

# 美容整形と医師の刑事責任

萩原由美恵

はじめに

第1章 美容整形は医療行為と言えるか

第2章 美容整形の正当化をめぐるドイツの議論

第3章 美容整形の正当化と医師の説明義務

第4章 美容整形における医師の刑事責任

おわりに

はじめに

最近、ファッション感覚で美容整形を試みる若者や美容整形による若返りをはかる中年女性等、老若男女を問わず美容整形を受ける者の数が増加している。きれいになりたい、いつまでも若くありたいと願うのは人間として当然の欲求であり、それを可能とした医学の発達は喜ばしいことである。しかし、その一方で、手術による死傷事故が発生していることを忘れてはならない。プチ整形<sup>(1)</sup>で簡単にしわが取れると人気の「ボトックス注射」<sup>(2)</sup>の9割以上で成分や安全性がはっきりしない未承認薬が使われており、「両眼がつり上がり、目が下にたれた」「呼吸困難が続いている」等の健康被害も国内外で報告されている<sup>(3)</sup>。また記憶に新しいところでは、品川美容外科クリニックで起きた脂肪吸引事故がある。2009年12月2日脂肪吸引手術を受けた70歳の女性が、帰宅後吐き気を訴え、2日後に死亡した。2011年4月20日、手術を担当した医師が、女性の腹部の脂肪吸引をし

た際に、管状器具「カニューレ」の先端の位置を十分に確認することを怠り、深く挿入し、脂肪と内臓を隔てる腹壁に何か所も穴を開け、脱水症等で死亡させた疑いで逮捕された。脂肪吸引手術とは、肥満症患者の体重減少ではなく、部分的に脂肪を吸引して体型の補正をすることを目的として行われるものであり、命に関わる事態に至ることはまれのものである。しかし今回のケースでは、被害者が高齢であり、しかも、手術前の麻酔で血圧低下や心拍異常が生じ、麻酔医が医師に慎重に行うよう助言していたという状況から考えると、一般的には短期入院を要する脂肪吸引手術を日帰りで行い、しかも帰宅後嘔吐を繰り返す被害者からの異常の訴えがあったにもかかわらず薬の服用を止めるようにと指示したにすぎなかった医師の過失責任は重大であると思われる。事態の究明が待たれる。

「美容外科」は、1978年に形成外科から独立して、正式な標榜診療科<sup>(4)</sup>として認められ、医療法施行令第3条の2に広告することができる診療科名として規定された。一般的に美容外科は、身体の機能上の欠損や変形を矯正するよりも、専らより美しくなりたい、若く見られたいという美意識に基づく身体の外見上の改善を目指しており、二重瞼術や隆鼻術や豊胸術のような手術を手段とするものと、ケミカルピーリング<sup>(5)</sup>やフィラー<sup>(6)</sup>やボトックス注射のような手術を要しないものに分かれている。形成外科は、口唇裂や大耳症のような先天性疾患、若しくは火傷や傷跡等の後天性疾患を外科的手段により元の状態に戻すことを目的としている。しかし実際には本来形成外科で行われるべき治療も美容外科で行われており、その違いは明確とはいえない。しかし、美容外科では主として、患者<sup>(7)</sup>のきれいになりたいという主観的願望を満たすための施術が施されているので、自分の希望した結果と現実の結果が一致しなかった場合や、手術の危険性が全く説明されることなく行われ失敗した場合に、法的トラブルも発生している。その殆どは民事の債務不履行（民法415条）、もしくは不法行為（民法709条）で解決されており、刑事責任が問われたケースは少ない。しかし、今回の脂肪吸引事故のように被害者の年齢や術前の様子から生命

への危険性が容易に予見できたにもかかわらず、十分な説明なしに手術を行い、その後適切な処置を怠ったようなケースでは、合理的な疑いをいれない程度の証明が可能ならば医師の刑事責任を問う必要があるのではないだろうか。

本来形成外科で扱われるべきケースでは、明らかにそこには治療目的が存在するが、豊胸術や隆鼻術等美容外科で扱われるケースの殆どは、専ら容姿を美しく見せたいという主観的願望を満たすために行われており、治療の必要性も緊急性も認められない。果たしてこのような美容整形施術を一般的な医療行為と同様に扱うことができるのであろうか。美容整形の医学的適応性をどう考えるのか、医学的適応性の程度が低いとすれば、美容整形施術の正当化根拠は如何なる点に求められるのか、美容外科医に刑事責任を認めた判例は数少ないが、その基準はどこにあるのか。本論文は、ドイツの議論も参考にしながら、これらの点について検討するものである。ここでは、先天的な奇形や事故による損傷の改善のような明らかに治療の一環として行われるものを除き、二重瞼術や豊胸術、隆鼻術のような専ら主観的な美的願望を満たすために行われる純粋な美容外科的処置、ならびに治療と美容両方の目的を有する痣の除去処置を対象として考察することとする。まず初めに美容外科的な施術行為が果たして医療行為と言えるのかを学説を中心に考察し、第2に医学的適応性の程度の低い美容整形の正当化についてドイツの議論を紹介し、第3にわが国における美容整形の正当化とそれとの関係で重視される医師の説明義務について民事判例を参考にしながら考察し、最後に美容整形における医師の刑事責任を検討することとする。

## 第1章 美容整形は医療行為と言えるか

医師法17条には、「医師でなければ、医業をなしてはならない」と規定されており、それに違反すると処罰される（医師法31条）。平成17年に出さ

れた厚生労働省医政局長の通達によれば、「『医業』とは、当該行為を行うに当たり、医師の医学的判断及び技術をもってするのでなければ人体に危害を及ぼし、又は危害を及ぼすおそれのある行為（医行為）を、反復継続する意思をもって行うことである」と解されている。しかし、ここにいう「医行為」に関する定義規定は医師法の中には存在しないため、医行為の概念をめぐる判例・学説で争われてきた<sup>(8)</sup>。現在では「医師の医学的判断及び技術をもってするのでなければ人体に危害を及ぼすおそれのある行為である」と解するのが通説のようであるが、注目すべきはここには「治療目的」という言葉が入っていないことである。一般的には「医行為」という言葉より「医療行為」という言葉が使われているようであるが、両者はほぼ同義と解されている。民事の分野では、「専門家としての判断の下でその医学的知識と技能をもって身体に対して行う侵襲行為」を医療行為と解することが多く、美容整形で行われている施術も、治療目的の有無に関係なく「医療行為」として扱われている<sup>(9)</sup>。しかし、刑法の分野では、当該行為を指して「医療行為」と呼ぶときには、身体侵襲行為を正当業務行為（刑法35条）として正当化するための次のような評価的な要素が入ることが多い。つまり、刑法では医師が①患者の生命維持ないし健康の維持・回復のために（医学的適応性 *medizinische Indiziertheit*）、②医学上一般に承認された医学準則（*medizinische Kunstgerechtigkeit*）に従って、③患者の承諾を得た上で行った行為は、正当業務行為として正当化されると解されているため、当該行為を医療行為というためには治療目的が必要となる。美容整形が医療行為といえるのか。仮に豊胸術、脂肪吸引術等は治療目的を有しないと考えると、厳密な意味での医療行為と認めることは出来ない。

「美容外科手術は医療行為ではない」と明言されたのは、法医学者の上野正吉博士である。博士は、医療とは「医師が行うところの現存する疾患に対する処置、あるいは将来発生するかもしれぬ疾患に対する予防の処置、あるいはこれらの存在あるいはこれらの将来の発生を予想するために

必要な診断等の行為」を指すと考え、豊胸術は医術の範疇に入らないと言われる。ワセリン類の注入を行う豊胸術は、被施術者の多くは全くの健康体でその乳房の形状も正常範囲にあると見られるものが大部分であり、このような健康体に物質を注入する行為は、もはや医療とはいえないと断言される<sup>(10)</sup>。医療侵襲の実施は、そこに含まれている危険を考慮して、その危険が現在患者の持つ疾患の進展により発生すると予想される危険よりも小さいものでなければならず、しかも緊急を要する場合に限られるとして、刑法37条の緊急避難にみられた規範を医療実践の自律規範にすべきであると主張される。法医学の権威である博士が、なんの醜形もなく、瘢痕による萎縮もない普通の形の乳房に、ただこれを大きくするという理由から、メスを入れる行為に対して強い抵抗を感じられたのは当然であろう。しかし、医療技術の実施につき補充性、緊急性を要件とすべきかについては疑問の声もある<sup>(11)</sup>。

佐伯千仞博士は、「医療行為というのは、医学上の知識と経験並びに良心的な医師の従うべき原則に照らして、病気、苦痛、身体の障害、あるいは身体的不快または精神障害を予防、発見、治療又は減少せしめる目的に適し、かつそのために行われる手術その他の処置として、患者の肉体、精神に加えられる侵襲である」という1962年ドイツ刑法草案の医療行為の定義を参考に、治療目的を有していない隆鼻術や豊胸術は医師が行っているが本来の医療行為ではないと言われる<sup>(12)</sup>。甲斐教授も、美容外科手術は、治療行為が患者の生命維持ないし健康の維持・回復に必要なものであるという意味での医学的適応性が欠けているので、広い意味での医療行為ととらえられている<sup>(13)</sup>。これらの見解は、専門的な資格を有した医師により医学的知識や技術により行われた侵襲行為を、医療行為ではないと一概に否定することはできないものの、「本来の医療行為ではない」<sup>(14)</sup>、「広い意味で医療行為といえても、本来の治療行為とはいえない」<sup>(15)</sup>として美容整形の特殊性を強調している。また福田平博士は、美容整形術が医療行為そのものに該当するかということについては直接言及されていないが、治療行為は

治療目的で行われる医療的処置であり、本人の個人的健康の保持促進を目的とするものでなければならぬとして、美容外科手術は治療行為には含まれないと言われる<sup>(16)</sup>。

これに対して、美容外科手術に精神的な治療傾向を認める見解がある<sup>(17)</sup>。美容外科手術により自分の容貌に関し抱いている劣等感からの解放や美しくありたいという願いが満たされ、積極的に社会参加できるようになるという。患者の心身の改善や矯正という利益に資するという意味で「社会医学的適応性」と呼ばれている。第4章で詳細な説明を加えるが、豊胸術により患者を死亡させた医師の過失が否定された判例<sup>(18)</sup>の中でも、「人々のもつ精神面の不満を解消することを目的とするもので、社会的に有用なものとしてその存在価値を認められるべき」であるとして、美容整形の社会医学的適応性を認めている。「医学的適応性」という概念は、一般的には患者の生命維持や健康の維持・回復のために必要であることと解されているが、正確に定義することは難しいとされている<sup>(19)</sup>。ドイツでは、長い間倫理学上では、「病気」が、医学的適応性という概念を満たすきっかけであることに異論はなかった。医学的な観点からは、「適応 (Indikation)」とは、病気の治療・苦痛軽減目的で、医師による特定の診断・治療方法を適用するための前提として定義されてきた<sup>(20)</sup>。しかし法的観点からは、医学的適応性の存在は医師の治療行為の適用のためのきっかけとみなされてきたが、医学的適応性そのものの明確な定義はなされていない<sup>(21)</sup>。いずれにしても精神的な不安解消という面を美容整形の治療目的ととらえることが可能か否かについては、明確にすることは出来ない。

チューリッヒ大学のシュラフル氏は、学位論文<sup>(22)</sup>の中で、美容外科手術を行う理由として、精神的なものを挙げている。人は外見と内面を結びつけて考えるため、例えば抜け目なさそうな、陰険な不快な印象を与える顔つきの人は、そのために、自分の外見が他人に不快感を与えていると思いがちで、消極的になってくる。客観的に見れば非常にささいな欠陥で

さえ思い悩み、徐々に精神的なコンプレックスを形成していく。精神的に傷ついた者は、美容外科手術において精神のバランスを取り戻すことができる。実際に美容外科手術を受ける者の多くが、そのような精神的なトラブルを抱えたり、神経過敏になっていることが証明されているという。しかしシュラフル氏自身は、精神的な理由から美容整形を行うことを過大評価することには慎重な態度を示されている。というのは、美容外科手術を受けたいという願望へと駆り立てること自体が、真の精神的な病であり、鬱病や統合失調症等の病気が、自傷へと駆り立てているようなケースもみられるからである。シュラフル氏は、このような場合には如何なる手術も行ってはいけないと忠告されている。また、精神的な理由の他に虚栄心の満足のために美容整形を受ける者もあり、医師がそれらを区別することは非常に困難であることを指摘されている<sup>(23)</sup>。

わが国でも、美容整形の精神的な不満の解消という心のリハビリ効果を認めている者も、その必要性が多分に主観的・個人的なものであることから、医学的適応性の程度はきわめて低いと考え、本来の医療行為とはみなしていない<sup>(24)</sup>。つまり、刑法学者の多くは、美容整形の医療的側面を完全に否定はしないものの、治療の必要性が乏しいことから、一般の医療行為と一線を画した捉え方をしている。個別にみれば、精神的な治療の側面を有する場合も認められるが、全体的に見て、美容整形は医学的適応性の程度の低い行為とすることが出来るのではなからうか。

## 第2章 美容整形の正当化をめぐるドイツの議論

ドイツでは、従来「医学的適応性」の有無が傷害罪の犯罪の成立にどのように影響するのか議論されてきた。ユースト氏<sup>(25)</sup>の論文「美容外科手術—医学的適応性のない『望みを叶える』侵襲における同意」<sup>(26)</sup>では、医学的適応性を（1）刑法における独立の帰責カテゴリーとして解する見解と、（2）刑法における非独立の帰責カテゴリーとして解する見解に分け

て紹介している。

### 1 刑法における独立の帰責カテゴリーとしての医学的適応性

患者の望みを叶える美容外科的な手術の特徴は医学的適応性の欠如であるが、医学的適応性の存在、もしくは欠如の犯罪体系上の意味について、ドイツ刑法学上の見解は一致していない。伝統的な医事刑法の文献によれば、医学的適応性の存在が大きな意味を持つ。医師の行為が職業倫理に叶い、かつ合法であるためには、まず第1に医学的適応性を必要とし、第2にインフォームド・コンセントが存在し、第3に医師の行為が医学準則に従っていなければならない。最近の文献でも、医学的適応性の概念の意味を強調し、これに医療行為を適法と認めるための前提として独立の意味を与えている。医学的適応性の存在は、傷害罪（刑法223条）<sup>(27)</sup>の客観的構成要件の段階、もしくは違法性阻却の段階で影響力をもつと考えられている<sup>(28)</sup>。

#### (構成要件レベルでの解決)

医師による治療的侵襲であるならば、傷害罪の構成要件を充足しないという構成要件的解決と呼ばれる見解では、医学的適応性の存在は、医師による行為の刑法上の正当化に対する独自の意味を持つ。文献上有力なこの見解では、患者の承諾の有無に拘わらず、医師の治療行為が医学準則に従って、あるいは成功裏に、かつ主観的に治療目的で遂行されたり、医学的に必要なものであったならば、傷害罪の構成要件に該当せず、合法とされる<sup>(29)</sup>。つまり医学的適応性の存在が、医師の刑法上の特権につながり、構成要件的解決にとって、その有無がまさに医的侵襲の可罰性に対する決定的な判断基準となる。換言すれば、医学的適応性が存在する場合にのみ、医師は侵襲の実行が許され、それは客観的構成要件の段階における独自の刑法上の帰責カテゴリーとなる。しかし、このような見解に対して、医師の可罰性に関する判断において、患者の承諾が何ら意味を付与されて

おらず、専断的治療行為でさえ処罰されなくなるとの批判がある。しかも、この考えは治療的侵襲にのみ当てはまる。構成要件の解決論者は、美容整形のような医学的適応性がないが、今日日常的に行われている医療行為については真剣に論じようとしていない。これらの医学的適応性はないが、日常認められている医師活動の形態が、刑法上正当化され得ることを認識する必要がある。ここにこの見解の限界がある。結局のところ、患者が承諾能力を持つか、きちんと説明を受けたか、そしてその承諾が刑法228条<sup>(30)</sup>の範囲内であるかが重要である。構成要件の解決論者は、医学的適応性のない処置が常に可罰的であるとは言っておらず、ただ医学的適応性に基づいて実施された治療的侵襲は直ちに合法であると言っているにすぎない<sup>(31)</sup>。

#### (違法レベルでの解決)

違法レベルでも、医学的適応性に医師の可罰性への直接的な影響を認めようとする見解がみられる。医学的適応性が医療行為の違法性阻却の可能性を限定する独立した刑法上の帰責カテゴリーとして理解される。医学的適応性は、違法性の段階で、承諾の客観的限定条件となる。つまり有効な承諾は医学的適応性のある侵襲にのみ該当するという。そこでは、①承諾と並ぶ違法性阻却のための更なる前提条件として医学的適応性の存在が必要であるという考え方と、②医学的適応性欠如により、侵襲行為が刑法228条における風俗違反として違法となるという考え方が主張されている。しかし①の見解には問題がある。というのは「同意あれば危害なし」という原則は、医事刑法の領域にも効力があるからである。傷害罪の枠内で患者の承諾は原則的に効力を持ち、いかなる内在的客観的な制限も受けない。それゆえ、医学的適応性は承諾の客観的制約としていかなる独自の意味も持たない。また、医学的適応性の欠如を風俗違反性の判断として理解する②の見解は、内容的にみて説得力がない。判例や主な文献では刑法228条を狭く解釈すべき法概念と理解しており、承諾殺人が処罰されてい

ることから（刑法216条）<sup>(32)</sup>、医学的適応性のない医的侵襲により、具体的な死亡リスクや重大な身体的損傷が納得のいく理由なしに生じた場合にのみ風俗違反は推定され得るとする<sup>(33)</sup>。さらに、この医学的適応性が欠如している侵襲を風俗違反と判断する見解の根底にあるのは医師の職業倫理法であるが、今日の多元的社会においては、個人のモラルについてのコンセンサスを得ることができない以上、それに刑法上の徹底的な制裁を依拠させることは法の求めていることではない。なによりも重要なのは、今日医学的適応性が欠如していても日常的に行われ、認められている美容整形のような医的侵襲を考える時、このような医学的適応性が本来の違法性阻却事由であるとする見解には、限界があるということである<sup>(34)</sup>。

## 2 刑法における非独立の帰責カテゴリーとしての医学的適応性

伝統的な医事刑法の文献に反するが、医学的適応性欠如は刑法の犯罪体系においては直接的には作用しない。医学的適応性が欠如していても、承諾による違法性阻却が不可能もしくは効果的ではないということにはならない。但し患者が、医学的適応性のない侵襲が問題であること、侵襲に関して必要な洞察能力と判断能力を有していること、関連する意思の欠如が無く、また侵襲をそのようなものとして自らのぞんでいることを、主観的に認識していることが必要である。有効な承諾に関するこれらの（ソフト）パターンリズム的要求により、承諾する患者の自主的な決断が保障される。このように医学的適応性は承諾の対象となるので、美容外科医は、説明の際に侵襲行為について医学的適応性が欠けていることを患者にはつきり説明することで、適応性の欠如にふれなければならない<sup>(35)</sup>。

ユースト氏は以上のように説明し、医学的適応性の有無は、医療行為の刑法的評価に関して何ら独立的な意味を持たない、患者の希望により行われる医学的適応性のない処置は傷害罪の構成要件に該当するが、有効な承諾が存在すれば違法性が阻却される可能性があるとして、2の見解を支持

された。そして有効な承諾は、承諾能力のある者が、医師による説明を受けた後、自らの決定に基づいて行わなければならない、そこでは医師の説明が重要な役割を果たすと強調され、美容外科手術における医師の説明について次のように詳細に述べている。

判例や文献では、純粋に美容的な手術における医師の説明の内容、規模及び時期に関しては、治療の為の手術よりも医師に対して「より厳しい要求」をしている。純粋な美容外科手術においては、健康と生命の維持の観点からは手術を必ずしも必要としてはいないため、患者は処置のメリットやリスクについて、特に入念に包括的に十分に考える可能性をもたなければならない。医師は、想定し得るあらゆる結果や、非常に稀な、一般的にはありえないリスク、および単なる不愉快さについても徹底的に指摘し、患者に手術の長所・短所を首尾一貫した態度で、強力に示さなければならない。一部の判例では、「徹底的で厳しく威嚇的な説明」あるいは、「完全な説明」さえ要求している。自身の容姿に満足していない健康な患者に対して、完全包括的な説明をすることにより、手術により得ることが出来る結果を現在の状態より良しするのかを問う必要がある。というのは、考えが十分とはいえない状態での決断を警告したり、場合によっては保護する必要があるからである。また判例では、美容整形における高い説明要求と、意図される警告機能との関係は、説明の時期にも影響を与え、メリットと健康上のリスクを斟酌するのに必要な熟慮時間を確保するために、医師は患者への説明を手術前の適切な時期に時間的余裕をもって行わなければならないという。しかし、説明により全く警告的、もしくは威嚇的な効果が達成されるのなら、それは基本法で保障されている患者の自律性へのパターンリスティックな侵害となる。美容外科手術における医師の説明義務は、それに相応してより高く、より厳しいものではなく、「それに相応した」、あるいは「それに相応して異なるもの」でなければならない。侵襲の医学的必要性の欠如は、しばしば深刻な健康上のリスクや「より美しくなりたい」という審美的な目的と結びつき、患者の自律性を顧慮

して、それに相応した医師によるリスク説明を要求する。というのは、患者が確固とした自律的な判断を下すためには、自分がどのような危険にさらされるかを正確に知る必要があるからである。それ故、医師は患者に、美容外科手術の欠如した医学的適応性について、そしてすべてのリスクと、特により美しくなるという手術の目的が達成可能か否かについては詳細に説明しなければならない。脂肪吸引後にくぼみが残ったり、胸部矯正が著しい傷跡を伴ってしか達成できなかったり、レーザー治療が皮膚の変色を起こしたりすることが予想されるのであれば、医師は患者にこのことを指摘しなければならない。判例もこの点を常に明確に要求してきた<sup>(36)</sup>。

### 第3章 美容整形の正当化と医師の説明義務

わが国では、ドイツの学説にならい治療行為は傷害罪の構成要件に該当しないとみる治療行為非傷害説<sup>(37)</sup>も有力であるが、多くの学者は治療行為について傷害罪の構成要件該当性を認めたくて、違法性が阻却されるとみる治療行為傷害説を支持している。治療行為といえども、身体的な侵襲行為が行われ、生理的な機能の侵害若しくは身体の完全性の侵害が生じている以上、傷害罪の構成要件に該当するが、患者の承諾のもとで、医学上一般的に承認されている医学準則（レーゲ・アルティス）に則って行われた場合には、刑法35条による正当業務行為として違法性が阻却されると考えるべきであろう。この場合、患者の生命・健康を保持・増進させるという優越的な利益が存在すれば、その処置が医学的適応性と医術的正当性の要件を充足している限り、患者の承諾はそれに付加される条件に過ぎないと解される<sup>(38)</sup>。しかし、町野教授が指摘しておられるように、医学的適応性が低くなればなるほど正当化要素としての患者の同意の重大性は高まることになる<sup>(39)</sup>。したがって、広義の医療行為といえども本来の治療行為とは言えない美容整形は、医学的適応性の程度が低いため、医師の行

為は刑法35条の正当業務行為としてではなく、被害者の同意の法理により正当化されうる<sup>(40)</sup>。そこで、侵襲行為に対する同意の有無、並びに有効な同意か否かを厳密に判断する必要がある。承諾能力のある者の真摯な承諾でなければならないが、その際、有効な同意を得る前提としての医師の説明義務が特に重要視される。

医師の説明義務について論じられているのは殆どが民事事件である。一般の医療行為において治療が功を奏し、あるいは良い結果が得られている場合には、医師の説明が不十分であったとしても、それが問題とされることはまずない。ところが、治療行為がなされたものの後遺症の発生や、死亡等の予期しない結果が生じたときに、「事前に聞いた説明とは違っていた」、「このような説明を受けなかった」という医師の説明が問題となってくる。手術の内容や危険性についての説明は、侵襲的治療行為に対する患者の承諾を得る前提として医師に義務づけられている。しかし、医師に要求される説明の内容や程度は、具体的な状況に応じて様々であり、医師の裁量と患者の自己決定権をどの程度重視するかによって異なる<sup>(41)</sup>。

患者の同意が特に大きなウエイトを占める美容整形では、患者の自己決定権を重視し、医師の間での一般的慣行を踏まえ、通常医師が説明する情報のほかに、さらに進んで当該患者が重要視する情報のすべてを説明しなければならないと考えられてきた。担当医師には、当該美容外科手術を選択する必要性の有無、手術の方法や内容、手術の結果における成功の度合い、副作用の有無のみならず、手術の美容的結果、特に手術における傷跡の有無やその予測される状況について十分説明し、それにより患者がその手術を承諾するか否かを自ら決定するに足りるだけの資料を提供する義務がある<sup>(42)</sup>。例えば、①腋臭症の手術は、元来健康体であるが体質的に腋汁が特有の悪臭を放つことを気に病み、これを改善したいと願う患者の主観的願望を満足させることが目的であり、若い女性の場合には特に外観上美容上の悪影響も併せて重視するのが通常であることから、手術後に傷痕が残るか、残存の割合、どのような状態の傷痕が予想されるか、残存した

場合の事後的措置の内容等の説明を尽くすべき注意義務があるとされている<sup>(43)</sup>。また、最近では雑誌やインターネット上で美容整形に関する広告記事を読み、手術の危険性はなく、簡単かつ短期間で満足が得られると信じて、手術を受けようと決意する者も増えているようである。美容整形に関心を持つ者の多くは若年の女性であり、女性週刊誌における成功例に関する誇大広告の影響も大きい。判例でも、②永久脱毛が可能であるとの宣伝や、傷跡を残すことなく腋臭や多汗症を完治させることができるとの女性週刊誌の記事を信じている者に対しては、患者の過度の期待や誤解を解消するように、宣伝記事には載っていないような治療効果の限界や手術の危険性について、積極的に説明すべき義務があるとされている<sup>(44)</sup>。しかし、現実には、患者の過度の期待を解消するための説明をするどころか、嘘の説明をして患者を誘惑するケースも多い。③鼻の段になっている骨をけずって段差を解消したいと希望してきた患者に対して、患者の左背腰部の自家組織である真皮を鼻根部に注入して鼻の突出部分を目立たなくするという特殊な手術を勧めた医師は、傷痕については4、5年も経てばきれいになると嘘を告げた。手術の効果についても明確に示さずに「可愛くしてあげる」等の極めて主観的な表現で示したため、説明は不十分・不正確であるとして医師の注意義務違反を認めた判例<sup>(45)</sup>がある。また④肝斑というシミに対するレーザー治療は一般的に増悪の危険性があって無効、あるいは禁忌とされているにもかかわらず、「治療前よりシミが濃くなることはない、レーザー1回できれいになる、10歳若くなる」等と副作用等の危険性もほとんどないことを強調した医師に説明義務違反を認めた判例<sup>(46)</sup>もある。

美容整形を希望する者は、程度の差こそあれ皆自らの容姿にコンプレックスを抱いている。それがメリットのみを殊更に強調する広告、宣伝の影響を受け易くし、手術の危険性、副作用に対する判断能力を鈍らせることにもなる。患者の希望が実際にどの程度満たされるのかを詳細に説明し、時には手術に過剰な期待を抱いている患者が手術のメリット・デメリット

を理解出来るまで時間をかけて、場合によっては整形を止めるよう説得する必要もあるのではないか<sup>(47)</sup>。

ところで、整形を希望する患者の有効な同意を得るためには、どこまで厳格な説明責任を医師に課す必要があるのであろうか。発生する可能性が非常に低い危険性まで事前に説明する義務があるのであろうか。⑤両乳房にシリコンバッグを挿入する手術を受けた患者が、その後挿入してあったシリコンバッグから内容物のシリコンゲルが流出し、全身性強皮症に罹患したという事案において、シリコンバッグの使用またはシリコン系物質の副作用を患者に説明しなかったことにつき医師の責任が問われた判例<sup>(48)</sup>がある。そこでは、本件手術当時の一般的医学水準に照らして、シリコン系物質によって全身性強皮症の原因とも言えるヒトアジュバンド病が発症することは、確実な医学知識として定着するに至っておらず、しかもその安全性を疑わしめるような状況にはなかったとして、医師に説明義務はないとされた。また⑥陰茎にシリコン製のボールを挿入する手術を受けた患者が、術後の腫れと痛みからシリコンボールを抜去したところ陰茎が約30度くらい曲がって変形したという事案に対して、「当該手術により不可避的に生じる可能性のある後遺症発生等の危険性及び手術後の処置から生じることが通常予測しうる危険性等については、患者に説明すべき義務を負うものと言えるが、手術後の処置から通常予測できない具体的危険性についてまで、それを予測して患者に説明すべき義務を負うものではない」として、手術後の通常の経過の中では発生しないものと認められる陰茎の変化等についてまで説明する義務はないとした判例<sup>(49)</sup>もある。

これらの判例が示すように、美容目的の美容外科手術に関する民事判例では、手術の必要性や緊急性が乏しいという特殊性から、一貫して医師は手術の実施にあたり手術の方法や内容、手術の結果における成功の度合い、副作用の有無のみならず、手術の美容的結果、特に手術による傷跡の有無やその予測される状況について十分説明しなければならないとされている。しかし、発生する可能性がかなり低く、およそ予見不可能な危険性

まで説明する義務は課されていない。あくまでも美容整形の一般的な医療水準に基づき通常予見可能な範囲での説明が必要であると考え。刑事の分野でも同様に解されるべきであり、生命の維持、健康の回復という優越的な利益が存在せず、専らきれいになりたいという主観的な願望を満たす為に健康体にメスを入れる美容整形においては、有効な同意を得るための前提として、医師に高度の説明義務を課すべきであろう<sup>(50)</sup>。もちろん、医師の説明に基づく患者の承諾があったとしても、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り、社会通念上許容される範囲・程度を越えて社会的相当性を欠く行為が為された場合には、違法性を阻却しないことは言うまでもない<sup>(51)</sup>。

#### 第4章 美容整形における医師の刑事責任

従来、医療過誤事件に対しては、民事に解決を任せる傾向が圧倒的に強く、患者と医師の間の医療契約違反があったとして医師や病院に対する債務不履行に基づく損害賠償請求（民法415条）や、医師が注意義務を尽くさなかったために結果を予見せず、または結果発生を回避する措置をとらなかったとして医師の過失を認め医師に対する不法行為責任に基づく損害賠償請求（民法709条）を認めてきた。医師に刑事責任を追及するためには、行為と結果との因果関係と過失の存在が明確な形で立証出来なければならない。ここ数年世論や被害者の声に応えるかのように積極的な刑事介入が行われるようになってきたといわれているが、それでも医療事故の解決は圧倒的に民事による。そこには、医師が正当な業務遂行として患者の利益の為に治療を行っている現場に、突然刑法が介入し刑事処罰を科すことに対する抵抗感が少なからず存在しているように感じる。患者の生命の維持や健康の回復のための治療を行っている医師には、一般的に広い裁量性や断行性も認められてきた。癌等の生命に関わる疾患の場合には、治療の必

要性や緊急性が増し、その分患者の同意の存否や有効性の判断も緩やかになされてきた。豊胸術や脂肪吸引術、二重瞼術等、身体的な疾患の治療という意味での医学的適応性が乏しい美容整形の分野でも、医師の刑事責任を問題にした事例は非常に少ない。そこには、治療の必要性も緊急性も認められない美容目的の身体的侵襲をあえて自ら希望した患者の心情も大きく影響しているように思われる。しかし、(1)「必ずきれいになれる、副作用はない」というような誇大広告で患者を誘惑し、診療時の説明責任を十分果たすことなく行われたもの、(2)高齢者に対する危険なもの、(3)安全性が確立していないような術式を実験的に試みたようなもの等に対しては、厳しく刑事責任を追及すべきであろう。

美容整形を行った医師の刑事責任を問題とした判例は、豊胸術に関するもの2件、毛細血管拡張症患者等に対する放射線治療に関するもの1件しかみあたらない。前者については、豊胸術の際に、①注射器の操作を誤りワセリンを主剤とするネオホルモゲン<sup>(52)</sup>を血管内に流入させ、患者を死亡させたもの<sup>(52)</sup>と、②鋭利な先端を有する通常の注射器で、ワセリンを主体とした「プラスノーゲンS」と称する補填液を乳房底部の乳腺下結合組織内に前後2回に分けて注入したが、2回目の注入の約7時間後に患者を両肺塞栓症で死亡させたもの<sup>(53)</sup>である。いずれもワセリンを胸に注入するという豊胸術による死亡事故であるが、結論を異にしている。①については、血管内にワセリンが混入すると生命等に危害を及ぼす虞があるので、一般の注射器の使用を避け、針先のとがっていない特殊の注射器を使用する等患者の生命に危険のないような方法を用いるべき業務上の注意義務を怠ったとして、医師に業務上過失致死罪の成立を認めたが、②については、ワセリン注入方法の危険性には触れずに、左右乳房底部付近の血管損傷が、注射針の針先により血管を直接損傷したことにより生じた可能性は極めて小さいとして、医師の過失を否定した。本件術式の誤りを前提として提起された予備的訴因(㉔)施術中、常に注入部位における出血の有無即ち血管損傷の有無に注意し、これを確認すべきであり、㉕)ワセリン注入に先立っ

て予め乳房底部の注入部位を剝離し、もって組織破壊の発生を防止すべきであり、㉔注入するワセリンの量も乳房の状態に応じ、組織破壊が生じない範囲の量にとどめておくべきであった) に対しても、㉕薬液注入開始前に出血のないことを確認しており、ワセリン注入開始後は出血の有無の確認方法はなく、あるいは確認しても死亡結果の発生を防止できるか否か不明であり、㉖豊胸術につき本件の方法では事前に組織を剝離することは技術的に不可能ないし著しく困難であり、㉗本件当時のワセリン注入量の判定については客観的基準が無く、医師の経験と勘に任されていたというのが実情であり、被告医師が過去本件と同様の方法で約500件の豊胸術を行い、しかも一度も本件のような事故の発生をみなかったという実績から、組織断裂の危険性を全く予想しなかったとしても無理もない、として医師の過失を否定した。

①②いずれも患者に対して豊胸術の術式に関する詳しい説明なしに、ワセリンを注入するという当時安全性が確立していない方法がとられたという、悪質なケースである。共に、患者の同意の有効性に関しては争われていない。しかし、そもそも豊胸術の方法<sup>(54)</sup>として確立したものがなかった当時、施術の手段・方法は施術者の技術と信念に基づいたその選択に任されており、かつ注入量を客観的に判定する方法も開発されていなかった。豊胸術に関する確立した医学準則がない状況で、自らの医師としての経験と勘に基づいてワセリン注射により豊胸術を行うという点に関する十分な説明もなされておらず、患者の有効な同意はなかったと言えよう。

業務上過失致死罪を認めた①の結論に対する異論はないが、②の結論に対しては批判も多い。②の判決では、「美容整形術も、人々のもつ精神面の不満を解消することを目的とするもので、社会的に有用なものとしてその存在価値を認められるべき広義の医療行為に属すると解されるから、施術当時の美容整形医一般の技術水準に照らし、あるいは自己または同業の積み重ねた研究成果や多数の経験に照らして、学問的技術的能力をもつ医師一般の目から観察して危険でない」と判断される手段、方法により施術が

行われたときは、たとえ、後日にいたりその手段、方法に、施術当時において予測されなかった危険を伴うことが判明したとしても、その手段、方法を採用したことに刑事責任を負わしめる根拠としての過失を認めるべきではない」としている。美容整形の精神的治療の側面を強調することにより、被告医師の注意義務につき、一般医師に要求するもの以上の高度なものを特に要求してはいない。この点について、美容外科手術は通常の病気の治療や奇形の整形外科手術とは異なり、医学的適応性があるとしてもその程度は極めて低いという特殊性からみて、通常の治療行為とは異なった取り扱いが必要であり、医療技術の実施面において過失認定が問題とされる場合には注意義務の範囲がより広がることは当然であるとして、本判決の結論に疑問を述べる者もいる<sup>(55)</sup>。また、判決では、行為当時ワセリン注入量の誤りによる組織断裂の危険性を予測することは一般に不可能とされていたが、①の判決の中で既にワセリンの血管流入による危険性が指摘されており、当時の法医学者もその施術の危険性を指摘していたことから、結論に対する批判も多い<sup>(56)</sup>。

②の判決は、過去にワセリン注入量を原因とした事故を起こしたことがない医師が、いつもの通りの方法で行ったことを、医療技術上の正当化理由としているようだが、医学的に安全性が認められた確立した医学準則がない以上、いつもの通りの医療慣行に従っているからといって、注意義務を尽くしたとは言えない。医療水準は平均的な医師が行っている医療慣行とは必ずしも一致しない。判旨の最後に「もはやこのような豊乳術を行うことはこの危険が解消されない限り許されない」と述べられているように、本件術式は生命に対する危険な方法であることが伺える。ワセリン注入方式の安全性に関する医学的根拠もなく、血管損傷の有無や薬液注入量についても経験任せというような、確立した医学準則が存在していない状況で為された本件被告人の行為は注意義務を十分尽くしたとは考えられない。

その他、③毛細血管拡張症患者の顔面等にストロンチウム90によるべ

一ター線を過照射し、瘢痕等を生じさせたという事件<sup>(57)</sup>がある。皮膚科・整形外科等を診療科目とする診療所を開設していた医師は、英国から取り寄せたばかりのストロンチウム90のペーター線発生源器を使用して、美容目的での治療として、顔面の毛細血管拡張症患者（23歳）や顔面及び右側頸部の血管腫患者（25歳）や顔面の眼上顎部右頬及び頸部の黒褐色色素性母斑患者（20歳）らに対して過照射を行い、皮膚炎に罹患させ、よって瘢痕を残した。彼らに対して、外国の新療法を無批判に導入し、ストロンチウム90の性能や影響について臨床上の経験を積まず、しかも分割照射により反応をみながら治療を進める方式を採らず、大量の放射線照射を行い、傷害を負わせたとして業務上過失致傷罪の刑事責任が認められた<sup>(58)</sup>。ここでは、毛細血管拡張症、血管腫、色素性母斑等の非悪性疾患に対しては、皮膚癌のような悪性疾患と異なり、美容的に治癒させることを第1の条件とし、瘢痕、色素沈着または脱失等の後遺症を残し、前よりも醜い傷害を与えることは医師としての任務に反するという。そして、「放射線障害を起させないように細心の注意を払って、慎重に治療すべき業務上の注意義務がある」と判示している。これは、ラジウム放射線治療を施した結果、血管腫はほとんど治癒したものの、左上顎部から左観骨部にわたる顔面に醜状痕を残した医師の過失責任が問われた民事判例<sup>(59)</sup>でも指摘されていた点である。まさに痣に対する放射線治療の場合には美容的な側面を特に重視し、前よりも醜い傷害を与えないように慎重に治療すべきであるという美容整形の特殊性を考慮した高度な注意義務が課されている。本件はストロンチウム90によるペーター線外面照射治療の知識も経験もない医師が、当時初期研究段階であり臨床医学的にみるべき研究成果もなかった治療方法をとっており、その点に関する説明義務も十分果たされていない。診療当時発表されていても、実験・研究段階にあるような治療方法は、医療水準を満たしておらず、被告人はストロンチウム90による照射が放射線皮膚炎を起こす危険性を十分予見可能であったであろう。

このように刑事判例で問題となった3件は、いずれも安全性が確立していない術式や実験段階にあるような相当危険な方法を採用しており、医師としての注意義務は果たされていない、医療水準からの逸脱度合いが大きいといえることができる。このような場合に、医師の刑事責任を認めるのは当然であろう。治療目的の社会的有用性が高ければ高いほど、その追求のために冒される危険が許容される程度も高くなる。美容整形は医学的適応性が乏しく、美容的な目的追求の為に冒される危険が許容される程度は低い<sup>(60)</sup>。したがって、厳しい注意義務が課されるべきである。

このことは、一連の民事判例<sup>(61)</sup>からも知ることが出来る。民事判例では、美容外科手術において、まず術前には当該手術が必要か否かという判断から始まり、事前の検査や、診断を慎重に時間をかけて行い、手術の時期、方法、程度や範囲等を十分に検討する必要があること、そして手術の実施過程においては、その進行につれ予測が容易となるマイナス結果の可能性と度合いに十分思いを致し、出来るかぎり慎重、かつ小刻みに行う注意義務があることが示されている。治療の必要性や緊急性を要する一般の外科手術では、診断や検査が不十分なまま手術を行うことも医師の裁量の範囲として許容され得る。しかし、緊急性も必要性も乏しい美容整形の場合には手術の前後にわたり医師の時間をかけた慎重な対応が要求される。しかも、美容整形の場合には一回では目的が達成できず、数回に分けて手術を行うこともある。そのような場合には、初めに行った術後の経過をみながら更に治療を進めていく必要があるとされている。これらは特に美容外科医に対してのみ要求される高度の注意義務といえるかもしれない。しかし、医師の注意義務の基準となるべきものは、「診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準」<sup>(62)</sup>であり、その医療水準は「当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、当該医療機関において右知見を有することを期待することが相当と認められる」<sup>(63)</sup>知見(情報)であることに変わりはない。あくまでも美容整形の医療水準を基準とした上で、緊急性も必要性も乏しいという美容整形の特殊性から、一

般外科医とは異なる特別な注意義務が認定されてしかるべきである。

## おわりに

美容整形は、通常の医療行為とは異なり、医学的適応性の程度が低い。しかし、医師による十分な説明義務と医療水準を満たした注意義務が果たされているならば、医師の刑事責任は問題とならない。したがって、現実には、主観的な願望を満たす為に行われている豊胸術、脂肪吸引術、隆鼻術等の身体的侵襲行為も、刑法的観点からは許容されるものと解されてきた。しかし、意図される手術の医学的適応性が減少している分だけ、説明義務、行為における注意義務は増加する。説明の欠如は、医師の行為を正当化ならしめる患者の同意を無効とし、美容外科医としての医療水準を著しく逸脱した行為は、医師の刑事責任の根拠となる。

ところで、わが国における美容整形の総数や患者の年齢に関する詳細なデータはないが、ドイツでは美容整形の件数は、近年危惧を抱かせるほど著しく増加し<sup>(64)</sup>、手術を受ける患者の10から15パーセントは未成年であり、約25パーセントは15歳から25歳と言われている。このような未成年を中心とする美容外科手術の流行をくい止めようと、承諾の有効性に対してより厳しい条件を課すことや、罰則つき禁止規定を刑法に設けることが議論されてきた。欧州議会でも医学的適応性のない豊胸術に対しては18歳という法的年齢制限を勧告し、ドイツ連邦議会の党派でも純粋な美容外科手術における年齢制限という解決策をとりたい意向のようである。一律に年齢制限をかけることに対しては、若い年代における成長・成熟過程は千差万別で個人により異なるという理由からの批判もある。しかし、ユースト氏は、美容外科手術の高いリスクに鑑みると、未成年に対しては成人とは異なる保護の見地からの配慮が必要であり、特に侵襲性が高く結果が重大な、医学的適応性の程度が低い美容外科手術の実施に対する年齢制限規定の必要性を説いた<sup>(65)</sup>。

医療行為における患者の同意は、身体に対する影響を与えるリスクを伴う医療行為に対する自己決定権の行使であるため、予定される医療行為について医師から説明を受け、自らそれを受容できるか否かを判断できる精神的な能力を前提としている。当該患者の意思を極力尊重する要請から、低年齢者についても同意能力を認めることができると解されているが、何歳から同意能力が備わるかについては、必ずしも明瞭ではない。医療行為の意義・内容・危険性に対する判断力は個々人により相違するため、機械的に決定すべきではなく、医療行為の性質にもよるが15歳程度の通常人の判断力が備わっているか否かを基準とすべきとされている<sup>(66)</sup>。治療の必要性も緊急性も乏しい美容整形に関する同意能力の認定に関しては、保護の見地からも慎重かつ厳格にとらえるべきであろう。一般的には未成年が美容整形を受ける場合には、保護者の同意が必要とされているようであるが、詳細は現場に任されており、半ば形骸化している面も否めない。

生命・身体に対する自己決定権とは、本人の意思が明白である限り、如何なるものが本人の利益・不利益になるのかの判断を、本人の意思に委ねようとするものである。しかし、個人の自己決定権の尊重にも限界があり、法益の後見的保護のためには、「その人をその人自身から守る」ためには法が干渉してよいと考えられる場合がある<sup>(67)</sup>。現に、刑法では、13歳未満に対するわいせつや姦淫は、被害者の同意があっても処罰しており(強制わいせつ罪〔176条〕、強姦罪〔177条〕)、未成年の保護という観点からのパターンリスティックな介入を認めてきている。メディアや周囲の影響を受けやすい未成年、精神的にも肉体的にも成長過程にあり美に関する価値観も変化しやすい未成年が美容整形を希望している場合には、被害者自身の意思に優越する保護の見地からの介入が必要ではなからうか。美容整形は、主に患者の主観的願望を満たす為に健康な身体に対して加えられる侵襲行為であることから、美容外科医に対して手術の危険性や副作用を含めた広範囲な説明義務を課すと同時に、未成年者の同意能力に関しても何らかの制限規範を設けることが、今後の課題であろう。

## 注

- (1) 主にメスを使わずに目元や鼻筋、唇や顎の輪郭等を整えたり、注入法等で皺やわきが等を改善する美容整形施術をいう。痛みが少なく気軽に行えることから人気がある。
- (2) 皺が目立つ部分に、ボトックス注射の製剤であるボツリヌス菌を溶解剤で濃度を調節して注入し、注入部分の筋肉を麻痺させて、皺が作られなくなる状態にして、皺を目立たなくさせる治療方法。
- (3) 朝日新聞2010年6月17日朝刊。
- (4) 標榜診療科とは、医療法施行令によって病院及び診療所等の診療機関が表示や広告をしてもよいと認められた診療科目名のことである。
- (5) 厚くなった角質層を科学的な方法で剥離して、正常に近い状態に戻すことであり、継続することによる効果が望まれる。
- (6) 人工的に作られた組織材料を注入して、凹みや皺を治療する方法であり、最近ではアレルギー反応の少ないヒアルロン酸が注入材として最もよく使われている。
- (7) 美容外科では、治療行為の前提となる疾患が存在していないので、厳密には「患者」と呼ぶのは適切ではなく、「被術者」「依頼人」と呼ぶ者もいるが、判決文の中でも美容外科クリニックの現場でも「患者」という言葉を使っているので、ここではそれに従うこととする。
- (8) 医行為の概念をめぐる判例・学説の変遷に関しては野田寛『医事法（上）現代法律学全集58』（青林書院、1984年）60頁参照。
- (9) 清水兼男「診療過誤と医師の民事責任」民商法雑誌52巻6号（1965年）799頁、水沼宏「美容整形アカンベ事件」『医事判例百選』（有斐閣、1976年）111頁、西井龍生「美容整形によるアカンベ事件」『医療過誤判例百選』（有斐閣、1989年）85頁、吉野孝義「美容整形」判例タイムズ686号（1989年）126頁。
- (10) 上野正吉「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）27—28頁、同「医療と人権」日本医事新法2246号（1967年）57—58頁。
- (11) 大谷実『医療行為と法（新版補正第2版）』（弘文堂、2004年）197頁。
- (12) 佐伯千仞「法律家からみた医療」大阪府医師会編『医療と法律』（法律文化社、1971年）30頁。
- (13) 甲斐克則『医事刑法への旅1』（現代法律出版、2004年）29頁。
- (14) 佐伯・前掲注12、31頁。
- (15) 甲斐克則「被施術者の承諾と豊胸手術の違法性」『年報医事法学』（日本医事法学会、1999年）123頁。

- (16) 福田平『全訂刑法総論（第5版）』（有斐閣、2011年）177頁。
- (17) 石原明『法と生命倫理20講（第3版）』（日本評論社、2003年）72頁、大谷・前掲注11、198頁、吉野・前掲注9、126頁。エンギッシュも、「醜さからの解放」という意味で、美容整形術の治療行為的性格を認めている。Karl Engisch, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken Einwilligung, ZStW 58, 2ff.
- (18) 東京地判昭和47年5月19日刑事裁判月報4巻5号1007頁。
- (19) Nine Joost, Schönheitsoperationen–die Einwilligung in medizinisch nicht indizierte “wunscherfüllende” Eingriffe, in: Claus Roxin –Ulrich Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl., 2010, S. 393.
- (20) Joost, a. a. O. (Anm. 19), S. 394.
- (21) Joost, a. a. O. (Anm. 19), S. 395-396.
- (22) Claudia Maria Schrafl, Die strafrechtliche Problematik des kosmetischen Eingriffs, 1958.
- (23) Schrafl, a. a. O. (Anm. 22), S. 17-21.
- (24) 石原・前掲17、72頁、大谷・前掲注11、199頁。石原教授は美容整形を「広い意味での医療行為」、大谷教授は「消極的な医療行為」と呼んでいる。
- (25) ユースト氏は、ルードヴィッヒ・マクシミリアン大学の共同研究員である。
- (26) 前掲注19。
- (27) 223条 傷害  
他の者を身体的に虐待またはその健康を害した者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。
- (28) Joost, a. a. O. (Anm. 19), S. 407-408.
- (29) Joost, a. a. O. (Anm. 19), S. 408.
- (30) 228条 承諾  
被害者の承諾を得て傷害を行った者は、承諾にも拘わらず、行為が善良な風俗に反する時にのみ、違法に行為を行ったものとする。
- (31) Joost, a. a. O. (Anm. 19), S. 409- 410.
- (32) 216条 要求に基づく殺人  
①ある者が、被殺者の明示的かつ真摯な嘱託により殺害を決意するに至った時は、6月以上5年以下の自由刑を言い渡すものとする。  
②本罪の未遂は罰せられる。
- (33) Joost, a. a. O. (Anm. 19), S. 411-412.
- (34) Joost, a. a. O. (Anm. 19), S. 413.

- (35) Joost, a. a. O. (Anm. 19), S. 414-415.
- (36) Joost, a. a. O. (Anm. 19), S. 426-428.
- (37) 米田泰邦『医療行為と刑法』（一粒社、1985年）184頁、藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂、1975年）127頁、佐伯・前掲注12、33頁。
- (38) 福田・前掲注16、177—178頁。
- (39) 町野朔「患者の自己決定権」日本医事法学編『医事法学叢書1』（日本評論社、1986年）45頁。
- (40) 大谷教授は、当初、美容整形術の意義・価値を認める以上は、それを被害者の承諾の法理に委ねることなく、治療行為の一種として積極的に存在意義を肯定しながら、他方医療上必要な正当化要件、すなわち行為が客観的に医学上の適応性をもち、医学上の技術からみて正当であるとされる性質をもつことを厳格に要求することこそ望まれるべきであると述べておられた（大谷実「豊胸術により患者を死亡させた事案につき医師の過失を否定した事例」判例タイムズ294号〔1972年〕101頁）が、その後には書かれた「医療行為と法」（前掲注11、199頁）の中では「通常の治療行為とはかなり異なるところの、いわば被害者の同意の法理により類似した法的取扱いが必要となろう」と述べておられる。
- (41) 説明義務のリーディングケースとして、最高裁昭和56年6月19日判決（判例タイムズ447号78頁）がある。頭蓋骨陥没骨折の傷害を受けた患者の開頭手術を行う医師には、手術の内容及びこれに伴う危険性を説明する義務はあるが、「患者の現症状とその原因、手術による改善の程度、手術をしない場合の具体的予後内容、危険性について不確定要素がある場合にはその基礎となる病状把握の程度、その要素が発現した場合の対処の準備状況等についてまで説明する義務はない」とした。
- (42) 福岡地判平成5年10月7日判例時報1509号123頁、東京地判平成7年7月28日判例時報1551号100頁、高松高判平成11年6月28日判例タイムズ1041号232頁。
- (43) 東京地判平成7年7月28日前掲注、高松高判平成11年6月28日前掲注。
- (44) 名古屋地判昭和56年11月18日判例時報1047号134頁、東京地判平成7年7月28日前掲注42。
- (45) 広島地判平成6年3月30日判例時報1530号89頁。
- (46) 横浜地判平成15年9月19日判例時報1858号94頁。
- (47) 5回にわたる豊胸手術を執刀した医師に対して、4回目の手術は3回目の手術で大胸筋下に挿入したインプラント（生理食塩水バッグ）を除去したうえで、大胸筋の乳腺側を剝離し、そこに別個のインプラントを挿入す

るというものであるが、年齢を考慮するとこのような状況で乳腺下インプラント挿入術を実施すると、大胸筋に悪影響を及ぼすことは十分予想でき、しかも医師自身このような施術の経験もなかったことから、「場合によっては、原告に対し、これ以上の手術をあきらめ、インプラントを抜去することも検討すべきであった」と判示した判例がある。東京地判平成17年1月20日判例タイムズ1185号235頁。

- (48) 東京地判昭和60年4月26日判例時報1180号84頁。
- (49) 東京地判平成13年7月5日判例タイムズ1089号228頁。
- (50) 町野・前掲注39、53頁、米田泰邦『医事紛争と医療裁判』（成文堂、1986年）164頁。
- (51) 医師免許を持たない被告人（フィリピン人）が豊胸手術を行い、リドカイン注入に基づくアレルギー反応により患者を死亡させた事案につき、被害者に対して行った行為は社会的相当性を欠き、被害者の承諾があるとしても違法性を阻却しないことは明らかであるとして医師法違反及び傷害致死罪の成立を認めた判例（東京高判平成9年8月4日高刑集50巻2号130頁）がある。
- (52) 渋谷簡略昭和39年7月28日野村好弘・宮原守男編著『医療過誤判例大系』（帝国地方行政学会、1969年）594頁。
- (53) 東京地判昭和47年5月19日前掲注18。
- (54) ①②のケースで採用されたワセリン注射法の他に、剥離法（ワセリン注入前に注入部位である乳腺下の結合組織を予め剥離して、そこに袋を形成しておく）や手術法（乳房下部を切開して物質を挿入する）等の術式がある。
- (55) 上田健二「診療行為の意義」中山研一・泉正夫編『医療事故の刑事判例（第2版）』（成文堂、1993年）43頁。
- (56) 大谷教授は、施術の方法・技術が科学的な対象となっておらず、注入量の調節・判定という豊胸術にとり決定的ともいえる方法さえ確定されていない段階で、これを行っていた場合には客観的危険は存在していたものというべきであり、医師一般として客観的な予見可能性が存在しないといえるか極めて疑問であるといわれる。前掲注40、102頁。
- (57) 大阪高判昭和41年6月29日高刑集19巻4号407頁。
- (58) 原審（大阪地判昭和39年1月30日、飯田英男『医療過誤に関する研究』（法曹界、1974年）211頁—212頁参照）も、被告人はそれまでストロンチウム90によるベータ線照射治療の経験を有せず、当時この治療方法は新しい分野に属し今尚研究の途上にあるものであるから、使用に当たり当該べ

レーザー照射の皮膚に及ぼす影響などの十分な研究と最新の注意を払う必要があり、殊にレーザー線を美容目的のため顔等に照射治療するに当たっては、患部の病状を十分診察し過照射のため醜い瘢痕を残さないよう患者に対する治療効果をあげる適切な線量を決定して照射治療を実施し、治療後は患部の刺激による悪性の皮膚炎を防ぐため患者の刺激を避ける様指示する等の業務上の注意義務があるとして業務上過失致傷罪の成立を認めている。

- (59) 大阪高判昭和42年4月28日下刑集18巻3=4号476頁。
- (60) 町野朔「ストロンチウム美容的治療障害事件」『医事判例百選』（有斐閣、1976年）54頁。
- (61) 大阪高判昭和42年4月28日前掲注59、大阪地判昭和48年4月18日判例時報710号80頁、東京地判昭和52年9月26日判例タイムズ365号386頁。
- (62) 最判昭和57年3月30日判例時報1039号66頁。
- (63) 最判平成7年6月9日判例時報1537号3頁。
- (64) 著名なドイツの美容外科医マंक氏は、美容外科手術は今後「主流となり、手頃な価格の大量製品となる」と予言している。Joost, a. a. O. (Anm. 19), S. 429.
- (65) Joost, a. a. O. (Anm. 19), S. 436ff.
- (66) 浦川道太郎「患者の同意」浦川道太郎他編『専門訴訟講座4、医療訴訟』（民事法研究会、2010年）34—35頁。
- (67) 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）322頁。