

ドイツ刑法における治療行為論の 歴史的展開（一）

——刑法改正作業を中心に——

天 田 悠

序

第1章 第二次世界大戦以前の刑法改正作業

第1節 総 説

第1款 前 史

第2款 治療行為傷害説と治療行為非傷害説

第3款 刑法改正の目的

第2節 第I期：黎明期——刑法改正作業の胎動

第1款 刑法改正事始

第2款 1911年対案での結実

第3款 1913年草案の治療行為傷害説

第3節 第II期：伸展期——「患者の自己決定権」と「医師の治療権」
との相克

第1款 ワイマール体制下の刑法改正作業

第2款 1925年草案の傷害罪排除規定

第3款 1927年草案と1930年草案

第4節 第III期：混迷期——ナチス政権下の刑法改正作業

第1款 ナチスの抬頭と刑法改正

第2款 1936年草案と1939年草案

第5節 小 括

(以上、本号)

第2章 第二次世界大戦以降の刑法改正作業

第1節 総 説

第2節 第IV期：復興期——「戦前」との訣別は果たせたか

第3節 第V期：新興期——「戦後」の新たな潮流

第4節 第VI期：転換期——第6次刑法改正法の展開

第5節 小 括

第3章 ドイツ刑法改正作業の理論的・政策的意義

第1節 総 説

第2節 ドイツ刑法改正作業の理論的意義

第3節 ドイツ刑法改正作業の政策的意義

第4節 小 括

結 語

序

一 問題意識

医師の治療行為が社会的に有用であることはいうまでもない。だが、治療行為は、本来、われわれの身体・健康に必然的に干渉する行為（医的侵襲行為）⁽¹⁾であるため、生命・身体の保護を目的とする刑法とは常に緊張関係にある。たとえば、当該治療が患者の承諾なく行われた場合には、成功した場合でも失敗した場合でも、傷害罪ないし強要罪の成否が問題となる。いわゆる専断的治疗行為の問題がこれである。このほかにも、未成年者や重度の精神疾患患者など承諾能力を有しない患者に対する治療行為、美容整形手術や性別適合手術、臨床試験・治療の実験、臓器移植（生体間移植を含む）などの正当化も問題となりうる。いずれも、現在われわれが直面している喫緊の諸問題である。

これらの諸問題に刑法学が対処するには、まず、治療行為の正当化理論（以下「治療行為論」⁽²⁾という）を精緻化しなければならない。わが国の通説的見解によれば、治療行為は傷害罪の構成要件に該当し、それが、患者の生命・健康を維持・回復する必要があるときに行われ（医学的適応性）、医学的に認められた正当な方法で実施され（医術的正当性）、患者に対して十分な説明ないし情報提供をしてその承諾を得て行われたかぎり（患者の承

諾)、刑法35条後段の正当業務行為として違法性が阻却されると解されている。⁽³⁾

しかし、そもそもなぜ、医学的適応性、⁽⁴⁾ 医術的正当性、患者の承諾が、治療行為を正当化するために必要なのか、この三者がいかなる関係に立ち、どのように機能して当該行為が正当化されるかについては、いまだ明らかにされていない。否、明らかにされる必要性が認識されていなかった、とでもいうべきか。なぜなら、従来、わが国の治療行為論といえば、「被害者の承諾」の法理の応用ないし修正、法益論や違法論の対立が先鋭化する一場面、あるいは、これらの諸論点を論ずるための単なる試金石のひとつとして扱われてきたからである。だが、今後、治療行為という実践的問題に対処していくには、これまでの手法を整備・点検しなおし、治療行為論を精緻化していく必要があると考える。

二 素材の選択

そのための準備の一環として、本稿では、まず、ドイツの議論を分析する。その理由としては、ドイツの刑法学が、治療行為論の諸問題を恒常的に取り扱ってきており、また、わが国の先行研究も、⁽⁵⁾ 約100年にわたってドイツ法の展開をたどり続けてきたことが挙げられる。

しかし、わが国の先行研究を子細に観察してみると、ドイツの判例・学説を分析した研究は多いものの、同国の刑法改正作業そのものに焦点を当てた研究は意外と少ない。なるほど、ドイツ現行刑法典を繙いてみても、「治療行為」の名を冠する規定は見当たらない。わが国の先行研究が、ドイツの刑法改正作業をあまり注視してこなかったのも道理である。だが、この治療行為論研究上の空隙を看過するわけにはいかない。判例・学説の到達点のひとつとして刑法改正草案があるのだとすれば、ドイツにおける刑法改正作業の歴史的発展過程⁽⁷⁾を明らかにすることは、わが国の治療行為論研究にとって不可欠の作業だと考えるからである。

以上の理由から、本稿は、わが国の治療行為論を精緻化するための予備的研究として、資料提供および整理の見地から、ドイツにおける刑法改正作業の歴史的展開をたどり、治療行為の刑事規制をめぐる同国の議論を分析することを目的とする。

三 分析の手法

そこで、以上の目的を達成すべく、本稿の分析の手法をあらかじめ呈示しておきたい。

まず、本稿が分析対象とする時間的範囲は、1800年代末葉から1900年代末葉までとする。1871年のライヒ刑法典制定期まで遡って分析を行う理由は、議論の発端がその時期に集中しているからであり、刑法改正作業の起源から到達点までを統一的に叙述した研究が、わが国に欠けていると考えるからである。

つぎに、本稿は、以下の時期区分に基づいて分析作業を進める。すなわち、1909年草案の起草から第一次世界大戦勃発までを第Ⅰ期「黎明期」、ワイマール体制の確立から1933年のナチスの政権獲得までを第Ⅱ期「伸展期」、ナチス政権期から第二次世界大戦終結の時期までを第Ⅲ期「混迷期」、戦後の刑法改正作業の再開から1962年草案までを第Ⅳ期「復興期」、1970年代案の起草までを第Ⅴ期「新興期」、そして、第6次刑法改正法の発効までを第Ⅵ期「転換期」に区分し、刑法改正作業の歴史的展開をたどる。⁽⁸⁾

そして、本稿の主たる分析対象は、1900年代前葉以降にドイツで起草された刑法改正草案の治療行為関連規定とこれをめぐる議論とする。ここにいう治療行為関連規定とは、傷害罪排除規定と専断の治療行為処罰規定を指す。

傷害罪排除規定とは、身体傷害と治療行為を刑法上峻別する旨の規定をいう。たとえば、1922年ラートブルフ草案235条の「良心的な医師の慣行に適合する侵襲および治療方法は、この法律の意味における身体傷害または虐待

ではない。」という規定がこれにあたる。⁽⁹⁾

これに対して、専断的治療行為処罰規定とは、患者の意思に反し、または患者の承諾を得ずに行われた治療行為を処罰する旨の規定をいう。たとえば、1927年一般刑法典草案281条1項の「治療の目的をもって他人の意思に反して治療した者は、3年以下の軽懲役または罰金に処する。」という規定がこれにあたる。⁽¹⁰⁾

また、本稿の目的意識からすれば、同意傷害規定⁽¹¹⁾や違法性阻却一般規定⁽¹²⁾なども重要となるが、これらの規定は必要に応じてそのつど取り上げる。

なお、本稿では、各案起草当時の社会的背景をも顧慮しながら、治療行為関連規定の歴史的系譜を整理・分析することとする。なぜなら、治療行為論にかかる刑法改正作業は、時代ごとの表層的な事実関係のみならず、その背後にひそむ政治的・経済的な情勢からも影響を受けていると考えるからである。

四 本稿の構成

本稿は、まず、ライヒ刑法典制定期から第二次世界大戦までの歴史的展開をたどり (第1章)、ついで、第二次世界大戦終結以降に展開された刑法改正作業の歴史的発展過程を素描する (第2章)。そして、以上で得られた知見を踏まえながら、刑法改正草案の特徴を整理し (第3章)、あわせて今後の課題に言及する。

第1章 第二次世界大戦以前の刑法改正作業

第1節 総説

第1款 前史

治療行為の刑法上の議論がドイツで展開されはじめたのは、19世紀末葉以降のことである。⁽¹³⁾

ドイツでは、1870年に北ドイツ連邦刑法典が、1871年にライヒ刑法典がそ

れぞれ制定されたが、両法典はともに治療行為関連規定を設けなかつた。⁽¹⁴⁾その理由について、ヨーゼフ・ハイムベルガー (Joseph Heimberger) は、ビスマルク「改革」以前の刑法文献が治療行為の問題について沈黙している点を捉えて、19世紀の前葉において治療行為の適法性は自明のことと一般に考えられていた、⁽¹⁵⁾と指摘している。現に、ライヒ刑法典制定期まで、治療行為の正当化に関する議論はほとんどなかつた。当時、治療行為をめぐる刑法上の問題関心は、ある意味での思考実験の域を出ず、ただそれをどう説明するかが問題となっていたにすぎなかつたからである。⁽¹⁶⁾

そして、かような状況下で有力に主張されたのは、医師という職業の国家的・公的な性格から治療行為の合法性を導く「慣習法説」⁽¹⁷⁾や、医師の業務が継続的に行われる点に違法性阻却の根拠を求める「業務権説」⁽¹⁸⁾であった。これらの諸説の隆盛からみてとれるように、「治療行為と刑法」に対する学問的関心は、19世紀末葉まで決して高くはなかつた。治療行為をめぐる刑法上の議論が活性化するには、ある判決の登場を待たねばならなかつた。ライヒ裁判所1894年判決がそれである。⁽¹⁹⁾

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、是が非でも手術が必要な状態であった7歳の女兒に対して外科手術を行った医師が、当時のライヒ刑法⁽²¹⁾223条の傷害罪で起訴された事案である。

原審ハンブルク地方裁判所は、医師に無罪を言い渡したが、ライヒ裁判所は、検察官の上告を受けて、原判決を破棄・差し戻した。ライヒ裁判所は、大要以下のように判示した。すなわち、傷害罪の「身体的に虐待し (körperlich mißhandeln)」という文言は、直接身体に加えられた侵害すべてを含む。⁽²²⁾したがって、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罪の構成要件に該当し、その違法性が阻却されるためには、原則として、患者(またはその法定代理人)の承諾が必要である(同意原則)、⁽²³⁾と。⁽²⁴⁾

かくして、ライヒ裁判所は、同意原則をとることにより治療権をもっぱら患者の意思にかからしめ、患者の自己決定権を確認するとともに医師の強制

治療権を否定した。⁽²⁵⁾ここに本判決の意義がある。

第2款 治療行為傷害説と治療行為非傷害説

ライヒ裁判所1894年判決は、学問上のある論争を引き起こした。⁽²⁶⁾治療行為傷害説と治療行為非傷害説の対立がそれである。

判例の同意原則の根底には、治療行為は傷害罪の構成要件に該当し、その違法性が阻却されるためには、患者の承諾が必要だという考えがある。これを治療行為傷害説という。たとえば、フランツ・フォン・リスト (*Franz v. Liszt*) は、治療行為を法的に評価する際には、直接的な侵襲行為そのものをまず考慮しなければならないと説いて、同説を支持していた。⁽²⁷⁾

これに対して、治療行為が医学上正当に行われたとき、それははじめから刑法における身体傷害にあたらない、とする見解が主張されはじめた。これを治療行為非傷害説という。たとえば、アントン・ヘス (*Anton Hess*) は、治療行為が傷害罪から切り離される根拠を、医師に主観的な傷害意思が欠如する点に求め、カール・ビンディング (*Karl Binding*) も、「創傷を治癒することは、一撃によって創傷を負わせることと、はじめから、称賛に値するほどの対極 (*löblicher Gegensatz*) をなすのだ！」と説いて、医師の外科手術と無頼漢の刺突とを同視することに異を唱えていた。治療行為非傷害説によれば、治療行為はまさに全体として考慮されるべきであって、それは個別に評価されるべきではない。つまり、「改善・手術・治癒は、侵害でもなければ、傷害でもないのである」。⁽³⁰⁾⁽³¹⁾

以上のような、治療行為傷害説と治療行為非傷害説の論争は、「患者の承諾を刑法上どのように評価するか」という問いに約言することができる。専断的治療行為がいかなる罪を構成するかが問題となるのである。

治療行為傷害説は、治療行為における患者の同意を身体傷害への承諾と理解し、したがって同意を欠く専断的治療行為を患者の身体への不法な侵襲行為とみる。⁽³²⁾これに対して、治療行為非傷害説は、専断的治療行為を「患者の自由を侵害する罪」、つまり、患者の身体的利益と別次元に属する「患者の

自己決定権」の侵害として捉える。それゆえ、治療行為非傷害説の論理的帰結として、専断的治療行為は、患者の意思に反する行為として捉えられるにすぎず、自由剥奪罪や強要罪などの「自由に対する罪」の枠内で処理される。

だが、自由剥奪罪や強要罪の構成要件に該当するのは、麻酔や拘留によって患者の明示的意思に反して治療を施したりする場合や、重病であると脅して患者の意思に反する治療を黙認させたりする場合に限られる。そのため、自由に対する罪の構成要件に該当する行為は、刑法上ごく一部にとどまる。その結果、専断的治療行為の多くは不可罰となり、ここに処罰の間隙が生ずることになる。⁽³³⁾

第3款 刑法改正の目的

この処罰の間隙への対処法としては、大別して以下の2つが考えられる。

ひとつは、治療行為を傷害構成要件の枠内で捕捉し、これを違法性阻却の問題として処理する手法、つまり、治療行為傷害説の採用である。判例が治療行為傷害説に立ち続けてきたのも、処罰の間隙を埋めるという合目的的考慮があったからであろう。しかし、この手法は、単に処罰の間隙を埋めるための法の歪曲であるとして非難されるゆえんともなった。⁽³⁴⁾

これに対して、刑法改正作業は、判例と異なる第2の手法を選択した。すなわち、治療行為と傷害罪を刑法上峻別する旨の規定(傷害罪排除規定)を設け、専断的治療行為を処罰するための受け皿構成要件(専断的治療行為処罰規定)を創設するという手法がそれである。19世紀末葉から20世紀前葉にかけて、治療行為を行う際に、患者の承諾が必要であるという原則は、判例・学説にすでに根を下ろしつつあった。それでも、専断的治療行為を捕捉するための適切な刑罰規定がなかったことは、学界にとっては懸案事項のひとつだったのであろう。だからこそ、医師の治療行為が傷害罪と無関係であることを証明すべく、また、医師の専断的行為から患者の自己決定権を保護すべく、治療行為関連規定の創設が囑望されたのである。⁽³⁵⁾

かくして、治療行為傷害説と治療行為非傷害説の対立は、刑法改正の局面で顕在化し、治療行為にかかる刑法改正作業が胎動しはじめたのである。

そこで、以上の点を念頭におきつつ、次節では、1900年代前葉から第一次世界大戦勃発までの、第Ⅰ期「黎明期」の展開をたどる。

第2節 第Ⅰ期：黎明期——刑法改正作業の胎動

第1款 刑法改正事始

1902年、ライヒ司法省は、刑法改正に着手することを決意した。そこで、同省は、刑法改正の準備として、次官ルドルフ・アーノルド・ニーベルディンク（*Rudolf Arnold Nieberding*）の要請に基づいて学術委員会を構成し、これに広汎な比較法研究の任務を委託した⁽³⁶⁾。

以上の準備を経たのちに、ライヒ司法省で、プロイセン司法省局長ヘルマン・ルーカス（*Hermann Lucas*）を議長とする実務家委員会が開催され、1909年に、ドイツ刑法典予備草案（*Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*）が完成した⁽³⁷⁾。

1909年草案も、治療行為関連規定の創設を断念した⁽³⁸⁾。その理由について、理由書は、「治療の委任に基づき医学準則（*Regeln der ärztlichen Kunst und Wissenschaft*）に従って医的侵襲を行う医師は、客観的にみて、違法に行為するものではない⁽³⁹⁾」と述べて、——アレキサンダー・レーフラー（*Alexander Löffler*）の言葉を借りれば——「簡潔な考察⁽⁴⁰⁾」を付すにとどまった。

だが、この草案に対しては、厳しい批判が寄せられた⁽⁴¹⁾。たとえば、1902年刑法改正学術委員会会員ヴィルヘルム・カール（*Wilhelm Kahl*）をはじめ、ハイムベルガー、カール・フォン・リリエントール（*Karl v. Lilien-thal*）らは、1909年草案が治療行為関連規定を設けなかった点を批判し、医師会も同規定を創設するよう要請していた⁽⁴²⁾。

第2款 1911年対案での結実⁽⁴³⁾

こうした声を受けて、カール、リスト、リリエントール、ジェームズ・ゴールドシュミット (*James Goldschmidt*) から新旧両学派の指導的な刑法学者は、1911年、ドイツ刑法典予備草案対案 (Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs)⁽⁴⁴⁾ を起草した。

1911年対案は、「自由の侵害 (Freiheitsverletzung)」章下の279条 (医師の専断的治療行為 [Eigenmächtige ärztliche Behandlung])⁽⁴⁵⁾ で、つぎのように規定する。⁽⁴⁶⁾

○1911年刑法典予備草案対案279条 (医師の専断的治療行為)

1. 他人をその明示または状況から推定される意思に反して治療した者は、1年以下の軽懲役または5,000マルク以下の罰金に処する。
2. 第三者が被治療者の身上配慮権を有するときは、その権利者の意思が基準となる。

1911年対案279条1項は、患者の「意思に反して治療した者」を処罰対象としている。⁽⁴⁷⁾ まず、理由書は、「医学準則……を遵守し、治療行為の目的または価値を同じくするその他の諸目的で行われた医的侵襲は、たとえ被治療者の同意が得られなかった場合であっても、決して身体傷害として処罰されえない」として、患者の現実的または推定的意思に反して行われた治療行為を処罰対象としている。この「対案」の立場は、当時の学説の状況を踏まえたものであったとみるべきであろう。⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾

また、1911年対案は、意思能力を有さない患者に対して治療を行う際、身上配慮権者の意思を基準とすべき旨を定めている。この旨を明文で規定したことは、当時としては画期的な試みであった。⁽⁵⁰⁾

この1911年対案の意義は、専断的治療行為を刑法改正史上はじめて処罰対象とした点にある。だが、1913年草案は、ふたたび専断的治療行為処罰規定を放棄したのである。

第3款 1913年草案の治療行為傷害説

1911年対案に続いて、1913年委員会草案（Kommissionentwurf des Jahres 1913）⁽⁵¹⁾が起草された。

1913年草案は、専断的治療行為処罰規定を設けなかった。それに伴い、草案26条は、違法性阻却一般規定⁽⁵²⁾を設け、同28条は、『被危殆者の意思に反しない』緊急救助⁽⁵³⁾を許容した。さらに、同293条は、同意傷害について規定⁽⁵⁴⁾する。つまり、1913年草案は、判例の治療行為傷害説を採用し、以上の諸規定で治療行為の諸問題にのぞむ途を選んだのである。その理由について、エベルハルト・シュミット（*Eberhard Schmidt*）によれば、刑法委員会の構成員の大多数が、「1894年のライヒ裁判所判決の呪縛から解放されていなかった」⁽⁵⁵⁾ことが決定的であったという。

しかし、第一次世界大戦の勃発が、すぐにこの立場を揺るがすことになる。

第3節 第Ⅱ期：伸展期——「患者の自己決定権」と「医師の治療権」との相克

第1款 ワイマール体制下の刑法改正作業

1 1919年草案の専断的治療行為処罰規定

1914年、第一次世界大戦が勃発し、それに伴い刑法改正作業も中断を余儀なくされた。この大戦は1918年に終結し、1919年8月11日のワイマール憲法制定によって、ワイマール共和国⁽⁵⁶⁾が誕生した。

同年、刑法改正作業も再開された。のちのライヒ司法大臣クルト・イェール（*Curt Joël*）と、のちのライヒ裁判所長エルウィン・ブムケ（*Erwin Bumke*）ほか少数の実務家が、改正作業に従事し、1919年草案（Entwurf von 1919）⁽⁵⁷⁾を起草した。

1919年草案では、同意傷害に関する規定が削除された。だが、その一方で、1919年草案は、第21章「個人の自由または安全に対する侵害（Ver-

letzung der persönlichen Freiheit oder Sicherheit)」章下に、313条（専断的治療行為〔Eigenmächtige Heilbehandlung〕）を設けた。専断的治療行為処罰規定の復活である。

1919年草案313条は、つぎのように規定する。⁽⁵⁸⁾

○1919年草案313条（専断的治療行為）

1. 治療の目的をもって他人の意思に反して治療した者は、3年以下の軽懲役または罰金に処する。この刑は、行為者が過失により、その他人が当該治療について了解していたと誤信した場合にも適用する。
2. 当該所為は、告訴がなければ公訴を提起することができない。告訴は取り下げることができる。
3. 特に軽微な場合は、その刑を免除する。

1919年草案313条は、1911年対案に、親告罪規定と軽微な場合の刑の免除規定とを付け加えたうえで、「治療の目的をもって、他人の意思に反して治療した者」を処罰対象とする。専断的治療行為は身体傷害ではない。これが1919年草案の出発点であり、この点で、同案は、判例およびそれに従う1913年草案と異なる。⁽⁶¹⁾

1919年草案313条1項は、専断的治療行為を「患者の意思自由に対する侵害」と捉え、同条の可罰性を回避するためには、患者の明示的な許容が必要であるとす。⁽⁶²⁾つまり、1919年草案は、患者の明示的または推定的意思に反した行為だけでなく、「行為者が過失により、その他人が当該治療について了解していたと誤信した場合」をも処罰対象としている。ここに1911年対案と1919年草案の本質的な差異がある。⁽⁶³⁾

また、1919年草案にいう治療行為は、医学準則を遵守し、治療目的をもって行われなければならない。たとえば、斜視、肝斑などの身体的欠陥の除去を目的とする行為も、治療行為にあたる。⁽⁶⁴⁾これに対して、新規の治療法また

は治療手段を試験するために、ある者を疾患に罹患させ、またはより重篤な疾患に罹患させる実験（Versuch）は、治療行為にあたら⁽⁶⁵⁾ない。

さらに、1919年草案313条2項は、告訴について規定する。理由書はいう。「当該治療が患者の意思に反して行われたが、患者自身が、医師は自分の利益を思いこれを補助してくれたのだということを理解している場合には、そこに干渉していくべき何らの理由もない⁽⁶⁶⁾」、と。このように、本案は、たとえ検事局が専断的治療行為の存在を認知したとしても、公訴を提起しないと⁽⁶⁶⁾している。

以上、1919年草案によれば、治療行為は、①治療の目的をもって、②他人の意思に反することなく、③医学準則を遵守して行われなければならない。これは、1911年対案とほぼ同旨である。1911年対案が②のみを構成要件要素としたのに対し、1919年草案は、①も併記している。なお、1911年対案と1919年草案の理由書は、ともに③に言及するものの、その具体的な意味内容や判断方法には触れていない。後世の諸草案に向けられた課題がここにあり、これに応えたのが、ラートブルフ草案と1925年草案であった。

2 ラートブルフ草案の傷害罪排除規定

1919年草案に続いて刑法改正作業を引き受けたのは、当時、ハイデルベルク大学教授でライヒ司法大臣でもあったグスタフ・ラートブルフ（Gustav Radbruch）であった。彼は、1922年草案（Entwurf von 1922）、いわゆるラートブルフ草案（Radbruchs Entwurf⁽⁶⁷⁾）を起草し、同年9月13日、同案は帝国政府に内閣提案として送付された⁽⁶⁸⁾。

ラートブルフ草案は、その第18章「身体傷害（Körperverletzung）」章下の235条（医的侵襲〔Ärztliche Eingriffe〕）で、「良心的な医師の慣行（Übung eines gewissenhaften Arztes）に適合する侵襲および治療方法は、この法律の意味における身体傷害または虐待ではない。」と規定する⁽⁶⁹⁾。

同条は、治療行為と身体傷害または虐待とを区別する基準として、「良心的な医師の慣行」を用いている⁽⁷⁰⁾。先の諸草案と本案との差異は、まさにこの⁽⁷¹⁾

点にある。すなわち、ラートブルフ草案は、「良心的な医師の慣行」というメルクマールを刑法改正史上はじめて用い、治療行為と身体傷害または虐待との刑法上の峻別を試みたのである。だが、ラートブルフ草案およびその理由書は、「良心的な医師の慣行」の意味内容について何も述べなかった。⁽⁷²⁾

第2款 1925年草案の傷害罪排除規定

1 起草経緯

1924年に、ラートブルフ草案は、政府委員会ではじめて審議が行われ、その思想は、1925年のドイツ一般刑法典公式草案（Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs）⁽⁷³⁾に受け継がれた。⁽⁷⁴⁾ドイツ初の公式草案⁽⁷⁵⁾である1925年草案は、1924年11月17日、帝国政府から理由書とともに参議院に送付された。⁽⁷⁶⁾

以下では、1925年草案の内容を概観し、ラートブルフ草案でも用いられた「良心的な医師の慣行」の意味内容を明らかにする。そして、1925年草案における傷害罪排除規定と同意傷害規定の関係を整理し、あわせて専断的治療行為処罰規定の創設論議に触れる。

2 「良心的な医師の慣行」の意義

1925年草案は、その第18章「身体傷害」章下で、つぎのように規定する。⁽⁷⁷⁾

○1925年一般刑法典公式草案238条（医的侵襲）

良心的な医師の慣行に適合する侵襲および治療方法は、この法律の意味における身体傷害または虐待ではない。

まず、1925年草案にいう「良心的な医師の慣行」の意味内容が問題となる。理由書は、これを「医学準則（Regeln der ärztlichen Wissenschaft）によれば、適切であるのみならず、……医療倫理（ärztliche Ethik）の立場からみても許されると思われる」こと、「医師の職業上の義務（ärztliche Standespflicht）⁽⁷⁸⁾によって定められた許容性」と定義する。これは、当該行

為時における行為自体の正当性に着目するものであり、当初目指した諸目的が医的侵襲によって達せられなかったとしても、当該行為が「良心的な医師の慣行」に適合していれば、傷害罪（1925年草案233条）や虐待罪（同237条）⁽⁷⁹⁾を構成しないことになる。そして、当該行為が正当化されるためには、適切な医療技術、つまり、「学校医学（Schulmedizin）の諸原則」に適合して行われる必要がある。学校医学の諸原則は、医学準則のことを指し、これは「良心的な医師の慣行」と同義と思われる。⁽⁸⁰⁾ 本案は、この点で1911年対案や1919年草案と一致する。

また、本案によれば、患者の承諾が必要かどうかを判断する際に必要な説明の範囲は、医師の職業倫理（ärztliche Standesethik）⁽⁸³⁾によって決せられる。つまり、当該治療に対し、たとえ患者の明示的な承諾がなかったとしても、医師の職業倫理を基準とすれば、当該侵襲は傷害罪としては不可罰になる可能性がある。⁽⁸⁴⁾ とはいえ、手術を行う際には、患者の承諾が必要か否かが検討されるべきであり、その承諾の存在または不存在は、違法性段階でのみ判断できるという。⁽⁸⁵⁾

一見、1925年草案は、1919年草案の治療行為非傷害説をより積極的に採用したかのように見える。⁽⁸⁶⁾ しかし、1925年草案は、238条を傷害罪から完全に切り離そうとしなかった。「良心的な医師の慣行」に適合しない治療行為は、たとえ成功したとしても身体傷害として処罰されたからである。⁽⁸⁷⁾

3 同意傷害との関係

つぎに、1925年草案における傷害罪排除規定（238条）と同意傷害規定（239条）の関係を整理する。

1925年草案239条（被害者の承諾）は、「被害者の承諾を得て身体傷害を行う者は、当該行為が、承諾があるにもかかわらず善良な風俗に反する場合においてのみ罰せられる。」と規定する。⁽⁸⁸⁾ 同条の主たる適用対象は、健常者に対する侵襲であるとされている。⁽⁸⁹⁾ しかし、一方で、理由書はつぎのようになっている。すなわち、「この規定〔1925年草案238条——筆者注〕は、被害者が医学

上の意味における疾患であることを絶対的な条件とするものではない。身体的欠陥の除去、たとえば、肝斑、斜視および奇形の除去のために行う侵襲も、……良心的な医師の慣行に適合するかぎりでこの場合に該当する⁽⁹⁰⁾」、と。つまり、1925年草案238条は、医学上の客観的疾患のみを念頭に置いているわけではない。結局のところ、同条は、医的侵襲のほとんどを捕捉することになるだろう。

ここである疑問が浮かぶ。なぜ、1925年草案238条のような規定が設けられたのか、と。その理由は定かでないが、本案起草当時、治療行為の刑法的評価を早急に規範化せよ、という要請が発せられていたことは想像にかたくない。要するに、法学界と医学界は、治療行為と身体傷害の法律上の峻別を切望し、刑法改正立法者が両界の意見を汲み取り、1925年草案の傷害罪排除規定を起草したのである。

以上のように考えるのであれば、われわれは、1925年草案238条の傷害罪排除規定を、宣誓的・象徴的な意味合いを多分に含む規定として捉えるべきであろう。

4 附 説：専断的治療行為処罰をめぐって

さらに、議論は、専断的治療行為処罰規定にも及んだ。

ハイムベルガーは、いわゆる治療拒否の事例について、1925年草案の傷害罪排除規定や強要罪のみで対処するのは困難であるとして、第20章「個人の自由または安全に対する重罪および軽罪 (Verbrechen und Vergehen gegen die persönliche Freiheit oder Sicherheit)」章下に、「医師の専断的治療行為」という規定を創設すべき旨を提案した⁽⁹²⁾。

ハイムベルガーのこの提案に対しては、ラートブルフやシュミットも賛意を表していた。しかし、医学界からの強い反対に遭ったため、結局、1925年草案に専断的治療行為処罰規定が設けられることはなかった。

第3款 1927年草案と1930年草案

1 1927年草案の起草

帝国政府は、帝国参議院本会議で1927年4月5日と13日に審議を行い、1925年草案に寄せられた意見に基づいて同案を修正した。そして、同年5月14日、新たに決議された草案が、ライヒ司法大臣によって帝国議会に提出された。⁽⁹⁶⁾ ドイツ一般刑法典草案（Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs）⁽⁹⁷⁾ がそれである。

2 1927年草案の傷害罪排除規定

まず、1927年草案の傷害罪排除規定をみてみよう。1927年草案は、その第18章「身体傷害」章下の263条（治療行為〔Heilbehandlung〕）で、「良心的な医師の慣行に適合する侵襲および治療は、この法律の意味における身体傷害⁽⁹⁸⁾ではない。」⁽⁹⁹⁾と規定する。

ブリギッテ・ターク（Brigitte Tag）は、改正草案の態度を「ニュートラル（neutral）」と評価する。なぜなら、草案は、慣行に適合する医師の行為が、傷害罪の構成要件に該当しないのか、それともその違法性が阻却されるにすぎないのかを明らかにせず、もっぱらその判断を判例と学説に委ねようとしていたからである。⁽¹⁰⁰⁾

結局、1927年草案263条の立場は、基本的に1925年草案238条のそれと同じである。すなわち、草案263条は、「良心的な医師の慣行」の意味内容を、医療倫理の立場からの許容と解し、⁽¹⁰¹⁾治療行為と身体傷害を構成要件上区別している。⁽¹⁰²⁾

3 1927年草案の専断的治療行為処罰規定

ついで、1927年草案の特徴として、専断的治療行為処罰規定の復活が挙げられる。1927年草案は、第20章「個人の自由または安全に対する重罪および軽罪」⁽¹⁰³⁾章下で、つぎのように規定する。

○1927年一般刑法典草案281条（専断的治療行為）

1. 治療の目的をもって他人の意思に反して治療した者は、3年以下の軽懲役または罰金に処する。

2. 妊婦の意思に反して医療上必要な妊娠中絶または出生中の嬰兒の殺害(第254条)を行った医師も、前項の刑に処する。その未遂は罰せられる。
3. 諸事情から、第1項および第2項の規定は、治療者または医師が、被治療者の生命または健康を重大な危険に晒すことなく、被治療者または妊婦の承諾を適時に得ることができる状況になかった場合は適用しない。
4. 当該所為は、被治療者または妊婦の告訴がなければ公訴を提起することができない。
5. 特に軽微な場合には、裁判所はその刑を免除することができる。

1927年草案は、「専断的治療行為から個人の自由を保護するための新たな規定を創設した」⁽¹⁰⁴⁾。すなわち、草案281条は、「治療の目的をもって他人の意思に反して治療した者」を処罰対象とする。理由書によれば、患者の「意思に反し」た治療は、患者の意思自由に対する侵害となる⁽¹⁰⁵⁾。かくして、治療行為は傷害罪の適用範囲から除外され、専断的治療行為を患者の自己決定権の侵害として処罰する立場が確立された。ここに本案の意義がある。

また、改正草案は、281条1項の「治療の目的をもって」という文言をやや広汎に解釈している。すなわち、将来的に発症が予測されうる疾患に対する医的侵襲はすべて、予防のための手術、つまり、治療行為にあたる⁽¹⁰⁶⁾という。

以上、1927年草案281条は、専断的治療行為を処罰対象とする旨を規定する。この規定は、数年来唱えられていた医学界の要請を受けて、その創設が決定したという⁽¹⁰⁷⁾。ラートブルフ草案と1925年草案で専断的治療行為処罰規定の創設を断念してわずか2年で、改正草案はその立場を改めたことになる。ここから垣間見えるのは、「専断的治療行為を刑法上いかに評価すべきか」という法学界の苦悩であり、医学界の混乱と動揺、そして議論の錯綜⁽¹⁰⁸⁾である。

4 1930年草案の起草

1927年草案については、帝国議会の刑法委員会において、その委員長であったカール主宰のもとに審議が続けられた。⁽¹⁰⁹⁾ 委員会は、計128回の審議を開催し、1930年2月に第1読会を終了し（1930年第1読会案）、⁽¹¹⁰⁾ 同年7月11日に最終審議が行われ、同年12月6日、ドイツ一般刑法典草案（Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs）が完成した（カール草案〔Entwurf Kahl〕）。⁽¹¹¹⁾

1930年第1読会案とカール草案は、1927年草案263条と281条を受け継ぎ、⁽¹¹²⁾ 263条と281条をそれぞれ設けている。⁽¹¹³⁾ その文言に変更はない。

第4節 第三期：混迷期——ナチス政権下の刑法改正作業

第1款 ナチスの抬頭と刑法改正

1 ナチスの政権獲得と1933年草案の起草

かくして起草された1930年両草案であったが、議会でさらにこの審議が続行されることはもはや不可能となった。それは、1930年9月14日の議会選挙で、ナチスが従来の12議席から一躍107議席に伸び、社会民主党につぐ第2の大政党になったからである。⁽¹¹⁴⁾ ナチスは、1933年1月30日に政権を獲得したのちに、ただちに刑法改正作業に着手した。

まず、当時のライヒ司法大臣フランツ・ギュルトナー（*Franz Gürtner*）は、1927年草案を基礎として、1933年一般刑法典草案（Entwurf 1933）を起草した。⁽¹¹⁵⁾ 1933年草案は1930年両草案をほぼ受け継いでいるが、若干の違いもある。

以下では、1933年草案の内容を概観し、1930年カール草案との比較を通じてその特徴を整理する。

2 1933年草案と1930年草案の差異

1933年草案は、286条に傷害罪排除規定⁽¹¹⁶⁾をおく一方、299条1項⁽¹¹⁷⁾で、「治療の目的をもって他人の承諾を得ずに治療した者は、2年以下の軽懲役または

拘留に処する。」と規定する。

1930年草案281条の「他人の意思に反して (gegen dessen Willen)」という文言は、1933年草案299条で「他人の承諾を得ずに (ohne seine Einwilligung)⁽¹¹⁸⁾」に変更された。これが1933年草案最大の特徴である。

1930年草案をはじめ、かつての諸草案は、患者の「意思に反し」た治療行為のみを処罰対象とし、専断的治療行為の処罰範囲をより限定する方針をとっていた。たとえば、1930年草案や1919年草案も同旨を規定し、1911年対案は、患者の「明示または状況から推定される意思に反し」て行われた治療行為のみを処罰対象としていた。

だが、1933年を境として、「ドイツの刑法改正作業においては、患者の意思に反した場合ばかりでなく、その同意の欠缺しているにすぎないときも治療行為は可罰的であること、患者の現実的同意がなくても行為が合法なのは、それを得るために治療を延期したのでは患者の生命・身体に対する危険が生ずるときのみであることが確定した⁽¹¹⁹⁾」。かくして、改正草案は、1933年草案から突如その立場を改め、専断的治療行為の処罰範囲を拡張する方向性を打ち出したのである。

その原因の一端は、ナチス刑法学の潮流にある。

3 ナチス刑法学の潮流

ナチス時代以前の諸草案は、自由主義的思想を基調としていた。⁽¹²⁰⁾すなわち、1932年以前の数多くの刑法改正は、自由主義的法治国家の思想を基調として、刑法理論の進歩、新しい刑事政策思想の発展に即応して、刑法の諸規定を時代の要請に適合したものとするためのものであった。⁽¹²¹⁾

だが、ナチス時代の到来とともに、様相は一変した。ナチスは、1933年3月24日の「民族および国家の困難克服のための法律 (Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich)⁽¹²²⁾」(授權法、全権委任法 (Ermächtigungsgesetz))⁽¹²³⁾によって独裁体制を確立し、均質化 (Gleichschaltung)⁽¹²⁴⁾政策を実行した。ナチスは、州も市町村も、教会も家族も、すべて自律性を

否認し、アトムの個人にまで徹底的に解体したうえで組織化の対象とした。均質化になじまないとみなされた要素は、社会から排除されたのである。⁽¹²⁵⁾ さらに、1933年7月14日には、「遺伝性疾患子孫防止法（Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses）」⁽¹²⁶⁾ が制定され、ナチスの人種政策とそれ⁽¹²⁷⁾ に伴う個人主義の制限が行われた。

刑法の領域にもその影響は及んだ。⁽¹²⁸⁾ ナチス刑法学は、「治療行為は始めから身体傷害の構成要件に該当しないとする構成をとることによつて、同意思⁽¹²⁹⁾ 想の働か余地を狭めてい」き、そこでは、「完全に全體主義の見地に立つて、被害者の承諾に對して刑法上の重要性を全然否定せんとする傾向が強く示されるに至つて居」た。⁽¹³⁰⁾ たたとえば、ドイツ法アカデミー刑法部中央委員会の決議⁽¹³¹⁾ 覚書は、被害者の承諾の効力を原則として認めず、被害法益が全体利益にとつて何らの意義も有さない場合にかぎり、例外的に違法性阻却を認めていた。⁽¹³²⁾ 全體利益の見地から、被害者の意思を無視した侵襲が大幅に黙認されたのである。⁽¹³³⁾ また、1933年5月26日の刑法226条aの新設を受けて、民族共同体（Volksgemeinschaft）や、血統共同体（Blutsgemeinschaft）⁽¹³⁴⁾ といった政治的・思想的見地から、被治療者の承諾の範囲が著しく制限された。⁽¹³⁵⁾

むろん、以上のようなナチス刑法学の潮流に対しては、国家社会主義的イデオロギー⁽¹³⁶⁾ の暴走のおそれがあるとして監視の目が向けられていた。だが、1933年草案の態度は、1936年草案と1939年草案にも受け継がれ、ついに、ナチス刑法学は、「同意思⁽¹³⁷⁾ 想をこの問題領域から完全に排除して、医師の強制処置権をみとめるに至つた」のである。

第2款 1936年草案と1939年草案

1 1936年ギュルトナー草案

1933年以降も改正作業は続けられ、1936年には、ドイツ刑法典草案（Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs）、通称「ギュルトナー草案」⁽¹³⁸⁾ が作成された。この草案は、以前の諸草案の自由主義的かつ法治国家的態度からかけ離れたものではあったが、それでもなおその時代のイデオロギーとは

無関係に得られた価値多き諸々の思想を含んでいた。⁽¹³⁹⁾

とはいえ、1936年草案の専断的治療行為処罰規定は、大要、1933年草案のそれと一致している。⁽¹⁴¹⁾つまり、刑法委員会は、専断的治療行為が患者の意思自由の侵害として処罰されるという方針を維持しつつ、患者の治療拒否が公益優先原則に反するときは、民族共同体に対する義務違反、公序良俗に対する違反として無効になるとしている。⁽¹⁴²⁾

2 ナチスの刑法改正、その黄昏

かの安楽死計画⁽¹⁴³⁾が実行された1939年には、ドイツ一般刑法典公式草案(Amtliche Entwürfe eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs)が起草された。1939年草案の傷害罪排除規定⁽¹⁴⁴⁾と専断的治療行為処罰規定も、⁽¹⁴⁵⁾1936年草案のそれらと同様である。第Ⅲ期の諸草案は、総じて1933年草案の態度を維持していたといえよう。

なお、1939年草案は、ナチス政権最後の改正草案となった。なぜなら、この草案は、1939年に政府によって認可されたが、ヒトラーの署名が得られず、ついに実定法となるには至らなかったからである。⁽¹⁴⁶⁾

その後、戦局の悪化とともに刑法改正への意欲は下火となり、結局、ナチスの刑法改正は失敗に終わった。

第5節 小括

ここまで、1800年代末葉から第二次世界大戦までの刑法改正論議の歴史的展開をたどってきた。ここで本章を振り返り、次章以降に備えることにしたい。

まず、第1節では、1800年代末葉から1900年代前葉までの議論を整理した。議論の契機となったのは、ライヒ裁判所1894年判決である。同判決の同意原則とその前提をなす治療行為傷害説に対し、学説の多くは、治療行為と身体傷害の峻別を謳う治療行為非傷害説を支持した。刑法改正立法者は、傷害罪排除規定と専断的治療行為処罰規定を創設することによって、両説の論

争に終止符を打とうとした。

つぎに、第2節では、1909年草案の起草から第一次世界大戦勃発までの歴史的発展過程をたどり、専断的治療行為処罰規定の起草に至る経緯を素描した。カールらは、1909年草案に対抗して1911年対案を作成し、専断的治療行為処罰規定を設けた。その特徴は、医学準則や治療目的を考慮しながら治療行為と身体傷害を刑法上区別した点、患者の明示的または推定的拒絶に反し行われた治療行為のみを処罰対象とした点にある。

続いて、第3節では、第一次世界大戦終結からナチスの政権獲得までに起草された諸草案の展開をみた。ラートブルフ草案と1925年草案は、「良心的な医師の慣行」に適合する治療行為が、刑法の意味における身体傷害にあたらない旨を規定した。この時期の特徴は、「良心的な医師の慣行」基準により、身体傷害と刑法上区別される治療行為の概念を明らかにしようとした点にある。

そして、第4節では、ナチス政権下での改正作業の展開を追った。ナチスの政権獲得以降に起草された1933年草案、1936年草案および1939年草案は、民族共同体の利益や公益優先原則に基づき、被治療者の承諾の範囲を著しく制限していたといえる。

以上、第二次世界大戦以前のドイツで、刑法改正草案の治療行為関連規定がいかなる経緯で起草され、それらがどのように解釈されていたかが明らかとなった。以上を踏まえて、次章では、戦後の刑法改正作業の展開をたどり、第3章では、本章および次章の議論を総合し、改正草案の解釈論上の意義を明らかにしたうえで、治療行為の刑事規制をめぐる議論を整理する。

(1) 甲斐克則『医事刑法への旅 I [新版]』（イウス出版、2006）29頁。

(2) この用語法を用いる先行研究として、小林公夫「医療の範疇における同意傷害——ドイツ刑法典228条の議論を中心に——」一橋法学4巻2号（2005）241頁以下、242頁注（3）（以下「小林・同意傷害」と略記）、同『治療行為の正当化原理』

- (日本評論社、2007) 3頁以下(以下「小林・正当化原理」と略記)、辰井聡子「治療不開始/中止行為の刑法的評価——『治療行為』としての正当化の試み」明治学院大学法学研究86号(2009) 57頁以下、60頁など。
- (3) 町野朔『患者の自己決定権と法』(東京大学出版会、1986) 3頁、甲斐・前出注(1) 32頁以下参照。
- (4) 田坂晶「刑法における治療行為の正当化」同志社法学58巻7号(2007) 263頁以下、282頁参照。
- (5) わが国の先駆的研業績として、花井卓哉「刑法上醫師ノ權利義務ヲ論ス(一)(二・完)」刑事法評林4巻9號(1912) 1頁以下、4巻10號(1912) 1頁以下〔同「刑法と醫師」同『刑法俗論』(博文館、1912) 383頁以下所収〕(以下、引用は後者による)、勝本勘三郎「刑法第三五條ト醫業トノ關係(一)(二・完)」京都法學會雜誌8巻10號(1913) 106頁以下、8巻11號(1913) 103頁以下〔同『刑法の理論及び政策』(有斐閣、1925) 231頁以下所収〕(以下、引用は後者による)があり、央忠雄「醫師の醫療手術と身體侵害罪(醫療手術に因る醫師の刑責問題)(一)~(三・完)」法曹會雜誌3巻4號(1925) 64頁以下、3巻5號(1925) 83頁以下、3巻6號(1925) 68頁以下、藤本直「醫師の手術と身體傷害罪の問題に就て(一)~(三)」法學新報41巻2號(1931) 1頁以下、41巻3號(1931) 71頁以下、41巻5號(1931) 72頁以下(以下「藤本・新報」と略記)、同「醫師の手術と身體傷害罪(I)~(IV・完)」司法協會雜誌11巻4號(1932) 16頁以下、11巻5號(1932) 54頁以下、11巻6號(1932) 48頁以下、11巻7號(1932) 60頁以下(以下「藤本・司協」と略記)などがこれに続く。

第二次世界大戦以降では、井上祐司「被害者の同意」日本刑法学会編『刑法講座第2巻』(有斐閣、1963) 160頁以下、特に171-179頁〔同『刑事判例の研究(その一)』(九州大学出版会、2003) 59頁以下所収〕(以下、引用は前者による)、唄孝一「治療行為における患者の意思と医師の説明——西ドイツにおける判例・学説——」『契約法体系Ⅶ(補巻)』(有斐閣、1965) 66頁以下〔同『医事法学への歩み』(岩波書店、1970) 3頁以下所収〕(以下、引用は後者による)、西山雅明「治療行為と刑法」西南学院大学法学論集2巻3号(1969) 29頁以下、町野朔「刑法解釈論から見た治療行為(一)(二)」法学協會雜誌87巻4号(1970) 29頁以下、88巻9・10号(1971) 1頁以下(以下「町野・法協」と略記)、同「治療行為における患者の意思(一)(二)——刑法上の違法阻却論との関連において——」上智法学論集22巻2號(1979) 65頁以下、24巻2號(1981) 41頁以下(以下「町野・上法」と略記)、同・

前出注(3) 1頁以下、金澤文雄「医療と刑法——専断的治療行為をめぐる——」中山研一ほか編『現代刑法講座 第2巻 違法と責任』(成文堂、1979) 125頁以下、米田泰邦『医療行為と刑法』(一粒社、1985) 175頁以下、武藤眞朗「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——」早稲田大学大学院法研論集54号(1990) 243頁以下(以下「武藤・構成要件該当性」と略記)、同「治療行為の違法性と正当化——患者の承諾の意義——」早稲田大学大学院法研論集59号(1991) 195頁以下(以下「武藤・正当化」と略記)、佐久間基「専断的治療行為と傷害罪(一)～(三・完)」法学55巻3号(1991) 87頁以下、55巻4号(1991) 88頁以下、58巻2号(1994) 124頁以下などの一連の研究がある。

また、21世紀を迎えて、ドイツ治療行為論研究はさらに活性化しつつある。佐藤陽子「治療行為の傷害構成要件該当性について」北大法学論集56巻2号(2005) 321頁以下、田坂・前出注(4) 342頁以下、同「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(以下「田坂・同意能力」と略記)、同「刑法における同意能力を有さない患者への治療行為に対する代諾の意義」島大法学55巻2号(2011) 1頁以下(以下「田坂・代諾」と略記)、小林・正当化原理21頁以下、島田美小妃「治療行為の不可罰性の根拠について」法學新報117巻9・10号(2011) 313頁以下、山中敬一「医療侵襲に対する患者の同意」関西大学法学論集61巻5号(2012) 1頁以下(以下「山中・患者の同意」と略記)、同「医師の説明義務(1)(2・完)」関西大学法学論集61巻6号(2012) 1頁以下、62巻1号(2012) 1頁以下(以下「山中・説明義務」と略記)などを参照。

(6) たとえば、藤本・新報「(一)」11頁以下、町野・前出注(3) 51頁以下、田坂・前出注(4) 348頁以下。このほか、佐久間・前出注(5)「(一)」94-98頁注(13)、塩谷毅「同意傷害について」岡山大学法学会雑誌50巻2号(2001) 241頁以下、247頁以下〔同『被害者の承諾と自己答責性』(法律文化社、2004) 126頁以下所収〕(以下、引用は後者による)など。

(7) 刑法改正論議の歴史的発展過程について論じるドイツ語文献として、*Brigitte Tag, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis: Eine arztstrafrechtliche Untersuchung*, Berlin/Heidelberg/ New York 2000, S. 31 ff., 445 ff.; *Sabine Riedelmeier, Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik*, Baden-Baden 2004, S. 19 ff.

などがある。このほかにも、*Eberhard Schmidt*, *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig 1939, S. 117 ff. は、1900年代前葉から1930年代中葉にかけての議論を整理し、*Hans-Ludwig Schreiber*, *Zur Reform des Arztstrafrechts*, in: *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlin/ New York 1999, S. 713 ff. は、刑法改正の歴史的系譜を包括的に分析している。

さらに、治療行為の刑事規制に関する比較法的研究として、*Albin Eser*, *Zur Regelung der Heilbehandlung in rechtsvergleichender Perspektive*, in: *FS-Hirsch*, S. 465 ff. があり、全訳として、アルビン・エーザー(上田健二=浅田和茂訳)「比較法的に展望した治療行為の規制について」同(同編訳)『医事刑法から統合的医事法へ』(成文堂、2011)71頁以下が、紹介として、刑法読書会(松宮孝明編)「ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ古稀祝賀論文集の紹介(四)」立命館法学276号(2001)197頁以下、203頁以下〔岡本昌子〕、武藤眞朗「アルビン・エーザー著/上田健二・浅田和茂編訳『医事刑法から統合的医事法へ』」年報医事法学27(2012)177頁以下、178頁がある。

- (8) 以上の時期区分を設定するにあたり、唄・前出注(5)23頁以下を参考にした。
- (9) 詳細は、第1章第3節第1款参照。
- (10) 詳細は、第1章第3節第3款参照。
- (11) たとえば、1925年一般刑法典公式草案239条の「被害者の承諾を得て身体傷害を行う者は、当該行為が、承諾があるにもかかわらず善良な風俗に反する場合においてのみ罰せられる。」という規定がこれにあたる。詳細は、第1章第3節第2款参照。
- (12) たとえば、1913年委員会草案26条の「違法性が公法または民事法によって阻却される行為は罰せられない。」という規定がこれにあたる。詳細は、第1章第2節第3款参照。
- (13) 齊藤誠二『医事刑法の基礎理論』(多賀出版、1997)5頁参照。
- (14) 北ドイツ連邦刑法典制定時の議論については、*Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes*, I. Legislatur Periode- Session 1870, Zweiter Band, Berlin 1870, 34. Sitzung am Montag den 4. April 1870, SS. 661-663 参照。一方、ライヒ刑法典制定時には、同意傷害の文脈で若干の議論がなされた。詳細は、*Karl v. Lilienthal*, *Verbrechen und Vergehen gegen das Leben, Zweikampf, Körperverletzung*, in: P. F. Aschrott / Franz von Liszt (Hrsg.), *Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs: Kritische*

- Besprechung des Vorentwurfs zu einem Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich unter vergleichender Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Vorentwurfs, Band II: Besonderer Teil, Berlin 1910, S. 265 ff., 292 参照。
- (15) *Joseph Heimberger*, Berufsrechte und verwandte Fälle, in: Auf Anregung des Reichs-Justizamtes von den Professoren Dr. Karl v. Birkmeyer, u. a. (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil. IV. Band, Berlin 1908, S. 15 ff., 36 f.; 井上 (祐)・前出注 (5) 174-175頁注 (一) 参照。
- (16) 町野・前出注 (3) 37頁。
- (17) *L. Oppenheim*, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden, Basel 1892, S. 17 f. Vgl. *Wilhelm Kahl*, Der Arzt im Strafrecht, Jena 1909, S. 21 f.
- (18) *Karl Binding*, Handbuch des Strafrechts, Erster Band, Leipzig 1885, S. 792 Anm. 2, S. 802 f.; *Hugo Meyer*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Fünfte, völlig umgearbeitete Auflage, Leipzig 1895, S. 271 f.
- (19) 当時の学説状況については、勝本・前出注 (5) 232頁以下、市村光恵『改版 医師ノ権利義務』(東京寶文館、1928)〔復刻版:同『改版 医師ノ権利義務 〔復刻叢書法律学篇37〕』(信山社、1994)〕62-83頁、町野・前出注 (3) 36-37頁、41-46頁が詳しい。
- (20) ライヒ裁判所1894年5月31日「骨癌判決」(RGSt 25, 375)。詳細は、藤本・新報「(二)」74頁以下、西山・前出注 (5) 31頁以下、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』(成文堂、1983) 311頁以下、313頁以下、町野・前出注 (3) 38頁以下、武藤・構成要件該当性250頁、佐久間・前出注 (5)「(一)」88頁以下、佐藤・前出注 (5) 337-338頁、田坂・前出注 (4) 343頁以下、小林・正当化原理37頁以下、島田・前出注 (5) 322-323頁などを参照。
- (21) 同条の沿革と解釈については、町野・前出注 (3) 36頁、田坂・前出注 (4) 342-343頁参照。
- (22) RGSt 25, 375 [378 f.]。
- (23) 刑法学では、「承諾 (Einwilligung)」にかえて、「同意 (Zustimmung)」という概念が用いられることもあるが、本稿では、「承諾」と「同意」を互換的な概念

として用いることにする。

- (24) 同意原則は、今日まで、判例の一貫した立場である。同原則の趣意を確認した近時の判決として、連邦通常裁判所1997年11月19日判決 (BGHSt 43, 306 = NJW 1998, 1802)、同2010年12月22日「レモンジュース事件 (Zitronensaftfall)」判決 (BGH, Urt. v. 22. 12. 2010 - 3 StR 239/10, LG Mönchengladbach: BGH NJW 2011, 1088 [1089 f.]) などがある。
- (25) 町野・前出注(3) 40頁。
- (26) Vgl. *Schmidt*, a. a. O. (Anm. 7), S. 118.
- (27) *Franz v. Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 16. und 17. Aufl., Berlin 1908, S. 153 f. Anm. 4, S. 313.
- (28) *Anton Hess*, Die Ehre und die Beleidigung des § 185 St. G. B.: Ein psychologisch-juristischer Versuch, Hamburg 1891, S. 54 Anm. 4.
- (29) *Karl Binding*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Erster Band, 2. Aufl., Leipzig 1902, S. 53 ff., 56.
- (30) *Ernst Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906, S. 145, 154 f.
- (31) *Hess*, a. a. O. (Anm. 28), S. 54 Anm. 4.
- (32) 町野・前出注(3) 12頁。
- (33) *Riedelmeier*, a. a. O. (Anm. 7), S. 19.
- (34) 唄・前出注(5) 5-6頁。
- (35) 具体的な立法案を呈示するものとして、*Carl Stooss*, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung: Eine strafrechtliche Studie, Berlin 1898, S. 38 など。*Heimberger*, a. a. O. (Anm. 15), S. 59 f. をも参照。
- (36) Vgl. *Thomas Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2. Aufl., Berlin/ Heidelberg 2011, S. 147 f. その成果として完成したのが、『ドイツおよび諸外国刑法の比較研究論』(Birkmeyer u. a. (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 15), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts) である。
- (37) *Vormbaum*, a. a. O. (Anm. 36), S. 148.
- (38) Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch Begründung. Besonderer Teil: Bearbeitet von der hierzu bestellten Sachverständigen-Kommission, Veröffentlicht auf Anordnung des Reichs-Justizamts, Berlin 1909, S. 658 ff., 659 f.

- (39) Vorentwurf, a. a. O. (Anm. 38), S. 660.
- (40) *Alexander Löffler*, Die Körperverletzung (Abschnitt 17 des II. Teiles des RStrGB.), in: Birkmeyer u. a. (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 15), Besonderer Teil. V. Band, Berlin 1905, S. 205 ff., 247. また、*Mittermaier*, Die Frage der ärztlichen Eingriffe, in: Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, Anlage I. Die Behandlung wichtiger Fragen der Strafrechtsreform in der ausländischen Gesetzgebung, Berlin 1927, S. 92 ff. をも参照 (邦訳: ミツテルマイヤ 「医療上の處置の問題」 司法省調査課『刑法改正に關する比較法制資料 (中、後篇)』 司法資料128號 [1928] 289頁以下)。
- (41) Vgl. *Vormbaum*, a. a. O. (Anm. 36), S. 149.
- (42) v. *Lilienthal*, a. a. O. (Anm. 14), S. 291 f.
- (43) *Heimberger*, a. a. O. (Anm. 15), S. 40 ff.
- (44) Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs: Begründung (Schluß nebst Denkschrift des Privatdozenten Dr. N. H. Kriegsmann, Kiel), Aufgestellt von W. Kahl/ K. v. Lilienthal/ F. v. Liszt/ J. Goldschmidt, Berlin 1911.
- (45) 1911年のドイツ刑法典予備草案対案279条は、1909年のオーストリア刑法典予備草案325条1項 (Vorentwurf zu einem österreichischen Strafgesetzbuch und zu dem Einführungsgesetze. September 1909, Wien 1909, S. 86 f.) を範として作成された (Gegenentwurf, a. a. O. (Anm. 44), S. 264)。
- (46) 1911年対案279条の法文は、Gegenentwurf, a. a. O. (Anm. 44), S. 264 f. により、その訳出にあたり、藤本・新報「(一)」12頁、町野・前出注(3)52頁、佐久間・前出注(5)「(一)」95頁注(13)、田坂・前出注(4)348-349頁を参照した。
- (47) Vgl. *Schmidt*, a. a. O. (Anm. 7), S. 119 f.
- (48) Gegenentwurf, a. a. O. (Anm. 44), S. 264.
- (49) 町野・前出注(3)194頁参照。
- (50) たとえば、*Schmidt*, a. a. O. (Anm. 7), S. 109, 119 は、この試みを評価している。
- (51) Entwurf der Strafrechtskommission (1913), in: Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch (Entwurf der Strafrechtskommission 1913/ Entwurf 1919/ Denkschrift zum Entwurf 1919 mit Anhang): Veröffentlicht auf Anordnung des Reichs-Justizministeriums, Erster Teil/ Zweiter Teil/ Ditter

Teil, Berlin 1920.

- (52) 1913年草案26条(違法性の阻却[Ausschluß der Rechtswidrigkeit])は、「違法性が公法または民事法によって阻却される行為は罰せられない。」と規定する。ドイツ刑法典における正当行為規定の沿革については、内藤謙「ドイツ刑法改正事業と一般的『違法性阻却』規定」佐伯千仞博士還曆祝賀『犯罪と刑罰(上)』(有斐閣、1968)336頁以下、同「正当行為」同『刑法改正と犯罪論(下)——日本・ドイツ・オーストリアの刑法改正事業における展開——』(有斐閣、1976)538頁以下、547-548頁を参照。
- (53) *Mittermaier*, a. a. O. (Anm. 40), S. 92 rechte Spalte; ミツテルマイヤア・前出注(40)290-291頁参照。内藤謙『刑法改正と犯罪論(上)——日本・ドイツ・オーストリアの刑法改正事業における展開——』(有斐閣、1974)115頁以下、169-171頁、井上宜裕『緊急行為論』(成文堂、2007)149頁注(25)をも参照。
- (54) 1913年草案293条(被害者の承諾)は、「被害者の承諾を得て身体傷害を行う者は、違法に行為するものではない。ただし、承諾を得たにもかかわらず、その行為が善良の風俗に反するときは、このかぎりでない。」と規定する。詳細は、藤本・新報「(一)」14頁、15-16頁注(一四)、塩谷・前出注(6)130頁参照。
- (55) *Schmidt*, a. a. O. (Anm. 7), S. 120.
- (56) 第一次世界大戦の勃発とその終結、そしてドイツの敗戦は、同国にとってある画期的な出来事をもたらした。「帝制の崩壊」である。「物心ついて以来、君主制の秩序しか知らなかった国民にとっては、帝制の崩壊は自分の意識のもっとも深い層までゆり動かされることを意味した。この崩壊についての心がまえができており、君主制の滅亡が歴史的な社会変化の避けがたい帰結であることを理解できたものは、ほんの少数にすぎなかった。」(H. マウ=H. クラウスニク〔内山敏訳〕『ナチスの時代——ドイツ現代史——』〔岩波新書、1961〕37頁)。
- (57) Vgl. *Vormbaum*, a. a. O. (Anm. 36), S. 155 f. Anm. 69. ペーター・ディエナー(本間学訳)「クルト・ヨエル——ライヒ司法の行政官」ヘルムート・ハインリッヒスほか(森勇監訳)『ユダヤ出自のドイツ法律家』(中央大学出版部、2012)723頁以下、727頁以下をも参照。
- (58) 1919年草案313条の法文は、Entwurf von 1919, in: Entwürfe, a. a. O. (Anm. 51), Zweiter Teil, S. 70 により、その訳出に際し、藤本・新報「(一)」16頁、田坂・前出注(4)349頁を参照した。
- (59) カール・エンギッシュ(*Karl Engisch*)は、1919年草案を、意思方向説に立っ

- たものと評価している。詳細は、*Karl Engisch*, *Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung*, ZStW 58 (1939), S. 1 ff., S. 36 Anm. 76, S. 37 Anm. 79 参照。
- (60) Denkschrift zu dem Entwurf von 1919, in: Entwürfe, a. a. O. (Anm. 51), Dritter Teil, S. 238, 259; *Mittermaier*, a. a. O. (Anm. 40), S. 92 rechte Spalte; ミツテルマイヤア・前出注 (40) 291頁。
- (61) Denkschrift zu dem Entwurf von 1919, a. a. O. (Anm. 60), S. 238 f., 259 f.
- (62) Denkschrift zu dem Entwurf von 1919, a. a. O. (Anm. 60), S. 238; 藤本・新報「(一)」18頁注(一五)参照。
- (63) *Riedelmeier*, a. a. O. (Anm. 7), S. 20.
- (64) Denkschrift zu dem Entwurf von 1919, a. a. O. (Anm. 60), S. 238.
- (65) Vgl. Denkschrift zu dem Entwurf von 1919, a. a. O. (Anm. 60), S. 235 ff., 259 ff.; *Tag*, a. a. O. (Anm. 7), S. 32 f.
- (66) Denkschrift zu dem Entwurf von 1919, a. a. O. (Anm. 60), S. 260; 藤本・新報「(一)」17-18頁参照。
- (67) Gustav Radbruchs Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922), Mit einem Geleitwort von Bundesjustizminister Dr. Thomas Dehler und einer Einleitung von Professor Dr. Eberhard Schmidt, Tübingen 1952. 邦訳として、中谷瑾子=宮澤浩一訳「ラートブルッフ刑法草案及理由書」法學研究28巻8號(1955)13頁以下が、包括的分析として、木村龜二「グスタフ・ラートブルッフ」同『法哲學——人と思想——』(角川書店、1949)249頁以下、251頁以下、宮崎澄夫「ラートブルッフ刑法草案について」法學研究28巻8號(1955)1頁以下などがある。
- (68) *Vornbaum*, a. a. O. (Anm. 36), S. 170.
- (69) ラートブルッフ草案235条の法文は、Radbruchs Entwurf, a. a. O. (Anm. 67), S. 29 f. により、同条の訳出にあたり、中谷=宮澤訳・前出注(67)47頁を参照した。
- (70) ラートブルッフ草案230条(傷害)1項は、「他人の身体を傷害または健康を害した者は、3年以下の禁錮または罰金に処する。」と定め、同234条(虐待)1項は、「他人を虐待した者は、1年以下の禁錮または罰金に処する。」と規定する。現行刑法典が「身体的虐待」と「健康侵害」を同一条文内で規定しているのに対し、本案は、両者を別個の構成要件として規定している。詳細は、*Schmidt*, a. a. O. (Anm. 7), S. 122 Anm. 177 参照。

- (71) Radbruchs Entwurf, a. a. O. (Anm. 67), S. 64; 中谷=宮澤訳・前出注(67) 82頁参照。
- (72) ラートブルフ草案提出当時、ドイツは、第一次世界大戦後の混乱状態にあった。そのため、政府は、国内外の対応に追われた結果、同案を慎重に審議することができなかった(宮崎・前出注〔67〕2頁参照)。
- (73) Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung 1925: Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums, Berlin 1925. 複製版として、Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung 1925 (Reichsratsvorlage) (Nachdruck), in: Materialien zur Strafrechtsreform 3. Band, Bonn 1954 が、邦訳として、司法省調査課『一九二五年獨逸刑法草案竝に理由書(總則篇)』司法資料79號(1925)、同『一九二五年獨逸刑法草案竝に理由書(各論篇)』司法資料84號(1926)がある。
- (74) 1925年草案の「一般」というのは、当時、ドイツとオーストリアのあいだに、法の平衡化の試みがあり、本案も両国の協力のもとに作成されたからである。詳細は、平野龍一「オーストリア刑法草案について——改正刑法準備草案との関連で——」法律時報34巻3号(1962)72頁以下〔同『犯罪者処遇法の諸問題〔増補版〕——刑事法研究第6巻——』(有斐閣、1982)188頁以下所収〕、同「ドイツ刑法の改正」鈴木禄弥=五十嵐清=村上淳一編『概観ドイツ法』(東京大学出版会、1971)271頁以下、273-274頁、内藤・前出注(53)92頁以下、340頁以下、342-344頁注(2)参照。また、ドイツの刑法改正論議は、スイスのそれからも影響を受けている。詳細は、牧野英一「スイスの新統一刑法典(上)」警察研究10巻5號(1939)1頁以下、3-4頁〔同『刑法研究〔第十巻〕』(有斐閣、1942)155頁以下所収〕(以下、引用は後者による)参照。
- (75) Werner Schubert/ Jürgen Regge (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, 1. Abteilung, Weimarer Republik (1918-1932), Band 2, Beratungen des Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1924/25 im Reichsrat (1926/27), Berlin/ New York 1998, S. IX Anm. 1 (Einführung).
- (76) Vormbaum, a. a. O. (Anm. 36), S. 174.
- (77) 1925年草案238条の法文は、Amtlicher Entwurf, a. a. O. (Anm. 73), S. 27 linke Spalte により、その訳出にあたり、司法省調査課・前出注(73)『各論

- 篇』53頁、360頁、黒瀬善治『醫事法制に就て』(醫海時報社、1927)133頁、藤本・新報「(一)」21頁、町野・前出注(3)52-53頁、佐久間・前出注(5)「(一)」95頁注(13)、田坂・前出注(4)350頁を参照した。
- (78) Amtlicher Entwurf, a. a. O. (Anm. 73), S. 120 ff., 123 rechte Spalte; 司法省調査課・前出注(73)『(各論篇)』353頁以下、366頁。
- (79) 1925年草案が身体傷害と虐待を構成要件上区別した理由については、Amtlicher Entwurf, a. a. O. (Anm. 73), S. 120 f.; 司法省調査課・前出注(73)『(各論篇)』353-356頁参照。
- (80) Amtlicher Entwurf, a. a. O. (Anm. 73), S. 123 rechte Spalte; 司法省調査課・前出注(73)『(各論篇)』366頁; *Mittermaier*, a. a. O. (Anm. 40), S. 92 rechte Spalte; ミツテルマイヤア・前出注(40)291頁。
- (81) 学校医学(Schulmedizin)とは、大学において医学分野で教示されているものの総体(RGSt 67, 12 [16 f.])、「大学および医学アカデミーで、学問研究、教育および治療において行われている医学」(*Paul Bockelmann*, *Strafrecht des Arztes*, Stuttgart 1968, S. 93 Anm. 12)または「著名な大学教授および医師」の見解(*Ludwig Ebermayer*, *Der Arzt im Recht: Rechtliches Handbuch für Ärzte*, Leipzig 1930, S. 137)のことをいう。詳細は、町野・前出注(3)128頁; *Tag*, a. a. O. (Anm. 7), S. 208 f.; 山中敬一「医療過誤と客観的帰属——医療水準論を中心に——」関西大学法学論集62巻2号(2012)64頁以下、90頁参照。
- (82) シュミットは、「良心的な医師の慣行に適合する侵襲および治療行為」という表現に不満の声をもらし、「治療目的で適切に行われた侵襲および治療行為」、もしくは「治療目的での侵襲および治療行為」と規定するのが妥当であるとして、独自の立法案を呈示していた。詳細は、*Schmidt*, a. a. O. (Anm. 7), S. 127 f. Anm. 187; 西山・前出注(5)30-31頁参照。
- (83) *Gustav Radbruch*, Abschnitt 17 bis 20, in: P. F. Aschrott/ Ed. Kohlrausch (Hrsg.), *Reform des Strafrechts: Kritische Besprechung des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs*, Auf Veranlassung der Deutschen Landesgruppe der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Berlin/ Leipzig 1926, S. 301 ff., 316 f.
- (84) 1925年草案223条(囑託殺人[Tötung auf Verlangen])の理由書によれば、臨死介助(Sterbehilfe)の際も、「良心的な医師の慣行」基準が当てはまるという(*Radbruch*, a. a. O. (Anm. 83), S. 303 f., 311)。

- (85) *Radbruch*, a. a. O. (Anm. 83), S. 316 f. Vgl. auch *Tag*, a. a. O. (Anm. 7), S. 33 f.
- (86) 1925年草案理由書 (Amtlicher Entwurf, a. a. O. (Anm. 73), S. 122 linke Spalte; 司法省調査課・前出注〔73〕『(各論篇)』360頁)も、ライヒ裁判所の治療行為傷害説を放棄したと述べている。
- (87) Amtlicher Entwurf, a. a. O. (Anm. 73), S. 123 rechte Spalte; 司法省調査課・前出注 (73)『(各論篇)』366頁。この姿勢は1927年草案でも維持されている。
- (88) 1925年草案239条の法文は、Amtlicher Entwurf, a. a. O. (Anm. 73), S. 27 linke Spalte により、同条の訳出に際し、司法省調査課・前出注 (73)『(各論篇)』53頁、藤本・新報「(一)」22頁、塩谷・前出注 (6) 131頁を参照した。
- (89) 藤本・新報「(一)」22頁、24頁。塩谷・前出注 (6) 131頁をも参照。理由書は、「新薬または新たな治療法の効果を試験するために侵襲が行われ、当該治療によって被治療者が改めて疾患に罹患するかもしれない場合」(Amtlicher Entwurf, a. a. O. (Anm. 73), S. 123 rechte Spalte; 司法省調査課・前出注〔73〕『(各論篇)』366-367頁)という臨床試験の例を挙げる。
- (90) Amtlicher Entwurf, a. a. O. (Anm. 73), S. 123 rechte Spalte; 司法省調査課・前出注 (73)『(各論篇)』366頁。
- (91) *Joseph Heimberger*, Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit und Verwandtes (§§ 20-22 AE.), in: Aschrott/ Kohlrausch (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 83), S. 76 ff., 91 f.
- (92) *Heimberger*, a. a. O. (Anm. 91), S. 92.
- (93) *Radbruch*, a. a. O. (Anm. 83), S. 317.
- (94) *Schmidt*, a. a. O. (Anm. 7), S. 122 Anm. 178.
- (95) *Heimberger*, a. a. O. (Anm. 91), S. 92.
- (96) *Vormbaum*, a. a. O. (Anm. 36), S. 176.
- (97) Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, Der Reichsminister der Justiz, Reichstag III. Wahlperiode 1924/27, Berlin 1927. 復刻版として、Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1927 mit Begründung und 2 Anlagen (Reichstagsvorlage) (Nachdruck), in: Materialien zur Strafrechtsreform 4. Band, Bonn 1954 が、邦訳として、司法省調査課『一九二七年獨逸刑法草案竝に理由書(總則篇)』司法資料124號(1928)、同『一九二七年獨逸刑法草案竝に理由書(各論篇)』司法資料126號

- (1928) がある。
- (98) 1927年草案263条は、「この法律の意味における身体傷害ではない。」と規定して、1925年草案にあった「虐待」の文言を削除している。これは、1927年草案で身体傷害と虐待が同一構成要件内（259条）に規定されたことに由来する。
- (99) 1927年草案263条の法文は、Entwurf（1927），a. a. O.（Anm. 97），S. 28 rechte Spalte により、その訳出に際し、司法省調査課・前出注（97）『（各論篇）』116-117頁、藤本・新報「（一）」24頁、丸山正次『醫師の診療過誤に就て〔司法研究18輯4號〕』（司法省調査課、1934）27-28頁を参照した。
- (100) *Tag*, a. a. O.（Anm. 7），S. 33.
- (101) Entwurf（1927），a. a. O.（Anm. 97），S. 133 rechte Spalte；司法省調査課・前出注（97）『（各論篇）』526頁。
- (102) たとえば、肝斑、斜視および奇形の除去のために行う侵襲や、種痘などの診断・予防のために必要な侵襲も、それが良心的な医師の慣行に適合し、臨床上適切であれば、治療行為にあたる。これに対して、新薬または新たな治療法の臨床試験を行うために被治療者を新たに疾患に罹患させる場合は治療行為にあらず、この場合は、同意傷害としての違法性阻却が問題となるにすぎない（Entwurf（1927），a. a. O.（Anm. 97），S. 133 f.；司法省調査課・前出注（97）『（各論篇）』526-527頁）。
- (103) 1927年草案281条の法文は、Entwurf（1927），a. a. O.（Anm. 97），S. 30 linke Spalte により、その訳出にあたり、司法省調査課・前出注（97）『（各論篇）』128-129頁、藤本・新報「（一）」25-26頁、丸山・前出注（99）33-36頁、町野・前出注（3）212頁、田坂・前出注（4）351頁を参照した。
- (104) Entwurf（1927），a. a. O.（Anm. 97），S. 141 f., 142 linke Spalte；司法省調査課・前出注（97）『（各論篇）』562-563頁。
- (105) Entwurf（1927），a. a. O.（Anm. 97），S. 142 linke Spalte；司法省調査課・前出注（97）『（各論篇）』563頁。
- (106) Vgl. *Tag*, a. a. O.（Anm. 7），S. 34.
- (107) Entwurf（1927），a. a. O.（Anm. 97），S. 141 rechte Spalte；司法省調査課・前出注（97）『（各論篇）』562頁。
- (108) 1925年草案起草当時、専断的治療行為処罰規定を設ける提案は、医学界からの反対に遭っていた。それにもかかわらず、2年後に起草された1927年草案では、一転して、同規定の創設が決定したのである。
- (109) 宮沢浩一＝白井滋夫「ドイツ刑法沿革略史」法務大臣官房司法法制調査部『ド

- イツ刑法典』法務資料424号(1975)1頁以下、5頁参照。
- (110) 司法省調査課『獨逸刑法第一讀会終了(一九三〇年)案』司法資料181號(1934)1頁。
- (111) Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nach den Beschlüssen des Deutschen Reichstagsausschusses und den Deutschen und Österreichischen Strafrechtskonferenzen: Ergänzung zu Kohlrausch, Strafgesetzbuch, 29. Auflage, Berlin/ Leipzig 1930; Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1930 (Entwurf Kahl) (Nachdruck), in: Materialien zur Strafrechtsreform 5. Band, Bonn 1954. 邦訳として、司法省調査課『一九三〇年獨逸刑法草案並に現行獨逸刑法典』司法資料191號(1935)がある。
- (112) 1930年両草案263条(治療行為)の法文は、Entwurf(1930), a. a. O. (Anm. 111), S. 93; Entwurf Kahl(1954), a. a. O. (Anm. 111), S. 26 linke Spalte を、邦訳は、司法省調査課・前出注(110)64頁、同・前出注(111)105頁をそれぞれ参照。
- (113) 1930年両草案281条(専断的治療行為)の法文は、Entwurf(1930), a. a. O. (Anm. 111), S. 99 f.; Entwurf Kahl(1954), a. a. O. (Anm. 111), S. 27 rechte Spalte を、邦訳は、司法省調査課・前出注(110)68-69頁、同・前出注(111)112頁をそれぞれ参照。
- (114) 宮沢=白井・前出注(109)5-6頁参照。詳細は、J・F・ノイロール(山崎章甫=村田宇兵衛訳)『第三帝国の神話——ナチズムの精神史——〔新装版〕』(未來社、2008)129-132頁、295頁以下参照。
- (115) Vgl. *Vormbaum*, a. a. O. (Anm. 36), S. 199 f.
- (116) 1933年草案286条(治療行為)は、「良心的な医師の慣行に適合する侵襲および治療は身体傷害ではないが、専断的治療行為(第299条)として罰せられる。」と規定する。法文は、*Jürgen Regge/ Werner Schubert* (Hrsg.), *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, II. Abteilung, NS-Zeit (1933-1939) — Strafgesetzbuch, Band 1. Entwürfe eines Strafgesetzbuchs, 1. Teil, Berlin/ New York 1988, S. 103 ff., 134 rechte Spalte* 参照。
- (117) 1933年草案299条(専断的治療行為)の法文は、*Regge/ Schubert*, a. a. O. (Anm. 116), S. 135 rechte Spalte 参照。
- (118) *Riedelmeier*, a. a. O. (Anm. 7), S. 21. また、Prussia Justizministerium (Hrsg.), *Nationalsozialistisches Strafrecht: Denkschrift des Preuzischen*

- Justizministers, Berlin 1933, S. 89 ff. (邦訳: 司法省調査課『ナチスの刑法 (プロシヤ邦司法大臣の覺書)』司法資料184號 [1934] 159頁以下) をも参照。
- (119) 町野・前出注 (3) 195-196頁。
- (120) 牧野・前出注 (74) 220-221頁参照。
- (121) 宮沢=臼井・前出注 (109) 7頁参照。
- (122) *Edmund Mezger*, *Der strafrechtliche Schutz von Staat, Partei und Volk*, in: Hans Frank (Hrsg.), *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, 2. Aufl., München 1935, S. 1382 ff., 1383. エドムント・メツガア「國家、ナチス黨及び國民の刑法上の保護」司法省調査課『ハンス・フランク編 (一九三四年版) ナチスの法制及び立法綱要 (刑法及び刑事訴訟法の部)』司法資料 211號 (1936) 271頁以下、273頁参照。訳語は適宜改めた。
- (123) 山田晟『ドイツ法概論 I [第3版]』(有斐閣、1985) 12頁。
- (124) マウ=クラウスニク (内山訳)・前出注 (56) 32頁以下。訳語は適宜改めた。
- (125) 村上淳一=守矢健一/Hans Peter Marutschke『ドイツ法入門 [改訂第8版]』(有斐閣、2012) 21頁。
- (126) ナチスの断種法については、木村龜二「ナチスの刑法」杉村章三郎ほか『ナチスの法律』(日本評論社、1934) 159頁以下、252頁以下、藤本直『断種法』(岩波書店、1941) 236頁以下、326頁以下、市野川容孝「ドイツ——優生学はナチズムか?」米本昌平ほか『優生学と人間社会——生命科学の世紀はどこへ向かうのか——』(講談社現代新書、2000) 51頁以下、89頁以下、ステイーブン・トロンブレイ (藤田真利子訳)『優生思想の歴史——生殖への権利——』(明石書店、2000) 212頁以下参照。また、同法との関係では、医業の公共性が問題となったライヒ裁判所1936年6月19日判決 (RGZ 151, 349 [352 ff.]) をも参照。本判決は、傍論としてではあるが、いかなる場合に承諾なき侵襲が許されるかを詳細に論じている。唄・前出注 (5) 67頁注 (3); *Riedelmeier*, a. a. O. (Anm. 7), S. 28 参照。
- (127) ナチスの人種政策については、アルツール・ギユット (美濃口時次郎譯)「人口政策と人種政策」二荒芳徳編纂代表『新獨逸國家大系 第一卷 政治篇—1—』(日本評論社、1939) 369頁以下参照。
- (128) 罪刑法定主義の否定はその最たるものである。詳細は、内藤謙「刑法学説史 (一) 外国」中山研一ほか編『現代刑法講座 第1卷 刑法の基礎理論』(成文堂、1977) 121頁以下、136頁 [同『刑法理論の史的展開』(有斐閣、2007) 526頁以下所収] (以下、引用は後者による) 参照。また、牧野英一「刑法の革新とナチス刑法

- 綱領(二)警察研究11巻2号(1940)1頁以下、9頁以下〔同『改正刑法假案とナチス刑法綱領』(有斐閣、1941)121頁以下所収)、山中敬一「ナチス刑法における『法の革新』の意義——その解明の試み——」ナチス研究班『ナチス法の思想と現実〔研究叢書第3冊〕』(関西大学法学研究所、1989)159頁以下、165頁以下参照。
- (129) 井上(祐)・前出注(5)171頁。
- (130) 木村龜二「被害者の承諾と違法性」法學5巻10號(1936)1頁以下、4頁〔同『刑法解釋の諸問題 第一』(有斐閣、1939)305頁以下所収〕(以下、引用は後者による)。なお、同書所収時に、旧稿の「完全に全體主義の見地に立つて」という表現が、「専ら全體主義の見地に立つて」(同書309頁)〔——圈点筆者〕に改められている。
- (131) *Georg Thierack*, Notwehr, Notstand - Rechtfertigungsgründe im neue Strafrecht, in: Freisler/ Luetgebrune, Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht über die Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts, Berlin 1934, S. 85 ff., 88 f.
- (132) 木村・前出注(130)309-310頁。
- (133) 優生的理由に基づく強制的断種の制度もその一適用例にほかならない(町野・前出注〔3〕58頁)。
- (134) 旧刑法226条aの邦訳は、メツガア・前出注(122)274頁、法務大臣官房司法法制調査部司法法制課『ドイツ刑法典』法務資料439号(1982)参照。同条の制定過程については、町野朔「同意傷害——連邦通常裁判所一九五三年一月二九日判決BGHSt 4, 24」警察研究53巻1號(1982)82頁以下、84頁以下〔堀内捷三=町野朔=西田典之編『判例によるドイツ刑法(総論)』(良書普及会、1987)36頁以下所収)、塩谷・前出注(6)128頁以下を、同条の解釈については、阿部純二「傷害罪と承諾——その一側面」鴨良弼先生古稀祝賀『刑事裁判の理論』(日本評論社、1979)397頁以下、404頁以下、須之内克彦『刑法における被害者の同意』(成文堂、2004)23頁以下、41-45頁、小林・同意傷害256頁以下をそれぞれ参照。
- (135) Prussia Justizministerium (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 118), S. 4; 司法省調査課・前出注(118)3頁(訳語は適宜改めた)。同書(原文90頁、邦訳159-160頁)は、国防義務を保全または可能ならしめるための専断的治療行為が、許容されるべき旨を述べている。なお、当時の全体主義的医権思想については、唄・前出注(5)25頁以下、市野川・前出注(126)91頁以下参照。

- (136) 小野清一郎「ナチス刑法學の一體系——Siegert, Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate (1934) ——」法學協會雜誌52卷12號(1934)115頁以下、119頁〔同『法学評論(上)』(弘文堂、1938)85頁以下所収〕。
- (137) 井上(祐)・前出注(5)172頁。
- (138) 町野・前出注(3)289頁注(106)参照。
- (139) 宮沢=臼井・前出注(109)6頁。
- (140) ギュルトナー草案431条(專斷的治療行為)は、「①治療の目的をもって他人の承諾を得ずに治療した者は、2年以下の輕懲役または拘留に処する。……③延期によって、被治療者の生命または健康を著しく危険に晒すことなく、行為者が承諾を得ることができなかったときは、当該專斷は罰せられない。……」と規定する。法文は、*Rietzsch*, *Angriffe auf die persönliche Freiheit*, in: Franz Gürtner (Hrsg.), *Das kommende deutsche Strafrecht (Besonderer Teil) —Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, 2. Aufl., Berlin 1936, S. 420 ff., 430* (邦訳:リーチュ「個人の自由に對する侵害」司法省調査部『蔣來の獨逸刑法(各則)下——刑法委員會事業報告——』司法資料238號〔1938〕192頁以下、207-208頁); *Begründung zum Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs von 1936*, abgedruckt in *Jürgen Regge/ Werner Schubrt* (Hrsg.), *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, II. Abteilung, NS-Zeit (1933-1939) — Strafgesetzbuch, Band I. Entwürfe eines Strafgesetzbuchs, 2. Teil, Berlin/ New York 1990, SS. 262-264* 参照。田坂・前出注(4)352頁をも参照。
- (141) ギュルトナー草案419条(治療行為)も、「良心的な医師の慣行に適合する侵襲および治療は身体傷害でないが、專斷的治療行為として罰せられる。」と規定するが、内容面で特に変更はない。法文は、*Edmund Mezger*, *Körperverletzung*, in: Gürtner (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 140), S. 389 ff., 392 (邦訳:エドモンド・メツガア「傷害」司法省調査部・前出注〔140〕145頁以下、151頁)参照。
- (142) *Rietzsch*, a. a. O. (Anm. 140), S. 422 f.; リーチュ・前出注(140)197頁。
- (143) ナチスの安樂死計画については、*Karl Binding/ Alfred Hoche*, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Maß und ihre Form* (1920), Mit einer Einführung von Wolfgang Naucke, Leipzig 1920, 2. Aufl., Leipzig 1922 をまず参照。初版の部分訳として、中野峯夫「ビンディングの『殺人の許容』」法學論叢11卷5號(1924)110頁以下が、全訳およびその批判的検討として、

カール・ビンディング＝アルフレート・ホッヘ／森下直貴＝佐野誠訳著『「生きるに値しない命」とは誰のこゝか——ナチス安楽死思想の原典を読む——』（窓社、2001）がある。また、*Ernst Klee*, >>Euthanasie<< im NS-Staat: Die >>Ver-nichtung lebensunwerten Lebens<<, Frankfurt am Main 1983 も併せて参照。同書の邦訳として、エルンスト・クレー（松下正明監訳）『第三帝国と安楽死 [生きるに値しない生命の抹殺]』（批評社、1999）がある。さらに、宮野彬「生きる価値のない生命を絶つことの許容性——ビンディングとホッヘの見解を中心に——」鹿児島大学法文学部紀要法学論集3号（1967）130頁以下、同「ナチスドイツの安楽死思想——ヒトラーの安楽死計画——」同4号（1968）119頁以下、同『安楽死から尊厳死へ』（弘文堂、1984）299頁以下、甲斐克則「法益論の側面——人工心臓器遮断の許容性をめぐって——」九大法学45号（1982）63頁以下、85-86頁をも参照。

(144) 1939年草案424条（治療行為）の法文は、Deutsches Strafgesetzbuch vom Dezember 1939, S. 53 linke Spalte, zit. bei *Regge/ Schubert*, a. a. O. (Anm. 140), S. 569 linke Spalte 参照。

(145) 1939年草案436条（専断的治療行為）の法文は、Deutsches Strafgesetzbuch vom Dezember 1939, S. 54 linke Spalte, zit. bei *Regge/ Schubert*, a. a. O. (Anm. 140), S. 570 linke Spalte 参照。

(146) 宮沢＝白井・前出注（109）6頁。

【付記】

本稿は、平成24年度科学研究費補助金（特別研究員奨励費：課題番号24・4390）による研究成果の一部である。