

[翻 訳]

「専断的治療行為」

ハンス・ヨアキム・ヒルシュ

Heileingriff als Körperverletzung

—was macht der Gesetzgeber?

—Hans Joachim Hirsch—

石 原 明

は じ め に

2000年の夏に、私はドイツのケルン大学名誉教授であるヒルシュ教授のもとで、短期の研究滞在をする機会を得た。そのとき、ヒルシュ教授がベルリンでの医師会総会で講演した、「専断的治療行為」についての講演原稿を同教授から入手し、かつそれを翻訳することの承諾を得た。ヒルシュ教授はこれより先、Heinz Zipf 教授の記念論文集に「専断的治療行為の刑法構成要件上の問題について (Zur Frage eines Straftatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung)」を掲載しているが、この原稿はそれに若干の変更を加えたものである。ヒルシュ教授の主張の骨子は、ドイツの第6 刑法改正法予備草案第229条が、傷害罪の章のなかに組み入れようとする立法に反対し、これをオーストリア刑法第110条のように、自由に対する犯罪の章に組み入れるべきことと、その条文の内容について提案しようとするものである。

そこで原稿の翻訳に先立って、ここに第6 刑法改正法予備草案第229条と、よく参照されるオーストリア刑法第110条と、それからヒルシュ教授

自身の提案する立法内容とを、あらかじめ示しておきたい。

[A] 229条（専断的治療行為）

- (1)有効な同意なくして、他人の身体もしくは胎児に現存する、もしくは将来の身体的、精神的な病気、損傷、悩み、苦痛または障害を診断し、治療し、緩和もしくは予防するために、他人に対して身体への侵襲を行い、またはその他、身体の完全性または健康状態に、僅少とはいええない影響を与える措置を行った者は、5年以下の自由刑または罰金刑に処する。第226条は適用される。
- (2)特に重い場合には、6月以上10年以下の自由刑に処する。特に重い場合とは、通常、次の場合である。即ち、その治療行為が、
 - 1.治療される者またはその胎児の利益となる事なく、それが新しい治療方法のテストとして役立つ場合。
 - 2.治療行為によって追求される目的と、それによって治療される者に生じる危険との均衡が取れない場合。
- (3)行為は、次の場合を除いて、告訴によって訴追される。
 - 1.行為が第2項2文に規定する状況において行われた場合。
 - 2.訴追官庁が、刑事訴追への特別な公の利益のために、職権による訴追が必要と認める場合。被害者が死亡した場合には、告訴権は第77条2項により、その親族に移行する。

[B] オーストリア刑法第110条 専断的治療行為

- (1)たとえ医学の法則にしたがって治療したとしても、その同意なくして治療した者は、6月以下の自由刑もしくは360レート金としての罰金刑に処する。
- (2)もし行為者が、治療の遅延によって、患者の生命もしくは健康

「専断的治療行為」 ハンス・ヨアキム・ヒルシュ

を重大に危険ならしめることを見越して、患者の同意を求めなかった場合には、その予想された危険が生ぜず、また必要な注意をすればそれを知ることができた場合において、第1項にしたがって罰せられる。

- (3)行為者は、専断的治療行為を受けた者の要求によってのみ、訴追される。

[C] ヒルシュ教授の立法提案

「刑法第18章の“人格の自由に対する罪”に位置づけるべき規定。

第〇条 専断的治療行為

- (1)他人に対してその承諾なしに治療行為を行った者は、1年以下の自由刑もしくは罰金刑に処する。
- (2)第17章の規定は適用されない。ただしその処置が治療効果をもたらさず、もしくは不必要に著しい身体的侵襲を伴い、またそれが故意もしくは過失に基づくものである場合は別である。その場合に、それぞれの規定に基づいて処罰を受ける者に対しては、本条第1項により罰せられることはない。同様に、その行為が第239条もしくは240条において罰せられる場合には、本条第1項によっては罰せられない。
- (3)承諾をすべき者が、判断能力のある者の決断にとって重要な治療行為の種類、影響、生じるであろう結果について説明を受けていなければ、十分な承諾を得た者とはならない。説明は、それが健康や精神状態を著しく阻害する重大な危険をもたらす場合に限って、さし控えることができる。
- (4)治療行為が遅延すれば、当該患者を死亡もしくは重大な身体傷害の危険状態に置き、その状況によって本人が承諾を拒否することがあり得ないと思われるならば、事後的に承諾が得られた場合にのみ、その行為は不可罰である。

- (5) 訴追機関が、特別な公共の利益のために訴追官吏による刑事訴追を必要とする判断するのでなければ、行為は告訴によってのみ訴追される。
- (6) 女性につき、その胎児に対して行われる治療行為に関しても、この規定が適用される。

【翻 訳】——講演の原稿であるため、「です」「ます」調で翻訳した。——

身体傷害としての治療行為—立法者はどうするのでしょうか？

I

昨年10月のBGH第5刑事部判決において、次のような事実が問題となりました。即ち、二人の被告人は産婦人科医師として、病院に勤務していました。何年前に、すでに帝王切開によって最初の子供を設けている妊婦について、医師たちは今度も帝王切開をすることに決めました。しかしその作業と人工呼吸器の操作を誤ったため、出産途中の子の健康の危険が大きくなりました。麻酔がかけられる前に、二人の医師のうちの一人が、患者に次のように言いました。即ち「あなたはきっとこれ以上、子供を持ちたくないでしょう。私たちはあなたに不妊の処置を行います。」しかし女性患者はそれを拒否しました。手術の間に子宮に裂け目ができて激しい出血が起りましたが、それは間もなく止めることができました。こうした複雑な経過のため、二人の医師は卵管不妊術を行うことを決意しました。この処置によって彼らは、母体および子供の生命の危険をもたらす子宮破裂の恐れのある新たな妊娠を回避させようとしたのです。このことを患者が聞き知って、これは自分の意思に反するもので、私はなお第三の子供が欲しいと思っているとして訴えました。刑事法廷は二人の医師を過失身体傷害の罪で、執行猶予つきながら一人は一年、今一人は九か月の自由刑を科しました。しかし連邦通常裁判所は

この判決を破棄しました。その理由として、刑法旧規定225条そして現行法226条1項2号による故意の特に重い身体傷害は、推定的承諾の法的限界についての禁止の錯誤によってのみ、刑の重さは軽減される可能性があるということです。特に重い身体傷害による処罰についての言及は、その犯罪の遂行を二人の医師のせいにすることを意味し、それは重罪のカテゴリーに入って重い犯罪に属する—1969年までは重懲役とされていた—ことを意味します。連邦通常裁判所判決の結論は、これまでずっと続いている判例の立場に基づいています。それは、医師の治療行為は故意の身体傷害の構成要件に該当するが、有効な承諾もしくは—一定の条件が存在する場合には—推定的承諾によって正当化される、とすることです。そしてもし医師がそのような正当化事由の事実的前提の存在を誤って認めたような場合には、過失の身体傷害として罰せられるというのであります。しかし、1894年のライヒ最高裁判所の判決にさかのぼることができるこの判例については、周知のように以前から批判があります。それは、1911年の刑法草案以来、いつも公的な改正案において提案されていることですが、同意のない治療行為の規定を刑法の中に特に設けるべきであるとの提案をきっかけとしているのです。一番最近においては、1996年に公表された連邦司法省の第六刑法改正法の予備草案において見られます。この講演で私はなお詳しく述べますが、周知のようにこの立法提案は、医学界の干渉と刑法学者の異議によって、法律にはなりませんでした。けだしそれには重大な欠陥があったからであります。即ち、それは事態に即した明確な内容ではなかったからであり、またそれは過剰な刑罰威嚇であったからです。このような不適切な規定を置くことは、立法者の活動としてやり甲斐のあるものかどうか、疑問を感じさせます。そしてむしろ今まで通り何もしない方が最もよいのではないかということが、医療関係団体からも問いかけられ、また理論家からもそう考える人が増えてきました。そこで問題を、今一度検討しなおすことが必要となっているのであります。

II

これまでに確立された判例の解釈に対して、医学会は数十年来、強い怒りの態度を持ち続けています。もし治療行為が身体傷害に当たるときであるのであれば、それは職業活動の差別であると、医学会は考えてきたのです。即ち、医師を殺人者の立場に置くことは許されないというのです。更に身体傷害の可罰性の適用によって開かれる、処罰の範囲と強度について、文句をつけてきたのです。

しかしながら、長年にわたり刑法学における有力な見解は、判例の立場に反対の態度をとってきました。即ち、レーゲ・アルティスに基づいた治療措置が身体傷害の構成要件に該当するという事は、謝りであると考えるのであります。個別的にも、人々は次のように言っています。即ち、身体傷害罪は刑法上、身体の虐待もしくは健康損傷を犯す犯罪として定義づけられるものだ、と。しかし治療行為は身体の健康に役立つ行為であるので、そこには客観的に見ても何らの身体の虐待も存在しないのであります。また客観的に見て健康損傷にも当たりません。蓋しここでは、健康が損傷されるのではなくて、改善されるからです。もし治療行為がうまく行かなかった場合、治療によって傷つけられた身体的被害、例えば手術によって傷がつけられた身体状態の改善の失敗のために、客観的に健康の侵害が生じるかもしれませんが、しかしそのような場合においても、主観的構成要件を欠くこととなります。蓋し、健康改善に向けられた医師の意図は、その損傷には向けられていないからです。ところで、もし失敗が治療行為上の過失に基づくのであれば、その場合は過失の身体傷害が問題となるでしょう。治療行為が原則として身体傷害の構成要件に該当しないと考える場合、その解決のための概念として、身体傷害によって保護される可罰性につき、通常はその同意ということとは関係なく考えられるべきものなのです。それ故、同意を欠くことは、もっぱら自由に対する罪として把握されるべきです。

しかしこの身体傷害の構成要件該当性を否定する見解に対しては、次のような異議が唱えられます。即ち、それは理論的には首尾一貫しているが、しかし耐えられない可罰性の間隙が生じる。蓋し、刑法における自由に対する罪は強要と自由剥奪の場合に限られるからである、と。それ故、立法者が専断的治療行為の特別構成要件を創設して初めて、判例の見解から脱却できるとするのです。こうして前述したような法改正の準備へと、事は移って行くのであります。

III

こうした情況において裁判所は、迷わず彼らのこれまでの見解を堅持しました。そしてその実際上の理由付けとして、やはり身体傷害の概念を用いました。蓋し、治療行為はそれが手術の傷であれ注射針の刺入等々であれ、身体はその侵襲によって傷つけられるからです。その際、法律は身体傷害を身体の虐待もしくは健康傷害として定義していることについては、特に言及されませんでした。私は、最近の判例解釈及び文献において、なおその信奉者が多く見られるということ、既に述べました。その人たちは、次の点を拠り所とします。即ち、第一にそれは、それぞれの治療行為は、基本法第2条2項2号で明示的に憲法で保護されており、また刑法第17章身体傷害罪の規定において表現されている身体の完全性を侵す、ということです。それに対しては次のことに注意すべきでしょう。即ち、「身体の完全性」という概念は、法律用語においては、身体の虐待若しくは健康の障害によって減じられる保護法益を記述するために用いられるものです。そして1962年の刑法草案も1970年の代案も、これを専断的治療行為に位置付けることなくして、身体の完全性に対する罪として論じています。身体の領域の保護を問題とするとき、それを直接かつ明確に暴行の構成要件において考えるならば、専断的治療行為は疑いもなく身体傷害の罪ではなくて自由に対する罪であると思われま。その実質を考えると、治療行為の場合は身体への暴行とは異なった

侵襲であるということに外なりません。憲法的観点においても、身体の完全性を広義の意味において理解することは、あまり意味をもたないでしょう。蓋し、身体の福祉の観点からしても、人の身体の保護を阻止するという理由はどこからも出てこないからです。レーゲ・アルティスに従って専ら治療効果に向けて行われた処置には、身体的利益が存在します。これについて、ここで何が必要なのかと申しますと、それは治療を受ける決意の自由性であり、これはまさしく基本法第2条2項2文によって憲法的に保護されるべきものなのであります。

判例を導く次の議論は重要です。即ち、治療効果は通常はすぐに現れるのではなくて、たいていは身体のどこかにおける侵襲のあと一定の時間を経て現れるということです。實際上、外科手術を受けた者は、それだけを見ればメスが入れられる前よりも、手術の傷によってより強く身体は傷害を受けているように見えるでしょう。しかしここでは、全体的思考が行われなければならないということが、既に言われています。即ち、侵襲は回復に必要な道を開くものであり、それ故にそれは生じ得る治療効果と共に見られなければならないのです。全体としては、それは身体状態の回復を導く経過となるものです。この関係で興味のあることは、物の修理においては全体的な見地が一般に適切であると見られていることです。ここでは、他人の財物を分解掃除する行為を器物損壊とは考えないし、それ故その構成要件に該当するが同意によってのみ正当化される行為とも見られません。それはそもそも損壊ではないのです。修理や治療はまさしく損壊や傷害とは別の現象なのであります。

更に、医学界の以前からの次の主張、即ち手術する医師をナイフ殺人者の段階に置くことは許されないという主張に対して、その活動の全部または一部が刑法の構成要件に該当し、一定の正当化事由によって初めて許された行為となる名誉ある職業であると言う見解が示されました。もしそうであるならば、刑事裁判官や警察官は、自由剥奪行為を行う者というように考えられるでしょう。しかしそのように言っても事実上は

当該職業グループの名声を破ることはありませんが、それでもそのような考え方は当を得ていません。なるほど、裁判所はこれまで何十年もの間にわたって、医学という職業の名声を引き下げてはいません。しかしながら医師の正当な職業の理解につき、ヒポクラテスの誓いをまもることが医師の義務であると感じている人にとっては、その仕事が身体の虐待や健康の損傷に位置づけられることは、彼らの社会的機能と活動の完全な誤解と見なさなければならぬでしょう。

判例の解釈については、なお次の論理が持ち出されます。即ち、治療が身体傷害の構成要件に該当するとの見解の結果についてこれまでに表明されてきた疑念は、当該刑罰規定を制限的に解釈することによって回避することができる、というのです。即ち BGH は、危険な道具はもっぱら攻撃もしくは防御に用いられる道具に概念的に包摂されるものであるとの理由付けにより、医療はそのような危険な道具を用いないということで、危険な身体傷害の構成要件の介入を回避しようと試みるのであります。しかし結果的にはこれも否定すべきです。もし治療行為を故意の身体傷害とみるならば、結果的には身体に対してそれは向けられ、従ってそれは侵害的となるからです。それは疑問の多い、従ってあまり信頼のおける制限的解釈とはならないでしょう。そしてまた、その結果の重さに関連させた他の理由付けを考えると、これまでの見解の適用可能性を判例が肯定することを証明するためには、初めに述べた最近の BGH の判決を示すことで十分でありましょう。結局のところ、シェンケ・シュレーダーのコンメンタールの解釈は、保持することができません。蓋しそれによれば、原則論的には文献解釈に従うべきであるとはしているものの、治療行為を身体の実質の損傷と結び付けている判例の見解を妥当と見るべきだとしているからです。そのような場合には、一般的に身体傷害の肯定が妥当であることを示すべきです。そして治療行為の内部において、そうした場合を区別することができるために、結論は流動的であるべきでしょう。しかしシェンケ・シュレーダーによって

主張された見解に対する正当な批判は、むしろ次のように述べています。即ち、主要な文献の見解によれば、身体の実質的損傷は身体健康状態が決定的な基準になる。もし誰かが事故により脚を押し潰された場合、この状態に対して医学的に適切な切断と最終的な傷の治療は、身体状態の改善である。そしてそうでない場合には、医師は切断を必要と見ないであろう、と。それ故こうした場合には、身体虐待もしくは健康の損傷が問題となるのではなくて、それはまさしく身体の回復なのであります。こうして判例の擁護のために述べられている法理論的主張は、全体として十分とは言えないのです。

IV

これまで述べてきましたように、これまでの判例は立法者の活動によってのみ退けることができます。以前の諸草案は、種々の理由から実現しなかった刑法各則の全面改正の中にはめ込まれたがために、挫折しました。今回、第6刑法改正法は身体傷害の構成要件の部分改正を行ないました。そしてこの改正の枠内で、専断的治療行為に関する長年の要求であった規定が入るはずでした。そして「専断的治療行為」を229条に取り入れることが、既に述べた予備草案の起草者の見解であり、それは次のような表現を取ることでありました。即ち、

「(1)有効な同意なくして、他人の身体若しくは胎児に現存する、または将来の身体的もしくは精神的病氣、損傷、苦惱、苦痛、または障害を診断し、治療し、緩和もしくは予防するために、他人に対して身体への侵襲を行い、またはその他、身体の完全性または健康状態に、僅少とはいえない影響を与える措置を行った者は、5年以下の自由刑または罰金刑に処する。(草案の)226条は同様に適用される(即ち、同意に関する規定で現行刑法の228条)。

(2)特に重い場合には、6月以上10年以下の自由刑に処する。」

そして特に重い場合の幾つかについての規定例を付けているが、それに

についてはまた後で述べます。

この草案の規定は、身体傷害罪の構成要件を規定する第17章の中に位置付けられて、注目されました。それに対して、同じく専断的治療行為を規定している1974年のオーストリア刑法第110条は、それを自由に対する罪に組み入れています。また1970年のドイツの代案においても、そのような位置付けをしています。同じく1962年の刑法草案においても、その構成要件は第3節「身体の完全性に対する罪」の外に置かれ、身体傷害と自由に対する罪との間に設けられた包括的な形の第4節「医療的侵襲および治療行為」とされており、また1962年草案161条において詳細に示された治療行為は、「身体傷害として処罰されるものではない」と明示的に表明しています。そしてその理由書においては、専断的治療行為は、患者の自己決定権に対する罪として扱われるべきであるとしています。

それに対して議論の多い第6 刑法改正法予備草案第229条の起草者は、——長年にわたり幅広い学問的討議において積み重ねられた文献の見解に反して——一方では専断的治療行為の保護法益は何かという観点から、その侵襲は「身体の完全性」と「患者の自己決定権」であると考えましたが、他方では、「刑法第223条の基本的構成要件もその加重構成要件である新224条、225条も、そのような侵襲が存在する特別な不法内容を把握するには適切でない」と考えました。しかしこの考えかたは、論理的に矛盾しています。もし保護法益をもつばら身体の完全性と見るならば、保護法益は「身体の不可侵性」として指示され、それ故その侵襲は身体傷害の構成要件の実現に向けられるはずであります。もしそうであれば、治療目的を考慮して、身体傷害についての特典的構成要件を考えるべきかどうかの問題となるでしょう。しかし草案の起草者は、身体傷害の基本的構成要件該当性を否定し、それをこえて減刑された枠付けを考えました。そしてそれを、「特別な不法」として、独立の構成要件の必要性を示しました。しかしながらそれは、“専断的”という言葉をこれに当てがって、第17章で扱われるものとは別の法益の保護を問題とす

る結果になるはずであります。

草案規定に含まれている治療目的という主観的要件が、身体傷害の構成要件によって保護される法益との分離を妨げる原因となっています。1962年の刑法草案規定もまた、目的犯として構成されました。専断の治療行為の構成要件をその法益関係から解決しない限り、治療目的には通常の不法な身体傷害ではなくて、特別の構成要件を創設しなければならない特別な目的方向を見て取るべきことが理解されます。しかしそれに加えて、一貫して認められるべき刑法上の“割引き”の必要性が、次のことから生じるであります。それは、当該者の客観的な身体上の利益は決して侵害されているのではなくて、その自己決定権のみが侵害されているということからです。もしそれを自由に対する罪として問うとしたならば、人はその同意なくして治療的侵襲を受けるような状態に置かれるという意図的な結果が専ら問題となるのであります。同様に、他の自由に対する罪即ち自由剝奪や強要についても、行為者により当該者の意思に覆われていない結果が引き起こされることによって、意思決定の自由が侵害されるということが、問題とされるのであります。そしてそれは、治療行為の完成の場合においても存在しなければならないのです。そしてそれによって遂行された犯罪には、それに向けられた故意が存在します。それ故、1970年の代案およびオーストリア刑法第110条の規定が、何ら目的の要件をもっていないのは、妥当であると思われま

それに関して結論においては——1962年の草案規定において一致していましたが——医療の法則の遵守を構成要件上の要件としていない草案の規定には、賛成すべきです。そしてもし、技術法則の不遵守による不必要な身体的侵襲もしくは苦痛が引き起こされることなく、それ故身体傷害と見なされるような状況なくして治療効果もたらされたならば、そこには客観的に何らの健康損傷や身体傷害はないのです。それ故に医療の法則は、失敗した治療行為かもしくは過失に基づく場合においてのみ、意味をもつこととなります。それ故それは、専断性の構成要件的不

法に関係するのではなくて、身体傷害の構成要件の存在の問題となります。

それに対して批判すべき点は、次のことであります。即ち、第6刑法改正法予備草案229条の構成要件記述においては、これまでのドイツの諸草案及びオーストリア刑法110条が、“有効な同意”という用語を削除しているのに対して、ここでは“有効な同意なくして”という形をとっていることです。しかしここでは、何もそのように規定すべき必要はないのです。その言葉の投入は、草案起草者がその規定を身体傷害の枠において、従ってそれを正当化する同意規定という重みにおいて、——第2文においてもまた見られるが——それを考えていることに繋がるものであって、自由に対する罪とは解していないからであります。自由に対する罪の構成要件には、どこにも同意（いわゆる承諾）が有効でなければならないということは、強調されていません。結局のところ、構成要件該当性を阻却する承諾は、その程度において正当化する同意のように、法的有効性の前提条件と結び付いているかどうかということとは、関係がないのです。構成要件の保護対象としての自己決定が侵害されたかどうかという問題は、同意によって規範的保護の放棄をもたらすことが例外的に許されるかどうかということよりも、もっと事実的な性格のものであります。第6刑法改正法予備草案229条の構成要件記述に含まれている文節は、それ故、事実とは異にする方向での構成要件の広がりへの危険を持ち込むものであります。

更に正当な批判点としては、総ての専断的治療行為への可罰性の拡大ということにあり、そのために、これまで身体傷害としての位置付けをされていた治療行為のみならず、例えば超音波診断のように身体に対する侵襲のない行為までも、問題となるということです。刑罰威嚇の重さにおいても誤りがあります。即ちそれは、5年以下の自由刑もしくは罰金刑としていますが、それは自由剝奪の罪と同じであり、更に強要罪のそれよりも重いのです！ 1962年刑法草案の刑罰は3年以下の自由刑も

しくは罰金刑であり、代案は単なる360レート金までの罰金刑であり、オーストリア刑法110条は6月以下の自由刑もしくは360レート金までの罰金刑です。また見過ごせない批判点は、第6刑法改正法予備草案229条2項において規定されている、特に重い場合の規定でありまして、その刑罰は6月以上10年以下の自由刑とされています。その恐ろしく重い刑罰およびその法治国的に疑わしい立法技術はさておくとして、ここで特別に重い場合の二つの例示規定が示していますが、これについては、その二つの例示には共通のものがあるのかどうか、疑問です。その1号の例示は、「それが治療される者または胎児の利益となることなく、それが新たな治療方法のテストに役立てようとする場合」というものですが、これをここに入れるのはどうでありましょうか。もしその行為が当該者の身体的利益にとって必要でないならば、それは治療行為の限界を越えているのであり、同意を欠いた不法な人体実験として、はじめから身体傷害とすべきものであります。その2号では、「治療行為によって追求される目的と、それによって当該患者に生じた危険との間の均衡がとれない場合」としてはいますが、ここでは、専断的であったが結果において効果のあった治療行為——それ故構成要件的には単なる自由に対する罪——が当該患者にもたらした、弁解の余地のない身体もしくは生命の危険と結び付いた場合に、どのように考えるかの問題が生じます。やはりこの規定は不必要でしょう。蓋し、そのような場合には専断的治療行為とは別に、新规定の刑法223条もしくは224条の未遂及び殺人未遂の構成要件が考えられるからであります。それは専断の存在とは別に、その限りにおいて当罰的な行為と刑の重さの限界が考えられるからです。

それ故総じて、第6刑法改正法予備草案229条は、ほほどのような観点からも、受け入れがたい規定であることが確認されるでしょう。——それは殊に、自己決定に向けられた法益概念の侵害ということを何ら明確な基礎としていないからであります。

身体傷害罪との正当でない結び付けは、予備草案229条のあとに、230

302 (1184)

条で「誤った治療行為」を設けていることにおいても、強く感じられます。1962年刑法草案にも代案にも前例を見なかったこの特別構成要件は、次のような規定です。即ち、「229条1項1文に規定する目的のための治療行為について、その治療の失敗により誤って他人の健康を損傷させた者は、3年以下の自由刑もしくは罰金刑に処する」。この場合は、行為が健康障害の形において行われたならば、過失の身体傷害の問題になることは明らかです。草案起草者は、この過失の身体障害をそれが治療行為によって行われたというために、構成要件上、過失身体傷害罪とは区別したいと思ったのですが、それは、それぞれの法益に向けられた刑法法としては、不可解なことです。しかもその刑罰威嚇は、過失身体傷害の構成要件と同じであるので、特典を与える努力を覆い隠そうとしたものでもありません。またそれは、死につながる治療行為のあることを見過ごしています。治療目的があるために、誤った行為を過失身体傷害の構成要件とは別のもつと見るとしても、結果的にはここでも同じことが——草案ではそうはならなかったが——妥当するでしょう。第6刑法改正法予備草案230条はそれ故、治療行為の規定をその草案において特徴づけているすべての概念を受け入れることができないことを示しています。身体傷害罪の場合とは異なった法益が問題となる事例に限定し、明示的に第17章から外に出して事態に則した場面を規定する代わりに、草案は身体傷害の規定の内部で、ある部分は重い刑罰威嚇によって治療行為の領域に特別な規範を作り出したのであります。

V

結果として私たちは、立法者により一層考え抜かれた、説得的な規定を要求すべきです。そしてすべてを元のままに戻すという声を強め、それと並んで専断的治療行為の明示的な刑罰規定の導入についての、法的・理論的論議及び刑事政策的な理由づけを考えるべきです。ある人は、そのような規定は医師に対する特別刑法となり、従って身分職業の差別が

そこに見られるというでしょう。しかしその規定は、これまでの法の適用に対して明らかに改良されたものを持ち込むということに注目すべきです。そのほか、若干の職業の活動領域において、特別な規定が必要となることをも見逃すべきではありません。例えば、個人の秘密の侵害規定には(203条)、医師もその名宛人とされています。医師が差別されるということを感じた場合、それには「専断的」な治療行為という言葉が影響しています。この言葉は、医師がある治療を行うに当たって、当該患者が例えば騙し行為によって、自分に何が行われようとしているのか全く知らないという場合があるからといわれるでしょう。しかしそのような場合は、実際上は殆ど起こりません。けだし、通常はわずかの同意欠損が問題となるに過ぎないからです。患者は、侵襲が自分に行われることを知っているが、しかし彼の同意はその治療内容をカバーしていないか、部分的にしかカバーしていないのです。しかしそれに対しては、「専断的治療行為」の概念は数十年来、すべての同意欠落という意味で用いられてきたのであって、誰もがそのように了解していると言えます。しかしオーストリア現行刑法第110条においても、オーストリアの医師たちに差別と感じられること無くしてこの用語が用いられています。そしてこの用語がドイツの討論において問題となるならば、それを「十分な同意」のない治療行為もしくは治療的侵襲と修正することは容易です。

いま一つの議論は、そのような規定の導入によってもたらされるであろう、増大する犯罪化的効果への心配です。人々は、次のことに着目します。即ち、こうした刑事裁判の有罪判決の数は現状ではそう多くなく、むしろ民事裁判がその全面に出ているということです。他方、それに対して刑事訴訟法153a条による手続きの停止によって、多くの刑事手続きが終えられているということに注目すべきです。また医師に対する刑事手続きの場合にも、そのような状態にあります。その中止手続きによってもたらされる履行義務は、通常は損害賠償であり、それはかなり高額

であることも珍しくありません。それ故、刑事手続きによる医師達の面倒を少なくするという事は、理由にならないでしょう。他方、刑事訴追機関が、専断的治療行為の規定によって強力な活動を開始すると推測することもできません。このことは、オーストリア刑法の例が示しています。そこでは、すでに4分の1世紀も前から、専断的治療行為が明示の規定として刑法の中に取り込まれていますが、その有罪判決統計は僅かでありません。その規定においては、刑罰の拡大が問題となっているのではなくて、むしろそれは、構成要件該当性においても刑罰威嚇においても、事態に則した範囲に縮減するという方向に行っていることに注目すべきです。むしろ誤った第6刑法改正法予備草案229条によって、専断的治療行為の刑罰化がこれまでの範囲を越えて拡大するというおそれが生じるのです——民事上の責任が重くなっているにもかかわらず。しかしこの刑罰の拡大化に対する明確な必要性は何もないのです。なお、これまで実務上、身体傷害とされていた治療行為は、——医学の進歩を考慮すると——胎児に対する治療行為についても考えられることは、注目されるでしょう。こうして、自由に対する罪として法的規制の可能性を開き、同意にとって重要な説明義務をも刑法において法的に枠付けておくことが、当然に提案されます。

結局、法律規定の批判者にとっては、専断的治療行為の構成要件を導入しても、裁判所はそれと並んで、身体傷害の構成要件という打撃棒をいつでも使えると心配しています。しかしこのことは、刑法223条以下を明示的・法的に排除することによって阻止できるのです。もし、職業的・刑事政策的な異議を引くくめて唱えらるれば、それは本来、医師の側からの次のようなことであろうと思われれます。即ち、ある医師が専断的治療行為を行ったとして、彼は黙って身体傷害として処罰されなければならない。それに対して、医学上の観点からして分かりやすく説明し同意を求めることをしなかったことが問題となる場合には、本来それは可罰的ではないであろう、ということです。ここでは民法上の処分です。

分であると言うのです。また刑法上の文献においても、次のような疑問がたとえ少数であっても出されています。即ち、他の職業の場合には何らの刑事制裁の結果をもたらすことがないのに、治療の職務はそれそのものとしては適正な職務行為であっても、専断的に行ったがために刑罰を科するのは、本来、正当とみてよいのかという疑問です。しかしながら、医師の仕事、及びすべての治療職業は、その対象——健康と生命——のために、必須的に刑法によって規定された限界に直面しています。もちろん、ここで議論されている問題の場合には、健康と生命に対する行為の失敗という行動様式の問題ではなくて、自己決定、即ち決意の自由が問題となります。しかしそれは何らかの決心の自由の問題ではなくて、当該患者の身体への治療行為が行われるにつき、許諾するか或いはどの範囲で許諾するかの問題なのです。強要や自由剝奪の刑法規定では、十分な保護を保証するためには不十分であるということは、ずっと以前から述べられていました。したがってそこには耐え難い可罰性の間隙が生じるということを、申し述べなければなりません。しかし先にも述べましたように、職業的・刑事政策的理由から、これまで専断的治療行為を傷害罪との関係で考えていた判例とは、妥協することができません。治療効果が生じ、レーゲ・アルティスに従った治療の遂行にもかかわらず、刑法の身体傷害の構成要件に該当し、かつ、同意を欠いている場合には、故意の身体傷害として、場合によっては加重構成要件にさえ当てはめて処罰すべきだとする解釈は、もはや維持することはできません。むしろ身体傷害の構成要件の適用可能性は、はじめから医療の法則に反した行為によって身体状態の悪化をもたらす場合に限定し、同意の欠落の場合には、故意の専断的治療行為として、自由に対する罪としてとらえるという解釈の方が、法的にも事態に則しているのみならず、医師にとっても、多くの観点からして、満足できるものであろうかと思えます。

VI

さてそれならその要求を十分に充たす規定は、どのようなものであるべきでしょうか？ これまで述べてきた考察にしたがって一つの提案を示すならば、それは——第18章の人の自由に対する罪に挿入して——次のような構成要件が考えられるでありましょう。即ち、「同意なくして他人に対して治療行為を行った者は、1年以下の自由刑もしくは罰金刑に処する」。この規定の表現上、これはすべての専断的な治療処置 (Heilmaßnahme) に対応するものではなくて、治療上の侵襲 (Heileingriff), 従ってこれまで身体傷害として位置付けられていたこれまでの実務上の行為でなければなりません。従って、例えば専断的な超音波検査やレントゲン撮影はこれに含まれません。さらにそれは表現上、過失によるものでは不十分です。それはその他の自由に対する罪がもっぱら故意犯であることと同じです。刑罰の重さは、ドイツの刑法において軽い犯罪に用意された通常の刑の枠組みに照応しています。オーストリア刑法110条もまた、軽い刑罰となっています。その理由は、その行為は強要罪や自由剝奪罪よりも明らかに軽い自由の侵害であることを、考慮しているからです。またそれは、専断的治療行為の構成要件においては、行われた侵襲が適性なものであって、何ら身体傷害の構成要件には当たらないということを、考慮しています。それに対して、たとえばその処置が過失にもとづいて健康障害をもたらしたという場合には、いずれにせよそれは身体傷害の問題となり、従ってより重い刑が科せられることとなります。

この条文の第2項は、次のことを規定しようとするものです。即ち、その侵襲が治療効果に向けられておらず、若しくは不必要に著しい身体の侵害をもたらし、かつそれが故意若しくは過失にもとづく、という事でないならば、身体傷害の構成要件を含む第17章の規定は適用されない、ということです。この規定によって、これまでの裁判例が全部または一

部において、身体傷害の構成要件該当性を固持していることが排除できるでしょう。

次に第3項は、専断性を取り払うためになすべき説明の義務の意味について規定しています。この規定は、1970年の代案を手本にして、次のように表現しました。即ち、「承諾すべき者が、判断能力のある者の決心にとって重要となる治療処置の種類、影響、生じるであろう結果について説明を受けていなければ、十分な承諾を得たことにはならない。説明は、それが健康や精神状態を著しく阻害する重大な危険をもたらす場合に限って、差し控えることができる」。

刑法には同意に関する一般規定がなく、またこうした法律規定を参照することなくして、専断的治療行為の構成要件が現行の法律状態をこえた不明確性をもたらす危険を考慮すると、これまでのドイツの諸草案およびオーストリア刑法110条2項において述べられた特別規定を参考にする必要があります。これは意味のあることだと思われます。そして次の第4項では、次のような表現の規定を設けるべきでしょう。即ち、「治療行為の遅延が、当該患者を死亡もしくは重大な身体傷害の危険状態に置き、状況により当人が承諾を拒否することが考えられない場合には、承諾が後で得られた場合にのみ、その行為は不可罰である」。

そのほかに、告訴の規定が必要です。これまでの諸草案は、身体傷害の基本的構成要件と同じく、行為を親告罪とすることにおいて正当にも一致しています。最後に、この刑罰規定は、胎児に対する専断的治療行為の場合にも、同様に適用されるべきことを規定しました。

VII

私の話も、そろそろ終わりとなりました。皆さん！ 冒頭に紹介しましたBGH第5刑事法廷の判決は、医師達への警告となるでしょう。医療者という身分組織には、これまでいろいろなことが起こったと私は思うと同時に、立法者は良識をもって対応してほしいと思います。そのか

「専断的治療行為」 ハンス・ヨアキム・ヒルシュ

わりに皆さんの方からも、いろいろな提案を活発にしていきたい。
ここで私が述べた考察が、何らかの提案となれば幸いです。

おわり