

博士学位請求論文

治療行為における患者の自己決定権について

中央大学大学院法学研究科刑事法専攻博士課程後期課程  
島田 美小妃

## 目次

### I. はじめに

### II. 自由意思と脳研究

1. 社会科学としての刑法への自然科学からの挑戦
2. 自由意思論
  - (1) 刑法上の体系的地位
  - (2) 定義
    - a) 「意志の合理性」、「合理的決定性」の要件
    - b) 「起動者性」、「自発性」の要件
    - c) 「別様の可能性 (Anderskönnen)」、「行為選択の任意性」要件
3. 神経科学の立論
  - (1) 現在の科学的知見
  - (2) 責任刑法は維持できないとする見解
4. 刑法学の反論
  - (1) 科学的手法に関する方法論的・根本的批判
    - a) ドイツの議論
    - b) 日本の議論
  - (2) 保護刑モデルに対する批判
    - a) ドイツの議論
    - b) 日本の議論
5. 検討
6. 小括

### III. 被害者の承諾と患者の承諾

1. 治療行為における患者の承諾の意義
2. 被害者の承諾
  - (1) 日本の議論
    - a) 学説
    - b) 判例
  - (2) ドイツの議論
    - a) 学説
    - b) 判例
3. 患者の承諾
  - (1) 日本の議論
    - a) 学説
    - b) 判例——裁判例——
  - (2) ドイツの議論
    - a) 学説
    - b) 判例

4. 検討
5. 小括

#### IV. 治療行為の構成要件該当性について

1. 専断的治療行為の法的性質
2. ドイツにおける議論状況
  - (1) 傷害の意義
    - a) 身体的虐待
    - b) 健康侵害
    - c) 条文構造の解釈
  - (2) 医的侵襲の法的評価－総説
  - (3) 判例における医的侵襲の法的評価
    - a) 事実の概要
    - b) 原審判旨
    - c) ライヒ裁判所判旨
    - d) 本判例の意義
  - (4) 学説における医的侵襲の法的評価
    - a) 主観的補償モデル
    - b) 客観的補償モデル
      - a a) 結果説
      - b b) 目的説
3. 日本における議論状況
  - (1) 傷害の意義
  - (2) 医的侵襲の法的評価－総説
    - a) 学説
    - b) 判例
  - (3) 判例における医的侵襲の法的評価
    - a) 乳腺症判決
    - b) 舌癌判決
    - c) エホバの証人輸血拒否判決
    - d) 民事判例の刑法上への示唆
  - (4) 学説における医的侵襲の法的評価
    - a) 主観的補償モデル
    - b) 客観的補償モデル
4. 検討
  - (1) 治療行為非傷害説の検討
    - a) 主観的補償モデルの検討
    - b) 客観的補償モデルの検討
  - (2) 治療行為非傷害説による批判の検討
5. 小括

## V. 治療行為の正当化要件と説明義務について

### 1. 治療行為の正当化根拠

- (1) 日本の議論
  - a) 業務権説
  - b) 緊急避難説
  - c) 目的説
  - d) 社会的相当性説
  - e) 同意説
  - f) 優越的利益説
- (2) ドイツの議論
  - a) 業務権説
  - b) 目的説
  - c) 同意説

### 2. 治療行為の正当化要件

- (1) 日本の議論
- (2) ドイツの議論
  - a) 治療目的と患者の承諾
  - b) 医術的正当性と患者の承諾
  - c) 医学的適応性と患者の承諾

### 3. 説明義務について

- (1) 説明義務の種類
  - a) 治療のための説明
  - b) 自己決定のための説明
    - a) 診断の説明
    - b) 経過の説明
    - c) リスクの説明
- (2) 説明の実施方法
  - a) 説明義務者
  - b) 説明の相手方
  - c) 説明の形式
  - d) 説明の時期
- (3) 説明義務の範囲
  - a) 侵襲の重大性
  - b) 侵襲の目的と緊急性
  - c) 患者の素養
  - d) 選択可能な治療方法
  - e) より質の高い治療
- (4) 説明義務の省略

- a) 説明の放棄
- b) 完全に事前に情報提供された患者
- c) 治療上の適応に反すること（治療上の禁忌）
- d) 患者の意識不明又は判断能力欠如

4. 検討

5. 小括

VI. 仮定的承諾

1. 意義

2. 専断的治療行為と傷害罪の関係

(1) 日本の議論

(2) ドイツの議論

3. 判例

(1) 民事判例——放射線治療事件——

a) 事実の概要ならびに訴訟の経緯

b) 判旨

(2) 刑事判例——椎間板事例——

a) 事実の概要ならびに訴訟の経緯

b) 判旨

4. 学説

(1) 仮定的承諾を支持する見解および根拠

a) 刑法理論に内在する根拠

b) 刑法理論に外在する視点からの根拠

(2) 仮定的承諾を支持する見解および仮定的承諾それ自体への批判

a) 刑法理論に内在する批判

b) 刑法理論に外在する視点からの批判

5. 検討

6. 小括

VII. おわりに

#### 初出一覧

各章は以下の論文に加筆修正し、再構成したものである。以下で示した章以外は書き下ろしである。

第 2 章 自由意思論と神経科学—脳についての神経生物学的知見を契機として— 大学院研究年報第 38 号 (2009 年) 225 頁以下。

第 3 章 被害者の承諾と患者の承諾 大学院研究年報第 44 号 (2015 年) 139 頁以下掲載予定。

第 4 章 治療行為の不可罰性の根拠について 法学新報第 117 巻第 9・10 号 (2011 年) 313 頁以下。

第 6 章 仮定的承諾 大学院研究年報第 39 号 (2010 年) 185 頁以下。

## I. はじめに

典型的に医師が行う治療行為は、わが国における刑法上の通説的な見解によれば、傷害罪の構成要件に該当するが、違法性が阻却されることにより、可罰的な行為とは考えられていない（治療行為傷害説）。より正確に言えば、治療行為は刑法 35 条における正当業務行為と考えられ、治療目的の要件につき議論がみられるものの、一般的には、①医学的適応性があり、②医術的正当性が認められ、③患者の承諾があることによって、違法性が阻却されるものと論じられている。もっとも、論者によって、これらの要件の間に一定の優劣関係又は並列関係を認めるかは異なっている。これらの要件のうち、とりわけ、③患者の承諾については、医師は十分説明した上で患者の承諾を得て治療を行うべきである、というインフォームド・コンセントの概念（原則）が普及してくるにつれて、わが国でも、現在、ますますその重要性が増してきている。その理由としては、以下のような人権感覚の変化があげられよう。すなわち、人間の尊厳の思想が医療の領域においても定着し、一方では国民の医療を受ける権利（健康権）が認められることで、生命・身体に対する国民個々の権利が、個人の主体性を前提とするようになったことである。そのことから、治療を受けるか受けないかは患者自身が決定すべきものであるとする、患者の「自己決定権」（Selbstbestimmungsrecht）の自覚がもたらされたのである。今日では、この患者の自己決定権を保障するために、医師の「説明義務」（Aufklärungspflicht）という新しい法的問題が登場することになった。そして、このような法的状況を背景にして、治療行為の正当化要件の一つであった患者の承諾が、今やそれのみによって、直接、治療行為の違法性を左右する事態を生んでいる。すなわち、専断的治療行為の違法性が問題になる場合である。

そもそも、治療行為は、従来から、刑罰権の発動が制限的に考えられる領域とされており、現在も、医療の現場への刑事上の法的介入については消極的な声が支配的である。しかしながら、今では、医療行為は有用である反面、多数の国民の生命や身体を侵害する可能性を有するという現実が強く認識されるようになり、その生命や身体の保護のために、刑法も一定の役割を担うことが期待されるようになってきたのである。とはいえ、前述のように、治療行為がどのような根拠で、かつどのような要件の下に正当化されるかについては様々に議論されており、その意味では、医師は法的な刑事責任を負う範囲について不安定な状態にある。筆者は、一般的に考えられている治療行為の正当化要件のうち、とりわけ患者の承諾の要件に着目し、当該要件の基礎にある患者の自己決定権が保障される限界を探ることによって、典型的には医師が行うような治療行為の正当化要件を明確化し、このような医師の刑事責任を出来る限り具体化することを目的に、本論文を展開する。本論文は以下のような構成をとる。

まず、第 2 章では、自由意思があることを基盤とする現在の刑事司法制度は維持されるかが問題とされる。現在、多くの論者が刑事責任の基盤としている自由意思は、一部のドイツの神経科学者によれば、自然科学的に観察すると、脳活動（ニューロン）の結果として反映されるものにすぎないといわれている。この論理から、我々の行動は我々の意識的作用の及ばない段階で決定づけられており、従って、刑事責任の基礎を構成するものと考えられている自由意思の存在は否定され、行為者が犯罪行為に至ったことに対して、刑法上の非難を向けることは妥当ではなく、現行の刑事司法制度は廃止されなければならないと説かれる。本章は、こうした刑事司法に対する疑念を契機として、今後も行為者の責

任に基づく刑事司法制度を維持していくことができるのか、これに代わる新しい刑事司法制度を考えなければならないのかについて、神経科学の研究成果と刑事責任との関連が目下盛んに考察されているドイツの議論を参考にして検討する。これとあわせて、刑法上の自由意思の意義および刑罰の正当化根拠としての自由意思の是非についても考察を加える。

第 3 章では、一定の犯罪の成立を否定する効果をもつ被害者の意思と、治療行為における正当化要件としての患者の意思とがリンクされ、両者の相違と、患者の意思が治療行為を正当化する要件として、その他の要件と比べてどの程度の比重が置かれるのかについて検討を加える。というのも、近年、インフォームド・コンセントの原則が確立しつつあることともあいまって、患者の承諾はますます重要とされる一方で、この要件が、その他の治療行為を正当化する要件との関係でどれほどの意味をもつのかについては、明らかになってきていないように思われるからである。すなわち、その他の治療行為の正当化要件との関係で、患者の承諾はそれらと並列関係にあるのか、あるいは、一定の場合に優劣関係が生ずるのかということである。本章では、日本およびドイツの学説および判例を参考にしながら、治療行為における正当化要件としての患者の承諾の位置づけについて、傷害行為における正当化要件としての被害者の承諾とその他の正当化要件との関係で一定の指針を得ることを試みるものである。

第 4 章では、ドイツおよびわが国の治療行為非傷害説の基盤および治療行為傷害説に対する批判を検討し、わが国の通説的な立場（治療行為傷害説）が維持されるものであるかを検証する。ドイツの議論状況を概観すると、大きく次の 2 つに分類できる。ひとつは、患者の承諾を構成要件該当性を阻却する事由として扱い、この患者の承諾があるかぎり、治療行為は傷害罪の構成要件に該当しないとする立場である。もうひとつは、客観的に「傷害」とはいえない治療行為を確定する立場であり、この立場はさらに 2 つに分かれる。すなわち、治療の結果を考慮に入れ、成功した治療行為は傷害罪の構成要件に該当しないとする立場（結果説）と治療の目的を考慮に入れ、治療目的で、レーゲルティスを守って実施された治療侵襲は、それが成功するか、失敗するかにかかわらず、傷害罪の構成要件には該当しないとする立場（目的説）である。本章では、これらの見解について批判的に検討する。

第 5 章では、第一に、第 3 章および第 5 章の結論を前提としたうえで、治療行為の正当化根拠と正当化要件の関係性を明らかにし、その態度決定をすることが問題とされる。ここでは、まず、ドイツおよび日本の議論状況が整理され、患者の意思を度外視して治療行為の正当化を考える立場と、患者の意思を大なり小なり考慮して正当化を認める立場とに大きく分けて、治療行為の正当化根拠および正当化要件としての 4 要件の必要性が検討される。第二に、本章では、治療行為の正当化要件の一つである有効な患者の承諾を認めるための要件として、医師が患者に必要な情報を提供する自己決定のための説明義務の内容を問題とし、ドイツの議論を参考にその範囲をある程度画することを試みる。

第 6 章では、ドイツ民事判例において発展した仮定的承諾が問題とされる。現在では、患者の自己決定権を尊重する時代的要請により、治療行為においては、原則的には「医師が十分な説明をした」うえで、患者の承諾を得ることが求められている。そのような中で、現在、ドイツの判例・学説において議論されているのが仮定的承諾という法形象である。これが問題になるのは、次のようなケースである。すなわち、医師が患者に対して当該治



療行為について、不十分な説明しか行わないままに承諾を得た、あるいは、十分な説明を行って患者から承諾を得ることができたにもかかわらず、承諾を得なかったという状況の下で、治療行為が実施された場合である。このような場合に、もし十分な説明を行っていたとしても、やはり当該治療行為に賛成する患者の承諾が得られていただろう、あるいは承諾は得られなくとも納得はできていただろうとして、仮定的な患者の承諾を想定することによって、医師の説明義務違反による刑事責任を軽減しようとする動きが判例上見られ、学説上もこの理論につき盛んに議論されている。本章では、わが国においても仮定的承諾による免責は可能であるかについて検討を加えるものである。

## II. 自由意思と脳研究

### 1 社会科学としての刑法への自然科学からの挑戦

刑事責任という概念の成立には、我が国の通説の立場である相対的自由意思理論によれば、相対的にせよ我々は自由意思をもっていることが前提とされている<sup>1</sup>。そのような中で、一部のドイツの神経科学者が自由意思の不存在を主張していることから、このような主張が否定できないとすると、通説の理論的基盤が維持されえないのではないかとの指摘がなされている。このような疑念を契機として、本章は、自由意思を根拠とする刑罰の正当化について検討するものである。すなわち、脳科学が発達したことで、人間の脳のしくみおよび人間が行為に出るプロセスが究明され、今後人間の行為が運命的に決定づけられていることが証明されるとすると、これを刑罰論に適用すれば、人間がなした行為について、責任を問えないという事態を迎えるかもしれない<sup>2</sup>のである。すなわち、自由意思は我々が主観的に感じているだけに過ぎない「イリュージョン」にすぎないのであれば、行為者に責任を問うことも、行為者を処罰することも正当化されないことになる。<sup>3</sup>また、自由意思は責任非難の前提としての意義にとどまるものではない。例えば、刑法上の議論に目を向けるだけでも、刑法典 43 条但書の中止未遂は、「自己の意思により」と規定しており、自由意思を前提としていると考えられるし、<sup>4</sup>故意概念および過失の前提としての回避可能性の捉え方ならびに教唆のような犯罪パターンにおいても、行為者の認識および意識に基づく自由意思の存在が否定されてしまうと我々はおよそ議論を構築できなくなってしまうだろう。他方で、犯罪の成立を妨げる事由として刑法上議論される被害者の承諾についても、被害者の意思を考えるにあたっては自由意思をめぐる認識および意識の問題を無視することはできないように思われる。さらにいえば、近時の脳科学の研究成果をめぐる提起された神経生物科学者の主張は、刑法学への影響を与えるだけにとどまらず、世界像や人間像を覆すことになるかもしれないとさえいわれているのである。<sup>5</sup>当然こうした問題提

---

<sup>1</sup> 本章は、自由意思といわゆる決定論とは両立しないと考えて、決定論のみに基づいて刑事司法制度を構築しようとする見解や、自由意思理論を刑事責任の枠組みにおいて、不要若しくは問題とせずに責任基盤を考えていく見解に対しては影響を与えるものではないが、後述するように、自由意思をめぐる現在の議論では決定論を採用するにしても、これと自由意思との両立が重要な争点となっており（増田豊「脳科学の成果をめぐる自由意志論争と刑事責任（続）」法律論叢第 79 巻第 6 号（2007 年）9 頁以下参照）、その意味では本章の射程は小さくないものとする。

<sup>2</sup> 本章はドイツの議論を参考に論を進めていく。アメリカにおける DNA による決定論を基礎とする刑事司法への疑念については、野村貴光「刑事司法制度に対する DNA の挑戦」法学新報 113 巻第 1・2 号（2006 年）504 頁参照。

<sup>3</sup> 増田豊「自由意志はイリュージョンか——刑事責任の自然的基盤としての心脳問題をめぐって——」法律論叢第 77 巻第 4・5 合併号（2005 年）298 頁、同・前掲注 1）34 頁。

<sup>4</sup> 松村格「意思の自由と刑事責任（1）」駒澤法学第 11 巻第 1 号（2011 年）68 頁。

<sup>5</sup> 増田豊「脳科学の研究成果と責任概念」明治大学社会科学研究所紀要第 48 巻第 1 号（2009 年）75 頁）。K.Günther も、この論争の影響は刑法にとどまらないことを強調している（増田豊「脳科学の成果をめぐる自由意志論争と刑事責任——神経科学者と哲学者とのディベート——」（以下では、それぞれ（研究成果）、（自由意志論争）とする。）法律論叢第 79 巻

起は最新のなものであり、自由意思の問題に取り組むのは、脳の科学的解明がさらに進むまではなお時期尚早である<sup>6</sup>ともいえよう。しかし、今こそがこの問題について、解決の糸口が見えてきている時期であり<sup>7</sup>、罪を犯した者に刑罰を科すことの意味を考えると最も根本的な問題を無視することはできない時期ではあるまいか。

もつとも、一般には「自由意思」と表記されるのに対し、刑法上は通常「自由意思」と表現される。そのことから分かるように、自然科学における「自由意思」と刑法学における「自由意思」とは内容的に異なるものであり、それぞれの領域で異なった定義がなされてよく、自然科学の意味での自由意思が否定されても、それが即座に刑法学へ影響を及ぼすものではないと考えることもできよう。そして、実際にも、刑法学を規範的学問としてのみ考える見解が存在する<sup>8</sup>。これによれば、自然科学的な観点を考慮することなく、自由意思を刑法学上の「規範的なフィクション」として想定し、この存否の判断は、例えば、法学のような、自然科学とは立論の平面を異にする規範的科学的課題であると主張して、本章で後述するような神経科学者の主張を一蹴することもできる。また、法にとっては、我々が自由であると感じていることだけが問題なのであり、この自由の体験そのものを現実世界の本当の自由とするか、「心的で社会的な実体」として、主観的な責任非難の基盤にする立場も存在する（主観的・心理的自由意思論）<sup>9</sup>。

しかしながら、神経科学者が上記二つの見解に反駁を試みようとする場合には、神経科学者は自由意思について何を証明すべきなのか、という問題が残る<sup>10</sup>。筆者が思うにこれら

---

第2・3合併号（2007年）448頁参照。）し、Duttgeも、全ての法領域の有用な機能が忘れさられることになると述べている（Gunnar Duttge, *Das Ich und sein Gehirn*, 2009, S. 60f.）。

<sup>6</sup> 増田豊「自由意思と心身問題（続）——Habermasの自由意思論を契機にして——」法律論叢78巻第6号（2006年）22頁。

<sup>7</sup> 増田・前掲注6）22頁参照。

<sup>8</sup> Jakobs、Mosbacher、Kohlrauschなどが主張している。Jakobs、Mosbacherについては、Vgl. Tonio Walter, *Hirnforschung und Schuldbegriff. Rückschau und Zwischenbilanz*, Schroeder-Festschrift, 2006, S. 142, 増田・前掲注6）26頁注(4), (5), Kohlrauschについては、Vgl. Walter, a. a. O. (Anm.8), S. 142.; Vgl. Thomas Hillenkamp, *Strafrecht ohne Willensfreiheit?*, JZ 2005, S. 320, 増田豊「自由意思はイリュージョンか（続）——刑事責任の自然的基盤としての心脳問題をめぐって——」法律論叢第77巻第6号（2005年）233頁参照。

<sup>9</sup> Vgl. Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S. 320.; Vgl. Walter, a. a. O. (Anm.8), S. 142.; Vgl. Franz Streng, *Schuldbegriff und Hirnforschung*, Jakobs-Festschrift, 2007, S. 682 f., 増田・前掲注1）12頁参照、同・前掲注8）222頁以下参照。

<sup>10</sup> Karl Popperもいうように、Libetは、例えば、誰かがA説を唱えたが、ある方法でA説の否定を検証してみることができないというのであれば、自分の仮説が反駁されることを恐れずに誰もが好きな意見を主張することができてしまい、従来の議論は、このような検証不能である理論を展開してきた、という（ベンジャミン・リベット（下條信輔訳）『マインド・タイム 脳と意識の時間』（2005年）3頁以下参照）。

の見解は、自然科学的に自由意志が存在しないことが確認されてもなお責任刑法を維持しようとする立場であるように思われ、これらの見解の是非が確認されえない。加えて、主観的・心理的自由意思論についていえば、確かに我々の主観に基づく自由の意識は重要なものであるが、この見解によると、主観に基づく自由の意識を偏重するあまり、自由意思のような精神的なものも自然的基盤をもつ客観的なものであると把握することとなり、現在の自然科学的知見をあまりにも無視した考え方になってしまうし、我々が自由であると感じているという意識を強調して、これを本当の自由とみなすことにすれば、この意識自体が処罰根拠となって、自由の意識ひいては罪の意識を強くもつ者がより重く処罰されることになる」と批判されている<sup>11</sup>。正当にも Hillenkamp が述べているように、我々の自由についての感覚が間違っていることが証明されたならば、刑法をこの自由の意識というイリュージョンに結びつけることはできない<sup>12</sup>のである。このことは、自由を刑法学における規範的なフィクションとして設定する見解にも妥当しよう。また、自由意思は、国家が行為者を処罰するために要求されるのであるとするのも、強度の干渉を伴う刑罰権の発動を許す根拠としてそれでよいかという疑問も残り、これを認めることは難しいように思われる。

筆者は、刑法学というものを、完全に純粋な規範的学問とみることが妥当でないと考えている。<sup>13</sup>Walter も述べているように、自由意思のような法的概念は、これらに關係する者（我々人間）の事実上の能力や要求も考慮しなければ、現実的有効性を失う<sup>14</sup>と思われるからである。そこで、本章では、自然科学的観点から疑念を提示してきた論者の主張およびその根拠を概観し、それらが説得力をもつものであるか、説得力をもつとすれば、刑法学にどのような影響を及ぼしうるかを検討していきたいと思う。本章では、自由意思はイリュージョンであり、もはや責任刑法は維持できない、と主張する論者を、以下に「神経科学者」と包括するが、もちろん神経科学者、自然科学者の中にはこれに与しない見解も存し<sup>15</sup>、科学的な領域において、例外なく本章で述べたような主張がなされるわけではない

---

<sup>11</sup> 増田・前掲注 1) 13 頁、同・前掲注 8) 224 頁以下。その他の主観的・心理的自由意思論に対する批判として、Streng, a. a. O. (Anm.9), S. 682 f., Duttge は、答責の引受けには、自由が主観的な感覚として認められていることでも、自由が社会的に必要とされていることでも十分ではなく、具体的に責任を問われる人自身の中に客観的に自由があることが必要であるとしている (Duttge, a. a. O. (Anm.5), S. 59.)。

<sup>12</sup> Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S. 320.

<sup>13</sup> 自然科学の認識を考察の対象にして刑法学上の理論を展開しようとする見解として、神田宏「脳科学・意思・自由・刑法学——現代によみがえる意思自由論争?——」近畿大学法学第 55 巻第 4 号 (2008 年) 65 頁、増田豊「自由意志と刑事責任」明治大学社会科学研究所紀要第 46 巻第 1 号 (2007 年) 211 頁、松村格「意思の自由と刑事責任 (2) ——ニューロン決定論との批判的対話——」駒澤法学第 11 巻第 4 号 (2012 年) 3 頁注 (3)、32 頁以下。

<sup>14</sup> Walter, a. a. O. (Anm.8), S. 142.

<sup>15</sup> Walter, a. a. O. (Anm.8), S. 137 では、後述する Singer らの述べる意見が彼らの分野での支配的な見解ではないとされている。本章で述べるような神経科学者の見方に反対する者の見解については、増田・前掲注 1) 36 頁以下参照。

が、便宜上神経科学者と総称することにしたい。

以下では、まず、我が国における自由意思の刑法体系上の地位を確認し、自由意思の内容を確定した上で、我が国の刑法解釈論に歴史的に大きな影響を与えており、また、近時の神経科学の研究成果と刑事責任との関連が目下盛んに議論されているドイツの状況を主に参考にしながら、刑罰の正当化に関し、通説となっている相対的自由意思論は維持しようのものであるかについて、一つの回答を提示することを試みる。

## 2 自由意思論

### (1) 刑法上の体系的地位

まず、自由意思の存在の有無を考える前に、そもそも自由意思は刑法上の議論において、どこで問題とされるものであるのか、を確認することが必要であろう。そして、自由意思を肯定または否定することによって、刑法上の議論にどのような帰結をもたらすことになるのかを概観することにしたい。

啓蒙思想の影響下で、中世ヨーロッパの刑法理論に激しい批判が加えられ、いわゆる古典学派（旧派）の刑法理論が形成されていくことになるが、さらにこの理論を克服しようと登場したのがいわゆる近代派（新派）の刑法理論である。1890年代から1910年にかけてこの両者の間で論争が繰り広げられるが<sup>16</sup>（「学派の争い」）、同様の論争は日本でも見られる<sup>17</sup>。その対立点は多くあるが、その一つとして多くの教科書で言及される<sup>18</sup>のが自由意思の存否をめぐる問題である。その自由意思の存否をめぐる新旧両派の主張とは以下のようなものであった。

旧派によれば、刑事責任とは「非難」である<sup>19</sup>。行為者は適法な行為をすることができたにもかかわらず、自由意思によって個々の犯罪行為を選択したことに対し、道義的な応報<sup>20</sup>としての刑事非難が加えられることになる（道義的責任論）。従って、道義的責任論は自由意思を前提とし、非決定論に立脚する理論であるといえる。かつては、素質・環境による因果法則的影響を全く受けない、無原因の形而上学的な自由意思が無条件に存在するものと考えられていた（絶対的自由意思論）<sup>21</sup>。しかし、今日においては、自由意思を無条件に肯定する論者はほとんど見られない<sup>22</sup>。例えば、自由意思とは、素質や環境が決定に影響を

<sup>16</sup> 川崎一夫『刑法総論』（2004年）15頁。

<sup>17</sup> 大塚仁『刑法における新・旧両派の理論』（1957年）38頁。

<sup>18</sup> 例えば、大谷實『刑法講義総論（新版第4版）』（2012年）37頁以下、立石二六『刑法総論（第3版）』（2008年）26頁、西田典之『刑法総論（第2版）』（2010年）20頁以下、前田雅英『刑法総論講義（第5版）』（2011年）25頁参照。

<sup>19</sup> 団藤重光『刑法綱要総論（第3版）』（1990年）26、258頁。

<sup>20</sup> ここでいう応報刑論は、犯罪の予防を全く考慮しない絶対的応報刑論ではなく、予防効果が発生することを積極的に承認する相対的応報刑論が多数である（前田・前掲注18）21頁）。

<sup>21</sup> 大谷・前掲注18）307頁。カントに代表される（団藤・前掲注19）26、32頁以下）。

<sup>22</sup> 後藤正弘「責任概念の質的転換論とその適用」法学論集鹿児島大学文学部紀要3号（1967年）116頁。

与えることは否定しえないことを前提とした上で、人間はそれらの制約を受けつつ行為の自由をもち、また、素質や環境そのものをもある程度支配可能であるという、決定されながら決定する意思であるというような相対的自由意思論<sup>23</sup>が、現在では非常に多く主張されている<sup>24</sup>。

一方、新派によれば、「責任」とは、行為者に対する道義的な非難ではなく、素質と環境によって必然的に決定された「反社会的性格」をもつ、すなわち、社会的に危険性を有する行為者が、社会防衛としての刑罰を受けるべき法的地位であるとする(社会的責任論)<sup>25</sup>。従って、社会的責任論は人の行為は素質・環境に原因を求めることができ、それにより決定づけられているとする決定論に立脚している<sup>26</sup>。というのも、社会的責任論は、自由意思が証明不可能であることから、これを形而上学的なものとして排斥することを理論的出発点としたからである。そして、この見解は、刑罰は広い意味での犯罪防止の目的のために科されるという目的刑論を刑罰の正当化根拠として主張する。しかしながら、道義的責任論の立場から、人の意思や行為に素質や環境によって決定される部分があることを認める相対的自由意思論をとる論者が多くなってきたように、社会的責任論においても、決定論と自由(意思)との両立可能性を説く見解が登場することとなった<sup>27</sup>。やわらかな決定論<sup>28</sup>と呼ばれるものがこれである。

やわらかな決定論によれば、人間が自由であるか否かは、決定されているか否かの問題ではなく、何によって決定されているのかの問題である。この理論は、まず、人間の人格を二つの層に分け、次に、生理的な衝動や傾向が支配する「生理的な層」によってではなく、「意味の層あるいは規範心理の層」によって人の行動が決定されているときに「自己決定」があり、その人は自由であると考え。そして、刑法上の責任を問うことは、後者の層への働きかけであり、他条件のもとにおける他行為可能性の存否に基づいて非難することになる(社会規範的責任論)。一方、社会規範的責任論によれば、刑罰は、人間の意思も法則性に従っているのであり、その意味で決定されているということを利用して、将来、再び犯罪が行われないように、かつて国家によって刑罰を伴う非難が加えられたのと同様に、今後も加えられるであろうという「新たな条件づけ」を行うものにすぎない。このようにして、社会規範的責任論においては、責任と予防目的とが結びつけられ、展望的な責任非難が展開される。

さらに、責任の本質をめぐっては、法的責任論<sup>29</sup>と呼ばれる考え方も存在する。これによ

---

<sup>23</sup> 団藤・前掲注 19) 34 頁以下。

<sup>24</sup> 岡上雅美「刑罰正当化論から見た責任概念および意思の自由」刑法雑誌第 46 巻第 2 号(2007 年) 266 頁注 2) 参照。

<sup>25</sup> 西田・前掲注 18) 207 頁以下、立石・前掲注 18) 171 頁以下。

<sup>26</sup> 西田・前掲注 18) 207 頁。

<sup>27</sup> 団藤・前掲注 19) 258 頁以下、内藤謙『刑法講義総論(下) I』(1991 年) 774 頁、曾根威彦『刑法総論(第 4 版)』(2008 年) 137 頁以下。

<sup>28</sup> 内藤・前掲注 27) 777 頁以下、曾根・前掲注 27) 138 頁。詳しくは、平野龍一『刑法の基礎』(1966 年) 19 頁以下。

<sup>29</sup> 曾根・前掲注 27) 138 頁以下、詳しくは、内藤・前掲注 27) 785 頁以下。

れば、「責任」とは、過去の違法行為（法益侵害、危険行為）についての、刑罰という手段による法の立場からの非難可能性を意味する。その際、その非難可能性は、他行為可能性としての行為選択の「自由」を前提とするが、その場合の「自由」は、形而上学的な無原因の自由という意味ではなく、人間の行為の多くの部分は素質と環境によって因果法則的に決定されていることを認めた上でのものである。しかし、それにもかかわらず、選択の幅は狭いとしても、究極のところでは自己決定のための「自由」を前提とする他行為可能性があると考えるのである。というのも、こうした自由の範囲内での非難可能性、すなわち、責任があると考えなければ、犯罪予防目的の追求のために、刑罰権行使につき限界を設定することができなくなってしまうとされるからである。

以上のように、責任の本質については様々な見解が存在するが、それと付随して論ぜられる、人間に自由意思はあるのかという問題については、現在では、結局、これを全面的に肯定する絶対的自由意思論も全面的に否定するかたい決定論も支持されえず、実質的には相対的自由意思論とやわらかな決定論とが対立することになる<sup>30</sup>。とはいえ、いずれの責任論においても、「非難」の契機となるものとして、何らかの意味での「自由」または「自由意思」が想定されている。この「自由」および「自由意思」の定義については次節で検討するが、新派の純粋な社会的責任論を別とすれば、いずれの責任論を採用するにせよ、現代の科学的発展により犯罪の生物学的原因が証明されるとすれば、行為者に刑事非難を向けることは挫折せざるをえなくなるのではないだろうか。

もちろん、このような刑事非難のための自由意思の存在に反駁する主張の根拠それ自体が説得力をもつものであるのかについては以下で検討するが、科学のめざましい進歩により自由意思の存在が否定されてもなお、我々は行為者について非難可能であり、今後も責任に基づく刑事司法制度を維持していくことができるのか、できるとしても、相対的自由意思論に基づく責任論は破綻してしまわないか、さらには、決定論をとる論者においても、現在では、決定論と自由（意思）とをどのように両立させるかが重要な争点となっており、両立論をとるとすれば、その理論的基盤が失われてしまわないかが問われることになる。そして、現在の刑事司法制度が維持できないとすれば、前述したところのかたい決定論に基づく刑事司法制度、あるいは保安処分による犯罪者処遇によらなければならないことになるかが問われているのである。

「なぜ国家が国民にとって害悪であるはずの刑罰を科すことができるのか」を改めて検討することが刑法を学ぶ者にとって重大な使命であることは自覚されている<sup>31</sup>。また、この

---

<sup>30</sup> 松村格「刑法にとって自由意思論は無用か」刑事法学の現代的展開（上巻）——八木國之先生古稀祝賀論文集——（1992年）63頁。なお、自由意思の存否は認識論的には知りえないことであり、人間の認識能力を超える問題とする「不可知論」も存在する。しかしながら、不可知論をとる論者も、犯罪が行われるにつき、単なる傍観者の立場にいるわけではなく、保安処分法一元論をとるわけでもない。その意味では、何らかの意味で、非決定論または決定論に基礎を置いて刑法上の問題を考えているとされる（内藤・前掲注27）781頁）。

<sup>31</sup> 佐伯仁志「刑法の基礎理論」法学教室283号（2005年）43頁以下。なお、応報刑論の立場から刑罰の正当化根拠について深く考察したものとして、ミヒャエル・パヴリーク（岡

問いの根底に存在するであろう我々の自由意思がいかなる実体のものであるかについては、脳科学の見地からは、他の精神活動（心や意識）が脳の活動から生じると同様に、脳活動の結果として生まれるといわれている<sup>32</sup>。その詳細については後述することにするが、自由意思は絶対的ではないにしろ、存在するものとして責任論および刑罰論を構築する論者が多数を占め、自由意思論を認めない論者の多くも、何らかの意味で刑事非難を加えるための「自由」または「自由意思」と決定論とを両立させている<sup>33</sup>我が国においては、このような脳科学に基づく知見から、自由意思の理論的基盤を失わせる主張に対し、多くの刑法研究者は態度決定を迫られているともいえよう。こうした自由意思をめぐる問題はかねてより存在し、法学者はこれについて回答すべきであったと思われるが、長く停滞したままの議論状況であり、現在も、ほとんど議論がかわされないままであることが指摘されている<sup>34</sup>。

## （2）定義

以上のように、「人間において自由な意思は存するのか」についての答えは、論者が刑法上における「責任」の本質をいかに把握するか（責任論との関連）、および犯罪者に国家が刑罰を科すことがなぜ許されるのか（刑罰論との関連）、といった刑法の基本的問題に対する上述の両学派の見解の相違に反映している。これらの見解においては、自由意思や自由といった概念は、論者によって様々な意味づけがなされ、その定義は一様なものではない。そのことが自由意思または自由および責任論または刑罰論に関連する問題をより複雑化させている。<sup>35</sup>そこで、ここでは、自由意思の問題（自由意思そのものが存在するか否か、刑

---

上雅美訳）「予防理論による刑罰正当化への批判」比較法雑誌第 40 巻第 4 号（2007 年）63 頁以下も参照。

<sup>32</sup> 澤口俊之「意識や自我を解明しつつある脳科学」前衛 718 号（1999 年）197 頁。

<sup>33</sup> この意味で、もはや非決定論を採用するならば自由意思肯定論、決定論を採用するならば自由意思否定論といった単純な枠組みは、もはや崩壊しているとか意味がないものとするらわれている（増田・前掲注 3）319 頁、松村・前掲注 30）60、63 頁参照）。非決定論と決定論の間には名称の違いだけが残るにすぎないともいいうる（松村・前掲注 30）63 頁）。また、様々な種類の両立可能性説が存在し、その主張自体も一様なものではなく、Jedan によれば、そもそも両立論とは何かという問題提起もなされている（詳しくは、増田・前掲注 1）9 頁以下、28 頁注(15)参照）。様々な種類の両立論の概要および非決定論に基づく自由意思論を展開する近時の理解を紹介している文献として、増田豊「洗練されたリバタリズムとしての自由意志論の可能性——ゲエルト・カイルの見解をめぐって——」法律論叢第 85 巻第 4・5 合併号（2013 年）238 頁以下も参照。日本における非決定論やドイツにおける様々な両立可能性論については、松村・前掲注 13）12 頁以下、27 頁以下、同「意思の自由と刑事責任（3）——ニューロン決定論との批判的対話——」駒澤法学第 13 巻第 3 号（2014 年）5 頁以下、32 頁以下参照。

<sup>34</sup> 増田豊「自由意志と心身問題——ハーバースの自由意志論を契機にして——」法律論叢第 78 巻第 4・5 合併号（2006 年）234 頁注（3）。

<sup>35</sup> 自由概念について、無条件の自由と自己決定の自由が排斥しあう定義になっていること



事責任は自由意思を前提とする必要があるか否か<sup>36)</sup>を論ずるために、まず自由意思にはいかなる構成要素が認められなければならないかという観点から、自由意思の内容を確定したい。そして、自由意思を肯定するためには、カント以来の哲学的潮流<sup>37)</sup>を眺めてみると、以下のような三要件<sup>38)</sup>が要求されていることが分かる。

a) 「意志の合理性」、「合理的決定性」の要件

第一に、刑法上の責任を追究するためには、「自己の行為の意味を理解し、合理的に決定しうる能力<sup>39)</sup>」が必要とされ、当該行為が理性的な理由に基づいて行われたという「意志の合理性」、「合理的決定性」という要件が挙げられる。ここで、決定論の立場からは、非決定論の意味における「(強い) 別様の決意の可能性」——後述するが、略述すれば、人は実際に決意したのとは別様に決意することができるということを積極的に肯定する——と「意志の合理性」の要件とは両立しえないのではないかといった批判がある。というのも、非決定論に基づく決意は、気儘なもの、偶然的なもの、非合理的なもの、説明不可能なものであって、合理的な理由に基づくものではないとされるからである<sup>40)</sup>。

しかしながら、筆者は、人に自由意思を認めるためには、自己の行為の理由を考量・熟慮する能力があれば足りるのであって、行為が理解し得る理由<sup>41)</sup>に基づいて遂行される合理的行為をしなければその人に自由意思が認められないとは考えていない。刑法とのかかわり合いでいえば、犯罪を犯した行為者は、まさに不合理な行為をするための不合理な決意を生じさせたのであり、まさに不合理な、説明不可能な決意も生じうるのである。従って、犯罪行為は一般に合理的行為とはいえないであろうから、不合理な行為をしたために自由意思が認められず、行為者に刑法上の責任が問えないという帰結が妥当でないことは明ら

---

が議論の不整合をもたしており、自由概念をどのように捉えるかを明確にすることが要請されていると指摘されている(神田・前掲注 13) 61 頁、67 頁。)

<sup>36)</sup> 現在においては、自由意思の問題は、自由意思は存在するか否か、という点についての態度決定は留保され、各論者の人間観・世界観および刑法観に依存しながら、刑事上の責任を考える上で、自由意思を前提にする必要があるのかどうかという視点で論議される傾向にある、といわれる(ホセ・ヨンパルト『法の理論 I』(1981 年) 212、244 頁以下、内藤・前掲注 27) 770 頁以下、松村・前掲注 30) 60 頁)。

<sup>37)</sup> ここで、自由意思の構成要素の検討につき、哲学上の観点を加えるのは、自由意思そのものが存在するか否かは事実の問題であって、もっぱら哲学のみの問題であるためである(ヨンパルト・前掲注 36) 213 頁)。

<sup>38)</sup> 三要件の詳しい検討については、増田豊「意志自由問題への神経哲学的ストラテジー——自由意志の自然化と社会構成——」法律論叢第 74 巻第 6 号(2002 年) 7 頁以下、同・前掲注 1) 3 頁以下参照。もっとも、論者によって呼称も異なり、さらなる要件を加える者もあれば、三要件のいずれかを不要と解する考えもある。

<sup>39)</sup> 増田・前掲注 38) 16 頁。

<sup>40)</sup> 増田・前掲注 1) 5 頁、同・前掲注 38) 18 頁。

<sup>41)</sup> 増田・前掲注 38) 18 頁。

かであろう。人間の行為には、説明のつかない不合理な行為<sup>42</sup>がありうるということとどまらず、そのような行為は極めてよくあることである<sup>43</sup>。さらに、後述するように、非決定論はこの世の出来事は偶然として生ずることもあると説くものにすぎないのであって、その際の「偶然」は無制限の任意性を意味するものではなく、確実に予測することができないというだけであり、原因や理由によって説明されることを否定するものではない。以上から、非決定論と合理的決定性の要件とは衝突するものではないと思われる。

#### b) 「起動者性」、「自発性」の要件

第二に、一定の人が当該行為を起動したという「起動者性」の要件について検討する。非決定論に基づく強い別様の決意の可能性を肯定する立場は、通常行為者が自ら原初的に因果経過を設定し、まさに起動させたという極めて強い意味での起動者性の要件を自由意思の構成要素として要求するといわれる<sup>44</sup>。しかしながら、行為の原初的起動者を想定することは、「心的」実体としての自我を認めることになってしまい、結局は現在の科学的知見と相容れない後出のデカルト的な実体二元論を受け入れることになってしまうと指摘される<sup>45</sup>。そこで、この要件を緩和し、行為者が積極的・自発的に自分の行為として開始したという「自発性」が認められれば足りるとする見解<sup>46</sup>が登場することになる。

我々はあらゆる行為を開始するとき、まさに「自分が」これを起こしていると体感しており、他のこともできるが「自発的に」この行為を起動しているという感覚を抱く<sup>47</sup>。自発性とは強制されていないことを意味し、意思の自由にかかわるものではなく、行動の自由にかかわるものと理解されている<sup>48</sup>。というのも、実際に外部から強制を受け得るのは、人間の意思そのものではなく、ただ人間の外的行為だけであると考えられる<sup>49</sup>ためであろう。第二の要件は、「いかなる意味において当該決断および行為が、我々に起因されうるか」という帰責の観点から、自由意思の構成要素を考えるものであるから、内的・外的行為双方が外部から強制されずに行われたとこの必要がある。というのも、強制を受けた結果として意思の動き（内的行為）が必然的に働くことになってしまうならば、もう自由とはいえないし、本人の意思に反して一定の外的行為が強いられたときには、その外的行為と結果は本人の意思と因果関係をもたないので、その外的行為と結果は非難の対象たりえな

---

<sup>42</sup> 例えば、「意志の弱さの事例」については、ジョン・R・サール『行為と合理性』（2008年）241頁以下、「自己欺瞞と自己犠牲的態度」については、柏端達也『自己欺瞞と自己犠牲 非合理性の哲学入門』（2007年）3頁以下。

<sup>43</sup> サール・前掲注 42) 10頁以下、241頁以下。

<sup>44</sup> 増田・前掲注 1) 7頁。

<sup>45</sup> 増田・前掲注 38) 31頁。

<sup>46</sup> 起動者性を緩和化する見解について詳しくは、増田・前掲注 38) 32頁以下。

<sup>47</sup> こうした自由の経験を重視するのが前述した心理的自由意思論である（本章「1 社会科学としての刑法への自然科学からの挑戦」および注 9) 参照）。

<sup>48</sup> 松村格『刑法学方法論の研究——存在論からシステム論へ——』（1991年）261頁。

<sup>49</sup> ヨンパルト・前掲注 36) 220頁。

い<sup>50</sup>からである。このような意味での自発性が存しなければ、もはやその場合には行為者に自由意思は認められないのである。

c) 「別様の可能性 (Anderskönnen)」、「行為選択の任意性」要件

最後に、次章とも関連する第三要件である「別様の可能性 (Anderskönnen)」があるか否かについて、詳しく検討したい。本章で問題とされる別様の可能性とは、人が実際に行為したのとは別様に行為することができたであろうという別様の「行為」の可能性ではなく、その前提とされる、人が実際に決意したのとは別様に決意することができたであろうという別様の「決意」の可能性である。というのも、本来の自由意思の問題は、人間の「意思」そのものが自由なのか否かの問題であり、別様に行為しえたか否かという「行為」の自由の問題とは区別されなければならない<sup>51</sup>、人間の行為が自由であるにしても、人間の意思の動きが自由であるとはいえないからである。すなわち、もともとの自由意思の問題は、「欲求する (しない)」、「決意する (しない)」、「選択する (しない)」、「行動に移るよう命令する (しない)」等の多様な人間の意思の動き——内的行為と呼ばれる<sup>52</sup>——が常に必然的になされるのか否かの問題であって、人間が外部から強制を受けないで、行為を決定するか否かという問題と同一ではない。そして、真に人間が自由であるというためには、内的小よび外的行為の自由、双方が認められる必要がある<sup>53</sup>ように思われ、意思そのものの自由があるか否かという本来の意味での自由意思の問題は、前者のみにかかわるものである。

そして、この別様の決意の可能性の存否については、非決定論か決定論のいずれかに立脚して意見を展開することが求められよう<sup>54</sup>。とはいえ、前述のように、自由 (意思) と決定論を統合させる見解が登場してきており、そもそも両立可能性説、決定論それ自体何なのか<sup>55</sup>といった問題提起もなされており、結局のところそれは、内的行為の自由を認めるか否かの差に尽きるとも考えられる<sup>56</sup>。私見は内的行為の自由を認める見解に立つので、意思

<sup>50</sup> ヨンパルト・前掲注 36) 219 頁以下。

<sup>51</sup> 松村・前掲注 4) 103 頁、同・前掲注 13) 9 頁注 (18)。

<sup>52</sup> ヨンパルト・前掲注 36) 217 頁以下では、刑法学上使われる概念ではないが、人間の行為が内的行為と、外的行為——内的行為が顕現したもの (例えば、「食べる (食べない)」、「寝る (寝ない)」、「傷害する (しない)」など) ——とに区別されて論じられている。

<sup>53</sup> この意味で、やわらかな決定論が説くところは、外部から強制されないという意味での自由を認めるものであり、この見解は内的行為の自由を認めないので、意思の問題 (内的行為の問題) としては「かたい」決定論である (ヨンパルト・前掲注 36) 220 頁)。

<sup>54</sup> ドイツ刑法学においては、哲学におけるのと同様 (ジョン・R・サール (山本貴光・吉川浩満訳) 『マインド 心の哲学』 (2006 年) 283 頁以下参照、もっとも、サールは両立可能性説に批判的である)、決定論と自由意思との両立を説く両立可能性説が通説となっている (増田・前掲注 1) 14 頁)。両立可能性説に批判的な刑法学者の見解として、Walter, a. a. O. (Anm.8), S. 133 f; 増田・前掲注 1) 15 頁以下参照。

<sup>55</sup> 両立可能性説については、増田・前掲注 1) 9 頁以下、28 頁注(15)参照、決定論については、松村・前掲注 48) 263 頁以下。

<sup>56</sup> ヨンパルト・前掲注 36) 244 頁注 (2) は、内部からの自由を保留するだけならば、決

の問題においては非決定論を是と考えるが、素質や環境による因果法則的影響を全く受けない無原因の自由の存在を認めるわけではない。Walter も指摘するように<sup>57</sup>、非決定論とはこの世の出来事は予測可能ではなく「偶然」として生ずることもあるというものにすぎず、この確率に基づく出来事は因果律とは離れることになるが、原因法則のないことを原因のないことと同視してはならないのである。<sup>58</sup>この自然法則外の原因性は心的な因果性といわれている<sup>59</sup>。こうした因果性概念の把握の仕方については、以下の二種が認められよう。すなわち、自由意思を肯定する立場は、内的行為における必然性を伴わない因果性（心的な因果性）と外的行為における必然性を伴う因果性を認めることになる。というのも、自由意思肯定論は、自由と因果性とは相互に排他的な概念ではないという立場を前提とするためである。これに反して主張される立場が、因果性は必ず必然性を含むとする立場であろうと考えられる<sup>60</sup>。このことから、自由意思を否定する立場は、今後、理由と行為との関係につき必然性を伴う因果性を究明することが必要になるろう。

なお、別様の決意の可能性があることを示すためには、別様の決意の可能性がないとはいえないことを証明すれば意思の自由が認められよう<sup>61</sup>。これについては、「自己組織化<sup>62</sup>

---

定論とはいえないとする。

<sup>57</sup> Walter, a. a. O. (Anm.8), S. 132 ff.

<sup>58</sup> Walter は、非決定論と決意の自由が無因果性と同じ意味ではないことについても言及しており、Walter によれば、「偶然」とは「確実に予測できるものではない」ことを意味し、「無制限の任意性」を意味するのではなく、我々の行為すべてが、まさにその人の行為であると説明されなければならないわけでもないとする。従って、人間の決意は自由でありうるし同時に原因を持ちうることになる[vgl. Walter, a. a. O. (Anm.8), S. 133ff.]。

<sup>59</sup> Walter, a. a. O. (Anm.8), S. 135.なお、ここで問題とされる因果性は、人間の外的行為の因果性ではなく、自由意思とその動き（内的行為）との因果関係である（ヨンパルト・前掲注 36) 233 頁)

<sup>60</sup> ヨンパルト・前掲注 36) 234 頁。

<sup>61</sup> ヨンパルト・前掲注 36) 231 頁注 (8)。

<sup>62</sup> 例えば、洗面器の中に一滴のインクを落とすと、二、三日後には、ほぼ均一に薄く青く染まる。青インクの分子はランダムに動いているものの、時間の経過とともに一定の傾向を示すようになる。これは、極端な動きをする分子同士が相互に打ち消しあって、全体的傾向としては、その中間くらいの動きが大勢を占めることになるからである。この現象を定式化したのが熱力学第二法則であるが、これは因果法則ではなく確率法則にすぎないことが分かる。それゆえに、確率的に大勢を占める傾向に逆行する可能性が含まれ、これは「揺らぎ」といわれる。揺らぎは非平衡状態（マクロな視点において時間的に変化する状態のこと、外部からのエネルギーや物質のやりとりが生ずる「系」（一定の相互作用または相互連関を持つ物体の集合体のこと（北原保雄『日本国語大辞典（第二版）』第4巻（2001年）1202頁））であればどのような物理系にも妥当するが、確率法則の本性上、この系のどこにそれが含まれているかを指定できない。揺らぎを介して特定の傾向が増幅され、やがて新たな秩序が形成される過程が自己組織化である（永井均編『辞典 哲学の木』（2002年）431頁以下）。

と呼ばれる多くの自然現象においては、ミクロな性質の変化は神経科学者のいうように因果的に決まるとしても、「マクロな」性質の変化は必ずしも因果的に決まらないことが観察されている<sup>63</sup>。自己組織化とは、膨大な数の、1つ1つは因果的に決まったミクロな要素が、強めあい、打ち消しあって、一つの全体状態になり、そうした強めあい、打ち消しあいの進行によって、新たな全体状態が因果的には決まっていなかった仕方で出現し、新たに出現した全体状態は、環境からの要素の流入・環境への要素の流出に、より適合的に対応しようとする変化のことである<sup>64</sup>。この自己組織化を脳内における状況の変化にあてはめれば、次のように解される。すなわち、「個々の神経細胞のミクロな反応は、因果的に決まった仕方で生じている。しかし、マクロな脳状態の変化は因果的に決まてはいない。ただ、因果的に決まていないからといって、マクロな脳状態はデタラメ<sup>65</sup>に推移する、ということにはならない。マクロな脳状態が、個々の神経細胞のミクロな過程を制約し、その制約のもとで、ミクロな過程の強めあい・打ち消しあいが進行し、雪崩をうったようにマクロ状態が変わる。このときマクロには、『決断する』という出来事が起こっている<sup>66</sup>」ということになる。また、現代の量子物理学から、「ミクロな」脳神経のレベルにあっても、原理的には、初期値さえ与えれば将来をいかなる精度でも予言できる、と信じられていたニュートンの運動方程式を用いたとしても、決定論的には解決されず、確率的にしか予言できないことが主張され、こうした不確定性、非決定性、非計算可能性をもつ量子物理学と自由意思との関連も指摘される<sup>67</sup>。あるいは、人間の創造性（ないし破壊性）<sup>68</sup>、自由の意識、人間が過去の

---

<sup>63</sup> 自己組織化について詳しくは、大庭健『他者とは誰のことか 自己組織システムの倫理学』（1989年）第Ⅱ部 160頁以下参照。

<sup>64</sup> 大庭健『「責任」ってなに？』（2005年）70頁以下参照。

<sup>65</sup> もっとも、この「デタラメ」という「ランダム」を厳密に定義することができるのかという批判もある（ロジャー・ペンローズ（竹内薫 茂木健一郎訳・解説）「ツイスター、心、脳ーペンローズ理論への招待 茂木健一郎の解説」『ペンローズの〈量子脳〉理論 心と意識の科学的基礎をもとめて』（2006年）279頁以下参照）。

<sup>66</sup> 大庭・前掲注64）70頁以下。つまり、我々が自らの意思に従い、自由に決断する際のような自己組織化は、脳内で因果的に決まった物理現象が起きていることを示すわけではなく、自然の因果連鎖を超越した精神が存在する（存在論的二元論）ことを意味するのではない（大庭・前掲注64）72頁）ということである。

<sup>67</sup> このような量子力学については、観測することによって現象が変わってしまうというような観測問題が様々な形で提唱され（天外伺郎・茂木健一郎『意識は科学で解き明かせるか 脳・意志・心に挑む物理学』（2000年）25頁）、また、量子レベルにおいては決定論的で正確なものであり、非決定性が現れるのは量子レベル（ミクロ）から古典レベル（マクロ）へと移行するときだけであるという批判（増田・前掲注38）15頁注（5）参照）や巨視的な脳の過程になぜ量子的観点を持ち込むのか、量子力学の観点を持ち込まない古典力学ですべて解決することができるとする批判がある（ペンローズ・前掲注65）256頁以下、同・「ペンローズ卿と10人のこびとたち 竹内薫の解説その3」『ペンローズの〈量子脳〉理論 心と意識の科学的基礎をもとめて』（2006年）313、315頁参照）。また、不確定性とは、自然科学的認識の限界を示すものにすぎないという見解もある（ホセ・ヨンパルト・前掲

行為について責任感をもつことなどのほかに、「予言破りの自由<sup>69</sup>」から、別様の決意の可能性がないとはいえないことを推測することができるとも論じられる<sup>70</sup>。

とはいえ、このような観点から別様の決意の可能性がないとはいえないことが導出されたとした場合でも、これは意思の積極的な自由を肯定するものではない。確かに、意思の「自由」と別様の決意の「可能性」とは密接な関係をもつ概念ではあるが、我々はある量的範囲の「可能性」をもつということを自由とみなしてしまっているだけであり、概念の単なる言い換えともいいうる。無限の可能性は自由に近づくにせよ、可能性は可能性にすぎない<sup>71</sup>。しかし、自由意思の構成要素の一つとしての「自由」は、別様の決意の可能性がないとはいえないという消極的な意味での自由で足りると思われる。もっとも、ドイツの一部の神経科学者は、こうした別様の決意の可能性が存在しないことを前提にして責任刑法の廃止を唱えており、これに反論する刑法学者らと争いが生じている。以下では、こうした争いの前提として、神経科学者が依拠する科学的知見とそれに基づく神経科学者の立論についての整理が試みられる。

### 3 神経科学の立論

始めに、神経科学者が行ってきたところの神経科学の実験内容および実験結果、現在の科学的知見などについて概観する。その後こうした神経生物学的な知見から、現在の法的（刑事）責任の基盤の正当性について重大な疑念を提示してきた神経科学者の主張、すなわち、上記第三要件である別様の決意の可能性は存在しないということから、我々に自由意思は認められず、犯罪行為の責任を行為者に問うことはできないとする見解を参照する。

#### （1）現在の科学的知見

---

注 36) 225 頁以下、松村格『刑法基本講座 第 1 巻 基礎理論、刑罰論』（1992 年）21 頁）。さらに、不確定性は因果法則を否定するものではないし、完全な自由を肯定するものでもないといわれる（松村・前掲注 48）267 頁）。

<sup>68</sup> 人間は無から創造することはできないが、必然的な因果関係の法則性を利用して自然界に見られない新しいものを作っていく。作り上げたものは、自然法則的に動くが、自然のまま、このようなものは生まれない（飛行機は自然法則的に飛ぶが、自然法則的には生まれない）。それに加えて、人間の意思は、理性と合理性を相手にすることができるだけでなく、拒否することもできる。それゆえ、創造もできるが、破壊もできるのである。犯罪も含めて、非合理的なことができるのも、人間の自由意思の一つの特徴であり、自然界における因果性の場合、以上のような「創造力」も「破壊力」も見られない（ヨンパルト・前掲注 36）224 頁）。

<sup>69</sup> 例えば、朝起きてコーヒーを飲む習慣をもつ者に対して、「君はこれからコーヒーを飲むであろう」と予言しても、彼はその予言を破ることができる、といったものである。ただし、予言破りの自由は積極的な意味での自由を意味するものではないとして批判的な見解については、ヨンパルト・前掲注 36）226 頁以下、松村・前掲注 67）21 頁。

<sup>70</sup> 内藤・前掲注 27）780 頁参照。

<sup>71</sup> ヨンパルト・前掲注 36）222 頁、松村・前掲注 48）259 頁以下。

まず最初に、多くの神経科学者が、我々の意識的な行いの前にはすでにニューロンによる制約が存在することの論拠として援用している Benjamin Libet の実験 (1983~1985 年) について概観する。Libet 自身は自由意思の存在を確信しており、本来は自己の実験でこの存在を証明したかったといわれている<sup>72</sup>。彼の実験はそれまでに明らかにされていた「運動準備電位<sup>73</sup>」を利用して、結局のところ、William Grey Walter が行った実験<sup>74</sup>と類似の結果を証明することとなった<sup>75</sup>。あらまし<sup>76</sup>は以下のようである。

Libet は被験者に、任意の時点で<sup>77</sup>指または右手を曲げることを指示し、加えて、被験者がいつ、その運動を決意したかは被験者自身しか体験することができないので、被験者にその決意の時点をおシロスコープという特別なメーターを使って記憶する<sup>78</sup>ことを課した。一方 Libet は、被験者の身体に電極を取り付け、運動準備電位の出現時点算定していた。そして Libet は、被験者の意識上の決意の時点と、運動準備電位が発生した時点とを比較した。結果としては、被験者らが「運動への衝動」を感じていた時点よりも平均して約 350mm 秒<sup>79</sup>前に、運動準備電位は生じているということが導き出された<sup>80</sup>。実際には、この結果は

---

<sup>72</sup> Vgl. Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S.318 f.

<sup>73</sup> 1965 年に Kornhuber と Deecke によって発見された。身体運動の前に発生し、頭皮の上の電極を通して測定される陰性電位。彼らの実験につき、詳しくは、リベット・前掲注 10) 144 頁以下参照。

<sup>74</sup> 1977 年に行われた実験である。被験者は脳内に運動準備電位が発生すると、自動的に、プロジェクターの画像が切り換わるように設定された機器が頭部につながられていたが、被験者はこのことを知らされておらず、スイッチで好きなように画像を切り換えてよいとの指示を受けていた。しかしながら、被験者がこのスイッチを押すことはなく、彼らがスイッチを押すより前に画像が切り換わったことから、人の意識的な決意より前に運動準備電位は築かれることが結論づけられた (初めて公表されたのは 1991 年) [vgl. Walter, a. a. O. (Anm.8), S. 136 f.]。

<sup>75</sup> Walter, a. a. O. (Anm.8), S. 136.

<sup>76</sup> 詳しくは、リベット・前掲注 10) 145 頁以下、Vgl. Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S. 318 f.; Vgl. Walter, a. a. O. (Anm.8), S. 136 f.; Vgl. Streng, a. a. O. (Anm.9), S. 683.; Vgl. Hans-Ludwig Schreiber, Ist der Mensch für sein Verhalten rechtlich verantwortlich?, Adolf Lauf-Festschrift, 2006, S. 1072.; 増田・前掲注 3) 305 頁以下参照、神田・前掲注 13) 45 頁以下参照。

<sup>77</sup> 被験者らの任意に委ねたことで、Libet は Kornhuber と Deecke らの実験において約 6 秒以内に行動しなければならないとされていた、時間の制約による行動の制限を克服したといっている (リベット・前掲注 10) 145、152 頁)。

<sup>78</sup> 通常の時計盤の中でおシロスコープの光の点が約 2.56 秒 (通常の秒針 (60 秒) の約 25 倍の速度) で円を一周するよう設計されており、被験者は行為を促す意図が意識に現れた時点をお、この時計が示した時点と結び付けて記憶し、後からその時点を報告した (リベット・前掲注 10) 146 頁以下参照)。

<sup>79</sup> 1mm (ミリ) 秒は 1000 分の 1 秒である。

<sup>80</sup> もっとも Libet 自身は、決定は脳で下されてしまっているが、起動者本人の意識的な決

1999年に Haggard と Eimer による修正<sup>81</sup>を経てその内容が証明された<sup>82</sup>のであるが、いずれにせよ、かくして、意思は自由であるということも、原因であるということも結論づけられず、行為の決定はすでに脳内で下されており、それが意識される前に、行為への決定はすでに脳内で完成してしまっていることが導き出されたといわれている。つまり、意思行為は脳内ですでに決定づけられた後に生じるということである。

ところで、最近では機械的核スピン断層法や磁気共鳴断層画像法などの機器によって、時差なく生体の脳の様子を観察することができ、コンピュータを用いることによって、一つ一つの脳野の構造や機能も明らかにされてきており、一つあるいは複数の脳野を通して、一定の過程<sup>83</sup>が行われることも明らかにされてきている<sup>84</sup>。それゆえ、脳野の一定の部分に損傷が生じると、言語であったり、感情であったりと様々に、我々の感性生活に悪影響が及ぼされることを示す例が数多く見出されている<sup>85</sup>。また、脳内の生化学的状況を変化させることによって、我々の感情や思想が影響を受けることも今や周知の事実であるように思われる。例えば、その積極的応用効果は、脳手術や抗うつ薬などにより精神状態の改善が見られることに顕著である<sup>86</sup>。このように、脳と我々の精神、行動が関係していることを示す例は数多く存在している。

---

意が、実際に行動する前に、この脳の決定を拒否することができるかと解して、自由意思の存在をかくらうじて擁護する立場をとっている(詳しくは、vgl. Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S. 319, 増田・前掲注 3) 307 頁参照)。

<sup>81</sup> 二人は、Libet の行った場所(頭頂部)の運動準備電位だけでなく、そこは異なる場所(皮質の外側前運動野)の運動準備電位も記録し、行為を促す衝動に気づいた時点(P)と彼ら自身が発見した運動準備電位とを比較し、Libet と同様の値を得たが、彼らは運動準備電位の中でも早い始動のものと遅い始動のものにグループ分けをし、それぞれの P 値は早いものにおいては早い P 値が得られ、遅いものにおいては遅い P 値が得られたが、どちらにおいても運動準備電位の始動は P 時点より先行した。さらに、彼らは、彼らの得た Libet の運動準備電位は、P 値の早い遅いと共変しなかったために、Libet の運動準備電位は P の出現と因果関係がないと主張している。これについて、詳しくは、リベット・前掲注 10) 157 頁以下参照、さらなる Libet の批判も提示されている。

<sup>82</sup> Walter, a. a. O. (Anm.8), S. 137., Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S. 319.

<sup>83</sup> フロイド・E・ブルーム他(中村克樹・久保田競監訳)『脳から「心」と「行動」を見る 新・脳の探検 下』(2004年)217頁以下参照。

<sup>84</sup> 近代的な画像を提供する手段についての詳細と批判については、Vgl. Schreiber, a. a. O. (Anm.76), S. 1073 f.; 脳に対する非侵襲的検査方法については、神田・前掲注 13) 42 頁も参照。

<sup>85</sup> 例えば、脳器質の欠陥が態度へ影響を与えた例として、腫瘍のために脳の一部(前頭葉)を切除した患者の性格、態度における変化について、Vgl. Walter, a. a. O. (Anm.8), S. 137 f.; 神田・前掲注 13) 52 頁以下参照。また同様に、爆発事故により前頭葉に損傷を受けた者の変化について、増田・前掲注 38) 29 頁注(15)参照、暴力行為と脳器質の欠陥との関連については、増田・前掲注 5) (自由意志論争) 432 頁以下参照。

<sup>86</sup> Walter, a. a. O. (Anm.8), S. 137 f.



さらに、脳科学の観点からは、現在の科学的知見上、デカルトのこのような実体二元論<sup>87</sup>が受け入れられないことは確かである<sup>88</sup>。脳科学の分野では、意識や心といった精神現象も自然現象であり<sup>89</sup>、それゆえ、精神現象も自然法則に従うものであり、我々の心は我々の脳内のニューロンの活動に伴って生じている、すなわち、心の動きは我々の態度に対して能動的役割を果たさない、つまり、心の動きは我々の態度に対して因果的作用をもたない「随伴現象」であることが支配的見解になっている<sup>90</sup>。それゆえ、この随伴現象説によれば、自由意思のような心の動きは、我々の行動に対して因果的役割を果たさず、せいぜい間接的なものにとどまることになる。

## (2) 責任刑法は維持できないとする見解

以上で述べたような現在の科学的知見に基づいて、責任刑法と決別することを主張しているのは、Wolf Singer、Gerhard Roth、Wolfgang Prinzの三人の神経科学者である。以下、その骨子を紹介していくことにする。

Singerは、我々が自由意思を現実に体験していることを認めている<sup>91</sup>し、Rothも、我々

---

<sup>87</sup> 心的なものと物理的なものがはっきりと区別され、物理的世界は自然法則に従っても、精神世界は自然法則に従うというようなことはなく、精神世界における主観的現象は物理的世界における客観的現象や構造などのいかなる知識によっても説明されえず、本章との関係でいえば、意識は脳の神経活動に依存することなく生ずるということになる（実体二元論について詳しくは、増田・前掲注 3）300 頁以下参照）。このような考えについて、精神と物理的事象は統一された実体の二つの「側面」であると考えれば、独立して存在する異なる二つの実体を想定する必要はなく、一元論者の理論として「心脳同一説」が主張されていることが挙げられる（リベット・前掲注 10）214 頁以下）。

<sup>88</sup> 澤口・前掲注 32）194 頁、実体二元論を採用できないことについて詳しくは、サール・前掲注 54）168 頁以下参照。

<sup>89</sup> 茂木健一郎『心が脳を感じる時』（1999 年）14 頁以下。

<sup>90</sup> 茂木・前掲注 89）28 頁、ペンローズ・前掲注 65）200 頁以下。しかしながら、我々は、「自分の意思」で何らかの行動をする・しないと体験している、つまり、我々は日常において、体験的には、自らの意思の働きというような我々の内部で起こる心的な出来事の、目に見える形での行動に移すというような物理的な出来事への因果作用を認めており、我々は日常生活上、心的なものが物理的なものを引き起こすものと考えている。一方、我々は、体が物にぶつかったりした場合には、その物に接触した体の一部に痛みを感じることを知っており、物理的な現象が心的な現象を生み出すことも、我々は経験的に理解している。そこで、現在の科学的知見から、心的なものの存在は肯定しえず、存在論的一元論が支持されるべきだということになると、心的なものと物理的なものとの関係が問われることになる。前述のような現象はどのように把握されるべきなのか。これが哲学の領域では「心身問題」と呼ばれる、今なお未解決のままである問いである。増田豊「認識論的二元論と認識論的自由意志／批判的責任の言語ゲーム（一）——心の哲学と刑法のメタ理論的基礎——」法律論叢第 81 巻第 4・5 号（2009 年）8 頁以下も参照。

<sup>91</sup> Vgl. Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S. 313.; 増田・前掲注 3）311 頁以下参照。

に自由の体験および答責感情があるということを認めている。しかしながら、三人が一致して主張するのは、我々は実際の自分の行為とは異なって行為することができ、我々がそのように意欲したからこそ、そのように行為できたという我々の決意における自由の体験は、我々の感覚だけに基づいた「イリュージョン」にすぎないということである<sup>92</sup>。というのも、外部から自然科学的に出来事を観察する神経科学者の視線からは、精神的なものの余地が排除されるからである。そして、Prinzの言葉を借りれば<sup>93</sup>、我々は自分が行うことを意欲しているにすぎず、我々の行為の決意は、我々の意識の及ばないところ、すなわち、脳内の一部である大脳辺縁系で完成し<sup>94</sup>、我々の行動は脳内のニューロンの経過を反映したものにすぎないとされる。つまり、我々は現実にした行為と異なって行為することはできないのであって、我々には自由意思も他行為可能性も存在しないというのである。

それゆえ、Singerによれば、人は実際に行為した以外行為しえないのであって、犯罪者は自己の行為に対し何もできない犠牲者<sup>95</sup>ということになる。このような犯罪者は単に運悪く、例えば、人を殺してもかまわないという限界ラインが低く設定されている人間であったにすぎず、それは遺伝的・教育的な脳機能のプログラミングのせいであり、このような犯罪者を監獄に入れる根拠を見つけることはできない<sup>96</sup>とされ、責任刑法の廃止が求められる。Prinzも、行為者は例外的に責任能力が否定されるのではなく、我々も含めて行為者すべてが恒常的に自由も責任能力も前提とされえない<sup>97</sup>とし、責任刑法に依拠する刑事司法制度の崩壊を主張するのである。Rothも、我々に他行為可能性があるという表象は維持できないものであるとし、責任概念の放棄を主張する<sup>98</sup>。

とはいえ、彼らにおいても、犯罪行為を傍観しておればよいとするわけではない。我々が自己の行いについて責任感をもたなければ社会生活に混乱をきたすことから、人は自分が行った、社会に害を与える態度に責任をもたなければならない(Prinz)<sup>99</sup>、すなわち、社会の一構成員として負担しなければならない責務に反するもの(Roth)<sup>100</sup>として、犯罪

---

<sup>92</sup> Vgl. Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S. 314.

<sup>93</sup> Vgl. Streng, a. a. O. (Anm.9), S. 683 f., 688.

<sup>94</sup> Vgl. Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S. 314.なお、大脳辺縁系は、扁桃核、腹側線条体、中隔側坐核、前脳基底、そして視床下部のような異なった脳野にまたがっており、すでに母胎内で働き始め、3歳ないし4歳までには構造上十分に確立され、あらゆる影響と経験を蓄積し、生来の感情的な状態や態度様式にとっても中核になっており、遺伝的にすでに限定されているその人の基準に従って、その人が実際に行うことを様々に評価し、そうした評価の結果も記憶の一部に蓄積する。そして、大脳辺縁系がそこに蓄積された経験上の記憶との調和を図って当該行為を最終的に決定する〔Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S. 314., 増田・前掲注5〕(自由意志論争) 431頁以下〕。

<sup>95</sup> Vgl. Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S. 315.

<sup>96</sup> Vgl. Schreiber, a. a. O. (Anm.76), S. 1071.

<sup>97</sup> Vgl. Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S. 314.

<sup>98</sup> Vgl. Schreiber, a. a. O. (Anm.76), S. 1071 f.

<sup>99</sup> Vgl. Schreiber, a. a. O. (Anm.76), S. 1071.

<sup>100</sup> Vgl. Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S. 315.

を構成することで、個人責任に依拠しない答責による処罰が実現できるという。そこにあつては、再犯の可能性を危惧した改善の必要性または社会の安全を理由として、犯罪者を処罰しようという帰結が導かれることになる。

さらに、行刑段階においては、Prinzは多くを語らないが、SingerとRothからは、犯罪者が再び犯罪へと至らないように、犯罪者に本来備わっている脳機能のプログラミングの修正を施すという提案がなされている。例えば、殺人へと至りやすい性向の犯罪者に対して、その程度は定かではないが、人を殺してもかまわないという限界ラインが高くなるように、脳内のプログラミングを変えること、すなわち、大脳辺縁系の経験的記憶に対する人為的介入によって大脳辺縁系の経験的記憶を適法な態度と結び付けうる行為者には、教育的プログラムが提案される。一方、大脳辺縁系の経験的記憶に対する人為的介入を受け入れない、改善できず危険なままである行為者については隔離が提案されることになる。とはいえ、前者の矯正方法にあつても、規範違反の重大さに従って「拘禁の限度」または「保護の限度」で犯罪者を隔離して脳内のプログラミング変更が実施されるという<sup>101</sup>。

#### 4 刑法学の反論

以上のような神経科学者の考えにすべての法学者たちが反対しているわけではない。Prinzらの提案を刑法へ導入している見解<sup>102</sup>も存在する。しかしながら、責任刑法を廃止しようとする神経科学者の見解は、我々の人間観をも覆す極めて広範な射程をもつものであり、これを受け入れるにあつては十分に慎重であつてよいと思われ、これを採用しえないとするに足りる理由も存在しているように思われる。そこで、ここでは、本章3 a)で言及した神経科学者の論理的基盤への批判とともに、神経科学者が提案する保護刑法モデルへの反論<sup>103</sup>を紹介することにする。なお、こうした神経科学者と刑法学者との論争はドイツに主眼を置いているが、この論争について考察を加えている日本の学者の見解についても言及することにする。

##### (1) 科学的手法に関する方法論的・根本的批判

###### a) ドイツの議論

自由意思が以上のような経験上保障された実験により既に反駁されているといわれることに対し、ドイツでは、以下のような反論が提起されている。

まず、非常に多くの論者によって主張されているのが、Libetらの実験における方法論的欠陥である。すなわち、Libetの実験は、事前の指示のもと、被験者がその実験手順について詳細に分かつており、指を曲げるというような最小の運動であつて、常にこの同じ運動を遂行しなければならなかった。それゆえ、この運動中の脳内における状況の変化を、行為を決意するというような複雑な脳内における状況の変化へ直接適用し、決意の際の脳内

---

<sup>101</sup> Vgl. Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S. 315,317.

<sup>102</sup> Vgl. Walter, a. a. O. (Anm.8), S. 131, 143.

<sup>103</sup> もっとも、脳科学的に見た意思自由否定論は論者によって主張の強度・射程を異にすることから、この考え方が直接に処分刑法・予防刑法にいたることになるとはいえないとする指摘もある(神田・前掲注13) 58頁、67頁。)

における状況の変化が同じように前もって脳内で決定されていたと推論することは危険であるし、すでに実験開始前に運動の準備<sup>104</sup>がなされていて、運動準備電位が築かれている可能性が払拭できない<sup>105</sup>、Libet の運動準備電位は、少なくとも運動のやり方やその部位を決定するものではなく、いつこれを行うかにかかわるものであったにすぎず、決意の際に実際に脳の中で何が起きたかを知りうるものではない<sup>106</sup>、たとえニューロンと決意との間に何らかの時間上の連続性が認められたとしても、それは前者を後者の原因としうるものではなく、ニューロンが決意を決定するという証明にはならない<sup>107</sup>、といったものである。

第二に、神経生物学が解明したのものに関する根本的な批判があげられる。つまり、神経科学が明らかにしたのものというのは、運動準備電位という専門用語で装飾された、我々がある行為をとる際における、脳内の詳細な観察記録にすぎないとするものである<sup>108</sup>。また、Walter によれば、我々の決意のしくみを知る上で重要であるのは大脳辺縁系に蓄積された無意識に働いている感情的な経験的記憶なのであって、運動の決意が意識される約 350mm 秒前に運動準備電位が生じているということによって我々は決意のしくみを知ることができるわけではなく、脳器質の形状と脳内の生化学的状況が精神と心に対して影響力をもっていることも、精神が現存することを前提とするものであって、これらの詳細は精神作用

---

<sup>104</sup> もっとも Libet は、被験者がいつ行動すべきかについて、予定していたか、予定していなかったかを被験者に報告させて、行動の心構えをしていたかを区別しており、両方の運動準備電位を測定して、どちらにおいても意識された時点そのものは変わらない（運動準備電位の出現時点は異なる）としている（リベット・前掲注 10）156 頁参照）。

<sup>105</sup> Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S. 319., Walter, a. a. O. (Anm.8), S. 140.; Vgl. Schreiber, a. a. O. (Anm.76), S. 1072 f.; この批判は、多くの者から主張されているが、Roth も Libet の実験結果を解釈するにあたっては、慎重な態度をとっている。しかし、Libet の結論は Roth の考える意識的な決意のあり方を証明するものとなっている（増田・前掲注 3）309 頁参照）。

<sup>106</sup> Walter, a. a. O. (Anm.8), S. 140., Vgl. Schreiber, a. a. O. (Anm.76), S. 1072 f.

<sup>107</sup> Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S. 319.; というのも、Walter によれば、そもそも我々が決意の時点と呼んでいるものを被験者は意識しておらず、すでに運動を決意した後に現れる、例えば、膝を動かそうという運動刺激を意識した時点が測定されていた可能性がないとはいえず（つまり、被験者の意識した決意の時点とは、測定されるべき本来の決意の時点ではない）、自由な決意が残っていることを否定しえないからである（Vgl. Walter, a. a. O. (Anm.8), S. 140 f.）。

<sup>108</sup> Walter, a. a. O. (Anm.8), S. 137. Schreiber も、近年発明された近代的な画像を提供する手段によって、生体の脳内を時差無く観察でき、脳野の構造や機能についても深い洞察がもたらされたが、このような手段を駆使しても神経生物学が明らかにしたものは、我々がある態度を取る際のある脳領域の様子を物語るものにすぎないといっている。具体的な決断が、どのように、どこで起こるのが1つ1つ分かっているわけではなく、一定の脳野に一定の過程が割り当てられるという一般論を出るものではないとするのである（Schreiber, a. a. O. (Anm.76), S. 1073.）。

の限界を示すものとされる<sup>109</sup>。

第三に、Habermas を初めとして多くの哲学者は、Singer や Roth らの神経科学者が人間の行為を神経生物学的にだけ説明しており、その結果、カテゴリーミステイクを犯していると非難している<sup>110</sup>。例えば、人間の行為は、行為者の脳内におけるニューロンの発火以上のものであり<sup>111</sup>、目標や合理的な選択肢を考慮した、動機、意図、計画そして理由などに基づいて遂行され、これらを考慮することなしに把握された人間の決意の状況というのは、そもそも人工的な決意の状況を知るものにすぎない<sup>112</sup>とか、人間の行為における「理由」の果たす役割について、「理由」が、物理的に、すなわち神経科学の言葉で説明しうる「原因」に還元可能であるときにのみ、行為にとって機能するものであるとすれば、行為という現象自体が科学的に記述されることによってその意味論的性質が消去されてしまい

---

<sup>109</sup> Vgl. Walter, a. a. O. (Anm.8), S. 137 f.

<sup>110</sup> Vgl. Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S. 319.; 増田・前掲注 5) (自由意志論争) 434 頁。この点については、Roth もこうした非難を受け止め、以下のように説明している (以下、増田・前掲注 5) (自由意志論争) 436 頁以下参照)。Roth は、確かに、例えば、その人がどのような「痛み」を感じているかというような、主観的感覚そのものは、それを抱く者にしかアクセスできないが、神経科学者は当人の痛みの感覚は、ニューロン活動から生じるものであるから、これについては確実な予言をすることができると反論する。また、被験者に対して、彼の目の前にある装置の赤いランプが輝くと、彼の身に不快な痛みが襲うことを予め伝えておくと、実際にはそのような痛みが生じることはないにもかかわらず、赤いランプが輝くと、被験者の脳内の一部が活動を開始し、痛みの感覚が発生することになることから、痛みは、痛みの予期、一定の振舞いの理由、そして、痛みをいつ、どこで、どのように感じ、表出してよいかという社会的でコミュニケーション関係的な要因に依存しているが、こうした要因が、主観的な感覚に影響するとはいえ、それが影響を及ぼすのは、それが当人の脳内に取り込まれた限りであり、神経科学は、このような要因を加味した脳活動の展開を把握しうるものであるとする。さらに、Roth によれば、脳は感覚器官 (感覚を司る器官の総称。特定の刺激を受け入れる感覚細胞が集まってそれぞれ特殊な構造を持つ (北原保雄編『日本国語大辞典 (第二版)』第 3 巻 (2001 年) 1231 頁。)) であり、物理的ないし化学的な刺激に対してだけ反応するものであって、「有意味的な」行為には反応しない。例えば、行為の理由の意味そのものが伝達されるのではなく、聞き手の耳には、単に音響の圧力波のみが到達するのであり、この音響の圧力波がニューロンの発火 (インパルス) を通して、他のニューロンに伝達され、聞き手の脳の記憶をもとにして、非常に複雑な脳のネットワークを経て、意味が各人の脳内で新たに作り上げられるのである。こうして、Roth の見解では、脳が意味理論的・志向的システムであることが言及され、還元的物理主義 (心的なものはすべて、神経生物学的・物理的なもので説明することができ、両者を同じものとする考え方である。同じものとはいっても、そこでは結局自由意思のような心的なものからの身体への影響は否定され、心的なものは物理的なものに従属するにすぎないことになる) が退けられることになる。

<sup>111</sup> 増田・前掲注 5) (自由意志論争) 434 頁。

<sup>112</sup> Vgl. Schreiber, a. a. O. (Anm.76), S. 1073.

113、行為の動機を問う質問に対して意味ある回答をすることができなくなることから、理由を原因に完全に還元することはできない<sup>114</sup>、などのような主張がこれである。<sup>115</sup>

さらにまた、カテゴリーミステイクに言及するものとして、概念的な、カテゴリーの誤解（「*begriffliches, kategoriales Missverständnis*」）を指摘する見解もある。Müller-Dietzによれば、神経科学者と法学者との意見の齟齬は、言葉の、特に概念上の観点、さらには哲学的、哲学史の観点においてははっきり露呈されるという<sup>116</sup>。すなわち、彼は、意思の自由が議論される場合に、何も人間の行為を決定するものはないという神経生物学者らの出発点が、行為の自由を誰にも帰責することのできない偶然と区別できないものに変えてしまったという。そして、そもそも哲学的な観点では、Roxinも説明しているように、単に判断の自由（*Urteilsfreiheit*）が議論になっているにすぎず、行為の自由と自然科学的に、つまり、目に見える物理的なものによって決定されることとは両立しえないものではないと主張し、自由な行為は神経生物学上の実験によって回答できるものではないとする<sup>117</sup>。

---

113 Schockenhoffは、プラトンによる原因と理由の区別に関する説明を援用して、理由の果たす役割を強調している〔Vgl. Eberhard Schockenhoff, *Wir Phantomwesen*, FAZ v. 17. 11. 2003, 31.; 増田・前掲注 34) 242 頁以下参照〕。そこでは、国家公認の神々を拝まず、青年を腐敗させるという罪状で死刑を宣告され獄中にあったソクラテスはなぜ脱走しなかったのか、という問いが立てられる。これに対しては、二つの回答の仕方が考えられ、一つは、「ソクラテスの腱と骨が動かなかったから」という回答で、これは「原因」を示す回答である。二つ目の回答は、「国の命ずる刑罰ならばどんなものでも受けることの方が逃亡したり脱走したりすることよりもより正しく美しいと考えたから」という回答であり、これはソクラテスが脱走する気持ちにならなかった「理由」を示す回答である。そして彼は、先程の問いに、「ソクラテスの脳には運動準備電位が全く生じなかったから」と答えようとするれば、ソクラテスが脱走する気持ちにならなかった理由に関する問いが、そもそも意味のある問いとして提起されえないとして、理由は原因に還元できないとするのである。また、彼は、神経科学的言語を用いて説明しえないものとして、道徳的価値確信、決意、良心、責任感、羞恥心のような心的な状態や現象を挙げている。同様に、Schreiberも、結婚のように長い時間をかけた比較考量の上で決意される事柄については、予め決定されていたものとは考えられないとし、神経科学だけでは説明されえないとしている〔Schreiber, a. a. O. (Anm.76), S. 1073 f.〕。Duttgeも、神経生物学的な研究は、思考、感覚、動機を見出すことはできず、ニューロンの束および脳構造と異なるものを決して見出すことはできないと述べている（Duttge, a. a. O. (Anm.5), S. 59）。

114 増田・前掲注 34) 243 頁参照。

115 「痛み」を感じるというような意識状態とは異なって、例えば、「理解すること」は、本人が意識を失っていても途切れることがなく、「いま現れた、いま消失した」というような性質のものではない。したがって、これに対応する神経生物学的状態がそもそも存在しないため、神経生物学的には否定されることになるとの指摘もある（増田・前掲注 6) 12 頁、同・前掲注 38) 22 頁以下）。

116 Heinz Müller-Dietz, *Hirnforschung und Schuld*, GA 2006, S. 340 f.

117 Müller-Dietz, a. a. O. (Anm.116), S. 341 f.

## b) 日本の議論

以上のような科学的手法に関する方法的・根本的批判は、我が国の論者によっても主張されているところである。

第一に、Libetの実験における方法的欠陥は次のように指摘されている。すなわち、Libetの実験では、被験者が決意した時点を記憶し、報告することになるが、そもそもこうした知覚は行為を操縦する意識活動を分析的に観察するものであるため、先行する意識内容自体を観察する新しい意識活動として事後的になされざるをえないので、行為を操縦する実際の時点については報告できない。そうすると、行為すべき決定は、時計が回り始める前か同時に下されている可能性が高く、被験者が報告した意識活動よりも前に更に事前の意識活動があったことを否定できない、と批判されている。<sup>118</sup>また、Libetの実験では、そもそも自然発生的に生じる脳内のプロセスの中身自体が解明されていないので、ここに意識活動が介入している可能性がある、とも指摘されている。<sup>119</sup>

第二に、神経生物学が解明したものに関する根本的な批判については、次のように指摘されている。すなわち、脳科学がなす説明というのは、行動に関する機能論的な説明に過ぎず、それだけで行動を十分に説明したことにはならない、<sup>120</sup>特定の時点における脳機能のミクロの状態が判明しても、これによってそのヒトの心理状態がどのようなものであるか、またそのヒトをどの程度非難できるかを読み取ることはできないし、このことは今後も期待できない、といったものである。また、画像技術の科学的進歩によって、脳機能のマッピングが相当に可能になっても、撮影されたものが意識の全てであることを意味するわけではなく、撮影されないものが実在しないということも意味しない、<sup>121</sup>年齢とともに脳構造が変化する可能もある、<sup>122</sup>と指摘されている。

第三に、神経科学者が人間の行為を神経生物学的にだけ説明しており、その結果、カテゴリーミステイクを犯しているという点についても、同様に指摘されているところである。すなわち、人間の行為の決定は、神経生物学者が探究している原因に由来するのではなく、長い年月をかけて教育や学習による経験によって形成された理由によるのであり、心、意識のような意的要素や思考過程を無視して自然科学的に観察する第三者視点のみでの考察にはなじまないとするものである。<sup>123</sup>つまり、意識的な決意は、脳活動としての無意識的

<sup>118</sup> 松村・前掲注4) 98頁以下参照。

<sup>119</sup> 神田・前掲注13) 51頁。

<sup>120</sup> 松村・前掲注13) 21頁参照。

<sup>121</sup> 神田・前掲注13) 65頁。

<sup>122</sup> 松村・前掲注13) 11頁参照。

<sup>123</sup> 増田豊「認識論的二元論と認識論的自由意志／批判的責任の言語ゲーム(二)——心の哲学と刑法のメタ理論的基礎——」法律論叢第81巻第6号(2009年)28頁以下、松村・前掲注4)70頁以下、83頁以下、88頁以下、95頁以下、106頁、同・前掲注13)18頁以下、同・前掲注33)40頁。なお、Rothも、児童段階においては、教育と自己経験を含む環境的影響によって可変的であるので、初期の異様性が自ら成長して治ることも可能であるとしている(松村・注33)7頁参照。)増田教授も、脳内の神経過程において、意味が生成されるためには、遺伝的傾向のほかに学習(経験)が重要であって、そのためには社会との相互作用が必要不可欠であるとされている(増田・前掲注5)(自由意志論争)444頁以下)。

な決意準備という非常に短い時期に由来するものではなく、長い年月をかけて形成された行為者の人格に根差すものであり、また、このような人格は後天的な体験と両親や学校の教育などによって変更されるので、行為の決定が事前的に定まっていることは考えられないし、脳科学者の実験結果は重要ではないということであろう。

## (2) 保護刑モデルに対する批判

### a) ドイツの議論

神経科学者が最終的に刑法に代わるものとして提示する保護刑モデルについても、ドイツでは以下のような疑念が呈されている。

第一に、Walter は、神経科学者によれば、保護刑モデルにおいても、犯罪者の処遇について昔と相当に同じことをすることになるといわれるが、これは、処罰と処分の根本的な相違を理解していないことから生じているという<sup>124</sup>。また、Hillenkamp からは、保護刑モデルに従えば、限定責任能力に相応する処罰基準が欠ける<sup>125</sup>ことに疑念が呈されているが、この点についても、Walter のいうところの相違の混同に根拠が見出されるように思われる。

第二に、Hillenkamp は、彼らのいう教育的なプログラムによる矯正を実施するとすれば、大脳辺縁系が適法な態度を助成するようにこれに変更を加えることはいつ成功するのかという。Hillenkamp は、この場合、我々は保護刑が指し示す時間的に完全に不確かな刑量に手を伸ばすことになると指摘する。加えて、彼は、責任に代わり規範違反の重大さを改善期間の限定基準として用いるとしても、行為に落ち度が存在しないために無過失責任がすべての原則となって、結局、古代法へと後退すると述べる<sup>126</sup>。

第三に、Hillenkamp は、当該所為が大脳辺縁系における個人の一つの欠陥ではなく、むしろ第三帝国のナチズム犯罪のような時代の欠陥である場合、教育的なプログラムは必要かと問う。彼は、行為者は目下のところ危険でないから行為者を隔離する必要がないが、行為者が帝国および帝国の倒錯に戻ることが予言できる場合、行為者の大脳辺縁系の経験的記憶に対する介入がおそらく必要とされるであろうが、これが不可能であれば、新しい人間像の刑法は背後にある重大な不法に反応することができないという<sup>127</sup>。

第四に、Hillenkamp は、決定論の保護刑法では、「有意的な態度としての行為」を始めとした様々な言葉を使うことができず、教唆のような犯罪パターンも崩壊すると批判する<sup>128</sup>。そして、彼は、強要も強姦と全く同様に、その法益を失うことになり、刑法は、その

---

<sup>124</sup> もっとも、この間違った表象はドイツの行刑目標、行刑の努力、行刑の現実によるところもあると述べられている [Walter, a. a. O. (Anm.8), S. 138.]。

<sup>125</sup> もっとも、Hillenkamp は、処罰基準としての責任を否定して歩み出てくるものとして、行為者の将来の危険性を示唆してはいる [Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S. 317 f.]。

<sup>126</sup> Hillenkamp は、保護刑モデルにおいては、懲役一月が下された 25 セントの牛乳パックの飲食窃盗は、それでのみ再犯防止可能なのであれば、10 年の教育的プログラムで対応することも辞さないだろうという [Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S. 317 f.]。

<sup>127</sup> Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S. 317.

<sup>128</sup> その他に、Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S. 317 f.では、因果経過を決定づける故意、過失の前提としての回避可能性のような言葉や、自己責任による自己の危殆化、自由意思



ような犯罪を除いた限定された構成要件となるが、このような限定された犯罪に対する態度の操縦を期待することに意義は見出せるか、と疑念を呈するのである<sup>129</sup>。

第五に、刑法以外の法分野で神経科学者のいうことを推し進めた際の影響である。Walterによれば、例えば、私法では五つの自由に基づいているため、これらについて、我々は自由ではないということになると、これらについて決定的影響を与えるのは、「公共の福祉(利益)」に集結され、神経科学者らのというような新しい人間像によれば、統制経済と全体主義の考え方が現れることになるという<sup>130</sup>。

#### b) 日本の議論

日本においても、神経生物学者が提案する保護刑モデルについては、以下のように批判されている。

第一に、Hillenkampによっても批判されている点であるが、責任刑法を廃止する場合には、神経科学者は危険な行為者を規範を侵害しないように改善するプログラムを提案するが、そこにおいて重要になる大脳辺縁系の調整はいつ、どのようにしてなされるのかを宣言できない、という指摘である。そもそも、犯罪を行うように決定されている者のニューロンないし DNA をどのように改善しうるのか、5~6 歳までに固定する大脳辺縁系のシステムを改造し犯罪を行わないように、当該犯罪者一代限りにおいてニューロンないし DNA を修復することが可能なのかと疑問が呈されている。特別予防による犯罪者の改善教育のためであっても、本人の意思的・意識的・意欲的な自己改善の主体的な意思がなければ自己改革はできないとされるのである。<sup>131</sup>

第二に、社会が危険な犯罪者から保護されるために刑罰が科されることを認めれば、社会全体の安全を重視すること、ひいては多数者の利益を保全することが正義に適ったものとなって、自由よりも過度の安全を絶対視するような極端な予防刑法・保安刑法が推進される危険があるといわれる。そのうえ、そこにおいては、犯罪者の改善(再社会化)が実現されるというよりは、国家もしくは多数者にとって都合の良い方向への犯罪者の改造が神経科学・脳科学によってもたらされる可能性があり、そうであるとすれば、少数者としての個人(行為者)は、権力によって科学的に管理され、人間の尊厳が無視されることに

---

による中止のような犯罪パターンが挙げられている。

<sup>129</sup> Vgl. Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S. 318.

<sup>130</sup> Walter, a. a. O. (Anm.8), S. 138 f.; なお、五つの自由とは、結社の自由、契約の自由、所有の自由、婚姻の自由、そして遺言の自由である。神経科学者の新しい世界像においては、結社を例にとると、その結社の構成員の意向から当該結社が結成される必要はなく、決定的影響を与えるのは、公共の利益であって、国家によって、個人はその構成員になることが義務づけられうるのである。その他、契約の内容が強制法に基づいていることもあれば、私的所有も存在しないとされるだけでなく、ただ公共の福祉の恩恵を受けているにすぎない、婚姻を国家が文化的なそして遺伝学上の矛盾がないという留保の下に置く、子孫らには社会扶助の負担を減らすものだけが遺産として残され、残りは国家あるいは公益的な団体へ収まることになる等主張されている。

<sup>131</sup> 松村・前掲注 4) 89 頁以下、104 頁以下。

なる危険性があると指摘されている。<sup>132</sup>

## 5 検討

以上のように、ドイツにおいては、刑法学者および哲学者から、自由意思の存在を否定しようとする神経科学者がしばしば援用する Libet らの実験の方法・内容などについて批判が加えられ、それらが未だ自由意思の存在に反駁するものではないといった論争が展開されている。さらに、自由意思をめぐる問題について、明らかに自然科学の領域を大幅に超えて主張してきているように思われる、神経科学者が提案する保護刑モデルに対しても、真摯に検討した上でこれを排斥している。日本においても、ドイツとおおむね同様の反論が見受けられ、結論として、責任刑法を維持する形で理論構成されている。

さて、自由意思の存在論的問題を検討する前に、その要否論、すなわち、刑事責任は自由意思を前提とする必要があるかについて少し触れておきたい。前述のように、現在では、たとえ決定論に基づく刑法観に立脚したとしても、何らかの意味で自由意思を肯定することが重要な争点として検討されており、<sup>133</sup>責任刑法を維持し、刑罰を正当化するためには、過去の行為に対する「非難」の前提としての自由意思を不要と解することはできないように思われる。<sup>134</sup>確かに、仮に刑法が前提とする「自由」を他の科学とは異なる刑法学独自の自由として構成することが許されるのであれば、<sup>135</sup>自由意思に関する自然科学的な議論に立ち入らないこともできよう。しかしながら、前述のように、筆者は刑法学においても、自然科学と調和する形で自由意思を構成するべきであると考え。とはいえ、多くの論者が指摘するように、自由意思があることもないことも証明されていないといわれる<sup>136</sup>中で、筆者は、今後も明確な形で自由意思がないこと（あることもであるが）を科学的に証明することは可能ではないと考えている。というのも、本章の4（1）でみたように、専門家ではなくとも——少なくとも今のところの——実験に批判をすることは難しいことではないように思われるし、実験における測定上の誤り<sup>137</sup>というものは、人間が当該実験を行う

---

<sup>132</sup> 増田・前掲注5) (自由意志論争) 451頁以下、同・前掲注5) (研究成果) 82頁以下、同・前掲注123) 17頁以下。

<sup>133</sup> 増田・前掲注3) 320頁。

<sup>134</sup> 刑法学において、責任刑法を固持しようとする限りは、仮説的にでも、自由意思が必須とされる合意が存在するともいわれている(神田・前掲注13) 42頁。)し、刑罰を正当化するためには、自由意思が肯定されざるをえないと指摘されている(辰井聡子『因果関係論』(2006年) 95頁。また、たとえ、予防上の観点から刑罰の正当化を考えても、行為者本人および一般人の自由な意思を前提としなければ一般予防も特別予防も達成されえないと思われる。

<sup>135</sup> 刑法学上の自由意思の問題に関しては、哲学上の自由意思の論争に包摂されるものであり、刑法的にのみ基礎づけることは許されないという指摘もある(辰井・前掲注134) 94頁以下)。

<sup>136</sup> 例えば、Vgl. Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S. 319.; Vgl. Schreiber, a. a. O. (Anm.76), S. 1074.

<sup>137</sup> 350mm 秒は単なる平均値であって、被験者および実験者間で著しいばらつきがあり、決意後に生じている運動準備電位も報告されており、脳波計の波を測定する際に生じる特有の誤差や、Keller および Heckhausen 並びに Trevena および Miller による類似の実験に

限り常に考えられ、また、そもそも、「自由意思がないこと」を確実に証明する方法が見出せるのか、逆に、「自由意思があること」の証明については、さらなる困難が生じる<sup>138</sup>——それゆえに、「自由意思がないこと」を証明することが試みられているのかもしれない——と思われるからである。

一方で、そのような悲観論は非論理的であり、哲学の分野で「クオリア<sup>139</sup>」と呼ばれる心の属性も、自然法則で理解できる日がくると考えるほうがリーズナブルであるとする向きもある。というのも、筆者のような立場は、現在我々が手にしている自然法則を想定した結論なのであって、意識に関する自然法則も数式によって表すことのできる科学革命（量子力学の革命）が起こる、つまり、意識も自然法則の一部になる日がくるという見解も存するからである<sup>140</sup>。結局のところ、我々が意識について様々な思索をめぐらせたところで、数学的言語には、その真実性が証明された上で提示された場合、有無をいわずに我々をそれに従わせてしまう強制力をもっており<sup>141</sup>、それが自由意思の問題を終焉に導く可能性が高いことは否定できない。とはいえ、これも可能性のレベルにとどまるものである。

前述したように、検証不可能な仮説に立てば、その仮説の反証を示すことができないために、科学的視野からはその仮説が支持されないのであろう。我が国においては、通説の依拠するところの相対的自由意思論によれば、我々には他行為可能性があることを理由に

---

よれば、運動の「決断」をした時点を記入すべきであるにもかかわらず、4割程度の被験者は、その運動をした「後」で、その時点を記入していたことが指摘されている〔Walter, a. a. O. (Anm.8), S. 140.〕。また、人は、自己の行為の決意を意識するというような自分自身の心の動きと、(意識上の決意の時点を報告するための) オシロスコープ上の点がどこにあるかということに、同時に注意を向けることはできず、人は今決意が下されたと意識してから、オシロスコープ時計に目を向ける際、他の課題へ注意を切り替えたことによって、時間の「コスト」が生じ、その結果、意識された時点の報告の遅れにつながるというような、意識的な決意の時点を誤って解釈する原因となる様々な可能性があることも指摘されている。もっとも Libet は、時間の「コスト」の問題については、四つの反証をしている（詳しくは、リベット・前掲注 10) 155 頁以下参照)。加えて、脳科学分野における最新の装置は極めて複雑なので使い次第では間違ったデータが取れる可能性が十分あるにもかかわらず、そのような計測データであっても正しいものとみなされて、その上に脳科学が積み重ねられている現状すらあるとも言われている（松村・前掲注 13) 11 頁以下参照)。

<sup>138</sup> 実際にも、Hillenkamp から、そもそも自由な意思のような現象に遭遇しうるのかといった疑念が提起されている〔Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S. 319.〕。

<sup>139</sup> 我々が日常体験しているあらゆる意識状態には、それについての質的な感覚(クオリア)が備わっている。例えば、赤の「赤らしさ」や水の「冷たさ」、砂糖の「甘さ」などである。このクオリアが、どのようにして脳内のニューロン活動のような物質的過程から生じてくるのかが問題となる(増田・前掲注 38) 22 頁以下、28 頁注(14)、茂木・前掲注 89) 240 頁参照、ペンローズ・前掲注 65) 201 頁参照、クオリアの概念につき批判的なのは、サール・前掲注 54) 179 頁)。

<sup>140</sup> ペンローズ・前掲注 65) 201 頁。

<sup>141</sup> ペンローズ・前掲注 65) 204 頁以下。

犯罪行為へと至ったことに対し責任非難がなされ、責任を問うためには他行為可能性があったことが前提とされる<sup>142</sup>。しかし、「消しゴムが床に落ちた」というような事象は万有引力の法則によって説明され、およそ上記のような他行為可能性が問題にされることはない<sup>143</sup>。ここで、人間の行為もまた、自然現象の一つであることから、「有意味な」側面を無視して、「誰かが彼の行為の理由を私に説明する場合に、私の内耳に達するのは、単に音響の圧力波だけであって、その意味ではない」とするのは、筆者には、こうした言語的コミュニケーションの描写を、そこで発せられた音声の物理的な特性を描く言語によって押し伏せようとする、かの物理主義的な「統一科学」を想起させる<sup>144</sup>ものであるように思われてしまうのである。Roth も否定している<sup>145</sup>ように、還元的物理主義によって論じられるところの身体運動の「原因」からのみ、刑法における人の行為の過程を説明することはできないであろう。これについては、多くの論者が指摘するように、人が行為に至る際には、その行為の目的を考えることがままあるのであり、すなわち、行為には理由があって、その意味理論的な性質を度外視して、この理由についても神経科学者が探求しているところの身体運動の「原因」と同じように自然科学的知見によって物理的なものへと還元することができるとはいえないと思われるからである。<sup>146</sup>

しかしながら、Roth によれば、例えば、我々がある身体運動をする際には、どんな理由があろうとも、脳の運動中枢の神経が活性化されねばならず、そしてこの一定の脳領域の活動が、ある運動の原因だとされ、理由の行為に対する因果性は間接的なものになる。このような個人の理由、動機づけのような主観的感覚そのものについては、主体である本人しか体験しえない。一方、Roth によれば、理由が行為に有効に作用するためには、原因を引き起こさなければならぬとされることから、心的なものはニューロンの過程と切り離

---

<sup>142</sup> ドイツにおける責任の意味については、Vgl. Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S. 316 f.; Vgl. Streng, a. a. O. (Anm.9), S. 676 f.; Vgl. Schreiber, a. a. O. (Anm.76), S. 1069 f.

<sup>143</sup> 大庭・前掲注 64) 41 頁以下。

<sup>144</sup> 大庭・前掲注 63) 238 頁、328 頁注 (45)。

<sup>145</sup> Singer も、今後は、被験者自身の内省的視点からみた研究にも携わらなければならない必要性を示唆している (増田・前掲注 6) 12 頁以下)。

<sup>146</sup> 増田教授は、理由と行為の関係性について、実際に身体運動に因果的に作用するのは、理由のミクロレベルにおける物理的性質であるため、これは神経生物学的な脳の状態に還元しうるが、認識レベルにおける自由意思にとって重要なのは、マクロレベルにおける因果作用であり、このマクロレベルにおける理由と行為の合理性関係 (例えば、「ワインが冷蔵庫にある」という信念と「ワインを飲みたい」という欲求に基づいて、「冷蔵庫にワインをとりに行く」という行為が遂行される) は神経生物学的な脳の状態には完全に還元することはできないとされる。というのも、理由には意味理論的性質があるからであるとされる (増田・前掲注 6) 10 頁以下、同・前掲注 34) 248 頁)。また、脳と精神 (意識) の結びつきについて、Duttge は、意識は新しい自然現象として、自然における相互作用によって発生するが、これに制限されず、新しく発生した現実として、意識の側から、意識を発生させる神経生物学的基礎へ因果的な影響を行使できるという確信がドイツの諸学説においておおむね統一されていると述べている。そこにおいて、脳にある意識はデカルトが主張するような実体として捉えられているわけではなく、意識は脳が今ある状態を示すものとして説明されることになる (Duttge, a. a. O. (Anm.5), S. 59f.)。

すことはできないことになる<sup>147</sup>。そのため、主観的感覚を体験している状態は、客観的に把握しうる神経的状态であるが、この体験は本人しか体験しえないために、神経的状态であるにもかかわらず、外部から神経科学的言語を用いてアクセスし得ない脳過程が存在するという批判を免れない<sup>148</sup>。また、脳内で理由から原因が形成される過程も定かではなく、心的因果作用についても、Roth は、神経状態が心的状態をもたらし、両者が一定の仕方ですべて「ともに」因果的に作用するとし<sup>149</sup>、脳システムの性質として、心的なものの「固合法則性」を認めるが、これらについても更なる解明が必要だと指摘されている<sup>150</sup>。

思うに、我々が行為について責任を問う際、非難可能性、他行為可能性を論じる上で、その行為の理由を問うことはよくある。しかし、理由を問い、これを明らかにすることによって当該行為に及んだことが説明でき理解されたとしても、それが因果的に決定されていたということの意味するものではないと考える。「消しゴムが床に落ちた」というような現象は万有引力の法則によって説明できても、理由と行為のつながりを説明する法則は存在せず<sup>151</sup>、我々はなお、「そうしないことも可能だった」と考えるだろう。それゆえ、心理のレベルでは因果的決定論は支持できない。しかし、よりミクロな脳神経のレベルでは、例えば、我々の意思が働いて決断するというような場合、神経科学者の探求を基にすれば、その際に脳で起きている状況の変化の一つ一つは、物理的・化学的な反応であって、それらは因果的に決まった反応で起こるのであろう。しかし、もしそうであるとしても、自由意思の働きも因果的に決まっています、自由意思は存在しないという帰結になるであろうか<sup>152</sup>。

本文で検討したように、別様の決意の可能性がないとはいえないということをサポートする科学的基盤は少なくないように思われ、自由意思を否定する立場は、理由と行為は必然的な関係をもつことを説明する心理法則を証明することが要求されることになると思われる。それが証明された際には、神経科学者と協働して刑法の再編成に臨むこととなろう。とはいえ、その際、たとえ別様の決意の可能性が否定されたとしても、それは第三要件が挫折させられることを意味するものにすぎず、自然科学との矛盾を意に介さないのであれば、規範的見地を考慮に入れた上で第一・第二要件に基づいて、刑法上の自由意思を構成することは不可能ではない。また、自由意思の想定は、国家的な理由からではなく、責任主義を基礎づけ、国家刑罰権行使の枠付けに役立つものであるから、人権保障のための仮説、

---

<sup>147</sup> 増田・前掲注 5) (自由意志論争) 439 頁以下参照。

<sup>148</sup> Schneider の批判である (増田・前掲注 5) (自由意志論争) 444 頁参照)。

<sup>149</sup> ロートの考える心的因果作用については、増田・前掲注 90) 27 頁以下も参照。

<sup>150</sup> 増田・前掲注 5) (自由意志論争) 445 頁。

<sup>151</sup> 大庭・前掲注 64) 66 頁以下では、実際に心理的な決定論 (因果的に見れば、心理状態があれば自発的な行為のすべてを決める上で十分であるとする考え方) を主張する者ですら、先行する心理状態から行為に至る経過は、「非法則的」だと認めることになることとされる。心的因果作用については、サール・前掲注 54) 252 頁以下、増田・前掲注 3) 300 頁以下、同・前掲注 6) 4 頁以下参照。

<sup>152</sup> これについて、大庭教授は、色が認識される脳のプロセスの一つ一つは因果的に決まっていますが、例えば、赤という性質がなくなるわけではないとする (大庭・前掲注 64) 68 頁以下)。

もっぱら我々に有利な方向で働くフィクションとして存置させることも考えられる<sup>153</sup>。ともあれ、イリュージョンとしての自由意思をどう考えていくかという段階にはまだ至っていない。この段階に至って初めて、本章「1 社会科学としての刑法への自然科学からの挑戦」で述べた、自由を規範的に解する見解の再吟味が考えられることになる。

また、Walter がいうような、統制経済と全体主義が現れてくるかどうかはともかくとして、保護刑モデルについては、前節で指摘したような問題<sup>154</sup>を抱えており、神経科学者がもち出す保護刑法が責任刑法より良いものとされ、責任刑法より思慮深く、人間的なものとなりうるとは思えない<sup>155</sup>。非決定論とは、人間の決意というのは非常によく外部からの影響を受けるが、完全には決定づけられないとしても少なくとも影響を及ぼされうるといふ異なった可能性の余地を認めるものである<sup>156</sup>。それゆえ、ドイツにおいてもそうであるように、我が国においても、決意する者の状況に応じた、すなわち、人間の行為について異なる決定性の余地を認める刑罰法規の内容<sup>157</sup>と非決定論とはよく調和するのであり、別様の決意の可能性が絶対にはないとはいえないといわれる世界観のもとで、行為の理由の熟慮能力を有する者が自発的に犯罪を行った場合には、その者に自由意思が認められ、それが刑事責任の基盤足りうるものになると考える。

## 6 小括

本章では長年続いている自由意思と決定論の争いにおいて、神経生物学的な観点から我が国でいうところのかたい決定論の後ろ盾として登場してきた見解について、相対的自由意思論を擁護する立場からこれを検討してきた。前述したように、自由意思についてその存在を否定する明確な証明ができる日は来ないであろうと思われるが、それは現在の科学的知識・手法を前提とした話であって、将来についてまで妥当するものではない。今後は我々自身の視点も考慮に入れた実験がなされることであろうし、自由意思の問題に迫る物理的・計算的アプローチが今までの法則では解決されえない<sup>158</sup>とすれば、現在盛んに議論されている複雑系の科学<sup>159</sup>といった分野がこの問題について明かりを灯すかもしれない。

---

<sup>153</sup> 井田良『刑法総論の理論構造』（2006年）229頁。これに批判的な見解として、岡上・前掲注24）262頁。

<sup>154</sup> その他、神経科学者のいうような厳格な決定論がもたらすものへの批判として、K.Güntherの見解がある（増田・前掲注5）（自由意志論争）451頁以下参照）。Güntherは何よりも神経科学者の見解を採用することにより、「責任」ではなく、「危険性がある」犯罪者の非人格化を招来する「敵対刑法(Feindstrafrecht)」を後押しすることになるのではないかと懸念している。

<sup>155</sup> 同旨のものとして、Hillenkamp, a. a. O. (Anm.8), S. 318.

<sup>156</sup> Walter, a. a. O. (Anm.8), S. 135 f.

<sup>157</sup> 例えば、我々が行為を決意する際、適法な態度をとることが特に重く負担となるような場合（日本刑法36条の正当防衛状況のような場合）には、法は寛大な取り扱いをしている〔vgl. Walter, a. a. O. (Anm.8), S. 135.〕。

<sup>158</sup> ペンローズ・前掲注65）210頁以下。

<sup>159</sup> 複雑系の科学とは、厳密に定義されているものではないが、生物や脳、社会のような分

というのも、今までの科学的研究は世界を単純な断片に分け、おのこの構成要素を把握するという還元主義的手法を前提としてなされてきており——単純化したモデルから重大な科学的成果が多数生まれてきたことは否定しないが——我々の脳などは、「系」の構成要素だけをみている「系」全体の動向が分からず、要素間の相互作用の結果として、「系」全体では思いがけない複雑な様相が現れるという側面がある<sup>160</sup>ように思われるからである。その結果如何によっては本章の私見の根拠は崩壊するであろう<sup>161</sup>。その際、神経科学者が、この争いを終結させるための挙証責任を負う——自由な意思の余地は全くないことを立証する——ことになろう<sup>162</sup>が、我々の生活形式における言語構造<sup>163</sup>をも覆すことになる主張であるし、我々が何者であるのかという観点からも非常に重要な問題である以上、我々の自由意思は実体のないものであるとする主張は、完璧な証拠に基づいてなされなければならないだろう<sup>164</sup>。

いずれにせよ、刑法上の自由意思とは、①熟慮能力、②自発性、③別様の決意の可能性がないとはいえないことの三要件から構成されるものであり、神経科学においては、③の要件が成り立たないことについて反駁が展開されているところであるが、現段階においては未だ③についても反駁し尽されたものとはいえず、我々が行為を決意する状況に応じて異なる扱いを認める我が国の刑法は、非決定論に基づく相対的自由意思論とよく調和するのであり、そしてまた今後、別様の決意の可能性が閉ざされることがあったとしても、刑法上、自由意思を維持する方途は考えられうる。すなわち、自由意思は刑罰の正当化根拠

---

解して理解することのできないものを、本章で指摘したような、自己組織化や量子力学の計算不可能性、カオス（決定論的な規則に従っているにもかかわらず、非常に複雑で不規則な振る舞いをする現象のこと、例えば、天気予報などがあてはまり、1961年にアメリカのローレンツという気象学者が気象の変化を決めるためのモデルを作り、それを方程式に書いて、コンピュータを使って計算したところ、0.506127 と打つところを、0.506 と入力しただけで全く違ったシミュレーション結果をもたらしたという例がよく挙げられ、この初期値がほんの少し異なる程度で結果が全く異なってしまうという性質はバタフライ効果と呼ばれ、カオスの典型的な性質として指摘される）などのような異なる学問分野にまたがる知識を前提として横断的に取り組もうとする科学の世界での動きのことである（井庭崇・福原義久『複雑系入門 知のフロンティアへの冒険』（1998年）2頁以下、61頁以下参照、米沢富美子『複雑さを科学する』（1995年）3頁以下、43頁以下参照）。

<sup>160</sup> 米沢・前掲注 159) 4頁以下参照。

<sup>161</sup> もっとも、量子力学が、将来、自由意思が存在するという証明に成功することも考えられなくはない。

<sup>162</sup> 自由意思の存否につき、どちらに立証責任があるのかという問題はかつてより存在している。詳しくは、ヨンパルト・前掲注 36) 263頁以下。

<sup>163</sup> 我々の社会・文化においては、共同体の構成員が互いに相手方の意思の自由を認めていることの意義は、我々の言語構造によって見出されるとする指摘がある（松村格「シュエネマン教授の講演文——自由意思と責任について——」駒沢大学法学論集 48号（1994年）91頁）。

<sup>164</sup> リベット・前掲注 10) 183頁。

たりうる、というのが本章の結論である。あわせて、本章は、現在の科学的知見を踏まえても、自由な認識・意識の存在は否定されていないことを確認したものである。このことは責任非難の前提としての自由意思の存在を検証し、確認したことによって、現在の責任の本質および刑罰の正当化の考え方が妥当であることを確認するだけの意義にとどまらない。すなわち、先にも述べたように、例えば、中止犯（刑法43条但書）の規定内容は自由意思の存在を前提としていると考えられるので、本章でその存在を確認したことによって、従来通り、中止犯を認めるための任意性要件の議論を深化させていくことが可能になる。また、故意概念および過失の前提としての回避可能性の捉え方ならびに教唆のような犯罪パターンにおいても、行為者の認識および意識に基づく自由意思の存在が否定されてしまえば、これらについて議論する意義が失われてしまうと思われるので、その意味でも本章の確認は重要であろう。他方で、犯罪の成立を妨げる事由として刑法上議論される被害者の承諾についても、被害者の意思を考えるにあたっては自由意思をめぐる認識および意識の問題を無視することはできないように思われる。すなわち、自由意思がそもそも全く存在しえないのであれば、被害者が侵害者に対して、侵害を受けても構わないとする意思を表明することの刑法的効果（犯罪の成立を制限する効果）を認めることができなくなってしまうということである。つまり、本章の確認によって、被害者の意思が侵害者の侵害に承諾を与えることの刑法的効果を考えることが可能になったのである。したがって、次章以下では、被害者の意思（承諾）と被害者の承諾の問題について考えていきたい。<sup>165</sup>

---

<sup>165</sup> さらに、自由意思の存在は、この世に住む人間がどのような本質をもった者であるのか（人間像）、個々の人間が集まった世界はどのような存在なのか（世界像）といった点を明らかにするという極めて根源的な問題へも大きな影響を及ぼす。本章の確認によって、我々はそれぞれの意思で行動し、互いにコミュニケーションを取って、相互に影響を与え、受けあう関係にあることが前提とされよう。



### Ⅲ. 被害者の承諾と患者の承諾

前章では、刑法上の責任非難の前提と解されている自由意思の存在を否定しようとする科学的な議論を精査することによって、自由意思の存在は否定されないことを結論づけ、これまで刑法上だけではなく、広く一般的に理解されてきた人間の認識および意識の在り方は維持しうることを確認した。ここから、本章では、本稿の目的との関係で、行為者の意思ではなく、被害者の意思に注目し、通常の犯罪で考慮される被害者の意思としての被害者の承諾と、特に治療行為の場面で考慮される被害者の意思としての患者の承諾とを比較しながら、治療行為を正当化するうえで、患者の承諾はどの程度の意義をもつのかについて考察していきたい。

#### 1. 治療行為における患者の承諾の意義

まず、患者の病気を治すために医師が行う手術に代表されるような治療行為<sup>1</sup>は、我が国の通説的な見解によれば、犯罪体系上、(傷害罪の)構成要件には該当するが、刑法 35 条の正当業務行為として違法性が阻却されることにより不可罰とされる(治療行為傷害説)。<sup>2</sup>そして、治療行為の正当化は、基本的には、①治療目的、<sup>3</sup>②医学的適応性、③医術的正当性、<sup>4</sup>④患者の承諾といった 4 つの要件が精査されることによって行われる。<sup>5</sup>そこにおいては、治療行為の違法性阻却を考えるうえで、この 4 要件のうちいずれの要件を重視するかは論者により異なっている。とはいえ、現在においては個人主義が重視され、憲法 13 条の包括的基本的人権などを根拠として、個人の自己決定権、ひいては患者の自己決定権を尊

---

<sup>1</sup> 治療行為それ自体の概念内容については、小林公夫『治療行為の正当化原理』(2007年)1頁以下、8頁以下の注1および注4、齊藤誠二『医事刑法の基礎理論』(1997年)15頁、前田雅英『刑法総論講義(第5版)』(2011年)339頁注10)。治療行為は、医療行為とは異なるものとして一般には定義づけられ、前者のほうが後者よりも狭い意味で理解されている。両者の射程範囲なども含め、詳しい検討はできないが、本稿では前田教授の定義に従いたい。すなわち、治療行為とは、医学上承認された方法による人の身体を侵襲する行為に限られるが、医療行為には予防・発見等の目的の診察行為をも含むものとする。医療行為の意義については、大谷實『医療行為と法(新版補正第二版)』(1997年)5頁以下も参照。

<sup>2</sup> 井田良『講義刑法学・総論』(2008年)328頁、大谷實『刑法講義総論(新版第4版)』(2012年)259頁、小林・前掲注1)37頁。

<sup>3</sup> 治療目的が必要か否かについては、争いのあるところである。必要説と不要説とに分かれるが、山中敬一『刑法総論(第2版)』(2008年)562頁によれば、必要説は、さらに主観説と客観説とに分かれる。主観説は、行為者が主観的な治療目的をもっていることを意味し、客観説は、客観的に治療するために必要だと判断される適応をもっていることを意味するものと解されている。山中教授によれば、不要説は、医学的適応性と医術的正当性の要件以外に「治療の目的」を必要としない見解とされる。本稿では、実験の目的で行われた医療行為は、偶然に治療の結果があったとしても正当化されることはないという意味で、純粋に主観説による治療目的を想定している。

<sup>4</sup> 医学的適応性とは、医学上の必要性のことである。すなわち、医学的適応性があるということは、患者の生命・健康を維持・回復する必要性が存在していることを示している一方、医術的正当性とは、医学上の相当性のことである。すなわち、医術的正当性があるということは、治療行為が医学上一般に承認された医学準則に則っていることを示している(甲斐克則『医事刑法への旅I』(2004年)32頁、小林・前掲注1)10頁脚注9)。

<sup>5</sup> とりわけ、小林・前掲注1)106頁。

重するために、インフォームド・コンセントの原則、すなわち、医師は治療の内容について十分に説明したうえで患者の承諾を得て治療を行うべきであるとする原則が近年、確立しつつある。<sup>6</sup>そこで、このような現在の患者の——個人の——自己決定権を尊重しようという傾向に鑑みると、<sup>7</sup>上記4要件の中でもとりわけ、④患者の承諾は治療行為の違法性を否定するための要件として極めて重要な意義をもっており、違法性が阻却される根拠の中核は患者の承諾にあるともいわれる。<sup>8</sup>もっとも、前述のように、我が国においては、治療行為の構成要件該当性は否定されないという見解が多数を占めているが、違法性が阻却されるとする論拠については意見の一致が見られるわけではない。<sup>9</sup>しかしながら、治療行為の違法性阻却に関する論拠につきいずれの見解を採用にせよ、違法性阻却を認める見解を採用する場合には、正当化要件として、④患者の承諾を必要としているのである。<sup>10</sup>また、治療行為傷害説によれば、患者の承諾を欠いて実施された治療行為、またはその承諾の範囲を超えて行われた治療行為は、専断的治療行為<sup>11</sup>と呼ばれ、たとえ客観的に治療の目的を達したとしても、違法性阻却が認められず、傷害罪を構成することになるとされている。<sup>12</sup>

そこで、本章では、治療行為の正当化要件を考えるための一つの準備作業として、先に述べた精査されるべき4つの正当化要件のうち、④患者の承諾に他の要件と比べてどの程度の重点を置くかを検討することにする。すなわち、治療行為を正当化するにあたって、④患者の承諾という要件は他の要件と比較して、他要件と並ぶ「対等な」一要件にすぎないものであるのか、または他要件に「優越する」ものであるのか、もしくは「劣後する」

---

<sup>6</sup> 大谷・前掲注2) 260頁。

<sup>7</sup> 大谷・前掲注2) 260頁、立石二六『刑法総論(第3版)』(2008年)157頁、前田・前掲注1) 106頁、340頁。

<sup>8</sup> 山口厚『刑法総論(第2版)』(2007年)164頁参照。

<sup>9</sup> 本稿では詳論できないが、患者の同意あるいは推定的同意を根拠とする見解(同意説)、優越的利益の保護と病者の意思の尊重を根拠とする見解(優越的利益説)、社会的相当性を根拠とする見解(社会的相当性説)、治療目的を根拠とする見解(目的説)などが対立している(大谷・前掲注2) 259頁以下、立石・前掲注7) 157頁.)。ドイツおよび我が国の代表的な論者も含めたそれらの詳しい内容については、小林・前掲注1) 36頁以下参照。さらに、同・前掲注1) 21頁以下には、治療行為が承認される理由として、治療行為は法的に承認された公の職務の遂行であることによって合法であるとする「業務権説」や、治療行為は、はじめから多くの医師により権利として要求されたもので、患者や一般人や立法者などの反対は未だかつてなかったことによって合法であるとする「慣習法説」についても言及されているが、35頁以下において、治療行為の合法性が当然のこととされたうえで展開されたものであり、論理的基盤は希薄なものとされている。なお、目的説と優越的利益説の争いについては、町野朔『患者の自己決定権と法』(1986年)143頁以下も参照。

<sup>10</sup> 武藤眞朗「医師の説明義務と患者の承諾——『仮定的承諾』序説——」(2006年)東洋法学49巻2号6頁。

<sup>11</sup> ドイツの判例・学説、我が国の判例・学説につき、詳述されたものとして、小林・前掲注1) 280頁以下、佐久間基「専断的治療行為と傷害罪(一)」東北法学55巻3号(1991年)87頁以下、同・「専断的治療行為と傷害罪(二)」東北法学55巻4号(1991年)88頁以下、同・「専断的治療行為と傷害罪(三・完)」(以下では、それぞれ(一)、(二)、(三・完)とする。)東北法学58巻2号(1994年)124頁以下、町野・前掲注9) 11頁以下も参照。

<sup>12</sup> 井田・前掲注2) 329頁、大谷・前掲注2) 260頁。

ものであるのかということである。以下では、治療行為を正当化するうえで、患者の承諾という要件はその他の要件との関係で、どのような意義をもつのかを考察するために、まずは、治療行為への承諾に限定せず、その比較対象として、ごく一般的な刑法上の議論における被害者の承諾の問題についてとりあげ、そこにおいては特に同意傷害に関する我が国の判例および学説を概観する。次に、被害者の承諾の議論との共通点および相違点を意識しながら、治療行為の正当化要件としての患者の承諾の位置づけについて、同様に、我が国の判例および学説を確認していくこととする。あわせて、我が国の刑法解釈論に歴史的に大きな影響を与えており、専断的治療行為を巡る問題が盛んに議論されているドイツの判例および学説も参考にしながら、治療行為の正当化要件としての患者の承諾の位置づけについて、一定の指針を示すことを試みる。

## 2. 被害者の承諾

### (1) 日本の議論

始めに、治療行為における患者の承諾の意義について検討する前に、基本的には承諾そのものがあれば違法性を阻却する（あるいは構成要件該当性を阻却する）と考えられている被害者の承諾の問題について触れたい。この被害者の承諾は犯罪論体系上特異な地位を有している。というのも、被害者の承諾があることによって一定の犯罪の成立が否定される<sup>13</sup>が、承諾を与える犯罪の種類と性格によって、被害者の承諾は異なる効果を有するからである。まずもって、原則として、社会・国家の構成員すべてが承諾することはありえないため、承諾の内容が被害者にとって処分可能な個人的法益に対する罪の場合においてのみ承諾による犯罪成立の制限が問題になり、国家的法益および社会的法益に対する罪の場合には、被害者の承諾の法理を適用することは許されないものと解されている。<sup>14</sup>さらに、たとえば、住居侵入罪（刑法 130 条前段）、窃盗罪（同法 235 条）のような自由、名誉、財産などに対する多くの罪においては、被害者の承諾はすでに構成要件該当性を否定する効果をもつ。他方で、生命については、同意殺人罪（同法 202 条）が存在することから承諾によって殺人が正当化されることはありえず、結局、承諾の違法性阻却が問題となるのは、実際上は身体に対する罪への承諾、すなわち、同意傷害の場合だけであるといつてよい。<sup>15</sup>

<sup>13</sup> 承諾の存在が犯罪の成立に影響を与えない類型として、13 歳未満の者に対する強制わいせつおよび強姦がある（176 条後段、177 条後段）。

<sup>14</sup> もっとも、国家・公共の法益を保護対象としながらも、その攻撃客体を個人とするような犯罪（例えば、虚偽告訴等の罪）や、社会的法益を侵害するとともに個人的法益をも侵害するような犯罪においては、なお議論の余地があろう（須之内克彦『刑法における被害者の同意』（2004 年）26 頁以下、なお、佐伯仁志「被害者の承諾とその周辺（1）」法教 295 号（2005 年）107 頁以下も参照。）。

<sup>15</sup> 大谷・前掲注 2）252 頁、佐伯・前掲注 14）107 頁以下、内藤謙『刑法講義総論（中）』（1986 年）580 頁、599 頁、西田典之『刑法総論（第 2 版）』（2010 年）188 頁以下、前田・前掲注 1）105 頁、348 頁、山口・前掲注 8）160 頁以下。なお、被害者の承諾（同意）は、違法性阻却事由の項で説明されることが多いが、むしろ構成要件阻却事由というほうが適切であるとみる向きもある（佐伯・前掲注 14）108 頁、前田・前掲注 1）105 頁、347 頁。）。確かに、傷害罪の場合も構成要件阻却を認める見解にたてば、被害者の承諾はすべて構成要件阻却事由と解することになるが、被害者の承諾が学説上議論されるのは、多くの場合

そこで、ここでは、傷害罪における承諾の違法性阻却効果に関する学説および判例を概観し、患者の承諾の正当化要件としての位置づけを考えるための比較対象としたい。

#### a) 学説

同意傷害に関する学説は多岐にわたるが、大別すると、まず、同意傷害はすべて可罰的であるとする見解（可罰説）と、不可罰であるとする見解（不可罰説）、可罰的な場合と不可罰となる場合とがあるとする見解（折衷説）がある。かつては、被害者が承諾しても、人の身体は単なる個人法益ではなく、国家・社会のためにも保護されている国家・社会的法益であるから、承諾には正当化の意味がなく、依然として傷害はすべて違法であるとする可罰説も存したが、<sup>16</sup>現在ではこのような見解は見られない。また、不可罰説は、さらに、そもそも傷害罪の構成要件に該当しないとする見解（構成要件該当阻却説）と、傷害罪の構成要件には該当するが、承諾があることによって違法性が阻却されるとする見解（違法性阻却説）に区分することができる。構成要件該当阻却説は、刑法 202 条のように、傷害においては承諾傷害罪の構成要件が存在しない以上、犯罪の成立を否定する承諾の効果を完全に承認し、個人主義の考え方を徹底して、傷害罪で処罰されることが予定されているのは被害者の意思に反する傷害行為のみであるとして、承諾を得た傷害行為はすべて構成要件に該当しないと考える。<sup>17</sup>違法性阻却説も、個人の処分しうる範囲が、身体的法益の分野までも拡大しているとし、個人の自己決定を重視したうえで、身体傷害に対する承諾が完全なものである限り身体傷害が許容されるとする。<sup>18</sup>

他方、折衷説は、違法性の有無を判断する基準によって、さらに多岐にわたる。すなわち、ドイツ刑法 228 条を援用しつつ、承諾が公序良俗（善良な風俗）に反する場合には無効であるとする公序良俗説、<sup>19</sup>承諾が社会的に相当な範囲内にある限り有効であるとする社会的相当性説、<sup>20</sup>承諾によって実現された自己決定の自由という利益が、行為によって侵害された法益に優越することで承諾に基づく行為が正当化されるとする見解、<sup>21</sup>傷害が生命に危険のある場合には承諾は無効であるとする生命の危険説、<sup>22</sup>これよりは広範囲に、手足の切断のような重大な傷害に対する承諾は無効であるとする重大な傷害説<sup>23</sup>に分かれる。<sup>24</sup>現

---

が傷害罪における被害者の承諾の有効性であることに鑑みれば、違法性阻却事由の項で扱うことも理由がないわけではないと思われる。なお、井田・前掲注 2) 329 頁注 43) も参照。

<sup>16</sup> 岡田朝太郎『日本刑法論 総則之部（第 3 版）』（1895 年）311 頁。

<sup>17</sup> 齊藤誠二『刑法講義各論 I』（1978 年）178 頁、前田・前掲注 1) 105 頁以下、340 頁、山口・前掲注 8) 149 頁。

<sup>18</sup> 須之内・前掲注 14) 74 頁。

<sup>19</sup> 牧野英一『刑法総論上巻（全訂版）』（1958 年）489 頁。

<sup>20</sup> 団藤重光『刑法綱要総論（第 3 版）』（1990 年）209、221 頁、大塚仁『刑法概説（総論）（第 4 版）』（2008 年）421 頁。

<sup>21</sup> 曾根威彦『刑法総論（第 4 版）』（2008 年）125 頁。

<sup>22</sup> 大谷・前掲注 2) 254 頁、西田・前掲注 15) 189 頁、平野龍一『刑法総論 II』（1975 年）253 頁以下、堀内捷三『刑法総論（第 2 版）』（2004 年）181 頁以下。

<sup>23</sup> 井田・前掲注 2) 322 頁、内藤・前掲注 15) 588 頁、601 頁以下、山中・前掲注 3) 205 頁以下。なお、山中教授によれば、身体を回復不可能な程度に損傷する重大な傷害に至らない程度の傷害への承諾は、すでに傷害罪の構成要件に該当しないとされる。

<sup>24</sup> 重大な傷害説と、生命の危険説とを一つにまとめることもある（大谷・前掲注 2) 253

在では、生命の危険説ないし重大な傷害説が有力となっているように思われる。

#### b) 判例

次に、従来の裁判例において、同意傷害が問題になったものとして、以下の2つの事例および判旨をあげておきたい。

##### ①保険金詐欺を目的とした傷害事件（最決昭和55年11月13日刑集34巻6号396頁）

これは、過去に、業務上過失傷害罪（刑法211条）の有罪判決を受け確定していた申立人が、後に当該事件は申立人が被害者らと企てた、第三者を巻き込んで玉突き事故を装った保険金詐欺目的の交通事故であったことが明らかとなり詐欺罪（同法246条）で有罪判決を受けた事案である。しかしながら、本件では、申立人が、業務上過失傷害事件につき、本件は故意の追突であって過失犯ではなく、被害者の承諾がある以上、傷害罪も成立しない等の理由で再審を請求した。原審・原原審は、本件が故意に惹起された追突事故であることを認め、本件追突事故の共謀に加わった被害者らとの関係では承諾による違法性阻却が認められる余地があるとしつつも、第三者に対する傷害が成立することは否定されないことから再審請求を棄却した。これに対して、最高裁は、なお書きで以下のように述べて、共謀に加わった被害者らの承諾があっても、これらの者に対する傷害罪の成立を肯定している。すなわち、「なお、被害者が身体傷害を承諾したばあい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照らし合せて決すべきものであるが、本件のように、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をもって、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ばあいには、右承諾は、保険金を騙取するという違法な目的に利用するために得られた違法なものであつて、これによつて当該傷害行為の違法性を阻却するものではないと解するのが相当である。」

##### ②指つめ事件（仙台地判昭和62年2月18日判時1249号145頁）

これは、被告人が、被害者の左手小指第一関節部に出刃包丁を当てたうえ、この包丁の峰を金づちで数回叩き、被害者に入院加療約20日間を要する左第五指末節切断の傷害を負わせた事案である。そこにおいて、仙台地裁は、被告人の傷害行為は被害者の承諾があるために犯罪が成立しないとす所論に対して、被害者の自発的な承諾に基づく小指の切断であったかについて疑念をはさみつつも、以下のように述べて、傷害罪の成立を肯定している。すなわち、「……承諾があつたとしても、被告人の行為は、公序良俗に反するとしかしいような指つめにかかわるものであり、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うえで行われたものではなく、全く野蛮で無残な方法であり、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。」

従来の裁判例において同意傷害が問題になった事例は、それほど数は多くないが、<sup>25</sup>承諾

---

頁以下、山口・前掲注8) 160頁以下、井田・前掲注2) 320頁以下。)。なお、重大な傷害説と生命の危険説については、小林・前掲注1) 208頁以下も参照。

<sup>25</sup> 後述する裁判例以外では、広い意味でのスポーツ上の傷害が問題になったものとして、東京地判昭和41年6月22日判タ194号175頁（ワンダーフォーゲル部の新入生に対する

の有効性を巡る議論がより先鋭化した形で問題になるのは、上記 2 つの事例におけるような比較的軽い傷害に対する承諾の有効性であろう。というのも、学説においては、傷害結果の重大性によって、被害者の承諾の違法性阻却効果を区別する見解が有力になってきており、被害者の承諾を傷害罪の違法性を阻却するための一要素として考慮する社会的相当説との関係では、比較的軽い傷害であっても、それに対する承諾効果が否定される場合があることを認めるかどうか争点となるように思われるからである。また、従来の判例の傾向としては、対象となる傷害行為に死の危険性があることが承諾の有効性を否定する論理としてしばしば用いられてきた<sup>26</sup>ことから、上記 2 つの裁判例においては、比較的軽微な傷害に対する被害者の承諾が問題になっているため、その結論が先例としての意義をもつ。そして、指つめ事件においては、そもそも、被害者の真意に基づく承諾であったかが疑問視されたものの、任意の承諾を仮定したとしても、公序良俗に反し、該当部位が切断された方法も野蛮・無惨であって社会的に相当な行為とはいえないとして、承諾の違法性阻却効果が否定されている。また、保険金詐欺を目的とした傷害事件においても、承諾があるというだけでは違法性阻却されず、とりわけ、本判例において特筆すべき点は、犯罪目的で承諾が得られたという事情が重視されていることである。これらの裁判例では、たとえ重大ではない傷害の違法性阻却が問題になる場合であっても、承諾があるだけでは違法性が阻却されることにはならないことを示している。このように、判例においては、傷害行為への承諾は、それが比較的軽微な傷害であれ、様々な要因が考慮され、少なくとも、承諾があるだけでは違法性が阻却されないとして、承諾は傷害行為の違法性を阻却するた

---

「しごき」)、大阪地判平成 4 年 7 月 20 日判時 1456 号 159 頁 (退部届を出した日本拳法部員に対する「しごき」)がある。

<sup>26</sup> たとえば、SM プレイによる加虐事件として以下のような裁判例がある。まず、寝間着の紐を使った絞殺による性的倒錯事件 (大阪高判昭和 40 年 6 月 7 日下刑集 7 卷 6 号 1166 頁)では、被告人に殺意があったことを疑問視しながらも、承諾があるだけでは違法性が阻却されない可能性を示すとともに、死の結果が発生しないように措置を講じる必要があることが示されている。すなわち、被害者の首を寝間着の紐で一回まわして交差し両手で紐の両端を引っ張って締めるという方法による暴行は、窒息死という生命に対する客観的な危険性があることが社会通念上許される行為の限度を超えるものとして考慮されている。また、ナイロン製バンドを使った絞殺による性的倒錯事件 (東京高判昭和 52 年 11 月 29 日高裁刑速 2269 号 143 頁)でも、被害者の承諾があるだけでは違法性が阻却されず、当該行為が社会的に相当な行為であることが要求されているが、被告人の行為には客観的な生命侵害の高い危険性が存在し、そのことが社会的相当性の限度を超えるとされている。さらに、覚醒剤使用の下でロープを使った性的倒錯事件 (大阪地判昭和 52 年 12 月 26 日判時 893 号 104 頁)では、傷害行為が相手方の生命の危険や身体の重大な損傷の危険を包含しているような場合においては、承諾があっても違法性阻却されないとしており、明らかに性行為の客観的な危険性が重視されている。もっとも、扼殺による性的倒錯事件 (大阪高判昭和 29 年 7 月 14 日裁特 1 卷 4 号 133 頁)では、暴行罪に対する承諾の違法性阻却を認めているが、そこにおいても、被告人は、自己の手で被害者の首を締めるという行為を、被害者を死亡させる危険のある行為と認識しているとはいえないという点が言及されている。その他、局部切断事件 (最判昭和 25 年 11 月 16 日刑集 36 号 45 頁)でも、被害者の承諾の任意性を欠くことを認定しつつも、被害者の承諾の存在を仮定しても、局部の切断のごときは、その行為の違法性を阻却するものでないこと多言を要しないとされており、局部という部位の重要性が承諾を無効とする前提とされているものと思われる。

めの一要素としての位置づけが与えられているにすぎない。

もっとも、これらの判例以後も、当該傷害行為がもつ客観的な危険性が重視されているようにも考えられる裁判例がある。たとえば、空手練習中の殴打事件（大阪地判昭和 62 年 4 月 21 日判時 1238 号 160 頁）においては、『空手』という危険な格闘技のもつ危険性に鑑みて、練習の方法、程度が、社会的に相当であると是認するに足りる態様のものでなければならぬ」とされ、「練習場所としては不相当な場所でなんら正規のルールに従うことなくかかる危険な方法、態様<sup>27</sup>の練習することが右社会的相当行為の範囲内に含まれないことは明らかであり、被告人も自己の行為の危険性を認識していたことが証拠上確認され、傷害致死罪（刑法 205 条）の成立が肯定されている。また、豊胸手術事件（東京高判平成 9 年 8 月 4 日高刑集 50 巻 2 号 130 頁）においても、前記昭和 55 年決定を参照しつつ「被告人が A 子に対して行った医行為は、身体に対する重大な損傷、さらには生命に対する危険を招来しかねない極めて無謀かつ危険な行為であって、社会通念上許容される範囲・程度を超えて、社会的相当性を欠くものであり、たとえ A 子の承諾があるとしても、もとより違法性を阻却しないことは明らかである」として傷害致死罪の成立を肯定している。

しかしながら、社会的に相当と判断しうるか否かについて様々な要因を考慮する判例の立場によれば、ある特定の要素のもつ重みが圧倒的な力で全体の違法性を左右することがあるように見受けられる。すなわち、空手練習中の殴打事件判決も含め、特に行為の危険性との関係で行為の手段および態様を問題にしている裁判例においては、致死結果が発生していることもあり、それらの判例においては、目的の違法はさほど問題にならない。その代わりに、結果の重大性が違法性の判断において圧倒的な重みを持っており、全体として違法と判断されたのではないだろうか。<sup>28</sup>いずれにせよ、判例は傷害への承諾を、社会的相当性を判断するための一つの判断資料としてとらえているものと考えられ、前述したところの社会的相当性説に親和的であるといえよう。<sup>29</sup>

## （2）ドイツの議論

### a) 学説

我が国の同意傷害の議論とは異なり、ドイツにおいては、1933 年からすでに刑法典の中に同意傷害の規定が存在していたため、すでに当該規定について、活発な議論がなされていたことに注意が必要である。<sup>30</sup>すなわち、ドイツ刑法 228 条（旧 226 条 a）では、「被害者の承諾を得て傷害を行った者は、承諾にもかかわらず、行為が善良な風俗に反するとき

<sup>27</sup> 本件では、被告人が深夜の人通りの少ない墓地脇の路上で、胸部・腹部・背部等を皮製ブーツを着用した足で多数回蹴り、手拳で数十回にわたり殴打した。

<sup>28</sup> 神作良二『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和 55 年度）』（1985 年）244 頁。

<sup>29</sup> 井田・前掲注 2) 321 頁、大谷・前掲注 2) 254 頁、小林・前掲注 1) 211 頁以下、佐伯・前掲注 14) 86 頁、須之内・前掲注 14) 11 頁以下、只木誠「被害者の承諾と保護義務論」法學新報第 112 巻第 1・2 号（2005 年）422 頁、西田・前掲注 15) 188 頁以下、前田・前掲注 1) 349 頁以下、山口・前掲注 8) 161 頁以下。なお、前述の保険金詐欺を目的とした傷害事件において、最高裁が社会的相当性説を採っているとする見解に反対するものとして、内藤・前掲注 15) 608 頁以下、長井圓「被害者の承諾と傷害罪の成否」法セ 324 号（1982 年）133 頁。

<sup>30</sup> 小林・前掲注 1) 219 頁。

にのみ、違法に行為を行ったものとする。」と規定されている。<sup>31</sup>これは、支配的見解によれば、行為が善良な風俗に反していなければならず、承諾のみの良俗違反性は重要ではないとされている。<sup>32</sup>また、同条は、傷害における承諾の原則的な有効性が例外的に否定される場合があるという制限のみを規定しているに過ぎないと理解されている。それゆえ、当該所為が良俗に合致しているかどうかという積極的な吟味は必要ではない。<sup>33</sup>ドイツでは、この同意傷害罪の理解において、基本法との関連で特に以下の視点が考慮に入れられる。<sup>34</sup>すなわち、この「良俗違反性」は規範内容として不明確であり、罪刑法定主義の派生原理の一つで、基本法 103 条 2 項に規定される「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。この批判を受ける形で、ドイツにおいては、228 条の明確性を追求することで、228 条を正当化しようとするものが多い。

そこにおいては、大きく 2 つの考え方に分かれる。一つは、まず第一に侵害の目的を重視する考え方である。この考え方によれば、目的にもいろいろなものがあるが、少なくとも、同意傷害は犯罪の予備、遂行、隠蔽、仮装のために行われてはならないという点では多くの論者が支持しているように思われる。<sup>35</sup>そこにおいては、軽微な傷害は同意傷害の良俗違反性を否定するとする見解もある。<sup>36</sup>これと対立するもう一つの立場は、行為の良俗違反性を判断するために原則として決定的であるのは、構成要件に該当する法益侵害の重大性であるとする考え方である。<sup>37</sup>

#### b) 判例

判例は、現行の 228 条に対応する旧 226 条 a が規定されるよりも以前から、傷害罪における承諾の違法性阻却効果を判断する基準として公序良俗をあげ、行為の動機を重視する立場にたっていたと指摘されている。<sup>38</sup>そして、旧 226 条 a が規定されてからも、行為の動機を重視している判例として、たとえば、1953 年 1 月 29 日の連邦通常裁判所 (BGHSt 4, 24) の判決がある。事実の概要は以下のようなものである。被告人は鋭く尖ったサーベル

<sup>31</sup> 法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』(2007 年) 143 頁。

<sup>32</sup> Hans Joachim Hirsch, in: LK<sup>11</sup> §228, Rdn. 7.

<sup>33</sup> Alfred A. Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 1992, S. 48.

<sup>34</sup> Göbel, a. a. O. (Anm. 33), S. 46.; Claus Roxin, JuS 1964, 379.; Hirsch, a. a. O. (Anm. 32), §228, Rdn. 2., Hans Joachim Hirsch, Einwilligung in sittenwidrige Körperverletzung, Festschrift für Amelung, 2009, S. 184ff.; Albin Eser (武藤眞朗訳/西原春夫監修)『違法性と正当化——原則と事例——』(1993 年) 139 頁, 小林・前掲注 1) 219 頁以下, 只木・前掲注 29) 429 頁以下, 須之内・前掲注 14) 41 頁以下。基本法との関連以外にも、法益にはかかわらない「目的」によって、傷害罪の成立範囲が広められることにもなり、実際にもその基準は機能していない、といった批判もある(只木・前掲注 29) 429 頁.)。

<sup>35</sup> Ulrich Berz, GA 1969, 146.; Friedrich Geerds, GA 1954, 268.; Horn SK §223, Rdn. 9.; Roxin, a. a. O. (Anm. 34), 379.

<sup>36</sup> Vgl. Hirsch, a. a. O. (Anm. 32), §228, Rdn. 8.

<sup>37</sup> Göbel, a. a. O. (Anm. 33), S.50., S.52ff.; Hirsch, a. a. O. (Anm. 32), §228, Rdn. 9.; Harro Otto, Eigenverantwortliche Selbstschädigung und –gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und –gefährdung, Festschrift für Herbert Tröndle, 1989, S. 168.

<sup>38</sup> 町野朔「同意傷害」警研第 53 巻第 1 号 (1982 年) 86 頁。



を用いて3件の学生決闘(Bestimmungsmensur)を行った。しかしながら、そこにおいては、決闘者らは生命に危険のある傷害から身を守るための防具を着用していた。原審であるゲッティンゲン地方裁判所が被告人を決闘罪につき無罪とした。これに対して、連邦通常裁判所は、検察官が上告を棄却したが、概略以下のように述べて、決闘罪(旧205条)についても、危険傷害罪(旧223条)についても無罪とした。すなわち、旧205条の決闘罪にいう決闘(Zweikampf)は「武器を用いた生命に危険のある決闘」という意味である。本件で用いられたサーベルのような、それだけをみれば生命に危険のある武器を用いた場合でも、当事者双方が合意している決闘の規則が十分な保護措置を講じている場合にはこれに該当しない。そして、学生決闘による傷害が刑法典223条の構成要件に該当することは間違いないが、当該傷害が承諾があるにもかかわらず違法といえるかが問題である。刑法典226条aによれば、それは傷害が「承諾があるにもかかわらず善良な風俗に反する」場合である。その際、「被害者の承諾があるにもかかわらず、傷害が善良な風俗に反するかという問題は、傷害の重大性からのみ解答しうるものではない。むしろ、それ以外の事情も、特に動機が重要な役割をもつのである。」学生が決闘をする動機はスポーツが好きだということにのみ求めることはできない。ただし、当刑事部も刑法典226条aの意味での良俗違反性を否定する。同条は、事態が反道徳的であるといえる場合には可罰的であり、そうとはいえないときには不可罰であることを規定している。このような道徳律の援用は法治国家としての観点からみれば疑念がないわけではない。というのも、このような道徳律の援用は、どのような事態が処罰されることになるのかについて、広く不明確にしうるからである。そのため、このような不明確な規定は、法治国家において許容されるためには、被告人に有利なように狭く解釈されなければならない。それゆえ、この刑法的な意味で、善良な風俗に反すると考えられるのは、常識的に物事を考えるすべての人の道徳意識に比べれば、間違いなく刑事上当罰的な不法といえるものだけである。学生決闘はこれにはあたらない。

この判例が行為の目的を重視しているのに対し、刑法典226条aが規定されてからは、むしろ、行為態様の良俗違反性から、同意傷害の可罰性を認める判例が多数を占めているとも指摘されている。<sup>39</sup>たとえば、この判例の直後に言い渡された連邦通常裁判所の1953年1月22日の判決がある(BGHSt 4, 88)。これは、2名の者が、一方の挑発により喧嘩になり、その挑発をした者がこめかみを殴打され、脳出血により死亡し、もう一方の者が過失致死罪に問われた事案である。そこにおいては、敵対心から生じる身体的トラブルは経験的に生命、身体に対する重大な危険と結びつくので、刑法典226条aにおいて明文で基準とされている、人間の共同生活の基礎をなす道徳秩序によれば、そもそも是認されえないただろうとされた。その理由としては、ボクシングのようなスポーツの試合とは異なり、本件では保護措置がとられていなかったことがあげられている。

### 3. 患者の承諾

#### (1) 日本の議論

##### a) 学説

---

<sup>39</sup> 町野・前掲注38) 86頁。

我が国の学説においては、教科書等では、正当化要件が並列的に列挙されていることが多いが、専断的治療行為は違法と解する論者が圧倒的であり、その意味では患者の承諾が最も重視されているといつてよい。<sup>40</sup>個別的には、医学的正当性、医学的適応性、患者の承諾の3要件以外に、目的を主観的正当化要件とする見解と、<sup>41</sup>治療主体として医師であることを正当化要件とする見解がある。<sup>42</sup>ここで、本稿の問題意識との関係で、患者の承諾の要件とそれ以外との正当化要件との関係において、前者に後者に対する一定の優劣を認める見解を概観したいと思う。

治療行為の法的性質に関する考え方についてはそもそも傷害罪の構成要件に該当しないとする治療行為非傷害説と通説的見解である治療行為傷害説とに大別されるが、それぞれの見解において治療行為の正当化要件として措定されているものも異なっており、論者によりいずれの正当化要件を重視するかもかなりのバリエーションがある。始めに、治療行為非傷害説に基づく見解から述べる。第一の見解は、医学上一般に承認されている方法で行う医療は、典型的に人の身体に危険をもたらす行為とはいえず、そもそも健康の回復・維持・増進にとって必要なものであるから、社会通念上傷害という概念に当てはまらないとし、患者の承諾が得られない場合であっても、医学的適応性と医術的正当性の要件が満たされていれば、必ずしも治療目的や患者の承諾は必要ではないとする。<sup>43</sup>第二の見解は、被害者の承諾と患者の承諾を平行に考えて、被害者の承諾が有効であれば、原則として構成要件該当性が欠けることを前提とし、同じことが治療行為にも妥当し、治療行為の正当化要件としては患者の承諾が最も重要であることを認め、完全なインフォームド・コンセントの意味での患者の真摯な承諾があれば、すでに治療行為は傷害罪の構成要件に該当しないと説く。<sup>44</sup>第三の見解は、治療行為を成功した場合と失敗した場合とに分け、前者の場合には結局のところ結果が存在しないことを理由に、傷害罪の構成要件に該当しないとし、失敗した治療行為であっても、患者の現実的ないし推定的承諾、許された危険によって違法性阻却される余地があるとする。<sup>45</sup>

---

<sup>40</sup> 井田・前掲注2) 328頁、大塚・前掲注20) 423頁以下、川端博『刑法総論講義(第3版)』(2013年) 330頁以下、西田・前掲注15) 197頁、堀内・前掲注22) 187頁以下。

<sup>41</sup> 井田・前掲注2) 328頁、大塚・前掲注20) 424頁、川端・前掲注40) 331頁。

<sup>42</sup> 曾根・前掲注21) 121頁。

<sup>43</sup> 大谷・前掲注2) 259頁以下。

<sup>44</sup> 前田・前掲注1) 340頁。また、この見解と同一の方向性をもつ見解として、齊藤・前掲注1) 30頁以下があるが、齊藤教授によっても、患者が拒否しているときには、医学的に適応があつて、医術的正当性がある治療行為でも、傷害罪の構成要件にあたとされる。そして、齊藤教授は患者がはっきりと拒否を示しているのではないときには、黙示の承諾があるとしたり、いわゆる「推定的な承諾」の法理をかなり幅広く認めて治療行為を行うことを認めておられる。

<sup>45</sup> 岡上雅美「治療行為と患者の承諾について、再論——救急治療を題材にした一試論——」高橋則夫他編『曾根威彦先生田口守一先生古稀祝賀論文集[上巻]』(2014年) 321頁以下。医学的適応性との関係については特に言及されていないが、救急治療を念頭にされているため、医学的適応性をみたす治療行為として要件をたてられていると思われる。また、この見解と同一の方向性をもつ見解として、金澤文雄「医療と刑法——専断的治療行為をめぐる——」『現代刑法講座第2巻違法と責任』(1979年)があるが、金澤教授によれば、成功した治療行為はそもそも傷害の罪の構成要件に、他の罪にも該当しないとされる。他

他方、治療行為傷害説によれば、先の見解と同様に、患者の承諾を最も重要な要件と解し、基本的にはこれがその他の要件よりも優越するものとして考える立場と、その他の要件を具備する一定の場合には患者の承諾の要件がその他の要件に劣後する場合があると考えている、あるいは患者の承諾という要件自体の内容を緩やかに考えているように思われる立場とに分かれる。前者の見解によれば、何よりもまず患者の意思に合致した治療行為であったかが重視され、患者の現実的な承諾も拒絶もない場合には、治療行為の適応性を考慮に入れて、患者の推定的意思が認められるときには適法となり、結局、患者の現実的意思、推定的意思のいずれかに反する治療行為が犯罪として処罰されることになる。<sup>46</sup>これに対して、後者には、基本的には、治療行為を正当化するためには医学的適応性、医術的正当性、患者の承諾を必要とするものの、患者の承諾がなければ治療行為は絶対に正当化されないというのではなく、患者の承諾は、治療行為を正当化するにあたって、一定限度で考慮されるとする見解<sup>47</sup>や上記3要件の充足を前提としつつ、治療行為は客観的に患者の身体的利益を守る行為であることから、その要件は緩やかに、また、その効果範囲を広く理解する見解、<sup>48</sup>必要とされるインフォームド・コンセントの具体的な中身について、とりわけ、医師の説明義務の内容につき、それほど厳格なものを要求せず、不合理でない程度での患者を基準とする見解<sup>49</sup>が含まれる。この中には、とりわけ、治療行為の正当化要件として、医師の行為時における基準に着目し、「医術的正当性」が「患者の自己決定権」を遮蔽する場合がある一方で、「医術的正当性」も患者の明確な拒絶意思に優越するものではないことを基本的な立場とする見解がある。<sup>50</sup>この見解によれば、治療行為を正当化するためには、医師の行為時を基準に、社会的に相当な行為であること、具体的には、「医術的正当性」の側面より、医療水準を4段階に区別し、それぞれの正当化要件が追求される。そこにおいては、基本的には医術的正当性、医学的適応性が低くなっていくにつれて、患者の承諾の内容も強い意思が要求される。

その他、いわば、治療行為非傷害説、治療行為傷害説の折衷説として、専断的治療行為は、身体の枢要部分や機能を恒久的に失わせてしまうような場合には傷害罪の構成要件に該当するが、それ以外の場合には、全体として健康状態を改善する行為である限り傷害の結果が存在せず、傷害罪の構成要件に該当しないと見る見解がある。<sup>51</sup>また、重大な傷害でない場合には、被害者の承諾によってすでに構成要件該当性が阻却されるので、身体に対する重大な侵襲とはいえない治療行為は、患者の承諾がある限り、傷害罪の構成要件に該

---

方、失敗した専断的治療行為は、傷害の罪の構成要件を実現するが、患者の有効な意思に反した場合でなければ過失犯の構成要件に該当しないとされ、説明義務違反の場合は原則として犯罪を構成しないと説かれる。

<sup>46</sup> 町野・前掲注9) 163頁。

<sup>47</sup> 佐藤陽子「治療行為の傷害構成要件該当性について」北海道法学 56巻2号(2005年) 864頁。

<sup>48</sup> 内藤・前掲注15) 531頁以下。

<sup>49</sup> 田坂晶「刑法における治療行為の正当化」同志社法学 58巻7号(2007年) 398頁以下。

<sup>50</sup> 小林・前掲注1) 186頁以下、260頁。なお、本著は網羅的に治療行為の正当化要件について研究されており、全てを紹介することは不可能であるため、本稿で述べた内容はその一部に過ぎない。

<sup>51</sup> 佐伯仁志「違法論における自律と自己決定」刑雑 41巻2号(2002年) 189頁。

当しないとする見解もある。<sup>52</sup>この見解によれば、たとえば、臓器、眼球摘出、手足の切断などのほか、身体の重大な機能を喪失させ、制限するような手術についてのみ正当化要件が検討される。そこでは、治療目的（ここでは、客観的に治癒するために必要だと判断される適応性があることを意味する）、医術的正当性、患者の承諾が必要とされる。

#### b) 判例——裁判例——

我が国においては、患者の承諾を欠いて行われた、いわゆる専断的治療行為について、公刊物をみる限りでは、刑事事件として処理されているものはみられない。<sup>53</sup>その意味では、裁判所が患者の承諾をそれ以外の正当化要件との関係で、どのような意義をもつものとして扱っているのかは明確ではない。そこで、この専断的治療行為については、別稿において民事上の不法行為の問題として扱われている事案について論究したので、<sup>54</sup>正当化要件としての患者の承諾の位置づけを考えるための参考として、治療行為の正当化要件について言及している下級審の刑事裁判例を紹介することとする。

##### ①性転換手術事件（東京高判昭和 45 年 11 月 11 日高刑集 23 卷 4 号 759 頁）

これは、産婦人科医が、男娼から性転換手術を求められ、これに応じて睾丸全摘出手術を行った事案である。そこにおいて、東京高裁は、被告人の行為は正当な医療行為であるから無罪である等とする所論に対して、性転換手術に当時医学的にも治療行為としての意義が認められつつあることを確認し、以下のように述べて優生保護法に違反するとした。<sup>55</sup>すなわち、「被告人に被手術者等に対する性転向症治療の目的があり、被手術者等に真に本件手術を右治療のため行う必要があつて、且本件手術が右治療の方法として医学上一般に承認されているかについては、甚だ疑問の存するところであり、未だ本件手術を正当な医療行為と断定するに足りない。」

##### ②偽アトピー治療事件（東京地判平成 16 年 4 月 19 日 LEX/DB28095555）

これは、歯科医師である被告人が、医療法に違反して、アトピー性皮膚炎の患者 8 人に対して無資格で医業を行い、そのうち 3 人に対しては、同皮膚炎を確実に完治させる最新の治療法であるなどと虚偽の事実を述べて、治療代金等名下に高額の現金をだまし取るなどした事案である。本件において、被告人は、一般的な虫歯の治療で用いられる根管治療<sup>56</sup>

<sup>52</sup> 山中・前掲注 3) 561 頁以下。

<sup>53</sup> 大谷・前掲注 2) 260 頁、岡上・前掲注 45) 325 頁、小林・前掲注 1) 295 頁、338 頁、佐久間・前掲注 11) (一) 88 頁、杉本一敏「仮定的承諾論の『論理構造』に対する批判的覚書」愛知学院大学宗教法制研究所紀要 49 号(2009 年)94 頁、武藤・前掲注 10) 35 頁。医療事件で故意犯である傷害罪の成否が争われた刑事判例も存在しないといわれる。起訴段階からすべて過失を問題にしているといわれる（佐藤・前掲注 47) 324 頁.）。

<sup>54</sup> 拙稿「治療行為の不可罰性の根拠について」法學新報第 117 卷第 9・10 号（2011 年）333 頁以下。

<sup>55</sup> 本件は、傷害罪ではなく、優生保護法違反（何人も、この法律の規定による場合の外、故なく、生殖を不能にすることを目的として手術又はレントゲン照射を行つてはならない（同法 28 条.））が問われたに過ぎないが、正当業務行為としての治療行為の正当化要件と思われるものに言及しているので紹介した。

<sup>56</sup> 被告人によれば、虫歯の軟化牙質を取り、歯髄を取ってそこに清掃剤ネオクリーナー（以

よりも強力な消毒剤を使って行う自身が考えた新しい根管治療<sup>57</sup>によってアトピー性皮膚炎を完治させる<sup>58</sup>と集客し、本件では、2人の患者に対して、歯科的に治療の必要がないにもかかわらず、2本の歯を抜いた。そこにおいて、東京地裁は、本件治療法の実施に先立ち、この2人の患者から承諾を得ていることから、傷害罪の違法性は阻却される等とする所論に対し、すでに2人の患者が与えた承諾が重大な錯誤に基づいており無効であるとしつつ、なお書きで以下のように医療行為の正当化要件を述べて、以下の〔2〕要件と〔3〕要件を満たさないので、医療行為として傷害罪の違法性が阻却されることもないとしている。<sup>59</sup>すなわち、「なお、本件における傷害行為は、少なくとも外観上、医療行為として行われたものであるので、付言すると、医療行為に伴う身体の侵襲が、正当な業務行為（刑法35条）として、その違法性を阻却するためには、その性質上、当該医療行為が、〔1〕疾病の治療を目的としてなされること、〔2〕医師等の適切な医療従事者により、医学上一般に承認された方法でなされること、〔3〕患者の同意に基づいてなされることの各要件を満たす必要があります。とりわけ、医学的な正当性が十分確立していない先端医療や実験的医療を行う場合には、その危険性等にかんがみ、患者に対して当該医療に関する正確な情報を与えた上でその真摯な同意を得ること（いわゆるインフォームド・コンセント）が必要不可欠と解すべきである。」

### ③爪ケア事件（福岡高判平成22年9月16日判タ1348号246頁）

これは、医師の治療行為に関する事案ではないが、看護師である被告人が、入院中のAおよびB、2人の患者の爪を爪切り用ニッパーを使用するなどして剥離させ、よって、同人らに傷害を負わせた事案である。そこにおいて、福岡高裁はAに対しては傷害の故意が認められない、そして、Bについては、以下のように述べて、正当業務行為として違法性が阻却されるとの理由により、無罪を言い渡した。すなわち、「正当業務行為性の判断枠組みとしては、一般に、行為の目的だけでなく、手段・方法の相当性を含む行為の態様も考慮しつつ、全体的な見地から、当該行為の社会的相当性を決定すべきと解される所、これを本件のような看護師が患者の爪を切り、爪床を露出させる行為について具体化すると、当該行為が、①看護の目的でなされ、②看護行為として必要であり、手段、方法においても相当な行為であれば、正当業務行為として違法性が阻却されるというべきである（②の要件を満たす場合、特段の事情がない限り①の要件も満たすと考えられる）。なお、患者本

---

下、「NC」という.)を入れ、根管をきれいに清掃した後、消毒剤ホルムクレゾール（以下、「FC」という.)を付けた綿花を根管に入れ、リン酸セメントで仮封することを数日ごとに5、6回続けてから最終処置を行う治療方法とされる。

<sup>57</sup> 被告人によれば、歯に穴を開けて抜髄し、いったんNCで清掃した後、FCをシリンジで吸い上げてブローチに巻いた綿花に少量染み込ませ、この綿花にシリンジで吸い上げたNCを少量染み込ませ、これを根管に挿入してリン酸セメントで仮封する治療方法とされる。

<sup>58</sup> 従来の方法では、NCとFCを別々に根管に入れていたのに対し、新方法は根管に入れる前に両者を同じ綿花に染み込ませ、これを根管に入れて仮封する点で異なっている。被告人は、本来は、新方法は、NCの塩素とFCが反応し、より強力な消毒剤となって従来より上質な根管治療ができると考えたものであったが、アトピー性皮膚炎の治療としても虫歯の治療としてもよい結果が出たので、次第に旧方法から切り替えていき、同皮膚炎を訴えない患者に対しても新方法を使うようになったという経緯がある。

<sup>59</sup> 本件では、詐欺罪の成否も問題になっているが、本稿では検討しない。

人又はその保護者の承諾又は推定的承諾も必要であり、本件でもトラブル回避のためには個別的に爪ケアの必要性等を説明して承諾を得ることが望ましかったといえるが、一般に入院患者の場合は、入院時に示される入院診療計画を患者本人又は患者家族が承認することによって、爪ケアも含めて包括的に承諾しているものとみることができ、本件でもその承諾があるから、本件行為についての個別的な承諾がないことをもって正当業務行為性は否定されない。」

以上 3 つの裁判例では、医師ないし看護師の治療（看護）行為の正当化要件についての記述がみられ、いずれも学説上争いのある治療の目的の要件を明確に要求している点が注目される。爪ケア事件では、医学的適応性および医術的正当性の要件が充足されれば、看護目的もあるとされているが、その他の裁判例においてはその具体的内容については特に言及されておらず、明確な正当化要件間での序列も見出すことはできない。もっとも、偽アトピー治療事件においては、医学的な正当性が十分確立していない先端医療や実験的医療を行う場合にも、特に、インフォームド・コンセントを要求することによって、正当化の余地があることが示されており、その意味では、医術的正当性が低い場合には患者の承諾の要件に求められるレベルが高く設定されるところの実務の考え方を読み取ることが可能であろう。

## （2）ドイツの議論

### a) 学説

ドイツの学説は、我が国と異なり、治療行為非傷害説が支配的な見解となっているといわれる。<sup>60</sup>現在では、後述のように、ドイツの判例が治療行為傷害説にたっており、それが完全に確立していることから、かつては判例はわずかしか同意を得られていなかった一方で、最近では、患者の権利を強化するべきであるとする観点から、判例の見解に与する立場も増加してきている。<sup>61</sup>ここでは、ドイツの通説的な見解である治療行為非傷害説のみを取り上げるが、これには様々なバリエーションがあることから、<sup>62</sup>まずもって、「医師が傷害の構成要件を実現しているかどうか」を決定する基準を何に求めるかによって 2 つに大別したい。すなわち、その基準を権利者の意思、すなわち、患者の承諾の存在に求める立場と、客観的な「傷害」の事実関係があることに求める立場に分ける。<sup>63</sup>前者の立場においては、権利者の医的侵襲への承諾、つまり、患者の承諾は、構成要件該当性を阻却する事由として取り扱われている。すなわち、権利者の医的侵襲への承諾がなければ、この立場からは、原則として医的侵襲には構成要件該当性があることになる。<sup>64</sup>

<sup>60</sup> Hans Joachim Hirsch, Zur Frage eines Straftatbetands der eigenmächtigen Heilbehandlung, Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, S. 354.

<sup>61</sup> Hans Joachim Hirsch, in: LK<sup>10</sup> Vor §223, Rdn. 2.; Hans Lilie, in: LK<sup>11</sup> Vor §223, Rdn. 3.

<sup>62</sup> 詳しくは、拙稿・前掲注 54) 323 頁以下。

<sup>63</sup> この分類は、Riedelmeier の分類である。Vgl. Andreas Albrecht, Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht (2010 年), S. 147.

<sup>64</sup> この立場の中には、権利者の意思をレーゲアルティスの一部に組み込む見解 (Horst Schröder, NJW 1961, 952 f.), 権利者の意思をレーゲアルティスと並列する要件とする見解 (Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4 Aufl., 2006, §13 Rdn. 12 ff.), 客観

次に、後者の立場の主な学説について言及するが、第一の立場は、治療行為の結果の価値を重視して、医師の措置が成功した場合と失敗した場合とに分けて考えようとする（結果説）。<sup>65</sup>結果説によると、治療的侵襲（Heileingriff）が身体状態を少なくとも維持した場合には、社会的な意味によれば、ドイツ刑法典 223 条の意味での「健康侵害（Gesundheitbeschädigung）」ではありえないし、「身体的虐待（Misshandlung）」にもなりえないとされる。これに対して、失敗した治療行為は、客観的に構成要件に該当する傷害ということになる。もっとも、この傷害は、患者の承諾によって、正当化されうるとされる。この結果説においては、傷害罪の法益を侵害したというためには、医師が行う措置の1つの活動の結果ではなく、その全体結果（「全体的考察」）が重要になる。この「全体的考察」においては、医的侵襲時の健康状態が、治療活動の終了後の健康状態と比較される（差し引き残高の理論（Saldotheorie））。<sup>66</sup>第二の立場は「治療結果」ではなく、医師の行為を考慮に入れる（目的説）。目的説によれば、人間の健康を維持するか、これを保護するか、これを回復しようとする目的で、レーゲアルティスを遵守して実施された治療的侵襲は、それが成功するか、失敗するかにかかわらず、傷害罪の構成要件には該当しないとされる。この際に争われているのは、先のような目的は、そのつどの医師の意思によって、主観的に決定されうるか<sup>67</sup>、客観的に決定されうるか<sup>68</sup>ということである。<sup>69</sup>

---

的帰属論の枠組みで捉える見解（Vgl. Albrecht, a. a. O. (Anm. 63), S. 148.），傷害罪の保護法益には健康と自己決定権の2種類があり、それに対する攻撃の種類も2種類あるという二元的解決（zweispurige Lösung）と呼ばれる特殊な見解（Horn, a. a. O. (Anm. 35), §223, Rdn. 35ff.）が含まれるが、それぞれについてここでは詳論しない。

<sup>65</sup> Hirsch, a. a. O. (Anm. 61), Vor §223, Rdn. 2., Lilie, a. a. O. (Anm. 61), Vor §223, Rdn. 3.; Vgl. Christoph Sowada, Die hypothetistische Einwilligung im Strafrecht, NStZ 2012, S. 4.; この立場の中には、結果説を相対化するいわゆる修正客観説（die modifizierte Erfolgstheorie）も含まれる。Eserによれば、修正客観説とは以下のような見解である。すなわち、「本質的な物質的損失」を伴うことなく成功した治療措置は、傷害ではない（結果説）。このような侵襲は患者の承諾に左右されないし、本質的には、遵守されたレーゲアルティスにも左右されない。しかしながら、レーゲアルティスが著しく侵害される場合には、「身体的虐待」が存在しうる。他方で、本質的な物質的損失や機能喪失、あるいは類似する重大な人格の変更を伴う侵襲であったとしても、以下の場合には、おそらく、結果無価値が否定されうる。すなわち、当該侵襲が全体として健康の改善につながり、構成要件該当性を否定する合意（Einverständnis）による自己決定権が顧慮される場合である。健康を悪化させる措置においては、結果無価値は否認されえない。しかしながら、合意に基づく、技術上正当な実施およびそれに応ずる医師の治療意思によって、行為無価値は脱落しうる（Albin Eser, in: Schönke/Schröder<sup>28</sup> §223, Rdn. 32 f.）。

<sup>66</sup> 患者が侵襲の時点で、すでに健康の悪化の道をたどっている場合、差し引きの問題は「正確に」提起されなければならないとされる。その際、侵襲後の患者の状態は、仮定的状態、すなわち、患者に対する影響がなかった場合の当該患者の状態と比較されなければならないという。というのも、侵襲がなければ、仮定的には、まさにいっそう患者の状態は悪化したとされるからである（Vgl. Horn/Wolters, a. a. O. (Anm. 35), §223, Rdn. 42.）。

<sup>67</sup> これは、行為する者の「治療の意図」を、傷害罪の主観的な構成要件が欠けているとする根拠として考える立場である（意図説）。意図説において、「治療の意図」は故意と併存して現れることになる（目的があれば故意が阻却される）（Hamm, DJZ 1907, S. 450.; Anton Hess, Die Ehre und die Beleidigung des §158 StGB, 1891, S. 54 Fn.4.）。

<sup>68</sup> これは、治療目的があることを、客観的にレーゲアルティスに則って行われた治療であ

## b) 判例

以上のように、治療行為非傷害説を採る論者がいまだ多数を占めている中で、ドイツの判例の立場は、一貫して、患者の承諾がなければ治療行為は正当化されないとする治療行為傷害説をとっているといわれている。<sup>70</sup>それは、すでにRGに遡る。すなわち、1894年5月31日のライヒ裁判所の判決（RGSt 25 375）である。事実の概要は以下のようなものである。当時7歳であった少女は、足首の骨に結核性の腫瘍を患っていた。被告人である担当医師は、足そのものを切断することによって結核の進行をとめようとした。しかしながら、少女の父親は自然療法の信奉者であり、娘に身体の障害をかかえさせたくなかったことから、本件手術が行われる前に、外科的手術には反対である旨を表明していた。結局、被告人は患者とその両親の承諾なくして手術を行ったものの、それは成功し患者の結核は治癒し、その後の経過も良好であった。被告人は、父親の拒絶があったにもかかわらず手術を行ったことにつき、傷害罪に問われた。この事案について、鑑定人によれば、手術を行わなければ、この結核が拡大することによって、死の危険もあったことから、この措置自体は医学的にみて適切なものであった。原審であるハンブルク地方裁判所は、概略以下のように述べて、被告人を無罪にした。

娘の健康は悪化しているどころか、改善している。また、手術は目的にかなっており、合理的で必要でさえあったので、それを「身体的虐待」ということは概念矛盾である。娘が刑法典 223 条の意味での「健康侵害」や身体的虐待を受けたとはいえない。その際、被告人が娘の親権者である父親の意思に反して手術したか否かは法的には重要ではない。これに対して、ライヒ裁判所は、検察官の上告をいれて原判決を破棄・差戻し、概略以下のように述べて、本件手術が客観的に傷害にあたるとした。プロイセン刑法典 187 条の、「故意に、他人を突きもしくは殴り、またはその他の身体の虐待または傷害を加えた者は」という制限列举的な文言にかわって、現行刑法 223 条の「身体的虐待」という文言が用いられたのは、最広義の、そして最も一般的な意味で、身体的組織に対する直接的・肉体的侵害を総括しようとするものであり、少なくとも、本件医師がなした行為のような、身体の本質的部分における完全性の侵害、つまり、身体器官に対する重大な侵害、四肢の喪失な

---

ったかによって、判断する立場である（客観的目的説）。そして、失敗した治療侵襲においては、確かに客観的な構成要件は実現されていても、主観的な構成要件は実現されていないと考える。なぜならば、傷害の行為無価値が欠けているとされるからである。すなわち、医療行為の侵襲結果は全体的差し引きによって「事前的に」埋め合わせられる。というのは、医学的適応およびレーゲアルティスを遵守することにおいて、侵襲の危険が当該侵襲と結びついた治療の見込みによって補償されることになるからである（Vgl. Albrecht, a. a. O. (Anm. 63) S. 151f.）。

<sup>69</sup> その他、目的説に含まれる見解としては、Karl Engisch, ZStW 58(1939), 5, 9., Maria-Katharina Meyer, GA 1998, 418 ff.を参照。

<sup>70</sup> Albrecht, (Anm. 63), S. 146.; Hirsch, a. a. O. (Anm. 60), S. 354.; Hirsch, a. a. O. (Anm. 61), Vor §223, Rdn. 2.; Walter Kargl, Körperverletzung durch Heilbehandlung, GA 2001, 538.; Lilie, a. a. O. (Anm. 61), Vor §223, Rdn. 3.; Thomas Rönna, JZ 2004, 801.; Sowada, a. a. O. (Anm. 65), S. 3.; Henning Rosenau, Die hypothetische Einwilligung – eine neue Rechtsfigur! 比較法雑誌 43 卷 3 号 (2009 年) 77 頁、Rosenau については、Henning Rosenau (島田美小妃訳)「仮定的承諾 – 新しい法形象！」比較法雑誌 43 卷 3 号 (2009 年) 164 頁も参照。



どがこれに含まれることは疑いない。以上のような理由から、ライヒ裁判所は、治療行為の傷害罪の構成要件該当性を肯定し、傷害の違法性が阻却されるのは、行為者に当該侵襲を行う何らかの「権利」がある場合であることを述べた。すなわち、それを招来するのが患者の承諾であり、この権利が存在しない場合については、医的侵襲が医学上正しく行われかつ成功して治癒の結果をもたらしたとしても、当該侵襲は違法であり、医師の業務権<sup>71</sup>もまた医師の侵襲の権利を基礎づけるものではない、としたのである。

以上のような、医的侵襲は傷害罪の構成要件に該当し、患者の承諾がない限り違法であるとするライヒ裁判所の立場は、BGHにも踏襲され、確立した判例になっている。

#### 4. 検討

まず、被害者の承諾については本稿との関連において、重要と思われる部分のみ確認しておきたいと思う。ここで、被害者の承諾と患者の承諾について、両者がともに承諾を与える者の自己決定権に基礎を置くことから、両者を完全に同一のものとして把握することも理論的には可能であろう。また、近時は、インフォームド・コンセントの要件が厳格に解される方向にあり、たとえば、エホバの証人輸血拒否事件（最判平成12年2月29日民集54巻2号702頁）<sup>72</sup>のように、明確に患者の拒否の意思が示されている事例であれば、被害者の承諾と患者の承諾とを異なるものと考えても結論の違いは出てこないともできよう。<sup>73</sup>

しかしながら、2つの概念の特色を整理してみれば、以下のような相違点を無視することはできないように思われる。すなわち、第一に、治療行為においては、その医的侵襲によって保全される客観的利益（患者の身体・生命）があるのに対し、通常被害者の承諾の事例においては承諾に基づく行為による利益侵害が存在するだけで、その侵害によって保全される客観的利益が存在しないのとは対照をなしている。第二に、治療行為は、治療の結果としての維持・増進利益（患者の身体・生命）と治療による侵害利益（身体）が患者という同一の法益主体に帰属するという特色をもつ。<sup>74</sup>したがって、治療行為においては、その法益主体がこの利益のいずれかを優先するかについて、自ら選択することができる。しかしながら、これら二つの利益は両立不可能な関係にあるため、通常被害者の承諾の

---

<sup>71</sup> 医師の業務権に治療行為を正当化する意義を認める見解として、業務権説と呼ばれる見解がある。すなわち、業務権説とは、治療行為を正当化する理由として、治療行為は、法的に承認された公の職務の遂行であることから合法であるとする見解である。詳しくは、岡西賢治「治療行為における自己決定権」日大法学17号（1987年）90頁以下、小林・前掲注1）21頁以下、田坂・前掲注49）358頁以下、町野・前掲注1）8頁。我が国における業務権説については、小林・前掲注1）21頁以下、田坂・前掲注49）269頁、町野・前掲注9）8頁以下。

<sup>72</sup> これは、患者の輸血拒絶の意思が長きにわたった宗教上の信念に由来しており、この強固な形での拒絶意思は医師らに明示されていたものの、輸血をしながらの手術（治療行為）が実施された事案で、治療上の患者の自己決定権はそれ自体の侵害のみをもって、損害賠償責任が認められた。

<sup>73</sup> 佐伯・前掲注51）190頁。

<sup>74</sup> 田坂・前掲注49）384頁、町野・前掲注9）171頁以下、武藤眞朗「治療行為の違法性と正当化——患者の承諾の意義——」法研論集59号（1991年）205頁。

事例と異なり、患者が医的侵襲に承諾しているからといって、身体的利益の刑法的保護を放棄していると考えすることはできないという違いが存在する。<sup>75</sup>

したがって、被害者の承諾と患者の承諾のそれぞれについて、重なる部分もあるが、その射程を明らかにする必要がある。簡単に、それぞれについての見解を述べておけば、同意傷害の完全な不可罰説は支持されえない。確かに、我が国においては、ドイツと異なり、身体への傷害についてはドイツ刑法 228 条のような特別規定をもたないし、同意傷害を処罰することにすれば、同意殺人罪の法定刑との関係で、傷害罪の法定刑を適用することになり、そのまま適用すれば刑の不均衡をきたすとの論拠<sup>76</sup>も首肯しうる。しかしながら、刑法は、同意殺人だけではなく、その未遂も処罰対象としているので（202 条、203 条）、生命侵害の危険につき承諾の違法性阻却効果を認めていないため、生命に危険のある重大な傷害についても承諾が違法性を阻却しないと解される。<sup>77</sup>他方、我が国の判例が採用しているものと思われる社会的相当性説によれば、承諾の効果がその他の考慮要因との関係で相対化され、原理的には相当に軽微な傷害に対する承諾でさえ、その正当化効果が否定される可能性がある。社会的相当性説が基礎にしていると思われる行為無価値論的な考え方は、我が国においては結果無価値とともに、行為無価値もあわせて違法性を判断する立場として主張されており、結果が発生しただけでは処罰を認めない論理として与するところが大きい。保険金詐欺目的での自動車事故事件決定において顕著であるように、目的の違法性のみによって処罰を認めているように思われる点で妥当でない。もっとも、傷害行為をなすにあたり、「自動車」という手段の危険性も考慮されての結論とも解しえなくはないが、<sup>78</sup>それも可能性のレベルにとどまるものであり、本件のような態様での衝突行為であれば、第三者を除く被害者らについてはその承諾の違法性阻却効果を認めてよいものと思われる。

公序良俗説については、その根拠として援用されるドイツの刑法典 228 条を巡るドイツの議論が示しているように、「良俗違反性」に伴う不明確さを払拭できないように思われる。かくして、違法性が阻却されるのは、死の危険のない傷害なのか、より広く、重大な傷害なのかが問われよう。結論からいえば、私見はたとえ死の危険はなくても、手足の切断のような重大な傷害をもたらす行為については承諾があるだけでは違法性が阻却されないものとする。ここで、被害者の承諾の法理においては、個人の自己決定権が尊重されることはもちろんであるが、これにも限界は存し、そのために大きな役割を果たすのがパターンリズムの考え方である。これは、国が個人の保護者としての役割を引き受け、「その人をその人自身から守る」ために、「あなたの判断・決定は間違っている。あなた自身のために、こうした方がよい」として、国民本人の判断・決定に対して介入するものである。<sup>79</sup>

---

<sup>75</sup> 佐藤・前掲注 47) 385 頁以下、田坂・前掲注 49) 385 頁以下。Albrecht, a. a. O. (Anm. 63), S. 156f. も、患者の医的侵襲への承諾は、確かに生じうる可能性があるが全く望んでいなかった死への承諾を含んでいないとする。

<sup>76</sup> 前田・前掲注 1) 347 頁、山口・前掲注 8) 149 頁。

<sup>77</sup> 上寫一高『刑法基本講義（第 2 版）』（2013 年）150 頁。

<sup>78</sup> 神作・前掲注 28) 243 頁。

<sup>79</sup> 井田・前掲注 2) 322 頁、甲斐・前掲注 4) 7 頁、只木誠『刑事法学における現代的課題』（2009 年）11 頁以下、19 頁以下、中村直美『パターンリズムの研究』（2007 年）。

もつとも、パターンリズムと自己決定権の尊重とは矛盾しない形で統合される必要があると考えるため、自己決定権を行う主体が意思決定ないし自由な行動決定をすることができなくなるような結果をもたらす場合であれば、<sup>80</sup>刑法的な干渉を認めてもよいのではないかと考える。したがって、このような侵害を下回る傷害行為であれば、どのような目的で、どのような手段を用いようとも、承諾能力のある被害者がそれを正確に認識して任意に承諾を与えている限り、違法性が阻却されると考える。しかしながら、これ以上の侵害を与える傷害については、被害者に利益があり、その傷害を加える必要性および正当性がさしはさまれなければ正当化されない。それがすなわち、ルールに則ったうえで行われるスポーツや、医学的適応性および医術的正当性に基づいてなされる治療行為である。これらの基準を適用させれば、美容整形や実験的治験が正当化される余地もある。前述のように、我が国の同意傷害に関する判例の考え方は、結果が重要なとき、目的が重要なとき、場合によって一つないし複数の考慮要因を抜粋して、傷害行為の違法性阻却を認めないという、かなり限定的な立場をとっている<sup>81</sup>ように思われる。しかしながら、個人の自己決定権を尊重して、自由・名誉・財産のみならず、身体に対しても、少なくとも軽微な傷害については承諾だけで違法性阻却を認めてもよいのではないだろうか。

これに対して、患者の承諾という要件の意義について若干検討すると、<sup>82</sup>まず、治療行為の刑法上の基本的な考え方として、治療行為非傷害説はいずれも妥当でない。本文で紹介した学説に限って簡単に略述すれば、患者の承諾を構成要件該当性を阻却する最も重要な要件と考えることについて、以下の2点を指摘したい。すなわち、第一に、原則として、患者の選択が、医学的見地からはいかに不合理なものであっても、医師がこれに従わなければ構成要件該当性は阻却されないことである。第二に、もし、患者の承諾と被害者の承諾とを同一に解することにするならば、傷害罪における被害者の承諾の要件は、現在の一般的な考え方に従えば、相当に厳格なものになる。そのため、有効な患者の承諾が得られず、多くの侵襲結果は構成要件該当性が否定されえないことになり、そして、このことは、構成要件該当性のある治療行為の場合がほとんどであることを認めることになってしまおう。

続いて、結果説の考え方としては、少なくとも成功した医的侵襲については、医的侵襲という中間段階を経て、治癒という結果をもたらすのであり、統一的に結果を捉え最終結果をみれば、何ら傷害の「結果」が存在していないということがあげられよう。これについては、以下の2点を指摘したいと思う。第一に、治療行為の実施においては、侵襲と同時に治療結果も生じていると考えられることから、中間経過、すなわち、侵襲結果が無視されていることがあげられる。しかしながら、治療結果は原則として、すぐには生ぜず、たいていの場合は、ある程度の時間がたって初めて、身体的領域への侵襲の後に続くのである。最終的な治療結果があったからといって、侵襲結果を無視することはできないし、最終的な治療結果のみを考慮に入れて、治療前の状態と比較衡量することで、それ以前に生じている侵襲結果をなかったことにはできないと思われる。これを刑法的にみれば、す

---

<sup>80</sup> 内藤・前掲注15) 588頁。

<sup>81</sup> 神作・前掲注28) 244頁。

<sup>82</sup> 拙稿・前掲注54) 341頁以下。

でに生じた構成要件に該当する事実を、後に生じた結果によって否定することは論理的に不可能であるということである。<sup>83</sup>

第二に、治療経過の途中の段階を考慮して、治療行為の実施においては、治療結果と同時に侵襲結果も生じていることを認め、たとえ、患者の状態を一時的にのみ悪化させただけにすぎないと反論しても、傷害罪は状態犯であるから、健康侵害が惹起された状態の継続期間は重要ではないことがあげられる。<sup>84</sup>すなわち、傷害罪は、人の身体に傷害結果を生ぜしめることによって成立する。傷害罪は状態犯の代表例で、法益侵害（傷害）の発生によって犯罪が終了し、その後法益侵害が継続していても、それは犯罪事実とはみられず、この論理を治療行為に適用すれば、すでに医的侵襲があったことのみによって、たとえ結論として健康状態の改善がありえても、傷害結果（侵襲結果）は発生しているという批判である。

目的説については、以下の2点が批判として取り上げられよう。<sup>85</sup>すなわち、第一に、治療目的は刑法の法規定上要求されていないことがあげられる。すなわち、故意は、傷害罪の客観的構成要件に関連し、それを認識することによって成立するが、傷害罪の客観的構成要件においては、治療目的のような特別な「動機」は含まれていないし、客観的構成要件の中にそれに対応するものをもつ必要のない超過の主観的要件もない。第二に、善良な意図というだけでは構成要件該当性を阻却しえないことがあげられる。というのも、善意で治療行為がなされたことは、技術的に正当な治療行為をなすことを保障するものではないからである。<sup>86</sup>仮に、技術的に正当な治療行為でなくとも、治療目的があれば構成要件該当性が阻却されるというのであれば、治療行為については、およそ傷害罪の客観的構成要件を論じる必要がなくなってしまう。

以上、非常に大雑把な検討ではあったが、結論としては、治療行為傷害説を支持すべきであると思われる。次いで、治療行為傷害説の考え方を基礎にしたうえで、患者の承諾という要件の意義について、もう少し敷衍したい。治療行為は、該当する傷口に薬を塗布するというものから、手術により手足を切断するというものまで、身体への侵襲の程度についても非常に幅広い種類のものが認められる。そしてまた、現在では非常に重要な正当化

---

<sup>83</sup> Vgl. Hirsch, a. a. O. (Anm. 60), S. 356. 佐藤・前掲注 47) 863 頁でも、行為と結果が常に時間的に接着して生じるとは限らず、手術の数年後に、当該手術の失敗の結果として、侵害結果が生ずることもあるとされる。そしてまた、このことにより、いつが統一的な行為を評価する終着点であることがわからなくなるとされる。

<sup>84</sup> Albrecht, a. a. O. (Anm. 63), S. 154.; 前田雅英『刑法各論講義（第5版）』（2011年）31頁。もっとも、医師は、特定領域それ自体では自然治癒する身体の性質を援用することができるのに対して、この場合にはなぜそれが考慮に入れられるべきではないのかが説明される必要に鑑みて、健康侵害の多くのケースが包括されなくなることから、状態の要件は堅持されるべきであるとするのは、Albrecht, a. a. O. (Anm. 63), S. 154. Rn. 84. また、たとえば、催涙ガスで涙を出させる行為は傷害とならないとし、一時的な生理的機能の障害は傷害とはいえないとするものとして、岡西・前掲注 71) 105 頁。

<sup>85</sup> Albrecht, a. a. O. (Anm. 63), S. 155., 155. Rn. 90.; 田坂・前掲注 49) 361 頁、町野・前掲注 9) 90 頁。

<sup>86</sup> Albrecht, a. a. O. (Anm. 63), S. 155.; なお、ここでいう「善意」は、医師の職業人としての善意が要求されているわけでもないとされる。

要件の一つとして考えられている患者の承諾も、その主体は成人ということ为前提にしても、患者の明示の承諾がある場合、患者の明示の拒否がある場合、その意思が分からない場合や、そもそも患者の承諾を得ることが不可能な場合もあり、患者の承諾にも強度があるように思われる。さらにまた、医学的適応性も適応が高く、緊急性さえ認められる場合もあれば、適応はないが本人の美容のためという理由で美容整形手術の適法性を考える余地もあろう。もっとも、医学的適応性のない、あるいは低い治療は、もはや治療行為とはいえ、治療行為に類似する医療行為としての正当化要件を別に検討することも可能である。加えて、医術的正当性についても、通常は治療が医学的に一般に承認された方法で行われることを意味するが、患者の希望、それ以外救う方法がないという場合であれば、まだ治療が医学的に一般化していない実験的治療であっても、正当化されることはありうると思われる。

以下では、治療行為の正当化要件のそれぞれの関係について、ごく簡単な指針を試論として提示したいと思う。ここで、前述したように、被害者の承諾と患者の承諾の相違を認め、基本的には被害者の承諾で求められる有効性要件の方が、患者の承諾で求められる有効性要件よりも厳格であると解したい。というのも、私見によれば、被害者の承諾は基本的にはその存在のみで傷害罪の成立を否定する効果をもち、他方で、患者の承諾はその他の正当化要件とともに、基本的にはそれぞれの要件とあわせて治療行為の違法性を阻却する効果をもつと考えるためである。このことを前提としたうえで、正当化要件として考慮される要件につき、患者の承諾との関係について順次精査していくことにする。

第一に、治療目的についてであるが、①治療目的がある場合には当然のことながら、治療行為としての患者の承諾が必要とされる。②治療目的がないが本人に利益はある美容整形、豊胸手術、隆鼻術、刺青を入れるような場合には、治療行為の概念よりも広い概念としての医療行為として、なお、患者の承諾のレベルで正当化の余地が認められると思われる。③治療目的も、客観的利益もない場合にも、重大な傷害をもたらす行為に至らないものであれば、被害者の承諾の法理を用いて、なお正当化される余地があるものとする。第二に、医学的適応性についてであるが、医学的適応性が低ければ低いほど、客観的に治療行為と判断することは難しくなる。そしてまた、①医学的適応性にもその高低があるとすれば、それに応じて、むしろ、推定的承諾の法理が妥当する場合もあろうし（緊急適応のある場合）、少なくとも、患者の承諾があれば足りる。これに対して、②医学的適応性がない場合には、それが重大な傷害をもたらす行為に至らないものであれば、被害者の承諾の法理によって正当化の余地があると思われるし、③医学的適応性に反するような場合も想定しうるが、これについても、同様に被害者の承諾の法理が妥当する場合があると考えられる。また、②医学的適応性がないまたは③医学的適応性に反する場合で、かつ、それが重大な傷害をもたらす行為であっても、先に述べた医療行為として、患者の承諾のレベルで正当化される可能性がある。第三に、医術的正当性については、まだ一般的な治療行為としては確立していない臨床試験のような場合にも正当化の余地は考えられると思われる、医療水準を基準にそれに応じて、患者の承諾の強度も変わってくるものとする。

## 5. 小括

本章では、ドイツおよび日本の判例および学説を参照しながら、治療行為における正当

化要件としての患者の承諾の位置づけについて、傷害行為における正当化要件としての被害者の承諾とその他の正当化要件との関係で一定の指針を得ることを試みた。前者との関係においては、両概念は共通する点も多いが、相違する概念であることを確認し、被害者の承諾で求められる有効性要件の方が、患者の承諾で求められる有効性要件よりも厳格であるとの前提に立ったうえで、両概念の射程を明らかにした。すなわち、傷害行為への被害者の承諾は基本的には承諾それ自体があれば違法性を阻却する効果を持つ正当化事由である。この被害者の承諾によって違法性が阻却される傷害行為は、パターンリズムと自己決定権の尊重を衡量すると、手足の切断のような重大な傷害結果をもたらすには至らない行為である。このような傷害行為の場合には、行為者の目的および使用手段を問わず、承諾が有効である限り、違法性が阻却される。これに対して、これ以上の侵害を与える傷害の場合には、被害者に利益があり、その傷害を加える必要性および正当性が裏付けられなければ正当化されない。それが、まさにここで問題としている治療行為である。

治療行為における患者の承諾は、基本的にはそのみでは正当化は認められないと考える。ただし、先のように理解された被害者の承諾の法理によって、軽微な傷害については、治療目的がなくても、医学的適応性がないまたは医学的適応性に反する場合でも、医術的正当性がない場合であっても、承諾のみによる正当化を認める。そして、患者の承諾とその他の治療行為の正当化要件との関係についてももう少し敷衍すると、治療目的はないが、被害者本人に利益がある場合には、医療行為として、なお患者の承諾のレベルで正当化の余地が認められる場合がある。さらに、医学的適応性要件との関係では、医学的適応性があるならば、通常は患者の承諾があれば足りるが、医学的適応性が高い、すなわち、緊急適応がある場合にはむしろ、推定的承諾の法理が妥当し、より柔軟に正当化を考えることが可能である。加えて、医術的正当性要件との関係では、医療水準を基準にして、それに応じて、患者の承諾の強度も変わるとの指針を提示した。

以下では、このような指針を基礎にして、具体的な治療行為の正当化要件を確定させることを試みることにするが、ドイツにおいては、治療行為はそもそも傷害罪の構成要件に該当しないとする治療行為非傷害説が未だ通説とされている。日本においても、治療行為非傷害説を唱える論者がいないわけではなく、治療行為非傷害説が説く論旨には看過することのできない問題が数多く含まれている。それゆえ、次章では、治療行為を正当化する具体的な要件について考察する前に、治療行為非傷害説について検討することにする。

#### IV. 治療行為の構成要件該当性について

前章では、治療行為を正当化するうえで患者の承諾が持つ意義を、一般的な傷害行為における正当化要件としての被害者の承諾およびその他の治療行為の正当化要件との関係で、一定の指針を提示した。これを元に、次章では、治療行為の具体的な正当化要件を定立することを試みるが、その前提として、本章では治療行為は傷害罪の構成要件に該当することを検討しておきたいと思う。というのも、わが国では、治療行為が構成要件に該当するとする立場（治療行為傷害説）が通説的な地位を占めている一方で、ドイツでは、治療行為傷害説に立つ者が増えてきているものの、未だ治療行為非傷害説の立場に立つ論者が多数を占めており、わが国でも、その論旨を主張する論者が少なくなく、その論旨には看過することのできない重要な問題が含まれているからである。

##### 1. 専断的治療行為の法的性質

前章でも述べたように、典型的に医師が行う治療行為<sup>1</sup>は、わが国における通説的な見解によれば、傷害罪の構成要件に該当するが、違法性が阻却されることにより、可罰的な行為とは考えられていない（治療行為傷害説）。<sup>2</sup>より正確に言えば、治療行為は刑法 35 条における正当業務行為と考えられ、<sup>3</sup>治療目的の要件につき議論がみられるものの<sup>4</sup>、一般的に

---

<sup>1</sup> 治療行為それ自体の概念内容については、甲斐克則『医事刑法への旅 I』（2004 年）28 頁以下、金澤文雄「医療と刑法——専断的治療行為をめぐる——」『現代刑法講座第 2 巻違法と責任』（1979 年）128 頁、小林公夫『治療行為の正当化原理』（2007 年）1 頁以下、8 頁以下の注 1 および注 4、齊藤誠二『医事刑法の基礎理論』（1997 年）15 頁、町野朔『患者の自己決定権と法』（2006 年）2 頁以下。治療行為は、医療行為とは異なるものとして一般には定義づけられ、前者のほうが、後者よりも狭い意味で理解されている。ここでは、詳述はできないが、以下の 4 要件を備えた人の身体・健康に必然的に干渉する行為と考えておく。すなわち、①患者の生命・健康を維持・回復する必要があるときに行われるという意味で「医学的適応性」（medizinische Indiziertheit）および②医学的に認められた正当な方法で行われるという意味で「医術的正当性」（medizinische Kunstgerechtigkeit）を有し、③治療目的のもとで、④基本的には、当該侵襲の本質と意味と範囲について包括的で十分な医師の説明があり、その説明に基づいて患者の承諾に従ってなされた処置のことをさすものとする。治療目的との関連において、たとえば、採血や予防接種などのような診断や予防のための措置は、治療行為に含まれるのかが議論されるが（齊藤・前掲注 1）16 頁；Andreas Albrecht, Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht (2010 年), S. 145)、本稿では医療行為に属するものとして考えたい（前田雅英『刑法総論講義（第 5 版）』（2011 年）339 頁注 10）。なお、医療行為の意義については、大谷實『医療行為と法（新版補正第二版）』（1997 年）5 頁以下も参照。

<sup>2</sup> 大谷實『刑法講義総論（新版第 4 版）』（2012 年）259 頁、岡西賢治「治療行為における自己決定権」日大法学 17 号（1987 年）71 頁、甲斐・前掲注 1）30 頁、小林・前掲注 1）37 頁、佐久間基「専断的治療行為と傷害罪（一）」東北大学法学 55 卷 3 号（1991 年）449 頁以下、佐藤陽子「治療行為の傷害構成要件該当性について」北海道法学 56 卷 2 号（2005 年）840 頁、立石二六『刑法総論（第 3 版）』（2008 年）157 頁、田坂晶「刑法における治療行為の正当化」同志社法学 58 卷 7 号 276 頁、武藤眞朗「治療行為と傷害の構成要件該当性——専断的治療行為と患者の自己決定権に関する研究の予備作業——」法研論集 54 号（1990 年）260 頁。

<sup>3</sup> 門田成人「インフォームドコンセントと患者の自己決定権」『現代医療と医事法制』（1995 年）62 頁。

<sup>4</sup> 治療目的が必要か否かについては、争いのあるところである（田坂・前掲注 2）280 頁以

は、①医学的適応性があり、②医術的正当性が認められ、<sup>5</sup>③患者の承諾があることによつて、違法性が阻却されるものと論じられている。<sup>6</sup>もっとも、論者によって、これらのうち、いずれかに重点が置かれるか（いずれかを満たせばいずれかを不要とする余地がある）、あるいはすべての要件が並列であるのか（すべての要件を満たす必要がある）は異なっている。<sup>7</sup>これらの要件のうち、とりわけ、③患者の承諾については、医師は十分説明した上で患者の承諾を得て治療を行うべきである、というインフォームド・コンセントの概念（原則）が普及してくるにつれて、わが国でも、現在、ますますその重要性が増してきている。その理由としては、以下のような人権感覚の変化があげられよう。すなわち、人間の尊厳の思想が医療の領域においても定着し、一方では国民の医療を受ける権利（健康権）が認められることで、生命・身体に対する国民個々の権利が、個人の主体性を前提とするようになったことである。そのことから、治療を受けるか受けないかは患者自身が決定すべきものであるとする、患者の「自己決定権」(Selbstbestimmungsrecht)の自覚がもたらされたのである。<sup>8</sup>そして、今日では、この患者の自己決定権との関連で、インフォームド・コンセントの原則が確立しつつある。<sup>9</sup>これと関連して、患者の自己決定権思想は、同時に、医師の「説明義務」(Aufklärungspflicht)という新しい法的問題を登場させることになる。

---

下)。必要説と不要説とに分かれるが、山中敬一『刑法総論（第2版）』562頁によれば、必要説は、さらに主観説と客観説とに分かれる。主観説は、行為者が主観的な治療目的をもっていることを意味し、客観的に治癒するために必要だと判断される適応をもっていることを意味するものと解されている。山中教授によれば、不要説は、医学的適応性と医術的正当性の要件以外に、「治療の目的」を必要としない見解とされる。本稿では、実験の目的で行われた医療行為を、治療行為から区別するために、そのような医療行為は、偶然に治療の結果があったとしても直ちに正当化されることはないという意味で、主観説による治療目的を想定している（治療目的を必要と解するものとして、大塚仁『刑法概説（総論）（第四版）』（2008年）424頁、川端博『刑法総論講義（第3版）』（2013年）331頁、立石・前掲注2）157頁以下）。

<sup>5</sup> 医学的適応性とは、医学上の必要性のことである。すなわち、医学的適応性があるということは、患者の生命・健康を維持・回復する必要性が存在していることを示している一方、医術的正当性とは、医学上の相当性のことである。すなわち、医術的正当性があるということは、治療行為が医学上一般に承認された医学準則に則っていることを示している（甲斐・前掲注1）32頁、小林・前掲注1）10頁脚注9）。

<sup>6</sup> 医学的適応性および医術的正当性という言葉を用いず、「医学上一般に承認された方法で」という言葉を用いているものも含めると、大谷・前掲注1）194頁以下（もっとも、大谷教授は、医学的適応性が極めて高い場合には、患者の承諾が得られなくとも適法となる余地を多分に残している）、岡西・前掲注2）71頁、甲斐・前掲注1）31頁以下、門田・前掲注3）62頁以下、小林・前掲注1）106頁、田坂・前掲注2）398頁。

<sup>7</sup> 小林・前掲注1）49頁以下、82頁以下、田坂・前掲注2）278頁、拙稿「仮定的承諾論」中央大学大学院研究年報39号（2010年）187頁以下。

<sup>8</sup> 大谷・前掲注1）75頁、岡西・前掲注2）72頁、金澤・前掲注1）126頁。もっとも、これらは、本稿と同様に、個人の尊厳の医療領域への定着による自己決定権思想の高まりを、治療行為における患者の自己決定権の要件が重視されてきたことの理由として捉えるものや（岡西）、医療における刑事上の法的介入が増加してきたことの理由として捉えるもの（金澤）の違いがあるが、いずれにしても、患者の承諾を法的コントロールのもとに置こうとする動き（大谷）として捉えられる点でそれほどの差異はないものと思われる。

<sup>9</sup> 甲斐・前掲注1）5頁以下、門田・前掲注3）54頁。



<sup>10</sup>このような法的状況を背景にして、治療行為の正当化要件の一つであった患者の承諾が、今やそれのみによって、直接、治療行為の違法性を左右する事態を生んでいる。すなわち、専断的治療行為の違法性が問題になる場合である。

現在では、専断的治療行為は、患者の承諾のない治療行為と定義されることが一般的である。<sup>11</sup>そして、そのような治療行為は違法である、という見解がわが国の通説的な立場となっている。<sup>12</sup>しかしながら、専断的治療行為が盛んに議論されているといわれるドイツの刑法草案における変遷に鑑みると、違法とされる専断的治療行為は、従来は、患者の「意思に反した」治療行為（当該治療行為を拒否する患者の意思が存したにもかかわらず施された治療行為）のみをさすものと考えられていた。そして、患者の意思に反した治療行為のみが違法な専断的治療行為であるという、より限定された考え方が、現在のような広い専断的治療行為の理解に取ってかわられるようになったのは、1930年代後半からであるといわれる。この1930年代後半を境にして、専断的治療行為の処罰範囲が拡大されるに至った背景には、患者の承諾を治療行為の違法阻却の積極的な基礎とし、その「有効性」を確保するために医師に説明義務を課すようになっていった判例・学説の展開があるとされる。というのも、この医師の説明義務違反も専断的治療行為を成立させる、ということの前提には、患者の意思に反した治療行為ばかりではなく、説明を尽くさなかったために患者の「有効な」承諾がない治療行為もまた専断的治療行為になる、という確認が必要とされたからである。すなわち、「承諾のない」治療行為をも専断的治療行為とするのでなければ、今日みられるような広範な医師の説明義務の基盤もまた存在しなくなるのである。<sup>13</sup>

もっとも、わが国の刑法実務においては、専断的治療行為を患者の意思に反する治療行為に限定したとしても、少なくとも公刊物上は、それが傷害罪として処罰された例はないといわれている。<sup>14</sup>そもそも、治療行為は、従来から、刑罰権の発動が制限的に考えられる領域とされており、<sup>15</sup>むしろ、これを正当化する根拠について、様々に議論がなされている

---

<sup>10</sup> 岡西・前掲注2) 72頁、門田・前掲注3) 61頁。なお、佐藤・前掲注2) 839頁も参照。

<sup>11</sup> 患者の承諾のない治療行為という表現を用いていると考えられるものとして、岡西・前掲注2) 89頁、佐久間・前掲注2) 446頁、佐藤・前掲注2) 840頁、甲斐・前掲注1) 5頁、30頁、35頁、金澤・前掲注1) 129頁、町野・前掲注1) 11頁以下。齊藤・前掲注1) 21頁、36頁は、傷病者の「意に反して」行われた治療行為の意味で用いている。大谷・前掲注1) 79頁、103頁、小林・前掲注1) 291頁、348頁、武藤・前掲注2) 244頁では、両者が用いられている。もっとも、これらすべての文献が専断的治療行為の定義づけにつき、一方の定義づけを拒絶しているものと解せるかは明確ではない。併用する意味で用いている可能性もあることに留意されたい。

<sup>12</sup> 定義づけによって、違法とされる射程が異なりうるが、通説は専断的治療行為は違法であることを前提とするものとして、大谷・前掲注1) 103頁、岡西・前掲注2) 89頁、佐伯仁志「違法論における自律と自己決定」刑雑41巻2号(2002年)188頁、町野・前掲注1) 139頁。

<sup>13</sup> 町野・前掲注1) 194頁、196頁。

<sup>14</sup> 小林・前掲注1) 295頁、338頁、佐久間・前掲注2) 446頁、杉本一敏「仮定的承諾論の「論理構造」に対する批判的覚書」愛知学院大学宗教法制研究所紀要49号(2009年)94頁、武藤眞朗「医師の説明義務と患者の承諾——「仮定的承諾」序説——」東洋法学49巻2号(2006年)35頁。

<sup>15</sup> 岡西・前掲注2) 74頁、田坂・前掲注2) 264頁以下、町野・前掲注1) 25頁以下、武

ところである。このように、現在も、医療の現場への刑事上の法的介入については消極的な声が支配的である。しかしながら、今では、医療行為は有用である反面、多数の国民の生命や身体を侵害する可能性を有するという現実が強く認識されるようになり、その生命や身体を保護のために、刑法も一定の役割を担うことが期待されるようになってきたのである。というのも、次にあげるように、医療をとりまく環境が変化したことによって、患者の医療に対する不信感・不安感が増大する傾向にあると考えられるからである。すなわち、第一に、社会福祉・医療保障の向上によって、医療が日常化したことにより、医療は多くの人々にとって接触することが容易なものとなり、かつその機会も増加したことである。第二に、医療が進化したことにより、従来は不可能あるいは困難とされていた疾病についても治療の可能性が広がったことである。すなわち、先の点もあわせて、こうした医療をとりまく環境の変化により、国民と医療との距離が縮まり、そして、それと同時に、従来に比べ患者の数が増大したことから、医療紛争も量的に増大する事態が生じ、高度な医療技術に伴うリスクに由来する法的な問題が現出することになったのである。第三に、医療の大量化や専門化が進んだため、大病院などにおける効率的な処理が志向され、医師と患者との関係が変化してきていることである。すなわち、患者は病院の効率的な処理を志向する現場に接する中で、医師から単なる治療の「対象物」にすぎない存在、すなわち、人格が否定された一個の「物」としての扱いを受けているような意識をもつ場面が増えてきているのである。つまり、医師と患者との間では、かつての個人的・家族的な信頼関係の構図から、非人格的な事務関係に移行したことによる信頼関係の希薄化がもたらされているのである。<sup>16</sup>

以上のような医療をめぐる状況を背景に、民事では、患者の意思に反した専断的治療行為について、自己決定権侵害のみを理由にして損害賠償責任を認めた判例も出現している<sup>17</sup>。確かに、現段階では、専断的治療行為を傷害罪で処罰した刑事事件は存しないが、そのことのみをもって、専断的治療行為についての刑事法的な態度決定は不要であるとはいえないであろう。そして、専断的治療行為には、傷害の罪にせよ、自由に対する罪（患者の自己決定権侵害）にせよ、何らかの刑事上の可罰性が認められるかという問題を解決するためには、まさに治療行為の法的性質——そもそも傷害罪の構成要件に該当しないのか、あるいは違法性が阻却されるのか——と患者の承諾（自己決定権）との関係についての検討が事前的に必要なことになる。というのも、ここで詳論することはできないが、ドイツとわが国の判例・学説状況をみる限り、治療行為傷害説は専断的治療行為も違法とすることに傾き

---

藤真朗「治療行為の違法性と正当化——患者の承諾の意義——」法研論集 59号（1991年）196頁、同・前掲注2）263頁。

<sup>16</sup> 大谷・前掲注1）77頁、岡西・前掲注2）72頁、門田・前掲注3）56頁、金澤・前掲注1）126頁、田坂・前掲注2）264頁以下。もっとも、これらは、本稿と同様に、医療技術の進展および医師と患者の信頼関係の希薄化を、医療における刑事上の法的介入が増加してきたことの理由として捉えるもの（金澤、田坂）や、治療行為における患者の自己決定権の要件が重視されてきたことの理由として捉えるもの（岡西）の違いがあるが、いずれにしても、患者の承諾を法的コントロールのもとに置こうとする動き（大谷）として捉えられる点でそれほどの差異はないものと思われる。

<sup>17</sup> いわゆる、エホバの証人輸血事件最高裁判決のことである（最判平成12年2月29日民集54巻2号582頁）。

やすく、治療行為非傷害説は専断的治療行為も無罪とする（範囲が広い）傾向があるように思われるからである。このことから、治療行為の法的性質と患者の承諾の刑法上の意義を考えておくことは有益であろう。また、治療行為の法的性質について、わが国においては、治療行為傷害説が通説であることから、刑法 35 条の正当業務行為として、その違法性が阻却される根拠に目を向けられることが多く、治療行為の構成要件該当性については比較的議論が少なかったように思われる。それとは逆に、ドイツでは、治療行為非傷害説が通説とされる中で、その構成要件該当性を否定する根拠は何かということに多くの目が向けられている。<sup>18</sup>そこで、本稿では、わが国の刑法解釈論に歴史的に大きな影響を与えており、専断的治療行為をめぐる問題が盛んに議論されているドイツの判例・学説を参考に、とりわけ、治療行為はそもそも傷害罪の構成要件に該当しないとする見解に焦点をあて、これを検討し、治療行為傷害説の立場が維持されることを改めて確認したい。

以下では、専断的治療行為は可罰的であるかを考えるための前提的考察をするために、そして、わが国の治療行為の法的性質に関する態度決定が維持されうるものであるかを確認し、違法性段階における正当化を考える基盤を確定させるために、ドイツの治療行為非傷害説の論理に目を向けて、治療行為の法的性質と患者の承諾（自己決定権）との関係を検討することにする。さらに、患者の承諾の治療行為における意義を明確にするために、Albrecht の最近公刊された『刑法上の「仮定的承諾」』において紹介された学説の分類をもとにして論を進めていくことにする。結論としては治療行為傷害説が妥当であり、これは、本質的に患者の生命・身体を侵害する危険性を有しているといわれる<sup>19</sup>治療行為の実質的な違法判断を可能にするであろう。そこにおいて、患者の意思を一定程度考慮することで、現在希薄化してきているといわれる患者と医師との関係を、そのつどの具体的なケースにおいて考えることが可能になり、より適切な治療行為の傷害罪による処罰範囲を画することに裨益するものと思われる。

なお、ドイツおよびわが国における学説状況が異なることについては、その理由としては、以下のものがあげられている。まず、条文上の相違点があげられている。<sup>20</sup>すなわち、後述するように、ドイツ刑法典 223 条の傷害罪は「健康を害した」ことを要件としており、このことが、ドイツの通説において治療行為非傷害説がとられている理由であるとするのである。すなわち、治療行為は基本的には病気の治癒、身体状態の改善を目指して施されるものであり、たとえ治療の結果が失敗に終わったとしても、「健康を害した」という要件を（主観的にも、客観的にも）充足しているとはいいがたいと解されていることによるものと思われる。しかしながら、同罪は「健康侵害」と並列的に「身体的虐待」も要件としてあげており、この点は決定的なものとはいえないとの指摘もある。すなわち、傷害罪が成立するためには、傷害結果、それも「身体的完全性」という保護法益を実質的に侵害することを要件とすると解するのであれば、わが国の刑法 204 条が規定する「傷害」という文言を「健康侵害」の意味に解することも可能であるとされるのである。むしろ、傷害罪と別個に暴行罪が規定されているわが国のほうが、傷害罪を「健康侵害」に限定すること

<sup>18</sup> 小林・前掲注 1) 36 頁以下。

<sup>19</sup> 小林・前掲注 1) 113 頁。

<sup>20</sup> 佐伯・前掲注 12) 188 頁、佐藤・前掲注 2) 859 頁以下、田坂・前掲注 2) 381 頁以下、武藤・前掲注 2) 260 頁以下。

が容易とさえいえるといわれる。さらに、このような学説状況の相違を、ドイツ刑法典においては、わが国の正当行為（刑法 35 条）に類する条文が存在しないことに求める指摘もある。このような法的状況から、わが国においては、治療行為が構成要件に該当するということを出発点としても、刑法 35 条に基づいて治療行為それ自体に特別な意義を認め、行為の違法性を阻却することが可能である一方で、ドイツにおいては、そのような規定が存在しないことから、構成要件レベルにおいて犯罪性を否定することができなければ、別の正当化事由に頼らざるをえず、そしてそれは困難な傾向にあるといえることから、このような学説上の相違を生み出したと解されるのである。

ここで、本稿では、議論の混乱を避けるために、以下の 2 つの概念定義を前提としたい。第一に、「治療行為傷害説」を、治療行為は構成要件に該当し、違法性が阻却されるものとする見解と定義したい。一方、「治療行為非傷害説」を、それ以外の場合、すなわち、治療行為は構成要件該当性がないとする見解と定義する。第二に、専断的治疗行為を、患者の承諾のない治療行為と定義し、患者の意思に反する治療行為のみならず、患者の有効な承諾のない治療行為も含めた治療行為であると解する。さらに、患者の承諾と治療行為との関連の問題をより明瞭化させるという問題関心から、本稿においていう専断的治疗行為は、患者の承諾以外の正当化要件、すなわち、医学的適応性および医学的正当性を備えた治療行為であることを前提とする。

## 2. ドイツにおける議論状況

治療行為の法的性質については、ドイツにおいては、判例は治療行為傷害説をとり、学説上の通説は、治療行為非傷害説をとっているといわれている。<sup>21</sup>また、ドイツでは、本稿で問題とする「患者の承諾」が傷害罪の構成要件該当性を否定する事由であるのか、正当化事由であるのかについても学説上争いがみられるため、<sup>22</sup>ここで、治療行為の法的性質の捉え方とあわせて整理したいと思う。これに対して、日本においては、治療行為の法的性質について、判例がどのように考えているかについては、裁判所が治療行為を傷害罪で処罰した事件が存在しないため、<sup>23</sup>判例の態度決定は治療行為非傷害説によっているのではないかとされる一方で<sup>24</sup>、一定の重大な侵襲については治療行為傷害説をとるのではないかと推測されている。<sup>25</sup>そのような中で、そもそも判例の態度決定は明確ではないともいわれ

---

<sup>21</sup> Hans Joachim Hirsch, Zur Frage eines Straftatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung, Gedächtnisschrift für Heinz Zipf S. 354.; 石原明訳「専断的治疗行為 ハンス・ヨアキム・ヒルシュ」神戸学院法学 30 卷 4 号(2001 年)293 頁も参照。大谷・前掲注 1) 80 頁、金澤・前掲注 1) 143 頁、佐久間・前掲注 2) 449 頁、佐藤・前掲注 2) 840 頁、856 頁、武藤・前掲注 2) 250 頁以下、町野・前掲注 1) 87 頁以下、学説は、治療行為非傷害説が多数説であるとするのは、小林・前掲注 1) 349 頁、齊藤・前掲注 1) 20 頁以下。

<sup>22</sup> Geerds は、構成要件該当性を否定する承諾を Einverständnis (「合意」、違法性を阻却する承諾を Einwilligung (狭義の意味としての承諾) と分けた (岡西・前掲注 2) 85 頁参照) が、以下で紹介する学説において、論者がこの区別を認めているのかどうかは本稿の考察対象外とする。

<sup>23</sup> 前掲注 14) に掲げられた文献を参照。

<sup>24</sup> 井田良『講義刑法学・総論』(2008 年)329 頁。

<sup>25</sup> 武藤・前掲注 2) 258 頁。

る<sup>26</sup>が、学説上は、治療行為傷害説が通説となっている。<sup>27</sup>そして、この見解においては、前述したように、患者の承諾は、それを論者がどの程度重要視するかにつき争いがみられるものの、法的には治療行為の違法性を阻却する正当化事由としての性質を有すると考えられている。以下では、ドイツおよび日本の判例および学説の議論状況を概観する前に、その前提として、まず、両国の刑法典における条文構造を踏まえ、各々における傷害に該当する構成要件的な行為とは何かにつき検討し、これを確定させたい。

### (1) 傷害の意義

ここでは、まず、ドイツにおける「傷害」の意義についてみる。ドイツにおける傷害罪の規定であるドイツ刑法典 223 条はその 1 項で、「他の者を身体的に虐待し又はその健康を害した者は、5 年以下の自由刑または罰金に処する。」<sup>28</sup>と規定している。この規定においては、身体的虐待（「身体的に虐待し」）および健康侵害行為（「健康を害した」）の 2 つが構成要件的行為と考えられ、身体の不可侵性（körperliche Unversehrtheit）ないし身体の完全性（körperintegrität）および健康（「Gesundheit」）がそれぞれ保護法益と考えられている。<sup>29</sup>

#### a) 身体的虐待

身体的虐待とは、ドイツの判例・通説によれば、「身体的健全感（körperliches Wohlbefinden）」を僅少とはいえない程度に損傷し、あるいはその他身体的完全性に影響が及ぼされるような、邪悪で不適切な取り扱い」と定義されている。なお、「身体的虐待」というためには、攻撃が被害者の身体に向けられていることが必要であるとされる。たとえば、正当防衛下で他人を殴り倒した場合にも身体的虐待という構成要件要素は充足される。また、身体的虐待の結果としては、こぶや創傷のような物質的損害（Substanzschäden）、あるいは四肢の切断や抜歯のような物質的損失（Substanzverlust）があげられ、髪や髭の切断などの身体的な外観を変更することも傷害とされている。さらに、このような物質的侵害に加えて身体的機能障害あるいは機能低下も身体的虐待の結果となることがあるとされている。<sup>30</sup>

#### b) 健康侵害

一方、健康侵害とは、「被害者の身体的機能が通常の状態から不利な方向で逸脱した状態、すなわち病的な体調（pathologische Verfassung）を作出し、あるいは進行させること」とされている。なお、「健康侵害」というためには、内臓器官あるいは外部的器官の発病・骨折・外傷・炎症・中毒・身体的障害に基づく精神障害など、治療過程を要するものが特に問題とされている。そして、この健康侵害は長期間継続する必要はなく、また、客観的に惹起されたものであれば、如何なる手段によるかは問わないとされている。たとえば、夜

<sup>26</sup> 佐藤・前掲注 2) 840 頁。

<sup>27</sup> 前掲注 2) に掲げられた文献を参照。

<sup>28</sup> 法務省大臣官房司法部法制部編『ドイツ刑法典』（2007 年）141 頁。

<sup>29</sup> Albin Eser, in: Schönke/Schröder<sup>28</sup> §223, Rdn. 1, 2.; Hans Joachim Hirsch, in: LK<sup>10</sup> Vor §223, Rdn. 1, §223, Rdn. 1, 4.; Hans Lilie, in: LK<sup>11</sup> Vor §223, Rdn. 1, §223, Rdn. 1, 4.

<sup>30</sup> Eser, a. a. O. (Anm. 29), §223, Rdn. 3.; Hirsch, a. a. O. (Anm. 29), §223, Rdn. 6f.; Lilie, a. a. O. (Anm. 29), §223, Rdn. 6f.

間、住宅地に激しい騒音をもたらすトラックの乗り入れ、長期間続く激しい工場騒音、繰り返しの夜間の嫌がらせ電話などによる健康侵害、近親者が死亡したという虚偽の告知によってショックを与えることなどもこの構成要件要素を充足するとされている。さらに、性病をうつす行為も傷害にあたり、すでに身体に生じている損傷の悪化を回避しない場合に、不作為による傷害が成立する可能性も認められている。<sup>31</sup>

### c) 条文構造の解釈

以上のようなドイツ刑法典 223 条 1 項に規定された傷害とされる 2 つの行為は、相互に全く別個の現象を捕捉するものではなく、前者は現象を行為の側面から、後者は発生した結果の側面から把握しているといわれる。もっとも、前者においては、攻撃の対象としての身体に、いわば生理的機能とは関係のない部分（髪や髭など）の侵害も含まれているのに対し、後者は生理的機能に関係する部分の侵害に限定されていること、また、前者が行為態様を限定している（身体に対する攻撃）のに対し、後者は行為態様・手段を問わずに結果的に被害者の生理的機能を害する行為を広く捕捉しているという点において、両者は完全に相反するものとして独立に存在しているのではなく、交差し合う 2 つの円の中に存在しているとも考えられている。<sup>32</sup>

### (2) 医的侵襲の法的評価—総説

以上がドイツの傷害罪の規定にまつわる問題の概略であるが、ドイツの通説においては、治療行為における医的侵襲は以上のような傷害の概念には該当しないと考えられている。<sup>33</sup> その理由としては、以下でみるように、様々なものが提唱されているが、医的侵襲のような病気の治療のために身体に接触する行為は、決して「身体的虐待」にはならず、また、健康を維持・回復させるものである治療行為は、「健康侵害」とは全く逆の概念であり、最終的に生じた治癒という結果を伴う全体的な行為に注目していることなどがあげられる。さらに、ドイツ刑法典においては、わが国の正当行為（刑法 35 条）に類する条文が存在しないことも指摘しておきたい。<sup>34</sup> 一方、学説上の通説とは逆に、判例は一貫して、治療行為が傷害の構成要件に該当することを出発点としている。そこで次に、確立したといわれているドイツの判例の立場をみてみることにしたい。

### (3) 判例における医的侵襲の法的評価

前述のように、ドイツの判例の立場は、一貫して、患者の承諾がなければ治療行為は正当化されないとする治療行為傷害説にたっているといわれている。<sup>35</sup> それは、すでに RG に

<sup>31</sup> Eser, a. a. O. (Anm. 29), §223, Rdn. 5, 7.; Hirsch, a. a. O. (Anm. 29), §223, Rdn. 16.; Horn/Wolters, SK §223, Rdn. 25.; Lilie, a. a. O. (Anm. 29), §223, Rdn. 16.; なお、判例によれば、治療を行っている医師が義務に違反して治療を中止し、それによって苦痛の増大を防げなかった場合にも傷害罪の成立が肯定されているとされる（武藤・前掲注 2）246 頁参照）。

<sup>32</sup> Hirsch, a. a. O. (Anm. 29), §223, Rdn. 4; Lilie, a. a. O. (Anm. 29), §223, Rdn. 4.; 佐藤・前掲注 2) 841 頁、武藤・前掲注 2) 246 頁も参照。

<sup>33</sup> 岡西・前掲注 2) 102 頁以下、佐藤・前掲注 2) 841 頁以下参照。前掲注 21) に掲げられた文献も参照。

<sup>34</sup> 前掲注 20) に掲げられた文献を参照。

<sup>35</sup> Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 146.; Hirsch, a. a. O. (Anm. 21), S. 354.; Henning Rosenau, Die hypothetische Einwilligung—eine neue Rechtsfigur! 比較法雑誌 43 巻 3 号

遡る。すなわち、1894年5月31日のライヒ裁判所の判決である。<sup>36</sup>事実の概要は以下のようなものである。

a) 事実の概要

当時7歳であった少女は、足首の骨に結核性の腫瘍を患っていた。被告人である担当医師は、足そのものを切断することによって結核の進行をとめようとした。しかしながら、少女の父親は自然療法の信奉者であり、娘に身体の障害をかかえさせたくなかったことから、本件手術が行われる前に、外科的手術には反対である旨を表明していた。結局、被告人は患者とその両親の承諾なくして手術を行ったものの、それは成功し患者の結核は治癒し、その後の経過も良好であった。被告人は、父親の拒絶があつたにもかかわらず手術を行ったことにつき、傷害罪に問われた。この事案について、鑑定人によれば、手術を行わなければ、この結核が拡大することによって、死の危険もあつたことから、この措置自体は医学的にみて適切なものであつた。原審であるハンブルク地方裁判所は、概略以下のように述べて、被告人を無罪にした。

b) 原審判旨

娘の健康は悪化しているどころか、改善している。また、手術は目的にかなっており、合理的で必要でさえあつたので、それを「身体的虐待 (Misshandlung)」ということは概念矛盾である。娘が刑法典 223 条の意味での「健康侵害 (Gesundheitbeschädigung)」や身体的虐待を受けたとはいえない。その際、被告人が娘の親権者である父親の意思に反して手術したか否かは法的には重要ではない。

これに対して、ライヒ裁判所は、検察官の上告をいれて原判決を破棄・差戻し、概略以下のように述べて、本件手術が客観的に傷害にあたるとした。

c) ライヒ裁判所判旨

プロイセン刑法典 187 条の、「故意に、他人を突きもしくは殴り、またはその他の身体の虐待または傷害を加えた者は」という制限列举的な文言にかわって、現行刑法 223 条の「身体的虐待」という文言が用いられたのは、最広義の、そして最も一般的な意味で、身体的組織に対する直接的・肉体的侵害を総括しようとするものであり、少なくとも、本件医師がなした行為のような、身体の本質的部分における完全性の侵害、つまり、身体器官に対する重大な侵害、四肢の喪失などがこれに含まれることは疑いない。以上のような理由か

---

(2009年)77頁、Walter Kargl, Körperverletzung durch Heilbehandlung, GA 2001, 538.; Thomas Rönau, JZ 2004, 801.; Hirsch については、石原・前掲注 21) 293 頁も参照。その他、前掲注 20) に掲げられた文献を参照。Rosenau については、Henning Rosenau (島田美小妃訳)「仮定的承諾—新しい法形象!—」比較法雑誌 43 卷 3 号 164 頁も参照。なお、身体的虐待に医的侵襲を含めることについて、その概念上の歴史的発展から支持しうるものとするのは、Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 153. その概念史については、Kargl, a. a. O. (Anm. 35), 547.

<sup>36</sup> RGSt 25 375. Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 146. Sandra Wiesner, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, 4. Auf. (2010年), S. 53f.; この判決については、すでに日本でも多くの文献が紹介している。たとえば、岡西・前掲注 2) 89 頁以下、小林・前掲注 1) 37 頁以下、283 頁以下、佐久間・前掲注 2) 447 頁以下、佐藤・前掲注 2) 853 頁以下、齊藤・前掲注 1) 20 頁以下、田坂・前掲注 2) 343 頁以下、町野・前掲注 1) 38 頁以下、武藤・前掲注 2) 250 頁。

ら、ライヒ裁判所は、治療行為の傷害罪の構成要件該当性を肯定し、傷害の違法性が阻却されるのは、行為者に当該侵襲を行う何らかの「権利」がある場合であることを述べた。すなわち、それを招来するのが患者の承諾であり、この権利が存在しない場合については、医的侵襲が医学上正しく行われかつ成功して治癒の結果をもたらしたとしても、当該侵襲は違法であり、医師の業務権<sup>37</sup>もまた医師の侵襲の権利を基礎づけるものではない、としたのである。

#### d) 本判例の意義

この、医的侵襲は傷害罪の構成要件に該当し、患者の承諾がない限り、違法であるというライヒ裁判所の立場は、BGHにも踏襲され、<sup>38</sup>確立した判例になっている。<sup>39</sup>このように、ドイツの判例の立場は、治療行為は構成要件に該当し、患者の承諾がない限りは正当化されない、という治療行為傷害説を一貫してとっている。そして、そこにおいては、患者の承諾の法的性質は、構成要件該当性を阻却する性質のものではなく、違法性を阻却する性質のものと解されていることが伺える。

#### (4) 学説における医的侵襲の法的評価

これに対して、学説上は、そもそも治療行為には構成要件該当性が認められないとする治療行為非傷害説が通説とされている。<sup>40</sup>加えて、患者の承諾の法的性質の捉え方——構成要件該当性を阻却する事由であるのか、違法性を阻却する事由であるのか——とあいまって、議論が非常に複雑な様相を示しているのである。その一方で、少数ながら、判例と同じように治療行為の構成要件該当性を肯定する学説も存在する。<sup>41</sup>以下では、とりわけ、治療行為の構成要件該当性は認められるのか、という本稿の問題関心から、通説といわれている治療行為非傷害説について概観する。

もっとも、治療行為非傷害説は、「医師が傷害の構成要件を実現しているかどうか」を決定する基準を何に求めるかによって、2つのモデルに分類される。すなわち、治療行為非傷害説は、「医師が傷害の構成要件を実現しているかどうか」は、権利者の意思（die *Einwilligung des Berechtigten*）、すなわち、患者の承諾があることに左右されるとするモ

---

<sup>37</sup> 医師の業務権に治療行為を正当化する意義を認める見解として、業務権説と呼ばれる見解がある。すなわち、業務権説とは、治療行為を正当化する理由として、治療行為は、法的に承認された公の職務の遂行であることから合法であるとする見解である。詳しくは、岡西・前掲注2) 90頁以下、小林・前掲注1) 21頁以下、田坂・前掲注2) 358頁以下、町野・前掲注1) 8頁。わが国における業務権説については、小林・前掲注1) 21頁以下、田坂・前掲注2) 269頁、町野・前掲注1) 8頁以下。

<sup>38</sup> ドイツにおける治療行為と傷害罪の関係について判断が示された、本稿以外の判例を紹介しているものとして、金澤・前掲注1) 131頁、小林・前掲注1) 284頁以下、佐藤・前掲注2) 854頁以下、田坂・前掲注2) 345頁以下、町野・前掲注1) 63頁、山本啓一ほか「ドイツの医療過誤裁判における傷害罪関係判例」犯罪学雑誌 65巻(1999年)207頁以下。

<sup>39</sup> 前掲注21) および35) に掲げられた文献を参照。

<sup>40</sup> 前掲注21) に掲げられた文献を参照。

<sup>41</sup> Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 146f., Hirsch, a. a. O. (Anm. 21), S. 357. 岡西・前掲注2) 90頁以下、金澤・前掲注1) 133頁、小林・前掲注1) 21頁以下、37頁以下、佐藤・前掲注2) 850頁以下、佐久間基「専断的治疗行為と傷害罪(二)」東北大学法学 55巻4号(1991年)657頁以下、田坂・前掲注2) 358頁以下、町野・前掲注1) 41頁以下、47頁以下も参照。



デルと、客観的な事実関係があることに左右されるとするモデルである。前者は、治療行為の構成要件該当性を判断するために、まずもって、患者の承諾があるかどうかを問題にするのに対し、刑法典 223 条 1 項の「傷害」には 2 つの構成要件的行為があり、一部重なり合う部分があるものの、それぞれが独自の内容を有していることから、後者は、治療行為はこのいずれか一方の構成要件的行為に該当するのか、あるいは 2 つを止揚した概念と関連するのか、すなわち、これらの 3 つの「傷害」概念のうち、いずれに該当して刑法典 223 条 1 項にいう「傷害」といえるのかをまず検討している。そこで、以下では、前者を主観的補償モデル (die subjektive Kompensationsmodelle)、後者を客観的補償モデル (die objektive Kompensationsmodelle) とよび、それぞれの学説についてみていくことにする。

42

#### a) 主観的補償モデル

ここでは、医師が傷害の構成要件を実現しているかどうかは、権利者の意思によって判断されるとする主観的補償モデルについて概観する。主観的補償モデルにおいては、権利者の医的侵襲への承諾は、構成要件該当性を阻却する事由として取り扱われている。<sup>43</sup>すなわち、権利者の医的侵襲への承諾がなければ、この立場からは、原則として医的侵襲には構成要件該当性があることになる。

#### ①権利者の意思をレーゲアルティス<sup>44</sup>の一部に組み込む見解<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> この分類は、Riedelmeier の分類である。Vgl. Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 147. Fn. 43. もっとも、Albrecht は、147 頁の脚注 42) において、専断的医的侵襲を傷害罪の構成要件から除外する区分として、本文で述べた分類を用いているが、専断的医的侵襲であれば、主観的補償モデルによれば、その医的侵襲は原則として構成要件該当性があると判断されるのであるから、この分類は、患者の承諾のない治療行為に関する分類ではなく、Riedelmeier が述べているように、医師が傷害の構成要件を実現しているかどうかを判断する分類であるように思われる。

<sup>43</sup> Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 147.

<sup>44</sup> レーゲアルティス (lege artis) とは、医療の技術・規則のことである。医療の技術・規則とは、医師のとる医学上一般に承認された技術のことで、医術の正当性と密接な関係にある概念である。すなわち、レーゲアルティスに則って治療がなされることが、医術の正当性があるというように使われるのである (甲斐・前掲注 1) 32 頁、小林・前掲注 1) 10 頁脚注 9)。

<sup>45</sup> Horst Schröder, NJW 1961, 952 f.; Vgl. Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 147.; 小林・前掲注 1) 59 頁以下、佐久間・前掲注 41) 668 頁以下、町野・前掲注 1) 94 頁以下、武藤・前掲注 2) 254 頁以下を参照。Krauß, in: FS für Bockelmann 572 でも、患者の判断を考慮しないのであれば、治療はレーゲアルティスに則っていないとする (Vgl. Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 147. Fn. 45.)。なお、Schröder の見解は、後述する修正結果説の Eser が基礎に置いた見解とされている (Hirsch, a. a. O. (Anm. 21), S. 358.; 武藤・前掲注 2) 255 頁)。したがって、位置づけが難しいところであったが、Schröder は、刑事政策的理由、すなわち、専断的治療行為を規定する新構成要件が予定されていないことから、その限りで当初はライヒ裁判所の立場に与していたが、ライヒ裁判所が本文で述べたような区別をしていないことについて批判的であったところから、徐々に結果説に傾斜していったといわれているため (小林・前掲注 1) 44 頁以下、54 頁注 27)、本稿では、Albrecht の分類に従い (Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 147.)、Schröder のおおもとの見解に沿って、結果説ではなく主観的補償モデルに分類した。

Horst Schröder は、権利者の意思をレーゲアルティスの一部としている。<sup>46</sup>そして、Schröder は、治療行為の社会的相当性が認められるためには、患者が医師に治療をゆだねることが前提として必要であるという。そのため、承諾は医師の治療行為にとっての法的前提であり、医学の規則上適切な措置を行ったとしても、患者の承諾を欠く限り、傷害罪が成立することになる。もっとも、Horst Schröder は、傷害の構成要件的行為としての「健康侵害」と「身体的虐待」とを関連づけて考え、健康を回復しあるいは増進するような態度は、健康侵害にも身体的虐待にもあたらないとして、これを傷害の構成要件の領域から除外する。しかしそれでも、失敗した侵襲、効果のなかった侵襲、あるいは四肢の切断のように健康、病気という概念では処理し切れないような侵襲は、構成要件の領域から除外されずに残る。そこで、Schröder は、このような侵襲の構成要件該当性を阻却する要件としてのみ、患者の現実的あるいは推定的承諾を要求するのである。したがって、傷害の構成要件が充足され、承諾がない場合、医師の治療は許容性要件を欠き、社会的に相当でないと判断されるため、傷害とされる。

#### ②権利者の意思をレーゲアルティスと並列する要件とする見解<sup>47</sup>

この見解の根底には、権利者の同意 (Zustimmung) を、保護法益の構成要素と考える法益概念が内在している。すなわち、ドイツの現行刑法が専断的治療行為の構成要件を含んでいないという意味において、身体の完全性に関する自己決定権は、刑法典 223 条によって身体的利益と共に保護されていると解するのである。Tag によれば、傷害罪の保護法益は「法益所有者の、身体に関連し、健康に関連する処分権」とされる。<sup>48</sup>この見解によれば、患者の承諾は、「身体の不可侵性」の侵害を否定する意味をもつ。この見解を支持する Roxin と Tag においては、承諾は、純粋に技術的・医学的な意味で理解されるべきレーゲアルティスと並ぶ要件とされるが、身体の完全性に関する自己決定権が傷害罪の保護法益に含まれているため、承諾のない治療行為は常に傷害罪の構成要件に該当することになる。

#### ③客観的帰属論の枠組みで捉える見解<sup>49</sup>

Jäger は、承諾は構成要件該当性を否定するか、正当化するものであるかという問題が、とりわけ保護法益の定義から説明されることによって、不当にその問題性が簡略化されていると考えている。というのは、Jäger によれば、今日の学説状況から判断すると、法益——論者が定義しているほどには重要ではないという——が侵害されることでは十分ではな

---

<sup>46</sup> レーゲアルティスの一部として組み込んだその理由は、医師はおそらく、患者からの依頼がなければ、純粋に技術的—医学的な意味で理解されているレーゲアルティスに則って、一般人が典型的に思い描いている「良心的な医師」として行為することはないだろうから、というものである (Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 147.; Schröder, a. a. O. (Anm. 45), S. 953.)。なお、この見解によれば、本稿の専断的治療行為の定義 (レーゲアルティスには則っている) との矛盾が生ずることになることを付言しておく。すなわち、この見解によれば、患者の承諾がないのであれば、すでにレーゲアルティスには則っていないことになるからである。

<sup>47</sup> Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4 Aufl., 2006, §13 Rdn. 12 ff.; Vgl. Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 148. 佐藤・前掲注 2) 852 頁も参照。なお、田坂・前掲注 2) 372 頁も参照。

<sup>48</sup> Vgl. Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 121.

<sup>49</sup> Vgl. Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 148.

く、むしろ、この法益侵害は行為者に帰属可能であることが、追加的に必要であると考えられるからである。構成要件該当性が否定されるのは具体的結果に対する行為者の「法的な答責性が欠けている」からである、という法的考慮があり、これに基づいた結果として、その構成要件が実現されたとはいえなくなるのである。<sup>50</sup>ここでは、すでに合意に基づく他者危殆化<sup>51</sup>が結果への帰属を否定しうるならば、このことは、ますますもって、合意に基づく他者侵害にも妥当しなければならないとされるのである。被害者自身が、自由に、自ら法益侵害の作用領域へ入り、それゆえ、被害者に生じた損害に対する答責は被害者に帰責(zuschreiben)されうる、という考察から、構成要件該当性が否定されるとするのである。

#### ④二元的解決(zweispurige Lösung)と呼ばれる見解<sup>52</sup>

Hornは二元的解決と呼ばれる特殊な見解を発展させ、その後Woltersがこれを継承している。この二元的な解決<sup>53</sup>によれば、傷害の構成要件は、正確に互いを区別して、「身体に

---

<sup>50</sup> 類似するものとして、Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., §12 Rdn. 4でも、「自身の財(Güter)への侵襲に対する答責の引き受け」という表現が用いられている。

<sup>51</sup> 合意に基づく他者危殆化とは、わが国においても文献で紹介されているところであるが(例えば、小林憲太郎『因果関係と客観的帰属』(2003年)64頁以下、塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』(2004年)、島田聡一郎「被害者による危険引受」『クローズアップ刑法総論』(2003年)140頁以下、深町晋也「危険引受け論について」本郷法政紀要9号(2000年)131頁以下など)、以下のような法概念である。すなわち、まず、ドイツの支配的見解は、人(被害者)が一定の条件のもとに、自己答責的に、その人自身を危殆化する行為をなす場合である「自己危殆化」に、行為者が関与する事例においては、その人が傷害などの結果を負ったとしても、その傷害は被害者のみに帰属され、行為者には帰属されないとしている(Joachim Renzikowski, *HRRS* 2009, 349.)。つまり、行為者の自己危殆化は帰属連関を中断し、同時に構成要件該当性を否定するのである(Janique Brüning *ZJS* 2009, 194.)。これに対し、「他者危殆化」とは、他人(行為者)が危殆化行為をなす場合であり、この場合に、被害者が傷害を負ったとすれば、その傷害は当然行為者に帰属されることになる。しかしながら、この他者危殆化の中でも、自己危殆化へ行為者が関与する事例との区別が問題となる場合として、「(被害者の)合意に基づく他者危殆化」の事例があげられるのである。この事例とは、人(被害者)が完全に危険を認識しながら他人から危殆化される場合、つまり、他人の危殆化行為に身をさらしている場合である(Gunnar Duttge, *NStZ* 2009, 690.; Renzikowski, a. a. O. (Anm. 51), S. 347.)。そして、この場合についても、自己危殆化への関与の場合と同様に帰属連関を中断し、同時に構成要件該当性を否定させるかどうかの問題とされるのである。この場合について、確立した判例および支配的見解は、さしあたり、帰属連関を認め、違法性段階において、刑法典216条、228条といった承諾に関する法規定の趣旨から、被害者の承諾が、その正当化効果を失うかどうかを問題にする(Brüning, a. a. O. (Anm. 51), S. 194.)。これに対して、この場合を、自己答責的な自己危殆化の事案と同列に扱い、すでにこの場合には帰属連関から脱落させることを支持している見解がある(Claus Roxin, *JZ* 2009, 400ff.; Renzikowski, a. a. O. (Anm. 51), S. 347f.; Vgl. Brüning, a. a. O. (Anm. 51), S. 194.)。Jägerの見解は後者の立場にたったものと思われる。

<sup>52</sup> Hirsch, a. a. O. (Anm. 21), S. 357.; Horn/Wolters, a. a. O. (Anm. 31), §223, Rdn. 35ff.; Wiesner, a. a. O. (Anm. 36), S. 59f.; Vgl. Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 148f., 161.; 金澤・前掲注1)138頁、佐久間・前掲注41)677頁以下、佐藤・前掲注2)852頁以下、武藤・前掲注2)252頁以下も参照。

<sup>53</sup> これとは逆に、人的な法益モデルに基づく解決は、「一元的なもの」と特徴づけられうる(Vgl. Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 148f. Fn. 54.)。

関連した自己決定権」と「健康」とを保護しているという。この二元的解決に基づくと、傷害罪の保護法益には健康と自己決定権の2種類があり、それに対する攻撃の種類も2種類あることになる。第一には、身体の不可侵性への専断的侵襲からの保護が問題になる。すなわち、最終的な健康回復とは関係なく、専断的に身体の不可侵性を侵害する行為、つまり自己決定権を侵害する行為である。それゆえ、同意はすでに構成要件該当性を否定するのである。そして、第二には、「健康」の保護が問題になる。すなわち、健康侵害の観点のもとでは、客観的に事前的に、医学的適応のある、そしてレーゲアルティスに則って実施された侵襲には——当該侵襲が健康の改善に至ったのか否かとは関係なく——、構成要件該当性がないとされる。というのも、健康侵害にとっては、健康状態全体の悪化の基準のみが重要であるからである。それゆえ、この形態においては、患者の意思は重要ではない。この解決は判例に近いが、権利者の承諾は構成要件該当性を否定する事由として扱われている。

#### b) 客観的補償モデル

次に、傷害罪の構成要件を実現しているかどうかを患者の意思により決定するとする主観的補償モデルに対して、傷害罪の構成要件は、客観的な事実関係によって定められるとする「客観的補償モデル」について述べる。客観的補償モデルは、医的行為の意味を解釈するために説明する方法として、主観的補償モデルよりもはるかに長く支配的であったとされる。<sup>54</sup>

#### a a) 結果説

まず、治療行為の結果の価値を重視する<sup>55</sup>結果説について概観する。結果説は、医師の措置が成功した場合と失敗した場合とに分けて考えようとする見解と、これと同時に身体の本質的な部分が失われたかどうかとも問題にしようとする見解に区別される。

#### ① (客観的) 結果説 (die objektive) Erfolgstheorie)<sup>56</sup>

結果説によれば、「事後的」観点から決定される医師の治療措置の客観的な医学的結果(「治療結果」)は、医療行為の実体に即した理解のための決定的な基準である。治療的侵襲(Heileingriff)は身体状態を悪くするのではなく、それとは逆に、これを改善するか、少なくとも維持した場合には、社会的な意味によれば、「健康侵害」ではありえないし、「身体的虐待」にもなりえないとされる。これに対して、失敗した治療行為や、ずっと結果のないままの治療行為は、客観的に構成要件に該当する傷害である。もっとも、この傷害は、結果の危険を補う患者の承諾によって、正当化されるとされる。結果説において、傷害罪の法益を侵害するためには、医師の措置の1つの活動ではなく、その全体結果(「全体的考察」)が重要になる。この「全体的考察」においては、医的侵襲時の健康状態が、治療活

<sup>54</sup> Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 149.

<sup>55</sup> 小林・前掲注1) 57頁。

<sup>56</sup> Hirsch, a. a. O. (Anm. 21), S. 35.; Hirsch, a. a. O. (Anm. 29), Vor § 223 Rdn. 3.; Kargl, a. a. O. (Anm. 35), S. 549.; Lilie, a. a. O. (Anm. 29), § 223 Rdn. 3.; Wiesner, a. a. O. (Anm. 36), S. 56.; Vgl. Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 149f., S. 149. Fn. 58.; 岡西・前掲注2) 102頁以下、門田・前掲注3) 64頁、金澤・前掲注1) 132頁以下、齊藤・前掲注1) 22頁以下、佐久間・前掲注2) 457頁以下、佐藤・前掲注2) 842頁以下、田坂・前掲注2) 361頁以下、町野・前掲注1) 90頁以下、武藤・前掲注2) 251頁以下も参照。

動の終了後の健康状態と比較される（差し引き残高の理論（Saldotheorie））。<sup>57</sup>

②修正結果説（die modifizierte Erfolgstheorie）<sup>58</sup>

Eser が発展させた修正結果説は、結果説を相対化するものである。Eser は、「本質的な物質的損失」を伴うことなく成功した治療措置は、傷害ではない（結果説）とする。このような侵襲は患者の承諾に左右されないし、本質的には、遵守されたレーゲアルティスにも左右されない。しかしながら、レーゲアルティスが著しく侵害される場合には、「身体的虐待」が存在しうる。他方で、本質的な物質的損失や機能喪失、あるいは類似する重大な人格の変更を伴う侵襲であったとしても、以下の場合には、おそらく、結果無価値が否定されうる。すなわち、当該侵襲が全体として健康の改善につながり、構成要件該当性を否定する合意（Einverständnis）による自己決定権が顧慮される場合である。健康を悪化させる措置においては、結果無価値は否認されえない。しかしながら、合意に基づく、技術上正当な実施およびそれに応ずる医師の治療意思によって、行為無価値は脱落しうる。<sup>59</sup>

b b) 目的説（die Zwecktheorie）<sup>60</sup>

以上のような結果説に対して、「治療結果」ではなく、医師の行為を考慮に入れるのが目的説である。目的説によれば、人間の健康を維持するか、これを保護するか、これを回復しようとする傾向によってもたらされ、レーゲアルティスを遵守して実施された治療侵襲は、それが成功するか、失敗するかにかかわらず、構成要件には該当せず、したがって

---

<sup>57</sup> Vgl. Horn/Wolters, a. a. O. (Anm. 31), Rdn. 42. 「全体的考察」方法ないし「差し引き残高の理論」は、構成要件の「侵襲結果」を克服することになるといわれる。健康を悪化させる場合でさえ、必ずしも傷害が所与のものであるわけではない。しかしながら、患者が侵襲の時点で、すでに健康の悪化の道をたどっている場合、差し引きの問題は「正確に」提起されなければならないとされる。その際、侵襲後の患者の状態は、仮定的状態、すなわち、患者に対する影響がなかった場合の当該患者の状態と比較されなければならないという。二人は、正当にも、患者の状態が侵襲後に、さらに悪化した場合でも、マイナスの差し引きは否定されなければならない、と指摘している。というのも、侵襲がなければ、仮定的には、まさにいっそう患者の状態は悪化したとされるからである。さらに、患者の「根拠のある」（有利なあるいは不利な）期待されるもの（Expektanzen）も重要であるとされる。

<sup>58</sup> Eser, a. a. O. (Anm. 29), § 223, Rdn. 32 f.; Vgl. Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 150. Fn. 62.; Hirsch, a. a. O. (Anm. 21), 358f., Sandra Wiesner, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, 4. Auf. (2010年), S. 57. 齊藤・前掲注 1) 23 頁以下、佐藤・前掲注 2) 847 頁以下、田坂・前掲注 2) 363 頁以下、町野・前掲注 1) 94 頁以下、武藤・前掲注 2) 255 頁も参照。

<sup>59</sup> Eser の見解は、主観的補償モデルの Schröder の見解に由来しているといわれる (Hirsch, a. a. O. (Anm. 21), S. 358.)。武藤教授も、Schröder と Eser は傷害の構成要件該当性を否定するために患者の承諾を必要とする範囲はほぼ重なり合っているといわれる。もっとも、Schröder は、患者の承諾を当該医療侵襲の社会的相当性を認定するための要件とするのに対し、Eser は、患者の自己決定権を身体の完全性と結びつけ、承諾によって自己決定権が尊重されれば、それによって身体の完全性に対する侵襲自体が存在しなくなるという論理構成をとっているのではないかと指摘されている (武藤・前掲注 2) 255 頁)。

<sup>60</sup> Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht 69 f.; Kargl, a. a. O. (Anm. 35), S. 549.; Wiesner, a. a. O. (Anm. 36), S. 58.; Vgl. Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 150 f.; なお、小林・前掲注 1) 72 頁以下、齊藤・前掲注 1) 22 頁、田坂・前掲注 2) 362 頁以下では、行為説 (Handlungstheorie) という言葉を用いている。

傷害ではないとされる。この際に争われているのは、人間の健康を維持する目的、これを保護する目的、これを回復する目的は、そのつどの医師の意思によって、主観的に決定されるのか、客観的に決定されるのかということである。

#### ①意図説 (die Intentionstheorie) <sup>61</sup>

意図説は、行為する者の主観的な目的方向、すなわち、行為する者の「治療の意図」を、傷害罪の主観的な構成要件が欠けているとする根拠として考える。したがって、意図説において、「治療の意図」は故意と併存して現れることになる（目的があれば故意が阻却される）。この点（意図説における医師の主観的表象は、傷害罪の主観的構成要件に関連していること）において、意図説にいう医師の主観的表象は、結果説におけるそれと区別される。というのも、結果説においては、その意思が客観的な犯罪構成要件に記述された治療結果に向けられているからである。意図説は、医師を不可罰に導くものは、その職業ではなく、傷つけようとしていないその意思である旨を主張して、医師という職業上の理由からではなく、その善意の意思に基づいて治療行為の構成要件該当性を否定するのである。

#### ②客観的目的説 (die objektiverte Zwecktheorie) <sup>62</sup>

客観的目的説を代表するのは、Grünwaldの説明である。すなわち、治療行為においては、「健康侵害」は問題になりえない。「身体的虐待」という要件も、その言葉の意味に従うと、明らかに治療行為を包含するものではない。予め示され、技術的に正当に実施された治療が失敗した場合、当該治療は「事後的に」考察して有益ではなく、有害であったとされる。しかしながら、医師は、患者の身体上の健康につき自己に課されている注意義務に、「事前的には」違反していなかった。というのも、治療の医学的適応があるということは、治療の見込みがあるためにその失敗の危険をも甘受することは、医学的に正しいということの意味しているからである。しかも、医師が患者の身体的な健康を踏まえて、実体に即して行為していたとすれば、自己決定権を看過したということを経由し、消極的な結果は医師に帰属されえないといわれる。成功した治療侵襲においては、傷害の構成要件は全く実現されていないし、失敗した治療侵襲においては、確かに客観的な構成要件は実現されているが、主観的な構成要件は実現されていない。なぜならば、傷害の行為無価値が欠けるとされるからである。医療行為の侵襲結果は全体的差し引きによって「事後的に」埋め合わせられる。すなわち、医学的適応およびレーゲアルティス<sup>63</sup>を遵守することにおいて、侵襲の危険が当該侵襲と結びついた治療の見込みによって補償されることになることによって、である。

#### ③目的説の変型 (Variante der Zwecktheorie) <sup>64</sup>

<sup>61</sup> Hamm, DJZ 1907, S. 450; Anton Hess, Die Ehre und die Beleidigung des §158 StGB, 1891, S. 54 Fn.4; Vgl. Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 151. 岡西・前掲注 2) 103 頁以下、田坂・前掲注 2) 360 頁以下、町野・前掲注 1) 47 頁も参照。

<sup>62</sup> Vgl. Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 151f.

<sup>63</sup> (狭義の)「レーゲアルティス」は、行為説(目的説)によれば、医学的に技術上正当な行為の意味でのみ、理解される。権利者の同意の意思は、このため、意味のないものである((広義の)レーゲアルティス)(Vgl. Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 152. Fn. 71.)。

<sup>64</sup> Karl Engisch, ZStW 58(1939), 5, 9; Vgl. Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 152. 金澤・前掲注 1) 138 頁以下、齊藤・前掲注 1) 22 頁、佐久間・前掲注 2) 364 頁以下、佐藤・前掲注

Engisch は、刑法典 223 条に掲げられた「身体的虐待」および「健康侵害」という意味での「傷害」の概念を外見上は用いておらず、傷害の概念は「身体の利益侵害」を意味しているとしている。それは、すなわち、健康あるいは主観的な健全感あるいは健康的な外観における利益侵害である。人間の身体の治療は、たとえ単独の下位の利益が損害を与えられるとしても、優越的に、(生命の利益を含めた) 身体の利益を保持しており、総じて最終的には、身体の利益侵害にはなりえず、傷害ではないというのである。「利益衡量」はこのような「事前的」なものであり、その結果、身体的利益を主として保持するために標準的であるのは、偶然の実際の結果ではなくて、期待される蓋然的な結果である。また、利益衡量に際しては、患者の承諾も考慮されるので、純客観的にみて侵害結果のほうが大きな行為であっても、患者の承諾をプラス要素とすることで、そのような侵害が許されることもある。このように、Engisch は、医学上正当な医的侵襲にあっては常に傷害罪の構成要件該当性が否定され、失敗して患者の健康・生命を侵害した場合には、「許された危険」の一例であると主張するのである。

#### ④危険減少説 (die Gefahrverringeringstheorie) <sup>65</sup>

M.-K. Meyer は、治療目的があり、レーゲアルティスに則った行為でも、患者に激しい痛みを与えたり、健康を害すれば、「虐待」、つまり邪悪で不適切な行為ではないとはいえないとした。というのも、治療の目的は、確かに患者の身体の利益を維持する方向に機能するが、それは場合によっては特別な危険や重大な侵害とも結びつきうるからである。そのため、Engisch が利害の相殺により法益侵害をなしとする根拠として、単に侵害の回復効果をあげているのは不十分であると評した。そのような観点から出発して、M.-K. Meyer は、ある行為が、法益客体を脅かす危険をもつばら減少させるのに十分であり、かつ、そのような意思によってもたらされるならば、<sup>66</sup>法益を侵害する意思的態度がなくなり刑法典 223 条の構成要件該当性が排除されるといった。<sup>67</sup>その際構成要件該当性がないということは、「事前的な」全体的考察に依拠した結論によって裏づけられるので、その侵襲が成功したか失敗したかとは無関係である。危険の減少は原則として、医学的適応およびレーゲアルティスの遵守が前提とされる。具体的には、持続的損失をもたらすことになる今の苦痛をただ「本質的ではないほどに」強める侵襲、いずれにしても機能を果たすことのできない器官のみに関連する侵襲、あるいは、生命を救うために必要な侵襲においては、患者の承諾は必ずしも必要ではない。いっそう強い追加的な苦痛を与えるか、新しい相当な危険を根拠づけるようなケースにおいては、これとは異なって判断される必要がある。すなわ

---

2) 844 頁以下、田坂・前掲注 2) 362 頁以下、町野・前掲注 1) 97 頁以下、武藤・前掲注 2) 252 頁も参照。

<sup>65</sup> Maria-Katharina Meyer, GA 1998, 418 ff.; Vgl. Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 152. 小林・前掲注 1) 81 頁以下、佐藤・前掲注 2) 848 頁以下、町野・前掲注 1) 98 頁も参照。

<sup>66</sup> これにより、目的論は客観的帰属論に定着しているといわれる (Vgl. Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 152. Fn. 75.; 佐藤・前掲注 2) 849 頁)。

<sup>67</sup> M.-K. Meyer に依拠して、Schmidhäuser, Strafrecht AT 8. Abschn. Rdn. 121 は、——構成要件のない——生命の保持に向けられた治療行為と生命の短縮に向けられた治療行為とを区別している。後者は生命の危険と結びついていない限りで、構成要件のない行為である。危険な、生命を短縮する侵襲においては、身体の完全性という法益は、承諾によってのみ侵害されえないとされる (Vgl. Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 152.)。

ち、生命を救うために必要であれば、もはや機能していない内臓などの身体の構成要素を切除することは傷害ではなくなる。ここで、当該法益侵害が、治療結果の可能性および治療の意思によって否定されえない場合には、権利者の承諾が必要とされる。

### 3. 日本における議論状況

続いて、ドイツにおける議論と比較しうるように、わが国の議論についても同じ点について確認していきたい。

#### (1) 傷害の意義

ここでは、まず、わが国における「傷害」の意義について述べる。わが国における傷害罪の規定である刑法 204 条は、「人の身体を傷害した者は、15 年以下の懲役又は 50 万円以下の罰金に処する。」と規定するのみで、ドイツと異なり、具体的にいかなる行為が傷害罪の構成要件に該当するのかは定かではなく、抽象的・包括的な規定にとどまっている。そのような背景からか、わが国では判例・学説の解釈論として、傷害の意義をめぐる議論が盛んであったといわれている。<sup>68</sup>そして、その意義については、一般的には、学説上、人の生理的機能に障害を加えることと解する生理的機能障害説、<sup>69</sup>人の身体の完全性を害することと解する身体の完全性侵害説、<sup>70</sup>人の生理的機能を害すること並びに身体の外形に重要な変更を加えることと解する折衷説<sup>71</sup>があると解されている。<sup>72</sup>しかしながら、わが国においては刑法 208 条に暴行罪規定も存在していることとの関係上、傷害の程度として、とりわけ、軽微な機能障害あるいは外観の変化を問題とし、そのような場合は傷害には含まれないとの向きが強く、<sup>73</sup>実際には生理的機能障害説と折衷説との争いであるともいわれ<sup>74</sup>、その争点は頭髮の切除や眉の剃り落とすといった重大な外貌の変更をも傷害に含めるかにあるといえる。なお、一部の判決に揺らぎもみられるが、<sup>75</sup>判例は生理的機能障害説にたつて

<sup>68</sup> 小林・前掲注 1) 107 頁以下。

<sup>69</sup> 川端博『刑法各論講義 (第 2 版)』(2010 年)40 頁、西田典之『刑法各論 (第 6 版)』(2012 年)41 頁、前田雅英『刑法各論講義 (第 5 版)』(2011 年) 36 頁、山口厚『刑法各論 (第 2 版)』(2010 年) 45 頁。

<sup>70</sup> 小野清一郎『新訂刑法講義各論 (第 3 版)』(1954 年) 169 頁、藤木英雄『刑法講義各論』(1977 年) 193 頁。

<sup>71</sup> 大谷實『刑法講義各論 (新版第 4 版)』(2013 年)25 頁、団藤重光『刑法綱要各論 (第 3 版)』(1990 年)409 頁。

<sup>72</sup> なお、通説と目されるのは、生理的機能障害説であるとする評価 (川端・前掲注 69) 39 頁) と折衷説であるとする評価 (大塚ほか編『大コンメンタール刑法第二版第 10 巻』(2006 年)391 頁) がある。

<sup>73</sup> 傷害と暴行との境界線については、大塚ほか・前掲注 72) 391 頁以下。身体の完全性侵害説をとる論者からも、極めて軽微な創傷又は人の生活機能に格別の障害を及ぼさない部分を除去することなどは刑法上の傷害にはあたらないとする見解もあり (小野・前掲注 70) 78 頁)、折衷説をとる論者からも、生理的機能の障害および身体の完全性の侵害の「いずれも、日常生活において一般に看過される程度の極めて軽微なものは、傷害罪の予想する違法類型にあたらない」とされている (団藤・前掲注 71) 409 頁)。

<sup>74</sup> 前田・前掲注 69) 35 頁。

<sup>75</sup> 身体完全性侵害説をとっているかに思われる判例を紹介しているものとして、大塚ほか・前掲注 72) 391 頁以下、団藤・前掲注 71) 409 頁以下、前田・前掲注 69) 36 頁、武



いるものと考えられている。<sup>76</sup>また、傷害は暴行を手段とすることが多いであろうが、人に対する有形力の行使以外の作為あるいは不作為によってもなされうるとするのが一般的である<sup>77</sup>。加えて、傷害罪の保護法益については、身体の安全と考えられている。<sup>78</sup>

## (2) 医的侵襲の法的評価—総説

### a) 学説

以上がわが国の傷害罪の規定にまつわる問題の概略であるが、わが国の通説は、ドイツとは異なり、医的侵襲は傷害の概念に該当すると考えている。<sup>79</sup>日本の学説動向に鑑みれば、最広義の傷害概念をとる身体の完全性侵害説を採用しても、傷害の程度につき極めて軽微なものは含まれないとして、最狭義の傷害概念をとる生理的機能障害説との差異は、単に外貌に変更を加えるにすぎない行為に傷害罪を認めるかどうかにすぎないものと考え、したがって、傷害概念の意義につきいずれを採用しても、医的侵襲が外形上は「傷害」にあたることを考えることは解釈上可能であろう。<sup>80</sup>すなわち、治療行為を外科的手術と薬剤の投与・放射線照射などに類型化した場合、前者は、ひとまず生理機能の障害や身体の完全性の侵害と把握することが可能であると思われる。一方、後者も、体内の内部環境などに何らかの生理的変化をもたらす点で生理機能の障害と捉えることも、身体の内部・外部への何らかの侵害と捉えることも可能であるように思われるからである。<sup>81</sup>とはいえ、前述したように、わが国の傷害罪が包括的に規定されており、傷害の意義につき自由な解釈がしやすく、暴行罪の規定が別個に存在していることに鑑みると、かえって「傷害」を健康侵害に限定することも可能であるといえよう。先にも言及したように、この意味で、日本とドイツの傷害罪の規定が異なっていることは、治療行為が傷害にあたるかを定める決定的な基準ではないのである。

---

藤・前掲注 2) 247 頁以下参照。

<sup>76</sup> 代表的なものとして、生活機能の毀損、健康状態の不良変更を傷害とし、剃刀による女性の頭髪の切断は傷害にあたらず暴行にとどまるとした大判明 45 年 6 月 20 日刑録 18 輯 896 頁。大塚ほか・前掲注 72) 393 頁以下。

<sup>77</sup> 大塚ほか・前掲注 72) 401 頁以下。代表的なものとして、性病を感染させる恐れのあることを認識しながら、婦女に対して詐言を弄し、ウイルスを感染させた場合にも傷害罪にあたることとした最判昭 27 年 6 月 6 日刑集 6 卷 6 号 795 頁、暴力団員がリンチを加え被害者に自ら指を詰めさせた事案につき、被害者を利用した傷害罪の間接正犯にあたることとした鹿児島地判昭 59 年 5 月 31 日判時 1139 号 157 頁。

<sup>78</sup> もっとも、これは、傷害罪が刑法典第 27 章の傷害の罪（刑法典 204 条から同法 208 条の 3 まで）の一つとしての評価である。大塚ほか・前掲注 72) 380 頁、大谷・前掲注 71) 24 頁。なお、刑法典 209 条から同法 211 条までの過失傷害の罪もあわせた身体に対する罪として、これらの保護法益は「人の身体」とする見解もある（山口・前掲注 69) 40 頁）。

<sup>79</sup> 前掲注 2) に掲げられた文献を参照。

<sup>80</sup> 小林・前掲注 1) 110 頁以下、武藤・前掲注 2) 248 頁以下。もっとも、治療行為非傷害説をとられる大谷教授は、傷害の意義については折衷説をとられるが、医学的適応性を有し、かつ医術的正当性のある治療行為はそもそも健康の回復・維持・増進にとって必要なものであるから、社会通念上是認しうる限り、人の身体の外形ないし生理的機能を不良に変更する行為とはいえないため、傷害という概念にあてはまらないとされる（大谷・前掲注 2) 266 頁）。傷害を、手段および発生結果の観点で分類し、ドイツおよびわが国の傷害罪の構成要件該当性との関係について要約したものとして、武藤・前掲注 2) 249 頁。

<sup>81</sup> 小林・前掲注 1) 111 頁。

## b) 判例

これに対して、判例が治療行為の法的性質についてどのように考えているかについては、専断的治療行為が刑事事件として存在していない<sup>82</sup>ことともあいまって、その評価が分かれている。一方では、実務は医療過誤については刑事責任を追究しているものの、インフォームド・コンセントを得なかったというだけでは、これを傷害罪として立件、処罰したことがない現状に鑑みれば、実務は治療行為非傷害説をとっているのではないかと思われるという指摘がある<sup>83</sup>。他方では、民事の判例の分析に基づいて、刑法の判例においても、ドイツの H. Schröder の見解と類似した方向性をもった、身体の機能上、あるいは外貌上重大な侵襲に限っては治療行為傷害説をとるのではないかという推測もある。<sup>84</sup>あるいはむしろ、判例の態度決定は明確ではないとする見解もある。すなわち、確かに、日本の医療過誤事件訴訟は、起訴段階からすべて過失を問題にしており、このことから、実務が「医療事件には傷害罪が成立しない」という態度をとっていることが推測されうるが、しかしそこからはそれが構成要件段階の判断なのか、違法性段階の判断なのかを読み取ることはできず、判例の態度決定は明確ではないとする評価も存在するのである<sup>85</sup>。そこで、以下では、治療行為における患者の自己決定権の意義に関する刑事判例が存在しないことを踏まえて、裁判所が、医的侵襲の法的評価および患者の承諾についてどのように考えているのかをみるための参考として、民事判例をあげてみたいと思う。

### (3) 判例における医的侵襲の法的評価

前述のように、わが国においては、患者の承諾を欠いて行われた治療行為について、公刊物をみる限りでは、刑事事件として処理されているものはみられない。しかしながら、当該問題については、民事上の不法行為の問題として扱われているものがみられるため、それを参考に、ひるがえって、刑事上、どのような専断的治療行為であれば当罰性が生じうるのかを考えてみたい。

#### a) 乳腺症判決<sup>86</sup>

民事判例が、患者の承諾を重視する姿勢に大きく変化したのは、1970年代に入ってからのことであるといわれている。<sup>87</sup>すなわち、昭和46年5月19日の東京地裁の判決におい

<sup>82</sup> 前掲注14) に掲げられた文献を参照。

<sup>83</sup> 井田・前掲注24) 329頁。なお、ここでの治療行為非傷害説は、被害者の同意にかかわらず、適切な治療行為は傷害罪の予定する保護法益を侵害せず、したがって傷害罪の構成要件に該当しない、という意味で用いられている。

<sup>84</sup> 武藤・前掲注2) 258頁。武藤教授は、民事上の不法行為と刑事上の犯罪とは異なる評価であること、患者の承諾を欠いた治療行為が違法であることが、最高裁の統一された見解になっているわけではないことを前提とされた上で、本文のような推測をされている。

<sup>85</sup> 佐藤・前掲注2) 840頁。

<sup>86</sup> 東京地判昭46年5月19日下民集22巻5・6号626頁。

<sup>87</sup> 小林・前掲注1) 297頁。なお、これより以前には、医学的にみて正当な治療行為であれば、患者の承諾がなくても違法性を阻却するという立場をとっていることが伺われる判断もなされていた。すなわち、患者の承諾のない手術について、不法行為責任を認めた判例として、しばしば引用される長崎地裁(佐世保支部)の昭和5年5月28日判決(丸山正次『医師の診療過誤について』(1931年)246頁以下、小林・前掲注1)296頁以下、町野・前掲注1)14頁を参照。)がそうである。この事案は、原告の女性が子宮付近にある癌の切除・摘出のみについて承諾を与えていただけであるにもかかわらず、被告である医師は、

て、患者の承諾のない治療行為が初めて違法とされたのである。事実の概要は以下のよう  
なものである。

#### ①事実の概要

原告Aは、昭和42年5月10日に左右乳房内部の腫瘍について、被告Bの経営する病院  
において被告Cの診察を受けた。CはBに雇用された同病院の医師で、以後主治医として  
Aの治療を担当することとなった。また被告Dは当時同病院の外科部長であった。Cは右  
診察の結果、Aの右乳房内部の腫瘍の病理検査をする旨決定し、翌11日腫瘍の一部を摘出  
し、同病院の病理検査係Eに検査を依頼したところ、右乳房の腫瘍は乳癌と判明した。  
同月22日にCはDとともに、Aに対し、検査の結果、右乳房全部を早急に切り取る必要  
がある旨述べ、またAの父に対しては右乳房の腫瘍は乳癌であり、乳房全部およびリンパ腺  
を切り取る必要がある旨述べたところ、Aはこれに同意し直ちに同病院に入院した。同月  
24日、Cが執刀して手術が行われ、右乳房につき、その皮膚および乳首を残して乳腺全部  
が摘出され、また腋下および鎖骨下のリンパ腺が取り除かれた。その際左乳房についても皮  
膚乳首を残して乳腺全部の摘出手術がなされた。結局右各手術によりAの乳房は左右とも  
皮膚乳首を残すのみで内部組織の全くない状態になった。これについて、Aから不法行為に  
基づく損害賠償請求の訴えがおこされた。そして、この事案について、東京地裁は、概略  
以下のように述べて、被告らの不法行為責任を認めた。

#### ②判旨

「少くとも、たとえば四肢の一部を切断する手術のような、身体の機能上または外観上極  
めて重大な結果を生ずる手術を実施するにあたっては、患者の治療の申込においてそのよ  
うな重大な手術に関する承諾までが常に同時になされているものとは到底いえないから、  
患者の生命の危険がさしせまっていて承諾を求める時間的余裕のない場合等の特別の事情  
がある場合を除いては、医師はその手術につき患者が承諾するかどうかを確認すべきであ  
り、これをしないで手術を実施したときは、当該手術は患者の身体に対する違法な侵害で  
あるとのそしりを免れることができないというべきである。…患者の承諾を求めるにあ  
たっては、その前提として、病状および手術の必要性に関する医師の説明が必要であること  
勿論であるが、本件のように手術の要否についての見解が分かれている場合には、手術を  
受けるか否かについての患者の意思が一層尊重されるべきであるから、医師は、右のよ  
うな事情を患者に十分説明したうえでその承諾を得て手術をなすべきであったと解するの  
が相当である。」

#### ③本判決の意義

本判決は、医学的に正当な治療行為も、患者の意思を無視して行われたときには違法と  
なることを肯定した最初の判例といわれている。<sup>88</sup>そして、少なくとも、身体の機能等に重  
大な結果を生ぜしめるような手術の場合、治療申し込みの中に手術の承諾は含まれないの

---

癌腫瘍ばかりではなく、子宮および喇叭管、卵巣なども切除したというものである。本  
判決において不法行為責任が認められたのは、患者の承諾の範囲を逸脱した医療行為を行  
ったことではなく、医療行為自体の判断に過誤があったことに違法があると考えられたか  
らであるといわれている。この評価やそのほかの判例もあわせて、小林・前掲注1) 296頁  
以下、町野・前掲注1) 14頁を参照されたい。

<sup>88</sup> 町野・前掲注1) 16頁。

であり、最初に患者と診療契約を締結すれば、それをもって事後の治療行為全般について、包括的に医師に患者の身体の処分権が与えられたと解すべきではないとされたのである。しかしながら、患者の生命に対する危険が切迫している等の特別な事情がある場合には、その例外を認める余地もある。また、患者の承諾を得るための前提には、医師に病状および手術の必要性についての説明義務があること、さらに、本件のような医学者の間にも意見の相違があり、手術の要否についての見解が分かれているような場合（本件においては、乳腺症患者の乳房を全摘すること）には、患者の意思が一層尊重されなければならないことも示したのである。なお、医師の裁量権との関係においても、すでに得られている患者の承諾の範囲を超えるもの（本件においては、右乳房の摘出についてはAの承諾があるが、左乳房の摘出については証拠上、Aの承諾がない）については、緊急の事情がない限り、その都度、新たに患者の承諾を求めなければならないとして一定の限定を付している。<sup>89</sup>

#### b) 舌癌判決<sup>90</sup>

対象部位は異なるものの、乳腺症判決に比べて患者の自己決定権がより強調された形で確認された<sup>91</sup>ものとして、昭和48年3月27日の秋田地裁の判決がある。乳腺症判決が手術の拡大につき医師が承諾を得なかったものであるのに対し、舌癌判決は、当該治療につき患者の拒否を無視して行われた手術に対する判決である。事実の概要は以下のようなものである。

##### ①事実の概要

原告は、舌の異常を感じ、X病院の診療を受けたところ、舌癌であることが判明し、医師からは病名を告げられることなく、舌を切り取る外はない旨言い渡された。しかし、原告が舌を切り取らずに治療する方法を強く要望したため、被告Aの経営するY病院を紹介され、そこへ入院した。原告は、Y病院においても舌を切り取らずに治療する方法を要望していたのであるが、被告Bや主治医も、癌であることからその部分を切除する以外に治療する方法はないと考えて、いろいろ原告を説得したものの、原告は容易に同意しなかった。Bおよび主治医は、原告に癌である旨を告げることもできず、かといって病巣部分を摘出する以外の方法はなく、かつそれも急を要すると判断したことから、手術を実施するために、原告に対し、舌を切り取るのではなく腫瘍の部分を焼き取るだけであると説明したところ、原告は不承不承ながらも納得した。一方、主治医は手術の数日前に、原告の内妻と娘に個別に会い、原告の腫瘍は悪性のものであること、したがって切除しなければならない旨を告げて、その承諾を得ようとしたが、原告は自我が強く家族のいうことを素直に聞く性格ではなかったため、右両人も、本人次第という態度以上には出ず、また、手術当日Bも、前記原告の娘に、手術する外はないのだから父親を説得するように依頼したが、特にその反応も確認しないまま手術にとりかかった。この事案について、秋田地裁は概略以下のよ

<sup>89</sup> 小林・前掲注1) 298頁、300頁。ただし、本件判旨は、手術をした時点で手術計画を変更しなければ生命の危険のあることが判明し、しかも手術を中断して改めて患者の承諾を得る手続きを踏んだのでは手遅れになる、(もしくはさらに重大な危険が生ずると予期された)場合には、患者の推定的承諾に基づき、手術の拡大変更をすることも許されると解釈しているようにも読み取れるといわれる(小林・前掲注1) 300頁)。

<sup>90</sup> 秋田地裁大曲支判昭和48年3月27日判時718号98頁。

<sup>91</sup> 小林・前掲注1) 300頁、町野・前掲注1) 16頁。

うに述べて、被告らの不法行為責任を認めた。

## ②判旨

「生命、健康の維持、増進という医学上の立場からは不合理なことであるかも知れないが、前記のとおり原告は、舌を切除する手術を拒否していたのである。患者の意思が拒、諾いずれとも判断できない場合ならともかく、拒否していることが明らかな場合にまで、右の医学上の立場を強調することは許されないとわなければならない。証言中にも病名を秘して手術を納得させなければならない場合、医師としてはいろいろな手段、方法を工夫し、万難を排して患者の説得に努力するが、それでもあくまで拒否する場合には、結局手術は思い留（原文ママ）らざるを得ない旨の証言部分が存するのである。」

## ③本判決の意義

本判決では、乳腺症手術のように、その適応性について医学的に見解が分かれていた場合とは異なり、癌の手術という医学的適応性の極めて明白な治療行為の場合であり、この場合にも、医学的見地からは不合理なものである可能性のある患者の拒絶意思が、医学的判断に優越することが明示された。<sup>92</sup>そして、それは医学的適応性の判断において、当該侵襲が生命を救うための唯一の手段であり、緊急の場合であっても同様であるとされたのである。<sup>93</sup>

### c) エホバの証人輸血拒否判決<sup>94</sup>

最後に、患者の拒絶の意思が長きにわたった宗教上の信念に由来していることから、舌癌判決よりも強固な形で患者が拒絶意思を有しており、それが明示されていたにもかかわらず治療行為が実施された事案として、平成12年2月29日の最高裁の判決を検討する。事実の概要は以下のようなものである。

#### ①事実の概要

被害者Aは昭和38年から「エホバの証人」の信者であり、宗教上の信念から、いかなる場合にも輸血を受けることは拒否するという固い意思を有していた。被害者の夫Bは、「エホバの証人」の信者ではないが、被害者の意思を尊重しており、長男Cはその信者である。上告人らが設置し、運営しているX病院に医師として勤務していたDは、「エホバの証人」の信者に協力的な医師を紹介するなどの活動をしている「エホバの証人」の医療機関連絡委員会のメンバーの間で、輸血を伴わない手術をした例を有することで知られていた。しかし、当病院においては、外科手術を受ける患者が「エホバの証人」の信者である場合、右信者が、輸血を受けるのを拒否することを尊重し、できる限り輸血をしないことにするが、輸血以外には救命手段がない事態に至ったときには、患者及びその家族の諾否にかか

<sup>92</sup> 町野・前掲注1) 17頁。

<sup>93</sup> 武藤・前掲注2) 258頁。もっとも、小林・前掲注1) 302頁では、本判決の結論について、本判決における手術は違法なものであり、原告の意思を排除して手術しなければならない特段の理由も緊急性も認められないと位置づけたと評価しているが、この表現からは、特段の理由や緊急性があれば、原告の意思が排除される場合があるとも読み取れる。一つの可能性としては、事実的前提としての医師の「急を要する」との医学的適応性の判断は、転移の可能性に鑑みた緊急性であり、原告の意思を排除する場合に認められる「緊急性」とは生命の危険に鑑みた緊急性ではないかと思われる。少なくとも、両者の「緊急性」は異なりうるものと考えられての判決ではないかと思料する。

<sup>94</sup> 最判平成12年2月29日民集54巻2号582頁。

ならず輸血する、という方針を採用していた。被害者は、平成4年6月にY病院に入院し、悪性の肝臓血管腫との診断結果を伝えられたが、同病院の医師から、輸血をしないで手術することはできないと言われたことから、同病院を退院し、輸血を伴わない手術を受けることができる医療機関を探していた。

医療機関連絡委員会のメンバーが、同年7月にDに連絡したところ、Dはがんが転移していなければ輸血をしないで手術をすることが可能であるから、すぐ検査を受けるようにと述べた。被害者は、同年8月、X病院に入院し、同年9月に肝臓の腫瘍を摘出する手術を受けたが、その間、A、B、Cは、DおよびE医師に対し、被害者は輸血を受けることができない旨を伝えた。Bは、Dに対し、A、Bが連署した免責証書を手渡したが、右証書には、Aは輸血を受けることができないこと及び輸血をしなかったために生じた損傷に関して医師及び病院職員らの責任を問わない旨が記載されていた。Dらは、同年9月、輸血を必要とする事態が生ずる可能性があったことから、その準備をした上で本件手術を施行した。患部の腫瘍を摘出した段階で出血量が約2245mlに達するなどの状態になったので、Dらは、輸血をしない限りAを救うことができない可能性が高いと判断して輸血をした。AはX病院を退院した後、平成9年8月12日に死亡した。B、Cらはその相続人である。この事案について、最高裁は、概略以下のように述べて、医師らに不法行為責任を認めた。

## ②判旨

「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない。そして、Aが、宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることは拒否するとの固い意思を有しており、輸血を伴わない手術を受けることができると期待してXに入院したことをD医師らが知っていたなど本件の事実関係の下では、D医師らは、手術の際に輸血以外には救命手段がない事態が生ずる可能性を否定し難いと判断した場合には、Aに対し、Xとしてはそのような事態に至ったときには輸血するとの方針を採っていることを説明して、Xへの入院を継続した上、D医師らの下で本件手術を受けるか否かをA自身の意思決定にゆだねるべきであったと解するのが相当である。」

「ところが、D医師らは、本件手術に至るまでの約1ヶ月の間に、手術の際に輸血を必要とする事態が生ずる可能性があることを認識したにもかかわらず、Aに対してXが採用していた右方針を説明せず、同人および被上告人らに対して輸血する可能性があることを告げないまま本件手術を施行し、右方針に従って輸血をしたのである。そうすると、本件においては、D医師らは、右説明を怠ったことにより、Aが輸血を伴う可能性のあった本件手術を受けるか否かについて意思決定する権利を奪ったものといわざるを得ず、この点において同人の人格権を侵害したものとして、同人がこれによって被った精神的苦痛を慰謝すべき責任を負うものというべきである。」

## ③本判決の意義

本判決の意義は、小林教授によれば、3つあげられる。第一に、インフォームド・コンセントの法理を明確に認め、たとえその治療行為が生命の喪失につながりかねない治療法の選択を伴うものであっても、その決定権は最終的に医師ではなく患者側に存すると判断したこと、第二に、治療上の患者の自己決定権は、「人格権」の一内容として尊重されるべき

であるとしたことがあげられる。第三に、医師が患者に対して負っている説明義務の判断基準を明らかにした点である。すなわち、本判決において、最高裁は、この基準を「二重基準説」が示す内容によって判断したというように考えられるのである。ここで、「二重基準説」とは、まず、医師が患者との相互コミュニケーションによって知った、または知りうべき全事情（一つ目の基準）を基礎にして、当該患者が自己決定権の行使において重要視すると思われる、かつ、当該患者にとって認識可能な情報が説明されたか（二つ目の基準）を基準として、医師の患者に対する説明義務を判断する考え方のことである。<sup>95</sup>つまり、医師が当該患者と接する中で知っている、あるいは当然知ることのできる事情をもとに、当該患者の立場からは重要であると思われ、かつ、その患者に理解できる情報については、説明義務があるとしているのである。以上のような判決の意義については、正当と評価しうるものと思われる。また、本判決は手術をしたこと自体についてではなく、医師の説明義務違反という自己決定権の侵害だけを問題にして、損害賠償責任を認めたことにも意義があるものと思われる。<sup>96</sup>というのも、第一審判決においては、本件輸血が患者の意思に反するものであることを認定した上で、本件における事実関係のもとでは、「本件輸血は、(そもそも)社会的に正当な行為として違法性がないというべきである」<sup>97</sup>とされたからである。

#### d) 民事判例の刑法上への示唆

前述したように、わが国においては、患者の承諾を得ないでなされた医的侵襲について、裁判所の刑事上の評価はいまだ示されてはおらず、これがどのように判断されるかの評価が分かれているが、そのような現状を背景にするとすればどのようにも解釈することができるのであり、評価が分かれていることももったいなことと思われ、いずれの評価も成り立ちうるものと思われる。いずれにせよ、民法上は、患者の承諾の存否が医的侵襲の法的責任を問う上でかなりの重要性をもつものとして評価されており、近時では、前述の「(3) エホバの証人輸血拒否判決」において確認したように、治療上の患者の自己決定権はそれ自体の侵害のみをもって、損害賠償責任が認められており、患者の自己決定権それ自体の法的保護がはかられていることは留意すべき点であろう。確かに、承諾を得ずに行った治療、あるいは拒絶を無視した治療が違法とされ、それを行った医師等が損害賠償責任を負うとしても、それが直ちに刑法的評価につながるものではないことはいまでもない。<sup>98</sup>しかしながら、近時の民事判例の患者の意思に関する法的評価については、患者の自己決定権をより重視していく姿勢をみてとることができ、それが刑法上の実務に与える影響も少なくないと思われる。

#### (4) 学説における医的侵襲の法的評価

以上でみたように、わが国の刑事裁判における医的侵襲についての法的評価は定まっていはいないが、これに対して、学説においては、治療行為傷害説が通説となっているといえよう。<sup>99</sup>ここでは、ドイツと比較するために、傷害罪の構成要件該当性の判断においては、患者の意思が決定的であるとする主観的補償モデルおよび客観的な事実関係が決定的であ

<sup>95</sup> 小林・前掲注1) 314頁以下、328頁注6。

<sup>96</sup> 佐伯・前掲注12) 189頁。

<sup>97</sup> 最判平成12年2月29日民集54巻2号702頁。

<sup>98</sup> 武藤・前掲注2) 258頁。

<sup>99</sup> 前掲注2) に掲げられた文献を参照。

るとする客観的補償モデルとに区別して概観したい。

a) 主観的補償モデル

わが国において、主観的補償モデルをとる論者は少数である。この見解によれば、権利者の医的侵襲への承諾がなければ、原則として医的侵襲は構成要件該当性があることになる。わが国の主観的補償モデルの代表的なものとしては、同意説<sup>100</sup>があげられよう。同意説が主張するところは、基本的にはドイツの「権利者の意思をレーゲアルティスと並列する要件とする見解」と同様になるものと思われる。同意説は、被害者の真摯な承諾があれば原則として構成要件該当性が欠けるとする。その代表者としては、前田教授と齊藤教授があげられよう。前田教授は、患者の完全な承諾がある場合には構成要件該当性は否定され、それ以外は、優越的利益の存する場合にのみ正当化されることになることになると説かれる。したがって、患者の意思に反する専断的治療行為は、構成要件該当性を有することになるが、その正当化のための要件は、治療行為のほとんどが生命身体などに重要な法益侵害を伴うものである以上、緊急避難類似の厳格なものであることが要求され、正当化される余地は少ないとされる。<sup>101</sup>一方、齊藤教授は、患者がその治療行為についてはっきりと拒絶しているわけではないときには、黙示の承諾があるとみたり、いわゆる「推定的承諾」の法理を（特に、患者の生命が問題となるようなときには、）かなり幅広く認めて治療行為を行うことを認めておられる。<sup>102</sup>

b) 客観的補償モデル

次に、傷害罪の構成要件を実現しているかどうかを、患者の意思により決定する主観的補償モデルに対して、傷害罪の構成要件は、客観的な事実関係によって定められる「客観的補償モデル」について論ずる。ここで取り上げる客観的補償モデルをとる論者も、主観的補償モデルをとる論者と同様に少数にとどまっている。

①成功した医的侵襲と失敗した医的侵襲とに分けて考える見解<sup>103</sup>

この見解は、ドイツにおける結果説をわが国に導入したものである。すなわち、治療行為を病気の治癒という目的に向けられた1つの統一的な行為として捉えることを出発点とする。そして、刑法上、成功した治療行為は傷害の罪の構成要件に該当せず、他の罪にも該当しないとする。そして、失敗した治療行為は、傷害の罪の客観的構成要件を実現しているが、患者の有効な意思に反したことが明確な場合でなければ過失犯の構成要件該当性は認められないとする。そのため、説明義務違反の場合には、原則として、犯罪を構成しないものとする。

②社会的相当性説<sup>104</sup>

<sup>100</sup> 齊藤・前掲注1) 30頁以下、前田・前掲注1) 108頁、308頁以下。小林・前掲注1) 347頁以下、田坂・前掲注2) 277頁も参照。

<sup>101</sup> 前田・前掲注1) 108頁、308頁以下。

<sup>102</sup> 齊藤・前掲注1) 35頁。

<sup>103</sup> 金澤・前掲注1) 143頁以下。小林・前掲注1) 341頁以下、佐久間基「専断的治療行為と傷害罪（三・完）」東北大学法学58巻2号（1994年）361頁以下、佐藤・前掲注2) 860頁、武藤・前掲注2) 259頁も参照。なお、岡西・前掲注2) 102頁以下も、ドイツの結果説の議論を参照しているが、108頁において、身体に対する医療上の侵襲は、「傷害」にあたらないとしている。

<sup>104</sup> 大谷・前掲注1) 84頁以下。小林・前掲注1) 344頁以下、佐久間・前掲注103) 368



この見解は、ドイツにおける目的説に類似する考え方といえる。すなわち、治療行為の社会的相当性を根拠として、医療上適正なものであり医療の準則に従っている限り、医療行為自体は傷害罪の構成要件にあたらぬものと解し、ただ患者の自己決定権侵害の点において違法であり、それゆえ精神的損害の賠償として慰籍料の対象になると考えるものである。

### ③中間説<sup>105</sup>

この見解は、ドイツにおける修正結果説をわが国に導入したものである。すなわち、身体の枢要部分や機能を恒久的に失わせるような場合には傷害罪の構成要件に該当するが、そうでない場合には、全体として健康状態を改善する行為である限り傷害の結果が存在せず、傷害罪の構成要件に該当しない、とするものである。

## 4. 検討

以上を踏まえ、本章におけるドイツおよびわが国の治療行為の法的性質をめぐる議論について、検討したいと思う。

### (1) 治療行為非傷害説の検討

私見によれば、前述したような、治療行為を傷害罪の構成要件から除外しようとする様々なモデルは説得的ではないように思われる。以下では、ドイツおよび日本の学説をすべて総合して、おのおのの学説に共通する論拠について、若干の検討を試みたい。まず、始めに、構成要件該当性の判断に際して、患者の意思によって構成要件該当性が阻却される主観的補償モデルについて検討する。

#### a) 主観的補償モデルの検討

①患者の承諾を被害者の承諾と同様に考え、これを構成要件該当性を阻却する最も重要な要件と考えることについて

これについては、治療行為傷害説における同意説<sup>106</sup>——治療行為を正当化するためには何よりも患者の承諾が重要であるとする見解。たとえ、医師が治療目的をもち、レーゲアルティスに則って実施した治療でも、患者の承諾がない限り、傷害罪を構成する——に対する批判と同じ批判が向けられよう。第一に、原則として、患者の選択が、医学的見地からはいかに不合理なものであっても、医師がこれに従わなければ構成要件該当性は阻却されないことである。<sup>107</sup>第二に、患者の承諾を有効とする要件を、被害者の承諾におけるそれと同様に解した場合の不都合性があげられる。<sup>108</sup>すなわち、両者は異なるものであり、被

---

頁以下、田坂・前掲注 2) 276 頁も参照。

<sup>105</sup> 佐伯・前掲注 12) 189 頁。小林・前掲注 1) 49 頁、甲斐・前掲注 1) 31 頁も参照。

<sup>106</sup> 小林・前掲注 1) 43 頁以下、佐久間・前掲注 41) 657 頁以下、田坂・前掲注 2) 273 頁以下、359 頁以下、町野・前掲注 1) 12 頁以下参照。なお、Hirsch, a. a. O. (Anm. 21), S. 357.

<sup>107</sup> 治療行為傷害説における同意説に向けられた批判であるが、田坂・前掲注 2) 272 頁。

<sup>108</sup> 治療行為の正当化（おそらくは、構成要件該当性を否定する）根拠を被害者の承諾に求める見解が、患者の承諾を被害者の承諾の一類型と考えるのに対し、正当化根拠を被害者の承諾以外に求める見解の論者は、患者の承諾を被害者の承諾と別個のものと捉える傾向があるともいわれる（武藤・前掲注 15) 205 頁）。

被害者の承諾の法理を治療行為の正当化に用いることはできないという批判である。確かに、近時は、インフォームド・コンセントの要件が厳格に解される方向にあり、また、先にみたエホバの証人輸血拒否事件のように明確に拒否の意思が示されている事例であれば、被害者の承諾と患者の承諾とを異なるものと考えても結論の違いは出てこないと解することもできよう。<sup>109</sup>しかしながら、2つの概念の特色を整理してみれば、以下のような相違点を無視することはできないように思われる。すなわち、第一に、治療行為においては、その医的侵襲によって保全される客観的利益（患者の身体・生命）があるのに対し、通常の被害者の承諾の事例においては承諾に基づく行為による利益侵害が存在するだけで、その侵害によって保全される客観的利益が存在しないのとは対照をなすといえる。そのため、前者に比べて後者は、当該侵害行為を受ける被害者にとり、プラスになる要素が少ないという事実が存在しており、このことは二つの概念を別個に考える必要性を示唆しているように思われる。第二に、治療行為は、治療の結果としての維持・増進利益（患者の身体・生命）と治療による侵害利益（身体）が患者という同一の法益主体に帰属するという特色をもつ。<sup>110</sup>したがって、治療行為においては、その法益主体がこの利益のいずれかを優先するかについて、自ら選択することができる。そのため、患者は、治療行為を受けることで被る身体利益の侵害よりも、これによって得られる身体・生命の維持・増進利益を優先させるのか、あるいは、治療を受けずに、前者の利益を後者よりも優先させるかを決定するのである。しかしながら、これら二つの利益は両立不可能な関係にあり、一方の利益の保護を求めると、その結果として、必然的に他方の利益が保護されなくなるという関係にある。それゆえ、対立する利益が存在しない通常の被害者の承諾の事例と異なり、患者が医的侵襲に承諾しているからといって、身体的利益の法的保護を放棄していると考えすることはできないという違いが存在するのである。すなわち、患者は通常、最終的な侵害結果の発生（たとえば、死ぬことあるいは重大な傷害を負うこと）を望んでおらず、治療行為に付随するリスクの存在について説明を受けて承諾を与えたとしても、刑法による法益保護を放棄しているわけではなく、それを意味する被害者の承諾と同一に解すべきではないといえよう。<sup>111</sup>もし、患者の承諾と被害者の承諾とを同一に解することにするならば、傷害罪における被害者の承諾の要件は、現在の一般的な考え方に従えば、相当に厳格なものになる。そのため、有効な患者の承諾が得られず、多くの侵襲結果は構成要件該当性が

---

<sup>109</sup> 佐伯・前掲注12) 190頁。

<sup>110</sup> 田坂・前掲注2) 384頁、町野・前掲注1) 171頁以下、武藤・前掲注15) 205頁。

<sup>111</sup> 佐藤・前掲注2) 385頁以下、田坂・前掲注2) 385頁以下。Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 156f.も、患者の医的侵襲への承諾は、確かに生じうる可能性があるが全く望んでいなかった死への承諾を含んでいないとする。もっとも、被害者の承諾の法理でさえ、殺人罪については、同意殺人罪規定があることにより承諾によって侵害行為の正当化ははかられず、傷害罪との関係でも、目的の正当性や社会的相当性、傷害の程度（重さ）などによる承諾の作用の限界づけが行われているように思われ、被害者の承諾が、正当化事由として働く局面はわずかであるということもできよう（前田・前掲注1) 108頁）。一方、ドイツについては、刑法典228条により、同意傷害は原則的には適法であるが、「行為が良俗に違反」する場合には、例外として承諾の効果が否定され、行為が違法になる。いずれにしても、被害者の承諾があっただけでは、少なくとも、医的侵襲のすべてを正当化することはできないといっているように思われるのである（小林・前掲注1) 219頁）。

否定されえないことになり<sup>112</sup>、そして、このことは、構成要件該当性のある治療行為の場合がほとんどであることを認めることになってしまおう。

### ②患者の承諾を構成要件該当性を阻却する事由と考えることについて

これは、被害者の承諾の体系上の地位——構成要件段階におくか、違法性段階におくか——とも関連して複雑な問題を提起するものであるが、<sup>113</sup>承諾の体系的な位置づけの問題はともかく、ここで批判されるべきは、患者の承諾を構成要件該当性阻却事由と解するとした場合の具体的な結論の矛盾である。すなわち、患者の承諾を構成要件論に位置づけ、他の正当化要素と切り離して考えることにすれば、傷害罪の構成要件に該当する専断的治療行為に対しては、違法性段階において、患者の意思とは無関係に違法性が判断される一般の違法阻却事由が妥当することになる。言い換えれば、構成要件に該当することが確定した治療行為については、その後の段階の違法性の判断においては、患者の意思は比較衡量の対象とされず、純粹に客観的衡量がなされてしまうことになろうと指摘されるのである。そして、その場合には、少なくとも、望まれた治療結果が発生した成功した治療（構成要件該当性は存している）については、客観的な比較衡量により、優越利益が認められるため常に違法性が阻却されることになりかねず（患者の意思に反した治療行為であるにもかかわらず結局処罰されない）、それは論者の意図——まずもって、治療行為は患者の意思に沿うことが最も重要であり、これを欠く治療行為は処罰される方向へ向かうべきである——とは逆の結論になってしまうということができよう。<sup>114</sup>

### ③客観的帰属論の考え方を転用することについて

この考え方は Jäger が支持しているが、承諾は構成要件該当性を阻却するか、違法性を阻却するかという問題につき、法益論から客観的帰属論へと検討の場を移行させることは、ただそれが可能であるというだけにすぎないといわれる。というのも、客観的帰属においては明確な概念が欠けているからであるとされる。すなわち、行為客体と保護法益とは異なるものであって区別されるべきであり、<sup>115</sup>通常は、惹起された法益侵害と客観的帰属と

---

<sup>112</sup> 治療行為傷害説における同意説に向けられた批判であるが、小林・前掲注 1) 48 頁、田坂・前掲注 2) 272 頁。承諾能力との関連で言えば、小学生程度の子供は身体への承諾能力がないとも判断されかねず、精神障害者のほとんどは承諾無能力者になってしまうことが指摘される。

<sup>113</sup> ここでは、その犯罪論体系、法益概念、構成要件の概念の考察には立ち入らない。

<sup>114</sup> 町野・前掲注 1) 136 頁、武藤・前掲注 2) 262 頁。

<sup>115</sup> Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 143.; Kargl, a. a. O. (Anm. 35), S. 550. なお、Kargl は、「Tatobjekt」ないし「Angriffsobjekt」という単語を用いているが、ほぼ同じ趣旨と思われる。そして、Hirsch の見解によれば、所為客体と保護法益が区別されるべきであるのは、これらを区別せずに、たとえば、「身体の健康」、「身体の利益」、あるいは「自己決定」を法益として定義すると、身体それ自体の本当の価値ではなく、身体の存続 (Bestand) に対する単なる利益、あるいは、身体を維持するための意思が傷害罪の保護法益として前面に出てくる危険があり、この意思を保護するのであるとすれば、傷害罪と自由に対する罪との相違を失わせてしまうからであるとされる (vgl. Kargl, a. a. O. (Anm. 35), S. 551.)。また、Kargl によれば、法律の文言によって確定された保護領域は、自由な人間の共通の認識と合致するかによって、その保護領域の妥当性が検査されるとしており、この一致を追求していくにあたっては、一定の攻撃客体を刑法上なぜ保護するのかという問題が重要であり、この問題が構成要件上何を記述するのかという問題やどのような方法で構成要件上に記述

が並存することはなく、客観的帰属が問題になるのは、構成要件上保護された行為客体の侵害との間においてであることがあげられる。<sup>116</sup>すなわち、Jägerのような考え方によれば、法益侵害と客観的帰属とが並存することとなるが、これは、客観的帰属の幅広いバリエーションの中では、確かにそのような考え方をとることもできなくはない、という可能性のレベルでは肯定しうるものの、決定的なものにはなりえないのである。また、Jägerのいう客観的帰属は因果的解釈の結論を、一連の「例外」によって緩和しようとするものであるが、この一連の例外については学説上一致しておらず、特定の構成要件的结果に対する「答責」の帰責を概念上拡大することにもなっていると批判され<sup>117</sup>、客観的帰属による解決それ自体の有効性に疑問が抱かれる。さらに、合意に基づく他者危殆化が結果帰属を否定する論理であるのならば、ますます、合意に基づく他者侵害にもこのことは妥当しなければならないとする考察についても、そもそも合意に基づく他者危殆化によって、結果帰属を否定させうるかが争われていること<sup>118</sup>、そしてまた、この概念を採用するとしても、不作為の形態を考えることで、他者危殆化（侵害）の場合を自己危殆化（侵害）の場合と考えることも可能であり、<sup>119</sup>不可罰的な自己危殆化と原則的には可罰的な他者危殆化との限界基準は、個別事例では適用させることが容易ではないことがあげられる。それゆえ、客観的帰属論の考え方によって構成要件該当性を否定してしまうことは、治療行為の法的性質をめぐる議論を混乱させてしまうもののように思われる。

#### b) 客観的補償モデルの検討

続いて、構成要件該当性の判断に際して、客観的な事実関係によって構成要件該当性を阻却する客観的補償モデルについて検討する。

##### ① 傷害結果について——失敗した治療行為と成功した治療行為——

治療行為非傷害説の基盤となっている第一の考え方としては、少なくとも成功した医的侵襲については、傷害の「結果」が存在していないということがあげられよう。これについては、様々に論じられているところであるが、治療行為は身体の健康を維持あるいは増進させるものであり、とりわけ、成功した治療行為の場合には、医的侵襲という中間段階を経て、治癒という結果をもたらすのであり、統一的に結果を捉え最終結果をみれば、何ら傷害結果は存していないと考えられるのである。この見解から出発している「差し引き

---

するかという問題と一致していないことが区別の意義としてあげられるという (Kargl, a. a. O. (Anm. 35), S. 551.)。

<sup>116</sup> Vgl. Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 156. Rn. 95.

<sup>117</sup> Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 156.

<sup>118</sup> ドイツの学説上の支配的見解および確立した判例は、まず、自己答責的な自己危殆化と合意に基づく他者危殆化とを区別し、後者であることが認められた場合には、その際の合意の有効性を、違法性段階で、承諾の規定に立ち戻って解決する立場をとっている (Brüning, a. a. O. (Anm. 51), 194. この概念を支持して、構成要件帰属を否定するのは Roxin, a. a. O. (Anm. 51), 400ff. このような区別をすること自体を疑問視する見解もある (vgl. Renzikowski, a. a. O. (Anm. 51), 348.)。

<sup>119</sup> 小林・前掲注 51) 68 頁。このような区別をすることに好意的な論者も、自己危殆化に属する事例においても、行為者（関与者）の処罰に賛成すべき場合もあれば、他者危殆化においても被害者態度によって行為者の不可罰を帰結すべき場合があることを認めている (塩谷・前掲注 51) 243 頁)。

残高の理論」について言及した後、若干の検討を試みることにしたい。

差し引き残高の理論は、傷害罪の法益を侵害するためには、医師の活動における1つ1つの措置（個別の考察）ではなく、その全体結果（「全体的考察」）<sup>120</sup>が重要になることを前提としている。この「全体的考察」によって、構成要件の「侵襲結果」はないものとされる。この「全体的考察」においては、医的侵襲時の健康状態が、治療活動の終了後の健康状態と比較される（差し引き残高の理論）。この比較がマイナスの差し引きになる場合には、当該侵襲は失敗しており、傷害罪の客観的構成要件が充足される。しかしながら、失敗した治療行為のケースであっても、患者が侵襲の時点ですでに健康の悪化に向かっている場合には、差し引きの問題は正確になされる必要がある。すなわち、単純に医的侵襲時の健康状態と治療活動の終了後の健康状態とを比較して、健康がいつそう悪化したことをもってマイナスの差し引きがあったとするのではなく、その際には、医的侵襲後の患者の状態は、仮定的状態、すなわち、医的侵襲がなかった場合の当該患者の状態と比較されなければならないということである。つまり、患者の状態が医的侵襲後に、以前よりもいつそう悪化した場合でも、マイナスの差し引きは否定されなければならないと考えることは可能である。というのも、医的侵襲がなければ、仮定的には、医的侵襲後の患者の状態よりもなおいつそう患者の状態は悪化したからである。<sup>121</sup>これについては様々な批判が加えられているが、<sup>122</sup>以下の4点を指摘したいと思う。

まず、第一に、治療行為が実施される場合、そこでは、侵襲と同時に治療結果も生じていると考えられることから、中間経過が無視されてしまうことによる、侵襲結果の看過があげられる。<sup>123</sup>ここで、治療行為の法的性質をどのように考えるか、という文脈で述べられたものではないが、Groppによる結果の定義を引用したい。Groppは、椎間板手術を例にとり、医師の治療上の侵襲における「結果」を3つに分け<sup>124</sup>、以下のように述べる。すなわち、ドイツ刑法典223条の意味での所為行為（Tathandlung）は、医療器具を使うことであり、所為結果（「Taterfolg」）は、刑法典223条の意味での「健康侵害」、すなわち病

<sup>120</sup> Vgl. Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 149. Fn. 58.; Hirsch, a. a. O. (Anm. 21), S. 355.; Horn/Wolters, a. a. O. (Anm. 31), Rdn. 42; Kargl, a. a. O. (Anm. 35), S. 549. 岡西・前掲注2) 104頁以下、金澤・前掲注1) 136頁以下、小林・前掲注1) 62頁以下、齊藤・前掲注1) 22頁以下、佐久間・前掲注2) 478頁以下、佐藤・前掲注2) 843頁、田坂・前掲注2) 361頁以下、町野・前掲注1) 48頁、90頁以下、武藤・前掲注2) 251頁以下も参照。

<sup>121</sup> Vgl. Horn/Wolters, a. a. O. (Anm. 31), Rdn. 42.

<sup>122</sup> もっとも、治療行為傷害説に立つ立場からも、このように医的侵襲を治癒結果まであわせて全体として捉えることは、刑法の評価が自然的なものではなく、規範的なものであると考えるのであれば不可能ではないとする評価もある（佐藤・前掲注2) 862頁）が、それも可能性のレベルにとどまるものである。

<sup>123</sup> Vgl. Hirsch, a. a. O. (Anm. 21), S. 356. 佐藤・前掲注2) 863頁でも、行為と結果が常に時間的に接着して生じるとは限らず、手術の数年後に、当該手術の失敗の結果として、侵害結果が生ずることもあるとされる。そしてまた、このことにより、いつが統一的な行為を評価する終着点であることがわからなくなるとされる。

<sup>124</sup> Walter Gropp, *Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?*, Friedrich-Christian Schroeder FS, S. 203f. このようなGroppの結果の捉え方と仮定的承諾の考え方については、拙稿「仮定的承諾論」中央大学大学院研究年報39号(2010年)198頁を参照。なお、侵襲結果を第一次結果とし、侵害結果を第二次結果と呼ばれるのは、武藤・前掲注2) 261頁。

の状態の惹起である。所為結果は、たとえば、患者の脊椎に外科的器具を用いることによって、健康な人とは異なる状態が惹起されることである。この結果を、223条の構成要件該当性の要素として、侵襲結果（「Eingriffserfolg」）と呼ぶ。そして、刑法典223条の観点では、侵襲結果と治療結果（「Heilungserfolg」）とは区別されなければならない。というのも、治療結果が発生している場合にも、承諾がなければ、侵襲結果の結果不法が故意に惹起されているからである。治療行為の結果は、治療する医師の可罰性／無罪を決める基準ではありえないし、そうであってはならない。というのも、医師は治療結果を保障しえないし、治療結果は所為行為の時点で、行為を指導するものとして確定していないからである。<sup>125</sup>さらに、Groppは、侵襲が患者の治療に至らなかった場合、あるいは、患者の健康が侵害された場合に生ずる結果を侵害結果（「Schädigungserfolg」）と呼んでいる。<sup>126</sup>

そして、差し引き残高の理論は、たとえ望まれた治療結果が生じたとしても、すでに侵襲結果による傷害結果が生じていることから、これについて「結果」は否定されえないことが批判される。治療結果は原則として、すぐには生ぜず、たいていの場合は、ある程度の時間がたって初めて、身体的領域への当該侵襲の後に続くのである。最終的な治療結果があったからといって、侵襲結果を無視することはできないし、最終的な治療結果のみを考慮に入れて、治療前の状態と比較衡量することで、それ以前に生じている侵襲結果をなかったことにはできないとされるのである。これを刑法的にみれば、すでに生じた構成要件に該当する事実を、後に生じた結果によって否定することは論理的に不可能であるということである。行為のそのつどの一時点を基準にすれば、外科的侵襲（手術）を受けた者は、さしあたり手術の傷跡によって、メスが入る前の状態よりも強く侵害を受けているとされるのである。そのため、何よりも、なぜ治療結果を問題とすべきであるかの理由が示されなければならないとされる<sup>127</sup>。すなわち、治療行為における「結果」を客観的に把握するのであれば、少なくとも、「侵襲結果」が存することを無視することはできないし、これを「治療結果」が存することによって、いわば帳消しにすることはできず、もし、これを可能と考えるのであれば、「結果」を実質的に把握する根拠が必要になるということである。「治療」行為の特質に意義を認めるだけでは、いったん構成要件該当性が認められる行為をなして惹起した侵襲結果を無にするだけの根拠になりえないと思われる。

第二に、治療経過の途中の段階を考慮して、治療行為の実施においては、治療結果と同時に侵襲結果も生じていることを認め、たとえ、患者の状態を一時的にのみ悪化させただけにすぎないといっても、傷害罪は状態犯であるから、健康侵害が惹起された状態の継続

---

<sup>125</sup> Gropp, a. a. O. (Anm. 124), S. 204. なお、Groppは、ここにおいて、治療結果が侵襲結果に左右されないのは、結果説が価値を認められないものだからであると述べている。

<sup>126</sup> Gropp, a. a. O. (Anm. 124), S. 204. 有効な承諾を欠き、当該侵襲を基礎にして、この治療ミスに由来した別の侵害が引き起こされた場合、侵襲結果については故意の傷害、侵害結果については過失傷害の医師の可罰性が考慮に入れられる。

<sup>127</sup> Vgl. Hirsch, a. a. O. (Anm. 21), S. 356. 佐久間・前掲注2) 461頁、466頁、田坂・前掲注2) 362頁、町野・前掲注1) 93頁、武藤・前掲注2) 262頁。金澤・前掲注1) 137頁も参照。佐久間・前掲注2) 461頁では、差し引き残高の理論は本文で述べられたような批判があり、傷害を身体利益の侵害と解することから、治療行為の最終結果が問題とされるべきであるということは導き出されえないといわれている。

期間は重要ではないことがあげられる。<sup>128</sup>すなわち、傷害罪は、人の身体に傷害結果を生ぜしめることによって成立する。わが国の条文構造上でいえば、結果としての「傷害」が発生しなければ暴行罪にとどまるのである。<sup>129</sup>傷害罪は状態犯の代表例で、法益侵害（傷害）の発生によって犯罪が終了し、その後法益侵害が継続していても、それは犯罪事実とはみられず、この論理を治療行為に適用すれば、すでに医的侵襲があったことのみによって、たとえ結論として健康状態の改善がありえても、傷害結果（侵襲結果）は発生しているという批判である。第三に、純粋な結果説の差し引き残高の理論によれば、構成要件の成立が偶然に発生した結果に左右されることになり、医師にとっては酷であることが批判される。<sup>130</sup>第四に、先にも若干言及したことであるが、行為時には、治療結果の発生は確定していないため、そしてまた、治療結果は長期間にわたる治癒経過を経て初めて生ずることもあるため、どのような事情が全体的考察へ入れられるのかが不明確であるという批判も存在する。<sup>131</sup>

また、修正結果説は、成功した治療措置は、本質的な身体変化が生じることなく行われており、すでに客観的に傷害ではないが、本質的な身体変化を伴うケースにおいて、構成要件該当性を阻却するためには、全体的考察による健康の改善があるばかりではなく、患者の合意があることを要求する。しかしながら、これについては、首尾一貫していないことが批判される。すなわち、この見解については、承諾を構成要件に含めることによって、刑法典 223 条以下の保護法益が変えられてしまうことが批判され、保護法益に自己決定権が含まれているのであるとすれば、身体変化があった場合のみに傷害の構成要件該当性を認める理由がないのである。<sup>132</sup>しかし、身体の物質的損失を伴う場合には、身体が外見上衰弱しているように見えるという再反論がなされる。これについては、本説の前提としている差し引き残高の理論に基づけば、切除後、患者の手足が短くなったことを全体的に考察すれば、侵襲前の、疾患を伴った手足によって生じた身体状態全体の悪化は、侵襲後の、切除によってこの状態が相対的に改善されていることと比較しなければならない<sup>133</sup>と思われる。また、結果説と同じ批判になるが、本質的な身体変化に至らない場合であっても、それが「傷害」である以上、その結果をもたらした治療行為に対して、傷害罪の構成

---

<sup>128</sup> Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 154.; 前田・前掲注 69) 31 頁。もっとも、医師は、特定領域それ自体では自然治癒する身体の性質を援用することができるのに対して、この場合にはなぜそれが考慮に入れられるべきではないのかが説明される必要に鑑みて、健康侵害の多くのケースが包括されなくなることから、状態の要件は堅持されるべきであるとするのは、Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 154. Rn. 84. また、たとえば、催涙ガスで涙を出させる行為は傷害とならないとし、一時的な生理的機能の障害は傷害とはいえないとするものとして、岡西・前掲注 2) 105 頁。

<sup>129</sup> 前田・前掲注 69) 31 頁注 1)。

<sup>130</sup> 佐藤・前掲注 2) 843 頁以下。

<sup>131</sup> Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 158. Rn. 105.

<sup>132</sup> Hirsch, a. a. O. (Anm. 21), S. 358.; 小林・前掲注 1) 61 頁、佐藤・前掲注 2) 848 頁。これは、逆に、なぜ本質的な変化を惹起させる治療行為に関してのみ、その正当化の要件として、患者の承諾が要求されるのかについて、説得的な根拠を示していないということにもなる（田坂・前掲注 2) 364 頁）。

<sup>133</sup> Hirsch, a. a. O. (Anm. 21), S. 359.; Vgl. Horn/Wolters, a. a. O. (Anm. 31), Rdn.42.

要件該当性を阻却することはできないと批判される。<sup>134</sup>さらに、修正結果説によれば、化膿した指を専断的に切除する行為は傷害罪になる一方で、本質的な身体変化の生じることのない、専断的な腎石の除去および心臓手術は一切傷害罪ではないという結論が導き出されうるが、それは均衡を失するものであるといわれる。<sup>135</sup>

## ②故意の問題について

治療目的が故意を阻却する<sup>136</sup>とする意図説については、以下の2点が批判として取り上げられよう。すなわち、第一に、治療目的は刑法の法規定上要求されていないことがあげられる。<sup>137</sup>すなわち、故意は、傷害罪の客観的構成要件に関連し、それを認識することによって成立する（ドイツ刑法典16条1項）が、傷害罪の客観的構成要件においては、治療目的のような特別な「動機」は含まれていないし、傷害罪の客観的構成要件においては、客観的構成要件の中にそれに対応するものをもつ必要のない超過的主観的要件（das darüberhinausgehende subjektive Erfodernis）（「犯罪構成要件の超過的内心傾向（die überschießende Innentendenz des Deliktstatbestandes）」）もないとされるのである。第二に、善良な意図というだけでは構成要件該当性を阻却しえないことがあげられる。というのも、善意で治療行為がなされたことは、技術的に正当な治療行為をなすことを保障するものではなく、適切に治療行為がなされていないと、それは善意で実施されることもありうるからである。<sup>138</sup>仮に、技術的に正当な治療行為でなくとも、治療目的があれば構成要件該当性が阻却されるというのであれば、治療行為については、およそ傷害罪の客観的構成要件、すなわち、客観的にみて当該治療が傷害行為であると確定することを論じる必要がなくなってしまおう。また、同じく故意の問題について、たとえ治療目的がなくても、故意が結果に向けられていないので、過失傷害が問題になるにすぎない（あるいは過失も認められない）とする見解<sup>139</sup>については、患者の身体、健康状態の変動があること、それが自己の行為によって惹起されたものであること、に対応する治療者の心理的側面については欠けるところがないと批判される。<sup>140</sup>少なくとも、侵害結果に対する故意を否定しうるとしても、侵襲結果に対する故意を否定することは容易ではない<sup>141</sup>ように思われる。

<sup>134</sup> 小林・前掲注1) 61頁、町野・前掲注1) 95頁。田坂・前掲注2) 278頁、364頁、武藤・前掲注2) 262頁以下も参照。

<sup>135</sup> 甲斐・前掲注1) 31頁、町野・前掲注1) 95頁。田坂・前掲注2) 278頁も参照。

<sup>136</sup> Vgl. Kargl, a. a. O. (Anm. 35), S. 549., 町野・前掲注1) 49頁以下も参照。

<sup>137</sup> Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 155., 155. Rn. 90.; 田坂・前掲注2) 361頁、町野・前掲注1) 90頁。

<sup>138</sup> Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 155.; なお、ここでいう「善意」は、医師の職業人としての善意が要求されているわけでもないといわれる。

<sup>139</sup> 小林・前掲注1) 64頁、佐久間・前掲注2) 122頁、佐藤・前掲注2) 846頁、武藤・前掲注2) 262頁参照。

<sup>140</sup> 町野・前掲注1) 90頁。

<sup>141</sup> 武藤・前掲注2) 262頁。佐藤・前掲注2) 862頁でも、治療行為非傷害説が想定する傷害の故意は、侵害結果を惹起することであるから、治癒目的の行為は、それがどれほど無謀で常識からはずれたものであっても、傷害罪の故意が阻却され、せいぜい過失傷害が問題となるにすぎないことになるが、このような帰結は傷害罪の適用範囲を必要以上に狭めてしまうものであり妥当ではないといわれる。もっとも、金澤・前掲注1) 140頁では、危険な手術をする医師に未必の故意を認めることは一般に否定されており、また、これを否



### ③レーゲアルティスの意義について

社会的相当性という言葉を用いるかどうかは別としても、注意義務を尽くして行われる限り、治療行為が医学的適応性を有し、かつ医療技術上正当な行為であれば、傷害罪の構成要件には該当しないとする見解については、いかなる治療行為も傷害罪の構成要件を充足する可能性がなくなり、専断の治療行為について、適正な対応を施せなくなるという批判がある。<sup>142</sup>

### ④事前的な利益衡量について

傷害の概念を「身体の利益侵害」と理解し、このような利益を優越的に維持する行為は傷害ではないというところから出発するが、実際の結果を基準とするのではなく、期待される蓋然的な結果を基準とし、治療行為が「事前的に」患者の利益を維持する蓋然性が高いときは、不利益をもたらす危険は「許された危険」として正当化される<sup>143</sup>とするこの論理に対しては、まず、治療行為を全体として捉え、事前的な判断による最終的な蓋然的結果を問題にする点で、結果説における差し引き残高の理論は、事前的な判断においても妥当しないことがあげられる。すなわち、事前的な判断によっても、患者の「身体利益」の侵害がないことが基礎におかれている以上、患者の生命・身体に対する危険という不利益が、事前的にみた患者の利益に吸収されるために、なくなってしまうということはできないとされるのである。ここでも、侵襲結果ではなく、なぜ最終的な蓋然的結果が問題とされるのかは根拠づけられていないのである<sup>144</sup>。さらに、事前的利益衡量によって傷害か否かが決まり、その後の偶然的経過は考慮しないとするのであれば、「傷害」の実行行為が認められた後には「結果が発生しない」という事態はありえないことになり、未遂の成立を考える余地がなくなるのではないかという批判がなされている。<sup>145</sup>そして、最後に、事前的判断を貫いた場合の不都合性があげられる。すなわち、事前的な医学的判断を基準とするならば、行為がなされた時点までは医学的に不当とされていた治療方法を用いたものの結果が成功に終わり、その治療方法の医学的正当性が事後的に証明されたときにも傷害罪ということに帰結せざるをえなくなるという批判である。<sup>146</sup>

### ⑤危険減少説（die Gegahrverringierungstheorie）の論理について

危険を減らす行為が大きナリスクや傷害と結びついているときには、もはや危険を減少するだけではないので、刑法典 223 条の「身体的虐待」という構成要件該当性は阻却されないという危険減少説の考え方は、客観的帰属論のメルクマールの一つである危険減少

---

定するためにはいわゆる認容説が唱えられたとされているが、本稿では、故意の問題についてはこれ以上立ち入らない。

<sup>142</sup> 田坂・前掲注 2) 276 頁。

<sup>143</sup> 金澤・前掲注 1) 138 頁以下、町野・前掲注 1) 171 頁参照。

<sup>144</sup> 佐久間・前掲注 2) 466 頁、田坂・前掲注 2) 363 頁、町野・前掲注 1) 98 頁。

<sup>145</sup> 佐久間・前掲注 2) 467 頁、佐藤・前掲注 2) 844 頁以下。

<sup>146</sup> 佐久間・前掲注 2) 466 頁以下、町野・前掲注 1) 104 頁。この点に鑑みて、Engisch は、医学的にみて事前的にも事後的にも誤っていた治療行為が、偶然にもよい結果に至ったときには傷害罪の成立を認めるべきであるが、事後的に医学的正当性が証明されたような場合には傷害罪から除外することが望まれるというようにいったとされるが、これは論理的ではないであろう（町野・前掲注 1) 104 頁）。

(Risikoverringung) のそれに、非常に似通っている。<sup>147</sup>しかしながら、一般的にドイツの学説は、治療行為の問題と客観的帰属の問題をリンクさせないといわれる。というのも、前述してきたように、治療行為においては、そもそも傷害結果がないとされるので、帰属させるべきものが存在しないとされるからである。<sup>148</sup>また、そもそも大きなリスクが何をさしているのか、という根本的な疑問が提起される。というのも、前述のように、Engisch は、生命を救うために機能していない内臓などを切除することは、もはや傷害ではないといっているものの、やはりそれは新たなリスク<sup>149</sup>といえるのではないかと考えられるからである。<sup>150</sup>さらに、構成要件該当性を阻却する承諾を認めるので、これについての今まで述べられた批判も妥当しよう。

## (2) 治療行為非傷害説による批判の検討

最後に、治療行為傷害説をとった場合の結論づけについて、治療行為非傷害説からなされる批判について検討する。

### ① 医師はジレンマ状態に置かれることについて

もし、治療行為をなすことが傷害罪の構成要件に該当するのであるとすれば、ドイツの判例が、必要な侵襲を行わなかった場合に不作為による傷害として処罰していることとの矛盾が指摘される。<sup>151</sup>すなわち、傷害罪の構成要件の実現を避けるために医師がしなければならないこと(治療行為)というのは、もしそれを彼がなすとすれば、それは傷害罪とすべきではないであろう。仮に傷害罪にあたとすれば、同じ治療行為について、ある場合にはその不作為が法益侵害であるとされ、他の場合にはそれを行ったことが法益侵害であるとされることになる、<sup>152</sup>というのである。これについては、治療行為非傷害説といっても、前述したように、治療行為の構成要件該当性をいかなる場合にも否定する見解ばかりではない(たとえば、患者の承諾がない場合、失敗した侵襲の場合、重大な結果を惹起する侵襲の場合など)。他方で、いかなる治療行為でも一律に構成要件該当性を否定する見解については、その問題点を指摘したとおりである。そもそも、治療行為傷害説を採用することで医師がジレンマ状態に置かれるというこの批判は、前述したような治療行為における患者の承諾の特質——対立する利益が同一の法益主体に属する——を考慮に入れると

<sup>147</sup> 佐藤・前掲注2) 848頁以下参照。危険減少(Risikoverringung)とは、差し迫っている重大な結果を和らげた、あるいは時間的に先に延ばした行為には、結果の帰責がなされないというテーゼであり、一般に認められているとされる(佐藤・前掲注2) 849頁)。

<sup>148</sup> 佐藤・前掲注2) 850頁。

<sup>149</sup> 客観的帰属論の危険減少というメルクマールに付随して指摘されるものとして、当該行為が急迫した危険をそらしたものの、その際、それによって惹起された侵害結果と呼べるような独自の(法的に重要な)危険が基礎づけられたときには、客観的帰属は否定されないということがあげられる(佐藤・前掲注2) 849頁)。

<sup>150</sup> 佐藤・前掲注2) 850頁参照。

<sup>151</sup> わが国も同様であるとされる(佐藤・前掲注2) 864頁)。

<sup>152</sup> 佐久間・前掲注2) 485頁、佐藤・前掲注2) 864頁参照。佐藤・前掲注2) 864頁では、このジレンマ状態から解放されるためには、「刑法は構成要件に該当し、違法な行為をするなどいうことを要求している」という消極的構成要件の理論に基づくしかないといわれるが、論者と同様、筆者もそのような結論はとらない。

すれば、当然の帰結でありこれによって治療行為非傷害説が妥当であるとはいえないものと思われる。すなわち、治療行為において、患者は治療を受けることで被る身体利益の侵害よりも、治療を受けることで得られる身体の維持・増進利益を優先させるか、あるいは治療を受けないで後者の利益よりも前者の利益を優先させるかの選択権を本来的に有している。しかしながら、この二つの利益は排他的関係にあるため、医師は治療行為をなしてもなさなくとも、いずれかの利益を侵害することになるのである。つまり、医師は患者の承諾に基づいて治療行為を実施したとしても、患者は通常、治療行為のリスクを説明された上で承諾を与えているとはいえ、基本的には、今の身体状態を維持・増進させることを期待しており、身体的利益の法的保護を放棄したわけではないのであり、この点に照らせば、これを侵害したことによる処罰の余地がある。その一方で、治療行為を実施しなかった場合には、生命・身体の維持・増進についての利益を侵害したことによる処罰の余地があるのである。非傷害説をとる論者はこのような帰結は妥当ではなく、治療行為は構成要件該当性がないとしなければならないとするが、むしろ、違法阻却について慎重に吟味した上で可罰性を制限する道を選ぶほうが妥当であるように思われる。治療行為非傷害説の立場は、医師がジレンマ状態に置かれることによって、萎縮医療に陥ることを懸念するあまり、治療行為が構成要件に該当することが示す刑事上の違法性もしくは責任（非難）、またはその双方の意味を過大視しているのではないだろうか。

#### ②医師はナイフを振り回す無法者と法的に同じ扱いになることについて

構成要件上医的侵襲が傷害であると解することによって、「医師はナイフを振り回す無法者（Messerstecher）」と同列に置かれてはならないと批判される<sup>153</sup>。すなわち、医的行為の社会的な意味内容は、傷つけることではなく、傷を治療することであり、無法者の傷害行為とは一線を画さなければならないとされるのである。<sup>154</sup>これに対しては、第一に、身分犯的な行為者類型を構成要件にとりこむことになることが批判される。<sup>155</sup>というのも、構成要件に該当するが、正当化される行為をなすことがその任務に属する職業（裁判官、警察官、機長など）は多数存在するので、医師の治療行為を傷害罪から放逐しようとするれば、身分犯的な行為者類型を取り込んだ構成要件的解釈をしなければならなくなるからである。<sup>156</sup>すなわち、たとえば、警察官が被疑者を取り調べのために取り調べ室において自由を拘束するとしても、性的暴行を加えるために長期間にわたって女性を監禁し続ける者と同じ法的扱いを受けないように、警察官の行為は自由剥奪の罪の構成要件に該当しないというように結論づけられることはなく、医師のみを特別扱いして、その治療行為の構成要件該当性を否定してしまうことは考えられないという反論である。また、両者を分かちように解釈しようとするのであれば、全不法構成要件の理論をとって克服<sup>157</sup>するほかはないというようにもいわれるが、そもそも構成要件該当性は類型的・抽象的に判断されるべ

<sup>153</sup> Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 154.; 甲斐・前掲注 1) 30 頁、門田・前掲注 3) 63 頁、齊藤・前掲注 1) 21 頁、佐久間・前掲注 2) 485 頁、町野・前掲注 1) 48 頁参照。

<sup>154</sup> Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 154.

<sup>155</sup> 甲斐・前掲注 1) 30 頁。

<sup>156</sup> 佐久間・前掲注 2) 485 頁。

<sup>157</sup> Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), S. 155.

きであり、これに実質的な判断を差し挟むべきではない<sup>158</sup>と批判しうる。そして、治療行為非傷害説がいうように、医師と無法者とは区別されなければならないとすれば、構成要件該当性判断と違法性判断とが同時に行われることになる<sup>159</sup>と説くのである。さらには、最終的な無価値判断は違法性段階で行われるので、医的行為が構成要件に該当するだけでは何ら不法に基づく非難が生じず、治療を医師の不法な行為と評価することにはならないといわれる。<sup>160</sup>

### ③物の修理について、器物損壊罪を不成立にすることとの整合性について

最後に、物の修理についての器物損壊罪の成否と、治療行為についての傷害罪の成否とを対比させて、結果説の代表的な論者である Bockelmann は次のように述べている。損壊された物を修理する職人がその物を修理するためには、その物をまず分解しそれによってその使用可能性を一時的に更に阻害せざるをえない場合に、その職人に対して、器物損壊の罪を帰するという考えには誰も至っていない。物を修理する際には、全体的考察が適切なものと考えられている。そして、物の修理が器物損壊ではないのと同様に、患者の治療もまた、たとえその患者が健康になるために苦しみを被り甘受しなければならなかったとしても、傷害ではない。すなわち、この考え方によれば、まず、修理のための他人の物への侵襲は、器物損壊罪の構成要件に該当する、承諾によってのみ正当化される行為であるとは捉えられず、すでに「損壊」にあたらないとされるのである。そして、全体的考察によれば、修理行為が「損壊」とはされないように、治療行為も「傷害」ではありえず、修理することや治療することというのは、損壊することや傷害することとは異なる現象であると考えられているのである。<sup>161</sup>しかしながら、これに対しては、少なくとも器官の摘出手術のような場合については、時計の修理などとは異なり、完全に病気以前の状態には戻らないということを反論としてあげることができよう。<sup>162</sup>仮に、摘出を伴わない手術等においても、人の「生命・身体」の一身専属性に鑑みれば、治療行為の大多数はこれを左右する性質を有していると考えられることから、「物」に対する修理行為における法的解釈と異なり、個別的考察をすることが妥当であると解することも十分可能であるように思われる。

以上では、治療行為非傷害説における論拠および治療行為傷害説への批判を検討してきた。治療行為非傷害説から提示された論拠および批判は、考慮すべき多くの点を含んでいるものの、結論としては、治療行為は構成要件に該当し、違法性段階において、その犯罪性が否定されるべきものとする。その正当化要件の種類および正当化要件各々の比重の置き方ならびに正当化根拠については、今後の検討課題としたいと思う。

<sup>158</sup> 岡西・前掲注 2) 108 頁、田坂・前掲注 2) 382 頁も参照。

<sup>159</sup> 甲斐・前掲注 1) 30 頁。佐久間・前掲注 41) 657 頁以下も参照。

<sup>160</sup> Vgl. Frister, Helmut/Michael Lindemann/Th. Alexander Peters: *Arztstrafrecht*, 2011, S. 2.; Wiesner, a. a. O. (Anm. 36), S. 61, S. 69.

<sup>161</sup> Hirsch, a. a. O. (Anm. 21), S. 356. 小林・前掲注 1) 61 頁、佐久間・前掲注 2) 484 頁参照。

<sup>162</sup> 佐久間・前掲注 2) 484 頁以下参照。

## 5. 小括

以上では、わが国の刑法解釈学に大きな影響を及ぼしているドイツにおいては、治療行為はそもそも傷害罪の構成要件に該当しないとする治療行為非傷害説が通説とされていることに着目し、あわせて日本における治療行為非傷害説を検討した。ドイツの議論状況を概観すると、大きく次の2つに分類できる。ひとつは、患者の承諾を構成要件該当性を阻却する事由として扱い、この患者の承諾があるかぎり、治療行為は傷害罪の構成要件に該当しないとする立場である。もうひとつは、客観的に「傷害」とはいえない治療行為を確定する立場であり、この立場はさらに2つに分かれる。すなわち、治療の結果を考慮に入れ、成功した治療行為は傷害罪の構成要件に該当しないとする立場（結果説）と治療の目的を考慮に入れ、治療目的で、レーゲアルティスを遵守して実施された治療侵襲は、それが成功するか、失敗するかにかかわらず、傷害罪の構成要件には該当しないとする立場（目的説）である。

以上のような治療行為非傷害説の考え方に対しては、以下のような批判的考察を加えることができる。始めに、患者の承諾を被害者の承諾と同様に考え、これを構成要件該当性を阻却する最も重要な要件と考えることについて、以下の2点を指摘したい。すなわち、第一に、原則として、患者の選択が、医学的見地からはいかに不合理なものであっても、医師がこれに従わなければ構成要件該当性は阻却されないことである。第二に、患者の承諾を有効とする要件と、被害者の承諾におけるそれは異なるものであり、被害者の承諾の法理を治療行為の正当化に用いることはできないことである。次に、結果説については、以下の2点を指摘したい。第一に、治療結果は原則として、すぐには生ぜず、たいていの場合は、ある程度の時間がたって初めて、身体的領域への侵襲の後に続くのであり、最終的な治療結果があったからといって、中間段階で生じた侵襲結果を無視することはできないし、最終的な治療結果のみを考慮に入れて、治療前の状態と比較衡量することで、それ以前に生じている侵襲結果をなかったことにはできないということである。第二に、治療経過の途中の段階を考慮して、治療行為の実施においては、治療結果と同時に侵襲結果も生じていることを認め、たとえ、患者の状態を一時的にのみ悪化させただけにすぎないと反論しても、傷害罪は状態犯であるから、健康侵害が惹起された状態の継続期間は重要ではないことがあげられる。また、目的説については、以下の2点を指摘したい。すなわち、第一に、治療目的は刑法の法規定上要求されていないことがあげられる。第二に、善良な意図というだけでは構成要件該当性を阻却しえないことがあげられる。というのも、善意で治療行為がなされたことは、技術的に正当な治療行為をなすことを保障するものではないからである。

結論としては、治療行為の刑法上の法的性質については、わが国の通説的な立場（治療行為傷害説）は維持されうるし、そうするべきである。そして、本章でも、治療行為の正当化要件の一つとしての患者の承諾は、被害者の承諾とは区別されるべきであり、その有効性要件につき、被害者の承諾よりも緩やかなレベルでこれを認めることが可能であり、かつ、治療行為を不処罰にするための要件として一般に要求される患者の承諾は、その体系的な位置づけを構成要件に置くにしても、違法性に置くにしても、それのみによる治療行為の不処罰化は考えられないが、患者の承諾は違法性判断において考慮されるべきもので

あることが示された。以上から、次章では、治療行為は構成要件に該当することを出発点とし、その正当化根拠を基礎に、正当化要件を——それぞれの要件の比重もあわせて——検討していきたい。

## V. 治療行為の正当化要件と説明義務について

前章では、治療行為の法的性質について、ドイツの通説的立場とされている治療行為非傷害説、すなわち、治療行為はそもそも傷害罪の構成要件に該当しないとする見解の基礎にある論拠を批判的に検討した。そして、わが国では、治療行為傷害説、すなわち、治療行為は傷害罪の構成要件に該当するが、一定の条件を具備することにより違法性が阻却されるとする見解が多く採られているが、結論としては、この治療行為傷害説の論理を採用することが妥当であることを示した。同時に、治療行為非傷害説を採るにせよ、治療行為傷害説を採るにせよ、治療行為を不可罰とするための要件として、現在では、患者の承諾が非常に重視されてきているが、基本的にはそれのみによる治療行為の不処罰化は考えられないこと、さらに、患者の承諾を構成要件該当性阻却事由と解するとした場合の具体的な結論の矛盾に鑑みれば、患者の承諾は違法性判断において考慮されるべきものであることが確認された。本章では、以上の内容を踏まえて、治療行為は構成要件に該当することを出発点とし、第3章で考察した、治療行為の正当化要件の一つとしての患者の承諾は、被害者の承諾とは区別されるべきであり、その有効性要件につき、被害者の承諾よりも緩やかなレベルでこれを認めることが可能であることを基礎に、治療行為の正当化要件を——それぞれの要件の比重もあわせて——検討していくこととする。

### 1. 治療行為の正当化根拠

#### (1) 日本の議論

前述のように、治療行為は正当業務行為であり刑法35条を根拠条文として可罰的ではない、とされる。その正当化要件としては、表現の仕方は異なるものの、治療行為はそもそも構成要件該当性がないとする治療行為非傷害説によれば、①医学的適応性および②医術的正当性のある行為であれば、③治療目的や④患者の承諾は必ずしも必要ではないことが挙げられ、そのような治療行為は傷害罪の実行行為には当たらないとされる。<sup>1</sup>一方、通説である治療行為傷害説によれば、①医学的適応性、②医術的正当性、③治療目的、<sup>2</sup>④患者の承諾という四要件が存在することによって、正当化されるものと考えられている。<sup>3</sup>しか

<sup>1</sup> 大谷實『刑法講義総論（新版第4版）』（2012年）259頁以下。

<sup>2</sup> ③治療目的が必要か否かについては、争いのあるところである。必要説と不要説とに分かれるが、山中敬一『刑法総論（第2版）』（2008年）562頁によれば、必要説は、さらに主観説と客観説とに分かれる。主観説は、行為者が主観的な治療目的をもっていることを意味し、客観説は、客観的に治癒するために必要だと判断される適応をもっていることを意味するものと解されている。山中教授によれば、不要説は、医学的適応性と医術的正当性の要件以外に「治療の目的」を必要としない見解とされる。本稿では、実験の目的で行われた医療行為は、偶然に治療の結果があったとしても正当化されることはないという意味で、純粹に主観説による治療目的を想定している。

<sup>3</sup> 小林公夫『治療行為の正当化原理』（2007年）106頁。ここで、①医学的適応性があるというのは、具体的な患者の病状に対して生命・健康を維持・回復する必要性（見込み・可能性）が存在している場合である。これに対して、医学的適応性がないというのは、当該侵襲により治癒が生じないか、あるいは患者に不利益な結果が予想される危険性の存在する場合である。②医術的正当性とは、医療技術の知識と経験から命じられる行為時における医師の技術・規則、医療水準のことである。なお、②医術的正当性という要件については、*lege artis* や *lex artis* の言葉が表記されていることもあるが、これは医学の準則、すなわち、医療の技術・規則のことである。これは、医師の採る医学上の技術のことである。

しながら、通説である治療行為傷害説を採用するとした場合に、治療行為は構成要件に該当するが違法性が阻却されるとする論拠については必ずしも一様ではない。主な見解を略述すれば、次のような立場が存在する。<sup>4</sup>

a) 業務権説<sup>5</sup>

業務権説とは、医師は非常に広範な業務権を有しており、この業務権に基づいて、治療行為は、法令または慣習によって認められた権利に基づく行為として正当業務行為と評価され、刑法 35 条後段によって違法性が阻却されるとする見解である。ここにおいては、患者の承諾は、治療行為の正当化要件にかかわってこないことになる。<sup>6</sup>

b) 緊急避難説<sup>7</sup>

緊急避難説とは、医師の行う治療行為は、患者の身体的利益を優越的に維持するものであることに正当化根拠を求める見解である。これによれば、治療行為は、患者の生命・身体を害する疾病という「現在の危難」を避けるために「やむをえずにした行為」であり、かつその行為より生じた結果が避けようとした害の程度を超えない場合であると評価しうることから、刑法 37 条 1 項本文の規定する緊急避難行為として正当化される。なお、治療行為と緊急避難行為とを同一ものと考えているものと思われるこの論理においても、被救助者である患者の意思とは無関係に治療行為は合法であることになる。

c) 目的説<sup>8</sup>

目的説は、治療行為によって個人の健康を維持、促進することは、社会的に承認された共同生活の目的であるから、この目的達成にかなったものである限り、治療行為は社会的に相当なものとなり、違法性が阻却されるとする。本説は、治療行為の主体については、免許の有無は問わないが、一般的に認められた能力ある者の行為が必要であり、治療行為の方法は専門的に一般に承認せられたものであることを要する。さらに、治療目的を主観的正当化要素として要求し、緊急を要する場合を除いては、本人または配偶者もしくは保護者の承諾を必要とする。なお、意思に反してなされる専断的治療行為は違法とされる。

d) 社会的相当性説<sup>9</sup>

---

正当性と密接な関係にあるものとされる（小林・前掲注 3）10 頁注 8・9）および 114 頁以下注 2・3）。

<sup>4</sup> ドイツおよびわが国の代表的な論者も含めたそれらの詳しい内容については、小林・前掲注 3）21 頁以下参照。なお、目的説と優越的利益説の争いについては、町野朔『患者の自己決定権と法』（2006 年）143 頁以下も参照。

<sup>5</sup> 岡田庄作『刑法原論総論（増訂改版第 4 版）』（1917 年）302 頁以下、花井卓蔵『刑法俗論（増訂 3 版）』（1922 年）436 頁以下、市村光恵『医師の権利義務』（1928 年）82 頁以下。小林・前掲注 3）27 頁以下、田坂晶「刑法における治療行為の正当化」同志社法学 58 巻 7 号（2007 年）269 頁以下、町野・前掲注 4）8 頁以下も参照。

<sup>6</sup> もっとも、医業の範囲に属する行為であっても、承諾がある場合に正当行為になるとする見解もある（市村光恵『医師の権利義務』（1928 年）83 頁）。

<sup>7</sup> 上野正吉「医療と刑法 37 条」ジュリスト 404 号（1968 年）14 頁、「医療行為における医師の自律規範」法律時報 47 巻 10 号（1975 年）30 頁以下。田坂・前掲注 5）270 頁以下、町野・前掲注 4）164 頁以下も参照。

<sup>8</sup> 木村亀二『刑法総論（増補版）』（1986 年）289 頁。田坂・前掲注 5）269 頁以下も参照。

<sup>9</sup> 大塚仁『刑法概説（総論）（第 4 版）』（2008 年）423 頁以下。小林・前掲注 3）127 頁以下、田坂・前掲注 5）269 頁以下、町野・前掲注 4）8 頁以下も参照。



社会的相当性説は、治療の目的で医学的に一般に承認された方法で行われた治療措置は、社会生活の中で歴史的に形成された社会倫理的秩序の枠内にある行為であるから、たとえ法益を侵害しても違法性が阻却されるとする。本説も、目的説と同様の要件を必要とする。なお、患者の意思に反して行われた専断的治療行為は、治療の目的を達しても違法であるとする見解と、<sup>10</sup>医学的適応性と医術的正当性が重視されるべきで、患者の承諾は付加的要素される見解<sup>11</sup>とがあり、後者によれば、少なくとも、医学的適応性と医術的正当性が高ければ違法ではなくなるものと思われる。

e) 同意説<sup>12</sup>

同意説は、治療行為を正当化するためには何よりも患者の承諾が重要であるとする見解である。このため、たとえ、医師が治療目的をもち、レーゲアルティスに則って実施した治療でも、被害者の承諾がないかぎり、傷害罪を構成することになる。すなわち、専断的治療行為は違法と解されることになる。もっとも、わが国においては、厳格な同意説をとる論者は少なかったといわれ、客観的優越的利益、すなわち治療行為の医学的適応性を考慮に入れたうえで、被害者の承諾におけるよりも緩やかに推定的承諾による違法性阻却をはかっていこうとする立場<sup>13</sup>や、重大な侵襲にのみ承諾を要するとする見解<sup>14</sup>なども存在する。

f) 優越的利益説<sup>15</sup>

優越的利益説は、治療行為の違法阻却根拠を、治療行為によって維持・増進される患者の生命・健康という身体的利益（法益の要保護性）が、その行為によって侵害した患者の身体的利益（法益の要保護性）よりも大きいという意味での、優越的利益の原理に求める。この見解の中でも、生命の危険があるような場合以外は、患者の意思に反した専断的治療行為は傷害罪が成立するという見解<sup>16</sup>と患者の明確な拒絶があるにもかかわらず治療行為を断行した場合に限り、専断的治療行為の違法性を認め、現実的承諾が存在しない場合にも推定的承諾を緩やかに認めようとする見解<sup>17</sup>なども存在する。

## (2) ドイツの議論

---

<sup>10</sup> 大塚・前掲注 9) 423 頁以下。なお、大塚博士の見解は、社会倫理説とも称されている（井田良『講義刑法学・総論』（2008 年）256 頁）が、同じく社会倫理説を採用している団藤重光『刑法綱要総論（増補版）』（1974 年）において述べられているように、Welzel の社会的相当性という観念で示しているものは社会倫理説の意味で捉え直されると考え、本稿では社会的相当性説に分類した。

<sup>11</sup> 福田平『全訂刑法総論（第 5 版）』（2011 年）177 頁以下。

<sup>12</sup> 小林・前掲注 3) 128 頁以下、田坂・前掲注 5) 273 頁以下、町野・前掲注 4) 12 頁以下参照。

<sup>13</sup> 町野・前掲注 4) 163 頁以下。小林・前掲注 3) 338 頁以下、佐久間基「専断的治療行為と傷害罪（三・完）」（1994 年）373 頁以下も参照。

<sup>14</sup> 佐伯仁志「違法論における自律と自己決定」刑雑 41 卷 2 号（2002 年）189 頁。

<sup>15</sup> 岡西賢治「治療行為における自己決定権」日大法学 17 号（1987 年）92 頁以下、小林・前掲注 3) 49 頁以下、田坂・前掲注 5) 271 頁以下、町野・前掲注 4) 144 頁以下参照。

<sup>16</sup> 西田典之『刑法総論（第 2 版）』（2010 年）197 頁。

<sup>17</sup> 内藤謙『刑法講義総論（中）』（1986 年）532 頁以下。

前述のように、治療行為の正当化については、ドイツでは、判例と多数説とが対立している状況である。すなわち、判例は、身体の傷害をともなう治療行為は、それが医学的適応性・医術的正当性があり、結果として成功したといわれるものであっても、傷害罪の構成要件に該当するものとの前提にたっている。ただ、患者が治療行為に現実的に承諾をしたか、推定的承諾があると考えられるときにだけ、治療行為の違法性が阻却されると考えられている（同意説）。ここにおいては、かりに人の生命を救うことが問題になっているときでも、医療における根本原理は「治療」ではなくて「患者の意思」であり、治療行為が成功したとしても、患者の現実的な承諾あるいは推定的な承諾のない場合には、違法性は阻却されない。そして、一部の学説も同じ立場を採っているが、<sup>18</sup>これに対してドイツの多くの学説は、医学的適応性があり、医術的正当性がある身体の傷害をともなう処置は、たとえ患者の承諾あるいは推定的な承諾がなくとも、傷害罪の構成要件に該当しないとしているため、違法性阻却の主な根拠としては、次のような見解を述べるにとどめる。

a) 業務権説<sup>19</sup>

業務権説は、治療行為は法的に承認された公の職務の遂行であることから合法であるとす。この立場は 19 世紀半ばに有力となった見解であり、<sup>20</sup>「医師の業務権」を認め、これを違法性阻却事由として治療行為の不可罰性を導くものである。Binding によれば、業務権は、他人の権利または法益に干渉する一定の行為を行うことについて、永続的な必要性が存在し、かつ、このような行為が官庁に認められ継続的に行われている場合に存在するものと推定される。ここから「認可された医師」がなす様々な行為はここに含まれるとして、治療行為の合法性を導く。<sup>21</sup>

b) 目的説<sup>22</sup>

次に目的説は、治療目的こそが治療行為の違法性を阻却する事由であると述べる。Lilienthal によれば、個々人の権利の侵害を、国家は、それなくしては重要な一般的目的を達成しえないときにのみ許容する。治療行為の諸目的を国家が許容し奨励していることは明らかであるが、この目的の強制は公共の危険を除去するのに必要な場合にだけ限られる。通常の場合には、国家は個人の自己決定権を尊重し、強制的に治療を受けさせることはない。このような個人の自己決定権が治療行為の不可罰性の限界となる。このことは、目的説においては「同意は治療行為の許容の基盤 (Fundament) ではなく、柵 (Schranke) にすぎない」といわれるのである。

---

<sup>18</sup> Sandra Wiesner, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, 4.Auf. (2010 年), S. 64ff.; Vgl. Hans Lilie, in: LK<sup>11</sup> Vor §233, Rdn. 3., Sandra Wiesner, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht (2010 年), S. 61.

<sup>19</sup> 岡西・前掲注 15) 90 頁以下、小林・前掲注 3) 21 頁以下、田坂・前掲注 5) 358 頁以下、町野・前掲注 4) 8 頁、41 頁以下を参照。

<sup>20</sup> Albin Eser, in: Schönke/Schröder<sup>28</sup> 223, Rdn. 29.

<sup>21</sup> その他、本説と類似の思考方法を採用の見解として、治療行為は、はじめから多くの医師により権利として要求されたもので、患者や一般人や立法者などの反対は未だかつてなかったことによって合法であるとする「慣習法説」がある (小林・前掲注 3) 21 頁以下、町野・前掲注 4) 36 頁以下参照。)

<sup>22</sup> 岡西・前掲注 15) 90 頁以下、田坂・前掲注 5) 359 頁、町野・前掲注 4) 49 頁以下、143 頁以下を参照。

c) 同意説<sup>23</sup>

これはドイツの判例と同じ見解である。<sup>24</sup>この見解は患者の承諾を正当化の基盤とする。この見解は、治療行為は、それが医学的に適応性のあるものであっても、また、医療の技術・規則に合致していようと、さらに、良好な治療結果が得られようと、一律に傷害罪の構成要件に該当するとする。治療行為を延期すれば患者の生命・健康に危険が及ぶような、いわゆる遅れると危険な状態にある場合には、推定的承諾によって違法性が阻却されるとする。ここでは、患者の現実的承諾または推定的承諾があり、かつ、医療としての技術的な基準にあっているときにのみ、治療行為は違法性が阻却されるとする。

## 2. 治療行為の正当化要件

### (1) 日本の議論

ここで、治療行為を正当化する要件と、違法性阻却しうる根拠との関連を考えてみれば、第3章において考察したように、患者の承諾という要件と他の要件との関係、すなわち、患者の承諾という要件を他の要件と比較して「他要件と並ぶ対等な一要件にすぎないものであるのか、他要件に優越するものであるのか、あるいは劣後するものであるのか」を確認しておくことが必要であろう。というのも、現在においては個人主義が重視され、近年、憲法13条の包括的基本的人権などを根拠として、個人の自己決定権、ひいては患者の自己決定権を尊重するために、インフォームド・コンセントの原則すなわち、医師は治療の内容について十分説明したうえで患者の承諾を得て治療を行うべきであるとする原則が確立しつつあるからである。<sup>25</sup>第4章で考察したように、日本の判例は治療行為の法的性質に関して態度を明確にしていないので、学説で議論されている限度で、各々の正当化要件の優劣・比重を考えていきたい。

そこで、違法性阻却に関する論拠につき業務権説および緊急避難説を採る場合には、前述のように、患者の承諾の要件は治療行為の正当化要件として列挙されない。これらの見解によれば、患者の意思は考慮されることなく、治療行為の正当化が図られることになる。前者においては、すでに医師は法的に認められた存在であることから治療行為をなす権限を有するとされ、後者においては、優越的利益が認められるかが治療行為を正当化する。他方、これら以外の根拠から違法性阻却を認める見解を採用する場合には、治療行為の正当化要件として、患者の承諾を必要としており<sup>26</sup>、その相違は、一般に治療行為の正当化要件として要求される医学的適応性、医術的正当性、治療目的、患者の承諾という4要件のうち、この患者の承諾に他の要件と比べてどの程度の重点を置くかである<sup>27</sup>と思われる。大きく区分すれば、前述したような現代の流れに鑑みて①患者の承諾を最も重要な要

<sup>23</sup> 小林・前掲注3) 43頁以下、佐久間基「専断的治療行為と傷害罪(二)」東北大学法学55巻4号(1991年)657頁以下、田坂・前掲注5) 359頁以下参照。なお、Hans Joachim Hirsch, Zur Frage eines Straftatbetands der eigenmächtigen Heilbehandlung, Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, S. 357.

<sup>24</sup> RGSt 25, 375., BGHSt 11, 111.

<sup>25</sup> 大谷・前掲注1) 260頁。

<sup>26</sup> 武藤眞朗「医師の説明義務と患者の承諾——「仮定的承諾」序説——」(2006年)東洋法学49巻2号6頁。

<sup>27</sup> 前田雅英『刑法総論講義(第5版)』(2011年)340頁

件と解し、これが他要件よりも優越するものとして考える立場（同意説あるいは優越的利益説）と、②その他の要件を具備する一定の場合には患者の承諾の要件がその他の要件に劣後する場合があると考えている、あるいは③患者の承諾という要件自体の内容を緩やかに考えているように思われる立場（社会的相当性説あるいは目的説）とに分けられよう。

より具体的には、①の見解によれば、何よりもまず患者の意思に合致した治療行為であったかが重視され、患者の現実的な承諾も拒絶もない場合には、治療行為の適応性を考慮に入れて、患者の推定的意思が認められるときには適法となり、結局、患者の現実的意思、推定的意思のいずれかに反する治療行為が犯罪として処罰されることになる。<sup>28</sup>次に、②の見解によれば、基本的には、治療行為を正当化するためには医学的適応性、医術的正当性、患者の承諾を必要とするものの、患者の承諾がなければ治療行為は絶対に正当化されないというのではなく、患者の承諾は、治療行為を正当化するにあたって、一定限度で考慮される。<sup>29</sup>この中には、とりわけ、治療行為の正当化要件として、医師の行為時における基準、すなわち、医術的正当性の要件に着目し、医療水準を4段階に区別してそれぞれの段階ごとに正当化要件を設定する見解がある<sup>30</sup>。この見解によれば、基本的には医術的正当性、医学的適応性が低くなっていくにつれて、患者の承諾の内容も強い意思が要求される。さらに、③の見解には、上記3要件の充足を前提としつつ、治療行為は客観的に患者の身体的利益を守る行為であることから、その要件は緩やかに、また、その効果範囲を広く理解する見解、<sup>31</sup>必要とされるインフォームド・コンセントの具体的な中身について、とりわけ、医師の説明義務の内容につき、それほど厳格なものを要求せず、不合理でない程度での患者を基準とする見解<sup>32</sup>が含まれる。

## （2）ドイツの議論

前述のように、ドイツの判例は医的侵襲について、構成要件該当性を認める考え方にたっており、学説において判例に与する立場も増えてきているので、判例の立場を確認しておきたい。まず、ドイツの判例によれば、医学的適応性および医術的正当性が認められ、治療が成功したとしても、すべての医的侵襲を正当化するためには患者の承諾が必要であるとする立場を一貫してとっている。<sup>33</sup>また、患者の承諾が不十分にしか得られていないのであれば、医師に治療目的があっても治療行為を正当化しない。<sup>34</sup>また、判例は、医術的正当性のない、新しい治療方法を用いる場合であっても、後述のように、リスクと治療が失敗する危険だけではなく、当該侵襲がまだ医療水準に達しておらず、当該侵襲の有効性が統計上保障されていないこと、未知のリスクがあるかもしれないことを指摘するなど、厳

<sup>28</sup> 町野・前掲注4) 163頁。

<sup>29</sup> 佐藤陽子「治療行為の傷害構成要件該当性について」北海道法学 56巻2号（2005年）864頁、福田・前掲注11) 177頁以下。

<sup>30</sup> 小林・前掲注3) 186頁以下、260頁。

<sup>31</sup> 内藤・前掲注17) 531頁以下。

<sup>32</sup> 田坂・前掲注5) 398頁以下。

<sup>33</sup> RGSt 25, 375., BGHSt 11, 111.

<sup>34</sup> RGSt 74, 91. なお、本件は、医学的適応のない侵襲である。

格な説明を受けた後であれば、承諾することが可能であるとしている。<sup>35</sup>さらに、判例は、適応のない侵襲に承諾を与えることは、わずかなリスクがある場合でさえこれを指摘することが要求されるなど、厳格な説明を受けたあとであれば可能としている。<sup>36</sup>もっとも、この承諾を限界づける1つの基準として、第3章でも考察したが、近年でも、判例が一般的な被害者の承諾が良俗違反になると考えている基準、すなわち、当該行為に具体的な死の危険がある場合<sup>37</sup>が挙げられる。それと同時に、多くの文献で引用される抜歯事例<sup>38</sup>に鑑みて、承諾者の主観的な前提条件に基づいて判断すると、承諾をすることそれ自体が矛盾している場合が医学的適応のない侵襲へ承諾を与えることを限界づける基準として挙げられている。<sup>39</sup>抜歯事例とは次のようなケースである。

【事実の概要】本件における患者Aは何年もひどい頭痛に苦しんでいたが、その頭痛の原因はあらゆる医療的な努力を施されても解明されえなかった。何度も診察しても成果が出ないので、Aは、治療されたすべての歯を抜いてもらいたいと思い始めた。というのも、Aが確信したところによれば、その苦しみと詰め物のある歯との間には、関係があるとされたからである。診察を担当した医師は、このような措置は医学的に必要のないものであると考えていたが、Aの考えを改めることは出来なかった。そのため、診察を担当した医師は歯科医の被告人にAを移送し、電話で状況を説明した。被告人も、歯の状態はAの頭痛の原因ではありえないと確信しており、Aにその所見を伝えた。しかしながら、Aは抜歯してもらいたいとしつこく主張した。被告人は、Aが歯を抜かれることをきちんと自覚していなければならないと述べて、結局、その翌日に抜歯すると約束した。Aを引き留めるために、被告人はまずさしあたり、Aの上あごの2本の歯と下あごの3本の歯を抜いた。これをする医学的適応はなかったし、被告人もそう思っていた。すなわち、被告人は、ほんのわずかでも、未知の心身関係が抜歯後の頭痛を鎮痛する可能性があるかもしれないと思っていたに過ぎない。しかしながら、このような適応は確かめられていない。Aは2度にわたる被告人の助言から頭痛が良くなるという確信は薄らいでいたが、抜歯を残された唯一の治療だと思っていた。そして、被告人が受けた印象から判断すれば、Aは、十分に熟慮して、この治療を望んでいた。後日、Aは改めて来院し、最初に対応した被告人の助手も診察したものの、抜歯する理由を見出せなかったが、Aが抜歯を強く望んだため、被告人を呼び、Aは被告人に対して、自分の希望を繰り返し述べた。そこで、Aは詰め物がある歯だけを抜いてもらうつもりだったが、被告人がこれを誤解したために、Aの上あごのすべての歯を抜いてしまった。痛みの改善は起こらなかった。

BGHは概略以下のように述べて、承諾を無効とし傷害罪を認めた。

【理由】1. LGが抜歯を構成要件に該当する傷害と評価したことに法的瑕疵はない。…あらゆる医療措置が治療目的で行われるわけではない。むしろ、医師は、不妊手術又は美容手術のように、他の目的に裨益しうる治療を行うことも、原則として許容される。

<sup>35</sup> BGH, NJW 2006, 2477, 2478.

<sup>36</sup> BGH MedR 1991, 85f.

<sup>37</sup> BGH, NJW 2004, 2458.

<sup>38</sup> BGH, NJW 1978, 1206.

<sup>39</sup> Ulrich Schroth, *Ärztliches Handeln und strafrechtlicher Maßstab: in Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4.Auf. (2010年), S. 44f., 47.

個別的にこのことがどんな場合に妥当するかは、ここでは論じる必要がない。というのも、少なくとも、手術が……医的適応がなく、医師がこのことを分かっている場合には、それは治療的侵襲ではないからである。しかも、本件ではこのことが認められる。抜歯は、人道的な評価をすれば、Aの痛みの治癒又は改善をもたらしえなかったし、被告人はそのことをはっきり認識していた。すなわち、被告人によって検討された、予見可能ではない事情が共働して、改善が見られるかもしれないという異例の可能性があるととしても、このことは何も変わらない。……

2. 身体の完全性の侵害へのAの有効な承諾は、LGが適切にも認定していたように、認められない。Aには、抜歯を判断するのに必要な判断能力が欠けている。Aに対して、主治医および被告人、後に、被告人の助手の診断によれば、医師の判断からみて歯の状態と痛みとの間の関係はないということが何度も確認された。同時に、Aは医学的素人として、無分別にも、自分自身がなした診断に強く執着していた。Aの意固地さは、無知と……伝えられた医学的根拠を理性的に衡量することを妨げる精神状態からくるものだった。すなわち、Aが任意に決心をしていない可能性があるかもしれないということは重要ではない。それゆえ、抜歯への表明された承諾も、実際には、被告人によって実施された措置を内容上カバーしていなかった。Aの表象によれば、確かに、確実ではないが、少なくとも、全く突飛なものとはいえない治癒の見込みのある治療上の侵襲が問題になっていた。それゆえ、当該承諾は治療的侵襲のために与えられた。これに対して、被告人がなした行為は、治療的侵襲ではない。このことが表明された承諾の無効性を基礎づける。被告人が医学的適応が欠けていることを黙っていなかったことは、法的に重要ではない。決定的なのは、被告人にとって、どんな手段を用いても、Aの考えていることと、現実の医学上の判断を一致させることはうまくいかなかったということのみである。……

本判決の理由づけについては様々に批判されているが、<sup>40</sup>医学的適応のない侵襲への承諾に関する本判決の見解は以下のように捉えられる点で疑問が生じる。まず、裁判所が本当は、「精神状態」から承諾の無効性を推論したのではなく、医師に本件のような意味のない侵襲を要求する者は、承諾の有効性を否定する精神状態にあるにちがいないという意味で、治療の要求の医学的適応性が欠けていたことから判断能力がなかったことを推論したという点である。また、本判決によれば、その医的侵襲に対して、患者だけではなく、医師も治癒の希望を持っている（そして、医師がこのような治癒の希望を抱くことが医学的観点からみても許される）場合にのみ、当該侵襲は「治療的侵襲」として許容される。治療上意味のない措置は「治療的侵襲」ではないので、原則として禁止される。医師が説明を受けた患者とは逆の考え方および希望をもっていても、患者が当該侵襲を治癒目的ではなく、別の目的で望んでいた場合は別として、そのことは何もかわらない。したがって、患者が医師に当該侵襲を明示的かつ強く要求している場合に、医師は、治療上意味がない又は見込みがないと考えながら仕事をすることは全面的に禁じられるというようにも考えられる点である。さらに、患者と医師の考えが一致しないときには、行為者は患者に侵襲の希望を放棄させる説明義務が課せられる場合があることを認めているように思われる点

---

<sup>40</sup> 小林・前掲注3) 239頁以下参照。

である。<sup>41</sup>

### 3. 説明義務について

前述のように、治療行為を正当化するにあたって、患者の承諾という要件が現在ではますます重要になってきている。そして、この患者の承諾が治療行為を正当化する要件として有効とされるためには、特に、患者は医師から必要な情報を十分に提供されたうえで、当該治療行為を受けるか否かを判断することができなければならない（インフォームド・コンセント）。そこで、医師は患者にどの程度の情報を説明しなければならないのか、あるいは、説明を省略してもよい場合はあるのかについて、近時、説明義務は民法上の判例によって細分化され、立証困難な医療過誤の受け皿構成要件として、医師に過度の責任を課しているともいわれているドイツの議論を参考にしながら、ここで説明義務の内容を簡単に論じておきたい。

#### (1) 説明義務の種類

ドイツにおいても、ドイツの影響を受けて展開しているわが国の医事法においても、医師の説明義務は、治療のための説明と自己決定のための説明とに分けて論じられている。<sup>42</sup>

##### a) 治療のための説明<sup>43</sup>

治療のための説明は、治療するにあたって、治療に必要な情報を患者に提供すること、すなわち、患者が守るべきおよび回避すべき行為を指示することで治療の効果を上げたり、患者に損害が発生することを防止する医師の義務である。ここにおいては、損害防止の観点が強調されるため、治療のための説明は安全のための説明といわれることもある。医師は、回避可能な危険から患者を保護するために必要なすべてのことをしなければならない。たとえば、医師は、患者に、医学知識から必要とされる措置および治療、さらなる検査および診察ならびにそれ相応の後処置に関しても明確に指摘しなければならない。それゆえ、ここで問題となるのは、自己決定権の実現ではなく、損害回避の思考である。安全のための説明は、治療の一部とされ、医師と患者の間に存在する治療契約に基づく付随的な履行義務として生じる。したがって、患者は治療のための説明がなされたことの立証責任を負う。医師が必要な説明をしないか、これが不十分である場合、このことは承諾の問題に関係するのではなく、治療契約の枠内での医療過誤が問題とされ、その結果について、医師は刑法上、過失傷害又は過失致死の責任に問われる。

##### b) 自己決定のための説明<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> Eckhard Horn, Der medizinisch nicht indizierte, aber vom Patienten verlangte ärztliche Eingriff strafbar?, JuS 1979, 30.

<sup>42</sup> 町野・前掲注 4) 239 頁以下、山中敬一『医事刑法概論 I 序論・医療過誤』（2014 年）246 頁注 35）。Heinz Schöch, Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen: in Handbuch des Medizinstrafrechts, 4.Auf. (2010 年), S. 57.; Wiesner, a. a. O. (Anm. 18), S. 74.

<sup>43</sup> 町野・前掲注 4) 239 頁以下、261 頁以下、山中・前掲注 42) 246 頁以下。Schöch, a. a. O. (Anm. 42), S. 61ff., Wiesner, a. a. O. (Anm. 18), S. 75. 治療のための説明に関する判例として、BGH, NJW 1994, 3012ff., BGH, NJW 2005, 2614ff.

<sup>44</sup> 町野・前掲注 4) 239 頁以下、山中・前掲注 42) 246 頁以下、254 頁以下。Schöch, a. a. O. (Anm. 42), S. 57ff.; Wiesner, a. a. O. (Anm. 18), S. 75ff.

治療のための説明と区別されるべきなのが、自己決定のための説明である。自己決定のための説明は、患者が当該治療行為を受けるか否かを自分で決定できるように、医師が必要な情報を提供する義務である。患者の自己決定権を相当に重視しているこの説明が、医的侵襲を正当化する効果をもつ患者の承諾に係る医師の説明義務である。それゆえ、自己決定のための説明は、患者の医的侵襲に対する承諾の有効要件となるので、自己決定のための説明義務違反は、承諾の無効をもたらすことになる。したがって、自己決定のための説明がなされたことの立証責任は患者ではなく、医師が負う。自己決定のための説明は、通常、診断の説明、経過の説明、リスクの説明に区分される。以下、それぞれについて順次説明する。

#### a a) 診断の説明

治療の始めには、通常診断の説明がなされる。診断の説明は、患者に医師の所見について当該医師が情報提供をすることである。診断の説明は、刑法上の観点からは、医的侵襲又は治療が行われなければならない場合にのみ、必要とされる。これに対して、医師の所見に基づくと、医的介入が必要ではないのであれば、医師が診断の説明をしないとしても、せいぜい民法上の契約違反に問われるにすぎず、傷害結果が発生していないので傷害罪で可罰的にはならない。ただし、患者の健康が悪化することに対して緊急の措置をなすために、患者が当該診断を知っていなければならない場合には、これとは異なる。患者が医師の診断による事実を受け入れることが精神的負担となるような致命的経過を辿る病気の場合には、ドイツの判例においては、患者が医師によって提示された治療とは別の治療を決定する自由を保障するために、注意深く、思いやりのある形で完全な説明を要求している。そして、患者に「治したいという意思を喚起するために」も、医師は、患者に「重い病気の深刻さを黙っておく」ことは許されない。実施される医的措置の根拠と契機に関する説明もここに含まれる。<sup>45</sup>

#### b b) 経過の説明

経過の説明は、治療しなかった場合と治療した場合に患者の健康状態が推定上どのような進展をするかについて医師が情報提供をすることである。さらに、ここには、考えられる治療の様々な選択肢（いわゆる方法の説明）を指摘することが挙げられる。たとえば、併存する複数の手術方法や同じくらいリスクがある手術的方法による可能性と保存的療法の可能性がある。特定の治療方法を選んで、より高いリスク又は負担を甘受することにするか、あるいは甘受しないかは、患者に決定する権利がある。経過の説明は、医的侵襲の種類、程度、範囲、実施、そして、苦痛の程度に関する、いわゆる侵襲の説明ならびに確実な侵襲結果（たとえば、手術痕が残ること、不妊症になること、あるいは継続的な人工透析による負担）に関する、いわゆる結果の説明も含む。特に明確なのは、治療しないことによって健康状態の重大な悪化が迫っているときには、医師は治療しないことのリスクを指摘しなければならないということである。加えて、ドイツの判例においては、医師が患者の間で意見の分かれる治療方法を使用しようとする場合、新しい治療方法を採用場合には、詳細な説明が必要とされている。特に、患者は当該措置がまだ医学水準となっていないこと、そして、その有効性がまだ確かめられていないことが指摘されなければならない

---

<sup>45</sup> BGH, NStZ 2004, 442.



い。

#### c c) リスクの説明

リスクの説明は、患者に、予定されている治療の危険をはっきり分からせるものである。ここには、計画された医療措置の確実な又は起こりうる結果および副作用と同様に侵襲の失敗、費用および保険の保護の問題も含まれる。これに対して、場合によっては手術において発生しうると考えられるマイナスの結果すべてを指摘する義務は存在しない。それゆえ、患者は典型的に当該侵襲と結びついているリスクならびにごく稀にしか実現しないとしても、手術と結びついた重大なリスクについては説明されなければならない。リスクの高さがある程度存在していることは必要ではない。<sup>46</sup>このことは、医師が、統計上しばしば起こるリスク（たとえば、静脈注射における注射による膿瘍）についての情報提供と並んで、各々の患者にとって最大限起こりうる損害を説明しなければならないということである（「拡張された基礎説明」の推奨）。たとえば、歌手または役者の喉に侵襲を加えることによって起こりうる声帯侵害が挙げられる。

### (2) 説明の実施方法<sup>47</sup>

#### a) 説明義務者

説明義務は原則として、主治医に課せられる。主治医が説明しなかった場合には、たとえ、当該侵襲が医師免許をもたない医療上の補助者によって行われたとしても、主治医は傷害罪で処罰される。主治医が自己に課せられた監督義務を十分に履行するかぎり、別の医師への権限の委譲は可能であるが、<sup>48</sup>医師資格のない医療上の補助者への委譲は認められない。<sup>49</sup>実務においては、医師の間での説明の委譲は、患者を専門医へ移送する場合に通常行われるが、主治医は他の専門分野の医師が、患者にその専門分野において行われる治療について適切に説明することを信頼してよい。

#### b) 説明の相手方

説明の相手方となるのは患者自身であって、家族への情報提供によって説明義務が果たされたことにはならない。また、患者が承諾能力のない子供又は病者の場合には、説明の相手方となるのは、その法定代理人又は任意代理人、すなわち、両親、世話人、又は代理人である。ここでは、承諾にとって必要な自然の認識能力および判断能力が重要であり、その能力は行為能力とは一致しない。それゆえ、まだ 18 歳未満の者であっても、承諾能力はありうる。民法典 1904 条の場合には（健康状態の検査、死の危険又は重大な健康上の損害がある治療行為又は医的侵襲）、世話人又は代理人の承諾は後見裁判所による許可を必要とする。患者がドイツ語を話せない場合には、当該患者が自己決定権を行使することを保障するために、通訳を招聘することが必要である。

#### c) 説明の形式

患者への説明は特定の形式を必要としない。ドイツの民事判例によれば、臨床実務にお

<sup>46</sup> BGH, NJW 1994, 793f.

<sup>47</sup> 町野・前掲注 4) 242 頁以下、261 頁以下、山中・前掲注 42) 331 頁以下。Schöch, a. a. O. (Anm. 42), S. 63ff., Wiesner, a. a. O. (Anm. 18), S. 78ff.

<sup>48</sup> BGH, MedR 2007, 169ff.

<sup>49</sup> BGH NJW 1974, 604f.

いて広く普及された書面での説明の形式は必要でもないし、いずれにせよ十分ではない。署名された書面は医師の裁判における立証の備えとして役立つが、立証上の備えのためには、カルテに説明の話し合いについて医師が書いたものでも十分である。中心になるのは、医師と患者との信頼関係ある話し合いである。その話し合いの中で、患者は分かりやすい方法で、個別のケースでの個人的な事情を考慮して説明を受け、追加質問する機会が与えられている。書面での用紙やパンフレットは、話し合いにおける説明をやすくし、そこでの説明を補充するが、決して、必要な「患者に関連する情報提供」を代替するものではない。<sup>50</sup>というのも、これらの書面での形式は個別のケースに合わせて編集されたものではないし、それ以上に患者がそこに書かれていることをどの程度理解したかが明確ではないからである。以上のようなことが考慮されて、ドイツでは、説明書による基礎的情報提供とそれに続く口頭での説明の話し合いにおいてさらなる情報提供が行われることを推奨する段階的説明という概念が発展している。

#### d) 説明の時期

承諾は常に治療開始前に存在しなければならないので、説明は、患者が手術の賛否又は他の医療行為の賛否を落ち着いて考えることができるくらいの時期に行われることが必要である。原則として、侵襲が重大であればあるほど、説明はそれだけいっそう早くなされる必要がある。実際の生命の危険がある緊急の場合にのみ、場合によっては、侵襲の数分、又は数秒前でさえ十分でありうる。それほど重大な手術ではない場合、そして、麻酔のリスクに関しては、判例によれば、説明は遅くとも、侵襲の前日で足りる。他方、より重大な手術の場合、——時間的に可能であるならば——決められた日に事前の説明が必要である。リスクの少ない外来での侵襲の場合には、説明は侵襲日に初めて行われても十分でありうる。そして、時機を失した説明は原則として承諾を無効化し、医師による治療的侵襲が正当化されなくなる。しかしながら、例外的に、患者が——仮定的承諾の場合と同じように——時宜を得て説明を受けた場合でも当該侵襲に承諾していたならば、時機を失した説明が承諾を無効にすることはない。

### (3) 説明義務の範囲

説明は患者に自律的な判断を可能にする。それゆえ、説明は説明を受ける具体的な患者の視点から基礎づけられ、内容としては、病気の診断、治療を受けた場合、受けなかった場合の病気の経過、それ以外の治療の選択肢、治療のリスクならびに治療上の指示を含んでいなければならない。説明義務の範囲について一定の指針を示せば、一般には以下のように要約しうる。

#### a) 侵襲の重大性

説明の範囲についての第一の基準は、侵襲の重大性である。障害が残る危険それどころか死の結果が発生する危険が高ければ高いほど、めったに発生しないリスクに関してでさえ、説明は徹底的に行われなければならない。<sup>51</sup>リスクの説明において、重大ではない侵襲の場合には、通常、ほとんど存在しない合併症の可能性は指摘される必要がなく、当該侵

---

<sup>50</sup> BGH NJW 1985, 1399ff.

<sup>51</sup> BGH, MDR 1996, 1015f.

襲と典型的に結びつき、確実な蓋然性をもって実現しうる危険のみが指摘される必要がある。これに対して、場合によっては医的侵襲において発生しうると考えられるマイナスの結果すべてを指摘する義務はない。推奨される拡張された基礎説明によれば、統計上最も起こりやすいリスクと並んで、当該侵襲に特有のリスクならびにそのつどの患者にとって最大限起こりうる損害が挙げられなければならない。すなわち、ここでは、たとえば、鼻の篩骨手術において 1000 人に 1 人発生する失明のリスクのように、統計上めったに起こらないリスクも問題となりうる。<sup>52</sup>

#### b) 侵襲の目的と緊急性

第二に、説明の精度と詳細さは、全体として、侵襲の目的と緊急性に左右される。当該医療措置が必要で、緊急性があればあるほど、説明への要求は低くなり、当該侵襲に緊急性がなく、必要とされなければされないほど、判例の説明への要求は高くなっている。<sup>53</sup>すなわち、適応のない侵襲の場合には、最大限の説明が必要とされるが、通常、分別のある者であれば拒絶しないだろうと思われる強制適応のある医療措置の場合、特に、延期することができない生命救助のための医療措置の場合には、最小限の説明しか必要とされない。

#### c) 患者の素養

第三に、患者がもともと持っている知識又は教育水準が説明への要求を制限しうる。そのため、リスクを指摘する高い義務は、医師が新しい治療方法、特に、アウトサイダー的な方法を使用する場合に存在する。そして、この治療方法を用いることを説明する際には、患者は、当該治療に伴うリスクと治療が失敗する危険を超えて、計画された侵襲はまだ医療水準に達しておらず、当該侵襲の有効性はまだ統計上保証されていないこと、又は、未知のリスクは今現在否定されえないことについて説明を受けていなければならない。<sup>54</sup>同じ基準は、許容されていない薬の試用および許容された薬の試験にも妥当する。また、患者が治療に関する独自の質問をした場合には、それが通常説明義務に含まれていないとしても、回答されなければならない。というのも、この質問はこの患者にとって重要な説明だからである。

#### d) 選択可能な治療方法

第四に、医師が提案した治療とは別の治療方法に、告げられた治療よりも利点がある場合、又は、医師が提案した治療方法の評価に争いがある若しくはこの治療方法がすでに否定されている場合には、これとは別の治療方法を示すことも重要でありうる。しかしながら、単にアウトサイダー的な方法が問題になるにすぎない場合、別の治療方法が、患者にその他の侵害をもたらすことを理由に除外される場合、提案した治療との本質的な差異が示されない場合、又はこの治療方法がまだ試験の開始段階にある場合には、それ以外の選択肢を示すことは必要ではない。

#### e) より質の高い治療

最後に、質の説明をする義務、すなわち、患者が訪れた先の医師又は当該病院が提供することのできない、より質の高い治療が受けられることについて情報提供する義務が医師にあるかどうかは争われている。通説によれば、患者が医学水準に合致する治療を受けて

<sup>52</sup> BGH, MDR 1994, 557. その他、BGH, MedR 2001, 421f.

<sup>53</sup> BGH, NJW 1977, 337f.

<sup>54</sup> BGH, NJW 2006, 2477, 2478.

いるかぎり、このような義務はないと解されている。<sup>55</sup>それゆえ、医師は、自己の教育水準および知識水準又は医師が実施した関連する手術の数と同様に、別の病院のより良い医療設備について説明する必要はない。

#### (4) 説明義務の省略<sup>56</sup>

前述のように、ドイツにおいては、医師に広範な説明義務が課せられているが、一般的に、以下のような場合においては、患者に説明する必要がないと考えられている。

##### a) 説明の放棄

患者が説明を完全に又は部分的に放棄することはその自己決定に含まれる。というのも、患者が信頼する医師にすべてを任せることとし、当該医師による説明を放棄することにしたということも、その決定は患者によって任意に判断されたものであり、患者の自己決定権の発露と見なされるからである。放棄は法律行為ではないので、法律行為の原則ではなく、承諾の原則が妥当する。その結果、行為能力ではなく、自然の認識能力および判断能力が重要である。もっとも、このような判断の射程を理由に、通説は、患者が放棄していると分かるような態度をとっていることでも放棄にとって十分と考えているが、法的明確性および立証上の理由から、明示的な放棄の意思表示が書面でも記録されることが推奨されている。

##### b) 完全に事前に情報提供された患者

患者がすでに必要な情報提供を受けている場合には、もはや説明を受ける必要はない。このことは、患者が自ら専門知識を持っている場合に認められうるし、又は、患者がすでに侵襲する医師若しくは別の医師から説明を受けている場合に認められる。医師が自らこのことを確認しなければならない。すなわち、患者同士での単なる情報提供は説明を代替できない。

##### c) 治療上の適応に反すること（治療上の禁忌）

医的侵襲についての十分な情報提供が、本当に生命に危険をもたらすか、除外できないほどに患者の健康を侵害するような例外的な場合<sup>57</sup>には、医師は完全な説明をしないことが

---

<sup>55</sup> ドイツの判例においては、よりよい治療条件の選択によって危険が著しく小さくなるときは、患者に他の医療機関における治療について説明しなければならないが、一般には、ある病院において大学病院におけるより治療条件が悪いときにはその義務はないとしている。また、最高の器具がないため、最新の器具を用いることはできないが、近隣の病院がそのような設備を持っているというときも、これを説明する必要はない（山中・前掲注 42）277 頁。）。

<sup>56</sup> 町野・前掲注 4) 262 頁以下、山中・前掲注 42) 320 頁以下。Schöch, a. a. O. (Anm. 42), S. 63ff., Wiesner, a. a. O. (Anm. 18), S. 78ff.

<sup>57</sup> たとえば、その例外的場合は、第二電気ショック判決 (BGHZ 29,46,56.) とレントゲン照射判決 (BGHZ 29,176,185.) において判断されている。Deutsch は、説明しないという治療上の特権を 4 つのグループに分けている (NJW 1980,1305,1306f., Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn.322ff.)。すなわち、説明することによって患者に過度の精神的負担がかかる場合、警告によってリスクが高まる場合、第三者を危殆化する場合、そして、めったにあるものではないが、絶対に必要な患者の治療が行われない危険がある場合である (Wiesner, a. a. O. (Anm. 18), S. 82.)。争いのない事例状況の例としては、学説においては、ほんのわずかな精神的興奮でも致命的な影響をもちうる、いわゆるバセドウ症候群が挙げら

許される。このことは、予後が良くないことによって精神不安定に陥る患者に妥当しうる。限界付けは、当該説明が侵襲それ自体よりも患者にとって危険となりうるところで引かれる。もっとも、このためには、曖昧な推測では足りず、客観的な根拠がなければならぬ。これについて時々用いられる「治療上の特権」を理由に説明をしないことは許されない。というのも、医師の特権ではなく、患者の保護が問題になっているからである。判例は、一部の学説よりも厳格な立場をとっており、患者が精神不安定に陥るだけでは十分ではなく、<sup>58</sup>深刻で、除外できない健康障害又は治療の成功を危険にすることを要求している。

59

#### d) 患者の意識不明又は判断能力欠如

当該侵襲が延期不可能で、患者が意識不明又は判断能力がなく、医的侵襲の前に代理人又は世話人が選任されえない場合には、当該患者に事前の説明をすることなく治療することが許される。治療が当該患者の個人的利益、欲求、希望および価値観に合致する場合には、推定的承諾が正当化事由となる。他方で、分別のある患者であれば、どのように判断するかを決定する客観的基準および価値観は、個人的利益および価値観を判断する根拠が十分に存在しない場合に意味を持つにすぎない。

#### 4. 検討

まず、治療行為の業務権説は、まさに是認されているからこそ現実に実施されている治療行為の合法性が当然のこととされたうえで展開されたものであり、論理的基盤は希薄なものとしてされているし、<sup>60</sup>免許があることがその者がなす業務行為の適法性を保障することにもならず、<sup>61</sup>医師の行為以外の業務行為で、構成要件に該当するがそれが業務として行われたという理由だけで合法と認められる行為は認められないし、<sup>62</sup>前述のように正当化の根拠を医師の業務権だけに求めず、それ以外の要件を付加している見解が存在することからも、<sup>63</sup>業務権があるというだけでは医師がなす治療行為を正当化しえないものとする。次に、緊急避難説は、現在においては、非常に重視されている患者の意思を完全に看過する点で妥当とは思われないが、それ以外にも、身体利益を犠牲することによって、医学的に正当に行われた治療行為が失敗して患者を死亡させた場合には、当該行為によって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合といえなくなるから、正当化される余地がなくなってしまうので、<sup>64</sup>治療行為を緊急避難行為と同一に考えることはできない。さらに、行為者に治療の目的があっただけでは、当該行為が正当に行われたことを保障しないし、

---

れる。それゆえ、あらゆる手術の準備は秘密にしておかなければならない (Schöch, a. a. O. (Anm. 42), S. 73.)。

<sup>58</sup> BGHZ 107, 222, 226.

<sup>59</sup> BGHZ 29, 176, 183, 185.

<sup>60</sup> 小林・前掲注 3) 35 頁以下

<sup>61</sup> 小林・前掲注 3) 31 頁。

<sup>62</sup> 町野・前掲注 4) 44 頁。

<sup>63</sup> 市村・前掲注 6) 83 頁。それ以外の見解として、小林・前掲注 3) 34 頁注 27)、町野・前掲注 4) 10 頁参照。

<sup>64</sup> 町野・前掲注 4) 164 頁。

適切に治療行為がなされていなくとも、それは善意で実施されることもありえ、<sup>65</sup>その場合適切な治療ではなくても、治療の目的があれば行為が正当化されてしまうし、逆に、客観的に正当な治療行為であっても、行為者に治療の目的がなければ違法になるという結論を生じさせてしまい、治療の目的のみによる正当化は困難であろう。

もっとも、近年、患者の承諾の要件が重要視されるようになってきたとはいえ、治療行為の正当化根拠として、患者の承諾・意思のみをその基盤にしようとする、ドイツの判例の立場や一部の学説において採用されている厳格な意味での同意説<sup>66</sup>を採ることは難しいように思われる。というのも、同意説は正当化根拠を患者の承諾に置くから、本説を徹底させると、患者が意識不明又は承諾無能力の場合などの例外的なケースでは、有効な患者の承諾を得ることができず、かつ、それが得られるときまで待っていたのでは、患者の生命・健康に危険が生じる場合に承諾なしの治療行為を許容する理由が説明できないからである。また、治療行為を承諾の要件のみで処理しようとするれば、有効な承諾の存在を認めることが出来ないため、違法性阻却を認めることができないあまりにも多くの侵襲結果が存在することになってしまう。被害者の承諾の観点のみで治療行為の違法性阻却を認めるとすれば、現在の一般的な考え方に従えば、傷害罪におけるその要件は、相当に厳格なものにならざるをえないからである。<sup>67</sup>

実際にもわが国の学説においては、正当化のための他要件と比較した比重の違いはあるものの、おおむね患者の承諾が治療行為を正当化する一要件として考えられている治療行為傷害説においても、医療行為を正当化するにあたっては、①医学的適応性、②医術的正当性および③治療目的を④患者の承諾とともに考慮する立場が多数を占めている。<sup>68</sup>このように、治療行為を正当化すると考えられている他の要件との関連で、患者の承諾はそれらと対等に考慮されるとする立場が多数であることを考慮すれば、治療行為における正当化要件としての患者の承諾の意義は、絶対的な（それがあただけで治療行為を正当化する）ものではなく、厳格な同意説と比べてみれば比較的小さいものと考えられているように思われる。

社会的相当性説に対しては、違法性阻却の一般原理としてもたびたび指摘されることであるが、まさにこの「社会的相当性」の概念の多義性・包括性が批判される。<sup>69</sup>優越的利益説は保全法益に侵害法益よりも優越的な要保護性があるかを実質的・具体的に衡量することになるため、治療行為の正当化の場面であれば、治療行為により維持・増進される患者の生命・健康という身体的利益が、その行為により侵害される患者の身体的利益を上回る

---

<sup>65</sup> Andreas Albrecht, Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht (2010年), S. 155., なお、ここでいう「善意」は、医師の職業人としての善意が要求されているわけでもないと言われる。

<sup>66</sup> ドイツにおける厳格な意味での同意説については、町野・前掲注4) 36頁以下参照。もっとも、町野教授は、「優越的利益説」の立場に立たれるが、客観的利益性以上に、まず、侵襲を受ける主体である患者自身の自己決定が重要な位置を占めるといわれることからみて、患者の承諾を第一義的に重視する点で、「同意説」に近いという評価もある（小林・前掲注3) 133頁）。

<sup>67</sup> 町野・前掲注4) 50頁、174頁。

<sup>68</sup> 小林・前掲注3) 49頁以下。

<sup>69</sup> 内藤・前掲注17) 308頁以下。

ことが必要とされる点で、社会的相当性説よりは客観的な判断基準を提供しているようにも思われる。しかしながら、優越的利益説に対しても、多様な価値観が展開される現代においては、対立する利益の価値の高低をどのように判断するのか、究極的には、利益の優劣を決める一定の価値観が示されなければならないことになるが、憲法を頂点とする実定法を手掛りにするとしても、その客観的な価値基準を明確にすることは難しいであろう。<sup>70</sup> もちろん、違法性を阻却する具体的で一律の基準を示しがたいことは、治療行為の法的性質につき、違法性阻却を認めるいずれの見解に立っても妥当することであって、このことのみをもって、優越的利益説を批判することはできない。しかし、私見は治療行為の結果の側面よりも、行為の側面、治療行為が正当に行われたかどうかを重視したいと考えるので、社会的相当性説に与したい。いずれの見解にたつにせよ、問題は治療行為の正当化要件をより具体的に、客観的に示すことであろうと思われる。その指針としては、第3章で示したところである。

他方、患者の承諾の有効要件として考えられている説明義務の範囲については、どのように考えるべきであろうか。患者の自己決定権を保障するために、医師が十分に情報提供することが望ましいが、医師はありとあらゆるすべてのことを説明する義務はないし、また、その必要もない。説明義務が免除される場合を含め、説明義務の範囲について、その指針となるものはおおむね本稿で述べたところに反対するものではない。前述のように、ドイツの民事判例においては、説明義務違反が医療過誤の受け皿構成要件となり、医師に広範な負担をかけていることが指摘されているが、確かに、この説明義務違反がすべて承諾を無効とし、結論として、医師が傷害罪に問われることは不当である。承諾を無効にするような説明義務違反の内容が問題となろう。

## 5. 小括

本章では、治療行為は構成要件に該当し、違法性が阻却されるとする治療行為傷害説を前提とし、治療行為の正当化根拠として提唱されている日本およびドイツの学説を検討した。社会的基盤の相違により、<sup>71</sup>業務権説が日本およびドイツでもつ影響は異なっていたし、ドイツの判例が治療行為傷害説にたつことが確立していることから、ドイツの学説においても、これに与する立場が増えてきたものの、ドイツ刑法典には国内でたびたび議論されている専断的治療行為を処罰する条文がなく、患者の自己決定権を手厚く保護するための方策として判例を支持する声が増えてきているように思われる背景があるが、両国で主張されている主な見解の内容には類似する点が多く見られた。

治療行為の正当化根拠と正当化要件との関係については、患者の意思を度外視して治療行為の正当化を考える立場と、患者の意思を大なり小なり考慮して正当化を認める立場とに大きく分けられる。現代の潮流に沿えば、やはり患者の意思を看過することは妥当ではなく、また、治療行為の正当化要件として一般に考慮される、治療の目的、医学的適応性、医術的正当性、患者の承諾の4要件のうち、いずれか1つの要素でもってすべての治療行

<sup>70</sup> 小林・前掲注3) 128頁以下、町野・前掲注4) 147頁。

<sup>71</sup> 我が国においては、ドイツのような強い伝統を持つ医師階級が存在しなかったことが、我が国において業務権説が広く支持されるには至らなかった理由ではないかとの指摘がある(町野・前掲注4) 9頁)。

為の正当化を考えることは困難であり、これらの要件が有機的に組み合わさって正当化されるべきであろうと考える。その根拠としては、様々な要因を考慮して治療行為の正当化を認める余地があるが、結果の側面よりも行為の側面を重視する傾向にあると思われる社会的相当性説を妥当と考えるが、できるかぎり具体的かつ客観的な基準を提供することが必要であると思われる。その指針としては第3章で述べたところである。

他方、治療行為の正当化要件としての有効な患者の承諾を認めるためには、医師が患者に必要な情報を提供する自己決定のための説明義務固有の問題が存在する。医師は①患者に説明を放棄された場合、②患者が治療に関する完全な知識を有している場合、③説明することがむしろ医学的適応に反する場合、④患者が意識不明又は判断能力がない場合に説明義務を免除されるが、①侵襲の重大性や②侵襲の目的および緊急性、③患者の素養を考慮して、診断および経過およびリスクの説明を行う必要がある。もっとも、そこにおいては、あらゆる説明義務違反が承諾の無効をもたらすものではなく、説明義務違反があっても、承諾を有効とする余地はあると解する。

次章では、ドイツの民事判例において発展した仮定的承諾の理論を検討したい。仮定的承諾は、本章で論じたような説明義務違反があった場合に、たとえ十分な説明を行っていたとしても、いずれにせよ当該医的侵襲に賛成する患者の承諾を得ることが可能であったと仮定的に考えることにより、民法上広範に説明義務を課せられてしまった医師の刑事責任を否定もしくは減ずるべく考えられた理論である。この仮定的承諾の理論を用いて、説明義務違反があっても治療行為を正当化することは可能であるかを考察することとする。



## VI. 仮定的承諾

前章では、治療行為は構成要件に該当する行為であることを前提に、ドイツおよび日本の治療行為の正当化根拠について検討し、正当化根拠と正当化要件の関係を考察した。そこにおいては、社会的相当性説にたち、治療行為の正当化要件として一般的に考えられている、治療の目的、医学的適応性、医術的正当性、患者の承諾の4つの要件のうち、いずれか1つの要素でもって正当化を論じることが否定され、これらを総合的に判断し、できるかぎりその関連を具体化・客観化することが妥当であることが示された。同時に、これらの4つの要件のうちでも重視されてきている患者の承諾は、医師から実施される治療行為について十分な情報提供を受けたうえで、これを受けるか否かを決定することが必要とされており、前章では、その際に議論される、医師が患者の自己決定権を保障するために課される説明義務の問題を論じた。もちろん、医師は説明義務が免除される場合もあるが、基本的には、①侵襲の重大性や②侵襲の目的および緊急性、③患者の素養を考慮して、診断および経過およびリスクの説明を行う必要がある。そのため、このような説明義務に違反した場合には、承諾が無効とされ傷害罪の責任を負わせられることになるが、本章では、説明義務違反があっても、治療行為を正当化する余地があるかどうかを考えるために、ドイツで非常に議論されている仮定的承諾の理論について検討する。

### 1. 意義

治療行為は構成要件に該当し、一定の要件の下違法性が阻却されるとする治療行為傷害説によれば、患者の承諾を欠いて実施された治療行為、またはその承諾の範囲を超えて行われた治療行為は、専断的治療行為<sup>1</sup>と呼ばれ、学説上の通説によれば、たとえ客観的に治療の目的を達したとしても、違法性阻却が認められず、傷害罪を構成することになる。<sup>2</sup>治療行為傷害説を採る論者が多数を占めるわが国においては、患者の承諾の有効性は治療行為の違法性を否定するため、あるいは治療行為を正当化するための要件として重要な意義をもつ。<sup>3</sup>この患者の承諾は、基本的には、患者の真意に基づくものであることが必要であり、そのためには、治療を行うか否かを判断するための十分な情報を必要とする。この情報は、患者に比べ、少なくとも相対的には正確かつ多くの知識・経験を有する医師によって与えられることとなる。<sup>4</sup>したがって、基本的には医師がこの情報を十分に説明したうえ

---

<sup>1</sup> ドイツの判例・学説、わが国の判例・学説につき、詳述されたものとして、小林公夫『治療行為の正当化原理』（2007年）280頁以下、佐久間基「専断的治療行為と傷害罪（一）」（1991年）東北法学55巻3号87頁以下、同・「専断的治療行為と傷害罪（二）」（1991年）東北法学55巻4号88頁以下、同・「専断的治療行為と傷害罪（三・完）」（1994年）（以下では、それぞれ（一）、（二）、（三・完）とする）東北法学58巻2号124頁以下、町野朔『患者の自己決定権と法』（1986年）11頁以下も参照。なお、本章で用いる専断的治療行為という概念は、第4章で用いた場合と同様に、患者の承諾以外の正当化要件、すなわち、医学的適応性および医術的正当性を備えた治療行為であることを前提とする。

<sup>2</sup> 井田良『講義刑法学・総論』（2008年）329頁、大谷實『刑法講義総論（新版第4版）』（2012年）259頁。

<sup>3</sup> 治療行為について、違法性が阻却される根拠の中核は、患者の承諾にあるともされる（山口厚『刑法総論（第2版）』（2007年）164頁参照）。

<sup>4</sup> 武藤眞朗「医師の説明義務と患者の承諾——「仮定的承諾」序説——」東洋法学49巻2号（2006年）6頁。

で、患者の（現実的）承諾を得てから治療行為を実施することになる。しかし、患者が重篤なあるいは意識不明の状態で、意思表示することができず、現実的承諾の得られない場合、あるいは、医師が説明をしてから承諾を得ようと思っても可能ではない場合は、一般的にはいわゆる推定的承諾の法理によって、治療行為は正当化されると理解されている。<sup>5</sup>

一方、最近のドイツの判例・学説において、被害者の承諾および推定的承諾とならんで、解釈上の争いが生じているのが、仮定的承諾の理論である。<sup>6</sup>この仮定的承諾という法形象は、医師が十分な説明を行って患者から承諾を得ることができたにもかかわらず、承諾を得ないまま、あるいは、患者に当該治療行為について、不十分にしか説明せずに承諾を得て、治療行為が実施された場合に問題とされる。前述の推定的承諾の法理は、何らかの理由があることによって現実的な承諾を得ることができない場合に適用される法理論であるから、患者から事前に承諾を得ることが可能であった以上のようなケースでは、患者の推定的承諾による違法性阻却は認められない。<sup>7</sup>また、前述のように、基本的には医師が十分な説明をして、現実的承諾を得ることが前提とされるから、不十分な説明に基づいて得られた承諾は患者の現実的承諾として、治療行為の違法性を阻却する効果をもたない。このように、承諾自体が存在しないまま、あるいは不十分な説明に基づく承諾を得て治療行為が実施されたケースにおいて、たとえ十分な説明を行っていたとしても、いずれにせよ当該治療行為に賛成する患者の承諾を得ることができたものと仮定的に考えることにより、人の生命・身体への侵襲を伴う治療行為を実施する医師の刑事責任を否定もしくは減ずるべく考えられたのが仮定的承諾の理論である。

以上のような仮定的承諾論が問題になるケースは、わが国でも想定されるところである。確かに、いまだわが国では承諾に基づかない治療行為（専断的治療行為）が傷害罪として判断されたケースは見当たらず、<sup>8</sup>せいぜいのところ、民事上の不法行為責任が問われているにすぎない。<sup>9</sup>しかしながら、学説上の通説的見解によれば、専断的治療行為は患者の承諾がないため、傷害罪の違法性を阻却しないものとされる。<sup>10</sup>専断的治療行為における

---

<sup>5</sup> 武藤・前掲注4) 6頁、同・「いわゆる仮定的承諾について——医師の説明義務と患者の承諾——」(2008年)刑雑47巻3号317頁。

<sup>6</sup> わが国においても、仮定的承諾を巡るドイツの議論状況について紹介・検討されたものとして、杉本一敏「仮定的承諾論の「論理構造」に対する批判的覚書」(2009年)愛知学院大学宗教学制研究所紀要第49号93頁以下、鈴木彰雄「傷害罪における被害者の仮定的承諾——ターレンの所説について——」名城ロースクール・レビュー3号(2006年)1頁以下、同・「ドイツ刑事判例研究(十)」名城ロースクール・レビュー8号(2008年)171頁以下(以下では、それぞれ(仮定的承諾)、(判例研究)とする)、古川伸彦「医的侵襲行為の正当化と『仮定的承諾』論」高山佳奈子・島田聡一郎編『山口厚先生献呈論文集』(2014年)39頁以下、武藤・前掲注4)5頁以下、同・前掲注8)317頁以下、山中敬一「医師の説明義務と患者のいわゆる仮定的承諾について」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第一巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』(2006年)253頁、同・『医事刑法概論I序論・医療過誤』(以下、それぞれ(古稀)、(概論)とする)(2014年)349頁以下。

<sup>7</sup> Christoph Sowada, Die hypothetistische Einwilligung im Strafrecht, NStZ 2012, S. 5.

<sup>8</sup> 大谷・前掲注2)267頁、小林・前掲注1)338頁、杉本・前掲注6)94頁、武藤・前掲注4)35頁。井田・前掲注2)329頁も、実務は治療行為非傷害説を採っているものとする。

<sup>9</sup> 小林・前掲注1)295頁。

<sup>10</sup> 井田・前掲注2)329頁、大谷・前掲注2)267頁。

わが国の学説に対する影響の観点からは、承諾のない治療行為を正当化（違法性阻却）しようとする仮定的承諾の法理は、わが国においても参考になるべき点が多く含まれているように思われるし、現在の患者の——個人の——自己決定権を尊重しようという傾向に鑑みれば、<sup>11</sup>患者の自己決定権（承諾）に基づかない治療行為、あるいは患者の自己決定権を行使するうえでの条件が十分に整っていないまま得られた承諾に基づく治療行為の可罰性を否定ないし制限しようとする考え方は重要な示唆に富むものと考えられる。以下では、まず、治療行為の正当化要件のうち、患者の承諾の要件がその他の正当化要件と比べてどの程度重視されているのかを改めて確認するためにも、わが国およびドイツにおいて、患者の承諾を欠く専断的治療行為が傷害罪として処罰される可能性があるのかについて概観した後、仮定的承諾論をめぐるドイツの議論を整理し、わが国においても仮定的承諾によって医師の刑事責任を否定もしくは減ずることは可能であるかについて、ひとつの回答を提示することを試みる。

## 2. 専断的治療行為と傷害罪の関係

### （1）日本の議論

前述のように、わが国においては、専断的治療行為は、傷害罪が成立すると理解されている。とはいえ、このような立場は、患者の自己決定権に反したという点を、他の治療行為を正当化する要件と比較してどのように理解しているのか、疑問が残らないではない。というのも、前述したように、わが国においては、患者の自己決定権は治療行為を正当化するにあたり、絶対的なものとは理解されておらず、それに反したからといって直ちに傷害罪の違法性を帯びるものとは考えられないように思われるし、また、傷害罪の保護法益についても、被害者の意思はその保護法益の中に包括されていないため、これに背いた治療行為が即座に傷害罪で処罰されることにはならないと考えられるからである。<sup>12</sup>他方、専断的治療行為は傷害罪の構成要件には該当しないとする見解も存在する。それによれば、専断的治療行為の問題は以下のような解決方法が提案される。すなわち、①専断的治療行為を成功したものと失敗したものとに分け、前者については民事的な不法行為を構成するにすぎず、後者については過失傷害とする見解、②医療行為自体は適法なものとし、ただ患者の自己決定権を侵害した点において違法であると考えられるが、現行法上は犯罪ではないとする見解、③専断的治療行為という犯罪類型を提唱し、立法論に委ねる見解など

---

<sup>11</sup> 大谷・前掲注2) 267頁、立石二六『刑法総論（第3版）』（2008年）157頁、前田雅英『刑法総論講義（第5版）』（2011年）106頁、340頁。

<sup>12</sup> もっとも、傷害罪は、ドイツの学者に主張されるように、①他人の意思に反してその身体に干渉してはならないという規範と、②他人の身体の生理的な機能を害してはならないという規範とが含まれていると考えれば、自己決定権を害することが傷害罪にあたるものと考えられるが（小林・前掲注1）350頁、齊藤誠二『医事刑法の基礎理論』（1997年）29頁）、私見によれば、このように自己決定権を傷害罪の保護法益に加えることにすれば、専断的治療行為が成功したような場合には、客観的にみて自己決定権のみを侵害したことが「傷害」したといえるかどうかにも疑問が残るし（小林・前掲注1）350頁以下）、あらゆる刑法上の犯罪において、自己決定権が保護法益として加えられなければならないことを否定しがたく思われる。

が存在する。<sup>13</sup>もつとも、わが国の実務では、専断的治療行為はすべて民事の損害賠償請求事件として立件されているにすぎないが、近時の患者の自己決定権を尊重していこうという時代的背景を考慮すれば、今後、傷害罪として立件されることがありえないとはいえないであろう。<sup>14</sup>

## (2) ドイツの議論

ドイツの判例は、医師による治療侵襲は、傷害罪の構成要件該当性があり、患者の承諾により初めて正当化される、という姿勢を一貫してとり続けていることから、承諾のない医的侵襲（専断的治療行為）は傷害罪で処罰されることが明らかである。このような見方に対しては、傷害罪の保護法益は、個人—ここでは、患者—の自己決定権を保護するものではないから、これを傷害罪で処罰することは法解釈によって、新しい傷害罪の構成要件を創設することになってしまうという批判が提起される。<sup>15</sup>日本に比して、極めて活発に議論されているといわれるドイツの専断的治療行為に関する議論状況をごく簡単に述べれば、以下のとおりである。<sup>16</sup>すなわち、ドイツの判例はすでに述べたように、この問題に対し、一貫して厳格な同意説の立場を貫き、傷害罪で処罰されたとしている。これに対し、学説上の多数説は、医学的適応性・医術的正当性にかなった治療行為は、傷害罪の構成要件に該当しないとの立場を支持している。この多数説に対しては反論もある。すなわち、そのような治療行為は、医学的適応性・医術的正当性という要件を満たすが、患者の承諾のない治療行為が犯罪類型として捕捉できなくなる。そして、専断的治療行為の構成要件を設けるといふ立法的解決を採らない限り、その間、医師の治療行為に対する可罰性の間隙が生じるといふ批判である。この場合には、抽象的に患者の自己決定に対する罪と、それに伴い、自由に対する罪が問題になるとする見解もある。とはいえ、強要罪や逮捕監禁罪の構成要件では、その種の事例の一部しか捕捉できないであろうから、終局的には、自由に対する罪の章の中で専断的治療行為という新構成要件を創設することが求められるともいわれている。<sup>17</sup>以下では、仮定的承諾を巡るドイツの判例および学説の議論状況を紹介したいと思う。

## 3. 判例

仮定的承諾の理論は民事判例に由来するもので、<sup>18</sup>当初、RG は仮定的承諾という抗弁を

<sup>13</sup> 小林・前掲注1) 341頁以下、齊藤・前掲注12) 30頁以下、佐久間・前掲注1) (三・完) 論文133頁以下。

<sup>14</sup> 武藤・前掲注4) 35頁。

<sup>15</sup> Henning Rosenau (山本紘之訳「医療過誤における可罰性の限定？」比較法雑誌第42巻第3号78頁以下、83頁。

<sup>16</sup> 専断的治療行為に関するドイツの判例・学説につき、詳述されたものとして、小林・前掲注1) 280頁以下、349頁以下、佐久間・前掲注1) (一) 論文105頁以下、同・前掲注1) (二) 論文89頁以下、町野・前掲注1) 89頁以下も参照。

<sup>17</sup> 小林・前掲注1) 349頁以下。

<sup>18</sup> Gunnar Duttge, Die „hypothetische Einwilligung“ als Strafausschlußgrund : wegweisende Innovation oder Irrweg? Friedrich-Christian Schroeder-Festschrift, 2006, S. 191.; 鈴木・前掲注6) (判例研究) 174頁、武藤・前掲注4) 7頁、山中・前掲注6) 255

認めてはいなかった。その後、BGH は 1959 年に初めて、RG の見解とは逆に、仮定的承諾の主張は顧慮されうることを示唆した。この仮定的承諾という抗弁は、第 3 民事部によって撤回されたこともあったが、遅くとも 1965 年の第 6 民事部の決定によって、民法上はその価値が認められており、後述する 1984 年 2 月 7 日の第 6 民事部の決定は、すでに確立した判例を援用することができた。その後、民事判例で発展を遂げた仮定的承諾の法理は、1990 年代になると、刑事判例へ引き継がれるものがみられるようになった。<sup>19</sup>その前兆は 1996 年の人工骨事例にもみられるといわれるが、<sup>20</sup>本章では、より明示的に仮定的承諾の理論が適用されたといわれる<sup>21</sup>2003 年 10 月 15 日の決定を紹介したいと思う。以下ではまず、1984 年の BGH 第 6 民事部の決定——仮定的承諾に関する一連の判例のリーディングケースとなった判例であるとされている<sup>22</sup>——を紹介し、続いて、刑事判例に言及していきたい。

(1) 民事判例——放射線治療事件<sup>23</sup>——

a) 事実の概要ならびに訴訟の経緯

悪性のリンパ内腫症に罹患した 34 歳の患者（女性）は、放射線療法を受けていた。その際に手渡された「照射を受ける患者のための説明書」には脊椎損傷の危険については書かれていなかった。この危険は、確かに非常に稀とはいえ、類型的な危険であった。患者は、照射を受けはじめて約 14 日後、嚥下障害、呼吸時の痛みを感じるようになり、その後さらに、腰を曲げたときに脊椎に沿った痛みを感じるようになり、1 年以上経って、脊椎横断麻痺が発症するなどの症状がでた。この患者は、脊椎損傷の危険について、説明を受けていなかったことにつき、治療を受けた医師に対して損害賠償を請求した。これに対して、医師は、この患者が規則通りに説明を受けていたとしても、放射線療法に承諾していた、と反論した。というのも、この治療をしなければ、この患者は平均してみれば、もはや残り 3 年ほどの余命しかなかったと見込まれたこと、そして、この治療をしなければ、脊椎横断

---

頁。

<sup>19</sup> 武藤・前掲注 4) 7 頁。

<sup>20</sup> Walter Gropp, *Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?* Friedrich-Christian Schroeder-Festschrift, 2006, S.198.; ドイツの仮定的承諾をめぐる判例については、この人工骨事件が最初に挙げられることが多い。人工骨事件について、紹介したものとしては、Lothar Kuhlen, *Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen*, Festschrift für Claus Roxin, 2001, S. 334ff., 341ff.; Sowada, a. a. O. (Anm. 7), 1f.; 杉本・前掲注 6) 99 頁以下、鈴木・前掲注 6) (仮定的承諾) 2 頁、同・前掲注 6) (判例研究) 174 頁、古川・前掲注 6) 73 頁以下、山中・前掲注 6) (古稀) 255 頁以下、同・前掲注 6) (概論) 356 頁以下、武藤・前掲注 4) 9 頁以下、また、武藤・前掲注 4) 8 頁以下では、人工骨事件よりさらに遡って 1994 年に起こった脳腫瘍手術事件も仮定的承諾を扱った事例として紹介されている。さらに、Sowada は、最高裁の関連する判例を時系列順で紹介している (a. a. O. (Anm. 7), S. 1ff.)。比較的最近の判例も網羅した文献として、古川・前掲注 6) 42 頁以下、山中・前掲注 6) (概論) 352 頁以下も参照。

<sup>21</sup> Duttge, a. a. O. (Anm. 18), S. 188.; 武藤・前掲注 5) 318 頁。

<sup>22</sup> 山中・前掲注 6) (古稀) 261 頁。

<sup>23</sup> BGHZ 90, 103ff. BGH 第 6 民事部 1984 年 2 月 7 日の決定である。本文の記述は、BGHZ 90, 104ff.; 山中・前掲注 6) (概論) 261 頁、同・前掲注 6) (概論) 353 頁以下を要約したものである。

麻痺になる蓋然性は、治療をした場合と比べて約10倍になることと予想されたからである。

#### b) 判旨

たとえわずかな危険であろうと、生命にかかわるような適応であろうと、説明は必須のものである。そして、本事案におけるように、その危険が稀有であり、かつその治療法をとらなかった場合でも高い蓋然性をもってその病気を原因として、その危険が実現していたといえる場合にも、その危険、つまり脊椎横断麻痺の危険について患者に説明する義務がある。そして、自己決定権の要請によれば、患者のなした自己決定が、たとえ医学的に極めて不合理なものであっても、患者は侵襲について自ら判断しうるし、これを拒絶することができる。しかしながら、説明を受ける権利が濫用される危険が存在するという民事判例の問題性に鑑みて、医師が説明義務を果たしていないと主張する患者は、規則通りの説明があった場合には、少なくとも自分が治療を受けるか受けないかを判断する心的葛藤に立たされ、そのため当該治療を拒否することが合理的であることを説明し、立証しなければならない。

民事判例では、このように、医師の説明義務違反があった場合に、医師は、患者の仮定的承諾を援用し、義務違反がなくても患者の承諾は得られていたと主張して責任を免れることができることになっている。しかし、医師によって無制限にこの主張がなされると、患者はほとんど勝つ見込みがなくなる。そこで、民事判例では、仮定的承諾を援用して、医師がその責任を免れるのは、「極端な例外的な場合に限定されている」。<sup>24</sup>民事判例はこの他にも多数存在するが、<sup>25</sup>以下では、この仮定的承諾の法理が刑法へと引き継がれていることを確認するために、刑法上の仮定的承諾を扱う論稿では必ずといってよいほど紹介されている刑事判例をやや細かく見ていきたいと思う。

### (2) 刑事判例——椎間板事例<sup>26</sup>——

#### a) 事実の概要ならびに訴訟の経緯

当該患者（女性）は二箇所の椎間板の階層においてヘルニアがあると診断された。重度のヘルニアは第四腰椎と第五腰椎（L4/L5）の間の椎間板に、軽度のヘルニアは、その下の第5腰椎と第1仙椎（L5/S1）の間の椎間板にあった。しかしながら、手術の際にクリニックの副主任医師（女性）は、椎間板の階層を誤って、手術すべき階層（L4/L5）の下にあっ

<sup>24</sup> 山中・前掲注6）（古稀）264頁。

<sup>25</sup> 山中・前掲注6）（古稀）261頁。民事判例の概要については、鈴木・前掲注6）（判例研究）176頁注2）を参照。なお、山中・前掲注6）（古稀）261頁以下では、1989年2月14日の事案が紹介されている。

<sup>26</sup> BGH NStZ-RR 2004, 16ff. BGH 第1刑事部 2003年10月15日の決定である。本文の記述は、JR 2004, 251f.; Duttge, a. a. O. (Anm. 18), S. 188.; Gropp, a. a. O. (Anm. 20), S. 198.; Christian Jäger, Die hypothetische Einwilligung-ein Fall der rückwirkenden juristischen Heilung in der Medizin, in: Müller-Dietz/Kunz/Radtke/Britz/Momsen/Koriath (Hrsg.) Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag, 2007, S. 346.; Sowada, a. a. O. (Anm. 7), S. 2.; 杉本・前掲注6）103頁以下、鈴木・前掲注6）（仮定的承諾）2頁以下、同・前掲注6）（判例研究）174頁、古川・前掲注6）59頁以下、山中・前掲注6）（古稀）259頁以下、同・前掲注6）（概論）358頁以下、武藤・前掲注4）13頁以下、武藤・前掲注5）318頁以下を要約したものである。

た L5/S1 階層のヘルニアを除去してしまった。手術をした翌日になっても患者が下肢の麻痺症状を抱えていたことから、それは神経繊維が傷つけられたことを意味していた。神経繊維の侵害の原因を、レントゲンや CT 検査で調べてみると、明らかに手術をした階層を取り違えていたことが判明したため、副主任医師は、上司であるクリニックの神経外科医長（被告人）にそのことを伝え、助言を求めた。被告人は、この副主任医師に対して、患者にはミスについては触れずに、第一の手術において実際には手術しなかった L4/L5 の部位に初期の再発があり、再び手術しなければならなくなったと説明し、その手術の際に当初予定していた重度のヘルニアの除去を行うことを勧めた。また、第二手術の報告書には、患者には L4/L5 の部位に初期の再発があり、その際に第 5 腰椎の右側の椎弓（Wirbelhalbboogen）と L5/S1 にあった軽度のヘルニアも除去したと書くように助言した。副主任医師は、これに従ってその旨の説明をして患者の承諾を得て、再度の手術を実施した。患者は、第二手術の承諾に際し、第一手術で医療ミスがあったこと、第二手術では、第 5 腰椎の右側の椎弓の切除が決められていたという事情については聞いていなかった。

LG は、量刑判断において、この第二手術が医学的に必要であり、医学的適応性があることを認め、この患者はもし真の事実を認識していた場合にも、必要性和緊急性があったことから、おそらくこの第二の手術に承諾していただろうし、手術は結果的に患者の意思にも利益にも合致していたと認定した。しかしながら、真の事実を知らされていれば、他の医師に手術してもらうことを強く主張したかもしれないこと、被告人も副主任医師も、患者の推定的承諾があるとは思っていなかったことを指摘した。そして、LG は、副主任医師を傷害へと教唆したことから故意の身体傷害罪の教唆（223、26 条）で、被告人を有罪とした。BGH は判決を破棄差戻しした。

#### b) 判旨

医的侵襲は、瑕疵のない承諾によってのみ正当化される。したがって、本件において、患者は第二手術が必要になった原因について騙された結果として手術に承諾したことから、この患者の手術への承諾は無効である。さらに、LG が、「推定的承諾」としているのは、実は明らかに「仮定的承諾」のことである。というのも、本件では、患者の推定的意思—患者の意向を聞くことができない状況である—に合致した医的侵襲が問題になっているわけではないからである。（そして、）副主任医師も被告人も、真実に合致した説明をすれば、副主任医師によって具体的に行われた手術について、患者の推定的——正しくは仮定的——承諾を得ることはできないと思っていたという認定で足りるとすることはできない。（というのも、）この認定をしても、被告人には故意による違法な行為へと教唆する意思があったという行為の主観面が証明されたにすぎない（からである）。（そして、）客観的な観点においては、LG の認定は不十分なものである。どこが認定不十分であったかを BGH は、LG が「仮定的承諾」について十分に検討しなかったところにあるとしている。というのも、患者が真実に合致した説明を受けていたとしても、実際に実施された手術に承諾したという場合には、（その傷害行為の）違法性が脱落するからである。規則どおりの説明を受けた際には承諾が得られなかったという場合にのみ、証明された説明の欠如によって、傷害罪の違法性が認められ、その行為への教唆の可罰性が認められることになる。このことは、検察官の側から医師に対して立証されなければならない。疑いが残る場合には、「疑わしきは被告人の利益に」の原則にしたがって、医師に有利になるよう

に、規則通りの説明を受けた場合にも、承諾は得られたということが出発点とされなければならない。

また、LGは副主任医師の説明が不十分なものであったこと（と、患者が出した具体的な結論との間）の因果関係を判断していない。因果関係の検討にあたっては、当該患者の具体的な判断の結果がどうであるかに注目すべきである。（したがって、）患者は、いずれにせよ手術しなければならなかった、あるいは、合理的な判断のできる患者であれば承諾していたということは問題にならない。この事案において、LGは、この患者が、真実を知らされていたとしても、副主任医師による手術に承諾したか、それとも別の医師の執刀を要求したかという点、患者が説明なく切除された第5腰椎の右側の椎弓摘出に対して承諾していたかという点についても、認定すべきであった。第二手術が結果として患者の意思および利益に合致していたということでは足りない。最後に、仮定的承諾について被害者に質問する場合には、その発言とともに自分がそのように評価した根拠も聞き出すこと、そして、この根拠は患者の視点から真実の事実を発見するにあたって、当時の患者の判断が、患者の視点からみて理解可能で、かつ、考えられる結論であると思わせるものであること、と判示し、差戻し審のための示唆をなしている。

本判決によって、医療の場面において、仮定的承諾の法理が明示的に導入され、仮定的承諾の不存在について検察側に立証責任が負わされることが明確にされた。<sup>27</sup>そして、従来刑事事件においては、過失傷害の可罰性制限にのみ適用されていた仮定的承諾という法形象を、故意の傷害にも適用されることになったのである。<sup>28</sup>さらに、説明義務違反と患者の承諾との間の因果関係を検討する場合には、「患者の具体的な判断」に着目すべきであって、「合理的な判断のできる患者の判断」に置き換えてはならないとした点、<sup>29</sup>第二に、患者の仮定的判断に関する立証につき、「患者の視点」からみて「理解可能で、かつ、考えられる結論」であることを立証しなければならないとしている点が重要であると思われる。<sup>30</sup>以下では、現在盛んに議論されている仮定的承諾を巡る学説における状況を概観する。

#### 4. 学説

ここでは、刑法レベルでの議論を問題にするが、まず、仮定的承諾を支持する見解<sup>31</sup>を参

<sup>27</sup> 武藤・前掲注5) 319頁。

<sup>28</sup> 武藤・前掲注4) 15頁。

<sup>29</sup> 人は自由意思によって何かを決定するとき、常に合理的な理由に基づいて行動するものではなく、例えば患者が成功の確率が低くても、そのわずかな可能性にかけて治療を承諾することは十分にありうることから（武藤・前掲注4) 31頁、拙稿「自由意思論と神経科学——脳についての神経生物学的知見を契機として——」中央大学大学院研究年報第38号229頁以下）、仮定的承諾の理論においては、合理的な患者は想定できず、その患者の視点が重要になるということである。さらにいえば、合理的な患者を想定してしまうと、第二手術が生命に危険が及ぶような（あるいは身体の一部が切除されるような）重大な手術になってしまったほど、すなわち、第一手術において大きなミスをしてしまったほど、そのような手術であれば、合理的な患者は手術に承諾するから、仮定的承諾が認められやすくなってしまうことになる。

<sup>30</sup> 山中・前掲注6)（古稀）260頁以下、武藤・前掲注4) 15頁。

<sup>31</sup> この仮定的承諾の法理を、すべての被害者の承諾について転用することは可能であるか



照し、続いて仮定的承諾に異論を唱える見解について述べる。なお、学説上の対立においては、支持者と反対者とがほぼ同数であるといわれている。<sup>32</sup>

(1) 仮定的承諾を支持する見解および根拠

以下では、仮定的承諾の代表的な支持者である **Kuhlen** の見解の骨子を紹介し、さらにその基礎になっている根拠を整理し、概観したいと思う。**Kuhlen** はおおむね以下のように述べている。<sup>33</sup>

仮定的承諾が問題になる場合には、現実的に承諾を得ようとすれば得ることができるので、推定的承諾に必要とされる補充性の要件が排除されることになることから、現実的承諾と推定的承諾がそうであるように、仮定的承諾の法理もまた治療行為の正当化事由である、と解することはできない。しかしながら、構成要件論において、義務違反連関または危険連関が認められない場合に、客観的帰属が否定されて既遂犯の客観的構成要件該当性が阻却されるのと同じように、客観的違法性の領域において、医師の説明が不十分であったこと（なかったこと）と結果との義務違反連関または危険連関が認められない場合には、既遂犯の客観的不法が阻却される。そして、既遂犯の客観的違法性の審査は、通常理解とは異なり、構成要件に該当する行為が客観的に正当化されないことが確定したとしても、既遂の客観的違法性の審査は終結しておらず、むしろ、結果が生じたのは、正当化事由がなかったためであるということが審査されなければ、既遂行為の客観的不法は脱落しない。<sup>34</sup>これを承諾の問題について適用すれば、行為が有効な承諾によって正当化された場合、または行為が有効な承諾によって正当化されていないが、構成要件の結果が生じたのは、行為が有効な承諾によって正当化されなかったためであるとはいえない場合に、その行為は既遂とはならない。そして、後者にあたるのは、承諾が帰属に関連した瑕疵を伴っていることから有効なものとして認められず、有効な承諾による正当化は認められないが、結

---

という視点からも議論がなされている（鈴木・前掲注 6）（仮定的承諾）7 頁参照。鈴木教授は、被害者が後から宥恕したというような事情は量刑事情のひとつにとどめるのが望ましい旨述べられている。）。

<sup>32</sup> Gropp, a. a. O. (Anm. 20), S. 199.; Sandra Wiesner, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, 4.Auf. (2010 年), S. 94.

<sup>33</sup> 本文の記述は、Duttge, a. a. O. (Anm. 18), S. 184ff.; Gropp, a. a. O. (Anm. 20), S. 199f.; Kuhlen, a. a. O. (Anm. 20), S. 331ff., 336ff., 345ff.; Wiesner, a. a. O. (Anm. 32), S. 101ff.; 杉本・前掲注 6) 108 頁以下、鈴木・前掲注 6) (仮定的承諾) 4 頁以下、同・前掲注 6) (判例研究) 174 頁以下、山中・前掲注 6) (古稀) 266 頁以下、同・前掲注 6) (概論) 366 頁以下、武藤・前掲注 4) 21 頁以下、武藤・前掲注 5) 320 頁以下を要約したものである。

<sup>34</sup> このことを **Kuhlen** は、以下の事例を用いて例証している。すなわち、所有者 **E** が、**E** の鞆を盗んで逃げようとした窃盗犯 **D** に「止まれ」と叫んだ。**D** はそれでも逃げたとき、まず威嚇射撃をすべきであったのに、**E** は、即座に **D** の足に一発発砲し、足に当たった。傷害既遂の構成要件は充足されている。威嚇ではない発砲は、客観的に正当防衛ではない。必要性がなかったからである。それにもかかわらず、**D** がまず威嚇射撃しなかったとき、傷害は既遂とはならない。なぜなら、この発砲は、役に立たなかったかもしれないからである。**D** は、引き続いて——その場合には正当防衛によって正当化されるのであるのが——**D** に向かって発砲することが許されたであろうし、行われたであろう。そして、現に生じたのと同じように傷害されたことはいずれにせよ排除できない。義務違反連関が欠落するがゆえに、客観的帰属の基本的な考え方によると、傷害未遂のみが考えうることになる（山中・前掲注 6) (古稀) 268 頁参照）。

果がこの瑕疵に起因しない場合である。この要件が充足されるのは、承諾に瑕疵が存在しない、つまり有効な承諾があっても、その結果が生じる場合（義務違反連関の不存在）、あるいは承諾の瑕疵に特有の危険が結果に実現していない場合（危険連関の不存在）である。なお、仮定的承諾は、推定的承諾の場合とは異なり、事後判断である、と。

したがって、Kuhlenによれば、現実的承諾と推定的承諾は治療行為の正当化事由であるのに対し、仮定的承諾は正当化事由における客観的帰属の一つとして位置づけられ、適切な説明がなされずに承諾が与えられ、それに基づいて侵害行為が行われた場合に、「もし、適切な説明が行われていたとしても承諾していた」という場合には、義務違反連関が欠如することになり、既遂の違法性が否定されることになる。続いて、仮定的承諾が支持される根拠として挙げられているものを列挙してみたい。もちろん、第一に挙げられるのは、いうまでもなく、医師が（単なる）説明義務違反を犯した場合に、仮定的承諾の法理はその可罰性を否定ないし減じうる方策になることである。このような解釈学的な考慮は確かに理解しうるものであるが、このような場合についてもむしろ罰する必要性があるとする見解もあるであろう。以下では、これ以外の仮定的承諾の支持基盤について、刑法理論に関連する根拠とそれ以外の視点からの根拠とに分けて、簡単に紹介したいと思う。

#### a) 刑法理論に関連する根拠

##### ①説明義務違反は必ずしも刑事法上の違法を意味しないこと

第一に、民事上の説明レベルと刑事上の説明レベルを同一に把握してはならないことが挙げられる。民事上の賠償責任訴訟においては、医師の説明義務の拡大が認められるようになってきている。そのような中で、説明義務違反があることは、推定されるが立証しえない医療ミスがあることを疑わせる目印として機能している。確かに、損害調整を目的とする民事訴訟においては、この説明義務違反が有罪の根拠になるかもしれないが、刑事上の説明レベルは民事上の説明レベルとは異なるものであるという指摘である。<sup>35</sup>

##### ②違法一元論上の考慮

第二に、違法一元論上の考慮が挙げられる。仮定的承諾の法理は、①で述べたように、民事裁判では広く認められてきている医師の責任を減じるために考えられ、発展してきたものである。いまのところ、刑法の目標に沿った、適切な医師の説明義務の範囲を示す基準は見出されていないし、刑事裁判がBGHの民事部の非常に厳格な実務を借用してきたことに鑑みれば、民事法で発展した限定は一層考慮されなければならないし、当該医師が民事上は賠償責任から解放されるのに対して、刑事上は処罰されなければならないということは考えられないという法秩序の統一性からの考慮である。<sup>36</sup>

##### ③刑法体系上の思考方法に適合すること

第三に、仮定的承諾という法形象は、客観的帰属、合法的な代替態度、許されない危険などという刑法体系上の思考パターンに適合することが挙げられる。<sup>37</sup>すなわち、規則どおりの説明を受けたとしても、身体の完全性への侵襲について明らかに承諾をしたであろう

<sup>35</sup> なお、武藤・前掲注4) 33頁以下、山中・前掲注6) (古稀) 280頁も参照。

<sup>36</sup> Wiesner, a. a. O.(Anm. 32), S. 95.

<sup>37</sup> 構成要件における客観的帰属の場面で論じられる説明義務の保護目的論についても、それと類似する構造があるものとされる(山中・前掲注6) (古稀) 278頁)が、本稿では割愛した(これについての詳細な検討については、杉本・前掲注6) 98頁以下を参照)。

という仮定的承諾が問題になるケースは、医師による説明義務違反が、患者の承諾表明の中に表出していない場合といえ、結果の帰属可能性が脱落する（義務違反連関の不存在）場合であると思われるし、ここでは客観的帰属の考え方が違法性段階へ転用されている。この考慮は、合法的な代替態度という法形象による考慮と軌を一にするものであるため、構成要件段階での客観的帰属に関係するといわれる合法的な代替態度というこの法形象も、ここでは、違法性段階で裨益することになる。許されない危険が結果において実現されたのでなければならないという原則によっても同じことが論証される。<sup>38</sup>

#### b) 刑法理論以外の視点からの根拠

##### ①患者の利益になること

第一に、刑法理論以外の視点から仮定的承諾を承認している根拠としては、仮定的承諾の考え方が、患者の利益に裨益することが挙げられる。というのも、仮定的承諾の考え、すなわち、患者が必要な説明を受けていた場合にも承諾していたということを告げるかどうかは、もっぱら患者の満足度（Zufriedenheit）に左右されると思われることによる。<sup>39</sup>

##### ②医療実務上の考慮

第二に、医療の日常における現実としては、患者は圧倒的多数の場合において、医師の説明の後承諾するのであり、これが意味するところは、実は具体的な説明は重要ではなく、説明をしたという事実が重要なのであり、実際にも医療の現場において、説明は全くといってよいほどなされていないという医療実務上の現実が挙げられる。<sup>40</sup>

#### (2) 仮定的承諾を支持する見解および仮定的承諾それ自体への批判

以下では、前節で述べた仮定的承諾の代表的な支持者である **Kuhlen** の見解と仮定的承諾それ自体に反論する見解の骨子を、前節と同様に、やはり刑法理論に関連する批判とそれ以外の視点からの批判とに分けて紹介したいと思う。

#### a) 刑法理論に関連する批判

##### ①代替原因は重要ではない

第一に、仮定的因果経過は考慮されるべきではないという批判が挙げられる。代替原因は重要ではないということは、どんな場合にも妥当しなければならず、承諾についても妥

---

<sup>38</sup> 山中・前掲注6) (古稀) 254、276 頁以下も参照。合義務的な代替態度をとった場合にも、結果が確実性に境を接する蓋然性で同じく生じていたとすれば、是認し得ない結果は客観的に回避できず、患者が仮定的承諾をしていただろうという場合には、まさに許されないものは何も結果に実現しなかったといえるからである。なお、合法的な代替態度の理論と仮定的承諾論の論理構造は全く別物であるとする見解については、**Sowada, a. a. O. (Anm. 7), S. 9f.**, 杉本・前掲注6) 130 頁以下参照。

<sup>39</sup> **Gropp, a. a. O. (Anm. 20), S. 199.** **Kuhlen** によれば、**BGH** は、さらなる患者の利益を図るために、医的侵襲を行う時点で、少なくとも未必の故意で、医師が規則どおりの説明をしたとすれば患者は当該侵襲に承諾していなかっただろうと思っていた場合には、行為不法が存在しているという (Vgl. **Gropp, a. a. O. (Anm. 20), S. 199.**)。

<sup>40</sup> **Rosenau, Die hypothetische Einwilligung – eine neue Rechtsfigur!** 比較法雑誌第 43 巻第 3 号 (2009 年) 87 頁以下。**Rosenau** によれば、危険な侵襲においても、説明の瑕疵は、大部分の事例において、患者の承諾に影響を与えることはなく、患者の具体的な決定に大きな役割を果たすのは、医師の勧めなのであるという。

当しなければならないものとされる。<sup>41</sup>例えば、窃盗の被害者が、事実関係を分かっていたとすれば、行為者に盗まれた物をプレゼントしていただろうと述べることによって、行為者が窃盗の刑責を免れることになってはならないということである。<sup>42</sup>確かに、架空の因果経過を想定することは、因果関係論の枠内でも行われることであるが、仮定的因果経過は、行為者を免責するために任意に援用することができるものではなく、例外的に考慮されるにすぎない。仮定的承諾の場合が、このような特別な場合にあたるのかが説明されなければならない、という批判である。<sup>43</sup>

### ②正当化事由における因果関係は存在しない、考えられないこと

第二に、正当化事由の内部での因果関係による論証は、認められていないことが挙げられる。というのも、正当化事由は、因果関係の外部に存在するといわれるからである。<sup>44</sup>すなわち、説明されなかったこと（正当化事由の前提条件）と、被害者の身体へ侵襲結果が生じたこととの間の因果関係は存在しない、<sup>45</sup>ないしは両者の連関はそもそも因果関係とはいえないのではないかという批判である。<sup>46</sup>また、そもそも、仮定的承諾における結果とは何を指すのか、<sup>47</sup>および、どんな結果の帰属が仮定的承諾の場合には否定されるべきであるのかという問題が考慮される。<sup>48</sup>

### ③客観的帰属の考え方を違法性段階へ転用することはできないこと

第三に、Kuhlen が主張するような仮定的承諾のモデルにおいては、帰属的思考を意図的に違法性段階へと転用することによって、構成要件と違法性との相違点が看過されることになることが挙げられる。違法性の判断は、不法を根拠づける要素が認定されることによってではなく、不法を排除する要求がないこと（すなわち、正当化事由がないこと）から結論づけられているにすぎない。構成要件段階では、まず第一に、構成要件に該当することによって抽象的不法が根拠づけられ、この抽象的不法を認定したあとで客観的帰属によって、その構成要件的结果を帰属させることができるかどうかという観点は導き出すこと

---

<sup>41</sup> Gropp, a. a. O. (Anm. 20), S. 201.; Wiesner, a. a. O. (Anm. 32), S. 112.; Vgl. Jäger, a. a. O. (Anm. 26), S. 347.

<sup>42</sup> Vgl. Gropp, a. a. O. (Anm. 20), S. 201.; Wiesner, a. a. O. (Anm. 32), S. 118f.

<sup>43</sup> Gropp, a. a. O. (Anm. 20), S. 201.; Wiesner, a. a. O. (Anm. 32), S. 113ff.; その特別な場合にあたるのは、(不真正)不作為犯と過失犯における義務違反連関論が例示されることが多いが、これらと類似の構造をもつ仮定的承諾の論理は肯定できるとする立場 (Rosenau, a. a. O. (Anm. 40), S. 84f.) と、類似の構造をもっているか否かに疑問を投げかける立場 (不真正不作為犯について、否定するのは、Gropp, a. a. O. (Anm. 20), S. 201f. 過失犯については、Vgl. Gropp, a. a. O. (Anm. 20), S. 203.; 杉本・前掲注 6) 132 頁も参照) とに分かれている。

<sup>44</sup> Vgl. Gropp, a. a. O. (Anm. 20), S. 200.

<sup>45</sup> もっとも、Kuhlen は、正当化事由の前提と結果との関係は、「因果関係」ではないとする批判に対し、そのような「因果関係」が存在するという主張はしていないと反論する (山中・前掲注 6) (古稀) 271 頁参照)。

<sup>46</sup> 鈴木・前掲注 6) (判例研究) 175 頁、同・前掲注 6) (仮定的承諾) 5 頁参照。

<sup>47</sup> Gropp, a. a. O. (Anm. 20), S. 201. 203 頁以下では、侵襲結果 (Eingriffserfolg) と治療結果 (Heilungserfolg)、侵害結果 (Schädigungserfolg) が区別され、治療行為ないし仮定的承諾論とこれらの関連が検討されている。

<sup>48</sup> Gropp, a. a. O. (Anm. 20), S. 201.

ができる。しかし、違法性段階では、不法を根拠づけることではなく、これを排除（正当化）することが目指されるので、ここでさらに、その客観的帰属を問うとすれば、それは、構成要件的结果の帰属可能性にかかわる問題ではなくて、許容を理由づける事情（すなわち、正当化事由）の帰属可能性にかかわる問題であり、所為の不法性を排除する方向で作用するのではなくて、全く逆に、所為の合法性を疑問視する方向で作用することになるという批判である。<sup>49</sup>

#### ④推定的承諾における補充性の原則が形骸化すること

第四に、仮定的承諾を肯定することは、推定的承諾の「補充性の原則」を形骸化させることになるという批判が挙げられる。推定的承諾は、現実の承諾がもはや得られないという、一種の緊急状況が存在して初めて認められる正当化事由である。これに対し、もはや緊急状況下にあったわけではなく、承諾を得ることが可能であったにもかかわらず、これを得なかった場合に仮定的承諾によって可罰性が阻却されるとすれば、推定的承諾の補充性を著しく制限することになるのではないか、という批判である。<sup>50</sup>

##### b) 刑法理論以外の視点からの批判

#### ①刑事訴訟法上の原則と両立しないこと

第一に、行為時における患者の意思を認定しがたいという訴訟法上の考慮が挙げられる。これは、仮定的承諾の法理は、具体的な説明があった場合にも患者が当該侵襲に承諾していたか否かに、医師の可罰性が左右されるという論理であることから、この行為時における患者の意思を認定しうることが前提とされているように思われるが、これを完全に認定する方法があるかどうか疑われる、という批判である。<sup>51</sup>実際には、患者自身が、自分がどのように判断したのかを認識していないであろう。というのも、基本的に侵襲についての判断をする時点においては、治療が成功するか否かが分からず、どのような治療結果がもたらされるかまだ分からないままである一方で、この判断は、その治療結果がどうかにかかわらず左右されるからである。さらにいえば、ずる賢い患者は、仮定的承諾についての供述が買収可能であることに鑑みて、相応の妥協に応じてしまうことが懸念される。<sup>52</sup>

#### ②自己決定権を尊重しないこと

第二に、仮定的承諾による医師の免責は、侵襲の時点での患者の自己決定権を尊重していないことを看過するものであるという批判である。<sup>53</sup>というのも、仮定的承諾による免責

<sup>49</sup> Duttge, a. a. O.(Anm. 18), S. 185f.; Wiesner, a. a. O.(Anm. 32), S. 110. ; Vgl. Jäger, a. a. O.(Anm. 26), S. 348. なお、鈴木・前掲注 6) (仮定的承諾) 7 頁も同趣旨と思われる。

<sup>50</sup> Sowada, a. a. O.(Anm. 7), S. 7f.; Wiesner, a. a. O.(Anm. 32), S. 120ff.; 杉本・前掲注 6) 134 頁以下、鈴木・前掲注 6) 4 頁、武藤・前掲注 4) 22 頁以下参照。

<sup>51</sup> Gropp, a. a. O. (Anm. 20), S. 200.; 杉本・前掲注 6) 131 頁以下、鈴木・前掲注 6) (判例研究) 175 頁も参照。むしろ、Puppe は、完全な説明があったときにも承諾していたかどうかという問いに答えることは、「疑わしい」のではなく、「無意味である」としている（杉本・前掲注 6) 131 頁、山中・前掲注 6) (古稀) 269 頁参照)。もっとも Kuhlen は、法的にも日常の生活においても、仮定的承諾が問われることよく行われ、決定論的な法則性がないので厳密には答えられなくても、多かれ少なかれ納得のいくように、合理的に答えられるものであると反論している（山中・前掲注 6) (古稀) 270 頁以下参照)。

<sup>52</sup> Gropp, a. a. O. (Anm. 20), S. 200.; Vgl. Jäger, a. a. O.(Anm. 26), S. 348f.

<sup>53</sup> Duttge, a. a. O.(Anm. 18), S. 187f.; Wiesner, a. a. O. (Anm. 32), S. 123ff.; Vgl. Gropp, a.

を認めるとすれば、医師は患者に対して、合義務的態度をとる際には、仮定的承諾が得られる可能性があることを示せば、「罰せられることなく…レーゲアルティスに則っているということによって包み隠されているあらゆるリスク」を押し付ける（ことができる）からである。<sup>54</sup>また、被害者が自己決定することに承諾の本質があるとすれば、被害者の承諾は、「現実」のものでなければならず、仮定的に（事後的に）認定されるものであってはならないといわれる。<sup>55</sup>さらに、行為時点を経て、事後的に、その当時の患者の意思を尋ねることを認めれば、行為時点における承諾の有無が、行為時点での感情とはズレが生じていることがありうる患者の事後の追認・感情に取って代わられるおそれがあり、仮定的承諾の法理による免責を認めることは、事実上、「患者の事後的な追認」を正当化事由の一つとして加えるようなものである、との批判もなされている。<sup>56</sup>

## 5. 検討

以上の議論でみたように、ドイツにおける仮定的承諾の理論を巡る議論は、結局のところ、萎縮医療を防止するために<sup>57</sup>医師の可罰性を否定する方向を目指すか、患者の自己決定権を保護するのかによって、肯定・否定の態度決定がなされているように思われる。現在のドイツの学説においては、仮定的承諾という法制度を刑法の領域へ転用することと同時に、その解釈学的な位置づけについて活発に議論がなされ、様々な見解が対立している。<sup>58</sup>ここで、わが国においては、専断的治療行為が刑事事件として立件されていない現状に鑑みれば、仮定的承諾についてこれをわが国に導入しうるか否かの考察を加えるのは、時期尚早であるかもしれない。しかしながら、最近では、インフォームドコンセントの重要性が示唆され、<sup>59</sup>これが意味するところは患者の自己決定権の尊重の高まりであると思われる。さらに、ドイツの多数説とは異なり、わが国の学説の支配的な見解によれば、専断的治療行為は傷害罪に該当すると考えられているし、そもそも治療行為それ自体が、構成要件該当性があるものと考えられている。そして、専断的治療行為に対する態度決定も、治療行為の法的性格に対する態度決定も、ドイツの判例の立場が、わが国の通説的な理解と同じ

---

a. O. (Anm. 20), S. 201. もっとも、ドイツにおいては、1998年の改正によって、傷害罪の未遂処罰規定が新設されたことで、仮定的承諾の存在が肯定されても、既遂ではなく、傷害未遂が成立することになるので、それで患者の自己決定権が保護されているともいえないことはない（武藤・前掲注5）323頁参照。

<sup>54</sup> Vgl. Duttge, a. a. O. (Anm. 18), S. 188.; 武藤・前掲注4) 23頁以下も参照。

<sup>55</sup> 杉本・前掲注6) 135頁参照。

<sup>56</sup> 杉本・前掲注6) 133頁以下参照、Gropp, a. a. O. (Anm. 20), S. 206f.

<sup>57</sup> 武藤・前掲注4) 34頁以下、防衛的医療については、Rosenau・前掲注15)93頁も参照。

<sup>58</sup> たとえば、構成要件段階又は違法性段階に位置づける見解がある。前者には因果関係の問題とするものや帰属の問題とするものがあり、後者には正当化事由として評価するものや帰属阻却として評価するものがある。さらには、処罰阻却事由又は刑罰消滅事由と評価する見解まで、あらゆる見解が主張されている。もっとも、仮定的承諾は違法性段階に位置づけられていることが多く、その中でも帰属阻却として理解する見解が多い。他方、判例は仮定的承諾を違法性段階に位置づけているように思われるが、正確な犯罪体系上の位置づけについて詳細には論じていないといわれている（Wiesner, a. a. O. (Anm. 32), S. 96ff.）。

<sup>59</sup> 甲斐克則『医事刑法への旅 I（新版）』（2006年）33頁以下。

立場にたっているということ、そして、ドイツの判例が仮定的承諾を採用してきていることからみて、わが国においても、少なくとも解釈学のレベルでは、仮定的承諾を採用する基盤がそろっているといえなくもないであろう。そのようなわが国の実情に鑑みれば、今後、わが国においても承諾を欠く治療行為あるいは不十分な説明に基づく治療行為が、傷害罪として立件されることが考えられないわけではない。ここでは、仮定的承諾の法理が、わが国においても適用される可能性があるかを若干検討してみたいと思う。

さて、わが国においては、最近、患者の意思に反した医師の治療行為につき、損害賠償責任を認めた民事判例があらわれた。<sup>60</sup>こうした民事判例からみても、個人の——患者の——自己決定権を尊重しようという時代の要請がうかがわれる。しかしながら、前述のように、刑事事件ではいまだこのようなケースが傷害罪として立件された例はなく、そしてこれは、治療行為に関連したわが国の総論・各論上の問題についての判例の立場を考慮すれば、理由のないことではないように思われる。すなわち、第3章で確認したように、傷害罪における被害者の承諾について、わが国の刑事上の実務は、身体への侵襲への承諾については、無限定にその承諾の有効性を認めるのではなく、社会的相当性による制限をかけており、承諾が存在するだけでは違法性が阻却されないものと解している<sup>61</sup>。このように、判例は、社会的相当性を考慮に入れ総合的な判断を重んじ、同意傷害における被害者の承諾による違法阻却にあっても、「承諾」があるだけでは身体への侵襲を許容しないという立場を採っており、そして、その限定的な考え方は治療行為においても妥当するものと思料する。というのも、患者の承諾を欠く（に反する）専断的治疗行為を処罰する刑事判例がいまのところみられない現状を考慮すれば、確かに自己決定権の尊重が声高に叫ばれるようになってきたとはいえ、まだわが国においては、同意傷害において被害者の承諾がもつ意義をみても分かるように、治療行為における患者の承諾がもつ意義はドイツに比べればその確固たる基盤を有していない<sup>62</sup>と思われるからである。

逆にいえば、日本の刑事実務は自己決定権を意識しながらも、治療行為の医学的正当性を重視する立場を堅持している<sup>63</sup>ため、患者の承諾を欠く治療行為とはいっても、一概に刑法上の違法性を有するものとは考えておらず、専断的治疗行為が刑事事件として現れてこなかったのではないだろうか。すなわち、専断的治疗行為が立件されてこなかったのは、訴追を必要としない場合であったという意味での手続法上の考慮ばかりではない。たとえ訴追したとしても、裁判所は治療行為の正当化事由の一つである患者の承諾を得るための前提になる医師の説明責任が果たされなかったというだけでは、患者の承諾の有効性そのものが否定されるわけではなく治療行為は正当化される、ないしは患者の承諾の有効性が疑問視されても（あるいは認められなくても）、その他の正当化要件との関連でなお正当化

---

<sup>60</sup> いわゆるエホバの証人事件（最判平12年2月29日民集54巻2号582頁）である。これについては、例えば小林・前掲注1）309頁以下、およびそこに掲げられた論文ならびに第5章を参照。

<sup>61</sup> 例えば、最決昭55年11月13日刑集34巻6号396頁（保険金詐欺事件）、仙台地石巻支判昭62年2月18日判タ632号254頁（指づめ事件）が挙げられよう。

<sup>62</sup> 只木誠「日本における臨死介助——積極的臨死介助（積極的安楽死）を中心として——」白門56巻10号29頁以下。

<sup>63</sup> 小林・前掲注1）338頁。

する余地があるという判断がなされるであろうという意味での実体法上の考慮が、刑事実務に定着しているからではないかと思われるのである。そして、このような見方が正しいとすれば、仮定的承諾の適用が検討されるようなケースでは、患者の承諾のさらなる前提となる説明義務違反が問題となるが、それがあっただけでは、判例はなおいっそう刑法上の違法性までは認めないのではないかと思われる。さらに、仮定的承諾を支持する根拠として挙げられた違法一元論の説く考え方は、確かに魅力的なものではあるが、わが国においては支持は少なく、<sup>64</sup>民法上違法であっても、刑法上違法ではないとすることが許されないとはいえないと思われる。加えて、わが国においても、すでに専断的医療行為の民法上の責任は問われているが、それは民法が当事者の損害調整を図る目的に裨益することに鑑みれば、それも首肯しうる。他方、刑法の目的と刑法の謙抑性の見地からこの問題を考えれば、判例が刑法上の責任を否定することは考えられるのではないかと思われる。

しかしながら、学説上は、専断的治療行為を傷害罪で処罰するとする見解が通説となっており、その意味では患者の承諾が非常に重んじられている。そのような中で、治療行為における患者の承諾を巡る学説の議論状況については、患者の承諾があるだけでは治療行為が正当化されないとみるのが多数であり、傷害罪の保護法益に被害者の意思が含まれるとする見解は存在しない。そのため、学説上は、患者の承諾の治療行為における位置づけを理解するのが困難な状況になっている。ここで、学説上、どのように患者の承諾が治療行為において位置づけられているかを理解するのかはともかくとして、専断的治療行為における医師の刑事責任を否定する刑法解釈学上の論理として、仮定的承諾の導入を考えてみることは可能であろう。本稿で述べた仮定的承諾に対する反対者への再反論も行われているが、結論としては、仮定的承諾を採用するにあたっては、看過できない難点が少なくないように思われる。また、仮定的承諾を支持する根拠についても、確かに治療行為を実施する医師の刑事責任の範囲は限定したほうがよいという論拠として、これらを見てみれば重要な指摘も含まれているが、これらが仮定的承諾論を支持する基盤になっているかは疑問の余地がある。さらに、未遂で処罰することができるのでそれによって患者の自己決定権を保護することができるという見解については、未遂で処罰する限界もあり、果たして患者の自己決定権を保護するうえでそれで十分かという疑問も抱かないではないし、そもそもわが国には傷害未遂規定をもたないのでただちに不処罰という結論になってしまうであろう。<sup>65</sup>

私見によれば、仮定的承諾による医師の免責を認めてしまうと、説明の欠如というものが、刑法上広範囲にわたって重要ではなくなってしまうように思われ、専断的治療行為の可罰性が広く否定されてしまうように思われる。このような医師の免責の行き過ぎを懸念してか、仮定的承諾を支持している代表的な論者の **Kuhlen** が、最近になって、「規則どおりに教示された患者は承諾していただろうという具体的根拠」が必要であるとするさらなる限定を加えた<sup>66</sup>ことに鑑みれば、仮定的承諾をわが国に採用するかどうかの判断は少なくとも慎重であってよいと思われる。加えて、仮定的承諾を肯定しないとしても医師の責任

<sup>64</sup> 立石・前掲注 11) 99 頁以下、前田・前掲注 11) 87 頁以下。

<sup>65</sup> Sowada は未遂が処罰されていない犯罪では空振りに終わると述べている (a. a. O. (Anm. 32), S. 8.; 杉本・前掲注 9) 133 頁注(53)参照。暴行罪にあたるかは別論である。

<sup>66</sup> Vgl. Duttge, a. a. O.(Anm. 18), S. 189., Wiesner, a. a. O. (Anm. 32), S. 111.



を否定するために代用できる方策も十分に考えられよう。例えば、自己決定権侵害という面を、専断的治療行為として、より限定的に可罰性を考えるか（あるいは傷害罪とは別に新しい犯罪類型として明確に立法化する）、これを処罰しないか、いずれにせよこれに対する刑法上の議論をつめていく方向、承諾の有効性を詳細に検討していく方向、推定的承諾の射程範囲を拡大していく方向、<sup>67</sup>医師の患者に対する説明義務をより限定的に理解していく方向、<sup>68</sup>治療行為に対する傷害の故意を否定していく方向<sup>69</sup>などが考えられる。

## 6. 小括

本章では、萎縮医療にならないように、医師の可罰性を否定しようとする仮定的承諾の法理について、それが大いに議論されているドイツの状況を参考に、わが国の治療行為を巡る総論上・各論上の通説的な見解の立場から、これをわが国にも導入することができるかどうかを検討してきた。仮定的承諾の理論は、Otto が述べるように、侵害のときの保護法益の尊重の要請は、法益の担い手が後に法的保護を放棄したことによっても失われ<sup>70</sup>ないことに反するものであるように思われる。結論としては、①今後わが国において仮定的承諾が問題となる刑事判例が登場する可能性、②仮定的承諾の理論的問題、③採用しない場合に医師の可罰性を否定する代替手段の有無を勘案し、①の可能性はないとはいえないが、仮定的承諾が問題になるようなケースで、わが国の刑事上の実務が傷害罪で処罰する可能性は低いように思われ、②の問題は無視できないものであること、そして③も十分考えられることによりわが国への導入にあたっては慎重であってよいと思われる。

---

<sup>67</sup> 武藤・前掲注 5) 325 頁。

<sup>68</sup> 武藤・前掲注 4) 34 頁。

<sup>69</sup> この観点からみると、過失犯（過失傷害、医師の場合には業務上過失傷害）に仮定的承諾の理論を転用することは可能性として考えられなくもない（山中・前掲注 6）（古稀）277 頁以下）が、それも可能性のレベルにとどまるものであり、私見によれば、これも否定するのが一貫した態度であろうと思われる。過失犯を考慮するにあたっては、さらに、軽率な態度がある場合に限定することもできよう（Rosenau・前掲注 15）91 頁以下）。

<sup>70</sup> Vgl. Duttge, a. a. O.(Anm. 18), S. 188.; 鈴木・前掲注 6）（仮定的承諾）7 頁、同・前掲注 6）（判例研究）175 頁、山中・前掲注 6）（古稀）270 頁も参照。

## VII. おわりに

冒頭にも述べたように、近時、わが国では、インフォームド・コンセントの重要性がますます指摘されるようになり、とりわけ治療行為の正当化要件として、患者の自己決定権（承諾）に、レーゲアルティスよりも強い効果——レーゲアルティスに則っていたとしても、患者の承諾がなければ違法——を認めようとする考え方によって、従来の、専断的治療行為は違法であるとの通説の見方にその基盤が提供されているように思われる。しかしながら、とりわけ、生死にかかわるような問題については、「医療の現場で、患者の意思がすべての決定権をもつのであるとすれば、およそ医療専門家の存在意義」は存しないこととなりうる。<sup>1</sup>治療行為が高度の専門性を伴うものであることに鑑みると、患者の意思を常に治療行為に関する医学的専門家の判断に優先させることは、かえって患者に不利益に働くこともあると思われる。<sup>2</sup>特に、刑法では、同意殺人罪（202条）の規定が示しているように、生命の処分（放棄）については完全な個人の自己決定権を認めていない。したがって、医療においても、本来の権利としての自己決定権の射程はどこまで及んでいるのかを確定させる必要がある。生命の誕生の分野周辺でも、自己決定権の過剰なまでの強調がみられ、新たな優生思想を形成しつつある印象がある。<sup>3</sup>また、ドイツの判例・通説では、「原則として、人間の人格的自己決定は生命・健康および健全性よりも、より高い価値であることは疑いを容れない」<sup>4</sup>とされるようであるが、このような考え方を全面的に受け入れることには躊躇を覚える。<sup>5</sup>自己決定権を保護しようとするあまり、患者に自己決定を押し付けるようなことは決して望まれない。かつては個人的・家族的な信頼関係の中で医師と患者は対話しており、患者は医師に全幅の信頼を置いて、すべてを委ね、医師は医学的な配慮をもって対応していたであろう。このような状況においては、医師からの説明の放棄を患者が望んでいることによって、医師の説明義務が免除されている。もちろん、その場合でも基礎的説明は必要であろうが、現代においては、このような医師と患者との密接な関係は存在せず、その希薄化が進んでおり、医師の判断と患者の自己決定権とが対立する状況も生み出している。このような場合に、医師が場合によっては刑事責任を負うことがあるとすると、患者の意思（自己決定権）との関係で、医師の行為準則が示されなければ、医師は非常に不安定な状況に置かれる。これを解消するために、まずもって、患者の自己決定権が保護される限界と治療行為の正当化要件について明確にすることが必要であるとの観点から本論文の考察は出発している。

本論文で提起した問いとその結論とを改めて示せば次のようになる。すなわち、第2章では、自由意思があることを基盤とする現在の刑事司法制度は維持されうるかを問題とした。刑法上の自由意思とは、①熟慮能力、②自発性、③別様の決意の可能性がないとはい

<sup>1</sup> 甲斐克則『医事刑法への旅Ⅰ』（2004年）6頁。

<sup>2</sup> 田坂晶「刑法における治療行為の正当化」同志社法学 58巻7号（2007年）384頁、佐藤陽子「治療行為の傷害構成要件該当性について」北海道法学 56巻2号（2005年）861頁。

<sup>3</sup> 甲斐・前掲注1）6頁。

<sup>4</sup> 金澤文雄「医療と刑法——専断的治療行為をめぐる——」『現代刑法講座第2巻違法と責任』（1979年）130頁。

<sup>5</sup> 門田成人「インフォームドコンセントと患者の自己決定権」『現代医療と医事法制』（1995年）60頁では、生命に対しては自己決定権は及ばないという見解の根拠が示されている。

えないことの三要件から構成されるものであり、神経科学においては、③の要件が成り立たないことについて反駁が展開されているところであるが、現段階においては未だ③についても反駁し尽されたものとはいえず、自由意思の存在は否定されない。そして、今後の研究により、別様の決意の可能性が閉ざされることがあったとしても、刑法上の自由意思を措定する方途は考えられるので、神経科学者が提案するような保護刑法モデルへ移行させることは妥当ではなく、責任刑法を存置させるべきであり、自由意思は刑罰の正当化根拠たりうる、というのが本章の結論である。

第3章では、一定の犯罪の成立を否定する効果をもつ被害者の意思と、治療行為における正当化要件としての患者の意思とがリンクされ、両者の相違と患者の意思が治療行為を正当化する要件として、その他の要件と比べてどの程度の比重が置かれるのかを問題とした。両概念の相違については、共通する部分があるものの、異なる概念であることを確認し、犯罪の成立を免除する被害者の承諾で求められる有効性要件の方が、患者の承諾で求められる有効性要件よりも厳格であるとの前提に立ったうえで、両概念の射程を明らかにした。すなわち、傷害行為への被害者の承諾は基本的には承諾それ自体があれば違法性を阻却する効果を持つ正当化事由である。この被害者の承諾によって違法性が阻却される傷害行為は、パターンリズムと自己決定権の尊重を衡量すると、手足の切断のような重大な傷害結果をもたらすには至らない行為である。このような傷害行為の場合には、行為者の目的および使用手段を問わず、承諾が有効である限り、違法性が阻却される。これに対して、これ以上の侵害を与える傷害の場合には、被害者に利益があり、その傷害を加える必要性および正当性が裏付けられなければ正当化されない。それが、まさにここで問題としている治療行為である。

他方、一般的に要求される治療行為の4つの正当化要件の間における患者の承諾の位置づけについては、患者の承諾は、基本的にはそれのみでは正当化は認められないと結論づけた。ただし、先のように理解された被害者の承諾の法理によって、軽微な傷害については、治療目的がなくても、医学的適応性がないまたは医学的適応性に反する場合でも、医術的正当性がない場合であっても、承諾のみによる正当化を認める。そして、患者の承諾とその他の治療行為の正当化要件との関係についてももう少し敷衍すると、治療目的はないが、被害者本人に利益がある場合には、医療行為として、なお患者の承諾のレベルで正当化の余地が認められる場合がある。さらに、医学的適応性要件との関係では、医学的適応性があるならば、通常は患者の承諾があれば足りるが、医学的適応性が高い、すなわち、緊急適応がある場合にはむしろ、推定的承諾の法理が妥当し、より柔軟に正当化を考慮することが可能である。加えて、医術的正当性要件との関係では、医療水準を基準にして、それに応じて、患者の承諾の強度も変わるとの指針を提示した。

第4章では、ドイツおよびわが国の治療行為非傷害説の基盤および治療行為傷害説に対する批判を検討し、わが国の通説的な立場（治療行為傷害説）が維持されるものであるかを問題とした。治療行為の刑法上の法的性質については、わが国の通説的な立場は維持されうるし、そうされるべきである、というのが本章の結論である。そして、本章でも、治療行為の正当化要件の一つとしての患者の承諾は、被害者の承諾とは区別されるべきであり、その有効性要件につき、被害者の承諾よりも緩やかなレベルでこれを認めることが可能であり、かつ、治療行為を不処罰にするための要件として一般に要求される患者の承諾

は、それのみによる治療行為の不処罰化は考えられないが、違法性判断において考慮されるべきものであることを示した。

第5章では、第一に、第3章および第5章の結論を前提としたうえで、治療行為の正当化根拠と正当化要件の関係を考察し、その態度決定をすること、そして、治療行為の正当化要件の一つである有効な患者の承諾を認めるための要件として、医師が患者に必要な情報を提供する自己決定のための説明義務の内容を制限することを問題とした。第一に、治療行為の正当化根拠と正当化要件との関係については、論者が与する治療行為の正当化根拠により、患者の意思を度外視して治療行為の正当化を考える立場と、患者の意思を大なり小なり考慮して正当化を認める立場とに大きく分けられる。現代の潮流に沿えば、やはり患者の意思を軽視することは妥当ではなく、また、治療行為の正当化要件として一般に考慮される、治療の目的、医学的適応性、医術の正当性、患者の承諾の4要件のうち、いずれか1つの要素でもってすべての治療行為の正当化を考えることは困難であり、これらの要件が有機的に組み合わさって正当化されるべきである、というのが本章の結論である。その根拠としては、社会的相当性説が妥当と考えるが、その概念の多義性に鑑みて、できるかぎり具体的かつ客観的な基準が提供されるべきであり、その指針は第3章ですでに提案した試論における見解である。第二に、有効な承諾を得るための説明義務の内容については、医師は①患者に説明を放棄された場合、②患者が治療に関する完全な知識を有している場合、③説明することがむしろ医学的適応に反する場合、④患者が意識不明又は判断能力がない場合に説明義務を免除されるが、①侵襲の重大性や②侵襲の目的および緊急性、③患者の素養を考慮して、診断および経過およびリスクの説明を行う必要がある。もっとも、そこにおいては、あらゆる説明義務違反が承諾の無効をもたらすものではなく、説明義務違反があっても、承諾を有効とする余地はある、と結論づけた。

第6章では、ドイツ民事判例において発展した仮定的承諾がわが国に導入されるかが問題とされた。刑法上の総合的観点から仮定的承諾論の概要を概観したが、結論としては、①今後わが国において仮定的承諾が問題となる刑事判例が登場する可能性、②仮定的承諾の理論的問題、③これを採用しない場合に医師の可罰性を否定する代替手段の有無を勘案し、①の可能性はないとはいえないが、実際には、わが国の刑事実務の考え方によれば、仮定的承諾が問題になるような場面では、医師の治療行為が傷害罪として処罰される可能性は低いものであること、②仮定的承諾論それ自体の理論的問題性が大きいこと、また③仮定的承諾に代わって、医師の可罰性を否定する方策も考えられることから、わが国への導入にはいまだ熟慮を要する、というのが筆者の結論である。

各章との関係では、以下のような問題が今後の検討課題とされなければならない。すなわち、第2章においては、比較法的見地から、第3要件の別様の決意の可能性がないとはいえないことに力点を置いて論じており、第1要件の熟慮能力との関係で問題となる、理由と行為との関係、すなわち、理由の行為に対する因果的役割に関する検討が十分であるとはいえない。第3章においては、患者の承諾の比較対象として据えた被害者の承諾につき、同意傷害においてそれが重大な傷害であるときには違法性が阻却されないという論拠および重大な傷害の明確な定義についての検討が必要である。第4章においては、故意の問題の検討は今後を期さなければならない。第5章においては、説明義務の内容について、指針となる基準がある程度示されたにすぎず、より具体化・明確化することが必要である。

第 6 章においては、総合的な視野から仮定的承諾論の是非について紹介し、わが国への導入が考えられるかについて検討したものであり、今後わが国において仮定的承諾が問題となる刑事判例が登場する可能性、②仮定的承諾の理論的問題についての分析は未だ充分とはいえ、とりわけ刑事判例の専断的治療行為における私見も試験的なものにすぎない。このように解決すべき問題は山積しているが、特に、患者の自己決定権を尊重するに当たっては、成人による明確な拒否という強度の意思表示については、原則として、それを尊重すべきであると考え。たとえ医師でも、治療を拒否している患者を前に、強制的に治療をなす権利はないと思われる。そこにおいては、患者のもつ「拒否権 (Vetorecht)」に関する議論が参照されるであろう。治療行為における患者の自己決定権の限界については、今後も多角的な検討をしていきたいと考える。

## 博士論文参考文献

### 日本文献

- アルビン・エーザー（武藤眞朗訳/西原春夫監修）『違法性と正当化——原則と事例——』  
石原明訳「専断的治療行為 ハンス・ヨアキム・ヒルシュ」神戸学院法学 30 卷 4 号（2001 年）
- 井田良『刑法総論の理論構造』（2006 年）  
井田良『講義刑法学・総論』（2008 年）  
市村光恵『医師の権利義務』（1928 年）  
井庭崇・福原義久『複雑系入門 知のフロンティアへの冒険』（1998 年）  
上寫一高『刑法基本講義（第 2 版）』（2013 年）  
上野正吉「医療と刑法 37 条」ジュリスト 404 号（1968 年）  
上野正吉「医療行為における医師の自律規範」法律時報 47 卷 10 号（1975 年）  
大塚仁『刑法における新・旧両派の理論』（1957 年）  
大塚仁『刑法概説（総論）（第 4 版）』（2008 年）  
大庭健『他者とは誰のことか 自己組織システムの倫理学』（1989 年）  
大庭健『「責任」ってなに？』（2005 年）  
大谷實『医療行為と法（新版補正第 2 版）』（1997 年）  
大谷實『刑法講義総論（新版第 4 版）』（2012 年）  
大谷實『刑法講義各論（新版第 4 版）』（2013 年）  
岡上雅美「刑罰正当化論から見た責任概念および意思の自由」刑法雑誌第 46 卷第 2 号（2007 年）  
岡上雅美「治療行為と患者の承諾について、再論——救急治療を題材にした一試論——」  
高橋則夫他編『曾根威彦先生田口守一先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（2014 年）  
岡田朝太郎『日本刑法論 總則之部（第 3 版）』（1895 年）  
岡田庄作『刑法原論総論（増訂改版第 4 版）』（1917 年）  
岡西賢治「治療行為における自己決定権」日大法学 17 号（1987 年）  
小野清一郎『新訂刑法講義各論（第 3 版）』（1954 年）  
甲斐克則『医事刑法への旅 I』（2004 年）  
柏端達也『自己欺瞞と自己犠牲 非合理性の哲学入門』（2007 年）  
門田成人「インフォームドコンセントと患者の自己決定権」『現代医療と医事法制』（1995 年）  
金澤文雄「医療と刑法——専断的治療行為をめぐって——」『現代刑法講座第 2 卷違法と責任』（1979 年）  
神作良二『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和 55 年度）』（1985 年）  
川崎一夫『刑法総論』（2004 年）  
川端博『刑法総論講義（第 3 版）』（2013 年）  
川端博『刑法各論講義（第 2 版）』（2010 年）  
神田宏「脳科学・意思・自由・刑法学——現代によみがえる意思自由論争？——」近畿大学法学第 55 卷第 4 号（2008 年）

北原保雄編『日本国語大辞典（第二版）』第3巻（2001年）  
北原保雄『日本国語大辞典（第二版）』第4巻（2001年）  
木村亀二『刑法総論（増補版）』（1986年）  
後藤正弘「責任概念の質的転換論とその適用」法学論集鹿児島大学文学部紀要3号（1967年）  
小林公夫『治療行為の正当化原理』（2007年）  
小林憲太郎『因果関係と客観的帰属』（2003年）  
齊藤誠二『医事刑法の基礎理論』（1997年）  
佐伯仁志「違法論における自律と自己決定」刑雑41巻2号（2002年）  
佐伯仁志「刑法の基礎理論」法学教室283号（2005年）  
佐伯仁志「被害者の承諾とその周辺（1）」法教295号（2005年）  
佐久間基「専断的治療行為と傷害罪（1）」東北法学55巻3号（1991年）  
佐久間基「専断的治療行為と傷害罪（2）」東北法学55巻4号（1991年）  
佐久間基「専断的治療行為と傷害罪（3）」東北法学58巻2号（1994年）  
佐藤陽子「治療行為の傷害構成要件該当性について」北海道法学56巻2号（2005年）  
澤口俊之「意識や自我を解明しつつある脳科学」前衛718号（1999年）  
塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』（2004年）  
島田聡一郎「被害者による危険引受」『クローズアップ刑法総論』（2003年）  
ジョン・R・サール（山本貴光・吉川浩満訳）『マインド 心の哲学』（2006年）  
ジョン・R・サール『行為と合理性』（2008年）  
杉本一敏「仮定的承諾論の『論理構造』に対する批判的覚書」愛知学院大学宗教法制研究所紀要49号（2009年）  
鈴木彰雄「傷害罪における被害者の仮定的承諾——クーレンの所説について——」名城ロースクール・レビュー3号（2006年）  
鈴木彰雄「ドイツ刑事判例研究（十）」名城ロースクール・レビュー8号（2008年）  
須之内克彦『刑法における被害者の同意』（2004年）  
曾根威彦『刑法総論（第4版）』（2008年）  
田坂晶「刑法における治療行為の正当化」同志社法学58巻7号  
只木誠「被害者の承諾と保護義務論」法學新報第112巻第1・2号（2005年）  
只木誠『刑事法学における現代的課題』（2009年）  
立石二六『刑法総論（第3版）』（2008年）  
辰井聡子『因果関係論』（2006年）  
団藤重光『刑法綱要総論（第3版）』（1990年）  
団藤重光『刑法綱要各論（第3版）』（1990年）  
内藤謙『刑法講義総論（中）』（1986年）  
内藤謙『刑法講義総論（下）I』（1991年）  
永井均編『辞典 哲学の木』（2002年）  
長井圓「被害者の承諾と傷害罪の成否」法セ324号（1982年）  
中村直美『パターンリズムの研究』（2007年）  
西田典之『刑法総論（第2版）』（2010年）

西田典之『刑法各論（第6版）』（2012年）  
野村貴光「刑事司法制度に対するDNAの挑戦」法学新報113巻第1・2号（2006年）  
花井卓蔵『刑法俗論（増訂3版）』（1922年）  
ベンジャミン・リベット（下條信輔訳）『マインド・タイム 脳と意識の時間』（2005年）  
平野龍一『刑法の基礎』（1966年）  
平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975年）  
深町晋也「危険引受け論について」本郷法政紀要9号（2000年）  
福田平『全訂刑法総論（第5版）』（2011年）  
藤木英雄『刑法講義各論』（1977年）  
古川伸彦「医的侵襲行為の正当化と『仮定的承諾』論」高山佳奈子・島田聡一郎編『山口厚先生献呈論文集』（2014年）  
フロイド・E・ブルーム他（中村克樹・久保田競監訳）『脳から「心」と「行動」を見る 新・脳の探検 下』（2004年）  
法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』（2007年）  
ホセ・ヨンパルト『法の理論 I』（1981年）  
堀内捷三『刑法総論（第2版）』（2004年）  
前田雅英『刑法総論講義（第5版）』（2011年）  
前田雅英『刑法各論講義（第5版）』（2011年）  
牧野英一『刑法総論 上巻 [全訂版]』（1958年）  
増田豊「意志自由問題への神経哲学的ストラテジー——自由意志の自然化と社会構成——」法律論叢第74巻第6号（2002年）  
増田豊「自由意志はイリュージョンか——刑事責任の自然的基盤としての心脳問題をめぐって——」法律論叢第77巻第4・5合併号（2005年）  
増田豊「自由意志はイリュージョンか（続）——刑事責任の自然的基盤としての心脳問題をめぐって——」法律論叢第77巻第6号（2005年）  
増田豊「自由意志と心身問題——ハバーマスの自由意志論を契機にして——」法律論叢第78巻第4・5合併号（2006年）  
増田豊「自由意志と心身問題（続）——Habermasの自由意志論を契機にして——」法律論叢第78巻第6号（2006年）  
増田豊「自由意志と刑事責任」明治大学社会科学研究所紀要第46巻第1号（2007年）  
増田豊「脳科学の成果をめぐる自由意志論争と刑事責任——神経科学者と哲学者とのダイベート——」法律論叢第79巻第2・3合併号（2007年）  
増田豊「脳科学の成果をめぐる自由意志論争と刑事責任（続）」法律論叢第79巻第6号（2007年）  
増田豊「脳科学の研究成果と責任概念」明治大学社会科学研究所紀要第48巻第1号（2009年）  
増田豊「認識論的二元論と認識論的自由意志／批判的責任の言語ゲーム（一）——心の哲学と刑法のメタ理論的基礎——」法律論叢第81巻第4・5号（2009年）  
増田豊「認識論的二元論と認識論的自由意志／批判的責任の言語ゲーム（二）——心の哲学と刑法のメタ理論的基礎——」法律論叢第81巻第6号（2009年）



増田豊「洗練されたリバタリズムとしての自由意志論の可能性——ゲエルト・カイルの見解をめぐって——」法律論叢第 85 巻第 4・5 合併号 (2013 年)

町野朔「同意傷害」警研第 53 巻第 1 号 (1982 年)

町野朔『患者の自己決定権と法』(1986 年)

松村格『刑法学方法論の研究——存在論からシステム論へ——』(1991 年)

松村格「刑法にとって自由意思論は無用か」刑事法学の現代的展開 (上巻) ——八木國之先生古稀祝賀論文集—— (1992 年)

松村格『刑法基本講座 第 1 巻 基礎理論、刑罰論』(1992 年)

松村格「シューネマン教授の講演文——自由意思と責任について——」駒沢大学法学論集 48 号 (1994 年)

松村格「意思の自由と刑事責任 (1)」駒澤法学第 11 巻第 1 号 (2011 年)

松村格「意思の自由と刑事責任 (2) ——ニューロン決定論との批判的対話——」駒澤法学第 11 巻第 4 号 (2012 年)

松村格「意思の自由と刑事責任 (3) ——ニューロン決定論との批判的対話——」駒澤法学第 13 巻第 3 号 (2014 年)

ミヒャエル・パヴリーク (岡上雅美訳)「予防理論による刑罰正当化への批判」比較法雑誌第 40 巻第 4 号 (2007 年)

武藤眞朗「治療行為と傷害の構成要件該当性——専断的治療行為と患者の自己決定権に関する研究の予備作業——」法研論集 54 号 (1990 年)

武藤眞朗「治療行為の違法性と正当化——患者の承諾の意義——」法研論集 59 号 (1991 年)

武藤眞朗「医師の説明義務と患者の承諾——『仮定的承諾』序説——」東洋法学 49 巻 2 号 (2006 年)

茂木健一郎『心が脳を感じる時』(1999 年)

山口厚『刑法総論 (第 2 版)』(2007 年)

山中敬一「医師の説明義務と患者のいわゆる仮定的承諾について」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第一巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』(2006 年)

山中敬一『刑法総論 (第 2 版)』(2008 年)

山中敬一『医事刑法概論 I 序論・医療過誤』(2014 年)

山本啓一ほか「ドイツの医療過誤裁判における傷害罪関係判例」犯罪学雑誌 65 巻 (1999 年)

米沢富美子『複雑さを科学する』(1995 年)

ロジャー・ペンローズ (竹内薫 茂木健一郎訳・解説)『ペンローズの<量子脳>理論 心と意識の科学的基礎をもとめて』(2006 年)

#### ドイツ文献

Albin Eser, in: Schönke/Schröder<sup>28</sup> §223

Andreas Albrecht, Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht (2010 年)

Anton Hess, Die Ehre und die Beleidigung des §158 StGB, 1891

Christian Jäger, Die hypothetische Einwilligung-ein Fall der rückwirkenden juri-

stischen Heilung in der Medizin, in: Müller-Dietz/Kunz/Radtke/Britz/Momsen/Koriath (Hrsg.) Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag, 2007

Christoph Sowada, Die hypothetistische Einwilligung im Strafrecht, NStZ 2012

Claus Roxin, JuS 1964

Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4 Aufl., 2006, §13

Claus Roxin, JZ 2009

Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 7 Aufl., 2014

Eberhard Schockenhoff, Wir Phantomwesen, FAZ v. 17. 11. 2003

Eckhard Horn, Der medizinisch nicht indizierte, aber vom Patienten verlangte ärztliche Eingriff- strafbar?, JuS 1979

Franz Streng, Schuldbegriff und Hirnforschung, Jakobs-Festschrift, 2007

Friedrich Geerds, GA 1954

Gunnar Duttge, Die „hypothetische Einwilligung“ als Strafausschlußgrund : wegweisende Innovation oder Irrweg? Friedrich-Christian Schroeder-Festschrift, 2006

Gunnar Duttge, Das Ich und sein Gehirn, 2009

Gunnar Duttge, NStZ 2009

Hans-Ludwig Schreiber, Ist der Mensch für sein Verhalten rechtlich verantwortlich?, Adolf Lauf-Festschrift, 2006

Hamm, DJZ 1907

Hans Joachim Hirsch, in: LK<sup>10</sup> Vor §223

Hans Joachim Hirsch, in: LK<sup>11</sup> §228

Hans Joachim Hirsch, Zur Frage eines Straftatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung, Gedächtnisschrift für Heinz Zipf.

Hans Lilie, in: LK<sup>11</sup> Vor §223

Heinz Müller-Dietz, Hirnforschung und Schuld, GA 2006

Heinz Schöch, Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen: in Handbuch des Medizinstrafrechts, 4.Auf. (2010 年)

Henning Rosenau, Die hypothetische Einwilligung – eine neue Rechtsfigur! 比較法雜誌 43 卷 3 号 (2009 年)

Henning Rosenau (島田美小妃訳) 「仮定的承諾 – 新しい法形象! –」 比較法雜誌 43 卷 3 号

Horn SK Rdn.9

Horn/Wolters, SK §223

Horst Schröder, NJW 1961

Janique Brüning ZJS 2009

Joachim Renzikowski, HRRS 2009

Karl Engisch, ZStW 58 (1939 年)

Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., §12

Lothar Kuhlen, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, Festschrift für Claus Roxin, 2001

Maria-Katharina Meyer, GA 1998  
Sandra Wiesner, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, 4.Auf., (2010 年)  
Schmidhäuser, Strafrecht AT 8. Abschn.  
Schmidt, Arzt im Strafrecht  
Thomas Hillenkamp, Strafrecht ohne Willensfreiheit?, JZ 2005  
Thomas Rönnau, JZ 2004  
Tonio Walter, Hirnforschung und Schuldbegriff. Rückschau und Zwischenbilanz, Schroeder-Festschrift, 2006  
Ulrich Schroth, Ärztliches Handeln und strafrechtlicher Maßstab: in Handbuch des Medizinstrafrechts, 4.Auf. (2010 年)  
Walter Gropp, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht? Friedrich-Christian Schroeder-Festschrift, 2006  
Walter Kargl, Körperverletzung durch Heilbehandlung, GA 2001