

## クリスチャン・イエーガー「仮定的同意：医学における遡及的な法的治癒の事例」

野澤，充  
九州大学大学院法学研究院：准教授

<https://doi.org/10.15017/1522065>

---

出版情報：法政研究. 82 (1), pp.206-182, 2015-07-27. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：

## クリスチャン・イエーガー「仮定的同意—— 医学における遡及的な法的治癒の事例」

野 澤 充 (訳)

〔翻訳者はしがき〕

以下に紹介するのは、ハイケ・ユング65歳祝賀論文集に掲載された、クリスチャン・イエーガー教授による論文「仮定的同意——医学における遡及的な法的治癒の事例」(Christian Jäger, Die hypothetische Einwilligung - ein Fall der rückwirkenden juristischen Heilung in der Medizin, in: Festschrift für Heike Jung, 2007, S.345-360) の翻訳である。イエーガー教授は現在、エアランゲン・ニュルンベルク大学教授であるが、その経歴については法政研究81巻1・2合併号(2014年) F47頁以下を参照して頂きたい。

本論文の内容は、いわゆる「仮定的同意 (Hypothetische Einwilligung)」という、近年になってドイツの刑法学において多く議論・検討されるようになった論点に関するものである。この「仮定的同意」とは、「被害者の同意」に関連したものであるが、とりわけ以前から刑法上議論されることの多い「推定的同意 (Mutmaßliche Einwilligung)」との対比で説明すると、イエーガー教授の説明によれば以下のとおりである。すなわち、「〔仮定的同意という法制度は〕とりわけ、説明不足の場合における医師の刑法上の責任を軽減するのに役立つものである。その際に、仮定的同意という法制度は、推定的同意と混同されてはならない。なぜなら推定的同意においては、被害者が——それは実際には不可能であったのだが——侵害の前に問われることができたのであれば、被害者が同意したであろうかどうか、ということが問題になっているからである (……)。それに対して仮定的同意においては、患者は——これは実際には可能でもあったのだが——侵害の前に問われたであろうならば、その患者が同意したであろうかどうか、ということが、事後的に問われている

のである。」(Christian Jäger, Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 3.Aufl., 2007, Rn. 146b)そして本文中にもあるとおり、この「仮定的同意」の考え方自体はドイツでは1980年代から存在したものであるが、2004年のドイツ連邦裁判所判決をきっかけとして、刑法上の論点として近年注目を浴びることになった。

結論としてイエーガー教授は、医療における患者の自己決定権は、その同意に関して、刑法223条における「身体的完全性の保護」の中に「答責性の引き受け」という形で組み込まれているのであるが、ただそれは医療侵襲前に患者により実際に表現されなければならない、事後的な仮定によって置き換えられるものではない、とする。とりわけ仮定的同意の事例においては医師の事前段階での説明が不十分であったことが前提になっており、法に合致した代替態度〔rechtmäßiges Alternativverhalten〕によって行為者(医師)の違法な態度を置き換えるだけでなく、その後の被害者の態度(すなわち、当該侵害について同意すること)をも「法に合致したもの」へと置き換えてしまうもの——これをイエーガー教授は「法に合致した代替経過」〔rechtmäßiger Alternativverlauf〕と本文中で呼んでいる——であって、これは従来から刑法学が否定していたことであったとして、批判するのである。民法上、仮定的同意の考え方が承認されているという点も、遡及の擬制が刑法では認められない以上、援用はできず、またその一方で仮定的同意という理論を刑法学上認めることにより、いくつかの犯罪が親告罪化するのではないかとの危険を指摘している。

日本においてもこのような仮定的同意に関して検討する論考が見られるようになってきている(鈴木彰雄「傷害罪における被害者の仮定的同意——クーレンの所説について——」名城ロースクール・レビュー3号(2006年)1頁以下、武藤真朗「医師の説明義務と患者の承諾——「仮定的承諾」序説——」東洋法学49巻2号(2006年)5頁以下、山中敬一「医師の説明義務と患者のいわゆる仮定的同意について」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一巻』(2006年)253頁以下、鈴木彰雄「ドイツ刑事判例研究(十)」名城ロースクール・レビュー8号(2008年)171頁以下、武藤真朗「いわゆる仮定的承諾について——医師の説明義務と患者の承諾——」刑法雑誌47巻3号(2008年)1頁以下、塩谷毅「被害者の仮定的同意について」立命館法学第327・328号(2009年)380頁以下、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）93頁以下、島田美小妃「仮定的承諾論」中央大学大学院研究年報法学研究科篇39号（2010年）185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）215頁以下など）が、そもそもその論理構造に問題があると指摘するもの（杉本・前掲論文136頁以下）や、この仮定的同意が承認されることによって、ドイツでは傷害既遂罪（＝同意が完全に無効であった場合）と無罪（＝同意の有効性が認められた場合）との間の中間的解決として傷害未遂罪（ドイツ刑法223条第2項）という結論を導くことが可能となる——なぜなら仮定的同意は客観的帰属論の考え方から「結果の帰属」を否定するものであるから——のであるが、このような「傷害未遂罪」の犯罪類型が存在しない日本においては同種の議論は大きな意味をもたない、との指摘（塩谷・前掲論文407頁以下）も見られる。しかしこの仮定的同意の理論は、ドイツにおいて支持されかつ日本でもその考え方が支持されつつある客観的帰属論の考え方の1つの現れとしてドイツで主張されたものであり、その意味で議論されるテーマの1つとしてある程度参考になるものと考え、ここで紹介する次第である。翻訳・紹介に関して快く承諾していただいたイエーガー教授に対して、心より感謝申し上げる次第である。

なお、本文はほぼ原文どおりであるが、日本語としてわかりにくい表現の箇所に関して、意識した部分があることを御承知頂きたい（言葉を訳者が完全に補うなどした場合には、〔 〕括弧内に示した）。さらに脚注については、できるだけ原論文の脚注を補足するような形で文献名等を記載するように努めたが、いくつかの文献（とりわけ第V章のイタリア判例および文献に関する記述）については原論文の引用のままとなっている点を御承知頂ければ幸いである。また、末尾に参考となるであろうドイツ法の条文の日本語訳を挙げた。

\*

\*

\*

被祝賀者〔Heike Jung〕の学問的活動領域は、ほとんど見通せないほどに広い。いくつかの重要なものを挙げるならば、刑法および刑事手続法から、医事法、さらには比較法および法的事実探究にまで及ぶものである。このような学問的実証の幅

広さに直面して、祝賀論文集の論考のための特定のテーマを選択することは、容易ではない。しかしながら「仮定的同意」という、新しい法制度を刑法学が認識させることで、その新しい法制度はこのような新種のテーマについてここで提示された論争に二つのきっかけを与えた。第一に、仮定的同意の存在根拠に関する問題は、総論的な刑法および刑事訴訟法だけでなく、各論的な医事法にも関係するものであり、そしてそれを越えてヨーロッパの他国における展望を比較法的に投げかける機会をも与えたのである。さらにそれとともにその問題性は、被祝賀者がここ数十年において徹底的に研究し、そして実りあるものとした多数の仕事領域を指し示すものである。すでにこのことが、この法制度についてこの祝賀論文集の枠内で取り組む根拠として十分であるように見受けられるであろう。しかしそれ以上に、私が過去においてこのテーマに関して被祝賀者で行った多くの個人的対話を引き継ぎ、そしてこの方法で個人的な対話を文書でさらに行う機会をも私に与えてくれるのである。

## I. 導入および問題設定

### 1. 判例の状況

仮定的同意は確かに、すでにかつてから学問的先駆者が提示していた法制度ではあるが、しかし2004年以降の連邦裁判所の判決によってはじめて学問的関心の中心となった。<sup>(2)</sup>

<sup>(1)</sup> これについてのきっかけは、Detlef Krauß, in: Heike Jung/ Hans Wilhelm Schreiber (Hrsg.), *Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht*, 1981, S.141, 156において初めて見られる。Detlef Kraußは、「患者が手術後にいずれにしても、それゆえに患者がきちんとした説明の際には手術を拒否したであろうような、その身体的健康に関連した理由を主張することが」できる場合のみ、同意なしに生じた侵害の場合における医師の身体傷害による可罰性を適切なものと評価した。もっともこの見解は、連邦裁判所によって認められた、仮定的同意の法形式的範囲をなお越えて出るものである。なぜならKraußにおいては明らかに、連邦裁判所がまさに決定的なものではないと判断した一般的な理性考慮が役割を果たしているからである。それについてはHeike Jung, in: Jung/ Schreiber (Hrsg.), *Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht*, 1981, S.191も参照。

<sup>(2)</sup> BGH StV 2004, 376、その論評としてJörg Eisele, JA 2005, 252; Lothar Kuhlen, Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen, JR 2004, 227ff.; 同じくKuhlen, *Hypothetische Einwilligung und „Erfolgsrechtfertigung“*, JZ 2005, 713 ff.; Thomas Rönau, Anmerkung, JZ 2004, 801; K. Geppert, *Hypothetische Einwilligung als Rechtfertigungsgrund?*, JK 12/04, StGB§223/3. BGH NStZ 1996, 34f.、その論評としてKlaus Ulsenheimer, Anmerkung, NStZ 1996, 132; Ernest F. Rigizahn, Anmerkung, JR 1996, 72、ならびにBGH NStZ 2004, 442も参照、しかしながらその裁判例において仮定的同意は事実的理由から

当該判決は以下のような事実を前提にしていた。その事案での患者は重い椎間板ヘルニアと軽い椎間板ヘルニアを発症しており、そして重い方のヘルニアについての手術を決断した。しかしながら誤って、執刀した女医は重い椎間板ヘルニアを軽い椎間板ヘルニアと取り違え、そしてそれゆえに誤った箇所〔＝軽い椎間板ヘルニア〕を手術した。再検査の際に彼女がその誤りを認識することになった後で、その女医は主任医師の勧めに従って、患者に対し、重い椎間板ヘルニアについて再度の手術が必要であるような早期の再発があるように装った。実際にそれに基づいて生じた患者の同意を、重大な椎間板ヘルニアの最初の手術のために役立てたのであった。

連邦裁判所はこのような事実直面して、もう一度、確立した判例において主張されている原則を確認し、その結果として、医者によって欺罔によりもたらされた同意について、遂行されるべき侵害を正当化する効果を発揮させなかつた<sup>(3)</sup>。しかし患者が事実どおりの説明を受けていたならば実際に遂行された手術に同意していたであろう場合には、無効な同意を理由とする違法性は失われるべきものとしたのである。

連邦裁判所はこの事例において、当該患者が仮に事実どおりの説明を受けていたとしても実際に遂行された手術において同意したであろう場合には、身体傷害の違法性が失われたであろうことを出発点とした。それゆえ、身体傷害ならびにそれについての教唆は、〔もし仮に〕規則どおりの説明を受けたならば同意がなされなかつたであろう場合にのみ肯定され得るであろう。その際にこのような仮定的同意の捜査は、理性的考慮から独立して、場合によっては患者への事後的な尋問によって生じなければならない。これがもし不可能であるならば、「疑わしきは被告人の利益に」原則は、疑わしきは医師の利益になるように、すなわち同意が規則どおりの説明を受けた時にも生じたであろうことが出発点とされるべきことを要求するものである、としたのである。

---

拒絶された、なぜならその患者は適切な説明の場合にはおそらく同意を与えなかつたであろうからである。

<sup>(3)</sup> 正当化の排除と専断的医療侵襲との関係についてはJung, in: Jung/ Schreiber (Hrsg.), *Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht*, 1981, S.190f.参照。

## 2. 学説の状況

学説において、仮定的同意という法制度は様々な反響にぶつかることになった。<sup>(4)</sup>

一部は、「仮定的同意」について肯定〔する見解〕を明らかに好意的に示し<sup>(5)</sup>、そしてこの新しい法制度の位置づけに際して判例が厳密ではなかったことのみを批判している。すなわち、「当該患者が事実どおりの説明を受けていたならば、実際に遂行された手術に同意していたであろう場合には、……違法性が失われる」という連邦裁判所の定式化は、この際に新しい正当化事由が問題となっているかのような、虚偽の外観を呼び起こすということが指摘されている。しかしさらにそれにもかかわらず結論においては、当該患者がたとえ規則どおりの説明を受けたとしても具体的な手術について同意したであろう場合には、義務違反連関は正当化の段階に割り当てられるという論拠により、さまざまな形で連邦裁判所は賛同された<sup>(6)</sup>。すなわち、身体傷害の結果は、身体の完全性の侵害にあるのであって、自己決定権の侵害にあるのではないので、説明不足が身体的に傷つけられないことの侵害に帰属可能に実現されたか否かのみが決定的であるというような回顧的考察について、何ら疑念をもつべき点もないであろう<sup>(8)</sup>。つまりこれは、想定されるべき規則どおりの説明においても同様の身体傷害結果が生じたであろう場合にはまさに否定されるべきなのである。したがってそのような場合においてはせいぜいのところ、この者が侵害に際して患者が適切な説明の場合には同意しなかったであろうことを前提とする限りにおいて、医師の未遂犯処罰が可能なのである、と<sup>(9)</sup>。

Roxinもまた、このような考慮を根拠として連邦裁判所に賛成する傾向を見せた。<sup>(10)</sup>

<sup>(4)</sup> 学説の描写について詳しくはWalter Gropp, *Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?*, in: Friedrich-Christian Schroeder-FS, 2006, S.199ff.

<sup>(5)</sup> 例えばKristian Köhl, AT, §9, Rn.47a(もっとも、自己決定権に関して少なくとも疑念がある) ; Rönna, JZ 2004, 801; Günter Stratenwerth/ Lothar Kuhlen, AT, §9, Rn.28; Johannes Wessels/ Werner Beulke, AT, Rn.381を参照。

<sup>(6)</sup> それについてはGeppert, JK 12/04, StGB§223/3; Harro Otto, *Ärztlicher Heileingriff und hypothetische Einwilligung*, JK 2/05, StGB§228/4; Ingeborg Puppe, Anmerkung, JR 2004, 470参照。

<sup>(7)</sup> この意味においてとりわけLothar Kuhlen, *Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen*, Roxin-FS, 2001, S.331 ; 同様にKuhlen, *Ausschluß der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung*, Müller-Dietz-FS, 2001, S.432, 436; Rönna, JZ 2004, 801; Claus Roxin, AT/ I, §13, Rn.119ff.

<sup>(8)</sup> Kuhlen, Müller-Dietz-FS, 2001, S.442 ; しかしWolfgang Mitsch, *Die „hypothetische Einwilligung“ im Arztstrafrecht*, JZ 2005, 279, 285ならびにその返答としてのKuhlen, JZ 2005, 713も見よ。

<sup>(9)</sup> さらなる指摘とともにStratenwerth/ Kuhlen, AT/ I, §9, Rn.28参照。

<sup>(10)</sup> Roxin, AT/ I, §13, Rn.120.

しかしながらRoxinは、「説明がなされないままであった場合に連邦裁判所が可罰性を要求するのであれば、当該患者が規則どおりの説明の際にはその同意を拒否したのであることが医師に対して『証明されるべき』こと」を、少なくとも憂慮すべきものと評価している<sup>(11)</sup>。したがってRoxinはこのような帰結の回避のために、危険増加論を仮定的同意の問題領域へと転用することを提案した。それによれば、たとえ当該患者が事実に合致した説明を受けたならばその侵害に同意しなかったであろう具体的な可能性のみが存在したとしても、説明しなかった医師の可罰性は既に生じているのである<sup>(12)</sup>。

しかし他方で学説においては、一部においても、仮定的同意という法形態に対して激しい批判がなされている。反対者によってはとりわけ、刑法223条以下が少なくとも患者の自己決定権の保護にも役立つものであり、自律性は事後的に修復可能なものではないがゆえに、したがって医師の侵害の時点が必然的に考慮に入れられなければならないということが主張された<sup>(13)</sup>。さらには、仮定的因果経過の考慮による予備的原因の形成は、一般的な見解によればまさに排除され、そしてそれゆえに違法性の段階においても何らの役割をも果たす必要はないのである、とも主張された<sup>(14)</sup>。とりわけ最近においてもGroppが、このような原則の例外は不真正不作為犯においてのみ認められ得るということを指摘した。すなわち不真正不作為犯においては、コンディティオ公式が著名な近似因果公式、すなわち当該結果が確実性に接する蓋然性により生じなくなるといふことなしに、結果の回避のために必要な行為が想定できなくなる場合には不作為はほぼ因果的である、という公式に変更されるのである<sup>(15)</sup>。しかしながら仮定的同意の場合の状況は不真正不作為犯の状況には合致していない、なぜなら〔仮定的同意の場合に〕不作為はなお、積極的な作為によって実現される、構成要件に該当する健康侵害の前段階において存在するからである。その他の点では、Groppが言うには、包括的考慮による予備原因についての論拠は、義務に従った、ないしは危険を増加させないような態度が併せて考慮されるような過

<sup>(11)</sup> Roxin, AT/I, §13, Rn.123.

<sup>(12)</sup> Roxin, AT/I, §13, Rn.124.

<sup>(13)</sup> それについてはHarro Otto, Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, Jura 2004, 683; Puppe, JR 2004, 471参照。

<sup>(14)</sup> Otto, Jura 2004, 683.

<sup>(15)</sup> Gropp, F.-C. Schroeder-FS, 2006, S.202参照。



失犯における義務違反連関の理論の枠内でのみ認められる。しかしながらこれに開いて仮定的同意の事例は、比較できるものではない、なぜなら当該医師はこのような事例において、同意が存在しないことおよびそれにもかかわらずその医師によって正当化状況が誤って認識されていたということなしに手術したことを認識しており、侵害結果はそこでは故意に惹起され得るからである。すでにこのことは、過失犯において承認されている帰属可能性の限定を、意識的な虚偽の説明にもかかわらず故意での医師により侵害された事例へと転用することに対して、不利な材料を提供するのである、<sup>(16)</sup>と。

そのほかには、仮定的同意の承認に対して、因果性検討ないしは帰属検討を正当化事由の段階へと一般的にも転用することが原則的な考慮から排除されるという点が反論として持ち出されている。したがってとりわけ、Duttgeは帰属の考え方を違法性の段階に持ち出すことについて反対を表明している、なぜならさもなければ「違法性段階の特別な個性が、その構成要件との相違において無視」されることになるであろうからである。というのも、Duttgeのように、「不法全体」の「完全化」が——それとともに同時に現れる——当該行為に関する無価値判断の根拠は、決してさらなる不法を根拠づけるような要素から結果として生じるのではなくて、むしろ逆に不法排除を引き起こすような要求（すなわち正当化事由の要件）の欠落からのみ結果として生じるからである。<sup>(17)</sup>したがってDuttgeによれば、「構成要件的（!）結果についての帰属連関は……初めから違法性段階にはではなくて、構成要件段階にのみ存在し得るのであって、その一方で規範的關係は、客観的違法性の枠内において構造上、不法を阻却するような要素の存在（!）にのみ……結び付けられ、そしてしたがってひとえに行為の正当化にとってのみ重要であり得るのである。」

最後に、仮定的同意に対しては、当該患者が適切な説明の事例においては医師による健康侵害について同意したであろうかどうかの事後的な立証は、ほとんどこれまでにおいても可能なものではなかったであろうこと、<sup>(18)</sup>そしてその上当該患者が医

<sup>(16)</sup> 詳しくはGropp, F.-C. Schroeder-FS, 2006, S.205参照、それに加えてその文献は、とりわけ構成要件の定式化（例えば222条、229条の「過失によって……」を参照）の射程に負うところによる、過失犯における帰属可能性の限定のための根拠は、故意犯には転用可能ではないという点を指摘している。

<sup>(17)</sup> Gunnar Duttge, Die „hypothetische Einwilligung“ als Strafausschlußgrund: wegweisende Innovation oder Irrweg?, Friedrich-Christian Schroeder-FS, 2006, S.185.

師の側からそれに対応した事後的な応訴を「買い取ら」され得る危険が存在している<sup>(19)</sup>ことが、法事実上もまた反論として持ち出されている。

## II. 実質的・法的な問題レベル

### 1. 身体的完全性保護と自己決定保護との間にある身体傷害の処罰構成要件

刑法223条を、身体的完全性の保護のための犯罪としてだけでなく、自己決定権の保護のための犯罪としても理解するのであれば、仮定的同意を支持することが非常に難しくなることは明白である。

しかしながら、刑法223条の構成要件が自己決定権の保護を念頭においているという主張は、刑法223条の文言からはたやすくは導き出され得ない。逆に、刑法223条は、その法律上の形式（「身体的に虐待し、またはその健康を害した」）によれば、さしあたり身体的な無傷性のみを保護している<sup>(20)</sup>。

しかしそれにより問題はもちろんまだ汲み尽くされているわけではない。なぜなら刑法228条においてあり得るものと予定されている同意によって、完全性の利益の中に自己決定権が押し込められているからである<sup>(21)</sup>。

したがって刑法223条がなお専ら〔身体的〕完全性という利益を念頭においているのに対して、刑法228条は、風俗に反する限界が越えられていない限りにおいて、個人が身体的な無傷性についてのその権利に関して自己決定して判断し得ることを明

<sup>(18)</sup> Eisele, JA 2005, 254; Ingeborg Puppe, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative, GA 2003, S.769参照、しかしそれに反対するものとしてKuhlen, JR 2004, 228; Roxin, AT/I, §13, Rn.133.

<sup>(19)</sup> Gropp, F.-C. Schroeder-FS, 2006, S.200.

<sup>(20)</sup> さらなる証拠とともにAlbin Eser, Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht, ZStW 97 (1985), 3ff.参照。

<sup>(21)</sup> それについてはBGHSt 17, 360; Knut Amelung/ Frieder Eymann, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, JuS 2001, 939; Gerd Bichlmeier, Die Wirksamkeit der Einwilligung in einen medizinisch nicht indizierten ärztlichen Eingriff, JZ 1980, 54; Friedrich Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 54, 263; 同じくGeerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf, ZStW 72 (1960), 43; Wolfgang Joecks, StGB, vor§32, Rn.17; Köhl, AT, §9, Rn.20; Volker Krey, AT/1, Rn.621; Karl Lackner/ Kristian Köhl, vor§32, Rn.10; Theodor Lenckner, Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, ZStW 72 (1960), 453; Uwe Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S.234ff.; Thomas Rönna, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, Jura 2002, 595; Roxin, AT/I, §13, Rn.12ff.; Herbert Tröndle/ Thomas Fischer, vor§32ff., Rn.3b; Wessels/ Beulke, AT, Rn.370を見よ。LK-Hans Joachim Hirsch, vor§32ff., Rn.105も参照。その際に、同意が正当化事由として理解されるのか、または既に構成要件阻却事由として理解されるのかは、重要ではない。

確にしている。

したがって身体傷害構成要件それ自身が自己決定についての表れであるわけではなく、自己決定権は、身体傷害から不法内容を取り除くような、身体傷害に関連した同意において初めて述べられているのである。<sup>(22)</sup>

同意の本質はこのような理解によれば、患者の側からの、医師による侵害を顧慮しての答責性の引き受けにあることになる。したがってこのような答責性の引き受けが、実際には既に医師の人格への身体傷害結果の帰属を排除し、同様に逆に答責性の引き受けの不存在が医師の人格への身体傷害結果への帰属を維持するのである。それゆえ同意が帰属阻却事由として理解される場合には、このような帰属阻却は実際上の患者の答責性引き受けによってのみ達成され得るのであって、それは仮定的な考慮によって補われ得るものではないのである。

しかしながら以下において、真の同意が構成要件段階に位置づけられるのか、正当化段階に位置づけられるのかは、仮定的同意という法形態の承認にとって重要ではないということがなお示され得るのである。<sup>(24)</sup>

## 2. 法に合致した代替態度と法に合致した代替経過との差異

今しがた行われた、身体的完全性の保護のための規範としての身体傷害構成要件と、それに関連した自己決定権の擁護のための法制度としての同意との間の差異に

<sup>(22)</sup> このような相違点が顧慮される限りにおいて、医療侵襲において、明らかな身体傷害を断念して、實際上自己決定権の侵害が重要な位置を占めているであろうことを出発点とすることはできない（しかしそのような見解としてChristoph Knauer, Ärztlicher Heileingriff, Einwilligung und Aufklärung - Überzogene Anforderungen an den Arzt?, in: Roxin/ Schroth [Hrsg.], Medizinstrafrecht, 2.Aufl., 2001, S.16ff.; 当然にもそれに反対するものとしてKarl Heinz Gössel/ Dieter Dölling, BT/1, §12, Rn.57)。それゆえ適切にもHeike Jung, Außenseitermethoden und strafrechtliche Haftung, ZStW 97 (1985), 57もまた自己決定権の帰結として、身体傷害における同意は、患者が何について自分が同意しているのかを知っている場合、すなわち適切な説明が先行していた場合にのみ有効であり得ると断言した。

<sup>(23)</sup> それについて詳しくはChristian Jäger, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 2006, S.22ff.参照。その場合には帰属阻却事由としての同意は、首尾一貫して構成要件の否定を結果として伴う。これと同様なのはUrs Kindhäuser, AT, §12, Rn.5.少なくとも結論において構成要件阻却に賛成するのは、それぞれさらなる指摘とともにGössel/ Dölling, BT/1, §12, Rn.48; Helmut Gropengießer, Die Rechtswidrigkeit bei der Sachbeschädigung (§ 303 StGB), JR 1998, 91; SK-Eckhard Horn/ Gereon Wolters, §228, Rn.2; Ralf Krack, List als Straftatbestandsmerkmal, 1994, S.123ff.; Manfred Maiwald, Die Einwilligung des Verletzten im deutschen Strafrecht, in: Albin Eser/ Walter Perron (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung III, 1991, S.165; Roxin, AT/ I, §13, Rn.12ff.; Javier de Vicente Remesal, Die Einwilligung in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, Roxin-FS, 2001, S.399.

<sup>(24)</sup> しかし明らかに異なる見解としてDuttge, F.-C. Schroeder-FS, 2006, S.185（それについては上述I. 2.を見よ）。

ついでに、既に、仮定的同意に関する議論においてこれまで考慮されてこなかった第二の視点へと導くものである。すなわち今日一般的な見解によれば、法に合致した代替態度は、具体的な行為状況において行為者の客観的な義務違反態度がないものと考えられ、そして注意に合致した行為によって置き換えられ得るという<sup>(25)</sup>方法で決定され得るというものである。それに対して、具体的な行為事実の外側に存在している経過は、併せて考慮されることは許されない。このことを連邦裁判所は、最近ようやく、注目を浴びた事例において確認した。その事例では、被告となった2人の精神病院の医師が、高度の危険性をもつ精神病院収容者に外出を認め、それによりこの収容者は戻らなかった。自由となったその者はその後において2つの謀殺を含む複数の暴力犯罪を老婦人に対して行った。その際にここで関心を持つような関連性にとって重要であったのは、当該行為者がもともと治療を受けていた精神病院の施設が、老朽化した窓格子によってだけ保護されたものであり、したがって行為者は過去において既に二度、腐った木材で固定された窓格子を簡単に取り除くことによって、病院からの逃亡に成功していたことであった。地方裁判所は両被告人を、2つの事例における過失致死という非難について、以下の理由により無罪とした。すなわちなぜなら勾留された者は——外出の承認へと至らなかったであろう場合には——、不十分にしか保護されていない窓を通して再び診療所を抜け出し、そして当該犯罪行為を実行したであろうということが排除され得ないからである。<sup>(26)</sup>連邦裁判所は〔その〕地方裁判所〔の判断〕に異議を唱えた、なぜなら、どのような態度が義務に合致したものであったのかという問題は、(直接的な)侵害原因として考慮に値するような義務違反を顧慮して回答されるべきものだからである。したがって、どのような態度が義務に合致したものであったのかという問題に際しては、当該行為者に非難可能な行為事情のみが、それに対応する注意〔義務〕に合致した態度によって置き換えられるべきであり、その一方でさらに具体的な行為状況については何も省略されることは許されず、それに何も付け加えて考えることは許されず、そしてそれに関して何も変更することも許されないのである、と。<sup>(27)</sup>その際に連

<sup>(25)</sup> BGHSt 11, 7; 30, 230.

<sup>(26)</sup> BGH NJW 2004, 237.

<sup>(27)</sup> BGH NJW 2004, 37; 既に出されていたBGHSt 33, 63; BGH VRS 74, 359f.; BGHR StGB §222 Kausalität 1; LK-Burkhard Jähnke, §222, Rn.1も見よ。

邦裁判所は、例えば交通事故被害者自身の態度のように、具体的な行為状況の中にその動機がこの行為事実それ自身において直接に示されるような事情のみを算入することを<sup>(28)</sup>も確認した。したがって、収容者の暴力的な逃亡の可能性は、診療所の建物の安全確保についての第三者の答責性からも生じるような、義務違反連関を妨げるものではない、としたのである。<sup>(29)</sup>

連邦裁判所がここで説明したことは、仮定的同意の法制度の評価のためには影響のないままではあり得ないものである。なぜなら、直接に法益を侵害するような態度は、説明不足の下で生じた手術に際しては、侵害によって生じた身体傷害のみであり得るからである。したがって、どのような態度が義務に合致したものであったのかという問題は、ここでもまた、直接的な侵害原因として考慮に入れられるような具体的な身体傷害行為を顧慮してのみ回答され得るのである。それに対して、説明不足の場合においては、変更されることが許されない、逆に具体的な行為状況を基礎にされるべき、手術の前提となる出来事が問題となっている。しかし説明不足<sup>(30)</sup>についてのこのような状況において、法に合致した代替態度は以下のようにしか述べ得ない、すなわち手術するな!、と。したがってここでもまた再び、説明についての瑕疵と法益を侵害するような態度との分離が欠落しており、法に合致した代替態度の、不適切な拡大へと至るものであることが示されるのである。

もっとも、どの程度まで違法な態度が観念の上で、被害者が関わる仮定によって置き換えることが許されるのかという問題は、これまでまだほとんどわずかにしか研究されてこなかった。これまでは単に、義務に合致した態度においても異なる事実経過に基づいて法益侵害が生じたであろうという単なる観念上の可能性だけでは、行為者の免責へと至るには適切ではないということが、認められていたとどまるのである。<sup>(31)</sup>

<sup>(28)</sup> さらに指摘とともにBGH NJW 2004, 237.

<sup>(29)</sup> BGH NJW 2004, 238.

<sup>(30)</sup> それについては他の関連においてGropp, F.-C. Schroeder-FS, 2006, S.202も参照。

<sup>(31)</sup> RGSt 63, 214; BGH NJW 2004, 238; Manfred Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, S.139ff.; Hans-Heinrich Jescheck/ Thomas Weigend, AT, §55 II 2 b aa; Lackner/ Kühl, § 15, Rn.41ff.; Reinhart Maurach/ Karl Heinz Gössel/ Heinz Zipf, AT/II, §43, Rn.106ff.; Otfried Ranft, Berücksichtigung hypothetischer Bedingungen beim fahrlässigen Erfolgsdelikt?, NJW 1984, 1426ff.; Claus Roxin, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74 (1962), 430ff.; Hans-Joachim Rudolph, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS 1969, 554; Friedrich Schaffstein, Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, Honig-

ここで、同意が実際には患者による身体傷害についての答責性の引き受けとして理解され得るのであり、そしてそれゆえに帰属阻却事由として適切に理解されるべきであるという考慮は、場合によってはある洞察を獲得し得る。<sup>(32)</sup>このことが認められるのであれば、もちろん、患者の同意によってもたらされた医師の帰属阻却と、通常の帰属阻却事由との間に、範疇としての差異が存在したままであることになる。すなわち、医師の側への結果帰属の排除は、患者の答責性引き受けによって達成されるが、その一方で通常の帰属阻却は通常、答責性引き受けによっては特徴づけられないのであって、答責性帰属の可能性の欠落によって特徴づけられているのである（例えば当該危険が第三者に由来した危険減少を理由として、もしくは当該危険が偶然の領域において向けられるべきであるような危険の法的重要性の欠落において、もしくは具体的な結果回避へと答責性が向けられないような保護目的連関の不存在において）<sup>(33)</sup>。

それにより、医師の健康侵害の事例は、構造上、同様に仮定による帰属阻却が解釈論上維持できないであろうような、自由答責的な自己危殆化に対応している。すなわち、Aが泥酔したBに家まで運転させ、その際に〔Bが事故をおこして〕Aがかなりひどく傷害を負った事例のみが念頭に置かれる。ここでは、刑法229条による身体傷害結果の帰属は、通説的見解全体によれば、Aが危険を認識して車に同乗したのかどうかによって左右される。これが実際にそうであるならば、通説的見解によればBの側への帰属の阻却は認められ得るべきものである、なぜなら自由答責的な自己危殆化ないしは合意による他者危殆化の事例が存在しているからである。それに對

---

FS, 1970, S.171ff.; Bernd Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, 647ff.参照、しかしそれに反対するものとしてErich Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, 42ff.; Klaus Ulsenheimer, Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte, JZ 1969, 364ff.それに対してBGHSt 13, 13が目下の問題性に転用可能であるかどうかは疑わしい（しかしそのようにするのはPuppe, JR 2004, 471）。その事例では判事の職にある試補見習いが、事実と反して、この貸付金をまもなく入金する金額により返済することができるだろうと説明したことによって、ある商人から貸付金を獲得した。その商人は、返済についての説明がなかったとしても試補見習いに貸付金を与えたであろうことを後に断言したにもかかわらず、連邦裁判所はここで、当該処分が欺罔に基づくものであり、そして仮定的な考慮はそれと並んで何らの余地もないことを確認したのである。この事例の転用可能性は疑わしい、なぜなら詐欺においては個別の詐欺要素の間の純粋に機能的な結びつきで十分であり、そしてそれを越えるような帰属連関は必要ではないからである。

<sup>(32)</sup> それについては既にJäger, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 2006, S.25f.参照。

<sup>(33)</sup> それについて詳しくはJäger, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 2006, S.19f.

して、Bの酩酊状態がAに認識されていなかった場合には、自由答責的な自己危殆化ないしは合意による他者危殆化について述べられ得ない、なぜなら自ら自己を危殆化した者は、危険にさらした者と同程度に危険を見とおさなければならないからである。したがって運転者の人格への帰属は、この場合には維持されるままなのである。すなわち——自由意思での自己危殆化の事例が、帰属に関する学説の大部分によるように構成要件阻却事由として理解されるのか、もしくはとりわけ判例において主張されている同意に関する見解によるように正当化の観点として理解されるのかについて関わりなく——この場合において、Aが場合によってはBが泥酔していることを知っていた場合にもまた同乗する決意をしたであろうがゆえに、運転者の人格への帰属ないしは自らの行動の違法性が阻却され得る、などという主張は誰も真面目にはしないであろう。したがって全体として、行為者による許されない結果惹起は、同様の結果が異なる種類の被害者態度の場合においても生じたであろうことによっては決して相対化され得ないということが示されるのである。むしろ行為状況に常に現実の被害者の態度が基礎におかれるべきである、なぜなら法に合致した代替態度の問題においては、行為者の義務に違反した行動のみが、その行為者の法に合致した態度によって置き換えられるべきだからである。それに対して——前段階においても示されている——被害者の態度は、行為状況において現実存在していたようにして基礎におかれるべきである、なぜなら行為者の法に合致した代替態度は、法に合致した代替経過へと転用されることは許されないからである。その上このことは結局として、酩酊した運転者の例が示しているように、同意が帰属阻却事由として理解されるのか、正当化事由として理解されるのかに関わりなく、当てはまらなければならない。

### III. 民法を前提とした問題レベル

仮定的同意は民法上の医師の損害賠償法にその起源をもち、そしてそこで圧倒的に免責事由として認められている。したがって圧倒的な民法の見解は、患者が規則どおりの説明においても侵害の実施について準備ができていたであろう場合には、身体傷害を理由とする民法253条第2項による損害賠償義務は排除されるとしてい

る。このような観点は、因果関係ないしは法に合致した代替態度の領域において調和したものである。<sup>(34)</sup> もっとも、仮定的同意の承認は、民法においても争われていないわけではない。すなわち、例えばすでにDeutschは、法に合致した代替態度の立証の容認が医師の説明義務をそれ自体として限定するかどうか、という問題を投げかけた。<sup>(35)</sup> 一部においても、患者を再び決意させる状況におくということがそもそも可能なかが疑問視されている。<sup>(36)</sup> 連邦裁判所が民法の領域について、規則どおりの説明の場合においても当該患者が侵害を決断したであろうことの立証を医師が行う必要があるということを出発点としていることもまた興味深い。連邦裁判所はこのようにして、説明を受ける患者の権利が場合によっては効果を失わせられることを避けようとしたのである。他方で連邦裁判所は民法の領域について、患者が規則に合致した説明に際してもその見地からは、主張された治療の拒絶が当時の時点において無理からぬものとなったような真の決断の葛藤に直面していただろうことについての説明責任負担を、患者に負わせた。<sup>(37)</sup>

この最高裁民事裁判所の判例は、刑法では「疑わしきは被告人の利益に」原則の普遍的妥当性を前にして、医師と患者との間の異なる証明責任の分配が排除されている限りにおいて、既に刑法には転用不可能である。<sup>(38)</sup>

それとは関係なく、事後的な仮定の形成が、刑法の原則と調和し得ないような遡及の擬制という結果になることが認識されなければならない。すなわち、民法におけるのとは異なって、刑法における規範の呼びかけは、行為の時点において既に確定していなければならないのである。このような根拠からは、刑法には原則的にどのような種類の遡及の擬制も存在しない。この関連において注目し得るのは、連

<sup>(34)</sup> それについてはPhilipp Böcker, Die „hypothetische Einwilligung“ im Zivil- und Strafrecht, JZ 2005, 926; Palandt/ Helmut Heinrichs, BGB, Vorb. vor§249, Rn.105参照。

<sup>(35)</sup> Erwin Deutsch, Anmerkung, NJW 1984, 1400参照。

<sup>(36)</sup> Dieter Giesen, Anmerkung, JZ 1993, 318参照、刑法についてはPuppe, GA 2003, 769も参照、Puppeの当該論考は、患者がまったく十分な説明の場合にも同意したであろうかどうかという問題を「言葉の最も厳格な意味において無意味な」ものであるとまで評価した。しかしそれに対してKuhlen, JR 2004, 228は反論しているが、もっともそれは、「2003年にアイウトン [Aflton Gonçalves da Silva] にヴェルダー・ブレーメン [Werder Bremen] がシャルケ04 [Schalke 04] よりも多くの金銭を提供していたならば、彼はヴェルダー・ブレーメンとの契約を延長したであろう」という命題は、意味があるというだけでなく、さらにその上甚だしく納得のいくものと評価され得るものである、といういくらか日常的な理屈の上での反論である。このような比較が様々な存在する患者の決断に適合したものとなるかどうかは、疑われてしかるべきである。

<sup>(37)</sup> その全体については、BGH NJW 1980, 429; NJW 1982, 698を参照。民法上の立証責任の分配についてはPuppe, GA 2003, 772ffも参照。

<sup>(38)</sup> この原則について詳しくはHarro Otto, AT, §24, Rn.1ff.



邦裁判所の判決が、その判決が基礎においている事情については確かに直接にはここで議論されている問題には転用不可能であるが、しかしながらその判決理由は存在している関連性において決定的な役割を果たし得るということである。その点では、意識を失った者が、その支配実行についての無能力が中断することなく死ぬまで持続する場合にもまたなお、物への占有を保持し得るのかどうかという問題が重要である。バイエルン州最高裁判所は、そのような事例において、その支配実行についての無能力が（例えば卒中の発作によって）中断することなく死ぬまで持続した場合には、〔遡って〕所有者の占有は既に終了しているという見解を主張した。<sup>(39)</sup>しかしながら連邦裁判所は当然にこの見解に耳を貸さず、そしてそれにより連邦裁判所はこのことを、〔もし〕さもなければ、その間に〔所有者の占有が存在するのかしないのか〕どっちつかずの状態が存在して、その終了時に死の発生によって占有状況が遡及的にその時間全体について再び無くなってしまふことになる、ということによって根拠づけたのである。<sup>(40)</sup>連邦裁判所は、このような考察方法を論理法則と両立し得ないと評価しただけでなく、——ここで存在している関連性にとってはるかに興味深いのだが——行為が窃盗として評価されるべきか、または横領として評価されるべきかという問題は、状況に応じて行為時点において決定されなければならないのであって、後の展開後に決定されなければならないのではない、ということ<sup>(41)</sup>を明らかにしたのである。その際に連邦裁判所は、H. Schröderを引き合いに出した、すなわち彼はバイエルン州最高裁判所によって主張された〔彼とは〕正反対の立場が、その行為について窃盗が問題となるのか、もしくは横領が問題となるのか、行為の時点においてなお確定しないという、耐えがたい帰結へと至るであろうことを指摘したのである。事情によっては、このことは被害者が死亡した一週間後によりやく確定され得ることになる。外見上、他の生活事情全体に関係するこのような判断が、刑法における「仮定的同意」の承認にとって、影響の無いままではあり得ない。なぜなら仮定的同意の問題において——連邦裁判所が強調しているように——理性的な患者が危険によって適切な説明の場合においてもひるまされ得な

<sup>(39)</sup> BayObLGSt 1960, 329.

<sup>(40)</sup> このことそれに続く箇所についてはBGH NJW 1985, 1911.

<sup>(41)</sup> H. Schröder, Anmerkung, JR 1961, 189f.

かっただろうという立証が問題となるのではなくて、場合によっては事後的な質問によって確かめられるべき、患者の仮定的な決断のみが問題となるのであれば、ここでもまた、事例によっては〔例えば〕昏睡状態の患者の場合には、行為の時点において傷害罪の未遂が存在したのか、または傷害罪の既遂が存在したのかが、数週間、数か月、またはその上数年の後にようやく確定され得るであろうという問題が生じるのである。しかしこのことは、民法と比較可能ではない刑法の目的設定と、完全に相いれないものである。民法は、場合によってはこの種の遡及の擬制により作用し得る、なぜならそこでは、被害者もしくは場合によってはその代理人ないし付添人の財産処分の自由の支配の下にある正当な財産補償が重要だからである。それに対して刑法においては、刑罰を不可避のものとする条件は、内包と外延により既に行為の時点において確定されていなければならないのである、なぜなら、そうでなければ、刑法における規範の呼びかけは〔被害者という〕個人の処分に屈服することになるだろうからである。それに対応して、窃盗構成要件もまた、例えば民法142条第1項および民法1953条第1項において見られ得るように、民法上の遡及の擬制<sup>(42)</sup>に従属するものではない。したがって、全ての必然的な、民法を前提とする二次規範性に基づいたとしても、民法上の視界が規範適用要請を遡及するような相対化へと至り得るであろう場合には、刑法はその独自性を主張しなければならないのである。

#### IV. 手続法上の問題レベル

上述された異議は、さらに、仮定的同意という法制度に関するこれまでの議論においてまだ考慮に入れられていなかった、手続法上の観点へと移行する。すなわち仮定的同意の許容は結論において、身体傷害犯罪が医師の健康侵害の事例において公的な訴追の利益が存在する場合（刑法230条第1項第1文参照）にさえも（少なくとも修正された）親告罪へと形を変えられるであろうことへと至るのである。なぜならその可罰性または少なくとも処罰範囲は（未遂の可罰性があり得るものと評価

<sup>(42)</sup> Wolfgang Mitsch, Strafrecht BT II/1, §1, Rn.32; NK-Urs Kindhäuser, §246, Rn.16; Rudolf Rengier, BT/1, §2, Rn.8; Johannes Wessels/ Thomas Hillenkamp, BT 2, Rn.70参照。

される限りにおいて)、事後的に、当該患者が後になってから自分が手術をいずれの場合においても行わせたであろうと説明するかどうかには左右されるだろうからである。合理性の考慮は重要とされるべきではないので、したがって患者自身が、医師の可罰性をそれに対応した応訴によって達成し、もしくは排除もすることを掌握していることになるだろう。<sup>(43)</sup> このことは結論において、実質的な権利の装いの下に覆われた刑事告訴と、何ら異ならないのである。しかしそれにより、医師の可罰性は——そして可罰性の範囲(既遂または未遂)さえもまた——被害者の任意処分とされることになるであろう。その場合にそのような可能性の帰結は——医師がそれにより自らの不処罰または少なくとも未遂による軽い処罰を獲得するために、そのそれに対応した応訴を行う危険は完全に別として——<sup>(44)</sup>——そもそもはや予測し得ないものであろう。

仮定的同意が他の構成要件を含めてその対象としている場合には、さらに問題はなおより差し迫ることになるだろう。すなわち例えば将来、会社の経営者が背任構成要件の下にある危険取引(例えば出資者の金銭を保証のない危険取引に投入すること)を締結し、そしてその者が被害者に金銭支払いによって事後的に、この被害者がその危険性を認識していた場合においても会社〔の当該取引〕に賛成していたであろうという説明を決意させたことによって、後に背任の可罰性について解放される、ということが考えられ得るであろう。背任の構成要件はこのような方法で、純粹に親告罪へと作り変えられるであろう。なぜなら刑法266条は未遂の可罰性を予定していないからである。財産は当事者の任意処分に従属することになるので、このことは民法にとって問題とはならないであろうのに対して、このことは刑法にとって、それによって起訴法定主義が少なくとも部分的に犠牲とされるという、深

<sup>(43)</sup> Roxin, AT/I, §13, Rn.127. Roxinは以下のように、この問題を周知のものと評価しており、したがってやはりどうも理性的考慮に賛成するようである。すなわち彼は以下のように言う、「しばしば、状況の背景からすれば特定の推定が強制的に思い起こされるものである。医師の人格に対して異議が存在せず、当該侵害は医療的に適応したものであり、そして議論の対象となりうる選択肢が存在しない場合には、立証可能な具体的事情がそれについて不利な材料を提供しない限りにおいて、事実即ち説明の場合においても患者が同意したであろうことが出発点とされ得るであろう」と。しかしこれはその場合には結論においてやはり医師のパターンナリズムへの転換である。それに対して、自律性思想がその価値を認められる場合には、患者が適切な説明がなされた場合においては完全に全くもって理性的ではなく振る舞い、なおかつ治療を拒否したであろうことは、決して排除されるべきではないのである。医学におけるパターンナリズムと自律性の間の緊張領域について詳しくは、Duttge, F.-C. Schroeder-FS, 2006, S.179ff.を参照。

<sup>(44)</sup> それについては前述のGropp, F.-C. Schroeder-FS, 2006, S.200.

刻かつ予測可能な帰結を持つことになるであろう。それにより仮定的同意に関する議論は、個別の問題を超え出て、その意義がこれまでの議論においてなお十分には強調されてこなかった手続法上の次元をも獲得するのである。

## V. 比較法的问题レベル

仮定的同意の承認に関する論争に際しては、国家的な境界を越えて視線を向けられた方が良い。すなわち被祝賀者が常に認めていた比較法的な視野は、まさに刑法において洞察の獲得へと至り得るものであるが、それはいまだにたびたび非常に過小評価されすぎているものである。

この関連においてとりわけ興味深いのは、イタリアの判例の展開である。それは過去において複数回、患者の同意なしに生じた医師の侵害についての刑法上の評価に取り組む必要があった。確かに、「仮定的同意」という法制度はイタリアにおいてはそのようなものとしては議論されてはいない、しかしながら判例はそこで、患者の明示的意思に反する医師の処置と、患者の明示的同意なしでの医療侵襲とを区別するという発展を獲得したのである。それゆえ、このような区別は仮定的同意の承認の際にドイツにおいても——たとえいくらか異なったやり方であったとしても——構築されるがゆえに、イタリアの議論状況を簡潔に描写する価値があり得るだろうことが明らかにされなければならない。

1. 1992年のいわゆるMassimo<sup>(45)</sup>事例において、破棄院 (Corte di Cassazione) [=最高裁判所] は外科医の答責性に関して判決する必要があった。その外科医は癌にかかった年老いた患者の同意により、とくに軽い手術を行うことにした、しかしその際に侵害の間に、患者がそれについて同意を与えていなかったような非常に徹底的な手術の拡大をすることを決意し、そしてその結果、患者は手術後数週間後に死亡した。最高裁判所はこの事例において、〔ドイツ〕刑法227条による傷害致死罪に対応している、イタリア刑法584条の傷害致死 (präintentioneller Tötung) を理

<sup>(45)</sup> Cass. 21 aprile 1992, in Cass. pen. 1993, 63.

由とする可罰性を承認した。その際に、最高裁判所が説明した目的は、患者の意思の役割と患者の自己決定の能力を強調することであった。しかしながら学説においては、この判決は強い批判にさらされた。なぜなら確かに患者の意思は本質的なものではあるが、しかしながら最高裁判所によって、苛酷な治療行為が、医師と患者との間の信頼関係が重大な程度に侵害されるような危険と結び付けられてしまったからである。<sup>(46)</sup>

2. Barese判決<sup>(47)</sup>においても、外科医が独断でかつ患者との事前の取り決めなしに侵襲の方法を変更し、そしてその結果として死亡したという事例が問題となった。最高裁判所はここで当該事例を過失致死としてのみ有罪とした、なぜなら当該外科医は手術について失敗をしでかしたからである。傷害致死はこの事例においては、以下の理由から拒絶された、すなわち外科医は身体的に侵害しようとしたのではなくて、その健康を回復させようとしたのであるから、外科医が手術に際して身体傷害の意図を持っていなかったのであるという理由である。

3. Firenzani事例<sup>(48)</sup>は複雑に展開した。当該判決は以下の事実に基づいている、すなわち患者が自分の左ひざに対する侵襲についてその同意を与えたが、しかしそれに基づいて医師は誤って、同時に病気であった右ひざを医療準則に従って手術した。この事例において医師は、イタリア刑法典59条を援用して、過失身体傷害によって有罪判決を受けた。この規定によれば、許容命題が存在するものと過失により認識した場合において、その過失により認識したという点が法律において過失構成要件として予定されているほどの過失に基づく場合は別として、可罰性は原則的に排除されるとした。<sup>(49)</sup>それによりイタリア刑法典59条は、ドイツ法における制限責任説に対応しているのである。〔当該判決の〕理由づけとして最高裁判所は、当該医師の侵襲は身体的完全性だけではなく、患者の自己決定権をも侵害したということを引き

<sup>(46)</sup> その全体については、Marco Pelissero, L'intervento medico in assenza di consenso: riflessi penali incerti e dilemmi etici, *Diritto Penale e Processo*, 2005, 374参照。

<sup>(47)</sup> Cass. 9 marzo 2001, in Cass. pen. 2002, 517, その論評としてG. Iadecola.

<sup>(48)</sup> Cass. 11 luglio 2001, in Cass. pen. 2002, 2041.

<sup>(49)</sup> イタリアの解釈論をもまた反映した、このような法律上の解決については、F. Viganò, *Profili penali*, cit., 186を参照。

合いに出した。もっとも、これに対して、ドイツにおいてもよく知られた論拠が反対した、すなわちこのような不法は強要規定によって表現されている（イタリア刑法610条、すなわち〔ドイツ〕刑法240条）のであり、そしてそれゆえに身体傷害に特有の関連性が存在しないのである、と。

4. 結局として、破棄院は2002年にいわゆる<sup>(50)</sup>Volterrani事例で終止符を打った。その事例では外科医は患者の賛同により手術を行った。しかしながらその時に侵襲の経過において癌性潰瘍を発見した後で、外科医は患者と調整していなかった本質的により重大かつより危険な手術侵襲をすることに決めた。結局として当該患者は術後の経過において合併症により死亡した。当該医師はここで、Massimo判決とは逆に、無罪判決を下された。その理由づけとしては、以下のようなことが持ち出された、すなわち手術をした医師は決して身体傷害を実行したわけではない、なぜなら当該医師は患者の健康のために行動したからである。したがってその侵害は社会的な重要性を理由として承認されるべきものであり、そして医師は常に緊急状況で行動するかのように手術するということが出発点とされるべきである。最高裁判所が述べるには、結局として、治療について患者によって述べられた明示的拒絶と、具体的な侵害についての同意の単純な欠落とは区別されなければならない。拒絶の場合においては医師は少なくとも強要により可罰的であるが、それに対して同意の単純な欠落の場合においては医師は無罪とされるべきである、と。

学説においてこの判決は批判の嵐を巻き起こした。<sup>(51)</sup>とりわけ異議を申し向けられたのは、当該判決が結論において患者の自由意思の侵害について、その侵害の不法内容がイタリア刑法典610条（〔ドイツ〕刑法240条に対応する）に関して十分ではないと捉えられる結果になったことであった。とりわけ学説においては、最高裁判所の見解に対して、侵襲の危険が考慮に入れられるべきであると反論された。すなわち、あらゆる——自己に誤りなく行われたものも含めて——侵襲は危険と結び付いているので、常に患者には、その危険を同意によって引き受ける権利があることに

<sup>(50)</sup> Cass. 29 maggio 2002, in Cass. pen. 2003, 1945ff. それについてはF. Vigano, *Profili penali*, cit., 154ff. も参照。

<sup>(51)</sup> さらに指摘とともにPelissero, *Diritto Penale e Processo*, 2005, 375参照。

なる。そうでもない限り、許されていない危険が許された危険になるということはないのであり、その一方で、さもなければ身体傷害が出発点とされるべきである、と<sup>(52)</sup>。

まさしく最後に挙げられた裁判は、仮定的同意の承認の問題についても特別の興味を引くものである。なぜなら、専断的な医師の手術の拡大の場合において、仮定的同意という法形式の肯定によって同様に、明示された治療拒絶と治療についての同意の単純な欠落との間の区別が現れることが認識されなければならないからである。すなわち、患者がはじめから侵襲を明示的に拒否していた場合には、事後的な仮定のための余地は当然にもはや存在しないのである。それに対して、具体的な侵襲に対する同意のみが欠けている場合には、事後的な仮定のための余地は存在したままなのである。侵害に先行する患者の発言のそのたびごとの範囲が考慮に入れられるという細分化は、わずかにしかもっともらしいものでしかなく、そしてさまざまに被害者によって望まれたことないし望まれなかったことの困難な解釈を必要とするものになるだろう。結局、それに関しては、(患者が具体的に行われた治療をあらかじめ明示的に拒否していたのか、もしくは行われなかった治療においてのみ同意していたのか) 患者によって表現された言葉の選択が決定的なものとなる。しかし解釈論上もまたそのような区別は拒絶されるべきである、なぜなら実際には身体的侵害において同意の単なる欠落の場合においても、当該医師を傷害未遂としてだけでなく傷害既遂として処罰することを正当化するような、許されない危険が現実化しているからである。というのも、——そしてここで上で描写された関連ではイタリアの学説において示された、細分化するような考察に対する批判に賛成して——危険の引き受けは、侵襲の拒絶の場合においても侵襲についての同意の欠落の場合においても行われぬがゆえに、両方の場合において許されない危険は身体傷害に現実化しているからである。したがって、イタリアで学説において行われた判例への批判がドイツの問題に有意義に転用される限りにおいて、まさに仮定的同意という法制度を顧慮して、徹頭徹尾、イタリアの議論状況が教訓とされ得ることが示されるのである。

---

<sup>(52)</sup> Pelissero, *Diritto Penale e Processo*, 2005, 375.

## VI. 結論

解釈論的な努力の成果はその結論において示されている。それにより、ここで提示された検討の洞察が、もう一度簡潔に以下のように指摘される。

患者の自己決定権は、同意に関して、刑法223条によって規定化された身体的完全性の保護に入り込んでいるものなのである。その際に同意の本質は、答責性の引き受けにある。それは医師の侵襲前<sup>53)</sup>に患者によって実際に表現されなければならない、そして事後的な仮定によって置き換えられ得るようなものではない。その際にとりわけ、身体的侵襲の前段階において説明が欠落していることは、仮定的同意という法形式に対して不利な材料を提供するものである。したがって、説明の欠落に関連づけられた、仮定的同意の肯定は、法に合致した代替態度によって違法な態度を置き換えるということにだけでなく、その上、これまで常に拒絶されてきた、法に合致した代替経過<sup>53)</sup>ということの承認にもつながるものであろう。民法における仮定的同意の圧倒的な承認もまた、刑法への転用にとって有利なものとはならない、なぜなら遡及の擬制が刑法では民法とは逆に、まさにその余地がないものだからである。最後に、仮定的同意という法形式を支持することによって、隠れた親告罪が創出される危険性があること、さらには、明示的な治療拒絶と、治療同意の欠落とのわかりやすい区別が困難になるであろうこともまた、見逃されることは許されない。したがって、全ての解釈論的観点および手続法的観点は、仮定的同意という法制度の承認に対して敵対的なものとなっている。それを踏まえた上で常に、被祝賀者が既に1985年に的確に述べたことは考慮されなければならない、すなわち、「医学において、危険と機会は近しく一緒にあるものなのである。」まさにそれゆえに、被害者がその危険を自らその侵襲について耳を傾ける必要があったことが明確にならなければならない。それにより、これがそうでない場合には、許されない危険が結果において実現し得たにすぎないのである。

Heike Jungは鋭い洞察力と先見の明による本質についての多くの業績において、医事刑法の発展のために寄与した。彼がこの彼に送られた論考を好意的に受け取り、

<sup>(53)</sup> Jung, ZStW 97 (1985), 47.



そして将来的にもなお多くの個人的な対談のきっかけをもたらすであろうことを望むものである。

### 【参考条文】

〔刑法〕

#### ▼223条 傷害

(1) 他人を身体的に虐待し、またはその健康を害した者は、5年以下の自由刑または罰金刑に処する。

(2) 本条の未遂は可罰的である。

#### ▼228条 同意

侵害される者の同意を得て傷害を行う者は、その同意があったにもかかわらず、行為が善良な風俗に反する場合に限り、違法に行為したものとする。

#### ▼227条 傷害致死

(1) 行為者が、傷害(223条ないし226a条)によって侵害される者の死亡を惹起した場合には、その刑は3年以上の自由刑とする。

(2) それほど重大ではない場合においては、1年以上10年以下の自由刑が科されるものとする。

#### ▼229条 過失傷害

過失によって他の者の傷害を惹起した者は、3年以下の自由刑または罰金刑に処する。

#### ▼230条 刑事告訴

(1) 223条による故意の傷害および229条による過失の傷害は、告訴によってのみ訴追される、ただし刑事訴追官庁が特別な公的利益のために、刑事訴追に関して職権により介入を必要としているものと判断する場合は除く。被害者が死亡した場合には、故意の傷害においては77条第2項によって、告訴権は親族に受け継がれる。

(2) 公職者、公的な職務に対して特別に義務を負う者、または連邦国防軍の軍人に対する行為が、その職務の執行の間に、またはその職務と関連して実行された場合には、職務の上官の告訴によってもまた訴追される。同様のことは、教会およびその他の公法上の宗教団体の公務の担当者にもまた当てはまる。

#### ▼240条 強要

(1) ある人に、暴行により、またはひどい害悪についての脅迫により、違法にある行為、容認、もしくは不作為を強要した者は、3年以下の自由刑または罰金刑に処する。

(2) 努力された目的のための暴行の使用または害悪の脅迫が、非難すべきものとして評価される場合には、当該行為は違法である。

(3) 本条の未遂は可罰的である。

(4) 特に重大な場合においては、その刑は6月以上5年以下の自由刑とする。特に重大な場合とは、通常次のような場合である、すなわち、行為者が、

1. 他の人間に性的な行為を強要した場合、

2. 妊婦に妊娠中絶を強要した場合、または

3. 公職者としてのその者の権限もしくはその者の地位を濫用した場合である。

#### ▼266条 背任

(1) 法規、官庁の委託、もしくは法律行為によりその者に認められた、他人の財産に関して処分もしくは他人に義務を負わせる権限を濫用し、または、法規、官庁の委託、法律行為、もしくは信頼関係に基づいて負担している、他人の財産利益を守る義務を侵害し、そしてそれによって、その財産利益を保護しなければならない者に損害を与えた者は、5年以下の自由刑または罰金刑に処する。

(2) 243条第2項および247条、248a条、ならびに263条第3項は準用される。

〔民法〕

▼142条 取消の効果

- (1) 取消可能な法律行為が取り消された場合には、当該法律行為は初めから無効であったものとみなす。
- (2) 取消可能であることを知っていた、または知っていたに違いない者は、取消が生じた場合には、その者が法律行為の無効を知っていた、または知っていたに違いないであろうものとして扱われる。

▼253条 精神的損害

- (1) 財産損害ではない損害を理由としては、金銭賠償は、法律によって定められた事例においてのみ請求され得る。
- (2) 身体、健康、自由、または性的自己決定の侵害を理由として、損害賠償が成し遂げられ得る場合には、財産損害ではない損害を理由としても、正当な金銭賠償が請求され得る。

▼1953条 放棄の効果

- (1) 相続財産が放棄された場合には、放棄者の相続権は生じなかったものとみなす。
- (2) 放棄者が相続開始の時点までに生存していなかったであろう場合には、相続財産はその資格があったであろう者に帰属する。ただし相続権は相続開始によって生じるものとみなす。
- (3) 遺産裁判所は、相続財産が放棄の結果として帰属することになった者に放棄を通知する。遺産裁判所は当該放棄の宣言の閲覧を、法的利害関係を疎明したあらゆる者に許容するものとする。