

論 説

患者の自己決定権 ——ドイツにおける2つの価値の対立(1)

村 山 淳 子

- I 序論
- II 問題の所在——2つの価値の対立
- III 刑法領域における核心的議論
 - 1 すべての議論の発端である1894年「骨癌事件」判決
 - 2 専断的治療行為の刑法的評価をめぐる論争
 - 3 刑法典改正草案による立法的解決の企て
- 以上、本号
- IV 私法領域における説明義務をめぐる実践的攻防
- V 補強材としての基本権条項の変遷
- VI 結論と展望

I 序論

法学領域において、同意や自己決定という、人の意思活動の自由を保障する手続やその権利化は、学説上氾濫している。しかし、それらの多くは、それ自体で独自の意味を有するようなものではなく、背後にある実質的な利益ないし価値を保護し、それを実現するための代替的・手段的な存在にほかならない（例えば、財産処分に関して自己決定する自由が奪われたことと、財産権それ自体が侵害されたこととは、価値としては異なる）。

しかし、患者の自己決定権は様相を異にする。なかんずく身体侵襲に先立つて取得される患者の同意が保護実現するところの患者の自己決定権は、関係諸

領域において、特別の意味や価値を承認されている。この特別の意味ないし価値ゆえに、私法領域では、包括的に治療を目的とする医療契約の履行過程において、なお、身体侵襲に関し、契約締結合意とは別個独立に、その都度、患者の同意をたしかめる手続の履践が不可欠に求められるのである。

しかし、患者の自己決定権がいかなる意味において独自で特別なのか、なぜゆえ上記のような規律が導かれるのか、少なくとも私法領域では、長らく、十分な探索が行われてこなかった。「法的保護を受けるべき患者の自己決定権とは何か、彼のいかなる利益について決定する彼自身の権利であるのか」¹⁾という刑法領域から発せられた問いは、医療にかかわる法を他から画して特徴づけるものであるにもかかわらず、関係諸領域に浸透普及し、学際的な知見を醸成するに至らなかった。

そこで本稿は、患者の自己決定権に関し、100年来の学際的議論の蓄積のあるドイツ法を素材に、このテーマをめぐる関係諸領域の法発展の過程と構造、相互の影響関係を詳らかにする。ドイツは、患者の同意を世界に先駆けて法的議論の俎上にあげ、米国発祥のインフォームド・コンセントとともに、わが国の議論に多大な影響を及ぼした国である。かの国で展開された学際的議論の過程を辿り構造を分析することで、ドイツ法継受の過程で²⁾わが国が見落としてきた³⁾いくつかの回答を見出すことができるだろう。

なお、ドイツにおける立論と展開には、ドイツ法を規定づける固有の要素が少なからず作用している。医師の職業像はもとより、基本法を頂点とする実定

1) 町野朔『患者の自己決定権と法』(東京大学出版会、1986年) 87頁

2) わが国では、唄孝一がドイツ法を紹介する先駆的論文を公表したのを嚆矢に、米国のインフォームド・コンセント法理を紹介する研究がそれに続き、それらに触発されて日本法の解釈論が展開された。しかし、同時期に米国から移入したインフォームド・コンセントが思想・運動先行的な広まり方をしたことと、国内で急増する医療訴訟での原告患者の立証救済の必要が相俟って、わが国での議論は、私法領域が先導する実践的議論として展開した。その帰結として、同意の意義を飲み込むようにして拡張を続ける説明義務（浦川道太郎ほか『医療訴訟第2版』(民事法研究会、2023年) 48頁[村山淳子] 参照）において、解釈論上の二重性が認識されつつも、私法領域ならではの曖昧さゆえに、理論上の矛盾や混乱が受容されてきた。

法秩序の構造や条文配置の違いは小さくはない。さらに、法理論とは別次元の、ドイツの政治情勢や医師（団体）の影響に晒されてきたことも看過してはならない。それらを注意深くフィルターにかけ、わが国にとって有意な、普遍性のある回答を抽出しよう。

II 問題の所在——2つの価値の対立

ドイツは、その哲学的・宗教的な思想史を淵源として、肉体と精神の在りようや関係性に対する強い意識を文化的素地として有している⁴⁾。

ドイツ法では、人の意思と身体という2つの価値の対立関係が古くから法的テーマとして意識されてきた。すなわち、「意思は至上の法 (Volenti aegroti suprema lex)」か、「健康は至上の法 (Salus aegroti suprema lex)」かという2つの法的価値の優劣が、法学上の重要なテーマとして存在してきたのである。

こと医療においては、この普遍的なテーマが、医療が人間にとっていかなる意味をもつのかという固有のテーマと結びつき、医師の法的な権利義務の在り様、ひいては医師の法的責任に投影され、法廷において裁判官が決定すべき問題として浮上するのである⁵⁾。

患者の自己決定権の保障内容をめぐる議論の根底には、上記の2つの価値の対立が存在する。患者の自己決定権や医師の説明義務に関する諸説のみならず、議論の対立軸や構造そのものも、その二つの価値の間の優劣や関係性に対する意識を根底に有している。

3) もっとも、唄孝一は、肉体的完全性への権利の重大性を説き、「人間は人間としてのひとかたまりの肉体がここにあるというそのことだけで、その存在自体を権利として主張できる。しかも……精神もそこにくっついているいわば実存につながる」（同「（講演）インフォームド・コンセントと医事法学」（1994年第1回日本医学会特別シンポジウム「医と法」での講演、同記録集18頁以下所収）22頁）とドイツの判例の立場と符合する言葉を残している。

4) 身近な邦語文献として、村岡晋一『ドイツ観念論』（講談社、2012年）を挙げておく。

5) 唄孝一『医事法学への歩み』（岩波書店、1970年）はしがきv、64頁、69頁等参照。

III 刑法領域における核心的議論

1 すべての議論の発端である 1894 年「骨癌事件」判決

元来、ドイツにおいて、医師が行う治療行為が適法な行為であることは自明の前提として認識されていた。治療行為の不处罚の根拠としては、古くから、業務権説や慣習法説などの諸説が存在していたものの、活発に議論されていたわけではなかった⁶⁾。

関係法領域を通じて「あらゆる議論の発端」⁷⁾となったのは、刑事事件に関する 1894 年のライヒ裁判所の「骨癌事件」判決である。以下に、事実概要と判旨を述べよう。

ライヒ裁判所 1894 年 5 月 31 日判決（「骨癌事件」判決）⁸⁾

【事実概要】⁹⁾

V（7歳の女児）は、足首の骨に結核性の膿瘍を患い、そのまま病巣が拡大すれば、衰弱して死亡したであろう状態にあった。V の父親である W は、自然療法の信棒者であって、V に対する外科手術の実施に関しては事前に明確に反対していた。それにもかかわらず、医師 A は、2 回にわたり V に足の外科手術を施し、V の足を切断した。V は回復し経過も良好であったが、A は傷害罪で起訴された。

原審（ハンブルク・ラント裁判所）は、本件手術によって V の健康は悪化させられたのではなく改善されたのであり、妥当かつ合理的で必要でさえある治療を「虐待」とすることは概念矛盾であるとして、V は刑法 223 条の意味で

6) 天田悠『治療行為と刑法』（成文堂、2018年）162頁以下参照

7) 天田・前掲注(6)184頁

8) RGSt25,375. 本判決は、刑法学を中心に、多くの邦語文献で紹介されている。町野・前掲注(1)38頁以下、天田・前掲注(6)78頁以下および80頁注9の参考文献、天田・前掲注(6)163頁も参照。

9) 町野・前掲注(1)38頁参照。

の「健康侵害」や「虐待」を受けたということはできないとした¹⁰⁾。これに対して、検察側が上告した。

【判旨】

破棄・差戻し。以下、判決理由のうち、本稿テーマとの関係で重要な部分を訳出する（下線部筆者）。

「まず最初に、通常の用語法において、「虐待」という言葉が、単に不適切で、ひどい、または悪い行動と理解すべきであって、決してそれ自体理性的かつ合目的的な行動と理解すべきでないというだけの理由で、治療目的で実施された外科的手術が人間の身体や四肢の完全性に対し客観的に刑法223条に該当する「虐待 Mißhandlung」の性格を有することを否定しようとする原審の判断は誤りであると思われる¹¹⁾。プロイセン刑法187条の、『故意に他人を突きもしくは殴り、または、そのほかの身体の虐待または傷害を加えた者は』という、よりカズイステイックな文言の代わりに、現行の刑法223条の文言『故意に他の者を身体的に虐待し、または、その健康を侵害した者』を選んだときに、最も広く一般的な意味においてすべての直接的・物理的に身体器官に加えられた侵害を包括しようとしたのである。加えて、少なくとも重要な構成要素において身体の不可侵性を歪める影響、つまり重大な物質的変形、四肢の一方の喪失のようなことが、刑法224条（訳注：未成年者略取誘拐罪）に照らして、考慮に入れられるべきである。このことについて疑いの余地はない¹²⁾。

「刑法223条の規範が違法な行為を想定していることは、もちろんよく知られており、そこから、違法でなく加えられた身体侵害は処罰可能な虐待ではないと推論され得る。しかし……客観的に違法であるのは、その行為者に、規範を制限する独立の権利が存在しない限りにおいてである」¹³⁾。

…（当該段落および次段落で「理性的な目的」や「医師の業務権」による医師

10) 町野・前掲注(1)38頁の記述を概ね変更せずに記述している。

11) RGSt25,377-378

12) RGSt25,378

13) RGSt25,378

の治療権を否定する記述がなされている)¹⁴⁾……

……………中略…………

「医師と患者との関係にとって、とりわけ両者間に存在する意思の合致（Willensübereinstimmung）は、指導的かつ決定的な観点として、民法と刑法の領域内において、固く保持されなければならない。……そもそも、まさに、この患者の治療を引き受けてもらうために、この医師を呼んだのは、あらゆるケースで、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。かかる意思が存在していないかぎりでは、原則に従い、両カテゴリーの人間の間には何らの法的関係も存在しない。このことを固く保持するならば、自ずと、次の帰結として、かかる形で医師に認められたそのあらゆる手技を用いるにあたつての権限の内容と範囲は、患者の法的意によって規制されなければならないということになる」¹⁵⁾。

本判決は、刑事事件に関する判決であるが、刑法領域を出発点に、その後他領域にも波及する、あらゆる議論の発端となった（現在でも多くの文献で引用されている）。本判決は、後に、民事・刑事を問わず多くの判決に影響を及ぼすようになり、1930年代以降は、リーディングケースとしての地位を不動のものとしている¹⁶⁾。

本判決は、医学的に正しく行なわれ、かつ成功して治癒の結果をもたらした行為であっても、傷害罪の構成要件を充たすこと、そしてこれが正当化されるためには、患者または法定代理人等の同意が必要であることをあきらかにした（この見解は、後に同意説（Einwilligungstheorie）と呼ばれた）。

本判決の見解に対しては、刑法学説が厳しく批判するところとなり、これを機に、治療行為の不处罚根拠論が活発に論じられることになる。その治療行為不处罚根拠論が主たる関心を寄せたのが、以下に述べるところの治療行為の犯

14) RGSt25,378f.

15) RGSt25,381

16) 天田・前掲注(6)81頁参照

罪論の体系上の地位の問題であったのである。

2 専断的治療行為の刑法的評価をめぐる論争¹⁷⁾

(1) 刑法領域の問題関心とテーマ設定

患者の自己決定権とは何か、というドイツの法秩序に差し向けられた問いは、まずもって、刑法領域において、法学の議論の俎上に上げられた。

それは、医師の「専断」(何をもって専断とするのかについてはひとまずおく)で実施された、医学的適応があり (Indiziert)、医学準則に則った (lege artis) 治療行為 (ärztliche Behandlungsmaßnahme) が、患者のいかなる利益を侵害するから違法なのかという先鋭化した、かつ象徴的なテーマ設定のもとで議論された。

本論争は、2大潮流の対立としてかたられることが多い。本論争は、ドイツでは、犯罪論の体系に着眼し、「正当化による解決 (Rechtfertigungslösung)」と「構成要件による解決 (Tatbestandslösung)」に整理されている¹⁸⁾。本稿では、刑法学者以外にもわかるよう、傷害罪構成要件該当説と傷害罪構成要件非該当説と称する¹⁹⁾。

もっとも、本論争の議論状況は複雑多岐にわたり、単純な2項対立として描き尽くせるものではない (とくに傷害罪構成要件非該当説は、後述するように、歴史的展開を経て多彩である)。本稿では、各潮流の最大公約数的な共通内容を抽出し、傷害罪構成要件非該当説については、それに加えて本稿テーマと関係の深い近時の代表的学説を取り上げよう。

(2) 傷害罪構成要件該当説²⁰⁾

① 総説

17) 以下に掲げる文献のほか、唄・前掲注(5)4頁以下、町野・前掲注(1)87頁以下、天田・前掲注(6)75頁以下を参照した。

18) z.B. Prütting Medizinrecht Kommentar, 7. Aufl., 2025, § 223 StGB Rn. 10 ff, 14 ff.

19) 天田・前掲注(6)は、「身体侵害アプローチ」と「自由侵害アプローチ」と称している。

ドイツの判例は、1894年「骨癌事件」判決以来一貫して、100年以上にわたり、治療行為を刑法の傷害罪（*Körperverletzung*）（独刑223条）²¹⁾の構成要件に該当する行為と評価してきた²²⁾。本見解によれば、治療行為は、正当化（違法性阻却）の段階で、他の正当化根拠と並んで、とくに患者の同意（*Einwilligung*）によって正当化される²³⁾。学説においては少数派であったが、第二次大戦後、判例の見解に対抗して生まれた新潮流の隆盛（なかでも1960年代以降のいわゆる結果説²⁴⁾の台頭）に再対抗して、自覚的に再論され、1975年頃から支持を増やしている²⁵⁾。

② 構成要件該当判断の構造

本説は、傷害罪の構成要件該当判断において、治療行為を個別の侵襲ごとに評価する。（一連の行為全体としては、患者の身体状態を改善・維持する目的をもって、医学的適応性を有し、医師的に正当に行われ、かつその結果として

20) Geilen, *Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht*, 1963; Satzger/Schluckebier/Werner, *StGB Kommentar*, 6. Aufl. 2024, § 223, Rn. 26 (Momsen-Pflanz/Momsen/Leszcynska); Prütting *Medizinrecht Kommentar*, a.a.O. (Note 18), § 223 StGB Rn. 10 ff. (Gierok)

本説につき詳しく述べるは *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5. Aufl. 2025, § 223 Rn. 73 (Hardtung)

21) 独刑法223条 傷害（*Körperverletzung*）

1項 他の者を身体的に虐待し（*körperlich misshandelt*）、または他の者の健康を害した（*an der Gesundheit schädigt*）者は、5年以下の自由刑または罰金に処する。

2項（未遂罪の規定）

独刑法223条は、傷害罪の構成要件として、身体的虐待と健康損害という2つの行為類型を立てている。医療が結果として患者の健康を回復することにある以上、治療行為に関連してとくに問題になるのは、身体的虐待類型である。ここで身体的虐待（*körperliche Misshandlung*）とは、「身体的に健全な状態（*körperliches Wohlbefinden*）を些細ならず損なう、有害で不適切な行為」と解されている（BGHSt 14, 269, 271; NJW 1990, 3156; *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, a.a.O. (Note 20), § 223 Rn. 26f. (Hardtung); Prütting *Medizinrecht Kommentar*, a.a.O. (Note 18), § 223 StGB, Rn. 4 (Gierok)）。

22) seit RGSt 25, 375; 74, 91; BGHSt 11, 111; 16, 309; 35, 246. その後も維持。

23) BGHSt 12, 379; NStZ 2011, 343

24) 後述参照。

25) 天田・前揭注(6)117頁以下参照

奏功したものであってさえ）個別の侵襲結果をもって、傷害罪の構成要件該当を肯定する。かかる解釈は、伝統的な犯罪論の体系（およびそれを反映した犯罪類型の区分や条文解釈）に対応している。すなわち、傷害罪が保護法益とする「身体」とは²⁶⁾、生物学的意味における身体を意味するものであり²⁷⁾、（創傷の惹起、四肢の切断といった）身体に対する個別的な侵襲をもってその侵害が認められる。すでに中間結果として生じた構成要件的結果を、その後に生じた最終結果によって相殺ないし否定することは理論的に否定される。

③ 正当化（違法性阻却）の構造

このような治療行為は、次の正当化（違法性阻却）の段階で、他の正当化根拠と並んで、とりわけ患者の同意（Einwilligung）によって正当化される²⁸⁾。

本説の依拠する伝統的な犯罪論では、「被害者の同意」は、法益の侵害を前提とした、法益侵害の正当化根拠である。古典的には、法益主体による法益の放棄による法益の欠缺を意味している（後に、優越利益原理による統一的理解も志向された²⁹⁾）。

もっとも、治療行為に対する「患者の同意」は、同意傷害を正当化する「被害者の同意」とは、質的に異なるものと特徴づけられている³⁰⁾。一方で、同意傷害を正当化する「被害者の同意」は、法益主体の同意意思のみをもって、法

26) 第17章「身体の無傷性（körperliche Unversehtheit）に対する罪」との表記から、保護法益は、「身体の無傷性（körperliche Unversehtheit）」とされる。とりわけ、独刑223条の保護法益は、身体の統合性（körperliche Integrität）と健康（Gesundheit）であるとされる（Spickhoff,Medizinrecht.4.Aufl.2022, § 223 StGB Rn.1 (Knauer/Brose)

27) Prütting Medizinrecht Kommentar, a.a.O. (Note 18), § 223 StGB, Rn.2 (Gierok)

28) BGHSt12,379;NSTZ 2011,343

29) 古典的には、優越利益原理と利益欠缺原理の二元的な体系に基づいて違法性阻却事由を説明し、「被害者の同意」を利益欠缺原理に基づく正当化事由であるとする（Mezger Strafrecht,3.Aufl.,1949, § 27 S.206）。これに対し、後述する一元的理解の要請から、「被害者の同意」の有効性は、被害者の主觀的価値と法律の客觀的価値の相関的な衡量判断によって決まるとして、もって優越利益原理で正当化事由を一元的に理解する見解が主張された（Noll,Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besonderen die Einwilligung des Verletzten,1955,S.60f.u.a. 天田・前掲注(6)383以下も参照）。

的に許容されない法益侵害を正当化する。他方で、治療行為を正当化する「患者の同意」は、医学的正当化諸要素によって本来的に正当化を徴表されている行為につき、同意の不存在をもって正当化を妨げる。同意の存在が治療行為の正当化を本来的に基礎づけるのではなく、同意の欠如が本来的な正当化の流れを阻止するのである。言い換えれば、患者の同意は、「治療行為を許容することにとって「基礎 (Fundament)」ではなく、「柵 (Schranke)」である³¹⁾。このことは、患者による治療拒絶という局面において顕現する³²⁾。すなわち、そこにおいては、「生存能力のある患者であっても、たとえ彼がそれによって、かつそれによってのみ彼の苦しみから解放され得る場合であっても、手術を拒否することに……真に価値のある根拠を持ちえる」³³⁾のである。

④ 自己決定権の保障内容

このような意味での「患者の同意」が保障するのは、患者の身体処分に関する自己決定権 (Selbstbestimmungsrecht) に特化される³⁴⁾。本説の上記理解に対応すると、(刑法上保護を受ける) 患者の自己決定権は、身体の処分権にほかならない。それは、「具体的な治療行為を受けるか否かを決定することによって彼自身が自己の生命・身体に関する利益を左右する権利」³⁵⁾を意味している。なかでも、重要な意義を有する拒絶意思は、「治療行為の身体への侵襲、あるいは併発結果発生の危険という身体的不利益を是認しない意思」であるとともに、「その意思決定によって、健康の増進、その可能性という利益を放棄する」

30) Vgl.von Bar,Zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes,GS 60,(1902), S.81ff.,94.（患者の同意なくば「治療行為」ではないとする）

31) von Lilienthal,Die pflichtmässige ärztliche Handlung und das Strafrecht,in:Festgabe zurDr. Ernst Immanuel Bekker,1899 (Nachdruck;1973),S.42

32) 町野・前掲注(1)184頁は「患者の自己決定権の法律的な意義はまず第一次的にこのような患者の治療拒絶権にある。」とする。

33) BGHSt 11,111,114

34) Satzger/Schluckebier/Werner,StGBKommentar, ,a.a.O. (Note 20),Rn.29. (Momsen-Pflanz/Momsen/Leszczynska)

35) 町野・前掲注(1)131頁

意思でもある³⁶⁾。

⑤ 戦後の解釈の弛緩傾向

もっとも、後述する戦後の私法領域における説明義務論の圧倒的展開の影響を受け、刑法領域における上記の核心的内容は、刑法領域でも説明義務が論じられるようになるとともに、希釈・弛緩の傾向にある。「専断」の意味するところは、当初患者の意思に反すること（拒絶意思の存在）であったものが、すでに1930年代後半、刑法改正草案を経て、患者の同意がないこと（同意意思の不存在）に変容した。さらに戦後は、説明義務違反（患者の有効な同意がないこと³⁷⁾）をも「専断」の意味に含めて理解されるに至っている³⁸⁾。後述する自己決定権の内実の私法領域での抽象化・主觀化の影響は、刑法領域に及んだのである³⁹⁾。

(3) 傷害罪構成要件非該当説⁴⁰⁾——諸説に分岐した新たな潮流

① 総説

すべての発端となった1894年「骨がん事件」判決に対する学説の批判的高揚の中で、判決の見解に対抗して、治療行為の傷害罪構成要件該当性を否定する諸学説⁴¹⁾が、医学界の上記判決に対する反発を背景に、有力に展開され始めた。この潮流に属する学説は、歴史的変遷を経る中で、複雑多彩に分岐していった。

36) 町野・前掲注(1)184頁（拒絶意思について）

37) Prütting Medizinrecht Kommentar,a.a.O. (Note 18), § 223 StGB,Rn.11 (Gierok)

38) 町野・前掲注(1)196頁参照

39) Vgl.Prütting Medizinrecht Kommentar, a.a.O. (Note 18), § 223 StGB,Rn.2 (Gierok)

40) Spickhoff,Medizinrecht,a.a.O. (Note 26), § 223 StGB Rn.7 (Knauer/Brose);Prütting Medizinrecht Kommentar, a.a.O. (Note 18), § 223 StGB Rn.14 ff. (Gierok);

Satzger/Schluckebier/Werner,StGBKommentar,a.a.O. (Note 20),Rn.27 (Momsen-Pflanz/Momsen/Leszczynska)

41) 学説として最初に主張したのは Hess,Die Ehre und die Beleidigung des § 185 StGB., 1891,S.54 Anm.4.

それとともに、本潮流は、医学界から後押しされ、刑法典改正による独自の犯罪類型の新設の提案の動因をなし、かつその依拠する主流学説を形成した。

そして、戦後、基本法制定と私法領域における説明義務論とともに隆盛し、理論的到達期を迎えた。

1970年代半ば以降の傷害罪構成要件該当説の再評価を経てもなお、支配的学説の地位は揺るがない⁴²⁾。

② 本潮流の共通内容

この潮流に属する学説は、医学的適応があり、医学の技術的準則に則って実施された治療行為の傷害罪の構成要件該当性を否定する。本説において、治療行為の傷害罪としての処罰可能性は、傷害罪の構成要件のレベルですでに排除される⁴³⁾（もはや傷害罪としての違法阻却を問題にする余地はない）。

本説によれば、専断的治療行為が患者の同意なく実施されたという点は、傷害罪ではなく、もっぱら自由侵害罪（自由侵奪罪（239条）ないし強要罪（240条））の問題となる。もっとも、治療行為でこれらの罪に該当するのは、限られたケース⁴⁴⁾しか想定されてない。本説は、これを「処罰の間隙」⁴⁵⁾と捉え、刑法典改正草案において、独自の犯罪類型を創出し、法定刑を軽減した形でも処罰することを提案するのである。

本説は、伝統的な犯罪論に対する有力な異説と結びついている。本説は、傷害罪の保護法益を再構成し、目的的行為論や社会的行為論を基礎に、生物学的なそれのみならず、行為の目的設定や社会的価値、法益主体の意思や感覚といった主觀をも取り込んで構成要素とする。法益侵害の判断は、最終結果にまで至る全体的考察⁴⁶⁾が司るところとなり、侵襲による中間結果が最終的に生ずる健

42) Strafgesetzbuch Kommentar,31.Aufl.2025, § 223 Rn.8 (Heger)

43) Prütting Medizinrecht Kommentar,a.a.O. (Note 18), § 223 StGB,Rn.14 (Gierok)

44) 例えば、麻酔や拘留によって患者の明示的意志に反して治療行為を実施した場合や、重病であると患者を脅して意志に反する治療行為を黙認させた場合などが挙げられる（天田・前掲注(6)165頁）

45) Riedelmeier,Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik,2004,S.19.

康の回復・維持というより大きな利益の維持によって相殺されるといういわゆる差引残高的発想が通用する。

本説は、その全体的考察ゆえに、社会的・政治的要請を吸収しやすい属性を有している。伝統的に医学界から強く押され⁴⁷⁾、ナチス時代の政治的制約とも親和的でありながら、戦後は基本法や民法を取り込み、自己決定権の拡大傾向に与したという事実は、新潮流の外在的事情の作用を受けやすい属性を示している。

③ 複雑多彩な学説の分岐状況

本潮流に属する諸学説は、概ね上記を共通内容としつつも、歴史的変遷を経る中で、複雑多彩に分岐している。

理論的基礎ならびに処罰範囲画定の観点から、学説分岐の概況を述べるならば⁴⁸⁾、以下のように整理することができよう。すなわち、i 処罰・不処罰を画する一定の指標を措定するもの（結果の成否、故意・過失の有無、行為の危険性、行為の社会的意味など）と、ii 傷害罪の保護法益の解釈を操作することで解決するもの⁴⁹⁾である（以上諸説の理論的基礎付けの違いは、法益侵害の判断を行為の事前に行なうのか行為の事後に行なうのかの違いとしても表れる）。

多彩な学説の中で、比較的よく取り上げられているのが、1960年代以降有力化した結果説（Erfolgsthorie）⁵⁰⁾である。本説は、治療行為の法的評価を治療行為の結果の成否によって分けて考え、結果として成功した治療行為は、患

46) Satzger/Schluckebier/Werner,StGBKommentar,a.a.O. (Note 20),Rn.27. (Momsen-Pflanz/Momsen/Leszczynska)

47) 治療行為と傷害行為を同一視することに対する情緒的な反感、医療の社会的価値の承認への要求、そして業務上の深刻な懸念から生ずる法律論への抵抗や意見が常に医学界には存在した。

48) 天田・前掲注(6)416頁は、歴史的変遷をたどる研究の中で、現在の学説の分岐状況を以下のように整理する。すなわち、①「適法化メルクマールの措定・操作による解決」②「治療行為による危険の緩和・減少」③「治療行為の成否によって刑法的性質を特徴づける解決」④「傷害罪の法益論による解決（法益論アプローチ）」である。

49) 例えはEngisch,Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW 58(1939),S.1,5. (身体利益説。天田・前掲注(6)96頁以下参照)。

者の健康状態を維持・回復させたのだから、傷害や死亡という構成要件的結果が生じておらず、傷害罪の構成要件に該当しないとする（失敗した場合にどう評価するかについては、本説の中でさらに見解が分岐している）。

④ 近時の代表的有力説⁵¹⁾

多彩に展開する諸学説の中で、近時、本稿テーマとの関連で注目される学説がある。

本学説によれば、傷害罪の保護法益は、身体利益という基体たる利益と、身体利益と結びついた自己決定権（身体処分権）から構成される⁵²⁾。傷害罪において、「身体」の不可侵は、その者を支配する「精神」と結びつくときにのみ、身体と肉体の不可分の統一体として保護の客体となりうる。法益侵害は、基体たる身体不可侵の侵害と身体処分権不行使の両方を備えることを要する⁵³⁾。

本説は、近時台頭した革新的な法益論と結びついている⁵⁴⁾。同説によれば、法益とは、「個人の自由な発展、個人の基本権の実現およびこの目標像に基づく国家体系の機能化にとって必要なすべての所与または目的設定」と定義される⁵⁵⁾。本説は、法益の価値を、法益主体の行為自由の発展の手段として、法益主体が意のままに処分できることに求め⁵⁶⁾、これを基本法2条1項で保障された一般的行為自由によって補強する⁵⁷⁾。

50) Bockelmann,Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten JZ 1962,S.525,528; Kaufmann,Die eigenmächtige Heilbehandlung,ZStW 73(1961),341,372f. 詳細につき Prütting Medizinrecht Kommentar, a.a.O. (Note 18), § 223 StGB,Rn.15f. (Gierok)

51) Roxin/Greco,Strafrecht Allgemeiner Teil.Bd. I,5.Aufl.,2020 § 13 : Tag,Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis,2000. 近年では Spickhoff,Medizinrecht, a.a.O. (Note 26), § 223 StGB Rn.26 (Knauer/Brose) も支持。本説の邦語紹介文献として、天田・前掲注(6)276以下参照。

52) Vgl.Tag,a.a.O. (Note 51), S.66f.

53) 以上、Vgl.Tag, a.a.O. (Note 51), S.66f.

54) Roxin/Greco,a.a.O. (Note 51), § 2,Rn.7ff. (クラウス・ロクシン（山中敬一監訳）『刑法総論』第1巻【基礎・犯罪論の構造】第4版〔翻訳第一分冊〕（信山社、2019）参照）

55) Roxin/Greco,a.a.O. (Note 51), § 2,Rn.7 (クラウス・ロクシン（山中敬一監訳）・前掲注(54)20頁の訳)

同説によれば、処分可能な法益を保護する刑罰規定は、現実的基体の不可侵と併せて、それに対する法益主体の自己決定の自由という2つの構成要素からなる状態を保護している。構成要件に該当するといえるためには、行為者は、上記2つの構成要素を侵害した状態で行為しなければならない。現実的基体を侵さずに自己決定権のみを侵害する行為も、自己決定権を侵害せずに現実的基体のみを侵す行為も、構成要件を充足しない⁵⁸⁾。同説によると、法益主体の自己決定は、同意を通じて法益侵害を正当化するものではなく、法益行使し実現する行為にほかならない⁵⁹⁾。

本説は、「被害者の承諾」をすべて構成要件阻却事由であるとする見解⁶⁰⁾に依拠している（被害者の承諾を法益放棄とすると、利益衡量による正当化原理の中で異物になってしまうとの体系的考察による⁶¹⁾）。法益に対する処分権が法益主体の同意によって行使されるとき、法益侵害は存在せず、構成要件該当性は欠落するのである⁶²⁾。同意者は、「法秩序が彼にゆだねた処分」を行っているのであって、そこに法益侵害は存在せず、それは法益の実現にほかならない⁶³⁾。

56) Strafgesetzbuch,Leipziger Kommentar,Bd.3,13.Aufl.,2019,Vor § § 32ff Rn.152 (Rönnau).

Vgl.Roxin/Greco,a.a.O. (Note 51), § 13,Rn.12 (クラウス・ロクシン（山中敬一監訳）・前掲注(54)709頁)

57) Vgl.Roxin/Greco,a.a.O. (Note 51), § 13,Rn.12,14 (クラウス・ロクシン（山中敬一監訳）・前掲注(54)709,710頁)

58) 以上、本段落ここまでにつき、天田・前掲注(6)280頁の表現参照。

59) Roxin/Greco,a.a.O. (Note 51), § 13,Rn.12 (クラウス・ロクシン（山中敬一監訳）・前掲注(54)709頁)

60) 主唱者 Zipf, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht,1970,S.30f.Vgl.Roxin/Greco, a.a.O. (Note 51), § 13,Rn.12 (クラウス・ロクシン（山中敬一監訳）・前掲注(54)709頁)

61) Vgl.Roxin/Greco,a.a.O. (Note 51), § 13,Rn.22 (クラウス・ロクシン（山中敬一監訳）・前掲注(54)715頁)

62) Vgl.Roxin/Greco,a.a.O. (Note 51), § 13,Rn.12 (クラウス・ロクシン（山中敬一監訳）・前掲注(54)709頁)

63) Weigend,Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen,ZStW 98(1986),S.61

（4）小括——犯罪論の体系が実現する価値判断

① 刑法領域の議論の特徴

ドイツの哲学・宗教論争に淵源を有するところの、人の「身体」と「自由」の意味や関係性を問う意識は、刑法領域においてこそ、法的議論の俎上に上げられた。

特定の法益が具体的な刑罰法規によって保護されることを要し、法益侵害を罪責評価の出発点とする刑法領域において——しかも刑法典が専断的治療行為の固有の構成要件をもたない法状況下では——傷害罪の構成要件該当性という対立軸が設定され、傷害罪の保護法益の本質論と結びついた議論が展開されたのは必然である。

ドイツでの学説の呼称⁶⁴⁾に象徴されるように、本論争の論者の最大の関心は、侵害罪の構成要件該当の有無として表出されるところの、治療行為の犯罪論体系上の位置づけ（構成要件段階で適法化されるのか、それとも正当化段階で適法化されるのか）にあった。それと併せ、「患者の同意」の体系的地位と機能（正当化事由か、それとも構成要件的要素ないし阻却事由か）が、犯罪論の体系と結びついて議論された。

各説の論者は、主として、刑法典の条文解釈や法体系上の整合性⁶⁵⁾、後には基本法を援用して自説を根拠づけている。なかんずく刑法典の条文配置と、専断的治療行為の独自類型の不存在は、問題意識を傷害罪の条文に引き寄せた。専断的治療行為の独自犯罪類型を欠くことは、判例が傷害罪構成要件該当説を維持する理由であるとされ⁶⁶⁾、傷害罪構成要件非該当説が刑法改正を提案した理由もそこにある。

② 価値対立への回答

しかし、本論争において、各説はその立論において、それが適合し実現するものとしての、身体、自由、そして両者の関係性をどう考えるかという問いに

64) 「正当化による解決(Rechtfertigungslösung)」と「構成要件による解決(Tatbestandslösung)」

65) Strafgesetzbuch,Leipziger Kommentar,Bd.7,t.1,12.Aufl.2006. § 223 Rn.13 (Grünewald)

66) 天田・前掲注(6)165頁以下参照。

ふれる、法的価値判断を示している。

傷害罪構成要件該当説は、「人」を生物としてとらえ、「身体」の意味を生物学的に捉える。本説は、身体の有する客観的価値を重視し、その過度の相対化、主觀化、そして自己決定や自由という精神的利益への還元や吸収を警戒する⁶⁷⁾（「生存の価値なき生命の毀滅」への傾斜に対する警戒に通ずる⁶⁸⁾）。このような見解において、客観的な身体利益と対峙し、刑法上保護を受けるべき患者の自己決定権は、身体処分権に特化されることになる。この自己決定権は、とくに治療拒絶の場面において、拒絶意思が、治療行為の正当化を絶対的に妨げるという意味で顕著な機能を果たしている⁶⁹⁾。

他方で、傷害罪構成要件非該当説は、「人」を人間として全人的にとらえ——代表的有力説によれば、身体は肉と骨のかたまりとして保護客体となるのではなく、その中に宿り、それを支配する精神と結びつくことをもって保護客体となると考える⁷⁰⁾。身体に対する侵害は、法益主体が身体にいかなる意味づけをあたえるかに影響を受けるものであると考えるゆえに⁷¹⁾、患者の意思も含めた全体的考察によって侵害の有無が判断される。本説において、身体利益とそれに対する処分権ないし自己決定権は切り離すことができず、不可分一体の存在として捉えられている。本説において、患者の同意は、法益侵害の違法性を阻却するものではなく、法益の行使・実現そのものにはかならない。

両説は、いずれも、客観的な身体利益と患者の自己決定権の利益衡量を違法

67) 表現につき天田・前掲注(6)275頁を参照した。Niese, Ein Beitrag zur Lehre vom ärztlichen Heileingriff, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, 1961, S. 364 ff., 366 (法益の解体を危惧); Hirsch, Einwilligung und Selbstbestimmung, in: Festschrift für Hans Welzel, 1974, S. 775 ff., 785. (身体ではなく、身体を保持する意思が法益となってしまう) .Vgl. Prütting Medizinrecht Kommentar, a.a.O. (Note 18), § 223 StGB, Rn. 2 (Gierok).

68) 天田・前掲注(6)276頁注238を参照した。

69) 町野・前掲注(1)131頁は、これを傷害罪構成要件該当説の第2の帰結であるとしている。

70) Roxin/Greco, a.a.O. (Note 51), § 13, Rn. 14 (クラウス・ロクシン (山中敬一監訳)・前掲注(54)710頁)

71) Vgl. Roxin/Greco, a.a.O. (Note 51), § 13, Rn. 14 (クラウス・ロクシン (山中敬一監訳)・前掲注(54)710頁)

性阻却か構成要件のいずれかの段階で行い、その結果をもって、治療行為の処罰・不処罰を導いている（傷害罪構成要件該当説では、治療行為の客観的な優越利益と患者の自己決定権の利益衡量によって、違法性を阻却する患者の同意の有効性が決せられる。傷害罪構成要件非該当説では、構成要件の段階で、患者の意思を構成要素として含む利益衡量ないし相関的判断が行われる）。少なくとも患者の「同意意思」の存在による不処罰という場面では、両説の判断は大きくは変わらない。

しかし、両説は、以下の点において、決定的な相違を含んでいる。傷害罪構成要件該当説は、構成要件該当性と違法阻却の2つの段階に判断の場を分かつことで、身体利益の保護と自己決定権の保護にそれぞれに「異なった二つのもの」⁷²⁾としての独自の意義を与えている⁷³⁾。この構造においてこそ、身体利益は主觀化・相対化による喪失から護られる（ひいては「生存の価値なき生命」はあり得ない）。さらに、同意をしないという患者の自己決定は、（独刑法の構造において）緊急事態を除く正当化への唯一のルートを塞ぐ——いかに客観的に優越する身体利益を前にもしても、搖るがない絶対的存在としてある⁷⁴⁾。

他方、傷害罪構成要件非該当説はこの構造を構成要件該当判断の全体的考察のなかで崩してしまっているがために、身体利益は患者の意思や他の要素によって価値を失い得るものとなり、患者の同意なきことのみをもって治療行為の処罰を尊き得ない⁷⁵⁾。

3 刑法典改正草案による立法的解決の企て⁷⁶⁾

（1）社会的・学術的背景

既述のとおり、刑法領域では、専断的治療行為の刑法的評価をめぐり、先鋭

72) 町野・前掲注(1)134頁

73) 「目的觀念ないし利益觀念、他方には承諾の觀念が構成要件を中心として對峙する」（唄・前掲注(5)7頁注4）も参照。

74) 町野・前掲注(1)187頁参照。

75) Vgl.Prütting Medizinrecht Kommentar,a.a.O. (Note 20), § 223 StGB,Rn.14 (Gierok)

化した論争が継続していた。

本論争と事実上の出発点を同じくして（つまり、1894年「骨癌事件」判決を契機として）、また本論争に終止符を打とうとして、本論争とほぼ並走して、1800年代末から1990年代末までおよそ100年にわたり、断続的に、刑法典の改正の議論の中で、専断的治療行為の処罰規定創設の試みが続けられた。

本試みは、専断的治療行為に対する処罰条文の欠落補充の要請を共通の動機とする⁷⁷⁾。治療行為は既存の犯罪類型には収まらぬ本質を有し、刑法典の欠缺を独自規定で埋めるべきことは、治療行為傷害罪構成要件非該当説はもとより、傷害罪構成要件該当説の論者であっても認識を共有するところであった。なかんずく傷害罪構成要件非該当説は、自説を採用し223条を排除した場合の処罰の間隙を埋める必要から、上記立法提案と密接不可分の関係にある。

さらに、本提案は、医学界と法律家の政治的対決（そして、医学界内部での対立⁷⁸⁾）を背景に、医学界と法との対立の熱を反映して繰り返された。

(2) 議論の概要と主要経過

本提案は、医学界の要請を背景に有し、かつ、治療行為を傷害罪の保護範囲から排除する立場をとる（ゆえに処罰の間隙を生み出してしまう）傷害罪構成要件非該当説が主導し、改正案のほとんどが同説の色彩の強い内容となっている。

改正案の骨子は、基本的には、治療行為への傷害罪規定の適用を排除する傷害罪排除規定と、そのうえで専断的治療行為を独自の犯罪類型として創出する専断的治療行為処罰規定からなる⁷⁹⁾（なお、判例の呪縛のあった初期の頃には、

76) 独刑法典改正作業に関しては、豊富な邦語紹介文献がある。藤本直「医師の手術と身体傷害罪の問題に就て（一）～（三）」法学新報41巻2号（1931年）1頁以下、11頁以下、41巻3号（1931年）71頁以下、41巻5号（1931年）72頁以下、町野・前掲注(1)107頁以下、田坂晶「刑法における治療行為の正当化」同支社法学58巻7号（2007年）263頁以下、348頁以下等。さらに天田・前掲注(6)157頁以下が詳しい。

77) 岡・前掲注(1)6頁参照。

78) 天田・前掲注(6)212頁参照（「二重の相克」）

独自規定ではなく、違法阻却や同意傷害の一般規定の改正で対応しようとするものも存在していた)。

後に、2つの価値の対立の具体化した一局面であるところの「ためらえば危険（Gefahr im Verzug）」の処置、そしてとくに戦後は、説明義務をめぐる判例とそれを受けた論争の激化を受け、医・法両界からの要望に応え、説明義務の特則にまで及んで展開された（これらの点は次号の内容とかかわる）。

（3）価値対立に対する回答状況

一連の改正案は、上記の概要を有しつつ、構成ならびに価値判断において決して一枚岩であったわけではない。むしろ、背後にある論争、ひいてはその基礎にある価値対立の対立状況をそのまま反映した内容となっている。両構成のいずれを支持するのか、ひいては身体と自由に関する価値対立に対していくかなる態度決定をするのか、いずれの草案も、条文で以て明確に表明しているわけではない。新しい犯罪類型の創出自体はほぼ一貫していたが、その法的基礎については以下のとく曖昧なままであった。

まず、傷害罪排除規定は、構成要件の阻却を意味するのか、あるいは、違法性の阻却を意味するのか、改正案は条文上はっきりさせていない（1927年、

79) 両規定は、1792年にはじめて、そしてドイツ刑法改正作業の1つの到達点（天田・前掲注(6)194頁）と評価される1962年草案においても併設された。

1962年草案については、ドイツ刑法研究会（佐藤金作主宰）による翻訳（法制省刑事局、1963年）を基に、天田・前掲注(6)157頁以下ほか、唄・前掲注(5)47頁以下で紹介されている。以下161条および162条1項の翻訳は天田・前掲注(6)194頁以下による。

「161条（治療行為） 医学上の知識と経験および良心的な医師の諸原則にしたがい、病気・苦痛・身体損傷・肉体上の苦訴または精神的障害を予防し、診断し、治療し、または軽減する目的のために、適切とされとり行われたる諸侵襲および他の諸治療は、傷害としてはこれを罰しない。

162条（治癒を目的とする専断的治療）

1項 他人に対しその承諾なしに病気・苦痛・身体損傷・肉体上の苦訴または精神的障害を予防し、診断し、治療し、または軽減するために、侵襲または他の治療を行った者は、3年以下の軽懲役、拘留または罰金の刑に処する」。

1959年第1・第2、1960年、1962年)。また、専断的治療行為処罰規定の保護しようとする利益がいかなるものであるのかも、改正案条文には書かれていない。

いずれも、草案理由やその位置する章の章題から解釈によって読み解くしかない。さらに、解釈から看取し得る内容自体も、それを支える発想は、2つの構成ならびに近時の新説が混在している。すなわち、自由侵害罪に対応する「自由の不可侵に対する権利」を保護する趣旨の草案が圧倒的に多い(1911年の章題、1927年の章題。1970年代案の章題で回帰)。他方、1959年～1962年の理論的到達点といえる時期において、近時の有力説に対応する患者の自己決定権そのものとする立案をする草案も挟んでいる(1959年第1・第2、1960年、1962年)⁸⁰⁾。さらに、初期と近時においては、判例の呪縛や判例への回帰を現す内容となっている(1913年、1996年)。

なお、「ためらえば危険」の処置や説明義務の特則とその内容については、限られたケースや事項につき、判例の内容を規定化するにとどまっている。

(4) 小括——立法的解決の回避

このようにドイツの刑法改正論議は、専断的治療行為の刑法的評価をめぐる未決着の学説上の論争、ひいてはその背後にある判例と学説、法律家と医学界の対立に立法をもって断ずることは回避している。

むしろ、そのときどきの判例・学説状況を反映しようとし、ゆえに対立状況に苦慮し配慮していた。また、後述の緊急事態対応や説明義務の範囲など、激しい争いのある実務的課題に対しても、立法による基準設定を行うことはしていない。

80) 「身体の不可侵に対する罪」の章とも「人身の自由に対する罪」の章とも別に独自の章を設けている。

論説（村山）

【本号の主要な邦語参考文献】

- ・唄孝一『医事法学への歩み』（岩波書店、1970年）
- ・町野朔『患者の自己決定権と法』（東京大学出版会、1986年）
- ・天田悠『治療行為と刑法』（成文堂、2018年）

【付記】

本研究は、JSPS 科研費 基盤研究（C）JP24K04658 「民事責任法の比較領域研究——医師患者関係の起点を問う」の助成を受けた研究成果の一部である。

（むらやま・じゅんこ 筑波大学ビジネスサイエンス系教授）