HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	インフォームド・コンセントにおける仮定的同意（2・完）
Author(s)	富山, 侑美
Citation	北大法学論集, 68(2), 172[45]-140[77]
Issue Date	2017-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/66911
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol68no2_04.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

インフォームド・コンセントにおける仮定的同意（２・完）

富　山　侑　美

目　　次

はじめに
第１章　我が国における医師の説明義務と患者の同意について
　第１節　治療行為の正当化要件としての患者の同意の形成
　第２節　医師の説明と患者の同意に関する判例とその影響
　　（１）「乳腺症事件」
　　（２）「舌癌事件」
　　（３）「エホバの証人事件」
　　（４）「乳房温存療法事件」
　第３節　小括
第２章　ドイツの判例
　第１節　民事判例
　　（１）BGH 1959年１月16日判決
　　（２）BGH 1984年２月７日判決
　第２節　刑事判例
　　（１）BGH 1960年10月28日判決
　　「第２筋腫判決（Das zweite Myom-Urteil）」
　　（２）BGH 1963年６月28日判決
　　「睾丸摘出事件（Der Hodenentfernungs-Fall）」
　　（３）BGH 1990年９月25日判決「O 脚事件（Der O-Beine-Fall）」
　　（４）BGH 1995年６月29日判決
　　「サージボーン事件（Der Surgibone-Dübel-Fall）」
　　（５）BGH 2003年10月15日判決
　　「椎間板事件（Der Bandscheiben-Fall）」

（６）BGH 2007年７月５日判決
「脂肪吸引事件（Der Liposuktions-Fall）」
（７）BGH2007年10月23日判決
「ターボ禁断療法事件（Turboentzugs-Fall）」
（８）BGH 2011年10月11日判決
「胃内視鏡事件（Der Gastroskopie-Fall）」
（９）BGH2013年２月20日判決「自家肝細胞移植事件」
第３節　小括　（以上、68巻１号）
第３章　ドイツの学説
第１節　因果関係ないし客観的帰責の問題として考える見解
第１款　因果関係否定説（ウルゼンハイマーの見解）
第２款　客観的帰責阻却説
（１）ロクシンの見解
（２）クーレンの見解
（３）ミッチュの見解
第２節　違法性阻却説（ローゼナウの見解）
第３節　小括
第４章　解決の方向性
第１節　ドイツの学説の検討
第２節　違法性阻却事由としての仮定的同意
結びにかえて　（以上、本号）

第３章　ドイツの学説

第１節　因果関係ないし客観的帰責の問題として考える見解

仮定的同意によって医師が免責される理論的根拠として、医師の行為の傷害結果への帰責が否定されることを挙げる見解として、以下に示す因果関係否定説と客観的帰責阻却説の２つがある。

第１款　因果関係否定説（ウルゼンハイマーの見解）

この見解は、仮定的同意が認められる場合には因果関係が否定され、傷害罪の構成要件該当性が否定されるというものである[44]。この見解を主張するウル

[44] *Ulsenheimer*, Zu Voraussetzungen und Umfang der ärztlichen

ゼンハイマーは、「医師の説明の欠缺と患者の同意の無効性との間の因果関係が肯定される場合にのみ、（過失）傷害罪の客観的構成要件該当性が肯定される」ため、仮定的同意が認められる場合には、医師の説明の欠缺と患者の同意の無効性との間の因果性が認められないために、（過失）傷害罪の構成要件該当性が否定されるとしている。「説明義務に違反していなかったとしても、同様に患者が侵襲に同意していただろう」ということは、過失犯において、「注意義務に違反していなかったとしても（合義務的代替行為の場合にも）、同様の結果が発生したであろう」ということと同様の構造をなしており、後者について因果関係を否定するものであるならば、仮定的同意の場合にも因果関係を否定すると解することができるからである[45]。このような因果関係の証明について、ウルゼンハイマーは、患者の推測上の決定は、「病気の重大さや期間の長さ、手術の必要性、予後の見通し、そして治療選択の際の客観的なリスクの比較衡量」によって示すことができるとしており、このような事実が認められる場合には仮定的同意が認められ、この証明に疑いが残る場合であっても、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従って、医師に有利になるように、仮定的同意が存在したということを前提とすることになるとしている[46]。

また、ウルゼンハイマーは、このような仮定的同意による医師の処罰の制限が認められる範囲についても、過失犯における注意義務違反の場合と同様の考え方に基づいて示されるとしている。すなわち、過失犯において、違反された法的義務の保護範囲にはない危険が実現した場合に行為者が免責される、ということを仮定的同意の場合にも適用し、「違反された医師の説明義務の保護範囲内にはない危険が手術において実現した場合には、保護目的思想の顧慮によって、医師の可罰性が否定される」。この具体例として、患者に対して手術に関する原則的な説明や、失敗の可能性に関する原則的な説明は行っていたものの、一定の説明の欠缺があった場合に、欠缺していない原則的な説明に関する部分についての危険が実現した場合を挙げている[47]。

Aufklärungspflicht, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 29. 6. 1995- 4 StR 760/94, NStZ 1996, S. 132 ff.

[45] *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 133.

[46] *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 133.

[47] *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 133.

このような因果関係否定説に対しては、一般的に、合義務的代替行為の理論が当てはまる場合であっても、「行為なければ結果なし」という関係が認められる以上、因果関係を否定することができないとされているため、仮定的同意が認められる場合にも因果関係を否定することはできないという批判がなされている[48]。

第２款　客観的帰責阻却説

以上のような批判を受け、合義務的代替行為の問題は因果関係ではなく客観的帰責の問題であるとされており、それゆえ仮定的同意の問題も客観的帰責の問題であるとするのがこの見解である。このような見解を採るのは、ロクシン、クーレン及びミッチュであり、具体的にはそれぞれ以下のような見解を示している。

（1）ロクシンの見解

客観的帰責の考え方は、行為者が許されない危険を創出したが、その危険が発生した結果に実現していないという場合に、既遂行為の構成要件該当性を否定するというものである[49]。このことを仮定的同意の場合に適用するとしているのが、ロクシンの見解である[50]。ロクシンによると、説明義務に違反して侵襲行為を行った医師は、許されない危険を創出しているが、説明していたとしても同様に患者が同意していただろうということが認められる場合には、その危険が発生した結果に実現したとは言えないので、客観的帰責が否定され、既遂傷害罪の構成要件該当性が否定されるということになる[51]。ロクシンは、以下の通り、①仮定的同意がどのような範囲で認められるかということを具体例とともに示した上で、②その判断方法を示している。

まず①について、ロクシンは、「完全な説明があった場合にも、同意が確実

---

[48] Vgl. *Kuhlen*, Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen, JR 2004, S. 227.

[49] *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I , 4. Auflage, 2006, S. 343 ff.

[50] *Roxin*, a.a.O., S. 590 ff. このような見解を紹介するものとして、塩谷・前掲注（６）1815頁がある。

[51] *Roxin*, a.a.O., S. 591.

に与えられていただろうという場合にのみ、説明の欠缺が重大なものではなかったという理由で帰責阻却される」としている。なぜならば、「説明義務は、患者がその侵襲の影響とリスクについて、義務に従った情報を与えられている場合にのみ、医師による侵襲が行われるということを確保するものであるべき」であり、「事実に即した説明の場合には、治療に同意しなかったであろうという具体的な可能性のみが存在する場合にも、もはやそのような場合ではない」からである[52]。つまり、医師が十分に説明していたとしても、患者が同意していたということが確実に言える場合には、説明の欠缺が重大なものではないため、その危険が結果に実現したとは言えず、帰責が阻却されるが、少しでも患者が同意していなかった可能性が認められる場合には、自己決定権の保護の観点から、説明の欠缺は重大なものであり、帰責阻却を認めることはできないというのである。

ロクシンは、仮定的同意が認められる具体例として、白内障を罹患しているある患者が十分な説明を受けずに眼の手術に同意し、その手術を受けたことによって視力が回復したという場合を挙げている。ロクシンによれば、このような場合には、「手術のリスクは小さなものであり、また、視力を回復させたいと思う患者には任意の治療選択はできないので、原則的な説明があった場合にも同意があったと期待される」ために、「説明の欠缺は作用しておらず、義務違反連関が欠けるその他の場合と同様に、帰責が阻却される」。それゆえ、仮定的同意による医師の免責が認められる[53]。

以上のようなロクシンの見解によれば、仮定的同意が認められるか否かということは、説明の欠缺が重大であったか否かということによって判断されることになる。このような考えから、ロクシンは、②について以下のように述べている。すなわち、「侵襲に関する本当の説明があった場合には、患者が同意していなかっただろうという具体的な可能性がある」か否かということが判断基準となり、この点を立証する際には、例えば、患者への尋問が有効であるが、その他に「医師の人間性に問題がないことや、その手術が医学的な必要性を示していること、他に考えられ得る治療方法の選択肢が存在しないこと」などの客観的事情が存在する場合には、「それに反する具体的な状況が存在しない限

[52] *Roxin*, a.a.O., S. 592.
[53] *Roxin*, a.a.O., S. 591.

りにおいて、患者が事実に即した説明を受けていた場合にも同意していたであろうということの根拠となる」ために、患者が同意していなかっただろうという具体的な可能性を否定する有力な根拠となる。逆に、患者が治療を拒否しないように医師が故意に説明を行わなかったという場合には、医師が意図的に違法な行為態様によって危険を創出しているので、むしろ医師の可罰性の根拠とされる、としている。

ロクシンが挙げたこのような基準は、患者側の客観的事情及び医師側の事情に依拠するものであり、仮定的同意による医師の行為の帰責阻却は、患者が治療に同意していなかっただろうという具体的な可能性が示されない限りにおいては、患者個人の主観的要素とは関係なく行うことができるということになる。

（2）クーレンの見解

近年、客観的帰責論の位置づけに関し、違法性阻却事由の問題である場合には違法性段階において考慮するべきであるという考えが主張されている[54]。これは、刑法上重大な規範違反行為について、構成要件段階と違法性段階に分けて事前判断を２度行うという立場を採るならば、客観的帰責の否定による不法の否定という事後判断も２度行われなければならないとする考え方である。このように考える場合には、事前判断において構成要件に該当する行為であっても、事後判断において構成要件段階での客観的帰責が否定される場合に構成要件該当性が否定されるのと同様に、事前判断において違法性が肯定される（違法性阻却事由が欠缺している）行為であっても、事後判断において客観的帰責が否定される場合には既遂不法が否定されるべきであるということになる[55]。

このような、違法性段階における客観的帰責の問題を仮定的同意に適用しているのは、クーレンである[56]。クーレンは、仮定的同意が認められる場合には、

---

[54] *Puppe*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Irrtümer bei der Ausübung der Notwehr und für deren Folgen - Zugleich Bespr. des Urteils des LG München v. 10. 11. 1987, JZ 1989, S. 728 ff.; *Kuhlen*, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungusgründen, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 331 f.

[55] *Kuhlen*, Roxin-FS, S. 332.

[56] *Kuhlen*, Roxin-FS, S. 331 ff.; *ders*, Ausschluß der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung, Festschrift für

医師の説明の欠缺によって患者の同意が無効であるために侵襲行為を正当化することはできないが、説明の欠缺がなかったとしても同様に患者が同意し、同様の侵襲行為が行われていると言えるため、侵襲行為が説明の欠缺に基づいておらず、違法性段階の客観的帰責の考え方によって既遂不法が否定されるとしている[57]。クーレンは、①このように言える根拠を示した上で、②仮定的同意がどのような場合に認められるのか、さらに③認められる場合には、どのような法的効果があるのかということについて、以下のように述べている。

①について、まず、仮定的同意が問題となる場合に、客観的帰責を構成要件段階ではなく、違法性段階で考慮する根拠について、クーレンは、「もし、［現実的及び推定的］同意を違法性阻却事由であると解するならば、［それが欠缺している場合である］仮定的同意の検討及び傷害結果の発生が違反された説明義務の保護範囲内にあるのかどうかという問題の検討は、構成要件該当性の段階ではなく、早くとも違法性の段階においてなされ得る」ということを挙げている。その上で、「［仮定的同意は、］構成要件的結果が、許されない危険行為によって違反された規範の保護範囲にはない、すなわち規範の保護範囲内ではこの行為の特別な危険は実現していない（危険連関が欠けている）［場合である］」ことを根拠に、「仮定的同意の法理論は、明らかに、構成要件論において

Heinz Müller-Diez zum 70. Geburtstag, 2001, S. 431 ff.; *ders*, JR 2004, S. 227 ff. このような見解を紹介するものとして、鈴木・前掲注（６）名城ロースクール・レビュー３号１頁以下、武藤・前掲注（６）東洋法学21頁以下、山中・前掲注（６）神山古稀266頁以下、杉本・前掲注（６）114頁以下、塩谷・前掲注（６）1813頁以下、佐藤・前掲注（６）230頁以下菊池・前掲注（６）早稲田法学会誌155頁以下がある。

[57] 近時、我が国において、佐藤准教授が、「治療侵襲は、患者が『治したい』と考え、また問題となった治療行為が必要かつ医学的な準則に適合している限り、一面においては傷害罪の法益尊重の要求を満たしている（中略）ため、行為時に行為者に求められる法益尊重の要求（規範）は一定程度後退しており、瑕疵ある同意に基づく侵襲がおこなわれた場合には、違法の本質が侵襲そのものよりも、同意の瑕疵を基礎づけた（正当化事由の段階での）義務違反の方に強く見出され、ふさわしい説明がなされていた際に同じ治療侵襲が行われていたときには、合法的な代替行為の理論に基づいて傷害罪の違法性を阻却することができる」と述べられているのも、クーレンと同じ枠組みで、仮定的同意の問題を考えていこうとするものであるように思われる。佐藤・前掲注（６）235頁以下。

是認されている義務違反連関の欠缺における帰責阻却という構造をなしている」としている。以上のことから、仮定的同意は、違法性段階における客観的帰責の問題であるとしている[58]。

②について、クーレンは、検察によって医師に対して、義務に従った説明がなされていれば患者が同意していなかっただろうということが証明される場合には仮定的同意が否定され、この証明に疑いが残る場合には、「疑わしきは被告人の利益に」の原則から、患者が同意していただろうということを前提とすることができるため、仮定的同意が認められるとしている。このような証明は、「患者の利益状況又は意思表明から明らかにされ得る」が、患者個人がどのように決定しただろうか（ないし決定するだろうか）ということを検討する必要があり、特に被害者を少なくとも事後的に尋問することができる場合には、この決定に対する根拠を追及しなければならないと示した[59]。

また、このような証明を行う場合には、実際にどのような行為を仮定して結果を観測するか、ということが問題となる。この点について、クーレンは、帰責可能性を検討する際に想定される行為は「違法性阻却事由の欠缺がなかった場合」であるが、違法性阻却事由が全く存在しないのに、もし違法性阻却事由が存在していたならばどうであったか、ということを想定してはならないとしている。例えば、およそ正当防衛状況が存在しない状況で、行為者が暴行し、相手方に傷害結果が発生したという場合において、もし正当防衛状況が存在していたとしても行為者が暴行し、相手方に傷害結果が発生していただろうということを考えることは妥当ではない。従って、ここで想定されるのは「些細な違法性阻却事由の欠缺がなかった場合」のみである。クーレンによれば、仮定的同意において仮定する「説明義務違反という違法性阻却事由の欠缺がなく、十分に説明していた」場合は、この範囲内にあるため、違法性段階の客観的帰責の問題として仮定する条件とすることができると言える[60]。

③については、「構成要件該当行為に対する構成要件の前提となる結果の客観的帰責（中略）が欠ける場合には、既遂犯の客観的構成要件該当性を阻却するということに相応して、説明の欠缺と結果との間の義務違反連関と危険連関

[58] *Kuhlen*, Roxin-FS, S. 337.
[59] *Kuhlen*, JR 2004, S. 229.
[60] *Kuhlen*, Roxin-FS, S. 339.

は客観的違法性の枠内において検討されるべきであり、（中略）客観的違法性が欠ける場合には、既遂犯の客観的不法を阻却する」とし、仮定的同意が認められる場合であっても、未遂不法は残されるとしている[61]。

（3）ミッチュの見解

上述のクーレンの見解と同様に、違法性段階における客観的帰責の考え方が仮定的同意による医師の免責の根拠となるということを認めつつ、その適用範囲についてクーレンとは異なった見解を述べるものとして、ミッチュの見解がある[62]。ミッチュは、このことについて、まず、①客観的帰責という考え方を考慮するのはどのような場合であるのかということを示した上で、②違法性段階での客観的帰責論によって医師が免責が認められるのはどのような場合なのかということを、具体例を交えて検討している。

①について、ミッチュはまず、構成要件段階における客観的帰責は、行為と結果との間の因果関係の欠缺が認められないということが確定した後に考慮されるとしている。その上で、既に因果関係が欠けている場合には、結果の根拠づけに客観的帰責を必要としないために、客観的帰責を考慮する余地はないとしている。すなわち、「行為が構成要件に該当し、結果も構成要件に該当し、そして、行為が結果に対して因果性を有する（中略）が、義務違反ないし行為の危険性が結果に実現しておらず、従って、義務違反連関ないし危険連関が欠けているという場合にのみ、客観的帰責論という法解釈類型によってその行為は客観的に構成要件に該当しないということになる」ということである[63]。

ミッチュは、このような考え方を違法性段階において適用すると、以下のようになるとしている。すなわち、「[違法性段階での] 客観的帰責の問題は、（既遂）行為に関する不法判断とともに生じる結果無価値を示すところの結果である場合にのみ立てられる（中略）ので、結果無価値のない結果の場合は、客観

---

[61] *Kuhlen*, Roxin-FS, S. 338.

[62] *Mitsch*, Die „hypothetische Einwilligung" im Arztstrafrecht, JZ 2005, S. 279 ff. このような見解を紹介するものとして、山中・前掲注（6）神山古稀271頁以下がある。また、クーレンとミッチュの見解の相違を、具体的な事例を挙げながら詳細に解説するものとして、*Schwarz*, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, 2009, S. 35 ff. がある。

[63] *Mitsch*, a.a.O., S. 282 f.

的帰責は問題とならない」[64]。

このことを前提とした上で、②について、ミッチュは以下のように述べている。すなわち、説明の欠缺が認められる場合には、確かに一見すると、違法性が阻却されないように思われるが、このうち、「治癒する可能性が高まるものであり、従って患者が同意していたであろうという医師の侵襲は、（中略）正当化事情の存在のために、結果無価値が欠けている」ため、仮定的同意の問題ではない。ミッチュによると、この根拠は、結果発生の時点において、仮定的同意を認めることができるような事情が存在する場合には、事前の段階で推定的同意による違法性阻却が認められるという性質のものということになり、発生した結果に対する同意の有効性が認められるということである[65]。以上のことから、治癒可能性ないし治療効果のある侵襲の場合には、推定的同意による違法性阻却が可能であるので[66]、その場合には違法性段階における客観的帰責の問題とはならず、従って仮定的同意によって医師の免責を根拠づけられるのは、治癒可能性ないし治療効果のない侵襲の場合のみであるということになる。

ミッチュは、このような見解を示した上で、仮定的同意によって医師の免責が認められるのは、具体的に以下の場合であるとしている。すなわち、「治癒の可能性のないあるいは治療効果のない医師の侵襲の場合において、もし、医師の侵襲が、説明が行われないことあるいは間違った説明を行うことによって得られた患者の同意に依拠して行われたならば、違法性の阻却されない傷害構成要件該当行為であるが、例えば、患者が侵襲結果の見込みについて思い込みをしているために、患者が通常の説明の場合にも（有効に）同意していたであろうという場合には、義務違反連関が欠けるために客観的帰責が否定される」としている[67]。さらに以下のような具体的な事例において仮定的同意による医

---

[64] *Mitsch*, a.a.O., S. 283.

[65] *Mitsch*, a.a.O., S. 283.

[66] ミッチュは、治癒可能性ないし治療効果のある侵襲の場合には、既遂結果の違法性が阻却されるために結果不法が存在しないが、行為不法が残されているために、未遂結果の違法性に関する検討の余地がある、という部分的違法性阻却（die Teil-Rechtfertigung）によってこのことを根拠づけている（*Schwarz*, a.a.O., S. 33 ff.）。ただし、このような場合になぜ推定的同意が認められるのかということについては、ミッチュの見解からは明らかではない。

[67] *Mitsch*, a.a.O., S. 284.

師の免責が可能であるとしている。すなわち、「いわゆる『抜歯事件(Zahnextraktions-Fall)』[68]を、欠缺のある説明が患者から切に訴えられた治療の希望に先行しているという状況に変更するならば、(中略) 意思の欠缺のために同意は無効であり、(中略) 歯科医師による侵襲の結果は、周知の通り、(予想通り) 失敗であった [ために、仮定的同意の第1要件である結果無価値を示す結果であるということを充たす] ため、これは仮定的同意の場合である」としている。なぜならば、この場合、「もし、患者が抜歯の前に既に、手術した場合にどのような結果となるか (すなわち、頭痛からの解放という期待された結果が得られないということ (事後的な事実)) を知っていたならば、患者は侵襲に同意しなかったであろう」と考えられ、それゆえ、「医師の行為の結果は、『同意に基づくもの』ではなく、構成要件該当性という結果不法の表現を否定するものとして適していない」と言えるからである。しかし、「実際は、患者が (事前に) 治癒の可能性の見当をつけていたために、患者は事実に即した説明 (とりわけ、治癒する可能性がないということを強く意識させるような説明) の場合にも、同意していた」と言うことができ、「正しい説明の場合にも、患者は侵襲の失敗の危険を引き受けることを妨げられないだろう」ために「説明の欠缺の危険は、結果不法に実現していない」と言える。従って、仮定的同意により既遂不法への客観的帰責が阻却される[69]。

以上から、ミッチュの見解は、違法性阻却に欠缺がない場合にも同様の結果が発生していただろうという場合には、違法性阻却の欠缺が結果の発生にとって決定的であったとは言えないために、結果への帰責を否定するということ自体には賛成し、仮定的同意の場合にも医師の不処罰を根拠づけるものとして機

[68] BGH JR 1978, S. 518. この事実概要は以下の通りである。慢性的な頭痛に悩まされていた被害者である女性患者Pが、この痛みが歯と関係するものだと考え、被告人である医師Aに対し、抜歯するよう依頼した。しかし、Aの診察においては、この関係は見受けられなかったため、抜歯の必要がないことを伝えたが、Pはそれでも抜歯に固執したため、Pの依頼に応じ、Pの歯を16本抜いた。これに対し、BGHは、必要な判断能力を欠くために、Pの現実の同意は存在しない。というのも彼女は、何度も説明されたにも関わらず、「素人考えの強い、自身で行った診断に固執していた」からであるとして、被告人を傷害罪により有罪とした。

[69] *Mitsch,* a.a.O., S. 284.

能し得ることは認めているが、その適用範囲については、クーレンのようにあらゆる説明義務違反の場合に一括して適用するのではなく、治癒の可能性のないあるいは治療効果のない医師の侵襲において、説明の欠缺によって得られた患者の同意に基づいて行われた場合に限定していると言える。具体的には、およそ成功する見込みのない手術について、十分に説明せずに侵襲を行った場合のうち、患者が侵襲結果の見込みについて思い込みをしているために、患者が通常の説明の場合にも同意していたであろうという場合にのみ、客観的帰責の理論に基づいて既遂不法を否定することができる。

第２節　違法性阻却説（ローゼナウの見解）

以上の見解は、因果関係ないし客観的帰責という、行為と結果との間の関係性を検討することによって、医師の免責を根拠づけようとするものである。これに対し、違法性阻却説は、仮定的同意を同意論の一部であると考え、現実の同意や推定的同意と区別された独自の違法性阻却事由であるとするものであり、既に故意犯を論ずる仮定的同意の刑事判例において示されているものであるとともに、学説においてはローゼナウが主張しているものである[70]。これに対しては、以下のような批判が強い。すなわち、「仮定的同意［によって、医師の傷害罪としての違法性を阻却する］という法理論を徹底して適用する場合、説明の欠缺が刑法上一層重要性を失うことになる。（中略）つまり、仮定的同意は自己決定権と調和し得ない」[71]。

このような批判に応える形で、ローゼナウは、仮定的同意について、まず、①傷害罪の構成要件は、自己決定権を保護しているわけではないとうことを前提として、説明義務に違反した医師を傷害罪として処罰することに反対するということを示した上で、②因果関係否定説や客観的帰責阻却説によって仮定的同意による医師の免責を根拠づけることを批判し、違法性阻却説によって根拠づけるべきであると主張している。さらに、仮定的同意が違法性阻却事由であると解する場合、③仮定的同意がどのような要件で認められるか、そして、④

---

[70] *Rosenau*, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S.683 ff. このような見解を紹介するものとして、島田・前掲注（６）比較法雑誌161頁以下がある。

[71] Vgl. *Rosenau*, Maiwald-FS, S. 695 f.

現実的同意や推定的同意といった他の違法性阻却事由とどのような点で区別されるのかということについても示している。

①について、ローゼナウは、「医師の侵襲について問題なのは、自己決定権について優先されるのが患者側でも行為者側でもないということではなく、治療と慈しみであ」り、「自律性の保護は、結局、StGB223条以下の反射的効果として是認されるのであって、主要な保護法益として認められているわけではない」ため、「223条［傷害罪］の構成要件は、身体の完全性が保護法益であるということがはっきりとわかっており、（中略）自己決定の保護に解釈しなおすことは許され得ない」としている。この根拠として、「主要な保護法益である身体の完全性に対する侵害は、例えば脅迫罪（StGB241条、１年以下の懲役）や強要罪（StGB240条、３年以下の懲役）と比べてより厳しく処罰されて」いることを挙げ、「医療準則に従った侵襲の場合に、説明の欠缺のみが非難要素であるならば、［脅迫罪や強要罪］より厳しく処罰されるのは適切ではない」としている。このような理由から、説明を怠った医師も傷害罪については免責されるべきであるとしている[72]。

また、②について、ローゼナウは、まず、因果関係否定説に対して、「仮定的同意において問題となるのは、自然法則的な因果関係ではなく、規範的な帰責連関である」ため、因果関係の問題として捉えることは不可能であるということを主張している[73]。次に、客観的帰責阻却説に対しては、「適切な説明がある場合にも身体の完全性に対する同様の侵襲に対する有効な同意が得られていたことが明白である場合には、結果不法が否定される」という帰結を導くために、考慮に値するという評価を与えつつ[74]、未遂処罰の可能性を残しており、何らかの刑事責任を問われる点に問題があるとしている。なぜならば、(a) 医療慣習との関係及び (b) 民事法との整合性の観点から、以下のような問題が生じるからである。

(a) について、まずローゼナウは、医療慣習の状況を以下のように分析している。「一般的な治療法であり、それと関連する侵襲（例えば注射）の場合、患者が説明の後で実際に拒否することはないために、結論的には具体的な説明は

[72] *Rosenau,* Maiwald-FS, S. 696.
[73] *Rosenau,* Maiwald-FS, S. 690.
[74] *Rosenau,* Maiwald-FS, S. 690.

重要ではないということになる。[従って、]具体的な説明が欠けていた場合も、仮定的同意の要件が満たされている。というのも、患者が正しい説明を受けていた場合にも同様に侵襲に同意していただろうからである。医師はこの仕組みを知っている。すなわちこの仕組みは医師の経験に合致している。そのため、医師の日常的な業務においてしばしば説明が全くなされない。また、非日常的あるいは特にリスクがある侵襲である場合にも、実際には多くの場合に説明の欠缺が患者の意思表示に影響がないといってもよいだろう。なぜならば、患者の具体的な決定にとって、他の観点、特に医師の推薦なども重要な役割を担う。患者が医師の下に来るのは、第１に自己決定権を行使するためではなく、医師の配慮や助言、信頼関係の範囲内における推薦を期待しているためであるからである。そして、通常はこの推薦に従って治療が行われている」[75]。このように分析し、このような医療慣習の状況に鑑みれば、患者の意思に実際に合致している医師の行為について、説明義務違反を理由として刑事責任を負わせるのは妥当ではないということになると主張している。

(b) については、「法秩序の統一という考え方によると、違法性の問題は全法秩序に一貫して答えられ得ることになり、問題となっている医師が民事上の責任を免れているにもかかわらず、刑事責任を問われることはあり得ない」ということを根拠に、民事裁判において免責された医師に対し、未遂犯の限度であっても刑事責任を負わせるのは妥当ではないとしている[76]。

以上のようなことを根拠として、ローゼナウは、仮定的同意を、同意論において議論をしようとしている。その上で、③について、ローゼナウは、仮定的同意が民事判例において過剰な説明義務を抑制するものとして発展してきたという背景から、民事判例が用いている基準と同様に「本物の決心の迷いが認められない場合」に仮定的同意による医師の免責が認められるとしている[77]。

さらに、④について、ローゼナウは、以下のように述べている。

まず、仮定的同意は、現実の同意と同様に、侵襲に対する医師の説明と患者の同意は存在しているが、現実の同意と異なって、医師の説明の欠缺のために、

---

[75] *Rosenau*, Maiwald-FS, S. 695.

[76] *Rosenau*, Maiwald-FS, S. 697 f.

[77] *Rosenau*, Satzger/Schluckebier/Widmaier StGB Kommentar 2. Aufl., 2014, §§32 ff. Rn 51; *ders*, Maiwald-FS, S. 694.

その同意が無効である場合であり、かつ、推定的同意と同様に、有効な同意は存在しないが、推定的同意と異なって、医師が侵襲について説明を行い、患者の同意を得ることが可能な状況が存在している場合であるという定義に立った上で、推定的同意と仮定的同意との区別に関して、「推定的同意の場合には、被害者が全く自己決定を行わないために、（中略）平均的で理性的な患者から推定的意思を推し量ることになり、（中略）高度のパターナリズムであり、侵襲を行った医師による他者決定である」のに対し、「仮定的同意の場合には、現存しないただの仮定的な患者の同意が代用されることはなく、（中略）患者の信条や個人的な見解が正確に考慮され得るため、（中略）平均的に理性のある患者は基準として妥当しない」と言える点で異なっているとしている。さらに、「仮定的承同意は、侵襲に同意する意思を患者が実際に持っているということが要件となるという意味では、原則的な同意があることになり、説明の欠缺によって、意思表示が有効な同意としてみなされない」という点以外については、むしろ現実の同意との共通性を有するということを指摘している[78]。

以上から、仮定的同意は、現実の同意によっても推定的同意によっても違法性の阻却が認めらない場合において、独自に違法性の阻却が認められるとしている。

第３節　小括

以上のように、仮定的同意に関する刑法学説は、帰責の問題として考える見解と、違法性阻却事由として考える見解が存在する。

前者については、仮定的同意が因果関係を否定するものであるとするウルゼンハイマーの因果関係否定説、及び客観的帰責を否定するものであるとするロクシン、クーレン及びミッチュの客観的帰責阻却説が主張されている。ロクシンの見解は、客観的帰責を構成要件段階に位置づけるため、既遂構成要件該当性を否定することになるが、クーレン及びミッチュの見解においては、違法性段階に位置づけ、既遂不法を否定することになる。この中でもクーレンは、あらゆる医師の説明義務違反の場合にこの理論が適用可能であると主張しているのに対し、ミッチュは、医師が説明に違反している場合であっても、治癒の可能性あるいは治療効果のある侵襲の場合には、推定的同意による違法性阻却が

[78] *Rosenau,* Maiwald-FS, S. 696 f.

可能であるため、客観的帰責による医師の免責の可能性はなく、治癒の可能性あるいは治療効果のない侵襲の場合にのみ、仮定的同意が認められるか否かの検討によって、客観的帰責が否定されると主張している。

これらの見解に対しては、後述する通り、理論的な批判が妥当する。従って、これらの見解を採ることはできないように思われる。

他方、後者については、現実の同意や推定的同意と並んで違法性を阻却するとするローゼナウの見解である違法性阻却説が主張されていると同時に、故意犯の場合における判例の立場でもある。ローゼナウの見解では、医学的適応性及び医術的正当性の認められる医的侵襲行為において、仮定的同意が認められる場合には、医師の未遂処罰の可能性も残すべきではないことや、仮定的同意と現実の同意及び推定的同意との区別が可能であること、仮定的同意によって傷害罪の違法性を阻却することは患者の自己決定権を侵害するものではないことなどが主張されている。また、ローゼナウは、仮定的同意は推定的同意と異なり、その侵襲を同意する患者の意思が実際に存在するということに注目し、仮定的同意の場合にはこのような意思の存在によって違法性阻却効が導かれるとしている。しかし、仮定的同意が認められる場合になぜ違法性阻却し得るのかということの理論的な根拠は、判例やローゼナウの見解においては挙げられていない。さらに、判例においては、故意犯と過失犯とで仮定的同意による医師の免責の根拠を区別しており、後者においては義務違反連関の否定によって構成要件該当性を否定しているが、そのように区別する妥当性もない。

以下、第４章においては、ここまで概観してきたことを検討した上で、我が国において仮定的同意という法理論によって医師の免責を認め得るとすれば、どのような理論的根拠によってなし得るのか、ということについて、若干の私見を述べることとする。

第４章　解決の方向性

第１節　ドイツの学説の検討

上述の通り、ウルゼンハイマーによって主張された因果関係否定説とは、仮定的同意が認められる場合には、医師の説明の欠缺と患者の同意との間の因果関係が否定されるために医師の侵襲行為の傷害構成要件該当性が否定されるとする見解であるが、これに対しては以下のような批判がなされている。

まず、ローゼナウは、「仮定的同意において問題なのは、自然法則的な因果関係ではなく、規範的な帰責連関である」と批判している[79]。すなわち、結果と直接結びつく行為との関係を因果関係として考えるならば、傷害罪の構成要件該当性において問題となるのは侵襲行為と傷害結果との関係であり、侵襲行為に先行する医師の説明の欠缺と患者の同意という違法性阻却事由の有効性との関係は、因果関係の存在の問題ではない。従って、仮定的同意において検討するこのような関係は、因果関係の問題ではなく、違法か否かという規範的な問題、すなわち客観的帰責の問題であるというのである。

さらにプッペは、仮定的同意の場合に検討するのはいわゆる仮定的因果関係（der hypothetische Kausalzusammenhang）であるが、それは実際のところは擬制された因果関係（der fiktive Kausalzusammenhang）であり、因果関係の問題ではないと批判している。すなわち、「医師が説明義務に違反している場合に得た患者の同意が無効な同意であるのに対し、医師が説明義務に違反していないという仮定された状況で得られた同じ手術に対する同意は、本来法的効果の異なった有効な同意という異なった結果で」あるはずである。従って、これは「実際には異なった結果である同意を、法的効果としては同一のものとして取り扱おうとする、擬制された因果関係と呼ばざるを得ない」のであり、やはり因果関係とは言い得ない[80]。

また、前述した通り、仮にこのような関係が因果関係の問題であるとしても、一般的に「行為なければ結果なし」という関係が認められる場合には因果関係を否定できないとされており[81]、仮定的同意が認められる場合であっても、「行為（説明義務違反行為ないし侵襲行為）なければ結果（患者の同意ないし侵襲結果）なし」と言えるために因果関係を否定することはできないという批判がなされ得る。

もっとも、説明義務違反行為を過失犯の実行行為と捉えた上で、過失因果関係の問題とする場合には、仮定的同意を因果関係の問題とする余地はある。し

---

[79] *Rosenau*, Maiwald-FS, S. 690.

[80] *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, S. 767 ff.

[81] 山中敬一『刑法における因果関係と帰属』（1984年）24頁。

かし、そのように考えたとしても、原因が複数存在するいわゆる択一的因果関係（die alternative Kausalität）の場合や、代替原因（die Ersatzursachen）が存在するような場合には、他の原因によっても同じ結果が発生したかどうかという問題が一義的には答えられ得ないことから、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が被告人に有利になるように適用され、真に不可欠な条件ではなかったとして、常に因果関係が否定されてしまうという問題がある。このことを前提として、プッペは、この考え方を仮定的同意においても適用した場合、医師が義務に従った説明を行った場合にも患者が同意したかどうか、という問題に対して一義的に答えられ得ない以上、「疑わしきは被告人の利益に」の原則によって、あらゆる説明の欠缺が刑法的保護から排除されることになり不当である、と批判している[82]。

さらに、山中教授は、このような因果関係の検討が転用できるのは過失犯の場合のみであって、仮定的同意の場合は過失犯に限定されるものではないために、因果関係論における解決は妥当ではないと批判している[83]。むしろ、仮定的同意が問題となる場合には、故意犯が問題となるように思われる。従って、やはり過失因果関係のみに依拠するのは妥当ではない。

以上の批判から、仮定的同意が認められる場合に医師が免責される根拠として、因果関係が否定されるということを挙げることはできないとして、説明の欠缺と同意の有効性ないし侵襲結果との間の関係を客観的帰責連関であると考え、仮定的同意が認められる場合には客観的帰責が否定されるために医師が免責されるという見解を主張するのが、既に述べたロクシン、クーレン及びミッチュによる客観的帰責阻却説である。

客観的帰責の考え方は、上述の通り、行為者が許されない危険を創出したが、その危険が発生した結果に実現していないという場合には、その結果を行為者の行為に帰責できないために行為者が免責されるという理論であるが、まず、この理論そのものに対する批判が可能である。例えば、杉本教授は、客観的帰責論は「結果犯規定の行為規範違反を別の実定法規（取締法規）に対する違反に見出」すことであり、このことは「規範論理的に見て正当化され得」ず、「理

[82] *Puppe*, GA 2003, S. 767 ff.
[83] 山中・前掲注（81）280頁以下。

論的必然性も全く無い」としている[84]。

また、仮に、客観的帰責論によって解決するとしても、仮定的同意による医師の免責の根拠としては考えることはできないとして、客観的帰責阻却説を批判するものも存在する。

例えば、山口教授によると、「義務に合致した行為によって代替されるべき行為は、処罰を基礎づける実行行為でなければなら」ないということを前提とした上で、「患者に対して医的侵襲をなす場合に傷害罪の構成要件に該当する実行行為は、侵襲行為そのものであり、患者に対する不十分な説明はそれに当たらない」。そのため、「説明が不十分であり患者の同意が無効となる場合に、医師に期待される行為は、侵襲行為自体を行わないことであり、患者に対して十分な説明をすることではな」い。従って、仮定的同意が認められる場合であっても客観的帰責は否定されないのである[85]。

これに加えて、ジコーは、たとえ合義務的代替行為として医師が十分に説明することを仮定したとしても、その場合には異なる結果が発生するため、仮定的同意が認められる場合であっても、やはり客観的帰責が否定されないとしている[86]。すなわち、仮定的同意の場合には、「現実には医師の説明が不十分であり、患者の意思の欠缺のため」に、同意が無効となり、従って構成要件に該当する違法な侵襲結果が発生しているが、他方、説明を十分行っていた場合（合義務的代替行為の場合）には「同意が有効となり、治療侵襲の違法性が阻却され、医師の可罰性も否定される」ために、構成要件該当結果がなくなることになる[87]。従って、仮定的同意の場合には、合義務的代替行為の場合に異なる結果の発生が予測されるため、客観的帰責を否定することができない。

---

[84] 杉本一敏「規範論から見たドイツ刑事帰属論の二つの潮流（下）」比較法学38巻２号87頁以下。

[85] 山口・前掲注（６）86頁。

[86] *Sikor,* Logische Unstimmigkeiten in der höchstrichterlichen Prüfungsformel zur hypothetischen Einwilligung, JR 2008, S. 180 ff. このようなジコーの見解を詳細に検討するものとして、杉本・前掲注（６）139頁以下がある。

[87] これと同様の批判を行うものとして、山中・前掲注（６）神山古稀279頁以下、塩谷･前掲注（６）1822頁以下、佐藤･前掲注（６）235頁以下などがある。このような批判が妥当しないとするものとして、杉本・前掲注（６）144頁以下がある。

また、杉本教授は、上述の通り、客観的帰責論そのものに欠陥があることから、仮定的同意の理論的根拠として客観的帰責論を用いることも妥当ではないとしている[88]。

以上のような批判は、客観的帰責論の構造的な問題に対するものであり、全ての客観的帰責阻却説に妥当するように思われる。すなわち、行為と結果との間の関係を検討するに際し、インフォームド・コンセントで重要となるのは、あくまでも医師の説明行為と患者の同意結果という、犯罪（傷害罪）の成否に直接関与する行為や結果ではないことから、以上のような批判が生じているように思われる。そうであるならば、根本的に客観的帰責論が対象とする行為や結果とは合致せず、従って、仮定的同意論の根拠とはならないのも納得できる。このような批判に加えて、ロクシン、クーレン及びミッチュの個別の見解に対する批判も以下のようになされている。

まず、ロクシンの客観的帰責阻却説は、仮定的同意は、説明が欠缺していることによって、医師は許されない危険を創出しているが、その危険が発生した結果に実現していないという場合であるので、既遂行為の構成要件該当性を否定するという見解である。これに対しては以下のような批判がなされている。

まず、クーレンは、同意を違法性阻却事由であると解する立場に立った上で、このように解する場合には、その有効性を問題とする仮定的同意の検討も早くても違法性の段階でなされるべきであり、構成要件段階での客観的帰責の問題として考えることはできないとしている[89]。

また、ロクシンは、仮定的同意が認められるか否か、すなわち危険が結果に実現したか否かということを判断する基準として、説明の欠缺が重大であるか否かということを挙げており、その具体的内容として、他に治療法がないなどの患者個人の意思とは関係のない客観的事情や、医師の人間性といった事情を想定しているが、このような基準は不明確である。さらに、患者の意思とは関係のない事情によって患者の意思を推し測ることを許すのであれば、そもそも患者の同意もインフォームド・コンセントも不要であるということになってし

[88] 杉本・前掲注（６）147頁以下。
[89] *Kuhlen*, Roxin-FS, S.332 ff.

まう。従って、ロクシンの見解は支持され得ない[90]。

上述のように客観的帰責論の位置づけについての批判を行うクーレンは、違法性段階での客観的帰責阻却説を主張している。すなわち、仮定的同意が認められる場合には、違法性段階への帰責が阻却され、傷害罪の既遂不法が否定されるとするのである。しかし、客観的帰責論は、伝統的には構成要件段階において考慮するものであるため、このような見解を検討するためには、まず、客観的帰責の考え方を違法論に転用することの可否について検討しなければならない。

この点については、ドイツにおいて既に同意以外の違法性阻却事由の場合において議論されており[91]、我が国においても近年注目されつつある考え方である[92]。この適用の可能性のある具体例として例えば、正当防衛による違法性阻却に関する事例において以下のような場合が想定される。すなわち、被告人が、不正な侵害者に対する正当防衛行為として、拳銃で侵害者を射撃するのではなく、威嚇射撃の限度で発砲することが許されているという状況において、威嚇射撃を怠り、直接侵害者に向けて発砲したという場合である。このような場合、正当防衛の必要性・相当性の要件を欠くために違法性が阻却されず、過剰防衛となるが、もし威嚇射撃を行っていたとしても、それによって侵害を防衛することができず、侵害者に向けた発砲まで必要となるという状況の場合には、もし威嚇射撃の限度で防衛行為を行うという義務に違反していなかったとしても、結局侵害者を射撃するという結果が発生していただろうということが言え

---

[90] 近時、インフォームド・コンセントを欠く場合に、刑法の介入が必要となるのは、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とした上で、「重要な情報」か否かの判断として、「主観的重要性」と「客観的重要性」の両面を必要とするとする見解が我が国に見られる。これは、患者の自律性を侵害し得るロクシンの見解を修正・発展させたものであるように思われる。菊池・前掲注（６）早稲田法学会誌168頁以下。

[91] *Puppe*, JZ 1989, S. 729 ff.

[92] 山口・前掲注（６）73頁参照。そこでは、日本刑法学会第87回大会において、違法性段階における客観的帰責の問題に関するロクシンの講演「ドイツの理論刑法の最近の状況について」が行われたことも、我が国の学説の動向に影響を与えたとされている。

るので、正当防衛によって違法性を阻却することができないとしても、被告人が侵害者に向かって行った発砲を、その結果に帰責できないと考えるのである[93]。

このような考え方は、行為者が実際に行った構成要件該当行為ではなく、法的義務に従った代替行為を仮定し、その場合にも同様の違法結果が発生していただろうということが言える場合に、実行行為の結果への帰責を否定するという、構成要件段階における客観的帰責論と構造上変わりがない。従って、構成要件段階での客観的帰責を認める限りにおいて、このような転用論自体は是認することができるとされている。

このような考え方を是認した上で､同意による違法性阻却の場合にも転用し、仮定的同意による医師の免責を根拠づけることに対しては、以下のような批判がなされている。

まず、プッペは、以下のような理由により、仮定的同意の場合にこのような考え方を用いることはできないとしている[94]。すなわち､「患者が完全な説明を受けていた場合にも医師によって選択された治療法を同意していたかどうかという問題は、答えられ得ない」ものであり､「疑わしきは被告人の利益に」の原則によって、この問題が医師に有利になるように判断されることによって、ほぼ全ての場合に患者が同意していたであろうということを前提としなければならなくなる。たとえ完全な説明の場合には患者が同意していなかったということが認められたとしても､「医師が説明の欠缺によっては結果の客観的帰責の要件を充たし得ないということを知っている場合には､［故意が阻却されるために］未遂処罰も否定される」こととなる。このため、違法性段階での客観的帰責阻却説に基づく仮定的同意による医師の免責を認めるならば､「医師が患者に十分に説明しないことによって、医療準則によりカバーされるあらゆる危険を患者に押し付けたとしても、医師が処罰されないことになる」。

しかし、この批判は手続きにおける立証の問題であり、犯罪実体論の問題で

---

[93] このような場合に、山口教授は、侵害者に対する発砲行為は結局必要になる行為であるから、防衛行為としての必要性・相当性を欠いていないために、結局正当防衛が成立して違法性が阻却されると解する余地があるとされている。山口・前掲注（６）84頁参照。

[94] *Puppe*, GA 2003, S. 769ff.

はない。例えば、民事判例における仮定的同意の立証については「決心の迷い」という事情を患者に立証させるという方法によって、合理的な判断を行うことが可能となっている。もちろん、刑事裁判における立証は、民事判例におけるそれよりも厳格なものでなければならない。すなわち、仮定的同意が否定されるためには、「適切に説明を受けていたならば、拒否していた可能性がある」ということの立証では足りず、「確実に拒否していた」ということの立証まで要求される。しかし、そのような立証が困難ではあってもおよそ不可能であるとは言えないであろう。従って、このような批判は妥当しない。

また、グロップは、合義務的代替行為に関する考察が客観的帰責を否定するのは、不作為及び過失の場合のみであって、作為及び故意が問題とされる仮定的同意の場合には適用することができないと批判している[95]。すなわち、仮定的同意の場合には、故意犯である傷害罪に対する医師の行為は、治療侵襲という作為行為であるから、客観的帰責論は適用できない。しかし、義務違反行為が作為行為なのか不作為行為なのかということは確定的なことではなく、また過失犯において採用されていた判断枠組みである客観的帰責論が、故意犯に妥当しない理由はない[96]。従って、このような批判も妥当しない。

以上から、クーレンの見解は、それそのものへの批判が妥当しないとしても、そもそも客観的帰責論によって仮定的同意による医師の免責を根拠づけることには理論的及び構造的問題が存在するため、妥当な見解であるとは言えない。

さらにミッチュの見解は、クーレンの見解のような違法性段階での客観的帰責論を仮定的同意の場合に適用することを認めた上で、クーレンの見解とは異なり、説明の欠缺が存在する場合のうち、治癒の可能性あるいは治療効果のある侵襲の場合には、推定的同意による違法性阻却が可能であるため、客観的帰責による医師の免責の可能性はなく、治癒の可能性あるいは治療効果のない侵襲の場合にのみ、客観的帰責によって医師が免責されるとするものである。

---

[95] *Gropp*, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 201 ff.

[96] 杉本・前掲注（6）93頁。前述のとおり、因果関係の判断については故意犯と過失犯とを区別したが、それは因果連関の流れが異なるからである。これに対し、客観的帰責連関は、因果連関の行為と結果を取り出して判断するものであり、その間の因果の流れは問題とならない点で異なっている。このことから、故意犯と過失犯とを区別すべき論理的必然性はないように思われる。

これに対しては、前述の通り、なぜ治癒の可能性あるいは治療効果のある侵襲の場合には、推定的同意による違法性阻却が可能であるのかということが明らかではない。そもそも、クーレンとミッチュの見解の差異は、推定的同意の理解の差に帰するものである[97]ため、実質的な相違はないように思われる。

従って、ミッチュの見解によっても仮定的同意による医師の免責を根拠づけることはできない。

以上の検討から、客観的帰責阻却説は、仮定的同意によって医師の免責を認める根拠として妥当ではない。そこで、ドイツの判例が採用しているように、違法性阻却事由として解する可能性があるのかということを検討する必要がある。もっとも、前述したように、判例上はその根拠が明らかではなく、ローゼナウのみが、これを理論的に支持しようとしている。また、判例は、仮定的同意を故意犯の場合と過失犯の場合とを区別しており、前者の場合には違法性を、後者の場合には客観的帰責を阻却するものであるとしている。客観的帰責による解決が妥当ではないということは、既に述べたとおりであるが、このように故意犯と過失犯とを区別することに論理的必然性もなく、妥当ではない。従って、このような解決が可能なのかどうかということは、ローゼナウの見解を検討することによって決せられることになる。

ローゼナウの見解は、仮定的同意を同意論の一部として捉えるものである。ローゼナウは、仮定的同意の場合には、説明の欠缺のために有効な同意は存在せず、現実の同意と区別されるが、推定的同意との比較では、推定的同意の場合には患者の自己決定が存在しない一方で、仮定的同意の場合には患者の意思が存在しているということによって区別されるとしている。

この見解に対しては、①仮定的同意による違法性阻却を認めると、推定的同意との関係で、患者の同意の有効性や緊急状況といった特殊事情の存否が違法性阻却事由の要素として機能しなくなるという問題が生じること[98]、②患者本人の現実的な意思ではなく仮定的意思が医師にとって重要となり、患者の自己決定権が侵害され患者の保護が著しく困難になること[99]、③仮定的同意を違法

[97] 山中・前掲注（６）神山古稀275頁。

[98] *Kuhlen*, Roxin-FS, S. 332 ff.

[99] *Kuhlen*, Roxin-FS, S. 332 ff; *Duttge*, Die „hypothetische Einwilligung“ als

性阻却事由であると解する場合には、仮定的同意と追認とを区別するのが困難であるために、実質的には患者の事後的な同意を新しい正当化事由として承認することになり、同意は事前のものでなければならないという原則に反することになること[100]などが批判として挙げられている。これらの批判は、いずれも、仮定的同意が患者の自己決定権の保護に相反するものであるということをその本質としている。従って、違法性阻却説に対してこれらの批判が妥当するか否かということは、仮定的同意によって医師の行為の違法性を阻却することが患者の自己決定権の保護に反するか否か、ということによって決せられることになる。

この点について考察するためには、そもそもなぜ侵襲行為の違法性を阻却するために患者の同意が必要であるのか、またその前提としてなぜ医師の説明が必要であるのか、ということから考えなければならない。以下、このことを明らかにし、仮定的同意が患者の自己決定権の保護に反するものなのかを検討した上で、仮定的同意論によって我が国においても医師の免責を認めるとするならば、どのような理論的根拠によって裏付けられ得るのかということについて若干の私見を述べることとする。

第２節　違法性阻却事由としての仮定的同意

ここまで検討してきたことからすると、仮定的同意を違法性阻却事由として解するのが妥当であるか否かを検討することが必要であるように思われる。このことは、まず、違法性阻却原理を検討することによって可能となる。

これに関し、我が国において、大別すると①目的説、②社会的相当性説及び③優越利益説の３つの見解が主張されている。①は、行為が正当な目的のための正当な手段である場合には、違法性が阻却されるとする説である。「『正当な目的』達成のための『相当な手段』という考え方の内容は明確ではなく、それ

Straf- ausschlußgrund: wegweisende Innovation oder Irrweg?, Festschrift für Friedrich- Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 182 f.

[100] *Otto*, Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, JURA 2004, S. 683; *Gropp*, a.a.O., S. 206 f. 同様の見解として、武藤・前掲注（６）東洋法学33頁。

が実際にどのようにして判断されるのかは明らかではない」[101]ということが、この説に対する批判である。

また、②は、問題となる法益侵害行為が、別の法益の保護に資するものであり、その手段として「社会観念上是認し得ること」という意味での社会的相当性を有する場合には、違法性が阻却されるという説である。この説に対しては、まず、社会的相当性という観念が不明瞭であるということが批判として挙げられる。さらに、「結果無価値が結果価値によって止揚されているのに、さらに行為価値による行為無価値の止揚を要求するのは、結局、行為無価値のみを根拠として犯罪の成立を肯定すること」になるという批判もなされている[102]。

これに対し、③は、法益性が欠如している場合又は利益衡量によって優越利益性が認められる場合には、違法性阻却が認められると解する説である[103]。法益性が欠如すると言えるのは、問題となる法益が、被害者の有効な同意などによって保護に値しない場合であり、優越利益性があると言えるのは、法益侵害を惹起することが、別の法益を保護するために必要であり、侵害法益Ａ（惹起された法益侵害）と保全法益Ｂ（回避された法益侵害）とを衡量した結果、保全法益が侵害法益と同等か、それよりも優越している場合である。このような場合には、「Ｂ－Ａ≧0となるから、社会功利主義の見地から、その行為は全体として正当化されることになる」[104]。この見解は、利益を判断する際に「判断者は憲法を頂点とする実定法を手掛かりとして、衝突する利益を評価し、それを衡量して結論を出さなければならない」ため、「違法判断が直観によってなされ、恣意が介入するという事態をさけることが可能となり、判断者の判断過程を外部に対して可視的にし、それに対する合理的な検討・批判を可能とする」[105]点が、①及び②説に比べて優れており、支持することができるように思われる。従って、侵襲行為の場合にも、優越利益説によって違法性阻却効が導かれるものであるとして、それぞれの要件を検討すべきである。

---

[101] 内藤・前掲注（１）307頁。

[102] 山口厚『刑法総論（第２版）』（2007年）105頁。同様の見解として、内藤・前掲注（１）313頁以下がある。

[103] 山口・前掲注（102）105頁以下。

[104] 西田・前掲注（１）134頁。

[105] 町野・前掲注（１）147頁参照。

このような前提に立った上で、治療行為の正当化要件について考えると、以下のようになる。

治療行為において、その行為によって維持・増進される生命・健康という身体的利益の方が、その行為によって侵害される患者の身体的利益よりも大きいという意味で、前者に客観的優越利益性が認められる。このような客観的優越利益性は、治療行為が①医学的適応性及び②医術的正当性の要件を具備する場合に認められると言えるだろう。しかし、治療行為は、既に述べた通説によると、①及び②の要件を充たすことのみによって直ちに違法性を阻却することはできず、③患者の同意の要件も必要である。なぜならば、侵襲行為において衡量されるのは、いずれも患者自身に帰属する利益であり、たとえそれが客観的優越利益性の認められるものだとしても、本人の意思に反して、それを擁護することを認めることはできないからである[106]。すなわち、③の要件は、患者の自己決定権の保護し、専断的治療行為を防止するために必要なのである。

先に述べたとおり、通説によると、③の要件については、それが有効であるための前提として医師の説明が必要であるとされており、このことは是認することができる。なぜならば、自身の病気がどのようなものであり、それに対してどのような侵襲が行われるのかといったことを何ら認識していない患者は、そもそも侵襲に関する自己決定をできないからである。しかし、③の要件は、違法性阻却事由の１つである、いわゆる被害者の同意と必ずしも同じものではなく、被害者の同意の場合より緩和された要件のもとで、その存在と有効性を肯定し得る[107]。なぜならば、①及び②の要件を充たす場合には、前述したように、客観的には患者の利益をもたらすものであるため、③の要件としては医的侵襲行為が患者の意思に反していないということが認められれば足りるからである。

このことに関し、町野教授は「患者の意思は医学の専断を抑制するという役割を果たすものであり、患者の個人的選択に反する治療行為に限って違法であると考えるべきである」という前提に立たれた上で、「患者の意思が治療行為の正当化に意味を持ち自己決定権が認められなければならないのは、治療行為

106 町野・前掲注（１）132頁以下。

107 町野・前掲注（１）178頁。同様の見解として、内藤・前掲注（１）532頁、山口・前掲注（102）164頁、佐藤・前掲注（６）217頁以下がある。

の持つ客観的な事前・事後の優越利益性が主観的にも患者の選択に反しないことを確保する必要があるからである」と述べられている[108]。

また、実際の医療現場において、手術を受ける患者が、個々の侵襲の詳細な態様や危険についてまで全て認識した上で同意しているわけではないことからしても、患者の同意を被害者の同意と同列に扱うことができないということは明らかであろう[109]。

このようなことからするならば、③の要件は、被害者の同意よりも緩やかなもので足りるとするという方向性は妥当なものである。

もっとも、町野教授は、以上のことを前提とされた上で、具体的に、患者の推定的同意が認められる場合には患者の意思に反しておらず、③の要件が充たされるとされている。すなわち、患者の推定的同意が認められる場合には、行為が患者の意思方向に合致している蓋然性が認められるため、客観的優越利益性のある行為により侵害された法益の法益性が欠如するというために違法性が阻却できるとするのである[110]。より具体的に言うならば、「[もし、適切な説明が医師からなされることによって] 患者が当該状況を正しく認識したとするなら治療的侵襲の結果・危険に対して同意を与えることを拒絶しなかったであろうと認められる場合には、患者の現実的な同意が存在せず、あるいは [医師の説明の欠缺によって] それが無効であったとしても、[推定的同意（意思方向との合致の蓋然性）が認められることによって] 結果の発生は合法となる」ということである[111]。

しかし、町野教授の見解のように、③の要件を推定的同意が認められる範囲にまで緩和することには、以下のような疑問があるように思われる。

まず、米村教授が指摘されているように、このような町野教授の見解は、「自己決定権を保護すると言いながら、実際上は推定的同意によって大半の医的侵

[108] 町野・前掲注（１）172頁以下。

[109] 内藤・前掲注（１）533頁。また、このことについて町野教授は、これらの同意が有効となるためには、「医師は患者に対して医学の講義を事前にしなければならないことになってしまう」と述べられている。町野・前掲注（１）197頁。

[110] 推定的同意の違法性阻却根拠について、詳細に論証されているものとして、町野・前掲注（１）199頁以下がある。

[111] 町野・前掲注（１）199頁以下。

襲行為が正当化されることになり、不当である」という批判がなされる余地がある[112]。この点について、ローゼナウも、患者の推定的同意は、患者が自己決定や意思の形成を全く行わないということであるので、このような要素によって③の要件の有効性を判断すると、患者の意思が治療行為の正当化要件とは関係ないということになると批判している[113]。

また、これまでの一般的理解によると、推定的同意による違法性阻却が認められるのは、意識不明の患者に対する緊急手術など、患者が実際に同意できない場合に限定されるべきであるとされている[114]。これに対し、仮定的同意が問題となるような治療行為の場合には、このような場合とは異なり、緊急性の要件を欠き、現に医師が十分に説明し得る状況及び患者が同意を表明し得る状況が存在しているので、推定的同意による違法性阻却は認められないように思われる。

さらに、山口教授が指摘されているように、このような町野教授の理解は、「『法益主体の意思に合致する』(被害者の同意)という違法性阻却事由から、『法益主体の意思に合致する事前的蓋然性が存在する』という別の違法性阻却事由を引き出すもの」[115]であり、不当であるという批判も可能である。

なお、仮に、推定的同意についてこのような理解に立ち、推定的同意が認められる範囲まで患者の同意の要件を緩和するとしたとしても、意思方向とは何かということについて明らかではないという問題が残されている。また、意思方向との合致を具体的にどのような要素によって判断するのか、ということも明らかではない。

以上のことからすると、町野教授が示されるように、③の要件を推定的同意が認められる範囲にまで緩和するというのは妥当ではないように思われる。

これに対し、本稿で検討した、「仮定的同意」が認められる場合には、確かに、

---

112 米村滋人「再論・『患者の自己決定権と法』」『町野朔先生古稀記念　刑事法・医事法の新たな展開　下巻』(2014年) 106頁以下参照。

113 *Rosenau*, Maiwald-FS, S. 696.

114 Vgl. *Kuhlen*, Roxin-FS, S. 333. なお、同様のことは、山中・前掲注（６）神山古稀275頁、塩谷・前掲注（６）395頁、武藤・前掲注（６）東洋法学16頁以下、杉本・前掲注（６）134頁においても指摘されている。

115 山口・前掲注（102）169頁。

行為時点においては、説明に基づく同意は存在していないが、もし説明をしていたとしても、患者が同意していたであろうということが認められる場合であるので、この場合には、①及び②の要件を充たす侵襲行為が、患者の意思に反しているものではないということが認められるように思われる。従って、前述したことからするなら、このような場合に、治療行為として違法性阻却を認めることは可能であるということが言える。

このことについて、ローゼナウは以下のように述べている。すなわち、仮定的同意は「説明の欠缺によって、意思表示が有効な同意としてみなされないという場合」であるが、「侵襲を同意する意思を患者が実際にもっているということが要件となるという意味では、原則的な同意がある」場合であり、従って③の要件を具備しているということができ、治療行為の違法性が阻却される。

また、近時我が国において、古川教授が「仮定的同意の問題は、存在しない同意を仮定的に認める、という話ではな」いとして、仮定的同意という用語ではなく「潜在的同意」と言い表された上で、このような同意が存在する場合には、「説明していなくても、患者の理解が得られてい［る場合であるので、］（中略）侵襲は正当化される」とされているのも、①及び②の要件を充たす治療行為が、患者の意思に反していないと認められる場合には、違法性が阻却されるとするという趣旨であるように思われる[116]。

以上のことからするならば、①及び②の要件を充たす治療行為において、仮定的同意が認められる場合には、当該侵襲が患者の意思に反していないということが認められるので、違法性の阻却が認められるということになる。

結びにかえて

医師の説明義務という概念は、治療行為の正当化の議論の中で発展し、判例や学説において議論されてきたものである。このような議論の中で、現在の我が国において、その範囲は非常に過大なものとなっている。このことは、医師－患者間における健全な医療関係の確立を損ね、ひいては患者にとって不利益となるという問題を生じさせている。本稿は、同様の問題が生じているドイツにおいて、仮定的同意という法理論によってこのような問題を解決していると

[116] 古川・前掲注（６）88頁以下。

いうことに着目し、まずドイツの判例・学説における仮定的同意論を整理・検討した上で、もし、我が国において仮定的同意によってこのような問題を解決し得るとするならば、どのような理論的根拠により医師の免責を認めることができるのかということについて、治療行為の正当化の議論に立ち返りつつ、刑法的な観点から若干の考察を行ったものである。

仮定的同意論は、説明義務違反に基づいて医師の損害賠償責任を過度に認めてきたドイツの民事判例において、それを制限するものとして発展してきた。ドイツにおいては、刑事判例においても、説明義務違反を根拠に医師を傷害罪で処罰していることから、このような処罰範囲を制限するための理論としても仮定的同意が採用されるようになった。刑事判例においては、仮定的同意が認められる場合の法的効果は故意犯の場合には違法性阻却であり、過失犯の場合には客観的帰責阻却であるとされている。しかし、このような法的効果が生じる根拠は明らかではなく、故意犯と過失犯とで異なった法的効果が生じるとすることにも理論的な妥当性があるとは言えない。

このような判例の状況に対し、ドイツの刑法学説においては、仮定的同意の法的効果に関して、（1）因果関係の否定ないし客観的帰責の阻却がなされるとする見解と、（2）違法性阻却がなされるとする見解が存在している。しかし、（1）の見解に対しては、仮定的同意が認められるような場合であっても因果関係ないし客観的帰責を否定することはできないという批判が妥当し、仮定的同意の理論的根拠として考えることはできない。

他方、治療行為の正当化原理に立ち返ってみるならば、（2）の見解は妥当であるように思われる。その理由は、以下の通りである。

治療行為が、①医学的適応性及び②医術的正当性の要件を充たす場合には、客観的優越利益性が認められるため、③患者の同意の要件は、被害者の同意とは異なり、それよりも緩やかなものでよい。その内容としては、当該治療行為が患者の意思に反していないということで足りると解されている。従って、①及び②の要件を充たす治療行為が患者の意思に反していないということが認められる場合には、③の要件を充たし、違法性が阻却される。

もっとも、このような前提に立ったとしても、町野教授が主張されているように、③の要件を推定的同意が認められる範囲まで緩和するというのは妥当ではない。なぜならば、患者の意思方向との合致の蓋然性があることによって③の要件が充たされるとするならば、①及び②の要件を充たす治療行為のほとん

どはそれだけで正当化されることになり、それでは、患者の自己決定権を保護し、専断的治療行為を阻止するために必要とされている③の要件を、事実上無意味なものにしてしまうことになるからである。

これに対し、「もし、医師の説明の欠缺がなかったとしても、患者が同様に侵襲に同意していただろう」ということが認められる場合には、患者の意思に反していないということが認められ、患者の自己決定権も保障される。従って、①及び②の要件を具備する治療行為において、患者の仮定的同意が認められる場合には、違法性の阻却が認められるように思われる。

その上で、以上のような枠組みを具体的な事案にあてはめると、以下のようになる。例えば、前述の乳腺症事件のような事例において医師の刑事責任が問われた場合には、仮定的同意によって、医師の行為の傷害罪としての違法性が阻却される。なぜならば、左乳房の全摘に関する説明はなかったものの、当該侵襲は①及び②の要件を充たすものであり、既に右乳房の全摘について説明を受けた上で同意し、乳癌の治癒可能性の取得を選択していたという、当該患者の個人的事情に鑑みれば、左乳房の全摘という当該侵襲が患者の意思に反していなかったということが認められるからである。これに対し、前述のエホバの証人事件のような場合には、仮定的同意が認められることはなく、医師を傷害罪で処罰することになる。なぜならば、絶対的無輸血を表明していた患者については、当該侵襲が患者の意思に反するものであるということが明らかに認められるからである。

本稿は、治療行為において患者の仮定的同意が認められる場合に、どのような理論的根拠に基づいて医師の免責が認められるのかということの枠組みを示したものである。このような考察は、インフォームド・コンセントがあまりにも広範囲に求められ、医師の負担が増大している昨今の状況を改善し、患者にとって利益となる医師－患者関係の構築に寄与するように思われる。もっとも、具体的にどのような事情や要件が認められる場合に、このような仮定的同意によって違法性の阻却が認められるの[117]か、また、どのように立証すべきなのか、ということまでは検討することができなかった。この点については、今後の検

[117] この点について、ザリガーは、説明されていなかった事項のうち、法益侵害の具体的なリスクについての知識の有無という基準を用いると述べており、注目される。Saliger, a.a.O., S. 270.

討課題としたい。