

# 交通事故および医療事故と引受け過失

松 原 久 利

## 1 はじめに

引受け過失とは、熟練あるいは専門知識が必要な活動について、必要な熟練・専門知識が欠けているにもかかわらず、そのような行為を実行する場合、直接法益を侵害する行為（結果行為）時には予見不可能あるいは結果回避不可能であっても、それ以前の行為を引き受ける行為（原因行為）時点に遡って、その行為に過失犯の実行行為性が認められ、予見可能性・結果回避可能性が認められれば過失犯の成立が認められることをいう。実行行為が、直接法益を侵害する行為から予見・結果回避不可能の原因となった事前の行為へと遡及ないし前倒しされることになる。ここでは、犯罪を構成するすべての要素は実行行為時に存在していなければならないという同時存在の原則の問題状況が、構成要件のレベルで生じることになる。<sup>1)</sup>

過失犯においては、原因において自由な行為を適用する必要はないともいわれている<sup>(2)</sup>。故意犯とは異なり、実行行為を、直接法益を侵害する行為からそれ以前の原因行為に前倒しすることができるとする根拠はどこにあるのであろうか<sup>(3)</sup>。また、前倒しすることができるとした場合、どこまで前倒しすることができるのか、その要件はどのようなものであるかが問題となる。そこで、本稿は、引受け過失が問題となる医療事故、および近年新たな犯罪類型が新設された危険運転致死傷罪を含む交通事故を素材として、結果行為時に構成要件該当性を欠く行為について、事前の行為に基づく可罰性の基礎づけの根拠および要件について検討することとする。

## 2 過失犯における実行行為の前倒しの根拠

### (1) 過失行為の定型性

結果行為時に結果が予見不可能あるいは回避不可能であっても、過失犯の場合は過失行為の定型が緩やかであり、結果はその過失行為と相当因果関係があれば足りるために、過失行為を結果行為よりも遡って認めることが可能であると主張がある<sup>(4)</sup>。

ドイツにおいても、過失による実行行為の開始は未遂の限界に結び付けられないこと、過失犯の場合、予備と実行行為の開始の区別は存在しないこと、構成要件該当行為は任意に広く結果の原因の連鎖において前に移動させることができ、故意犯であれば予備行為に当たるような行為が過失犯では実行行為とされうること、また、構成要件実現に対する行為者の主観的關係は過失犯においては必要なく対応関係はないこと、過失犯の可罰性の基礎づけのためには、先行行為と結びつけることができることから、原因において自由な行為は問題とならないとされている<sup>(5)</sup>。このように、前段階

への前倒しは過失犯の一般原則から根拠づけられるという同様の根拠から、引受け過失という特別な理論は必要でないともいわれている。<sup>7)</sup>

実行行為における危険性について、過失犯の実行行為の要件としての危険性は、危険のコントロールがでなくなつたとき(制御できない危険)に実質的な危険性が認められ、法益侵害の切迫性は要件ではなく、危険の制御を失つたことによる法益侵害の(ある程度の)確実性が要求されるとして、過失の競合においては、直近(後行)行為では結果の回避できない場合に初めて先行行為自体が禁止され、実行行為は先行行為に遡るとの見解も主張されている。<sup>8)</sup>

これに対しては、過失犯に未遂処罰規定が存在しないことと実行行為を前倒しすることは別問題であり、過失犯と故意犯の実行行為が異なることが前提とされているが、故意の認識対象と過失の予見可能性の対象を異なるものとしないうり、両者の実行行為の危険性の差を理由づけることはできないと批判されている。<sup>9)</sup>

また、ここで要求される予見可能性は「結果」の予見可能性ではなく、「結果回避可能性のない状態に陥ること」の予見可能性であり、最終結果との関係では間接的な予見可能性にとどまる。<sup>10)</sup>このような間接的危険は当然には禁止の対象とはなりえず、そのような間接的危険を直接的な結果惹起行為と同視するものであり、故意犯では予備に過ぎない、行為遂行の直接的開始とはいえない行為、本来実行行為とみなしえない行為に構成要件該当性を認めることになり、同時存在原則に違反すると批判されている。<sup>11)</sup>

厳格な直近過失一個説によれば、実行行為の前倒しを認めるためには、原因において自由な行為を構成要件段階においても適用するといった特別な法理が必要となるが、過失併存説によれば、理論的には前倒しではなく、直近の過失行為が認められない場合には、その前段階の過失の成否を検討すれば足り、特別な法理の適用は必要ではないということになる。ただし、この場合、過失犯の実行行為は故意犯の実行行為とは異なることが前提となる。

## (2) 原因において自由な行為との類似性

過失犯において可罰性が広く肯定できるのは、実行行為の時点で過失が存在しなければならぬという同時存在の原則の例外ではなく、過失犯の結果の帰属構造が、原因において自由な行為の帰属構造との類似性をもつことに理由があると主張されることもある<sup>(12)</sup>。結果回避が不可能な(自由でない結果回避無能力)状態を招いたことについて、行為者に責に帰すべき理由が存在する(原因において自由であった)場合に、結果の帰属が可能になるとされる<sup>(13)</sup>。

また、過失犯は法定された原因において自由な行為であるとの見解も主張されている。旧過失論の論理は、過失犯を原因において自由な行為の一種として捉えるものであり、物理的な可能性を前もって維持しておく注意義務に違反して物理的可能性を自ら消滅させた者、または事実認識を前もって獲得する注意義務に違反して結果予見を持たなかった者は、「例外的に」責任阻却の抗弁の主張適格を失い、一定限度の刑事責任を負うというのが過失制度の趣旨であると考えられる<sup>(14)</sup>。過失犯においては、結果回避義務は、結果回避義務を充足することができる状態を維持・確立する、あるいは行為能力を維持・回復する義務をも含み、この義務は結果行為時から原因行為時へと前倒しされるといふ考え方が、その前提にある<sup>(15)</sup>。

しかし、責任能力ないし限定責任能力を自招する原因において自由な行為の場合、結果発生時に構成要件に該当する違法な行為が存在するのに対して、引受け過失の場合は、結果発生時には刑法的評価の対象とすべき構成要件該当行為が存在しないという相違がある<sup>(16)</sup>。結果行為時点で行為無能力が生じた場合には、行為無能力は単に責任を阻却するものではなく、構成要件該当性を排除し、一定の条件下での原因行為により、いわば自動的に結果発生に至る因果経過が開始してしまい、事前の原因行為に所為の起点として結果惹起の危険創出を認めることができる場合がある。これに対して、責任無能力時の結果行為は意思的の行為であり、構成要件に該当する違法な実行行為である。このように、構成要件

に該当しない行為無能力・結果回避不可能な行為と、構成要件に該当するが責任を阻却する責任無能力の行為とは異なるというべきである。したがって、行為無能力と責任無能力を区別する限り、これを共通の問題として論ずることは妥当でない<sup>(17)</sup>。やはり、行為能力、結果予見・回避可能性を欠く結果行為は、問責対象となる構成要件該当行為とはいえないのであるから、この場合に過失犯の成立を認めるためには、引受け過失または原因において自由な不作為の法理が必要となるというべきである。

### (3) 過失犯における実行行為の前倒しの根拠

犯罪の成立を阻却する状態を回避可能な形で惹起し、その際少なくともそのような犯罪を行うかもしれないことが予見可能であった場合には、広く事前責任の理論により犯罪が成立するとの見解も主張されている<sup>(18)</sup>。しかし、原因行為に責任があるというだけでは、構成要件該当性を欠く結果行為の可罰性を基礎づけることはできない。罪刑法定主義の要請から、いかに非難すべき行為であっても、構成要件に該当しない限り処罰することはできないのであるから、故意または過失により行為能力、結果予見・回避不可能性を惹起したことを非難できるというだけでは、その行為の構成要件該当性を基礎づけることはできないのである。

引受け過失の可罰性を肯定するためには、結果行為時の直接的な法益侵害行為以前の段階における原因行為により自ら行為無能力、結果予見・回避不可能にすることが、少なくとも構成要件的な実行行為の重要部分を構成することが承認されなければならない。そのために決定的に重要なものは、注意義務が事前のどの段階で発生するといえるか、また、その注意義務に、行為能力、結果予見・回避可能性を維持・回復する義務という前倒し可能な義務が含まれるかという問題である。

過失犯の実行行為は、注意義務が現実化し、その違反の結果、構成要件の結果発生の現実的危険が発生する段階に至った時点から始まるといえるのであるから、単に自ら責に帰すべき行為無能力、結果予見・回避不可能な状態を開始したことにより、直ちに実行行為を認めることはできない。行為者が行為能力、結果予見・回避可能性を維持しなければ構成要件の結果が発生する危険のある状況を作り出し、あるいはそのような危険のある行為の開始時ないし実行中において、少なくともそれを認識することが可能である場合には、行為能力等を維持・回復するなど、結果発生を回避するための措置を採ることが可能であり、それにより結果発生が回避できる時点で、注意義務は現実化するといつてよい。

したがって、引受け過失は、このような一定の状況下で事前に回避すべき状況にもかかわらず、回避されずに現実化した構成要件実現の危殆化の場合であり、結果行為に先行する段階で行為能力、結果予見・回避可能性を維持することが必要であり、注意義務の発生を基礎づける状況の下で、重要な中間段階なしに自動的に障害なく構成要件の結果発生に至る因果経過をその支配領域から解放し、因果経過に結果回避への影響力を及ぼす可能性を失わせることになるような、行為無能力、結果予見・回避不可能な状態を生じさせる行為の開始時点から実行行為を認めることができるというべきであろう。したがって、もはや結果行為時の行為無能力、結果予見・回避不可能性を採用することはできないのである。

#### (4) 引受け過失の要件

引受け過失は、実行行為を前倒しするのであるから、その成立のためには原因行為の時点で過失犯のすべての成立要件を充足することが必要である。<sup>(20)</sup> 過失犯の実行行為を故意犯の実行行為と同様に考える立場からは、当該結果の回避が可能であった時点で、引受け行為に結果発生の現実的危険が認められ、行為者がこの危険を予見することができ、当該

結果発生 of 具体的予見可能性、すなわち自己の行為が当該結果を回避する能力を不当に制限し、結果回避無能力状態に陥ること、およびそれにより結果が発生することの具体的な予見可能性が存在しなければならず、この危険性が発生した結果に実現したことが必要とされる。<sup>21)</sup> また、故意を想定した場合に未遂の開始の要件が充足される行為についてのみ前倒しが可能であるともいわれる。<sup>22)</sup> さらに、引受け過失による過失犯の可罰性が基礎づけられるのは、結果回避可能性あるいは認識可能性の欠如自体を回避することが義務付けられている場合や、道路交通・医療のような事前に結果回避のための能力が要求されるような特別な領域に限られるとの限定も試みられている。<sup>23)</sup> 一定条件の下での行為の開始自体が、その後の物理的結果回避可能性を消滅させ、自動的に結果へとつながる結果行為の起点と考えられる場合に初めて、過失結果犯の成立が認められるとの根拠からである。<sup>24)</sup>

これに対して、過失は故意との関係において独自の非難であり、直接的な構成要件実現の開始への故意犯の法律上の限定は、過失犯とは何ら関係はないといわれることがある。<sup>25)</sup> また、故意作為犯にとって決定的な心理的障壁の突破という視点が欠如する過失犯の実行為は、故意犯の実行為と異なることを正面から認めるべきであるとする見解も主張されている。予見可能性の対象は注意義務確定を基礎づける危険であり、この危険に対する予見可能性と、当該危険の防止との比例性という視点に基づいて確定される注意義務の違反が過失犯の実行為とされるのである。<sup>26)</sup> 故意犯においては対応物を持ちえない客観的な注意義務違反が過失犯における実行為であるとの立場においては、必ずしも故意犯の場合と平行に考える必要はないことから、<sup>27)</sup> 実行為の前倒しは可能といえる。そのためには、問題となる原因行為時に注意義務を基礎づける危険の存在が認められ、その危険が予見可能であり、結果を回避するための措置を講じることが可能であり、これにより結果回避が可能であることが必要である。自己の活動の引受けの危険性を認識できない場合は、注意義務を基礎づける危険の予見可能性が否定されるために、過失犯は成立しないことになる。<sup>28)</sup>

こうして、直接構成要件の結果を発生させる結果行為が、行為能力、結果予見・回避可能性が欠如するために実行行為とはいえない場合であっても、原因行為の段階で注意義務を基礎づける危険が存在し、その時点においてすでにその危険が予見・回避できた場合には、過失により行為能力、結果予見・回避可能性を排除する原因行為に実行行為を認めることができる<sup>29)</sup>といえる。注意義務を基礎づける一定の状況の下での行為無能力、結果予見・回避不可能性の場合は、引受け行為が障害なく結果発生へと至る危険を発生させるといえるのであるから、行為能力、結果予見・回避可能性消失状態での行為による結果発生の予見・回避可能性があれば、過失を認めてよいと思われる。

したがって、引受け過失は、予備行為を処罰するものではなく、後の行為無能力、結果予見・回避不可能性を生じさせないように、行為能力、結果予見・回避可能性を維持・回復する義務を基礎づける一定の事情の下での引受け行為自体が実行行為であり、同時存在原則の例外ではない。また、このような注意義務が生じる基礎をなす危険およびその予見可能性の確定が必要であるから、間接的危険を直接的な結果惹起行為と同視するのではなく、無限に過去に遡って処罰し得ることもならない<sup>30)</sup>といえる。

交通事故や医療事故の場合には、結果行為時には行為無能力、結果予見・回避不可能であったとしても、原因行為（運転・医療行為開始）時に運転・医療技術・知識・経験・能力の欠如、アルコール・薬物・病気等の影響により、運転・治療開始時に結果行為時の行為無能力、結果予見・回避不可能状態を回避して行為能力、結果予見・回避可能性を維持・回復する注意義務を基礎づける危険があり、それが予見可能な場合には、その時点で運転・治療を中止する義務（治療行為の場合、知識を補充し、能力を修得する、技術・知識・経験・能力のある他の専門家を招くか、他の医療機関に移送する義務）があり、この注意義務違反が過失犯の実行行為を基礎づけるのである<sup>31)</sup>。



### 3 危険運転致死傷罪

#### (1) 自動車運転致死傷罪為処罰法二条一号と三条

二〇一三年に自動車運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律(自動車運転致死傷罪為処罰法)が成立し、危険運転致死傷罪は刑法典から同法に移されるとともに、アルコール・薬物の影響類型(三条一項)と、一定の病氣の影響により(三条二項)「その走行中に正常な運転に支障が生じるおそれがある状態で、自動車を運転し、よって」、アルコール・薬物・病氣の影響により「正常な運転が困難な状態」に陥り、人を死傷させた行為が新設され、従来型の危険運転致死傷罪と過失運転致死傷罪の中間類型としてその処罰対象行為が拡張された。従来型の二条一号類型の実行行為が「アルコール又は薬物の影響により正常な運転が困難な状態で自動車を走行させる行為」であるのに対して、三条一項、二項の類型は「正常な運転に支障が生ずるおそれがある状態で、自動車を運転」する行為が実行行為という相違がある。三条一項、二項の類型も、客観的に「正常な運転が困難な状態に陥」ることが要求されるが、これは因果経過の中間結果として要求されるのであって、それについて故意は必要ではないとされる。これは、結果的加重犯において加重結果との間に中間結果の要件を立てるのに等しく、犯罪類型としては珍しいともいわれている。生命・身体に対する抽象的な危険のある運転を故意に行ったことにより、生命・身体に対する具体的危険が生じ、その現実化としての人の死傷が発生した場合に処罰される犯罪という点で、三条一項、二項は二条一号の故意の内容・立証を緩和した規定とすることができる。<sup>(33)</sup>

三条に対しては、以下のような批判が加えられている。抽象的危険と発生した事故との間に、現実化といえるほどの論理的関係が認められるかは疑問である。<sup>(34)</sup> 運転中止義務違反の過失があるにすぎず、注意義務を根拠づける危険をはら

んだ態度が早い段階にずらされているにすぎない。<sup>(35)</sup> 本罪の故意と引受け過失によって認められる過失が近接化してしま<sup>(36)</sup>う。

ここでは、二条一号の危険運転行為および五条の過失運転行為から区別された本罪の実行行為の要件および故意の内容が問題となる。なお、意識喪失状態での運転の場合を「原因において自由な不作為 (omissio libera in causa)」と考<sup>(37)</sup>える余地があるとの指摘があることが注目される。

## (2) 原因において自由な行為との関係

二条一号、三条により、交通事故犯の領域における原因において自由な行為の適用をもって可罰性を確保すべき場合をほぼ網羅したことから、この法理を不要なものとしたとの評価がある。<sup>(38)</sup> しかし、「正常な運転が困難な状態」が常に責任無能力・限定責任能力を意味するわけではなく、また、運転行為自体が心神喪失・耗弱状態で行われた場合には、なお原因において自由な行為の問題が生ずる余地があるから、原因において自由な行為の法理を不要とするとはいえないであらう。<sup>(39)</sup>

また、三条二項の病気類型の場合、一定の病気ゆえに正常な運転に支障が生じるおそれがある状態で運転するだけでは危険の自招性を認め難く、症状に実際に結果を発生させる類型的危険がなければ処罰の前提を欠くと批判されている。<sup>(40)</sup> たしかに、病気類型については、一定の病気に罹患しているという理由だけで直ちに実行行為性が認められるわけではないという点に注意が必要である。

### (3) アルコール・薬物の影響類型

二条一号の実行行為は「アルコール又は薬物の影響により正常な運転が困難な状態で自動車を走行させる行為」であるから、故意の成立には、この段階においてその認識が必要である。しかし、アルコール・薬物の影響で意識消失状態に至った場合、この段階では実行行為を認めることはできない。そこで、「正常な運転が困難な状態」と評価される時点を遡らせ、意識消失に陥る直前の段階において既に行為者が身体能力や認識能力に関して著しい異常を自覚しているのであれば、この段階の運転行為を実行行為と評価して、この実行行為の因果経過として、行為者が居眠り運転に陥って被害者を死傷させたとして二条一号の罪の成立を認めることができるとの見解が主張されている<sup>(4)</sup>。このような故意犯における実行行為の前倒しが許容される根拠は何であろうか。その一つの可能性として、「原因において自由な不作為」の理論があり得るように思われる<sup>(5)</sup>。

また、運転を開始する段階で自らが「正常な運転が困難な状態」に陥ることを予見しており、その後、行為者の予見通り、「正常な運転が困難な状態」に陥り、死傷事故が生じた場合には、二条一号の罪が成立する余地を認めるべきであるとも主張されている。この場合、実行行為段階よりも早い時点の故意を認定するものであり、両者の判断時期がずれてくることになるが、事前の意思決定に支配されて、その後の危険運転行為が行われたと評価できる限度で、このような「ずれ」を正当化する根拠があるとされる<sup>(6)</sup>。しかし、これは責任能力と実行行為の同時存在の問題ではなく、故意と実行行為の同時存在の問題であり、この観点から事前の故意を根拠とすることには疑問がある。

三条一項の実行行為は「アルコール又は薬物の影響により、その走行中に正常な運転に支障が生じるおそれがある状態で、自動車を運転」する行為である。これは、「正常な運転が困難な状態」までには至らないものの、自動車を運転するのに必要な注意力や判断能力、あるいは操作能力が相当程度減退して危険性のある状態か、そのような危険性のある

る状態になり得る具体的なおそれのある状態をいうと解されている<sup>(44)</sup>。故意の要件としては、「走行中に正常な運転に支障が生じるおそれがある状態」で自動車を運転することの認識を要し、かつそれで足り、具体的にいつの時点でそのような状態になるかまでを認識している必要はないとされる<sup>(45)</sup>。具体的には、酒気帯び運転に相当する程度のアルコールを身体に保有する状態、意識障害をもたらす薬理作用のある薬物を摂取したこと、および自動車を運転したことの認識があれば足りるとされる<sup>(46)</sup>。したがって、正常な運転ができないおそれがある状態を基礎づける具体的な事実の認識の有無によって二条一号の罪と区別されることになる<sup>(47)</sup>。

#### (4) 病気の影響類型

従来、過失運転（自動車運転過失）致死傷罪とされていた行為のうち、「病気」の影響により、その走行中に正常な運転に支障が生じるおそれがある状態」にあることの認識があり、「正常な運転が困難な状態」に陥り、そのために死傷結果が生じた場合に本罪が成立する。本罪における「病気」は、統合失調症、てんかん、再発性の失神、低血糖症、躁鬱病、睡眠障害のうち、一定の症状を呈するものや発作が再発する恐れのある状態のものに限定されている。また、特定の病名に該当することのみをもって運転行為の危険となるものではないから、自動車運転にとって危険な状態となる症状がいかなるものであるかに積極的に着目することがより適切とされる<sup>(48)</sup>。

中間結果として要求される「正常な運転が困難な状態」は、意識障害や運動障害をもたらすものの場合、そのような症状が現れた時点で、適切な運転行為を行うことは不可能といえるから、「正常な運転が困難な状態」に当たるといつてよい。実行行為として要求される「正常な運転に支障が生じるおそれがある状態」は、正常な運転が困難な状態に陥る抽象的危険のある状態と解されており<sup>(49)</sup>、病識があり、医師から処方された薬の服用を怠るなどとしており、いつ発作

が起きてもおかしくない状態での運転であれば、これを認めてもよいといわれている。<sup>(50)</sup>

故意として要求される「正常な運転に支障が生じるおそれがある状態」の認識は、具体的な病名の認識までは不要であり、自動車の運転に支障をきたすような何らかの病気のために、正常な運転に支障が生じるおそれがある状態にあることを認識していれば足りるとされている。過去に発作による意識消失の経験がある、家族・医師から注意・指導されていたような場合には、故意を肯定できるとされている。<sup>(51)</sup> そうすると、改正以前は過失運転致死傷とされていた行為のうち、どの範囲について本罪が成立することになるのであるのか。引受け過失による過失運転致死傷罪との関係が問題となる。

#### 4 判例

判例は、結果行為時に行為無能力、結果予見・回避不可能であった場合に、原因行為時の過失の存否によって過失犯の成否を判断している。

##### (1) 医療事故

大阪地判平成一六年十一月九日刑事医療過誤Ⅲ六〇頁は、准看護師である被告人が、薬剤名を確認することなく、指示された精神安定薬剤と強心剤を取り違えて、これを静脈注射し、患者が薬物ショックにより死亡した事案について、「医師の指示は被告人が今まで直接・間接に聞いたことがない方法であったことから、動揺するのもしやむを得ない面があったと思われる」としたが、過失犯の成立を認めた。これは、看護師がこれまで経験のない指示を受けた場合には、

医師に再確認するか、同僚や看護師長に相談するのが医療安全対策の基本であり、薬剤を取り違えた理由にはならないとしたものであろう。

酒田簡裁略式命令平成一七年三月二九日刑事医療過誤Ⅲ六八頁は、医師である被告人が、入院患者に対して、経験がない療法による薬剤投与法を実施するにあたり、看護師に過剰投与させて患者が腎不全により死亡した事案について、「当該薬剤を過剰に投与した場合…重篤な腎障害などを引き起こして患者を死亡させるおそれがあったのであるから、複数の医学文献を参照し比較検討することはもとより、同療法に熟練した医師に指導及び助言を仰ぐなどして同抗癌剤を適正に投与すべき業務上の注意義務があるのにこれを怠り、自己所有に係る医学文献一冊を参照したのみで複数の医学文献を参照して比較検討せず、同療法に熟練した医師の指導及び助言を仰ぐこともせず…記載を誤って解釈した上」、看護師に過剰投与させた過失を認めた。

東京高判平成一九年六月五日刑事医療過誤Ⅲ一七九頁は、医師三名が、前立腺がん治療のため腹腔鏡下前立腺全摘除術を行うに際し、いずれも本術式を安全に施行するための知識・技術・経験がなかったにもかかわらず、本術式を開始したことにより、手術中のたび重なるミスのため、大量出血させ、患者を低酸素脳症による脳死に起因する肺炎により死亡させた事案について、「被告人ら三名はいずれも本術式を安全に施行するための知識、技術及び経験がなく、DVC等の止血処理が十分にできず、開腹術への変更の判断が遅れて大量に出血し、患者が低酸素脳症による脳死に至るおそれがあることを十分に予見できたのであるから、患者の生命身体に危険のある本術式を選択することを厳に避けるべき業務上の注意義務があるのにこれを怠」ったとして、業務上過失致死罪の共同正犯の成立を肯定した原審の判断を是認した。本判決は、当該治療に必要な十分な知識・技術・経験がない医師は、当該治療方法を選択することを回避すべきであり、過失の実行行為を、知識・技術・経験を有することなく高度な術式により手術を行うことそれ自体に認めたも

のである。<sup>(53)</sup>

大阪地判平成二二年二月七日 LEXDB25470182は、はり師免許を受けていない被告人が、はりを業とし、はりを施術するのに必要な専門知識および技能を修得していないにもかかわらず、背部へのはり施術をして、被害者に両側緊張性気胸の傷害を負わせ死亡させた事案について、「生命、身体への危険の特に高い背部への施術を差し控えるべき注意義務があった」として、業務上過失致死罪の成立を認めた。

奈良地判平成二四年六月二二日判タ一四〇六号三六三頁は、良性腫瘍を肝臓がんと誤診し、専門外で肝臓摘除手術の執刀経験がないにもかかわらず安全に手術できると軽信し、不十分な人員態勢のまま手術を開始して、大量出血させ患者を死亡させたという事案について、「本件腫瘍の切除は、肝切除の中でも、より高度の専門性を必要とするものであった：手術を安全に実施するための人員態勢として不十分であることを認識し、その実施を厳に避けるべき業務上の注意義務があった」として、二人の医師の共同過失行為を肯定した。

なお、最判平成一七年一月一五日刑集五九卷九号一五五八頁は、耳鼻咽喉科では極めてまれな症例である滑膜肉腫を扱った経験がなく、選択されたVAC療法を実施した経験がなかった大学病院の主治医Xは、VAC両方を実施することとし、その指導医Yは、文献等を確認することなくこれを了承し、耳鼻咽喉科科長Zは、VAC療法の具体的内容やその注意点などについては説明を求めず、副作用等についても確認しないままそれを了承し、患者は、週一回投与すべき薬剤を七日間連日投与され死亡したという事案について、当該薬剤は「使用法を誤れば重篤な副作用が発現し、重大な結果が生ずる可能性があり、現に過剰投与による死亡例も報告されていたが、Zを始めXらには、このようなことについての十分な知識はなかった。さらに、Zは、本センターの耳鼻咽喉科に勤務する医師の水準から見ても、平素からXらに対して過誤防止のため適切に指揮監督する必要性を感じていた。Zには、VAC療法の実施に当たり、自らも

その副作用と対応方法について調査研究した上で、Xらの：副作用に関する知識を確かめ、副作用に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Zに報告するよう具体的に指示すべき注意義務があった」として、それを怠った過失が認められるとした。

本判決は、監督的立場にある医師が経験のない医師を投入する場合には、事前に知識の補充、誤りのない投薬計画の立案・報告の指示等の予防措置を講じる安全教育的な指導という監督義務、および自身の直接的な対応措置義務があり、この注意義務違反を過失行為としたものといえる<sup>53)</sup>。

このように、医療事故においては、患者の生命・身体に対する危険性のために、高度の専門知識・技術・能力・経験が必要な治療行為の場合、当該治療行為に必要な知識・技術・能力・経験がない医師は、その認識がある限り、そのような医療行為を選択すべきではなく、これを回避し、必要な知識・技術・能力・経験のある医師のいる医療機関に移送すべきであり、選択するのであれば、事前に十分な調査・研究をする、あるいは適切な専門家の助言・指導を仰ぐなどの患者の安全を確保する措置を講じる業務上の注意義務が肯定される。この注意義務に違反して治療行為を引受け開始すること自体が過失犯の実行行為と認められる。

## (2) 交通事故

### 1) 過失運転致死傷

a) 居眠り運転 居眠り運転による交通事故については、睡眠不足、過労のために眠気・疲労を自覚した時点で、停車して仮眠をとるなどの適切な措置を講じることなく漫然と運転を開始・継続すれば、正常な運転が困難になることは容易に予測されるところであるから、運転を差し控え、あるいは中止し、事故の発生を未然に防止すべき注意義務が



あるのに、これを怠り運転を継続した過失により死傷結果を生じさせたとして、過失運転致死傷罪の成立が認められている。<sup>55)</sup>

b) てんかん発作 てんかん発作による意識障害に基づく交通事故については、①事故以前にてんかん発作による意識消失、これに基づく人身・物損事故を繰り返すなど、病気に罹患していることを認識し、②医師の治療を受けており、③通院・治療を中止し、あるいは服薬を懈怠・失念し、④医師から自動車運転を控えるように注意・指導されていたにもかかわらず運転を開始すれば、運転中に発作が起こり、けいれん、意識喪失等により自動車が制御不能となる事態を予見することは可能であるから、運転を中止して運転中にてんかん発作を起こすことよって生ずる事故の発生を未然に防止すべき自動車運転（業務）上の義務があるのに、これを怠り運転を開始・継続した過失により死傷結果を生じさせたとして、過失運転致死傷罪の成立が認められている。<sup>56)</sup>

なお、この類型については、病識がない場合とある場合とを区別し、病識がない場合には原則として責任を問えないが、病識がある場合で医師の治療がない場合には責任を問うことができ、医師の治療中は責任を問うことができないうのが原則であるが、ただし医師の指示を無視、薬の服用を怠る場合は治療なしの場合と同様であり、医師が運転を禁じる場合には責任を問い得るとの分析がある。<sup>57)</sup> また、事故以前にてんかんの診断を受けたことがなく、自分がてんかん患者であることの明確な認識はなかった場合でも、以前から年に一回ないし二・三回程度の頻度で一時的な意識障害に陥る発作が起きていたこと、そのことを十分認識していたことから、運転中止義務を認めた例がある。<sup>58)</sup>

これに対して、病識がないか、少なくとも不明な場合、たとえば後頭葉てんかんに罹患しており、事故当時意識水準の低下が生じていた可能性があり、自己の行動制御能力を失って事故を惹起したものでないとするには合理的疑いが残るとして無罪としたものがある。<sup>59)</sup> なお、かねてからてんかんの発作を繰り返し、事故当日長時間の運転の上、睡眠

不足と過労状態のために眠気を催し、それとともにてんかん発作を起こした結果、ハンドル操作が不可能となり事故を起こした事案について、意識障害のため、周囲の状況に応じて結果の発生を予見し、これを回避する行動をとることは不可能であつて、心神喪失の状態にあつたとして無罪とした例がある。<sup>(60)</sup>

てんかんの場合、有罪例は、いずれも運転者がてんかんであること、あるいはその症状を行為者が事故以前から認識していたことが前提とされており、注意義務を基礎づける事情である運転中にてんかん発作が起こるかもしれないという危険の予見可能性から運転中止義務を肯定し、運転を開始・継続したこと自体に過失を肯定しているといつてよい。<sup>(61)</sup>

c) 睡眠時無呼吸症候群 睡眠時無呼吸症候群に基づく交通事故については、予兆なく、眠気を催さないまま急激に睡眠状態に陥つた場合には、運転中止義務違反の過失を認めることはできないとされている。<sup>(62)</sup> その中には、結果回避義務が認められるためには結果予見可能性、結果回避可能性に加えて、当該注意義務が行為者に現実的に履行可能なものであること（注意義務の現実性）が必要であるとして、この注意義務の現実性が欠けるとするものがある。<sup>(63)</sup>

これに対して、睡眠時無呼吸症候群に罹患していたとしても、事前に眠気を感じていた場合には、このまま運転を継続すれば仮睡状態に陥つて前方注視が困難になることを予見することは可能であり、直ちに運転を中止することが可能であるから、運転中止義務が肯定され、それにもかかわらず運転を継続した過失が肯定されている。<sup>(64)</sup>

d) 低血糖症 低血糖症による意識障害に基づく交通事故については、糖尿病に起因する無自覚性低血糖により「分別もろろう状態」に陥っており、救護義務違反については故意がなく、報告義務違反については責任能力がなかったとして無罪とした例がある。<sup>(65)</sup> また、被告人は血糖値の測定を頻繁に行っており、その都度血糖値を上昇させる措置を採っており、救急搬送されてから三年半の間低血糖症による意識障害に陥つたことはなく、発進させる時点で低血糖の前兆

を感じていたということはできず、運転開始時には血糖値が通常より高い状態にあったことから、運転開始時点または運転中に低血糖状態に陥ることを具体的に予見することは實際上困難であったとしたものがある。<sup>66)</sup>

e) その他 眼鏡等使用が運転免許の条件であるのに、これを使用しないで普通乗用自動車運転して事故を起こした場合に、眼鏡を使用すればより手前で被害者を確認できたとして、眼鏡使用の注意義務とその不使用の過失が認められた例がある。<sup>67)</sup>

これに対して、過失を否定したものとしては以下の例がある。網膜色素変性症の症状である輪状暗点による視野欠損により、被害者を視認できず、前方注視義務を履行できない状態であり、病識もなかったとして運転中止義務を課すことはできないとされた。<sup>68)</sup> 完全房室ブロックによるアダムス・ストーク発作により意識消失した場合に、これまで運転を差し控えるなどの指導を受けたことがなかったとして、その予見可能性・回避可能性が否定された。<sup>69)</sup> 糖尿病に罹患し、不整脈を改善するための薬を服用していたが、体調の異変を感じてから一瞬のうちに気を失った場合に、過去に本件のような意識もろろう状態に陥った経験はなく、運転中止義務違反の過失は認められないとされた。<sup>70)</sup> 突発性過眠症による意識消失の場合に、病識がなく、約五分間の運転中に意識消失状態に陥り、安全な運転が不可能になることを予見することは困難であるとされた。<sup>71)</sup>

## 2) 危険運転致死傷

a) 薬物の影響類型 名古屋地判平成二五年六月一〇日判時二一九八号一四二頁は、運転開始前または運転中にいわゆる脱法ハーブを使用し、薬物の影響により時間的・空間的な感覚に著しい変調をきたした状態で自動車を走行させ、被害者を死亡させた場合に、この感覚の変調が生じていた状態が、道路交通の状況等に応じた運転操作を行うことが困

難な心身の状態に当たり、薬物の影響により正常な運転が困難な状態であることを認識していたものと認められるとして、改正前の危険運転致死罪の成立を認めた。<sup>(2)</sup>

大阪地判平成二五年二月一日LEXDB25502964は、自動車運転中、脱法ハーブを使用し、間もなく本件薬物の薬理作用を体感し、運転を継続し、薬物の影響により幻覚・妄想にとらわれて運転に集中できない状態で自動車を走行させたことにより被害者に傷害を負わせた場合に、正常な運転が困難な状態にあった時点では、周囲が異常な状況にあると認識していて、自分が幻覚・妄想に支配されて正常な運転が困難な状態にあると認識することはできなかった可能性が高いが、薬物の使用歴に照らすと、それ以前の段階において、通常では考えられない行動をとる可能性があることを認識していたのであるから、このまま運転を続ければ、本件薬物の影響により、異常な行動に及ぶなどして、正常な運転が困難な状態に陥るかもしれないことを未必的に認識したにもかかわらず運転を継続したことが認められるとして、改正前の危険運転致死罪の成立を認めた。これは、実行行為以前の故意、すなわち事前の故意で足りるとしている点で問題があると思われる。<sup>(3)</sup>

大阪地判平成二九年三月一三日LEXDB25545237は、運転開始前に飲んだ睡眠導入剤により仮眠状態に陥り、自転車を暴走させて対向車線に進行し、通行人に衝突させて多数が死傷した事案について、運転開始から本件事故現場に至るまで、特段注意力が相当減退して危険な状態であるとは認められず、走行経路全体における運転状況自体は特段異常がないことから、睡眠導入剤の影響により正常な運転に支障が生じるおそれがある状態にあり、その状態にあったことから仮眠状態に陥ったと認定することには合理的疑いが排斥できないこと、また、処方通りに睡眠導入剤を服用して日常不都合を生じたこととはうかがわれないことから、運転開始時に睡眠導入剤の効果が残存していると認識することができたともいえず、正常な運転に支障が生じるおそれがある状態を認識していたとは認められないとして、三条一項の

罪の成立を否定した。<sup>(74)</sup>

b) 病気の影響類型 i) てんかん発作 無免許運転中に持病のてんかんを発症して意識を失い、車線をはみ出して対向車線を走ってきた車と衝突し被害者に傷害を負わせた場合に、持病のてんかんについて十分病識があるのに、医師の処方通りの服薬をすることを怠ることが多い状態にあり、持病の発作が起きる可能性があることを十分認識し、医師から自動車の運転を止められていたのに、これに従わず自動車の運転を開始したことから、「正常な運転に支障が生じるおそれがある状態で、自動車を運転」する行為であり、かつ、この点についての認識も認められるとされた。<sup>(75)</sup>

また、三条二項の罪の故意があるというためには、病名の認識を要するのではなく、病気の特徴、すなわち病気の影響による場合には、意識障害または運動障害をもたらす発作が再発するおそれを有する何らかの病気により、正常な運転に支障が生じるおそれがあるとの認識があれば足りるとし、過去に数度運転中に意識を喪失して事故を起こし、医師からてんかんの疑いを向けられるなどして、自分にはてんかんにみられる意識喪失をもたらす発作が生じるおそれがあることを認識しており、そのまま運転を繰り返せば、運転中に同様の意識喪失の状態に陥るおそれがあることを認識し、複数の親族から、繰り返し注意を促されていたことから、意識障害をもたらす発作が再発するおそれを有する何らかの病気により、正常な運転に支障が生じるおそれがあることを認識していたものと認められるとされている。<sup>(76)</sup>

ii) 低血糖症 糖尿病患者である被告人が、インスリン注射をした後、自動車の運転を開始し、その後、低血糖による意識低下状態になり、前方の被害者の自動車に衝突させ傷害を負わせた場合に、危険運転致死傷罪の成立が認められている。<sup>(77)</sup>

なお、無自覚性低血糖症を発症していた被告人が、運転中に低血糖症による著しい意識低下状態に陥り、通行人に自車を衝突させて傷害を負わせた場合に、自らが無自覚性低血糖症を発症していることを認識していたが、一日に数回、

血糖値を測定しており、本件事故の約二時間前にも血糖値が十分に高い数値であることを確認し、約一時間前に食事により糖分を補給してから運転を開始したことから、運転中に低血糖症の影響による意識障害になる具体的なおそれを認識していたというにはなお合理的疑いが残るとして、故意を否定した裁判例がある。<sup>(78)</sup>

c) 未熟運転 自動車運転の経験がまったくない者が、自身の運転技能の未熟さを認識して運転を開始・継続して事故を起こした場合、二条三号の罪の成立が認められる。<sup>(79)</sup>

### (3) 判例における引受け過失

このように、判例は、医療事故・交通通事故においては、結果行為時に行為無能力、結果予見・回避不可能であった場合に、行為無能力、結果予見・回避不可能状態を生じさせる原因行為に実行行為性を認め、その時点での行為無能力、結果予見・回避不可能状態を生じさせる危険性、その予見可能性・回避可能性が肯定される場合には治療・運転中止義務が存在し、その注意義務違反により過失を肯定している。そのためには、医療事故であれば、治療に必要な専門的知識・技能を修得していないこと、経験がない治療方法、難易度の高い高度先進医療を知識や経験なく行うという認識、交通事故であれば、疲労、眠気を自覚していること、正常な運転操作が困難になるような一定の病気に罹患していることとの認識が要求されている。

これは、責任無能力、限定責任能力状態を自招する原因において自由な行為として捉えるのではなく、前記のような危険性が認められる時点での治療・運転行為開始自体が、行為能力、結果予見・回避可能性を消失させ、結果惹起への障害なく自動的に到達する因果経過を設定する実行行為として認められ、その時点での行為無能力、結果予見・回避不可能状態惹起の予見可能性に基づく結果予見可能性、可能な結果回避措置による結果回避可能性が認められることを根

抛として、過失犯の成立が認められているといえよう。

問題は、このような過失運転致死傷罪の成立要件と、新設された危険運転致死傷罪（アルコール・薬物影響および病気影響類型）の成立要件との関係である。後者の罪の成立が否定された場合に、前者の罪が成立する余地はあるのであろうか。前述のように、病気影響類型の過失運転致死傷罪の場合、病識、医師の治療・警告、薬服用の懈怠といった事情から、過失の成否が判断されている。危険運転致死傷罪の場合、過去の発作による意識消失の経験、家族・医師からの注意・指導といった事情から、故意が肯定できるとされている。このように、前者の罪において運転中止義務を基礎づける事情と、後者の罪において「正常な運転に支障を生じるおそれのある状態」の認識を基礎づける事情はほぼ等しいことからすると、後者の罪の故意が否定された場合に、前者の罪の過失の成立が認められる余地はほほえないようにも思われる。<sup>(80)</sup>

しかし、特に病気類型については、一定の病気に罹患しているという理由だけで直ちに危険運転致死傷罪の実行行為性が認められるわけではないという点に注意が必要である。病気の発作＝法益侵害の危険性という関係が認められるわけではないであろう。<sup>(81)</sup>したがって、客観的に事故が当該病気の影響により惹起されたと認められるかどうかを慎重に検討する必要がある。

## 5 おわりに

以上のように、現在の法律状態は、医療事故と比較して、交通事故においては非常に厳格な態度であるといえる。交通事故死の割合以上で、運転者の体調変化が事故原因となつているとの調査結果もあることから、その対策は喫緊の課<sup>(82)</sup>

題といえる。もつとも、精神科医からは、病名を特定して患者の自動車運転を制限し、あるいは過失による事故に通常人よりも重い罰を科すことには医学的根拠はなく、特定の精神疾患を持つ人が一般人よりも事故を起こしやすいというデータはないとの指摘もある<sup>(83)</sup>。他方、一定の病気や薬物摂取が運転能力に悪影響を与える場合があることも事実である。健康状態の急変等を確認することで交通事故を防止できた事案が多いことも報告されている<sup>(84)</sup>。現在、「急性の精神病状態」の有無が「安全運転に必要な能力を欠くおそれがある症状」の判断基準の大きな要点になるとされているようである<sup>(85)</sup>。「精神疾患にある者は危険な運転をする」という偏見と差別的な疾病観を形成することのないように、病気の多様性を考慮した上で、それぞれの疾患や状態像<sup>(86)</sup>ごとに運転を控えるべき具体的かつ明確な基準を提示することによる適切な適用が望まれる。

(1) この点において、ドイツにおける「原因において自由な不作為」の議論と同様の問題状況がみてとれる。Satzger, Dreimal (in causa) - actio libera in causa, *omissio libera in causa und actio illicita in causa*, JURA 2006, S. 513, 516.

(2) 西田典之『刑法総論』[第二版]（二〇一〇年、弘文堂）一六二頁、二八四頁等。

(3) 金山薫「原因において自由な行為」荒木友雄編『刑事裁判実務体系5』（一九九〇年、青林書院）一七三頁は、従来の学説は、この問題を正面からは検討していない実情にあるとする。

(4) 前田雅英『刑法総論講義』[第六版]（二〇一五年、東京大学出版会）三〇九頁、高橋則夫『刑法総論』[第三版]（二〇一六年、成文堂）三五九頁注(29)（責任無能力に陥らないようにすることも結果回避義務の内容に位置づけることができ、過失犯の一般的成立要件によって判断することができる）、成瀬幸典「過失犯と原因において自由な行為」『刑法判例百選Ⅰ総論』[第六版]（二〇〇八年、七三頁、丸山治「過失犯と原因において自由な行為」『刑法判例百選Ⅰ総論』[第七版]（二〇一四年）七七頁（原因において自由な行為の法理は、故意犯特有の責任補填原理として理解する方向が必要なのではないか）、川端博他編『裁判例コンメンタール刑法第 一 卷』[大島隆明]（二〇〇六年、立花書房）三八九頁、本間一也「過失犯と原因において自由な行為」『罪と罰・非情にして人間的なるもの——小暮得雄先生古稀記念論文集』（二〇〇五年、信山社）一六一頁、木村栄作「原因



において自由な行為の理論の適用上の諸問題」警察研究三九巻七号（一九六八年）六六頁、佐久間修「過失犯と原因において自由な行為」判タ八八号（一九九三年）二九頁、井田良「講義刑法学・総論」（二〇〇八年、有斐閣）四五五頁（過失犯については拡張的正犯概念が妥当し、正犯性が認められるためには、結果回避義務違反行為があり、結果との間に相当因果関係（と）として結果回避可能性の関係）があれば足りるから、原因行為の過及も比較的問題なく認められる。なお、西田・前掲注（二）二二二頁は、過失犯における実行行為も故意犯と異なる（と）ころはないとするが、過失犯の実行行為は過失（と）が（と）である（と）。

- (15) Puppe, Grundzüge der actio libera in causa, Jus 1980, S. 346 (350).
- (16) BGH St. 40, 341 (343) (Urt. v. 17. 11. 1994), BGHS. 42, 235 (236) (Urt. v. 22. 8. 1996). Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 64. Aufl., 2017, §20, Rn. 54, Kuhl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, §17 Rn. 95, Duttge, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MK), Bd. 1, 3. Aufl., 2017, §15 Rn. 131, Kasper, Grundprobleme der Fahrlässigkeitsdelikte, Jus 2012, S. 112 (116), Horn, Actio libera in causa-eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur?, GA 1969, S. 289 (306), Paeflgen, Actio libera in causa und §323a StGB, ZStW 97 (1985), S. 513 (524f.), Otto, Actio libera in causa, JURA 1986, S. 426 (433).
- (17) Duttge, a. a. O. (Anm. 6), MK, §15 Rn. 134, Neumann, Zurechnung und "Vorverschulden", 1985, S. 186ff., Zielinski, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Reihe Alternativkommentare, Bd. 1, 1990, §§15, 16 Rn. 91, 本間・前掲注（4）一六一頁、大島・前掲注（4）三八九頁。
- (18) 大塚裕史「段階的過失における実行行為性の検討」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一巻』（二〇〇六年、成文堂）四五頁、五五頁、六一頁。
- (19) 中丸壽雅「過失犯の原因において自由な行為に関する一考察」『刑事法学の最新動向』下村康正先生古稀祝賀（一九九五年、成文堂）二〇二頁。
- (10) 仲道祐樹「過失行為のとりえ方」高橋則夫・杉本一敏・仲道祐樹『刑法理論学入門』（二〇一四年、日本評論社）二八頁、Neumann, a. a. O. (Anm. 7), S. 192.
- (11) 松生光正「引受け過失に（と）つ」『鈴木茂論先生古稀祝賀論文集上巻』（二〇〇七年、成文堂）四四五頁。Hettinger, Zur Strafbarkeit der "fahrlässigen actio libera in causa", GA 1989, S. 1 (15f.), ders., Handlungsschluss und -Beginn als Grenzkriterium tatbestandsmässigen Verhaltens beim fahrlässig begangenen sog. reinen Erfolgsdelikt - Zugleich zur sog. fahrlässigen actio libera in causa, in: Festschrift für F. C. Schroeder, 2006, S. 209 (220)（故意犯であれば実行行為を基礎づけられない予備への可罰性の拡大が、なぜ過失犯の場合には行う（と）ができるのか、その根拠は明らか（と）か（と））。
- (12) 本間・前掲注（4）一五七頁。Vogel, Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar) Großkommentar, 12. Aufl., 2007, §15 Rn. 305, Duttge, a. a. O. (Anm. 7), S. 192.

交通事故および医療事故と引受け過失

同志社法学 六九巻七号 九四一（二一九六）

- 6), MK, §15, Rn. 131, Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., 2013, §35 Rn. 14, Neumann, a. a. O. (Ann. 7), S. 191, Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. Aufl., 2016, §12, Rn. 68, Maurach/Gössel/Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7b. 2. Aufl., 2014, §43 Rn. 73 (原因において自由な行為の構成要件領域における特別形式).
- (13) 本間・前掲注(4)一五七頁。
- (14) 杉本一敏「過失の二つの問い方―危険の現実化―か『原因において自由な行為』か」高橋則夫・杉本一敏・仲道祐樹『理論刑法学入門』(二〇一四年・日本評論社)一四頁以下。
- (15) 高橋前掲注(4)三五九頁注(28)‘Delme-Niemann, *Ommissio libera in causa bei* (<<lechten>> Unterlassungsdelikten? Zur Verhaltensgebundenheit <<lechten>> Unterlassens, am Beispiel der §266aI, 323c StGB, GA 2009, S. 150 (152)).
- (16) 杉本一敏「責任帰属の原理としての『責任モデル』と『例外モデル』(一)―原因において自由な行為を手がかりに―」早稲田法学八八巻二号(二〇一三年)一四二頁、丸山・前掲注(4)七七頁。
- (17) 杉本一敏「過失犯において原因において自由な行為の理論は不要である」という命題について―通説的見解の批判的検討―」*Law and Practice* 五号(2011年)二七二頁、二八七頁注(62)参照。
- (18) Stratenwerth, Vermeidbarer Schuldausschluss, *Gedächtnisschrift für Arn. Kaufmann*, 1989, S. 485ff., Braumssen, *Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensformen*, GA 2002, S. 193 (211). Vgl. Montiel, *Vorverschulden als Pflichtverletzung*, Zur strafrechtlichen Relevanz der Unterscheidung von Pflichten und Obliegenheiten, in: *Festschrift für Streng*, 2017, S. 101ff.
- (19) 大谷實『刑法講義総論【新版第四版】』(二〇一二年・成文堂)一八四頁以下。
- (20) Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, a. a. O. (Ann. 12), §12, Rn. 69.
- (21) 本間・前掲注(4)一五七頁、平野龍一「刑法総論Ⅰ」(一九七二年、有斐閣)一九六頁以下、杉本・前掲注(17)二七二頁、田村翔「引受け過失論考察のための序章―規範論的観点から―」明治大学大学院法学研究論集四一号(二〇一四年)九二頁、西田・前掲注(2)二二二頁(開始行為が実質的に危険なものは「*actus reus*」)。Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., 2013, §12 Rn. 11.
- (22) Kühl, a. a. O. (Ann. 6), §17 Rn. 95a, Hettlinger a. a. O. (Ann. 11), GA 1989, S. 13ff., ders., a. a. O. (Ann. 11), *Festschrift für F. C. Schroeder*, S. 209ff., Horn, *Der Anfang vom Ende der actio libera in causa*, StV 1997, S. 255f., Romanau, *Dognatisch-konstruktive Lösungsmodelle zur actio libera in causa*, JA 1997, S. 715.

- (23) 松生・前掲注(11) 四七二頁。
- (24) 杉本・前掲注(17) 二八四頁。
- (25) Dittge, a. a. O. (Anm. 6), MK, §15, Rn. 133.
- (26) 樋口亮介「実行行為概念について」『西田典之先生献呈論文集』(二〇一七年、有斐閣) 四八頁、同「注意義務の内容確定基準―比例原則に基づく義務内容の確定」『山口厚先生献呈論文集』(二〇一四年、成文堂) 二〇九頁以下。
- (27) 井田 前掲注(4) 二二〇頁。なお、高橋則夫「過失犯における行為規範と注意規範の連関」『山中敬一先生古稀祝賀論文集(上巻)』(二〇一七年、成文堂) 四五三頁以下参照。
- (28) Kuhl, a. a. O. (Anm. 6), §17, Rn. 91, Kaspar, a. a. O. (Anm. 6), Jus 2012, S. 112 (116).
- (29) Vgl. Gaede, Nomos Kommentar, StraGesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017 (NK), §13 Rn. 13.
- (30) この意味において、引受け過失は、原因において自由な不作为の一部を構成するともいえる。
- (31) Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, §24 Rn. 36, 117f., Kaspar, a. a. O. (Anm. 6), Jus 2012, S. 112 (116), Kraats, Aus der Rechtsprechung zum Arzistrafrecht 2013/2014-1. Teil, NSZ-RR 2015, S. 97 (102), Jung Das, Übernahmeverschulden als Regulariv im ärztlichen Feld, infFestschrift für Puppe, 2011, S. 1401 (1404f.), BGHSr. 55, 121 (133ff.) (Urt. v. 29. 4. 2010).
- (32) 塩見淳「自動車事故に関する立法の動き」法学教室三九五号(二〇一三年)三二頁、古川伸彦「自動車運転致死傷行為処罰法について―新設犯罪類型の批判的検討―」名古屋大学法政論集二六四号(二〇一五年)一八頁。
- (33) 橋爪隆「危険運転致死傷罪の解釈について」法曹時報六九卷三号(二〇一七年)二〇頁以下、杉本一敏「自動車運転致死傷行為等処罰法の成立をめぐる所感―議事録を読んで―」刑事法ジャーナル四一号(二〇一四年)二二頁、山田利行「危険運転致死傷罪(自動車運転致死傷処罰法二条一号及び三条一項)の実務的運用について」警察学論集六八巻一号(二〇一五年)五八頁以下。
- (34) 金澤真理「一定の病氣、症状による交通事故と刑事責任」『刑事法と歴史的価値とその交錯―内田博文先生古稀祝賀論文集』(二〇一六年、法律文化社) 四五頁。
- (35) 葛原力三「危険運転致死傷罪の酌量・病氣類型と原因において自由な行為」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集(上巻)』(二〇一六年、成文堂) 三四四頁注(1)。
- (36) 田村翔「自動車運転事故における刑法上の過失―いわゆる引受け過失という法理―」NCCD Japan 四九(二〇一四年)一九頁。

- (37) 葛原・前掲注(35) 三三三頁注(23)。  
(38) 葛原・前掲注(35) 三四三頁以下。  
(39) 橋爪・前掲注(33) 一六頁注(30)。  
(40) 金澤・前掲注(34) 四五頁。  
(41) 橋爪・前掲注(33) 一八頁以下、同「最近の危険運転致死傷罪に関する裁判例について」法律のひろば七〇巻五号(二〇一七年)三八頁。  
(42) 拙稿「犯罪論における同時存在の原則と原因において自由な不作為」同志社法学三七七号(二〇一五年)三三七頁以下参照。  
(43) 橋爪・前掲注(33) 二七頁以下、同・前掲注(41) 三九頁。  
(44) 保坂和人「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律について」警察学論集六七巻二号(二〇一四年)五五頁参照。  
(45) 高井良浩「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律について」捜査研究七六〇号(二〇一四年)九頁。  
(46) 保坂・前掲注(44) 五六頁、山田・前掲注(33) 六〇頁、森本宏「判批(東京地判平成二七年三月三日)」研修八〇六号(二〇一五年)二三頁。  
(47) 蛭原意「危険運転致死傷罪の『アルコールの影響により正常な運転が困難な状態』およびその認識について」警察学論集六九巻一〇号(二〇一六年)一四九頁参照。  
(48) 高井・前掲注(45) 一一頁。なお、古川・前掲注(32) 二二頁参照。  
(49) 保坂・前掲注(44) 五五頁、橋爪・前掲注(33) 二〇頁。  
(50) 城祐一郎『ケーススタディ危険運転致死傷罪』(二〇一六年、東京法令出版) 一四三頁。  
(51) 高井・前掲注(45) 二二頁、城・前掲注(50) 一四四頁。  
(52) 飯田英男『刑事医療過誤Ⅲ』(二〇一二年、信山社)。  
(53) 只木誠「判批」医事法判例百選『第2版』(二〇一四年) 二二二頁、同「日本における医療過誤と刑事責任」日本法学八二巻二号(二〇一六年) 二二二頁以下、武藤眞朗「手術と刑事責任」中山研一・甲斐克則編『新版医療事故の刑事判例』(二〇一〇年、成文堂) 一七二頁。  
(54) 多和田隆史「判批」『最高裁判所判例解説刑事篇平成一七年度』(二〇〇八年、法曹会) 五六一頁、五六六頁以下参照。  
(55) 東京高判昭和二八年二月二三日判特三九号三三四頁(十分自覚していた過労状態で居眠り運転、大阪高判昭和三年六月二八日裁特四卷一三三号三二七頁(睡眠不足のため眠気を催し、眠気のため正常な運転ができないうちにあることを認識しながら居眠り状態のまま運転)原因において自由な行為とする)、前橋地判平成二六年三月二五日LEXDB35149353(睡眠不足及び疲労のため眠気を覚え、漫然と運転を継続)、広島地判平成二

八年九月二九日LEXDB2554415(過労状態にあり、運転を開始すれば眠気を催し、仮眠状態に陥り前方注視が困難になるおそれがあることを認識しながら運転を開始)。

- (56) 大阪高判昭和四二年九月二六日判タ二一四号三五五頁(①②④)、東京地判昭和四三年四月二二日高刑集二一卷四号三四八頁(①—てんかんの発作も衝突による結果の発生も、すべて注意義務違反の過失行為に発した因果系列内で生じたもの)、東京高判昭和四三年九月五日高刑集二一卷四号三四一頁(①)、仙台地判昭和五二年二月五日刑月八卷一—二四四一頁(①②)、東京地判平成五年一月二五日判時一四六三号一六一頁(①②)、広島地福山支判平成三年八月八日LEXDB25472510(①②④)、松江地判平成三年一月一〇日LEXDB25481223(①②③)、宇都宮地判平成三年十二月一日LEXDB25480381(①②③④)、鹿児島地判平成四年一月六日LEXDB25480170(①③④)、広島高松江支判平成四年四月二七日LEXDB25481224(①②③)、名古屋高判平成四年五月一〇日高等裁判所刑事裁判速報集平成四年一九七頁(①②④)。
- (57) 金山・前掲注(3)一七四頁以下。中丸壽雅「シンポジウム交通事故と責任能力 報告四『刑事法的側面から』」交通法研究四二号(二〇一四年)七三頁は、ほとんどの事例は原因において自由な行為の形で処罰されているとする。

(58) 大阪地判平成六年九月二六日判タ八八二号二九一頁。

(59) 神戸地判平成一五年四月一六日LEXDB28095285。なお、向精神薬の影響により、ハンドル・ブレーキの操作が困難な状態になったことを理由とする運転中止義務違反との予備的訴因については、薬の服用について合理的疑いが残り、注意義務の前提が欠けるとする。

(60) 東京高判昭和四九年七月一九日東時二五卷七号六〇頁。判例の基準からすると、この結論には疑問がある。馬場美年子・一杉正仁、相磯貞和「てんかん発作による意識障害に起因した自動車事故例の検討—本邦判例からみた運転者の刑事責任と現行法上の問題点について—」てんかん研究三二巻一号(二〇一三年)一四頁参照。

(61) 馬場美年子・一杉正仁・相磯貞和・前掲注(60)八頁以下参照。

(62) 名古屋地豊橋支判平成二〇年一月五日LEXDB25450289。

(63) 大阪地判平成一七年二月九日判時一八九六号一五七頁(本件当時、病気やその危険性を疑うべきだったとする義務を課することは困難)、千葉地判平成二五年一〇月八日判タ一四一九号三八六頁(信号表示に留意する義務を履行することができない状態に陥っていた)。

(64) 大津地判平成一九年一月二六日LEXDB28135224(極度の過労により正常な運転ができないうおそれがある状態で眠気を感じた以上、運転中止義務があった)。同旨のものとして、札幌地判平成二四年三月二六日LEXDB25481844、前橋地判昭和二六年三月二五日LEXDB25446352、東京地判平成二六年七月四日LEXDB25504496、東京高判平成二七年一月二〇日LEXDB25505792がある。

交通事故および医療事故と引受け過失

交通事故および医療事故と引受け過失

同志社法学 六九巻七号 九四六 (二一九七四)

- (65) 横浜地判平成二四年三月二日判タ二二九八号三六六頁。なお、自動車運転過失傷害罪では起訴されていない。
- (66) 大阪高判平成二九年三月一六日 LEXDB2548575。
- (67) 東京高判平成二四年二月三日東時五三巻一〇二二号一〇五頁。
- (68) 奈良地判平成二四年七月九日 LEXDB2548523。大阪高判平成二六年三月二六日 LEXDB25503726。
- (69) 千葉地判平成二五年四月一八日 LEXDB25445817。
- (70) 福岡地判平成二七年八月一七日不登載(自動車事故判例研究会編著『必携自動車事故・危険運転重要判例要旨集』第二版)(二〇一七年、立花書房) 三九三頁。
- (71) 福岡地判平成二八年二月二六日前掲注(70)重要判例要旨集「第二版」三九六頁。
- (72) 橋爪・前掲注(41)三八頁は、現在であれば二条一号の罪の成立を認めることができる。
- (73) 橋爪・前掲注(41)三九頁は、事前の意思決定に支配されて、その後の危険運転行為が行われたと評価できる限度で、そのような「ずれ」を正当化する余地があるとす。同・前掲注(33)二六頁以下参照。
- (74) なお、事故以前に眠気を催し、前方注視が困難な状態に陥っていたとまでは認められず、運転中止義務が生じたと認めるには合理的な疑いが残るとして、過失運転致傷罪の成立も否定された。
- (75) 札幌地判平成二六年九月二日 LEXDB25502881。橋爪・前掲注(41)四〇頁は、二条二項の罪が成立する」とになるとす。
- (76) 神戸地判平成二九年三月二九日 LEXDB2545816。
- (77) 岡山地倉敷支判平成二七年一〇月二三日不登載(城・前掲注(50)ケーススタディー一五三頁)。
- (78) 大阪地判平成二八年八月二四日不登載(大阪高判平成二九年三月一六日 LEXDB2544875(原審))。
- (79) 大阪地判平成二八年八月二日 LEXDB2543573。大阪地判平成二九年一月二四日 LEXDB2548459。
- (80) 葛原・前掲注(35)三五一頁は、「病気類型の過失犯判例の態度を立法化したものに過ぎなく」とす。
- (81) 中空・前掲注(9)一八四頁以下、田村・前掲注(36)一五頁参照。
- (82) 一杉正仁「処方薬と自動車運転―適切な処方と療法指導―」薬学雑誌二二七巻三号(二〇一七年)三二〇頁。
- (83) 日本精神神経学会「患者の自動車運転に関する精神科医のためのガイドライン」(二〇一四年)一頁、三野進「統合失調症の自動車運転にかかわる法規制」精神医学五九巻四号(二〇一七年)二九四頁、川合健介「てんかんと自動車運転」精神医学五九巻四号(二〇一七年)三二四頁。

- (84) 東京海上日動リスクコンサルティング株式会社自動車リスク事業部「自動車運送事業者における健康起因事故防止の取組み」リスクマネジメント最前線 No.16 (二〇一四年) 一頁。
- (85) 三野・前掲注(83) 二九九頁。
- (86) 川本哲郎「認知症などの病気と交通犯罪」『山中敬一先生古稀祝賀論文集「下巻」』(二〇一七年、成文堂) 三七六頁は、「本罪(自動車運転死傷行為処罰法三条二項の罪)に該当するのは、医師の指示に従わずに、運転をした場合等に限定されるべきである」とする。