

## ドイツ刑事判例研究 (99)

ドイツ刑法研究会  
(代表 曲 田 統)\*

ゲッティンゲン移植スキャンダルにおける無罪判決  
StGB §§ 212, 223, 22, 23; TPG §§10, 12, 16

山 本 高 子\*\*

死後提供される肝臓の割り当ての範囲内で操作を行ったことについて  
の故殺未遂、傷害未遂を理由とする可罰性の問題について

BGH, Urt. v. 28. 6. 2017 – 5 StR 20/16 (LG Göttingen)

### 《事実の概要》

LG は、被告人に対し、以下のような嫌疑について無罪判決を下した。それは、2010年と2011年に実施された肝臓移植において、死後提供される肝臓を割り当てるための規則に違反したことによる11件の故殺未遂と、医療上の処置が与えられなかったことに基づく3件の傷害致死についてであ

\* 所員・中央大学法学部教授

\*\* 嘱託研究所員・亜細亜大学法学部准教授

る。

主として、以下のように認定された。

移植方法の経過について：

重い肝臓疾患と診断された後、まず最初に患者は、移植センターとして認められている病院に紹介される。そこで、移植を実施するための要件が存在するか、検討される。承認された場合、移植センターの待機リストと、オランダのライデンに拠点を置く私法上の財団であるユーロトランスプラントの患者のリストに受け入れられる。ユーロトランスプラントは、ヨーロッパの8カ国、その8カ国にドイツも含まれているが、その8カ国において国際的な臓器の交換の枠内において提供された臓器を仲介し、ドイツ国内において権限のある公共機関によって、仲介所として委託されている。登録と排除の基準は、その所為の時点で、臓器移植法第16条第1項第1文第2号と第5号により作成された臓器移植についての連邦医師会の指針と、2009年12月18日の形式における待機リストへの登録と臓器の仲介についての規則（以下：RL-BÄK 2009）に含まれていた。2000年に締結された仲介所をめぐる契約に相応して、ユーロトランスプラントは、ハンドブック（ユーロトランスプラントマニュアル）を発行し、その中に同様に臓器の割り当てについての規定が含まれていた。それによると、ハンドブックの規定と食い違いが存在する場合、連邦医師会の指針が優先することになっていた。

肝臓の提供が報告されると、ユーロトランスプラントによりこの肝臓に対して「マッチリスト」が作成され、それに従って、将来臓器を移植されることになるレシピエントが、一定の順序でリスト化される。そのつどマッチリストにおいて、ただユーロトランスプラントに登録された患者が受け入れられ、移植センターによって伝達された提供データに基づいて、具体的な肝臓のレシピエントとして考慮される。リストの順序は、緊急性の段階に照準が合わせられる。優先されるのは、生命に危険な状況が差し迫っている（高い緊急度-HU）患者と、複数の臓器移植が必要な患者（複数の臓器の移植）である。その他の点では、その順序は「MELDスコア」

により決定される（最終段階における肝臓疾患に対するモデル）。この値は、3つの血液値から算出される（国際的に標準化された比率 INR、血清クレアチニンと血清ビリルビン）。MELD スコアが高ければ高いほど、患者が3カ月以内に死亡する統計上の蓋然性もますます高くなる。MELD スコア6の患者は、3カ月以内に死亡する蓋然性が1%である一方、最も高い MELD スコア40の患者にあっては、死亡の危険は98%である。

マッチリストが作成された後、臓器は、あらかじめ設定された方法で割り当てられる。標準の移植 (Regalallokation) において、ユーロトランスプラントは、その臓器を一定の（選択的な）患者に対して、移植センターに提供する。その際、提供された臓器の引き渡しは、最も高い MELD スコアである、MELD スコア40から始まる患者の順序に従ったマッチリストに従う。その際、MELD スコアは移植の緊急性を反映し、同時にシステムから引き起こされる一定の患者グループの不利な取扱い（なかんずく筋肉量が低い患者）を理由として、並びに、測定された血液値に関して肝臓内の可変性が一貫して信頼できるものではないことを理由として、各々の患者が死亡する統計上の危険を反映する。それにもかかわらず、ユーロトランスプラントは、その順序を厳格に順守することが義務づけられる。それゆえ、MELD スコアがより高い患者よりも、MELD スコアがより低い患者が、救命のための移植を緊急に必要とすることが確定している場合、提供された肝臓は、より高い順位の患者に提供され、割り当てられる。

そのつどの移植センターにおける臓器の提供にあっては、ユーロトランスプラントは、裁量の余地なく臓器を配分する。まず最初に、受け入れの決定は移植の外科医が行い、最終的に患者が行う。例えば、医療上の観点から、質的に平均を下回る肝臓が提供された際には、医師は、その患者が十分安定した状態にある場合、患者が移植にもちこたえ、より長く生きる機会を高めるために、臓器の提供を拒絶し、より良い質の臓器を待つことができる。移植センターにおいては、実際に移植の可能性が存在しないため、あるいは患者の状態がまさに移植を許容しないために、臓器の提供を

拒絶することができる。拒絶された場合、肝臓はマッチリストの順序に従って、その次の患者に提供される。

標準の移植において、臓器が受け入れられなかった場合、ユーロトランスプラントは、移植のための臓器が失われることを回避するために、早められた仲介手続、すなわち、センター手続に移る。所為の時点で、平均して7.4件の拒絶事例の後、この手続に移行した。この早められた手続において、これらの臓器は、具体的なマッチリストから引き離され、個別の移植センターに提供され、移植に適していると思われる患者が裁量的に選択される。2008年10月から2011年10月まで、ドイツにおいては、2219件が標準の手続で、1187件、すなわちわずか35%が、早められた手続で提供された。

個別の事例について：

なお訴訟の対象となっている事例のうち2件において、その認定によると、強制的なRL-BÄK 2009における規定にその受け入れが違反していたにもかかわらず、待機リストに患者を登録したことについて、被告人に対し、もっぱら責任がある（以下：待機リスト事例 Wartelistenfälle）。これに対して、残りの6件においては、以下のことが認定された。すなわち、MELD スコアを高めるため、場合によってはそれぞれの患者に、より良い順位を与える手助けをするために、被告人が、ユーロトランスプラントに対して、実際には行われていない腎代替療法についての虚偽の報告のきっかけとなったことである（以下：操作事例 Manipulationsfälle）。すなわち、ある患者にあっては、血清クレアチニンテストの前1週間のうち2度、腎代替療法を行ったときに、血清クレアチニン値は、実際に測定された値に関わりなく、4.0mg/dlの最高値に定められた。操作事例の一部にあっては、それをこえて、待機リストに登録するための排除基準が存在した。

待機リスト事例：

患者FとVは、アルコールに起因する肝硬変を患っていた。被告人は、2010年5月、それぞれ待機リストに登録した。それとともに、被告人は、

その患者が、少なくとも6カ月断酒を順守した場合に初めて、アルコールに起因する肝硬変を患う患者を待機リストに登録することが許されるとする、所為の時点において妥当する連邦医師会の指針に違反した (Ziff. II 2.1 S. 1 RL- BÄK 2009)。しかし、両患者は、一そのことは被告人に認識されていたが—その時点で、なお、6カ月の断酒を行っていなかった。2010年5月ないし7月において、被告人は、臓器の提供を受け入れ、その移植を最も高い生命の危険を有する患者FとVに、レーゲ・アルティスに則って、実施した。

患者Fに関しては、それ以上に、ユーロトランスプラントに対し、現在重要な腎代替療法を実施していることを偽って伝えていた。患者Vについては、それに加えて、不適切なビリルビン値を報告していた。しかし、LGは、虚偽の報告が被告人により指示され、被告人がそれを承諾したとは、認めなかった。

#### 操作事例 (Manipulationsfälle) :

患者B, I, W, We, P, Feに、被告人は、2010年から2011年の時点で、そのつど肝臓移植手術をした。全ての事例において、そのつど被告人の指示により、前もって2度腎代替療法を実施したという、ユーロトランスプラントに対する真実に反した報告に基づき提供された。それゆえ、患者らは、虚偽の報告なしで生じさせたMELDスコアより高いスコアを伴い、それに続いて患者らにそれ自体ふさわしくないより高いリストの順位を与える、臓器の提供と臓器の受け入れへと至るマッチ手続に関与した。

被告人によって指示された虚偽の報告の目標は、患者に臓器が配分される見込みを高めることであった。虚偽の報告の時点においても、臓器の受け入れに際しても、被告人は、彼の患者に、それぞれの臓器が、諸事情の下で、事実合致した報告のもとでは配分されないだろうことを考慮にいれていた。なぜなら、「高い順位の」患者に提供されるだろうからである。そのような「高い順位の」患者は、もはや適時に、他から臓器の提供を受けられず、それゆえ死亡する危険に陥ることを、被告人は認識していた。被告人は確かに、場合によっては最も良い地位にはね上げられた (以下 :

第一の地位に追い越された) 患者が、適時に他から臓器の提供を受け、虚偽の臓器の配分に基づいて健康上の侵害をうけないことを信託していた。例えば、「第一の地位に追い越された者」の後ろの地位に「追い越された」患者に関して、被告人は、移植(Allokation)の手続が計算できるものではないため、すでに実際の経過を、その本質的な部分において予見することができなかった。

個別の患者については、以下の特殊事情が存在した。

患者Bは、化学療法に伴うB型ウイルス肝炎の再活性化ゆえに、急性の肝臓の機能不全を患っていた。とりわけ、それに対してRL- BÄK 2009 Ziffer II 2.5の下で意図された、3段階と4段階の脳造影療法の条件(Clichy基準)を充足していないにもかかわらず、被告人は、待機リストへ登録した。

患者Iに関しては、肝外腫瘍増大を患っており、それゆえ、いわゆるMaidland基準は、順守されていなかった(腫瘍が2~5cm、あるいは、3つの腫瘍が3cmをこえないこと、肝臓外への転移がないこと、大血管に侵襲性の増大がないこと: vgl. RL- BÄK Tabelle 3)。被告人は、RL- BÄK 2009 Ziffer II 2.3が、肝外腫瘍増大を患う患者を待機リストへ登録することを禁止しているにもかかわらず、待機リストに登録した。さらに、患者Iは、ユーロトランスプラントに「居住している」として報告された。その患者Iが、登録の時点で、「ユーロトランスプラントに加盟する国」に居住していないにもかかわらず、また合法的に6か月以上「ユーロトランスプラントに加盟する」国において生活し、働いていたのではないにもかかわらず、である。

患者Weは、——患者FとVのように——アルコールに起因する肝硬変を患っていた。これらの患者についても、被告人は、6か月の断酒期間を順守していないにもかかわらず、待機リストに登録した。これに対して、LGは、患者Wについて、アルコールに起因する肝硬変を患っており、それゆえ指針に違反して、待機リストに登録したとは認めなかった。

待機リスト事例においても、操作事例においても、肝臓移植は、患者の

生命に危険な状態に鑑みて、一貫して急を要するものであった。両事例は、治療目的で、そして医学準則に則って実施された。LG の認定によると、被告人が、肝臓の提供を規則に違反して受け入れたことに対して、その患者や第三者により不適切な対価を得たことについてのよりどころは、存在しない。全く同様に、LG は、被告人が、いずれにしても、その移植数をさらに高め、これによりその業務上の名声を強めようとする願望によって果たされていたことも、認定していない。

LG は、故殺未遂の可罰性を法的な根拠からも、事実的な根拠からも否定した。

LG は、臓器を割り当てるための臓器移植法の規定に、個人を保護する性格を付与したのではないとする見解を主張した。ただ、この規定は、人間の尊厳の表現として客観的で、明瞭であり、正当な、あとづけ可能な基準による、人間の生命と割り当ての正当性の一般的な保護を目的とする。この観点において、規則に違反して他の患者を待機リストへ登録したため、あるいは、腎代替療法についての虚偽の報告によって、本来その患者にふさわしくないマッチリストの順位を与えたため、そして、これらのことゆえに、生命を救うための臓器を得られなかった患者について、死の結果あるいは傷害の結果の客観的な帰属可能性が欠落する。このことから、それに加えて、相応する未遂にとって必要な所為の決意が欠落する。

さらに、連邦医師会の指針により、患者が少なくとも6か月完全に断酒して初めて待機リストに登録することが許容されるという限りにおいて、所為の時点で妥当する連邦医師会の指針は、実質的に憲法に違反し、それゆえに、考慮されない (RL- BÄK 2009 Ziffer II 2.1 Satz 1)。同様のことは、肝外腫瘍増大 (RL- BÄK 2009 Ziffer II 2.3) を患っている患者と、いわゆる Clichy 基準を充足しない患者 (RL- BÄK 2009 Ziffer II 2.5) を排除することにも妥当する。その限りで重要なユーロトランスプラントマニュアルにおいて今日妥当する基準に従うと、ユーロトランスプラントに「居住者ではない」と伝えることも許される。このことは、被告人に、患者 I の事例において、刑法第2条第3項の法思想により有利に作用しなければなら

ない。

結局、殺人の故意と傷害の故意は、証明されていない。故意の認識的要素は、せいぜいそのつど「第一の地位に追い越された」患者に関して、事物思考的な共通認識(sachgedenklichen Mitbewusstsein)に基づいて肯定される。しかし、以下の理由で、故意の意欲的要素は否定される。被告人は、——認定により立証されたが——高い MELD スコアについて、肝臓が供給過剰な状態にあること、そして、それゆえに良い結果を信頼しえたし、そして実際にそれを信頼していた。さらに「追い越された」患者に関しては、実際に臓器を割り当てる経過を全く見通すことができないため、すでに因果経過の本質的部分における予見可能性が否定され、それとともに、故意の認識的要素が認められないのである。

無罪判決に対する連邦検察庁の上告は、認められなかった。

## 《判旨》

Ⅱ. 被告人の無罪は、法的な検討に耐えられるものである。臓器移植法により、並びに臓器移植法に基づいて妥当する死後取り出された肝臓を移植(Allokation)するための規定に違反することが、故殺の不法、あるいは傷害の不法を正当化しないという LG の見解は、結果的に、「待機リスト事例」において正当である。「操作事例」に関しても、LG により認められた殺人の故意、もしくは傷害の故意の否定は、決定的な法的瑕疵はなく、被告人の有利に作用するものである。臓器移植法第20条第1項第4号に該当する規定違反についての無罪判決に対しても、法的に何一つ異議はない。

1. 当法廷は、被告人を故殺あるいは傷害に対して有罪とすることができるかという点が、総じてすでに帰属可能性が欠落するために否定されるかどうかを、最終的に決定する必要はない。臓器移植法第12条第3項第1文、並びにそれと関連して存在する諸規定(とりわけ、臓器移植法第10条第2項第1号から第3号、第16条第1項第1文第2号と第5号、第13条第3項第1文と第3文)が、ただ、臓器を割り当てるにあたっての公正原理



の表現であり、それゆえ、—— LG も認定したように—— 傷害行為と故殺行為の阻止に向けられたものではない場合に、このことはあてはまる (so Bülte StV 2013, 753, 755; Verrel MedR 2014, 464, 467 f.)。同様に妥当しうるのは、故殺と傷害の実現に関しては、操作により「追い越された」患者に、法的に保障された要求、少なくとも臓器の「継承権」が、しかし、それは派生的な関与の権利をもっぱら仲介する臓器移植法が保障しているものではないが、当然与えられることを前提とする場合である (in diesem Sinne Schroth NSTZ 2013, 437, 443; Schroth/Hofmann FS Kargl, 2015, S. 526, 530 ff.; Fateh-Moghadam MedR 2014, 665)。

そのような見解にとって、LG により文献に依拠して引用された考慮をこえて、臓器移植法の立法者は、臓器移植法第20条第1項第2号(後の第4号)における臓器の割り当ての範疇での法違反を、ただ罰金刑で補強していることが有利に作用する (vgl. hierzu auch RL-BÄK 2009, S. 60 unter Ziff. II 5; entspricht den heute geltenden Richtlinien unter Ziff. II 4)。この見解は、以下のような事情により、さらに確認される。それは、多くの移植センターにおいて明らかにされた「操作」を、その中に被告人のそれも含まれるが (vgl. BT-Dr. 17/13947, 25)、その操作を刑法上包摂するために、2013年7月15日 (BGBl. I, 2423, 2430) に、疾病保険における寄与責任についての社会的に過大な要求を排除する法第5d 項により、臓器移植法第19条第2a 項に医師に対する身分犯と医師により委託された者に対する身分犯が創出されたという事情である。臓器移植法第10条第3項第1号と第2号との関連における第19条第2a 項に従って、以下のことを行った医師、あるいは、医師により委託された者は、2年以下の自由刑で処罰される。それは、臓器移植法第13条第3項第3文に従い、ユーロトランスプラントに対する移植センターの通知に関して、意図的に患者の健康状態を不正確に高め、あるいは記録し、あるいは、統一的な待機リストを処理するにあたり患者を有利に扱うために、臓器移植法第13条第3項第3文に従った通知に際して、意図的に不正確な健康状態を伝えた者である。それゆえに、患者を有利に扱う意図の下で、LG によって認定された被告人の所為に相

当する「操作」は、禁止される。移植(Allokation)の方法に関する規則が、個人を保護するという性格を理由として、さらに厳しい刑罰を科すにあたり、その所為が、すでに(未遂の)故殺や傷害とみなされうるとなるならば、新たな刑罰法規の創設は意味がない。しかし、結局、それは決定的な問題ではない。なぜなら、他の根拠から、無罪判決は維持されるためである。

2. RL- BÄK 2009 Ziffer II 2.1 第1文に含まれる当該排除条項により、6カ月間の断酒期間を順守しなかったにもかかわらず(患者FとV)、アルコールに起因する肝硬変を患っている患者を待機リストに登録したことが、もっぱら被告人に負責されるとすると、故殺(未遂)、あるいは傷害(未遂)を理由とする被告人の処罰は、基本法第103条第2項において保障された法律主義の観点においても、否定される(dazu Buchst. a)。それに加えて、指針の規定は、臓器移植法第16条第2項第2号の授權規範を逸脱したことを理由として、並びに、内容的な瑕疵を理由として、刑罰法規を根拠づける作用を及ぼしえない(dazu Buchst. b)。

a) いわゆる指針の規定の違反は、いずれにせよ、所為の時点で妥当する臓器移植法に基づいて、刑罰法規上の補強に受け入れられるものではない(第16条第3項第1文の規定の効力に従った判断について vgl. Dannecker/Streng-Baunemann NStZ 2014, 673, 678 f.)。

aa) 連邦憲法裁判所の確定した判例によると、基本法第103条第2項、並びに基本法第104条第1項第1文における厳格な法律の留保は、立法者自体が、可罰性の要件や刑罰の種類を確定することを要求する。この可罰性が、授權規範における十分な基準なしに、施行行為(法の指示あるいは執行行為)により初めて根拠づけられる態度義務違反に結びつけられる場合、これらの要求は、十分ではない(vgl. etwa BVerfGE 75, 329, 341 ff.; 78, 374, 383 ff.; BVerfG, NJW 2016, 3648, 3651 Rn. 46 f.)。

bb) 文献においておそらく支配的な見解によると、連邦医師会の指針は、私法上の組織(権利能力のない法人)であるにもかかわらず、有効なルール制定の形式としての資格を付与される(vgl. Höfling TPG, 2. Aufl., §

16 Rn. 5; Gutmann in Schroth/König/Gutmann/Oduncu, TPG, 2005, § 16 Rn. 4; Bader Organmangel und Organverteilung, 2010, S. 184, alle mwN; aM Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler TPG, 2001, § 16 Rn. 20: „antizipiertes Sachverständigengutachten“)。LG の認定によると、移植医療の実務において、アルコール依存症の患者は、肝臓の移植に対する医療上の処置を与えられたにもかかわらず、断酒期間を順守しなかったことで、待機リストに登録されず、場合によっては、死に委ねられることによって、取り扱われることになるのである。

有効なルール制定の表れとして、この規定は、確かに基本的に、抑止的な制裁を伴って補強されている。しかし、待機リストへの登録についての指針の違反は、前述された必要性に明らかに相当しない刑罰の下に置かれている白地刑罰法規なのである。なぜなら、臓器移植法は、規定の形成にとって詳細な一定の基準を含んでいないからである (vgl. auch Schmidt-Aßmann Grundrechtspositionen, 2001, S. 103)。その限りで重要ではあるが、その傾向において逆方向である、移植の「必要性と結果の見通し」という基準は (臓器移植法第16条第2項第2号)、その上、その基準とは、ただ例として挙げられたにすぎず (「特別な」)、そして推量原理において認められているにすぎないのであるが、すでに、具体的な作為義務や、不作為義務がこれに結びつけられうることを認めない (vgl. Schroth/ Hofmann FS Kargl, aaO, S. 539; Streng-Baumann FS Streng, 2017, S. 767, 777)。厳格な抑止的な制裁を伴って補強される当該アルコール依存症患者を排除する構成要件の規定に対するおおよその一定の立法的委任を、その規定は含んでいない。そのようなものは、臓器移植法第16条第1項第1文からも導かれず、それによると、連邦医師会は、「医学界の認識の立場」を確定しなければならない。

cc) これらの諸事情は、刑法第212条の解釈にあたって顧慮されないのではない。確かに、刑法第212条第1項の故意の殺人 (同様に刑法第223条の故意の傷害) が、所為の実行に特別な形式を前提としていないことは正しい (vgl. Rissingvan Saan NStZ 2014, 233, 239; Bülte aaO, S. 753)。「断酒

条項」は、アルコールに起因する硬変に対する肝臓移植が、厳格に6カ月の断酒期間を経過する前には、医療上意味をもたないとするのであるが(dazu auch unten Buchst b.)、医療上・自然科学上の経験則に合致しないので、ここで問題となっている故殺(未遂)あるいは傷害を理由とする被告人の可罰性は、指針の形式的な違反を伴ってのみ、根拠づけられうる。しかし、刑法第212条、第223条の解釈の道筋において、もっぱら形式的な違反に結びつけられた——前述された原則に従って刑罰法規上補強可能でない——指針の規定の補強を引き起こすこと、そしてとりわけ故殺の構成要件をこれにより非常に重い刑罰で威嚇するにあたって、いわば指針の規定により充足される白地として形成されることを考慮することはできない(vgl. auch Schroth/Hofmann FS Kargl, aaO, S. 539)。この意味における解釈は、基本法第103条第2項に違反する。

b) さらに、LGは、適切にも排除条項に対する内容上の疑念を主張した。

aa) その法的に瑕疵のない認定によると、被告人は、アルコール依存症であり、アルコールに起因する肝硬変を患っている患者Fと患者Vについて、被告人が認識していたように、両患者がなお6カ月断酒していなかったにもかかわらず、待機リストに登録した。両事例において、生命を救うための移植は切迫していると示された。両患者は、移植なしではわずかな数日で死亡したであろうし、それゆえ待機期間を生き延びられなかったであろう。

多数の専門家により専門知識の助言を求めた陪審裁判所は、医療上の観点について、肝臓移植が、アルコール依存症の考えられる再発にあっても、成果を期待するものであることを認定した。アルコールに起因する硬変を患っている患者が、肝臓移植後、さらにアルコールの濫用に陥り、このために移植体の喪失を被ることは、比較的まれである。認められた50%の再発率に関して、調査された患者の約4%のみが、移植体の喪失を被っている。移植後の死亡の危険は、新たに深刻にアルコールを摂取した場合でも、2%以下である。生存率は、5年後で73%に上り、10年後は58%に

なる。アルコールの節制にあたって、肝硬変が改善することはない。改善されうるのは、ただ肝臓の機能である。これに対して、肝硬変それ自体は不可逆であり、アルコールの節制にもかかわらず、あらゆる危険を伴って存在し続ける。；差し迫った、生命に危険な臓器の代償不全の進行に常に脅かされる。これに対して、患者が断酒期間をおそらく生き延びることができないであろう場合、ヨーロッパの標準は、少なくとも移植である。

その上、——断酒期間なしに——ドイツにおいても、アルコール依存症の患者について、生体一部肝移植に対する医療上の処置が認められている (Schroth/Hofmann NStZ 2014, 486, 492)。

bb) 多くの研究により確証されたこれらの調査結果に鑑みて (vgl. Bader aaO, S. 247 ff.; Fateh-Moghadam aaO, S. 666; Strassburg Der Chirurg, 2013, 363, 367, alle mwN), 陪審裁判所は、当然、連邦医師会の指針において行われている厳格な6カ月の断酒期間を経過する前のアルコール依存症患者の除外を正当化することができる医療上の根拠は存在しないことを出発点とした。このことから、同時に、「節制条項」は、「医学界の認識」の決定に向けられた臓器移植法第16条第1項の授權規範に違反すること、それゆえに、これらの理由から刑罰法規を根拠づける作用を有しえないことになる (vgl. Gutmann aaO, § 16 Rn. 15; Bader aaO, S. 381; Schroth/Hofmann NStZ 2014, 486, 492 mit Fn. 54; Dannecker/A. Streng JZ 2012, 444, 451 mit Fn. 94; Dannecker/Streng-Baunemann NStZ 2014, 673, 675 f.; Sickor GesR 2014, 204 f.; Lang MedR 2005, 269, 275 ff.)。さらに加えて、療法に伴わない、厳格な6カ月の断酒期間が、再発の危険の本質的な低下と、それとともに、成功の機会 (臓器移植法第16条第1項第2号) の著しい増大をもたらすのに適したものであるということに、疑念が存在する (vgl. Dannecker/Streng-Baunemann aaO.)。

それにもかかわらず、節制条項は、アルコール依存症を再発しても存在する延命の機会を理由として、あるいは、それにより——患者Fや患者Vのような——6カ月の期間を移植なしでは生き延びることができない患者をも除外する限りにおいて、基本法第2条第2項第1文と第3条第1項の

観点の下で、徹底的な疑念にさらされる (vgl. Dannecker/ Streng- Baunemann aaO, S. 675 ff.)。

cc) いずれにせよ、規範が、形式的な法規の下で疑わしいものであるため、当法廷は、連邦憲法裁判所の規範を退ける独占的権限により、憲法違反をその決定の根拠において認めることを妨げられない (vgl. BVerfG NVwZ-RR 2000, 473, 474 mwN)。憲法上の再検討は、その決定の重大性において、むしろ、おのおのの裁判官に義務づけられる (vgl. BVerfGE 48, 40, 45; BVerfG NVwZ-RR 2000, 473, 474; BGH Urt. v. 11. 1. 2016-AnwZ [Brfg] 49/14, BRAK-Mitt 2016, 139 Rn. 11, jew. mwN; Dannecker/Streng-Baunemann aaO, S. 678)。

dd) 刑罰法規を正当化する排除条項の拘束力は、連邦検事総長の見解とは反対に、「運命共同体」の思考を伴っても正当化されない。その思考は、臓器を必要とする患者全てがその一員となり、その中では、司法上認められた憲法違反に至る規則は、現実に存在する憲法違反に際しても考慮されるものであるが、「規制なしの」状態を回避するために、故殺(未遂)や、傷害(未遂)を理由とする可罰性を強制的に要求するものである (vgl. auch Rissing van Saan aaO, S. 244; hiergegen Schroth/Hofmann FS Kargl, aaO, S. 540 ff.)。まず最初に、この見解は、依然として全く明確でない法的保護の問題という観点において (dazu Lang in Höfling, aaO, Einführung IV Rn. 25 ff., Gutmann aaO, § 12 Rn. 39 ff.; Schmidt-Aßmann aaO, S. 109 ff., jew. mwN)、生命に必要な手術に直面する医師の状況と結びつけられ、——その限りで憲法上要請された緊急の法的保護の保障を顧慮しないものであるが (vgl. BVerfG NJW 2017, 545; 2013, 1727; Beschl. v. 18. 8. 2014-1 BvR 2271/14) ——事実上、ほとんど正当化されない「死へと至る運命共同体」という結末となる。さらに、いずれにせよ、これらの思考により、例えば憲法に違反した体系の裏づけは、まさに故殺、あるいは、傷害の刑罰構成要件によって、正当化されえないだろう (vgl. Schroth/Hofmann FS Kargl, aaO, S. 542)。臓器移植法の立法者は、この領域における規則違反に対して、臓器移植法第20条第1項第4号で罰金刑を規定した。これ

は、当法廷の見解によると、この種の諸事例を包摂しない限りにおいて (dazu unten I. 4.), 規範の名宛人が、立法的な瑕疵に基づいて、いまや、故殺 (未遂)、あるいは、傷害を理由として処罰されなければならないことまで効果を及ぼすものではない。

3. 6件の「操作事例」における無罪判決も、上告審の検討に耐えられるものである。

a) 当法廷は、被告人により指示された虚偽の報告を理由とする被告人の可罰性が、すでに、上述した根拠から基本法第103条第2項の観点の下で、あるいは、指針の規定を考慮しないことを理由として、否定されなければならないかについて、未決定のままにしておく。これに関しては、故殺 (未遂)、あるいは傷害 (未遂) を理由とする被告人の可罰性が、同様に連邦医師会の指針における規定に形式的に違反したことを伴ってのみ、正当化されうるであろうことから現れる。当該虚偽の報告に関しても、現在重要な腎代替療法の実施から、自身の患者のそれより高い緊急性をもつ患者を不利に扱ったという嫌疑を、導かれない。個別の具体的な事例における緊急性の問題は、むしろLGが適切に述べたように、形式を整えられたマッチリスト手続において、役割を演じるものではない。マッチリストの地位に関しては、もっぱら、3つの血液値から構成されるMELDスコアが決定し、そのMELDスコアは、陪審裁判所により招聘された全ての鑑定人による陳述によれば、個別の事例における緊急性を一貫して信頼可能なほど反映するものではない。それゆえ、地位が劣後する患者についての移植が、第一の地位にある患者よりも緊急性を有することが確実に認められた場合も、ユーロトランスプラントは、提供について、並びに取り扱う医師により受け入れを認められた後も、第一の地位にある患者への臓器の配分が義務づけられることになるだろう。

LGは、さらに、MELDスコアに関して決定的な血液値が、それはマッチリストにおける地位の確定にとって、それとともに、臓器を入手する機会にとっても決定的であるが、当時標準化された方法において確定されていないことを認めた。陪審裁判所により基礎に置かれた鑑定人の陳述によ

ると、とりわけ、INR 値の測定に際して、高い肝臓可変性が存在する。関連する研究において、平均して、3のMELD値と5のMELD値との間に相違が生じる。もっとも12のMELD値までの逸脱へと至りうる。確かに、標準化は可能であるが、当時「自由に使える」わけではない。異なった測定方法に基づく逸脱へと至りうるのは、ビリルビン値とクレアチニン値の測定に際してもである(7のMELD値まで)。さらなる除外は、例えば、筋肉量が乏しい患者について存在する。そのため、女性と病床にある患者は、一般的に不利に扱われる。女性の肝臓移植候補者の65%については、2から3の値までの差が認められる。しかし、——原則的に起こりうる——標準化された方法が欠けているためにゆがめられた「肝臓可変性」は、ただ40の値にしか及ばないMELDスコアの領域で2桁の領域にまで及ぶが、確定されるべきリストの地位と、それと同時に臓器の入手の機会への重要な作用をもちうる。それゆえ、これにより引き起こされたゆがみとそれと結びつけられた当該患者らの機会の平等の侵害に直面して、その限りでも前もって与えられた規定の刑罰法規上の裏づけに対する基礎が欠けている(vgl. auch Streng-Baunemann aaO, S. 775)。

b) 同じく、RL-BÄK 2009 Ziffer II 2.5に含まれる、B型ウイルスに感染した肝炎を患っている患者(患者B)を待機リストに登録するための3段階と4段階(Clichy基準)の脳造影療法の条件が、実質的に憲法に違反し、それゆえ考慮されないことに、LGが賛意を表したか否かも、未決定にしうる。それに相応したことは、RL-BÄK 2009 Ziffer II 2.3に従った、肝外腫瘍増大を排除する基準に対しても妥当する(患者I)。確かに、当該Ziffer 2 Buchst. aの下での考慮は、これらの排除規則にも基本法第103条第2項の観点の下での処罰可能性が欠落することに妥当する。

c) 当法廷は、これらの問題を最終的に決定する必要はない。というのは、いずれにせよ陪審裁判所により行われた故意(所為の決意)の検討が、決定的な法的な瑕疵ではなく、被告人に有利になるためである。LGの証拠の評価に関する言及は、それとともに故殺の条件付き故意と傷害の条件付き故意が否定されるのであるが、結果的に上告審の再調査に耐えら



れる。

aa) 故殺の条件付き故意は、行為者が結果を可能なものとして、その行為の全く離れたものではない結果として認識し（認識的要素）、これを是認し、あるいは追求したい目標ゆえに、少なくとも死の発生を甘受し、行為者に結果の発生がどうでもよく、あるいはそれ自体期待されない（意欲的要素）ことを前提とする。条件付き故意の両要素は、各々の個別の事例において包括的に検討され、場合によっては、実際の認定により確証されなければならない（st. Rspr.; vgl. etwa BGH Urt. v. 8. 12. 2016 -1 StR 344/16 Rn. 18; v. 16. 9. 2015 -2 StR 483/14, NStZ 2016, 25, 26; v. 27. 1. 2011 -4 StR 502/10, NStZ 2011, 699, 702）。この検討は、個別の事例のあらゆる客観的事情や主観的事情を全て考察することに基づいて行われる（vgl. BGH Urt. v. 13. 1. 2015-5 StR 435/14, NStZ 2015, 216; Beschl. v. 9. 10. 2013 -4 StR 364/13, StV 2014, 345, 346; Urt. v. 22. 3. 2012-4 StR 558/11, BGHSt 57, BGHSt 57, 183, 186 f.）。その際、とりわけ、所為の客観的危険性、行為者の具体的な攻撃方法、所為の実行に際しての精神状態、その動機づけ状況が含まれる（vgl. BGH Urt. v. 16. 5. 2013 -3 StR 45/13, NStZ 2013, 581, 582; v. 8. 12. 2016 -1 StR 344/16, aaO）。

(1) 陪審裁判所は、以下のように説示した。すなわち、被告人が全ての事例において、その患者を救うために行為したことを基礎に置いている。訴訟の対象となった全ての事例において、被告人は、正当に、移植がその事例に際して、非常に切迫していたことを出発点とした。これらの患者には、移植なしでは短期間のうちに死亡するであろう危険が存在した。被告人により指示された現在実施されている腎代替療法についての虚偽の報告の目標は、ユーロトランスプラントによる臓器の提供と臓器の配分によって決定的な MELD スコアを高めることにあった。これにより、被告人が達成しようとしたかったのは、後に続くマッチ手続において彼の患者が、他の患者を、その患者は真実に即した提供と、それとともに規定通りのマッチリスト手続の経過に際し、もしかすると彼の患者より前に位置づけられている患者であるが、その患者を「追い越す」ことであった。

その際、被告人に認識されていたのは、

- 所為の時点で、約400人から500人の患者が、肝臓待機リストに名前がある患者であり、時宜にかなった臓器の提供がなければ死亡すること、しかし、その中には、可能な限り迅速な移植によってさえもはや救命することができない者も未知数含まれていること
- そのつどの「操作」が、具体的な事情の下で、おおよそ効果を及ぼさないが、しかし、通常であれば、わずかな患者には該当するであろうこと
- そのつどの操作が、個別の事例において「追い越された」患者にとって、むしろ、生命を長引かせる効果を及ぼす可能性があること
- 実際に「追い越された」患者は、なお第一に提供される地位を維持していること、操作に基づいて死亡する危険は、それゆえわずかで、加えて、欺罔に基づきこれらの患者に提供されなかった臓器が、これらの患者に適合したかどうかは、確実ではないこと

移植が、諸事情の下で、「追い越された」患者たちについて、被告人の患者についてと比較して、より切迫しているか、あるいは、比較的切迫しているか、ほとんど切迫していないかについて被告人は認識していなかった。

これらを出発点として、被告人には、以下のことが考慮可能であったと評価された。すなわち、虚偽の報告に基づいて、ひょっとするとさらにユーロトランスプラントにより一定の肝臓に対して作成されたマッチリストにおいて第一の地位を与えられた患者が、被告人によって、より後になってしか移植される臓器が得られず、それゆえ死亡することである。しかし、被告人には、この結果が発生しないことを信頼することは正当であった。これに対して、被告人には、もしかするとさらに「追い越された」患者に関して、移植(Allokation)の手続がはかりしれないため、因果経過を本質的な部分において予見しなかった、あるいは予見できなかったであろう。それゆえ、その限りですでに故意の認知的要素が欠落する、と。

(2) LGは、その故意の検討において、あらゆる故意に重要な事情に照準を合わせ、結果的に是認できる方法で評価した。証拠の評価に、法的瑕

疵はない。

(a) 確かに、陪審裁判所によって行われた考慮において、所為の故意にとって決定的な基準点は、十分明確に表現されていない。すなわち、LGが、故殺既遂を拒絶するための根拠づけにおいて適切に述べているように、これにとって決定的なのは、具体的な臓器が、その患者に本来ふさわしい順位に応じて提供されたであろう場合、虚偽の報告によって「追い越され」、死亡した患者が、确实性に境を接する蓋然性でもって生きながらえたか、である。この問題提起の正当性は、ただちに、「追い越された」患者が、その死亡事例において、まさに被告人の行為に基づいて死亡したのではなく、その病気の結果であったことから、明白である。それゆえ、その限りで刑法上の評価にとって決定的な行為は、虚偽の報告によりもたらされた臓器の不配分であり、それゆえ不作為なのである。

しかし、起こらなかった事象は、結果の原因ではなく、それゆえ、いわゆる「準因果関係」の原則が適用されなければならない (vgl. dazu BGH Urt. v. 4. 9. 2014-4 StR 473/13, BGHSt 59, 292, 301 mwN)。このことは、上述したような諸事例が、不作為として評価される場合、確実に妥当する (so Schroth/Hofmann NSTz 2014, 486, 488 f.)。しかし、例えば、救助の因果経過の中断という状況が認められる場合において作為が肯定される限り、何一つ異ならない (so Rosenau FS Schünemann, 2014, S. 689, 696; im Ergebnis auch Jäger in Kudlich/Jäger/ Montiel, Aktuelle Fragen des Medizinstrafrechts, 2017, S. 11, 26 f.)。なぜなら、その際、臓器の不配分は「起こらなかった事象」であり、それゆえ、不作為であるからである。それゆえ、世間一般に認められている通り、救助の因果経過への介入の事例において、仮定的因果経過が顧慮されることが許され、顧慮されなければならない (vgl. Rosenau aaO; Schroth/Hofmann NSTz 2014, aaO; allgemein Philipps Der Handlungsspielraum, 1974, S. 120 f.; aM Rissing-van Saan aaO, S. 241)。

当然、LGは、确实性に境を接する蓋然性を伴って発生する延命とそれとともに上述した故殺既遂の証明がなされていないことを出発点とした。

そのことは、すでに、移植中、あるいは移植直後に死亡したそれぞれの患者の5%から10%に相当する危険の理由に妥当する。さらに、判決理由において個別に述べられた移植(Allokation)の手続がはかりしれないものであることが付加される。それによると、なかんずく、「追い越された」患者にとって、具体的な臓器がそもそも適したものであるか、その患者が決定的な時点まで移植可能な状態であったか、並びに、提供された時点で、当該移植センターにおいて移植が実施されるかどうかは、評価されえない。

これらの諸事情は、未遂を検討する範疇において所為の決意の検討の中に含められなければならない。BGHの判例によると、行為者には、救助の結果が、確実性に境を接する蓋然性を伴って発生するであろうことが認識されていなければならない(vgl. BGH Urt. v. 28. 7. 1970 -1 StR 175/70, MDR 1971, 361, 362 [bei Dallinger]; wohl auch Beschl. v. 6. 3. 2007 -3 StR 497/06, NStZ 2007, 469; zust. z. B. SSW-StGB/Kudlich 3. Aufl., § 13 Rn. 38; LK-StGB/Jeschek 11. Aufl., vor § 13 Rn. 96; Rosenau aaO, S. 699; aM etwa Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster StGB, 29. Aufl., § 15 Rn. 94 mwN; Verrel aaO, S. 467; Haas HRRS 2016, 384, 395 f.)。しかし、判決理由において挙げられた意味における「準因果関係」が、肝臓移植のあらゆる観点において精通した被告人の表象像によって包摂されることに対する支持しうるよりどころは認められていない。確かに、被告人は、LGの評価に従うと、「第一の地位に追い越された」患者が、具体的な臓器を提供されることなく、そしてそれに続く移植なくして死亡するであろうことを起こりうると評価した。しかし、すでに、被告人に認識されていたのであるが、移植中、あるいは移植直後に死亡する高い危険ゆえに、並びに、さらなる移植(Allokation)手続が拒絶されることを理由として、被告人に認識されていない患者につき、具体的な肝臓の提供もしくはその配分、並びに転用の事例において、確実性に境を接する蓋然性をもって、延命を生じさせるであろうことを出発点とできなかった。それゆえ、すでに、故意の認識的要素が欠ける。

当法廷は、——いづれにせよ事案の特殊性に基づいて——「準因果関係」の基準の効果を、故意の評価それ自体に及ぼす資格を与える。陪審裁判所は、決定的な観点をその出発点において誤解していない。陪審裁判所は、さらに「追い越された」患者に関する故意の意欲的要素、並びに意思的要素（が欠けていること）についての言及に際して、——異なる関連においてではあるが——一緒に明らかにし、故意の認識的要素の否定へと強制した。これにより、事実審が、故意の検討に適切な基準を基礎に置くであろう場合、事実審が他の帰結に至るであろうことを否定したのである。

(b) 上述したことから、同時に、規則通りの移植 (Allokation) に際して、マッチリスト上、第一より下の地位であるが、もしかすると被告人の患者より上の地位を認められたであろう患者に関して、陪審裁判所が、結果的に、適切に故意の認識的要素を否定したことに至る。

(c) しかも、陪審裁判所による「第一の地位に追い越された」患者に関する故意の意欲的要素の検討も、陪審裁判所により基礎に置かれた基準に従うと、決定的な法的瑕疵は存在しない。

LG は、とりわけ所為の時点において、高い MELD スコアに関して、肝臓の「過剰供給」が存在するという被告人の認識に決定的に照準を合わせた。これに対して、LG は、とりわけ、本来訴訟の対象となった、総じて 11 件のマッチリスト手続の経過後、ただ、臓器の供給されなかった 1 人の患者が死亡したという事情を証拠の判断に援用した。しかし、この患者はすでに死亡の時点で、問題のマッチ手続の開始直後、蓋然性をもってもはや移植可能ではなかった。さらなる全ての患者にとって、54 の臓器の提供が存在した。移植中、あるいは移植後に死亡した事例が発生した限りで、このことは、「操作」の作用について何一つ述べることはできない。この事情は、なかならず、それぞれの肝臓移植の高度な危険により条件づけられる。そのつど「第一の地位に追い越された」患者に関して、LG は、さらに残っている「操作事例」におけるマッチリストの経過を、その一部である最初に提供された 19 件のものまで、6 件の事例のうち 5 件において、移植に成功したものと認めた。もっぱら患者 We の事例において、「第一

の地位に追い越された」患者が、移植なしで死亡したとした。しかし、その前に、新たに先に提供される人が決定していた。招聘された医学の専門家も、当該被告人の介入は、提供された肝臓の「過剰供給」を証明したものだとした。

連邦検事総長とは異なり、当法廷は、LGが故意の検討の範疇において、判例によって展開された、「故意に特殊な統計上の生命の危険との関連についての基準」を誤解していることに留意しない。確かに、BGHは、連邦検事総長によって引用されたHIV感染者との予防措置なしでの性交渉についての判決において、以下のような見解を主張した。それは、条件づけられた(傷害の)故意の認定にとって、あらかじめ評価されるべき統計上わずかな危険をも援用したことである(vgl. BGH Urt. v. 4. 11. 1988-1 StR 262/88, BGHSt 36, 1, 11 f.)。その判決が、ここで設定された「確実性に境を接する蓋然性」の基準(それについては上述)を理由として転用可能でないことを度外視しても、BGHは、法規の内容から、一定の結果発生蓋然性の程度について、常に条件付き故意の存在を出発点としなかった。加えて、BGHは、具体的な事例において、適切な医薬品の開発に携わるその地の被告人に考えられうる願望ゆえに、故殺の故意を事実審が否定したことを是認した(vgl. BGH aaO, S. 15 f.)。

LGは、——すでに言及された諸事情に基づく証明力を減少させているが、それにもかかわらず——高いMELDスコアに際して現在死亡する危険についての統計上の蓋然性の算定を、顧慮しなかったのではない。LGは、このことを現在重要な臓器の提供の(より高い)蓋然性について、並びに証拠の採用により確証された、とりわけ高いMELDスコアにつき、肝臓が「過剰に供給」されていることに関する明白な被告人の経験知識について関連づけた。入念に、LGは、これらの諸事情、並びにさらなる諸事情をよく考慮に入れ、相互に慎重に吟味した。結果的に、「消極的」要素の明白な優位性は見られず、それに基づいて、曖昧な期待の領域における「良い結末」への被告人の信頼が、参照されなければならない。この結論は、強制的に、被告人が一般原則に従っていないに違いないことを可能

にする。その裏面として、「強制的に」故殺の故意を根拠づけるのに適している、自身の患者に対する被告人の懸念は、それに決して矛盾しない (so OLG Braunschweig NStZ 2013, 593, 595)。なぜなら、例えば「追い越された」患者の危殆化についての意識から (認識的要素)、故殺の結果を是認して受け入れたことも必要ではない (意欲的要素) からである。被告人にとって、十分な信頼の基盤が存在した。

その限りで限定された上告審の検討基準に鑑みて、その他の評価が、より容易に認められ、より納得がいくものである場合であっても、それ以上に事実審の心証形成それ自体は、認められる (st. Rspr.; vgl. etwa BGH Urt. v. 8. 12. 2016 -1 StR 344/16 Rn. 17, v. 14. 1. 2015 -5 StR 494/14, NStZ 2015, 460; v. 5. 12. 2013 -4 StR 371/13, NStZ-RR 2014, 87, alle mwN)。同一の諸事情を反対に評価しても、連邦検事総長 (の見解) は、上告審手続において聞き入れられない。

4. 結局、正当にも、LG は、2007年9月4日の形式における臓器移植法第20条第1項第4号に従った罰金刑の構成要件を充足していないと評価した。

罰金刑の規定は、それが臓器移植法第16条第1項第5号に従った連邦医師会の指針の包括的な補強に向けられている限り、白地刑罰法規の形成に対する憲法上の要求を充足しないのは、至極当然である (zu Bedenken gegen die Regelung König in Schroth/ König/ Gutmann/Oduncu, aaO, § 20 Rn. 9 ff.)。しかし、このことは最終的な決定を必要としない。なぜなら、この方向性におけるかつての立法者の意思が、罰金刑の規範において、原則的に秩序違反法においても妥当する法律主義 (基本法第103条第2項, 秩序違反法第3条) を充足する十分な表現を見出せないからである。その規定が「第12条に従って」「顧慮される」ことなしに、仲介機関 (ユーロトランスプラント) が、臓器を仲介する場合、臓器移植法第20条第1項第4号において——多くの他の規則と並んで——罰金刑を伴って補強されている臓器移植法第9条第1項第2文の規定の規範命令は、臓器の転用を禁止することへ達する。それとともに、罰金刑の補強は、解釈により修正可

能でない臓器移植法第20条第1項第4号の明白な文言に従うと、規定を無視したことによる規範に違反した態度を、まさに仲介所の側から前提とする (krit. Sickor/Bernsmann in Höfling, TPG, aaO, § 20 Rn. 14; König aaO, § 20 Rn. 11)。そのようなことは、ここでは明白ではない。それゆえ、「結果の見通しと切迫性」(臓器移植法第12条第3項第1文)という法律上の基準を罰金刑により補強することと、それと結びつけられた拒絶は、当該陪審裁判所の考慮にもはや重要ではない。

## 《研究》

1. 臓器移植にあたって、患者の移植の機会を高めるために、虚偽の報告を仲介機関であるユーロトランスプラントに対して行った医師について、無罪を言い渡した判決である。この事件については、マスコミ等で大きく報道されており、注目されたものであった。

2. この判決について、評釈はおおむね支持する傾向にある。ただ、結論は支持できるとするものの、その理由づけについて疑問を呈するものも散見される。例えば、Schrothは<sup>1)</sup>、臓器を配分しなかったことが、他人の死や身体的苦痛の増大に対して因果性があると証明された場合には、既遂犯として帰責されるとし、故意の問題についても、故殺の故意は、未必の故意の形式において、証明されていないとした。しかしながら、待機リスト上で、医師の操作により追い越された患者が、救命のための移植がされる前に死亡するであろうことを、操作を行った医師が甘受していたかどうかという点については、フィクションであるとする。その上で、未必の故意は、操作を行った医師に、その死自体が望まれないものであったが、その患者の命を救うため、それゆえ他人の死を法的な意味において甘受していたであろうという主張から正当化されるものではないし、他人が健康でいる機会を侵害したことの可能性をめぐる認識は、傷害の故意を正当化

---

1) Schroth, Ulrich, Die strafrechtliche Beurteilung der Manipulationen bei der Leberallokation, NStZ, 2013, S. 437 ff.



するものではないとする。さらに、傷害の帰属の問題として、臓器の適切な配分を行わなかったという不作為は、他人の健康でいる機会を侵害したが、以下の場合、すなわち、誰かある他人が、ユーロトランスプラントによる臓器の配分の権利を有していて、そこに操作により介入した場合に帰属されるにすぎないとする。それゆえ、具体的な人物の臓器に対する権利を侵害したことが、この人物に対する傷害を正当化するにすぎないとしている。

また、Kudlich は<sup>2)</sup>、第一に疑念を抱くこととして、救助の因果関係の中断が、一般的に作為として評価されていることを挙げる。そして、確実性に境を接する蓋然性でもって結果が発生しないことという要件は、客観的帰属の基準ではなく、証明の問題である。この判決は、具体的な事情の下では支持しうるが、救助の因果関係の中断を不作為の事例と等置していること、そこから導かれた未遂についての所為の決意の要求については、結論において、疑問が残るものであるとしている。

さらに、Rissing-van Saan/ Verrel は<sup>3)</sup>、決定的なのは、配分するための臓器が手にいれられたかどうか、正常な移植の経過に被告人が介入しなければ、被告人により、彼の患者に奪われた臓器を、追い越された患者が得られたかどうかであり、確実性に境を接する蓋然性でもって認められた救助行為による結果を阻止したことから、救助の因果経過の阻止や中断により第212条の責任を認めるためには、客観的に十分であるとして、仮定的因果経過の認定について、行為者の故意によって包摂されなければならない不法構成要件の要素、あるいは帰属の基準が問題となるのではないと述べている。

最後に、Hoven は<sup>4)</sup>、今回の判決は不作為ではなく、救助の因果経過の

2) Kudlich, Hans, NJW, 2017, S. 3255 ff.

3) Rissing-van Saan, Ruth/ Verrel, Torsten, Das BGH-Urteil vom 28. Juni 2017 (5 StR 20/16) zum sog. Transplantationsskandal – eine Schicksalsentscheidung?, NSTZ, 2018, S. 57 ff.

4) Hoven, Elisa, NSTZ, 2017, S. 708 ff.

中断の形態における作為として捉えており、医師の操作が、もっぱら成功に導く臓器移植により可能な救命を阻止したとしたが、このとき問題となる準因果関係は 確実性に境を接する蓋然性でもって救命できたかであり、判決において既遂犯は否定された。その上で、未遂は顧慮されるとしているが、故意の認識的要素が欠落するとして、未遂の可罰性も否定されていると評価している。

3. この判決に関して、とりわけ因果関係の問題を詳細に検討しているのは、Puppe である<sup>5)</sup>。Puppe は、臓器を得る権利ではなく、一定の配分方法への関与権を有しているにすぎないと BGH や LG が述べたことについて、救助の因果経過の阻止にとって、救助手段を取りさらされる人に、それへの権利があったことは必要でなく、因果経過が実際に設定された場合には、救助がその人に到達したことで十分であると述べている。さらに、臓器移植法第16条の授權規範による連邦医師会の規則が、刑法上の有罪判決を基礎づけるかという問題について、救助の因果経過の阻止にとって、その態度の因果性を正当化する規範が問題になっているにすぎないとし、この規範は、被告人に帰責されるものではないとする。そして、BGH は、救助の因果経過の中断による、あるいは不作為による惹起の特殊性に基礎をおいているが、救助の因果経過の阻止による、あるいは不作為による惹起について、結果が、行為者が中断し、あるいはその誘因となることを怠ることに起因する因果経過により阻止されたであろうことが、確定されなければならない、このことは、被告人に認識されている必要があるが、この問題については、判決において異なる法的问题が混ぜ合わせられていると批判している。

4. さらに、客観的帰属の問題を検討した論稿として、Greco は<sup>6)</sup>、BGH が、結果に対する医師の因果性を否定したことについて、追い越された患者が延命できたかは、確実ではなく、誤った態度と結果との間の関

---

5) Puppe, Ingeborg, Verursachen durch Verhinderung rettender Kausalverläufe und durch Unterlassen, ZIS, 2018, S. 484 ff.

6) Greco, Luis, Objektive Zurechnung als Vorsatzgegenstand?, GA, 2018, S. 539 ff.

係も存在しないため、確實性に境を接する蓋然性で結果が発生しなかったとはいえないとして、無罪判決を導いたのであるが、これに対し、所為の決意、すなわち認知的要素が欠落することを理由としても、未遂処罰は肯定されないのかという疑問が生じるとする。そこで、①故意は、危険連関や義務違反連関に関連づけられるか（これは、作為犯においても不作為犯においても問題となる）、②主に不作為犯についてのみであるが、故意はこれらの連関に関連づけられるのか、③救助の因果経過の中断にも及ぶかという問題を提起する。

このうち、①について、故意は客観的構成要件実現の認識であり、義務違反連関は、客観的構成要件に属するため、当然この連関にも及ぶことになる。故意の対象は結果の可能性と自身の態度の危険性であるが、結果帰属は事後的観点から、故意は事前の観点から検討される。しかし、認識による支配にあることを求める故意犯処罰の原則は、将来に関連づけられるものではないため、義務違反連関は、故意の対象ではない。ただし、故意の認知的要素にとって、可能性の表象では十分ではなく、確實性に境を接する蓋然性でもって、結果が発生しない、あるいは結果の発生の危険が減少することで足りるとされる。

また、②、③の問題が、不作為犯や救助の因果経過に限定されるべきかという点に関して、納得のいくものではないとし、その理由として、客観的不法が故意をこえること、危険故意と侵害故意との間の区別を失わせること、作為と不作為を区別することが容易ではないことを挙げている。ただ、所為の決意を否定することによる医師の無罪判決は、解釈論上維持することはできないとされ、その理由として、結果発生の可能性の認識は存在しており、これ以上の故意の認知的要素は要求されないが、危険実現連関は故意の対象ではないため、BGHの故殺の客観的構成要件は実現されていないということを受け入れる場合であっても、少なくとも未遂の可罰性は存在すると主張している。

5. なお、このような臓器移植に関して、日本においても虚偽の報告に基づいて患者の順序が入れ変えられ、臓器移植がなされることがありうる

のか、あるいは、そのような場合に、虚偽の報告を行った医師について、殺人(未遂)や傷害の責任が問われるのか、問題になる可能性がある。日本においても、肝臓だけでなく臓器の移植について、レシピエントの選択基準が定められており<sup>7)</sup>、その基準に基づいて、具体的なレシピエントが選択されることになっているようである。ただ、この選択基準については、MELDスコアなどの値だけでなく、血液型など、種々の基準が組み合わせられており、実際に1つの値を操作したからといって、患者の順序を大きく変動させることが可能であるかについては、疑問が残る。また、そもそも虚偽の報告が、順序を入れ替えられた患者の死亡や健康状態の悪化を発生させたのかどうか、その因果関係を証明することは容易でないものと思われ、仮に因果関係が認められたとしても、虚偽の報告から、ただちに刑法上の殺人や傷害の責任を認めることにつながるための根拠とすることについて、その妥当性には疑問があるだろう。

6. 本判決においても言及されたように、この事件の後、ドイツにおいては、臓器移植法に虚偽の報告を行った者に対する処罰規定が追加されている。この規定が追加されたことから、今後は、虚偽の報告について、臓器移植法の処罰規定が適用されることになる。それゆえ、虚偽の報告を行ったことが、ただちに刑法上の殺人や傷害の責任を基礎づけることにはならないとの評価につながるものだろう。

---

7) 日本臓器移植ネットワーク (<https://www.jotnw.or.jp/>) のホームページで公表されている。肝臓についても、rec-liver.pdf で選択基準が明らかにされている。