

ドイツ刑事判例研究 (84)

ドイツ刑法研究会
(代表 曲 田 統)*

「その他の重大な精神的偏倚」にあたる性的逸脱

StGB §§ 20, 21

箭 野 章 五 郎**

性的逸脱の場合（本件では、おそらくは標準を越える衝動異常の場合）に、制御能力の損傷が認められ、かつ、これとともに責任能力の減少が認められることになる前提条件について

BGH, Beschluss vom 20. 5. 2010-5 StR 104/10 (LG Berlin)

NStZ-RR 2011, 170

《事実の概要》

LG は、被告人に対して、傷害と所為単一である 2 件の強姦、傷害と所為単一である性的強要、犯情の重い強盗、性的強要の未遂および過失傷害と所為単一である強盗、傷害と所為単一である性的強要の未遂、窃盗と所為単一である 2 件を含む 4 件の傷害を理由に、8 年の総合自由刑を命じていた。さらに、LG は、保安監置における被告人の収容を命じていた。この判断に対する被告人の事実誤認を主張する上告が部分的に認められた。

* 所員・中央大学法科大学院教授・法学部教授

** 嘱託研究所員・埼玉工業大学非常勤講師

《理由》

1. 刑法21条による責任能力の減少を被告人について否定したLGの説明は、法的調査にもとづくと、維持することができないものである。

a) 鑑定人の助言を受けた原審の認定によると、反社会的な発達のもとで、被告人の人格は、フェティシズム的、サディズム的な性的逸脱をまねくような、自己評価に関する障害によって特徴づけられていた。しかしながら、かかる欠陥は、被告人の制御能力のごく軽微な減少をただ生じさせたにすぎないとされる。そして、このことは、被告人が恋人との交際において、「相手からのごくわずかな指摘で、そのような性的逸脱行為を中断したり、断念することができた」ということによって明らかになっているとされている。

b) BGHの判例にもとづくと、あらゆる性的逸脱が、刑法20条、21条の意味での「その他の重大な精神的偏倚」と簡単に同等視できるわけではない。もっとも、逸脱した性的行動が、欲求充足の減少とそれに伴う頻度の増大、狡猾さの強化、性的行動への思考の限定といったものが際立つ特徴であるような、習慣化された行動様式にまで至っている場合には、制御能力は損なわれうるのである(vgl. BGH NStZ-RR 2004, 201; BGHR StGB § 21 seelische Abartigkeit 10, 22)。

本件においては、被告人が、刑法20条における「その他の重大な精神的偏倚」という第一段階要素を満たすような標準を越えた衝動異常を示していることに関する徴候が認められる。被告人は、まったく見知らぬ女性に対する、9件のほぼ同様の性的暴力行為を行っている。この場合に、被告人は、そのつど被害者を建造物の内部まで追いかけ、また、一部には、被害者の住居内まで追いかけ、被害者の下着もしくはストッキングを引きずり下ろしたりしていた。また、一部には、被告人は、被害者の外陰部や肛門に触れたりし、またある場合には、指を挿入するということを行ったりしていた。また被告人は、1999年にすでに、6件の同じような行為を理由に、2年の少年刑を命じられており、さらに、2005年にも再び、非常に類似した行為を理由に、2年8月の自由刑を命じられていた。これに加えて、

被告人は、女性のスカートの下方に携帯電話を隠し持ち、これによって、その女性の歩く姿態の写真もしくはビデオ映像を作製するというにかんがりの時間を費やしているのである。

かかる事情の下では、精神医学の鑑定人の評価を確かに引き継いだ理由づけではあるが、かくも乏しい理由づけをもってしては、刑法21条の前提条件は、排除されてはならないであろう。むしろ、重要な鑑定の基礎となる事実や鑑定人の説明が、鑑定の理解のために、かつ、鑑定が筋道だったものであり、その他の法的誤りが無いことを判断するために必要となる程度に、判決において再現されていなければならなかったであろう (Vgl. BGHSt 7, 238, 239f.; BGHNStZ 2003, 307, 308; NStZ-RR 2009, 45f.)。被告人が恋人に対して同じような方法で暴力を加えていなかったという事情だけで、被告人の制御能力の法的に重要な損傷を、十分な確実性をもって否定することはできないのである。これに対して、責任能力の喪失 (刑法20条) についての根拠は認められない。

c) このような法的欠陥は、刑の宣告部分を消し去るということをもたらしことになる。保安監置の命令もまた、維持することはできず、このことは、次のような理由からも妥当する。すなわち、新たな事実審裁判所が刑法21条の前提条件について確信をいただくことになる場合に関しては、被告人が精神病院に収容されなければならないか否か (刑法63条) が調査されなければならないからである。本件のような事情の下では、場合によっては、刑法63条による処分が、保安監置に優先して認められることになるであろう (§ 72 StGB ;vgl. BGHSt 42, 306, 308; BGHNStZ-RR 2007, 138, 139) ……。

《研究》

1. 本件は、複数の性犯罪を行った行為者につき、性的逸脱あるいは衝動異常を精神の障害とし、責任能力の減少が認められるのか否か、またその場合の判断基準がいかなるものかを示したものである。

より具体的には、「あらゆる性的逸脱が、刑法20条、21条の意味での「そ

の他の重大な精神的偏倚」と簡単に同等視されるわけではない。もっとも、逸脱した性的行動が、欲求充足の減少、頻度の増大、狡猾さの強化、性的行動への思考の限定といったものが際立つ特徴であるような、習慣化された行動様式にまで至っている場合には、制御能力は損なわれうる」との基準を示した上で、ほぼ同様の性的暴力行為を9件行っていること、その行為態様、本件以前に同じような行為が7件あり、二度の有罪判決を受けていること、女性の姿態の隠し撮りといった性的関心を示す行為に長時間を費やしていること、などに着目し、刑法20条が規定する第一段階要素である「その他の重大な精神的偏倚」にあたるような強い衝動異常が認められるとして、こうした事情からは、LGの提示した乏しい理由では、刑法21条の適用のための条件は否定されない、ないしは、「制御能力の著しい減少」は確実に否定できない、との判断を下したものである。

つまり、性的逸脱や衝動異常は、責任能力の有無・程度をめぐる問題においては、「その他の重大な精神的偏倚」というカテゴリーにあたりうること、ただし、性的逸脱や衝動異常のすべてが「その他の重大な精神的偏倚」とみなされるわけではなく、一定程度重大なものでなければならないこと、さらには、性的逸脱や衝動異常の場合には、とりわけ「制御能力」が損なわれることが問題となること、そして、性的逸脱や衝動異常を原因とする「制御能力の減少」の程度の判定にあたっては、性的逸脱や衝動異常といった「精神の障害」の重大さの増減を推しはかることができる諸事情が考慮され、判定がなされることが示されているといえよう。

本件は、このような判断基準にもとづいて、性的逸脱あるいは衝動異常（または、これらの両方）が認められる被告人に対して、その性犯罪行為につき、刑法21条の適用がありうるとしたものであるが、また、これとともに、刑法63条にもとづく精神病院における収容の高度の可能性も示唆しているのである。

ともあれ、一般的な処罰感情からすると、処罰の要請が高いと考えられる（あるいは、見方によって、相応のかなり重い刑で罰するべきとも思われるような）本件のような事案においてさえも、「精神の障害」と評価さ

れるものを原因として認識能力・制御能力の喪失あるいは著しい減少が認められる限りは、責任能力規定が適用されることになるとの態度が徹底してとられている点で、注目に値すべき判断ともいえるように思われる。

2. もっとも、性的逸脱や衝動異常の場合の責任能力判断について、本件において示された判断基準は、すでにいくつかのBGH判例において示されているところである。

例えば、①BGH NStZ 2001, 243. では、ペドフィリアの形態での性的逸脱が問題となった被告人につき、刑法21条にもとづく制御能力の著しい減少をLGが否定し、2件の子供に対する性的虐待および犯情の重い子供に対する性的虐待を理由に、3年6月の有罪判決を下し、さらに、保安監置における収容も命じていた事案において、ペドフィリアの形態での性的逸脱の責任能力の判断基準について次のように述べている。すなわち、「……ペドフィリアの形態での逸脱した性的行動のすべてが、刑法20条の第一段階要素である『その他の重大な精神的偏倚』に分類されなければならないような、また、刑法21条、49条1項に、もとづく責任減少に至らなければならないような重大な人格障害と簡単に同等視できるわけではない。人格像の全体についての十分な資料があるならば、精神医学的な観点から、人格や性的行動や適応能力についてのありふれた障害として、病気にふさわしい程度ではなく、これによって被告人の刑法上の責任にも影響を及ぼさないような害された性的発達 (eine gestörte sexuelle Entwicklung) が、ただ認められるにすぎないという結論も正当化できるのである。だが、これに対して、逸脱した性的行動が、欲求充足の減少、頻度の増大、狡猾さの強化、性的行動への思考の限定といったものが際立つ特徴であるような、習慣化された行動様式にまで至っている場合には、制御能力は損なわれるのである。」と。

そして、同事案では、58歳の男性被告人は、18歳のときにはじめて6歳と7歳の少女とのペドフィリア的な接触を行い、その後、1959年、1963年、1976年、1991年に子供に対する性的虐待で有罪判決を受けていること、1993年頃には、自身の娘に性犯罪行為を行うに至っていること、この1993

年の時期以降、性衝動を抑えるための治療を1996年まで受けていること、さらに、この治療後の1999年半ば頃から、強い性衝動を覚え、再びペドフィリア的傾向が強くあらわれ、同年に子供に対する性犯罪行為に及んでいること、などの事情が示され、結論として、行為者の人格や本件行為に関する全体的な考察が欠けている、あるいは、刑法21条にもとづく「制御能力の著しい減少」を法的に適切な方法で否定したかどうかについて事後的に調査することをLGの判決理由は可能にしていない、との理由から、LGの示した法的効果の宣告のすべてについて維持できないとされている¹⁾。

また、②BGH StV 2005, 20.でも、LGが、3件の子供に対する性的虐待、および3件の犯情の重い子供に対する性的虐待を理由に、5年の自由刑と刑法63条にもとづく精神病院における収容を命じ、その際、精神病院における収容については、——鑑定人の見解に従って——顕著なペドフィリアと結びついた反社会的人格障害ゆえの「責任能力の著しい減少」状態で被告人が本件諸行為を行っていたとしていた事案において、性的逸脱の責任能力の判断基準について次のようなものを示している。すなわち、「本件のように、責任能力判断にとって、標準から逸脱した性的嗜好が中心的な位置を占める場合には、かかる性的嗜好が、衝動に抗するための必要な抑制を行為者が働かさないほどに、行為者の人格の本質を変更していたのでなければならない。このため、逸脱した性的行動のすべてが、また、刑法上の保護法益を害することによってのみ実現されざるを得ないようなペドフィリアの形態での性的逸脱であっても、刑法20条、21条の意味での『その他の重大な精神的偏倚』と簡単に同等視できるわけではない。むしろ、人格や性的行動や適応能力についてのありふれた障害として、刑法21条の意味での『その他の重大な精神的偏倚』の重大さの程度に達しないような害された性的発達が、ただ認められうることにもなるのである。だが、これに対して、逸脱した性的行動が、欲求充足の減少、頻度の増大、狡猾さの強化、性的行動への思考の限定といったものが際立つ特徴であるような、

1) 原審の認定した事実については、Norbert Nedopilによる本件(①)評釈も参照(NSz 2001, 474.)。

習慣化された行動様式にまで至っている場合には、制御能力は損なわれうるのである。」と。

そして、同事案においては、2001年夏から2002年7月にかけての期間が行為の時期であるが、この時期を含めて成人女性との性的関係を被告人がもっていたこと、1999年に知り合い、2000年5月に結婚した2番目の配偶者と2001年5月にその間にもうけた子供とともに被告人は同居していたこと、さらに、被告人には複数の異なる女性との間に嫡出ではない子供がいること、2001年にも短期間愛人がいたこと、などがあげられ、このような被告人の性的行動を考慮すると、行為の時期に、ペドフィリア的傾向に対して著しく減じた状態でしか抵抗できなかったのはなぜか、を検討すべきことになるが、これについての説明は不十分であり、よって、処分の宣告および責任能力判断の基礎となった認定は破棄されることになるとされている。

またさらに、③BGH NStZ-RR 2007, 337でも、ペドフィリア的傾向が疑われる被告人につき、LGが、——鑑定人の見解に従って——「その他の重大な精神的偏倚」による「責任能力の著しい減少」を認めた上で、1件の強姦との所為単一を含む23件の犯情の重い子供に対する性的虐待および2件の子供に対する性的虐待を理由に、8年の自由刑と刑法63条にもとづく精神病院における収容を命じていた事案において、上記②BGH StV 2005, 20で示された判断基準と同様のものが示されている。

そして、同事案では、被告人が2003年7月まで、妻と2001年6月に生まれた娘と同居していること、2003年8月に知り合った愛人と2004年2月から2006年に逮捕されるまで同棲し、ほぼ毎日、性的接触を持ち、また、時には被告人の希望によって何度も性的接触をもっていたことがあげられ、このように、行為の時期において成人女性と性的接触を被告人が行っているという事情は、行為の時期にペドフィリア的傾向に対して著しく減じた状態でしか抵抗できなかったのはなぜかについて検討を促すことになるとし、結論として、責任能力の減少についてのLGの説明は、法的調査に耐えるものではないとされている。

またさらに、④ BGH NStZ-RR 2010, 304. でも、思春期にある者に対して同性愛的な関心を示す性的嗜好に関する障害があるとされる男性被告人につき、LG が、子供に対する性的虐待を理由に、2年9月の自由刑とし、さらに、刑法63条にもとづく精神病院における収容を命じ、その際、——鑑定人の見解に従って——「その他の重大な精神的偏倚」による「制御能力の著しい減少」を認めていたという事案において、やはり、上記② BGH StV 2005, 20. で示された判断基準と同様のものが示されている。

そして、同事案では、以前に下された2000年1月の最後の有罪判決の時期には、被告人は、20歳を少し出た若い男性と性的関係を維持していたが、他方で、1998年から2002年まで精神療法の専門家による治療を受けていたこと、そして、2002年には、精神療法の専門家が、再発の全面的な可能性を排除するものではないが、好ましい進展があったとしていること、さらに、これ以後、2009年5月31日の本件行為に至るまで刑法上の問題を起こしていないこと、などの事情があげられ、こうした事情は、むしろ被告人がその性的衝動を多年にわたってコントロールしていたことを示すものであり、行為の時期にペドフィリア的傾向に対して著しく減じた状態でしか抵抗できなかったのはなぜかについて検討を促すことになるとし、結論として、責任能力の減少についてのLGの説明は、法的調査に耐えるものではないとされている。

また、⑤ BGH NJW 1998, 2753. でも、子供に対する性的強要および性的虐待と所為単一である強姦を理由に、LG が、10年の自由刑で（行為時に51歳の）被告人に対して有罪判決を下していたが、その被告人は、過去に、結婚後2ヶ月で配偶者を殺害したことで無期自由刑に処されており、1991年に出獄し、その後5年間に、子供や少年に対する性的虐待を理由に、4度（4月から2年6月の）自由刑で有罪判決を受け、1996年10月に、本件の子供に対する強姦行為を行っていたという事案において、性的逸脱の場合の責任能力の判断基準について、以下のようなものが示されている。

すなわち、「……ペドフィリアの形態での性的行動の逸脱は、刑法20条、21条の意味での『重大な精神的偏倚』と簡単に同等視できるわけではない。

むしろ、——その他の衝動障害の場合も同様に——標準から逸脱した性的嗜好が、その影響が残る形で行為者の人格を変更しており、その結果、抑制能力が刑法上重要な性的行為との関係で著しく減少しているかどうかの問題となるのである。この場合、人格の変更は、『病気と等価 (Krankheitswert)』なものにまで至っているか否かは重要ではない。」とされ、さらに、行為者の人格に関する全体的考察の方法による判断の必要性が指摘されているのである²⁾。

そして、同事案でも、LG が刑法21条にもとづく責任能力の著しい減少を否定したことにつき、このような判断基準に沿った検討と説明が不十分であるとされ、これによって、刑の宣告が破棄されているのである。

また、本件理由中にも明示されている⑥ BGHR StGB § 21 seelische Abartigkeit 22. (1991年11月12日決定) でも、性的虐待を行った被告人につき、抑制能力を著しく減じるような強い性的衝動が被告人に認められるか否かについての検討を原審が十分に行っていないとされ、その刑の宣告は維持できないとされた事案において、衝動障害の場合の責任能力の判断基準について、標準的な性的傾向の場合 (bei normaler Richtung) と異常な性的傾向による場合 (infolge ihrer Abartigkeit) (あるいは、標準的な性的欲求の場合 (bei normaler Sexualität) と不自然な性的衝動の場合 (bei naturwidriger Triebhaftigkeit)) に分ける立場からではあるが³⁾、次のようなものが示されている。

すなわち、「BGH の判例によれば、衝動障害も責任能力を害するという

2) なお、「人格の変更は、『病気と等価 (Krankheitswert)』なものにまで至っているか否かは重要ではない。」とした部分について、これを適切と指摘するものとしては、Winckler/Foerster による本件 (⑤) 評釈参照 (NSStZ 1999, 126, 127.)。

3) なお、この区別に対する批判は多い。例えば、Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl. 2003, § 20, Rdn.17. ; Hans-Ludwig Schreiber/Henning Rosenau, in Venzlaf/Foerster (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, 5. Aufl. 2009, S. 97. ; Perron, Schönlke/ Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 20, Rdn. 23.

ことはありうるのである。このような衝動障害にあつては、行為者の性的衝動が、——標準的な性的傾向の場合には——行為者自身の意思力のすべてを動員したとしても、その衝動に十分には抗することができないほどに、強力なものとして際立っているかどうかが重要となる。あるいは、行為者の性的衝動が、——異常な性的傾向による場合には——衝動に抗するための必要な抑制を行為者が働かさないうちに、行為者の人格の本質を変更していたのかが重要となるが、この場合は、その衝動が標準的な強さにすぎないとしてもかまわない。」とされている。

そして、同事案では、行為の時期も含めて、多年にわたる過剰な性的欲求の強さを示すさまざまな事情があげられ、こうした事情のもとでは、刑法21条の意味での抑制能力を損なうような性的衝動に関する障害が被告人に認められるのか否かが、より詳細に調査されなければならないであろうとされているのである。

以上のようなBGH判例は、いずれも性的逸脱あるいは衝動異常の場合の責任能力判断にかかわるものであり、そこで示された判断基準は、表現上は若干の差異はあるが(同一のものもあるが)、基本的な内容としては、性的逸脱や衝動異常が責任能力規定の定める第一段階要素としての「精神の障害」とくに、もっぱら「その他の重大な精神的偏倚」というカテゴリーが問題となることを前提としつつ、他方で、性的逸脱や衝動異常といった精神の障害のすべてが「その他の重大な精神的偏倚」という要素に該当するわけではなく、一定程度重大なものでなければならないとする点で共通しているといえよう。また、そのような重大さの程度を担保するような、よって、責任能力の損傷をもたらしうる(ここでは、とくに制御能力の著しい減少をもたらしうる)行為者の精神状態を担保するような指標となるものがあげられている点でも共通しているといえよう。すなわち、逸脱した性的行動が、習慣化された行動様式にまで至っていること、標準から逸脱した性的嗜好が、その影響が残る形で行為者の人格を変更していること、行為者の性的衝動が、行為者の人格の本質を変更していたこと、等がその指標となるものである。

そして、こうした指標にあたるか否かを推しはかるのに有効と思われる諸事情を、つまりは、当該行為についての責任能力を害しうる性的逸脱や衝動異常といった精神の障害の重大さを推しはかるのに有効と思われる諸事情を、重大さを増大させる方向の事情であれ、減少させる方向の事情であれ、考慮した上で、最終的な責任能力判断が下されている、あるいは、かかる事情について事実審裁判所の検討や説明が十分か否かを判定している、と考えられるのである。

本件決定も、このような、BGH の諸判例が示した性的逸脱や衝動異常の場合の責任能力判断のあり方を踏襲するものといえよう⁴⁾。

3. 学説についても、性的逸脱や性的衝動異常について、責任能力判断との関係でとくに重要なものとして、ペドフィリア、露出症、サディズム、フェティシズムなどがあげられるところであり、これらも含めて、性的逸脱や性的衝動異常が、責任能力判断の文脈においては、もっぱら「その他の重大な精神的偏倚」にあたりうるのかが問題とされることについては、今日では異論のないものと思われる。また、このように、性的逸脱や性的衝動異常が責任能力の喪失・著しい減少をもたらす原因となる精神の障害の一つになる可能性を肯定した上で、やはり、性的逸脱や性的衝動異常といった精神の障害が重大である程度を重視し、これ如何によって、第一段階要素である「その他の重大な精神的偏倚」に該当するのか、さらには、「責任能力の喪失あるいは著しい減少」が認められるのかが決せられることになるとの立場がとられているといえよう。

例えば、「重大な衝動障害も、結局は、『その他の重大な精神的偏倚』とみなされうることになるが、にもかかわらず、衝動障害による責任能力の喪失は、行為者が自らの意思力のすべてを動員したとしても、衝動に抗することができないほどに、衝動が異常に高まっている場合にのみ認められ

4) さらに、性的逸脱や衝動異常の場合の責任能力判断に関する BGH 判例としては、vgl. BGHR StGB § 21 seelische Abartigkeit 10, 12, 16, 26. ; NStZ 1999, 610. ; NStZ-RR 2004, 201. など。

うる」⁵⁾とされたり、あるいは、「ただ性的行動異常があるだけでは、法的に重要な障害を認めるわけにはいかず、衝動異常と関連があり、かつ、抑制能力と関係する人格の変質を示す事実があってはじめて法的に重要な障害が認められる」⁶⁾とされたり、あるいはまた、「衝動障害は、結局は、『その他の重大な精神的偏倚』に属することになる」、衝動障害の責任能力判断の場合、「……障害がいわゆる『病気と等価』であることが重要なのではなく、衝動の強度、衝動の際立つ程度、行動の自由の余地が衝動によってどの程度損なわれているのかが重要である」⁷⁾などとされるところであり、これらの見解にあっても、性的逸脱や性的衝動異常が責任能力の喪失・著しい減少をもたらす原因となる精神の障害の一つとなりうることを前提としつつ、障害の重大さの程度に着目することの重要性が強調されていると解されるのである。

このように、学説においても、——判例が示す表現や判断基準をめぐる詳細な問題に対する各論者の態度は別として——基本的には、上述のようなBGHの判例が提示する、性的逸脱や性的衝動異常の場合の責任能力判断のあり方は、支持されているといえるであろう。

4. 以上見てきたように、本件決定や上記のBGH判例は、性的逸脱や衝動異常の場合の責任能力判断に関して、性的逸脱や衝動異常が精神医学的な意味での障害にあたりうること、さらに、責任能力規定の定める第一段階要素としては、もっぱら「その他の重大な精神的偏倚」が問題となりうること、他方で、性的逸脱や衝動異常といった精神の障害のすべてが「その他の重大な精神的偏倚」という要素に該当するわけではなく、一定程度重大なものでなければならないこと、そして、そのような重大な障害であれば、第二段階の責任能力の喪失・著しい減少、とりわけ「制御能力の著しい減少」が認められうることを示したものだといえる。

5) Rudolphi, a.a. O., § 20, Rdn. 17. (注3)

6) Schöch, Satzger/ Schmitt/ Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar, 2009, § 20, Rdn. 73.

7) Schreiber/ Rosenau, a.a. O., S. 97. (注3)

つまり、判断構造としては、ひとまず精神医学的な意味での障害にあたるのかを問題とし、これが肯定されれば、次いで、責任能力規定における第一段階要素としての「精神の障害」にあたるほど重大なものかを判定し、さらに（あるいは同時進行的に）、これにもとづき、第二段階の責任能力の喪失・著しい減少を判定するという、責任能力判断のオーソドックスな方法ともいえる手法が採られていることになり、かつ、この判断手法を維持しつつ性的逸脱や衝動異常といった精神の障害の性質に即した形での判断基準を提示することが試みられたものと評価することができるであろう。

先にも述べたように、一般的な処罰感情からすると、処罰の要請が高いと考えられる本件のような事案においてさえも、「精神の障害」と評価されるものを原因として認識能力・制御能力の喪失あるいは著しい減少が認められる限りは、責任能力規定が適用されることになるとの態度が徹底してとられている点で、注目に値すべき判断といえるように思われるのである。

もっとも、理論的には妥当な方向を示すものとしてとくに問題はないと思われるが、現実の判断において、BGHの示す判断基準に沿って判定するとすると、時にはかなり難しい判断を行わざるを得ないことも予想されるところである。

「制御能力の減少」の程度の判定にあたって、性的逸脱や衝動異常といった「精神の障害」の重大さの増減を推しはかることができる諸事情を評価することは、時には、容易ならざる判定ということになるであろう。この点で、「制御能力の減少」の安易な肯定も否定も避けるための正確な責任能力判断という視点からの、事案ごとの慎重な対応が必要となるであろう。

5. いずれにせよ、わが国における性的逸脱あるいは衝動異常の場合の責任能力判断を考えるにあたって、本件や関連するBGH判例が示す判断のあり方は、一考に値するものと思われるのである。

なお、わが国においては、医療観察法上の処遇は、心神耗弱者のうち実際の刑の執行を受けることとなる者について、「懲役又は禁錮の刑を言い

渡し執行猶予の言渡しをしない裁判であって、執行すべき刑期があるものを除く。」として、対象とはしていない⁸⁾。このことから、複数の性犯罪を行い、過去にも同種の犯罪歴があるような行為者につき、性的逸脱あるいは衝動異常を「精神の障害」とし、「制御能力の著しい減少」が認められることもありうるとの立場に立ち、39条2項の適用が仮に認められる場合があるとしても、実際上は、執行すべき刑期がない場合にあたるとはかなり少ないと思われ、ほとんどが単に（減じた刑での）刑務所への収容ということにもなりうるように思われるのである。

本件のような判断は、この点もふまえた、再犯の可能性の高い性犯罪者に対する適切な処遇を考えることをも、促すことになるように思われるのである。

8) また、もちろん対象となる行為についても限定がある（2条2項）。例えば、（いわゆる性犯罪に含まれるか否かはひとまず置くとして）露出症の場合に公然わいせつにあたる行為を複数行うことも対象とはならない。

我流の方法についての医師による説明——「レモン果汁事件」

StGB §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 228

秋 山 紘 範*

1. 外科医は、第一手術に典型的に伴うリスクが現実化することで必要となるであろう第二手術の際には、我流の方法をも用いるという自身の計画について、患者に説明することが必要とされることについて。
2. 医師の指示義務に関しては、一定程度の頻度で合併症が発症するというもののみならず、問題となるリスクがその侵襲に固有に伴うものであるか否か、そして侵襲のリスクが現実化した際には患者のその後の生活にとりわけ負担がかかるか否かということもまた決定的に重要である。このような場合、第一手術と第二治療との間には、後の治療のリスクについては第一侵襲の前に既に説明が要求される程度の密接な関係が存在するのである（本件では、特に非滅菌のレモン果汁による手術創の処置については否定される）。

BGH, Urteil vom 22. 12. 2010-3 StR 239/10 (LG Mönchengladbach)

《事実の概要》

原審の認定によれば、被告人は W 病院の所有者および経営管理者であり、かつ同病院の外科医長であった。2006年3月10日、〔当時〕80歳の M は同病院の内科において大腸内視鏡検査を受けた。この検査で大腸の中に大型のポリープが発見され、これは大腸内視鏡だけでは完全に切除するこ

* 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

とができなかった。中期にわたり存在する腸閉塞の危険を理由として、内科医長と外科医一名は手術が有効ないし適切であると判断した。もっとも、直ちに手術する必要はなかった。それについて、まだ約半年間は重大なリスクが発生することはなかった可能性がある。患者 M の方は手術にはむしろ乗り気ではなく、承諾することに躊躇していた。もっとも、M は病院に入院したままであり、その後複数回にわたってこの病院に勤務している医師二名と説明を受ける対話を行った。この話し合いの中で、M は規則通りに手術の理由、そして計画されていた大腸の一部の切除に結び付いたリスクについて説明を受けた。

最終的に、M は2006年3月12日に侵襲に承諾した。2006年3月13日に被告人は手術を実施した。手術後に手術創が重篤な炎症を起こした。2006年3月18日以降に抗生物質が投与されたが、M の容体は悪化したため、被告人は2006年3月20日に再手術の実施を決め、M はこの時点でほとんど言葉を発することができなかったが、この再手術には頷いて同意を示した。この再手術の最後に、被告人はレモン果汁を浸透させた布を手術創に挟み、その上から創を縫合した。被告人は、個人的な職業上の経験に基づき、レモン果汁は深刻な創傷治癒障害を処置するのに適した方法であるとの確信を抱いていた。被告人は、一般にレモン果汁には殺菌作用があるとの考えから、レモン果汁を用意するにあたっては滅菌条件の遵守は必要ではないと判断した。それゆえ、被告人は介護奉仕者をして院内調理場において市販のレモンから家庭用搾り機で果汁を用意させたが、果汁の無菌状態を担保するための特段の措置を講ずることはなかった。実際には、上述の方法で搾り取られた果汁を用いることには、創傷の（新たな）細菌感染を惹き起こす危険が伴っていた。被告人においては、創傷へのレモン果汁の投与は一般慣習的な医学的基準に適合するものではなく、レモン果汁の効果および一般的身体適合性がその当時まで学問的に研究されていなかったことは明らかであった。また被告人は、レモン果汁による処置には患者の承諾が、通常の医学的な傷の治療に付け加える形でのみ果汁を用いるような場合であっても必要であるということについて、意識的であった。し

かしながら、手術創で創傷治癒障害が発生した場合には——被告人の実務経験には即した——滅菌（すら）されずに用意されたレモン果汁が創傷に投与されるということについて、Mはいかなる時点においても説明を受けていなかった。このことについてMが説明を受けていたならば、Mは第一手術の実施にも承諾していなかった可能性がある。被告人はその後二度もレモン果汁を用いた手術創の処置を繰り返した。Mは2006年3月30日に敗血症性心血管不全で死亡した。2006年3月13日および同月20日の手術の実施における専門的見地からみた誤りは明らかとはならなかった。手術創へのレモン果汁の投与がMに更に細菌感染させるものであったことも、この処置がMの死と因果性を有することも、LGは認定することができなかった。むしろ、死との因果性があるのは、第一侵襲の際に生じた手術創の——大規模な腹部手術において典型的に発生する——炎症であった。LGは、2006年3月12日夜に得られた第一手術への承諾は、説明過誤を理由として無効であると評価した。[LGは、]Mは第一手術の前で既に、その時点では創傷治癒障害が発生し、その結果としてレモン果汁を投与することになるか否かが未だ明らかではなかったとしても、これについて説明を受けていなければならなかったであろう〔とした〕。被告人によるレモン果汁の投与という事情は、被告人による実態に適った治療へと向けられた患者の信頼を揺るがすものに他ならなかったほどにまで、レモン果汁の投与は異常な方法であるとして、このことから説明が必要であったとされた。加えて、創傷治癒障害が後に発生した場合には、被告人がレモン果汁を投与すると決定した時点では、Mの容体は非常に悪化し、そのためMが状況を把握し、そして実態に即してこの治療法へと同意することを決定できなくなるかも知れない、という危険は初めから存在していたとされた。そのため、この危険は第一手術の前でも発生していたとされたのである。被告人は、レモン果汁の効用に納得していたかも知れないとしても、彼の創傷治癒障害の治療法が通常用いられるものではなく、そして検査されていたものではなかったことを意識していたとされた。そこから被告人は、後に手術創から創傷治癒障害が発生する高度の危険が存在してい

たところの大手術に先立ち、かかる障害を治療するにあたり異常な方法を用いることについて患者に説明することが初めから必要であるという正しい結論に至っていたとされた。

LGは被告人に、傷害致死を理由として一年三月の自由刑を宣告し、執行猶予を付した。これに対して、具体的な権利侵害を理由として被告人が上告した。上訴審では判決が破棄され、他のLG刑事部に事件が差し戻された。

《理由》

2. 原審の有罪判決は法的審査に耐えるものではない。創傷治癒障害が発生した場合にはその治療にレモン果汁も用いるということについて患者に予め説明するということが被告人はその義務に反してしなかったのだから第一侵襲の実施に向けられた患者の承諾は無効であるとするLGの理解には、それに反対する徹底的な法的異議が存するところである。

a) もっとも、身体の完全性を侵害するあらゆる医的な治療措置は、それが規則通りに実施され成功したか否かを問わず故意の傷害の客観的構成要件を満たすものである（st. Rspr.; vgl. nur die Nachw. bei Fischer 58. Aufl., § 223 Rn 9 ff.），という前提でLGが論を進めることはさしあたって法的に誤りではない。それゆえ、あらゆる医的な治療行為には特段の違法性阻却、すなわち通常であれば——原則的には治療を実施する前に明示的に与えられた——患者の有効な承諾が要求される。

承諾の有効性は、侵襲の経過、その成功の見込み、リスクそして本質的に異なる負担を伴ったあり得る代替的治療についての説明を前提とするものである。こうすることによってのみ、人間の尊厳（GG 1条1項）と一般的人格権（GG 2条1項）から派生した患者の自己決定権と、身体の完全性に基づく患者の権利（GG 2条2項1文）は保護されるのである（BGHZ 106, 391 = NJW 1989, 1533; BGH NStZ 1996, 34参照）。患者は治療のチャンスとリスクについて「全体的な」内容的説明を受けるべきである。換言すれば、患者には侵襲の重大性と、患者の身体の完全性とその後の生活に関

して患者を待ち受けている可能性のある負担の性質について、適切な印象を抱かせられなければならないのである。かかる「基本的説明」は、規則に即して、最も重大であり場合によっては問題になるリスクの指摘をも含んでいなければならない。〔もっとも、〕全てのリスクについて正確な医学的記述が要求されるわけではない (BGH NJW 1991, 2346参照)。説明義務の具体的な範囲はそれぞれの治療措置に左右される形で、侵襲の緊急性を考慮した上で決せられる。直ちに侵襲を行う医学的な必要性が少ないほどに、侵襲を勧められまたは自ら望む患者には、成功の見込みとあり得る有害な帰結についてより詳細かつより印象的に情報が提供されなければならない (BGH NJW 1991, 2349 = MedR 1991, 85; BGHSt 12, 379 = NJW 1959, 825参照)。

とりわけ確実にまたは通常生じるような術後の容体に関する説明は、手術的な侵襲についての患者への説明の核心をなすものである (Geiß/Greiner ArzthaftpflichtR, 6. Aufl., C – Haftung aus Aufklärungsfehler – Rn 18f.)。そのため、例えば通常の事例と比較して高度の創傷感染のリスクを説明するということが要求され得るのである (OLG Hamm Urte. v. 16. 6. 2008 – 3 U 148/07, BeckRS 2008, 23874; OLG Brandenburg VersR 2009, 1230 = BeckRS 2008, 24164)。例外として、正規の方法で手術してもその手術と結び付いた合併症の危険が現実化することを理由として必要となり得るような第二治療に伴う重大なリスクについても〔患者は〕情報提供されるべきである。このことは、患者が手術と結び付いたあらゆる深刻なリスクについて、それらのリスクが減多に現実化することがないとしても、説明されるべきである、ということに由来するものである。医師の指示義務に関しては、一定程度の頻度で合併症が発症するということのみならず、問題となるリスクがその侵襲に固有に伴うものであるか否か、そして侵襲のリスクが現実化した際には患者のその後の生活にとりわけ負担がかかるか否かということもまた決定的に重要である。かかる場合には、第一手術と、場合によっては必要となる第二治療との間には、後の治療のリスクについては第一侵襲の前に既に説明が要求されるほどの密接な関係が存在するの

である。そのため、例えば患者は腎盤の外科手術の実施に先立って、この手術と結び付いた吻合機能不全の危険によって、10%の確率で腎摘出という結果に至るような第二手術が必要となり得るということを説明されるべきである(BGH NJW 1996, 3073)。〔また、〕総胆管検査は胆管に乱暴な処置を施せば2%の確率で膵炎を惹き起こすが、その実施に際して総胆管検査を高度の確率で行うべきであるような胆嚢摘出に先立っては同様のことが妥当する(BGH NJW 1996, 779)。

確かに、一次的には医師に委ねられる治療法選択の範囲内では、医師には一般に認められていない治療法を用いること(BGHZ 113, 297 = NJW 1991, 1535; BGHZ 172, 254 = NJW 2007, 2774)は禁止されてはいない。だが、承諾の有効性について、患者は医師の意図する治療について説明されていなければならない。そして、これらの治療法の賛否に関する一般的な説明の他に、計画された侵襲が医学的な水準に達して(さえ)いないこと、そしてその時点では未知のリスクを排除し得ないということについても情報提供されるべきである(Geiß/Greiner aaO, Rn 39, 46; Steffen/Pauge ArzthaftungsR, 11. Aufl. [2010], B – Die Haftungstatbestände – Rn 454a, 455)。

説明の実施は、原則的には医師固有の責務として執刀医がその義務を負う。執刀医が患者を他の医師に引き継ぐならば、それが患者との話し合いによるものであるとしても、あるいは診療録における文書による説明を再検討することによるものであるとしても、この執刀医はその責務を規則に従って果たすことを保障しなければならない(Geiß/Greiner aaO, Rn 39, 46; Steffen/Pauge ArzthaftungsR, 11. Aufl. [2010], B – Die Haftungstatbestände – Rn 454a, 455)。

b) この基準に従えば、被告人はここでの認定を根拠として、患者Mに——手術それ自体についての説明の他に——この侵襲に典型的に伴っている創傷治癒障害のリスクについても説明するという義務をさしあたり負っていた。被告人はこの義務を、判決理由の全体的関連に従えば、これについて委託された医師らによる説明を受ける対話を通じて果たしてい

る。

だが、——被告人の病院では通常であった——家庭用搾り機で用意したレモン果汁を創傷治癒障害の治療に用いることにもまた——被告人はこれを知っていたのであるが——説明義務があった。この治療は医学的水準に満たない我流の方法であり、その効果と一般的な身体適合性はその当時まで研究されておらず、そのため未知のリスクは排除し得なかった。このことについての説明を確かに被告人は行ってはいない。しかし、かかる説明不足によって、(死との因果性がある) 最初の大腸手術への M の承諾は無効であったのであり、そしてそれゆえ被告人はこの〔第一〕侵襲によって違法である危険な傷害について責任があったであろう、ということにはならない。何故ならこの我流の方法を用いることについて被告人は第一手術の前ではなく、二度目の手術的侵襲(再手術)の前に初めて説明しなければならなかったからである。詳細は以下の通りである。

大腸の手術と、(滅菌せずに用意された)レモン果汁も用いた、場合によっては必要となる創傷治癒障害の二次治療との間には、被告人が M に特別に第一侵襲の前で既に、例えば必要となる第二治療の方法とリスクについて情報提供しなければならなかったというほどの高度な危険連関は全く存在しなかった。最初の大腸手術に固有に伴っている危険は、専ら創傷感染の発生である。だが、創傷感染の治療は、それが現実化すれば——例えば臓器喪失のように——患者の将来の生活を取りわけ負担のかかる態様で侵害したであろう重大なリスクとまさしく必然的に結び付いたものではなかった。そのため、レモン果汁の追加的な使用は、大腸手術の後に発生する創傷感染の治療についての唯一かつ代替的治療のない唯一の可能性というわけではなかった。むしろ創傷感染は——本件でも最初に行われたように——抗生物質の投与という一般的に行われている方法だけで防ぎ得たであろう。創傷感染の発症後も、使用する治療法の問題にかかわる話し合いを M と行い、M に代替的治療を選択させるために使える時間はまだ十分にあった。それゆえ、——LG の見解とは逆に——M の健康状態が著しく低下していた再手術の実施直前の時点だけを考慮してはならない。むし

ろ、取り上げられるべきは創傷治癒障害を治療する必要性が初めて判明した時点である。しかし、〔原審の〕認定によれば、創傷感染が発生したのは第一侵襲の数日後であり、これは抗生物質の投与治療の五日後であった。その更に二日後に被告人は第二侵襲を行ったのであり、その前に M はこの侵襲について直接——ほとんど話せる状態ではなかったとはいえ——説明を受けることができた。それゆえ M は計画されたレモン果汁の追加的な使用について数日前には既に知り得ていたであろう。結局、（抗生物質の新たな投与と併用された）非滅菌のレモン果汁の投与と結び付いた創傷細菌感染の余計なリスクというものは、M の将来の生活に関しては、例えば肺炎、臓器喪失あるいはそれに類する身体の完全性の侵害とはおよそ比較し得るものではないのである。

従って、LG は、レモン果汁の使用が炎症の進行に悪影響を及ぼし、患者の死に寄与したということも認定することができなかった。かかる事情において、被告人は、第二治療の際には被告人が実践する我流の方法が使われることを知っていれば、第一侵襲の前で既に承諾はしていなかったであろうとの観点から、既に第一手術の前では創傷治癒障害が発生すれば場合によってはレモン果汁も補足的に用いられるということに関して患者に説明する義務を負うものではなかった。

c）以上のこと全てによれば、第二手術も創傷へのレモン果汁の投与も M の死と共に因果関係を有するものではないのであるから、被告人は傷害致死の罪責を一切負うものではない。むしろ、M の死は、専ら第一手術によって生じた創傷感染によって惹き起こされたものである。被告人は第一侵襲を、原審の認定によれば医師の技能を満たして実施し、この手術と結び付いたリスク——とりわけ創傷感染の典型的な危険——について患者に規則に従って説明していたのであるから、患者の身体の完全性の侵害は患者の承諾によって正当化される。従ってその限りでは、被告人は違法（かつ危険）な傷害は一切行っていない。これに対して、被告人は再手術の前に自己の意図する創傷へのレモン果汁の投与については患者に説明しておらず、それゆえ患者がこの手術に対して与えた承諾は無効で

あったのだから、ここでの認定に基づき被告人は第二侵襲により危険な傷害については責任がある。

しかし、これにかかる有罪判決の変更は本法廷には禁止されている。それは、傷害致死を理由とした有罪判決を支持する別の事実審裁判官が認定を行うことが不可能ではないからである。新たな公判においてはとりわけ—第一手術の時点で場合によっては存在した医療ガイドラインを考慮し、鑑定の力を借りることで（例えば、BGH GesR 2008, 361 = BeckRS 2008, 7852参照）—患者への治療と説明における被告人のあり得る（新たな）誤りが争点とされるべきである。それゆえ、本法廷は以下のように指摘する。

治療経過についての原審の認定によっても、第一侵襲の前に患者 M に抗生物質が予防的に投与されたか否か、腸内洗浄が実施されたか否か、必要となる可能性のあるこれらの手術準備的な諸措置の場合によってはしなかったことについて M が説明を受けていたか否かは判然としない。また、大腸の第一侵襲の直後に抗炎症薬が投与されたか否かも認定されていない。要するに、再手術が第一手術の七日後によく行われた理由が明らかではないのである。

《研究》

1. 本判決は、治療的侵襲の正当化根拠たる被害者の承諾の前提として、医師による説明義務がどの時点で発生するのか、そしてどこまで説明が要求されるのかについて、BGH がその判断を示したものである。

2. 本判決の前提として、そもそも切開や縫合といった治療的侵襲が刑法上どのように取り扱われるのかについては、古くから判例と学説の間には対立がある。学説の中には、治療的侵襲は構成要件該当性がそもそも否定される（換言すれば、被害者の承諾は構成要件該当性を否定する）と解するものがあり、今日では極めて有力化しているが、BGH の判例は一貫して、治療的侵襲はあくまでも傷害罪の構成要件には該当するのであって、

被害者の承諾によってはじめて違法性が阻却されるものと解している¹⁾。本件でもその考えは維持されている。

治療的侵襲は被害者の承諾によって違法性が阻却されると解する場合、問題となるのはとりわけ治療的侵襲に対する被害者の承諾が有効であるための要件である。これについて本件判決は、「侵襲の経過、その成功の見込み、リスクそして本質的に異なる負担を伴ったあり得る代替的治療についての説明」が必要であると判示している。ただし、説明義務の中でもとりわけリスクについての説明については、その現実化する可能性に幅があり、あらゆるリスクについての説明義務が医師に課されるのであるとすれば、それは事実上無限責任あるいは結果責任を負わせることと等しくなる。民事では、例えば BGHZ 106, 391, 399²⁾において、教会法でいうところのベルザリ原則（不正な状態におかれている者には、その犯罪から生じてくる一切の事柄が帰される）のように結果責任を負うものとされている。しかし、刑法においては責任主義という大原則が存在するため、このような結果責任は妥当しない。そもそも、損害賠償に志向した民事責任と、罪責を問うための刑事責任とはそれぞれ同じ尺度で測ることのできない概念であると解すべきである³⁾。

そこで今度は、刑法における答責性の前提として、治療的侵襲の前に果

1) Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl (2010), § 223, Rn. 29, 30.

2) この事案は、整形外科医である被告人が、急性肩凝りの患者の肩関節にコルチゾンを注射したが、起こり得る感染症（関節硬直）のリスクについての説明義務が果たされていなかったというものである。本件では実際に感染症が発症したが、その症状は関節硬直ではなく敗血症であり、患者は死亡してしまった。肩関節への注射で死亡するということは極めて稀なことであり、これについての指摘義務は存在しなかったにもかかわらず、BGHは、説明過誤のケースにおいては「極めて稀で、説明義務のないリスクが現実化した場合であっても、侵襲から生じた全ての損害について責任を負」わなければならないとし、医師の損害賠償責任を認めた。

3) Widmaier, Der Zitronensaft-Fall-Zum Risikozusammenhang nach Aufklärungsmängeln bei der ärztlichen Heilbehandlung-, FS Roxin, 2011, S. 444.

たすべき説明義務はいつ発生しそしてどこまで及ぶものであるのか、ということが問題となる。そして、この点について本件ではLGとBGHの間で見解が対立している。

そもそも、本件事案の構造としては、まず実施に先立って医師から説明の行われた大腸の手術（第一手術）があり、この手術に典型的なリスクであった炎症が創傷に発生した。そして、この炎症を治療するための（患者の頷きによって承諾を得た）第二手術が実施され、ここにおいてレモン果汁という医学的検証を経ていない手段が（しかも滅菌さえされずに）用いられ、その後患者は炎症がもとで死亡した（ただし、レモン果汁の使用と患者の死の間の因果関係は証明されていない）。かかる事情のもとで、LGは、第一手術への承諾がそもそも無効であったとして、本件では傷害致死が成立すると認定した。その理由としては、第二手術におけるレモン果汁の使用までもが第一手術の説明義務の範疇に含まれるということが挙げられる。これは換言すれば、「第一手術のリスク」には創傷治癒障害の発生とその治療の可能性のみならず、治療に際してレモン果汁を使用することまでもが含まれると解するということである。そして、この説明義務については何故「レモン果汁の使用について」「第一手術の前に」果たさなければならないのかということが当然に問われることになるが、まず「レモン果汁の使用について」の説明が必要であることの理由として、LGは治療的侵襲においてレモン果汁を用いるということの異常性を指摘している。即ち、患者は医師に対して適切な治療を実施してくれるという信頼を置くものであるが、切開された手術創を塞ぐ際にそこにレモン果汁を投与するなど聞かされれば、患者が医師に抱いていた信頼は大いに揺るがされるであろうことから、レモン果汁を用いるということについての説明は説明義務の中に含まれるというのである。そして、その説明が「第一手術の前に」行われなければならない理由は、第二手術実施の直前では患者が承諾能力を失っている危険があるからであるとLGは論じている。実際には、本件事案では患者Mには辛うじて話を聞いた上で頷くことができる程度の意識が残っていたが、可能性としては完全に意識を喪失し、

あるいは意識はあるが承諾能力が認められないほどにまで混濁していたということも排除されないものであり、そしてそのようなリスクは第一手術の前の時点で既に発生していたとされたのである。

このようにLGは、治療的侵襲におけるレモン果汁の使用という事情の異常性を（致死結果への因果性が立証されなかったにもかかわらず）極めて重視しているが、かかる認定はBGHにおいては一蹴されており、また学説からも強い批判を浴びている。例えば、Hardtungによれば、LGの論述に従うと治療拒否が人の拒否に転じてしまうということを指摘している。即ち、本件のように第二手術でレモン果汁を用いるということを、医師に対する信頼という観点から説明義務に含めてしまうということは、説明を受けた後の治療拒否が結局のところ「創傷治療障害が発生した際にはレモン果汁を用いようとしている医師」という人の拒否という構造になってしまうとするのである。しかし、人的要素を基礎とした構造として理解してしまうと、今度は大酒飲みである医師や家庭内暴力を振るう医師さえもが、「アルコールが残った状態で手術台に立たないように心得ている者」や「誰かを手術する際にも大雑把かつ粗暴に行わないように心得ている者」という要素として、説明義務の中に加えられてしまうことになる。従って、このような無制限の説明義務の拡大を招きかねないLGの判決は妥当ではないとHardtungは説くのである⁴⁾。

また、Widmaierの指摘するように、LGはあくまでも第二手術においてレモン果汁を用いるかも知れないということを説明しなかった「第一手術」に対する承諾の無効性に基づいて傷害致死の成立を認定しているが、このような立論に依拠するのであれば、その他の部分は規則通りに行われたということを前提として、場合によってはレモン果汁を使うつもりではいたが結局使わなかったものの患者は死亡した、というケースにおいても、説明不足を理由に第一手術に対する承諾は無効であるという帰結に至ることになってしまう⁵⁾。従って、LGの立論はやはり説明義務の拡大という事

4) Hardtung, NStZ 2011, S.636.

5) Widmaier (o. Fn. 3), S. 443 / 444.

態を招来しかねないものであり、妥当ではないとみるべきであろう。

3. BGH は、先述の通り、治療の侵襲に対する承諾が有効となるためには、「侵襲の経過、その成功の見込み、リスクそして本質的に異なる負担を伴ったあり得る代替の治療についての説明」が果たされていなければならないとする。そこにおいて中心的となるのは手術後の患者の容体に関する説明であり、これは手術そのものに伴うリスクとして容易に理解し得る。しかし、BGH はこれに加えて、手術によって合併症が発症した場合に必要なような第二治療に伴う重大なリスクについても、第一手術の時点における説明義務の対象となるとしている。その説明においては、合併症がどの程度の頻度で発症するかということのみならず、当該リスクがその侵襲に固有のものであるか否か、そしてリスクが現実化した場合に患者がその後の生活において被る負担までもが、侵襲に対する承諾が有効となるための要件として要求されることになる。

問題は、かかる基準によると本件におけるレモン果汁の使用についてはどの時点で説明義務が発生するかである。この点についてBGHは、LGとは異なり、以下のような理由から第一手術の前ではなく第二手術の前に説明義務が生ずると判断した。即ち、第一手術（＝大腸手術）と第二手術（＝創傷治癒障害）の間には第二手術についての説明を第一手術の前に行わなければならないほどの危険連関は存在しなかったというのである。これについてより具体的にみると、第一手術に伴っているリスクは創傷感染であり、先の基準に従えば、創傷感染それ自体のリスクに加えて、その治療に伴う重大なリスクも第一手術の時点における説明義務の対象となることになる。しかし創傷感染の治療は、それが実施されたとしても例えば臓器喪失に匹敵するような術後の負担を患者に課すようなものでは必ずしもない、即ち重大なリスクと直結するものではないとBGHは認定している。そして、創傷感染の発症から第二手術の実施までの間には治療コンセンサスを形成するに足りるだけの時間的余裕が存在していたことから、説明義務は第二手術を実施する必要性が判明して初めて生ずるものであるとBGHは結論付け、その上でレモン果汁と患者の致死結果との間の因果関

係が証明されなかった以上、被告人はいずれにせよ致死結果については罪責を負うものではないとされた。もっとも、説明義務を果たした上で実施された第一手術は完全に正当化されるが、レモン果汁を用いるということについて説明していなかった以上、第二手術に対する承諾は無効であり、そのため第二手術は危険な傷害に該当するとして、その認定につき事実認定を行う必要があることから BGH は本件を LG に差し戻した。

かかる BGH の立論に対して、学説からは二つの批判が向けられている。第一の批判は、BGH は仮定的承諾についての認定を行っていないとするものである。かかる指摘をする Schiemann によれば、「疑わしきは罰せず」の原則に基づいて疑わしき事情を被告人の有利に解する必要があるとの考えから、抗生物質の投与が明らかに功を奏しておらず容体が悪化の一途を辿っていた患者 M においては、仮にレモン果汁を用いた治療について説明していたとしても、「薬をもすぐる思いで」これに承諾していたであろう、ということは排除されるべきではないとする⁶⁾。もっとも、このような仮定的承諾の理解に対しては既にして学説の中から反論が向けられている。Ziemann は、そもそも仮定的承諾とは、患者が通常行われる説明があったならば侵襲に承諾していたであろうことが認められる場合には、常法に従って (lege artis) 実施された治療的侵襲は説明過誤などにより有効な承諾がない場合であっても正当化される理論であるということを確認した上で、本件における第二手術は我流の方法で行われたものであって「常法に従って (lege artis)」という前提が欠けるものであるということを指摘する。そして、LG の事実認定も、説明していたならば承諾していたであろう、という仮定的承諾の構造に即したものではなく、むしろ説明していたならば医師への信頼が揺らいだであろう (承諾しなかったであろう)、という逆のものとなっていることから、本件は結局仮定的承諾の事例では一切な

6) Schiemann, Der „Zitronensaftfall“ - Die ärztliche Aufklärungspflicht bei der Anwendung von Außerseitermethoden, NJW 15, 2011, S. 1047.

いと結論付ける⁷⁾。かかる指摘は正当であろう⁸⁾。

本件に対する第二の批判は、BGHが危険な傷害（StGB224条1項2号）を認定したことについてである。もとより、学説においては治療的侵襲が危険な傷害にあたるか否かという論点が存在していたところであるが、この批判はその点に関する見解の相違に起因するものである。本件で問題となる同罪の構成要件は「凶器若しくはその他の危険な道具を手段として」「傷害を行った者」⁹⁾であるが、この構成要件についての判例であるBGH NJW 1978, 1206¹⁰⁾は、StGB223条a（当時）の「危険な道具」について、「StGB223条aは危険な道具を武器の例としてのみ挙げているにすぎない。それゆえ、法律のこの意味によれば、本件における高度の可罰性は武器又は武器に匹敵するような物の使用に結び付いていなければならない。だが、こうした物が問題となるのは、行為者が当該物を攻撃又は戦闘の際に攻撃又は防御の目的で利用する場合のみである」と判示している。そして、この判例に文字通り忠実であろうとするならば、上述の判例同様「攻撃又は戦闘の際に攻撃又は防御の目的で利用する場合」にあたらぬ本件においても、致死結果との因果関係が立証されなかったレモン果汁を浸透させた絆創膏はもとより、侵襲の際に用いられたメス等の手術器具も「危険な道具」にはあたらないことになる。またStGB224条1項4号にいう「他の

7) **Ziemann, Der ärztliche Heileingriff als „Heilangriff“** - die medizinische Außerseitermethode als gefährliche Körperverletzung, HRRS 2011, S. 397.

8) なお、仮定的承諾の理論については、ヘニング・ローゼナウ、島田美小妃訳『仮定的承諾—新しい法形象！』比較法雑誌43巻3号（2009年）161頁以下において、詳細に論じられている。

9) 法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』（2007年）141頁。

10) この事件はいわゆる抜歯事例として知られるものであり、長年激しい頭痛に苛まされていた被害者が、その頭痛の原因は歯にあるという素人的な無分別に基づき、歯科医である行為者に自身の歯を全て抜くよう要求したというものである。被告人は歯の状態と頭痛との間には因果関係はないことを被害者に伝えたが、被害者は抜歯の希望を曲げなかったため、結局被告人は被害者の歯を抜くに至った。本件でBGHは、かかる被害者の承諾は無効であると判断している。

関与者と共同して」や同5号の「生命を危険にさらす取扱いを手段として」¹¹⁾も、麻酔専門医や看護師と共同して行う治療的侵襲は、抽象的な危険増加というよりはむしろ危険減少であるのだからこれにあたらないとされるべきであるということになる¹²⁾。そのため、本件判決はBGH NJW 1978, 1206,あるいは「医的侵襲は攻撃又は戦闘」ではなく、それゆえ外科医の用いるメスは危険な傷害の構成要件の意味におけるその他の危険な道具ではないとした5 StR 521/59と矛盾するものであると指摘されることになる¹³⁾。

しかし、かかる批判についても既にして異議が唱えられているところである。まず、学説の中には、そもそも上述の判例における「危険な道具」の認定に反対して、医師が他人の腹部を切開するために用いるメスという道具はやはり危険な道具にあたると解するものがある¹⁴⁾。かかる見解からすれば、むしろ従来の判例における「危険な道具」の認定の方が批判されるべきであり、本件判決における危険な傷害の認定は支持されることになる。

また、より実質的な解釈として、判例において危険な道具はその客観的な性質と具体的な使用方法に従って、個々の事例において重大な傷害を加えるに適しているか否かという公式に基づいて決せられていると解する見解もある。そしてかかる見解においては、道具が「危険」であるか否かは、判例や支配的見解においては行為者がその道具を用いて惹起した又は惹起しようとした侵害の重大性を基準として決せられていると指摘する¹⁵⁾。このような解釈に基づく場合、「危険な道具」の認定は単にその道具それ自体について検討を加えるだけでは足りず、被告人の行為全体から総合考慮

11) 前掲注9) 141頁。

12) Zöller, *Wirksamkeit der Einwilligung bei ärztlichem Heileingriff und medizinischer Außerseitermethode*, JZS 2011, S. 175.

13) Widmaier (o. Fn. 3), S. 442 / 443.

14) Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band3 (2003), § 224 Rn. 34.

15) Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59. Aufl. (2012), § 224 Rn. 9.

することによって判断することが必要となる。そのため、このような見解からは端的にメスであるから「危険な道具」にあたるといえるわけではなく、手術器具を用いたことやレモン果汁を浸透させた絆創膏の上から創を縫合したといった諸々の事情が全体的に「危険な道具を手段とし」た危険な傷害を構成するということになる。従って、この見解からすれば、BGH がこれらの事情の中のどれか一つを単独で取り出し、それを強調して「危険な道具」の認定を行わなかったことは、ある意味では当然の帰結であるということになる¹⁶⁾。

4. ただし、本件における被告人の主観的要素、即ち故意の認定については、その認定に不明確さが残るとの指摘もある。医事刑法における先例である BGH NStZ 1996, 34, 35¹⁷⁾などでその基本的姿勢が示されているように、BGH は医事刑法の領域において故意の認定に対して消極的であり、また NStZ 2004, 35, 36では「医学的には大いに誤った」方法の場合でさえも原則的には医師の治療意思から出発するということも示されている。かかる判断基準を用いるとすれば、本件で被告人が一般的にレモン果汁には殺菌作用があると考え、そしてこれが深刻な創傷治癒傷害の治療に適した方法であるとの確信を抱いていたとする原審の認定は、危険な傷害の故意を阻却する方向に左右し得る。もっとも、他方で原審がレモン果汁の使用という治療方法が医学的に通常行われるものではなく、かつ医学的に研究されていないことは明らかであったとしたことは、未知のリスクを排除し得ないことを被告人が知っていたとする認定からすれば、このことは被告

16) Ziemann(o. Fn. 7), S. 396 /397.

17) 神経外科医である被告人は複数の頸椎ヘルニアの手術で、牛の骨で作られたスペーサーを使用した。これは当時公的な認可を受けていたものではなかった。そして手術の結果発生した合併症は、このスペーサーが原因である可能性があったが、患者は当該スペーサーが公的な認可を受けていないということについて説明されていなかった。しかしながら BGH は、被告人である医師はスペーサーが未認可であることを知らなかったという事実認定に基づき、原審の下した故意の傷害による有罪判決を破棄しなければならなかった。

人の故意の認定を基礎付ける事情として考慮し得るであろうとされる¹⁸⁾。

5. 本判決は、極めて特異な事実関係に基づいたものではあるが、治療的侵襲に対する承諾が有効であるための要件である説明義務について、極めて有益な示唆を与えるものであると思われる。日本でも近年では専断的治疗行為への反省から、治療行為が正当化されるためには被害者の承諾が必要であるとされるようになり、その関連で説明義務についてもインフォームド・コンセントの法理として議論が行われているところである¹⁹⁾。もっとも、そこでの議論は主として要件論に尽きるものであり、侵襲と承諾の一对一関係が暗黙裡に前提とされていたように思われる。しかしながら、まさに本件事案におけるように、承諾の存在が必要となるような大規模な手術であればあるほどに、治療行為は単発的なものではなくむしろ継続的なものであり得るということは容易に想像ができることである。そして、個々の治療行為についての説明義務が、例外的ではあっても場合によっては総合考慮的にその発生時期と範囲を画定されるということも得心がゆくことであろう。従って、本件判決は治療行為に対する承諾、そしてその前提としての説明義務についての日本の今後の議論においても、参照すべき価値があるものと思われる。

18) Ziemann(o. Fn. 7), S. 397.

19) 今日では(狭義の)医療行為が適法であるためには、医学的適応性、医術的正当性、インフォームド・コンセントの3要件を満たす必要があるとされる。甲斐克則「6 被害者の承諾」椎橋隆幸・西田典之編『変動する21世紀において共有される刑事法の課題』(2011年) 104頁。