

医療の範疇における同意傷害

—ドイツ刑法典228条の議論を中心に—

小林 公 夫*

- I はじめに
- II 治療行為の特殊性と自己決定権
- III 「同意傷害」に関する我が国の学説と判例
- IV 「同意傷害」に関するドイツの学説と判例
- V 科学的根拠を欠く治療行為と同意の有効性
- VI 科学的根拠による良俗違反の内容の客観化
- VII 結語

I はじめに

近時、人間の尊厳の思想が医療の領域に滲透し、その結果として、治療を受けるか否かの判断は、患者自身がその自由な意思で決定すべきとする、患者の自己決定権 (Selbstbestimmungsrecht) が注目されている。

確かに、生命・身体に対する個人の権利はその前提としての個人の自律性を想定しており、法ならびに医療が個人の尊厳を保護するという点では、その権利は正しく機能するものと言えよう¹⁾。

しかし、医学・医療の第一義的な目的が、患者の生命・身体の安全及び健康の維持増進にあるとすると、「個人の自由な幸福追求」に歯止めをかけられる場合が生じうるのである²⁾。

極めて稀有な事例であろうが、そのような制限が加えられる場合は、医療の範

【一橋法学】(一橋大学大学院法学研究科) 第4巻第2号2005年7月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

- 1) Hans Ludwig Günther, *Voluntas aegroti suprema lex – juristische Erwägungen, Maximen in der Medizin*. Schattauer, 1992, S.126.
- 2) Hans Ludwig Günther, a.a.O., S. 127f.

ギュンターはこの論稿の中で、患者から明確で深刻な要求があったとしても、患者に健康上の不幸をわずかにしか与えてはならないと位置づけている。

疇においては、どのような場合か。

たとえ、患者の強固な意志・要求が存在しようとも、治療行為として正当化されないケースはどのような場合か。

本稿は、医療の範疇において患者の同意のもとに実施された医師の行為が傷害に問われるのは、如何なる場合が想定されるかについて、「同意傷害」に関するドイツ、日本の学説・判例に素材を求め、これを究明するものである。

II 治療行為の特殊性と自己決定権

1 科学的根拠を欠く治療への患者の自己決定

治療行為 (Heilbehandlung) は疾病の治療のために患者に対して行なわれる医療的処理として、極めて日常的な行為である。

しかし、その日常性の背後には刑法上も解き難い多くの問題が存在する³⁾ように思われる。殊に、近時、この領域で問題視されていると考えられるのは科学的根拠が極めて低度な治療法に患者が同意した場合の是非である。例えば、2004年7月に治療実施の事実が明らかになった中絶胎児の細胞移植手術⁴⁾は、その代表例であろう。新聞報道⁵⁾によれば、交通事故などで脊髄を損傷した日本人患者9人が中国・北京市内の病院で、中絶胎児から採取した細胞を移植する治療を受けていたというのである。胎児の細胞は増殖能力が高い。これを培養して患部に注入し移植することで、脊髄の神経細胞⁶⁾を再生させる、のだという。

-
- 3) 西山雅明「治療行為と刑法」西南学院大学法学論集2巻3号(1969年)271頁
従来、治療行為論と言うと、治療行為と刑法上の傷害罪について、ドイツにおける議論を核として論じるものが多数であった。その後、この問題は主として医療過誤の議論として活発化しているように思われる。これに対し、本稿は、科学的根拠を欠く治療行為への患者の同意の正当化の是非を主眼として、解明するものである。
 - 4) 読売新聞2004年7月10日朝刊、瀧井宏臣「中絶胎児の研究利用は許されるのか」論座2005年2月号136頁
 - 5) 読売新聞2004年7月10日朝刊、朝日新聞2004年7月16日朝刊
 - 6) 神経になる幹細胞ということ言えば、岡野栄之・慶応大医学部教授のチームが脊髄損傷のサルに中絶胎児の幹細胞を移植し、運動機能を回復させるのに成功している。又、スウェーデンや米国では、神経細胞の傷んだパーキンソン病の患者に胎児細胞を移植する試みがすでに行なわれている。(読売新聞2004年7月10日朝刊)

しかし、この手技は、世界でも、北京市内の医師グループのみが実施しているとみられる治療法で、欧米や日本では動物実験の段階とされ、安全性や有効性は明確ではない。いわば、現段階では十分な医療の水準に位置せず、治療の効果も定かではないのである。当該中国の病院では、これまでに中国人300人以上を施術したとされるが、詳しい治療成績などは公表されていない。治療法そのものの内容も不明な点が多い。まず、施術の詳細がつまびらかにされていない。強い痛みなど副作用が出た事例も報告されているが、その原因や対策について十分な説明がなされていない。又、治療に使用する中絶胎児の細胞を、どこから、どう入手したのか、更に感染症などの危険性はないのかの点も不明である。ところが、この不透明な治療法を選択した患者が我が国にも実在するのである。昨年2月、日本人で最初に中国に渡った愛知県内に住む男性は、手術に際し、自身の病を治すのに日本国内で他に手立てがない以上、一か八か勝負するしかない、死んでもかまわないと思い、悲痛な覚悟で、この新治療法を選択したという。中絶胎児を使用した病気治療は、欧米ではパーキンソン病を対象に、すでに相当数の実施例がある。胎児の細胞を脳に注入し、病状を回復させる手法である。だが、日本では、中絶胎児の扱いに関する倫理上の規定がないため、こうした研究は立ち遅れている⁷⁾。確かに、日本国内の倫理規定に関する体制整備の遅れにも問題があるやも知れぬ。

しかしながら、このような実状に接し、第一義的に問題だと感じられるのは、患者が自己決定をし、治療行為に同意を与える場合、どの範疇の治療法への同意ならば、刑法上、正当化されるかという一点に絞られるのである。治療行為と刑法上の傷害罪(204条)との関係は、通説的見解に従えば以下のように表現される。

すなわち、治療行為とは、治療の目的で医学的に一般に承認された手段・方法をもって患者に対して、その承諾または、推定的承諾の下に手術その他の医療的

7) 厚生労働省の厚生科学審議会が、中絶した胎児の細胞を医療に使うことを正当化しようとしているが、中絶胎児の利用に強く反対する声もあり、難航している。(朝日新聞2004年7月16日朝刊、読売新聞2004年7月23日朝刊)
尚、中絶胎児研究のリスク・ベネフィット評価に関する論文としては、光石忠敬他「改正薬事法と研究倫理」薬学雑誌2003年VOL123を参照

処置をなすことである⁸⁾。例えば、外科医が外科手術をすることか、医師が治療のための検査、診断などをする場合である。このような医師の行為は、構成要件該当性の見地から、ひとまず傷害罪などの構成要件に該当するが、上記の治療目的、一般に承認された手段・方法、原則として患者の承諾の3要件が整えば、刑法35条後段の正当業務行為として違法性が阻却されるものと解されている。如上の通説的見解によれば、現段階で、もし十分な科学的根拠が確立されぬまま日本国内で、冒頭の施術が実施され、患者の身体に何らかの障害が残ったとすれば、その処置をとった医師が傷害罪に問擬される可能性が生じよう。それは、当該治療が3要件のうちの医学的に一般に承認された手段・方法にとうてい、依っているとと思われるからである。

2 広義の医療水準における比較衡量の必要性

だからと言って、医療の現場を見渡せば、通説が命じるとおり、おしなべて医学的に一般に承認された手段・方法がとられているわけではない。勿論、患者保護の観点から、実体法が命ずるところの上位の理想的な水準が維持されることは望ましかろう。

しかし、本来医学が具備する特性からすると、その枠組みをゆるやかに解釈すべきことが生じうるのは否めない。学説の中に、通説の一般に承認された手段・方法という見解を修正し、補充性または緊急性が強く認められる場合には、医学水準以下の処置（治療的実験）も治療行為として許されることがありうる⁹⁾、との主張が出てくるのも医学本来の持つ特性から生じることであろう。この見解は、広い意味での医療水準を、狭義の医療水準、医学水準、治験水準と類型化し、そ

8) 佐々木養二「医療と刑法」(1994年)9頁以下
わが国では、治療行為傷害説が通説の立場であり、刑法35条の正当業務行為として違法性が阻却される要件がさまざまに主張されているが、治療行為非傷害説を支持する立場も一部に見受けられる。
金沢文雄「治療行為」木村亀二編「刑法総論」(1960年)255頁、前田雅英「刑法講義・総論」(1998年)212頁、斉藤誠二「医事刑法の基礎理論」(1997年)30頁、大谷実「刑法講義総論」(1998年)302頁

の三者の関連性を次のように考察する立場に近いものと想定される。すなわち、第一に、医学上、狭義の医療水準にある治療方法が確立している場合は、原則としてこの治療方法によるべきであるが、この場合でも、学問的水準にある他の治療方法が、その狭義の医療水準にある治療方法より優越性があると考えられる場合には、医師は患者（この場合は実験性があるので被験者と考えられる）の同意を得てその方法を選択することができるとする立場である¹⁰⁾。このような考え方に従えば、狭義の医療水準にある治療方法が未確立な場合は、その一段階下の学問的水準にある治療方法によることになろうし、更に、このケースで現時点において最高位に位置する学問的水準にある治療行為が、その一段階下の治療水準にある治療方法よりも優越性の点で低い評価となる場合、治療水準にある治療方法が拔擢されるケースがありうる¹¹⁾。究極的には、先に示したように、緊急性、補充性の要件を考慮に入れながら、治療水準の治療方法を選択せざるを得ないケースも生じうる。しかし、その場合は、上述の狭義の医療水準、医学水準の治療法が存在しないという条件が必要となってくる。

名付けるとすれば、“医療水準比較衡量説”とでも称せるこの考え方は、下位の水準にある治療行為は実験的性格を有するので、厳格に把握されるべきとした上で、各段階・レベルにある治療行為にその時点での具体的可能性を模索している点で評価すべき点はある。すなわち、医療水準の形成過程を饗庭忠男弁護士

9) 大野真義・墨谷葵編著「要説刑法総論」(1992年) 175頁・176頁

この中で福田雅章一橋大学教授(現・名誉教授)は、医療技術の正当性の側面から「医療技術の正当性とは、治療行為が医学的に認められた方法、すなわち医学準則(lege artis)にのっとって行われなければならないことをいう。もつとも、補充性または緊急性が強くと認められる場合には、医学水準以下の処置(治療の実験)も治療行為として許されることがありうる。」とされる。この帰結は基本的に妥当なように思われる。後述する武田氏の考察との違いはこのケースで補充性・緊急性を要件としている点と、治療段階、医学水準をひとくくり医学水準以下としている点であろう。

10) 武田茂樹「医学上の人体実験の適法性」『日本大学大学院研究年報』11巻(1981年) 112頁以下。

11) 武田前掲論文112頁・113頁。武田茂樹氏は治療行為の正当化要件として社会的相当性の見地からこれを把握する立場より出発し、現時点での医療の水準以下の行為が許容される要件として、例えば狭義の医療水準にある治療方法が確立していない場合、更に狭義の医療水準にある治療方法と、学問的水準にある方法の両者が確立していない場合に、どのような“枠組み”が考えられるかを提示している。

が類型化した¹²⁾ように「治験的段階」「医学的水準・学問的水準」「医療水準」の三段階に分類し、第三段階である医療水準（狭義の医療水準）の存在する場合は、基本的にそれによれば良いが、それが存在しない場合、医療の水準のレベルを次第に低下させ、第二段階の医学的水準、そして終局的には始源の段階である治験水準にまで議論が及びうることを指摘している点で興味を引く。

だが、安易に医療水準の衡量を受け入れられない側面もある。医療水準の形成に関する饗庭弁護士のカテゴリにも示されたように、医療の水準の三段階が形成されるのには、その医学知識の普及のための、さまざまな条件が関与していたのであり、ひと口に医学的水準から狭義の医療水準へ移行すると言っても、その壁はかなり高いはずだからである。その意味からすると、高位の水準にある治療方法が存在するにも拘わらず、下位の水準にある他の治療方法が高位の水準よりも優越性があると考えられる場合に、安易にその治療法によることができることは慎重であらねばならない。例えば、医療の水準が低レベルで、実験的色彩の強い治験的段階の治療法に、いくら上位レベルの治療法に優越する要素が認められたとしても、医療の不確実性を加味すれば、症例数の少ない治験的段階の治療法を即座に被験者に実行するわけにはいかないであろう。又、ここに言う“優越性”の内容を、明確に把握する必要性も生じよう。医療の水準の三段階は、最終段階である医療水準形成のプロセスにおいて、それぞれ意味のある位置づけがあり、それにより、高次は低次よりも優越性があると計られていたのである。そこには水準形成過程の時間という優越性さえも存在する。このような優越性は、ひとえに治療としての手技・手法としての優越性で解消されるべきではなく、補足すべき要素が必要となるのではなかろうか。その意味で、この優越性という要件に、既述のように、当該治療法をとるべき緊急性・補充性が加味され考察されるのであれば、低次の水準の治療行為が正当化されることはありうる。大谷教授が、実験的治療行為は医療行為として肯定されるとされた上で、疾患に対する医療行為性、補充性、患者の同意の三要件が重要となると説かれるのは、この優越性の内容を志向されている点で、正しい解釈である¹³⁾。厳格な要件が必要という点で

12) 饗庭忠男「医療水準と説明・転送義務」『判例タイムズ』415号59頁以下

は、当該治療の実験が、ひとえに同意のみにより正当化されるのではなく、緊急性・補充性の他に、当該施術の危険と利益が十分に衡量されるべきとの主張¹⁴⁾も正しい指摘である。何故なら、そこには始源に位置する治療行為のあるべき姿、医師のとるべき方途が少なからず示されているからである。

Ⅲ 「同意傷害」に関する我が国の学説と判例

1 同意傷害に関する日本の学説状況

上記の議論をふまえて、考察するに、患者の意思・自己決定が強固であり、刑

13) 大谷実「医療行為と法」(1980年) 217頁

大谷教授は、新療法の実施が治療の実験といえるためには、疾患に対応する医療行為でなければならない。そうでなければ、純粹の生体実験となるとされた上で、疾患に対応する医療行為性、補充性、緊急性、患者の同意の存在といった要件の重要性を説かれている。

14) 大谷教授の見解に見られる被験者の同意、補充性、緊急性に加えて、利益・リスク衡量を治療の実験の正当化要件と考える説も一方で甲斐克則教授により主張されている。

教授はまず、医薬品の臨床試験の実施に関する基準が、厳格に同意の要件を位置づけていることを挙げ、これらの同意の要件は、医薬品の臨床試験のみならず、治療の実験一般にも当てはまるとして、被験者の同意に重点を置いた。その上で、治療の実験の正当化の条件について、当該治療の実験が、ひとえに同意のみで正当化されるのではなく、治療の実験施行による利益と、同時に発生するリスクの比較衡量が重要な意味を持つことを以下のように強調されている。

甲斐教授のこのような見解は、大谷教授が指摘された緊急性・補充性の要件に加え、当該治療の実験の利益・リスク衡量をも要求する点で要件の厳格化と言えようが、治療の実験にそもそも実験の色合いが伴う以上、明確に、利益・リスク衡量を計れるかという点は若干の検討の余地があるように思われる。

尚、甲斐教授は、最近刊行された「医事刑法への旅」(2004年) 72頁の中で、上述の考えを若干修正され興味深い主張をされているので以下に補足しておく。

「いずれにせよ、人体実験・臨床試験の適法化ないし正当化は、どれか単独の正当化事由で基礎づけるのは困難であり、グラールマンやエーザーが説くように、累積的なものとして考えなければならないであろう。すなわち、インフォームド・コンセントを中心としつつ、これを補足するものとして、利益とリスクの衡量、補充性、緊急性を加味するという具合に、まさに「正当化事由の競合」の場面であると考えるべきである。ただし、リスクが利益を確実に上回る場合、その治療の実験を正当化するのは、緊急性と補充性があっても困難である。逆に、リスクが著しく低い場合は、緊急性と補充性を欠いても、インフォームド・コンセントだけで正当化可能である。したがって、利益とリスクが拮抗する場合に、上述の「正当化事由の競合」により、超法規的違法性阻却が考えられる。」

尚、正当化事由の競合については、曾根威彦「刑法における正当化の理論」(1980年) 259頁以下に詳しい。

法上、正当化されるべき医療水準の限界点を下回る水準の治療法に患者が同意を与えた場合、その治療法に内在するリスクが高いのであれば、医師のとった行為には傷害の疑念が生じうる。そのリスクの水準とは一体どこに位置するのだろうか。そこで、まず、同意傷害の評価に関し、日本、ドイツの学説、判例を概観しておくことは意義がある。日本においては、わが国の刑法典に、ドイツ刑法228条(旧226条a)のような同意傷害の規定が存在せず、明文規定のないことから、現行刑法は自己の身体に対する完全な処分権を認めているとの解釈もないわけではない。同意傷害を不可罰であるとする見解は、わが国では、古くは大場茂馬博士らにより主張され、近時では、同意傷害の構成要件不該当を患者の自己決定権に求める見解も見受けられる¹⁵⁾。

しかしながら、我が国の通説的な見解は、被害者の同意があれば原則としてその傷害は違法ではないが、事情によっては違法となりうるとする見解が支配的である。これらの見解には大別して、四つあると思われる。第一説は被害者の同意が公序良俗に反しない限り、同意による傷害は違法にならないとする見解¹⁶⁾。第二説は、同意が社会的相当性の範囲にとどまる限り、その同意により傷害行為の違法性は阻却されるとする見解¹⁷⁾。第三説は個人の身体には当該被害者自身の法益に限らず、社会や国家の法益も重複して存在しているから、同意がほかの法益を侵害しない限りでその傷害は違法でなくなるとする見解¹⁸⁾。第四説は被害者の同意があろうとも、その傷害が重大であったり生命を危険にする場合には、違法とすべきであるとする見解¹⁹⁾、以上、大きく四つの見解が見受けられる。

15) 須之内克彦「刑法における『自己決定』に関する一考」『愛媛法学会雑誌』3巻2号(1977年)92頁、前田雅英「刑法総論講義」第3版(1998年)113頁—117頁

16) 青柳文雄「刑法通論I総論」(1965年)186頁、牧野英一「刑法総論上巻全訂版」(1965年)489頁

17) 福田平「全訂刑法総論第三版」(1996年)176頁、団藤重光「刑法綱要総論(第三版)」(1990年)209頁・221頁、藤木英雄「刑法講義総論」(1975年)193頁

18) 宮内裕「違法性阻却」『刑事法講座』第一巻(1952年)223頁

この立場は、身体傷害の法益性の程度により私的利益と並列して公的利益が登場するのであるから、「社会的責務遂行の阻害」となる程度の身体傷害は、被害者個人の法益のみならず、公的法益も侵害するものであり、よって、同意は無効と解されると帰結する。ところで、「社会的責務遂行の阻害」という言葉の響きからは、人間の行動の阻害、労働の障害といったことが連想されうる。その意味からすると、第三説の類型は、重大な傷害説である第四説に近似したものと言えよう。

この類型によれば、第一説、第二説は、被害者の処分権の限界として、「行為目的」や「行為態様」を重視し、その限界を設定していると思われる。いわば、「行為無価値」を重視する違法観による構成であり、違法性を規範的・倫理的に考えることは、価値観が多面的な現代においては、判断者の直感に左右されるおそれが大きいとの批判が生じる²⁰⁾。第一説、第二説に違法観の点で真向から対立するのが、「結果無価値」を重視する論者の立場で、「傷害の強度（重さ）」に着目して、身体法益に対する被害者の処分は原則として認められるが、ただそれが「生命に危険な傷害」であるか、あるいはより広範囲に「重大な傷害」である場合にその承諾を無効とする²¹⁾。

例えば、平野龍一博士は、ドイツの同意傷害の規定（旧226条 a）が、同意が原則として、違法性を阻却するとされるにもかかわらず、例外として「善良な風俗」に反するときは違法性を阻却しないとされることにつき、批判された上で次のように述べる。

「しかし、『善良の風俗』とは何か、その内容は極めて不明確である。ヴェルツェルも指摘するように、それは罪刑法定主義上疑問があるだけでなく、心情刑法におちいる危険性が大きい。62年草案は、同じ規定を受け継いだが、代案は、

19) 植松正「再訂刑法概論Ⅱ各論」（1975年）254頁、川端博「刑法各論概要第2版」（1996年）22頁、中森喜彦「刑法各論第2版」（1996年）18頁、平野龍一「刑法総論Ⅱ」（1975年）254頁、大野真義他「要説刑法総論2訂版」（1992年）169頁、大谷実「刑法講義総論第4版」（1996年）296頁

20) 塩谷毅「同意傷害について」『岡山大学法学会雑誌』第50巻第2号（2001年）280頁。尚、同「被害者の承諾と自己答責性」（2004年）159頁もあわせて参照
塩谷助教授は、同意の制限に関し、「行為目的」などを重視する「公序良俗説」や「社会的相当性説」には、まずその前提とする「行為無価値」を重視する「違法観」に賛成できない、とする。その理由として、違法性を規範的・倫理的に考えることは、価値観が多面的な現代においては判断者の直感に左右されるおそれが大きいことを挙げられる。又、「公序良俗」という概念も「社会的相当性」という概念も、それ自体はいろいろな意味で用いることが出来そうな概念であり、論者によってその内容とするところがかなり異なり、処罰の限界基準としてはやや不明確である、とされる。塩谷助教授によれば、この見解の一番の問題点は、その代表的論者が明言しているように、被害者の承諾の問題は被害者の主観の問題でなく法の理念の問題と考えられ、その結果、行為の「社会倫理的」な判断が決定的に重要なものとされ、結局「個人の自己決定権」を十分に尊重しないということになる。

21) 塩谷前掲論文242頁

同意があれば傷害は違法でない旨を明記した。尚、アメリカの模範刑法典は、『重大な傷害』についてのみ、同意があっても違法だとしている（2・11条2項a）。（中略）代案のように、同意があればすべて違法でないとも考えることも、現行法のもとでは不可能ではない。しかし、一挙にそこまでゆくことが妥当でないとするならば、アメリカの模範刑法典のように、傷害の重大性で区別するほかない。もっとも『重大』かどうかの規準は、なお不明確であるとすれば、「死の危険」があるかどうかで区別するのも、一つの考え方であろう。²²⁾

又、生命に危険が及ぶ場合に限らず、より広範囲に「重大な傷害」である場合に、承諾が無効であるとする内藤謙教授も、例えば同意殺人のように、個人の自己決定の自由を尊重しようとする基本思想と調和し難いようなケースでは、刑法が侵害された法益を保護する必要がなくなるわけではないとし、そのような生命保護の特別な必要性の延長線上に、ひとまず、「生命に危険のある傷害」に対する違法性を阻却しない根拠をみることができるとされる²³⁾。更に教授は、自己決定の自由は、意思決定の自由と行動の自由とから構成されるとされ、同意殺人の場合は、たとえ生命の放棄について被害者の自己決定があっても、生命が侵害される時、右の両者の自由が絶対的に回復不可能となるから、刑法は原則としてその生命を保護する必要性をもつ、と説かれる。そして、「同意傷害の場合も、自己決定の自由を構成する行動の自由を回復不可能にするような「重大な傷害」（例えば、手足の切断のような身体の重要部分に対する重大な傷害）は違法性を阻却しないと解すべきであろう。債務の代償として胸の肉1ポンドを切り取ることは（「ヴェニスの商人」）、被害者の同意があっても、むしろ、「生命に危険のある傷害」として違法性を阻却しないと思われる。さらに、生命に危険のない場合も、精神を異常にする薬物の使用・外科手術は、被害者の同意があっても、それだけでは、意思決定の自由を回復不可能にする「重大な傷害」として違法性を阻却しないと解すべきであろう。²⁴⁾」と述べ、同意傷害として違法な範疇を生命に危険のある傷害から、「重大な傷害」にまで広げて把握されていると思われる。又、より広範囲な「重大な傷害」説を支持される山中敬一教授は、基本的に被害

22) 平野龍一「刑法総論Ⅱ」（1975年）253頁・254頁

23) 内藤謙「刑法講義総論（中）」（1986年）588頁

者の同意が存在する場合、それが有効なかぎり、それにもとづく行為は構成要件に該当しないと解すべきであるとされた上で例外として、以下のように述べる。

「被害者の同意のみによっては、構成要件該当性阻却という効果を生じるためには不十分である場合がある。それは、法益保護の放棄が法益主体の任意の処分委ねられていない法益に関する場合である。身体を回復不可能な程度に損傷する重大な傷害は、原則として法益主体にとり重大な不利益であり、緊急状態ないし他に優先されるべき価値が対立していないかぎり、その保護を放棄することは、法益主体の判断としては、合理的な判断とはいいがたい。法は、このような重大な傷害については、人の生存の基礎である生命と同様に、不合理に自らの自由な生存の基礎を侵害するような侵害に対する同意を有効とはみなしていないというべきである。そのような侵害については、無条件に個々人の処分権限に委ねられているわけではなく、したがって、これに同意したとしても、その同意は、それだけでは、構成要件該当性を否定することはできないと解すべきである。²⁵⁾」

以上見てきたように第一説第二説に対峙する第四説は傷害の程度により制限を加える場合、法益衡量によりその制限づけをしている点に特徴がある。すなわち、優先的利益の侵害を違法の本質であるとし、法益が衝突する場面で、保全法益が侵害法益を上回る場合に違法性が阻却されるという立場なのである。そして、被害者の承諾の効果については、承諾によって侵害法益の要保護性が欠如するために、保全法益が優越することから違法性が阻却される、あるいは承諾によって実現された自己決定権が侵害法益に優越するために違法性が阻却される、との構成

24) 内藤前掲書588頁

個人の自己決定の自由の回復不可能性を、基準とすることについて、内藤教授は、次のように述べる。

「被害者の同意による行為の原則的違法阻却から出発して、個人の自己決定の自由の回復不可能性を規準に、被害者の同意があるとときも例外的に違法阻却を認めないことは、その場合に、被害者の意思に反しても刑法による法益保護の必要性を認めることになり、その限度で刑法に一種のパターナリズム（後見的干渉作用）を肯定することになる（同意殺人の処罰規定の根拠も同じである）。しかし、そのパターナリズムは、国家ないし社会の利益のためのものではなく、被害者個人の自己決定の自由（自己決定権）の存立・回復が不可能にならないようにするためのものであるから、『被害者を被害者自身からまもること』として許容しうるのはなかろうか。」（内藤謙「刑法講義総論（中）」（1986年）589頁

となる²⁶⁾。いずれにせよ、承諾の対象たる法益が処分可能なものであるかどうかを基準としているのである。

2 同意傷害と日本の判例概観

このように同意傷害の違法性に関し、傷害の程度による制限説が有力に主張されているにも拘らず、我が国の判例は、同意傷害に関して、有力説の立場にどうも親和性がないように思われる。我が国の同意傷害に関する判例は、後にドイツの判例として検討する医学の範疇に属する事例を除くと、性的倒錯事例、スポーツ傷害事例、軽度の傷害事例の3つに大別できる²⁷⁾。

性的倒錯事例は、性交中に手により相手を絞殺してしまった事例と性交中に紐により相手の首を絞めた事例に分類しうる。前者の「性交中の手による絞殺事例²⁸⁾」は、被告人が内縁の妻で被害者である女性と性交中に快感を増幅させる目的で同女の承諾を得て手で咽喉部を絞めて誤って窒息死させたというものである。大阪高裁は婦女の首を絞めるのは暴行行為であるが、首を絞めることについて相

25) 山中敬一「刑法総論 I」(1999年) 199頁

山中教授の指摘で重要なのは、重大な傷害に関する同意は、構成要件該当性を阻却することはないが、他の衡量すべき利益と相まって、違法阻却(正当化)事由として作用する場合があるとする点である。「例えば、医師の治療行為として行われた外科手術の場合、患者の同意を得て臓器を摘出したり、足を切断したりする行為は、形式的には重大な傷害に当たるが、法的保護が完全に放棄されているわけではない。しかし、同意の存在と相まって、それが治療行為という正当業務行為(35条)であるかぎり、違法性阻却の問題となりうるのである。また、性転換手術のように、通常は治療行為とはいえない手術についても、それが本人の幸福につながるという利益があれば、やはり、優越的利益の原則によって違法性は阻却されることになる。このように、被害者の同意は、重大な傷害については、構成要件該当性を阻却することはないが、違法性の次元で、他の違法阻却事由と競合して、あるいはその前提として、利益衡量において優越すべき「利益」に算入される要素となる場合がある。」

山中教授のこの考えは、先述した正当化事由の競合の場合を指すものと考えられる。尚、後述するゲーベル説に近似している。

26) 武藤真朗「承諾に基づく傷害の許容範囲」宮澤浩一古稀祝賀論文集第3巻(2000年) 81頁、内藤前掲書587頁、曽根威彦「刑法における正当化の理論」(1980年) 149頁、同「刑法の重要問題(総論)補訂版」(1996年) 97頁

27) 塩谷前掲論文367頁

尚、塩谷助教授は、同意傷害の事例として、医学の範疇に属する事例である、医学的適応性のない手術事例を含め4つの類型化をはかっている。

28) 塩谷前掲論文267頁。大阪高裁昭和29年7月14日判決、高刑裁特1巻4号133頁

手方の要求もしくは同意を得ているので違法性は阻却され、暴行罪成立の余地なしとし、また被告人が被害者との性交においてしばしば同女の咽喉部を絞めたことがあり、その時はいずれも同女が死亡するに至らなかったのであるから致死につき「不確定犯意又は未必の故意」があったとはいえないとして過失致死罪で処罰した。ところが、後者の「性交中の紐による絞殺事例²⁹⁾」では、前者とほぼ同種の事例であるにも拘らず、紐で首を絞めて死なせてしまったことが重視された。大阪高裁はたとえ首を絞めることについて被害者の承諾があろうとも、行為態様が善良な風俗に反するとか、社会通念上相当とする方法、手段、法益侵害の限度を超えた場合には違法性は阻却されない場合があるとした上で、本件のように寝間着の紐で首を絞めるのは、手で絞める場合と比べて一段と力の調節が困難であり、生命に対する高度の危険を含んでいるから暴行の違法性は阻却されないとして、傷害致死罪で処罰した。又、スポーツ傷害事例においては、格闘技スポーツの範疇で被害者の承諾の無効と行為者の傷害致死罪を肯定するものが見受けられる。例えば、「東京農大のワンダーフォーゲル部新人練成山行しごき事件³⁰⁾」では、部内のしごきにより新入生部員を死亡せしめた事案で東京地裁は、仮に被害者の殴ってくださいという言葉が真意であり、当該行為がたとえクラブ活動の一環としてなされていたとはいえ、激励等そのほかの方法があるのにためらいもなく殴打したものであり、正当化されないとして、傷害致死罪を認めている。また、「空手練習中の傷害事件³¹⁾」では、深夜、人どおりの少ない路上で知人と空手の練習中、興奮のあまり一方的に殴打して相手を死亡させてしまったという事案において、墓地脇の道路上という不相当な場所で正規のルールに従うことなく、危険な方法、態様で練習したものであり、社会的相当行為の範囲内に含まれないのは明らかである、として傷害致死罪で処罰している。「性的倒錯」事例「スポーツ傷害」事例に共通する因子は行為によって致死という重大な「結果」が生じている事に特徴がある。そして、判例は、その判断のよりどころとして「致死結

29) 塩谷前掲論文267頁。大阪高裁昭和40年6月7日判決、下刑集7巻6号1166頁

30) 塩谷前掲論文268頁。東京地裁昭和41年6月22日判決、判例時報455号17頁。本判決についての評釈として、植松正「ワンダーフォーゲル暴行事件」時の法令536号14頁以下。

31) 大阪地裁昭和62年4月21日判決、判例時報1238号160頁

果」を生じるような故意の暴行・傷害の場合、「致死結果」について被害者の承諾が及ばないことについてはもちろん、「故意の暴行・傷害」の点についても、実質的には「行為が有する生命侵害の危険性」に着目して、承諾の有効性を否定している³²⁾ように思われる。このように、同意傷害における承諾の有効性判断において、「公序良俗違反」、「社会的相当性」という概念を使用しながら、その内容としては「傷害の重さ」特に「暴行・傷害が有する生命侵害への危険」に着目するというのが我が国の判例の基本的な流れであるといえよう³³⁾。

3 「軽度の傷害」の評価で顕在化した判例の視点

しかし、判例の第3類型である「軽度の傷害」事例の判旨を検討すると、今述べたような二段階の構成、すなわち、行為の「公序良俗性」、「社会的相当性」という概念を土台に、その内容として「暴行・傷害が有する生命侵害への危険」に着目しているという仮説がゆらぐのである。何故なら、判例は、第三類型である「軽度の傷害」事例についても、判断の基礎となる概念、すなわち行為の「公序良俗性」、「社会的相当性」を重視していると思われるからである。

事例を見てみよう。その一は、「保険金詐欺目的の交通事故事件³⁴⁾」で、過失による自動車衝突事故であるかのように装い保険金を騙取する目的で被害者の承諾を得て、その者に故意に自己の運転する自動車を衝突させて傷害を負わせた事案であるが、裁判所は、「被害者が身体侵害を承諾した場合に傷害罪が成立するか否かは、単に承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機・目的、身体傷害の手段・方法、損傷の部位・程度など諸般の事情を総合して判断すべきである」として「傷害罪」の成立を肯定している。もう一方の「暴力団間の指詰め事件³⁵⁾」においても、暴力団の組員の間で不義理を理由とし、被害者の承諾を

32) 塩谷前掲論文270頁

33) 塩谷前掲論文270頁

34) 最高裁昭和55年11月13日決定、刑集34巻6号396頁、夏日文雄「被害者の承諾と傷害罪の成否」判例評論270号49頁以下、伊東研祐「被害者の承諾があっても傷害行為の違法性が阻却されないとされた事例」警察研究第53巻第9号57頁以下、神作良二「被害者の承諾と傷害罪の成否」最高裁判所判例解説刑事篇昭和55年度235頁以下。

得て被害者の左手小指第一関節部分に出刃包丁をあて峰を金槌で叩いて切断したといういわゆる「やくざの指つめ」に関する事案で、裁判所は、「被害者の承諾があったとしても、被告人の行為は公序良俗に反するとしかいいような指つめに関わるものであり、その方法も医学的な知識に裏付けされた消毒等適切な措置を講じた上で行われたものではなく、全く野蛮で無惨な方法であり、このような態様の行為が社会的に相当な行為として違法性が失われると解することはできない」として、「傷害罪」の成立を認めたのである。ここで注意すべきは、判例の立場が、傷害の程度が比較的軽い事例であっても、「行為の良俗違反性・社会的相当性」や「行為目的」を重視して承諾を無効とするという「行為無価値論的」立場を採っているという点である。つまるところ判例はその基底において行為無価値論に依拠しているのであり、違法阻却論においては一義的に社会的相当性説をとっているように思われる。すなわち、違法性が阻却されるのは、目的および手段が国家・社会倫理的見地から許された場合であるとするものであり、傷害に対する被害者の承諾についても、国家・社会的倫理規範に照らして相当とみられる傷害行為のみが適法であるとしていると思われる。承諾を得たことの目的、行為態様を被害者の承諾とともに考慮し、総合的に違法性阻却を判断しているのはそのためであり、だからこそ、傷害の程度が軽度なものであっても、行為目的、行為態様が社会的に不相当であれば、違法とされるものと思われる³⁶⁾。

-
- 35) 仙台地裁石巻支部判決昭和62年2月18日判決、判例タイムズ632号254頁
過去の新聞報道によれば、やくざ同士の指つめ事例ではなく、やくざが医師に依頼し、指つめをしてもらった事例が存在するようである。平野龍一博士はこの事例について、警察が刑事事件として捜査を開始しなかったことを挙げられ、「これは現在の一般の法律観念は右のような行為は傷害として違法ではないと感じていることを示すものといえよう」と指摘されている。私見とは相容れないが、興味深い視点である。(平野龍一「刑法総論Ⅱ」(1975年)254頁)尚、これに反対の立場として、拙稿「J.S.ミルへの質問状—自己決定の限界について」講談社「本」2003年8月号59頁
「生命の危険説」をとられる塩谷助教授も、当該事例を傷害に問えないとした上で、「この場合の行為は、その時点でも将来的にも何ら病変のない健康な指を切断することであり、それを治療行為とするにはやはり無理があるのではないかと思います」と結論づけている。(塩谷毅・小林公夫対談「同意傷害について」「アーティクル」VOL229 2005年44頁)
- 36) 塩谷前掲論文271頁

IV 「同意傷害」に関するドイツの学説と判例

1 ドイツ刑法典228条(旧226条a)の解釈

日本の同意傷害の議論とは異なり、ドイツではこの問題は独特の位置づけにある。戦前の1933年にすでに刑法典に同意傷害の規定が存在したドイツにおいては、当該同意傷害罪(旧226条a、現228条)³⁷⁾の是非について、すでにさまざまな論者によって議論が交わされていたからである³⁸⁾。それは、ドイツ刑法228条(同意傷害罪規定)が、「行為が、同意にも拘わらず善良な風俗に反する場合には、被害者の同意に基づく傷害は違法である」旨を規定し、被害者の承諾のある身体傷害は、原則的に適法であるけれども、「行為が良俗違反」である場合、例外として承諾の効力が否定され、行為は違法とされるとしている³⁹⁾、点に起因していると思われる。

これについては、まず、ドイツ基本法との関係で、二つの興味深い視点が存在するので、その前提事項を瞥見しておこう。同意傷害の条文の内容で、ドイツ基本法と関わりを持つのは、第一に、ドイツの基本法2条1項が、「各人は他人の権利を侵害することなく、かつ憲法的秩序又は道徳律に反しない限りで、自己の人格を自由に展開させる権利を有する」と規定し、「道徳律」が行動の自由を制限する理由であることを認めている点である。この限りでは、「良俗違反性」が身体法益の処分を制限する刑法228条と整合性があるように思われる⁴⁰⁾。

37) ドイツ刑法旧226条a、現228条は正確には、Einwilligung「(被害者の)同意」に関する規定である。尚、本稿の表記としては、ゲーベル、ヒルシュらの旧条文での議論については、そのまま226条aと表記し、フリッシュの論文の引用に関してはその執筆年度から、228条と表記することとする。

38) Harald Niedermaier, Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten, 1999 S.192. Wolfgang Frisch, Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung (§228 StGB), in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch 1999 S.485 f.

Hans Joachim Hirsch, Einwilligung und Selbstbestimmung, in: Festschrift für Hans Welzel 1974 S.798.

39) Wolfgang Frisch, a. a. O., S.485. Alfred A. Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992 S.46. Ulrich Berz, Die Bedeutung der Sittenwidrigkeit für die rechtfertigende Einwilligung, in: GA 1969, S.145.

40) Grundgesetz 37. Auflage 2001 S.13, 46. Wolfgang Frisch, Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung (§228 StGB), in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch 1999 S.485. 塩谷前掲論文246頁

しかしながら、ドイツでは刑法228条に対してまさにその基本法の他の条項を盾にとり活発な批判が繰り返されてきた、というのが実状である。批判の発端は基本法103条2項に規定される「明確性の原則」との関係である。すなわち、行為が「善良な風俗」に反するという、刑法228条の規範内容は不明確であり、罪刑法定主義の派生原理の一つで基本法103条2項において規定されている「明確性の原則」に違反するのではないかというものである⁴¹⁾。ドイツにおいては、この明確性の内容を明らかにすることが、同意傷害の議論の出発点であり、不可避であった。いや、むしろこの明確性の追求により当該規定を正当化しようと、試みるものが多かった。刑法226条aは基本法に定める明確性の要請に抵触する疑念があると位置づけるゲーベルも、この問題について重きを置いた論者の1人と言えよう。ゲーベルは226条aの弊害をまず以下のように指摘した。

刑法226条aのもっとも重要な点は、実際のところ、良俗という概念の内容である。一般に、良俗は公正で公平な考え方をする全ての人に内在する“普遍的道徳観”と言い換えられるはずだ。しかしながら、良俗違反を立証することがいかに困難であるかは、それを裁判官の独自の判断に任せるとする主張に顕著に現れている。しかし、そのような主張がまかり通るとすれば、裁判官が自らの道徳観をもとに何を公正で公平と考えるかということが重要となってしまふ。刑法226条aがこのように解釈されるとすれば、それは実際問題として、基本法103条2項に定める明確性の原則に抵触してしまう。当然のことながら、このような考えを是認するわけにはいかない⁴²⁾。

2 「良俗違反」の内容の客観化・可視化

ゲーベルは、刑法226条aと基本法103条2項との関係について以上のように指摘し、226条aにとり何が重要かにつき、以下のように続けた。

何が重要かと言えば、良俗違反の内容の客観化を可能とする基準を見いだすことである。それができないのに罪刑法定主義を貫ぬけば、同意傷害の可罰性をなしとせざるを得ないのではなからうか。刑法226条aの合憲解釈として、問題外

41) Wolfgang Frisch, a.a.O., S.486. Alfred A.Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992 S.46 f.

なのは、解釈の内容の客観化がまったく不可能な場合のみであり、そのような場合は、この刑罰法規は基本法に反していると判断せざるを得ない⁴³⁾。

ゲーベルは、このように、良俗違反の客観化を前提に、刑法226条 a の議論を進めるべきと位置づけた上で、しかし、難しいのは、この問題には初めから答えが用意されているわけではないことを指摘する⁴⁴⁾。そして、刑法226条 a の考えられる限りのすべての解釈が検討された上で、それは、初めて回答が可能なものである、とする。ゲーベルによれば、その場合、特に注意せねばならないのは、後述するように刑法216条に関して得られた帰結である、という⁴⁵⁾。刑法226条 a の規定が明確性に欠けるというゲーベルと類似の指摘は、フリッシュからも批判として強く押し出された。フリッシュは、刑法228条への批判の根拠として、大きな位置を占めるのは、「公序良俗」という規範に属する事柄への評価が、従来より多様であった点を指摘する⁴⁶⁾。殊に、「性倫理の問題」は、「公序良俗」の規範に関して深刻な意見の対立があるのであり、様々な主張がなされているとする。更にフリッシュは、そのように規定の内容が不明確になる根拠として、刑法228

42) Alfred A.Göbel, a.a.O.,S.46.

ゲーベルは良俗という概念の客観化に取り組む前に、まず確実な2つの前提条件を明らかにすべきである、とする。ゲーベルによれば、それは、まず第一に、刑法典226条 a は行為の良俗違反について述べているため、同意に良俗違反があった場合に、それを行為の良俗違反として考慮すべきではないという点だ。ゲーベルはその一例として、ある患者が、すでに開始されている刑事訴訟手続きの被告人となり、その訴訟手続きに出廷したくないという理由により、医療上適切ではあるが延期しても危険が生じない手術に同意するような場合に、このような同意は道徳的に否定されるとしても、手術する医師に可罰性が生じるわけではない、とする。ゲーベルが示した第二の前提条件は、刑法典226条 a が同意制限を設けるのは、単に、その制限により傷害への同意が持つ原則的な重要性を、特定の例外事例において除外しようとしたために過ぎない点である。したがって、行為が良俗に違反しているか否かを積極的に審査する必要性は生じないのである。ゲーベルによれば良俗違反の立証は、多くの場合失敗に終わるのであり、ここでは、基本法の「疑わしきは被告人の自由のために (in dubio pro libertate)」が発時点とならなければならないとする。つまり、少なくとも是認できるような異なる見解が提示されている場合には、良俗違反は存在しないことになる。(Alfred A.Göbel, a.a.O.,S.47f)

43) Alfred A.Göbel, a.a.O.,S.47.

44) Alfred A.Göbel, a.a.O.,S.47.

45) Alfred A.Göbel, a.a.O.,S.47.

46) Wolfgang Frisch, Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung (§228 StGB), in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch 1999 S.486.

条あるいは旧226条 a が法と倫理を混同していること、そして処罰の根拠として倫理という領域が持ち出されるのには疑念の生じることを挙げる⁴⁷⁾。では、このような疑念を解消するためには、どうすれば良いか。フリッシュは刑法228条を適用する対象に制約を加えることで、行為の中に存在する問題点を法的に客観化可能な事柄に絞ることであると主張する⁴⁸⁾。同意傷害が正当化される範囲の検討の過程で、フリッシュも、ゲーベル同様、やはり「良俗違反」の客観化に的を絞っていた。

しかし、ひと口に「客観化」と言っても、その客観化とはどのようなものだろうか。又、「客観化」の結果、それが「良俗違反」に相応しいと言えるのは何故だろうか。

3 「目的説」と「重大な傷害説」の対比

その難題に一つの示唆を与えたのはやはり、ゲーベルの主張であった。自説と相合するかはとも角、同意傷害に関するゲーベルの論究で参考となるのは、この客観化を二つの大きな対立軸から精緻に分析を試み、明らかにしようとしたことにある。ゲーベルは、良俗違反という概念を明らかにするために、二つの対立軸から、同意傷害の肯否が分かれる限界事例を提示し、以下のような問を投げかけた⁴⁹⁾。

今、ここに A、B、C の 3 人がいる。そして、A は B の愛人で、B は医師 C と結婚していると仮定する。厄介者の C を排除するために、A と B は次のような計画をたてる。すなわち、C が B を殺そうともくろんだと見せかけるために、A が B に微量のモルヒネを注射するという計画をたてるのである。ところが、注射をされた後、B は予定通り警察に届け出る前に C とよりを戻してしまう。ここで問題である。それは、B の同意があるにも拘らず、A に傷害の可罰性が果たしてあるだろうかということである⁵⁰⁾。

47) Wolfgang Frisch, a.a.O., S.486.

48) Wolfgang Frisch, a.a.O., S.486.

49) Alfred A. Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992 S 48 ff.

50) Alfred A. Göbel, a.a.O., S.48.

ゲーベルはこのような限界事例を提示して、ベルツの主張した「目的説⁵¹⁾」とゲーベル自身が採る「重大な傷害説」の是非を浮き彫りにしようと試みた。ゲーベルはひとまず、「良俗違反」をはかるひとつの視点として、行為の目的を照準に合わせる「目的説」を次のように評した。支配的な主張によれば、行為の良俗違反の存否は侵害の目的に左右される。なるほど、立法者が法体系の別の箇所決定した価値により、傷害の目的が良俗違反であると、確実に認定されているような場合には、いずれにせよ行為の良俗違反は認定されることだろう。身体の完全性の侵害が、被害者の不法行為を目的として行われる場合に限れば、不法行為の目的は常に良俗違反であるのだから、たとえ同意があったにせよこの侵害は可罰的であることになる。異常性欲の充足を目的とする傷害が、刑法226条aの規定に基づく良俗違反と想定されるところでも、「目的説」に照準が合わせられる。例えば、サド・マゾ的な性交行為の最中に起きる傷害などである。目的説支持の根拠は1962年の法案(152 Entwurf, 1962年)を見ても分かる。ここには、「行為は、事情により、特に行為者及び被害者の動機及び目的、ならびに使用された手段及び予想可能な傷害の範囲を考慮に入れた上で、たとえ同意が存在しようともそれらが非難に値する場合には違法でありつづける」と刑法226条aを明確化する規定があるからである⁵²⁾。この立場によれば、先の事例は、たとえBの同意が存在しようとも傷害によるAの可罰性は何も変わらず、維持されることになろう⁵³⁾。

ゲーベルは、限界事例の「目的説」からの帰結を以上のように筋道立てた後、

51) Ulrich Berz, Die Bedeutung der Sittenwidrichkeit für die rechtfertigende Einwilligung, in: GA 1969, S.145.

保険金詐欺などの違法行為の目的が達成された場合に、加害者は、少なくとも被害者が行った違法行為を幫助したという罪で処罰され、未遂行為がそもそも処罰の対象となる場合には単にその未遂行為を幫助したとして処罰されるから合点がいくだろう。しかし、その未遂行為が処罰の対象とならない場合や、目的とした行為がなお準備段階にある場合に、法は、目標とする目的からは、行為の帰責性を過小評価し過ぎそれが処罰できない場合がでてこよう。こうしたケースのために、刑法典226条aが法の間隙を埋める役割を引き受けるべきだとするのが、「目的説」の主たる論拠である。(Ulrich Berz, a.a.O., S.146)

52) Alfred A.Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992 S.49.

53) Alfred A.Göbel, a.a.O., S.49.

これに対立するもう一方の軸である、「重大な傷害説」から以下のように主張する。「目的説」と対立する見解は、傷害の目的をとりあえず二次的なものにとらえる立場をとる。この見解によれば、行為の良俗違反は、法益侵害の軽重で決まることになる。軽微な傷害の場合、良俗違反は初めから問題とはならない。ところが、重大な傷害の場合には、通常、良俗違反と位置づけられよう。ただし、良俗違反という否定的な評価も、目的が肯定的な場合は相殺される場合がある。この事例ではBの身体の完全性はわずかにしか侵害されていないため、「重大な傷害説」に依拠すれば、Aの可罰性は排除されねばならない⁵⁴⁾。

ゲーベルによればその論拠は次のようになる。Aの行為の無価値性は、Aが計画された犯罪行為の偽装に協力したことにある。そのため、彼の行為は道徳的には是認しえない。だからと言って、これのみでは、刑法226条aを適用するのに不十分である。というのも、そのためには傷害がそれ自体として是認されないものであることが重要だからである。行為自体の目的を除外すれば、AはBに一時的に麻酔をかけようとしただけであり、しかもその麻酔行為だけを抽出してみれば、一般的に是認されないと判断できるほど重大なものではないではないか⁵⁵⁾。

ゲーベルは、自説から、一応の帰結を導出し、刑法226条aで前提とされた良俗違反が、身体の完全性に対する傷害の軽重によって決まることは確かであるとした。すなわち、軽微な傷害の場合は一般に是認され、逆に重大な傷害の場合は原則として否認されるというものである。そして、このように解釈すれば、刑法226条aには十分な明確性がないという基本法上の疑念も払拭されるというのである⁵⁶⁾。しかし、刑法226条aがこのように客観化・明確化されたとしても、これはまだ最初の一步を踏み出したに過ぎないとゲーベルは立ち止まる⁵⁷⁾。何故なら、先に示したように、「客観化」の結果、その「客観化」の生じる論拠が正当でなければならないからである。すなわち、何故、「良俗違反」の内容が傷害の軽重で決まるかの説得力が、そこにはなければならない。

54) Alfred A.Göbel, a.a.O.,S.50.

55) Alfred A.Göbel, a.a.O.,S.52.

56) Alfred A.Göbel, a.a.O.,S.53.

57) Alfred A.Göbel, a.a.O.,S.53.

4 「ゲーベル説」、「ヒルシュ説」の論理的根拠

ゲーベルはその根拠、「重大な傷害説」の根拠を、刑法216条の正当化根拠同様、「同胞の身体の完全性の尊重」に求めた、と言って良からう。そして、同意者の健康の維持それ自体に関心を向けた場合、同意傷害の処罰根拠論において、刑法216条の処罰根拠を検討する際に生じたのと同様な矛盾が浮き彫りになるとする。例えば、これを国家功利主義で説明づけようとする、自損行為の不可罰性と矛盾をきたすであろうし、同意の制限をパターンリズムで根拠づけようとするなら、同意の実質的な基本思想である個人の自己決定権とやはり矛盾し、自損行為の不可罰性を主張する個人の自己責任を前提とした実体的根拠と衝突してしまうからである⁵⁸⁾。ゲーベルは、刑法226条aの枠内でも、如上の禁忌の発想は納得できるものではないとし、同意があろうが、重大な傷害ならば許容されないとの結論を、「一般的な期待」から導出しうるとした。刑法226条aを矛盾なく解釈し説明すること、あるいは正当化することは、刑法216条に関してこれまで明らかにしてきた基本的考え方を援用すれば可能である。ドイツ連邦共和国の社会には特定の価値観が深く根付いており、社会全体の精神的財産となっている。こうした価値観は、確かに、多元的な社会の中ではよく見られるものではない。とはいえ、本人の要求によって行われたとしても殺人は許されないということは、一般的に「一致した見解」を得ることができる。嘱託殺人が許されれば、社会の平穏は著しく脅かされるだろう⁵⁹⁾。この考えは、刑法226条aの中にも取り入れられているのである。自己決定の根底には、単に生命のみならず、中核領域である身体の完全性もある。いずれにせよ、こうした傷害は、それが当事者、すなわち被害者の意思のみに基づいて行われたとしても、一般に許されないと考えられる。その際、傷害の重大性にのみ目を向けるべきであることを指摘しておこう。現在の社会では重大な傷害が特に重視されているからである⁶⁰⁾。ゲーベルのこのような見解、すなわち、同意の制限を「重大な傷害説」により根拠づけようとする立場は、ヒルシュの見解にも見てとれる。ヒルシュは1933年、ドイツ刑法典に226条aが

58) Alfred A.Göbel, a.a.O.,S.53.

59) Alfred A.Göbel, a.a.O.,S.54.

60) Alfred A.Göbel, a.a.O.,S.54.

導入される以前から、判例や、有力な学説は刑法223条以下の規定に従い同意権限を無制限にすることを前提としていたわけではないと指摘する。ゲーベル同様、ヒルシュは、傷害にも極めて重大な傷害もあるため、同意があればいかなる傷害でも処罰を免れるという訳にはいかず、そのように考えることは、むしろ、文化的国家の秩序にそったものであると主張する⁶¹⁾。又、刑法216条を引き合いに出し、同意傷害には人の要求に応じて人を殺害した場合に生じるのと同様の問題があるとし、傷害に同意した場合に問題となるのは、人間の身体の完全性に対する尊重を維持するために、社会の責任という視点が加わるのだとする⁶²⁾。そのような視点によれば、故意による殺害の場合には、同意の正当な効力が排除されるのに対し、傷害については、考え得る侵害の程度にきわめて差異があることから、解釈の余地が残ることになる。すなわち傷害をタブーとする必要性があるのは、その傷害が身体完全性の中核に関わる場合だけで、しかも明白な場合に限られるのである⁶³⁾。「重大な傷害」が公序良俗違反の内容であるとの根拠づけとして、ゲーベルやヒルシュのように、それを国家や社会共同体の期待に求める見解は、見てのとおりである。この構成には人間が個として独立した存在であり、自己決定の自由を保有するとともに、国家ないし、社会の利益にも何らかの関わりを有していることに着目した点でうなづける部分がないわけではない。

5 フリッシュの「合理的意思欠如説」

一方、ここで興味を引くのは、ゲーベル、ヒルシュ同様、帰結として「重大な傷害説」に到達しながらその根拠に人間の「合理的意思」を勘案したフリッシュの見解である⁶⁴⁾。フリッシュは、公序良俗に反する行為があれば傷害として処罰するというのは、特に客観的に考えた場合には不適切であり、また傷害という違法行為の本質に鑑みても正当とはいえない⁶⁵⁾、と前置きした上で、そのような処

61) Hans Joachim Hirsch, Einwilligung und Selbstbestimmung, in : Festschrift für Hans Welzel 1974 S.798.

62) Hans Joachim Hirsch, a. a. O., S.798.

63) Hans Joachim Hirsch, a. a. O., S.799.

64) Wolfgang Frisch, Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung (§228 StGB), in : Festschrift für Hans Joachim Hirsch 1999 S.499.

罰に説得力や一貫性があるとすれば、それは傷害という違法行為が自然主義的(naturalistischen)な身体への侵襲によるからであるとする。更に同意がある場合は通常、違法性は阻却されるのであるから、傷害に問擬しうるのは、有効な同意の欠如により、違法性が依然として存在する、と想定できる場合に限り得ると制限づけをする⁶⁵⁾。それでは、傷害に明らかな違法性が存在し、傷害に対する処罰を正当化するためには、いかなる条件を満たすべきだろうか。フリッシュは、その条件として、同意が、本来の意味における自発的な許可の表明として評価しえない場合であるとの結論に至る⁶⁷⁾。フリッシュによれば、これは、自発的な許可の表明が欠如している場合であろう。つまり、当事者の意思が不存在のまま法益に対する侵襲が型通りに行われたとして、そのような侵襲の実行を同意者が望まないであろうとする基本的な推定に反する場合のことである。フリッシュはこの点を唯一の根拠として、刑法228条もしくは226条aの特定の刑罰適用範囲が輪郭づけられるとするのである⁶⁶⁾。フリッシュの同意傷害説で興味深いのは、同意に際し、特定の錯誤や強制がある場合に効力が認められないこととの関連で、更に踏み込んで、次のように述べている点である。

同意不能に関連する意思の欠如という問題は十分に明らかにされているとは言えない。割合、日常的な事実を見てもこれに該当するものは散見される。例えば、一時的に集中力が散漫になったり、程度の差こそあれ注意力がかなりそれたり、気が高ぶり、一種の高揚した気分になったり、あるいは人の話を頑なに聞き入れない、といったケースであるが、その際、同意能力は否定できるのか、また否定できるとすればいかなる場合か、という点は十分究明されておらず、それは、一人の人間がどの程度の酒を摂取して酩酊すれば同意能力を失う(承諾無能力になる)のか、という問題についても同様である。又、ある人は特定の事柄について正確に心得ているが、決定の間際に、一時的に意識がもうろうとした場合、それは錯誤の問題として扱われるのだろうか。又、ある人が前提とする関連性について

65) Wolfgang Frisch, a.a.O.,S.488.

66) Wolfgang Frisch, a.a.O.,S.488.

67) Wolfgang Frisch, a.a.O.,S.495.

68) Wolfgang Frisch, a.a.O.,S.492.

て、他の人は別の判断をすることをその人が十分承知している場合はどうか。更に、ある人は、自己の決定を導出する価値観念の範囲で、一つのイメージを作り上げたが、それが他人から見れば的外れであったり、価値が逆であるように思われる場合、それは錯誤や強制にあたるのか⁶⁹⁾。フリッシュは有効な同意の議論には意思の欠缺も視野に入れねばならないとの立場から、同意の有効性をつぶさに分析し、最終的に重要なのは、法秩序は自ら理性的と認めるものとは逆に真剣で理性ある人間が何らかのひどく無分別な行動を望むことを直ちに従属させたりはしないのだ、と述べる⁷⁰⁾。そして、上述の考えに従い第三者から見て無分別であることが判断される、もしくは推定されるという理由から同意を承認しないことは、自己決定の原則的な維持という利益を考慮すると、例外的な事例に制限づけられるべきであると「良俗違反」の範囲を画することを試みるのである⁷¹⁾。意思の欠缺の問題が生じない有効な同意を前提とすると、フリッシュによれば、その同意が同意として認められないケースは次のようになる。つまり、理性のある人間であれば同意を与えないことが明白で、したがって、可能な限り自己決定を維持するという利益を考慮に入れたとしても、その人間が同意にそった行動を望んでおらず、また望むべくもない場合に限られることになる⁷²⁾。これに関する主要な例を挙げれば、身体への重大な侵襲で、殊に回復が不可能な結果を伴う侵襲であり、明白な理由やありうべき理由もないまま侵襲が要求され、もしくは同意を得た場合があてはまろう⁷³⁾。何となれば、その場合の同意は、理性のある人間による決定の表れとして理解することができないからである。なぜなら、理性的とみなされる人間であれば、理性を保った状態で決定する限り、根拠もないまま、自己の存在や自由にとって本質的な条件を喪失し、取り返しのつかない状態にな

69) Wolfgang Frisch, a.a.O., S.493.

70) Wolfgang Frisch, a.a.O., S.495.

71) Wolfgang Frisch, a.a.O., S.498.

72) Wolfgang Frisch, a.a.O., S.498.

73) Wolfgang Frisch, a.a.O., S.499.

フリッシュの見解は類型としては「重大な傷害説」に該当しようが、傷害の「重度」、「軽度」というものが確固たる基準により決定されるのではなく、「時代や文化」の影響を受けると位置づけている点は興味深い (Wolfgang Frisch, a.a.O., S.502)

ること、例えば体内の重要な器官を喪失することを受容すること、つまり体の重要部分の切除もしくは切断に同意する準備があるとは、とうてい想定しえないからである⁷⁴⁾。このような場合、理性のある人間であれば、十分な根拠を持ち、対象を限定した基準を唯一の拠り所として、決定を下すであろう。もしも基準が明らかでなければ、その人間は事実関係を大幅に誤解したまま、あるいは十分な理性を働かせずに決定したか、あるいは可能性として妄想にとらわれていたり、自己を破滅に追い込むような衝動に駆られていたため理性的な決定ができる状況にはほど遠かった、と考えなければならない。そのような状況での決定は、同意を得て侵襲を実行するための、正当な根拠としては不十分である⁷⁵⁾。フリッシュは、「同意傷害」に対する評価を、概略として以上のように述べ、理性的人間、換言すれば、合理性を内包する人間が同意する傷害の範囲として、大枠として、「重大な傷害」は組み込まれない、と位置づけているように思われる。そして、そのような巨視的、粗大なくくりをすれば、ゲーベル、ヒルシュ同様、「重大な傷害」を一つの分水嶺として、本件の違法性を把握しているものと思われる。

6 同意傷害とドイツの判例概観

同意傷害に関するドイツの学説状況は以上のとおりだが、ここで、日本の判例同様、ドイツの判例も瞥見しておこう。興味深いのは、日本の判例には見受けられない、学生間の決闘と生命に危険な喧嘩闘争に関する判例のあることである。これには著名な2つの判例があるので概観しておくことにする。

まず前者の「学生の決闘事件⁷⁶⁾」は、被告人は1951年の初頭から3件の学生決闘を行った、というものである。その際武器として研ぎすまされたサーベルが使用されたが、決闘者は我が身を守るために包帯など生命に関わる傷害に対する防具を装着していた。州裁判所は決闘罪について被告人を無罪としたので、検察官が上告の申し立てをした。連邦通常裁判所は、刑法旧205条決闘罪にいう決闘は武器による生命に危険な決闘という意味を示すが、よしんば生命に危険な武器を

74) Wolfgang Frisch, a.a.O., S.499.

75) Wolfgang Frisch, a.a.O., S.499.

76) BGH Urteil vom 29. 1. 1953. BGHSt 4, 24. 塩谷前掲論文253頁以下

用いた場合でも両者が合意している決闘の規則が十分な安全措施を講じている場合にはこれに該当しないとした。更に、刑法旧223条a(現224条)の危険傷害罪に関しても、学生決闘による傷害が危険傷害罪の構成要件に該当することは確かであるが、これは、被害者の同意により違法性が阻却されるかの問題であり、その結果として、行為の良俗違反性が問題となるが、連邦通常裁判所は本件に関しその良俗違反性を否定した。又、後者の「喧嘩闘争事件⁷⁷⁾」では、被害者は当日の午後、ビール4本を飲み、ほろ酔いの状態で被告人に「もしお前がやりたいなら、来い。上着を脱いでナイフを置け。さあ来い」と、喧嘩を売り、それが拒絶されると「臆病な犬め」とのしり被告人を挑発したというものである。そこで、被告人は被害者のこめかみを殴り、被害者を脳内出血によって死亡させてしまった。この事案で、連邦通常裁判所は、「被害者による同意」を正当化することを否定しているのである。それぞれの判例に対する連邦通常裁判所の理由づけは以下のとおりである。まず前者の「学生の決闘事件」においては、刑法226条a(現228条)の「良俗違反」の不明確さを考慮した判決となっていることに着目すべきである。判決は次のように言う。

刑法226条a(現228条)の傷害行為が同意にも拘らず道徳に反するときには可罰的であり、そうでなければ不可罰であるとしているが、このような道徳律を援用することは法治国的の観点からは少なからず問題がある。従って、本条のように不明瞭な規定は、被告人に有利なように、狭く解釈されなければならない、相当かつ公正に考えるすべての人々の礼儀感覚(Anstandsgefühl)によれば、疑いなく刑事上可罰的で違法であるものだけが良俗違反となりうる。これに照らすと、学生決闘はこのような場合でない。一方、後者の「喧嘩闘争事件」においては、敵意から生じ身体もしくは生命に対する重大な危険性をもつ闘争は、刑法226条

77) BGH Urteil vom 22. 1. 1953. BGHSt 4, 88. 塩谷前掲論文253頁以下

ここには“義務違反欠如の理論”すなわち、「誰かがある一定の危険を明確に認識して甘受し、行為者が一般的な注意義務を充足した場合には、特別な諸前提のもとで当該態度の義務違反性は否定されうる」(RGSt57, 172ff)という考え方が存在する。本件においては、被害者が被告人を挑発し喧嘩を売ったという事実が被告人の一般的な注意義務を変更するものではないとの構成になっているわけである。

a (現228条)において基準となる人間の共同生活の基礎にある道徳秩序と全く調和しないとして、被害者の同意による正当化を否定しているのである。検証例が2例ではあるが、同意傷害に関するドイツの判例の核たる考えは、この2つの事例に如実に現われている、と言えよう。それは、日本の裁判所が加害者の行為の「公序良俗違反」、「社会的相当性」というフィルターにより違法性の判断をなしているのに対し、ドイツにおいては、「生命に危険な傷害」であるか否かをその判断基準としているのが見てとれる点である。上に示した二つの事例で言えば、前者が防具により生命の危険から守られている点に、その差異を認識していると考えられるのである。

V 科学的根拠を欠く治療行為と同意の有効性

1 科学的根拠を欠く治療への同意—ドイツの抜歯事件の検証—

「科学的根拠を欠く治療行為」に向けられた「同意」の実像を探るため、ここまで同意傷害に関する基底となる考え方として、日本の学説、判例、ドイツの学説、判例を分析、概観してきた。

そこで、以降では、中核となる検討課題として、医学的・科学的根拠を欠く治療への同意の問題を検討することとする。所謂、医療の範疇における同意傷害の成否についてである。

医療の範疇における同意傷害の問題を考察する上で参考になるのは、やはり、患者による医師への無謀な治療の要求であろう。これには、ドイツの刑事裁判事例⁷⁸⁾で代表例が存するので、この事例を素材に、精緻に検討していくことにする。これはこの数年というものの絶え間ない頭痛に苦しんでいたある女性患者が様々な医師による努力が奏功しないまま終わった後、ある歯科医を訪ね、自身の歯を全部抜くよう要求したというものである。この女性患者は、頭痛の原因が、自分自身の歯にあると考えたわけだが、この要求をのんだ歯科医は、合計16本の歯を抜

78) Gerd Bichlmeier, Die Wirksamkeit der Einwilligung in einen medizinisch nicht indizierten ärztlichen Eingriff, in: JZ 1980 S.53 ff. Joachim Hruschka, Urteil des BGHv. 22. 2. 1978—2 StR 372/77, in: JR 1978 S.519 ff. Maria-Katharina Meyer, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984, S.218. Horn, Der medizinisch nicht indizierte, aber vom Patienten verlangte ärztliche Eingriff—strafbar?, in: Jus 1979 S.29 ff.

歯し、結果として、傷害罪に問われたというものである。事実の概要は次のようなものであった。

証人（患者）⁷⁹⁾は数年来頭痛に悩まされていたが、その原因はあらゆる医学的努力を尽くしても究明することができなかった。最近の検査で何の成果も得られなかった際に患者は、詰め物をした歯を全て抜いて欲しいと意思を表明した。何故ならば、患者が確信したところによれば、疾患と詰め物をした歯の間には関連性があるからだという。検査した医師は、そのような処置は医学的適応性がないという見解であったが、患者の気持ちを変えさせることはできなかった。そのためこの医師は、歯科医である被告人に、事情を電話で話してから患者を転送した。被告人（歯科医）も、歯の状態は患者の頭痛の原因ではあり得ないことを確認し、その所見を患者に伝えた。しかし患者は、抜歯をして欲しいと執拗に熱望した。被告人は患者に対し、本当に抜歯してしまってもよいのか、患者自身がそれを理解していなければならないと言い添えて、最終的に、後日、歯を抜いてやってもよいと告げた。患者を納得させるために、被告人は1975年10月14日に、最初に患者の上顎の歯2本と下顎の歯3本を抜歯した。この処置に関する医学上の適応性は存在せず、被告人も医学上の適応性を想定していなかった。被告人は未知の精神・身体的関連性によって抜歯後に頭痛が緩和されることが、あるいはあるかもしれないと考えていたに過ぎないが、この種の適応性の確認はしなかった。一方患者は、自己が要求した処置に反対する被告人の見解を無視した訳ではなく、自身の状態が改善するという確信はなかった。しかしながら患者は、抜歯を唯一残された治療法と考え、その後も、その治療を熱望した。1975年10月29日に患者は再び歯科医院を訪れ、被告人に対して患者は自分の希望を繰り返した。被告人は誤解して、患者は全ての歯を抜いて欲しいものと思ったが、患者のほうは詰め物をした歯のみの抜歯を熱望していた。そこで被告人はさらに11本の歯を抜歯し、その中に詰め物をしていなかった歯も含まれていたために、結果として、上顎は歯のない状態となった。疾患の改善は現れなかった。患者は義歯の装着を余儀な

79) ドイツの抜歯事件に関する論評中、Zeugin（女性の証人）、Patientin（女性患者）という表記が混在しているが、本稿においては、以下の記述中、「患者」で統一して記すこととする。

くされた。これに対し、地方裁判所刑事部は被告の処置は違法であり、良俗違反に当たると判断し、危険な傷害ならびに故意による重傷害、すなわち、刑法第223条a（現224条）および225条（現226条）に基づいて、この歯科医に罰金刑および執行猶予つき自由刑の判決を下した。歯科医は上告し、部分的な勝利を勝ち取った。連邦通常裁判所は、軽度の傷害罪を認めるに留まったのである⁸⁰⁾。連邦通常裁判所の判決の論拠は以下の3つに集約された。

第一に、この女性患者は「判断力」を有しておらず、「説明された医学的論拠の理性的な検討を妨げる精神状態」にあった。第二に、彼女の承諾の意思表示（治療の処置）は、被告人が行った実際の処置（非治療行為）と一致していなかった。そして第三に、被告人は患者に「現実的な医学的判断」をさせられなかったというものである⁸¹⁾。平たく言えば、患者は、その精神状態から判断力が欠けており、医学的な根拠を持ち出されても理性に照らして慎重に考えることはできなかったのであるから、当該治療行為は患者の有効な同意を得ていない、としたのである。

2 連邦通常裁判所への批判

当時、連邦通常裁判所の判決は、対象事実が風変わりであったため、多くの紙面を割いて報道され、世間に新風を巻き起こした。そして、ルシュカ⁸²⁾、ビヒルマイアー⁸³⁾、ホルン⁸⁴⁾、ニーダーマイアー⁸⁵⁾、MKマイアー⁸⁶⁾らから様々な意見が提示された。それは主として批判であり、そのほこ先は、意思の欠缺を理由に患者の同意を無効とした連邦通常裁判所の解決策へ向けられたものであった。連邦通常裁判所の判決の中核は、まず第一に、医学的に不要な治療の要求をする者に

80) Joachim Hruschka, Urteil des BGHv. 22.2.1978-2 StR 372/77, in : JR 1978 S.519 f.

81) Eckhard Horn, Der medizinisch nicht indizierte, aber vom Patienten verlangte ärztliche Eingriff-straftbar?, in : Jus 1979 S.30.

82) Joachim Hruschka, Urteil des BGHv. 22. 2. 1978-2 StR 372/77, in : JR 1978 S.519 ff.

83) Gerd Bichlmeier, Die Wirksamkeit der Einwilligung in einen medizinisch nicht indizierten ärztlichen Eingriff, in : JZ 1980 S.53 ff.

84) Eckhard Horn, Der medizinisch nicht indizierte, aber vom Patienten verlangte ärztliche Eingriff-straftbar?, in : Jus 1979 S.29 ff.

85) Harald Niedermaier, Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten, 1999 S.195.

は判断力が欠如しているから、その者は有効な承諾を与える精神状態にはないこと、換言すれば、医師はそれを有効な承諾ととらえてはならない。第二に、少なくとも治療行為とは言えないと医師自身が確信する治療方法に、患者が承諾を与えても、患者が治療による健康の向上に承諾を与えている以上、患者の主観と医師の主観に不一致が生じてしまうこと。そして、第三に、このような限界事例においては、医師には無謀な要望を求める患者を翻意させる説明義務が要求される場合のあることを示している⁸⁷⁾。判例の示すこの3つの観点は、このような無謀な治療の要求における医師の判断にとり、いくつかの示唆を与えるものではあったろう。すなわち、判例の見解は有効な承諾とは何か、又、医師の説明義務の範囲に関して参考になる点は示しているからである。しかし、大半の論者が指摘しているように、連邦通常裁判所のなした、承諾の無効性を理由としたこの解決法は適切さに欠ける側面のあることは否めない。判決の背後にあるものは、結局のところ、医師は治療上意味がないか若しくは見込みがないと考えている時に行動を起こすことを全面的に禁じられるとする観点である⁸⁸⁾との批判がありうるからである。判例は外観上、患者の同意論に立ち、有効な同意のない治療行為として、当該事例を判断しているように見える。しかし、実のところ、患者の意思と医学の客観的基準が衝突する際には、そのような患者の意思にはただ有効性はないと述べているに等しい。それは判決文に示された“説明された医学的論拠の理性的な検討”“治療的処置”“非治療行為”“現実的な医学的判断”という文言に証左として表われている⁸⁹⁾。

3 「同意有効論」からのアプローチ

如上の連邦通常裁判所の判決の内容に、ひとまず、同意の有効性の観点からアプローチを試みたのはルシュカであった。ルシュカは、連邦通常裁判所が患者による同意の表明が、その結果としての傷害を正当化できるか否かという点を問題

86) Maria-Katharina Meyer, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984 S.218.

87) Eckhard Horn, Der medizinisch nicht indizierte, aber vom Patienten verlangte ärztliche Eingriff- strafbar?, in : Jus 1979 S.30.

88) Eckhard Horn, a.a.O.,S.30.

89) Eckhard Horn, a.a.O.,S.30.

としたこと自体は是認しうる⁹⁰⁾とし、患者の同意の有効性について、この場合、それが正当化事由として果たして認められるかどうかを考察した。ルシュカの「同意有効論」は、同意の表明により、同意者に責任を帰することが可能な場合を、二つの段階に分けて認定するというものであった。そして、本件の場合、患者は詰めもののある歯を抜いて欲しいという意思を歯科医師に対し繰り返し表明しているため、いずれにせよ、患者により同意の表明はなされたと思わしうとする。その根拠として、ルシュカは、患者の要求は、例えば同意するよう暴力により外部から強制されたような、全く虚偽の意思の表明ではなかったし、患者自身が、表明する意思の「内容」を知らなかったわけではないことを挙げる。つまり、「詰めもののある歯を抜いて下さい」と患者が表明したとき、少なくとも患者はその言葉の意味することを認識していたはずである、と位置づけるのである(これを帰責性の第1段階とする)⁹¹⁾。しかし、とルシュカは言う。帰責性をともなう意思の表明行為(帰責性の第1段階)により、すでに同意が与えられたものとみなすことが可能な場合でも、そこには未だ最終的な帰責性は生じないのだという。それは、連邦通常裁判所も認定しているように、意思の表明行為の一慣性の認定のみならず、むしろ、医療的にいかなる有効性もなく、従って「無思慮」と思われる抜歯に患者が同意を与えたという別の観点が重要となるからである。そして、与えられた同意に第2段階としての帰責性を認めるには、同意の表明に際し、自由な意思決定をした者(*causa libera*)が、「重要な意思の瑕疵」なきところに同意していることが必要であるとする。換言すれば、その同意が権利者の「真の意思」からでたものであることが重要となるのである⁹²⁾。ルシュカは更に、上述の権利者の「真の意思」の判定基準はシュトラテンベルトの言を借りて、

90) Joachim Hruschka, Urteil des BGHv. 22.2.1978-2 StR 372/77, in: JR 1978 S.520.

91) Joachim Hruschka, a.a.O., S.520.

92) Joachim Hruschka, a.a.O., S.520.

自由な意思決定をした者(*causa libera*)とは、カントの言から引用されている。ルシュカによれば、ある行為について自由な意思決定をする者には、合理的に行動する者のみならず、合理的に行動することが予定される者も含まれることになる。従って、その中には、合理的行為の原則を認識していない者、およびそのために自らの同意が不合理でありうる可能性を認識していない者、又、それを認識はしているが、その原則に基づき、行動する状況にない者が含まれることになる。

「当事者の明確な利益」に反するか否かで、決するとし、それが同意の合理性のための規範となるとする⁹³⁾。そうすると、その「当事者の明確な利益」に関する錯誤についての検討も必要となろう。ルシュカは、それについて二つの視点を提示する。その一は理解力のある者が、明確な自己の利益を認識していないか、あるいは誤って理解しているという錯誤であり、その二は明確な自己の利益を認識する能力のない者の錯誤であるとする⁹⁴⁾。そして、本件の是非について、以下のように結論づけたのであった。

このような観点から患者の同意の表明を判断し、まず初めに患者のそれに対応する認識能力、そして認識に従って行動する能力の二つを勘案すれば、患者は明確な自己の利益について錯誤したのでもなければ、外的な理由からこの利益を適切に追求することを妨害されたわけでもなかろう。後者に関してはいずれにせよその手掛かりさえないし、歯科医（被告）および歯科助手から繰り返し説明がなされたのであるから患者の錯誤は完全に排除される。したがって、同意に帰責性がないと認められるのは、患者には認識能力がない、すなわち患者の知識はただ単に表面的なものにすぎないと判断される場合か、または患者には認識に従って行動する能力がないと判断される場合に限られよう。しかしながら、そもそも認識能力の欠如、または認識に従って行動する能力の欠如を証明するための十分な証拠は何かという問題は生じてこよう。だが、ここで、適切な説明が歯科医によりなされたにも拘らず明確な利益に反して同意が与えられているということが、“能力の欠如”の証拠とすることはできない。もし、そうであれば、明確な利益に反して与えられた同意には決して責任を帰することができないという「帰責性」にまで低下させられてしまうからである。⁹⁵⁾

ルシュカは彼の論の中核をこのように述べ、その帰結として、相応の説明がなされたにも拘らず明確な利益に反して同意が与えられた場合に、同意した大人に帰責性がないとすることができるのは、唯一、その者の認識能力の欠如または認識に従って行動する能力の欠如が病気に値する場合に限られるとする。これは、

93) Joachim Hruschka, a.a.O.,S.521.

94) Joachim Hruschka, a.a.O.,S.521.

95) Joachim Hruschka, a.a.O.,S.521.

刑法17条に規定する錯誤によって行動したとは言えない成人の犯罪者が、その者の無能力すなわち「行為の違法性の認識、またはこの認識に基づいた行動」ができないことが病気である（刑法20条）場合にのみ、その行為に帰責性がないとされるのと同旨である。ここでもまた、病気であるか否かの決定は、当事者の行為が明確なその者の利益にそっていたかまたはそれに反していたかに基づいて行われるべきではない。ルシュカによれば、むしろこのような病気と認められない場合には、すべて同意者が「拘束なく」考えた決定となり、したがって、帰責性を認知しうるができることになる⁹⁶⁾。ルシュカの同意有効論に関する原理は、同意者に、人間としての本質的部分が存在する場合、またそうである限り、その者が、一般的な無知であれ、特別な場合における判断力の欠如であれ、そしてまた純然たる神経症であろうとも、与えられた同意に帰責性のあることが排除されない、という点にその特徴がある。つまり、同意者の無思慮が病気に値するとされる場合にはじめて、その同意により同意者に責任を帰属させる可能性は消失するのである⁹⁷⁾。ルシュカの同意排除を制限する立場は、ビヒルマイアーの主張にも見てとれる。ビヒルマイアーは、身体の完全性という法益に関し、重要なことは、自分自身が何を放棄するのか同意者が認識していることであるとし、誤った認識が重要な問題となるのは、その認識が放棄された法益に直接関わっている場合であるとする⁹⁸⁾。ビヒルマイアーは、法益に関わる原則を慎重に述べ、本件に関し、次のような興味深い指摘をした。

法益を厳格な形式として定めれば、自己が何を放棄するのか、原則として被害者（法益主体）にもわかるので、法益に関わる誤解はごく稀になろう。これに対して、範囲が「相対的な」法益、つまり人の身体のように、その状態が生活の過程において常に変遷し、そのため固定化された形式があてはまらない場合にも、誤解が生じることは考えられる。「相対性」とは、法益としての身体が、その時々状況に影響されることを意味する。したがって、身体への侵襲は、身体状

96) Joachim Hruschka, a.a.O.,S.522.

97) Joachim Hruschka, a.a.O.,S.522.

98) Gerd Bichlmeier, Die Wirksamkeit der Einwilligung in einen medizinisch nicht indizierten ärztlichen Eingriff, in : JZ 1980 S.55.

況にいかなる結果が生じるかを考えて、総合的に判断されなければならない⁹⁹⁾。

ビヒルマイアーは本件で問題となっている法益が、身体という「相対的」なものであることに重点を置き、それを加味しなくては、事の判断が明らかにならないではないかとする。そして、連邦通常裁判所の判決が、曖昧で大きくくりなものであるとし、以下のように批判した。もしも患者に法益に関わる誤解があれば、患者には同意能力が欠けていることになる。だが、患者がそもそも“誤解”していたかどうかは疑わしいのではなからうか。何故なら患者は、歯科医師から事前に医学上の所見について抜歯が必要な徴候はないという説明を受けていたからだ。だが歯科医師の説明にも拘らず、患者は、抜歯をすれば病は治るという自身の考えを曲げなかった。さらに、侵襲の意味に対する患者の認識は、現実とは食い違っていた。誤解の前提条件は、こうして整ってしまった。そして、この誤解が重視されるのは、それが「法益」と関わっている場合である¹⁰⁰⁾。たしかに患者は身体の完全性に対して医師が侵襲を加えるという事実は認識していたが、その結果、身体状況が改善されると信じこんでいた。ここでは、法益としての身体が相対的なものであることが見てとれよう。患者は、医師の処置により身体的苦痛、つまり頭痛は取り除かれると考えていたのである。したがって、このような誤った認識が抜歯につながり、身体に影響を及ぼすこととなった。その意味で、誤解は法益に関わっていたのである。これに対して連邦通常裁判所は、患者は「その精神状態から判断力が欠如しており、医学的な根拠を持ち出されても理性に照らし慎重に考えることはできなかった」と指摘したにすぎない¹⁰¹⁾。ビヒルマイアーは、そのような大きくくりの指摘には賛同することはできないとし、重大な侵襲の前に患者が決定を下すのは、いかなる決定であれ、患者の精神的な負担を伴うものであり、患者の自由な意思形成を認めないのは、特別な理由のある場合に限ら

99) Gerd Bichlmeier, a.a.O.,S.55.

100) 法益関係の錯誤に関して我が国の文献で参考となるものについては以下のものがある。

山口厚「欺罔に基づく被害者の同意」『田宮裕博士追悼論集上巻』（2001年）321頁以下。林美月子「錯誤に基づく同意」『内藤謙先生古稀祝賀論文集・刑事法学の現代的状況』（1994年）45頁以下。山中敬一「刑法総論Ⅰ」（1999年）205頁以下。塩谷毅「被害者の承諾と自己答責性」（2004年）43頁以下。

101) Gerd Bichlmeier, a.a.O.,S.55.

れるべきであるとした。終局的には、裁判では、より詳細に事実確認がなされるべきだった、と指摘したのである¹⁰²⁾。ルシュカ、ビヒルマイアーらの“同意有効論”による接近は、連邦通常裁判所の曖昧な判決に一石を投じるものだったことは間違いなからう。それは、患者の同意の有効性を追求する姿勢としては一貫したものであった。だが、しかし、この同意の有効性が判明したとして一体何の意味があるのだろうか。何が生まれるのだろうか。ドイツ刑法226条a（現228条）の同意傷害の議論で重要なことは、同意の有効性もさることながら、被害者の同意をもって行為者が良俗に反し行動したか否かに存するのである。ルシュカらの“同意有効論”は同意の有効性の検証にのみ目が向けられ、行為者である当該歯科医師のとした処置の良俗違反性の検討に何ら目が向けられていない。もしや、彼らは、患者の同意が有効であれば、歯科医師のとした処置は、「良俗違反」などにあたらずとの前提で話を進めているのかも知れぬ¹⁰³⁾。しかし、歯科医師のとした抜歯の処置が、医学的にどのような意味があるか、又、医療の領域で、この処置はいかなる意味をもつかの追求に及ばねば我々の疑問は解除されぬ。

4 医療の目的に着眼したホルンの主張

その意味から、ルシュカ、ビヒルマイアーらの“同意有効論”からのアプローチとは異なり、本件の問題点を広角的な視点から追求したホルンの論評は新鮮であった。ホルンはこのような重大な抜歯事例で、連邦通常裁判所が、「患者は説明された医学的論拠を理性的に検討することを妨げる精神状態にあった」と認定したことについて、同裁判所は、そもそも患者の精神状態から承諾の無効性を推論したのではなく、医学的な必要性がないのに、治療を要求したことから、判断力が欠如していると推論したのではないかと疑念を抱いた¹⁰⁴⁾。何故なら、ホルンによれば、このような推論は、ただ客観的に意味のない処置を医師に要求する者は、その者の承諾の有効性を排除する精神状態にあるに相違ない、との結論を導くに過ぎないからである。ホルンの指摘どおり、確かに、承諾の無効性を理由とする解決法は、単なる口実に過ぎないばかりか、さほど適切なものではなから

102) Gerd Bichlmeier, a.a.O.,S.55.

う。それは、ホルンの言にもあるように、この解決法が、患者を率直に励ます代わりに愚鈍扱いすることを強いるものだからである。その背後にあり、結局はそれのみが決め手となっている観点とは、医師は、治療上意味がないか、若しくは見込みがないと考えているときに行動を起こすことを全面的に禁じられてしかるべきとする観点であるように思える。しかしこの禁止が、「無効な承諾を与える者」のみならず、処置の効果はないと知らされたが、あるいは「奇跡」を信じて、つまり完全に有効に承諾した患者に対しても適用されるとするなら、このことは、刑法226条aの意味における医師の行動が「公序良俗に反して」おり、また患者が有効な承諾をなしたにもかかわらず、その公序良俗違反に変わることなし、と

- 103) 明確な主張としては受けとれないが、ルシュカの主張は、良俗違反の中身を、「重大な傷害」と把握している節はある。それはシュトラーターテンヴェルトの明確な利益に対する違反が同意の無効性を導くとの記述との関連で、次のように述べているからである。
- 「シュトラーターテンヴェルトは、いずれにしても、行為の良俗違反は原則的に、明確な利益に対する違反の特性と同様なものとして決定することができることを正しいと認知している。しかし、その説を受け入れてしまうと、与えられた同意の帰責性に関する考察を省いてしまう可能性が生じる。というのは、当事者の明確な利益に反する傷害は言うまでもなく違法であり、同意を得てもこれを正当化できないと結論づけられてしまうからである。そのような発想は、自分の右手が差し出したものを、左手で受け取るようなものである。つまり、当事者の自主性を出発点としながら、その適用範囲は、不合理な行為に関係しさえすればすっきり摘み取られてしまうのである。当事者の処分の自由は跡形もなくなってしまふ。すなわち、この主張は、特にリスクのある行為の同意に関しては重大な結果をもたらすことになるだろう。したがって、この主張は適切なものではない。そのような弊害を避けるためには、自主性の限界は、はるかに大きく広げられなければならない。そのことはシュトラーターテンヴェルトも、良俗に反する傷害の場合は刑法典224条という重大な傷害であると指摘することで実質的に行っている。ライヒ(帝国)裁判所も、刑法典226条aが導入される前にすでに、同意によって排除してはならない傷害の違法性の基準として、刑法典224条の構成要件を満たすことを取り入れている。しかし、連邦通常裁判所は、上顎にある全ての歯の抜歯を重大な傷害とは認めないとする判決で再認された新判例のために、この方法を採用することができない。この新判例の課題は、ただ、連邦通常裁判所に重大な傷害の基準をもとにして良俗違反を認定することを可能にすることであっただろう。」(Joachim Hruschka, Urteil des BGHv. 22. 2. 1978-2 StR 372/77, in: JR 1978 S.526.)
- ルシュカの意図するところは理解できるが、医療の範疇における同意傷害の考察においては、「良俗違反」の中身を別の視点で考える必要性もあったろう。一方、ビヒルマイアーの主張には、歯科医師の行為の良俗違反性については訴求されていない。
- 104) Eckhard Horn, Der medizinisch nicht indizierte, aber vom Patienten verlangte ärztliche Eingriff- strafbar?, in: Jus 1979 S.30.

確認された場合にのみ、主張として理由づけされ得るに違いない¹⁰⁵⁾。

ホルンはこのように述べ、しかし患者にとってこれは次のことを意味すると懸念を表明する。—それが誤っていると繰り返し保証されていても、自身の個人的診断を信じ込んでいる者は、医師にとってはタブーなのである。健康に関していえば、このような者は未成年者と同様に扱われることになる。つまり、医学と異なる見解を持つ者は、医師の助力を求める権利をもたないことになるのである¹⁰⁶⁾。—ホルンは医療の範疇における患者の主観は尊重されるべきとの立場から、上述のような説得的な主張を展開した後、当該事例と少なからず抵触する問題として、核心的な疑問を投げかける。例えば、刑法224条（現226条）¹⁰⁷⁾に説明されている事例における程度の取り返しのつかない加重結果は許容されないというのは理解できる。自分の指、目、若しくは聴力をいかなる理由であれ失いたい、または醜い傷跡をつけたいとの願望を持つ者については、医師は、たとえ副作用及び結果的効果について詳細に説明した場合でも、この者の言いなりになってはならないであろう。このような処置は、少なくとも通説によれば「公序良俗違反」の域を出ない。これに対し、一部の学説や判例によると、医学的な必要性がなくとも、生殖能力の完全な若しくは一部の除去を目的とした処置や美容上の理由による処置は許容されている。この場合は、通常、あらゆる点で事前に説明を受けた患者の承諾ないし要求があれば足りるとしている。すなわち、仮に美容目的で（つまり全く「治療上の意味はなく」）行われた抜歯は、治療上は意味がないように見えるが、不可罰なままであるのに、同様に「治療上は無意味」のように思える本件の抜歯が、美容上の目的に役立たないがゆえに、違法かつ公序良俗違反であるとされるなら、（その後の義歯装用も含め）、その説明はどのように根拠づけられるのか¹⁰⁸⁾。ホルンはこのような疑問点を惹起し、どちらの事例も医師は同一の、しかも患者に要求されたことに従っているのに、どこからこれだけ（不可罰と可罰）の違いが生じるのか、実際のところ、この違いはどう説明づけられるのか、

105) Eckhard Horn, a.a.O.,S.30.

106) Eckhard Horn, a.a.O.,S.31.

107) ゲーベル論文の引用等で以降にてくる224条、は現226条の「重大な傷害」の条文を指している。引用のため、224条という表記で統一している。

108) Eckhard Horn, a.a.O.,S.31.

と指摘した¹⁰⁹⁾。ホルンのこの指摘は、医療の範疇における治療の本質が、患者の健康を増進することにある点を見過している点に難があろうが、客観面では、同様な行為の評価が目的により異なるのが何故かを追究している点では見るべきものがないわけではない。しかし、多様な観点から本件の問題点を指摘したホルンの見解中で、最も目を引いたのは、“同意有効論”の帰結としての正当化に偏重せずにホルンが、当該事例の処置に治療行為の片鱗が見られぬか、と究明している点である。ホルンは、事実関係の陳述を注意深く読むと、歯科医が、この頑固な女性患者に自身の技術を即座に使用したわけではないことに気づくとし、当該医師が、少なくとも、未知の心身相関性が抜歯後に頭痛を緩和させる可能性のあることは皆無でないと考えていたことに着眼し、医師のなした抜歯行為に治療的傾向の可能性がないかとして、以下のように指摘した¹¹⁰⁾。

連邦通常裁判所は、一医師が考察した「的外れな可能性」により、彼の行為から「治療行為」という性質が排除されていることがくつがえるわけではない—と指摘し、医師の行為に治療的傾向の可能性を否定した。しかし、そのように何故言えるのだろうか。連邦通常裁判所は、上記の判示によって、治療の目的は、治療の成功の可能性が「身近にある」場合にしか追求できないと真顔で語っているわけではあるまい。しかし、それまでにどのような医学的努力も奏功しなかったことを知る医師が、あらゆる「科学的」反論にも拘らず、自身の歯が「元凶」であり、抜歯が「唯一残された治療である」との見解に固執する患者を前にし、「未知の心身相関性」という診断しか彼の手に残されていないがために処置を遂行した場合、それを本当に医学的に全く根拠のない（ひいては法律上「公序良俗に反する」）ものと言えようか。これまで医師や医学は、思いこみ、信念、生への意欲などの未知なものに依存したことは一度もなかったのか。そのような要素も、「医学的効果」を共有することは許容されないのか。そのような要素は、緊急の場合、すなわちその手法以外に医療が機能しなかった場合にのみ、「医学的効果」を伴うことが許容されるのか。（中略）連邦通常裁判所は、もし、患者の頭痛が消滅した場合にも、やはり同様な判決を下していたであろうか¹¹¹⁾。ホルン

109) Eckhard Horn, a.a.O.,S.31.

110) Eckhard Horn, a.a.O.,S.31.

のこの指摘は、医学本来の持つ可能性や医療行為が確立されていくプロセスに着目している点で、ある意味での射ている発言である。それはある疾病に対する治療行為として現在確立されている行為もその当初においては患者に対して、試行的に繰り返し行なわれその過程で定着し、確立してきたものであるからである。

ホルンはそのような意味で、治療の目的は、治療の成功の可能性が身近にある場合にしか追求できない訳ではないと主張しているものと思われる。その意味からすると、もし、仮に、この歯科医が患者に対しとった行為が、何らかの医療の水準の範疇にあれば、議論の余地も生じだろう。すなわち、歯科医が抜歯をすることで、患者の頭痛が和らぐやも知れぬと判断をしたのは、このケースでは未知の心身相関性との関係で、疾病が和らぐという可能性にかけたのであり、もし、この未知なる新領域の病に対する処置として、歯科医のとった行為が広義の医療の水準の底辺を上回るところに位置するとの証明があれば、ホルンの指摘のとおりである。冒頭にも示したように、医療は原則として、医学上一般に安全性や有効性が確認された方法により提供されなければならない。そして、患者もそのような医療を受ける権利を有する。しかし、病気の種類は多様であり、今日においてその症例のすべてに対して、治療方法が医学上一般に確立されているわけではない。また、その確立した治療方法よりも、優れた治療方法の存在することもありうる。このような場合に、医学上未だ一般には承認されていない新種の治療方法を用いる場合が存在する。それは、医療行為には、本来、その敵である病変のある限り、行為が続行されねばならないという性質が内在されているからである。治癒せしめるという至上目的をめざす限り、安全地帯を一步飛び出すことが、時として許されるのはそのためであり、代替方法の無いこと故にその危険性は、消極的にせよ肯定されるのである。問題は安全地帯を飛び出す行為が何かである¹¹²⁾。

111) Eckhard Horn, a.a.O., S.31.

112) ドイツの抜歯事例で、被告の歯科医がとった処置は、一体この安全地帯からの跳躍として許容範囲にあったか否かが最大の問題である。治療の目的という主観面の正当性は重要なものとして位置づけられるが、所謂医師の恣意的な判断に結びつく危険性をもあわせ持っている。当該処置は、未知な領域への挑戦という意味でも、実験的治療行為の一類型とも言えないであろう。

VI 科学的根拠による良俗違反の内容の客観化

1 患者の意思に対峙する医学の客観的基準

医師の掟は、一方で患者の健康を、もう一方では患者の意思を尊重すべき、とはよく言われる。相互に対置する二つの要請は、時として最高法 (suprema lex) と位置づけられよう¹¹³⁾。すると、これらの両原則が共鳴せず、異なる行為指示 (Handlungsanweisung) を命じる場合、安全地帯への跳躍に制約がかかる場合がある¹¹⁴⁾。一方の suprema lex である患者の主観から生じた要求のまま、医師が型通りに処置したとして、果たしてそれが、安全地帯の範疇に収まるや否や疑問が生じうるからである。医療行為に内在する悩ましさがここに露呈する。我々の眼前に立ちただかるのは、患者の健康というものは、一体、患者の個人的見地から主観的に定義されるものか、それとも、lege-artis を基礎にした医学界の客観的な認識によって定義づけられるものなのかという永却の“問”なのである¹¹⁵⁾。確かに個々人の自己決定権に基づき原則として、患者の意思は実現されるべきであることは間違いない。いかに医師であろうとも、患者に健康上の幸福を強制する健康を取り締まる警察官 (Gesundheitspolizist) となる必要はない¹¹⁶⁾。個々人が、自己の健康をどうするかは、まず第一にその人自身がきわめて個人的に決定し、医家の門を叩けば良い。又、そのように自己決定してよからう。

だが、そこには、一定の制約が生まれよう。それは、医療の領域からは、患者の健康体こそが、ひとまず患者の幸福であると一般に解されるからである。医師は患者の生命・健康という法益について医療上の配慮義務という形で固有の責任を負っている¹¹⁷⁾。例えば、患者の、生命も含めた健康上の幸福を促すという医師の掟は、生命と身体不可侵性についての基本法 (基本法第2条第2項) をはじめ、

113) Hans Ludwig Günther, *Voluntas aegroti suprema lex – juristische Erwägungen, Maximen in der Medizin*. Schattauer, 1992, S.124.

114) Hans Ludwig Günther, a.a.O., S.124.

115) 拙稿「J.S ミルへの質問状—自己決定の限界について」講談社「本」2003年8月号 59頁

116) Hans Ludwig Günther, *Voluntas aegroti suprema lex – juristische Erwägungen, Maximen in der Medizin*. Schattauer, 1992, S.125.

117) Hans Ludwig Günther, a.a.O., S.126.

殺害及び他人の健康を害することを禁止する刑法上の規定（刑法第211条以下。第223条以下）にその根拠を置く。つまり、患者の生命と健康という最高の法益が、医師には委ねられ、医師はその法益故に、医師の福祉保護義務（ärztliche Fürsorgepflicht）という責を負うのである。患者の意思が、医師とこの福祉保護義務を分離することなど出来るものではない¹¹⁸⁾。患者の意思が、医師をそこから解き放つわけではない。すなわち、医師は、患者に真摯な承諾が存在するとしても、それにより健康上の不幸を与えるような処置は控えねばならないのである¹¹⁹⁾。勿論、医療の目的は医学的見地から患者の健康にとり必要なことと患者の意思とを限りなく一致させることであるのも否めない。従って、患者の「幸福」を完全に主観的に定義し、客観的な、医学の視点に目を覆い、その医学的基準を消失させる限りで、患者の「幸福」と「意思」を収束させ、一致に向けることも可能である。この場合、患者の幸福の主観的定義が重視され、「病気」と「健康」の境界線が、相対的に、個々の患者の状態から線引きされることになる。ある者が病気だと感じていることが、他の者の健康状態に支障を与えないケースはありえよう¹²⁰⁾。健康はそれぞれの人間にとり、同質ではなく、全ての人間にとり同一ではない、のも真理である。

しかしながら、患者の意思と患者の幸福の一致を求めるこの解決策は、患者の求める代替処置が、標準治療とほぼ同等である場合にのみ、衝突の回避を可能とすることに注意せねばならない。何故なら、その場合にのみ、主観的な患者の意思と、医学の客観的立場にそった、医師の治療技術規則が、和合し同一結果をもたらすからである¹²¹⁾。このような観点に立てば、ドイツの抜歯事件のような事例での歯科医の対応がどうあるべきであったかは自ずと、見えてこよう。事実の概要から明らかなように、患者は自身の健康について、もっぱら彼女自身の見地から主観的に定義していることが伺える。患者が自身の健康というものを、主観的に定義する限り、患者の脳裏から医学界の客観的基準は消失していく¹²²⁾。この意

118) Hans Ludwig Günther, a.a.O.,S.126.

119) Hans Ludwig Günther, a.a.O.,S.127.

120) Hans Ludwig Günther, a.a.O.,S.126 f.

121) Hans Ludwig Günther, a.a.O.,S.127.

122) Hans Ludwig Günther, a.a.O.,S.126 f.

味では、患者にとり健康と意思は重なり合うことが可能となる。しかし、ここにも適正な許容範囲というものがある。抜歯の事例の如く、もし、患者の主観的意思に従うという原則を優先するならば、患者の意思に従った当該行為は、医学の領域と交わりを持たない空集合を形成する結果を生む。患者の主観が医学の客観的基準と衝突するようなケースでは、医師が患者の主観を重視することは、医師が患者の要求に基づき患者の健康に何らかの害を及ぼす結果に繋がるのである。

これが、正当であろうか。合理性であろうか。否、それは、もはや医療上の治療侵襲とはほど遠いものではなかろうか。

2 治療行為として許容される限界点

我々が看過できないのは、例えばこのドイツの抜歯事例（治療行為と同意傷害の複合的問題）で言えば、これが素人同士のやりとりではなく、それが歯学の領域において、資格を有する歯科医の手で行なわれることになる点である。医師はその職務関係者として社会から評価を受け、活動の自由を得ている。その根拠のひとつは、彼が医師以外では体得し得ない医学の客観的基準を知識技能として体得しており、これを駆使して疾病等に対処しうるところに存するのである。そして、もしそうであるならば、医師の行動を規律する規範としてまず最も重要と考えられるのは、自然科学の法則に従って構成され命じられる医学準則なのである¹²³⁾。これが当該専門家である医師にとり、あるいは一般の患者にとり了解・承認できる形で実施されていれば、それを問題視する必要性は毛頭ないのである。これはすなわち、医の領域での医師－患者の共同作業は正当化されることを意味するものである。

それでは、この是認されうる限界線とは、どこに線引きされるべきなのか。ここまで検討してきた日本、ドイツの同意傷害の学説、判例の見解を集約すると、いくつかの貴重な方向性が見えてくる。それは、日本の刑法典には規定がないにせよ、同意傷害を何らかの「公序良俗」に反しないとの規定であると位置づけるなら、その「公序良俗」の内容を可視的な客観基準として明示すべきことが一義

123) 手嶋豊他「医事法」(2000年) 7頁

的に重要となる。そして、そこには二つの大きな視点が存在した。一つは、行為無価値を重視する立場である。すなわちベルツを代表とする「目的説」や日本の通説・判例が採る「社会的相当性説」である。もう一方は、結果無価値を重視する立場であり、ゲーベル、ヒルシュらの主張にある「重大な傷害説¹²⁴⁾」である。

検討の結果明らかになったこれらの学説で医療の範疇における同意傷害の問題として示された「ドイツの抜歯事例」を考察すると、問題の核心が鮮明になるように思われる。まず、「目的説」は、保険金詐欺に関わる場合のように、同意自体が、違法な目的によりなされていることを「公序良俗」違反とするが、ドイツの抜歯事例のようなケースに対し、この説は無力であることが分かる。患者は、虫歯と頭痛の不確かな相関性から、抜歯を要求しているに過ぎず、そこには何ら違法な目的の追求などは存在しないからである。又、「社会的相当性説」によっても、患者の歯を16本抜くことが、社会的に相当であるか否かについては「相当の範囲」を具体化・客観化できないならば、未だ明確な根拠を提示できていないように思われる。この点、主張としてひとまずこの問題に一応の明確さを提示しているのは、「重大な傷害説」であろう。

3 ゲーベルの2段階説に潜む盲点

ゲーベルは、本稿で既に見たように、ドイツ刑法226条aは合憲と解釈することができ、基本法103条2項の明確性の原則をも充足させるとの結論に達し¹²⁵⁾、ただし、「良俗」という少々曖昧な概念をより明確化すべきとし、以下のような条文改案を示した。

“被害者の同意のもとに行われた傷害は、224条に掲げる類の傷害であり、かつその傷害に、刑法34条の利益衡量の基準に基づく正当な理由がない場合に限り、

124) 日本の学説における「重大な傷害説」については、脚注17)～23)で示したとおりである。尚、そこに触れられなかった説として、甲斐教授が提唱されている「人格の著しい変更を伴う傷害説」がある。この説は、五感の毀損を想定しているものと思われ、その意味でドイツ刑法の重大な傷害規定(226条)の影響を受けていると思われる。(甲斐克則・小林公夫対談「医事刑法の諸問題」「アーティクル」VOL230 2005年32・33頁)

125) Alfred A.Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992 S.61.

違法とする¹²⁶⁾”

ゲーベルのこの条文改正案を咀嚼すると、次のように解釈しうる。その一は刑法224条に該当しない軽度の傷害は、被害者の承諾で正当化しうる。その二は、当該傷害自体が重大であろうとも、刑法34条の緊急避難の法理の援用で、何らかの優越的利益がそこに存在する場合、正当化しうるというものである¹²⁷⁾。ゲーベル自身も、ドイツの抜歯事例を取り上げて、以下のように述べている。

客観的な医学的根拠なしに処置されているが故に、医師が傷害にかかわるようなケースも、これまで検討してきた判断基準に従って解決することが可能である。連邦通常裁判所の事例では、患者の同意能力を肯定した場合に、刑法226条aに規定された同意の制限が問題となつてこよう。そして、この場合に重要なことは、傷害の重大性をどのように評価するかということである。自己の身体を自由に処分する可能性と、それに伴い同意の認められる可能性が失われるのは、傷害が刑法224条に該当する重大なもので、継続的で回復不可能な傷害にあたる場合に限られる。事実関係によれば、当該事例で医療上の適応性は存在しないため、刑法34条の類推により、この傷害を正当化することは不可能である。一方、この事例での抜歯はかなりの傷害と言えようが、今日の歯科医療における補綴（義歯）技術で対応すればこの傷害によって生じた結果を補うことは可能である。すなわち、これを刑法224条に規定する継続的な、つまり回復不可能な傷害として論ずることはできまい。つまるところ、自己の身体の自由な処分の範囲におさまるため、刑法226条aを考慮しても、患者の同意の有効性は肯定しうる¹²⁸⁾。ゲーベルは、自説から、このように定義づけ、ドイツの抜歯事例で、患者の同意は有効なであり、刑法226条aの同意制限によることなく医師には傷害罪の成立は認められないと、結論づけているように思われる。

確かに、「良俗違反」の客観化という観点からは、ゲーベル説は当を得ているように思われる。

126) Alfred A.Göbel, a.a.O.,S.61.

127) Alfred A.Göbel, a.a.O.,S.60.

128) Alfred A.Göbel, a.a.O.,S.60 f.

4 「社会的相当性」の客観化・可視化

しかし、医療の範疇における同意傷害の議論としてこの問題をとらえると、ゲーベルの結論の妥当性には疑問が生じうる。

ゲーベルも認識しているように、ドイツの抜歯事例において患者の頭痛を抜歯により緩和するという医学的適応性は、存在しなかったのである¹²⁹⁾から、それと表裏の関係性を持つ術的正当性もあわせて存在しないことになる。ゲーベルは医学的に適応性の欠如した事例であろうとも、「良俗違反」の内容を回復の可否や重大性を基準として、判断しようとあくまで固執するが、そこには治療行為の正当化原理という視座が欠落しているのである。

塩谷助教授も指摘されているように、治療行為における「患者の同意」の問題と、一般的な「同意傷害」の問題は区別して考えられなければならない点がある¹³⁰⁾ことを、ゲーベルは見落としているのである。何故なら、治療行為に関する限り、患者の承諾の問題のみならず、「医師の正当業務行為」や「医学的適応性」「術的正当性」などの他の観点にも充分注意が払われねばならないからである¹³¹⁾。本稿の冒頭に示した通説的見解あるいはその修正説に従えば、医師の治療行為が傷害罪としての違法性を阻却されるのは、患者に対し治療の目的でしかるべき方法¹³²⁾により、原則として患者の同意を得て処置することが正当化の要件として求められていたはずである。

この見解によれば、たとえ何らかの愁訴があるにせよ、医学的に適応性のない、すなわち治療の必要性のない症状に対し、医学的・科学的根拠を欠く処置を医師が自己の裁量で施せば、傷害としての違法性を具備することになるはずである。それは治療行為、更には言えば医療に内在する危険性¹³³⁾を考慮すると支持される考

129) Alfred A.Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992 S.60.

130) 塩谷前掲論文244頁

131) 塩谷前掲論文244頁

塩谷助教授は、医療の範疇における同意傷害の特殊性をこのように指摘されるが、その詳細については別稿に譲るとされ、私見との関係については不明である。

132) ここに言うしかるべき方法とは、通説の要請からは一般に承認された方法（狭義の医療水準）を意味し、一方、緊急性、補充性、真摯な同意などの特殊な条件の下では、医学水準以下の方法ということになる。いずれにしても、当該処置の利益・リスクを比較衡量して、何らかの科学的知見が存在しなければならない。

え方である。治療行為の特殊性に配慮した上述の考え方に立てば、治療結果が生じる一步手前の段階での判断が何よりも重要となるはずである。すなわち、医師の行為時基準に立ち、抽象的には社会的に相当な行為、一步進めてその具体化を図るならば、医療水準のレベルとして何らかの合理性を具備する手法が採られている必要がある。医師は対象となる患者を前に、当該処置の利益・リスク衡量の後に何らかの利益、何らかの科学的根拠を証左として示す必要があるのである。そして、もしそれが叶わぬなら、当該処置は患者にとり、ドイツ流の「良俗」に反する危険な行為として慎重に回避されねばならない。

5 合理的人間の意思と科学的根拠

このような私の考え方¹³⁴⁾はフリッシュの「合理的意思欠如説」を修正しても同様な結論を導くことが可能である。合理的人間の意思の“合理的”の多義性に問題はあろうが、フリッシュの言うように合理的な人間が何ら医学的適応性を欠く行為に同意を与えるだろうか。実はここに解決の糸口が示されているのである。フリッシュは、合理的人間が同意を与えない対象として、「重大な傷害」と位置づけたが、それは医療の範疇では、“科学的根拠¹³⁵⁾を欠く治療による傷害”と代替が可能なのである¹³⁶⁾。誰が根拠のない治療に同意を与えるか。誰が率先して健康の回復可能性なき行為を了承するだろうか。このように考察を進めると、ドイ

133) 斉藤誠二「医事刑法の基礎理論」1997年22頁。松倉豊治「医学と法律の間」1977年14頁。尚、医療行為に内在する危険性の他、患者側の素因(特異体質)による危険性もあわせて存在しよう。

134) 傷害としての違法性阻却の根拠は、当該治療行為が社会的に相当な範囲においてなされた、というような曖昧な定義からでなく、当該治療行為が医術的正当性の側面、すなわち医療水準の側面から、何らかの科学的根拠を具備しているものでなければならない。その意味からすると、私の考え方は「科学的根拠説」、あるいは少なくとも低度な医療水準が要求されることから「最小医療水準説」とでも位置づけられよう。

135) 医学の新しい潮流としての科学的根拠という場合、それはEBM=Evidence-based medicineを指し、これは一般に、あやふやな経験や直感に頼らず、患者に科学的エヴィデンス(証拠)に基づいて最適な医療・治療を選択し実践するための方法論と位置づけられている。本稿で“科学的根拠”という場合は、もう少し低度のレベルで、何らかの“医療水準”の存在という位置づけでこの用語を使用している。尚、本来のEBMの意味については、縣俊彦「EBM医学研究・診療の方法論」(2001年)1-12頁を参照。

ツの抜歯事例で、これが同意傷害と想定されないためには、以下のような科学的プロセスが志向されるべきであった。まず患者に虫歯があり、それが頭痛と因果関係があるのかを歯科医は判断する必要があった。すなわち、歯槽の歯周病のケースであるかどうかの判断をするのである。いわゆる歯槽膿漏の重度の状態であるならばP4の状態に患者の歯の状態があてはまるかである。所謂もう骨がなく歯茎に付着しているだけで、常時そこから膿が出て、急性化するとそれが腫瘍になり細菌の巣窟のような状態になる場合である¹³⁷⁾。このようなケースでは体への悪影響も多く、高熱、頭痛を越え、心内膜症や心臓、腎臓、肝臓などの他の臓器に負担が生じる状態にまで悪化することがある。このような進行状態では明らかに抜歯に着手することが歯学的観点からも良からう。ところが、これが軽度のP1の状態であるならば、どうか。この場合、単に歯茎が腫れるのみで、

136) Harald Niedermaier, *Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten*, 1999 S.195.

ニーダーマイアーは公序良俗違反の根拠として自説同様、医療の技術規則（準則）への違反を挙げるのが、同意者の保護に基本的に役立つのはたしかであるとする。ニーダーマイアーによれば、ただし、これがあてはまるのは、通常とは異なる処置によって健康状態が悪化し、医師の責任が問われる場合である。もっとも、このような事例では、同意はそもそも一般に無効とされる。なぜなら、たとえ医師が患者に道理にかなった説明をした上で、医学的な基準から外れた処置を行ったとしても、それを患者に対する説明の根拠とすることは難しいからである。このような立場に対し、自己決定の範囲を広く把握する立場からは異論もあろう。

しかしながら、私は、治療目的を伴わない指つめや抜歯が、医療行為のプロセスの中で行なわれることに疑問を感じざるを得ない。自力では指をつめたり抜歯することが上手く処置し得ないことを理由に、医師にそれを要請するという論理を許容し得ないのである。それは医学本来の定義を思い起こせば自ずと明らかになる。澤瀉久敬教授はその著「医学概論第三部医学について」11頁で、佐々貴之「内科学総論」2頁を引用し、医学とは「凡そ疾病（病氣）をとり扱ひその病理を究明し、これを病者について検診し判定し処理すると共に、人を疾病より予防しその健康を保全し、更に進んで人の健康を一層増進せしめ、以って人類の福祉増大に寄与する学問である」とその定義を紹介されているが、ここにまさに医学の使命が示されていると言って良い。すなわち、その使命は、積極的な健康建設にこそ求められるべきものなのである。くり返しになるが、医学の領域には、医学が本来、志向する姿があり、又、客観的な基準があるのであり、その基準と空集合を形成する処置行為は、医学の領域からは排斥されてしかるべきなのである。この問題については多くの課題を残していようが、本稿においてはここまでの検討にとどめておくこととする。

137) 栗橋健夫 社団健聖会 栗橋歯科医院にて取材（2001年9月22日 PM6：30-7：30）。

歯茎の汚れを除去さえすれば症状の改善が期待されるため抜歯の必要性などないのである¹³⁸⁾。又、患者の歯が全然ぐらつかず、微小な虫歯の存在が認知されるだけで、抜歯の必要性のないケースでは、頭痛の原因が噛み合わせによる関連痛である可能性がある。その場合は、その関連痛を医学的に探らねばならない¹³⁹⁾。以上のような歯科医学の科学的根拠にのっとった判定を押し進めれば、患者に歯科医学的な異常が認められない以上、患者からたとえ抜歯を求められたとしても、歯科医は抜歯という処置によるべきではなかった。頭痛に悩む患者が、その患者の歯に何の異常も認められないにも拘らず、頭痛は歯に起因すると思込み、抜歯をしてくれるよう懇願した場合でも、歯科医は、抜歯を選択するべきではなかった。否、そのような処置に歯科医が無思慮にふみ切ったとすれば、歯科医の行為は、傷害罪に問擬される可能性があるのである。それは、当該行為が、医学的・科学的根拠の欠如ゆえ、不確かな、危険なものであり、「客観的」な良俗違反性 (Sittenwidrichkeit) が認められるからである¹⁴⁰⁾。そして、このような正当化原理であれば行為者の行為時基準に立ち、「行為の無価値性」を重視する社会的相当性説¹⁴¹⁾の曖昧さを少なからず払拭でき、「良俗違反」の具体化・客観化・

138) 栗橋健夫 社団健聖会 栗橋歯科医院にて取材 (2001年9月22日 PM 6 : 30 - 7 : 30)

139) 栗橋健夫 社団健聖会 栗橋歯科医院にて取材 (2001年9月22日 PM 6 : 30 - 7 : 30)

人間の脳神経には、第V脳神経である三叉神経があり、額、上顎、下顎などの顔面の痛覚を司っている。神経根という神経節が3つ又に分かれたもので、頭痛も、歯痛もこの三叉神経が感知するのだが、神経の特性によりあまりにも痛みが激しくなると、歯以外の痛みでも歯からくる痛みと錯覚してしまう。歯の噛み合わせ、いわゆる咬合が不具合で、顔面の筋肉に痛みを覚え、それに従って頭痛が起こる。これが関連痛で、神経生理学的には収束と発散という現象に相当する。このような、噛み合わせからくる頭痛の場合には、歯の治療の必要性もなければ、ましてや抜歯の必要性はない。スプリント、いわゆるマウスピースで、噛み合わせを全体的に2~3mm上げ、関節に対する噛み合わせの影響を無くせば、大半の痛みはおさまるものなのである。栗橋院長によると、マウスピースによる治療法が確立されたのは、ミシガン大学でミシガンスプリントというメソッドが開発された1980年代後半のことで、歴史的には非常に浅いようである。更にマウスピース治療による統計が発表され世界中に情報が行き渡るには、そこから数年を要しているはずで、実際に噛み合わせと頭痛の関連性が明らかになったのは1990年代に入ってからのことであった。栗橋健夫 社団健聖会 栗橋歯科医院にて取材 (2001年9月22日 PM 6 : 30 - 7 : 30)、森松光紀「三叉神経痛」『内科』81巻4号684頁以下

可視化への接近を可能とすると考える。

Ⅶ 結語

「同意傷害」に関する日本とドイツの学説・判例の動向を分析し、そこから導出されたことを基底とし、限界事例としてドイツの抜歯事件を素材に、医療の範疇における同意傷害の違法性を、ここまで検討してきた。検討の結果、明らかになったことは、まず第一にドイツ刑法典228条（旧226条a）の条文規定にある「良俗違反」の内容を明確に客観化、可視化する必要性のあることである。勿論、我が国においては、「同意傷害」という特別な構成要件は存在しないが、ドイツにおける議論と同様、学説、判例の根底に、いかなる行為が同意傷害としての違法性を具備するか、その条件を模索する姿勢が見てとれる以上、その内容の客観化は、不可避である。そして、その関連で問題視されていたのは同意傷害の違法性の基準として、我が国の判例が採る「公序良俗違反」や「社会的相当性」に内在する曖昧さであった。それは、「重大な傷害説」を主張する有力な立場からは、

140) ドイツ民法138条に記されているように、患者が法律で禁止されている医療、又は道徳に反する医療を望む場合には、医師は医療契約の締結を拒否することができる。患者が成功の保証を求める場合は尚更のことである。当該事例は、法秩序が医学界の水準や医療準則に適合しているかどうかに応じて、医療行為を定義するという大原則から外れたものであった。医療行為の目的は、患者の意思と健康を一致させることでなければならない。このことがうまくいかなければ、患者の意思がその範囲を限定するにせよ、患者の健康を増進することこそが“最高の法”であると見なされるのである。従って医師はたとえ患者に迫られても、自己の見解に従い、医学的に正当化し得ない治療措置をとってはならなかった。結論として、このケースでは、被告人の歯科医は、当該患者との医師—患者関係を終了しなればならなかったのである。

(Wilhelm Uhlenbruck, Die Pflichten des Arztes, Adolf Laufs/Wilhelm Uhlenbruck Handbuch des Arztrechts 1999, S.421)

141) 福田平「全訂刑法総論第三版」(1996年) 147頁・148頁。福田平博士は、「社会的相当性」に関し、「社会的相当性といった、いわば一般条項的な概念で、違法性を阻却するかどうかをただちに断定すると、違法か適法かの限界が不明瞭となり、法的安定性を害するものであるから、法的安定性と法律的明確性の要請から、社会的相当性を規制的な原理として、できるだけ個々の違法性阻却事由を類型化することが必要である。わが刑法における違法性阻却事由に関する規定である、刑法35条（法令による行為）、36条（正当防衛）、37条（緊急避難）は、こうした意味で、社会的相当行為を類型化したものといえよう。」と述べられている。この意味からすると、福田博士におかれても、社会的相当行為の具体化・具現化を意識されていると推測される。

そのような枠組みでは、先の客観化、可視化が不充分であるとの批判が生じうるからである。

その意味から、これは殊に医療の範疇において適用されるものであろうが、判例の採る抽象的な概念に治療行為の持つ「科学的根拠」という濾過器を付することは、その具体化、客観化をはかる点で意義がある。すなわち、少なくとも患者の健康を維持ないし増進し、患者にとり何らかの利益となりうる行為は、当該領域では、「良俗に反しない」行為と定義づけることが可能となるのである¹⁴²⁾。そして、このような構成であれば、逆に、科学的根拠を欠く治療行為は、行為時点における危険性が科学的観点により把握される点で、「良俗違反」であると、客観的に明確に位置づけられるのである。上述の考えは、治療行為の正当化要件との関連でも意味を持っている。それは、およそ治療行為と名付けられるものは、医術的正当性と医学的適応性を具備するべきであり、それでこそ、客観的に治療行為として存在しうると考えられるからである。

*

さて、本稿で示した自説は、そもそも違法性阻却の概念としての社会的相当性 (soziale Adäquanz) を基調とするものであり、本稿の主眼は、当該概念の明確化を最終的に志向するものであった。

ドイツで有力に主張されている「重大な傷害説」の学説分析に紙幅を割いたの

142) 例えば、ある患者が数年来、重度のメニエール病で耳なりがひどく、日常生活に支障をきたすから、いっそのこと耳の神経を切断して欲しいと要求してきた場合、医師はこれにどう対処すべきか。この患者からの要求は一見、科学的根拠を持たない無謀な要求に聞こえよう。しかし、この手法が実際には科学的根拠のある一般に承認された医療ならば、許容され得ることに注意せねばならない。すなわち、この場合も、当該治療処置が医学的、科学的見地からどう評価されるかが重要なのである。メニエール病の治療法として現在考えられる代表的外科手術には二つある。ひとつは、「内リンパ嚢解放手術」であり、もうひとつが「前庭神経切断術」である。そして、このケースで患者が要求した治療とは、後者の前庭神経切断術なのである。当該手術は、メニエール病を患っている側の耳の前庭神経（半規管からの信号を脳に伝える神経）を切断することにより、半規管から出るトラブルの信号を遮断し、めまいの自覚をなくす手術法である。手術後、めまいの感覚が消失するのと同時に、片方の平衡感覚機能も消失してしまう点に問題はあるが、科学的根拠の観点からは採りうる処置なのである。(日本放送協会・日本放送出版協会「きょうの健康」113頁-123頁 坂井真・神崎仁「耳鳴りの原因と対策」『日本医師会雑誌』109巻10号160頁以下)

も、明確性の観点から、この学説をひとまず“是”とし、自説を対峙させることで、その対比を浮き彫りにする必要性を感じたからである。医療の範疇という特殊な領域における検討ではあるにせよ、その意味から、少なくとも、社会的相当性という広範囲な概念に、絞りをかけることでこの分野の議論に「行為無価値」を重視する立場から一つの解答を示したつもりである。勿論、医療と法の問題としては、本稿で論じきれない多くの課題が残されているのは否めない。例えば、本稿で示したように、たとえ、患者の同意があろうとも、傷害と位置づけられる領域が存在するのであれば、一方、それと表裏の関係で、その領域、境界線より上位にある治療法を患者の同意なく施行した場合の違法性が、いかなる性質を具備するかの問題が生じよう。所謂、専断的治療行為 (eigenmächtige Heilbehandlung)¹⁴³⁾の問題であるが、ドイツでも議論が活発なこの難題の検討については、他日に期することとし、ひとまず本稿を閉じることとする。

143) 専断的治療行為 (eigenmächtige Heilbehandlung) に関するドイツの最近の論稿で目新しいものとして、以下の2篇を挙げておく。殊に Peter Cramer 論文は、刑法第6回改正草稿229条、230条を批判的に見ており興味深い。

Peter Cramer, Ein Sonderstrafatbestand für die eigenmächtige Heilbehandlung, Einige Bemerkungen zu §§229,230 des Entwurfs eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts (6.StrRG), in : Festschrift für Theodor Lenckner 1998 S.761 ff.

Egon Müller, Von der Körperverletzung zur eigenmächtigen Heilbehandlung, Ein Beitrag zur strafrechtlichen Arzthaftung, in : DRiZ April 1998 S.155 ff.