

手続化論の現状と今日的課題*

天 田 悠

目 次

- I はじめに
- II 従来の議論状況と課題の設定
 - 1 従来の議論状況
 - 2 課題の設定
- III 手続化論を取り巻く問題状況
 - 1 総 説
 - 2 問題群①——手続化論の方法論
 - 3 問題群②——手続化論の実践
 - 4 問題群③——刑法理論との関わり
 - 5 問題群④——他の学問分野との関わり
- IV おわりに——結論と展望

* 本稿は、日本刑法学会第101回大会ワークショップ「医事刑法における手続化」(2023〔令和5〕年6月4日に早稲田大学で開催)における話題提供の原稿をもとに、報告時間等の関係から省略した部分を追加し、最低限の脚注を追加するなどの加筆・修正を施したものである。このワークショップの準備段階から、オーガナイザーであり、臨死介助規制・自殺補助規制に関する報告も担当された神馬幸一教授(獨協大学)、妊娠中絶規制に関する報告を担当された山本紘之教授(大東文化大学)から、多くの有益な情報や示唆を頂戴した。また、ワークショップ当日も、参加された会員の先生方から幸いにも多くのご意見・ご指摘を頂戴することができた。諸先生方のお名前をここですべて挙げることはできないが、その際の議論を踏まえて加筆・修正した箇所も少なくない。ここに記して、すべての先生方への御礼に代えさせていただきたい。なお、ワークショップ当日の議論の概要は、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)に掲載される予定である。

I はじめに

本稿の目的は、手続化（Prozeduralisierung）をめぐる現在の議論状況と課題を明らかにすることである。このような目的意識のもと、本稿では、以下の3つのステップに即して検討を加える。

第1に、刑法上の手続化をめぐる従来の議論を踏まえて、本稿が取り組む具体的な検討課題を設定する。結論からいうと、本稿の検討課題は、手続化論という理論の見取り図を作成することである（後掲・Ⅱ）。

第2に、第1の検討結果を踏まえ、以下の4つの問題群に分けて、手続化論に潜む論点の整理を試みる。この点も結論からいうと、そこにいう4つの問題群とは、手続化論の、①方法論、②実践、③刑法理論、④他の学問分野にまつわる問題群である（後掲・Ⅲ）。

第3に、第2の検討を通じて描きあがる見取り図を再度俯瞰し、手続化論を「セオリー」として、今日の問題状況に即して鍛え上げていくための若干の提案を行う（後掲・Ⅳ）。

Ⅱ 従来の議論状況と課題の設定

Ⅱでの到達目標は、以下の2点である。

第1が、手続化をめぐるこれまでの議論状況を振り返ることを通じて、刑法学における従来の議論の到達点はどこにあるのか、を特定することである。その上で、本稿が取り組むべき具体的な課題を設定する（後掲・1）。第2が、このような手順を経て設定される課題に取り組む際の、本稿の分析対象と視角を提示することである（後掲・2）。

1 従来の議論状況

まず、第1の到達目標との関連で、手続化（論）をめぐる従来の議論状況から確認していきたい。

（1）現代法の特徴——法化傾向

現代法の特徴の一つは、法の規制領域の拡大、つまり、「法化」(Verrechtlichung) 傾向だ、といわれることがある。⁽¹⁾特に医療の分野では、このような法化傾向を顕著にみてとることができる。⁽²⁾こうした法化傾向のなかで、医師等の医療従事者は、刑法上「決して踏み越えてはならない一線」⁽³⁾を日々見極めることが求められているわけだが、その一線が明確に示されていることは往々にして稀である。その結果、医療従事者らは、日常的に、違法とも適法とも断言しえない、いわば「グレーゾーン」⁽⁴⁾で活動することを余儀なくされている。

それでは、こういったグレーゾーンで活動する当事者に対して、刑法学はどのような対応を講じるべきだろうか。わが国と体系を同じくするドイツでは、こうした問題解決への「道しるべ」⁽⁵⁾になりうるとして、近時、脚光を浴びている理論がある。それが、本稿のタイトルにもある「手続化論」(Prozeduralisierungstheorie)⁽⁶⁾である。この手続化論の大枠は、法益処分に関係する当事者に対して、行動基準の具体化に向けた一定の手続の履践を

(1) 「法化」の概念については、多くの文献に代えて、馬場健一「法化と自律領域」榎瀬孝雄編『現代法社会学入門』（法律文化社、1994年）73頁以下、73-74頁参照。

(2) 医療の法化傾向については、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頁参照。

(3) 治療中止の文脈でこのような表現を用いるのは、井田良「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頁である。

(4) たとえば、医療上の適正手続（「メディカル・デュープロセス」）の保障という観点から、このことを指摘する近時の文献として、甲斐克則「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頁がある。甲斐によると、メディカル・デュープロセスの法理とは、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対応できない場合、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ものだという。

(5) Theresa F. Schweiger, Prozedurales Strafrecht. Zur Bedeutung von Verfahren und Form im Strafrecht, 2018, S. 25.

(6) このような名称を用いるのは、Frank Saliger, Legitimation durch Verfahren im Medizinrecht, in: Erwin Bernat/Wolfgang Kröll (Hrsg.), Recht und Ethik der Arzneimittelforschung, 2003, S. 124 ff. (129, passim) である。

あらかじめ求め、当事者がその手続に則って行為した限りにおいて、当該行為が不可罰になると評価しよう、というものである。⁽⁷⁾

(2) W. ハッセマーの「手続的正当化」論

後掲・Ⅲ 2 でみるように、この理論の先鞭をつけたのは、W. ハッセマーの「手続的正当化」論である、といわれている。⁽⁸⁾ かつてハッセマーは、大要次のような趣旨のことを予告していた。すなわち、テクノロジーの進歩に伴い、刑事規制の実効性が担保できなくなる時代、つまり、刑法というツールが有効に機能しなくなる時代がきつと到来する。そのような時代の到来によって、刑法は、実体違反の処罰を通じて法益を直接保護する「ハードな」ツールから、手続違反の処罰を通じて法益を間接的・補助的に保護し、もって社会の変化に対し柔軟に、つまりフレキシブルに対応する「ソフトな」ツールへと変化していくほかない。⁽⁹⁾ ハッセマーは、以上の趣旨を包括し、後年これを「手続による法益保護」構想と呼ぶわけであるが、このような構想をもって臨まなければ、刑法が直面する種々の今日的課題を克服することはできない、というのである。⁽¹¹⁾

(7) Vgl. *Frank Saliger*, 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. (446). なお、この論文の紹介として、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 頁以下がある。

(8) このような評価を与えるのは、*Frank Saliger*, Prozedurale Rechtfertigung im Strafrecht, in: Felix Herzog/Ulfrid Neumann (Hrsg.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, 2010, S. 599 ff. (600) である。なお、ハッセマーよりも早い時期に、「手続による正当化」という理念の存在に言及していた文献として、*Knut Amelung/Jürgen Brauer*, Anmerkung zum Beschluss des OLG Schleswig v. 15. 6. 1984-1 Ws 366/84, JR 1985, 474 (474) がある。このアメルンク=ブラウアーの議論を含む、手続化論の発展史については、天田悠「刑法における『手続化』論の基礎的考察 (1) —— ドイツ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、52 頁以下参照。

(9) Vgl. *Winfried Hassemer*, Prozedurale Rechtfertigungen, in: Herta Däubler-Gmelin u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz*, 1994, S. 731 ff. (751) [in: *Hassemer*, *Strafen im Rechtsstaat*, 2000, S. 109 ff.].

ハッセマーのこの構想に対して、当時の学説の多くが拒絶反応を示したということは、想像にかたくない⁽¹²⁾。しかし、今日の法化傾向にかんがみると、ハッセマーの議論を一蹴することもまた、早計だというべきであろう。これまで多くの学説が、手続化というテーマに取り組んできたことには、やはり相応の理由があるといえよう。そして現在、手続化は、「はやりの概念」⁽¹³⁾という域をとうに超えて、「現代法のトレンド」⁽¹⁴⁾と称されるまでに至った。しかしその一方で、手続化論に対しては、体系的・法理論的検討が大幅に不足している、との分析も示されている⁽¹⁵⁾。

2 課題の設定

以上の状況認識に基づき、本稿は、手続化論にまつわる根本的な問いを、さまざまな角度から考えていくための予備的作業の一環として、手続化論という理論を俯瞰するための見取り図を作成することを課題とする。もっとも、そうであるがゆえに、本稿は、筆者個人の立場から「あるべき手続化理解」といったものを示すことを、そもそも意図していない。

(10) *Winfried Hassemer*, Prozeduralisierung, Wahrheit und Gerechtigkeit. Eine Skizze, in: Mark Pieth/Kurt Seelmann (Hrsg.), *Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Strafrecht*. Kolloquium zum 70. Geburtstag von Detlef Krauß, 2006, S. 9 ff. (16 f.) [in: *Hassemer*, *Erscheinungsformen des modernen Rechts*, 2007, S. 153 ff.]

(11) 以上の点に関しては、vgl. *Saliger* (Fn. 6), 2003, S. 124 ff. (169).

(12) *Saliger* (Fn. 8), 2010, S. 599 ff. (600) は、手続化論という思考法が、これまで「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かった」と回顧する。

(13) *Saliger* (Fn. 7), 2016, S. 434 ff. (436) [天田・前掲注7) 248頁参照]。

(14) 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『高橋則夫先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（成文堂、2022年）489頁以下、491頁。

(15) *Saliger* (Fn. 6), 2003, S. 124 ff. (125)。加えて、*Ebenda*, S. 125 m. Fn. 4 は、刑法上、手続化をめぐる議論はまだ始まったばかりだという。Siehe auch *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 (680)。

Ⅲ 手続化論を取り巻く問題状況

1 総 説

(1) 検討の見通し

それでは、手続化論という理論のスケッチを作成するとして、一体何から、どのように手を付ければよいのだろうか。

手続化という概念、あるいは手続化論という理論が今日脚光を浴びつつある、ということに関して、少なくとも医事刑法学の分野においては、一定のコンセンサスが形成されつつあるように思われる。もっとも、これまでの刑法学説における議論は、「実体か手続か」という、いわば二分法的⁽¹⁶⁾発想を所与の前提として、「手続を守ることは重要であるが、『手続』が『実体』より優先されることはない」といった具合に、落としどころがある程度決まった議論が中心だったといえる。

しかし、本稿のみるところ、従来の二分法的発想には、得てして論点を単純化・平板化しがちであり、手続化論という理論の立体的な広がりや、そのポテンシャルを十分にとらえきれていないのではないかと、という疑いがある。しかも、従来の議論においては、手続化現象に伴って生じる各種の論点を整理し、手続化論を新たなセオリーとして体系化していこう、との姿勢も、やや希薄であったように見受けられる。もとより、それ以前に、

(16) Vgl. dazu *Julia Ströhlein*, Prozedurale Lebensschutzkonzepte des Medizinstrafrechts. Eine Analyse der prozeduralen Vorschriften am Anfang und am Ende des strafrechtlichen Lebensschutzes, 2021, S. 25 ff., 306 ff., passim. 神馬幸一「安楽死・尊厳死」法学教室 418 号 (2015 年) 9 頁以下、15 頁は、手続化という兆候の見極めが「今後における最大の難問」である、と述べている。

(17) 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 卷 12 号 (2021 年) 148 頁以下、148 頁は、「『不法・適法』の 2 進法的コード」と表現し、井田・前掲注 14) 489 頁は、「適法か違法かの二分法」と形容する。また、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、これを「合法と不法との二元的図式」(75 頁ほか随所)、「合法／不法という二元的図式主義」(84 頁ほか随所)といい、*Schweiger* (Fn. 5), S. 81 は、「オール・オア・ナッシングの判断」と呼ぶ。

「何が論点か」「何から検討したらよいか」といった基本的な検討事項についてできえ、学説では、いまだコンセンサスが形成されていないようにも思える。

（2）手続化論にまつわる4つの問題群

以上のような議論状況のなかで、本稿は、手続化論の体系化を今後の課題として棚上げする一方、この理論に関わる問題群を4つに分けて、そこに潜在する係争点を整理することを試みる。すでに述べたとおり、それが、手続化論の、①方法論、②実践、③刑法理論との関係、④他の学問分野にまつわる問題群である。⁽²⁰⁾以下では、この4つの問題群に即して、手続化論という理論のラフスケッチを試みることにしたい。

各問題群で扱うトピックの内容を予告すると、次のようになる。

まず、①の問題群では、手続化論の対象を扱う。具体的には、手続化の定義とは何か、手続化論とは何を論じようとする学問分野なのか、というトピックを取り上げる（後掲・2）。次に、②の問題群では、手続化論の発展史、つまり、医事刑法学における各テーマとの関連で、手続化論が歴史的にどのような発展を遂げてきたのか、というトピックを扱う（後掲・3）。つづく③の問題群では、犯罪論・立法論との関係に焦点を当てる。そこでは、犯罪論における手続化論の位置づけのほか、手続化論が刑事立法論に与える示唆を検討する（後掲・4）。最後に、④の問題群では、隣接する他の法分野との関係を扱う。もとより、この小稿で網羅的な検討は不可能であるため、以下では、一方で憲法学、他方で法哲学・法社会学とのつながりにスポットを当てる（後掲・5）。

(18) 天田・前掲注7) 254頁。そこでは、これまでの（ドイツ）刑法学において、手続化（論）がカズイステックに論じられてきた、ということを指摘した。

(19) 前掲・I 参照。

(20) 問題群の整理と分析枠組みの設定方法は、高橋直哉「刑罰論の現状と課題（特集・刑罰論の現代的意義）」刑事法ジャーナル54号（2017年）4頁以下、5頁以下に負うところが大きい。

2 問題群①——手続化論の方法論

まず、①の方法論にまつわる問題群からみていきたい。この①は、手続化論のメタ理論を扱う問題群とでもいうべきものであるが、この問題群のなかから、本稿では、以下の2つの問題を取り上げる。すなわち、第1が手続化論の対象であり、第2が「実体と手続」の関係である。

(1) 手続化論の対象

第1に、方法論的問題から検討する。これは、手続化論の検討対象は何か、という問題、すなわち、手続化という概念の把握方法にまつわる問題である。

① 手続化概念をめぐる

ある概念を論じることの法的意義がある場合とは、当該概念がある程度明確な内容を持ち、しかもそこから一定の法的帰結が導き出される場合だ、ということができよう。⁽²¹⁾ 手続化についても、その概念を明確に画し、そこから独自の解釈論を妥当させよう、との見解が有力に主張されている。その代表格が、F. ザリガーの手続化概念である。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。⁽²²⁾

(21) 経済刑法の文脈ではあるが、この点に関して示唆に富む分析として、島田聡一郎「経済刑法(特集・刑法典の百年)」ジュリスト1348号(2008年)94頁以下、95頁参照。

(22) Vgl. z. B. *Frank Saliger*, *Sterbehilfe nach Verfahren. Betreuungs- und strafrechtliche Überlegungen im Anschluß an BGHSt 40, 257, KritV 1998, 118 ff. (145); ders. (Fn. 8), 2010, S. 599 ff. (601 f.); ders. (Fn. 7), 2016, S. 434 ff. (446)* [天田・前掲注7] 252頁参照]. ザリガーによる「手続化」の定義を支持するのは、*Detlev Sternberg-Lieben*, *Gesetzliche Anerkennung der Patientenverfügung: offene Fragen im Strafrecht, insbesondere bei Verstoß gegen die prozeduralen Vorschriften der §§ 1901a ff. BGB*, in: *Manfred Heinrich u. a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, Bd. 1, 2011, S. 537 ff. (549); Ramona Francuski*, *Prozeduralisierung im Wirtschaftsstrafrecht, 2014, S. 150 f.* 等である。

このように、ザリガーは、手続化という概念を「行為の不可罰性」という法的帰結と結び付けるよう主張した。もっとも、ザリガーのこの主張がそもそも妥当なのか、という問題は、さほど議論の対象にはなっていないようである。⁽²³⁾

② 「広義の手続化概念」と「狭義の手続化概念」——「討議」は手続化の要件か？

また、学説には、「広義の手続化概念」か「狭義の手続化概念」か、との区別に従って手続化概念を把握する見解も見受けられる。この見解によると、一方で、広義の手続化概念とは、およそ手続に関わる形式すべてを⁽²⁵⁾いう。ここには、法律上の手続的規制（管轄要件、形式要件、手続要件等）がすべて含まれる。他方で、狭義の手続化概念とは、「個人対個人の討議」手続を⁽²⁶⁾指す。このような、狭い手続理解によれば、（相談要件・認可要件・同意要件等の）「討議」的要素を含む手続的規制のみが、手続化の概念、したがって手続化論の射程範囲内に含まれることになる。

たしかに、「広義か狭義か」という視点の設定を通じて、手続化概念の多様さ・曖昧さを除去・縮減しようとする点で、この見解の意欲性は高い

⁽²³⁾ もっとも近時は、ザリガーによる「手続化」の定義を批判的に乗り越えようとする試みが複数現れていることも、注目に値する。Vgl. z. B. *Schweiger* (Fn. 5), S. 254 f., 321; *Ströhlein* (Fn. 16), S. 163, 307.

⁽²⁴⁾ *Günter Stratenwerth*, *Prozedurale Regelungen im Strafrecht*, in: Herzog/Neumann (Hrsg.) (Fn. 8), S. 639 ff. (639). Vgl. auch *Saliger* (Fn. 7), 2016, S. 434 ff. (436 f.) [天田・前掲注 7) 248 頁参照]。以下の説明について、詳細は、天田悠「刑法における『手続化』論の基礎的考察（3・完）——ドイツ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 40 卷 3・4 号（2021 年）101 頁以下、114 頁以下参照。

⁽²⁵⁾ Vgl. dazu *Hassemer* (Fn. 9), 1994, S. 731 ff. (744); *Andreas Popp*, *Patientenverfügung, mutmaßliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung*, ZStW 118 (2006), 639 (665).

⁽²⁶⁾ *Frank Saliger*, *Grundrechtsschutz durch Verfahren und Sterbehilfe*, in: Lorenz Schulz (Hrsg.), *Verantwortung zwischen materialer und prozeduraler Zurechnung*, ARSP Beiheft 75 (2000), S. 101 ff. (127); *ders.* (Fn. 8), 2010, S. 599 ff. (603); *ders.*, *Menschenwürde und Verfahren*, in: Jan C. Joerden u. a. (Hrsg.), *Menschenwürde und Medizin. Ein interdisziplinäres Handbuch*, 2013, S. 265 ff. (265 f.).

評価に値する。しかし、「広義か狭義か」で手続化概念を切り分けることが可能かどうか、また、そうした営為がそもそも妥当なのかどうかは、上記の評価とはまた別の問題であろう。ここでは結論だけを示すにとどめるが、「広義の手続化概念」と「狭義の手続化概念」の区別もそれ自体不明確であるため、手続化の概念規定にあたってこの区別が有効に機能しうるかどうかは、きわめて疑わしいように思われる。⁽²⁷⁾

(2) 実体と手続の関係

第 2 に、手続化論が「実体」をどのように把握しているのか、という問題、いいかえれば、「実体と手続」の関係理解が問題となる。この問題を検討する出発点としては、実体的要件が充足されているか否か、という視点を設定することを前提として、手続の履践と違背を区別して類型分けをすることが有益であろう。

やや図式的すぎるかもしれないが、想定されるパターンを 4 つに区分けすると、次のようになる。すなわち、第 1 が、「実体的要件を充足しており、所定の手続も履践したパターン」、第 2 が、「実体的要件は充足していないが、手続は履践したパターン」、第 3 が「実体的要件は充足しているが、所定の手続を履践しなかったパターン」、第 4 が、「実体的要件を充足しておらず、手続も履践していなかったパターン」である。以上の 4 つのパターンを、以下、【表 1】にまとめて示そう。

【表 1】

	パターン 1	パターン 2	パターン 3	パターン 4
実体的要件	○	×	○	×
手続的要件	○	○	×	×
法律効果	不可罰	?	?	可罰的

(27) 詳細は、天田・前掲注 24)「(3・完)」114 頁以下参照。

この【表1】で示した4つのパターンのうち、パターン1が不可罰であり、パターン4が可罰的であるということに、大きな異論はないように思われる。そうすると、残る問題は、手続化論の立場から、パターン2とパターン3をどのように評価するか、となる。

このうちパターン2では、実体的要件が充足されていないにもかかわらず、あらかじめ定められた手続を履践すること（だけ）で、問題となる行為を不可罰にできるかどうか⁽²⁸⁾が問題となっている。これに対して、パターン3では、実体的要件は充足されていても、なお、手続の違背だけで、当該行為の実質的違法性を基礎づけることができるかが、問われることになる。

本稿の見立てでは、手続化論のプリミティブな発想は、パターン2の場合にもなお、問題となる行為を不可罰とすることができる、というものであった。少なくとも手続化論の始祖ハッセマーは、手続化論はそのような帰結を伴う理論だ、と考えていたようである。しかし現在、この帰結が、⁽²⁹⁾医事刑法上の各規制領域にそのまま妥当する⁽³⁰⁾のか、また仮にそうだととしても、どこまで妥当するのかは、慎重な検討を要すると思われる。

加えて、よりメタ的な視点からは、以上の図式的整理に修正ないし変更の余地があるのではないかと、との疑問も生じうる。具体的には、実体的要件と手続的要件の関係性は相対的であり、両要件の区別それ自体が困難ではないか、との疑問が考えられる⁽³¹⁾。また、以上の図式は、手続的要件が充足されているかどうかを「オール・オア・ナッシング」、つまり、有無の

(28) 飯島・前掲注17) 152頁は、手続化論をめぐる解釈学的問題がこの点に収斂される、という。

(29) Hassemer (Fn. 9), 1994, S. 731 ff. (742 f., 744). ハッセマーの理論構想の学説史的な位置づけについては、天田悠「刑法における手続化」刑法雑誌63巻2号（2024年刊行予定）頁数未定を参照。

(30) この点については、後掲・Ⅲ3(1)参照。

(31) たとえば、治療中止の文脈で、手続的要件と実体的要件の区別に流動性が伴うことを注意喚起するのは、城下裕二「終末期医療をめぐる刑法上の諸問題」刑事法ジャーナル35号（2013年）103頁以下、108頁注(25)である。

問題だと整理するものであるが、そうではなく、これは程度の問題ではないか、との疑問も提起できよう。たとえば、手続違背にも「重大な手続違背」と「軽微な手続違背」があるのではないかと、この疑問がこれである。⁽³²⁾

3 問題群②——手続化論の実践

次に、②の、手続化論の実践にまつわる問題群の検討に移る。この問題群は、手続化の発現形態に関する問題群だといってよい。具体的には、以下、医事刑法（後掲・(1)）と経済刑法（後掲・(2)）という2つのサブカテゴリーに分けて、この問題群に潜む論点を抽出する。

(1) 医事刑法のカテゴリー

まず第1の、医事刑法のカテゴリーからみていきたい。手続化現象が最も進行しているのが、この医事刑法の領域である。具体的には、下記の【表2】で示す規制領域を挙げることができる。^{(33), (34)}

【表2】

	規 制	主 な 内 容
①	去 勢 (1969年)	<ul style="list-style-type: none"> ・鑑定委員会／世話裁判所による実施要件の検討（去勢法5条、6条） ・手続違反処罰（同法7条）
②	妊娠中絶 (1995年)	<ul style="list-style-type: none"> ・妊娠葛藤相談に基づいて行われた妊娠中絶の不処罰化（刑法218条a第1項） ・緊急状況・葛藤状況における妊婦への相談手続（同法219条） ・手続違反処罰（同法218条c）

(32) この点については、法益との近接性・関連性を問題とするザリガーの分析が参考になる。Vgl. Saliger (Fn. 6), 2003, S. 124 ff. (169).

(33) 以下、本稿で条文のみを挙げるときは、特に断りのないかぎり、ドイツ法の条文を指す。

(34) 【表2】は、天田・前掲注7) 253頁をベースに、近年の改正動向等を踏まえて加筆・修正を施したものである。

③	臓器移植 (1997年)	<ul style="list-style-type: none"> ・摘出時の死亡確認, 文書化義務, 手続違反処罰 (臓器移植法 5 条 1 項・2 項, 20 条 1 項) ・死後摘出における同意手続, 文書化義務, 同意不取得の処罰 (同法 4 条, 19 条 2 項) ・生体からの臓器摘出時の文書化義務, 審査委員会による実施要件の検討, 説明義務違反の処罰 (同法 8 条, 19 条 1 項 1 号)
④	臨床試験 (1998年)	<ul style="list-style-type: none"> ・倫理委員会による同意の意思表示, 所轄の連邦官庁による認可 (医薬品法 40 条 1 項, 医療機器法 20 条 1 項) ・手続違反処罰 (医薬品法 96 条 11 号, 医療機器法 41 条 4 項)
⑤	臨死介助 (2009年)	<ul style="list-style-type: none"> ・世話人による患者の意思確認手続 (民法 1827 条 [旧 1901 条 a] 2 項, 1828 条 [旧 1901 条 b] 1 項) ・世話裁判所による臨死介助の認可手続 (同法 1829 条 [旧 1904 条])
⑥	着床前診断 (2011年)	<ul style="list-style-type: none"> ・倫理委員会による実施要件の検討, およびその文書化 (胚保護法 3 条 a 第 3 項)
⑦	医師による 自殺幫助 (2020年～)	<ul style="list-style-type: none"> ・刑法 (旧) 217 条 (業としての自殺援助) 違憲判決 ・違憲判決の「手続的保護構想」を具体化するための法律案 (カステルッチ etc. 草案, キュナスト etc. 草案, ヘリング-プラーレル etc. 草案等)

この【表 2】をみると、たとえば、①は去勢の認可要件、②は妊娠葛藤相談、③は脳死体からの臓器摘出、④は医薬品・医療機器の臨床試験、⑤は医師・世話人・世話裁判所による治療中止判断、⑦は、刑法 (旧) 217 条⁽³⁵⁾違憲判決を契機とする、医師による自殺幫助規制をそれぞれ扱うものである。このように、一口に「医事刑法」といっても、そのなかでの手続化現象の進行状況も内容も多彩であることが分かる。

(35) BVerfG, Urt. v. 26. 02. 2020-2 BvR 2347/15 u. a. 本判決につき、詳細は、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『刑事法の理論と実務⑤』(成文堂, 2023年)229頁以下, 234頁以下, および231頁注(9)で引用した先行研究を参照。なお、その後刊行された文献として、神馬幸一「ドイツにおける自殺幫助規制過程の考察(1)(2)」獨協法学 121号 (2023年) 241頁以下, 245頁以下, 122号 (2023年) 107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頁以下等がある。

(2) 経済刑法のカテゴリー

① 概 説

つづいて第 2 の、経済刑法のカテゴリーを取り上げる。手続化論の適用場面として近時脚光を浴びているのが、この経済犯罪の場面である。具体的には、背任罪と汚職の罪が、手続化論の特徴的な適用領域として想定されている。⁽³⁷⁾

そこで以下、手続化論の奥行きを示し、経済刑法の研究者も巻き込んだ活発な議論を期待したい、との観点から、背任罪の解釈論を例にして、経済刑法における手続化の意義を解説する。

② 手続化論からみた背任罪

背任罪をめぐる議論のうち、手続化論との関係が夙に指摘されてきたのは、背任行為の解釈である。背任行為の一例として、不良貸付等が挙げられる一方、ある程度の危険を承知で行う冒険的取引は一定の場合に許容される、と理解されている。⁽³⁸⁾ その許容性判断の際には、当該経営判断の内容ではなく過程を重視すべきとの見地から、経営者が合理性のある情報収集・分析・検討を行ったか否か、が問われることになる。⁽³⁹⁾ 具体的には、企業内での相談・承認、定期的な市場調査、社外の者からの意見聴取、専門

⁽³⁶⁾ 経済刑法における手続化論のポテンシャルを高く評価するのが、Thomas Weigend, *Schrifttum*. Theresa F. Schweiger, *Prozedurales Strafrecht*, GA 2020, 151 (151) である。

⁽³⁷⁾ *Statt vieler Francuski* (Fn. 22), S. 364 ff., 464 ff.; *Schweiger* (Fn. 5), S. 43 ff., 288 ff.

⁽³⁸⁾ 多くの文献に代えて、西田典之編『金融業務と刑事法』(有斐閣, 1997 年) 131 頁〔上馬一高〕, 林幹人『刑法各論 第 2 版』(東京大学出版会, 2007 年) 274 頁, 山口厚編著『経済刑法』(商事法務, 2012 年) 9 頁〔古川伸彦〕参照。

⁽³⁹⁾ 落合誠一編『会社法コンメンタル 21 —— 雑則 (3)・罰則』(商事法務, 2011 年) 69-70 頁〔島田聡一郎〕等。ドイツ法については、福瀧博之「ドイツ法における経営判断の原則 —— 株式法 93 条 1 項 2 文と Marcus Lutter の見解 ——」関西大学法学論集 57 卷 4 号 (2007 年) 132 頁以下, 157 頁以下, 高橋英治『会社法の継受と収斂』(有斐閣, 2016 年) 337 頁以下, 349 頁以下〔初出 2014 年〕等参照。なお, 最近の研究として, 牧真理子「経営判断の過程の審査について —— ドイツ法の検討」法学 (東北大学) 86 卷 4 号 (2023 年) 153 頁以下がある。

家による鑑定等が行われたか否か、との視点がこれである。⁽⁴⁰⁾そして、ドイツの会社法学説には、いわゆる経営判断の原則（Business Judgement Rule）⁽⁴¹⁾を、手続化という観点からとらえなおす見解も存在する。

加えて、刑法学説には、以下のような見解も存在する。すなわち、企業家が調査・検討義務を尽くしたか、経営判断を下す際に合理的な手続を踏んだかどうかは、医療過誤における「医行為の裁量性」という考え方と近似する、との見解がこれである。たしかに、⁽⁴²⁾医療の場面でも、研鑽義務が課されることを前提に、その医療機関に相応しい医療水準の範囲内であれば、専門家の裁量が尊重されるべきであろう。そうだとすると、この見解がいうように、「医行為の裁量性」の考え方と経営判断の考え方は、たしかに、ともによく似た側面を持つといえる。経済刑法上の手続化論議は、医事刑法の問題を考える上でも参考になるように思われる。

4 問題群③—— 刑法理論との関わり

続いて、③の刑法理論にまつわる問題群に移る。これまで手続化論が主戦場としてきたのは、この問題群であった。しかし、それにもかかわらず、問題は山積みだといってよい。

以下では、第1に犯罪論（後掲・(1)）、第2に立法論（後掲・(2)）との関係に焦点を当てて、③の問題群に潜む論点を抽出する。

(40) 詳細は、天田悠「背任罪における任務違背行為と『手続』の履行」山口(厚)ほか編・前掲注14)417頁以下、430頁参照。その他、Markus Adick, Organuntreue (§ 266 StGB) und Business Judgment. Die strafrechtliche Bewertung unternehmerischen Handelns unter Berücksichtigung von Verfahrensregeln, 2010, S. 87; Schweiger (Fn. 5), S. 294 f. (「討議」性を要求)も参照。

(41) Jens-Hinrich Binder, „Prozeduralisierung“ und Corporate Governance. Innerbetriebliche Entscheidungsvorbereitung und Prozessüberwachung als Gegenstände gesellschaftsrechtlicher Regulierung – Entwicklungslinien und Perspektiven, ZGR 2007, 745 (750).

(42) 松宮孝明「背任罪と『経営判断の原則』——『北國銀行事件』最高裁判決の意義」判例時報サブスクロー・ジャーナル（2023年1月20日掲載）1頁以下、6頁。

(1) 犯罪論との関係

まず、犯罪論体系との関係からみていくことにする。この点に検討を加えるためには、手続化論の系譜を辿ることが有益であろう。

ドイツの刑法学では、「手続的正当化」(prozedurale Rechtfertigung) という言葉が広く浸透している⁽⁴³⁾。この言葉は、1994 年の、ハッセマーの同名の論文⁽⁴⁴⁾に由来する。その論文のなかで、ハッセマーは、妊娠葛藤相談を経ることが妊娠中絶の違法性を阻却する、との見解を支持し⁽⁴⁵⁾、この見解を基礎づけるために「手続的正当化」という理念を提唱した。その後、この理念は、妊娠中絶以外の問題にも適用可能であるとの理解が広まり、現在、医事刑法の各領域で理論化が進められている⁽⁴⁶⁾。

もっとも、ハッセマーの「手続的正当化」論に対しては、ザリガーによる有力な批判が存在する。ザリガーは、大要以下のような趣旨のことを述べている。すなわち、手続的正当化という用語は、直感的には違法性阻却を連想させるが、手続化論の思考法は、違法性レベルにとどまらず、たとえば、構成要件レベルでも機能しうる。そうだとするならば、手続的正当化ではなく、犯罪論体系上の位置づけをペンディングにしたままの「手続

(43) Vgl. z. B. *Detlev Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019, Vor §§ 32 ff. Rn. 7 a ff.

(44) *Hassemer* (Fn. 9), 1994, S. 731 ff. (siehe auch 735 ff.).

(45) この点に関しては、1993 年 5 月 28 日の連邦憲法裁判所「第 2 次墮胎判決」(BVerfGE 88, 203) をめぐる議論を想起されたい。なお、第 2 次墮胎判決の判示事項については、上田健二＝浅田和茂訳・要約「ドイツ連邦憲法裁判所第二次妊娠中絶判決の概要」同志社法学 45 巻 4 号 (1993 年) 158 頁以下〔アルピン・エーザー (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) 302 頁以下も参照〕、小山剛「第 2 次墮胎判決」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ (第 2 版)』(信山社, 2006 年) 61 頁以下〔初出 1994 年〕等参照。さらに、堀内捷三「揺れ動くドイツの墮胎罪——1993 年 5 月 28 日のドイツ連邦憲法裁判所判決を読む——」法学セミナー 464 号 (1993 年) 22 頁以下、レンツ カール・フリードリッヒ「ドイツ連邦憲法裁判所の第 2 次妊娠中絶判決について」ジュリスト 1034 号 (1993 年) 68 頁以下、上田健二「ドイツ連邦憲法裁判所新妊娠中絶刑法違憲判決の理論的分析」ジュリスト 1034 号 (1993 年) 73 頁以下も参照。

(46) Vgl. z. B. *Saliger* (Fn. 22), 1998, 118 ff. (145 ff.); *ders.* (Fn. 6), 2003, S. 124 ff. (144 ff., 151 ff., 157 ff., passim); *ders.* (Fn. 26), 2013, S. 265 ff. (278 ff., 280 ff., passim).

的合法化」(prozedurale Legalisierung) という用語法のほうが妥当である、⁽⁴⁷⁾と。この指摘は、手続化論が違法性阻却の問題に尽きるわけではない⁽⁴⁸⁾、と明言する点で、傾聴に値する。ただし、学説では、手続履践・違背の体系的⁽⁴⁹⁾位置づけは、単なる副次的問題にすぎない、との見解も有力である。

(2) 立法論との関係

次に、刑事立法論に示唆を与えるか、与えたとすればどのような示唆か、という問題を取り上げる。以下では、特徴的な問題点を3つだけ指摘する。⁽⁵⁰⁾

第1に、純粋な手続違反や形式的な義務違反に、そもそも刑事制裁は必要か、という問題がある。これは、刑法外の規範で十分な予防効果が期待できるかという問題、いうなれば、刑法の補充性に関わる問題である。⁽⁵¹⁾ハッセマーの「手続による法益保護」構想は、この問題に連なるものだといえよう。

第2に、もし制裁が必要だとすれば、実体違反と手続違反を区別するか否か、との問題がある。この問題につき、有力説は、不法内容の違いを強調⁽⁵²⁾することで、実体と手続を区別する戦略を採用している。もっとも、実体と手続が(截然と)区別できるかどうかは、改めて問題とされるべきであろう。⁽⁵³⁾

第3に、手続の違背に対し、どのような内容の制裁を予定するか、とい

(47) Siehe dazu *Saliger* (Fn. 22), 1998, 118 ff. (145 m. Fn. 171, 146).

(48) 井田・前掲注14) 497頁以下、499頁以下が「手続的適法化」という言葉を用いるのも、同旨であろう。

(49) *Popp* (Fn. 25), 639 (664). このポップの見解について、詳細は、天田悠「刑法における『手続化』論の基礎的考察(2)——ドイツ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40巻1・2号(2020年)67頁以下、84頁以下も参照。なお、体系的位置づけの問題に、ある種の「据わりの悪さ」がつきまとう、というのは、*Schweiger* (Fn. 5), S. 218である。

(50) Vgl. *Saliger* (Fn. 6), 2003, S. 124 ff. (168 ff.).

(51) ハッセマーの「手続による法益保護」構想については、前掲・II 1(2)参照。

(52) *Saliger* (Fn. 6), 2003, S. 124 ff. (135 ff., 157 ff.) がこれである。

(53) この問題については、前掲・III 2(2)も併せて参照。

う問題が挙げられる。この点につき、ドイツ法であれば、「実体違反には刑罰を、手続違反には過料を」課すという選択肢が考えられるかもしれない。⁽⁵⁴⁾ もっとも、いうまでもないことであるが、このような考えをわが国にそのまま持ち込むことはできない。

5 問題群④——他の学問分野との関わり

最後に、④の他の学問分野に関わる問題群を取り上げる。もともと、手続化論は、学際的性格を強く帯びた問題領域である。わが国の刑法学は、他の学問領域を参照することに謙抑的だといわれているが、⁽⁵⁵⁾ 手続化論という理論の検討において、他の学問領域の参照は不可避だといえよう。少なくともいえることとして、これらの隣接領域に対して、およそ無関心のままでいることは許されない。

もちろん、本稿の限られた紙幅で、他の学問領域の議論を縦横無尽に参照することは、筆者の力量をはるかに超える任務である。そのため、以下では、2つの学問領域を素材に問題の所在を示すにとどめたい。具体的には、第1が憲法学の分野（後掲・(1)）であり、第2が法哲学・法社会学の分野（後掲・(2)）である。

(1) 憲法学との関わり——特に「手続による基本権保護」に焦点を当てて

第1に、憲法学との関係から確認する。もっとも、一口に「憲法学」といっても、それではまだ検討対象が漠然としているので、本稿は、「手続による基本権保護」(Grundrechtsschutz durch Verfahren) に焦点を当てる。

この「手続による基本権保護」が手続化論の理論的基礎である、と縷々述べてきたのが、ザリガーである。⁽⁵⁶⁾ ザリガーは、憲法学者 K. ヘッセの議

(54) Saliger (Fn. 6), 2003, S. 124 ff. (168 f.).

(55) 文脈こそ異なるが、高橋(直)・前掲注20)9-10頁も同旨を述べている。

(56) Statt vieler Saliger (Fn. 26), 2000, S. 101 ff. (103 ff.); ders. (Fn. 6), 2003, S. 124 ff. (126 ff.); ders. (Fn. 7), 2016, S. 434 ff. (440 ff.) [天田・前掲注7)250-251頁参照].

論を参考にしているが⁵⁷⁾、そのヘッセは、大要以下のような趣旨のことを述べている。

基本権が現実社会でその機能を果たすためには、組織と手続が必要となる。つまり、あらゆる基本権について、これを実効的に保護・実現するためには、実体的な内容に関する詳しい規定を置くだけではなく、組織形態や手続規定をも整備する必要がある⁵⁸⁾。

このヘッセの議論を基礎として、ザリガーは、「手続による基本権保護」の理念を、医事刑法における多くの問題領域で援用している。

もっとも、ザリガーが依拠したヘッセの議論の扱いについては、若干の注意が必要である。なぜなら、ヘッセは、1960年代から70年代にかけての連邦憲法裁判所判例⁵⁹⁾から示唆を得て、基本権の実現・保障のあり方を論じているが、それらの判例の多くが、行政による社会への介入、具体的には、行政の肥大化を念頭に置いたものだからである。したがって、医療に対する司法の介入、およびそれによって生じる弊害が、これらの議論のなかでどれほど鮮明に意識されていたのかは、必ずしも定かではない⁶⁰⁾。ザリ

⁵⁷⁾ Vgl. z. B. *Saliger* (Fn. 6), 2003, S. 124 ff. (126 m. Fn. 6); *ders.* (Fn. 7), 2016, S. 434 ff. (440 m. Fn. 48) [天田・前掲注7) 250頁参照]。

⁵⁸⁾ Vgl. *Konrad Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland*, EuGRZ 1978, 427 (434 f.). さらに、コンラート・ヘッセ（栗城寿夫訳）「ドイツ連邦共和国における基本権の展開」公法研究42号（1980年）1頁以下、18-19頁も参照。

⁵⁹⁾ たとえば、ミュルハイム・ケルリッヒ決定（BVerfGE 53, 30）。同決定の反対意見（BVerfGE 53, 30 [81 f.]）は、市民は、行政手続に参加することでその正当性が認められるが、その場合は「手続法（Verfahrensrecht）を正しく適用すること」が、市民が行政官庁の決定を受けいれる「前提条件」になる、と判示する。同決定については、笹田栄司『実効的基本権保障論』（信山社、1993年）207頁以下、特に214頁、同「原子力発電所の許可手続と行政手続による基本権保護——ミュルハイム・ケルリッヒ決定——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社、2003年）73頁以下、77頁注（16）、冨塚祥夫「実体的基本権の手続法的機能（上）（下）——西ドイツ基本権理論の新局面——」法学会雑誌（東京都立大学）27巻1号（1986年）219頁以下、243頁以下、28巻2号（1987年）181頁以下、196頁以下等参照。

ガーもまた、この点の論証を積極的に行っていない。もっとも、ザリガーの見立てからすると、「手続による基本権保護」の考え方は、行政を超えた広い視点から適用可能であるから、この点はあえて論証するまでもない、⁽⁶¹⁾ということかもしれない。

(2) 法哲学・法社会学との関わり —— システム論的アプローチと行為理論的アプローチ

第 2 に、法哲学・法社会学との関係を示すと、以下のようになる。

刑法が「医療」という自律領域に介入する場合、その介入の限界をどこに設定すればよいのだろうか。従来、法哲学と法社会学の分野では、「法化」が夙に議論の対象とされてきた。この法化論には、さまざまな側面からのとらえ方が存在するが、本稿の問題関心からは、J.ハーバーマスや N.ルーマンから示唆を受けた法哲学・法社会学の議論が目をひくところとなる。

この議論には、大きく分けて、次の 2 つアプローチがある。すなわち、第 1 が、ルーマンのオートポイエシス・システム論から示唆を得た「システム論的アプローチ」であり、第 2 が、ハーバーマスのコミュニケーション的行為の理論から示唆を得た「行為理論的アプローチ」である。

この 2 つのうち、どちらのアプローチが優れているかを論じる力量は、筆者にはない。ただ、少なくとも次のことだけは言える。それは、各人が抽象的なレベルで「自分は〇〇のアプローチを支持する」旨を宣言するだけでは、生産的な議論にはならない、ということである。

ここで一つの朗報は、2 つのアプローチは、法化現象のとらえ方の違いを超えて、交渉・参加・討議・自省といった「過程」に重点を置く手続化

(60) これとの関連では、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 卷 (1997 年) 361 頁以下、401 頁も参照。

(61) 特に、「法化」論の対象領域の拡張を説くものとして、馬場・前掲注 1) 74 頁、87-88 頁がある。

に収斂してきている、ということである。⁶²⁾すなわち、一般に、(刑)法が社会に直接介入することによって弊害が生じる、と縷々いわれているが、そのことを社会固有の論理に委ねていても問題の解決にはつながらぬ。むしろ、(刑)法は、社会を間接的かつ柔軟に⁶³⁾(flexibel)制御し、「自己規制の制御」を行うことを任務とする。こうした任務を履行するために、システム論的アプローチは、当事者が参加するためのプロセスを保証することが必要である、という一方、行為理論的アプローチは、理性的な「討議」⁶⁴⁾を通じて了解・合意形成に至るまでのプロセス、つまり、手続を制度化することが重要だ、と説くのである。⁶⁵⁾

なお、以上のほかにも、J. ロールズの手続的正義論を、緊急避難論・義務衝突論に応用しようとする試みもみられる。⁶⁶⁾この試みも、手続化論からみて注目に値するといえよう。しかし、筆者の能力との関係上、緊急避難論・義務衝突論に関する検討も、本稿では棚上げにせざるをえない。

IV おわりに——結論と展望

以上で、手続化論が現在直面している諸問題のラフスケッチを終える。

62) 多くの文献に代えて、樫沢秀木「介入主義法の限界とその手続化——『法化』研究序説——」ホセ・ヨンパルト＝三島淑臣編『法の理論10』（成文堂、1990年）117頁以下、127頁、140頁、154-155頁参照。さらに、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、44頁も参照。

63) このことを、「学習能力を持つ形で」と言い換えることも可能である。たとえば、グンター・トイプナー（樫沢秀木訳）「法化——概念、特徴、限界、回避策——」九大法学59号（1990年）235頁以下、269頁参照。

64) たとえば、ユルゲン・ハーバーマス（河上倫逸＝耳野健二訳）『事実性と妥当性（下）——法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』（未来社、2003年）126頁以下参照。

65) この点につき、詳細は、樫沢・前掲注62) 161頁以下。さらに、G. トイプナーの「自省的法」(reflexives Recht, reflexive law) との関係性に言及する、馬場健一「社会の自律領域と法（二）・完——学校教育と法との関わりを素材に——」法学論叢128巻3号（1990年）51頁以下、61-62頁、同・前掲注1) 82頁以下、92頁以下も参照。トイプナーが提唱する法概念そのものの理解については、トイプナー（樫沢訳）・前掲注63) 268頁以下、275頁参照。

最後に、本稿の暫定的結論とそこから明らかとなった課題として、以下の 2 点を指摘しておきたい。

第 1 に、手続化論が扱う問題領域は多岐にわたる。それだけに、各論点同士の関係は見えにくく、拡散もしやすい。今後は、先に示した 4 つの問題群に属するテーマ一つひとつにつき分析を深めていくと同時に、各テーマの相関関係を整理し、体系化された学問分野として手続化論を展開していく必要がある。

しかし第 2 に、わが国で議論されている手続化論ははまだ、「舶来品」の域を出ない、ということである。この結論は少々冷徹に聞こえるかもしれないが、このことは、わが国固有の問題解決に資する手続化論の発展が望まれる、という期待の裏返しでもある。

【付記】

本稿は、令和 5 年度科学研究費基金「医事刑法における『手続の正当化』の理論構築に向けた比較法的・分野横断的研究」(若手研究：課題番号 22K13299)、同補助金「ケア実践の現場における『対話』を倫理的・法的に基礎づけるための研究」(基盤研究 (B)：代表・宮坂道夫、課題番号 22H00599) の助成に基づく研究成果の一部である。

(あまだ・ゆう 法学部准教授)

(66) 具体的には、コロナ・トリアージにおける優先順位づけの問題がこれである。この問題の詳細については、川口浩一「新型コロナウイルスと刑法：コロナ・トリアージについて(上)(下)」法律論叢 94 卷 1 号(2021 年)143 頁以下、95 卷 1 号(2022 年)119 頁以下、125 頁以下、矢田陽一「トリアージと刑事責任——コロナ禍における医療資源の分配問題を素材として——」國土館法學 54 号(2021 年)161 頁以下、172 頁以下、同「コロナ禍におけるトリアージと障害者の保護」障害法 6 号(2022 年)155 頁以下、勝亦藤彦「コロナ危機における事前的トリアージと『義務の衝突』——余命・年齢の基準に関する批判的検討——」山口厚ほか編『実務と理論の架橋——刑事法学の実践的課題に向けて——』(成文堂、2023 年)733 頁以下等参照。なお、筆者による検討として、天田悠「ドイツにおける感染症対策と刑事法の対応——感染症予防法の改正とトリアージの刑法的評価を中心として——(特集・感染症対策と刑事法)」刑事法ジャーナル 66 号(2020 年)17 頁以下、28 頁以下も参照。