

過失犯の処罰限定論について

山 本 紘 之

- 一 はじめに
- 二 過失犯の処罰を限定する根拠
- 三 セクター別処罰限定論について
- 四 おわりに

一 はじめに

近時、医療過誤を中心として、過失犯の処罰範囲を限定すべきか否かが議論されている。たとえば、医療過誤に対する過度の刑事処罰は、いわゆる防衛的医療を招くおそれがあるから、刑事司法の介入は重大な過失によるものに限るべきであるといった議論がそれである。その背景には、医療者からの刑事司法への不信を指摘することもできよう。その一方で、そうした限定は医療従事者の「特権」につながるといった疑念や、そもそも従来¹の医療過誤に対する処罰がすでに、そのような「限定」を考慮してきたという指摘もなされている。これらの議論を一瞥すると、過失犯の

処罰範囲に関する議論は、一度、整理しなおす必要があるように思われる。

右記の議論状況は、以下の二つの問題領域から成り立っている。すなわち、①過失犯の処罰を限定する根拠は何か、②過失処罰を医療過誤などの特定の分野に限定すべきか（以下、本稿ではセクター別処罰限定論とする）、という二点である。

ドイツでは、二〇〇五年に医療過誤に対する過失処罰の限定に関するモノグラフィが二冊相次いで公刊されている⁽¹⁾。さらにそれ以前にも、過失処罰の限定に関する議論の蓄積がみられる。わが国の議論に目を転じると、現行の過失犯規定を前提とした議論に比して、その現行法の問題や限界は、一定の貴重な提言はなされてきたものの、あまり重視されてこなかったというのが実情だと思われる。そこで本稿では、わが国に比して緻密な議論が加えられてきたドイツの議論を手がかりとしながらわが国の議論を概観した上で、過失犯の処罰を限定する議論を検討していきたい。

一一 過失犯の処罰を限定する根拠

ドイツではすでに、分野を問わず、過失犯の処罰を限定する議論がなされてきた。医療過誤などの特定の領域に議論を限定せずに一般過失事犯を包括的に検討したのはコッホであるが、その後の議論も、彼の枠組みの影響が強く見られる。コッホは、過失致死傷罪の処罰を限定する論拠を、①司法の負担軽減、②過失犯における行為者人格、③過誤の事実上の回避不可能性、④他領域における評価との抵触、⑤いわゆる偶然的要素、⑥訴追実務における不平等、

⑦ 過失犯処罰の無益さを挙げる⁽²⁾。

これらのうち、③事実上の回避不可能性およびそれと関連する④他領域との関連は、実体法上の過失犯の成立要件と関わるものである。それ以外は政策的な論拠にとどまるものであり、コッホらはあくまでも立法論として議論を展開している。しかし、それらの立法論が決定的な論拠を提示しえていないこともまた、事実であろう⁽³⁾。そこで本稿では、実体法上の成立要件と関わり、特に検討を要する右記③、④に絞って、過失犯の処罰限定論を検討していきたい⁽⁴⁾。また、③および④の論拠は、以下のような理由で事実上不可分の関係にある。すなわち、コッホは危険傾向的業務という労働法上の法形象を手がかりに、過誤を回避しえない場合がある旨を指摘し⁽⁵⁾、その過誤に刑罰を科すことが労働法上の評価との矛盾が生じうるといふ問題提起を行う⁽⁶⁾（右記④）ものである。そのため、以下では両者を特に区別せずに、コッホが指摘するような回避可能性および他領域との評価矛盾の問題を論じることにした。

1 事実上の回避可能性という視点

まずコッホは、連続作業において、回避不能な一時的な作業・連想の中断が心理学的見地から指摘されていることを紹介しつつ、道路交通のように一瞬の不注意が死傷事故につながるような場面では、そうした中断現象に基づく過誤もありうるとする⁽⁵⁾。このような、常に高度の注意を払うことは不可能であるという命題は、すでにシュトラーターンヴェルトによっても提示されてきた⁽⁶⁾。このような、人間の不完全性を顧慮した処罰限定論はその後主張されている⁽⁷⁾。

わが国においても、類似の視点は述べられてきた。たとえば、プロ・スポーツにおけるエラーを引き合いに出しな

がら、非常事態では適切な行動をとれないのが常であることを指摘して、特に医療過誤や航空機事故に関して処罰の限定を主張するものを挙げるべきよう⁽⁸⁾。

右記の議論で挙げられる、人間の不完全性を背景とする労働法上の法形象として、危険傾向的業務がある。注意状態を続した場合は、それが理性的な者であっても、しばしば注意が弛緩して不注意に至ることもありうるという考え方が、この法形象の出発点である。この出発点からすると、危険傾向的業務という法形象における過誤の中には、軽微な過失とは言えても「事実上は回避不可能な、わずかな過誤」が含まれており、その過誤については免責が認められる⁽⁹⁾。なるほどたしかに、危険傾向的業務という法形象は、あくまでも損害の補償を使用者と労働者のいずれに振り分けるべきかという問題下で発展してきたものであるから、刑法上の帰責に直接援用することはできない。それゆえコッホも、危険傾向的業務の考え方を刑法上否定したとしても、他の法領域との抵触となるわけではない⁽¹⁰⁾。しかし、その法形象の直接適用を否定する論者⁽¹¹⁾も、危険傾向的業務の出発点である「事実上の回避可能性」を顧慮する必要性は強調しているのであって、最善の緊張を常に保つことは不可能であるという指摘を看過すべきではなからう⁽¹¹⁾。

では、過失犯の処罰が、事実上回避不可能な場合も含まれうるという上記の指摘は、どのようにして反映されるべきか。一部では、こうした危険傾向的業務や回避可能性を考慮して、過失犯の処罰を軽率さによるものだけに限定することが主張されている⁽¹²⁾。この軽率さという概念は日本刑法に馴染みの薄いものであるため、重大な過失と読み替えられることもある。たしかに、たとえばオーストリアは、「重大な落度」という基準によって処罰を限定し、一定の効果を生ぜしめたと言われている⁽¹³⁾。

わが国においては、「軽率さ」よりも「重大な過失」という概念のほうが馴染みが深いと思われるが、両者は同義であろうか。ドイツの議論の中には、重大な過失と軽率さの差異を意識した上で、軽率さという概念を用いて限定すべきとするものが散見される。というのは、重大な過失とした場合、民事上のそれと混同される場合もあり、そうすると、客観的な義務違反の程度が基準となるおそれがあるからである¹⁴。しかし、事実上の回避可能性という議論は、その過誤の回避がその状況下、の行為者にとつて可能であつたかに焦点を合わせるものであるから、客観的な基準との区別を明確にするためには重大な過失という概念を避けるべきだと説かれて¹⁵いる。

わが国でも、重大な過失とは、結果回避が容易な場合¹⁶ではなく、注意義務違反の程度の重い場合だと説かれることが多い¹⁷。厚生労働省が発表した「医療の安全の確保に向けた医療事故による死亡の原因究明・再発防止等の在り方に関する試案」をめぐる議論でも、「重大な過失」が「標準的な医療から著しく逸脱した医療」に置き換えられるという経緯があつた¹⁸。これらの議論に照らせば、わが国で過失の中で通常過失と重大な過失とを区別し、後者のみを処罰の対象とする場合、注意義務違反の程度が著しいか否かという基準によって種別されることとなるが、その基準では、事実上の回避可能性という処罰を限定すべき理由を汲みつくすことができない。そこで以下では、検討の対象を、軽率さという概念によって限定する見解に絞ることとした¹⁹。

2 批 判

たしかに、右記の心理学的知見そのものへの疑問を差し置くとしても、こうした視点には疑問が残りうる。第一は、実際にその時点で構成要件実現が回避不可能であれば、いずれにしても刑事責任を問われることはないから、無

用の指摘ではないかという疑問である。シュトラーターヴェルトは、人間の不完全性を考慮すれば過誤が回避不可能であったという一抹の不安は残りうるとして、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従えば、過失犯の多くは処罰されるべきではないとした。しかし、そこで指摘されるような「一般的な回避不可能性」は、あくまでも一般的な懸念にすぎず、回避不可能に関する「合理的な疑い」ではないから、無用の指摘だと批判されている。⁽²⁰⁾

第二に、回避可能性を理由とすることに對しては、右記の議論が、軽率さなどの制限的要件になぜつながるのか、そこに論理の飛躍があるという疑問が提起されている。⁽²¹⁾

3 検 討

なるほどたしかに、過誤が回避不能であることが証明されれば、いずれにしても刑法上の過失責任は否定されるから、右記の処罰限定論は、特段の意味を持たないように思える。しかし、その回避可能性の判断が、最善の緊張を常に保つことができるという前提に立脚しているとすれば、それは非現実的だと思われ、⁽²²⁾その点についてはおそらく異論はなからう。そうだとすれば、その非現実的な法的要求を避けるために特別の立法が必要か否かが、ここでは問題になっていると考えるべきである。右記の第二の疑問は、過失犯の処罰を軽率さによる場合に限りという限定が、それには適さないという指摘としても理解しうる。

結論を先に述べれば、叙上の非現実的な法的要求を避けるための手段として、可罰的な刑事過失を軽率さによる場合だけに限定することに、一定の論理性はある。しかし、きわめてドラスティックな方向転換であることも指摘せざるをえない。

「事実上の回避可能性」の議論とは、危険傾向的業務という法形象の出発点である「実際は回避不可能な、わずかな過誤」に刑事過失責任を認めることは酷であるとする見解のことであった。この見解が可罰的な刑事過失から排除しようとする過誤は、換言すれば、「その過誤を回避することが行為者にとって不可能とまでは言えないが、きわめて困難な場合」ということになる。その、回避がきわめて困難な場合を、軽微な過失しか認められない場合と換言することは可能である。

問題は、そこから先にある。すなわち、軽微な過失を可罰的な刑事過失から排除するために、a案・「軽微な過失の場合は免責する」とするか、b案・「軽率さによる場合に可罰性を限定する」とするかという問題である。両者の径庭は、一見すると小さいが、留意すべき差異も存在する。⁽²⁵⁾ たしかに、現行法における可罰的な刑事過失が①軽率さと②軽微な過失の二者択一だとすれば、両者の差異はない。しかし、軽率さと軽微な過失の間に③通常の過失もあるとすれば、その③の可罰性について差異が生じる。実際に、a案を提唱するグライフは、b案によった場合は不処罰とされる範囲が過度に広範になる旨を指摘する。⁽²⁶⁾ 逆に、b案を提唱するコッホは、実際に、a案がカバーする範囲の大半は、従来の犯罪論上の回避可能性や期待可能性によってフォローされるから、a案は期待される処罰限定の効果⁽²⁷⁾を十分に發揮しえないとして、b案を提唱している。

このように見ると、事実上の回避可能性という論拠そのものからは、論理的にはa案に行き着くべきである。そうすると、たしかに、軽率さという制限要素を持ち出すことには、論理の飛躍があるとする批判には、十分な理由があることになる。また、a案が期待される処罰限定の効果⁽²⁷⁾を發揮しえないという点は、処罰限定がドラスティックになるおそれと裏腹でもある。そのため、当罰性のある類型をも不処罰にする懸念も、真摯に検討しなければならない

であろう。⁽²⁸⁾

それでは、シュリヒターが述べるように、「単純に明白な違反」に限定するという方法はどうか。⁽²⁹⁾ この見解は、「許容される危険に境を接するグレーゾーン」という言葉とともに用いられていることから明らかなように、実体法上の可罰性だけではなく、過失の立証も考慮したものとされている。⁽³⁰⁾ さらには、疑問の余地のない不注意の存在を述べる、レンクナーの見解もこれに類するものと言えよう。⁽³¹⁾ 「単純に明白な違反」であれば、回避も容易なことが多いと言えそうである。しかし、たとえば患者の取り違えは「単純に明白な違反」と言えると思われるが、⁽³²⁾ 特に患者の同一性を確認するための一定の措置を講じた場合にも過失責任を問うことが疑問視されていることもまた、事実である。⁽³³⁾ 「初歩的なミス」や「単純なミス」が刑法上の「重大な過失」にあたるか否かをめぐって、法律家と非法律家の間で食い違いがあると言われているが、⁽³⁴⁾ これらの議論の錯綜に照らすと、回避可能性の証明に配慮するシュリヒターの見解にも問題が残されていると言えよう。シュリヒターらの見解の問題点は、萎縮効果やその背景にある明確性の問題といった、次節の問題とも強く関連するため、次節で改めて検討したい。

これまでの検討に照らすと、実体法の改正による処罰限定は好ましくない。なぜなら右記のa案とb案をめぐる議論で明らかになったように、実体法の改正による議論はドラスティックにすぎるか、現実には効果を持ちえないかという、二律背反の側面が最後まで残るからである。「単純に明白な違反」という改正によっても、現実にはその範囲の多義性に問題がある。

それでは、どのように考えるべきか。右記のa案とb案をめぐる争いを通じて明らかになったように、事実上の回避可能性の議論によって不処罰とされるべき範囲は、現行法下の解釈論によっても不可罰としようという点に、手が

かりがある。現に、上記の過失犯の処罰の限定をめぐる議論は、実体法の解釈さえ正確に行われていれば不要だという指摘も見受けられる⁽³⁵⁾。なるほどたしかに、行為者がその過誤を回避することが可能であったかを適切に認定して、行為者に過度な要求をしないのであれば、過失犯の処罰を限定する理由はない。しかし、医療過誤の処罰が特に広範だと指摘される⁽³⁶⁾ドイツの議論ではあるが、医療過誤における過失判断が後知恵によってなされることもあるという指摘があるように⁽³⁷⁾、医療過誤などの一定の専門分野における事故の回避可能性などの判断は、時として容易ではない。過失犯の処罰限定をめぐる議論が、回避可能性の認定に対する疑念を出発点にしていると考えるとき、その適切な認定を担保しうる制度を検討する必要がある。

他方、後知恵バイアスを回避し、適切に回避可能性などを判断するためには、専門家の視点が有益だという指摘がある。専門家にとって、誰がどこに注意を向けていたかを理解するのは容易だからだとされる⁽³⁸⁾。これによれば、非専門家たる法律家にとっては回避可能と思われる過誤も、専門家であれば回避不可能だという事案があるということになる。いずれにしても、事実上の回避可能性を適切に判断するためには、専門家の視点をより詳細に取り込むための制度が有益だと思われる。近時、特殊過失事件と関連するさまざまな事故調査委員会が設置されている⁽³⁹⁾のも、その専門性ゆえに一般の警察官や検察官が事故の内容を的確に把握することが困難であるからだとされている。これらによって、事故の原因はもとより、その事故が惹起者にとって回避可能であったかも適切に判断されることが期待しえよう。

三 セクター別処罰限定論について

それでは、医療過誤のような専門領域において特に考慮すべき特殊の事情はどのようなものであろうか。近年、わが国では防御的医療が引き合いに出されることが多い。まずは、医療過誤の処罰範囲を特に限定すべきとする論拠を概観していきたい。

1 防御的医療

防御的医療とは、医師が、治療や診断方法の決定に際して医療的リスクだけでなく、訴訟リスクをも考慮して、訴訟リスクを低下させることを優先させる現象を意味する⁽⁴⁰⁾。この現象は一九八〇年代から紹介されてきたが、現在もお根強く指摘されている。ウルゼンハイマーはかつてからこの現象を警告してきた論者の一人であるが、医療過誤に対する近時の法的対応を踏まえて、以下のように、医療過誤の非犯罪化を説く。

たとえば、ケルン地検において医療過誤に対する捜査手続が開始された件数は、一九九八年には一三七件だったのに対し、二〇〇一年には三四一件にはば倍増している旨が指摘される。なるほどたしかに、捜査手続に着手された事案のうち、有罪判決に至る割合は5%ほどだと言われているし、絶対数の多さも、医療従事者、医療行為の増加を考慮する必要があるかもしれない。しかし、医療従事者にとっては、常に刑事告訴や民事上の訴えにさらされる可能性があるという状態がすでに、プレッシャーとなりうると、ウルゼンハイマーは指摘する⁽⁴²⁾。さらに、刑事処分は、民事

訴訟以上に社会の耳目を集めやすいというだけにとどまらず、連邦医師規則五条三項および六項によればその嫌疑の段階ですでに医師免許の停止につながるおそれがあるから、民事訴訟以上の萎縮要因になるとされている。⁽⁴³⁾

ウルゲンスも、こうした防御的医療を背景とし、先述の危険傾向的業務も引き合いに出した上で、医療過誤の広範な免責を主張する。⁽⁴⁴⁾ たしかに、防御的医療が好ましからざる事態であることは広く認識されている一方で、医療過誤の処罰の限定にはつながらないという論調も根強い。とりわけわが国においては、防御的医療に見られる萎縮効果は、医療分野に限られないとするものである。すなわち、医療行為にリスクが伴うのはその通りであるが、そうしたリスクは自動車の運転や航空機で人を運送することなどにも共通するのであって、医療過誤の処罰範囲だけを取り立てて限定する必要性の説明にはならないという主張がなされている。⁽⁴⁵⁾ さらに、ウルゼンハイマーは、ドイツにおいては犯罪の嫌疑の段階ですでに医師免許の停止に至る可能性がある旨を指摘して、刑事処罰と防御的医療の関係を主張していたことに着目する必要がある。なぜなら、わが国においては、医師に対する行政処分は有罪判決の確定後になされるのが通例であるから、⁽⁴⁶⁾ ドイツで主張されている防御的医療論がそのままわが国で妥当するかは、慎重に検討すべきだからである。⁽⁴⁷⁾

2 医療行為の有益性

それでは、萎縮効果のほかに、医療の特殊性はあるのだろうか。医療過誤の広範な免責を主張するクライフは、医療行為は他の分野よりも有益な行為であることを理由として、医療の特殊性を基礎づけようとしている。次に、彼の主張を見てみよう。

グライフは、医師という職業が特有の危険を有していることを挙げつつも、それが医療過誤の当罰性を広く否定するための唯一の根拠ではないとする。たとえば道路交通と比較した場合、道路交通においては自動車等の社会的有用性にかんがみて「許された危険」が認められる一方で、医療は同じくリスクを伴う行為であるが、法的に許されているにとどまらず、法的に望まれた、または不可欠のものだというのが、彼の主張である。もちろん、道路交通における一般的リスクが許されたものであることに変わりはないが、有用性に関する医療行為との差異が、医療過誤に限っての過失行為の当罰性を広く否定する正当な根拠たりうるとするのである。⁽⁴⁸⁾ グライフはこのようにして、医療過誤による場合に限って、処罰を限定する旨の法改正を提案する。⁽⁴⁹⁾

3 検討

こうした防衛的医療にまつわる主張は、解釈論の観点から引き合いに出されることもある。しかし解釈論として考える場合、防衛的医療が過失犯の解釈に影響を与えることはないのであろう。⁽⁵⁰⁾ そのためグライフやユルゲンスは、医療過誤の処罰を限定するという立法提言の根拠として防衛的医療を持ち出したのである。それでは、医療過誤による場合に限って実体法上の処罰範囲を限定するという立法政策は合理性を有するものであろうか。

グライフやユルゲンスと異なり、コッホはセクター別処罰限定論に批判的である。以下、簡潔に彼の批判を見てみたい。

まず、医療過誤に特化する見解を検討する手がかりとして、コッホは先述の危険傾向的業務を挙げる。彼はそこで、この概念は近時は批判が強いことを援用して、立法論としても根拠とすべきでないとする。というのは、危険傾向的

業務で挙げられるような、持続的な注意を要求される業務に限らず、単純作業が続く業務においてもミスが生じやすいという心理学的知見もある以上、危険傾向的業務だけを限定する理由はないからである。⁽⁵¹⁾

コッホはさらに、交通事故に限って過失犯の処罰範囲を限定することにも批判的である。交通事故の機会が多いことによつて、過失交通事故を正当化することはできないからであるという。たしかに、生活上、交通事故犯は特殊な点がないとは言えないが、「潜在的犯罪状況」に置かれているという点については、「スキーヤーや交通管制官と大差がないとする。その上でコッホは、それぞれの事故の意義が生活領域によつて異なることは、刑事政策上も承認されているとして、交通事故に限って処罰を限定することも正当化できないとするのである。⁽⁵²⁾

こうしたコッホの見解は、セクター別処罰限定論を否定する代表的なものである。しかし彼は、前節で述べたような、過失処罰にかかわる様々な問題点を考慮した上で、過失犯一般の処罰限定を、立法論として提言している。すなわちコッホは、軽率な行為によつて人の死傷を惹起した場合だけが可罰的という法改正が必要だとするのである。⁽⁵³⁾

この議論は、立法政策上の問題であるだけに、理論上の決着をつけることは容易ではない。しかし、以下のような、オーストリアの法改正の経緯は、大いに参考になると思われる。すなわち、オーストリア刑法はかつてその八八条（過失傷害罪）が、医師の処罰範囲を他の職業よりも広く免責していたところ、そのような「特権化」を削除したという経緯である。⁽⁵⁴⁾ かつてオーストリアの過失傷害罪は、行為者に重大な落ち度がなく、被害が甚大でない場合は免責される旨を定めており、通常は健康侵害等が三日を超えない程度の被害の場合に限る一方で、医師や医療従事者にあつては、健康侵害等が一四日を超えない程度までに拡張されていた。しかしこの規定は、二〇一〇年の改正によつて、免責を認める被害の程度は最長一四日で統一された。すなわち、この法改正によつて、医師の「特権化」は削除

されたと⁽⁵⁵⁾言える。さらに、防衛的医療が主張されてきたドイツでは、わが国よりも広範に医療過誤の処罰がなされているという指摘も重要であろう。この動向にかんがみると、セクター別処罰限定論を実法改正によって実現することには、慎重にならざるをえない。

かくして、セクター別処罰限定論が否定されるとしても、防衛的医療に見られる、萎縮効果そのものが否定されたわけではない。ヒューマンエラーに対する法的制裁に懐疑的なデッカーが医療事故に限らず航空機事故などの他の分野の例も挙げていることも勘案すれば⁽⁵⁶⁾、かかる萎縮効果はむしろ他の分野でも認められると考えるべきであるし、何らかの対応が必要ではないだろうか。

そうした萎縮効果の一因は過失犯の処罰範囲の不明確性だと思われる⁽⁵⁷⁾。萎縮医療の背景として、医療過誤に対する法的対応がカズイステックに陥っており、どの行為が法的責任を問われ、どれが免責されるかの事前予測が困難になつている旨が指摘されている⁽⁵⁸⁾。患者取り違え事件では、上告審被告人は患者の同一性確認のための一定の措置を採っていたが、それが同一性確認義務の内容に照らして検討され、結論としては不十分だとされた⁽⁵⁹⁾。患者の取り違えという「初歩的なミス」が問題になつているにもかかわらずその結論への批判が少なくないのは⁽⁶¹⁾、刑法上求められる回避措置の不明確さを表しているのではないか。これらの議論から看取できるように、どのような回避措置を採ることが刑法上求められているかが行為時に認識しがたいとすれば、叙上の萎縮効果は避けられないであろう。

先述した、「単純に明白な違反」に過失処罰を限定する潮流は、過失犯の処罰範囲を一定程度、明確にする効果を持ちうるかもしれない。しかしそれでも、「初歩的なミス」の内実、正確に言えば患者の取り違えのような「初歩的なミス」を回避するために刑法上要求される措置が明確になるわけではない。

この不明確性は、医療過誤に限らず、過失犯全般に妥当することであろう。実際に、過失犯と明確性の関連はかねてから議論されてきたところである。なぜなら、故意行為者は構成要件の結果を意図していることから、「他人の死を惹起するな」という明確な規範が通用する一方で、過失犯の場合は構成要件の結果を意図していないがゆえに、構成要件の結果は行為を方向づける規範を形成しえず、特別の考慮が必要になるからである。⁽⁶²⁾そこで生活上必要な注意という指導形相の具体化を図るとしても、その指導形相の多義性ゆえに、萎縮効果を払拭しうるだけの明確性を担保できるかは疑わしい。⁽⁶³⁾社会的有用性を取り込んだ利益衡量論も、どの利益を重視するかについての基準を示しえない以上、明確性という観点からは、かえって好ましくない。⁽⁶⁴⁾

過失犯における明確性を高めるための方策として、第一に、行政取締法規に依拠することが考えられよう。学説では、取締法規違反や、省令・通達および慣習等からの逸脱が間接的には過失犯の注意義務違反を基礎づけるとするこ⁽⁶⁵⁾とで、明確性を高めることが主張されている。他方、取締法規違反は刑法上の義務違反とは直結しないという批判が加えられていることも、周知の通りであろう。この点は、取締法規や慣習を遵守している場合、結果発生を推知させる特段の事情がない限りは、刑法上の回避義務が遵守されていると考えることによつて解決しようと思われる。実際に裁判例においても、行為当時の医療水準、換言すれば行為時における事実としての行動基準が引き合いに出されることがある。⁽⁶⁶⁾たしかに、医療過誤においては、注意義務の画定の参考となる行政取締法規が見い出せない場合がほとんどだと思われ、医療過誤における萎縮効果が特に説かれる一因となっている可能性もあろう。しかし、右記の裁判例で述べられることがあるように、特段の事情がない限りは事実としての行動基準を注意義務の画定に際して参考にする⁽⁶⁷⁾ことは認めるべきであり、それによつて萎縮効果の減少を図ることはできよう。他方、その逆の推論、すなわち

取締法規違反が刑法上の回避義務違反につながるという推論は認めるべきではない。以上を敷衍すると、制限速度を遵守している限りは、通常は自動車運転過失致死死罪における回避義務は果たされていると考えてよい。ただし、子どもが飛び出すことが具体的に予測しうる場合は、徐行や停止が回避義務として命じられることは言うまでもない。慣行についても同様で、ある慣行が時代経過によって不適切となり、不適切であることが行為者にとって明白である場合にはその慣行を遵守しているからといって、刑法上の回避義務を果たしたことにはならない。取締法規や慣行によって刑法上の回避義務を推論しうることには、そうした例外は当然に認めなければならないが、行為規範の明白性を担保し、萎縮効果を避けるためには、それは例外にとどめることを意識すべきであろう。

もっとも、そうした取締法規等がない場合もあるから、第二に、より実質的な点、すなわち過失犯における行為規範論を考える必要がある⁽⁶⁷⁾。明確性の議論は、その行為の可罰性が通常人に予見しうるかという議論であるから、行為規範論との親和性を認めることができよう。たとえば過失犯の明確性を疑問視するドウトウゲは、「構成要件実現に関する十分な警告表象がある場合は当該所為に出るな」という規範を提示し、それによって明確性の問題を解決しうるとする⁽⁶⁸⁾。わが国においても、過失犯の行為規範を、認識可能な危険状況という類似の概念を中心に構築するという⁽⁶⁹⁾、類似の見解が見られる⁽⁶⁹⁾。このようにして、過失犯においても、行為者がいつ、何をすべきであるかという行為規範を展開することによって明確性を高めることができる。さらにその内実は、上記のように、行政取締法規と刑法上の注意義務の関係を一定程度認めることによって具体化が可能である。すなわち、その法規が危険の消滅のためのルールであることが確認できれば、行政取締法規を遵守する限りにおいては原則として構成要件実現に関する警告表象は認められないというように考えるのである。「注意義務」を道交法に従って設定しておけば、「予見可能性」が争点に

なることを避けられる可能性が高い」とする指摘は、そうした考え方にも親和的と言えよう。⁽⁷⁰⁾ こうした方法によって過失犯における明確性が高まれば、萎縮効果も縮減することができよう。

四 おわりに

最後に、これまでの検討から得られた帰結をまとめておきたい。過失犯の処罰を限定する論拠として正当性を有するものは、事実上回避不可能であった過誤をも処罰するおそれがあるという点と、⁽⁷¹⁾ 刑法上要求される回避措置の不明確性ゆえに萎縮効果を招きうるという二点である。論拠がこの二点だとすれば、必要なことは、実体法の改正ではない。そうではなくて、回避可能性という実体法上の要件を適切に認定するための制度を整えることと、刑法上要求される回避措置の透明性を高めることである。

前者の、事実上の回避可能性という問題は、たしかに、現行法の枠組みにおいても対応可能と言えないこともない。しかし、とりわけ特殊過失事犯では、それが困難な場合もあろう。なぜなら、特殊過失事犯という専門領域においては、過失判断の基準となる一般的専門家が、通常ならどこに注意を向けていたかの判断が容易ではないからである。近時、わが国で整備されつつある事故調査制度は、この点を克服し、回避可能性の判断が行為者に酷とならないためにも有益なものであると思われる。そしてこの問題は専門分野全般で見られるものであるから、医療過誤の処罰範囲だけを取り立てて限定する必要はない。

第二の、回避措置の透明性については、警告表象を媒介項としつつ過失犯の行為規範を具体化することで、萎縮効

果を減少させることが可能であり、望ましい。

- (1) Greiff, Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Entkriminalisierung leicht fahrlässigen ärztlichen Handelns, 2005; Jürgens, Die Beschränkung der strafrechtlichen Haftung für ärztliche Behandlungsfehler, 2005. ユルケンスの見解については、すでに萩原由美恵「医療過誤における刑事責任の限定」中央学院大学法学論叢三九号(二〇一〇年)一二五頁以下で検討が加えられている。近時のわが国における論稿として、清水真「医療事故への刑事法的対応に関する考察—実体法的対応と手続法的対応—」獨協法学六四号(二〇〇四年)一三四頁以下、甲斐克則「医療と過失責任の限界」法律時報八二巻九号(二〇一〇年)五〇頁(これに賛同するものとして、手嶋豊「医療事故の法的責任をめぐる刑事法と民事法の役割分担」法律時報八二巻九号(二〇一〇年)五三頁以下)、米田泰邦「医療者の刑事処罰」(成文堂、二〇一二年)二九四頁以下。斎藤信治「過失犯における予見可能性」中央ロー・ジャーナル四巻二号(二〇〇七年)二八頁も、再発防止や原因究明という観点から、これらに好意的な立場を示す。
- (2) Koch, Die Entkriminalisierung im Bereich der fahrlässigen Körperverletzung und Tötung, 1998, S. 77 ff.
- (3) 佐伯仁志「ドイツにおける刑事医療過誤」『三井誠先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、二〇一二年)二七一頁。さらに、再発防止や原因究明という論拠との関連について、笹倉宏紀「事故調査と刑事司法(上)」ジュリ一四三二号(二〇一一年)三三二頁以下、井田良「医療事故に対する刑事責任の追及のあり方」『三井誠先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、二〇一二年)二二六頁以下を参照。
- (4) それ以外の論拠については、拙稿「過失犯処罰の限定に関する予備的考察」大東文化大学法学研究所報三四号(二〇一四年)一〇頁以下にまとめてある。
- (5) Koch, aaO. (Anm. 2), S. 85.
- (6) Stratenwerth, Grundfragen des Verkehrsstrafrechts, BasJurMit 1966, S. 67.
- (7) Greiff, aaO. (Anm. 1), S. 132 f. Vgl. auch Pfefferkorn, Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit im französischen und deutschen Recht, 2006, S. 182 ff.

(8) 米田泰邦『機能的刑法と過失』（成文堂、一九九四年）一四八頁以下。さらに、同『医療行為と刑法』（一粒社、一九八五年）二五九頁も参照。

(9) RAGE 24, 204. Vgl. auch Koch, aa.O. (Anm. 2), S. 85 f.; Greiff, aa.O. (Anm. 1), S. 134; Jürgens, aa.O. (Anm. 1), S. 60 ff. わが国でこれを好意的に評するものとして、萩原・前掲注(一)一二六頁以下。

(10) Koch, aa.O. (Anm. 2), S. 87 f. Vgl. auch Greiff, aa.O. (Anm. 1), S. 135 ff.; Jürgens, aa.O. (Anm. 1), S. 63; Kraatz, Zur Straftatung der Beteiligten am Bau, JR 2009, S. 187.

(11) Koch, aa.O. (Anm. 2), S. 103; Greiff, aa.O. (Anm. 1), S. 132 f.

(12) Koch, aa.O. (Anm. 2), S. 248; Jürgens, aa.O. (Anm. 1), S. 246; Rosenau, Begrenzung der Strafbarkeit bei medizinischen Behandlungsfehlern?, 比較法雑誌四二巻三三号(二〇〇八年)五三頁。

(13) Burgstaller, in: Hopfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2006, § 88 Rz. 38; Fabrizy, Strafgesetzbuch, 2010, § 88 Rz. 5a.

(14) Koch, aa.O. (Anm. 2), S. 228 f.

(15) Jürgens, aa.O. (Anm. 1), S. 191 ff.

(16) 近時、予見の容易性等を用いて重過失概念の解明を試みるものとして、日下和人「過失における予見可能性と精神弛緩」早稲田法学会誌五八巻一号(二〇〇七年)一七八頁。さらに、立法史を含めて議論状況を詳細にまとめるものとして、平野潔「重大な過失」について(一)「人文科学論叢社会科学編(弘前大学)二二号(二〇〇九年)一六四頁以下がある。

(17) 佐藤輝幸「刑法二二一条一項における業務上過失及び重大な過失の概念」千葉大学法学論集二七巻一号(二〇一二年)一四五頁以下。さらに、道垣内弘人「重過失」概念についての覚書「能見喜久ほか編『民法学における法と政策』(有斐閣、二〇〇七年)五六一頁が、民法上の重大な過失には、行為者の負っている注意義務を問題とする場合も含まれることを指摘する。

(18) この点につき、佐伯仁志『制裁論』(有斐閣、二〇〇九年)三三四頁。「試案」をめぐる一連の議論については、前田雅英「医療過誤と重過失」法学会雑誌四九巻一号八三頁以下が詳しい。

(19) わが国の議論において、すでに「重大な過失」ではなく「無謀な過失行為」を用いた限定を説くものとして、清水・前掲

過失犯の処罰限定論について(山本)

注(1)一三五頁。

- (20) Jürgens, aa.O. (Ann. 1), S. 65 f.
- (21) 井田・前掲注(3)二四〇頁。
- (22) 古川伸彦「ドイツにおける事故と過失」刑事法ジャーナル二八号(二〇一一年)二八頁。Koch a.O. (Ann. 1), S. 84 は交通事故の裁判例の中に結果責任に等しいものがあつた旨を指摘しているし、わが国でも、井上正治『過失犯の構造』(有斐閣、一九五八年)三三頁以下が類似的の指摘を行っている。
- (23) Greiff, aa.O. (Ann. 1), S. 356.
- (24) 前掲注(12)の文献を参照。
- (25) すべてこの点を指摘するものとして、古川・前掲注(22)二六頁以下。
- (26) Greiff, aa.O. (Ann. 1), S. 285.
- (27) 同様の見解と「J」 Koch, aa.O. (Ann. 2), S. 223. 古川・前掲注(22)二七頁もこれに好意的である。
- (28) こうした懸念を示すのは、井田・前掲注(3)二四三頁。
- (29) Schlichter, Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit, 1996, S. 89 f.
- (30) Pfeferkorn, aa.O. (Ann. 7), S. 183 f.
- (31) Lencher, Technische Normen und Fahrlässigkeit, in: Festschrift für Karl Engisch, 1969, S. 501.
- (32) 飯田英男『刑事医療過誤Ⅱ(増補版)』(判例タイムズ社、二〇〇七年)二四三頁は「本件を「初歩的なミス」であるとすると、さらに、単純ミスは初歩的義務の懈怠であるから重過失であると指摘するものとして、日山恵美「医療の安全確保における刑事過失論の限界」年報医事法学二二三号(二〇〇八年)一一頁。
- (33) 大塚裕史「判批」宇都木伸ほか編『医事法判例百選(第一版)』(有斐閣、二〇〇六年)一九三頁、照沼亮介「判批」判例セレクト二〇〇七(法教三三〇別冊付録)二六頁、平山幹子「判批」ジュリ一三五四号(二〇〇七年)一六八頁、甲斐克則「医療事故と過失の競合」刑事法ジャーナル一二号(二〇〇八年)五五頁以下、石川友佳子「過失犯における処罰の限定に関する一考察」法学七五巻六号(二〇一二年)三二頁、北川佳世子「判批」甲斐克則『手嶋豊編『医事法判例百選(第二版)』(有斐閣、二〇一四年)一五七頁など。

- (34) 藤原琢也「航空事故の防止と刑事法(三)」北海道大学法学研究四九卷三号(二〇一三年)一五一頁以下。
- (35) Duttgé, in: MK-StGB, 2. Aufl. 2011, § 15 Rdn. 217. また、近時、航空事故における処罰の限定を説く藤原琢也「航空事故の防止と刑事法(四・完)」北海道大学法学研究四九卷四号(二〇一四年)一九一頁も、注意義務違反という実体法上の要件が否定されることを処罰限定の根拠の一つに挙げている。
- (36) 佐伯・前掲注(3)二七一頁。
- (37) Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 4. Aufl. 2008, Rdn. 19a. わが国における指摘については、井田良「医療事故と刑事過失論をめぐる一考察」高橋則夫ほか編集「曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集(上巻)」(成文堂、二〇一四年)六一五頁以下で紹介されている。なお、交通事故については、Koch, aa.O. (Ann. 2), S. 84 に類似の指摘がある。
- (38) Sidney Dekker, *Just Culture: Balancing Safety and Accountability*, 2nd ed. Aldershot, 2012, pp. 132-133. 初版の翻訳として、シドニー・デッカー(芳賀繁監訳)『ヒューマンエラーは裁けるか』(東京大学出版会、二〇〇九年)二〇三頁以下。
- (39) 川出敏裕「事故調査」法教三九五号(二〇一三年)三六頁以下。医療事故については、「地域における医療及び介護の総合的な確保を推進するための関係法律の整備等に関する法律案」の成立によって、いわゆる医療版事故調が設置される見込みである。これについては、歴史的経緯も含め、山中敬一「医事刑法概論Ⅰ」(成文堂、二〇一四年)二八頁以下、松原久利「医療の安全と刑法」同志社法学三七〇号(二〇一四年)一頁以下や、武市尚子「(院内)事故調査と死因究明制度」年報医事法学二九号(二〇一四年)八九頁以下を参照。
- (40) Ulsenheimer, aa.O. (Ann. 37), Rdn. 1c. Vgl. auch Jürgens, aa.O. (Ann. 1), S. 114; Greiff, aa.O. (Ann. 1), S. 37 ff.; Deutsch/Spickhoff, *Medizinrecht* 6. Aufl. 2008, Rdn. 514; Rosenau, aa.O. (Ann. 12), S. 49.
- (41) Vgl. Lauf, *Arzt und Recht im Wandel der Zeit*, MedR 1986, S. 164; Ulsenheimer, *Ein gefährlicher Beruf: Strafverfahren gegen Ärzte - Erfahrungen, Schwerpunkte, Tendenzen*, MedR 1987, S. 215 ff.
- (42) Ulsenheimer, aa.O. (Ann. 37), Rdn. 1a f. Vgl. auch Greiff, aa.O. (Ann. 1), S. 21 ff.; Jürgens, aa.O. (Ann. 1), S. 27 ff.
- (43) Ulsenheimer, aa.O. (Ann. 37), Rdn. 2.
- (44) Jürgens, aa.O. (Ann. 1), S. 105 ff. これを支持するものとして、萩原・前掲注(一)二二六頁以下。わが国で防御的医療を説くものとして、米田・前掲注(一)二九六頁以下がある。

- (45) 佐伯・前掲注(3)三二〇頁以下、笹倉・前掲注(3)三六頁注(25)。さらに、井田・前掲注(3)二三五頁も参照。
- (46) 判決確定前の処分という例外的ケースも含めて、樋口範雄『医療と法を考える』(有斐閣、二〇〇七年)六二頁以下参照。
- (47) なお、医療過誤に対する過度の処罰が、医療過誤の隠へいにつながる懸念も表明されている(山本輝之「医療事故への刑事法の介入」年報医事法学一八号(二〇〇三年)八九頁以下)が、医療過誤に限定されない懸念という限りにおいては、防衛的医療と同じように考えることができる。
- (48) Greiff, aaO. (Ann. 1), S. 350 f.
- (49) Greiff, aaO. (Ann. 1), S. 356. Vgl. auch Jürgens, aaO. (Ann. 1), S. 246.
- (50) 古川・前掲注(22)二八頁。
- (51) Koch, aaO. (Ann. 2), S. 218.
- (52) Koch, aaO. (Ann. 2), S. 220 f.
- (53) Koch, aaO. (Ann. 2), S. 248.
- (54) オーストリアの立法は、過失犯の処罰の限定の際に「常に参照されてきた。Vgl. Koch, aaO. (Ann. 2), S. 212 f.; Greiff, aaO. (Ann. 1), S. 100 ff.; Jürgens, aaO. (Ann. 1), S. 85 ff. わが国の文献として、米田・前掲注(8)『機能的刑法と過失』八三頁、古川・前掲注(22)二三頁。
- (55) 佐伯・前掲注(3)二七一頁。飯田英男「刑事司法と医療」ジュリー一三三九号(二〇〇七年)六四頁以下や萩原・前掲注(一)一四八頁が、わが国の判例が重過失による限定を考慮してきたと評するのも、その意味においては理解しうる。
- (56) Dekker op. cit. pp. 26-31.
- (57) とりわけ名誉毀損罪では、処罰範囲の不明確さが萎縮効果につながるものが指摘されている。近時の論稿としては、たとえば、三上正隆『名誉毀損罪における真実性の誤信』的法的処理」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』(成文堂、二〇一四年)八六頁以下。
- (58) Rosenau, aaO. (Ann. 12), S. 41.
- (59) 最決平成一九年三月二六日刑集六一卷二号一三二頁。
- (60) こうした分析につき、樋口亮介「判批」ジュリー一三三二号(二〇〇九年)一四二頁を参照。

- (61) 前掲注(33)の文献を参照。
- (62) 高橋則夫『規範論と刑法解釈論』(成文堂、二〇〇七年)七八頁以下。
- (63) Duttge, Zur Bestimmtheit des Handlungsumwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, 2001, S. 140 ff. Mikus, Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts, 2002, S. 36 ff. 近時の文献として Duttge, Wider die Palmströmsche Logik: Die Fahrlässigkeit im Lichte des Bestimmtheitsgebotes, JZ 2014, S. 261 ff. わが国で過失犯における明確性に一定の疑念を示すものとして、佐久間修「過失犯における刑罰法規の明確性」森本益之ほか編『大野眞義先生古稀祝賀 刑事法学の潮流と展望』(世界思想社、二〇〇〇年)一九八頁。
- (64) Duttge, aa.O. (Anm. 63), Zur Bestimmtheit, S. 127 ff. 211 f.
- (65) 佐久間・前掲注(63)二〇〇頁。類似のものとして、井田良「刑法総論の理論構造」(成文堂、二〇〇五年)一二四頁以下。
- (66) 一例として、東京地判平成二三年三月二八日判時一七六三号一七頁。それを支持するものとして、井田良「変革の時代における理論刑法学」(慶應義塾大学出版会、二〇〇七年)一七七頁。なお、このように考えたとしても、以下の本文で述べるように、「悪しき慣習」を是認することにはならない。医療「水準」が刑事過失において果たす役割については、船橋亜希子「医療過誤における注意義務の一考察」法学研究論集三八号(二〇一三年)一〇八頁以下が詳しい。また、刑法上の回収義務との関連で、コンプライアンス・プログラムの遵守を考慮する岡部雅人「刑事製造物責任における『回収義務』について」法研論集(二〇〇七年)一一七頁も、類似の立場と思われる。
- (67) Vgl. Mikus, aa.O. (Anm. 63), S. 174 ff.
- (68) Duttge, aa.O. (Anm. 63), Zur Bestimmtheit, S. 460 f. なお、その中で述べられている警告表象の具体化については、拙稿「予見可能性の『契機』の具体的内容について」法学新報一一六巻七〇八号(二〇〇九年)五〇頁以下を参照されたい。
- (69) 高橋・前掲注(62)七九頁以下。医療過誤との関連においては、佐伯仁志「英米における医療過誤への刑法上の対応」刑事法ジャーナル二八号(二〇一一年)三五頁、甲斐克則「医療事故」法教三九五号(二〇一三年)二七頁も参照。
- (70) 小田直樹「過失犯の構造と認定」『三井誠先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、二〇一二年)一四〇頁以下。類似の指摘として、高木典雄「自動車における業務上(重)過失致死傷事件における過失の認定について」司法研修報告書二一輯二号(法曹会、一九七〇年)一一頁。

(71) 松宮孝明 『刑事過失論の研究〔補訂版〕』（成文堂、二〇〇四年）三〇六頁が予見の「可能性」をめぐる議論が立ち遅れていると指摘しているように、過失犯における「可能性」判断には問題が残されていることを、ここで強調しておきたい。

〔付記〕

斎藤信治先生は、「人並みの法益尊重心」を欠いたか否かを主たる判断基準とされ、謙抑的な処罰と当罰性の要請をいずれも満たしうる過失論を探究してこられた。本稿がその議論の深化に些かでも資することを願いつつ、今後の先生のますますのご健勝をお祈りし、謹んで本稿を先生に献呈する次第である。

（大東文化大学准教授）