



Title	治療行為の傷害構成要件該当統性について
Author(s)	佐藤, 陽子
Citation	北大法学論集, 56(2), 321-357
Issue Date	2005-07-11
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/15370">http://hdl.handle.net/2115/15370</a>
Type	bulletin (article)
File Information	56(2)_p321-357.pdf



[Instructions for use](#)

# 治療行為の傷害構成要件該当性について

佐藤陽子

## 目次

- はじめに
- 第一章 ドイツの学説
  - 第一節 ドイツ傷害罪の規定
  - 第二節 治療行為非傷害説

(1) 身体的利益の侵害を重視する見解

(2) 利益衡量に基づく見解

(3) 身体という法益の相対性を根拠とする見解

I. 「Misshandlung」の成立を認めない見解

II. 身体の本質的部分の喪失がある場合に「Misshandlung」の成立を認める見解

(4) 危険削減理論 (Gefahrverringerscheorie)

第三節 治療行為傷害説

第四節 傷害罪の法益には自己決定権が含まれていると解する説

第二章 ドイツ判例の見解

第一節 RGS 25, 375 判決

第二節 その他の判例

第三節 学説による批判

第三章 ドイツ立法府の対応

第四章 日本の学説

第一節 日本とドイツの理論的基盤の相違

第二節 治療行為非傷害説

第三節 治療行為傷害説

おわりに

はじめに

現代の我々の社会において、医師による治療行為は日常的なものであり、また必要不可欠なものである。しかし、一方でそのような行為は、民事的なそして刑事的な問題を引き起している。民事法の領域における医事関係訴訟事件は、毎年増加の一次途をたどっており、平成十五年の医事関係訴訟の件数は十年前の約二倍となっている（九八七件）<sup>(1)</sup>。また警察庁になされた医療事故に関する届出も、平成十二年から急増し始めて、平成十五年には十年前の約十倍の数値（二四八件）を記録している<sup>(2)</sup>。

しかし、それにもかかわらず実際に事件として立件されたのは、平成十二年の七一件（届出一二四件）をピークに減少し、平成十五年は一二件と非常に少ない。警察が医療過誤事件に消極的な態度をとるのは、法廷において、医師の過失を証明することが困難だという事情、そしてその他の重大事件との関係で警察側が十分にそれを調査する体制がとれないという事情があるようである<sup>(3)</sup>。

また、治療行為と関係して、近年とりわけ注目されているのは、医師の説明義務である。

民事法の分野では、医師の業務遂行に当たって要求される「危

険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務」の内容が、いわゆるエホバの証人輸血事件を契機に「患者の治癒・救命・延命のために（医師がそうと信じる）最善の医療を提供する義務」から「患者の自己決定を尊重しつつ患者の意思に沿う医療を提供する義務」に変化したといわれている。エホバの証人輸血事件において最高裁判所は、宗教教に基づいて輸血を拒絶した患者に対し、手術中やむを得ず輸血をした医師らに、説明義務違反、さらにはそれに基づいて輸血行為自体の違法性を認めさせた。医師らはあくまでも、当該輸血行為が、医師の倫理（患者を救う最善の可能性を用いること）に基づく行為であることを主張したが、裁判所はそれを認めなかった。

たしかに医師の患者を助けたいという使命感は、病気に苦しんでいるのが医師ではなく患者であることを考えると、患者の自己決定権を超えて尊重する理由はないであろう。しかし、患者の客観的な福利を考えて患者のために行動した医師を非難することは酷なようにも思われる。エホバの証人輸血事件において、医師側に課された慰謝料が五十万円という非常に少ない額に留まったのはそのためであろう<sup>(6)</sup>。

では、刑事法の分野においては、医師の説明義務あるいは患者の自己決定権はどのような役割を果たすのであろうか。患者

の意思に反して、しかし医学的根拠に基づいて行われた治療行為は、仮に成功した場合でも何らかの罪に問われるのであるうか。

この疑問を解決するためにまず確定しなくてはならないのは、治療行為が傷害罪に該当するか否かという問題である。そもそも治療行為とは個人の健康を促進するという傷害とは反対の目的をもった行為であるのだが、一方でそれには患者の体に針を刺したり、メスを入れたりという一見「傷害」にみえる行為を伴っている。換言すれば、医師は、患者を治療するためとはいえ、意識して彼の体に針を刺し、あるいは彼の体をメスで切り裂いているのである。そのように考えれば、患者の意に反した医師の治療行為が、傷害罪として処罰される可能性は、確かに存在しているであろう。一方で日本における医療事件訴訟は、起訴段階からすべて過失を問題としており、このことから実務が「医療事件には傷害罪が成立しない」という態度をとっていることが推測されうるが、しかしそこからそれが構成要件段階の判断なのか、違法性段階の判断なのかをよみとることはできない。つまり、今後、判例（実務）が、患者の意に反する治療行為を行った医師に対して必ず傷害罪の適用を排除するとはいいきれないのである。<sup>(7)</sup>

この点について、学説はどのように考えているのだろうか。日本の通説によると、治療行為は独自の正当化事由であるので、そのような個々の行為はそのつど傷害罪の構成要件に該当することとなる。刑法三五条に分類される治療行為は、一定の医師の説明義務、患者の同意を前提としているので、場合によってはそのような行為は傷害罪を構成することになるであろう。他方ドイツの通説では、治療行為はそもそも傷害罪の構成要件には該当しないとされる。<sup>(9)</sup> ゆえに、患者の同意のない治療行為、いわゆる専断的治療行為であつても傷害罪を構成する可能性はないのである。<sup>(10)</sup>

治療行為は、果たして傷害罪の構成要件に該当するのであるうか。そして、治療行為と患者の同意はどのような関係にたっているのだろうか。本稿では、まず治療行為の傷害構成要件の該当性について詳細な議論がなされているドイツの学説と判例を紹介・検討し、次に日本の学説について論じたい。またそれに基づいて患者の同意が治療行為を傷害罪として処罰することに影響を与えるか否かを検討する。そして改めて治療行為と傷害罪の関係を問いなおすことで、最終的には価値多元的な現代社会における患者の意思と治療行為、そして刑法の関係を明確にする基礎としたい。

## 第一章 ドイツの学説

### 第二節 ドイツ傷害罪の規定

ドイツ刑法「二三三」条は、「Körperverletzung（傷害罪）」のタイトルの下「他人を身体的に虐待した者、あるいは健康を侵害した者は、五年以下の自由刑あるいは罰金に処す。」と規定し、傷害罪の構成要素が「körperliche Misshandlung（身体的虐待、以下 Misshandlung と略す）」あるいは「Gesundheitbeschädigung（健康侵害）」であることを明記している。

この「Misshandlung」とは、人の健全性（Wohlbefinden）を侵害することあるいはそれ以外の身体的な完全性（Unversehrtheit）を侵害することである。<sup>(11)</sup> とりわけ身体的な基盤（Substanz）を傷つけたり、失わせたりすること（例えばこぶや裂傷、手足・歯・内臓を奪うこと）、あるいは髪を切るといった身体的な外観を変更することがこれにあたる。また「Misshandlung」は、その結果がさもない程度であり、更にその行為が「blöde, unangemessene Behandlung（邪悪で不適切な行為）」であることも要求されている。<sup>(12)</sup>

一方で「Gesundheitbeschädigung」とは、あらゆる病的な状

態を引き起こしたり、その状態を促進することをいう。<sup>(13)</sup> 性病をうつす行為もこれにあたる。

「Misshandlung」は「Gesundheitbeschädigung」の開始によって終了するものではなく、しばしば二つの行為様式は同時に実現される。ゆえに「Misshandlung」と「Gesundheitbeschädigung」の関係は、プラスマイナスの関係の中で互いに存在しているのではなく、二つの交差した円という関係の中で存在している。<sup>(14)</sup> つまり、行為の側面から事象を観察したものが「Misshandlung」であり、結果の側面から観察したものが「Gesundheitbeschädigung」である一方で、二つの概念は生じた結果と行為を同時にカバーしているのである。また、両者は必ずしも重なり合うわけではなく、たとえば騒音によって精神的ダメージを与えるような「Misshandlung」によらない「Gesundheitbeschädigung」が存在するし、髪や髭を切る行為のように、「Gesundheitbeschädigung」を伴わない「Misshandlung」も存在する。<sup>(15)</sup>

以上がドイツの傷害罪の規定であるが、このような規定に基づいてドイツの通説は、治療行為の傷害構成要件該当性を否定する傾向にある。治療行為の個々の行為（例えば注射・開腹・臓器の摘出・縫合）に注目するのではなく、最終的に生じた結果（治癒）を伴う全体的な行為に着目するからである。とはい

え、治療行為における侵襲の種類は多種多様であり、場合によっては四肢の切断など重大な結果を伴うものもあるし、また必ずしも侵襲が功を奏し、治療の結果が生じるとは限らない。ゆえに、治療行為を傷害罪の構成要件の枠組みからは必ずず学説であつても、常にそれを認めるわけではない。どのような場合にそのような限界を認めるのか、あるいはそもそも認めないかは論者によって様々である。以下ではドイツの学説が、治療行為の構成要件該当性を否定する根拠とその限界について論じていきたいと思う。なおここでいう治療行為とは、身体的な健康の改善・維持のために行われる様々な行為のことをいい、単なる美容目的や純粋な研究目的、健康の改善を伴わない臓器移植のドナー側になされる手術などは、議論の対象からはずれることとなる。<sup>(16)</sup> また、以下でしばしば用いられる「医的侵襲」とは多少少なからず身体の「Substanz（基盤）」の侵害を伴う治療行為の一つである。<sup>(17)</sup> 実務上、致死などの結果が多く生じ、ゆえに学説上激しく争われているのは治療行為の中でも、その「医的侵襲」の領域であり、開腹手術などがこれにあたる。

## 第二節 治療行為非傷害説

(1) 身体的利益の侵害を重視する見解

ドイツにおける治療行為非傷害説は上述のように現在通説的な地位を占めている。そのような見解の基礎となった、治療行為と傷害構成要件の關係に関する先駆的な研究は、一九二九年のペーリングの論文によってなされた。ペーリングは「*Verletzung*（傷害）」について、それは「身体的利益の侵害」のことであると主張した。<sup>(18)</sup> そして身体的利益とは、①身体的な健康（*Wohsein*）②精神的な健全性（*Wohlbeinden*）③外観（*äußere Erscheinung*）であると解し、それらに不利益な結果を生ぜしめる行為が傷害罪だと解したのである。<sup>(19)</sup> しかし、ある行為が①③の要素に対して不利益な結果、利益になる結果を同時に生ぜしめる場合が存在するのであつて、そのような場合に傷害罪が成立するか否かは、それぞれの要素の關係に左右されることになる。

ペーリングは、それらの關係を検討するに際して、痛みや外観を変えることなくしては健康（*Wohsein*）が得られないときは、その健康を痛み（*Wohlbeinden*の侵害）や外観の変更（*äußere Erscheinung*の侵害）であがなうことができると考えた。<sup>(20)</sup>

つまり、上述三要素の中で、もっとも強調されるべきは①の「*Wohsein*」であり、「*Wohlbeinden*」や「*äußere Erscheinung*」

は、「Wohlfahrt」に利益がないときにのみ保護されることなのである。さらに、ベーリングは「Wohlfahrt」の侵害であっても、それより高い価値をもつ「Wohlfahrt」を守ったのであれば、その行為は傷害罪には該当しないと主張した<sup>(21)</sup>。

その上でベーリングは、傷害罪の文言に関しても同様に解し、刑法二二三条における「Gesundheitbeschädigung」は、「Wohlfahrt」の侵害であり、「Misshandlung」は「Wohlfahrt」と「äussere Erscheinung」の侵害であるが、両者の前提として、最終結果が身体的利益を侵害していることが必要であると、より価値の低いものが侵害される場合あるいは、確かに身体的利益は侵害しているが全体的にみれば身体あるいは生命という利益のために有用である行為は、「Gesundheitbeschädigung」でも「Misshandlung」でもない<sup>(22)</sup>と主張した。ゆえに治療の結果を招いた行為は、当然「Gesundheitbeschädigung」でも「Misshandlung」でもないことになる。またベーリングは、とりわけ解釈の余地がある文言「Misshandlung」に関して、その構成要件はあくまでも結果の惹起なので、医学的な準則に反していることや、行為の目的といったものは、構成要件ではなく次の段階の問題であると解したのである<sup>(23)</sup>。なぜなら仮に「Misshandlung」の結果ではなく行為に結びつけると、後にその有効性が認めら

れ、また当時、患者の命を救った手術であっても、それがその時の準則に違反していたのであれば、傷害（Misshandlung）ということになり、一方で手術ゆえに患者が死んだりその病状が悪化したりしても準則にさえ従っていれば傷害ではないという不当な結論が導かれてしまうと考えたからである。ベーリングによると、行為が適切か不適切かというのは、「Misshandlung」の結果とは別の、違法性段階での問題であり、また治療の目的というのは責任段階での問題である。以上のことから、成功に終わった治療行為は構成要件に該当せず、一方で失敗に終わった治療行為は傷害罪の構成要件に該当することになる。そして、「治療の目的」が故意・過失の問題として責任の段階で考慮される。なお、故意は、行為者が、当該行為に関して、傷害と呼べるような悪い結果をそもそも予見していなかった、あるいは侵害を上回るような被害者の身体的利益の促進が生じることを想定していた場合に欠けることになる<sup>(25)</sup>。

以上がベーリングの研究であるが、しかし、この見解は、構成要件の成立が偶然に発生した結果に左右されることになり、医師にとっては酷である点、また「行為」の段階でなされるべき構成要件該当性の判断が、結果発生後の段階でなされている点



で、批判されることになった。<sup>(26)</sup>

## (2) 利益衡量に基づく見解

ペーリングに続いて、治療行為の法的観察に尽力したのは、エンギッシュであった。エンギッシュによると、「Körperverletzung (傷害)」の概念は、外面的に解されるべきではなく、身体的利益の侵害、従って健康 (Wohlergehen) あるいは精神的な健全性 (Wohlbefinden) あるいは健康的外観 (Wohlsehen) という利益の侵害を意味するので、主としてその利益 (生命も含む) を守る治療行為は、全体としてみれば、つまり最終的な結果を見れば、身体的利益の侵害ではありえなく、それはまた、たとえ個々の副次的 (untergeordnete) 利益が損害を与えられた場合にも同じであると解した。<sup>(27)</sup> なぜならば、そこには優越的利益の原則が介入しているからである。<sup>(28)</sup> それゆえ、あらゆる治療行為が傷害罪に該当しないのではなく、優越的な利益を侵害しない、あるいは危険にさらさない行為のみが傷害罪の範囲外にある治療行為として評価されることになるのである。その上で、このような最終的な結果のみに基づく構成要件判断は医師にとつては危険なものであり、ゆえに当該行為が優越的利益を保護しているか否かは偶然的な結果ではなく、期待されていた

結果がふさわしいとエンギッシュは考えた。つまりその判断は「事前に (ex ante)」なされるべきと主張したのである。<sup>(29)</sup> また、利益衡量に際しては、患者の同意も考慮されるので、純客観的に見て侵害結果のほうが大きき行為であっても、患者の同意をプラス要素とすることで、そのような侵害が許されることもあるという。<sup>(30)</sup> つまり、ここでは患者の意思は、利益衡量の一材料となっているのである。さらにエンギッシュは、医師の治療行為の前提として①医師の資格があること、②治療目的であること、③侵襲が目的にかなっていることを要求しており、要するに客観的に優越的な利益を保護し、資格ある医師の、準則に従った治療行為のみが、構成要件該当の傷害ではないことになる。このようなエンギッシュの見解に対しては、傷害結果の事前判断とエンギッシュが出発点とするテーゼ、すなわち「優越的な身体利益を侵害するあるいは危険にさらす行為は傷害罪である」というテーゼとが矛盾するという批判がなされている。<sup>(32)</sup> つまり、エンギッシュの理論は、治療行為を個々の具体的事例ごとに観察し、利益衡量に基づき最終的にマイナスの結果が発生しなかったことを構成要件の阻却根拠としているのに、実際は結果の事前判断によつてマイナスの結果が見込まれていないことのみで構成要件が阻却されているという点に矛盾があるとい

うのである。また、事前的利益衡量によって傷害か否かを判断し、その先の偶然的経過は考慮しないとするエンギツシユの理論によれば、「傷害」の実行行為が認められた後には「結果が発生しない」という事態はありえないことになり、未遂の成立を考える余地がなくなるのではないかとという批判がなされている。<sup>(33)</sup>

(3) 身体という法益の相対性を根拠とする見解

上述のような学説の変遷を経て、現在、通説的地位を占めているのは、身体という法益の相対性を根拠とする説である。この見解は、傷害罪の法益である「身体」について、人の身体的状態は人ごとに異なっており、また同じ人であってもその時ごとに違うのであって、健康が侵害されたと言うためには、よい状態にあるものを悪くされた、あるいははじめから悪い状態のものを、さらに悪くされたことが重要であると主張する。<sup>(34)</sup> つまり悪い状態にあるものを回復する、あるいはさらなる悪化を防ぐ行為は、傷害罪とまったく反対の性質のものであるというのである。ここで条文の文言上とりわけ問題になるのは「Miss-handlung（身体的虐待）」であるのだが、それについてもこの見解は、「Gesundheitsbeschädigung」と「Misshandlung」は、そ

れぞれ独立し、並存しているのではなく、相互に関係しているで、健康の改善をもたらす、あるいはそれを目的とした行為は「Misshandlung」ではない、<sup>(35)</sup>あるいは「Misshandlung」の要件である、「邪悪で不適切な行為」が存在しない<sup>(36)</sup>と解している。以上のことから成功した侵襲においては、傷害罪の構成要件要素である「Misshandlung」と「Gesundheitsbeschädigung」が生じず、医的侵襲は常に傷害罪の構成要件に該当しないこととなる。他方で、失敗に終わった医的侵襲は「Misshandlung」や「Gesundheitsbeschädigung」を惹起しているので、客観的な構成要件は充足し、次に主観的構成要件、つまり故意の問題の検討へと移るのである。しかし、この見解は、確かに侵襲は成功に終わったが、治療行為が手足の喪失を導くなど、身体的な基盤を損なうような重大な結果をもたらした場合に、「Gesundheitsbeschädigung」が成立しないにもかかわらず「Misshandlung」の成立を認めるか否かでさらに二つに分かれることとなる。

I. 「Misshandlung」の成立を認めない見解

この説によると、医的侵襲の評価は①成功した侵襲と②失敗したが準則に沿って行われた侵襲③準則違反ゆえに失敗に終わった侵襲、という区別に基づいて行われることとなる。<sup>(37)</sup>

①成功した侵襲においては、上述のように傷害罪の構成要件

要素である「Misshandlung」も「Gesundheitbeschädigung」も生じていないので、<sup>(38)</sup> 医的侵襲は常に傷害罪の構成要件に該当しないこととなる。他方で、失敗に終わった医的侵襲は「Miss-handlung」、「Gesundheitbeschädigung」を惹起しているので、客観的な構成要件を充足する。そこで次に問題となるのは医師の主観であり、患者の傷害結果を容認していなかった行為者は、<sup>(39)</sup> 傷害罪の故意を欠くことになる。なぜなら成功した医的侵襲は、傷害罪の客観的な構成要件を充足しないので、成功（健康の回復）をめぐって行われた医的侵襲にも傷害罪の故意が欠けることになるからである。そしてそのような故意の阻却を確定する要素として用いられているのが「準則に従っていること」であり、<sup>(40)</sup> ②医学的な準則に従った行為であるのなら、仮に失敗しても、そのような侵襲には常に傷害罪の故意が欠けることとなる。<sup>(41)</sup> そうすることで医師は手術の失敗というリスクを負わずにすむ。またその場合には、注意義務にも違反していないことになるので、過失傷害罪も成立しないこととなるのである。<sup>(42)</sup> 他方で<sup>(43)</sup> ③準則違反ゆえに失敗に終わった医的侵襲は、傷害罪との関係では医師の結果に対する実際の意思態度（故意）によって左右され、過失傷害罪との関係では行為者が彼に個人的に可能であった注意義務を遵守したか否かに左右される。<sup>(43)</sup> 以上のことが

らこの見解に従うと、患者の同意は、傷害罪の成立に関して、なんら影響を持たないことになる。医師がそのときどう行為すべきであったかと、その行為が可罰的かどうかは違うのであって、<sup>(44)</sup> 少なくとも傷害罪との関係では、治療行為の際に患者の同意は必要がないと考えているのである。

上述のように、この説によれば、患者の治療のために行為した医師は常に傷害罪の故意を欠いている。ゆえに専断的治療行為は刑法一八五条（侮辱罪）、一三九条（監禁罪）、二四〇条（強要罪）でのみカバーされることになる。<sup>(45)</sup> しかし、そのような自由に対する罪を成立させるためには、当然その罪の条文が要求する構成要件を充足する必要があるのであって、そのような場合は非常に限られている。つまり専断的治療行為がどのような重大な結果を招いたとしても、なんの罪も成立しないという処罰の間隙を広くみとめることになってしまうのである。それゆえこの説の論者は専断的治療行為を処罰するための新たな条文（自由に対する罪）をしばしば要求することになる。<sup>(47)</sup>

しかしこの見解は、確かに首尾一貫しているが、それが導き出した帰結は妥当ではないように思われる。なぜならばこの見解に基づくと、非常に広い範囲で傷害罪の構成要件を否定することになるからである。例えば医師の資格をもたず、準則を違

守していなかったゆえに傷害結果を招いた行為であっても、傷害罪か否かの判断が、最終的に行為者の故意に基づくので、治療行為あるいはそれを目指した行為であると判断されれば、あらゆる行為が、少なくとも傷害罪の故意を充足しないこととなってしまう。つまり治療のために行った行為は、どれほど無謀であっても常に傷害罪の故意が阻却されることとなるのである。また、厳格に最終的な傷害の結果を要求するので、相手を傷害しようと思つて突き立てたナイフが偶然膿のたまつていた部分にあたり、その膿が治つたような場合には、傷害罪の結果は発生しないことになる。<sup>(48)</sup>その上、専断的治療行為の条文のない現在の状況においては、専断的治療行為は常に不可罰となるので、患者の自己決定権を十分に保護することができなくなるのである。<sup>(49)</sup>

Ⅱ. 身体の本質的部分の喪失がある場合に「*Misshandlung*」の成立を認める見解

この説は上述Ⅰ説を基礎にしながらも、広がりすぎた不可罰の範囲を狭めるために、侵襲がたとえ治療の結果を招いたとしても、身体の本質的部分の喪失（例えば四肢の切断）を惹起した場合には、その侵襲は「*Misshandlung*」にあたり、傷害罪の構成要件に該当すると解する。<sup>(50)</sup>この説の論者によると、傷害罪

で重要なのは客観的な健康そのものだけでなく、患者の自己決定権も同様であるという。しかし、ドイツ刑法法二三三条（傷害罪）は自己決定権そのものを保護しているのではなく、法益と関係した処分権として保護しているので、物質的な喪失がある場合においてのみ、患者の自己決定権が問題となる。<sup>(51)</sup>ゆえに、成功に終わり、本質的な部分の喪失がない医的侵襲は例えそれに対する患者の同意が存在していなかったとしても、傷害罪の構成要件には該当しないこととなるのである。一方で本質的な部分の喪失が発生した医的侵襲は、健康状態の改善した場合、つまり侵襲が成功した場合には、患者の同意がある時のみ結果無価値が欠けることとなり、健康状態が悪化した場合、つまり侵襲が失敗した場合には、患者の同意と技術的適合性（準則に従っていること）、<sup>(52)</sup>そして医師の治療意思がある時には、行為無価値がかけることとなる。ゆえに、最終的に「傷害」とよぶべき結果を惹起し、それに対して患者の同意を得ていなかった医師は傷害罪が問われることとなるのである。

この見解に対しては、Ⅰ説の論者から、「確かに身体的な基盤を喪失した場合には、身体の完全性は外見上減っているようにみえるが、ある人が切断によって手足の数が減ったことは独立して考慮しうるのではなく、病気の手足によって弱っている

手術前の全身体的状態が、手足の切除手術の成功によって、比較的よくなったということが重要である」という指摘がなされている<sup>(53)</sup>。またそれと関係して、傷害罪の構成要件内部で「自己決定権」が重要であるというのであれば、それは本質的な部分の喪失を招いた場合のみでなく、あらゆる状況においても重要となるべきであるという批判がなされている。つまり自己決定権が二二三条の法益に処分権という形で含まれているのであれば、なぜ常にそれが生じないのかという批判である<sup>(54)</sup>。たしかにII説によれば、重大な結果を生ぜしめた専断的治療行為を傷害罪として処罰できるし、他方でそのような結果なく治療の効果を生ぜしめた専断的治療行為は不可罰という妥当な解決を期待できるが、なぜ傷害という領域の中でも本質的な部分の喪失が生じた場合のみ傷害結果が生じていると解し、そこにだけ患者の処分権を要求するかは、明らかではないように思われる。この点に関してエーサーは、「Misshandlung」の内容として存在する「身体の完全性」に着目し、例えば無断で女性の髪を切る場合のように、重要部分の喪失は、患者の同意がなければ「Misshandlung」にあたる主張<sup>(55)</sup>した。しかし、「身体の完全性」、とりわけ外貌の変更を問題とするのであれば、なぜ手術の傷あとが問題とならないのか、あるいは物質的喪失を問題

とするのであれば、なぜ腫瘍に侵されている臓器の一部の切除が問題とならないかが明白ではないように思われる。やはり、この見解は、重要部分の喪失がないことを傷害罪の限界とする根拠を十分に説明することはできていないのではないだろうか。

#### (4) 危険削減理論 (Gefährerungstheorie)

上述のような通説的見解に対して、M.K.マイヤーは、必要で準則に従って行われた行為は、治療目的ゆえに、たとえ患者に激しい痛みを与えたり、健康を害しても常に問題とはならないとする帰結は不当であると批判した。なぜならこのような行為は、確かに「Gesundheitsbeschädigung」ではないが「Misshandlung」、つまり<sup>(56)</sup>不適切な行為ではないといってしまうことはできないからである。そのような批判を出発点として、マイヤーは、行為が法益の客体に迫った危険をもつばら減らすために十分であり、そうする意思によってささげられている時のみ、二二三条の構成要件 (Misshandlung) が欠如すると主張し、その理論を「危険削減理論 (Gefährerungstheorie)」と名づけた。この理論によれば、危険を減らす行為が大きなリスクや傷害と結びついているときには、もはや危険を削減するだけではないので、構成要件は欠如しないこととなる。なおそ

の際、構成要件の欠如は事前にあらゆるものを考慮した結果に基づくので、<sup>(57)</sup> 実際その侵襲が成功したか失敗だったかは、それとは無関係である。また、生命を救うために必要であれば、もはや機能していない内臓などの身体の構成要素を切除することは、傷害ではない。<sup>(58)</sup> このような侵害は差し迫った危険をコントロールし、それをそらしているだけであり、新たな危険が発生していないからである。そして客観的に構成要件に該当した医的侵襲は、同意があれば同じく構成要件が阻却されることとなる。<sup>(59)</sup>

しかしこの見解は、ある行為が「Misshandlung」か否かを判断するのに際し、その行為が結果として身体の健康をよくするものであることを考慮に入れず、「邪悪で不適切な行為」であると判断してしまう点で、<sup>(60)</sup> 批判されている。つまり、上述の、身体の本質的部分の喪失時に「Misshandlung」を認める見解が「Misshandlung」の結果を重視しているのに対して、この説が「Misshandlung」という行為を重視しているという点に対する批判である。それによれば、マイヤーの見解は、「Misshandlung」の結果ではなく、行為を重視することで、その行為が例えば事前に予測できたリスクを實現しなくとも、患者の同意がなければ傷害罪の成立を認めてしまうことになり、ゆえに結局は、

自己決定権という要素を傷害罪の法益に忍び込ませていることになるのである。

一方でマイヤーの「危険削減理論 (Gefahrverringeringstheorie)」の考察方法は、客観的帰属論のメルクマールのひとつである「危険削減 (Riskverringering)」のそれに、非常に似通っているように思われる。客観的帰属論における「危険削減 (Riskverringering)」とは、差し迫っている重大な結果を和らげた、あるいは時間的に先に伸ばした行為には、結果の帰責がなされないという一般的に認められているテーゼである。<sup>(61)</sup> なぜなら結果発生リスクを減らし、迫っている法益侵害を和らげ、あるいはその侵害を時間的に伸ばす行為を禁ずることは、<sup>(62)</sup> 刑法的な禁止規定の意義と目的ではありえないからである。従って、このような場合にはすでに構成要件該当の行為は欠缺していることになる。しかしその行為が急迫した危険をそらしたが、その際、それによって惹起された侵害結果とよべるような、新たな独自の（法的に重要な）<sup>(62)</sup> 危険が基礎付けられたときには、客観的帰属は否定されないことになる。<sup>(63)</sup> その例として挙げられているのは、以下のような消防士の事例である。「消防士 R は、燃えている家の三階で子供を発見した。R は退路を絶たれていたので、雨どいをつたって下りることにしたが、その道は子

供をつれていけるような道ではなかった。ゆえにRは、下で受け止める準備をしていた仲間に、子供を投げ下ろした。しかしその子供は、仲間の横に落ちて死亡した。」この事例において、Rは確かに子供を焼死という危険から救っているが、新たに墜落死という危険を惹起している。ゆえに、Rを不可罰にするのは、帰属の問題ではなく、それ以外（たとえば違法性）の問題であると解されているのである。

しかし、一般的にドイツの学説は、治療行為の問題と客観的帰属の問題をリンクさせない。なぜならば、上述のように、治療行為においてはそもそも傷害結果がないので、帰属させるべきものがないからである。また、治療行為の傷害構成要件該当性を認めるドイツの判例や日本の通説も正当化事由を重視している点から、一般的に客観的帰属（あるいは因果関係論）を問題としていないようである。おそらく、治療行為には、新たなそして独自の危険の惹起があると考えるからであろう。それはつまり、消防士の事例のように、医師は患者に迫った病死という危険を排除しているが、手術ミスによる失血死という危険あるいは薬の副作用による死という新たな危険を惹起しているということである。<sup>(64)</sup>しかし、マイヤーは、自説において手術自体には新たなリスクの発生を認めていないようである。なぜなら、

上述のように、もはやその役目を果たしていない臓器の摘出行為を、危険の削減行為であると判断しているからである。それでは果たして、マイヤーのいう大きなリスクとは、何を意味しているのだろうか。それは明らかではないように思われる。しかし、少なくとも、たとえもはや役目を果たしていない臓器であっても、それを摘出するような行為（手術）は、新たなリスクの惹起であると考えるべきではないだろうか。他方で、このように考えると麻酔や手術そのものはい「大きなリスク」と結びついているのであって、また、注射や傷口の縫合などのささやかな治療は、たいてい痛みと結びついており、多くの医的侵襲が傷害の構成要件を充足する方向に導かれるであろう。そうすると、マイヤーの「危険削減理論」は、傷害結果を限定する役割を、なんら果たせていないように思われるのである。

### 第三節 治療行為傷害説

上述してきたドイツの通説的見解とは反対に、医的侵襲を、全体的にはなく、個々の行為ごとに観察すればそこには「Misshandlung」あるいは「Gesundheitsschädigung」があると

解するのが治療行為傷害説である。

クラウスは、まず「Gesundheitbeschädigung」を基盤の侵害 (Substanzverletzung) あるいは機能障害 (Funktionsstörung) による身体的能力の侵害であると定義し、さらにそのような能力とはかかわりのない身体の完全性の侵害、すなわち単なる健康状態の侵害を「Misshandlung」として扱うことを出発点<sup>(65)</sup>とした。その上で、一時的にせよ能力や健康を著しく侵害するような医学的侵襲は傷害罪の構成要件に該当すると主張したのである。<sup>(66)</sup>また更にクラウスは、結果の発生した医学的侵襲において問題なのは、帰責と違法性であると考えた。<sup>(67)</sup>ゆえに例え専断的治疗行為であっても、そのような結果無価値が個人的な過誤行為として行為者に帰責できないのであれば、同意などの特別な正当化要素は不要となるというのである。クラウスによれば、ここで「帰責性がある」という判断のために問題となるのは、「社会的相当性がないこと」であり、それは結果犯処罰のために必要不可欠な要素である。よって専断的治疗行為を解決するためには、同意を得ずに侵襲を行った医師が社会的に相当に振舞っているか否かが問題となる。<sup>(68)</sup>クラウスによると、患者の同意はその同意が社会秩序に反していない限り、社会的相当性の判断に入れるべきであり、結果として、医学的侵襲はクラウスが主張した意

味における傷害結果を惹起したことに加え、彼が治療行為に關する患者の同意を入手していなかったこと、そしてそのことによって、彼が身体の完全性保護のために一般的に規定された医師の注意義務<sup>(69)</sup>に反した場合に傷害罪が成立することになる。<sup>(70)</sup>

クラウスが主張する「一時的な能力侵害であっても」という考察方法は、日本のそれと非常に類似している。しかし、彼の文献の表現においては患者の意思の取り扱いが、傷害罪の法益であるのか、その外側の要素であるのか、あるいはその両方であるのか、明らかではない。この点でクラウスの見解は批判されることになるのである。<sup>(71)</sup>

なお治療行為傷害説は、ライヒ裁判所時代から現在まで受け継がれているドイツの裁判所の立場である。<sup>(72)</sup>判例はあらゆる治療行為に傷害構成要件該当性をみとめ、そのうえで医師を不可罰とするためには、患者の同意などの正当化事由が必要である<sup>(73)</sup>と考える。多くの学説はこの見解を否定的に捉えているのだが、ドイツ判例の詳細な検討は後述する。<sup>(74)</sup>

#### 第四節 傷害罪の法益には自己決定権が含まれていると解する説



上述の全ての説は、傷害罪の法益を身体（あるいは身体的利益）にとらえ、傷害結果の発生を純粹に客観的に判断する。しかし、近年あらゆる法領域で「自己決定権」の果たす役割が大きくなるに従って、傷害罪の法益にはそもそもその法益所有者の自己決定権も含まれているとする見解が見られるようになった。<sup>(75)</sup>

ロクシンは、ドイツの現行刑法が専断的治療行為の構成要件を含んでいない限りで、身体の完全性に関する自己決定権は二二三条によつて身体的利益と共に保護されているものとみなす必要があると主張する。<sup>(76)</sup>つまり、同意のない治療行為は常に傷害罪の構成要件に該当することになるのである。さらにロクシンは、ドイツ刑法三四条（正当化緊急避難）に関しても、患者が拒絶しているにもかかわらず、生きるために必要な手術をすることは許されないと解し、<sup>(77)</sup>推定的承諾も実際の法益所有者の意思がそれと異なっているというリスクは許容しないと考えるので、患者の同意の存在しない医的侵襲は、患者の同意の有無がわからず、そして時機を失せずそのような同意をえる可能性がない場合にしか認められないことになる。<sup>(78)</sup>この見解は、原則的に患者の同意のない侵襲を許さないものであり、医的侵襲に対してもっとも厳格な態度をとっている。

一方でホルン・ヴォルターは、自己決定権を傷害罪の法益に加えるにあたって、二元的解決（zweiseitige Lösung）と呼ばれる複雑な解決を行う。<sup>(79)</sup>二元的解決に基づく、傷害罪の法益には身体の完全性と自己決定権の二種類があり、それに対する攻撃の種類も二種類あることになる。一つは当事者の意思にかかわらず、健康を悪化させる行為（失敗した手術等）であり、もうひとつは、最終的な健康回復は関係なく、専断的に身体の完全性を侵害する行為、つまり自己決定権を侵害する行為である。そして専断的な治療行為が失敗に終わり、両者が同時に起こった場合には、一般的な競合の原則が適用されることとなるのである。<sup>(80)</sup>

しかし、ホルン・ヴォルターの見解によれば、被害者の意思に反して健康侵害が行われる、通常の傷害事例においても、常に両者は競合していることとなる。このような競合を常に念頭において傷害罪の法益の理解がふさわしいかどうかは疑問である。

いずれにせよ傷害罪の法益の中に自己決定権が含まれているか否かは「被害者の承諾」とも関係した非常に難しい問題である。しかし、少なくとも二二三条は自己決定権そのものを保護しているのではなく、身体的利益と並んで保護していると解す

るべきなので、客観的な身体の傷害が発生していることは傷害罪成立の前提条件として必要不可欠である。つまり、処分の自由は客観化された法益<sup>(81)</sup>（ここでは身体の完全性）をこえて保護されないのである。それゆえ結局、医的侵襲が傷害罪の評価の起点となる現象、つまり傷害を惹起しているか否かを確定させることがまず必要となる。客観的な法益侵害行為を自己決定権で正当化（あるいは構成要件阻却）することはできても、客観的には法益侵害ですらない行為を自己決定権で処罰することはできないであろう。通説的見解のように、医的侵襲には傷害結果が発生していないと解するのであれば、そもそも自己決定権は問題とならないし、他方判例のように医的侵襲は傷害結果を惹起していると解すれば、自己決定権を持ち出さなくとも傷害罪は成立することになる。ゆえに、傷害罪の法益に自己決定権が含まれているか否かという問題は、法益論に入る以前の、外部的影響としての傷害結果の有無を検討する、治療行為の傷害構成要件該当性を論じる場合にはひとまずおいておくべきであろう。

## 第二章 ドイツ判例の見解

医的侵襲が傷害罪の構成要件を充足するか否かについて、裁判所が明確な判断を下したのは、RGS25, 375 判決においてであった。詳細は後述するが、この判決によれば医的侵襲は「Misshandlung」に該当する行為である。そして学説の度重なる批判<sup>(82)</sup>にもかかわらずこの判断は、それ以後の判例にも受け継がれている。<sup>(83)</sup>

### 第一節 RGS25, 375 判決

RGS25, 375 の事実の概要は以下のようなものであった。

一八九三年六月十三日、脚を結核性の腫瘍に侵されていた少女（当時七歳）が、母親に連れられて病院を訪れた。その病院の医師（以下被告人とする）は結核に侵されていた部分の切除により結核の進行を阻止しようとしたが、効果は得られず、次に彼は足そのものの切断をすることで結核の進行をとめようとした。鑑定人によれば、結核がさらに広まることで死の恐れもあったから、この措置自体は適切であった。しかし、被告人は父親にそのような手術について説明せず、また患者の父親は外科的手術に反対であることをそれ以前に表明していた。なぜなら彼は自然療法の支持者であり、また娘を身体障害者にしたく

なかったからである。被告人は結局、患者とその両親の同意なくして手術を行ったが、それは成功し患者の結核は治癒した。

原審はこのような事実関係に基づき被告人を無罪とした。その理論構成は、手術の際に患者に加えられた侵襲は「Miss-handlung」でも「Gesundheitbeschädigung」でもないという学説のそれと同じものであった。<sup>(84)</sup>手術は目的にかなっており、合理的で必要でさえあった。ゆえに同意の有無は法的に無価値であると解したのである。また、被告人は後に、患者の父を説得するつもりであり、またそれができると考えていたので、その点で主観的な違法性も否定された。

しかし、ライヒ裁判所は、刑法二三三条の「Misshandlung」という文言は、立法者意思に基づけば、直接的、物理的に身体組織に加えられたあらゆる傷害をカバーするものであると判示し、少なくとも身体の本質的部分を失うことは「Misshandlung」であると考へ、原審の判決を破棄、差し戻した。ライヒ裁判所は、なぜ医師だけが特別扱いされるのか明らかではないとし、また目的や結果が身体に有益であるとか合理的であるとかは、傷害罪の構成要件とはならん関係ないものであると解したのである。<sup>(85)</sup>

## 第二節 その他の判例

RGSt25, 375判例に対する学説の評価はまったく否定的なものであった。<sup>(86)</sup>しかし、そのような学説の批判にもかかわらず、ライヒ裁判所の判決はドイツ連邦裁判所（以下BGH）にも受け継がれている。医的侵襲が傷害罪の構成要件を充足するか否かについて、BGHで最初に判断を下したのは、BGHStI, III判決であった。

BGHStI, III判決は、医師である被告人が子宮の腫瘍を患っていた四六歳の患者の子宮を摘出したという事例であった。被告人は腫瘍のできている子宮の一部を切除する手術に関しては患者の同意を得ていたが、子宮そのものの摘出についての同意は得ていなかった。被告人は手術開始後に子宮をすべて摘出しなければ、患者の腫瘍は治癒しないだろうという認識に至り、また患者がもしもその事情を知れば同意するだろうと信じたので、患者の同意を得ることなく手術範囲を拡大した。

BGHは、ここであらためて医的侵襲は外見上の構成要件を充足し、同意がなければ違法であると判示した。<sup>(87)</sup>さらに当該事例の事実に基づいて、被告人には患者の子宮を全て取り除かなければならないような事態が生じることは認識可能であり、ゆ

えに彼は予め場合によっては起こりうる侵襲範囲の拡大についても同意を得ていなければならなかったと判断している。<sup>(88)</sup> 被告人の「患者が事情を知れば同意をするだろう」という推定は、

被告人がげんこつ大の腫瘍の存在を確認し、そのことを患者にも知らせていたことからは正当化されず、また患者に手術範囲の拡大の可能性について説明しなかったことも、「手術前に患者に余計な心配はさせたくない」という配慮からは正当化されないと解したのである。なぜなら癌の治療のため場合によっては子宮をすべて摘出しなければならないということを患者に知らせたとき、患者がそれを拒否する可能性があるからである。

また、BGHは以下のように続ける。「基本法二条二項一文で保障されている身体の完全性という権利は、彼が身体の完全性を放棄することで生命の危機をもたらず疾病から解放される時に、その放棄を拒否した人に対しても保障されるべきである。(中略) たしかにその可能性に基づいて病気の患者を治療することは医師のもっとも重大な権利であり、もっとも本質的な義務であるが、このような権利・義務は、原則的にその身体についての個人の自由な自己決定権の中に限界を見つめる<sup>(90)</sup>」。以上のことから、当該事例においてはBGHは、たとえ手術範囲拡大の必要性に手術開始後にはじめて気がついたとしても、被告人が

手術前に場合によっては起こりうる侵襲について患者の同意を確認しなかったことに過失があるとして、被告人の過失責任を肯定したのである。

この判決に対しては、医的侵襲が故意の傷害罪に該当するといふのであれば、なぜ被告人の責任は過失に留まったのかという批判がなされた。<sup>(91)</sup> これに明確な答えを突きつけたのが、BGHS35, 246である。

この判例は、帝王切開の際に、患者の子宮の一部が腹壁と膀胱に癒着していることに気がついた医師(以下被告人)が、患者の同意なくして卵管不妊手術(Eileitennüchrecung)を行なったというものであった。被告人は、このような癒着によって患者が次に妊娠・出産した場合、母子の生命の危険を伴う子宮破裂になるおそれがあると判断しており、また患者がすでに三人の子供をもうけていることから、患者に事情を話せば彼女はこのような侵襲に同意をするであろうと考えていた。

BGHは、BGHS11, 111判決と同様の解釈をしたうえで、被告人は正当化事由(推定的同意)の事実的な前提の存在を錯誤しており、ゆえに事実の錯誤で被告人の故意を阻却すること、そしてそのような錯誤が医師の過失に由来する(とるべき段階でとるべき同意を取っていなかった)当該事例のような場合に

は、その医師は過失傷害罪の責めを負うということを判示した<sup>(92)</sup>。つまり、医師が、「もし患者が事実を知れば同意をするであろう」という推定的承諾に基づいて行為できると錯誤したことが、BGHS35, 246やBGHS11, 111において、被告人の傷害罪における故意を否定したのである。<sup>(93)</sup>

このようにドイツ判例では、医的侵襲が傷害罪の構成要件に該当することを出発点とし、それを正当化するのは患者の同意のみであるとしつつ、患者の推定的同意、そしてその存在の錯誤を絡めた柔軟な解決をしている。<sup>(94)</sup>

### 第三節 学説による批判

上述の判例はしかし、学説の支持をほとんど得ていない。とりわけ医師の治療行為を全体として捉えずに、個々の行為を観察して傷害罪の構成要件に該当させるといふ判断は、医師の治療が消極的なもの (Defensivmedizin)<sup>(95)</sup> になつてしまふといふ批判や罪刑法定主義に反するといふ批判<sup>(96)</sup> がなされている。

罪刑法定主義に関していえば、確かに医的侵襲は傷害罪ではないと解する説に基づく、当該行為には傷害罪の構成要件の結果が発生していないのであるから、そのような行為を傷害罪

とすることは罪刑法定主義に反するであろう。しかしそもそも判例は医的侵襲の個々の行為が傷害の構成要件にあたるという前提からスタートしているし、またそれは必ずしも不当な出发点ではないように思えるので、この批判は決定的なものではないであろう。しかし、「Defensivmedizin」のおそれについてはもつともである。判例の理論によれば治療行為は傷害罪の構成要件に該当し、またそれ自体では正当化としての役割を果たさない、他の正当化事由が存在しなければ、それは常に傷害罪を構成することになる。また、ここでは正当化事由として、患者の同意、推定的承諾、緊急避難が考えられているのだが、実際にはこれらは刑法上の問題が生じるような場面では、ほとんど適用することはできない。なぜなら、患者の同意は、被害者の同意よりもその要件が緩やかであるとはいえ、医師の説明義務との関係で、それが事実上有効に存在することが要求されているし、また推定的承諾も、本人の同意を取ることができた場合には適用できない。緊急避難に関して、緊急性の要件がその適用範囲を狭めてしまい、多くの場合、それを認めることができなくなるのである。確かに、このような正当化事由のない医的侵襲は違法な傷害罪であると宣言し、医師に常に患者の同意に気を配るよう警告するのをもひとつの手段であろう。しか

し、そのことが医師に適切で時機を失しない治療行為を躊躇させてしまうことになるかもしれない。それは、逆に傷害罪が保護しようとする個人の身体をおびやかしてしまふ可能性があるのであり、実例判例も、それを避けるべく努力をしている。つまり、判例は推定的承諾を用いることができないような、患者の同意を事前に手に入れることができた場合においても、推定的承諾の存在の錯誤理論（事実の錯誤）によって、医師の故意を阻却しようとしている。必要な侵襲を医師に断念させないために、判例は「事実の錯誤」という手段で、医師のリスクを減らそうと試みているのである。しかしそのことによって、結局判例においても、医師が合理的であるという判断で、許されると考えたすべての侵襲には傷害罪の故意がかかることとなってしまう。つまり判例は、自己決定権を尊重するといいつつ、最終的には一般的・客観的に合理的な医師の行為を、傷害罪の（主観的）構成要件に当てはまらないと解してしまっているのである。この点で、判例の用いる推定的承諾とその錯誤の理論は、適切な医的侵襲がまったく傷害罪ではないことを認めないための間に合わせの用語でしかない<sup>(100)</sup>と批判されることになるのである。

たしかに医的侵襲の正当化のためには患者の同意が必要不可

欠であるという命題からスタートして、その例外を非常に大きく認める判例の立場は批判されてしかるべきものである。しかし、学説のように、医的侵襲は傷害罪ではないと断言してしまふのも、問題があるように思われる。そこで、医的侵襲は傷害罪の構成要件に該当するが、それは患者の同意がなければ正当化できないような絶対的に違法なものではなく、治療行為がそれ自体が正当化事由であるという見解が生じる。この見解はドイツでは主張されていないが、日本では通説になっている。

### 第三章 ドイツ立法府の対応

日本の学説の検討に入る前に、ドイツの立法府の対応について触れておく必要があるよう思われる。上述のように、治療行為が通説的地位をしめるドイツにおいては、<sup>(101)</sup>専断的治療行為に関する条文の必要性が度々問題となっている。そのような学説の要求にこたえる試みを、ドイツ立法府はすでに何度か行っている。そして一九九八年の刑法改正に際しても、<sup>(102)</sup>専断的治療行為の条文は一九九六年の予備草案（Vorentwurf）の段階までは存在していた。<sup>(103)</sup>一九九六年の草案はこれまでの改正草案が専断的治療行為を「自由に対する罪」の章に位置付けてい

たのに対して、それを「身体の完全性に対する罪（傷害の罪）」の章に位置づけた点に特徴がある。しかし、そのような専断的治療行為の傷害罪としての性格付けには、学説の批判が集中した。<sup>(10)</sup> また、「有効な同意」や些細ではない影響というあいまいなメルクマールが用いられている点や、治療目的のない実験的な行為さえも治療行為に含まれている点、またそれゆえに美容整形や断種、臓器移植のドナー側への手術などが治療行為に含まれるか否かが明らかではない点に対しても批判がなされた。<sup>(10)</sup> さらに、二二九条の対象となる治療行為の判断が、客観的にではなく主観的な目的に委ねられている点、治療行為が準則に従うことを要求されていない点でも批判された。<sup>(10)</sup> 他にも、些細な説明義務違反が故意犯処罰につながる点から、医師の責任が厳しくなり、<sup>(10)</sup> 手術の発展が阻害される点、<sup>(10)</sup> また、二三〇条の「失敗に終わった治療行為」の規定を過失傷害罪から区別する必要性が疑問であるといった批判も寄せられた。以上のような学説の激しい反対によって、二二九条以下の治療行為に関する一連の規定が、実現されることはなかったのである。

一方でそれと関係して、一九九八年の刑法改正では、傷害に関する罪の章の見出しが変更された。これまでは「Körperverletzung（傷害の罪）」であったものが、「Straftaten gegen die kör-

perliche Unversehrtheit（身体の完全性に対する罪）」に変わったのである。このような見出しの変化は、自己決定権を、そのままでの形にせよ、処分権という形にせよ、傷害罪の保護法益であると考えられる見解に、法的な支柱を与えたと解されたり、<sup>(11)</sup> あるいは、それは本質的なものを何も変えておらず、ただ専門用語と適合させるために、そして「Straftaten gegen das Leben（生命に対する罪）」という用語法と適合させるためになされただけであると解されたりしている。<sup>(11)</sup> この点に関しては更なる検討が必要なように思われるが、しかし予備草案の段階で、治療行為に関する条文を除いては、「身体の完全性に対する罪」の他の規定が、これまでの「傷害の罪」の規定と比べてそれほど大きな変化が存在しなかったことを考慮にいとると、このような見出しの変化は、本来、専断的治療行為を傷害罪として特徴付けるために行われたと解する見解にも、十分説得力があるように思われるのである。

#### 第四章 日本の学説

##### 第一節 日本とドイツの理論的基盤の相違

日本においては、治療行為が傷害罪の構成要件を充足するか否かという議論は、ドイツのそれほど多くなされていない。それゆえ、日本における文献の多くがドイツの議論を基礎として論じている。しかし、にもかかわらず日本の通説はドイツの通説と異なり、治療行為は傷害罪の構成要件を充足すると考えるドイツと日本の通説が、まったく反対のものとなっている根拠のひとつは、条文の違いであるといわれている。<sup>(11)</sup>日本の刑法が「人を傷害し」と規定するのに対して、ドイツ刑法は「他人を身体的に虐待し」あるいは「健康を侵害すること」と規定している<sup>(12)</sup>ので、ドイツにおいては傷害罪成立のために「身体的完全性」という保護法益を実質的に侵害することが要求されている<sup>(13)</sup>というのである。

しかし、この見解に対しては、ドイツの条文は「健康侵害」とともに「身体的虐待」をも要件としてあげていること、また日本においては傷害罪とは別個に暴行罪が規定されていることから、むしろ条文上は日本のほうが、医的侵襲を傷害構成要件からはずすという帰結が導かれやすいのではないかという批判がなされている<sup>(14)</sup>。また、治療行為非傷害説に立つヒルシュは、「Misshandlung」や「Gesundheitbeschädigung」という二つの概念は、不要な包括 (Subsumtion) の問題を起すとして、条文の

文言を、「Körperverletzung (傷害)」に変えることを主張している<sup>(15)</sup>。それゆえ条文が「健康侵害」という用語を含んでいるか否かで単純に両国の差異を基礎付けてしまうのは適切ではないであろう。日本においても、傷害罪は結果発生の有無で暴行罪と区別されなければならないのであり、それゆえドイツの通説のように、行為の開始から治癒という結果までを一連の行為として観察し、傷害結果はないといってしまうことができるのである。また逆にドイツにおいても医師が患者の腹部をメスで切り裂いた時点をもって「Gesundheitbeschädigung」あるいは「Misshandlung」であると解釈することも可能であるので、以上のことから、日本とドイツの学説の差異は、条文に基づくものではないように思われる。

そこで次にあげられるのは、ドイツには一般的正当化事由を規定した日本刑法三五条 (正当行為) に相当する規定がないという<sup>(16)</sup>ことである。日本ではたとえ治療行為が傷害罪の構成要件に該当することからスタートしても、刑法三五条に基づいて治療行為がそれ自体に特別な意義を認め、行為の違法性を阻却することができる。他方ドイツの刑法にはそのような規定はないので治療行為そのものを超法規的違法性阻却事由としない限りは、当該行為を正当化しようと思つたときに、別の正当化



事由に基づいて行うしかないのである。しかし、上述のように、他の正当化事由を用いて治療行為の違法性を阻却することは非常に困難である。ドイツ判例が、推定的承諾の存在に関する錯誤（事実の錯誤）という複雑な法律構成をとってなんとか医師のリスクを減らそうとしていることから、それは明らかであろう。それゆえ、治療行為とは社会的に重要な行為であるので、そのような行為を容易に刑法の前に引き出してはいけないという要求が、一般的正当化事由を持たないドイツの通説を治療行為非傷害説の側に寄せたのであり、他方より柔軟な解決が期待できる刑法三五条の存在が、日本の通説を治療行為傷害説に引き寄せたという見解は、十分に説得力を持つものであるように思われる。

## 第二節 治療行為非傷害説

上述のように、ドイツにおける通説が治療行為非傷害説であること、そして日本の通説が治療行為傷害説であることは、論理的必然性に基づくものではない。ゆえに、ドイツにおいても治療行為傷害説が主張されるように、日本においても治療行為非傷害説は主張されている。<sup>(17)</sup>以下ではまずそのような見解につ

いて検討したい。

日本において治療行為非傷害説を支持する論者は非常に少ない。しかし、数少ない論者たちは、ドイツの通説に基づいて以下のように主張する。

「治療行為を病気の治癒という目的に向けられたひとつの統一的行為としてみると、その手段たる侵襲は、病気によって侵されている患者の健康を回復するために必要不可欠な救助活動なのであって、いわば傷害の反対を旨指す行為である。治療侵襲は部分的・一時的に見れば、侵害と見えるとしても、全体的・永続的にみれば生命・身体の救助行為にほかならず、傷害罪の構成要件が予定している傷害とは、その社会的・法的意味を異にするといわなければならない。治療行為は傷害罪が保護するその同じ法益を同一の人について優越的に守るために必要不可欠な手段であるから、それが成功して健康を回復・増進した場合には、もはや法益を侵害したとはいえない」<sup>(18)</sup>。

そしてまた、この見解はドイツの通説と同様、成功した専断的治療行為は自己決定権の侵害にすぎないと主張することとなる。<sup>(19)</sup>あるいは論者によっては、ドイツにおける有力説と同様に通常の医的侵襲は傷害罪の構成要件に該当しないが、自己決定権が健康の利益に優先するような身体の枢要な部分・機能を恒

久的に失わせてしまう場合は傷害であり、ゆえに専断的治療行為は後者の場合においてのみ傷害罪として処罰することができると主張する。<sup>(120)</sup>

しかし、この説にはドイツの通説になされた批判がそのままあてはまることとなるであろう。つまり、治療行為が傷害罪の構成要件を充足する可能性がまったくなくなったことで、専断的治療行為を十分にカバーできないこと、また治癒の結果を重視することで、不可罰の範囲が広がってしまうというところであり、あるいは傷害の結果を、身体の重要部分の喪失がある場合にまで拡大する理論的な根拠が不十分であるというところである。<sup>(121)</sup>

### 第三節 治療行為傷害説

すでに何度か述べたように、日本の通説は治療行為傷害説に<sup>(122)</sup>たつ。この見解はドイツの判例と同じように、治療行為がそれ自体も患者に対する直接的物理的な攻撃であり、これによって身体組織への侵害が発生しているのであれば、少なくとも身体の完全性を侵害したという意味において傷害罪の構成要件該当性を認めるべきと主張する。<sup>(123)</sup>なぜなら患者の身体にはメスが入れられ、ある組織・器官が切除・切断せられ排膿管や点滴のため

の注射針が埋め込まれているのであり、このような身動きできないほどの身体の傷創あるいは身体機能の低下は十分に傷害の構成要件に該当する「身体利益の侵害」といいうるからである。<sup>(124)</sup>

ドイツの判例とは異なり、日本においてはこのような見解から医的侵襲に対する判断を比較的納得のいくように導くことができる。上述のように日本には刑法三五条が存在しているからである。しかし、民法上はともかくとして、刑法上、正当化事由としての「治療行為」がどのような意味内容をもつのかは、明確ではない。「治療行為」の要件として、一般に挙げられる医学的適応性、医学的正当性、インフォームドコンセント（自己決定権）という用語<sup>(125)</sup>だけでは不十分であり、各々の内容、そして相互の関係をさらに議論する必要があるだろう。とりわけ自己決定権の役割、そしてその限界は、論者によって様々である。<sup>(126)</sup>これは、治療行為における医学的な技術が時代と共に目を見張る勢いで発展していること、そして自己決定権という概念がまだ過渡期にあるということがその一因をなしているように思われる。とりわけ法的安定性を要求される刑法が「治療行為」を定義することに慎重になるのはもつともであろう。しかし、このような概念の発達の遅れは反対に、治療行為に関する法的安定性を害しうるのであり、一方で医師の地位を、そして

他方で患者の保護をリスクにさらしてしまっていると言っているのである。

### おわりに

これまでドイツと日本における学説と判例の傾向を分析してきたのだが、それでは果たして治療行為はどのように解決することが適切なのだろうか。

はじめに確認しておかなければならないことは、治療行為の傷害構成要件該当性の有無に関しては「自己決定権」が機能する余地はないということである。治療行為にとって患者の同意はたしかに重要なものである。しかし、そもそも患者の同意の役割は、被害者の承諾のそれと同様、客観的な法益侵害行為を許容するための要素であって、その逆の影響をもたらすことはない。そしてここで問題となっているのは、治療行為には、傷害罪の刑法的評価の発端となる「傷害」と呼ぶべき現象が生じているか否かである。たとえば器物損壊罪の刑法的評価は、物の損壊が存在しないと始まらないように、傷害罪の刑法的評価も、人の体が客観的に侵害されないと始まらないであろう。つまりここでは、「自己決定権」が問題となるような領域には、

まだ達していないのである。このことを念頭に置いた上で、治療行為非傷害説から検討したいと思う。

治療行為非傷害説は、医的侵襲を個々の行為ごとに把握するのではなく、治療結果まであわせ全体として捉える。これは刑法の評価が自然的なものではなく、規範的なものであると考えるのであれば、決して不可能ではないであろう。また、この説によれば、専断的治疗行為はすべて無罪となってしまうが、この点に関しては、民事的な制裁で十分であると考えることもできる。<sup>(17)</sup>しかし、エンギツシュの見解のように、医師による治療行為だけを特別なものとして扱う見解は、なぜ、構成要件判断で、医師だけ特別扱いされるかについて十分な根拠を示す必要があるように思われる。<sup>(18)</sup>社会的な重要性という言葉では、治療行為傷害説の支持者を納得させることはできないであろう。また、身体的基盤の喪失を基準とする見解も、結論は支持できるが、その基準に導く根拠が不十分であるように思われる。つまり、治療行為非傷害説をとるのであれば、「Misshandlung」をも認めない見解のように、たとえそれが相手を痛めつけようと思つてなされた行為であったとしても、傷害結果が発生していなければ、既遂の傷害罪はないと解するべきである。また、この傷害の故意とは、最終的に傷害結果を惹起することである

から、治療目的の行為は、たとえそれがどれほど無謀で常識からはずれたものであっても、傷害罪の故意が阻却され、せいぜい過失傷害が問題となるにすぎないこととなる。しかし、このような帰結は傷害罪の適用範囲を必要以上に狭めてしまうものであり、妥当ではないように思われる。

また、人間の身体というのは、非常に複雑なものである。そのため行為と結果が常に時間的に密着して生じるとは限らないのであって、手術の数年後に、当該手術の失敗の結果として、以前よりも身体的にマイナスの状態へと導くような障害が生じることもあるであろう。ゆえに、治療行為を規範的・統一的に把握し、その結果無価値性を判断するに際して、治療の結果が生じたように見えたときが、統一的な行為の評価の終着点であるかは、わからないのではないだろうか。一時的に生じた治療の結果ゆえになされた「結果無価値の欠如」判断が、その数年後患者の状態の変化ゆえに「行為無価値（故意）の欠如」、あるいは全くの故意の傷害罪であるという判断に変化することは、法的評価の不安定性を導くのではないだろうか。さらに、治療行為は確かに一般的には治療が期待される行為であるが、しかし実際には、そのような期待が常に失敗の不安よりも高いとはいえないであろう。治療行為の様子は多種多様で、治療行為

の結果も同様である。治療行為が傷害罪となるか否かは、一般的・抽象的に、治療行為に見込まれる治療結果を過大に評価して決するべきではなく、具体的事例ごと決する必要があるのではないだろうか。

では、治療行為傷害説はどうか。ドイツにおいてはともかく、日本において、この説は十分に説得力があるように思われる。たしかに、治療行為は、社会的に重要であり、その法的判断の際には、個々の要素を統一的に把握すべき行為であろう。つまり、医師は患者の腹部を裂いているだけでなく、その後に必ず患部（臓器）の摘出・縫合・治療というプロセスが見込まれているのである。しかし、一時的とはいえメスで腹部を切断し、あるいは場合によっては四肢を切断する行為は、非常に重大であるように思われる。そのような重大な行為を飛び越えて、最終的な結果あるいは最終的に追求した目的のみを刑法的評価の対象とすることは、傷害罪の法益である人の健康あるいは身体の完全性を十分に保護することができないのではないだろうか。治療目的はあるが実験的な治療、あるいは全く根拠のない無謀な治療行為から個人を守るためにも、刑法は治療行為の個々の部分を評価の対象として把握することが必要であろう。社会的な重要性に基づいて治療行為を統一的に観察することは、

違法性の段階でなされるべきである。しかし、上述のように、正当化事由である「治療行為」の領域がいまだ十分に議論されていない現状では、場合によってはそれは、恣意的な解決をもたらすことになってしまいかもかもしれない。現在の實務では医療事件訴訟がどのような場合においても過失の問題として論じられて<sup>(12)</sup>いることを鑑みると、その恣意的な解決は患者に不利な方向で働いているようである。刑法は犯罪行為を対象とするものであるから、行為者である医師に不利でなければよいとの考えもできるが、しかし、それにしても「治療行為」の内容を明らかにしておくことは必要であろう。とりわけ患者の同意と医師の説明義務が果たす役割を検討することは、刑法の分野においても重要である。

以上のことから、治療行為は傷害罪の構成要件に該当し、場合によっては傷害罪として処罰されることが、適切であるといえる。しかし、一方で治療行為は患者の同意がなければ決して正当化されない行為ではない。治療行為がそれ自身が正当化としての重要性を有しており、その中で患者の同意は一定限度考慮されるに値するものである。しかし治療行為傷害説にも問題がある。その問題は医師の治療義務との関係で現れる。それはポツケルマンの以下のような主張に由来する。

つまりドイツ刑法においては、日本の刑法においても同様であるのだが、仮に医師が治療行為を怠った際、彼には傷害罪が成立する余地があることは、争いがない。<sup>(13)</sup>ゆえに、医師は場合によっては手術しなければならぬのであり、そのように構成要件の実現を回避するために行った侵襲自体が、傷害であるということとはありえないのである。<sup>(14)</sup>治療行為傷害説に基づく、確かにそのとき医師は刑法の構成要件レベルでは、一方で「手術をせよ」と命令され、他方で「他人を傷害するな」と禁止されていることとなる。ここで医師はジレンマに陥っているのである。このジレンマ状態から解放されようと思うならば、「刑法は構成要件に該当し、違法な行為をするな」とを要求している<sup>(15)</sup>という消極的構成要件の理論に基づくしかないであろう。しかし、現在そのような見解は一般的ではないのであり、また私見もそれに従わない。ゆえに、ここで消極的構成要件の理論を持ち出すべきではないであろう。結局この問題は未解決のまま残ってしまう。とはいえ、やはり治療行為は傷害罪の構成要件に該当するという命題は崩すべきではないのであり、この問題は正当化事由である「治療行為」の検討と共に、今後の研究に委ねたいと思う。

(注)

- (1) 森秀樹・市川貴哉「裁判統計から見た医事関係訴訟事件を巡る最近の動向」『月間民事法情報』二一四号(二〇〇四)二頁以下参照。
- (2) 04.30日経新聞より。なお水戸部秀利「全日本医連安全モニター調査の結果と長野病院での医療事故の経験から」『民意連医療』三八五号(二〇〇四)一六頁以下参照。
- (3) 04.30日経新聞より。
- (4) 最判平一二・二九民集五四卷二号五八二頁以下。また平野哲郎「新しい時代の患者の自己決定権と医師の最善義務―エホバの証人輸血事件判決がもたらすもの―」判タ一〇六六(二〇〇一)一九頁以下・関智文「輸血拒否患者への輸血と医師の説明義務―ジュリスト一五三(一九九九)一二〇頁以下・西野喜一「医師の説明義務とその内容」『法政理論』三四卷三号(二〇〇二)一頁以下参照。
- (5) 平野・前掲論文一九頁。
- (6) なお、エホバの証人事件の刑法的考察は、甲斐克則「輸血拒否と医師の刑事責任」『現代刑事法』四一(二〇〇二)一六頁以下参照。
- (7) なお民事の判例の分析に基づいて、刑法の判例においても、身体の機能上、あるいは外貌上重大な変更を及ぼす医的侵襲については、構成要件ではなく違法性段階での判断が下されるであろうという推測をする見解もある。武藤真朗「治療行為と傷害の構成要件該当性―専断的治療行為と患者の自己決定権に関する研究の予備作業―」『早稲田大学法学研究論集』五四(一九九〇)二五八頁(以下武藤・前掲論文と略す)参照。しかし、このような民法分野に基礎をおいた推測は受け入れることはできないであろう。大谷實「治療行為と法(新版補正第二版)」(一九九九・弘文堂)八三頁以下(以下大谷・前掲書と略す)、金澤文雄「医療と刑法―専断的治療行為をめぐって―」中山研一・西原春夫他編『現代刑法講座第二巻・違法と責任』(成文堂・一九七九)一三七頁以下参照。
- (8) 町野朔「自己決定権と法」(一九九四・東京大学出版会)一三三頁以下・甲斐克則「治療行為と刑法」『現代刑事法』四〇(二〇〇二)一〇九頁以下(以下甲斐・前掲論文と略す)・内藤謙「刑法講義・総論(中)」(一九八六・有斐閣)五二七頁以下・武藤真朗「治療行為の違法性と正当化―患者の承諾の意義―」『早稲田大学法学研究論集』五九卷(一九九二)一九五頁以下(以下武藤・前掲論文②と略す)参照。
- (9) Eser, in: Schönke/Schröder StGB, 26. Auflage (2001), §223, Rdn. 27 (以下Eser, in: Schönke/Schröderと略す); Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Tb. 1, 8. Auflage (1995), S. 101ff. (以下Maurach/Schroeder/Maiwald,

- BT と略す) ; Hans Lilie, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage (2000), Vor §223, Rdn. 1 (以下 Lilie, in: LK と略す)。
- (10) 但し、論者によっては傷害罪を肯定する。詳細は後述(第一章第一節(3)) II 参照。
- (11) Lilie, in: LK, §223, Rdn. 7 ff.; Eser, in: Schönke/Schröder, §223, Rdn. 3; Horn/Wolters, in: SK StGB II 57. Lfg., 7. Auflage (2003), §223, Rdn. 5 (以下 Horn/Wolters, in: SK と略す)。但し Horn/Wolters は、「Misshandlung」に自己決定権そのものの侵害をも含まれる。詳細は後述(第一章第四節参照)する。
- (12) なお「üble, unangemessene」が故意要素であるのか(Horn/Wolters, in: SK, §223, Rdn. 6)、客観的な要素であるかは(Lilie, in: LK, §223, Rdn. 6; Eser, in: Schönke/Schröder, §223, Rdn. 4a; Peter Rackow, Die Körperliche Misshandlung als Erfolgsdelikt, GA 2003, 140 ff.) 真解が分かれているが、後者が通説のようである。「üble, unangemessene」の内容については Uwe Murmann, Die üble, unangemessene Behandlung, Jura 2004, 102ff.; Friedrich-Christian Schroeder, Begriff und Rechtgut der “Körperverletzung”, in: Hans Joachim Hirsch—Festschrift (1999), S. 730ff. (以下 Schroeder, in: Hirsch-Fs. と略す) ; Rackow, GA 2003, 135 ff. 参照。
- (13) Lilie, in: LK, §223, Rdn. 12; Eser, in: Schönke/Schröder, §223, Rdn. 5; Horn/Wolters, in: SK, §223, Rdn. 18 参照。
- (14) Lilie, in: LK, §223, Rdn. 4.
- (15) Eser, in: Schönke/Schröder, §223, Rdn. 3.
- (16) Hans Joachim Hirsch, in: LK, §228, Rdn. 44; Eser, in: Schönke/Schröder, §223, Rdn. 34 参照。但し、論者によってはそれをも含むことがある。Karl Engisch, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW 58 (1939), 1 参照。
- (17) Engisch, ZStW 58, 1 ff.
- (18) Beling, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe, ZStW 44 (1929), 220.
- (19) Beling, ZStW 44, 222.
- (20) Beling, ZStW 44, 224.
- (21) Beling, ZStW 44, 225.
- (22) Beling, ZStW 44, 226.
- (23) Beling, ZStW 44, 228.
- (24) Beling, ZStW 44, 229.
- (25) Beling, ZStW 44, 240. 但し、医師が医学的行為を義務付けられている場合のみ、治癒のためには他に手段がなく、またそのリスクが少ない時には、法秩序がその医師に故意にリスクのある手術を行うを許すことになる。Beling, ZStW 44, 241 参照。
- (26) Engisch, ZStW 58, 9; Detlef Krauss, Zur strafrechtlichen

- Problematik der eigennützigen Heilbehandlung. in: Paul Bockelmann – Festschrift (1979), S. 562 (以下 Krauss, in: Bockelmann-Fs.と略す) 参照。なおこのでのクラウスの一連の批判はベーリングの見解を一部受け継いだポツケルマンの見解に対するものとして展開されている。
- (27) Englisch, ZStW 58, 5.
- (28) このでの利益衡量の原則は、同一人物の侵害・保護、同一財の侵害・保護が問題となる特別な場合であつて、優越的利益に基づく正当化は同時に構成要件該当性をも阻却することになる。Engisch, ZStW 58, 5 ff. 参照。
- (29) Englisch, ZStW 58, 7 ff.
- (30) なお、患者の同意の限界基準は公序良俗(ドイツ刑法二二六 a 条、現行二二八条)である。Engisch, ZStW 58, 18.
- (31) Englisch, ZStW 58, 2.
- (32) Eberhard Schmidt, Der Arzt im Strafrecht (1939), S. 74 (以下 Eb.Schmidt, Arztと略す)。しかし、シュミットは、結果の事前判断という考察方法については、支持をしている。その上で、エンギッシュは、結果の事前判断をするための根拠が不十分であると指摘し、自説を展開した。それによると、医的侵襲というのは積極的な結果を惹起するものではなく、ゆえにいわゆる積極的な行為 (Positives Tun) による構成要件の実現ではない。当該行為が
- 作為か不作為かは、行為の外観ではなく社会的な意義に従うべきとシュミットは考えているからである。治療行為の社会的な重要性は一般に認められており、そのため失敗に終わった医的侵襲は患者を治療しなかった、結果の発生を防がなかった不真正不作為犯ということになるのである。不真正不作為犯の成否は、医師の注意義務の有無にかかっており、仮に手術が失敗に終わったとしても結果回避の意思があり、彼の義務を果たしていれば、傷害罪が成立することはない。なお、その際医師の準則に従っていることは、社会的な相当性を裏付けるのに重要な役割を果たす。(Eb.Schmidt, Arzt, S. 78 ff.)。しかし、この見解は、作為と不作為の区別を非常に抽象的に判断するものであつて、支持することはできないであろう。シュミットの見解に対する批判は、町野・前掲書一〇三頁以下、佐久間基「専断の治療行為と傷害(一)」東北大学法学五五巻三号(一九九一)一一四頁参照。
- (33) 佐久間・前掲論文一〇九頁。
- (34) Lilie, in: LK, Vor §223, Rdn. 1; Maurach/Schroeder/Maivald, BT, S. 103.
- (35) Horst Schröder, Eigennützige Heilbehandlung im geltenden Strafrecht und im StGB-Entwurf 1960, NJW 1961, 952. また二二三条前段の沿革と辞書による言葉の定義に基づいて「Misshandlung」に一定の結果、すなわち身体的・精神



- 的傷害結果を求める見解もある。これについては Rackow, GA 2003, 138 ff. 参照。
- (36) Lilie, in: LK, §223, Rdn. 6.
- (37) Maurach/Schroeder/Maiwald, BT, S. 102 ff.; Paul Bockelmann, Strafrecht des Arztes (1968), S. 67ff. (以下 Bockelmann, Arztes と略す); Lilie, in: LK, Vor §223, Rdn. 5; Werner Hardwig, Betrachtungen zur Frage des Heileingriffes, GA 1965, 161 ff. 参照。
- (38) Bockelmann, Arztes, S. 67.
- (39) Bockelmann, Arztes, S. 68.
- (40) Lilie, in: LK, Vor §223, Rdn. 5.
- (41) Lilie, in: LK, Vor §223, Rdn. 5; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT, S. 105。なお医師の準則は、論者によっては故意と関係するものではなく、社会的な相当性を裏付けるために用いられる。(Arthur Kaufmann, Die eigenmächtige Heilbehandlung, ZStW 73 (1961), 373 参照。なおカウフマンは、ここで用いるべき社会的相当性は違法性の問題ではなく、不法構成要件の問題であると主張している。)あるいは、ハートヴィッツとボッケルマンは準則に従うことになら特別な意味を付与していないので、類型②③の区別を行わず、失敗した治療行為の際には純粋に行為者の故意の問題として解決する (Hardwig, GA 1965, 161; Bockelmann, Arztes, S. 68 参照)。
- (42) Maurach/Schroeder/Maiwald, BT, S. 105.
- (43) Maurach/Schroeder/Maiwald, BT, S. 105.
- (44) Hardwig, GA 1965, 169.
- (45) Bockelmann, Arztes, S. 71.
- (46) Bockelmann, Arztes, S. 71; Eser, in: Schönke/Schröder, §223, Rdn. 30; Schroder, NJW 1961, 1960 ff.
- (47) Bockelmann, Arztes, S. 71.
- (48) Maurach/Schroeder/Maiwald, BT, S. 103; Bockelmann, Arztes, S. 81 ff.; Hardwig, GA 1965, 162 参照。
- (49) Eser, in: Schönke/Schröder, §223, Rdn. 31.
- (50) Eser, in: Schönke/Schröder, §223, Rdn. 31; Albin Eser, Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht, ZStW 97 (1985), 18.
- (51) Eser, ZStW 97, 18.
- (52) Eser, in: Schönke/Schröder, §223, Rdn. 33. 侵襲が成功した際の同意は侵襲の傷害構成要件該当性を阻却する性質をもつ。
- (53) Lilie, in: LK, Vor §223, Rdn. 4.
- (54) Lilie, in: LK, Vor §223, Rdn. 4.
- (55) Eser, ZStW 97, 5.
- (56) Maria-Katharina Meyer, Reform der Heilbehandlung ohne Ende—Ein Beitrag zum geltenden Strafrecht und zum Referententwurf des Bundesjustizministeriums 1996—, GA 1998,

419.

- (57) また、マイヤーによれば、危険の削減を見込むためには、準則に従うことが必要である。Meyer, GA 1998, 419 参照。
- (58) Meyer, GA 1998, 420.
- (59) Meyer, GA 1998, 420.
- (60) Lilie, in: LK, Vor §223, Rdn. 4.
- (61) Rudolphi, in: SK StGB I 26. Lfg., 6. Auflage (1997), Vor §1, Rdn. 58; Lenckner, in: Schönte/Schröder, Vorbem §§13 ff., Rdn. 94; Hans-Heinrich Jescheck, in: LK, 11. Auflage (1992), Vor §13, Rdn. 65; Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 33. Auflage (2003), Rdn. 193 (以下 Wessels/Beulke, AT と略す); Harro Otto, Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten, NJW 1980, 418 ff.
- (62) Wessels/Beulke, AT, Rdn. 195; Otto, NJW 1980, 422; Lenckner, in: Schönte/Schröder, Vorbem §§13 ff., Rdn. 94.
- (63) なお、Hans Welzel, Das deutsch Strafrecht, 11. Auflage (1969), S.91 参照。
- (64) 但し、ここで実際に発生した結果が行為者に帰責できるかどうかの判断は、具体的事例ごとにはなされるべきである。発生した結果（たとえば致死）が、医師による手術に由来するものか、あるいはそれとは別の原因によ

るものかは、一概に決することはできないであろう。

- (65) Krauss, in: Bockelmann-Fs., S. 559 ff.
- (66) Krauss, in: Bockelmann-Fs., S. 561.
- (67) Krauss, in: Bockelmann-Fs., S. 563.
- (68) Krauss, in: Bockelmann-Fs., S. 564.
- (69) ここでいう注意義務侵害は、帰責の有無と直接に結びつくものとして定義されている。クラウスによれば医的侵襲においては、傷害を故意に引き起こした場合でも、それが行為者に帰責されるか否かは、当該医師が注意義務を果たしたか否かで決定する。Krauss, in: Bockelmann-Fs. S. 563 ff.
- (70) Krauss, in: Bockelmann-Fs., S. 573 ff.
- (71) 佐久間基「専断的治療行為と傷害（二）」東北大学法学五五巻四号（一九九一）一三四頁以下参照。
- (72) RGS125, 375; RGS138, 34; BGHSt11, 111; BGHSt12, 379; BGHSt35,246; OLG Karlsruhe, NJW 1983, 352 参照。
- (73) Maurach/Schroeder/Maiwald, BT, S. 103; Kaufmann, ZStW 73, 374; Eb. Schmidt, JR 1958, 227.
- (74) 第二章参照。
- (75) Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 3. Auflage (1997), S. 468 ff. (以下 Roxin, AT と略す); Horn/Wolters, in: SK, §223, Rdn. 35.
- (76) Roxin, AT, S. 468 ff.

- (77) Roxin, AT, S. 628. 患者の自己決定権が生命と衡量される身体的利益にプラスされるので、身体の侵害は生命と比して価値が劣るとはいえなくなるからである。
- (78) Roxin, AT, S. 700.
- (79) Horn/Wolters, in: SK, Rdn. 35.
- (80) Horn/Wolters, in: SK, Rdn. 35.
- (81) Gunther Arzt, Heilengriffe aufgrund einer Blanko-Einwilligung bezüglich der Person des Arztes, in: Jürgen Baumann – Festschrift (1992), S. 209.
- (82) 未注七三参照。
- (83) 未注七三参照。
- (84) RGS125, 375, 377.
- (85) RGS125, 375, 378.
- (86) Maurach/Schroeder/Maiwald, BT, S. 102 は「ライヒ裁判所のこの判決を「engherig (度量が小さい)」と酷評している」。
- (87) BGHS11, 111. なおRGの判例が受け継がれるにあたって、「少なくとも身体の本質的部分を失うことは「Miss-handlung」である」という記述ではなく、ただ「医的侵襲は構成要件に該当する」という抽象的で包括的な記述が使われるようになった。
- (88) BGHS11, 111, 113.
- (89) 基本法二条二項一文「あらゆる人は生命と身体の完全性に關する権利を有している」。
- (90) BGHS11, 111, 113ff.
- (91) Eb. Schmidt, JR 1958, 227.
- (92) BGHS13, 246, 250.
- (93) またBGH11, 111は「原因において不法な行為」と類似の理由付けを持って過失を根拠付けていると解する見解もある。町野朔「九治療行為と患者の承諾」町野朔・西田典之『判例によるドイツ刑法（総論）』（一九八七・良書普及会）四八頁参照。
- (94) NJW 1983, 352; BGH12, 379; BGH16, 308 参照。
- (95) Paul Bockelmann, Der ärztliche Heileingriff in Beiträgen zur Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft im ersten Jahrhundert ihres Bestehens, ZStW 93 (1981), 113.
- (96) Kaufmann, ZStW 73, 4.
- (97) 事実日本の通説やギリシャの通説は、この見解を取っている。ギリシャの対応については、Nikolaous S. Fotakis, Die strafrechtliche Verantwortung des Arztes nach griechischem Recht aus der Sicht des Mediziners, in: Hilde Kaufmann – Gedächtnisschrift (1986), S. 813 ff. 参照。また、イギリス・フランス・イタリアなどのヨーロッパ各国も同じ立場のようである。詳細はEser, Zur Regelung der Heilbehandlung in rechtsvergleichender Perspektive, in: Hans Joachim Hirsch – Festschrift (1999), S. 482 (以下Eser, in:

- Hirsch-Fs. ヲ略す) 参照。
- (86) OLG Karlsruhe, NJW 1983, 352 参照。
- (87) RGSt25, 375, 381ff. また Bockelmann, Arztes, S. 54 ff.; Eb. Schmidt, Arzt, S. 94ff.; Engisch, ZStW 58, 36ff.; Werner Niese, Ein Beitrag zur Lehre vom ärztlichen Heilengriff, in: Eb. Schmidt—Festschrift (1978), S. 371ff.; Maurach/Schroeder/Maierwald, BT, S. 104 参照。
- (88) Bockelmann, Arztes, S. 65.
- (89) Eser, ZStW 97, 19; Schröder, NJW 1961, 953 ff.; Bockelmann, Arztes, S. 71。
- (90) 改正草案の沿革については Hans-Ludwig Schreiber, Zum Reform des Strafrechts, in: Hans Joachim Hirsch—Festschrift (1999), S. 713ff. (以下 Schreiber, Hirsch-Fs. ヲ略す) 参照。また、過去の草案については GA 1965, 171ff.; NJW 1961, 953 ff.; Bockelmann, Arztes, 63 ff. 参照。
- (103) 改正刑法草案 (二一九条) 専断的治療行為「(1) その人やその人の胎児に存在しているあるいは将来的な身体的・精神的な病氣・傷害 (Schäden) ・苦痛・あるいは障害 (Strörung) を診断・治療・緩和・あるいは予防するために、有効な同意なく、他人に身体的な侵襲を行いあるいは、他の身体的完全性あるいは健康状態にささいではない影響を及ぼすような行為を行った者は、五年以下の自由刑あるいは罰金に処す。(2) とりわけ重大な場合に
- は、六ヵ月以上十年以下の自由刑に処す。とりわけ重大な場合とは、通常以下のような場合である。行為が、①新たな治療方法の実験に貢献し、それが行われる人の利益にあるいはその人の胎児の利益に必要な場合、あるいは、②それが追い求めた目的と、治療された人にとってのそれと結びついたりリスクを考慮して、行われた治療が申し開きし得ない場合。」
- (104) Meyer, GA 1998, 422; Lilie, in: LK, Vor §223, Rdn. 5.
- (105) Meyer, GA 1998, 425ff.; Eser, in: Hirsch-Fs., S. 482; Schreiber, in: Hirsch-Fs., S. 720; Lilie, in: LK, Vor §223, Rdn. 5.
- (106) Meyer, GA 1998, 424; Georg Freund, Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts, ZStW 109 (1997), 477.
- (107) 中には、故意犯の場合には責任保険の給付が受けられないといった民事的な問題も含まれている。Schreiber, in: Hirsch-Fs., S. 722 参照。また Lilie, in: LK, Vor §223, Rdn. 5 参照。
- (108) 改正刑法草案 (二三〇条) 失敗に終わった治療行為「二一九条一項一文で記された目的に貢献する行為の範囲内で治療の失敗によって、過失で他人をその健康に係して傷害したものは、三年以下の自由刑あるいは罰金に処す。」
- (109) Georg Freund, ZStW 109, 477. なお通常の過失傷害罪も

- 法定刑は三年以下の自由刑あるいは罰金である。
- (110) Eser, in: Schönke/Schröder, §223, Rdn. 31; Eser, in: Hirsch-Fs., S. 728 ff.
- (111) Lillie, in: LK, Vor §223, Rdn. 1.
- (112) Schroeder, in: Hirsch-Fs., S. 728 参照。
- (113) 武藤・前掲論文二六〇頁。
- (114) 佐伯仁志「違法性論における自律と自己決定権」刑法雑誌四一巻二号(二〇〇二)一八八頁。
- (115) Hirsch, in: LK, 10. Auflage (1981), §223, Rdn. 4.
- (116) 武藤・前掲論文二六〇頁以下。
- (117) 佐久間基「専断的治療行為と傷害(三・完)」東北大学法学五八巻二号(一九九四)一五五頁以下、金澤・前掲論文一三六頁以下、佐伯・前掲論文一八八頁以下、大谷實「刑法総論(第二版)」(二〇〇二・成文堂)一四六頁。
- (118) 金澤・前掲論文二六六頁以下。
- (119) 大谷・前掲書七九頁以下、金澤・前掲論文一三九頁。ただし、ここでの自己決定権侵害は、自由に対する罪(たとえば監禁罪)を成立させることはなく、せいぜい民法の不法行為が成立するのみである。
- (120) 佐伯・前掲論文一八九頁。
- (121) なお失敗した専断的治療行為が、どのような場合に過失犯を成立させるかについては、金澤・前掲論文一三九頁以下参照。
- (122) 甲斐・前掲論文一〇頁以下、武藤・前掲論文二六一頁以下、町野・前掲書八三頁以下、内藤・前掲書五二七頁、西山・前掲論文二九一頁。
- (123) 武藤・前掲論文二六二頁。
- (124) 西山・前掲論文二九一頁。
- (125) 甲斐・前掲論文一一一頁以下参照。
- (126) 町野・前掲書一六二頁、西山・前掲論文二九一頁以下、武藤・前掲論文②二〇四頁以下。
- (127) 大谷・前掲書八五頁。
- (128) Hardwig, GA 1965, 162 参照。
- (129) 唯一治療行為と傷害罪の関係が問題となったのは、富士見産婦人科事件である。この事件においては、濫診濫療の容疑がかけられた当該病院の医師らが傷害罪で書類送検されたが、最終的に埼玉地検は被告人らを容疑十分で不起訴処分にした。(事件の詳細は、1980. 9. 12 (朝日新聞)参照。また埼玉地検の対応については、1983. 8. 20 (朝日新聞)を参照。)
- (130) 米田泰邦「手術と刑事責任」中山研一・泉正夫編『医療事故の刑事判例(第二版)』(一九九三)一五五頁以下、OLG Hamm, NJW 1975, 604 参照。
- (131) Bockelmann, Arztes, S. 67.
- (132) 消極的構成要件の理論についてはOto, Die Lehre vom Tatbestand und der Deliktkaufbau, Jura 1995, S. 468 ff.; 川端

博「消極的構成要件要素の理論の再検討」平場安治他編『団籐博士古稀論文集一巻』（一九八三・有斐閣）一七九頁以下、上田健二監訳『アルトゥール・カウフマン転換期の刑法哲学』（一九九三・成文堂）一七四頁以下、葛原力三「消極的構成要件の理論」中山研一他編『刑法理論の探求―中刑法理論の検討―中義勝先生古稀祝賀』（一九九二・成文堂）六七頁以下を参照。

## Zur Tatbestandsmäßigkeit der Heilbehandlung

Yoko SATO\*

Das Ziel des Aufsatzes ist, das Verhältnis zwischen der Heilbehandlung, dem Tatbestand der Körperverletzung und dem Willen des Patienten zu klären. Einerseits dient die Heilbehandlung überhaupt dem Wohlbefinden des Patienten, aber andererseits verletzt sie vorläufig seinem Wohlbefinden, vor allem bei der Operation. Sollte die Heilbehandlung auch den Tatbestand der Körperverletzung erfüllen? Dieses Problem tritt vor allem im Fall hervor, in dem die Heilbehandlung gegen den Willen des Patienten erfolgt oder infolge der fehlerhaften Behandlung das erhebliche körperliche Beschädigung verursacht wird.

In Japan wird dieses Problem hauptsächlich auf Grund deutscher Lehre diskutiert. Im Gegensatz zu der deutschen Lehre sieht die h.M. in Japan in der Heilbehandlung eine tatbestandsmäßige Körperverletzung, während die h.M. in Deutschland erfaßt, dass die Heilbehandlung den Tatbestand der Körperverletzung auch dann nicht erfüllt, wenn die Heilbehandlung gegen den Willen des Patienten erfolgt. Darin stellt sich das zweite Problem dar, warum dieser Unterschied zwischen der japanischen und der deutschen Auffassungen erregt wird. Um diese Probleme zu erwägen, geht der Aufsatz davon aus, die Lehren in Deutschland genau zu untersuchen, woraus die japanische Lehre stammt. Dann müssen das Urteil im RG und BGH, die Haltung deutsches Gesetzgebers und die Kritik in der Lehre erwähnt werden. Und schließlich werden die japanischen Lehren und eigene Auffassung erläutert.

Dadurch wird *der Ausgang* des großen und weiten Problems erreicht, in welchem Verhältnis das StGB zur Heilbehandlung stehen soll.

---

\*Doktorandin an der juristischen Fakultät der Universität Hokkaido