

ドイツ刑事判例研究 (93)

ドイツ刑法研究会
(代表 曲 田 統)*

緊急手術後、蘇生措置の必要な患者の病院への搬送が遅滞し、
搬送先の病院で患者が死亡した事例

§227 (傷害致死罪)

菅 沼 真也子**

1. 美容整形外科医の StGB227条に相応する可罰性、ならびに、適切な説明の欠如ゆえに違法となる手術を施されて昏睡状態にある担当患者を、脳の蘇生手術のために病院へ搬送することを一時的に怠ったことについての、殺人の故意について。
2. 自己保身のために医療過誤行為の露呈を阻止する、という隠蔽行為から読み取られる動機は、殺人の未必の故意の肯定を問題なく正当化するものではない。
3. 不作為による謀殺未遂という観点からみた、救命機会を逸したことに對する評価について。

* 所員・中央大学法学部教授

** 嘱託研究所員・小樽商科大学商学部准教授

LGによって殺人の未必の故意の意思的要素が十分に裏付けられていなかったために、被告人の上告は認められる。(Rn. 19, 22, 23)

医師が、患者の容体が悪化した後に十分な救命努力を怠った、という事情だけでは、いまだ殺人の未必の故意を肯定することはできない。(Rn. 24)

むしろ、本事案において存在する、殺人の未必の故意を否定するような諸事情をも取り入れる、という全体的考察が必要である。(Rn. 26, 27)

さらに、被告人に有利となる不作為ではなく、作為を認めることは、誤りである。(Rn. 28, 29)

LGが所為単一を肯定していたために、破棄は、それ自体瑕疵のない傷害致死による有罪宣告にも及ぶ。(Rn. 30)

LGが謀殺未遂による有罪宣告を導きうるような諸事情を考慮していなかったために、付帯訴訟人の上告は認められる。(Rn. 32)

被告人が患者の救命可能性を信じていたという認定を背景にすると、LGは、——場合によっては殺人の故意を認めるような——救命治療の遅滞が、先行する違法な作為を隠蔽するために役立つものであったのか、あるいは卑劣な動機に基づくものであったのか、ということを検討しなければならなかった。(Rn. 33-37)

新たな証拠採用が殺人の故意の証拠となるものでなければ、傷害致死による有罪判決は、ここで維持される認定を基礎とすれば、認められる。(Rn. 38)

BGH, Urt. v. 7. 7. 2011-5 StR 561/10 (LG Berlin)

NSStZ 2012, 86-89

《事実の概要》

LGは、被告人の人格について、また客観的事象について、主として次のような事実を認定した。1988年に災害外科の専門で教授資格を獲得した被告人は、かつて整形外科医の補佐医として、また災害外科の病棟医とし

て従事した後に、1985年から1995年にかけて大学病院 M の形成外科の主任医師として勤務していた。被告人の業務は、重症患者の応急手当て、およびその患者がリハビリに移るまでの看護であった。さらに、被告人は単独で多くの局所麻酔ないし部分麻酔を実施していた。1994年から、被告人は、ベルリンの救急診療の外科医としてクリニックに勤務していた。被告人は多くの形成外科手術を行い、その際に多くの美容整形手術も行っていた。2006年3月30日に、49歳の健康な女性 Sch が、被告人のクリニックで、9時から12時30分にかけて、脂肪沈着を原因とする腹壁形成手術（いわゆる脂肪吸引手術——筆者注）、盲腸の手術痕の除去手術、およびヘソの移動手術を受けた。被告人は、Sch に、真実に反して、手術当日には麻酔医が立ち会うことを保証していた。手術前に夫の立ち会いの下で Sch が尋ねた「麻酔医はどこにいるのか」、という疑問に対して、手術助手の1人が、「それは先生と一緒に引き受けます」と回答していた。8時頃、患者は鎮静剤を投与され、手術室で、心拍数、心臓の拍動経過、血圧および血中酸素濃度を測る監視機器に接続された。その際、肺の酸素供給を測定するための血中の気体測定は行われていなかった。手術の20分前に麻酔が滴下され、その直後に被告人によって脊髄麻酔が投与された。9時頃に被告人は、患者の脂肪を吸引しようとする腹部に、脂肪溶解剤を注入した。手術終了時（11時および12時15分）には、追加の麻酔が投与された。12時30分頃に傷口を縫合する際に、患者には心臓の血液循環の停滞が生じていた。被告人が心臓マッサージを行ったところ、患者は嘔吐した。口と喉をきれいにしてから、被告人は心臓マッサージを継続して行った。軌道を確認するために、被告人は口腔内にチューブを差し込んだが、そのチューブは吸引を防止するものではなかった。被告人は患者にマスクをつけて酸素を供給し、アドレナリンおよびその他の薬剤を投与した。13時頃には心拍数は通常の範囲に回復し、12時20分から13時20分の間には血圧がかなり低下した。患者は自発的に呼吸し、点滴と血圧上昇剤を投与されたが、その量や時間は記録されていない。手術助手 R の勤務終了時である14時30分頃には、生命兆候（die Vitalwerte）はふたたび通常の範囲となった

が、他方で患者の外見の状態は変わっていなかった。助手は、「救急医に知らせるほうがいいのではないかと質問したが、怒りっぽい被告人ははっきり言わないであろう、と考えたために、彼女はあえてこれについての返答を求めなかった。麻酔の作用が弱まってからも、患者の意識は回復しなかった。被告人は、自身の診察時間をさらに延長し、定期的に患者に目を向けていた。被告人は、付帯訴訟人である患者の夫に、真実に反して、患者は目が覚めておりすべて順調である旨を告げた。しかし、患者は繰り返し眠ってしまうので、あなたと話することができない、とも説明した。18時頃に、被告人は、患者についてはすべて順調であるが、患者が眠ったままであるので、患者を夜間に別の病院へ搬送したい、という旨を付帯訴訟人に新たに説明した。同時に、被告人は18時30分頃にSG病院の医師に対して、被告人が集中治療室のベッドが空いているか問い合わせたときに、同様の説明をしていた。被告人は、19時10分頃に、救急治療の設備のない救急車を依頼し、19時45分頃に救急車が到着した。救急隊員は、即座に意識のない患者の状態の重大性を認識し、四肢の弛緩や肌色、および汗の状態から、患者が酸素を必要としていることに気づいた。被告人は当初、警告灯とサイレンをつけて病院まで搬送するという救助隊員の提案に反対した。激昂して大声で議論した結果、救急隊員がその提案を押し通した。被告人は、20時頃に昏睡状態の患者を救急治療室に搬送する際に、心肺停止が生じていたがその後蘇生したこと、および患者に吸引をしたことを告げなかった。被告人は病状に関する資料を引き渡さず、また患者に投与された薬剤を伝えていなかった。その後、後に伝えられた無線の番号を通じて、病院の医師と連絡が取れない状態であった被告人は、患者の資料をすぐに引き渡すという約束を遵守しなかった。2006年4月3日になって初めて、被告人は、警察の介入を告げてきた付帯訴訟人に、手術記録および麻酔記録のコピーを引き渡した。Schは、脳全体の軟化により、意識をふたたび取り戻すことなく、2006年4月12日に病院で死亡した。

《LGの判決要旨》

医療上重要な関連について、LGは、多くの医学の専門家の助言をもって、次のような認定および評価をした。麻酔医を置かずに数時間にわたる複雑な手術を行ったことは、医学上の標準とはいえない。脂肪溶解剤ならびに内部に作用する鎮静剤の投与とまたそれと併用してなされる脊髄麻酔による麻酔状態は、その個々の成分においても、また特にそれらの組み合わせにおいても、周知のリスクを伴うものであり、このような投与方法は患者の生命機能を著しく侵害する。麻酔医による監視によって、生命にとって危険な状態を事前に判断する機会、および、それに続いて適切に治療する機会は明確に増加し、生命維持の可能性が高められるものであろう。被告人は、自発的に呼吸する患者に単に点滴を投与し、血圧上昇剤を投与することによって、Schを医学的な技術に大きく反する蘇生措置に従って治療したといえる。被告人が血中の気体を分析しなかったために患者の肺に十分酸素が渡っているか否かを確認できなかったときには、補助的に酸素を吸入させるための気管内への挿管を行い、また——心臓の循環が停止した原因が不明確なままである場合には——脳の蘇生措置のために集中治療室へ素早く患者を搬送するべきであった。被告人が実践した蘇生措置の後に、酸素不足による、死に至る不可逆な脳の損傷がまさにいつ生じたのか、ということは、はっきりと解明され得ない。いずれにせよ、患者は病院に搬送された時点ですでに後の低酸素による重大な脳の損傷状態に陥っており、このような脳の損傷は、患者の状態の経過についての周知の事実とあわせて、2006年3月30日および31日のコンピューターによるX線断層写真撮影の分析が明らかにしているように、2006年3月30日の午後には発生していた。蘇生措置のあと病院に即座に搬送されていれば、患者は、確実性に接する蓋然性をもって蘇生したであろうし、少なくともわずかではない時間生存していたであろう。LGは、被告人のやり方は医学に基づくものである、ということの説明するための被告人のあらゆる抗弁を、専門家の意見および証人の供述に基づいて否定する。それによれば、患者は、多くの重症患者と同様に、病院へ搬送可能であった。搬送を妨げるよ

うな心不全は存在していなかった。被告人が不可能と考えた患者へのさらなる挿管は、病院において、最初の措置として問題なく行われている。被告人のクリニックでの患者の容体は改善されなかった。LG は、証拠を評価して、SG 病院での医師による瑕疵ある治療を否定した。

主観的構成要件に関しては、LG は主として次のような考慮を基礎としている。複雑な手術という事情から生じる要件、すなわち、麻酔医を少なくとも要請する準備ができた状態で実際に呼び出せるようにしておく、という要件について、被告人自身の専門教育と職業上の経験に基づいて、被告人は知っていたといえる。蘇生後に心臓の拍動が再開しても意識のない患者を、救急医を伴って最も近い集中治療室へ搬送する、という規則の認識に関しては、陪審裁判所は、すべての医師の知識に照らして、救急医療ないし集中治療において長年経験のある被告人は、いずれにせよこのような知識を持っている、といえるほどに基本的なものであるとみなしている。これらの事情を基礎にして、また説明の範囲での手術の起こりうる致死経過に対する被告人の指摘に従えば、LG は、被告人は死亡発生の危険を予見することができたと認定する。それどころか、15時以降、麻酔薬の作用が弱まるのに必要な通常の時間が経過しても患者の容体がよくならなかったときには、被告人は、致死経過の危険を起こりうるものとして、また見当違いではないものとして認識していたといえる。

事象経過と利益状況から、LG は次のことを推論する。すなわち、「被告人は少なくとも、被告人が予期せぬ出来事が周知の事柄になったときに、名声の失墜の危険を恐れ、ならびに自身の経済的、職業的基盤を案じるという理由もあって、Sch を2006年3月30日の夜になってから初めて病院へ搬送した。さらに、被告人は、麻酔医なしで行われた手術が医学的な標準ではなかったこと、および、被告人が自身の患者に対して施した、患者の心臓機能の停止の後のさらなる治療が不十分であったことを知っていたといえる」。被告人は、その後も事象をささいなことに見せかけようとし、事実を隠蔽しようとした。「その際、被告人は、SG 病院において、自身の同僚に全く不十分な情報しか提供せず、伝えるべき内容を多く含ん

だ患者の資料を引き渡さなかったほどである」。陪審裁判所は、これを、被告人が異常な動機から救急車を要請しなかったことを裏付ける、体系的な隠蔽行為およびごまかし行為であると認める。これによって、被告人が患者に生じている生命の危険を認識した時点である15時以降について、殺人の未必の故意が認められる。不可逆な脳の損傷の発生時点が不確実であるという観点から見ても、このことは、殺人の不能未遂としての可罰性を基礎付けるものではないであろう。

LGは、被告人を、故殺未遂と傷害致死とを観念的競合として、4年6月の自由刑で有罪とし、開業の外科医、スポーツ医師、および救急業務の医師としての業務禁止4月を言い渡す。この判決に対して、被告人および付帯訴訟人の上告がなされ、この判決は一部の認定とともに破棄された。

《判決要旨》

[19] 4. 被告人の上告は、事実誤認をもって有罪宣告の破棄を導く。これによって、処罰宣告および処分宣告も認められなくなる。客観的所為事情および被告人による傷害致死（本判決の1-3bに要約されている）の実現についての認定——瑕疵なくなされた被告人の人格についての認定も同様に——維持される。これらの認定は、根本的な法的瑕疵から理解されるのではない。新たな事実審裁判所は、このような領域について、せいぜい当該認定と矛盾していないようなさらなる認定をなしうるにすぎない。

[22] ……殺人の未必の故意の肯定は、事實的、法的検討に耐えるものではない。LGは、殺人の未必の故意の意思的要素を、行為の経過と利益状況についての事実認定に対する不十分で不完全な検討でしか裏付けていない。

[23] aa) 未必の故意の意思的要素は、殺人の場合、行為者が起こりうるものとして認識した死の結果を自ら是認した、あるいは追求する目的のためにそれを了承したときのみ存在する。これに対して、行為者が起こりうるものとして認識した構成要件実現を了承しておらず、死が生じないであろうということを真剣に——単に曖昧ではなく——信じている場合に

は、認識ある過失が存在する。双方の責任形式は限界領域で密接に隣り合っていて存在しているため、行為者が故意に行為したか否かを検討する際には、すべての客観的および主観的所為事情の全体的考察がなされなければならない。LGは、これが不可欠である領域でこれを行っていない。

[24] bb) たしかに、LGは——類似する事情を評価したBGH第1刑事部の判決（NStZ 2004, 35; Urt. v. 7. 12. 2005-1 StR 391/05）と一致して——、患者の容体の悪化が生じた後に、医師が、異常な動機から救急車を要請しなかった場合に、医師が故意に患者の生命ないし健康を侵害しているのか、という疑問を明示的に論究することが必要である、と適切に理解していた。もっとも、そのような動機の存在は、未必の故意の意思的要素を推論させる経験則を示しているのではなく、必要な全体的考察の中で、動機に関して価値的な考察を必要とする。

[25] 陪審裁判所は、——論拠に関してBGH第1刑事部によって評価された事例から引き合いに出された諸事情とは異なり——被告人自身の発言を考慮できていないうえ、予測可能な形で劇的に経過する、生命を危殆化するような目に見える侵害で、そこからさらに被告人の行為の異常な動機を推論させるような侵害を考慮できていない。陪審裁判所は、もっぱら、自己保身のために自己の医療上の過誤行為の露呈を阻止したという動機を、被告人の隠蔽行為のみから推論した。それゆえに被告人は、患者の死を了承していた、というのである。しかしながら、このような帰結は、判決において認定された、むしろ認識ある過失の肯定を正当化しうるような逆方向の諸事情についての、論拠を挙げた検討を欠いている。

[26] 当然なことに、上告は次のことを指摘している。すなわち、認められた行為の動機——自己保身のために過誤を隠蔽すること——と患者の死の合理的に結び付けられる関連は、少なくとも被告人のクリニックで予期されうる死が生じたときにはほとんど存在し得ない、という指摘である。手術が麻酔医を置かずに行われ、また容体の悪化を伴ったことは、決して——常に適切な説明を求めていた付帯訴訟人に対してだけではなく——それほど長い時間隠すことができるものではなかった。クリニックで

発生した患者の死について、付帯訴訟人が民法上の請求を維持するために行うであろうことが確実に予想されうる検死がなされれば、被告人の医療上の過誤という真実の死の原因が明らかにされるであろう。これに加えて、LGは、故殺未遂に関する説明の中で、被告人が「Schが集中治療室に移動せずに死亡するであろう、ということが起こりうるとみなしていた」ことを検討している。これによれば、被告人は、それどころか比較的遅い時点で、病院での患者の救助をいまだ可能であると考えていた。患者が回復することへの強い懷疑、およびこれと同時に生じる、少なくとも病院へ運ばれるまでに患者が死亡することを是認することと、いわば——その他の下劣な動機という謀殺の要件を検討する領域で論究される——被告人の義務に反する行為に対する認定された動機、つまり「自己への過大評価と頑なさ」が矛盾している。

[27] したがって、患者を病院へ移動させるという被告人の決意より前に殺人の故意の意思的要素を肯定することは、維持できるものではない。

[28] d) 被告人の行為につき、LGが被告人にとって比較的有利な不作為の（不能）未遂を肯定するのではなく、作為による未遂を認めたことについても、法的瑕疵がある。

[29] 陪審裁判所が作為犯の根拠についての自らの見解の証拠資料として考慮に入れたBGH第1刑事部の判決（Beschl. v. 21. 3. 2001-1 StR 53/02; NStZ 2004, 35）は、そのようなことを正当化するものではない。これらの判決には、より多くの医療過誤が——それゆえに作為が——基礎にある。BGHの判例は、限界づけの問題を解決するために、非難という重点を評価的に考慮する。本事案の重点は、瑕疵なくなされた認定に従えば、ここでは、病院の集中治療室で医学的に行われた脳の蘇生措置を促さなかったことに存在するのであり、単なる——しかもむしろ無用な——心臓の循環を安定させる薬剤の投与にあるのではない。LG自身は、不作為の非難を、LGが評価した考慮において中心的なものとみなしている。

[30] e) LGが認めた傷害致死による観念的競合での有罪宣告も破棄されなければならないが、この有罪宣告は一方で、これまでの認定に基づけ

ば疑いのないものである。特に、侵害された適切な説明義務を免れる目的から実現された危険が認められる。被告人が行った——同意を欠いた手術に当たる——死を惹起した瑕疵ある蘇生措置と結びつく治療においては、引き受け責任（Übernahmeverschulden）が実現している。そのような引き受け責任を、別の専門医、つまり麻酔医を手配することによって回避し、これによってすぐに生命救助のための治療をうまく実行することが、まさに麻酔医の協力を必要とする根拠であった。その遵守に関して、被告人は適切な説明が必要な時点でこれを偽っていた。そのような状況においては、被告人による傷害は、被害者の死を導く特別な危険を有していると同題なく認められる。

[32] 5. 同じく限定された範囲で、事実誤認をもって、特に謀殺未遂を理由として被告人の有罪判決を求める付帯訴訟人の上告は有効である。LGは、瑕疵なく認定されている、検察が把握する生命に関する事情に当たる諸事情を、その認識へと取り入れていない。これは、他の犯罪行為を隠蔽するための不作為による謀殺の不能未遂を理由とした併合罪での有罪判決、あるいは、下劣な動機からの不作為の謀殺の不能未遂を確実に排除して正当化することができるものではない。

[38] 6. 新たな証拠採用が——見当違いではないが、上訴裁判所が確実に予測できるわけではないものについて——殺人の故意の証拠でなければ、StGB227条による有罪判決は、もっぱら維持される認定のみに基づいて決定されうる。被告人のみが異議を唱えている処分宣告は、LGの下した有罪宣告がなければ維持されえないものであるが、いずれにせよ無条件で再び科されうる。

《研究》

1. はじめに

本判決は、美容形成外科医が、自身のクリニックで美容形成外科手術を受けた患者に対して、麻酔医が立ち会わないにもかかわらずそれが立ち会うという旨の虚偽の説明をして手術の同意を得たうえで手術に臨み、自ら

患者に麻酔を投与して手術を行ったが、手術後患者の容体が悪化したために不適切な蘇生措置を行い、そのような自己の医療過誤を隠蔽するために救急搬送を極度に遅らせて、最終的に搬送先の病院で患者を死亡させたことについて、LGが殺人の故意を認めたのに対し、BGHが事実認定の不十分さおよびその評価の不適切さを指摘して差し戻した事案である。認定に関する事例判断であるため、解釈学的な面に関しては従来の故意の理論を確認したにすぎないが、手術に執刀した医師であっても、一定の事情が認定されれば患者に対する殺人の故意までも肯定されうることを示した判例として、参照の意義があると思われる。

本判決の問題点は、次の3つの点にある。①被告人の行為が傷害に当たるか（医学的適応のある医的侵襲と適応のない美容整形との取り扱いに差異があるか否か）、②被告人には殺人の故意が認められるのか、③具体的にどの行為が被害者の死と直接関連性があるのか（作為か不作為か）、という問題点である。以下では、これらの3点について、LGの判決に対するBGHの評価を中心に検討するが、主たる問題点を②とするので、①、③については概観するにとどめることとする。

2. 医学的適応のある医的侵襲と適応のない美容整形手術の違い

医学的適応のある医的侵襲は、通説によれば、構成要件に該当するが違法性を阻却する、と理解されているが、本事案において行われたのは、医学的適応のない美容整形手術である。それゆえ、この手術は医的侵襲ではなく、単なる修復である、と理解されることになり、このような場合には、被害者が当該手術に同意していなければ、被告人の行為は傷害罪の違法性を備えていることとなる、とされている¹⁾。同意の有無は、医師が患者に対して手術のリスクや影響を適切に説明していたか、手術の方法や内容について正確な説明がなされていたか、ということに左右される。本判決では、このような説明は医師の義務であるとみなされている。

1) *Katharina Beckemper, ZJS 2012, 132, 134.*

本事案の場合、手術のリスク等の説明に関しては不明であるが、少なくとも手術方法について正確な説明はなされていなかったといえる。患者は、手術が麻酔医立会いの元で行われる、という真実に反する説明を受けていたからである。それゆえ、本事案では、患者は有効な同意をしていなかったといえ、当該手術は傷害に当たることになる。

もっとも、手術の直前に患者が手術助手に「麻酔医はどこか」と訊ねたのに対して、手術助手が「先生が引き受ける」という旨を告げたという事情をもって、患者が麻酔医不在での手術であることを理解していたと考えることも可能である。しかしながら、患者に対する適切な説明の履行が医師の義務であるならば、細かい説明のない手短な説明のみでは、患者が手術等について理解して同意できるとは限らないため、一定程度の時間をかけた徹底した説明がなされることが要求されるであろう。それゆえ、このような手術直前での手術助手の簡潔な指摘では、この要求は満たされず、説明義務の履行にとって十分とはなりえない。このことから、結局、被告人は必要な患者の同意を得ずに手術を行った、という判断は、LGにおいてもBGHにおいても一致している。

3. 殺人の故意

本事案でもっとも問題となっているのは、医師の殺人の未必の故意の認定である。本判決においても述べられているように、いったん破棄するとしても、被告人の行為が傷害致死に当たることは確かであるが、これに加えて、医療過誤が発生したあとの行為について殺人の未必の故意があったか否かがLGにおいて検討・認定されており、BGHはこの認定の基礎事情について検討を加えている。

医師による手術はそれ自体生命に対する危険性の高い行為であり、特に医療過誤があった場合には、患者の死の発生の危険性は飛躍的に高まるため、被告人の結果発生の危険性に対する認識に関しては問題とならない。本事案においても、少なくとも15時の時点で被告人は自らの医療過誤による患者の死の発生の可能性を認識していた、とLGが認めたことについて

は争われていない。

重要なのは、そのような認識に基づく被告人の意思決定という側面である。LGは、被告人が自身の名声の失墜や経済的、職業的基盤の喪失を防ぐという被告人自身の利益保護のために、自らの瑕疵ある治療行為を隠蔽しようとした行為に動機を見出して、殺人の未必の故意を肯定しているが、BGHはこの認定に疑問を呈し、これは意思的要素に関する検討ではないとして、最終的に原判決を差し戻している。

BGHはこれまで、未必の故意と認識ある過失の区別に際して、認識的要素と意思的要素の両者を必要とする見解を採用しており、特に殺人の故意が問題となった事例においては、存在するすべての客観的事情および主観的事情を全体的に考察し、経験則に照らして、行為者が起こりうる結果については是認したといえるような事情があり、行為者が結果の不発生を信じていたことを証明することができるような事情がないと評価できる場合に、殺人の未必の故意が認められる、としている²⁾。本判決においても、BGHは、このような従来基準を用いて、LGの認定はこの点を十分に検討したものではない、と指摘している。すなわち、被告人による自己保身のための隠蔽行為のみから動機を推論し、被告人は患者の死に納得しており、またそれを是認しつつ甘受していた、とLGが判断したことは、BGHによれば、経験則にあてはまるとはいえないし、故意を肯定するためには不十分であって、むしろこのような事情は認識ある過失を肯定しうるものである、とまで指摘されている。

このようなBGHの帰結は、患者の死を惹起しようとするのが、合理的に考えて被告人の利益とはなりえないであろう、ということから導かれる。被告人は、自己の過誤行為を隠蔽するために行為したのであるが、これは患者が生きながらえたときのみうまくいくのであって、患者が死亡した場合には、解剖が行われれば、被告人の誤った治療は明るみに出ることになる、と考えることも可能であるからである³⁾。このように考えると、

2) BGH, Urt. v. 22. 4. 1955-5 StR 35/55.

3) *Beckemper*, a.a.O. (Fn. 1), 135.

患者の死と、自己の過誤を隠し通したいという被告人の意思には、合理的な連関は見出されないことになる。むしろ、被告人の隠蔽行為には、患者が自身のクリニックでは死亡しないであろう、という期待と、自身への過大評価や、自身の治療は間違っていないという頑固さが読み取れるのであり、これは患者の死の是認とは相容れないものである。かつ、最終的に救急搬送することを決定したのも被告人の意思からであるから、この点を見ても、患者の死に対する意思決定があったとはいえない、ということにもBGHは言及している。

ただし、BGHは、被告人には殺人の未必の故意が存在しないことをここで明確に示したわけではなく、あくまでも意思的要素の認定が不十分である、と指摘しているにすぎない。誤りであるのは、LGが隠蔽行為という一面にのみ着目して故意を肯定したという点であり、被告人の殺人の未必の故意を検討する事自体は否定されていないし、むしろ差戻し審で今一度証拠採否から検討すべきである、とBGHは述べている。たしかに、医師は患者の健康を維持ないし改善するために治療を行うのであって、治療自体が高度に危険性を有するものであっても、患者の生命維持のために取り組むのが通常であるし、また上述のように、医療過誤を隠蔽しようとしたが患者が死亡した場合であっても、解剖等によって結果的にその医療過誤が露呈してしまうことになりうるから、自己保身のためであったとしても、相手方の死を甘受して患者の治療を続けることはほとんど考えられない。しかしながら、医療過誤が「事故」として(つまり単なる過失行為から)生じた場合ではなく、治療自体がいわば「いい加減」であり、そのいい加減さを医師が過度に取り繕おうとした場合には、もはや単なる事故(過失)というのとは許されず、これを超えて、患者の生命に対する医師の意思決定を伴う故意の行為とされることはありえないことではない。その意味で、BGHの指摘は、自己の能力を過信したり、未熟にもかかわらず不相応な手術に臨んだ医師については、行為時の内心状況を詳細に検討しなければならないことを明らかにしているものといえる。

これに加えて、BGHは、LGによる殺意に関する意思的要素の検討が不

十分であり、それゆえに殺意の認定が正確になされていないため、付帯訴訟人である夫が主張する「下劣な動機」による謀殺の故意についても検討する必要があることも指摘し、これについても差戻し審で検討することを求めている。被告人の自己保身のための隠蔽意図が謀殺罪における「下劣な動機」にあてはまりうるのであれば、このような BGH の要求は当然のものといえよう。

4. 不作為の殺人と作為の殺人

被告人に殺意が認められるか否かとは別に、被告人のどの行為が殺人の実行行為として問題となるのか、という論点が残る。本事案においては、結果に至るまでの間に被告人による複数の作為および不作為が存在しているので、被告人のどの行為に患者の死の危険が存在するのかが問題となる。死という結果と直接的に結びつく行為としては、次の2つが考えられる。1つは、手術後、適切な時期に必要な救命措置を行わなかった（たとえば、速やかに集中治療室への搬送を行う等）という不作為であり、もうひとつは、救急搬送を要請しなかった理由となっているところの、自己保身のための隠蔽行為という作為である。

この点、LG は、これを隠蔽行為という作為に見出しており、その危険が結果に実現している、と認定した。より具体的に見ると、手術後の不適切な麻酔投与という、医学において標準的な技術に大きく反した蘇生措置行為によって患者が肺の酸素供給不足に陥る危険が生じ、それを隠すために積極的に隠蔽行為をしたというのである。これに対して、BGH は、手術後に必要な救命措置、すなわち、容体悪化後の即座の救急搬送を行わなかったという不作為が重要であると指摘して、LG はそもそもそのような不作為の存在を肯定しているのであるから、あえて作為犯として構成する必要はないと言及しているものと思われる。

5. 本判決の意義

冒頭で述べたように、本判決は事例判断であって故意の解釈には影響を

及ぼさないが、通常、医師の治療行為に殺人の故意が認められることはほとんどないため、これが論点となった判例として参照価値があるといえる。また、本判決においてBGHは被告人の殺意を否定してはならず、むしろ、本事案においては、殺意を持ったことは不自然なことではないが、確実に存在するとはいいきれないという旨を述べていることから、これが証拠によって確認されることもありうると考えられているようである⁴⁾。それゆえ、医師の治療行為であっても、それが美容整形のように医学的適応のない処置であり、かつ、医療過誤が発生した場合に、被告人が患者の死に対して一定の意思決定をしていれば、殺人の未必の故意が肯定されうることを示唆した判例として、本判決は意義があると思われる。

わが国においても、医師の行為が殺人に問われうる事例は、公刊物においてはこれまで見られないが、甚大な医療ミスを隠蔽しようとし、その結果として患者が死亡するという事態が生じた場合に、医師の殺意が問題となる可能性がないとはいえない。それゆえ、このようなドイツの事例を参照しておくことには意味があると考えられる⁵⁾。

4) *Hans Kudlich*, NJW 2011, 2856, 2856.

5) 本判決の評釈として、*Tim Neelmeier*, DÄ 2012, A 856, A 858; *Dirk Petri*, NJ 2012, 389-392; *Hans Kudlich*, NJW 2011, 2856-2858; *Katharina Beckemper*, JZS 2012, 132-137. がある。