

研 究

## 手続・医療・刑法（1）

——医事刑法における「手続化」論の比較法的考察——

Verfahren, Medizin und Strafrecht (1):

Eine rechtsvergleichende Betrachtung von Theorie der

„Prozeduralisierung“ im Medizinstrafrecht

天 田 悠\*

目 次

- 第1章 序論——問題の所在と行論の計画
- 第2章 手続化をめぐる問題状況（以上、本号）
- 第3章 ドイツ医事刑法の手続化論
- 第4章 医事刑法における手続化の意義と限界
- 第5章 結語——本稿の結論と残された課題

### 第1章 序論——問題の所在と行論の計画

本稿は、医事刑法における「手続化」の理論的基礎を解明し、そこから手続化の解釈論的帰結と限界を導き出すことを目的とする<sup>1)</sup>。この目的を

---

\* 嘱託研究所員・香川大学法学部准教授

- 1) 本稿は、中央大学・日本比較法研究所主催「生命倫理と法」研究会（2022年2月4日にWebexを用いてオンライン開催）で使用した報告原稿に、大幅な改訂・修正を加えたうえで脚注等を付したものである。貴重な報告の機会を与えてくださった只木誠先生（中央大学）に、心より感謝を申し上げる。また、研究会当日は、コメンテーターの労をお執りくださった大杉一之先生（北九州市立大学）、秋山紘範先生（大東文化大学）、谷井悟司先生（中央大学）をはじめ、ご出席の先生方から多くの有益なご批判・ご助言を賜ることができた。先生方のお名前をここで全員挙げることはできないが、ここに記して、すべての

達成するために、本稿は、以下の2つを主たる検討課題として設定する。

第1は、医事刑法における「手続」の解釈論的意義を明らかにする、との課題である。すなわち、医療の場面で問題となる「手続」の意味内容を明確化したうえで、このように手続を考慮する思考法は、刑法解釈論に対し、何らかの帰結をもたらすか、もしもたらすとすれば、どのような帰結か、を明らかにする。

第2は、医事刑法における「手続」的考察の限界を明示する、との課題である。すなわち、第1の課題の検討をつうじて、手続の考慮に一定の解釈論的意義が認められるとして、そのような手続を考慮する思考法に解釈論上限界は存在するのか、もしそうだとすれば、どこに限界が存在するのか、を特定する。

## 第1節 問題の所在

以上2つが、本稿の検討課題である。第1節では、まず、手続化をめぐる問題の所在を確認する。具体的には、筆者の研究計画の全体構想を示したうえで(第1款)、その全体構想を説明する際のキーワードとなる「手続化」の意義を説明する(第2款)。

### 第1款 研究計画の全体構想

筆者は、研究計画上の到達目標として、これまで刑法学の領域で散発的に論じられてきた個々のテーマに関する解釈論を、「手続」ないし「手続化」という新たな観点から統一的に基礎づけることを目指している。

このような、筆者の研究構想全体に照らすと、本稿は、そのうちの一部の課題を扱う論考にすぎない<sup>2)</sup>。しかも、筆者の研究構想のうち、別の一部のテーマに関しては、すでに公表済みの旧稿<sup>3)</sup>が存在する。加えて、旧

---

先生方への御礼とさせていただきます。

2) 本稿が扱う具体的なテーマとその選択理由は、第3章第2節第1款で説明する。

3) 天田悠「刑法における『手続化』論の基礎的考察(1)～(3・完)一ドイツ

稿で扱えなかったテーマや、本稿で取り上げられないテーマに関しては、別の媒体で成果を公表する予定もある。

以上のような事情に照らすと、本論に移るに先立ち、筆者のこれまでの研究内容とその成果を説明しなければ、本稿の問題意識を正確に伝えるのは難しいと考えている。

## 第2款 検討のキーワードとしての「手続化」

とりわけ、筆者の研究構想の内容を説明するにあたり、避けて通れないキーワードがある。それが、本稿のタイトルにもある「手続化」(Prozeduralisierung)<sup>4)</sup>である。

---

における諸学説の批判的検討を手がかりとして— 香川法学39巻3・4号(2020年)39頁以下、40巻1・2号(2020年)67頁以下、40巻3・4号(2021年)101頁以下。本稿は、この論文で不十分にとどまった検討を補充しようとする試みである。

- 4) この法概念は、「法のプロセス化」ないし「手続の法化」とも呼ばれている。なお、本稿では、手続化概念を(刑)法的に基礎づけようとする理論を、「手続化論」(Prozeduralisierungstheorie)と総称する。Vgl. *Frank Saliger, Legitimation durch Verfahren im Medizinrecht*, in: Erwin Bernat/Wolfgang Kröll (Hrsg.), *Recht und Ethik der Arzneimittelforschung*, 2003, S. 124 ff., 129, 130 f. (以下「*Saliger in: Arzneimittelforschung, S. ...*」と略記する。); *ders.*, *Prozeduralisierung im (Straf-) Recht*, in: Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann/Frank Saliger (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 9. Aufl., 2016, S. 434 ff., 434, 437 (以下「*Saliger in: Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, S. ...*」と略記する)。

手続化概念を扱う先行研究として、山本顯治「契約規範の獲得とその正当化」私法53号(1991年)218頁以下、220頁、同「契約規範の獲得とその正当化」林良平=甲斐道太郎編集代表『谷口知平先生追悼論文集 第二巻 契約法』(信山社・1993年)69頁以下、83頁以下、同「ポスト福祉国家と契約法」法社会学46号(1994年)281頁以下、285頁、水町勇一郎「法の『手続化』—日本労働法の動態分析とその批判的考察—」法学(東北大学)65巻1号(2001年)1頁以下、2頁以下、同『労働社会の変容と再生』(有斐閣・2001年)185頁以下、平野仁彦「生命倫理とソフトロー」平野ほか編『現代法の変容』(有斐

この「手続化」というワードは、わが国に今なお大きな影響を及ぼしているドイツ刑法学において、近時、徐々に影響力を強めつつある言葉である<sup>5)</sup>。その一方で、わが国の伝統的な刑法学において、手続化は、ほとん

---

関・2013年) 179頁以下, 192頁等参照。

なお、「プロセス化」という言葉を用いる先行研究として、村上淳一「現代法分析の視角—西ドイツ法学におけるシステム理論の展開—」同『ドイツ現代法の基層』（東京大学出版会・1990年）67頁以下, 71頁ほか随所〔初出1990年〕, 山本顯治「契約と交渉」田中成明編『現代理論法学入門』（法律文化社・1993年）48頁以下, 63頁ほか随所, 田中成明「法システムの相互主体的動態化をめざして—私的自治論と契約理論の動向を手がかりに—」同『転換期の日本法』（岩波書店・2000年）153頁以下, 166頁以下ほか随所〔初出1997年〕, 同「法の三類型（自立型法と管理型法・自治型法）モデル再考—その問題関心と多元的調整フォーラムとの関連を中心に—」新世代法政策学研究4号（2009年）59頁以下, 84頁等がある。その他、天田・前出注3）「(1)」48頁注(21), (22), 49頁注(24)で引用した文献を参照。

- 5) ドイツ刑法学説には、①法の手続化、②手続化(刑)法(Prozedurales Strafrecht), ③手続的正当化(prozedurale Rechtfertigung)という表現を用いる文献が数多く存在する。このうち、①の表現を採用する文献として、*Saliger in: Arzneimittelforschung*, S. 124; *Andreas Eicker, Die Prozeduralisierung des Strafrechts. Zur Entstehung, Bedeutung und Zukunft eines Paradigmenwechsels*, 2010, passim (以下「*Eicker, Prozeduralisierung, S. ...*」と略記する。)等が挙げられる。

また、②の表現を用いる文献として、*Eicker, Prozeduralisierung*, S. 86 ff., 131 ff., passim.; *Theresa F. Schweiger, Prozedurales Strafrecht. Zur Bedeutung von Verfahren und Form im Strafrecht*, 2018, S. 29 ff., 189 ff., passim (以下「*Schweiger, Prozedurales Strafrecht, S. ...*」と略記する。)等がある。なお、かつて筆者は、天田悠「〔外国文献紹介〕フランク・ザリガー『(刑)法における手続化』」早稲田法学94巻2号(2019年)247頁以下〔原著は、*Saliger in: Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, S. 434 ff.である〕, 同・前出注3)「(1)」65頁以下において、Prozedurales Rechtに「手続的法」という訳語をあてていた。しかし、この訳語にいう「的」の意味は非常に曖昧であり、原語の趣旨を適切に表現できていたとはいいがたい。そのため、本稿では、Prozedurales Rechtの訳語を「手続化法」に改めている。読者からのさらなる叱正を待ちたい。

さらに、③の表現を用いる文献として、*Winfried Hassemer, Prozedurale*

ど未知のワードであるといつてよい。

たしかに、比較的近時の刑法学説には、「手続化」<sup>6)</sup>、「手続による正統化」<sup>7)</sup>、「手続〔き〕的正当化」<sup>8)</sup>といったワードに言及する見解が多数散見される。しかし、筆者の見たところ、わが国の刑法学説は、いまだ、手続化・手続的正当化の簡潔な紹介にとどまっているのが現状である。そうしたなかで、「手続化とは、一体どのような内容を持つ概念・思考法なのか」と問いかけてみても、この問いに対する回答は千差万別である。手続化を

---

Rechtfertigungen, in: Herta Däubler-Gmelin u.a. (Hrsg.), Gegenrede: Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit. Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz, 1994, S. 731 ff., passim. [in: Hassemer, Strafen im Rechtsstaat, 2000, S. 109 ff.] (以下「Hassemer in: FS Mahrenholz, S. ...」と略記する。); Frank Saliger, Prozedurale Rechtfertigung im Strafrecht, in: Felix Herzog/Ulfrid Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 599 ff., passim (以下「Saliger in: FS Hassemer, S. ...」と略記する。)等もある。

- 6) 神馬幸一「安楽死・尊厳死」法学教室418号(2015年)9頁以下, 15頁, 同「ドイツ刑法における『自殺の業務的促進罪』に関して」獨協法学100号(2016年)117頁以下, 146頁注(101)等。
  - 7) 山本紘之「治療中止における手続履践の刑法的意義」長井圓先生古稀記念『刑事法学の未来』(信山社・2017年)251頁以下, 253頁等。ルクセンブルク法文献(原語はドイツ語)の翻訳ではあるが, シュテファン・ブラウム(甲斐克則=天田悠訳)「ルクセンブルクにおける臨死介助—新法の成立過程, 解釈および実務—」甲斐克則編訳『海外の安楽死・自殺幫助と法』(慶應義塾大学出版会・2015年)155頁以下, 160–161頁〔初出2013年〕も参照。
- そのなかで、医療における「手続化」の問題を扱うのは、井田良「臨床倫理に関する判断の『手続化』と刑事責任」山口厚ほか編集委員『高橋則夫先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』(成文堂・2022年)489頁以下である。井田の見解は、第2章第2節第2款第2項2(1)で詳しく紹介し、第4章第3節第3款第2項1において、本稿がよって立つ手続化理解から検討を加える。
- 8) 優越的利益原理との関係では、小林憲太郎「違法性とその阻却—いわゆる優越利益原理を中心に—」千葉大学法学論集23巻1号(2008年)1頁以下, 63頁以下, 64頁注(80)等。緊急避難との関係では、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣・2013年)177頁以下, 188頁〔初出2005年〕も参照。

めぐる議論は、現状、ほとんど帰一しないといっても過言ではない<sup>9)</sup>。

## 第2節 行論の計画

以上のような問題状況を踏まえて、次章では、医事刑法における「手続化」の理論的基礎を解明・提示するために、わが国とドイツの議論状況を検討する。

### 第1款 検討方針

次章で行う検討の方針は、以下のとおりである。

まず、筆者のこれまでの研究構想と関連づけながら、ドイツとわが国における従来の議論状況を確認する。次に、本稿が従来の議論のなかでどのように位置づけられるか、という点、および、同一の研究構想に属する旧稿と本稿がどのような関係に立つか、という点にも説明を加える。本稿がこのような手順に則って説明を行う理由は、以上の2点に立ち返った解説をつうじて、はじめて、「手続」ないし「手続化」に着目するという、本稿の問題意識を正確に伝えることができる、と考えているからである。

### 第2款 次章における検討の順序

次章で取り組む検討の順序は、以下のとおりである。

まず、筆者の研究構想の全体像および問題関心を可能な限りクリアに提示しよう、との観点から、これまで「手続化」という法現象への対応を議論してきたドイツの現状を確認する。

筆者には以前、ドイツ法の議論状況を若干紹介した経験がある<sup>10)</sup>。これに対して、本稿は、旧稿で説明が不十分であった箇所を補うことを目標とする。また、それ以外の目標として、本稿は、これまでドイツ刑法学が、現代社会に生起する様々な課題を解決するために、刑法解釈論だけでなく

---

9) *Saliger* in: *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, S. 436も、手続化概念は系統立って用いられてこなかった、という。

10) 詳細は、天田・前出注3)「(1)」52頁以下、「(3・完)」111頁以下参照。

立法論をも視野に入れながら「手続化」論研究に取り組んできたことを示す。

以上のような取組みをつうじて、本稿は、手続化が「法分野を横断する現代法のトレンド」<sup>11)</sup>として意識されつつあり、刑事法の解釈・立法にまつわる種々の課題解決のための「道しるべ」<sup>12)</sup>としての役割が期待されている、との現況を浮き彫りにする。

次に、わが国におけるこれまでの議論状況を回顧する。そこでは、日本法も、ドイツ法と類似の問題点を抱えてきたとの分析を前提に、わが国の学説の一般的傾向と欠落点を把握する。

そして、以上の分析から明らかとなるであろう、先行研究の欠落点を埋めるために、本稿は、ドイツ医事刑法学における特定の問題領域を素材として、具体的な検討課題を2つ設定する。次章で設定する課題は、本章の冒頭で予告した2つの課題に対応する。そのうえで次章では、その2つの課題を達成するために、本稿における比較法的検討の素材・対象・方針を示す。

## 第2章 手続化をめぐる問題状況

### 第1節 本章の目的と構成

#### 第1款 本章の目的

本章は、医事刑法における「手続化」の理論的基礎を構築するために、日独の問題状況と到達点を明らかにし、本稿の検討課題を設定することを目的とする。

#### 第2款 本章の構成

本章の構成は、以下のとおりである。

---

11) 井田・前出注7) 491頁。Saliger in: *Arzneimittelforschung*, S. 124も同旨。

12) *Schweiger*, *Prozedurales Strafrecht*, S. 25.

本章では、まずはドイツの、次いでわが国の議論状況を確認する（第2節）。ここでは、筆者の問題関心と研究構想の全体像を明晰に提示し、「手続」ないし「手続化」に着目した問題提起を行うことを目標とする。

このような目標を達成するために、まず第2節では、ドイツの議論状況から確認する（第1款）。ここでは、近時のドイツ刑法学が、現代社会に生起する様々な問題を解決するため、手続化概念に着目し、当該概念を理論的に基礎づけようとしてきた様子を素描する。この作業をつうじて、旧稿<sup>13)</sup>で説明が不足していた点を補うとともに、本稿の叙述にとって必要な前提知識を整理する。次に、ドイツ法との対比をつうじてわが国の議論状況を確認し、日本法の到達点および課題を示す（第2款）。具体的には、現在の日本法が、ドイツ法と類似した問題点を抱えていること<sup>14)</sup>、しかし、当該問題点を解決するうえで、わが国の学説が不十分な手立てしか講じてこなかったことを浮き彫りにする。

次に第3節では、ドイツとわが国の議論状況を踏まえて（第1款）、本稿の具体的な検討課題を2つ設定する（第2款）。この2つの課題の概要は、第1章で予告したとおりであるが<sup>15)</sup>、ここでは、2つの課題の検討方法を詳しく解説する。本稿における叙述の見通しを少しでも明晰化しよう、との観点から、この第2款で解説する内容を予告すると、以下のようになる。

本稿は、第1章で予告した2つの課題に取り組むために、医療と刑法が交錯する問題領域（医事刑法）<sup>16)</sup>を、主たる検討の素材とする。医事刑法という学問領域を検討の対象とする理由は、刑法学の分野において手続化

13) 天田・前出注3)「(1) 39頁以下、「(2) 67頁以下、「(3・完)」101頁以下。

14) もっとも、わが国の刑法学説は、「手続化」をキーワードとして問題を論じてきたわけではない。詳細は、第1章第1節第2款を参照。

15) 本稿が設定する2つの課題の内容は、第2章第3節第2款第1項2参照。

16) 学問分野としての「医事刑法」の意義は、甲斐克則『医事刑法への旅I [新版]』（イウス出版・2006年）1頁以下、2頁〔初出2002年〕、山中敬一『医事刑法概論I（序論・医療過誤）』（成文堂・2014年）1頁以下、5頁以下〔初出2011年〕参照。



がはじめて本格的に議論されたのが、この医事刑法の領域だからである<sup>17)</sup>。

加えて、本稿は、およそ医療の領域が「人の生死」という、(刑)法学におけるもっとも根源的な問題に関わる学問領域であり、この問題領域の検討をつうじて、現代の刑法学が直面する種々の課題が浮き彫りになる、との見通しを抱いている<sup>18)</sup>。このような見通しのもと、本稿は、医療分野の手続に着目して、第1章の冒頭で予告した2つの課題を設定する。

そして本章の締めくくりとして、その2つの課題を解決するための検討の手法・対象、当該検討によって獲得が期待される成果を予告する。

## 第2節 手続化をめぐる議論の現状

以上が、本章の目的と構成である。以上の点を踏まえて、本節における行論の計画を示すと、以下のようになる。

まず、手続化をめぐるドイツの議論状況を確認する(第1款)。先述のように、「手続化」ないし「手続化」を近時さかんに議論している国の1つが、ドイツである。そこで第1款では、近時ドイツで手続化現象が議論の対象とされるに至った背景、この議論の射程、および未解決問題をいくつか指摘する。

次に、ドイツの議論状況を踏まえて、同国から依然多大な影響を受けているわが国の現状を確認する(第2款)。ここでは、わが国における代表的な学説をフォローし、各学説の特徴および問題点を明らかにする。そし

17) Vgl. *Frank Saliger*, Grundrechtsschutz durch Verfahren und Sterbehilfe, in: Lorenz Schulz (Hrsg.), Verantwortung zwischen materialer und prozeduraler Zurechnung, ARSP Beiheft 75 (2000), S. 101 ff., 128 (以下「*Saliger* in: Verantwortung, S. ...」)と略記する。); *Schweiger*, Prozedurales Strafrecht, S. 30 ff., 258.

18) 学説史上、手続化現象が最初に脚光を浴びたのは、医事刑法の分野においてである。Vgl. z.B. *Frank Saliger*, Sterbehilfe nach Verfahren. Betreuungs- und strafrechtliche Überlegungen im Anschluß an BGHSt 40, 257, KritV 1998, 118 (120) (以下「*Saliger* KritV 1998, 118 (...)」)と略記する。); *ders.*, Arzneimittelforschung, S. 124; *Schweiger*, Prozedurales Strafrecht, S. 30.

てその過程で、第2款では、従来わが国でもドイツと類似の問題が論じられてきた、との事実、しかし学説が、当該問題の解決に向けて不十分な手立てしか講じてこなかった、との事実を示す。

## 第1款 ドイツ法の現状

### 第1項 手続化をめぐる議論の背景

まず、ドイツ刑法学における手続化研究の背景から確認する。

#### 1 総説

先述のように、ドイツ刑法学は、わが国の刑法学に依然大きな影響を与えている。そのドイツをはじめ、スイスやオーストリア（いわゆるドイツ語圏刑法学）では、ここ数十年の間、以下の問題が議論の対象とされている。すなわち、あらかじめ定められた手続の履践・違背は、問題となる行為の構成要件該当性・違法性・責任を阻却する効果を有するか、手続の履践・違背は犯罪の成否という「実体」に影響を及ぼすか、もし及ぼすとすると、その根拠は何か、という問題がそれである。第1章で予告したとおり、以上の解釈論的問題を扱う議論を、以下では、「手続化論」<sup>19)</sup>と総称する。

---

19) 併せて、第1章第1節第2款も参照。「手続化論」という呼称を用いる先行研究として、*Saliger* in: *Arzneimittelforschung*, S. 129 ff.; *ders.* in: *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, S. 434, 437; *Andreas Popp*, *Patientenverfügung, mutmaßliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung*, *ZStW* 118 (2006), 639 (666) (以下「*Popp* *ZStW* 118 (2006), 639 (...)」と略記する。)等がある。Vgl. auch *Lisa Borrmann*, *Akzessorietät des Strafrechts zu den betreuungsrechtlichen (Verfahrens-) Regelungen die Patientenverfügung betreffend (§§ 1901a ff. BGB)*, 2016, S. 174 m. Fn. 266 (以下「*Borrmann*, *Akzessorietät des Strafrechts*, S. ...」と略記する)。わが国では、山本顯治「ポスト福祉国家と契約法」*法社会学*46号(1994年)281頁以下、285頁等が「法の手続化理論」という表現を用いている。

## 2 「手続化論」台頭の理由

以上概説してきた議論のうち、まず問題とすべきは、そもそも、「なぜ、ドイツ刑法学で、手続化が議論されるようになったのか」という点である。この問題点に対するドイツ法からの一般的回答は、以下のとおりである<sup>20)</sup>。

医事・経済・環境にまつわる問題は、社会情勢等に応じて、状況が激しく変化する領域である。このように変化の激しい問題領域において、医療・経済活動等に従事する者は、その判断が正しいか正しくないか、不明確・不確定な状態のまま意思決定を下すほかない状況に置かれている。そのため、学説では、伝統的な刑法解釈学が前提としてきた「正か不正か」・「合法か不法か」・「適法か違法か」という二項対立的図式<sup>21)</sup>、および当該図式に基づく刑法の行動制御機能が、機能不全に陥る可能性が指摘されてきた。

そこで、こうした事態の発生を危惧するドイツでは、次のような意見が次第に影響力を強めていった。すなわち、このように不明確・不確定な状況下で活動する者に対し、(刑)法理論の側から、何らかの救済策を用意

20) 以下の記述は、天田・前出注3)「(1)」44頁以下、「(3・完)」104頁以下をもとに、その後の検討も踏まえて再構成したものである。そのため、以下の記述には、旧稿と一部重複している箇所がある。あらかじめご了承ください。

21) ニクラス・ルーマン(土方透訳)『法システムと法解釈学』(日本評論社・1988年)は、「合法と不法との二元的図式」(75頁ほか随所)、「二元的図式化」(84頁ほか随所)と呼び、Schweiger, Prozedurales Strafrecht, S. 81は、「オール・オア・ナッシングの判断」と呼称する。

その一方、わが国では、飯島暢「〈刑事法学の動き〉天田悠『刑法における「手続化」論の基礎的考察(1～3・完)』」法律時報93巻12号(2021年)148頁以下、148頁は、「2進法的コード」と表現し、井田・前出注7)489頁は、「適法か違法かの二分法」と形容する。

加えて、Popp ZStW 118 (2006), 639 (669)が、「法的に自由な／空虚な領域」ないし「法的評価から解放された領域」と手続化現象をリンクさせて論じている点も注目される。法的に自由な領域に関する先行研究は膨大であるが、その一部は、天田・前出注3)「(2)」89頁注(160)で引用した文献を参照。

すべきではないか、という意見がそれである。

この意見は、2000年代初頭から徐々に主張されはじめた意見であるが<sup>22)</sup>、特に2010年代以降は、複数の包括的研究<sup>23)</sup>が相次いで公表されたのを受けて、当該意見は、近時いっそう影響力を強めつつある。そして、近時の研究が共通言語としているのが、「手続化」、「手続化(刑)法」、「手続的正当化」<sup>24)</sup>というワードである。

## 第2項 手続化概念をめぐる議論の到達点

以上の概説により、手続化をめぐる議論の背景、およびその台頭の理由は、大方明らかにできたと思われる。しかし、そもそも手続化とは、どのような概念なのか。本稿は、ここまで、肝心の「手続化」の意味内容を明らかにしないまま、叙述を進めてきた。しかし、手続化概念の定義を曖昧にしたまま本格的な分析に移ると、手続化論の内容や射程を適切に把握できないおそれがある。ドイツ法の現在地を正確に理解するためには、まず、手続化概念の内実を可能な限り明晰に言語化しておく必要がある。

もっとも、すでに第1章でも予告したとおり、現在のドイツでさえ、一般に定着した手続化の定義が存在するわけではない<sup>25)</sup>。それでも、ドイツ

---

22) Vgl. z.B. *Saliger* KritV 1998, 118 (145 f.).

23) この時期の代表的著作として、*Eicker*, *Prozeduralisierung; Ramona Francuski*, *Prozeduralisierung im Wirtschaftsstrafrecht*, 2014 (以下「*Francuski*, *Wirtschaftsstrafrecht*, S. ...」と略記する。); *Schweiger*, *Prozedurales Strafrecht; Julia Ströhlein*, *Prozedurale Lebensschutzkonzepte des Medizinstrafrechts. Eine Analyse der prozeduralen Vorschriften am Anfang und am Ende des strafrechtlichen Lebensschutzes*, 2021 (以下「*Ströhlein*, *Medizinstrafrecht*, S. ...」と略記する。)等がある。

24) *Francuski*, *Wirtschaftsstrafrecht*, S. 261 m. Fn. 1237によると、「手続的正当化」は、もともとハッセマーの造語である。Siehe dazu *Hassemer* in: *FS Mahrenholz*, S. 731 ff. もっとも、手続的正当化という用語に対しては、一部の学説から批判が寄せられている。この批判の詳細は、第2章第2節第1款第2項1(2)参照。

25) Vgl. dazu *Saliger* in: *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, S. 436.

刑法学説には、ある程度コンセンサスを得た手続化理解が確認できる<sup>26)</sup>。

そこで以下では、手続化概念の定義をめぐるドイツ刑法学説を概観するとともに（後出・1）、その定義に対して寄せられた批判も併せて紹介する。この作業をつうじて、現在のドイツ刑法学における議論の到達点を確認する（後出・2）。

## 1 手続化の概念をめぐる

まず、(刑)法理論と刑法学における「手続化」の概念定義から確認したい。

### (1) (刑)法理論における手続化理解

手続化とは、もっとも広い意味では、法的判断やその根拠づけのために、所定の手続の履践および／または違背に、従来よりも大きな法的意味づけを認めていこう、との考え方をいう<sup>27)</sup>。

すでに述べたように、人々の価値観が複雑化し、多元化している現代社会においては、「正か不正か」を画一的な基準で判断することが、ますます困難となっている。この困難性が、現代社会における法化現象の1つの特徴を成している<sup>28)</sup>。

---

26) 詳細は、天田・前出注3)「(1)」55頁以下、特に、「(3・完)」111頁以下を参照。

27) Vgl. *Saliger* in: *Arzneimittelforschung*, S. 124.

28) 法化現象を扱う先行研究は多数存在するが、その一部として、以下の文献を挙げておく。櫻沢秀木「西ドイツにおける『法化』論の展開」黒木三郎編『現代法社会学』（青林書院・1989年）79頁以下、特に91頁以下、同「介入主義法の限界とその手続化—『法化』研究序説—」ホセ・ヨンバルト＝三島淑臣編『法の理論10』（成文堂・1990年）117頁以下、130頁以下、服部高宏「現代法をどうとらえるか」田中成明編『現代理論法学入門』（法律文化社・1993年）27頁以下、36頁以下、馬場健一「法化と自律領域」棚瀬孝雄編『現代法社会学入門』（法律文化社・1994年）73頁以下、74頁以下、田中成明『現代法理学』（有斐閣・2011年）102頁以下、広渡清吾「日本社会の法化—ドイツとの比較で」同『ドイツ法研究—歴史・現状・比較』（日本評論社・2016年）313頁以下、314頁以下〔初出1997年〕等。

このような現代社会の状況を念頭に、手続化論の立場は、問題解決のため、大要以下のように提案する。すなわち、「正か不正か」という従来の二項対立的図式に拘泥するような態度は、もはや求められていない<sup>29)</sup>。そうではなく、関係当事者による「討議」(Diskurs)<sup>30)</sup>や「対話」(Dialog)を経て当該問題の認識・解決が図られる、というプロセス、すなわち、手続にこそ正当性を見いだし、法哲学・法社会学の観点から、実効的な法益保護を実現すべきである、と。

(2) 刑法学説における「手続化」の定義

もとより、以上の手続化理解は、法哲学・法社会学の知見に大きく依存した理解である。そのため、以上の理解を、刑法学の文脈にパラフレーズする作業が必要となるだろう。そこで、この作業に取り組むにあたり、本稿は、ドイツの刑法学者フランク・ザリガーの手続化理解を補助線とする<sup>31)</sup>。

---

そのうえで、医療における法化現象を扱う先行研究として、たとえば、以下の文献を参照。山口齊昭「『医療水準論』の形成過程とその未来—医療プロセス論へ向けて—」早稲田法学会誌47巻(1997年)361頁以下、特に400頁以下、樋口範雄「医療における法化と規範の役割—法の過小と過剰—」城山英明=山本隆二編『融ける法 超える法5 環境と生命』(東京大学出版会・2005年)139頁以下、139-140頁、179頁、平野(仁)・前出注4)192頁以下、野崎亜紀子「医事法の基本原理—法哲学の視角から」医事法研究創刊第1号(2019年)17頁以下、31頁以下等。

29) Statt vieler *Saliger* in: *Arzneimittelforschung*, S. 129 ff.; *Francuski*, *Wirtschaftsstrafrecht*, S. 266; *Schweiger*, *Prozedurales Strafrecht*, S. 81. さらに、妊娠中絶の文脈で、*dies.*, in: Frank Saliger/Michael Tsambikakis (Hrsg.), *Strafrecht der Medizin. Handbuch für Wissenschaft und Praxis*, 2022, § 7 Rn. 46 (以下「Saliger/Tsambikakis *MedStrafR-HdB/Bearbeiter* § ... Rn. ...」)と略記する。)は、硬直的な「オール・オア・ナッシング」の意思決定から離れ、より柔軟な「手続による統御形態」にシフトチェンジすべきである、と説く。

30) カントとハーバーマスの討議原理は、vgl. *Saliger* in: *Arzneimittelforschung*, S. 131 ff.

31) ザリガーの見解の詳細は、天田・前出注5) 248頁以下、同・前出注3) 「(2)」70頁以下参照。

では、ザリガーの手続化理解とは、どのような理解なのだろうか。

ザリガーは、刑法学分野では比較的早い、2000年代初頭からこの問題に関心を寄せはじめ、医事刑法・経済刑法・環境刑法等<sup>32)</sup>の複数の法領域にまたがりながら、手続化論に関する成果を公表してきた。かくして現在、ザリガーは、手続化のオピニオンリーダーとしての地位を築き上げつつある<sup>33)</sup>。そのザリガーによると、

手続化とは、「法益を侵害する行為や法益に関係する行為につき、特殊な手続規範を遵守することを条件としてそれらを不可罰にすること」をいう<sup>34)</sup>。

以上で引用した、ザリガーによる手続化の定義は、手続化論の思考法に好意的な論者<sup>35)</sup>だけでなく、この思考法に批判的な論者<sup>36)</sup>からも支持を集

32) 経済刑法分野の業績として、*Frank Saliger*, Grundfragen von Criminal Compliance, RW (Rechtswissenschaft) 2013, 263; *ders.*, Strafrechtliche Risiken unternehmerischer Entscheidungen aus dem Untreuetatbestand, in: Michael Nietsch (Hrsg.), Compliance und soziale Verantwortung im Unternehmen. 4. Wiesbadener Compliance-Tag der EBS Law School-Center for Corporate Compliance, 2019, S. 85 ff. 等がある。また、環境刑法に関する主要業績として、*Frank Saliger*, Grundfragen des heutigen Umweltstrafrechts, in: Michael Kloepfer/Martin Heger (Hrsg.), Das Umweltstrafrecht nach dem 45. Strafrechtsänderungsgesetz, 2015, S. 9 ff.; *ders.*, Umweltstrafrecht, 2. Aufl. 2020もある。

33) *Popp* ZStW 118 (2006), 639 (664) は、ザリガーが「もっとも影響力のある論者の1人」である、と評価する。

34) Vgl. statt aller *Saliger* KritV 1998, 118 (145); *ders.*, Sterbehilfe mit staatlicher Genehmigung – OLG Frankfurt a.M., NJW 1998, 2747, JuS 1999, 16 (20) (以下「*Saliger* JuS 1999, 16 (...)」と略記する。); *ders.* in: Arzneimittelforschung, S. 135; *ders.* in: FS Hassemer, S. 601 f.; *ders.* in: Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, S. 446.

35) *Francuski*, Wirtschaftsstrafrecht, S. 150 f.

36) *Detlev Sternberg-Lieben*, Gesetzliche Anerkennung der Patientenverfügung: offene Fragen im Strafrecht, insbesondere bei Verstoß gegen die prozeduralen Vor-

め、いまや学説上定着した理解となっている。

ザリガーの手續化理解は、主として以下の2つの特徴を有する。

第1は、ザリガーの概念定義が、関係当事者が所定の手続を履践した場合を念頭に置いた定義だ、という点である。もっとも、そうだとするならば、手續に違背した場合はどうなるか、との疑問がまず生じる。なぜなら、後述するドイツの学説には、手續の履践と違背を区別し、それぞれに異なる法的効果を付与する見解もあるからである<sup>37)</sup>。

第2は、ザリガーが、手續履践の法的効果を「行為の不可罰性」と結び付けている点である。もっとも、こうした手續の法的効果に関しても、なお検討の余地が残されているように思われる。すなわち、学説には、関係当事者による手續の履践が、①構成要件該当性を阻却するとの見解、②違法性を阻却するとの見解、②責任を阻却するとの見解が存在する<sup>38)</sup>。たとえば、②によれば、手續の履践は、当該行為の(手續的)正当化効果を有するという。

しかし、すでに別稿で示したように<sup>39)</sup>、手續化は、犯罪論における単一のレベルでのみ効果を発揮しうる概念ではないように思われる。そして現に、ザリガーも、違法性阻却(のみ)を連想させる「手續的正当化」とい

---

schriften der §§ 1901a ff. BGB, in: Manfred Heinrich u.a. (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Bd. 1, 2011, S. 537 ff., 549 (以下「*Sternberg-Lieben* in: FS Roxin, S. ...」と略記する)。

37) 詳細は、第3章第4節第4款(特に第2項と第3項)参照。手續の履践と違背を区別するとの発想は、天田悠「背任罪における任務違背行為と『手續』の履行」山口(厚)ほか編・前出注7)417頁以下、430頁以下参照。

38) 以上の諸見解の概観として、vgl. *Saliger* in: *Arzneimittelforschung*, S. 125 f. 加えて、本文中で紹介した見解以外にも、たとえば、*Schweiger*, *Prozedurales Strafrecht*, S. 221 ff. は、手續の履践が「刑法上の適用除外事由」になるという。これに対して、vgl. *Ströhlein*, *Medizinstrafrecht*, S. 291 f.

39) 天田・前出注3)「(3・完)」131頁以下、136頁参照。*Popp* *ZStW* 118 (2006), 639 (664) は、手續化概念を犯罪論体系上特定のレベルに分類することには「副次的意義」しかない、という。



う呼称は不適當であり、「手続的合法化」という価値中立的な表現のほうが妥当である、と述べていた<sup>40)</sup>。この表現は、手続化概念が、違法性レベルのみならず、構成要件レベルや責任レベルでも機能しうることを示唆している。

以上より、ザリガーの手続化理解は、いくつかの課題を積み残しているが、看過しがたいほどの構造的欠陥を有する理解だ、とまではいえないように思われる。そこで本稿も、ザリガーの手続化理解を出発点に据えて、以下、検討を進めていきたい。

## 2 ドイツ法の到達点

以上を前提に、手続化をめぐる議論の到達点を示せば、以下のようになる。

### (1) 手続化論に対する期待

従来、手続化概念は、「主として好意的に受け止められ、時折批判を受けるにすぎない<sup>41)</sup>」といわれてきた。しかし、現在の学説状況に限って

40) *Saliger* in: FS Hassemer, S. 611, 614. Siehe auch *ders.* in: Arzneimittelforschung, S. 126, 170. これに対して, vgl. *Borrmann*, Akzessorietät des Strafrechts, S. 170.

41) Vgl. *Saliger* in: FS Hassemer, S. 600. その他, *Borrmann*, Akzessorietät des Strafrechts, S. 154, 166も同旨。さらに, ドイツ・東アジア刑法シンポジウム「正当化と免責」(1993年に東京で開催)の報告書である, *Karl-Friedrich Lenz*, Tagungsbericht: Rechtsvergleichendes Kolloquium. Rechtfertigung und Entschuldigung im Vergleich des deutschen Strafrechts mit dem Strafrecht ostasiatischer Länder in Tokio/Japan vom 13.-17. 9. 1993, ZStW 106 (1994), 676 (679, vgl. auch 680 f.)も参照。この報告書のなかで, レンツは, 手続による処罰阻却の問題に関する議論はまだ始まったばかりであるという, ギュンター・ヤコプスの発言を紹介している。また, *Saliger* in: Arzneimittelforschung, S. 125も, 手続化現象が論じられる頻度は比較的高いにもかかわらず, 体系的・法理論的分析が著しく不足している, と指摘していた。Scarlett Jansen, Forschung an Einwilligungsunfähigen. Insbesondere strafrechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte der fremdnützigen Forschung, 2015, S. 280 (以下「Jansen, Forschung, S.

いうならば、このような評価はすでに時代遅れで、過去の遺物となった、  
といてよい。なぜなら現在、手続化概念には、刑法学が直面する種々の  
難題を解決するための「道しるべ」<sup>42)</sup>になるかもしれない、との期待が寄  
せられているからである。

## (2) 手続化論に対する批判

もっとも、研究が進展するにつれて、手続化論の思考法を批判する意見  
も散見されるようになった。そこで確認できる批判の要点は、主として以  
下の2点に集約できる。

### ① 刑法の基本原則に照らした批判

第1は、手続化論の思考法は刑法学の伝統的な考え方と抵触するおそれ  
がある、との批判である。

この第1の批判によると、手続化論の思考法は、刑法上の基本原則(特に  
法益保護主義)を掘り崩すおそれがあるという<sup>43)</sup>。このような批判を展開  
する代表的論者として、たとえば、グンター・アルツの名を挙げることが  
できる。

アルツは、「患者の事前指示」(Patientenverfügung)の詳細を定める、  
当時のドイツ民法1901条a(現1827条)以下<sup>44)</sup>を念頭に置きつつ、大要次

---

...」と略記する。)も同旨。

42) *Schweiger*, Prozedurales Strafrecht, S. 25, 292.

43) *Hans-Ludwig Günther*, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 6. Aufl., 28.  
Lieferung (Stand: Mai 1998), Vor § 32 Rn. 78は、手続的正当化が古典的な正当  
化事由とは異質であると強調していた。H-L. ギュンターの見解の詳細は、天  
田・前出注3)「(2)」99-100頁参照。

44) ドイツ民法1901条a以下は、2021年5月4日の「後見法及び世話法の改正に  
関する法律」(BGBl. 2021 I, S. 882)によって改正され、2023年1月1日から新  
たな1827条以下が施行されている。本稿では、原則として、民法新1827条以下  
の規定を引用するが、便宜上、引用元の条文表記を併記する。2023年施行の世  
話法改正法(以下「2021年改正法」と呼ぶ場合がある。)を紹介する日本語文  
献として、新井誠「ドイツ改正世話法と障害者権利条約～イギリス・アメリ  
カ・ドイツの法改正からみた世界の潮流～」実践成年後見100号(2022年)27  
頁以下、30頁以下、ドイツ家族法研究会「親としての配慮・補佐・後見(8)

のような批判を展開する。すなわち、手続化論の思考法からみると、ドイツ民法旧1901条 a (現1827条) 以下は、患者の自己決定を保護するための規定ではない。なぜなら、この民法規定は、「手続による正当化」ではなく、「手続による権利喪失」<sup>45)</sup>をもたらしかねないからである。結局、手続化論の思考法は、合法化ではなく犯罪化を目的とし、患者の自己決定 (という法益) を排除しようとする考え方である、と<sup>46)</sup>。

② 刑法の目的・機能に照らした批判

第2は、手続的考慮は、刑法が本来果たすべき役割を変質させてしまう、との批判である。

(a) この第2の批判によると、手続化論がスローガンとして掲げる「手続をつうじた柔軟な (flexibel) 解決」<sup>47)</sup>との構想は、刑法学の伝統的な考

---

—ドイツ家族法注解」民商法雑誌158巻5号 (2022年) 134頁以下、特に173頁以下〔神谷遊〕等参照。

45) *Gunther Arzt*, Patientenverfügung: Rechtsverlust durch Verfahren, in: Jens Dammann/Wolfgang Grunsky/Thomas Freiffer (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Manfred Wolf*, 2011, S. 609 ff., 622 (以下「*Arzt* in: GS Wolf, S. ...」と略記する)。また、*ders.*, Bürokratisierung der Hilfe beim Sterben und beim Suizid – Zürich als Modell, in: Knut Amelung u.a. (Hrsg.), *Strafrecht – Biorecht – Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003*, 2003, S. 583 ff., 591は、臨死介助の手続化は、患者の生命保護に資する考え方ではなく、実際には、関係当事者にとって負担でしかない、とする。

46) *Arzt* in: GS Wolf, S. 619 m. Fn. 28. アルツトの見解は、天田・前出注3)〔2〕103頁以下参照。

47) Vgl. *Schweiger*, *Prozedurales Strafrecht*, S. 80; *Saliger/Tsambikakis MedStrafR-HdB/dies.* § 7 Rn. 46. また、*Saliger* in: *Arzneimittelforschung*, S. 169は次のように説く。すなわち、手続化は、「事前審査の視点を備えた予防的な法類型」である。この法類型は、「事後審査の視点を備えた刑法、つまり、ある行為が行われた後にはじめてそれを審査する刑法とは異質であ〔る〕」〔一圏点は原文でイタリック体のところ〕、と。なお、*ders.* in: FS Hassemer, S. 610; *ders.*, Menschenwürde und Verfahren, in: Jan C. Joerden/Eric Hilgendorf/Felix Thiele (Hrsg.), *Menschenwürde und Medizin. Ein interdisziplinäres Handbuch*, 2013, S. 265 ff., 282 (以下「*Saliger* in: Menschenwürde und Medizin, S. ...」と略記する。)

え方と根本的に相容れない。この構想を突き詰めると、刑法は、ソフトロー<sup>48)</sup>に変質してしまうおそれがある、と<sup>49)</sup>。

(b) 以上の危惧を比較的早い時期から表明していたのが、アルビン・エーザーである。

エーザーは、「刑法の退却傾向」の1つとして、「手続による予防」を掲げる。そのうえでエーザーは、予防刑法の有用性を認める一方、手続の持つ副作用にも目を向けるべきだ、という。

問題は、エーザーがいう副作用の内容であるが、彼は次のように述べている。すなわち、「手続による予防」という発想を徹底することで、患者の生命・身体・自己決定といった本来保護されるべきはずの法益が、刑法のテリトリーから排除される事態に陥りはしないか。また、そのような事態の発生に伴い、刑法それ自体が価値を喪失し、その重要性までもが失われてしまう可能性があるのではないか、と<sup>50)</sup>。

---

も同旨。Vgl. auch *Ströhlein*, *Medizinstrafrecht*, S. 286 f.

48) たとえば, *Saliger* in: *Arzneimittelforschung*, S. 170によると, 刑法は, 「実体的態度を処罰の対象とすることによって法益を直接保護する強力な手段から, 手続違反を処罰の対象とすることによって法益を間接的・補助的に保護するソフトな手段へと変質しつつある」〔一圏点は原文でイタリック体のところ〕。

*Hassemer* in: *FS Mahrenholz*, S. 750 f. も同旨。なお, 医事法におけるソフトローの意義は, 位田隆一「先端医学・生命科学研究と法」*ジュリスト*1339号(2007年)2頁以下, 3頁以下等参照。

49) Vgl. *Winfried Hassemer*, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, *ZRP* 1992, 378 (380); *ders.*, *Die Basis des Wirtschaftsstrafrechts*, in: *Eberhard Kempf/Klaus Lüderssen/Klaus Volk (Hrsg.)*, *Die Handlungsfreiheit des Unternehmens – Wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken*, 2009, S. 29 ff., 42 f. [in: *Matthias Jahn u.a. (Hrsg.)*, *Wirtschaft – Moral – Strafrecht. Gedächtnisschrift für Klaus Lüderssen aus Anlass seines 90. Geburtstages*, 2022, S. 271 ff.] (以下「*Hassemer* in: *Handlungsfreiheit*, S. ...」と略記する)。

50) *Albin Eser*, *Perspektiven des Medizin(stra)rechts*, in: *Wolfgang Frisch (Hrsg.)*, *Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts. portugiesisch-deutsches Symposium zu Ehren von Albin Eser in Coimbra*, 2006, S. 9 ff., 27. なお, この論文の邦訳として, アルビン・エーザー(甲斐克則=福山好典訳)「医事(刑)法のパース

(c) もっとも、手続化論の思考法をもっぱら批判するのではなく、この思考法を解釈論に一部生かしていこうとの観点から、「妥協」<sup>51)</sup>を提案する論者も存在する。その代表格が、ギュンター・シュトラーターテンヴェルトである。

シュトラーターテンヴェルトによると、手続化概念は、現状、「刑法上〔の〕異物」<sup>52)</sup>だといわざるをえない。なぜなら、伝統的な刑法学の発想は、「正か不正か」、「適法か違法か」を区別しているからであり、この区別に従う限り、手続化論は、伝統的な刑法学の発想とは異質な思考法だ、と評価せざるをえないからである。

しかし、シュトラーターテンヴェルトは続けて、「そうであるからといって、刑法解釈における手続的要素の意義をただちに否定するわけではない」<sup>53)</sup>ともいう。すなわち、刑法学には、手続的要素が重要な役割を果たしている問題領域もある。その1つが、妊娠中絶における相談 (Beratung)<sup>54)</sup> 手続である、と。シュトラーターテンヴェルトは、大要次のように論じる。たしかに、刑法学の手続化傾向に対しては、慎重な姿勢をとるべきである。しかし、刑法学から手続的要素を全面的に排除するとの対応も、実態にそぐわない。そこで、一定の限定を付したうえで「手続」に刑法理論上の意義

---

ベクティブ」ユーザー (上田健二=浅田和茂編訳)『医事刑法から統合的医事法へ』(成文堂・2011年) 265頁以下, 288-289頁〔初出2009年〕がある。

これに対して、Saliger/Tsambikakis MedStrafR-HdB/Schweiger § 7 Rn. 46は、手続化論が、憲法論(手続による基本権保護)と結び付く考え方である以上、ソフトローに転じる危険はないという。手続による基本権保護は、第3章第4節第4款第3項2(2)参照。

51) Vgl. dazu Ströhlein, Medizinstrafrecht, S. 302, 307.

52) Günter Stratenwerth, Prozedurale Regelungen im Strafrecht, in: Herzog/Neumann (Hrsg.) (Fn. 5), FS Hassemer, S. 639 ff., 646 (以下「Stratenwerth in: FS Hassemer, S. ...」と略記する)。シュトラーターテンヴェルトの見解は、天田・前出注3)「(2)」105頁以下も参照。

53) Vgl. Stratenwerth in: FS Hassemer, S. 646.

54) Stratenwerth in: FS Hassemer, S. 646.

を認めていく、との方向性が穏当であろう、と<sup>55)</sup>。

### 第3項 ドイツ法学説の批判的検討と本稿の検討方針

以上で、ドイツにおける手続化論の現状と到達点の叙述を終える。かつて筆者は、このような、ドイツの手続化論に対し、以下のような批判的評価を下したことがある<sup>56)</sup>。

#### 1 ドイツ法学説に対する批判

まず、ドイツ法は、手続化論のグランドセオリーの構築に固執するがあまり、個々の問題領域の相違点を十分に斟酌することができていない。すなわち、ドイツ法学説は、手続化が「あまりはつきりしない」<sup>57)</sup>概念だと認めたうえで、当該概念を規律する統一的な思考枠組み、いわばグランドセオリーを定立しようと試みてきた。

この試みは、①手続化概念からのアプローチと、②犯罪論からのアプローチのいずれかに収斂される。このうち①は、手続化概念を「広義の手続化概念」と「狭義の手続化概念」の2つに分け、この区別に基づいて手続化概念の位置づけと機能を導出しようとするアプローチをいう。また、②は、手続化概念を犯罪論体系(構成要件レベル、違法性レベル、責任レベル)に位置づけたうえで、当該概念がどのように機能するか、を探求するアプローチをいう。

---

55) *Hassemer in: Handlungsfreiheit*, S. 41 f. も、大要次のように論じる。具体的な法益の保護を目的とする「刑法」と「手続化」は本来相容れない。しかし、仮にそうだとしても、手続化論の考え方を刑法から完全に排斥するのは妥当でない。そうではなく、こうした考え方の刑法上の適性を状況に応じて検討していくべきである、と。

56) 以下の説明は、本稿の検討視座を明晰化するために、天田・前出注3)「(3・完)」111頁以下を、再構成したものである。それゆえ、以下の記述には、旧稿と一部重複している箇所がある。あらかじめご了承ください。

57) *Stratenwerth in: FS Hassemer*, S. 639. So auch *Borrmann*, Akzessorietät des Strafrechts, S. 167.

しかし、旧稿での検討の結果、①のアプローチも②のアプローチも、明晰な手続化理解の確立に成功していない、との現況が明らかとなった。すなわち、①は分析枠組みとして精密さを欠いており、②にも不確定要素が多々あるため、②のアプローチを徹底するにも限界がある。このように、ドイツ刑法学説が明晰な手続化理解を定立できない理由は、すでに述べたとおり、手続化論のグランドセオリーの構築に固執するがあまり、各問題領域の特殊性<sup>58)</sup>を十分に考慮できていないからである。

かくして、手続化論の思考法を明晰化するためには、問題となる個別の問題領域と法規定に着目し、そこにおいて予定されている手続履践・違背の解釈論的意義を個別に明らかにする作業が必要となる。以上が、旧稿で得られた結論である。

## 2 本稿の検討方針

では、この結論を踏まえて、本稿は、どのような方針で検討を進めていくべきだろうか。

### (1) 手続化論における総論的検討と各論的検討

すでに述べたとおり、ドイツでは、「手続化」、「手続化（刑）法」、「手続による正当化」というフレーズを用いて、手続の履践・違背にまつわる解釈論上の諸問題が議論されている<sup>59)</sup>。この議論からは、各問題領域に共通する思考枠組みを提供する、手続化論「総論」も存在するのではないかと、そうだとすると、手続化論「総論」を探求する作業にも何らかの学術的意義が認められるのではないかと、この推測が成り立つ。

58) 正当にも、手続化という概念・現象の多様さを指摘するのは、*Saliger in: Arzneimittelforschung*, S. 166である。

59) たとえば、*Detlev Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 7a は、「正当化事由の基本原理」の解説に、優越的利益原理・利益欠缺原理と並んで「手続的正当化」という項目を設け、手続・手続化にまつわる解釈論上の論点に検討を加えている。詳細は、天田・前出注3)「(1)」42頁注(4)参照。

その一方で、詳しくは第4章で述べるように<sup>60)</sup>、手続化論の前提条件としての不確実性は、規範的欠如であったり事実的欠如であったり、その内容は一様ではない。そのため、各問題領域、各構成要件に応じた「各論」的検討も、手続化論を検討するうえで避けて通れないように思える。このような総論的検討と各論的検討は、相互排他的な関係にあるわけではなく、相互補完的な関係に立つ。本研究計画では、このような相互補完的検討をつうじて、手続化論という思考法の核心に迫る<sup>61)</sup>。

## (2) 本章の目的の再設定と第2款への序

以上概観したドイツ法の議論状況を踏まえて、本稿でどのような課題を設定するかが次に問題となる。

とはいえ、わが国の従来の議論を振り返り、その到達点を把握しない限りは、本稿の検討課題を正確に設定することができない。すなわち、ドイツ法と比較しながら、わが国の議論の経緯を辿り、日本法の特徴と欠落点を自覚する作業が必要となる。

そこで以下では、ドイツ法分析から得られた視点に基づいてわが国の現状を確認し、日本法の特徴を把握する。この作業をつうじてはじめて、日本法の課題も明らかとなる。

## 第2款 日本法の現状

本款における検討の順序は、以下のとおりである。

まず、第1項では、わが国の医事法学の状況を確認する。結論からいうと、第1項では、医事(刑)法の方法論や基本原理との関係で、従来から手続的発想を自覚的に展開する必要性が唱えられてきた、ということが判明する。また、刑法理論の観点からは、手続の履践に、「同意の実質を確保する効能」が期待されていた、との指摘も重要である。

次に、第2項では、刑法学説の議論に目を向ける。すなわち、わが国の

---

60) 具体的には、第4章第3節第1款第2項参照。

61) 以上は、飯島・前出注21) 152頁の論評に対する、筆者からの暫定的回答である。



刑法学で(も)、終末期医療に関わる判例の問題提起を受けて、一部の学説が手続の重要性を主張してきた。もっとも、第2項では、従来の学説が、手続の問題を正面から検討してきたわけではないとの事実、そして手続化論の思考法が「時折批判を受けるにすぎなかった」<sup>62)</sup>との現実が浮き彫りとなる。

以上の記述を踏まえて、最後に、本稿の具体的な検討課題を設定するための準備を整える。

## 第1項 医事法学の議論状況

まず、わが国の医事法領域の議論状況から確認する。

### 1 「医事法の任務」論をめぐって

「手続」をめぐると議論の起点として、本稿は、下山瑛二の議論にスポットを当てる。

下山は、1970年の論文「医事法学の任務と課題」において、医事法の任務を論じる文脈で、大要以下のように論じる。すなわち、医事法の担い手は、まずもって、法律家である。しかし、法律家は、自らが「医」に関して素人であるとの認識を持つことが大切である。それゆえ、法律家は、社会の異なる意見・利益を、「公正な手続」によって1つの結論にまで止揚し、そうして止揚される結論と医学的基準を結合していく必要がある。こういったプロセスの合理化こそが、医事法の任務の1つである、と<sup>63)</sup>。

このような下山の議論に対しては、後年、植木哲が「全面的に賛成」<sup>64)</sup>

---

62) *Saliger* in: FS Hassemer, S. 607の表現である。

63) 下山瑛二「医事法学の任務と課題」法学セミナー 175号(1970年)18頁以下、20頁参照。

64) 植木哲「医事法の方法—統合的医事法の提唱—」同『医療の法律学〔第3版〕』(有斐閣・2007年)1頁以下、7頁〔初版1998年、第2版2003年〕。なお、同『統合的』医事法の確立を目指して」関西大学法学論集46巻4・5・6号(1997年)261頁以下、276頁は、倫理委員会(特に治験委員会)を、その組織的・手続的解明が望まれる分野として指名する。

している一方、植木は、下山からの問題提起に応えうる議論ははまだ見いだせない<sup>65)</sup>、とも述べている。

たしかに、下山の問題提起はそれ自体、正当な指摘を含んでいる。もっとも、下山の論述は、全体的に抽象度が高く、必ずしも明快とはいえない点も多い。たとえば、下山の議論において問題となる利益とは、誰の・どのような利益をいうのか、下山がいう手続とは具体的に何を指すのか、合意形成にあたり手続はどのような役割を果たすのか、という点がそれである。

## 2 医事法の基本原理をめぐって

次に注目すべきは、医事法の基本原理、特に「手続充実論」をめぐるとの論争である。

(1) 日本医事法学会ワークショップ「医事法の基本原理」における議論

2010年代以降、日本医事法学会では、「医事法の基本原理」は存在するか、もし存在するとすればその内容は何か、という問題が検討の対象とされてきた。この学会による検討の集大成として、第45回研究大会（2015年10月31日、11月1日に北海道大学で開催）ワークショップ「医事法の基本原理」での議論が挙げられる<sup>66)</sup>。

このうち、本稿の立場からみて注目されるのが、手続充実論という議論である。上記ワークショップの企画を担当した手嶋豊が要約する「手続充実論」の骨子は、以下のとおりである。すなわち、医事法の分野では、関係当事者の意思の尊重が重要だ、といわれている。もっとも、医事法は、関係当事者の意向を無制限に認めているわけではない。こういった制限の

---

65) 植木・前出注64)『医療の法律学〔第3版〕』7頁参照。

66) このワークショップに先立ち、日本医事法学会は、第43回研究大会（2013年11月23日、24日に南山大学で開催）で、医事法学の基本原理に関するランチョンセッションを開催している。その記録として、鈴木利廣「医事法学の Principle（基本原理）について」年報医事法学29号（2014年）67頁以下、特に70-71頁〔甲斐発言〕、72頁〔鈴木発言〕参照。

透明性を高めるために、手続の充実（たとえば、ガイドラインの提案・立法論）を求める議論が提起される場合がある、と。手嶋は、このような議論を「手続充実論」と称している<sup>67)</sup>。

## (2) 手続充実論への評価

もっとも、この手続充実論に対し、手嶋は、次のような批判的評価を下している。すなわち、医事法の文脈では、手続それ自体に価値があるわけではない。手続自体に何らかの効能があるというよりも、むしろ、手続をつうじて、「同意の実質を確保する効能」がより重要である、と<sup>68)</sup>。この評価は、おそらく医事法学の伝統的な対応であり<sup>69)</sup>、たしかにその点では、この評価自体にさしたる目新しさはない。

それでも、手嶋による評価は、次の2つの点で重要な示唆を含んでいるように思われる。第1が、手続（の履践・違背）を、患者の同意と結び付く概念ととらえた点、第2が、手続が同意の「実質を確保する効能」を持ちうると明言した点である。

もとより、以上の説明には、手続が同意概念とどのように関係するのか、手続が有する「同意の実質を確保する効能」とは具体的に何を指すのか、といった疑問が残る。

## 第2項 刑法学の議論状況

続いて、わが国の刑法学における議論状況を概観する。

### 1 終末期医療をめぐる（裁）判例からの示唆

刑法学において、かねてから手続の意義を議論してきた分野として、終末期医療の分野が挙げられる。そこで以下では、まず、わが国の裁判所がはじめて手続面に言及した東海大学病院事件判決を取り上げ、手続をめぐ

---

67) 手嶋豊「医事法の基本原理」年報医事法学31号（2016年）44頁以下、47頁〔手嶋〕。

68) 手嶋・前出注67) 47頁〔手嶋〕。

69) こうした認識を共有するのは、井田・前出注7) 489-490頁である。

る議論の端緒を確認する。

次に、川崎協同病院事件決定に現れた手続的発想の骨格と、同決定に対する学説の反応を確認する。もっとも、本章の目的は、現在の議論状況に対する疑問点と問題点を提示することにあるため<sup>70)</sup>、本稿の立場から、判例・裁判例の論評は行わない。

加えて、上記と同様の理由から、厚生労働省の「人生の最終段階における医療・ケアの決定プロセスに関するガイドライン」(いわゆるプロセスガイドライン)<sup>71)</sup>の刑法的位置づけに関しても、ここで本稿の立場を示すことは差し控えたい。

#### (1) 東海大学病院事件判決

まず、東海大学病院事件の概要と判旨から確認する。

##### ① 事案の概要と判旨——前提の確認

実体的要件の認定過程ではじめて「手続」面に言及したと思われる裁判例が、東海大学病院事件判決(横浜地判平成7年3月28日判時1530号28頁。以下「本判決」という場合がある。)である。本件は、被告人である医師が、被害者である患者の家族からの懇請により、患者に対してワソランおよびKCL(塩化カリウム製剤)を注射して患者を死に至らしめた、

---

70) 詳細は、第2章第1節第1款参照。

71) 多くの文献に代えて、樋口範雄『続・医療と法を考える—終末期医療ガイドライン』(有斐閣・2008年)79頁以下〔初出2007年〕、同「終末期医療と法」医療と社会25巻1号(2015年)21頁以下、同「終末期医療と法」医療科学研究所編『人生の最終章を考える—その人らしく生き抜くための提言—』(法研・2015年)36頁以下、同「尊厳死の法制化について」月報司法書士547号(2017年)21頁以下、同「日本の終末期医療と法—2018年における報告」二宮正人先生古稀記念『日本とブラジルからみた比較法』(信山社・2019年)179頁以下、191頁以下、同「終末期患者の医療決定についてのプロセス—終末期患者の事前意思表示」日医雑誌148巻1号(2019年)23頁以下、24頁等。山口厚ほか「〔座談会〕終末期医療と刑法」ジュリスト1377号(2009年)86頁以下、95-96頁〔佐伯仁志発言〕、96頁〔山口発言〕も参照。

という事案である<sup>72)</sup>。

本判決は、安楽死一般の許容要件と積極的安楽死の要件を定立するに先立ち、治療中止行為が許容される実体的要件として、以下の2つを設定する。それが、①「患者が治癒不可能な病気に冒され、回復の見込みがなく死が避けられない末期状態にあること」、②「治療行為の中止を求める患者の意思表示が存在し、それは治療行為の中止を行う時点で存在すること」である。この2つの要件を受けて、本判決は、本件行為が上記要件を満たしているかどうか、を検討する。そしてこの検討の結果、本判決は、本件行為が①要件を充足している一方、患者の意思表示も推定的意思も認定できないため、②要件を満たしていないとして、被告人に懲役2年（執行猶予2年）を言い渡した。

## ② 検討

以上が東海大学病院事件の概要と判旨であるが、このうち特に重要と思われるのは、本判決が上記①②の実体的要件を認定する過程で、手続的要件の存在にも言及していた点である。

### (a) 判決の骨子——意思要件の認定過程に焦点を当てて

本判決は、①要件との関係で、「こうした死の回避不可能の状態に至ったか否かは、医学的にも判断に困難を伴うと考えられるので、複数の医師による反復した診断によるのが望ましい」と判示し、①要件を認定する過程で医師の反復的診断を要求する。

次いで、本判決は、②要件に関して次のように判示する。

「家族の意思表示から患者の意思を推定するには、家族の意思表示がそうした推定をさせるに足りるだけのものでなければならないが、そのためには、意思表示をする家族が、〔a〕患者の性格、価値観、

72) 本判決の評釈として、甲斐克則「判批」佐伯仁志＝橋爪隆編『刑法判例百選 I 総論 [第8版]』（有斐閣・2020年）42-43頁、福山好典「判批」甲斐克則＝手嶋豊編『医事法判例百選 [第3版]』（有斐閣・2022年）192-193頁等、およびそこで引用された文献を参照。

人生観等について十分に知り、その意思を適確に推定しうる立場にあることが必要であり、さらに患者自身が意思表示をする場合と同様、〔b〕患者の病状、治療内容、予後等について、十分な情報と正確な認識を持っていることが必要である。そして、〔c〕患者の立場に立った上での真摯な考慮に基づいた意思表示でなければならない。また、〔d〕家族の意思表示を判断する医師側においても、患者及び家族との接触や意思疎通に努めることによって、患者自身の病気や治療方針に関する考えや態度、及び患者と家族の関係の程度や密接さなどについて必要な情報を収集し、患者及び家族をよく認識し理解する適確な立場にあることが必要である。このように、家族及び医師側の双方とも適確な立場にあり、かつ双方とも必要な情報を得て十分な理解をして、意思表示をしあるいは判断するときはじめて、家族の意思表示から患者の意思を推定することが許されるのである。この患者の意思の推定においては、疑わしきは生命の維持を利益にとの考えを優先させ、意思の推定に慎重さを欠くことがあってはならないといえる。」（以上、〔a〕～〔d〕の記号は筆者による。）

以上より、本判決が、患者の意思を認定する過程で要求する内容は、以下のように定式化できる。すなわち、a)相応の立場にある家族は、b)当該患者に関する十分な情報と知識に基づいてc)意思表示を行う必要がある。その一方で、d)患者・家族の意思表示を判断する医師も、当該患者に関する十分な情報収集とそれを可能とする的確な立場にある、という必要がある、と。

このように、東海大学病院事件判決は、2つの実体的要件を認定する過程で、一見すると、「犯罪の成否を決する要件としては厳格すぎる」<sup>73)</sup>手続的要件を設定している。

---

73) 辰井聡子「終末期医療とルールの在り方」甲斐克則編『医事法講座 第4巻 終末期医療と医事法』（信山社・2013年）215頁以下、220頁。

(b) 学説からの反応

そこで問題となるのは、手続的要件の設定はそもそも妥当か、もし妥当だとすれば、手続の履践が治療中止行為の実体的正当化にどのような影響を及ぼすか、である。

この問題に対し、唄孝一は、大要以下のように回答する。すなわち、①は、「家族という漠然たる関係概念を実質的に厳しく限定する」要件であり、また②も、「臨床現場に深いかかわりを持った者だけが該当する」要件である。その一方で、③は、患者の「最善の利益」を実質的に考慮しようとした要件であるが、「これらの要件は実は、充足するのがそれほど容易でない」、と<sup>74)</sup>。

以上より、唄は、本判決が定立した手続的要件の厳格さに難色を示していたが、その一方で学説には、唄よりもさらに率直に、本判決が定立した手続的要件それ自体を論難する見解も存在する。それが、佐伯仁志と町野朔の見解である。

まず佐伯は、次のように論じる。すなわち、意思表示の確認手順それ自体を違法阻却の要件とする、との対応は、「過度の要求であって現実的でない」。そうである以上、意思確認手順・手続に関する要件は、「刑法適用の基準としてはおよそ相応しくない」、と<sup>75)</sup>。ここから佐伯は、患者と家族の人間関係や、両者と医師の関係によって違法阻却判断が左右されるのは、「法的安定性を害し適当ではない」<sup>76)</sup>として、本判決が設定した手続的要件の存在自体を批判する。

74) 唄孝一「いわゆる『東海大学安楽死判決』における『末期医療と法』—横浜地裁平成7年3月28日判決を読んで」法律時報67巻7号(1995年)43頁以下、44頁のほか、46頁も参照。

75) 佐伯仁志「末期医療と患者の意思・家族の意思」樋口範雄編著『ケース・スタディ生命倫理と法〔第2版〕』(有斐閣・2012年)69頁以下、72頁〔初版2004年、初出2003年〕。

76) 佐伯仁志「判批」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選I 総論〔第5版〕』(有斐閣・2003年)42-43頁、43頁。同「判批」西田典之ほか編『刑法判例百選I 総論〔第6版〕』(有斐閣・2008年)44-45頁、45頁も同旨。

さらに、町野も次のように述べて、本判決の「論理」を厳しく断罪する。すなわち、「本人の意思を推定する仕方が適切であるかの問題と、本人の推定的意思の存否の問題とは別である」。本判決の判旨には、「コミュニケーションの欠如から病者の推定的意思の不存在を導くという理論の飛躍」<sup>77)</sup>がある。「この論理は必然でないばかりか、理解を超えたものでもある」<sup>78)</sup>、と。

(c) 中間まとめ

以上より、東海大学病院事件判決に対する学説の反応をまとめると、次のようになる。

有力な学説は、東海大学病院事件判決が（一見すると相当厳格な）手続的要件を定立したこと自体に批判的である。加えて、学説は、「仮に手続的要件の定立を承認するとしても、患者の意思を探知する手続と、治療中止行為の正当化との論理関係が不明である」として、やはり本判決に批判的な姿勢を示している。

(2) 川崎協同病院事件決定

次に、川崎協同病院事件の概要と判旨を確認する。

① 控訴審判決：「手続的な要件」への言及

(a) 判決の骨子

川崎協同病院事件は、医師である被告人が、気管支喘息の重積発作で低酸素脳損傷となり昏睡状態が続いていた被害者に対し、気道確保のために挿入されていた気管内チューブを抜管し、筋弛緩剤を静脈注射させて窒息死させたという事案である<sup>79)</sup>。被告人は、抜管からミオブロックの注射に

---

77) 町野朔「違法論としての安楽死・尊厳死—複合的な視点—」同『生と死、そして法律学』（信山社・2014年）301頁以下、305頁注（12）〔初出2000年〕。さらに、同『犯罪各論の現在』（有斐閣・1996年）17頁以下、29頁〔初出1993年〕も参照。

78) 町野朔『東海大学安楽死判決』覚書同・前出注77)『生と死、そして法律学』281頁以下、300頁〔初出1995年〕。

79) 調査官解説として、入江猛「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成21年度）』（法曹会・2013年）557頁以下がある。また、判例評釈として、神馬幸一



至る一連の行為を対象として殺人罪で起訴された。

まず、1審（横浜地判平成17年3月25日判時1909号130頁）は、末期医療における治療中止の要件を検討し、被害者の余命はこん睡が続けば短くて約1週間であるが、それから脱却できれば数年の可能性もあり、約1週間後に死に至るのが不可避とはいえなかった、との鑑定を基礎とする。そのうえで、1審は、本件は死期が切迫していた場合に当たらず、治療が尽くされたともいえない、として被告人に殺人罪の成立を認め、同人に懲役3年（執行猶予5年）を言い渡した。

つづく控訴審（東京高判平成19年2月28日判タ1237号153頁）は、「患者の自己決定権」と「医師の治療義務の限界」という2つの実体的要件の存在を出発点とする。しかし結論として、控訴審は、被告人の行為が上記の実体的要件のいずれによっても適法化できないと判示し、同人に懲役1年6月（執行猶予3年）を言い渡した。

ここで注目すべきは、控訴審がこの結論を導出する過程で、次のように判示している点である。

「尊厳死を適法とする場合でも、単なる実体的な要件のみが必要なのではなく、必然的にその手続的な要件も欠かせない。例えば、家族の同意が一要件になるとしても、同意書の要否やその様式等も当然に視野に入れなければならない。医師側の判断手続やその主体をどうするかも重要であろう。このように手続全般を構築しなければ、適切な尊厳死の実現は困難である。そういう意味でも法律ないしこれに代わり得るガイドラインの策定が肝要なのであり、この問題は、国を挙げて議論・検討すべきものであって、司法が抜本的な解決を図るような問題ではないのである。」（以上、圏点は筆者による。）

---

〔判批〕佐伯＝橋爪編・前出注72）44-45頁，新谷一郎「判批」甲斐（克）＝手嶋編・前出注72）194-195頁，およびそこで引用された文献を参照。

本稿の問題関心に即して控訴審判決のエッセンスを抽出すると、次のようになる。

控訴審は、「患者の自己決定権」と「医師の治療義務の限界」という2つの実体的要件を認定する過程で、「手続的な要件」の必要性に言及する。東海大学病院事件判決と同様、控訴審も、治療中止行為の正当化が実体的要件だけで論じられるわけではなく、手続的要件の定立・構築が必須であり、その点も踏まえて正当化の可否を判断すべきだ、としている<sup>80)</sup>。

しかし、東海大学病院事件判決と同様に、学説は、控訴審の論理に対しても厳しい批判を向けた。

(b) 学説からの反応

たとえば、東海大学病院事件判決を厳しく批判した町野は、本件の控訴審判決に対しても、大要次のような批判を寄せている。

町野によると、「刑事裁判で問題なのは尊厳死問題の抜本的解決ではなく、当該被告人Xを処罰すべきか」否かであり、「行為者を処罰することと、終末期医療を規制し、その適切な運用を図ることとは別の問題である」。結局のところ、控訴審判決は、『処罰される行為』と『やってはならない行為』とを混同して」おり、同判決が定立した「手続的な要件」は、刑法的評価とは本質的に相容れない、と<sup>81)</sup>。

加えて、かつて東海大学病院事件判決では、手続的要件の充足が治療中止行為の正当化に与える影響も問題とされていた。その一方で、川崎協同病院事件控訴審判決は、治療中止行為の正当化において、単なる実体的要件のみならず、「手続的な要件も欠かせない」と判示する。この判示から、本件控訴審判決は、手続の問題に対し、東海大学病院事件判決よりも踏み込んだ回答を与えたようにも読める。

---

80) 辰井聡子「判批」論究ジュリスト1号(2012年)212頁以下、215-216頁等参照。

81) 町野朔「患者の自己決定権と医師の治療義務—川崎協同病院事件控訴審判決を契機として—」同・前出注77)『生と死、そして法律学』329頁以下、335-336頁〔初出2007年〕。

しかし、学説は、この判示に対しても批判の矛先を向ける。たとえば、本庄武は、「最終的には、実体的要件の充足の有無が当該行為の適法性を決定する」のであるから、手続的要件が充足されているか否かは、「あくまで事実認定上の（重要ではあるが）一考慮要素にすぎない」という<sup>82)</sup>。そして同様に、法学説には、治療中止の許容要件が「手続化」しすぎている感がある、との見解も見受けられる。この見解を唱える田中成明によると、治療中止の実質的・客観的要件に関する議論に対しては、これまで以上に関心を向ける必要がある。しかし、現在そうした取組みが低調である以上、手続過程（だけ）の整備はかえって弊害を生じさせかねない、という<sup>83)</sup>。

② 上告審決定：「手続的」解決の提案

では、最高裁（最決平成21年12月7日刑集63巻11号1899頁）は、本件事案に対してどのような判断を下したのだろうか。

(a) 判決の骨子

まず、最高裁決定の骨子から確認する。最高裁は、本件患者から気管内チューブを抜管する行為が治療中止として適法化されるか、という点のみを法律判断の対象としたが、その際、「実体要件を必ずしも前提とせず、手続的な要素を前面に出しながら、〔本件治療中止行為の〕正当化を否定する判断を行った」<sup>84)</sup>。最高裁は、次のように判示する。

「被害者が気管支ぜん息の重積発作を起こして入院した後、本件抜管時まで、同人の余命等を判断するために必要とされる脳波等の検査は実施されておらず、発症からいまだ2週間の時点でもあり、〔a〕

82) 本庄武「判批」速報判例解説2号（2008年）187頁以下、190頁。

83) 田中成明「尊厳死問題への法的対応の在り方について—川崎協同病院事件控訴審判決を機縁とする一考察—」法曹時報60巻7号（2008年）1頁以下、50-51頁参照。

84) 辰井・前出注73) 222頁。小田直樹「判批」平成22年度重要判例解説（2011年）200-201頁、201頁も同旨。

その回復可能性や余命についての確な判断を下せる状況にはなかったものと認められる。そして、被害者は、本件時、こん睡状態にあったものであるところ、本件気管内チューブの抜管は、被害者の回復をあきらめた家族からの要請に基づき行われたものであるが、〔b〕その要請は……被害者の病状等について適切な情報が伝えられた上でされたものではなく、上記抜管行為が被害者の推定的意思に基づくということもできない。以上によれば、上記抜管行為は、法律上許容される治療中止には当たらないというべきである。」(以上、下線・記号は筆者による。)

(b) 学説からの反応

以上の判示を踏まえて、川崎協同病院事件最高裁決定に対する学説からの反応を概観すると、以下のようになる。

最高裁は、治療中止行為を行う医師に対し、①患者の回復可能性や余命に関する確な判断、②患者の病状等に関する適切な情報提供手続に基づく同意取得を要求する。以上の2点をとらえて、辰井聡子は、最高裁が「実体というよりも、一定の手続に従って判断がなされた事実を要求し」、「患者の自己決定論や医師の治療義務の限界論による〔実体的〕正当化というよりは、適切な手続によって治療方針の決定がなされたことそれ自体による〔手続的〕正当化を構想している」<sup>85)</sup>と読む。

また、小田直樹も、本決定では「実体法の要件論に入る前に、病態を把握する診断や家族に伝える説明という、手続過程の不備が重視されていた」<sup>86)</sup>と評価し、最高裁がむしろ、「プロセスを蔑ろにする態度じたい〔を〕

---

85) 辰井・前出注73) 223頁。引用文中の亀甲括弧(〔 〕)は筆者による(以下同じ)。同・前出注80) 216頁も同旨。さらに、佐藤陽子「治療中止に関する一考察—川崎協同病院事件を手がかりに—」熊本ロージャーナル7号(2012年)123頁以下、159頁は、最高裁決定は手続の不備そのものを重視しているというよりは、手続の不備も重視している、とする。

86) 小田・前出注84) 201頁。

断罪〔し〕た<sup>87)</sup>とみる。

以上の学説からの評価を総括すると、次のようになる。すなわち、最高裁は、実体的要件と並ぶ手続的要件の存在価値を説くだけでなく、手続的要件の充足自体が治療中止行為の正当化に決定的な役割を果たす、と理解している、と。

問題は、手続の履践（ないし違背）が刑法的にどのように位置づけられるか、である。この問題に対し、樋口範雄は、厚労省のプロセスガイドラインを念頭に置きつつ、「十分な終末医療の診断・治療が医療ケアチームによってなされ、正確な病状を前提に家族との協議〔を〕重〔ね〕た上で」当該中止措置を中止する判断が下されたのであれば、医師は「有罪になるはずがない<sup>88)</sup>と断じる。この樋口の議論は、(刑)法理論上、ガイドラインが定める手続に則って行われた行為は、正当業務行為（刑法35条後段）として違法性が阻却される、という趣旨で理解可能である<sup>89)</sup>。この議論とその結論は、現在多くの学説が共有し、首肯するところとなっている<sup>90)</sup>。

87) 小田直樹「治療行為と刑法」神戸法学年報26号（2010年）1頁以下、42頁。

88) 樋口・前出注71) 月報司法書士547号24頁。このほか、同・前出注71)『続・医療と法を考える』85頁以下、同・前出注71)『日本とブラジルからみた比較法』191頁以下、199頁以下等も同旨。

89) 城祐一郎「ガイドラインによる医療関係事犯の非犯罪化」刑事法ジャーナル67号（2021年）24頁以下、30-31頁、同『現代医療関係法』（成文堂・2022年）331-332頁も同旨。

90) 山口（厚）ほか・前出注71) 95-96頁〔佐伯発言〕、96頁〔山口発言〕、佐伯仁志「治療の不開始・中止に関する一考察」法曹時報72巻6号（2020年）1頁以下、3-4頁等。池上直己＝町野朔「《対談》終末期における医療と法律」刑事法ジャーナル35号（2013年）94頁以下、99頁〔町野発言〕も参照。

たとえば、福山好典「人生の最終段階でどこまで医療を提供するか—安楽死・尊厳死をめぐる法の動向—」病院77巻1号（2018年）76頁以下、79頁は、ガイドラインが求める意思決定の手続を踏むことは、終末期の判定や、患者の意思推定の正確性を担保するのにつながる、「ガイドラインが遵守されたなら、事実上治療中止の実体的要件を満たすことが多いはずであり、少なくとも刑事

しかし、この議論に対しては、問題となる行為が正当業務行為に該当する、との結論を先取りしただけではないか<sup>91)</sup>、ひいては、手続の履践が治療中止行為を正当化する実質的な理由づけとなっているか、との疑問が生じる。

たしかに、ガイドラインに基づく治療措置の中止が犯罪を構成しない、という結論それ自体に対しては、おおむね意見の一致がみられる。しかし現状、当該中止措置が犯罪とならない根拠は、十分に明らかにされていない<sup>92)</sup>。ただしそうになると、刑法学は、治療中止・差控えの状況に対する明確な行動基準を提供できていない<sup>93)</sup>のではないかと、との疑念も生じる。

さらにいえば、治療中止行為の手続的要件がそもそも必要か、という問題、仮に手続的要件が正当化にとって必要だとして、手続的要件と実体的要件がどのような関係に立つか、との問題、そして結局のところ、いかにして当該行為の正当化が導かれるか、との問題にも、(刑)法理論的には未整理な部分が数多く残されている<sup>94)</sup>。

## 2 刑法学説にみる「手続」への関心の高まり

以上概観した、治療中止・差控えに関する最高裁決定から示唆を得て、

---

訴追は免れるべきである」と説く。また、只木誠「積極的安楽死と緩和医療」井田良ほか編集委員『山中敬一先生古稀祝賀論文集 [下巻]』(成文堂・2017年)39頁以下、56頁注(66)は、「ガイドラインの客観化されたルールに依拠していれば、少なくとも、医師が刑事訴追を免れるという手続の定着に向け、合意形成を図るべきである」と説く。

91) このような疑問を呈するのは、井田・前出注7)492頁注(9)。

92) 井田・前出注7)492頁。

93) 井田・前出注7)490頁参照。さらに、同「終末期医療における刑法の役割」ジュリスト1377号(2009年)80頁以下、80頁は、刑法に求められる役割の1つが、「医療従事者が決して踏み越えてはならない一線(逆からいえば、生命保護のために刑法が介入することのできる限界)を明確化すること」にある、という。

94) 辰井・前出注73)223頁参照。さらに、神馬・前出注6)「安楽死・尊厳死」15頁、同・前出注79)45頁も参照。

以下では、わが国の代表的な刑法学説を検討する。本稿が取り上げる見解は、井田良、山中敬一、そして甲斐克則の見解である。

（1）井田良の見解——手続的正義の保障とインフォームド・コンセント  
まず、井田良の見解から取り上げる。

わが国で「手続」ないし「手続化」をめぐる問題に比較的早くから関心を寄せていたのが、井田である。井田は、手続化が「現代社会における法の機能と役割をめぐる根本問題に触れる」テーマであると位置づけたうえで<sup>95)</sup>、手続化というテーマが、「法思想のパラダイム転換」である<sup>96)</sup>、と説く。

そもそも井田は、2007年の論文「医療とインフォームド・コンセントの法理」において、すでに、以下の2点を指摘していた。すなわち、治療行為におけるインフォームド・コンセントの法理に着目し、同法理が「説明と同意」という手続を踏む重要性、すなわち、「手続的正義に着目してこれを保障するための法理」である、という点<sup>97)</sup>、そして、インフォームド・コンセントがこういった手続的正義の保障のための法理としての性格をますます強めている、という点<sup>98)</sup>、がそれである。

そのうえで、井田は次のように指摘する。すなわち、インフォームド・コンセントの法理は、現在、とにかく手続を踏めばよいという具合に、手続至上主義的に理解される危険に対してどのように対処するか、という問題を抱えている、と<sup>99)</sup>。かくして、井田は、手続の重要性を指摘する一方、何が正しい医療であるか、に関する実質、いわば中身に関する議論を棚上げせずに、実体と手続の双方に目を配りながら、手続の問題に取り組

95) 井田・前出注7) 492頁。

96) 井田・前出注7) 503頁。

97) 井田良「医療とインフォームド・コンセントの法理」五十子敬子編『医をめぐる自己決定—論理・看護・医療・法の視座—』（イウス出版・2007年）129頁以下、131頁。

98) 井田・前出注97) 133頁。

99) 井田・前出注97) 133頁、135頁。同・前出注7) 500-501頁も参照。

む必要がある、と総括している<sup>100)</sup>。

もっとも、井田が、実体(実質ないし中身)と手続の関係をどれほど問題視していたのかは、明らかでない。たとえば、井田は、治療の中止・差控えの文脈を念頭に置きながら、手続の履践は実体的な違法評価を直接左右する、刑法理論的には、行為不法の欠落に基づく違法性阻却事由である、と主張する<sup>101)</sup>。しかし、井田がいう「直接左右する」の含意は、必ずしも明確ではない。

(2) 山中敬一の見解——同意の制限における実体的限界と手続的限界

以上概観した井田の見解に引きつづき、以下、山中敬一の議論を確認する。

山中は、治療行為におけるインフォームド・コンセントのみならず、臨

---

100) 井田・前出注97) 137頁参照。治療中止・差控えの文脈でも同旨を述べるのは、同「再論・終末期医療と刑法」町野朔先生古稀記念『刑事法・医事法の新たな展開 下巻』(信山社・2014年) 131頁以下、139頁、同「安楽死と治療中止」前田正一＝氏家良人編『救急・集中治療における臨床倫理』(克誠堂出版・2016年) 71頁以下、83-84頁等である。この他にも、同「治療中止をめぐる一立法による問題解決は可能か」判例時報2374号(2018年) 108頁以下、112-113頁注(16)等は、手続的ルールが重要な実践的意味を持つとしても、「それにより実質的基準(いかなる行為が適法であり、いかなる行為が違法であるのかの区別の基準)に関する議論」を棚上げにして済ますことはできない、とする。なお、筆者の立場として、天田悠「コメント(セッション2:治療中止とその正当化要件)」只木誠＝ゲンナー・デュトゲ編『終末期医療、安楽死・尊厳死に関する総合的研究』(中央大学出版部・2021年) 75頁以下、80頁〔日本語版〕、345頁以下、349-350頁〔ドイツ語版〕参照。さらに、同書のドイツ語版として、vgl. auch *Yu Amada*, Kommentar (2. Kapitel: Zur Kontroverse um eine angemessene Sterbehilfebegrifflichkeit und -typologie), in: Gunnar Duttge/Melanie Steuer/Makoto Tadaki (Hrsg.), *Menschenwürde und Selbstbestimmung in der medizinischen Versorgung am Lebensende. Ein deutsch-japanischer Vergleich*, 2022, S. 57 ff., 61.

101) 井田・前出注100)『刑事法・医事法の新たな展開 下巻』139-140頁、同・前出注100)『救急・集中治療における臨床倫理』84頁等。さらに、同・前出注7) 499頁も参照。



床試験におけるインフォームド・コンセントをも射程に入れながら、大要次のように主張する。すなわち、同意の規範的制限には、実体的限界と手続的限界がある。このうち前者は公序良俗、後者は同意の方式に関わる。そして、実体的・手続的限界をクリアするためには、法的な有効要件の充足や倫理委員会の許可等の一定の手続<sup>102)</sup>を履践する必要がある、と<sup>103)</sup>。

かくして、山中によると、手続的考慮がその理論的分析力を発揮するのは、まずもって、同意の制約が問題となる場面においてである。具体的には、治療行為（の中止）や臨床試験等の、患者または被験者が（身体・健康という）法益の処分意思を表示する局面がそうである。

そして、この議論は、終末期医療の場面にも妥当しうるといえる。すなわち、山中は、臨死介助を不可罰とするための立法提案を行う過程で、手続的要件の基本的枠組みを法律によって規定する必要がある、と説く。山中によると、こういった手続的要件の充足が当該行為の正当化の指標となるが、当該要件の充足が正当化にとって不可欠かどうかは、その規制全体の保護目的のための規定かどうかを考慮し、生命の保護や自己決定権の原則に照らして判断されるべきである、という<sup>104)</sup>。

もっとも、当該「規制全体の保護目的のための規定か」をどのように判断するのかは、山中の記述からは、必ずしも明確に読み取れない。加えて、山中が、生命や自己決定といった実体的な権利・利益を、手続的な権利・利益とどのように関連づけているのかも、理論的に明確とはいえない。

102) 山中・前出注16) 105頁以下、141-142頁〔初出2012年〕。山中の同意理解は、同『刑法総論〔第3版〕』（成文堂・2015年）206頁以下も参照。

103) 山中・前出注16) 142頁は、代理母・臓器移植等も同様だという。同書52頁も参照。加えて、性転換手術（性別適合手術）との関係で、手続面の整備が必要である、といち早く指摘していたのが、高島学司「判批」唄孝一＝成田頼明編『医事判例百選』（有斐閣・1976年）202-203頁、203頁である。

104) 山中敬一『医事刑法概論Ⅱ（先端医療の比較規範体系）』（成文堂・2021年）814頁以下、903-904頁。

(3) 甲斐克則の見解——メディカル・デュープロセスの法理をめぐって最後に、甲斐克則の見解を取り上げる。

学説には、井田や山中のようにインフォームド・コンセントという枠にとらわれず、より広い視点から（適正）手続を保障すべきだ、と説く見解もある。それが、甲斐が提唱する「メディカル・デュープロセスの法理」である。

① 「メディカル・デュープロセスの法理」の骨子

まず甲斐は、1992年の論文で、「新規医療等に関し大局的見地から、広く社会にもインフォームド・コンセントを求めるといふ、いわば『メディカル・デュープロセスの法理』といったものも今後考えておく必要がある」と叙述する<sup>105)</sup>。そして甲斐は、その数年後の論文で当該叙述の妥当範囲を大幅に拡大し<sup>106)</sup>、メディカル・デュープロセスの考え方が、医事（刑）法の基本原理の一つになる、と説くに至る<sup>107)</sup>。

---

105) 甲斐克則「医薬品の臨床試験とインフォームド・コンセント」年報医事法学 7号（1992年）86頁以下、91頁〔同『被験者保護と刑法』（成文堂・2005年）75頁以下所収、80-81頁〕。

106) 甲斐克則「医事法『徒然草』—その三」書齋の窓458号（1996年）33頁以下、36-37頁。さらに、同「精神科医療における身体的拘束の問題性—精神科医の裁量の限界を問う—」早稲田大学法学会編『早稲田大学法学会百周年記念論文集 第三巻 刑事法編』（成文堂・2022年）173頁以下、190頁は、「メディカル・デュープロセス」（医学的適正手続）の法理が、「臨床研究の場合のみならず、終末期医療等、本来の治療行為として認められない広義の医療行為を行う場合…にも適用可能である」と述べている。

107) この「法理」に関する甲斐の（比較的近時の）研究書・論文として、甲斐（克）・前出注105)『被験者保護と刑法』1頁以下、7-8頁〔初出2003年〕、11頁以下、30頁〔初出2003年〕、125頁以下、156頁〔書き下ろし〕、同「医事法と生命倫理の交錯—唄孝一の『ELMの森』を歩く—」同『〈講演録〉医事法学へのまなざし—生命倫理とのコラボレーション—』（信山社・2018年）3頁以下、27-28頁、同「医事法の基本原理—刑法の立場から」医事法研究創刊第1号（2019年）1頁以下、13-14頁、同「レギュラトリーサイエンスと医事法—コラボレーションの研究成果としての緊急暫定承認制度創設の提言」医事法研究5号（2022年）31頁以下、37-38頁、同『人体情報と刑法』（成文堂・2022年）19

この間、甲斐が提唱する「メディカル・デュープロセスの法理」の内容には揺らぎがみられるが、甲斐は、2019年の論文「医事法の基本原則——刑法の立場から」において、「生命科学ないし先端医学の急速な進展に対応するため、生起しうる諸問題について実定法では十分に対応できない場合に、適正手続を保障することにより、いわばグレーゾーンに属する難問を柔軟に『解決』する方策を呈示する」<sup>108)</sup>との目的意識から、当該「法理」を、以下のように定義する。

「『メディカル・デュープロセスの法理』とは、医療、とりわけ人体実験・臨床研究・臨床試験・実験的治療のような先進的なものについては、社会的観点も加味して、適正手続による保障がなければ、当該医療行為は違法である、とする法理である<sup>109)</sup>。」

以上の定義から、甲斐は、当該法理の具体的内容として、以下のような事項を導出する。すなわち、「実体法的要件として実験段階から個々の被

---

頁以下、44頁〔初出2019年〕、251頁以下、273-274頁〔初出2017年〕、327頁以下、359-360頁〔初出2021年〕、同「臨床研究と医事法の関わり」同編『医事法講座 第13巻 臨床研究と医事法』（信山社・2023年）3頁以下、17-18頁等。また、教科書・参考書等として、甲斐（克）・前出注16）8頁、同「生命科学と法的ルール」岩志和一郎ほか『講義 生命科学と法』（尚学社・2008年）191頁以下、202頁、同編『レクチャー生命倫理と法』（法律文化社・2010年）42頁以下、50頁〔甲斐〕、同編『ブリッジブック医事法〔第2版〕』（信山社・2018年）1頁以下、9-10頁〔甲斐〕〔初版2008年〕等も参照。Vgl. auch *Katsunori Kai*, Proposal of the Legal Doctrine of Medical Due Process, in: Gunnar Duttge/Makoto Tadaki (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungslinien des japanischen Strafrechts im 21. Jahrhundert, 2017, S. 131 ff., 135 f.

108) 甲斐（克）・前出注107）「医事法の基本原則」13-14頁。

109) 甲斐（克）・前出注107）「医事法の基本原則」13頁。同論文14頁注（36）によると、現在の「メディカル・デュープロセスの法理」の定義は、甲斐編集代表『医事法辞典』（信山社・2018年）482-483頁〔甲斐〕で用いた定義だという。

験者・患者に対するインフォームド・コンセントを確保していること」, 「その前段階として彼らに熟考期間（カウンセリングも含む）があったか, リスクとベネフィットとの冷静な衡量に基づき安全性等について倫理審査委員会……の適正な審査を受けているか, 人類に多大な影響を与えうるもの……については, プライバシーを侵害しない必要な範囲で情報公開をし, 社会的合意・承認を得ているか等をチェック [する]」<sup>110)</sup> こと, がそれである。

以上より, 甲斐が, メディカル・デュープロセスの法理の主たる適用場面として想定しているのは, 医療, 特に高度先進医療のような, 医療者に難しい判断が求められる場面となる。このような場面で, 医師・研究者らは, 倫理委員会の審査をはじめとする, 複数の「適正手続」を経る必要があり, これらの手続のうち「いずれかでも欠けていれば, 当該医療行為は違法であり」, 民事上, 刑事上または行政上の違法評価と結び付く。より具体的には, この法理の帰結は, 「そのようにして得られたデータに基づく学術論文の公表を禁止したり, それ以後の研究費を凍結する等の行政処分をし, 悪質なものについては民事責任, 場合によっては刑事責任を負わせようとするものである」<sup>111)</sup>。手続違背の法的効果が実体的な違法評価に波及すると明確に述べた点, 医療の場面において適正手続（デュープロセス）を踏む法的重要性<sup>112)</sup>をいち早く言語化し, 発信し続けている点で, 甲斐の学術的功績は大きい。

## ② 疑問点

### (a) 背景事情——学界からの反応

しかし, 本稿の見るところ, メディカル・デュープロセスの法理には,

---

110) 甲斐（克）・前出注107)「医事法の基本原理」14頁。

111) 甲斐（克）・前出注107)「医事法の基本原理」14頁。

112) 保条成宏「ドイツ『治療行為制約論』と『治療義務限定論』の交錯」小山剛＝玉井真理子編『子どもの医療と法〔第2版〕』（尚学社・2012年）230頁以下, 259頁注(74)も, 医療ネグレクトの場면을念頭に置きながら, 適正手続（デュー・プロセス）を保障する必要がある, と説く。

(刑) 法理論的に詰めるべき点が山積している。それにもかかわらず、甲斐の「法理」は、従来さしたる批判を浴びてこなかった。

その理由を推察するに、甲斐の「法理」が正面から批判の対象とされてこなかったとの事実は、わが国の医事(刑)法学において手続を論じる土壌が整っていないか、少なくともきわめて脆弱であることの証左だと思われる<sup>113)</sup>。現に、わが国の学説において、手続を統一的視点から把握し、理論化していこうとの動きは一般的ではない。ごく最近、一部の学説が、諸外国(主にドイツ)の動向から示唆を得て検討を開始したばかりである、というのが現状である<sup>114)</sup>。

(b) 批判的検討

そして、甲斐の「法理」は、次のような批判的検討に耐えることができないように思われる。以下、主たる疑問点を3つ指摘する。

第1に、甲斐によれば、カウンセリング、倫理委員会の審査、情報公開、社会的合意・承認等の手続のうち1つでも違反すれば、当該医療行為は違法であり、悪質な行為には民事責任を認めるほか、刑事責任まで負うと主張する。しかし、手続の違背が実体法的評価に直結する結果、甲斐の「法理」を文字どおり適用すると、当時者間のコミュニケーションの失敗(だけ)で違法評価が導かれることになる<sup>115)</sup>。本稿が抱く第1の疑問は、このような帰結は甘受可能か、という点である。本稿には、とても甘受可能とは思われない。甲斐は、適正手続の重要性を強弁するがあまり、その代償として、およそ首肯しがたい帰結を導いている。

第2に、甲斐は複数の手続を掲げ、このうち1つでも違反すれば当該医

---

113) その一方で、稲田朗子「『医療と刑事法』に関する一考察」高知論叢(社会科学)113号(2017年)59頁以下、68頁は、適正手続の保障が、医事刑法の原理の一部となる可能性を認めつつも、医事刑法全体を貫く「基本原理」とまでいえるのかどうかは、留保が必要であるとする。

114) その先駆けとして、神馬幸一「医事刑法における手続化」刑法雑誌63巻3号(2024年刊行予定)参照。

115) 小田・前出注87)36頁、なお同頁注(94)。

療行為は違法になる、と主張する。しかし、違法評価を導くためには、実体的な不利益結果(患者・被験者の傷害結果、死亡結果等)が生じた点をまず問題とすべきであるから、実体法の解釈論として手続の違背を殊更強調する意義は乏しい、ともいえそうである。しかしそうすると、手続固有の規範的意義が改めて問われることになろうが、甲斐が当該意義をどのように考えているのかは、必ずしも明らかでない。

第3に、前述のとおり甲斐は、履践すべき各種手続の「いずれかでも欠けていれば、当該医療行為は違法であ[る]」、と説く<sup>116)</sup>。この説明からも明らかのように、甲斐は、手続の違背に対し、相当厳格な法的効果を付与している。しかし、手続違背が有する峻厳な法的効果とは不釣り合いといえるほどに、甲斐が掲げる各種手続はカズイスティックであり、その点で、甲斐の手続理解は精密さに欠けるといわざるをえない。加えて、甲斐が掲げる各種の手続同士の相関関係にも、判然としない部分が残されている。

(c) まとめ

甲斐の「法理」に対する不満は、主として、以下の2点にまとめられる。

第1に、甲斐が導出する手続履践・違背の帰結は、(刑)法理論的にみても実践的にみても妥当とは思われない。第2に、医療上の適正手続の保障には、そのどこかに限界点が存在する、と考えるのが定石であるが、甲斐の議論からは、その点が明確に読み取れない。

以上の不満・疑問点を解消するための一定の道筋をつけたい限り、甲斐の「法理」には与しえない。

### 第3節 本章の成果と課題の設定

#### 第1款 本章の成果

以上で、手続化をめぐる日独の現状確認を終える。第1節での目的設定を受けて、まず、第2節第1款では、ドイツで手続化論の思考法を刑法解

---

116) 甲斐(克)・前出注107)「医事法の基本原理」14頁。

積論として定位する試みが繰り返されてきた、との経緯を明らかにした。また、同じく第2款では、わが国における議論の端緒・到達点・理論的問題点を明らかにしてきた。

以上の分析結果をまとめると、以下のようになる。

### 第1項 ドイツ法と日本法のまとめ

1. 手続化論とは、法的判断やその根拠づけのために、およそ「手続」に対して、従来よりも大きな意味づけを認めていこう、との考え方をいう。このような考え方によると、価値が多分化した現代では、何が正で、何が不正かを画一的な基準で判断することは、ますます困難になっているという。そして、このような認識を基礎として、手続化論は、実体的な規範の内容それ自体ではなく、関係当事者による「討議」を経て問題の認識・解決が図られる、というプロセスに正当性を見だし、(刑)法理論の見地から根拠づけようと試みる。

近時ドイツでは、このような手続化論の試みが注目を集め、手続化の思考法を、解釈・立法の指針として取り入れようとの動きが活発となっている。たとえば、医事刑法の領域では、人工妊娠中絶、臓器移植、臨床試験、臨死介助、着床前診断等が、経済刑法では、背任罪や汚職の罪等の経済取引に起因する問題が、手続化論の典型的な適用領域としてそれぞれ想定されている。これらの問題領域で、関係当事者は、当該判断が正しいか正しくないか、確信を持ってないまま医療・経済活動に従事しなければならない。そのため、刑法が従来前提としてきた「正か不正か」・「適法か違法か」という二元的コードが有効に機能しなくなるのではないか、との危惧が示されてきた。そこでドイツの学説には、手続化論の思考法を刑法学に取り入れ、上記の問題を解決する道筋をつけるべきだ、と主張する見解がある。もっとも、このような手続化論の考え方に対しては、数多くの批判も寄せられている。

2. 以上のような動きがドイツでみられる一方で、わが国で手続を刑法上考慮するとの発想の端緒は、終末期医療の分野に見いだせる。特に、川



崎協同病院事件最高裁決定<sup>117)</sup>は、患者の自己決定権や医師の治療義務の限界といった実体に加えて、手続（たとえば、医師が患者の病態を把握する診断を行っていたか、その診断内容を家族に適切に説明していたか、然るべきプロセスを踏んで医師が治療方針を決定したか）に着目し、手続面を（も）重視して、治療中止行為が正当化されるか否かを判断した、といえる。

加えて、学説にも、手続の重要性を説く見解が散見される。たとえば、井田良によると、インフォームド・コンセントの法理は、手続的正義に着目し、これを保障するための考え方だという。加えて、甲斐克則は、「メディカル・デュープロセスの法理」を提唱し、この法理が、医事（刑）法の基本原理の1つになる、と主張している。甲斐によると、「メディカル・デュープロセスの法理」とは、医療、特に臨床研究のような先進的医療につき、社会的観点も加味して、適正手続による保障がなければ、当該医療行為は違法だとする法理をいう。もっとも、学説上、手続論議が正面から（批判的）検討の対象とされた機会は、ほとんどなかったといえる。

## 第2項 従来の議論の問題点

以上の分析結果を踏まえて、以下では、従来の議論の問題点を整理する。本稿の見立てでは、従来の議論の問題点は、大別して、以下の2つに集約可能である。

第1に、従来の議論は、判例で問題となった治療中止・差控え事例を念頭に置きつつ、その許容性を論じてきた。その結果、刑法学説では、以下の2点に関しては、比較的広範なコンセンサスが形成されるに至っている、といえる。すなわち、第1に、治療中止・差控えの許容性判断において、医師が所定の手続を履践したか否か、を考慮するとの点、第2に、もし行為者が当該手続を履践したならば、当該行為は犯罪にならないとの点、がそれである。

---

117) 最決平成21年12月7日刑集63巻11号1899頁。



しかし、そもそもなぜ、医療上の判断の際に手続を踏む必要があるのか、手続を考慮する根拠は何か、どのような事例であれば「手続」を解釈論の枠内で考慮できるか、といったメタ理論的な問題は、ほとんど論じられていないように思われる。

第2に、わが国の従来の学説は、ドイツ法の動向を紹介し、手続ないし手続化にまつわる種々の問題を扱ってきた。たしかに、詳しくは次章でみるように、ドイツ民法典には、終末期における患者の意思確認手続に関する明文規定があり、ドイツには手続規定の解釈を扱う判例として、プッツ事件判決<sup>118)</sup>やケルン娘婚事件決定<sup>119)</sup>等の著名判例が複数存在する<sup>120)</sup>。したがって、ドイツ法から示唆を得ようとする研究姿勢それ自体は、正当といえる。

しかし、わが国の先行研究には、ドイツ法を相対化し、批判的に検証しようとする姿勢がやや希薄だったのではないかと、という疑念がある。加えて、ドイツ民法のような明文規定を持たず、プロセスガイドライン等で問題に対応しているわが国で、ドイツと同じように「手続」を考慮できるか、との疑問も生じうる。

## 第2款 課題の設定

以上が、ここまでの検討から得られた成果である。この成果を踏まえて、以下では、本稿の検討課題を設定する。ただし、課題の設定に先立って、まず、課題解決の前提に触れておかなければならない。

### 第1項 本稿の課題

#### 1 課題解決の前提

第2節の検討から、ドイツでもわが国でも、手続化という法現象をめぐり、未解決の問題が山積している状況が明らかとなった。それでも、第2

---

118) BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09 = BGHSt 55, 191.

119) BGH, Beschl. v. 10.11.2010 – 2 StR 320/10 = BGH NJW 2011, 161.

120) ドイツ臨死介助法の判例は、第3章第4節第4款第1項で詳しく扱う。

節での検討結果からは、次のような見通しを立てることができる。医療に携わる者による手続の履践・違背には、刑法解釈論上、何らかの意味があるのではないかと、この見通しがそれである。

しかし、刑法解釈論上意味を持ちうる手続とは何か、刑法解釈において手続とはどのような帰結を導く概念か、さらにいえば、各問題領域で考慮されている手続の意味内容に共通点・相違点はあるのか、といった基本的な事項に関してさえ、現在の刑法学説には、定着した理解が存在しない。

たとえば、学説には、「手続さえ踏めばよいと考えることは危険である」との指摘、手続の履践を絶対視する「手続至上主義」<sup>121)</sup>を戒める見解、「マニュアル志向的態度」<sup>122)</sup>に陥るおそれを危惧する見解がある<sup>123)</sup>。たしかに、以上の指摘・見解は、それ自体きわめて正当である。なぜなら、手続的要件の意義が強調されるに伴い、実体的要件の検討が疎かになるのではないかと、この疑い<sup>124)</sup>、あるいは、手続の検討を隠れ蓑にして、実体の検討が手薄になりはしないかと、この疑い<sup>125)</sup>があるからである。

それでも、この疑問を呈する論者が皆、同一内容の手続をイメージしながら議論を積み重ねてきたかといえ、その点にも疑問が残る。たとえば、上記の論者が念頭に置いている場面の1つは、いわゆる尊厳死・治療行為の中止・差控えの場面であるが、一口に「尊厳死」、「治療中止・差控え」といっても、想定される事例は多彩である。

---

121) 井田・前出注97) 133頁, 135頁等。

122) 中山茂樹「『自分らしい死』をめぐる法と倫理」法学セミナー 788号(2020年) 26頁以下, 31頁。

123) *Saliger in: Menschenwürde und Medizin*, S. 287が「過剰な手続主義」(Hyperprozeduralismus)と呼ぶのも同旨であろう。治療中止・差控えとの関連では、井田・前出注100)『刑事法・医事法の新たな展開 下巻』139-140頁, 同・前出注100)『救急・集中治療における臨床倫理』83頁, 同・前出注100)「治療中止をめぐる」112-113頁注(16)も参照。

124) 山口齊昭「〈文献紹介〉天田悠著『治療行為と刑法』」年報医事法学34号(2019年) 191頁以下, 195頁参照。

125) 天田・前出注3)「(2)」90頁以下, 「(3・完)」124頁以下も参照。

もとより、各論者が用いる手続の意味内容は不揃いである、と論難する意図はない。しかし、以下で設定する2つの課題に取り組むためには、手続の意味内容に相応の注意を払いながら検討を進めていく必要がある。この意味で、手続概念の規定は、次にみる2つの課題を検討するための前提問題であるが、各問題領域で論じられている手続の輪郭のある程度把握できれば足りるともいえる。いいかえれば、手続化／手続とは何か、という問いへの回答が、本稿で絶対に必要というわけではない<sup>126)</sup>。

以上述べた理由から、本稿は、医事刑法における手続化論の意義を検討する土俵を設定する、との目的意識のもと、まず、刑法解釈論上意味を持ちうる手続の意味内容を可能なかぎり明確化する。

## 2 2つの検討課題

以上で述べた前提問題への対応を踏まえて、本稿の検討課題を2つ設定すると、以下のようになる。

### (1) 第1の課題——「手続化論の解釈論的帰結」の提示

第1に、手続を考慮する思考法に、刑法解釈論上どのような意義が存するのか、という点が問題となる。

本稿が、この第1の点を問題とする理由は、以下のとおりである。すなわち、ドイツ語圏の刑法学では、手続化現象は、医事刑法だけでなく、法分野を横断する「現代法のトレンド」<sup>127)</sup>となっている。このようなドイツ法の現状に鑑みると、手続を考慮する思考法が、刑法解釈論に対して、そもそも影響を及ぼしうるのか、もしそうだとするなら、どのような影響を及ぼしうるかを、正確に見極める必要性が生じる。

### (2) 第2の課題——「『手続』的考察の限界」の見極め

第2に、第1の検討結果を前提とした場合、そのような、手続に焦点を当てる思考法に刑法解釈論上限界は存在するのか、もしあるとすれば、ど

126) 併せて、第2章第2節第1款第2項1(2)も参照。

127) 井田・前出注7) 491頁参照。

ここに限界が存在するのか、という点が問題となる。

本稿が、この第2の点を問題とする理由は、以下のとおりである。すなわち、およそ「手続」を守りさえすれば、その内実・実体はいかようでもよい、というわけではない<sup>128)</sup>。また、「手続さえあれば、全て上手く事が運ぶ<sup>129)</sup>」というわけでもない。手続を考慮する刑法解釈論に限界がある、というのは、ごく自然な推測のようにも思える。しかし、たとえそうだとしても、「手続履践の有無と、行ったことの刑法的評価（たとえば、それが殺人罪や傷害罪を構成するか）とは別次元の問題であ[る]」<sup>130)</sup>と説明するだけでは、手続的考慮の規範的限界は見極めがたい。

## 第2項 課題の検討方法と分析対象の限定

以上が、本稿が設定する2つの検討課題である。そこで次に、次章以降で、この2つの検討課題をどのような手法・視角から分析していくか、を説明する。

### 1 2つの課題の検討手法・視角

ここまで述べてきたように、わが国には、手続ないし手続化の問題を検討するための素材や議論のストックが大幅に不足している。このように、わが国固有の議論が手薄であれば、次の一手としては、外国法に示唆を求めるのが定石であろう。

そこで本稿は、すでに予告したとおり<sup>131)</sup>、ドイツ（刑）法を比較検討の対象とする。ドイツ法を比較対象とする理由は、ドイツ法がかねてから

128) 井田・前出注7) 492頁。

129) 神馬・前出注6)「安楽死・尊厳死」15頁参照。

130) 井田・前出注7) 489頁。同論文489頁は、この説明が、「臨床倫理に関する判断……につき、病院内でかかる事項の検討のために予定された手続をすべて履践し、そこで得られた結論に従って一定の医学的対応がとられたというとき、それでも刑事責任が生じることがあるか」という「問いに対する、刑法学の側からの伝統的な回答」であった、とする。

131) 第1章第2節第2款参照。

手続化にまつわる問題に取り組み、現在に至るまで持続的に検討を重ねてきたからである<sup>132)</sup>。

もっとも、一口に「ドイツ法」といっても、手続化現象が問題となる領域も場面も、多岐にわたる。そのため、本稿だけで当該領域・場面をすべてカバーするのは、現実的な戦略とはいいがたい。ただそうになると、何らかの視角から分析対象を限定する必要性が生じる。

## 2 検討対象の限定

以上を踏まえて、本稿が試みる（比較法的）検討の対象を示す。

結論から述べると、本稿は、ドイツ法のうち、以下の2つのテーマに焦点を当てる。それが、ドイツ妊娠中絶法と臨死介助法である。本稿は、この2つのテーマを素材として、ドイツ法の手続化に関する思考枠組みを抽出し、解釈論的検討を加える。この検討により、上述した2つの検討課題を解決するための比較法的示唆の獲得を目指す。そのため、次章以降の検

132) ドイツ法と併せて、スイス法の状況を扱うのは、Eicker, Prozeduralisierung, S. 168 ff., 203 ff. である。また近時は、オーストリアでも理論研究が進展している。たとえば、終末期医療における手続化論議は、vgl. Erwin Bernat, Recht auf Beihilfe zur Selbsttötung: Der österreichische VfGH setzt neue Maßstäbe, MedR 2021, 529 (532 f.)。たしかに、スイス法やオーストリア法の状況を押さえるのも重要であるが、本稿は、問題関心や検討対象の拡散を防ぐため、スイス法とオーストリア法を検討対象から除外し、ドイツ法に分析の照準を絞りたい。

なお、オーストリアにおける自殺介助規制は、神馬幸一「オーストリアにおける新しい自殺補助法制（含：『臨死指示法の制定並びに麻薬法及び刑法の改正に関する連邦法』全文訳）」獨協法学118号（2022年）93頁以下、同訳「オーストリアの新しい自殺補助法制に関わる連邦政府案注釈（1）（2・完）」獨協法学119号（2022年）303頁以下、120号（2023年）279頁以下、同「臨死介助法制における『手続化』と『官僚化』の相克—オーストリアにおける最近の臨死介助法制を参考にして」年報医事法学38号（2023年）24頁以下、天田悠「ドイツ・オーストリアの自殺関与違憲判決とその後の立法動向」佐伯仁志ほか編集委員『刑事法の理論と実務⑤』（成文堂・2023年）229頁以下、および231頁注（9）で引用した先行研究を参照。

討は、妊娠中絶と臨死介助に関する問題の網羅的・包括的検討を目指すわけではなく、上記で設定した2つの課題を達成するために必要な限度でドイツ法を涉猟し、検討するにとどめる。

ここで、本稿における日本法の取扱いに言及しておく。

第1章で述べたとおり<sup>133)</sup>、本研究構想の最終的な到達目標は、「手続化」論の法移植の可能性を探るところにある。そのため、手続ないし手続化という視角から、わが国の解釈学的問題に対し、筆者の立場から明確な回答を示す作業も、本研究構想の遂行にとって必要な作業といえる<sup>134)</sup>。

しかし、ドイツの手続化論が、わが国で論じられている個別の解釈問題にいかなる影響を与えるか、という問題に関しては、それ自体独立した検討を必要とする。そこで本稿では、日本法への接合可能性を探る作業を断念し、検討の対象から除外する。もちろん、この作業を棚上げする態度自体が問題を含む前提ではある。しかし、わが国とドイツにおける従来の議論を仔細に検討し、妊娠中絶と臨死介助という、それ自体単独でみても非常に大きな問題に対して、本稿だけで明確な回答を示すことができる、というのは、現実的とはいいたい<sup>135)</sup>。

かくして、本稿は、このように大がかりな検討を断念し、上記2つのテーマに関する比較法的知見を、可能な限り客観的に叙述し、そこから手続を規律する思考の大枠を抽出・提示する作業に専念する。以上のような分析戦略は、ともすると、課題の達成にとって迂遠に感じられるかもしれない。しかし、このような手順を踏みながら、上記2つの課題を検討してはじめて、医事刑法を規律する手続的視座を獲得し、わが国の問題を検討できるようになる、と考える。

---

133) 筆者の研究構想と本稿の位置づけは、第1章第1節第1款、第2章第2節第1款第3項2参照。

134) このような指摘として、飯島・前出注21) 152頁。

135) 手続化論研究において、扱う素材やテーマの拡張を戒めるのは、*Wolfram Höfling, Rezensionen, GesR 2022, 748 (748) (Ströhlein, Medizinstrafrecht の書評)* である。

### 3 検討の順序

以上が、本稿の検討対象である。以上を踏まえて、各章で行う検討の順序と課題達成の見通しを示すと、以下のようになる。

(1) 第3章では、本章で設定した2つの課題を達成するために必要な、分析視角の獲得を目指す。そのためにまず、ドイツ医事刑法における手続規制の歴史とその特徴を確認する。次に、この作業を踏まえて、本稿が、ドイツ法上の「妊娠中絶」と「臨死介助」という2つのテーマを検討の素材とする理由を詳述し、この2つのテーマの検討によって本稿の課題を達成できる、との展望を示す(第2節)。

以上のうち、まず、ドイツ妊娠中絶法に関する分析の展望は、次のとおりである。すなわち、第3章では、ドイツ刑法218条以下、特に刑法218条aが定める妊娠葛藤「相談」手続の内容が肝要となる。より具体的には、妊娠葛藤相談の法的性格、その背景にある考慮、そして刑法理論的位置づけが問題となる(第3節)。

次に、ドイツ臨死介助法に関する比較法的分析の展望を示すと、次のようになる。すなわち、第3章では、ドイツ民法1827条(旧1901条a)以下(いわゆる患者の事前指示法)が、刑法解釈論に対してどのような影響を与えるのかが、最大の関心事となる。そこで本稿は、ドイツ民法における各種の手続を概観し、特に、治療中止・差控えにおける手続の履践・違背が、ドイツ刑法の解釈論としていかなる意味を持ちうるか、を明らかにする(第4節)。

(2) つづく第4章では、ドイツ法の分析から得られる視角をもとに、本章で設定した2つの課題に対して、本稿なりの回答を示す。結論から先に述べると、本稿は、第1章と第2章で設定した2つの課題に対して、大要以下のような回答を与える。

① はじめに、上記課題に取り組む前提として、刑法解釈論上考慮される「手続」の意味内容が問題となる。この問題に関しては、妊娠中絶の場面であれば、ドイツ刑法典と妊娠葛藤法に基づく相談手続が想定される一方、臨死介助の場面であれば、医療チームと患者家族との相互協議手続が



観念できる（第2節）。

このような手続の意味内容を一律に確定するのは困難であるが、いずれの場面でも、ある種の「不確実な」状況のもとで、手続の履践・違背が問題とされている。この意味で、手続化論の適用条件は、不確実な状況の存在である。

以上の内容が確定できてはじめて、手続を考慮する思考法の解釈論的帰結と限界が問題となる。

② まず、本稿が支持する手続化理解によると、上記のような「不確実な」状況のもとで、刑法は、「正か不正か」に関する実体的判断を回避しようとする傾向がある一方、手続的正当性を担保し、保障しようとする。ここで問題となる手続は、関係当事者の意思決定を基点とする概念であり、犯罪論との関係では、法益主体の同意と結び付く。具体的に述べると、手続化論は、同意の取得要件を厳格化する議論であり、説明義務等の範囲・内容を拡大する側面を内包している（以上、「第1の課題」に対応）。

③ 次に、このような手続化理解を前提とした場合、手続化論は、以下の2つの機能を有している、ということが判明する。すなわち、1つが、手続による「実体補完機能」（実体的規制の内容を補完し、当該判断の実体的正当性を担保する機能）であり、もう1つが、「実体代替機能」（手続的正当性が実体の評価を代替する機能）である。ただし、手続化論の適用においては、実体代替機能が常に認められるわけではない。たとえば、治療中止・差控えとの関連では、違法性阻却判断の際に重要となるのは、患者の（推定的）意思という実体的正当化要件であり、その意思を探知するための手続それ自体ではない。この場面では、手続による実体補完機能が首肯される一方で、実体代替機能は否定される（以上、「第2の課題」に対応）（第3節）。

(3) 最後に、第5章では、本稿の結論を要約するとともに（第1節）、本稿が積み残す課題と今後の展望を示す（第2節）。その際に、手続化論の思考法が、解釈論のみならず立法論の局面でも、理論的分析力を発揮し



うる、という点も予告したい。

#### 4 次章への序

以上で、本章の叙述を終える。本章では、なぜ手続化論がドイツで議論されはじめたのか、そして現在わが国で、この理論がどのように議論されているかを叙述してきた。そこで次章では、以上概観した議論が、ドイツ医事刑法学においてどのように論じられてきたか、そして現在、その議論はどのような状況にあるか、といった点につき、本章の叙述から得られた知見を踏まえて考察を進めていきたい。

\* 本稿は、JSPS 科学研究費基金・若手研究「医事刑法における『手続的正当化』の理論構築に向けた比較法的・分野横断的研究」(課題番号:22K13299)の助成に基づく研究成果の一部である。

〔未完〕