

医療行為と傷害罪

林 田 丞 太

1 はじめに

医療倫理の観点からいうと、かつての医療は、医師が自己の専門知識と正確な判断にもとづき、誠意をもって患者の治療にあたるものであるから、患者はその医師を信じすべてを委ねればよい、といういわゆる医療父権主義または父権的温情主義（パターンリズム medical paternalism）によるものであった。医療においては、あらゆる決定および責任を医師が負うというものである。それが第二次大戦中、ユダヤ人を対象にナチスドイツの手によって行われた非人道的人体実験が明らかとなり、その反省から1947年、「ニュールンベルク倫理綱領」によりヒトに対する医学的実験における被験者の同意の必要性が基本原則で示され、1948年「世界人権宣言」第3条で「人の生命、自由及び身体の安全に対する権利」がうたわれ、1964年世界医師会総会での「ヘルシンキ宣言」でヒトを対象とする医学研究におけるインフォームドコンセントを明示した。医療に関するインフォームドコンセントは1972年、米国病院協会による「患者の権利章典」で権利と認められることとなる⁽¹⁾。さらに1981年、世界医師会総会において、患者の主要な権利を示した「患者の権利に関するリスボン宣言」が採択されることとなる。ここに至っては、患者の自己決定権にもとづき自己の健康に関することは医療に関わることであっても自己の責任で判断・決定し、それに必要な情報を医師は提供するという、患者主権主義ともよばれる医療が徐々に浸透することとなる。このような医療の変化は、医療にまつわる法的議論にも変化を及ぼすものであり、あらためて検討すべき問題もある。そこで、刑法においてもっとも基本的な医療問題である医療行為の正当化事由について、医療の変化を踏まえて考えてみたい。

昔も今も医療行為が犯罪を構成しないことは、一般的に異論のないところである。しかし、人の身体に侵襲を加える手術や「生体内に化学物質を導入して生態機能になんらかの変化を与える」⁽²⁾注射、投薬については、身体の生理的機能に影響を与えるものに他ならず傷害罪に該当する。それが、いかなる理論構成により正当化されるのかという医療行為の正当化根拠および要件については、議論が分かれており、統一には至っていない。そこで本稿においては、今後、医療過誤との関わりも考えられる医療行為と傷害罪について、学説を概観した後、若干の考察を加え、諸説の批判的構成を行うことにする。

2 医療行為⁽³⁾の正当化根拠に関する学説

患者の身体に侵襲を加える手術等の行為は、傷害罪の構成要件に該当するものの、刑法第35条正当業務行為により違法性が阻却されるため適法とする、というのがわが国の通説である。では、刑法第35条によるとしても何を根拠に違法性が阻却されるのかという具体的正当化根拠については、学説の分かれるところである。また、手術などの医療行為は、そもそも傷害罪の構成要件に該当しないとの見解もある。以下、諸説について、代表的見解をもとに概観する。

1 治療目的説

医師の主観面である目的を根拠に違法性が阻却されるとの説で、「治療すなわち個人の健康を維持し、病気の悪化を防止し、健康の回復をはかることは国家的に承認せられた共同生活の目的であるから、治療行為は、この目的達成に適当なものであるかぎり、違法性が阻却せられる」⁽⁴⁾というものである。そして、この治療目的は、現在の疾病治療のみを目的とするものではなく、より広範に将来の疾病予防の目的も含まれる。ただし、あくまで本人の健康保持促進を目的とするものでなければならぬため、美容整形手術、第三者のための輸血や皮膚・臓器移植、公衆衛生のための注射は治療行為には含まれない。⁽⁵⁾ また、本説においては、治療目的を主観的正当化要素とすることから、「治療の目的がない場合又は

治療以外の目的例えば実験の目的をもってなされた行為は、たとえ偶然に治療の効果があっても、違法」(6)となる。

治療目的説の場合、その要件として、①治療に関する知識及び技術について一般的に認められた能力のある者の行為である、②治療行為の方法・手段は専門的に一般に承認されたものである、③緊急を要する場合を除いては、本人の承諾、又は、本人に承諾能力がないときは配偶者・保護者の承諾を得ること、④治療の目的を持ってなされること、の4点があげられている(7)。

この治療目的説に対しては、「疾病を治療して健康を保持・増進させることを目的とした治療行為であるということを理由として、単純に違法阻却の根拠とすることはできない」(8)との批判がある。また、治療目的を主観的違法要素とする点に対しても、治療目的は客観的な治療傾向として把握すべきで、「行為が客観的に見て医学的に正当な治療行為であること以上に、特段に主観的な目的や動機を問題にすることは妥当ではない」(9)との批判、あるいは、たとえ結果的に治療の実があがっても、治療の目的でなく、実験の目的であれば違法性が阻却されないという帰結に導かれるが、目的や動機などの心理状態によって違法性とその阻却が左右されると見るのは妥当とは思われないという批判(10)などがある。

2 患者同意説

医療における患者の自己決定はいずれの説においても肯定されるものではあるが、一要件にとどまらず、正当化根拠とする立場からは、治療目的説への批判とともに「治療意図に基づき成功したレーゲ・アルティスに則った治療でも、被害者の同意、推定的同意がない限り、身体傷害罪になる」(11)とされる。そして、「治療行為が違法阻却となる決定的契機は、医師が患者の同意を得て行為したという点」にあり、「医師といえども、他人の身体を勝手に処置する権能」はなく、「医師の権威は、医師の自由に任せることを承認した患者の信頼に発する」(12)というのである。あるいは、「医療行為なかならず外科手術などの侵襲行為の合法性の実質的根拠は、患者の同意のうえに医療行為を行う能力をそなえた者が、医学上治療行為として妥当と認められる範囲内の方法に従って行ったという点にある」(13)というものである。患者の同意を強調する本説においては、結局、医療を受ける際においては、「患者は医師の勧めの処置、手術を受けるか、それをやらないで危険をおかして生活するか、どちらの機会をとるかについての最終的な独裁者」(14)なのである。患者同意説においては、患者の同意に加え医療行為を行なう能力をそなえた者が、医学上治療行為として妥当と認められる範囲内の方法に従って行うという要件(15)が求められている。

患者同意説に対しては、緊急を要し被害者の承諾を得ることができなかつた場合を説明し得ないとの批判がある(16)。

3 優越的利益説

正当化の根拠を優越的利益根拠の原理に求める説は、「治療行為によって維持・増進される患者の生命・健康という身体的利益(法益の要保護性)が、その行為によって侵害した患者の身体的利益(法益の要保護性)よりも大きいという意味」である。そして、その利益衡量は、他の要件である「医学的適応性」および「医術的正当性」がそれぞれ、治療行為による身体的利益維持の必要性および治療行為の手段・方法がもつ身体的利益侵害の危険性を要素として具体的におこなうものとされている(17)。あるいは、医療行為を正当業務行為として目的や手段・方法を総合して適用を考える(18)としても正当化の根拠としては、「法は、通常の場合は傷害罪、暴行罪などの規定によって人の身体を保護するが、より大きな利益である生命あるいは身体より大きな完全性が害されるおそれがあるときは、一定の限度において身体の保護を放棄し、その限度内における身体傷害に対し、正当化の効果を与える。医師の診療行為が一般に正当化される理由は、まさにこの点にある」(19)という主張もなされている。

優越的利益説においては、医療的適応性および医療的正当性がある場合には、客観的治療傾向があるといえるため、治療目的独立した要件とする必要はなく、医療的適応性、医療的正当性および患者の同

意を要件としている⁽²⁰⁾。

優越的利益説に対しては、利益衡量において手術が成功した場合には確かに客観的な優越的利益が認められるが、失敗した場合には結果として優越的利益を認めることができないのではないかとの批判がある⁽²¹⁾。

4 非傷害罪説

前3説はいずれも、医療行為を構成要件に該当するも違法性が阻却されることから適法とするのに対し、非傷害罪説はそもそも傷害罪の構成要件に該当しないとの説である。すなわち、「医学一般上に承認されている方法で行う医療は、典型的に人の身体に危険をもたらす行為とはいえ、そもそも健康の回復・維持・増進にとって必要なものであるから、社会通念上傷害の概念に当てはまらな」と⁽²²⁾ というものである。たとえ患者の同意が得られない場合であっても「それが治療の目的で行われ、かつ、その手段・方法が医学一般に承認されているものであって社会通念上是認しうる限り、人の身体の外形ないし生理的機能を不良に変更する行為とはいえ、傷害罪の構成要件に該当しない」⁽²³⁾ とする⁽²⁴⁾。

非傷害罪説において、治療行為が正当化されるためには、患者の生命・健康の維持・増進にとって必要であり、社会一般の観念において、治療行為を行うべき必要性が認められるという医学的適応性、治療行為が医学一般に承認された医療技術に則っているという医術的正当性⁽²⁵⁾、および患者の自己決定権を尊重した上での治療でなければならないとされる⁽²⁶⁾。

非傷害罪説によると、治療行為を一般的に構成要件非該当とすることから、患者の同意を得ずに行う専断的医療行為を不可罰とすることになるとの批判がある⁽²⁷⁾。また、治療行為を一般的に構成要件非該当とすることに対し、医学的侵襲の内容は極めて多様である上に、医学の進歩に応じてますます複雑となり、患者の生命・身体の安全に対する大きな危険性を含むものが少なくないから、それを一般的に傷害の構成要件にも該当しないと解することは疑問との批判⁽²⁸⁾もある。

3 批判的構成

1 正当化根拠

通説は、医療行為を刑法第35条正当業務行為によりを適法とするが、それは「医療行為」という「業務」そのものの性質が「正当」であるのではなく、当該医療行為がその「業務」の「正当」な範囲に属することによる⁽²⁹⁾。そもそも違法性の評価は、行為の反社会性を実質的に行うものであるから、単に「業務」そのものを一般的に正当化するものではない。この観点から、諸説を検討することとする。

まず、治療目的説には、目的をもって単純に違法阻却の根拠とすることはできないとの批判がある。この批判について考えてみると、一般に医療行為は特別な事情がない限り、通常の傷害罪と同一視しえない。したがって、違法性阻却に関しても他の犯罪に対するものとはおのずと異なるとも考えられる。その点からすると一般的犯罪阻却においては疑問の余地がある目的のみをもって阻却の根拠とすることじたいは、その性質から不相当とはいえない。本説の問題は、目的を主観的違法要素とする点にある。治療目的という主観的要素をそのまま違法性の評価に用いることは、行為の客観的評価という違法性の本質と相いれないものである。したがって、目的はあくまで「客観的な治療傾向」⁽³⁰⁾として把握すべきであろう。

本説に対し、治療結果がよかったとしても目的が治療ではなく、実験の場合、違法性が阻却されないという指摘もある。目的を客観的な治療傾向ととらえた場合でも、目的が完全に実験のみであるならば、客観的にみて評価は可能であろう。また、実験といえども、患者の治癒を試みる手段として行われるものであろう。それが、もし客観的にみて患者の健康を無視した実験であれば、医療という名を借りた人体実験であり、傷害罪に該当し、違法性が阻却されないことは妥当な結論となる。

患者同意説には、緊急を要し被害者の承諾を得ることができなかつた場合を説明し得ないとの批判がある。緊急時あるいは患者自身の判断が困難な子供や障害者に対する医療においては、本人からの同意の代替として、配偶者や親、保護者による同意で構わないというのが通説である。現実的な対処としても、本人から同意が得られない以上、やむを得ないといえるが、例外として許されると考えるべきである。この点と関連するが、本説の問題は、個人の身体・生命に関わる医療の正当化根拠を論ずるにあたり、多くの例外を含む患者からの同意を本質とする点にある。

優越的利益説に対する批判として、治療行為が失敗した場合には優越的利益が認められないというものがある。この批判に対しては、優越的利益説の立場から、「事前の」法益衡量として把握し、あるいはさらに広く行為の社会的有用性にもとづく「許された危険」としてこれをみとめることによって、たとえ否定的な結果が出てもお適法たりうるとされるのである⁽³¹⁾、あるいは「成功する蓋然性が失敗する可能性を上回るという意味で事前的な客観的優越的利益性をみだし、かつ、患者の選択（同意）にも合致していたときは、正当化される…当該行為のもつ結果発生危険性を考慮に入れてもお認められる優越的利益の存在について、事前にせよ、患者の選択との合致があったことを、その危険の現実化した結果を正当化する理由に挙げることができるのではなかろうか」⁽³²⁾との反論がなされている。しかし、違法性論における結果無価値論との整合性には疑問が残るのではないだろうか。違法性論において、結果に対する評価が異なる行為無価値論からは、そもそも、法益衡量を違法性阻却判断のもっとも重要な要素とする点が問題であると考えられる。行為全体を総合的に実質的にとらえなければならない。

医療行為は原則的に傷害罪の構成要件に該当するとの上記3説に対する批判として、「傷害罪説に立脚すると、治療行為についてはすべて傷害の故意ないし事実的故意が認められることになり不合理である。そして、厳格責任説を採るときには、医療過誤について常に故意犯（傷害罪）が問題となり、過失犯が成立する余地はなくなるであろう」⁽³³⁾との批判がある。しかし、ここで問題としているのは、医療行為そのものの正当化についてであり、個々の具体的医療過誤が刑事責任を追及される場合はそのほとんどが業務上過失致死傷罪（刑法第211条）である。もし、医療行為そのものの違法性が阻却されず、正当性が認められない場合には、当該医療行為に故意ないし事実的故意が認められ、傷害罪となることが、必ずしも不合理とはいえないのではないだろう。例えば、先に述べた全くの実験目的で、患者の健康を無視した人体実験にも匹敵するような医療行為、あるいは、当該患者に対する医学的適応性がまったく認められない手術等を患者の同意もなく行った場合などは、むしろ業務上過失致死傷罪ではなく、故意による傷害罪に該当すると考えるべきかもしれない。

非傷害罪説の論者は、誠実に日々患者の治療に専念する医師の行為が、故意犯である傷害罪に該当することへの疑問から出発しているように思われる。この点には、まったく同感ではあるが、医療行為を純粹に人による行為の一形態と考えた場合には、刑法的評価にあたり予めの制限があることは適切ではない。結果的には、該当するケースが皆無であっても、その可能性がある以上、傷害罪該当の評価じたいをなくすわけにはいかない。非傷害罪説に対しては、治療行為を一般的に構成要件非該当とすることに対し、医学的侵襲の内容は極めて多様である上に、医学の進歩に応じてますます複雑となり、患者の生命・身体の安全に対する大きな危険性を含むものが少なくないから、それを一般的に傷害の構成要件にも該当しないと解することは疑問との批判もある⁽³⁴⁾。医療過誤の増加と態様の多様性を考えたとき、前述のとおり医療行為を一般的に非傷害罪とすることを妥当ということはず、的を射た批判と考える。

また、治療行為を一般的に構成要件非該当とすることから、患者の同意を得ずに行う専断的医療行為を不可罰とすることになるとの批判がある⁽³⁵⁾。これに対し非傷害罪説の立場から「医学上認められるものである限り、同意のない治療行為は傷害罪にあたらぬと解すべきで……民事上同意のない治療行為について不法行為責任を認めた判例が現れているが、刑法上これと同一に論じるべき必然性はない」との反論がある⁽³⁶⁾。専断的医療行為は、個々具体的にその適法性を考える必要があり、専断的医療行為に対し傷害罪の評価ができないとの批判は妥当であると考えられる。ただし、非傷害罪説によれば傷害罪

としては不可罰となるが、強要罪など自由を侵害する罪にあたるとの主張もある⁽³⁷⁾。さいごに医療行為を行う者の身分について考えてみると、医療業務に関わる免許のもとに業務を行う者の行為に限定されるものではなく、免許のない非業務的行為であっても適切な医療を行うことができる程度に医学的な知識、技術、経験があれば、傷害罪にあたるものではなく正当化される（傷害罪には該当しないが、医師法違反に問われることはある）。また、免許のない素人が行う場合の正当化判断については一般的正当行為との関連で論ずべきとの見解もある⁽³⁸⁾。これは、免許は単に業務として治療行為を行い得る者の範囲を決定するにとどまり、その者の業務行為の適法性を一般的に認めたものではない⁽³⁹⁾からである。

2 要件

最後に、どのような要件を充たした場合に正当業務行為として医療行為の違法性が阻却されるかという点を考えることにする。

①目的

医療行為の正当化のためには、まず目的が必要となる。この目的は、患者の疾病を治療する、あるいは予防するという目的である。そして、目的は内面のみにみるのではなく、行為の態様ほか、医療行為にかかわる行為として発露することが重要である。これは、違法性阻却の原理として求められる目的の正当性から求められる要件である。

②患者の同意

医療行為の正当化のためには、患者の同意が必要である。同意の範囲は、「危険性の少ない治療行為については、ある程度の包括的な同意で許されるが、大きな危険を伴う場合は、包括的な同意を得ておくだけでは足りず、個々の治療ごとにそれに応じた明示的な同意を要する」⁽⁴⁰⁾との主張もある。医療倫理の観点、あるいは、民法の領域からするとインフォームドコンセントの要請から個々の治療ごとの同意が求められる場合もあろうが、刑法の違法評価においてはある程度の包括的な同意で足りるものと考えられる。ただ、患者が正確な情報にもとづく、みずからの身体への侵襲に対する同意を要件とする以上、包括的とはいえ、その同意が有効であるために、医師は患者に対する説明義務を負う⁽⁴¹⁾。本人からの同意を得られない場合には、本人に代わり配偶者、保護者などによる同意が原則として認められるが、根本的には患者本人の同意と同一に扱うことはできない。例えば、意識を失った患者やアルツハイマー病患者などに対する治療に際し、アメリカなどで一部用いられており、民事上の本人の意思表示と同じ効果をもたらす事前指示（Advanced directive）や永続的代理委任状（Durable Power of Attorney）の制度がないわが国では、あくまで本人の要望を誠実に推定できる者による同意ということになる。専断的医療については、患者の同意が得られない場合と患者の意思に反する場合とがある。同意が得られない場合については、事情を知ったならば患者は治療行為を拒絶しないであろうという患者の推定的同意が認定できるときは、行為は正当化される⁽⁴²⁾。他方、患者の意思に反する場合は、手術がいかにか治療上、適切であったとしても傷害罪は成立することになる⁽⁴³⁾との見解がある。治療の拒否や治療方法に制限を加える（輸血拒否など）といった意思が患者から示された場合、直ちに生命に危険を及ぼす可能性がないならば、自己決定権尊重から傷害罪が成立する可能性はある。しかし生命に危険を及ぼす可能性が高い場合には、たとえそれが意思に背く医療であっても専断的医療は正当であるとすべきであろう。すなわち、「法は、自己の生命の放棄を（原則的に）権利とは認めていないし、何ら理解可能な理由もなしに社会・国家を煩わせるような重大な健康状態悪化を招来することも『権利』ではありえず、後見的干渉の必要もあるから、自殺を企てた者の命を救うとか、治療拒否が余りに不合理かつ健康上重大な場合とかは、必ずしも自己決定権の及ぶ事態ではなく、『専断的』治療行為であっても適法でありうる」のである⁽⁴⁴⁾。このように、患者の同意は、近年の患者主権主義的医療においても民事上での取り扱いとは異なり、刑事上は比較的ゆるやかに解すべき要件であるといえる。

③医学的適応性および医術的正当性

この要件は、違法性阻却の原理として求められる手段の相当性から求められるもので、医療行為を評価するにあたり大切な要件である。したがって、疾病に対する適応および医療術法の検討は十分に行われなければならない。ただ、この要件は、患者の同意と深い関連があり、適応性が疑わしいか、またはその程度が低い場合は、それだけ患者の同意の要件が厳しくなる⁽⁴⁵⁾。また、あらゆる治療を試みたが、効果の呈を示さず、やむをえず医学上一般に承認されていない方法を用いる場合について、たとい、結果的に治療の実があっても、その行為は違法である⁽⁴⁶⁾との主張もあるが、この場合もやはり患者の同意の要件を考慮の上で適法と考えるべきではないだろうか。このことは医療行為の正当化に緊急避難による違法性阻却が適用されることがあることを示しており、患者の同意に加え緊急性、補充性を要件とすることになる。

4 おわりに

以上、医療行為が傷害罪にいかなる根拠により適法となりうるのか、またその根拠について検討してきた。違法性を行為の反社会性として実質的にとらえる場合、違法評価の要素のいずれかを強調すべきではなく、総合的に判断する必要がある。そして、医療行為の正当性を考えるにあたって、やはり目的の正当性および手段の相当性をその根拠にすべきであろう。社会において、ほぼすべての人が一生を通じて数回は経験し、多くの満足な結果を得られ、健康の保持・増進、疾病の予防という目的のもとに行われる医療行為を、人を傷つける故意のもとに生命・身体に外形力の行使を行う一般の傷害罪とまったく同等の行為との出発点から評価することは躊躇するところである。そこで、正当化要件の検討においては違いが表われることとなる。すなわち、目的、患者の同意および医学的適応性・正当性は、いずれも厳格すぎではならず、また、それぞれの要件が相互に関連し合うため、医療行為全体について、医療を取り巻く環境を踏まえ総合的に評価すべきであろう⁽⁴⁷⁾。このことは医療行為を特別な扱いとするものではなく、医療行為全体の犯罪性評価を適切に行うことにほかならない。

《註》

- (1) 2 患者は、自分の診断・治療・予後について完全な新しい情報を、自分に充分理解できる言葉で伝えられる権利がある。そのような情報を〈直接〉患者に与えることが医学的見地から適当でないと思われる場合は、その利益を代行する適当な人に伝えられねばならない。患者は、自分に対するケアをコーディネートする責任を持つ医者はだれであるか、その名前を知る権利がある。
 - 3 患者は、何かの処置や治療を始めるまえに、インフォームド・コンセントを与えるのに必要な情報を医者から受け取る権利がある。緊急時を除いて、そのような知らされたうえでの同意のための情報は特定の処置や治療についてだけでなく、医学上重大なリスクや予想される障害が続く期間にも及ばなくてはならない。ケアや治療について医学的にみて有力な代替の方策がある場合、あるいは患者が医学的に他にも方法があるなら教えてほしいといった場合には、そのような情報を受け取る権利を患者は持っている。
 - 4 患者は、法律が許す範囲で治療を拒絶する権利があり、またその場合には医学的にどのような結果になるかを教えてもらう権利がある。
- (2) 唄孝一・『医事法学の歩み』、82頁、岩波書店、1970
- (3) なお大塚教授は治療行為と医療行為とを厳格に区別され、治療行為を「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、医学上一般的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」、医療行為を「医師、看護婦などの医療の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、検査などの行為を含む」ものであり、両者は共通した性格を有するものであるが、次の点は医療行為特有のものであるとされる。すなわち、「医療行為は医療の専門家によって、高度の医学的知識及び技術を用いて行われ、また、患者の生命・身体に対する強い危険性が含まれることが少なくないから、医師等は患者またはその保護者から承諾を得るためには、あらかじめ患者・保護者に対して、その治療行為を行うことの必要性、緊急性および危険性について十分な認識を与えておくことを要し、そのための説明義務がある」大塚仁・『刑法概説（総論）〔改訂版〕』、406頁註、有斐閣、昭61)

- (4) 木村亀二・『刑法総論〔増補版〕』、289頁、有斐閣、福田平・『全訂 刑法総論〔第三版〕』、172頁、有斐閣、平8など
- (5) 福田平・『注釈刑法(2)のI』、117頁、有斐閣、昭43、および前掲『刑法総論』、173頁
- (6) 木村・前掲、289頁、齊藤信宰・『刑法講義〔総論〕第三版』281頁、成文堂、2001
- (7) 木村・前掲289頁
- (8) 莊子邦雄・『刑法総論』、328頁、青林書院新社、昭49
- (9) 中山研一・『刑法総論』、298, 299頁、成文堂、昭57
- (10) 町野朔・上智法学22巻2号115頁
- (11) 井上祐司・『被害者の同意』『刑法講座2』、173頁、有斐閣、昭38
- (12) 莊子邦雄・前掲327頁、莊子博士は、医師の業務行為を根拠として違法性が阻却されるわけではないと、明言されている。
- (13) 藤木英雄・『刑法講義総論』、188頁、弘文堂、昭52
- (14) 井上祐司・前掲174頁
- (15) 藤木・前掲、188頁
- (16) 木村・前掲、289頁
- (17) 内藤謙・『刑法講義総論(中)』、530頁、有斐閣、昭61
- (18) 西原春夫・『刑法総論改訂版〔上巻〕』、263, 264頁、成文堂、平10
- (19) 西原・『刑法総論』、142, 143頁、成文堂、昭57
- (20) 内藤・前掲531頁
- (21) 中山・前掲299頁
- (22) 大谷実・『新版 刑法講義総論』、279頁、成文堂、平12
- (23) 大谷・前掲、279, 280頁
- (24) 同趣旨として 藤木英雄・「可罰的違法性の理論」『可罰的違法性の理論』p.25、斎藤誠二・『刑法講義各論I〔新訂版〕』、192頁、多賀出版、1979
- (25) 大谷・前掲280, 281頁
- (26) 大谷・『医療行為と法〔新版〕』、194, 195頁、弘文堂法学選書11、平2
- (27) 飯田英男・『医療過誤に関する研究』法務研究報告書、10頁、昭48
- (28) 大塚・前掲405頁
- (29) 内藤・前掲527頁
- (30) 中山・前掲298, 299頁
- (31) 藤木・前掲244頁
- (32) 内藤・前掲532頁、詳しくは町野・上智法学24巻2号50頁以下
- (33) 大谷・『新版 刑法講義総論』、280頁
- (34) 大塚・前掲405頁
- (35) 飯田・前掲10頁
- (36) 大谷『新版 刑法講義総論』、280頁
- (37) 金沢文雄・「医療と刑法」『現代刑法講座』第二巻、133頁、成文堂、1979
- (38) 齊藤・前掲279頁
- (39) 木村・前掲288頁
- (40) 大塚・『犯罪論の基本問題』、199頁
- (41) 同趣旨として、福田・前掲173頁
- (42) 内藤・前掲533頁
- (43) 町野『患者の自己決定権と法』、163頁、1986、東京大学出版会、福田・『注釈刑法(2)のI』117頁、大塚・前掲405頁
- (44) 齊藤信治・『刑法総論〔第三版〕』、175頁、有斐閣、1998
- (45) 上田健二・「診療行為の意義」、『医療事故の刑事判例 第二版』、32頁、成文堂、1993
- (46) 大塚・前掲406頁、齊藤信宰・前掲279頁
- (47) 「全体について」あるいは「総合的に」評価することについては、曖昧であり、犯罪要素の評価としては適切ではないとの批判が予想される。小さな要素の集積から全体像の評価に結びつけることは大切であり、恣意的評価や曖昧評