

平成22年3月11日現在

研究種目：若手研究（B）  
 研究期間：2007～2009  
 課題番号：19730057  
 研究課題名（和文） 医事刑法における被害者の自己答責性の意義  
 研究課題名（英文） The significance of self-responsibility of the victim in the medico criminal law.  
 研究代表者  
 塩谷 毅（SHIOTANI TAKESHI）  
 岡山大学・大学院社会文化科学研究科・教授  
 研究者番号：60325074

研究成果の概要（和文）：医事刑法における被害者（患者）の自己答責性の意義について、特に医師の説明義務と患者の承諾の有効性の問題を中心に検討した。ドイツにおいては、近年、仮定的同意の問題が注目されているが、この法理は論理的にも疑問のあるものであり、法状態が異なる我が国では採用が困難なものであるように思われる。その他、安楽死や遺伝子研究における被害者の自己決定の意義についても検討を行い、この分野における被害者の意思の重要性を再確認した。

研究成果の概要（英文）：I examined the significance of self-responsibility of the victim (a patient) in the medico criminal law mainly on problems of the accountability of the doctor and the effectiveness of the consent of the patient. In recent years the problem of the hypothetical agreement attracts attention in Germany, but this principle of law is logically a problem and adoption seems to be difficult in our country which is different a law state. In addition, I examined the significance of the self-determination of the victim in euthanasia and the gene study and reaffirmed importance of the intention of the victim in this field.

交付決定額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2007年度	800,000	0	800,000
2008年度	800,000	240,000	1,040,000
2009年度	700,000	210,000	910,000
年度			
年度			
総計	2,300,000	450,000	2,750,000

研究分野：刑法

科研費の分科・細目：法学・刑事法学

キーワード：刑事法、被害者、承諾、自己答責性

## 1. 研究開始当初の背景

今日、医療技術の高度化に伴い、伝統的な価値観からだけでは解決が困難な法的諸問題が

多く提起されるようになってきている。医事刑法という領域で扱われる問題は、医療過誤や延命医療との関連での安楽死・尊厳死の問

題のみならず、インフォームドコンセントの法理、輸血拒否の問題、さらには遺伝子研究などの問題など、実にさまざまなものがある。この領域において、人の自己答責的な自己決定が持つ意義は極めて重要である。これらの問題においては、パターンリズム、すなわち合理的な他者決定によって問題解決を図るという考え方が一方で有力に主張されるだけに、自分のことは自分で責任を持って決めることができるということの保障が目指されなくてはならないからである。

## 2. 研究の目的

医事刑法の領域における被害者(患者)の自己答責的な自己決定の問題を、医事刑法上の三つの重要問題との関連で検討する。

(1)平成19年度は、被害者の自己答責的自己決定の問題をおもに治療行為との関連において検討する。

(2)平成20年度は、被害者の自己答責的自己決定の問題をおもに安楽死などの終末期医療との関連において検討する。

(3)平成21年度は、被害者の自己答責的自己決定の問題をおもに遺伝子研究など先端医療との関連において検討する。

(4)全体を通じてその重点は、専断的治療行為やインフォームドコンセントの法理、医師の説明義務の問題領域において、被害者(患者)の自己答責的な自己決定がいかなる意義を有するかの解明に置く。

## 3. 研究の方法

「被害者の承諾論と自己答責性論」についてのこれまでの研究を基礎にして、治療行為やインフォームドコンセントの法理、終末期医療、さらには遺伝子研究など先端医療との関連で被害者の自己答責性役割を考察する。この分野における刑法学上の文献はもちろん、必要に応じて民法学その他の法分野、さらには宗教や哲学などの日

本及びドイツやアメリカなどの文献も参照しながら検討を行う。これらの問題について、所属研究機関ではこの分野の研究者が今までいなかったこととの関連上、基礎的な文献資料が圧倒的に不足している。このため、交付された研究費の支出のかなりの部分を文献・資料の購入にあてる。また、他の研究者と共同して行う研究会をも利用し、複数の観点から本研究のテーマにアプローチする。具体的には、日本刑法学会や刑法読書会、さらには瀬戸内刑事法研究会や岡山刑事法判例研究会などにおいて、被害者の自己答責性に関するドイツ文献や我が国の判例・学説について他の研究者との情報交換をする。

## 4. 研究成果

(1)平成19年度は、治療行為における被害者の自己答責性の意義について検討した。医師による手術などの治療行為は、客観的にみたととき患者の身体的利益を増進するものであるという特殊性を持っており、純然たる法益侵害とは異なった側面があるといわれている。この治療行為の正当化根拠について、以前は正当業務行為(刑法35条)であるとする見解が有力だったが、近年は患者の自己決定を強調する見解が有力になっている。両説の相違は、患者の意思に基づかない専断的治療行為の評価において顕著に表れることになる。正当業務行為説は、患者の同意がなくても医師が治療目的で行う治療は正当業務行為として正当化されるとするが、患者の同意説は、専断的治療行為は特別な場合を除き傷害罪に当たるとするのである。基本的に、患者の同意説の方向性に正しい核心があり、この解釈論的構成の中で被害者の自己答責性が有する意義を明確にすべきであると思われた。その際、メスで体を切るなど治療侵襲そのものに対する被害者の承諾以外に、手術などの失敗のリス

クや投薬の副作用の危険に関して、あり得ると思っていたが大丈夫だろうと考え最終的にはその可能性を心の内で打ち消して手術の実行を許したという被害者態度を「危険引受け」という法概念において捉え、その観点から理論を再構成し、その領域における被害者の自己答責性を考慮していくべきであると考えられる。今後は、その要件などを事案の特殊性を考慮しながら検討し、理論を精緻化していきたいと考えている。

(2)平成20年度は、終末期医療、すなわち安楽死や尊厳死との関連で被害者の自己答責性が有する意義について検討した。近年の延命医療技術の進展に伴い、従来からの「安楽死」から、今日では「尊厳死」へ問題の重要性が移ってきている。そこで、自分の生命の終焉について、被害者(患者)が自分の責任でもって死を決断したということ、積極的にあるいは消極的に生命の終結を援助した行為者の処罰との関連で刑法上はどのように評価すべきなのかを詳細に検討した。我が国では、オランダなどのように安楽死を合法化する法律は存在しないが、判例では安楽死が問題になったときに安楽死を正当化する要件が提案されてきた。まず、脳溢血で倒れ激痛を訴える父に対して、被告人が殺虫剤入りの牛乳を飲ませて殺害した事案では、6要件を満たした場合に安楽死は正当化しうるとされた。ここでは、意思表示の要件は、可能であればある方が望ましいという程度の要件に過ぎなかった。これに対して、被告人が、ガンで余命数日の患者に、その長男や妻の要請に従って塩化カリウム製剤を注射して殺害した事案では、4要件を満たした場合に安楽死は正当化されるとされた。この判決では、意思表示について、積極的安楽死の場合は明示のものが要求された。明示の意思表示を要件にすれば、意識不明状態の患者に対する安楽死を正当化する可

能性を奪うとする批判もあるが、この問題領域における被害者の意思並びに自己答責性の重要度からすれば、この要件は必要不可欠のものといえるであろう。今後は、この領域における被害者の自己答責性の具体的要件などをさらに検討し、理論を精緻化していきたいと考えている。なお、この年は、被害者の意思の問題と、安楽死などが問題になる生命・身体に対する罪について広く考察するために、この領域の基礎的研究も行った。その成果は、ハイブリッド刑法総論、同各論において公表した。

(3)平成21年度は、生殖医療や遺伝子の問題などにおける自己答責的な自己決定の意義について検討を行った。まず、伝統的な堕胎罪と人工妊娠中絶の問題について、日本の現状では、堕胎のほとんどが母体保護法による正当化でまかなわれてしまっており、人工妊娠中絶の95%程度が社会経済的理由による母体の健康への危険を理由としたもので、しかもそれを判断するのは指定医師であって実質上のチェックは皆無という状況なので運用上の濫用が懸念されている。女性(母親)の「生まない自由」という意味での自己決定、プライバシーの問題というとらえ方もあるが、堕胎罪の法益はまずもって胎児の生命であることからすると、単純に妊婦の自己答責的な自己決定の問題とは言い難い側面があるので、慎重な議論が必要になると思われた。つぎに、遺伝子と法的規制の問題について、特に医学的な遺伝子研究とインフォームド・コンセントの法理の関係について検討した。この領域では、医師の説明義務の問題とともに、研究実施前提供試料の活用に関する包括的同意の問題が重要であると考えられる。採取時(前回の研究時)の同意の取り方、説明の仕方と、今回の研究目的が前回の研究目的とどういう関係にあるかなどから同意内容にも十分注意し

た同意の有効性判断が必要になると思われる。今後は、その他の先端医療と法的規制の問題についても考察を進めていく予定である。なお、この年は、生殖医療や遺伝子の問題の根幹にある「有効な同意」の前提となる十分な情報の提供という観点から、医師の説明義務に関して、ドイツにおいて有力な「仮定的同意」の問題の研究も行った。その成果は、立命館法学327・328号に「被害者の仮定的同意について」と題する論文として公表した。

(4) 専断的治療行為やインフォームドコンセントの法理との関連において、被害者(患者)の自己答責的な自己決定がいかなる意義を有するかを、医師の説明義務違反と仮定的同意の問題を中心に検討した。近年、ドイツの判例や学説で有力な仮定的同意の法理は、合義務的態度の代替論、推定的同意論、(専断的)治療行為論の三者が交錯したそれらの応用問題のようなものとなっている。学説では、仮定的同意における正当化の瑕疵と結果発生 of 帰属阻却は、傷害罪における同意のみならず、その他の犯罪類型についても応用可能なものといわれているが、実際の判例において、それが問題となったのは今のところ医師の説明義務違反の場面に限られており、それは代替治療についての説明不足と過去の失敗の意図的隠蔽の類型である。前者では被告人は代替治療についての説明義務はないと錯誤しており、有効な同意があると思っていたので、同意という違法阻却事由に該当する事実の錯誤があり、過失犯の成否が問題とされ、後者では故意犯の成否が問題となった。すなわち、仮定的同意は、過失犯のみならず故意犯においても問題とされるのである。仮定的同意の体系的地位と法的効果について、判例は違法阻却事由としているが、これを認めると医師

は適切に説明する必要がないことにもなりかねないので、学説は違法段階若しくは構成要件段階における説明不足と結果発生 of 帰属の阻却事由と考えている。そうすると、過失犯の成否が問題になる場合には仮定的同意は犯罪不成立を導くが、故意犯の成否が問題になる場面では未遂の可罰性が残っていることになる。我が国と異なり、ドイツは傷害罪に未遂規定を設けたので、故意犯が問題になる場面では、現実の同意や推定的同意のような犯罪の阻却とは異なる独自の帰結を仮定的同意は導くことになる。この法理はその論理構成において問題を含むものであり、また法状態が異なる我が国では一層その採用が困難なものであるとの結論に達した。

#### 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計3件)

- ①塩谷毅、被害者の仮定的同意について、立命館法学、査読無、327・328号、2010、380-412
- ②塩谷毅、被害者の承諾、ハイブリッド刑法総論、査読無、2009、182-192
- ③塩谷毅、生命・身体に対する罪、ハイブリッド刑法各論、査読無、2009、10-49

#### 6. 研究組織

##### (1) 研究代表者

塩谷 毅 (SIOTANI TAKESHI)

岡山大学・大学院社会文化科学研究科・教授

研究者番号：60325074

##### (2) 研究分担者

なし

##### (3) 連携研究者

なし