

## 専断的治療行為の適正な規制に向けて

ドイツ刑事政策サークル\*

天 田 悠 (訳)

目 次

- I. 問題の概観
  - II. 仮定的承諾の不和
  - III. オーストリアでの経験
  - IV. 1998年第6次刑法改正法の頓挫した法案について
  - V. 法案注解
- [訳者解題]

「治療行為」(Heilbehandlung)は、その性質や目的設定の点で「通常の」傷害と本質的に異なるため、その実態を正確に把握するには、傷害罪と構成要件上別個に規制されるべきだ、といわれてきた。たしかに、これは目新しい意見ではない。しかしながら、1998年の第6次刑法改正法の過程で、そのような歩みに向けた動きが最後に頓挫して以降、上記の意見を、期待に沿う形で法律上即座に保障するには「まだしばらく時間がかかりそう」(ユーザー)だということは、すでに予想されていたことでもあった。しかし、第6次刑法改正法から20年経った現在、「ドイツ刑事政策サークル」は、受けい

---

\* ドイツ刑事政策サークル(Kriminalpolitischer Kreis)は、ドイツの33名の刑法教員から構成されており、刑法と刑事訴訟法のアクチュアルな問題に関する声明を作成している (<https://www.kriminalpolitischerkreis.de>)。ここに掲載する草案は、グンナー・ドゥットケ指揮のもと、他のメンバーと協力して起草したものであり、29名の教授から賛同を得ている(末尾の名簿をご覧ください)。

れがたい法律状況をこれ以上嘆くばかりでなく、学問として確立された医事刑法の観点から、具体的に練り上げられた改正案を、立法上責任を負う者に提供する決心を固めた。この改正案は、約 2 年間の準備作業に基づくものであり、決意を新たに、改正を断念してしまっている現状を是正しようとするものである。

## I. 問題の概観

いわゆる「医師による治療侵襲」(ärztlicher Heileingriff)の刑法的評価は、長きにわたって、刑法学の議論の中で、ことのほか意見が対立するトピックの一つに数えられてきた<sup>(1)</sup>。それにひきかえ、今日このテーマは、「賞味期限切れの問題」<sup>(2)</sup>だとも考えられている。一般に、論者は、上記のような意見の対立の主なメリットが、純粋に「プラグマティックな」もの、すなわち、刑事政策的なものであることを十分に理解しながら、(特に、最高裁判例も支持する)<sup>(3)</sup>「傷害説」に甘んじているように見受けられる。というのも、医師による治療侵襲を捕捉するのに、刑法 239 条や 240 条以上に適した独立の犯罪構成要件が存在しないことから、罪刑法定主義を基礎とするのであれば、正当化的承諾を通じてのみ、患者の自己決定権を刑法上保障することができるからである<sup>(4)</sup>。

しかしながら、<sup>(5)</sup>このように、医師による治療侵襲と傷害構成要件を結び付けることは、一部は深刻な一連の不和を引き起こしており、法学的見地からの再考の試みが求められている。こうした試みは、このテーマ全体の体系上一貫した法的評価に対して、よりいっそう広い範囲で、次のような疑問・異論を提起する。すなわち、「患者の自律」を無視することが、自由に対する罪ではなく身体に対する罪に分類されるように見える、というのは、必然的に、自由に対する罪と身体に対する罪の法益を取り違えてしまっているのではないかと。こうした異論を払拭するために構想された、自己決定権を取り込んでは法益との関連性を二重に求める解釈モデルは、法律上予定されている身体・健康との

(1) 20 世紀の節目前後の議論を扱う文献として、*Engisch ZStW* 58 (1939), 1 ff. を見よ。

(2) *Mitsch, Strafrechtlicher Schutz gegen medizinische Behandlung* (2000), S. 8.

(3) 最高裁判例が *RGSt* 25, 375, 380 ff. 以来、支持している所説であり、特に、*BGHSt* 11, 111, 112; *BGH NStZ* 1996, 34; *NJW* 2000, 885 がそうである。

(4) 近時、たとえば、*Magnus, Patientenautonomie im Strafrecht* (2015), S. 149 は、自己決定権の「より実効的な」保護であるとし、*Wiesner, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht* (2010), S. 66 は、「プラグマティックな考え方」だとする。

(5) ブリアン・ヴァレリウスは、別の理由から(詳細は、*Valerius in Hilgendorf/Ida/Sato [Hrsg.], Strafrecht zwischen Ost und West* [2019], S. 119, 124 f.)「傷害説」をそれほど批判的に捉えていないため、I. に関しては、以下の説明に条件付きで同調しようにとどまる。

関連性を「減少させ、希薄化」するばかりか、「非物質化」するのみならず、刑法体系上は、承諾という不法阻却事由（刑法 228 条）を経るとのルートをも、まったく根拠づけることができていない。というのも、「患者の自律という準主要法益（Co-Hauptrechtsgut）」の場合、「患者の意思を無視すること（…）は、刑法 223 条や 229 条の構成要件の中で、すでに重要性を有している」はずだからである<sup>(8)</sup>。このことは、医師のレーゲ・アルティスに「インフォームド・コンセント」（民法 630 条 d, 630 条 e 参照）を取り込むことによって行われる、といわれている。もっとも、そうである以上、この点は、医事法が処置に関する過誤と説明に関する過誤をカテゴリー上区別していることと矛盾しており、刑法 223 条以下の文脈で、承諾に関して理解しがたい特別な解釈を刑法上生み出してしまっている。

特に異様な様相を示しているのが、刑法 224 条 1 項 2 号に基づく加重〔凶器もしくはその他の危険な道具を手段とした傷害〕との関係で傷害構成要件が有する、処罰の空隙を埋める補助機能である。すなわち、（試験を受けて免許を得た医療従事者の手で、医療上の規則に則って道具が使用されたとき）刑法 224 条 1 項の（介入を伴う侵襲であれば、それ自体原則として考慮される）適用可能性を全否定することは<sup>(9)</sup>、制裁を過剰に科すのを避けるため、医師による治療侵襲に誤ったレッテル張りをして分類する効果を不法阻却事由まで及ぼさないようにしよう、とのプラグマティックな考慮を、もはや表しているにすぎない（そのため、学説の中には、〔刑法 224 条 1 項〕5 号〔生命を危険にさらす取扱いを手段とした傷害〕の目的論的縮減を検討するものもある<sup>(10)</sup>）。その場合、治療侵襲は、これを全体としてみれば、なお健康を改善するものであるから、健康を改善するために用いられる手段に傷害としての質が内在していないとすれば、医師の行為

(6) Prütting/Duttge, Fachanwaltskommentar Medizinrecht, 5. Aufl. (2019), § 223 StGB Rn. 23.

(7) Nomos Kommentar (NK)/Paeffgen/Böse, 5. Aufl. (2017), § 223 Rn. 2 は、基本法 103 条 2 項違反だという。Münchener Kommentar zum StGB (MK)/Joecks/Hardtung, 3. Aufl. (2020), § 223 Rn. 53 も見よ。それによれば、自己決定は「それ自体が法益ではなく、処分可能な法益にとって典型的なもの」だという。

(8) Tag, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis (2000), S. 75 は、患者の意思を「不法阻却事由へと追いやめることは……体系違反である」とする。

(9) 確立した判例として、たとえば BGH NJW 1978, 1206; MDR 1987, 445 m. krit. Anm. Sowada JR 1988, 124; LG Köln NJW 2012, 2128 がある。

(10) すでにそのように述べていたものとして、BeckOK/Eschelbach, Stand: 46. Edition (1. 5. 2020), § 224 Rn. 28. 1; Fischer, StGB, 67. Aufl. (2020), § 224 Rn. 15; MK/Hardtung (o. Fn. 7), § 224 Rn. 50; NK/Paeffgen/Böse (o. Fn. 7), § 224 Rn. 17; Prütting/Duttge (o. Fn. 6), § 224 Rn. 3; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. (2019), § 224 Rn. 8 がある。

(11) たとえば, Spickhoff/Knauer/Brose, Medizinrecht, 3. Aufl. (2018), § 224 Rn. 7 を見よ。

は傷害罪の基本構成要件の適用対象からすでに除外されている、というのが、一貫してははずであろう。患者の自由権的地位に対する尊重要請を無視した場合（すなわち、<sup>(12)</sup> 医師の説明時に瑕疵があるどころか、患者から承諾をまったく得ていない場合）には、不法は傷害の程度に左右されないだけに、矛盾をきたさないよう不法を統一的に類型化することが、いっそう求められているといえよう。専断的治療行為との関係でいうと、傷害との関連で不法にグラデーションをつけることが「不当に」働く、というのは、明らかである。このように、不法にグラデーションをつけることは、外界に現れた所為像（Tatbild）を超える傷害罪の存在を認めることで、医師による治療侵襲の「社会的有意味性」<sup>(13)</sup>（soziale Sinnhaftigkeit）を根本から誤解している、ということ強く印象づける。

さらに辻褃の合わない点は、次のような事情から導かれる。すなわち、非侵襲性の治療措置（たとえば、「体外から」行われる純粋に外部から行われる診断や、そのような技術に基づく診断）は、それが行われる場合、自己決定権侵害の程度は決して低くないにもかかわらず、これらの措置は介入的性格を備えていないがために、もとより傷害構成要件の適用範囲から除外されている。医師による治療侵襲を傷害のドグマから解放することではじめて、刑事政策上の目的設定に応じて、刑法による介入の射程と限界を個別に判断する可能性が開かれる。このことは、特に、民事責任法における医師の（自己決定のための）説明という、はるか以前に大きく変わってしまった義務規範を背景とする。<sup>(14)</sup> 現在、このような民事責任法の義務規範を刑法に盲目的に引き継ぐことは、ますます疑問視されるようになってきている。しかし、<sup>(15)</sup> 伝統的な刑法体系の文脈で、民法 630 条 d や 630 条 e から逸脱した承諾の有効要件を設定することは、「法秩序の統一性」に照らすと困難である。刑法独自の承諾の有効要件を設定するために必要な自由は、自由に対する罪として、つまり、確たる形式で制定された独立の犯罪構成要件があってはじ

(12) たとえば、*Bartsch StV* 2012, 604 f.; *Jerouschek in FS Denckner* (2012), S. 171, 176 f. を見よ。

(13) すでに、*Eh. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht* (1939), S. 71 がそのように述べていた。

(14) 批判としては、たとえば、*Eberbach MedR* 2019, 1 ff. und 111 ff. がある。それ以前にすでに根本的な検討を加えていたものとして、*Katzenmeier, Arzthaftung* (2002), S. 350 ff.; *Schreiber, Schriften zur Rechtsphilosophie, zum Strafrecht und zum Medizin- und Biorecht*, (2013), S. 371 ff. のほか、「説明というモノカルチャー」だとする *BGH-FG, Bd. IV* (2000), S. 503, 507 がある。インフォームド・コンセントを個別化すると理解を支持するのは、*Duttge, Informationes Theologiae Europae* (2015), S. 193 ff. である。

(15) その意味では、*Gaede, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung* (2014), S. 48 ff.; *Rosenau in ders./Hakeri (Hrsg.), Der medizinische Behandlungsfehler* (2008), S. 215, 222; *Sternberg-Lieben StV* 2008, 190, 193; *FS Beulke* (2015), S. 299, 308 ff. und *MedR* 2019, 185 ff.; *Valerius in: Hilgendorf/Ida/Sato (o. Fn. 5)*, S. 119, 128 f. がそうである。また、*Leipziger Kommentar (LK)/Grünwald, StGB*, 12. Aufl. (2019), § 223 Rn. 88 も、民法の「肥大化した」説明義務を刑法で引き受けることに反対する。

めて生み出される。これまで立法者が沈黙していたことは、現在では、承諾による解決への賛同だととらえられてしまう。これにより、独立の犯罪構成要件を制定する必要性はますます高まっていく。判例法による、医師の説明義務の肥大化を「食い止める試み」は、かつて、民事手続上の主張責任と証明責任（現在の民法 630 h 条 2 項 2 文を参照）のバランスをとるために創造され、刑法には元々馴染みのなかった「仮定的承諾」（hypothetische Einwilligung）を継受することで行われた。しかしながら、この試みは、刑法的なものの考え方に直面し、失敗に終わったといわなければならない。

## II. 仮定的承諾の不和<sup>(16)</sup>

周知のように、サージボーン・プラグ判決以降、<sup>(17)</sup>最高裁の刑事判例は、この、仮定的承諾という法形象を、刑事判例に転用する方針を打ち出してきた。もっとも、刑事判例では、（たとえば、仮定的承諾を正当化事由として解釈論上構成するか、それとも、正当化レベルでの帰属阻却事由として構成するか、仮定的承諾の射程や未遂処罰をどのように理解するか、といった点で）一連の問題が未解決のまま残されている。これまでに解明された問題は、（仮定的）承諾はレーゲ・アルティスに則って実施される処置に関わるはずだ、ということだけである。<sup>(18)</sup>これに対して、新領域手術としての侵襲が有する性格も、<sup>(19)</sup>医師が積極的に欺罔に陥れることも、必ずしも、仮定的承諾の適用を妨げないという。

仮定的承諾という法形象の存在を認めるため、刑法解釈論的には、とりわけ、次のように指摘されている。すなわち、規則に則った説明が行われてさえいれば、患者は（合法的代替態度として）当該侵襲に対して同意を与えていたであろう、といえるため——義務違反連関に依じて——行為者に対して非難可能な結果不法が欠落する、と。ただしこれにより、合法的代替態度の理論に内在する次のような要請、すなわち、義務適合的態度を通じて代置されてよいのは行為者の義務違反的態度だけであり、その他の事実関係は変更されてはならない、という「仮定形成のための純粋性への要請」は、無視さ

---

(16) ヘニング・ローゼナウは、第 2 節で述べる仮定的承諾への批判を共有していない。

(17) *BGH* NSiZ 1996, 34. これに続くものとして、*BGH* NSiZ-RR 2004, 16, 17; NSiZ 2012, 205, 206 がある。これに対して、否定的なのは、*AG Moers medstra* 2016, 123 ff. である。

(18) *BGH* NSiZ-RR 2007, 340, 341. さらに、*BGH* NSiZ 2004, 442; 2008, 150; 2012, 205 および *BGHSt* 43, 306, 309 も見よ。

(19) *BGH* NSiZ-RR 2004, 16, 17; *NJW* 2013, 1688 参照。この点については、*Sturm*, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht* (2016), S. 44 f. および *Valerius* *HRRS* 2014, 22, 23 f. も参照。

れることになる。<sup>(20)</sup> というのも、仮定的承諾の事例では、「意思決定の際に重大な葛藤」<sup>(21)</sup> が存在する結果) 患者の (与えられる) 同意が、その他の事情として併せて考慮されなければならないからである。さらにこれに加えて、「構成要件の結果帰属を正当化事由の領域に及ぼすこと」<sup>(22)</sup> が、不法を阻却する価値段階の持つ特殊な性質にただちに馴染むわけではない、との事情も出てくる。<sup>(24)</sup>

以上より、仮定的承諾を独自の正当化事由として構成することに対しては、一般に承認された正当化事由 (ここでは、正当化的承諾)<sup>(25)</sup> の要件がまったく満たされていない、との異議を唱えることができる。さらに、仮定的承諾は、推定的承諾の補充性を掘り崩す。一般に、仮定的承諾は民事免責とパラレルであると主張されているが、こうしたパラレル性は、決して必須のものではない。このことは、たとえば、傷害未遂が可罰的であることに表われている。さらに、損害賠償義務がないにもかかわらず、可罰性の生じるケースが確実に存在するという点で、刑法上の遡及効の擬制も顧慮されていない。ちなみに、この、仮定的承諾という法形象の場合、民事責任法上の文脈では、ある行為を実体的に許容することではなく、証明責任の規則が問題となっている。その結果、逆方向の態度評価が欠けるだけでなく、<sup>(26)</sup> 手続法上の違いという点が、仮定的承諾を刑法に転用することに対し、まさに、不利な材料を提供する結果となっている。

さらにいうと、仮定的承諾という法形象には、問題となる事例と関連する形で仮定的事案を再構成する際、コンセプトとしては、相当程度の不確実性があらかじめプログラミングされている。<sup>(27)</sup> いいかえると、仮定的承諾という法形象は、特に、いわゆる後知恵バイアス<sup>(28)</sup> にさらされている。なぜなら、事前に問題となる患者の仮定的意思は、現実に実施される治療措置の (失敗) 結果に患者が満足した (満足しなかった) かどうかにより、構造上、その措置の後に上書きされてしまうからである。患者が (場合により、そ

<sup>(20)</sup> たとえば、*Saliger* JZ 2004, 977, 979 ff. がそのように述べている。過失犯の文脈でそのように述べるのは、BGHSt 49, 1, 5 ff. である。

<sup>(21)</sup> *BGH* NJW 1990, 2928, 2929; 1991, 1543, 1544; 2344, 2345; 1994, 799, 801 et passim.

<sup>(22)</sup> *Jäger* in FS *Jung* (2007), S. 345, 350 ff.; *Sternberg-Lieben* MedR 2019, 185, 186 参照。

<sup>(23)</sup> *Mitsch* JZ 2005, 713, 717.

<sup>(24)</sup> この点につき、詳細は、*Duttge* in FS *Schroeder* (2006), S. 179, 185 ff.

<sup>(25)</sup> たとえば、*Swoboda* ZIS 2013, 18, 26 がそのように述べている。*Saliger* in FS *Beulke* (2015), S. 257, 266 も見よ。

<sup>(26)</sup> *LK/Grünwald* (o. Fn. 15), § 223 Rn. 108.

<sup>(27)</sup> *Roxin* medstra 2017, 129, 131; *Sternberg-Lieben* MedR 2019, 185, 187.

<sup>(28)</sup> この点につき、認識心理学の観点からの分析として、たとえば、*Oeberst*, *Rechtswissenschaft* (2019), 180 ff. (m. w. N.) がある。それ以前にすでに根本的な分析を加えていたのは、*Oeberst/Goeckenjan* *Public Policy and Law* 2016, 271 ff. である。

の侵襲によって）死亡し、それに伴う立証上のソースがない場合、判決を下す者は、純粋な憶測を述べることになる。このような、「立証上明らかな難点」は、刑事訴訟上の証拠規則に照らすと、著しく先鋭化する。すなわち、刑事訴訟で適用される「疑わしきは被告人の利益に」の原則によると、事実に関してすでに疑いがあるケースでは、被疑者に有利となるよう、仮定的承諾を得たことが前提とされなければならない<sup>(29)</sup>。水準を下回る説明を故意に行った場合でも、これにより生じる処罰の間隙を、傷害未遂の処罰によって埋め合わせることはできない。なぜなら、規則通りの説明が行われたとしても患者は承諾を与えたであろう、という——反論の余地がなく主張された——真摯な主観的信頼さえあれば、それはすでに、故意を阻却する（許容構成要件の）錯誤を基礎づけるであろうからである<sup>(30)</sup>。

しかしながら、仮定的承諾を刑法上承認することに反対する、最も重要な論拠となっているのが、仮定的承諾が患者の自己決定権を体系上侵害している、との理解である<sup>(32)</sup>。というのも、治療担当医の懈怠を——それが意図的なものであろうと、過失によるものであろうと——事後的に「追認可能」である、つまり重要ではない、と宣言することで、仮定的承諾は、患者の自律という「黄金律」を——（法的根拠がなければ補充されない）推定的承諾と異なり——説明を受けた患者からただちに得られる一身専属的承諾にまで貶めてしまう、つまるところ、患者の自律の価値を貶めてしまうからである。それに伴って生じる患者側の主体的地位の軽視と、医師によるパターンリズム（「最もよく知っているのは医師である」）の復権は、医事法・医療倫理の近時の発展と明らかに矛盾するだけでなく、それと同時に刑法的にも、差引残高的発想に司られた傷害説の真意（後掲の箇所を参照）を汲み取ることを、不可能にしてしまう。というのも、仮定的承諾は、第1の構成要件段階で、患者の自己決定権を刑法上保護していても、第2の違法性段階で、自己決定権を再度否定してしまうからである。しかし必要なのは、単純化された二者択一の解決ではない。そうではなく、必要なのは、人格権法上の患者の意思決定権限の肥大化や均質化とは一線を画す、身体と自由を適切に区別するとの解決である。

<sup>(29)</sup> Fischer (o. Fn. 10), § 223 Rn. 34.

<sup>(30)</sup> たとえば, G. Merkel JZ 2013, 975, 979; Saliger in FS Beulke (2015), S. 257, 262 ff.; Valerius HRRS 2014, 22, 23.

<sup>(31)</sup> BGH NStZ 2012, 205, 206; Kraatz NStZ-RR 2016, 233, 237; Sternberg-Lieben MedR 2019, 185, 187 f. 参照。詳細は, Sturm (o. Fn. 19), S. 74 ff.

<sup>(32)</sup> すでに, Otto Jura 2004, 679, 683; Paeffgen in FS Rudolphi (2004), S. 187, 209; Puppe GA 2003, 764 ff., 769 がそのように述べていた。これ以外のものとして, Roxin medstra 2017, 129, 130; Sowada NStZ 2012, 1, 7 を見よ。

<sup>(33)</sup> 仮定的承諾とは「偽装された追認」だとする Roxin medstra 2017, 129, 130 f. を参照。

### Ⅲ. オーストリアでの経験

身体固有の側面か・自由固有の側面かに従い、医師による治療措置を犯罪体系上区別することを認めているのが、オーストリア法である。すなわち、オーストリアでは、身体の不可侵（オーストリア刑法 83 条）への介入は、当該介入に医学的適応があり、それがレーゲ・アルティスに則って実施された場合は、すでに正当化される、と考えられている。<sup>34)</sup> その限りでいうと、医師が患者から承諾を得ていたかどうかは重要ではない。むしろ、患者の自己決定権を無視することは、オーストリア刑法 110 条の特別構成要件を通じて、特別かつ的確に、処罰の対象とされている。110 条の特別構成要件は、法体系上一貫して、「人身の自由に対する違警罪」（オーストリア刑法 99 条以下）章下に置かれている。この「人身の自由に対する違警罪」の章は、後述する特定の観点から、自由がそれぞれ保護目的の中心となっている種々の犯罪を一括りにしたものである。オーストリア刑法 110 条との関係でいうと、その特定の観点とは、医療の文脈で「処置を受ける」者すべての意思自由・意思決定の自由、特に、自己の身体に関する個人の処分権である。<sup>35)</sup>

オーストリア刑法 110 条においては、問題となる医療処置が医学準則に則ったものか、客観的にみて必要／適切か、その処置がレーゲ・アルティスに則って実施されたものかは、重要ではない。<sup>36)</sup> すなわち、行為者がオーストリア刑法 110 条に基づいて罰せられるか否かの判断の決め手となるのは、医療処置が「被処置者」の（有効な）承諾を得て行われたか、それとも、同人の承諾を得ずに行われたか、だけである。オーストリア刑法 110 条の犯罪構成要件は、文言的には次のような内容となっている。

#### 第 110 条（専断の治療行為〔Eigenmächtige Heilbehandlung〕）

- (1) たとえ医学準則に則って処置がなされたとしても、他の者をその承諾を得ずに処置した者は、6 月以下の自由刑又は 360 日分以下の日数罰金刑に処する。
- (2) 行為者が、処置の延期により被処置者の生命又は健康が著しく危険にさらされるであろうと想定して、被処置者の承諾を得なかったときは、想定された危

<sup>34)</sup> *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, *Strafrecht* BT I, 3. Aufl. (2009), S. 41, 81. さらに、「正当化事由」だとする *Soyer/Schumann* in: *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), *WK-StGB*, 2. Aufl. (2016), § 110 Rn. 2 も参照。

<sup>35)</sup> 1937 年刑法典 499 条 a について、すでにそのように述べていたのは、*Piegler* *VersR* 1962, 921, 923 である。

<sup>36)</sup> *Schmoller* in: *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg.), *Salzburger Kommentar zum StGB* (SbgK) (1997), § 110 Rn. 30.



險が存在せず、かつ、行為者が必要な注意（第6条〔過失の定義規定〕）を払えばそれを認識することができたであろう場合にのみ、行為者は、第1項によって罰せられる。

(3) 行為者は、専断的に処置がなされた者の請求に基づいてのみ訴追される。

オーストリア刑法110条の構成要件的不法の中核は、「承諾を得ずに」行われる（医学的）処置である。したがって、犯罪体系上は、結果犯の成否が問題となる。というのも、当該犯罪の成否にとっての決め手となるのは、義務に違反した行為といえる程度を超える、被処置者への働きかけがあったかどうか、だからである。ここにいう働きかけとは、（たとえ最終行為が患者自身によって行われたものとしても）他の者が処置を行うことである。<sup>(37)</sup>承諾が有効であれば、それはすでに、オーストリア刑法110条の構成要件該当性を阻却する。これに対して、承諾を取得する時点（処置が実施される前）、<sup>(38)</sup>病徴（推定次第ではあるが、その時々<sup>(39)</sup>の侵襲を行うのに十分といえるほどに具体的なもの）、承諾能力（自然な弁識・判断能力、重大な意思欠缺のないこと）、<sup>(40)</sup>承諾の権限に関しては、承諾の一般原則が適用される。最後の、承諾の権限については、承諾能力を有しない者の場合であれば、<sup>(41)</sup>権限を有する第三者（後见人、代弁人〔Sachwalter〕）が承諾を表明することも考えられる。

以上のものに加えて、「インフォームド・コンセント」の構想によれば、承諾の要件には、治療措置の性質や強度、処置を実施する上で不利に働くかもしれない諸事情に関する、事前の（通常は、医師による）説明も含まれる（これを「自己決定のための説明」〔Selbstbestimmungsaufklärung〕という）。<sup>(42)</sup>もっとも、説明が行われる際、患者は、自己の病状に関する完全な情報提供を受ける必要はない。すなわち、説明の範囲は、提供される処置の射程と有意義性について、<sup>(43)</sup>患者が自ら判断を下すことができるように設定される。このような処置の提供は、通常、医師によって行われる。もっとも、オーストリ

<sup>(37)</sup> SbgK-Schmoller, § 110 Rn. 14.

<sup>(38)</sup> もっとも、患者による事後的承認は、通常、私人訴追権行使の放棄（オーストリア刑法110条3項）と結び付く。

<sup>(39)</sup> SbgK-Schmoller, § 110 Rn. 40 参照。

<sup>(40)</sup> SbgK-Schmoller, § 110 Rn. 45 参照。

<sup>(41)</sup> Soyer/Schumann, WK-StGB, § 110 Rn. 16 参照。

<sup>(42)</sup> いわゆる「治療のための説明」とは、治療の成功を危うくすることがないよう、患者が、治療に協力（「コンプライアンス」）するために必要な情報を提供することをいう。したがって、治療のための説明は、レーゲ・アルティスの一部である。レーゲ・アルティス違反は、オーストリア刑法110条にとって重要ではないが、同法83条以下に基づく処罰を基礎づける可能性がある。Soyer/Schumann, WK-StGB, § 110 Rn. 19.

ア刑法 110 条の構成要件は、身分犯として規定されているわけではないため、行為者としては、<sup>(44)</sup> 誰しもが適用の対象となる。

そのため、より詳しくみると何がオーストリア刑法 110 条にいう「処置」と解されるか、という問題は、重要な意義を有する。「処置」には古典的な意味での治療行為がすべて含まれる、という点に争いはない。治療（手術等）から「単なる」苦痛の緩和に至るまで、<sup>(45)</sup> また、診断のための侵襲（採血等）から予防のための侵襲（予防接種等）に至るまで、「処置」に<sup>(46)</sup> 含まれる。その際、これらの侵襲が最終的にポジティブな（治療）結果をもたらすかどうかは、重要ではない。学校医学（Schulmedizin）に含まれない代替方法や新規療法も、「処置」からは除外され<sup>(47)</sup> ない。これに対して、治療目的によらない「処置」や、医学的適応のない「処置」、たとえば、美容的性質を有する「処置」も、オーストリア刑法 110 条にいう「処置」に含まれるか、という点については、争いがある。治療目的によらない「処置」や医学的適応のない「処置」もオーストリア刑法 110 条にいう「処置」に含まれる、とする見解は、特に、オーストリア刑法旧 499 条 a にみられた「治療の目的により」という付帯条項が、立法者によって現行法に引き継がれていないこと、そして現在、オーストリア刑法 110 条が「処置」という文言を一般的な形でしか用いていないこと、<sup>(48)</sup> を根拠とする。しかし、重大であるとはいえないため、現在の知識状況からすれば何の効果も得られない（たとえば、接手、振り子、あるいはロザリオで触れることで行う「スピリチュアル・ヒーリング」といった）活動は、「処置」から除外<sup>(49)</sup> されている。これに対して、制限的解釈は、「医学的に支持可能である」という意味での）医学的適応性の存在を糸口とする<sup>(50)</sup>。すなわち、このような制限的解釈から導かれる帰結として、—— 最高裁判所（OGH）もそのように解しているが<sup>(51)</sup> —— 臓器提供や科学的実験等の、他の者に対してベネフィットをもたらす侵襲はすべて、110 条の適用範囲から除外されるべきだということ。このことを根拠づけるために、110 条の表題が明文で「治療行為」という文言を用いていることが、とりわけ指摘されているところで

(43) SbgK-Schmoller, § 110 Rn. 58 参照。

(44) この点に争いの余地はない。Fuchs/Reindl-Krauskopf (o. Fn. 34), S. 81 参照。

(45) SbgK-Schmoller, § 110 Rn. 23 参照。

(46) Fuchs/Reindl-Krauskopf (o. Fn. 34), S. 82; Soyler-Schumann, WKStGB, § 110 Rn. 7 を見よ。

(47) Bruckmüller/Schumann in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. (2010), S. 813, 821 は、「伝統にとらわれない処置方法」もそうだという。

(48) たとえば、Zipf in FS Bockelmann (1979), S. 577, 580。

(49) Bruckmüller/Schumann (o. Fn. 47), S. 822。

(50) Schmoller in: Mayer-Maly/Prat (Hrsg.), Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung (1998), S. 75, 95 を見よ。

(51) OGH JBI 1985, 304 ff. 本件につき、詳細は、Schmoller JBI 1989, 10, 22。

<sup>52</sup>  
ある。

最終的に、オーストリア刑法 110 条の適用範囲に含まれる、というために必要な（治療）処置の強度にも、争いが無いわけではない。すなわち、医学的適応性に基づかない侵襲も 110 条の適用範囲に含まれるとする場合、学説には、その侵襲が傷害／健康損害のレベルに相応しい、ということを要求するものがある。この学説は、オーストリア刑法 83 条以下にいう〔傷害／健康損害の〕強度の重大性と価値的に関連していることを要求するものだ、といわれている。<sup>53</sup>しかしながら、このような価値的関連性を広く捉える理解によれば、身体に関連する傷害行為が、絶対に必要だというわけではない。たとえば、処置に関するカウンセリングという枠の中では、純粹に精神的な影響も関連してくる可能性がある。<sup>54</sup>この点は、当該法益の持つ側面が異なるために生じるものであり、（この場合は、それ自体些細だといえる限度を超えて）「単に」好ましくないと感じられる処置の場合、不可解な処罰の間隙が生じることを防いでいるという。

最後に、オーストリア刑法 110 条 2 項は、同項で暗黙裡に認められている特別な正当化事由（患者の反対意思が明示されていない場合の、遅れると危険（*Gefahr im Verzug*）の状況に係る推定の承諾の特殊事例）<sup>55</sup>に基づき、当該状況の不存在（つまり、インフォームド・コンセントを得る必要性）が過失により誤認された場合に、処罰範囲を拡大する、としている。もっとも、支配的見解は、110 条 2 項を「過失による専断」という独自の構成要件ではなく、許容構成要件の錯誤に関する特別規定であると理解している。すなわち、オーストリア刑法 8 条により、故意犯に基づく処罰の可能性はそれ自体おしなべて否定されているのである。しかし立法者は、オーストリア刑法 110 条を用いて、こういった一般的な法効果への指示を無効化している。<sup>57</sup>かくして、処罰範囲を拡大すると同時に、正当化事由を比較的狭く解釈することは、法の持つ専断的処置からの保護効果の強化を意味する、という。<sup>58</sup>

刑事政策的判断として、処置に関する義務違反を法益に応じて区別し、専断的治療行

<sup>52</sup> SbgK-Schmoller, § 110 Rn. 25; Soyer-Schumann, WK-StGB, § 110 Rn. 6, 10 参照。

<sup>53</sup> そのように述べるのは、SbgK-Schmoller, § 110 Rn. 26 f. および *ders.* in: Mayer-Maly/Prat (o. Fn. 50), S. 94 である。

<sup>54</sup> Fuchs/Reindl-Krauskopf (o. Fn. 34), S. 82; Soyer-Schumann, WKStGB, § 110 Rn. 11; Stellamor/Steiner, Handbuch Arztrecht I (1999), S. 336 参照。

<sup>55</sup> Marek/Tipold in: Neumayr/Resch/Wallner (Hrsg.), Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht (GmundK) (2016), § 110 Rn. 9; Soyer-Schumann, WK-StGB, § 110 Rn. 31 参照。

<sup>56</sup> Bernat, Handbuch FA Medizinrecht, 3. Aufl. (2013), Rn. 40.

<sup>57</sup> Bernat (o. Fn. 56), Rn. 42; Bruckmüller/Schumann (o. Fn. 47), S. 836; Fuchs/Reindl-Krauskopf (o. Fn. 34), S. 88; SbgK-Schmoller, § 110 Rn. 74 参照。

<sup>58</sup> Bruckmüller/Schumann (o. Fn. 47), S. 830.

為を傷害罪の適用範囲から除外することには、多大なメリットがあると目されている。<sup>(59)</sup> これにより——憲法的には、もはや反論の余地のないところであるが——処置を実施するか否かの選択を、拘束力を有する形で制限するのは、患者の意思である、ということが、刑法においても誤解が生じないよう明示されている。その上、当該処置が医学的適応性を欠く場合や、その処置が瑕疵なく実施されなかった場合は、支配的見解に従えば、問題となる法益が異なっていることを理由に、傷害罪とオーストリア刑法 110 条が同時に適用される。<sup>(60)</sup> 加えて、処置を実施する者にとっては、オーストリア刑法 110 条が必然的に、法効果を二重に改善する点で、さらなるメリットがある。そのメリットとはつまり、科刑を減輕し、傷害に関する加重構成要件をもとより適用対象外とすることができる、というものである。医師の行為が特別なリスクを孕んでいることを考慮すれば、このような特別評価を、完全に正当化されるものとみることができる。<sup>(61)</sup> もっとも、「処置」という概念は不明確であることから、具体的な構成要件解釈には、かなり不明なところがある。これに加えて、手続法上、職権主義は適用されず、被害者は、オーストリア刑法 110 条 3 項に従って、私人訴追を行う必要がある。私人訴追人が費用上のリスクを負担し、同人自身が、証拠調査の権限を有する（オーストリア刑事訴訟法 71 条 1 項 2 文）。そして、オーストリア刑事訴訟法 72 条 2 項 2 文に基づく私人訴追権は「放棄」と「宥恕」によって失効するため、この点に、状況次第で 110 条の構成要件には、その一般予防効果を超えて（そして損害賠償法上の責任の基点として）少なくとも有罪統計上、何ら実務上の重要性が認められない決定的理由を見いだすことができる。<sup>(62)</sup> したがって、立法論としては、親告罪が授権犯罪の形式とすることが望まれるため、被害者が死亡した場合は、相続人も、職権に基づいて刑事訴追を提起することができる。<sup>(63)</sup>

(59) たとえば、SbgK-Schmoller, § 110 Rn. 17.

(60) そのように述べるのは、Bruckmüller/Schumann (o. Fn. 47), S. 823; Kienapfel/Schroll, BT I, 13. Aufl. (2009), § 110 Rn. 7, 41 である。これと異なる見解として、SbgK-Schmoller, § 110 Rn. 197 は、オーストリア刑法 110 条の補充性を指摘する。

(61) Zipf in FS Bockelmann (1979), S. 577, 578 参照。ただし、傷害罪の法定刑の高さに批判的なのは、SbgK-Schmoller, § 110 Rn. 18 である。

(62) 公式統計では——すでに過去そうであったように——1 件の有罪判決も出ていない。http://www.statistik.at/web\_de/statistiken/menschen\_und\_gesellschaft/soziales/kriminalitaet/index.html (このサイト、およびこれ以降引用するサイトの最終閲覧日は、2021 年 2 月 17 日である)。

(63) Bruckmüller/Schumann (o. Fn. 47), S. 837; Ebert, Die eigenmächtige Heilbehandlung (§ 110 StGB) als überkommene Strafbestimmung? (2019), S. 16. さらに、「患者が死亡すれば、行為者は幸運に恵まれることになる」とする Lewisch, Strafrecht BT I (1997), S. 113 も見よ。

#### Ⅳ. 1998年第6次刑法改正法の頓挫した法案について

上記のような理由から、専断的治療行為という特別構成要件を起草しようとする者は、オーストリアでの<sup>(64)</sup>改正案の経験のほか、1998年第6次刑法改正法を目前に頓挫した改正案からも学ぶべきであろう。周知のように、1998年第6次刑法改正法により、連邦司法省は、すでに一度——そして、初めてのことでなかったが(1911年草案279条、1919年草案313条、1922年ラートブルフ草案235条、1925年草案238条、1927年／1930年草案281条、1960年草案162条、1962年草案162条参照。さらに、1970年代案123条1項も見よ)<sup>(65)</sup>——立法活動を通じて、この古い係争問題を明らかにすることで、治療侵襲が誤って傷害に類別されている状況を是正しようとしてきた。具体的に提案された構成要件は、以下のような文言であった(刑法典担当官草案229条)<sup>(66)</sup>。

- (1) 有効な承諾を得ずに、他人の身体又は胎児に現存する又は将来的に生ずるような身体的又は精神的な疾患、損傷、苦痛、故障又は障害を診断、治療、緩和又は予防するために、他人に対して身体的な侵襲を加え、又は、他人の身体の統合性若しくは健康状態に重大でないとはいえない影響を与える処置を行った者は、5年以下の自由刑又は罰金刑に処する。第226条が適用される。
- (2) 特に重い事案では、刑は、6月以上10年以下の自由刑である。特に重い事案とは、通常、
  1. 当該処置が被処置者若しくは胎児にとって必要とされていないにもかかわらず、新たな治療方法の臨床試験に役立てられる場合、又は、
  2. 当該処置により追求される目的を衡量して、被処置者がそれに伴う危険に対して責任を問うことができる場合をいう。
- (3) 当該所為は、以下の場合を除いて、告訴がなければ公訴を提起することができない。
  1. 当該所為が第2項第2文に掲げられた諸要件のもとで遂行された場合、又は、

<sup>(64)</sup> *Eser in FS Hirsch* (1999), S. 465, 470 ff. では、より広い視点からの比較法的展望が示されている。

<sup>(65)</sup> 各草案の具体的な文言については、*Riegger, Die historische Entwicklung der Arzthaftung* (2007/08), S. 99 ff., 153 ff., 157 ff., 160 ([https://epub.uni-regensburg.de/10597/1/Finale\\_Version\\_21.10.2007.pdf](https://epub.uni-regensburg.de/10597/1/Finale_Version_21.10.2007.pdf)) [ただし、すでにリンク切れとなっている——訳者]を見よ。

<sup>(66)</sup> これは、*Freund ZStW* 109 (1997), 455, 465 f. からの引用である。

## 2. 刑事訴追当局が刑事訴追への特別な公共の利益のために、職権に基づく訴追が必要と認めた場合。

この担当官草案に対して提起された——多くの声からなる——批判は、きわめて正当にも、傷害罪の文脈で、専断的治療行為を犯罪体系上類型化することは一貫していない、という点に向けられている。<sup>67)</sup>さらに、次のような事情にも批判が寄せられた。「有効な承諾」を得ずに、という消極的構成要件要素により、医師の説明義務の範囲に含まれている多くの問題点、すなわち、(基本法 103 条 2 項の明確性への要請と調和するか疑わしい) 専断的治療行為の法律規制の弱点<sup>68)</sup>がすべて、刑法にそのまま受け継がれてしまうだろう、との事情がこれである。加えて、こうした事情に照らすと、介入的とはいえないが健康にとって重要な、その他の「処置」に関して、「重大でない」という基準を手がかりとすることで、かえって曖昧な形で、構成要件上限界づけを行うことになる、という点も、大きな懸念を生じさせた。<sup>69)</sup>加えて、その点との関連でいうと——(身体の統合性を侵害する) 介入的な医的侵襲は措くとして——これらの、介入的とはいえない「措置」をそもそも処罰の対象とする必要があるのか、という点もまた、疑わしいのかもしれない。<sup>70)</sup>傷害罪との競合問題は実務的に重要であるが、この問題は、担当官草案<sup>71)</sup>が提案する法文そのものでは解決されない、ということが判明した。しかし、その限りでいえば、刑法 223 条以下に基づく責任は依然否定されるべきだ、ということが明らかである以上、それには少なくとも、主観的な治療目的だけでは不十分である。<sup>72)</sup>加えて、担当官草案が——法効果の点に関して——傷害と同じ法定刑を選択したことも、平仄が合わない。このことはあたかも、当該不法を適切に類型化しようというときに、結局、過失の量 (*quantité négligeable*) だけを問題としているかのごとくである。また、それ以外の異論は、担当官草案が 2 項で、新規療法や学術的動機に基づく治療的実験を、こ

<sup>67)</sup> たとえば、*Hirsch* in *FS Zipf* (1999), S. 353, 363; *Meyer* GA 1998, 415, 423.

<sup>68)</sup> 適切にも、そのように述べるのは、*Müller* DRiZ 1998, 155, 159 である。さらに、*Eser* in *FS Hirsch* (1999), 465, 483 および *Schreiber* in *FS Hirsch* (1999), S. 713, 720 f. も見よ。加えて、シュライバーは、説明義務の射程に関する医師の回避可能な錯誤を、これまでの過失傷害から故意に格上げすることになるのではないかと危惧している。

<sup>69)</sup> そのように述べるのは、*Cramer* in *FS Lenckner* (1998), S. 761, 767; *Schreiber* (ebd.) である。

<sup>70)</sup> このような疑問を呈するのは、*Schroeder*, *Besondere Strafvorschriften gegen Eigenmächtige und Fehlerhafte Heilbehandlung?* (1998), S. 31 である。これに対して、患者の自己決定権は「[おそらく刑法上も] 包括的な保護」を受けなければならない、とするのは、*Freund* ZStW 109 (1997), 455, 478 である。

<sup>71)</sup> たとえば、*Hirsch* in *GS Zipf* (1999), S. 353, 367 参照。

<sup>72)</sup> *Cramer* (o. Fn. 69); *Freund* ZStW 109 (1997), 455, 477; *Schroeder* (Fn. 70), S. 39 ff. 参照。

れまでよりも広い範囲で処罰の対象としている点にも向けられている。<sup>(73)</sup>

以上より、専断的治療行為の新たな規制計画が個々にもたらす、特別な挑戦を容易にみてとることができる。もっとも、法実務の基礎となる適正な規制を整備する立法者の責任に、これによって何か変化が生じるわけではない。前回の改正案が頓挫した直後、法政策はもはや、次の試みにそれほど早く取りかからないだろう、ということが予測されていた。<sup>(74)</sup>しかし現在、それから20年以上が経過し、この間、民事法から、仮定的承諾をその場しのぎ的に引き継ぐことで生じた、これに付随する諸々の問題がますます明るみとなってきた。また、そればかりでなく、立法者は、2013年の患者の権利法（Patientenrechtegesetz）を可決することで、<sup>(75)</sup>患者の自己決定権を直接強化することや、法的安定性を保証するための法的枠組みを透明化することがどれほど重要なことであるかを明言した。<sup>(76)</sup>したがってここで、本来民事法よりも厳格な、明確性への要請（基本法103条2項）に照らせば、現在の、間接的でしかなく、方法論的に不誠実な、<sup>(77)</sup>刑法における患者の意思の保護に固執することは、もはや選択肢であってはならないだろう。アルトゥール・カウフマンの、次のような言葉が思い起こされる。もし判例が、いま目の前にある処罰の間隙を埋めるために、治療行為の本籍を傷害構成要件に鞍替えしようとの誘惑に負けてさえいなければ、「専断的治療行為という是非とも必要な構成要件は、<sup>(78)</sup>とうの昔に、われわれの刑法典に盛り込まれていた」であろう。と。したがって、自己満足のために〔傷害説が〕「最高裁の確立した判例」だと述べることは、開示宣誓も同然であろう。

一般に、専断的治療行為を成文化する過程では、次のような、解明しなければならぬ一連の問題に直面する。すなわち、当該構成要件の実質的な適用範囲は、治療侵襲に限定されるべきか、それとも、患者の自己決定権の射程が比較的広い範囲に及ぶことから、非介入的処置も構成要件の適用範囲に含めるべきか。もっとも、非介入的処置を構成要件の適用範囲に含めるのであれば、処罰に値する範囲をいかにして適切に限界づけ

<sup>(73)</sup> *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, 7. Aufl. (2014), Rn. 739. 同じく、別の目的傾向からこれに批判的なのは、*Katzenmeier ZRP* 1997, 156, 159である。

<sup>(74)</sup> *LK/Lilie*, 11. Aufl. (2005), Vor §§ 223 ff. Rn. 6のいう意味において、である。

<sup>(75)</sup> 2013年2月20日の、患者の権利を改善するための法律（Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten）（BGBl. I S. 277）のことである。

<sup>(76)</sup> *BR-Drucks.* 312/12, S. 1 ff.

<sup>(77)</sup> *Katzenmeier ZRP* 1997, 156, 161. このカツツェンマイヤー論文も、たしかに重大ではあるが、医師民事法上、決してそれ自体が否定的な結果に至るわけではない、とする。

<sup>(78)</sup> すでにそのことを強調していたのが、*Bockelmann ZStW* 93 (1981), 105, 114 f.である。

<sup>(79)</sup> *Arthur Kaufmann ZStW* 73 (1961), 341, 374.

るか、という予測される付随的問題が生じる。そこでは、医師にとっての特別刑法が問題となるのか。それとも——患者の視点からみて——(法益に関連する)潜在的被害を及ぼすすべての者を名宛とする構成要件が問題となるのか。しかし、何よりも重要な点は、不法の中心的なメルクマールである「専断」が、いかにすればこれを十分明確に特徴づけることができるのか、あるいは逆に、有効な承諾を得るための要件としての医師の説明に要求される程度を、どのようにして適切に制限するのか、という点である。そして最後に、法適用のためには、傷害罪との競合関係も十分明確となるよう規定されなければならない。

## V. 法案注解

第 241 条 b (専断に基づく医療的侵襲 [Eigenmächtige medizinische Eingriffe])

- (1) 他の者が事前に侵襲の本質的条件、特に、期待されるベネフィット、健康上のリスク及び考慮される代替手段について説明を受け、その侵襲に対して承諾を与えていないのに、医療処置の枠内で、その者に対して身体的侵襲を行った者は、5 年以下の自由刑又は罰金刑に処する。
- (2) 侵襲が被害者の死を惹起した場合、刑は 1 年以上 10 年以下の自由刑とする。
- (3) 他の者が十分に説明を受けていない、又は承諾していないことを、行為者が軽率にも認識していなかった場合、その者は 3 年以下の自由刑又は罰金刑に処する。
- (4) 第 1 項及び第 3 項の場合、当該所為は、告訴に基づいてのみ訴追される。ただし、刑事訴追当局が刑事訴追への特別な公共の利益のために、職権に基づく介入が必要と認めた場合は、この限りでない。被害者が死亡した場合、告訴権は、第 77 条第 2 項に基づきその親族に継承される。

第 223 条 (傷害)

- (1) …
- (2) …
- (3) 本条は、一般に認められた専門的水準に従って行われる医療的侵襲には適用されない。第 241 条 b は依然影響を受けない。

以上の法案は、形式的・法定構成要件該当性は、それぞれ関係する法益固有の不法の側面に沿うものでなければならない、との原則に従っている。患者の自己決定権 (「患



者の自律」を無視することの不法は、（通常、医師の）治療規則に違反することの不法と、根本的に異なる。後者の不法は、患者を（可能な限りサポートしながら）損害から保護しようとするものであるから、無危害原則（Prinzip des Non-maleficence）に則り、患者の安全<sup>(81)</sup>を可能な限り追求することを、処置を行う者に義務づける。これに対して、処置を行う者に患者への説明を義務づけることは、患者を、次のような「人格」と認めることを目的とする。すなわち、それは、人格の自己答責的發展という理念を具体化し、品位を貶める強制治療から身を守るために、自らの価値に関する正しいことのイメージに従い、治療の申し出に関する最終決定権を保障するものである。したがって、患者の自律を無視することは、ヒトの生物学的側面ではなく、人格権的側面に影響を与える。（自己自身の事柄に関する）各人の規範的な尊重要求に照らすと、患者とは、単に、パターンリスティックな役割を担う医師の「取り巻き」としてではなく、その人格自身の権利に基づいて（刑）法的保護を要請するものである。

しかしながら、オーストリアでの経験のほか、1997年刑法典担当官草案229条への批判が示すところによると——法益との関係では当然のことであるが——広い意味での、ありとあらゆる医療「処置」の形態を、医師の専断から刑法ですべて保護しようとするのは、構成要件上線引きを行う際に、甚だしく不確実な帰結をもたらすであろう。なお、このことは、事例の形式が不揃いであるために、最終手段原則にもそぐわないだろう。しかしながら、患者との権威的とはいえないやりとりが、言葉や外見といった観点のみならず、身体<sup>(82)</sup>の統合性という観点からみて侵襲としての性格を備えているのであれば、そのやりとりは十分に当罰的である、ということを出発点とせざるをえない。この点に関しては、刑法上すでに——刑事訴訟法81条a第1項2文の文脈で——これと完全に結び付きうる既存の概念理解が見受けられる。自由を志向する法益に照らしてみても、この点に矛盾はない。なぜなら、身体への侵襲に構成要件上焦点を当てては、想定されうる専断すべてのうち、明らかに当罰的な部分に、処罰を適切かつ選択的

<sup>(80)</sup> 基本的なものとして、Beauchamp/Childress, Principles of Biomedical Ethics, 7. Aufl. (2013), S. 150 ff. がある。

<sup>(81)</sup> この法的な道具概念と近時の展開につき、詳細は、Hart MedR 2019, 509 ff. (m. w. N.).

<sup>(82)</sup> 近年のものとして、BVerfG MedR 2020, 563 ff. 参照。

<sup>(83)</sup> 多くの文献に代えて、Mackenzie Journal of Social Philosophy 2008, 51 のみを見れば足りる。それによると、「自律とは、自身の生<sup>ライフ</sup>に対する規範的権限を与えるものであり、その理由がいかなるものであれ、自身の生にとって實際上重要な決定を、自己自身のために下す権限をいう」。

<sup>(84)</sup> 自律を、規範的・実践的「権威」と理解することについて、詳細は、Seidel DZPhil 59 (2011), 897 ff. 参照。

<sup>(85)</sup> 適切にもこのように指摘するのは、Hart in FS Heinrichs (1998), S. 291, 310 である。同様に、「人格権に基づく考察」を支持し、民事責任体系の転換に賛成するのは、Katzenmeier (o. Fn. 14), S. 120 f. である。

に限定することを、目的としているにすぎないからである。(強制、そしてピンポイントで重要な意味を持つにすぎない刑法 171 条, 225 条 1 項第 1 肢, 238 条, 241 条を超える) 人の精神が、広い範囲で独立の統合性保護を享受するわけではない以上、<sup>(87)</sup> 医師患者関係という特殊な状況下での精神への望まざる介入を、これを捕捉する一般的な犯罪構成要件がないのに、(刑法 223 条以下に基づく身体の統合性侵害を類推することで) 刑法的保護の対象とすることは、犯罪体系上矛盾しているといえよう。

そのため、刑法典草案 241 条 b が維持している身体との関わりは、刑法 223 条以下との競合関係の明確化に資するはずである。この点を明確化することは、法的明確性を担保するために——1997 年刑法典担当官草案 229 条とは異なり——法律上明文で行われるべきであろう。この改正案(刑法典草案 223 条 3 項)は、法理論の支配的見解に従っている。その見解によると、治療を行う上で妥当な(医師の)治療規則(「医療技術」との不適切な関連づけを放棄した、民法 630 条 a 第 2 項を範とする定式)<sup>(88)</sup> に則って医療処置を実施することは、すでに、刑法 223 条 1 項の意味での「身体的虐待」や「健康損害」とは評価されえない。医療処置をこのように分類することは、刑法典草案 241 条 b という新たな犯罪構成要件があってはじめて必要となり、かつ重要な意味を有する。特に、現在の判例に従い、治療侵襲はすべて刑法 223 条に基づく傷害である、と依然理解するのであれば、「専断に基づく医療的侵襲」に関する新规定は、徒労に終わることになる。この新たな刑罰法規の創設(治療侵襲は傷害である、との評価が適用できないこと)に伴う特別扱いは、人間医学上の(特に医師の)職業活動が有する、その法益特有の「危険傾向」に照らして正当化される。また、このことは、医療上の「エンハンスメント」の分野(たとえば、形成外科、患者からの願望に基づく切除術、好意から行う不妊処置)<sup>(89)</sup> にも当てはまる。このような「エンハンスメント」の分野には、同じ——(ドーピングなどのように)一般に禁止されていない限りで——(よりいっそう高度の)医

<sup>(86)</sup> たとえば、MüKo-StPO/Trück, § 81 a Rn. 11 は、「……たとえ些細といえるにすぎない傷害であっても、身体の構成要素、特に体細胞、血液、脳脊髄液、精液、尿、唾液を採取するため、あるいは身体に諸々の物質を注入するために、皮膚と筋肉で覆われた身体の内部に侵入した場合」がそうだという。

<sup>(87)</sup> この点につき、詳細は、Bublitz RW 2011, 28 ff.; Knauer, Der Schutz der Psyche im Strafrecht (2013); Steinberg, Strafe für das Versetzen in Todesangst. Psychische Gesundheit als strafrechtliches Rechtsgut (2015)。

<sup>(88)</sup> この点を、すでにはっきりと述べていたのは、Schreiber in: Gentner (Hrsg.), Der medizinische Sachverständige (1976), S. 71 ff. である。Deutsch/Spickhoff (o. Fn. 73), Rn. 295 も見よ。さらに——驚くべきことに——民法 1631 条 d に正当な批判を浴びせているのは、Spickhoff FamRZ 2013, 337, 340 f. である。

<sup>(89)</sup> 刑法的観点から、この点に詳しく検討を加えるのが、Beck MedR 2006, 95 ff.; Joost in: Roxin/Schroth (o. Fn. 47), S. 383 ff. (jew. m. w. N.) である。詳細は、Magnus, Patientenautonomie im Strafrecht (2015), S. 322 ff., 346 ff.; Wagner, Die Schönheitsoperation im Strafrecht (2015)。

療水準が適用される。また、そのように（高度の）医療水準を遵守することは、傷害に基づく不法が認められる、との推定を否定する。そのこととは別に、患者からの「願望に基づく医療」（Wunschmedizin）を刑法典草案 241 条 b の適用範囲から除外することは、この場合不当にも、特に重要な自己決定権から焦点をそらす結果、様々なグレーゾーンで「医療的」侵襲と「治療的」侵襲の限界づけを著しく困難ならしめるであろう。<sup>(91)</sup> 加えて、「特別扱い」は、予定されている法定刑が刑法 223 条 1 項の法定刑と同じであり、必要とあれば（たとえば、脚の切断や子宮の摘出など、同意を得ずに行われる、身体への重大な介入の場合）適切な制裁を科すことを妨げない、という点で、限定されている。しかしながら、処置を行う者が——この点も一般的な場合と同様——その職業（医師）固有のレーゲ・アルティスに違反すると同時に、患者の自己決定権をも侵害した場合、自由侵害罪と傷害罪は観念的競合となる。

これと同時に、構成要件の観点からみると、刑法典草案 241 条 b は、法適用者に対し、患者を純粹に治癒する（治療的）侵襲と——疾病に罹患した被験者を対象とするか、それとも健康な被験者を対象とするか、にかかわらず——もっぱら医学的知見の獲得を目指す侵襲（いわゆる治療的実験／研究や科学的実験／研究）との——容易とはいいがたい場合がある——線引きを求めている。<sup>(92)</sup> 法益保護という観点からみると、治療に係る利益と医学的知見に係る利益は、多くの状況（たとえば、病者を対象として医薬品の臨床試験を行う場合）ではオーバーラップするため、特に、専断に基づく研究的侵襲を、制裁を科さずに放置することに対しては、理解が得られないであろう。（「治療的」侵襲ではなく）（身体への）「医療的」侵襲に焦点を当てることは、臨床研究の分野全体を見据えるものであり、これによって医学上考えられる行為領域や目的を長々と列挙することが不要となる（それにひきかえ、刑法典担当官草案 229 条 1 項を見よ）。このように、刑法典草案 241 条 b の適用範囲を「医療的」侵襲にまで拡大することは、これまでの伝統（「治療行為」を適用対象とすること）とは異なり、（オーストリア刑法 110 条のような<sup>(93)</sup> 法律内容の解釈に関する論争をもとより不要とする。そのため、以上のことは、すでに法律の表題の中で明確に表現しておくべきであろう。

<sup>(90)</sup> すでにそのように述べていたのは、*Engisch ZStW* 58 (1939), 1, 6 である。ただし、この点には今日まで争いがある。

<sup>(91)</sup> 様々な法的文脈で用いられている「疾病」概念に、根本的に問題があることについて、詳細は、*Beck* (Hrsg.), *Krankheit und Recht. Ethische und juristische Perspektiven* (2017) 所収の諸論考を参照。

<sup>(92)</sup> これらの用語が統一されていないことについては、たとえば、*Duttge* in: *Deutsch/Schreiber/Spickhoff* u. a. (Hrsg.), *Die Implementierung der GCP-Richtlinie und ihre Ausstrahlungswirkungen* (2011), S. 77, 91 ff. 参照。さらに、*Deutsch/Spickhoff* (o. Fn. 73), Rn. 1294 ff., 1308 ff. も見よ。

<sup>(93)</sup> 前掲・注 62 を見よ。

以前の改正諸草案<sup>(94)</sup>、さらにはオーストリア刑法 110 条と比較すると、本稿が提案する刑法典草案 241 条 b の決定的なメリットは、以下の点にある。それは、本案が、犯罪構成要件の射程を、承諾との（消極的な）関わりで有耶無耶にするのではなく、患者の自律を構成する（医師の）説明義務（「インフォームド・コンセント」）を（明文で）掲げ、直接言及すると同時に、これを刑事政策上適切に限界づけている、という点である。診療契約法（民法 630 条 c, 630 条 e）が一連の義務を大幅に拡大しているのとは異なり、本案は、すでに近年、医事刑法学説でますます求められつつある、次のことを具体化している。それが、「制限従属的な医事刑法」に向けて、刑法上、説明の瑕疵との関わりを縮減すること<sup>(95)</sup>、である。この主張の基本的な考え方は、ある法益特有の中核領域でのみ、患者の自律の無視を刑事制裁の対象とする、というものである。もっとも、この限りで本案は、「基本事項に関する説明」<sup>(96)</sup>や「全体としての」説明<sup>(97)</sup>という従来の公式を復活させているが、それらの詳細な線引きは、なお漠然としている。新たな構成要件が「医療的侵襲」を規制している点は、刑法上重要な意味を持つ説明の範囲を「侵襲の本質的条件」に限定することを想起させる。ここにいう侵襲の本質的条件とは、患者（や被験者）が、自己決定に基づく侵襲への参加にとって不可欠の意義、すなわち、実施可能な代替治療を考慮した上で、当該侵襲のベネフィットとリスクをおおよそ評価することができるようになる、というものである。

後者、つまり当該侵襲のリスクが「具体的に提案された……処置を理解することに何ら貢献しない」との理由から一部除外されている点で、このことは、侵襲との関わりをあまりに狭いものとして把握することになるだろう。なぜなら、人の（合理的な）意思決定とは、伝統的に、種々の行為に出るとの選択肢を目的志向的に考慮すること<sup>(100)</sup>で下されるものだからである。リスクとベネフィットが、最低限、説明の名宛人の目にありありと浮かぶかどうかは、これを明確に確認できないときがある。したがって、刑法との関わりは、説明の際に瑕疵のあったことが明白な（明らかな）場合にはじめて考慮され

<sup>(94)</sup> これらの改正草案につき、個々の点については、Riegger (o. Fn. 65)。

<sup>(95)</sup> これは、Gaede (o. Fn. 15) の著書のタイトルである。すでにそのように述べていたものとして、Rosenau in: ders./Hakeri (Hrsg.), *Der medizinische Behandlungsfehler* (2008), S. 215 ff.; Valerius (o. Fn. 5), S. 119, 128 f. も見よ。適切にも、Sternberg-Lieben *MedR* 2019, 185, 188 は、次のように述べている。「民法という刑法外の行動準則を、処罰を基礎づける方向で勘案することは、処罰の対象とされている法益を保護するとの観点からみて、これが自由を適切に配分する、と理解されうる場合に限って考慮に値する」と。

<sup>(96)</sup> BGH NJW 2011, 1088, 1089 参照。

<sup>(97)</sup> たとえば、BGH NJW 1972, 335, 336; 1989, 1533, 1534; 1994, 793, 794; BGHZ 168, 103, 108.

<sup>(98)</sup> たとえば、Wiesner (o. Fn. 4), S. 144 f.

<sup>(99)</sup> Gaede (o. Fn. 15), S. 65.

<sup>(100)</sup> 多くの文献に代えて、Laux, *Entscheidungstheorie*, 4. Aufl. (1998), S. 3 のみを見れば足りる。

うる、ということが適切である。<sup>(101)</sup> もっとも、このことは、疑わしきは罰せずの原則を克服するための、裁判所の確信（刑事訴訟法 261 条）という手続的要件からしてすでに明らかであり、構成要件の中でこれを明確に掲げる必要はない。これに対して、主観的な行為不法に関する刑罰威嚇が、いずれにしても、故意または軽率な（3 項）遂行の場合にのみ重要となるのであれば、それ以上の場合に、つまり「特に重大な」説明義務違反<sup>(102)</sup>に限定する必要はない。当該侵襲の状況下で十分な説明を行っていないことや、患者が承諾を与えていないことが、処置を行う者を処罰する上で求められる必要はない。<sup>(103)</sup> 処置を行う者が、現在広く行われている手順に従い、情報が提供された上での同意を出発点にすることができたのであれば、行為が軽率に遂行されたかどうかは問題とならない。承諾能力を有しない患者の場合、説明・同意要件は、「延期できない措置」が問題となるのであれば（民法 630 条 d 第 1 項 4 文）、説明・同意を代行する「権限を有する者」に関係する（民法 630 条 d 第 1 項 2 文、1901 条 a〔現 1827 条〕第 2 項、5 項参照。これによると、「権限を有する者」は、身上代理人か世話人となる。子どもや承諾能力を有しない成人の場合、「権限を有する者」は、民法 1626 条以下に基づく身上配慮権者となる）。これらの一般原則は、専断に基づく医療的侵襲の処罰規定よりも優先的に適用される。

患者の自律への強制的介入は、軽微な侵襲ではなく、生命を危険にさらす侵襲が問題となる場合に、特に深刻となる。生命を危険にさらす侵襲によって被害者が死亡した場合、たとえ当該侵襲がレーゲ・アルティスに則って行われた事例であっても、このことは、「固有の危険に基づく帰属連関」が認定されれば<sup>(104)</sup> その医療的介入が、特に生命に危険を及ぼすものであった、ということを裏づける。その限りでいうと、刑法典草案 241 条 b 第 1 項が予定する法定刑は、もはや十分ではないようにも思える。しかしこの点につき、刑法典草案 223 条 3 項は、傷害罪の適用可能性を否定しているため、死亡結果に基づく加重のための規定（刑法典草案 241 条 b 第 2 項）が必要となる。このような加重のための規定は、自由に対する罪の分野であっても、決して目新しいものではない（たとえば、刑法 238 条 3 項、239 条 4 項がそうである）。相対的告訴要件（4 項）は、日々生起する医療的侵襲に配慮したものであり、刑事司法に過度の負担をかけないため

<sup>(101)</sup> そのように述べるのが、特に、*Sternberg-Lieben MedR* 2019, 185, 191 である（「第 2 のフィルター」だという）。

<sup>(102)</sup> *Sternberg-Lieben in FS Beulke* (2015), S. 299, 311 は、「重過失に相当する」とする。

<sup>(103)</sup> 刑法上の軽率性概念につき、詳細は、*Steinberg ZStW* 131 (2019), 888, insbes. 910 ff., 953 ff. 参照。また、すでに以前からそのように述べていたのが、*Radtke in FS Jung* (2007), S. 737 ff. である。さらに、*MK/Duttge*, 4. Aufl. (2020), § 15 Rn. 190 ff. も見よ。

<sup>(104)</sup> *BGHSt* 32, 25, 28; *BGH NSZ* 1992, 333; 1995, 287, 288; *NJW* 1999, 1039, 1040 et passim. 参照。

の、実務上穏当な妥協点となっている。問題となる法益が一身専属的である、ということは、被害を受けた者自身がこれに何ら関心を示さない場合、通常は、刑事手続の執行を不要とするように思われる。しかし他方で、問題となる法益が高次の価値を有することから、その法益の価値を解明することに多大な公共の利益が認められる重大事件の場合、刑事訴追当局には、職権に基づき捜査を開始することができるようにすべきである。このことは、処置の過誤に基づいて行われる治療侵襲（刑法 230 条 1 項、刑事手続及び過料手続に関する指針 (RiStVB) 234 号参照）とパラレルの関係<sup>(105)</sup>にあり、この新たな犯罪構成要件が法実務上無意味のままになることを防ぐものである。

● 刑事政策サークル（署名者一覧）

ズザンネ・ベック (Prof.' in Dr. Susanne Beck (LL. M.)) (ハノーファー大学)

カタリーナ・ベッケンパー (Prof.' in Dr. Katharina Beckemper) (ライプツィヒ大学)

ドミニク・ブロードフスキ (Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski (LL. M.)) (ザールラント大学)

イェルク・アイゼレ (Prof. Dr. Jörg Eisele) (テュービンゲン大学)

フォルカー・エルプ (Prof. Dr. Volker Erb) (マインツ大学)

ベルント・ハインリッヒ (Prof. Dr. Bernd Heinrich) (テュービンゲン大学)

エリック・ヒルゲンドルフ (Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf) (ヴェルツブルク大学)

エリザ・ホーヴェン (Prof.' in Elisa Hoven) (ライプツィヒ大学)

マティアス・ヤーン (Prof. Dr. Matthias Jahn) (フランクフルト大学)

ヨハネス・カスパー (Prof. Dr. Johannes Kaspar) (アウクスブルク大学)

ウルス・キントホイザー (Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Urs Kindhäuser) (ボン大学)

イェルク・キンツィヒ (Prof. Dr. Jörg Kinzig) (テュービンゲン大学)

ミヒャエル・クビチェール (Prof. Dr. Dr. h. c. Michael Kubiciel) (アウクスブルク大学)

ハンス・クートリッヒ (Prof. Dr. Hans Kudlich) (エアランゲン＝ニュルンベルク大学)

マルコ・マンسدルファー (Prof. Dr. Marco Mansdörfer) (ザールラント大学)

ベルント・ディーター・マイアー (Prof. Dr. Bernd-Dieter Meier) (ハノーファー大学)

ラインハルト・メルケル (Prof. Dr. Reinhard Merkel) (ハンブルク大学)

ヴォルフガング・ミツチュ (Prof. Dr. Wolfgang Mitsch) (ポツダム大学)

コーネリウス・ブリトヴィッツ (Prof. Dr. Cornelius Prittwitz (M. P. A. Harvard)) (フランクフルト大学)

---

<sup>(105)</sup> オーストリアの不満足な状況については、前掲・注<sup>(62)</sup>(63)を見よ。

## 専断的治療行為の適正な規制に向けて（天田）

アンドレアス・ランジーク（Prof. Dr. Andreas Ransiek (LL. M.))（ビーレフェルト大学）  
ヘニング・ローゼナウ（Prof. Dr. Henning Rosenau）（ハレ・ヴィッテンベルク大学）  
ヘルムート・ザツガー（Prof. Dr. Helmut Satzger）（ミュンヘン大学）  
アーニャ・シーマン（Prof.' in Dr. Anja Schiemann）（ミュンスター・ドイツ警察専門大  
学校）  
ブリアン・ヴァレリウス（Prof. Dr. Brian Valerius）（パイロイト大学）  
トニオ・ヴァルター（Prof. Dr. Tonio Walter）（レーゲンスブルク大学）  
トーマス・ヴァイгент（Prof. Dr. Thomas Weigend）（ケルン大学）  
ゲレオン・ヴォルターズ（Prof. Dr. Gereon Wolters）（ボッフム大学）

### 筆頭著者

グンナー・ドゥットゲ（Prof. Dr. Gunnar Duttge）（ゲッティンゲン大学）  
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen  
E-Mail: (省略)

### [訳者解題]

本稿は、ドイツ刑事政策サークルの提言書「専断的治療行為の適正な規制に向けて」（原題は、*Kriminalpolitischer Kreis, Für eine sachgerechte Regelung der eigenmächtigen Heilbehandlung*）の全訳である。この提言書の全文は、ドイツ刑事政策サークルの公式ホームページ（前掲・注 [1] 参照）で公開されているが、翻訳に際しては、medstra 2/2021, S. 65-S. 73 を底本とした。なお、本文中で圈点を付した箇所は、原文ではイタリック体である。また、亀甲括弧（〔 〕）は、読者の理解の助けとなるよう訳者が言葉を補った箇所である。

翻訳の公表にあたっては、提言書のとりまとめを担当されたグンナー・ドゥットゲ教授（ゲッティンゲン大学）、そして同教授を通じて、末尾のリストに名を連ねた教授陣全員から許可を頂くことができた。刑事政策サークルの教授陣との仲介の労を執っていただいたドゥットゲ教授に、心より御礼を申し上げる。なお、ドゥットゲ教授の経歴については、グンナー・ドゥットゲ（甲斐克則＝福山好典＝天田悠訳）「医師法における承諾能力というカテゴリー——ドイツ法のパースペクティブから見た基本的な疑問——」比較法学（早稲田大学）46巻3号（2013年）201頁以下等をご覧いただきたい。

この提言書は、患者の同意を得ずに／その意思に反して行われる治療行為（いわゆる専断的治療行為）に関し、一定の条件を付してこれを処罰の対象とするよう提案するものである。ドイツでは、1900年代初頭から、同旨の提案が繰り返し行われてきたが、

今日に至るまで刑法改正は実現していない（歴史的経緯については、町野朔『患者の自己決定権と法』〔東京大学出版会、1986年〕51頁以下、天田悠『治療行為と刑法』〔成文堂、2018年〕155頁以下参照）。このたび、ドイツ刑事政策サークルは、2年間の準備期間を経て、これまでの判例・学説の積重ねを結実させるべく、刑法241条bと223条3項の新設を提案している。この提案は、わが国にも比較法的示唆を与えると考えたことから、ここに訳出した次第である。なお、この翻訳は、令和5年度科学研究費基金「医事刑法における『手続的正当化』の理論構築に向けた比較法的・分野横断的研究」（若手研究：課題番号22K13299）の助成に基づく研究成果の一部である。

（あまだ・ゆう 法学部准教授）