を基礎づける。ここでは、客観的帰属論の同意論への転用が重要であり、その転用は原則的に理解できるものである。例えば、誰かが白内障を煩って眼の手術を行う場合、患者の視力が手術によって回復したならば、治療侵襲の危険性について患者に説明しなかったことを理由に医師を傷害罪で処罰することは適切でない。なぜなら、手術の危険性は僅かなものであったし、患者にとってはほかの手段がなかったので適切な説明が為された場合でも同意は確実に期待されたからである。したがって、説明の瑕疵は結果発生へと作用せず、義務侵害連関が存在しない事例のように帰属は阻却されるのである。そしてこれは、侵害された説明義務の保護範囲外にある危険が実現した場合にも同じことが妥当しな

なければならない<sup>15)</sup>。

仮定的同意は治療侵襲の違法性を変更しない。適切な説明(による現実の有効な同意)があった場合のみ違法性が無くなるのである。仮定的同意は傷害構成要件への帰属を阻却する。それゆえ、BGHが「適切な説明があった場合でも患者が実際に行われた手術に同意したであろう場合には、違法性が無くなる」と述べているのは正しくない。そのような事例においても、医師は説明義務を違法な態様で侵害している。結果の帰属可能性のみが阻却されるのであって、わざと説明しなかったような場合には未遂処罰の可能性が明らかに残っている<sup>16)</sup>。

もっとも、適切な説明があった場合には患者は同意を拒否したであろうということ、BGHが処罰するために要求していることには疑問がある。BGHは「疑いが残る場合には、適切な説明が為された場合にも同意は与えられたであろうということから出発しなければならない」としている。しかし、危険増加論の転用によってこの事例を解決する場合には、患者は適切な説明が為された場合には治療侵襲に同意しなかったであろうということの具体的な可能性のみが存在する場合でも、医師の可罰性は認められなければならない。専断的治療の危険はこの場合でも高まるからである。適切な説明があった場合に患者が確実に同意を拒否したであろう場合にはじめてそのような結果を傷害結果として原因惹起者に帰属させるべきか、あるいは、そのような帰属は既に同意拒絶の具体的な可能性が与えられた場合にも生じるのかという問いは、証明原則が妥当しない純粹に規範的な問題である。あとに挙げた解決方法をとるべきである。なぜなら、医師の治療侵襲は患者がその射程と危険について適切に説明された場合のみ行われるということを説明義務は保証すべきだからである。適切な説明があった場合に治療を拒絶する具体的な可能性が存在した場合でも、これは既にそうではない。事後的な考察において、完全な説明が為された場合でも同意が確実に与えられたであろうという場合であってはじめて、説明の瑕疵の非重要性のために帰属が行われないのである<sup>17)</sup>。

BGHによれば、適切な説明があった場合に同意が与えられたであろう単なる抽象的な可能性のみでは可罰性の阻却にとっては十分ではなく、患者の利益状況や意思表明から具体的な根拠が必要とされる。これに反して、私の見解からは、適切な説明があっても同意したであろうという客観的な事情を主張することができなければならない。また、仮定的同意の場合には、仮定的な因果経過の場合よりも簡単に確実な結論に至りやすい。患者への問いは多くの事例において明白で信用できる結論が導かれる。医師の人格に対して異論が無く、侵襲が医学的に適応しており、議論に値するような代替手段がない場合には、反対することが証明できる具体的な事情がない限り、患者は適切な説明が為された場合でも同意したであろうということから出発することができる。他方で、患者による治療拒絶を引き起こさないように、説明が意図的に為されなかった場合には、同意の具体的可能性は通常排除されるのである。この場合、私の見解によれば、患者が同意を拒否するであろうという疑いがある場合、それがたとえ可能性であっても、医師は故意の傷害既遂として可罰的である。BGHによれば、傷害既遂の処罰はあり得ない。なぜならば同意の拒否は証明されていないからである。しかし、判例においても、傷害未遂の可罰性は認められなければならない<sup>18)</sup>。

### (3) プッペの見解

以上のような見解に対して、プッペは刑法において仮定的同意の法理を認めることに反対し、以下のように述べている。

正当化の瑕疵と結果の間の因果連関を要求するならば、結果は瑕疵のない正当化の場合においても同じく生じたであろうかを問うことで、正当化の瑕疵を無視しなければならなくなる。適切な説明があったとしても行われた治療に患者は同意したであろうかという問いが決定され得ないならば、クーレンによれば、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が使用され、仮定的な同意が承認されることになる。そのように考えるならば、医師は患

者にあえて不完全に説明することによって、罰せられずに患者に医療準則になおかなっているどのような危険も限界に至るまで押しつけることができることになる。なぜなら、患者は完全な説明が行われた場合でも医師によって実行された治療方法に合意したであろうかという問いは回答され得ないからである。厳格な一般的法則によって完全に決定されうる領域においてのみ、「他の条件が現実になったとしたらどのように因果の流れが展開したであろうか」という問いへの答えが与えられ得る。我々は、個人の自由と人間の尊厳をまじめに受け取る限りで、そのような一般的な法則が妥当することを前提にすることはできない。ある患者は完全な説明があった場合でも医師によって行われた治療方法に同意したであろうかという問いへの回答は、疑わしいのではなく無意味である。なぜならば、それは正しいか間違っているかを確定するための方法がないからである。それゆえ、ここでは「疑わしきは被告人の利益に」の原則の適用の余地もない。むしろ、この問題は言葉の厳密な意味においてばかっている<sup>19)</sup>。

「説明不足に結果発生が基づいているということは積極的に確定され得ない、なぜなら、患者は完全な説明が為された場合にも実際に行われた治療方法を選んだということを排除するための方法は与えられないからである」ということを指摘することによって、常に医師は免責されうることになるであろう。それどころか、この問いには原則的に答えることができないということを医師が分かっているならば、医師は患者に意図的に不完全に説明することによって、自分の好みの治療方法を患者に押しつけることができることになる。医師には、未遂の可罰性も考えられない、なぜならば、説明不足によって結果の客観的帰属の要件が充足され得ないという認識を医師が持っているからである。クーレンは、ある一定の正当化根拠を念頭において、不十分な正当化に問題を限定したが、この誤りは、注意義務侵害の因果性の理論を、正当化の瑕疵に転用したことのなかにある。正当化根拠の要件と結果を結びつける連関は因果連関ではないために、既にこれは正しくない。正当化根拠の事実上の要件は結果を引き起こさないの

ではなく、結果の不法性を廃棄するのである<sup>20)</sup>。

## 4 論点の整理と若干の検討

以上のようなドイツの判例及び学説を参考にして、以下では、仮定的同意に関するいくつかの論点について、議論状況を整理し、若干の検討を行うことにする。

### (1) 仮定的同意の体系的地位と法的効果

まず、ドイツでは、仮定的同意の問題は犯罪論体系上どこに位置づけられ、どのような法的効果を持つものとして考えられているのであろうか。

この点、BGH は、仮定的同意を違法性（正当化）の段階で問題にし、「適切な説明が為されていたとしても患者は同意したであろう」といえる場合には違法性が否定されるとしている（違法阻却説<sup>21)</sup>。これによれば、仮定的同意は犯罪成立を否定する効果をもつことになる。

これに対して、仮定的同意に、現実の同意や推定的同意のように違法阻却という犯罪成立を否定する効果を持たせることには強い批判が向けられている。これを認めてしまうと、医師は患者に適切に説明しなくても適切に説明した場合と全く同じように違法性が阻却され犯罪成立が完全に否定されるので、もはや適切に説明しようと動機づけられなくなってしまうからである。そうなれば、患者の決断の前提を確保するために、適切な説明、すなわち決断のための十分な情報の提供が保証されるべきとしたインフォームド・コンセントの法理が台無しになってしまう。推定的同意の場合は現実の同意を得ることができないことを前提にして、現実の同意を補充するために、必要性や緊急性などが認められる場合にはじめて違法性が阻却されるのであるが、仮定的同意はそれとは異なり、適切に説明して有効な同意を得ようと思えばそれができるのに、不注意にもあるいは意図的に適切な説明を怠ったという場合であるから、そのような説明不足を正当

に評価するためには、仮定的同意に現実の同意や推定的同意と同じ効力を認めるわけにはいかないのである。

そこで、学説においては、仮定的同意の法理は説明の瑕疵(説明不足)と結果発生間の客観的帰属を否定する原理であり、既遂のみが否定され、故意犯が問題になる場合には未遂の可罰性がなお残るものとして、限定的な効力のみを有するものと考えられている。いわゆる合義務的態度の置き換えの問題の場合は、実際には義務違反的な行為を行い結果が発生したのであるが、仮に義務適合的な行為を行った場合であっても同じく結果が発生したであろうといえる場合には、結果は帰属されないといわれている。なぜなら、その場合に行為者に結果を帰属させるとすれば、行為者は義務を履行しても役に立たなかったと思われる義務の違反のために処罰されることになってしまうからである。実際の事象の経過が、義務を遵守した場合の経過と一致する場合には、結果帰属の判断も義務を遵守した場合と同じ取扱いをしなければならない(すなわち、結果帰属は否定されなければならない)。仮定的同意の問題もこれと平行であって、実際には説明不足から無効な同意を得たのであるが、「仮に義務適合的な説明を行った場合であっても被害者(患者)は同意したであろうから、結局手術は行われ、同じ結果が発生したであろう」といえる場合には、適切な説明が行われた場合と同じ取扱いをすべきなので、説明義務違反と結果との間の客観的帰属は否定されると考えられたのである。

クレーンによれば、同意などの正当化事由が充足されず、行為が違法である場合にはじめて仮定的同意による違法性(正当化)段階での結果帰属が問題になる。「結果の発生が正当化事由の瑕疵に客観的に帰属可能な形で由来するか」が問題となり、それが肯定されれば既遂の違法性が確定するが、仮定的同意によってそれが否定されれば既遂が否定され未遂の違法性が残ることになる(違法性段階における帰属否定説)<sup>22)</sup>。

このような考え方に対して、山中教授は以下のように批判されている。無効な同意に基づく手術も、有効な同意に基づく手術も、手術は手術であ

るから、構成要件段階では「同じ結果」が発生しているといえなくはない。しかし、違法段階では、有効な同意に基づく正当な手術（傷害結果）と、無効な同意に基づく違法な手術（傷害結果）が、「同じ結果」であるとはいえない。違法性の段階では行為が違法か正当かを判断することが重要で、一定の実行行為が結果を惹起したかどうかが重要なのではない。現実には無効な同意に基づいて違法な結果が発生したが、仮定的に適切な説明がなされたならば、有効な同意に基づいて適法な結果が発生したことになるのであるから、「同じ違法な結果」を惹起したのではない<sup>23)</sup>。

そこで、視点を構成要件段階に移し、同様の思考方法をとることができないかが問題となる。ロクシンは、クーレンと同じく既遂犯のみが否定されて、未遂犯の可罰性は残るとするが、彼の場合は構成要件該当性の段階において、危険増加論の視点を援用しながら、仮定的同意が認められることにより客観的帰属が否定されるとする（構成要件該当性段階における帰属否定説<sup>24)</sup>）。

この点、山中教授は、患者の有効な同意の前提としての医師の説明義務に違反する行為と、それがなかったとしても患者の同意は得られたであろうから傷害結果は同じく発生していたであろうという関係は、義務違反と結果の関係という危険実現の問題であるとも思われると一応しながらも、最終的には、そのように考えることには問題の構造上の疑問が払拭できないとする。なぜなら、医師の説明義務違反が刑法上の故意の（潜在的）実行行為であるかは疑問であり、仮定的同意は過失犯だけでなく故意犯でも問題になるからである。傷害罪の実行行為は、説明義務を果たさなかった行為にあるのではなく、手術の開始にあるのであり、患者の有効な同意を得ないで手術を実施する行為が危険創出行為であって、説明義務を果たさないというのは不可罰的な予備行為に過ぎないとしている<sup>25)</sup>。

ここでは、「適切な説明が為されたとしても患者は同意したであろうから、結局手術などの治療侵襲が行われ、同じ結果が発生した」という場合の「同じ結果」とは何かが明らかにされなければならない。ここでいう結

果が、単に「手術による生理的機能の障害（若しくは身体の完全性の侵害）」ということのみを意味するのか、それとも「有効／無効な同意に基づく手術による生理的機能の障害（若しくは身体の完全性の侵害）」を指すのかである。まず、傷害罪における被害者の同意を違法阻却事由と考え、違法性の段階でこの問題を考慮する場合には、山中教授が指摘するように、「有効な同意に基づく適法結果」と「無効な同意に基づく違法結果」は異なるので、「同じ結果」とはいえないであろう。ここで、「無効な同意に基づく違法結果」というのは、最終的に手術が成功したか失敗したかは関係なく、メスによる執刀や注射針を刺すことについて有効な同意が存在しないということである。「たとえ有効な同意が無くても、手術が成功した場合には差し引きして生理的機能の障害が存在しない」というのは、なぜその場合に「差し引きして」結果の有無を判定するのか、およびなぜ執刀などの第一次的侵害に対する被害者の自己決定が重要性を持たないのかについて十分な説明がない以上、支持し得ないと思われる<sup>26)</sup>。つぎに、構成要件段階においては、どうであろうか。傷害罪における被害者の同意を構成要件阻却事由と考える見解からは、構成要件的な結果を規定する際に、それが被害者の意思にかなうものであるか否かを考慮することになるので、被害者の有効な同意に基づく生理的機能の障害と無効な同意に基づく生理的機能の障害とは「同じ結果」とはいえないということになる。

また、傷害罪に未遂処罰規定が存在せず、帰属の阻却が過失犯のみならず故意犯においても犯罪不成立を意味してしまう我が国において、この法理を取り入れることは困難である。ここで問題となっている状況は、適切に説明して有効な同意を得ようと思えばそれができるのに、不注意にもあるいは意図的に適切な説明を怠ったという場合であるから、そのような説明不足を正当に評価するためには、現実とは異なる仮定的な考慮によって最終的に犯罪不成立を保証するわけにはいかないからである。

## （2）立証の問題

つぎに、立証の問題、すなわち、仮定的同意が認められるためには、適切な説明が為されたとしても、被害者は同意したであろうということが「どの程度に」いえればよいのかについて、どのような議論が為されているのかを検討する。

この点、BGHは、「説明の瑕疵が医師の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、疑念が残る場合は、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から出発しなければならない」としている<sup>27)</sup>。いわゆる合義務的態度の代置の問題におけるBGHの考え方を参考にすれば<sup>28)</sup>、適切な説明がなされたとしても被害者は同意したであろうということは、単に被害者がひょっとしたら同意した可能性があるという程度では足りないが、その疑いが濃厚であるという程度にいえればよく、確実に、あるいは確実性に境を接する蓋然性をもって患者は同意したであろうといえる必要はないということになる。適切な説明が為された場合に患者は同意したかどうか不明確な場合は、「疑わしきは被告人の利益に」の原則から、被告人に有利に「被害者は同意したであろう」と判断されなければならない。そうでないと、挙証責任を被告人に転換することになってしまい、刑事法の大原則に反するからである。

これに対して、ロクシンは、仮定的同意の法理に彼の危険増加論の考え方を転用することによって、帰属を阻却するためには「適切な説明がなされたとしても被害者は同意したであろう」ということが確実性をもっていえなければならないと、疑わしい場合は仮定的同意を援用できないとする。ロクシンは、適切な説明が為された場合には患者は同意しなかったであろうということの具体的な可能性のみが存在する場合でも、医師の可罰性は認められなければならないとする。なぜなら、医師の説明義務は、「治療侵襲は、患者がその射程と危険について適切に説明されて納得した場合にのみ行われる」ということを保証すべきだからであり、適切な説明がなされ

たならば患者は治療を拒絶したであろう具体的な可能性が存在した場合には、説明義務が果たすべき事態がもはや保証されなくなるからである<sup>29)</sup>。

この点、ドイツの民事の判例では、説明義務違反があつて患者から賠償を請求された場合に、医師は仮定的同意を援用して説明義務違反が無くても(適切な説明をしていたとしても)患者の同意は得られたであろうと主張して責任を免れようとするが、これに対抗するために、患者は、もし適切に説明されていたとすれば(代替治療法などの十分な情報が与えられていたとすれば)、「深刻な決断の迷いの状態」に陥っていたであろうと立証すれば十分であるとされている。そのため、医師が仮定的同意によって賠償責任を免れるのは極めて困難である<sup>30)</sup>。これに対して、刑事判例においては、「疑わしきは被告人の利益に」の原則により、検察官は、「適切な説明をしていたら患者は同意せず結果は発生しなかった」ことを立証しなければならないと考えられている。

そうだとすると、プベが指摘するように、「説明の瑕疵に結果発生が基づいているということは積極的に確定され得ない、なぜなら、患者は適切な説明が為された場合にも実際に行われた治療方法を選んだであろうという可能性を完全に否定することはできないからである」ということを指摘することによって、常に医師は免責されうることにならないかが問題になる。もし免責されうるとすれば、医師は患者に意図的に不完全に説明することによって、自分の好みの治療方法を患者に押しつけることができることになりかねない<sup>31)</sup>。

そこで、ロクシンは、危険増加論の立場から、帰属が阻却されるためには、「適切な説明がなされたとしても被害者は同意したであろう」ということが確実性をもっていえなければならず、疑わしい場合はむしろ仮定的同意を援用できないとする。彼によれば、ここにおける問題は「疑わしきは被告人の利益に」の証明原則が妥当しない、純粋に規範的な問題である。そして、医師の治療侵襲は患者がその射程と危険について適切に説明された場合にのみ行われるということを説明義務は保証すべきであり、適切な

説明があった場合に治療を拒絶する具体的な可能性が存在した場合でも、これは既にそうではないのだから、その場合には完全な処罰が行われるべきであるとしている。

しかしながら、それがいかに規範的な問題だといったとしても、そのように考えると、適切な説明をしたとしても確実に患者は同意したであろうといえなければ、すなわち裁判官がそのことに疑念を抱けば被告人を処罰しなければならなくなるので、仮定的同意の法理（帰属阻却の効果）を承認した上で、検察官における立証の程度の要求を事実上緩和するこの見解は、結局のところ、刑事法における証明原則に違反しているという批判は避けられないのではないかと思われる。

### （3）判断基準

つぎに、仮定的同意を判断するときには、「誰を」基準にして同意したであろう、あるいは同意しなかったであろうという判断を行うのかを検討する。

この点、ドイツの判例及び学説は、仮定的同意の場合には、被害者本人の価値観を重視して、被害者本人の立場から同意を仮定できるかを判断するべきであり、その決断が合理的なものといえるかどうかを問わないとする説が有力である（被害者本人基準説<sup>32)</sup>。これに対して、被害者本人から離れて、合理的な一般人を想定して被害者本人と置き換え、合理的な人ならば同意したであろうかを判断する説（合理的一般人基準説）は、判例や学説からは否定されているようである。

推定的同意については、周知のように、その法的性格との関連上、「誰の」同意が推定できなければならないかについて以下のような争いがある。まず、現実の同意に類似するものとして、同意の延長線上に推定的同意を考え、被害者の自己決定権保護から説明する立場がある。すなわち、個人的な被害者本人の価値観を重視して被害者本人の同意を推定できるかを判断する（現実的意思推定説<sup>33)</sup>。他方、推定的同意を緊急避難に類似す

るものと考えて、被害者の客観的な利益保護に重点を置いて説明する立場がある。すなわち、現実の被害者本人から離れて、合理的な一般人を想定してそれを現実の被害者に置き換えて、合理的な人なら同意するであろうかを判断するのである(客観的意思推定説)<sup>34)</sup>。

個人の特殊な志向性を重視せず、専ら客観的・合理的判断を優先させる客観的意思推定説は、個人の自律性、自己決定の尊重という(推定的同意も含めて)同意論の根幹にあるべき理念と調和しない。たしかに被害者の現実の同意は存在せず、被害者の意思と合致するであろうという仮定的な蓋然性判断を行うのであるが、その判断には被害者の特殊な価値観も含めて被害者本人の意思方向との合致が必要とされるのであり、第三者から見て合理的と見えるかどうかを基準とするのではないという意味で、被害者本人基準説は個人の自己決定尊重の理念と合致するのである。この理念をまじめに受け取る限り、推定的同意においても仮定的同意においても被害者本人が基準とされなければならないであろう。とりわけ、仮定的同意は被害者の現実の意思表示を得ることができた場合の問題であるから、被害者本人基準説をとらなければならないのである。

#### (4) 判断資料1 「行為時に存在していた被害者の価値観」

上述のように、合理的な一般人ならば同意したであろうかを問うのではなく、その被害者本人ならば同意したであろうかを問うべきであるとする、「合理的な一般人ならば同意するであろうが、その被害者の特別な価値観からすれば同意しないであろう」という特殊ケースの扱いが問題になる。治療行為との関連でいえば、信仰上の理由から輸血を拒否するという場合が想定できる。被害者の同意の仮定において、「被害者(患者)がエホバの証人の信者であり、輸血を断固拒否する」という事情を、治療行為時に医師が知らなかったとすれば、このような被害者の特別な事情を判断資料に含めて判断すべきであろうか。

この点、クレーンは、「推定的同意は事前判断であるが、仮定的同意は

事後判断である」としている。彼のいう 事前判断とは、行為時に既に存在していた被害者の特殊事情であっても、行為者が行為時にそれを知らなかった場合にはそのような事情を取り除いて判断するというものである。これに対して、 事後判断とは、行為時に存在していたすべての事情は行為者が行為時にそれを知っていたか否かには関わりなく、裁判時までに判明したものは全て判断資料に入れて判断するというものである。ただし、事後判断の場合も、あくまで行為時に存在していた事情でなければならないので、たとえば患者が手術後にある宗教に入信し裁判時には輸血を拒否するようになっていたとしても、手術時にはそのような信条を患者が持っていなかったならば、判断資料には入らない<sup>35)</sup>。

そうすると、手術時に患者は既に輸血拒否の固い信念を持っていたが、医師はそのことに気づいていなかったという場合で、 被害者が意識不明だったならば（推定的同意のケース）、行為時の行為者の認識の中になかった被害者の特別な信念は判断資料から取り除かれ、被害者は輸血を伴う手術に「同意したであろうと推定」できる。他方、 被害者の意識が明瞭であり被害者に意向を問うことができるならば（仮定的同意のケース）、患者に不適切（不十分）な説明をして同意を得て輸血を伴う手術を行った場合には、患者は適切な説明が為されたとしたら輸血をとまなう手術に「同意しなかったであろうと仮定」しなければならない、ということになる。

推定的同意の判断方法について、クーレンは、推定的同意の場合は事前判断するとしており、ドイツにおいても我が国においてもそのような考え方が有力である。事前判断説は、「被害者は同意するであろうと思ったが、事後に被害者が同意しないということが明らかになった」場合、その判断の誤りのリスクは、行為者が負担すべきものではなく被害者が負担すべきものとして、事前判断して推定的同意が肯定され違法性が阻却されるとする。推定的同意の法理は、行為時の（事前の）高度の客観的蓋然性の存在によって、被害者の真の意思決定に反するかもしれないという危険を冒す

ことが許されるという意味の「許された危険」としての性格を持っているともいわれてきたのである<sup>36)</sup>。これに対して、山口教授は、そのような考え方は法益主体の意思に合致する(被害者の同意)という違法阻却事由から「法益主体の意思に合致する事前的蓋然性が存在する」という別の違法阻却事由を引き出すもので、違法阻却事由が存在する事前的蓋然性それ自体を別の違法阻却事由とするものなので妥当ではないとする。判断の誤りのリスクは、現実の同意に基づかずに行為する行為者が負担すべきであり、事後的な立場から推定的同意は判断しなければならず、事後的に判断の誤りが明らかになった場合は違法性は阻却されず、錯誤の問題として責任の段階で取り扱われるべきであるとしている<sup>37)</sup>。

いずれにせよ、仮定的同意については、行為時に被害者(患者)に説明して現実の意思を確認することができる状況が問題になっているので、被害者の意思の仮定的蓋然性判断にとっては被害者の特殊な価値観も含めて行為当時存在した全ての事情は判断資料の中に含めて判断されるべきである。この点は、推定的同意について事前判断説を採る論者も、仮定的同意については事後判断であることを認めている。

#### (5) 判断資料2 「現実に生じた結果(治療侵襲の成功/失敗)」

しかし、「仮定的同意は事後判断である」ということを承認する者の中にも、「事後判断」とはどのような判断であるかについて、見解の不一致がある。事後判断というとき、裁判時までには判明した行為時に存在していた事情を基礎にするのか、それとも、行為時に存在していなかった事情も含めて裁判時までには判明した事情を全て考慮して仮定的蓋然性判断をするのであろうか。具体的には、被害者が適切な説明が為されたとしたら治療侵襲に同意したであろうかを判断する際に、被害者が現実に発生した結果(手術が成功したか失敗したか)を被害者が予め知っていたことを前提にするかどうかという問題である。

この点、クレーンは、医師の説明義務は、すでに行われた手術の結果で

はなく、侵襲と結びついた治療の見込みまたは危険性について情報を与えることを内容とするので、「患者は手術前にその帰結を知らずに、適切な説明が与えられていれば同意したであろうか」を判断すべきであるとする。これによれば、その治療侵襲が医学的適応性がある場合は仮定的同意は肯定されやすいが、それがなければ治療見込みと危険のバランスがとれていないので否定されやすくなる（決意関連説）<sup>38)</sup>。これに対して、ミッチュは、「現実には発生した結果を被害者が予め知っていたとしたら承諾したであろうか」を判断すべきであるとする。発生した結果から行為を回顧的に考察し、「このような結果が発生したのであるからこの行為を承諾したであろう、あるいは承諾しなかったであろう」ということを基準にすべきであるというのである（結果関連説）<sup>39)</sup>。この考え方によれば、クーレンも指摘しているように、手術が成功したならば、たとえ医術的正当性のない（医療準則にそぐわない）侵襲であっても、患者は同意したであろうといえるし、反対に、手術が失敗したならば、医療準則にかなった侵襲であっても、患者は同意しなかったであろうということになるので、結局、同意したかどうかは手術が成功したかどうかにかかっていることになる<sup>40)</sup>。

仮定的同意は、事後判断するといっても、事後承諾（追認）そのものではなく、あくまで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という仮定的な蓋然性判断なのであるから、手術の結果（成功／失敗）など行為時に存在しない将来の不確定要素をも確定したものと判断の資料に入れて蓋然性判断を行うべきではないであろう。

#### (6) 事後承諾（追認）と仮定的同意

仮定的同意は事後判断であり、しかもミッチュのように手術の結果という行為時に存在しない事情まで判断資料に含めるという見解になると、事後承諾（追認）と仮定的同意の区別が曖昧になる。オッターは以下のように仮定的同意の法理を批判している。「先に問われていたとしたら盗まれた物を泥棒にプレゼントしたと、被害者があとになって表明した場

合に泥棒が正当化されないように、適切に説明されていたとしたら治療侵襲に同意したであろうと患者があとになって表明したとしても、患者の自己決定権を侵害して為された治療侵襲は正当化されない。被害者が後の時点で権利保護を断念したということでもって、保護される法益の尊重要求が侵襲の時点で不要なものであったとはされないのである<sup>41)</sup>。我が国でも、武藤教授は、「患者に対する適切な説明を行う機会があり、それによって現実的承諾を得る可能性があるにもかかわらず、これを行わなかった場合に、事後的にみて結局は患者の意思に合致していれば正当化され、あるいは、少なくとも既遂の違法性が排除されるとすれば、被害者の承諾は事前のものでなければならぬとする原則の変更につながる可能性があることに注意すべき<sup>42)</sup>」であるとしている。

しかし、仮定的同意は、事後承諾(追認)そのものではなく、あくまで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という仮定的な蓋然性判断である。クーレンが挙げる例のように<sup>43)</sup>、手術後にある宗教に入信し裁判時には輸血を拒否するようになっており、したがって被害者の事後承諾(追認)は得られなかったとしても、手術時にはそのような信条を患者が持っていなかったならば、仮定的同意の蓋然性判断の資料には入らないのであるから、仮定的同意は認められる。反対に、処罰されたくない被告人医師が被害者(患者)に高額な賠償金・和解金を支払うことによって、患者に「仮に適切な説明があったとしても、私は手術に同意したであろう」と本心とは異なる意思表示をさせたとしても、仮定的同意は認められるべきではない。事後の被害者の意思表示は、仮定的同意の判断の重要な参考資料にはなるが、事後の不同意がただちに仮定的同意の不成立を、また、事後の同意がただちに仮定的同意の成立を意味するわけではない。事後承諾(追認)と仮定的同意は似て非なるものであることを確認しておく必要がある。

## 5 おわりに

以上みてきたように、仮定的同意の問題は、合義務的態度の代置論、推定的同意論、（専断的）治療行為論の三者が交錯したそれらの応用問題のようなものとなっている。学説では、仮定的同意における正当化の瑕疵と結果発生の帰属阻却は、傷害罪における同意のみならず、その他の犯罪類型についても応用可能なものといわれているが<sup>44)</sup>、実際の判例において、それが問題となるのは今のところ医師の説明義務違反の場面に限られており、それは 代替治療についての説明不足と 過去の失敗の意図的隠蔽の類型である。前者では、被告人は代替治療についての説明義務はないと錯誤しており、有効な同意があると思っていたので、同意という違法阻却事由に該当する事実の錯誤があり、故意が否定されて過失犯の成否が問題とされ、後者では、故意犯の成否が問題となった。すなわち、仮定的同意は、過失犯においても、また故意犯においても問題とされるのである。仮定的同意の体系的地位と法的効果について、判例は違法阻却事由としているが、これを認めると医師は適切に説明する必要がないことにもなりかねないので、学説は違法段階若しくは構成要件段階における説明不足と結果発生の帰属の阻却事由と考えている。そうすると、過失犯の成否が問題になる場合には仮定的同意は犯罪不成立を導くが、故意犯の成否が問題になる場面では未遂の可罰性が残っていることになる。我が国と異なり、ドイツは傷害罪に未遂規定を設けたので、故意犯が問題になる場面では、現実の同意や推定的同意のような犯罪の阻却とは異なる独自の帰結を仮定的同意は導くのである。立証の程度について、民事では、医師が仮定的同意を主張してきた場合に、患者は、もし適切に説明されていたとすれば、「深刻な決断の迷いの状態」に陥っていたであろうと立証すれば十分であるが、刑事においては、「疑わしきは被告人の利益に」の原則により、検察官は、「適切な説明をしていたら患者は同意せず結果は発生しなかった」

ことを立証しなければならないと考えられている。これには、ロクシンのような異論が存在する。また、判断基準と判断資料について、推定的同意の場合とは異なり、仮定的同意の場合には「患者本人を基準として事後判断する」ということで判例・学説の間でほぼ見解の一致があるが、事後判断の意味について「決意関係説」と「結果関係説」の争いがある。通常は、行為時に存在していない手術の成功/失敗のような事情は除いて、あくまで行為時に存在していた事情について行為者の認識の有無にかかわらず裁判時までには明らかになった事情を全て考慮して、仮定的蓋然性判断を行うという意味で事後判断を考えている。なお、仮定的同意は事後承諾(追認)と異なるものであり、患者の事後の意思表示は仮定的蓋然性判断を行う際の参考資料にはなるが、事後の同意/不同意が仮定的同意の成立/不成立に直結するわけではない。

我が国では、例えばエホバの証人の信者における輸血拒否のように、患者の明白な意思に反する専断的治療行為さえも、民事事件としてはともかく検察官が起訴しないので刑事判例として現れてこないのが、ましてや説明不足のある瑕疵ある同意ではあるが、一応患者が同意している仮定的同意の問題状況は実際の刑事事件としては問題になりにくい。その意味では、この問題は現実に早急に解決を迫られている問題ではなく、純粋に理論的な問題であるといえる。しかも、ドイツとは法状態が異なり傷害罪に未遂規定がなく仮定的同意の法理の承認が直ちに医師の不可罰に至る我が国において、この理論を採用することにはさらに大きな困難が伴う。

結局のところ、現実に仮定的同意が問題となった事例の解決は、医師の説明義務の範囲を適切に制限することと、瑕疵ある同意の有効性の範囲を狭めすぎないようにすることで目指すべきであろう。医師が説明すべき事項(説明義務の対象)を画するのは困難なことであるが、一般には、患者の病状・病名、治療侵襲の安全性・成功率、副作用等の不随リスクの説明は不可欠であり、他の治療方法も重要な説明内容であるといわれている<sup>45)</sup>。ここで問題となっている事例については、まず、代替治療についての

説明不足の類型は、いかなる場合に代替治療の不告知が同意を無効とし医師の行為を可罰的なものとするかを確定する必要がある。医師の裁量性を強調し、療法の選択についての患者の自己決定権を否定し、実行しようとする療法についてのみ説明義務はあり、代替治療の説明義務は無い<sup>46)</sup>とすることは不当であろうが、たとえばその疾患に対する治療法として大多数の医師が採用する確立した治療法を行う場合、まれにしか行われない未確立の他の治療法を説明し、患者に選択の機会を与えなかったからといって同意が無効とされるべきではあるまい。しかし、未確立のいわば実験的な治療法を行う場合には、他に確立した治療法が存在するのであればそれについての説明義務はあり、患者に治療の選択権を与えなければその説明義務違反は同意を無効とし、医師を可罰的とすると考えられよう。また、

過去の失敗の意図的隠蔽の類型では、過去のミスを隠蔽するために欺罔することによって得られた第二手術の同意は無効とされているが、これは瑕疵ある同意の有効性に関する判例・通説の主観的真意説（重要な錯誤説）からは当然の結論である<sup>47)</sup>。主観的真意説は被害者が同意を決断するにあたって重視した事柄についての錯誤は全て同意を無効にすると考え、その錯誤が客観的に重要なものであるかそれとも些細なものであるかの判断は行わない。「被害者が錯誤に陥っていなければ同意しなかったであろう」という、錯誤と同意の条件関係が認められる場合には同意をすべて無効とするからである。これに対して、法益関係的錯誤説からは、治療侵襲の安全性や成功率、危険性などの基本的な事柄は説明され患者は理解した上で同意しているのであるから、なぜもう一度手術が必要になったのか（前の手術が失敗したのか、それとも前の手術は成功したが思いがけず不幸にも再発したのか）という点だけを欺罔し錯誤に陥っているに過ぎない場合には、動機の錯誤あるいは法益関係的でない錯誤としてなお有効な同意とみる余地もあるかもしれない。これらの事例について、実態としては、第一の手術のミスとその後の隠蔽工作という悪しき態度が問題なのであって、第二手術自体が問題だったわけではないとも考えられるからである。

仮に、第二手術を行う医師Bが第一手術を行って失敗した医師Aとは別人で、事情を把握した第二手術の執刀医Bが第一手術の執刀医Aをかばうために事情をふせて手術が必要となった理由のみを欺罔し、患者の同意を得て手術した場合に、第二手術の執刀医Bを同意を無効であるとして傷害罪として処罰すべきなのかについては疑問がある<sup>48)</sup>。しかし、法益関係的錯誤説を採った場合でも、過去の失敗の意図的隠蔽のケースでは、手術しようとしている患部が現在どうなっているかを錯誤しているので、法益関係的錯誤があり、同意は無効であるという場合も考えられる。その場合には、医師の可罰性を最終的に否定するのは困難であろう。

- 1) 現実の同意、推定的同意、仮定的同意の三者の区別に関して、以下の文献を参照。  
Lothar Kuhlen, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, Festschrift für Claus Roxin, 2001, S. 332ff. なお、本文のように、通説に従って、推定的同意は現実の同意を得ることができない場合にはじめて問題になるという「推定的同意の(現実的同意に対する)補充性」を承認すれば、推定的同意と仮定的同意の区別は明瞭になるが、仮に推定的同意の補充性を認めなければ(推定的同意は現実の同意を得ることができる場合にもあり得るとすれば)、仮定的同意は推定的同意の一場面ということになる。
- 2) 甲斐克則『医事刑法への旅』(2004)30頁、町野朔『患者の自己決定権と法』(1986)134頁以下など。
- 3) 金澤文雄「医療と刑法 専断的治療行為をめぐって」中山研一ほか編『現代刑法講座第2巻:違法と責任』(1979)136頁以下など。
- 4) 町野教授は、「治療行為を(通常の)被害者の承諾の法理でのみ処理しようとするなら、有効な承諾の存在を認めえないため、違法性阻却を肯定し得ないあまりにも多くの侵襲結果が存在する」ことになってしまうので、治療行為における患者の承諾が通常の被害者の承諾とは異なるということを指摘されている。町野・前掲書(2)174頁。
- 5) ロクシンは、現実の同意を構成要件阻却事由としながらも、推定的同意は許された危険によって説明し、違法阻却事由としている。Claus Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 13 (S. 536ff.), § 18 (S. 821ff.)。また、我が国で現実の同意を構成要件阻却事由、推定的同意を正当化事由と位置づける論者として、山中敬一『刑法総論(第2版)』(2008)199頁以下、および570頁以下。
- 6) Beschluß des BGH v. 3.3.1994, BGH JR 1994, 514.
- 7) Urteil des BGH v. 29.6.1995, BGH JR 1996, 69.
- 8) Beschluß des BGH v. 15.10.2003, BGH JR 2004, 251.
- 9) Urteil des BGH v. 20.1.2004, BGH JR 2004, 469.
- 10) Kuhlen, a.a.O. (Anm. 1) S. 337f.
- 11) Kuhlen, a.a.O. (Anm. 1) S. 338f.

被害者の仮定的同意について (塩谷)

- 12) Kuhlen, a.a.O. (Anm. 1) S. 339f.
- 13) Kuhlen, a.a.O. (Anm. 1) S. 340.
- 14) Lothar Kuhlen, Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen., JR 2004, 229f.
- 15) Roxin, a.a.O. (Anm. 5) S. 590f. (Rn. 119-121.)
- 16) Roxin, a.a.O. (Anm. 5) S. 591f. (Rn. 122.)
- 17) Roxin, a.a.O. (Anm. 5) S. 592. (Rn. 123-125.)
- 18) Roxin, a.a.O. (Anm. 5) S. 592f. (Rn. 126-128.)
- 19) Ingeborg Puppe, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative - Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 3.3.1994 und 29.6.1995., GA 2003, 768f.
- 20) Puppe., a.a.O. (Anm. 19) S. 769f.
- 21) Vgl. a.a.O. (Anm. 8) S. 252.
- 22) Kuhlen, a.a.O. (Anm. 1) S. 339f.
- 23) 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』(2006) 279頁以下。なお、この問題における「結果の意味」や「論理構造」について詳細な検討を加えたものとして、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(2009) 93頁以下も参照。
- 24) Roxin, a.a.O. (Anm. 5) S. 591f. (Rn. 122.)
- 25) 山中敬一・前掲論文(23)277頁。ただし、過失犯の場合には、説明義務違反が実行行為であることは考え得るとする。なお、山中教授は、いわゆる合義務的態度の代置の問題について、危険増加論と規範の保護目的論の結合からの解決を提唱されているのであるが、規範の保護目的に関して、以下の指摘をされている。医師の説明義務規範の目的は、治療の意義・目的、効果、副作用、代替治療の有無などについて患者が十分に理解した上での同意でなければ有効な同意でないとして、同意の効果につき制約を設けることにあり、手術結果の発生を回避するという目的を直接的に持つわけではない。説明していたら患者は同意していたであろうという場合、手術自体は同じく行われていたであろうとしても、無効な同意を前提にするか有効な同意を前提にするかに大きな違いがあり、同じ結果が発生していたとはいえない(278-279頁)。
- 26) 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) 28頁によれば、治療行為は、外科手術等が一時的であるにせよ身体の完全性を侵害し(一次的侵害)、それによって健康状態が悪化し、副作用が生じ、生命に危険性を及ぼす可能性がある(二次的侵害)。治療の成功は、二次的侵害がないことである。失敗の場合は、一次的侵害も二次的侵害も両方あるということになる。
- 27) Vgl. a.a.O. (Anm. 7) S. 71.
- 28) とくに「トレーラー事件(BGHSt 11, 1)」について、山中敬一『刑法における因果関係と帰属』(1984) 9頁以下、井上祐司『行為無価値と過失犯論』(1973) 235頁以下、古川伸彦『刑事過失論序説』(2007) 59頁以下を参照。
- 29) Roxin, a.a.O. (Anm. 5) S. 592. (Rn. 123-125.)

- 30) 山中敬一・前掲論文(23)264頁以下を参照。
- 31) Puppe., a.a.O. (Anm. 19). S. 769f.
- 32) Vgl. a.a.O. (Anm. 8) S. 252., Kuhlen, a.a.O. (Anm. 14) S. 229.
- 33) 吉田伸之『違法性の本質と行為無価値』(1992)283頁以下,内藤謙『刑法講義総論(中)』(1986)618頁,佐伯千仞『刑法講義(総論)(4訂版)』(1981)220頁,平野龍一『刑法総論』(1975)255頁など。
- 34) 木村亀二『刑法総論(増補版)』(1978)288頁,団藤重光『刑法綱要総論(第3版)』(1990)222頁など。団藤博士は,推定的同意を被害者の主観の問題ではなく,法の理念そのものの問題であるとしている。
- 35) Lothar Kuhlen, Hypothetisch Einwilligung und „Erfolgsrechtfertigung“, JZ 2005, 715.
- 36) 町野朔・前掲書(2)200頁。推定的同意を「許された危険」の観点から説明する我が国の論者として,須之内克彦『刑法における被害者の同意』(2004)90頁以下,齊藤誠二『「推定的な承諾」の法理をめぐって」警察研究49巻11号21頁以下。
- 37) 山口厚『刑法総論(第2版)』(2007)169頁,同『問題探究 刑法総論』(1998)88頁以下。
- 38) Kuhlen, a.a.O. (Anm. 35) S. 715f.
- 39) Wolfgang Mitsch, Die „hypothetisch Einwilligung“ im Atztstrafrecht., JZ 2005, 283f.
- 40) Kuhlen, a.a.O. (Anm. 35) S. 715f.
- 41) Hallo Otto, Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, Jura 2004, 683.
- 42) 武藤眞朗・前掲論文(26)33頁。ほかに,鈴木准教授も,オッターの窃盗犯の事例を引用して「当事者間の事後的な利益調整を本旨とする民事責任の問題とは異なり,行為の規範違反性を重視する刑法的立場からは,被害者が後に宥怒したという事情は量刑事情の一つにとどめるべきであろう」とする。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諸説について」MEIJO L.S.R No. 3. 7頁。
- 43) Kuhlen, a.a.O. (Anm. 35) S. 715.
- 44) Lothar Kuhlen, Ausschluß der objectiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung, Festschrift für Müller-Diez, 2001, S. 451.
- 45) 甲斐克則・前掲書(2)35頁。もっとも,副作用などのリスクの告知の場合に,手術が成功し,副作用が顕在化しなかった場合にまで,リスクの危険引受がないことをもって手術の同意を無効とするとするのは,行き過ぎであるように思われる。町野朔・前掲書(2)251頁参照。
- 46) 東京高判昭和60年4月22日判タ556号221頁参照。小児の麻疹脳炎の発生につき,開業医に説明義務の違背が認められないとしたもので,説明義務は有効な承諾を得る前提として患者に判断資料を与えるためのものではあるが,いかなる医療措置を執るか患者の自己決定に委ねることを前提として説明義務を負うということは考えられないとした。
- 47) 瑕疵ある同意の有効性について,山中敬一「被害者の同意における意思の欠缺」関西大学法学論集33巻3・4・5合併号(1983)271頁以下,佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報1号(1985)51頁以下,拙著『被害者の承諾と自己答責性』(2004)21

## 被害者の仮定的同意について（塩谷）

頁以下を参照。

- 48) もちろん、その場合には、ここで問題となっている仮定的同意は当然認められるであろう。患者としては、いずれにせよもう一度手術をして患部を治療する必要がある、前に失敗した医師Aとは別の医師Bが「事情を正確に話していたなら」B医師の手術を拒むことはないからである。しかし、仮定的同意を認める前に、「事情を正確に話さなかった」ということでもってB医師に対する第二手術への現実の同意を無効としなければならないのであろうか。