

---

論 説

---

## HIV 感染をめぐる刑法上の諸問題 —フランスの議論を素材として

末 道 康 之

- I はじめに
- II 性的行為による意図的な HIV 感染と刑事責任
  - 1. 毒殺罪または人の身体の完全性を害する物質の投与罪の成否
  - 2. わが国における対応—傷害罪の成否
  - 3. その他の問題
- III 医師の守秘義務をめぐる諸問題
  - 1. HIV 感染をめぐる医師の守秘義務と秘密漏示罪の成否
  - 2. わが国における対応
- IV おわりに

### I はじめに

HIV 感染と刑事責任をめぐるのは、HIV に感染した非加熱製剤の投与による血友病患者への HIV 感染が問題となった薬害事件がわが国をはじめ世界各国で問題となった。フランスでは、いわゆる〈Sang contaminé〉事件<sup>1)</sup>以降、HIV 感染をめぐる刑法上の問題として、毒殺罪の適用の可否に関する議論が中心として提起された。毒殺罪（刑法 221-5 条）は、死を惹起する性質をもつ物質を使用または投与して他人の生命に危害を加える行為を処罰しているが、パリ大審裁判所 1992 年 10 月 23 日判決<sup>2)</sup>、パリ控訴審 1993 年 7

月 13 日判決<sup>3)</sup>、破毀院 1994 年 6 月 22 日判決<sup>4)</sup>のいずれの段階でも、毒殺罪の適用は否定された。最終的に、破毀院 2003 年 6 月 18 日判決で示された見解とは<sup>5)</sup>、毒殺罪が成立するためには、行為者が毒説罪と人の生命への故意によるその他の侵害の罪（例えば殺人罪）との共通の主観的要素である殺意をもって行動しなければならないが、故意に投与された物質が必然的に死を惹起しうる危険性をもつものであることを事実上認識していることが証明されれば毒殺罪の故意は存在するというものであった。すなわち、毒殺罪は殺人罪の加重類型であり、毒殺罪が成立するためには、毒殺の故意（殺意）が必要であるが、本件では毒殺の故意を認定することができないため、毒殺罪は適用されないというものであった。下級審では、毒殺罪の故意とは、死を惹起させうる物質であることを認識しつつ投与することによって人を殺害する意思であると定義され、破毀院も基本的にはこの定義を認めていると思われる。本件では、いずれの被告人も HIV に感染していた非加熱製剤であることを認識しつつ血友病患者に HIV に感染した非加熱製剤を投与はしたが、それによって血友病患者を殺害する意思はなかったと認定されたのであった。フランスの裁判所が、毒殺罪の成立を否定したのは、HIV に感染した非加熱製剤が死を惹起しうるものであるという認識をもっていたという証拠を認定することができなかったことが大きく影響しているものと考えられることでもできよう<sup>6)</sup>。

しかし、裁判所が示した、毒殺罪を否定する理論構成が厳しい批判にさらされたことも事実である。そもそも毒殺罪が殺人罪の加重類型であるという前提自体に問題があったからである。わが国では毒殺罪という固有の犯罪類型は存在しておらず、毒殺にも通常の殺人罪の規定（刑法 199 条）が適用されることになるので、殺意がなければ当然殺人罪は成立しないことになる。殺意とは、一般的には「行為の客体が生命のある人であることを認識し、かつ、自己の行為によって、その人の死という結果を生じさせることを意図し、あるいは死の結果が生じることを予見し認容することである」と定義されている<sup>7)</sup>。殺意は確定的なものである必要はなく、死の結果発生を予見しそれを

認容していれば未必的な故意が認定されている。ベルギー刑法の毒殺罪規定<sup>8)</sup>のように、毒殺罪が毒物を用いた殺人罪であると定義されているのであれば、毒殺罪の故意には毒物を利用して人を殺害する意思が求められることは当然の帰結であろう。少なくとも、人を死に致すような毒物であることを認識しつつそれを利用すれば人が死ぬことを予見し認容しているということは明白であり、故意を認定することができるはずである。HIV に汚染された非加熱製剤であることを認識しつつそれを血友病患者に投与すれば血友病患者に死の結果が発生することは予見できたであろうが、認容したとまではいえないというのが実情であろう。

ところが、フランスの毒殺罪規定は、ベルギーの毒殺罪規定とは異なり、死を惹起する危険性のある物質を投与することによって人の生命に危害を加える行為を処罰の対象としており、したがって、故意が犯罪事実の認識であるとすれば、毒殺罪の故意とは、死を惹起する危険性のある物質を投与することにより人の生命に危害を加える意思と定義されるはずである<sup>9)</sup>。破毀院は毒殺罪の故意を「人を殺害する意思」とであると定義したが、厳密には毒殺罪の故意とは「人の生命に危害を加える意思」と定義されなければならないのではないかと<sup>10)</sup>。そもそも、フランスの毒殺罪は侵害犯でもなく結果犯でもない。毒殺罪（刑法 221-5 条）は、毒物の投与によって人が死ぬことは構成要件の内容とはしていない。死を惹起する可能性のある毒物を投与する行為自体を処罰しているのであって、毒物が投与されれば犯罪は完成し既遂に達するのである。毒殺罪は投与された毒物等によって被害者が死亡することをその成立要件とはしていない。また、刑法改正作業の中で、毒殺罪規定は削除される予定であったにもかかわらず、血友病患者に対する HIV 感染事件が社会的に大きな問題として取り上げられるようになったことから、最終的には毒殺罪規定は現行刑法典にも残される結果となった。その際にも、危害犯（attentat）であるという形式は維持されることになったが、ただ、条文の配置として毒殺罪は殺人罪と並び「生命に対する故意の侵害」という節に位置づけられることになった。しかし、この点については、毒殺罪の性質の理

解が必ずしも正確になされていない、すなわち、毒殺罪は死の結果発生を構成要件要素とはしておらず、毒殺行為自体を処罰の対象としている形式犯であるから、毒殺罪と殺人罪とはその構造を異にするという批判が加えられている<sup>11)</sup>。毒殺罪は毒物を用いた殺人未遂を既遂として規定している犯罪類型であり、死の危険をもたらす物質が投与・使用されれば、その効果の如何にかかわらず、毒殺罪は既遂に達することになる。したがって、毒殺罪は殺人罪の加重類型ではなく、独立の犯罪類型であると理解しなければならず、殺人の故意と毒殺の故意とは厳密に区別しなければならないにもかかわらず、解釈論の観点からは、破毀院はこの点について明らかな誤解をしているという批判を受けてもある意味ではやむを得ないように思われる。毒殺罪の適用については、客観的成立要件は充足しても、主観的成立要件である故意の認定の場面で、裁判所はこれを認めなかったといえるのである。

非加熱製剤による HIV 感染は故意に基づく犯罪行為であると評価することが困難な事案であり、判例実務においては毒殺罪の適用は認められなかったが、意図的に HIV を感染させる行為、具体的には、予防措置をとらない性的接触により故意に HIV を感染させた行為者に対しての刑事責任をどのように評価するのかという問題がその後提起されることになった。この問題については既に刑法改正作業の中でも検討されており、1991 年に元老院では、故意による HIV 感染を人の身体の完全性に対する故意による侵害の罪の一類型として規定しようとしたが、この規定は国民議会によって削除された<sup>12)</sup>。ところが、その後、HIV の性的感染事例が現実の問題として公判で争われることになった。行為者が、自らが HIV 感染者であることを隠して、予防措置をとらずに性的関係をもつことによって、HIV に感染していることを知らない 2 人の女性に、行為者が HIV を感染させた行為について、ストラスブール大審裁判所 2004 年 6 月 28 日の判決では、人の身体の完全性を害する物質の投与罪 (刑法 222-15 条) が適用され、その結論がコルマル控訴院 2005 年 1 月 4 日判決によって支持され<sup>13)</sup>、破毀院 2006 年 1 月 10

日判決においてもこの結論が肯定された<sup>14)</sup>。

また、2011 年 10 月 28 日、パリ重罪院は、HIV に感染していることを 4 年前から知っていた被告人が、予防措置をとらない性交渉により、パートナーに HIV を故意に感染させた行為について、加重事由を伴う人の健康に有害な物質の投与による身体の完全性の侵害の罪を適用し 9 年の懲役刑を言い渡した<sup>15)</sup>。この事案では、被告人を長年治療してきた医師が、被告人が予防措置をとらない性交渉をしていることを知りながら、また、被害者が被告人によって HIV を感染させられていたことを知りながら、何らの措置もとらなかったことから、医師の行動についても問題が提起されることとなった。

そこで、本稿では、HIV の故意による感染と刑事責任をめぐる、最近のフランスの議論を参考に、検討を加えたいと考える。

#### 注

- 1) Sang contaminé 事件判決については、末道康之『フランス刑法の現状と欧州刑法の展望』（成文堂・2012）30 頁以下、同「フランスにおけるエイズウイルスの感染と刑事責任——〈Sang contaminé〉事件判決を中心に——」清和法学研究 2 巻 1 号（1995）231 頁参照。
- 2) TGI de Paris, 23 octobre 1992 は判例集未登載であるが、その詳細は、L. Greilsamer, *Le procès du sang contaminé (documents)*, Le monde edition, 1992; J.-P. Delmas Saint-Hilaire, La mort: la grande absente de la décision rendue dans l'affaire du sang contaminé par le Tribunal correctionnel de Paris, *Gaz. Pal.*, 7–9 mars 1992, p. 1; J.-P. Docet, note, *Gaz. Pal.*, 14–16 mars 1993, p. 26; A. Prothais, Sida sur ordonnance: qualifier l'inqualifiable, *D.*, 1993, p. 222. なお、事件の経過と一連の判決については、末道・前掲「フランスにおけるエイズウイルスの感染と刑事責任——〈Sang contaminé〉事件判決を中心に——」232 頁以下、末道康之「フランスにおける性的行為によるエイズウイルス感染と刑事責任」清和法学研究 6 巻 1 号（1999）173 頁以下を参照。
- 3) CA de Paris, 13 juillet 1993, J.-P. Delmas Saint-Hilaire, L'homicide assassiné. A propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris rendue le 13 juillet 1993 dans l'affaire dite de sang contaminé, *Gaz. Pal.*, 23–25 janvier 1994; J.-P. Doucet, *Gaz. Pal.*, 14–16 mars 1993, p. 27; A. Prothais, Le sang était-il empoisonné intentionnellement?, *D.*, 1994, p. 118; J.-H. Robert, obs. *Dr. pénal*, 1994, n° 1.
- 4) Cass. crim., 22 juin 1994, B.C., 1994, n° 248. 本件についての評釈として、J.-P.

Delmas Saint-Hilaire, L'affaire du sang contaminé la triple ambiguïté de l'arrêt de la Chambre criminelle du 22 juin 1994, *Gaz. Pal.*, 9-11 oct. 1994, p. 1; M.-L. Rassat, note – Affaire du sang contaminé. Nouvelle étape, *J.C.P.*, 1994, 2, 22310; A. Prothais, note sous l'arrêt de la Chambre criminelle du 22 juin 1994, *D.*, 1995, p. 85; J. Pradel, note, *D.*, 1995, p. 41 等がある。なお、末道・前掲「フランスにおけるエイズウイルスの感染と刑事責任——〈Sang contaminé〉事件判決を中心に——」240 頁以下参照。

- 5) Cass. crim., 18 juin 2003, *B.C.*, 2003, n° 127; *D.*, 2005 jur. 195, note A. Prothais; *D.*, 2005, jur. 1620, note D. Rebut; *D.*, 2005, somm. 2751, obs. S. Mirabail; *R.S.C.*, 2003, 781, obs. Y. Mayaud; *J.C.P.*, G 2003, II, 10121, note M.-L. Rassat; V. Malabat et J.-Ch. Saint-Pau, Le droit pénal général malade du sang contaminé, *J.C.P.*, février, 2004, p. 4; J. Pradel, note *D.*, 1005, p. 141.
- 6) 一部の被告人に対して過失致死罪の成否が問われたが、HIV 感染と死亡との因果関係の明確な証明ができないことを理由に成立が否定された。詳細については、A. Prothais, La tentation pour le juge de refaire la loi pénale, in *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Les droits et le Droit*, Dalloz, 2007, p. 912 を参照。
- 7) 大塚仁他編『大コンメンタール刑法〔第2版〕第10巻〔金築誠志〕』（青林書院・2006）267 頁。
- 8) ベルギー刑法 397 条は、使用または投与の如何を問わず、多かれ少なかれ迅速に死を惹起する物質を用いて犯された殺人と規定されている。*Les codes La Charte 3A. Droit pénal*, éd., 2011-12, p. 98 を参照。
- 9) 末道康之「フランス刑法における毒殺罪規定に関する一考察」法學政治学論究（1993）18 号 161 頁以下参照。
- 10) Prothais, La tentation pour le juge de refaire la loi pénale préc., p. 913. なお、毒殺罪の故意に関する状況については、H. Angevin, Atteintes volontaires à la vie. Meurtre, Empoisonnement, *Juris-classeur pénal*, Art. 221-1 à 221-5, 2007, n°s 97 et s. を参照。
- 11) 例えば、Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, 2e éd., Litec, 2005, pp. 13 et s.
- 12) Amendement n° 302, Code pénal, art. 222-18, adopté par le Sénat, 24 avr. 1991; [www.cns.sante.fr](http://www.cns.sante.fr). Voir avis, 25 juin et 29 oct. 1991.
- 13) Colmar, 4 janvier 2005, *D.*, 2005, jur. 1069, note A. Paulin.
- 14) Cass. crim., 10 janvier 2006, *B.C.*, 2006, n° 11, p. 37; *D.*, 2006, IR. 323 et pan. 1653, obs. S. Mirabail; *R.S.C.*, 2006, 321, obs. Y. Mayaud; B. Chapleau, La pénalisation de la transmission du virus de l'immunodéficience humaine par voie sexuelle, *Dr. pénal*, n° 10, 2006, pp. 5 et s.
- 15) M. Benillouche, Les incertitudes juridiques entourant la contamination volontaire

par le VIH, A.J. Pénal, 2012, p.388. その他、事件については、*Le Figaro* 2011 年 10 月 28 日の記事、*Nouvelle Observatoire* 2011 年 10 月 31 日の記事、*Atlantico* 2011 年 11 月 16 日の記事を参照。

## II 性的行為による意図的な HIV 感染と刑事責任

### 1. 毒殺罪または人の身体の完全性を 害する物質の投与罪の成否

HIV を性的行為により意図的に感染させた行為について刑事責任を問うべきかという問題に対しては、見解が対立してきた。

性的行為による HIV 感染が司法の場に訴えられることはあったが、被告人の死亡などによって公訴棄却となるなどの事情で最終段階にたどり着くものは多くはない状況にあった。HIV に感染し治療をしていた被告人が、その事実を隠して、妻に予防措置をとらない性交渉を求めた結果、妻が感染した事案について、エクス・アン・プロバンス控訴院は毒殺罪を適用すべきであるとして重罪院に事件を送致したが、投与した物質が死を惹起しうると認識しているだけでは殺意が認められないとして、控訴院の判決を破棄した 1998 年 7 月 2 日の破毀院判決<sup>16)</sup>がある。また、別件で、被告人は血液検査の結果をごまかし HIV に感染していないと信じ込ませて妻と予防措置をとらない性交渉をした結果、妻に HIV を感染させた事案について、人の身体の完全性を害する物質の投与罪を適用したルーアン大審裁判所 1999 年 9 月 22 日判決<sup>17)</sup>が存在する程度である。このような状況で、行為者が、自らが HIV 感染者であることを隠して、予防措置をとらずに性的関係をもつことによって、HIV に感染していることを知らない 2 人の女性に HIV を感染させた行為について、人の身体の完全性を害する物質の投与罪（刑法 222-15 条）の適用を認めた破毀院 2006 年 1 月 10 日判決が大いに注目される結果となった。さらに、破毀院 2010 年 10 月 5 日判決<sup>18)</sup>では、HIV に感染している被告人が、妻に自分の健康状態を故意に隠しながら予防措置をとらない性

交渉を数か月続けたため、妻に HIV を感染させたという事案について、HIV に感染させることは永続的な身体障害に該当し、被告人の行為は全ての要件を充足するとして、人の身体の完全性を害する物質の投与罪の成立を認めた。

破毀院は 2003 年判決で毒殺罪の故意には殺意が必要であるとの見解を明確に示しており、HIV の性的感染の事案において、殺意が認められない以上、毒殺罪を適用することはできないことになるが、人の身体の完全性を害する物質の投与罪の成立を認めたいいくつかの破毀院判決を受けて、その後、下級審でも、健康に有害な物質の投与罪の適用がなされた事案も散見されるようになっており、パリ重罪院 2011 年判決もこの流れに沿うものであった。

人の身体の完全性を害する物質の投与罪（刑法 222-15 条）は、人の物理的または精神的な完全性を害する有害な物質を投与する行為を処罰する。フランスの判例では、人の健康に有害な物質には、放射線物質も含まれるとするものもあり、HIV のような感染性のウイルスはこれに該当することは明らかである<sup>19)</sup>。また、投与の方法についても限定はないので、性的行為により HIV を感染させれば投与したことになるのは明確である。問題は、故意が認定できるかである。人の健康を害する物質の投与罪は故意犯であるので、故意が認定されるためには、自分が投与した物質が人の物理的または心理的な完全性を害する物質であることを認識していること、被害者にその物質を投与する意思が必要である。被告人が、HIV に感染していることを認識しつつ予防措置をとらずに被害者と性的行為を行う場合には、予防措置をとらずに性的行為をすれば HIV を感染させるかもしれないという認識をもつことは可能であり、あえて予防措置をとらずに性的行為をすることは被害者に HIV を感染させる意思があると認定できる。したがって、故意は認められる。そのような状況で、予防措置をとらずに性交渉をすることは、被害者の物理的な完全性を害する物質である HIV を投与することに該当し、人の身体の完全性を害する物質の投与罪の適用は可能である<sup>20)</sup>。

それでは、HIV の性的感染事案において、毒殺罪の適用は可能であろう



か。毒殺罪が成立するためには、人の死を惹起する可能性のある物質を投与する行為が必要であるが、HIV が人の死を惹起する可能性のある物質と判断できるか、さらに、毒殺罪の成立に必要な故意とは何か、の検討が必要である。近年エイズに関する研究が進み治療の効果が上がっているとはいえ、エイズはまだ完治できる治療が確立されていない感染性の病気であり、HIV に感染すれば死の結果発生の危険性は否定できないことから、死を惹起する可能性のある物質であると認定することは十分可能であろう<sup>21)</sup>。問題は、毒殺罪の故意であるが、これまでの破毀院の見解に従えば、毒殺罪の成立には人を殺害する意思が必要である。問題となった事例では、被告人は相手の女性に対して HIV に感染していることを告知していないうえにコンドームの装着などの予防措置をとらずに性的な関係をもっていた、これまでも無防備な性的関係を数多くの女性と有していた、等の事実が認められる。このようなケースでは、被告人には被害者に HIV を感染させるという認識は認められても、HIV を感染させて被害者の死を予見し認容すると認めることは難しいのではなかろうか。ただ、そもそも、毒殺罪は通常の殺人罪の構成要件とは異なり、死の結果発生が構成要件要素として求められておらず、死を惹起しうる毒物等が投与されることで犯罪は完成することから、理論的には、死を惹起する可能性のある物質であることを認識しつつ、それを投与し、HIV を感染させれば、毒殺罪は既遂に達したと評価できるはずである。毒殺罪は毒物等を用いた殺人未遂行為を既遂として規定する犯罪類型であることから、死を惹起する毒物等であることを認識しそれを投与するという認識があれば、被害者の死の結果発生を認識・認容することまでは必ずしも必要ないとするのは理論的には合理的な解釈であろう。

ただ、毒殺罪を肯定する解釈については次のような批判を加えることが可能であろう。毒殺罪肯定説をとれば、人を死に致す可能性がある物質であることを認識しながら、人を殺害する意思はないという状況を認めることになるが、果たしてこのような心理状態が存在しうるのであろうか。そもそも毒殺罪は死を惹起しうる毒物等を投与・使用することによる生命に対する侵害

行為 (attenter à la vie) を処罰しているのであって、死亡結果の発生は犯罪成立要件とはされていない。フランスでは毒殺罪は危害犯 (attentat) であるといわれるが、毒殺罪は被害者の死亡結果に関係なく毒物が投与・使用されれば既遂に達するのであるから形式犯でもある、という理解は必ずしも正確ではないと思われる。毒殺罪は、死亡結果を惹起させる物質を用いた人の生命に対する侵害行為を処罰しているのであるから、被害者に死の結果を生じさせる危険性がなければ既遂にはならないはずであり、この点から、一種の危険犯であるということがいえるであろう。例えば、HIV 感染者がウイルスを感染させる意図で非感染者と性的関係をもったが、被害者はウイルスに感染しなかった場合、毒殺罪肯定説の立場からは、毒殺罪の既遂ではなく、未遂が成立することになる。しかし、この場合に既遂ではなく未遂が成立すると解釈するには、そもそも毒物の投与行為がなかったと判断しなければならないことになる。なぜなら、HIV 感染者が予防手段をとらずに性的関係をもった行為は死を惹起する可能性のある物質 (HIV) を被害者に投与する行為であり、この時点で毒殺罪は本来であれば既遂に達することになるはずであるが、未遂しか成立しないと解釈するには、事後的には HIV を感染させなかったのであるから、毒物が投与されてはいないことになるからであろう。しかし、この解釈には無理があるように思われる。毒殺罪は生命に対する侵害行為を処罰するのであって、生命に対する侵害の危険がなければ、危険結果は生じていないので既遂には至らないが、行為時には死を惹起する危険性のあると思われる物質を投与したのであるから実行行為は存在すると解釈するのが妥当であろう。このように考えれば、死の結果発生 of 危険の認識がなければ、毒殺罪の故意は認められないと考えるのが合理的であると思われる。とすれば、具体的に人を殺害するという意思が認められない場合でも、人を殺害する危険性のある物質であることを認識しつつ、それを用いることにより人の死の結果が生じる可能性を認識し意欲していないときには毒殺罪の故意は認められないと考えるべきである。とすれば、人の死を確定的に認識・認容する必要はないが、死の結果発生を少なくとも未必的に認識・

認容しなければ、毒殺罪の故意は認められないと考えるべきである。肯定説がこのような意味で毒殺罪の故意を捉えているのであれば、解釈論としては妥当であると考えられる。

毒殺罪規定をもつベルギーにおいても、HIV を故意に感染させる行為に毒殺罪が成立するかが問題になったが、フランスと同様、判例実務においては、毒殺罪は適用されず、殺意をもたずに、死を惹起しうる物質または死をもたらす危険はないが著しく健康を損ないうる物質を投与することにより、疾病または労働不能をもたらす行為を処罰する刑法 402 条（人の健康を害する物質の投与罪）が適用された<sup>22)</sup>。故意による HIV の感染の問題は 2004 年にベルギー国会でも議論され、当時の司法大臣は、毒殺罪の適用について、HIV 感染は必ずしも致死をもたらすわけではなく、死の結果も即時に発生するわけではないことから、毒殺罪は適用できず、刑法 402 条（人の健康を害する物質の投与罪）が適用可能であると答弁している<sup>23)</sup>。ベルギーでも、フランスと同様、毒殺罪の適用には裁判所、司法省いずれも慎重であると判断することができる。

1990 年代初めから、国家エイズ評議会（Conseil national du sida）は、エイズ感染の予防という見地から、性的接触による HIV 感染については、パートナーがお互いに危険性とその帰結を共有しあうべきであり、性的関係をもった際の HIV 感染に関する司法手続においても責任の分担を考慮に入れる必要があるという見解をとっていた。国家エイズ評議会は、破毀院 2006 年 1 月 10 日判決を受けて、2006 年 4 月 27 日に、HIV の性的感染を処罰することに対する（反対）意見を採択し公表している<sup>24)</sup>。この意見では、破毀院がある種の性的感染行為を処罰したことは認めながらも、基本的には、刑事法が介入することについては批判的な立場を維持している。HIV 感染者は HIV を感染させないようにする責任があり、それ以外の者は自らが感染しないように予防措置をとる責任があるという二重の責任の原則を提示している。国家エイズ評議会の意見から推測できることは、HIV の性的感染の問題については、刑法の介入はできるだけ避け、自分の身は自分で守りなさ

い、というのが従来のフランス政府の公的な立場であるということもできるのではないかと考えられる<sup>25)</sup>。

以上の検討から、毒殺罪の適用は理論的には可能であることが明らかになったが、実務的な処理としては、HIV を感染させる行為については、人の身体の完全性を害する物質の投与罪を認めるにとどまり、毒殺罪の適用は認めなかった。毒殺罪の適用については、既に説明したように、殺意の認定ができないことが最大の理由であると考えられる。フランスでも起訴便宜主義が採られているので、重罪に該当する事件を軽罪として扱い訴追すること（いわゆる軽罪化）は手続的には可能である。ただ、問題となった事例では、前述したように、不特定多数のパートナーとの間で乱れた性的関係があったという事実関係が認められたために刑事責任が肯定されたが、HIV 感染を知らない特定のパートナーとの間での予防措置をとらない性的行為による HIV 感染の場合にも人の身体の完全性を害する物質の投与罪の成立が認められるかについては、2006 年破毀院判決からだけでは明確ではないが理論的には成立の可能性はあると考えられていたところ、2010 年破毀院判決、2011 年パリ重罪院判決はこれを肯定したことから、判例実務においては、相手方が HIV に感染していることを知らない特定のパートナーとの間での予防措置をとらない性的行為によって HIV を感染させた行為についても、人の身体の完全性を害する物質の投与罪が成立することが明らかにされた。

学説では、通常のパートナーとの間で予防措置をとらない性的行為により HIV を感染させる場合には、刑事責任を問えないという見解も有力であり、刑事責任を否定する場合には、パートナー間の共同責任や責任分配（分割）の概念を援用したり、自ら危険に身をさらしたという自己答責性の概念を用いたりすることが多い<sup>26)</sup>。これに対して、プロテのように、通常のパートナーとの関係でも毒殺罪の適用は可能であるとする見解も存在する<sup>27)</sup>。あるいは、HIV に感染したために世の中をうらみ、手当たり次第、性的交

渉をもつことで、HIV 感染者であることを知らない相手に HIV を感染させるような場合は、HIV が死を惹起する危険な物質であるという認識があり、それを性的行為により投与し感染させるという意欲もあることから、毒殺罪の成立は可能であるが、通常のパートナー間で HIV 感染者であることを知らせないで性的行為に及んだ場合は、死を惹起する危険な物質であるという認識はあっても、それを投与し感染させるという意欲に欠けるとして、区別する見解も主張されている<sup>28)</sup>。なお、学説においては、HIV に感染していることを隠して、予防措置をとらない性的行為による HIV 感染については、不意打ち (surprise) による強姦行為に該当するとして強姦罪 (刑法 222-23 条) を適用するのが最も適切であるとの見解も非常に少数ながら主張されている<sup>29)</sup>。しかし、解釈論としては、強姦罪の適用を考える以前に、まず毒殺罪または人の身体の完全性を害する物質の投与罪の適用を考えるべきであろう。

血友病患者に対する HIV 感染の問題が提起されたことを契機として、毒殺害は削除されずに現行刑典にも残されることになったが、破毀院をはじめとしてフランスの裁判所は毒殺罪の適用にはかなり慎重であるように思われる。特に〈Sang contaminé〉事件判決では、政治家、官僚の刑事責任が問われたことから、裁判所の判断に少なからず政治的な影響があったという事情も無視できず、判例の毒殺罪の解釈にはかなりの無理があるという批判には合理性がある。毒説罪の成立を認めない裁判所の解釈は刑罰法規の厳格な解釈というよりはむしろ、制限解釈にすぎないとの批判も十分説得力があるのではないかと思われる。

HIV 感染の刑法的な評価についても、特に性的行為による場合の取り扱いについては慎重な検討が必要であろうが、フランス刑法の規定の解釈としては、毒説罪の適用は、解釈論上、無理なく認められると考えられるし、毒殺罪を適用するという解釈が刑法の厳格解釈に反し、禁止される類推解釈に該当するということはいえないように思われる。HIV 感染については、そ

れが薬害の問題として提起され、政治家や官僚を巻き込んだスキャンダルとしてフランス社会に大きな影響を与えたことで、裁判所が毒説罪の解釈についてはかなり制限的な解釈を行ったのではないかと思われるが、最近になって、破毀院は、性的行為による HIV 感染の事案で、毒殺罪ではなく人の身体の完全性を害する物質の投与罪という一種の傷害罪の適用を認めるに至った。フランスの判例実務は、毒殺罪の適用には驚くほど慎重な態度を示しているが、そもそも刑法改正の際に廃止される予定であった毒殺罪の規定が、薬害による HIV 感染の問題が提起される過程で従来の危害犯あるいは形式犯としての性質を変えることなく維持されたことから考えると、何故、毒殺罪の適用について不自然とも思われる解釈がとられるのか理解しがたいところがある。結果の重大性にとらわれて刑法を解釈適用することがあつてはならないことは当然であるが、刑罰法規の解釈として文理解釈からも、目的論的解釈からも可能な解釈であるとすれば、そのような解釈適用を行うことは、罪刑法定主義に反するものではない。HIV 感染について可罰性を肯定する解釈をとることは、フランス刑法の解釈論としては、刑法の厳格解釈に照らしても、十分認められるように思われる。

## 2. わが国における対応——傷害罪の成否

2005 年 10 月に元老院が公表した性的接触による HIV 感染の刑法上の処理に関する比較法的研究では、① HIV 感染を特別法で規定している諸国（デンマーク等）、② 感染性の病気の蔓延に関する刑罰法規を適用する諸国（オーストリア、スイス等）、③ 刑法の一般規定を適用する諸国（ドイツ、スウェーデン、オランダ、ベルギー、イタリア等）に区別することができる<sup>30)</sup>。

わが国では、HIV 感染者が感染していることを相手に知らせずにまた予防措置もとらずに故意に性的接触等を媒介として他者に対して HIV を感染させた場合、刑法的にはどのように評価するのが妥当であろうか。この点については、わが国では議論が十分にされているとはいえない状況にあるが、

齊藤誠二博士は、ドイツの議論を参考に、わが国でも、「① エイズウイルスに感染している者がその事情をしらされていないパートナーと予防(措置)をしないで性的な行為をしてそのパートナーにエイズウイルスを感染させた場合は傷害となるとする考え(傷害説)、② エイズウイルスに感染している者がその事情をしらされていないパートナーと予防(措置)をしないで性的な行為をしてそのパートナーにエイズウイルスを感染させた場合には殺人の未遂となるとする考え(殺人の未遂説)、③ エイズウイルスに感染している者がその事情をしらされていないパートナーと予防(措置)をしないで性的な行為をしてそのパートナーにエイズウイルスを感染させたとしても、それは犯罪とはならないとする考え(犯罪不成立説)」の三説が考えられると指摘されている<sup>31)</sup>。最高裁昭和 27 年 6 月 6 日判決は、急性淋病性尿毒炎に罹患していることを認識しながら女性の性器外陰部に陰茎を押し当てて被害者に淋病を感染させた事案について、傷害罪は他人の身体の生理的機能を毀損するものである以上、その手段を問わず、暴行によらずに病毒を他人に感染させる場合にも成立するとして、傷害罪の成立を認めていることから<sup>32)</sup>、性的行為の相手方が HIV に感染すれば、生理的機能の障害ないし健康状態の不良な変更を認めることができるし、身体の完全性の毀損も肯定できることから、傷害の概念についていかなる立場に立っても、傷害罪の成立を認めることは可能と思われる<sup>33)</sup>。傷害罪を認める見解に対しては、性的行為により HIV が感染する可能性がかなり低いということを指摘して、このような場合には傷害の故意を認定することは難しいのではないかという批判<sup>34)</sup>、あるいは、傷害の故意が認められるというのであれば、感染すれば死に至る可能性を認識していることになり、むしろ殺意を認定できるのではないかという批判も可能であろう<sup>35)</sup>。また、相手が予防措置をとらずに性的行為を行うことは自分の責任で自分を危険にさらすことであるから、刑事制裁をもって臨む必要はないという見解も主張されるが<sup>36)</sup>、特定のパートナーとの間だけではなく、フランスで問題となったように、不特定多数の人と HIV 感染を秘して性的関係をもち続けたような場合を、予防措置をとらなかったのであるか

ら自分で自分を危険にさらしているとして不可罰とすることには疑問があるので、性的行為の相手方が HIV に感染した場合には、少なくとも傷害罪の成立を肯定すべきではなかろうか。殺意の認定が可能であれば、理論的には殺人未遂罪の成立も十分可能であると思われる。

確かに、性的な関係による HIV 感染の場合に、刑事的な制裁を加えて処罰することが妥当かという疑問は傾聴に値する<sup>37)</sup>。一般的に、予防措置をとらずに性的な行為を行うことは、自分の責任で自分を危険にさらすことに他ならない、HIV 感染者がパートナーと性的な行為をすることはパートナーが自分で自分の身を危険にさらすことに手を貸しただけであるという考え方<sup>38)</sup>もとりうるであろう。したがって、自分の身は自分で守るべきであるから刑法的に処罰する必要はないと考えることも十分可能であろう<sup>39)</sup>。ただ、そうだからといって、感染症予防対策としては、自分の身は自分で守れと突き放すことが解決策として妥当であるとは思えない。また、刑事政策的には、HIV 感染者を処罰するのではなく、HIV 感染者に対して、配偶者やパートナーと予防措置をとって性的行為を行うように啓蒙を図ることも重要であると思われる。しかしながら、やはり、このような場合にも傷害罪などの刑事制裁をもって臨むべきであると考ええる。相手が HIV 感染者であることを知らないまま予防措置をとらずに性的な関係をもった者を保護の対象とはしないことは、やはり妥当であるとは考えられないからである。HIV 感染者であることを知りながら、予防措置をとらずに性的関係をもった場合とは根本的に異なると考えるべきである。

なお、性的行為によって HIV を感染させること自体が有形力の行使であるとすれば、少なくとも暴行の故意は認定できるのであるから、HIV 感染が認められるのであれば傷害罪の成立を肯定することは可能であろう。HIV に感染しなかった場合でも、HIV を感染させる行為を有形力の行使と解すれば、暴行罪の成立を肯定することは可能である<sup>40)</sup>。自分が HIV 感染者であることを秘して性的行為を行ったが、相手方が HIV に感染しなかった場合、暴行によらない傷害と解する見解に立てば、暴行罪は成立しないと解す



ることになる<sup>41)</sup>。ただ、HIV のようなウイルスや病原菌の感染は、発病前でも、健康状態の不良変更という意味で傷害にあたると解する余地があるとの見解<sup>42)</sup>、あるいは、細菌や原虫ないし微小生物をはじめとする異物（人工物）の体内への侵入・滞留に関しては、生理的機能障害を起こさないもの、あるいは、起こしていないものであっても、それによる心理的な悪影響を含めて、身体完全性を侵害するものとして傷害罪で補足すべきであるとする見解<sup>43)</sup>に従えば、ウイルスの感染を暴行によらない傷害と解するか否かにかかわらず、HIV 感染者が性的行為により HIV を感染させようとしたが相手方が感染しなかった場合にも傷害罪の成立を肯定することは可能であろう。

### 3. その他の問題

HIV の故意による感染を刑法上処罰するとしても、刑罰の選択、量刑判断として、単に懲役刑等の自由刑を科すことが妥当かという観点からの議論も存在する。

人の健康に有害な物質の投与罪の法定刑は傷害罪関連（222-7 条から 222-14-1 条）の法定刑に従って決定されることになっているため、HIV を感染させたにとどまる場合には、軽罪刑としての 10 年以下の拘禁刑に処せられることになる<sup>44)</sup>。加重事由がない場合には、人の健康に有害な物質の投与罪は軽罪ということになるので、軽罪裁判所で審理され、重罪院は管轄権をもたないことになる。2011 年の事件では、被害者が配偶者であり予謀が認められるとして加重事由（222-10 条 9 号）が適用され、重罪事件として処理された<sup>45)</sup>。フランスでは、重罪事件に該当する事案でも軽罪化することによって、陪審員の関与しない軽罪事件として処理することが可能である。2011 年判決以前は、同様の事案は全て軽罪事件として処理されていたが、自分が HIV に感染していることを認識しながら、それを相手方に知らせず、予防措置をとることなく性交渉した結果、相手方に HIV を感染させたという事件を、相手方が 15 歳未満の未成年者かどうか、相手方が配偶者かそうでな

いか、予謀が認められるか否かなどの 222-10 条が定める加重事由の有無によって、重罪事件として扱わないというのは問題があるのではないかという指摘もある<sup>46)</sup>。

確かに、事件を重罪として処理するか、軽罪として処理するかについては、予審判事や検察官の裁量にゆだねられていることは事実であるとしても、HIV の故意による感染行為を軽罪として処理することの妥当性が問われることになるだろう。

また、行刑法上の視点からは、自由刑を科して刑事施設に収容するだけでは、HIV 感染者への対策としては不十分であるとの指摘がある。HIV 感染者に対しては、他人に HIV を感染させないようにするために、治療措置がとられるべきではないか。自由刑を選択することは妥当であるとしても、さらに、HIV の感染が拡大しないように、具体的には、社会内司法追跡下に置くことによって、HIV 感染者の監視をすることが必要であると思われる。ただ、現行法では、暴行・傷害罪については社会内司法追跡を適用することができるのにもかかわらず、人の健康に有害な物質の投与罪 (222-15 条) には社会内司法追跡を言い渡すことができないという点が大きな問題である<sup>47)</sup>。HIV 感染を防止するという観点からも、自由刑を言い渡すだけではなく、HIV 感染者が再度、同様の行為を犯さないようにするために、社会内司法追跡などの監視措置を整備しておく必要がある。

わが国においては、HIV の故意による感染事例はほとんど見られない状況にあるが、このような事件が現実の問題となった場合には、矯正行政との関係で、刑事施設内、釈放後は社会内で感染を防止するためにどのような対応が可能かということも想定しておくべきであろう。刑事施設内においては、刑事収容施設法 64 条には、感染症予防法上の措置が規定されており、同法 62 条・63 条により診療等を受診することもできる体制が整えられているので、刑事施設内においては既に一定の対策が講じられているといってもよいであろう<sup>48)</sup>。ただ、釈放後については HIV に感染している元収容者に対して、わが国においては、フランスのように社会内司法追跡等の監視措置

が整備されていない状況では、フランス以上にとりうる手段に制限があると思われる。

注

- 16) Cass. crim., 2 juill. 1998 *J.C.P.*, G., 1998, II, 10132, note M.-L. Rassat; *D.*, 1998, chron. p. 334, note Prothais; *D.*, 1998, *jurispr.* p. 457, note Pradel; *R.S.C.*, 1999, p. 98, note Mayaud; J.-P. Valat, *Administration de substances nuisibles* (art. 222-15), *Juris-classeur pénal*, art. 227-7 à 222-16-1 : fasc. 20, 2005, n° 14.
- 17) TGI de Rouen, 22 septembre 1999, *J.C.P.*, 2000, IV, 2736; *D.*, 1998, chron. 334; *R.S.C.*, 1999, 98, obs. Y. Mayaud; *J.C.P.*, G., 1998, II, 10132, note M.-L. Rassat.
- 18) Cass. crim., 5 oct. 2010, *A.J. Pénal*, 2011, obs. G. Roussel, pp. 77 et s.
- 19) シェルブール大審裁判所 1981 年 3 月 31 日では、放射線物質を自動車の座席の下に隠し置いて放射線を照射させることで被害者の健康に問題を生じさせた事案について、人の健康を害する物質の投与罪の成立が認められた (T.G.I. Cherbourg, 31 mars 1981, *D.* 1981, *jurispr.* p. 536 note D. Mayer; *R.S.C.*, 1982, p. 119, obs. G. Levasseur)。末道・前掲「フランス刑法における毒殺罪規定に関する一考察」163 頁参照。
- 20) J.-P. Valat, *Administration de substances nuisibles* (art. 222-15), *Juris-classeur pénal*, art. 222-7 à 222-16-1 : fasc. 20, 2005.
- 21) H. Angevin, *op. cit.*, n° 78.
- 22) 具体的には、暴動の最中に HIV 感染者が警察官を噛んだ事案 (Corr. Liège, 20 sept. 1991, *Journ. proc.*, 1991, n° 201, p. 30, avec note, *La grand peur du sida?*)、HIV に感染した自分の血液を剃刀の刃に塗りつけて、その刃を自動車のドアに貼付した事案 (Bruxelles, 3 mars 2002, [www.cass.be](http://www.cass.be)) 等がある。
- 23) *Compte rendu intégral de la Chambre des représentants du 4 mai 2004*, sess. ord. 2003–2004, pp. 13–14; H.-D. Bosly, Ch. De Valkeneer et les Autres, *Les infractions vol. 2 Les infractions contre les personnes*, Larcier, 2010, p. 213. ただ、この見解には批判もあり、HIV 感染後すぐに死亡したような場合には毒殺罪は適用可能ではないかという見解が主張されている (*Les infractions vol. 2 Les infractions contre les personnes*, p. 213 (638) を参照)。
- 24) この意見については、国家エイズ評議会のサイト <http://www.cns.sante.fr/index.html> から参照が可能である。なお、国家エイズ評議会 (Conseil national du sida) は、1989 年 2 月 8 日の大統領デクレによって創設された機関であり、エイズが社会にもたらしうる全ての問題について意見を提示する役割を担っている。評議会は委員長を含めて 25 名の委員によって構成される。詳細については、<http://www.cns.sante.fr/index.html> を参照。

- 25) エイズの蔓延が社会的な問題になったのに合わせて、エイズ撲滅のための活動がエイズの被害を受けることになった同性愛者の中で活発となったが、1988年、1995年、2002年の大統領選挙の際にもこの運動を推進する団体がエイズ感染については法的な制裁を加えるべきではないという立場から、候補者に対して一定の影響を与えている事実があるといわれている。国家エイズ評議会が、エイズ感染について法的な制裁を加えることに対して消極的な立場を示していることも、このような政治的配慮が働いているという側面を指摘できるであろう。
- 26) 否定説の概要とその批判については、A. Prothais, *Le sida par complaisance rattrapé par le droit pénal*, D., 2006, chron. pp.1069 et s.を参照。
- 27) A. Prothais, *op. cit.*, pp.914 et s; *Le sida par complaisance rattrapé par le droit pénal*, préc., p.1068; *Dialogue de pénalistes sur le sida*, D., 1988. chron. 25.
- 28) M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions des et contre les particuliers*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2006, pp.321 et s.
- 29) HIVに感染していることを隠して、予防措置をとらずに性的行為を行うことは、被害者の錯誤を利用して性行為を行っており、被害者の同意は無効であって、強姦罪が規定する不意打ち (surprise) による性器挿入行為に該当しうると解釈することが可能であるとする。B. Chapleau, *op. cit.*, pp.7-8.
- 30) *Le traitement pénal de la transmission du sida par voie sexuelle*, Etude de législation comparée n° 151, <http://www.senat.fr/lc/lc151/lc1510.html> なお、ドイツ法におけるエイズを感染させる行為と刑法上の評価については、齊藤誠二『医事刑法の基礎理論』(多賀出版・1997) 399頁以下に詳細な分析がなされている。
- 31) 詳細については、齊藤・前掲書 362頁以下参照。
- 32) 刑集6巻6号795頁。判例では、性交によるウイルスの感染については、暴行によらない傷害の事例と考えられている。病菌の投与による事例としては、千葉大チフス事件(東京高判昭和51・4・30判例時報851・21)を参照。性病であることを秘して性交によって性病を感染させる行為はそもそも物理力(有形力)の行使である暴行に該当すると解釈すれば、被害者が性病に罹患しなかった場合や、病原菌の入った飲み物を飲ませたが相手がたまたま発病しなかった場合でも、暴行罪が成立する(西田典之『刑法各論〔第6版〕』[弘文堂・2012] 43頁以下、大谷実『刑法講義各論〔新版第3版〕』[成文堂・2009] 25頁参照)。判例によれば、性交によって性病を感染させる行為が傷害罪に該当することに異論はないが、このような行為を暴行によらない傷害とするか(前記・最判昭和27・6・6を参照)、それとも、このような行為は物理力(有形力)の行使であるとして暴行に該当すると解するかについては、見解が対立している。わが国の状況については、大塚仁他編・前掲『大コンメンタール刑法〔第2版〕第10巻〔渡辺咲子「傷害の罪」〕』401頁以下、西田・前掲書42頁以下、井田良「傷害の概念をめぐって」刑事法ジャーナル6号(2007) 113

頁以下、浅田和茂・井田良編『新基本法コンメンタール刑法〔傷害の罪・勝亦藤彦〕』（日本評論社・2012）444 頁以下等参照。

- 33) 例えば、齊藤・前掲書 362 頁では、「直観的にこれまでのふつうの感覚からいえば傷害という結論をとるとというのが妥当であるようにおもわれる」という記述がある。
- 34) 齊藤・前掲書 363 頁参照。
- 35) 齊藤・前掲書 363 頁参照。
- 36) 例えば、齊藤・前掲書 363 頁以下参照。
- 37) 齊藤・前掲書 363 頁以下参照。
- 38) 齊藤・前掲書 357 頁参照。
- 39) このような考え方は、前述したフランスの国家エイズ評議会の公式な見解である。また、ドイツにおいてもこのような考え方が一般的であるとされる（齊藤・前掲書 357 頁、365 頁参照）。
- 40) 西田・前掲書 43 頁以下、大谷・前掲書 25 頁参照。
- 41) 一般的な性病に関する解釈について、高橋則夫『刑法各論』（成文堂・2011）49 頁参照。
- 42) 山口厚『刑法各論〔第 2 版補訂〕』（有斐閣・2012）45 頁。
- 43) 伊東研介『刑法各論』（日本評論社・2011）37 頁。
- 44) *Art. 222-15, Code pénal*, Dalloz 2013, p. 592.
- 45) *Le Figaro* 2011 年 10 月 25 日の記事に本件が紹介されている。パリ重罪院は、被告人に対して予謀という加重事由を伴う人の身体の完全性を害する物質の投与罪で 9 年の懲役を言い渡した。
- 46) M. Benillouche, *op. cit.*, p. 390.
- 47) この点については、Benillouche, *op. cit.*, p. 390 を参照。
- 48) 刑事収容施設法 62 条・63 条・64 条の詳細については、北眞琴・北村篤・名取俊也『逐条解説 刑事収容施設法』（有斐閣・2010）243–265 頁を参照。

### III 医師の守秘義務をめぐる諸問題

#### 1. HIV 感染をめぐる医師の守秘義務と 秘密漏示罪の成否

2011 年の事案では、医師が被害者に被告人が HIV に感染していることを告知しなかった点について、感染を避け被害者を保護するためには、医師が

被害者に被告人が HIV に感染していることを告知すべきではなかったかということが問題になった。

フランス刑法 226-13 条は秘密漏示罪を規定し、身分もしくは職業上または職務もしくはは一時的任務により知り得た人の秘密にかかわる情報を漏示する行為を処罰している<sup>49)</sup>。また、保健衛生法 R.4127-4 条（医師倫理法 4 条）においても、医師にはその職業上知り得た全ての秘密についての秘密を保持する義務が課せられている<sup>50)</sup>。さらに、保健衛生法 L.1110-4 条においても、患者の秘密は法律が例外を定める場合を除いて、原則として保護されることが規定されている<sup>51)</sup>。秘密漏示罪が適用されない場合は刑法 226-14 条に規定されるが、司法、医療または行政の権限機関に、未成年者または年齢もしくは物理的もしくは精神的な無能力のために自分自身を保護することのできない者に対する不保護、虐待、性的な侵害または傷害の事実を知って、これを通知した者（1 項）、被害者の同意を得て、職務の遂行にあたり、物理的または精神的な面において確認し、あらゆる種類の物理的、性的、精神的な暴力が行われたと推定することができる虐待または不保護を、検察官に告知した医師（ただし、被害者が、未成年者または年齢もしくは物理的もしくは精神的な無能力のために自分自身を保護することのできない者であるときには、被害者の同意は不要である）（2 項）、相談を受けた者または武器を所持していることもしくは武器を所持したいという意思を表していたことを知っている者のその者自身または第三者に対する危険性を、県知事またはパリでは警察長官に、通知した保健衛生または社会活動に従事する者（3 項）については、秘密漏示罪は成立しない<sup>52)</sup>。

HIV 感染者を治療している医師には、患者が HIV に感染しているという事実は職業上知り得た患者の秘密であり、その秘密については守秘義務がある。したがって、2011 年の事案において、医師が、被告人が HIV 感染者であるという事実をパートナーに告知しなかったことは守秘義務の点からは問題のない対応であったということはできるが、医師が患者の配偶者やパートナーに HIV 感染を知らせなかったことで、予防処置をとらない性的関係に

よって配偶者やパートナーに HIV を感染させる結果となったことは、危険にある人を救助しないという不救助罪（刑法 223-6 条 2 項）に該当するのではないかという問題が生じる。不救助罪は、自らもしくは第三者を危険にさらすことなく、個人的に行動することにより、または、救助を求めることにより、危険にさらされている者を救助できたにもかかわらず、故意に救助しなかった不作為を処罰している<sup>53)</sup>。医師が配偶者等に患者が HIV 感染者であることを告知しないことにより、配偶者等が予防措置をとらずに性交渉を行うことで、配偶者等は HIV 感染の危険にさらされていることになるので、医師が配偶者等に告知しないという不作為により、配偶者等は生命・身体に対する危険にさらされることになる。このように、守秘義務を重視すれば、第三者をその生命や身体に対する危険にさらすことになるような場合、刑法的にどのような解決が可能であろうか。

フランスの現行法上、患者の健康状態について医師に明らかにすることを義務づける法令は存在していないので、医師には、患者に対して、患者が自らその状態を相手方に知らせるように説得することがまずは求められる。ただ、患者が医師の度重なる説得に応じようとしない場合には、次に想定される対応としては、HIV 感染者の治療経験が豊富な医師の意見を求めた後、医師は、被害者となる配偶者やパートナーを保護するために、患者の配偶者やパートナーに、予防措置をとらずに性的行為をすることによって生じる危険を告知する道義的な義務があることを患者に知らせることになる。

医師が被害者に患者が HIV に感染している事実を告知すれば、その行為は秘密漏示罪に該当することとなる。患者の配偶者またはパートナーに患者の秘密を告知することは、秘密漏示罪の適用除外には該当しない。ただ、医師が上記の手続を経て、やむを得ず患者のパートナーに患者が HIV に感染している事実を告知したときには、医師の行為は緊急避難として違法性が阻却されるのではないかという問題が提起されている。フランス刑法 122-7 条は緊急避難を規定し、自己、第三者または財産に対する現在のまたは急迫の危険に直面した者が、人または財産を保護するために必要な行為を行うとき

は、用いられた手段と脅威の重大性との間に均衡がとれている限りにおいて、刑事責任を負わない。緊急避難が認められるためには、自己、第三者または財産に対する現在のまたは急迫の危険があること、人または財産を保護するために必要な避難行為を行うこと、用いられた避難行為が脅威の重大性と均衡がとれているという保全される法益と侵害される法益との間の法益の均衡を充足する必要がある<sup>54)</sup>。HIV 感染者がその事実を知らせずにパートナーと予防措置をとらない性的関係をもつことは第三者であるパートナーに HIV を感染させるおそれがあり、第三者に対する現在のまたは急迫の危険があるといえる。問題は、秘密を漏示する行為が人の法益を保護するために必要な行為であるか、第三者が HIV に感染しないようにすることによって保護される法益と HIV 感染者の秘密を保護することとの間に法益の均衡が認められるかである。この点については、秘密漏示罪の法定刑は 1 年の拘禁刑及び 1 万 5000 ユーロの罰金<sup>55)</sup>であるのに対して、HIV に感染する危険のある人を救助しないことにより成立する不救助罪の法定刑は 5 年の拘禁刑及び 7 万 5000 ユーロの罰金<sup>56)</sup>であることからすれば、秘密漏示罪の保護法益は、不救助罪の保護法益よりも軽いと判断されることになるので、職業上知り得た人の秘密を漏示することより、危険にある人を救助することのほうがより優先されることになる。このように考えれば、法益の均衡の要件も充足されることになるであろう。したがって、不救助罪の適用を回避するためには、患者の秘密を漏示すべきであるということになろう。ただ、この点については、フランス法で明確にされているわけではない。

フランスでは不救助罪という犯罪類型が存在しているため、医師に HIV 感染の被害者となりうる者の法益を保護するために感染の危険にある者を救助する義務が認められるとした場合、医師の業務上の秘密保持義務と医師の救助義務との間に衝突が生じているので、いわゆる義務の衝突の問題としても検討されうる事案であるとも考えられる。医師が秘密保持義務を遵守するために危険にある人を救助すべき義務を果たさなくてもよいのか、あるい



は、秘密保持義務を犠牲にしても危険にある人を救助するあるいは犯罪を阻止する義務が医師にはあるか、この点についてどのように考えるかが問題になる。わが国では、この点については、一般的に、法令行為として、権利行使、義務の履行は適法であると考えられている。具体的には、一方の義務を履行するために他方の義務を怠る以外に方法がない場合、他方の義務を怠ることが刑罰法規に触れるときには違法性が阻却されるかを判断する際には、衝突する義務のどちらが価値的に優越するのかを判断しなければならない。より高い価値の義務を履行するために低い価値の義務を怠った場合、及び、価値が全く同等の義務である場合には義務を怠ることは許容され、その違法性が阻却されると解されている<sup>57)</sup>。具体的な例として、医師や弁護士には秘密保持義務と証言義務とが同時に課せられる場合が考えられる。法廷で業務上の秘密事項に関して証言を求められたときに、刑事訴訟法上、秘密保持義務を履行するために証言を拒否した場合、その旨を申し立てれば正当な理由による証言拒絶となり処罰されることはないが（刑訴法 161 条 1 項）、証言義務を履行するために、業務上の秘密について証言する場合、秘密漏示罪の構成要件に該当するが違法性が阻却されるかが問題とされてきた。大審院昭和 5 年 2 月 7 日判決は、弁護人には被告人を防衛すべき刑事訴訟法上の職責があるから、これを果たすにあたって、たとえ弁護士として業務上取り扱ったことについて知り得た人の秘密を漏示する結果になったとしても違法性を阻却するという趣旨の判断をしている<sup>58)</sup>。証言義務違反は秘密保持義務違反と比較して法定刑は低いが、証人としての証言義務は、司法における真実発見という全体的な利益に関する義務であるから、秘密保持義務よりも価値が高いと判断されたのであろう<sup>59)</sup>。先の事例に戻ると、秘密保持義務と救助義務とを比較した場合、やはり危険な状態にある人を救助する義務のほうが、全体的に価値が高いと判断されるため、違法性が阻却されると考えられる。

## 2. わが国における対応

このような事案がわが国で提起された場合、どのような解決が可能であろうか。秘密漏示罪は、医師等の一定の身分にある者またはあった者が正当な理由がないのに業務上知り得た人の秘密を漏示することによって成立する。また、感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律（感染症予防法）73条1項は、医師が感染症の治療に際して業務上知り得た人の秘密を正当な理由なく漏らす行為を処罰している。正当な理由があるとして違法性が阻却される場合とは、法令に基づき告知義務がある場合、第三者の利益を保護するための場合、秘密の主体である本人が承諾した場合等を挙げることができる<sup>60)</sup>。患者がHIVに感染しているという秘密を医師が配偶者やパートナー等の第三者に告知する義務は感染症予防法12条に定める医師の届出義務には該当しないため、配偶者やパートナー等の第三者に告知する行為は法令に基づき告知する場合には該当せず、またHIV感染者が同意しているわけではないのでこれらを理由として秘密を告知する行為が正当化されることはない。したがって、HIV患者の配偶者やパートナーが、患者がHIVに感染していることを知らずに予防措置をとることなく性的行為を行っていることを知っている医師が、感染を防止するために患者の配偶者やパートナーに患者がHIVに感染しているという事実を告知することが、配偶者やパートナーという第三者の利益を保護するという場合に該当するか、あるいは端的に緊急避難に該当し、患者の秘密を漏示することが正当化されるかが問題となる。

第三者の利益を保護するために秘密を漏示した場合に違法性が阻却されるかについては、緊急避難または社会的相当性を基準に違法性阻却を認めるべきであるとする見解<sup>61)</sup>、双方の利益を比較考量することで違法性阻却の可否を考える見解、本罪につき特に他の罪より緩やかな違法性阻却事由を認める理由はなく、利益の大小のみならず、補充性も考慮に入れるべきであると

する見解<sup>62)</sup>等が主張されている。

医師には職業上知り得た患者の秘密については守秘義務があるので、まずは、患者である HIV 感染者に対して、配偶者等のパートナーには感染を防止するような措置をとるべきであると粘り強く説得することが認められる。しかし、医師が HIV 感染者に対して第三者に感染させないように行動するよう強く説得したにもかかわらず、HIV 感染者が第三者に感染の事実を告げずに予防措置をとらない性的関係が続けているような場合、他に方法がなければ、医師が感染の危険にさらされている第三者に患者が HIV に感染しているという秘密を告知したとしても、医師の守秘義務違反・秘密漏示行為は、緊急避難の要件を充足すれば、緊急避難として正当化されると考えてよいであろう。感染の危険にさらされている者の生命や身体は、HIV 感染者が医師に寄せた信頼よりはより優先して保護されるべきであると考えてよいからである<sup>63)</sup>。

したがって、医師が、患者が HIV に感染しているという事実を患者の配偶者などのパートナーに告知し、配偶者等が HIV に感染しないように防止する場合には、患者の秘密を漏示することになり秘密漏示罪及び特別法である感染症予防法違反の罪の構成要件には該当するとしても、正当な理由がある場合に該当し、違法性が阻却され则认为することは妥当な結論であろう。

#### 注

49) *Art. 226-13, Code pénal*, Dalloz 2013, p. 806.

50) *Art. R. 4127-4, Code de la santé publique*, Dalloz 2012, 2009, p. 1943.

51) *Art. L. 1110-4, Code de la santé publique*, Dalloz 2012, 2009, pp. 4 et s.

52) *Art. 226-14, Code pénal*, Dalloz 2013, pp. 837 et s.

53) 不救助罪の概要については、末道・前掲『フランス刑法の現状と欧州刑法の展望』58 頁以下参照。

54) フランスの緊急避難については、C. Mascala, *Faits justificatifs Etat de nécessité, Juris-classeur pénale, Art 122-7*, 2003, pp. 1 et s. を参照。

55) *Art. 226-13, Code pénal*, Dalloz 2013, p. 806.

56) *Art. 223-6, Code pénal*, Dalloz 2013, p. 679.

57) 義務の衝突の法的性格については、緊急避難の特別な場合であるとする見解、正

当行為の一種と理解する見解、独立の違法性阻却事由とする見解等が主張されている。確かに、義務の衝突は緊急状態で問題となることから、緊急避難と類似するが、緊急避難には法益侵害を回避する余地が残されているのに対して、義務の衝突はその余地が全くないという点で、両者は法的構造を異にすると考えてよいと思われる。詳細については、大塚仁他編『大コンメンタール刑法〔第2版〕第2巻〔土本武司〕』（青林書院・1999）298頁以下、西田典之・山口厚・佐伯仁志編著『注釈刑法 第1巻』（有斐閣・2010）413頁以下、大谷実『刑法講義総論〔新版第4版〕』（成文堂・2012）271頁参照。

- 58) 大判昭和5・2・7 刑集 9.51。
- 59) 幕田英雄『捜査実例中心 刑法総論講義』（東京法令出版・2011）419頁、大塚仁他編・前掲『大コンメンタール刑法〔第2版〕第2巻〔土本武司〕』305頁以下参照。
- 60) 大塚仁他編『大コンメンタール刑法〔第2版〕第7巻〔米澤敏雄〕』（青林書院・2000）134頁以下参照。なお、違法性が阻却される場合として、その他の場合として、医師が患者の家族に感染症の差し迫った危険を指示するような場合は緊急避難として違法性阻却を考えうるとの指摘がある（349頁）。上記の3類型を挙げる論者として、大谷・前掲『刑法講義各論〔新版第3版〕』151頁参照。
- 61) 大谷・前掲『刑法講義各論〔新版第3版〕』151頁。
- 62) 大塚仁他編・前掲『大コンメンタール刑法〔第2版〕第7巻〔米澤敏雄〕』347頁以下参照。
- 63) 齊藤・前掲書 389頁。

## IV おわりに

フランスでは、HIV感染と刑法をめぐってこれまでに様々な観点から議論がなされてきた。ドイツやベルギーなど他のヨーロッパ諸国においても、同じことがいえる。しかしながら、わが国においては、HIV感染と刑法をめぐっては、薬害エイズ事件以外にはほとんど議論がなされてこなかったといっても過言ではないであろう。

フランスにおいては、HIV感染と刑事責任に関して、毒殺罪、人の身体の完全性を害する物質の投与罪等の適用をめぐって議論が活発になされてきたが、このような規定をもたないわが国では、フランスの議論が直接的には

参考になることはないともいえる。ただ、HIV 感染と刑法については、国際的には多くの法律問題が議論されるような状況にある。フランスでは、HIV の性的行為による意図的な感染事例について、不可罰という結論をとるのではなく、人の身体の完全性を害する物質の投与罪を適用し刑事制裁をもって対応している。HIV 感染者への治療はかなり進んできており、治療を継続することによって死の危険を減少させることができるようになってきているとはいえ、感染前の健康状態とは全く同一ではないことは明らかである。このようなことを考慮して、HIV の性的行為による意図的な感染を不可罰とする見解は実務では支持されていない。フランスでは HIV 感染対策は非常に重要な課題として取り組むべきであるとの認識が政府と国民によって共有されており、性的行為というかなりプライベートな場面においても、一定の場合には刑法が介入すべきであるという姿勢が示されているといつてよいであろうし、妥当な解決策であると思われる。

わが国においても、HIV 感染者が減少せず、かなりの感染者が存在している以上、HIV の故意による感染の事案が今後提起されることも想定しておかなければならない。そのような観点から、HIV 感染と刑事責任をめぐるフランスの議論から学ぶものは少なくないを考える。