HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	チーム医療における刑事過失責任（１）：組織的医療における個人の過失責任のあり方及び関係者間の責任分担
Author(s)	張, 佳宇
Citation	北大法学論集, 74(3), 115-157
Issue Date	2023-09-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/90670
Type	bulletin (article)
File Information	lawreview_74_3_04_Zhang.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

チーム医療における刑事過失責任（1）

―― 組織的医療における個人の過失責任の あり方及び関係者間の責任分担 ――

張　　佳宇

目　次

序　章　はじめに
　第１節　準備的考察
　　第１項　日中における「チーム医療」
　　第２項　日中における「医療過誤」
　　　第１款　「医療過誤」の定義
　　　第２款　刑法上の対応
　　　第３款　比較法的な考察
　第２節　問題の提起
　　第１項　個人の過失責任のあり方への問題
　　第２項　関係者間の責任分担への問題
　第３節　過失構造論に関する本稿の立場　　（以上、本号）

第１章　垂直的分業における過失の判断
　第１節　医師と看護師の連携
　　第１項　検討視座と方法
　　第２項　診療の補助における医師の過失
　　　第１款　診療の補助と医師の指示
　　　第２款　診療の補助と医師の監督
　　　第３款　過失競合論と監督過失論の区別の基準（その一）
　第２節　上下関係にある医師間の連携
　　第１項　研修医の過誤に対する指導医の責任

第２項　過失競合論と監督過失論の区別の基準（その二）
——埼玉医大抗がん剤過剰投与事件を例として——
第３節　小括

第２章　水平的分業における過失の判断
第１節　検討視座と方法
第２節　同職種間の連携
第３節　専門職間の連携
第１項　薬剤師、事務員と看護師間の連携
——３％ヌペルカイン事件を例として——
第２項　手術チームにおける連携
——横浜市大病院患者取り違え事件を例として——
第４節　小括

第３章　分業に伴う医療関係者間の責任分担
——「信頼の原則」の検討を中心に——
第１節　信頼の原則の概説
第２節　組織的医療における信頼の原則適用の可否とその限界
第１項　従来の判例
第２項　議論状況
第３節　検討
第１項　組織的医療における信頼の原則適用の可否
第２項　組織的医療における信頼の原則の適用限界とその基準
第１款　概説
第２款　垂直的分業の場合
第３款　水平的分業の場合
第３項　判例の再検討
第４節　小括

第４章　分業に伴う医療関係者間の過失責任
——「過失犯の共同正犯」の成否の検討を中心に——
第１節　従来の判例
第２節　議論状況
第１項　肯定説
第２項　否定説
第３節　検討
第１項　学説の検討

第２項　組織的医療における過失犯の共同正犯
第１款　垂直的分業の場合
第２款　水平的分業の場合
第４節　小括

第５章　中国法への示唆
第１節　中国における医療事故罪の刑事裁判
第１項　背景
第２項　刑事裁判の状況
第３項　問題の所在
第２節　組織的医療における個人の過失責任のあり方
第１項　検討視座と方法
第２項　分業における各関与者の注意義務
第１款　垂直的分業の場合
第２款　水平的分業の場合
第３項　監督過失論のあり方
第１款　議論状況
第２款　実務の現状
第３款　検討
第４項　因果関係論のあり方
第１款　議論状況
第２款　検討
第５項　判例の再検討
第１款　垂直的分業の場合
第２款　水平的分業の場合
第６項　小括
第３節　組織的医療における関係者間の責任分担
第１項　検討視座と方法
第２項「信頼の原則」の検討
第１款　議論状況
第２款　検討
第３項「過失犯の共同正犯」の成否の検討
第１款　中国における「過失犯の共同正犯」
第２款　検討
第３款　過失競合論に基づく関係者間の責任分担
第４項　小括
第４節　小括

終　章　要約と残された課題
　第１節　要約
　第２節　残された課題

序章　はじめに

医行為は、大きな危険性を内包していることは否定できず、医療従事者にとって、医行為による好ましからざる結果の発生を予見することは一般に可能である。医行為を行って人の死傷を惹起した場合には、業務上過失致死傷罪の責任を免れないということになると、医療従事者に事実上の絶対責任を課すに等しい結果となる[1]。しかしながら、医行為は、危険性の高いものであると同時に、大きな社会的な意義を持っており、社会生活の向上、公衆衛生の改善向上のために不可欠なものである。これらの意義は、医療従事者一人一人の献身や活発な医学研究なしには実現できず、仮に、医療従事者に絶対責任を課することになれば、ハイリスクな医療活動を不当に抑圧するであろう。つまり、医療従事者は、刑事責任の追及に晒される危険を避けるために、患者に最善の治療法を選択するのではなく、自らのリスクや責任を回避できる治療法を優先するようになり、防衛医療を招くことになるかもしれない。また、医療従事者に絶対責任を課すことは、刑法の謙抑性という刑法の原則に反し、「刑法の果たすべき社会統制機能の限度をこえて、むしろ社会の進歩・発展を阻害する桎梏の役割を演ずることになる」[2]。したがって、医療過誤に対処する際に、刑法がどのような姿勢をとるべきかという問題は、技術の発展が中心となる現代社会においては、避けて通れない課題である。

同時に、現代技術の進歩とともに、医学は現在でも日々発展しつつある学問であり、その分野の発展は、高度に細分化された形態と高度に統合された形態の両方を呈しており、技術革新や医療技術市場のニーズに応じ、異なる分野をチームマネジメントによって再構築・統合すること

[1] 飯田英男『医療過誤に関する研究』（法曹会・1974）21頁。
[2] 藤木英雄「医療過誤と過失」ジュリスト427号（1969）31頁。

が求められている。そのため、複数の医療専門職で構成された医療チームによって医療を行うことが一般的になった。かような「チーム医療」は、医療の高度の専門化と効率化の必然の結果である。それにかかわらず、医療の根本的な目的は、依然として患者に医療サービスを提供することにあるがゆえに、チーム医療の構築は、医療の「円滑さ」を重視するばかりでなく、患者の「安全」を図ることを目的としなければならない。それゆえ、「円滑さ」と「安全」のバランスをとることは、組織的医療における個人の刑事責任のあり方や関係者間の責任分担を取り扱う際の重要な指針となるといえよう。

医療モデルの変化に伴い、医療過誤は、「医師やその他看護師等の関係者の意思の緊張の欠如や不注意な医療行為によって発生するだけではなく、このような医療組織における分業と協業ないし組織の機能不全によっても発生する」[3]。このような医療過誤を論じる際に、日本と中国では、次のような共通の課題に直面するかもしれない。まず、第一に、組織的医療における個人の過失責任のあり方に関しては、結果回避義務とその違反の判断、行為態様、因果関係の有無、正犯性の判断など過失の一般論に関わる様々な論点が関係する。第二に、過失責任の追及が「個人モデル」から「組織モデル」へ移行しつつ[4]、関係者間の責任分担に関しては、監督責任を限界づける理論、過失競合論と監督過失論の線引き、信頼の原則の適用の可否、過失犯の共同正犯の成否なども議論される必要がある。

そのほか、日本においては、チーム医療において複数人の過失行為が併存する場合、過失の競合論を安易に用いるならば、関係した医療従事者はすべて有罪になりかねないという懸念があり[5]、過失犯の範囲を適切に絞り込む理論の研究が要請される。これに対し、中国においては、刑法では医療事故罪が規定されているが、実際には、医療事故の刑事裁判

[3] 山中敬一『医事刑法概論Ⅰ』(成文堂・2014) 596頁。

[4] 甲斐克則「医療事故と刑事法をめぐる現状と課題」刑事法ジャーナル３号 (2006) ２頁。

[5] 甲斐克則「判批」年報医事法学20号 (2005) 151頁、同「刑事医療過誤と注意義務論」年報医事法学23号 (2008) 99頁。

例が少なく、刑事事件になりうるとしても、安易に民事事件としてしか扱われている傾向にある。これは、同罪の成立要件があまり明確でなかったことと[6]、医療事故罪の刑事裁判が、不当に医療事故技術鑑定に依存していることに起因している。しかし、過失犯の客観的側面についての研究が不足しており、中国刑法15条１項[7]に過失犯成立のための主観的要素が規定されているが、同規定が過度に限定的であり、その解釈に規範的基準が存在せず、現実の司法実務の具体的な要求に対応しがたいことが最も根本的な原因である[8]。

そこで、本稿は、日本において、組織的医療における個人の過失責任のあり方及び関係者間の責任分担をめぐる議論を整理して検討を加えることを通じて、日中が直面している課題を分析し、中国への示唆を導こうとするものである。

第１節　準備的考察

本節では、準備的作業として、日中における「チーム医療」や「医療過誤」の定義を明確にしたうえで、医療過誤に対する日中における刑法上の対応について比較法的な考察をしながら、法規定の視点からみて、日本における医療過誤の過失判断に関する理論を、中国法で適用することは可能か否かを検討する。

---

[6] 劉躍挺「対現代医療過失犯罪中注意義務理論的整体性反思」中国刑事法雑誌３期（2016）38頁、68-69頁。

[7] 中華人民共和国刑法（以下「中国刑法」という）15条（過失犯）１項は、「自己の行為が社会に危害を及ぼす結果を生じさせる可能性を予見すべきであるのに、不注意により予見せず、又はすでに予見していたにもかかわらず結果を回避できるものと軽信したため、これらの結果を生じさせたときは、過失による犯罪とする。」と規定している。本稿における条文の訳は甲斐克則、劉建利『中華人民共和国刑法』（成文堂・2011）参照。

[8] 劉躍挺「対大陸法系刑法中犯罪過失理論的整体性反思」北京理工大学学報（社会科学版）18巻３期（2016）143頁。

第１項　日中における「チーム医療」

さて、医療チームには、チームの安定性、チームメンバーの専門分野、チームワークの内容などから複数の分類方法があるが、中国であれ、日本であれ、チーム医療を次のように定義することができる。すなわち、チーム医療とは、医療の高度化、複雑化に伴い、それぞれの分野が専門化され、細分化され、診療科の枠や職種の枠を越えて、医療関連諸職種（医師、看護師、保健師、理学療法士、作業療法士、栄養士、薬剤師、医療ソーシャルワーカー、臨床心理士、補助看護師、事務職員等）が協力、共同して一人の患者の診療に当たる組織的医療をいう[9]。

日本におけるチーム医療の起源を、歴史的に概観してみると、チーム医療の誕生のために、医療専門分野の細分化と専門化に加えて、近代的な病院の設立も必要であったことがわかる。戦前、日本における多くの病院や診療所は「開業医の家」の延長という位置づけであり、診療を医療の中心とする医療体系の中に、医師は当然に医療の主役として存在していた[10]。その時の医療システムを DOS「医師志向型システム・疾病志向型システム」（doctor oriented system・disease oriented system）と呼ぶことができる。

1984年に施行された新しい医療法に代表される、戦後の占領軍公衆衛生福祉局（PHW：Public Health and Welfare Section）による医療改革[11]から、病院を中心として医療体制が形成し、医師、歯科医師、看護師、薬剤師の以外の法律で規定されている職種[12]が次々に誕生し、「医師だ

---

[9] 大塚裕史「チーム医療と過失犯論」刑事法ジャーナル３号（2006）15頁。

[10] 細田満和子「チーム医療とは何か？」鷹野和美（編著）『チーム医療論』（医歯薬出版株式会社・2017）２頁。

[11] 杉山章子『占領期の医療改革』（勁草書房・1995）90頁。

[12] 今現在、医療職種に関連する法律は以下のとおりである：医師法、歯科医師法、薬剤師法、保健師助産師看護師法、看護職の人材確保の促進に関する法律、栄養士法、診療放射線技師法、歯科衛生士法、歯科技工士法、臨床検査技師等に関する法律、理学療法士及び作業療法士法、言聴覚士法、視能訓練士法、臨床工学技士法、義肢装具士法、救急救命士法、あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師等に関する法律、柔道整復師法。

けではなく、ケアをする看護婦、検査に関わる医療放射線技師や臨床検査技師、リハビリテーションに関わる理学療法士や作業療法士、食事を提供する栄養士などの複数の医療者が担うべきという考え方に変わってきた」[13]。それぞれの職種の「専門性」が要求される一方で、医師と他の医療従事者の関係性が変わったことで、医療従事者間の連携が必要となり、「分業」だけではなく、「協業」も一般となってきた。

医療従事者間の関係の変化とともに、医療従事者と患者との関係も変わり、「従来のパターナリズム的なおまかせ医療から、患者への的確な説明を基礎として、患者中心の医療が求められている」[14]。DOS と対応して、そのような医療システムを POS「患者志向型システム・問題志向型システム」（patient oriented system・problem oriented system）と呼ぶことができる。

巨大な人口を抱える中国においては、昔から医療資源が不足しており、それに伴い、医療紛争が必然に増加している。中国の近代化と日本の近代化が完全に一致したわけではないが、チーム医療の誕生も、近代的な病院の設立と医療の専門化・細分化に関係する。現在、中国の総合病院にも、チーム医療が様々な医療現場で実践されており、例えば、外科医を含めた専門的多職種チーム（MDT：Multi-Disciplinary Team）でがん患者の治療計画を決定することがその典型例である。

このようなチームワークにより、患者の安全を確保しつつ、医療を効率化し、医療従事者の負担を軽減し、ひいては医療紛争を減少してきた。例えば、2010年に、中国北京の佑安病院に、内科医師２名、外科医１名、看護師３名、麻酔医１名、検査技師２名、一般当直２名で構成される救急医療チーム（MET：Medical Emergency team）が設置された。この救急医療チームモデルを検討すると、2010年にそのモデルを適用してから2013年までの間に、病院の救急蘇生成功率は上昇し、医療紛争処理件数が大幅に減少していたことがわかる[15]。

---

[13] 細田・前掲注（10）２頁。

[14] 斎藤文昭「チーム医療の実践」新薬と治療第45巻８号（1995）12-13頁。

[15] 侯維ほか（首都医科大学附属北京佑安医院医務部）「医院建立応急医療団隊機制的実践与成效」中国医院18巻４期（2014）57頁。

第２項　日中における「医療過誤」

第１款　「医療過誤」の定義

事故には、個人が起こるものと組織が起こるものの２種類がある。個人が起こる事故は圧倒的に数が多いが、その本質長年にわたり比較的変化していない。組織が起こる事故は、技術革新の産物であり、原子力発電所、民間航空会社、石油化学工業、化学プロセスプラント、海上・鉄道輸送、銀行、スタジアムなどの分野で起こり、これに伴い、システムとその構成員の関係をも根本的に変えてきた[16]。医療事故にも、個人が起こるものと組織が起こるものの両方がある。そして医療事故は、さらに不可抗力によるもの、過失によるもの、故意によるものが考えられ、そのうち、過失又は故意によるものを医療過誤と呼んでいる[17]。本稿で考察したい「医療過誤」は、分業・協業が行われるチーム医療における医療過失である。

日本においては、医療事故と医療過誤は別の概念であって、前者は、医療の診断、検査、治療の全過程において、医療従事者や医療機関にエラーがあったかどうかを問わず、患者に有害な事象が生じたことを指す[18]。それは、社会現象としての事件を指称するものであり[19]、責任の判断と帰属の意義を伴う概念ではないと理解することができる。それに対し、後者は、「医療事故の一類型であって、医療従事者が医療の遂行において、医療的準則に違反して患者に被害を発生させた行為」[20]を指す。

---

[16] James Reason, *Managing the Risks of Organizational Accidents*, Ashgate Publishing Limited, 1997.P.1.

[17] 山内桂子＝山内隆久『医療事故：なぜ起こるのか、どうすれば防げるのか』（朝日新聞社・2000）40頁。

[18] 甲斐克則（編）『ブリッジブック医事法〔第２版〕』（信山社・20018）83頁（山口斉昭「医療事故と医療過誤（民事）」）。

[19] 葭立明「医療過誤発生のメカニズム」葭立明＝中井美雄（編）『医療過誤法』（青林書院・1994）17-18頁。

[20] 「リスクマネージメントスタンダードマニュアル作成指針」（https://www.mhlw.go.jp/www1/topics/sisin/tp1102-1_12.html（2022年５月11日最終閲覧））

つまり、それは、注意義務違反により患者の人身事故を惹起せしめた場合をいうものであり、法律用語である[21]。民事責任（損害賠償）や刑事責任（業務上過失致死傷罪）を追及するためには、医療過誤でなければならないとされる。

中国においても、「医療事故」という用語が使われているが、「医療事故処理条例」(2002)[22] ２条によると、医療事故とは、「医療機関及びその医療従事者が、医療活動において、医療衛生に関する法律、行政法規、部門規定、医療常規に違反し、過失で患者に身体的損害を与えた」ことを指す。このように、中国にいわゆる「医療事故」の定義は、日本の「医療過誤」の定義と同じではなく、中国には、日本の「医療事故」に相当する用語がないといえる[23]。本稿では、概念的な誤解を避け、用語の一貫性を保つために、医療活動において医療従事者が、業務上の注意義務に違反し、これによって患者の身体・生命を侵害した場合を一律に医療過誤と呼ぶ。また、医療過誤は、その典型的な形態からみると、軽率によるものと無知によるものに大別することができる[24]。本稿は、軽率による医療過誤に焦点を当てる。

第２款　刑法上の対応

Ⅰ．日本における刑法上の対応

日本刑法では、過失により人を傷害し、あるいは人を死亡させた場合、過失傷害罪（日本刑法209条）と過失致死罪（日本刑法210条）がそれぞれ成立し、重大な過失により人を死傷させた場合、重過失致死傷罪（日本刑法211条１項後段）が成立する。その他、業務上の必要な義務を怠り、よって人を死傷させた場合は、業務上過失致死傷罪（日本刑法211条１

[21] 葴・前掲注（19）18頁。

[22] 原タイトルは「医疗事故处理条例」である。

[23] 李穎峰『医事法視域中的医療過失研究』（法律出版社・2020）14-16頁。

[24] 宮野彬「歯科医麻酔過誤事件」唄孝一＝成田頼明（編）別冊ジュリスト『医事判例百選』（1976）105頁。

項前段）で処罰される。上記３つの犯罪の法定刑としては、過失傷害の場合は30万円以下の罰金又は科料に処し、過失致死の場合は50万円以下の罰金に処するのに対し、業務上過失致死傷の場合は、５年以下の懲役若しくは禁錮又は100万円以下の罰金に処し、重過失のときは同様とする。

また、複数人が関与していたとき、一般的には、過失の競合として扱われるが、日本刑法60条は、「二人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする」と規定し、過失犯の共同正犯の成立が法的に排除されないため、共同正犯とすることもある（最判昭和28日１月23日刑集７巻１号30頁）。

Ⅱ．中国における刑法上の対応

中国刑法（1997年）において、「国民の身体の権利及び民主的権利を侵害する罪」という章で、過失重傷害罪（中国刑法235条）と過失致死罪（中国刑法233条）を規定している。前者の場合には、３年以下の有期懲役又は拘役に処し、後者の場合には、３年以上７年以下の有期懲役に処し、情状が比較的軽いときは、３年以下の有期懲役に処することとなる。

1979年中国刑法は、業務上の過失に関するいくつかの犯罪を規定していたが、その中で、医療上の過失に対する規制はなかった。1997年中国刑法は、「社会管理の秩序を乱す罪」という章の「公共の衛生に危害を及ぼす罪」という節で、医療職員が、著しく職責を怠り、患者を死亡させ又はその身体の健康に重大な危害を及ぼした行為が医療事故罪を構成する、と定めいる（中国刑法335条）。同罪が成立する場合には、３年以下の有期懲役又は拘役に処することとなる。

また、中国刑法25条によれば、共同犯罪[25]とは、２人以上共同して故意による犯罪を犯すことをいう。２人以上共同して過失による犯罪を犯した場合、共同犯罪が成立せず、刑事責任を負うべき者は、それらが犯した罪に応じてそれぞれ処罰すると規定している。それに対して、刑法の条文から、複数人の過失によって結果が発生したとき、過失の共同犯

[25] 中国刑法で、いわゆる「共同犯罪」は、犯罪の共同実行と犯罪の教唆・幇助を含み、日本の「共同正犯」とは異なる意味を有することに留意する必要がある。

罪が成立する余地がないと主張している見解が有力であるが、中国刑法によっても過失の共同犯罪の成立が可能であると主張している見解もある。関係者間の責任態様に対する検討は、本稿の第４章・第５章に譲るため、ここでは医療過誤のみに関し、日中における刑法規制を比較して検討しておきたい。

第３款　比較法的な考察

以上から、日中における医療過誤に関する刑法規定は、（Ⅰ）保護法益の内容、（Ⅱ）行為者の身分、（Ⅲ）構成要件的行為、（Ⅳ）構成要件的結果、（Ⅴ）通常の過失と比べた刑の加減、（Ⅵ）過失の判断、という６つの点において異なっているといえる。以下では、これらの点につき、順に検討を加えることにする。

Ⅰ．保護法益の内容

日本刑法の業務上過失致死傷罪は、通常の過失致死傷罪と同様に、人の身体、生命に対する罪と位置づけられる。つまり、日本刑法では、通常の過失と業務上の過失を区別して、あえて業務上致死傷罪を規定しているが、それは、両罪で異なる法益が侵害されうるという立場に立脚しているからではない。日本刑法は、両者のいずれも人の身体、生命という個人法益に対する罪として扱っている。

それに対し、中国刑法の医療事故罪は、「社会管理の秩序を乱す罪」という章の「公共の衛生に危害を及ぼす罪」という節で規定されている。このことから、同罪が成立するためには、人の身体、生命に危害を及ぼしたことが必要条件であるが、公共の衛生にも危害を及ぼさなければならない、と主張する見解がある[26]。しかし、私見によると、医療事故罪は、日本の業務上過失致死傷罪と同様、あくまでも個人法益に対する罪であ

[26] 高銘暄＝馬克昌（主編）『刑法学〔下編〕』（中国法制出版社・1999）1026頁、楊春洗＝楊敦先（主編）『中国刑法論』（北京大学出版社・1998）456頁、劉遠（主編）『危害公共衛生罪』（中国人民公安大学出版社・1998）187頁。

り、個人的法益と社会的法益の両方を侵害する罪でない。その理由は、以下のとおりである。

医療事故罪の構成要件と通常の過失致死傷罪の構成要件との相違点は、犯罪の主体が特定の業務に従事する者に限られることと、犯罪の行為が「著しく職責を怠り」を特徴とすることにある。これらの限定は、公共の衛生に関する罪のみに見られるのではなく、国有の会社、企業又は事業体の直接責任を負う主管者による契約背任罪（中国刑法167条）、郵便員による郵便物遅延罪（中国刑法304条）、司法要員による判決裁定執行懈怠罪（中国刑法399条３項）、伝染病の予防又は治療に従事する政府衛生行政部門の職員による伝染病予防治療懈怠罪（中国刑法409条）などの犯罪にも散見される。その中で、単独で社会秩序を直接侵害する可能性のある犯罪と、単独では社会秩序を直接侵害しない犯罪の両方が含まれる。すなわち、中国刑法では、業務行為がすべて特別な規制を必要とするわけではなく、社会秩序の概念が規制の出発点とされ、業務全体の性質からみて、これは社会的な利益と密接に関係している場合にのみ、特別な規制が必要とされる。

上記の観点を踏まえ、「公共の衛生に危害を及ぼす」ことと保護法益の関係をみる。公共の衛生に危害を及ぼす罪の定義については、衛生管理法規の違反に着目すべきであるとする見解[27]と、保護法益の内容を重視すべきであるとする見解[28]が対立してきた。前述のように、中国刑法で行為者の業務全体は、社会秩序に密接に関連しているといった場合に、その職責の懈怠による犯罪が刑法の特別な規制の対象となりうるが、上記特別な規定は、犯罪の成立を制限する要素にすぎず、法益侵害に直結するものではないと考えられる。なぜなら、行為が複数の法益侵害につながる場合には、単一の法益侵害の場合よりも重く処罰されるべきであるからである。たとえば、強盗罪の法定刑が奪取罪よりも高い理由については、中国では、一般的に、物に対する暴力が構成要件的行為とされる奪取罪と比べて、強盗罪の構成要件的行為には、物に対する暴力だけではなく、人に対する暴力が含まれるからであると理解されている。仮

[27] 陳兴良『刑法疏議』（中国人民公安大学出版社・1997）520頁。
[28] 劉・前掲注（26）１頁。

に、公共の衛生に危害を及ぼす罪であれば、必然的に、複数の法益を侵害することを意味すると考えられるから、何故、医療事故罪の刑が、通常の過失致死傷罪のそれよりも低いかを説明することができなくなろう。したがって、刑法が、医療事故罪を公共の衛生に危害を及ぼす罪として捉えることは、それが必ずしも公共の利益の侵害を構成要件要素とすることを意味するわけではない。その理由は、医療自体は公共の福祉と密接に関係しており、医療過誤による犯罪は、公共衛生の管理の秩序に危害をもたす可能性があるからである。

したがって、中国刑法の「章」や「節」は、一定立法の意図や目的が反映されているとはいえるが、保護法益の内容とは必ずしも一致せず、各犯罪の保護法益を判断するにあたって、各犯罪の構成要件に応じて具体的な分析を行わなければならない。このように、中国刑法の医療事故罪は、社会の管理の秩序を維持するために設置されるということができるが、構成要件要素としての法益侵害という点では、日本刑法の業務上過失致死傷罪と同様、個人法益を侵害すれば足りるように思われる。

Ⅱ．行為者の身分

日本刑法の業務上過失致死傷罪は、犯罪の主体に限定を設けず、業務上必要な義務を怠り、よって人を死傷させた場合は、すべて同罪で処罰され得る。ここで「業務」とは、「本来人が社会生活上の地位に基き反覆継続して行う行為であって、かつその行為は他人の生命身体等に危害を加える虞あるものであることを必要とするけれども、行為者の目的がこれによって収入を得るにあるとその他の欲望を充たすにあるとは問わないと解すべきである」（最判昭和33年４月18日刑集12巻６号1090頁）とされている。そして、「反覆継続の目的乃至その事実のある限り、格別の経験或は法規上の免許等を必要とする場合においてもその業務たるためには､このような経験乃至免許の有無を問わないものと解すべきである」（福岡高判昭和25年12月21日高裁刑集３巻４号672頁）とされている。つまり、行為者が医行為を業として行うのであれば、その行為者が一定の資格を有するかどうか、どのような目的があったかどうかを問わず、診療過程において医業上必要な注意義務を怠り、人を死傷させた場合は、

すべて業務上過失致死傷罪で処罰されることとなる。

それに対し、中国刑法の医療事故罪は、その主体を明確に「医療職員」に限定し、医師のみならず、医療に従事する看護師、検査技師、薬剤師なども医療職員として捉えるが、法規上の免許が必要とされる[29]。

前述のとおり、日本の業務上過失致死傷罪は、業務を細かく区分したものではなく、業務上の過失により他人を死傷させたすべての罪を一律に一般的に規定しているのに対し、中国刑法ではそのような罪が規定されておらず、上記の医療事故罪のほか、交通、生産又は作業など事故が起こりやすい業務分野においても、業務上の過失犯罪を個別に規定している[30]。

このような体系上の違いがあるからこそ、医療事故罪と業務上過失致死傷罪は、主体の身分に差異があるものとして理解することが可能であろう。しかし、重要な業務分野ごとに過失犯罪を個別に規定しているとしても、必ずしも行為者が法的資格を持たなければならないわけではない。医療事故罪の場合に、法的免許を要求する理由を説明するためには、中国刑法における「医師不法開業罪」に言及する必要があると思われる。中国刑法の336条１項は、医師の開業資格を取得せずに、不法に医業を行ったものは、情状が重いときは、３年以下の有期懲役、拘役又は管制に処し、罰金を併科し又は単科し、患者の健康に重大な危害を及ぼしたときは３年以上10年以下の有機懲役に処し、罰金を併科し、患者を死亡させたときは、10年以上の有期懲役に処し、罰金を併科する、と規定している。この犯罪には、基本犯と結果的加重犯が含まれ、その加重結果（患者の健康に重大な危害を及ぼしたこと、又は患者を死亡させたこと）は、医療事故罪における構成要件的結果と同じであり、医行為の施行過程で過失によって惹起したものである[31]。このように、同罪にはいわゆ

---

[29] 王文光＝高珊崎（主編）『新編中国刑法学（分論巻）』（陝西人民出版社・1998）433頁、周光权『刑法各論〔第三版〕』（中国人民大学出版社·2016）418頁、張明楷『刑法学（下）〔第六版〕』（法律出版社・2021）1472頁。

[30] 例えば、重大飛行事故罪（中国刑法131条）、鉄道運営安全事故罪（中国刑法132条）、重大交通事故罪（中国刑法133条）、重大責任事故罪（中国刑法134条）などが規定されている。

[31] 黎宏『刑法学各論〔第二版〕』（法律出版社・2016）438頁以下。

る「医師の開業資格」の定義についての争いがあるが[32]、医師不法開業罪は、医師の開業資格のないものによる医療過誤を規制するものであり、医療事故罪は、適法の身分を有するものによる医療過誤を規制するものであることがわかる。

医師不法開業罪の結果的加重犯の成立は、基本犯の成立を前提とし、基本犯の成立には、「情状が重い」必要があるので、医師の開業資格を取得しない者による不法開業行為が医師不法開業罪の基本犯を構成できないとき、同人の医行為により、患者を死傷させた場合には、医療事故罪で処罰され得るかどうかという問題が残るが、後述のように、この場合には、広義の業務行為によって結果が生じたとはいえるが、刑罰には軽減理由も加重理由もないので、通常の過失犯として処罰すれば足りると考えられる。

Ⅲ.「著しく職責を怠り」と「業務上必要な注意義務を怠り」

「著しく職責を怠り」という要素は、主観的な判断なのか、客観的な判断なのかが争われている。主観的要素説によれば、この要素は行為者の心理的態度を記述したものであり、刑法で否定・非難される過失の心理的態度である。客観的要素説によれば、「著しく職責を怠り」は客観

[32] 中国において、医師として医業を行うために、医師になろうとするものは、医師資格試験に合格した上で（中華人民共和国執業医師法８条12条）、所在する衛生行政機関への登録申請を行い、医師開業許可証明書を取得しなければならない（同法13条）。つまり、中国では、医師業務資格試験制度だけではく、医師開業登録制度も実施されており、資格試験に合格したら、医師業務資格を取得したが、登録をせずに医師開業許可証明書を取得しない者は、医師として医業を行うことが許されない、とされる。このような背景として、医師不法開業罪に「医師開業資格を取得せず」というのは、医師業務資格を取得しない状況を意味するのか（王安其「非法行医範囲及主体的認定」李筱永＝趙暁佩（主編）『医事法案例精選』（中国政法大学出版社・2014）174頁以下）、それとも医師業務資格を取得したが衛生行政機関に登録しない状況を意味するのか（張・前掲注（29）1474頁、邵山「論非法行医罪」人民司法（2000.2）28-29頁）、という点については議論がある。

的な事実の状態を記述したものである。折衷的見解によれば、「著しく職責を怠り」というためには、主観的な過失だけではなく、客観的に規範・慣行に重大な違反があることも必要である。

中国最高人民検察院及び公安部による「公安機関の管轄下にある刑事事件の立案追訴の基準に関する規定」[33]（公通字〔2008〕36号）56条では、以下の場合のいずれかに該当するときは、医療事故罪における「著しく職責を怠り」とみなされる。（ⅰ）みだりに職場を離れた場合、（ⅱ）危篤状態にある者に対して正当な理由なく必要な医療行為を行わなかった場合、（ⅲ）承認を得ずに実験的な医療行為を行った場合、（ⅳ）チェック＆ダブルチェック制度の重大な違反があった場合、（ⅴ）未承認の医薬品、滅菌剤、医療機器の使用の場合、（ⅵ）国家の法律、法令、明確に規定された技術的診療規範や常識の重大な違反があった場合、（ⅶ）その他の７つの場合である。これらのうち、（ⅰ）、（ⅱ）、（ⅲ）、（ⅴ）については、「著しく職責を怠り」にあたるかどうかの判断は容易であるが、（ⅳ）と（ⅵ）については、「重大な違反」というのはどのような意味を持っているのかを、さらに明らかにしなければならない。

また、上記司法解釈によると、「著しく職責を怠り」は、行為者の客観的行為に関わるものであり、行為者の心理的態度を記述するものではないことは明らかになった。そのため、ここでは、「著しく職責を怠り」が、重過失にあたるかどうかを議論するのではなく、規範違反という意味での重大性に的を絞って検討しよう。そこで、「著しく職責を怠り」の意義を明らかにした上で、それと日本の業務上過失致死傷罪における「業務上必要な注意義務を怠り」という表現について比較考察しておきたい。

まず、中国刑法においては、注意義務とその違反という概念は使われていないが、診療、看護などの業務を行うにあたって、医療の安全に関連する規則制度などに違反したということは、本質的に、衛生上の危害を回避するという意味において、医療従事者にとって遵守すべき注意義務に違反したことを意味するため、「職責を怠り」と「業務上必要な注意

[33] 原タイトルは「最高人民检察院公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定」である。

義務を怠り」とは、同義的に解釈することができると思われる。そこで、問題となるのは、どのような重大な注意義務違反があった場合には「著しく職責を怠り」といえるか、ということである。

この問題に答えるためには、まず、「注意義務」の内容を明確にしなければならない。注意義務は、一般に、結果予見義務と結果回避義務から成り立っており、結果回避措置をとるために、結果の予見が前提とされるが、法律、法令、技術的診療規範や常識で定められた行為規範は、そもそもは各医療従事者が自己の業務を行う際に、患者の安全を侵害しないように定められるものであるから、これらの行為規範を遵守するのは、医療従事者に対する一般的ないし基本的な要求であり、係る行為規範に違反した場合、医療従事者の間では結果予見可能性に明らかな差がないと思われる。その意味で、仮に「著しく職責を怠り」とは、重大な結果予見義務違反を指すのであれば、その限定的な意義を失うことになるといえよう。それゆえ、ここでいう「注意義務」の内容は、結果予見義務ではなく、結果回避義務でなければならない。

このように、結果回避義務違反の程度を限定するためには、結果回避義務自体の重要性を重視するアプローチと結果の重大性に求めるアプローチがありうる。結果回避義務自体の重要性を判断するにあたっては、あくまでも義務の根拠となる規範の適用順位に基づくこととなる。しかし、このように解するならば、何故、司法解釈では、法律以外、法令、技術的規範や慣行の重大な違反に対しても同様に「著しく職責を怠り」として扱われているのかを説明できなくなるのみならず、これらの規定や慣行は、患者の安全を確保するという点では、ほぼ同等であり、どちらの違反によっても患者の健康に重大な損害を与える可能性がある[34]。それゆえ、行為者が違反した規定や慣行自体の重要性だけで注意義務違反の重大性を判断することができない。このように、結果回避義務違反の重大性は、結果の重大性に着目するほかないのであろう。ただし、医療事故罪では、「著しく職責を怠り」という構成要件的行為を規定している一方で、構成要件的結果は、すでに患者の死亡又はその健康への重大な危害に限られているため、「著しく職責を怠り」は、結果の重大

[34] 臧冬斌「医療事故罪研究」武漢大学博士学位論文（2002）53頁。

性を意味するならば、結果が単独に規定されている場合には、結果回避義務違反の程度をわざわざ規定する必要がないと思われる。

以上から、結果回避義務違反の重大性を判断するにあたり、構成要件的結果から独立した基準が存在しないため、結果回避義務違反の重大性の判断は、犯罪の成否を決定する意味での重要性を持たないと思われる。したがって、「著しく職責を怠り」は、「業務上必要な注意義務を怠り」と同視しうる。

Ⅳ．構成要件的結果

日本刑法において、業務上過失致死傷罪の構成要件的結果には、死亡と傷害の２つが含まれる。その傷害の程度については、刑法は明確的に規定されていないが、過失犯と故意犯の両方でも「傷害」という用語が使われている。しかし、実務では、傷害の程度を問わず、すべて犯罪とするわけではなく、傷害の結果があっても極めて軽微なものは、可罰性を否定し、犯罪にならない余地がありうる。たとえば、強盗致傷罪に関する判例（名古屋高金沢支判昭和40年10月14日高刑集18巻６号691頁）では、（ⅰ）日常生活に支障を来さないこと、（ⅱ）傷害として意識されないか、日常生活上看過される程度であること、（ⅲ）医療行為を特別に必要としないことを充足する場合には、刑法上の傷害にあたらず、暴行にとどまると判示している。

それに対し、中国刑法において、故意による傷害罪が成立するためには、軽傷以上の結果が必要とされ、過失の場合には、人に重傷害を負わせたことが必要とされる。しかし、前述したように、医療事故罪には、通常の過失傷害罪のように「重傷害」という言葉を使うのではなく、「身体の健康に重大な危害」という表現が使われている。上記「公安機関の管轄下にある刑事事件の立案追訴の基準に関する規定」によれば、「身体の健康に重大な危害を及ぼす」とは、身体の重大な障害、重傷害、AIDS やウイルス性肝炎などの難病を引き起こすこと、またはその他の患者の健康に重大な害を及ぼすことを指す。そして、最高人民法院及び最高人民検察院「売春を組織し、強制し、勧誘し、場所を提供し又は紹

介する刑事事件における法適用に関する解釈」[35]（法釈〔2017〕13号）によれば、故意に他人にHIVを感染させることは、刑法94条の重傷害にあたり、故意傷害罪で処罰できる。したがって、医療事故罪の「身体の健康に重大な危害」は、刑法の重傷害に近いと理解することができる。したがって、中国の医療事故罪の構成要件的結果の範囲は、日本の業務上過失致死傷罪よりも狭いといえる。

Ⅴ．法定刑

日中における刑法制定の歴史的・社会的背景が異なるため、医療事故罪の法定刑と業務上過失致死傷罪の法定刑の高低を直接比較することは意味がないと思われるから、そこでは、両罪の法定刑を、それぞれの刑法における通常の過失犯の法定刑と比較し、それに基づいて検討を試みる。まず、図表の形で、法定刑の対比を示しておく。

図表１　日中刑法における医療過誤に係る過失犯と通常の過失犯の法定刑の対比

	通常の過失傷害	通常の過失致死	重過失致死傷	医療過誤致死傷
日本刑法	30万円以下の罰金又は科料（209条過失傷害罪）	50万円以下の罰金（210条過失致死罪）	５年以下の懲役若しくは禁錮又は100万円以下の罰金（211条１項後段重過失致死傷罪）	５年以下の懲役若しくは禁錮又は100万円以下の罰金（211条１項前段業務上過失致死傷罪）
中国刑法	３年以下の有期懲役又は拘役（235条過失重傷罪）	３年以上７年以下の有期懲役に処し、情状が比較的軽いときは、３年以下の有期懲役（233条過失致死罪）		３年以下の有期懲役又は拘役（335条医療事故罪）

（出典）日本刑法（明治40年）と中国刑法（1997年）により筆者作成

[35] 原タイトルは「最高人民法院、最高人民检察院关于办理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释」である。

図表１から、日本刑法においては、業務上過失の場合は、通常の過失に比べて法定刑の上限が引き上げられ、重過失の場合と同じであるのに対し、中国刑法においては、医療過誤致死傷の場合の最高刑は、通常の過失致死のそれより低く、過失重傷のそれと同じであることがわかる。

日本で、業務上過失の加重根拠については、主に、２つの見解が対立してきた。それは、業務者には重い注意義務が課されるからであるとする義務加重説[36]と、注意義務は同じであるが、業務者であれば、注意能力が高く、容易に結果を予見・回避しえたのであるから、相応して注意義務の懈怠が著しいからであるとする重大過失説[37]である。つまり、義務加重説によれば、犯罪予防という政策的目的に基づき、業務者に重い注意義務が課されるのに対して、重大過失説によれば、刑の加重理由は、政策的考慮ではなく、業務者が通常人に比べ、より多くの知識・経験を持っている、という個別の能力に求める。その他、「業務上過失は『類型化された重過失』と解されるべきである」と主張している見解もある[38]。

業務上過失の加重根拠を検討する前に、まず、業務上過失と重過失との関係性を整理してみる。前述のように、日本刑法では、業務上過失致死傷罪以外に、重過失致死傷罪をも規定しており、かつ両罪の法定刑は同じである。学説では、一般的に重過失を「注意義務に違反する程度が著しい場合」と解する立場が一般的であるが、重過失致死傷罪においては、重過失は「構成要件要素として類型化されているから、一般的に人の死傷を発生させる可能性が高い事態において、行為者が注意義務に違反した場合」[39]と解されているものである。しかし、このように理解するならば、「一般的に人を死傷させる可能性が高い事態」の定義は、そ

---

[36] 大谷実『刑法講義各論〔新版第５版〕』（成文堂・2019）51頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第７版〕』（弘文堂･2018）71頁、前田雅英『刑法各論講義〔第７版〕』（東京大学出版会・2020）41頁、団藤重光『刑法綱要各論〔改訂版〕』（創文社・1985）420-421頁、最判昭和26年６月７日刑集５巻７号1236頁。

[37] 大塚仁『刑法要論（各論）〔第６版〕』（成文堂・1993）29頁、内田文昭『刑法各論〔第３版〕』（青林書院・1996）61頁。

[38] 山口厚『刑法各論〔第２版〕』（有斐閣・2010）67頁。

[39] 大塚・前掲注（37）31頁。

もそも明らかではなく、それは、行為自体の危険性が高いことを意味するのか、または注意義務違反により結果が発生する可能性が高いことを意味するのかを明確にしなければならない。前者であれば、業務上過失は、そもそもは、人の生命・身体に類型的に危険な行為を行う際に注意義務に違反する場合を念頭に置いたものであるから、業務上過失のすべてを重過失として処罰できることとなるため、重過失と業務上過失を区別して規定する意味が失われる。後者であれば、すべての過失犯は、事後的にみると、注意義務違反により結果が発生する可能性が高いと評価できるため、「注意義務違反により結果が発生する可能性が高い」ということだけで、重過失と通常の過失を区別しがたい。結局、過失の重大性の判断は、結果予見・回避の容易さや行為者の不注意な態度[40]などの注意義務違反の程度に関する評価に求めなければならない。それゆえ、業務上過失と重過失を区別し、また、重過失と通常の過失を区別して、業務上過失致死傷罪は、反復・継続して行う人の生命・身体に類型的に危険な行為によって死傷結果を惹起した場合を念頭に置いたものであり、重過失致死傷罪は、行為者の個別の原因によって注意義務に違反する程度が著しい場合、特に結果の予見とその回避が容易である場合を念頭に置いたものである、と解することがより適切であると考えられる。

この観点を踏まえ、さらに業務上過失の加重根拠を検討する。業務の定義につき、一定の社会的地位に基づくものでなくても、人が社会生活を維持する上に、反復・継続して従事する自然ないし個人的な生活活動（育児、家事、飲食等）を除く事務であれば、業務と解されてきた[41]。それゆえ、主体は、死傷の事故を惹起しやすい一定の業務に従事する者でなければならないという意味で、業務上過失致死傷罪は身分犯とはいえるが、業務者となる範囲が広くなれば、身分の限定的な意味が小さくな

[40] 例えば、東京高判昭和62年10月６日判時1258号136頁は、「建物等の焼燬や人の死傷の結果がその具体的な状況下において通常人として容易に予見できたのに、これを怠り、あるいは、結果を予見しながら、その回避の措置をとることが同様容易であったのに、これを怠ったというような注意義務の懈怠の著しい場合を指すものと解する」、とされる。

[41] 大谷・前掲注（36）51頁、大塚・前掲注（37）29頁。

るため、各業務者の間の知識や経験の差が大きくなり、業務者であれば、必ずしも注意能力が高いとは限られないこととなる。

逆に、反復・継続して行われる業務が、人の生命・身体に危険な行為でなければならないため、危険な行為を行うことが許されることは、業務者に排他的に付与される権利とすると、そのような権利に見合う業務上の注意義務が求められることは当然であろう[42]。したがって、義務加重説が妥当だと考えられる。このように、業務上過失致死傷罪は、重過失を構成要件要素として類型化されているものではなく、軽過失であっても、業務上過失致死傷罪が成立しうる。この点において、業務上過失致死傷罪と重過失致死傷罪を区別しうる。

業務上過失の加重根拠は、政策的理由に求めると理解すれば、政策における価値判断が異なれば、法的対応も異なるものとなろう。医療過誤に対する中国刑法の対応から、立法者は、第一に、医療を独立した業務分野として規制していること、第二に、資格のある医療従事者による医療過誤と資格のない医師による医療過誤を区別して、医療事故罪の主体が免許を得た医療従事者に限られ、医師の資格のない者が「医業」上の過失によって患者に危害をもたらした場合には、医師不法開業罪の結果的加重犯で処罰されうることがわかる。既述のとおり、医師不法開業罪は、不法開業行為を故意犯として捉え、加重結果に対する行為者の主観面は過失である。すなわち、医療活動において医療過誤により患者を死亡させ又はその身体の健康に重大な危害を及ぼした、という点においては医療事故罪と医師不法開業罪は共通している。しかし、両罪の最高刑を比較すると、医療事故罪の法定刑の上限は３年であるのに対し、医師不法開業行為によって患者を死亡させた場合には、法定刑の上限は15年[43]である。もっとも、医師不法開業罪の基本犯と医療事故罪の併合罪とする場合であっても、法定刑の上限は６年にすぎず、医師不法開業罪の基本犯と過失致死罪の併合罪としても、法定刑の上限は10年にすぎず、いずれの場合も15年の法定刑よりも低い。すなわち、中国刑法は、医療

[42] 高橋則夫『刑法各論〔第３版〕』（成文堂・2018）72頁。

[43] 中国刑法45条により、有期懲役の上限は15年とされるため、「有期懲役10年以上」という場合に、上限は15年となる。

従事者による医療過誤と、無資格者による医療過誤を意識的に区別して扱い、前者の場合は、刑が軽減されるのに対し、後者の場合は、刑が加重される。その理由は、それぞれの立法背景をみれば明らかになる。

既述のように、1979年刑法を制定する際に、医療事故罪は規定されていなかった。それについては、「医療事故に、病院管理と技術管理の混乱が関係していることが多く、場合によっては、医療従事者側の主観的なミス、技術的な条件、薬剤アレルギーなど様々な原因があり、事故の本質を明確にすることが難しく、このような場合、問題の処理には慎重な検討が必要である」との説明がなされている[44]。その際、司法実務では、医療過誤事件を重大責任事故罪[45]の規定に従って処罰するのが一般的であった。しかし、刑法改正の際には、医療事故は、やはり工場や鉱山の重大責任事故とは異なり、特に医療従事者の医療過誤による被害の程度が、工場や鉱山の重大責任事故による被害の程度よりもはるかに小さいであることが考慮され、重大責任事故罪から独立して医療事故罪が設置された[46]。同時に、1979年刑法が制定された以降、医師としての資格を持たない者や、行政機関の許可を得ない者が営利目的で医行為を行うことが多々見られ、かような行為は、患者の健康を著しく損なうものであるため、刑法改正の際に、医療における国民の安全を確保するために、医師不法開業罪が創設された[47]。

このように、医療事故罪は、そもそもは医療の社会的有用性と法益侵害の軽微性に鑑み創設されたものであり、その主体が医療従事者に限られ、重大事故責任罪に比べて法定刑が引き下げられたことは当然のこと

---

[44] 高銘暄『中華人民共和国刑法的孕育和誕生』（法律出版社・1981）202頁。

[45] 1979年刑法114条によれば、工場、鉱山、営林場、建築企業又はその他の企業若しくは事業体の職員が管理に服さず又は作業の規則制度に違反し、重大な死傷事故又はその他重い結果を生じさせたときは、３年以下の有期懲役又は拘役に処する。情状が特に悪質であるときは、３年以上７年以下の有期懲役に処する。その後、2006年刑法改正案（六）により、犯罪の主体を無限定にして、生産又は作業過程において、安全管理規定の違反で生じた重大責任事故のすべでを同罪で処罰しうることとなる。

[46] 周其華『新刑法各罪適用研究』（中国法制出版社・1997）394頁。

[47] 周・前掲注（46）395頁。

であろう。それに対して、医師不法開業罪は、当時の不法な医行為の激増に対処するために新設されたものであり、不法な医行為は、医療管理の秩序を乱すのみならず、公共衛生の安全性に危害を及ぼすおそれもあるので、より重い法定刑が設定されることも理解できる。すなわち、業務上過失が加重される根拠は、犯罪予防という政策的目的にあると考えられるが、すべての業務分野でも、犯罪予防を唯一や優先の目的としているわけではない。過失犯の処罰は、故意犯よりも、社会経済の発展に密接に関連しており、医療事故罪の創設はまさにその投影であった。

上記立法背景から、立法者は、医療過誤は人の生命・身体に一定の危険を及ぼして医療犯罪を防止する必要性があることが認められる一方、そのような必要性よりも、新しい医学理論の革新を促し、活発な医療活動を維持することが優先されるべきである、という価値判断を行ったことが窺われる。このように理解すれば、医療事故罪の法定刑が、通常の過失致死罪よりも軽いことを説明しうると考えられる。将来、経済の低成長期に至り、医療の発展よりも医療犯罪を厳しく処罰する必要性を優先すべき状況が生じた際に、それに応じて刑法が改正されるかもしれないが、医療資源がまだまだ不足している現在の中国では、医療過失を含めた業務上過失に対し、やみくもに過重な刑罰を課すのは不適切であると思われる。

Ⅵ. 過失の判断

以上、医療事故罪と業務上過失致死傷罪を規定上の差異から比較して考察した。上記の点以外にも、両罪のいずれも過失犯であるが、日中における過失の判断基準に相異なるところがあるので、その点について検討を加えることを試みる。

日本刑法においては、過失犯の定義を規定せず、38条１項本文に、故意犯の処罰を原則としており、同ただし書に、「法律に特別の規定がある場合は、この限りではない。」と規定している。すなわち、過失犯を例外として処罰することである。それに対し、中国刑法15条１項には、過失犯について、「自己の行為が社会に危害を及ぼす結果を生じさせる可能性を予見すべきであるのに、不注意により予見せず、又はすでに予

見していたにもかかわらず結果を回避できるものと軽信したため、これらの結果を生じさせた時は、過失による犯罪とする。」と規定しており、同条の２項では、日本刑法のように、過失犯の処罰を例外としている。

中国では、自己の行為が社会に危害を及ぼす結果を生じさせる可能性を認識すべきであるのに、不注意により認識しなかった心理態度は、「不注意の過失」と呼ばれ、自己の行為が社会に危害を及ぼす結果を生じさせる可能性をすでに認識したが、結果を回避できると軽信する心理態度は、「自信の過失」と呼ばれる。すなわち、中国刑法における過失犯の規定は、過失犯の主観面のみに関わるものであり、その内容は、一般的には、行為者の認識の要素と意思の要素に分けることができる。その意味で、結果発生の可能性を予見すべきであるのに、認識しなかった不注意の過失は、「認識なき過失」にあたり、認識したが、結果を回避できるのを信じた自信の過失は、「認識のある過失」にあたると説明することができる[48]。前者は、結果予見可能性がなかったことを意味するわけではなく、結果の発生を予見すべき義務があるのに、不注意により予見しなかったことをいい、行為者に結果予見義務が課される前提として、むしろ結果の予見可能性が必要とされるのは当然である。後者とは、結果の発生に対し、行為者には一定程度の認識があるのに、その実現に対して、否定的態度を持っている場合を指す。このように、不注意の過失の本質は、結果予見義務違反にあるのに対し、自信の過失の本質は、結果回避義務違反にあると理解する余地がある。

日本刑法は、条文上、過失を定義しないが、学説では、結果無価値論と行為無価値論の争いとともに、過失犯の構造をめぐって、主に、旧過失論と新過失論が対立してきた[49]。旧過失論によれば、過失は、責任形式であり、犯罪事実の実現に関する注意を欠いてこれを予見せずに行為

[48] 斉文遠『刑法学〔第３版〕』（北京大学出版社・2016）122-123頁、陳兴良＝周光权＝車浩副（主編）『刑法総論精釈（上）〔第３版〕』（人民法院出版社・2016）350頁。

[49] 新新過失論は、結果予見可能性の内容や程度において新過失論と異なり、修正旧過失論は、実行行為性の判断基準において新過失論と異なるが、両者のいずれも注意義務の内容を結果回避義務と解する点では新過失論と共通し、新たな過失犯の構造論ではないだろう。

に出るときの心理態度をいう[50]。新過失論によれば、結果回避義務違反を過失犯独自の類型的違法要素とし、結果回避義務違反こそが過失と呼ばれる[51]。

一見すると、中国法における不注意の過失の場合には、過失の内容を単に結果予見義務違反に求めるから、日本における旧過失論の立場に合致しているようにも解されるが、このような理解は妥当でないと思われる。なぜなら、既述のように、中国刑法15条１項では、「過失犯罪」という言葉が使われているが、その内容は、過失犯の構造に関するものではなく、過失犯における行為者の主観的心理態度を記述しているものにすぎず、同項を、刑法が旧過失論の見解を採用している根拠とするのは適切ではないからである。「不注意の過失の本質は、結果予見義務違反にある」ということは、結果の回避は、結果の予見を前提とし、結果を予見すべきであるのに、結果を予見しなかった場合には、当然に結果回避措置をとらなかったことを意味する。行為者の主観面を評価する際に、対象となるのは、結果発生を認識しなかった行為者の不注意であり、結果の実現にどの意思を持っていたかが関係しないからである。逆に、自信の過失の場合、行為者は、結果発生の可能性への認識を有したので、結果予見義務に違反せず、結果を回避できるものと軽信したため、適切な結果回避措置をとらなかったとき、行為者の主観面を評価する際に対象となるのは、結果を回避しなかったことに行為者の落ち度である。

1997刑法における過失犯の規定は、1979年刑法の規定を踏襲しているところ、1979年刑法は、ソ連刑法から大きな影響を受けており、例えば1979年刑法における犯罪の定義は、ソ連刑法から完全にコピーされた。刑法理論も同様であり、伝統的な犯罪構成体系とされている「四要件説」は、1950年代にソ連から導入され、1980年代初期に、通説になり、現在

[50] 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣・1972）191頁以下、松宮孝明『刑法総論講義〔第５版〕（成文堂・2017）209頁以下、曽根威彦『刑法総論〔第４版〕（弘文堂・2008）170頁以下。

[51] 藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂・1975）234頁、西原春夫『刑法総論（上巻）〔改訂版〕』（成文堂・1993）196頁以下、福田平『全訂刑法総論〔第５版〕』（有斐閣・2011）125頁。

では広く批判されているが、中国の刑法の理論と実務に深い影響を与えてきた[52]。四要件とは、犯罪が成立するための、犯罪の客体的要件（刑法により保護される社会関係を侵害したこと）、犯罪の客観的側面（行為、結果）、犯罪の主体的要件（責任年齢、刑事責任能力、身分）、犯罪の主観的側面（故意、過失、目的）の４つの条件である。

しかし、このような「犯罪構成」は、犯罪の成立の条件の総和であり、４つの条件に合致すれば、行為が犯罪であるという結論を導くかもしれないが、実際には、犯罪が成立するかどうかを評価する機能がないものである[53]。その意味で、犯罪構成と犯罪構成要件とは異なる概念であり、犯罪構成における主観的側面としての故意又は過失は、違法要素にあたるわけではなく、同時に、責任要素にも当たらない。責任の判断は、構成要件該当性、違法性が充足された後、犯罪を構成するかどうかの最後の判断である。過失は旧過失論が主張するように専ら責任論の領域に属するとする結果、行為と結果の間に因果関係を肯定すれば、構成要件該当性と違法性が満たされ、その上で、結果が予見可能であり、かつ予見すべきであるのに、結果を予見しなかった場合は、直ちに過失犯を構成する。しかし、先に述べたように、四要件説は、犯罪の成立を判断する機能がなく、４つの条件の間には、必ずしも順序があるわけではなく、犯罪の主観的側面において、過失があると評価しても、犯罪が成立しない可能性がある。

したがって、中国刑法における過失犯の規定は、行為者の主観的側面のみに関わるものであり、この規定から、中国刑法が、過失が違法要素なのか、責任要素なのかという問題について、どの立場に立っているのかを根拠づけることができないように思われる。

Ⅶ. 小括

医療過誤の刑事責任につき、日本刑法では、業務分野の違いを問わず、業務上過失致死傷罪で処罰されており、同罪は通常の過失よりも重い法

[52] 陳兴良「四要件：没有構成要件的犯罪構成」法学家2010年１期23頁。
[53] 周光权『犯罪論体系的改造』（中国法制出版社・2009）146頁。

定刑が規定されているのに対して、中国刑法では、業務上の過失に関する一般的規定がなく、刑事規制が必要な分野ごとに個別の罪が定められており、医療過誤については医療事故罪で対応している。ただし、医療事故罪の対象は医療従事者に限られ、無資格者による医療過誤は、医師不法開業罪の結果的加重犯で対処される。そして、刑法の規定に照らしてみると、医療事故罪の法定刑は、医師不法開業罪の法定刑よりも著しく低く、また、通常の過失罪の法定刑よりもさらに著しく低い。医療過誤に係る犯罪の法定刑については、日中間で大きな差があるように見えるが、これは業務上過失致死傷罪と医療事故罪が異なる政策的考察に基づいているからであり、業務上過失が重過失と同等の性質を持たないのであれば、政策的立場の違いによる差異の存在は許容されると考えられる。

なお、両罪の法益保護、犯罪の主体、構成要件的行為、構成要件的結果を比較すると、両罪は、法益保護と構成要件的行為は同じである一方、犯罪の主体と構成要件的結果は異なっているが、これは理論研究を妨げるような本質的違いではない。そして、中国刑法における過失犯の規定は、特定の過失論の立場を指し示すものではないこともわかる。したがって、法規定の視点からみて、本稿において行う日本における医療過誤の認定に関わる理論的検討は、中国法で適用する可能性がある。

第２節　問題の提起

チーム医療の分業関係は、２つの主要なモデルに分けることができる：（ⅰ）医療従事者の間に業務上監督・指導の関係があるという「垂直的な分業関係」と、（ⅱ）医療従事者の間に業務上監督・指導を受けずに平等に共同作業を行うという「水平的な分業関係」である。ここでは、分業関係の種類ごとの責任の判断基準に違いがあるかどうか、また、医療過誤が生じた場合、過失犯の成否に関して、複数の医療関係者の中の誰がどのように刑事責任を負うのかが問題となりうる[54]。これらの問題は、大きく組織的医療における個人の過失のあり方に係る課題と、関係者間

[54] 大塚（裕）・前掲注（９）15-16頁。

の責任分担に係る課題に分けることができるが、この分け方は、絶対的なものではなく、両者は、内容的に重なったり、一方の議論が他方の議論に影響を与えたりすることに留意する必要がある。以下では、それぞれについての問題点を指摘することにしたい。

第１項　個人の過失責任のあり方への問題

個人の過失責任のあり方については、過失犯の一般論をチーム医療の場合に適用する必要性に加え、チームにおける医療過誤について、とくに、以下の問題を検討したい。

Ⅰ．注意義務

前述したように、過失の構造論をめぐり、日本の学説では、旧過失論と新過失論が対立してきた。しかし、過失を単に責任要素とし、過失の内容を結果予見可能性に求めるという旧過失論の観点からは、過失犯の成立範囲が不正に拡張され、結果責任的になりやすいので、行為の違法性について、法益侵害のみならず（結果無価値）、違法論における客観的過失を認める（行為無価値）ことは、刑法理論上一般に受け入れられる傾向にある[55]。もっとも、新過失論の立場に立つとしても、以下の点に問題が残る。

すなわち、結果回避義務に違反する、というのは、結果回避措置をとらなかったことを意味するが、結果回避措置をとるべき義務を作為義務と解すれば、過失犯のすべては不作為犯になる[56]。それに対して、過失犯を作為犯として論じる見解もある[57]。もっとも、過失犯を不作為犯と理解するとしても、過失犯が作為犯として扱われるとしても、過失犯における行為の態様には、作為と不作為の両方があることを否定できず、解釈論のジレンマに陥ってしまう。したがって、過失犯の行為規範を確

[55] 藤木・前掲注（２）32頁。
[56] 前田雅英『刑法演習講座』（日本評論社・1993）98頁。
[57] 井田良『講義刑法学・総論〔第２版〕』（有斐閣・2018）229頁以下。

定した上で、結果回避義務と作為義務の関係性を論じることによって、結果回避義務に違反してなされた行為の態様（作為か不作為か）を検討することは、重要かつ必要である。例えば、監督過失を論じる際に、監督責任を限界づけるために、監督義務の有無以外に、監督義務と結果回避義務とはどの関係性を有するかを解明しなければならない。これに関連して、監督過失の態様について、監督者の過失行為は、不作為に求められるとの理解が一般的ではあるが、監督者が被監督者に不適切な指導を与え、被監督者の直接過失によって結果を惹起した場合に、監督者の過失行為を作為として扱うことができるかどうかについては、なお論証を要する。

Ⅱ．過失競合論と監督過失論の区別

注意義務と関連して、過失競合論と監督過失論の線引きについての問題がある。複数の過失が関与していた事例においては、①対等な共同加害者の過失が競合している場合、②監督・管理過失と直接過失とが競合している場合の２つに分類するのが一般的である[58]。①については、過失の共同正犯の場合、並列的に競合している場合、重畳的に競合している場合、累積的に競合している場合などが考えられるが、学説では、各行為者についてそれぞれの注意義務違反を問えば足りるとされる[59]。もっとも、看護師の診療の補助に対しては、医師は、事前の指示義務のみを負う場合のほかに、事前の指示義務と事中の監督義務を負う場合やさらに事後の点検確認義務まで負う場合もありうる。この３つの注意義務の性質によって、医師と看護師の過失が単なる過失の競合なのか、監督過失なのかが決まるが、例えば、看護師が準備を担当し、医師が看護師による準備ミスを看過したまま、それに基づいて診療を行う際には、過失の競合論の問題なのか、それとも監督過失論の問題なのかについては、どのような基準によって判断すべきかが不明瞭である。また、医師間の連携においても、過失競合論と監督過失論を区分する際に、医師と

[58] 米田泰邦『管理監督過失処罰』（成文堂・2011）125頁。
[59] 大谷・前掲注（36）194頁以下。

看護師の連携の場合と同様な基準に基づくか、それともその基準を異にすべきかについて、さらに検討を要する。

Ⅲ．因果関係の有無

複数人の行為が介入するとき、因果関係の判断は困難である場合がありうる。垂直的な分業の場合、看護師が医師の指示にしたがって直接な過失により結果が発生した場合、あるいは看護師の過誤と医師の指示過誤とは異なるカテゴリーに属する場合、医師の注意義務違反と結果との因果関係があるかどうかの判断は容易である。もっとも、医師の指示過誤と看護師の過誤の間にはただ誘発関係がある場合に、医師の行為は刑法上の過失と評価できるかを判断するにあたって、医師の注意義務違反と結果との因果関係の有無を検討する必要がある。そして、水平的な分業関係の場合には、複数の過失が時間の前後に重なり合って結果を発生させたときに、どこまで因果関係を認めるべきかということも争点となりうる。

第２項　関係者間の責任分担への問題

前述したように、過失責任の追及が「個人モデル」から「組織モデル」へ移行する傾向にあり[60]、複数の医療従事者が関わっていた場合、これらの者のうち誰が、どのような理由に基づいて刑事過失責任を負うべきかに関して、注意義務の分配、信頼の原則の適用の可否、正犯性の有無、過失犯の共同正犯の成否なども議論されてきた。

Ⅰ．注意義務の分配

注意義務の分配について、垂直的分業の場合には、上位者に、自己自身の注意義務以外にも、下位者が過誤を犯さないように監督すべき義務が課される場合がありうるが、かような上下関係をさらに能力上の上下

[60] 甲斐・前掲注（４）２頁。

関係と地位上の上下関係に分けることができる[61]。一般的に議論されるのは、看護師に対する医師の監督義務の有無という問題であるが、医師間の連携において、例えば、診療部門のリーダーは、診療部門における診療全般を統括し、部下である医師らが担当する具体的な診療に対して、どこまで監督義務を負うのかも論定する必要がある。

指示・監督関係がない水平的分業のもとで、関与者は、共同の目標に向けて共同して作業が行われている。そのような分業関係では、引き継ぎ作業がよくみられる。引き継ぎ作業においては、後任者が前任者の作業を点検・確認しないまま、漫然と信じることが事故発生の主な原因となる。このような事故に対して、協力関係の基礎の差異に基づいて、注意義務の内容及び注意義務間の関係（共通の注意義務かどうか）は異なる可能性があり、詳しい検討を要する。また、手術チームのような複数の者が関係している場合、責任の所在が不明確な場合がありうるため、責任の主体を特定するために、注意義務の分配が問題となる。例えば、横浜市大病院患者取り違え事件（最決平成19年３月26日刑集61巻２号131頁）においては、患者の同一性確認は、医行為を正当化する大前提であり、医療関係者の初歩的・基本的な義務と位置づけ、確認体制が確立されない以上、職責や持ち場の範囲によって係る関係者に分配するとされる。このような場合、いわゆる職責の範囲をいかに決定すべきであろうか、すべての関係者が同時にそれを果たすとまで解する必要があるのか、また、そうでない場合には、どの見地に立脚して同一性確認の時期を確定すべきかが明らかではない。

Ⅱ．信頼の原則の適用

注意義務の分配に関連して、「被害防止のために相互に協力すべき関係にあると認められるものどうしの間で、注意義務の負担を公正に配分すべきものとの趣旨からとり入れられた法則」[62]である信頼の原則の適

[61] 古川伸彦「過失競合事案における注意義務の重畳関係の論定」刑法52巻２号（2013）301頁。

[62] 藤木・前掲注（２）33頁。

用も、チーム医療を論じる際に常に争点となる。信頼の原則について、まずそれは結果回避義務を軽減する手段として位置づけるのか[63]、それとも結果予見義務を否定する手段として位置づけるのかを明確にしなければならない。そして、信頼の原則は、交通事故の場面を中心に承認されているものであり、患者と医療従事者の間には、「危険防止を分担すべき当事者ではないから対等でなく、また法益被侵害者が関係から外にいる以上」[64]、患者に対して自己答責性を認めるわけではないことに鑑みると、加害者である医療従事者内部における相互の信頼の可否を慎重に検討すべきである。とりわけ監督責任が問題となる場合、監督義務は、そもそも、他人が過誤を犯さないために存するものであるから、信頼の原則を用いて監督義務を制限することが許されるのかを特に吟味すべきである。

なお、組織的医療における信頼の原則の適用が認められるとしても、その適用基準と限界についても様々な見解が見られる。しかし、関係者間の分業関係ないし分業基礎は異なる可能性があり、具体的な作業における状況も多様であるため、その適用の条件は、これらの見解から純化され得るか、また、純化されるべきかがまさに疑問である。例えば、垂直的な分業関係の場合、上下関係の基礎の如何、上位者に課される注意義務の性質を問わずに、信頼の原則の適用の可否や基準を検討することはできないと考えられる。さらに、水平的な分業関係の場合、分業・協業の基礎は異なる可能性があり、専門分野が異なるがゆえの分業・協業であっても、注意義務の履行は、さらに専門性に基づく場合と専門性に基づかない場合に分類することができ、信頼の原則の適用を論じる際に、それぞれの状況に応じて具体的な検討がなされるべきであろう。

Ⅲ．正犯性の判断

注意義務とその違反が承認された場合、何らかの注意義務に違反する

---

[63] 藤木・前掲注（51）244頁。

[64] 鶴田修一「チーム医療における過失犯の成立要件と『共犯からの離脱』論:『患者取り違え事件』を中心として」明治大学法学会会誌64号（2014）120-121頁。

行為はすべて正犯であるとする見解がある[65]。しかし、この見解によると、「故意であれば、共犯にすぎないものが過失の場合に正犯に格上げされる」[66]ことになり、「現行刑法が過失犯において狭義の共犯を不可罰としている趣旨を没却」[67]してしまう。特に、チーム作業の場合、「ひとたび一定のシステムの中に組み込まれると、そしてその組織活動の中で事故が発生すると、なかなかその『因果の連鎖』から脱却できないという方向に進んで」おり、これらの関与者には、過失の競合が安易に認定され、過失犯の処罰がやや拡大傾向に走りすぎている現状[68]にあり、過失責任を制限するために、正犯性の有無を適切に判断すべきである。

一方、犯罪現象的観点からは、垂直的な分業関係の下での監督過失は、過失による間接的・共働的な結果惹起であり[69]、いわば共犯的形態[70]に近いといえるものであことから、かような監督過失は、過失による幇助犯なのか、または過失犯の正犯性を有するものなのかが解明されなければならない。他方、水平的な分業関係の下では、複数の過失が累積的に競合している場合、どのような基準に基づいて主体を特定すべきか、または、協力関係の基礎は、各関与者の専門的知識である場合、関係者のすべてを正犯とするのか、あるいはある条件が充足されると過失犯から離脱することができるのかについては、検討を要する。

そのうち、不作為の正犯性の判断については、まず、事実的因果関係の判断との関係性が問題となる。不作為と結果の間における事実的因果関係の判断は、「作為があれば、結果発生なし」という公式によって行われることを前提とすると、行為者の不作為と結果の間に事実的因果関

---

[65] 高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（成文堂・1988）86頁、山中敬一『刑法総論Ⅰ』（成文堂・1999）371頁。

[66] 平山幹子「チーム医療と過失」ジュリスト臨時増刊『平成19年度重要判例解説』（2008）168頁。

[67] 大塚（裕）・前掲注（９）20頁。

[68] 甲斐克則『医療事故と刑法』（成文堂・2012）112頁。

[69] 日髙義博「管理・監督過失と不作為犯論」斉藤豊治ほか（編）『神山敏雄先生古稀祝賀論文集：第一巻　過失犯論・不作為犯論・共犯論』』（成文堂・2006）140頁。

[70] 前田・前掲注（36）218頁、山中・前掲注（３）776頁。

係さえあれば、直ちに正犯として扱われることになりうる。

この問題の解決を図るために、不作為犯の条件関係判断を事後的結果回避可能性と捉えつつ、条件関係があることに加えて、因果関係論において論じられる「結果に対する寄与度」で正犯と共犯を区別し、不作為の寄与度は、結果回避可能性と結果発生に対する現実的危険性に基づいて判断するとする見解がある[71]。ただし、条件関係の判断と事後的結果回避可能性を同視し得るかが問題となりうるのみならず、同見解によれば、過失による不作為の正犯性の判断は、行為性の判断、さらには因果関係の判断に等しく、因果関係と正犯性の判断を単に事実的判断として扱うことになろう。このように、不作為の正犯性を判断するにあたっては、まず、事実的因果関係の判断と正犯性の判断との関係性を明らかにしなければならない。

次に、結果に対する「因果経過の支配」のアプローチから不作為の正犯性を判断し、排他的支配を有する際には正犯性が肯定されるという見解もある[72]。この見解によれば、複数の関係者に同一の注意義務が課せられる場合、結果に対する注意義務違反のいずれかが因果経過を排他的に支配したかが明らかとならないため、結局、関与者のいずれについても正犯性を肯定できなくなってしまう。そのため、これらの見解をどのように修正すべきか、あるいはこれらとは異なる方法から正犯性を判断すべきかがまさに問題である。

Ⅳ．過失の同時犯か過失犯の共同正犯か

複数の関与者に過失が認められた場合、これらの行為者は、過失の同時犯なのか、または過失犯の共同正犯なのか、という問題がある。過失の同時犯として扱われる際には、関与者のうち、過失と結果との間に、それぞれ単独に因果関係が認められ、正犯性を有する者のみが過失責任を負うのに対し、過失犯の共同正犯として扱われる際には、それぞれ単

[71] 濵本千恵子「過失競合と因果関係」広島法学38巻２号（2014）58頁以下。
[72] 島田聡一郎「不作為犯」法教263号（2002）117頁、同「不作為による共犯について（１）」立教法学64号（2003）33頁。

独に因果関係が認められなくとも、関与者全員の正犯性が認められ、「一部行為の全部責任」という共同正犯の帰責原則を適用する結果、各関与者の過失行為が相互的に帰属されることになる。すなわち、過失犯の共同正犯が認められれば、本来であれば、因果関係が立証できない、あるいは単独で正犯性を有しないなどの理由で処罰されない者も共同正犯として処罰されることとなり、過失の同時犯よりも、処罰範囲が拡張される。したがって、過失犯の場合における共同正犯の成立の可否については慎重な検討を要し、仮に過失犯における共同正犯が認められるとしても、その成立要件は厳しく制限されるべきである。

現在、過失犯の共同正犯に関する議論では、行為共同説に立つからといって過失犯の共同正犯が肯定されるとは限らず、また犯罪共同説や共同意思主体説、目的的行為論に立つからといって過失犯の共同正犯が否定されるとは限らないとされている。このような学説の現状の背景には、いかなる理論上の変化があったのかを明確にした上で、過失犯の共同正犯に関する議論の焦点を把握する必要がある。具体的には、過失犯における共同正犯が成立しうるかどうかを論じる際には、「一部行為の全部責任」を適用する根拠はどこにあるのかを解明した上で、過失犯においては、そのような根拠づける要素が充足するかどうかが根幹をなす問題である。その問題を検討する際に、故意犯を中心として構築されていた共犯理論が過失犯に転用され得るか、または転用されるべきであるかも考察する必要がある。

なお、日本における過失犯の共同正犯の肯定説の中では、「共同義務の共同違反説」が有力であるが、その適用について、いくつかの不明な点がある。まず、共同義務とは、一般に、共働者の各人が自己の行為から結果を発生させないように注意するだけではなく、他の共働者にも注意を促して結果を発生させないようにすべき注意義務を指すが、共同義務の存在は、共働者が法的に対等、平等の地位にあることが前提とされるかが問題となる。例えば、チーム医療の場合は、指導・監督関係にある医師と看護師が同一の目的のもとで共同して同一作業を行う際に、両者の間に共同義務の存在が肯定される余地があるかが問われる。また、関与者が法的に対等・平等の地位にあるわけではないが、同一の内容を有する義務を履行するにあたり、関係者間に指導・監督関係がない場合、

共同義務の存在が肯定し得るかも争点となる。それと関連して、共同義務と同一注意義務及び同一内容を有する義務、三者の間の関係性を明らかにすべきである。次に、共同違反の意味についても検討を要する。例えば、前述した横浜市大病院患者取り違え事件において、手術は、チーム医療として各人の役割分担を決めて行われる共同作業であり、しかも患者同一性確認について、チームの全員に同一の注意義務を課せられるため、過失の共同正犯として処理したほうが実態に即していると主張する見解があるが[73]、同一性確認の方法や時期は、各人の職責や持ち場に応じて違い、過失の具体的態様も各人で異なることを理由とし、共同義務の共同違反を否定し、各人が単独の責任を負うべきであると主張する見解もある[74]。これらの見解を検討した上で、共同違反の判断基準を明確にする必要があろう。

第３節　過失構造論に関する本稿の立場

ここでは、過失犯の実行行為とその態様を検討することを通じて、過失構造論に関する本稿の立場を明らかにする。

前述したように、旧過失論によれば、結果が発生した場合、行為者の行為と結果の間に因果関係を肯定することにより構成要件該当性と違法性を充足した後、行為者が結果予見義務に違反したとして有責性が肯定すれば、過失犯が成立する。しかし、旧過失論によれば、「構成要件的過失」の観念を否定し、過失「行為」の違法性の実体を解明することができない[75]。そして、旧過失論の判断枠組みに従うと、結果責任になりやすい[76]。そのため、旧過失論を修正せざるを得ないことが一般に是認される。旧過失論を批判した新過失論と新新過失論（危惧感説）は、注意義務の内容を結果回避義務と解し、結果予見可能性の程度について、

[73] 大塚裕史「横浜市大患者取り違え事件」伸宇都木ほか（編）別冊ジュリスト『医事法判例百選』（2006）192頁。
[74] 照沼亮介「チーム医療における過失の競合」判例セレクト2007（2008）26頁。
[75] 川端博『刑法総論講義〔第３版〕』（成文堂・2013）203頁。
[76] 高橋則夫『刑法総論〔第４版〕』（成文堂・2018）217頁。

前者は具体的予見可能性を要求するのに対し、後者は漠然たる不安感・危惧感があれば足りると解する。

行為無価値論に立脚する新過失論は、次第に有力になったものの、その内容は多義的であるため、その内部には過失犯を作為犯として論じる見解と、過失犯をすべて不作為犯と捉える見解がある。前者は、不作義務違反と結果回避義務違反を区分し、結果回避義務違反とは、結果回避のため、行為者の立場に置かれた一般通常人には社会生活上遵守が要求される行動基準ないし行動準則にかなった態度をとるべき義務に違反したことであり、それにより、許された危険行為は許されない危険行為になり、この許されない危険行為たる作為が、過失犯の実行行為であると主張する[77]。後者は、「過失行為は一定の結果回避措置、すなわち為すべき行為を怠ること」と主張し、過失犯には、作為義務を果たさないという不作為犯的構造があるとされる[78]。

しかし、過失犯を作為犯として捉える見解であっても、不作為が命令規範違反の実行行為とされる場合もありうることを否定できない[79]。しかし、このような過失不作為犯の実行行為をどのように解すべきかについて、同見解は方法論を提示することができない。例えば、監督義務を負う者が単純な不作為によって間接的に結果を惹起した場合に、同見解に基づくと、監督者の行為が実行行為性を失い、過失犯に対する幇助犯に過ぎないと考えられるほかないであろう。そして、過失犯の実行行為を不作為義務の違反とすれば、過失犯の行為規範は「結果回避義務に違反した許されない危険行為をするな」という禁止規範になる。しかし、過失作為犯の場合にも、不作為義務が課せられる場合とそうでない場合がありうる。仮に過失犯の行為規範を許されない危険行為たる作為への禁止と解し、行為者の危険制御の能力を問わず、画一的に不作為義務を負わせるとすれば、法令に抵触することを恐れ以上、行為の萎縮が起こってしまうであろう。したがって、危険をコントロールする能力の有無によって、行為者の注意義務を区分すべきである。つまり、危険をコント

---

[77] 井田・前掲注（57）229頁以下。

[78] 前田・前掲注（56）98頁。

[79] 井田・前掲注（57）229-230頁注（40）。

ロールする能力のない行為者に対しては、「危険行為に出ない注意義務」が課されるのに対して、危険をコントロールする能力のある行為者に対しては、危険な状態で一定の結果回避措置をとることが要求されれば足りる[80]。

しかしながら、すべての過失犯が不作為犯として扱われる見解も妥当でない。なぜなら、過失犯の行為規範を命令規範と解することには、上記場合と同様に、行為者の間に結果を回避する主観的能力の差異があるという点を看過したという問題があり[81]、そして結果回避義務違反（結果防止措置をとらなかったこと）自体を過失犯の実行行為と解するならば、作為によって直接に結果が生じたケースにおいて、作為がなければ、結果が決して発生しないということを説明することができない。すなわち、作為と結果の間に直接惹起関係があったことを無視して不作為のみを評価の対象とすることは妥当でない。例えば、看護師が薬液の種類を確認しないまま、誤った薬液を患者に注射し、同人を死亡させた場合においては、結果回避義務違反は、「薬液の種類を確認しなかった」という不作為に求められるはずであるが、不作為それ自体は、間接的・抽象的危険を創出したにすぎず、法益侵害結果を現実に惹起することができないため、不作為の行為の実行行為性を否定すべきである。すなわち、実行行為を、結果を惹起した直接的・具体的・現実的危険性を有する行為であると解すると[82]、上記の設例における結果回避義務に違反した不作為は、結果を惹起する抽象的・間接的危険性しかなかったものであって、この不作為に基づいた注射した行為（＝作為）を実行行為として評価しなければならない。この際に、「不作為は本体たる作為に付着しているものである」[83]といえよう。なお、不作為が処罰される場合には、作為義務を肯定するために、保障人の地位が必要とされることは一般的であ

[80] 大塚裕史「過失犯における実行行為の構造」西原春夫ほか（編）『刑事法学の新動向：下村康正先生古稀祝賀（上巻）』（成文堂・1995）163頁以下。

[81] 吉田敏雄『刑法理論の基礎（第３版）』（成文堂・2013）379頁以下。

[82] 内田文昭『改訂版刑法Ⅰ（総論）』（青林書院・1986）128頁、平野・前掲注（50）193頁、大塚（裕）・前掲注（80）159頁。

[83] 神山敏雄「過失不真正不作為犯の構造」福田雅章ほか（編）『刑事法学の総合的検討（上）：福田平・大塚仁博士古稀祝賀』（1993）50頁。

るが、作為義務と結果回避義務を一体として把握すれば、保障人の地位のない者をすべて処罰できず、処罰が不当に限縮されることになるか、あるいは、保障人の地位という要件を放棄して関係者のすべてが有罪とされ、処罰が不正に拡大されることになるか、どちらも明らかに不合理であろう。それゆえ、作為義務と結果回避義務を混同してはならず、両者の関係を明確にする必要がある[84]。

このように、過失犯における行為規範を確定するにあたり、客観的結果予見可能性と事前的結果回避可能性があることを前提とする結果回避義務の違反と、法益侵害の両方とを結びづけることが必要とならざるを得ない。この意味において、過失犯は「結果回避義務の結果的加重犯」といえる[85]。具体的には、過失犯の行為規範は、「認識可能な危険状況の存在を契機として、当該行為から法益侵害に至り得ると認識し、あるいは認識し得た場合、その侵害を回避するために必要なことに注意して当該行為を行え、あるいは行うな」[86]と解すべきである。その上で、危険をコントロールする行為者の主観的能力に応じて、行為者に求められる行動が異なり、危険をコントロールする能力のある者は、結果を防止するために、当該行為を行う際に、必要な注意を払わなければならない（作為義務）。逆に、能力のない者に対しては、結果を防止するために、当該行為の実行が禁止される（不作為義務）。つまり、客観的注意義務の内容としての結果回避義務には、作為義務があり、不作為義務もありうる。その意味で、結果回避義務は、「予見可能性と結果回避可能性の問題であって、因果経過の支配を問題にする作為義務（筆者注：不作為犯の作為義務）とは次元が異なる」[87]。

なお、前述のとおり、過失犯の構成要件は定型化しがたいため、その実行行為は、現実に構成要件的結果を惹起したものでなければならない。

---

[84] 神山・前掲注（83）46頁。

[85] 藤木英雄「過失犯の構造について」司法研修所論集1971年１号（1971）59頁以下、83頁参照。

[86] 高橋・前掲注（76）215頁以下。

[87] 大塚裕史「過失不作為犯の競合」井上正仁＝酒巻匡（編）『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣・2012）155頁。

すなわち、それは、結果回避義務に違反してなされた「構成要件的結果への現実的危険行為」[88]に限定されるべきである。また、このような結果回避義務に違反してなされた行為の態様については、結果回避義務の内容に対応するものではなく、現実に構成要件的結果を惹起した行為の態様に求められるべきである[89]。すなわち、行為の態様としての作為と不作為の区別基準を、作為は法益を現状よりも悪化させることに求め、不作為は法益が悪化している過程でその因果の流れを食い止めないことに求めるべきである[90]。この観点を踏まえると、必要な注意を払わず（結果回避作為義務／不作為義務違反）、積極的作為によって危険性を現実化し結果を発生させた場合は作為犯である。例えば、注射を行う際に、誤った薬剤を用意すれば、患者に危害をもたらすおそれがあるため、医師に薬剤を確認すべき義務が課されるが、医師がそれを怠り、患者に誤った薬剤を注射して同人を死亡させた場合には、医師の行為は、結果回避作為義務に違反して作為によって業務上過失致死罪の構成要件的結果を惹起したと評価すべきである。しかも、「最新の医学的技術を持ち合わせていない医師が、あえて手術を行い、患者を死亡させたといった場合」には、その手術自体が禁じられるのであり、医師の行為は、結果回避不作為義務に違反して作為によって業務上過失致死罪の構成要件的結果を惹起したと評価できる[91]。逆に、必要な注意を払わず（結果作為義務違反）、不作為によっても法益の侵害が発生しうる場合には不作為犯として捉えるべきである。例えば、心肺停止または呼吸停止の患者に対して救命措置をとらず、同人を死亡させた医師の行為は、作為犯の実行行為と同視できる程度の結果発生の類型的危険性を有するものであるため、この場合には、結果回避作為義務に違反して不作為によって業務上過失致死罪の構成要件的結果を惹起したと評価すべきである[92]。

---

[88] 福田平『全訂刑法総論〔増補版〕』（有斐閣・1992）200頁参照。

[89] この意味で、日髙・前掲注（69）151頁が指摘するように、過失犯では、「現実の行為態様が作為であるか不作為であるかは、過失犯の処罰を考える上では大きな意味を持たない」といえる。

[90] 神山・前掲注（83）47頁以下。

[91] 吉田・前掲注（81）381頁。

[92] 大谷・前掲注（36）124頁以下。

以上から、本稿は、新過失論の立場に立脚し、過失犯の実行行為は、結果回避義務に違反してなされた行為であり、過失犯における結果回避義務は、作為義務と不作為義務に分けることができ、過失犯には、①作為義務に違反する作為犯、②作為義務に違反する不作為犯、③不作為義務に違反する作為犯、の３つの類型がありうると主張する。