

# 医事刑法の序論的考察（2・完）

山 中 敬 一

## 目 次

はじめに

1. 医事刑法の意義・対象・方法
2. 医事刑法の展開と現状
3. 医療政策と刑事法
4. 医事刑法の行為規範 (以上, 61巻3号)
5. 先端医療と刑事法
6. 医事刑法と医療倫理
7. 医療行為の意義
8. 医師の応招義務

あとがき (以上, 本号)

## 5. 先端医療と刑事法

### 1. 医療の発展と法規制

医療の発展は日進月歩であり、特に最近のそれは目覚ましい。医療とは、従来は、人体の器質的異状である疾病の治療を意味し、医療侵襲や投薬による外科的・内科的治療がその典型であった。しかし、近年、生殖医学・遺伝子医学の発達により、医学が遺伝子に介入することが可能になり、クローン、キメラ、ハイブリッドの産出技術やゲノム分析を進化させ、生殖細胞への遺伝子操作や、操作された体外受精、遺伝子治療を現実化させ、あるいはまた他人ないし死者の臓器・組織の移植や人工臓器・人造物質ないしヒト由来物質の使用などに関する医療技術の進歩により、医療の形態が劇的に変化し、多様に拡大されてきている。例えば、遺伝子診断の発達は、疾病の治療にではなく、ヒトとなる以前の受精卵の段階での遺伝子操作によって疾病を予防することを可能にしてい

る<sup>67)</sup> のであって、これをも医療というなら、それは医療の意義を大きく変化させているといえる。また、医療は、元来、疾病の治癒を目指す行為であるが、現代医療の進歩は、「疾病」概念に変容を迫り、将来の疾病を予防するため遺伝子治療を行い、遺伝的に好ましい子孫を残すために医療を利用し、不妊治療の一環として代理母が出産することが可能になり、美容整形は、心の病と無関係にブームとなっている。そのような変化は、生命倫理の問題を浮上させ、法規制の領域拡大と従来法の体系の修正を迫る現実を生み出している。そこでは、法がそれをどのように、どこまで規制するか、従来法の体系をどのように修正するかが、法の焦眉の課題である。ここでは、科学的・技術的に可能なことを、法によって禁止するのかという科学と倫理と法の関係に対する基本的スタンスの問題のほか、科学的可能性をどのように許容するかという立法問題の解決が課題である。規制形式の問題については、前節で論じたように、いかなる法域における規制を中心にするか、自主規制に委ねるか、行政規制によるか、刑事規制が必要かなどの観点から、その組み合わせによる多様なモデルがありうる<sup>68)</sup>、単純化して言えば、自主規制によるソフトな規制をとる方式<sup>69)</sup>と、行政法により規制する中間的方式、処罰を伴うハードな規制をとる方式とがある。例えば、わが国では、現在のところ、この分野では自主規制による規制が圧倒的である<sup>70)</sup>。

ここでは、先端医療の問題の展開過程を振り返ることによって、その法的な問題点を明らかにし、本論における考察の準備作業とする。

67) Vgl. Günther/Taupitz/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, 2008, S. 4 ff.

68) さまざまな法規制モデルについては、甲斐克則『生殖医療と刑法』（2010年）101頁以下、119頁以下、257頁以下等参照。

69) これに関する一般的議論として、位田隆一・前掲『生命倫理と法』（樋口・土屋編）（2005年）70頁以下、78頁以下所収参照。

70) 高嶋英弘「日本における生殖補助医療の現状と法的対応」龍谷大学「遺伝子工学と生命倫理と法」研究会編『遺伝子工学時代における生命倫理と法』（2003年）404頁以下、とくに408頁以下参照。

## 2. 生殖補助医療と法

### (1) 問題の所在

「そう遠くない未来、通常の出生によって子供を得ようとする者は、馬鹿だということになるだろう」とまでいわれている<sup>71)</sup> 現在、生殖医学は、遺伝子技術の知見と結びついて、ヒト杯の細胞や細胞核に対して体外での侵襲を可能にし、それによって、両親の遺伝子の組み合わせによってできる子供をコンピュータの中で選択できるヴァーチャル・チャイルド」(Virtuelles Kind) や、希望に応じて遺伝子を任意に組み合わせて最適化して選択できる「デザイナーチャイルド」(Designerkind) が、現実化可能となっている。

わが国ではこの分野の刑事規制<sup>72)</sup> は、2000年12月に公布された「ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律」(平成12法律第146号)のみである。研究者グループによって1994年に「生殖に関する医療的技術(生殖医療技術)の適正利用および濫用規制に関する勧告」が公表され<sup>73)</sup>、「法的整備の必要性」(勧告1)が勧告されている。ドイツでは、すでに1990年に刑事法の性格をもつ「胚の保護に関する法律」(胚保護法=Embryonenschutzgesetz)が公布され<sup>74)</sup>、2001年に改正法が施行されている。

### (2) ドイツにおける胚保護法の意義

ドイツにおける胚保護法の目的は、第1に、体外受精がその濫用を可能にし、

---

71) Vgl. Böckenförde-Wunderlich, Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem, 2002, S. 3.

72) これについては、甲斐克則「生殖補助医療と刑事規制」法律時報79巻11号37頁以下参照。

73) ジュリスト1045号105頁以下(甲斐『生殖医療と刑法』135頁以下所収)。

74) 立法当時の状況については、ギュンター/ケラー編著(中 義勝・山中敬一監訳)『生殖医学と人類遺伝学——刑法によって制限すべきか?』(1991年)、山中敬一訳「アルピン・エーザー『胚子の刑法上の保護——新ドイツ胚子保護法に関する比較法的覚書』」ノモス2号(1991年)239頁以下、山中敬一訳「ハンス・ルートヴィッヒ・ギュンター『胚子の保護に関する法律討議草案』」法学論集38巻1号(1988年)354頁以下、なおギュンター(日高義博・山中敬一監訳)『トピックドイツ刑法』(1995年)99頁以下、123頁(甲斐克則訳・解題)参照。

第2に、体外における胚を無保護状態で濫用的な干渉にさらされているが、これを刑事規制しようとするものである。その法益は、胚の生命とその完全性の保護、胚をもつ女性の保護、精子・卵子の提供者の人格、あらゆる関与者の人間の尊厳である<sup>75)</sup>。胚保護法の評価については、ドイツでも積極的評価と消極的評価に二分されている。ここでは、どのような行為が規制対象にされているのかを明らかにするため、その刑事規制の内容を列挙するとどめる。「生殖技術の濫用的適用」の禁止（1条）、「ヒト胚の濫用的利用」（2条）、「性別選択の禁止」（3条）、「専断的受精、専断的胚移植および死後の人為的受精」（4条）、「ヒトの生殖系細胞<sup>76)</sup>（Keimbahnzelle）の人為的変更」（5条）、「クローニング」（6条）、「キメラおよびハイブリッドの作出」（7条）である。出生前診断ないし移植前診断等については明示的に規定されておらず、その処罰規定は断片的であり、またそこで用いられている概念も最新医学の進歩に合わないと言われている。着床前診断（Präimplantationsdiagnostik）の規制については、2000年2月24日に「着床前診断に関するガイドラインに関する連邦医師会の討議草案」が公表され、さらに2002年9月には連邦議会に「現代医療の法と倫理」審議会の連邦議会への答申が公表され<sup>77)</sup>、さらに2008年10月13日には「ヒトの遺伝子調査に関する法律（＝遺伝子診断法）草案」（連邦政府法案）<sup>78)</sup>が、ドイツ連邦議会で決議され、2009年4月22日には「健康に対する委員会の決議勧告と報告」<sup>79)</sup>がなされた。その間、2010年7月6日には、連邦裁判所（刑事第5法廷）において、母体外の受精卵につき遺伝病がないかどうかを遺伝子診断して両親

75) Vgl. Günther/Taupitz/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, 2008, S. 124.

76) 生殖系細胞の概念規定については、同法8条3項に、「本法の意味における生殖系細胞とは、それに由来する人間の受精卵細胞から卵細胞と精細胞に至るまでの細胞系統につながるすべての細胞、さらに、精細胞の注入ないし侵入から細胞核の融合によって完了する受精までに至る卵細胞をいう」という定義がある。

77) この訳については、松田 純監訳『ドイツ連邦議会審議会答申・受精卵診断と生命政策の合意形成』（2006年）参照。

78) Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz-GenDG), Drucksache 16/10532.

79) Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit, Drucksache 16/12713.

に告げたベルリンの医師がその処罰につき明確にするため自首した事件につき、その行為が、胚保護法1条の「生殖技術の濫用的適用」違反、とくに第1項2号の「卵細胞を、それが由来する女性の妊娠を引き起こす以外の目的で人工的に受精しようとした者」に該当するものとして処罰されるべきかどうかどうかが争われた事件につき、無罪を言い渡した<sup>80)</sup> という出来事があった。着床前診断の立法化については、2010年中に立法化するという動きがあるが、ドイツの政治家達の間でも議論が激しく対立している<sup>81)</sup>。

### (3) わが国におけるガイドライン・立法提案等

わが国においては、この分野の基本的法政策は明らかにされておらず、体外受精卵の売買・廃棄、代理出産、着床前遺伝子診断、多胎減数術、遺伝子情報の保護<sup>82)</sup> 等について、法規制はない。しかし、すでに1993年には、厚生科学会議が、「遺伝子治療臨床研究に関する指針」を公表し、1994年にこの指針は「平成6年厚生省告示第23号」として告示された。文科省も1994年に「大学等における遺伝子治療臨床研究に関するガイドライン」を公表したが、2003年にはこの両告示が統一されて「遺伝子治療臨床研究に関する指針」となった(平成16年に改正)。2003年には厚生労働省の生殖補助医療部会が、提供精子を用いた不妊治療に関する最終報告書を取りまとめたほか、総合研究開発機構における「クローン技術等の生命科学の発展と法」プロジェクトの最終報告書では、「生命倫理法案試案」が提案され<sup>83)</sup>、さらに生命倫理研究会が生命倫理法案を公表している。それによると、この法律案の目的につき、「この法律は、人間の尊厳、母体の保護及び生まれる子の利益の尊重を基調としつつ、生命倫理の観点より、生殖補助医療及び発生操作研究の適正な実施のための規制を行うこ

80) BGH 5.StR 386/09, HRRS 2010 Nr. 774.

81) ドイツにおける遺伝子技術と生命倫理に関する議論の状況については、松田 純『遺伝子技術の進展と人間の未来』(2005年) 3頁以下、松田純監訳『独逸連邦議会審議会答申・人間の尊厳と遺伝子情報——現代医療の方と倫理(上)——』(2004年) 3頁以下参照。

82) これについて、甲斐克則(編)『遺伝情報と法政策』(2007年) 参照。

83) 『生命科学の発展と法——生命倫理法案——』(2001年)

とを目的とする」と定める<sup>84)</sup>。これらにつきどのような内容の規制が望ましいか、どのような規制方法によるべきか、その生殖技術の許容の条件と手続などについて、さらに本格的な考察と提案が待たれる。

### 3. 脳死・臓器移植と刑事法

#### (1) 脳死と臓器移植法成立の経緯

わが国では、1968年に札幌医大で、心臓移植手術が行われたのが、心臓移植の最初の例であるが、レピエントが3ヶ月足らずで死亡する結果に終わり、心臓摘出にも疑問が提起され、殺人罪で告発される経過を辿った。その後、医療としての臓器移植は、免疫抑制剤の発達によって1970年代に飛躍的に進歩したが、臓器が損傷を受けない間に臓器移植を可能にするには、人工呼吸器によって心臓が動いている間に死を認定し、死者から臓器を摘出し、移植することが移植の成功率を高めることから、脳死をもって人の個体死とする脳死判定基準を提唱し、厚生省「脳死に関する研究班」（1985年）においていわゆる全脳死説を採用して、脳死の判定基準を提案した<sup>85)</sup>。しかし、1987年には、日本精神神経学会は、脳死をもって個体死とみとめることはできないとする見解を発表するなど、脳死説に対する疑問も呈示された。

脳死臨調が脳死を人の死とし脳死移植を認める答申を出したのは、1992年のことであった。この答申には少数意見が付され、脳死を人の死とすることに反対するものであった。人の死に関する社会的合意があるかないかについてもそれ以降も議論が分かれ、議論は激しく対立した。

そのようななか、移植医療の促進の要請も強くなり、そのためには脳死状態での臓器摘出を可能にする立法を必要とするとして、「臓器移植法」の制定が目指された。その結果、平成9年には、「臓器移植法」が成立した。

84) 総合研究開発機構・川井健共編『生命倫理法案』（2005年）47頁参照。

85) この経緯については、中山研一（編著）『資料に見る脳死・臓器移植問題』（1992年）、町野 朔・秋葉悦子（編）『脳死と臓器移植』（第2版・1996年）参照。

## (2) 臓器移植法の適用範囲

本法の適用される範囲については、角膜移植に関する法律（昭和33年）および旧角膜法を経て適用の範囲が拡大されてきた。本法は、基本的に「死体からの臓器提供」を前提とし、死体臓器の移植について定めたものである<sup>86)</sup>。なお1条から5条までは、総論的規定であるが、死体臓器の移植を念頭において規定した部分を除き、生体からの臓器移植についても適用があると考えられている<sup>87)</sup>。

「臓器」とは、「人の心臓、肺、肝臓、腎臓その他厚生労働省令で定める内臓及び眼球をいう」（5条）。本法の要件に従う臓器の摘出は法令行為として死体損壊罪は正当化される。皮膚、骨などの組織移植については、本法には特段の規定が置かれていない。しかし、医療的見地、社会的見地から正当化事由にあたることはありうる。

また、厚生労働省のガイドラインである「臓器の移植に関する法律の運用に関する指針」によって、2009年の法改正までは「民法上の遺言可能年齢等を参考として、法の運用に当たっては、15歳以上の者の意思表示を有効なものとして取り扱うこと」とされていた。

## (3) 臓器の摘出の要件とその緩和

成立当初から2009年法改正に至るまで、臓器移植法第6条は、「医師は、死亡した者が生存中に臓器を移植術に使用されるために提供する意思を書面により表示している場合であって、その棟の告知を受けた遺族が当該臓器の摘出を拒まないとき又は遺族がないときは、この法律に基づき、移植術に使用されるための臓器を、死体（脳死した者の身体を含む。以下同じ。）から摘出することができる」と規定していた。

86) 厚生省保健医療局臓器移植法研究会（監編）『逐条解説臓器移植法』（1999年）33頁参照。

87) 前注所掲文献34頁参照。6条から10条までは、生体からの移植には適用がない。11条については適用がある。12条から17条までの規定については適用がない（12条1項参照）。

その結果、わが国では、生体からの臓器移植（例えば、生体肝移植）が死体移植よりも一般化していた<sup>88)</sup>。このような厳しい要件は、その後の臓器移植を促進するという目的の達成を妨げることとなった。そこで様々な改正案が提言されていた<sup>89)</sup>。

本条は、2009（平成21）年7月17日（法83号）改正され<sup>90)</sup>、その1項は、次のように規定されることになった。

「医師は、次の各号のいずれかに該当する場合には、移植術に使用されるための臓器を、死体（脳死した者の身体を含む。以下同じ。）から摘出することができる。(1) 死亡した者が生存中に当該臓器を移植術に使用されるために提供する意思を書面により表示している場合であって、その旨の告知を受けた遺族が当該臓器の摘出を拒まないとき又は遺族がいないとき。(2) 死亡した者が生存中に当該臓器を移植術に使用されるために提供する意思を書面により表示している場合以外の場合であって、遺族が当該臓器の摘出について書面により承諾しているとき」。2項では、「前項に規定する『脳死した者の身体』とは、脳幹を含む全脳の機能が不可逆的に停止するに至ったと判定された者の身体をいう」と規定する。

このような改正により、遺族の書面による承諾があれば臓器摘出が可能となり、脳死判定と移植の要件が緩和された規定は、その1年経過後の2010年7月17日から施行されることとなった。この要件緩和によって改正法施行直後から脳死者からの移植は飛躍的に増加し<sup>91)</sup>、また、この改正によって、15歳未満の

88) 城下裕二「生体移植をめぐる法的状況」法律時報79巻10号（2007年）4頁以下、その他、この特集所収論文参照。なお、城下裕二（編著）『生体移植と法』（2010年）も参照。

89) これについて、丸山英二「臓器移植法と臓器摘出の承諾要件」ジュリスト1339号（2007年）32頁以下など参照。

90) その結果、2010年1月17日より、親族への優先提供の意思表示が可能となったことを注記しておく。

91) 2011年7月1日の朝日新聞（朝刊）の記事によると、改正臓器移植法施行後、本年6月末までの臓器提供数は、54件に上る。脳死での提供が検討されていたのは、アンケートに答えた310施設のうち108の施設（34.8%）で226人についてであったという。

子供からの脳死移植が可能となり、2011年4月12日には、改正後、はじめて両親の同意にもとづく12歳の男児からの脳死移植が行われた<sup>92)</sup>。

本論では、ドイツなどにおける臓器移植の動向をも踏まえ、このようなわが国の脳死と臓器移植の問題について詳しく論じるとともに、終末期医療の問題をも取り扱う。

#### 4. 精神医療と刑事法

##### (1) 責任能力判断

刑法上責任能力は、刑事責任を問い、刑罰を科する前提であり、刑法は「心神喪失者の行為は、罰しない」(刑法39条1項)、「心神耗弱者の行為は、その刑を減輕する」(同条2項)と規定する。心神喪失とは、精神の障害により事物の是非善悪を弁識する能力(弁識能力)がなく、その弁識に従って行為する能力(制御能力)のない状態をいう。この定義は、精神の障害という生物学的要素と弁識能力・制御能力という心理学的要素を混合して責任能力を判断するいわゆる「混合的方法」によるものである。責任能力は、有責行為能力であり、非難可能性判断の対象としての能力であるが、目的論的には、刑罰適応能力でもあり、刑罰の目的を達成しうるための能力、つまり可罰的責任能力の側面もある。刑罰制度とは、刑罰適応能力の存在を前提とした制度であって、刑事施設への収容は、このような能力のある者を対象とする。

その責任能力<sup>93)</sup>の有無を判断する場合、病気としての精神の障害があるかどうかは、精神医学の立場から医者である鑑定人が行う。他方、弁識能力・制御能力については、法的な判断であり、裁判官が行う。しかし、これを踏まえて、全体としての責任能力の有無は、終局的に裁判官の判断による。最高裁は、

---

92) これにつき、ドイツ語によって、わが国の脳死移植の現状について報告するものとして、vgl. *Yuri Yamanaka*, *Warum ist die Organentnahme in Japan so wenig? — Bemerkungen zum japanischen Organtransplantationgesetz*, in: *Festschrift für Claus Roxin*, Bd. 2, 2011, S. 1623 ff.

93) 責任能力論の現状については、中谷陽二編『責任能力の現在——法と精神医学の交錯——』(2009年)所収論文参照。

「心身喪失又は心神耗弱に該当するかどうかは法律判断であって専ら裁判所に委ねられるべき問題であることはもとより、その前提となる生物学的、心理学的要素についても、法律判断との関係で究極的には裁判所の評価に委ねられるべき問題である」<sup>94)</sup>とし、その判断は、「犯行当時の病状、犯行前の生活状態、犯行の動機・態様等を総合して」<sup>95)</sup>、総合判断として行われるべきであるとする。しかし、近時の最高裁判例では、「専門家たる精神医学者の意見が鑑定等として証拠となっている場合には、鑑定人の構成さや能力に疑いが生じたり、鑑定の前提条件の問題があったりするなど、これを採用しえない合理的な事情が認められるのでない限り、その意見を十分に尊重して認定すべきものというべきである」<sup>96)</sup>としたものがあり、裁判官は、鑑定人の意見に原則的に拘束されるとして、行き過ぎた裁判官の独自判断を戒める見解を表明している。しかし、ついで、最高裁は、前記両判断を踏まえ、「裁判所は、特定の精神鑑定の意見の一部を採用した場合においても、責任能力の有無・程度について、当該意見の他の部分に事実上拘束されることなく、上記事情等を総合して判定することができるというべきである」<sup>97)</sup>として、鑑定人の意見を全面的に採用する必要はないとして、裁判所がこれを行うことを確認するものとしている。

責任能力の判断については、上記のように究極的に裁判官が判断するとすれば、裁判員裁判の導入により、精神医学などの専門的知識をもたない裁判員にいかにして責任能力について理解を図るかが重要な課題となっている。

## (2) 責任無能力者の処遇

わが国では、精神障害に基づく他害行為をなした者に対する保安処分としての治療処分の制度がないので、責任無能力者に対しては、起訴された場合も無罪を言い渡し、刑事制裁以外の処分の対象となる。平成15年に心身喪失者等医療観察法が制定され（平成17年に施行され）る以前には、精神保健法（旧精神衛

94) 最決昭 58・9・13 判時 1100・156。

95) 最決昭 59・7・3 刑集 38・8・2783。

96) 最決平 20・4・25 刑集 62・5・1559。

97) 最決平 21・12・8 刑集 63・11・2829。

生法)による措置入院が、それらの者に対する処分であった。都道府県知事は、精神障害者であって、それによって「自傷他害のおそれ」があると認めるときは措置入院させることができた(同法29条1項)。措置入院は、強制入院措置であり、いわば強制的な医療を受けさせる措置である。そこで、心身喪失者等医療観察法の施行後の処遇の要件とその内容はどのようなものなのかについて、詳しく検討することが必要である。

### (3) 治療と人権

精神医療は、一般には、先端医療には含まれないが、その医療に関する最近の変化と社会安全の思想的な変化に応じて、医療と強制とが相克する分野であり、自己決定権を基調とする医療の根本思想に大きな影響を及ぼす分野である。

精神医療も、他の医療と同様に、患者の治療が第1目的であり、患者の自己決定権が尊重されるべきであるが、措置入院のような患者の意思に反する強制入院による治療は、治療のみならず、「他害のおそれ」を回避するための保安の目的にも資するものである。精神障害者については、精神障害によりその自由な意思に制約がある場合があるので、任意入院であっても、完全な自己決定権を行使しうるかには問題がないわけではない。したがって、この点に他の医療に対する特殊性がある。これについては、現行法体系がどのように規定されているかが、まず、重要である。

### (4) 法改正と比較法

1950年の「精神衛生法」は、精神障害者の医療および保護を図る目的で制定されたが、1987年に「精神保健法」と改称され、さらに1993年の改正を経て、1995年にはその目的に「自立と社会参加の促進のための援助」という福祉政策の充実が加えられ、法律の名称も「精神保健及び精神障害者福祉に関する法律」に改められた<sup>98)</sup>。さらに1999年には、精神障害者の人権に配慮した医療の確保や精神障害者の保健福祉の充実などを図るための改正が行われた。これに

98) 精神保健福祉研究会(監修)『精神保健福祉法詳解』(改訂第2版・2002年)8頁以下参照。

よって、精神障害者の個人としての尊厳を尊重し、その人権を擁護しつつ適切な精神医療の確保および社会復帰の推進および精神障害者の福祉の増進が図られることになった。また、2005年に全面的に施行された「心身喪失者等医療観察法」によって、「心身喪失等の状態で重大な他害行為を行った者」に対して「適切な処遇」を行い、「病状の改善」と「他害行為の再発防止」を図ることによって、その社会復帰を促すためその手続等が定められた<sup>99)</sup>。重大な他害行為とは、放火、強姦等、殺人、傷害、強盗などである。本法の性格については、他害行為の再発防止も含まれるがゆえに、優越的利益の原則にあるのであって、精神保健福祉法のそれとは異なるのか、それともパレンスパトリエ的な福祉の延長上にあるのかについて争いがある<sup>100)</sup>。この議論を反映して、精神衛生福祉法の措置を受けさせる要件と本法にいう「この法律による医療を受けさせる必要」（42条1項）の判断の違いについても、議論があり、最高裁は、本法の要件を充たす場合には、精神衛生福祉法ではなく、心身喪失者等医療観察法による治療を行うべきだとした<sup>101)</sup>。

この分野では、ドイツは、刑罰と処分のいわゆる二元主義を取り、改善保安処分の制度をもつ。精神病院収容も改善保安処分の一つである（ドイツ刑法61条）。収容期間の長さについては、一般原則としては、比例制の原則に従い、行為者の犯した犯行および予測される犯行の意味とその者から発する危険の程度と均衡を失してはならないとされる（同62条）。精神病院収容処分は、責任無能力または限定責任能力状態で違法行為を行った者につき、「行為者とその行為の全体的評価が、その状態のためにその者に著しい違法行為が予測されるとき、したがって、その者が公共に危険であるときに、命じられる」（同63条）。

---

99) これについては、町野 朔・中谷陽二・山本輝之（編）『触法精神障害者の処遇』（2005年）、本法の成立過程については、中山研一『心身喪失者等医療観察法の国会審議』（2005年）参照。

100) 山本輝之「心身喪失者等医療観察法における強制処遇の正当化根拠と『医療の必要性』について」中谷陽二（編集代表）『精神科医療と法』（2008年）132頁以下参照。

101) 最決平 19・7・25 刑集 61・5・563。

このようなドイツ法における保安処分<sup>102)</sup>の制度とわが国の制度の比較も、わが国の制度の問題点を自覚するには重要な視点であると思われる<sup>102)</sup>。

本論では、精神医療の刑事法の各局面における意義と役割について、ドイツにおける動向をも踏まえながら論じる。

## 5. その他の諸問題

医療技術の発達は、その他、さまざまな法的問題を提起している。まず、① 延命治療の発達と医療に対する自己決定権の思想や生命の質（QOL）に対する考え方の発展は、終末期医療がいかにあるべきかの問題を提起している。安楽死・尊厳死の許容の問題がその具体的内容である<sup>103)</sup>。次に、② 医療の発達のためには、医療のために用いる新しい医薬品の開発や使用の基準を定める必要がある。いわゆる臨床研究のうち、新しい治療技術や新薬などの有効性と安全性を評価するための研究をいう「臨床試験」ないし医薬品等の臨床試験の成績に関する資料の収集を目的とする「治験」に関する倫理綱領ないし法規制の検討が重要である<sup>104)</sup>。さらに、③ 医療の発達は、人体に移植される臓器や組織<sup>105)</sup> あるいは人工心臓や人工骨などの人造物質につき、それが、人の身体の一部なのか、所有権の対象であって「物」としての性格をもつのかという問題を発生させた<sup>106)</sup>。

本論では、このような論点を含む最近の医療技術の進化がもたらした、人間の身体や死体に対する侵襲にともなう法的諸問題についても考察を加える。さらに、性転換手術と美容整形手術の刑法上の問題点についても論じる。

---

102) これについて、山中友理「ドイツ刑法63条の精神病院収容の現状と課題」中谷編・前掲『精神科医療と法』195頁以下参照。

103) 例えば、井田良「終末期医療と刑法」ジュリスト1339号（2007年）39頁以下参照。

104) 加藤良夫（編著）『実務医事法講義』（2005年）383頁以下参照。

105) 「ヒト組織」の利用に関するガイドラインとしては、すでに平成10年12月16日付けの厚生科学審査会の答申がある。

106) これにつき、簡潔には、加藤・前掲『実務医事法講義』304頁以下参照。

## 4. 医事刑法と医療倫理

### 1. 医事刑法解釈方法論と倫理原則

先端医療の発達には、技術的に可能となった医療に個人や社会の保護のためにその限界を設定し、医療行為の許容の基準を明らかにする必要性を生じさせ、生命倫理・医療倫理の問題を提起した。医事刑法の分野においても、その立法指針や解釈指針として医療倫理という大きな解釈基準を論じる必要がある。まさに、新たな医療としての人への侵襲の刑法上の「正当化」は、新たな生命倫理によって裏打ちされていなければならないからである。

医療に関する刑事法規範の立法や解釈の目的となる固有の原則（原理）は、後述する ① 自律尊重原則、② 無危害原則、③ 善行原則、④ 正義原則の四原則ないし原理である<sup>107)</sup>。すなわち、患者の自己決定権を尊重し、患者に対してできるだけ害を少なくする方法で、医師が患者の健康の増進を図れるような患者にとって最善の医療を提供でき、また、公正で安定的なシステムをもつ法体制を築きうる法規範の構築がなされ、法解釈が行われなければならないのである。

このような医療倫理は、「諸原理倫理」（Prinzipienethik）と呼ばれている倫理学の考え方に立脚するものである。このような諸原理倫理は、功利主義やカント哲学のように「唯一最上の道德原理」を放棄することを前提とする。それは、「中間的次元の諸原理」（Prinzipien der mittleren Ebene）なのである<sup>108)</sup>。諸原理倫理は、上記の、抽象的な四つの原理から、第1にそれらを具体的な状況において適用できるように「特定」（Spezifizierung）と「序列化」（Gewichtung）を行う<sup>109)</sup>。私見では、このような方法論は、刑法の解釈学においても、「原理」のもとに下位基準を立て「事例の類型化」を行って解釈の詳細化を図る方法

107) これについては、ピーチャム・チルドレス（永安幸正・立木教夫監訳）『生命医学倫理』（1997年）、同（立木教夫・足立智孝監訳）（原書第5版）（2009年）参照。

108) *Wiesing, Vom Nutzen und Nachteil der Prinzipienethik für Medizin*, in: *Rauprich/Steger (Hg.), Prinzipienethik in der Biomedizin*, S. 76.

109) *Wiesing, a. a. O.*, S. 77 f.

論<sup>110)</sup>に合致するものと思われる。

もとより刑事法は、刑罰威嚇を通じた法規範の遵守の間接強制の役割を果たすとしても、規範が侵害されたときに制裁として作用するものであるから、事後的役割の方が大きいともいえる。したがって、四原則も、規範侵害の事後処理における基本原則として重要な意味をもつ。しかも、医療過誤は、過失犯であるので、とくに過失による法規範違反に対する解釈原理の中において四原則が具体化されなければならない。そのような観点からは、無危害原則は、すでに死亡結果や傷害結果が発生している場合にはじめて過失犯の構成要件に該当するのであるから、すでに侵害されているのであって、この原則は相対化され、「比較的軽微な危害の原則」と解釈されなければならない。もちろん、医療と刑法という問題を論じるに当たっては、医的侵襲が傷害罪に当たるかという問題が避けて通れないのであるから、故意犯の解釈学についてもこの四原則が基本的解釈指針であることに変わりはない。例えば、自律原則は、説明と同意の問題において、無危害原則は、許された危険や正当化事由の解釈において、善行原則は、正当化事由における治療目的などの解釈において、また、正義原則は、解釈全般の解釈指針において重要な役割を果たすであろう。このような基本原則のもとで、予測可能性のある、安定的な結論を導きうる解釈学を展開することが、医事刑法解釈学の課題である。

## 2. 医事刑法における医療倫理の具体化

### (1) 医療倫理四原則の内容と相互衝突の解決

①「自律的な患者の意思を尊重せよ」、②「患者に危害を及ぼすのを避けよ」、③「患者に利益をもたらせ」、④「利益と負担を公平に分配せよ」。これらの四原則<sup>111)</sup>、すなわち、自律尊重原則、無危害原則、善行原則、正義原則は、

110) 山中敬一『刑法総論』(第2版・2008年)134頁、なお、詳しくは、同『刑法における客観的帰属の理論』(1997年)661頁以下の「危険実現論の方法論的基礎」(とくに468頁以下)を参照せよ。

111) 水野俊誠「医療倫理の4原則」赤林 朗(編)『入門・医療倫理』(1)(2005年)53頁以下参照。それに対する批判についても、同書75頁以下。Vgl. Jonathan ↗

1970年代の末に提案され、その実践的な有用性ないし理論的体系性からいまや広く承認されている。ここでは、これらの諸原則の相互衝突の場面での優劣関係（序列化）等について検討しておく。

第1に、自律尊重原則は、個人の自己決定的な決断を尊重し、促進する義務を意味する。これには二つの形態がある<sup>112)</sup>。一つは、自己決定能力のある人の決断を妨害したり、無視してはならないという禁止であり、もう一つは、人を現に自己決定的な決断をなしうるような状況に置くという義務である。すなわち、人が望んでいることを伝えることができるようにするために情報を与えるという義務である。第2に、無危害原則は、他人を害する行為をするなという禁止である。この原則違反には法的に制裁を課しうる点で、善行原則違反とは異なる。第3に、善行原則は、他人に善行を命じる命令である。それは、他人が被った被害を原状回復し、補償するよう命じる義務をも含む。それは、そのほか、利益・不利益、効果と副次効果、チャンスと危険を衡量し、副次効果に比べて効果が最大になるような行為を選べという命令でもある。第4に、正義原則は、有益性と負担とを公平に分配せよという義務を内容とする。この原則は、他の原則とは、それが、医療において、医師と患者の関係を越えて、医療制度をどう形成するかどう規制するかにまで及ぶ点で、異質である<sup>113)</sup>。すなわち、医療が、国家の干渉のもとに行われ、公的機関の管理のもとに置かれているのは、福祉国家理念のもとに医療が社会保障の一環に位置づけられ<sup>114)</sup>、私的経済活動に委ねられるのではなく、国民の公正・公平な生命・健康の増進という公的理念のもとに置かれるべき制度としてとらえられているからである。医療における正義の理念は、医療制度の基本的構想に表れているのである<sup>115)</sup>。

↘ *Herring, Medical Law and Ethics, 2nd Edition, 2008, S. 21 ff.*

112) Vgl. *Rauprich, Prinzipienethik in der Biomedizin – Zur Einführung, (Hrsg.) Rauprich/Steger, Prinzipienethik in der Biomedizin, 2005, S. 20.*

113) Vgl. *Rauprich, a. a. O., S. 21.*

114) 医療制度は、憲法25条の生存権保障規定のもとで、医療の水準を確保した設備や医療従事者の資格について法的規制を行った上で、構想されている。

115) したがって、私見によれば、正義原則は、いかなる制度を構想するかによって内容が異なることのありうる政策指針原理ないし一定の目的からみた調整原理であらう。

これら四つの原則は、医療倫理の事例やテーマの叙述と分析に対する概念的なフレームワークを形成する<sup>116)</sup>。これらの原則は、当初、これらを具体的な事項に適用するにはいまだ抽象的で内容が乏しい。特定の下位原則と規則を導出して内容を与える必要がある。例えば、自律尊重原則は、説明と同意（インフォームド・コンセント）という規則（ルール）に特定され、治療は、患者が予めそれにつき説明されていたときのみ行われてよいというようにルールとなる。それは、それを列挙するだけでなく、説明の内容と程度、説明の形式、同意能力の基準などの具体的な実施規定をもつものでなければならない。さらに、無危害原則の「特定」（Spezifizierung）の例は、それによって患者に心理的に害をもたらす危険があるときに、患者にその健康状態に関する情報を留保してよいかというものである。また、心理的効果を期待しての治療目的での偽薬の使用（プラセボ効果）は、善行原則の例である。

## (2) 衝突する四原則の射程と順位と適用の状況的事態

医行為、特に治療行為には、原則としてその由来や射程において異なる主として規範的なさまざまな要請が基礎とされている<sup>117)</sup>。それらの要請は、三つのグループに分けられる。第1グループでは、生命の保護や広い意味の自律性原則のような一般的倫理原理が問題となる。第2グループにおいては、それらの要請は、医師の身分固有の倫理に対応する。例えば、医療における無危害原則や患者の治療促進という善行原則である。第1グループが、患者も含めた一般人にも妥当するのに対して、第2グループは、医師を含む医療関係者に妥当する。第3グループにおいては、自律性原則のように、身分上も一般倫理的にも妥当するという二重の意味をもつ。その社会的・倫理的、法的射程にしたがってそのような要請は、制限的に一般に、あるいは無制限に一般に、妥当する。これら諸原則は、その射程も様々であり、一般性の程度も異なる。従って、

ゝるともいえよう。

116) Vgl. *Rauprich*, a. a. O., S. 21.

117) *Vossenkuhl*, *Ethische Grundlagen ärztlichen Handelns*, in: *Roxin/Schroth* (Hrsg.), *Hadbuch des Medizinstrafrechts*, 4. Aufl., 2010, S. 4.

諸原則の段階的妥当性は、独自の根拠づけが必要であるのみならず、相互に葛藤・相克に陥ることもある。相互に葛藤対立する場合、どのように解決すべきか。例えば、自律性原則、患者の幸福、無危害原則が対立する場合を考えてみよう。患者が医師の治療方法の推薦に同意しない場合がその例である。患者の自律性は、あらゆる患者、治療する医師と医療関係者に、無危害原則と患者の幸福原則は、医師と医療関係者に妥当する。したがって、患者の意思が、医師の裁量によれば患者にとってよいことに同意しないときにも、それを尊重しなければならない。患者の自律性は、他の二つの原則よりも、その拘束性においてより上位を、そして、一般性の程度においてより高い位置を占める。葛藤は、実践的観点から、患者の意思の拘束性の高い程度によってのみ解決される。すなわち、医師は、まず患者の意思に一定程度屈服しなければならない。自律性原則は、生命保護の一般的原則と葛藤に陥るほど高い位置を占める。例えば、積極的臨死介助のように、現行法に矛盾するときのみ、この順位は入れ替わり得る。

しかし、この葛藤の種類がどのような意味での葛藤なのかもさらに分析される必要がある<sup>118)</sup>。それは、諸原則間の葛藤（原則の葛藤）なのか、それらの原則の解釈やそれに関する見解の葛藤なのか（解釈の葛藤）、または、情報の違い、世界観的確信、当事者・関係者のそれぞれの視座に起因する葛藤（状況的葛藤）なのかである<sup>119)</sup>。倫理問題に取り組む多くの者は、諸原則の対立を一般的衡量から解決しようとする傾向にある。この見解は、当初からそれらの原理には衝突は存在せず、直観的に順位は決まっているとす。例えば、カント主義者と功利主義者によってそれぞれ価値の優先順位は決まっているとす。原則の衝突は、義務の衝突と同様のものと解されている。しかし、時間的制約を受けて妥当する義務と普遍妥当的な原則とは異なる。しかし、ここでは、諸原則を「普遍妥当的行為準則」と解するのが共通の概念的基盤である。

118) *Vossenkuhl*, a. a. O., S. 6.

119) *Vossenkuhl*, a. a. O., S. 6.

「患者の意思に従え」、「患者の幸福のために行為せよ」または「患者を害するな」という三つの行為準則は、それ自体としては矛盾しないように思われる。しかし、患者がその意思に従って——他人を害さずに——自らを害することができるという一般的事態を考慮に入れるとき、葛藤が考えられることになる。このような事態を普遍的行為準則に統合するなら、三つのルールの中の最初のルールは、「それが患者の幸福の役立たず、患者を害することがあるとしても、患者の意思に従え」となる。ここでは、解釈の葛藤ではなく、原則の葛藤が問題となっている。葛藤は、患者が原則をどう解釈するか、またどう適用するかにはかかっているないのである。このような葛藤を解決するには、原則の葛藤を解釈の葛藤であるかのように解してしまう見解がありうる。しかし、治療の勧め、無危害禁止、患者の幸福に矛盾する患者の意思を、これらの原理にもはや矛盾しないように特殊化するのは不可能である。別の見解は、原則の矛盾の理解ではなく、それが適用される事実の判断の変更によって解決しようとする。解決されるのは、例えば、患者が医師によって勧められた治療が、当初、実際にその幸福に役立つと理解されなかった「状況的葛藤」なのである。このような状況的葛藤は、適切な医師の説明があれば解決しうるのである。

かくして、原則の葛藤ではあるが、状況的葛藤でもある葛藤の事例は、まず、医師の十分な説明によって医師と患者の間の信頼の構築によって克服できる<sup>120)</sup>。次に、原則間に順位を付けることによっても解決できる。患者の自己決定権は、無危害原則や患者の幸福原則に優越するというがごときである。第1の帰結は、真の解決であり、医師と患者の意思疎通により葛藤は解決する。第2の解決は、そうではなく、不真正の解決に導くにすぎない。例えば、患者の意思が医師の判断に反して断行されたにすぎず、葛藤は残るからである。しかし、これも患者と医師のコミュニケーションで解消できる。

以上の議論は、とくに法解釈という統一的な解決原理を求める医事法の解釈原理の分析につき有益であると思われる。たしかに、「原理」、ここでは、例えば、被害者の「同意」といった正当化原理が、重大な傷害を与えるなという無

120) Vossenkuhl, a. a. O., S. 15.

危害原理に対立するとき、「原理」自体の対立なのか、それが被害者の真の「意思」をどのように反映しているときに同意といえるのかという「原理の解釈」の対立なのか、あるいは、その原理が適用されるべき「事実」の同一性があるのかなどの分析が必要であることを示唆する。

### （3）衝突の解決の判断要素

さて、四つの原則およびその下位に位置する様々なルールは、もともとは同程度に妥当する。具体的な状況においてこれらの原則ないしルールが衝突するまでは、「一応の義務」(Prima-Facie-Pflicht) とみなされる<sup>121)</sup>。例えば、娘が、父親にその肝臓の一部を提供しようとするとき、一応の無危害原則と一応の善行原則及び一応の自律性尊重原則が衝突する。これを言い換えると、ここで問題は、一応の殺人禁止と無意味な生命を延長させないという一応の命令の衝突である。ここで、殺人禁止は、無危害原則を特定したものであり、無意味な生命を延長させないという命令は、善行原則の特定と把握される。この衝突の解消のためには、二つの手段が用意される。たいていの場合には、外見上の衝突は、さらに特定することで、それらは区別される。例えば、レスピレータの遮断は、殺人ではなく、道徳的には異なって位置づけられる「死なせること」に過ぎないといった場合である。特定という手段は、二つの機能をもつ。それは、第1に、四原則を脈絡に特殊な内容で補充し、それによって、具体的事例で使えるようにする。それは、第2に、具体的な状況において一応対立する原理やルールを、葛藤を解決するために、相互に限界づける。

例えば、娘の父親への肝臓の提供の場合のように、特定することで、解決が見つからない場合には、関係する価値の衡量による<sup>122)</sup>。四つの原則ないしルールは、はじめから価値ヒエラルキーに服しているわけではなく<sup>123)</sup>、具体的状況において様々な要素が衡量されるべきである。例えば、移植されるべきだという結論は、移植成功の見込み、娘の合併症の蓋然性の高さなどによるのであ

121) *Rauprich*, a. a. O., S. 23.

122) *Rauprich*, a. a. O., S. 24.

123) *Rauprich*, a. a. O., S. 24.

る。

#### (4) 刑事法と四原則

以上のような原則ないしルールとの衝突の事例は、刑法においては、周知のテーマである。上で挙げられた事例のほかにも、例えば、自律尊重原則は、輸血を拒否する患者の自律尊重と生命を救うためには輸血しないと助からないので、輸血をしようとする医師の善行と対立する。あるいは、安楽死を願う患者の自律的意思を尊重しようとする医師が、無危害原則を破って、モルヒネ注射によって苦痛を緩和し、患者の生命を短縮する場合である。

これらの原則は、刑事立法にあたっては、すべてを総合しバランスのとれた法規制をなすべきであるという点で重要な役割を果たす。例えば、無危害原則は、そもそも刑事立法の基礎であり、法益保護の原則に結実する。自律性尊重原則も、パターンリズムの刑事立法論に対立する刑事立法の基本思想の一つである。善行原則は、法益保護原則の背景にある基本思想であり、正当化事由の考え方の基本思想である。さらに正義原理は、刑法のみならず、法の理念であり、法の平等原則等に具体化される。

これらの原則の対立は、犯罪成立要件論においては、構成要件該当性と正当化事由ないし責任阻却事由の対立において解決されるべき問題である。例えば、輸血拒否を無意識で搬送され、輸血拒否の医師を事前に表明していた患者に対する輸血の事例は、自己決定権を尊重するというのが原則であるが、生命の保護のために善行原則の履行は正当化されることがある。また、安楽死事例は、消極的安楽死は、その他の要件を充足しているかぎり、正当化ないし責任阻却されうる。このような具体的な状況のもとで、どの原理が優先させられるかについては、状況と諸事情の衡量に応じて定まるにすぎない。

四つの原則を刑法の体系の中で位置づけると次のようにいうことができる。すなわち、第1に、無危害原則は、とくに犯罪化と構成要件形成の基準である。原則的に他人に属する法益を侵害する行為ないしその危殆化行為のみが犯罪化される。刑法においては、無危害原則以外の原則は、第1次的には問題になら

ない。なぜなら、法益侵害ないしその危険があるときにはじめて刑法の問題となるからである。自律尊重原則や正義原則が、無危害原則とは何かを決定する際に一定の役割を果たすことがあっても、それ自体が独立の積極的な役割を果たすわけではない。例えば、自己決定権を尊重して、溺れている子供を救助するかどうかは、自主的な判断によるということは、それが他人に危害を加えている限り、認められない。当該の不作為が、生命の侵害という危害結果を惹起すると法的にみなされるなら、無危害原則に違反しているのである<sup>124)</sup>。あるいは、平等に取り扱うべきだという自律尊重原則は、もとより自己決定権の尊重に表現されるので、正義原則に反して、溺れかけている二人の息子のいずれか一方のみを救助するべきではないから、二人とも助けない方がよいということにはならない。義務の衝突においては、無危害原則と善行原則により、より害の少なくなるよう、一方のみでも助けるべきだということになる。法益侵害に対する同意は、同意者に不利益な決断であっても尊重されるべきであるという被害者の同意において重要な役割を果たす。善行原則は、正当化事由において有意義である。例えば、医師の治療という善行を果たすべく、被害者に手術という苦痛（不利益）をもたらす行為は、正当化されうるのである。善行原則は、自律尊重原理によって、自己の法益の侵害をもたらす自殺をしようとする者に対して、パターンリスティックにそれをやめさせて、生命を救うことを善とする場合にも機能を果たす。正義原則は、利益衡量原則や、相当性原理、ないし比例性原理に現れる。

#### （5）医事刑法における医療倫理四原則

医事刑法においては、医療倫理四原則<sup>125)</sup>は、さまざまな場面における判断に際し、機能する。

124) 医療倫理においては、他人の侵害を防止する作為義務は、善行原則に算入される。ピーチャム＝チルドレス（永安・立木監訳）『生命医学倫理』（1997年）239頁、（2009年）208頁以下参照。しかし、不作為の因果力を考慮すると、それは、無危害原則に関係する。

125) 水野俊誠「医療倫理の四原則」赤林 朗『入門・医療倫理1』（2005年）53頁以下所収参照。

(a) 自律性尊重原則 自律性原則は、患者や被験者の身体に対する侵襲の許諾・その範囲の決定などを自らの意思で決定することを尊重するという原則である。自律性尊重原則が機能するには、自己決定しようとする者は、事実とその意味、その効果について正しい情報を持ち、その情報と自己決定の効果等について正しい理解が可能であり、他者の強制なく自発的に判断しなければならない。このことは、医事刑法においては、患者の同意と医師の説明などの問題において論じられる。その際、医師と患者における情報量の差異から自律性を尊重するためには、患者の同意の前提としての医師の説明が重要である。

ここでは、善行原則との対立の解消が重要な課題である。つまり、患者の自己決定権が、善行原則に矛盾するとき、医師はいずれを優先させるべきかという問題の前に立たされる。例えば、自殺者が意識不明の重体に陥ったとき、医師は、治療してよいか問題である。自殺者は、生き延びたくないという意思で自殺を試みている。その意思を無視して治療することは自律性尊重原則に反する。しかし、善行原則からすれば、現在の自殺未遂者の意思は分からないから、善行を施し、もし自殺願望がまだ強いのであれば、その者はもう一度自殺を試みれば良いともいえる。

ここでは、個人的な自由主義といわゆるパターナリズムとが対立している。パターナリズムとは、その保護がその他人に望まれているかどうかにかかわらず、他人の保護を強いる目的をもつ行動と定義されることがある<sup>126)</sup>。これについては、英米では、一般に、人がミスから危険な行為に向けてまったく任意かつ自由に決断した場合も、他人が介入することを認めるという「かたいパターナリズム」(hard paternalism)とそれが不任意で不自由であったときだけ介入できるという「やわらかなパターナリズム」(soft paternalism)に分けられている<sup>127)</sup>。さらに、別の観点からこれを「直接的パターナリズム」と「間接的パターナリズム」<sup>128)</sup>に分類し、前者は、自分自身に対する有害行為から守っ

126) Vgl. Kai Möller, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, 2005, S. 11.

127) Vgl. Möller, a. a. O., S. 16

128) これを提唱したのは、Joel Feinberg である。Vgl. Feinberg, *The Moral Limits* ↗

てやるための自由の制限であり、喫煙の禁止や、自殺者や自己危殆化しようとする者に干渉するパターンリズムである、後者は、例えば、喫煙を禁止するのではなく、タバコの販売を禁止して、第三者の有害行為を予防するような自由の制限を意味する<sup>129)</sup>。これには、自殺関与罪の処罰も含まれる。積極的パターンリズムはともかく、間接的パターンリズムは、社会の習熟度に応じて一定限度で許容されるべきだと思われる。自殺関与罪は、自殺（未遂）者自身を保護するため、自殺行為を処罰するなら、それは直接的パターンリズムであるが、自殺関与者を処罰するのは「間接的パターンリズム」<sup>130)</sup>であり、それは、完全な自己決定が可能な社会でない限り許容され、患者の自己決定権が制約を被ることはある。自殺者は、自己決定権の行使として死を選んでいるのだから、それを慫慂した者も、それを手助けした者も処罰されるべきではないとはいえないと思われる。例えば、1998年以降年間3万人を超えるわが国における自殺数における自殺の原因のほとんどは、健康問題や経済・生活問題、家庭問題であり<sup>131)</sup>、うつ病に罹患している者も多く、自分の死を主体的に選択する自殺は皆無といってよい。例えば、自殺関与罪（刑法202条）を廃止することは、このような自殺の歯止めを外すことにもつながりかねないと思われる。医事刑法との関係では、安楽死を望む者の真意が、家族に迷惑をかけたくないといった心情に発するものではないのかなどを考慮するパターンリズムは不要とはいえ

↘ of the Criminal Law, Vol. 3, Harm to self, 1986, S. 9. なお、これについて、vgl. *Andreas von Hirsch*, Direkter Paternalismus im Strafrecht, in: *Hirsch/Neumann*, „Indirekter“ Paternalismus im Strafrecht, in: a. a. O., S. 71 ff.

129) Vgl. *Möller*, a. a. O., S. 15 ff.

130) *Neumann/v. Hirsch*, „Indirekter“ Paternalismus im Strafrecht — am Beispiel der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB), GA 2007, S. 671 ff. Vgl. auch *Hirsch/Neumann/Seelmann* (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, 2010; *Hirsch, Andrew von/Neumann, Ulfrid*, Indirekter Paternalismus und § 216 StGB: Weitere Bemerkungen zur Bedeutung und Reichweite des Paternalismus-Begriffs, in: a. a. O., S. 99 ff. Vgl. auch *Tatjana Höhle*, Paternalismus in der Medizin — am Beispiel der Eizellenspende in der Reproduktionsmedizin, a. a. O., S. 111 ff.

131) 警察庁生活安全局地域課「自殺の概要」による。http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/jinkou/tokusyuu/suicide04/16.html#5

ないであろう<sup>132)</sup>。

(b) 無危害原則 「他人に危害を加えることなかれ」というのは、刑事立法の基本思想であるとともに、刑法の行為規範の基本原理である。もちろん、医事刑法においても、医療行為が正当化されるのであるから、患者の健康を回復するために、患者の身体に対して一時的な侵襲を加えること、すなわち危害を加えることは、違法性阻却に関する法益衡量判断において許容されることがある。したがって、医療行為そのものが、無危害原理に対する違反を前提としているといってもよい。患者の同意が、構成要件該当性を阻却し、実質的に「無危害」とみなすか、患者の回復という優越的利益の原則によって正当化されると考えるかは見解が分かれうる。

医療倫理においては、とくに「二重結果原則」ないし「殺すことと死なせること」との違いはあるかをめぐり尊厳死・安楽死ないし延命治療の中断が無危害原理に反しないかが論じられている<sup>133)</sup>。医事刑法においても、これらは、刑法上どのように扱うべきかが重要な課題である。さらに、生体肝移植において肝臓の提供者からの肝臓の摘出は無危害原則に反しないのかどうか、刑法上、摘出行為は正当化され、または責任阻却されうるかが論じられなければならない。その際、善行原理が、無危害原理に対抗し、危害行為を許容し、または免責することになるのかどうかを検討されるべきである。医学的適応の存在につき疑問のある美容整形手術、性転換手術などのいわゆる「願望充足医学」(wunscherfüllende Medizin) ないし「向上医学」(enhancement Medizin) ついても、それが自律性尊重原則で説明がつかないとすれば、無危害原理に反するのである<sup>134)</sup> から、倫理的には、優越的利益原則による正当化ができるのかが問われ

132) Vgl. *Yamanaka*, Die Modelle und Typologie des indirekten Paternalismus im Strafrecht, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, S. 323 ff.

133) ビーチャム・チルドレス (永安幸正・立木教夫監訳) 『生命医学倫理』(1997年) 150頁以下参照。

134) Vgl. *Joost*, *Schroth*, Schönheitsoperationen — die Einwilligung in medizinisch nicht indizierte „wunscherfüllende“ Eingriffe, *Roxin/Schroth*, *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4. Aufl., S. 390 f.

なければならない。

(c) 善行原則　善行原則は、医事刑法の基本理念であるといつてよい。決して患者が自己決定権の行使として治療を望むから治療侵襲は正当化されるのではなく、その背景には、医師の行為が患者のために善行をなすものだからという考えが存在する。しかし、善行原理が、パターンリスティックにすべてに優越するわけではなく、あくまで背景となっている基本理念にとどまるというべきであろう。

實際上、自らの身体からの臓器の摘出と必要とする患者への提供は、自律性損傷原則によって正当化される部分もあるが、重大な身体の侵襲が、自己決定だけで正当化されるわけではないであろう。例えば、生体臓器移植などの臓器ないし部分的臓器の提供者からの摘出は、自己決定権のみによって正当化されるわけではない。それは、臓器を必要とする他人の健康の回復という利益をもたらすがゆえに優越的利益の原則によっても正当化されるというべきである。その利益は、提供者の側からいうと、善行原則によって、パターンリズムによって画される自律性尊重原理の限界を超える意味をもちうるのである。また、死体からの臓器摘出ないし提供については、生前の本人の臓器提供の意思を尊重し、死後の死体の処分についての自律性尊重原理によるばかりではなく、おそらく死体については公共財としてその利用・処分が社会に許されるという思想が重要な意味をもつように思われる。ただし、その利用・処分は、本人の生前の意思と事実上死後の死体の世話をする家族の意思を通じてのみ許されると解すべきではないだろうか。このように、ここでも善行原則により、公共財たる臓器の利用・分配が正当化されるのである。

(d) 正義原則　臓器売買の禁止根拠、限りあるレスピレータや人工心臓の装着の順序、臓器の提供の順位と選択基準、例えば、非居住外国人への提供の保障、年齢による提供機会の制限、臓器の親族への優先的提供の是非<sup>135)</sup>などの問題が正義原則に関係する。ここでは、正義を、——平等主義の理論か、自

135) 臓器移植法6条の2参照。

由主義の理論か、功利主義の理論か、あるいは公正機会の理論か<sup>136)</sup> といったように——、どのようにとらえるかによっても考え方が異なってくる。正義原則は、おそらく、解釈論ないし法適用においてより、立法論の段階で問題となる方が多いのではないかと思われる。

以下では、正義原則の適用の一例のみを挙げておくと、臓器売買の禁止の法目的やそれに罰則が付いている場合の処罰根拠ないし保護法益については争いがある<sup>137)</sup> が、この問題を考える際には自己決定尊重原則、善行原則、無危害原則のどの原則もそれだけでは説明しきれないものが残る。わが国では、脳死体からの移植は量的に多くなく、生体肝ないし腎移植が圧倒的に多い。しかし、それよりも移植を必要とし、希望して待機している患者の数が何倍にも多い。移植臓器不足問題を解決するには、臓器売買を認許することが一つの解決策である。これによって経済の法則に基づいて需要と供給のバランスがとれてくる見込みは高い。生体臓器の提供者の自己侵襲は、自己決定尊重原則と善行原則によって正当化可能である。提供の対価を得ることができるので、自己決定の結果としての経済的生活の質を高めることもできる。レシピエントにとっても、対価を支払って正当な取引として買った臓器によって生活の質を高めることができ、無危害原理侵害の懸念は、ドナーの自己決定によって払拭できる。しかし、現実には、貧富の差のある社会における臓器売買は、経済的にも実質的にも自由な自己決定に基づくものとはいえない。社会的に見て、臓器売買は、経済的弱者の移植を受ける公平な機会を奪い、臓器提供者は、経済的弱者に限られることとなる。これをその社会の政策がどこに向いているかに合わせて調整するのが「正義原理」である。臓器売買の禁止は、一方で、生体臓器移植のニーズを充たせなくなるという問題を生ぜしめるが、他方では、経済的利欲に動機づけられない善行原則と自己決定権の行使を保障しうるシステムをもたら

136) ピーチャム・チルドレス (永安・立木監訳)・前掲『生命医学倫理』307頁以下参照。

137) 生体臓器移植の問題については、法律時報79巻10号(2007年)4頁以下の特集「生体移植をめぐる法的諸問題」所収論文(城下裕二編著『生体移植と法』〔2010年〕所収)をみよ。

し得る。切り離された身体の一部が、財産権の対象であるか、人格権をもつ主体であって人間の尊厳条項の適用を受けるか<sup>138)</sup>あるいは二重の性質をもつかという議論はそれだけでは、臓器売買の禁止の根拠を説明したことにはならないように思われる。そこでは、国家と社会の医療政策を反映した内容をもつ「正義原則」の実現という価値の観点からの考察が必要なのである。

## 7. 医行為（医療行為）の意義

### 1. 医 業

医師法は、非医師の医業を禁止している。「医師でなければ、医業をなしてはならない」<sup>139)</sup>（医師法17条）。本条に違反した者は、「3年以下の懲役又は10万円以下の罰金」に処せられ、又はこれを併科される（同法31条1項1号）。医業とは、医行為を「業」として行うことをいう<sup>140)</sup>が、判例によれば、「反復継続の意思を以って医行為に従事することをいう」<sup>141)</sup>と定義される。これは、次に掲げる説のうち反復意思説と称される見解である。以前は、① 営業説＝医行為を営業として行う場合に医業に当たるとする説（大判明20・5・19刑録明治20年分124頁）、② 営業意思説＝医行為を営業として行う決意を有するとき、医業であるとする説（大判明40・10・3刑録13・20・1047）、③ 営業目的説＝営業の目的をもって医行為をなした場合に医業をなしたものであるとする説（大判明40・12・5刑録13・26・1338）、④ 生活資料獲得行為反復説＝医行為によって生活資料を獲得する行為を反復することを医業とする説（大判明43・10・31

138) 甲斐克則「生体移植をめぐる刑事上の諸問題」法律時報79巻10号40頁参照。

139) これは、医業の独占を表しており、「業務独占」を意味し、また、医師でない者は、医師と称することはできない（医師法18条＝名称独占）、名称を用いた場合は、罰金刑に処せられる（医師法33条の2）。これにつて、加藤良夫編著『実務医事法講義』（2005年）451頁以下参照。

140) 「医業」の意義については、小松進・『注解特別刑法』5（医事・薬事編）42頁以下に詳しい。

141) 大阪高判昭28・5・21，最判昭30・5・24刑集9・7・1093。なお、磯崎辰五郎・高島学司『医事・衛生法』（新版・1979年）184頁以下，前田和彦『医事法講義』（全訂第8版・2008年）44頁参照。

刑録 16・22・1792), ⑤ 常業目的説=自己の常業<sup>142)</sup> とする目的で医行為をなすことをいうとする説 (大判明 44・10・27 刑録 17・24・1800), ⑥ 反復継続意思説=反復継続の意思をもって医行為を行うことであるとする説 (大判大 5・2・5 刑録 22・2・109) 等があった<sup>143)</sup> が, 反復意思説が, 大正時代以降の判例<sup>144)</sup> であり, 現在も通説である<sup>145)</sup>。反復継続して行う意思があれば, 一回限りの「行為でもよく, それによって生活資料 (報酬) を得ることを目的とする必要もない。営利の目的を必要としない。特殊な希望者だけを対象として行っても, 医業にあたる<sup>146)</sup>。あん摩・マッサージ・指圧, はり, きゅうを行う者 (あん摩マッサージ指圧師, はり師, きゅう師関する法律 [あはき法] 1条), 柔道整復を行う者 (柔道整復師法15条) 以外の者は, 「医業類似行為」を業としてはならない (あはき法12条) とされる。したがって, これらの行為は, 医行為には含まれない<sup>147)</sup>。

## 2. 医 行 為

### (1) 医行為の定義

ここで, 医行為の定義については, まず, 広義における医行為と狭義における医行為とに分かれ, 広義における医行為とは, 医療目的のもとに行われる行為で, その目的に副うと認められるものをいうとされる。これには, 疾病の治療のみならず, その予防や, 出産の際の措置, あん摩, マッサージ, はり, きゅうなど医療目的に副うものも含まれる。狭義における医行為については,

142) 営利の目的・継続反復を必須要件とはしない。「常業」の概念は, 大判明 20・5・19 刑録明治20年分124頁で用いられているものであるが, その意味は, 必ずしも明らかではないとされている (下野・医事判例百選137頁)。

143) これらの見解については, 下野・前掲医事判例百選136頁以下参照。

144) 大判大 5・2・5 刑録 22・2・109。

145) 判例として, 東京高判昭 42・3・16 刑裁特 18・3・82。評釈として, 川辺 新・医事判例百選 (1976年) 138頁。医師の資格を有しない元衛生兵が, 求めに応じて 8回, 7名の者に対し診察をなし, 治療の目的で注射液を注射したというもの。料金を徴収しなかったとしても, 医行為にあたるとした。

146) 最判昭 29・8・20 刑集 8・8・1287。

147) 大阪高判昭 28・5・21 前注参照。

広義の医行為のなかで、医師が医学的知識と技能を用いて行うのでなければ人体に危険を生ずる恐れのある行為とされる<sup>148)</sup>。判例上、大きく三つの見解に分けることができるとされている<sup>149)</sup>。それは、① 疾病の診察治療行為をいうとする見解、② 疾病治療目的と医学の是認する方法の二つの要素から定義する見解、そして、③ 広く医師が行うのでなければ危険を生じる行為とする見解である。

まず、古い判例によれば、「汎く人の疾病を診察治療する行為」を指称する<sup>150)</sup>とされる。この定義では、種痘、予防注射、美容整形外科手術などは、医行為というべきであるが、治療とはいえなくなる。これらを含まなくなる点がこの定義の問題点である。

次に、「人の疾病治療を目的とし現時医学の是認する方法により診察、治療をなすこと、換言すれば、主観的には疾病治療を目的とし客観的にはその方法が現代医学の基づくもので診断治療可能のものたることを要するもの」<sup>151)</sup>とされ、また、「人の疾病の治療を目的とし医学の専門知識を基礎とする経験と技能とを用いて、診断、薬剤の処方又は外科的手術を行うことを内容とするものを指称し、等しく人の疾病の治療を目的とするもの」である<sup>152)</sup>などとされ、その主観的・客観的な実質的意味を盛り込んで定義された。この見解からは、このように、医行為とは、人の疾病の治療を目的とし、かつ、現代医学の立場から是認されている方法によって診察、治療をなすことをいうとも定義される。この定義は、主観的目的（治療の目的）と客観的には、現代医学の原則にかなったことを要求するものである<sup>153)</sup>。

148) 小松 進「医師法」『注解特別刑法』5（医事・薬事編）（1983年）37頁以下参照。

149) 小松・前掲注解特別刑法5（医事・薬事編）37頁以下。

150) 大判昭2・11・14刑集6・4453。

151) 広島高岡山支判昭29・4・13高刑集31・87。

152) 前掲大阪高判昭28・5・21前注参照。

153) 広島高岡山支判昭29・4・13高刑集31・87。この判決の事案は被告人が自己の右指示指を患者の眼前に突き動かして、これを凝視させながら上下左右に動かして病状を診断したうえ、効果のない焼骨粉を病者に売却したとうもの。被告人の行為は非科学的であって、現時医家の行う方法とはいいがたいとして、医行為である。

しかし、最近では、医行為は、「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」<sup>154)</sup>をいうと定義され、また最近の判例でも、「医学上の知識と技術を有する者がみだりにこれを行うときは生理的危険がある程度に達している」<sup>155)</sup>行為をいう、また、「医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生じるおそれのある行為」(平成13年11月8日政発第10号)である<sup>156)</sup>と定義される。したがって、反復継続の意思をもってこのような行為を行えば、医行為にあたる。判例上、医行為に当たるとされた具体的行為としては、問診、打診、聴診等による疾病の診察、注射、薬液の塗布、外科的手術、投薬等がある<sup>157)</sup>。このような最近の定義は、古い定義における「治療」や「治療目的」以外の医行為をも含めることにその趣旨がある。例えば、移植目的でのドナーからの臓器摘出、輸血のための採血は、治療ではなく、治療目的でもないが医行為である。さらに、「保健衛生の確保」「患者の安全の確保」という医師法17条の「立法趣旨」<sup>158)</sup>に照らしても、この最近の定義が妥当であるとされている<sup>159)</sup>。

## (2) 治療を目的とした検査・診察

医行為に治療行為ではなく、治療を目的とした検査ないし診察も含まれるかどうかにつきもう少し詳しく見ておこう。検査自体が人体に対する危険を生じさせる行為である場合には、判例は、医行為とみなしてきた<sup>160)</sup>。平成9年に、

＼ことを否定した。

154) 大嶋一泰「治療行為——説明義務を中心として」刑法基本講座(第3巻・1994年)160頁参照。

155) 前掲最判平16・4・13民集58・4・247参照。

156) 東京地判平6・3・30刑集51・8・689。

157) 最判昭30・5・24刑集9・7・1093。評釈として、門広繁幸「患者に対する、聴診・触診・指圧と医行為」医事判例百選(1976年)140頁。なお、下野省三「医師法17条にいう『医業』の意義」医事判例百選(1976年)136頁。

158) 小松進「医師法」平野龍一編集代表『注解特別刑法』(5巻—1)医事・薬事法〔1〕第2版(1992年)40頁以下参照。

159) 加藤良夫(編著)『実務医事法講義』(2005年)452頁参照。

160) 探膿針を使用した化膿の有無の検査(大判大12・12・22刑集2・1009)、レントゲン照射機を用いた検査・診察(大判昭11・6・16刑集15・798)、子宮鏡を用いた子宮内診(大判昭15・3・19刑集19・134)は、医行為とされている。

医師でない者が、コンタクトレンズ処方のための検眼とレンズの着脱、コンタクトレンズ処方を行った事案につき、第1審であった東京地裁は、コンタクトレンズ処方はこちらを誤れば保健衛生上危害を及ぼすおそれのある行為であるとし、検眼・コンタクトレンズの着脱は、それ自体が保健衛生上危害を及ぼすおそれのある行為に当たるとはいいがたいが、コンタクトレンズ処方の一部をなす行為であり、「医行為」というべきであるとした。控訴審では、「検眼またはテスト用コンタクトレンズ着脱時の判断の誤りがひいてコンタクトレンズの処方の誤りと結び付くことにより、コンタクトレンズを装着した者に頭痛、吐き気、充血、眼痛、視力の低下等の結果をもたらし、最悪の場合は失明に至る危険性もないとはいえない」<sup>161)</sup>とした。最高裁も、「コンタクトレンズの処方のために行われる検眼及びテスト用コンタクトの着脱のための各行為が、いずれも医師法17条にいう『医業』の内容となる医行為に当たるとした原判決の判断は、正当である」<sup>162)</sup>とした。

### (3) 医師法17条の立法趣旨

次に、医師法17条の立法趣旨との関連でももう少し詳しく見ておこう。本罪の保護法益は公衆衛生であり、したがって、医師以外の者による医行為が禁止される理由は、「保健衛生上の危険の防止」にあり、本罪は、抽象的危険犯であると解せられる。まず、業として行われることを要するから、糖尿病患者によるインシュリンの自己注射や家族によるALS患者からの痰の吸引は、医行為ではあっても禁止されてはいない。これを介護ヘルパーが行うことも、旧厚生省の行政解釈により許容されることになった<sup>163)</sup>。また、看護師が静脈注射を行うことについて<sup>164)</sup>も、厚生労働省は、保健師助産師看護師法5条の「診察

161) 東京高判平6・11・15高刑集47・3・299。

162) 最決平9・9・30刑集51・8・671。評釈として、小林憲太郎・ジュリスト1167号(1999年)127頁以下、佐伯仁志「『医業』の意義」医事法判例百選4頁以下、飯田喜信・最判解平成9年度刑事篇166頁参照。

163) 痰の吸引については、平成15年7月17日医政発第0717001号、平成17年3月24日医政発0324006号。これにつき、加藤・前掲新版医療事故の刑事判例41頁参照。

164) 看護師による静脈注射につき、平成14年9月30日医政発第0930002号。この行ノ

の補助」行為の範疇として取り扱うものとした。歯科医師の救急救命処置に関する研修<sup>165)</sup>についても、行政解釈によって認められている。判例には、医師が、看護師の資格を有しないものを診療補助者として使った事案につき、保健婦助産婦看護婦法（保健師助産師看護師法）違反に問ったもの<sup>166)</sup>がある。そこでは、「医師が無資格者を助手として使える診療の範囲は、おのずから狭く限定されざるをえず、いわば医師の手足としてその監督監視の下に、医師の目が現実に届く限度の場所で、患者に危害の及ぶことがなく、かつ、判断作用を加える余地に乏しい機械的な作業を行わせる程度にとどめられるべきものと解される」と判示された。

さらに、判例において、医師が、医師免許をもたない歯科医師に気管挿管研修を行わせた行為につき、それが医行為にあたるのではないかが問題となった。判例は、「歯科医師が歯科に属さない疾病に関わる患者に対してそのような手技を行うことは、歯科医師がそのような手技にどんなに熟達していても、明らかに医師法17条に違反する」と判示した<sup>167)</sup>。本罪が、抽象的危険犯であるとすると、この結論は不当とはいえない。しかし、一般的には危険な行為であっても、厚労省の行政解釈により、許容される診療範囲内の行為であれば、許されるとするなら、禁止の範囲が事実上決められることになり、妥当とはいえないであろう<sup>168)</sup>。

本件の控訴審<sup>169)</sup>では、弁護人は、可罰的違法性がないのに起訴されたのは公訴権の濫用であると主張し、また、医師法17条の構成要件該当性がないと主張し、さらに、本件各行為は、研修としての必要性があり、その目的が正当で、手段も相当なものであったから、社会的相当性が認められ、刑法35条により違

行政解釈の変更については、平林勝政「医行為をめぐる業務の分担」湯沢雍彦・宇都木伸（編集代表）『人の法と医の倫理』（唄賀寿）（2004年）574頁以下参照。

165) 平成14年4月23日医政発第0423002号，医政発第0423004号による。

166) 東京高判平1・2・23判タ691・152。

167) 札幌地判平15・3・28医事法判例百選（2006年）6頁以下。評釈として、辰井聡子・同6頁以下参照。

168) 辰井聡子・前掲医事法判例百選7頁参照。

169) 札幌高判平20・3・6LEX/DB。

法性が阻却されると主張した。ここでは、医師法17条の構成要件該当性の点についての控訴審の判断について検討しておく。

構成要件に該当しない根拠として、「歯科医師らが行った本件各行為は、いずれも実質的には背後で指揮をとっている指導医らの行為そのものと評価できるから、医師法17条の構成要件に該当しない」という論拠が挙げられた。しかし、札幌高裁は次のようにいう。「本件各行為は、医師の資格を持たない本件歯科医師らが自ら行った医行為であって、指導医らの行為と評価することはできない。すなわち、医師法17条は、『医師でなければ、医業をなしてはならない。』と規定しているが、同条にいう『医業』とは『医行為を業とすること』であり、『医行為』とは『医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為』、『業とすること』とは『反覆継続の意思で医行為を行うこと』と解すべきところ、本件各行為は、気管挿管及び抜管、大腿静脈路確保及びカテーテルの抜去、腹部触診、手術の説明及び同意の取付け、大腿動脈血栓除去等手術における筋鉤使用等による手術補助等であり、いずれも医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為といえる。そして、歯科医師の研修が、医師の行う医行為の純然たる見学にとどまるときは、歯科医師が医行為をしたとは認められないから医師法17条の構成要件該当性を欠くといえるが、歯科医師が自ら患者に対する医療行為に関与する場合、それが医行為と判断される以上、関与の程度を問わず、歯科医師自身が医師法17条の医行為を行ったとみるべきである」。……「また、そもそも、歯科口腔外科医による歯科口腔外科領域に属する行為の研修は、本来、歯科口腔外科や歯科大学・歯学部付属病院等における歯科及び歯科口腔外科疾患の患者に対する診療行為の中で行われるべきものであり、歯科医師が、医科の病院等において、歯科及び歯科口腔外科疾患以外の患者に医療行為を行うことは、それが歯科口腔外科で日常的に行われている手技であり、かつ、研修を目的として行われたものであったとしても、医師法17条の構成要件該当性を阻却することにはならない」。

さらに、第2審は、歯科医師による救命救急センターにおける研修は歯科医療にとって不可欠であり、社会的相当性が認められるから違法性が阻却される

という主張についても、これを斥け、控訴を棄却した。

しかし、研修として行われているから社会相当性があるのではないとしても、このように、指導医が、背後で指揮をとり、研修がそのコントロールのもとで行われているかぎり、少なくとも、利益衡量原則によって判断されるべき正当化事由の段階においては、違法性を阻却すると言ってよいように思われる。医行為そのものの定義が、「医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為」であり、それが、指導医のコントロールのもとに行われる限り、「危害を生じるおそれ」が否定され、少なくともその危害を上回る優越的利益によって正当化されるというべきであろう。

#### (4) 危害を及ぼす行為・危害を及ぼす虞のある行為

ところで、医行為とは、「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」とするだけでは、通常の暴行罪や傷害罪に当たる行為も含まれることになるので、これだけでは足りない。「治療目的」で限定できないとなると、医学的根拠を有する行為でなければならないという限定が必要であろう。人体に危害を及ぼす恐れのある行為は、身体に危険な行為を意味するが、これは定型的にみて危険な行為を意味する。しかし、医行為とみなされる「診察」については、それ自体としては、例えば、聴診器をあてるのみ、ないし問診を行うなど「危険」とはいえないことが多い。これも医行為とするには、それ自体として危険な行為のみならず、その行為の結果として人体に危険を及ぼす行為が行われることにつながる行為をも含める必要がある。

そこで、本罪が、抽象的危険犯であるとしても、「人体に危害を及ぼす行為」ないし「人体に危害を及ぼすおそれのある行為」における「危害」すなわち、「危険」とは、どのようなものをいうのかが問われなければならない<sup>170)</sup>。「危害を及ぼすおそれのある行為」には、前述の問診ないし診断のような、それ自体、身体に対する侵襲を伴わないが、後にそれが危害を及ぼす侵襲行為につな

170) これについて、加藤麻耶（中山研一・甲斐克則編）『新版医療事故の刑事判例』（2010年）38頁以下参照。

がる行為をも含むと解すべきことも予定されていると思われる。この例では、逆に、問診によって治療の必要がないと判断された場合のように、適切な治療を受ける機会が奪われる可能性もある。したがって、ここでいう「危害を及ぼす行為」は、その行為自体が直接に人体に危険を及ぼす行為(直接的危険行為)を指し、「危害を及ぼすおそれのある行為」は、その行為が前提となって、次の人体に通常直接的に危険な行為をもたらす行為(間接的危険行為)およびその行為によって適切な治療を受ける機会が奪われ<sup>171)</sup>、存在する危険を防止することができず、あるいは後に人体に危害を及ぼす行為を必然的に誘発せざるをえなくなる行為(消極的危険誘発行為)をいう<sup>172)</sup>。

#### (5) 判 例

この点に関する判例を見ておくと、まず、断食道場への入寮希望者に対し、入寮の目的、入寮時の症状、病気等を尋ねる行為を「問診」とみなし、「医行為」として無免許医業の罪に当たるとしたもの<sup>173)</sup>がある。いわく、「被告人が断食道場の入寮者に対し、いわゆる断食療法を施行するため入寮の目的、入寮当時の症状、病歴等を尋ねた行為は、それらの者の疾病の治療、予防を目的としてした診察方法の一種である問診にあたる」という。その他、最高裁は、柔道整復師である被告人が、免許を受けていないのに、患者らにエックス線を照射して撮影し、その読影により骨折の有無等疾患の状態を診断したという事

171) 後に詳しく検討する最判昭35・1・27刑集14・1・33(HS式高周波器事件)における石坂裁判官の「反対意見」参照。「かかる治療方法は、健康情態良好なる人にとりては格別、違和ある人、或は疾病患者に、違和情態、疾病の種類、その程度の如何によっては、悪影響のないことを到底保し難い。そのみならず、疾病、その程度、治療、恢復期等につき兎角安易なる希望を持ち易い患者の心理傾向上、殊に何等かの影響あるが如く感ぜられる場合、本件の如き治療法に依頼すること甚しきに過ぎ、正常なる医療を受ける機会、ひいては医療の適期を失い、恢復時を遅延する等の危険少なしとせざるべく、人の健康、公共衛生に害を及ぼす虞も亦あるものといはねばならない」という。

172) このような「直接的・積極的な危険」と「間接的・消極的な危険」という二つの危険概念につき、小林・前掲ジュリスト1167号128頁参照。

173) 最判昭48・9・27刑集27・8・1403。評釈として、高木 武「断食道場入寮希望者に対する問診」医事判例百選(1976年)142頁以下。

案について、「昭和58年法律第83号による改正前の診療放射線技師及び診療エックス線技師法（以下「技師法」という。）24条1項、3項は、それぞれ医師法17条、31条1項1号の特別規定として、医師、歯科医師、診療放射線技師又は診療エックス線技師以外の者に対し、放射線を人体に照射することを業とすることを禁止し、これに違反した者を処罰する規定であると解するのが相当である」とした<sup>174)</sup>が、本事案では、レントゲンを照射する行為自体がすでに人体に危害を及ぼす行為ということができらるであろう。

### (6) 課 題

医師資格をもった医師以外の者の「医業」が禁止されるのは、それが、人体に対して危害を及ぼしまたは危害を及ぼすおそれがあるからである。しかし、一定の医療補助者に比較的安全なそのような医行為の一部を委ねて行わせることは、医師にすべてを行わせるわけにはいかず、現実に必要な。その条件としては、医師の監視・監督が行き届き困難な医療上の判断を要しない、医師の手足となるような機械的な作業であって、行為それによつての直接・間接の危険性を防止しうる行為であるということである。ここでは、① 医師以外の者に医行為を行わせる必要性、② その行為の危険性のコントロール可能性、そして、③ 第三者による検証可能な体制の整備の存在が必要である<sup>175)</sup>。

### 3. 医業類似行為

医業類似行為について定めるのは、あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師に関する法律（あはき法）12条である。ただし、医業類似行為の定義規定をもつものではない。厚生省健康政策局医事課の見解<sup>176)</sup>によれば、これには

174) 最決平3・2・15刑集45・2・32。評釈として、齊藤信治「柔道整復師のX線照射事件」医事法判例百選16頁以下参照。

175) 平林勝政「医行為をめぐる法制度論的問題状況」年報医事法学19号（2004年）73頁以下、加藤・前掲医療事故の刑事判例42頁参照。

176) 厚生省健康政策局医事課編『あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師等に関する法律・柔道整復師法逐条解説』（1990年）78頁参照。木村光江・医事法判例百選19頁参照。

広義と狭義がある。狭義の医業類似行為とは、民間療法をいう。これを含め、あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師によって行われる、あん摩、マッサージ、指圧、はり、きゅう、柔道整復を加えて広義の医業類似行為とされる。狭義の医業類似行為には、「腰痛、肩こり、疲労等の症状のある者に対して、温熱機器、危惧その他の物を利用し、又は四肢若しくは精神作用を利用して施術を行うものであって、医師法、あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師等に関する法律等に基づく免許資格を有する者がその範囲内で行うものでないもの」をいう。昭和22年にあはき法が制定されたとき、医業類似行為には、積極的に人体に有害なもの（積極的被害）ではなくても、消極的に、医学的に妥当な治療とはいえ、医療を受ける機会を失わせるおそれのあるようなもの（消極的被害）も含まれると解されていた。これを限定的に解釈したのが、最高裁昭和35年大法廷判決<sup>177)</sup>である。

この事件は次のような事実に関するものであった。

（事実）被告人は、反復継続の意思をもって4回にわたり、胃病患者に対し、HS式高周波器という器具を使用したHS式高周波療法と称する療法を1回100円の料金を徴収して施した。この行為が、あはき法12条で禁止した医業類似行為を業とすることに該当するとされたのである。

第1審<sup>178)</sup>は、12条が憲法22条の職業選択の自由に反するという弁護人の主張に対し、この規定は、公共の福祉を維持するため必要であって違憲ではないとした。控訴審判決<sup>179)</sup>も、医業類似行為を「業とすることを禁止している趣旨は、かかる行為は時に人体に危害を生ぜしめる場合もあり、たとえ積極的にそのような危害を生ぜしめないまでも、人をして正当な医療を受ける機会を失わせ、ひいては疾病の治療回復の時期を遅らせる如き虞あり、之を自由に放任す

177) 最判（大）昭35・1・27刑集14・1・33。評釈として、木村光江・医事法判例百選18頁。差戻し第2審の判決（仙台高判昭38・7・22判時345・12）については、糸井克巳・医事判例百選（1976年）156頁参照。

178) 平簡判昭28・4・16刑集14・1・41。

179) 仙台高判昭29・6・29刑集14・1・43。

ることは正常な医療の普及徹底並びに公共の保健衛生の改善向上の為望ましくないので、国民に正当な医療を享受する機会を与え、わが国の保健衛生状態の改善向上をはかることを目的とするにあると解せられる」とし、「消極的被害」を防止することもその根拠として挙げた。

(判旨) 「医業類似行為を業とすることが公共の福祉に反するのは、かかる業務行為が人の健康に害を及ぼす虞があるからである。それ故前記法律が医業類似行為を業とすることを禁止処罰するのも人の健康に害を及ぼす虞のある業務行為に限局する趣旨と解さなければならないのであって、このような禁止処罰は公共の福祉上必要であるから、前記法律12条、14条は憲法22条に反するものではない。しかるに、……原判決は被告人の業とした本件 HS 式無熱高周波療法が人の健康に害を及ぼす虞があるか否かの点についてはなんら判示するところがなく、ただ被告人が本件 HS 式無熱高周波療法を業として行った事実だけで前記法律12条に違反したものと即断したことは、右の法律の解釈を誤った違法があるか理由不備の違法があり、右の違法は判決に影響を及ぼすものと認められるので、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものというべきである」。

なお、本判決には反対意見があり、それは、「一般的・抽象的危険」があれば個々の行為が無害であっても処罰すべきだとするものと、正常な医療を受ける機会を失わせる虞がある場合、つまり、消極的被害がある場合も、処罰すべきだとするものとに分かれる。この消極的被害を根拠にする処罰については、その後、あはき法における上告制限に関する最高裁判決<sup>180)</sup>において、広告制限の合憲性を認めた判例で、肯定された。

(事実) きゅう業を営む被告人が、きゅうの適応症となる病名を記載したピラを配布し、あん摩師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法7条1項各号に列挙する事項以外の事項について広告をしたという事案につき、あはき法7条の広告制限に違反するかどうか問題となった。

180) 最判昭36・2・15刑集15・2・347。最判昭35・1・27刑集14・1・33、最決昭39・5・7刑集18・4・144。評釈として、保木本一郎・医事判例百選(1976年)154頁以下、木村光江「医業類似行為の規制」医事法判例百選18頁以下。さらに、前田和彦・前掲医事法講義67頁以下参照。

（判旨）「本法があん摩，はり，きゆう等の業務又は施術所に関し前記のような制限を設け，いわゆる適応症の広告をも許さないゆえんのもの，もしこれを無制限に許容するときは，患者を吸引しようとするためややもすれば虚偽誇大に流れ，一般大衆を惑わす虞があり，その結果適時適切な医療を受ける機会を失わせるような結果を招来することをおそれたためであって，このような弊害を未然に防止するため一定事項以外の広告を禁止することは，国民の保健衛生上の見地から，公共の福祉を維持するためやむをえない措置として是認されなければならない。されば同条は憲法21条に違反せず，同条違反の論旨は理由がない」。

このように本判決では，「適切な医療を受ける機会を失わせる結果を招来する」おそれをも広告制限違反の処罰の根拠として認めている<sup>181)</sup>。

#### 4. 医行為と医療侵襲行為

医行為のうち，医療（疾病の治療・診断・予防）目的で，人体にメスを入れたり，エックス線を照射するなどして人の身体を侵害する行為を医療（医的）侵襲行為と呼ぶ。したがって，医的侵襲については，刑法上の犯罪類型としては，傷害罪（204条）が問題となる。医療侵襲行為のうち，治療目的で行うものを「治療行為」という。これは，医的侵襲行為のうち，診断や予防のための行為を除いたものである。すなわち，治療行為とは，「治療の目的で，傷病者本人またはその保護者の承諾もしくは推定的承諾のもとに，医学上一般に承認されている方法によって，人の身体を傷つける行為」であるとされる<sup>182)</sup>。刑法の傷害罪との関係では，医的侵襲行為の意義が重要である。医的侵襲行為の正当化根拠については，別稿において詳論する。

181) その後，このような消極的被害を根拠とする判例として，最大判昭40・7・14刑集19・5・554，最決昭54・3・22刑集33・2・77など参照。

182) 大塚『刑法概説総論』（第4版）423頁。これに対して，医療行為とは，「医師，看護師などの医療専門家によって行われるものであり，また，必ずしも患者の身体の傷害にあたらぬ疾病の予防や発見などのための診療，検査などの行為をも含む点で治療行為と異なる」（大塚・前掲書424頁）とされる。

183) これについて，平林勝政「医師に対する法的規制」加藤一朗・森嶋昭夫（編）『医療と人権』（1984年）57頁以下参照。

## 5. 医師の応招義務

### 1. 医師法上の医師の義務

医師法は、医師に対して、さまざまな医師の義務<sup>183)</sup>を規定している。まず、医療行為に付随する義務として診療義務（医師法19条1項）や診断書等交付義務<sup>184)</sup>（同法19条2項）、無診察治療<sup>185)</sup>および無診察証明の禁止（同法20条）、異状死体等の届出義務<sup>186)</sup>（同法21条）、処方せん交付義務（同法22条）、療養方法等の指導義務（23条）及び診察録の記載および保存義務（同法24条）等を課し、20条から22条までの規定または24条の規定に対する違反に対し、罰則（50万円以下の罰金）を設けている（33条の2）。したがって、診療義務違反・診断書交付義務違反（同法19条）及び療養指導義務違反（同法23条）に対しては、罰則は付されていない。診療義務については、後述のように、その目的が、医業に関する独占的地位ないし医師と国民との一般的な公法的関係にあるとしても、個別の患者の生命・身体の保護がまったく排除されるわけではないであろう<sup>187)</sup>。

184) 歯科医師法19条2項にも同様の規定がある。その歯科医師法19条2項違反が問題となった事案で、歯科医師による診断書の交付拒否につき、拒否に正当化事由があるとした判例がある（大阪高判昭61・1・30判タ589・108）。これにつき、河原格「歯科医師による診断書の交付拒否」医事法判例百選38頁以下参照。

185) 判例として、統合失調症の患者の診察をせずに水薬を患者の叔母に渡した事案につき、一時的な措置であり、十分な説明が行われた場合には、医師法20条の禁止する行為の範囲には含まれず、不法行為上の違法性を欠くとした千葉地判平12・6・30判時1741・113がある。星野茂「無診察治療の禁止」医事法判例百選10頁以下参照。さらに、近時、問題となっているのは、テレビ電話などの情報通信機器を用いたいわゆる「遠隔医療」である。直接の対面診察ができない地域において情報通信機器を用いて診療をすることが、この医師法20条に違反しないかが問われている。行政解釈では、直ちに20条に反するものではないとする（「情報通信機器を用いた診察」平成9年・健政発第1075号、一部改正＝平成15年・医政発第0331020号）。

186) 判例として、最判平16・4・13刑集58・4・247。評釈として、高山佳奈子「異状死体の届出義務」医事法判例百選8頁以下。小川佳樹「医療事故と医師の届出義務」刑事法ジャーナル3号40頁。

187) 中森喜彦「医師の診療引受義務違反と刑事責任」法学論叢91巻1号121頁以下参照。

したがって、診療義務から刑法上の不作為犯の成立が根拠づけられるかという問題については、さらなる議論が必要であろう。

しかし、19条や23条に違反する行為があったとき、刑罰は科せられなくとも、その義務違反の程度や頻度によっては、「医師としての品位を損するような行為」(同法7条3項)として医師免許の取り消しまたは医業の停止(同法7条1項)という行政処分を受けることがある。ここでは、医師の診療義務(応招義務)について検討しておく。

## 2. 診療義務

「診療に従事する医師は、診察治療の求があった場合には、正当な事由がなければ、これを拒んではならない」(医師法19条1項)。この診療義務は、応招義務と呼ばれることもある<sup>188)</sup>。診療義務という方が、この義務は、医師が診療依頼を受けたが診療契約が成立する以前である場合にも、また、診療契約が成立している場合にも妥当するので適切だと解されている。したがって、医療契約<sup>189)</sup>によって生じる私法上の義務とは区別される。

この診察義務の根拠は、「医業の公共性」である<sup>190)</sup>。医師法は、医師の一般的任務として「国民の健康な生活の確保」を掲げる<sup>191)</sup>(医師法1条)。また、医

188) これについては、小松・前掲『注釈特別刑法』5(医事・薬事編)47頁以下、中森・前掲法学論叢91巻1号1頁以下、金澤文雄「医師の応招義務と刑事責任」法時47巻10号36頁以下参照。この義務の沿革についても、中森・前掲法学論叢91巻1号2頁以下。旧刑法では、違警罪として「医師穩婆事故なくして急病人の招きに応ぜざる者」(427条9号)に処罰規定を設け、明治412年にこの規定は、警察犯処罰令に引き継がれ、「開業の医師産婆故なく病者又は妊婦産婦の招きに応ぜざる者」(3条7号)として20円未満の科料に処せられるようになった。大正8年には、この規定は、医師法施行規則に移され、「開業の医師は診察治療の需ある場合に於て正当の事由なくして之を拒むことを得ず」(9条の2)として、その違反に25円以下の罰金が科せられた。

189) 医療契約の法的性格については、準委任契約説、請負契約説、雇傭契約説(ドイツの通説)、無名契約説などがあるが、多数説は、準委任契約説である(野田寛『医事法』〔中・1987年〕386頁以下参照)。

190) 野田寛『医事法』(上巻)110頁、金澤・法律時報47巻10号36頁以下参照。

191) 医師法1条は、「医師は、医療及び保健指導を掌ることによって公衆衛生の向

業は医師が独占している。これによって、医師に診療拒否の自由が認められることは、これらの趣旨に反することになる。これがその根拠である。この診療義務は、公法上の義務であって、患者に対して負う私法上の義務ではない。したがって、個々の患者がこの規定を根拠に個別の医師に診療請求権をもつわけではないとされている。

(1) 正当化事由の行政解釈

ここで、「正当な事由」とは、行政解釈によれば「医師の不在または病気等により、事実上診療が不可能である場合」をいう（昭和30年8月1日厚生省通達）。正当化事由の存否を判断するにあたっては、① 病院ないし医師側の事情（医師の病気・不在，酪酊の程度，専門外，診療中時間外，入院設備の有無，ベッドの満床，救急病院であることなど），② 患者側の事情（病状の重さ，緊急性の有無など），さらに③ 地域の医療事情（近くに専門医がいるかどうか，代替的医療施設の有無など）を総合的に考慮すべきだとする<sup>192)</sup>。行政解釈上の例示によると，診療報酬の不払いが過去に存在したこと，診療時間外であること，天候不順などは，原則として「正当化事由」には含まれない。これに含まれる例としては，自己の専門外の疾病について「診療を求められ場合には，患者が診療拒否を了承する場合には，一応正当の理由と認められるが，了承しないで診療を求めるときには，応急の措置等できるだけ範囲のことをしなければならない」とする<sup>193)</sup>。

このような正当化事由たる事情の類型化はあくまで考慮すべき要素であって，実際には，具体的事案における医療側の事情，患者側の事情，医療環境といった事情を総合して判断されるべきとされる<sup>194)</sup>。

↘上及び増進に寄与し，もって国民の健康な生活を確保するものとする」と定める。

192) 山下 登「医事法制」加藤良夫編著『実務医事法講義』457頁参照。

193) 昭和24年9月10日医発第752号厚生省医務局長回答。山下・前掲『実務医事法講義』457頁参照。

194) 村山淳子「神戸診療拒否事件」医事法判例百選213頁参照。中森喜彦「医師の診療引受義務違反と刑事責任」法学論叢91巻1号1頁以下。

（2）判 例

以下では、診療拒否に関する判例を検討し、判例が正当化事由の具体的内容につきどのような基準を用い、どのように判断しているかを見ることにするが、診療義務は、公法上の義務であり、民事上の義務を直接根拠づけるものではないと解されている。しかし、診療拒否が、不作為による不法行為を成立させる可能性は認められ<sup>195)</sup>、その根拠としては、学説は分かれる。診療義務は、生命や健康といった私人の一般の利益にかかわるから、その違反は不法行為上法上の責任をも根拠づけるとする見解もある。また、債務不履行責任をも肯定できるという見解もある。さらに、医師の契約締結上の過失とする見解<sup>196)</sup>もある。民事訴訟においては、その公法上の義務違反があれば、それが、例えば不法行為責任を根拠づける「過失」を推定させるという解釈もありうる。患者側は、診療拒否があったという事実を立証すれば、医療側が正当化事由の存在を立証しないかぎり、医療側に過失があると推定させるというのである<sup>197)</sup>。このようにして、判例においては、診療拒否が、このように民事過失を根拠づけるかどうか重要な論点となっている。

(i) 名古屋地判昭和 58・8・19 判時 1104・107

本件において、原告は、死亡した患者 M の子であり、被告は、当時、当直であったが、入院を拒否した脳神経外科医である O 医師の勤務する A 市民病院を経営する A 市、ならびに B 病院を経営する内科医 U である。

（事実） M は、高熱を発し、I 医師の往診を受けたところ、直ちに入院治療を受けるようにと指示された。M の看護にあっていた原告は、右指示を得たのち、B 病院に架電して同女に対する診療を求めたが同医院の被告 U は他に往診中で、直ちに同被告による診療を受けることができず……M の容態が次第に悪

---

195) 我妻 栄『債権各論〔1〕』（1954年）19頁。加藤一朗編『注釈民法（19）』（加藤執筆）148頁。

196) 前田達明「医療契約について」京都大学法学部創立百周年記念論文集（3）民事法」（1999年）111頁以下。

197) 加藤一朗編『注釈民法（19巻）』（加藤執筆）153頁。

化してきたため、被告病院（A 病院）に架電して同女の入院診療を依頼したところ、同病院の当直事務員 H より医師不在を理由にこれを拒否され、やむなく A 市役所に電話で事情を説明し、被告病院との交渉を依頼して再度同病院に架電し、H より「かかりつけの医師に診察してもらい、その結果をその医師より被告病院宛連絡してもらおうように。」との回答を得た。そこで原告は、右 K の承諾を得た後、……M を B 医院に搬送した。

……被告 U は……診察中の患者の診察を数分程で済ませたのち待合室において、……M の診察に着手し（たものの）……M が危篤状態にあり、即刻入院治療を必要とするものと判断し、原告にその旨を告げ、原告から、「被告病院との間で、……同病院が同女の入院を受付ける旨の約束ができています。」との回答を得て、看護婦に対し、電話で被告病院に連絡するように指示したが、看護婦から、M に対する入院治療を拒否している旨告げられ、自ら右電話口に出て被告病院の当直看護婦及び H に M の入院診療を依頼した。これに対し、（A 病院の）O 医師は、同医師は外科医であって、当夜被告病院には内科医がいないこと、重症の入院患者がいて手不足であること等を理由に同女の入院診療を拒否した。

その後 A 消防署から被告 U に対し S 市の公立 S 病院が亡 M の入院治療に応じる旨の連絡があり、B 医院を出た。M は、S 病院に搬送され、直ちに点滴を施されたものの、全身状態についてはほとんど改善傾向が見られず、全身衰弱が進行し、急性心不全により死亡した。

（判旨）（O 医師の責任について） 医師法19条1項は「診療に従事する医師は診察治療の求があった場合には、正当な事由がなければこれを拒んではならない」旨規定するが、右規定における医師の義務は公法上の義務と解すべきであり、右義務違反が直ちに民法上の不法行為を構成するものと断ずることには疑問がある。仮に民法上の不法行為を構成するとしても、本件におけるO 医師の右入院診療の拒否は、①（当）日の被告病院の当直医師が O 医師一人であったこと、② 同医師は……当直時間中に出産2名を除く4名を入院させ診療しているが、そのうち……1名は交通事故による重傷者で出血が激しく、（当時）……同患者に対する治療に追われていたこと（……）、……③ 脳外科の専門医である同医師としては、同女を入院診察したとしても内科医である同被告のなした右措置以上の適切な措置を採ることは困難であり、他の専門医の診療を受けさせた方が適切であると判断したものと推認されること、等の事情を考慮すると、やむを得ざる

入院診療の拒否であり、前記医師法上の義務違反には該当しないものと解するのが相当である。従って O 医師についてはその余の点を判断するまでもなく不法行為は成立せず、被告 A 市においても不法行為責任を負うべきいわれはなく原告の主張は理由がない。

(U の責任について) ① ……M と被告 U との間で、同女についての診察契約が締結されたことは原告と同被告との間で争いはない。そこで右契約が同被告において同女を診察するのみならず、治療をなすことまでをその内容とするか否かにつき判断するに、……被告 U は前記契約に基づき M に対する適宜の診療を為すべき義務があったものと認められる。

(この点、) 被告 U は M に対し……鎮痛剤、解熱剤、心臓循環増強剤を注射し、五度に亘り同女を診察し、かつ同女の入院先を求めて相応の努力をしたことが認められ、……S 病院における M に対してなされた処置に照らし、……入院設備をもたぬ被告 U としては、適切な診療行為を尽くしたものと認められる(……)。

② ……B 病院においては……台風により病室が使用不能になって以来、入院治療設備を備えていない事実が認められる。従って、被告 U が原告による亡 M の入院依頼を拒否(……)したことはやむを得ないものと認められる。

よって、被告 U においては、M に対する診療義務の懈怠及び診療拒否の事実は認められず、その余の点を判断するまでもなく、原告の主張はいずれも理由がない。

本判決においては、O 医師の診療拒否については、① 当直医師が O 医師一人であったこと、② 当時の入院患者の治療に追われていたこと、③ O 医師が脳外科の専門医であり、他の専門医の診療を受けさせた方が適切であったことを挙げて、診療拒否を正当化事由としている。また、U 医師の診療拒否については、① 五度に亘り当該患者を診察し、かつ入院先を求めて相応の努力をしたなど、適切な診療行為を尽くしたとし、また、② B 病院においては入院治療設備を備えていないから診療拒否は正当であったとした。

(ii) 千葉地判昭 61・7・26 判時 1220・118

(事実) 原告 H は、子 J が感冒気味であったので、電話帳の裏の N 病院の広

告を見て同医院を訪れ、Jの診療を依頼した。被告Nは、原告Hへの問診及びJの視診の結果……気管支炎か肺炎の疑いを持ち、しかも重症であると判断した。そこで被告Nは、原告Hに、自分のところで治療するより小児科の専門家があり入院設備のある病院で治療を受けた方がよいと勧め、自分の名刺の横にK中央病院小児科外来担当医宛の紹介の文言を書いてHに渡すとともに、自らK中央病院小児科外来に電話した。被告Nが、電話に出たO看護婦に、肺炎の一歳の女児の入院をお願いしたい旨述べたところ、O看護婦は、「ちょっとお待ち下さい」と言って電話を置いてM医師に入院が可能かを聞き、同医師から小児科のベッドは満床なので入院させられない旨の返事もらった。被告Nは、O看護婦から入院承諾の返事をもらう前にKS消防署にJの搬送を依頼し（していたので）……同署の救急車は……Jを乗せて……同医院を出発した。

Jを乗せた救急車がN医院を出発した直後に、KS消防署指令室よりK中央病院外来にJの収容の確認の電話がなされたが、電話に出たT看護婦は、H医師の指示で小児科の病棟に電話をしてベッドが満床であることを確認し、H医師に入院を断るようと言われて、その旨を同署指令室に伝えた。

他方、Jを乗せた救急車は、……K中央病院に到着したとき、同病院にJの入院を断られた。……その後同署指令室は、KS消防署管内の各病院に電話で当たったが……入院可能な病院は見つからなかったため、KS消防署長自らK中央病院に電話して、Jの入院を依頼したが、同病院はこれを断った。そこで同署指令室は、同署管外へのJの搬送もやむを得ないと考え、……国立C病院へJの収容を依頼するが断られ、C消防署及びT消防署に依頼して入院設備のある小児科の病院を捜してもらったが容易に収容先は見つからなかった。

右救急車は、その後、C市内のNJ小児科医院がJの入院を引受けてくれるとの確認を得たので、同病院に向かい、HJ小児科医院に到着した。この時点でのJの病態は、呼吸困難、喘鳴、発熱……（など）が認められ、全身状態はぐったりしており、NJ医師によって補液、酸素投与、抗生物質、強心剤の投与がなされたが、呼吸循環不全症状は改善されず、死亡した。

（判旨）（医師法19条1項の正当事由について） 医師法19条1項における診療拒否が認められる「正当な事由」とは、原則として医師の不在または病気等により事実上診療が不可能である場合を指すが、診療を求める患者の病状、診療を求められた医師または病院の人的・物的能力、代替医療施設の存否等の具体的事情に

よっては、ベッド満床も右正当事由にあたると解せられる。

「……Jのような気管支肺炎の診察治療には、検査としてレントゲン写真、心電図、血液検査、喀痰及び鼻・咽頭よりの細菌培養動脈血中の酸素・炭酸ガス分圧、酸塩基平衡等が必要で、治療として酸素投与、保温、適切な輸液、抗生物質、強心剤、気管支拡張剤等の投与が必要であることが認められ、このような診療をするにはベッドや点滴装置等の設備が不可欠であると考えられるところ、……原告HらがJの診療を求めていた……間、K中央病院小児科にはベッドが一般病棟に38床、小児外科病棟に6床あったものの、いずれにも入院患者がおり、他の診療科にもベッドを借りている状態であったことが認められる」。

しかしながら、……①同日午前中のK中央病院小児科の担当医は3名おり、右時間帯は外来患者の受付中であったこと、②K市、KS市、S町には小児科の専門医がいてしかも小児科の入院設備のある病院は、K中央病院以外になかったこと、③H医師は、Jを救急車内で診察した際、直ちに処置が必要だと判断し、同時にK中央病院がJの診療を拒否すれば、C市もしくはそれ以北、C県南部ではI郡まで行かないと収容先が見つからないことを認識していたこと、④同病院の小児外科の病棟のベッド数は、現在は6床であるが、以前は同じ病室に12、3床のベッドを入れて使用していたこと、以上の事実が認められる。……少なくとも300床を超える入院設備を有する同病院には可能であったといえる。よって右の事情の下ではK中央病院のベッド満床を理由とする診療拒否には、医師法19条1項にいう正当事由がないと言うべきである。従ってK中央病院の診療拒否は、民事上の過失がある場合にあたると解すべきである。

本判決では、上記のように、四つの事由を検討し、診療拒否は、民事上の過失がある場合に当たるとする。

(iii) 神戸地判平4・6・30判タ802・196（神戸診療拒否事件）

（事実）Xは……普通乗用車を運転し、……本件事故現場にさしかかったところ、折から反対車線を走行して来た普通乗用自動車と正面衝突し、Xにおいて両側肺挫傷・右気管支（中間幹）断裂の傷害を受けた。

本件管制室（K市消防局管制室）が……本件交通事故が発生した旨の連絡を受け、K市S消防署I出張所に対しその所属する救急車の出動を指令し、本件救急車が本件事故現場に到着したこと、同救急車がS日赤病院の玄関口までX

を搬送し、同病院医師が X を同救急車内で診察したうえ同人を〔死亡する危険性が高い〕第3次救急患者と診断し、同病院では同人を受入れられないと述べたこと、救急隊員が……本件管制室に対し X が第3次救急患者であることを告げ、被告病院への連絡を依頼したこと、本件管制室が……同病院に対し第3次救急患者の受入れが可能か否かを問い合わせた（本件連絡）こと、同病院には当時少なくとも11名の当直医師がいたこと、同病院の本件受付担当者が本件夜間救急担当医師（……）の指示を受け、本件管制室の本件連絡に対し「今日は整形も脳外科もない、遠いし、こちらでは取れません。」等応答した……。

本件管制室が本件事故当日その直後 K 医学部付属病院に X の受入れ方を要請したが、同病院の応答は手術中のため受入れられないというものであったこと、そこで、本件管制室が…… N 病院に連絡したところ受入れる旨の回答があったので、本件救急車が X を同病院に搬送し、同人が……同病院に収容された……。同病院で開胸手術が行われたが、X は、翌日午前……、前記受傷に起因する呼吸不全により死亡した。

（判旨） まず、「病院所属の医師が診察拒否をした場合、右診療拒否は当該病院の診療拒否となり、右一応推定される過失も右病院の過失になると解するのが相当である。蓋し、右診療拒否は、当該病院における組織活動全体の問題であり、ここで問題にされる過失は、いわば組織上の過失だからである」。

「……応招義務は患者保護の側面をも有すると解されるから、医師が診療を拒否して患者に損害を与えた場合には、当該医師に過失があるという一応の推定がなされ、同医師において同診療拒否を正当ならしめる事由の存在、すなわち、この正当事由に該当する具体的事実を主張・立証しないかぎり、同医師は患者の被った損害を賠償すべき責任を負う……」。

そこで、被告病院主張の右診察拒否を正当ならしめる事由の存否について判断する。

① 「いかに K 市内における救急医療体制が当時整備充実されていたとはいえ、右医療体制内において第3次救急医療機関である被告病院が K 市内における第1次、第2次救急医療機関の存在をもって本件診療拒否の正当理由とすることは、できないというべきである。

確かに、N 病院、H 大学付属病院が、被告病院に匹敵する第3次救急医療機関としての機能を持って存在することは、前記認定のとおりである。

しかしながら、右二病院と S 日赤病院との距離関係、特に S 日赤病院から右二病院に至る高速道路も交通渋滞し勝ちであること（……）、それに前記認定の X の本件受傷内容、同人が第 3 次救急患者であったことを合せ考えると、同人の N 病院、H 大学付属病院への搬送は次善（……）というべく、したがって、本件においては、N 病院、H 大学付属病院の存在も、右説示を左右するに至らない」。

② 次に、被告病院における救急体制及び本件夜間救急における具体的状況により正当化事由とされうるかについては、次のようにいう。

「被告は、……右夜間救急担当医師が診察中であったから本件診療拒否には正当理由がある旨の主張をする。

確かに、医師が診療中であること、特に当該医師が手術中であることは、診療拒否を正当ならしめる事由の一つになり得ると解される。

しかしながら、本件では、被告において、本件夜間救急担当の前記医師 11 名が本件連絡時具体的にいかなる診療に従事していたのか、特に、X の本件受傷と密接に関連する診療科目である外科の専門医師（同医師が当時被告病院に在院していたことは、前記認定から明らかである。）は当時いかなる診療に従事していたのか、本件受付担当者が本件連絡を受理しこれを伝えた医師はどの診療科目担当の医師で、同医師は当時いかなる診療に従事していたのか（……）等について、具体的な主張・立証をしない。

右各事実についての具体的な主張・立証がない以上、前記認定のみでは、未だ被告病院の本件診療拒否を正当ならしめる事由（医師が診療中）の存在を肯認するに至らない」。

「右病院では、本件連絡時脳外科及び整形外科の両専門医師が宅直で在院しなかったにもかかわらず、なお X を現実に入受けても同人に対し施すべき医療は人的にも物的にも可能であった、それにもかかわらず、同病院は右両専門医師の不在を理由に本件診療拒否をした……」。

本判決<sup>198)</sup>では、(a) 第 3 次救急医療機関の機能をもつ被告病院が、被告病院に匹敵する第 3 次救急医療機関としての機能をもつ他の二つの病院が市内に存在しても、それによって診療拒否は正当化されない。(b) 医師が診療中であ

198) 評釈として、村山淳子・医事法判例百選 212 頁以下。

ることは、診療拒否の正当化事由にはなりうるが、その当時具体的に医師達がどのような診療に従事していたのかなど具体的な立証がないと、正当化事由とはならないのであって、本件では、本件患者を現実に受入れても同人に対し施すべき医療は人的にも物的にも可能であったとして、正当化されないとした。

### (3) 診療拒否の刑法上の意義

診療義務違反には、罰則が設けられていないから、診療拒否そのものが処罰の対象となることはない。しかし、診療拒否が原因となって、死傷の結果が発生した場合には、死傷の結果が予見可能な場合には、業務上過失致死傷罪（刑法211条1項）が成立する可能性がある。さらに未必の故意があったとき、それぞれ不作為による殺人罪（199条）ないし傷害罪（204条）の成立可能性もありうる。また、医師が診療拒否することにより、もし医師が保護責任者という身分をもつとすれば、保護責任者遺棄罪（218条）ないしその致死傷罪（219条）が成立しうる。一般的には、診療義務違反があったときに、殺人罪、過失致死賞罪、遺棄罪等の不真正不作為犯も成立するという説は、むしろ少数説<sup>199)</sup>であり、通説は、医師が当該患者の診療を、契約上ないし事実上引き受けていなければ、不作為犯における保障人的地位に立たず、作為義務が発生しないと解している<sup>200)</sup>。

業務上過失致死傷罪の成立については、診療しなかったという不作為が過失の実行行為となる不作為犯の事例であるから、診療拒否した医師が、不真正不作為犯の成立要件である保障人的地位にあるといえるかがまず問題となる。これについては、診療義務が肯定されることによって保障人的地位に立つことが徴表されることになると思われる。もとより、診療拒否に正当化事由があった場合には、保障人的地位にはたたない。また、診療拒否にあたるとしても、患者の生命・身体に具体的な危険が迫っていなければ、具体的な作為義務は発生しない。したがって、診療拒否（診療義務違反）があって、患者が死傷したと

199) 宮本英脩『刑法学粹』（1931年）208頁，木村亀二「不作為犯における作為義務」木村『刑法解釈の諸問題』（第1巻・1938年）263頁以下。

200) 中森・前掲法学論叢91巻1号25頁，金澤・法律時報47巻10号39頁以下。

いう結果があれば、保障人的地位に立つというのではなく、診療義務違反が、不作為犯における作為義務を根拠づけるものでなければならない。理論的には、その診療義務違反が、死傷の結果の発生に至る危険創出といえるものである必要がある。したがって、医師が、患者からの往診の依頼の段階ですでに診療を断る場合と、いったん診療の引受けがあり、患者が医師のもとにいる場合に実際に診療を行わない場合とは区別されうる<sup>201)</sup>。後者の場合には、保障人的地位の肯定に結び付く可能性が大きい。

業務上過失致死傷罪の成立には、もちろん、過失犯としての「注意義務違反」ないし危険創出行為の結果に対する客観的帰属連関の存在も必要である。結果の予見可能性・回避可能性の要件を充たすことが要求される。

診療拒否する医師に、故意があり、上の要件を充たす場合には、殺人罪が成立する余地もないわけではない。しかし、よほど特殊な事情がない限り、故意の不作為による殺人を認めることは困難であろう。

保護責任者遺棄罪の成否については、「遺棄」行為は、不作為によって行うこともできる<sup>202)</sup>。問題は、医師が保障人的地位に立つかである。医師の身分があり、救助を求められた医師が診療を拒否したときには、「保護責任者」の身分を獲得するというわけではない。むしろ、医師が保護責任者となるには、患者の生命や身体の保護を「引き受け」、患者が自己の支配内においたこと、あるいは、医師がいったん診療を引受けながら、放置したといった先行行為が必要である。

## あ と が き

医事法の全体の構想の完成をみないままに、「序論」を書き、公表するのは無謀な冒険であるかもしれない。また、後に修正の必要となる、ある意味では「公表した内容」に留保を施す必要のある無責任な試論にすぎないことになる

201) 中森・前掲法学論叢91巻1号1頁参照。

202) この規定を真正不作為犯の規定であると解する見解につき、山中『刑法各論』（第2版・2009年）97頁以下参照。

公算が大きい。しかし、論述を一つずつ確定し、定着されることによって、完成を早め、完成をみる前に挫折することがないように不完全を承知で本稿を公表することにした。

※ 本稿は、2009年度秋学期の5カ月の在外研究の「調査研究員」制度および2010年度秋学期の6カ月の「研修員」制度による研修期間中の研究成果の一部である。