

【研究ノート】

介護施設等における誤嚥死亡事故に対する 業務上過失致死罪の成否に関する序論的考察

—あずみの里事件を手掛かりとして—

Does it constitute Causing Death due to Negligence in the Pursuit of Social Activities when an employee of a nursing home caused death of a resident by aspiration?

富山 侑美*

Yumi TOMIYAMA

専門分野：刑法、医事法

キーワード：業務上過失致死罪、予見可能性、注意義務、介護過誤、誤嚥事故

1. 本稿の目的

我が国は、高齢社会となって既に久しく、総人口の28.9%を65歳以上の高齢者が占めている¹。同時に、核家族化や老々介護、従来家庭内で介護を担っていた女性の社会進出等の社会現象も相まって、高齢者の介護を在宅で行うのではなく、介護施設等²に依存する割合が高まっている³。その中であって、いわゆるあずみの里事件⁴は、特別養護老人ホームにおける間食提供の際に発生した誤嚥死亡事故を刑事事件として立件し、誤った間食を提供した准看護師に対する業務上過失致死罪の成否を初めて争った⁵ものであり、介護業界を震撼させた。すなわち、もし、介護施設等で完全には防ぐことができない誤嚥事故⁶、その結果として発生し得る死亡事故の刑事責任

* 沖縄大学経法商学部 専任講師

¹ 高齢社会白書〔令和4年版〕2頁。

² 本稿では、介護老人福祉施設、介護老人保健施設、介護医療院、介護療養型医療施設、有料老人ホーム、養護老人ホーム、軽費老人ホーム、認知症高齢者グループホーム等を総称する際にこの用語を用いることとする。

³ 前掲注（1）32頁。

⁴ 東京高判令和2年7月28日判時2471号129頁。本判決の評釈として、岡部雅人「判批」医事法判例百選〔第3版〕164頁、村井俊邦「判批」新判例解説Watch28号207頁、小島秀夫「判批」刑事法ジャーナル67号160頁、宮地理子＝白取祐司「判批」刑事弁護105号75頁がある。原判決（長野地松本支判平成31年3月25日）の評釈として、河津博史「判批」刑事弁護105号120頁、金澤真理「判批」法学セミナー783号112頁、松宮孝明「危惧感説と具体的予見可能性説の異同再論—長野地松本支判平成31・3・25平成26年（わ）第260号を素材として—」立命館法学385号78頁、船山泰範「組織内の個人過失における期待可能性—あずみの里事件を手がかりに—」日本法学85巻2号289頁がある。

⁵ 小島・前掲注（4）166頁。

⁶ 高齢に伴って嚥下機能が低下して、本来であれば食べ物が食道を通過して胃へと送られるはずのところ、

を、介護に従事する職員が負うとすれば、ただでさえ人手不足と言われる介護現場に、さらなる混乱を招く可能性がある。のみならず、誤嚥事故を完全に防止するために、食事・間食の提供の代わりに胃瘻⁷によって栄養を摂取するという手段を、あまりにも早い段階から取り入れるようになることも考えられ、それでは介護のあるべき姿を激変させ、人間としての尊厳を高齢者から奪うことにもなりかねない⁸。

後述の通り、あずみの里事件の准看護師の刑責は否定された。これに対して、とりわけ介護現場の萎縮を防いだとして肯定的な意見が多く⁹、私見においてもその結論は正当であると考えられる。しかし、他方で、今後も増加するであろう介護施設等での介護の需要に対して、供給が伴うのか不透明である現在の状況に鑑みると、誤嚥死亡事故の発生件数が増加し得ることは想像に難くない中で、今後の同種事案でもあずみの里事件と同様に介護従事者ないし事業主の刑責を否定すべきと言えるかどうかは疑問である。介護現場における事故には、誤嚥事故以外にも転倒事故や入浴事故、行方不明事故等様々な態様のものが想定されるが、その中でも誤嚥事故は、利用者の死傷という重大な結果に直結し得るものであるから、それを防ぐ注意義務があり、その懈怠を刑事上の過失として問い得る状況もあるのではないだろうか。実際、既に民事上の過失を認める判例は、散見される。

そこで、本稿ではまず、結論としては正当であったあずみの里事件を手掛かりとして、誤嚥死亡事故における業務上過失致死罪の成立の可能性について検討を加える。しかし、先にも述べた通り、同種の事案が他にはない状況では、この検討が正しい方向性にあるのかを他の事案と比較検討することができない。従って、次に、いくつかの民事事件を取り上げて、誤嚥死亡事故における介護従事者・事業主の過失責任の在り方を検討する。損害の公平な分担を趣旨とする民法上の過失と刑法上の過失とが異なることに留意は必要だが、今後の同種事案における解決を考えるためには、民法上の取り扱いを念頭に置くことにも一定の意義があるように思われる。

以上の検討を踏まえた上で、介護施設等における介護の在り方とその懈怠に対する刑責の在り方について若干の私見を述べ、今後の研究の端緒とすることが、本稿の目的である。

2. あずみの里事件

(1) 事実概要及び判旨

前述の通り、介護施設等における間食形態の確認をめぐる、現場職員の過失の有無が問われた初めての事件であるが、事実の概要・判旨は、以下のとおりである。

【事実概要】

被告人Xは、特別養護老人ホームあずみの里（以下、「本件施設」という。）に准看護師として勤務し、本件施設の利用者に対する看護及び介護業務に従事していた。本件施設では、利用者に

誤って気道の一部である気管に入って窒息してしまう事故。

⁷ 内視鏡を使って胃に小さな口を設置する手術を行い、そこにカテーテルを取り付けて、直接胃に栄養を投与する方法。

⁸ 平田厚『介護事故の法律相談』（青林書院）84頁。

⁹ 宮地・前掲注（4）79頁。

間食を提供する際、利用者の身体機能等に応じて常菜系のおやつ若しくはゼリー系のおやつのおやつをいくつかを提供することが予め決められており、当時85歳の被害者Aに対しては、平成25年12月4日の会議で、同年10月3日の本件施設C棟入所当時から提供していた常菜系のおやつからゼリー系のおやつに間食の形態変更（以下、「本件形態変更」という。）が議論され、同年12月6日よりゼリー系の間食が提供されるようになった。本件当日（同年同月12日）、Xは、間食の介助を手伝うために午後3時10分頃に食堂に入り、C棟担当の介護士Bから間食の配膳を頼まれた。本件当日の間食は、常菜系のもは直径約7cm、厚さ約3cmのドーナツ（以下、「本件ドーナツ」という。）とゼリーの2種類であり、厨房担当者が食堂内に運んできたワゴンに置かれていた。本件施設では、主食及び副食について配膳の際に食札による確認が行われていたが、間食の配膳については食札を利用せず、配膳する者の記憶により行われていたところ、BはXに配膳を頼むにあたって、誰にゼリーを配膳するか伝えず、XからBに尋ねることもなかった。Xは、上記ワゴンを押しながら、利用者の間食の配膳を行っていたが、本件形態変更を確認していなかったため、Aに対して、ゼリーではなく本件ドーナツ1個を提供した。

Xは、配膳を終えた後、全介助が必要な別の利用者の介助に入り、Aに背を向ける形で同利用者へゼリーを食べさせていたところ、C棟担当の介護士Dが午後3時15分頃食堂に入ってきた際、Aが椅子の背もたれに寄りかかり、身体を左に傾け、左手を下げ、顎が上がっている状態での発見した。その際、本件ドーナツの置かれた皿は空になっており、併せて置かれていた牛乳も減っていた。

Xらは、窒息を疑って被害者の背中を強く複数回叩き、Aを居室のベッドに移動させて口腔内からドーナツ片を指で掻き出す等して対応していたが、看護師長Eが居室に到着した時点では、Aに呼吸及び脈はなく、末梢チアノーゼも生じた状態であった。Eはさらにドーナツ片を指や吸引器を用いて掻き出し、心臓マッサージ及び酸素吸入をするとAは一度息を吐き出した。なお、Aに数回AEDを使用しても除細動の適応はなかった。

その後、救急隊員が到着した時点ではAは心肺停止状態となっていたが、気管挿管及びアドレナリン投与を受け、病院搬送の途中で心拍が一旦再開した。再び停止した後、病院搬送後に心拍再開、弱い自発呼吸が確認されたものの、Aは平成26年1月16日、搬送先の病院で心肺停止に起因する低酸素脳症等により死亡した。

これに対し、主位的訴因に2回の訴因変更及び予備的訴因を追加する訴因変更が行われ、訴因変更後の原判決の公訴事実は以下のとおりである。すなわち、主位的訴因は、Aが間食としてドーナツを摂取する際に、Xがこれを注視して窒息を防止する義務（Aに対する動静注視義務）に違反したため、Aを死亡させたことであり、予備的訴因は、特別養護老人ホームで間食を配膳する際に、入所者に提供する間食の形態を確認して窒息事故等を防止すべき義務（間食形態確認義務）に違反して誤ってドーナツを配膳し、Aを死亡させたことである。

原判決は、主位的訴因について、Aが本件ドーナツを摂取することにより窒息が生じる危険性があることを予見することは可能であったとしつつ、本件当時、窒息の危険が高かったとまでは言えず、Aを特別注視しなければならない存在であると認識し、異変に気付くことの出来る程度の注視を求めることは困難であるとして、食物による窒息の事故を未然に防止すべき業務上の注意義務を怠った過失があるとは言えないとした。他方、予備的訴因については、本件施設の利用

者には様々な身体機能を有する者がおり、身体機能等によっては配膳する間食の形態により誤嚥や窒息等により生命、身体に危険が生じる可能性があること、本件施設において間食を含む食事の形態は利用者の身体機能等により決定されていたこと、本件施設の利用者の身体機能等は変化することがありそれに応じて間食を含む食事の形態が変更される可能性があることが認められ、被告人は、本件施設の利用者に間食の形態を誤って提供した場合、誤嚥、窒息等により、利用者の死亡の結果が生じることが十分に予見できたとして予見可能性を認めた。その上で、看護師が介護資料全てを確認することが求められていたとは言えないが、介護士から看護師への日々の申し送りは、申し送り・利用者チェック表に基づいて行われていたから、これに基づいて看護師に引き継がれている記載内容は看護師において把握すべきであって、少なくとも勤務に当たる際には同表の確認が求められていたというべきであり、Xにおいては、自身の勤務しない日がある以上、勤務の度に各棟の申し送り・利用者チェック表を遡って確認し、間食を含めた食事の形態変更の有無を確認する義務があり、さもなくば、間食介助の現場において間食の形態変更を介護士に確認すべきであるのに、Xには当該義務を怠った過失があり、当該義務違反と結果との因果性も認められ、それによりAを死亡させたといえるから、業務上過失致死罪が成立するとした。

これに対し、原判決には、[1] 被害者の心肺停止がドーナツによる窒息に起因すると認定した点、[2] 被告人に原判決の過失があるとした点において、判決に影響を及ぼすことの明らかな事実誤認があるとして、被告人側が控訴した。

【判旨】

破棄原判。被告人は無罪。なお、控訴趣意の[1]の点については、「平成26年12月に本件公訴が提起されてから既に5年以上が経過し、現時点では控訴審の段階に至っている上、有罪の判断を下した原判決には判決に影響を及ぼすことが明らかな前記事実誤認がある以上、上記疑義や他の控訴趣意についての検討に時間を費やすのは相当ではな」として、[2]の点について、以下の通り判示した。

1. 原判決の問題点

「ア 原判決は、結果の予見可能性を検討し、その上で注意義務を検討するという判断枠組みに基づき、予備的訴因に沿う過失を肯定しているところ、原判決は予見可能性を適切に捉えていない。

すなわち、原判決が検討した予見可能性の内容は、被害者自身に対する窒息の危険性を抽象化し、…特別養護老人ホームには身体機能等にどのようなリスクを抱えた利用者がいるか分からないから、ゼリー系の指示に反して常菜系の間食を提供すれば、利用者の死亡という結果が起きる可能性があるというところまで予見可能性を広げたものというほかない。しかし、…上記のような広範かつ抽象的な予見可能性では、刑法上の注意義務としての本件結果回避義務を課することはできない。原判決は、被告人には本件形態変更を確認する職務上の義務があったとした上で、これを法令等による義務と同視したもののように解されるが、一定の科学的知見や社会的合意を伴わない単なる職務上の義務を法令等による義務と同列に扱うのは形式的に過ぎるというべきである。…被害者に対する本件ドーナツによる窒息の危険性ないしこれによる死亡の結果に対する具体的な予見可能性を検討すべきであるのに、原判決はこの点を看過している。」

「イ また、…どの程度の予見可能性があれば過失が認められるかは問われている結果回避義務との関係で個別的に判断されるべきであるから、原判決の上記判断には当該結果回避義務を課すに足りる程度の具体的予見可能性を否定する趣旨も包含していると解される。そうであるとする、主位的訴因よりも時系列的に前の予備的訴因ではなおさら、結果回避義務を課すにふさわしい内容、程度の結果に対する具体的予見可能性が認められるかを自覚的に検討する必要があるはずである。しかし、原判決は、予備的訴因で求められていた具体的予見可能性の内容を前記アの通り誤って捉えたためか、上記検討をしていない。」

「ウ さらに、…予備的訴因の検討においても…本件施設における看護職と介護職の介護業務の分担状況、本件形態変更の経緯・目的、介護の際に把握しておくべき利用者の健康状態についての情報共有の仕組み、本件当日の状況を踏まえて実質的に判断すべきであった。」

「エ 以上の通り、原判決は、過失犯について予見可能性から検討する判断枠組みを採用し、この枠組みに従って主位的訴因を排斥する一方、予備的訴因に関する判断においては、主位的訴因の判断と大きく異なる誤った予見可能性の捉え方をした上で、本件施設における被告人の立場等についても実質的な検討をしないまま原判決の過失を肯定したもので、この点だけをみても、原判決の過失に係る判断には重大な問題があり、これをそのまま是認することはできない。」

2. 予備的訴因に対する判断

「原判決は、注意義務の内容として、被害者に提供すべき間食の形態を確認すべきこと（以下『間食形態確認義務』という。）と、本件ドーナツの提供を回避すること（以下『ドーナツ提供回避義務』という。）を要求している。本件過失の中核（非難の重点）はドーナツ提供回避義務違反と解されるが、原判決は、間食形態確認義務が尽くされれば、その後の因果の流れとして被害者に対する本件ドーナツの提供も回避されたはずであるから、間食の形態を確認しなかったこと自体を捉えて過失責任を問えると判断したものと解される。

しかし、上記のような流れで間食の形態を確認しなかったことを業務上過失致死罪における過失とするためには、遅くとも被害者に本件ドーナツを提供するまでの間に本件ドーナツによって被害者が窒息することの危険性ないしこれによって死亡する結果についての具体的予見可能性がどのような内容、程度であったかを十分に検討する必要がある。」

「ア まず前提として、被告人において間食の形態を確認することが職務上の義務であったかを見ることとする。もとより職務上の義務であっても直ちに業務上過失致死罪における刑法上の注意義務となるものではないが、検討の際の重要な考慮要素となり得る…。

この点、本件形態変更は介護資料にしか記載されていなかったものであるが、…申し送り・利用者チェック表は、介護士の詰所である各チームのカウンターで保管される介護資料であり、その記載の体裁に照らし、日付の前日夜から当日の夕食終了頃までの間にその都度記載されていたと認められるが、その記載が日勤の看護師に対する引継ぎのためのものであったとは認められない。…そうすると、申し送り・利用者チェック表を用いて看護師への申し送りがされていることなどから、被告人が日勤勤務の際に同表を遡って確認することが求められていたとする原判決の判断には飛躍があり、…被告人に職務上そのような義務があったとは言えず、もとより本件施設の全利用者65名分を併せると相当の量となる看介護記録（利用者ごとに編成された介護資料で看護記録とは別のもの）についてそのような確認義務を肯定することもできない。…

なお、検察官は、保健師助産師看護師法の規定を援用して、原判示の注意義務が導かれると主張する。すなわち、同法は『傷病者若しくははじよく婦に対する療養上の世話』を看護師（准看護師を含む。）の業務と定めており（同法5条、6条）、傷病者等に対する食事（間食を含む。）の介助（配膳を含む。）は同法にいう療養上の世話に当たるから、病院のみならず特別養護老人ホームにおいても、摂食嚥下障害者を含む傷病者等に対する食事の介助は看護師の業務に含まれ、被告人は看護師の業務として間食の介助を行ったのであるから、被告人に原判示の義務があるという。

しかし、本件施設では、配膳を含む間食の介助は、基本的に介護職の業務であって看護師の関与なしにも行われていた。検察官の援用する上記法律の規定から…本件において問題となるような具体的な間食の形態確認義務、すなわち、申し送り・利用者チェック表等を遡って確認すべき義務が導かれることもない。…

したがって、被告人が事前に自ら介護資料を確認して本件形態変更を把握していなかったことが職務上の義務に反するものであったとはいえない。」

「イ 次に、過失の成否を判断するために、①本件ドーナツによる窒息の危険性、②本件形態変更の経緯及び目的、…⑥食品提供行為が持つ意味を検討する。」

①本件ドーナツによる窒息の危険性

「被害者には窒息の要因の一つである嚥下障害は認められず、入所から本件に至るまで食事（主食及び副食）の形態に変化はなかった上、本件の1週間前まで本件と同様の、ドーナツを含む常菜系の間食（おやき、いももち、今川焼、ロールケーキ、まんじゅう、どら焼き等）を食べていたが、窒息を招き得るような事態が生じたことはなく、…また本件ドーナツの包装には、こんにゃくゼリーや餅等に通常付されるような高齢者や幼児等の窒息等に関する警告や注意書等も表示されていなかった。このように、…本件ドーナツで被害者が窒息する危険性の程度は低かったといえる。…」

②本件形態変更の経緯及び目的

「…被害者は、本件施設で同年11月7日と…12月1日の夕食後に嘔吐し、…感染症対策の措置が必要となる被害者の嘔吐の原因としては丸飲み傾向が指摘されており、…本件形態変更について丸飲み傾向を理由とする旨の記載があること…を踏まえれば、…本件形態変更は、…まず感染症対策のための嘔吐防止を図ることを目的としていたと認められる。…

本件施設において、被害者の丸飲み傾向は、嘔吐だけでなく、誤嚥の原因ともなり得るものと把握されており、誤嚥は場合によっては窒息につながる可能性もあることからすれば、嘔吐防止に併せて誤嚥を防止し、さらには窒息の防止も副次的に目的としていたものと認められる。しかし、これは、…医師等の専門的知見に基づかないまま、主目的の嘔吐防止に併せて誤嚥、さらには窒息の危険性をより低減させる判断をしたにすぎず、間食について窒息につながる新たな事態が生じたために行われたものではない。…」

⑥食品提供行為が持つ意味

「…あらゆる食品が窒息の原因になってもおかしくない…ことを踏まえるならば、被害者について窒息の危険性を否定しきれぬ食品を想定するのは困難である。…他方で、間食を含めて食事は、人の健康や身体活動を維持するためだけでなく精神的な満足感や安らぎを得るために有用か

つ重要であることから、その人の身体的リスク等に応じて幅広く様々な食物を摂取することは人にとって有用かつ必要である。」

「ウ 以上のとおり、被害者については、食品によっては丸飲みによる誤嚥、窒息のリスクが指摘されていたとはいえ、ドーナツは被害者が本件施設に入所後にも食べていた通常の食品であり、本件ドーナツによる窒息の危険性の程度は低かったこと…、本件形態変更はあったものの、その経緯、目的に窒息の危険を回避すべき差し迫った兆候や事情があって行われたわけではなく、間食について窒息につながる新たな問題は生じていなかったこと…、看護職と介護職の間には各利用者の健康状態についての情報を共有する一定の仕組みがあったが、本件形態変更は被告人の通常業務の中では容易には知り得ない程度のものであり取り扱われ…、被告人が事前に本件形態変更を把握していなかったことが職務上の義務に反するとの認識は持ち得なかったこと…に照らせば、本件ドーナツで被害者が窒息する危険性ないしこれによる死亡の結果の予見可能性は相当低かったといえる。このような予見可能性の内容、程度に加えて、被害者に対して食品を提供する行為が持つ意味…も併せ考えるならば、本件において被告人が間食の形態を確認せず本件ドーナツを提供したことが刑法上の注意義務に反するとは言えない。

そうすると、本件事実関係の下では、被告人において、自ら被害者に提供すべき間食の形態を確認した上、これに応じた形態の間食を被害者に提供し、本件ドーナツによる被害者の窒息等の事故を未然に防止する注意義務があったということとはできない。」

(2) 本判決の評価

とりわけ過失の判断は、事案の詳細を前提とするものであるから、かなりの紙幅を割いたが、以上が事実概要及び判旨である。

本判決が批判しているのと同様に、原判決に対して学説上も批判が多く寄せられていた。

まず、食事の場面では窒息の危険が高まっていないとしつつ、その前段階の配膳行為に注意義務違反が認められたことに疑問が呈されている¹⁰。本件ドーナツが配膳された後には、被害者に窒息の危険性がないとも言えるにも関わらず、配膳する前に窒息の危険性があるということになるというのであるから、時の流れとともに死亡の危険性が低下するという逆転現象が起こってしまっている。

もっとも、この逆転現象は、本判決も指摘する通り、原判決における予見可能性の内容、程度及びその判断が、主位的訴因と予備的訴因とで大きく異なっていることから生じている問題である。すなわち、「本判決は、『被害者』に『誤嚥や食物が詰まるなどといった窒息の危険性が高いといえるような事態は生じていなかった』…が、『本件施設の利用者…に死亡の結果が生じることは十分予見でき』…業務上過失致死罪が成立するとしている」が、これは「『本件施設利用者』一般に存在する誤嚥、窒息等による死亡の予見可能性が、…本件被害者の死亡の予見可能性に転用されている」¹¹。つまり、主位的訴因の判断では、被害者の死亡の危険という具体的予見可能性を問題としているのに対し、予備的訴因の判断では、本件施設利用者の死亡の危険という抽象的

¹⁰ 金澤・前掲注(4)112頁。

¹¹ 松宮・前掲注(4)81頁。傍線は引用のまま。

予見可能性を問題としていると言い得る。そうすると、配膳後に被害者の窒息の具体的危険性がないのだから、当然配膳前の段階でも被害者の窒息の具体的危険性はないものの、被害者を含む本件施設利用者の窒息の危険性は、形態確認義務の懈怠により抽象的に存在しており、それは配膳前にも配膳後にも存在している。そのような意味で、「主位的訴因よりも時系列的に前の予備的訴因ではなおさら、結果回避義務を課すにふさわしい内容、程度の結果に対する具体的予見可能性が認められるかを自覚的に検討する必要」¹²があるのにもかかわらず、これを行っていない点が問題となるのである¹³。

予備的訴因の予見可能性の判断が抽象的なものになったのは、いわゆる危惧感説¹⁴を再評価する見解¹⁵や予見の対象を法益侵害結果ではなくその危険であるとする見解¹⁶からの影響であると評するものもある¹⁷。しかし、危惧感説から本事案における被告人の過失の有無を検討したとしても、被告人が抱くべき危惧感とそれに対応する形態確認義務との関係を明快に説明することは困難である¹⁸し、そもそも原判決が危惧感から予見可能性を判断しているとも思われない。結局、予見の対象がやや抽象的であり、そのように抽象的に解していることの根拠が乏しいことが、批判の対象とされていることに違いない。

これに対し、本判決は、具体的予見可能性の観点から予備的訴因に関する判断を行い、そもそも本件ドーナツで被害者が窒息し、死亡する危険性が低かったことを具体的状況から示し、少なくとも配膳の段階でそれを予見し、結果を回避する義務を課することができないことから過失犯の成立を否定した。現時点で、このような本判決の判断枠組みに対して学説上の批判にさらされてはいない。さらに、そもそも本事案は起訴すべき事案ではなかったとの指摘¹⁹もあり、結論としての正当性についても疑いようがないだろう。

しかし、問題は、結果として、介護従事者のミスを端緒として、介護施設等の利用者の死亡という不本意な結果を招いたことは事実であり、この事実的因果の流れの中で、もし、刑事責任としての過失があったとすれば、その本質はどこにあるのか、ということである。このことを考えることは、先にも述べた通り、介護施設等で過ごす高齢者の増加の中にあっては、欠かせないこ

¹² 判時2471号134頁。

¹³ 同様の批判的な指摘として、松宮・前掲注（4）81頁、村井・前掲注（4）209頁、小島・前掲注（4）166頁、宮地＝白取・前掲注（4）79頁がある。

¹⁴ 結果発生の一抔の不安感、危惧感（を抱くべき状況）があれば予見可能性が認められ、その不安感を払しょくするに足りる結果回避措置を怠った場合に過失が認められるとする見解。藤木英雄『刑法総論講義』（弘文堂）240頁以下。周知のとおり、森永ドライミルク事件の控訴審（高松高判昭和41年3月31日高刑集19巻2号136頁）及びその差戻審（徳島地判昭和48年11月28日刑月5巻11号1473頁）で採用された考え方であるが、北大電気メス事件（札幌高判昭和51年3月18日高刑集29巻1号78頁）で「内容の特定しない一般的・抽象的な危惧感ないし不安感を抱く程度で直ちに結果を予見し回避するための注意義務を課するのであれば、過失犯成立の範囲が無限定に流れるおそれがあり、責任主義の見地から相当であるとはいえない」と批判され、過失犯の成立に具体的予見可能性を要求する見解が通説・判例となった。

¹⁵ 井田良『講義刑法学・総論 [第2版]』（有斐閣）226頁、高橋則夫『刑法総論 [第4版]』（成文堂）221頁以下。

¹⁶ 樋口亮介「注意義務の内容確定基準」『山口厚先生献呈論文集』（成文堂）228頁。

¹⁷ 松宮・前掲注（4）89頁、岡部・前掲注（4）165頁。

¹⁸ 同様の指摘として、岡部・前掲注（4）165頁。

¹⁹ 宮地＝白取・前掲注（4）81頁。

とであるように思われる²⁰。

(3) 本事案における業務上過失の本質とはなにか

訴訟の過程で二度に及ぶ訴因変更、予備的訴因の追加という混乱が見られたことからわかる通り、本事案における本質的な問題とはなにか、刑事責任をどのような対象に問い得るものなのか、ということが定まっていなかったことが問題である。

まず、原判決が、結論としては不当にも、被告人の間食形態確認義務違反を本事案の業務上過失の本質としたが、このような視点にはどのような問題があったのだろうか。

本判決が示す通り、「看護職と介護職の間には各利用者の健康状態についての情報を共有する一定の仕組みがあったが、本件形態変更は被告人の通常業務の中では容易には知り得ない程度のものであり、被告人が事前に本件形態変更を把握していなかったことが職務上の義務に反するとの認識は持ち得なかった」ため、ゼリーを配膳すべき被害者に対して本件ドーナツを配膳してしまうという「ミス」が起きた。このミスが発生するに当たり、勤務していない日の分まで遡って記録を見返すということを被告人に課すことが困難であるという認定を行い、間食形態確認義務を否定したものであるが、原判決が「間食を含めた食事の形態変更の有無を確認する義務があり、さもなくば、間食介助の現場において間食の形態変更を介護士に確認すべきであるのに、Xには当該義務を怠った過失²¹があった」としている点からもわかる通り、少なくとも被告人が声掛けによって確認を行うことは容易であった。このような視点から考えると、書類による確認の困難さから義務を否定するというのは、いささかの外れであるようにも思われる。原判決は、このような考えから、簡単な確認さえいけば本件事故を防ぐことができたのだ、ということを出発点としているのではないだろうか²²。しかし、そうだとすると、介護士Bが被告人に声掛けをしなかったことに業務上過失はないのだろうか、という問題が出てくる²³。

この問題について、本件においては、被告人とBとの共同のミスがあったことは事実であるとしても、本件ドーナツの物性や被害者の身体的状況等から、被害者の死亡の危険性とその予見可能性の低さから、被告人にもBにも業務上過失致死罪の責任を問い得ないという結論に至るであろう。もっとも、これが本件ドーナツではなく、一般的に誤嚥・窒息の危険性の高い餅等を被害者に配膳したのであれば、形態確認義務を怠ったことを注意義務違反ととらえて業務上過失致死罪の成立を認める可能性が残されることになる。この場合現実的

²⁰ 同様の指摘として、金澤・前掲注(4)112頁。また、船山・前掲注(4)290頁以下も、このような視点から論考を展開しているものである。なお、本判決も、本件過失の中核(非難の重点)はドーナツ提供回避義務違反であるとしている。

²¹ 判時2471号137頁。

²² このことが、介護業務における義務として当然のことであるとの指摘もある。鳥野猛「特別養護老人ホーム『あずみの里』控訴審判決における疑問—ドーナツ誤嚥事故裁判からみた介護業務の範囲や程度と、業務における義務—」びわこ学院大学研究紀要論文第12号。もっとも、看護職が介護資料に目を通さなかったことに対して過失の本質と位置づけなかったことは、特養の現場から見ると妥当なものであったと指摘されている。なぜならば、看護職と介護職では、ある種の役割分担がなされているのが通常であり、申し送りの記載内容も、それぞれの立場によって異なったものとなるからである。工藤うみ「看護と介護のはざままで」Nursing Todayブックレット編集部編『特養あずみの里裁判を考える』(日本看護協会出版会)52頁。

²³ 船山・前掲注(4)296頁以下。

に書類による確認は困難であり、より容易になし得る口頭による確認を要求するのであれば、当日の間食の物性を考慮した上で、確認するかしないかを現場職員が判断することになる。その判断を誤って、間食形態確認を怠った場合には、業務上過失致死罪が成立するというのだろうか。それは、あまりにも現場職員にとって酷なことであるが、食物の物性によっては過失犯の成否について具体的予見可能性から限定することが難しくなる可能性がある。

次の問題として、なぜ確認が困難な状況にあったのかということがあり、そこに本事案のミスの本質があるように思われる。

原判決が認定している通り、「本件施設では、主食及び副食について配膳の際に食札による確認が行われていたが、間食の配膳については食札を利用せず、配膳する者の記憶により行われていたところ、BはXに配膳を頼むにあたって、誰にゼリーを配膳するか伝えず、XからBに尋ねることもなかった」²⁴という状況から考えると、主食及び副食と同様に食札を利用した確認を徹底していれば起き得なかった事故ということになる。このような仕組みを作ったのは、施設管理者であるとすると、このことに対する責任はないのだろうか²⁵。

この点につき、白石中央病院事件²⁶では、病院内の火災による死傷について、現場職員の避難誘導ミスに基づいている場合について、現場職員を不起訴にした上で、病院長及び常務理事の管理過失の問題として業務上過失致死傷罪の成否を検討している。結論として、病院長の過失責任は否定されたが、責任の所在が現場職員ではなく施設管理者にある場合のあり得ることを示している。

そうすると、本事案についても、間食について配膳ミスが発生し得る状況を改善していないことについての施設管理者の責任が全くないわけではない。後述する通り、介護施設等での誤嚥死亡事故に関する民事訴訟の多くは、事業主の責任が問われていることが多いことから、この点に業務上過失の本質があったといっても過言ではないだろう²⁷。

(4) 小括

以上のように、あずみの里事件において、被告人に対して業務上過失致死罪の成立を認めなかったことについて、刑法理論上の問題はない。しかし、それは、本件ドーナツの物性や、被害者の身体的状況、配膳ミスをしないための確認が困難であったなどの本件の個別の事情に基づくものであるからであって、介護施設等での誤嚥死亡事故とそれに対する業務上過失の本質を明らかにしたものとは言い難い。

そこで、以下、誤嚥死亡事故が発生した場合の過失責任の在り方を考えるため、民事裁判例を素材として整理・検討することとする。

²⁴ 判時2471号139頁。

²⁵ 船山・前掲注(4)297頁以下。

²⁶ 札幌高判昭和56年1月22日刑月13巻1・2号12頁。

²⁷ もっとも、民事訴訟において、現場職員に対して賠償を求めるか、事業主に対して賠償を求めるかは、原告側の判断に基づくため、賠償能力のより高い事業主を訴えることが多くなることを無視してはならない。

3. 民事上の取り扱いとの比較

ここで、民事裁判例において、誤嚥死亡事故が問題となったもののうち、食物の提供から誤嚥に至る前に関する部分の過失が問題となったもの²⁸をいくつか挙げた上で、これらが仮に刑事事件として立件された場合には、過失の有無に関してどのような判断がなされ得るか検討する。

(1) 提供する食物に不適切さがある場合²⁹

被告が設置経営する特別養護老人ホームにおいて、被告の職員による介助をうけて食事中に、こんにゃくとはんぺんをのどに詰まらせて窒息死した亡D（以下「D」という。）の遺族である原告Bらが、被告に対し、不法行為（民法715条）又は債務不履行に基づき、損害賠償請求をした事案。誤嚥事故当日の詳細は以下の通りである。

平成13年12月16日、被告施設で年忘れ会が催され、入所者に対する昼食として助六寿司やおでん等が提供された。F職員はDの正面に立ち、中腰でやや見下ろすような姿勢でDの食事の介助をした。F職員は、スプーンを用いて食物を小分けして、「次何を食べます」等の声かけをし、Dが口を開けるのを待って食物を食べさせることを繰り返して、Dの食事の介助をした。F職員は、最初に助六をDに食べさせた後、おでんの卵、こんにゃく2片を食べさせ、次いではんぺん1片を食べさせた後、介助を担当していたもう一人の入所者に目を向けて声かけをし、Dに目を戻したところ、Dが苦しそうな表情で「うー」というような声を発しているのを発見した。その後、Dは心肺停止状態で病院に搬送され、同日午後2時26分、窒息が直接死因で死亡した。

これに対し、以下のように判示して、被告の過失責任を認めた。

「Dが介助を要する当時75歳の高齢者であり、義歯（総入れ歯）も装着していたこと、原告BからDの飲み込みが悪いこと等が被告施設の看護職員に告げられ、入所時一般状況調査票ないしショートステイ用一般状態記録にも、Dに嚥下障害がある旨記載されていたこと、こんにゃくは、食べにくく、のどにつまらせやすく嚥下障害の患者や高齢者に向かない食物であると指摘されて…いること等を考慮すると、Dにこんにゃくやはんぺんを食べさせるに際しては、Dに誤嚥を生じさせないよう細心の注意を払う必要があったことは明らかであって、F職員は、こんにゃくを食べさせた後、Dの口の中の確認及びDの嚥下動作の確認をする注意義務を負っていたというべきである。したがって、F職員が、これらの確認をしないまま、こんにゃくに続いてはんぺんを食べさせたことは、不法行為法上の過失に当たるといえることができる。」

本裁判例は、誤嚥の具体的危険性の高い入所者に対し、誤嚥の具体的危険性の高い食物を与え、その提供方法にも問題があったという場合である。これが刑事事件として立件された場合は、どのような帰結になるだろうか。

被害者の身体的状況として、誤嚥及び窒息、ひいては死亡の危険性が高かったという事情を考慮に入れずとも、こんにゃくやはんぺん等誤嚥性の高い食物を提供していること、もし提供する

²⁸ 民事裁判上は、介護契約上の安全配慮義務違反の問題として、誤嚥が発生してから死亡に至る部分の救命対応上の過失も問題となっている。このような観点も、刑法上の過失致死罪の成否において重要ではあるが、あずみの里事件との関係では、食事等の提供に関する過失についてのみここで取り上げることとする。

²⁹ 名古屋地判平成16年7月30日裁判所ウェブサイト。本判決を紹介するものとして、平田・前掲注（8）132頁以下。

ことを是としたとしても、提供方法として十分な全介助が妥当であるのに、そのような態様ではなかったこと等複数の不備に基づいていることは明らかであるが、あずみの里事件の高裁の判断枠組みによれば、このような運営をした施設管理者には、被害者の死亡の具体的予見可能性があり、もしこんにゃく等を提供するのであれば、介助を担当する職員に対してどのような見守りをするかを指導する注意義務があると言い得るように思われる。したがって、施設管理者に対して、業務上過失致死罪の成立を認めることが可能な事例であるように思われる。

(2) 食物提供の方法の指導に不備がある場合³⁰

本裁判例の事実概要は、以下のとおりである。甲野薫は、平成12年から被告Yの設置する特別養護老人ホームAに入所していたが、平成17年7月18日、朝食をとっていた際、摂取物が気管に詰まる誤嚥事故のために呼吸困難となり、同日、町立病院に搬送されたものの、意識が戻らないまま同年8月8日死亡するに至った。そこでAの相続人である原告北川花子は、Yに対し、職員である一色の不注意により本件誤嚥事故が発生したとして、不法行為又は債務不履行に基づき、損害賠償を請求した。

これに対し、以下のように判示して、被告の過失責任を認めた。

「甲野薫は平成17年7月11日に医師の診察を受け、医師からは加齢にともなうもの又は小さい脳梗塞、脳血管障害等によって食事の飲み込みが悪くなってきており、今後も嚥下障害が進行したり、誤嚥性肺炎の発症の可能性があるとの説明がなされ、この説明を被告職員も聞いていたこと、甲野薫は平成17年7月11日以降も食事の際にムセ込む状態が続いており、それは同月14日の夕食から副食についてミキサーにかけてとろみをつけた状態のものにする措置を取った後も続いていたことが認められ、このような甲野薫の状態からすれば、被告としては実際に同人の食事の介助を行う職員が①覚醒をきちんと確認しているか、②頸部を前屈させているか、③手、口腔内を清潔にすることをやっているか、④一口ずつ嚥下を確かめているかなどの点を確認し、これらのことが実際にきちんと行われるように介護を担当する職員を教育、指導すべき注意義務があったものというべきである。

しかし、被告は上記のような教育、指導を特に行っておらず（一色は少量ずつ食べてもらう、しっかり飲み込んだことを確認するという点について注意するようにと口頭で言われただけである。）、一色が甲野薫について平成17年7月18日の朝食介助を行った際にも、①覚醒の確認は十分に行っておらず、②頸部を前屈させるということは全く行っておらず、③手、口腔内を清潔にするということも行っていないのであるから、被告は上記の注意義務に違反したものというべきである。」

本裁判例は、提供する食物の物性に関しては問題がないが、被害者の誤嚥の危険性は一定程度あるという場合について、現場職員がどのように食事介助を行うのかに関する指導体制が不十分であったことにつき、過失を認めている。刑法上の過失の観点からいえば、提供した食物の物性や被害者の身体的状況等を総合的に考慮して、誤嚥の現実的危険性がどの程度あったのか、とい

³⁰ 松山地判平成20年2月18日判タ1275号219頁。本判決を紹介するものとして、平田・前掲注（8）121頁以下。

うことから予見可能性を判断するのであるから、必ずしも本裁判例の判旨から結論が明らかになるわけではないが、どのように介助するのかということの指導を十分に行わないで、誤嚥の現実的危険性を否定できない被害者の介助に当たったことに、管理者に対する刑法上の過失を認め得るように思われる。もっとも、こんにゃく等を提供した先の判例と比較すると、業務上過失致死罪の成立の可能性には慎重な判断が必要である。なぜならば、遅くとも実際に誤嚥するまでに、一色以外の職員が介入して、事故を防止する可能性があり、指導の不十分さから直ちに結果を具体的に予見できるかどうか、疑問の余地があるからである。

(3) 形態変更不適切な点がある場合³¹

本裁判例は、パーキンソン病に罹患した当時86歳の高齢者甲野太郎が入所していた介護老人保健施設である戊田ヘルシーセンターで食事の際に嚥下障害により窒息死した事故につき、太郎の遺族である原告甲野竹夫らが右施設を経営する医療法人丁原会に対して、安全配慮義務違反があるとして、民法415条又は民法709条に基づく損害賠償を求めた事案であり、詳細は以下のとおりである。

太郎は、パーキンソン病及び認知症に罹患しており、嚥下障害があり、原則的に全粥、ペースト状にした副食を提供していたが、太郎本人が刺身とうなぎを常食で提供されることを希望したため、太郎に刺身を常食で提供し、その結果として窒息死した。この刺身の常食での提供について、安全配慮義務違反、過失が認められるかに関して、以下のように判示した。

「本件事故日に太郎に提供されたまぐろ及びはまちの刺身の大きさは概ね縦二五ミリメートル、横四〇ミリメートル、厚さ五ミリメートル程度のものであり、健常人が食べるのとそれほど異なる大きさであるが、戊田センターは嚥下しやすくするための工夫を特段講じたとは本件証拠上認められない。刺身、特にまぐろは筋がある場合には咀嚼しづらく噛み切れないこともあるため、嚥下能力が劣る高齢の入所者に提供するのに適した食物とはいい難く、戊田センターの職員は、上記認定の太郎の嚥下機能の低下、誤嚥の危険性に照らせば、太郎に対しそのような刺身を提供すれば、誤嚥する危険性が高いことを十分予想し得たと認められる。

以上のことなどから、戊田センターが太郎に対し刺身を常食で提供したことについて、介護契約上の安全配慮義務違反、過失が認められる。」

本裁判例は、誤嚥防止のための形態での食物提供を行っていたところ、本人の希望に基づいて誤った形態の食物を提供することとしたことにつき、過失があるとした。食事の形態を誤るという点では、あずみの里事件と類似する点がある。しかし、実際に提供した食事が、被害者にとってどの程度危険なものであったのかという点であずみの里事件と異なっており、提供した食物の物性が、ドーナツ等よりも誤嚥の危険性の高いものであるから、結論として、業務上過失致死罪の成立の可能性が高い事案と言えるように思われる。刑法上は、本人の希望（同意）という点も大きな考慮要素になるように思われるが、被害者が認知症であった事情から、同意は無効となった可能性が高い。

³¹ 水戸地判平成23年6月16日判時2122号109頁。本判決を紹介するものとして、平田・前掲注（8）116頁以下。

(4) 見守り方法に問題がある場合³²

これは、Yメディカル株式会社が経営する有料老人ホームに入居していた丁木桜子が、入居3日目、自室において朝食を採っていたところ、被控訴人施設から提供されたロールパンを誤嚥し、窒息死するという事故が発生したが、これは被控訴人施設従業員が見回りを十分に行わなかったなど、桜子に対する安全配慮を欠いたことによるものであると主張し、桜子の相続人である甲野花子ら控訴人が、被控訴人に対し、それぞれ債務不履行又は不法行為に基づき、損害の賠償及びその遅延損害金の支払いを求めた事案である。これに対し、以下のように判示して、安全配慮義務違反の存在を認めた。

「本件入居契約…によれば、…被控訴人は、特定施設入居者生活介護事業者として、本件入居契約及び関係法令に基づき、桜子に対し、その生命及び健康等を危険から保護するよう配慮すべき義務（以下「安全配慮義務」という。）を負担していると解される。…

桜子には『難治性逆流性食道炎、食道裂孔ヘルニア（食道裂孔ヘルニア）』等の既往歴があり、入院中全粥食であったが食後嘔吐があったことを把握し、桜子の主治医からも『#3（食道裂孔ヘルニア）により、時折嘔吐を認めています。誤嚥を認めなければ経過観察でよいと思います。』との伝達を受けていたことが認められる。…その記載内容から察するに、食道に疾患があり、食物が逆流し、嘔吐することがあること、これにより誤嚥が危惧されるとの意味内容を感得することは、医療の専門家でない読み手であっても、必ずしも困難なことではない。…桜子に対しては通常の入所者に比して誤嚥について特に注意が必要であることを把握できないはずはない。とりわけ、介護施設に新しく入所する者にとっては、環境が変化すれば、心身に負担が増すことになるのであるから、持病がどのように現れるのか注意深く観察する必要があり、介護事業者としては、協力医療機関との連携を図り、少なくとも、同医療機関の初回の診察・指示があるまでの間は、桜子の誤嚥防止に意を尽くすべき注意義務があったと解するのが相当である。そして、本件においては、桜子を居室において食事させ、入所者に異状が生じても気づきにくいという事情があったのであるから、このような状況下においては、食事の見回りを頻回にし、ナースコールの手元配置等を講じるなどして誤嚥に対処すべき義務があるというべきである。

しかるに、被控訴人においては、前記桜子の既往歴や本件紹介状の記載に顧慮することなく、居室で食事をさせるにもかかわらず、ナースコールを入所者の手元に置くことなく、見回りについても配膳後約20分も放置していたのであるから、誤嚥が起こっても発見できる状況ではなかったといえ、桜子の誤嚥防止に対する適切な措置が講じられたということはできず、桜子の身体に対する安全配慮を欠いた過失があるというべきである。」

本裁判例は、あずみの里事件における注視義務の点が民法上の過失として認められたものである。もちろん、個別具体的な事情で、本裁判例で要求するような、注視若しくはナースコールの位置の変更という義務を認めることは、あずみの里事件では取り得ない。なぜならば、被害者の身体的状況及び入所からの経過時間に鑑みれば、本裁判例のような誤嚥の危険性が被害者にはないからである。そのように考えると、本裁判例の場合にも、あずみの里事件と異なり、業務上過

³² 大阪高判平成25年5月22日判タ1395号160頁。本判決を紹介するものとして、平田・前掲注（8）87頁以下。

失致死罪の成立があり得るといえる。

(5) 小括

以上見てきた通り、民事裁判例においては、介護施設等における誤嚥死亡事故の様々な場面に施設管理者の過失責任を認めるものが存在しており、これらを素材として、仮に刑事事件として立件された場合にどのような判断がなされ得るかということを検討してきた。あずみの里事件の場合は、ここで挙げた民事裁判例に比べて随分過失の程度が低かったのであるから、結論として現場職員が無罪であることも、施設管理者の責任が問われていないことも問題がないが、果たして、その射程がどこまで及ぶかは疑問であるということが、ここでの整理・検討によって浮き彫りとなったように思われる。もちろん、民法上の安全配慮義務違反や過失と刑法上の過失とは同一のものでない以上、結果の予見可能性の判断要素等も異なることを念頭に置かなければならないが、ここで挙げた同種事案が、刑事事件として立件された場合に、過失犯の成立を認める可能性は残されていると言わざるを得ないだろう。

4. 結びにかえて

本稿は、昨今学界で関心を集めている過失犯の体系的議論を目指したものではない。あくまでも、あずみの里事件を契機とし、今後介護施設等で起こり得る誤嚥事故・誤嚥死亡事故に対する刑責の本質とはなにか、ということを検討するための一材料となることを願ってのものである。

民事裁判例を参考にすると、事故の起こりにくい介護の在り方に反するような運営、例えば、提供する食事について配慮を欠いているとか、著しい人員配置の不足があるとか、そのような事情の下では、施設管理者に対して、業務上過失致死罪の成立を認める余地があることが明らかとなったが、果たしてどの「程度」の問題なのか、ということは検討し尽くせなかった。また、この問題は、いわゆる「介護過誤」の問題として、総合的に検討する必要もあるが、本稿においてそのような観点からの考察ができたわけではない。

これらの点についても含め、介護施設等における誤嚥死亡事故と業務上過失致死罪の成否の在り方について、今後検討していきたい。