

紹介

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ

古稀祝賀論文集の紹介(四)

Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, 1999.

刑法読書会
松宮孝明編

目次

- ギンター・ヤコブス「客観的帰属論に関する覚え書き」
- ハロー・オットー「危険な製品の供給に対する刑法上の責任」
——以上二〇〇〇年一冊
- ハインツ・シェヒト「延命措置の限界に関する未解決の諸問題」
- フレリダウン・イェニセイ「トルコの資金洗浄法について」
——以上二〇〇〇年一冊
- ミヒヤエル・ケーラー「帰責の概念」
- ヴァルター・グロップ「『義務衝突』、義務の衝突もなければ
衝突状態にある義務もない」
——以上二〇〇〇年五冊

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ古稀祝賀論文集の紹介(四)(松宮)

ディーター・レスナー

「過失理論の試金石としての、
スポーツにおける不注意な行態」

Dieter Rössner, Fahrlässiges Verhalten im Sport
als Prüfstein der Fahrlässigkeitsdogmatik, in:
Festschrift für HANS JOACHIM HIRSCH zum
70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S. 313-
325.

[紹介者がしるべき]

本稿は、スポーツ活動、とりわけ、チーム対チームの試合形

五七三(一九七)

式で行われる球技の際に、相手チームの選手に傷害を生じさせた行為が刑法上どのように取り扱われるべきかを論じたものである。

ドイツにおいては、この問題は、伝統的に、有力な学説と判例によって正当化的同意にその解決が求められてきたが、行為の「社会的相当性」あるいは「許された危険」という考え方を持ち出す見解、更には、問題を責任の段階に移そうとする見解も存在する。本稿において、レスナーは、過失犯の体系のうちどの箇所でのこの問題が解決されるべきかの検討こそが重要であるとの認識から出発し、許されたスポーツ活動の限界は、過失犯の構成要件要素である客観的注意義務違反があつたか否かという形で、構成要件段階で解決されるべきであるという結論に至っている。すなわち、まず、許されたスポーツ活動の限界の問題は、一定のスポーツ競技への参加の効果として一般的・典型的に考察すべきであるとの考えから、伝統的な正当化的同意による解決を否定し、更に、行為反価値重視の見地から、客観的帰属論による処理を否定するところに本稿の意義がある。また、従来は、構成要件不該当ないし正当化の限界基準として「軽微な」あるいは「通常行われている」ルール違反といった不明確な概念が提示されてきたに過ぎず、それが何故基準とな

るのかについてもほとんど論じられてこなかったのに対して、レスナーは、より具体的な視点の提示とその根拠付けを試みている。もっとも、スポーツ活動は様々なレベル(プロかアマか、全国リーグか地方リーグか、町内会の親睦目的での試合か)で行われるものであるから、レスナーが提示している「甚だしく容赦のないルール違反」という基準が一律に妥当するかは検討の余地がある。とりわけ、選手相互が能力的に対等な条件下で、身体の激しい接触をも辞さないプレーをして得点を争うことがいわば競技の本質上求められており、それ抜きではもはやスポーツとして成立しえないプロスポーツ競技と、親睦目的で行われ参加者の能力も様々な町内会の親善試合とは、過失が否定されるルール違反の限度には自ずと差が生じてくるように思われるのである。

以下は本論文の要約である。なお、以下での注は、原文引用の文献に即して紹介者が若干の説明を加えたものである。

1 身体傷害の禁止とスポーツ

スポーツは、一方で、個人の基本的な行動の自由、身体的表現の自由の実現、健康を促進する機能という積極的側面を有するが、他方で、ほとんど全てのスポーツには、多かれ少なかれ

関与者の生命・身体・健康に対する危険が内在し、現に、連邦共和国内において年に約二〇〇万件というスポーツ中の事故が生じている。スポーツが産業社会の重大な大量現象となった現在では、スポーツ中の事故に対して法律、特に刑法が介入する必要があると認められ、ここに、許されない身体傷害と、許されたスポーツ活動との限界決定という、過失理論の中核的問題が生じることになる。

2 スポーツの許された危険と過失犯

この問題につき、漫然と「許された危険」ということを指摘するだけでは何ら問題の理論的解決とはならない。重要であるのは、過失犯の体系上どこにおいて問題の解決が図られるべきかを明らかにすることである。

3 伝統的な同意解決

判例と有力な学説は、この問題を、古典的・伝統的に、正当化的同意の事例として分類している。これは、行為、結果の発生、その間の因果性が存在すれば過失犯の構成要件が充足されるといふ過失犯の伝統的な構造を前提としており、同意の範囲は、周知のルールと、各々のスポーツの慣習に従って決まると

する。

しかし、そもそも、全ての競技者は、競技が傷害なく終了することを望んでおり、傷害についての同意を認めることは不合理な想定である。また、正当化的同意は、具体的な状況における法的保護の個別的な放棄を意味し、従って、仮にこのような個別的な同意が現実存在した場合、それに正当化の効力を認めるとすれば、被害選手の主観に従って、加害選手が正当化されたりされなかつたりするという不合理な結果になってしまう。以上のような不合理を避けるために、本来個別的であるべき同意を、スポーツルールにおける擬制された一般的な同意に解釈し直すことも許されない。結局、正当化的同意によって適切な解決が図られるのは、ボクシングのような、一対一の純粹な格闘競技における故意行為の場合のみである。

また、民法二五四条における関与者双方への適切な危険の配分という考慮は、刑事責任の有無という二者択一のみが問題となる刑法では適用不可能である。

以上のように、正当化的同意は問題の解決に適さないことが明らかであるので、新しい同意類似の正当化事由による解決の試みとして、許された危険を独自の正当化事由にまで高める見解¹⁾、および、「非目的的同意」といふ考え方が提唱されている²⁾。

これによれば、ルールに合致する、ないしは軽微なルール違反のスポーツ活動について、「許された危険」あるいは「非目的的同意」が認められることになる。

しかし、この新しい形象の輪郭は不明確であり、両方の提案とも、構成要件においては一般的、類型的要素が、違法性においては個々の事例における例外的、具体的な価値の衝突が問題となるという原則を無視している。

4 構成要件的に重要な可罰性の限界としてのスポーツの危険

その類型的な問題状況を考慮すれば、許されたスポーツ活動の限界は、構成要件の段階において、しかも、結果不法ではなく行為不法の側面で解決が図られるべきである。

(a) スポーツの危険と結果の客観的帰属

問題解決の場を構成要件に移しながら、客観的帰属論に依拠して、行態の側面を無視する見解が存在する。これは、許された危険を、それを越えた場合に初めて過失の結果責任が問題となるような限界と理解した上で、許された危険が問題となっている場合¹⁾、すなわち、一定の危険が不可避的に結びついている

ような、ルールに合致する、ないしは一般的に行われているスポーツ活動の際には、結果の帰属を否定する。被害者の視点からも同じ帰結が導き出される。すなわち、被害者が危険を当責的に引き受けている場合には、危険の実現による他者侵害が否定されるとするのである。

この見解は、問題解決の場を構成要件に移した点では評価できるが、「許された危険」という本来行為について考えられるべき要素を結果不法に分類し、行態不法の独自の意味を結果不法の評価基準として埋没させてしまっている点で批判を免れない。

(b) 相当な行態としてのスポーツの危険

これに対して、デリングの社会的相当性説は、行態不法と密接な関連を有している。これは、形式的には注意義務に違反する行為であっても、社会的に相当な危険の枠内にとどまっている限り、社会的に許された行為として犯罪とならないとする見解である。これによれば、許された行態の基準は問題となっている社会的部分領域の規範的な構造から読みとられ、スポーツにおいては、ルールに合致するスポーツ活動のほか、普通一般に行われている「通常の」ルール違反も構成要件に該当しないとされる。

しかし、この見解は、「スポーツに内在する危険な行態は、結果が生じた場合にも処罰されてはならない」という我々が出发点としている問題の確認以上にできるものではない。許されたスポーツ活動の限界は、スポーツにおいて受当しているルールや、一定の行為がそこにおいて一般的に行われているか否かというこのみからは出てこないからである。

(c) 行態に方向付けられた解決

危険な状況は通常注意深い行為によって制御されうるということを前提に、法共同体は、スポーツにおける一定の危険を受け入れている。そして、刑法二二九条の刑罰規定の背後に存在する「誰も侵害するなかれ」という一般的な命令も、明らかにこのような想定から出発している。それ故、危険の低減を目的としている過失犯の構成要件該当性の決定的な要素には、発生した結果と並んで、このような想定から逸脱する不注意な行態という、行為反価値が属する。そして、想定される注意深い行為は、危険な状況において、その危険を許された程度にまで低減するのに必要な行態であるので、過失犯においては、許された危険は、想定される注意深い行為としての行態要求を確定する際の決定要素ということになる。このような行態に方向付け

られた解決方法は、一般予防という刑法の機能を充足するためにも要求される。何故なら、そのためには、過失犯においては、それからの逸脱が過失とされるところの行態要求の確定が必要となるからである。

以上より、ここではスポーツという特別の領域において客観的に命じられる注意と予見可能性が問題となるということが明らかとなる。そして、一定の競技の周知の行態ルールや、処罰される行態の限界は明確でなければならないということを考慮すれば、一定のスポーツ固有の行態基準の確定は、許されたスポーツ遂行と過失致傷との間の限界線引きの問題として、構成要件段階においてなされるのが適切である。

スポーツ固有の注意基準を確定するための指針は、まず第一に、それが憲法秩序と刑法二二八条の公序良俗規定に反していない限り、スポーツルールである。何故なら、一定のスポーツ活動が、それに結びつけられている類型的な危険にもかかわらず社会的に受け入れられている以上、そのような危険は刑法上も甘受されなければならず、スポーツルールは、まさに、そのような各スポーツに類型的、不可避的に伴う危険を考慮して制定されているのであるから、ルール制定の際に考慮されている危険な行為は競技に属し、それが競技上相当である限り刑法上

禁止すべきではないといつことになるからである。ルール違反にもかかわらず競技上相当なものとして刑法上禁止されない行為の限界は、スポーツ固有の注意状況から導き出される。すなわち、スポーツ活動は絶えず進行し予見不可能な出来事であることから、ルールに沿つように行われていた原則的に競技関係的な行態は、たとえたまたまルールに反するものになつたとしても、競技上相当とされなければならない。それ故、競技中の通常のルール違反は、競技上相当なものとして刑法上の過失行為ではない。

他方、その違反の様相が乱暴で容赦ないものであつて、およびルールを遵守する見込みさえ認められないような状況のもとで行われた傷害行為はもはや競技上相当なものとは認められず、刑法上の過失行為となる。例えば、競技関係的な対決に引き続いての報復行為や、対戦相手が競技不能な状態にされた場合である。これに対して、急展開する競技経過の中において、そもそも競技の目的であるボールに届く見込みはなく、ただ相手チームの選手の身体に届く可能性しかなかったような状況においてルール違反がなされた場合は、限界事例である。

また、競技とは無関係な、対戦相手の傷害を目的とする、故意によるルール違反が刑事責任の対象となるのは当然である。

以上の考察に基づいて、刑法二一九条を補足すれば、「スポーツ競技の内部において人を保護する競技ルールを、甚だしく、そして容赦なく侵害した者は、注意義務に反して行為したことになる」という行態要求が導き出されることになる。公平さ、スポーツモラルの貫徹等を目指す更に厳格な規制は、スポーツ共同体の内部において行われるべきであつて、それは刑法の任務ではない。

(一) シュミットホイザーは (Strafrecht AT, 2. Aufl., 1975, 9/30ff.) 一定数の侵害事例が発生する事態になることが知られており、それ故、危険な、すなわち構成要件に該当する行為であることが認められるにもかかわらず、それがもたらすであろう利益と衡量して、その行為の危険を耐えうる限度に押さえるために必要な注意が遵守されていれば、たとえ危険が現実化した場合であっても、そのような危険な行為は許されているとして、「許された危険」を独立した一つの正当化事由とする。

(二) マノッスは (Strafrecht AT, 2. Aufl., 1993, 7/126ff.) 生じた結果について本来の意味での同意 (マノッスの言葉で言えば「目的の同意」) が存在せず、むしろ、その不発生を意欲していたという場合であっても、その危険を伴う行為なしには不可能な社会的接触への参加が問題となっている場合には、一定の限度で、同意があつた場合と同じ効果が認められるとする。

(齊藤彰子)

アルビン・エーザー

「比較法的視点における治療行為の規定について」

Albin Eser, Zur Regelung der Heilbehandlung in rechtsvergleichender Perspektive, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, 1999, S. 465-483

〔紹介者はしがき〕

本論文は、治療行為に関する法的規制について論じたものである。具体的には、ドイツの第六次刑法改正法案における二一九条「専断的治疗行為」ならびに二三〇条「医療過誤」に関連して比較法的視点から検討を行っている。なお、同草案は可決を急いだために治療行為に関するこれらの規定を削除して制定され、一九九八年四月に施行されるに至っている。各条文は、本論文原文四六八頁の註に列挙されているので参照されたい。

従つて、ヨーロッパ諸国における治療行為に関する法的規制の現状の紹介が主である。そこで、本論文の前提として治療行為に関するドイツの議論について若干述べておくことにする。

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ古稀祝賀論文集の紹介(四)(松宮)

ドイツの判例は、傷害罪という概念は器官に直接的・肉体的に生じたいかなる効果をも包含するものであるとし、医療侵襲の結果として生じた結果も法益侵害の存在という点では異ならな

いとつて、医療侵襲は傷害罪の構成要件に該当するとする。それゆえに、患者の同意または推定的同意を根拠として傷害罪の違法性が阻却されるにすぎないとする。これに対し、学説は成功した医療侵襲は身体の状態を改善または維持するものであり、それはいかなる健康損傷や身体的虐待も表象していないとする。そして、傷害罪に関しては切開や解体という個々の行為が重要なではなく医療侵襲の結果全体が重要なのであるとして、医療侵襲は傷害罪の構成要件に該当しないと解するのが通説である。この立場からは、専断的治疗行為は、自己決定権を侵害するものであり、自由に対する罪が問題となると解されることになる。なお、ヒルシュ教授は、自ら執筆したコメントールの中で、以上の通説を修正した見解として本論文の筆者であるエーザー教授の見解に注目している (Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Großkommentar, Zehnte, völlig neu bearbeitete Auflage, Fünfter Band, 1989, S.32, Rn. 4)。

本論文ではエーザー教授自身の見解は詳細に述べられていないが、ヨーロッパ諸国における治療行為に関する議論と法的規

五七九 (一〇三三)

制の現状を知ることができる点で有意義な論文であり、我が国の議論に参考になるものと思われる。以下は、本論文の要約である。

I はじめに

ドイツでは、周知のように、刑法の各則に治療行為——病気の除去、健康改善のために、または鎮痛のみのために、人の身体内部または外表に対して行われるあらゆる方法の医学的措置を総称する——に関する規定が存在しない。そこで、治療行為というものは原則として刑法から除外されるべきなのか、それとも医師によって行われるという理由だけで他人の身体的完全性への侵襲を一般的な刑法的保護から除外すべきではないのかという点が争われている。

そこで、新立法にあたって検討が必要であると思われる主要な見解を述べておく。確立された判例の見解によると、身体的完全性に影響を与える個々の医療侵襲は、医療侵襲が成功するか失敗するかにかかわらずなく、また医術準則にかんじて遂行されたか否かにかかわらずなく、刑法二二三条の傷害罪の構成要件にあたる。それゆえに、個々の医師は、患者の同意によって違法性の段階でのみ不処罰とされ得る。(この見解の提唱者全て

が意図してはいないかもしれないが)この見解によると、健康への影響が取るに足りないことや医療行為が医術準則にかなっていることを根拠に、結局は患者の健康ではなく患者の意思が最高原理と保護法益へと高められることとなる。多数説は、患者の正当的同意によって初めて治療行為の処罰が解除されるのではなく、すでに治療行為を構成要件から除外することにより先の一面性に対処することを試みている。これは様々な方法で行われ、そして保護法益について異なる結果をもたらす。治療行為の構成要件不該当が医療侵襲の成功(つまり結果として患者の身体的健康が全般に増大された、または維持されたかどうかということ)に依存させられている場合、「身体(利益)理論(Körper (Interessen) theorie)」の意味において患者の健康に重点が置かれる。これに対し、治療行為が医術準則にかなっていることが基準とされている場合、患者の健康も意思も医学的専門性への信頼の影に隠れてしまい、その結果、個人保護が(医療水準の完全性というような)社会的利益を通して補われるということになる。

なお、私見のように他の見解も存在するが、詳述しない。ここで予め明らかにしておくべきことは、治療行為に関して特別な法規定が欠如している結果、法的不安定が生じているのみで

なく、広範囲な保護と免責に関する価値判断を裁判所に委ね続けることになるということである。

このような状態は好ましくないので、今世紀において再三改正作業と関連して医療侵襲の法規定への試みが行われたことは立法には至らなかったものの、好意的に受け止めるべきものであった。それだけに、一九九六年の第六次刑法改正法案で治療行為の法規定に関して新たな一撃が加えられたことは驚きであったに違いない。同草案から再び治療行為に関する規定が外されたことにより、またはその開始は滞ったが、それによって新たに改正議論が開始されるに至った。治療行為に関する規定の問題はあらゆる法秩序で生ずることからすると、改正議論の際には他の諸外国における経験も取入れて評価の視野を拡大することが適切であると思われる。したがって、以下、ヨーロッパに限定せざるをえないが、草案を比較法的視点から明らかにすることにしたい。

もっとも、その前に、法政策的な先行理解を明らかにしておくことが適切であろう。医学的治療措置を法的に把握する場合、患者の利益と医師の利益との間に最適な調和が保たれるようにすることが肝要である。先の草案は、専断的治療行為と医療過誤に関する構成要件を規定することにより、以上のような法政

策的な基準値に達しているように思われる。

II 治療行為に関する特別構成要件

ヨーロッパ諸国におけるどの程度の国が、医療行為に関する特別規定を置いているのか、あるいは一般の傷害罪の構成要件で間に合わせ医療行為の場合に起こり得る個々の要求を裁判で顧慮しようとしているのかということが、まず第一に問題となる。後者が通例であり、特別の規定を置いているのはヨーロッパの少数の国のみである。

1. 治療行為に関する特別な犯罪構成要件を有する法秩序
ポルトガル刑法一五〇条によれば、医師またはその他認可を受けた人により医学の知識と経験の水準に適合しており医術準則に合致して行われた治療行為は、傷害とはみなされない。このように明示的に医学的—外科的な侵襲および治療行為を傷害罪の構成要件から除外していることは、しかし、患者を完全に無保護の状態に置くということを意味しているわけではない。同条に掲げられている侵襲または治療行為が患者の同意なく行われた場合は一五六条によって処罰され、そして健康を悪化させた場合は過失傷害罪として一四八条によって可罰的とされて

いるからである。もっとも、その際、医療行為が結果として八日以内の病気または労働不能を伴うにすぎない場合は刑罰が免除され得る(同条二項)。

オーストリアでも、専断的治療行為を一九七四年刑法典一一〇条で特別に罰している。もっとも、先のポルトガルのように治療行為が一般の傷害罪の構成要件から除外されるとは明示していない。それにもかかわらず、「医術準則に従った」治療が問題になっている限りにおいて、傷害罪の構成要件は排除されるものとされている。その際、治療行為を行うのは医師である必要はなく、医師としての職業上の資格は医療過誤が問題となる場合に初めて重要となる。つまり、医学的業務遂行者の場合には重過失の場合にのみ可罰的であると解される。このような医師の特権は別として、以上二か国では、身体的完全性自体の保護ではなく、専ら(治療行為の実施ないしは許可に関する自由な決定という意味における)患者の自己決定権の保護が重要であると考えられている点で共通点がある。

2. 構成要件の除外を伴わない法秩序

これら二か国以外にも、いくつかの国で医師の治療に関する特別規定が存在する。例えば、デンマークの医事法における説

明と患者の同意や、医師の義務不履行の場合の可罰性に関する特別規定、そして医療過誤に関するスロベニアの特別規定もここで言及すべきである。しかし、これらの国においても、治療行為を特別な構成要件の形式で傷害罪の構成要件から除外するということはしていない。

したがって、先のポルトガルやオーストリア以外のヨーロッパ諸国では、医師の治療行為の場合、既に傷害罪の構成要件該当性が欠けるのか、またどの範囲まで欠けるのか、あるいは傷害罪の構成要件に該当し、したがって(患者の事前の同意によるような)特別の阻却を必要とするのかという点について、ドイツ同様、何ら意見の一致をみていない。しかしながら、これらの諸国もいくつかのグループに分類され得る。

イギリス、フランス、イタリア、ノルウェー、スウェーデン、スロベニアの判例・学説は、医療侵襲の事案において、原則として傷害罪の構成要件に該当することを端緒とする。それにもかかわらず、たいていの諸事例において、医療侵襲は事実上存在する同意によって、または少なくとも推定的同意によって正当化され、いかなる可罰的傷害も存在しないとされる。これに対し、フランスでは、人の命と同様、身体的無傷性は自由に処分できないと考え、フランス刑法二二・四条一項にあるように、

まとめると、治療行為の特殊性を調和のとれた方法で顧慮するために必要な理論を構築する根拠づけの努力を考慮だけで、明確化する特別規定に、特にその際に下さなければならぬ価値判断については立法者が責任を引き受けなければならないという理由から賛成である。

III 専断的治療行為からの保護

専断的治療行為に関する特別な構成要件に対して、このように自己決定権のみを切り離して保護することは医療侵襲に対してのみそもそも根拠を有するのか、それともこれは包括的な自己決定の保護の枠内においてのみ正当化されるのかということが最近問題とされていることからすると、他のヨーロッパ諸国で医師の専断的な行為は罰せられているのか、どの範囲まで罰せられているのかを知ることは有益であると思われる。

オーストリアでは、患者の同意なき医師の行為にのみ照準があわせられており、医療侵襲が医術準則のよって実施されたかどうか、また成功したかどうかはその際重要でない。ポルトガルも同様である。

デンマークでは、患者の同意の要件は、医事法六条三項から導き出される。生命に危険が差し迫っている場合、または意識

治療行為における同意は本来の意味における正当化事由とはみなされず、また不処罰の必須条件とも考えられていない。したがって、フランスでは、患者の意思に対して客観的な治療の利益等が優先されているのである。スロベニアにおいても、患者の同意の正当化効果は認められておらず、むしろ、伝統的に「医術準則(医学や医師の専門のルール)」に従った行為に正当化が認められる。スロベニアの見解では、この医術準則には「技術的な規則」のみが含まれ、患者の同意を得ることは含まれない。その帰結として、専断的治療行為が「技術的に」理解された規則の遵守の下に行われている限り、いかなる犯罪行為にもならない。他方、患者の同意は、「技術的な規則」に従っていない医療侵襲の違法性を阻却することもできない。

これに対し、他の諸国では、解釈論によって医療侵襲を傷害罪の構成要件から除外することにより、同意による特別な正当化と結びついた問題を回避することが試みられている。例えば、フィンランドやデンマークの支配的見解は、専断的だが成功した身体的完全性への医療侵襲の場合、傷害罪を想定することは医療行為のイメージと相いれないので、傷害罪の構成要件をみたくないとする。また、スペインの通説も、承諾を得た医療侵襲の事案では傷害罪の構成要件該当性を否定する。

不明の場合においてのみ推定の同意で足りる。したがって、患者の意思に反して医師が治療したならば、医事法一八条により医療過誤として罰金刑または禁固刑に処せられ、それに加え刑法二六〇条の強要罪などの可罰性が問題となる。

ポーランドでも、当事者の同意は医療行為の適法性に関する前提条件である。この同意の要件は、自己決定と身体的無傷性に基づいて各々の人に憲法上保障されている権利から導き出される。ポーランド刑法では、医師の専断で医療準則に従って行われた医療侵襲は傷害罪としてではなく一六五条一項の監禁罪または一六七条一項の強要罪として処罰されるが、これに関しては批判がなされている。

スペインの通説は、医療侵襲は傷害罪の構成要件をみたとさないと考えるので、医師の専断の場合、強要罪の構成要件該当性を問題とする。これは、場合によって緊急避難、または正当業務行為により正当化され得、それゆえに処罰され得ない。

以上とは反対に、いかなる医療侵襲も傷害罪の構成要件をみたと考えるフランスやスロベニアでは、同意を正当化根拠とすることを否定し、フランスでは専ら客観的な健康の利益を、スロベニアでは「技術的な意味」における医療準則の遵守を問題とする。

要約すると、医師の専断的行為は、ヨーロッパ諸国の大部分で罰せられているが、その際に問題となる構成要件については見解に相違が見られる。法秩序において、治療行為を——明示的に、または解釈論によって——傷害罪の構成要件から除外しない国では、当然の帰結として、成功しそして医療準則にのっとっていたが専断的であった治療行為の場合も傷害罪の構成要件が用いられ得る。これに対し他の諸国では、自由に対する罪(例えば、強要罪や監禁罪)が援用される。この見解は、医療侵襲に取り組む医師というものは、——彼が患者の同意なく行う場合も——患者を救うこと、ないしは保護することを試みているということを根拠としている。それゆえに、医療準則に従って実施され、そして健康を改善する医療侵襲を傷害と分類することは意に反する。この点についてはまた触れる。

IV 医療過誤に対する保護の必要性

この問題は、本来、治療行為を殺人罪や傷害罪の構成要件から除外する国においてのみ特に問題となる。殺人罪や傷害罪の構成要件がそのまま医学的措置にも適用され得るならば、草案一三〇条に提案されているような「医療過誤」に関する特別な構成要件を要することなく、医療過誤の全ての態様に殺人罪や

傷害罪の構成要件が用いられる。これは、更に以下のことを意味する。殺人罪や傷害罪の構成要件を限定することによって生ずるすきまを埋めるべきだと思われる場合、または瑕疵ある医学的行為に対する特権付与ないし加重処罰が適切であると思われる場合にのみ、「医療過誤」に対するなんらかの特別な規定の契機が与えられるということである。

医療過誤に対して独自の構成要件を設けている国はほとんどなく、スロベニアのみドイツの草案にとて近い「過失の治療行為」に関する構成要件を有しており、明らかに例外をなしている。

しかし、このような独自の特別構成要件の欠如は、医療過誤に関して一般の過失の構成要件のある種の修正が見出されるべきでないということを意味するわけではない。オーストリアやポルトガルでは、医療過誤それ自体が過失傷害罪の構成要件にあてはまるとするが、一定の諸事例(例えばポルトガルでは医療過誤が結果として八日以内の発病または労働不能を伴ったにすぎない場合)について刑罰の免除を定めている。

逆に、オランダやスペインのように、職務または業務の遂行における過失傷害として刑罰を重くするという可能性もある。ちなみに、医療過誤の場合、一般の傷害罪に対し全ての身体

的傷害でなく(草案一三〇条のような)「健康損傷」または(スロベニア刑法典一九〇条のような)「著しい健康の悪化」を要求することにより、構成要件の充足を制限することもできる。

V 刑法的答責性の一般的制限

既に述べたように、医学の分野における刑法の答責性の限界づけは、治療行為に関する特別な構成要件を形成することによつてのみ達成され得るわけではない。むしろ、個々の構成要件要素の特別な要求によつて、または刑事訴追の要件の制限によつても行うことができる。

1. 構成要件段階

第一に、草案二二九条に提案されているように、「身体的侵害」その他身体的完全性または健康状態に対する「ささいな影響にとどまらない治療行為」のみを問題にすることによつて、ささいな侵襲(Bagatelangriffen)を除外することが考えられる。それによれば、例えば脈を診ることや聴診、血圧測定のような医学的処置は既に構成要件から除外される。同様の制限が、ヨーロッパの他の諸国でも見られる。例えば、スペインでは傷害の事例において、必要な医療上の単純な監督や治療は「医

学的治療」とはみなされない。さらに、デンマークやフィンランドでは、過失傷害罪の可罰性を身体や健康への重大な損傷の惹起に制限している。

他に、同意の要求に制限を設けることによって除外することもできる。イギリスのコモンローは、個々の治療行為は確かに傷害罪の構成要件に該当するが有効な同意が存在する場合にはその可罰性が阻却されると解する。さらに、患者が永久的または一時的に無能力状態である場合や未成年者である場合のように、一定の諸事例においては患者の同意がなくても医師の侵襲は正当化される。もちろん、その場合、医師の侵襲が必要であること、そして患者に最高の利益が実現されることが前提とされる。

さらに、行為者群の区分(Täterkreises Differenzierung)が考えられる。例えば、医師にのみ一定の刑の免除または刑の軽減がなされるという方法である。草案は、このような区分を見あわせてきたことで批判を受けてきたが、オーストリアやポルトガルでは、医療過誤の場合、既に言及した特権の付与を医師にのみ認めるべきであるとされた。これらの国以外でこの種の行為者の特別な区分を見出すことができないということは、一見驚くかもしれないが、(医師以外の)医療に従事する人も

多数いることを考えるならば、それは不思議なことではない。

2. 主観的要素について

このレベルでは、以下のような方法に基づく制限が考えられる。それは、構成要件実現について(純過失ではなく)故意または少なくとも加重的な過失(重過失)を要求するという方法である。

再びオーストリアとポルトガルが、その例として引用される。専断的治療行為については故意犯が問題となる。有効な同意の欠如は客観的構成要件要素として理解されなければならないので、医師の故意はその有効な同意の欠如に及んでいなければならない。それゆえに同意の誤想の場合は、専断的治療行為としての処罰から除外される。もっとも、ポルトガルでは、この場合も重大な過失により、ただし軽減された刑(故意犯の事例では最高三年の刑の代わりに六月)で処罰され得る。専断的治療行為に関する特別な構成要件が設けられていないその他の諸国では、同意の存在に関する錯誤(誤想同意)は過失傷害罪として可罰的である。

通常、過失傷害罪として可罰的である医療過誤についても、全ての過失が要件をみたすわけではないとして答責性を制限す

る方法が考えられる。例えば、オーストリアでは、医師が「医术の遂行において」それを行い、彼にいかなる「重大な責任」もなく、かつ、健康侵害の結果が時間的およびその重大性の点で一定の枠内にとどまるかぎり、可罰性は否定される。

3. 刑事訴追段階

上記のような実体的制限に踏み込めないならば、いうまでもなく、刑事訴追段階で、起訴便宜主義により軽微な過誤行為を除外することもできる。

これ以外にも、刑事訴追の開始を当事者の告訴に基づかせることによって制限することも考えられる。オーストリアやポルトガルは専断的治療行為の場合にこの方法を採用した。草案も、専断的治療行為の場合に告訴要件でこの方法を採用したが、特に重大な場合をその例外とするなど、徹底してはいない(二二九条三項)。

VI 専門領域の特別規定 (Sektorale Sonderregelungen)

治療行為の規定の完全な姿が、内科や外科の「通例の(gewöhnliche)」、機械的処置を越え、「通例でない(außergewöhnlichen)」侵襲——未だ完全には標準化されていない

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ古稀祝賀論文集の紹介(四)(松宮)

ない実験的治療や新領域の手術、臓器移植から特別な人体実験の際の保護要求まで——の顧慮も要求するであろうことは当然である。

ここでは、紙面の都合上、以下の指摘だけに留めざるを得ない。たいていの国で、治療行為に関する一般規定と並んで、医療活動の一定の専門領域に関する特別規定も存在する。これは、一般の殺人罪や傷害罪の構成要件から取り出された特別の構成要件をいずれにせよ既に(専断的または過誤の)治療行為に関して有している国に対してのみ当てはまることではなく、治療行為を一般原則から正当化する傷害罪の事例とみる法秩序に対しても当てはまる。なぜなら、この規定状態の場合、「通例でない」医学的侵襲を特別規定により顧慮することが要求されるからである。それゆえに、治療行為の一般規定を越えて専門領域の規定も一緒に顧慮しない限り考察の締めくくりにはならない。

VII 総括

諸外国の規定例を背景として、草案における新しいドイツの規定の試みについて、以下のような若干のコメントが許されるであろう。

1. 「通常の (normalen) 傷害からかけはなれている」治療行為と関連した (heilungsbezogenen) 身体的完全性への侵襲を構成要件的にも独立させ、保護の方向を主に患者の自己決定権の尊重と医学の質の確保という二つの利益に集中させるべき時が来たと思われる。これは、——オーストリアやポルトガルを手本として——「専断的治療行為」に関する特別な構成要件によって、そして——外国の手本を越えて——「医療過誤」に関する特別な構成要件によって顧慮すべきである。その際、どの程度まで刑法的答責性を故意や重過失に制限すべきかも検討されなければならないであろう。

2. もしこの治療行為に関する特別な構成要件という措置を選択するならば、——オーストリアとは違い——少なくともポルトガルのように、そして既にドイツの草案にあるように、殺人罪や傷害罪の構成要件との関係が明確にされなければならない。なぜなら、刑法を行為規範として受け止めようとするならば、一方では医師に対して、彼が注意を払わなければならないことを明示することができるように、そして他方では患者に対して、彼が保護を期待してもよいことを認識させることができるようにしなければならないからである。

3. 法規定が作成されるべきであり、その際、特に専断からの保護が大事であるならば、(医師の説明と患者の同意のような) それにとって必要な手がかりとなる諸概念を規定せずに済ませることは許されない。この点では、例えばフィンランドが手本となる。

4. 特に、法規定においては、一般の「治療行為」を越えて、専門領域の特別規定もあわせて、または少なくとも順次規定することが目指されなければならないであろう。

もっとも、そのような包括的綱領を考える場合、既に一九八一年にヒルシュが早々に期待していた治療行為の法改正をなおしばらく待たせることになることが懸念される。

(岡本昌子)