

一．反対専門

- .2. Y説における「相当程度」とZ説における「基本部分」の意義と両者の差異。
- .3.(2) 「相当程度」と「具体的で詳細な」とは整合しないのではないか。
- .3. 判旨抜粋箇所は、因果関係の予見については述べられていないが、本判例を引用した理由。
- .2.(3) 「客観的予見可能性・客観的結果回避可能性が認められる...それらに基づく客観的予見義務・客観的結果回避義務が課されている」とあるが、可能性と義務の関係をどのように考えているか。

二．立論

1. 学説の状況

(1) 過失犯の構造について

この点につき、弁護側はA説(旧過失論)に立つ。以下理由を述べる。

まず、新過失論は、過失の実行行為を結果回避義務に違反する行為として理解する。それゆえ、結果回避行為(基準行為)をいかなるものとして設定するかが重要な問題となる。しかし、基準行為の内容は個別具体的事案によって決定せざるをえないため、不明確かつ恣意的になりがちである。こうした基準行為設定の本質的な恣意性は、新過失論が新新過失論へと矛盾なく推移しえた事実からも明らかである。弁護側は、以上のように基準行為の設定如何で、ともすれば処罰拡張の方向へと働く危険を孕む新過失論を採用することはできない。

思うに、違法性の本質は、法益侵害・危険の惹起であるから、故意犯も過失犯も同程度の法益侵害・危険を惹起したならば、違法の程度は同じである。それゆえ、過失は、結果が予見可能であったにもかかわらず予見しなかったことにその本質があり、そのことが責任非難を基礎づけるという点から責任要素と解すべきである。

もっとも、檢察側は、旧過失論を「不可抗力や偶然によって結果が生じた場合でも、構成要件該当性および違法性までは認められることにな」として批判する。しかし、かかる場合は因果関係が認められないのであるから右批判はあたらない。また、結果回避可能性を無視するがゆえ、結果を回避できない行為にまで過失犯が成立するとして批判する。しかし、かかる場合は合義務的代替行為の問題として、あるいは予見可能性が無かったとして、過失犯の成立が否定されるので問題はないと考える。

(2) 予見可能性の程度について

この点につき、檢察側と同様、説(具体的予見可能性説)に立つ。

(3) 予見可能性の対象として因果関係まで予見している必要があるかについて

この点につき、弁護側はY説(具体的因果経過の予見必要説)に立つ。以下理由を述べる。

思うに、旧過失論においては、予見可能性は行為者に対する非難が可能かを検討する責任要素であるから、行為者の意識と具体的結果との結びつきがない場合、非難可能とは言い難い。そこで、因果経過の予見可能性があったと認められるためには、法益侵害結果を惹起した原因事実については少なくとも予見が可能であったことが必要であると考えられる。

2. 本問の検討

甲につき業務上過失致死罪(211条1項前段)の成否を検討する。

- 1(1) 甲は薬務局製剤課長として生物学的製剤に関して安全な供給体制を確立する事務に従事しており、かかる事務は「業務」(同条項)にあたる。

- (2) では、かかる甲が、HIV汚染の可能性ある非加熱製剤を積極的に回収する等の措置を講じなかった、すなわち安全体制を確立しなかったという不作為は、同条項の実行行為にあたるか。

思うに、不作為が実行行為にあたるためには、法的作為義務の存在、作為の可能性・容易性の要件が必要である。

そして、作為義務が認められるためには、法令、契約・事務管理、条理・慣習の存在が必要であると解する。

本問において、生物製剤課長である甲には薬品の回収命令を出す職務権限はないため、法令に基づく作為義務は認められない。

よって、甲につき業務上過失致死罪は成立しない。

- 2 仮に、生物製剤課長の回収等の行政指導行使(行政手続法32条1項)が同課の所掌事務の範囲内にあり、その規則に基づき甲に作為義務が認められ、結果として当該不作為が同条項の実行行為にあたったものとして以下検討する。

- (1) 甲の不作為とAの死亡との間に因果関係は認められるか。

思うに、不作為の因果関係が認められるためには、作為がなされていたならば、合理的な疑いを超える程度に確実に結果が回避されたであろうといえることが必要であると解する。

本問では、甲が回収等の行政指導を行っていれば、AはHIVに感染せず死亡しなかったといえるかが問題であるが、行政指導には法的拘束力がなく、虚偽広告を続けるようなミドリ十字社の非加熱製剤販売を行政指導によって阻止し、HIV感染を防げたかどうかはなお合理的な疑いを入れる余地がある。

よって、因果関係は認められない。

- 3 仮に、因果関係も認められ、当該不作為に構成要件該当性が認められたものとして以下更に検討する。

- (1) 甲にA死亡の予見可能性があり、責任が認められるといえるか。

この点、Aの死亡結果は医師が非加熱製剤を投与したことに起因するものである。そして、この投与はミドリ十字社が自社の非加熱製剤を国内血漿のみで製造されたものであり安全であると偽って販売した結果行われたものである。すると、虚偽広告による非加熱製剤の販売・投与がない限りAの死亡結果が発生することはない以上、虚偽広告による同製剤の販売・投与は結果惹起の原因事実であり予見可能性の対象となる。また、薬品の回収等は販売会社に委ねるのが一般であったことから、厚生省は販売会社に一定の信頼を置いていたと考えるのが妥当である。このような事情を基礎に、甲にA死亡の予見が可能であったかどうかを検討するに、かかる一定の信頼の下、販売会社が虚偽広告によって非加熱製剤を売るという背信行為に出ること、そして医師により同製剤が投与されるということが予見可能であったとは言い難い。よって、甲には予見可能性がなく、責任が認められない。

以上から、甲には業務上過失致死罪は成立しない。