

タイトル	被害者の自己答責的自己危殆化、承諾及び推定的承諾 (7)
著者	吉田, 敏雄; YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究, 53(4): 43-62
発行日	2018-03-30

# 被害者の自己答責的自己危殆化、承諾及び推定的承諾 (7)

吉 田 敏 雄

## 目 次

- 第1章 自律性原理（自己答責性原理）と自己答責的自己危殆化
  - I 概説
  - II 適用領域
    - (a) スポーツ
    - (b) 財産法上の危険引き受け
  - III 第三者の「自己答責的」介入がある場合の客観的帰属
    - (a) 救助行為
    - (aa) 自発的救助者による救助行為
    - (bb) 救助義務者による救助行為
    - (b) 追跡行為
- 第2章 自律性原理と被害者の承諾
  - I 概説
  - II ドイツ語圏の承諾に関する法制度
    - (a) ドイツ
    - (b) オーストリア
    - (c) スイス
  - III 承諾の効果根拠
    - IV 自己答責性の限界
    - V 自己答責性の前提要件
    - VI 自己答責的自己危殆化と了解的他人危殆化の区別  
(以上第五二卷第二号)

- 1 モデル論的考察
    - (a) 衝突モデル
    - (b) 統合モデル
    - (c) 基礎モデル
  - 2 日本における議論状況
  - 3 評価
  - IV 承諾の対象と範囲
    - (a) 対象
    - (b) 範囲
  - V 正当化事由としての承諾の前提要件と限界
    - (以上第五二卷第三号)
    - 1 法益保持者による承諾
    - 2 承諾者の処分権能
      - (a) ドイツ
      - (aa) 学説
      - (bb) 判例
      - (b) オーストリア
      - (c) スイス
      - (d) 日本
      - (aa) 学説
      - (bb) 判例
      - (e) 評価
    - 3 承諾の形式と時点
    - 4 承諾能力
    - 5 第三者による承諾
    - 6 意思瑕疵なき承諾
- 
- (以上第五三卷第一号)
  - (以上第五二卷第四号)
  - (a) 脅迫
  - (b) 欺罔に起因する承諾
  - (aa) ドイツ語圏刑法学における理論状況
  - (bb) 日本刑法学における理論状況
  - (cc) 評価(承諾の有効性の規準)
  - (c) 錯誤
  - 7 承諾の認識
  - 第3章 構成要件阻却の了解
    - I 構成要件阻却の了解の分類
    - II 了解の前提要件
    - 1 自然的意識能力と弁識・判断能力
    - 2 意思瑕疵
    - 3 意思表示の必要性
  - 第4章 推定的承諾
    - I 概念と基本思想
    - 1 理論構成
      - (a) 学説
      - (b) 評価
    - 2 緊急避難との関係
    - 3 事務管理との関係
    - 4 許された危険(社会的相当性)との関係
  - II 適用領域
  - 1 内的財衝突に起因する推定的承諾
  - 2 行為者又は第三者のための推定的承諾
  - III 前提要件

- 1 客観的承諾要素
    - (a) 弁識・判断能力
    - (b) 切迫性
    - (c) 調査義務
  - 2 主観的正当化要素
    - (以上第五三卷第三号)
- 第5章 仮定的承諾
- I 概説
  - II ドイツの判例
  - III 犯罪理論体系上の位置づけとその評価
    - (a) 構成要件解決策
    - (aa) 因果関係の不存在
    - (bb) 不作為
    - (b) 違法性解決策
    - (aa) 客観的帰属の違法性段階への転用
    - (bb) 独自の正当化事由論
    - (cc) 評価
    - (c) 刑罰消滅事由
    - (以上第五三卷第四号)

## 第5章 仮定的承諾

I 概説 従来、ドイツの刑事判例では、承諾に関して、二種類の違法性阻却事由が認められている。すなわち、違法性の段階で、先ず、正当化事由としての実際の承諾があるか否かが問題となる。実際の承諾が無いとき、それを得ることのできなかったやむをえない事情があったのか否かが検証され、これが肯定されると、推定的承諾の問題となる。この場合、客観的事情ではなく、専ら、患者自身の個人的関心が焦点となる。これに対して、近時、実際の承諾があると、その前提要件のすべてが具備されているか否かが検証されねばならないが、説明に瑕疵があるため、承諾の表示が無効であるとき、そもそも仮定的承諾 (Hypothetische Einwilligung) という法形象に基づき可罰性が否定される余地があるのではないかが問題とされるようになった。とりわけ医的侵襲の場合、患者の承諾を得る可能性があったにもかかわらず、医師はその努力をしなかったが、患者は事前に問われていたなら、承諾を与えたといえる

場合、医師は処罰を免れるというものである。先ず、法規に則った説明がなされたのか否が調査され、次いで、患者がその説明の後で承諾を与えたといえるか否かが答えられねばならない。正確な説明があった場合の仮定的意思と瑕疵のある説明の後で実際に表示された意思が合致すると、仮定的承諾が肯定されるというのである。しかし、この法形象は、犯罪理論体系上の位置づけに関しては見解が分かれるものの、判例及び一部の学説によって肯定されているが、多くの論者によって否定的に捉えられている。

仮定的承諾という法形象は元来ドイツの医事民事判例で承認された法形象である。医師は、損害賠償の訴えに対して、患者が法規に則った説明を受けていたなら治療に有効な同意を与えたのだとの抗弁をすることができる。それは、損害賠償の民事責任を免れるため、侵襲を正当化するべき架空の承諾である。それに対して、患者は、法規に則った説明を受けていたなら、承諾したかどうかの決定をする葛藤に陥ったことの納得のいく説明をしなければならぬ。民法で仮定的承諾の法形象が創出されたのは、患者が損害賠償請求を理由づけるために、説明懈怠を事後的に濫用する危険を妨げるためだった。<sup>①</sup>

仮定的承諾の法形象はドイツ医事刑事判例に継受された。以下で見るように、連邦通常裁判所は、当初、過失の説明過誤の場合にだけ仮定的承諾に基づき医師に有利な判決を下したが、後に、説明義務を故意に違反した場合にも仮定的承諾を考慮に入れた。現在、仮定的承諾は刑事判例においても定着したと云える。<sup>②</sup>

仮定的承諾の刑事判例継受にあたって、その法形象に変容が見られる。民事賠償責任手続きでは、民事判例は仮定

的承諾の証明を要求していない。先ず、医師に仮定的承諾の抗弁が許される。これに対して、患者は仮定的承諾を「真正の決定葛藤」の証明によって反証することができる。これによって、医師と患者の状況を手続き上うまく調整できることとなる。しかし、こういった証拠則を刑法で適用することは許されない。「疑わしきは被告人の利益に」が妥当する刑事法では、患者が法規に則った説明を受けていたなら承諾をしなかったということの証明が必要となる。したがって、仮定的承諾の立証責任の分配は民事法と刑事法では非常に異なる。刑法における仮定的承諾の反証は民事法におけるよりも難しい。<sup>3)</sup>

## II ドイツの判例 仮定的承諾に関する代表的裁判例は以下の通りである。

【一】BGH, 25(09)1990 - 5 StR 342/90 「O脚事件」〔Pの両脚の位置異常が次第に昂進してきた。最初診察した二人の整形外科医は手術を勧めなかった。両脚の位置異常は手術して矯正するほどひどいものでないこと、手術の危険の方がその効用よりも大きいと思われるというのがその理由だった。それからPは整形外科医(医長)Aに診察してもらったところ、位置異常の手術をした方が良いと言われた。Aは手術に伴う危険と合併発症の可能性についてはおおまかな言い方しかなかった。骨髄炎の可能性と偽関節に関する詳細な説明は無かった。PにとりAは絶対的権威であり、PはAに全幅の信頼をおいていた。当時の情況と雰囲気からすると、PはAの提案と必要だと考えたことの全てに承諾を与えたと云えた。Pに手術後骨髄炎と偽関節形成が生じた。Pは歩行器の助けを借りてもそれほど長い距離を歩けず、時に車椅子に頼る状態となったという事案〕で、ハンブルク地方裁判所は過失致死罪の成立を否定した。連邦通常裁判所も次のように判示してAに無罪を言い渡した。Aも説明担当の補助医師B(事件の二年前に医師免許を取得したばかりであり、又、Aの病棟に勤務して半年で、しかも外科の予備知識も整形手術の予備知識ももってい

ない)も骨切り術に際して生じうる骨髄炎と偽関節の説明をしなかった。AはBが法規に則った説明をしたと思つたこと、したがつて、故意を排除する錯誤に陥つた。しかし、AはBによる説明を信頼してはならなかつたのであり、このことを知らねばならなかつたし、知ることもできなかったので、過失行為をした。それでも原審の無罪判決は維持されるべきであるのは、「この義務違反が傷害の原因でなかつたから」である。というのも、Pは願いをかなえてくれるAにやつとめぐり会えたのであり、その能力、手術の技量を無条件に信頼しており、したがつて、手術に伴う全ての危険の説明を受けていた場合でも、手術の承諾を与えたといえるからである。

【2】BGH NSZ 1996: 34 = JR 1996: 69 「外科手術用骨プラグ事件」〔医師Aは椎間板の手術を実施したが、痛んだ頸部椎間板を除去した後で間隔留め具として使えるように準備してあつた牛骨、いわゆる「外科手術用骨プラグ(Surgibone-Dübel)」を脊椎骨の間に挿入した。当時、ドイツでは自分の骨か合成樹脂からできた間隔留め金が用いられるのが普通だつた。外科手術用骨プラグは薬事法によると許可を必要とするが、ドイツではまだ許可されない薬品だつた。諸外国では許可され使用されていたが、それは従来用いられていたものよりも危険が少ないからであつた。当該骨プラグを病院の薬剤部を通して入手し、それ故法規に違反しないことを信頼していたAは、患者を不安にさせないため、この材料に関する説明をしなかつた。患者六人に痛みを伴う合併症が生じ、その中には再手術を必要とする患者もいたという事案〕で、連邦通常裁判所は、Aの故意傷害罪の廉での有罪判決を破棄差戻した。Aは、使用された骨プラグが法規に違反しないことを信頼していたので、許容構成要件錯誤にあり、刑法第一六条第一項第二号の準用によりせいぜい過失犯の成立が考えられる。「説明の瑕疵が可罰性を基礎づけるのは、患者が必要とされる説明があつた場合に承諾をしなかつた場合に限られる」。民事法とは異なり、このことは医師に証明されねばならない。

疑いが残る場合、承諾は法規に則った説明があっても与えられたということから出立しなければならぬ。

【3】BGH NSZ-RR 2004, 16 = JR 2004, 251 = JZ 2004, 800 = StV 2004, 376 「椎間板ヘルニア事件」〔患者Pは頸椎の椎間板ヘルニアに罹っていた。医師Aは誤ってPの腰椎の一つを手術した。Aは翌日Pの麻痺症状を見て自分の過誤に気付いた。Aは医長Bの勧めでこの取り違いのことをPに黙し、手術は成功したが、痛みが残っているのは胸椎の椎間板ヘルニアに原因があると説明した。この真実に反する説明に基づいてPは胸椎の手術を承諾した。実際にはAは頸椎の手術を行ったという事案〕で、連邦通常裁判所は、執刀医師Aに対する略式命令が確定していたので、地方裁判所で傷害教唆の廉で有罪判決を言渡されていたBの可罰性に関してのみ判断しなければならなかった。連邦通常裁判所は、二回目の手術に関するPの承諾は欺かれて与えたものであるから無効であり、正当化効力を有しないとしながらも、患者が真実の説明を受けていたなら実際に実施された手術の承諾をしたと云えるとき、違法性が欠落すると説示して、有罪判決を破棄した。すなわち、実際の承諾がなくして実施された治療行為が、患者への十分な説明がなかったとしても、傷害罪として処罰できるのは、患者が完全且つ適切な説明があったなら実施された治療侵襲に承諾しなかったと云える場合に限られる。このことが確実に認定できない場合、「疑わしきは被告人の利益に」に従って、医師に利益に適用されねばならないと。

【4】BGH NSZ 2004, 442 = JR 2004, 469 「穿孔器尖端事件」〔医師Aは、右肩の脱臼を再発した一八歳の患者Pにその承諾及びその両親の承諾を得て手術を行った。穿孔が必要だった手術に際し、穿孔器の尖端二センチメートルが折れ肩峰突起に刺さったままになった。それは肩甲関節に損傷をもたらすことは無く、ほぼ完全に骨の中に埋没した。〕



穿孔器の先端部の取り出しには失敗したが、その他の点では手術は成功した。手術の終わった夕方、PはAから思いがけず、二回目の手術を受けた方がよいと告げられ、AはPの両親にもそのことの説明をした。Aは、背部の被包を取り出す適応症があると嘘をついた。それは二回目の手術の必要性に関する本当のことを告げたら、その承諾が得られないからであった。穿孔器先端部を取り出すことだけがAの関心事だったのであり、Aはそのことを黙した。Pとその両親は二回目の手術を承諾し、四日後に手術は行われたという事案<sup>【5】</sup>において、フライブルク地方裁判所はAに傷害罪の廉で有罪判決を言い渡した。地方裁判所は、医的治療費は意思瑕疵によって影響を受けない患者の承諾によってしか正当化されず、穿孔器の先端部を取り出す手術には承諾がなかったこと、AがPとその両親に二回目の手術の必要性に関して嘘をつき、穿孔器の先端部の破損について意図的に黙したからだと判示した。連邦通常裁判所は原審の事実認定に依拠して、「Pが破損した穿孔器の先端部を取り出すことの承諾を与えなかったという明白な事実に基づく」と、手術が医学の水準に従って (lege artis) 行われ、患者が真実の説明を受けたら実施された手術の承諾を与えたと云えるという理由から、違法性が欠落すると考える余地は無し (vgl. BGH NSZ-RR 2004, 16)」。本件事案は、二回目の手術は、専ら穿孔器先端部の取り出しの必要性から行われたのであり、手術に当り、後に苦痛の発生する危険を万が一減少させるかもしれないことはまったく考慮されなかった。

【5】 BGH NSZ-RR 2007, 340 = StV 2008, 189 「腹部脂肪吸引事件」〔医師Aは、麻酔医一人と看護師一人の立会いで、患者Pに局部麻酔による腹部の脂肪吸引を行い、次いで、完全麻酔でいわゆる脂肪前掛けを切除した。Pは手術前にこの手術の危険性に関して麻酔を含めてきちんとした説明を受けていた。約二ヵ月後、AはPに二回目の手術を行った。この手術では局部麻酔で、一回目の手術に由来する瘢痕の残りを切除し、もう一度脂肪吸引をおこなう予定になっ

ていた。再度の説明は無かった。承諾書の作成は無かった。Aが脂肪吸引を行った当日は、土曜日で、看護師がいなかった。手術に当たりAの頼みで医学の分野にはあまり明るくない化学専攻学生が助手を務めた。Aは局部麻酔を行ったし、麻酔中のPの様態監視は自分でできると思った。手術の準備と実施をするときPが急に痛みを訴えたので、AはPに睡眠導入と鎮痛剤を何度か相前後して投与したが、Aは誤解していたのだが、それは併用して投与してはならなかったのである。その結果、Pは呼吸沈下に陥ったので、手術は中断を余儀なくされた。Aは十分な拮抗薬を持つておらず、救急医の到着も遅れたので、その到着前にPは薬剤の過剰投与のため死亡したという事案」で、ハレ地方裁判所は、過失致死罪の成立を肯定したが、刑法第二二七条の傷害致死罪の成立を否定した。その理由は、Pが、たとえ十分な手術の体制が整っていないことについて説明を受けていたとしても、少なくとも仮定的には治療の承諾をしていたといえるというものだった（Pは死んだから、少なくとも「疑わしきは被告人の利益に」に従ってAの利益に捉えることが考えられる。ことに、Pは具体的事案でかつて一度Aに脂肪吸引をしてもらったことがあるからである）。連邦通常裁判所は、仮定的承諾の法形象の適用範囲を限定した上で、原判決を破棄差戻した。医師の治療侵襲によって傷害罪の違法性が欠落しうるのは、たとえ説明の瑕疵がある場合でもきちんとした説明があったなら実際に行われた手術の承諾をしたと云える場合である。しかし、こういった仮定的承諾も医学の水準に従って行われた治療行為にだけ関係するのが基本である。美容整形手術の場合、それ自体医学的適応がなく、たいてい急ぐ必要もない限り、厳格な説明が必要とされると。

【6】BGH NS1Z 2012, 205 「食道穿孔事件」〔医師Aは血便の出た患者Pの腸内視鏡検査を行った。異常なしの検査結果が出た後で、腸内視鏡検査に引き続き持続的——承諾の有効性を排除する——鎮静剤を用いながら胃内視鏡検査

を行うことにしたが、それはPの苦痛の原因を突き止めるためだった。内視鏡を挿入しようと二回試みたが、Pの飲み込みの際の痛みで失敗した。二時間の休憩の後、鎮静剤が補充され、再度少なくとも二回の内視鏡挿入が試みられたが、失敗し、そのうちの一回によって食道穿孔が生じた。必要な食道手術が行われた直後、Pに合併症が生じ、Pはそれが基で死亡した」という事案で、連邦通常裁判所はバイロイト地方裁判所の無罪判決を特に証明不十分という理由で破棄したが、本裁判においても基本的に仮定的承諾の法形象を維持し、次のように説示した。患者が真実の説明を受けていたなら実際に行われた手術を承諾したと云えるとき、違法性が、したがって刑法第二七七条（傷害致死罪）の可罰性が否定される。きちんとした説明がなされていたなら承諾はなされなかったことを医師に証明しなければならぬ。疑いが残れば、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従いAの有利に、きちんとした説明があった場合も承諾がなされたということから出立しなければならぬ。Aが、事前の質問で侵襲の拡大にPが同意していたと誤信していたとき、許容構成要件の錯誤があると。

Ⅲ 犯罪理論体系上の位置づけの検討 仮定的承諾の法形象を肯定する学説も、その犯罪理論的位置づけに関しては見解が分かれているので、以下、それらの見解を概略した上、検討を加えることとする。<sup>(4)</sup>

(a) 構成要件解決策

(aa) 因果関係の不存在 仮定的法形象の犯罪理論体系上の位置づけという観点から検討すると、先ず、因果関係の不存在を理由に構成要件該当性を否定することが考えられる。連邦通常裁判所が「O脚事件」において、「この義務違反が傷害の原因でなかったから」と判示したとき、ここでは因果関係の問題として扱われていたのである。<sup>(5)</sup> すなわ

ち、患者が真実の説明を受けていたなら実際に実施された手術を承諾したか否かが問われた。患者が法規に則った説明を受けていた場合でも医的侵襲の承諾を与えていたと云えるなら、説明義務の義務違反侵害は医的侵襲の原因でなかったと云える。法規に則った説明があった場合承諾がなされないままであったといえて初めて、説明義務侵害が侵襲の原因だったということになる。そして、このことを医師に証明しなければならぬのである。

しかし、条件説（当該具体的行為が無ければ当該具体的な結果は生じなかったといえる場合、その両者の間に因果関係がある）では、実際の具体的行為が原因となっているか否かが問題とされているのであって、仮定的代替原因はまったく重要でないのである。治療侵襲の場合、仮定的承諾がありうるということは結果、つまり治療侵襲にとつて重要でない。仮定的代替原因は因果関係の問題ではないということである。医的侵襲が行われたなら、医師の行為はこの結果と因果関係にある。結局、患者の仮定的承諾の法形象を用いて義務違反行為の傷害結果への因果関係を否定することはできない<sup>6)</sup>。その後、判例も「違法性が欠落する」という表現を用いることにより「因果関係解決策」から距離をおくようになる。

(bb) 不作為 医師の仮定的な法規に則った行為を不作為の因果関係、つまり、疑似因果関係で考慮する見解がある。疑似因果関係というのは、必要とされる作爲が行われたならば、構成要件の結果は確実性と境を接する蓋然性をもつて生じなかったといえる場合に、必要とされる作爲の「不作為」と構成要件の結果の発生との間の因果関係を否定するのである。構成要件の結果が生じなかったという点に疑いがあるとき、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が働く<sup>7)</sup>。仮定的承諾の場合、意思も必要な説明をしなかったのであるから、この不作為と傷害という結果の間の疑似因

果関係が問われるのである。しかし、この両者の間の疑似因果関係の存否を問題とすることは適切でない。法規に則った説明をしなかったという不作為は切る、刺す等を伴う治療侵襲の前域にある。問題とされるべきは、身体の不可侵性という法益侵害に向けられた作為なのである。法規に則った説明をしなかったという不作為はなるほど患者の自己決定権を侵害しているが、しかし、身体の不可侵性を侵害しているわけではない。<sup>8)</sup>

### (b) 違法性解決策

(aa) 客観的帰属の違法性段階への転用 本説の主唱者であるクレーンは、構成要件における客観的帰属と正当化欠缺の帰属の「構造的類似性」から出立する。所為の違法性を基礎づけるためには、正当化事由が欠けているだけでは十分でない。むしろ、それに加えて、正当化が、「単なる正当化欠缺」に基づき否定されるとき、結果がこの欠缺に基づき客観的に帰属可能であるか否かの検証が必要となる。仮定的承諾の場合、「単なる正当化欠缺」は医師の説明義務違反及びそれに由来する意思瑕疵の場合に認められるが、処分権能や承諾能力の欠如の場合には認められない。患者が有効に説明を受けていた場合であっても結果が生じたとき、客観的帰属が否定される。すなわち、承諾の欠缺と傷害結果の間の帰属連関が無い。結局、義務違反連関が存在しないため、所為の結果不法が認められないが、しかし、行為不法は残るので、未遂罪の成立可能性は残る。ウルゼンハイマーは、そのために行為が法的に是認されなかった危険が結果となって実現しなかったとき、つまり、結果が規範の保護目的の中に無いとき、危険連関の欠如も理由として客観的帰属を否定することができると論ずる。例えば、それに関しての説明がなされなかった治療代替案の特有の危険が実現しなかった場合である。<sup>10)</sup>

本説も問題を孕んでいる。第一に、客観的帰属は客観的構成要件要素である因果関係の存在を前提として、実質的に構成要件該当性を縮減する機能を有している。違法性は正当化事由が存在する場合にのみ欠落する。したがって、客観的帰属を違法性段階に持ち込むことは正当化事由の例外機能に反する<sup>11)</sup>。前提要件が客観的に具備されていない正当化事由への帰属というものの必要性が無い。帰属可能性はすでに正当化事由が欠如していること、結果が構成要件該当行為に帰属可能であることから生ずるのである<sup>12)</sup>。第二に、義務違反連関というのは、結果が義務違反に基づく又は義務違反によって増加した危険が実現した場合に肯定される。結果が適法代替行為が為された場合でも生じたと言えるとき、義務違反連関は欠落する。この適法代替行為の思想の起源は過失犯にあったのであるが、適法代替行為の検証に当り、違法な行為だけが適法な行為によって代替されるのであって、仮定的事象経路が付け加えられるのではない。例えば、採石業者が注意義務に違反して安全柵を設置していなかったところ、子どもが基礎溝に転落して死亡したという場合、柵を設置していても子どもはそれにより登って転落死した可能性があるというようなことはまったく考慮されない<sup>13)</sup>。故意で行われる治療侵襲の場合も、その前の瑕疵のある説明が法規に則った説明によって代替されるのではない。故意の治療侵襲では、適法代替行為というのは規範を遵守して行為をしないことにあり、結果を回避することが常に可能であるので、規範遵守のいかなる逸脱も許されない危険増加と云えるからである<sup>14)</sup>。

(bb) 独自の正当化事由論 判例は、患者が法規に則った説明があった場合にも手術をしてもらったといえる限り、違法な傷害の結果不法が否定されること、なぜなら、手術が適法代替行為の場合であってもなされたのであるから、医師の説明の欠如が違法な傷害の結果に効果を及ぼしていないというものである。そして、「違法性が欠落する(Rechtswidrigkeit entfällt)」<sup>15)</sup>とどう表現が用いられるとき、仮定的承諾に独自の正当化事由という位置づけがなされ

ているようである。連邦通常裁判所は、許容構成要件の錯誤の検証が必要であることを指摘していることから、仮定的承諾の存在に関する錯誤を承諾という正当化事由に関する錯誤と等しく扱っているからである。すなわち、仮定的承諾があれば違法性が阻却される<sup>(16)</sup>。

(3) 評価 判例が仮定的承諾を独自の正当化事由と位置づけるなら、その前提要件が具備されると、もともと義務違反の行為が正当化されることになるが、これには疑問がある。実際の承諾や推定的承諾と仮定的承諾の間には構造的差異があるからである。すなわち、一般に、所為の正当化は優越的原理に基づくのである。そのことは正当化緊急避難において明らかである。正当防衛においても、被害者の自分の法益を侵害されない利益が、違法に攻撃する者が侵害行為に当り損害を受けない利益を上回るのである。実際の承諾や推定的承諾が正当化の性格を有することは、「自己の事柄に自ら不利益を望む者には、不法は生じない」から導出される。個人は自己の財を自由に処分でき、したがってその刑法的保護も放棄しうるから、法益保護の必要性がなくなるのである。つまり、法益保持者の自己決定権がその法益を刑法上保護する法共同体の利益よりも上回るのである。実際の承諾においては、患者はその意思表示によって法益保護の放棄を明らかにする。推定的承諾の場合、推定的意思の調査に当り、患者個人の事情に焦点を合わせるにより、患者の自律性が保障される。行為の適法性は所為時点の具体的状況において実際にその許容要件が具備していなければならない。つまり、一般的禁止が具体的事案において例外的に許されるか否かが問題とされるのである<sup>(17)</sup>。

ところが、仮定的承諾の場合、所為の不法を欠落させる、法益保護を放棄する有効な承諾が存在しない。場合によっ

てはありうる仮定的意思の保護というものが患者の本当の現実の意思の尊重より優越するというようなことはありえない。被害者はその法益保護に有効な影響を及ぼしていないのである。患者が刑法による保護を放棄している事実は存在しない。「仮定的承諾」というのは、仮定的に存在しえたが、実際には存在しなかった承諾の純然たる擬制である<sup>18)</sup>。所為時点に影響を及ぼしていないということが、後になって承諾の仮定により代替できるかは疑問である。先ず、既に自然法則的根拠からして、実際に起きた事象を後になって変えることはできない。そうすると、事後に与えられた承諾を所為時点に遡及させる可能性しか残らない。しかし、法的安定性の観点から、この遡及効を認めることはできない。なぜなら、所為の時点で既に、その適法性、違法性が確定していなければならないからである<sup>19)</sup>。さもなければ、仮定的承諾の適用の場合、医師の可罰性が患者の処分次第ということになる。患者が事後に下す決定は、疑問のある場合、治療行為の成功、失敗に影響されるものである<sup>20)</sup>。

さらに次の問題もある。手術の終了後、患者が法規に則った説明を受けたならどういう決定をしたかという問いに答えを出すことは実際には難しい<sup>21)</sup>。手術の前後で患者のおかれた決定状況は全く異なる。手術の結果に満足して、この問いに肯定的に答える患者もいるだろうし、手術の結果に不満でこの問いに否定的に答える患者もいるだろう。しかし、法的に重要なことは、所為前の時点の決定である。おそらく、危険等があるにもかかわらず意図的にその説明をしない医師に手術をしてもらいたい者は誰もいないと云えよう<sup>22)</sup>。ところが、所為時点の現実の事情は、事後的意形成では完全に消されてしまうのである<sup>23)</sup>。仮定的承諾は事後的許可とは異なるのであるが、少なくとも心理学的に見ると事後的許可にほとんど等しい<sup>24)</sup>。しかし、事後的許可というのは刑法では正当化効力をもたない。窃盗の被害者が事後になって、前もって話してくれていたなら、窃盗犯人に当該盗品をくれていたのと言っても、それによって窃盗



が正当化されることにはならない。同様に、患者が法規に則った説明を受けていたなら侵襲の承諾をしたと事後に言ったとしても、患者の自己決定権を侵害して実施された侵襲が正当化されることはない。<sup>25</sup> 実際、ドイツ刑法第二二八条は、「被害者の承諾のある傷害」を前提とすることによって、事前の承諾だけを正当化事由として承認していることから明らかである。<sup>26</sup>

さらに、正当化事由は常に客観的要素と主観的要素から構成されることも指摘されねばならない。主観的要素が要求するのは、行為者が、他人の法益を具体的状況において違法に侵害していないという認識をもって行為することである。ところが、仮定的承諾の場合、主観的正当化要素が欠如するところに問題がある。医師は、患者が法規に則った説明を受けていたなら承諾したろうということを知っている医師なら法規に則った説明を患者にすることができたと云えるからである。<sup>28</sup> 仮定的承諾では、医師は、後に承諾を得られて正当化されると思って行為をするに過ぎない。要するに、医師は、承諾に基づいてではなく、「考案されたに過ぎない事態」<sup>29</sup>に基づいて行為をするということである。そうすると、仮定的承諾では主観的正当化要素が欠けるのである。そこで、学説の一部には、主観的要素不要論も見られるのである。仮定的承諾は、医師が患者の承諾を得られることの認識のない場合に妥当する法形象だということになる。<sup>30</sup> 又、一部の学説は、仮定的承諾の得られることを信頼していたとの医師の主張を反駁することは難しいが、この反証が成功したとき、行為不法は欠落しないが、客観的正当化事情の存在を認識していなかった場合と同様に、未遂罪で処罰可能だと主張する。<sup>31</sup> いずれにせよ、仮定的承諾は一般の正当化事由と異なった特異性が見られるのである。<sup>32</sup>

最後に、仮定的承諾の法形象は推定的承諾の補充性原則をすり抜けるように見えるところに問題がある。推定的承諾の法形象は、当人の実際の承諾を適時に得ることが所為時点でも可能でない場合にだけ適用される。このことにより、当人に基本的に、自己答責的に自己の権利に対処することが保障される。ところが、仮定的承諾では、こういった補充性を保障する前提要件が欠如している。というのは、なぜ患者の承諾が所為時点で得られないのかの理由が欠如しているからである。したがって、医師は自分の説明義務を意識的に無視するとか、それどころか意図的に欺き、それでいて処罰されないですむと信頼することが可能となる。というのは、仮定的意思が実際の患者の意思と一致するかに関するいかなる疑いも、又、患者が死亡した場合のようにこういった疑いを認定できないということも、「疑わしきは被告人の利益に」の原則により行為者の有利に判断されるからである。<sup>(33)</sup>結局、患者の承諾があつたのか否かが重要でない場合があることになる。<sup>(34)</sup>したがって、医師には患者に法規に則った説明をし、有効な承諾を得る努力をする誘因が無くなるので、仮定的承諾というのはきわめて「自己決定敵対的」であり、それどころか、患者自律性の空洞化に繋がりがかねない。<sup>(35)</sup>

(C) 刑罰消滅事由 仮定的承諾を構成要件、違法性及び責任という犯罪構造の外に、刑事政策的配慮から刑罰消滅事由として位置づける構想もある。<sup>(36)</sup>しかし、この見解にも問題がある。一般に刑罰消滅事由に位置づけられる中止未遂の場合、行為者の事後的行為があることによって処罰の必要性がなくなるのである。ところが、仮定的承諾では、医師は自分の事後的行為によって法共同体を鎮静化するのではない。仮定的承諾という偶然が医師に役立つのである。したがって、仮定的承諾は刑罰消滅事由と構造的に異なるのである。<sup>(37)</sup>

(1) S. Jansen, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, ZJS 2011, 482, 483.

仮定の承諾の問題にかかわるわが国の民事判例に東京地判平成四・八・三一判時一四六三・一〇二「東大脳動静脈奇形(AVM)除去手術事件」がある。「Eは脳動静脈奇形摘出手術を受け死亡したところ、その遺族らが国に対して損害賠償請求をした事件。遺族らは担当医師らの脳動静脈摘出手術における過失と説明義務違反を主張した。本判決は、当該手術における担当医師らの過失を否定し、説明義務違反については認めしたが、それとEの死亡との間の因果関係は否定した」「担当医師らは本件手術に関して損害賠償義務を負う相手方であるEに対し、手術の危険性や保存的治療に委ねた場合の予後について十分な説明を尽くさず、その双方の危険性を対比して具体的に説明することもしなかったため、このため、Eは本件手術を受けるかどうかを判断するために十分な情報を与えられなかったといわざるを得ない。…担当医師らが手術の危険性等について十分な説明をしていたならばEが手術を承諾しなかった可能性を全く否定することはできない」、しかし、手術を受けずに保存的治療に委ねた場合の予後とか、「被告病院の設備とスタッフを考えれば、手術前にはそれほど高度な危険を伴う手術とみることはできなかった。これらの事実を併せ考えると、Eが担当医師から十分な説明を受け、手術にある程度の危険を伴うことを具体的に知らされたとしても、手術を承諾しなかったかどうかは必ずしも明らかでない。そうすると、担当医師らがEに対して十分な説明をしておればEが本件手術を承諾しなかったかどうかは必ずしも明らかではなく、担当医師らが必要な説明を尽くさなかったこととEが死亡したこととの間には相当因果関係があるとはいえない」。

(2) Jansen, (Fn. 1), 83.

(3) Jansen, (Fn. 1), 483.

(4) 参照：山中(一五五)六〇七頁以下、同「意思の説明義務といわゆる仮定的同意について」(『神山敏雄古稀祝賀論集第一巻』二〇〇六年)二五三頁以下、同『医事刑法概論』二〇一四年・三五五頁以下。

(5) もともと判例が「因果関係」という言葉で「義務違反連関」を意味していたと理解できる余地もある。Jansen, (Fn. 1), 485.

(6) H. Otto, A. Albrecht, Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heilungriff, JURA 2010, 264, 268; Jansen, (Fn. 1), 485.

(7) H. Rosenau, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, in: Maiwald, FS, 2010, 685, 700.

(8) Jansen, (Fn. 1), 487; Otto/Albrecht, (Fn. 5), 268.

(9) L. Kuhlen, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, in: Roxin, FS, 2001, 331; ders., Ausschluß der objektiven Zurechnung

- bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung, in: Müller-Dietz-FS, 2001, 431; ders., Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung, JR 2004, 227; K. Gebbert, JK 12/04, StGB § 223/3 「仮定的承諾の法形象の实体は規範的帰属の阻却であるが、構成要件の段階ではなく、違法性の段階に位置付けられねばならない。有効な真正の承諾がないので、行為の義務違反は残るが、既遂犯が必要とされる。実際に実現した不法結果への義務違反連関が欠如する」。
- (10) K. Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl., 2007, Rn 131.
- (11) Vgl. Jansen, (Fn. 1), 487.
- (12) Vgl. Jansen, (Fn. 1), 487.
- (13) Otto, (Fn. 149), § 10 Rn. 25.
- (14) 444' 110111に仮定的承諾を構成要件該当性における客観的帰属の問題として扱った立場にも等しく批判はせず。Roxin, (Fn. 11), § 13 Rn 122; Vgl. Ch. Jäger, Gut gemeint, aber schlecht gemacht, JA 2012, 70, 72; Jansen, (Fn. 1), 487.
- (15) BGH NSZ-RR 2004, 16, 17; NSZ-RR 2007, 340.
- (16) BGH JR 2004, 251, 252; BGH JR 2004, 469; BGH NSZ-RR 2007, 340; BGH NSZ 2012, 205.
- (17) Otto/Albrecht, (Fn. 6), 269; N. Czempiel, H. Magler, September 2012 Speiseröhren-Fall, famos 9 (2012), 1, 5.
- (18) Otto/Albrecht, (Fn. 6), 269; Vgl. H. Schlehofer, „Pflichtwidrigkeit“ und „Pflichtwidrigkeitszusammenhang“ als Rechtswidrigkeitsvoraussetzungen?, in: Puppe-FS, 2011, 953, 966.
- (19) A. Albrecht, Die "hypothetische Einwilligung" im Strafrecht, 2010, 352 f.; Ch. Jäger, Die hypothetische Einwilligung - ein Fall der rückwirkende juristischen Heilung in der Medizin, in: Jung-FS, 2007, 354; ders., Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 2006, 25; Czempiel/Magler, (Fn. 17), 5; Gropp, (Fn. 11-17), § 5 Rn 83.
- (20) Czempiel/Magler, (Fn. 17), 5.
- (21) インゲボルト・プップは、適法代替行為によって客観的帰属が否定されるのは自然法則に従って決定される因果経路に限定されるのであって、心理学的に制禦される人の決定にかかわる領域には、ひとが特定の情報を与えられたらばという決定をするかに関する厳密に一般的法則は存在しない、したがって、はなから証明問題は生じないのであり、この問いは、利用できる方法では答えられないのであるから、厳密に科学的意味で「無意味」とは論じ得ぬ。I. 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, 764, 768 ff. 796; *ides*. Anmerkung zum Urt. des BGH v. 20. 1. 2004, JR 2004, 470. 以下「刑法の教義に見られるものに、経験知や蓋然性に基づいた精神的に整った動機連環や規範的・社会的健全さを眼につく。Kuhlen, (Fn. 9, JR 2004), 228; Th. Rönau, Anmerkung zum BGH, Beschluss v. 15. 10. 2003, JZ 2004, 801, 802; *Rovin*, (Fn. 1-1), § 13 Rn 133.
- (22) *N. Bosh*, Grenzen einer hypothetischen Einwilligung bei ärztlichen Eingriff, JA 2008, 70, 72.
- (23) *Ch. Sawada*, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, NSStZ 2012, 1, 6.
- (24) *Sawada*, (Fn. 23), NSStZ 2012, 1, 6.
- (25) *Otto*, (Fn. 149), § 8 Rn 134.
- (26) *Schlehofer*, (Fn. 18), 967.
- (27) *Czempiel/Mulger*, (Fn. 17), 6.
- (28) *P. Böcker*, Die „hypothetische Einwilligung“ im Zivil- und Strafrecht, JZ 2005, 925, 927.
- (29) *Czempiel/Mulger*, (Fn. 17), 6.
- (30) *F. Bollacher, J. Stockburger*, Der ärztliche Heileingriff in der strafrechtlichen Fallbearbeitung, JURIA 2006, 908, 913.
- (31) *P. Böcker*, (Fn. 28), 927.
- (32) *Jansen*, (Fn. 1), 486.
- (33) *Sawada*, (Fn. 23), 7.
- (34) *M. Garbe*, Wille und Hypothese — Zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Zivil- und Strafrecht 2011, 233.
- (35) *Bollacher/Stockburger*, (Fn. 30), 913; *G. Dutge*, Die „hypothetische Einwilligung“ als Strafausschlussgrund: wegweisende Innovation oder Irrweg?, in: Schroeder-FS, 179, 188; *W. Gropp*, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, in: Schroeder-FS, 197, 201; *ders.*, (Fn. II-17), § 5 Rn 83; *Heinrich*, (Fn. 1-4), § 16 Rn 478c; *Czempiel/Mulger*, (Fn. 17), 6.
- (36) *Böcker*, (Fn. 28), 929.
- (37) *Vgl. Albrecht*, (Fn. 19), 480 f.

## **Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung (7)**

Toshio YOSHIDA

### Kapitel 1 Autonomieprinzip und eigenverantwortliche Selbstgefährdung

- I. Allgemeines
- II. Anwendungsbereiche
  - a) Sportverletzungen
  - b) Übernahme vermögensrechtlicher Risiken
- III. Objektive Zurechnung bei eigenverantwortlichem Eingreifen Dritter
  - a) Rettungshandlungen
    - aa) Rettungshandlungen durch freiwillige Helfer
    - bb) Rettungshandlungen durch Pflichtübernahme
  - b) Verfolgungen
- IV. Schranken der Eigenverantwortlichkeit
- V. Voraussetzungen der Eigenverantwortlichkeit
- VI. Eigenverantwortlichkeit und einverständliche Fremdgefährdung  
(Bd. 52, Nr. 2)

### Kapitel 2 Autonomieprinzip und Einwilligung des Verletzten

- I. Allgemeines
- II. Ausländisches Recht
  - a) Deutschland
  - b) Österreich
  - c) Die Schweiz
- III. Zum Wirkungsgrund der Einwilligung
  - 1. Grundmodelle
    - a) Kollisionsmodell
    - b) Integrationsmodell
    - c) Basismodell
  - 2. Theorienstreit in Japan
  - 3. Würdigung
- IV. Gegenstand und Reichweite der Einwilligung
  - a) Gegenstand

- b) Reichweite (Bd. 52, Nr. 3)
- V. Voraussetzungen und Grenzen der rechtfertigenden Einwilligung
- 1. Einwilligung durch den Rechtsgutsträger
- 2. Dispositionsbefugnis des Einwilligenden
  - a) Deutschland
    - aa) Theorienstreit
    - bb) Rechtsprechung (Bd. 52, Nr. 4)
  - b) Österreich
  - c) Die Schweiz
  - d) Japan
    - aa) Theorienstreit
    - bb) Rechtsprechung
  - e) Würdigung
- 3. Form und Zeitpunkt der Einwilligung
- 4. Einwilligungsfähigkeit
- 5. Einwilligung durch dritte Personen (Bd. 53, Nr. 1)
- 6. Einwilligung frei von Willensmängeln
  - a) Drohung
  - b) Täuschung
    - aa) Theorienstreit im deutschsprachigen Raum
    - bb) Theorienstreit in Japan
    - cc) Würdigung
  - c) Irrtum
- 7. Kenntnis der Einwilligung (Bd. 53, Nr. 2)

### Kapitel 3 Einverständnis

- I. Drei Gruppierungen von einverständnisrelevanten Tatbestandmerkmalen
- II. Voraussetzungen
  - 1. Einsichtsfähigkeit
  - 2. Willensmängel
  - 3. Erklärungsbedürftigkeit

### Kapitel 4 Mutmaßliche Einwilligung

- I. Begriff und Grundgedanke der mutmaßlichen Einwilligung
  - 1. Rechtfertigung eigener Art
    - a) Meinungsstreit
    - b) Würdigung
  - 2. Verhältnis zum rechtfertigenden Notstand

- 3. Verhältnis zu der Geschäftsführung ohne Auftrag
- 4. Verhältnis zum erlaubten Risiko
- II. Anwendungsbereich
  - 1. Interne Güter- und Interessenkollisionen
  - 2. Preisgabe eigener Interessen zugunsten des Täters oder eines Dritten
- III. Voraussetzungen
  - 1. Objektive Einwilligungselemente
    - a) Einwilligungsreife
    - b) Dringlichkeit
    - c) Pflichtgemäße Prüfung
  - 2. Subjektives Rechtfertigungsmerkmal

(Bd. 53, Nr. 3)

## Kapitel 5 Hypothetische Einwilligung

- I. Einführung
- II. Deutsche Rechtsprechung
- III. Systematische Einordnung und ihre Würdigung
  - a) Tatbestandslösung
    - aa) Fehlende Kausalität
    - bb) Unterlassung
  - b) Rechtswidrigkeitslösung
    - aa) Objektive Zurechnung
    - bb) Eigene Art von Rechtfertigung
    - cc) Würdigung
  - c) Strafaufhebungsgrund

(Bd. 53, Nr. 4)

(Die Fortsetzung folgt.)