

# 治療行為論の史的考察（二・完）

## ——ドイツ刑法の判例・学説を中心に——

天 田 悠

序

第1章 第二次世界大戦前の展開

第1節 前 史：治療行為論の揺籃期

第2節 ライヒ裁判所1894年「骨癌判決」（RGSt 25, 375）

第3節 治療行為論の「高揚」

第4節 身体利益説の胎動：ペーリングの見解を中心に

第5節 第二次世界大戦前夜の治療行為論

：エンギッシュとエベルハルト・シュミットの見解を中心に

第6節 小 括

（以上、本誌第64巻2号）

第2章 第二次世界大戦後の展開

第1節 戦後復興期の議論

第1款 「医師の説明義務」をめぐる判例・学説の諸相

第2款 結果説の抬頭

第2節 治療行為論の変転：3つの理論的アプローチをめぐる

第1款 治療行為傷害説（正当化モデル）の再評価のきざし

第2款 結果説的アプローチ

1 エーザーの修正結果説

2 結果説的アプローチの特徴

第3款 危険判断アプローチ

1 シュミットホイザーの危険緩和説

2 マリアーカタリナ・マイヤーの危険減少説

3 危険判断アプローチの特徴

第4款 法益論的アプローチ

- 1 ロクシンの見解
- 2 ホルンの「二元的」解決
- 3 タークの見解
- 4 法益論的アプローチの特徴

第3節 小括

第3章 ドイツ治療行為論の系譜とその現代的意義

第1節 総説

第2節 治療行為傷害説(正当化モデル)の系譜

第1款 判例の概観

第2款 学説の概観

- 1 個別的考察方法による基礎づけ
- 2 刑事政策的基礎づけ

第3節 治療行為非傷害説(構成要件モデル)の系譜

第1款 概説:共通の問題意識

第2款 傷害罪と自己決定権:法益論的アプローチの現在地

第3款 治療行為の適法化メルクマール:治療結果の刑法的評価を中心に

第4節 小括

結語

(以上、本号)

## 第2章 第二次世界大戦後の展開

### 第1節 戦後復興期の議論

#### 第1款 「医師の説明義務」をめぐる判例・学説の諸相

1 (西)ドイツの議論が再び「高揚」を経験したのは、第二次世界大戦後、医師の説明義務に関する判決が相ついで登場したことに端をなす。

たとえば、連邦通常裁判所1954年7月10日「第1電気ショック判決(1. Elektroschockurteil)」は、ライヒ裁判所1894年「骨癌判決」<sup>(135)</sup>によって確立された同意原則を、基本法上保障された生命・身体の不可侵性および身体に

対する自己決定権から根拠づけ、承諾の前提として強化された説明義務を一般原則として認め<sup>(136)</sup>たうえで、「医師の説明義務の範囲と程度は、生じうる副作用の頻度とその困難さ、および当該侵襲の危険性が相まって決定される<sup>(137)</sup>」と判示した。

連邦通常裁判所1957年11月28日「第1筋腫判決（1. Myomurteil）」も、「医師が——たとえそれが医学上正当な理由による場合であったとしても——その意見を適時に求めうる患者に対して、その者の事前の承認を得ずに、専断的かつ独断的に、重大な結果をもたらす手術を行ったとしたならば、それは、人の人格の自由と尊厳に対する違法な干渉であらう<sup>(138)</sup>」と説き、さらに、連邦通常裁判所1958年12月9日「第2電気ショック判決（2. Elektroschockurteil）」<sup>(139)</sup>、連邦通常裁判所1959年1月16日「放射線判決（Strahlenurteil）」<sup>(140)</sup>は、患者の自己決定権が基本法上保障された権利であることを確認したうえで、医師の説明義務の対象と範囲について詳論している。<sup>(141)</sup>

2 これらの一連の判決に触発された刑法学説も、説明義務の諸問題に取り組みはじめた。

ゲラルト・グリュンヴァルト（Gerald Grünwald）は、医師が患者に「予定された治療の性質」と「起<sup>・</sup>こ<sup>・</sup>り<sup>・</sup>う<sup>・</sup>る<sup>・</sup>結果」について事情を説明しなければならないのか、そして、どの程度までこれを告知しなければならないのか、<sup>(142)</sup>と問いかける。グリュンヴァルトは、連邦通常裁判所が掲げた「典型的危険（*typische Gefahr*）」の説明義務に言及し、この概念をつぎのように批判する。すなわち、典型的危険は、非常に珍しいケースにおいてのみ生じる危険とどのように異なるのであろうか。しかし、具体的事案においてその発生を予見することができる危険を「典型的」ととらえるのであれば、「典型的」という表現は、なにも述べていないことになる。<sup>(143)</sup>「なぜなら、患者が、現実的かつ具体的な危険についてのみ説明を受けなければならない、というのは当然のことだからである」、<sup>(144)</sup>と。

そして、グリュンヴァルトは、連邦通常裁判所の「典型的危険」基準に関

して、「その危険が合理的患者の決定に際して重要となる場合や、きわめて珍しい損害が問題となる場合には、医師は、その損害が有する危険について患者に告知しなければならない<sup>(145)</sup>」として、つぎのようにいう。すなわち、医師の説明は、「それを告知することが患者の健康または生命にとって重大な危険をもたらすであろう、という特別な事情が予想される場合に」欠落し、あるいは制限される<sup>(146)</sup>。医師は、患者の健康または生命に対する重大な危険が予想されるとき、患者の人格または精神状態を顧慮しつつ、まさにこの患者に帰属する特殊事情が損害をもたらすと予想される場合にはじめて、その説明を差し控えることができるのである<sup>(147)</sup>。

3 かくして、戦後、治療行為傷害説(正当化モデル)、治療行為非傷害説(構成要件モデル)のいずれに立とうとも、患者の承諾、自己決定権を尊重する姿勢は自明の前提とされるにいたった。しかし、一切の細目に及ぶ包括的教示は不要であるとしても、その説明の対象・範囲をいかにして画定するのか、患者に対する説明を省略することは可能か、もし可能だとすればそれはどのような場合か、という課題は残されたままであった。基本法が患者の自己決定権の高調を謳う以上、それを規範化し、医師に対して行為規範を呈示する必要性が生じはじめたのである<sup>(148)</sup>。

## 第2款 結果説の抬頭

以上のような変遷を経て、「医師の説明義務」の問題が提起され、判例・学説のみならず刑法改正作業もこの問題に取り組むこととなったが、その一方で、治療行為の体系的地位に関する問題も刑法学者たちの関心を引きつけてきた。とくに、1960年代以降は、治療の成功・失敗をメルクマールとする「結果説(Erfolgstheorie)」が頭角をあらわしはじめる。

1 アルトゥール・カウフマン(Arthur Kaufmann)は、基本法の本質<sup>(149)</sup>論からアプローチを試み、つぎのような結論にいたっている。すなわち、「[医学上]必要であり、[医療]技術上適正に実施された治療措置は、少な

くともその措置が成功した場合は、身体の統合性の侵害では決してなく、まったくの正反対である。つまり、治療措置は、身体の統合性の維持・回復である」<sup>(150)</sup>、と。

このように、カウフマンは、「成功した治療行為の場合、身体傷害の犯罪類型はすでに否定されている。成功した治療行為は、健康を回復させたのだから『健康侵害』ではなく、その行為は、身体の有害で不適切な取扱いではないのだから、『身体的虐待』でもない」<sup>(151)</sup>と叙述する一方で、（医師が治療結果を見誤り、あるいは有害な副作用を惹起したという意味での）失敗した治療行為は、傷害罪（場合によっては殺人罪）の犯罪類型を充足すると述べている。「それにひきかえ、当該侵襲が〔医学的〕適応性を備え、〔医療〕技術上適正に実施されたという事情は、その失敗結果が、——事前に（ex ante）評価されるべき——許されたリスクの枠内にあること、あるいは、その医師の行為が社会的に相当であることを意味し」、その場合は、失敗した治療行為も、刑法223条の不法構成要件には該当しない、<sup>(152)</sup>という。

2 『医師の刑法』を上梓したパウル・ボッケルマン（*Paul Bockelmann*）も、この時代を代表する結果説論者のひとりである。

まず、ボッケルマンは、判例の立場が理論上貫徹しえないことを論証する。ボッケルマンは、治療行為が患者の承諾によってのみ正当化される傷害であるとすれば、過誤による治療や有効な承諾を得ずに行われた治療は故意の傷害となるはずなのに、判例はつねに過失の傷害としていること、未成年者や精神障害者の患者の場合は、必ずしも承諾が必要とされていないことを指摘し、つぎのようにいう。「治療侵襲の法的評価にあたっては、治療侵襲がそれらから成っているところの個々の部分行為（*einzelner Teilakt*）……ではなく、最終的に発生する結果を含めた全体行為（*Gesamtakt*）が基礎に置かれるべきである」<sup>(154)</sup>、「患者を治療し、またはその苦痛を改善したところの成功した侵襲は傷害ではない」<sup>(155)</sup>、と。

「これに対して、失敗した侵襲は、傷害罪の客観的構成要件を充足する」<sup>(156)</sup>。

なぜなら、「その侵襲自体が惹起する身体の健全 (körperliches Wohl) の毀損が生じ、結果的に、身体の健全の増加や、全体的または部分的回復、健康の強化による清算 (Ausgleich) が達成されなかった、という全体行為の評価が生まれる<sup>(157)</sup>」からである。したがって、「その侵襲が失敗し、それゆえに、客観的にみてそれが傷害である場合には、執刀医が223条の主観的構成要件をも実現したかどうかを問う必要がある」が、「故意または過失がない場合は、傷害罪 (223条、230条) の主観的構成要件は充足されない」。「これに対して、223条の客観的構成要件は、手術結果とともに明らかとなる肉体の健全の毀損によってはじめて実現され、したがって、故意は、まさにこの点に向けられていなければならない。故意がこの点に向けられていない場合は、単に過失傷害が問題となるにすぎず、……過失も、まさに身体の健全の毀損が医師の注意義務違反の結果であるという前提のもとでのみ肯定され<sup>(158)</sup>る」。

3 結果説に対しては、まず、治療行為の実施時点で、その行為が傷害罪の構成要件に該当するのか、それとも構成要件に該当しないのかが確定できず、傷害罪の成否が偶然発生した結果に委ねられることになり、治療行為の刑法的評価が「賭けごと (Glücksspiel) に格下げ」<sup>(159)</sup>されてしまう、という批判が想定される。また、傷害罪の成否が、終局的には行為者の故意に基づくことになるため、その行為がたとえどれほど無謀なものであっても、ほとんどの事例において傷害の故意が否定されかねない、という不都合も考えられる。<sup>(160)</sup>さらに、とくに外科手術の場合、その手術以前の状態に、完全に元どおりになることはありえない、という指摘もありうるだろう。

しかしながら、社会的相当性、許されたりスク等の道具立てを用いながら、戦前からの問題意識を受け継ぎつつ結果説の深化を図った点に、アルトゥール・カウフマンやボッケルマンの議論の意義が認められると考える。

4 以上のようにして、結果説が抬頭しつつあった一方で、次世代の刑法

学者たちによる、さらに新たな潮流が次々に形成されようとしていた。次節では、これらを順次みていくことにする。

## 第2節 治療行為論の変転：3つの理論的アプローチをめぐって

### 第1款 治療行為傷害説（正当化モデル）の再評価のきざし

1 治療行為傷害説（正当化モデル）は、1960年代には、判例上その地位を確たるものとしていた<sup>(162)</sup>。その後、推定的承諾、仮定的承諾の法理に関する判決が続々と出されたが、そのいずれもが治療侵襲の傷害構成要件該当性を肯定したうえで、その正当化の可否を判じている<sup>(163)(164)</sup>。

2 ところで、刑法改正作業が落ちつきを見せはじめた1970年代のなかばころから、判例法理の結晶体とでも呼ぶべき1962年草案が失敗に終わり、1970年代案も頓挫したことを受けて、専断的治療行為処罰規定の実現が遠のいたとみたためか、刑法223条を基礎とする治療行為傷害説（正当化モデル）が一躍脚光を浴びるようになった<sup>(165)</sup>。

たとえば、デトレフ・クラウス（*Detlef Krauss*）や、テオドール・レンクナー（*Theodor Lenckner*）は、刑法223条の健康侵害を「実体侵害（*Substanzverletzung*）または機能障害（*Funktionsstörung*）によって惹起された、身体能力（*körperliche Leistungsfähigkeit*）の毀損<sup>(166)</sup>」と解し、治療侵襲はすべて、それが一時的であるにせよ、患者の身体能力ないし身体的健全感を些細とはいえない程度に侵害した以上、傷害罪の結果無価値を實現しているとして、最終結果ではなく、個々の中間行為に基づいて治療侵襲を評価すべきである、と主張した<sup>(167)</sup>。さらに、ペーター・クラマー（*Peter Cramer*）は、治療侵襲を傷害構成要件から排除することで生じる処罰の間隙に配慮して判例の立場に与し<sup>(168)</sup>、フォルカー・クライ（*Volker Krey*）も、刑法典に専断的治療行為処罰規定が新設されるまでは、患者の自己決定権および人間の尊厳を手厚く保護するために、判例の立場を維持すべきであるとして<sup>(169)</sup>いる。

3 このように、判例は、現在にいたるまで治療行為傷害説（正当化モデル）を支持しつつ、一部の論者もこれに迎合する気配を見せつつある。しかし、それでも多くの論者は、治療行為非傷害説（構成要件モデル）を放棄していない。そして、治療行為非傷害説（構成要件モデル）を基軸とする論者のなかでも、1970年代案以降、（1）結果説的アプローチ、（2）危険判断アプローチ、および（3）法益論的アプローチの3つが抬頭してきたように思われる。そこで、以下では、この3つの理論的アプローチを順次概観し、ドイツ治療行為論の軌跡を跡づける。

## 第2款 結果説的アプローチ

### 1 エーザーの修正結果説

まず、第1のアプローチは、結果説の枠組みを継承しつつ、その相対化を志向するものである。アルビン・エーザー（*Albin Eser*）の修正結果説（*modifizierte Erfolgstheorie*）<sup>(170)</sup>がこれにあたる。<sup>(171)</sup>

エーザーはつぎのようにいう。「刑法にとって、健康に方向づけられた医学の視点という意味において、もっぱら患者の『身体の健全』の保護が重要であるとすれば、傷害罪の構成要件は、はじめから、その医療行為が身体の健全の毀損を招いたときにのみ実現されうることになるであろう。なぜなら、健康を促進した侵襲であれば、すでに傷害の『結果無価値』が欠落するであろうし、しかもその場合、医師が健康の改善（または健康の悪化の阻止）を、レックス・アルティス<sup>(172)</sup>を遵守して達成したのか、それともまさにこれを無視したにもかかわらず達成したのか、医師は患者の承諾を得て〔治療を〕行ったのか、それとも承諾を得ずにこれを行ったのかは、顧慮されないであろうからである」<sup>(173)</sup>と。

エーザーによれば、患者の健康を促進した（成功した）治療行為は、患者の承諾の有無や、医学準則の遵守いかんにかかわらず、刑法223条、229条の傷害構成要件の結果無価値<sup>(173)</sup>を欠く。これに対して、患者の健康や、身体の健



全の改善をもたらした治療行為であっても、たとえば四肢の切断や身体機能の変更・停止のように、それが患者の身体に対する「重大な実体変更（wesentliche Substanzveränderung）」と結びつく場合は、（患者の身体の統合性を保護するために）患者の承諾が必要であり、その承諾を得てはじめて、傷害の結果無価値が欠落する<sup>(174)</sup>。一方で、患者の健康の悪化を招いた（失敗した）治療行為の場合であっても、「その措置が、α）医学的に適応し、β）レーゲ・アルティスに則って実施され、かつ、γ）主観的にみて治療目的にしたがって行われたとき<sup>(175)</sup>」は、傷害罪の構成要件に該当しない。

そして、エーザーは、医学的適応性および医術的正当性を評価する際に、当該侵襲を「事前に」判断することをよしとする。なぜなら、医師はつねに刑事処罰のリスクにさらされており、治療後に判明した事情に基づいて法的評価が下されるのでは、医師はその治療を行うことを躊躇してしまうであろうからである。<sup>(176)(177)</sup>

## 2 結果説的アプローチの特徴

治療行為の成功・失敗という判断基底を維持しつつも、身体・健康に関する自己決定権を保護する姿勢をつらぬく点に、エーザーの修正結果説の特徴がある。このエーザー説の根底には、基本法上保障された権利と結びついた「身体」、「健康」に対する理解がある。すなわち、「刑法223条の……構成要件においては、健康の保護だけではなく、身体の統合性の保護も重要であり、「これは、本人の保持意思に左右されることから、本人の自己決定の利益（Selbstbestimmungsinteresse）も、ともに重要な役割を果たしている<sup>(178)</sup>」。したがって、傷害罪は、自己決定権そのものを保護しているわけではなく、その者の身体・健康に関する処分権の自由を保護しているのである。<sup>(179)</sup>

以上のような問題意識に基づいて、エーザーは、「自己決定権」侵害の発露としての「重大な実体喪失、実体変更」がある場合に、身体傷害の無価値が実現されるというのである。

### 第3款 危険判断アプローチ

#### 1 シュミットホイザーの危険緩和説

つぎに、危険判断アプローチの主張者として、エベルハルト・シュミットホイザーとマリアーカタリナ・マイヤーが挙げられる。

まず、エベルハルト・シュミットホイザー (*Eberhard Schmidhäuser*) は、治療行為の刑法的性質を、その危険緩和説 (*Gefahrinderungstheorie*) に基づいて説明しようとする。<sup>(180)</sup> シュミットホイザーは、医学的適応性があり、医学準則に則って行われた医師の治療侵襲を念頭に置きながら、大要つぎのようにいう。すなわち、一方でその治療侵襲が行われたとしたら得られたであろう患者の利益 (身体状態の改善・増進) と、他方でその侵襲が行われなければ患者の身体に差し迫るであろう不利益 (身体状態の悪化・減退) とを比較すれば、前者の場合については、患者の身体に対する「危険」が緩和されたことを意味している、と。この危険緩和説によれば、その治療侵襲が実際に成功したか、それとも失敗したかは重要ではない。

かくして、シュミットホイザーは、その危険緩和説の立場から、刑法223条の法益侵害を前提とすることはできない、と結論づけている。

#### 2 マリアーカタリナ・マイヤーの危険減少説

つぎに、シュミットホイザーの意思を継ぎ、危険減少説 (*Gefahrverringeringstheorie*) を展開したのが、マリアーカタリナ・マイヤー (*Maria-Katharina Meyer*)<sup>(181)</sup> である。マイヤーによれば、「その行為が適切であり、法益客体に差し迫った危険をもっぱら減少させる意思によって支えられている場合は」、<sup>(182)</sup> 刑法223条の身体的虐待の構成要件が欠落する。このとき、その治療侵襲が実際に成功したか、それとも失敗したかは問題にならない。<sup>(183)</sup> むしろ、患者には、重大な苦痛または新たな重大リスクが要求されるべきであり、その場合、各事案を事前的に考察することが必要となる。<sup>(184)</sup> その場合、患

者に対して、事前に十分な説明を行ったうえで得た承諾（了解〔Einverständnis<sup>(185)</sup>〕のみが、傷害罪の構成要件該当性を阻却することができる<sup>(186)</sup>。

### 3 危険判断アプローチの特徴

シュミットホイザーの所説も、マリアーカタリナ・マイヤーの所説も、表現の相違こそあれ、ベーリングと同じく、差引き計算したうえでの患者の「身体利益」侵害の不存在を、その実質的論拠としているということができ<sup>(187)</sup>る<sup>(188)</sup>。

しかし、危険緩和説・危険減少説に対しては、その根幹をなす「危険緩和<sup>(189)</sup>」ないし「危険なき侵襲」概念があまりに不明確であるという批判はもとより、これらの所説が事象全体からみて結果的に身体的健全感を改善するものである点を重視せず、虐待行為、つまり、有害で不適切な行為を重視する点に批判が向けられている。それによれば、虐待の結果ではなく、虐待の行為を重視することで、その行為が、たとえ事前に予測できた危険を現実化せずとも、患者の承諾がなければ傷害罪の成立を認めてしまうことになる<sup>(190)</sup>。

さらに、患者の生命・健康に対する危険という不利益が、事前的にみた患者の利益に吸収されるため、なくなってしまうということとはできない、という批判<sup>(191)</sup>も提出<sup>(192)</sup>されている。

## 第4款 法益論的アプローチ

第二次世界大戦後の議論のうち、もっとも注目すべきは、身体法益の本質論を正面から問題とし、傷害罪の保護法益と自己決定権の関係に着眼するアプローチが展開されはじめたことである。以下、これを「法益論的アプローチ」と総称し、はじめに、その概要をうかがうことにする。

### 1 ロクシンの見解

クラウス・ロクシン（*Claus Roxin*）は、傷害罪の保護法益には、法益処

分権者の自己決定権も含まれている、と主張する。

ロクシンは大要つぎのようにいう。身体・健康法益は、人格の自由な発展の保護に資するものである。<sup>(193)</sup>しかし、ドイツ現行刑法典が専断的治療行為処罰規定を置いていない以上、刑法223条は、身体法益とともに身体の統合性に対する自己決定権をも保護していると認めざるをえない。<sup>(194)</sup>「身体は、肉と骨のかたまりとして保護客体となるのではなく、その者に宿り、その者を支配する精神と結びつくときのみ、保護客体となるのであり、人は、身体・精神が不可分一体の存在として刑法的保護を享受するのである、と。<sup>(195)</sup>

## 2 ホルンの「二元的」解決

エックハルト・ホルン (Eckhard Horn) は、「『二元的』解決 (die „zweispurige“ Lösung)」と呼ばれる見解に基づいて、刑法223条に内在する保護法益の解明を試みている。ホルンの主張は、つぎのことばに端的に表れている。傷害罪の保護法益には、①自己決定権と、②身体の統合性というふたつの法益があり、「これらの法益に対する2種類の侵害も、きわめて厳格に、互いに区別されなければならない」。<sup>(197)</sup>

まず、①について、「法益の担い手、ないしそのような承諾を与える権限を有する者の、有効な現実的または推定的承諾を得ずに行われた……他の者の組織体に対する直接的・物理的な作用はすべて、虐待の形式における223条の客観的構成要件を充足する」。<sup>(198)</sup>

つぎに、②について、「健康侵害の観点のもとでは、以下の点で学説上の一般的見解と一致している。すなわち、客観的・事前的にみて (objektiv-ex-ante)、医学的適応性があり、レーゲ・アルティスに則って実施された侵襲は不可罰である、という点がそれである」。<sup>(199)</sup>これに対して、「その侵襲が医学準則によれば [医学的] 適応性がないか、あるいはその侵襲を実施する際に医学準則から逸脱している場合」は、医的侵襲の結果が重要となり、<sup>(200)</sup>「患者の全体的な健康状態の悪化という基準」<sup>(201)</sup>からみて「身体の統合性」の侵害が

ある場合は、傷害罪の構成要件該当性が認められ、それとともに故意の有無が検討される。<sup>(202)</sup>

かくして、ホルンの「二元的」解決は、人の身体・健康に関する自己決定権が傷害罪の枠内で保障されているという前提に立ちつつ、判例の立場を解釈論的に修正し、<sup>(203)</sup>健康侵害が首肯できる場合に、特定の要件のもとで構成要件該当性を否定している。ホルンの「二元的」解決は、患者の自己決定権の侵害と、健康状態の悪化（身体の統合性の侵害）を峻別しようとする点にその特徴がある。

### 3 タークの見解

ブリギッテ・ターク (*Brigitte Tag*) の見解も、法益論的アプローチのひとつに位置づけられる。タークは、医師の治療行為の問題について、身体<sup>(204)</sup>の不可侵性を保護する犯罪構成要件に光をあてた分析を試みている。

まず、タークが批判するのは、身体<sup>(205)</sup>の不可侵性という保護法益をもっぱら客観的・生物学的なものにとらえ、身体・健康に関する処分権の自由や、患者の自己決定権の侵害を「自由に対する罪」に帰属させる所説である。タークは、この所説をつぎのように批判する。すなわち、身体とそれに関する自己決定権は不可分一体のものであり、「傷害構成要件が身体<sup>(206)</sup>の不可侵性とともに身体に関する人格の自由な発展を保護していないとすれば、人が客体に格下げされる危険、つまり、第三者の理性の高権 (*Vernunftthoheit*) の客体となる危険<sup>(205)</sup>がある」。したがって、「刑法223条、229条の刑法上の保護領域は、法益の担い手個人の価値関係を顧慮したうえで、精神が身体状態ないし健康状態のかたちで示されているかぎり、少なくともその精神をも取り込んでいなければならない」<sup>(206)</sup>、と。

タークによれば、刑法223条、229条の傷害構成要件は、人の客観的・生物学的な現存在としての形態のみならず、その者の身体に宿る処分権の自由、さら<sup>(207)</sup>に言えば患者の自己決定の自由をも保護している。そうだとすると、治

療行為に対する患者の承諾はもっぱら傷害構成要件該当性の問題であり、専断的に行われた治療侵襲は、その侵襲の成否にかかわらず、身体<sup>(208)</sup>の統合性に対する罪、つまり、傷害罪の枠内で捕捉されるという。

そして、タークは、以下のような手順にしたがって身体傷害の無価値判断を行う。

まず、医師が医学準則に則り、患者の有効な承諾を得て治療行為を行ったときは、それが実際に成功したか、失敗したかにかかわらず、有害で不適切な取扱い、つまり、身体的虐待の行為無価値が欠落する。これに対して、以上の諸条件を欠く場合（そのかぎり、医師が少なくとも未必の故意をもって行為した場合）<sup>(209)</sup>は、行為無価値が実現される。その後、医師の治療行為が、患者の身体的健全感または身体<sup>(210)</sup>の不可侵性の些細とはいえない程度の侵害を惹起したかどうか、つまり、身体的虐待の結果無価値が判断される。このとき、その行為が、「身体<sup>(210)</sup>の触診や、きわめて微量のガンマ線を用いた治療といった、最小限度の診断的措置のような些細な侵襲」にとどまる場合は、身体的健全感または身体<sup>(210)</sup>の不可侵性の著しい侵害をもたらしていないため、身体的虐待の結果無価値が欠けることになる<sup>(210)</sup>。

その一方で、健康侵害の行為無価値は、「事前的観点からみて、レーゲ・アルティスに則って実施され、インフォームド・コンセントを得て行われた医療行為の場合に欠落する」<sup>(211)</sup>。健康侵害の結果無価値判断も先ほどと同様である。このとき、健康侵害の行為無価値判断と結果無価値判断が、治療行為の成否や、（副作用等も含む）一時的な健康の悪化に左右されることはない<sup>(212)</sup>という。

以上がタークの見解の概要である。タークは、まず、①エーザーの修正結果説に対し、身体・健康に関する処分権の自由、患者の自己決定権は、「重大な実体喪失、実体変更」がある場合だけに限定されず、刑法223条、229条によって保護されている自律は、実体を保護する利益だけで汲みつくされるものではない<sup>(213)</sup>、と批判する。そして、②ホルンの「二元的」解決に対して

は、「自己決定権」侵害との関係で身体的虐待と健康侵害の二分法をとる根拠は説得的でなく、とくに、「健康侵害」の枠内での「自己決定権」の侵害を等閑視することは、「健康を『害し』」という構成要件要素の語義に適合していない<sup>(214)</sup>、としてこの解決方法に疑問を呈している。

以上の点に関して、タークは、まず、①について、身体的健全感または身体<sup>(215)</sup>の不可侵性に対する侵害を基準とすることでこの批判を回避し、つぎに、②について、患者の自己決定権の帰属対象が身体的虐待と健康侵害の双方であると<sup>(216)</sup>し、行為無価値と結果無価値の判断をそれぞれ行うことで問題の解決を試みている。

タークのこの見解は、学説史的にみれば、ロクシン、ホルンが形成した潮流を受け継ぐ、戦後の法益論的アプローチのひとつの到達点として位置づけることができる。

#### 4 法益論的アプローチの特徴

法益論的アプローチは、身体利益の分析を試みる点において、ベーリング、エンギッシュ、エベルハルト・シュミットらの身体利益説と、問題意識を一部同じくするものである。しかし、法益論的アプローチは、民事法学者ゲルト・ブリュッゲマイヤー（*Gert Brüggemeier*）の「二重の保護法益論（die Lehre vom doppelten Schutzgut）」から着想を得て、基本法上保障された身体<sup>(217)</sup>の不可侵性、自己決定権を顧慮しながら身体法益の本質を考究し、傷害罪の枠内で、身体・健康に関する処分権の自由、患者の自己決定権を保護しようとするものである<sup>(218)</sup>。まさしくこの点にこそ、第二次世界大戦前の身体利益説との決定的な違いがあり、かつ、このアプローチ最大の特徴があるといえよう。

### 第3節 小括

ここまで、戦後ドイツにおける判例・学説の議論を概観してきた。

第二次世界大戦後、説明義務に関する諸判決が相ついで登場したことを受けて、刑法学説もこの問題に取り組みはじめた。その一方で、アルトゥール・カウフマンやボッケルマンは、治療の成功・失敗をメルクマールとする結果説の精緻化を試みた。

その後、1970年代のなかばころから、以下の2つの点において議論に変転が訪れる。第1の点が、治療行為傷害説(正当化モデル)の再評価のきざしであり、第2の点が、治療行為論における3つの理論的アプローチ(結果説的アプローチ、危険判断アプローチ、および法益論的アプローチ)の抬頭である。

### 第3章 ドイツ治療行為論の系譜とその現代的意義

#### 第1節 総説

本章では、前章までの議論を総合し、ドイツにおける議論の現在地とその意義を明らかにする。この作業をつうじて、今後、わが国の議論を精緻化する際の視角が析出できるものと思われる。

そのために、まず、判例の治療行為傷害説(正当化モデル)およびこれを支持する所説を概観し、つぎに、治療行為非傷害説(構成要件モデル)内部の共通点・相違点を整理する。

#### 第2節 治療行為傷害説(正当化モデル)の系譜

##### 第1款 判例の概観

1 判例<sup>(219)</sup>の立場によれば、医師の治療侵襲は、たとえそれが身体状態を改善・維持する目的で行われ、医学的適応性を備え、医学準則に則って行われたとしても、刑法223条の傷害罪の構成要件に該当し、患者の自律的決定に基づく承諾によって正当化される。判例は、「患者の意思は最高の法である(voluntas aegroti suprema lex)」という基本原則に基づいて、患者(またはその法定代理人)の意思が尊重されなければならないと判示しているが、



患者の自己決定に対する基本権（基本法2条1項）、身体の不可侵性に対する基本権（同条2項）と、医師の治療権との相克は、いまなお解消されていない。<sup>(220)</sup>

2 とくに、第二次世界大戦後は、医師の説明義務（の内容と範囲）の問題に議論が集中している。患者は、これから行われる治療侵襲の「本質、意義および射程」<sup>(222)</sup>を十分に理解していなければ有効な承諾を与えることができず、医師による包括的な説明、とりわけ、その侵襲にともなうリスクおよび負担に関する説明、さらに場合によっては、代替療法に関する説明も必要となる。<sup>(223)</sup>

むろん、患者の現実的承諾を適時に得ることができない場合、いわゆる「遅れると危険（Gefahr im Verzug）」の場合もある。そのような場合には、推定的承諾や仮定的承諾の法理が補完的に適用される。<sup>(224)</sup>これに対して、万一の場合や緊急の場合、推定的意思を決定するための資料がない場合、配慮権者が、緊急時に子の福祉を犠牲にしなければならない場合には、刑法34条の正当化緊急避難が適用されうる。<sup>(225)</sup>

## 第2款 学説の概観

一部の学説は、判例の治療行為傷害説（正当化モデル）を支持しており、大別して以下の2点にその基礎づけを求めている。

### 1 個別的考察方法による基礎づけ

第1が、個別的考察方法による基礎づけである。この基礎づけによれば、刑法上、医師の治療行為を評価する際は、直接的な侵襲それ自体、つまり、個別の侵襲をそのつど顧慮しなければならない。<sup>(226)</sup>たとえば、医師の外科手術には、（一時的とはいえ）健康状態の悪化がつきものであり、四肢の切断のような実体喪失、実体変更をともなう場合、被侵襲者の苦痛をともなう場合には、全体的考察方法では不十分であり、各行為を時間的に分割して、それ

それを個別に考察する必要があるという。

しかし、この基礎づけに対しては、職人が器物を修理する際に刑法303条の器物損壊罪は成立しえない、という器物損壊事例における不均衡が指摘されている。それによれば、通常、時計などの物品を修理する際に、修理業者は、その物品をまず分解してから修理し、そしてこれを組み立てなおすことになるであろうが、その際、この行為が器物損壊にあたるという者は誰一人としておらず、これと同様に、患者を治癒することも刑法上の傷害罪にはあたらない<sup>(229)</sup>という。

この点、ヨーゼフ・ハイムベルガー (Joseph Heimberger) は、つぎのような具体例を挙げてこの基礎づけに疑問を呈している。「燕尾服を仕立ててもらうために、仕立屋に1枚の黒い布を与えたとしよう。仕立屋はその布をいくつかのパーツに切り分け、これによって器物損壊を犯したことになる。仕立屋は、それらのパーツを互いにピンで留める、つまり、その布という物体にピンを突き刺し、これによって再び器物損壊を行う。これについで、仕立屋は、ボタンが掛けられるよう、さらに布に穴をあけ、そのあと、または器物損壊なくして行いえないボタンの縫い付けを行い、そして最後に、そうした器物損壊からの絶え間ない一連の流れを経て、上品な燕尾服が完成<sup>(230)</sup>するのである」。

## 2 刑事政策的基礎づけ

第2が、刑事政策的基礎づけである。この基礎づけによれば、医師の治療行為を傷害構成要件から除外した場合、このとき生ずる処罰の間隙によって患者の自己決定が保護されないことになる。「患者は、『医師の理性の高権の客体に』<sup>(231)</sup>なってはならない」が、刑法解釈論上、自由剥奪罪(刑法239条)または強要罪(刑法240条)によって患者の自己決定権を捕捉するのは困難であるため、傷害罪(刑法223条)の枠内でこれを保護しようというのである<sup>(233)</sup>。

もっとも、この基礎づけに対しては、医師の行為が傷害構成要件に該当するというのなら、医師が単なる傷害行為者、ナイフをもった無頼漢（Messerstecher）と同視され、結果的に医師の信用性が損なわれる、という批判<sup>(233)</sup>がある。ただ、その職務を執行する際に、なんらかの犯罪構成要件を充足するが正当化される「刑事裁判官、……あるいは劇評家」<sup>(234)</sup>のような職業は他にもいくつ<sup>(235)</sup>かあるのだから、この基礎づけに理解を示したからといって、必ずしも医師とナイフをもった無頼漢とを同列に置くことにはならないように思われる<sup>(236)</sup>。

### 第3節 治療行為非傷害説（構成要件モデル）の系譜

#### 第1款 概説：共通の問題意識

治療行為傷害説（正当化モデル）に対して学説上有力なのが、治療行為非傷害説（構成要件モデル）である。医師の治療行為という患者の身体に向けられた肯定的態度は、傷害罪の構成要件に該当する否定的態度に変換されるべきでない<sup>(237)</sup>。これが、治療行為非傷害説（構成要件モデル）全般に共通する問題意識である。このモデルによれば、治療行為は全体として評価されるべきであり、患者の健康状態を改善する侵襲は個別に考察されるべきではなく<sup>(238)</sup>、目的的行為論や社会的行為論に基づいて、その侵襲の目的設定や社会的<sup>(239)</sup>有意味性に応じて評価されるべきであるという<sup>(240)</sup>。

しかし、治療行為非傷害説（構成要件モデル）の論者は、その細部にいたってはそれぞれ異なる基礎づけを試みている。以下、このモデルをつかさどるふたつの対立軸を中心に議論を整理していく。

#### 第2款 傷害罪と自己決定権：法益論的アプローチの現在地

治療行為非傷害説（構成要件モデル）は、判例と異なり、患者の自律、つまり、治療行為に対する承諾に統一的な意味を与えていない<sup>(241)</sup>。治療行為との関係で傷害罪の保護法益をどのように理解するかについては、以下のふたつ

の见解が対立している。これが、第1の対立軸である。

1 多数説は、傷害罪の保護領域を身体的・生物学的な不可侵性に限定<sup>(242)</sup>し、身体・健康に関する処分権の侵害をもっぱら自由に対する罪に帰属させている。<sup>(243)</sup>

刑法223条の法益に自由権を読み込むことに対して、エベルハルト・シュミットは、立法者の意図と完全に乖離してしまうとして警鐘を鳴らし、ヴェルナー・ニーゼ (Werner Niese) も、「法定構成要件体系およびこれに帰属する法益体系が、法治国家にとってもっとも憂慮すべきかたちで解体されてしまうであろう<sup>(245)</sup>」、として非難の声をあげている。これらの声と同調する他の論者も、傷害罪の構成要件に自己決定権を含意させることは、身体に対する罪と自由に対する罪の交錯する境界が不明確になる、基本法103条2項の明確性の原則に反する<sup>(247)</sup>、と批判している。<sup>(246)</sup>

2 以上の多数説に対し、近時の有力説は、客観的・生物学的な身体性のみならず、自己の身体・健康に関する自由な処分権、法益の担い手の自己決定権も、傷害罪の保護法益に含まれている、と反論する。<sup>(248)</sup>有力説によれば、法益に対する処分権の行使は、法益の「侵害」ではなく、その実現であり、<sup>(249)</sup>人の身体と、その身体に関する自己決定権とを分離することは不可能である<sup>(250)</sup>という。

たとえば、ヴィルフリート・ボトケ (Wilfried Bottke) は、健康法益が主観的傾向を有していると述べ、<sup>(251)</sup>クラウスも、「身体機能としての健康が何であるのかは、その機能の目標を設定する者だけがこれを決まることができ、身体の健全感が何であるのかは、まさに健全である者だけがこれを述べる<sup>(252)</sup>ことができる」として、傷害罪の保護法益が身体の不可侵性とどまらず、さらに自己決定権をも含むことを示唆している。「なぜなら、何人も、個人の価値観によって特徴づけられた利益を、本人自身より正しく判断することはできないからである<sup>(253)</sup>」。

医師の治療行為との関係で、この旨を明確に宣言したのがホルンである。<sup>(254)</sup>

ホルンは、刑法223条の二重の保護法益を出発点として、患者の自己決定権を阻害する専断的な治療侵襲行為は身体的虐待の構成要件を充足し、身体<sup>(255)</sup>の不可侵性の保護を健康侵害に帰属させている。タークの見解も、ホルンの見解と一部共通の問題意識につかさどられているといえよう。<sup>(256)(257)</sup>

第3款 治療行為の適法化メルクマール：治療結果の刑法的評価を中心に治療行為非傷害説（構成要件モデル）の第2の対立軸は、治療行為の適法化メルクマールを措定・操作するか否かにかかわるものである。刑法学説の多くは、治療目的、医学的適応性、医学準則等を衡量メルクマールとして掲げているが、それらのなかでも、治療行為の「成功」、「失敗」をめぐる対立がとくに顕著であるように思われる。

そこで、以下では、治療結果の刑法的評価に関する議論を手がかりに、各論者の主張の共通点・相違点を整理していくこととする。

治療結果の刑法的評価をめぐることは、主として以下のふたつの立場が主張されてきた。

1 第1が、治療結果を重視しない立場である。この立場の主唱者は、治療行為をその実施時点で、事前的に評価するため、「実際の効果それ自体」<sup>(258)</sup>を重視しない。医学的適応性を備え、医学準則に則って行われた治療行為は、その成否にかかわらず、傷害罪（または殺人罪）の客観的構成要件に該当しない、<sup>(259)</sup>というのである。<sup>(260)</sup>

もっとも、この立場の内容は一様ではない。たとえば、エンギッシュは、その治療に、患者にとって高度の優越的利益が認められる場合は、刑法223条、229条の意味における傷害は成立しないと主張する。<sup>(261)</sup>エンギッシュは、患者の優越的利益を判断するにあたって、患者の身体利益の侵害・増進を基準としている。エンギッシュをはじめとする身体利益説の支持者たちは、身体傷害を身体利益の侵害ととらえ、患者の健康に対する侵害を客観化し、医

学的・客観的な利益侵害の不存在を論証しようとしているが、まさに、この「健康」に対する理解が批判にさらされている。つまり、この論証に対して否定的な論者は、総じて、健康は「きわめて主観的な財<sup>(262)</sup>」なのであるから、「健康」以外による基準の設定は不可能であり、客観的な利益侵害を基準とする差引残高的な発想は採用できない<sup>(263)</sup>、と批判するのである。

一方、エベルハルト・シュミットは、医学準則に則って行われた治療行為が失敗した場合に、不真正不作為犯の原理を援用することによって、不作為時点での事前的考察方法に基づく解決を試みている<sup>(264)</sup>。シュミットは、その前提として、医師の治療行為の社会的有意義性に着目し、治療行為を全体としてひとつの行為としてとらえている。しかし、とくに失敗した治療行為を刑法上処理する場合、作為による危険の惹起と、その危険を「回避しなかった」という不作為というかたちで、行為がふたつに分割されることになり、たとえ、「行為の社会的意味」というメルクマールを持ち出したとしても、この不整合を説明することは困難であるように思われる。

さらに、危険判断アプローチの始唱者シュミットホイザーは、医学的適応性を備え、医学準則に則って行われた治療侵襲が、当該侵襲を差し控えたときに身体に差し迫る不利益と比較して「危険の緩和」を意味し、傷害という法益侵害結果を前提とすることはできない<sup>(265)</sup>、と説示する。危険判断アプローチの論者によれば、患者に対する危険と結びついた救命目的によって治療侵襲が行われた場合<sup>(266)</sup>には、傷害罪の構成要件に該当しない。しかし、このアプローチの根幹をなす危険概念の不明確さはもとより、治療が失敗し、患者に対する実体損害が現実化している以上、傷害罪の構成要件不該当を導くことには、やはり無理があるといわざるをえない<sup>(267)</sup>。さらにいえば、傷害罪の成否が、危険増加や危険緩和・減少に左右される理論的根拠の呈示も求められよう。

2 第2が、治療結果を重視する立場(結果説)である。結果説は、成功した治療行為と失敗した治療行為に基づいて評価するものであり、この立場<sup>(268)</sup>

によれば、成功した治療行為は傷害構成要件に捕捉されえず、その際、患者の承諾を得ていたかどうかは問題とならない。<sup>(269)</sup> 現行刑法上、自己決定権の侵害は、自由に対する罪によって捕捉されるにすぎず、<sup>(270)</sup> その治療が成功し、患者の身体的・生物学的状態を全体として改善した以上、これを刑法上考慮する必要はないという。<sup>(271)</sup>

一方、失敗した治療行為については評価が分かれている。たとえば、①失敗した治療行為は傷害罪の客観的構成要件を充足するが、治療目的や救助の意思に基づいて傷害の故意を否定し、主観的構成要件が欠けるとする見解、<sup>(272)</sup> ②患者の承諾に構成要件該当性阻却効を認める見解が主張されている。さらに、③医療過誤の場合は、医学準則に基づいて設定された注意義務を遵守することで犯罪性が否定され、たとえ傷害結果や死亡結果を惹起しうる治療行為であっても、それは許されたリスクや社会的相当性の理論の枠内で説明可能である、<sup>(274)</sup> とする見解もある。

しかし、結果説の思考方法に対しては、主として以下の2点について批判が想定されうる。第1が、「結果」のとらえ方に対する批判であり、第2が、全体的考察方法の不徹底に対する批判である。

まず、①治療の成功という最終結果を考察するにあたって、（たとえそれが一時的なものであるとしても）その侵襲の中間段階で生じた損害を無視することはできないし、そもそも、治療の成功・失敗という「結果」は、必ずしも一義的に判断できるものではない。<sup>(275)</sup> また、②たとえその治療が最終的に患者の身体利益を悪化させなかった場合であっても、個別的考察方法を適用せざるをえず、そのかぎりでは全体的考察法を貫徹することはできない。つまり、たとえ最終的に患者に治癒結果が生じたとしても、すでにその侵襲結果によって生じた構成要件の結果を、その後生じた治癒結果によって相殺ないし否定することは理論上不可能である、<sup>(276)</sup> ということである。

この点、ユーザーは、たとえ治療が成功した場合であっても、それが、四

肢の切断や身体機能の変更・停止のような重大な実体喪失・実体変更と結びつくときは、患者の承諾が必要であるとする。<sup>(277)</sup>しかし、「実体喪失、実体変更、実体侵害<sup>(278)</sup>」という基準は、その実不明確であるばかりでなく、それがなぜ構成要件実現にとって重要となるのかは必ずしも明らかではない。<sup>(279)</sup>さらに、患者の自己決定権、身体の処分権の自由が傷害罪の保護法益に内在しているとすれば、それは、四肢の切断や身体機能の変更・停止のような重大な実体喪失、実体変更を惹起した場合のみならず、あらゆる場合にも同様に妥当するといわなければならないであろう。<sup>(280)</sup>

#### 第4節 小括

ここまで、前章までの歴史的記述から得られた知見を総合し、ドイツの議論の到達点を確認してきた。

判例は、治療行為傷害説（正当化モデル）を採用し、約100年以上にわたってこれを堅持しつづけている。また、刑法学説の一部にもこのモデルを支持するものがあり、その理論的基礎づけを試みている。

これに対して、学説上有力な治療行為非傷害説（構成要件モデル）は、判例を克服するためにさまざまな方策を呈示している。もっとも、患者の承諾を重要な衡量要素として掲げ、全体的考察方法を採用する点ではおよそその一致をみているものの、各論者の考え方は一様ではない。そのなかでも、傷害罪の保護法益論からこの問題にアプローチする潮流と、治療行為の適法化メルクマールを呈示し、これらの操作によって適法化の可否を決する潮流があるように思われる。前者の潮流は、傷害罪の枠内で自己決定権にどのような意義を付与するかを検討するものであり、その問題意識自体は第二次世界大戦前から連綿と受け継がれ、近時の論者も展開しているものである。後者の潮流は、治療目的、危険判断、医学的適応性、医学準則等の複数の衡量メルクマールを掲げるものであり、本章では、治療結果の刑法的評価を手がかりに、各見解の共通点・相違点を整理し、治療結果を重視しない立場に分析



を加えるとともに、治療結果を重視する立場（結果説）については、その判断枠組み自体に疑問があることを指摘した。

## 結 語

以上、治療行為論に関するドイツの判例・学説の歴史的発展過程をたどり、同国の議論の出発点から到達点までを素描してきた。もっとも、本稿では、ドイツの判例・学説の変遷に重きを置いたがために、その当否については十分に論じることができなかった。これについての私見は、続稿以降において、わが国の議論を検討したうえで詳論することとし、最後に、残された課題を示すことでこの小稿を閉じることにしたい。

### 一 傷害罪の保護法益について

まず、本稿をつうじて、傷害概念の意義・射程をつねに念頭に置いて解釈を行うドイツ法の基本的姿勢が明らかとなった。このような姿勢は、わが国の議論にとっても参考になるように思われる。なぜなら、わが国の通説によれば、治療行為は傷害罪の構成要件に該当し、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きたところ、従来の議論は、もっぱら刑法35条という「便利な（？）<sup>(281)</sup>規定」の解釈に主眼を置くがあまり、身体法益、傷害概念の本質論からの検討については、やや手薄な面があったといわざるをえないからである。

そこで、今後は、ドイツ現行刑法223条が成立するまでに、学説上どのような議論が展開されてきたかを明らかにするとともに、わが国の議論がドイツのそれからどのような影響を受けているかについて、わが国の議論の形成過程をも念頭に置きながら分析をすすめ、医師の治療行為との関係で、傷害罪の保護法益をどのようにとらえるか、という課題に取り組むことにしたい。

### 二 ドイツ法以外の比較法研究の必要性

そして、今後は、ドイツ法以外の比較法研究をも視野に入れつつ、研究に組み込む必要がある。たとえば、オーストリアでは、刑法110条の専断的治療行為処罰規定に基づく運用が行われているという。また、わが国の刑法35条と同旨の正当行為規定を有するスイスでは、ドイツと同様、治療行為傷害説(正当化モデル)と治療行為非傷害説(構成要件モデル)の鋭い対立が存在するといわれている。しかし、これらの国々の議論はわが国に十分に紹介すらされていない。ドイツと連続性を有するが、立法状況が異なるこの二か国において、本稿でみたような議論の共通点・相違点がどのようなかたちで存在しているかを認識し、これを相対化することは、将来、わが国の議論を検討するにあたって、有益な素材のひとつになりうると考える。

—2013年10月2日稿—

## 【付 録】

|                        | 治 療 結 果  |  | 医 学 準 則                       |  | その他の<br>メルクマール  |
|------------------------|--|--|-------------------------------|--|---|
|                        | 成 功  | 失 敗  | 高 度                           | 低 度  |   |
| 以下の見解は、個別的考察方法を前提としている |  |  |                               |  |   |
| 判 例                    | <ul style="list-style-type: none"> <li>○ 治療行為は、刑法223条(傷害罪)の構成要件をつねに充足する</li> <li>○ このことは、医学的適応性の存否、医学準則の遵守とは無関係である</li> <li>○ 違法阻却事由、とくに患者の承諾が必要である</li> </ul> |  |                               |  |   |
| 以下の見解は、全体的考察方法を前提としている |  |  |                               |  |   |
| 身体利益説                  | 重視されず  | 重視されず                                      | 傷害罪の客観的構成要件は、治療結果にかかわらず充足されない | <ul style="list-style-type: none"> <li>○客観的構成要件が充足される</li> <li>①医学準則に故意に違反した場合 = 故意傷害</li> <li>②医学準則に過誤により違反した場合 = 過失傷害</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>○当該治療に優越的利益が認められる場合を考慮(エンギッシュ)</li> <li>○不真正不作為犯の原理に基づき、治療が失敗した場合を考慮(E・シュミット)</li> </ul> |
|                        | ○医学準則の遵守ないし治療目的の有無にかかわらず、傷害罪の構成要件は実現されない   | ○傷害罪の客観的構成要件を充足する<br>①医学準則を遵守した場合、治療目的がある場 |                               |  |   |

|                | 治療結果  |  | 医学準則               |  | その他の<br>メルクマール  |
|----------------|---|--|--------------------|--|---|
|                | 成功  | 失敗   | 高度                 | 低度   |   |
| 結果説            | ○医学準則に故意に違反した場合、治療目的のない場合は、傷害未遂が問題となる   | 合は、主観的構成要件が欠落する<br>②医学準則に違反した場合、治療目的のない場合は、故意傷害または過失傷害が問題となる   | 治療が失敗した場合に考慮される    | 治療が失敗した場合に考慮される  | ——  |
| 修正結果説          | ○（四肢の切断や身体機能の変更・停止のような）重大な実体喪失、実体変更がないかぎり、医学準則の遵守や治療目的の有無にかかわらず、傷害罪の客観的構成要件は充足されない<br><br>○治療目的を欠く場合、医学準則に故意に違反した場合は、傷害未遂が問題となる | ○患者が了解していなかった場合は、傷害罪の客観的構成要件が充足されるが、医学準則を遵守し、治療目的があった場合は、主観的構成要件が欠落する<br><br>○治療目的を欠く場合、医学準則に故意に違反した場合は、主観的構成要件が充足され、故意傷害が成立する | 治療が失敗した場合に考慮される    | 治療が失敗した場合に考慮される  | ○治療は成功したが、（四肢の切断のような）重大な実体喪失、実体変更が発生した場合<br><br>①患者がその侵襲に了解していた場合は、傷害ではない<br>②患者の了解を得ていなかった場合、治療目的がない場合、または医学準則に違反した場合は、故意傷害である |
| 危険緩和説<br>危険減少説 | 重視されず   | 重視されず  | 重視されず              | 重視されず  | ①危険が減少・緩和した場合<br>＝構成要件該当性なし<br>②危険が増加した場合<br>＝構成要件該当性あり   |
| 「二元的」<br>解決    | 過誤による医的侵襲の場合のみ考慮される   | 過誤による医的侵襲の場合のみ考慮される  | 治療結果にかかわらず、健康侵害はない | ①治療が成功した場合は、健康侵害がない（ただし、医学準則に故意に違反した場合は、傷害未遂が問題となる）<br>②治療が失敗した場合は、健康侵害があり、行為者の内心に応じて故意傷害ま | 患者の身体に対する直接的・専断的侵襲はすべて、故意の身体的虐待を構成する  |

|  | 治療結果 |    | 医学準則 |                     | その他の<br>メルクマール |
|--|------|----|------|---------------------|----------------|
|  | 成功   | 失敗 | 高度   | 低度                  |                |
|  |      |    |      | たは過失傷害の<br>成否が問題となる |                |

※ この表は、W. Bauer, a. a. O. (Anm. 45), S. 203 ff. をもとに作成した

(135) 詳細は、本稿第1章第2節第1款参照。

(136) 神山・前出注(25)330頁参照。

(137) BGH NJW 1956, 1106 [1107]. 第1電気ショック事件は、電気ショック療法による骨折の危険について争われた事案である。連邦通常裁判所は、医学上適正に行われた治療行為が刑法223条の構成要件を充足し、原則として、患者（またはその法定代理人）の承諾がなければ当該行為の違法性は阻却されない、と判示した。

(138) BGHSt 11, 111 [114]. 第1筋腫事件は、子宮筋腫の切除手術の開始後に、当該筋腫を除去するには子宮全体を切除する必要があることが判明し、主治医である被告人が、患者にその旨を知らせずに、子宮全摘手術を行った事案である。患者は、筋腫摘出には承諾していたが、子宮全摘には承諾していなかった。原審は、本件事実関係のもとでは、患者がこのような手術の拡大に承諾しているという前提に立つことが許容されるから、患者の承諾が存在しないことを認識していなかった本件医師には過失がないとして、無罪を言い渡した。これに対して、連邦通常裁判所は、患者の自己決定権を「基本法2条2項第1文で保障された身体の不可侵性に対する権利」と解し、原審のような前提は許容されないとして、被告人に有罪を言い渡した。

(139) BGHZ 29, 46. 第2電気ショック事件は、電気ショック療法によって生じた左大腿骨頸複雑骨折およびその後遺症について、当該療法の危険性に関する説明の有無について争われた事案である。下級審ではともに原告が勝訴し、被告が上告した。

(140) BGHZ 29, 176. 放射線事件は、子宮癌患者の治療に際し、放射線療法の併発症に関して医師の説明がなく、患者もこれを認識していなかったという事案である。連邦通常裁判所は、医師は癌患者に対しても放射線療法の特別な危険を告知しなければならない、と判示した。

(141) たとえば、1962年草案理由書も、「本条〔1962年草案162条（治療目的での専断的治療行為）——筆者〕の目的は、基本法2条2項で保障された患者の自己決定権を刑法上保護することにある」と叙述し、この考え方を裏づけている（天田・前出

注（４）「（二・完）」11頁参照）。一方、第２電気ショック判決は、「意見の相違は、この承諾の性質いかん、つまり、患者が自己の状態を洞察していることがとくに要件とされているか否か、そしてそれはどの程度か、さらに、患者が自己の疾患の種類ならびに予定された治療の本質、意義および起こりうる副作用について説明されなければならないかどうか、といった問題からはじまる」（BGHZ 29, 46〔50〕）と述べている（唄・前出注（72）『医事法学への歩み』10頁、34-35頁参照）。以上の判決については、天田・前出注（４）「（二・完）」32頁注（160）～33頁注（163）も参照。

(142) *Gerald Grünwald*, Die Aufklärungspflicht des Arztes, ZStW 73 (1961), S. 5 ff., 12. 圏点は原文で隔字体である。第1電気ショック判決が、説明の要否を分かつ「典型的危険」基準をクローズアップしたことを契機として、医師の説明義務は予想される危険すべてにまで及ぶ必要はなく、「起こりうる危険のうち、『典型的危険』については説明を要し、『非典型的危険』については説明を要しない」というドグマがひとつ打ち立てられようとしていた（唄・前出注（72）『医事法学への歩み』30頁参照）。グリュンヴァルト論文が、このドグマに対する疑問に基づくものであることは想像にかたくない。なお、危険に関する説明をめぐる判例・学説の議論については、山下登「医師の説明義務をめぐる最近の議論の展開（2）——ドイツの判例・学説を中心として——」六甲台論集30巻3号（1983）33頁以下、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）154頁以下が詳細である。

(143) *Grünwald*, a. a. O. (Anm. 142), S. 12, 14 f. 参照。圏点は原文で隔字体のところである。

(144) *Grünwald*, a. a. O. (Anm. 142), S. 15. また、*ders.*, Heilbehandlung und ärztliche Aufklärungspflicht, in: Hans Göpinger (Hrsg.), *Arzt und Recht: Medizinisch-juristische Grenzprobleme unserer Zeit*, München 1966, S. 125 ff., 141 ff. も参照されたい。

(145) *Grünwald*, a. a. O. (Anm. 142), S. 16.

(146) *Grünwald*, a. a. O. (Anm. 142), S. 26.

(147) *Grünwald*, a. a. O. (Anm. 142), S. 29; *ders.*, a. a. O. (Anm. 144), S. 149 f. 参照。

(148) 唄・前出注（72）『医事法学への歩み』36頁以下、山中・前出注（72）「（1）」40頁以下、「（2・完）」37頁以下参照。このことは、戦後、刑法改正草案が説明義務の特則を設けたことから読み取れる。天田・前出注（４）「（二・完）」7頁以

下、11頁以下参照。

(149) 戦後、基本法を根拠として患者の自己決定権を論ずることによって、伝來的な判例法の立場は一段と強化された。ただ、判例がこのように基本権を援用することについては、基本法の適用範囲の面だけでなく、実質的価値衡量の面からも、若干の疑問が提起されていた。アルトゥール・カウフマン (*Arthur Kaufmann*, *Die eigenmächtige Heilbehandlung*, *ZStW* 73 (1961), S. 341 ff.) の疑問は、この後者の面につらなる (唄・前出注 (72) 『医事法学への歩み』10-11頁注 (1) 参照)。カウフマンは、「基本法2条で保障された自由な意思決定という価値と、身体の統合性という価値との衝突がどのようにして解消されうるか、という法的・倫理的問題がむしろ重要である」(*ders.*, a. a. O., S. 352) とするが、結局、基本法2条によってこの問題を解決することはできない、と結論づける。なぜなら、基本法2条は、身体の不可侵性に対する権利とともに、人身の自由に対する権利をも保護しており、同条がこのふたつの権利のいずれかに優先権を与えているとはいえないからである。治療侵襲が傷害罪の構成要件に該当するという判例の伝統的理解によれば、専断的治療行為はふたつの法益をひとつの行為で (*uno actu*) 侵害している。そうだとすれば、このふたつの法益の衝突について基本法は決め手にならず、依然として未解決のままである、というのである。

(150) *Kaufmann*, a. a. O. (Anm. 149), S. 352. その場合、医師の治療措置は、身体の不可侵性に対する患者の基本権を侵害してないが、その措置が患者の承諾を得ずに行われたという点で、その自己決定権を侵害しているという (*ders.*, a. a. O., S. 352 f.)。

(151) *Kaufmann*, a. a. O. (Anm. 149), S. 372. 圏点は原文で隔字体である。

(152) *Kaufmann*, a. a. O. (Anm. 149), S. 373. 圏点は原文で隔字体である。ハンス・ヴェルツェル (*Hans Welzel*) もこれと同様の方向性を示唆するものである。ヴェルツェルの見解については、わが国にもすでに多くの先行研究が存在するため、本稿では立ち入らないこととする。詳しくは下記の文献を参照されたい。藤木英雄「社会的相当行為雑考」警察研究28巻1号(1957)44頁以下〔同『可罰的違法性の理論』(1967・有信堂)51頁以下所収〕、同「社会的相当性と構成要件該当性」同『可罰的違法性』(1975・学陽書房)77頁以下、とくに81頁以下、宮澤浩一「開かれた構成要件と法義務のメルクマール(二)」法学研究34巻10号(1961)44頁以下〔同・前出注(113)『刑法の思考と論理』139頁以下所収、179頁以下〕、青柳文雄「社会的相当性についての実務的考察」法学研究35巻12号(1962)1頁以下、福田

- 平「社会的相当性」日本刑法学会編・前出注（19）『刑法講座 第2巻』106頁以下〔同『目的的行為論と犯罪理論』（1964・有斐閣）133頁以下所収〕、西原春夫「構成要件の価値的性格——犯罪論における定型的思考の限界・その二——」早稲田法学41巻1号（1965）161頁以下〔同・前出注（77）『犯罪実行為論』65頁以下所収〕、西山・前出注（100）165頁以下、篠田・前出注（100）185頁以下、井上・前出注（19）『刑事判例の研究（その一）』70頁、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。
- (153) *Bockelmann*, a. a. O. (Anm. 9), Strafrecht des Arztes. このモノグラフの紹介として、金沢文雄「パウル・ボッケルマン著『医師の刑法』」判例タイムズ248号（1970）63頁以下がある。*Ders.*, Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1961, S. 945 ff.; *ders.*, Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten, JZ 1962, S. 525 ff.; *ders.*, Das Strafrecht des Arztes, in: Albert Ponsold (Hrsg.), Lehrbuch der Gerichtlichen Medizin: Für Mediziner und Juristen, 3. Aufl., Stuttgart 1967, S. 1 ff. も参照。ボッケルマンの見解を紹介するわが国の先行研究として、たとえば、町野・前出注（2）96頁以下、武藤・前出注（22）251頁以下、265-266頁注（32）、佐久間・前出注（25）「(一)」118頁以下、小林（公）・前出注（3）61頁以下がある。
- (154) *Bockelmann*, a. a. O. (Anm. 9), S. 66.
- (155) *Bockelmann*, a. a. O. (Anm. 9), S. 67.
- (156) *Bockelmann*, a. a. O. (Anm. 9), S. 67. 圏点は原文でイタリック体である。なお、その侵襲によって患者が死亡した場合は、殺人罪の構成要件に該当するという（*ders.*, a. a. O., S. 82 Anm. 90）。
- (157) *Bockelmann*, a. a. O. (Anm. 9), S. 68.
- (158) *Bockelmann*, a. a. O. (Anm. 9), S. 68. 圏点は原文でイタリック体のところである。
- (159) たとえば、*Engisch*, a. a. O. (Anm. 8), ZStW 58 (1939), S. 9; *Detlef Krauss*, Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung, in: Festschrift für Paul Bockelmann, München 1979, S. 557 ff., 561 f. 参照。
- (160) *Tag*, a. a. O. (Anm. 5), S. 194.
- (161) たとえば、AとBが喧嘩をし、Aがナイフをつかみ、Bを突き刺したところ、それがたまたまBの体内の腫瘍にあたり、膿が流れ出て、それまで危険にさらされていたBの生命が助かったという、いわゆる「偶然治療」の事例がそうである。

この事例については、*Hans Welzel*, *Das neue Bild des Strafrechtssystem: Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 4. Aufl., Göttingen 1961, S. 11 f. を参照されたい。この論文の邦訳として、ハンス・ヴェルツェル(福田平=大塚仁訳)『目的的行為論序説〔第三版〕——刑法体系の新様相——』(1979・有斐閣) 16-17 頁がある。

- (162) 第1筋腫判決は、「これ〔治療行為傷害説(正当化モデル)——筆者〕に対して学説上加えられた異論(これについては、Eb. Schmidt, „Der Arzt im Strafrecht“, im Lehrbuch der gerichtlichen Medizin von Ponsold, 1957 S. 35 を見よ)については、検討を要しない」(BGHSt 11, 111〔112〕)として、治療行為非傷害説(構成要件モデル)を一蹴している。本稿第2章第1節第1款1. も参照。
- (163) BGHSt 45, 219 (BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 6); JR 2004, 251 (BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 7)。本稿では、推定的承諾、仮定的承諾の諸問題には立ち入らず、詳細な検討は別の機会に行うこととする。
- (164) しかし、その一方で、説明義務の一方的な強調に疑問を呈し、自己決定権の高調傾向に警鐘を鳴らした判例もある。たとえば、連邦通常裁判所1960年10月28日判決(BGHSt 15, 200) (第2筋腫判決〔2. Myomurteil〕)、連邦通常裁判所1963年6月28日判決(BGH JZ 1964, 231) を参照されたい。説明義務については、連邦憲法裁判所1979年7月25日決定(BVerfGE 52, 131) が重要である(本決定の紹介として、金澤文雄「患者の自己決定権と医師の説明義務——西ドイツの連邦憲法裁判所判決とシュライバーの判例批判をめぐって」*広島法学* 4巻2号(1980) 57頁以下がある)。
- (165) 町野・前出注(2) 107頁、天田・前出注(4) 「(二・完)」 15頁参照。
- (166) *Krauss*, a. a. O. (Anm. 159), S. 560。さらに、*Theodor Lenckner*, *Arzt und Strafrecht*, in: Balduin Forster (Hrsg.), *Praxis der Rechtsmedizin für Mediziner und Juristen*, Stuttgart/ New York 1986, S. 569 ff., 594 も参照。クラウド説に関しては、町野・前出注(2) 92頁以下、95頁、佐久間・前出注(25) 「(二)」 128頁以下、佐藤・前出注(22) 335頁、田坂・前出注(22) 370-371頁注(49) 等を参照されたい。
- (167) *Krauss*, a. a. O. (Anm. 159), S. 559 f., 561; *Detlef Krauß*, *Der „Kunstfehler“ oder zur Bedeutung juristischer Kategorien für die Bewertung ärztlichen Handelns*, in: Heike Jung/ Hans Wilhelm Schreiber (Hrsg.), *Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht*, Stuttgart 1981, S. 141 ff., 144 f.; *Lenckner*, a. a. O.



- (Anm. 166), S. 594.
- (168) *Cramer*, a. a. O. (Anm. 7), S. 773, 774 f.
- (169) *Volker Krey*, in: Volker Krey/ Manfred Heinrich, *Strafrecht Besonderer Teil*, Band 1, Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte, 13. Aufl., Stuttgart 2005, § 3 Rn. 208 ff., 219.
- (170) エーザーの修正結果説の検討にあたって、本稿では、*Albin Eser*, *Medizin und Strafrecht – Eine Schutzgutorientierte Problemübersicht*, ZStW 97 (1985), S. 1 ff. [この論文の邦訳として、アルビン・エーザー（上田健二訳）「医学と刑法——保護利益に向けられた問題の概観——」アルビン・エーザー（上田健二＝浅田和茂編訳）『先端医療と刑法』（1990・成文堂）1頁以下、同『医事刑法から統合的医事法へ』（2011・成文堂）1頁以下がある]を主に取りあげ、*ders.*, *Heileingriff – ärztliche Aufklärungspflicht – Sterilisation und Kastration – Transplantation*, in: Albin Eser, *Juristischer Studienkurs, Strafrecht III*, 2. Aufl., München 1981, 7 (S. 87 ff.); *Eser/ Sternberg-Lieben*, a. a. O. (Anm. 22), § 223 Rn. 27 ff. もあわせて参照している。エーザー説に関する邦語文献としては、武藤・前出注（22）255頁、267頁注（45）、齊藤・前出注（3）23-24頁、佐藤・前出注（22）331-332頁、田坂・前出注（22）363-364頁、小林（公）・前出注（3）67頁、島田・前出注（3）327頁等がある。
- (171) *Horst Schröder*, *Eigenmächtige Heilbehandlung im geltenden Strafrecht und im StGB-Entwurf 1960*, NJW 1961, S. 951 ff., 952 f. も、結果説的アプローチに分類できると思われる。ホルスト・シュレーダーの見解については、町野・前出注（2）94-95頁、武藤・前出注（22）254-255頁、佐久間・前出注（25）「(二)」111頁以下、小林（公）・前出注（3）59頁以下、島田・前出注（3）360頁注（45）、362頁注（59）等を参照されたい。
- (172) *Eser*, a. a. O. (Anm. 170), ZStW 97 (1985), S. 6 f. エーザー（上田訳）・前出注（170）『医事刑法から統合的医事法へ』6-7頁参照。なお、本稿の文脈との関係で、訳語は適宜改めた（以下同じ）。
- (173) *Eser*, a. a. O. (Anm. 170), *Juristischer Studienkurs III*, 7 A 10 ff. (S. 90 ff.); *Eser/ Sternberg-Lieben*, a. a. O. (Anm. 22), § 223 Rn. 32 ff. もちろん、医学準則の重大な違反がある場合は別である。
- (174) *Eser/ Sternberg-Lieben*, a. a. O. (Anm. 22), § 223 Rn. 33 参照。圏点は原文で太字である。

- (175) *Eser*, a. a. O. (Anm. 170), ZStW 97 (1985), S. 7. エーザー (上田訳)・前出注 (170)『医事刑法から統合的医事法へ』7頁参照。
- (176) *Eser/Sternberg-Lieben*, a. a. O. (Anm. 22), § 223 Rn. 36. *Eser*, a. a. O. (Anm. 170), Juristischer Studienkurs III, 7 A 9 (S. 90) も参照。
- (177) 論述の便宜上、エーザー説に対する論評は、本稿第3章第3節第3款2. で行う。
- (178) *Eser*, a. a. O. (Anm. 170), ZStW 97 (1985), S. 5. エーザー (上田訳)・前出注 (170)『医事刑法から統合的医事法へ』5頁参照。圏点は原文でイタリック体である。
- (179) *Eser*, a. a. O. (Anm. 170), ZStW 97 (1985), S. 18 f. 参照。エーザー (上田訳)・前出注 (170)『医事刑法から統合的医事法へ』17-18頁参照。これと関連して、エーザーは、1975年のオーストリア刑法110条を範として、専断的治療行為処罰規定を創設し、身体の統合性をより手厚く保護すべきである、と主張している (*ders.*, a. a. O., S. 19)。エーザーの主張については、*ders.*, Zur Regelung der Heilbehandlung in rechtsvergleichender Perspektive, in: FS-Hirsch, a. a. O. (Anm. 15), S. 465 ff., 482 参照。この論文の邦訳として、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」エーザー (上田=浅田編訳)・前出注 (170)『医事刑法から統合的医事法へ』71頁以下がある。
- (180) *Eberhard Schmidhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2. Aufl., Tübingen 1975, 8/ 121; *ders.*, Strafrecht Besonderer Teil, Grundriß, 2. Aufl., Tübingen 1983, 1/ 5; *ders.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Aufl., Tübingen 1984, 5/ 105. シュミットホイザーの見解については、佐久間・前出注 (25)「(三・完)」168頁注 (19)、島田・前出注 (3) 363頁注 (67) 等も参照されたい。シュミットホイザーによれば、被害者の承諾に基づく行為は構成要件に該当せず、被害者の承諾は正当化事由に属さないという帰結が導かれるが、彼の治療行為論も承諾論上の帰結を前提とするものである。曾根・前出注 (32) 238頁以下参照。
- (181) *Maria-Katharina Meyer*, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum: Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung, Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1984, S. 211 ff. マリアーカタリナ・マイヤーの見解の紹介として、佐藤・前出注 (22) 332頁以下、小林 (公)・前出注 (3) 81-82頁、島田・前出注 (3) 329-330頁、350頁等がある。

- (182) *Maria-Katharina Meyer*, Reform der Heilbehandlung ohne Ende – Ein Beitrag zum geltenden Strafrecht und zum Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums 1996 –, GA 1998, S. 415 ff., 419.
- (183) *M-K. Meyer*, a. a. O. (Anm. 181), S. 211 f.; *dies.*, a. a. O. (Anm. 182), S. 419.
- (184) *M-K. Meyer*, a. a. O. (Anm. 182), S. 419. マリアーカタリナ・マイヤーは、生命維持措置、生命緩和（Lebenserleichterung）措置にも言及し、当該措置が患者の生命を維持し、またはこれを緩和するためのものであれば、それは差し迫った危険をコントロールし、特段新たな危険を発生させるものではないため、ある特定の身体構成要素を切除することも傷害にはあたらないという。この点で、マイヤーの危険減少説は、その師シュミットホイザーの危険緩和説と異なる（*dies.*, a. a. O., S. 419 Anm. 27）。
- (185) 「了解（Einverständnis）」という訳語の選定にあたっては、甲斐克則「被害者の承諾」椎橋隆幸＝西田典之編『変動する21世紀において共有される刑事法の課題——日中刑事法シンポジウム報告書——』（2011・成文堂）95頁以下、111頁注（15）を参照した。
- (186) *M-K. Meyer*, a. a. O. (Anm. 182), S. 420.
- (187) 詳細は、本稿第1章第4節第2款参照。
- (188) 町野・前出注（2）92頁参照。
- (189) *W. Bauer*, a. a. O. (Anm. 45), S. 83.
- (190) *Lilie*, a. a. O. (Anm. 22), vor § 223 Rn. 4. 佐藤・前出注（22）333頁も参照。
- (191) 町野・前出注（2）98頁参照。
- (192) 危険判断アプローチの論評は、本稿第3章第3節第3款1.で行う。
- (193) *Claus Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., München 2006, § 2 Rn. 7 ff. 参照。なお、本文の訳出にあたって、平野龍一監修・町野朔＝吉田宣之監訳『ロクシン刑法総論 第一卷 [基礎・犯罪論の構造]（第三版）（翻訳第一分冊）』（2003・信山社）20頁以下を参照し、本稿の文脈との関係で、訳語は適宜改めた（以下同じ）。
- (194) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 193), § 13 Rn. 26. ロクシン（平野監修・町野＝吉田監訳）・前出注（193）598頁参照。
- (195) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 193), § 13 Rn. 14. ロクシン（平野監修・町野＝吉田監訳）・前出注（193）591頁参照。
- (196) ホルンは、*Eckhard Horn*, in: SK-StGB, Bd. II, Besonderer Teil, 14. Lfg.,

- Frankfurt am Main 1983, § 223 Rn. 35 ff. ではじめて「二元的」解決を提唱したが、本稿は、その2005年版 (*Eckhard Horn/Gereon Wolters*, in: SK-StGB, Bd. II, Besonderer Teil, 64. Lfg., Frankfurt am Main 2005, § 223 Rn. 35 ff.) に依拠して検討を進める。1983年版と比べても、その本質的部分に変更はないと考えるからである。なお、「zweispurige Lösung」の訳語としては、これを「二元的解決」と訳出するもの(金澤・前出注(3)138頁、齊藤誠二『刑法講義各論I〔新訂版〕』(1982・多賀出版)201頁、佐藤・前出注(22)336頁、小林(公)・前出注(3)364頁注(90)、島田・前出注(3)326頁等)と、「複線的解決」と訳出するもの(町野・前出注(2)316頁注(210)、佐久間・前出注(25)「(二)」119頁等)があるが、本稿では、ホルンが、「傷害構成要件は、互いに区別しうるふたつの法益を保護するものでなければならない」(*Horn/Wolters*, a. a. O., § 223 Rn. 35)〔—圏点筆者〕として、傷害罪が二種類の法益を内包することを論証しようとした点を重視し、「『二元的』解決」という訳語を用いることとする。
- (197) *Horn/Wolters*, a. a. O. (Anm. 196), § 223 Rn. 35. ホルンの問題意識の核心は、「自己決定権は数量化できない (nicht quantifizierbar)」 (§ 223 Rn. 38) という一言にある。なお、圏点はともに原文で太字である。
- (198) *Horn/Wolters*, a. a. O. (Anm. 196), § 223 Rn. 36. 圏点は原文で太字である。治療目的をもって行われた医師の治療行為であっても、それが患者の自己決定権を軽視して行われたかぎり、同様のことがいえるという。
- (199) *Horn/Wolters*, a. a. O. (Anm. 196), § 223 Rn. 40. 圏点は原文で太字である。その侵襲が、健康の改善、刑法226条(犯情の重い傷害)1項2号の意味における結果、死亡(生命の短縮)をもたらしたかどうかとは関係がないという。
- (200) *Horn/Wolters*, a. a. O. (Anm. 196), § 223 Rn. 41. 圏点は原文で太字である。
- (201) *Horn/Wolters*, a. a. O. (Anm. 196), § 223 Rn. 42. 圏点は原文で太字である。
- (202) *Horn/Wolters*, a. a. O. (Anm. 196), § 223 Rn. 43 参照。
- (203) *Hirsch*, a. a. O. (Anm. 22), vor § 223 Rn. 4 のことばである。
- (204) *Tag*, a. a. O. (Anm. 5), S. 3.
- (205) *Tag*, a. a. O. (Anm. 5), S. 92.
- (206) *Tag*, a. a. O. (Anm. 5), S. 92.
- (207) *Tag*, a. a. O. (Anm. 5), S. 66 f., 68 参照。
- (208) *Tag*, a. a. O. (Anm. 5), S. 182 ff., 441 参照。
- (209) *Tag*, a. a. O. (Anm. 5), S. 187.

- (210) *Tag*, a. a. O. (Anm. 5), S. 187 f.
- (211) *Tag*, a. a. O. (Anm. 5), S. 193.
- (212) *Tag*, a. a. O. (Anm. 5), S. 193 f.
- (213) *Tag*, a. a. O. (Anm. 5), S. 195 f. 参照。
- (214) *Tag*, a. a. O. (Anm. 5), S. 196 参照。
- (215) 詳細は、本稿第1章第4節、第5節参照。
- (216) *Gert Brüggemeier*, Deliktsrecht, Baden-Baden 1986, Ziff. 701.
- (217) *W. Bauer*, a. a. O. (Anm. 45), S. 124 Anm. 397 参照。
- (218) 法益論的アプローチに対して、ハンス・ルートヴィッヒ・シュライバー (*Hans-Ludwig Schreiber*) は、タークのモノグラフ (*Tag*, a. a. O. (Anm. 5), *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis*) の書評において、ドイツ民法823条1項の文言「身体」の保護法益に関する不法行為学説を用いてまで、患者の自己決定権を刑法上保護する必要性があるのだろうか、としてターク的手法に疑問を投げかけている。*Hans-Ludwig Schreiber*, *Buchbesprechungen*, MedR 2003, S. 189 参照。
- (219) ライヒ裁判所時代の代表的な刑事判例として、RGSt 25, 375 (骨癌判決); 38, 34; 74, 91 [93, 95 f.] 等、連邦通常裁判所時代の刑事判例として、BGHSt 11, 111 [112, 113 f.] (第1筋腫判決); 12, 379 [383 f.]; 16, 309; BGH JZ 1964, 231 [231 f.]; BGH NJW 1978, 1206 [1206] (抜歯判決); 1983, 352 [352 f.]; BGHSt 35, 246 [250]; BGH NSTz 1996, 34 [34 f.]; BGHSt 43, 306; 43, 346; 45, 219 [221 f.]; BGH NJW 2011, 1088 [1089 f.] (レモン果汁判決) 等がある。また、代表的な民事判例として、BGH NJW 1956, 1106 (第1電気ショック判決); BGHZ 29, 33 (甲状腺判決); BGHZ 29, 46 [49 f.] (第2電気ショック判決); BGH NJW 1971, 1887 [1887] 等があり、連邦憲法裁判所判例としては、BVerfGE 32, 98; 52, 131 [168 f.] 等がある。
- (220) *Duttge*, a. a. O. (Anm. 5), § 223 StGB, Rn. 8; *Fischer*, a. a. O. (Anm. 22), § 223 Rn. 19 参照。第1筋腫判決 (BGHSt 11, 111 [113 f.]) もこの点を指摘している。本稿第2章第1節第1款1. 参照。
- (221) もっとも、本稿は、医師の説明義務の問題はもとより、患者の承諾の欠缺・代行・拒絶等の問題、推定的承諾や仮定的承諾の問題を検討していない。これらの問題の検討は他日を期したい。
- (222) BGH NSTz 1981, 351 [351]. さらに、BGHZ 29, 33 [36 f.] (甲状腺判決);

- BGHSt 12, 379 [382 f.]; BGH NSTZ 2000, 87 [87 f.] 等も参照。ドイツ薬事法 (Arzneimittelgesetz: AMG) 40条1項第3文 a 号も同旨を規定する。
- (223) BGH NJW 1956, 1106 [1107 f.]; BGH NJW 1972, 335 [336]. 唄・前出注(72) 『医事法学への歩み』13頁以下、山下登「医師の説明義務をめぐる最近の論議の展開(1)——ドイツの判例・学説を中心として——」六甲台論集30巻1号(1983) 96頁以下、とくに142頁以下、河原・前出注(142) 55頁以下、小林(公)・前出注(3) 285頁以下、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、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、とくに29頁以下、山中・前出注(22) 80頁以下、97頁以下、同・前出注(72)「(1)」25頁以下等参照。
- (224) BGHSt 35, 246; 45, 219 等。唄・前出注(72) 『医事法学への歩み』42頁以下、町野・前出注(2) 210頁以下、齊藤・前出注(3) 39頁以下、山本啓一ほか「ドイツの医療過誤裁判における傷害罪関係判例」犯罪学雑誌65巻5号(1999) 207頁以下、217頁以下、井上・前出注(19) 『刑事判例の研究(その一)』75-77頁注(6)に加えて、*Eser/Sternberg-Lieben*, a. a. O. (Anm. 22), § 223 Rn. 38 f.; *Klaus Ulsenheimer*, *Der Arzt im Strafrecht*, in: Adolf Laufs/Wilhelm Uhlenbruck (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl., München 2010, § § 138 f. も参照。
- (225) *Tag*, a. a. O. (Anm. 5), S. 16; *W. Bauer*, a. a. O. (Anm. 45), S. 7.
- (226) *v. Liszt*, a. a. O. (Anm. 43), S. 134; *Oppenheim*, a. a. O. (Anm. 35), S. 9 f., 17 f.
- (227) *Wilfried Bottke*, *Suizid und Strafrecht*, Berlin 1982, Ziff. 199; *Ulrich Weber*, in: *Gunther Arzt/Ulrich Weber/Bernd Heinrich/Eric Hilgendorf*, *Strafrecht Besonderer Teil, Lehrbuch*, 2. Aufl., Bielefeld 2009, § 6 Rn. 96 f., 99.
- (228) *Cramer*, a. a. O. (Anm. 7), S. 773. 個別的考察方法の主唱者によれば、たとえその侵襲が治療目的によって特徴づけられていたとしても、それに付随する行為をともに考慮してはならない。この点、刑法改正審議時に、パウルハインツ・バルドゥス (*Paulheinz Baldus*, in: *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, 7. Band, Besonderer Teil, 67. bis 75. Sitzung, Bonn 1959, S. 196 rechte Spalte [以下「Niederschriften」と略記]) は、「疾患は宿命である。[しかし、そうであるからといって] その疾患によって患者を『専門家』に引き渡すことには我慢がならない。治療目的だけで傷害を否定することなどできないのである。」と発言している。

- (229) *Bockelmann*, a. a. O. (Anm. 9), S. 66; *Hirsch*, a. a. O. (Anm. 7), S. 356 参照。
- (230) *Heimberger*, a. a. O. (Anm. 71), S. 46.
- (231) *Cramer*, a. a. O. (Anm. 7), S. 776. *Eser*, a. a. O. (Anm. 170), Juristischer Studienkurs III, 7 A 9 (S. 90); *Duttge*, a. a. O. (Anm. 5), § 223 StGB, Rn. 13 も参照。
- (232) アルトゥール・カウフマン (*Kaufmann*, a. a. O. (Anm. 149), S. 373 f.) は、専断的治療行為処罰規定の欠缺によって生じる処罰の間隙を埋めるための合目的配慮が必要であるとし、ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ (*Hans Joachim Hirsch*) からも、この基礎づけに一定の理解を示している。*Hirsch*, a. a. O. (Anm. 22), vor § 223 Rn. 6; *Lilie*, a. a. O. (Anm. 22), vor § 223 Rn. 6; *Krey*, a. a. O. (Anm. 169), § 3 Rn. 219 参照。
- (233) たとえば、*Binding*, a. a. O. (Anm. 30), S. 56 を嚆矢として、*E. Schmidt*, a. a. O. (Anm. 112), Verhandlungen, Ziff. 35; *Grünwald*, a. a. O. (Anm. 144), S. 136; *Bockelmann*, a. a. O. (Anm. 9), S. 62; *Gössel/Dölling*, a. a. O. (Anm. 16), § 12 Rn. 52 等がこれを指摘している。このほか、治療行為傷害説（正当化モデル）は罪刑法定主義違反であるという批判もある（詳細は、*E. Schmidt*, a. a. O. (Anm. 112), Anmerkung, S. 227; *Duttge*, a. a. O. (Anm. 5), § 223 StGB, Rn. 13 参照）。なお、ヒルシュ (*Hirsch*, a. a. O. (Anm. 22), vor § 223, Rn. 5) は、「ナイフをもった無頼漢」論拠 (Messerstecherargument) がそれほど有効な批判ではない、と指摘している。
- (234) *Lenckner*, a. a. O. (Anm. 166), S. 594.
- (235) *Lilie*, a. a. O. (Anm. 22), vor § 223 Rn. 5.
- (236) *Welzel*, a. a. O. (Anm. 161), S. 12; *Krey*, a. a. O. (Anm. 169), § 3 Rn. 219 f. 参照。
- (237) *Kahl*, a. a. O. (Anm. 35), S. 36. 医学の立場から治療行為非傷害説（構成要件モデル）を支持するものとして、*K. H. Bauer*, Rechtsfragen in der Chirurgie, Universitätstage (1964), S. 199 ff., 199 がある（「外科医が外科学に従事し、手術を行う場合、それは、現行法によれば——傷害なのである！ 外科医は総じてこれに反対している。」）。
- (238) *Bockelmann*, a. a. O. (Anm. 153), in: Ponsold (Hrsg.), Lehrbuch der Gerichtlichen Medizin, 3. Aufl., S. 18 ff. 刑法改正審議時の発言として、*Eduard Dreher*, in: Niederschriften, a. a. O. (Anm. 228), S. 200 がある。

- (239) *Beling*, a. a. O. (Anm. 76), S. 226 f., 229.
- (240) *E. Schmidt*, a. a. O. (Anm. 7), S. 75 f. 参照。
- (241) *Tag*, a. a. O. (Anm. 5), S. 20.
- (242) *Grünwald*, a. a. O. (Anm. 144), S. 138; *Gössel/Dölling*, a. a. O. (Anm. 16), § 12 Rn. 73 参照。
- (243) *Christian Katzenmeier*, Ein Sonderstrafatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung, ZRP (1997), S. 156 ff., S. 158.
- (244) *E. Schmidt*, a. a. O. (Anm. 112), Anmerkung, S. 226 f.
- (245) *Werner Niese*, Ein Beitrag zur Lehre vom ärztlichen Heileingriff, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen 1961, S. 364 ff., S. 366.
- (246) *Bockelmann*, a. a. O. (Anm. 153), JZ 1962, S. 527 f.
- (247) *Bockelmann*, a. a. O. (Anm. 9), S. 70 f.; *Ulsenheimer*, a. a. O. (Anm. 224), § 138 Rn. 4 参照。
- (248) *Tag*, a. a. O. (Anm. 5), S. 65 f.; *Roxin*, a. a. O. (Anm. 193), § 13 Rn. 13 f.; *Weber*, a. a. O. (Anm. 227), § 6 Rn. 99.
- (249) 行為客体に対する「権利者の自律的支配」(*Schmidhäuser*, a. a. O. (Anm. 180), AT (Lehrbuch), 8/ 124)、「自律的に行使される処分権についての自由」(*Thomas Weigend*, Über die Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, ZStW 98 (1986), S. 44 ff., 61) を保護法益ととらえる立場もある。これらの立場については、曾根・前出注(32) 137頁以下、238頁以下、川原広美「刑法における被害者の同意(一)、(二・完)——自律性原理の確認——」北大法学論集31巻1号(1980) 209頁以下、31巻2号(1980) 357頁以下、須之内・前出注(32) 62頁以下、佐藤・前出注(32) 102頁以下、山中・前出注(22) 22頁以下参照。
- (250) 近時の有力説は、患者の有効な承諾を得て行われた治療侵襲が傷害構成要件該当性を阻却すると説く傾向にあるが(*Riedelmeier*, a. a. O. (Anm. 7), S. 65 参照)、この点、ヴォルフガング・パウアー(*Wolfgang Bauer*)は、有力説のような法益論を前提としつつも、判例の治療行為傷害説(正当化モデル)の方が、身体の不可侵性に対する基本権をよりひろく保護することができ、これによって患者の自己決定権も保護される、と主張している。*W. Bauer*, a. a. O. (Anm. 45), S. 141 f., 199 f. 参照。
- (251) *Botke*, a. a. O. (Anm. 227), Ziff. 204 ff., insb. 207 参照。



- (252) *Krauss*, a. a. O. (Anm. 159), S. 570. クラウスは、*Carl Schmitt*, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung* (1931), in: *Carl Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre*, 3. Aufl., Berlin 1958, S. 140 ff., S.167 を引用している。なお、この論文の紹介として、森静太郎「ドイツ憲法の制度的保障」法文論叢（九州大学）15號（1934）28頁以下（49頁）が、全訳として、カール・シュミット（佐々木高雄訳）「ワイマル憲法における自由権と制度的保障」時岡弘編『人権の憲法判例〔第三集〕』（1980・成文堂）281頁以下（313頁）がある。
- (253) *Tag*, a. a. O. (Anm. 5), S. 440 f.
- (254) 詳細は、本稿第2章第2節第4款2. 参照。
- (255) 詳細は、本稿第2章第2節第4款3. 参照。
- (256) 精神的健康と身体的健康、実体損害と精神損害は不可分であるとして、傷害罪による保護を第一次的には身体の不可侵性に帰属させるが、身体利益を具体化する際の衡量要素として自己決定権に意義を認める立場 (*Engisch*, a. a. O. (Anm. 8), *ZStW* 58 (1939), S. 5 f., 9, 29; *Eser/Sternberg-Lieben*, a. a. O. (Anm. 22), § 223 Rn. 32 f.) もある。
- (257) なお、この点については、わが国の傷害罪、暴行罪に関する議論を渉猟したうえで検討を加えるのが適切であると思われるので、本稿ではこれ以上立ち入らず、今後の課題としておきたい。
- (258) この立場のことを、行為説 (*Handlungstheorie*, vgl. *Riedelmeier*, a. a. O. (Anm. 7), S. 40)、医学準則説 (*Theorie vom Eingriff lege artis*, vgl. *W. Bauer*, a. a. O. (Anm. 45), S. 19, 69; *Theorie des kunstgerechten Eingriffs*, vgl. *Duttge*, a. a. O. (Anm. 5), § 223 StGB, Rn. 17) と呼ぶ論者もいる。
- (259) *E. Schmidt*, a. a. O. (Anm. 7), S. 73.
- (260) たとえば、*Hess*, a. a. O. (Anm. 44), S. 54 Anm. 4; *v. Lilienthal*, a. a. O. (Anm. 31), S. 56; *v. Bar*, a. a. O. (Anm. 8), S. 95; *Binding*, a. a. O. (Anm. 30), S. 56 f.; *Grünwald*, a. a. O. (Anm. 144), S. 138 f.; *Schmidhäuser*, a. a. O. (Anm. 180), AT (Lehrbuch), 8/ 121 が代表的論者である。また、刑法改正審議時の発言として、*Edmund Mezger*, in: *Protokolle der Strafrechtskommission des Reichsjustizministeriums*, 22. Sitzung vom 18. April 1934, 23 f. (in: *Jürgen Regge/Werner Schubert* (Hrsg.), *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts*, II. Abteilung, NS-Zeit (1933-1939) – Strafgesetzbuch, Bd. 2, 1. Teil, Berlin/ New

- York 1988, S. 553 ff.); *Eberhard Schmidt*, in: *Niederschriften*, a. a. O. (Anm. 228), S. 190 f., 192 参照。
- (261) 詳細は、本稿第1章第5節第1款参照。
- (262) *Botthe*, a. a. O. (Anm. 227), Ziff. 207.
- (263) *Lenckner*, a. a. O. (Anm. 166), S. 593; *M-K. Meyer*, a. a. O. (Anm. 181), S. 213 f.; *dies.*, a. a. O. (Anm. 182), S. 418 f.; *W. Bauer*, a. a. O. (Anm. 45), S. 73 f. 参照。
- (264) 詳細は、本稿第1章第5節第2款参照。
- (265) 詳細は、本稿第2章第2節第3款1. 参照。
- (266) *Schmidhäuser*, a. a. O. (Anm. 180), BT (Grundriß), 1/5. マリアーカタリナ・マイヤーは、患者の承諾にのみ、構成要件該当性阻却効を認める。*M-K. Meyer*, a. a. O. (Anm. 181), S. 211 ff.; *dies.*, a. a. O. (Anm. 182), S. 419 f. 参照。
- (267) *W. Bauer*, a. a. O. (Anm. 45), S. 83.
- (268) ここでは、治療の結果、全体として患者の身体利益が増進され、あるいは少なくとも維持された場合を「成功した治療行為」、患者に悪結果が生じた場合を「失敗した治療行為」と呼ぶことにする。「成功」、「失敗」の概念定義については、金澤・前出注(3)139頁、町野・前出注(2)168頁、333-334頁注(13)を参照されたい。もっとも、治療の成功・失敗の概念をめぐる論者のイメージの仕方はさまざまであり、このことが議論の混乱を招く一因となった可能性は否定できないだろう。
- (269) たとえば、*Stooss*, a. a. O. (Anm. 25), S. 6 ff.; *Heimberger*, a. a. O. (Anm. 71), S. 43 ff., 52; *Kaufmann*, a. a. O. (Anm. 149), S. 370, 372 f.; *Bockelmann*, a. a. O. (Anm. 153), NJW 1961, S. 945 f.; *ders.*, a. a. O. (Anm. 9), S. 69; *Hirsch*, a. a. O. (Anm. 22), vor § 223 Rn. 3, 5 f.
- (270) *Heimberger*, a. a. O. (Anm. 71), S. 55 f.; *Hirsch*, a. a. O. (Anm. 22), vor § 223 Rn. 3 参照。
- (271) *Binding*, a. a. O. (Anm. 30), S. 58 f. Anm. 1; *Löffler*, a. a. O. (Anm. 28), S. 245 f.; *Beling*, a. a. O. (Anm. 76), S. 228; *Kaufmann*, a. a. O. (Anm. 149), S. 372 f.; *Gössel/Dölling*, a. a. O. (Anm. 16), § 12 Rn. 74, 76 等参照。
- (272) たとえば、*Bockelmann*, a. a. O. (Anm. 9), S. 67 f.; *Hirsch*, a. a. O. (Anm. 7), S. 355 f.; *ders.*, a. a. O. (Anm. 22), vor § 223 Rn. 3, 5; *Gössel/Dölling*, a. a. O. (Anm. 16), § 12 Rn. 85 参照。刑法改正審議時の発言として、*Wilhelm Gallas*, in:

- Niederschriften, a. a. O. (Anm. 228), S. 197 がある。
- (273) ゲッセル＝デリング (*Gössel/Dölling*, a. a. O. (Anm. 16), § 12 Rn. 83 ff., 90) は、失敗した治療行為の場合に、患者の有効な承諾によって、傷害罪の構成要件該当性（あるいは傷害の故意）を否定する。一方、シュミットホイザー (*Schmidhäuser*, a. a. O. (Anm. 180), BT (Grundriß), 1/ 5) は、患者の生命が危険にさらされる治療行為の場合は、その本人の承諾が必要であるとする。
- (274) *Kaufmann*, a. a. O. (Anm. 149), S. 373. 詳細は、本稿第 2 章第 1 節第 2 款 1. 参照。
- (275) たとえば、W・バウアーは、後遺症として患者に麻痺や障害が残った場合の処理について疑問を呈すとともに (*W. Bauer*, a. a. O. (Anm. 45), S. 65)、正当にも、「いつ、その侵襲は成功したといえるのか」と問いかけている (*ders.*, a. a. O., S. 67)。
- (276) *Bottke*, a. a. O. (Anm. 227), Ziff. 207; *Weber*, a. a. O. (Anm. 227), § 6 Rn. 100. 町野・前出注 (2) 93頁以下、佐久間・前出注 (25) 「(一)」103頁、佐藤・前出注 (22) 346-347頁、島田・前出注 (3) 345頁以下も参照。
- (277) 詳細は、本稿第 2 章第 2 節第 2 款参照。
- (278) *Eser/Sternberg-Lieben*, a. a. O. (Anm. 22), § 223 Rn. 31, 32, 33.
- (279) *Lilie*, a. a. O. (Anm. 22), vor § 223 Rn. 4; *Gössel/Dölling*, a. a. O. (Anm. 16), § 12 Rn. 77; *Duttge*, a. a. O. (Anm. 5), § 223 StGB, Rn. 20 参照。W・バウアーも、患者の承諾を得ずに行われた専断的輸血の事例を用いて、「重大な実体変更」基準が有効に機能しえないことを論証している。*W. Bauer*, a. a. O. (Anm. 45), S. 76 f. 参照。
- (280) *Hirsch*, a. a. O. (Anm. 22), vor § 223 Rn. 4; *Tag*, a. a. O. (Anm. 5), S. 195 f. 参照。
- (281) 藤本・前出注 (22) 新報「(一)」11頁のことばである。

#### 【付記①】

校正段階で、ブリギッテ・ターク（山本紘之訳）「ブラシーボの法的問題」比較法雑誌47巻4号（2014）101頁以下、岡上雅美「治療行為と患者の承諾について、再論——緊急治療を題材にした一試論——」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（2014・成文堂）309頁以下、山中敬一『医事刑法概論 I（序論・医療過誤）』（2014・成文堂）に接した。

【付記②】

本稿は、平成25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。