

論 説

夫による妊婦の手術拒否と刑事責任
——中国の肖志軍事件を素材として——

呂 英 傑
甲 斐 克 則

- 1 序
- 2 事件の経過
- 3 本件の問題点および中国の学者間の見解の分析
- 4 医師の刑事責任について
- 5 夫の刑事責任について
- 6 日中比較医事刑法の視点からの検討
- 7 結 語

1 序

妊婦の症状が逼迫して夫に連れられて病院に駆け込んだところ、医師が帝王切開術を勧めたため、治療費の関係もあって夫が帝王切開術を拒否した結果、妊婦が死亡した場合、関係者の刑事責任をどのように考えるべきか。2007年、中国で、学者・官僚・民衆の注目を集めた事件が起きた。この事件の重要性は、2007年末に、来日中の中国精華大学法学院の黎宏教授からも筆者（甲斐）が直接伺っていたところであった。この事件に関して、医療行為の中で、患者・家族・病院および衛生管理局の権利・義務・責任をどう考えるべきか、そして関係者の刑事責任をどの範囲でどのよう

な根拠で考えるべきか、という問題は、中国において広範な深い論争を引き起こした。また、この種の事件が日本で起きた場合、どのように考えるべきか、という観点からも本件は興味深い。

本稿は、早稲田大学に留学して甲斐研究室で刑法（特に過失犯論）を研究中の呂英傑（現・廈門大学法学院専任講師）が、甲斐の上記の問題提起に触発され、中国・北京に出向いてこの事件および中国の代表的刑法学者の見解を詳細に調べてまとめ、その後、甲斐とともに本件を素材として日中比較医事刑法の観点から理論的検討を加えた、まさに共同研究の成果である。以下、叙述の順序として、まず、事件の経過を示し、つぎに、本件の問題点の析出および中国の学者の見解の分析を行い、さらに、それを踏まえて、医師の刑事責任および夫の刑事責任について検討を加え、最後に、日本法との比較医事刑法の視点からの検討を行うこととする。

なお、本件の詳細、中国法の研究部分および刑法理論面の一部は専ら呂英傑の研究成果であり、全体の表現、刑法理論面の一部および日本法の研究部分は甲斐の研究成果である。したがって、まさに本稿は両名の共同研究であるが、日本語の表現全般については、甲斐に責任があることを明記しておきたい。

2 事件の経過

2007年11月21日午後2時50分、熱と咳の出る妊婦⁽¹⁾は、夫（肖志軍）に北京市朝陽病院京西分院の呼吸内科に運ばれて診断を受けた。妊婦は、重症の肺炎に感染し、心不全になったという診断を下された。午後4時30分、病院は、即座に帝王切開手術を行わなければならない、と決定した。ところが、夫は、医師らに数時間に亘り帝王切開手術を勧められていたに

（1）医師は、妊娠9ヶ月と診断したが、夫は、妊娠8ヶ月にすぎない、と語った。この点については、<http://you.video.sina.com.cn/b/8609402-1290078633.html> を参照した。

もかわらず、手術通知書にサインすることを断り、そして、手術通知書に「帝王切開手術で子供を出産することを拒否し、自ら結果について責任を負う」と書き留めた。病院は、警察官に「肖志軍と妊婦が夫婦である⁽²⁾」と確認させたうえで、さらに肖志軍の精神に障害がないことも確認した。そして、病院は、北京市石景山区衛生管理局医政処の課長に事態を報告し、同課長は、北京市衛生管理局医政処の官僚に指示を仰いだ。その後、病院は、「家族のサインがなければ、手術を進めることができない」という指示を受け取った。最終的に、病院は、帝王切開手術を実施しなかった。その結果、同日午後6時24分、胎児が死亡し、続いて午後7時25分、妊婦が死亡した⁽³⁾。事件後、肖志軍は、「妻が病院に来たのは、風邪を治すためであって、出産のためではない。出産は2ヶ月余り後である。医師が妻を謀殺することに気づいたので、サインできなかった」と述べた。

事件が起きた後で、北京市衛生局は、市レベルで妊婦死亡に対する専門家を集めて妊婦の死因を審議し、呼吸・心臓内科・ICU・産婦人科等の専門家をも集めて妊婦の死因を検討した。専門家らは、検討した後、「患者が病院に送られたとき、病状はすでに非常に重く、心肺機能はきわめて弱い状態であり、死亡を免れない」という一致した結論に達した。そして、「その際に、帝王切開手術を実施するとしても、救いうるのは、胎児の生命のみだ」と述べた。

(2) 事後に、婚姻届出手続を取っていないことが証明された。実は、双方は事実婚であったが、警察官に夫婦関係を確認されたので、後述のように、医師の責任を考える場合、正式な婚姻関係があるかのように対処された。

(3) 事件の経過については、以下を参照した。

http://news.xinhuanet.com/newmedia/2007-11/23/content_7131097.htm

<http://news.sina.com.cn/s/2007-12-05/202814457293.shtml>

http://www.news365.com.cn/xwzx/gngz/200711/t20071129_1667821.htm

<http://www.drugnet.com.cn/new/yiyadongtai/read.asp?id=150200711231006589949>

<http://you.video.sina.com.cn/b/8609402-1290078633.html>

朝陽病院の治療行為において、衛生局は、すべての処置過程が、「医療機関管理条例」第33条に依拠して行われ、法律規定を遵守した、と考えた。病院が患者の利益を保護するために「特殊な処置権」を持つか否かに対して、衛生局は、当該権利が「患者の意見を聴くことができず、また親族または関係者が現場にいないか、もしくは、他の特殊な状況に遭遇しているかぎり」実現しうる、と述べた。そして、この事件につき、「特殊な処置が患者の親族に妨害されていたため、実際に手術は実施されえなかった」と説明した。なお、背景に、医療費の問題も絡んでいたかもしれない。

3 問題点および中国の学者の見解の分析

本件の背景には、多種多様な問題が絡んでおり、複雑な事実と法律関係、およびそれに基づいて行われる論争は、近年、中国において矛盾が日増しに先鋭化しつつある医師—患関係を新たな段階へと推し進めつつある。それゆえ、本件の刑事責任の分析に入る前に、その事実関係を的確に押さえたうえで中国の学者の見解をまとめる必要がある。

本件では、患者・家族（夫）・病院側（医師と医療管理局の担当者を含む）の三者間で核心的な法律関係を構成する。家族が介入しない場合、通常、医師と患者の関係は、比較的簡単である。すなわち、医師が説明義務を十分に履行した後、患者は、病状・診療措置・治療結果等に対する十分な理解に基づいて、同意・不同意の意思表示をし、医師は、その意思表示に基づいて治療方針を決めることになる。これは、いわゆる患者の自己決定権である。しかし、患者は、あらゆる場合に自己決定権を行使できるのではなく、例えば、15歳⁽⁴⁾未満の少年、および精神に重大な障害のある者は除外される。また、危篤状態にある意識不明者の場合も除外されるが、一

(4) 日本では、通常、15歳をもって自己決定権を行使できるか否かの基準とする。中国では法的に当該基準を定めていないし、学者の中で、一般的に認められた基準があるわけではない。ここでは、一応日本の基準を参照する。

般的に、もし患者の事前の意思⁽⁵⁾が得られると、医師はその事前の意思を基準として医療方針を決定することができる。患者の事前の意思すらも得られない場合、患者の利益のために、患者の意思を熟知した代諾権者（主に家族である）がいるか否か、という問題になる。ところが、家族の決定が患者の利益に反した場合、また、専門知識に依拠して行われる医師の最善の判断とのコンフリクトが生じる場合、どちらの判断に従って医療行為を行うべきか、そして誰かが法的義務に違反した場合、どのような法的責任を問われるべきかは、中国においても日本においても、切実な問題である。本件は、こうした問題に密接な関係のある代表的事例であると思われる。

冒頭にも述べたように、本件では、夫、担当医師、病院の管理者および医療管理局の官僚の刑事責任を検討する必要があるが、紙数の関係で、本稿では、病院の管理者、医療管理局の官僚の刑事責任についての検討は割愛せざるをえず、主として夫と担当医師の刑事責任のみについて論じることにする。

さて、夫と医師の刑事責任について論じる前に、この点についての中国の代表的学者らの見解を紹介しておこう。中国の学者らの見解は、大別して以下の5つに分かれる。

- (1) 夫は過失致死罪を構成するが、医師は刑事責任がない（北京大学法学院の孫東東教授）⁽⁶⁾。
- (2) 夫は（未必の）故意殺人罪を構成するが、医師は刑事責任がない（中国人民大学法学院の韓玉勝教授）⁽⁷⁾。
- (3) 夫にも医師にも刑事責任はないが、医師は少なくとも道義上の非

(5) 患者の事前の意思表示の効力については、本人の署名入りの文書の形で作られたか否か、署名をした日付が最近のものであるか否か等を考えなければならない。

(6) http://www.xawb.com/gb/wbpaper/2007-11/29/content_1387179.htm

(7) <http://www.caijing.com.cn/home/leader/2007-11-26/39211.shtml>

難を受けるべきである。専断的治療は、科学的判断を経て患者と社会的利益のために行われる場合、違法性を阻却する（中国人民大学法学院の劉明祥教授）⁽⁸⁾。

(4) 夫には刑事責任はないが、医師は過失致死罪を構成する（中国人民大学法学院の謝望原教授）⁽⁹⁾。

(5) 夫には刑事責任がないが、医師が手術をしない行為（不作為）には法的根拠があるけれども、手術以外の措置に過失責任が存在する可能性がある（中国人民大学法学院の馮軍教授）⁽¹⁰⁾。

以上のように、夫が犯罪（過失致死罪または故意殺人罪）を構成すると主張する見解もある一方で、医師が責任（道徳的責任または過失致死罪の刑事責任）を負うべきだと主張する見解もある。さらには、双方がともに刑事責任を問われるべきだと主張する見解もある。以下、順次、医師と夫の刑事責任について論じることにする。

4 医師の刑事責任について

医師の刑事責任を論じるにあたって、主として医師の作為義務、結果回避可能性、違法性の意識およびその可能性、以上の3点を中心に検討したい。

(1) 作為義務

医師に作為義務があるか否かを確定するために、まず、中国の「医療機構管理条例」第33条およびその関係条文を分析しなければならない。なぜなら、医師が刑事責任を負わないという見解を説く学者は、まさに「医療

(8) http://www.ln.xinhuanet.com/zxsf/2007-11/27/content_11781108.htm

(9) http://news.xinhuanet.com/newmedia/2007-11/30/content_7171847.htm

(10) 馮軍教授への訪問から教授の見解を伺った。

機構管理条例」の第33条を根拠とするからである。

「医療機構管理条例」第33条（以下、「第33条」と略記する）は、「医療機構は、手術、特殊な検査または特殊な治療を実施する際に、患者の同意を得るべきであり、また、家族または関係者の同意およびサインを得るべきである。患者の同意を得られない場合は、家族または関係者の同意およびサインを得るべきである。患者の同意が得られない場合、および家族または関係者が現場にいない場合、もしくは他の特殊な状況に遭遇する場合、治療の担当医師は、医療処置の計画書を提出すべきであり、医療機構の担当責任者または権利を授けられた責任者の許可を得た後で、手術を実施するものとする。」と規定する。

第33条は、患者が独立的・有効的な意思表示を行うことができない場合、2種の補充的なモデルを規定する。すなわち、①家族または関係者が患者の代わりに権利を行使する、②家族または関係者が現場にいないか、もしくは他の特殊な状況に遭遇する場合、治療担当医は医療処置の計画書を提出すべきであり、医療機構の担当責任者または権利を授けられた責任者の許可を得た後、手術を実施する。そのうち、前者は、家族の代行判断に対する承認であり、後者は、患者の推定的意思に依拠した医師の判断の承認である。

第33条によると、患者の推定的意思の効力は、家族（または関係者）の代行判断より低いと一般的に認められている。すなわち、家族（または関係者）が現場にいない場合にかぎり、推定的承諾がはじめて適用され、患者の現実の病状によって医師らによる医学的決定が行われる。したがって、家族（または関係者）が現場にいる場合、仮に家族（または関係者）の意思表示が顕著に患者自身の意思および利益に反し、診療知識に反するとしても、家族（または関係者）の意思に従わざるをえず、結局、家族（または関係者）の意思は、実は、患者自身の意思に取って代わってしまう懸念がある。

しかしながら、ある学者は、第33条について別の解釈を採る。すなわ

ち、モデル②の中にある「他の特殊な状況に遭遇する場合」とは、患者が緊急・危篤状態に陥った場合を含むと解するのである⁽¹¹⁾。それゆえ、この場合、仮に家族（または関係者）の同意がなくても、医師らは、患者の意思に対する推定に依拠しながら、自ら緊急・危篤状態に陥った患者に適当な医療措置を取りうるとする。換言すれば、家族（または関係者）の同意およびサインが、手術にとって必ずしも具備しなければならない前提条件ではなく、それは、いったん医療紛争が出てくると、家族の騒動を防ぐための「一種の医療リスクの提示・認可のみであり、あるいは、防御的な証拠にすぎない」と認められる⁽¹²⁾。ところが、多数の学者は、このような解釈に反対し、これが第33条に本来的に含まれる意味を超えてしまうと考えている。ここで、キーポイントは、本件での患者の陥った緊急・危篤状態を第33条の「他の特殊な状況に遭遇する場合」として解釈しうるか否かにあると思われる。

筆者（呂英傑）は、第33条の客観的な真意を理解するために、当該条文のみに限定されず、また「医療機構管理条例」のみにも限定されず、関係のある他の法律・法規における条文に関連づけた体系的な解釈を作り出すべきであると考えている。

第1に、「他の特殊な状況に遭遇する場合」とは何を指すか。条文から見ると、「他の特殊な状況に遭遇する場合」という文言と「患者の同意を得られない場合、および家族または関係者が現場にいない場合」という文言と同意の間は、「もしくは」でつながり、パラレルな関係に属するといえる。それゆえ、「他の特殊な状況に遭遇する場合」に対して、「患者の意見を得られない場合、および家族または関係者が現場にいない場合」と等価ないし類似の解釈をしなければならず、その含まれる意味を超えて拡張するのは許されないと思われる。文言から解釈すると、「他」の特殊な状況は、「患者の同意を得られない場合、および家族または関係者が現場に

(11) <http://www.chinanews.com.cn/sh/news/2007/11-27/1088148.shtml>

(12) http://news.xinhuanet.com/legal/2007-11/27/content_7150790.htm

いない場合」以外の状況を指すべきであるが、本件では、家族が現場にいる以上、「他」の特殊な状況に属するとは認めえない。本件の場合を「他の特殊な状況に遭遇する場合」に属させようとする見解は、実際に、「特殊」という用語のみに注意し、「他」という用語に注意していないのではないか。さらに、家族が現場にいるにもかかわらず同意を表示せず、緊急救助を必要とする場合を「他の特殊な状況に遭遇する場合」に含まれると認めると、実は、条文の「家族または関係者の同意およびサインを得るべき」、そして、「患者の同意を得られない場合、および家族または関係者が現場にいない場合」という規定を完全に否定するようになる。ところが、条文の中に矛盾する規定があるべきではないので、「他の特殊な状況に遭遇する場合」とは、家族（または関係者）が現場にいるにもかかわらず、15歳⁽¹³⁾未満の未成年者で、あるいは判断能力を持たない精神障害者である場合などとなる。要するに、本件は、「他の特殊な状況に遭遇する場合」に属しないと思われる。

第2に、第33条と関わる条文との関係である。「従業医師法」⁽¹⁴⁾と「医療機構管理条例」⁽¹⁵⁾の第3条には、病気を治し生命を救うことを医師の職務とする旨が規定されている。また、「従業医師法」の第24条には、「緊急・危篤状態での患者に対し、医師は緊急措置を採り診療を実施すべきであり、応急処置を拒否すべきでない」と規定されているし、「医療機構管理条例」の第31条には⁽¹⁶⁾、「医療機構は、危篤状態での患者に対し、即座に救助措置を採るべきである」と規定されている。第33条と以上の条文と

(13) 日本では、患者は自己決定権を行使できる年齢が通常15歳からであるので、これを類推して、親族が患者の代わりに代理的同意権を行使する年齢も15歳からである。

(14) 全国人民代表大会を通過し、1999年5月1日から施行されている。

(15) 国務院を通過し、1994年9月1日から施行されている。

(16) 卓小勤教授は、当該条文に適用する前提として「患者は治療を受ける意思がなければならぬ」ことを認められた (<http://lch-200305.blog.sohu.com/72384533.html>)。この解釈は、不当に条文の射程を縮小するように思われる。

の関係につき、どう考えるべきか。第1に、「従業医師法」第24条と「医療機構管理条例」第31条とは、直接に医師という職種から導かれる医療原則と高度に符合した規定であるように思われる。そこで、他の条文は、当該規定と衝突してはならない。中国の規定には、「緊急・危篤状態での患者」に対して明確な解釈はないが、それは、もし即座に救助しなければ死亡または死亡の危険が生じ、もしくは重大な身体上の傷害が生じる恐れがあるという状況を指すように思われる。この状況での患者に対して、医師は、必要な応急措置を採らなければならず、この場合には家族（または関係者）の同意・サインを前提としないと言える。それゆえに、第33条に定められた「手術」には、「緊急・危篤状態での患者」に応急救助手段としての手術行為が含まれないであろう。このような解釈は、自由意思を持つ患者の自己決定権を尊重することにもなるし、家族（または関係者）の正常な状態での代行判断をも尊重するし、また、特殊な状況の下で患者の推定的意思を尊重することにもなる。さらに、家族（または関係者）の代行判断の濫用を防止することができるし、また患者の生命権が蹂躪されるのを防止することもできるし、さらに法的責任の曖昧さから導かれる医療行為に対する制限を防止することもできる。

以上のことから考えると、本件で、患者が病院に運ばれて手術を通知された際に、もし患者が自由に意思表示できない緊急状態に陥ったとして、その生命を救うためには手術を必要な手段とする場合、医師は、応急救助の義務があると言えるのではないか。したがって、本件において、医師は、必要な救助手段を採らず、刑法上の作為義務および注意義務に違反することになると思われる。

また、義務衝突、すなわち、病気を治し生命を救うという道徳的義務と家族のサインを得るべき法的義務との衝突に依拠し、道徳的義務が必ずしも法的義務より低いわけではない点に鑑みると、患者の最も重大な生命という法益に緊密に関わる場合、履行されない道徳的義務の優越性に基づいて、医師が刑法上の注意義務に違反する、という見解もありうる。もっと

も、前述のように、条文解釈という方法を通じて医師の刑事責任を確定する方がより直接的で有効ではないだろうか。仮に義務衝突が存在するとしても、本件では、法律上の義務の間の衝突、すなわち、「従業医師法」第24条および「医療機構管理条例」第31条と同条例第33条との衝突であるというべきである。前者は、「従業医師法」の基本的原則から直接に生じ、後者より効力が強いので、医師は、前者の義務を優先的に履行しなければならない。さらに、当該義務が行政法上の義務のみではなく、患者の生命に密接に結びつく場合、刑法上の作為義務に転化することになり、これに違反すると、患者の生命という法益に対して許されない危険を創出したことになると言わざるをえない。

（2）結果回避可能性

医師が刑法上の作為義務に違反するのは、中国刑法第233条の過失致死罪⁽¹⁷⁾につき、構成要件の1つの要素を満たす場合だけであるが、さらに、結果回避可能性があるか否かを考察しなければならない。結果回避可能性の判断時点は、患者が死亡するときではなく、また病院に運ばれたときでもなく、医師が手術を実施することを決めた時点である。結果回避可能性の認定につき、通常、「合義務的代替行為」により判断される。すなわち、「もし当時即座に手術をしていれば、患者の生命を救えたか否か」という判断である。不作為犯と作為犯の間には相違があり、不作為犯の結果回避可能性の判断においては、絶対的な肯定・否定の結論を得ることはできず、一般的に注意義務を履行すれば、日本の最高裁判例が示すように「十

(17) 中国の刑法典では、業務上過失致死罪を規定しておらず、第335条で、医療事故罪を規定する。もともと、医療事故罪が業務上の過失犯罪の一種で、過失致死罪の特別法であるのに、刑法典は、医療事故罪において、過失致死罪より低い法定刑を規定する（医療事故罪が最高で3年の有期徒刑を科し、過失致死罪が最高で7年の有期徒刑を科する）。しかし、両罪が別々の章に定められているので、保護法益が違うとはいえ、両者は法条競合ではなく観念的競合であると言わざるをえない。結局、過失致死罪を適用すべきだと思われる。

中八九」(最決平成1(1989)・12・15刑集43巻13号879頁)結果を回避できたか、あるいはさらに進んで「確実性に接着する蓋然性」で結果を回避できたかという形で判断することにより、結果回避可能性の有無が判断される。さもないと、結果回避可能性の存在を否定しなければならないであろう。

本件につき、北京市衛生管理局は、「患者が治療を受けた際に、病状が非常に危篤で、死亡を免れない」⁽¹⁸⁾という鑑定結果を公表した。その理由は、以下の通りである。

①患者は、事前に北京市済潤中西医診療所(合法的な医療機構)に治療を受けに行った。対応した看護師は、「当時、患者の病状がひどいし、患者を受け入れず、直ちに大きな病院に行かせるべきだ」と述べた。

②北京市衛生管理局は、市レベルの妊婦死亡に対する専門家を集めて妊婦の死因を審議し、呼吸・心臓内科・ICU・産婦人科等の専門家をも集めて妊婦の死因を検討した。専門家らは、検討した後、「患者が診療に送られたとき、病症はすでに非常に重篤で、心肺機能は極めて弱く、死亡を免れない」という一致した結論に至った。そして、「当時、帝王切開手術を実施したとしても、救えるのは、胎児の生命のみだ」と述べた⁽¹⁹⁾。

理由①に対して、看護師は、患者の病状がひどいとのみ説明し、「ひどい程度」を説明しなかった。しかも、その陳述自体の真実性および立証力にも疑問がある。理由②に対して、北京市衛生管理局が開催したシンポジウムで得られた結論は、完全に病院の報告および病院から提供されたカルテ等の資料を根拠としており、事件の真実的状況を反映できていないし、立証力もなくなってしまったと言わざるをえない。だからこそ、患者の両親が、衛生部に行政再議を申し込み、北京市衛生管理局の調査報告および「サインがないと手術を進めることができない」という決定を退けるよう申し込んだのである。ともに、被害者の両親は、中国衛生部に専門家グル

(18) <http://news.sina.com.cn/s/2007-12-05/202814457293.shtml>

(19) http://www.news365.com.cn/xwzx/gngz/200711/t20071129_1667821.htm

ープを集めて、死体検査を通じて再び死因を調べることを要請した⁽²⁰⁾。新たな鑑定結果を得る前に、結果回避可能性につき、確定的な結論を出せないけれども、何といたっても北京市衛生管理局の鑑定結果に合法的な効力はない、と言える。

(3) 違法性の意識およびその可能性

医師が即座に手術を実施すれば患者の生命を救えたことが事後的に立証されとしても、犯罪が成立するためには、医師の不作为が過失致死罪の構成要件に該当し、そして違法性を具備しなければならない。さらに、もし責任阻却事由があれば、依然として有責性がなくなるので、有責性の有無を判断しなければならない。故意責任に関して、本件では、医師が不作为をした時、違法性の意識がなく、しかも違法を意識しなかったのは不可避の原因に基づくものであったと思われる。具体的理由は、以下の通りである。

第1に、主管行政機関の指示の権威性に対する信頼が挙げられる。上述のように、病院は、石景山区衛生管理局と北京市衛生管理局に指示を仰いだことがあり、「家族のサインがなければ手術できない」という指示を受けた。衛生管理局が指示を与える権限があるわけではないにもかかわらず、現実には、中国の行政管理機関の命令・決定・指示が管理された「単位」（会社等の団体）に重大な影響力・権威性を持つのは、言うまでもない。衛生管理機関に対する服従および信頼に基づいて、医師は、不作为が違法であることを認識できなかったであろう。

第2に、医療慣行の遵守が挙げられる。医療実践において、病院が患者に手術を実施する際に、従来、患者の同意が得られない場合で、現場にいる家族（または関係者）の同意およびサインを得なければならない。さもないと、手術を行えない。本件が起きた後、広州市にある病院の医務部部

(20) <http://news.qq.com/a/20071225/000452.htm>

長は、「事件がわれわれの病院で起きたら、同じ処理をしなければならない」と述べており、また、中山大学附属第一病院急診科のある若い医師は、病院が常に「医療安全に関する教育課程」を手配し、課程で教えられた内容に依拠しながら、本件のような状況に遭遇すると、病院は絶対に自ら手術できない、と述べている。さらに、広東省衛生局副局長も、「現行の法律・法規の下では、医師はこのような選択をしなければならない」し、医療行政機関も医師に対して「法律に違反して患者を救う」という命令を下せない、と述べた⁽²¹⁾。以上の諸見解に鑑みると、医療機構が遵守している慣行により、本件での医師は、その不作為が刑法上の違法性を有することを認識しえなかったように思われる。結局、故意犯としては、医師の刑事責任を追及しえない。

(4) 過失責任

しかし、以上は、手術が患者の生命を救うために必要な手段であることを前提としつつ故意犯として論じたものである。もし手術を実施していて、他の有効な手段を採っていれば患者の生命を救えたか、あるいは患者の生命を延ばすことができたにもかかわらず、医師が当該手段を採らず患者を死亡させたか、あるいは早めに死亡させたとしたら、過失致死罪（日本刑法では211条1項の業務上過失致死罪）を構成する余地がある。例えば、医師が十分的な説明義務を履行しないとか⁽²²⁾、診断および医療に関与する医師が資格を有しないで、しかも応急手段が適当でないとか、本来は即座に患者に呼吸機器を装着すべきであるのに、患者が死亡前1時間になって呼吸機器をはじめて装着して患者の死亡を早めたとか、あるいは、もともと重症肺炎に感染した患者に呼吸器内科で数人の医師が共同で診断に当

(21) http://www.ycwb.com/ycwb/2007-12/04/content_1709069.htm

(22) この点について質疑を提出した学者がいる。

http://news.xinhuanet.com/legal/2007-11/26/content_7146327_5.htm;
<http://news.sohu.com/20071126/n253481920.shtml> 参照。

たるのに、産婦人科医だけで患者に治療を行ったとか⁽²³⁾ いう場合、やはり有罪の結論に導く余地がある。本件でも、もし、医師が患者を排他的に支配して完全に引き受けていたとすれば、不作為による過失致死罪を認める余地がある。しかし、夫の拒否により、排他的支配が確立されておらず、引き受けがなされていないと解釈すれば、過失責任を問うこともできないと言わざるをえない。

5 夫の刑事責任について

周知のように、作為犯と不作為犯には、帰属の構造と原理に大きな違いがある。そこで、夫に対して刑事責任を問うべきか否かを確定しようとする、まず、夫の実行行為は作為か⁽²⁴⁾ 不作為かを明らかにしなければならない。筆者らは、夫の行為は不作為だと考える。その理由は、以下の通りである。

(1) 作為か不作為か

作為と不作為との主な相違は、行為構造および因果構造にある。すなわち、因果経過の流れを促進するのが作為であり、すでに起きている因果経過の流れを防止しないのが不作為であると解される。本件において、手術通知書にサインすることを拒否する夫の行為は、妻の死亡結果を積極的に促進するとはいえず、むしろ、すでに発生した死亡の危険から死亡結果までの因果経過を防止するための有効な措置を採らなかったという行為である。そこで、夫の行為は、不作為であると言わざるをえない。ところが、夫が手術を拒否する行為は、医師の救助行為に対する妨害であり、積極的

(23) 以上の事実に質疑を提出した学者がある。http://dahe.cn/xwzx/sh/paiq/t20071217_1225711.htm 参照。

(24) 筆者（呂英傑）が直接確認したところによると、精華大学法学院の張明楷教授は、夫の行為が作為である、と主張される。

な作為だと主張する学者もいる。しかしながら、「何かをなした」ように見えるけれども、不作為と解することはできる。不作為は、本来、何もしないわけではない。著者（甲斐）の見解によれば、行為論において社会的行為論を採るならば、エネルギーの傾注に着眼し、行為者と被害者の社会的関係において、前提として法益保護と無関係にある場合に破壊的エネルギーを注入して法益を悪化させる行為が作為であり、これに対して、前提として維持されている法益保護に向けたエネルギーの傾注状態をやめる行為が不作為となる。夫婦間の場合、後者に当たり、したがって、本件では、夫の行為は不作為と考えるべきであろう。同様に、患者を引き受けた前述の医師の行為も不作為と考えるべきであろう。

（2）過失不作為犯

特に過失犯の場合、過失行為は正犯としての実行行為であるかぎり、可罰性が出てくる。過失犯の構成要件は開かれたものであると言われており、実行行為が確定しがたい場合があるので、不作為と作為との限界が漠然である場合、不作為を認めるとすれば、保障人的地位と保障人的義務の原理で過失正犯を確保できるし、また従犯が処罰されないことをも確保できる。それゆえに、作為か不作為かを確定しがたい場合、厳格な要件の下で不作為を認めることが、理論的にも実践的にも妥当なように思われる。

本件では、夫が、風邪をひいたにすぎない——これは夫の誤認だが——妻に帝王切開手術までを行う医師を信じずに、錯誤に基づいて手術を拒否したのである。よって、夫は、妻の死亡に対して、結果発生の意欲もないし認容もないので、主観面で過失責任が問題となると思われる。過失である以上、仮に夫の行為が作為だと認めるとしても、複数の因果関係が存在する場合、行為の危険性および一定の因果力があることのみによって、刑事違法性を肯定するのに十分ではない。行為が正犯たる性格を有することを立証しない以上、結果を行為者に帰属しえないからである。しかし、本件の夫の行為は、前述のように、不作為であり、そうだとする

と、不真正不作為犯の原理で、正犯性を基礎づけるべきである。

夫の行為を過失不作為と捉えるとしても、先行行為を作為義務の根拠として説明する学者がいる。すなわち、「妻が病気になること、および妊娠することが、夫の先行行為に緊密に繋がる」と論じるのである⁽²⁵⁾。しかしながら、妻を妊娠させた後、病気になるまで8、9ヶ月の期間を経ており、しかも、妻を妊娠させる行為は、日常の生活行為として何らの危険もないし、ましてや事後的に妻が危篤状態に陥ることとの間には、何らの法的因果関係もない。したがって、先行行為から夫の救助義務が生じうるわけではない。また、妻の病気も夫に帰属するという主張は、理由がない。要するに、本件では、先行行為は夫の作為義務の根拠になりえないように思われる。

（3） 排他的支配の有無

かくして、より実質的に、夫は、保障人的地位にあるか否か、あるいは妻の生死に対する権限を所掌するか否かを考察しなければならない。すなわち、夫が保護法益に対して「排他的な支配」を有していたか否かを判断せざるをえない。「排他的な支配」とは、「法益の維持・存続が具体的かつ排他的に依存しているという関係」や「結果へと向かう因果の流れを掌中に収めていたこと、すなわち、因果経過を具体的・現実的に支配していたこと」に保障人的義務の根拠を求めるものである⁽²⁶⁾。

肖志軍は、夫として被害者の妻と緊密な生活関係を形成し、日常生活の中で、相互に扶助・救助義務を有していた。それゆえ、もし妻が自宅で緊急な疾病を被った場合、夫が妻を病院に運ばなければ、夫が保障人として保護者責任者遺棄罪、過失致死罪ないし故意が認定できる場合は殺人罪を構成するのは、言うまでもない。けれども、本件では、患者がすでに病院に運ばれて、医師が専門家として病状の危険性を認識し、採るべき治療

(25) <http://www.caijing.com.cn/home/leader/2007-11-26/39211.shtml>

(26) 平山幹子『不作為犯と正犯原理』（2006・成文堂）212頁。

措置を承知し、患者を救助しうる手段を備えている以上、医師は、明らかに素人としての夫よりも救助能力が上回るのが当然である。それゆえに、夫は、妻が病気になってから死亡までの因果経過をコントロールしえないと言える。夫が手術を拒否する行為は、医師が帝王切開手術を行うのを妨げる事態に導くように見えるが、患者の母親が述べたように、「医師は患者の病気を治し生命を救うのが職責であるし、娘の生命は夫のサインの有無の問題にあるのではなく、まさに医師の手にある」⁽²⁷⁾と言わざるをえない。換言すると、夫と被害者（妻）の死亡との間に条件関係があるとしても、そこに排他的な支配関係はないと言える。かくして、夫は、過失不作為犯の正犯ではなく、可罰性がないと結論づけることができる。

なお、仮に排他的支配を夫に認めたとしても、医療費支払いの問題等が絡んでやむをえない決断をしたというのであれば、期待可能性の理論（期待可能性の不存在）により、やはり責任が阻却されるものと解される。

6 日中比較医事刑法の視点からの検討

最後に、日中比較医事刑法の視点から若干の考察をしておこう。日本でも、患者の家族が医師の治療行為を拒否することによって患者を死に至らしめ、家族が刑事責任を問われた事件もある。例えば、いわゆるシャクティパット事件では、被告人が被害者の長男であり、医師の資格のない共犯者（医学的根拠のない療法であるシャクティパット治療を施した者）らと共謀して、脳内出血を発症して病院（兵庫県内）で入院治療を受けていた被害者（父親）を病院から連れ出し、遠く離れたホテル（千葉県内）の一室に運び込んだ際、共犯者らと共謀のうえ、被害者の生存のために必要な措置を受けさせないまま同人を放置して、同人を粘稠化した痰による気道閉塞に基づく窒息により死亡させた。共同被告人は不作為の殺人罪と認定され

(27) <http://video.sina.com.cn/news/s/bn/2007-12-05/22559971.shtml>

たが、被害者の家族の被告人は、直ちに被害者に対してその生命維持のために必要な医療措置を受けさせるべき作為義務を負っていたにもかかわらず、シャクティパット治療を信賴して、適切な生命維持措置を行わないまま被害者を死亡させるに至ったものであり、最高裁は、長男に保護責任者遺棄致死罪（日本刑法219条）を言い渡した（最判平成17（2005）・7・4 刑集59巻6号403頁）。この事件につき、長男が被害者を入院中の病院から連れ出し、遠隔地のホテルに搬入して死亡させたのは、完全に被害者を自己のコントロールの下で排他的な支配下に置いていたと言える。したがって、最高裁が保護責任者遺棄致死罪で長男に有罪を言い渡したのは妥当である。

もっとも、この事件を肖志軍事件と比較すると、相当な違いがある。肖志軍事件では、夫はせいぜい妻の死亡の因果を促進する関係のある者だと言えても、妻の生死を決定する保障人とは言えないように思われる。つまり、妻の生命は、ずっと病院の及ぼす射程の中に置かれていて、夫が手術へのサインを拒否するのは、医師の保障人としての責任を遮断するには足りないということである。もし家族の（適切でない）手術拒否を理由に医師が救助責任を免れるとなると、家族が拒否をすれば医師が医療紛争を避けるため勝手に生命救助を放棄するという事態を肯定することになり、医療倫理に違反する悪習を助長する恐れが生じかねないのではないか。これは、中国でも日本でも変わらないものと思われる。

前述のように、本件において夫は、患者を病院に送った後、保障人的地位と義務がなくなったので、過失致死罪または故意殺人罪を構成しない。しかしながら、夫に対して民事責任を問う余地は残る。もし患者の親が、誤認で手術を拒否する夫に対して損害賠償を請求する訴訟を提起すると、夫は、その過失行為について損害賠償の責任を負う余地がある。

なお、これも事案はかなり異なるが、日本の川崎市で起きた聖マリアンナ医科大学病院事件は、本件といくつかの共通点があり、かつて日本でも大きな議論をも引き起こした。事案の概要は、以下の通りである。昭和60

年（1985年）6月6日午後4時過ぎ、川崎市内の交差点で、自転車に乗っていた少年（10歳）が、X運転のダンプカーの後輪に巻き込まれて転倒し、両足を骨折した。少年は、救急車で病院に運ばれた。病院側は、手術体勢を採っていたが、両親は、「エホバの証人」として、信仰上の理由から輸血を拒否した。結局、手術できなかったため、少年は、出血性ショックで死亡したが、トラックの運転手Xのみが業務上過失致死罪で起訴され、略式命令で有罪とされた（川崎簡略式昭和63・8・20）⁽²⁸⁾。

肖志軍事件と聖マリアンナ医大病院事件を比較すると、3つの共通点がある。①手術・輸血は、患者に対して必要な救命措置であった。②医師は、十分に説明義務を履行したが、家族は、患者を死亡させようとしたのではないにもかかわらず、一定の理由で医師の救助手段を拒否した。③結局、医師は、救助せず患者の死亡を招いた。同時に、両事件の間には相違もある。前者の事件では、患者は、病院に運ばれたとき、意識不明の危篤状態に陥っていたのに対して、後者の事件では、少年になお意識があり、ある程度意思表示ができた。また、前者の事件では、夫が医師を信頼せず、誤認で手術を拒否したのに対して、後者の事件では、親が宗教上の理由で輸血を拒否したので、信仰の自由と子どもの生命権のどちらを優先すべきかが争点になった。この両事件の刑事責任を比較するのは、重要な意義があると思われる。聖マリアンナ医大病院事件において、少年に対して輸血をしなかった医師が起訴されていたら、あるいは両親が起訴されていたら、どのような結論になったであろうか。

親子の場合には、子どもの医療に関して親権の濫用にに基づく違法性が認定できるであろうが、夫婦間では、前述のように、作為義務論で決着をつけるか、もしくはせいぜい期待可能性の理論に基づいて責任阻却の途を探ることになるであろう。また、医師についても、前述のように、排他的支配に基づく作為義務論を基軸として、故意の場合には保護責任者遺棄（致

(28) 事案は、判例集で未登載である。詳細については、甲斐克則『医事刑法への旅Ⅰ（新版）』（2006・イウス出版）56頁参照。

死）罪の可能性，過失の場合には，注意義務違反ないし予見可能性について検討を加えることになるであろう。

7 結 語

以上，2007年に中国で起きた肖志軍事件を素材として，日中医事刑法学の共同研究の成果の一端を述べてきた。治療行為をめぐる患者本人と家族の意思と医師の決定をめぐる問題は，終末期医療（特に人工延命治療の差控え・中断）をめぐっても日本で議論されており，今後中国でも問題となるであろう。中国でも，近年ようやく医事刑法の研究に関心が高まりつつある。2007年10月27日に中国と台湾の刑法学者が集って中国人民大学で行われた「海峡两岸医療刑法学術討論会」には，甲斐も招かれて参加・報告したが，議論が実に活発であった。今後も国を超えてこの種の共同研究を試みたい。