

傷害罪の保護法益からみた治療行為論(一)

天 田 悠

〔目 次〕

序

第1章 ドイツ刑法223条の制定とその解釈

第1節 総 説

第2節 ドイツ刑法223条の制定

第3節 ドイツ刑法223条の解釈 (第1款3.(2)まで、本号)

第4節 小 括

第2章 傷害罪の保護法益をめぐるふたつの潮流

第1節 総 説

第2節 保護法益をめぐる第一の潮流：傷害罪における身体・健康を生物学的・身体的不可侵に限定する立場

第3節 保護法益をめぐる第二の潮流：傷害罪における身体・健康を生物学的・身体的不可侵に限定しない立場

第4節 ドイツ民法および基本法からのアプローチ

第5節 小 括

第3章 傷害罪の保護法益と治療行為：ドイツ法からの示唆

第1節 総 説

第2節 ふたつの身体利益

第3節 傷害罪における「身体」法益の構造

結 語

〔細目次〕

序

- 一 問題意識
- 二 検討対象
- 三 本稿の構成

第1章 ドイツ刑法223条の制定とその解釈

第1節 総説

- 第1款 「身体」概念をめぐる議論
- 第2款 「健康」概念をめぐる議論
- 第3款 世界保健機構(WHO)の議論
- 第4款 次節への序

第2節 ドイツ刑法223条の制定

- 第1款 前史：コロナ刑事法典まで
- 第2款 学説の展開
- 第3款 1813年のバイエルン刑法典まで
 - 1 1751年のバイエルン刑法典
 - 2 1794年のプロイセン一般ラント法
 - 3 1813年のバイエルン刑法典
- 第4款 ライヒ刑法典の制定まで
 - 1 北ドイツ連邦刑法典の制定
 - 2 ライヒ刑法典の制定
 - 3 次款への序

第5款 刑法改正論議

- 1 第二次世界大戦前の刑法改正論議
 - (1) 1909年草案から1919年草案まで
 - (2) 1922年ラートブルッフ草案から1936年草案まで
- 2 第二次世界大戦後の刑法改正論議
 - (1) 1960年草案から1970年代案まで
 - (2) 1996年草案と第六次刑法改正法

第6款 議論のまとめ

- 1 身体傷害の意味内容
- 2 身体・健康に対する自己決定権の位置づけ

3 次章に向けた課題

第3節 ドイツ刑法223条の解釈

第1款 身体的虐待の解釈

1 概説

2 判例の変遷とその特徴

(1) 判例の変遷

(2) 判例の特徴

①「有害で不適切な取扱い」の位置づけ

②「身体」傷害の判断方法

3 学説の系譜

(1) 19世紀の議論

(2) 第二次世界大戦前の議論

(以上、本号)

(3) 第二次世界大戦後の議論

(4) 議論の到達点

第2款 健康侵害の解釈

第3款 身体的虐待と健康侵害の関係

第4節 小括

第2章 傷害罪の保護法益をめぐるふたつの潮流

第1節 総説

第2節 保護法益をめぐる第一の潮流：傷害罪における身体・健康を生物学的・身体的不可侵に限定する立場

第3節 保護法益をめぐる第二の潮流：傷害罪における身体・健康を生物学的・身体的不可侵に限定しない立場

第4節 ドイツ民法および基本法からのアプローチ

第5節 小括

第3章 傷害罪の保護法益と治療行為：ドイツ法からの示唆

第1節 総説

第2節 ふたつの身体利益

第3節 傷害罪における「身体」法益の構造

結語

序

一 問題意識

医師の治療行為をめぐって、わが国では、傷害罪(204条)、傷害致死罪(205条)、暴行罪(208条)、過失傷害罪(209条)、(業務上)過失致死傷罪(210条、211条)、さらには、保護責任者遺棄(致死傷)罪(218条、219条)、殺人罪(199条)等との関係が問題とされてきた⁽¹⁾。もっとも、実務上争われることが多いのは過失犯の成否であり、わが国で、医師が患者の承諾を得ずに治療を行ったために傷害罪で起訴されたことはおそくない⁽²⁾。しかし、これまで起訴されたことがないからといって、解釈はいかようでもよいということにはならないだろう⁽³⁾。医師の治療行為が、われわれの生命・身体に直接干渉し、本来危険を伴うものである以上、その法的性質を明らかにしておく必要がある。

ところで、刑法上、医師の治療行為の問題を考察するうえで出発点となるのが、傷害罪、とくに故意による傷害罪の成否である。なぜなら、治療行為の多くは、たとえば患者の腕への穿刺や、メスによる患部の切除・切開といった具合に、患者の身体を故意に傷つける(侵襲する)ことで行われるからである。事実、わが国に大きな影響を与えたドイツ刑法は、故意による傷害罪の保護法益からこの問題にアプローチしつづけてきた。

これに対して、わが国の議論は、もっぱら刑法35条の正当(業務)行為規定の解釈に主眼を置いてきたためか、傷害罪の保護法益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⁽⁴⁾。この点、わが国では、刑法204条の「傷害」の意義をめぐって、人の生理機能の侵害と解する「生理機能障害説」⁽⁵⁾、人の身体の完全性の侵害・毀損と解する「身体の完全性毀損説」⁽⁶⁾、人の生理機能を侵害することおよび身体の外観に重要な変化を加えることと解する「折衷説」⁽⁷⁾が対立しているとされる。だが、生理機能障害説・身体の完全性毀損説・折衷説の相違は、頭髮等の切断のような外貌・外観に

変更を加えるにすぎない行為に傷害罪の成立を認めるかどうかにとどまるものであるから、本稿がおもに念頭におく治療行為（外科手術等）については、いずれの所説も結論を異にするものではない。⁽⁸⁾しかし、医師の治療行為の法的性質を解明するためには、まず、わが国の傷害罪で保護される（べき）「身体」法益の本質を明晰に言語化することで、この問題の原点を正確に掘り起こす必要があると考える。

さらに、「被害者の承諾」の法理のなかでもっとも対立が先鋭化する同意傷害の事例群や、⁽⁹⁾法益主体が錯誤・欺罔に基づいて承諾を与えたという事例群⁽¹⁰⁾においても、「身体」法益にいかなる内容を読み込むかが問題となりうる。傷害罪の保護法益を解明することは、治療行為の問題性のみならず、「被害者の承諾」の法理一般にとっても、基礎研究としての意義を有するといえよう。

それにもかかわらず、ドイツ刑法の影響を色濃く受けているはずのわが国において、ドイツ刑法の傷害罪をめぐる、判例、学説および立法の起源から到達点までを統一的に分析した研究は、これまでほとんどなかったといえてよい。ここに、わが国におけるドイツ法研究の空隙が存在する。本稿は、ドイツ刑法の傷害罪の保護法益を分析することで、治療行為の刑法的評価に関する理論枠組み（以下「治療行為論」という。）⁽¹¹⁾を精緻化する際の基本的視角を模索し、呈示しようとするものである。

二 検討対象

本稿における考察の前提として、はじめに、「治療行為」の概念を規定しておかなければならない。本稿にいう「治療行為」とは、前稿と同様、⁽¹²⁾外科手術等のほか、⁽¹³⁾化学療法、医薬品等の投与、⁽¹⁴⁾注射のような、生活機能・生理（的）機能・健康状態の毀損・障害・変更を伴う外科的・内科的侵襲のことをいう。これに対して、問診・触診のような各種診察、超音波検査・心電図検査・MRI検査のような一定の軽微な侵襲については、本稿の考察の対象

から外したうえで分析をすすめていくことにする。⁽¹⁶⁾このような前提からすると、本稿の検討対象は、ドイツ刑法223条の傷害罪と、わが国の刑法204条の傷害罪が中心となる。そこで、本稿では、まず、ドイツ刑法223条の故意傷害罪をめぐる議論を整理し、つぎに、そこでの成果を踏まえて、わが国の傷害罪の保護法益およびそれと結びついた治療行為論の基本的視座を明らかにする。

三 本稿の構成

本稿における考察は、つぎのような順序で行われる。まず、第1章では、ドイツ刑法223条の傷害罪規定の制定過程を繙きつつ、同条にいう「身体」、「健康」の意味内容、およびこれらに対する処分の自由、自己決定権をめぐる議論の歴史的発展経緯をたどる。つぎに、第2章では、傷害罪の保護法益をめぐるふたつの潮流を跡づけ、治療行為論という理論枠組みを構築するための基本的視点の獲得を試みる。そこでは、傷害罪の保護法益をめぐる第一の潮流（傷害罪における身体・健康を生物学的・身体的不可侵に限定する立場）と、第二の潮流（傷害罪における身体・健康を生物学的・身体的不可侵に限定しない立場）の内容が批判的に考察されるとともに、わが国への導入可能性が模索される。そして、第3章において、一方で、わが国の傷害罪規定で保護される（べき）「身体」法益の内容と構造が明らかにされ、他方で、将来の「治療行為論」構築への手がかりが見いだされれば、本稿の目的は達成されることになる。

第1章 ドイツ刑法223条の制定とその解釈

第1節 総説

ドイツ刑法223条1項は、「他の者を身体的に虐待し（körperlich misshandelt）又はその健康を害した（an der Gesundheit schädigt）者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。」と規定し、身体的虐待（körperliche Misshand-

lung) と健康侵害 (Gesundheitsschädigung) というふたつの行為類型を掲げている。ここでまず問題となるのが、ドイツ刑法223条にいう「身体」、「健康」の意味内容である。はじめに、この問題をめぐる議論の現況を明らかにしておこう。

第1款 「身体」概念をめぐる議論

「身体」概念⁽¹⁸⁾の解明にはじめて本格的に取り組んだのは、エルンスト・ベーリング (Ernst Beling) である。ベーリングは、狭義の身体利益として、身体的健全性 (körperliches Wohlsein) に関する利益、(主観的な) 身体的健全感 (körperliches Wohlbefinden) に関する利益、および身体の外観 (äußere Erscheinung) に関する利益を挙げ、「身体」傷害概念の解明に尽力した⁽¹⁹⁾。そして、ベーリングに触発されたその後の所説は、223条の「身体」を、「身体の統合性 (körperliche Integrität)」⁽²⁰⁾、「生物学的な統一性および総体性 (Einheitlichkeit und Gesamtheit)」⁽²¹⁾、「『人格の自由発展的な潜在能力の中核要素』を保護する生物学的な機能的統一体 (Funktionseinheit)」⁽²²⁾と定義している⁽²³⁾。

第2款 「健康」概念をめぐる議論

一方、「健康」概念について、刑法学説は、「身体機能が比較的通常の状態であること」⁽²⁴⁾、「疾病でないこと」⁽²⁵⁾、「健全であること」⁽²⁶⁾といった説明を付すことが多い。しかし、いずれの説明も、健康概念の本質にせまったものとはいえないだろう⁽²⁷⁾。

第3款 世界保健機構 (WHO) の議論

この問題を考察するにあたっては、世界保健機構 (以下「WHO」という。) の議論も確認しておかなければならない。

1946年に、WHO は、それまでの身体中心の健康観に対し、社会的側面を

加えた、包括的・人的概念としての「健康」概念を提唱した⁽²⁸⁾。WHO憲章前文によれば、健康とは、「肉体的、精神的、社会的に完全に良好な状態にあることをいい、単に疾病でないとか、あるいは虚弱でないということではない⁽²⁹⁾」。しかし、社会的健康概念と呼ばれるこの概念は、あまりに広汎であるとされ、その後、WHO執行理事会は、健康の定義を、「肉体的、精神的、『靈的』及び社会的に完全に『動的な (dynamic)』状態にあることをいい、単に疾病でないとか、あるいは虚弱でないということではない⁽³⁰⁾」と改正する旨を提案した。この提案は、健康概念が個人に帰属する諸事情によって変化するという前提に立つものであり、(刑)法学にとっても示唆に富む。

もっとも、WHOの健康概念はあまりに理想的であり、刑法上ただちにこれを採用することはできないだろう。第五次刑法改正法219条理由書も、同条の健康概念を、223条のそれと区別し⁽³¹⁾、223条の健康概念を、WHOの定義よりも限定的に解釈すべきであるとしている⁽³²⁾。

第4款 次節への序

以上のように、ドイツ刑法223条1項にいう「身体」とは、生者の身体が統合された状態(すなわち、「身体の統合性」)のことをいうと解されている。ここで問題となるのは、このような説明が付されるにいたった理由と経緯である。それとともに、刑法典における「身体」傷害罪の位置づけや、他の犯罪(とくに名誉に対する罪、自由に対する罪)との共通点・相違点をおさえつつ、さらに、身体に対する処分権、自己決定権との関係性をも意識しておかなければならない。

そこで、次節では、ドイツ刑法223条規定の制定過程をたどり、法制史的観点から、身体・健康概念をめぐる議論を抽出することを試みる。この作業によって、傷害罪における身体・健康概念をめぐる議論が整理され、本稿の分析視角がより鮮明になるとと思われる。

第2節 ドイツ刑法223条の制定⁽³³⁾

第1款 前 史：カロリナ刑事法典まで

ドイツ刑法223条の淵源は、ローマ法に求められる。もっとも、ローマ法において、故意による身体的・精神的虐待は、民事法によって特徴づけられた「侵害 (iniuria, injuria)⁽³⁴⁾」の構成要素であり、それは、被害者の軽視を不法内容とする一般犯罪にすぎなかった⁽³⁵⁾。ローマ法は、身体傷害のような身体に対する罪と、「暴行による侮辱 (Realinjurie)⁽³⁶⁾」のような名誉に対する罪との違いをそもそも意識していなかったといつてよい⁽³⁷⁾。

1532年のカロリナ刑事法典 (Constitutio Criminalis Carolina (CCC.))⁽³⁸⁾ (カルル五世の刑事裁判令 [Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.]) も、傷害罪という独立の犯罪類型を置かず、投毒 (130条)、動物による損傷 (136条)、医師の過失⁽³⁹⁾ (134条)、喧嘩闘争 (148条)、墮胎と去勢 (133条) 等をカズイスティックに掲げるとどまり、身体・健康を断片的に保護していたにすぎなかった。そのなかにあつて、カロリナ刑事法典104条が、身体傷害を、暴行 (crimen vis)、不法損害 (damnum iniuria datum) ととらえていたことは注目に値する⁽⁴¹⁾。もっとも、カロリナ刑事法典も、その後制定された1535年のヘッセン刑事裁判令 (Hessische Halsgerichtsordnung) も、身体・名誉等を一括保護するローマ法の伝統を踏襲したものにすぎなかった。

第2款 学説の展開

ローマ法のこの伝統は、刑法学説からも支持された。たとえば、クリストフ・マルティン (Christoph Martin)⁽⁴²⁾ や、コンラート・フランツ・ロスヒルト (Konrad Franz Roßhirt)⁽⁴³⁾ は、身体傷害に刑法上の意義を認めることなく、傷害罪という犯罪類型の存在そのものを否定していた。

これに対して、クリスティアン・フリートリッヒ・ゲオルク・マイスター (Christian Friedrich Georg Meister) は、刑法における身体傷害の重要

性を指摘し、これを独立の犯罪として扱う旨を提案した。⁽⁴⁴⁾ エドゥアルト・ヘンケ (*Eduard Henke*) も、「他の者の健康状態を害したが、致死結果を伴わない違法行為および不作為すべて」を、健康に対する重罪 (*Verbrechen wider die Gesundheit*)⁽⁴⁵⁾ として挙げている。また、パウル・ヨハン・アンゼルス・フォエルバッハ (*Paul Johann Anselm Feuerbach*) も、身体傷害を、「その行為がその客体、目的または本質によれば、致死の意図をもたずに行われ、その健全感を害し、致死結果を伴わない他の者の身体に対する違法な攻撃すべて」⁽⁴⁶⁾ と定義し、傷害罪という独立の犯罪類型が存在することを喧伝しつつ、それとともに「身体」傷害概念の言語化に尽力した。⁽⁴⁷⁾

第3款 1813年のバイエルン刑法典まで

ローマ法の伝統に抗う所説の影響が大きくなるにつれて、傷害罪という犯罪類型は、次第にその刑法典上の地位を確立していった。

1 1751年のバイエルン刑法典

(1) 1751年のバイエルン刑法典 (*Codex Juris Bavarici Criminalis*)⁽⁴⁸⁾ は、第IX章の7条で、「故意及び予謀に基づく (*boshafft und fürsetzlicher Weis*)」⁽⁴⁹⁾ 損害について規定する。同条によれば、行為者は、器物損壊や身体傷害に対して損害賠償義務を負い、その損害が甚大である場合にのみ、「遂行された悪行 (*Bosheit*) と、身体に対する損傷の程度 (*Grösse der Damnfication*)」⁽⁵⁰⁾ に応じて刑罰が科された。

また、1768年のテレジアーナ刑法典 (*Constitutio Criminalis Theresiana*) 83条は、故殺、負傷 (*Verwundung*) およびその他の致死的行為を処罰の対象とし、⁽⁵¹⁾ 1787年のヨセフィーナ刑法典 (*Constitutio Criminalis Josephina*) も、第一編89条と119条～122条で、「身体の安全 (*körperliche Sicherheit*) に直接関係する重罪」、「重傷」および「四肢の切断」について包括的に規定していた。⁽⁵²⁾

（２）これらの諸法典の動きからは、「身体」傷害概念の細分化、およびそれに伴う同概念の具体化への努力を読み取ることができる。この点において、バイエルン刑法典やヨセフィーナ刑法典は、人の「身体」を断片的にのみ保護していたローマ法、カロリナ刑事法典およびヘッセン刑事裁判令と、決定的に異なるといえよう。そして、この努力は、つぎにみる19世紀の諸立法にとどまらず、さらには、20世紀の刑法改正作業においても継続されることになる。

２ 1794年のプロイセン一般ラント法

ここまでみてきたように、18世紀中葉の諸立法の傾向は、カロリナ刑事法典等の傾向と明らかに異なるものであった。この姿勢は、1794年6月1日のプロイセン一般ラント法（Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten）（以下「ALR」という。）においていっそう強化されることとなる。⁽⁵³⁾

ALRは、第二編第20章第11節「身体の傷害（körperliche Verletzung）」下の691条以下で、身体・健康の保護について規定する。ALR 796条は、⁽⁵⁴⁾些細な侵害結果のみを伴う軽傷害を処罰の対象とし、また、ALR 797条は、⁽⁵⁵⁾健康または四肢に対する重大な侵害により重い制裁を科している。⁽⁵⁶⁾軽傷害は、暴行による侮辱に準じて処罰された。このように、ALR制定時、「身体に対する罪と名誉に対する罪との峻別」は、いまだ果たされていなかったといえよう。⁽⁵⁷⁾

３ 1813年のバイエルン刑法典

フォイエルバッハ起草による1813年5月6日のバイエルン刑法典（Bayerisches Strafgesetzbuch）は、⁽⁵⁸⁾第一編第2章「人身に対する損害及びその他の虐待（Beschädigungen und andere Mißhandlungen an der Person）」下の178条で、負傷、侵害（Verletzung）またはその他の損害

(Beschädigung)による身体傷害と、虐待を区別した⁽⁵⁹⁾。この規定が、1814年9月10日のオルデンプルク刑法典 (Strafgesetzbuch für die Herzoglich-Oldenburgischen Lande: Oldenburgisches Strafgesetzbuch)⁽⁶⁰⁾ に受け継がれ、その後、ドイツ現行刑法223条として結実することとなる。次款では、それまでの経緯をたどることにしよう。

第4款 ライヒ刑法典の制定まで

1 北ドイツ連邦刑法典の制定

19世紀中葉に起草された諸法典は、ALRが積み残した課題と正面から向き合い、身体に対する罪(身体傷害)と名誉に対する罪(暴行による侮辱)とを峻別した。たとえば、1838年3月30日のザクセン王国刑事法典 (Königlich sächsisches Criminalgesetzbuch)⁽⁶¹⁾、1839年3月1日のヴュルテンベルク王国刑法典 (Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg)⁽⁶²⁾、1841年9月17日のヘッセン大公国刑法典 (Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Hessen)⁽⁶³⁾、および1845年3月6日のバーデン大公国刑法典 (Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Baden)⁽⁶⁴⁾ は、ローマ法の伝統に異を唱え、身体に対する罪について、名誉に対する罪と異なる意味づけを与えた⁽⁶⁵⁾。

これに対して、1851年4月14日のプロイセン刑法典 (Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten)⁽⁶⁶⁾ は、ローマ法の伝統を重んじて、身体傷害と侮辱の連続性を指摘した。すなわち、プロイセン刑法典187条は、「故意に他の者を刺突し (stößen) 若しくは打撃を加え (schlagen)、又はその他身体虐待を行」う行為を処罰の対象としたが⁽⁶⁷⁾、立法者は、「違法な、人の身体の取扱いはすべて、……客観的侵害 (objektive Injurie) を含む⁽⁶⁸⁾」として、人身に対する刺突・打撃のような攻撃態様が虐待にあたるとする一方で、刺突・打撃の強度 (Intensität) に達しない些細な暴行については、「象徴的侮辱 (symbolische Beleidigung)」が成立するとした⁽⁶⁹⁾。

しかし、その後、ローマ法の伝統は完全に放棄されることになる。すな

わち、1870年5月31日の北ドイツ連邦刑法典（Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund）⁽⁷⁰⁾223条は、一方で、「故意に他の者を身体的に虐待し又はその健康を害した者は、傷害のかどで、3年以下の軽懲役又は300ターラー以下の罰金に処する。」と定め、他方で、同法典185条は、「侮辱は、200ターラー以下の罰金又は拘留若しくは1年以下の軽懲役に処し、侮辱が暴力行為を手段として行われたときは、500ターラー以下の罰金又は2年以下の軽懲役に処する。」と規定し、暴行による侮辱を、名誉毀損の類型のひとつに位置づけた。⁽⁷¹⁾

かくして、北ドイツ連邦刑法典はローマ法の伝統と訣別し、身体に対する罪（身体傷害）は、名誉に対する罪（暴行による侮辱）と異なる地位を確立するにいたったのである。

2 ライヒ刑法典の制定

以上の叙述から、ドイツの立法者が、「身体」傷害概念の細分化や、身体に対する罪と名誉に対する罪との限界づけに苦心してきた様子が明らかとなった。しかし、1813年のバイエルン刑法典以降、「身体」傷害概念は拡大の一途をたどった。なぜなら、1851年のプロイセン刑法典も、1870年の北ドイツ連邦刑法典も、「身体」傷害概念の具体化・細分化という伝統的課題については、これに正面から向き合おうとしなかったからである。1871年5月15日のライヒ刑法典（Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich: Reichsstrafgesetzbuch）第17章「傷害（Körperverletzung）」下の223条も、北ドイツ連邦刑法223条の文言をほぼそのまま復唱したものにすぎなかった。⁽⁷²⁾⁽⁷³⁾

《ライヒ刑法223条》

「故意に他の者を身体的に虐待し又はその健康を害した者は、傷害のかどで、3年以下の軽懲役又は300ターラー以下の罰金に処する。」

3 次款への序

ライヒ刑法223条の傷害罪規定は、原則として、ほぼそのままの形式で現行刑法典に受け継がれている。ただ、20世紀以降の刑法改正作業においては、傷害罪規定の改正が恒常的に提案されてきた。その際に問題となったのが、(専断的治療行為の場面でとくに顕在化する)身体に対する「自己決定権」の位置づけである。この問題は、身体に対する罪と自由に対する罪との限界づけにもかかわるものである。

そこで、次款では、「身体」傷害概念の細分化・精緻化や、専断的治療行為の処罰をめぐる議論とあいまって、ドイツ刑法改正諸草案の起草過程で、身体に対する自己決定権がどのように評価されてきたのか、その議論の変遷を叙述していく。この作業をつうじて、ドイツ現行刑法223条の制定論議の到達点と、その際に積み残された課題が明らかになるとと思われる。

第5款 刑法改正論議

1 第二次世界大戦前の刑法改正論議

(1) 1909年草案から1919年草案まで

当初、ドイツ刑法改正草案は、傷害罪の保護法益の内容について、ほとんどなにも述べていなかった。たとえば、1909年ドイツ刑法典予備草案(Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch)は、「実務上、……定評がある⁽⁷⁴⁾」として、223条(傷害)の問題に立ち入る気配すら見せなかったし、1913年委員会草案(Kommissionentwurf)⁽⁷⁵⁾や1919年草案(Entwurf von 1919)⁽⁷⁶⁾をみても、傷害罪の保護法益について議論・検討が行われた形跡はほとんど見当たらない。1919年草案が「人身の自由又は安全に対する侵害」章下に専断的治療行為処罰規定⁽⁷⁷⁾を設けたことからすると、おそらく立法者は、身体・健康に対する患者の自己決定権は223条(傷害)の枠内では捕捉されない、と解していたのだろう。

（２）1922年ラートブルッフ草案から1936年草案まで

しかし、不動であるかにもえた傷害罪規定にも改正の気運がおとずれる。⁽⁷⁸⁾
すなわち、1922年のいわゆるラートブルッフ草案（Radbruchs Entwurf）⁽⁷⁹⁾
は、被害者の意思に反して行われたひげの切除の刑法的評価を明らかにする
ために傷害罪の改正を提案し、230条（傷害）で、「他の者の身体を傷害し又
は健康を害した者」を、234条（虐待）では、「他の者を虐待した者」を、そ
れぞれ処罰の対象とした⁽⁸⁰⁾。草案理由書によれば、234条は、身体の不可侵も
健康も侵害していない、苦痛を惹起しただけの行為を傷害罪から排除するた
めの規定である⁽⁸¹⁾。

かくして、立法者はようやく、「身体」傷害概念の精緻化ないし純化に
向けて動きはじめた。1922年ラートブルッフ草案と同様、1925年ドイツ
一般刑法典公式草案（Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen
Strafgesetzbuchs）も、傷害と虐待を構成要件上区別し、233条（傷害）
で、他の者の身体の不可侵に対する侵害を処罰の対象としつつ、237条（虐
待）で、それ以外の身体への作用を捕捉している⁽⁸²⁾。

これに対して、1927年ドイツ一般刑法典草案（Entwurf eines Allgemeinen
Deutschen Strafgesetzbuch）259条は、「他の者の身体を傷害し、身体的
に虐待し、又はその健康を害した者は、……」と規定する点で、1922年ラ
ートブルッフ草案や1925年草案と決定的に異なる⁽⁸³⁾。さらに、それに引き
つづいて起草された1933年一般刑法典草案（Entwurf eines Allgemeinen
Strafgesetzbuchs）⁽⁸⁴⁾と1936年ドイツ刑法典草案（Entwurf eines Deutschen
Strafgesetzbuchs）⁽⁸⁵⁾も同旨を規定している。

なお、1936年草案では、疾患の惹起または増幅はすべて、その状態が継続
したか否かにかかわらず、健康侵害にあたとされた。さらに、純粋に精神的
・心理的な虐待は、「身体に関連する（körperbezogen）」ものではないと
いう理由により、傷害罪の保護領域から除外されている⁽⁸⁶⁾。

2 第二次世界大戦後の刑法改正論議

(1) 1960年草案から1970年代案まで

第二次世界大戦後に起草された1960年刑法典草案(Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1960)⁽⁸⁷⁾と1962年刑法典草案(Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962)⁽⁸⁸⁾は、ライヒ刑法典の方針に回帰し、身体傷害こそが虐待と健康侵害の上位概念であるとした。1960年草案146条(故意による傷害)が、「他の者を身体的に虐待し又はその健康を害し」、と定めるとおりである。また、1960年草案と1962年草案も、専断的治療行為処罰規定と傷害罪排除規定の創設を提案しており、身体に対する患者の自己決定権は、傷害罪の範疇では保護されない、とも述べている。

これに対して、1970年代案(Alternativ-Entwurf)は、108条で身体的虐待⁽⁹⁰⁾について、109条で健康侵害⁽⁹¹⁾について、それぞれ規定する。まず、108条の身体的虐待は、健康侵害に至らない程度の身体的健全感に対する侵襲に限定された⁽⁹²⁾。身体的虐待の例として、草案理由書では、たとえば平手打ちや、単に実体侵害(Substanzverletzung)⁽⁹³⁾を与えることが挙げられている。つぎに、109条の健康侵害は、疾患状態の惹起等を捕捉するための規定である、とされた。立法者は、精神的または心理的作用を、人の身体にあらわれた結果の強度に応じて、108条または109条に帰属するとしたことに加えて、「自由に対する罪」章下123条の専断的治療行為処罰規定によって、患者の身体・健康に関する自律的決定を保護しようとしている⁽⁹⁴⁾。

1970年代案は、身体・健康の本質にせまる議論を展開したとまではいえないものの、さまざまな侵害態様を想定しつつ、人の身体・健康を保護しようとした点で評価できる。

(2) 1996年草案と第六次刑法改正法

1996年担当官草案(Referentenentwurf)と1998年1月26日の第六次刑法改正法(Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG))⁽⁹⁵⁾は、そ

れまでと異なる議論を展開している。

まず、第17章の章題が、「傷害（Körperverletzung）」から「身体の不可侵に対する罪（Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit）」に変更された。草案理由書によれば、この章題変更の目的は、身体の不可侵という保護法益を強調することにある⁽⁹⁶⁾。従来の「傷害」よりも上位概念にあたる「身体[・]の不可侵[・]」を掲げることによって、本法は、必ずしも「（身体）傷害」を伴うとはかぎらない「毀損（Beeinträchtigung）」を第17章で捕捉し、これをもって身体[・]の不可侵[・]に対する権利を保護しようとしている⁽⁹⁷⁾。なお、1996年草案は、「身体[・]の不可侵[・]に対する罪」章下の229条で、専断的治療行為処罰規定の創設を提案していたが、この提案が審議終盤の専門家聴講会後に取り下げられた結果、身体・健康に対する権利を保護する犯罪構成要件として、傷害罪だけが残ることとなった⁽⁹⁸⁾⁽⁹⁹⁾。

かくして、第六次刑法改正法は、身体・健康に対する個人の権利を、傷害罪の範疇で保護する途を選んだ。もっとも、この権利が具体的にはどのように位置づけられるのかについて、結局、刑法改正作業の過程で明言されることはなかった。

第6款 議論のまとめ

ここまでみてきた議論を総合すると、以下のふたつの課題が明らかになると思われる。

1 身体傷害の意味内容

18世紀中葉以降、立法者は、「身体」、「健康」を刑法典のなかで保護してはきた。しかし、それらの意味内容は、必ずしも明らかとはならなかった。すなわち、「傷害罪は、名誉に対する罪や自由に対する罪とは異なる」という意味での消極的な輪郭づけこそ行われたが、「傷害罪で保護される（べき）『身体』、『健康』の意味内容はなにか」という意味での積極的な輪郭づ

けは、いまなお果たされていない。

2 身体に対する自己決定権の位置づけ

20世紀以降、立法者は、身体・健康を傷害罪で、それに対する自己決定権を専断的治療行為処罰規定で、それぞれ保護する旨を提案してきた。だが、専断的治療行為処罰規定の創設が実現していないこともあって、患者の身体・健康に対する自己決定権の位置づけについては、いまも見解の一致をみていない。⁽¹⁰⁰⁾ただ、そのなかにあつて、1996年草案と第六次刑法改正法が、「身体の不可侵に対する罪」章下で、身体・健康と結びついた自己決定権の保護を(消極的ながら)認めた点が注目される。

3 次章に向けた課題

以上の分析をつうじて明らかとなったふたつの課題に取り組むためには、「身体」傷害罪の保護法益の本質にさかのぼった理論的検討が必要となる。身体・健康法益に帰属される意味内容、およびそれらに対する処分の自由、自己決定権の位置づけが明らかにされなければならない。この問題については、次章において、「傷害罪の保護法益をめぐるふたつの潮流」を跡づけることによって、解決への糸口を得ることができると思われる。

ところで、1936年草案や1970年代案においては、「純粹に精神的・心理的な虐待は傷害罪の保護領域に含まれない」、「精神的または心理的作用を、人の身体にあらわれた結果の強度に応じて、1970年代案108条(身体的虐待)または109条(健康侵害)に帰属する」という議論が展開されていた。この議論から浮かび上がるのは、ドイツ現行刑法223条における身体的虐待と健康侵害の解釈問題、すなわち、身体的虐待と健康侵害はどのように解釈されてきたのか、両者はどのような関係に立つか、という問題である。これは、傷害罪の保護法益の本質論を論ずるまえに、明らかにしておかなければなら

ない問題である。以下、節を改めてこれを検討する。

第3節 ドイツ刑法223条の⁽¹⁰¹⁾解釈

第1款 身体的虐待の解釈

1 概説

治療行為の刑法的評価について論じる際に、まず、問題となるのが、治療行為は刑法223条の傷害（とくに身体的虐待）にあたるか、である。判例はこれを肯定する。たとえば、後出の〔判例4〕ライヒ裁判所1894年5月31日「骨癌判決」⁽¹⁰²⁾は、身体的虐待を「もっとも広い意味で」理解しなければならないとして、それが、「直接的・物理的に身体組織に加えられた侵害（Verletzung）すべてを含む」⁽¹⁰³⁾としている。たとえば、ヴィルフリート・ボトケ（*Wilfried Bottke*）も、「虐待」概念は「きわめて漠然としており、満足なものではない」⁽¹⁰⁴⁾のであるから、治療行為が「虐待」にあたるのは不自然なことではない、と述べている。

この点、学説は、身体的虐待を、「身体的健全感（körperliches Wohlbefinden）もしくは身体の不可侵を些細とはいえない程度に損ない、またはその他の身体の統合性に影響が及ぼされるような有害で不適切な取扱い（ein übles, unangemessenes Behandeln）」⁽¹⁰⁶⁾、と比較的仔細に定義している。しかし、治療行為との関係では、この定義には疑問が生じる。なぜなら、医師が患者を治療する以上、その行為は有害ないし不適切ではない、ということもできるからである。そこで、「有害」、「不適切」という概念をどのように理解すべきか、これらの書かれざる概念がどのような要請のもとで登場し、運用されてきたかが問題となる。

2 判例の変遷とその特徴

（1）判例の変遷

身体的虐待に関する最初期の判例として、〔判例1〕上級裁判所（Obertri-

bunal) 1873年6月13日判決がある。本件では、他の者につばを吐きかけることは、ライヒ刑法223条の虐待にあたるか、それとも185条の侮辱にあたるかが争われた。上級裁判所は、「身体状態を害するように作用する肉体的影響が作出された」〔——⁽¹⁰⁸⁾ 圈点筆者〕ときは「虐待」となり、本件では、つばを吐きかけたことで作出された不快感 (Ekel) が「虐待」を構成すると判示した。⁽¹⁰⁹⁾

これ以降のふたつの判例では、殴打・打撃の「虐待」該当性が争われた。まず、〔判例2〕ライヒ裁判所1881年9月29日判決は、2名の女生徒に対して頭部と背中を殴打した教務補助者の事案である。本判決は、「虐待」概念を、「身体的健全感の障害 (Störung des körperlichen Wohlbefindens)」⁽¹¹⁰⁾と定義している。つぎに、〔判例3〕ライヒ裁判所1889年4月16日判決は、校内で生徒に対し、1日に2回、懲戒と称して頭と頬にそれぞれ20発の打撃を与えた教師の事案について判断を下した。本件の特徴は、被害者が脳内水泡に悩まされていたため、場合によっては苦痛を感じることができない状況にあり、苦痛の声を発することができなかった点にある。ライヒ裁判所は、「被害者が傷害であると感じたかどうか」は重要でないとして、「日常用語法において、『虐待』は、……不適切で邪悪で有害な取扱い (ein unangemessenes, schlimmes, übles Behandeln) と解されており、その取扱いを受けた客体が、不適切で邪悪で有害な取扱いと感じようとそうでなろうと、その解釈に違いはない」⁽¹¹¹⁾と判示した。かくして、〔判例3〕は、〔判例2〕の定義を補い、虐待の際の苦痛が被害者に感知される必要はなく、その取扱いが「不適切で邪悪で有害」であれば足りるとした。本判決の意義は、ドイツ語の日常用語法から演繹された「有害で不適切な取扱い」ということばを、判例上はじめて用いた点にある。⁽¹¹²⁾

その後、医師の専断的治療行為に関する〔判例4〕⁽¹¹³⁾を経て、〔判例5〕ライヒ裁判所1896年7月2日判決は、被害者の意思に反して行われたひげの切除について判断を下した。本件の特徴は、ひげの切除行為に、苦痛感

(Schmerzgefühl) や身体の不快感 (körperliches Unbehagen) が認められなかった点にある。ライヒ裁判所は、「身体的健全感の障害」を惹起した身体的影響が「虐待」にあたる⁽¹¹⁴⁾とした〔判例 2〕の立場を維持しつつ、身体的「虐待」といえるためには、それが、「ある程度の重大性 (Erheblichkeit) を備えたものでなければならぬ⁽¹¹⁵⁾」として、ひげの切除が、身体的健全感の障害、つまり虐待にはあたらない、とした。また、ライヒ裁判所は、「身体の不可侵は、それ自体をみれば刑法上の概念ではないし、身体の不可侵の侵害は絶対的なものではなく、違法な攻撃が向けられた法益との関係でのみ処罰されるのであるから」、身体の不可侵の侵害が認められたとしても、それだけで虐待と評価することはできない、と判示している⁽¹¹⁶⁾。さらに、ライヒ裁判所は、〔判例 3〕との論理関係にも触れ、身体に対する違法な作用にあっては、必ずしも苦痛感や身体の不快感が問題となるわけではなく、それらが被害者に自覚されていようとされていまいと、傷害罪の成否に直接の関係はない、とも述べている⁽¹¹⁷⁾。

そして、〔判例 6〕ライヒ裁判所1899年4月11日判決は、トラックの後輪と保母のベビーカーが接触し、トラック運転手が保母を転倒させ、もって保母およびその目撃者1名が激しい恐怖をこうむったという事案について、大要つぎのような判断を下した。すなわち、刑法223条の「身体」的虐待という文言によれば、精神的健全感を侵害したにすぎない純心理的影響は、たとえ事故の後遺症として身体の不快感 (körperliches Missbahagen) が惹起されたとしても、それは、223条の構成要件該当性の判断にとって重要ではないため、身体的虐待にはあたらない、と⁽¹¹⁸⁾。

ところが、〔判例 7〕ライヒ裁判所1921年5月4日判決は、〔判例 5〕と異なり、処女女性との性交中に生じた破瓜につき、それが苦痛を伴うものでなかったにもかかわらず、身体傷害にあたるという判断を下した⁽¹¹⁹⁾。〔判例 8〕ライヒ裁判所1939年2月3日判決もこの立場を踏襲し、さらに、〔判例 9〕連邦通常裁判所1952年9月25日判決も、ひげの切除が虐待にあたる旨を判示⁽¹²⁰⁾。

⁽¹²¹⁾
している。

その後、〔判例10〕連邦通常裁判所1974年1月23日判決は、〔判例3〕と類似の事案について判断を下した。本件は、看護師が重度の精神障害者に対し、タバコを嘔吐するまで飲み込むよう強要したという事案である。連邦通常裁判所は、本件被害者が、苦痛または不快さ(Unwohlsein)をまったく知覚することができなかつたと認定している。連邦通常裁判所は、〔判例3〕と同様、虐待構成要件の充足にとって苦痛の惹起は重要でないとして、「有害で不適切な取扱い」基準を適用し、虐待による身体傷害の成立を認めている。⁽¹²²⁾⁽¹²³⁾

(2) 判例の特徴

ここまでみてきた判例の特徴として、以下のふたつの点を指摘しておきたい。

①「有害で不適切な取扱い」の位置づけ

初期の判例は、身体的健全感の障害や実体侵害を、「虐待」概念に包摂していた。しかし、その後、判例は、苦痛感や不快感に対して著しく感度の低い(またはそうした感覚をもたない)者への「虐待」を認定するために、⁽¹²⁴⁾苦痛の惹起、身体的健全感の障害、実体侵害といった概念に加えて、例外的に、ドイツ語の日常用語法から演繹された「有害で不適切な取扱い」概念を用いて、⁽¹²⁵⁾「虐待」該当性を判断するにいたった。

このように、判例は、「身体的健全感の侵害」、「実体侵害」、「有害で不適切な取扱い」といった概念を重疊的に適用することで、「身体的虐待」⁽¹²⁶⁾該当性を判断している。もっとも、「有害で不適切な取扱い」は、〔判例3〕や〔判例10〕の事案を解決するために投入された、もともとは例外的な基準であったため、必ずしも統一的に用いられてきたわけではない。⁽¹²⁷⁾

②「身体」傷害の判断方法

判例は、身体＝実体に対する事實的・客觀的な侵害を、傷害罪成立の必要条件としている。すでに〔判例1〕において、判例は、身体状態を害する肉体的影響の作出によって「虐待」を認定してきた。すなわち、判例は、まず、身体＝実体に対する事實的・客觀的な侵害の存否を認定し、そのつぎに、当該行為が苦痛や不快感をもたらしたかどうかを判断している。

3 学説の系譜

（1）19世紀の議論

学説においては、すでにフォイエルバッハが、身体傷害概念を、「健全感を害」する「違法な攻撃」と定義していた。⁽¹²⁸⁾ここに〔判例2〕の「身体的健全感の障害」の萌芽が認められる。また、フーゴ・ヘルシュナー（*Hugo Hälschner*）は、虐待を、「苦痛または身体の不快感を惹起する暴行すべて」と解し、⁽¹²⁹⁾外部的作用によって惹起された健康侵害と、暴行による侮辱を処罰の対象とした。

当時の注釈書・体系書によれば、虐待とは、身体に対する暴行によって身体の不快感を作出することをいう。⁽¹³⁰⁾たとえば、フリートリッヒ・オッペンホフ（*Friedrich Oppenhoff*）⁽¹³¹⁾や、アウグスト・ガイヤー（*August Geyer*）⁽¹³²⁾は、虐待を「身体的健全感の侵害」と解し、カール・ビンディング（*Karl Binding*）は、「通常人において苦痛感を惹起し、健康を害するような身体の機械的な（*mechanisch*）取扱い」と定義した。⁽¹³³⁾

このように、19世紀当時の多数説は、「虐待」を、「身体的健全感の侵害」や「身体の不快感・苦痛の惹起」ととらえ、⁽¹³⁴⁾ここにあって「有害」、「不適切」といった概念を投入しようとは考えていなかった。

これに対して、ラインハルト・フランク（*Reinhard Frank*）は、〔判例3〕の影響を受けて、身体的虐待を「不適切で邪悪で有害な取扱い」と定義し、⁽¹³⁵⁾身体的健全感の障害を不要と解していた。また、ユストゥス・オルスハ

ウゼン (*Justus Olshausen*) も「有害で不適切な取扱い」概念を要求し、「虐待を受けた客体が、その取扱いをそのように〔虐待と——筆者〕感じたかどうか」で判断に違いは生じないとする。フランクの議論との違いは、「身体の不快感を与えること」または「身体的健全感の侵害」を要求する点にある⁽¹³⁶⁾。

(2) 第二次世界大戦前の議論

20世紀以降は、行為不法を強調した「虐待」概念が普及していくことになる⁽¹³⁷⁾。たとえば、フランツ・フォン・リスト (*Franz von Liszt*) は、身体傷害を「他の者の、身体の不可侵の(生活機能〔*Lebensfunktion*〕の)(違法な)侵害」と定義する⁽¹³⁸⁾。そしてその後は、「身体的健全感の些細とはいえない程度⁽¹³⁹⁾の侵害」、「肉体の現存在 (*leibliches Dasein*) の不可侵」の侵害または「主観的健全感もしくは安寧 (*Wohlbehagen*) の侵害」といった定義を経て、ハインリッヒ・ゲルラント (*Heinrich Gerland*) が、「身体的健全感の些細とはいえない程度⁽¹⁴⁰⁾の侵害」、「身体のあらゆる重大な実体侵害」を生じさせた、「有害で不適切な取扱い」という説明を付すにいたった⁽¹⁴¹⁾。

かくして、第一次世界大戦後、一部の学説が「有害で不適切な取扱い」概念を用いはじめたが、その後は、エドムント・メツガー (*Edmund Mezger*) をして、身体的虐待が「有害で不適切な取扱い」を意味することに「疑問の余地はない⁽¹⁴²⁾」と評せしめるほどまでになったのである。

(未完)

(1) 町野朔『患者の自己決定権と法』(1986・東京大学出版会) 8頁。なお、以下で条文のみを挙げるときは、とくに断りのないかぎり、現行刑法典のそれを指す。

(2) 大谷實『医療行為と法〔新版補正第2版〕』(2004・弘文堂) 81頁、飯田英男『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』(2007・判例タイムズ社) 12-13頁等参照。富士見産婦人科病院事件においても、患者30名あまりに対して承諾を得ずに子宮や卵巣を摘出した医師の行為について、傷害罪では不起訴処分となっている。ただし、本件で

- は、無資格者による診療補助業務につき、保健婦助産婦看護婦法（現・保健師助産師看護師法）43条1項1号（31条1項、32条違反）および60条1項違反の罪で有罪とされたほか（東京高判平成元年2月23日判タ691号152頁）、民事判決では損害賠償責任が認められている（東京地判平成11年6月30日判タ1007号120頁）。
- (3) 佐伯仁志「身体に対する罪」法学教室358号（2010）119頁以下、125頁参照。
- (4) 天田悠「治療行為論の史的考察（一）、（二・完）」早稲田法学会誌64巻2号（2014）57頁以下、65巻1号（2014）1頁以下、とくに25頁（以下「考察」と略記する。）。
- (5) 平野龍一『刑法概説』（1977・東京大学出版会）167頁、中山研一『刑法各論』（1984・成文堂）43頁、林幹人『刑法各論 第2版』（2007・東京大学出版会）47頁、山口厚『刑法各論 第2版』（2010・有斐閣）45頁、曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』（2012・弘文堂）17頁、西田典之『刑法各論〔第6版〕』（2012・弘文堂）41頁、高橋則夫『刑法各論〔第2版〕』（2014・成文堂）46頁等。
- (6) 小野清一郎『新訂刑法講義各論〔増補版〕』（1950・有斐閣）169頁、瀧川幸辰『刑法各論』（1951・世界思想社）41頁、藤木英雄『刑法講義 各論』（1976・弘文堂）193頁等。
- (7) 団藤重光『刑法綱要各論〔第三版〕』（1990・創文社）409頁、西原春夫『犯罪各論 訂補準備版』（1991・成文堂）14頁、内田文昭『刑法各論〔第三版〕』（1996・青林書院）26頁、福田平『全訂 刑法各論〔第三版増補〕』（2002・有斐閣）151頁、大塚仁『刑法概説（各論）〔第三版増補版〕』（2005・有斐閣）26頁、大谷實『刑法講義各論〔新版第4版〕』（2013・成文堂）25頁等。
- (8) 武藤真朗「治療行為と傷害の構成要件該当性——専断的治療行為と患者の自己決定権に関する研究の予備作業——」早稲田大学大学院法研論集54号（1990）243頁以下、248頁、小林公夫『治療行為の正当化原理』（2007・日本評論社）110-111頁参照。
- (9) 「身体」法益の内容理解は、被害者の承諾に基づく違法阻却の範囲・限界を検討する際に意味をもつ。宮内裕「違法性の阻却」日本刑法學會編『刑事法講座（第1巻 刑法（1））』（1952・有斐閣）217頁以下、221頁、団藤重光編『注釈刑法（5）各則（3）』（1968・有斐閣）73頁〔小暮得雄〕、佐藤陽子『被害者の承諾——各論的考察による再構成——』（2011・成文堂）98頁以下参照。
- (10) 各構成要件の法益解釈の必要性については、佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報1号（1985）51頁以下、62頁、林幹人「錯誤に基づく被害者の同

意』『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』(1998・有斐閣)233頁以下、235頁、西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『注釈刑法 第1巻 総論 §§1～72』(2010・有斐閣)361頁〔深町晋也〕等もつとに指摘していたところではある。

- (11) 「治療行為論」ということばを用いる先行研究は少なくないが(佐久間修「医療行為における『被害者の承諾』——特に生命の処分について——」阪大法学44巻2・3号(1994)349頁以下、350頁〔同『最先端法領域の刑事規制 医療・経済・IT社会と刑法』(2003・現代法律出版)102頁以下所収、103頁(以下、引用は後者による。)](ただし、「医療行為論」とする。)、古川原明子「終末期における治療行為論(一)」龍谷法学36巻4号(2004)261頁以下、同「安楽死・尊厳死の刑法的評価——終末期における治療行為論に向けて——」現代法学18号(2009)77頁以下、辰井聡子「治療行為の正当化」中谷陽二編集代表『精神科医療と法』(2008・弘文堂)347頁以下、361-362頁、同「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頁以下、65頁(「治療行為論は、医師の行為に構成要件該当性があることを前提として、当該行為が、治療行為として適切であったか否かを論じる議論である。))、小林(公)・前出注(8)3頁、8頁、13頁以下等)、このことばに対する共通理解は、いまなお得られていないように思われる。本稿では、治療行為の刑法的評価に関する理論枠組みを「治療行為論」と総称する。
- (12) 天田・前出注(4)「考察(一)」60頁、80-81頁注(3)。
- (13) わが国の刑事判例については、米田泰邦「手術と刑事責任」中山研一＝泉正夫編『医療事故の刑事判例 第二版』(1993・成文堂)155頁以下、武藤貞朗「手術と刑事責任」中山研一＝甲斐克則編『新版 医療事故の刑事判例』(2010・成文堂)151頁以下参照。
- (14) 大判明治41年2月25日刑録14輯134頁(ウイルスの感染)、大判昭和8年6月5日刑集12巻736頁(毒物による中毒症状の惹起)、最判昭和26年9月25日裁判集刑53号313頁(メチルアルコール中毒による疲労・全身の倦怠感、膝蓋腱反射亢進の惹起)、最判昭和27年6月6日刑集6巻6号795頁(ウイルス・性病の感染)、最決平成24年1月30日刑集66巻1号36頁(睡眠薬の投与による意識障害および筋弛緩作用を伴う急性薬物中毒症状)等がある。
- (15) 大判大正11年10月23日評論11巻刑法400頁(疲労倦怠・胸部疼痛)、最決昭和32年4月23日刑集11巻4号1393頁(胸部疼痛)、福岡高宮崎支判昭和62年6月23日判時1255号38頁(腰部圧痛)は、身体内部の機能に障害を与えることも傷害にあたる

とする。

- (16) 傷害の程度（軽微性）の判断にあたって、日常生活への悪影響ないし支障の有無やその持続性、医療行為の必要性、被害者の苦痛の有無等を考慮する判例・裁判例（大決大正15年7月20日新聞2598号9頁、名古屋高金沢支判昭和40年10月14日高刑集18巻6号691頁、熊本地玉名支判昭和42年11月10日下刑集9巻11号1372頁等）や、学説（団藤・前出注（7）409頁、西田・前出注（5）41頁等）の傾向に照らすと、本文で挙げたような診察・検診に、傷害罪の構成要件該当性を認めるのは難しいと考えるからである。団藤編・前出注（9）〔小暮〕76頁以下、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第二版 第10巻〔第193条～第208条の3〕』（2006・青林書院）391頁以下〔渡辺咲子〕参照。
- (17) 以下、ドイツ現行刑法典の邦訳は、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』（2007・法曹会）による。なお、ドイツ現行刑法223条2項は、未遂犯処罰規定である。
- (18) わが国の先行研究として、たとえば、町野朔『犯罪各論の現在』（1996・有斐閣）108頁以下、111頁以下、甲斐克則「人体の利用と刑法・その1——身体、身体から切り離された『身体の一部』および死体の法的位置づけ——」現代刑事法6巻2号（2004）111頁以下、112-113頁、同「刑事法学の視点から——人体・ヒト組織・ヒト由来物質の利用と刑事規制をめぐる序論的考察」北大法学論集54巻6号（2004）156頁以下、160頁以下、同「人体およびヒト組織等の利用をめぐる生命倫理と刑事規制」唄孝一先生賀寿記念『人の法と医の倫理』（2004・信山社）481頁以下、486頁以下、同「人体構成体の取扱いと『人間の尊厳』」ホセ・ヨンパルトほか編『法の理論26』（2007・成文堂）3頁以下、20頁以下、山中敬一「身体・死体に対する侵襲の刑法上の意義（1）」関西大学法学論集63巻2号（2013）1頁以下がある。なお、本稿では、いわゆる「切りはなされた身体」の問題には立ち入らない。
- (19) *Ernst Beling*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe, ZStW 44 (1924), S. 220 ff., 222 f. 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頁以下も参照。詳細については、天田・前出注（4）「考察（一）」70頁以下参照。
- (20) *Ulrich Weber*, in: Gunther Arzt/ Ulrich Weber/ Bernd Heinrich/ Eric Hilgen-

- dorf, Strafrecht Besonderer Teil, Lehrbuch, 2. Aufl., Bielefeld 2009, § 6 Rn. 1.
- (21) *Harro Otto*, Der strafrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seiner Teile, Jura 1996, S. 219 ff., 219.
- (22) *Georg Freund/Friedrich Heubel*, Der menschliche Körper als Rechtsbegriff, MedR 1995, S. 194 ff., 198. 山中・前出注(18) 10頁以下も参照。
- (23) なお、通説は、「身体」概念を、生者のそれに限定している。この点、1998年1月26日の第六次刑法改正法(Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts(6. StrRG))は、旧168条の「死体、死体の一部」という文言を、「死者の[・]身体[・]の全部若しくはその一部」〔——圈点筆者〕に変更した。これによって、刑法223条にいう「身体」は、生者のそれに限定されることとなった。Bericht des Rechtsausschusses(6. Ausschuß), BT-Drs. 13/9064, 19 参照。これにならい、本稿の検討対象も、生者の「身体」とする。
- (24) *Paul Bockelmann*, Strafrecht Besonderer Teil/2, München 1977, S. 54; *Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiwald*, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 10. Aufl., Heidelberg 2009, § 9 I Rn. 5.
- (25) *Hans Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969, S. 288; *Karl Heinz Gössel/Dieter Dölling*, Strafrecht Besonderer Teil 1, 2. Aufl., Heidelberg 2004, § 12 Rn. 19; *Fritjof Haft*, Strafrecht Besonderer Teil II, 8. Aufl., München 2005, S. 145 f.
- (26) *Beling*, a. a. O. (Anm. 19), S. 226.
- (27) なお、通説によれば、刑法223条は、純精神的・心理的な健康を捕捉しない。*Bockelmann*, a. a. O. (Anm. 24), S. 55; *Hans Joachim Hirsch*, in: LK-StGB, 10. Aufl., Berlin/ New York 1989, vor § 223 Rn. 2; *Gössel/Dölling*, a. a. O. (Anm. 25), § 12 Rn. 19 ff., 52 f.; *Eckhard Horn/Gereon Wolters*, in: SK-StGB, Bd. II, Besonderer Teil, 64. Lfg., Frankfurt am Main 2005, § 223 Rn. 23; *Weber*, a. a. O. (Anm. 20), § 6 Rn. 25; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a. a. O. (Anm. 24), § 8 I Rn. 3; *Johannes Wessels/Michael Hettinger*, Strafrecht Besonderer Teil 1, 38. Aufl., Heidelberg 2014, Rn. 245 参照。詳細については、林美子「PTSDと傷害」神奈川法学36巻3号(2004) 219頁以下、224頁以下、林幹人「精神的ストレスと傷害罪」判例時報1919号(2006) 3頁以下、5頁〔同『判例刑法』(2011・東京大学出版会) 247頁以下所収、251頁以下(以下、引用は後者による。)]、藪中悠「ドイツ刑法における傷害概念と精神的障害」法學政治學論究99号(2013) 37頁以下参

照。

- (28) WHOの「健康」の定義については、山崎喜比古「健康・病気と保健・医療の新しい見方」同編『健康と医療の社会学』（2001・東京大学出版会）33頁以下、榎本妙子『健康社会学への誘い——地域看護の視点から——』（2006・世界思想社）59頁以下等参照。
- (29) 日本 WHO 協会訳 (<http://www.japan-who.or.jp/commodity/kenko.html>)（最終閲覧日：2014年10月8日）参照。
- (30) 厚生省大臣官房国際課・厚生科学課「WHO 憲章における『健康』の定義の改正案について」平成11年3月19日付厚生省報道発表資料、同「WHO 憲章における『健康』の定義の改正案のその後について（第52回 WHO 総会の結果）」平成11年10月26日付厚生省報道発表資料参照。
- (31) BT-Drs. VI/3434, Anlage 1, S. 20.
- (32) BT-Drs., a. a. O. (Anm. 31), S. 21 f.
- (33) わが国の先行研究として、朝倉京一「暴行傷害罪に関する一考察」専修法学論集35号（1982）1頁以下、3頁以下、藪中・前出注（27）50頁以下がある。
- (34) ユスティニアヌス帝『法学提要』第4巻4の1（末松謙澄訳『ユスターニアヌス帝欽定羅馬法學提要〔訂正増補四版〕』（1924・帝國學士院）457-458頁、原田慶吉『『法学提要希臘語義解』第四卷邦譯』同『法学提要希臘語義解』（1934・法學協會）20-21頁等）によれば、「iniuria」には一般的な意義と特別な意義とがあり、一般的な意義としての「iniuria」は、一切の違法な行為をいい、特別な意義においては、①侮辱（contumelia）、②過失（culpa）、③不公平または不正（iniquitas）という3種の意義を有するという。詳細については、春木一郎「Lex Aquiliaニ付テ」鳩山秀夫編輯『土方教授在職二十五年記念私法論集』（1917・有斐閣書房）129頁以下、149頁以下、同「十二表法ノ iniuriaニ付テ」法學協會雑誌37巻4號（1919）1頁以下、10頁以下、石井茂樹「Iniuriaノ史的觀察（一）、（二）、（完）」法學協會雑誌42巻6號（1924）119頁以下、120-121頁、42巻7號（1924）94頁以下、124頁以下、入江俊郎『ユス・プレトリウムの研究』（1926・巖松堂書店）150頁以下、赤星定義「權利侵害は不法行為の要件か（上）」法學新報38巻9號（1928）108頁以下、123頁以下、末川博『權利侵害論〔第2版〕』（1949・日本評論社）51頁以下等参照。

なお、「iniuria」の訳語については、これを、「侵害」（船田亨二『ローマ法 第三巻 私法 第二分冊 債権〔改版〕』（1970・岩波書店）384頁、松宮孝明「鉄道

営業行為自体の違法性——『許された危険』論の前提的考察のために——」関西大学大学院法学ジャーナル32号(1981)99頁以下、109頁注(10)、平井宜雄「責任の沿革的・比較法的考察——不法行為責任を中心として——」『岩波講座 基本法学5——責任』(1984・岩波講座)3頁以下、9頁〔同『不法行為法理論の諸相——平井宜雄著作集Ⅱ』(2011・有斐閣)1頁以下所収)等)、「不法行為」(フォン、リスト(吾孫子勝=乾政彦譯)『獨逸刑法論 各論』(1908・早稲田大學出版部)36頁; *Franz v. Liszt*, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 16. und 17. Aufl., Berlin 1908, S. 311も参照)、「不法」(曾根威彦『刑法における正当化の理論』(1980・成文堂)11頁注(23)、平野龍一監修=町野朔・吉田宣之監訳『ロクシン刑法総論 第一巻 [基礎・犯罪論の構造] (第三版) (翻訳第一分冊)』(2003・信山社)583頁〔中村勉訳〕等)と訳出するものがあり、その一方で、これを、「侮辱的行為」(Gernot Schubert (山中敬一訳)『1824年バイエルン王国刑法典 フォイエルバッハ草案』(1980・関西大学出版部)24頁; *Gernot Schubert*, *Feuerbachs Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern aus dem Jahre 1824*, Berlin 1978, S. 32)、「人格権侵害」(錦織成史「民事不法の二元性(一)——ドイツ不法行為法の発展に関する一考察——」法学論叢98巻1号(1975)25頁以下、36頁、廣峰正子「民刑峻別の軌跡」立命館法学327・328号(2009)710頁以下、714頁等)、「人格侵害」(*Theodor Mommsen*, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, S. 784 ff. (Personalverletzung); 原田慶吉「民法七〇九條の成立する迄」原田慶吉著=石井良助編『日本民法典の史的素描』(1954・創文社)337頁以下、338頁、赤星・前出123頁も同旨)と訳出するものがある。

これに対して、「iniuriaについてもこれに終始一貫するところの統一的概念を構成することは不可能である」(末川・前出51-52頁、同61頁も同旨)として、単に「インユリア」とするもの(末川・前出103頁ほか、小野清一郎『刑法に於ける名誉の保護(増補版)』(1970・有斐閣)13頁以下、内田文昭「過失犯論の史的展開について(一)」上智法學論集16巻1号(1972)3頁以下、63頁〔同『犯罪概念と犯罪論の体系』(1990・信山社)175頁以下所収(以下、引用は後者による。))、同・前出注(7)24頁、202-203頁、齊藤博『人格権法の研究』(1979・一粒社)4頁以下、朝倉・前出注(33)3頁、ハイン・ケッツ=ゲルハルト・ヴァーグナー(吉村良一=中田邦博監訳)『ドイツ不法行為法』(2011・法律文化社)7-8頁〔吉村良一訳〕; *Hein Kötz/Gerhard Wagner*, *Deliktsrecht*, 12. Aufl., München 2013, Rn. 15)もある。

本稿では、「iniuria」が個人の生命・身体・人格・名誉等に対する侵害すべてを包括する概念であると解し、これを「侵害」と訳出する。

- (35) *Wolfgang Bauer*, Die strafrechtliche Beurteilung des ärztlichen Heileingriffs, Hamburg 2008, S. 89 f. 石井・前出注 (34) 「(二、完)」126頁以下も参照。
- (36) 「Realinjurie」の訳語については、これを「實體的不法行為」(リスト(吾孫子=乾訳)・前出注 (34) 37頁; *v. Liszt*, a. a. O. (Anm. 34), S. 311 も参照)、「態度侮辱」(栗生武夫『人格権法の發達』(1929・弘文堂) 69頁以下等)、「身體に對する暴力又は侵害を加ふる行為による有形的侮辱」(佐伯千仞「フリードリッヒ大王と刑法(二・完)」法學論叢40卷5號(1939) 63頁以下、88頁)、「動作に依るインユリア」(小野・前出注 (34) 48頁)、「暴行的侮辱」(同152頁)、「動作(暴行)に依る侮辱」(同204-205頁)、「乱暴行為」(*G. Schubert* (山中訳)・前出注 (34) 23頁; *G. Schubert*, a. a. O. (Anm. 34), S. 31)、「殴打暴行」(*H. リューピング*(川端博=曾根威彦訳)『ドイツ刑法史綱要』(1984・成文堂) 77頁以下; *Hinrich Rüping/Günter Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl., München 2011, Rn. 126)、「暴行を伴う名誉棄損」(足立昌勝監修=岡本洋一・齋藤由紀・永嶋久義訳「プロイセン一般ラント法 第2編第20章(刑法) 試訳(3)」関東学院法学23卷1号(2013) 151頁以下、166頁〔齋藤由紀訳〕等)、「挙動による侮辱」(「行動による侮辱」)(藪中・前出注 (27) 64頁注(63)、なお51頁)と訳出するもののほか、「暴行による侮辱 (tätliche Beleidigung, Beleidigung durch Tätlichkeit)」(*W. Bauer*, a. a. O. (Anm. 35), S. 90 f.) とするものもある。

本稿では、「Realinjurie」の核心が「侮辱」にあり、それが、人身に対する攻撃によって行われるという点をとらえて、これを、「暴行による侮辱」と訳出する。ドイツ刑法185条(「侮辱は、1年以下の自由刑又は罰金に処し、侮辱が暴力行為を手段として行われたときは、2年以下の自由刑又は罰金に処する。」)がその名残とみられる。詳細については、本章本節第4款1. とともに、小野・前出注 (34) 26頁、56頁以下、77頁以下、204頁以下、内田・前出注 (7) 37頁、201頁以下を参照されたい。

- (37) *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a. a. O. (Anm. 24), § 8 I Rn. 2; 赤星・前出注 (34) 124頁、小野・前出注 (34) 25頁以下参照。
- (38) 1532年のカロリナ刑事法典は、ハンス・フォン・シュヴァルツェンベルク (*Hans von Schwarzenberg*) が、ローマ法やイタリア法学、1507年のバンベルク刑事裁判令 (Bambergische Halsgerichtsordnung, Constitutio Criminalis Bam-

- bergensis)等を範として起草した、ドイツ初の統一刑典である。詳細については、木村龜二「カロリナ法典について——その四百年に際して——」法學志林34巻12號(1932)26頁以下、*Franz Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. unveränderter Nachdruck der 2., neubearb. Auflage von 1967, Göttingen 1996, S. 158 f.〔初版の邦訳として、F・ヴィーアッカー(鈴木祿弥訳)『近世私法史』(1961・創文社)158頁〕、*Heinrich Mitteis/Heinz Lieberich*, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 19. Aufl., München 1992, S. 334〔第11版の邦訳として、ミッタイス＝リーベリッヒ(世良晃志郎訳)『ドイツ法制史概説 改訂版』(1971・創文社)451頁〕、勝田有恒＝森征一＝山内進編『概説 西洋法制史』(2004・ミネルヴァ書房)187頁以下、191頁以下〔藤本幸二〕、*Rüping/Jerouschek*, a. a. O. (Anm. 36), Rn. 94 ff.〔初版の邦訳として、リュピング(川端＝曾根訳)・前出注(36)63頁以下〕等参照。
- (39) カロリナ刑事法典134条については、*Adolf Laufs/Alexander Eichener*, *Ursprünge einer strafrechtlichen Arzthaftung. Untersuchungen zu Artikel 134 der Constitutio Criminalis Carolina*, in: *Festschrift für Hubert Niederländer*, Heidelberg 1991, S. 71 ff.; 内田・前出注(34)228頁以下、同「刑法三五条の制定」*神奈川法学*30巻1号(1995)131頁以下、132頁参照。
- (40) カロリナ刑事法典104条(いかにして、非行は刑事刑をもって罰せらるべきや、に關しての序言):「さらに、何者かが、朕の成文普通法〔＝ローマ法〕に従い、ある非行によりて死罪を蒙りたるときは、良き慣習に従い、または、その非行の状況および背徳性を衡量しうる、良き、かつ、法に精通せる裁判官の指示に従い、当該死刑の方式および方法が決定せられ、かつ、判決せらるべし。しかれども、朕の皇帝法〔＝ローマ法〕が、何びとかを死をもって罰することを規定も許容もしおらざる場合(またはこれと同様な場合)においては、朕は、朕の、かつ、帝国の本令においてもまったく死刑を規定することなかりき。されど、若干の非行においては、〔朕の皇帝〕法は、受刑者が生命を落とすことなかるべき、身体または^{グリート}肢体になさるる^{バイニツヘシストラーフエ}刑事刑〔＝「民事刑」にたいして〕を認めおれり。かかる刑罰は、死刑につきて前述せられたると同じく、各ラントの良き習慣によりて、しからざれば、良き、かつ、法に精通する各裁判官の衡量によりて、認められまた用いられうべし。……」。法文は、*Josef Kohler/Willy Scheel*, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V., Constitutio Criminalis Carolina*. Bd. I. Neudruck der Ausgabe Halle 1900 (Nachdruck: Aalen 1968), S. 56 f.; *Arno Buschmann* (Hrsg.), *Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit*, München 1998, S.

103 ff., 137 f. に、邦訳は、埜浩「カルル五世刑事裁判令（カロリナ）」同『フランス・ドイツ刑事法史』（1992・信山社）145頁以下、189-190頁による。上口裕訳「カール5世刑事裁判令（1532年）試訳（1）～（3・完）」南山法学37巻1・2号（2014）149頁以下、37巻3・4号（2014）299頁以下、306-307頁、38巻1号（2014）243頁以下も参照。

- (41) *L. Günther*, Ueber die Hauptstadien der geschichtlichen Entwicklung des Verbrechens der Körperverletzung und seiner Bestrafung, Erlangen 1884, S. 27 ff.; *Friedrich-Christian Schroeder*, Begriff und Rechtsgut der „Körperverletzung“, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch, Berlin/ New York 1999, S. 725 ff., 726.
- (42) *Christoph Martin*, Lehrbuch des teutschen gemeinen Criminalprocesses, 3. Aufl., Heidelberg 1831, § 128.
- (43) *Konrad Franz Robhirt*, Geschichte und System des deutschen Strafrechts, Zweiter Theil, Stuttgart 1839, § 88.
- (44) *Christian Friedrich Georg Meister*, Principia iuris criminalis Germaniae communis auditorum usibus destinata. – 5. ed., – Goettingae 1780 (Nachdruck: 1996), ed. 2, Cap. VII, § 181 f.
- (45) *Eduard Henke*, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, Zweiter Theil, Berlin/ Stettin 1826, § 106 f.
- (46) *Anselm Ritter von Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Aufl., Giessen 1832, § 244. 圏点は原文で隔字体である。なお、同書第14版（*Anselm Ritter v. Feuerbach/ C. J. A. Mittermaier*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl., Giessen 1847, § 244）の邦訳として、西村克彦訳「フォイエルバハ『ドイツ普通刑法綱要』（一八〇一年）」同訳『近代刑法の遺産 中』（1998・信山社）41頁以下、128頁がある。
- (47) ティットマン（*Carl August Tittmann*, Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, Erster Band, 2. Aufl., Halle 1822, §§ 179-181）は、「身体に対する損害、重傷または疾患がもたらされる行為」を、健康に対する重罪としている。なお、A・バウアー（*Anton Bauer*, Lehrbuch des Strafrechtes, 2. Aufl., Göttingen 1833, § 187 f.）が、精神障害・精神異常の惹起を健康侵害と解するのに対し、ティットマン（*Tittmann*, a. a. O., § 179）は、これを、精神力に対する重罪（Verbrechen wider die Geisteskräfte）に分類している。

- (48) 1751年のバイエルン刑法典については、*Wieacker*, a. a. O. (Anm. 38), S. 326 (ヴィーアッカー(鈴木訳)・前出注(38)408頁)、足立昌勝「ドイツ・オーストリアの啓蒙主義刑法理論と刑事立法」*風早八十二先生追悼『啓蒙思想と刑事法』*(1995・勁草書房)291頁以下、315頁以下〔同『近代刑法の実像』(2000・白順社)19頁以下所収(以下、引用は後者による。)]、高橋直人「近代刑法の形成とバイエルン刑事法典(一七五一年)——啓蒙と伝統との交錯の中で——」*同志社法学*47巻6号(1996)429頁以下、同「マクシミリアン三世ヨーゼフの内政改革——バイエルン刑事法典(一七五一年)編纂の背景——」*同志社法学*50巻1号(1998)340頁以下、*Rüping/ Jerouschek*, a. a. O. (Anm. 36), Rn. 203 ff. (リューピング(川端=曾根訳)・前出注(36)127頁以下)等参照。
- (49) 1751年のバイエルン刑法典第IX章7条は、「……身体、財産又はその他に、故意及び予謀に基づいて損害を与えた者であって、さらにその事実につき他に掲げられた刑に該当せず、その損害が再度補償されないときは、これに民事制裁のみを科すことができる。……」と規定する。法文は、CODEX JURIS BAVARICI CRIMINALIS DE ANNO MDCCLI, 1756 (Neu herausgegeben von *Werner Schmid*, Frankfurt am Main 1988), S. 148; *Buschmann*, a. a. O. (Anm. 40), S. 179 ff., 214による。
- (50) *Günther*, a. a. O. (Anm. 41), S. 143.
- (51) *Günther*, a. a. O. (Anm. 41), S. 144 f.
- (52) 1787年のヨセフィーナ刑法典の邦訳として、足立昌勝『『ヨセフィーナ刑法典』試訳(一)、(二・完)』*法経論集*(静岡大学法経短期大学部)41号(1978)57頁以下、42号(1979)55頁以下、59頁、64-65頁。足立昌勝「近代初期刑法の基本構造——オーストリア・プロイセンを素材として——」*法経論集*(静岡大学法経短期大学部)69・70号(1993)23頁以下、39頁以下〔同・前出注(48)61頁以下所収、71頁以下〕も参照。
- (53) 1794年のプロイセン一般ラント法については、佐伯(千)・前出注(36)63頁以下、*Wieacker*, a. a. O. (Anm. 38), S. 327 ff. (ヴィーアッカー(鈴木訳)・前出注(38)410頁以下)、石部雅亮『啓蒙的絶対主義の法構造——プロイセン一般ラント法の成立——』(1969・有斐閣)6頁以下、159頁以下、足立・前出注(48)75頁以下、*Rüping/ Jerouschek*, a. a. O. (Anm. 36), Rn. 198 f. (リューピング(川端=曾根訳)・前出注(36)125-126頁)等参照。
- (54) ALR 796条は、「被害者にとって、それ以上何ら不利益な結果とならないような

単純な打撃、又はその他些細な傷害を故意に加えたときは、暴行による侮辱と同様に処罰される（第628条以下）。』と規定する。法文は、*Buschmann*, a. a. O. (Anm. 40), S. 272 ff., 361 を、邦訳は、足立昌勝監修＝岡本洋一・齋藤由紀・永嶋久義訳「プロイセン一般ラント法 第2編第20章（刑法）試訳（4）」関東学院法学23巻2号（2013）163頁以下、175頁〔岡本洋一訳〕をそれぞれ参照した。ただし、本稿の文脈との関係上、訳語を適宜改めている（以下同じ）。

- (55) ALR 797条は、「ただし、ある者が、そこから他の者の健康又は四肢に対して著しい不利益をもたらしうる重大な損害を故意に与えたときは、常にそれに比例した要塞刑（Festungsstrafe）又は懲役刑（Zuchthausstrafe）が成立する。」と規定する。法文は、*Buschmann*, a. a. O. (Anm. 40), S. 361 を、邦訳は、足立監修・前出注（54）175頁をそれぞれ参照した。
- (56) ALR 801条は、「故意に惹起された精神錯乱が故殺と同視されるとき（第863条）は、継続的な精神錯乱を自己の責任により惹起した場合を除き、死亡結果の場合に処される最も近い刑罰を科する。」と定め、精神障害も身体傷害を構成するとしている。法文は、*Buschmann*, a. a. O. (Anm. 40), S. 361 を、邦訳は、足立監修・前出注（54）176頁をそれぞれ参照した。
- (57) *W. Bauer*, a. a. O. (Anm. 35), S. 91. さらに、佐伯（千）・前出注（36）88-89頁も参照。
- (58) 1813年のバイエルン刑法典については、*Wieacker*, a. a. O. (Anm. 38), S. 327（ヴィーアッカー（鈴木訳）・前出注（38）409-410頁）、*Mitteis/Lieberich*, a. a. O. (Anm. 38), S. 472 ff.（ミッタイス＝リーベリッヒ（世良訳）・前出注（38）559頁以下）、*Rüping/Jerouschek*, a. a. O. (Anm. 36), Rn. 204 f.（リュープینگ（川端＝曾根訳）・前出注（36）128-129頁）等参照。
- (59) 1813年のバイエルン刑法典178条（傷害）は、「殺害することを意図しなかったが、違法な故意をもって他の者を暴力により攻撃し、他の者の身体を虐待し、又はその健康を傷つけ、侵害することにより、若しくはその他何らかの方法によって損害を与えた者は、つぎの場合に傷害の重罪に当たるとし、責任を負うとみなされる。」と規定する。法文は、*Melchior Stenglein* (Hrsg.), *Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher, Erstes Bändchen*, München 1858, I. Bayern, S. 77; *Buschmann*, a. a. O. (Anm. 40), S. 447 ff., 485 を、邦訳は、中川祐夫「一八一三年のバイエルン刑法典（Ⅱ）」龍谷法学3巻1号（1970）109頁以下、115頁をそれぞれ参照した。

- (60) 1814年のオルデンブルク刑法典183条も、「殺害することを意図しなかったが、違法な故意をもって他の者を暴力により攻撃し、他の者の身体を虐待し、又はその健康を傷つけ、侵害することにより、若しくはその他何らかの方法によって損害を与えた者は、つぎの場合に傷害の重罪に当たるとし、責任を負うとみなされる。」と規定し、身体的虐待と健康侵害を択一的に掲げている。法文は、*Stenglein*, a. a. O. (Anm. 59), Erstes Bändchen, II. Oldenburg, S. 82 による。
- (61) 1838年のザクセン王国刑事法典の法文は、*Stenglein*, a. a. O. (Anm. 59), Erstes Bändchen, III. Sachsen-Altenburg, S. 82 ff., 107 f. による。
- (62) 1839年のヴュルテンベルク王国刑法典の法文は、*Otto Schwab* (Hrsg.), Das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg vom 1. März 1839, Stuttgart 1849, S. 59 ff., 65 ff.; *Stenglein*, a. a. O. (Anm. 59), Erstes Bändchen, IV. Württemberg, S. 104 ff., 113 ff. による。
- (63) 1841年のヘッセン大公国刑法典の法文は、Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Hessen, nebst den damit zusammenhängenden Gesetzen, Darmstadt 1853, S. 82 ff., 100; *Stenglein*, a. a. O. (Anm. 59), Zweites Bändchen, VII. Großherzogthum Hessen und Frankfurt, S. 113 ff., 133 f. による。
- (64) 1845年のバーデン大公国刑法典の法文は、*Stenglein*, a. a. O. (Anm. 59), Zweites Bändchen, VIII. Baden, S. 77 ff., 100 ff., 102 による。
- (65) 19世紀中葉の各邦国刑法典の内容は、以下のとおりである。

	傷 害	暴行による侮辱
ザクセン王国刑事法典 (1838年)	第二編第5章 「健康に対する罪」 132条～144条	第二編第9章 「名誉の侵害」 198条
ヴュルテンベルク王国刑法典 (1839年)	各則第二編第2章 「傷 害」 260条～273条	各則第二編第4章 「名誉に対する侵害」 283条～294条
ヘッセン大公国刑法典 (1841年)	第二編第30章 「傷 害」 262条～272条	第二編第37章 「名誉に対する侵害」 308条
バーデン大公国刑法典 (1845年)	第二編第10章 「傷 害」 225条～238条	第二編第19章 「誣告、讒謗、 及び名誉毀損」 291条、293条
	第二編第15章 「自 傷」 257条～259条	

- (66) 1851年のプロイセン刑法典については、*Robert v. Hippel*, *Deutsches Strafrecht*, 1. Bd., Berlin 1925, S. 342; *Eberhard Schmidt*, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl., Göttingen 1965, §§ 276 ff.; *Frank Korn*, *Körperverletzungsdelikte – §§ 223 ff.*, 340 StGB: Reformdiskussion und Gesetzgebung von 1870 bis 1933, Berlin 2003, S. 8 ff., insb. 28 ff. 参照。
- (67) 1851年のプロイセン刑法典187条の法文は、*Stenglein*, a. a. O. (Anm. 59), *Drittes Bändchen*, XI. Preußen mit Waldeck und Anhalt-Bernburg, S. 100; *Buschmann*, a. a. O. (Anm. 40), S. 538 ff., 576 による。なお、天田・前出注（4）「考察（一）」85頁注（26）では、「1851年のプロイセン刑法典223条は、……」となっているが、正しくは、「1851年のプロイセン刑法典187条は、……」である。お詫びして訂正する。
- (68) *Theodor Goltdammer*, *Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten*, Theil II, Berlin 1852, S. 401 ff., 405.
- (69) *Goltdammer*, a. a. O. (Anm. 68), S. 406. 佐伯（千）・前出注（36）88-89頁、小野・前出注（34）152頁も参照。
- (70) 1870年の北ドイツ連邦刑法典については、*v. Hippel*, a. a. O. (Anm. 66), S. 342 ff.; *E. Schmidt*, a. a. O. (Anm. 66), § 297; *Korn*, a. a. O. (Anm. 66), S. 42 ff., insb. 44 ff. 参照。法文は、*Friedrich Oskar Schwarze*, *Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870*, Leipzig 1870, S. 249; *Friedrich Meyer*, *Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870*, Berlin 1871, S. 172 による。
- (71) *Richard Ed. John*, *Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund*, Berlin 1868, S. 459 ff. 法文は、*Schwarze*, a. a. O. (Anm. 70), S. 218 f.; *F. Meyer*, a. a. O. (Anm. 70), S. 148 による。小野・前出注（34）56頁以下も参照。
- (72) 北ドイツ連邦刑法典公式理由書（*Richard Höinghaus*, *Das neue Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund*, 2. Aufl., Berlin 1870, § 187）にも、帝国議会審議録（*Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes*. I. Legislatur=Periode. – Session 1870, Zweiter Band, Berlin 1870, 34. Sitzung, SS. 637-663, 35. Sitzung, S. 665 ff.）にも、これに関する記述は見当たらない。唯一、北ドイツ連邦刑法典公式理由書だけが、身体傷害と暴力による侮辱は、内心の意思方向によって限界づけられる、と指摘するにとどま

- る。Höinghaus, a. a. O., § 186 f. 参照。
- (73) 1871年のライヒ刑法典 (RGBl. 1871, Nr. 24, S. 127) については、v. Hippel, a. a. O. (Anm. 66), S. 345 ; Rüping/ Jerouschek, a. a. O. (Anm. 36), Rn. 232 f. (リュウピング(川端=曾根訳)・前出注(36)147頁)参照。法文は、Friedrich Christian Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 3. Aufl., Berlin 1873, § 223 Ziff. 1 f.; Karl Lueder, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 nach der Novelle vom 26. Februar 1876, Erlangen 1876, S. 60 f. (ただし、後者は、「3年以下の軽懲役又は1,000マルク以下の罰金」とする。)による。
- (74) Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Begründung. Besonderer Teil, Berlin 1909, S. 658.
- (75) Entwurf der Strafrechtskommission (1913), in: Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch: Entwurf der Strafrechtskommission 1913/ Entwurf 1919/ Denkschrift zum Entwurf 1919 mit Anhang, Ditter Teil, Berlin 1920, S. 70.
- (76) Entwurf von 1919, in: Entwürfe, a. a. O. (Anm. 75), Zweiter Teil, S. 66 f.
- (77) 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対象とする旨の規定をいう。天田悠「ドイツ刑法における治療行為論の歴史的展開(一)、(二・完)——刑法改正作業を中心に——」早稲田法学会誌63巻2号(2013)1頁以下、5頁、12-13頁、64巻1号(2013)1頁以下参照(以下「展開」と略記する。)
- (78) Gustav Radbruchs Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922), Tübingen 1952, S. 29. 本案の邦訳として、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号(1955)13頁以下、47頁がある。
- (79) ひげの切除に関する判例(後出の【判例5】、【判例9】)は、本章第3節第1款2.(1)で取りあげる。
- (80) ラートブルッフ草案の規定は、1912年のオーストリア議会草案(österreichische Regierungsvorlage)296条と326条から示唆を得たものである。Radbruchs Entwurf, a. a. O. (Anm. 78), Bemerkungen, S. 64(中谷=宮澤訳・前出注(78)82頁)参照。天田・前出注(77)「展開(一)」31頁注(70)も参照。
- (81) Radbruchs Entwurf, a. a. O. (Anm. 78), Bemerkungen, S. 64(中谷=宮澤訳・前出注(78)82頁)参照。
- (82) Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst

- Begründung 1925, Erster Teil: Entwurf S. 26; Zweiter Teil: Begründung, S. 120 f. (復刻版として、Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung 1925 (Reichsratsvorlage), in: Materialien zur Strafrechtsreform 3. Band, Bonn 1954) 参照。本案の邦訳として、司法省調査課『一九二五年獨逸刑法草案竝に理由書（各論篇）』司法資料84號（1926）52-53頁、353頁以下がある。
- (83) Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, Der Reichsminister der Justiz, Reichstag III. Wahlperiode 1924/27, Berlin 1927, Entwurf, S. 28; Begründung, S. 132 (復刻版として、Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1927 mit Begründung und 2 Anlagen (Reichstagsvorlage), in: Materialien zur Strafrechtsreform 4. Band, Bonn 1954) 参照。本案の邦訳として、司法省調査課『一九二七年獨逸刑法草案竝に理由書（各論篇）』司法資料126號（1928）114-115頁、513頁以下、521-522頁がある。なお、1927年草案281条は専斷的治療行為処罰規定であり、本案によって、専斷的治療行為を「患者の自己決定権」の侵害として処罰する立場がより鮮明となった。天田・前出注(77)「展開（一）」17-18頁参照。
- (84) 1933年草案259条も、「他の者の身体を傷害し、身体的に虐待し、又はその健康を害した者」を処罰の対象とする。法文は、Entwurf eines Allgemeinen Strafgesetzbuchs 1933, in: *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. 1 ff., 49 による。
- (85) 通称「ギュルトナー草案」である。法文は、*Edmund Mezger*, Körperverletzung, in: Franz Gürtner (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht (Besonderer Teil) - Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, 2. Aufl., Berlin 1936, S. 389 ff. [邦訳として、エドムンド・メツガア「傷害」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）145頁以下] ; *Jürgen Regge/ Werner Schubert* (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, II. Abteilung, NS-Zeit (1933-1939) - Strafgesetzbuch, Band 1. Entwürfe eines Strafgesetzbuchs, 2. Teil, Begründung zum Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs von 1936, Berlin/ New York 1990, S. 248 ff. による。

- (86) Begründung zum Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs von 1936, a. a. O. (Anm. 85), in: *Regge/ W. Schubert* (Hrsg.), Band 1, 2. Teil, S. 249 f.
- (87) Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1960 mit Begründung, Bonn 1960, S. 36 参照。本案の条文訳として、齊藤金作『一九六〇年ドイツ刑法草案』早稲田大学比較法研究所紀要18号(1961)78頁がある。
- (88) Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 mit Begründung, Bonn 1962, S. 36, 282. 本案の条文訳として、法務省刑事局『一九六二年ドイツ刑法草案』刑事基本法令改正資料2号(1963)73頁がある。
- (89) 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のことをいう。天田・前出注(77)「展開(一)」4頁参照。
- (90) 1970年代案108条(身体的虐待)1項は、「他の者を身体的に虐待した者は、6月以下の罰金に処する。」と規定する。法文は、*Jürgen Baumann u.a.*, Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, Erster Halbband, Tübingen 1970, Entwurf, S. 8 による。
- (91) 1970年代案109条(傷害)1項は、「他の者の健康を害した者は、罰金又は1年以下の自由刑に処する。」と規定する。法文は、*Baumann u.a.*, a. a. O. (Anm. 90), Entwurf, S. 9 による。
- (92) *Baumann u.a.*, a. a. O. (Anm. 90), Begründung, S. 45.
- (93) *Baumann u.a.*, a. a. O. (Anm. 90), Begründung, S. 47.
- (94) 天田・前出注(77)「展開(二・完)」13頁以下参照。
- (95) BGBl. 1998 I, 164. その間、1994年10月28日法(BGBl. 1994 I, 3186)が「einen Anderen」を「eine andere Person」に改め、1998年の第六次刑法改正法が「die Gesundheit beschädigen」〔——下線筆者〕を「die Gesundheit schädigen」と改正した。さらに、単純傷害罪に未遂犯処罰規定(223条2項)が新設された(BT-Drs. 13/8587, 1, 35 f.)。詳細については、*Gereon Wolters*, Die Neufassung der Körperverletzungsdelikte, JuS 1998, S. 582, 582 f. 参照。
- (96) BT-Drs. 13/8587, 1, 35.
- (97) *Albin Eser*, Zur Regelung der Heilbehandlung in rechtsvergleichender Perspektive, in: FS-Hirsch, a. a. O. (Anm. 41), S. 465 ff., 467 ff. 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」アルビン・エーザー(上田健二=浅田和茂編訳)『医事刑法から統合的医事法へ』(2011・成文堂)71頁以下、74頁がある。*Hans*

- Joachim Hirsch*, Zur Frage eines Straftatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung, in: Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Heidelberg 1999, S. 353 ff., 363 [この論文に関連する講演原稿訳として、ハンス・ヨアキム・ヒルシュ（石原明訳）「専断的治疗行為」神戸学院法学30巻4号（2001）289頁以下]、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、342頁も参照。反対、LK¹⁰-*Hirsch*, a. a. O. (Anm. 27), vor § 223 Rn. 1; *Schroeder*, a. a. O. (Anm. 41), S. 734.
- (98) *Friedrich-Christian Schroeder*, Besondere Strafvorschriften gegen Eigenmächtige und Fehlerhafte Heilbehandlung?, Passau 1998, S. 12 f. 天田・前出注(77)「展開（二・完）」16頁以下も参照。
- (99) *Schroeder*, a. a. O. (Anm. 41), S. 728 f. なお、1996年草案の専断的治疗行為処罰規定が廃案となったにもかかわらず、「身体の不可侵に対する罪」への章題変更が維持されたことは、身体・健康に対する自己決定権を強調する旨を表している、という指摘もある（BT-Drs. 13/8587, 35）。*Schroeder*, a. a. O. (Anm. 41), S. 734 f.; *Tanja Hartmann*, Eigenmächtige und fehlerhafte Heilbehandlung: Betrachtungen zu §§ 229, 230 des Entwurfes eines Sechsten Strafrechtsreformgesetzes, Baden-Baden 1999, S. 65 参照。
- (100) 天田・前出注(77)「展開（二・完）」22頁。
- (101) わが国の先行研究として、藤本直「医師の手術と身体傷害罪の問題に就て（一）」法學新報41巻2号（1931）1頁以下、とくに6頁以下、下村康正「傷害および暴行」佐伯千仞＝団藤重光編『総合判例研究叢書 刑法（7）』（1957・有斐閣）7頁以下、齋野彦弥「暴行概念と暴行罪の保護法益」成蹊法学28号（1988）437頁以下、446頁以下、武藤・前出注（8）245頁以下、佐藤・前出注（97）325-326頁、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、342-343頁、小林（公）・前出注（8）107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、319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、16頁以下〔同『医事刑法概論Ⅰ（序論・医療過誤）』（2014・成文堂）105頁以下所収、123頁以下（以下、引用は後者による。）、藪中・前出注（27）40頁以下等がある。
- (102) RGSt 25, 375. 本判決については、天田・前出注(77)「展開（一）」6頁以下、27頁注（20）、同・前出注（4）「考察（一）」61頁以下、84-85頁注（25）参照。

(103) RGSt 25, 375 [378]. 圏点は原文で隔字体である。

(104) 「misshandeln (虐待する)」中の「miss-」という接頭辞は、おそくとも19世紀末葉以降には、正しくないこと (Inkorrekte)、誤っていること (Fehlgegangen) を意味するものとなっていた。Diethelm Kienapfel, Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht, Karlsruhe 1961, S. 20 ff. [書評として、庭山英雄「D・キーンアプフェル著『体罰と社会的相当性』」一橋論叢49巻6号(1963)93頁以下] 参照。これによれば、「misshandeln」には、瑕疵 (Fehlerhaft)、悪いこと (Schlechte)、無価値 (Unwert) といった否定的な意味合いが含まれており、これらは、良い (gut)、成功した (erfolgreich)、有利な (vorteilhaft)、肯定的な (positiv)、瑕疵なき (ohne Fehler) といった概念の対極にあるという。Joseph Heimberger, Strafrecht und Medizin, München 1899, S. 38 f.; Albert Behr, Ärztlich-operativer Eingriff und Strafrecht, München 1902, S. 33; Welzel, a. a. O. (Anm. 25), S. 289 も参照。

(105) Wilfried Botthe, Suizid und Strafrecht, Berlin 1982, Ziff. 200.

(106) Kienapfel, a. a. O. (Anm. 104), S. 36; Welzel, a. a. O. (Anm. 25), S. 288; LK¹⁰-Hirsch, a. a. O. (Anm. 27), § 223 Rn. 6; Gössel/Dölling, a. a. O. (Anm. 25), § 12 Rn. 2; Harro Otto, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl., Berlin 2005, § 15 Rn. 2; Haft, a. a. O. (Anm. 25), S. 145; Volker Krey, in: Volker Krey/ Manfred Heinrich, Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, 13. Aufl., Stuttgart 2005, § 3 Rn. 189; Wilfried Küper, Strafrecht Besonderer Teil, 8. Aufl., Heidelberg 2012, S. 230 f.; Wessels/Hettinger, a. a. O. (Anm. 27), Rn. 255; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetzen, 61. Aufl., München 2014, § 223 Rn. 4; Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 15. Aufl., München 2014, § 13 Rn. 7; Albin Eser/ Detlev Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder StGB, 29. Aufl., München 2014, § 223 Rn. 3 等。これに対して、ウェーバー (Weber, a. a. O. (Anm. 20), § 6 Rn. 21) は、「身体的虐待は、身体の統合性の侵害である」とし、マウラッハ=シュレーダー=マイヴァルト (Maurach/Schroeder/ Maiwald, a. a. O. (Anm. 24), § 9 I Rn. 3) は、「有害で不適切な取扱い」が付加的な要件にすぎないとする。さらに、ムルマン (Uwe Murmann, Die »üble, unangemessene Behandlung« – ein von der Entwicklung der Dogmatik überholter Definitionsbestandteil der »körperlichen Misshandlung«, Jura 2004, S. 102 ff., 105) は、「有害で不適切な取扱い」の放棄を要請する。

- (107) 治療行為非傷害説（構成要件モデル）の主要論拠のひとつである。Karl Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 1. Bd., 2. Aufl., Leipzig 1902, S. 56; Welzel, a. a. O. (Anm. 25), S. 289; LK¹⁰-Hirsch, a. a. O. (Anm. 27), vor § 223 Rn. 3; Hans Lilie, in: LK-StGB, 11. Aufl., Berlin 2001, vor § 223 Rn. 3; Walter Kargl, Körperverletzung durch Heilbehandlung, GA 2001, S. 538 ff., 547; Maria-Katharina Meyer, Reform der Heilbehandlung ohne Ende – Ein Beitrag zum geltenden Strafrecht und zum Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums 1996 –, GA 1998, S. 415 ff., 416 等参照。
- (108) Ob. Trib., GA 21 (1873), 540.
- (109) ライヒ裁判所1910年5月30日判決 (RG GA 58 (1911), 184 [184 f.])、ツヴェイブリュッケン上級地方裁判所1990年6月18日決定 (OLG Zweibrücken, NJW 1991, 240 [241]) も参照。さらに、LK¹¹-Lilie, a. a. O. (Anm. 107), § 223 Rn. 8; Weber, a. a. O. (Anm. 20), § 6 Rn. 22; Sch/Sch²⁹-Eser/ Sternberg-Lieben, a. a. O. (Anm. 106), § 223 Rn. 4.
- (110) RGSt 5, 129 [132].
- (111) RGSt 19, 136 [139].
- (112) Schroeder, a. a. O. (Anm. 41), S. 730 f.; Murmann, a. a. O. (Anm. 106), S. 103 参照。
- (113) 【判例4】は、自然療法の信奉者であった父親が事前に反対したにもかかわらず、手術が必要な状態にあった7歳の女兒に対し外科手術を行った医師が、(当時の) ライヒ刑法223条の傷害罪で起訴されたという事案である。ライヒ裁判所は、本件医師の行為が、少なくとも、患者の身体の重要な構成要素の侵害にあたり、「あらゆる場合において、この患者の治療を引き受けてもらうように、とにもかくにも、まさにこの医師を呼んだのは、患者ないしその近親者および法定代理人の意思なのである」から、この意思を欠く以上、それは違法な身体傷害を構成する旨を判示した (RGSt 25, 375 [381])。なお、圏点は原文で隔字体のところである。
- (114) RGSt 29, 58 [59].
- (115) RGSt 29, 58 [60].
- (116) RGSt 29, 58 [61]. その後、本判決の判断枠組みは、後出の【判例7】によって修正された。Wessels/Hettinger, a. a. O. (Anm. 27), Rn. 256 参照。
- (117) RGSt 29, 58 [59].
- (118) RGSt 32, 113 [114].

- (119) RGSt 56, 64 [64].
- (120) RG DR 1939, 365 Nr. 13.
- (121) BGH NJW 1953, 1440 [1441]. 本判決の評釈として、大沼邦弘「傷害罪における身体的虐待——連邦通常裁判所第三刑事部一九五二年九月二五日判決 BGH NJW 1953, 1440」警察研究58巻9号(1987)86頁以下等がある。
- (122) BGHSt 25, 277 [278 f.]. なお、[判例10]では、「健康侵害」該当性は検討されなかったが、カーゲルは、本件が「健康侵害」の解釈によって解決されるべき事案であったと指摘する。Kargl, a. a. O. (Anm. 107), S. 548 参照。
- (123) その後の代表的な刑事判例は、以下のとおりである。連邦通常裁判所1990年3月7日判決(BGH NJW 1990, 3156 [3156 f.])、デュッセルドルフ上級地方裁判所1991年5月29日決定(OLG Düsseldorf NJW 1991, 2918 [2919])、ケルン上級地方裁判所1996年3月8日決定(OLG Köln NJW 1997, 2191 [2191 f.])、連邦通常裁判所1996年11月5日決定(BGH NSTz 1997, 123 [123 f.] = BGHR StGB § 223 Abs. 1 Mißhandlung 1 = BGH StV 1998, 76 [76 f.]) (本決定については、藪中・前出注(27)62頁注(40)も参照)。民事判例ではあるが、連邦通常裁判所1976年10月25/26日判決(BGH NJW 1977, 339 [339 f.])も参照。
- (124) *Murmann*, a. a. O. (Anm. 106), S. 104 参照。
- (125) W・パウアーは、[判例3]や[判例10]のような、苦痛感や不快感に対して感度の低い者の事案については、本来、実体侵害の観点から検討されるべきであったと指摘する。*W. Bauer*, a. a. O. (Anm. 35), S. 103 f. 参照。
- (126) 連邦通常裁判所1960年5月3日判決(BGHSt 14, 269 [271])、連邦通常裁判所1990年3月7日判決(BGH NJW 1990, 3156 [3157])、連邦通常裁判所1995年7月20日判決(BGH NJW 1995, 2643 [2643 f.])、連邦通常裁判所1996年11月5日決定(BGH NSTz 1997, 123 [123 f.])等が、この判断形式を採用している。*Murmann*, a. a. O. (Anm. 106), S. 104 参照。
- (127) *Brigitte Tag*, *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis*, Berlin/Heidelberg/New York 2000, S. 171. 少なくともいえることとして、判例は、身体的健全感の障害や実体侵害を一切考慮せずに、「有害で不適切な取扱い」概念を適用してきたわけではない。*Schroeder*, a. a. O. (Anm. 41), S. 730 f.; *Kargl*, a. a. O. (Anm. 107), S. 548; *Weber*, a. a. O. (Anm. 20), § 6 Rn. 21; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a. a. O. (Anm. 24), § 9 I Rn. 3 参照。

- (128) *Feuerbach*, a. a. O. (Anm. 46), § 244 (フォイエエルバハ (西村訳)・前出注 (46) 128頁).
- (129) *Hugo Hälschner*, System des Preußischen Strafrechtes, Zweiter Theil, Bonn 1858, S. 145.
- (130) *Friedrich Oskar Schwarze*, Commentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 3. Aufl., Leipzig 1873 (Nachdruck: Frankfurt am Main 1992), S. 554; *Augst Geyer*, Verbrechen gegen die leibliche Unversehrtheit, in: Fr. v. Holtzendorf (Hrsg.), Handbuch des deutschen Strafrechts, 3. Bd., Berlin 1874, S. 515 ff., 534; *Justus Olshausen*, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Bd., Berlin 1883, § 223 Rn. 4.
- (131) *Oppenhoff*, a. a. O. (Anm. 73), § 223 Ziff. 2.
- (132) *Augst Geyer*, Verbrechen gegen die leibliche Unversehrtheit, in: Fr. v. Holtzendorf (Hrsg.), Handbuch des deutschen Strafrechts, 4. Bd., Berlin 1877, S. 361 ff., 364. さらに、*Albert Friedrich Berner*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, 18. Aufl., Leipzig 1898 (Nachdruck: Aalen 1986), S. 530 も参照。
- (133) *Binding*, a. a. O. (Anm. 107), S. 43.
- (134) *Geyer*, a. a. O. (Anm. 130), S. 525 f.; *ders.*, a. a. O. (Anm. 132), S. 364; *Olshausen*, a. a. O. (Anm. 130), § 223 Rn. 4; *Reinhard Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Leipzig 1897, § 223 Ziff. I 1. 一方、テンメは、実体侵害が傷害構成要件の充足にとって不可欠の要件であるとする。*J. D. H. Temme*, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Stuttgart 1876, § 194 参照。
- (135) *Frank*, a. a. O. (Anm. 134), § 223 Ziff. I 1.
- (136) *Justus Olshausen*, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Bd., 3. Aufl., Berlin 1890, § 223 Rn. 4.
- (137) *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a. a. O. (Anm. 24), § 9 I Rn. 3 f.
- (138) *Franz v. Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21. u. 22. Aufl., Berlin/ Leipzig 1919, S. 298. 引用部分は、原文ではすべて隔字体である。なお、リストは、被害者が苦痛感を感じることは必ずしも必要でないとする。
- (139) *Philipp Allfeld*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl., Leipzig/Erlangen 1922, S. 343.
- (140) *Richard Schmidt*, Grundriss des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl., Leipzig 1931, S. 224. 圏点は原文で隔字体である。

(141) *Heinrich B. Gerland*, *Deutsches Reichsstrafrecht*, 2. Aufl., Berlin/ Leipzig 1932, S. 481.

(142) *Edmund Mezger*, *Deutsches Strafrecht*, 3. Aufl., Berlin 1943, S. 240.

【付記】

本稿は、平成26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。