

監督者の刑事過失について（二）

井上, 祐司
九州大学法学部 : 教授

<https://doi.org/10.15017/16176>

出版情報 : 法政研究. 48 (2), pp.271-296, 1981-02-20. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

監督者の刑事過失について (二)

井上祐司

はしがき——監督過失論の問題性——

一 石塚判事の監督過失論(四八卷一号)

二 米田弁護士⁽¹⁾の監督過失論(本号)

(一) 複数人・組織モデルの過失論とミルク中毒事件

(二) 信頼の原則の前提としての「行動基準」

(三) シュトラーターテンベルトの「分業と医師の注意義務」

(四) 小括

三 西原教授の監督過失論(以下次号)

四 その他の監督過失論

むすび——過失犯の構造について——

二 米田弁護士の監督過失論

一 米田弁護士の複数人・組織モデルの過失論とミルク中毒事件 米田弁護士は、判例公害法(昭四六)⁽¹⁾、ジュリス
ト随想(五五八号、昭四九)、医療における未知の事故とチーム医療における医師の刑事責任(判タ三一五、三一六号、

昭五〇⁽²⁾、刑事過失の限定法理と可罰的監督義務違反(判タ三四二、三四五、三四六号、昭五二⁽³⁾)、過失処罰の実情と過失犯論(ロー・スクール誌二六号、昭五五)等、数多くの過失犯の研究にとり組まれ、そこから次第に明確に、複数人・組織モデルの過失犯論の主張を展開されることになった。このモデルでは、予見可能性が過失限定の機能を果しえず、分業者間の信頼の原則の具体的適用により、可罰過失の抽出が必要であるとされる。内外の文献を参照され、広い視野から監督過失の拡大に対して、多数の判例を資料に、監督者の可罰過失の類型化を試みられた。

ここでは、右の理論によるミルク中毒事件の位置づけに関し、具体的に検討しつつ、その問題のありかを検討しよう。

米田弁護士は確定判決の工場長(統括監督者)無罪の結論をむしろ賞揚され、本件の中心の問題は、具体的予見か危惧感かという予見可能性のレベルにおける問題にあるのではなく、薬品業者への信頼、工場内における添加剤の発注、収納、添加等、工場組織内部における分業と信頼の問題にあるとされ、右工場長の製造課長への信頼は相当であったから無罪の結論は正当であり、また、製造課長の副主任に対する信頼は相当でなく、副主任に対する「監督不行届」がその注意義務の内容をなすとされる。

二 信頼の原則によって処理する場合、その前提として、関係者の間で、期待し期待される行動が特定されている必要がある。丁度交通事故において、道交法によってその内容が与えられているように。道路交通以外の分野でも、分業によって一定の作業が組織化され、関係者の間にこの行動基準が特定されている場合がある。ミルク中毒事件の場合、このような特定の行動基準が製造課長と副主任との間に存在しているのであろうか。

業務分担によれば、添加剤の発注を指示する者、指示に基いて現実に発注を手続的に行う者の区別は存在している。この指示者と直接担当者との区別は、必ずしも、監督者と直接行為者として理解される区別とは一致する訳では

ない。

ミルク中毒事件では、諸判決においても諸論者においても、注意義務として、工業用ではなく、規格品を発注すべきであったとされている。このように、規格品発注を注意義務の内容とするならば（私はそう考えていないことは既述してきた）、重要なことは、工業用とか、規格品とかの発注の決定をする責任者は誰か、ということである筈である。副主任が事務取扱上薬品店に対し発注事務を直接担当するとしても、現実には、副主任にして発注の内容を決定する権限はなく、唯、製造課長の指示に基いてのみ担当する立場にしかないとすれば、成程、そこに、指示者と直接担当者との分業は存在するが、いわゆる監督者と直接行為者という関係で過失を考える前提は存在していないことになる。発注の内容を決定し、発注の内容について責任をもつ主体としての地位は、このような副主任にはないからである。

従って、製造課長が工業用でよいから発注せよと指示し、その指示通りに副主任が発注したとすれば（実際そう指示したのであるが）、第一次的な責任は製造課長にあったのであって、副主任は単なる事務補助機関にすぎず、過失の主体となることはない。製造課長の過失は直接過失であって、監督過失ではない。実際とは逆に、製造課長が規格品発注を指示したのに、副主任が何らかの理由で工業用で充分であると判断し、勝手に工業用を発注したのであれば、その時、初めて、副主任の直接過失が問題となり、場合によっては、副主任のミスについて、製造課長が監督者たる地位において、「監督不行届」という点で責任を追及される場合が考えよう。この場合に初めて、監督者と直接行為者という実態が存在することになる。しかし、本件事案はそのような事実ではないのである。

あるいは、製造課長が工業用でよいから発注せよと指示した場合でも、例えば、本社の確乎とした製造の基本方針によって、規格品使用が特定されており、製造課長のその指示がこの基本方針に反しているような場合であれば、従属的地位にあるという理由だけで、副主任が過失責任から当然に解放されるとはいえず、場合によっては、製造課長

とならんで、過失責任をおわねばならぬこともある。しかし、この場合でも、製造課長と副主任との両者の過失の競合は、いわゆる監督者と直接行為者との関係ではない。

製造課長と副主任との関係において、言葉の厳格な意味において、監督過失を論じようとすれば、さきに述べたように、製造課長が規格品の発注を指示したのに、副主任が何らかの理由で工業用を発注した場合についてのみ思考することができた。両主体の間になすべき行動の基準が特定されている必要があるというのは、このことである。勿論、本社の基本方針として、既に規格品発注使用が決定されていて、製造課長から特別の指示がなくても、発注の業務を直接担当する副主任において、業務のルーティンな流れとして規格品発注をなすべき体制にあれば、その時にも、副主任が勝手に工業用発注をした際、副主任の直接行為者としての過失と、その監督者としての製造課長の監督過失が問題になりうる。特定の指示がなくとも、両主体間において、為さるべき具体的行動の基準が与えられており、その基準通りの行動についての監督者と直接行為者との関係が成り立っているからである。

ミルク中毒事件の諸判決の確定した事実によれば、製造課長自らが、工業用発注を指示しており、副主任はその指示通り発注したまでのことであって、右にのべたような、監督過失を論ずる前提となるような事実（規格品発注の指示なし）本社の基本方針として既定のものとしての規格品の発注使用）は、何れも存在していないのである。特に、諸判決のなかで、差戻し後の第一審判決（確定判決）のみが、副主任を第一次的な直接行為責任者、製造課長をその監督者という位置において、両者の注意義務を確定したのであるが、しかし、この確定判決じしんが、右に検討したような言葉の厳格な意味での「監督過失」として論じている訳ではない。それは当然の成り行きであって、本件には、厳密な意味での監督過失を論ずる前提となる事実が存在していないからである。

確定判決は、別稿において詳論したように、一種の企業組織体責任論（それも板倉宏教授や米田泰邦弁護士的主張される

ような法人それじたいの刑事責任の主張とも異なる)の立場から、本件工場に規格品発注の結果回避義務があったと論じ、次に、業務分担を根拠に、製造課長にはそれを指示する義務が、副主任には現実に規格品発注をする直接の義務があったとしたのである。ここにいう、「指示」とか、「現実の」とか、「直接の」とかいう義務の特徴は、言葉の厳格な意味で監督過失を論ずる場合の、監督者—直接行為者という主体間での類似の用語としての意味をもつものではない。監督者が直接行為者に対して、委せ放しにしていると、工業用を発注するおそれがあるから、直接行為者のミス を排除するために、既定の行動基準からずれないよう重ねて指示を明確にして監督者としての注意を尽くせという趣旨が確定判決のこれらの言葉によって示されている訳ではない。

確定判決の両主体に対する注意義務の確定は、全く独自の方法によって行なわれたものであるから、「指示」と「実行」との区別は、監督過失の内実をもっていないのである。規格品発注という特定の行動基準が、「両主体の間に、事前に既定のものとして与えられており、両者がそれを認識しつつ、業務の分担をしているという関係がないからである。確定判決では、副主任が発注事務を担当していた「第一次的責任者」であるということは、業務分担に関する煩瑣なまでの詮索の結果、論断されているものの、それは、決して、規格品発注にあらずして、工業用発注をするに至ったことの刑事過失上の責任、注意義務の上で、第一次的責任者であるという趣旨ではない。確定判決以前の諸判決においては、一度も責任の主体としては登場することのなかった訴外の副主任について、「第一次的責任者」という確定判決の規定の仕方は、工業用発注にかたまるまでの事実の経過に特に注視してきた研究者の目には、誠に唐突であるが、確定判決は、事務分担には関心を示しているものの、工業用発注を決定した者は誰か、規格品発注を放棄した者は誰か、という関心は示していない。かりに規格品発注を結果回避義務と認める場合でも、刑事過失上、必要なことは、それを決定した者は誰かということである筈である。そこを追及することなく、事務分担を基準に第一次的

責任者と監督者という関係を論定しているところに、確定判決の独特の監督過失論があるといえる。道交法とか、消防法とかによって、特定の行動基準が提示され、それをめぐって監督関係が成り立っている場合と異なり、本件においては、このような特定の行動基準は存在していない。副主任の工業用の発注を直接行為者のミスとして直接過失責任を追及しえないところには、製造課長のそのミスの排除としての監督過失責任も成り立ちえないことは論理の必然である。発注事務をめぐる「指示」者とその「実行」者との区別が存在するだけでは、刑事過失の上で監督関係を論ずる実態は存在しない。発注の具体的内容について何らの決定権限もなく、また、決定過程について何らの補佐的な責任もない「実行」者には、「ミス」もまた論ずる余地がないからである。本来相被告人であった工場長と製造課長との間に論じうべきであった監督過失関係を、一段落けて、製造課長と訴外の副主任の間に設定した確定判決の意図は付度すべくもないが、判決文には、副主任が現実の発注事務の担当課である「事務課」に対し、「製造課」として発注を依頼する接点であることは述べられているが（「例えば使用中止時期に近い場合など」には、製造課長の指示を仰いで事務課に発注の依頼をしたとあるが、ここについて「使用中止時期」とは何をいうのか不明だが、少くとも、発注について独立の責任者でないことを示している。刑裁月報五卷一一号一五六四頁参照）、副主任が新しい添加剤の研究、試験段階から関与し、製造現場責任者として、薬剤の規格についても充分の知識があったという事実をそれに加えつつ、いきなり刑事過失上規格品発注をすべき「第一次的責任者」として、事務課にそのように依頼すべきだったというのである。そして製造課長については、副主任の直接の上司として、規格品を発注せしめるよう監督すべき立場にあったという。既にルティーン化した薬剤購入手続を頭において、製造現場から購入依頼書が副主任に提出され、製造課長の承認をえて、事務課に提出されるまでの事務手続が述べられているが、右のような手続が確立するに至った事のおこりであるところの、製造課長の工業用発注の指示という最も基本的な事実と副主任の工業用発注との関連については、何一つ言及

されるところがない。工業用発注の指示をうけた副主任が、いかなる根拠にもとづいて、規格品発注に変更するといふ、指示違反の行為を、第一次的責任者として要求されねばならないのか、肝心の点については説明がない。また、工業用でよいから早く発注せよと指示した製造課長本人について、いかなる根拠にもとづいて、「規格品を発注するよう監督すべき立場」がでてくるのかについても説明はない。製造課長についてはいえば、工業用でなく規格品発注を指示すべき立場にあったとはいえても、副主任が現実の指示に反して規格品の発注をするように監督するなどということは、背理以外のなものでもない。また、製造課の副主任は、確かに、研究、試験製造の段階から関与していた者ではあるが、過失責任を考へる上で重要なことは、その関与の仕方にある。諸判決の認定事実からすれば、副主任には、製造課長と並んで、独立決定関与者という地位はなかったことがうかがえる。しかも、研究、試験製造段階で使用された第二磷酸ソーダは、いづれも納入者を異にするとはいへ、局方品ないし試薬一級であつて、工業用ではない。副主任の薬品知識がどういふものであれ、工業用発注使用という本件工場の基本態度を決定し実践したことに關して、一体誰が責任を負うべき立場にあるかといふ一事のみが、結果回避義務の内容を決定する事実である。その中心事実をはずして、いかに詳細に「物品購入依頼書」の流れを追つてみても回避義務者を割り出すことは不可能である。まず企業組織体としての結果回避義務を特定し、次に、その義務の内容となる行為を、職務分担の上から、誰に、どのような形で、義務づけるかといふ、確定判決独特の、過失認定方法は、結果発生へと導いた本質的な因果流れの確定に基いて、真実の過失責任者を割り出す作業を、益々困難にしているだけであるように思われる。

さきに石塚判事の監督過失論を検討したが、石塚判事は、道交法における信頼の原則の適用といふ問題と、多数当事者間の分業における監督関係上の過失問題における信頼の問題とは、法理的に、安易な同視ができる段階にないとして、米田、西原両論文における「信頼の当否」によつて、監督者の過失を構成する立場を批判されている。

道路交通において、例えば交叉点の優先に関し、法規によって明確にそれぞれの交通関与者に行動基準が設定されている。しかし、それと同様な意味の行動の基準は、製造課長と副主任との間に予定されている訳ではない。もし、規格品発注という行動基準が与えられていたとすれば、それをめぐって、製造課長と副主任との間に監督関係を論ずることができるし、又、せねばならないであろう。米田弁護士や西原教授の監督過失論は、そのような前提の上に本件を位置づけられている。そこに、本件諸判決の認定した事実との間に、喰い違いが生れている。そして又、確定判決の独特の監督過失論の問題性について論究されることなく、判決の結論に同意されることになっている。諸判決が確定した規格品発注という結果回避義務は、監督関係ないし信頼関係を論ずる場合に前提となる特定の行動基準という性質をもつものではなく、ただ、製造課長が副主任に対して、指示すべきであったところの内容を示しているだけである。言葉は正確ではないが、「監督者」としてなすべきであった義務の内容を表現しているにすぎず、直接行為者が間違いなく規格品を発注するように監督する義務のことではない。製造課長には、間違った工業用の発注の指示ではなく、なすべきであった正しい規格品の発注の指示が要求されており、正しい指示をしなかったところに製造課長の責任の基礎があるのであって、副主任が規格品発注を間違いなく実行するように、監視、確認、監督することを懈怠したことに責任の基礎がある訳ではない。いわば監督者たる地位における過失が問題であって、監督上の過失が問題となっている訳ではない。製造課長の過失は、結果発生に対する直接過失であって、監督過失ではないと別稿において指摘したのは、その趣旨である。米田、西原両論文において、本件ミルク中毒事件につき、「監督過失」を構成されるところに、本件事実との喰い違いが生れているのである。

勿論、前述したように、本件において、規格品発注が行動基準として両者に既定事実として与えられていたように前提すれば、製造課長の副主任に対する信頼の相当性という形で、製造課長の過失を論ずることは可能である。その

際には、道交法関係の過失事案において、信頼の原則の適用が論じられる場合と同様、副主任が行動基準に従って振舞うことを信頼することの軽率さの有無が検討されることにならう。基準通りの副主任の行動を予想することの軽率さを基礎づけるような、何か特別の事情があったか否かが検討されることになる。この点については、西原論文について検討する際に更にふれることにする。

ただ、結果予見の可能性に過失の中核をおく私の立場からみれば、かりに本件について監督過失を構成することが可能な前提があるとすれば、そのとき、製造課長の責任を基礎づけるものは、副主任が基準行動通り振舞わず、工業用発注をすることを予想せしめる何らかの具体的予兆が存在し、そのことが製造課長に予見可能であった限りにおいては、結局のところ製造課長に結果発生の子見が可能となるからであるということのみである。信頼の不相当とはこの結果予見の可能性によって始めて確定されるものである。

（1）米田弁護士は、判例公害法（昭四六）において、ミルク中毒事件に関して最高裁判決までをとりあげられている。予見可能性の対象が「非第二燐酸ソーダ」ではなく「砒素ミルクによる死傷」であることを正当にも指摘されているが、そのことと、判決のいう危惧感説については特に論及されていない。本評釈における米田弁護士の関心は、(一)信頼の原則が食品製造関係において理論的にありえないことを判決が主張しているものでないこと、(二)工場長や製造課長という大規模の近代的生産活動の上層部にある者として「有害物混入防止体制を確立しなかった」という監督義務違反が彼らの過失の中心となるが、大企業では、細部にわたる現実のチェックは事実上不可能であるから、監督義務にも限界があり、従って、この種の企業災害に対する刑事的抑制としては、立法論として、個々の自然人の過失の成否をこえた法人それだけの責任の刑事的追及を考へるべきであること、(三)本件事故の責任を考へる場合に、厚生省、原因物質を放出した化学工場、それを加工して薬品市場に出荷した製薬会社、取扱った薬種商をも本件食品業者と共に訴追対象に加えるべきであったとされている。この三点の主張のうち、最後の主張は、第二の主張とどのように調和して受取ればよいのか、その間の説明はみられないが、一見対立した内容のものである。しかも、第二の主張と関連して、「本件について責任を負うべきもの

は、単に工場長や製造課長だけでなく、その周辺でこれを補佐する職員、さらに安定剤の購入・使用に関与した従業員全体であり、これを包括するM乳業社である」という認識が語られている。第一審無罪判決から刻銘に事実関係を追及してきた筆者には、諸判決によって修正・確定されてきた事実関係を基礎にして考える限り、右のような米田弁護士との三つの主張、とくに、第二、第三の主張には、どうしても同意することができない。犯罪社会学的な分析として、資本主義企業活動とこの種事故との構造的な関連を容易に指摘しうることは勿論であるが、そのことは、直ちに、関係被告人らの刑事過失を霧散せしめるものでないことも又自明である。本件事実関係に基く限り工場長と製造課長との訴追は適切であったし、彼らの刑責に比較すれば、多くの薬事関係者の「無責任な行為」（米田弁護士）とされるものは、事故の単なる背景ないし一条件にすぎないし、更に又、本件工場側において、被告人ら以外に、訴追されるべき従業員は誰一人存在していないと私は考えている。

(2) 米田弁護士の「チーム医療」の論文（判タ三一五、三一六号・昭五〇）は、電気メス事件第一審判決を契機にして、複数人モデルの過失犯論―信頼の原則―を展開されることになる。いわゆる危惧感説には反対されつつ、従って、予見可能性を具体的に考えようとする。しかし、いわれるところの具体的予見の内容は、伝統理論が考えるところのものと若干異なった内容のものとなっている。例えば、ミルク中毒事件につき、曾ては「砒素ミルクによる死傷」を予見の対象とされていたが（前注参照）、本論文においては、「有害薬品による中毒事故」とされ、「工業用薬品の検査なしの混入」という行為は予見義務違反にあたりとされる。ここでは、行為者が危険をコントロールできない状況が発生しており、その危険は直接的、切迫性のあるものとなっているとされる。電気メス事件の説明から本件についての論理を類推すると、おそらく、局方品や試薬一級の発注使用に際しても、事故の発生は論理的に排除されている訳ではない（例えば、製薬会社のレツテルの貼り違い、製薬中の事故による異物など有害物質の混入など）が、局方品等を指定してさえおれば、万一にはありうる「有害薬品による中毒事故」の責任から発注者は免かれる。局方品を指定することによって、この種の事故の危険は、使用する側においては、制禦方法として社会的に承認されたものとなっており、従ってその危険は間接的危険となり、製薬会社や薬種商への信頼が許されることになる。使用する側には論理的に予見可能な中毒事故につき、予見義務はないとされるのであろう。しかし、工業用を検査なしで混入する行為には、切迫した直接的危険があるから、具体的な有害薬品による中毒事故も予見可能となり、製薬会社や薬種商への信頼は許されず、予見義務違反となるとされるようである。

ミルク中毒事件について、工業用を使用した点について、直ちに、切迫した直接的危険（砒素中毒による多数の死傷の結果の発生の可能性）があるといえるか、ここにこそ本件の最大の問題性があった訳であって、本件各判決がとくに苦心した問題であった。この点に関して、諸判決がとりくんだ具体的な問題について、米田弁護士がどのように判断されたかは、論文には現れていない。工業用ということから直ちに結果の具体的予見が可能であったといえるならば、もともと、危惧感説など登場する余地はなかったのである。また、検査なしで混入するという点についても、正常製剤との外観の問題があり、各判決とも第一審無罪判決の認定した事実をもとに、外観上の差異はなかったという前提にたつたのであった（尤も、確定判決は、さきに指摘したように、商品名表示方法、内装の差異を指摘している。その点に更に、私は、判決文から推認される外観の相異を加えて、これらの事実を根拠に、松野製剤の有害性の予見可能性を肯定できたとする見解をとっている）。判決は各箱毎の化学検査をも義務づけているが、どちらかといえば、工業用でない規格品の発注使用に力点をおいているようである。米田弁護士は「工業用を検査なしで混入する」という事実から、直ちに、具体的結果の予見が可能であったとされるけれども、確定判決はそう考えなかったからこそ、危惧感説、独特の回避義務確定方法（民事過失におけるリスク説の援用）を採用したのである。そして、私が本件につき、具体的な予見可能性があったとするのは、私じしん本件について独自の前提事実にたっているからであって、諸判決の認定事実のままであれば、おそらく無罪判決同様、結果予見の可能性は否定せざるをえないであろうと思っている。しかし、具体的予見可能性を前提にすれば、規格品の発注使用は余分の注意義務であって、工業用燐酸ソーダの同一性確認手続の不存在による松野製剤のチェック脱落に事故の原因があり、その点について、結果予見の可能性に基く過失が工場長と製造課長にある（過失の競合）とするのが私のミルク中毒事件に対する見解である。

勿論、ミルク中毒事件に関しては、米田弁護士の解釈について異論があるが、そのことは、複数人モデルにおける信頼の原則という同弁護士の過失理論じたいとは無関係である。業務分担や分業に基いて作業が行なわれている場合の過失の問題について、私じしん、別稿に指摘したように特殊の過失理論が必要であるという立場にたつてはいない。結果発生に至る因果関係が被告人の有意態度に存在し（過失犯の客観的な要件）、結果発生に至る本質的経過につき予見可能であった（過失犯の主観的要件）という両契機（因果関係と責任）によって、複数人モデルにおける事案を解決する方がベターであると考えている。

信賴の原則と「信賴を動揺させる事情」(特別の事情)という米田弁護士の複数人モデル過失論は、私の立場からみて、結局のところ、具体的予見可能性の判断を、この種事案に適用した場合に現れる内容と実質的な差異はないと解している。従って、私もまた、電気メス事件において、執刀医が手術の開始に当り、補助看護婦のメス器に関する接続の正否を点検してでなければ、手術にとりかかることが許されないと考えていない。メスの利きの弱さ、又は心電図の異常を契機として、誤接続、ひいては重度の熱傷の予見可能性を通じて初めて関係医師らに過失を論ずる余地が生れると考えている。米田弁護士は、電気メス事件の被告看護婦が有資格者であり、知識・経験が豊富であったことを理由に、彼女への信賴は許されるとして執刀医の無罪を支持される。私は、本件看護婦の誤接続は、本件事故の因果経過にてらし、丁度桜木町電車火災事故における保線係のスパナ取り扱い過誤、あるいはダム放流事故における上流ダム係員の河川法違反(拙稿・法政研究四八巻一号二頁参照)などと同様、最終結果発生との関係において、介入者の重大な過失により、因果経過の異常な発展があったといえるから因果関係が断絶するか、又は具体的予見可能性の不存在により、過失責任が否定されると考えている(井上正治博士還暦祝賀・三〇八頁参照)。結論だけを比較すると、信賴の原則論者の立場では、執刀医の無罪、看護婦の有罪が支持され、私の立場では、逆に、執刀医有罪、看護婦無罪が展望される。この結論の相異は、信賴の原則論をとるか、具体的な結果予見の可能性で処理するかの相違と直ちに直結しているわけではない。信賴の原則論をとりつつ、私の立場と同一の結論をみちびく余地はある。しかし、それにもかかわらず、敢て伝統的過失論の立場を固執するのは、信賴の原則論が執刀医無罪、看護婦有罪の結論に至る方向を、論理構造上も、具体的適用にあたっての心理の上からも、強めるものであることも又、疑いえない事実であるからである。

ちなみに、米田弁護士は、右のような過失理論の上から、採血ミス事件、笑気ガス事件(神戸地尼崎支判昭四九・六・二一判時七五三・一一)についても、電気メス事件と同様の解釈から、知識・経験ある有資格看護婦への信賴は相当であると考え、判決が被告医師の監督過失(確認点検義務違反)を認めたことに反対されている。採血ミス事件にせよ、笑気ガス事件にせよ、慣行として機器の操作に関しては、看護婦の分担とされてきたが、判決は、何れも、この慣行を認めず、医師が本来的に責任を負っている業務についての補助行為であるとして、看護婦に全面的に委せ放すことは許されないとした。何れの事件においても、看護婦の分担している作業部分は単純な操作であり、しかも相当長期にわたり看護婦に委任されてきたものであることからみて、特別の事情、つまり、その際の看護婦の誤操作をうかがわしめる何らかの予

兆が存在していればともかく、始めから医師に点検確認の義務があるとすることは問題があらう。予見可能性の問題は事実問題であるから、かなり長期にわたって安定した業務分担の下に、作業が安全に遂行されてきた慣行がある場合には、「ベテランでも人である以上ミスはありうる」という抽象的なレベルでの経験則だけで、予見可能性を肯定し、注意義務をみとめることはできない。その理由は、かかる抽象的レベルでの経験則としてみれば、右のような程度の経験則としては、同じ力をもつ全く別の経験則つまり「人間そうそうミスをおかすものではない」という経験則も働く訳であって、人間の行動への動機づけの力をもった経験則として決定的な力をもちえないからである。特別の事情があって、誤操作を予測せしめる場合にのみ、点検、確認の義務が生ずると考へべきである。操作する機械じたいに高度の危険を内在する特殊の場合で、看護婦じしんの自己点検の上に、更に医師による再度の点検確認が必要な事態が予想できないではないが、採血ミス事件、笑気ガス事件の何れも、電気メス器事件に比較して、当該機械にかなり高度の危険を内在しているとはいえず、すべての事件において、相当長期にわたり、看護婦への全面委任が無事故に行なわれ、慣行として確立していたことを考えると、何らの予兆も存在しないのに医師の最初からの再点検をいきなり（つまり、よりベターな業務分担、あるべき分業、事故予防対策としての分担の上からみれば、身体への直接侵襲にかかわる作業である以上、念入りな予防体制が好ましいことは当然であるが、それは、事故の事後処理としての過失の成否とは自ら別の判断、私のいう経営学的、行政学的な判断に属する問題である）刑事過失とすることは、予見不能の結果について責任を課すことになる。看護婦のみの責任で充分である。

しかし、採血ミス事件、笑気ガス事件において、前者においては、静脈から連らなっている採血管を看護婦に手渡し、その後、看護婦の採血瓶への連結後、医師としては、採血管を注視し上腕部のゴム管の取り外し等の一定の操作と時間的余裕がある筈であり、その間、慢然血液が採血瓶中の圧力におされて逆流するのを看過し、ゴム管を慢然とり外し、（又は、看護婦をしてとり外さしめ）たところに、採血にあたる医師としての過失があったと考えられるので、結局、医師の有罪は正当であったと私は解釈している。後者、笑気ガス事件においても、毎分約五リットルの笑気を一六分間吸入させたというのであるから、その間、麻酔医たる被告医師の立場において、異常の発見が可能であったと考えられよう。従って、その間の過失につき有罪となる可能性は残されている。予兆の有無にかかわらず、常に医師の事前の点検確認義務を認め判決の立場には賛成できないこと、米田弁護士主張の通りであるが、さればとて、看護婦の有資格性の事実のみで、

常に信賴の相当性を主張され、医師の無罪を結論される米田弁護士立場にも賛成できない。

米田弁護士の「チーム医療」の論文は、電気メス事件についての詳細な分析を含んでおり、その見解は、高裁判決において重要な事実問題、法律問題をとりあげることへと導いたものであって、その点だけでも、この論文の意義の重要性を認めることができる。又、複数人モデル過失論としての信賴の原則論は、それが複数人の過失の競合における具体的予見可能性の認定と同一の内容をもつものである限りで、吾々もまたその主張に組することができること、先に述べた通りである。しかし、これも又前述の通り、信賴の検討が具体的予見可能性の認定から、ずれてゆく傾向をもっていることも右に具体的判例について実証した如くである。

元来、信賴の原則とは、本文にも述べたように、当該状況の下で関与者の間に、特定された行動基準があり、相手方がその行動基準通り行動していること、行動することを信賴して、自らの行動の決定をすることが許されるものであり、関与者の外部的態度の評価の基準を示すものである。つまり、結果回避措置を決定する概念道具に外ならない。信賴という言葉は、行為者の内心を評価する言葉であるが、この原則は、被告人の外的態度の正否を判定するものである。その点では、過失の中核を内心的不注意ではなく、外的態度の相当性にもみる新過失論の一部であって、予見、不予見という内容的な問題を直接とりあげ、不予見の相当性（無瑕疵性、無非難性）を直接論断するものではない。この点は、信賴の原則を基礎にして、事実上の予見可能性と「刑法上の」予見可能性を主張される西原春夫教授の過失論や、米田弁護士の本論文における予見可能性から分離独立化された「予見義務」の概念には、本来の信賴の原則の役割からみて、別の新しい内容が盛り込まれているといわねばならないであろう。

(3) 米田弁護士は、電気メス事件の控訴審判決（確定）を契機に、複数人モデルの過失犯の一環としての「可罰的監督義務違反」をとりあげられた（判タ三四二、三四五、三四六号・昭五二）。

本論文では、「チーム医療」論文で指摘されたところのいくつかの論点、例えば、電気メス事件に関し電気メス器や心電計に安全上の工夫がなく、欠陥商品であるとして、メーカーの責任を追及しようとする態度や、執刀医以外の指導医、麻酔医、介助看護婦らの責任を追及しようとする態度はみられないところにある変化をみるることができる。電気メス事件に関する限り、控訴審判決を全面的に支持する立場が展開されている。電気メス事件については、別稿（井上正治博士還暦祝賀二九九頁以下）で詳細に検討したので、ここでは繰返さないが、米田弁護士は、「信賴の原則的許容を

揺るがす例外的事情」として、「メスの変調」を指摘されるにとまり、それを控訴審判決通り「それが信頼を動揺させる程度のものではない」と判定されている。心電計をめぐる問題を、例外事情との関係ではとりあげるところがないのは、本件についての「例外事情」の問題性を初めて指摘されたのが米田弁護士であつただけに、遺憾に思われる。

本論文では、前論文で分業における信頼の原則を展開された基本的主張が繰返されている。他人の過失のない行動を信頼することは直ちには義務違反ではない、他人についてあらゆる過失を計算に入れて行動する必要はなく、一定限度で過誤のないことを予定して行動すれば足りるとする主張である。これは正に許された危険の思想そのものであり新過失論の中核をなす理論である。しかし、ここにいう「直ちには」とか「一定限度」とかいう不確定概念からみても明らかのように、これらの理論は、直ちには、過失成否を区別する判断基準とはなりえていない。石塚章夫判事が、信頼の原則は、説明の道具であるとされるのも理由のある批判であつた。米田弁護士も、信頼を可能にする基本的事実関係の確認と、さきの「例外的事情」の有無を判定基準とされるのである。

米田弁護士の複数人モデルにおける信頼の原則の理論は、西ドイツのギェンター・シュトラーターテンベルトの「分業と医師の注意義務」(シュミット祝賀論集一九六一年所収)論文を随所に引用されており、この論文との関係をみる必要があるので、次に、シュトラーターテンベルトの右論文の趣旨を検討することにする。

三 シュトラーターテンベルトは右の論文で次のようにのべている。

まず彼は、許された危険の思想と信頼の原則とを明確に区別する。

伝統的過失論は結果の予見可能性と回避可能性が中心のカテゴリーであつて、不注意という要素によつて、とるに足りぬ程度の過失を排除してきた(このような伝統理論の定式化は、吾々において必ずしも一般的ではない。思うに、予見と注意との関係は相関関係にあり、強い注意をすれば予見できるが、通り一辺の注意では予見できないということができる。従つて、予見しなかつた結果を予見できた筈だというためには、一応の注意さえすれば誰でも予見できる筈だということを根拠にすることによつて、予見の能否は、必要とされる注意の程度、又は、注意能力の問題におきかえうることになる。しかし、他方、個人の能力を基準とする限り、どんなに意思を緊張しても、従つて本人が最高度の注意力(意思の緊張度)を発揮していても、予見不能という事態

もありうる訳で、ここから、現実にとの程度の意思の緊張状態にあったか、注意力を發揮していたかを問うだけにとまると、不予見は常に予見不能と同義になる。ここから、義務とされる注意の程度は、「平均的」「中程度」というように客観化、規範化され、本人の知的能力を基準にして、義務とされる程度の意思の緊張度と通常の程度の、従って特別に緊張する必要もないが、反対に、特に散漫であつてもならない程度の緊張度の下で、予見できたか否かを問うことになる。ここから、行為者が現実にとの程度の意思の緊張を払ったかは過失の成否からは問題とならず、緊張度に関する限り、平均化、客観化、規範化されるに至る。通常の注意を払えば一般的に予見可能な結果を、行為者が予見しなかった場合、彼の知的能力その他の彼の彼の経験等の主観的能力を基準にして、予見可能であるとされる限り、彼は意思の緊張を欠いたとされ、その際、現実には彼が意思の緊張度において最大の努力を払っていたとしても、問題とならない。違法な結果が予見できる限り、回避すべきであり、にもかかわらず、回避せずして結果を発生させた限り、常に、不注意、命ぜられた注意の懈怠、意思の緊張を欠いたと判定される。この際、いまだ後の過失論において、予見できても回避する必要はないという理論は登場しておらず、予見と回避との間には乖離する分野はない。ここでシュトラーターテンベルトが伝統理論として定式化していることがらの内容は、予見という認識的側面、悟性的側面が中核であつて、意志的側面は直接的な判定基準ではなかつたことが指摘されるのであろう。ビンデンク、メルケルによつて、許された危険の思想が、不注意(予見可能性、意思の緊張の欠缺)と結果回避義務との分離を可能にし、予見可能であり、回避可能である法益侵害であつても、一定の限度では注意違反(結果回避義務違反としての不注意)ではないとする確信が急速に滲透した。

しかし、この発展によつても又、注意義務を結果の回避可能性でもって結びつけるやり方は、原則的には止揚されず、単に若干の専門領域において、優越利益の顧慮によつて制約されただけであつた(この部分は、吾々の用語法で表現すれば、注意義務の本体は、依然として予見可能性、従つて、回避可能性を前提とした内心的不注意におかれ、違法阻却事由として、特定の危険業務部門の社会的有益性を理由に、例外的に、注意義務が制約されたにすぎないという趣旨であらう。しかし、シュトラーターテンベルトの過失論は、のちに、ボン学派の一人である、ヤコブスとならんで、過失犯の違法性を主観的注意義務違反におく立場

を展開することになるが、以上のような、伝統的過失論の定式化と、許された危険の思想の位置づけは、既に、新過失論を外的注意義務違反の結果回避義務違反にみる見解とは異なった過失理論史を念頭においているのかもしれない。

分業にとって特に意味をもつ過失共働(過失の競合)の事案においても同様であって、依然として結果を媒介したところの相手方の態度が行為者にとり予見可能であったかどうかを第一にめざすことになる。⁽⁵⁾治療行為における共働者のミス(過失)に対して、医師がどの限度責任をおうかという問題においても同様であって、何よりもまず、相手方のミスが予見可能であったかどうかという形で問題を処理する方式がとられた。⁽⁶⁾

そのうちに、分業による治療行為に関し、屢々、全く独自の注意義務の吟味が行なわれることになる。帝国裁判所⁽⁴⁾も、連邦裁判所も「他の人々の過誤のない共働を信頼することは、直ちには義務違反とはならない」という命題を繰返し主張するに至る。この命題は、かなり以前からE・シュミットによって主張されたものであった。⁽⁶⁾この命題は予見可能性 *Vorhersehbarkeit* の問題ではない。なぜなら、信頼しうる共働者でも、あるいはミスをおかすこともあるということとは、通常の経験の枠外にある現象ではない。それにもかかわらず、このようなミスが、一定の限界において、計算に入れる必要がないとすれば、ここには、明らかに(予見可能性とは別の「筆者」)もう一つの、解釈的に独自の観点が貫かれていることになる(シュトラーターテンベルトは、このあと、この問題を、確認、コントロールの懈怠という不作為従って、作為義務の問題とし、作為義務不存在によって問題を説く見解があるとしつつも、これらの場合、関係者の保証人の地位は始めから疑う余地がないから、この不作為構成の方法は、解決の方法とならないとし、正面から、なぜ「信頼の原則」が正当化されるのかを理論的に説明しなければならないという)。

そこで、シュトラーターテンベルトは、医療においても不可避免的に現れる分業とそこにおける信頼の原則の「実体的」(事物の本性上の)意味と、医療行為におけるこの分業という現象の法的評価のカテゴリーとの関係を考察する。

まず、手術を例にみれば、医師が「本来の課題（手術したい）」に注意を集中し共働者の作業を信頼すること、このことが許されないとすれば（例えば、手術に際して用いる道具の数を数えてから手術にかかるなど）、それは患者の危殆化に直結する。手術中に他の何かの制御を行うことじたい困難であるばかりでなく、同僚や看護婦をあてにできないと考へることじたいが執刀医としての注意の逸散をうむからである。「本来の課題」を越えて執刀医の答責性を拡大することを禁止するのは、執刀医の物理的、心理的な給付能力において、本来の課題に限界があるからなのではない。執刀医は「よい手術」を患者に提供するものであるが、それは、「ミスのない手術」に尽きるものではない。レーゲ・アルティスに正確にのっとっていてでさえ、消極的な手術結果はありうる。「よい手術」のためには、執刀医に不適切な負担をおおせないこと、余計な負担をかけることなく、「本来の課題」に専念できるように情況をととのえておくことである。彼の課題の遂行のため自由しておくことである。ここに分業の意義がある。このことは手術以外の近代的な医療全般における分業の組織についても妥当する。医療は単なる技術のよせ集めではない。患者に対する人間の立ち向いを必要とする。分業必至の近代医療において、医師が刑法をおそれて同僚や看護婦を一々疑ってかかるような対応をしては患者に対する人間の対応は不可能となる。ここから、共働者に対する信頼は許されるのである。

それでは、医療の領域における分業の意味が右の通りとしても、それにいかなる法的評価が結合するのであろうか。これが次の問題となる。^{?)}

他の領域、例えば道交法において信頼の原則が確立しているが、そこでの考え方を借用することによって、医療における分業下の信頼の許容を正当化できるであろうか。第一に、道路交通における信頼は、道路交通関与者をして他人の法益を最高度に尊重することができるようにするために許容される訳ではない（医療では正にそのためにこそ分業上

の信頼はある）。第二に、医療行為が、それ、だ、い、に結びついている危険は「許された危険」の法理でもって正当化できるとしても、特殊分業治療に伴う危険までもこの法理は正当化するものではない。第三に、許された危険の思想は、必ずしも信頼の原則とパラレルな関係にはない。分業医療における信頼を許された危険の特殊例として位置づけるとすると、信頼の原則は再び裸の利益較量（eine bloße Interessenauswägung）にゆだねられることになる。勿論吾々は、この信頼が利益較量から説明できるとすることを拒否することもできるが、それならば他に信頼を正当化する解釈上の根拠を必要とする。従ってまた、信頼の原則は、医師の共働者のミスに対する注意義務の限界についての解答を容易にするものではない。

シュトラーターテンベルトは、このような認識にもとづいて、分業医療における医師の共働者に対する信頼の当否を決する基本法理と具体的な解釈基準を新しく提案することになる。ただ、その前に、利益較量の思想と医療における信頼の原則の正当化根拠との関係について論及した一節があるが、次にそれを紹介しておこう。

「利益較量の観点は、分業の問題に際しては、いづれにせよ不充分である。成程全く対立した利益が衝突している。即ち、機能分割がより嚴格にひき入れられれば引入れられる程、それだけ医師は、より大きな注意をもって自己の特殊の課題を遂行することができる。だがしかし、分割された共働の過誤の源泉が生れるという危険も又、それに応じて大きくなる。その逆もまたそうである。吾々は、分業の利益を、その不利益なしに手に入れることはできない。それゆえ、吾々が医師に、一方で第三者の過誤のない共働を信頼することを原則的に許容しつつ、だが、他方で、その他人の部分の操作が（事後的に！）瑕疵あるものである場合には、その限りで例外である（信頼は許されない——筆者）とするならば、問題をすりぬけることになる。むしろ、ここで不可欠なものは、利益葛藤を事前に解決すべき、一般的な指針である。従って、その指針による決定がどのように下るかは、利益較量の結論から生れるものではない。利益較量の観点は、次の場合事態の適切な解決を完全に妨げることすらある。即ち、利益の観点が、注意義務の

限界づけに際して、初めから、正当な程度の問題 (eine Frage des rechten Maße) のみが重要であるかのような外観をよびおとすすべしである。このような程度の問題は、なお排除されるものではないが、しかし、それは個々の決定に不正確という契機を伴わせることになる。この不正確さは何よりもまず正確な判断基準によって見張る必要がある。」

ところで、シュトラーターテンベルトは、故意行為の領域における可罰所為への多數人の関与にふれる。教唆、幫助その他の共働形態が区別され、その限界づけによって責務領域の分割が行なわれる。ここでは一次的に、刑事責務は、構成要件を充足すべき出来事流れの支配、つまり正犯によって、又それのみによって基礎づけられる (道具のように介入する他人には行為支配はなく、もし道具じしんが出来事流れを支配する限り、背後者は正犯たることを排除される)。ある行為者と、他の、人としての行為者との関係は、行為支配というカテゴリーではつかまれない。一次的な責務領域と行為支配関係の限界は一致する。

過失犯においては、責務領域の限界づけにおいて、正犯と共犯の区別をひきいれることはできないが、行為支配に照応した解釈基準を求めることができる。それは、予見可能性と回避可能性である。この基準はある出来事流れに対する答責的存在者の支配可能性を意味し、故意犯における行為支配と同様に、過失犯の一次的な責務領域を限界づけるものである。

一人の行為者の責務のみが問題となるとき、つまり、それは具体的出来事流れが事物の世界に属しているか、又は、共同原因たる人々が事物の経過を支配できない場合 (介在者、同時者に過失がない場合にあたる) には、この出来事の予見可能性がその責務領域を劃する。

過失共働の場合には、いかなる限度で一般に他人の注意欠缺の可能性に顧慮を払わねばならないかという問題が責務領域の限界づけに当って問題となる。この時、他人の注意の欠缺 (ミス) が予見可能な限りでと答えることが考え

られるが、他人も又答責的存在として出来事の支配可能性があるのであるから、自明の答ではない。単独過失の場合のような一次的な直接的な刑事責務の領域は排除され、派生的な二次的な注意義務が問題となるからである。その注意義務は、他人の注意義務違反じたいにかかわっており、間接的にのみ構成要件の結果にかかわるものである。過失共働の場合他者にも又出来事流れの支配可能性があるということ、この他者も又答責的存在として自らの注意の欠缺に対し、責務を引受けるが、同時に、行為者は、二次的注意義務が問題となる限りで、自らもその出来事流れを支配できるということになる。社会生活において、多数数の態度が触れ合う場合、原則として、関与者の各人は、相手が注意に合致して振舞うであろうということを信頼することが許さるべきである。なぜなら、相手も又、法秩序の要請の下にたっているのであるから。

このことは、統計的に基礎づけられた蓋然性とか経験則ということと無関係である。むしろ経験則ということから考えれば、注意の侵害は必ずしも稀れではない(従って、他人のミスは常に予見可能であるといえる)。にもかかわらず、他人がその責務に従って行為するのである、注意義務を尽くすであろうという期待を正当化するのには、相手も又答責的な主体であるという性格からくるのである。従って、二次的な注意義務は、他者の注意に合致した態度への期待が、具体的事情によってくずれる場合においてのみ生ずる。この具体的事情は個々の事案において様々のものがあるが、唯本質的なことは、二次的注意義務の限定にあたっては、予見可能性の問題は肝要ではないということである。人は原則として他人の法適合的態度を信頼することが許されるということとは、その者の自己答責性に依存している。他人の裸の注意の欠缺を計算に入れることを命ぜらないかなる注意義務も、たとえその欠缺が可能であり、又はきわめて屢々であって、予見可能であったとしても、その欠缺が事件の具体的事情によって摘示されていない限り、存在しない。

シュトラーターテンベルトは、信頼の原則の正当化される基本原理を右のように確認したあと、分業医療における医師の注意義務の限界づけについて、具体的な基準を提出するのである。

まず、分業によって生ずる特殊の危険の源泉 (Gefahrquelle) に対しては、医師は一次的な注意義務をおうことになる。この危険の源泉として三つのものをあげる。資格欠缺 (Qualifikationsmangel)、コムニケーション欠缺 (Kommunikationsmangel)、調整欠缺 (Koordinationsmangel) である。分業にあたる施設の公認制、専門医制、技師、看護婦の資格などについて疑いをもたせる何らかの機縁があるとき、医師はこれを調査確認する義務がある。次に、自らの協力者に対する指示が、音として聞き違えられたり、意味のとり違いが生ずることからの危険を防止せねばならない。正確な指示、書いて渡す、再質問、記帳のコントロール、アンプルの確認などである。最後に、分業の場合、全過程を見通すことが困難となることから生ずる危険がある。分業における各人の関与の程度に応じて、医師の干渉してゆく範囲は異なるが、指示、指図、監督によって、分割された各措置の相互の調整を行う義務がある。

このように分業上の特殊の危険に対応した一次的注意を明確に把握することによって、現実が生じた結果に対して、この一次的注意の懈怠の危険が実現したものといえるか否かという判断がより正確になる。判決のなかには、この間の判断が不正確なために、医師の一次的注意に属さないところの補助者じしんの直接過失による結果について医師の過失を認める誤りが散見される。

次に、共働する同僚や補助者の注意欠缺 (ミス) に対する医師の二次的注意の問題がある。これはさきにも述べたように、これらの欠缺を摘示する具体的事情がある場合に生ずる。裸の注意欠缺では足りない。ミスを指示する特別の支点が必要である。裸のミスを以て注意義務の根拠とすると、他人の自己答責性はなくなってしまう。

分業上の特別の危険の源泉と共働者のミスを示す特別の事情という二つの関係においてのみ、分業から生ずる責務

領域は限定されるのであって、これらの契機のないところには、共働者への信頼は許容され、医師の刑事責務は生じない。このような法的処理は、正に分業の結論である。ミスのすべてを計算に入れることから解放されてのみ、医師に対して患者への人間的没頭に当ることを期待することができるといえる。以上がこの論文の趣旨である。

(1) シュトラーターテンベルトは、医学の進歩と結びついた広汎な専門化と、新しい種類の診断・治療方法の複雑性と、増大する患者数に不可避に伴われる近代病院経営の合理化という三つの近代医療の特徴が医療の技術的分業 *technische Arbeitsteilung* を必然的に発展せしめており、この分業関係は、逆におし戻すことのできぬものである。分業のみが関与者各自が自らの特定の課題に、必要な集中をもってあたることを可能にし、とくに困難な外科手術は勿論、大病院の日常的な業務も、チーム活動によって保証されているからである。このような分業は、近代的な医療における特別の給付を可能にしている一方で、伝来の家庭医による単独医療においては起りようのなかった特別の危険の源泉を内含している。従って、分業における特殊の危険が刑法上どのように処理されるべきか、特に医師について分業からどのような注意義務が生ずるかという新しい問題が生れる。これがシュトラーターテンベルトの問題提起である。Günter Stratenwerth, *Arbeitsstellung und ärztliche Sorgfaltspflicht*, Eb. Schmidt-Festgabe, 1961, SS. 383—400.

(2) ここにシュトラーターテンベルトは、劇場出方のあづけられた外套にあったピストルの冗談の操作の判例 (RG St 34, 91. 出来事の経過の予見可能性で処理された)、火災 (失火あるいは放火による) に際して危険な居室の賃貸の判例 (RG St 61, 318. 放火を予見可能なものとする)、事故にあった被害者を救助している交通関与者ある自動車運転者がはねて致死とした判例 (BGH St 3 62. 最初の遭難者にとり第二事故の予見可能性を否定する)、トラック尾灯事件 (BGH St 4, 360. トラック運転手にとり、警官が赤い警告灯を早すぎたことりのけた中間態度は予見可能であったとされた) の諸判例を引用している。

(3) この事案と同じく、彼は LG Hamburg vom 6. 12. 1950 (bei Habner-Drost, *Arztlicher Haftpflichtrecht*, 1955, S. 271), Ehrmeyer, *Arzt im Recht*, 1930, S. 137 LG Urteil を引用する。

(4) 彼は RG vom 6. 6. 1932 (bei Goldhahn-Hartmann, *Chirurgie und Recht*, 1937, S. 58), RG vom 5. 8. 1935—ZS—(bei a a O. S. 59) を引用する。

- (5) 彼等 BGH NJW 1955, 1487; BGH St. 3, 91 (96), BGH St. 6, 282. 彼等 BGH St. 10, 121 (124f.) を参照。
 (6) Eh. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S. 193; Ponsold, Lehrb. d. gerichtl. Medizin, 2 Aufl. 1959, S. 67; Exner, Frank-Festgabe, Bd. I, 1930, S. 577ff. ヲウマンにも予見の問題はなごとする。ウエルツェルは交通事案について同様の見解をとく(七版教科書)。判例も同旨(BGH St. 7, 118 (121f.); 12, 81 (83f.))。
- (7) この部分は、分業医療における医師の注意義務をひき出す基本法理の問題であるのだから、この論稿の中核をなすものといふべきである。「許された危険」の法理—その内容をなす利益較量が具体的な過失限定に当たつてどのような形で影響するかについては、確かに問題であるが、論旨鮮明という訳にいかないように思う。道路交通と分業医療との実体の相違を抽出することは容易であるが、関与者が相互に一定の目的の下に秩序づけられた関係に置かれておるという点では共通の性質をもっている。何れの領域においても、他者が秩序づけられた約束に従つて行動することを予定しつゝ行動する点でも差異はない。関与者各人が自己答責的存在であり、各自が予め秩序づけられた「行動基準」の下に行動することが許される点でも差異はない。類型的に予想される事故を合理的に回避するために「行動基準」が設定されているのであるから、いわゆる分業医療における「一次的注意」(分業により固有に生ずる危険に対処するもの)に相当するものが道交法上の「行動基準」(道路交通法によって規定されている)であると考えることもできる。具体的事例において、ある特別の事情が存在するため予め予定されている「行動基準」とは異つた対応が要求される場合があり、これが、いわゆる「二次的注意」と解することができる。
- 分業それだけに内在する危険の源泉は、勿論とされるが如く存在するが、この危険に対する対応がどのように秩序づけられ、誰に配分されるかという点は、法規や慣行においても極めて多様であるばかりでなく、個別的事案の特別の事情により更に多様さをもつ訳であつて、シュトラーターテンベルトのような画一的処理が常に妥当するものではないであらう。

四 小括 シュトラーターテンベルトの右の理論は、分業にあたる医師の共働者に対する信頼の限界を追及したもので

あるが、このことを予見可能性という伝統的概念から解放し、裸のミスについてまで医師の監督責任を及ぼそうとする傾向に対し、明確な限界を示したところに意味があるといえよう。共働者も又法秩序の名宛者として独立の自己答

責的存在であること、そこに信頼の原則の根拠があるとする指摘、そこから分業上の注意義務の類型化（一次的注意と二次的注意）は、それぞれ有意義であるが、過失事案は、むしろ、類型化を批判するところにその本来的使命があると私は考えている（判例の検討において論述してきたように、例えば、補助者の資格の問題一つをとってみても、具体的事案における意味は多様である。無資格であっても医師の信頼が許される場合があり、有資格であっても許されない場合もある。信頼の相当・不相当は、資格の有無だけでなく、結果予見との関連でのみ意味をもつからである）。

米田弁護士監督過失論は、組織の責任を個人にしわよせする不合理を排除するために、各人の責任の限界を明確にし、信頼の原則により可罰過失を限定しようとする。両者は、過失犯の基本理解（目的的行為論か社会的行為論、違法要素・その主観的注意か客観的過失・主観的過失二分論）において必ずしも同一のレベルに立脚したものとは考えないが、注意義務類型化という点において、共通の方向を見ることができるといえる。科学技術の革新は人々の生活の益々の広汎な領域をまきこみ、そこからいわゆる未知の危険や不測の災害をうみ出している。これらの問題の法的処理は、行き届いた行政的統制による予防こそ、一次的な基本対策であって、刑事規制が常に前面に作用する領域でないとする米田弁護士の基本姿勢については、私もまた全面的に意見を同じくするものである。しかし、伝統的な過失犯の役割に関しては、残念ながら見解を同じくすることはできない。科学技術革新が進めば進む程、行政規制が完備すればする程、災害の事後処理としての過失犯理論は、より伝統的なコアを維持することによって、予防体制を災害を通じて批判してゆかねばならない。ここでは、個別事案の特殊性こそがすべてであって、典型的処理になじまない個性が追及される。災害あれば責任ありとまで考えている訳ではないが、個別的事件について具体的事実を詳細に追及すればする程、未知の危険とか不測の事故といわれる現象のなかに、むしろ、起るべくして起るものを発見することの方が屢々である。信頼の原則の理論は、情緒的に表現すれば、強者の論理である。しかも屢々末端の物理的担当者に厳しく、管理

部門に対して安易である。「特別の事情」の検討が厳密さを失うとき真実の刑事責任の所在をかくす役割さえ果たさねないものである。

(未完)