

・反対尋問

1. どうしてこの判例を選んだのか
2. 「実質的に捉える違法性」の「実質的」とはどういうことか
3. 輸血行為のみでなく、手術行為全体を患者の同意を欠くものとする理由は何か
4. 緊急避難の要件である「法益の権衡」を満たすか検討しているところで、「乙の生命」と「乙の自己決定権」を比較しているが、自己決定権を生命と同じく刑法上保護されている法益であると考えているのか

・立論

1. 学説の検討

(1) 治療行為の正当性判断基準について

この点、検察側はB説(違法性阻却説)を採用している。

しかし、構成要件とは社会通念に基づいた違法有責な行為類型であると解する以上、社会的に是認され、有益な行為である医師による治療行為は、社会的に相当な行為なのだから、そもそも違法なものではなく、構成要件において類型化されているものではないと解すべきである。換言すれば、医師による治療行為は、患者の同意なくとも、そもそも傷害罪の構成要件に該当する行為ではないと解すべきである。

したがって、検察側の挙げるA説(構成要件該当性阻却説)に近い見解が妥当であると解する。

もっとも、身体の機能を喪失させ、あるいは制限するような重大な侵襲を伴う治療行為は、患者の身体ないし生命という法益に対する侵害の度合いが強度となるため、かかる行為は構成要件には該当するものと解すべきである。ただし、かかる場合においても、患者の同意によって行為の違法性が阻却され、もって当該治療行為も正当化されるものと解する。

(2) ア. 緊急避難の成否について

そもそも、緊急避難を違法性阻却事由と考える以上、避難行為が構成要件に該当している必要があるため、避難行為が刑法上保護される法益を侵害していることが、緊急避難の成否を検討する前提として必要であると解する。

イ. 自招危険に対する緊急避難の成否について

この点、検察側はS説(個別化説・実質的二分説)を採用している。

しかし、かかる見解は自己の重過失によって招来された危険と軽過失による危険とを区別しているものと解されるが、故意と同視することができない程度の重過失というものは実際上観念しえないため、両者を区別すべき実益は乏しい。また、仮に観念しえたとしても、それは重大とはいえ純粋な過失であるのだから、そのような過失によって招来された危険に対する緊急避難の成立を肯定したところで、何ら当を失するものではないものと解すべきである。

したがって、R説(折衷説・形式的二分説)が妥当であると解する。

2. 本問の検討

(1) 本件治療行為は「正当な業務」行為か

この点について、本件手術内容である乙の腫瘍を摘出するという行為は、単に自律的に異常な増え方をした細胞を切り取る行為にすぎず、眼球摘出や臓器摘出のように、患者の生命維持と引き換えに身体の機能を一部喪失・制限させる重大な侵襲を伴う治療行為であるとはいえないと解する。

そして、甲が行った輸血行為も、上記治療行為の一部である。

よって、輸血行為について、患者である乙の同意なくとも、甲の治療行為は、「正当な業務」行為にあたり、傷害罪の構成要件には該当しないものと解する。

(2) 本件治療行為は緊急避難にあたるか

この点について、本件治療行為によって侵害された「患者の自己決定権」は、刑法が他人の自己決定権を尊重しなくてはならないという規範を有していない以上、刑法上の保護法益にはあたらないと解する。

よって、本件治療行為が緊急避難にあたるかについては、その検討の前提を欠いており、論じる余地はないと解する。

(3) 結論

以上より、甲には傷害罪は成立せず、甲は何らの罪責を負わない。

以上