

I. 反対尋問

1. 検察側が新過失論を採用する積極的理由は何か。
2. 検察側が主張する予見可能性はどの程度まで要求しているのか。
3. 新過失論(基準行為説)の基準行為とは何か。
4. 「V.学説の検討 1.(2)」にある、結果が発生した以上は実行行為が認められることになるのはなぜか。

II. 学説の検討

1. 過失犯の本質について

- (1) まず、ハ説(新新過失論)は、漠然とした不安や危惧感で予見可能性が認められるとするが、処罰範囲が不当に拡大することになり妥当ではない。
- (2) ロ説(新過失論)は過失を責任だけでなく構成要件、違法性の問題とし、処罰範囲を限定している点で評価できるが、その構造上、具体的予見可能性との理論的結びつきは必然的なものではなく用意に危惧感説に転化しうるため妥当ではない¹。
また、ロ説(新過失論)は予見可能性を結果回避義務違反の前提として位置づけるため、予見可能性の内容は「結果回避へと動機づける程度」で足りるが、予見可能性は責任要素であるから「責任非難を基礎づける程度」のものでなければならず²予見可能性の不当な拡大を招きやすいため妥当ではない。
- (3) イ説(旧過失論)は、結果予見義務を重視し、不注意で結果を予見し得なかったことが³、故意とならぶ責任要素としての過失の本質としている点では評価できるが、過失犯の成立範囲が不明確であり妥当ではない。
- (4) そこで弁護側は過失概念を責任論における予見可能性および回避可能性に求めながら、構成要件該当性および違法性における過失行為につき限定するニ説(修正旧過失論)を採用する。
ニ説(修正旧過失論)は予見可能性の内容として結果の具体的な予見可能性が必要であるとする。予見可能性の対象は、何が起きるかわからない抽象的な結果では足りず、「特定の構成要件的结果及びその結果の発生に至る因果関係の基本的部分」と解する。

2. 予見可能性の判断における基準について

検察側と同様にD説(能力区別説)を採用する。

III. 本問の検討

1. Xが同内科医師をして外国由来の非加熱製剤を投与せしめ甲を死亡させているが、当該行為につき業務上過失致死罪(211条1項)は成立するか。
2. まず「業務」とは、人が社会生活上の地位に基づき反復・継続し行う事務で、かつ、他人の生命・身体に危害を加えるおそれのあるものをいう。

¹ 西田典之『刑法総論〔第2版〕』(弘文堂、2010年)260頁。

² 大塚裕史『刑法総論の思考方法〔第4版〕』(早稲田経営出版、2012年)399頁。

³ 前田雅英『刑法総論講義〔第5版〕』(東京大学出版、2011年)288頁。

Xは本件大学病院に第1内科長として勤務し、同内科の医師等に指示する地位にあった。Xは15年間にわたり同病院に勤務する医師であり反復・継続性も認められ、また、医療行為は一般的に人の生命・身体に危害を及ぼす危険性を有するものであるためXの行為に業務性は認められる。

3. 次にXに過失があるか。過失犯の成立要件に関する問題は、過失犯の構造・本質をいかに捉えるかに関わる。

(1) ここで弁護側は二説(修正旧過失論)を採用するため、まずXの行為に結果発生「実質的に許されない危険」を有する行為が認められるか検討する。

本件における非加熱製剤はHIVに汚染されており、当該薬剤を甲に対し投与させる行為は実質的に甲をHIVに感染させる危険性を有する行為であったといえるため、Xの当該行為は法益侵害の危険性を有するものであり、結果発生「実質的に許されない危険」を有する行為が認められる。

(2) では、Xに結果に対する予見可能性があるか。

ア まず、予見可能性の内容が問題となるが、前述のとおり「特定の構成要件の結果およびその結果の発生に至る因果関係の基本的部分」まで予見することが必要である。

イ また、予見可能性の判断の基準につき弁護側はD説(能力区別説)を採用するため、行為者の年齢や職業、その他の認識能力、行為能力は予見可能性の有無の判断において考慮されると解する。

ウ 本問においては、確かにXは血友病治療に長く携わってきた医師であり、また当該治療の世界的権威であったことから、本件非加熱製剤を投与することで甲に対し何らかの危害が生じることを予見することができなかったと言うことはできない。

しかし、甲に対する投与当時において、本件非加熱製剤がHIVに汚染されているという事実に対する医学的知見は定まっておらず、たとえXが血友病治療に精通した知識を有するといえども、本件非加熱製剤の投与により甲がHIVに感染し悪性リンパ腫を発症させて死に至るという「構成要件の結果および結果発生に至る因果関係の基本的部分」を予見できたということとはできず、Xに予見可能性は認められないと解する。

(3) Xに予見可能性が認められない以上、Xに過失は認められない。

4. 以上より、Xには過失が認められず責任避難ができないためXに業務上過失致死罪(211条1項)は成立せず犯罪不成立となる。

IV. 結論

Xには何ら犯罪は成立しない。

以上