

判例評釈

〔外国刑事判例研究〕

早稲田大学刑事法学研究会

信仰上の理由に基づく小児割礼と傷害罪の成否

LG Köln, Urt. v. 07. 05. 2012 -151 Ns 169/ 11

天 田 悠

【事実の概要】

敬虔なイスラム教徒である被告医師は、2010年11月4日に、ケルン市内で診察中に、同教を信仰する親の要請に基づき、当時4歳の男児Kに対して、局所麻酔を施し、メスを使用したうえで割礼手術を実施した。被告人はその手術で生じた創傷を縫合し、同日晩にも往診し、再度Kを手当てした。しかし、同月6日にKが後出血を起こしたため、母親がKをケルン市内の大学付属病院の小児救急科に連れて行き、同院で出血はおさまった。

以上の事実に基づき、被告人は、「危険な道具 (gefährliches Werkzeug)」を用いて、Kを「身体的に虐待し (körperlich mißhandeln)」、「その健康を害した (an der Gesundheit schädigen)」として、刑法223条1項の傷害罪(5年以下の自由刑又は罰金)、同法224条1項2号の「凶器若しくはその他の危険な道具を手段とし」た危険な傷害罪(6月以上10年以下の自由刑)に問われた。

ケルン区裁判所 (AG Köln) は、大要つぎのように判示して、被告人に無罪を言い渡した。

「侵襲によって構成要件に該当する傷害は、身上配慮権者としての、子の親の有効な承諾によって正当化される。なぜなら、その承諾は、正当にも、『その子の福祉 (Wohl ihres Kindes)』に向けられていたからである (民法1627条)。」

とりわけ、基本法4条1項、同条2項および同法6条2項第1文に基づく「宗教教育の自由に対する親の権利」と、「同法2条に基づく身体の不可侵性 (körperliche Unversehrtheit) に対する子の権利」とを衡量すれば、「伝統的・儀式的な行為態様としての割礼は、イスラム教の生活共同体への文化的・宗教的所属の証左に用いられる」といえる。

さらに、「身体の統合性 (körperliche Integrität) の保持に対する子の権利が問

題となる以上、……割礼によって惹起される衛生学上の改善等をつうじて、とりわけ、将来発症しうる癌等が予防されるというかたちで、割礼が医学的にみて、予防的な『事前配慮 (Vorsorge)』措置として重要な地位を占めることは誤りであるとまではいえ」ない。

以上に照らせば、「身上配慮権者によって与えられた承諾は有効であり、被告人の構成要件該当行為は正当化される。」⁽¹⁾

これに対して、検察側が控訴した。

【判旨】

ケルン地方裁判所 (LG Köln) は、大要以下のように判示して、控訴を棄却した。

本件行為は、刑法223条1項の客観的構成要件を充足するが、同法224条1項2号の要件を充足しない。「メスは、……医師によって [医学] 準則に則って使用された場合は、本条 [刑法224条——筆者] の意味における危険な道具ではない。」

「親の承諾に基づいて、宗教上の理由から、医師によって [医学] 準則に則って実施された承諾能力なき小児の割礼は、いわゆる『社会的相当性 (Sozialadäquanz)』の観点のもとでは、[傷害罪の] 構成要件該当性が阻却されない。」

「被告人の行為は、承諾による正当化もされなかった。当時4歳の子の承諾はなかったものであり、十分に理解・成熟していなかった点も問題とはならなかった。親の承諾はあったが、それでも、構成要件に該当する傷害を正当化できなかったのである。」

「民法1627条第1文によれば、配慮権 (Sorgerecht) に含まれるのは、子の福祉に資する教育的措置のみである。……承諾能力なき小児の割礼は、それぞれの宗教の社会環境のなかでの村八分を回避するという観点のもとでも、親の教育権という観点のもとでも、子の福祉に適合しない。基本法4条1項、同法6条2項に基づく親の基本権は、……同法2条1項および同条2項第1文に基づく身体の不可侵性と自己決定に対する子の基本権によって制限される。……これらの基本権を衡量する際には、比例原則が顧慮されなければならない。宗教教育のための割礼に内在する身体の不可侵性の侵害は、たとえそれが必要であったとしても、いずれにしても不適切である。このことは、民法1631条2項第1文の解釈からみちびかれる。それに加えて、子の身体は、割礼によって永続的・不可逆的に変更さ

(1) AG Köln, 21. 09. 2011 -528 Ds 30 / 11 (BeckRS 2012, 13648). 圏点は原文で隔字体である。

れる。このような変更は、のちにみずから宗教上の所属を決定することができる子の利益に反するものである。」

「しかしながら、被告人は、回避不可能な禁止の錯誤によって、つまり、責任なく行為したものであった（刑法17条第1文）。」

「被告人は、……主観的には、良心にしたがって行為したのであった。被告人は、敬虔なイスラム教徒として、また、専門医として、親の希望に基づく小児割礼が宗教上の理由から許容されることを確たる前提としていた。」〔原文改行〕「被告人の禁止の錯誤は回避不可能であった。なるほど、法的状況によれば、被告人は照会こそ行っていなかったが、それでもこのことは本件被告人にとって不利とはなりえない。専門知識に基づく法的助言を受けていたとしても、結局、はっきりとした結論は出なかったであろう。」

以上に鑑みれば、被告人には回避不可能な禁止の錯誤による責任阻却を認め、無罪を言い渡すのが相当である。⁽²⁾

【研究】

一 問題の所在

1 割礼 (Beschneidung, Zirkumzision) とは、主としてイスラム教徒やユダヤ教徒の間で行われている、陰茎包皮または陰核を切開し、その一部を切り取る風習・儀礼のことをいう。割礼は、身体への直接的干渉をとまうため、刑法上は傷害罪等の成否が問題となる。しかし、割礼は、ドイツにおいて、これまで「一般に是認され、歴史的には慣例にしたがったものであり、それゆえに形式的な可罰性判断を免れ」⁽³⁾てきた。そうしたなかであって、本判決は、従来タブー視されてきた割礼の刑法的評価にはじめて踏み込んだ画期的な司法判断として注目を集めた。⁽⁵⁾

(2) LG Köln, Urt. v. 07. 05. 2012 -151 Ns 169 / 11 (NJW 2012, 2128; NSStZ 2012, 449). 本判決に言及する邦語文献として、高山佳奈子「家族関係の刑事的規制」法律時報85巻5号(2013)17頁以下、22頁注(19)等がある。

(3) 大塚和夫ほか編『岩波 イスラーム辞典』(2002・岩波書店)273頁、日本イスラム協会＝嶋田襄平＝板垣雄三＝佐藤次高監修『新イスラム事典』(2002・平凡社)175頁によれば、ユダヤ教では生後8日目、イスラム教では生後7日目から12歳までの男児がそれぞれ割礼を受けるとされる。

(4) NJW 2012, 2128 (2129); NSStZ 2012, 449 (449).

(5) Claudia Kempf, JR 2012, S. 436; Tatjana Hörnle / Stefan Huster, Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern?, JZ 2013, S. 328 ff., 328. 本判決以前には、割礼に対する承諾を与えた父がすでに身上配慮権を有していなかったため、その割礼が子の人格権侵害に当たると判示した、フランクフルト上級地方裁判所2007年8月21日決定 (Beschl. v. 21. 08. 2007 -4

2 本判決が提起した問題点は多岐にわたるため、そのすべてを扱うことはできない。そこで、本評釈では、「小児に対する医的侵襲の正当化」という観点から、いくつかの論点について整理を試みることにする。そして、これらの論点のうち、本判決は、小児割礼との関係で医的侵襲を正当化するための判断枠組みを示した点にとくに意義がある。もし、本判決の判断枠組みが小児に対する医的侵襲の問題一般にも示唆を与えるものだとすれば、小児割礼が直接問題となる可能性が低いわが国にあっても、本判決を紹介することに価値は認められると考える。

3 そこで以下では、まず、本件割礼の傷害構成要件該当性を検討し、ついで、本判決が示した正当化の判断枠組みを確認したうえで（なお、責任阻却の点については簡潔に触れるにとどめる。）、わが国の状況に照らしつつ、若干の検討を加えることとする。

二 割礼行為と傷害構成要件

まず、問題となるのは、割礼が傷害罪の構成要件に該当するか否か、である。ドイツ刑法223条1項は、「他の者を身体的に虐待し又はその健康を害した者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。」と規定する。⁽⁶⁾「身体的虐待」とは、身体的健全感 (körperliches Wohlbefinden) を些細とはいえない程度に損ない、またはその他の身体の統合性に影響が及ぼされるような有害で不適切な取扱いのことをいう。一方、「健康侵害」とは、被害者の身体的または精神的機能が通常の状態から不利な方向へ逸脱した病理学的状態を作出し、または進行させることをいう。⁽⁷⁾この点に関して、割礼が身体的虐待や健康侵害に当たるかを直接問題とした判例は見当たらないが、専断的治療行為に関するライヒ裁判所1894年判決が参考にな

W 12 / 07, OLGR Frankfurt 2008, 50 ; NJW 2007, 3580) 等がある。本決定をひとつの契機として、小児割礼に対する関心が高まりをみせたと考えられる。Erik Kraatz, Aus der Rechtsprechung zum Arztstrafrecht 2011 / 2012 Teil 1 : Zum ärztlichen (Heil-) Eingriff, NSTZ-RR 2012, S. 361 ff., 364 参照。

(6) 以下、ドイツ刑法典の邦訳は、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』(2007・法曹会)による。

(7) Albin Eser / Detlev Sternberg-Lieben, in : Schönke / Schröder StGB Kommentar 28. Aufl., München 2010, § 223 Rn. 3, 5等参照。

(8) RGSt. 25, 375. 本件は、自然療法の信奉者であった父親が事前に反対したにもかかわらず、手術が必要な状態であった7歳の女兒に対し外科手術を行った医師が、当時のライヒ刑法223条の傷害罪で起訴された事案である。本件の詳細については、神山敏雄「西ドイツの医療過誤に関する刑事判例」中山研一＝泉正夫編『医療事故の刑事判例』(1983・成文堂) 311頁以下、313頁以下、町野朔『患者の自己決定権と法』(1986・東京大学出版会) 38頁以

と思われる。⁽⁹⁾この判決は、傷害罪の文言が身体に直接加えられた侵害すべてを含むとして、医師の治療行為は、たとえ医学上適正に行われ成功したとしても傷害構成要件を充足し、その違法性が阻却されるためには、原則として患者本人の承諾が必要である、と判示した。⁽¹⁰⁾このような判例の立場からすれば、割礼の傷害構成要件該当性を認めたとえ、違法性阻却の可否が検討されることになる。本判決も、男児の包皮切除が出血をともなう創傷を惹起した事実に鑑み、刑法223条1項の客観的構成要件を充足するとしている。⁽¹¹⁾

三 割礼行為と社会的相当性

つぎに、本判決は、社会的相当性に独自の意義はなく、「むしろ法的な非難判断が是認されえないことの単なる裏返しにすぎ」ず、本件侵襲に対する「非難判断を止揚する機能はない」と指摘する。本判決は、その理由づけについては必ずしも明らかではないが、本件に対する社会的相当性の理論の適用を回避し、つぎにみる基本権の比較衡量によって本件侵襲の正当化の可否を検討している。

四 「親の基本権」と「子の基本権」との相克

1 ドイツ民法1627条は、「親は、自己の責任と相互の協力によって、子の福祉のために親の配慮を行使しなければならない。」と規定し、子の福祉に資する

下、佐久間基「専断的治疗行為と傷害罪（一）」法学55巻3号（1991）87頁以下、88頁以下等を参照されたい。

(9) Matthias Jahn, Zirkumzision als Körperverletzung, JuS 2012, S. 850 ff., 850.

(10) RGSt. 25, 375.

(11) その一方で、危険な傷害罪の構成要件該当性については争いがある。ドイツ刑法224条1項2号は、「凶器若しくはその他の危険な道具を手段として」傷害を行った者を処罰対象とする。本判決は、免許医によって医学準則に則って使用された医療器具が、同条の構成要件に当たらないとし、同様に、本件メスも「危険な道具」に該当しないと判示した。これに対して、行為者の動機や目的を構成要件該当性判断に持ち出すのは妥当でないと、メスには鋭利な刃物としての抽象的危険があり、これを用いることで重大な侵害を惹起しうのだから、危険な傷害罪の構成要件を充足するという指摘（Rolf Dietrich Herberg, Steht dem biblischen Gebot der Beschneidung ein rechtliches Verbot entgegen?, MedR 2012, S. 169 ff., 170）もある。

(12) Thomas Exner, Sozialadäquanz im Strafrecht -Zur Knabenbeschneidung, Berlin 2011, S. 110 ff., 189 f. 社会的相当性の意義については、福田平「社会的相当性」日本刑法学会編『刑法講座 第2巻』（1963・有斐閣）106頁以下、藤木英雄「可罰的違法性の理論」（1967・有信堂）51頁以下、安達光治「社会的相当性の意義に関する小考——ヴェルツェルを中心に——」立命館法学327・328号（2009）20頁以下等参照。

(13) 以下、ドイツ民法典の訳出にあたり、岩志和一郎「ドイツ親権法規定（仮訳）」早稲田

教育的措置のみが「親の配慮」に当たるとして⁽¹⁴⁾いる。この規定を受けて、本判決は、ワイマール憲法136条1項に関する基本法140条を引用しつつ、基本法4条1項、同法6条2項の宗教教育に対する親の基本権が、基本法2条1項、同条2項⁽¹⁵⁾第1文に基づく身体⁽¹⁶⁾の不可侵性と自己決定に対する子⁽¹⁷⁾の基本権によって制限される⁽¹⁸⁾として、本件割礼が、民法1627条にいう「子の福祉」に適合しない、と判示した。このようにして、本判決は、身体⁽¹⁹⁾の不可侵性と自己決定に対する子の基本権が、親の宗教教育権に優越するとして、(原審と異なり)本件親の承諾は無効であって、男児Kに対する侵襲行為は正当化されないと結論づけている。

2 学説上も、親の宗教教育権に基づく違法性阻却に反対する立場が多数を占

法学76巻4号(2001)225頁以下、同「子の権利の確保のための諸力の連携——ドイツ親権法の展開——」早稲田法学85巻2号(2010)1頁以下等を参照した。

(14) ドイツ民法1631条も、未成年の子に対する親の身上配慮の内容と限界について規定し、2000年11月2日の「教育からの暴力の排除と子の扶養法の改正に関する法律(暴力排除法)」によって、同条2項に、「子は、暴力なき教育を受ける権利(Recht auf gewaltfreie Erziehung)を有する。体罰、精神的侵害及びその他の屈辱的な措置は許されない。」という新たな文言が付け加えられた(BGBI. 2000 I 1479)。詳細は、岩志和一郎「暴力によらずに教育される子の権利——ドイツ民法のアピール——」早稲田法学80巻3号(2005)1頁以下参照。

(15) 基本法140条は、「1919年8月11日のドイツ国憲法の第136条、第137条、第138条、第139条及び第141条の規定は、この基本法の構成要素である。」と規定し、これに対応して、ワイマール憲法136条1項は、「一般国民及び国家公民としての権利義務は、宗教の自由の行使のために、制約又は制限されることはない。」と規定する。以下、基本法の訳出にあたっては、高橋和之編『新版 世界憲法集 第二版』(2012・岩波書店)161頁以下(石川健治訳)等を参照した。

(16) 基本法4条1項は、「信仰、良心及び宗教上若しくは世界観上の告白の自由は、これを侵してはならない。」と規定し、同法6条2項は、「子の保護及び教育は、親の自然権であり、まずもって親に課せられた義務である。この義務の遂行については、国家共同体がこれを監視する。」と規定する。

(17) 基本法2条は、つぎのように規定する。

① 何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、合憲的秩序又は人倫法則に反しないかぎりにおいて、自己の人格を自由に発展させる権利を有する。

② 何人も、生命への権利及び身体⁽¹⁹⁾の不可侵性への権利を有する。人身の自由は、不可侵である。これらの権利への侵害が許されるのは、法律の根拠に基づく場合に限られる。

(18) かかる基本権の衡量との関係では、信教の自由に基づく輸血拒否が問題となった1971年10月19日連邦憲法裁判所判決(BVerfGE 32, 98)がある(本判決の紹介として、初宿正典「信教の自由に基づく治療拒否と刑事訴追——福音主義兄弟団事件——」栗城壽夫=戸波江二=根森健編集代表『ドイツの憲法判例(第2版)』(2003・信山社)115頁以下がある。鳴崎健太郎「ドイツ憲法——子どもの医療をめぐる4極関係と基本権保護——」小山剛=玉井真理子編『子どもの医療と法(第2版)』(2012・尚学社)135頁以下も参照。

めている。たとえば、ロルフ・ディートリッヒ・ヘルツベルクは、子の健康を侵害する割礼が親の教育権の濫用に当たるといい、ホルム・プツケも、小児割礼に対する親の承諾は、それが事前配慮的・予防的な措置であるだけでなく、医学上の必要性がある場合にのみ正当化効を有し、それ以外の場合は、子の基本権が親の基本権に優越すると述べている。⁽²⁰⁾

3 さらに、本判決は、割礼によって子の身体が永続的・不可逆的に変更され、これがのちにみずから宗教上の所属を決定できる子の利益に反すると指摘している。こうした点に鑑み、宗教上の成人年齢の⁽²²⁾14歳や、民法上の成人年齢の⁽²³⁾18歳になるまで、割礼を差し控えるべきとする見解もある。これに対して、原審は、割礼の疾患予防効果に着目し、「割礼が医学的にみて、予防的な『事前配慮』措置として重要な地位を占めることは誤りであるとまではいえない」とするが、本判決は、「健康上の事前配慮のために予防的に割礼を行う必要性はない」と反論している。

(19) たとえば、Hörnle / Huster, a. a. O. (Anm. 5), S. 329 f. 学説の状況について、詳細は、Werner Beulke / Annika Dießner, Warum das Urteil des LG Köln zur religiös motivierten Beschneidung von Knaben nicht überzeugt, ZIS 2012, S. 338 ff., 341 ff. 参照。

(20) Rolf Dietrich Herzberg, Rechtliche Probleme der rituellen Beschneidung, JZ 2009, S. 332 ff., 337 f.

(21) Holm Putzke, Die strafrechtliche Relevanz der Beschneidung von Knaben - Zugleich ein Beitrag über die Grenzen der Einwilligung in Fällen der Personensorge, in: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg, Tübingen 2008, S. 669 ff., 707. この点、Günter Jerouschek, Beschneidung und das deutsche Recht - Historische, medizinische, psychologische und juristische Aspekte, NStZ 2008, S. 313 ff., 318 f. も参照。

(22) 「子の宗教教育に関する法律（Gesetz über die religiöse Kindererziehung: KERzG）」5条は、「満14歳以上の子は、どの宗派に所属するかについて決定する権利を有する。満12歳以上の子は、その意思に反して、それまでと異なる宗派に基づいて教育されてはならない。」と規定する。また、アドルフ・ラウフスは、承諾能力の下限を14歳としたうえで、本人の資質や侵襲の具体的内容を考慮して、承諾能力の存否が個別的に判断されるべきであるとする。Adolf Laufs, in: Adolf Laufs / Wilhelm Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., München 2010, § 62 Rn. 9 参照。

(23) ドイツ民法2条、104条1項参照。詳細は、河原格『医師の説明と患者の同意——インフォームド・コンセント法理の日独比較——』（1998・成文堂）65頁以下参照。

(24) Günter Jerouschek, Beschneidung- Heileingriff, religiöses Gebot oder strafbare Körperverletzung?, in: Festschrift für Friedrich Dencker, Tübingen 2012, S. 171 ff., 180. ドイツ法における未成年者の承諾能力については、田坂晶「ドイツ刑法における治療行為に対する患者の同意能力の意義とその判断基準」島大法学53巻3号（2009）83頁以下、98頁以下、保条成宏「ドイツ——『治療行為制約論』と『治療義務限定論』の交錯——」小山=玉井編・前出注（18）230頁以下、238頁以下参照。

五 回避不可能な禁止の錯誤について

ここまでみてきたように、本件割礼の違法性阻却は否定されるにいたったが、なお責任阻却の余地が残されている。責任阻却の可否につき、本判決は、「被告人は、敬虔なイスラム教徒として、専門医として、また、親の希望に基づく小児割礼が宗教上の理由から許容されることを確たる前提としていた」として、良心にしたがって行為した被告人に回避不可能な禁止の錯誤を認め、同人に無罪を言い渡した。

しかし、本判決のこの点の理由づけに対しては批判も根強い。たとえば、ヴェルナー・ボイルケ＝アニカ・ディースナーは、本判決には刑法理論的な検討が不足しており、親、医師および聖職者の動揺だけが残されたと批判する。⁽²⁶⁾しかし、被告人を無罪とした結論自体については、多くの論者がこれを支持しているようである。⁽²⁷⁾

六 法改正の動き

連邦議会は、2012年10月10日に「男子割礼の際の身上配慮の範囲に関する法律」草案を可決し、同法は、同年12月28日に発効した。⁽²⁸⁾この法律は、施術者が当該侵襲に関する「リスクおよび起こりうる結果」を包括的に説明したうえで、「専門家の立場からみて正当に」(医学準則を遵守して)割礼を行うべき旨を規定する。⁽²⁹⁾今回の法改正の背景には、本判決が事実上の割礼禁止を宣言したことを受けて、割礼を行う目的でドイツ国外へ渡航する、いわゆる割礼ツーリズムを阻止する狙いがあるとみられている。⁽³⁰⁾

(25) この点については、松生光正「輸血拒否に関する刑事責任」『中山研一先生古稀祝賀論文集 第一巻 生命と刑法』(1997・成文堂) 147頁以下、163頁以下参照。

(26) *Beulke / Dießner*, a. a. O. (Anm. 19), S. 340.

(27) たとえば、*Jahn*, a. a. O. (Anm. 9), S. 852.

(28) BGBl. 2012 I 2749. Entwurf: BT-Drs. 17 / 11295. 草案の内容は、*Tonio Walter*, Der Gesetzentwurf zur Beschneidung – Kritik und strafrechtliche Alternative, JZ 2012, S. 1110 ff. に詳しい。

(29) さらに、新設の民法 1631d 条 1 項は、「身上配慮は、医学準則に則って実施される場合の、弁識能力及び判断能力なき子の医学上不要な割礼に対して承諾を与える権利をも含む。その目的を顧慮しても割礼によって子の福祉が危殆化される場合は、このかぎりでない。」と規定し、同条 2 項で、医師以外による割礼を許容している (*Stephan Rixen*, Das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes, NJW 2013, S. 257 ff.; *B. Hamdan*, in: jurisPK-BGB Bd. 4, (6. Aufl., 2012), § 1631d (Stand: 14. 02. 2013))。なお、スイス刑法124条 (AS 2012 2575; BBl 2010 5651 5677) も参照。

七 結 語

1 わが国には、小児割礼が直接問題となった（裁）判例は存在せず⁽³¹⁾、わが国の検察実務も、かねてから同意傷害の立件に消極的であるといわれているため、刑法学説の蓄積も乏しいのが現状である。しかし、むろんわが国でも、小児の生命・身体に干渉する行為は問題となりうる。

2 小児に対する医的侵襲は、生育面でも意思決定能力の面でも、本人に対するインフォームド・コンセントを柱にすることができない点で、成人と異なる⁽³²⁾。この点については、ドイツでも、わが国でも、小児に対する医的侵襲の正当化を検討するにあたり、医学的正当性の存否を前提としたうえで、身上配慮権者の承諾の有効性が問題となる。本判決は、一方で身体の不可侵性と自己決定権に対する子の基本権、他方で親の宗教教育権を衡量し、親の承諾に正当化効を認めないという結論に達した。本判決が基本法的価値を読み込んだうえでの利益衡量によって問題の解決を図り、親の教育権に基づく違法性阻却を否定した点は注目に値する。これはわが国でも同様であり、医的侵襲に対する親の承諾は、子の福祉あるいは最善の利益にかなう場合にのみ有効となるべきである。これに対して、子の「将来の」利益、たとえば、当該措置の疾患予防効果を強調すれば、違法性阻却の余地も生まれるかもしれないが、小児割礼に医学的適応性ないし医学上の必要性があるというのは困難であるように思われる。

3 その意味で、本判決が責任阻却を認め、被告人に無罪を言い渡した点が注目される。しかし、責任阻却アプローチでは、割礼行為に対する法的評価が不安定になりかねず、本判決以降に実施される割礼手術への支障が予想される。こうした事態を懸念したために、連邦議会は、医師や宗教割礼手術専門家を保護すべ

(30) *Beulke/ Dießner*, a. a. O. (Anm. 19), S. 345 f.

(31) 本件とは次元を異にするが、宗教家による行為の正当業務行為性に関する事案として、精神疾患治療のために線香護摩による加持祈禱を行い、被害者を心臓麻痺で死亡させた祈禱家の行為が、刑法35条後段の正当業務行為に当たらないとされた最大判昭和38年5月15日（刑集17巻4号302頁）や、学校封鎖を目的として建造物侵入罪等を犯した高校生を蔵匿した教会牧師の行為が、正当業務行為に当たるとされた神戸簡判昭和50年2月20日（判時768号3頁）等はある。

(32) 町野朔「判批」我妻栄編集代表『続刑法判例百選』（1971・有斐閣）258頁以下、260頁等。佐伯仁志「違法論における自律と自己決定」刑法雑誌41巻2号（2002）74頁以下、77頁も参照。

(33) 甲斐克則「小児医療」同編『レクチャー生命倫理と法』（2010・法律文化社）220頁。たとえば、信仰上の理由に基づく輸血拒否が問題となった最判平成12年2月29日（民集54巻2号582頁）、川崎簡略式昭和63年8月20日（判例集未登載）参照。

(34) 高山・前出注（2）21頁参照。

く即座に法改正に踏み切ったのであろうが、その反面、宗教教義上の諸問題に深入りしたくないがために法案成立を急いだことも否定できない。⁽³⁵⁾ 今後は、新法に基づく裁判所の具体的な法律判断が待たれることになろう。

(35) この点については、たとえば、ハム上級地方裁判所2013年8月30日決定 (OLG Hamm, Beschl. v. 30. 08. 2013 -3 UF 133 / 13) 参照。