

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 26 年 4 月 7 日現在

機関番号：13901

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2010～2013

課題番号：22730056

研究課題名(和文) 医的侵襲行為の刑法上の正当化の根拠と限界に関する比較法的研究

研究課題名(英文) Comparative Studies in Grounds and Limits of Legal Justification in Criminal Law for Medical Interferences

研究代表者

古川 伸彦 (FURUKAWA, NOBUHIKO)

名古屋大学・法学(政治学)研究科(研究院)・准教授

研究者番号：00334293

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,900,000円、(間接経費) 870,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、医的侵襲行為が原因となって患者の死傷結果が発生した事件・事故について、医師・医療関係者の刑事責任の適正な根拠と限界を探究し、それによってその責任の不当な拡張を防止するために、刑法理論上検討する必要がある問題のうち、「刑事過失」、「過失競合」、「危険引受け」、「推定的同意」、「仮定的同意」などに関して、わが国およびドイツにおける議論の精査・分析を通じて、わが国およびドイツにおいて共通して注目されるべき複数の重要な判例に対して、理論的な検討を深めることができた。

研究成果の概要(英文)：This research is focused on the cases, in which medical interferences caused fatal results or bodily injuries of patients, aimed at investigating the reasonable extent of criminal responsibility which is to be taken by doctors or medical staff, in order to prevent inappropriate expansion of such responsibility. Through the theoretical analysis of the academic controversy in Japan and Germany, which is discussed around the theme such as "strafrechtliche Fahrlässigkeit (criminal negligence)", "Fahrlässigkeitskonkurrenz (concurrent negligence)", "Risikouebnahme (assumption of risk)", "mutmassliche Einwilligung (presumed consent)" and "hypothetische Einwilligung (hypothetical consent)", it was enabled to make fruitful, systematic consideration especially on some important, actual criminal cases, which are to be paid attention common in Japan and Germany.

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学、刑事法学

キーワード：刑事法学 刑法 犯罪論 刑事過失論 過失の競合 仮定的同意

1. 研究開始当初の背景

近年、医療機関における重大な医療事故が相次いで発生し、その法的責任のあり方が、社会的な注目を集めている。具体的には、都立広尾病院事件・埼玉医大病院事件・横浜市立大学付属病院事件・慈恵医大青戸病院事件などが挙げられる。医療事故に関する刑事上の責任追及は、かつては民事上のそれに比べて少なかったが、いまや急増傾向にある。医療行為の結果として事故が生じた際、刑事法が、いかなる根拠から、いかなる範囲で、いかなる役割を果たしうるか、という問題の重要性は、増す一方である。

私は、本研究開始以前の研究において、いわゆる刑事過失論を中心的な課題として、伝統的な「過失構造論」・「注意義務論」を踏まえながら、とくに「行為者の行為を、合義務的な代替行為と置換したうえで、仮定的な結果回避可能性を要求する」という発想の妥当する問題状況に着目し、刑法上の過失責任に関する判断枠組みの定立を企図してきた。そのような試みを深めるべく、科研費補助金（平成 19・20 年度）の助成を受けて「現代型過失犯罪に対する刑事法上の対応に関する比較法的研究」に従事した。

上の研究は、過失犯の成否が問題となる局面を対象とするものであり、比較法の対象として、ドイツにおける「客観的帰属論 (Lehre von der objektiven Zurechnung)」を参照するものであった。この議論自体が、医療事故における過失責任の限界に係る問題と、密接に関連していることは言うまでもない。しかし、それを検討する過程において、過失犯固有のドグマティックを超える射程を有する示唆を見出すに至った。それが、本研究の課題として掲げた、医的侵襲行為の刑法上の正当化の根拠と限界である。

すなわち、たとえば外科手術等、身体的な侵襲を伴う医療行為は、通常の場合、患者の承諾の存在を理由として、およそ傷害罪の処罰の対象とならない。そのような承諾の存在が認められるためには、医師による十分な情報提供（いわゆる説明義務の履行）が行われなければならない。しかし、患者が意識不明であった場合や、一般に医療行為にはリスクが伴うところ、そのリスクが現実化して望まない結果（たとえば死亡）が生じた場合、医師の行為に対して、刑法上の正当化の効果はいかなる範囲で及ぶか。

くわえて、近年のドイツにおいては、被害者の（現実の）同意および推定的同意のほかに、被害者の「仮定的同意 (hypothetische Einwilligung)」の解釈問題が、学界の注目を集めている。それは、医師の説明が不十分であった（それゆえ患者の有効な承諾が存在しない）場合においても、「もし十分な説明を行っても、患者は同意したであろう」という事情が認められるならば、結果の帰責が否定されるのではないか、という議論である。これも、わが国においては、なお研究の蓄積

の少ない問題領域である。

さらに、医療事故における刑事責任をめぐって注目される今日的な動向として、いわゆる主治医のみならず、より上位の医師ないし医療機関の責任者の管理監督責任の追及が見られる。これは、個人責任を前提とする刑法の原則に対して、組織責任の追及のあり方の検討を迫るものであって、極めて重要な発展的課題である。一般化していえば、理論上「過失の競合」と表現される問題領域に属する問題状況であるが、いわゆるチーム医療の発達した現代において、より具体的かつ実際的な分析が必要とされる。

2. 研究の目的

上述のような学術的背景に基づいて、本研究は、医的侵襲行為の刑法上の正当化の根拠と限界を探究するものであるが、その具体的な検討の対象となる理論的課題は、ドイツにおいて先進的な研究の蓄積されているテーマであることから、その議論を比較法の対象とし、精査することによって、わが国に対する学問的な示唆を探る。

3. 研究の方法

比較法的研究の基本的な方法論に従い、第一に、わが国における判例・学説の状況を再検討し、解明すべき課題を析出すること、第二に、ドイツにおける判例・学説の状況を収集・分析し、わが国に対する示唆を析出すること、第三に、得られた理論的な示唆に基づいて、わが国において現実に生起している医療事故の案件に対し、実際的な解決の指針を示すこと、を遂行する。

4. 研究成果

本研究課題の成果は、後掲の雑誌論文・学会発表・図書により順次公表した、または公表予定のものであるが、大きく分類整理すると、(1)医師等の刑事訴追を制約する視座に関する基礎的研究、(2)チーム医療等の過失競合事案に関するケース研究、(3)ドイツにおける患者の「仮定的同意」の問題に関する応用的研究、の3点である。以下分説する。

(1) 刑法上の過失責任が問題となる事故のうち、診療の過程で患者の死傷結果が生じる医療事故は、近時、重大なケースが相次いで発生し、医療関係者が刑事訴追されたことを契機として、なお一層の注目を集めている。医療の安全の確保は、わが国の社会における喫緊の課題であり、医療事故の防止の必要性の高さは、火を見るよりも明らかである。とはいえ、診療行為が、その性質上一定の危険性を伴うことから、医療事故を抑止するという目的のために刑法の果たすべき役割については、懐疑的な見方もありうる。

このような議論は、外国法に目を向けると、決して非現実的なものではない。たとえばドイツ刑法典は（オーストリア刑法典に存在す

るような)免責特則を有しておらず、その点はわが国と共通している。しかし、学説上は、医療事故における医師の過誤は重大な過失のみ刑事責任を問われるべきであるとする主張が、かねてより存在する。では、なぜ医師について、一体いかなる範囲で、刑罰を免れさせる必要があるのか。この議論の基礎にある発想を観察しなければ、その評価を定めることはできない。そこで、このような視座から、ドイツにおける医師の刑事責任「限定」論の意義の析出を試みた。

その成果として、ドイツにおいて、医療事故について医師の刑事責任を限定すべきである、という主張を成り立たせる核となるべき概念として機能している観点として、医師の業務の「危険傾向性(Gefahrgeneigtheit)」という視角が析出された。約言すれば、医師の業務に危険傾向性が存在するため、あらゆる過誤を処罰することは不適切な効果をもたらすので、刑事責任をある程度限定することが望ましい、と。それぞれの段階の議論が具体的に意味する内容如何を調べた成果の要旨は、以下のとおりである：

すなわち、医師の診療行為は、危険傾向性という特徴を有し、わずかな誤りも構成要件実現を招来しうるところ、この特性を犯罪論上も考慮しなければ、「防御的医療(Defensivmedizin)」の誘因となり、保護すべき患者の法益を害する；ゆえに、危険傾向性の観点から、防御的医療の弊害を防ぐため、刑事責任を制限する必要がある；「軽過失(leichte Fahrlaessigkeit)」概念は、責任を限定する議論の目的に対して、あまり貢献しない；「軽率性(Leichtfertigkeit)」概念は、制限的な刑事過失の可罰性のメルクマールとして、一定の有用性をもつ。

以上の成果からすると、ドイツにおける医師の刑事責任「限定」論は、基本的に立法論として展開されており、わが国において今後その当否を考えるに当たって、議論の核となる「危険傾向性」が、本当に診療行為に固有の性質か、たとえば道路交通にも当てはまるのではないかと、または、「防御的医療」という「凶兆」が、どの程度現実的なものとして把握されるべきか、といった点につき慎重な検討を要する。さらに、「軽率性」概念が、刑法上の責任を規定する基準として十分に機能しうるか、という問題も残る。

ただし、わが国の解釈論にとって重要な示唆もあり、それは、「危険傾向性」という観点が、それ自体としては一見わが国にいう「業務上加重」の基礎と近似しながらも、逆に刑事責任の抑制へ作用する根本に、「いかに誠実な人間であっても、時として精神の緊張を怠ることはあり、業務の性質によってはそれが構成要件実現に直結する危険の高い場合がある」にもかかわらず、それを顧慮することなく、あらゆる過誤が処罰されるならば、過剰な裁判リスクを負わせることとなる、という発想が見出される点である。

これは、それを「防御的医療」の誘因と見なすか否かは措くとしても、わが国の過失犯論にとって、無視しえない問題提起を含意するものである。すなわち、過失犯における注意義務が、精神を緊張させて他人の法益に対する危険を取り除くべく配慮することであるとしても、最善の緊張を常に保つことを要求するのは、非現実的なのではないか、と。いかなる過誤も、犯罪結果を実現した以上は違法行為であるとすれば、それは法が不可能を強いる場合があるのではないかと。かかる問題意識は、正当なものである。

そのような視点は、たしかに医療の局面において、全ての過ちがほぼ自動的に死傷(とくに傷害)結果に直結し、その予見可能性も通常容易に肯定されることから、特段の重要性をもつことは否定できない。しかし、少なくとも解釈論的には、医療事故に限局されるものでも、まして医師という行為主体に限局されるものでもない。いわば「特権的」な刑事責任限定論は、問題の本質を見誤らせてしまう。この議論は、過失犯論一般に妥当しうる、否、妥当しなければ意味がない点を肝銘してこそ、共有可能となる。

(2) チーム医療等に際して生じる事故に伴う過失競合の問題性は、従来からいわゆる監督過失の議論に関して指摘されていたが、改めて注目される契機の一つとなった横浜市大病院患者取り違え事件において、上告審決定は、患者の同一性確認について、「手術に關与する医師、看護婦等の関係者は、他の関係者が上記確認を行っている」と信頼し、自ら上記確認をする必要がないと判断することは許されず、各人の職責や持ち場に応じ、重疊的に、それぞれが責任を持って患者の同一性を確認する義務がある、つまり「重疊的に、それぞれが」結果を回避するために注意を払うべき義務を負う旨の理を示した。

すなわち、結果発生に対する複数人の過失責任の競合という事態の特性は、ある行為者から見ると、他の行為者もまた「それぞれ」結果回避を義務づけられている関係、換言すれば、他人の過失行為の仮定的な不存在によって、自己の行為から結果が発生することが回避される関係にある。そこで、かような関係の存在が、過失の認定に与える影響如何という問題意識から、複数人の注意義務およびその違反の重疊的な認定の在り方の検討作業を通じて、刑法理論上の課題につき一定の見通しを立てることを試みた。

方法論としては、複数人の過失の競合を認定する場合、理論上は各人につき過失犯の成立要件を検討すればよいのであって、特殊な問題は存在しないはずであるが、にもかかわらず解決に難しさが伴う理由は、その複数人が相互に関係し合っている点にあり、それゆえしばしば作為義務論や正犯共犯論に対しても考慮を払う必要が生じ、過失犯論、作為義務論、正犯共犯論、の絡み合いこそ、

事案の「複雑さ」の正体を成す、という前提的理解から、それを解きほぐすべく、具体的なケース研究と類型化を行う。

代表的な事件は、白石中央病院事件控訴審判決（札幌高裁昭和56年1月22日判決：刑月13巻1=2号12頁）、薬害エイズ・ミドリ十字ルート事件（大阪地裁平成12年2月24日判決：判時1728号163頁）、横浜市大患者取り違え事件上告審決定（最高裁平成19年3月26日決定：刑集61巻2号131頁）、北大電気メス事件控訴審判決（札幌高裁昭和51年3月18日判決：高刑集29巻1号78頁）、埼玉医大抗がん剤過剰投与事件上告審決定（最高裁平成17年11月15日決定：刑集59巻9号1558頁）である。

その成果として、類型化の視角の第一として挙げられるのは、複数人の行為について、一方が直接的に結果を惹起しており（直接行為者）、それを介して他方が間接的に結果を惹起している（背後者）、という関係が明確に存在するか否か、という点である。それが肯定できる場合、図式的にいえば「背後者の過失行為 直接行為者の過失行為 結果発生」という競合状態を「直列型」と名付けた。他方で、それが肯定できない場合、行為者間に直接・間接の別がア・プリオリには存しない状態を「並列型」と名付けた。

直列型は、そもそも同等の立場で注意義務が重畳することはなく、議論の重点が、もっぱら背後者の過失責任の構成如何にある。背後者が直接行為者を監督する関係に立つがゆえに、直接行為者の過ちの危険を予見して防止すべき注意義務が問題となる場合（監督責任）と、監督関係に当たらないが、背後者自身が危険を創出・増加したがゆえに、その危険を取り除くべき注意義務が問題となる場合（管理責任）があり、後者においても、直接行為者の果たす役割が大きいときは、監督責任の視座が意味をもつ。

並列型は、行為者間の分業関係につき水平的と見るか（ ）垂直的と見るか（ ）という事案の性質如何に応じ、同一内容の注意義務の重畳の有無を問うべきか、直列型と同様に監督の立場に基づく注意義務の発生の有無を問うべきか、検討対象が変化する。水平的と見るべき事案では、客観的には残存し、結果に実現した法益侵害の危険について、その認識可能性が打ち消されるような分業が成り立っており、かつ、認識可能な危険を解消する措置がとられていないとき、各人に危険消滅措置の義務が生じる。

こうして、典型的な特徴を踏まえて、何が行為の過失性、つまり注意義務違反性を基礎づけるのか、換言すれば、行為者のどの振舞いが、どう不適切だったのか、という点を具体的に特定し、問責対象行為を明らかにする作業は、その先の犯罪論上の問題を照らし出すべき意義をもつ。すなわち、それが不作為であれば、作為義務の認定を要し、その作為義務の結果阻止との関係が間接的であれば

あるほど、あるいは作為犯の場合でも結果発生との関係が間接的であればあるほど、正犯性の慎重な吟味が求められる。

(3) 医師による患者に対する治療行為は、傷害の構成要件に該当する場合であっても、当該患者の有効な同意が存在すれば、違法性が阻却されうるものと考えられており、まず異論のないところといえる。医的侵襲行為の正当化の、いわば典型的な局面である。しかし、それにとどまらず、「違法性は、その患者が真実に沿った説明を受けたならば、実際に行われた手術に同意したであろう場合に欠落する」といえるだろうか。ドイツ連邦裁判所第1刑事部2003年10月15日決定は、そのような命題を明示的に承認した。

つづいて、同刑事部は、翌2004年1月20日判決においても、上記決定を（傍論的ながら）引用・継承する態度を示した。その後、さらに第4刑事部2007年7月5日判決が、やはり上記決定を引用しつつ、かかる「仮定的同意」が「レーゲ・アルティスに、つまり医学の標準に沿って遂行された治療行為についてのみ（nur auf eine lege artis, d.h. nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft durchgefuehrte Heilbehandlung）」適用される旨を判示し、第1刑事部も同年10月23日判決においてそれに倣った。

近時、第1刑事部2011年10月11日判決が、これも傍論的ながら「仮定的同意」に言及し、それが違法性を欠落させることと、その認定上 in dubio pro reo 原則が妥当することを確認する一方、その誤信が「刑法16条に相応して取り扱われるべき、許容構成要件の錯誤（ein Erlaubnistatbestandsirrtum, der entsprechend § 16 StGB zu behandeln ist）」であることを明言した。これによって、同刑事部の判例は「明瞭に維持され、さらに固められた（ausdruecklich aufrechterhalten und weiter verfestigt）」と評される。

如上の判例「法理」の展開は、ドイツの刑法学界において、Lothar Kuhlen 教授の一連の論文を契機に、いわゆる客観的帰属論の応用的な局面として、その当否につき非常に活発な論争を引き起こした。現状では、否定的に見る向きが強い。もっとも、上に挙げた判例は、いずれも違法性阻却の一局面として、この「仮定的同意」を取り扱っており、判例と学説の議論が噛み合っていない嫌いもある。そこで、ドイツの判例を今一度洗い直し、仮定的同意という考え方の意味するところを再定位することを企図した。

このような目的から、方法論としては、最近の判例から「さかのぼる」方式を試みた。それぞれの判例においては、当然ながら、認定された具体的な事実関係に対する法的な評価が説示され、その評価を導き出すために、過去の判例が引用・参照されている。抽象化された判文上の「法理」の当否如何は一旦置き、当該事案における裁判所の判断を形作っ

た思考を追跡し、先例との関係を検証する作業を通じて、一見すると受け入れがたく感じられる「仮定的同意」論の原点なり正体なりを探り出すことを目指した。

主な事件は、胃内視鏡事件（第1刑事部2011年10月11日判決）、脂肪吸引事件（第4刑事部2007年7月5日判決）、ターボ禁断療法事件（第1刑事部2007年10月23日判決）、椎間板事件（第1刑事部2003年10月15日決定）、ドリル事件（第1刑事部2004年1月20日判決）、サージボーン・プラグ事件（第4刑事部1995年6月29日判決）、

○脚事件（第5刑事部1990年9月25日判決）、睾丸摘出事件（第4刑事部1963年6月28日判決）、子宮筋腫事件（第5刑事部1960年10月28日判決）である。

胃内視鏡事件

概要：被告人は、患者Pに対してその同意の上で行った大腸内視鏡検査に引き続き、同検査のために麻酔による鎮静状態下にあったPに対して何ら説明することなく胃内視鏡検査を行い、その際にPに食道穿孔が生じ、P死亡（傷害致死で起訴）、原審無罪。連邦裁判所破棄差戻し（適切に説明しても同意したであろう旨の原審の認定には理由がない）。

意義：判例における「仮定的同意」論の3テーゼの確立。仮定的同意は違法性阻却事由である（第1テーゼ）。検察官は仮定的同意の不存在を証明する責任を負う（第2テーゼ）。仮定的同意の存在の誤信は故意を阻却する（第3テーゼ）。

脂肪吸引事件

概要：被告人は、患者Aに対する脂肪吸引の再手術の際、術式や薬剤の不適切さや人的物的設備の不十分さ等の過失により、Aを死亡させた（傷害致死で起訴）、原審過失致死。連邦裁判所破棄差戻し（原判断は、医的侵襲に対する同意が、ヨリー層の説明を欠く場合にはいずれにせよ、レーゲ・アルティスに、つまり医学の標準に沿って遂行された治療行為についてのみ当てはまることを看過）。

意義：再手術の際の（当初手術の際とは異なる）特殊な事情の説明を仮定して、患者の「仮定的同意」の有無を認定する必要がある。

ターボ禁断療法事件

概要：被告人が、かねて薬物依存症患者治療のために行っていった麻酔を用いた薬物（とくにアヘン）の禁断療法（通称「ターボ禁断療法」）を、患者Kに対して施すべく、前処置としての薬剤の処方・投与を行ったうえで麻酔を導入したところ、Kに出血性肺水腫と肺炎が併発・進行し、死亡するに至った（傷害致死で起訴）、原審過失致死・傷害（傷害致死は否定）、連邦裁判所破棄差戻し（傷害と死亡結果の間の関係について審理不尽）。

意義：レーゲ・アルティスに沿わない特殊な事情の説明を仮定して、患者の「仮定的同意」の有無を認定する必要性。（と同旨）

椎間板事件

概要：被告人Xは、部下の医師Yが、患者Krに対して行った椎間板ヘルニアの摘出手術の際に摘出部位を誤った旨の相談を受け、再発したという虚偽説明により再手術の同意を得よう申し向け、Yはそのとおりに実行・手術した（傷害教唆で起訴）、原審有罪。連邦裁判所破棄差戻し（Krが真実の説明を受けた場合に、なおYによる手術に同意したであろうか、という点の審理不尽。それを確定しないかぎり、有罪・無罪を決められない）。

意義：患者が術前において適切な説明を受けた場合の意思決定如何を認定する必要性。ただし、当該手術の医学的適正や必要等が認められるだけでは「仮定的同意」に足りない。他方で、患者の公判での「仮定的同意」を否定する供述は必ずしも鵜呑みにはできない。

ドリル事件

概要：被告人は、患者Eに再発した右肩脱臼の原因となっていた関節包の剥離をネジで固定する手術の際にドリルの先端が折れて骨の中に埋まってしまったので、虚偽の理由を示して再手術の必要性を説得し、ドリルの先端を取り出した（傷害で起訴）、原審有罪。連邦裁判所上告棄却（確定）。

意義：いくら医学上正当でも術前に現に躊躇いを見せていた患者に「仮定的同意」はない。そのような場合には、「仮定的同意」の不存在につき原審による「明確な認定」があるものといえる。「仮定的同意」の肯認される状況とは、仮定的「不同意」が了解不可能なほど「ありえない」場合である。

サージボーン・プラグ事件

概要：被告人が、損耗した頸椎椎間板を摘出し、椎体間にプラグを詰め込む手術を、ウシ骨を原料とするサージボーン・プラグを用いて行ったところ、骨の成長・結合の過程で摩擦くずによる合併症（Spankompliation）が生じた（計6件の傷害で起訴）、原審有罪。連邦裁判所破棄差戻し（説明義務違反または義務違反の根拠を成す事実の認識についての原審の認定は不十分である）。

意義：生体外物質に対する嫌感があったというだけでは「仮定的同意」の否定に足りない。とくに自己骨インプラントの選択肢を現に知っていた患者の仮定的「不同意」は理解不能。しかるに原審が「仮定的同意」を不存在と判断した点には、認定上の不備がある。

○脚事件

概要：被告人は、手術による○脚矯正を希望する患者Jを検査し、手術相当と判断し、斜め骨切り術（Schraegosteotomie）を施すこととしたが、一般的な合併症のリスクの説明をただけで、当該術式に伴う骨髄炎と偽関節のリスクの説明をしないまま手術を行ったところ、Jに骨髄炎と偽関節が生じ、歩行障害が残った（過失傷害で起訴）、原審無罪。連邦裁判所上告棄却（確定）。

意義：患者が、被告人医師の医学の知見や手術の技能に対する幅広く無条件の信頼を有していた場合には、原審による「仮定的同

意」の肯認に基づく無罪判断は是認でき、正しくリスク説明を受けた患者が仮定的に同意しなかった可能性を考慮する必要はない。

睾丸摘出事件

概要：被告人は、患者Jの陰嚢を切開・検査し、両方の睾丸を摘出した。原審過失傷害。連邦裁判所破棄自判（無罪）。

意義：侵襲の可能的範囲につき患者が理解していた否かが争点となった事例において、患者が術後に仮定的「不同意」を表明したからといって同意なしとは速断できない。

子宮筋腫事件

概要：被告人が、患者Aの子宮を、術中の所見に基づき全部摘出。原審過失傷害。連邦裁判所破棄差戻し（被告人に有利な証言をする可能性のある証人を取り調べていない）。

意義：侵襲の可能的範囲につき患者が知っていた可能性が残るときは有罪にできない。

研究成果として、連邦裁判所の刑事判例における「仮定的同意」論のルーツが、仮定的思考を本質とするものではないことが示された。約言すれば、基点となっているのは、たしかに侵襲内容の説明が欠けていたが、患者は、あらかじめ分かっていたのではないか、あるいは気に掛けていなかったのではないか、といった問題状況である。とくに満足はいく手術の結果が得られなかった場合、患者側から、説明されれば同意しなかったはずだ、という類の主張が行われうるが、必ずしも全て信用できるとは限らない。

問題の本質は、至極シンプルである。患者の同意の範囲内の侵襲であれば、かりに術前の説明が不完全であっても、違法な傷害行為に当たらない。しかし、同意の範囲如何を論定するためには、術前の時点における患者の認識如何を認定しなければならない。その際、仮定的に、不完全であった説明を完全な説明に置き換えて、どのように意思決定したであろうか、という点を考えることは、なるほど事実上重要な手掛かりを提供する。もし何も変わらないなら、実際の侵襲が同意の範囲内であったものと認めやすい。

そこで、仮定的な同意・不同意が争点となりえ、検察官は、仮定的な不同意を主張し、被告人は、仮定的な同意を主張する。もちろん「疑わしきは被告人の利益に」であるが、証明の対象は「実際の侵襲が同意の範囲内ではなかったこと」であって、実際の侵襲を包摂する範囲の同意の存在を合理的に疑わせる事情があるとき、被告人の有利に認定すべき筋合いとなる。他方、実際の侵襲が同意の範囲内ではなかったとしても、同意の範囲内の侵襲を行う認識であったならば、被告人に故意責任を問うことはできない。

このことを、仮定的な同意が認められたならば違法性が阻却される、その証明には in dubio pro reo 原則が妥当する、仮定的な同意の誤信は故意を阻却する、といったテーゼで表現することは、いずれも誤っているわけ

ではないが、議論の一面を過度に強調するものである嫌いが否めない。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。存在する同意が実際の侵襲を包摂しているか否か、という話である。誤解を解くべく「潜在的同意」と呼ぶことを提案し、後掲図書により学界に発信してゆく。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕(計3件)

古川伸彦「過失競合事案における注意義務の重畳関係の論定」刑法雑誌 52 巻 3 号、査読無し、2013、297-313 頁

古川伸彦「[刑事裁判例批評] 松山地裁平成 22 年 5 月 12 日判決 (裁判所ウェブサイト)」刑事法ジャーナル 29 号、査読無し、2011、108-114 頁

古川伸彦「ドイツにおける事故と過失医師の刑事責任の限定？」刑事法ジャーナル 28 号、査読無し、2011、22-28 頁

〔学会発表〕(計4件)

古川伸彦「[判例研究] 最高裁平成 21 年 12 月 7 日第二小法廷決定 (刑集 63 巻 11 号 2641 頁)」刑事判例研究会、2013/2/9、東京大学

古川伸彦「過失競合事案における注意義務の重畳関係の論定」日本刑法学会第 90 回大会共同研究分科会、2012/5/20、大阪大学

古川伸彦「いわゆる過失競合事案における過失認定上の問題に関する管見」最高検察庁特殊過失専門委員会、2011/11/18、最高検察庁

古川伸彦「過失の競合と予見可能性」日本刑法学会第 89 回大会ワークショップ 1、2011/5/29、法政大学

〔図書〕(計3件)

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」高山佳奈子(編)『山口厚先生献呈論文集(仮題)』成文堂、2014 刊行予定、脱稿済・掲載決定・頁数未定

古川伸彦「いわゆる過失競合事案における過失認定の在り方について」川端博ほか(編)『理論刑法学の探究』成文堂、2012、1-32 頁

古川伸彦「過失犯 薬害エイズ・厚生省ルート事件」松原芳博(編)『刑法の判例〔総論〕』成文堂、2011、138-157 頁

6. 研究組織

(1) 研究代表者

古川 伸彦 (FURUKAWA, Nobuhiko)
名古屋大学・大学院法学研究科・准教授
研究者番号：00334293

(2) 研究分担者 なし

(3) 連携研究者 なし