HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	被害者の自己答責的自己危殆化、承諾及び推定的承諾（8）・完
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA，Toshio
引用	北海学園大学法学研究，54(1)：1-31
発行日	2018-06-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論説

被害者の自己答責的自己危殆化、承諾及び推定的承諾 (8)・完

吉田敏雄

目次

第1章 自律性原理（自己答責性原理）と自己答責的自己危殆化
Ⅰ 概説
Ⅱ 適用領域
(a) スポーツ
(b) 財産法上の危険引き受け
Ⅲ 第三者の「自己答責的」介入がある場合の客観的帰属
(a) 救助行為
(aa) 自発的救助者による救助行為
(bb) 救助義務者による救助行為
(b) 追跡行為
Ⅳ 自己答責性の限界
Ⅴ 自己答責性の前提要件
Ⅵ 自己答責的自己危殆化と了解的他人危殆化の区別
（以上第五二巻第二号）
第2章 自律性原理と被害者の承諾
Ⅰ 概説
Ⅱ ドイツ語圏の承諾に関する法制度
(a) ドイツ
(b) オーストリア
(c) スイス
Ⅲ 承諾の効果根拠

1　モデル論的考察
（a）衝突モデル
（b）統合モデル
（c）基礎モデル
2　日本における議論状況
3　評価
Ⅳ　承諾の対象と範囲
（a）対象
（b）範囲
（以上第五二巻第三号）
Ⅴ　正当化事由としての承諾の前提要件と限界
1　法益保持者による承諾
2　承諾者の処分権能
（a）ドイツ
（aa）学説
（bb）判例
（b）オーストリア
（c）スイス
（d）日本
（aa）学説
（bb）判例
（e）評価
3　承諾の形式と時点
4　承諾能力
5　第三者による承諾
6　意思瑕疵なき承諾
（以上第五三巻第一号）
（a）脅迫
（b）欺罔に起因する承諾
（aa）ドイツ語圏刑法学における理論状況
（bb）日本刑法学における理論状況
（cc）評価（承諾の有効性の規準）
（c）錯誤
7　承諾の認識
（以上第五三巻第二号）
第3章　構成要件阻却の了解
Ⅰ　構成要件阻却の了解の分類
Ⅱ　了解の前提要件
1　自然的意思能力と弁識・判断能力
2　意思瑕疵
3　意思表示の必要性
第4章　推定的承諾
Ⅰ　概念と基本思想
1　理論構成
（a）学説
（b）評価
2　緊急避難との関係
3　事務管理との関係
4　許された危険（社会的相当性）との関係
Ⅱ　適用領域
1　内的財衝突に起因する推定的承諾
2　行為者又は第三者のための推定的承諾
Ⅲ　前提要件

1 客観的承諾要素
(a) 弁識・判断能力
(b) 切迫性
(c) 調査義務
2 主観的正当化要素
第5章 仮定的承諾 (以上第五三巻第三号)
Ⅰ 概説
Ⅱ ドイツの判例
Ⅲ 犯罪理論体系上の位置づけとその評価
(a) 構成要件解決策
(aa) 因果関係の不存在
(bb) 不作為
(b) 違法性解決策
(aa) 客観的帰属の違法性段階への転用
(bb) 独自の正当化事由論
(cc) 評価
(c) 刑罰消滅事由 (以上第五三巻第四号)
第6章 専断的治療
Ⅰ ドイツ刑法における治療侵襲と傷害罪の関係
(a) 構成要件不該当説(治療行為非傷害説)
(aa) 成功説
(bb) 医療技術規準説(方式説)
(cc) 物質説
(b) 構成要件該当説(治療行為傷害説)
(c) 専断的治療罪の立法化の試み
Ⅱ オーストリア刑法における専断的治療罪
(a) 成立史
(b) 第一項について
(aa) 傷害罪との関係
(bb) 保護法益
(cc) 処置
(c) 第二項について
(aa) 理論構造
(bb) 自己決定権の基本的優位
(cc) 正当化の要件
(d) 第三項について
Ⅲ 日本刑法における専断的治療
(a) 構成要件不該当説
(aa) 成功説
(bb) 医療技術規準説
(cc) 同意説
(b) 構成要件該当説
(c) 評価 (以上第五四巻第一号)

第6章　専断的治療

仮定的承諾は法理論的に維持できないことは前章で明らかにされたのであるが、それでも医師が患者の現実の承諾や推定的承諾なしに治療する場合、その行為を傷害罪で処罰するのは行き過ぎではないか、とりわけ、医的侵襲が成功した場合にはいっそうそう云えるのではなかろうかという疑問が生ずる。その一つの解決の方向を示すのが**専断的治療**（Eigenmächtige Heilbehandlung）を構成要件化しているオーストリア刑法である。それは多くの示唆に富む規定である。本最終章では、先ず、日本と同様、専断的治療の規定をもたないドイツ刑法においては、傷害罪（第二二三条）の成否との関連で専断的治療に関する論争があるので、先ず、その諸説を、次いで、オーストリア刑法第一一〇条を概観し、最後に日本の法状況について検討する。

Ⅰ　ドイツ刑法における治療侵襲と傷害罪の関係

ドイツ刑法には専断的治療に関する規定が設けられていないので、治療侵襲がそもそも構成要件、殊に傷害罪の構成要件に該当するかが論争の焦点である。

（a）構成要件不該当説（治療行為非傷害説）

本説は、病人の健康の回復のための処置は身体（利益）侵害でないので、治療侵襲は傷害罪の構成要件に該当しないと解する。治療侵襲の要件に関しては、だいたいのところ三説に分けられる。

（aa）成功説（Erfolgstheorie）

本説は侵襲が成功したか失敗したかによって区別する。治療侵襲にとって決定的

に重要なことは個々の部分行為（注射、麻酔、切開、切断等）ではなく、全体として見た成果が重要であるから、結果として身体の健康が総体的に回復したか改善したか、少なくとも悪化しなかった場合、治療侵襲の社会的意味からして傷害罪の構成要件該当性は否定されねばならない。これに対して、侵襲が失敗したとき、つまり、患者が、侵襲がなかった場合よりも悪い状態におかれた場合、傷害罪の客観的構成要件は充足されるが、医師が失敗した結果を故意又は過失で招来したのでない限り、主観的構成要件が充足されない。患者の自己決定権を無視したという点は、強要罪によって対処されうるが、強要罪の構成要件該当性が肯定されるのは稀であると説かれる。[1] 又、医学的適応があり医療技術規準に則っとり成功した手術は傷害罪の構成要件に該当しないが、治癒もしないし病状の悪化を止められない手術とか、他のより侵襲度の軽い方法で処置できたといった医学的適応性のない場合は傷害罪の外的構成要件を充足するが、承諾によって正当化されると説かれる。[2] したがって、本説によれば、もとより医師は結果次第で刑事責任を問われる危険を冒すことになる。この帰結を減少させようとするのが医療技術規準説である。[3]

（bb） **医療技術規準説**（**方式説**）（Lex-Artis-Theorie） 本説によれば、傷害という概念は外見的に理解されてはならず、身体利益侵害を意味する。治癒傾向に基づく医的侵襲は身体の利益侵害を意味しないから、成功した、医療技術規準に則った治療は傷害に当らない。失敗したが、医療技術規準に則った治療も同様である。医療技術規準に則ってとらないで行われ失敗した治療には故意又は過失の傷害罪が成立する。当人の意思に反したが、成功した治療には傷害が否定され、場合によって自由剥奪罪、強要罪が成立する。[4] 本説によると、医学的適応が認められ、医療技術規準に則っていた場合、四肢の切断ですら治療侵襲の構成要件該当性が否定されるので、患者の正当化承諾は端から問題とならず、そうなると、医療技術規準に則ったものの、**専断的治療**侵襲だった場合、患者の身体関係的自己決定権と

いう視点からは些細なとはいえない保護の間隙が生ずることになる。[5]

しかし、この間隙を強要罪（第二四〇条）の適用をもってしても不完全にしか埋めることができないという問題が生ずる。例えば、交通事故で搬送された被害者が医師から腰からすぐ下の押しつぶされた脚を切断しないと命は助からない可能性があると云われたところ、脚が切断されるくらいなら死んだ方がましだと云って、足の切断を断固拒否している状況で、医師は手術を開始したが、手術中にやはり大腿を切断しないと患者の命を救うことができないと判断し、患者の拒絶意思に縛られる必要もないと考え、大腿切断手術をしたという場合、切断手術をするため、患者の意思に反して麻酔をかけたというのであれば、医師は「暴行により」（麻酔をかける）「受忍」（脚切断の受忍）を強要ということで、強要罪が成立するが、患者の了解を得て麻酔がかけられたのであれば、強要罪の成立はない。加えて、**専断的侵襲**それ自体（大腿切断手術）がその受忍の強要とは評価できないことは、殺人行為それ自体がその受忍の強要と評価できないのと同じことである。[6] そこで、一方で患者の健康の維持と自己決定権の尊重の利益、他方で医師を蔑視することと刑法上の危険から解放された活動の利益の均衡をとる必要があるのだが、治療侵襲を原則として傷害罪の構成要件不該当とするなら、少なくとも**専断的治療**を傷害罪の構成要件に該当するとしない限り、満足のいく解決は得られないということから出立するのが次の物質説（修正医療技術規準説）である。[7]

（CC）**物質説**（Substanztheorie）　本説は、専断的治療の構成要件化が実現しない限り、第二二三条を包括的（無限定ではないが）保護構成要件と捉えざるを得ないと説く。[8] 第六次刑法改正法によりそれまでの「第一七章　傷害」から「第一七章　身体の不可侵性に対する罪」へと変更されたことからも、医的治療侵襲を社会的意味内容から理解し

やすくなっている。本説は、成功説も医療技術規準説も専ら結果の総括や医療技術規準に注意を向ける説であって、とどのつまり患者を「医師の理性高権」の客体と化し、処置を基本的に医師の業務権（Berufsrecht）から正当化するものであり、患者の意思を全く度外視していると批判した上で、重大な物質欠損を伴わずに成功した治療処置の場合と重大な物質変動のあった場合に分けて論ずる。(9)

（α）**重大な物質欠損が生じない場合**　重大な物質欠損を伴わず回復、改善をもたらす、又はさもなければ危惧されうる疾病経過に比べてともかくも健康悪化をもたらさない治療処置の成功を、傷害罪の構成要件上、「身体の健康を損なう悪い、不相当な処置」とも、第二二三条の意味での「健康障害」と見ることもできない。そう見るためには結果無価値が欠如している。それ故、成功した（物質欠損という代償を払うことのない）治療の場合、構成要件不該当性は患者の了解とも医療技術規準に則っていることとも無関係である。但し、方式（lex artis）に重大な違反があり、そこに第二二三条の意味での「虐待」（例えば、全く不十分な麻酔）を見ることができるときは別である。この場合過失があれば、過失致傷罪（第二二九条）の問題となる。これに対して、その他の成功した**専断的処置**は、非医師による場合であっても（例えば、鎮痛剤を飲ませる）、刑法上はせいぜい自由剥奪罪（第二三九条）、強要罪（第二四〇条）、侮辱罪（第一八五条）の適用が考えられる。

（β）**重大な物質変化が生じた場合**　四肢の切断、機能の抑圧、変更、脳定位外科や向精神薬による人格変容といった重大な物質変化が生ずる場合、侵襲が全体としてみると**健康改善**をもたらし、当人の（そのかぎりでは構成要件阻却の）**了解**が考慮されるとき、場合によっては**結果無価値が否定**されうる。これに対して、いかなる種類であっても**健康の悪化**をもたらす侵襲の場合、結果無価値は否定できないが、了解を得た、医療技術規準に則って行われ、それに対応する医師の治療意思があるとき、**行為無価値が欠落**しうる。この場合、構成要件阻却の要件は次の通りで

ある。①処置が治療という目的のために適応しなければならない。②処置は方式に則らねばならない。③侵襲が医学的適応であり方式に則って行われたか否かは、生じた結果から回顧的に判断されるのでなく、先を見越した事前の判断でなければならない。④侵襲には患者の了解が必要である。主観面では治療の意思が必要である。

（b）構成要件該当説（治療行為傷害説）　本説は、一八九四年のライヒ裁判所の基本判例以来、判例が一貫して採る立場であるが、身体の不可侵性に触れる治療侵襲は、成功したか失敗したか、方式に則っていたか否かに関係なく、全て傷害罪の客観的構成要件に該当する。[10] 治療侵襲の違法性が阻却されるためには、通常、患者の有効な承諾[11]を必要とする。患者が意識喪失状態にあるときのように、承諾を適時に得ることができないとき、例外的に推定的承諾があればそれで足りる。本説が実務で維持されている背景には、自然科学の途方も無い進歩、それに伴う医療の猛烈に速い進歩の時代にあって、患者の自己決定権、身体の不可侵性への権利が制限される可能性が認識され、患者を保護するためには、医的侵襲を構成要件上傷害と理解し、患者の承諾による正当化の必要性が認識されたところにある。[12]

本説は、一方で、患者の自分の身体に関する自己決定権の考えに添う、とりわけこれを身体の利益と並んで傷害罪の独自の法益と見る考えに添うと評価されるのであるが、他方で、治癒に向けられ、傷害に向けられているのではない、そして全体行為として理解されねばならない医師の行為を「しょっちゅう刃傷沙汰を起こす者と同列におく」ものだと批判される。[13] さらに、本説は、これを徹底させると鎮痛剤注射ですら、有効な承諾なしに投与された場合、傷害として扱われ、注射器が刑法第二二四条（重い傷害罪）第一項第二号の「危険な道具」として扱われることになると批判されるのである。もっともこの批判に対しては、外科医としょっちゅう刃傷沙汰を起こす者とを同列におくこ

とが外科医の蔑視に繋がるという批判は当たらないのであり、警察官や刑務官のように構成要件に該当するが、違法性の阻却される職務にたずさわる尊敬すべき職業のあることが指摘される。さらに、手術用メスや鉗子は「危険な道具」にあたらないと解釈することもできると指摘される。[14]

(c) 専断的治療罪の立法化の試み 上述したように、刑法上医的侵襲の包括的解決策を得ようとする試みはどれも満足させるものではないので、医的侵襲を傷害罪の構成要件から取り除いて、専断的治療罪という構成要件を設ける提案が一九一一年から幾度もなされてきた。近時では、一九六二年の刑法草案が、「身体の不可侵性に対する犯罪」の章の後に「医的侵襲と治療」の章を新設し、「治療目的のための専断的処置」の規定を定めた。一九七〇年の刑法代案は、「自由に対する犯罪」の章の第一二三条に「専断的治療侵襲」の規定を定めた。一九九六年の第六次刑法改正法草案は「傷害罪」の章に「専断的治療」の規定を設けた。これらの草案の規定振りには専断的治療罪の法益の捉え方の違いが反映されている。また、これらの草案の顕著な違いは法定刑の幅にある。一九七〇年代案の法定刑は一年以下の罰金刑であるが、一九六二年草案の法定刑は三年以下の自由刑、一九九六年草案第二二九条は五年以下の自由刑、特に重い場合には一〇年以下の自由刑を定めている。[15] ドイツでは専断的治療罪の新設は不要であり、専断的治療は現行法で十分に対処できるという見解も根強く、今日に到るまでその立法化は実現されていない。

Ⅱ オーストリア刑法における専断的治療罪

(a) 成立史 オーストリア旧刑法は一九三七年の刑法改正法によって第四九九aを新設し、「人をその承諾なしに治療目的で処置する」者を軽犯罪として処罰することとし、「行為者が、被処置者の生命又は健康に重大な危険を及ぼ

すことなしには、その者の承諾を適時に得ることができなかった」場合を不処罰とした（同条第二項）。一九七四年の現行刑法は大筋において旧第四四九ａ条を引き継いだが、二点の修正をした。一点目は、「専断的治療」という標題は維持されているが、「治療目的で」という構成要件要素が狭すぎることから、「たとえ医学の準則に則っても」という表現に改められたことである。これにより、広く、「診断、治療、予防又は苦痛緩和目的」が含まれることとなった。もっとも、標題は旧法と同じく「専断的治療」とされているのは最も重要な場合である「治療」を際立たせるためである。二点目は、不処罰の規定が改められ、補充されたことである。第一一〇条第二項は行為者の主観面に焦点を合わせて、行為者が、承諾を得るために必要な「処置の延期をするなら被処置者の生命又は健康が重大な危険に曝される」と想定した場合、この想定が過失に基づくときに限り、処罰が可能であるとした[16]。

一九七四年の現行刑法は各則第三章「自由に対する可罰的行為」の第一一〇条に「専断的治療」の規定を設けている。

第一一〇条（専断的治療）①たとえ医学の準則に則っても、他人をその承諾なく処置した者は、六月以下の自由刑又は三六〇日以下の日数罰金に処する。

②行為者が、処置を延期するなら被処置者の生命又は健康が重大な危険に曝されると想定して、その者の承諾を得なかったときは、想定した危険が存在せずかつ必要な注意を払えば（第六条）そのことを認識できたと認められる場合に限り、第一項によりこれを罰する。

③行為者は、専断的に処置を受けた者の請求に基づいてのみ訴追されうる。

(b)　第一項について[17]

(aa)　傷害罪との関係　専断的治療罪の構成要件を構想するに当り、立法者は、**治療**（Heilbehandlung）、つまり、医学的適応の、医学の知識に則って行われる侵襲は一般的に傷害としては可罰的でないこと、しかも、患者の承諾なくして行われたときですら傷害としては可罰的でないことから出立した[18]。立法者は、傷害罪が治療には適用できないことから生ずる可罰性の間隙を第一一〇条によって埋めようとしたのである。しかし、この目的は第一一〇条の解釈にあたって必ずしも十分に考慮されていない（下記（bb）参照）[19]。専断的治療罪の構成要件が設けられたということは反転して傷害罪の解釈に影響を及ぼすことになる。すなわち、医学的適応の、方式に従って行われる治療は、患者の承諾がなくても、傷害罪としては処罰できない。というのは、さもなければ、専断的治療罪は結局のところ余計となってしまうからである[20]。

オーストリアでは実際上の結論は変わらないので、理論構成上の意味しかもたないのであるが、治療は傷害罪の構成要件に該当しないのか（構成要件解決策）[21]、治療はなるほど傷害罪の構成要件に該当するが、しかし、その点で、承諾とは無関係の、独自の正当化事由が介入するのか（正当化事由説）[22]に関して、学説は分かれるのだが、正当化事由説は結局のところ説得力に欠けるとの批判を免れないようである[23]。なぜなら、治療というのは、一般的に適法というのではまったくなく、少なくとも患者の承諾が欠けている場合には、違法であり、それどころか第一一〇条によって可罰的行為であるからである。身体の不可侵性への同一の侵襲が一方で正当化され、他方で可罰的であるというようなことはありえない。このことに関して、身体の不可侵性への侵襲が正当化され、第一一〇条では自己決定権の侵害だけが可罰的なのだという反論[24]があるのだが、これも説得力がないようである。というのも、第一一〇条も身体の不

可侵性を特定の専断的侵襲から保護しているのであり、それから切り離されうる自己決定権を保護しているわけではないからである。したがって、客観的帰属の考えでもっとも良く基礎づけられる構成要件解決策が妥当と云うことになる。必要とされる治療侵襲はそれに確実に又は可能的に伴う中間又は副次結果とともに、原疾患ないし原傷害の――間接的な――付随ないし後続現象と理解できる。したがって、適切な治療に場合によって生ずる好ましくない結果に医師ないしその他の治療者が責めを負うことはない。治療侵襲はこれらの者の「業」ではないということである。責めを負うのは原疾患ないし原傷害である。このことは特に、方式に従って行われたが、失敗に終わった治療侵襲にも妥当する。例えば、重篤の患者が必要とされる喉頭手術のために声を失うといった場合、第八五条の定める重い持続的な結果を伴う傷害という結果が発生している。しかし、この結果は結局のところ原疾患の残念な結果であって、医師に「その業」として、つまり、医師によって行われた傷害として帰属することはできない。同様に、医学的に適切な手術が行われものの致死に到った場合でも、その死の結果を医師に「その業」として帰属することはできない。過失犯の成立も否定される。[25]

第一一〇条は行為者に優遇効果をもたらす。第一に、法定刑は六月の自由刑であり、これは傷害罪（第八三条）の法定刑の半分に過ぎない。第二に、重い侵襲ないし結果が生じても第八四条以下の加重構成要件の適用がない。第三に、第一一〇条は私訴犯罪とされている。[26]

（bb）保護法益　第一一〇条は自己決定の自由の側面、つまり、処置を許容することに関する決定の自由を保護するというのが通説[27]であるが、しかし、これには、正当にも、次のような批判がなされるのである。通説は、第一一〇

条が「自由に対する可罰的行為」の章に位置づけられていることから、専断的治療を自由に対する犯罪と捉えるけれども、これは第一一〇条の本質と目的を的確に捉えていない。実際には、第一一〇条は、例えば、強要罪（第一〇五条）とは異なって、意思形成・活動それ自体を保護しているのでなく、身体の不可侵性への侵襲から保護することを目的としているのであり、しかも、この保護は特殊の侵襲、つまり、まさに専断的処置と関係づけられていると云えるからである。したがって、刑法は、身体の不可侵性を全体として見ると（専断的）虐待（*Mißhandlungen*）ないし傷害及び健康障害（第八三条以下）からだけでなく、専断的処置（eigenmächtige *Behandlungen*）からも保護しようとしているのである。意思形成・活動の自由（ないし自己決定権）は、身体の不可侵性への侵襲がまさに被害者の同意なしに行われる限りでともに保護されているということである。自己の身体の不可侵性への侵襲に関するこの特殊の側面は身体の不可侵性の保護のなかにともに含まれていて、独自の法益ではない。これは第八三条以下の規定（傷害罪）でも身体侵襲を拒否する自由が内在的にともに保護されているのと同じことである。第一一〇条が被害者の「承諾なき」行為を要求しているという（形式的）事情だけでは本条を自由侵害罪にするものではない。さもなければ、第一三六条の定める乗り物の無権限使用も自由侵害罪にならざるを得なくなる。そもそも、たいていの個人法益に対する犯罪が自由に対する犯罪と見られることになろう。なぜなら、少なくとも書かれていない構成要件要素として、通常、被害者の「承諾なき」行為が前提とされるからである。それ故、保護法益は被害者の承諾がないということから生ずるのでなく、被害者の承諾なしに損なわれる上述の法的利益から生ずると考えるのが正しい。第一一〇条では、これは専断的処置によって影響を受ける身体の不可侵性である（ドイツ一九六二年及び一九九六年刑法草案参照）。（医学的適応の、方式に従って行われる）治療のために第八三条以下の適用がない場合に、第一一〇条によって身体の不可侵性が保護されるという理解から、処置（Behandlung）という概念の限定解釈が導かれることとなる。[28]

（cc）**処置**　第一一〇条は行為主体を医師とする身分犯として構成されているわけではない。したがって、看護師、治療師、薬草の知識を有する者、奇跡をおこなう治療師（Wunderheiler）、患者の親族、過度に熱心な隣人も犯罪主体となる。

通説によれば、第一一〇条の中心概念は「処置（Behandlung）」である。第一一〇条の標題は治療（Heilbehandlung）となっているが、法文中にはこの概念は使われず、「処置」という概念が使用されている。処置が**治療**処置（therapeutische Maßnahme）（狭義の治療）を含むだけでなく、**診断**処置（diagnostische Maßnahme）（疾病確定）及び**予防**処置（prophylaktische Maßnahme）（疾病予防）に過ぎないものも含むこと、したがって、一切の広義での（医学的適応の）治療（Heilbehandlung）を含むこと、そして、「たんなる」鎮痛も治療処置に含まれる。処置に一定の（最低）強度は要求されない。処置の概念は「全医的行為」[29]、「一切の医的処置」[30]、「一般に医学の準則に従う」一切の行為[31]と理解されるのである。したがって、この処置を広く理解する見解によると、医学的適応の無い、それ故、広義での治療ともいえない処置、例えば、純粋に美容のための手術、羊水検査、生体外受精のための卵子採取、ドーピング薬物、性交能力増強剤あるいは経口避妊薬の投与といった処置にも第一一〇条の適用がある[32]。治療に限定されないとなると、第三者のための医的侵襲、例えば、血液提供者とか臓器提供者側の血液採取とか臓器摘出すらも処置の概念に含まれることになる。そうすると、必然的に、純粋に学問的目的のための医的処置も第一一〇条の対象となる[33]。

この通説に対して、第一一〇条は、さもないと（医学的適応の、方式にのっとって行われる）治療を第八三条以下の傷害罪の適用範囲から除外することから生ずる可罰性の間隙を埋めるためにのみ設けられたのだと捉える立場か

ら、「処置」概念の**限定的解釈**が要求されることになる。第八三条以下では、可罰性のための強度閾として傷害や健康障害の発生が要求されるが、平手打ちを加えるといったような虐待「だけ」では、傷害や健康障害をもたらさない限り、不処罰に止まる。ところで、例えば、解熱のために腓腹湿布を貼るとか背中按摩のような、傷害や健康障害の強度閾に端から達しない、治癒に向けられた行為がある。これに関して、治癒に向けられた処置を損傷に向けられた虐待よりも広く処罰すること、例えば、（承諾なくして行われた）平手打ちを不処罰とする一方、専断的腓腹湿布を処罰するなら、それはどうにも理解し難い。それ故、第一一〇条の「処置」概念は、医学的適応を別とすれば、傷害や健康障害の強度閾に達している侵襲に限定されねばならない。すなわち、例えば、腓腹湿布を貼るとか按摩といったような「侵襲なき処置」は承諾がなくとも不処罰である。[34] たいていの場合、たんなる治療会話も、傷害や健康障害の強度に達しないのが普通であるから、第一一〇条の適用がない。揺する、頭に手を架ける、患者の前で儀礼行為をするといった心霊療法（Geistheilung）とか、一回のレントゲン撮影とか、健康には無害の調合薬剤を投与するというのも第一一〇条の対象とならない。[35]

第一一〇条は、第八三条以下の適用を排除する効果をもつので、主として治療侵襲に限定されるのであるが（それ故、標題も治療となっている）、しかし、治癒に役立たない身体侵襲であっても第一一〇条の適用が考えられる場合もある。すなわち、（医学的適応の、方式に則った）治療侵襲だけが構成要件に該当すると理解されるなら、「たとえ医学の準則に則っても」という法文が無意味になるからである。たしかに、治療外の専断的侵襲では第八三条以下の故意傷害罪の適用があるのが通例であり、第一一〇条は適用されない。しかし、特別の場合が考えられる。行為者が、専断的侵襲に当って、医学的適応がある、あるいは方式に則っていると誤認する場合である。この場合、行為者の故

意は第八三条以下の意味での虐待、傷害あるいは健康障害に向けられていないので、故意傷害罪で処罰できないが、しかし、「少なくとも」専断的処置の故に処罰可能である。とりわけ、この法定刑は過失の（単純）傷害罪よりも重いからである。この結論が可能とするには、この種の――客観的には適切でない――専断的処置も第一一〇条に含まれると解する必要がある。但し、行為者に医学的適応の無いことあるいは方式から外れていることの故意があるとき、第八三条以下が適用され、第一一〇条の適用は無い。医学的適応があること、あるいは、侵襲が方式の範囲内にあると考えたことが過失に基づくとき、第八八条（過失致傷罪）は第一一〇条と真正の競合関係に立つ[36]。

自然療法あるいは（医学によって認知されていない）素人療法にも、それが傷害あるいは健康障害の強度閾に達していない限り（例えば、頭に手を架ける、言葉による降霊術、治療会話、無害の薬草その他の無害物質の投与）、第一一〇条の適用は無い。これに対して、こういった専断的処置が強度閾を越えると、医学的適応あるいは方式の遵守がないので、第八三条以下の故意傷害あるいは故意健康障害があり、第一一〇条の適用は無い。処置が医学的適応であり、方式に則っていると行為者が誤認する特別の場合にだけ、第一一〇条による処罰が可能である（場合によっては第八八条と真正の競合関係に立つ[37]）。

（c）第二項について

（aa）理論構造　第一一〇条第二項は正当化事由を定めている。承諾を得ようとして延期すると生命又は健康に重大な危険を及ぼすほど治療侵襲が急を要するようにみえるとき、専断的処置は正当化される。そのさい、正当化は、こういった危険状況が承諾を得ることができないことと込みで実際に存在する場合に限定される[38]。行為者がこういっ

た危険な状況があると想定したに過ぎないとき、この錯誤に過失がある場合、「第一項により」、すなわち故意犯に応じた処罰がなされる。一般に、正当化事情の誤想があるとき、第八条（正当化事情の誤想）により、錯誤に過失があれば過失犯の規定があることを前提として過失犯として処罰されるのであるが、第一一〇条第二項はこれと異なった法効果を定めているわけである。第一一〇条第二項は、結局、第九条（法の錯誤＝禁止の錯誤）に依拠していることになる。本条項は第八条からはずれた、許容構成要件錯誤の特別規定ということとなる。[39]

（bb）自己決定権の基本的優位　第一一〇条第二項によって正当化される範囲は比較的狭い。正当化は、処置をすることの承諾を十分迅速に得ることができない場合に限定されているから、逆にここから、自己答責の患者が現に質問を受けることができ、そして処置に同意しないとき、処置は例外なく許されないということが導かれる。すなわち、治療拒否を現に表明しているとき、患者の自己決定権に一般的優先権が認められる。そのさい、もっともとは思われない決定も尊重されねばならないのである。[40]

治療拒否の拘束力は生命に危険な状況にも等しく妥当する。[41]「治療が試みられるべきであるか、疾病をその進行に任せるべきであるかに関して、生命に危険な疾病に襲われた人の自由な処分が認められ、保護されねばならない。このことは、生命の危険が目前に迫っている場合であっても妥当しなければならない。……さもなければ、患者が重い身体障害をもって生き続けるよりもむしろ死にたいとの真剣な意思表示にもかかわらず、医師が患者の両脚を救命のために切断するということが許され、不処罰となってしまう」。[42]

患者が自殺未遂の結果として生命の危険な状態にあるときでも、患者の現在の意思に反する治療が許されないのかに関しては見解が分かれる。基本的には許されないが[43]、自殺者が処置に関する自己答責の決定をすることができず、その限りで承諾を得られないほどの精神的例外状態にある場合にだけ、治療は許されるとする見解がある[44]。これに対して、基本的に許されるとする見解もある。第七八条（自殺関与罪）は自殺未遂直後の時点にも関係する。自殺患者は、自然疾病に罹っている、第一一〇条の定める標準患者に突然変わるわけではない。医師がこういった場合自殺患者をその意思無しに又はその意思に反して処置するとき、自殺者の死の意思は第七八条によって尊重できないので、専断治療の適用はない[45]。自殺阻止には第一一〇条の適用がないことにつき、見解の一致が見られる。第一一〇条は、傷害や健康障害の「処置」からの自由だけを保護しているのであって、積極的自殺や積極的自損を保障していない。すなわち、自殺阻止は第一一〇条の意味での「処置」ではない[46]。

（CC）正当化の要件　第一一〇条第二項は緊急避難の側面を推定的承諾の側面と結び付けた規定と理解される。正当化されるのは、承諾が一時的に得られなく、しかも、次に決定を得られる機会まで処置を延期すれば被処置者の生命や健康に重大な危険が生ずる場合である。

注意すべきは、法文中には承諾とあるが、承諾を得ることができるか否かが問題となるのではなく、場合によっては拒否することもある「決定」を得ることができるか否かが問題となっているということである。さもなければ、治療を現時点で拒否している患者が、まさに拒否しているが故に「承諾」が得られないという理由で、専断的に処置されうることになってしまうからである。つまり、患者は先ず承諾をするように説得されねばならず、それまで処置を

延期するなら患者の生命や健康が危険になると議論されることになるということである。やはり、患者の自己答責の決定を得ることができるとき、専断的治療は決して正当化されない。同じ理由から、患者は、質問されたら、到底もっともとはいえない理由から同意を拒否するのではないかと懸念されるという理由からだけでは、専断的処置が許されることにはならない。患者は、処置をもっともとは思われない理由から拒否する権利も有しているからであり、それ故、こういった決定が蓋然的であっても、ともかく質問されねばならないのである。但し、患者が、特に精神的障礙のために、決定の射程距離を十分に見通すことができない場合は事情が異なる。しかし、この場合も、最初から第一一〇条第二項の適用を考えてはならず、通常は代理決定のために成年後見人（Sachwalter）が選任されねばならない。[47]

被処置者の生命又は健康が重大な危険に曝されていなければならない。患者には、次に可能な質問まで、あるいは、未成年後見人（Obsorgeberechtigter）、成年後見人又は裁判所の決定に到るまでの時間に、具体的な生命の危険又は第八四条第一項（重い傷害罪）の定める程度の健康障害の危険が切迫していなければならない。[48]

第一一〇条第二項によって正当化される事例は次の通りである。[49]

①意識喪失の、若しくは精神的衝撃、強力な薬剤又は苦痛のために一時的に承諾能力の無い患者の処置については、承諾能力の回復までじっと待つことができない場合である。意識喪失の患者の専断的処置が正当化される特別の事例は、手術中に更に続けた又は付加的な治療侵襲が緊急に必要となる場合である（いわゆる拡大手術）。[50]

②現に承諾能力のある患者の処置については、処置が緊急を要するのに、質問するあるいは有効な承諾に必要な先行する医学的説明をするだけでもあまりにも多くの時間を費やす必要がある場合である。例えば、事故後その他の危急

の場合で、即座に集中治療を開始しなければならない場合である。こういった場合、適時に有効な承諾を得ることができないことに鑑み、凡そ患者に質問することなく、若しくは、断片的又は通り一遍の説明しかせずに処置をしても、医師は正当化される。但し、患者がこういった場合に自分から又は通り一遍の説明の後処置を拒否するとき、処置は許されない。

③未成年後見人、成年後見人又は裁判所の承諾が必要だが、しかし、十分に迅速に得ることができない場合。

④③の分類に入るのだが、未成年後見人の決定を得ることはできるが、治療の同意を拒否していて、それが明らかに未成年者の不利益なものであるので、同意拒否が権利濫用と云える場合。こういった権利濫用の拒否は、刑法上、未成年後見人の決定が全く無かったもののように扱われねばならない。裁判所の手続き（一般民法第一七六条第一項）が間に合わないとき、第一一〇条第二項の適用が許される。例えば、事故にあった子の両親が（例えば、イエホヴァの証人）子の救命のために必要な輸血を拒否していて、しかも裁判所の手続きが待てないとき、意思は直ちに輸血をすることが許される。医師は輸血の義務もあるので、救命をしないという場合、不作為による殺人罪が成立する。

（d）第三項について　第一一〇条は極めて稀にしか適用されない。専断的治療罪は私訴犯罪として構成されていることが、第一一〇条による有罪判決の下されることのない主たる理由である。患者は、訴訟費用を引き受ける危険を冒すとき、私訴よりも民事損害賠償を提起するからである。専断的治療を今のような事実上の非犯罪化にしたくないなら、親告罪に変えるのも一案である。患者の死後の私訴も認められないところにも問題がある（患者の死は医師の幸運）[51]。

Ⅲ 日本刑法における専断的治療

専断的治療の規定を有しないドイツ刑法おいて、その傷害罪の成否につき諸説の見られるところであるが、やはり、専断的治療に関する規定をもたない日本においても、ドイツ刑法学説にほぼ対応した諸説が展開されている。

(a) 構成要件不該当説

(aa) 成功説 金澤は成功説の立場から、成功した専断的治療については傷害罪の成立も自由に対する罪の成立も否定し、失敗した専断的治療については限定的に過失犯の成立を認める。[52]「治療行為を病気の治療という目的に向けられた一つの統一的行為として見るとき、その手段たる侵襲は、病気によって侵されている患者の健康（身体的完全性）を回復するために必要不可欠な救助活動なのであって、いわば傷害の反対を目指す行為である。治療侵襲は部分的・一時的に見れば侵害に見えるとしても、全体的・永続的に見れば生命・身体の救助行為にほかならず、傷害罪の構成要件が予定している傷害とは、その社会的・法的意味を異にするといわなければならない。……それが成功して健康を回復・増進した場合にはもはや法益を侵害したとはいえない」「成功した専断的治療行為については傷害の罪としての可罰性は否定すべきであ」り、「逮捕・監禁罪や強要罪など自由に対する罪……の成立もまた通常は考えられない」「結局、専断的治療行為は成功しているかぎり不可罰にとどまり、民事的な不法行為を構成するにすぎない」。失敗した治療行為については、失敗が医学的適性を欠いていたときには過失犯が成立するが、医学的適応と医術的適正が認められるときには、患者の明確な意思に反して結果を生じさせたことが確実な場合にのみ過失犯の構成要件該当性が認められる。

（bb）**医療技術規準説**　大谷は、患者の自己決定権の尊重を図るため、「十分な説明をしたうえでの同意」を重視すべきであるとしながら、「しかし、患者の同意が得られない場合であっても、それが治療の目的で行われ、かつ、その手段・方法が医学上一般に承認されているものであって社会通念上是認しうる限り、人の身体の外形ないし生理的機能を不良に変更する行為とはいえないから、傷害罪の構成要件に該当しない」として、専断的治療行為について、「医学上認められるものである限り、同意のない治療行為は傷害罪に当らない」とする。[53]

（cc）**同意説**　斉藤は、基本的に治療行為の構成要件不該当から出立するのであるが、専断的治療については傷害罪の成立を認める。[54]①患者の治療を受けることの同意があれば、患者の自己決定権を害することはないので、治療行為は傷害罪の構成要件に該当しない、②患者が医師から十分な説明を受け、それについてはっきりとした知識をもち、その上で治療行為を拒んだときは、「たとえその治療行為が、医学的に必要なものであり、客観的に医療としての規準にあっているものであっとしても、（そうして、たとえその治療行為がうまくいったとしても、患者の身体になにかの生理的機能を害するという結果がのこる以上は、）傷害罪の構成要件にあたる」。③患者が治療行為を受けるかどうかという意思をはっきりと表明していない場合で、（α）意識を喪失しているときは推定的承諾の法理により治療行為は許される。（β）癌患者には意識があり、その承諾を得ることはできるが、その病状や治療の結果について十分な説明をしたなら、患者に心理的ショックを与え、かえって治療の結果を悪くするので十分な説明をして承諾を得ることができないときは、医師は治療の結果がかえって悪くならない程度の説明をすれば足り、この一種の錯誤に陥れて得た「承諾」があれば傷害罪の構成要件に該当しない。

(b) 構成要件該当説

大塚は、「医療行為の中には、患者の生命・身体に対する重大な危険を含むものが少なくないことからみて、社会的相当性があるといっても、構成要件該当性までは阻却しない」ということから出立して、それが**治療の目的**で、承諾もしくは推定的承諾のもとに、医学上一般に承認されている方法によって行われたとき、違法性が阻却されるが、傷病者の意に反して行われる専断的治療行為は治療の目的を達しても違法であると論ずる。[55] 専断的治療行為の場合には、「医師は、自己の行為が違法なものであり、少なくとも暴行罪にはあたりうることを知りつつ、行為を行ったものとみられるから、それに基づく結果に対しては、それぞれ、暴行罪の結果的加重犯としての傷害罪または傷害致死罪がみとめられるからである。しかし、医師が、承諾に関する不備を知りつつも、同時に、真摯に患者を治療しようとする意思のもとにその医療行為を行ったのであれば、患者を死傷させることについての認容を欠くものとして死傷の結果に対する故意の責任を問うべきではないであろう」。医師にその業務上の注意義務に違反した過失があった場合、業務上過失致死罪が成立する。

町野も専断的治療の可罰性を肯定するが、優越的利益の判断に当って患者の意思を考慮すべきだとする。「治療行為は暴行・傷害罪の構成要件に該当するものであるから、それが違法・有責であるときは、これらの罪を含めた致死傷罪として処罰されることになる」ということから出立し、専断的治療行為の可罰性を肯定し、治療行為の医学的正当性のみが傷害結果を正当化するのに十分ではなく、治療行為が身体利益の増進という客観的に見た優越的利益を維持するものであるが、「いずれの身体利益も患者自身のものであり、**彼の意思を考慮に入れることなく、客観的な比較衡量によって優越的利益の判断を行なうことはできない**」。「医学的にいかに非合理的に見える拒絶であっても、それ

が患者自身の身体的利益に関する有効な選択である以上、医師はそれを尊重しなければならない。患者の現実的な拒絶意思は治療行為の合法性の絶対的な限界、『柵』である」と論ずる。[56]

内藤は町野と同じく専断的治療の可罰性を限定する。治療行為の違法性阻却の根拠は優越的利益の原理に基づくが、その具体的衡量に当っては、医学的適応性と医学的正当性が考慮されねばならない。加えて、「患者の選択に反しないという意味での『患者の同意』が必要」であるが、「患者の個人的選択に反することが明らかな治療行為に限って違法である」。[57] 治療目的というのも、行為者の主観的治療目的として捉えるべきでなく、**客観的治療傾向**と捉えるべきである。[58]

浅田も内藤説と同様に専断的治療の可罰性を限定する。治療行為の違法性が阻却されるためには、患者の同意、医学的適応性と医術的正当性が必要であるが、治療目的というのは行為の**客観的目的**（治療傾向）と捉えれば足りる。専断的治療行為については、「傷害罪の法益も、たんなる身体の健康から、法益主体たる個人の意思に基づく身体の健康へと、広がってきたように思われる」ので、傷害罪として違法であるが、手術が成功した場合、一般には可罰的違法性に欠けると論ずる。[59]

（c）**評価**　成功説及び医療技術規準説には問題がある。専断的治療の結果が成功したか失敗したかにかかわらず、又、それが医療技術規準に適っていたか否かにかかわらず、患者が明確に治療を拒絶している場合には、医師は患者の生命・身体に対する治療侵襲を加える権限を有しないのである。医学的には成功したと評価される治療侵襲であっ

ても、患者に重大な物質的喪失があるときにまで傷害罪の成立を否定するのでは、患者は不本意にも治療を甘んじて受けざるを得なくなり、人の自己の身体に関する自己決定権（憲法第一三条）を保護するのに十分でない。いわんや、治療行為が失敗に終わったときは、そのことはますます妥当する。しかし、そうだからといって同意説が妥当ということにはならない。患者の自己決定権を保護することは極めて重要なことであるが、しかし、自己決定権というのもそれ自体として存在するのでなく、常に、身体の不可侵性と関係した自己決定が問題となるのである。同時に、身体の不可侵性は法共同体の客観的価値と関係しているのである。身体の不可侵性という法益が侵害されると不法が現実化したのである。この不法が阻却されるためには特別の正当化事由、つまり、承諾が必要である。日進月歩の医療技術の発展が見られ、それに伴いややもすれば、患者が治療のたんなる客体とされかねないとすれば、専断的治療を格別に定めていない日本刑法においては、基本的に専断的治療が傷害罪の構成要件に該当すると解するのが妥当である。[60] 治療行為に傷害罪の構成要件該当性を認め、**違法性**の段階で、その詳細な検討が求められる。行為者の主観的要素としては、**主観的治療の意思**（主観的正当化要素）が必要であり、一部の学説に見られるような行為者の主観的治療目的を不要として、客観的治療傾向があればそれで足りるというものではない。

結局、人の自己の身体に関する自己決定権（憲法第一一条、一二条、一三条）を十全に保障するという観点から、専断的治療は、現行法上、傷害罪の構成要件に該当すると理解されるべきである。しかし、オーストリア刑法の専断的治療罪の検討から分かるように、傷害罪は専断的治療という特殊の不法内実を評価するのに最適ともいえない。そこで、立法論としては、傷害罪とは別個の、身体の不可侵性をある種の専断的侵襲から保護するための専断的治療罪が設けられるべきである。

第6章　注

(1) *P. Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, 1968, 66 ff.; *ders.*, Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten, JZ 1962, 525, 528; *ders.*, Strafrecht BT 2, 1977, 59; *W. Hardwig*, Betrachtungen zur Frage des Heileingriffs, GA 1965, 161, 162 f.

(2) *R. Frank*, Das Schtrafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, II 3 vor § 223.
　近時の成功説は次のように説く。①適正且つ成功した侵襲は、患者の承諾があれば、構成要件阻却か違法性阻却かにかかわりなく不処罰であるが、例えば、手術中に想定外の所見があり手術拡張をする場合のように患者の承諾がないときは、推定的承諾の法理が働く。承諾なく手術を行う医師には、専断的治療罪の規定がない限り、強要罪、自由剥奪罪が成立しうる。②失敗に終わった適切な侵襲も不処罰である。故意が通常認められないのは、救助目的が故意を排除するからであり、過失も認められないのは、一般的注意義務違反が欠如するからである。③処置過誤のために失敗した侵襲の場合、未必の故意があれば故意犯が、個人的注意義務違反があれば過失犯が成立する。*R. Maurach, F.-Ch. Schroeder u. M. Maiwald*, Strafrecht BT 1, 9. Aufl., 2003, § 8 Rn 23 ff.

(3) Vgl. *A. Eser, D. Sternberg-Lieben*, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, § 223 Rn 30.

(4) *K. Engisch*, Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation, 1958, 20; *ders.*, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW 58 (1939), 1, 5; *Eb. Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, 1939, 69 ff.; *F. Schaffstein*, Soziale Adäquanz und Tatbestandsmäßigkeit, ZStW 72 (1960), 369, 378（医的行為の社会的相当性から同じ結論を導く）; *H. Blei*, Strafrecht II, BT, 12. Aufl., 1983, 57 ff.（重要性説からは、医療規準に則って行われた侵襲は過失致死罪、傷害罪にふさわしい因果関係の意義からして問題とならない）; *Welzel*, (Fn. 1-7), 289. ヒルシュは、治療侵襲が成功した場合には客観的構成要件不該当、医療技術規準に則ったが、失敗した場合には少なくとも主観的構成要件不該当とする。*H.-J. Hirsch*, Zur Frage eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung, in: Zipf-Geds, 353; *ders.*, Leipziger Kommentar StGB, 11. Aufl., § 228 Rn 37.

(5) Vgl. *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 3), § 223 Rn 30.

(6) *J. Baumann, G. Arzt u. U. Weber*, Strafrechtsfälle und Lösungen, 6. Aufl., 1986, 68; *G. Grünwald*, Die Aufklärungspflicht des Arztes, ZStW 73 (1961), 5, 9 f.; *V. Krey*, Strafrecht BT, Bd. 1, 12. Aufl., 2002, § 3 Rn 208, 218; *H. Schröder*, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl., 1974, § 223 Rn 19; *J. Wessels, M. Hettinger*, Strafrecht BT 1, 36. Aufl., 2012, § 6 Rn. 326.

(7) *Eser/Sternberg-Lieben*, (Fn. 3), § 223 Rn 31.

(8) *Eser/Strenberg-Lieben*, (Fn. 3), § 223 Rn 31.

(9) *Eser/Sternberg-Lieben*, (Fn. 3), § 223 Rn 32 ff.

(10) RG St 25, 375（自然療法の信奉者である父親が事前に拒絶していたにもかかわらず、医師は足首の骨に結核性の膿潰を病んでいた七歳の女児に二回にわたって足の手術を行い、最終的にはそれを切断したという事案。原審は、女児の健康は手術によって改善されたのであり、これは刑法第二二三条の意味での「虐待」や「健康障害」に当らず、医師が女児の父親の意思に反して手術をしたか否かは法的意味を有しないとして、無罪を言い渡した。これに対して、ライヒ裁判所は、外科手術は傷害にあたり、その違法性が阻却されるためには患者の承諾が必要であるとして、原判決を破棄差戻した）; BGHSt 11, 111, 113「基本法第二条第二項第一文〔各人は、生命、身体を害されない権利を有する――筆者挿入〕において保障される身体の不可侵性への権利は、生命に危険な病気から解放される場合であっても、身体の不可侵の放棄を拒絶する人にあっても考慮されることを要求する。……というのも、生命の危うい病人であってすら、手術を拒否する納得のいくそして人間的にも倫理的にも尊敬に値する理由をもちうるのであり、手術によってしか病気から解放できない場合ですらそうなのである」; 16, 309; BGH NStZ 1996, 34. 参照、町野朔『患者の自己決定権と法』一九八六・三八頁以下。*J. Baumann*, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1968, § 15 III3c「身体の不可侵性という法益に対する侵襲は……傷害罪の構成要件に該当し、違法性の点で十分に疑わしいので、正確な違法性阻却の検証をする方がよいほど十分に違法性の点で疑わしい。例えば、医師に手術の実施のための特許状を授けることはあまりにも危険である。われわれは、被侵害者の承諾か推定的承諾、あるいは、超法規的緊急避難が存在するかどうかを正確に知りたい。病人の意思に反して行われた手術は、どことなくおかしい許されない治療あるいは一種の強要であるばかりでなく、基本法第二条によって保障された身体の不可侵性に対する真の侵襲である」。

(11) BGH (Zivilsenat) JZ 1989, 901「患者が、即刻且つ包括的な医師の処置のきっかけとなる切迫した状態に関する（本件では細網細胞肉腫――悪性腫瘍――）情報を与えられず、必要とされる医師の助言も与えられない場合、重い医師の治療過誤が認められる。近親者への治療の説明は、そもそも患者の承諾なしには許されないのであって、通常は意思と患者の間の話し合いの代わりとはなりえない」。

(12) *P. Cramer*, Ein Sonderstraftatbestand für die eigenmächtige Heilbehandlung, in: Lenckner-FS, 1998, 763.

(13) *Bockelmann*, (Fn. 1), 62.

(14) *Krey*, (Fn. 6), § 3 Rn 220 f.

(15) Vgl. *Ch. Katzenmeier*, Ein Sonderstraftatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung, ZRP 1997, 156.

(16) EBRV, 1971, 241 f.; *K. Schmoller*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Lfg, § 110 Rn 1 f.

(17) 本梗概は主として *Schmoller*, (Fn. 16), § 110 に依拠する。

(18) EBRV (Fn. 16), 241.

(19) *Schmoller*, (Fn. 16), § 110 Rn 4.

(20) *Ch. Bertel, K. Schwaighofer*, Österreichisches Strafrecht BT I, 9. Aufl., 2006, § 110 Rn 12; *Fuchs*, (Fn. I-17), 16. Kap Rn 46.
ドイツやスイスでは、専断的治療罪の構成要件が無いので、仮に専断的治療に傷害罪の適用がないとすれば、専断的治療は不処罰ということになってしまう。それ故、基本的には傷害罪の適用が肯定され、有効な承諾があった場合にだけ違法性が阻却されることとなる。*Schmoller*, (Fn. 16), § 110 Rn 6.

(21) *Bertel/Schwaighofer*, (Fn. 20), § 110 Rn 12; *Burgstaller/Fabrizy*, (Fn. I-8), § 83 Rn 30.

(22) *Fuchs*, (Fn. I-17), 16. Kap Rn 45.

(23) *Schmoller*, (Fn. 16), § 110 Rn 7.

(24) *Fuchs*, (Fn. I-17), 16. Kap Rn 44.

(25) *Schmoller*, (Fn. 16), § 110 Rn 7.

(26) *Schmoller*, (Fn. 16), § 110 Rn 9.

(27) *Bertel/Schwaighofer*, (Fn. 20), § 110 Rn 1; *E. E. Fabrizy*, Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 2013, § 110 Rn 1; *E. Foregger, G. Kodek*, StGB 6. Aufl., § 110 Anm I; *H. Zipf*, Probleme eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung, in: Bockelmann-FS, 1978, 577, 578.

(28) *Schmoller*, (Fn. 16), § 110 Rn 12.

(29) *Foregger/Kodek*, (Fn. 27), § 110 Anm. I.

(30) *Zipf*, (Fn. 27), 581.

(31) *D. Kienapfel*, Grundriß des österreichischen Strafrechts BT I, 4. Aufl., 1997, § 110 Rn 7.

(32) *Ch. Bertel, K. Schwaighofer*, Österreichisches Strafrecht BT I, 4. Aufl., 1995, § 110 Rn 2 f.; *Zipf*, (Fn. 27), 580 f.

(33) *Bertel/Schweighofer*, (Fn. 32), § 110 Rn 3.

(34) *K. Schmoller*, Zum Tatbestand der Tausung, JBl 1989, 10, 21 f.

(35) *Schmoller*, (Fn. 16), § 110 Rn 26 f. オーストリア最高法院（OGH 11.9.1984, JBl 1985, 304）は、小児科診療所で両親を騙して危険の無い、しかし、胃ゾンデの挿入を伴う科学的実験を乳児に行ったという事案で、人間の専断的科学的実験は他人に役立つ侵襲であって広義においても第一一〇条の意味での「処置ではない」と説示して、第一〇八条（欺罔罪）を適用した。本判決によると、血液提供、臓

器提供といった他人に役立つ侵襲はすべて第一一〇条の適用外となる。本判決に対して、学説の一部は第一一〇条の適用を主張する。*Bertel/Schwaighofer*, (Fn. 20), § 110 Rn 3. これに対して、シュモラーは、科学的実験のような第三者のための医学的侵襲に基本的に第一一〇条の適用があるか否かの問題とは関係なく、構成要件が傷害や健康障害の強度からの侵襲に限定しているとき、本事案に第一一〇条を適用すべきでない主張する。専断的医学的実験は治療ではないから、先ず、第八三条以下の適用が可能である。これらの規定では、いかなる強度から身体の不可侵性の侵害が刑法上重要となるかが定められている。医学的実験がこの強度閾の下に止まるなら、第一一〇条を適用すべきでない。一方で、その他の（専断的）乳児虐待が身体的損害又は健康損害とともなわないとき（例えば、殴打、粗暴な扱い）不処罰であり、他方で、専断的（無害の）医学的実験が第一一〇条によって処罰されるなら、それは理解し難いからである。*Schmoller*, (Fn. 16), § 110 Rn 28.

(36) *Schmoller*, (Fn. 16), § 110 Rn 29 f.

(37) *Schmoller*, (Fn. 16), § 110 Rn 32.

(38) *Ch. Bertel*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2000, § 110 Rn 27; *Bertel/Schwaighofer*, (Fn. 32), § 110 Rn 8; *Schmoller*, (Fn. 16), § 110 Rn 74.

(39) *Bertel/Schwaighofer*, (Fn. 32), § 110 Rn 10; *Schmoller*, (Fn. 16), § 110 Rn 74.

(40) *Schmoller*, (Fn. 16), § 110 Rn 75.

(41) *Schmoller*, (Fn. 16), § 110 Rn 76.

(42) EBRV. (Fn. 18), 242 r.

(43) *Bertel*, (Fn. 38), § 110 Rn 30; *Schmoller*, (Fn. 16), § 110 Rn 77.

(44) *Kienapfel*, (Fn. 31), § 110 Rn 34; *Schmoller*, (Fn. 16), § 110 Rn 77.

(45) *Moos*, (Fn I-5), § 78 Rn 10, 32.

(46) *Schmoller*, (Fn. 16), § 110 Rn 77.

(47) *Schmoller*, (Fn. 16), § 110 Rn 79 f.

(48) *Schmoller*, (Fn. 16), § 110 Rn 82.

(49) *Schmoller*, (Fn. 16), § 110 Rn 83.

(50) *Bertel*, (Fn. 38), § 110 Rn 32.

(51) *Schmoller*, (Fn. 16), § 110 Rn 83.

(52) 金澤文雄「医療と刑法」（『現代刑法講座第二巻』所収・一九七九年・一二五頁以下）一二八頁以下。

(53) 大谷（Ⅱ-44）二六〇頁。これに対する批判として、山中（Ⅰ-55）六〇三頁「患者の自己決定権（Selbstbestimmungsrecht）は尊重されるべきである。患者の同意の存在は、治療行為の正当化の不可欠の条件である」。

なお、最決平成一七・七・一九刑集五九・六・六〇〇〔同棲の者と口論の末、ナイフの刺突による刺創を負い救急病院に搬送された被告人に対し、医師甲はその刺創が腎臓に達していると必ず血尿が出ることから尿検査の実施ついて説明したが、同被告人はこれを強く拒絶した。甲はCT検査等の画像診断を実施したところ、腹腔内の出血はなさそうであったが、急性期のため未だ出血していないことも十分にありうると考え、採尿の必要があると判断し、その旨同被告人を説得した。同被告人は、もう帰るなどと云ってこれを聞かなかったが、甲はなおも約三〇分間にわたって説得を続け、最終的に止血のために被告人に麻酔をかけて縫合手術を実施することとし、その旨を説明し、その際に尿管を入れることを告げたところ、同被告人は拒絶しなかった。甲は、麻酔による同被告人の睡眠中に、縫合手術を実施した上、カテーテルで採尿したところ、採取した尿から血尿は検出されなかったものの、同被告人が興奮状態にあり、刃物で自分の背中を刺したと説明していることなどから薬物による影響も考え、その尿に簡易な薬物検査を実施したところアンフェタミンの陽性反応が出たという事案〕「上記の事実関係の下では、甲医師は、救急患者に対する治療の目的で、被告人から尿を採取し、採取した尿について薬物検査を行ったものであって、医療上の必要があったと認められるから、たとえ同医師がこれにつき被告人から承諾を得ていたと認められないとしても、同医師のした上記行為は、医療行為として違法であるとはいえない。また、医師が、必要な治療又は検査の過程で採取した患者の尿から違法な薬物の成分を検出した場合に、これを捜査機関に通報することは、正当行為として許容されるものであって、医師の守秘義務に違反しないというべきである。以上によると、警察官が被告人の尿を入手した過程に違法はないことが明らかであるから、同医師のした上記各行為が違法であることを前提に被告人の尿に関する鑑定書等の証拠能力を否定する所論は、前提を欠き、これらの証拠の証拠能力を肯定した原判断は、正当として是認することができる」。

(54) 斉藤誠二『刑法講義各論Ⅰ』〔新訂六版〕一九八二・一九二頁以下。なお、前田（Ⅱ-39）三四〇頁以下「医的侵襲内容を完全に認識した上での真摯な同意（完全なインフォームドコンセント）が存すれば、それだけで、被害者の法益の完全な放棄が認められ、不可罰とすべきである。逆に、患者の意思に反する専断的治療行為は、構成要件該当性を有する。そして、その正当化のための要件は、治療行為のほとんどが生命身体等に重要な法益侵害を伴うものである以上、緊急避難類似の厳格なものが要求され、正当化される余

地は少ない」。

(55) 大塚（Ⅱ-43）四二三頁以下、福田平、大塚仁『刑法総論Ⅰ』一九七九・二一六頁以下。木村（Ⅱ-41）二八八頁以下は、治療行為の違法性阻却の根拠につき、治療目的説、すなわち、「治療すなわち個人の健康を維持し、病気の悪化を防止し、健康の回復をはかることは国家的に承認せられた共同生活の目的であるから、治療行為は、この目的達成に適当なものであるかぎり、違法性が阻却せられる」とした上で、本人の承諾又は配偶者・保護者の承諾が必要であり、その意思に反してなされる専断的治療行為は違法であること、主観的正当化要素としての治療目的が必要であると説く。

(56) 町野朔『患者の自己決定権と法』一九八六・一一六頁、一八四頁。その他、専断的治療行為違法説に立つ学説に、川端（Ⅱ-45）三三一頁、高橋（Ⅱ-204）三三三頁。

(57) 町野朔「治療行為における患者の意思――刑法上の違法阻却論との関連において（2）」上智法学論集二四・二（一九八一）四一頁以下、五六頁以下。同旨、中山（Ⅱ-44）三〇一頁注4、井上裕司「被害者の同意」（『刑法講座二巻』所収・一九六三・一六〇頁以下）一七一頁。

(58) 内藤（Ⅱ-46）五二七頁以下。

(59) 浅田（Ⅰ-55）一九七頁以下。

(60) Vgl. *D. Strenberg-Lieben*, Strafbarkeit eigenmächtiger Genomanalyse, GA 1990, 289, 293 f.