

講 演

医的侵襲にとっての仮定的承諾の意義

ハロー・オットー

甲斐克則^訳
福山好典

- 1 議論の出発点
- 2 違法性阻却の拡大
- 3 仮定的承諾という法制度の理論構成
- 4 結 語

ドイツ連邦共和国の学説および判例において、構成要件該当性を阻却するものとしての仮定的承諾（hypothetische Einwilligung）、あるいは違法性阻却事由としての仮定的承諾の意義に関する論争は、ますます熱を帯びてきている。

1 議論の出発点

議論の出発点は、100年以上も前に帝国大審院により根拠づけられ、連邦通常裁判所に引き継がれた次のような見解である。すなわち、身体組織に加えられる直接的かつ身体的なあらゆる侵害、例えば、外科用メスによる切開、注射、放射線の照射、電気ショックによる治療等は、身体の統一性への侵襲、そしてそれゆえに傷害であるがゆえに、あらゆる医的侵襲は、刑法223条の意味での構成要件に該当する傷害と考えることができる、という見解がそれである。追求された、あるいは実現すらされた治癒結果は、その際、重要でないとされる。もっとも、帝国大審院は、侵襲が患者の承諾によって、あるいは患者の推定的承諾によってすら違法性が阻却できることもまた、すでに出発点に据えていたのである。

- a) 一般的見解によれば、承諾は、干渉を受ける法益に対する承諾者の処

分権を前提とする。身体の不可侵性の場合、そのことが、原則的として当てはまる。承諾は、干渉前に表明されなければならない、また、承諾者の自律 (Autonomie) の表出でなければならない。このことは、脅迫、強制または欺罔に基づく承諾が、承諾者がその危険性および射程についての説明を受けなかった干渉への承諾とまったく同様に無効である、ということの意味する。

b) 推定的承諾の場合には、2つの事例群に区別できるが、両事例群の出発点は共通である。すなわち、いずれの場合も、明示的または黙示的に表明された承諾が証明可能でなく、かつ、それが現時点において獲得できないという確認が、出発点となるのである。

aa) こうした状況の下で、諸々の徴憑から、例えば、類似の状況における、あるいは同様の疾患を患う他人に対する本人の発言から、なるほど明示的に表明されてはいないが、明らかに現実に存在する本人の意思が推測できる場合、この——推定に基づく——推定された承諾もまた、違法性を阻却する。

近年、この推定された承諾は、生命を脅かす疾患を患って、もはや法的に有効な意思を表明できなくなった患者の場合に、大きな意義を獲得するようになってきた。この患者が、あらかじめ法的に有効に、一定の治療放棄の意思表示を行っていなかったか、または一定の治療中止の要求を行っていなかった場合について、連邦通常裁判所は、他の文脈における本人の以前の発言からその患者の具体的な意思が推測できたときには、治療放棄または治療中止が法的に有効である、と判示してきた。例えば、昏睡状態患者に関するテレビ映画を数年前にみていたときに、「こんな治療を受けることになったら怖いわ」、と述べたある昏睡状態の女性患者の発言が、重要なものと評価された。

bb) 第2の事例群は、その意思が判明しておらず、かつ、例えば、意識喪失状態にあるために現時点において意思を表明できないが、その生存が医的侵襲に直接左右される患者に関係する。

特に、救命のための侵襲が比較的取るに足りないものであった場合、判例および通説は、いずれにせよ住民の大多数が死よりも侵襲を選んだであろうことが確信されたときには、その侵襲の違法性を阻却してきた。

この問題性は、例えば、輸血を受けなければその受傷が致命的な経過を辿ることになるであろう、意識を喪失した事故被害者の場合に、意義深いものとなる。周知のように、この状況の下で国民の大多数は救命のための輸血に承諾を与えるであろうが、これに対して、ごく僅かの国民は、拒否すれば受傷が致命的な経過を辿ることになる場合でさえ、輸血を拒否するであろう。——このよ

うな状況下では、本人が承諾を与える方のグループに属することを前提とすることが正当である。というのは、輸血を承諾するであろう者と、輸血を拒否するであろう者の比率に鑑みると、本人が輸血に承諾を与えるグループに属する蓋然性がより高いからである。

2 違法性阻却の拡大

帝国大審院もまた、医的侵襲が以上のように違法性阻却される可能性を出発点に据えていた。しかし、帝国大審院は、20世紀が進むにつれて、——帝国大審院の立場からすると——医的侵襲の周知の違法性阻却が非常に限定されてしまおうと思わせるような法的展開にみずからが直面することを知るのであった。

患者に対する医師の説明義務は、20世紀の最初の数10年が進むにつれて、ますます大きな意義を獲得していき、内容的に著しい拡大を遂げた。説明義務は、その頃、侵襲の種類ならびにその直接的な諸々の結果および危険性を対象とするだけのものにとどまらなかった。さらに、必ずしも必然的ではないがその侵襲から生じる可能性のある諸々の危険性、他の可能な治療方法、およびそのメリット・デメリット、侵襲を具体的に実施する医師、ならびに生じうる間接的な諸結果についても、説明が要求されるようになったのである。——説明義務の範囲が広がれば広がるほど、医師が過失により説明義務に違反し、それにより患者の承諾から有効性が失われることが、ますます起こりやすくなっていったのである。その帰結として、手術の諸結果に対して医師が個人的な責任を負うことになった。

帝国大審院は、民事事件において、このような展開に歯止めをかけようとした。帝国大審院は、仮定的承諾という法的思考を、免責（Haftungsausschluss）として承認したが、同時に、それに制限を付した。

この点について指標となったのが、RGZ 163, 129の判決であった。原告女性は、その右乳房にしこり（harte Stelle）が発見された。彼女は、この部位を手術によって切除することを承諾した。しかし、手術の際、被告は、右乳房全部を切除した。事後の検査で判明したように、腫瘍には、破壊的な悪性増殖はみられなかった。被告は、侵襲前には諸般の事情から完全に乳癌が疑われたと弁解したうえで、彼が原告女性にそのことを告知しなかったのは、彼女を保護するためであった、と説明した。侵襲の最中には、諸々の徴候が彼の疑いを裏づけたとされる。それゆえ、被告は、乳房全部を切除することが必要不可欠で

あると判断したというのである。

帝国大審院は、被告は、患者の承諾がないまま右乳房全部を切除し、それにより法律上・契約上許容されることの限界を越えた、と認定した。このことは、原告女性の損害賠償請求権を根拠づけるとされた。

〔帝国大審院によれば、〕たとえ損害を招いた出来事が行われなかったとしても、損害は発生したであろう場合には、侵襲と損害との因果関係は、確かに存在しない。しかし、損害を招いた行為は侵襲それ自体であったがゆえに、被告がその侵襲を行わなかったならば、主張されている損害は生じなかったであろうといえる。ただし、被告が乳房全部の切除に関する原告女性の承諾を得ており、この承諾が不完全な告知に基づいて与えられたことのみが問題となっている場合は、事情がまったく異なる。この場合にのみ——帝国大審院はそのように述べているのだが——、原告女性はたとえ適切な助言を受けた場合でも承諾を与えなかったであろうか、という問題を設定することができ、その結果、いずれにせよ侵襲および招致された不利益が発生したであろうということになるのである。

患者の意思を欠いた行為あるいはそれに反する行為と、説明の瑕疵に起因する不完全な意思に基づく行為との区別を、帝国大審院は、別の判例において毅然と維持し、学説の多くも、それに従った。それゆえ、問題性は、次のような原則の枠内において把握されていたのである。すなわち、仮に医師から要件を充足する説明を受けていたならば、患者はその侵襲に承諾を与えなかったであろうという場合にのみ、説明の瑕疵が、損害賠償義務を、さらには傷害罪を理由とする医師の可罰性をも根拠づけることができる、という原則がそれである。このことが、医師に対して証明されなければならない。

連邦通常裁判所は、帝国大審院の判例を受け継いだが、一方において、患者は侵襲に承諾を与えたであろうか、という問題が、「分別のある患者」または「合理的な患者」の立場から回答されるべきものではなく、この点については、具体的な患者の完全に個人的な状況が決定的であること明らかにした。完全に具体的な患者の具体的な決断の結果こそが、唯一重要であるとされたのである。しかし、他方で、連邦通常裁判所は、刑事事件においては、帝国大審院が仮定的承諾という思考に加えていた限界を打ち砕いた。説明義務違反がある場合だけではなく、承諾が根本的にない場合でも、仮定的承諾に違法性を阻却する効力を認めるべきであり、しかも、医師が単に過失により患者の意思を無視したにすぎないのか、それともさらに進んで故意により無視したのかに左右さ

れないというのである。——以下の個別の諸判決は、きわめて異なる問題設定を含むものである。

a) BGH 5 StR 342/90 (いわゆる「O 脚事件 (O-Beim-Fall)」) : 被害者 G は、進行性の脚骨不整列症を患っていた。彼が以前診察を受けた 2 名の医師は、手術を思いとどまるよう助言していた。なぜなら、彼らは、脚骨不整列が手術による矯正を必要とするほどに著しいものではないと判断したからであり、また、手術のリスクが利益に比して大きいと評価したからである。その後 G が受診した医師 A は、不整列が手術に値するものと判断した。手術のリスクおよび生じうる合併症について、A は、大まかにしか伝えなかった。骨髓炎 (Knochenmarkentzündung (Osteomyelitis)) および偽関節症 (Scheingelenkbildung (Pseudarthrose)) が発生しうる可能性について、G への個別の説明は行われなかった。G にとって、A は、自らが絶対的な信頼を寄せてきた絶対的な権威であった。G は、A が G に提案し、また、必要であると判断したことであれば何であれ、それに承諾を与えたであろうといえた。

手術後、G は、骨髓炎と偽関節症を発症した。G は、歩行補助機の助けを借りても比較的短い距離しか歩くことができず、ときには車いすに頼らざるをえないこともある。

連邦通常裁判所 : G の仮定的承諾が認められるがゆえに、A の責任は認められない。

b) BGH NStZ 1996, 34 (「外科用牛骨」接合材事件 (“Surgibone”-Dübel-fall)) : 医師 A は、損耗した頸椎椎間板の切除後、スペーサーとして、加工処理された牛骨、いわゆる「外科用牛骨」接合材 (“Surgibone”-Dübel) を隣接する脊椎骨の間に挿入するという方法で、椎間板手術を行っていた。当時のドイツでは、通常、自己骨由来または人工物質由来のスペーサーが利用されていた。薬事法 (Arzneimittelgesetz) によれば、「外科用牛骨」接合材は、認可を得る義務が課された医療用品 (Arzneimittel) であったが、ドイツではいまだ認可されていなかった。海外では、その接合材は、多くの国々で認可され、利用されていた。というのは、その接合材を使用することは、それ以前に認可されていた医療用品と比べて、リスクが小さかったからである。患者らは、手術前に手術のリスクについては説明を受けたが、利用される接合材がドイツではいまだ認可されていないことについては、説明を受けていなかった。6 例において患者に骨折を伴う合併症が生じた。原審は、A に対して過失傷害罪で有罪判決を下した。連邦通常裁判所は、原審が違法性を阻却する仮定的

承諾の可能性を考慮しなかったことを理由として、原審判決を破棄し、事件を差し戻した。

c) BGH JR 2004, 251 (椎間板事件 (Bandscheibenfall)) : G は、腰椎脊柱の椎間板 L4/L5 部位に重度の椎間板脱出症を患い、また、その下部にある椎間板 L5/S1 部位に軽度の椎間板脱出症を患っていた。重度の椎間板脱出症は、手術されるべきものであった。G 夫人は、侵襲のリスクおよび種類・方法について説明を受けた。しかしながら、手術の際、医師 A は、2 つの椎間板脱出部位を取り違い、L4/L5 部位における重度の脊椎板脱出部位を切除せずに、L5/S1 部位における軽度の脊椎板脱出部位を切除してしまった。手術後も G に痛みが続いていることから、検査の際、過誤が発見されたにもかかわらず、G 夫人は、その技術上の過誤について説明を受けなかった。彼女には、最初の手術は完全に成功を取めたわけではないので再手術を実施しなければならない、という説明が行われた。G はこれを承諾した。その後、L4/L5 部位に対して手術が実施されたのである。

連邦通常裁判所は、G の仮定的承諾を理由に、2 度目の手術の違法性阻却を認めた。

かくして、連邦通常裁判所は、仮定的承諾による違法性阻却という思考を、説明義務違反の場合や過失行為の場合だけではなく、承諾がなく、医師がそれを認識している場合にも認めているのである。

この見解は、学説において広く支持されている。それどころか、一部では、違法性阻却事由としての仮定的承諾をすべての結果犯に及ぼすことが要求されたが、一部では、この理論構成を原則的に否定さえもして、この理論構成にはいかなる承認された法解釈学的根拠があるのか、という問題提起をするものもあった。この点で明らかとなったのは、確かに、仮定的承諾を法制度として承認すべきだとする見解の主張者から成る強力なグループが存在するが、しかし、一致点は結論のみである、ということである。これに対して、理由づけは多種多様であり、一部では根本的に自己矛盾しているのである。

3 仮定的承諾という法制度の理論構成

a) 因果関係による解決策

すでに「O 脚事件」において、連邦通常裁判所は、ある理論構成を示唆していたが、それは、その後、学説からの支持を獲得した。この理論構成は、違法

性阻却事由を志向するものではなく、医師による不完全な説明と構成要件に該当する傷害との間に原因連関が要求されるという理由から、侵襲結果に対する医師の行為の因果関係を否定することを目指すものである。「医師の義務違反が傷害に対して原因ではなかった」場合には、この原因連関が欠如するといっているのである。問われているのは、仮に患者が真実に合致する説明を受けていたならば、実際に実施された手術に承諾を与えたであろうか、ということである。患者が仮に適切な説明を受けていたとしても医的侵襲に承諾を与えたであろう場合には、義務に違背した説明義務違反は、医的侵襲に対して因果的ではなかったとされる。仮に適切な説明を受けていたならば、承諾が与えられなかったであろう場合にのみ、説明義務違反は、その侵襲に対して因果的であるとされる。このことが、医師に対して証明されなければならないとされる。

違法性阻却事由が問題なのではなく、仮定的承諾という法的思考が、構成要件に該当する傷害結果の客観的帰属を決定づけるものとされていることは、ここにおいて明らかとなる。具体的に実施された医的侵襲に対して具体的患者の仮定的承諾がある場合、医師による不完全な説明と構成要件に該当する傷害との間には、原因連関が欠けるとされる。結果の客観的帰属は、患者がその治療行為に仮定的には承諾しなかったであろう場合にのみ、行われるにすぎないのである。

この帰属方法は、一見すると、いわゆる等価説（Äquivalenztheorie）に従って特定の結果に対する特定の行為の因果関係を確認することと、驚くほど似ている。等価説によれば、結果の原因とは、結果が確實性に境を接する蓋然性をもって欠落することなしには、取り去って考えることができないところの、結果のあらゆる条件である。原因は、結果に対して「あれなければ、これなし（コンディチオ・シネ・クワ・ノン（*conditio sine qua non*））」であったことが必要である。それゆえ、等価説もまた、仮定的な問題設定を持ち出すものであるように思われる。——しかし、まさにこれこそが、今日承認されているように、誤った推論なのである。

その問題性は、すでに20世紀前半に、いわゆる死刑執行人事例を手がかりに議論されていた。死刑判決を受けたある犯罪者が、斬首されようとしているとしよう。死刑執行人がギロチン装置を作動させようとしたときに、第三者がその死刑執行人をわきへ突き飛ばし、ボタンを押して、装置を作動させる。その後、この第三者は、防御のために、次のように主張する。すなわち、仮に私が装置を作動させなかったとしても、死刑執行人が装置を作動させたであろうか

ら、犯人は同一の態様で同一の時間に死亡したであろうといえるので、私は犯人の死に対して原因ではなかった、と。

連邦通常裁判所は、同様の防御に幾度となく取り組まねばならなかった。ある事件では、アウトバーン上で大事故が発生し、その後、あるドライバーが時速200キロの速度でアウトバーンのカーブに差しかけたが、そのカーブを曲がったところは渋滞していた。ドライバーは、もはや適時に停車することができず、渋滞末尾の最後方の自動車群に突っ込んだ。これらの自動車は大破され、多くの人々が傷害を負った。この事故の直後、別のドライバーが渋滞末尾に突っ込んだが、そのドライバーもまた、少なくとも時速200キロの速度でカーブに進入していた。

その後、第1事故惹起者は、たとえ彼がそもそも事故現場に居合わせなかったとしても、同一の事故が発生したであろうから、彼は事故に対して因果的ではなかった、ということをも盾に取った。すなわち、後続の第2事故惹起者が、第1事故惹起者が第1事故によってもたらしたのと同じの結果を惹起したであろうというわけである。

もうひとつの事件では、専門教育を受けるため裁判所に滞在し、裁判官の執務室に居た司法修習生 (Referendar) が、商人から貸付金を詐取した。その商人は、その司法修習生を裁判官だと思っていた。司法修習生もそれを認めた。——その後、その商人は、その司法修習生が裁判官ではなく、本当は単なる司法修習生であると仮に認識していたとしても、その司法修習生に貸付金を交付したであろう、と供述した。

死刑執行人事例における通説的見解、ならびに交通事故事件および司法修習生事件における連邦通常裁判所のいずれも、起こりえた仮定的出来事は事案の判断にとってそれぞれ重要でないという見解を主張した。個人の法益の法的保護は、当該法益が他の事象によって侵害されることが仮定されるからといって、相対化されることはないといわれる。法的評価にとって決定的であるのは、何らかの仮定的事象ではなく、特定の原因が現実の結果の中に実現したか否かだけなのであるとされる。このように考えると、死刑執行人事例において、第三者がボタンを押したことが有罪判決を受けた者の死を惹起したこと、交通事故事件において、第1事故ドライバーが他の交通関係者の死を惹起したこと、司法修習生事件において、自己の交渉相手は裁判官である、という商人の認識が決定的であることは、明らかである。

仮定的な代替原因 (hypothetische Ersatzursachen) は、効果を及ぼした現

実の因果経過に対して影響を与えるものではない。特定の出来事が結果に対して因果的であったかを確認すべきときには、効果を及ぼした因果経過が、唯一決定的なものである。これは、侵襲の場合にもいえることである。行われうる仮定的承諾は、結果、すなわち侵襲にとっては重要でない。仮定的代替原因の考慮という問題は、因果関係の問題ではないのである。侵襲が行われた場合、医師は当該侵襲に対してやはり因果的であったといえる。刑法上の意味におけるいわゆる原因連関は、現実の原因連関を変更するものではない。刑法上の原因連関は、仮定的出来事としては、現実の事象経過にとって重要ではないのである。

それゆえ、患者の仮定的承諾の結果として傷害結果の義務違反行為への客観的帰属が阻却されることを、因果関係の欠如によって根拠づけることはできない。傷害の客観的構成要件の確認は、仮定的承諾の要件の確認とは関係ないのである。

b) 適法な代替態度という思考

ドイツの刑法解釈学では、適法な代替態度（*rechtmäßiges Alternativverhalten*）という法的思考が承認されている。この法制度の適用領域の典型例は、違法に行為するが、行為の時点では構成要件の結果を回避しえない行為者が存在する状況である。行為の時点において、行為者には、結果回避が可能ではないのである。もっとも、仮に行為者が行為の時点において適法な態度をとったとしても、行為者は、結果を回避しえなかったであろうといえる。それゆえ、仮に合法的な態度がある場合でも、結果は発生したであろうといえるのである。

この点については、次の設例が有益である。Aは、法定速度が時速50キロにすぎないのに、原動機付き車両で、街中を時速70キロで走行している。突然、停車中の小型トラックの背後から、1人の子どもが飛び出してくる。Aがその子どもを認めたときには、Aは、原動機付き車両をもはや適時に停車することができない。その子どもは、原動機付き車両に巻き込まれ、死亡する。——裁判手続において、鑑定人により、たとえAが行為の時点において時速50キロで走行していた場合でも、Aは事故を回避できなかったであろう、ということが確認される。その場合でさえ、距離が短すぎて、適時に停車しえなかったであろうというわけである。

それゆえ、このような状況においては、たとえ合法的な態度があっても当該法益に対する危険性は減少しなかったであろうこと、したがって、義務違反的

態度は、当該法益に対する危険を、合法的態度による許されたりリスクを超えて増加させるものではなかったこと、が認定される。——このような理由から、子どもの死に対する A の刑事責任は、否定されることになるのである。

適法な代替態度の事例状況を、仮定的承諾の事例状況と比較すると、2つの状況は、相異なる事実関係にかかわるものであり、まさにそのような理由から、同一の基準によっては判断できないものであることが明らかとなる。適法な代替態度の場合には、行為者が、行為の時点において、保護法益に対する危険性を、許されたりリスクを超えては増大させなかった、ということが認定される。これに対して、仮定的承諾の場合には、次の点が認定される。すなわち、専断的に行為する医師が、行為の時点において、許された程度を超えた許されない危険性を創出し、この危険性がさらに結果へと現実化したことが、認定されるのである。このような医師の行為は、承諾によって違法性阻却されるものではなかった。それゆえ、有効な承諾なしに行われる侵襲は、義務違反的な法益侵害である。承諾の欠如または説明義務違反は、医的侵襲を、違法な侵襲へと変化させた。事後的な仮定的承諾の可能性は、このことを何ら変更しうるものではないのである。

c) 独自の違法性阻却事由としての仮定的承諾

連邦通常裁判所は、適法な代替態度と仮定的承諾との相違を完全に認めてきた。連邦通常裁判所は、これら関連する諸々の状況を同一視するのではなく、現在、仮定的承諾を、独自の違法性阻却事由として承認しようとしている。

しかし、この思考もまた、仮定的承諾の事例において、挫折する。違法性阻却原理は、衝突のある場合におけるより高位の利益、優越的な利益の維持という思考に基礎を置いている。法益侵害は、それがより高位の利益を保護するために必要な手段である場合には、違法でない。この原理の典型例は、いわゆる違法性阻却の緊急避難 (*rechtfertigender Notstand*) に見いだされてきた。しかし、正当防衛およびその他の承認された違法性阻却事由もまた、この原理に還元できる。正当防衛の場合、自己の諸法益が侵害されないことに対する被攻撃者の諸利益は、自己の攻撃の際に侵害を受けないことに対する違法な攻撃者の利益と比べて、重要である。個人法益の侵害に対して法益保持者の承諾がある場合には、当該個人の自己決定権が、当該個人法益が刑法上保護されることに対する社会の利益との比較において、より高位の利益と評価される。なぜなら、個人法益の保護は、個人の利益のために行われるものだからである。

これに対して、仮定的承諾の場合には、より高位の利益が維持されるわけで

はない。患者は、行為の時点において、決して自己の法益の保護を有効に放棄してはいなかった。しかし、場合によっては存在しうる仮定的意思を維持することは、患者の現実かつ現下の意思を尊重することと比べて、決してより高位の利益ではないのである。

患者は、行為の時点において、法益とのつながりに影響を与えなかった。刑法的保護の患者による放棄が欠けるのである。患者の自己決定権と国家による法益保護との利益衡量において、患者の仮定的意思に、より高位の利益としての価値は認められない。現実の意思の維持が、仮定的意思の維持に優先される。〔国家による〕法益保護は、患者の現実の意思とはまったく衝突しておらず、現実には存在しない単なる仮定的意思と衝突しているのである。

仮定的承諾は、もしかすると存在したかもしれないが、現実には存在しなかった承諾を、単に擬制するものにすぎない。仮定的承諾は、侵襲の違法性を何ら変更しうるものではないのである。

4 結 語

侵襲に対する医師の行為の因果関係を否定すること、あるいは違法性阻却を否定することは、ドイツ刑法解釈学の伝統的諸原則によれば、根拠づけることができない。しかし、それゆえに、説明義務の過剰な拡大によって、当罰性の疑わしい事実関係の可罰性が根拠づけられてしまう、という問題がいまだ解決されていないことになる、といわれる。しかし、問題がいまだに解決されていないのは、仮定的承諾が問題解決のためには不適格な手段であるからにすぎない。この問題は、その根本的原因、すなわち、著しく拡大し続ける説明義務の点において、解決されなければならない。刑法においては、ここから、次のような結論を導くことができる。すなわち、あらゆる説明義務違反が患者の承諾を無効にするわけではなく、患者に医的侵襲の危険性についての誤ったイメージを抱かせる説明義務違反だけが、患者の承諾を無効にするのである、と。

それゆえ、医師自身が注射するであろう、という不正確な告知は、その注射が十分な専門教育を受けた経験豊かな看護師によって行われる場合には、重要でない。同一のリスクを伴う他の手術方法についての説明を行わなかったことも、同様に重要でない。これに対して、手術の必要性に関して欺罔すること、または侵襲の負の結果について秘匿することは、重大である。

以上の点は、先ほど述べた連邦通常裁判所判決との関係では、以下のような

意義を有する。

a) O脚事件において、患者は、手術の具体的な危険性について説明を受けた。骨髄炎または偽関節症の危険性は、確かに、抽象的には存在したが、本件では、この危険性の現実化を真剣に考慮しなければならないような徴候は、存在しなかった。かくして、患者は侵襲の具体的な危険性について説明を受けており、その承諾は有効であったといえる。

b) 外科用牛骨接合材事件において、患者は、手術の具体的なリスクについて説明を受けた。確かに、「外科用牛骨」接合材は、ドイツにおいて、いまだ医療用品として認可されていなかったが、その有効性は、国際的に承認されていた。それゆえ、患者はその侵襲の具体的なリスクを認識していたのであるから、本件でも、患者の承諾は有効であったといえる。

c) 椎間板事件では、侵襲に関する欺罔が存在した。患者が最初に承諾した手術は実施されなかったのに、患者に対して、追加手術が必要であるかのようには思わせた。本件では、手術の必要性の種類に関する欺罔が存在した。承諾は法的に無効であった。[それゆえ] 故意傷害罪での有罪判決が適切であったといえる。

【記者あとがき】

本稿は、記者の甲斐と親交のあるドイツ・バイロイト大学名誉教授ハロー・オットー (Harro Otto) 博士が2009年11月2日に早稲田大学で行った講演「医的侵襲にとっての仮定的承諾の意義」(原題は、*Harro Otto, Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff*) の翻訳である。この講演は、早稲田大学比較法研究所主催・グローバルCOE《企業と法創造》の刑事法および医事法研究グループ共催で、法学部の医事刑法の授業時間帯(10時40分から12時10分)に行われた。ドイツからの招聘自体は、グローバルCOE《企業と法創造》の刑事法グループの企画であったが、オットー博士は、医事法にも精通していることから、この講演が実現した(通訳は甲斐が担当)。当日は、医事刑法の受講生のほか、一般の学生、大学院生、学内外の研究者を含め、総勢450名程がオットー博士の歯切れの良い分かりやすい講演に耳を傾けた。ドイツでは、現実の承諾および推定的承諾のほかに、最近、仮定的承諾が判例・学説上認められつつあるが、オットー博士は、これに批判的立場から、具体的事例を挙げつつ入念に理論的分析をされており、研究上も参考になる。

この講演に先立ち、同年10月31日の14時から18時にかけては、グローバルCOE《企業と法創造》の刑事法グループ主催による講演会も開催され、「企業の取引行為における倫理，法的範囲および刑事制裁」（原題は，*Harro Otto, Ethik, rechtlicher Rahmen und strafrechtliche Sanktion beim unternehmerischen Handeln*）という講演も行われた。これも実に興味深い講演であったが，別途翻訳する予定である。

オットー博士は，2度目の来日であったが，日本に深い社会的・学問的関心を抱いておられ，同年10月28日に行われた早稲田大学大学院法学研究科の大学院生や助手との企業犯罪の基礎理論の研究会では，休みなしで4時間余りレクチャーと討論をしていただいた。その誠実な学問的姿勢は，若手研究者たちに強い印象を与えた。（甲斐克則・記）