HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	正当化要件としての患者の同意とインフォームド・コンセント（３）：「仮定的同意」の問題を手掛かりとして
Author(s)	富山, 侑美
Citation	北大法学論集, 74(2), 71-127
Issue Date	2023-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/90232
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_74_2_03_Tomiyama.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

正当化要件としての患者の同意とインフォームド・コンセント（3）

――「仮定的同意」の問題を手掛かりとして――

富　山　侑　美

目　　次

序章
　第１節　問題の所在
　第２節　検討の方法
第１章　患者の現実的同意とインフォームド・コンセント
　第１節　問題の所在
　第２節　正当化要件としての患者の現実的同意に関する学説の展開
　第３節　判例
　　第１款　我が国の判例
　　（１）乳腺症事件
　　（２）舌癌事件
　　（３）エホバの証人輸血拒否事件
　　（４）乳房温存療法事件
　　（５）小括
　　第２款　ドイツの判例
　　第３款　小括　　（以上、72巻４号）
　第４節　基本的人権としての自己決定権の保護との関係
　　第１款　検討の視点
　　第２款　ボン基本法２条２項１文と患者の自己決定権
　　第３款　日本国憲法13条と患者の自己決定権
　　（１）エホバの証人輸血拒否事件控訴審判決
　　（２）東海大学病院安楽死事件
　　（３）川崎協同病院事件

（４）幸福追求権について
（５）インフォームド・コンセントと患者の自己決定権
第５節　小括　（以上、72巻６号）
第２章　仮定的同意の理論的検討と有効な患者の同意
第１節　問題の所在
第２節　判例
第１款　ドイツの民事判例
第２款　ドイツの刑事判例
（１）サージボーン事件
（２）椎間板事件
（３）椎間板事件以後の判例
第３款　小括
第３節　学説
第１款　因果関係ないし客観的帰責の問題として考える見解
（１）ウルゼンハイマーの見解
（２）ロクシンの見解
（３）クーレンの見解
（４）ミッチュの見解
第２款　違法性阻却説
（１）ローゼナウの見解
（２）ベックの見解
第３款　小括
第４節　検討
第１款　刑法理論における仮定的同意
（１）ドイツの学説の検討
ａ）ウルゼンハイマーの見解への批判
ｂ）客観的帰責説への批判
ｃ）違法性阻却説への批判
（２）仮定的同意による治療行為の正当化
第２款　インフォームド・コンセントの本質としての仮定的同意
第５節　小括　（以上、本号）
第３章　意識のない患者の緊急治療と家族等のインフォームド・コンセント
第４章　意思無能力者と家族等のインフォームド・コンセント
終章

第２章　仮定的同意の理論的検討と有効な患者の同意

第１節　問題の所在

第１章では、治療行為の正当化要件として、患者の同意が必要であることから、それを有効にするための医師の説明義務が過大化しているという問題と、患者の自己決定権の憲法・民法・刑法的な内容について検討した。そこでは、治療行為の正当化として患者の同意が有効であることと「十分な」インフォームド・コンセントであることとは別個のものであることを示した。すなわち、医療実務においては、治療行為の正当化についてインフォームド・コンセントが必須とされているが、説明が不十分であっても、患者の同意が無効であり、治療拒否・選択権という患者の自己決定権が侵害されていると直ちにはいえない。その基準として、「人格的生存」要件は一定の意味を有する。

実際に、患者の現実的同意があるとはいえない場合も、治療行為として正当であると考えられている。大別すると以下の３つの場合である。すなわち、（Ⅰ）十分な説明に基づかない患者の同意がある場合、（Ⅱ）患者が意識不明等でインフォームド・コンセントを得ることが不可能である場合、（Ⅲ）患者が精神障害者や未成年であるために、医師の説明を十分に理解し、判断することができない同意無能力者である場合である。しかし、これらの場合に、いかなる理論的根拠により正当化されるかは明らかではない。そこで、本章では、（Ⅰ）十分な説明に基づかない患者の同意がある場合について、治療行為の正当化がどのようにして可能なのか、インフォームド・コンセントや患者の自己決定権の理論とはどのような関係にあるのか、ということを検討する。

「十分な」インフォームド・コンセントを突き詰めていくなら、第１章で紹介した民事判例にみられるように、医師の説明義務は過大化してゆく。すなわち、説明が不十分であることによって医師の法的責任（我が国では民事責任）を負うということになるにつれて、患者ができるだけ多くのことを説明され、その上で治療を選択するということが必要となってくる。

しかし、医師に過大な説明義務を課し、大きな負担を強いることは、

健全な医療を損なう恐れがあり、患者の利益とはならない。患者のインフォームド・コンセントを得る、ということが、個々の患者の様々な事情を考慮して、医師と患者が病気の治療に協同して専念するためのものではなく、訴訟になったときの医師の保身のための手続に映ることもあるからである。さらに、医師が過大な説明義務を充たす説明を行うことによって患者に過大な情報を与え、あらゆる判断を全て患者に委ねることは、かえって患者に不利益をもたらすこともある。あらゆる事情を知りたい、という人にとっては良いかもしれないが、何事も選択肢が多ければ多いだけ良いわけでもない。その中から何かを選択する、というのは、病気を治すという本来の目的に使うべき患者自身のエネルギーを、別のことにも使わなければならないということを意味し得る。

他方、今日のドイツの刑事判例において、我が国と同様、治療行為は傷害罪の構成要件に該当すると考えられており、学説上もそのことを前提として患者の自己決定権の問題が検討されている。また、我が国と同様に、医学的正当性の要件と患者の同意要件とを充たす場合には正当化が認められ、このうち患者の同意要件が有効となるためには、医師の説明が必要であると考えられている。ドイツにおいては、判例上もこのような考え方が示されており、医師の説明義務違反がある場合には、傷害罪の成立が認められる。それゆえ、ドイツにおいても我が国と同様、医師の説明義務の過大化という問題が生じている。

医師の説明義務の過大化の問題を解決する理論の１つとして、近年、ドイツにおいていわゆる「仮定的同意（die hypothetische Einwilligung）」が盛んに議論されている。これは、不十分な説明に基づいて、患者が治療行為に同意していることを前提として、「もし、医師の説明義務違反がなかった（医師が十分に説明していた）としても、患者がその治療行為に同意していただろう」という関係が認められる場合には、医師の免責を認めるという理論である。この理論を前述した乳腺症事件の場合に適用すると、もし、患者が左乳房の全摘手術について説明を受けていたとしても、当該侵襲を同意していただろうと言える場合には、医師の法的責任が否定される。

この理論は、十分な説明に基づかない患者の同意がある場合の治療行為の正当化の問題として読み換えることができる。そこで、本章におい

ては、仮定的同意論はどのような理論的根拠に基づいて医師の免責を認め得るのかということを、刑法的観点から検討した上で、正当化要件としての患者の同意の有効性に関する問題と、民事訴訟上問題となるインフォームド・コンセントとの関係を明らかにすることとする。そのために、仮定的同意論がドイツの民事判例において発展し、その後刑事判例においても採用され、現在は刑法学説上も盛んに議論されていることから、まず、ドイツの民事及び刑事判例を概観した上でドイツの学説を整理・検討することによって、（Ⅰ）十分な説明に基づかない患者の同意がある場合の治療行為の正当化理論がどのように考えられるべきか、考えを示していくこととする[1]。

第２節　判例

第１款　ドイツの民事判例

医師が説明義務に違反している場合に、当該義務違反に基づく治療行為と患者の損害との間の因果関係が欠缺しているということを根拠に医師の不法行為責任を否定するとする判例は、1900年代初頭から存在していたが[2]、仮定的同意に独自の意義を認めたと評価されているのは、連邦通常裁判所（以下、BGH。）1984年２月７日判決[3]である[4]。

事実概要は、以下のとおりである。原告である34歳の女性患者は、両頸部及び左上胸部にリンパ節の肥大が見られ、1974年７月に、被告医師Ａの下でリンパ肉芽腫症（die Lymphogranulomatose）であると診断された。その治療のため、被告医師Ｂによって同年同月２日から放射線治療が開始されたが、放射線治療に伴う脊髄損傷（der

[1] 仮定的同意に関する判例の詳細は、拙稿「インフォームド・コンセントにおける仮定的同意（１）（２・完）」北大法学論集68巻１号61頁以下、２号45頁以下を参照。

[2] RG JW 1907, 505; RG JW 1932, 3328; RGZ 163, 129; BGH NJW 1956, 1106など。

[3] BGHZ 90, 103.

[4] Vgl. *Hemgstenberg*, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht – Zu den „Risken und Nebenwirkungen“ eines Transfers der Rechtsfigur aus dem Zivil- in das Strafrecht, 2013, S. 10.

Rückenmarksschädigung）のリスクについては説明されていなかった。治療開始から約14日後に、嚥下障害や呼吸困難を起こし、同月20日からは、脊髄炎（Rückenmarksreizung）によって、頸椎と腰椎を屈伸させる際に打たれるような痛みを訴えるようになった。翌1975年４月から、まず、両肢に感覚障害（Gefühlsstörung）が発生し、その後、痙性の麻痺、肛門及び膀胱の括約筋の衰弱並びに右上腕の感覚麻痺も生じた。同年８月６日、被告Ａの病院において、脊髄炎であると診断されたため、同年８月から翌1976年９月まで、大学病院Ｆにおいて、細胞増殖抑制性の薬によって治療されたが、1975年12月から、第５胸髄 T5の部分に不完全対麻痺（die inkomplette Querschnittslähmung）を起こした。

原告は、被告の放射線治療に関するリスクに関する説明義務違反による損害賠償請求を行ったが、地方裁判所（以下、LG。）がこの訴えを退けたため、原告が上告した。BGH は、これを受け入れ、以下の理由から原判決を破棄差戻した。

医師は、放射線治療を行わなければ、残された平均寿命が２、３年しかなかったことや、対麻痺を発症する確率が10倍高かったということを根拠に、もし原告患者がふさわしい説明を受けていたとしても、放射線治療に同意していただろうと主張しているが、「患者の自己決定は、医学的にみて不合理なものであっても尊重される」ため、このような主張によって医師の損害賠償責任を否定することはできない。また、「患者個人の行為当時の立場からみて、説明されていた場合にも同意していただろうということは、医師側から立証できない」。従って、患者側が、もし、説明をされていたならば、同意していなかっただろうということを立証する責任を負い、その際、「決心の迷い（Entscheidungskonflikt）を表明していたということの立証をもってこれを成し得る」が、本件については、原審の認定においてそのような立証が説得的に行われていない。

本判例は、仮定的同意が認められるか否かということの判断は、個々の患者を基準とするとした上で、患者にその立証責任を負わせることを明示したものである。具体的に、行為時点において、患者自身が「決心の迷い」を表明していたかどうかということを立証することによって仮定的同意の抗弁が否定されるとした。仮定的同意についてのこのような

立場は、現在の判例においても採用されている[5]。後述する刑事判例においても、「決心の迷い」という基準に基づいて患者の意思を推定するという手法が用いられている点でも、本判例の存在意義は大きい。また、本判例において最も重要なことは、これまで医師の説明義務という観点から、説明しなければならない事項を説明していたか否かについての立証責任が医師に存在すると考えられてきていたが、患者の内心についての問題であるということを重視する意味でも、その立証責任を患者に転嫁していることである。

第２款　刑事判例

このような仮定的同意に関する民事判例の影響を受け、刑事判例においても仮定的同意によって医師の説明義務違反に基づく刑事責任を否定することが認められるようになった。

まず、仮定的同意の考え方を刑事判例において初めて考慮したものであるとされているのは、第２筋腫判決[6]である[7]。事案は、以下の通りである。

被告人である医師が、被害者である患者の下腹部の２つの腫瘍を摘出するために子宮（die Gebärmutter）を手術していたが、その手術において、腹壁を切開した結果、多数の筋腫結節（der Myomknoten）及び子宮の右端にりんご大の有茎筋腫結節（der gestielter Myomknoten）が発見された。それゆえ、医師は、子宮の外側と左右の卵巣を残して、子宮のそれ以外の全ての部分を摘出した。この手術は、専門家として妥当な計画、方法及び範囲において行われたものであったが、手術の後で、患者がこのような広範囲に及ぶ手術には同意していなかったということが明らかとなった。

第１次事実審においては無罪の判決が下されたが、患者の上告によっ

---

[5] BGH NJW 1986, S. 1541; 1991, S. 1543; 1992, S. 2351など。

[6] BGHSt 15, 200.

[7] *Rönnau*, Anmerkung, JZ 2004, S. 801.

て行われた第1上告審であるBGH 1957年11月28日判決[8]の差戻審のLGにおいては、過失傷害罪とされた。このLGによる過失非難の根拠は、医師の個人的な経験や知識から尽くすことを要求された注意を怠ることによって、患者に対し事前に手術の拡大の必要性を伝えなかったこと及び誤って患者の有効な同意があるということを前提としてしまったことに、医師の過失があるという。

これに対して医師が上告したが、BGHは、手術の拡大の可能性について、「事前に説明されていたとしても、患者が同意を与えていただろうという場合には、医師が患者の同意が存在すると考えたとしても過失がない」として、LGの有罪判決を破棄差戻した[9]。

本判決は、刑法上、仮定的同意が認められる場合には、が存在すると考え得るということを認めるものであるが、具体的にどのような場合に仮定的同意が認められるのかということについては示されていなかった。この点を明らかにしたのが、「睾丸摘出事件（Der Hodenentfernungs-Fall）」[10]である。事案は、以下の通りである。

当時、病院の外科助手であった被告人医師Oeは、左睾丸に痛みを伴う腫れを訴えている被害者である患者Jを診察し、その原因について、結核かもしれないし、良性ないし悪性の腫瘍かもしれないと診断し、治療のために左右の両睾丸を摘出する必要があると考えた。しかし、癌の可能性といった暫定的な診断については患者に説明しなくてよいと考え、両睾丸の摘出手術が必要であるということのみを患者に説明した。Jが、1度に両睾丸を切除しなければならないのかどうか被告人に尋ねたところ、被告人は、1度に全て摘出するのではなく、手術中に組織を顕微鏡で検査することによって病因を特定してから、どのような処置をするか決定すると伝えた。これに対しJは何も言わず、手術前の準備の間も何ら疑問を示さなかったので、被告人は、Jが手術の範囲について顕微鏡による検査の結果によって決定することに同意し、その決定につ

---

[8] BGHSt 11, 111.

[9] 以上の事実概要及び訴訟経過の詳細については、*Hengsteiberg*, a.a.O., S.82 ff. 参照。

[10] BGH JZ 1964, S. 231.

いて任されたものと考えた。手術において、病因が重度の開放性の結核（der offener Tbc）によるものであることが判明し、それによって今後すぐに発症し得る膀胱結核（die Blasentuberkulose）を予防するためには両睾丸を切除することが必要であると判断して両睾丸を摘出し、病気は治癒した。被告人が、手術後に患者に対し、行われた手術について説明したところ、患者は、もし手術の範囲及び影響について説明されていたならば、手術に同意していなかっただろうと主張した。なお、結核性炎症のために、患者は手術の前に既に生殖無能力になっていた。

LG は、患者の有効な同意は、手術の利害得失について、自身で事前に十分考慮し判断した場合に存在するため、医師はそのために十分に説明をし、質問する機会や考える時間を与えなければならないとした上で、本件においては医師の十分な説明が欠けるために有効な同意は存在せず、傷害罪の違法性は阻却されないが、被告人が患者の有効な同意があると誤認していたために故意が阻却され、過失傷害罪が成立するとした。これに対し、被告人が上告し、BGH は、以下のような理由から原判決を破棄し、被告人を無罪とした。

まず、原則的に「たとえ医療準則に従った医師の手術であっても、患者の同意に瑕疵がある場合には、傷害罪の構成要件に該当し」、その違法性が阻却されるのは患者の有効な同意が存在する場合である。これに対し、同意がない場合には「たとえ手術に落ち度がなく、良好な結果を得られたとしても違法性は阻却されない」とした。患者の有効な同意の要件については、手術の方法及び範囲に関する医師説明であるとするのが有力であり厳格な立場であるとした。

その上で、本件については、手術を延期することができないわけではないが、病因を特定するために必要であったこと、結核又は癌若しくは良性腫瘍である可能性があるという暫定的な診断は、病因が特定できていない段階においては医師が説明すべき範囲には入らないこと、患者はどの臓器に対する手術であるかということや、場合によっては両睾丸の摘出が必要となるということを知っていたこと、病気による両睾丸の痛みがあるために睾丸の摘出が必要であり、その暫定的な診断や手術範囲の判断に両睾丸が含まれるということを患者が知っていたことなどを理由に、暫定的な診断について説明しなかったことは説明義務違反ではな

いとした。被告人の怠った説明が既に説明義務の範囲ではないために、患者の同意が有効であると判断して無罪を言い渡した。

LG が、手術の影響について全く知らず、知らないことについて同意を与えることはできないということを被告人が認識する義務があったということを過失責任の根拠にしているのに対し、BGH は、第２筋腫判決を引用して、過失非難が可能な場合として、「もし患者に対し（中略）手術範囲について説明していたならば、その範囲の手術を患者が間違いなく拒否する」ということを、被告人が認識することができ、認識したに違いないという場合を挙げている。この見解によると、「J が、本件のような［患者の年齢や術前に既に患者の睾丸が生殖無能力になっていたこと、手術の必要性、生命への危険が差し迫っていることなどの］事情にもかかわらず、もし左の睾丸をどのような場合であれ摘出しなければならないということを説明していたならば、絶対に患者が同意していなかっただろうということを、被告人が認識できたであろうということが認められる場合にのみ、過失非難が妥当する」。そして、本件においてはこのことが認められないために、もし両睾丸の摘出が不可避であることを説明していたとしても、患者は同意していただろうということが認められ、過失非難は妥当しないとした。

本判決は、補足的にではあるが、仮定的同意の考え方による過失非難の否定を認めている。そのようなことが認められる根拠として、睾丸が既に生殖無能力になっていたことや手術の必要性といった、客観的事情を具体的に挙げていることが、上述の第２筋腫判決とは異なっている。もっとも、この判例においても、刑法上のどのような根拠から過失責任を否定するのかということは明らかにされていない。これに対し、仮定的同意の存否の判断材料や、仮定的同意の刑法的効果について論じているのが、「O 脚事件（Der O-Beine-Fall）」[11]である。事案は、以下の通りである。

[11] BGH Urteil vom 25. 09. 1990 5 StR 342/90.（http://www.juris.de/jportal/portal/t/p7k/page/jurisw.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=KORE520909100&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint）

付帯原告である被害者患者Jは、O脚を手術で矯正してもらうために一般病院Bの整形外科長であった被告人医師の下を訪れた。被告人の診察を受ける前に、既に2人の医師の診察を受け、患者のO脚は手術が必要なものではなく、手術を行う利益よりもリスクの方が大きいということを理由に、O脚矯正手術を思いとどまるよう助言されていたが、どうしても手術を行いたかったため、被告人の診察を受けた。被告人は、とりわけこの患者の希望を重視して、高位脛骨骨切り術（die lange Schrägosteotomie）によってO脚矯正手術を行うこととした。術前説明において、手術の危険性や合併症の可能性については、一般的な事項についてしか話しておらず、骨髄炎（die Osteomyelitis）や関節の癒着不良（die Pseudarthrose）といった本件手術特有のリスクについては説明していなかったが、患者は、この手術は簡単ではなく大きな手術になり、危険のないものではないが、自身の強い希望を聞いてくれる被告人に出会えたことを喜び、手術に同意した。2回に分けて行われる手術の前に、毎回、助手である女医H. -L. が、患者に対し創傷治癒障害、血液供給障害及び感覚障害並びに痛みに関する全般的な説明のみを行って、この手術特有のリスクについて説明せずに同意書を取り、手術が行われた。手術後、入院中に、患者の左足に骨髄炎及び関節の癒着不良が生じ、何度も手術を行ったが、カリパー副木（die Gehapparat）を装着しても十分に歩行することが困難な状態になり、癒着不良は現存したままとなった。

このような事実に対し過失傷害罪の成否が争われ、LGは、被告人に無罪を言い渡した。BGHは、本件手術が医学的正当性のあるものであると認められることに加え、以下の理由から無罪部分に対する患者の上告を棄却し、被告人を無罪とした。

「確かに、被告人がこの手術に特有のリスクについて説明しなかったことは、義務違反行為である」が、この義務違反行為と傷害との間の因果関係が存在しない。なぜならば、「患者がO脚を手術によって矯正したいという切なる希望を叶えてくれる被告人にようやく出会ったということや、被告人の医師としての技量や手技に無条件の信頼を置いていたということが認められる本件の事情の下では、もし、関連する全てのリスクについて説明されていたとしても、患者は手術に同意していただろうということが認められる」からである。従って、被告人に過失傷害罪

は成立しない。

本判決は、まず、仮定的同意が認められるか否かということの判断材料として、どうしても本件手術を希望していたという患者の主観的・個人的な事情を具体的に挙げている。さらに、仮定的同意が認められる場合には、説明の欠缺と結果との間の過失因果関係が否定されるために、医師の責任が否定されると明示している。すなわち、仮定的同意により医師の刑責を否定する理屈が、因果関係の否定であるということを示した点に、本判決の意義がある。もっとも、患者の主観的・個人的な事情をどこまで考慮するか、あるいはいかに考慮するか、という認定についてはなお、明らかではない。

以上のような判例の状況を踏まえた上で、仮定的同意の刑法上の性質を明確にしたのが、以下の判例である。

（1）サージボーン事件[12]

大学病院の神経外科長であった被告人は、1990年6月から、傷んだ頸部椎間円板（Halsbandscheibe）を除去した後で、隣接する椎体骨（Wirbelkörper）との間に、椎間固定具（Abstandhalter）として、牛骨のサージボーン合わせ釘（サージボーンという削る機械で作る合わせ釘）をはめこむというある種の侵襲（HWS-Disc-Ektomien 手術法。以下、術式①）を実施していたが、この合わせ釘は、例えばカナダといった諸外国では慣例だったものの、ドイツ薬品法（Arztneimittelgesetz）においては許認可義務があるものであり、1990年時点において連邦保険庁（Bundesgesundheitsamt）から認可を受けていなかった医薬品であった。当時のドイツにおいては通常その代わりに、椎間固定器具として自身の骨を使っていた（以下、術式②）。

術式②のメリットは、自身の骨そのものから隣接する椎体骨との結合が促され、よって望ましい強度を得ることができるということで、デメリットは、患者の骨盤の腸骨稜（Beckenkamm）への外科的侵襲が再度必要になり、その結果この部位の感染や衰弱によって、相当な痛みがあるということであった。他方、術式①のメリットは、余分な手術が必要

[12] BGH JR 1996, S. 69.

ないということで、デメリットは、サージボーン合わせ釘は単に隣接する椎体の骨の成長のための骨組みとしての役割を果たすに過ぎないために、骨の結合にかかる時間が術式②に比べて長く、従って、より長い間にわたって、例えば脱臼（Dislokation）や脱出症（Ausstoßung）、麻痺（Zusammenbruch）、削りくずの吸収、椎体の損傷といった削りくずによる合併症（Spankomplikation）を起こす危険があることであった。

本件の被害者である６名の患者らは、以上のような術式①の手術を被告人によって行われ、削りくずによる合併症が発症した。患者らは確かに、術式①を選んだか術式②を選んだかということに左右されずに存在する、通常の手術の危険、特に死亡したり横断麻痺を発症したりする危険性や、手術の失敗については説明されていたが、患者らを不安にさせないために、術式①によって、術式②と比べて合併症の危険性が高められることや利用されるサージボーン合わせ釘はドイツ薬品法の下では許認可義務があり、しかし認可されていなかったという事情については説明されていなかった。患者らは、もし術式①では通常と異なった許認可義務のある材料が使われるということや、その特殊なメリットやデメリットについて説明されていたならば、本件手術に同意していなかった、もしくは少なくとも即座には同意していなかったとしている。

LG は、(a) 術式①と術式②の危険性の差異に関する説明を行っていないということと、(b) 術式①に利用するサージボーン合わせ釘が当時認可されていなかったということに関する２つの説明義務違反が存在することを根拠に、被告人を故意の傷害罪で有罪とした。これに対して被告人が上告し、BGH は以下のような根拠から原審を破棄差戻した。

まず、(a) について、そもそも「治療方法の選択は、医師の第１の任務であるために、どのような治療法があり得るか、そしてその治療法ないし他の治療法にどのような理由で賛成ないし反対するかということを説明するように医師が患者に求められることは通常はない」という前提に立った上で、「治療の選択についての説明が必要となるのは、一方の治療法を選択した場合に患者に特殊な負担を強いることになる場合、あるいは特別な危険と成功のチャンスが示される場合である」と示した。本件においては、サージボーン合わせ釘の場合に骨の接合が遅いために、その遅れた時間の間に削りくずによる合併症が予期されるということに

ついて具体的な認定はなされていない以上、術式①と術式②の危険性の差異に関する説明を行っていないということが説明義務違反にあたることはないとした。

他方、(b) については、「患者らが、許認可がないことについて他の情報源から情報を得ていたとは言えないし、被告人が使おうとしているサージボーン合わせ釘の代わりに、自身の骨から作った椎間固定具を利用することが考えられるということ、そしてそれが他の病院では通常行われていることだということを、患者らは知っていたが、この認識は、サージボーン製品の認可が下りていないことに向けられた説明義務を果たしたとは言えない」として、術式①が術式②と異なった材質の椎間固定具を利用するという点で異なり、その椎間固定具は許認可が義務付けられているが、実際には許可されていなかったということは、説明義務違反にあたるとした。

以上の理由から、被告人によって行われた「手術が適法となるためには、患者らが、被告人によってその手術の経過、成功の見込み、危険性、他の治療選択の可能性について説明された上で与えた、有効な同意が必要である」が、患者らは必要な説明をなされていない上に、患者の決定にとって本質的であった可能性のある事情について十分な考慮をする機会を与えられていなかったため、患者Pの同意は無効であり、傷害罪の構成要件に該当すると判示した。

しかし、BGH は、仮定的同意の一般論を以下のように提示した上で、本件においては仮定的同意によって医師の可罰性が否定される可能性があるために破棄差戻しを免れないとした。すなわち、「説明の欠缺は、侵襲について医師が完全に説明した場合には、患者が同意を与えなかっただろうという場合にのみ、傷害罪による医師の可罰性が生じ得る。すなわち、説明義務違反がある場合にも、義務付けられた説明を全て行っていた場合にも患者が同意していたであろうという場合には、医師の傷害罪による可罰性が否定される」。このことは検察官によって立証されなければならず、もし疑いが残るならば、「疑わしきは被告人の利益に」の原則から、義務に従った説明の場合にも同意があっただろうということを前提としなければならない。本件においては、ある患者が、基本的に自分以外の骨に対して嫌悪感をもっていたということにより、サージ

ボーン合わせ釘についてのメリットやデメリットについて完全に説明を受けていた場合には、自身の骨から作る合わせ釘を選択していただろうと供述しているものの、主張されているように自身以外の骨に対して基本的に嫌悪していたにもかかわらず、なぜその患者がサージボーン合わせ釘による手術に同意したのかということが納得できることではないために、これでは自身の骨による合わせ釘を組み込むことを希望した可能性が認められたに過ぎず、「疑いが残る場合」であると言えるので、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いとした。

本判決は、「仮定的同意（die hypothetische Einwilligung）」という文言を初めて用いた上で、その定義は「もし、医師が患者に十分に説明していたとしても、患者は手術に同意していただろうということが認められる場合」であると明示し、仮定的同意が認められる場合には、医師の可罰性が否定されるという枠組みを示したものでもある。また、仮定的同意の立証は検察官が行い、その立証に疑いが残る場合には「疑わしきは被告人の利益に」の原則によって、同意があっただろうということを前提としなければならないということも示している。もっとも、このような免責がどのような刑法理論的根拠により示されるのかということは本判決では明らかではない。この点について明らかにしたのが、以下の判例である。

（２）椎間板事件[13]

被害者である患者Ａは、事前に行われた核スピン断層撮影法（Kernspintomographie）によって、Ａの腰の脊椎（Lendenwirbelsäule）のうち、より重傷の椎間板ヘルニア（Bandscheiben- vorfall）が上部L4/L5間に、その下により軽傷のヘルニアがL5/S1間に発見され、重い方のヘルニアについて手術が必要であったために、1996年８月にＯクリニックの神経外科長であった被告人医師の治療を受けた。第２主任医師である女医Ｋが、若い助手医師とともに執刀したが、彼女は気付かずに、その下にあるL5/S1間を手術し、除去してしまった。翌日、その患者に、

[13] BGH JR 2004, S. 251.

神経線維の損傷を喚起する下肢の麻痺症状が出現し、その原因としては、同じ箇所の新たな脱出症という早期再発の可能性、あるいは手術の部位の取り違えによって、当初の脱出症が存続している可能性があり、放射線医Dによるレントゲン診断及びコンピューター断層撮影法（Computertomographie）により、手術部位の取り違えであったことが明らかになった。以上のことは、記録から被告人もKも認識していた。

被告人は、Kに助言を求められたため、患者に対し、ミスについては伝えずに、実際には手術を行っていないL4/L5間の早期再発により再手術が必要であると説明した上で２回目の手術を行い、２回目の手術の報告においては、既に１回目の手術で除去されている軽い方のヘルニアについて、この機会についでに除去したと述べるよう助言した。Kは、実際にこのような事実に即さない説明をして患者から２回目の手術の同意をとり、２回目の手術の報告においてもこのような虚偽の説明を行った。よって、２回目の手術の以前に右側の腰椎骨の半分L5/S1間の除去は終わっていたという事情について、患者は知らなかった。

LGは、被告人を傷害の教唆罪としたが、BGHは以下のように判示して、被告人及び被害者の双方からの上告のうち、被告人の上告を認め、原審を破棄差戻した。

まず、本件のように、「不可欠に行われた２回目の手術の根拠についての欺罔によって得られた同意は、無効であり違法性を阻却しない」とした上で、もし、患者が本当の説明をされた場合にも、実際に行われた手術に対して同意を与えていただろうという仮定的同意が認められる場合には、違法性が阻却されるものであると確認した。これを前提とした上で、仮定的同意が認められるか否かについて、LGの認定によっては判断できないため、差戻しを免れないとしている。すなわち、LGは、事実に即した説明の場合には、２回目の手術の必要性と緊急性のために、執刀医Kによって手術されることに同意したかもしれないし、手術ミスを行ったKではなく他の医師による手術を希望していたかもしれない、という認定では不十分であり、「仮定的同意の認定の際には、手術が必要であったことや、合理的な患者ならば同意していただろうということは関係ない」とした。

本判決は、サージボーン事件における仮定的同意の定義をそのまま援

用した上で、医師の刑法上の免責を認める根拠が違法性阻却であるということを具体的に示したものである。また、その判断の際には患者の具体的な決定が重要であり、合理的な患者を想定する睾丸摘出事件の立場を否定するものである。このような個別具体的な患者の判断を想定するということ自体は、O脚事件においても取られていた枠組みではあるが、そのことを仮定的同意の認定のための判断基準として明示したのは、本判決が初めてである[14]。しかし、どのような根拠により、違法性を阻却できるのかということは明らかにされていない。この点については、以下第３節で概観する通り、学説において争いがあるところである。

以上の判例は、治療行為の正当化要件である医学的必要性が認められ、その処置の方法についても医療準則に則って行われたものであると認められる事案であった。しかし、近時の判例においては、そのような要件を充たさない、美容整形や民間療法、検査、さらに実験的医療に位置づけられるものについても、以下のように仮定的同意の判断枠組みを用いている。

（３）椎間板事件以後の判例

その後、美容手術という、医療準則に従わない医師の侵襲の場合に仮定的同意が認められる範囲を示したものが「脂肪吸引事件」[15]である。一般的に、美容整形の場合に侵襲の違法性を阻却する患者の同意の前提となる医師の説明義務の範囲は、一般医療の場合のそれと比べて、非常に大きいことは既に知られていることであるが[16]、そのような基準と同程度の詳細な説明をしていたとしても同意していただろうと認められる場

[14] 本判決の判断枠組みを援用した上で、仮定的同意が認められないために医師の説明義務違反行為による故意の傷害罪の成立を認めたものとして、連邦通常裁判所2004年１月20日判決（BGH JR 2004, S. 469）がある。本事案は、被告人医師が、患者の肩脱臼（die Schulterluxation）の手術において、器具の破損により患者の骨に埋まってしまった穴あけドリルの先端を除去するために必要な２回目の手術おいて、その手術を行う根拠について欺罔した上で同意を得た事案であった。

[15] BGH NStZ-RR 2007, S. 340.

[16] 山中敬一『医事刑法概論Ⅰ　序説・医療過誤』313頁以下参照。

合には、仮定的同意による医師の免責を認める余地があることが示されたと言える。

さらに、「ターボ禁断療法事件」[17]では、前述の脂肪吸引事件と同様に、医療準則に従っていない侵襲行為である場合にも仮定的同意が考慮され得るということを認めつつも、個々の事案における特殊事情についての説明まで十分に行っていた場合を仮定した上で、その場合にも同意があったかどうかということを検討することが必要となるとされた。

検査行為の場合においても、仮定的同意による医師の免責の可能性があるということを示したものが、「胃内視鏡事件（Der Gastroskopie-Fall）」[18]である。緊急に必要な検査であったわけでもなく、事前の同意を手に入れ得ないわけでもない検査である場合には、手術の場合と異なり、その検査が原則的に必要であるという客観的な事情を根拠に、検査範囲を拡大することに対する仮定的同意は認められないということを確認している。手術範囲の拡大の場合については、既に第２筋腫事件及び睾丸摘出事件において検討されているように、手術の拡大の必要性という観点から仮定的同意を認めていたのに対し、検査範囲の拡大の場合には、それとは異なった判断枠組みによって認定するということを示したと言える。実験的医療の場合における仮定的同意の問題を取り扱っている。「自家肝細胞移植事件」[19]は、実験的医療の場合においても仮定的同意によって医師の免責が可能であるということを示した上で、過失犯において仮定的同意が認められる場合には、説明義務違反と結果との間の義務違反連関を否定するという判断枠組みを確認したものである。

第３款　小括

以上のように、民事判例において認められるようになった仮定的同意による医師の免責は、現在では刑事判例にも及んでいる。

まず、仮定的同意とは、患者に説明されなかった事項があったとしても、「もし、その事項について説明されていたとしても、同意していた

[17] BGH NStZ 2008, S. 150.
[18] BGH NStZ 2012, S. 205.
[19] BGH NJW 2013, S. 1688.

であろう」ということが認められる場合をいう。民事上は、その立証責任を患者側が負い、同意した時点で「決心の迷い」があったということを立証した場合には、医師側の仮定的同意の抗弁が否定される。逆にこの立証ができない場合には、医師の損害賠償責任を否定することになる。刑事上は、過失犯の場合には、義務違反連関を否定することによって過失責任を否定し、故意犯の場合には、違法性を阻却するという立場を採っており、過失犯と故意犯とでは法的効果が異なるとされている。もっとも、その立証については、過失犯と故意犯とで区別はなく、検察官が医師に対して立証し、もしその立証に疑いが残るならば、「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、説明があった場合にも患者が同意していたということを前提とすること、その判断については、合理的な患者ならば同意していたかどうかということではなく、個々の患者の個人的な見解や状況に鑑みてその患者自身が同意していたかどうかということを基準とすることとされている。

以上のような立場は2004年の椎間板事件までに確立されたものであり、以後の判例に踏襲されている。

さらに、近時の BGH 判決においては、医学的適応性並びに医術的正当性の要件を充たさない治療行為である美容整形や民間療法、検査行為、実験的医療の場合にも、仮定的同意によって医師の説明義務に対する免責の可否を判断するということが明確に判示されている。

このような判例の状況を受け、ドイツの刑法学説においても仮定的同意について検討がなされている。特に、判例においては明らかにされていない法的効果に関する理論的な根拠について、盛んに議論されているところである。次節において、これらを概観することとする。

第３節　学説

第１款　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。

（1）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説明の瑕疵と同意の無効との間の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[20]。この見解を主張するウルゼンハイマーは、「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[21]。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、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[22]。

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

[20] *Ulsenheimer*, Zu Voraussetzungen und Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 29. 6. 1995- 4 StR 760/94, NStZ 1996, S. 132ff.

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

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

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、最悪の結果が発生する可能性に関する原則的な説明は行っていたものの、部分的に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[23]。

このような因果関係否定説には、以下のような批判が妥当する。すなわち、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[24]。

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見解が有力となっている。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。

（2）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[25]。この考え方によって、仮定的同意の場合に医師の刑責が否定されるとしているのが、ロクシンである[26]。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

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

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

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

[26] *Roxin*, a.a.O., S. 590ff.

害罪の構成要件該当性が否定されるということになる[27]。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[28]。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[29]。

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

---

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

[28] *Roxin*, a. a. O., S. 592.

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

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。

（3）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[30]。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

[30] *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. 728ff.; *Kuhlen*, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungusgründen, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 331f.

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[31]。

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よる医師の刑責の否定に関する根拠として適用しているのは、クーレンである[32]。クーレンは、仮定的同意が認められる場合には、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。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、

---

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

[32] *Kuhlen*, Roxin-FS, S. 331ff.; *ders*, Ausschluß der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung, Festschrift für Heinz Müller-Diez zum 70. Geburtstag, 2001, S. 431ff.; *ders*, JR 2004, S. 227ff.

「仮定的同意の法理論は、明らかに、構成要件論において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[33]。

②について、クーレンは、検察によって医師に対して、義務に従った説明の場合には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[34]。

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場面において、行為者が暴行し、相手方に傷害結果が発生したということに対して、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

[33] *Kuhlen*, Roxin-FS, S. 337.

[34] *Kuhlen*, JR 2004, S. 229.

る[35]。

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は客観的違法性の枠内において検討されるべきであ［り］、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[36]。

（4）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[37]。ミッチュは、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、

---

[35] *Kuhlen*, Roxin-FS, S. 339.

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

[37] *Mitsch*, Die „hypothetische Einwilligung“ im Arztstrafrecht, JZ 2005, S.279 ff. 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.35ff. がある。

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[38]。

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、客観的帰責は問題とならない」[39]。

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[40]。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[41]、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

---

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

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

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

[41] 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. 33ff.）。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。

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[42]。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』[43]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

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

[43] BGH JR 1978, S. 518. 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、頭痛が歯によって引き起こされていると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。被告人を傷害罪により有罪とした。

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であろう」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[44]。

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款　違法性阻却説

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、現実的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及びベックが主張しているものである[45]。これに対しては、以下のよう

---

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

[45] *Rosenau*, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 683ff., *Beck*, Was ist das

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」[46]。

（1）ローゼナウの見解

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）自己決定を保護法益として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

Hypothetische an der hypothetischenen Einwilligung?, Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle, 2019, S. 389ff.

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

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[47]。

また、②について、ローゼナウは、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[48]。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[49]、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、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であろうからである。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」[50]。

---

[47] *Rosenau*, Maiwald-FS, S. 696.

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

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

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

以上のように分析し、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[51]。

以上のことを根拠として、ローゼナウは、仮定的同意を、同意論において議論しようとしている。その上で、③について、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[52]。

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つその上で、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

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

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

信条や個人的な見解が正確に考慮され得る［ため、］（中略）平均的で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[53]。

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れない場合において、独自に違法性を阻却するとしている。もっとも、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明らかにしていない。

（2）ベックの見解

ローゼナウの見解からさらに一歩踏み込み、被害者の同意が違法性を阻却する根拠に立ち返って同意論を再構築した上で、同意の有効性の問題として仮定的同意による違法性阻却を認めているのが、ベックの見解である。

ベックは、仮定的同意が問題となる場合を３つの場合に分類した上で、それぞれについて正当化の根拠を検討している。①説明の欠缺によって同意が無効となっているが、事後的に患者の同意意思が表明された場合、②欺罔等によって同意が無効となっているか、行為時に同意が存在しないが、事後的に患者の同意意思が表明された場合、③行為時に有効な同意が存在せず、その後死亡したり、同意無能力であったりして、事後的な患者の同意意思の表明が存在しない場合である。

まず、①の場合について検討するに際し、たとえば、手術代金についての動機の錯誤といった、法益関係的錯誤にあたらないものを除外している。なぜならば、「単なる副次的な事項に関する錯誤は、自由な処分権限の侵害とはならない」からである[54]。問題となるのは、「侵襲そのものではなく、身体の完全性に関する何らかの要素についての錯誤」であっ

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

[54] *Beck*, a. a. O., S. 396.

て、「確かに身体の完全性を侵害しているが、同時に故意の侵襲そのものではない場合」であるとしている。何らかの要素の具体例として、ベックは、将来のリスクや人生上の利益を挙げる。もし患者がこのような事項について説明されていたとしても同意していたであろうということを事後的に表明した場合、すなわち仮定的同意が存在しているといい得る場合に、どのような理論的根拠に基づいて正当化されるのかについて、まず、（現実的）同意による違法性阻却理論の本質を「利益欠缺ないし法益放棄の表明」であるとして以下のように述べている[55]。「確かに、医師に事前に説明義務があったという事実は変えられないが、その説明の前若しくは最中にも、患者はその情報を放棄することができる。…そうだとすると、この場合［「もし説明されていたとしても同意していたであろう」というのは］、同意を代用したり仮定したりしているのではなく、患者が実際に事前に法益を自由に処分したないし利益を放棄したといえる」[56]。結局、これは患者の既に行為時に表明された同意の有効性の問題に集約されるというのである。

これに対し、脅迫や欺罔に基づいて同意が表明されている場合や、同意が全く表明されていない場合には、このような理論から正当化することはできない。なぜならば、自身の自由領域の実現あるいは同意に基づいて行為しているわけではないからである。そこで、事後的に同意の表明がある場合を②、事後的にも同意の表明がない場合を③として検討している。

まず、②の場合について、事後的な意思の表明と事前の意思の表明との関係を検討し、「確かに、同意による可罰性の否定の根拠を、主に法益被侵害者の具体化可能性の法的実現であるとするならば、事後の同意と事前の同意は異なる評価をされるように思われる」[57]とする一方で、

---

[55] ベックは、同意の正当化原理を、ａ）自己決定権の積極的行使ないし法益所有者と行為者による法益の共同形成、ｂ）利益欠缺ないし法益放棄の表明、ｃ）法益維持の社会的利益と法益所有者の自由利益との間の衡量の結果の３通りの理解があり得るとしている。*Beck*, a. a. O., S. 396.

[56] *Beck*, a. a. O., S. 397.

[57] *Beck*, a. a. O., S. 396.

「軽度の社会的圧力によって、自律性や同意決定能力に問題があるとは考えないのと同様に考えると、事後の同意と事前の同意とを別のものと評価する根拠はない」[58]として、この問題を同意の法構造から議論しなおさなければならないと指摘する。前述のとおり、ベックの考えでは、同意は、法益の被侵害者の利益欠缺若しくは法益放棄の表明である。そうすると、仮に事後的に意思が表明されたとしても、行為時点では表明されてはいないが、実際には利益欠缺によって違法性が否定されていたのだから、最初からもはや可罰性のない行為であった[59]のである。従って、事後的な同意表明も、利益欠缺の表明として行為の（違法）評価を変更する根拠となる。

なお、ベックは、同様にこの結論に至る根拠づけとして、社会的妥当性の考え方を挙げている。すなわち、可罰性の判断はあくまで行為時であるという通説に則ると、「事後的な状況や被害者の行動によって可罰性が変動することは、偶然性に可罰性を委ね、自身の行為が可罰的か否かということがわからない間隙が生じてしまう」。また、このような事態によって、「全国民の法や法治国家に対する信頼が減少する」。「確かに、表明されたのは事後的であるが、これは意思を遡及的に仮定しているのではなく、むしろ表明時と［行為時の違法性の］評価とを結びつけるものである」と理解すると、可罰性の判断が行為時に行われるとする通説にむしろ合致する、というのである[60]。結局ここには、存在しない意思の虚構（Fiktion）である「仮定（Hypothetisches）」は存在しない[61]。

③の場合については、①②の場合とは異なって、被侵害者の意思を「仮定」をしなければならなくなる。つまり、事後的な意思の表明がない以上、仮定的同意の根拠が存在する、すなわち、もし説明していたとしたら同意していたであろうという、患者の虚構の意思を仮定することが、①②の場合と同様に行為の評価を変更するかどうか、またこれが可罰性とどのような関係にあるか、ということが問題となる。もし、この場合であっ

[58] *Beck*, a. a. O., S. 399.
[59] *Beck*, a. a. O., S. 399.
[60] *Beck*, a. a. O., S. 400.
[61] *Beck*, a. a. O., S. 401.

ても、利益欠缺や法益放棄の意思が証明され得る場合には、②の場合と同様に虚構ではない、とベックは考える。他方、これがあくまでも虚構である場合には、このような虚構に基づいて可罰性を否定することは、刑法理論上許されない[62]と明言している。従って、例えば、侵襲の前に患者の同意がなく、侵襲の危険に基づいて患者が死亡して事後的にも意思が表明されない場合には、医師は処罰されることになる[63]。他方、侵襲の前に同意がある場合については、利益欠缺や法益放棄の意思が証明され得る場合に、この同意が有効であるということになる。

第３款　小括

以上のように、仮定的同意に関するドイツの刑法学説は、①帰責阻却事由として考える見解と、②違法性阻却事由として考える見解が存在する。

①の見解については、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可能であるため、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。

②の見解は、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

---

[62] *Beck*, a. a. O., S. 402.

[63] *Beck*, a. a. O., S. 403. もっとも、侵襲の段階で同意がない場合は、いわゆる仮定的同意の場合ではないといえる。この点については、本稿は、第３章において検討する。

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。また、仮定的同意が認められる場合には結論として違法性を阻却するが、その理屈を、現実的同意・推定的同意と並ぶ独自の正当化事由としてではなく、現実的同意の有効性の問題として捉えるベックの見解がある。ローゼナウは、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を主張している。また、仮定的同意は推定的同意と異なり、その侵襲に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。これに対し、ベックの見解は、仮定的同意を現実的同意の一場合として位置付ける。

以下、第４節においては、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。さらに、治療行為の正当化における患者の意思の尊重とどのような関係にあるのか、それとインフォームド・コンセントとの関係はどのようにあるか、ということを示す。

第４節　検討

第１款　刑法理論における仮定的同意

（１）学説の検討

ａ）ウルゼンハイマーの見解への批判

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[64]。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、真の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、やはり通常の意味での因果関係が否定されるとは言い得ない[65]。

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

---

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

[65] *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. 767ff.

合には因果関係を否定できないとされており[66]、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を否定するものとする余地はある。しかし、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[67]。

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[68]。

以上のことから、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ように思われる。このような批判を受けて、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

---

[66] 山中敬一『刑法における因果関係と帰属』（1984年）24頁。

[67] *Puppe*, GA 2003, S.767ff.

[68] 山中・前掲注（16）280頁以下。

による客観的帰責阻却説である。

b）客観的帰責説への批判

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、「理論的必然性も全く無い」としている[69]。

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[70]。

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

[69] 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。

[70] 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』（2010年）86頁。

否定されないとしている[71]。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[72]。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。

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[73]。

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。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。

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

---

[71] *Sikor*, Logische Unstimmigkeiten in der höchstrichterlichen Prüfungsformel zur hypothetischen Einwilligung, JR 2008, S. 180ff.

[72] これと同様の批判を行うものとして塩谷毅「被害者の仮定的同意について」立命館法学５・６号上巻（2009年）1822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）』（2014年）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年）144頁以下がある。

[73] 杉本・前掲注（72）147頁以下。

的帰責の問題として考えることはできないとしている[74]。

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。しかし、このような基準は不明確であるという批判が妥当するように思われる。従って、ロクシンの見解は支持され得ない。

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。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[75]、我が国においても近年注目されつつある考え方である[76]。この適用の可能性のある具体的例として例えば、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

---

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

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

[76] 山口・前掲注（70）73頁。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。また、近時では、松本圭史『刑法における正当化と結果帰属』（2020年）がある。

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[77]。

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[78]。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満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

[77] 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（70）84頁。

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

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[79]。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[80]。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

---

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

[80] 杉本・前掲注（69）93頁。

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。

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[81]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ように思われる。

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、ローゼナウ及びベックのみが、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で区別しており、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、違法性阻却説を検討することによって決せられることになる。

ｃ）違法性阻却説への批判

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

[81] 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年）275頁。

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[82]、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その保護が著しく困難になること[83]、③仮定的同意を違法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[84]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。

この点を解決しようとするのがベックの見解である。すなわち、ベックは、行為時の患者の意思が行為の可罰性の判断において重要であるから、それが明らかにされているか否かは問題ではない。説明の欠缺等の理由によりその意思が有効な同意という形で「表明」されていなかったとしても、それが事後的に示されるのであれば、実際に利益欠缺又は法益の放棄が行為時になされたものと考えられる、というのである。しかし、この見解には、治療行為の特殊性が加味されていないという問題がある。ローゼナウの見解への批判と同様に、被害者ではなく「患者の」自己決定権の保護という観点からみても、利益欠缺ないし法益放棄と同

---

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

[83] *Kuhlen*, Roxin-FS, S.332ff; *Duttge*, Die „hypothetische Einwilligung" als Strafausschlußgrund: wegweisende Innovation oder Irrweg?, Festschrift für Friedrich- Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 182f.

[84] *Otto*, Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, JURA 2004, S. 683; *Gropp*, a. a. O., S. 206f. 同様の見解として、武藤眞朗「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）33頁。

視することができるか、という検討を欠いているように思われる。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、ということを検討することによって明らかになるように思われる。

（2）仮定的同意による治療行為の正当化

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。

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ように思われる。このことに対する根拠づけは、違法性阻却原理を検討することによって可能となるように思われる。

我が国において、違法性阻却原理に関して、大別すると（ⅰ）目的説、（ⅱ）社会的相当性説、（ⅲ）優越利益説の３つの見解が主張されている。（ⅰ）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」[85]ということが、この説に対する批判である。

また、（ⅱ）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

[85] 内藤謙『刑法講義総論（中）』（1986年）307頁。

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[86]。

これに対し、（ⅲ）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[87]。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」[88]。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」[89]点が、（ⅰ）及び（ⅱ）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。

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

---

[86] 山口厚『刑法総論（第３版）』（2016年）110頁。同様の見解として、内藤・前掲注（85）313頁以下がある。

[87] 山口・前掲注（86）110頁以下。

[88] 西田典之『刑法総論（第２版）』（2010年）134頁。

[89] 町野朔『患者の自己決定権と法』（1986年）147頁参照。

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[90]。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うる[91]。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[92]。

---

[90] 町野・前掲注 (89) 132頁以下。

[91] 町野・前掲注 (89) 178頁。同様の見解として、内藤・前掲注 (85) 532頁、山口・前掲注 (86) 176頁、佐藤・前掲注 (72) 217頁以下がある。

[92] 町野・前掲注 (89) 172頁以下。

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[93]。

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、教授は、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[94]。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[95]。

しかし、町野教授が見解のように、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襲行為が正当化されることになり、不当である」という

---

[93] 内藤・前掲注（85）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（89）197頁。

[94] 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（89）199頁以下がある。

[95] 町野・前掲注（89）199頁以下。

批判がなされる余地がある[96]。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[97]。

また、第３章で検討するが、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[98]。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」[99]であり、不当であるという批判も妥当するように思われる。しかも、その「蓋然性」の判断は、結局客観的な医学的必要性に依拠せざるを得ず、客観的利益衡量による正当化との違いが明確とはならない。この意味で、町野教授が一貫して主張される「患者の意思に反した治療が専断的治療行為であり、その範囲内で自己決定権を法的に保護する」ということからも逸脱する自己決定権侵害となるように思われる。

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

---

[96] 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。

[97] *Rosenau*, Maiwald-FS, S. 696.

[98] Vgl. *Kuhlen*, Roxin-FS, S. 333. また、山口教授は、仮定的同意を推定的同意を限定的に理解したものであるとして、いずれの場合にも法益主体の事前の意思確認ができないという状況でのみ正当化を認めるべきであるとしている。山口・前掲注（86）183頁。

[99] 山口・前掲注（86）169頁。

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、行為時点においては、説明に基づく明示的に有効な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、事前的に見ても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。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ように思われる。

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。ベックも同様に、「患者の意思に反していない」ということを、被害者の利益欠缺や法益放棄の場合と並列的に考えることで暗に示している。

また、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、］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[100]。

以上のことからするなら、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を超えて、実際に表明した患者の同意が、本来求められる現実的同意としては無効であるようにみえるが、正当化に必要な患者の同意は存在していると認められるので、違法性の阻却が認められるとい

[100] 古川伸彦「医的侵襲行為の正当化と『仮定的同意』論―ドイツ刑事判例に現れた考え方を中心に」『山口厚先生献呈論文集』（2014年）88頁以下。

うことになる[101]。

第２款　インフォームド・コンセントの本質としての仮定的同意

以上、治療行為の刑法上の正当化理論という観点から仮定的同意論を検討したが、これとインフォームド・コンセントとの関係がどのようにあるかということは明らかになっていない。すなわち、第１章で検討した通り、患者のインフォームド・コンセントには、（ⅰ）正当化要件としての患者の同意、（ⅱ）医療契約締結のために必要な患者の同意、（ⅲ）ムンテラとしてのインフォームド・コンセントという不可分の３つの要素があるということ、それと、患者の生命・身体に関わる人格的生存のために必要な自己決定権を保護する、ということとの関係を明らかにしておかなければいけない。

先に述べた通り、（ⅰ）正当化要件としての患者の同意として必要なのは、患者の意思に反してまで身体的干渉を受けない権利の保障である。その意味では、仮定的同意は、刑法上の正当化要件として有効な患者の同意であり、「刑法的に」十分なインフォームド・コンセントであることは明らかである。

しかし、患者のインフォームド・コンセントを得ることを通して自己決定権を尊重することには、（ⅱ）医療契約締結のために必要な患者の同意を得ること、（ⅲ）ムンテラ実施の結果としてのインフォームド・コンセントという要素も含まれる。また、第４章でも触れることになるが、インフォームド・コンセントは、ムンテラとしての要素、すなわち治療の１つの過程とみることができ、十分に医師と患者が話し合った上で、患者の生命・健康という利益のために最善の方法を協同して選択していくのがインフォームド・コンセントの本来の役割である。そうであるならば、インフォームド・コンセントは、医師と患者の人間関係形成の１つの場面であるのだから、その人間関係形成において問題が生じた

[101] なお、拙稿・前掲注（１）では、仮定的同意が認められる場合には「患者の意思に反しない」ということを根拠に違法性の阻却を認める、推定的同意より主観的利益を重視した正当化事由であるとしていたが、本稿は説を改め、仮定的同意は、表示された同意の有効性の問題であるとする。

場合には、隣人同士の人間関係の問題の場合と同様に民事的介入の可能性はあり得る。その範囲については、医療の場面と隣人の場面とでは状況が異なる。医師が優先すべきは、まずは患者の生命・健康という利益の擁護であることからも、隣人同士の場合よりも医師の民事責任の範囲は限定的なものと解するのが相当である[102]。

そこで、どの範囲で限定するかという問題についても、仮定的同意が認められ、患者の同意が有効な範囲においては医師の民事責任も否定し得るように思われる。確かに、説明が不十分であり、医師－患者関係に倫理上の問題が生じているが、（ⅱ）医療契約締結のために必要な患者の同意という意味でのインフォームド・コンセントを覆すだけの拒否・選択の意思があるとは言えないからである。つまり、患者の生命・健康の利益を目指すという点で、契約上の医師－患者間の関係形成にも問題がない。仮にこのような問題を（ⅲ）ムンテラとしてのインフォームド・コンセントの問題として捉え、従って、精神的な損害に対する慰謝料としての民事責任は残るとしても、ムンテラは、医師がどのような治療を選択するかという裁量権に関わる内容であるので、この点に関する自己決定権を侵害する程度の説明義務違反は、もはや医療過誤の問題として処理せざるを得ないのではないだろうか。したがって、医師の説明が不十分であり、患者の十分なインフォームド・コンセントがないということによって医師が民事責任に問われ得るのは、仮定的同意の認められない場合に限定すべきである。

第５節　小括

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、

[102] また、隣人同士の場合には、双方が原告となり得るが、インフォームド・コンセントをめぐる医師―患者関係の形成の場面では、医師側が原告となることはあり得ない。そういう意味でも、隣人同士の場合とは異なる。また、医師の治療義務・応召義務の観点からも、自由な契約関係ともいえない。とりわけ、医師―患者間の対話の問題であるインフォームド・コンセントをめぐる民事訴訟は、患者側からしか提起し得ず、医師の側は訴えられる側にしかならない点がその根拠として挙げられるだろう。

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、同様かそれ以上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、刑法的な観点から考察を行った。また、仮定的同意の有効範囲においては、医師の説明が不十分であっても患者の自己決定権を侵害するものではなく、刑法上正当化することを結論付けた上で、同様の問題に対する医師の民事責任について、若干の私見を示した。具体的には、以下のとおりである。

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ものである。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、このように故意犯と過失犯とで別の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、専断的治療行為ではない、すなわち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、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、その判断基準は医学的客観性に依拠せざるを得なくなり、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るからである。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。このような場合には、患者の生命・健康の利益を目指すという点で医師－患者間の関係形成にも問題がないのだから、医師の民事責任も否定される。精神的損害に対する民事責任が課される場面としては、ムンテラとしてのインフォームド・コンセントに問題がある場合も残されているが、ムンテラは、医師がどのような治療を選択するかという裁量権に関わる内容であるので、この点に関する自己決定権を侵害する程度の説明義務違反は、もはや医療過誤の問題として処理せざるを得ない。

以上が、説明が不十分であることに基づいて患者の同意がある場合についての治療行為の正当化理論とその範囲の検討、インフォームド・コンセントの関係についての検討であった。以下、第３章では、患者が意

識不明等で患者のインフォームド・コンセントを得ることが不可能である場合について、続いて第４章では、患者が精神障害者や未成年であるために、医師の説明を十分に理解し、判断することができない同意無能力者である場合についてそれぞれ治療行為の正当化理論とその範囲を検討し、それと実務上要求されている家族等のインフォームド・コンセントとの関係について検討する。