

I. 事実の概要

5 H大学医学部付属病院に勤務する外科医X(当時30歳、勤務歴5年)は、右病院で動脈開存症患者(当時2歳4月)の動脈管を大動脈との分岐点で切断する手術を行った。当該手術は電気メス器(その本体に手術室などの電源から電流を取り入れて本体内部に高周波電流を発生させ、これを出力端子・メス側ケーブル・メス先・患者の身体・対極板・対極板側ケーブル・対極端子という電気回路を通して流通させ、上記回路中メス先と患者の身体の接触部分の電気抵抗が大きいことによって同所に発生する高熱を利用して組織の凝固もしくは切開作用を行うもの)を使用するものであったので、電気メス器のケーブルの接続を幾度となく行ってきたベテラン看護師Y(当時47歳、勤務歴25年)が当該手術に立ち会ってXのサポートを行った。手術の結果、患者の障害は除くことができたものの、手術に用いられた電気メス器のケーブルの接続が正しく行われていなかったため、電流を通す対極板を装着した患者の右足関節直上部に重度の熱傷を生じ、右下腿切断を余儀なくされた。

15 H大学病院では、看護師に対して電気メス器の接続、操作等の指導を行っており、手術に際して電気メス器の右のような所作及び確認は全て看護師に任せており、医師もこれを黙認していた。もっとも、電気メス器の誤接続により患者の身体にいかなる損害が生じるかについては電気工学的な検討を要しなければ解明は不可能であった。

Xもケーブルの接続をYに一任しており、手術前に「ケーブルちゃんと接続されていますか？」とYに軽く声をかけてはいたが、ベテランであるYの確認を信頼して自身では特に確認を行わなかった。

20 なお、保健師助産師看護師法(旧保健婦助産婦看護婦法)37条によれば、看護師は、主治の医師の指示があった場合の外、診療機械を使用してはならないことが規定されている。

X、Yの罪責を論ぜよ。

参考判例：札幌高裁昭和51年3月18日判決

25

II. 問題の所在

1. 手術において患者が負った傷害につき、X、Yに過失責任は認められるか。過失犯の本質がそれぞれ問題となる。
2. さらに、過失犯が成立するためには、結果を発生させたことについての予見可能性が必要となるが、なにをどの程度予見できなければならないのか問題となる。

30

III. 学説の状況

A説(旧過失論)¹

35 過失犯が処罰される理由を、当該結果を予見するよう意思を緊張させれば結果発生を予見できたのに、注意を怠ったために結果発生させてしまったところに求める理論。

¹ 内藤謙『刑法講義 総論(下) I』(有斐閣, 2001年) 1104 頁

B説(修正旧過失論)²

過失は犯罪事実を認識しようとして注意すべきであったにもかかわらず、これを怠ったこととし、この場合の「注意」を犯罪事実の認識、特に結果の発生を予見するように精神を緊張させることとし、過失を認定する際に精神の弛緩を要件とする。そして、認定の手段として、精神の弛緩の直接的な証明の困難性から、外部的行為からの推認を用いる。具体的は、その行為が「結果発生の実質的で許されない危険」を持ったものであり、その危険が現実した時に過失犯として処罰されるとする。

C説(新過失論)³

注意義務の内容を結果予見義務のみならず結果回避可能性を前提にした結果回避義務とし、一般人を基準とした客観的注意義務違反として過失を把握して、過失を違法要素、ひいては違法行為を類型化したものとして構成要件要素とする。結果予見義務の前提となる結果の予見可能性は、一般人を結果回避へと動機づける程度の具体的可能性が必要であるとする説。

C-1説 (具体的予見可能性説)

結果+因果関係の基本的部分双方に対して具体的な予見を要求する見解⁴

C-2説 (折衷説)

結果についてのみ具体的な予見を要求し、因果経過については予見を要件としないとする見解⁵

C-3説 (危惧感説)

特定の結果についての予見すら必要なく、漠然とした不安感、危惧感のみで要件として足りるとする見解⁶

20 IV. 判例

最高裁判平成元年3月14日第二小法廷決定。刑集43巻3号262頁。

[事実の概要]

被告人は、最高速度が時速30kmに指定されている道路を時速約65kmの高速度で、業務として普通貨物者(軽四輪)を進行させていた。その運転中、対向車両を認めて狼狽し、ハンドルを左に急転把したため、道路左側のガードレールに衝突しそうになり、あわてて右に急転把し、自車の走行の自由を失わせて暴走させ、道路左側に設置してある信号柱に自車の左側後部荷台を激突させた。その衝撃により、後部荷台に同乗していたA・B兩名を死亡するに至らせ、更に助手席に同乗していたCに対して全治2週間の傷害を負わせた(なお、A・B・Cは被告人の友人で、事故当夜、いずれも行動を共にしていた)。しかし、被告人が自車後部荷台にA・B兩名が乗車している事実を認識していたとは認定できなかった。

[判旨]

被告人において、右のような無謀ともいふべき自動車運転をすれば人の死傷を伴ういかなる事故を

² 平野龍一『刑法総論 I』(有斐閣, 1972) 193頁

³ 大塚仁『刑法概論 第4版』(有斐閣, 2008年) 218頁

⁴ 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣, 2008年) 207頁

⁵ 大谷實『刑法講義総論 新版第4版』(成文堂, 2012年) 186頁

⁶ 板倉宏『刑法 第5版』(有斐閣, 2008年) 193頁

惹起するかもしれないということは、当然認識しえたものというべきであるから、たとえ被告人が自車の後部荷台に前期兩名が乗車している事実を認識していなかったとしても、右兩名に関する業務上過失致死罪の成立を妨げないと解すべきであり、これと同旨の現判断は正当である。

5 V. 学説の検討

A説(旧過失論)について

犯罪とされる行為そのものが社会的に有害なもの、すなわち無価値なものでなければならず、単に法益侵害の結果が発生しただけでは刑法的避難を義務付けることはできない⁷と解すべきである。しかし、本説によると、例えば許された危険の事例において、予見義務違反のみを要件としてしまうと、
10 行為者がより大きな他の法益を保全するために取った回避行動をとった場合でもその行為が全く考慮されず、起こった法益侵害結果が構成要件に該当し違法性を有するものであるとされてしまう点で妥当ではない⁸。よって検察側はA説を採用しない。

B説(修正旧過失論)について

この説は過失を責任の形式ないし種類であるとしながら、客観的構成要件要素で考慮すべき行為に
15 ついて検討しており、構成要件論と責任論を混同しており刑法の体系を無視している。よって検察側はB説を採用しない。

C-1説(具体的予見可能性説)について

故意と過失が構成要件の主観的要素とされているのは、その心理状態で行為に出ると、反規範的意
20 思活動として違法性および責任において当罰性があるとされているからである。そうだとすれば、故意における認識の範囲および過失における予見可能性の範囲は、同列の問題として考える。したがって、故意における犯罪事実の認識対象と過失において認識・予見すべき対象は共通でなければならない⁹。

これより具体的な現実の因果経過の認識・予見可能性は、故意においても現実の因果経過の認識・
25 予見が要求されていないわけであるから不要と解すべきと考える¹⁰。したがって、因果関係の基本部分に対して予見を要求することは妥当ではない。よって、検察はC-1説を採用しない。

C-3説(危惧感説)について

この説の場合、危惧感さえあれば過失犯の罪責を問うことができしまい、例えば、危惧感のみで
30 結果を予見することが事実上不可能であった場合にも処罰される。これは処罰範囲を不当に広げてしまう恐れがあり妥当ではない。また、本説をとった場合、過失責任が結果責任に限りなく近づいてしま
うおそれがあるといえ、責任主義に反する。よって、検察側はC-3説を採用しない。

C-2説(折衷説)について

先述のように、故意における認識の範囲および過失における予見可能性の範囲は、同列の問題とし
て考えられなければならない。したがって、構成要件的结果の具体的予見可能性をもって要件と解す

⁷ 大谷實『刑法講義総論 新版第4版』(成文堂, 2012年) 41頁

⁸ 西田典之『刑法総論 第2版』(弘文堂, 2010年) 264頁 参照

⁹ 大谷・前掲 185、186頁

¹⁰ 山口厚『刑法総論 補訂版』(有斐閣, 2005年)205頁

ることで足りる¹¹。よって、検察側はC-2説を採用する。

VI. 本文の検討

第一 Xの罪責について

- 5 1. Xが患者の右足関節直上部に重度の熱傷を負わせた行為について業務上過失致傷罪（211条）が成立
しないか検討する。
- 10 2. (1)「業務」とは社会生活上の地位に基づき反復継続して行う行為であって、生命、身体に危険を及
ぼすものをさす。この点、Xは外科医という地位に基づき反復継続して、病気の患者に対して手
術を行っていて、これが生命身体に危険を及ぼすものであることは明白であるから、Xの行為は
15 「業務」にあたる。
- (2) 必要な注意を怠ったかどうかは上記C-2説より、結果予見義務と結果回避義務に違反していた場
合に必要な注意を怠ったといえと解すべきである。また結果予見義務については構成要件的结果
発生 of 的具体的予見可能性が必要であると解する。
- 20 (3) これを本件についてみると、結果予見可能性については、電気メスを使う手術であることにかん
がみると、電気抵抗による高熱を利用して行うのであるから、本件のようにその高熱により患部
が熱傷を起こす可能性があることは容易に予見できることである。また、医者は一歩間違えたら
他人の命に関わるような事態になりかねないような行為を行うのであるから、もし失敗したとき
の結果についても予見していなければならないと解すべきである。よって結果予見義務は認めら
れる。
- (4) 次に、結果回避義務違反を基礎付ける結果回避可能性について検討する。本件はYが電気ケー
ブルの接続ミスをおこして、患者の右足関節直上部に熱傷をおわせたのである。これは、XがY
に声をかけるだけでなく、自ら確かめていれば容易にふせげたはずである。よって、結果回避可
能性はみとめられる。よって結果回避義務違反はみとめられる。
- (5) よって、Xは必要な注意を怠っていたといえる。
- 25 3. 以上よりXは業務上過失致傷罪（211条）の構成要件を満たす。

第二 Yの罪責について

1. Yがケーブルの接続をミスして患者に熱傷をおわせた行為に業務上過失致傷罪（211条）が成立し
ないか検討する。
- 30 2.(1) 看護師は医者と同じように、手術の補助をおこなっており、それによって患者の身体生命に危険
を及ぼすものであるから「業務」に当たる。
- (2) 看護師が必要な注意を怠っていたかどうか検討する。高熱をおびる電気メスを使用した手術を行
うとなると、一歩間違えれば、患者の身体に熱傷を負わせる可能性が予見できるといえる。さら
に、Yは直接ケーブルを接続して準備をする係であったのであるから、この電気メスの危険につい
ても予見する義務があるといえる。
- 35 (3) また、結果回避可能性についても、社会常識として、他人に害を及ぼすような仕事を行う際に、
上司に確認をとるべきであるといえ、手術の補助をしていたYはXに配線の確認をとってもら
う義務があったといえる。それを行ってればXが配線のミスに気づいたといえるから結果回避可
能性はみとめられ、結果回避義務は認められる。
- (4) よって、Xは必要な注意を怠っていたといえる。
- 40 3. 以上よりYは業務上過失致傷罪（211条）の構成要件を満たす。

VII. 結論

X、Yの行為にはともに業務上過失致傷罪（211条）成立し、どちらもその罪責を負う。

以上

¹¹ 大谷・前掲185、186頁