

I. 反対尋問

- 5 1. 「構成要件及び違法論の意味¹」とは何か。抽象的な表現であり検察側がどのように解釈したのか不明である。
2. 検察側が主張する「基準行為²」は何を根拠にどのように定まるのか。
3. 本問では、「硫酸ビンクリスチン 2mg を 12 日間連続投与するという治療計画を了承し」た過失³のほかにも複数の過失行為が想定できる⁴が、検察側が当該過失のみをもって
- 10 過失犯の成立を認めたのはいかなる理由か。また、一つの過失のみを実行行為と捉えるのであれば、いずれの過失を過失犯の実行行為と評価するのか。
4. 検察レジュメ 5 頁 9 行目以下で故意を認定しているのは何故か。

II. 学説の検討

- 15 1. 過失犯の構造について
イ説 (新過失論)について

「基準行為からの逸脱⁵」概念を具体的に決定することは困難であり、結局は各種の行政取締法規や「社会的行動準則⁶」など刑法以外の基準に帰着させることになる⁷。その結果として、過失犯を一種の「行政取締法規違反の結果的加重犯」として理解することになり、基準行為違反のみで過失犯の成立を認めることは責任主義に反するものである⁸。

- 20 2. また、(基準行為を結果回避義務と解するならば、) 結果回避義務は一般人からして結果発生が予見可能である状態を前提として導かれるため、主観的事情、客観的事情が一体となって構成要件を構成し、故意犯との理論整合性を欠く⁹ことになる。

したがって、弁護側は本説を採用しない。

- 25 ア説 (旧過失論)について

検察側と同様の理由により採用はしない。すなわち、過失は責任要素であるから、構成要件該当性判断においては故意犯と過失犯を区別しない。そのため、法益侵害結果が発生

¹ 検察レジュメ 3 頁 25 行目。

² 検察レジュメ 2 頁 19 行目。

³ 検察レジュメ 4 頁 16 行目。

⁴ 例えば、「副作用に関する知識を確かめ、的確に指導するとともに、懸念される副作用が発現した場合には直ちに報告するよう具体的に指示すべき注意義務を怠った過失」(最判平成 17 年 11 月 15 日刑集 59 卷 9 号 1558 頁)などが考えられる。

⁵ 検察レジュメ 2 頁 19 行目。なお、山口厚『刑法総論 [第 3 版]』(有斐閣,2016 年) 243-244 頁。

⁶ 井田良『講義刑法学・総論 [第 2 版]』(有斐閣,2018 年) 216 頁。

⁷ 西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論 [第 3 版]』(弘文堂,2019 年) 275 頁。

⁸ 高橋則夫『刑法総論 [第 4 版]』(成文堂,2018 年) 218 頁。

⁹ 橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』(有斐閣,2020 年) 200 頁。

しさえすれば、偶然または不可抗力と見るべき場合でも構成要件該当性が肯定され、(責任が阻却されるとしても) 違法な行為と評価されることになりうる¹⁰のである。したがって、過失犯の成立範囲が不当に拡大するおそれがある¹¹と言える。

- 5 検察側が挙げた説はいずれも妥当ではないと考えるため、以下新たにウ説を提起する。

ウ説 (修正旧過失論)

旧過失論を前提にするが、予見可能性たる過失を単に責任要素として解するのではなく、結果発生「実質的で許されない危険」を有する行為を構成要件該当性の段階での問題と位置づけ、不注意により自己の行為にこのような性質があることを認識予見しなかったことに、過失責任の本質を求める見解¹²。

上述の通り、旧過失論は主観面では適切に過失犯の成立を限定することができず、過失犯の成立範囲が不当に拡大するおそれがあると批判される。そこで、客観面からの限定を試みようとする。すなわち、旧過失論は、故意犯・過失犯ともに客観的構成要件の内容は同じであると解するから、責任要素としての予見可能性に加えて、故意犯における客観的構成要件と同様に考えて、当該行為が法益侵害の現実的危険を有しその危険が結果へと現実化した場合に限って構成要件該当性を認めることで、成立範囲の客観面からの限定が可能になる¹³。さらに、本説は新過失論と異なり、(客観的) 構成要件を客観的要素のみで構成するのであるから、故意犯との理論整合性に適うものである (私見)。

20 したがって、弁護側は本説を採用する。

2. 予見可能性の (対象及び) 程度について

β 説 (危惧感説、新・新過失理論) について

本説は新過失論を発展させた見解であり、弁護側が採用する修正旧過失論とは相容れないものである。また、新過失論に立ったとしても、行為時の予見可能性を具体的に検討することなく何らかの危惧感をもって結果回避義務を行為者に要求するのは、責任主義に反する¹⁴ものであり、妥当ではない。さらに、新過失論が、旧過失論では処罰範囲が不当に拡大するおそれがあることから唱えられた説であるのにもかかわらず、予見可能性の程度をこのように解することはまさに過失犯の処罰範囲を広げることであって矛盾していると思われる (私見)。

¹⁰ 大谷實『刑法講義総論 [新版第4版]』(成文堂,2012年) 183頁。もっとも、因果関係判断において、結果回避可能性が否定されれば条件関係が否定されるので、あらゆる行為が構成要件に該当するわけでもない。その意味ではかかる批判は妥当とは言えず、旧過失論を一概に否定することはできないと考える (私見)。

¹¹ 橋爪・前掲(注9) 同頁。

¹² 平野龍一『刑法 総論 I』(有斐閣,1972年) 193頁。高橋・前掲(注8) 219頁。西田・前掲(注7) 275-276頁。

¹³ 橋爪・前掲(注9) 200-201頁。

¹⁴ 西田・前掲(注7) 274頁。

したがって、弁護側は本説を採用しない。

α 説（具体予見可能性説）について

5 旧過失論、修正旧過失論の立場からは、故意を構成要件該当事実の認識・予見と解するのに対応して、過失を構成要件該当事実の認識・予見可能性と解するのであるから、予見可能性の対象は構成要件該当事実である。そして、因果経過については、故意に関する法定符合説（抽象的法定符合説・具体的法定符合説）の立場からは、故意を認めるために現実
10 に生じた因果経過の認識・予見が要求されていないように、過失を認めるためにも現実の具体的な因果経過の認識・予見可能性は不要であると解する¹⁵。したがって、「特定の構成要件の結果及びその結果の発生に至る因果経過の基本的部分¹⁶」について予見可能性があれば足りると解する。

予見可能性の程度については、高度の具体的予見可能性を要する¹⁷と解する。旧過失論も修正旧過失論も過失を責任についてのみの要素と解する以上、容易に予見可能性を認め
15 しまうと、不当に処罰範囲が広がってしまうおそれが生じてしまうからである（私見）。

このような理由から、弁護側は本説を採用する。

Ⅲ. 本問の検討

1. ①丙の作成した投与計画案の内容を具体的に検討し、誤りがあった場合にこれを是正
20 することを怠った上、②乙・丙の硫酸ビクリスチンの副作用に関する知識を確かめ、的確に対応できるように事前に指導するとともに、懸念される副作用が発現した場合には直ちに甲に報告するよう具体的に指示しなかった行為について、業務上過失致死罪(刑法 211 条前段)が成立しないか。

25 2.(1) 本罪の主体は「業務」者である。「業務」とは、人が社会生活上の地位に基づき、反復継続して行なう行為であって、他人の生命、身体等に危害を加えるおそれのある者を言う。本件甲は、検察側と同様の理由により、「業務」者にあたる。

(2) 実行行為とは構成要件に該当する法益侵害の現実的危険性を有する行為を言う。本件において、甲は、丙から硫酸ビクリスチン 2mg を 12 日間連続投与する旨の具体的な治療計画を聞くことなく、VAC 療法を行う旨の報告のみを聞き、治療計画の内容を具体的に
30 検討することなく漫然とこれを了承している。また、VAC 療法には、過剰投与によって致死結果が生じる旨の医療過誤報告がなされているにもかかわらず、乙及び丙の VAC 療法の副作用に関する知識を確かめて的確に対応できるように事前に指導監督しなかった。さらに、10 月 3 日に丁の前頸部に点状出血などが認められ、血液検査により血小板が急激か

¹⁵ 山口・前掲(注 5) 254-255 頁。

¹⁶ 札幌高判昭和 51 年 3 月 18 日高刑集 29 卷 1 号 78 頁。

¹⁷ 西田・前掲(注 7) 283 頁。山口・前掲(注 5) 255-256 頁。

つ大幅に減少しており、何らかの副作用が発現しているのにもかかわらず、甲が丙らに副作用が発現した場合には直ちに報告するよう指示しなかったために、丙らは甲への報告を怠り、甲が丁が重篤な状態に陥っているのを知るのは翌日の10月4日となっている。以上の一連の過失行為は、全体として、丁が硫酸ビnkリスチンの過剰摂取による多臓器不全により死亡する現実的危険性を有する行為であると評価でき、本罪の実行行為にあたる

18。

(3) 結果として、丁は「死」亡した。

(4)ア. 因果関係について、不作為における条件関係は、期待された行為がなされたならば結果回避の可能性が合理的な疑いを超える程度に確実であった場合に認められると解する。

イ. 本件において、①丙の治療計画の内容を具体的に検討していれば、VAC療法のプロトコールの記載が「week」であったことを指摘できたため、丙が丁に硫酸ビnkリスチンを連日投与することはなく、丁の死亡結果は合理的な疑いを超える程度に回避できたとと言える。したがって、条件関係が認められる。法的因果関係については、たしかに丁の死亡結果の直接の原因は、丙が丁に硫酸ビnkリスチンを連日投与したことによる副作用であるが、丙のかかる行為は、甲による①行為により誘発されたものである。したがって、かかる過失行為が有する危険が丁の死亡結果へと間接的に現実化したと言えるため、法的因果関係も認められる。

ウ. 他方で、②甲が丙らに対して、副作用が発現した場合には直ちに報告するよう事前に指示し、副作用が生じた10月3日に直ちに甲へ報告していたとしても、Bによれば10月3日時点では実際に治療してみないと救命できるかは分からないところ、十中八九救命可能性があったとは認められない。したがって、結果回避の可能性が合理的な疑いを超える程度に確実であったとは認められず、②の過失行為については条件関係が否定される。よって、②の過失行為について因果関係は認められず、客観的構成要件を欠く。

(5) よって、①の過失行為については、業務上過失致死罪の客観的構成要件を充足する。

3.(1) では、甲には、丁が副作用によって死亡し、かつ、丁の死亡が丙による硫酸ビnkリスチンの連日投与であったことを予見すべき義務があったと言えるか。甲に丁の死亡について過失責任を帰責できるかが問題となる。

(2)ア. (構成要件的)過失(刑法38条1項ただし書参照)とは、客観的構成要件該当事実の認識・予見可能性を言い(イ説・ウ説)、構成要件的结果及びその結果の発生に至る因果経過の基本的部分を具体的に予見していれば過失が認められると解する(α説)。そして、乙・丙が適切な行動をすることを信頼するのが相当な事情がある場合には、その信頼を前提として適切な行為をすれば足りる¹⁹。では、乙・丙を信頼することに相当な事情がある

¹⁸ 過失犯の構成要件の規定形式は常に作為を前提とした規定とまでは言えないから、不真正不作為犯として理解する必然性はないと考える(橋爪・前掲(注9)210-211頁(注30)参照)。

¹⁹ いわゆる信頼の原則の適用があるかが問題となる。

か。

イ.(ア) 本件において、乙及び丙は医師免許を取得しているところ、医師免許は、一定の教育を受けた者が国家試験に合格してはじめて付与されるものであって、免許取得者が専門資格・知識技能を有していることを証明するものである。専門的な知識技能を有する

- 5 乙・丙らが医療チームを組んで患者丁の治療にあたっているところ、科長である甲としては、医療チームを監督こそするものの、治療内容の細部の決定及びその具体的実施は主治医ら当該医療チームを信頼して任せることが許されるのであって、治療方法の選択といった概略的な部分を承諾することで足りるのである。また、丁に VAC 療法を実施するにあたっては、丁が確立された治療方法のない難病の滑膜肉腫であったことから、丙は事前に
- 10 VAC 療法のプロトコールを調べていたが、専門知識を有し、現場で実際に治療にあたる丙がプロトコールを確認している以上、甲としては、そうした丙が文献を誤読したり、丙の指導医である乙が文献等を読まずに治療計画を了承するといった初歩的なミスを重ねるとは予見し難い。さらに、本センターでは、治療方針等についてカンファレンスにおいて討議し、科長が最終的に判断するといった診療体制が採られていたという事実はなく、科長
- 15 たる甲が、乙や丙の具体的な治療計画の全てについて、逐一具体的に確認し、監視する義務まで負うものではないと言える。

(イ) 以上のような事情に鑑みれば、甲としては、乙・丙らが適切な行動をすることを信頼するに足りる相当な事情があったと言え、したがって、甲と同じ立場にある一般人からして、丙の過失行為による丁の死亡結果を予見できたとは評価できず、甲には、丁が副作用により死亡しかつ丁の死亡が丙による硫酸ビンクリスチンの連日投与であったことについて予見可能生があったとは言い切れないため、予見可能性に基づく予見義務は生じない

20 20。

ウ. よって、甲には過失責任を帰責できない。

4. 以上より、主観的構成要件を欠くため、甲には業務上過失致死罪は成立しない。

25

IV. 結論

甲には犯罪は成立しない。

以上

²⁰ 当てはめに際して、多和田隆史「判解」ジュリ 1325 号 (2006 年) 226 頁 [時の判例]、北川佳世子「判批」ジュリ別冊 183 号 (2006 年) 190 頁 [医事法判例百選]、上田正和「判批」法教別冊 318 号 (2007 年) 31 頁、原原審さいたま地判平成 15 年 3 月 20 日判タ 1147 号 306 頁を参照。