

只木ゼミ 第6問検察レジュメ(前期)

文責：4班

・事実の概要

甲は、病院にて外科医をしていたが、ある時に、入院患者乙の腫瘍摘出手術を担当することになった。乙は、宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることは拒否するとの固い意思を有しており、手術中の輸血にも全く同意していなかった。しかし、実際の手術において、輸血をせずしては乙の救命をなしえない状況に陥ったため、甲は乙の同意がないにもかかわらず輸血を行い、結果的には乙の手術は成功した。

・問題の所在

本来、治療行為とは外形上傷害罪(刑法204条)に該当する場合が多々あるが、医学上一般に承認されている方法によって人の身体に加える医療的措置は、刑法35条に規定される「正当な業務」行為にあたるため、正当化されている。しかし、その正当化の根拠をどこに見出すのか、加えて、当該治療行為はいわゆる専断的治療行為にあたるが、これは「正当な業務」といえるかどうか問題となる。

また、当該治療行為が「正当な業務」と認められない場合には緊急避難(刑法37条1項)として違法性阻却の可否が問題となる。しかし、本問における危難は甲が輸血の同意がないにもかかわらず危険性を伴う手術に踏み切った事によって自招されたものであり、このような自招危難に緊急避難を認めることができるのかも併せて検討する。

・学説の状況

1. 治療行為の正当性判断基準

A説：医学上一般に承認されている方法で行う医療は典型的に人の体に危険をもたらすとはいえず、そもそも社会通念上傷害の概念にあてはまらない(構成要件該当性阻却説)¹

B説：治療行為も身体の完全性ないし生理的機能を典型的に害する行為である以上、傷害罪の構成要件に該当するが、治療の目的、医学的適応性・医学的正当性、患者の同意(又は推定同意)の要件を満たせば違法性が阻却される(違法性阻却説)²

2. 自招危難に対しても緊急避難は許されるか

P説：緊急避難の成立要件を満たす以上、否定する理由はない(肯定説)³

Q説：自己の有責行為によって招来した危難状態は「危難」にあたらぬ(否定説)

R説：故意に招来した危難については緊急避難は許されないが、過失により招来した危難については許される(折衷説・形式的二分説)⁴

S説：実質的な観点から個別的に緊急避難の成否を決する(個別化説・実質的二分説)⁵

自招行為を故意と過失に分け、故意ならば一律に緊急避難の成立を否定し、過失ならば(イ)避難行為によって守られる利益が避難行為によって害される利益よりも優っており、かつ(ロ)過失が軽微なも

¹ 西原春夫『刑法総論改訂版〔上巻〕』(1996年)成文堂 141頁・藤木英雄『刑法講義総論』(1979年)弘文堂 127頁

² 町野翔『患者の自己決定権と法』(1986年)東京大学出版会 163頁以下・島伸一『たのしい刑法』(2006年)弘文堂 134頁以下

³ 西原春夫『刑法総論改訂版〔上巻〕』(1996年)成文堂 251頁

⁴ 滝川幸辰『犯罪論序説改訂版』(1947年)有斐閣 161頁・木村龍二、阿部純二『増補刑法総論』(1978年)有斐閣 273頁

⁵ 個別化説について、大塚仁『刑法概説(総論)』[第3版増補版]』(1995年)有斐閣 384頁、西田典之『刑法総論』(2006年)弘文堂、138頁、大谷實『刑法講義総論(新版第2版)』(2007年)成文堂 305頁を始め複数の文献を参考にした。その際、当説の重視する緊急避難の成否を決する根拠として挙げられる要件が各基本書において若干異なっていたが、根拠は類似してそれぞれに明確で重大な差異は見られず、本問を検討する上で個別化説を細かく分けて記載する必要はないと判断した。

のである場合のみ、緊急避難を認める

・判例

1. 東京地裁 平成 16 年 4 月 19 日 刑事第 10 部判決

< 事案の概要 >

被告人は無資格で医院を開き、アトピー治療に際して「最新の治療法だ」などと虚偽の事実を述べて患者に同意をさせ、医療行為に臨んだ場合。

< 判旨 >

「患者から得られた承諾は、重大な錯誤に基づく無効なものと言うべきである。」「医療行為……が、正当な業務行為（刑法 35 条）として、その違法性を阻却するためには、……[1] 疾病の治療を目的としてなされること、[2]……医学上一般に承認された方法でなされること、[3] 患者の同意に基づいてなされることの各要件を満たす必要があり、とりわけ……同意を得ること（いわゆるインフォームド・コンセント）が必要不可欠である」

2. 大判 大正 13 年 12 月 12 日⁶

< 事実の概要 >

荷車の背後に十分注意せずに走行していた自動車の運転手が、荷車の背後から急に飛び出してきた少年を避けようとして急にハンドルを切り、近くにいた老女をはねて死亡させた。

< 判旨 >

「同条（37 条）は其の危難は行為者が其の有責行為に因り自ら招きたるものにして社会の通念に照らしやむを得ざるものとして其の避難行為を是認する能はざる場合」には適用すべきでない。

・学説の検討

1. 治療行為の正当性判断基準

(1) まず、医学上一般に承認されている方法で行う医療は、社会通念上傷害の概念には当てはまらないとする説がある（A 説）

しかしながら、そもそも治療行為とは、患者の治療の為に医学上一般に承認されている方法によって人の身体に加える医的侵襲の事である⁷。そして、構成要件該当性の判断は違法・有責類型であり、治療行為が意図的に身体の完全性ないし生理的機能を典型的に害する行為である以上、たとえそれが身体的利益の維持・増進に繋がる行為だとしても、「典型的に人の体に危険をもたらす」ものであるから、傷害罪の構成要件該当性を阻却するとは考え得ない。よって、A 説は妥当ではない。

(2) 思うに、治療行為が「正当な業務」だと一般的に認められているのは、治療行為が傷害罪の構成要件に該当しないからではなく、治療行為によって侵害される身体的利益よりも、それにより維持・増進される利益の方が優越している点を重視するためである。とすれば、具体的に利益の有無を判断するためには、物事を典型的に捉える構成要件段階ではなく、実質的に捉える違法性の段階での検討が妥当である。

ただし、「正当な業務」と認めるためには、利益の有無のみならず、当然にその行為が社会的に要求される基準行為から逸脱していないこと（社会的相当性）が必要となる。

(3) そこで、第一に、目的の正当性を要すると考える。例えば、違法な堕胎や臓器の売買を目的とした医的侵襲は治療行為と呼ぶに及ばず、正当性を認めるためには治療目的を有している必要がある。

第二に、手段の相当性を要すると考える。すなわち、治療に用いられる行為が患者の生命・健康の維持・増進のために必要な事であるという医学的適心性を有し、なおかつそれが医学上一般に承認された方法に

⁶ 『判例百選第五版』(野村稔) 29 事件

⁷ 島伸一『たのしい刑法』(2006 年) 弘文堂、134 頁以下

よって行われるという医学的正当性を有する事（医学的な方法の遵守）が不可欠である。

第三に、被治療者の同意を要すると考える。治療目的で医学的な方法をもって治療を行う場合でも、患者の意思を尊重し、インフォームド・コンセントによるその医的侵襲内容を認識した上での真摯な同意を得るべきである。

- (4) 以上により、治療行為は傷害罪の構成要件には該当するが、治療の目的、医学的適応性・医学的正当性、患者の同意という3要件を満たす場合に限り、社会的相当性を有し、「正当な業務」とみなされ、その違法性が阻却されるものとするB説が妥当であると解する。

2. 自招危難に対しても緊急避難は許されるか

- (1) まず、自招危難は、形式的には緊急避難の要件を満たしているため、否定する理由はないとする説がある（P説）。しかしながら、自分の重大な過失によって危難を招いた場合、危難を招いた者はある程度危難を受け入れる義務が認められるべきであり、このような場合にまで緊急避難を一律に認める事は正義・公平の理念に反し妥当性を欠き、社会倫理規範にも反する。よって、P説は妥当ではない。
- (2) 次に、自分の故意または過失によって起きた危険は危難とはいえ、緊急避難はすべて認めないとする説がある（Q説）。しかしながら、軽微な過失によって起きた危難にまで緊急避難を否定するのは保護法益を狭めすぎており、Q説もまた妥当ではない。
- (3) そして、故意によって危難を招いた場合は緊急避難を認めないが、過失によって危難を招いた場合は緊急避難を認めるとする説がある（R説）。しかしながら、過失か故意かによって一律に割り切るのは形式的に過ぎ、重大な過失の場合も違法性が阻却される点で、R説もまた妥当ではない。
- (4) そもそも、故意や重大な過失によって引き起こされた危難にまで緊急避難を認めてしまうのは、正義・公平の理念に反し妥当性を欠き、社会倫理規範にも反する。そこで、実質的な観点から個別的に緊急避難の成否を検討すべきである（S説）。

その基準をより明確にするために、自招行為を故意と過失に分け、故意ならば一律に緊急避難の成立を否定し、過失ならば避難行為によって守られる利益が避難行為によって害される利益よりも優っており、かつ過失が軽微なものである場合のみ、緊急避難を認めるとすべきである。

よって、S説が妥当であると解する。

・本問の検討

1. 本件治療行為は「正当な業務」行為か

- (1) まず、本件手術行為は、意図的に身体の完全性ないし生理的機能を典型的に害する行為であるため、傷害罪（刑法204条）の構成要件に該当する。

次に、B説に従って違法性を有するかを検討するにあたり、乙の腫瘍を摘出する目的があり、乙の健康のために医学的に相当な手段をもって成された手術であり、また、手術自体には患者の同意もあり、一見「正当な業務」行為として違法性が阻却されるかのように思える。

- (2) しかしながら、外科医甲は患者乙が信教上の理由から「輸血を含む手術は容認しない」という意を明示していたにもかかわらず、輸血をもって専断的に手術を行った。よって、本件手術行為自体が患者の同意を欠いたものとなる。

また、同意を無視した結果として、乙は一生涯にわたる苦痛を強いられる事となり、当該輸血によって乙が受けた心的外傷の大きさは計り知れない。殊に、近時「患者の利益の自覚」「自己決定権の展開」「QOL（Quality of Life）」と呼ばれる様々な価値観が重視される中で、患者の同意を無視した専断的治療行為は到底許されるべきではないと考えられる。

- (3) 以上により、B説の立場から、患者の同意を欠いた専断的治療行為は「正当な業務」とはいえず、甲の当該治療行為の違法性は阻却されないものと解する。

2. 自招危難に緊急避難は許されるか

- (1) 緊急避難の成立要件は、現実の危険が存し、危難を避けるため、やむをえずにした行為であり、法益の権衡がとれており、業務上の特別義務者の特則に反しない事である。当該事案にあてはめてみるに、輸血をせずしては乙の救命をなしえない状況に陥っており、乙の死という危険を避けるため、やむを得ずに輸血を行い、生命という大きな法益を保護しており、業務上の特別義務者の特則に反していないようにも思える。
- (2) しかし、法益の権衡がとれているかについては疑問を禁じえない。確かに、刑法典は殺人・強盗殺人など人の生命を意図的に奪う罪に関して殊に重い罰を科しており、「生命」という法益の大きさは他に類を見ないかに思える。
- しかしながら、今日価値観は多様化しており、一律に割り切って序列をつける事は難しい。本問において比較検討される法益とは「乙の生命」と「乙の自己決定権」であり、更にいえば、「輸血をされてでも生きたい」か「輸血をされるぐらいなら生きたくない」かである。
- 手術時の輸血を乙自身が拒んでいる点で、乙の生命の要保護性は低下しており、この場合における守るべきより大きな乙の法益が必ずしも「生命 自己決定権」であるとはいえない。故に、法益の権衡がとれているとはいえず、当該治療行為は緊急避難に該当しない。
- (3) 仮に外形上緊急避難としての要件は満たしているとして、当該危難は甲が輸血の同意がないにもかかわらず危険性を伴う手術に踏み切った事によって自招されたものである。よって、S説の立場より、実質的個別に判断して緊急避難の成否を検討する。
- まず、当該自招行為が故意か過失かを検討する。意図的に輸血が必要とされる状況に陥らせたものではない事からも故意ではなく、当該危難は過失によって引き起こされたものであるといえる。
- 次に、(イ) 避難行為によって守られる利益が避難行為によって害される利益よりも優っているかどうかを検討する。前述の通り、乙の生命への要保護性は下がっており、また、近年の自己決定権等に対する価値・意識の高まりに鑑みるに、乙の生命が乙の自己決定権に対し優越的利益を持つとは断定できない。よって、避難行為によって保護される利益が、害される利益に優るものであると言い切る事はできない。
- そして、(ロ) 過失が軽微なものであるかどうかを検討する。確かに、意図的に輸血が必要とされる状況に陥らせたものでない事は明白であるが、手術とは重大な危険を伴う行為である以上、医師は万が一の事情にも対応できる準備をした上で手術に臨むべきである。本問において、甲は輸血の同意を得ず他の対策も講じないまま手術に及んだものであり、その過失は重大であると考えられる。
- (4) 以上により、甲は重大な過失によって危難を自招しており、S説の立場から、緊急避難は許されないものと解する。

・結論

以上より、甲の治療行為は傷害罪（刑法204条）の構成要件に該当し、また、正当業務行為としての正当性を認めるに足りず、違法性も阻却されない。更に、緊急避難による違法性の阻却も認められない。

よって、甲は傷害罪（刑法204条）の罪責を負う。

以上