



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	チーム医療における刑事過失責任 : 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
Degree Grantor	北海道大学
Degree Name	博士(法学)
Dissertation Number	甲第15120号
Issue Date	2022-09-26
DOI	https://doi.org/10.14943/doctoral.k15120
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/87160
Type	doctoral thesis
File Information	ZHANG_Jiayu.pdf



博士（法学）学位申請論文

チーム医療における刑事過失責任

——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——

北海道大学法学研究科

張 佳宇

チーム医療における刑事過失責任
——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——

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

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 分業における各関係者の注意義務

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

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。

³ 山中敬一『医事刑法概論Ⅰ』（成文堂・2014）596頁。

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

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。

⁶ 劉躍挺「対現代医療過失犯罪中注意義務理論の整体性反思」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の整体性反思」北京理工大学学報 (社会科学版) 18 卷 3 期 (2016) 143 頁。

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。

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

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。

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、「従来のパターン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。

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变化していない。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

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。

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。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

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（山口齊昭「医療事故と医療過誤（民事）」）。

¹⁹ 筋立明「医療過誤発生のメカニズム」筋立明＝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））

²¹ 筋・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。

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 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 卷 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 年以下の有期徒刑又は拘役に処し、後者の場合には、3 年以上 7 年以下の有期徒刑に処し、情状が比較的軽いときは、3 年以下の有期徒刑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、と定めている（中

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。

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) 構成要件の結果、(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

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・帮助を含み、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。

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。

死傷罪と同様、あくまでも個人法益に対する罪であり、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る。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、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

²⁷ 陳興良『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。

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、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りとその他の欲望を充たすにあり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

²⁹ 王文光=高珊崎（主編）『新編中国刑法学（分論卷）』（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。

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 年以下の有期懲役に処し、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结果と同じであり、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

³¹ 黎宏『刑法学各論〔第二版〕』（法律出版社・2016）438 頁以下。

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なく、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「非法行医範圍及主体的認定」李筱永＝趙曉佩（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。

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

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。

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、構成要件的结果は、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、構成要件的结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. 構成要件的结果

日本刑法において、業務上過失致死傷罪の構成要件的结果には、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、刑法上の傷害にあらず、暴行にとどまると判示している。

³⁴ 臧冬斌「医療事故罪研究」武漢大学博士学位論文（2002）53頁。

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、「身体に健康に重大な危害」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、「身体に健康に重大な危害を及ぼす」とは、身体に重大な障害、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（法積〔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「身体に健康に重大な危害」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结果の範囲は、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

日中における刑法定定の歴史的・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、ここでは、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）

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。

中国刑法	3年以下の有期徒刑又は拘役（235条過失重傷罪）	3年以上7年以下の有期徒刑に処し、情状が比較的軽いときは、3年以下の有期徒刑（233条過失致死罪）		3年以下の有期徒刑又は拘役（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

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

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。

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、人の生命・身体に典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・身体に典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る。医療過誤に対する中国刑法の対応から、立法者は、第一

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。

⁴² 高橋則夫『刑法各論〔第 3 版〕』（成文堂・2018）72 頁。

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

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。

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てを同罪で処罰しうることとなる。

⁴⁶ 周其華『新刑法各罪适用研究』（中国法制出版社・1997）394 頁。

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ようとえられる。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。

⁴⁷ 周・前掲注(46) 395頁。

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」にあたり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、過失犯の構造をめぐる、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

⁴⁸ 齊文遠『刑法学〔第 3 版〕』（北京大学出版社・2016）122-123 頁、陳興良=周光权=車浩副（主編）『刑法総論精積（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。

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、曾根威彦『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。

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。

⁵² 陳興良「四要件：没有構成要件の犯罪構成」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。

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、構成要件の結果を比較すると、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の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。

⁵⁴ 大塚(裕)・前掲注(9)15-16頁。

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

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。

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、重疊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見逃したまま、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的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

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。

⁶⁰ 甲斐・前掲注（4）2頁。

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、漫然と信じるの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 卷 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

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 卷 2 号（2013）301 頁。

⁶² 藤木・前掲注（2）33 頁。

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

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。

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。

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、過失による幫助犯なのか、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、各関係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、関係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。

⁶⁸ 甲斐克則『医療事故と刑法』（成文堂・2012）112頁。

⁶⁹ 日高義博「管理・監督過失と不作為犯論」齊藤豊治ほか（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。

⁷¹ 濱本千恵子「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。

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る。

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、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

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。

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、過失犯に対する幫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

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）。

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。

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つ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、あるいは行わない」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、現実に構成要件的结果を惹起したものでなければならない。すなわち、それは、結果回避義務に違反してな

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。

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。

された「構成要件的结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、現実構成要件的结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结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结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结果を惹起したと評価すべきである⁹²。

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。

第1章 垂直的分業における過失の判断

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、日高・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。

垂直的な分業関係とは、各関係者に課される注意義務の間に、「異なった地位に根拠をもつ」指示・監督関係があることをいう。指示・監督関係には、地位上の上下に基づく関係と、能力上の上下に基づく関係、という2つの類型が考えられる⁹³。下位者の過失によって結果が発生した場合に、上位者がどこまで責任を負うかは、上位者の置かれた立場と密接に関係している。医師と看護師の間には、地位上の上下関係のみならず、医学的知識・技術という意味での能力上の上下関係もあることは明らかである。それに対して、「下位者」の医師としても、一般的に、主治医として独立して業務を遂行する権限と能力をもっているため、医師間では、能力上の上下関係というより、地位上の上下関係を重視すべきである。そこで、垂直的な分業関係のもとで、医師と看護師との連携または上下関係にある医師間の連携において、下位者に対して、上位者である医師がどこまで注意義務を負うかを限界つける理論及び複数過失間の関係を検討しておく。

第1節 医師と看護師の連携

第1項 検討視座と方法

医療は、医療を受ける患者と医療を提供する医師またはその他医療従事者を当事者とし（医療法1条の2）、診療契約という関係のもとで行われているものである。その内容について、医療法は、「単に治療のみならず、疾病の予防のための措置及びリハビリテーションを含む良質かつ適切なものでなければならない」（同法1条の2）と規定しており、医師法、歯科医師法は、医業（医師法17条）または歯科医業（歯科医師法17条）と療養方法等の指導（医師法23条）を規定している。

医業の内容としての医行為の意義について、医師法は明確に規定していないが、その関連法令は「……医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為……」（保健師助産師看護師法（以下、保助看法という）の37条）と規定しており、行政解釈⁹⁴も同様の立場を採り、判例⁹⁵と学説⁹⁶も上記の定義を是認している。もっとも、タトゥー施術行為の医行

⁹³ 古川・前掲注(61) 301頁。

⁹⁴ 平成17年7月26日医政局長通知〔医政発第0726005号〕には、医行為は、「医師の医学的判断及び技術をもってするのでなければ人体に危害を及ぼし、又は危害を及ぼすおそれのある行為」と規定している。

⁹⁵ 最判昭和30年5月24日刑集9巻7号1093頁、最決平成9年9月30日刑集51巻8号671頁。

⁹⁶ 野田寛『医事法（上）』（青林書院・1984）60頁、大谷實「医師法17条にいう『医業』の意義」福田雅章ほか編『刑事法学の総合的検討：福田平・大塚仁博士古稀祝賀（上）』（有斐閣・1993）450頁。

為性に関する最高裁の判例（最決令和2年9月16日刑集74巻6号581頁）によれば、医行為は、「医師の医学的判断及び技術をもってするのでなければ人体に危害を及ぼし又は及ぼす恐れのある行為」だけでなく、「医療及び保健指導」に属する行為でなければならないことになった⁹⁷。

また、医行為の内容について、広義の医行為には、治療目的を伴う診療行為のほかに、予防、出産の際の処置、あん摩、マッサージ、はり、整形、避妊、輸血・臓器移植目的のための採血・臓器摘出行為など疾病の治療を目的としない行為も含まれると一般的に理解されている⁹⁸。しかし、「医療及び保健指導に属し、医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為」は一体いかなるものであろうかが争われている。同時に、医行為は専門的な技術を有する医師または歯科医師（以下「医師」と表記）の業務独占とされている（医師法17条、歯科医師法17条）が、チーム医療の発展とともに、分業・協業は避けられない傾向にあり、そのリスクの低いものは、一定の専門的知識・技術を有する人に委ねることが許されることになった。今日の医療現場では、医行為をめぐる、看護師をはじめとする理学療法士、作業療法士、臨床検査技師、視能訓練士等のコ・メディカルスタッフは、「診療の補助」を業務として行っている⁹⁹。

看護師または准看護師（以下「看護師」とも表記）は、業として上記「診療の補助」を行うことができるのみならず、保助看法の5条によれば、「療養上の世話」も業として行うことができる。「療養上の世話」は、「絶対的看護行為」ともいい、それには、患者の症状などの観察、環境整備、食事の世話などの衛生上の危害を生じるおそれがないものが含まれ、その実施は、医師の指示を前提としておらず、看護師独自の判断で行うことができる（准看護師は看護師の指示を受けてはじめて行うことができる）。したがって、「療養上の世話」を行う過程において、過失により結果を惹起した場合には、看護師のみが責任を負うことは一般的である。

それに対し、「診療の補助」は、医行為から派生したものであり、医行為の遂行を補助することを目的として存するものであるため、その実施には、医師の関与が常にあるといえよう。それゆえ、看護師の過失によって結果を発生させた場合には、医師の責任も問題となりうる。医師の責任を判断するにあたり、医師と看護師の間にどのような関係があったのか、さらに看護師に対して医師にどのような注意義務が課されるのかを論定することが重要である。すなわち、医師が自身の注意義務違反に違反したか、または看護師に対する監督義務に違反したかが問題となる。

⁹⁷ 辰井聡子「タトゥー施術行為と医行為」刑事法ジャーナル67号（2021）7頁。

⁹⁸ 福山道義「診療の補助行為と刑事規制」『内田文昭先生古稀祝賀論文集』（青林書院・2002）459頁、高田利広『保健婦助産婦看護婦準看護婦の業務と法的責任』（日本看護協会出版部・1962）9頁、大谷・前掲注（96）445頁。

⁹⁹ 「医療安全の確保に向けた保健師助産師看護師法等のあり方に関する検討会」（第一回）資料（厚生労働省ウェブ・サイト内<https://www.mhlw.go.jp/shingi/2005/04/s0428-7h.html>（2022年5月11日最終閲覧））

前者の場合には、医師の過失と看護師の過失とは単純な競合関係にあり、過失犯の一般論のもとで議論されれば足りる。それに対して、後者の場合には、医師の過失は監督過失論のもとで議論されるべきである。

したがって、まず、医師について問題となる注意義務違反の性質を明らかにしなければならない。法令をみると、診療の補助における看護師と医師との関係を規定しているものは、保助看法 37 条しかない。同条は、「保健師、助産師、看護師又は准看護師は、主治の医師又は歯科医師の指示があった場合を除くほか、診療機械を使用し、医薬品を授与し、医薬品について指示をしその他医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為をしてはならない。ただし、臨時応急の手当をし、又は助産師がへその緒を切り、浣腸を施しその他助産師の業務に当然に付随する行為をする場合は、この限りでない」と定めている。しかしながら、「指示」とはどのような意味であろうか。「指示」が「監督」と同じ意味なのかが明らかではない。それと関係して、指示のある「医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為」は、すべて「診療の補助」の範疇に入るべきであるかという点¹⁰⁰についても議論がある。

前述したように、「診療の補助」の存在は、医師による医行為を効率的かつ安全的に遂行することを目指すものである。それゆえ、どのように患者の利益を損なうことなく診療補助者を活用するかがチーム医療における大きな課題となる。それは、実際には、リスクコントロールと効率性をどのように調和すべきかという問題である。リスクコントロールの観点から、(i) 補助者のできる診療の補助の範囲には一定の限界があり¹⁰¹、(ii) 権限及び能力上の上位者である医師が指示・監督することが必要であると考えられる。効率性の観点から、(iii) 医師があらゆる補助的行為を監督することを否定し、医師の関与範囲を正しく限定することが必要であると考えられる。

上記の考えを踏まえ、以下では、次の順序で検討を進めていく。まず、第一に、診療の補助と医師の指示との関係を明確にし、診療の補助における医師の関与範囲を最初から限定した上で、医師による指示についての過失の判断に関する具体的な問題を論じる。第二に、医師がどこまで監督義務を負うべきかを明確にし、監督過失をめぐる問題を検討する。最後に、以上の議論を踏まえ、複数人の過失犯理論から、過失競合論と監督過失論の区別をめぐって、判例の再検討を試みる。

第2項 診療の補助における医師の過失

¹⁰⁰ 星和美「保健師助産師看護師法と新たな看護」野田寛＝古村節男（編集）『医事法の方法と課題』（信山社・2004）547 頁以下。

¹⁰¹ 飯田英男『医療過誤に関する研究』（法曹会・1974）50 頁。

第1款 診療の補助と医師の指示

I. 保助看法37条と5条の関係

1. 従来議論

「診療の補助」の定義については、保助看法37条と同法5条の関係性をめぐり、議論が展開されている。すなわち、保助看法37で規定している「診療機械を使用し、医薬品を授与し、医薬品について指示をしその他医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為」と、同法5条で規定している看護師の業務としての「診療の補助」が同義であるか否かをめぐり、(i)両者が同義ではないとする見解と、(ii)両者を同義と解する見解がある。

(i)の中には、(1)「保健婦助産婦看護婦法第37条の解釈についての照会について」(昭和26年9月医収第517号)は、「医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為」と「診療の補助」を意識的に区別しており¹⁰²、そして保助看法は、看護師が第5条の診療の補助を行う際に医師の指示を要することを明文で規定しておらず、医師の指示を受けなかったこと自体に対する刑事制裁は予定されていないため、両者は同義ではないと主張する見解がある。また、同見解によれば、「医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為」には、医師が自ら行わなければならないものと、医師の指示があれば看護師が行うことができるものが含まれる¹⁰³。また、(i)の中に、(2)保助看法は、「診療の補助」と「医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為」とを区別して規定している以上、少なくとも観念的には、診療の補助の一部は「医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為」のような危険性を有していないことを理由に、両者は異なる意味を有するとする見解もある¹⁰⁴。

なお、(i)の内部においても、「診療の補助」と「医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為」の関係性をどのように捉えるかについて争いがある。まず、(a)保助看法5条の診療の補助の一部が同法37条の行為であるという包含関係で捉える

¹⁰² 「保健婦助産婦看護婦法第37条の解釈についての照会について」(昭和26年9月医収第517号)は、「法37条の規定は、第5条が規定する看護婦の権能の範囲内においても、特定の業務については、医師または歯科医師の指示がなければ、これを行うことができないものであることを規定しているものである」とされている。

¹⁰³ 福山・前掲注(98)462頁。

¹⁰⁴ 小沼敦「看護師の業務範囲についての一考察—静脈注射と産婦に対する内診を例に—」国立国会図書館調査及び立法考査局『レファレンス』(2007)202頁。

見解がある。その中でも、①保助看法 37 条の行為とは、個別具体的な指示に基づかなければならないものをいうとともに、同法 5 条の診療の補助には、個別具体的な指示を必要とする行為と、包括的な指示を必要とする行為が含まれるとする見解がある¹⁰⁵。②保助看法 5 条の診療の補助の一部はまったく医師の指示を必要としないと主張する見解もある¹⁰⁶。

それに対して、(b) 保助看法 37 条の行為と同法 5 条の行為とを完全に別なカテゴリーと捉える見解もある。たとえば、北大電気メス器事件（札幌高判昭和 51 年 3 月 18 日高裁刑集 29 卷 1 号 78 頁）は、看護師の補助行為の範囲を論じる際に、「保健婦助産婦看護婦法三七条によれば、看護婦は、主治医の医師または歯科医師の指示があった場合の外診療機械を使用してはならないことが規定されており、同法五条と合わせて、診療機械の使用は医師の責任であり、看護婦は診療行為としての機械使用については医師の指示がない限り単にその使用の補助ができるにすぎないことが明らかである」と判示している。つまり、本判決によれば、医師の指示があれば、保助看法 5 条に定める業務範囲の制限が解除され、看護師が診療行為としての「診療機械を使用し、医薬品を授与し、医薬品について指示をしその他医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為」を行うことができることとなるのに対して、医師の指示がなければ、看護師は診療行為の補助としてしか上記行為を行うことができない。

また、(ii) 保助看法 5 条の「診療の補助」と同法 37 条の「医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為」を同義と解する見解は、看護師の業務を、医師の指示がなくても行えるもの（療養上の世話、臨時の手当、受胎調節の実地指導）、医師の指示がなければ行えないもの（診療の補助）、医師の指示があっても行えないものに区別している。しかし、「診療の補助」と「医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為」の関係性をどのように捉えるべきかという問題には触れていない¹⁰⁷。

2. 検討

前述のように、医行為の意義については「医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為」という理解が定着してきた。それゆえ、保助看法 37 条は、看護師が医師の指示を受けずに「医行為」を行うことを一般的に禁止するものと解することができる。また、医師の指示さえあれば、看護師がすべての医行為を行えるかどうかについて、医師の指示があっても、看護師が行えない医行為が存在するということは、一般的に是認される（例えば診

¹⁰⁵ 小沼・前掲注（104）201 頁以下。

¹⁰⁶ 高波澄子「看護師等が静脈注射を引き受けることを保助看法の解釈と看護業務の主体性から考える」『看護管理』14 卷 8 号（2004）665-669 頁。

¹⁰⁷ 野田・前掲注（96）79-80 頁。

断、手術、処方等)¹⁰⁸。したがって、これらの理解を前提とれば、上記議論は、診療の補助のすべては、医行為か否か、医師の指示のもとで行うべきか、という2つの問題をめぐって展開されるといえる。以下では、この2つの問題について従来の見解を整理した上で検討を加える。

(i) 診療の補助と医行為

まず、診療の補助のすべては医行為か否かを検討する。医行為の該当性について、判例（最決令和2年9月16日裁時1752号3頁）は、「当該行為の方法や作用のみならず、その目的、行為者と相手方との関係、当該行為が行われる際の具体的な状況、実情や社会における受け止め方等をも考慮した上で、社会通念に照らして判断する」と判示している。なお、疾病の診察や治療のために行われる検査行為も医行為として扱われている（大判大正12年12月22日刑集2巻1009頁、大判昭和15年3月19日刑集19巻134頁）。

看護師と患者の間には医療関係があり（医療法第1条の2）、看護業務については、療養上の世話と診療の補助との区分があるが、後者は診療の遂行の介助を目的とし、それには医療機械の操作、薬剤などの準備、投与、実施過程における容態の観察などが含まれる。例えば、看護師が診療の機械を準備して医師がそれを人体に使用する場合に、正しい機械を用意し、問題なく使用できる状態に機械を調整するという一連の準備行為は、治療目標の達成に大きな影響を与えるものといわざるを得ない。仮に準備の段階で不適切な処置があれば、人体に間接的な危険を与え、医師の使用行為によりその危険を現実化することになる。それゆえ、医療機械の使用行為のみならず、その準備行為も患者の安全に関わるので、広義の医行為とみなすことは当然である。

なお、(a) 看護師の診療の補助に医師の包括的指示が必要であるとする見解であっても、(b) 看護師の準備行為に医師の指示を要しないが、同行為が医師の使用行為に密接して行われることを理由に医師の監督を免れないとする見解であっても、実際には、すべての診療の補助に、医師の「注意」が不可欠であるが、程度の差があるにすぎないと主張する。そのため、これらの見解に対しては、仮に診療の補助の一部が医行為ではないと解すれば、何故、医師の「注意」が必要であるのか、という根本的な批判が可能である。したがって、すべての診療の補助は医行為に該当すると解すべきであり、その一部を医行為から除外する必要はないと思われる。このように、医行為には、医師が自ら行うのでなければならぬ絶対的医行為と、看護師が行うことができる相対的医行為（診療の補助）があると解することができる。

¹⁰⁸ 甲斐克則ほか（編）『医師法辞典』（信山社・2018）322頁（良村貞子）。

(ii) 保助看法37条と同法5条

次に、保助看法 37 条と同法 5 条との関係性を検討する。この問題を検討する前に、まずは、保助看法 37 条と医師法 17 条との関係性も整理すべきである。上記 (1) の見解は、実際には、次のような前提を踏まえるものである。すなわち、同見解は、まずは保助看法 37 条の「医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為」は、「看護師として相応の医学的知識と技術があれば医師の指示をうけて行うことができる程度の行為」と解する。さらに、保助看法 37 条違反の法定刑 (44 条の 2 第 2 号) は医師法 17 条違反のそれ (31 条 1 項 1 号) よりも低いことから、保助看法 37 条の医行為は医師法 17 条にいう医行為より危険性の低いものと解する¹⁰⁹。

医師法 17 条は、医師ではない者が医業を行うことを禁止している。医業とは、業として医行為を行うことであり、業としては反復継続の意思をもって行うことを意味する (最決昭和 28 年 11 月 20 日刑集 7 卷 11 号 2249 頁) と理解すれば、医師法 17 条違反は、無資格者が医行為を行うことを前提としている。それに対し、保助看法は、まずは、看護師が行える医行為の範囲は「補助」的の行為に限定している (法 5 条)。その範囲内であれば、看護師は相応の医学的知識・技術をもっているため、医師の指示を受けずに「診療の補助」を行うことは、無資格者が医行為を行うことよりも、危険性が低い。だからこそ、保助看法 37 条違反の法定刑が医師法 17 条違反のそれよりも低い (保助看法 37 条違反 < 医師法 17 条違反)。逆に、診療の範囲を超えた「絶対的医行為」を行う場合に、看護師は相応の医学的知識と技術を有するとはいえないため、異なる取り扱いが必要となるべきである。このような理解によれば、「看護師として相応の医学的知識と技術があれば医師の指示をうけて行うことができる程度の行為」に該当するためには、「診療の補助」の範囲を超えないことが前提となる。しかし、その範囲を限定する機能を有するものは、保助看法 37 条ではなく、同法 5 条であるため、保助看法 37 条を「看護師として相応の医学的知識と技術があれば医師の指示をうけて行うことができる程度の行為」と解することは妥当でないと考えられる。

なお、看護師が医師の指示のもとで診療補助の範囲内の行為を行うならば、医師法 17 条違反にならず、また、医師の指示を欠いても、外形的には診療の補助行為とみられる場合には、医師法 17 条違反ではなく、保助看法第 37 条違反にすぎず、そして医師の指示があっても、看護師が範囲を超えて医師の指揮監督によって補完できない行為を行う場合には、医師の指示があったため、保助看法 37 条違反にとどまるとする見解がある¹¹⁰。看護師が医師の指示を受けずに診療

¹⁰⁹ 福山・前掲注 (98) 463-464 頁。

¹¹⁰ 高田利広『看護業務と法律：医業過誤・労働法の手引き』(医歯薬出版株式会社・1980) 17-18 頁。

の補助を行うことは、保助看法 37 条違反にとどまると理解するという点で、上記見解は妥当であると思われる。しかし、医師の指揮監督によって補完できるかどうかということは、絶対的医行為と相対的医行為を判断する基準である。つまり、医師が具体的かつ詳細な指示・監督を行ったとしても、看護師の医学的知識・技術を完全に補完して医師と同等のものにすることはできない際に、当該行為は、診療補助の範囲を超えた絶対的医行為となるはずである。その際には、保助看法 37 条に該当するというだけで当該行為を正当化することができず、医師法 17 条違反に当たるかが問題となる。言い換えると、以上の解釈から、「保助看法 37 条に違反する」とは、看護師が医師の指示がなかったにもかかわらず、診療の補助を実施することを意味するため、看護師が医師の指示を受けずに、診療の補助を超えた絶対的医行為を実施する場合には、保助看法 37 条違反とともに、医師法 17 条違反にも該当すると解すべきである。したがって、保助看法 37 条の医行為と同法 5 条の診療の補助は同義として扱われるべきであるが、医師法 17 条の医行為と保助看法 37 条の医行為は、必ずしも同義でなく、両者を包含関係で捉えるべきである。医師法 17 条に違反しないためには、看護師が医師の指示を受けて（保助看法 37 条）「診療の補助」の範囲内の行為（保助看法 5 条）を行うことが必要である¹¹¹。このような意味において、保助看法は医師法 17 条の特別法といえる。

(iii) 診療の補助と医師の指示

医師の指示と「診療の補助」の関係性を検討する。診療の補助を行う前の段階としては、次の 4 つの段階が考えられる。医師は、①診察と診断を行い、②どのような治療が必要かを判断した上で、③自らが直接対応するか、あるいは看護師に任せるかを判断し、後者の場合には、④さらに看護師にどのような指示を与えるべきかを判断するということである。診療の補助と医師の指示との関係性を論じる際に、①～③の段階において医師の医学的判断は必要であることに疑いがなく、④の段階において看護師が自ら診療の補助の内容を決定した上で、当該行為を行うことができるかどうか争われている。

肯定の立場をとる者は、点滴治療中の患者の管理・終了時の針の抜去等を挙げて説明する¹¹²。しかし、診療の補助が一連の行為ないし行程で構成されるとき、医師の指示は概括的なもので十分であろう。例えば、「点滴注射」という診療の補助には、注射の準備、針の刺入、薬液の投与、経過観察、針の抜去、ロックは当然に含まれているが、医師が「点滴注射」を命じる際には、注射液の名称、投与方法、投与量、警告・禁忌事項などを明確すれば指示が成立し、看

¹¹¹ 野田・前掲注 (96) 81 頁、小倉哲浩「医師法と保健婦助産婦看護婦法の関係」研修 580 号 (1996) 86 頁参照。

¹¹² 高波・前掲注 (106) 667 頁。

看護師が理解しうる限り、一々指示を与える必要はないであろう（ただし、後述するように、この観点から、医師に対して各行程に課される監督義務も概括的なものであると理解することはできないことに留意すべきである）。要するに、針の抜去、ロック等の行為への指示は、「点滴注射」への指示に内含されるのであり、これらの行為の実施を例として、医師の指示が必要とされない場合がありうると説明することは、妥当性を欠くと考えられる。

また、例えば、手術部が器材の準備を担当し、診療部の医師が執刀医としてこれらの器材を使用する場合に、ある手術にどのような器材を準備すべきかについての医師の指示は、医師→看護師というパターンで行われるのではなく、医師→手術部→看護師というパターンで行われることになった場合を想定する。その際、医師の指示が不要なのではなく、指示を与える方法や対象が変わったにすぎない。したがって、(b)のように診療の補助と医行為とを完全に別なカテゴリーと捉え、機械の準備は、診療の補助に属し、また、機械の使用は、保助看法 37 条の医行為に属するとして、診療の補助に医師の指示を要しないと理解することは妥当ではない。

なお、保助看法 37 条の 2 は、「特定行為に係る看護師の研修制度」を規定している。この制度は、平成 27 年 10 月 1 日から施行されたものであり、「2025 年に向けて、さらなる在宅医療等の推進を図っていくためには、個別に熟練した看護師のみでは足りず、医師又は歯科医師の判断を待たずに、手順書により、一定の診療の補助（例えば脱水時の点滴（脱水の程度の判断と輸液による補正）など）を行う看護師を養成し、確保」¹¹³することを図るものである。この制度は、看護師の高い専門性を発揮し、医師と看護師との連携を重視するものであり、それによれば、特定の条件を満たした場合を例外として、看護師が医師の判断を待たずに、手順書に基づき、直接「特定行為」を実施することが許されることとなる。しかし、だからといって、看護師が特定行為を行う場合に、医師の指示が不要であると解することはできない。なぜなら、厚生労働省は、「本制度を導入した場合でも、患者の病状や看護師の能力を勘案し、医師又は歯科医師が直接対応するか、どのような指示により看護師に診療の補助を行わせるかの判断は医師又は歯科医師が行うことに変更は」¹¹⁴ないと説明しているからである。

以上から、保助看法 37 条のただし書の「臨時応急の手当」は、医師の指示を不要とする唯一の例外であると考えられ、かつ「臨時応急の手当」にあたる行為は、反復継続の意思をもっていないことで「業務性」を否定するため（最決昭和 28 年 11 月 20 日刑集 7 卷 11 号 2249 頁）、「診療の補助」という制限もなくなる。しかしながら、患者の身体に侵襲を伴う医行為を行う際にして、どのような医行為まで行えるかについては、保全法益と侵害法益との衡量により判断す

¹¹³ 「特定行為に係る看護師の研修制度の概要」

（厚生労働省ウェブ・サイト内<https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/0000070423.html>（2022 年 5 月 11 日最終閲覧））

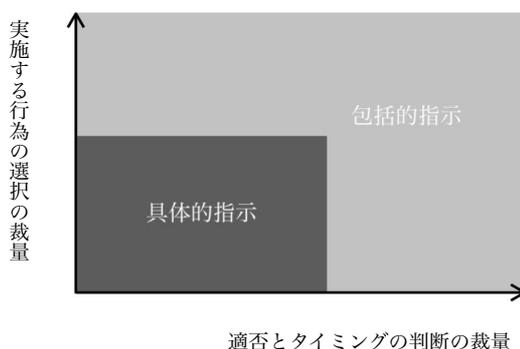
¹¹⁴ 前掲注（113）。

べきであるため、この場合においても、看護師が絶対的医行為までを行えると考えてはならない。

II. 指示義務

以上から、医行為を行うにあたり、自分自身の判断により実施することができる者は、医師に限定されているため、医行為の一部としての診療の補助を行うにあたり、看護師の能力を勘案し、診療の補助の内容を決定するという「医学的判断」を行えるものも、医師に限定されるべきであることが明らかになった¹¹⁵。この理解を踏まえると、医師の指示とは、医師が自らの医学的知識・技術に基づいて、診療の補助の範囲内であると判断した後、診療の補助の対象と内容について看護師に命令を与えることをいう。従来の議論からみて、保助看法 37 条にいう医師の指示は、実施する行為の選択及び適否とタイミングの判断における看護師の裁量の有無によって、包括的指示と具体的指示に分類することができる（図表 2 参照）。

図表 2 包括的指示と具体的指示について（イメージ）



（出典）「看護師が実施する診療の補助における医師の指示について」より筆者作成
（厚生労働省ウェブ・サイト内<https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r9852000002dten-att/2r9852000002dtlm.pdf>（2022 年 5 月 11 日最終閲覧））

厚生労働省は、包括的指示と具体的指示について、それぞれの例を挙げて説明している。それによれば、包括的指示とは、「看護師が患者の状態に応じて柔軟に対応できるよう、医師が、患者の病態の変化を予測し、その範囲内で看護師が実施すべき行為について一括した指示」をいい、「38.0 度以上の発熱時、ボルタレン座剤 25mg 挿肛」という指示は、それに当たる。具体

¹¹⁵ 「第 2 回 医師の働き方改革を進めるためのタスク・シフト/シェアの推進に関する検討会」令和元年 11 月 8 日参考資料。
（厚生労働省ウェブ・サイト内<https://www.mhlw.go.jp/content/10800000/000564159.pdf>（2022 年 5 月 11 日最終閲覧））

的指示とは、「医行為を実施する際に伴う様々な判断（実施の適否や実施方法等）について、看護師が裁量的に行う必要がないよう、できるだけ詳細な内容をもって行われる指示」をいう。

「A 氏に発熱を認めた時、看護師が主治医へ患者の体温、その他バイタルサイン等患者の状態を報告し、主治医より『A 氏に対して、直ちにボルタレン座剤 25mg を挿肛』との指示を受ける」という場合は、具体的指示である¹¹⁶。両者は、医師の判断の裁量や看護師の判断の裁量の程度という点に差異がある。包括的指示の場合には、医師の指示に基づいて、看護師が発熱と判断したときに、対応処置を直接行うことができ、医師の再判断は必要ではない。つまり、包括的指示は、事前指示（病態の予測→診療の補助）→病態→診療の補助という流れで行われる。具体的指示の場合には、発熱という患者の病態が出ることをまず医師へ報告し、医師がどの治療を行うべきか、さらにどの診療の補助が必要かを判断した上で、看護師に詳細な指示を与え、看護師がその指示に基づいて診療の補助を行う。つまり、具体的指示は、病態→医師へ報告→医師の判断→診療の補助という流れで行われる。

しかし、包括的指示であれ、具体的指示であれ、いずれも診療の補助の前提条件であるが、看護師が過誤を犯さないために行われる監視・監督とは異なる。つまり、指示義務は、医師自身の職務に伴う注意義務であり、他人の業務行為によって結果を発生させないように監督すべき義務ではないことに留意しなければならない。医師が指示をなすべきであるのに、それを怠った場合、医師の責任を問うことは当然であり（神戸簡判平成 10 年 3 月 3 日判タ 1035 号 51 頁）。そして指示過誤だけで結果が発生した場合には、過失の判断は容易である。

しかし、看護師が指示に従って診療の補助を実施する過程で過誤を犯し、医師がその過誤を看過し、自らの行為により結果を発生させた場合に、医師の過失は自分自身の注意義務違反によったものなのか、監督義務違反によったものなのかが問題となりうる。たとえば、看護師が医師の指示内容を誤信し、薬剤を間違えて準備し、医師がその確認を怠って結果が発生したという「場合、注射は本来的に医師が責任をもつべき医行為であることから、医師も過失を一般的に免れえず、したがって、医師と看護師の過失が競合することとなり、両者ともに過失責任を負うのが原則である。このような事案では、監督過失ではなく、両者の過失の競合が認められる。医師は、自ら注射を行っているのであって、注射行為の前段階における看護師の準備行為への関与に対する監督は、既に医師自身の実行によって背後に退くからである」とする見解がある¹¹⁷。すなわち、そこで問題となるのは、医師が看護師の準備行為を再点検する義務を負うか、また、そのような義務を負うべき場合に、この義務にはどのような性質があるか、ということである。この問

¹¹⁶ 「看護師が実施する診療の補助における医師の指示について」

（厚生労働省ウェブ・サイト内<https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r9852000002dten-att/2r9852000002dtlm.pdf>（2022 年 5 月 11 日最終閲覧））

¹¹⁷ 山中・前掲注（3）499-500 頁。

題を答えるためには、医師がどこまで監督義務を負うかについて更なる検討を要するため、ここでは問題の提示にとどまることにしたい。

III. 看護師の行為が介在した場合における指示過失の判断

以上、看護師との連携における医師の指示義務を論じてきた。そこで、医師と看護師の過失が単純に競合している場合に、指示過失を判断するにあたり、因果関係に関する問題を論じておきたい。

医師の指示過失とは、指示自体のミスが看護師の行為によって結果を惹起した場合をいう。指示過失における事故原因は、指示の不明確（久留米簡判昭和 40 年 12 月 9 日飯田英男『刑事医療過誤 II〔増補版〕』84 頁）、指示内容の誤り（函館簡判平成 11 年 9 月 8 日飯田『刑事医療過誤 II〔増補版〕』36 頁）、指示の誤入力（高岡簡判平成 14 年 12 月 12 日飯田『刑事医療過誤 II〔増補版〕』94 頁）に大別することができる。看護師が誤った指示に従い、結果を惹起したときに、過失の判断は一般に比較的容易である¹¹⁸。ここでは、【事例 1】（大阪高判昭和 26 年 12 月 10 日高刑集 4 卷 11 号 1527 頁）を挙げて説明する。

（事実の概要）医師 X の指示を受けた看護師 X が、泣き続けている満 2 年 2 月の幼児に豌豆大の丸薬を服薬させ、結局、同幼児が窒息死に至ったというものである。第一審（和歌山地判昭和 26 年 3 月 13 日高刑集 4 卷 11 号 1539 頁）は、被告人両名の過失を認め、医師を罰金 8 千円に、看護師を罰金 3 千円に処したが、被告人両名と検察側双方が控訴し、控訴審はこれを破棄した。

本件において、看護師に対して服薬せしめる方法についての適当な指示を与えるべき業務上の注意義務があるのに、これを怠った医師の指示過失が認められた。すなわち、泣き続けている幼児に対する薬剤の投与を行うにあたって、「泣くこと自体既に深呼吸をなす状態であるから、この際錠剤は気管内に嵌入し直ちに窒息死に至る危険あることは当然容易に予想されるが故に、この危険を避けるために看護婦等に対し適宜な方法を指示すべき業務上の注意義務を有することは条理上当然である」と本判決は判示した。この場合に、医師の行為と結果の間に、看護師の行為が介入していたとしても、過失の判断は困難ではないであろう。それに対し、看護師の過失と医師の指示過失とは異なる内容を有するが、医師の指示が看護師の過失を誘発した場合には、医師の過失があったかどうかを評価する際に、「事後的結果回避可能性」の有無が特に問題となりうる。

¹¹⁸ この場合に、医師のみが起訴されるのは一般であるが、指示を受ける看護師が実際に行うとき、医師の指示が明らかに適切でないとき、看護師として医師に確認すべき義務が課される場合に、看護師の責任を問う余地もありうる。

一体「事後的結果回避可能性」とはどのようなものであろうか。結果回避可能性の位置づけについて、それを結果回避義務の前提と捉えるか、因果関係の問題と捉えるかが争われている。結果回避可能性を単に結果回避義務の前提と捉える立場の中には、結果回避可能性を、規範的な結果回避可能性と物理的な結果回避可能性に分けて、両者は、判断の時点が異なり、前者の判断は、結果回避のために必要な行動を行為時に「一般人」は採り得るものであるかどうかを基準とし、後者の判断は、事後的にみて、結果回避のために可能な行動が実際に採り得るものであったかを基準とすると主張する見解がある¹¹⁹。ただし、ここにいう「事後的結果回避可能性」は規範的な結果回避可能性に包含され、両者のいずれも、結果回避義務の前提であるという意味での結果回避可能性に属し¹²⁰、注意義務違反と結果との間の因果関係と関係していない。

それに対して、結果回避可能性は、行為者にとって必要な回避措置をとる可能性があったかどうかという事前的結果回避可能性と、結果回避措置をとる義務の履行が法益保護のために有効であったかどうかという意味での事後的結果回避可能性に区別することが可能であるとする見解もある¹²¹。この見解においては、前者は、過失犯固有の問題となり、つまり、事前的結果回避可能性を否定すれば、結果回避義務が認められないのに対し、後者は、注意義務違反と結果との関係を問題とする因果関係の問題として位置づけられるべきである¹²²。この意味で、ここにいう「事前的結果回避可能性」は、上記見解にいう「結果回避可能性」と同視することができる。さらに、「事後的結果回避可能性」の判断は、条件関係の判断なのか、または客観的帰属の判断なのかについての争いもある。しかし、責任非難の本質を回顧的非難として把握しなければならないのであり¹²³、少なくとも、条件関係の判断は、惹起的關係の有無をめぐる事実的因果性にかかる判断にとどまり、他の事情を付け加えることを禁止すべきである。それに対して、客観的帰属の判断は、結果を結果回避義務に合致しなかった行為に帰属できるかどうかという規範的・制裁的判

¹¹⁹ 伊東研祐『刑法講義 総論』（日本評論社・2010）152-153頁。

¹²⁰ 伊東・前掲注（119）153頁注（42）。

¹²¹ 山中敬一「結果の回避可能性と過失」平野龍一＝松尾浩也（編）別冊ジュリスト『刑法判例百選 I 総論〔第2版〕』（有斐閣・1984）38頁、高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』（成文堂・2018）225頁。

¹²² Jonathan Herring, *Criminal Law-text, cases and materials*, Oxford University Press, 2014.P.276 においては、行為者が注意義務を履行していたとしても、結果を避けることはできなかったとき、行為者の注意義務違反と結果の間に因果関係がなかったとして、行為者の注意義務違反が結果を惹起したと評価できない、とされている。この点が Haywar 事件の判決（1908）21 Cox CC 692）で最初に指摘されていた。この事件において、被告人は、手綱を握らずに馬車を運転していたところ、少女をはねて死亡させた。これに対し、裁判所は、仮に被告人が細心の注意を払って運転していたとしても、少女への衝突を避けることはできなかったため、被告人の過失行為が死亡結果の原因ではなかったと指摘される。

¹²³ 辰井聡子「因果関係論」刑法 45 卷 3 号（2006）372 頁以下。

断であり、かつ事後的結果回避可能性のない行為の処罰は、法益保護に有益でないという側面からみれば、事後的結果回避可能性の判断は後者に委ねられるべきである。したがって、本稿で用いる「事後的結果可能性」は、客観的帰属論の問題に属し、事後的に制裁を根拠づける要件が充足されたかどうかという判断である¹²⁴。

問題となるのは、事後的結果回避可能性は、どのように客観的帰属論と結びつくかということである。危険創出と危険実現が、客観的帰属の重要な前提とされて、そのうち、危険実現の判断基準について、ドイツの「判例や支配的見解が共通して立てるのが、『行為者が合義務的な行為をしていれば、結果は生じなかったであろうか』という問い（代替行為論）である」¹²⁵。すなわち、仮に、合義務的な行為を行っても結果は生じたのであれば、客観的帰属が否定されることとなり、このような帰属阻却事由は、事実的因果性（条件関係）があるが、事後的結果回避可能性が欠如すると説明することができる。なお、前述のように、過失犯における規範的因果関係の評価の対象となる行為は、結果回避義務に違反してなされた行為であるため、「結果回避義務に合致した行為がなされても結果が生じた場合、当該結果を行為者の行為に帰属することができない」という仮定的考察は、不作為犯に特有のものではなく、過失犯においても排除できないものであると考えられる。したがって、第三者の行為が介在した場合に、このような仮定的考察は「結果回避義務に合致した行為がなされても、第三者の行為を防止できない場合に、第三者の行為によって結果を惹起したとき、当該結果を行為者の行為に帰属することができない」というように変形すべきである。

ここでは、【事例 2】宇治川病院事件（京都地判平成 17 年 3 月 14 日 飯田『刑事医療過誤 II〔増補版〕』144 頁（準看護師について）、京都地判平成 17 年 6 月 13 日 飯田『刑事医療過誤 II〔増補版〕』155 頁（医師について））を挙げて詳しい検討に進んでいく。

（事実の概要）じんましの被害者を治療するために、医師 X は、「被害者に対し、塩化カルシウム液を静脈注射することとし、被害者のカルテに、塩化カルシウム 20cc〔V〕」（〔V〕は静脈注射の意味である。）と記載し、A 看護師に対し、5 分以上かけてゆっくり注射するよう指示した（行為 I）。A 看護師は、カルテに、「5 分かけてゆっくり」と記載し、外来処置室で勤務していた Y 准看護師にカルテを渡し、被害者に対する注射を依頼した。

同準看護師 Y は、「塩化カルシウムの製剤名が分からなかったことから、D 病院 1 階薬局に行き、B 薬剤師に対し、誤って、塩化カリウムとは何であるかと尋ね、D 病院に置いてある塩化カリウム液はコンクライト K である旨の回答を得た。そうして Y 准看護師は、外来処置室の隣の注射薬準備室において、薬品棚からコンクライト K のアンプルを取り、同アンプル内の塩化カリウム液を翼付静注針付き注射器の中に入れて準備し」、被害者に静脈注射をした後、同人が呼吸停止及び心停止の状態に陥った（結果 I）。

¹²⁴ 山中敬一「過失犯における『回避可能性』の意義」研修 704 号（2007）10 頁以下参照。

¹²⁵ 古川伸彦『刑事過失論序説：過失犯における注意義務の内容』（成文堂・2007）38-39 頁。

その後、医師 X は、「被害者に対し、その胸部及び腹部等を押すような動作を繰り返すのみで、看護師等に対しても救急蘇生措置に向けた適切な指示を行わず、他の医師の応援を頼むこともせず、時間を浪費し、その結果、午前 10 時 20 分ころに C 医師が救急蘇生措置を開始するまで、被告人自身が人工呼吸等の救急蘇生措置を行うことはなかった」（行為Ⅱ）。よって患者に対し、加療期間不明の低酸素脳症後遺症による両上下肢機能全廃、軀幹麻痺及び咽喉機能不全等の傷害を負わせた（結果Ⅱ）というものである。準看護師について、第一審は、過失を認め、同人を禁錮 10 月に処し、医師について、第一審は、過失を認め、同人を禁錮 1 年に処した。医師が上告したが、その後、上告を取り下げた。

仮に、本件の事実を、患者が呼吸停止及び心停止の状態に陥った結果（結果Ⅰ）にとどまった、というように修正すれば、指示の過失で医師の刑事責任を追及することができるかどうかの問題となろう。

本判決（量刑の理由）は、行為Ⅰについては、「塩化カルシウムは、昭和 61 年の再評価によりじんましんに有効と判定する根拠がないとされていたものである上、当時、D 病院には希釈せず静脈注射をするのに使われる塩化カルシウム剤はなく、被告人が曖昧な指示をしたことが、準看護師による注射液の取り違えを誘発し、本件に至った面も否定できない」（下線は筆者）と指示した。もっとも、ここに用いた「誘発」は、刑法上の因果関係を意味するか否かが明らかではない¹²⁶。

第三者の行為が介入しており、同行為が直接に結果を惹起した場合、この結果を行為者の行為に帰属できるかどうかという判断にあたっては、行為者の行為と第三者の行為の間にはいかなる関係があるかを考慮に入れなければならない。結論を先にいうと、本件において、医師の行為と看護師の行為の間に「誘発」関係があったことで結果を医師に帰属することはできないように思われる。理由は以下の通りである。

本件において、準看護師には 2 つの過誤があり、1 つは薬液の誤認であり、もう 1 つは注射方法の誤りである。判決からみると、医師の指示が誘発されたものと評価されたのは、薬液の誤認である。具体的に、この過誤と医師の指示との間にいかなる関係があったかについて、まず、医師の指示をどのように評価すべきかを明確にすべきである。医師が指示された塩化カルシウム剤を注射する際に、希釈の必要はないが、本件病院には、塩化カルシウム剤がなく、その製剤として補正用薬液であるコンクライト Ca しかなかった。この状況を考えると、結果を防止するために、医師による最善な指示は、「コンクライト Ca を希釈して静脈注射する」ということである。

¹²⁶ 高速道路停車事件（最決平成 16 年 10 月 19 日刑集 58 卷 7 号 645 頁）において、最高裁は「誘発」という言葉を用いて因果関係を肯定したが、この場合においても、一つ一つの過失の連結の必然性というものの有無が重要である。甲斐克則「過失の競合」刑法 52 卷 2 号

（2013）287 頁。それ以外、誘発型に属する事件は、最決平成 4 年 12 月 17 日刑集 46 卷 11 号 761 頁、最決平成 15 年 7 月 16 日刑集 57 卷 7 号 950 頁、最決平成 18 年 3 月 27 日刑集 60 卷 3 号 382 頁がある。前田・前掲注（36）143 頁以下参照。

しかし、京都地判平成 17 年 3 月 14 日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』144 頁によれば、①本件「病院において使用されている塩化カルシウム製剤であるコンクライト Ca 20 cc のアンプルには、赤地に白抜き文字で『希釈一点滴』と記載されたラベルが貼ってあり、そのラベルには赤地で『注意：必ず、希釈して使用すること』とも記載されている」。そして、②Y は「準看護婦として 30 年以上の経験を持ち、本件の数日前には補正用カルシウム製剤であるコンクライト Ca を希釈点滴して使用している」。これらのことに鑑みると、医師としては、準看護師が正しい方法によって同薬液を注射することを信頼することができるため、コンクライト Ca の静脈注射を指示する際に、「希釈して」という方法を言及しなくても、この指示が依然として適法性を有するものと評価できる¹²⁷。すなわち、医師が上記の注射方法まで指示すべき業務上の注意義務を負わせられない本件において、薬液の誤認を誘発しないことで結果を防止しうる医師の「合義務的な行為」は、「コンクライト Ca を静脈注射するよう」指示するというもので足りる。なぜなら、合義務的な行為か否かを判断する際に、行為者が主観的に認識しえた現存する法益侵害の危険の範囲がその行為者に対して要求しうる合義務的な行為の内容の上限を画するが、この危険判断における基礎ないし資料とされる事実は、行為者の行為時において実際に存在した全ての事情だからである¹²⁸。そうすると、本件では、①と②との事実の存在によって、医師 X は、準看護師 Y が自己の指示に従って希釈せずに患者の静脈に注射するということによる危険を認識することができず、相応して、医師がコンクライト Ca の静脈注射を指示する際に、「希釈して」と記載されなくとも、それは「法の期待」に違反すると評価することはできない。

しかしながら、このような「合義務的な行為」の実施を仮定したとしても、本件の結果を回避し得ないであろう。準看護師が自らの誤認によって、医師が指示した薬剤と塩化カリウム製剤であるコンクライト K を取り違えた後、同薬液のアンプルに明確に書かれた注射方法（アンプルには赤地に白抜き文字で「希釈一点滴」「希釈—腹腔内」と書かれ、また赤字で「注意：必ず、希釈して使用すること」とも書かれた黄色のラベルが貼ってある）に反したからである。すなわち、薬液種類に瑕疵のある医師指示が「許されざる危険」を創出したと評価するとしても、準看護師による注射方法の誤りは、上記の危険性を質的に変質させた。そのため、患者が呼吸停止及

¹²⁷ 例えば、神戸地裁姫路支判昭和 43 年 9 月 30 日下級刑集 10 卷 9 号 948 頁は、サルソグレルンの静脈注射の際に、「被告人が看護婦に行かせた静脈注射の指示方法、その実際の注射方法、技術において、被告人に医師としての監督義務に欠けるところがあったかどうかについて」、裁判所は、「被告医師 X は看護婦 Y にサルソグレルン静脈注射をするよう指示したときに、注射速度等につき特に何らの注意を与えていないことは前認定のとおりであるが、Y 看護婦は経験約一四年の熟練看護婦であり、静脈注射についての知識技術にも習熟していたこともまた前認定のとおりであって、被告人が日常多用するサルソグレルン静脈注射に関し一々注意を与えていないからといって何の不思議はな」ということを理由として被告人 X の責任を否定した。

¹²⁸ 古川・前掲注（125）196 頁以下参照。

び心停止の状態に陥ったという結果は、医師の行為が創出した危険性に実現したのではなく、同結果を医師の行為に客観的に帰属することはできないように思われる。

したがって、医師が塩化カルシウムの製剤であるコンクライト Ca を明確に指示したとしても、本件の結果を回避することができないため、事後的回避可能性を否定したとして、医師の指示過失が成立しないというべきである。本件判決では、この点に言及していないが、適切な救急蘇生措置を講じなかった行為（行為Ⅱ）と本件結果（結果Ⅱ）との因果関係を肯定した上で、医師 X が曖昧な指示をしたことを量刑の理由としてしか扱わないということからも、本稿と同様な立場を立つことが窺われる。その意味で、行為者の過誤が第三者の過誤の一部を誘発したことを認めるとしても、第三者の過誤によって行為者が創出した危険を変質し、この新たな危険において結果を実現した場合に、当該結果を行為者に帰属することはできないといえる。

第 2 款 診療の補助と医師の監督

I. 監督義務

第 1 款の検討から、看護師が診療の補助を行う前に、医師の指示が必要不可欠であることが明らかになったと思われる。事前の指示のほかに、看護師が単独で診療の補助を行う際に、看護師に対して、医師が行動中の監視や指導及び事後の点検などを内容とする様々な義務を負う可能性がある。どのような場合にどのような義務を負うのか、また、当該義務に違反した場合、医師の過失を監督過失として捉えるか、それとも直接過失として看護師の過失との過失の競合として捉えるかが問題となる。すべての診療補助行為を個別に分析することは困難であるため、ここでは、「静脈注射」を例として取り上げ、医師の監督義務の有無を判断するにあたってどのような基準に従うべきかを法学的見地から検討する。

日本看護協会が作成した「静脈注射の実施に関する指針」では、注射する薬剤の種類、実施方法、操作の難易度などを考慮し、静脈注射を 4 つのレベルに分類している。そのうち、レベル 1～3 を看護師が実施できる対象として規定しており、レベル 3 の行為の実施については、一定以上の臨床経験を有し、かつ専門教育を受けた看護師でしか行えないと定めている。以上の実施範囲の画定は、実際には、注射する薬剤の種類、実施方法、操作の難易度などによって総合的に静脈注射行為自体のリスク¹²⁹を確定した上で、看護師の専門的知識と臨床経験の多寡に鑑み、通常

¹²⁹ すなわち、行為自体のリスクは、看護師の資格が診療の補助に要求されていることの示すように、一定の知識・経験・技能がなければ、的確な遂行（制御）が保障できないという意義での過誤の危険なのである。米田泰邦「刑事過失の限定法理と可罰的監督義務違反（下）——北大電気メス禍事件控訴審判決によせて——」判タ 346 号（1977）35 頁参照。

の場合に、看護師がその抽象的危険性をコントロールできるような知識・経験・技能を持っているのかを判断することによって行われる。

許された危険の法理から、医行為はそもそも身体への侵襲を伴う行為であり、それを正当化する根拠の1つは、医行為は患者の健康の向上を目的としており、実際に患者の健康に資するものであることである。もっとも、それだけで医行為を正当化することができず、医行為から生じるリスクを最小限度にとどめることは必要である。そのため、リスクを事前抑制するためには、医行為（あるいは診療補助行為）を実施する主体が相応の能力を持っていることが要請される。このように、看護師が相応の能力を持っていることは、診療の補助を看護師に委ねることが正当化されることの前提である。

しかしながら、診療の補助を適切な能力を持っている看護師に委ねることは、事故防止ための必要条件であるが、それは十分条件でない場合もありうる。なぜなら、看護資格は、専門的知識・能力を象徴するものであるが、それは医療活動に含まれているさまざまな作業のすべてを常に誤りなく完遂できることを保証するものではなく¹³⁰、人間は人間である以上、いつでもミス完全に犯さないことが不可能に等しいからである。ただし、だからこそ、すべての診療補助行為の実施が、常に医師の指導・監督のもとで行われなければならないことを意味していない。診療補助行為自体のリスクのみを考えると、看護師が十分な注意を払って危険の発生とその現実化を防ぐことができるとしても、過誤の発生可能性が高く、あるいはその過誤が重大な結果をもたらす可能性が高い場合に限り、高度の専門的知識・技術を持つ医師による指導・監督が必要である。すなわち、医師の監督は、看護師が過誤を犯さないように行われる危険の制御手段であるため、医師の監督義務の有無を判断する際に、看護師が相応の能力を持っているかどうかだけではなく、起こりうる過誤の種類とその発生頻度を合わせて考慮しなければならない。

制御手段としての医師の関与を論じる際に、コントロールされるべき危険性は、診療の補助を実施する過程で起こりうる過誤による危険である。しかも、この危険には、診療の補助自体から直接生じる直接的・積極的危険のみならず、後になされる処置の基礎となって不適切な処置を誘発したり、将来における適切な処置の機会を奪ってしまうことによって生じる間接的・消極的危険も含まれている¹³¹。したがって「診療補助行為自体のリスク」や「起こりうる過誤」を評価するにあたっては、具体的な行為を対象とし、個別的な分析をするほかならない。例えば、静脈注射の実施については、いくつかの行程を分けることができ、各行程において、リスクのレベルが異なり、起こりうる過誤の種類もさまざまであるため、医師が関与すべき程度も異なることになる。具体的に、(i) 準備の行程においては、警告・禁忌事項の見落とし、患者の誤認、指示受

¹³⁰ 米田・前掲注(129) 36頁。

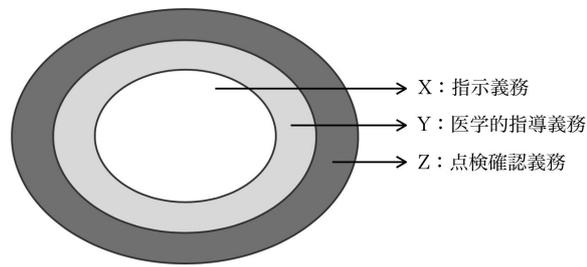
¹³¹ 佐伯仁志「『医業』の意義：コンタクトレンズ処方のための検眼とレンズ着脱」宇都木伸ほか(編)別冊ジュリスト『医事法判例百選』(2006) 5頁。

けの誤り、薬剤の誤り、投与量の誤りというような初歩的なミスを防止するために、通常の注意を払うことで足りるがゆえに、その段階で医師は関与しないことが一般的である。(ii) 刺入の行程においては、専門技術に関する過誤が起こりうる。そのような過誤を防止するために、看護師に高度な専門性が要求されるのみならず、異常な症状があったときに、医師が指導を与えることが必要である。その行程における医師の関与の程度は、準備の段階よりも大きくなる。(iii) 薬剤投与の行程においては、速度、時間、投与経路に関する投与方法の誤り、薬剤の誤り、投与量の誤り、患者の誤認などは、看護師が普通の注意を払うことだけで回避できるものであるが、専門的な処置が必要とされるときには、看護師に高度な注意を求めるのみならず、医師による処置が必要とされる場合もありうる。(iv) 抜去、ロックの行程においては、看護的知識・技術だけで対処できるため、係る行動は看護師が自身の判断で実施できるものといえ、医師の関与が必要ではない¹³²。

上記観点を踏まえ、ここでは、説明の便宜上、診療の補助を軽度リスク、中程度リスク、重大なリスクに大別する。また、起こりうる過誤の類型化については、広義の行為の類型によらず、結果を防止するために看護師が払うべき注意の程度により行われる。すなわち、プリミティブな注意を払いさえすれば事故の発生を避けえる場合に、不注意によって結果を惹起したという過誤の類型は、プリミティブな不注意に基づく過誤と呼ばれる。ヒューマンエラーであり、警告・禁忌事項の見落とし、患者取り違え、薬剤の誤認、投与量の誤りなどはこの種の過誤にあたる。逆に、事故の発生を未然に防止するためには、より高い医学的知識・技術が求められる場合に、不注意によって結果を惹起したという過誤の類型は医学的な不注意に基づく過誤と呼ばれる。この種の過誤は、一般的に、技術的な未熟さや知識の欠如、手技の失策に起因するものである。このような分類に応じて、医師に課される可能な注意義務は、看護師がプリミティブな不注意に基づく過誤を犯さないよう監督すべき点検確認義務と、看護師が医学的な不注意に基づく過誤を犯さないよう監督すべき医学的指導義務に分けることができる。このように、医師と看護師の連携における医師の注意義務には、指示義務、医学的指導義務、点検確認義務が含まれる(図表3参照)。

¹³² 岡田きょう子ら「看護師による安全な静脈注射実施に向けた北海道大学病院での取り組み：静脈注射エキスパートナース育成を中心とした教育体制の構築」看護総合科学研究会誌 11 卷 (2) (2009) 38 頁。静脈注射の行程は、医療機関ごとの慣行によって異なる可能性があり、またこれらの慣行は、当時の医療水準に照らして是認されるかどうかを検討すべきであるが、このような、静脈注射を複数の行程に分類し、各行程の危険性に基づいて責任者を確定する方法は妥当と思われ、この限りで、参考とすることをしたい。

図表 3 診療の補助に関する医師の注意義務（イメージ）



（注）

X：指示義務とは、診療の補助の決定と看護師の選任という意味での事前の医学的判断をすべき義務をいう。

Y：医学的指導義務とは、看護師が医学的な不注意で過誤を犯さないよう監督すべき義務をいう。

Z：点検確認義務とは、看護師がプリミティブな不注意で過誤を犯さないよう監督すべき義務をいう。

（出典）筆者作成

具体的には、次のように説明することが可能である。

1. 軽度リスクの診療補助行為

この場合には、看護師が自身の判断で行うことができ、医師は看護師の専門性を信じることができ、一般的に、医師は包括的指示をなすだけで十分であるといえ、実施中は医師が介入をせず完全に看護師に委ねることが許される（図表 3 の X）。つまり、この場合に、医師の過失の有無は、指示自体のみと関係しており、実施過程における医師の関与を想定しないため、監督過失が成立する余地がないと解する。軽度リスクの診療補助行為の場合には、指示自体が不適切であれば、指示の誤りは医師の責任にし、実施の誤りは看護師の責任にするような明確な責任分担体制が考えられる。

2. 中程度リスクの診療補助行為

この場合において、（i）医師の具体的指示が必要とされる場合（図表 3 の X）と、（ii）具体的指示のほか、医師が自らその場に立ち合い、適切な指導を与えることが求められる場合がありうる（図表 3 の X+Y）。医師に医学的指導義務が課される場合には、看護師のプリミティブな不注意によって結果が発生したとき、医師の責任は決して問われない。判例としては、下記の【事例 3】（新津簡判平成 15 年 3 月 12 日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』96 頁）を挙げることができる。

(事実の概要) 准看護師 X が医師 A の指示により、患者の静脈に塩化カリウム液である「K.C.L.」1 アンプル約 20 ミリリットルを点滴するにあたり、同医師が記載した入院注射箋には同塩化カリウム液を他の点滴に混合して点滴すべき旨記されていたが、准看護師 X が塩化カリウム製剤を希釈しないまま、原液を患者の静脈に注入し、結局、高カリウム血症に基づく心停止により同患者を死亡させたというものである。

塩化カリウム製剤を希釈せずに静脈注射をすれば、不整脈や心停止など重大な結果を招くおそれがあるため、原液のままの投与は、絶対に許されない。それゆえ、かような診療補助行為は、本稿で述べた中程度リスクの診療補助行為にあたるものと考えられる。この場合に、医師には、カリウム製剤の投与方法について適切に准看護師に伝えるという業務上の指示義務が課される。本件において、医師が、指示書にその方法を記入することで上記注意義務を果たしたと思われる。それに対し、准看護師が指示書の内容を慎重に確認せず、全量を静脈注射したことは、初歩的なミスであって、すなわちプリミティブな不注意に基づいた過誤にあたるものであるから、医師に指示義務を超えた監督義務が課されていないがゆえに、同人の責任は問われない。

3. 重大なリスクの診療補助行為

この場合には、結果を回避するために、医師に、指示義務、医学的指導義務に加えて、点検確認という厳重な注意義務が課される(図表 3 の X+Y+Z)。したがって、結果が発生したときに、看護師がプリミティブな不注意によって結果を惹起するか、医学的な不注意によって結果を惹起するかを問わず、医師の責任が問題となりうる。この種の診療補助行為は、一般的に、絶対的医行為と相対的医行為の境界線にある行為¹³³に属するからである。

では、絶対的医行為か、重大なリスクの診療補助行為かをどのように判断すべきであろうか。ある行為が診療の補助の範囲を超えたかどうかについて、行政機関が解釈を行ったこともあるが、積極的な解釈が定められていない場合もありうる。また、行政解釈と医療現場の実態が乖離していることも多々見られる。すなわち、行政解釈がある行為を診療の補助の範囲を超えたものとしている場合であっても、医師数の不足等を理由に、医療現場ではそれを徹底せず、医師が看護師に当該行為を行わせることも多い。このような実態の存在に鑑み、判例も、単に行政解釈に抵触したことで直接看護師の行為を違法とするわけではなく、医師の責任を判断するにあたっては、看護師に絶対的医行為をさせたことのみから過失を肯定するわけではない(神戸地裁姫路支判昭和 43 年 9 月 30 日判時 544 号 18 頁)。

¹³³ 小沼敦・前掲注(104) 200 頁以下。

また、看護師が診療の補助の範疇を超えた絶対的医行為を行う際に、前述の理解によれば、医師法 17 条に違反する可能性がありうる¹³⁴。しかし、実際には、看護師が医師法 17 条違反罪や保助看法 37 条違反罪で起訴された事件は存在せず、業務上過失致死傷被告事件の判例の中にも、医療現場の実情に鑑み、違法性の判断に慎重な姿勢をとるか、あるいは、行為自体の適法性を言及せずにその業務性が認められれば、業務上過失致死傷罪が成立するとされている（最判昭和 28 年 12 月 22 日刑集 7 卷 13 号 2608 頁）。そして、行為自体の適法性を直接に言及しないものの、それは医師が自ら行うべき行為であると認められた事例では、医師が看護師にして代行させる前提としては、医師が自ら行うように注意を払うことが必要である。つまり、この場合には、看護師の判断の裁量性を否定するだけではなく、看護師が当該行為をやり遂げる全過程において、医師は医療現場で立ち合い、詳細な指導を与え、事後にも点検確認を行うことが必要とされている。判例として【事例 4】麻酔液誤注射事件（広島高判昭和 32 年 7 月 20 日高裁判判特報 4 卷追 696 頁）を挙げる。

（事実の概要）外科医である被告人 X、Y が肩胛関節の脱臼を訴える患者 A を共同診療し、被告人 X は右患者に全身麻酔を施するために看護師 B にオーロパンソーダの静脈注射を命じたが、同看護師の注射液の誤認により、クロロフォルムを患者に静脈注射し、右注射液の中毒による心臓衰弱のため、患者を死亡させたというものである。

本件において、医師の責任を論じる際に、裁判所は、指示自体は正当であったことと、医師は注射の実施に関与していないことを認めながら、麻酔薬の静脈注射といった薬品、方法、分量等の誤りにより重大の結果を招く行為は、本来原則として医師が自ら行うべき医行為であり、看護師に代行させる場合には、直接の注射行為にはもちろん、その準備行為に対しても、医師に「注射液の正確なる確認、性状薬液中の濁濁、浮遊物の有無、或は分量等苟くも注射に関係することについては細大もらさず厳重なる検査を為し以て注射の過誤なきを期すべき業務上の注意義務」があったと判示した。

麻酔は、医学の進歩に役立つが、それは患者に麻酔薬および毒劇薬を施用し、その薬品、方法、分量等を一歩あやまると、患者に重大な危害を招くおそれのある医行為である。そのため、麻酔の静脈注射は、絶対的医行為と相対的医行為との境界線にあるものであり、すなわち本稿で述べた重大なリスクの診療補助行為に属する。

¹³⁴ 例えば、「麻酔行為について」（厚生省医務局医事課長通知〔昭和 40 年 7 月〕）によれば、看護師が診療の補助の範囲を超えて、業として麻酔行為を行うことは、医師法違反になるものと解される。

以上で、医師の注意義務は画一的なものではなく、それは診療補助行為自体のリスクないし起こりうる過誤を考慮し、看護師の能力に基づいて段階的に動的に判断すべきであることが明らかになった。

なお、ここでは、准看護師ないし無資格者による診療の補助に関する医師の注意義務を簡単に言及しておきたい。保助看法 5 条は、准看護師が医師または看護師の指示を受けてはじめて看護師と同様な業務を行うことができると規定している。保助看法 37 条にいう「指示」は診療の補助に対する指示であり、かつその指示は医師しかできない医学的判断であるという本稿の理解によれば、6 条にいう「指示」は、准看護師が療養上の世話を行う前に、医師または看護師がなされる指示であると解すべきである。なお、准看護師のできる診療の補助が制限されるべきであり、医師の事前の指示、事中の監督又は事後の点検確認は、看護師の場合よりも厳格にするが、准看護師が医師の監督のもとでのみ医療業務を補助しうる¹³⁵というほどではない。

無資格者の場合には、行える診療の補助の範囲が厳しく制限されるだけでなく、判例からみると、医師は無資格者を助手として適法に使うことが認められる場合に、保助看法に違反するか否かを判断するにあたって、当該行為に内在される危険性の程度だけでなく、医師が無資格者を自己の手足として相当の指揮監督をすることがどうかについての判断も重要である（東京高判平成 1 年 2 月 23 日判タ 691 号 152 頁）。

要するに、資格を有するものであっても、無資格者であっても、実施者の医学的知識・技術と医師の指示・監督で補完された医学的知識・技術が、衛生上の危害を生じないために必要な医学的知識・技術以上になりうる場合に限り、医師以外のものによる補助的行為が正当化されうる。したがって、医師の指示や監督が具体的かつ詳細であればあるほど、実施者のできる行為の範囲は広くなり、同様に、実施者が行う行為が困難であればあるほど、医師の指示・監督義務は厳しくなるということである。

II. 監督過失の判断

本稿序章の第 3 節においては、単独の過失犯における実行行為とその構造を検討した。ここでは、検討から得られた結論を用いて監督過失を検討する。

¹³⁵ この見解を主張するのは、山中・前掲注（3）498 頁。しかし、例えば、針の抜去などの軽度リスクしかない付随行為を行う際に、上位の看護師による監督があれば足りると考えられる。しかも、同本には、この観点を論述する際に、【事例 2】宇治川病院事件を例として挙げるが、前述したように、本件医師 X の過失について、裁判所は、量刑の理由の中で、医師 X の「曖昧な指示をしたことが、准看護師による注射液の取り違えを誘発し」と述べただけであって、准看護師に対する医師の監督過失が認められないから、准看護師が医師の監督のもとでのみ医療業務を補助しうると説明する例として、本件を用いることは不適切であるように思われる。

監督過失については、まずその実行行為が不作為か、作為かが問題となる。監督者の結果回避義務の内容は、被監督者の作業を指導・監視することで、同人の行為によって事故が起こりうる危険を創出せず、あるいは、被監督者の過失によって創出した危険を解消することで結果を防止するというものである。つまり、監督者に課される結果回避義務は、常に作為義務を内容としている。このような監督過失の処罰範囲を不当に拡大しないために、保障人的地位にある監督者のみに結果回避義務を課すべきである。この意味で、結果回避義務は、監督義務から導かれるものであり、監督義務を履行するための手段である¹³⁶。監督的地位ないし監督義務の有無の判断は、「誰が」義務を果たすべきかという監督過失が問題となる過失犯の主体を特定することを目的として行われるものである。しかしながら、被監督者の直接過失により結果が発生した場合であれば、直ちに監督者の責任を問うことを意味するわけではない。監督過失が成立するためには、監督者の結果回避義務の違反が必要であり、監督者にとって、被監督者の過誤を具体的に予見したことは、必要な結果回避措置をとる契機となる。この意味で、結果回避義務は、過失犯に特有の要素であり、過失犯の構成要件の規範から導かれるものであり、監督義務と結果回避義務との間には差異がある¹³⁷。

被監督者が独立して作業を行う場合に、監督者の過失を認めるとき、その過失行為は不作為に求められるとする見解が支配的である¹³⁸。しかし、監督者が被監督者に不適切な指導を与えて被監督者の直接過失により結果が発生した場合、監督過失を作為犯と解することができる¹³⁹。したがって、厳密に言えば、監督過失には、作為義務に違反した不作為犯のみならず、作為義務に違反した作為犯もあり¹⁴⁰、いずれについても、その因果の流れは、「監督過失→被監督者の直接的な過失→結果」という図式であらわすことができる。

以上から、監督過失は、作為犯であれ、不作為犯であれ、直接行為者の行動のコントロールを媒介にして、過失結果の発生に関与する者の責任を問うものであると結論づけることができる¹⁴¹。このような監督過失の理解に対して、犯罪現象的観点からは、過失による間接的・共働的

¹³⁶ 神山・前掲注(83) 49頁。

¹³⁷ 神山・前掲注(83) 49頁。

¹³⁸ 前田雅英「監督過失について」法曹時報 42 卷 2 号(1990) 6頁、林幹人『刑法の現代的課題』(有斐閣・1991) 4頁、神山・前掲注(124) 46頁など。

¹³⁹ 山中敬一「西ドイツにおける監督責任論——企業組織における監督義務を中心にして——」『法と政治の理論と現実(上)』(有斐閣・1987) 442頁。

¹⁴⁰ なお、神山・前掲注(83) 65頁、同「三石重油流出事故における管理・監督過失」刑法 30 卷 2 号(1989) 262頁以下は、監督過失の行為構造について、作為と不作為以外に、両者の混合形態によって事故が発生した場合もある、とされる。

¹⁴¹ 山中敬一「管理監督過失に関する西ドイツの理論状況」刑法 28 卷 1 号(1987) 67頁。

な結果惹起であり¹⁴²、いわば共犯的形態に近いといえるものであるとする見解がある¹⁴³。そこで、このような見解を前提とすると、監督過失は、過失による幫助犯なのか、あるいは過失犯の正犯性を有するものなのかについて、検討を要する。

まず、この問題は、過失犯においては、限縮的正犯概念を採るのか、拡張的正犯概念を採るのかということと関係している。しかし、「構成要件の実現に条件を与えた者は総て構成要件的行為を行う者であって正犯であるとする」¹⁴⁴という拡張的正犯概念を採るならば、結果に対して過失的に関与した者を直ちに正犯として扱うことができるため、「過失による狭義の共犯」という観念は、不要かつありえないものであり¹⁴⁵、狭義の共犯と区別する意味での正犯性の分析をも放棄するものにほかならない。したがって、ここでは、限縮的正犯概念を採ることを前提としつつ、監督過失が認められる場合に、監督者は、正犯として第一次的責任を負うべきかという問題を検討する。

正犯性の判断は、実際には、行為者を正犯として結果を帰属させるのか、または行為者を共犯として結果を帰属させるのか、という規範的な帰属論の問題に属するため、それは行為論や条件関係という事実確認を超えて、相当因果関係あるいは客観的帰属に委ねるべきであると考えられる。しかも、結果回避義務に違反して結果を惹起することは、過失犯に特有の要件であるから、結果に対して、正犯の寄与度があるか、共犯の寄与度があるかという判断は、結果発生に対して当該結果回避義務違反はどのような寄与があるかという判断に置き換えることができる。したがって、過失犯における正犯性の判断は、結果回避措置をとるならば、法益侵害を防止しえるかという判断である。それについて、本稿は、過失犯の領域においては、合義務的な行為の法益保護のための有効性の程度に基づき、正犯性を判断すべきであると提案したい¹⁴⁶。すなわち、行為者が合義務行為を行ったならば、結果の発生を完全に防止し得る場合には、行為者の行為は、結果に至る因果経過を実質的に支配しているため、正犯としての帰属が可能になる。逆に、行為者

¹⁴² 日高・前掲注(69) 140頁。

¹⁴³ 前田・前掲注(36) 218頁、山中・前掲注(3) 776頁。

¹⁴⁴ 伊東・前掲注(119) 382頁。

¹⁴⁵ 松宮孝明「過失犯における正犯概念(一)」立命館法学 235号(1994) 13頁。

¹⁴⁶ 不作為の条件関係を「作為があれば、結果発生なし」という仮定的な付け加えによって判断する通説によれば、不作犯の場合における正犯性の判断は、条件関係の判断にほかないが、条件関係の判断を単なる事実的判断として把握すると、不作為犯の場合にも、付け加え禁止説を貫徹しない理由はないと考えられる。従って、本稿では、不作為の条件関係の判断については、「作為があれば、結果発生なし」という通説的見解によらず、条件関係のレベルでは、作為により高度の蓋然性をもって結果が回避されうるまでを要求せず、不作為と「結果が一連の変化の流れにより合法的に結びつけられている」といえるときに、条件関係が認められると解する。このように、過失による不作犯であれ、過失による作為犯であれ、同様の正犯性の判断枠組みを使うことが可能になろう。合法的条件説については、古川・前掲注(125) 32頁参照。

の合義務行為に法益保護のための有効性が肯定されるが、その合義務行為だけでは結果を回避できない場合には、行為者の行為は結果に至る因果経過を実質的に支配しているといえないため、正犯性を否定することになるはずである。

行為者の地位や持ち場によって有効性の程度に差異がありうることはいうまでもない。前述したように、看護師を監督すべき義務を負う医師は、看護師とは地位上の上下関係及び能力の上下関係にある。地位上の上下関係によって、看護師が診療の補助に従事する前の段階で、その開始要件としての医師の指示が必要となる。この意味で、診療の補助には「医師の委託業務」¹⁴⁷という性質があるように考えられる。医師は、患者の法益を規範的に引き受けて、診療行為のうち、「補助的」業務を看護師に委ねることが許されるとしても、医行為の主体性を失わず、委託者としては、補助者の選任、診療補助行為の内容などについての決定権を持っているため、委託過誤に対しては第一次的責任を負うことになりうる。しかし、この委託者の地位によって、医師に指示義務を負わせるのは当然であるのに対し、委託者であっても、受託者のあらゆる業務を監督する義務を負うわけではない。なぜなら、医師と看護師との間に、医学的知識・技術上の高低があるけれども、看護師としても、一定の専門的知識・技術を持つからである。もっとも、医師の監督を全面に否定することになるわけではない。補助的業務の円滑かつ適正な実施がなければ、衛生上の危害が生じるおそれがあるがゆえに、危険情報（患者の病症、処置の難易度、看護師の能力など）を掌握している委託者である医師としては、その危険源のコントロールのために、一定の義務を負うべきである。また、同様の理由により、医師は危険源に対する事実上かつ権限上の支配を有し、直接行為者を監督して結果を回避する現実的な可能性があるというべきである。この意味で、この場合に、医師が看護師に対する指揮権をもち、看護師を含む危険源を現実的かつ実質的に支配していることにより、監督者である医師の責任が根拠づけられる¹⁴⁸。

したがって、上記のような保障人的地位を肯定すべき場合において、医師は、自らの医学的専門性に基づいて、看護師の作業を指導・監視し、看護師の行為によって事故が起こりうる危険を創出せず、あるいは、看護師の過失によって創出した危険を解消することで、結果を防止することができる。すなわち、仮定的判断によって、医師の合義務的な行為がなされれば、高度の蓋然性で結果が回避できるがゆえに、同人の結果回避義務違反が、結果に対する実質的な因果的支配

¹⁴⁷ 山中・前掲注（3）807頁。

¹⁴⁸ 権限と情報把握を理由に規範的・事実的な支配関係があったことによって作為義務を肯定する見解として、林幹人「国家公務員の作為義務」現代刑事法4巻9号（2002）25頁、甲斐・前掲注（68）200頁以下参照。

をもっていることは確かである¹⁴⁹。この場合に、作為も、不作為も、共犯と同等の可罰性があるのではなく、正犯と同等の可罰性があるものである¹⁵⁰。

以上から、監督過失の場合には、監督者と被監督者の間に、被監督者が直接に結果を惹起しており、それを介して監督者が間接に結果を惹起しているというような過失の競合関係がある。しかし、ここで留意すべきことは、この過失の競合は、「現象形態」という意味の概念にすぎず¹⁵¹、監督関係にある複数の行為者は、過失の共同正犯なのか、過失の同時犯なのか問題であり、これについては、章を改めて監督関係のもとで複数過失間の理論構造を考察した上で分析を展開したい（→第4章）。

第3款 過失競合論と監督過失論の区別の基準（その一）

I. 区別の基準

複数の過失が関わる場合には、（i）対等な共同加害者の過失が競合している場合と、（ii）監督・管理過失と直接過失とが競合している場合に一般的に分けられる¹⁵²。また、（i）については、過失犯の共同正犯の場合、並列的に競合している場合、重疊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、過失犯の共同正犯以外の場合には、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¹⁵³。前述したように、看護師の診療の補助に対しては、医師は、事前の指示義務、事中の監督義務、事後の点検義務を負う。指示義務と点検確認義務を医師自身の注意義務と解すれば、これらの注意義務に違反した過失は、看護師の

¹⁴⁹ 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 頁は、過失による不作為の正犯が、結果に対する排他的「因果経過の支配」をもっていることを必要とすると主張しているが、不作為としての監督過失の場合、危険を創出した主体は被監督者であり、同人は因果の流れを設定しているから、監督者の排他的支配が認められ以上、監督者の正犯性を否定するのは妥当ではない。なお、例えば、複数の医師が分担して治療にあたる場合（広島高判昭和 32 年 7 月 20 日裁特 4 巻追録 696 頁）に、共同担当医に診療の補助を行う看護師に対する同様な監督義務が課され、いずれも結果に対する排他的因果経過の支配をもっているといえない結果、誰も正犯性が肯定されなくなり、この結論はやはり妥当でないだろう。

¹⁵⁰ 西田典之「不作為犯論」芝原邦爾ほか（編）『刑法理論の現代的展開総論 I』（日本評論社・1988）86 頁、大塚（裕）・前掲注（87）158 頁参照。

¹⁵¹ 大塚（裕）・前掲注（87）153 頁。

¹⁵² 西原春夫「監督責任の限界設定と信頼の原則」法曹時報 30 巻 2 号 1 頁、米田・前掲注（58）125 頁。

¹⁵³ 大谷・前掲注（36）196 頁以下。

直接過失と競合しているといえる。そのため、この場合には、それぞれに対して注意義務違反を問えば足りる。しかし、看護師と医師が共同して作業を行う場合に、医師の過失が問題となるとき、当該注意義務は、医師自身の注意義務か、看護師に対する監督義務かが常に明らかであるとは限らない。例えば、看護師が準備を担当し、医師が看護師の準備ミスを見逃したまま、それに基づいて診療を行う場合に、両者の過失は（i）に属するか、（ii）に属するかは判断しがたい。

その問題については、業務分担関係が危険防止の観点から実質的な合理性があるかどうかによって判断すべきであると思われる。上記のケースにおける医師と看護師の関係は、典型的な分業関係である。注射を例とすれば、注射という業務は、看護師が医師の指示に従って薬剤師から注射液を受け取り、指示された方法により調剤し、薬剤を注射器に詰めた後、医師が注射を行うことで行われる。正確な薬剤を正確な方法で詰めたかどうかを確認する義務は、他人がミス犯すかどうかについての確認と解することができるが、自分の注射行為を適切に実施するための確認として捉えることもできると思われる。しかし、前述したように、医師に、看護師のすべての診療補助行為を監督すべき義務はなく、一般的には、能力上の上下関係に基づいて医学的指導を行えば足りる。そのため、注射行為のすべてを看護師に行わせることができ、かつ医師がその実施過程において監督義務を負わないにもかかわらず、仮に注射の準備行為のみを看護師に行わせる場合には医師は監督義務を負うとするならば、それは明らかに不合理であろう。したがって、共同作業の場合に、過誤を防止するために関与者が重疊的に負う点検確認義務は、医師自身の注意義務と解すべきである。このような義務の存否は、結果を防止するために、現実的な分業関係が実質的な合理性を有するかどうかによって判断すべきである。また、一般に、共同作業の場合、医師自身の注意義務が否定されるのであれば、監督義務の成立する余地も残らないと考えられるが、医師が自らの行為に着手する前に事前の補助者の作業を確認しなかったため、看護師の過誤を見落とし、自らの行為が直接に事故を生じさせた場合を監督過失とする見解がある¹⁵⁴。

II. 過失競合の肯定例

医師自身の注意義務の肯定例について、まず、【事例 5】（前橋地裁太田支判昭和 51 年 10 月 22 日判タ 678 号 59 頁）をあげる。

（事実の概要）「医師である被告人 X が執刀し、同 Y 及び 5 名の看護婦が補助し、A ならびに B 女外 3 名の虫垂切除手術を行なうにあたり、同医院手術室において、前記 A に対し、手術直前に腰椎脊髓腔内へ麻酔薬ネオバルカミン S を注射しようとした際、被告人 Y は、注射液アンプルの薬種・薬名の表示を正確に確認し」ないまま、被告人 X へ手交し、被告人 X は、被告人 Y 「が吸入する

¹⁵⁴ 米田・前掲注（58）49 頁。

薬液アンプルの薬種・薬名の表示を確認」せず、「右 Y が誤って静脈注射用止血剤トランサミン約 1.7 ミリリットルを注射器へ吸入したのを看過しその薬種薬名を確認しないまま漫然これを同女から受取り、前記 A の腰棒脊髓腔内へ注射した。右 A をして虫垂切除手術後の同日午後一時ころから、けいれん、呼吸困難等に陥らしめ、同日午後三時ころ、同医院二階一号病室において、同人をして窒息により死亡するに至らしめた」。

「同日、同医院手術室において、前記 B 女に対し、手術直前に腰椎脊髓腔内へ麻酔薬ネオペルカミン S を注射しようとした際、医師被告人 Y は、被告人 X の指示を受け、麻酔薬ネオペルカミン S 注射液 1.4 ミリリットルを注射器へ吸入して右 X へ手交しようとしたが」、「注射液アンプルの薬種・薬名の表示を正確に確認」すること「を怠り、前記 A の麻酔薬として誤って注射器へ吸入した静脈注射用止血剤トランサミンのアンプル内の残量から、その薬種・薬名の表示を確認しないまま漫然静脈注射用止血剤トランサミン約 1.4 ミリリットルを注射器へ吸入して、被告人 X へ手交した」。被告人 X は、被告人 Y 「が吸入する薬液アンプルの薬種・薬名の表示を確認したうえ注射器へ吸入させ」ることを「怠り、右 Y が誤って静脈注射用止血剤トランサミン約 1.4 ミリリットルを注射器へ吸入したのに、これを看過し、その薬種・薬名を確認しないまま漫然これを同女から受取り、前記 B 女の腰椎脊髓腔内へ注射した以上」、「右 B 女をして、虫垂切除手術後の同日午後一時 30 分ころから、けいれん呼吸困難等に陥らしめ、同日午後 3 時 30 分ころ、同医院二階二号病室において、同人をして窒息により死亡するに至らしめた」というものである。裁判所は、被告人らを有罪として、被告人 X を禁錮 10 月（執行猶予付）に、被告人 Y を禁錮 6 月（執行猶予付）にそれぞれ処した。

本判決は、「平素における被告人方医院における注射の取扱いに問題があ」ったことに鑑み、医師は重要な手術としての脊髄麻酔を行う際にして、看護師に全般に委ねることが許されないのみならず、少なくとも看護師の準備作業をダブルチェックすべきであるため、その麻酔薬の準備行為を看護師の独立の業務領域としてはならないと判示している。すなわち、医師と看護師が自らの職責に応じて、重疊的に、それぞれが麻酔薬の薬種・薬名を確認する義務を負い、本件では、医師が自身の注意義務に違反したとして過失責任を問うべきであり、医師の過失と看護師の過失とは単純な競合関係にある。

もう一つの肯定例としては、【事例 6】千葉大採血ミス事件¹⁵⁵（東京高判昭和 48 年 5 月 30 日判時 713 号 133 頁）がある。

（事実の概要）「医師 X は看護婦 Y の補助を受け、当時第二内科で通例として行なわれていた電気吸引器による採血方法で供血者 A から輸血用血液を採取することとなり、看護婦 Y から渡された消毒用ガーゼで A の左肘窩部を拭きながらに対し簡単な視診、触診、問診を行ない、他方この間 Y 看護婦は本件電気吸引器の電源コードをコンセントにさし込んだ。ところが、同看護婦はその際誤ってタコ管を左側面の陽圧パイプに接続し、しかも調節ダイヤル（陽圧用）が予め他の看護婦の手によつて右の方（圧力計の指計が〇・五の目盛を示す位）に廻されたままであつたのに気づかないで X に採血チューブ（前押号の二）を渡し、そして、A に駆血帯を巻いてタコ管の先の空気針を ACD 瓶（同号の一）の口にさし電気吸引器のスイッチを入れたが、同看護婦はこの場合にタコ管の先端に手のひら、綿球をあてる等して吸引に作動しているかどうかを確かめる措置もとらなかった」。医師 X は、右 ACD 瓶が噴

¹⁵⁵ 本件評釈として、宇都木伸「千葉大採血ミス事件」唄孝一＝成田頼明（編）別冊ジュリスト『医事判例百選』（1976）96 頁、船山泰範「千葉大採血ミス事件」宇都木伸ほか（編）別冊ジュリスト『医事法判例百選』（2006）188 頁参照。

射用陽圧パイプに接続されていたことを看過し、「右手に持った採血チューブの採血針を A の左腕正中静脈に刺し、血液が採血チューブに流入するのを認め金属針を Y 看護婦に手渡し、同看護婦がその金属針を既に高圧状態にあった ACD 瓶に接続させたため、前記 A の正中静脈の血管内に多量の空気を注入し、よって同人をして空気塞栓症による脳軟化症の傷害を負わせ、同年 6 月 7 日午前 7 時 30 分頃同病院において右傷害による体力消耗により死亡するに至らしめた」というものである。医師について、第一審（千葉地判昭和 47 年 9 月 18 日判時 681 号 22 頁）は、過失を認め、罰金刑を言い渡したが、控訴審は、罰金刑を破棄し、禁錮刑（執行猶予付）を言い渡した。なお、看護師についても、同日付で医師と同一の刑が言い渡されている。

本件においても、看護師の補助的作業に対する医師の二重点検義務を認めて、業務上過失致死罪が成立するとされるが、医師の注意義務は自身の注意義務か、あるいは看護師に対する監督義務かについては、前記の判断枠組みにしたがって詳しく分析を行いたい。

第一審（千葉地判昭和 47 年 9 月 18 日判時 681 号 22 頁）は、採血行為は、医行為に該当すると解した上で、「医師が主体となって施行すべきものである」が、「医師は採血行為のすべてをみずから行なわなくてはならないものではなく、適切な監督指示の下に診療の補助として看護婦を従事させることができるが、その程度は看護婦の熟練度および採血方法のいかんと密接に関連するものと考えられる」と述べており、医師の責任について次のように判示している。

まず、採血方法について、日本における「採血方法としては平圧式と減圧式の二方法」が行われているが、本件の第二内科において行われていた採血方法は、「電気吸引器を吸引ポンプとして用いた平圧減圧式方法に属する」。次に、採血行為の分担について、採血方法の決定は医師の責任であり、「採血の具体的行為は看護婦に補助させることができると解されるが、その限度については」、採血方法によって異なるものである。すなわち（i）「平圧式による場合、是非は別として、実際の採血行為は看護婦が行ない、医師はこれに立ち会わず間接的に監督する形をとっている例が多い」が、（ii）「平圧減圧式方法による場合は、採血瓶の中の圧を減ずるために何らかの吸引器を使って操作することになるが、その吸引器の方式あるいは種類については特に規格はなく、従って、採血のやり方はその用いる器械の機能によって異ってくると考えられる。……採血にあたっては、医師は採血室の隣室に位置し、主として供血者の検診に携わり看護婦が採血室において採血する」べきである。吸引専用とされている真空ポンプは、「器械あるいは操作に何らかの故障があってもせいぜい平圧になるに過ぎず、陽圧になることはあり得ない」が、「同センターでは採血車による採血も平圧減圧式によっており、吸引は同車に設置されている小型の真空ポンプを用いる」。この採血の施行法、「とくに看護婦に実際の採血を行なわせているやり方が、もし是認され得るものだとするならば、それは第一に、吸引ポンプが吸引専用とされており、圧力もほぼ一定に保つことができ、器械あるいはその操作に故障があつてもそのことで供血者に危害を与えることのないよう装置・構造上の配慮がなされていること、第二に看護婦に対し十分な訓練を施していることによって、医師は採血室に立ち会わず隣室に所在し不測の

場合にそなえることで足りるとされているからと思われる。しかし、本件の如く器械が吸引と噴射の両機能を併有させたままであって、かつ二人以上の協同作業によらざるをえない採血にあつては、必ずしも同一に談ずることはできない」。したがって、「本件電気吸引器は吸引と噴射の両用のものとされていて、これを採血に使用するにあたり、誤つて噴射用（陽圧）パイプが用いられるときは供血者の体内に多量の空気を射入し、採血に際し最も忌むべき空気塞栓の事態を惹起する危険のあることは医療従事者としては当然予知しうるし、予知すべきものである」という点に鑑み、結果を回避するためには、段階的にいくつかの手段があるが、医師としては少なくとも、看護師の作業を二重に点検しなければならないとされる。すなわち、本件の採血が二名以上の者の協同を必要とする場合、「採血針を供血者の静脈に刺入する作業は医師が、電気吸引器を操作する作業等は看護婦がそれぞれ分担していたことは」合理性を有すると認められるが、医師が「補助者たる看護婦による電気吸引器の操作に過誤がないかにつき重要な関心をよせ、とくに吸引作用に正しくセットされているかをみずから点検確認するか、少なくとも看護婦に具体的な指摘をして再点検せしめることが必要である。このことは協同して採血を施行している医師にとつては比較的容易なことであり、しかも危険防止のため十分有効性をもちうる」、とされる。

このように、標準的な採血方法を用いる場合には、十分な訓練を受けている看護師が採血を行う際に、危険を防止するために、医師に監督義務のみを負わせることで十分である。しかし、本件の採血方法は、標準的な採血方法にくらべて高い危険性を有するものであるため、看護師と医師の共同作業が必要とされる場合に、その業務分担は、形式上の合理性があつたものにすぎない。すなわち、実質的な合理性がないものであるため、業務分担関係にしたがって各人の注意義務かつ責任範囲を限定できない。この点について、第一審判決は、「一般に医業の領域ではそこで通常行なわれている慣行に従えば相当の注意義務を果たすとされることもあるが、これは医学の水準に照らし是認される慣行に当る限りいいうことである。悪しき慣行は基準とはならない。第二内科における右の慣行は必要な検討も経ないまま広がつた、標準的な採血方法を行なつている他の機関のやり方にくらべ危険度の多い、まさしく悪しき慣行であつたというほかなく、これに従つたからとて被告人を免責するものでは決してない」と判示した。本判決は「監督」という文言を使っているけれども、看護師の作業に対する点検確認義務は、業務分担の実質的な合理性を欠くため、監督義務ではなく、医師自身の注意義務として扱われるべきである。

III. 過失競合の否定例

医師自身の注意義務を否定している判例としては、【事例 7】北大電気メス器事件¹⁵⁶（札幌高判昭和 51 年 3 月 18 日判タ 311 号 117 頁）がある。

（事実概要）被告人 X は、間接介助看護師として業務に従事していたもので、被告人 Y 医師が執刀医となり、電気メス器を用いるなどして患者 A に対する動脈管開存症の根治手術を行った際、その手術自体は成功したものの、X が電気メス器についてはケーブルの接続、ダイヤルの調整などを扱うことになったところ、不注意にケーブルを誤接続させたまま、これを手術の用に供し、Y が右電気メス器を使用した際、手術器本体の出力端子から流れる高周波電流の一部が対極板ケーブルをへて対極板の装着された同患者の右下腿部、同部位に接近して装着されていた心電計の接地電極、心電計、そのアース、および電気メス器のアース、対極端子を結ぶ回路に分流し、右回路中、電気抵抗の高い右対極板装着部に高周波電流による多量の発熱が生じることになり、同患者の右足間接直上部に重度の熱傷が生じ、右下腿部切断のやむなきに至ったというものである。第一審（札幌地判昭和 49 年 6 月 29 日判タ 311 号 117 頁）は、看護師 X の過失があるとして有罪とされ、執刀医は無罪とされた。看護師の側と検察側双方が控訴したが、控訴審は、各控訴を棄却した。

本判決は、信頼の原則の適用に関しても重要な意義を有するものであるが、以下では、まず、執刀医の問題となる注意義務は、看護師と重疊的に負う点検確認義務か、あるいは看護師に対する監督義務かに関する判断に焦点に当てることとしたい。第一審は、執刀医として、電気メス器を使用して手術をしようとした際、そのケーブルの接続を介助看護師である X に任せることなく、自らもケーブルの接続の正否を点検確認すべき業務上の注意義務またはその懈怠の有無をめぐり、執刀医が、慣行に従って看護師にケーブルの接続の操作を行わせ、自らその接続の正否を点検確認しなかったからといって、直ちにこれをもって刑事責任の前提としてよいほどの注意義務の懈怠があったとみるのは相当でないと判断した。主な判決要旨は、以下の通りである。

¹⁵⁶ 本件評釈として、飯田英男「北海道大学電気メス事件」唄孝一ほか（編）別冊ジュリスト『医療過誤判例百選』（1989）150 頁以下、同「北海道大学電気メス事件」唄孝一ほか（編）別冊ジュリスト『医療過誤判例百選〔第 2 版〕』（1996）50 頁以下、平良木登規男「予見可能性の意義」平野龍一ほか（編）別冊ジュリスト『刑法判例百選 I 総論〔第 3 版〕』（1991）110 頁以下、米田泰邦「刑事過失の限定法理と可罰的監督違反（上）—北大電気メス禍事件控訴審判決によせて」判タ 342 号（1977）11 頁以下、同「刑事過失の限定法理と可罰的監督違反（中）—北大電気メス禍事件控訴審判決によせて」判タ 345 号（1977）19 頁以下、同前掲注（128）34 頁以下、福田平「電気メス器誤接事件」唄孝一＝成田頼明（編）別冊ジュリスト『医事判例百選』（1976）123 頁以下、井田良「予見可能性の意義（1）：北大電気メス事件」芝原邦爾ほか（編）別冊ジュリスト『刑法判例百選 I 総論〔第 5 版〕』（2003）100 頁以下、同「チーム医療と信頼の原則——北大電気メス事件」甲斐克則＝手嶋豊（編）別冊ジュリスト『医事判例百選〔第 2 版〕』（2014）152 頁以下、古川伸彦「予見可能性の意義（1）：北大電気メス事件」西田典之ほか（編）別冊ジュリスト『刑法判例百選 I 総論〔第 6 版〕』（2008）102 頁以下、中谷瑾子「過失犯における予見可能性と信頼の原則——いわゆる北大電気メス禍事件第一審判決——」ジュリスト臨時増刊『昭和 49 年度重要判例解説』（1975）135 頁以下参照。

(i) 業務分担関係に基づく責任分担の正否

①本件の動脈管開存症に対する手術は、「大動脈との分岐点で動脈管を切離し、肺動脈への血液の流れを断つことが必要であるが、大動脈直近にメスをあてるため大動脈に損傷を与えて大量出血を招くとか神経損傷などの危険を伴い高度の技術を要する手術である」ことに鑑み、医師の本来的役割を顧慮し、「手術操作の専念者である以上、執刀医が補助的準備的作業の正確性について払うべき注意はおのづから限られたものであり、かつ限られて然るべきものである」。他の補助的スタッフの担当している「執刀医でなくてもなしうる補助的、準備的作業については、できる限り執刀医以外の手術助手や看護婦が各自全責任をもって又は連帯して処理し注意を払うべきことが期待される。電気メス器本体について、アースを引くことやそのケーブルの接続もこれに含まれるであろうし、更にケーブルの接続の正否の点検の必要が認識される場合におけるその点検確認なども、本来的にはここにいう補助的準備的作業の範囲に含まれるとよい」。

②慣行に従う分業関係の合理性は、予想される危険の程度をコントロールできるかどうかによって判断し、本件のような危険の内蔵性をそれほど強調することが許されなかった電気メス器について、そのケーブルの接続を看護師に任せ、医師自らこれを点検確認しなかったからといつて、その措置が不当であったとはいえないとされる。

つまり、危険の防止の角度から見て、執刀医と看護師の業務分担関係が実質的合理性を有し、看護師の接続の操作の正否をについて二重に点検確認を行うことは医師自身の注意義務として認められなかった。このような一般社会からみて明らかに不当であり、または非常識であり、あるいは危険とみられるものではない慣行に従ったことは、一応、標準的注意をつくしたものとして刑事責任を否定することができるという趣旨が窺われる。

(ii) 執刀医として具体的な危険性について具体的な認識の有無

「執刀医が具体的な認識を有していたような場合あるいはこれを容易に認識しえたような場合においては、執刀医の本来分担すべき業務の範囲に止まることなく、自ら又は他の手術助手に指示するなどして、ケーブルの接続の正否を点検確認すべきであったといわなければならないが」、①「手術部において電気メス器とケーブルを整備提供する場合、本来の附属品たるケーブル又はそれと同様交互誤接続不能なケーブルを準備提供すべき義務」があつて、「各診療科の医師において、電気メス器の使用書記載の注意を守って使用する限り、事故は生じえないと考えてよい程度に整備すべき義務があつたことにより、診療科の医師一般の立場からいうならば、交互誤接続不能なケーブルが手術部により提供されるものと期待して然るべきであつた」。

②本件「病院における特殊な事情として、手術部の看護婦や技能員によつて附属品以外の子供用対極板ケーブルが作られていたり、附属品以外のメスケーブルが準備提供されたりしていた実態を、診療科の医師である被告人Yにおいて容易にこれを知りえたのでない」。「執刀医の立場からみて具体的な危険発生の予兆も認識されないのに、その作業の正否について一々積極的な注意や関心を向けなければならないとしたならば、執刀医が本来果たすべき領域について集中的かつ徹底した注意を向けることは不可能となり、手術成績の向上は望みえず、それこそ患者に対し重大な危険をもたらすことになるため、執刀医においてケーブルの交互誤接続の可能性について具体的な認識を持たず、かつそのような認識を容易にもつことができたともいえない」と第一審は判定した。

以上から、第一審は、執刀医に注意義務違反がなかったとして、刑事責任を否定した。しかし、控訴審は、両者の間に合理的慣行に従った業務分担関係を肯定したとしても、「医師の診療行為を看護婦が補助する立場にあるものというべく、看護婦の補助行為について、それが看護婦

の業務に属することを理由に、当然に医師の監督を排除すべきものとし、もしくは不要なものとして解すべき理由はない。（従って被告人 Y の弁護人の、ケーブルの接続が治療のための準備行為にすぎないものとし、その点を理由として直ちに右行為から生じた結果については専ら担当した看護婦の責に帰せられるべきである、とする主張は採用することができない）」（下線は筆者による）と判示し、以下の点を示している。

(i) 「看護婦の補助行為が性質上医師の監督に服するものであるにしても、およそ危険を内在する補助行為については、事情の如何を問わずことごとく医師において具体的な点検・確認を行なうべく、看護婦の措置を信頼する余地を許さないとするのは、当該医療行為における医師の役割や医師による点検の実施が当該医療行為自体に及ぼす影響をも無視することになり首肯しうるところではない。医師が看護婦の補助行為に対する監督としてどのような措置をとることが義務づけられるかは、結局、補助行為の性質、当該医療行為の性質、作業の状況、医師の立場等の具体的状況に照らして判断されるべきである」。

(ii) 「チームワーク手術における執刀医の立場は、自らは直接作業に携わらず、専ら配下の各員に指揮命令して作業を分担・遂行させ、その状況を監督することを本旨とする純然たる統率の地位にあるものとは性質を異にする面があるといわなければならない。……もとよりチームワークによる手術の執刀医も、執刀医としての立場で、自己の医療行為に対する補助者の補助行為に対する指示ないし監督義務を負うことは当然であり（但しどの程度の監督義務を負うかは上述のとおり具体的状況により判断されるべきである。）、また自らがチームの作業の中核である執刀を担当する関係上、補助者に対する指示・監督の外、手術の遂行について調整的権限を有する場合もありうると思われる。しかしながら、チームワークによる手術の執刀医が、単に執刀医としての立場だけにとどまらず、右の限度を越えて、当然にチームを指揮監督する統率者の地位にもあるものとして、その立場を前提とするチームの成員の作業に対する監督責任まで負担すべきものと即断することはできない。チームワークによる手術の執刀医の立場を右のように解することは、さきに述べた執刀医の本来の役割と対比して調和しないものがあることを否定できない」。

(iii) 「本件手術の性質、患者の容態及び執刀直前の執刀医の役割、心理状態等に照らして考えると、本件のような危険性の高い重大な手術の執刀医としては、手術遂行に万全を期する以上、執刀直前の時点において、患者の容態を最終的に確め、手術を誤りなく遂行するための手順・方法を確認し、術中に起こりうべき容態の急変、大出血、合併症等の突発事態に対処すべき方策を検討すると共に、執刀を目前にして精神の安定と注意の集中をはかる必要があり、その時点での有形的な作業の有無にかかわらず、手術自体以外の分野に注意を向ける精神的余裕は乏しかったものと認められ、かかる立場にある執刀医に対しては執刀中に準じて手術そのものに精神を集中しうることが可能ならしめる態勢をとることが望まれ、執刀医が注意を他に分散して精神の集中を妨げられる結果を来すことは手術遂行に及ぼす影響も懸念されるところで手術目的の達成上好ましからぬことといわなければならない」。

(iv) 看護師 X は、本件「病院手術部に勤務していた正規の看護婦で、電気手術器を使用する手術に対する介助の経験をも積んでいたものであり、被告人 Y も、被告人 X について詳しくは知らないものの同人がベテランの看護婦であることは承知していたこと（被告人両名の当審公判廷における各供述）、電気手術器のケーブルの接続は、既述のとおり診療の補助行為ではあるけれども、極めて単純容易な作業に属し、その方法について医師の指示を要するようなものではなく、およそ資格のある看護婦が担当してたやすく誤りを犯すとは容易に考えがたい種類の行為であること、それまで看護婦のしたケーブルの接続が誤っていたため不慮の事故を起こした例は皆無であつたことが明らかである。このように経験を積んだ正規の看護婦が共同作業における自己の分担として、方法につき何ら医師の指示を要しない極めて単純容易で定型的な作業を行なっていたという点は、看護婦の当該作業に対する医師の信頼の当否を判断するうえに斟酌さるべき一事情たることを否定できない」。

(v) 「従来対極板の装着が不完全であったため患者に軽度の火傷を生じた事例があることをもって事故発生の予兆であるというけれども、被告人 Y が当時かかる事例の存在を認識していたことを認めるに足りる証拠はないのみならず、それまで他に右事例があったからといって、これを目して本件手術時におけるケーブル接続の過誤ないし危険発生の予兆とするに足りないことは明らかである」。「本件手術開始後電気手術器のメスの利きが弱く、被告人 Y が本件のダイヤルの目盛を上げたのにしばらくの間その状態が改まらなかった現象のあったことが認められる」が、「本件事故当時まで同病院備え付けの電気手術器を使用した際、本体内部の接触の具合等によるためか、ケーブルの接続に誤りが無いのに利きが弱くなり本体を振動させたり、各部を点検したりしているうちに正常に復することがまれではなく、右事実は被告人 Y を含め電気手術器を使用する関係者の知るところであり、本件手術時にみられた利きの弱さも従前に経験された域を出ないものであったことが認められるから、右の現象をとらえてケーブルの接続の過誤ないし危険発生の予兆があったものとみるのは相当でない」とされ、ケーブルの接続の過誤ないし危険発生の予兆があったことは認められない。

(vi) 執刀医の負担を考慮し、医師、看護婦が共同して行なう外科手術において、看護婦の行なう電気手術器のケーブルの接続の正否が患者の安全にかかわりがある以上、過誤防止のためには単に接続を担当する看護婦自身の注意に依存するだけではなく、これを補う他の適当な方策が講ぜられて然るべきである。しかし、その方策としては、執刀医による点検が唯一の措置ではなく、執刀医に比すれば相対的に精神的時間的余裕があったかと思われる指導医もしくは助手による点検も考えられ、またケーブル及び本体の接続口の色テープによる区別も誤接続防止にかなり有効であったと思われ、さかのぼって事故防止のための器械・器具の総点検及び整備が十分にされる必要のあったことも明らかである。そして、右のうち器械自体にかかる事故防止の手段は本来手術部の講ずべきものであったのであり、このように誤接続防止のため他にとりうべき方策がありうるのにその措置がとられない状態で、執刀医にのみその負担を代替させることは、少なくとも執刀中もしくは執刀直前の段階についていう限り、本件のように重大な手術遂行に重い負担を負う執刀医の立場に照らし合理的であるとはいえない」。

以上を前提に、控訴審は、「医師は人の信頼を受けて人の生命・健康を管理することを業とする者であるからその業務の性質に照らし人に危害が及ぶことを防止するがために最善の措置を尽すべき高度の義務を課せられていると主張する。確かに医師がその業務にかんがみ診療に伴う危険を防止するため高度の注意義務を負うことは抽象的には所論のとおりであるが、その義務が無制限に課せられてよいものではなく合理的な限界があるべきことも当然である。医師の行為が刑法上の制裁に値する義務違反にあたるか否かは、当該専門医として通常用いるべき注意義務の違反があるか否かに帰着すべく、結局当該行為をめぐる具体的事情に照らして判定される外ない。執刀医である被告人 Y にとって、前叙のとおりケーブルの誤接続のありうることについて具体的認識を欠いたことなどのため、右誤接続に起因する傷害事故発生の予見可能性が必ずしも高度のものではなく、手術開始直前に、ベテランの看護婦である被告人 X を信頼し接続の正否を点検しなかつたことが当時の具体的状況のもとで無理からぬものであつたことにかんがみれば、被告人 Y がケーブルの誤接続による傷害事故発生を予見してこれを回避すべくケーブル接続の点検をする措置をとらなかつたことをとらえ、執刀医として通常用いるべき注意義務の違反があつたものということとはできない」と判示した。

本件において、第一審は、分業関係に基づく責任分担の当否や具体的な危険性に関する具体的な認識の有無の問題に焦点を当てて、電気メスを用いた手術を行う際に、看護師に委任せず、自

らも接続状態を確認することが医師自身の注意義務であったかどうかを分析した。それに対し、控訴審は、補助行為の性質、当該医療行為の性質、作業の具体的状況、医師の立場等に照らして、執刀医として、本来の職務を超えた看護師に対する監督義務の有無を中心に分析を行ったことが窺われる。控訴審の判決は、「監督過失」という表現を用いることで、意識的に医師自身の注意義務と監督義務を区別しているか否かは明らかではないが、少なくとも、医師に、本来の職務に伴う自身の注意義務以外、他人の作業までについて注意を払うべき場合がありうるという点が示されている。

要するに、共同作業の場合に、特に医師が看護師の行為に基づいて自らの業務を行う場合には、当該行為を完全に他人に任せることなく、自らもその正否を点検確認すべきかどうかは、分業関係の当否と分業関係のもとで重畳的な注意義務の有無に関わっており、他人の行為を利用した自らの行為から生じる危険性を回避すべき、という側面から、自身に課される重畳的な注意義務であると解することが可能である。しかし、類型的作業行為に内含する具体的な危険性（具体的な予見可能性を有することを前提とする）をコントロールできるかどうかを基準として判断して、実質的な合理性のある分業関係の存在が肯定される場合には、このような自身の注意義務を否定することができる。もっとも、自身の注意義務を否定したとしても、過失が成立する余地がないわけではなく、看護師の過誤ないしその危険性の兆候があったかどうかを分析し、医師にその兆候を察知する義務を負わせることは、医師の本来の役割にどのような影響を及ぼすことに鑑み、医師自身の注意義務以外に、結果回避義務があるかどうかをさらに考察すべきである。

したがって、看護師の間接的な過誤を看過した医師が、自らの行為により事故が発生した場合に、医師の過失は、監督過失とする余地がないと考えられ、直接過失とすべきである。このような直接過失には、自身の注意義務違反によるものと、本来の職務を超えた注意義務の違反によるものがある。前者が肯定されるときには、後者を分析する必要はないが、前者が否定されるときには、後者の有無についての分析をさらに行うべきである。多くの場合、そのような区分によって決して異なる結論に至るわけではないことを否定できないが、これらの注意義務の根拠づけについては微妙な差異があるように考えられる。この点は「信頼の原則」と密接に結びづけているため、章を改めて検討しておきたい。

第2節 上下関係にある医師間の連携

本章の冒頭に述べたように、医師と看護師の間では、能力上の上下関係のみならず、地位上の上下関係を重視すべきであるのに対して、医師同士の間には、従来、医師の専門性・独立性という見地から、医師は独立して、患者に対する治療上の決定権を有し、医療過誤の刑事責任の追及

も、直接患者の治療に当たった医師にとどまっていた。しかし、これは、医師同士間では監督過失の成立がすべて否定されることを意味するわけではなく、上下関係にある医師間の連携において、監督過失が成立する余地はあり、しかも、医師と看護師の連携の場合と同様に、とりわけ診療科のリーダーが関わる場合に、診療科のリーダーの過失は、直接過失か、監督過失かも問題となりうる。また、垂直的な分業関係における過失の判断に関する問題については第1節で詳述したので、この節では、上下関係にある医師間の連携において特有の問題のみを議論しておく。

第1項 研修医の過誤に対する指導医の責任

I. 研修医が行う医行為の基準

日本では、診療に従事しようとする医師に対し、臨床研修が必修とされて行われている（医師法16条の2）。その期間、原則として研修医が行うあらゆる医行為には指導医¹⁵⁷の許可が必要とされるが、医療現場において研修医が行う医行為は、以下の3つのレベルに大別することができる¹⁵⁸。（i）レベル1は、研修医が単独で行ってよい医行為である。レベル1の医行為は、それを初めて実施する時には、指導医の立ち合いのもとで実施すべきであるが、その後、特殊な状況がなかった場合には、研修医が単独で行えることとなる。例えば、定期処方薬の継続、静脈注射、医療面接は、このレベル1の行為に属するものである。（ii）レベル2は、指導医の許可を得た上で、単独で行ってよい医行為である。このレベルの医行為は、「同じ医療行為であっても患者個々に条件が異なる。同一患者における同一医療行為であっても患者の状態は一定ではないので、毎回許可を得てから実施する」。例えば、定期処方薬の変更、輸血、診断書の作成は、レベル2の行為にあたる。（iii）レベル3は、指導医の立ち合いを必要とする医行為である。このレベルの行為は2年間の研修期間において、研修医単独での施行を一切認めないとされる。例えば、関節内注射、内診、侵襲的検査や処置は、レベル3の行為に属する。なお、「実際の運用に当たっては、単独で行ってよい診療行為についても、指導医・上級医が責任を持って個々の研修

¹⁵⁷ 病院診療の指導医は、臨床経験10年以上で、かつ、2年以上の医学部学生あるいは研修医の指導経験を持つ者が望ましいのみならず、卒後臨床研修センターなどが開催する研修指導医講習会、ワークショップなどを受講した者、学会専門医の資格を持つ者である。

（厚生労働省ウェブ・サイト内<https://www.mhlw.go.jp/shingi/2002/06/s0627-3h.html>（2022年5月11日最終閲覧））

¹⁵⁸ 北海道大学病院臨床研修センターホームページ参照。

（<https://clinical-training-center.huhp.hokudai.ac.jp/junior-resident/standards/>（2022年5月11日最終閲覧））

医の技量を評価し、身だしなみ、立ち居振る舞い等をチェックしたうえで、各診療科・診療部門における実状を踏まえて実施する必要がある。各々の手技については、たとえ研修医が単独で行ってよいと一般的に考えられるものであっても、施行が困難な場合は無理をせずに上級医・指導医に任せる必要がある¹⁵⁹り、すなわち、医師と看護師の場合と同様に、指導医と研修医の場合にも、下位者のできる行為の範囲は、固定されたものではなく、危険のコントロールを目的として柔軟に対応し、実際の状況に合わせて決定されるべきであり、また、この範囲の決定権をもっているのは、通常、上位者の医師であることが明らかである。

II. 研修医の立場及び責任

研修医の立場及び責任に関して、【事例 8】の判決（広島地判平成 15 年 3 月 12 日判タ 1150 号 302 頁）は、重要な判示を示していることから、ここでは、同判決の要旨を紹介しておきたい。

（事実の概要）被告人 X は、A 市民病院外科の臨床研修医として勤務し、同病院心臓血管外科における研修のため、同科が行う診察、治療等の業務に従事し、患者 B（当時 2 歳）の担当医として、同児に対する肺動脈狭窄の解除、心室中隔欠損及び心房中隔欠損の各閉鎖の手術が行われた後、午後 1 時 40 分ころから、同児が同病院集中治療室に収容された際には、上記手術に引き続き同児の担当医として同児の容態の観察を行っていたものであるが、上記手術後は、致死的不整脈である心室細動が起こり、血液の駆出停止等により低酸素性脳症等の脳障害を引き起こすおそれがあるところ、当時、同児は心室細動発生につながり得る心室性期外収縮を頻発させていたのであるから、同児の容態観察に当たっては、監視モニターの確認及び肉眼的方法等による同児に対する全身状態の観察、把握等を十分に行わず、さらに、監視モニターの動脈圧数値等の異常表示に気付いた後も、異常表示は器具の不具合によるものと思込み、心電図の確認や肉眼的方法等による容態観察を行わず、器具の調整のみに当たった誤判断により、同児が心室細動による血液駆出停止を惹起した際、その発見及び救急措置が遅れ、よって、そのころ、同児に対し、酸素欠乏に基づく全治不明の低酸素性脳症の傷害を負わせたというものである。本判決は、研修医を罰金刑に処した。

検察側は、被告人 X は被害者の主治医として ICU においても術後管理に当たっていたのであるから、本件の結果に対して業務上過失傷害の責任を免れないと主張したのに対して、弁護人は、被告人 X は、市民病院の臨床研修医として、心臓血管外科での研修に従事していたもので、同科の業務のうち、指導責任者又は指導医の指示、指導のもとに行う業務のみを行うことができたのであって、被害者の術後管理を行う義務はなく、被害者の治療に対して全責任を持つ主治医

¹⁵⁹ 慈恵大学ホームページ参照。

(<http://www.jikei.ac.jp/boshuu/kensyuu/katsushika/shinryoukou.html> (2022 年 5 月 11 日最終閲覧))

でもないのであるから、被告人において被害者の心室細動等の異常を発見し、それに対処する義務はない旨主張した。

本判決は、まず、第一に、被告人 X の地位について、本件市民病院の心臓血管外科において、「1人の患者について、2～3名の医師を、病棟での担当医と定め、これを『主治医』あるいは『病棟主治医』と呼び、いわゆる臨床研修医と上級医をこれに指名して、上級医を臨床研修医の指導医としていた」という医療体制が行われており、本件の被害者に対しては、「心臓血管外科の主任部長である C と被告人が病棟担当医となった」のみならず、「被告人も、被害者の入院当初にその両親に対して、自ら『主治医』と自己紹介したことが明らかである」と判示しており、被告人の主治医の地位が認められる。

第二に、被告人の責任の有無について、(i) 「一般には、『主治医』とは、担当患者の診察、診療に最も中心的な責任を負う医師を意味する用語として用いられることが多いけれども」、本件の診療科では、1名患者について複数の主治医が定められ、そのうち、研修医と指導医という関係があるため、主治医の身分を有することで直ちに担当患者の診療の中心的責任を負うと断じてはならず、(ii) 「本件病院における ICU 運営要項等によれば、ICU は麻酔・集中治療科が管理・運営し ICU に収容された手術後の患者については、麻酔科の医師が術後管理の責任を負うとされているが、心臓血管外科の患者については、同科の担当医も必要に応じて患者の術後管理に当たることが通例となっていたものと認められる」として、「被害者の術後管理に関与していた心臓血管外科の医師も一定の責任は免れないところであり、かつ「被告人は、心臓血管外科の研修医として ICU 内の被害者に付き添っていたものであるが、上級医の指導の下で研修するとはいえ、被告人は単なる研修生ではなく、医師として患者の診察・診療に当たるのであるから、一定の注意義務と責任を負うことは当然であり、研修医であるが故に何らの責任も負わないと解することはできない」と判示している（下線は筆者）。

第三に、被告人 X が負っていた具体的な注意義務について、「被告人は病棟担当医として、被害者の入院に際して診察をし、また、手術前のカンファレンスにも参加した上、手術の際には、第3助手として鉤引きを担当し、術後の被害者に付き添っていたものであって、被害者の病状や容態を相当程度に把握し得る立場にあり、また被害者のベッドサイドには監視モニターがあり、被告人は、医師として、心電図等の基本的な読み取り方や心室細動の波形については知っていたものと認められるのであって、以上の事実関係からすれば、被告人は、研修医であるとはいえ、被害者を担当する医師として、少なくともその容態を観察するとともに、ベッドサイドモニターを確認し、心室細動等の異常が生じた場合には、直ちに指導医である上級医や他の医師等に報告して被害者の病状悪化、ことに心室細動等による脳障害の招致を防止すべき注意義務があったというべきである」とされた。

また、研修医であっても、医師としての基本的注意義務を負い、これを怠った責任が認められるとした判例としては、さらに福岡高裁宮崎支判平成2年9月13日判タ770号76頁、甲府地判平成6年6月3日判タ1035号37頁などがある。

III. 研修医に対する指導医の責任

前記指導医の「許可」は、看護師が診療の補助を行う前の医師の「指示」とは同様に、当該行為の開始要件として位置付けられるべきであるから、許可の是非に関しては、その責任は指導医のみにあるといえる。また、原則として、研修医の過失により結果が発生した場合、指導医の監督過失も問題となりうる。研修医と指導医の間には、臨床医にとって必要な知識・技術上の高低が認められるけれども、既述したように、研修医にとっても、医師免許を取得し、医師としての基本的な注意義務を負うため、指導医の監督過失の成否については、慎重に判断を行うべきである。まず、第一に、監督義務の有無については、指導医による監督が必要なのは、研修医が初めて医行為を行う場合と、レベル3の医行為を行う場合に限られるため、それ以外の場合には、一般的に、指導医の監督義務は否定される。第二に、指導医の監督義務を肯定する場合においても、監督義務違反の正犯性の判断は、補助者の場合よりも厳しく行うべきである。第三に、指導医と研修医が、共同して患者の診療を担当している場合に、指導医自身の注意義務違反と監督義務違反を明確に特定しなければならない。この点については、下記の埼玉医大抗がん剤過剰投与事件を例として、診療部門のリーダーの責任とともに論じることとする。

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—

診療部門のリーダーは、当該診療部においてその構成員の選任、配置という人的組織と、施設、設備などの配置、点検という物的組織を適切に確立する管理義務を負うことは明白であるところ、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、診療部門のリーダーは治療医としての注意義務を負うのか、または、どこまで監督義務を負

うのかが問題となる。ここでは、【事件 9】埼玉医大抗がん剤過剰投与事件¹⁶⁰（最決平成 17 年 11 月 15 日刑集 59 卷 9 号 1558 頁）に寄せて分析を展開したい。

I. 事実の概要及び判決の要旨

（事実の概要）被告人 X は、A 医科大学総合医療センター耳鼻咽喉科科長兼教授として、同科における診療全般を統括し、同科の医師らを指導監督する業務に、被告人 Y は、大学助手として、被告人 Z は、同科病院助手として、患者の診療の業務にそれぞれ従事していた者であるが、被告人 Y をリーダー、被告人 Z を主治医として、研修医 B を加え、医療チームを組み、右顎下部の滑膜肉腫に罹患した C に対し、抗がん剤である硫酸ビンクリスチン、アクチノマイシン D 及びシクロホスファミドの 3 剤を投与する化学療法（VAC 療法）を実施するに当たり、被告人 Z は、同療法や硫酸ビンクリスチンについての文献、医薬品添付文書の精査をせず、同療法のプロトコールが週単位で記載されているのを日単位と読み間違え、2 ミリグラムを限度に週 1 回の間隔で投与すべき硫酸ビンクリスチンを 12 日間連日投与するという誤った治療計画を立て、それに従って研修医らに注射を指示し、C に対し、連日硫酸ビンクリスチンを投与して多臓器不全に陥らせ、よって、同女を硫酸ビンクリスチンの過剰投与の副作用による多臓器不全により死亡させたというものである。

第一審（さいたま地判平成 15 年 3 月 20 日刑集 59 卷 9 号 1570 頁）では、主治医 Z のほか、指導医である Y と科長である X の責任を認めた。そのうち、指導医を罰金 30 万円に、科長を罰金 20 万円に処した。それぞれに関する判決要旨は以下の通りである。

（i）指導医 Y の過失

Y は「リーダーとして、被告人 Z らを指導する役割を担っていたところ、滑膜肉腫や VAC 療法の臨床経験がなく、抗がん剤は細胞を破壊する作用を有するもので、その投与は患者の身体に対する高度な侵襲であることから、その用法、用量を誤ると患者の命にも関わる事態となり、また、強い副作用があることから、当該療法についての文献、医薬品添付文書等の調査を通じて、その内容を十分理解し、副作用についても、その発現の仕方やこれに対する適切な対応を十分把握した上、主治医の被告人 Z が立てた治療計画について、その適否を具体的に検証し、副作用に対する対応についても、同被告人を適切に指導すべき業務上の注意義務があるのに、これを怠り、同年 9 月 18 日か 19 日ころ、被告人 Z が

¹⁶⁰ 本件評釈として、多和田隆史「大学付属病院の耳鼻咽喉科に所属し患者の主治医の立場にある医師が抗がん剤の投与計画の立案を誤り抗がん剤を過剰投与するなどして患者を死亡させた医療事故について同科の科長に業務上過失致死罪が成立するとされた事例」ジュリスト 1325 号（2006）226 頁以下、廣瀬清英「大学付属病院の耳鼻咽喉科に所属し患者の主治医の立場にある医師が抗がん剤を過剰投与するなどして患者を死亡させた医療事故について同科の科長に業務上過失致死罪が成立するとされた事例」判時 1944 号（2006）216 頁以下、北川佳世子「抗がん剤過剰投与と主治医、指導医、科長の過失の競合」宇都木伸ほか（編）別冊ジュリスト『医事法判例百選』（2006）190 頁以下、小林憲太郎「主治医が抗がん剤の投与計画の立案を誤り抗がん剤を過剰投与するなどして患者を死亡させた医療事故について科長に業務上過失致死罪が成立するとされた事例〔刑事判例研究 130〕」ジュリスト 1399 号（2010）162 頁以下、日山恵美「埼玉医大抗がん剤過剰投与事件」甲斐克則＝手嶋豊（編）別冊ジュリスト『医事法判例百選〔第 2 版〕』（2014）154 頁以下参照。

立てた治療計画について了承を求められた際、同被告人が依拠した上記プロトコールの写を示されながら、それが週単位で記載されているのを見落とし、同被告人が立てた誤った治療計画をそのまま是認し、副作用に対する対応についても被告人 Z を適切に指導しなかった過失」があった。

(ii) 科長 X の過失

「抗がん剤は細胞を破壊する作用を有するもので、その投与は患者の身体に対する高度な侵襲であることから、その用法、用量を誤ると患者の命にも関わる事態となり、また、強い副作用があることから、化学療法について十分な知識経験を有する医師の指導の下になされることが要請されること、当時同科には滑膜肉腫や VAC 療法の臨床経験を有する医師がいなかったのであるから、VAC 療法の実施を一般的な診療と同様に主治医の被告人 Z やチームリーダーたる同 Y に任せることなく、同療法についての文献、医薬品添付文書等の調査を通じて、その内容を十分理解し、副作用についても、その発現の仕方やこれに対する適切な対応を十分把握した上、主治医の被告人 Z が立てた治療計画について、その適否を具体的に検証し、同被告人の投与薬剤の副作用についての知識を確認するなどして、副作用に対する対応についても適切に指導すべき業務上の注意義務があるのに、これを怠り、VAC 療法を実施することを了承しただけで、被告人 Z の具体的な治療計画を確認しなかったため、それが硫酸ビンクリスチンを 12 日間連日投与するという誤ったものであることを見逃し、副作用に対する対応についても適切な指導をしなかった過失」があった。

その後、原判決が、被告人 X・Y 両名の過失につき、C に対する監督医としての注意義務違反に限定し、患者に対する治療医としての注意義務違反を全く認めない縮小認定をしたのは事実誤認であるとして、検察側が控訴し、そして、被告人 X 及び Y も控訴した。

これにつき、控訴審（東京高判平成 15 年 12 月 24 日刑集 59 卷 9 号 1582 頁）は、原判決には、被告人 Y につき、C に副作用が発現した場合には、速やかに適切な対症療法を施すべき主治医としての注意義務及びその過失を認めなかった点、被告人 X につき、C に対する化学療法の実施に当たり科長回診等を行う治療医としての注意義務及びその過失内容を認定しなかった点で事実誤認があるとされ、原判決中被告人両名に関する部分を破棄した。指導医 Y を禁錮 1 年 6 月に、科長 X を禁錮 1 年に処した。判決要旨は以下の通りである。

(i) 指導医 Y の過失

本件医療センターにおいては、「経験の少ない若手の医師や研修医を経験のある医師が指導監督しつつ、一緒に治療を進めていく」という観点に基づき、被告人 Y、被告人 Z、研修医 B は、患者 C の担当医として医療チームを組んでいた。

①具体的な投与計画を確認せず、投与間隔の誤った化学療法計画に基づいて、硫酸ビンクリスチンを過剰投与させた過失について。被告人 Y は、「被害者担当の医療チームのリーダーであったもので、主治医と同様、被害者に対する治療責任を負っていたものである上、主治医の Z は、リーダーである被告人 Y の承認なくして被害者の治療方針等を決定することができなかったものである」ところ、「滑膜肉腫や VAC 療法の臨床経験がなく、抗がん剤は細胞を破壊する作用を有するもので、その投与は患者の身体に対する高度な侵襲であることから、前記 C の医療チームのリーダーとして治療を行うに当たり、滑膜肉腫及び前記各薬剤について、自ら臨床例、文献、医薬品添付文書等を精査検討し、また、科長である被告人 X 及び専門医等の指導助言を受けて、前記各薬剤の用法、用量、副作用、副作用発現時の対症療法等について十分理解し把握した上、前記 Z に対し、適切な治療方法の計画立案を指導し、その化学療法において薬剤の投与間隔等に誤りがある場合には直ちにこれを是正」する「業務上の注意義務があるのに、これを怠り、臨床例、文献、医薬品添付文書等の精査検討をすることなく、平成

12年9月20日前後ころ、前記Zから前記化学療法計画について承認を求められた際、その策定の経緯、検討内容（副作用に関するものを含む。）の確認を怠り、漫然とその報告を受け、前記Zが検索したプロトコールの一例の写しを示されながら、それが週単位で記載されているのに前記Zがこれを日単位と読み間違えて報告しているのを見過ごし、前記Zが立てた誤った治療計画をそのまま承認し、以後、前記Zらをして、投与間隔の誤った化学療法計画に基づいて、硫酸ビンクリスチンを連日同女の体内に静脈注射させて過剰投与させた。

②高度な副作用を看過し、これに対して適切な対応をとらなかった過失について。被告人Yは、チームの一員として治療医でもあったから、Cに対するVAC療法が開始された後は、自らもCの治療状況、副作用の発現状況等を確認し、自己が休暇等を取る場合には主治医のZらからその報告をさせるなどしてCの状況を的確に把握し、副作用が発現した場合には、速やかに適切な対症療法を施して重大な結果発生を未然に防止する注意義務があることも優に肯定される。にもかかわらず、被告人Yは、これらを怠り、10月3日友里の容態を見るまでCの診察をすることなく、かつ、Cの治療状況を把握しなかったため、そのころまでにCに発現していた高度な副作用を看過した過失があることは明らかである」。

（ii）科長Xの過失

「大学医学部医局内における科長（教授）は、診療科のすべての患者についてその治療方針を最終的に決定する責務・権限を有しており、その意味では、個々の患者に対する治療医としての責任を有していたもので、これを単なる監督責任と呼ぶことは相当でない。また、科長回診のときには直接患者を診察し、カルテをチェックするなどし、カンファレンスにおいて個々の患者の治療方針を医局全体で検討し、最終的に科長として決定していたものである。上記科長回診は主治医から報告を聞くだけであったとみるのは相当ではない。したがって、科長は、特に、入院患者に対しては、治療医として治療方針の最終決定権者であったと認められる」。

「このように、難治性の極めて稀な病気に罹患した患者に対し有効な治療方法が確立していない場合であり、かつ使用する抗がん剤もその使用法を誤れば重篤な副作用が発現し、重大な結果に陥る可能性があったのであるから、このような場合、科長であり、患者に対する治療方針等の最終的な決定権者である被告人Xとしては、Zの治療計画の適否を具体的に検討し、誤りがあれば直ちにこれを是正すべき注意義務を負っていたことはもとより、自らの科長回診及びカルテのチェック等により、患者であるCに対する治療状況、副作用の発現状況等を把握し、副作用が発現した場合には、速やかに適切な対症療法を施す注意義務を負っていたものと解される」。

「ZがVAC療法を選択したことについては、Z、被告人Y、同Xにおいて、同療法が最善の策であることにつき十分な検討がなされた形跡は認められないが、その点は、一応おくとしても、被告人Xは、ZがVAC療法を採用したいと承認を求めたときには、薬剤の具体的な投与計画を示させて、その適否を判断すべきであったことはもちろん、副作用及びこれに対する対策につき十分な理解を有しているかなどを確認し、指導すべきであったものである。……そうであるのに、被告人Xは、Zに対し、症例を紹介する論文の写し等を交付し、県立がんセンターと治療方法について相談するよう抽象的な指示を出すなどしたにとどまり、9月20日前後ころ、Zが被告人Xに対し、Cに対してVAC療法を行いたい旨承認を求めると、被告人Xは直ちにこれに承認を与え、具体的な投与計画や投与薬剤の副作用についてのZの知識を確認することなどは一切なかった」。

「Cに対する治療の開始後には、被告人Xには治療医としての最終責任者としての注意義務があるところ、同年9月28日に実施された教授回診の際、Cのカルテ内容の確認を怠って、硫酸ビンクリスチン1日2mgを2日間連続投与したことに気付かず、同日のカンファレンスでもZがVACをやってますと報告し、被告人Xが具体的な薬剤投与計画の内容を確認することなく『よろしいですね、みなさん』などと発言し改めて承認を与え、硫酸ビンクリスチンが過剰投与されていることを看過したものである」。

その後、科長の X は上告したが、最高裁（最決平成 17 年 11 月 15 日刑集 59 卷 9 号 1558 頁）は、上告を棄却した。科長の X の過失について、次のように指摘されている。

「被告人は、主治医の Z や指導医の Y らが抗がん剤の投与計画の立案を誤り、その結果として抗がん剤が過剰投与されるに至る事態は予見し得たものと認められる。そうすると、被告人としては、自らも臨床例、文献、医薬品添付文書等を調査検討するなどし、VAC 療法の適否とその用法・用量・副作用などについて把握した上で、抗がん剤の投与計画案の内容についても踏み込んで具体的に検討し、これに誤りがあれば是正すべき注意義務があったというべきである。しかも、被告人は、Z から VAC 療法の採用について承認を求められた 9 月 20 日ころから、抗がん剤の投与開始の翌日でカンファレンスが開催された 9 月 28 日ころまでの間に、Z から投与計画の詳細を報告させるなどして、投与計画の具体的内容を把握して上記注意義務を尽くすことは容易であったのである。ところが、被告人は、これを怠り、投与計画の具体的内容を把握しその当否を検討することなく、VAC 療法の選択の点のみに承認を与え、誤った投与計画を是正しなかった過失があるといわざるを得ない」（下線は筆者）。

「被告人には、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、Z らの硫酸ビンクリスチン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被告人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いうべきである。被告人は、上記注意義務を尽くせば、遅くとも、硫酸ビンクリスチンの 5 倍投与（10 月 1 日）の段階で強い副作用の発現を把握して対応措置を施すことにより、C を救命し得たはずのものである。被告人には、上記注意義務を怠った過失も認められる」（下線は筆者）。

II. 検討

1. 指導医の過失

本件医療センター耳鼻咽喉科における診療は、「耳鼻咽喉科専門医の試験に合格した医師をリーダーとして、若手医師、研修医各 1 名がチームを組んで当たるという態勢が採られていた」。それぞれの職責については、指導医は、リーダーとして、「チームの若手医師らを指導する役割を担い、若手医師が主治医の場合であっても、リーダーの了承なしに治療方針を決定することができないこととなっていた」。

第一審判決では、主治医 Z の過失、指導医 Y の過失、科長 X の過失が競合して結果を惹起したと認定された。そのうち、本件の医療チームにおいて、指導医 Y は、チームリーダーの地位に相応してチーム内の他の医師を指導する役割を担っていたことが認められた。その役割は、換言すれば、本件医療チームにおける Y の職責である。この職責を果たすために、Y は、主治医 Z が提案した本件の療法についての文献、医薬品添付文書等の調査を通じて、その内容を十分に理解し、その副作用に対する対応についても適切な指導を与えるべき注意義務があった。この注意義務については、判決では「指導」という表現が用いられたことによって、第一審は、指導医 Y の注意義務を監督義務として捉えると理解することは妥当でない。第一審では、この注意義務

を、医療チーム内の権限・地位に基づいて主治医らを指導する指導医 Y 自身の注意義務として捉えると理解することができる。

しかし、控訴審が判示したように、Y を単なる指導者の立場にあると位置付けた第一審の判決は、患者 C 「に対する治療状況、副作用の発現状況等を的確に把握して、副作用が発現した場合には、速やかに適切な対症療法を施すべき」治療医としての注意義務を看過し、Y の注意義務を正しく理解しなかったものである。

本件において、主治医 3 人は医療チームを組んで、一人の患者に対して共同で責任を負うのであり、チームの共同意思決定（治療方針）を形成するために、若手医師が治療方針を提案し、リーダーがその提案を検討した上で治療方針を決定するという意味での「指導義務」は、チームの内部の権限に基づくものであり、治療医の立場が存在することによって、患者に対する自身の注意義務に包含することになる。控訴審は、第一審が認定した Y の注意義務の内容を拡張して解釈したにすぎないように思われる。

2. 科長の過失

第一審は、まず、医師の高度の専門性を肯定した上で、「主治医を監督する立場にある科長は、主治医が一定の医療水準を保持するように指導、監督すれば足り、部下の医師の行う具体的診療行為の全てについて、逐一具体的に確認し、監視する義務まで負うものではなく、仮に主治医が医療過誤を犯しても、その刑事責任を問われないのが原則である」ということを認め、一般的な診療の場合における信頼の原則の適用可能性を提示した。さらに「本件のように難治性の極めて稀な病気に罹患した患者に対し、有効な治療方法が確立していない場合には、同様に解することができない」とし、科長の X は「一般的な診療と同様に主治医の被告人 Z やチームリーダーたる同 Y に任せることなく、滑膜肉腫及び VAC 療法についての文献等の調査を通じて、その内容を十分理解し、そこで投与される硫酸ビンクリスチンについても、同様の調査を通じ、また、医薬品添付文書を熟読して、その用法、用量を理解し、副作用についても、その発現の仕方やこれに対する適切な対応を十分把握した上、主治医の被告人 X が立てた治療計画について、その適否を具体的に検証し、同被告人の投与薬剤の副作用についての知識を確認するなどして、副作用に対する対応についても適切に指導すべきであった」（下線は筆者）と判示した。すなわち、第一審は、一般的な診療の場合に、科長として部下の診療行為を信頼する条件を否定しており、科長たる X は他の主治医と同様に、患者に対する治療医の責任を負うこととなる。つまり、科長 X の注意義務も自身の注意義務と理解すべきであり、監督義務ではないと思われる。この点は、「被告人 X は、自ら本件治療計画を具体的に検討していない上、カンファレンスを主宰し、9 月 28 日教授回診を行い、また、いつでも被害者の診療録を見得る状況にあった……同被告人

は、自己に課された注意義務を果たしていない……」という第一審の判決の表現からも窺われる。

しかし、指導医の注意義務の認定と同じく、第一審が認定した科長の注意義務の内容も狭すぎると考えられる。控訴審は、本件診療科においても、「よくある症例でも、治療方針を決定する際には、科長に報告をして科長の許可を得ていたが、難しい症例、稀な症例、重篤な症例では、カンファレンスで討議をし、科長が最終的な判断をしていた」とし、本件患者の治療にあたり、科長たる X は、治療医として治療方針の最終的な権限を持っているものであると判示した。具体的には、本件において、科長 X に①「Z の治療計画の適否を具体的に検討し、誤りがあれば直ちにこれを是正すべき注意義務」と、②「自らの科長回診及びカルテのチェック等により、患者である C に対する治療状況、副作用の発現状況等を把握し、副作用が発現した場合には、速やかに適切な対症療法を施す注意義務」があった。すなわち、控訴審の判決は、第一審の判決に比べると「監督的義務ないし指導義務を認めつつも、明確に本来の監督過失の理論構成を退け」、X の「独自の過失が他 2 名の過失と競合するという理論構成を鮮明にしたといえる」¹⁶¹。

その後、最高裁の決定は、控訴審の判決のように、本件治療方針について科長たる X の最終的な決定権を肯定した上で、同人の注意義務について、①本件「抗がん剤による治療の適否とその用法・用量・副作用などについて把握した上で、投与計画案の内容を具体的に検討して誤りがあれば是正すべき注意義務」を認めた。前述したように、本件診療は、一般的な診療のように、部下をすべてを任せるべきではなく、つまり、本件の事情の存在によって、通常の業務分担は実質的な合理性を部分的に喪失し、共同意思決定（治療方針）を形成する過程において、科長が自ら診療方針を詳しく検討した上で、決定することは不可欠な要件として取り扱われる。この限度で、科長は他の 3 名主治医とともに、患者の治療医としての責任を負うこととなる。

そして、副作用への対応についての科長の注意義務に関しては、原判決が治療医と同一の立場に基づくものとされるのに対し、最高裁の決定は、それは「過大な注意義務を課したものといわざるを得ない」とし、副作用への対応に関する科長の注意義務は、②「主治医らの上記抗がん剤の副作用に関する知識を確かめ、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報告するよう具体的に指示すべき注意義務」にとどまり、科長の注意義務を限定的に解する趣旨であることが窺われる。②の注意義務は、①治療医としての注意義務とは異なり、直接に患者に対する注意義務ではなく、職制の下で業務分担に基づいて下位者が作業を行う際に過誤を犯さないように監督すべき義務に属するものであるように思われる。

したがって、最高裁の決定は、科長の注意義務について、自身の注意義務と部下に対する監督義務の双方を認めものである。医行為の危険性を段階的に分析し、危険をコントロールするために、現行の業務分担が実質的な合理性があるかどうかによって自身の注意義務の有無を判断し、

¹⁶¹ 甲斐・前掲注（68）210 頁。

さらに下位者に対する監督義務があるかどうかを判断するというアプローチを示しているという点で、本決定は重要な意義を持っているであろう。

第3節 小括

医師と看護師の連携において、まず、医師が看護師の作業に関与する範囲は、看護師が診療の補助を行う場合に限るべきである。具体的に、看護師に対する医師の注意義務は、指示義務、医学的指導義務、点検確認義務に分類することができる。そのうち、医師の指示は、診療の補助の前提となり、指示過失の判断で事後的結果回避可能性を重視すべきである。医師の監督は、看護師が過誤を犯さないように行われる危険の制御手段であるため、医師の監督義務の有無とその程度は、診療補助行為自体のリスクと起こりうる過誤の種類とその発生頻度を合わせて考慮しなければならない。点検確認義務は、看護師が診療の補助の範疇を超えた絶対的医行為を行う際に、医師が負う注意義務である。また、医師と看護師が共同して作業を行う場合に、医師に課される注意義務は医師自身の注意義務か、監督義務かについては、危険防止の観点から、業務分担関係には実質的な合理性があるかどうかによって判断すべきである。よって、医師と看護師の連携において、過誤を防止するために両者が負う重疊的な点検確認義務は、医師自身の注意義務と解すべきである。

上下関係にある医師間の連携において、まず、研修医の医行為に対する指導医の「許可」と看護師の診療の補助に対する医師の「指示」とは同じ性質のものであり、どちらも下位者の行為の開始要件として捉えるべきである。そして、研修医にとっても、医師免許を取得し、医師としての基本的な注意義務を負うため、指導医の監督過失の成否については、慎重に判断すべきである。また、上下関係にある複数の医師が共同して作業を行う場合には、下位医の専門性と診療の難易度を合わせて、上位医師の注意義務の有無とその性質を判断すべきである。

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

本稿の第1章は、垂直的な分業関係の下で、関係者の過失判断に関する諸問題を検討してきた。本章は、水平的な分業関係の下で、関係者の過失責任のあり方について検討を加える。

まず、明確しなければならないのは、「水平的な分業関係」の定義である。水平的な分業関係とは、ある特定の作業が行われる際に、関与者の職位の上下を問わず、各関与者は、互いに指示・監督を受けずに、独立して職責を果たすことができるような分業関係を意味する。ゆえに、同職種間、異なる専門医間、医師と薬剤師の間には水平的な分業関係があることは言うまでもなく、医師と看護師の間にも、水平的な分業関係がある余地が残される（指示・監督関係のない場合の協業）。

水平的な分業関係のもとで、複数の過失によって1つの結果を発生させた場合に、行為者の過失が同時的・並列的に競合する並列型の過失競合と、時間の流れの中で時点を異にして数人の過失が重なり合って結果を発生させる直列型の過失競合がありうる¹⁶²。対等な関係にあった行為者の過失が並列的に競合する場合は、過失の判断は比較的容易であり、問題となるのは、これらの関与者は、過失の同時犯か過失犯の共同正犯かということである。この問題に対する検討は他章に譲る。ここでは、水平的な分業関係のもとで、引き継ぎ作業における直列型の過失競合に関する議論を中心にして検討する。

今日の医療体制、とりわけ大規模な医療施設では、引き継ぎ作業が多い。このような引き継ぎ作業が行われる場合、一般に、時間の流れの中で時点を異にして数人の過失が重なり合って結果を発生させる¹⁶³。つまり、引き継ぎ作業において、医療従事者らが、それぞれ同一患者に対して、異なる作業を担当する場合や同一作業の異なる行程を担当する場合、または、時間の前後に同じ行程を担当する場合に、後任者が前任者の作業を点検・確認しないまま、漫然と信じることで事故を発生させることが一般的である。引き継ぎ作業で起こりうる事故は、(i) 最初の行為者の過失がなければ、その後の過失も生じなかった点、(ii) 作業を引き継ぐ際に、後任者が前任者の作業を点検してその安全性を確認しなかった点、(iii) 各関与者の誰かが適切に対処していれば、最悪の結果は回避できた点に特徴がある。

このよう事故は、患者に近づくにつれて危険が増大していくという「スノーボール・モデル」で説明することができる¹⁶⁴。すなわち、一連のプロセスの最初に作業をするスタッフが過誤を犯したときに、二番目のスタッフが引き継ぎ作業を行う過程でこの過誤を発見できれば危険を防止できるが、発見に失敗して最初のスタッフが創出した危険よりもより大きな危険を次のスタッフに向けて送り出し、このように、作業が継続されるうちに、危険の雪玉はドンドンと積もっていき、最後の大きな雪玉により、事故を発生させる¹⁶⁵。

¹⁶² 競合態様の分類については、西原・前掲注(152)3頁以下参照。

¹⁶³ 日山恵美「エタノール誤注入と看護師の責任」宇都木伸ほか(編)別冊ジュリスト『医事法判例百選』(2006)227頁参照。

¹⁶⁴ 山内=山内・前掲注(17)114頁。

¹⁶⁵ 山内=山内・前掲注(17)114頁、甲斐克則「医療事故の法的処理とリスクマネジメント：刑法・医事法の視点から」日本医療・病院管理学会誌48巻2号(2011)47頁以下。

また、このような事故の発生メカニズムを説明しようとするものとして、ジェームズ・リーズン (James Reason) が「スイスチーズ・モデル」が提唱されている¹⁶⁶。「スイスチーズ・モデル」とは、「あるスタッフや機械が危険を発生させたとき、階層的な防護（人や設備）によってそれが事故になるのを防いでいるが、防護は完璧ではないので、チーズの穴（防護が不十分な箇所）がたまたま重なったところをその危険がくぐり抜けた場合に事故が生じるというもので」ある¹⁶⁷。つまり、「スライスされた 1 枚 1 枚のチーズを 1 人のスタッフと考えれば、何人か集まれば少なくともそこに開けられた小さなミスは誰かが防いでくれるというわけである。ところが、事故の軌跡であるこの大きな矢印が示すように、これだけの専門の人間がいながら大きなミス全員が見逃すことがときおりある」¹⁶⁸。

引き継ぎ作業により結果が発生した場合に、直近過失一個説に立ち、偶然に最後に業務を行う者のみが全ての刑事責任を負うことは妥当でないとし、関与者のすべてを正犯（単独正犯）とすることが通常である。しかし、3人以上の行為者が関与していた場合、あるいは、比較的複雑な因果連鎖があった場合においては、責任を負うべき者をどのような基準に基づいて特定すべきかについて、議論が十分ではない。そして、このようなチーム作業の場合、「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」¹⁶⁹おり、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傾向にあり、責任を限定する理論も検討すべきである。また、水平的分業は、さらに分業の基礎はそれぞれの専門的知識かどうかにより、同職種間の連携と専門職間の連携の場合に分けることができる。分業の基礎の異同は過失の判断にどのような影響を与えるかを議論することも重要である。以下では、同職種の引き継ぎ作業と異職種の引き継ぎ作業を分けて、それぞれにおける過失の判断及び責任の限定について検討を加える。

第 2 節 同職種間の連携

一人の患者に対して、複数の看護師が交替勤務制のもとで役割を分担して看護が行われている。例えば、血液凝固防止剤を患者に投与するにあたり、看護師 X が誤った薬剤を準備したが、引き継いだ看護師 Y が薬剤の品名を確認せず、誤った薬剤を患者に注入したことにより患者を死亡させたという事案（東京地判平成 12 年 12 月 27 日判時 1771 号 168 頁）は、交替勤

¹⁶⁶ James Reason, *Human Error*, Cambridge University Press, 1990.P.208, *Managing the Risks of Organizational Accident*, Ashgate Publishing Limited, 1997.P.11-12, P.17.

¹⁶⁷ 山内=山内・前掲注（17）113 頁。

¹⁶⁸ 甲斐・前掲注（165）47 頁以下。

¹⁶⁹ 甲斐・前掲注（68）112 頁。

務制のもとで発生したものである。また、下記の【事例10】京大病院エタノール事件（大阪高判平成16年7月7日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』590頁）のような3人以上が引き継ぎ作業を行う際に結果を発生させた事案もある。

（事実の概要）病院に勤務する看護師である被告人Xが、平成12年2月28日午後5時30分ころ、入院中の患者に装着された人工呼吸器の加温加湿器に滅菌精製水を補充しようとするにあたり、滅菌精製水の入ったポリ容器であると誤認して消毒用エタノールが入ったポリ容器を病室に運び込んで備え置いた上、同日午後6時ころから同月29日午前7時ころまでの間、加湿器のチャンバー内に滅菌精製水を補充しようとした際、被告人Xが準備した上記のポリ容器内から消毒用エタノール合計約300ミリリットルを取り出して、上記のチャンバー内に注入して補充した。次いで同月28日午後9時ころから同年3月1日午後11時ころまでの間、同患者の看護を担当したAら看護師4名をして、上記ポリ容器内から消毒用エタノール合計約870ミリリットルを取り出して上記のチャンバー内に注入して補充させ、よって、約53時間にわたって気化したエタノールを患者に吸入させ、同患者を死亡させたというものである。第一審（京都地判平成15年11月10日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』587頁）は、看護師Xを禁錮10月、3年間の執行猶予に処したが、これに対してXが控訴し、控訴審はこれを棄却した。

本件は、交替制のチーム医療として行われる看護体制のもとで、複数人の過失が時間の前後に従って累積的に重なったことによって結果を発生させた事件である。本件の争点は、複数の過失の介入によって最初の行為者の過失と結果との間の因果関係は中断されるか、または最初の行為者の過失から誘発された後任者らの過失をどのように評価すべきかというものである。

I. 前任者である被告人の刑事責任

被告人Xの過失行為は、薬剤等の取り扱いに際してポリ容器に記載された薬剤名のラベルを確認すべき業務上の注意義務を怠り、消毒用エタノール入りポリタンクを滅菌精製水入りポリタンクと軽信して被害者の病室に運び込んで備え置いた上、自ら10回にわたり合計300ミリリットルの消毒用エタノールを注入して補充した行為である。同人の過失行為と死亡結果との間には、他の看護師の行為が介入した。ここで検討すべき問題は、このような「介在事情」の存在によって、本件結果を被告人に帰属することを否定できるかどうかというものである。

被告人Xと同様に、Aら看護師4名にも、薬剤の取扱いに際して、ポリ容器に記載された薬剤名のラベルを確認すべき業務上の注意義務があり、Aら看護師4名が確認しなかったまま注入作業を行ったことは上記注意義務に対する違反といえる。これを理由に、第一審判決（量刑の理由）は、「引き継いだ看護師4名の誤注入行為を被告人の過失とすることはできない」とされ、同時に、被告人の過失と引き継いだ看護師らの過失との間には、前者が後者を誘発した関係があると認定した。しかし、ここで判示された「誘発」は、具体的にどのような意味を持っているかが明らかではない。

本件において、被告人が消毒用エタノールの入ったポリ容器を病室内の所定の位置に備え置いたことによって、気化したエタノールを被害者に吸入させるという許されない危険を創出したと評価できる。それゆえ、問題となるのは、引き継いだ看護師らの誤注入行為による危険の増大と結果の実現は、被告人が設定した因果のプロセスに従ったものか否かというものである。本件病棟三階において、安全確認体制が完備されておらず、また、本件滅菌精製水のポリ容器と消毒用エタノールのポリ容器の形状が類似性の高いものであったことを考慮すれば、前任者である被告人が既に必要な薬剤を所定の位置に置いていたため、被告人の申し送りを受けて引き継いだ看護師らが注入作業を行う際に、被告人への信頼に基づいて点検・確認作業をやめてしまい、上記消毒用エタノールを滅菌精製水と勘違いして、誤注入行為を行う可能性が高いといえる。このような状況にあった場合、後任者である看護師らの過失が、前任者である被告人の過失に起因するものであり、気化したエタノールを吸入させ続けることで被害者を死亡させるという結果の発生は、被告人が設定した因果のプロセスに従ったものであると評価できる。

被告人の準備行為ないし注入行為だけでは結果を惹起し得ない。しかも、「これら4名が注意義務を尽くしていれば、被害者に対して約53時間にもわたってエタノールを吸入させ続けることはなかったはずであり、被害者が死亡するには至らなかった可能性もある」としても、被告人の準備行為に基づいて行われた後任者の行為は、被告人が創出した危険性を上回り、当初の被告人の行為による危険性を質的に転換させなかったため、本件結果は、被告人の行為による危険が結果として現実化したものと評価できる。したがって、本件において、被告人の過失行為に最後の結果を発生させ得る程度の危険が含まれないとしても、被告人の過失責任を認めるべきである。

II. 引き継いだ看護師4名の刑事責任

本件では、被告人Xのみが起訴されたが、前述したように、看護師4名も同一注意義務に違反して、過失があったと評価できる。なぜなら、他人がすでに薬剤を準備したことを理由に、注入作業を行う4名の看護師が注意義務を免れるわけではないからである。したがって、同一の内容を有する注意義務に違反した4名の看護師の行為は、結果に向かう同一の因果の流れにあったものであるにもかかわらず、被告人のみが起訴されたことは適切なのかについて、なお検討を要する。

本件判決は、刑事責任は被告人Xに限定されることはいかなる理由があるかを明示していないが、4名の看護師において、「注入の際にもこれが滅菌精製水であることを確認すべき」義務があつて、「これを怠った過失がある」と述べている。また、4名の看護師にも過失があること

を理由に原判決の量刑は不当であるという被告人 X の主張を、裁判所は、以下の理由により否定した。

(i) 「これらの4名の過失は、被告人が病室の所定の位置に備え置いた前記エタノール入りポリ容器を見てこれが滅菌精製水であると思込み、注入の際に同容器のラベル等を見て確認することを怠ったというものであ」ったが、被告人の過失がなければ生じることのなかった過失である。

(ii) 「これら4名の過失と被害者の死亡との因果関係には疑問がある（特に、比較的遅い段階で関与した看護師については、既に被害者の血中アルコール濃度が致死量に達していた可能性が高い。）」。

(i) により、本判決は被告人 X の過失が4名看護師の過失を誘発したという第一審の判断を是認したことが窺われ、(ii) により、本判決は因果関係の立証がないことを理由に、4名看護師の過失を否定したことが窺われる。

本件では、被告人の過失と結果の間に、4名の看護師の過失が時系列としては前後に従って累積的に重なり、4名の過失が被告人が最初に設定した結果に向かった因果の流れにあったものであるが、どの時点で被害者の血中アルコール濃度が致死量に達したかを証明できない場合には、確かに、比較的遅い段階で関与した看護師の過失と結果との間の因果関係に合理的疑いが残されるといえる。しかし、4名の看護師の過失行為と結果の間の因果関係を証明できれば、これらの者は前任者 X と同じく罪責を問うのが問題となりうる。

この問題に答える前に、まず、分業が行われる際に、各関与者の責任分配は自分の役割分担に応じてすればよいか、それとも、他の関与者の作業について注意を払うべきかという問題への検討に戻らなければならない。確かに、各関与者は、常に互いの作業につき細部にわたってまで確認すれば、作業効率を著しく低下させ、分業の意味がなくなり、本来の目的が果たせないようになる。しかし、分業の成立は、当該作業に内包される典型的危険をコントロールできることを前提とし、本件のような簡単なチェックさえすれば結果を防止できる場合には、他の関与者の作業についてまで注意義務を負うとすることが可能かつ必要である¹⁷⁰。特に、交替制の分業体制のもので、共同作業について、関与者の作業の順序や内容は、ある程度のランダム性を持っている。言い換えると、交替制の分業体制における各関与者は、各自の専門性に基づいて分業・協業するのではなく、それぞれの立場は同じく、かついつでも互いに交換することが可能である。このような分業体制においてであれば、分業というより、協業は目的というべきであり、つまり、チームの構成員は、共同で結果を回避するために努力すべきである。

上記の観点を踏まえると、本件において、看護師らは、三交替制で勤務しており、勤務が開始する前に、前任者からの申し送りを受け、加湿器のチャンバー内に滅菌精製水の補充を引き継いだ看護師らのいずれも前任者（被告人）が準備した薬剤の種類を確認すべき義務を負うと考えら

¹⁷⁰ 小名木明宏「判批」判例時報 1818号（2003）215頁以下。

れる。また、本件滅菌精製水のポリ容器と消毒用エタノールのポリ容器とは、その形状が非常によく似ており、そのラベルには内容物が明確に記載されているものの、注ぎ口を手前にして置くとラベルが側面になって見えなくなる上に、ラベル以外に内容物を示す記載はなかったことに鑑みると、当時は薬剤の取り違えの起きやすい状況にあったが、その点検・確認義務の履行は、非常に簡単なものであるため、患者の安全確保のために、多層的な点検・確認義務が求められることは当然である。

しかし、同一の注意義務が課される各看護師をすべて正犯とすべきかが別の問題である¹⁷¹。前述したように、過失犯の正犯性の判断は、合義務的な行為の履行は、法益保護に有効であるかどうかに基づいて行われ、行為者の地位や役割によって有効性の程度が異なる。このように考えれば、被告人が正しい滅菌精製水を用意して指定された場所に配置していれば、引き継いだ看護師らの過誤を誘発した上、本件消毒用エタノールを注入して気化したエタノールを被害者に吸入させ、死亡させたという結果を完全に防ぐことができるのであり、因果の経過を実質的に支配していたと評価できる。それゆえ、被告人は正犯として結果帰属されるべきである。

ところが、本件において、消毒用エタノールの量の累積過程があり、その過程で、結果が軽傷から重傷、死亡へ変化しており、どの段階で関与した看護師を正犯とすべきであるかは判断しがたい。しかし、これらの実行行為は単なる誤注入行為ではなく、ポリ容器に記載された薬剤名のラベルを確認すべき業務上の注意義務に違反してなされた誤注入行為であり、本稿のいわゆる「作為義務に違反した作為犯」に当たる。それゆえ、正犯性の有無を検討する際に、各人の作為行為が結果にどれだけ寄与していたかではなく、それぞれの義務違反が死亡に至る因果経過にいかなる支配力を有していたかに着目すべきである。

本件の看護チームの構成員である各看護師にとって、自分が担当する作業を行う前に、上記注意義務を履行することは、自分が利用した前任者の作業をダブルチェックすることができるのみならず、これから注入作業を担当する看護師の誤注入を防止することもできる。これらの看護師が法によって期待された作為に出ていたならば、すでに発生している因果の流れを中断し、死亡の結果に至らないといえるため、致死量に直接的な寄与をした看護師だけではなく、損害を増悪させる看護師を含む関与者の過失行為も、因果経過を実質的に支配していると評価できる。そのため、致死量に達する前に関与した看護師のいずれも業務上過失致死罪の正犯として刑事責任を問うべきである。

第3節 専門職間の連携

¹⁷¹ ここでの検討は、過失犯の単独正犯という意味での正犯性を対象としていることに留意すべきである。

上記のような看護師らが1人の患者に対して同一の作業の異なる行程を分担して共同で看護作業を行うことは、同職種間の連携の典型である。それと異なり、専門職間の連携においては分業・協業の基礎はそれぞれの専門性にあることは特徴的である。そこで、専門職間の連携において、医療従事者の個人の過失のあり方や関与者間の責任分配はどうなるかについて、(i) 薬剤師、事務員と看護師間の連携の場合及び(ii) 手術チームのような多職種の多層の連携が関わる場合を分けて検討を加える。ここでは、(i) の事例として3%ヌペルカイン事件を、また(ii) の事例として、横浜市大病院患者取り違え事件を考察の対象とする。

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—

注射の場合には、医師が処方せんを発行し、看護師がこの処方せんに沿って薬剤を用意し、さらに患者にこの薬剤を注入するという引き継ぎ作業が多くみられる。実際に、指示を出す医師とそれを受けて診療補助行為を行う看護師だけではなく、その過程で、薬剤を調剤する薬剤師、薬剤を各科の看護師に交付する事務員、薬剤部から薬剤を各科に運んだ看護師も関与する。それゆえ、前任者が過誤を犯し、後任者は前任者の過誤を発見せず、危険を維持または増大させ、最後に患者にその危険を実現する場合があります。ここでは、【事例11】3%ヌペルカイン事件¹⁷²（最判昭和28年12月22日刑集7巻13号2608頁）を素材として分析を展開しておきたい。

（事実の概要）薬剤師である被告人Xは、劇薬である3%ヌペルカイン溶液を調製する際、薬事法に違反して、赤枠赤字をもって品名及び「劇」の字を記載した標示紙を貼付し且つ他の物と区別して貯蔵又は陳列して他薬との混同誤認を生じないよう措置をせず、同時製剤の葡萄糖注射液とともに同型同大の容器に詰めて同様の封緘を為し、単に葡萄糖注射液に施したと同様の青枠白地の用紙に青インクをもって「3%ヌペルカイン」と記入したのみの標示紙を容器の右同様部位に貼付した。

その後、薬剤師の業務を補助し各科看護師に対する葡萄糖などの注射液引渡の事務を担当していた事務員Yが其の事務遂行に必要な葡萄糖注射液の容器を求めて右滅菌器の中を窺い在中の100cc入コルベン容器を全部葡萄糖注射液と信じたため一括これを取り出して普通薬を貯蔵する製剤室薬品棚に納めもつて右ヌペルカイン入容器を他薬の葡萄糖注射液の容器などと共に混蔵せしめるに至ったのである

¹⁷² 本件評釈として、石井トク「看護婦静脈注射薬品過誤事件」唄孝一ほか（編）別冊ジュリスト『医療過誤判例百選〔第2版〕』（1996）60頁以下、阿部純二「他人の過失の競合と因果関係」平野龍一（編）別冊ジュリスト『刑法判例百選I総論』（1978）52頁以下、同・「他人の行為の介入と因果関係（2）」平野龍一＝松尾浩也（編）別冊ジュリスト『刑法判例百選I総論〔第2版〕』（1984）44頁以下、井田良「3%ヌペルカイト事件」宇都木伸ほか（編）別冊ジュリスト『医事法判例百選』（2006）160頁以下、辰井聡子「国立鯖江病院事件：3%ヌペルカイン事件」甲斐克則＝手嶋豊（編）別冊ジュリスト『医事法判例百選〔第2版〕』（2014）138頁以下参照。

が、被告人 X は右滅菌器に他薬と混入してヌペルカインの 3% 溶液を滅菌して置いたことを不注意にも忘却しており、右 Y の行為を現認しながら同人に対しその労を謝するのみで何ら右劇薬が他薬と混在して陳列せらるること特に容器、標紙、封緘、及び内容液の外観が全く同一である葡萄糖液と混在することの危険に想到することなく、漫然 Y 被告の右過失行為を看却すると共に右ヌペルカイン容器を所定の劇薬格納場所に蔵置する措置を忘失し、よって Y において右ヌペルカイン容器を葡萄糖注射液と誤信したまま、同日午前、病棟看護師 A に対しこれを葡萄糖注射薬として交付した。

A もこれを葡萄糖注射液と誤信して、何ら劇薬ヌペルカインを必要とせず又その取扱の例のない内科病棟処置室に持ち運び、看護師等により注射液の充薬などに共用せられる同室処置台の上に置いた。その後、A が内科病棟処置室の処置台のところへ立ち戻り、注射器に詰めようとして偶々右容器の品名に気づき、それが 3% ヌペルカインであることを知ったが、内科病棟処置室の処置台にかような劇薬が存することを不審に思う余り、自己が誤って持参した事実にも想到せず、「ああこんなものどうしたんだろう、レントゲンの気管透視にでも使うのか」と思いそのまま処置台の隅に片寄せたのみで放置した。

続いて、主治医の指示により其の処方箋に基づく葡萄糖注射を為すに当たる Z 被告看護師はその外観により同様これを葡萄糖注射液と誤認し 20cc 注射器 3 本に詰めてその内の 2 本を看護師 B と共に一本宛携行して病棟内受持病室に到り各自入院患者 C と D に対しその静脈血管内に注射したために右両名をヌペルカイン中毒により死に致したというものである。

第一審（福井地裁武生支判昭和 26 年 12 月 12 日刑集 7 卷 13 号 2629 頁）は、看護師 Z に対して禁錮 10 月を言い渡し、薬剤師 X と事務員 Y に対して無罪を言い渡した。控訴審（名古屋高裁金沢支判昭和 27 年 6 月 13 日刑集 7 卷 13 号 2634 頁）は第一審の判決を一部破棄し、薬剤師 X と事務員 Y に有罪を言い渡した。その後、薬剤師 X と事務員 Y は上告したが、上告を棄却した。

本件は、薬剤師、事務員、看護師間の引き継ぎ作業において、複数の過失が重畳的に競合して結果を生じさせた事案であり、各関与者の誰かが「結果回避義務を履行してさえいれば、結果が発生することはなかった」¹⁷³という特徴がある。以下では、先行者 X・Y の過失行為と結果の間に因果関係があるか否か、また、各関与者の行為が正犯性を有するものか否かを順に検討する。

I. 因果関係の有無

本件において、争点の 1 つは、牽連している複数の過失が競合して結果を生じさせた場合の因果関係である。とりわけ、薬剤師 X・Y の過失行為と結果を直接に惹起した看護師 Z の過失行為の間に、なお看護師 A の行為が介在したため、因果関係の判断は困難である。

第一審判決は、薬剤部における被告人 X・Y を無罪と認定し、直接過失者である看護師 Z のみが業務上過失致死罪の罪責を負うと認定した。そのうち、Y の過失行為は、注射液を運んだ看護師 A の確認行為によって補足され是正されるとし、被告人 Z による死亡結果とは相当因果関係を欠くものとして、被告人両名を無罪にした。第一審判決が述べている、Y の過失行為は看護師 A の確認行為によって補足され是正されるということは、看護師 A の確認行為が、Y が創出

¹⁷³ 井田・前掲注（172）161 頁。

した「3%ヌペルカインを葡萄糖注射液として患者に注射する」危険を解消したことを意味せず、同確認行為により、薬剤の取り扱いに関する責任が、薬剤部から看護師 A のに移ったと理解すべきである。言い換えると、看護師 A の確認行為によって、被告人 X・Y の過失行為と結果の因果関係は切れ、あらためて新たな因果の系列を開始した¹⁷⁴。

第一審判決に対し、控訴審においては、看護師 A の確認行為は、先行者の「過失行為の発展の危険を更に過失によって維持増大させしめたもの」であるとして、被告人 X・Y の過失行為と結果の間の因果関係を肯定し、両者についても業務上過失致死罪が成立するとされている。最高裁は、控訴審の判断は正当として上告を棄却した。

介入事情の異常性により因果経過を中断することと異なるが、「補足・是正」も因果関係の「遮断・中断」の一場面であるため、第一審判決は、因果関係の中断を理由に X・Y の責任を免除したと解することが一般的である¹⁷⁵。また、客観的帰属論の文脈で理解すれば、第一審判決は、薬剤の取り扱いに関する責任は看護師 A の「答責領域」に属し、構成要件の保護目的がこの種類の結果を含まないとして、当該結果を X・Y に帰属させることができないと判断したともいえる。すなわち、「答責領域」の理論から、「特定の職務に従事する者が、その権限の範囲内で、第三者が干渉してはならないような、危険源の除去、および監視のための管轄を有している」こととなり、当該「職務従事者の侵害行為によって惹起される結果につき、最初の惹起者がその責めを免除される」¹⁷⁶。

しかし、後述のように、A の行為は X と Y が創出した危険性を減少させるものではなかった。また、答責領域の変わりによる帰属阻却も妥当でない。なぜなら、答責領域の変わりを理由に帰属を阻却するためには、少なくとも結果防止に、複数の注意義務履行が必要ではないことが前提であるからである。本件のような引き継ぎ作業の場合には、製剤と投薬の分業体制のもとで、薬剤師の製剤は、そもそも投薬のために存在するものであり、事務員の業務は薬剤師の仕事を補助して、薬剤を各科の看護師に交付することを内容として、そもそも製剤と投薬をつなぐような役割を担っているものである。そのため、薬剤師や事務員にとっては、誤った薬剤を患者に投与しないために、自分の役割内に深く注意を払うべきであり、そして薬剤師や事務員は、調剤や交付の段階で過誤があれば患者に危険をもたらすことを予見できる。したがって、本件のような結果を回避するために、後任者の注意義務履行だけではなく、薬剤師と事務員の注意義務履行も要請される。調剤行為と投薬行為の間に、関与者らの役割分担が明確になされているとして

¹⁷⁴ 甲斐克則「過失犯と因果関係」Law & Practice 5号(2011)228頁以下、阿部・前掲注(172)53頁。

¹⁷⁵ 内田文昭『刑法における過失共働の理論』(有斐閣・1973)129頁。

¹⁷⁶ クラウス・ロクシン著、山口敬一監訳『ロクシン刑法総論 第1巻「基礎・犯罪論の構造」〔第4版〕「翻訳第1分冊」』(信山社・2019)541頁。

も、決してそれだけで答責領域をはっきり定めてはならず、第一審の判断はやはり妥当でないと考えられる。

それとは別に、X・Yの過失行為と結果の間に、「原因—結果」という関係の有無を判断するにあたって、直接に結果を惹起した看護師Zの過失行為が介在事情として因果関係を中断したかどうかを検討すべきである。それについて、X・Yの過失行為と結果の間に看護師Zの過失行為が介在したことで相当因果関係が否定されるとする見解があるが¹⁷⁷、最高裁の判断を支持する見解もある¹⁷⁸。

因果関係の中断は、独立した新たな因果のアクセスを創設したという点に答責領域の変わりとも共通しているが、ここで重要なのは、看護師Zの過失行為が異常性の高いものであるか否かということであろう。介在事情の異常性は、単にこれが重大な過失に基づく行為であったかどうかによって判断してはならず、当該行為者の過失行為が発生した状況、その状況の存在が先行者の過失行為によって引き起こされたかどうかを総合的に分析し、これらの事情を踏まえ、その過失行為と先行者の過失行為との関係性を究明することで行われるべきである。本件において、看護師Zの行為は、看護師Aの行為に密接し、Aは看護師の共用の処置台に劇薬が置かれていることを発見した際、結果を防ぐことができる十分な対策をとらず、単にそれを隅に置いただけである。確かに、看護師Zは、容器のラベルを注意深く確認すれば、その薬剤が葡萄糖注射液でないことをすぐに発見できたことは事実である。しかし、薬剤師Xの薬事法に違反する過失行為、事務員Yの誤交付行為、看護師Aが確認せずに受け取り、本件処置台に配置する行為が重なることで、看護師Zが過誤を起こしやすい状況に置かれたことも否定しがたい。だからこそ、このような状況にあった看護師Zの過失行為は、先行者らの行為と強い関連性があり、異常な介在事情とはいえないため、これによって結果を惹起したとき、この結果を先行者らの行為に帰属することができよう。

II. 正犯性の判断

1. 結果回避義務の内容

過失犯においては、合義務的な行為の有効性によって正犯性を判断すべきであるという本稿の立場によれば、正犯性を検討する前に、まず、各関与者が負う結果回避義務とその違反の有無を明確しなければならない。本件は、前記【事例10】と同様に、時間の前後に各自の作業を行うという事実があったが、【事例10】においては各関与者の注意義務の内容が同一であるのに対

¹⁷⁷ 井上正治『判例にあらわれた過失犯の理論』（酒井書店・1959）34頁。

¹⁷⁸ 大塚・前掲注（9）19頁、井田・前掲注（172）161頁、辰井・前掲注（172）139頁。

し、本件における各関与者の職務が異なり、各々に課される具体的な結果回避義務の内容も異なる。

具体的に、薬剤師 X については、薬事法に照らして、「外見上一見してそれと判明し得るよう他薬と紛れ易い容器を避け又、容器には薬事法の要求に従い赤枠赤字を以て品名及び『劇』の字を記載した標示紙を貼付し且つ他の物と区別して貯蔵又は陳列して他薬との混同誤認を生じないように注意する業務上の義務がある。事務員 Y については、要求を受けて薬品を引き渡す際に、その薬品に相違ないかを確認する義務を負う。看護師 Z については、注射を行うにあたり、その薬品の容器に貼付している標示紙などを確認し、医師が指示した薬品であるかを調べる義務を負う。

なぜそのような違いがあったかという点、【事例 10】では、1 人の患者の看護のために複数の看護師がチームを組んで、各看護師の介入時間に差があったものの、この差はランダムなものであり、各人が自分の勤務時間中に同じ作業の各行程を担当することが可能であり、とりわけ当該事案のように長時間の作業が行われる場合には、同じ行程を複数人で担当する可能性もある。だからこそ、同一作業が行われる際に、薬剤を準備した看護師であっても、薬剤を注入した看護師であっても、誤った薬剤を患者に吸入させて死亡させたという結果を回避するために、共同作業員全員に内容が同一の義務が課せられることが十分にありうる。

それに対し、協力関係の基礎は、それぞれの専門的知識である場合には、分担した業務が質的に異なる各関与者が、それぞれ掌握している危険情報も異なり、結果を防止するために課される結果回避義務の内容も異なるはずである。このような「水平的な分業においては、組織の各構成員は、原則として対等・独立・自己責任主義の関係にあり」¹⁷⁹、「補完的機能において協力」¹⁸⁰し合う。つまり、「自己の担当部分から生じるべき結果回避は担当者に専属的に課せられるのであって他の関与者は義務を負わないといえ」¹⁸¹。例えば、調剤の専門的知識・技術や薬事法の知悉を必要としていない看護職は、薬剤師の作業に干渉してはならない。同様に、注射の実施に対して、相当の資格を有しない薬剤師も、看護師の作業に干渉することが禁止される。したがって、各関与者は自分の権限範囲内で結果回避義務を履行すれば足り、他人の作業を再確認することは不要かつ不可能である。

しかし、本件薬剤の取り違えは、単純な確認さえすれば結果が回避できるものである。つまり、分業の基礎は異なることにより、それぞれの業務の中核的内容に注意を払う可能性はないが、結果の防止に必要な注意義務の履行が専門的知識や技術を伴わない場合、専門性の異なる者間で共通の注意義務を負う余地がある。したがって、本件の分業において、薬剤師は看護師の注

¹⁷⁹ 山中・前掲注（3）619 頁。

¹⁸⁰ 山中・前掲注（3）626 頁。

¹⁸¹ 橋本正博「過失犯の共同正犯について」研修 743 号（2010）9 頁。

射に干渉することが禁止され、看護師は薬剤師の調剤に干渉することが禁止され、両者が負う注意義務の具体的な内容も異なるが、薬品の取り違えを目的としているという点で両者の注意義務は共通している。

2. 正犯性の判断

以上を踏まえ、正犯性を個別具体的に分析する。

まず、薬剤師 X は、①他の薬を紛れ易い容器を避け、②劇薬への赤枠・赤字をもつて品名及び「劇」の字を記載した標示紙を貼付し、③他の物と区別して貯蔵又は陳列してはじめて合義務行為を行ったといえる。①と②によって少なくとも外見上一見してそれが葡萄糖注射液と異なるものであると判明し得ることになる。よって、③を履行しなくても事務員の過誤を誘発する可能性を大幅に減少させ、事務員の過誤が生じたとしても、看護師 A と看護師 Z の過誤を誘発する可能性を減じることができる。そのため、①～③のいずれも行わなかった薬剤師 X は、業務上過失致死罪の正犯として処罰すべきである。

次に、事務員 Y において、①本件滅菌器の中に置いた 100cc 入コルベン容器を全部葡萄糖注射液と信じたため一括これを取り出して普通薬を貯蔵する製剤室薬品棚に納め、もって 3 % ヌペルカイン入容器を他薬の葡萄糖注射液の容器などとともに混蔵させた行為と、②3 % ヌペルカイン容器を葡萄糖注射液と誤信したまま病棟これを葡萄糖注射薬として看護師 A に交付した行為があった。しかし、3 % ヌペルカインを劇薬の保管場所に定められていた製剤室調剤台の側面扉内に蔵置することは、薬剤師 X の職責であるため、Y の結果回避義務違反行為は、②に求められるべきである。このように、Y が看護師からの交付要求を受けて薬品を引き渡す際に、その薬品に相違ないかを確認する義務を履行すれば、3 % ヌペルカインを、葡萄糖を求めた看護師 A に交付することに至らないというまでもなく、結果発生を防止しうるのも当然であるため、同人も正犯として処罰すべきである。

看護師 Z において、患者に注射を行うにあたり、その薬品の容器に貼付している標示紙などを確認し、医師の指示した薬品であるかを調べる義務を履行すれば、処置台の隅に置いている薬剤は、指示された葡萄糖ではなく、よって被害者らに誤った劇薬を注射して死亡させた結果を直接回避できる。そのため、看護師 Z の行為も正犯性があるものである。

しかし、看護師 A の過失の取り扱いについては疑問がある。看護師 A の業務は、薬剤部と内科病棟をつなぐものであり、本件のように薬剤部に過誤が生じた場合に、看護師 A は、薬剤の品名を確認しないまま薬剤部から受け取り、続いて何ら劇薬ヌペルカインを必要とせず又その取扱の例のない、看護師等により注射液の充薬などに共用される内科病棟処置室の処置台の上に置いたことで、上記過誤がもたらす危険の実現に物理的寄与をした。このような状況に置かれた看

看護師らが高度の蓋然性を持って同薬を葡萄糖として注射器に詰めて患者に注射する。このような事情を考えると、看護師 A は、事務員から薬品を受け取る際に、その薬品は自分が求められた薬品か否かを確認すべき義務があるのに、これを怠った過失があったと考えられる。このように、同じ因果の流れにあった看護師 A の過失行為が他の過失行為と競合して結果を惹起したと評価できるにもかかわらず、何故、同人のみが起訴されなかったかという問題が残る。

まず、看護師 A の事後的行為が危険を解消するに足りるものではないというべきである。看護師 A は、まずは、被告人 Y から受け取った 3 % ヌペルカインを誤って自己の求めた葡萄糖注射液と誤信して、葡萄糖注射液とともにこれを内科病棟処置室の処置台へと運んで置いた。この行為は、被告人 X・Y が創出した危険を増大させたものである。その後、看護師 A は、偶々内科病棟処置室の処置台の上に 3 % ヌペルカインがあったことに気づいたが、自己が誤って持参した事実に想到せず、そのまま処置台の隅に片寄せて放置した。この行為は、刑事過失の判断にどのような意義を有するかが問題となる。この問題を答えるためには、看護師 A が、葡萄糖だと思っていた液体がヌペルカイトであることに気づいたときに、同人に対して、どのような行動が期待されるであろうかを検討しなければならない。

内科病棟処置室の処置台は、病棟患者に対する注射液充薬のために存在するものであり、また、看護師共用の場所であり、処置台上にヌペルカインなどの劇薬が放置された例はまったくない。なお、本件 3 % ヌペルカインは、葡萄糖注射液と同様の容器、同色・同型の標示を具え、無色透明な同一の外観を有するものである。これらの前提条件を考慮に入れると、看護師 A に対して、3 % ヌペルカインが葡萄糖と間違われるないように処置するという行為が期待される。そして、このような合義務行為が行われれば、本件結果発生に至らないことも当然である。

しかし、心理学的観点からは、行為者が、自己の行為による危険であることを認識している場合に初めて適切な結果回避措置を講じることが一般的である。そのような認識をもっていない場合には、疑念が残り、極めて不合理と思われる状況であっても、結果回避のために十分でない措置を講じる場合がありうる。看護師 A は、そのような誤った認識を持っていたからこそ、強毒性のある 3 % ヌペルカイトを薬剤部に持って行って返却するなどの適切な措置をせず、ただそれを処置台の隅に置いていた。もっとも、前述のように、A は、本件内科病棟処置室にヌペルカインなどの劇薬が放置せられた例が絶無であったこと、本件 3 % ヌペルカインは、葡萄糖注射液と同様の容器、同色・同型の標示を備え、無色透明な同一の外観を有していること、劇薬を誤って注射すれば大きな危害が生じることを認識していた。そして十分な注意を払うならば、自己が 3 % ヌペルカイトを処置台に置いた事実を認識できる。そのため、看護師 A は、この劇薬の存在に疑問を持ち、同人に対して少なくとも状況の確認などより適切な措置に出ることが期待されている。

では、看護師 A の行為をどのように評価すべきであろうか。本件について、「切迫した危険がない」という理由によって看護師 A の実行行為性を否定する見解がある¹⁸²。しかし、実行行為性を肯定するためには、法益侵害の切迫性までは必要ではなく、具体的・実質的危険性がある行為は、結果発生への因果経過を支配する力があるかどうかが重要である。法益侵害の切迫性のない行為であっても、このような実質的な支配力があることが可能である。そして、過失行為はすべて注意義務違反行為であるため、実質的な支配力の有無は、法益保護のための合義務的行為の有効性に求められるべきである。

本件において、看護師 A の処置は、（期待される）結果回避措置をとらなかったに等しいものであり、それは被告人 X の過失が創出して被告人 Y の過失によって維持増大させた危険を解消することに足りるものではないのみならず、さらに同行為により看護師 Z の行為を誘発することも通常認識可能であるといえる。したがって、看護師 A は、薬剤を薬剤部から受け取る際に、その品名を確実に確認し、あるいは、看護師の共用の処置台に劇薬が置かれていることを発見した際に、結果を防ぐことができる十分な対策をとれば、本件結果の発生は防止しうるため、同人の過失行為の実行行為性を肯定すべきである。

本件について、「各人の職業的責任を強調することは、直ちに過失犯としての処罰を正当化するものではない。本件の具体的な状況において、それぞれの過誤がしばしば起こりがちなものであること、そして、システムが適切に組み立てられていれば、多少の不注意があっても深刻な事故を回避できたことは否定しがたい。結果の重大性によって必罰主義的に過失犯が運用されるのを避けるためには、こうした事象についてはシステムの装備を特別法により義務づけ、システムの不備により誘発された個人の過失行為の処罰を回避する法運用が考えられてよい」¹⁸³と主張する見解がある。しかし、どのような過失行為が、システムの不備により誘発されたものといえるかが不明であるのみならず、システムの不備はどのように過失の判断とつながるか（構成要件該当、違法性、有責性のうち、どれを阻却するか）も問題となる。そして、システムの装備の重視と個人の職責の強調とは両立しうるし、両立させるべきである。なぜなら、システムの装備は、各関与者の役割と職責を明確にし、関係者間のよいコミュニケーションを図ることにより、危険を減少して、危険を分配して、したがって結果の防止を実現するからである。そのため、システムの安全性向上が当然に要求されるが、これは個人の職責を軽視する理由にはならず、行為者は基本的な注意義務に違反して結果を惹起した場合、システムの不備があっても、過失責任を負う。

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—

¹⁸² 内田文昭『犯罪構成要件該当性の理論』（信山社・1992）373頁以下。

¹⁸³ 辰井・前掲注（172）139頁。

手術チームにおける作業には、同職種間の連携と専門職間の連携のいずれも必要かつ不可欠であるため、分業態勢は一層複雑になる。また、このような場合においては、前記の【事例 10】、【事例 11】のような引き継ぎ作業が常に存在しているのみならず、複数の作業を同時に行っていることも一般的であるため、責任の分配に関する問題は錯綜する。ここでは、【事例 12】横浜市大病院患者取違い事件¹⁸⁴（最決平成 19 年 3 月 26 日刑集 61 卷 2 号 131 頁）を素材とし、手術チームの連携において、過失の判断に関わる諸問題と過失犯からの離脱の可能性を中心に検討を加える。

（事実の概要）A 大学医学部附属病院において、同病棟に入院中の B に対する心臓手術、同じく同病棟に入院中の C に対する肺手術が予定された。病棟看護師である被告人 D は、前記患者兩名を前記病棟から手術室に引き継ぐ際に、手術室の患者受渡窓口において、手術室看護師である被告人 E に対して同患者の氏名が確実に伝えず、さらに、被告人 E も、確認措置を採らなかったから、E において、B を C と、C を B と誤信しながら D からの引き渡しを受けて、「各手術室の介助担当看護師をして前記患者 B を患者 C の手術をする予定の 12 番手術室に、患者 C を患者 B の手術をする予定の 3 番手術室にそれぞれ搬送させ」た。

麻酔医である被告人 F は、3 番手術室において、患者 B に対する心臓手術に関与するに当たり、麻酔導入前に患者の外見的特徴等や問診により患者が B 本人であることを確認する際に、「B さん、おはようございます」などと声をかけ、C からは問い掛けに相応した返事を得ているため、それ以上の確認をせずに麻酔薬を導入した。麻酔導入後において、頭髪の色及び形状、歯の状況、手術室内で実施した検査結果等が、いずれも患者 B のものと相違し、患者の同一性に疑念を抱いたのであるから、同手術室内の他の医師にその旨伝えて確認を求めた上で、なお自ら手術室看護師に指示して病棟に電話をさせ、同病棟から患者 B を手術室に搬送した旨の電話回答を受けたため、3 番手術室内の患者は B であると軽信して患者 C に対する麻酔を継続した。

執刀医である被告人 G は、3 番手術室において、「執刀前に手術室内で実施した経食道心エコー検査において、患者 B に手術を施す理由となった僧帽弁腱索断裂を伴う前尖及び後尖の逸脱が見られず、左心室から左心房への逆流の程度が重度から軽度に変化し、異常であった肺動脈圧も正常であるなど術前検査と著しく異なる検査結果が出ていることを認識したのであるが」、「上記検査結果の著変について患者の同一性確認の手段を全く講ぜず、患 C に対し、同人を患者 B であると誤信したまま僧帽弁形成

¹⁸⁴ 本件評釈として、大塚（裕）・前掲注（73）192 頁以下、平山・前掲注（66）167 頁以下、萩原由美恵「医療過誤と過失犯論（一）」中央学院大学法学論叢 21 卷 1 号（2007）1 頁以下、同「医療過誤と過失犯論（二・完）」中央学院大学法学論叢 21 卷 2 号（2008）27 頁以下、北川佳世子「刑事医療過誤と過失の競合」年報医事法学 23 号（2008）102 頁以下、照沼・前掲注（74）26 頁以下、甲斐克則「医療事故と過失の競合：横浜市大患者取違い事件最高裁決定を契機として」刑事法ジャーナル 12 号（2008）53 頁以下、同「医療過誤と過失の競合：横浜市大患者取り違い事件最高裁決定」年報医事法学 24 号（2009）132 頁以下、山本紘之「患者を取り違えて手術をした医療事故において麻酔を担当した医師につき麻酔導入前に患者の同一性確認の十分な手立てを採らなかった点及び麻酔導入後患者の同一性に関する疑いが生じた際に確実な確認措置を採らなかった点で過失があるとされた事例」法学新報 14 卷 9・10 号（2008）171 頁以下、緒方あゆみ「チーム医療と過失」同志社法学 60 卷 6 号（2009）451 頁以下、樋口亮介「チーム医療における過失」ジュリスト 1382 号（2009）140 頁以下参照。

の手術を継続するとともに、患者 B の現在する前記 12 番手術室に患者の取り違えを連絡する機会を失わせ」た。

麻酔科医師である被告人 H は、患者 C の術前回診を行い、その容貌、身体等の外見的特徴、手術前の病状等を把握していたが、前記 12 番手術室において、前記患者 C に対する肺手術に関与するに当たり、「麻酔導入前に患者の外見的特徴等や問診により患者が C 本人であることを確認するのはもとより、同手術室内の患者の背中には、心臓疾患患者用の経皮吸収型心疾患治療剤（通称フランドルテープ）が貼付されていた上、既往歴として把握していた脊柱管狭窄症の手術痕が見当たらなかったのだから、患者の同一性に疑念を抱」いていたが、「前記 12 番手術室に搬送された患者 B を、その同一性を十分確認することなく、姓による声掛け等をただで患者 C であると軽信し、前記フランドルテープをはがし、手術痕が見当たらないこと理由を確かめず、患者の同一性に疑問を抱かないまま患者 B に麻酔を導入かつ継続」した。

執刀医である被告人 I は、前記 12 番手術室において前記患者 C に対する手術を施すに当たり、「主治医でもある同被告人自身入室していなかったのだから、患者 C の容貌、身体、剃毛範囲等の外見的特徴、手術前の病状等を把握し、手術室内の患者が上記 C 本人であることを確認して執刀するのはもとより、執刀後においても、手術前には所見として把握していなかった肺気腫が存在し、肺癌と疑われた腫瘤が見あたらないなど術前検査の結果と異なる所見を認識したのである」が、「患者の同一性を確認する措置を採らず、患者 B に対する執刀を開始し、執刀開始後においても、所見の変化に疑問を抱いたものの患者の同一性につき再確認の手段を講じることなく、患者 B を患者 C であると誤信したまま開胸生検の手術を継続」した。

以上の結果、執刀医である被告人 G らにおいて、患者 C に患者 B に行うべき麻酔及び手術を施し、執刀医である被告人 I らにおいて、患者 B に患者 C に行うべき麻酔及び手術を施し、よって、「患者 C に対し、同手術の間麻酔状態に陥らせた上、全治約 5 週間を要する胸骨正中切開、心臓僧帽弁輪形成等の傷害を負わせるとともに、患者 B に対し、同手術の間麻酔状態に陥らせた上、全治約 2 週間を要する右側胸部切創、右肺嚢胞一部切除縫縮、右第 5 肋骨欠損等の傷害を負わせ」た。

以上の事案に対し、執刀医 G、I、麻酔医 F、H、看護師 D、E の 6 名が業務上過失傷害罪で起訴された。第一審（横浜地判平成 13 年 9 月 20 日刑集 61 巻 2 号 149 頁）は、執刀医 G、I、麻酔医 H、看護師 D、E の 5 名につき、業務上過失傷害罪の成立を認め、手術看護師 E に禁錮 1 年、執行猶予 3 年を、その余の被告人 4 名に罰金刑を言い渡した。麻酔医 F につき、同人には、「3 番手術室における患者の取り違えについて業務上の注意義務違反があったとの証明は不十分であり、したがってまた、12 番手術室における傷害についてもその過失責任の証明が不十分である」として、F に対して無罪の判決を言い渡した。これに対し、検察官、被告人側の双方が控訴した。第二審（東京高判平成 15 年 3 月 25 日刑集 61 巻 2 号 214 頁）は、麻酔医 F には麻酔導入前及び導入後における患者の同一性の確認義務に違反した過失があったとして、業務上過失傷害の事実が認められ、上記麻酔医を罰金 25 万円に、その余の被告人 5 名を罰金 50 万円に処した。さらに、これに対し、麻酔医 F が上告しが、最高裁は、有罪の判断を維持し、上告を棄却した。

本件は、手術室入室前、麻酔薬導入前、手術開始前のそれぞれの段階において、患者の取り違えというミスに対し、誰も間違っていないでも他人が気付いてこのミスを防いでくれると思い込んだため、誰も防止措置を採らずに、曖昧さを残したまま作業を進め、結局、各人のミスが重なりあって重大の結果に至ったというものである。

本件において、手術室における医師らの重大な過失が介入していたことで、看護師 2 名の過失行為と結果との間の因果関係が切れるかどうか争われるが、患者の同一性を確認する作業は、

前任者の作業を前提として以後の作業を行うという共同作業であり¹⁸⁵、この場合には、後任者が信頼に基づいて前任者が犯された過誤を看過することは起こりやすいため、相当因果関係説や客観的帰属論のいずれにせよ、医師らに重大な過失があったとしても、因果関係を否定することは妥当でないように思われる¹⁸⁶。ここで関心を持っているのは、どの段階で誰が結果回避義務を負うか、とりわけ麻酔医である F の行為をどのように評価すべきかということである。以下では、それぞれについて順に検討を加える。

I. 注意義務違反の有無

本件各関係者の注意義務について、最高裁は、「医療行為において、対象となる患者の同一性を確認することは、当該医療行為を正当化する大前提であり、医療関係者の初歩的、基本的な注意義務であって、……、手術に関する医師、看護婦等の関係者は、……、各人の職責や持ち場に応じ、重畳的に、それぞれが責任を持って、患者の同一性を確認する義務がある」と指摘している。本件で問題となる結果回避義務違反は、患者の同一性を確認すべき義務の違反であるが、各人の職責や持ち場を画定することは困難である。本件は手術室入室前、麻酔導入前、手術開始前、という3つの段階に大別することができ、そこで、それぞれの段階に関与すべき者を確定することで、各人に結果回避義務違反があったかどうかを判断する。

1. 手術室入室前

患者を手術室看護師に引き渡すことを作業の内容とする病棟看護師 D に対しても、ハッチウェイの手術室側で患者兩名を取り受け作業をする手術看護師 E に対しても、「患者を取り違えず、確実に引き渡し、また、引き受け、各担当手術室看護師に引き渡す」ということは、基本的要求である。また、「手術室交換ホールでは、患者は着衣を取り、半透明の帽子を被り、下半身にタオルケットを掛けられるため、容貌等の個性が失われやすい状況になっており」、手術室に入室する前の方が、患者の同一性確認を行うことはより容易であること、一旦取り違えが生じ、取り違えが気づかれないまま引き継ぐと、誤った手術によって患者に重大な危害を与える可能性が高いことに鑑みると、上記看護師2名に患者の同一性確認義務が課されることは必要不可欠である。

では、看護師2名に結果回避義務違反があったであろうか。手術室に入室する前の段階において、複数の患者を同時に搬運する場合に、患者の引き渡しを順次行うべきであり、病棟看護師が

¹⁸⁵ 大塚（裕）・前掲注（73）192頁。

¹⁸⁶ 異論として、甲斐・前掲注（4）4頁。

手術看護師に患者の氏名を一人ずつ明確に伝えながら、カルテ等資料の引き渡しがなされ、同時に、手術看護師が以上の資料を確認した上、当該患者担当の手術介助看護師にさらに引き渡すべきである。それにもかかわらず、Dは「先にBを渡したことから次の患者Cであることは被告人Eも当然把握しているものと思い、Cをハッチウェイ上から引き渡すにあたり、当該患者がCであることを告げることなく被告人Eに引き渡し」、「上記のとおりカルテ等を当該患者を引き渡して直ぐに引き渡さず、B、Cを連続的に引き渡し、カルテ等も同様連続的に引き渡し、〔中略〕、単に姓のみで特定して当該姓の手術室担当看護婦にカルテ等を引き渡している」。そのため、看護師Dにおいて、結果回避義務違反が認められうる。

看護師Eは、「患者両名のいずれがBであり、Cであるかを確認できない状況にあったことを自覚しているし、また、手術室看護婦では被告人E以外にB、Cと面識のある者もおらず、その確認は一に受入れを担当している被告人Eの確認にかかっていることも把握している」が、Dから患者両名を引き受ける際に、D曖昧に質問して、Bを受け取った後、「Dに対し、先に次の患者の引渡しをするよう指示して、患者とカルテの同時的送り込みによる患者取り違い防止の機会をも失わせ、さらに、Cを受け取る際に、被告人Dにその氏名を確認もしていない」。そのため、看護師Eにおいても結果回避義務違反は肯定できる。

2. 麻酔導入前

手術室に入室する前に、看護師らによって患者の同一性確認を行うことはより容易であるのに、手術室に搬入された後においても、患者取り違えの発生が生じる可能性があり、一旦取り違えが生じ、取り違えが気づかれぬまま引き継ぐと、誤った手術によって患者に重大な危害を与える可能性があることに鑑み、手術室内の医師らに対しても、患者の同一性確認を行うことが期待される。ところが、手術チームにおける分業・協業は、各関与者それぞれの専門性に基づくものを中心とし、異なる専門分野の医師が異なる時点で関与することがありうるため、これらの関与者の確認義務は段階的に認めるのか、それとも手術の行程を問わず、全過程に認めうるのかについて検討を加えることが必要であろう。

(i) 麻酔医の注意義務違反の有無

まず麻酔導入前の段階において、麻酔医と執刀医に同一性確認義務があるか否かをそれぞれに検討する。

麻酔医において、麻酔薬を導入する際に、誤った患者に麻酔薬を導入することを回避するために、「麻酔を施そうとする患者が、麻酔、手術を予定された当該患者であるかどうかの確認をしてから麻酔を施すべき注意義務がある」ことは当然である。

3番手術室の麻酔医 F は、手術室に入室した後、手術台に仰臥していた C を見て、麻酔導入前に、「C に対し『B さんおはようございます。金曜日にお会いした麻酔科の F です。』」などと声を掛けたのをはじめ、前投薬の効果等を確認する必要もあり、何度か B さんと声を掛けたが、C は頷くなどし、B ではないことを主張することはなかった」。なお、F は、「C のまつげを触って反応を見て麻酔が効いていることを確認したが、B の眉毛が黒色であるのに対し、C の眉毛は白色であった」という外見的特徴の違いにも気づかなかった。その後、医師 J によって患者 C に麻酔薬を注射し、同患者を麻酔状態に陥らせた。

上記の事実に対し、第一審判決は、麻酔施用患者の確認について、本件病院に行われている慣行が合理性のあるものと認めた上、外見的特徴について、B と C はそれほど顕著な相違がないため、両者の相違に気づくべきであったということが困難である状況にあったと判示した。それに対し、控訴審判決は、まず、本件病院が行われている患者の同一性確認の方法は不十分であるとした上、麻酔医 F は、「目の前の患者が B かどうかを把握するだけの容貌、身体的特徴を十分に把握することができ」、同人「が意識的に患者の同一性確認に慎重を期していたならば、容易に目の前の患者が B ではないことに気付くことができた」と述べており、麻酔導入前の段階で麻酔医 F の注意義務違反を肯定した。控訴審判決と同様に、最高裁決定でも、本件病院に行われる慣行の妥当性を否定した上、悪しき慣行に従ったことは注意義務の履行をとしてはならないとされている。

この段階で、麻酔医は、通常、声掛けとカルテなどによって患者の同一性を確認するが、患者が高齢者であったり、あるいは緊張の状態であるなどの場合もありうるので、声掛けによる確認が結果の回避に不十分なものであるという控訴審と最高裁の判断に妥当性がある。このように、麻酔施用患者の確認が主としてカルテなどに基づいて行われることになるが、それは前任者である看護師らの確認作業に非常に依存することは確かである。ただし、本件のような看護師らの作業に過失があった場合、麻酔導入前の段階において、患者の状態が術前の評価と異なり、かつこの状態が麻酔の可否に影響を及ぼす場合に限り、麻酔の可否を再検討することでしか患者取り違えを回避できない。それゆえ、本件病院の慣行に沿うと、麻酔医は、麻酔施用前に、患者の同一性を独立して確認することが不可能に近い状況にあつて患者取り違えの発生可能性を増加させる。その意味で、本件病院で行われていた慣行は、患者の確認方法として不十分であったというほかはない。したがって、悪しき慣行にしたがったことは注意義務の履行として認めることはできないという原則によれば、結果を回避するために、麻酔医に対しては、より確実な確認措置を

とることが要請され、麻酔医 F と 12 番手術室の麻酔医 H のいずれも結果回避義務に違反したというべきである。

(ii) 執刀医の注意義務違反の有無

麻酔導入前の段階における執刀医に麻酔導入前入室義務の有無も争点となる。検察側は、執刀医 G は患者 B の手術全般に責任を有する者であることを根拠に、麻酔導入前に自ら又は手術に助手として関与する医師らを介し、手術室に入室して患者に対する問診を行うとともに、患者の外見的特徴、手術前の病状等を把握し、患者の同一性を確認する義務があると主張した。

それに対し、第一審判決は、①多数の関係者の協同作業の場合に、他の関係者はそれぞれの分担している作業について責任を持って、その責任範囲内で患者の同一性を確認することが求められ、②そして患者の同一性確認の意味において、この段階に執刀医による確認は、看護師や主治医の確認よりも優れているのではなく、③執刀医としての担当部分の実施に伴い事前指示しておかなければならない特段の事情もないため、患者の同一性確認のために、一般に麻酔導入前入室を義務とまで解することは相当ではなく、執刀医自身が麻酔導入前入室するか否かは裁量の範囲内に属する事柄というべきであると判示した。また、主治医グループの医師にとっては、執刀医の注意義務を代理・代行する者ではなく、「自己の職責を果たすために患者の確認をしなければならないが、それはその入室時期に見合った確実な確認方法を取れば足りるものというべきであり、患者の同一性確認義務が当然に麻酔導入前入室義務を導くものとは解されない」とされている。同様な理由によって、主治医を兼ねている 12 番手術室の執刀医である I にも麻酔導入前に患者の同一性を確認すべき義務がないと判示した。

第一審判決と異なり、控訴審判決は、手術は、麻酔導入から開始されるのであり、麻酔を導入するにあたり、容態の急変等の危険性があることや、麻酔導入前と麻酔導入後では、患者確認の難易度が異なることなどによって、麻酔導入前の段階において、執刀医ないし主治医らは、現場に立ち合い、積極的に患者の同一性を確認すべき注意義務があり、そしてそれぞれにその違反があったと判示した。

患者の同一性確認義務は、手術チームの各構成員の業務に内包される基本的な注意義務であるが、だからといって、すべての構成員が同時にそれを果たすべきであるとまで解することは必要ではなく、各構成員の職責に応じて注意義務を分配することが可能である。注意義務を分配するにあたり、患者の安全性と共同作業の効率性との間にバランスをとることは重要である。つまり、麻酔導入前の段階に、本来の担当者以外に他の者の関与が必要であるという観点は、現在の分業態勢の下で、本来の担当者による結果回避措置のみでは安全性の確保にとって不十分であるということを経由すべきである。確かに、本件のような安全確認体制の不備が事故発生の主な

原因であった場合に、結果のみを考えると、行為者による結果回避措置が安全性の確保に不十分であったと結論づけることは極めて容易である。しかし、患者の取り違えは、初歩的なミスによるものであり、各関係者が通常の注意を払えば回避できたものであるため、事故が起きたからといって、分業体制の合理性を完全に否定することは妥当でなく、個別的に検討することが必要である。

この段階における主な作業は麻酔の導入であることはいうまでもなく、それは麻酔医の専門性に基いて行われるものであり、麻酔医が相応の医学的知識・技術を有するものであり、麻酔行為自体に伴う危険をコントロールして適切な対応をなす十分な能力を持っており、研修医であっても指導医の立ち合いがあれば足りるといえる。患者の同一性が確認されたことは、麻酔施用の前提であるが、その前に看護師らによる確認も設置されており、そして麻酔の導入自体は麻酔医が単独で他の医師の介入なしに行えるのであれば、それに付随している専門性を要しない患者の同一性確認に他の医師の介入が必要とされることは不合理であろう。また、本件のような事故の防止は、安全確認体制の改善や確認手段の合理化に求められるべきであり、執刀医の早すぎる介入は、第一審判決が指摘しているように、患者の同一性を確認する意味において、有効といえるかは疑問である。したがって、この段階において、執刀医は、執刀に関する事前準備に専念すれば足り、麻酔導入前に入室するか否かは、執刀医の判断に任せるべきであり、執刀医に麻酔導入前に入室義務まで課すことは過剰であると思われる。

3. 手術開始前

以上から、患者を麻酔状態に陥らせた結果に対して、麻酔医らは過失責任を問われるべきであることが明らかになった。手術開始の段階において、麻酔医 F の注意義務違反があったかどうか、また、執刀医の入室後の患者確認義務の有無が争点となるが、麻酔医 F に関する部分を単独に考察する必要があるため、ここでは、後者のみを検討する。

第一審判決は、執刀医の入室後の患者確認義務について、主治医を兼ねない執刀医と主治医を兼ねる執刀医とを区別している。「通常は、執刀医入室までには、患者が当該患者として搬送され、麻酔や補助的手術がなされているのであるから、特段の事情がない限り、手術室入室者から同一性について特段の申出がなければ、一々患者の同一性に間違いがないか問い質さなくとも、室内の状況等を把握し、不自然な点がないことを確認すれば、患者としての同一性も保持されていると考えるのが自然であるから、患者確認をしたとみて妨げがないというべきである」として、この段階で主治医を兼ねない執刀医 G の注意義務違反を否定した。逆に、後者である場合には、「執刀開始前において入室時期に応じた確認方法をとってその同一性を確認する義務がある」とされている。そのため、主治医を兼ねる執刀医 H の注意義務違反が認められる。

それに対し、控訴審判決は、執刀医は主治医を兼ねているか否かを問わず、「麻酔導入後に入室した執刀医は、執刀を開始する前に進んで患者の同一性を確認する義務がある」とし、執刀医2名の確認義務違反が認められる。

この点について、本稿は、次のような理由により控訴審判決の見解を賛成する。すなわち、前述したように、患者の同一性確認義務は、医行為の前提であるから、麻酔の施用、手術等という患者の身体に侵襲を伴う医行為を行う前に、その担当医師にとっては当然に患者を確認すべきである。それは医療従事者の本来の注意義務であり、同一性確認について明確な役割分担が存在している場合に限り、確認作業を特定の担当者の責任領域とすることができる。本件においては、このような注意義務を免除する前提が存しないため、執刀を担当する医師の職責に患者を確認することが当然包含され、だからといって、その確認義務の有無は主治医であるかどうかとは関係しない。

したがって、①「3番手術室の患者には術中の検査結果が術前の検査結果と顕著に異なる特異な事情が存した」こと、②「被告人Gは、手術前に予想していたより心臓が小さいことも認識していること」、③「後学のため見学に来ていた講師も被告人Dの執刀前に同被告人に手術は必要ないのではないかと話をしたこと」に鑑み、執刀医Gは、誤った手術を行えば、患者に重大な損害が生じることを認識でき、その損害を回避するためには、可能性が低いとしても、他人の判断を安易に信用してはならず、自ら手術の必要性や患者の同一性について深く検討することが必要であり、これを怠った場合、同人の結果回避義務違反が認められるべきである。同様に、12番手術室の執刀医Hは、患者の状態が術前のCT写真等の検査結果と異なっていることを認識したにもかかわらず、検討や調査を行わないまま、必要でない手術を行ったため、同人の結果回避義務違反が認められることに支障もないと思われる。

4. 小括

最高裁決定によれば、患者の同一性確認義務の設定は、危険のコントロールという規範的見地に立脚するものではなく、予見可能性を前提とするものでもなく、医行為に伴う公的負担としてしているものである¹⁸⁷。患者の同一性確認が医行為の大前提であって、医療関係者の初歩的・基本的な義務であるという側面からみて、最高裁決定を理解できないわけではないが、この立場によれば、本件被告人は起訴された6名にとどめるべきではなく、本件手術チームのメンバーは全員、手術介助の看護師に至るまで患者の確認義務違反を問われるのではないかと¹⁸⁸。しかし、そうすれば、「当該医療に部分的にせよ関係した以上、医療関係者はなかなか免責されな」くなるとい

¹⁸⁷ 樋口・前掲注(184)141頁。

¹⁸⁸ 北川・前掲注(184)104頁。

う懸念も出てくる¹⁸⁹。なお、この公的負担としての注意義務を「職責」の範囲によって係る関係者に分配する場合に、いわゆる「職責」の範囲をいかに決定すべきかも明らかではない。実際に、以上の問題のいずれも責任者の特定に関わるものである。本件においては、ミスの原因を作った者であった看護師と身体侵襲を行う際の責任者であった医師のみを起訴するという責任者の選定方には一定の合理性があるのに、麻酔医 F より過失が重かった主治医らや指導医が起訴されなかった点に異論が見られる¹⁹⁰。

なお、侵害結果が2つあり（麻酔状態に陥らせた結果と誤手術によった傷害結果）、手術の段階が比較的明確に分かれている場合には、当然のことながら、前の侵害結果について正犯の責任を負う者が後の侵害結果についてまで正犯の責任を負うとは限らず、上記決定に定められる基準に沿って主体を特定するとしても、各人の過失行為の正犯性の有無を個別的に検討する必要があるように思われる。

その点について、作業経緯から、本件において、「共同で作業を行う部分とそれぞれが同時並行でかつ独立して行う作業の二つが共働して行われて」¹⁹¹おり、作業を行う際に、同一の意識の有無によって、共同作業と独立作業を区分することができるとする見解がある。同見解によれば、病棟から手術への患者の受け渡しという同一の意識を持っている看護師 D・E は患者の受け渡しを共同で行い、患者への手術という同一の意識を持っている執刀医 H・I は手術を共同で行うため、それぞれを過失犯の共同正犯とすべきであるが、麻酔医 F・G は同一の意識を持っていないため、両者を過失の同時犯と捉えるべきである¹⁹²。しかし、「同一の意識」自体が曖昧な概念であり、その有無によって共同作業と独立作業を区分することは妥当でなく、共同性を根拠づけることもできないと考えられる。そして、共同性の有無によって共同正犯と同時犯を区分することができるが、共同作業だとしても、そうであるからといって、直ちに共同正犯が成立すると考えられない。上記見解は、共犯の共同性の根拠づけ、共同作業と独立作業との区分基準、という異なる次元に属する2つの問題を混同してしまうと思われる。

患者の同一性確認作業は、共同作業か独立作業かを判断するにあたり、各関与者の結果回避義務の間にどのような関係性があるかを検討すべきである。本件の各関与者は、いずれにも、患者の同一性確認義務が課されるが、この注意義務は、2つの意味を有するものである。1つは、①予想された抽象的な危険を防止するために、手術に常に要求される患者確認義務である。もう1つは、②具体的な危険を防止するために、患者の同一性について疑いが生じた場合にさらなる患

¹⁸⁹ 甲斐・前掲注（4）9頁。

¹⁹⁰ 北川・前掲注（184）104頁。

¹⁹¹ 鶴田・前掲注（64）112頁。

¹⁹² 鶴田・前掲注（64）112-113頁、金子博「過失犯の共同正犯について：『共同性』の規定を中心に」立命館法学4号（2009）180頁。

者確認措置をとる義務である¹⁹³。看護師らが患者を引き渡し又は受け渡す際に、麻酔医らが麻酔を導入する前に、執刀医らが手術を開始する前に、①の注意義務を履行しなければならないが、各人が自己の職責の範囲内で独立して当該注意義務を履行することができ、相応して、不測の事態が発見されれば、②の注意義務をさらに履行することもできる。この場合に、患者の同一性を確認する作業は独立の作業である。それに対し、他の関与者の履行とあいまってはじめて具体化した危険を防止できる場合もありうる。この場合に限り、患者の同一性確認作業は共同作業であり、各関係者は、患者の同一性を確認するために、協力し合って②の注意義務を履行すべきである。このように、本件においては、手術開始前の段階のみに「共同作業」が肯定される余地があり、従ってこの段階に関与した被告人らすべてを正犯として扱うべきかどうかはさらに問題となる。この問題に関する本稿の立場は、麻酔医 F の過失の有無を検討することを通じて明らかにすることとする。

II. 麻酔医 F の刑事責任

麻酔を導入した後、麻酔医 F は患者の同一性に疑念を抱いたため、まずは指導者である医師に疑義を訴え、さらに第 1 外科の主治医グループにもその旨伝えて確認を求め、なお自ら手術室看護師に指示して病棟へ確認電話をかけさせるなどの措置を講じた。以上の事情がいかなる形で過失犯の成否に影響を与えるかについては異なる見解が見られる。F の過失を否定する見解のうち、①第一審判決のように、F が注意義務を履行したとするもの、② F の個別的事情を考え、「経験の浅い 29 歳の麻酔科医であり、F が提起した患者の同一性の疑義についてほかの経験豊富な医師らから否定的回答があれば、これ以上確認を求め危険を消滅させることは事実上困難であり、F に過失責任を負わせるのは酷である」とするもの¹⁹⁴、③適法行為の期待可能性がないとして責任を否定する余地はあり、その立場において可能な努力をした F に対する非難は軽減されるはずであるとするもの¹⁹⁵がある。それに対して、最高裁決定のように、上記事情があったとしても、F の過失責任が問われるべきであると主張する見解もある¹⁹⁶。この点につき、以下では、本件の状況に置かれた麻酔医 F に対してどのような合義務的な行為が期待されるべきかを解明した上、過失及び正犯性の有無を検討しておきたい。

¹⁹³ 樋口・前掲注 (184) 143 頁。

¹⁹⁴ 大塚 (裕)・前掲注 (9) 16 頁、同・前掲注 (73) 193 頁。なお、同趣旨として照沼・前掲注 (74) 26 頁、甲斐・前掲注 (184) 119 頁。

¹⁹⁵ 平山・前掲注 (66) 168 頁。

¹⁹⁶ 緒方・前掲注 (184) 463 頁。

前述したように、患者取り違えを回避するために、関与者らには抽象的な確認義務と、疑念を抱いている際にさらなる結果回避措置をとるべき義務が課される。抽象的な確認義務は、常に医療関係者の職責に包含される義務であり、独立して履行できるものであるのに対して、手術開始前の段階において、後の確認義務の履行は、他人の履行と相まってはじめて結果を防止できる場合がありうる。この際に、患者の同一性確認作業は共同作業をいい、行為者の合義務的な行為を検討するにあたり、この点を考慮に入れるべきである。

合義務的な行為は、法の期待行為ともいい、これは「行為の当時において、行為者と同じ状況におかれた行為者と同じ立場に立つ一般の者にとって、危険防止のためにこの程度の負担を負わせるのが公平に合致すると考えられる具体的な安全のための行動（積極的な作為または不作為）が導き出され」¹⁹⁷べきである。「法は不可能を強いない」という原則から、法の期待の客観的な限界のみならず、その主観的な限界をも検討すべきである。ここにいう主観的な限界は、「その行為者にとって認識可能な、行為時に現存する危険を消滅させること」¹⁹⁸という定式により画されるべきである。すなわち、行為者の個別的事情を完全に捨象して、結果回避義務を一般化してはいけない。各関与者の注意義務が同一の発生根拠を有しており（公的負担としての注意義務の分配）、患者の同一性を確認するという点について各関与者の間に指導・監督関係がないとしても、各関与者に期待される具体的な結果回避措置の内容は、各人の職務上の地位や関与の状況によって異なるべきである¹⁹⁹。

上記観点を踏まえ、本件麻酔医 F の個別的事情をみる。まず、麻酔薬を導入した後、手術を開始する前に、患者の同一性確認は客観的に困難な段階に至った。なぜなら、手術チームは、力関係が支配する領域であり、とりわけ手術の場面においては、途中で抜け出したくても抜け出せない状況にあつて²⁰⁰、在室していた医師の中で最も若い研修医である F にとって、疑念を持っているとしても、自らの意思のみに基づいて手術の進行を中止することで誤った手術を回避することが不可能に近いからである。本件において、麻酔医が提起した同一性への疑義に対し、本件手術の第 2 助手を務め、当日までに 4 回診察し、当日朝にも回診して会っている K 医師は、髪について散髪したんじゃないかとか胸の形が同じだなどと公言した。同時に、本件手術の第 1 助手で胸骨正中切開までの手術をする予定で、既に 11 回 B を診察していた L 医師も、何ら同一性に疑義を抱かず、K の発言を容認していた。このような状況の下で、被告人 F にとってはなお過誤の危険を消滅させる措置をとることは、相当困難であったことは否定しがたい。また、術前検査の結果と術中の経食道心エコー検査等とのデータの著しい相違があつたけれども、この事実に

¹⁹⁷ 藤木英雄「総論」藤木英雄（編）『過失犯：新旧過失論争』（学陽書房・1975）26 頁以下。

¹⁹⁸ 古川・前掲注（125）196 頁以下。

¹⁹⁹ 濱本・前掲注（71）60 頁。

²⁰⁰ 甲斐・前掲注（68）116 頁。

対して、患者が取り違えられるかという側面から検討することは可能ではあるが、治療の必要性があるかどうかという側面から検討することも可能であり、後者に至った場合に、複数の医師が手術に関与しており、各関与者の地位と専門が異なり、とりわけ地位が比較的低い麻酔医 F としては、独立して治療の必要性を決定することはできると考えられる。しかも、「その方面で一目おかれている J 医師が麻酔の影響ではないかと述べ、M 講師ですら納得してしまっているのであり」、その際に、経験の浅い研修医である F にとって、疑念を一定程度で解消してしまったことは、理解できなくはない。

このように、一方では、「法は不可能を強いない」という原則から、上記の状況に置かれた麻酔医 F に期待される具体的な結果回避措置が一定程度で制限されるべきであり、よってこの段階で麻酔医 F に注意義務違反があったかどうかは疑問である。他方では、麻酔導入後での注意義務違反が認められるとして、麻酔医 F の合義務的な行為は、法益保護にとってある程度で有効であるが、その有効性が他の医師の意思や判断に大きく左右されるといえ、麻酔医 F の過失行為が結果に至る因果経過を実質的に支配しているとは評価し難く、その正犯性を否定すべきである²⁰¹。

過失犯の場合には、何からの注意義務に違反した行為はみな正犯であるとする見解があるが²⁰²、この見解に対して、「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」²⁰³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」²⁰⁴してしまうという批判が可能である。限縮的正犯概念を維持しつつ、正犯性のある行為のみを処罰の対象とすべき観点を踏まえると、本件において、麻酔医 F には、麻酔導入前に患者の同一性の確認義務に違反して麻酔を施した過失行為（1 番目の過失行為）が正犯性を有するものであるが、麻酔導入後に患者の同一性を確認するための十分な措置を講じなかった過失行為（2 番目の過失行為）の正犯性が否認されるべきである。しかし、2 番目の過失行為の正犯性が失われたとしても、誤った手術による傷害結果に対して、麻酔医 F は過失責任を問われないわけではない。なぜなら、本件手術の場合に、看護師らの引き渡し・受け渡し——麻酔導入——手術の施行という 3 つ段階が密接に絡み合っているところ、各段階の関与者は、それぞれの責任範囲内で患者の同一性を確認すべき義務を履行することが求められており、前任者の注意義務違反があれ

²⁰¹ この点について、甲斐・前掲注（68）119 頁は、行為者が、「上記の個別的事情の中で、危険性消滅（絶無とはいかない）に向けた一定程度の相当な注意義務を尽かした場合、少なく正犯としての地位から狭義の共犯（従犯）へと格下げして不可罰とし、その因果連鎖から解放する」、という「過失犯からの離脱」の論理を主張している。

²⁰² 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。

²⁰³ 平山・前掲注（66）168 頁。

²⁰⁴ 大塚（裕）・前掲注（9）20 頁。

ば、後任者の注意義務違反を誘発しやすいといえ、1番目の過失行為により、誤った患者にその患者に対応しない治療を受けさせるという許されない危険を維持・増加させた場合、麻酔状態に陥らせた結果として上記の危険が実現されたというだけでなく、誤った手術による傷害結果も同一の因果経過に従ったものと評価できるからである。したがって、2番目の過失行為の可罰性が失われたとしても、傷害結果は、1番目の過失行為に帰属されうると考えられる。

第4節 小括

同職種間の引き継ぎ作業において、まず、第一に、因果関係の判断について、最初の行為者の過失行為に最後の結果を発生させ得る程度の危険が含まれないとしても、同人が創出した危険性は後任者の過失の介入で質的に転換させなかった場合に、同人の過失行為と結果との間の因果関係が認められるべきである。第二に、最初の行為者の過失から誘発された後任者らの過失について、交替制の分業体制における各関与者は、各自の専門性に基づいて分業・協業するのではなく、それぞれの立場は同じく、かついつでも互いに交換することが可能であるため、各関与者は共同で結果を回避するために努力すべきであり、多層的な点検確認義務が求められる場合がありうる。

専門職間の引き継ぎ作業において、第一に、因果関係中断論や答責領域の変わりにより、危険を創出した前任者の行為と結果との因果関係を否定することができない。第二に、原則として、各関与者は、他方の関与者の業務の中核的内容に注意を払うことがあり得ないが、結果の防止に必要な注意義務の履行が専門的知識や技術を伴わないとき、各関与者が共通の注意義務を負う余地がある。第三に、専門職間の引き継ぎ作業において、初歩的なミスを防止するために、各関与者に同一の基本的な注意義務が課されるとしても、関与者全員が同時にそれを果たす必要はなく、各関与者の職責に応じて注意義務を分配することができる。第四に、専門職間の連携であっても、合義務的な行為を判断するにあたり、行為者の個別的事情を完全に捨象して、結果回避義務を一般化してはならず、各関与者に期待される具体的な結果回避措置の内容は、各人の職務上の地位や関与の状況によって異なるべきである。

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 信賴の原則の概説

刑法理論において、チーム医療を議論する際には、信賴の原則の適用が常に争われる。信賴の原則とは、行為者がある行為を行うにあたって、被害者あるいは第三者が適切な行動をとることを信賴することが相当な場合には、たとえその被害者あるいは第三者の不適切な行動によって結果が発生したとしても、それに対しては責任を負わないとする原則である²⁰⁵。信賴の原則の適用は、現代物質文明が進歩したことによって要請されるようになったものである。日本では、ドイツから信賴の原則が導入され、最判昭和41年12月20日刑集20巻10号1212頁以後、信賴の原則は、刑事裁判において過失を限定する法理として機能を発揮し、完全に定着するに至った。

信賴の原則の位置づけにつき、学説では、予見可能性を限定する機能を認める立場と、結果回避義務を制限する機能を認める立場に分けられる。旧過失論は、過失が責任要素とされ、注意義務を結果予見義務と解しているのに対し、新過失論は、過失が客観的違法要素とされ、客観的注意義務を結果回避義務と解している。このような構造上の差異に応じて、旧過失論は、信賴の原則を結果予見可能性ないし結果予見義務を否定する手段として位置づけ²⁰⁶、新過失論は、信賴の原則を結果回避義務を制限する原理として位置づける²⁰⁷。また、新過失論の立場に立ちつつ、結果予見義務は結果回避義務の中に包含され、信賴の原則は、事実的自然的予見可能性（危惧感）の中から刑法的な予見可能性を選び出すための原理と解する見解もある²⁰⁸。

信賴の原則は、「いわゆる法益侵害説から新しい違法観、すなわち結果の無価値、法益侵害だけではなく行為も無価値、いかえれば行為態様まで違法論のなかに取り込もうという新しい違法観への転換の過程において生まれたひとつの原理である」²⁰⁹り、もともとは、「許された危険」の法理ないし「危険分配」の法理と深く結びついている。

²⁰⁵ 西原春夫『交通事故と信賴の原則』（成文堂・1969）14頁。

²⁰⁶ 平野龍一「現代における刑法の機能」『現代法と刑罰』（岩波書店・1965）21頁、同・前掲注（50）198頁、曾根威彦『刑法総論〔新版補正版〕』（弘文堂・1996）188頁、植松正『刑法概論Ⅰ総論〔再訂版〕』（勁草書房・1974）298頁以下、町野朔『刑法総論』（信山社・2019）232頁。

²⁰⁷ 藤木・前掲注（51）249頁、板倉宏『刑法総論〔補訂版〕』（勁草書房・2007）283頁、井田・前掲注（57）231頁、高橋・前掲注（76）233頁。

²⁰⁸ 西原春夫『刑法総論（上巻）〔改訂版〕』（成文堂・1998）205頁。

²⁰⁹ 福田平「信賴の原則について」司法研修所論集1969Ⅰ（1969）116頁。

「許された危険」の法理は、社会生活上必要な注意を払ってなされる限り、社会的に有益・不可欠な活動の円滑な発達のために、社会的に相当な行為は、法益侵害の危険を伴うけれども、違法性が欠如するとし、その遂行が許されるとする原則である。そのため、このような活動を行う際に、行為者があらゆる危険を想定しなくてもよく、「他の者の行動を信頼し自己の行為の安全を信じて行為することを許すという原則も派生してくる」²¹⁰。すなわち、許された危険の法理は、「他の関与者の適切な行動を信頼してなされる危険行為が『許される』ことを肯定する点において、信頼の原則と思想的に一脈通ずるものを有している」²¹¹。

また、「許された危険」から、当然ながら加害者と被害者との「危険の分配」という考えも出てくる²¹²。すなわち、交通法規に違反して不適切に行動する者は道路交通の危険を自己に引き受けなければならないのに対し、交通法規を遵守して許された危険の枠内で行動する者はこれを引き受ける義務はないこととなる²¹³。この意味において、「危険の分配」の法理は、「交通上の危険の『負担』を各関与者の寄与に応じて適正に分配しようとする原則であり、この原則も、他の関与者の行動を信頼した者の『負担を軽減する』点において、信頼の原則と内容的に一致する」²¹⁴と理解することができる。

したがって、信頼の原則が確立された理論的背景からみると、それ自体は、許された危険や危険の分配の法理の一応用場面であり²¹⁵、それを構成要件阻却事由として把握すべきか、あるいは違法性阻却事由として捉えるべきかは争われているが、信頼の相当性判断は、客観的事情に基づくものであるため、信頼の原則を主観的な予見可能性に還元することはできないであろう²¹⁶。また、信頼の原則の射程内での行為を行う際に、典型的危険の存在とその現実化は、本来であれば、他の行為よりも、容易に予見されるといえ、客観的予見可能性を否定することは、実情に添わないと考えられる。要は、信頼の原則は、規範的考慮によって注意義務の免除を図るものであり、他人が不適切な行為をなし、結果を惹起するに至ることが認識可能ではないという思考枠組みに立脚するものではないと考えられるからである。

なお、信頼の原則を事実的予見可能性がある場合であっても刑法上の予見可能性が否定される原理と解する見解は、事実的予見可能性の存在が否定され難いことが承認される点に妥当性があるといえる。しかし、この見解に対しては、「ただでさえその概念の曖昧さが問題となる予見可

²¹⁰ 植松・前掲注(206) 298頁。

²¹¹ 川端・前掲注(75) 218頁。

²¹² 植松・前掲注(206) 298頁。

²¹³ 町野・前掲注(206) 292頁。

²¹⁴ 川端・前掲注(75) 218頁。

²¹⁵ 鈴木茂嗣「信頼の原則」加藤一郎ほか(編)別冊ジュリスト『交通事故判例百選』(1968) 189頁。

²¹⁶ 高橋・前掲注(76) 233頁注(47)。

能性を、事実に自然的なものとは刑法上のものとは分けることが果たして現実的に可能であるかが疑問である。とりわけ、この見解を採用する論者は、予見可能性を、責任段階ではなく、違法性段階で、結果回避義務の前提として位置付けているから、あえてこれを予見可能性の問題と捉える必要もない²¹⁷という根本的な批判が可能である。また、刑法上の予見可能性と事実に予見可能性を区別して考えるとしても、刑法上の予見可能性を否定することで間接的に結果回避義務を否定するというアプローチと、直接的に結果回避義務を否定するというアプローチには、実質的な差異がないであろう。

序章第3節で明らかにしたように、本稿は新過失犯論を妥当であると解するが、この立場からは、以上の検討も踏まえて、信頼の原則は行為者の結果回避義務を制限する原理として位置づけるべきであると思われる。その意味で、被害者や第三者の不適切な行為が、非常に異常なものである場合、すなわち客観的予見可能性それ自体を否定した場合には、それを前提とする結果回避義務が成立しないことによって、構成要件該当性が否定されると解すれば足り、そもそも信頼の原則の適用と関わりがないと考えられる。「信頼の原則はその予見可能性がある場合になお過失犯の成立を否定する原理として機能する」²¹⁸と解するべきだからである。

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

信頼の原則は、もともとは道路交通事犯の場合における過失判断の原理として用いるものである²¹⁹。現在では、一般に、交通事故の領域を超えて、企業活動、チーム医療のような危険防止について協力分担関係にあるすべての分野において問題となる法理になってきた²²⁰。そこで、交通事犯の分野に形成・発展された信頼の原則が、チーム医療の分野に適用されるのか、また、適用が認められる場合にどのような要件の充足が必要であるかをめぐり、従来の判例と学説を整理したうえで、検討を加えておきたい。

第1項 従来の判例

実務上、信頼の原則が医療事故に初めて主張されるのは、誤ワクチン接種傷害事件（名古屋地判昭和43年4月30日下級刑集10巻4号412頁）である。この事件において、保健所防疫係員は、ワクチンの種類を誤って、看護師も同様の誤信をして注射器に詰め、予防接種をする医

²¹⁷ 岡部雅人「信頼の原則の体系的地位」愛媛法学会雑誌42巻3・4合併号（2016）117頁。

²¹⁸ 土本武司『過失犯の研究：現代的課題の理論と実務』（成文堂・1986）58頁。

²¹⁹ 西原・前掲注（205）13頁。

²²⁰ 藤木・前掲注（51）245頁。

師もそれをそのまま注射し接種したため、乳幼児らに傷害を負わせた。医師の注意義務の限度について、裁判所は、「その予防接種を施すに当っては、注射液の種類、品質を誤るときは人の生命、身体に不測の事態を招来する危険があるから、接種業務に従事する医師としては、単に注射液を注射するのみならず、注射液の確認、判別に過誤なきを期し、もって危険の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務がある……医師が医療行為を行うに当って、補助者たる看護婦の行為を或程度信頼して行動しなければ、円滑にして能率的な医療行為は期待できないが、この場合といえども、看護婦は医師の補助者であるに止り、医療行為につき主導的優位的立場に立つ者は医師である（ドクター優位）、その医師に対し前記の如き業務上の注意義務の要求せられるのは当然であり、かつこれらの業務上の注意義務は容易に果たすことができるとして、本件は「信頼の原則を適用して過失責任を否定すべき場合には当たらないといわねばならない」と判示した。

その後、看護師が、医師の補助として採血した際、電気吸引器の操作を誤り、医師もそれを看過したため献血者を死亡させた【事例 6】千葉大採血ミス事件（千葉地判昭和 47 年 9 月 18 日判時 681 号 22 頁）において、弁護士は「近代医療が高度に複雑化するに至って、医療の協同化・分業化が趨勢となり、医師相互間もとより、医師と看護婦その他の医療従事者間において互いの業務の独立をはかり、それぞれの業務に属する事項に関しては各自が責任をもって処理する体制となっている。従って危険を伴う共同作業をする場合に、医師としては他の医療従事者がその持場において相当の危険防止をとっていることを信頼し、それをもって足るとしなればならない」と主張する。それに対し、裁判所は、「近代医療が医師相互、あるいは医師と看護婦その他のいわゆるパラメディカルスタッフによるチーム医療の方向に進歩し、医療従事者間の分業を前提とする協同体制が不可避となりつつあること、そのような体制では各自は他の協同者との相互信頼のもとに原則として自己の分担する任務に専念すれば足りる場合が多いこと」を認めるものの、「医行為の実施に関する限り、医師が主体となつて行なうべきものであり、医師以外の関与者はその監督指示のもとにあ」るべきであり、特に本件のような危険性が高い医療器械の使用については、看護師の操作に全幅の信をおくべきではなく、医師にさらなる点検確認が求められるとし、信頼の原則の適用を否定し、看護師と医師との双方の責任を肯定した。

その2年後、【事例 7】北大電気メス器事件（札幌高判昭和 51 年 3 月 18 日判タ 311 号 117 頁）において、手術チームにおける執刀医の本来的役割を顧慮し、本件電気メス器を使用して手術を行う場合、そのケーブルの接続は常に間接介助看護師に任せ、執刀医自らがその接続の正否を点検確認するようなことはなかったという業務分担の慣行に鑑み、「信頼の原則」の適用が是認され、執刀医師の刑事責任を否定し、看護師のみが責任を問われた。

なお、近時の裁判例として、【事件 12】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 卷 2 号 131 頁）においては、「医療行為において、対象となる患者の同一性を確認することは、当該医療行為を正当化する大前提であり、医療関係者の初歩的、基本的な注

意義務であって、病院全体が組織的なシステムを構築し、医療を担当する医師や看護婦の間でも役割分担を取り決め、周知徹底し、患者の同一性確認を徹底することが望ましいところ、これらの状況を欠いていた本件の事実関係を前提にすると、手術に関与する医師、看護婦等の関係者は、他の関係者が上記確認を行っている」と信頼し、自ら上記確認をする必要がないと判断することは許されず、各人の職責や持ち場に応じ、重畳的に、それぞれが責任を持って患者の同一性を確認する義務がある」として、信頼の原則の適用を否定した。

上記の判例は、信頼の原則の適用の可否について結論が異なるけれども、以下の点で共通している。第一に、医師と看護師の連携において、信頼の原則が働く余地がある。第二に、医師が自ら医行為を行う際に、看護師の介助を利用することが許されるが、看護師の行動全般を信頼して注意義務を免除することは許されず、①医行為の危険性、②業務分担の慣行、③医師の本来的役割等を考慮に入れ、信頼の原則の適用限度を画すべきである。

看護師の専門性の向上、安全確認体制の確立に伴い、上記の要素についての評価が変わっていく可能性があり、この限りで、これらの判決の意義は限定的であるといえよう。変わらないのは、組織的医療における信頼の原則の適用限度は、組織的医療における関係者間の責任分担に関して、とりわけ監督責任の限界づけに関する議論がなされる際に、不可避な問題であり、それをめぐる議論が、今でもチーム医療に伴う分業体制のもとで、安全性と効率性の両立を中心に行われていることである。

第2項 議論状況

複数の行為者の過失の競合には、対等者な共同加害者の過失が競合する場合と、直接過失と管理・監督過失とが競合する場合がある²²¹。チーム医療において複数人の過失が競合して結果を惹起した場合にも、上記2種類の過失の競合が関わっている。そのうち、監督過失が問題となる場合に、監督義務は、もともと他人が過誤を犯さないためになされる指導・監視等を内容とするため、監督過失における信頼の原則の適用が特に問題となる。

I. 積極説

積極説によれば、信頼の原則の適用は交通事犯に限られず、複数人が仕事を分担する共同作業のすべてに妥当するものであるから、チーム医療の場合にも当然に適用されうる²²²。例えば、総

²²¹ 川端・前掲注(75)230頁。

²²² 西原・前掲注(208)205頁、福田平『刑法総論〔全訂第5版〕』（有斐閣・2011）129頁。

合的な大規模な外科手術において、執刀医は、他の協力者、補助者の担当作業が滞りなく遂行されると信頼した上で、自己の職責を遂行することが許されなければならないとされる²²³。

そして、監督過失における信頼の原則の適用について、監督者の立場から、被監督者が不適切な行動をとることは容易に想定され、そして「社会生活中には監督者の被監督者に対する信頼が大きければ大きいほど点検なしにこれに委ねるといふ実態があり、そこに分業が成り立ち、エネルギーの効率がはかられている。そこで、当該状況におかれた監督者一般の立場からみて、そのような信頼をするのが相当と判断できる場合には、その信頼にもとづく委任もまた法律上許されているといわねばならない。それなくしては、分業におよそ禁止さるべきこととなるからである」²²⁴と主張する見解がある。つまり、同論者は、「信頼の原則は、いわゆる監督過失、すなわち人的組織体としての活動の中から結果が生じた場合に、直接結果を発生させた者ばかりでなく、その者を指揮・監督する立場にある者の過失責任を認定するに際して有用であり、「人的組織体が活動する場合には分業が不可避であるから、監督者が被監督者を信頼してこれに業務執行を委任するのが相当である場合には、被監督者の惹起した行為について過失の責任を負うことはない」と論じる²²⁵。

積極説によっても、信頼の原則の適用に一定の制限が必要であるとするのが一般的である。その点について、(i) 「一般的・抽象的な危険が予想されるにすぎない場合は、信頼してよいが、特殊的、具体的危険が目に見えているような場合には、信頼してはならない」ことを原則とし、「医師は、自ら看護婦その他の補助者を選任する場合には、よく訓練された良心的な人をうるよう配慮しなければならない。資格その他に疑問のある看護婦をあてにしてはならない。そして信頼できる看護婦に対しても、たえず注意深く指導・訓練し、……医師は、このように不断の訓練を積んだ補助者に対しては、原則的には『信頼』をよせてよいのである。疑問のある措置が発見されたときに限って、積極的に介入し、是正を計ればよいわけである」²²⁶とする見解がある。(ii) 「分業の確立と業務分担者の専門的能力の存在を前提条件としたうえで、監督者と被監督者の間に」、「法的考慮に値する実質的信頼関係（結果に向けた日常的な信頼の積み重ね）がある場合にはじめてそれが心理的に結果回避への動機づけを著しく阻止する方向に働くがゆえに監督者は結果発生について具体的予見ができない、すなわち、彼に対して過失責任を問えない

²²³ 植松・前掲注(206) 99頁。なお、信頼の原則を、主観的予見可能性を否定する手段として理解し、チーム医療の場面に予見可能性が否定されることは多くないことを理由に、信頼の原則の適用は、施術中の医師に限られるべきであるとする見解もある。町野・前掲注(206) 301頁。

²²⁴ 西原・前掲注(152) 14-15頁。

²²⁵ 西原・前掲注(208) 206頁。

²²⁶ 内田文昭「医療行為の分担と過失犯の成否」ジュリスト 427号(1969) 38頁。

ということになる」²²⁷とする見解もある。また、「実質的信頼関係」といえるために、具体的にどのような条件が満たさなければならないかについて、①業務分担の確立、医療器具の装備、②医療業務従事者の専門教育、経験の徹底、③常日頃からチームワークの育成、緊密な協力体制又は指揮監督を通じての責任体制の維持が必要であるとする見解がある²²⁸。

II. 消極説

消極説は、チームにおける分業化は、必ずしも医療の主体としての医師の責任を緩和するものではないとして、患者の安全を保護するために、嚴重なダブルチェックを義務づけることが必要であると解し、組織的医療における信頼の原則の適用に対して慎重な姿勢を示すものである。

かつては、消極説は、医療は患者に対して有効・安全な医療を提供することを目的とするものであることと²²⁹、日本におけるチーム医療の発展の不十分であったことがその論拠であった²³⁰。しかし、現在では、チーム医療が比較的成熟し、そして能率的な作業には共働者相互間の信頼が不可欠であることが一般に承認されている。

また、消極説の内部では、一定の前提条件を満たした場合、例外的に組織的医療における信頼の原則の適用を肯定できるとする見解がみられる。その前提条件として、「医療従事者相互間における業務分担が確立しており、それが業務を運営するうえで危険な結果の発生を回避するに足りるものであること」²³¹が必要であるとする見解がある。また、「補助者を信頼する方が危険防止により適切であるような場合（例えば、手術中の執刀医）および危険性の少ない補助行為については、補助者が資格・能力・経験によって信頼に値する者であり、かつ過誤の危険を示す具体的事情が認められない」²³²場合のみに、信頼の原則が認められると主張する見解がある。

第3節 検討

²²⁷ 甲斐克則「火災死傷事故と信頼の原則」中山研一＝米田泰邦（編）『火災と刑事責任：管理者の過失処罰を中心に』（成文堂・1993）145頁。

²²⁸ 萩原由美恵「チーム医療と信頼の原則（2・完）上智法学論文集49巻2号（2005）66-67頁。

²²⁹ 飯田・前掲注（156）51頁。

²³⁰ 中谷・前掲注（156）135頁。

²³¹ 飯田・前掲注（156）51頁。

²³² 金沢文雄「見習看護婦プロカイン調剤過誤事件」唄孝一＝成田頼明（編）別冊ジュリスト『医事判例百選』（1976）49頁。

第1項 組織的医療における信頼の原則適用の可否

交通事故の場合には、一人の加害者が一人の被害者の法益を奪うということが基本的な形態である。このような交通事故に形成された信頼の原則は、対立関係にある者の間に、危険を分配する原理たる機能を有するものであり、個人的モデルの過失論から出発したものである。このように、信頼の原則の適用を組織的モデルへ拡大しうるかを議論する際に、まず、それは、関係者の間に対立関係があることを前提としているのかを考察しなければならない。

交通機関の各利用者は互いに独立しており、交通秩序をともに維持しているという広い意味において他の利用者とは協力関係にあるといえるが、結果が発生した際に、被害者と加害者（＝行為者）の間に対立関係が成り立つ。すなわち、対立関係にある者の間の責任分配は、信頼の原則が適用された本来の場面である。それに対し、チーム医療のような組織的作業が行われる場合には、各関係者が業務分担の関係に基づいて協力し合い、結果が発生した際に、対外的な責任の分担を伴うのみならず、対内的な責任の分担も問題となる。そのため、ここで、検討を要するのは、対外的な責任の分担に適用される信頼の原則が、行為者間の対内的な責任の分担にも適用されうるかという問題である。

まず、道路交通の分野と組織的作業の分野との間には上記のような違いがあるが、次の点では両者は共通している。第一は、交通機関の利用者間にも、組織的作業の共同作業員間にも、相互の信頼がなければ、全体としての機能を発揮することがありえないということである。第二は、過失判断にあたって、行為者の「不注意」が考えられるのみならず、他の者の「不注意」の可能性を考慮しないことが、本人の「不注意」とされるかどうかを問うはずである²³³ということである。すなわち、過失判断にあたって、道路交通の分野では、行為者と被害者間の「危険の分配」が問題となり、チーム医療のような組織的作業の分野では、行為者間の「危険の分配」が問題となるが、協力関係にある主体の間にどのように危険や責任を分配すべきかという点において全く差異がない²³⁴。

次に、確かに、患者に最善の医療を提供し、患者の安全を守るという側面からすれば、分業体制の下でも、患者の安全を犠牲にしてはならず、医療従事者はあらゆる事態や危険を予測し、結果を回避するための万全の措置を講じるべきであり、「共同者相互の都合で第三者たる被害者の法益保護が薄くなってはいけない」²³⁵。その意味で、消極説の合理性を否定しがたい。しかし、組織的医療で信頼の原則を適用すれば、可能な不利益は危険防止を分担すべき当事者でない患者

²³³ 内田・前掲注（226）43頁。

²³⁴ 西原・前掲注（208）4-5頁。

²³⁵ 神山敏雄「信頼の原則の限界に関する一考察」『西原春夫先生古稀祝賀論文集』（成文堂・1998）64頁。

に与える²³⁶ということは、あくまでも結果論である²³⁷。なぜなら、被害者が無辜であることが行為者の責任を肯定する理由とはならず²³⁸、また、被害者に過失があることは、必ずしも行為者の責任を否定する理由ともならず、信賴の原則は民法上の過失相殺と同視してはならないからである。したがって、少なくとも、当事者が対立関係にあるわけではないということは、組織的医療における信賴の原則の適用を排斥することを根拠づけるものではないと考えられる。

分業が行われている様々な場面において、関与者間の相互信賴の可能性が完全に否定されてしまうと、分業の精神を否定することに等しいというべきである。しかし同時に、「信賴の原則が機能する基盤である『分業』と監督・被監督関係とは必ずしも同一ではなく、他人の行動の監督に注意義務が向けられているかぎりでは、信賴の原則を監督者責任の場合に安易に持ち込むべきではな」²³⁹く、「……純粹な意味での分業であれば、そもそも相手方に監督関係もないのであり、逆に監督関係に立つと評価される以上は、分業の機能性はその分だけ、後退せざるをえない」²⁴⁰ということを見過してはいけない。したがって、分業の必要性が肯定されることにより、監督関係における信賴の原則の適用を根拠づけることはできない。

もつとも、同時に、分業と監督は逆の方向性を持った概念ではあるが、両者が論理的に矛盾するとまではいえない²⁴¹。第1章で述べたように、補助者たる看護師は、診療の補助を行う前に、医師の指示を求めるべきであるのに、専門性の向上に伴い、看護師は単なる医師の手足としてではなく、その独立性が重視されてきた。それゆえ、看護師に対する医師の監督義務が常に認められるわけではなく、監督義務が肯定されるとしても、監督のあり方は場合によって異なり、監督関係を全面的に支配—服従関係と捉えることは、妥当でない²⁴²。すなわち、医師と看護師は、互いに協力して作業を行う者同士として信賴し合うことができる反面、医師は上司として、部下たる看護師の行動を監督し、過失がないようにすべきであるから、信賴の原則の適用を制約しなければならない面もあるといえよう²⁴³。要は、被監督者が十分な危険制御能力を持っているのであれば、分業による作業の効率化と負担の軽減のために、他者を現実に信賴して一定の仕事を任せるとしても良いことは、水平的な分業関係であれ、垂直的な分業関係であれ同じであろう²⁴⁴。

²³⁶ 鶴田・前掲注(64)120-121頁、町野・前掲注(206)299頁。

²³⁷ 塩谷毅「信賴の原則に関する序論的考察」齊藤豊治ほか(編)『神山敏雄先生古稀祝賀論文集(第1巻)』(成文堂・2006)104頁。

²³⁸ 町野・前掲注(206)300頁。

²³⁹ 土本・前掲注(218)128頁。

²⁴⁰ 石塚章夫「監督者の刑事過失責任について(一)」判時945号(1980)6頁。

²⁴¹ 前田・前掲注(138)320頁。

²⁴² 甲斐・前掲注(227)145頁。

²⁴³ 川端・前掲注(75)232頁。

²⁴⁴ 塩谷・前掲注(237)103頁。

以上から、信頼の原則は、「他の組織の構成員や機関がそれぞれその役割と責任を果たすことを前提に、別の構成員の行動が成り立つという組織の機能化の特性に相応する原則であり、ある目的に向かって組織の機構を十全に発揮するために不可欠な行動原理である」²⁴⁵り、その適用は、交通事故犯の分野に限られず、行為者と被害者という対立関係にも限られず、関与者は危険防止という意味において協力関係にあるすべての場合に可能なものである。同時に、組織的作業における信頼の原則の適用が認められるとしても、それは無制限ではなく、業務の性格、業務分担の確立の度合い、業務分担者の専門上の能力等を考慮した上で、その限界と基準を検討しなければならない²⁴⁶。この意味で、「信頼の原則を認めるためには、その『原則性』を強調するよりも、『例外則』という形で慎重に運用すべき」²⁴⁷である。それゆえ、以下では、組織的医療における信頼の原則の適用を認めることを前提として、患者の利益を損なうことなく作業の効率化を図ることをめぐり、信頼の原則を適用する限界と基準について検討を加える。

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

組織的モデルにおける信頼原則の限界づけについて、次のような指摘がある。すなわち、第一に、分業が確立していないか不十分なために防災ないし過誤防止上の点検を行う必要があるような場合に、信頼の原則の適用はできない。第二に、業務分担者の専門上の能力の有無を常に考慮しなければならない。第三に、業務の性格として、危険度が高ければ高いほど、注意義務の範囲が広くなり、それに応じて信頼の原則の適用は狭くなる²⁴⁸。その中の第一と第二の点には妥当だが、第三の点に対しては、危険度の高い業務を行う分業者に高度の専門的知識・能力が要求されることが通常であるため、注意義務の範囲が広くなることを認めるとしても、それに応じて信頼の原則の適用が狭くなるとは断言しがたいとの批判がある²⁴⁹。いわば手術チームの場合に、チームのメンバー全員がこの手術に係る作業の一部を分担しており、そのうち、執刀と麻酔は、いずれも極めて危険かつ重要な作業ではあるが、これらの作業は高度の専門的知識・技術を持っている執刀医と麻酔医でそれぞれ担当し、執刀医と麻酔医の間に、相互の信頼がなければ、自分

²⁴⁵ 山中・前掲注(3) 612頁。

²⁴⁶ 曾根・前掲注(206) 188頁。

²⁴⁷ 甲斐克則「過失犯の基礎理論」西原春夫(編)『日中比較過失論』(成文堂・2001) 13頁。

²⁴⁸ 大谷実「危険の分配と信頼の原則」藤木英雄(編)『過失犯：新旧過失論争』(学陽書房・1975) 124-125頁。

²⁴⁹ 甲斐・前掲注(247) 11頁。

の作業に集中することがありえないということは消極説に賛成する論者としても否定できないものであろう。上記の批判は、正鵠を射ているように思われる。

信頼の原則は、交通事犯の分野だけではなく、複数の者が事務を分担する作業についても適用されうるが、実務においては、その運用は交通事故の分野に集中しており、学説においても、ほとんど交通事故における過失の判断をめぐって信頼の原則の議論を展開しているため、交通事故における信頼の原則の適用基準は一般的な参考になるというべきであろう²⁵⁰。

交通事犯の分野における信頼の原則の適用基準について、主観的要件と客観的要件に分けて説明する見解がある²⁵¹。同見解は、行為者自身に係る条件は主観的要件と呼ばれ、具体的に、以下の3つの条件を満たすべきだとされている。第一は、「他人の適切な態度に対する『信頼』が現に存在すること」である。同時に、「信頼は完全無欠である必要はなく、相当程度のものでよいし、また、無意識的な予見という形をとったにすぎないものでも足りるというべきである。ただ、このような信頼が存在せず、逆に積極的に不信が存在するような場合、あるいは相当適度の疑念が存在するような場合には、信頼の原則は当然問題となつてこない」とされている。第二は、「具体的な交通事情を前提として、そのような信頼をすることが社会論理的にみて相当であること」である。同時に、信頼の相当性の判断基準は、「個々の具体的交通事情のいかんにかつており、その分析という各論的考察によらなければその基準が明らかにならない」とされている。第三は、「事故の原因となった規則違反の不存在」である。

なお、主観的要件のほかに、加害者以外の条件としての客観的要件が満たされなければならないとされる。具体的には、第一に、交通環境が整備され、交通教育、交通道徳が普及していること、第二に、車両対車両の場合と車両対歩行者の場合とに分けて検討することが必要とされる。そのうち、第二の要件については、「信頼の原則は車両対車両の場合にこれを適用するのが原則で特殊例外的な場合にかぎってその適用が排除されるのに反し、車両対歩行者の場合には、むしろ適用されないのが原則で、歩行者からも適切な行動を期待しうる特殊例外的な場合にかぎってこれを適用する」とされている。

しかしながら、現実的な信頼の有無と客観的要件のいずれも事実的な事情であり、相当性の判断という規範的な判断を通じてはじめて刑法上の意義を得ることになるがゆえに、上記の基準は、主観的な事実と客観的な事実の両方を資料として信頼の相当性を判断するというアプローチをとっていると理解することができる。すなわち、信頼の原則の適用は、信頼を可能にする基本的事実関係を確認し、そこから信頼の原則的許容性を揺るがす例外的事情を探るという手順をふむべきなのである²⁵²。この見地から、組織的医療における信頼の原則が承認されるためには、

²⁵⁰ 趙慧『刑法上の信頼原則研究』（武漢大学出版社・2007）134頁。

²⁵¹ 西原・前掲注（203）44頁以下。

²⁵² 米田・前掲注（129）40頁。

次の要件を備えなければならない。(i) 主観的要件としては、医療従事者間に実質的信頼関係があり、そしてこの実質的信頼関係を否定する反対的事実²⁵³がなかったことである。

また、「チーム医療における信頼の原則は、分業による注意力の集約、作業の効率化を目指すものであって、関与者の怠惰を認めるためのものではない。それが患者の安全の危険を増大させるものであってはならない」²⁵⁴という見地から、信頼の原則の適用の可否は、危険防止のために合理的な業務分担がなされているかどうかを考慮する必要がある。すなわち(ii) 客観的要件として、安全確保体制の有無、医療関係者間の分業関係とそれに応じて注意義務の内容と役割分担等を考察して、危険の防止の角度から、その分業関係が実質的合理性を有するものでなければならない。

しかしながら、上記要件が満たされたとしても、①行為者において、結果を惹起する危険を創出したような注意義務違反があった場合²⁵⁵、②具体的な危険性を現実に認識した場合あるいはこれを容易に予見しえた場合²⁵⁶には、信頼の相当性がないとして、その適用を排除すべきである。すなわち、信頼の原則が適用される第三の条件は、(iii) 信頼の相当性である。

ところが、「どの程度の役割分担があれば信頼の原則による注意義務の免除が認められるかを一義的に確定することは困難であって、注意義務の内容・程度と役割分担の実効性に照らして個別に判断を積み重ねる他ない」²⁵⁷。それゆえ、以下では、上記の要件に準じて、組織的医療における信頼の原則の適用基準を、垂直的分業の場合と水平的分業の場合に分けて説明しておく。

第2款 垂直的分業の場合

垂直的な分業関係にある場合には、一般に、上位者は、専門的能力において下位者より優れているため、下位者にとって、上位者の判断の正当性を信頼することは、原則として認められる。

²⁵³ 反対的事実とは、相手方の注意義務違反を誘発しやすい状況を証明しうる事実である。なお、このような事実は、行為者にとって予見すべきであり、かつ予見できたものでなければならない。

²⁵⁴ 米田・前掲注(58) 63頁。

²⁵⁵ すなわち、行政取締法規の違反があれば、直ちに信頼の原則が適用されないこととなるのではなく、刑法上の結果回避義務違反が必要であって、かつ、この結果回避義務違反は、許されざる危険を創出したものに限られるとする。

²⁵⁶ 垂直的分業であれ、水平的分業であれ、異常な兆候が現実にみられた際に、分業にかかわらず患者に対する責任は、最優先すべきであるため、このような兆候を無視して結果回避措置をとらなかった場合に、信頼の原則で注意義務違反が問われないことにはならない。萩原由美恵「チーム医療と信頼の原則(1)」上智法学論文集 49 巻1号(2005) 58-59頁参照。

²⁵⁷ 樋口・前掲注(184) 144頁。

ただし、上位者の指示や処置が明らかに不合理であると考える場合に、一定の医療知識を持っている下位者には、少なくとも上位者に進言義務が課されるべきである。ここでは、下位者の過誤によって結果を惹起した場合に、上位者の過失を判断するにあたって信頼の原則の適用が可能であるかどうかを軸にして検討を加える。

I. 医師と看護師の連携

1. 看護師単独作業の場合

本稿の第1章において、診療補助行為は、リスクの高低によって、軽度リスク診療補助、中程度リスク、重大なリスクに大別され、また、看護師が診療補助行為を行う際に起こりうる過誤の類型は、プリミティブな不注意による過誤と医学的な不注意による過誤に区分され、それぞれを防止するために、医師に点検確認義務と医学的監督義務が課されると指摘した。具体的には、第一に、看護師の行う診療の補助に対して、医師には指示義務が常に課される。第二に、(i) 看護師が軽度リスクの診療補助行為を行う際には、医師の関与が想定されておらず、医師は監督義務を負わず、(ii) 看護師が中程度リスクの診療補助行為を行う際には、①医師が具体的指示をすれば足りる場合があるが、②具体的指示のほか、自ら現場に立ち合い、医学的指導を与えるべき場合もある。①の場合には、(i)の場合と同様、医師に監督義務はないと解するが、②の場合には、監督義務が認められる。さらに、(iii) 看護師が重大なリスクの診療補助行為を行う際には、この種の行為は絶対的医行為と相対的医行為の境界線にある行為であるため、看護師に同種の診療補助行為を行わせることが許され得るとしても、結果を回避するためには、医師に医学的指導義務のほか、点検確認義務まで課される。以下、指示が必要とされる診療補助行為、医学的指導が必要とされる診療補助行為、点検確認が必要とされる診療補助行為という分類に従って、医師の過失の判断にあたり、それぞれの場合に信頼の原則が働くかどうかを検討する。

(i) 指示が必要とされる診療補助行為

(i) の場合には、看護師に対して、医師が事前に対応可能な患者・病態変化の範囲を明確にした包括的指示を与え、看護師がこの指示に基づいて患者の状態に応じて柔軟に対応でき、すなわち予測された病態の範囲内で、看護師が単独で診療の補助を行うことができる。そして、

(ii) の①の場合には、看護師の裁量が(i)の場合よりも狭くなり、医師ができるだけ詳細な指示を与えるべきであるが、医師の立ち合いが必要とされていないため、依然として看護師が単独で診療の補助を行うことができる。それゆえ、上記のいずれの場合においても、医師は、適切

な指示を与えることと、適切な能力を持つ看護師を選任することについて責任を負うことになる。

まず、「適切な指示を与えること」とは、指示そのものが正しいだけでなく、その内容が看護師にも理解し得るものでなければならない。後者を保証するためには、原則として、指示の内容が標準的プロトコール（具体的な処置・検査・薬剤の使用等およびその判断に関する規準を整理した文書）、クリティカルパス（処置・検査・薬剤の使用等を含めた詳細な診療計画）等の文書で示されていることが望ましい²⁵⁸。医師が不適切な指示を出し、看護師がその指示に従った結果、危害を惹起した場合に、医師に直接責任があることはむしろ当然だから、この際に、信頼の原則が働いて責任を看護師に転嫁することは許されない。

次に、業務分担体制が確立されたか否かは、看護師の選任における医師の責任を確定することには重要である。業務分担が確立されていなかった場合には、医師が、指示を受ける特定の看護師が適切な能力を持つことを確認してはじめて同人に診療補助行為を行わせることが許される。医師は、このような責任を果たして、看護師の能力に確信を持っている限り、信頼の原則が働く余地が認められうる。それに対して、医師は、看護師が適切な能力を備えることを確信していなかった際には、信頼の原則の適用が認められないこととなり、医師には、具体的指示を与え、あるいは現場に立ち合い、医学的指導をすることが求められる。

逆に、医療現場、とりわけ総合病院においては、どの医師とどの看護師が組み合わせとなって仕事をするという形はとられず、業務分担体制が確立された。この場合、業務の実際は、医師の側では、必要とする処置について、患者名、時刻、内容などを明確した上で、事前に指示簿に記載しておき、看護師の側では、担当看護師がその指示簿をみて所要の準備をして補助をするというように行われている。つまり、原則として、医師は看護師を特定して同人に指示を与えるわけではない。この際に、医師が担当看護師が指示を適切に実施することを一切信じることができなるとすれば、結局、指示を出さず、すべての作業を自分で行うこととなり、分業の意義がなくなってしまう。

もっとも、分業の意義を強調しても、分業の程度が高ければ高いほど、看護師の選任という意味での医師の責任は希薄になることを受け入れることにもならない。業務分担体制が確立されたとしても、医師は、指示を受ける看護師が適切な能力を持っているかどうかを確認すべきであり、ただ、その対象は、特定の看護師から特定の診療科や手術科で働く看護チームに変わった。すなわち、下位者に対する上位者の信頼は、必ずしもそれが両者の緊密な人的関係に由来する直接的な信頼でなくても、下位者を教育する直属の上司や介在機構に対する信頼から生じる間接的

²⁵⁸ 「チーム医療の推進について」（チーム医療の推進に関する検討会 報告書）（2010）
（厚生労働省ウェブ・サイト内<https://www.mhlw.go.jp/shingi/2010/03/dl/s0319-9a.pdf>
（2022年5月12日最終閲覧））

な信頼であってもよい²⁵⁹。ただし、だからといって、そのような信頼が根拠のないものでもよいとは限らない。どちらの場合にも、医師は、①所在する医療機関は看護職への教育が行われるか、②看護管理者は、必要な体制や医療器具の装備を行うか、③看護チームの各職種が法的資格を持っているか、④資格と役割に応じて職責を果たすか等につねに留意しなければならない。これらの情報に基づいた医師の確信のみが根拠があるものといえる。言い換えれば、看護師の能力に対する医師の確信が相当性を有する場合にはじめて、両者の間に実質的信頼関係が形成されていたといえ、特別な事情がないかぎり、信頼の相当性が認められ得る。

(ii) 中程度リスクの診療補助行為

(ii) の②の場合において、看護師がこの種の診療補助行為を実施する際に、技術的な未熟さや知識の欠如、手技の失策などのため、事故が引き起こされることが多く見られる。そのため、看護師が相当な資格や経験を持っているとしても、医師は、看護師にすべてを任せて行うことが許されず、業務の手順や具体的な方法を説明するような医学的指導をすることが必要とされ、少なくとも随時指導できるように現場の近くにいることが必要である。つまり、医師が指示そのものの正確性を確保し、看護師の能力を確認したとしても、上記の医学的指導義務を果たしていなかった場合には、看護師の医学的な不注意で発生した結果に対して、医師が過失責任を負うことになる。この場合に限り、信頼の原則の適用は否定されるべきである。言い換えると、看護師がプリミティブな不注意によって結果を惹起した際に、信頼の基盤が揺るがない限り、信頼の原則が適用され得る。

(iii) 重大なリスクの診療補助行為

(iii) の診療補助行為は、本来であれば医師が自ら行うべき医行為であるから、看護師の専門的知識や技術は信頼に値するわけではなく、看護師にそれを行わせることが許される前提となるのは、当該診療補助行為をやり遂げる全過程で医師は医療現場で立ち合い、点検確認あるいは詳細な指導をなすことである。それゆえ、看護師の過誤によって結果が惹起された際に、看護師が適切な行動をとることを期待できるような事実が全くないから、現実的な信頼が否定され、医師が過失責任を問われるだけでなく、医師法や保助看法に違反する可能性もある。したがって、(iii) の場合に信頼の原則が働く余地はないといえよう。

²⁵⁹ 塩谷・前掲注 (237) 106 頁。

2. 看護師と医師の共同作業の場合

以上、看護師が単独で診療補助行為を行う場合に、係る医師の過失判断における信頼の原則の適用とその限界について検討を試みた。では、看護師が医師と共同して作業を実施する場合にはどうなるであろうか。

看護師と医師が共同で作業を行う場合に、一般に看護師が初歩的かつ補助的作業を担当するため、看護師にその作業に伴う類型的危険を防止できるような医学的知識・技術があることについて疑問がないといえる。それゆえ、多くの場合には、看護師のプリミティブな不注意によって結果が惹起される。この際に、当該過誤を看過した医師の責任を問うべきかどうかが問題となる。たとえば、看護師が医師の指示に従って薬剤師から注射液を受け取り、指示された方法とおりに調剤し、薬剤を注射器に詰めた後、医師が注射を行うという共同作業の場合に、看護師が誤った薬剤を準備して、医師がその過誤を看過したまま、患者に注射を行って患者を死傷させた場合がその典型例である。

医師に過失があったどうかを判断するにあたり、信頼の原則の適用が認められれば、看護師の作業を再点検・確認する医師の注意義務を免除して、看護師のみが責任を負うのに対して、その適用が否定されれば、当該結果に対して医師の刑事責任を問うことになる。既に述べたように、看護師が簡単な補助的作業を担当する場合には、一般に、医師と看護師の間に実質的信頼関係があると評価できる。このように、信頼の原則の適用の可否について、客観的要件と相当性要件が満たされるかどうかという判断は重要である。

信頼の原則は、協業が不可欠である場合に、許された危険の枠内で行動する者は、他人の不適切な行為に対処する必要はなく、それによる危険を引き受ける義務を否定する法理である。危険が許される前提となるのは、共働者が自分の持ち場に応じて危険防止のための注意義務を履行することである。このような許された危険のみは信頼の原則によって共働者の間に分配することができ、この限りで、各人が自身の行為による危険の範囲内で責任を負うこととなる。言い換えると、危険の分配は、分業によって、危険のコントロールが現実に可能であることを前提とし、このような危険の分配が適当に行われている場合にはじめて信頼の原則が適用されうるといふべきである²⁶⁰。その理由により、信頼の原則の適用に、安全確保体制の有無、医療関係者間の分業関係とそれに依じて注意義務の内容と役割分担等を考察して、危険の防止の角度から、この分業関係に実質的合理性があることが必要とされる。

上記の設例においては、看護師と医師の間に、看護師が準備を担当して、医師が注射を担当するというような業務分担関係があることがわかる。しかし、業務分担の存在は、何よりもまず業務内容の分担であり、業務内容の分担に基づいて各人の責任範囲が画定される場合もありうる

²⁶⁰ 大谷・前掲注(248) 111-112頁。

が、責任範囲は常に業務内容と事実上一致することを意味しない。業務内容のみに従って責任範囲を画定するためには、業務分担関係が危険防止の観点から実質的な合理性・相当性があることが必要である。すなわち、上記の設例においては、確認義務を共同作業者の一方のみに負わせても、誤った注射液を患者に使用するという危険を防止するに足りる場合には、業務分担関係に実質的な合理性が認められる。そして、このような場合には、もう一方の共同作業者はその確認義務を免れることができる。

では、具体的に、どのような場合に業務分担関係が実質的な合理性があるといえるのであろうか。そこで、確認作業は共同作業者の一方の責任として扱うか、この確認の履行は行為者の本来の役割にどのような影響を及ぼすか、という2つの問題を問うべきである。上記の設例において、患者に正しい薬剤を注射することは、当該医行為に伴う危険が許されるための当然の前提条件であり、医療の「円滑さ」を重視することで、薬の準備と注射は別々の人によって行われることが許されるとしても、医療の「安全」を軽視して、一方に確認義務を課せば他方の確認義務を免れることにはならない。すなわち、薬剤の取り違えを防止するために、二重又は多重の確認が求められ、共同作業の各人が職務や持ち場に応じて確認義務を負うことが一般的であり、確認義務はそれぞれの作業に内包されるものと解すべきである。また、上記設例において、確認義務の履行は、看護師にとっても、医師にとっても、容易に行うことができるものであり、それぞれの本来の役割に悪い影響を与えないとはいえない。したがって、看護師が準備を担当し、医師が注射を担当するという分業関係には形式的な合理性があるからといって、医師の確認義務を免除することはできず、医師は、薬剤を再確認しなければならない。

なお、確認義務を医師自身の注意義務とすることを理由に、その履行が医師の医行為を正当化する前提となり、すなわちその医行為に伴う危険が許される前提となり、このような注意義務に違反したのであれば、信頼の原則の適用は認められないというべきである。というのも、自ら注意義務に違反しながら、共働者は違反しないであろうと信頼することは正義・公平の観念に反するものであるが故に、それは信頼の原則の適用を除外すべき典型例だからである（クリーン・ハンズの法理）²⁶¹。しかし、この場合に信頼の原則の適用を否定することは、分業の意味を否定することにはならず、真に分業を無意味にするものは、注意義務の不合理的な分配とその懈怠なのである。

しかし、看護師が単独で診療の補助を行う場合にも、医師とともに作業を行う場合にも、医師に注意義務違反があれば、決して信頼の原則の適用が否定されるわけではなく、医師において、結果を惹起した危険を創出し、誘発し、または上回ったような注意義務違反がなかった場合に、信頼の原則の適用が承認されうる。すなわち、行政法取締法規ないし医業上の慣行などの規範の

²⁶¹ 土本・前掲注(218)84頁、北川佳世子「交通事故犯と過失論」西原春夫(編)『日中比較過失論』(成文堂・2001)75頁。

違反のすべては、信頼の原則の限定理由になるのではなく、刑法上の許されない危険を創出した結果回避義務違反があった場合のみ、信頼の相当性が否定されることとなる。それゆえ、後述のように、共同作業の場合に、看護師の過誤を看過したことは、医師の注意義務違反だと評価できないかぎり、信頼の原則が働く余地がある。

II. 医師間の連携

1. 研修医と指導医

研修医のできる医行為は、3つのレベルに大別することができる。以下では、この分類に準じて信頼の原則の適用状況を説明する。

レベル1の医行為の実施にあたっては、初回実施時に指導医の立ち会いが必要とされ、その後、困難な状況がないかぎり、研修医が単独で行える。それゆえ、指導医の責任は、初回実施時とその後の指導・教育、そして全体的な状況についての把握・判断にある。すなわち、初回実施時に、研修医が当該医行為を行う際に不適切な行動を行ったと認められない場合、あるいは、指導医の指導・教育の結果、不適切な行為が適時に是正された場合に、困難な状況がないのであれば、指導医としては、研修医がこの種の医行為を行う能力があると判断してよい。

研修医はレベル2の医行為を単独で行えるが、原則として、事前に指導医の許可を得る必要があるため、指導医の責任は、許可の当否にあり、許可自体が適切なものといえる場合にかぎり、指導医は研修医が当該医行為を適当に行うことを信頼し得る。ここでいう「許可」は、看護師が診療の補助を行う前の医師の「指示」と同様に当該行為の開始要件として位置づけられるため、研修医の能力に対する指導医の確信が相当性を有する場合にはじめて実質的信頼関係が形成されていたと認められ、特別な事情がないかぎり、信頼の原則が働く余地があると考えられる。

レベル3の医行為は、前2種の医行為よりも、高い難度があり、高いリスクを伴うものである。2年間の研修期間中、研修医は、指導医の監視なしにその種の医行為を行うことはできないから、指導医の責任の範囲はそれに応じて広がるはずである。しかし、この場合にも、信頼の原則の適用を一切排除するわけではない。研修医としては、臨床経験は不足しているが、医学的教育を受けて、医師の免許を取得し、医師として専門的知識を有することを国から承認されているものである。したがって、指導医による医学的指導は、主に臨床に関連する知識と経験に基づいて行われ、研修医のあらゆる行動を常に監視することは必要ではない。たとえば、関節穿刺とは、関節の近くから関節の中に針を刺して関節液を抜き、また、関節に直接薬液を投入するなど一連の治療行為であり、レベル3の医行為に属するものである。研修医が関節穿刺を行う際に、指導医が行う監督は、研修医が技術的な未熟さにより過誤を犯して結果を惹起することを防ぐこ

とを目的とするものである。注射に係る薬剤の準備、用具の消毒などの簡単な作業について、指導医は、研修医が十分に注意して適切な行動をとることを信頼してよく、特別な事情がないかぎり、指導医に事後の点検確認義務は課されないと考えられる。

2. 診療科リーダーの責任

診療科のリーダーである科長は全体管理責任を負うということを前提として、物的な安全体制や人的体制の確立がなされるべきである。一般に、科長は、診療科の医師が一定の医療水準を保持するように指導・教育すれば十分であり、診療科の主治医が行う具体的診療行為を、逐一確認し、監視する必要はない。すなわち、科長と診療科主治医間の上下関係は、主治医の独立の職務権限を認めた上で目的的に必要とされる権限関係である²⁶²。それゆえ、科長が上記管理義務を適正に果たしたかぎり、主治医の過誤によって結果を惹起した際に、信頼の原則によって科長の過失責任は否定されることが原則である。

ただし、埼玉医科大学病院抗がん剤過剰投与事件のように、有効な治療方法が確立していない難治性の極めて稀な病気の場合、治療方針の決定や治療状況、副作用の発現状況等の把握について、科長は業務上の注意義務を負うこととなる。すなわち、上記事情の存在によって、科長と診療科の主治医の間の業務分担は、実質的合理性を部分的に喪失し、科長は、一般的な診療のように、具体的な診療において、信頼に基づいて部下を全般に任せることができず、治療医としての注意義務や部下に対する監督義務を負う場合がありうる。もっとも、これらの注意義務に違反せず、かつ特別な事情がないかぎり、信頼の原則の適用は可能であると考えられる。

第3款 水平的分業の場合

水平的分業は、分業の基礎はそれぞれの専門的知識であるかどうかによって、同職種間の連携と専門職間の連携に大別することができる。以下は、それぞれの場合における信頼の原則の適用とその限界について検討を続ける。

I. 同職種間の連携

1. 看護師間

²⁶² 山中・前掲注(3)703頁。

総合病院において、二交替制（日勤、夜勤）や三交替制（日勤、準夜勤、夜勤）のチームで看護が行われることが通常であり、特定の作業においても、業務の引き継ぎが多く見られる。このような分業体制のもとで、チーム内の情報共有は基本的で重要なものであり、前任者が自分の仕事を行う中で得た注意すべき情報を的確に後任者に伝えて、後任者が申し送りを受けてこれら情報に基づいて仕事を行う。この際に、相互の信頼がなければ、仕事が滞るであろう。

しかし、後任者は、前任者からの情報を活用する必要があるが、その情報のすべてを自ら確認しないまま全面的に受け入れるわけではない。というのも、一連のプロセスの最初に作業をする者が過誤を犯し、後任者が、交替の際に、前任者の誤りに気付かないまま続ければ、危険を維持または増大させ、最終的には患者にその危険が実現される場合がありうるからである。

「看護チームは、常に十分な知識と経験を積んだ看護師のみで構成されているわけではなく、その中には、新人や技術の未熟な者も含まれて」²⁶³おり、そして勘違いによる単純なミスならば、資格の有無や経験の多寡にかかわらず、安全確認体制が確立されていなければ、誰もがそのようなミスを犯しうる。そのため、チームで看護が行われる場合に、後任者たる看護師は、前任者が誤りなく業務を行うことを信頼することで、自分の作業に伴う類型的危険を防止するための基本的注意義務を遵守しないことが許されない。この点は、全ての引き継ぎ作業の場合にも妥当する。

2. 医師間

医師同士の連携については、【事例 4】麻酔液誤注射事件（広島高判昭和 32 年 7 月 20 日高裁刑判特報 4 巻追録 696 頁）を例として、共同担当医の場合に、信頼の原則はどこまで適用されうるかを検討しておきたい。

本件において、看護師に対する監督責任の有無が問題となるが、医師 X と Y の間の責任分担はどのようになされるべきかについても争われている。それについて、高裁は、患者の診断治療は、X と Y 「と共同して行われたものであって両者の責任に軽重のつけ難いものであった」と認められ、「その診療過程に於て、医師の過失の存した場合は、その内の或医師につきその過失につき全然関係のないことが特に明瞭な場合とか或は特定の診療につき特に責任を分担しその帰責を明かにして行われたのでない限り、右過失についての責任は共同診療に当る医師全員に存するもの」であるとし、双方の過失を認めた。高裁の判断に従うと、相手の履行を信用していたことを理由に自分の注意義務を免れることにはならず、原則として共同担当医全員が過失責任を負うこととなるはずである。

²⁶³ 飯田英男『刑事医療過誤 II 〔増補版〕』（判例タイムズ社・2007）586 頁。

それに対して、「本件は看護師の注射を監督しない医師の不作为が問題とされている。看護師に静脈注射の指示を出したのは X であり、患者の整復をし治療をしたのも X である。したがって、本件治療自体に直接的に関わっていない Y に作為義務を認めることは困難である。なせなら、危険の創出も引受けも認められないからである」と主張する見解もある²⁶⁴。この見解によれば、Y は、医師同士である X に対する実質的信頼をもっており、かつ危険防止の観点からしても X のみが看護師の注射を監督すれば十分であるため、信頼の相当性を否定する事由が存在しない場合に、信頼の原則の適用を肯定しうる。

しかし、全身麻酔剤の静脈注射は本件の治療に不可欠なものであり、このような絶対的医行為を看護師に指示して実施させる際に、看護師に対する医師の嚴重な注意義務が求められる。この前提によって、責任者が特定されなかった場合に、共同担当医としての X と Y のいずれにも、麻酔行為に伴う危険をコントロールする義務が課される。仮に、両者のどちらかが現実には看護師を指導・監視しているならば、他方は、相手が適切な行動をとることを信頼できる。X と Y の両名とも注射の実施にあたって看護師の行為を見極めることができるほど近くにいたという判決で認定した事実から、Y は、看護師が指導・監視を受けずに麻酔行為を単独で行うことについて認識をもっていたため、自ら指示をして直接に患者の整復をし治療をしたものではなくても、適切な結果回避措置をとるべきであり、信頼の原則の適用が否定されるべきである。

II. 専門職間の連携

1. 麻酔医と外科医

麻酔医と外科医の分業は、それぞれの専門的知識と任務の分配によって相互補完するのであり、麻酔医は、麻酔の実施と患者の術前・術中・術後の管理を権限とし、外科医は、手術による侵襲の実施に対する権限を有する²⁶⁵。そのため、原則として、互いに、相手は、自分の権限の範囲内で、専門的知識に基づいて適切な判断や処置をすることを信頼でき、相手の過失から結が発生した場合には、過失責任を負わないこととなる。例えば、麻酔医は原則として外科医の診断を信用して麻酔の準備を行ってよく、外科医は、麻酔医の麻酔管理が適切に行われているかどうかを監督しなくてもよい。しかし、このような分業関係であれば、必ず信頼の原則の適用が適用されるとは限らず、信頼を揺るがす事情が存在する場合には、信頼の相当性が認められない可能性がある。

²⁶⁴ 大塚裕史「過失犯の共同正犯の成立範囲」神戸法学雑誌 62 卷 1・2 号 (2012) 30 頁。

²⁶⁵ 山中・前掲注 (3) 626 頁。

そこで【事例 13】異型輸血致死事件²⁶⁶（広島高裁岡山支判昭和 57 年 3 月 24 日判タ 678 号 50 頁）をあげて、麻酔医と外科医のような異なる専門科にまたがる共同作業における責任分担について判決の立場を紹介したうえで、検討を加えることにする。

（事実の概要）医師 X は、外科医院を経営し医業に従事しているものであるところ、入院患者 A の穿孔性腹膜炎治療のため腹部切開手術をした際、同女の腹腔内に小児手拳大の腫瘤を発見したのでこれを切除することを決意し、その手術創を拡大するにあたって同女に輸血しようとしたが、自らは同女の血液型を判定するための何らの検査をせず、真実同女の血液型は B 型であるのに、居合わせた看護師をして、右 A 女の家族らから同女の血液型を聴取させた結果 AB 型である旨を聞知したのみで、血液配給センターから AB 型 Rh プラス 200cc 入りの血液瓶 3 本を取り寄せ、同日午後 10 時 30 分頃右手術室において、その頃被告人の依頼に応じ、右 A 女に全身麻酔を施すため同手術室に來合せていた B 大学医学部麻酔科勤務医師 Y に対し、同女について前記のような方法による ABO 式血液型の判定検査がまだ行われていない旨を告げることもなく、右血液瓶のうち 200cc を輸血するように指示し、すでに ABO 式血液型判定検査を終了しているものと思い込んでいた同医師をして、同女の手術創からガーゼに浸して取出した血液と右血液瓶に添付されている試験用血液との間で簡略な凝集試験をなさしめただけで取り寄せた輸血用血液の ABO 式血液型が同女の血液のそれと一致しているものと軽信し、元来 B 型である同女に AB 型という不適合な血液 200cc を輸血させ、さらに翌日同医院 2 階 8 号室において、看護師をして、前記血液瓶の残り 2 本につきいずれも何らの検査をしないままうち約 1 本と 4 分の 1（約 250cc）を右 A 女に輸血せしめたことにより、その直後同女に悪心、悪寒、震え、発熱の症状を出現せしめ、さらに同女の腎臓に血色素尿性ネフローゼの病変を生ぜしめ、もつて傷害を与えたというものである。原審は、外科医たる被告人 X について、業務上過失致傷罪の成立を認め、罰金 5 万円を言い渡した。それに対して、被告人が控訴したが、高裁は、その控訴を棄却した。

（判決の要旨）被告人は、「A 女の手術を担当医師として、同女に輸血の必要を認めた以上、万一にも不適合輸血の如き事態を生じさせないよう、同女の血液につき後記の如き判定用標準血清を用いた ABO 式血液型判定を行い、更に輸血用血液と同女の血液との間に交差適合試験を行つて、輸血の安全性を確認する業務上の注意義務を負うものであるから、自ら輸血に当らず、初対面の B に、本来同人に応援を求めた目的である麻酔の実施以外に、血液型の判定をも含めて輸血全般の担当を求める以上は、B に対して右の趣旨を徹底させ、同人が必要な検査を誤つて省略することがないように特に注意すべき義務があり、単に B が資格ある医師であるというだけで漫然と検査を委ねるだけでは足りず、ABO 式血液型判定が必要な場合であることを確認させたうえで、これに必要な標準血清や遠心分離機の所在を告げ、看護婦にも万一の手違いが生じないよう手配させる等の配慮を尽すべきである」のに、「被告人の態度は、治療行為の主宰者として注意義務を尽したものと認められない」。

本件の輸血は、術中と術後の 2 回行われており、2 回目の輸血は、端的に主治医の責任範囲内でのものであるため、ここで検討を要するのは、1 回目の輸血についての主治医たる外科医と麻酔医の責任分担である。

1 回目の輸血において、麻酔医は、実際の実施者であるが、彼は全身麻酔の実施の応援のために、外院から派遣されたものであり、被告人とは初対面であるばかりでなく、本件手術の目的や

²⁶⁶ 本件の評釈として、甲斐克則「異型輸血過誤事件」唄孝一ほか（編）別冊ジュリスト『医療過誤判例百選』（1989）56 頁、同唄孝一ほか（編）別冊ジュリスト『医療過誤判例百選〔第 2 版〕』（1996）100 頁、後藤弘子「異型輸血過誤事件」宇都木伸ほか（編）別冊ジュリスト『医事法判例百選』（2006）180 頁参照。

概要についてもその場で被告人から簡略な説明を受けたに止まり、手術前の患者の状態を観察する等の機会をもたないまま、不慣れな周囲の状況のもとで全身麻酔を施すべき立場に置かれたものである。それゆえ、麻酔医は、医師の資格を有するものであるという側面から、輸血を麻酔医にしてさせることが許されるとしても、外科医には、少なくとも輸血に関わる情報を麻酔医に詳細に提供する義務があるとはいえ、その義務の懈怠があった場合に、依頼行為によって輸血の責任をすべて麻酔医に移すことにはならない。すなわち、本件輸血について、麻酔医に対する信頼の相当性が欠けるため、外科医が依然として第一次的、主位的に責任を負うべき立場にあるものというべきである。

なお、外科医は、「自らの判断に基づいて血液センターから AB 型血液を取り寄せ、輸血すべき血液の量を Y 医師に指示しているほか、血液型の判定についても独自の見解を同医師に説示するなどの行動に出ている」ことを考慮すると、麻酔医としては、主治医たる外科医がすでに患者の血液型が AB 型と判定されているものと誤信したことは無理からぬものであって、同人に対する信頼は高度の相当性があるといえないとしても、麻酔医の過失の可罰性は外科医よりも低いと考えられる。

2. 医師と薬剤師

薬剤師は、国家試験に合格して免許を持っており、調剤、薬剤に関わる情報の提供や指導については、独自の権限を有するものである。医師の処方せんにしたがって調剤する際にして、薬剤師は、医師の同意を得た場合を除くほか、これを変更して調剤してはならない（薬剤師法 23 条 2 項）。したがって、一方、原則として、薬剤師は、医師の診断や処方せんの内容を信用してよく、それを再検討する必要がないといわれる。他方、医師は、誤読されるおそれがないよう正確に記入された処方せんを交付した以上は、資格のある薬剤師が調剤を正確に行なうものと信用してよく、逐一薬剤を再検査する必要もないというべきである²⁶⁷。医師が薬剤師の調剤を信用せず、また、薬剤師が医師の処方せんを信用しないで、逐一チェックしていたのでは、病院の医療業務は能率的に行えないからである。すなわち、薬剤師と医師は、分業によって責任範囲を画定することができ、医師は処方自体についての責任を負うのに対し、薬剤師は調剤についての責任を負うこととなり、両者の責任は互いに独立しているといえる。たとえば、医師から患者に医薬品合成副腎皮質ホルモン製剤プレドニン処方を受けた薬剤師が、診療録に記載された 1 日の投与量のみを見て、投与量が同じである経口血糖降下剤ダオニールを調剤服用させたため、低血糖性脳障害に起因する急性肺炎により患者を死亡させた事件（沖縄簡判平成 7 年 1 月 5 日

²⁶⁷ 藤木・前掲注（51）248 頁。

判タ 1035 号 39 頁)において、裁判所は、「処方指示に従って薬剤の処方することは、薬剤師の責任であり、処方指示が誤記載でない限り、医師の過失責任は認められない」とし、薬剤師のみの罪責を認めた。

しかし、処方指示自体に誤りがあったことで結果が発生したすべての場合に、薬剤師が信頼の原則の適用で責任を負わないこととなるというわけではない。薬剤師は、専門的知識の範囲内で、医師の処方せんを検討したうえで、処方せん中の疑わしい点について、その処方せんを交付した医師に問い合わせ、その疑わしい点を確認する義務や権限があるからである(薬剤師法 23 条 2 項)。したがって、薬剤師は、その確認義務に反して結果が発生させた際に、過失の認定における信頼の原則を否定するのは当然のことであり、同時に、医師自身に危険を創出させた注意義務違反があったため、薬剤師がその誤りを発見することを期待したことを理由に免責を主張することはできない。

第 3 項 判例の再検討

前項の検討によって、一定程度で組織的医療における信頼の原則の適用の是非とその適用基準を明らかにしたと考えられる。そこで、組織的医療における信頼の原則の適用に重要な意義を持つ、千葉大採血ミス事件と北大電気メス器事件を分析し比較した上で、上記の議論で触れられなかった問題について検討を試みる。

I. 千葉大採血ミス事件

本件は、看護師が補助者として医師とともに採血を行い、看護師による電気吸引器の操作に過誤があって、医師はその過誤を看過して結果が発生させた事案である。

本件医師と看護師の分業実態について、(i) 指示の段階で、第二内科における看護師の勤務体制は医師とは全く別に早番日勤、遅番日勤、準夜勤、深夜勤と分れ、どの医師とどの看護師が組み合わせとなって仕事をするという形はとられず、医師の側で必要とする処置の情報をオーダーブックに記載し、看護師の側で担当看護師がそのオーダーブックを見て所要の準備をし補助をするというものである。すなわち、指示を出す際に、看護師の選任において医師は責任を負うが、本件の指示は前述した看護チームへの指示にあたるものである。

(ii) 採血の段階で、採血の作業は、医師と看護師が事実上協同して行うことであって、その具体的な分担としては、医師において供血者に対し、まず視診、触診、問診等をなすほか、供血者の静脈に採血チューブ先端の採血針を刺し、採血中は供血者の容態観察を行ない、介助の看護

師において電気吸引器をセットし、始動させ、ACD 瓶に採血チューブの他の先端の金属針を刺し、調節ダイヤルを動かすというものであった。

本件において、採血の過程で看護師の操作に対して医師に点検確認義務があったかどうか争点となる。この問題を検討する際には、医師としては、看護師が適切な行動をとることを信頼できるかどうか重要である。第二内科の通例を考慮に入れると、医師は、看護師が電気吸引器以外の採血器械を用意すると信頼することは不可能に等しいといえるため、信頼の原則の適用の検討は、採血の作業に限られるべきであり、すなわち医師にとって、看護師が適切に電気吸引器を操作することを信頼できるかどうかを検討すべきである。

その点について、医師側は、「看護婦はその業務分担関係に立つ範囲において十分な知識と経験を有し」ており、「器械の構造、機能からして看護婦が通常の注意を持つて操作しさえすれば事故の起る危険性は全くなかった」がゆえに、業務分担のもとに、「被告人としては看護婦の行なう電気吸引器の操作を信頼し、その点検確認の注意義務を払う必要はなく、看護婦の失敗について法的責任を負ういわれはない」と主張した。

それに対し、第一審判決は、看護師の熟練度に照らし危険性が少ない診療の補助行為に医師の介入を必要とせず、看護師に委ねることが許されるが、医師 X は第二内科で行われている作業慣行により自己が採血の主体であることの自覚に乏しく、特に採血器械の操作は看護師の責任範囲とのみ思料し、「監督指示は万一の事故を防ぐ趣旨で行われるのであり、これを全うしえなかった責任はやはり軽視できない」として、本件のような危険性の高い器械を操作する場合に、「被告人に対し慣行に埋没せず異なる行動に出るべきであったと期待するのが必ずしもたやすい状況でなかったことは否定できない」が、医師である被告人 X は看護師 Y の操作を信頼することができず、さらに点検確認義務を尽くすべきであるから、上記の悪しき慣行に従うことは、被告人の刑事責任を免除する理由にはならないとされている。要するに、裁判所は、業務分担が形式的に確立されているとしても、このような業務分担は、医学的水準に照らし是認されるものではなく危険防止に足りないものであるため、相当の注意義務を果たした基準とすることはできず、医師の責任が問われるべきであるとしたものと解される。

このように、第1章で分析したように、本件判決では「監督」という文言が使われているが、実際には、電気吸引器による採血自体の危険性と医師の点検確認の容易さを考慮し、慣例に従う業務分担の実質的な合理性を否定したうえで、看護師の作業に対する医師の点検確認義務が認められたものである。この注意義務は、監督義務を超えて、危険防止のために医師自身に課されるべき注意義務として把握すべきものである。したがって、本件は、信頼の相当性の客観的要件を否定することで、信頼の原則の適用が認められない事例であったといえることができる。

II. 北大電気メス器事件

本件は、予見可能性の有無が、過失判断の争点となり、本件判決は、過失の判断における結果の予見可能性の意義及びチーム医療における信頼の原則適用の可否に関する立場を説明することを通じて、最新の医療器械を駆使して行なわれるチーム医療における未知の危険と過失の成否の問題について1つの態度決定を示したものである²⁶⁸。

既述のとおり、信頼の原則を適用するために、まず、医療従事者間に実質的信頼関係があることが必要である。本件病院において、「各診療科から独立して手術部なるものを設け、これに手術室の管理、手術器材、器具の整備、介助看護師の教育などの業務を集中的に行わせることにし、各診療科の手術は手術部内の手術室で行われることになった」という分業・協業関係があった。そして業務の実態は、「各診療科において手術を行う場合には、手術予定日の前日午後一時までに手術申込書により手術部に連絡し」、「この連絡があると、手術部長は麻酔科長と協議のうえ手術予定表を作成し、看護婦長は手術開始時までに手術に必要な器具、器材を整備」し、手術の介助をする看護師の人選は、手術部看護師長が手術予定日の前日に行っていた。

言い換えれば、各手術室での手術チームは、多くの場合に、手術毎に編成される臨時チームであり²⁶⁹、この状況下において、執刀医は、介助看護師の選定を直接行うことができないから、執刀医と手術部の間に実質的信頼関係が確立されたかどうかについて検討を要し、特別な反対的事実がない限り、信頼関係があったと推測することができる。すなわち、診療科の医師にとっては、「手術部において電気メス器とケーブルを整備提供する場合、本来の附属品たるケーブル又はそれと同様交互誤接続不能なケーブルを準備提供すべき義務（各診療科の医師において、電気メス器の使用書記載の注意を守って使用する限り、事故は生じえないと考えてよい程度に整備すべき義務）があったというべきであり、これを診療科の医師一般の立場からいうならば交互誤接続不能なケーブルが手術部により提供されるものと期待して然るべきであったといつてよいであろう」（第一審判決）。また、看護師 X は手術部に勤務していた正規の看護師で、電気手術器を使用する手術に対する介助の経験をも積んでいたものであり、執刀医 Y は、被告人 X について詳しくは知らないものの、同人がベテランの看護師であることは承知していた。かつ本件手術において、看護師 X が本件電気メス器ケーブルの接続やダイヤルの調整などを担当しており、これは極めて容易で定型的な作業であることに鑑み、執刀医にとっては、介助看護師が適切に業務を行うことを信頼できる。そのため、信頼の原則の主観的要件が満たされるといえよう。したがって、本件における信頼の原則を適用しうるかどうかを検討するにあたっては、その客観的要

²⁶⁸ 福田・前掲注（156）123 頁参照。

²⁶⁹ 菊地龍明＝山田芳嗣 「チーム医療の視点からみた業務の流れ」手術医学 34 巻 suppl（2013）48 頁。

件が充足されるかどうか、また信頼の原則を限定する理由があるかどうか、という2つの点に着目すべきである。

千葉大採血ミス事件については、以下の指摘があった。すなわち、それは、「ただ単に看護婦の誤接予見可能であったかどうかことを考えるよりも、電気吸引器というものの危険性、医師の点検確認の容易さなどを考慮に入れつつ当該立場におかれた医師一般の立場からして看護婦が誤接続などの危険な行為をしないことを信頼するのが相当かどうかを判断し、相当でないとの結論を得た場合にはじめて予見可能性を認定するという方が、はるか明確であり、しかも刑法上の過失の本質に合致する」²⁷⁰。本項のIでは、このような趣旨に沿って、前述の千葉大採血ミス事件において、信頼の原則の客観的要件を否定することとなった。そこで、本件に関しても、まず、ケーブルの接続そのものの危険性と執刀医による点検確認の容易さから、客観的要件の充足性、すなわち業務分担関係に基づく責任分担に実質的合理性があるかどうかを検討しておきたい。

前述のとおり、本件ケーブルの接続は、それ自体の性質からみると、極めて容易な機械的・準備的作業であり、「どのような意味でも、『医師がするのでなければ』危険な行為といえるようなものでない、ということであり。むしろ『看護婦がするのでなければ』危険だといえるようなものでもない」²⁷¹。本件電気手術器は、本来附属したケーブルを使用する限り、ケーブルの交互誤接続は起りえない構造になって、附属品以外のケーブルを使用する場合には、交互誤接続が起りうる場合があるが、ケーブルが交互誤接続されたまま電気手術器を使用しても、当該被術体に他の電気器具を使用していない場合にはなんの事故も起りえないものである。事故後に行われた原因究明ための実験によれば、「心電計が使用され、その四箇の接地電極のうちの一つが患者の右下腿部で、電気手術器の対極板を装着した箇所に接近した箇所に装着されていたこと、かつ電気手術器と心電計の双方に接地アースが取り付けられていたこと、また心電計に異常電流の流入を防止するヒューズなどの安全装置が備っていないことが、このような条件の下で、電気手術器のケーブルが交互誤接続された状態で電気手術器が使用された場合には本件事故が発生しうる」としても、「看護婦と医師のどちらがしたところで、万が一の過誤も絶無にできるようなものでないことも、確かである」²⁷²。以上の事実に鑑み、執刀医に二重の点検確認義務が課されるべきかどうかは、執刀医の本来的役割がどのようなものであったかを顧慮しなければならない。

執刀医の本来的役割は、あくまでも手術それ自体の実施である。本件の手術は動脈管開存症を治療することを目的とし、「動脈管開存症とは、大動脈から分岐して肺動脈につながる動脈管が本来なら出産と同時に退化し閉塞されるべきにかかわらず生後も閉塞しないため、大動脈から高圧の血液が肺に流れることになり、肺動脈を硬化させるとともに心臓の機能を低下させる疾病で

²⁷⁰ 西原春夫「監督責任の限界設定と信頼の原則（下）」法曹時報 30 巻3号（1978）15 頁。

²⁷¹ 米田・前掲注（129）36 頁。

²⁷² 米田・前掲注（129）36 頁。

ある。したがって手術により、大動脈との分岐点で動脈管を切離し、肺動脈への血液の流れを断つことが必要であるが、大動脈直近にメスをあてるため大動脈に損傷を与えて大量出血を招くとか神経損傷などの危険を伴い高度の技術を要する手術である」。それゆえ、少なくとも、手術中、執刀医にとっては、手術操作と術野その他手術成績の本来的向上につながる事項にその注意を集中すべきことが期待される。問題となるのは、手術の開始前に、手術用の機器、器材、物品などが患者に使用される前に、執刀医に最終確認義務を課すべきかどうかということである。

第一審判決では、この点については、「手術前においては、手術適応の有無、手術方法についての検討吟味、患者の容態観察と輸血の準備措置、術前の諸データの吟味、術者自身の手指と術野に対する丹念な消毒、予想されうる合併症や予想外の疾患が判明した場合に備えての種々の対策の用意、あるいは後述の補助的、準備的作業のうち、具体的な危険の予想されるいくつかについての点検などについて、執刀医は怠りなくその注意を配ることが要請される。その反面、執刀医でなくてもなしうる補助的、準備的作業については、できる限り執刀医以外の手術助手や看護婦が各自全責任をもって又は連帯して処理し注意を払うべきことが期待される。電気メス器本体について、アースを引くことやそのケーブルの接続もこれに含まれるであろうし、更にケーブルの接続の正否の点検の必要が認識される場合におけるその点検確認なども、本来的にはここにいう補助的準備的作業の範囲に含まれるとみてよいであろう。このような診療態勢における執刀医の地位、役割は、チームの各スタッフの行う各作業の正否について総括的な点検、監視をすべき者ではなく、むしろ手術操作と術野などに専念すべき高度の技術者たる役割を果たすことがそのあるべき姿であろう」とされている。

確かに、手術の安全性のために、患者使用前の最終確認に医師が責任を持つべきである²⁷³。しかし、その責任者が執刀医でなければならない理由はないと考えられる。なぜならば、執刀医は手術の中核となる技術的な作業を担当し、このような極めて困難な手術の成否は執刀医の技術や集中力に大きく左右されるというだけではなく、千葉大採血ミス事件の場合には、誤接続をすれば危険が直接生ずるのに比べて、本件の場合には、誤接続をしても必ずしも危険とはいえず、他の条件が重なれば危険であるけれども当時それが明らかではなかったことに特徴があった²⁷⁴。ここで、防止すべき危険は誤接続による類型的危険であって、この危険を的確に防止するために、介助看護師以外の者によるダブルチェックが不可欠であるが、執刀医による点検確認は、他の医師による点検確認に比べて、明らかな優位性がなかったと見てよく、本件の診療態勢においては、できる限り執刀医以外の医師や看護師によって点検確認を行うべきである。

²⁷³ 菊地＝山田・前掲注(269)50頁。

²⁷⁴ 西原・前掲注(270)17頁。

以上から、危険の防止の角度から、本件分業関係が実質的合理性を有するものであるため、介助看護師の操作を二重に点検確認することは、執刀医自身の注意義務ではないといえることができる。

次に、限定基準による考察をしていく。ここでの議論は、看護師の誤操作によった結果について、執刀医がその発生の具体的な危険性を現実に認識したかどうか、あるいはこれを容易に予見しえたかどうかを問うことで、信頼の原則の適用を限定すべき要件が満たされるかどうかを検討するものである。すなわち、執刀医は、手術チームの各スタッフの行う各作業の適否について総合的な点検、監視をすべき地位にあるのではなくとも、結果発生についての具体的な認識があった場合、あるいはこれは容易に予見しえた場合には、本来の職務範囲を超えて、結果回避措置をとるべきである。

なお、留意しなければならないのは、ここでの議論は、結果回避義務を肯定するための結果予見可能性があったかどうかということの問題とするのではなく、両者は、異なる素材で判断するものだからである。すなわち、本件電気メス器の取り扱いについては操作に関する技術的行為準則に従うべきであり、従うとすれば危険ではなく、その裏面として従わないとすれば危険である。したがって、このような抽象的な危険を防止するために、電気メス器のケーブルの接続、ダイヤルの調整などの取り扱いを業務内容とする介助看護師に、正しくケーブルを接続する業務上の注意義務を課すことは、もちろん業務の遂行のための基本的要求である。その意味で、このような第一次的注意義務は、抽象的な危険を防止するために設置されているものといえよう。介助看護師は、附属品以外のケーブルが使用されていたことを知りながら、この関係で交互誤接続の余地があったことをも認識しており、かつ電気手術器は高周波電流を患者の身体に通じその回路中に発生する高熱を利用する機械であることに照らし、ケーブルを誤って接続するならば電流の流路に変更が生ずるなどして患者に対し危害を及ぼすおそれがないわけでないことを知りえたものである。それゆえ、事故発生の具体的な理化学的原因を知らないとしても、具体的な類型的危険を予見した以上、事故の発生を未然に防止するために、適切な結果回避措置をとることが要請される。つまり、第一次的注意義務を負う行為者に対して、具体的な類型的危険によって結果は発生しうることが予見可能であるときに、具体的な結果回避措置をとることが期待される。その意味で、具体的な予見可能性は、結果回避義務の履行を発動する契機となるともいえる。

反対に、執刀医には、上記第一次的注意義務が課されないのであり、通常の場合には、その第一次的注意義務を負う者が適切に行動することを信頼でき、執刀医は類型的危険を防止することについて注意を払わなくてもよい。もっとも、結果発生について具体的な認識があった場合、あるいはそれは容易に予見しえた場合には、執刀医は第一次的注意義務を負わないとしても、本来の職務範囲を超えて、結果回避措置をとるべきである。その限りで、結果の予見可能性が問題となりうる。

言い換えれば、結果回避義務の前提となる予見可能性と信頼の原則の適用を限定するための予見可能性は、異なる判断枠組みを有するものである。前者の場合には、行為者が第一次的注意義務を負うのであって、行為に内在する具体的な類型的危険と、それによって特定の結果発生に至る因果関係の基本部分が認識可能であれば十分である。それに対し、後者の場合には、行為者が第一的注意義務を負わないため、類型的危険を発見するような注意を払わなくてもよく、現実的かつ具体的な危険と、それによって特定の結果発生に至る因果関係の基本部分を予見しえた場合にはじめて、信頼の基盤が動揺し、結果回避義務が肯定されると考えられる。

したがって、信頼の原則の位置づけ及びその適用基準について、本判決は、本稿と異なる立場に立つものと考えられるが、具体的な危険発生の予兆の有無を問題としている点では正当であるというべきである。そして、この点を解明することによって、「同一事故において、看護師の予見可能性の判断と医師の予見可能性の判断について、なぜ落差があったのか」、という疑問に答えることもできよう。

以上の前提を踏まえ、検討を続ける。まず、結果発生について具体的な認識があったかどうかは、介助看護師による誤接続ないし危険発生を具体的に認識したかどうかという問題に還元することができる。ここで、問題となるのは、本件手術開始後電気手術器のメスの利きが弱く、被告人 Y が本件のダイヤルの目盛を上げたのにしばらくの間その状態が改まらなかったという事情により、危険発生の予兆があったと解することが相当か否かということである。この点については、第二審判決の立場に賛成したい。すなわち、「本件事故当時まで同病院備え付けの電気手術器を使用した際、本体内部の接触の具合等によるためか、ケーブルの接続に誤りが無いのに利きが弱くなり本体を振動させたり、各部を点検したりしているうちに正常に復することがまれではなく、右事実は被告人 Y を含め電気手術器を使用する関係者の知るところであり、本件手術時にみられた利きの弱さも従前に経験された域を出ないものであったことが認められるから、右の現象をとらえてケーブルの接続の過誤ないし危険発生の予兆があったものとみるのは相当でない」ということは妥当である。

次に、本件結果発生は容易に予見しえたかどうかを検討する。既述のとおり、本件業務分担関係と業務の実態を考慮すれば、診療科の医師は、交互誤接続不能なケーブルが手術部により提供されるものと期待してしかるべきである。一般に、手術部の看護師や技能員によって附属品以外の子供用対極板ケーブルが作られていたり、附属品以外のメスケーブルが準備提供されたりしていたという実態は、診療科の医師である執刀医が容易に知りえるものではない。とりわけ本件事故は、新規性、複合性、偶発性に基づくものであるから²⁷⁵、執刀医が本件結果発生を容易に予見しえたとはいえない。

²⁷⁵ 中谷・前掲注 (156) 137 頁。

以上から、本件における信頼の原則の適用が認められ、執刀医の過失責任を否定すべきであるように考えられる。医師と看護師の共同作業において、看護師が単純で初歩的なミスを犯し、それに医師が気づかずに結果を発生させたという点で、本件と千葉大採血ミス事件とは共通しているが、信頼の原則の適用に関してはまったく異なる結論に至った理由も明らかにしたと思われる。

第4節 小括

信頼の原則は、許された危険や危険の分配の法理の一応用場面であり、行為者の結果回避義務を制限する原理として位置づけるべきである。組織的医療における信頼の原則の適用限度は、組織的医療における関係者間の責任分担に関して、とりわけ監督責任の限界づけに関する議論がなされる際に、不可避な問題であり、それをめぐる議論が、今でもチーム医療に伴う分業体制のもとで、安全性と効率性の両立を中心に行われている。

組織的医療における信頼の原則適用の可否については、まず、交通事故の分野に形成・発展された信頼の原則は、関与者は危険防止という意味において協力関係にあるすべての場合には可能なものであると考えられる。同時に、組織的作業における信頼の原則の適用は無制限ではなく、業務の性格、業務分担の確立の度合い、業務分担者の専門上の能力等を考慮した上で、その限界と基準を検討しなければならない。

また、組織的医療における信頼の原則の適用基準について、(i) 主観的要件としては、医療従事者間に実質的信頼関係があり、そしてこの実質的信頼関係を否定する反対的事実がなかったこと、(ii) 客観的要件として、安全確保体制の有無、医療関係者間の分業関係とそれに応じて注意義務の内容と役割分担等を考察して、危険の防止の角度から、その分業関係が実質的合理性を有するものであること、(iii) 消極的要件としての相当性の阻却事由の不存在という3つの要件がある。

なお、結果回避義務の前提となる予見可能性と信頼の原則の適用を限定するための予見可能性は、異なる判断枠組みを有するものである。具体的に、前者の場合には、行為者が第一次的注意義務を負うのであって、行為に内在する具体的な類型的危険と、それによって特定の結果発生に至る因果関係の基本部分が認識可能であれば十分である。それに対し、後者の場合には、行為者が第一的注意義務を負わないため、類型的危険を発見するような注意を払わなくてもよく、現実的かつ具体的な危険と、それによって特定の結果発生に至る因果関係の基本部分を予見しえた場合にはじめて、信頼の基盤が動揺し、結果回避義務が認められることとなる。

第四章 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 従来判例

組織的医療における複数人の過失責任が肯定された場合に、これらの関与者は、「過失犯の同時犯」か、あるいは「過失犯の共同正犯」かがまさに問題となりうる。医療の領域ではないが、最初に、最高裁で明示的に過失犯の共同正犯を肯定する判例としては、最判昭和28年1月23日刑集7巻1号30頁（「メタノール共同販売事件」）である。それ以降、過失犯の共同正犯を認める最高裁の判例がないが、下級審の判例に過失犯の共同正犯を肯定するものがある。

ここでは、医療の領域において、複数の過失が存した事例における関与者間の責任形態に関する従来判例の立場を整理しておきたい。

図表4 複数の過失が存した事例における関与者間の責任形態

番号	判決	身分	責任形態	備考
①	最判昭和28年12月22日刑集7巻13号2608頁	薬剤師、事務員、看護師	過失の競合	【事例11】3%ヌペルカイン事件
②	広島高判昭和32年7月20日高裁刑判特報4巻追696頁	医師2名	過失の共同 →過失の競合	【事例4】麻酔液誤注射事件
③	東京高判昭和48年5月30日判時713号133頁、千葉地判昭和47年12月22日刑事裁判月報4巻12号2001頁	医師、看護師	過失の競合	【事例6】千葉大採血ミス事件
④	前橋地裁太田支判昭和51年10月22日判タ678号59頁	医師、看護師	過失の競合	虫垂手術麻酔薬誤用注射事件
⑤	御嵩簡判昭和57年1月7日判タ678号55頁	医師、準看護師	過失の競合	異型輸血致死事件
⑥	羽曳野簡判平成2年1月9日判タ1035号54頁	医師、看護師	過失の競合	異型輸血致死事件
⑦	花巻簡判平成2年3月30日判タ770号77頁	医師、看護師	過失の競合	脊髄造影剤取り違い致死事件
⑧	浦和簡判平成7年10月16日判タ1035号52頁	医師、看護師	過失の競合	麻酔措置過誤致死事件
⑨	千葉簡判平成10年7月10日判タ1035号59頁	医師、看護師	過失の競合	麻酔器誤操作致死事件

番号	判決	身分	責任形態	備考
⑩	大阪簡判平成 11 年 1 月 14 日判タ 1035 号 60 頁	医師 2 名	過失の共同	十二指腸後腹膜穿孔誤診事件
⑪	東京地判平成 12 年 12 月 27 日判時 1771 号 168 頁	看護師 2 名	過失の共同	都立広尾病院消毒液誤注射事件
⑫	岐阜簡判平成 13 年 4 月 2 日飯田『刑事 医療過誤Ⅱ〔増補版〕』231頁	看護師、準看護 師	過失の競合	血液パックの氏名等不確認による異型 輸血事件
⑬	鯨々沢簡判平成 13 年 12 月 19 日飯田 『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』233 頁	看護師、准看護 師 2 名	過失の競合	血液型の確認不十分による異型輸血事 件
⑭	吹田簡判平成 13 年 12 月 19 日飯田『刑 事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』393 頁	臨床工学技士 2 名	過失の競合	臨床工学技士による心筋保護液調合ミ ス事件
⑮	津簡判平成 14 年 4 月 3 日飯田『刑事医 療過誤Ⅱ〔増補版〕』236 頁	医師 2 名	過失の競合	三重大学病院異型輸血事件
⑯	八戸簡判平成 14 年 5 月 10 日飯田『刑 事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』91 頁	看護師、助産師	過失の競合	薬剤誤投与と流産事件
⑰	豊橋簡判平成 14 年 5 月 22 日飯田『刑 事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』897 頁	看護師 2 名	過失の競合	セラチア菌・プチダ菌感染事件
⑱	京都簡判平成 14 年 12 月 25 日飯田『刑 事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』171 頁	看護師 2 名	過失の競合	アジ化ナトリウム誤投与事件
⑲	弘前簡判平成 15 年 1 月 31 日飯田『刑 事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』578 頁	看護師 2 名	過失の競合	国立弘前病院母子医療センターノバン希 釈液過量投与事件
⑳	広島地判平成 15 年 3 月 12 日判タ 1150 号 302 頁、広島簡判平成 13 年 3 月 2 日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補 版〕』723 頁	医師 2 名	過失の競合	心臓手術後の心室細動看過事件
㉑	最決平成 17 年 11 月 15 日刑集 59 卷 9 号 1558 頁	医師 3 名	過失の競合	【事件 9】埼玉医大抗ガン剤過量投与 事件
㉒	最決平成 19 年 3 月 26 日刑集 61 卷 2 号 131 頁	看護師 2 名、医 師 4 名	過失の競合	【事例 12】横浜市大病院患者取り違え 事件
㉓	大津地判平成 15 年 9 月 16 日飯田『刑 事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』132 頁	看護師 2 名	過失の競合	長浜赤十字病院塩化カリウム液点滴ミ ス事件
㉔	福井簡判平成 16 年 3 月 31 日飯田『刑 事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』141 頁	医師、薬剤師	過失の競合	県立病院抗ガン剤過量投与事件
㉕	東京地判平成 16 年 5 月 14 日LEX/ DB28095650	医師 2 名	過失の共同	胆嚢手術ミス事件
㉖	東京高判平成 19 年 6 月 5 日判例集未登 載	医師 3 名	過失の共同	慈恵医大青戸病院腹腔鏡下手術ミス事 件
㉗	奈良地判平成 24 年 6 月 22 日判タ 1406 号 363 頁	医師 2 名	過失の共同	山本病院事件

なお、上記図表に記載されている事例をさらに分析すると、④、⑦、⑪、⑫、⑬、⑭、⑮、⑯、⑰、⑱、⑳、㉑のいずれも、後任者が前任者の過誤を看過したまま作業を引き続いていたことにより結果を発生させたものであるが、過失犯の共同正犯の成立が認められる⑪を除き、他のケースはすべて過失の競合と捉えることと、過失犯の共同正犯の成立が承認された⑩、⑪、㉒、㉓、㉔のいずれにおいても、行為者の職種は同じであることがわかる。

第2節 議論状況

組織的医療において、複数人の過失が肯定された場合に、医療関係者間には、同時犯の関係にあるのか、あるいは共同正犯の関係にあるのかを論じる前に、過失犯の共同正犯の成否に関して、学説は、どのように考えているかを整理しておきたい。

従来、学説では、犯罪共同説と行為共同説といった共同正犯論固有の議論から、過失犯の共同正犯の成否を論じてきた。つまり、犯罪共同説によれば、共犯というためには、数人が共同して特定の犯罪を行うことが必要であるため、構成要件的结果の認識を欠く過失犯には、当然ながら、共同正犯はあり得ない。それに対して、行為共同説に立つ場合、数人が共同して前構成要件的行为を行えば共犯が成立し、それに対応してその意思の共同は故意の共同まで要求しないので、過失犯にも共同正犯は成立しうる²⁷⁶。かつて、犯罪共同説の立場からの否定説が支配的であった²⁷⁷。

もっとも、過失犯の構造論争、とりわけ新過失論の影響で、犯罪共同説によっても、犯罪的意思は故意に限られないと理解することができ、犯罪共同説の当然の帰結として過失犯の共同正犯の否定が導かれるものではなく、また、行為共同説に立つことから、直ちに過失犯の共同正犯の肯定が導かれるものでもない²⁷⁸という点が、広く承認されている。過失犯における実行行為の存在が一般的に考えられる現在では、過失犯の共同正犯の成否については、「かつての『過失犯に共同実行の意思が認められるのか』という形から、『過失実行行為を共同したと云えるのか』という形に微妙に争点が移行してきている」²⁷⁹。以下では、肯定説と否定説の代表的な見解を概観する。

第1項 肯定説

²⁷⁶ 大塚仁ほか（編）『大コンメンタール刑法〔第三版〕』（青林書院・2019）213頁（村上光鷗）。

²⁷⁷ 植松正『刑法概論I（総論）〔再訂版〕』（勁草書房・1975）352頁。

²⁷⁸ 井上正治『刑法総論』（惇信堂・1949）177頁、182頁。

²⁷⁹ 前田雅英『刑法の基礎：総論』（有斐閣・1993）364頁。

過失犯の共同正犯を肯定する見解には、主に、（Ⅰ）行為共同説の立場からの見解、（Ⅱ）目的的行為論の立場からの見解と（Ⅲ）共同義務の共同違反説が含まれる。近時、共同義務の共同違反説は、有力説になってきた。

I. 行為共同説の立場からの見解

まず、行為共同説に立脚する見解には、過失犯の共同正犯が成立するために、故意犯と異なる「意思連絡」が必要であるとする見解がある。「意思連絡」を行為を共同する意思ないし共同加功の意思と解する²⁸⁰ことが一般的であるが、それを単なる行為についての共同意思と解する見解²⁸¹と、それを犯罪的意思の連絡と解する見解²⁸²もある。

そのほか、行為共同説に立ちつつ、主観的要件を不要とし、因果関係の共同が認められれば、過失犯の共同正犯は成立しうるとする見解²⁸³もある。同見解によると、行為者相互の実行自体が一つの因果の連鎖の中に融合する場合と、個々の実行がそれぞれ独立的・並列的に存在するにとどまる場合とはその因果の構造に完全な相違がみられる。それゆえ、前者については当然に共同正犯が成立するが、後者については単に同時犯が成立するにすぎない²⁸⁴。

因果関係の共同だけで過失犯の共同正犯を基礎づける見解に対して、それによって構成された共同正犯概念は、同時犯との区別の契機を失っただけではなく、各共犯関与形態間を区別する契機も見失っているという批判がある²⁸⁵。現在では、行為共同説の立場からの肯定説であっても、過失犯の共同正犯が成立するためには、共同意思と共同実行の事実の両方が必要であると一般的に解されている²⁸⁶。このように、過失犯の共同正犯を肯定する諸見解は、共同意思は故意に限定されないという点で共通しており、共同実行とは、前構成要件的行為の共同なのか、あるいは過失犯の構成要件的行為の共同なのかをめぐって争われている。

II. 目的的行為論の立場からの見解

²⁸⁰ 木村亀二『新刑法読本』（法文社・1967）266頁。

²⁸¹ 牧野英一『日本刑法〔重訂版〕（上巻）』（有斐閣・1937）442、458-461頁。

²⁸² 木村・前掲注（280）247、281頁。

²⁸³ 宮本英脩『刑法学粹』（成文堂・1985）396-398頁。

²⁸⁴ 植田重正『共犯の基本問題』（三和書房・1952）128-133頁。

²⁸⁵ 内田・前掲注（175）55頁。また、同趣旨をとる見解として、高橋・前掲注（76）483頁。

²⁸⁶ 川端・前掲注（75）557頁以下、高橋・前掲注（76）483頁。

犯罪共同説に立脚しながら、目的的行為論を基礎として過失犯の共同正犯の成立を説明する論者は、故意犯も過失犯も目的的行為によって実現されるものであり、共同正犯の客観的要件としての共同実行とは、実行行為の共同ないし目的的行為の共同を指すことであると主張する。すなわち、同見解は、まず「目的的行為支配とは、構成要件の結果を実現する意思をもって、この実現のために、目的的に支配・統制した外部的行為を遂行する」ということを意味し、「行為を主観＝客観の全体構造をもつものであるとする目的的行為論の立場から、正犯概念の一般的要素としての目的的行為支配を主観＝客観の全体構造をもつものとして把握し、ここから、正犯概念が主観的要素と客観的要素とから構成されるものであることをあきらかにする」と解することにより、目的的行為支配説の妥当性を肯定する²⁸⁷。さらに、目的的行為論の立場から、制限的正犯説における実行行為の再編成を行い、つまり、「実行行為を主観＝客観の全体構造をもつものとして把握し、しかも、それを規範主義的見地から理解すれば、この立場から、故意犯においては、構成要件実現の意思をもって、構成要件実現の現実的可能性ある行態をなした者が正犯であり、過失犯においては、客観的注意に違反した構成要件の結果惹起の現実的可能性ある非故意の行態をなした者が正犯であるということに」²⁸⁸なると解する。このように、同見解は、「構成要件をはなれた自然的行為を共同にすれば共同正犯の成立をみとめる行為共同説は妥当でなく、実行行為の共同正犯の要件とする犯罪共同説が妥当である」と主張し、同時に、「犯罪共同説が妥当であるといっても、共同正犯の成立には、同一の構成要件に該当する犯罪を共同にすることが必要であると主張するものではなく、一定の構成要件に該当する実行行為の共同を共同正犯の要件とする犯罪共同説を支持する」²⁸⁹。このように、過失犯の共同正犯の成立のためには、主観的には、過失犯における実行行為を共同にする意思があれば足り、客観的には、故意犯であれ、過失犯であれ、一定の構成要件に該当する実行行為を共同に行うことが必要である²⁹⁰。

なお、目的的行為支配説を前提とするものではあるが、犯罪共同説の立場に立脚しない肯定説も存在する。同見解によると、「過失犯にあつては、たとえ故意行為におけるように構成要件的に重要な結果の認識としての故意がないにしても、過失行為が単純な因果関係の生起ではなく、構成要件的に重要ではないが不注意な目的（的）行為を原因とするものであり、その目的（的）行為は意思行為であり、その意思行為の共同、従つて、共同正犯も可能である」²⁹¹。

上記のほか、目的的行為論の影響を受けて、過失犯においても、実行行為があり、さらに危険行為の共同が可能であるとしたうえで、過失犯の「本質」をめぐって過失犯の共同正犯と過失の

²⁸⁷ 福田・前掲注（222）251-252頁。

²⁸⁸ 福田・前掲注（222）252頁。

²⁸⁹ 福田・前掲注（222）251-252頁、268-269頁。

²⁹⁰ 福田・前掲注（222）268頁以下。

²⁹¹ 木村亀二『刑法総論〔増補版〕』（法律学全集）（有斐閣・1978）382頁。

同時犯を区別することで過失犯の共同正犯の成立要件を説明しようとする見解もある。すなわち、「過失行為が刑法上意味を持つのは、意識的部分それ自体においてではないし、また、無意識的部分それ自体においてでもない。……両者の接点が問題なのである。……前法律的な事実に関する意識的・意欲的共働が不注意の共有という契機を帯びることによって、一個の全体としての構成要件該当（充足）かつ違法な行為→結果となる」場合に、過失犯の共同正犯が考えられる²⁹²。そして、行為と結果との間に因果関係があるだけでは過失犯の正犯性を根拠づけることができず、「刑法上重要な行為の型を要素として定立せられた構成要件の解釈論を展開し、いかなる行為を正犯、従ってまた過失同時犯とみるべきか、という点に問題を移さなければならない」とし、過失犯の共同正犯と過失の同時犯との間には、実体的差異が存在すると主張する²⁹³。すなわち、過失行為は、構成要件の実現を目指した目的的行為ではないが、意識的・目的的行為でなければならない²⁹⁴。そのため、個々の過失犯のこのような実行行為が肯定される場合には過失の同時犯である。それに対して、不注意な意識的・目的的行為の共同が可能であるから、このような共同によって過失犯の構成要件を実現した場合、とりわけ互いに不注意を引き受け合い、自己の不注意を委ね合っている場合には、過失犯の共同正犯とすべきだと解する²⁹⁵。このように、過失犯の共同正犯の成立には、危険行為の共同と、それが意思連絡に基づいたことが必要である²⁹⁶。

III. 共同義務の共同違反説

近年、犯罪共同説からの「共同義務の共同違反」説²⁹⁷は、日本で有力になってきた²⁹⁸。なお、実務において、東京地判平成4年1月23日判時1419号133頁（「世田谷ケーブル火災事件」）は、「社会生活上危険かつ重大な結果の発生することが予想される場合においては、相互利用・補充による共同の注意義務を負う共同作業者が現に存在するところであり、しかもその共同作業仲間において、その注意義務を怠った共同の行為があると認められる場合には、その共

²⁹² 内田・前掲注（175）61頁。

²⁹³ 内田・前掲注（175）198頁。

²⁹⁴ 内田・前掲注（175）223-224頁、227頁以下。

²⁹⁵ 内田・前掲注（175）260頁以下、214頁。

²⁹⁶ この見解は、「共同危険創出説の手法を基礎とした『共同義務の共同違反』説」であると解するものとして、金子博「過失犯の共同正犯について——『共同性』の規定を中心に——」立命館法学326号（2009）970頁。

²⁹⁷ なお、「共同義務の共同違反」説に親和的な見解として、平野龍一『刑法総論II』（有斐閣・1975）394頁。

²⁹⁸ 井上・前掲注（278）202頁。

同業者全員に対し過失犯の共同正犯の成立を認めた」とし、「共同義務の共同違反」を採用し、過失犯の共同正犯の成否を判断することを示した。

また、結論として過失犯の共同正犯を否定するが、最決平成 28 年 7 月 12 日刑集 70 卷 6 号 411 頁（「明石歩道橋事故事件」）は、「業務上過失致死傷罪の共同正犯が成立するためには、共同の業務上の注意義務に共同して違反したことが必要であると解される」と判示し、最高裁として、上記「世田谷ケーブル事件」の枠組みを正面から肯定した。

日本において、「共同義務の共同違反」説を最初に唱えた論者は、新過失論の立場に立脚しつつ、過失犯の実行行為を肯定し、過失犯の構成要件要素の中には、意識的な行為としての要素が含まれ、そのような意識的側面において、協力、補充関係が成り立ち、落度のある行為の共同があれば、共同実行を認める余地があるということを前提としている²⁹⁹。具体的には、「危険な作業を共同に行なっている者が、たがいに、単に自己の直接担当する作業動作から生ずる結果の発生を防止するために、必要な助言、監視の協力をなすべき義務を負うというように、事故防止具体的対策を行なうについての相互利用、補充関係において一体となっている、という場合にその一体の活動が落度ありと判断されるかぎりにおいて、過失犯の共同正犯を認める」³⁰⁰。このように、「共同義務の共同違反」の有無が過失犯の共同正犯の認定に重要となった。

この見解を踏襲しつつ、「共同義務の共同違反」説を義務犯的構成から一層精緻化する論者は、次のように過失犯の共同正犯を考える。すなわち、「二人以上の者が犯罪的結果を生じさせやすい高度の危険性を含んだ共同行為を行うに際して、共同者の各人に共通の注意義務が課せられているとみられる場合に、めいめいがその注意義務に違反したことによって犯罪的結果を生じさせたときは、共同した構成要件的過失をみとめることができる」。その際に、「各人がその注意義務を遵守すべきであるが、それは、みずから遵守するだけでなく、共同者の他の者にも遵守させるようにつとめなければならない関係にあり、したがって、このような事態のもとで、その注意義務の違反があったときは、共同者の全員がそれについての帰属をうける理由があり、各自が自己の注意義務違反に対してだけでなく、他の共同者の注意義務違反に対しても構成要件的過失をみとめられなければならないからである」³⁰¹とされる。また、同論者によれば、共同義務は、共通の注意義務であり、これは共同者が同一の法的地位に立つ場合に限り、認められるべきである³⁰²。例えば、同論者は、広島高裁岡山支判昭和 30 年 6 月 23 日裁特 2 卷 12 号 623 頁

²⁹⁹ 藤木英雄「過失犯の共同正犯」研修 263 号（1970）11-12 頁。

³⁰⁰ 藤木・前掲注（299）13 頁。

³⁰¹ 福田平＝大塚仁『刑法総論 I』（有斐閣大学双書）（有斐閣・1979）380 頁。

³⁰² 大塚仁『刑法の焦点：共犯』（有斐閣・1985）48 頁以下、同「過失犯の共同正犯の成立要件」法曹時報 43 卷 6 号（1991）6 頁。上命・下服の関係にあつて、共同注意義務が認められないとして、過失犯の共同正犯を否定するとする見解として、なお大谷実『刑法講義総論〔新版第 5 版〕』（成文堂・2019）416 頁がある。

に関して、本件で過失犯の共同正犯を否定する理由は、バスの運転手と車掌とは異なる法的地位を有することにあると解する³⁰³。

上記の「共同義務の共同違反」説に対して、いわば共同義務の内容は、不真正不作為犯の要件としての作為義務であるため、同説は過失犯の共同正犯の成立範囲を不真正不作為犯に限定しており、作為犯についてはそれを否定しようとするのは、理論一貫していないと批判する見解がある³⁰⁴。この見解によると、過失の作為犯の場合には、「共同義務の共同違反」という判断枠組みは必要ではなく、「構成要件的结果との間に共犯構成要件要素としての（促進・強化を内容とする）因果性をそなえ、かつ共同『正犯』としての実質を備えた行為について、構成要件該当事実に関する予見可能性が認められる場合」に、作為犯であれ、不作為犯であれ、過失犯の共同正犯を肯定しうる³⁰⁵。

第2項 否定説

過失犯の共同正犯を否定する見解には、主に、（Ⅰ）犯罪共同説の立場からの見解、（Ⅱ）共同意思主体説からの見解、と（Ⅲ）共同義務概念に批判的な見解がある。前二者は、過失犯の本質をめぐる、過失犯の共同正犯が概念的不可能と主張する。後者は、過失犯の処罰範囲の制限という点に着目し、近年、否定説における有力説になってきた。

Ⅰ. 犯罪共同説の立場からの見解

犯罪共同説の立場からの否定説は、主に、共同正犯が成立するためには、各共同者が特定の犯罪を共同して実行するという相互的理解をもっていることが必要であるため、故意の共同でなければならないとし、このような意思連絡を欠く過失犯においては、共同正犯は概念的に考えられないと主張する³⁰⁶。

上記考え方の根底には、過失犯の本質は無意識の部分にあるという理解がある。すなわち、過失犯においては、犯罪的でない意思の連絡が可能であるが、共同正犯の成立のために、このような意思の連絡があれば足りると考えるならば、過失犯において共同正犯を認めることに支障がな

³⁰³ 大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣・2008）297頁注（14）。

³⁰⁴ 山口厚「過失犯の共同正犯についての覚書」『西原春夫先生古稀祝賀論文集〔第2巻〕』（成文堂・1998）398頁。

³⁰⁵ 山口・前掲注（304）398頁以下。

³⁰⁶ 滝川幸辰『滝川幸辰刑法著作集 第1巻』（世界思想社・1981）324頁、下村康正「過失犯の共同正犯と同時犯」警察研究46巻8号（1975）9頁、小野清一郎「過失犯の共同正犯といふことがあるか」『刑事判例評釈集 第15巻』（有斐閣・1960）5頁。

いといえる。しかし、「過失行為は、もともと、その主観的方面において、意識的なものから無意識的なものにまたがる領域を占める。意識的な部分が決して過失行為にとって本質的なものではない」³⁰⁷という理解に基づくと、過失犯においては、結果発生に向けた相互的理解はあり得ないため、過失犯の共同正犯の否定が導かれる。

上記の見解に対して、過失犯の共同正犯を肯定する論者は、次のように批判を加える。第一に、過失犯の場合には、「故意の意味での犯罪的意思」がなかったが、不注意によって認識しなかったという過失の意味での犯罪的意思があり、上記の見解は、「なぜ共同正犯の主観的要件を故意の共同と解さねばならないかについての理論的説明がな」く、理論的根拠が不十分であると批判する³⁰⁸。第二に、「過失行為が構成要件の結果を認識しないという要素は非・故意行為としての過失行為を故意行為から区別する消極的な特色たること」であるが、過失行為の積極的な特色は不注意であり、その不注意が過失行為の本質的要素である。「その不注意ということは、抽象的に存在するものではなく、一定の具体的に意識的な行為、例えば、発砲するとか、物を投げるとか、自動車を運転するとか、酒をのむとかいうような行為に不可分的に結びついて現実存在するのであり、上記の見解は過失犯の本質についての誤認を基礎としたものであると批判した。したがって、「このような過失犯の本質的要素を含むところの意識的な行為の部分为基础として、過失犯の共同正犯を論じるのは、『過失犯の本質に即した議論ということができない』どころか、正しく、『過失犯の本質に即した議論』といわねばならないのである」³⁰⁹。

前述のとおり、新過失論の登場とともに、犯罪共同説＝否定説、行為共同説＝肯定説という対立図式が崩壊し、犯罪共同説をとっても、過失犯における実行行為を認め、実行行為に該当する行為を共同して行うことについての共同意思が可能であるため、犯罪的意思は故意に限られないという理解は、広く承認されている。このように、否定説の理由づけは、過失犯の構造による概念上の成立不可能から、過失犯の共同正犯を認めるとすれば、処罰範囲を不当に拡張してしまうという点に変わってきた。

II. 共同意思主体説からの見解

「なぜ共同正犯が故意の共同に限られるのかについて実質的な説明を欠いていた」という点を積極的に説明しようとする見解は、共同意思主体説である³¹⁰。このような共同意思主体説から出

³⁰⁷ 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社・1990）299頁。

³⁰⁸ 木村亀二「過失の共同正犯」平野龍一＝大塚仁＝福田平（編）『判例演習（刑法総論）〔増補再版〕』（有斐閣・1973）176-177頁。

³⁰⁹ 木村・前掲注（308）177-178頁。

³¹⁰ 北川佳世子「我が国における過失共同正犯の議論と今後の課題」刑法38巻1号（1998）49頁。

発すると、一般的に否定説が導かれる³¹¹。すなわち、同立場によると、「法律の共犯を規定するゆえんが、二人以上で共同目的に向って合一するところに特殊の社会的心理現象の生ずることが認められたのによつてとする以上、一定の犯罪は故意犯であることを要するのである。何故なら、一定の目的に向つての相互了解がなければ、特殊の社会的心理的現象を生ずるものとして、特殊の取扱を為す必要がないからである。従つて、過失犯に対する共犯又は過失による共犯というようなことは、これを認むべきでない」³¹²。

また、共同意思主体説に立脚して、刑法 60 条の規定によつて、個人責任の原理という単独犯の法理が修正され、一種の団体責任の原理たる一部行為の全部責任の法理が確立されるという理解から出発し、過失犯においては、「結果の発生について注意義務違反があり、またこれを予見ないし回避する能力も有していたという場合には、この結果の発生と因果の關係に立つ何からの行為をした行為者は、すべてこの結果の発生についての責任を負うことになる」という拡張的正犯概念をとり、過失犯の結果犯と挙動犯の場合には、自己の注意義務違反を論ずれば足りるのであつて、一部行為の全部責任の法理を持ち出す必要はないとする見解もある³¹³。

III. 共同義務概念に批判的な見解

過失犯の共同正犯は、過失の同時犯へ解消することができると主張する見解は、通常、「共同義務の共同違反」説に対し、「共同義務」（「自己の行為に注意しつつ他者の行為から結果が発生しないように注意する義務」）の内容から、共同義務は各共働者自身の注意義務として扱うことができるため、その違反を個別的に検討すれば足りるとし、処罰範囲を不当に拡張するおそれのある過失犯の共同正犯を認める必要はないと主張する³¹⁴。すなわち、同立場は、ほとんどの「共同義務の共同違反」が認められる事案において、過失犯の共同正犯を基礎づける「共同義務」と、個人について考えられる「客観的注意義務」とはさほど異なるものではないとして、過失犯の同時犯へ解消することができると主張する³¹⁵。

第 3 節 検討

³¹¹ 曾根威彦『刑法原論』（成文堂・2016）587 頁以下。

³¹² 齊藤金作『刑法総論〔改訂版〕』（有斐閣・1955）233 頁。

³¹³ 西原春夫『刑法総論・法律基本問題双書 17』（成文堂・1968）249-252 頁。

³¹⁴ 高橋則夫「共同正犯の帰属原理」『西原春夫先生古稀祝賀論文集（第 2 卷）』（成文堂・1998）352 頁、曾根・前掲注（311）587 頁以下、西田典之『共犯理論の展開』（成文堂・2010）211 頁以下。

³¹⁵ 前田・前掲注（279）372-374 頁。

第1項 学説の検討

I. 問題の整理

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³¹⁶。このような学説の現状の背後には、以下の変化がみられる。

第一は、共同正犯の本質論と過失犯の共同正犯との連関性が乏しくなったことである。すなわち、「行為共同説は主観主義の帰結、犯罪共同説は客観主義の帰結と解することは、両説の関係を正確に理解するもの」³¹⁷ではなく、「行為共同説は共同正犯が共同の行為によって数箇の犯罪にわたって成立し得るといだけの意味であって、共同意思がいかなる時点において成立せねばならないかの問題とは関係がない」³¹⁸。それゆえ、行為共同説の立場から肯定説を展開するとしても、主観主義的な行為共同説に従うのではなく、客観主義的な行為共同説に立脚しなければならない。しかし、このような犯罪行為の共同が必要とされる客観主義的な行為共同説は事実上犯罪共同説に合流することになった³¹⁹。

また、犯罪共同説の立場からの否定説は、「共同正犯の要件を故意犯を前提に考えているために導かれる帰結であり、それによっては、犯罪的な意思の連絡に欠ける場合には故意犯の共同正犯が成立しないということが導かれるに過ぎ」ず、「犯罪共同説が『犯罪の共同』を要件とするものであれば、『過失の共同』も可能なはずであり、直ちに共同正犯否定説になるわけではなく、「『意思の連絡』は共犯の因果性の要素としての心理的因果性を基礎付けるために要求されるに過ぎず、故意についての意思の連絡まで要求されるのではない」と解すれば、犯罪共同説からしても過失犯の共同正犯が成立しうることになった³²⁰。

³¹⁶ 行為共同説の立場から過失犯の共同正犯を否定する見解として、西田典之「過失の共犯」法学教室 137号 (1992) 20頁。これに対し、犯罪共同説から肯定説が主張されている見解として、大場茂馬『刑法総論(下)』(中央大学・1918) 1013頁、1050頁。共同意思主体説から過失犯の共同正犯を肯定する見解として、小泉英一「業務上過失致死と共犯」法学志林 37巻 12号 (1935) 90頁以下。

³¹⁷ 福田・前掲注(222) 269頁注(二)。

³¹⁸ 木村・前掲注(280) 284頁。

³¹⁹ 曾根・前掲注(311) 588頁。

³²⁰ 山口・前掲注(304) 393頁。

このように、犯罪共同説と行為共同説の間には、過失犯の共同正犯を認めることに関する限りは、実質的な差異がないであろう。

第二は、過失犯の本質は、結果回避義務違反にあるとされ、過失犯の実行行為が広く承認されてきたことである。共同正犯の本質は、「一部行為の全部責任」という法理にこそあり、その法理適用の根拠はどこにあるかという問題が共同正犯論の根本的な問題となる³²¹。少なくとも、前法律的行為を共同する意思があったことだけで、過失犯の共同正犯を基礎づけることはあり得ないというべきであり、同様に、前法律的行為の共同実行だけで、直ちに「一部行為の全部責任」の法理を適用することもできない³²²。なぜなら、そうでなければ、共同作業の場面に過失の共同正犯の成立は無制限になり、刑事上の連帯責任になるからである。したがって、結果に向けられた「共謀」という程度意思連絡が存在しない過失犯において、「共同性」の肯定は、意思連絡という概念の再構成や、過失の「実行行為」の共同に求められなければならない。

しかし、結果に対する因果関係があつて、予見可能性が肯定されれば、単独の過失犯として処罰するという旧過失論の立場によれば、過失犯の本質は、責任の段階での結果予見義務違反にあり、過失犯については、拡張的正犯概念がとられることになる³²³。しかし、拡張的正犯論を支持すれば、過失犯の共同正犯は否定されるはずである³²⁴。つまり、このような旧過失論を前提とするならば、犯罪共同説に立脚しつつ過失の共同正犯を認めることは論理的に不可能である³²⁵。かくして、過失犯の共同正犯を認めるためには、過失の本質を新過失論の立場によって解すること³²⁶、過失犯の場合にも限縮的正犯概念をとることが不可避のものとなる。

以上によって、現在、過失犯の共同正犯を認めるか否かをめぐるとの問題の対立点は、かつての犯罪共同説か行為共同説かという共同正犯の本質論にあるのではなく、また、過失の共同が概念的にみて可能かどうかにあるのでもなく、過失犯の共同正犯として処罰する必要があるかどうかにある。現在、過失犯の共同正犯の肯定論は、犯罪共同説の立場も行為共同説の立場も共に、「共同義務の共同違反」説を基礎にして論じており³²⁷、過失犯の共同正犯についての論争は、基本的

³²¹ 井田・前掲注(57) 504-505頁。

³²² 井田・前掲注(57) 528頁。

³²³ 平野・前掲注(297) 393頁。

³²⁴ 上記の否定説の中で、拡張的正犯論から過失犯の共同正犯を否定する見解として、井上正治『判例にあらわれた過失犯の理論』(酒井書店・1959) 323頁、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』(成文堂・1988) 86頁。

³²⁵ 曾根・前掲注(311) 588頁。

³²⁶ 土本武司「過失犯と共犯」阿部純二ほか(編)『刑法基本講座第4巻』(法学書院・1992) 145頁。

³²⁷ 北川・前掲注(310) 51頁。

に、「共同義務の共同違反」説と「同時犯解消」説との対立をめぐるものになった。以下では、この問題に対する本稿の立場を述べる。

II. 私見

「共同義務の共同違反」説は、過失犯の共同正犯が成立するための要件に関する学説であり、それ自体からは、過失犯の共同正犯の肯定論を導き出すことはできないと思われる³²⁸。いかなる理由・根拠によって「一部行為の全部責任」という法効果を正当化するかは、共同正犯論の根幹をなす問題である³²⁹。つまり、過失犯の共同正犯の成立が認められるかどうかについて、まずは、過失犯において、「一部行為の全部責任」という法理を適用する根拠は、どこにあるかという問題を明らかにしなければならない。

共同「正犯」というものは、狭義の共犯よりも正犯的な存在であるから、(i) 過失犯の共同正犯について、「正犯性」を基礎づける要素は何かがまず問題となる。次に、「共同」正犯というものは、単独正犯よりも共犯的な存在であるから、(ii) 過失犯の共同正犯に、各関与者の行為が一体性を備えるための「共同性」を基礎づける要素は何かを確認すべきである³³⁰。最後に、(iii) 全体の結果は、何故、各行為者に帰責されるかという帰属論の問題は、なお明らかにすべきである。ここで先に指摘したいのは、以下の議論からわかるように、上記3つの問題は、互いに独立して無関係なものわけではないということである。

過失犯の共同正犯の否定説の中に、次のような見解³³¹がある。すなわち、「他人の行為・結果に対して自己の行為が『共同正犯』として帰属される根拠は、自己の行為と犯罪結果全体との間に因果関係があるという点だけではなく」、「共謀に基づく犯罪実現における各人の行為の地位・役割の重要性によって、一部分担の行為にもかかわらず相互的に行為が帰属され、全体の責任を負う点に存する」。そのため、「事前に結果を認識していなければ、各共同者は全体における自己の地位・役割を把握でき」ず、過失犯においてはこのような共謀は存在せず、また、犯意が強化され、結果発生の可能性が高まるという相互利用・相互補充関係は、過失犯においても存在し得えないとして、過失犯の共同正犯の成立を否定する。

この見解は、共同正犯の帰属原理により、過失犯の共同正犯の成否を検討するという点に特徴があるといえ、「共同正犯は正犯性と共犯性の両者を具備するものであり、因果性を前提に（共

³²⁸ 嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論」刑法 45 巻 2 号 (2006) 170-171 頁。

³²⁹ 橋本正博「過失犯の共同正犯について」研修 743 号 (2010) 5 頁。

³³⁰ 島田聡一郎「間接正犯と共同正犯」齊藤豊治ほか(編)『過失犯論・不作為犯論・共犯論：神山敏雄先生古稀祝賀論文集(第1巻)』(成文堂・2006) 463 頁参照。

³³¹ 高橋則夫「共同正犯の帰属原理」『西原春夫先生古稀祝賀論文集(第2巻)』(成文堂・1998) 341-342 頁、351 頁、同『共犯体系と共犯理論』(成文堂・1988) 325 頁以下。

犯性)、共同正犯の構造(正犯性)」の双方を考え、因果性の存在は、正犯性を基礎づけるものではないとする³³²点においては、妥当な見解である。

しかし、犯意が強化され、結果発生の可能性が高まるというような相互利用・補充関係は、狭義の共犯と正犯の間にも存在しうるから、それだけで「正犯性」を説明することはできないと思われる³³³。また、事前に結果の発生を認識しなくても、全体における自己の地位・役割を把握することは十分にありうる。例えば、高度に危険な作業を共同する各関与者が自己と他の関与者の役割や職責について認識を持ち、結果発生防止のために、相互に利用・補充しあう関係にある場合には、自己の不注意があれば、結果発生へどのような影響を与えることを認識することができ、このような認識によって全体における自己の地位・役割を把握することがあり得る。したがって、全体における自己の地位・役割を把握するために、犯罪実現に向けた共謀が常に必要不可欠というわけではないと考えられる。

1. 正犯性の要件

いったい、過失犯の共同正犯の「正犯性」を基礎づける要素は何であろうか。既に述べたように、過失単独正犯における「正犯性」の実体は、法益保護のための合義務的な行為の有効性であり、つまり、合義務的な行為に出たならば、結果の発生を完成に防止しえる限り、行為者に正犯として結果を帰属させることができる。それゆえ、過失犯の共同正犯の場合においては、「正犯性」を確定するにあたり、行為者が合義務的な行為に出たならば、全体の結果を防止しえるかどうかという判断枠組みに置き換えることができよう。すなわち、共同「正犯」というために、各関与者の行為は、結果に至る因果経過を実質的に支配していることが必要であり、そして、この判断は個別的行われるべきである。

しかし、それは、共同正犯制度の正犯拡張機能を否定すべきであると主張するわけではない。共同正犯制度の結合機能が認められなければ、単独正犯のような結果発生への実質的支配力を得ることができない場合がありうるからである。その意味で、共同正犯における「正犯性」を備えることは、共同正犯における「共同性」と繋がり、「共同性」の存在が「正犯性」を根拠づけるといってもよい。言い換えると、「単独正犯の成立要件を満たさないマイナス部分が『共同』によって埋め合わせられると評価し、すべての関与者を正犯として扱うことを承認した」場合がある³³⁴。しかし、同時に、それは「共同性」が認められるとすれば、直ちに正犯性を肯定すること

³³² 高橋・前掲注(76)452頁。

³³³ 伊藤嘉亮「共同正犯における意思連絡の要否と役割」早稲田法学会誌67巻2号(2017)105-106頁参照。

³³⁴ 島田・前掲注(328)447頁。

を意味するわけではない。なぜなら、「共同性」が認められることによって、関与者が結果発生への実質的支配力を有する場合があるが、それに対して、「共同性」が認められたとしても、関与者が実質的支配力を有しないと評価される場合もありうるからである。前者の場合には、結果は自己の支配領域内で起きたため、行為者は過失犯の共同正犯として取り扱われるべきであり、後者の場合には、他人の支配領域内で生じた事象についての帰属になり、狭義の共犯とすべきであり、不可罰になるはずである³³⁵。

また、過失犯の共同正犯を考える場面を、①関与者のうちいずれか一人の結果回避義務履行があれば結果を回避しうる場合と、②関与者全員の結果回避義務履行があつてはじめて結果を回避しうる場合に大別することができる³³⁶。後述するように、行為者には、自ら結果回避措置を採る義務がある同時に、他の関与者に結果回避義務を履行させる義務もあることから、正犯というためには、各関与者の間で、危険情報などの掌握や決定権において対等でなければならず、監督関係にある関与者の間では、過失犯の共同正犯が成立し得ないというべきである。

2. 共同性の要件

以上より、複数過失の間の「共同性」は、共同正犯を確定するにあたって重要な役割を果たすといえる。では、「共同性」を根拠づける要素は何であろうか。この問題は、過失の同時犯と過失犯の共同正犯の区別を検討することで明らかにすることができよう。

(i) 主観面の共同

前記の分析によって、過失犯の実行行為を認める新過失論ないし修正された旧過失論の立場からすれば、過失犯においても、実行行為の共同が可能であることが確かめられた。しかし、実行行為の共同は可能であるというだけで、直ちに「共同性」を肯定することができるという結論を導き出すことはできない。なぜなら、過失犯の共同正犯における「共同性」の認定に、主観面の共同が必要であるかがまず問題となるからである。

意思の連絡に着目して、意思の連絡があれば、共同性が認められるとする肯定論者は、過失犯における「共同実行意思」を「前法律的な事実に関する意識的・意欲的共同」と解し³³⁷、「共

³³⁵ 島田・前掲注(330) 446頁参照。

³³⁶ この分類方は、曾根威彦「不作為犯と共同正犯」齊藤豊治ほか(編)『過失犯論・不作為犯論・共犯論：神山敏雄先生古稀祝賀論文集(第1巻)』(成文堂・2006) 406頁参照。なお、この分類は、そもそも不作為犯の共同犯罪を対象としたものであるが、過失犯の本質は注意義務違反にあることとすれば、過失共働の場合にもこの分類が適用されると考えられる。

³³⁷ 内田・前掲注(175) 61頁。

通の目標達成のために他人の行為をも自己のものとして自己のうちに帰せしめようとする相互的な意思のつながり（意思連絡）を契機として、各行為者は、単に自己が現象的に行なったところにとどまらず、現象的には他人が行なったところについてもこれを実行したものとして評価されなければならない³³⁸と主張する。

しかし、共同作業の場合には、「前法律的な事実に関する意識的・意欲的共同」は常に存在し、上記の見解は、過失犯の共同正犯が認められる場合は、一般的に、共同作業の場合であると説明するに過ぎず、なぜ「前法律的な事実に関する意識的・意欲的共同」は法的見地から重要なのか、さらになぜ共同正犯の法効果を根拠づけることができるのかという点が明らかではない。それゆえ、「前法律的な事実に関する意識的・意欲的共同」は、「共同性」に積極的根拠を与えるものではなく、「共同性」を否定する消極的要素に過ぎず、これの存否によって、過失の同時犯と過失犯の共同正犯を区別することは妥当ではなく、主観面の共同であっても、「過失犯罪」の共同という規範的評価から離れることはできないと思われる。

共同正犯の成立について、意思の連絡の「論理的必要性」を真に論証する理論としては、共同意思主体説がある。しかし、共同意思主体という概念に依拠しなくても、共同正犯の実行行為を認めることができる。そして、意思の連絡は、故意犯に固有の概念であり、結果実現に向けられたことに特徴があるといえるため、過失犯における主観面の共同を、故意犯における主観面の共同に頑なに対応させる必要はないと思われる。「故意犯の場合、関与者間の意思連絡は、犯罪実現の危険性を増大させる方向にのみ作用する³³⁹という理解からすれば、ここで問うべきなのは、過失犯の場合において、どのような主観面の共同が、過失犯罪の実現の危険性を増大させるという役割を果たすのかという問題である。

この問題を検討する前に、まず、ここにいう「危険の増加」は、広義の共犯の関与類型でない場合と比べ、危険が増大することを意味し、単独正犯の場合よりも危険性を増大させなければならないのではないことに注意すべきである。なぜなら、「共同性」は、共同正犯の成立に必要な要件だけではなく、狭義の共犯の成立にも不可欠なものであって、「共同性」において解決すべき問題は、何故「 $1+1+\dots=1$ 」かというものであり、何故「 $1+1+\dots>1$ 」かというものではないからである。

主観面の共同の確定は、過失犯の主観面の内容に立ち戻ってなされるべきである。すなわち、過失犯における主観面の共同は、不注意的態度の相互促進・強化に求められるべきである。前述のとおり、共同作業において、複数の関与者が高度に危険な作業を共同して、各関与者が結果防止の意味において相互利用・補充関係にあり、自己と他人の役割について認識がある場合、互いに安心感を与えことで注意が散漫になり精神が弛緩しやすい状況にあるといえる。一人が「不適

³³⁸ 内田・前掲注（175） 8頁。

³³⁹ 伊藤・前掲注（333） 139頁。

切な態度をとることにより、他者に安心感を与えてその意思の弛緩を招き、その者にも同一の態度をとらせることによって、自己の不注意的態度をさらに促進・強化させるような心理状態」³⁴⁰は、過失犯罪の実現の危険性を増大させるものである。そして、このような主観面の共同が肯定されることから、客観的帰属論における危険創出の段階で、他人の行為と心理的関連性も認められ得る³⁴¹。

(ii)客観面の共同

不注意の相互促進・強化に加えて、各関与者を全体として結合する客観的契機も不可欠である。刑法 60 条は「二人以上共同して犯罪を実行した」と規定する以上、実行行為の共同が必要である。過失犯の本質は結果回避義務違反にあるという理解を踏まえると、過失犯における実行行為の共同は、共同結果回避義務の共同違反と理解することができる³⁴²。

(1)共同結果回避義務

前述したように、過失犯の共同正犯には、①関与者のうち誰かが結果回避義務を履行すれば結果を回避しうる場合と、②関与者全員の結果回避義務履行があってはじめて結果を回避しうる場合を観念することができる。①の場合には、自ら結果回避義務を履行すること、あるいは、他の関与者に結果回避義務を履行させることで足りる。それに対して、②の場合には、自ら結果回避義務を履行するだけでなく、他の関与者に結果回避義務を履行させることも必要である。いずれの場合にも、結果を現実惹起する実行行為の背後に、複数の関与者の結果回避義務違反が存在するといえる。

具体的に、①の場合には、結果の防止のために、各関与者には、内容が重複している結果回避義務が課され、結果を発生させた際に、各関与者のいずれも自ら結果回避義務に違反したとともに、他の関与者をして結果回避義務を遵守させる義務も履行しなかった（自らの結果回避義務違

³⁴⁰ 内海朋子『過失共同正犯について』（成文堂・2013）247-248 頁。

³⁴¹ 本稿の立場と一致する見解として、大塚裕史「過失犯の共同正犯の成立範囲——明石花火大会歩道橋副署長事件を契機として——」神戸法学雑誌 62 巻 1・2 号（2012）18 頁、23-24 頁。同見解は、過失犯の共同正犯が成立するために、結果帰責要件としての「因果性」が必要とされ、そしてこの「因果性」を、「共同行為」と結果との間の因果関係と捉えるのではなく、「他人の行為から惹起された結果であっても自己が他人の心理を介して結果につながりをもったといえる」ような心理的な意味での因果性と解する。ここで因果関係という意味での因果性を混同しないために、「因果性」の代わりに、「関連性」という用語を用いることにする。

³⁴² 山口厚「過失共同正犯再考」山口厚ほか（編）『西田典之献呈論文集』（有斐閣・2017）161 頁。

反+相互注意義務違反としての結果回避義務違反)とすることができる。②の場合には、各関与者が負う結果回避義務は、「内容上の同一義務ではなく、『協力し合って履行すべき』あるいは『相互に利用補充し合って履行すべき』義務である」³⁴³。この場合に、各関与者が、自ら結果回避義務に違反し、あるいは、他の関与者に結果回避義務を履行させる義務を遵守しなかったことで結果を起こした場合と、この2つの結果回避義務に同時に違反したことで結果を惹起した場合が考えられるが、1つの注意義務違反さえあれば、結果惹起として足りる(自らの結果回避義務違反/相互注意義務違反としての結果回避義務違反)。

①と②のいずれの場合にも、各関与者は自分の行為だけではなく、他の関与者の行為についてまで注意を払わなければならない。この意味で、このような全員に共同して課されている相互注意義務は、「共同作業にともない、作業の危険性と単独の個人の能力の限界に鑑みて、相互に他の共同者の対応が不十分なものとならないように注意を補完し合う義務(重畳的な結果回避義務)」³⁴⁴に起因するものだといえる。そして、①の場合には、作業の時間・場所を異にする場合がありうるため、他の関与者に結果回避義務を履行させることが現実的に困難であるが、少なくとも、他の関与者の不注意の可能性を配慮することは十分可能であるため、作業の時間・場所を同じくする必要がないと考えられる。

このように、相互注意義務の存在は、「共同義務の共同違反」説から過失犯の共同正犯を肯定するための前提とすべきであるだけでなく、相互注意義務が認められるという前提を欠くのであれば、同時犯に解消することもできなくなる³⁴⁵。したがって、まず、問題となるのは、何故、各関与者に相互注意義務が課されるかということである。言い換えれば、相互注意義務の発生根拠が、どこにあるかを問わなければならない。

「他人に注意義務を遵守させる義務」を不真正不作為犯の要件としての作為義務と解し、このような他の関与者に対する作為義務は、行為者による危険な行為の共同によって直ちに生じるものわけではなく、他の者に対する排他的支配関係が肯定される等の、一般的な保障人的地位を肯定するための要件が充足されることが必要であって、かつその発生根拠は各関与者の自分自身に

³⁴³ 松宮孝明「過失の競合：とりわけ過失不作為の競合」刑法雑誌 52 卷 2 号 (2013) 333 頁。

³⁴⁴ 井田・前掲注 (57) 528 頁。また、この意味で、共同結果回避義務と相互注意義務とは異なり、前者は、結果防止のために各関与者に重畳的な結果回避義務が課されることを意味するのに対して、後者は、他人の行為から結果が発生した場合に結果回避義務違反があったかどうかを判断する要素として把握すべきである。つまり、相互注意義務が認められれば、相互注意義務としての間接的な結果回避義務は生じ、他人の行為による結果についても刑事責任が問われることになる。なお、相互注意義務の履行手段は、消滅させるべき危険に応じて調整されることが可能である。

³⁴⁵ 山口・前掲注 (342) 164 頁。

あるわけではなく、保障人的地位の共同にあるがゆえに、共犯の作為義務と単独犯の作為義務とは異なるとする見解がある³⁴⁶。

ただ、「他の関与者に結果回避義務を履行させる義務」それ自体を作為義務と解することに疑問はないが、この作為義務を肯定するために、他の関与者に対する「排他的」支配関係まで要求することは妥当でないと考えられる。なぜなら、上記の見解によれば、3人以上の関与者が存する場合、排他的支配関係の存在がありえないため、誰にも保障人的地位がないと解するほかないが、それは明らか不合理だからである。

相互の作為義務の発生には、関与者は相互利用・補充関係にあれば足りると思われる。つまり、共同作業の完遂のために、一応の分業が必要であるが、その分業が完全な分業ではないときに、「義務遵守における個人の不十分さを相互に補完することが当然の前提となっている」³⁴⁷といえるから、この際に、形式的な分業関係に固執すれば、相互に相手が注意義務を履行すると期待してしまうことになる。このような誤った期待が相互に不注意を誘発・促進し、それによって共同作業に類型的な危険が創出され、さらにその危険が結果として現実化する可能性が大きくなる。したがって、共同作業者は、不注意の相互促進・強化を回避して危険をコントロールするために、各関与者は、自ら分担している作業だけに専念することでは足りず、分業の実態を超えて、他の共同者が分担している作業についてまで注意を払うべきである。

なお、前述したように、上記論者は、「他の関与者に結果回避義務を履行させる義務」を作為義務と解し、「共同義務の共同違反」説は、不真正不作為犯の構造により過失犯の共同正犯の成立を肯定しようとするものであるがゆえに、同説は、過失作為犯の共同正犯の成立については否定されると解している³⁴⁸。

しかし、本稿の序章で述べたように、過失犯における実行行為は、結果回避義務に違反してなされた行為であり、その態様に、作為と不作為の双方が含まれる。具体的にいえば、結果回避義務の内容によって、過失犯には、結果回避作為義務に違反する不作為犯、結果回避作為義務に違反作為犯、結果回避不作為義務に違反する作為犯という3つの類型がある。この観点は、過失犯の共同正犯にも適用できる。上記①の場合には、共同義務が認められる以上、各関与者には2つの結果回避義務違反があるが、②の場合には、1つの結果回避義務に違反することで結果を惹起しうる。そのうち、相互注意義務違反としての結果回避義務違反しかない場合において、過失犯の共同正犯を認めることには重大な実質的意味があるといえるが、過失犯の共同正犯を認めるべき場合はその限りではない。そして、このような場合においても、行為者は他人を介して間接的

³⁴⁶ 山口厚『問題探究・刑法総論』（有斐閣・1998）276頁以下、同・前掲注（304）398頁以下。

³⁴⁷ 山口・前掲注（342）168頁。

³⁴⁸ 山口・前掲注（304）398頁以下。

に結果を惹起したといえるが、当該行為者は、結果回避作為義務に違反する作為犯でも、結果回避作為義務に違反する不作為犯でも可能である。

したがって、過失犯の共同正犯の場合においても、作為犯か不作為犯かは、結果を惹起した過失行為の態様によって決めるべきであり、「共同結果回避義務の共同違反」は、「共同性」を肯定するための客観的要素にすぎず、過失犯の作為犯にも、過失犯の不作為犯にも共通するものであると思われる。

相互注意義務は、客観的にみれば、他人の不適切な行動を是正する機能を有し、相互注意義務としての結果回避義務に違反して、他人の行為を介して結果を惹起する場合もありうるという側面からみると、監督義務と似ている。しかし、相互注意義務の発生根拠は、各関与者が相互利用・補充関係にあることにある。それに対して、監督義務の発生根拠は、監督者と被監督者が、監督者が被監督者に対する指揮権を持ち、被監督者を含む危険源を現実的かつ実質的に支配するという監督関係にあることにある。そのため、相互注意義務は監督義務と解することはできず、過失犯の共同正犯は監督過失に基づく同時犯に解消することもできない。つまり、相互注意義務の発生根拠は相互利用・補充関係にあり、関与者間に双方向的な支配があることで結果発生因果経過を共同で支配していることが認められ得るのに対して³⁴⁹、監督関係には、単方向的な支配が生じるにすぎないから、それぞれに発生する注意義務を同等に扱うことはできない³⁵⁰。

また、このジレンマを解決するために、横の関係における監督義務を認めるとすることは可能なアプローチである³⁵¹。しかし、「共同作業員間の場合には、自己の支配領域から生じる結果でない限り、あるいは事故防止に専従する役割を担う者でない限り、他人の行為から発生する結果を防止すべき義務を、常に課せられるべきではない」³⁵²。それゆえ、共同作業員は、相互利用・補充関係にあるのではない限り、上記の相互注意義務が単独の関与者に課し得るものでないことから、関与者らが同時犯になり得ないことはあまりにも当然のことである³⁵³。この意味で、同時犯解消説の主張は、上記共犯的観点なしに成り立たないものであるというべきである。

(2) 共同違反

³⁴⁹ 相互利用・補充関係は、広義の共犯関与類型にも不可欠な要件であるが、関与者間の双方向的支配は、過失犯の共同正犯の正犯性を根拠づけるものである。すなわち、相互注意義務が認められるが、他の関与者の行為に対する支配力があり得ない場合には、狭義の共犯にとどまる。

³⁵⁰ 山口・前掲注(342) 165頁以下。

³⁵¹ 西田典之『共犯理論の展開』(成文堂・2010) 211頁。

³⁵² 北川・前掲注(310) 56頁。

³⁵³ 北川・前掲注(310) 56頁。

次に、「共同違反」についても言及しておきたい。過失犯の単独犯にも、過失犯の共同正犯にも、過失正犯行為が必要である³⁵⁴。前述のとおり、結果回避義務違反の本質は、許されない危険を創出または増大させることにありと解すべきであり、かつ正犯性のある過失行為は、結果発生への実質的支配力がある結果回避義務違反行為と解すべきである。それゆえ、まず、「共同違反」は、過失正犯行為の共同、つまり、結果発生への実質的支配力がある結果回避義務違反行為の共同でなければならない。しかし、同時に結果回避義務に違反する場合に限られず、各関与者の結果回避義務違反に時間的先後関係があろうとも「共同違反」に当たる余地があると思われる³⁵⁵。このように、「共同結果回避義務の共同違反」が認められれば、危険創出の段階で、他人の行為との物理的関係性が認められる。

したがって、主観面の共同は心理的関連性を根拠づけ、客観面の共同は物理的関係性を根拠づけ、そして心理的関連性が双方向的であれば、物理的関連性の双方向性がなくても、全体結果を各関与者に帰属することができる。つまり、この限りで、危険の共同創出が認められ、他の関与者の行為を介して結果が実現された場合にも、いずれの行為から結果が生じたかが判明しなかった場合にも、結果を当該関与者に帰属するにあたって支障はないこととなる。この意味で、共同危険創出行為があれば、関与者の誰かが結果を惹起したことが肯定され得る場合に限り、「共同違反」が存在するといえる³⁵⁶。

3. 過失犯の共同正犯を認める実益

以上から、過失犯にも、故意犯と同様に、「一部行為の全部責任」という法理を適用することができる。過失犯の共同正犯の成立要件としては、(i) 正犯性要件としての実質的支配力、(ii) 共同性要件としての主観面の共同（不注意の相互促進・強化）及び客観面の共同（共同結果回避義務の共同違反）である。しかしながら、過失犯の共同正犯が理論的に成立しうるとしても、それを認める実益があるかどうかという問題を検討しなければならない。

過失犯の共同正犯を肯定する論者であれ、過失犯の共同正犯を否定する論者であれ、①過失犯の共同正犯を認める実益があるのは、因果関係の立証がない事案においてであるという点では共通している³⁵⁷。そのほか、否定説の中には、②過失犯の共同正犯として扱うとしてもその実質的

³⁵⁴ 町野・前掲注（206）385頁参照。

³⁵⁵ 古川伸彦「過失犯はいかにして『共同して』『実行』されうるか——明石歩道橋事件を機縁として検討の道筋を洗い直す——」刑事法ジャーナル 51号（2017）7-8頁。

³⁵⁶ 山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（成文堂・2015）907頁。また、この意味で、因果関係の判断対象としての共同実行行為と共同違反という事実とは異なるものである。

³⁵⁷ 福田平＝大塚仁（編）『刑法総論〔改訂版〕』（現代青林講義）（青林書院・1997）204頁（萩原玉味）、小名木・前掲注（170）218頁、山中・前掲注（356）900頁。

な処罰範囲の確定は、通常の過失正犯の場合とほとんど変わらないとし、過失犯の共同正犯を認めなければならない実益が少ないと明確に主張する見解もある³⁵⁸。肯定説の中には、③因果関係の立証以外には、仮に結果と個々の過失行為との因果関係を特定できても「個々の行為者の過失として把握すると軽微な過失にとどまってしまう、処罰感情に応えることができないであろう。また、高度に危険を有する共同行為については、単独犯としてみた場合には軽微な過失であっても大きな犯罪的結果を惹起することがありうるから、これを共同行為者全体の過失として捉えることは、処罰の適正の点のみならず犯罪予防の見地からも必要である」³⁵⁹とする見解がある。以下では、上記3つの見解について順序に検討を加える。

①について、AとBとは一緒に、いくつかの石塊を崖の下に投げ捨てたが、その石の1つで、下を通っていたXにけがをさせたが、当たった石がAが投げたものか、Bが投げたものかわからないという設例について、過失犯の共同正犯を認めると、AもBもともに処罰できるが、過失犯の共同正犯を認めないと、ともに結果に対する因果関係の証明がないから、処罰ができなくなり、そこで過失犯の共同正犯を認める実益があると説明することが一般的である。この見解に対して、因果関係の立証は、過失犯の単独正犯の場合にも、共同正犯の場合にも必要であり、「共同正犯として処罰されるのは、相手方の意思ないし行為を通じて因果関係がある場合に限られる」とし、上記の設例において、「Aの投げた石が当たったことがわかった場合でも、Aにその石を投げさせたことについてBに原因がある場合にはじめてBの責任が問題になりうる」³⁶⁰と反論する見解がある。

しかし、第一に、各関与者が共同結果回避義務を負い、危険創出の段階で、共同して結果回避義務に違反して危険を創出・増大させたことが認められる場合に、共同違反が肯定され、危険実現の共同までが必要であるとは考えられない。第二に、前述したように、結果帰属において、危険創出の段階で、関与者間の心理的関連性と物理的関連性がある場合には、関与者のうち誰かが結果を起こしたことが立証できれば、誰がその結果を惹起したのかを具体的に証明することができないとしても、その結果は、共同して創出・増大された危険を現実化した結果であると考えられ、よって過失行為全体と結果の間の因果関係が認められる。この意味で、因果関係がなければ、共同正犯として処罰することはできないというべきであるが、他人の行為との心理的関連性と物理的関連性自体は、因果関係ではない。過失犯の共同正犯が成立するために、前者は必要であるが、各関与者の過失行為と結果の間の因果関係が必要ではないと思われるから、①を「実益」と解することは妥当である。

³⁵⁸ 前田・前掲注(279) 373-374頁。

³⁵⁹ 大谷・前掲注(302) 415頁。

³⁶⁰ 平野・前掲注(297) 394-395頁。

次に、②について、刑法規定が単独犯に基づいており、広義の共同犯罪は、もともと処罰範囲拡張事由であり、処罰の範囲を過度に拡大することなく、共犯体制を適用できるようにするためには、刑法理論を再解釈・再構築する必要がある。この意味で、故意か過失かを問わず、共犯制度の適用にはより複雑な解釈上の議論が必要であると考えられるが、それは共犯制度そのものの否定する理由にはならないと思われる。したがって、②により、過失犯の共同正犯を認める「実益」を否定することは妥当ではない。

最後に、③については基本的に賛成するが、処罰感情に応えるために、すべての共犯的過失を正犯性のある過失として処罰してはならず、単独正犯としても、共同正犯としても、過失は軽微か否かを問わず、合義務的な行為に出た場合には、結果を防止しようという正犯性の要件を満たさなければならないと思われる。

なお、自らの結果回避義務を履行すれば、結果を防止しようという意味で、正犯としての結果帰属には支障がないから、過失犯の共同正犯を論じる必要はないのではないかという批判がある³⁶¹。しかし、この場合においても、関与者間の不注意の相互促進・強化が存在することは、単独犯の場合よりも過失犯の危険性を増大させるといえる。すなわち、各関与者間は、同時犯のような関係にあるというより、やはり共同正犯のような関係にあるというべきであるから、処罰上の支障がなくとも、刑法 60 条を適用すべきである³⁶²。

第 2 項 組織的医療における過失犯の共同正犯

以上の観点に基づいて、ここでは、垂直的分業の場合と水平的分業場合を分けて、判例の検討をしながら、組織的医療における過失犯の共同正犯が成立しうる場面を明らかにする。また、垂直的分業の場合にも、水平的分業の場合にも、過失犯の共同正犯が成立しうるかどうかに関する議論の範囲は、結果回避義務違反とみうる過失行為が競合して、患者に死傷結果をもたらした場合に限定されるべきである³⁶³。それゆえ、広義の過失競合³⁶⁴があった場合は、議論の対象になり得ることはいうまでもなく、行為者ごとに過失の単独犯が成立しえないけれども、複数の結果回避義務違反が存した場合も、議論の対象になりえる。

³⁶¹ 西田・前掲注(351) 211 頁、井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂・2005) 372 頁。

³⁶² 曾根・前掲注(336) 407 頁参照。

³⁶³ 嶋矢貴之「過失競合と過失犯の共同正犯の適用範囲」井上正仁＝酒巻匡(編)『三井誠先生古稀祝賀論文集』(有斐閣・2012) 207 頁。

³⁶⁴ 厳密に述べれば、過失犯の共同正犯も広い意味での過失競合であるが、ここにいう広義の過失競合とは、行為者ごとに過失犯の単独犯が成立するような複数の過失が存在する場合を指すため、監督過失も議論の範囲に入れる。

第1款 垂直的分業の場合

I. 医師と看護師の連携

1. 監督関係のある場合

複数の過失が関わる場合としては、(i) 対等な共同行為者の過失が競合している場合と、(ii) 監督・管理過失と直接過失とが競合している場合が考えられる³⁶⁵。(i)には、過失の共同正犯の場合と狭義の過失競合の場合が含まれるという理解によれば³⁶⁶、過失犯の共同正犯の成立範囲は、対等な共同加害者に限られ、管理・監督地位にあるものと被監督者は共同正犯とはならないという趣旨がうかがわれる。本章の第1節で整理された医療過誤に関する裁判例をみても、管理・監督関係にある医療関係者を共同正犯として捉えることはない。

このような見解の背後には、「共同義務の共同違反」説のもとで、共同結果回避義務が課されるために、関与者の法的地位の対等と平等が必要であるという理解がある。すなわち、「刑法上、共同注意義務が認められるのは、共同行為者の全員が法的に対等、平等の地位に立ち、各人に課せられる個別的注意義務を考えるならば、それらが共通したものである場合でなければならないと解する。法的地位の異なる行為者の間では、事実上の共同行為についての共同の注意という観念は認めることができても、共同者の全員に『皆正犯ト』される関係における連帯的な注意義務は考えられないからである」³⁶⁷。また、同論者は、関与者間には上司と部下の関係はなく、業務分担は内容的に異なり、勤務場所は別々ではあるとしても、関与者らには、協力し合っ共同の注意義務があるといえる場合には、過失犯の共同正犯が認められうる³⁶⁸と主張するため、上記の「法的に対等、平等の地位」とは、関与者間に上下関係がないことを意味すると思われる。

その反論として、「法的地位の『平等』とか『対等』などといったメルクマールが必ずしも決定的なのではなく、具体的に危険な行為状況の中で、各行為者の為すべき具体的行為態様は異なるとはいえ、実質的に、全体として一個の共通した具体的注意義務が課されており、その共同行為として相互に『不注意』を助長、促進し合ったという評価が可能であれば、共同正犯の成立を認めてよいと考えられる。その際、法的地位、職分が『平等』『対等』でなくとも『共通』の注意義務を肯定しうる契機は、具体的な行為状況ないし行為自体のもつ『危険性』に存在するもの

³⁶⁵ 西原・前掲注(152)1頁、米田・前掲注(58)125頁。

³⁶⁶ 大谷・前掲注(36)196頁以下。

³⁶⁷ 大塚仁「過失犯の共同正犯の成立要件」法曹時報43巻6号(1991)6頁。

³⁶⁸ 大塚・前掲注(367)17頁。

と考えられるのである」とする見解がある³⁶⁹。この見解によると、例えば、「執刀医に手術器具を手渡す補助看護婦が、執刀医が器具（鉗子やタンポン等）を患者の体内に置き忘れたまま縫合手術をしたのを漫然と見すごし、かつ回収器具の数を正確に点検するのを怠ったような場合」に、両者の法的地位が異なるが、結果の回避について、両者に共通する具体的な注意義務が課される。

本稿の第1章で指摘したように、垂直的分業の場合には、常に関与者間に上下関係が存在するが、上下関係が存在するからといって、直ちに監督関係が認められるわけではない。例えば、看護師が行う診療の補助に対しては、医師は事前の指示義務、過程中的監督義務、事後の点検義務を負う可能性があるが、事前の指示と事後の点検を医師自身の注意義務と解し、これらの注意義務に違反した際に、医師の過失と看護師の過失が競合している（狭義の過失競合）とすべきである。したがって、医師と看護師の間に過失犯の共同正犯が成立しうるかを検討するにあたり、両者の過失が監督過失と直接過失との関係にあった場合と、両者の過失が狭義の過失競合関係にあった場合にわけて考えるべきであろう。この意味で、上記否定説は、関与者は上下関係にあるだけで、共同結果回避義務があり得ないと主張する点で、妥当性に欠けるといえよう。それは「過失犯は、万人を名宛人とする犯罪であり、もともと職務内容が異なる地位にあったとしても、自己の職務上の担当領域を超えて、他者の担当領域へと介入することも可能であるし、反対に、職務上の地位は異なっても、場合によっては互いに協力すべき職務内容もありうる」³⁷⁰からである。例えば、看護師が重大なリスクが伴う診療の補助を行う場合を除き、医師に重畳的な点検確認義務が課される場合には、結果の防止について、医師と看護師とは協力し合う関係にあるということができよう。

以上の前提を踏まえ、まず、監督関係にある医師と看護師とは過失犯の共同正犯となりうるかを検討する。本節の第1項で共同結果回避義務を検討する際に、相互注意義務と監督義務の異同に関して指摘したように、監督義務が認められる場合には、監督者が被監督者に対して単方向的支配を有するのに対し、相互注意義務が認められるために、関与者の間には、相互利用・補充関係に基づく双方向的支配力がなければならない。そして、医師の監督について、本稿は、医師が有する優れた医学的専門性に基づく医学的指導と解し、医師の監督は、看護師が単独で診療の補助を行う際に、看護師の過誤によって結果を発生させないためになされるものである。そのため、監督関係にある医師と看護師の間に、限られた範囲内で相互注意義務を双方に課することがありうるとしても、相互的支配があり得ない以上、過失犯の共同正犯の成立は考えられない。

したがって、監督過失があれば、関与者の誰かが結果回避義務を履行すれば結果を回避しうる場合に属するから、監督者である医師は、看護師に結果回避義務を履行させる義務があるが、被

³⁶⁹ 長井長信「判評」判例時報 1239号（1987）225頁。

³⁷⁰ 金子・前掲注（296）974頁。

監督者である看護師は、医師が監督を怠る可能性を顧慮し、あるいは医師に監督義務を履行させる義務がないことから、両者は過失の同時犯となり、過失犯の共同正犯とはなり得ない。そして、同様の理由に基づいて、指示義務を負う医師が、誤った指示を看護師に与え、さらに看護師がその指示に従って患者を死傷させた場合に、看護師の医学的知識・技術によっても容易に発見するような明らかな誤りであれば、看護師に医師への進言義務が認められうるが、一般的に、相互利用・補充関係を欠いているため、過失犯の共同正犯が成立する余地はないと考えられる。

2. 監督関係のない場合

では、医師と看護師が協力して作業を行い、医師の注意義務違反は看護師に対する指示・監督義務に違反していない場合には、どうなるだろうか。この場合には、医師と看護師とは上下関係にあるけれども、結果を回避するために、両者に、内容が重複している結果回避義務を課すことがありうる。例えば、繰り返して挙げる例のように、看護師が薬剤の準備を担当して、医師が注射を行い、医師が看護師の過誤を看過したため、誤った薬剤の注射で患者を死亡させた場合に、両者は各自が担当している段階で薬剤を確認すべき義務に違反したと評価することができる。しかし、このような重畳的な注意義務が認められれば、同質の危険を創出又は増大させ、同一の因果経過においてその危険を現実化したことから、一般に、それぞれの注意義務違反と結果の間の因果関係を問題なく認定することができ、行為者ごとに単独の過失正犯が成立することに支障がないといえよう。したがって、その際に、過失犯の共同正犯が肯定されるためには、過失の単独犯の成立要件に加え、過失犯の共同正犯に特有の条件を満たさなければならない。この条件は、共犯理論に特有の「共同性」に求められるべきである。

上記の例において、具体的には、①看護師が独立して当該注射行為全体を行うことが許される場合（軽度リスクの診療補助行為の場合）と、②看護師が注射行為を行うことが禁止されているが、注射に関する補助的作業を行うことができる場合（絶対的医行為の場合）が考えられる。①の場合には、看護師が単独で注射行為を行うことができる以上、医師と看護師の専門性の差は、両者の業務分担において決定的な要因ではないといえ、理論的に、両者の業務分担は交換可能である。つまり、この場合に、医師が薬剤を準備し、看護師が注射を行っても、類型的結果防止という意味においては、変わりがない。

②の場合には、看護師による注射行為自体が禁止されているが、補助として薬剤の準備を担当することができる。その理由は、看護師の医学的知識・技術は、注射に関する類型的危険を防止するには足りないが、準備を行い、薬剤の取り違えを防止する相当の能力は持っているということにある。かくして、この場合において、医師と看護師は、医学的知識・技術の差異によって、

それぞれの分担すべき作業に違いがあるとしても、薬剤を確認すべき義務の懈怠によって結果を発生させたという点では、①の場合と共通している。

言い換えれば、薬剤の確認において、医師にとっても、看護師にとっても、通常の注意を払うだけで結果を回避しうるのがゆえに、薬剤の確認は、共同作業者の間の専門性の差異に関わりのないものである。複数人がこのような性質を有する注意義務を重複して負担している場合には、他人による注意義務履行を誤って期待することで自分の不注意を誘発・促進しやすい傾向にあり、だからこそ、医師であれ、看護師であれ、共同作業の中で、確認義務の履行について互いに注意を払わなければならない。そして、専門性の差異に関わらない注意義務履行であるから、上位者である医師としては看護師の確認作業に対して注意を払うことができることはいうまでもなく、下位者である看護師としても、医師の確認作業に対して注意を払う相当の能力を持っている。このように、上記の例において、医師と看護師の間に、共犯としての「共同性」が認められうる。

要するに、過失犯の共同正犯の成立は、必ずしも、「平等」「対等」な法的地位にある関与者の間に限定される必要はなく、上下関係にある共同作業者であっても、共同作業者の間には、不注意の相互促進・強化という結びつきが十分にありうる。医学上の基礎的事項に関する医療過誤を防止するために同じ注意義務が認められることから、「共同性」が満たされ、かつこの場合に、結果発生への共同支配が容易に肯定されるから、理論上、過失犯の共同正犯の成立が可能となる。

その意味で、共同正犯は、同時犯になり得ない場合のプラン B として存在するものではない。つまり、単独正犯に還元することができて共同正犯として処罰する実益がないケースがあっても、共犯関係が存する場合に、処罰の実益がないことが過失犯の共同正犯の成立可能性を否定する理由にはならず、理論的に、過失の単独正犯と過失犯の共同正犯の構成は両立しうると思われる³⁷¹。上記の観点を踏まえると、図表9にあげている裁判例のうち、④（前橋地裁太田支判昭和51年10月22日判タ678号59頁）と⑦（花巻簡判平成2年3月30日判タ770号77頁）は、過失犯の共同正犯として処罰する余地があろう。

II. 上下関係にある医師間の連携

以上の分析は、医師と医師の間に上下関係が認められる場合にも妥当する。しかし、それは監督義務が認められない場合には、過失犯の共同正犯が成立しうるということを意味しない。本稿の第1章では、【事例9】埼玉医科大学病院抗がん剤過剰投与事件（最決平成17年11月15日刑集59巻9号1558頁）を例として、過失競合論と監督過失論の区別を試みた。検討の結果、本件において、主治医3人が医療チームを組んで、1人の患者に対して共同で治療医の責任

³⁷¹ 嶋矢・前掲注（363）207頁、223-224頁。

を負い、科長 X は、「治療方針の形成」については他の 3 名主治医と共同して、患者の治療医としての責任を負うのみならず、「副作用への対応」については部下の医師に対する監督義務を負うことを示した。

上記の観点に照らして、第一に、「副作用の対応」において、科長と他の主治医の間に、相互注意義務が成立し得ないことから、過失犯の共同正犯の成立があり得ないことと、第二に、治療医としての 4 人の間に上下関係があるが、いずれも「治療方針の形成」の上で治療医の責任を負うことがわかる。したがって、問題となるのは、「治療方針の形成」について、起訴された 3 人は過失犯の共同正犯となりうるかということである。

この問題について、治療医としての限度で過失犯の共同正犯が成立するという見解³⁷²がある。しかし、まず、治療医としての医師達の注意義務はどのような関係性があるかを明らかにすべきである。本件事故は、主治医 Z は、同療法や硫酸ビンクリスチンについての文献、医薬品添付文書の精査をせず、同療法のプロトコールが週単位で記載されているのを日単位と読み間違え、2 ミリグラムを限度に週 1 回の間隔で投与すべき硫酸ビンクリスチンを 12 日間連日投与するという誤った治療計画を立つことに起因したものである。ただし、既に述べたように、治療方針を形成するにあたり、チームのリーダーとしての指導医 Y は、本件の療法についての文献、医薬品添付文書等の調査を通じて Z の提案を検討すべき義務があったと同時に、本件のような難治性の極めて稀な病気に罹患した患者 C に対し、有効な治療方法が確立していない場合に、科長である X としても、「自らも臨床例、文献、医薬品添付文書等を調査検討するなどし、本件療法の適否とその用法・用量・副作用などについて把握した上で、抗がん剤の投与計画案の内容についても踏み込んで具体的に検討」すべき義務を負う。治療方針を形成して決定するにあたり、主治医、指導医、科長の間に一定の業務分担が行われるが、「治療方針の形成」は、医学的知識・経験等に大きく関わるものであり、そして本件 3 人に医学的知識・経験等に明らかな差があるため、主治医よりも指導医に決定権があり、最終的には科長に決定権があるといえる。

したがって、内容的には、3 人が同じ内容を有する注意義務を負っているということができるが、結果防止のためのそれぞれの注意義務履行の効果が異なる。よって、これらの 3 人の間に、不注意の相互促進・強化が認められず、相互注意義務が成立し得ないため、3 人の過失は個別に検討すべきである。その意味で、注意義務の根源や義務の対象を「共同性」の根拠にすることはできず、両者が同一であっても、同時犯が成立する可能性がある³⁷³。

第 2 款 水平的分業の場合

³⁷² 大塚・前掲注（9）21 頁。

³⁷³ 金子・前掲注（296）974 頁注（374）。

従来の裁判例からみれば、組織的医療の領域において、第一に、過失犯の共同正犯が認められたケースのいずれにも、行為者の間に水平的な分業関係があったことと、第二に、水平的分業の場合であっても、過失犯の共同正犯を認めないケースがあることがわかる。そこで、過失犯の共同正犯が肯定される判例とそれが否定される判例のうち、それぞれの代表的なものについて評釈を加えることで、水平的分業において、過失犯の共同正犯が成立しうる場面を明らかにすることを試みる。

I. 肯定例

1. 都立広尾病院消毒液誤注射事件

【事例 14】都立広尾病院消毒液誤注射事件（東京地判平成 12 年 12 月 27 日判時 1771 号 168 頁）の事実の概要は以下のとおりである。

（事実の概要）引き継ぎ作業の場合に、看護師 X が血液凝固防止剤を被害者に投与する際に、他の患者に対して使用する消毒液を誤って準備し、看護師 Y がこれを確認せずに被害者に投与したため、被害者を死亡させたというものである。裁判所は、本件は、看護師両名の過失が相重なって引き起こされたものと判示したものの、過失犯の共同正犯として刑法 60 条を適用した。

本判決に対して、「患者の治療という非常に広い意味での『共同』作業は認められても、個々の具体的な行為との関係で注意義務が問題とされる過失としての『共同』行為は存在しているとは言い難い」として、本判決の事実認定においては、「過失の競合が認められるにもかかわらず、共同正犯を認定するのは矛盾であって、よって本判決はそもそも法令の適用を誤ったものといえる」と批判する見解がある³⁷⁴。また、共同義務の角度から、本件において、「薬を準備する者、薬を投与する者等が負うべき薬剤の種類を十分確認する義務は、同じ内容の義務ではあるものの、各自が担当するそれぞれの作業の中で個別に負う義務であることから、本件では過失犯の共同正犯は認定し得ない」と主張する見解もある³⁷⁵。また、不適切な薬剤を準備し患者の傍に置き去りにした看護師の注意義務違反と、それを漫然と点滴し患者を死亡させた看護師の注意義務違反は、時間的に前後しており、両者の間には意思連絡もなく、後者は前者に対して何らの作用も干渉する義務も認められないとして、共同性を否定する見解もある³⁷⁶。

³⁷⁴ 小名木・前掲注（170）217-218 頁。

³⁷⁵ 北川佳世子「与薬・調剤と過失」中山研一=甲斐克則（編）『医療事故の刑事判例〔新版〕』（成文堂・2010）209 頁。

³⁷⁶ 嶋矢・前掲注（363）215 頁。

上記のような過失犯の共同正犯に否定的な見解に対して、次のような反論がある。つまり、本件における看護師 2 人は、「たまたま、分担として、薬剤を準備する者と薬剤を投与する者に分かれたが、両者の経験年数からしても、準備する者と投与する者が入れ替わる可能性が十分ありえた」ことから、「投薬の過誤による結果発生の防止について両者には相互依存関係が認められる」。また、両者は、薬剤の投与についての共同の引き受けがあつて、「X としては患者に直接投与する Y が薬の最終確認をしてくれるものと期待するし、Y としても薬を準備する X がしっかり確認してくれるものと期待する関係にあるので、相互に相手が正しく血液凝固剤を準備・投与してくれるものという誤った期待が相互に不注意を誘発し、相互に確認を怠って消毒薬を投与するという危険行為を促進したといえ、相互促進性を認めることができる」。したがって、本件における両名には、相互注意義務が認められるとし、過失犯の共同正犯を認めた本判決が妥当であるとするものである³⁷⁷。

初歩的なミスによる結果を防止するために、分業の基礎ないし人的関係を問わずに、各関与者は自分の役割内で基本的な注意義務を負うべきである。そして、共同して許されない危険を創出または増大させたのであれば、複数の注意義務違反の間に時間的先後関係があつても、共同違反が認められうる。したがって、本件において、過失犯の共同正犯が成立しうるかどうかについては、2 名の看護師の間に、不注意の相互促進・強化とそれに起因する相互注意義務があるかどうかに着目すべきである。

本件では、薬の準備を担当する看護師の作業と、薬の注射を担当する看護師の作業は、時間的な先後関係があるけれども、患者への薬剤の投与という共同作業において、両者の間に分業と協業関係がある。しかし、誤った薬の投与を防止する意味において、完全な分業が存在しないため、看護師 X と Y のいずれも、相手による確認を利用して自分の確認の確実さを補充しようとするものである。このような相互利用・補充関係のもとで、全ての関与者が的確に確認をすれば、段階的な防護が可能となり、したがって結果発生の危険性を減少させることができる。それに対して、他人の確認を期待することから、注意が散漫になり精神が弛緩しやすくなり、自らの注意義務履行を怠る可能性が高く、したがって段階的な防護が失効し、結果発生の危険性が高まることとなる。後者になった場合に、相互利用・補充関係にある行為者は、相互に不注意が誘発・強化されたと評価できる。

したがって、各自の業務分担と相互の協業関係についての認識を持ち、薬の誤投与という結果発生の危険を防止するためには、二重のチェックが不可欠であることを認識した上で、薬剤を準備する際に、看護師 X は、看護師 Y が薬剤の確認を怠る可能性があることを顧慮しつつ、薬の確認を意識的に行うべきである。同時に、看護師 Y にとっても、薬の準備の段階で、誤りの可能性を顧慮しつつ、薬を注射する前に、その確認を行うことが要請される。この意味で、関与者

³⁷⁷ 大塚（裕）・前掲注（341）28 頁。

の誰かが結果回避義務を履行すれば結果を回避しうる場合に、相互注意義務の履行は、他人に結果回避義務を履行させることで行われうるのみならず、自分の作業の中で、他人の注意義務違反の可能性を考慮に入れ、自ら結果回避義務を履行することで行われてもよい。

以上から、看護師 X と Y は過失犯の共同正犯として捉えるべきであり、本件判決にいう過失の競合を広い意味での競合関係と解する限り、本件判決は妥当なものである。

2. 山本病院事件

【事例 15】山本病院事件³⁷⁸（奈良地判平成 24 年 6 月 22 日判タ 1406 号 363 頁）の事実の概要及び判決の要旨は以下のとおりである。

（事実の概要）A 病院の院長である被告人 X が、同病院の勤務医である Y とともに、患者 B の良性の腫瘍が肝臓がんであると誤診し、専門外である肝切除術を安全に実施できるものと軽信して肝腫瘍切除摘出手術を実施し、術中の手技のミス等により生じた大出血に十分対処できず、患者 B を出血死させたというものである。

（判決の要旨）被告人及び Y は、肝切除術を実施するには不十分な人員態勢で本件手術を開始し、しかも、本件手術では、被告人が執刀医と麻酔医を兼ねる形であったことなどからすれば、被告人及び Y は、いずれも本件腫瘍の切除術が安全に実施できるものと軽信してその旨意思を通じていたことが認められ、不十分な人員態勢のまま、本件手術を開始したという注意義務に違反する共同過失行為があったと認定され、過失犯の共同正犯の成立を認めるとし、裁判所は禁錮 2 年 4 月を言い渡した。それに対して、被告人が控訴したが、棄却された。

第一審判決の指摘から、本件の争点は、①被告人の注意義務及び注意義務違反の存否、②患者 B の死亡原因は出血死か否か、並びに③本件手術と患者の死亡結果との間に因果関係が存在するかどうか、の 3 点である。ここで、事実認定に関する部分については検討を差し控え、①と③の点に絞って検討する。

第一審で明らかになった事実をみれば、（i）診断の段階で、本件腫瘍が肝臓がんであると診断したこと、（ii）手術の準備の段階で、本件手術にあたり、輸血の準備もなく、外部から肝臓の専門医を招聘せずに不十分な人員態勢のまま、本件手術を開始したこと、（iii）手術の段階で、手技のミス等により生じた大出血に十分対処ができなかったことに、被告人らの不注意があった。これらの不注意に対して、本件判決は、「仮に本件腫瘍が真に肝臓がんであったとしても、被告人が Y との医師二名態勢で本件手術を行うことはできないことになるはずであるか

³⁷⁸ 本件評釈として、鵜飼万貴子「適応のないがん手術——山本病院事件」甲斐克則＝手嶋豊（編）別冊ジュリスト『医事法判例百選〔第 2 版〕』（2014）132 頁以下、高橋則夫「手術開始行為に業務上過失致死罪の成立が認められた事例」刑事法ジャーナル 46 号（2015）115 頁以下、谷井悟司「刑事判例研究（2）」中央大学法学新報 122 巻 11=12 号（2016）387 頁以下参照。

ら」、誤診行為自体を過失行為として捉えるべきではないとし、手術開始行為だけをもつばら本件の「過失行為」として捉えた。

しかし、本件検査結果等によれば、患者に対して、正しい診断を出すことは容易であり、被告人らには、診断の段階で医師としての基本的な注意義務に違反したことは否定できない。このような注意義務を履行すれば、誤診を回避でき、さらに、適応のない手術を避けることで本件結果を回避しようということに鑑みると、「誤診行為と手術開始行為とは行為意思が連動しており、両者を『一連の行為』とすべきである」³⁷⁹。

反対に、「肝切除術を行う場合には、大出血や肝不全の危険性が存在し、さらに、本件腫瘍の切除は、肝切除術の中でも、より高度の専門性を必要とするものであった」ため、誤診に基づいて、本件手術の実施にあたっては、肝臓外科医等の専門医である執刀医、肝臓の手術に関して十分な経験を有する助手が少なくとも2ないし3名、執刀医と別に配置する麻酔医1名、介助看護師2名が必要とされる。ところが、被告人Xは、「本件手術より前に、執刀医として肝切除術を行ったことはなく、肝切除術に立ち会った件数は多くとも2件であり、いずれも助手を務めたにすぎなかった」と認められる。並びに、Yは、「本件手術以前に、肝切除術については執刀医ばかりか助手を務めたこともなく、本件手術以前数年間は、外科医としての執刀経験すらなかった」と認められる。そのため、手術を人員不備の態勢で開始した後に、術中のミスを避けることと十分な止血措置をとることは困難ないし不可能といえ、事後的結果回避可能性があったかどうか疑問となりうる。それゆえ、相応して当該具体的な危険を回避すべき義務が観念できなければ、手術の段階における行為を過失行為として捉える意味はないと思われる³⁸⁰。したがって、本件において、過失犯の共同正犯の成否を判断するにあたり、「共同結果回避義務の共同違反」があったかどうかは、誤診行為と手術開始行為にあった被告人らの注意義務とその違反を対象として検討すべきである。

以上の前提を踏まえ、検討を続ける。本判決は、被告人X及びYには、本件適応のない手術を避けるべき共通した注意義務があったと認めた上で、それに違反する共同過失行為があったと判示した。それに対して、過失犯の共同正犯の否定論者は、次のように指摘している。つまり、本判決は、被告人XとYの「共同義務の共同違反」を肯定したが、「過失の同時（正）犯と過失の共同正犯との差異は、『共同実行の事実』の有無にあるのではなく、意思疎通（共謀）の有無にあることから、前者の要件である『共同義務の共同違反』だけでは、過失の「共同正犯」を肯定することはできない」。また、本判決は、被告人およびYには、危険の手術の遂行について意思を通じたことで共同正犯における「意思疎通（共謀）」が存在するが、「危険な行為の遂行についての意思疎通があれば、なぜ共同正犯を肯定できるのかが問題となる。故意犯にお

³⁷⁹ 高橋・前掲注（378）300頁。

³⁸⁰ 谷井・前掲注（378）393頁。

いては、結果発生についての意思疎通が必要であるにもかかわらず、過失犯の場合には、行為、それも、事後に違法とされる事前的な行為についての意思疎通で足りるという結論は、共同正犯の処罰根拠につき因果性のみで根拠づける見解だけが採用し得るものといえるが、共同正犯における『一部実行全部責任』の法理は、共謀に基づく相互利用補充関係によって根拠づけられるのであり、過失犯の共同正犯には、この要件が存在せず、したがって、過失犯においては、共同正犯をはじめ教唆犯、幫助犯のすべてが否定されるのである。本件では、過失の同時犯の成立を認めれば足りる」³⁸¹。

確かに、「共同義務の共同違反」の有無によって、過失犯の共同正犯と過失の同時犯を区別することができず、両者が両立することができるため、その差異は、主観面の共同の有無に求められるべきである。しかし、前述のとおり、過失犯における共同正犯としての主観面の共同を肯定するためには、犯意が強化され、結果発生の可能性が高まるというような相互利用・補充関係は必要であるが、犯罪実現に向けた共謀が必要ではなく、事前に結果を認識しなくても、結果防止という意味での相互利用・補充関係における自己の地位・役割を把握することは十分にありえる。したがって、ここでの検討は、本件結果を防止するために、被告人 X 及び Y の間には相互利用・補充関係があったかどうか、またそれに起因する不注意の相互促進・強化があったかどうかに着目すべきである。

本件における分業・協業の実態をみれば、診断の段階で、最初に、本件患者の治療には Y が主治医として担当し、Y の関与があったことはいうまでもなく、X は、その過程で、2 回の造影に立ち会い、造影時のモニター画像を見ていたことがあって、そして本件手術を進めることにも積極的に関与していたから、実際に、手術の実施に至ったことは、2 人の診断が一致した結果であったといえる。手術の準備の段階で、X は、手術のために、キューサを借り出して手配し、外部から専門医を招聘する必要を否定し、また、Y とともに輸血の必要を否定し、本件手術の手術申込票の記載などをしたことから、この段階でも、2 人は、協力し合って手術の準備を行い、本件手術がどのような態勢で行われるかに対しては重要な寄与があった。

したがって、このような分業・協業の実態のもとで、患者への診断から手術の実施までの全過程で、被告人と Y は、互いに利用して補充して、適応のない手術を人員不備の態勢で行うことに至ったといえる。また、その過程で、2 人は、肝がんの診断、本件手術の必要性和手術の実施態勢については共通の認識があつて、患者への診断や人員態勢に対して複数人は疑いを示して進言したにもかかわらず、被告人と Y は互いの判断を信頼し合い、さらに誤った判断を確信させ、最終的に、適応のない手術を安全に実施することができない状況で進めていたといつてよい。このように、被告人と Y は相互利用・補充関係に基づいて互いに不注意を促進して強化したと解すべきである。

³⁸¹ 高橋・前掲注 (378) 118 頁。

客観面の共同について、まず、本件では、「肝臓の腫瘍が良性の肝血管腫と肝臓がんのいずれであるかの区別は、医学生でも学習する基本的な事項であり、医師である被告人及び Y としては、被害者に対して実施された各種検査結果から、本件腫瘍が摘出の必要のない肝血管腫であり、したがって本件手術をすべきでないことは容易に判断できた」ため、被告人と Y には誤診防止という共通の注意義務が課されるべきである。そして、被告人と Y のいずれも、「肝臓外科の専門医でもなく、肝切除術の経験もない自分たち 2 名の医師だけで本件手術を実施すれば、手術中の執刀ミス等によって大出血が起り、それに対する適切な止血処理ができずに、患者が出血によって死亡するおそれがあることを十分に予見でき、また医師である以上予見しなければならなかった」ため、この態勢で本件手術を行わないという共通の義務も認められ、本件における「共同結果回避義務の共同違反」の存在は容易に肯定される。

なお、相互利用・補充関係にあり、関与者の不注意が相互に促進・強化される傾向にあるからこそ、診断から手術の実施までの全過程で、被告人と Y に対しては、互いの判断を安易に信用してはならず、医師としての基本的な注意義務を果たした上で、相手の決定を再検討して、相手の不適切な行動を止め、少なくとも医行為に疑問があったときに、相手に進言することが要請されるため、相互注意義務も肯定できる。したがって、本件手術の開始に至ったことに、被告人と Y の客観面の共同が認められうる。

また、被告人らが誤診しなければ、あるいは「本件手術を実施しなければ、前記のとおり本件手術中の Y や被告人のミスにより被害者が出血死することはなかったことは明らかである上、肝臓外科の専門医等でもなく、肝切除術の執刀経験もない被告人と Y という 2 名の医師のみで本件手術を実施すれば、手技上のミスにより肝静脈等を損傷して、患者の大出血を招き、これに対する適切な止血処置ができず、その結果患者が出血死するに至るといえるのは社会通念上相当といえる。体位変換による循環動態の急変ないし再出血は、止血処理が不十分であることに起因するものであって、被害者の死亡という結果が被告人らの本件手術開始行為の危険性が現実化したものである」と評価でき、本件結果と上記の「共同結果回避義務の共同違反」の間に因果関係があったといえる。

本判決では、「本件では、被害者の主治医であった Y が本件手術の実施に積極的であったことが認められるものの、本件手術を前記手技で行うことなどは、A 病院の院長であり、本件手術で中心的に執刀を行った被告人が決定しており、被告人は、本件犯行において主導的な役割を果たしたというべきである」と判示した。このように、本判決は、「共同義務の共同違反」が認められるが、被告人 X と Y はすべて正犯として帰責させるべきではない旨主張したものであると理解することができよう。しかし、本件では、被告人 X は、院長として、同病院の業務全般を統括しており、手術の実施に主導的な役割を果たしたが、誤診しない、あるいは、2 人で手術を開始しないというような不作為義務の履行において、Y との間に指導・監督関係があったこと

を示す証拠がない。そして X の過失は Y の誤診への軽信に起因したものであることを否定できず、少なくとも、Y が誤診しなければ本件結果は回避しえたという意味において、両者を共同正犯として捉えるべきである。

II. 否定例

1. 麻酔液誤注射事件

【事例 4】麻酔液誤注射事件（広島高判昭和 32 年 7 月 20 日高裁判判特報 4 巻追 696 頁）について、第一審判決（宇部簡判昭和 31 年 7 月 4 日刑事裁判資料 233 号 475 頁）は、過失犯の共同正犯を認めたが、控訴審判決は、本件は過失の競合にすぎないものとして、原審の判断を否定した。その後、最高裁（最決昭和 33 年 3 月 6 日判例集未掲載）は上告を棄却した。

控訴審判決は、本件を過失の競合として扱ったが、患者に対する診療行為が本件医師 2 人により共同して行われ、看護師に対しては共同担当医であったと認められ、「その医師間に責任の軽重のつけ難いような場合、然もその診療過程に於て、医師の過失の存した場合は、その内の或医師につきその過失につき全然関係のないことが特に明瞭な場合とか或は特定の診療につき特に責任を分担しその帰責を明かにして行われたのでない限り、右過失についての責任は共同診療に当る医師全員に存するものと解するを相当とすべき」であると判示した。この論理からは、過失犯の共同正犯の肯定論が導かれるのではないかとする見解は、以下のように述べる。すなわち、本判決では、過失の共同正犯の成立を否定したが、「『共同』担当医の『共同義務』を、かなり厳格かつ詳細に認定し、その『共同』違反を肯定している」ことからみれば、「本判決の論理からは、むしろ過失共同正犯肯定論が導かれるであろう」。さらに、「共同義務の共同違反」と「過失の競合」との関係について、同見解は、「共同義務の共同違反とは、過失共働の一態様としての過失共同正犯を構成するにあたっての、一個の重要な契機であり、単なる『過失の競合』の属性ではない」として、「本判決には、結論と理由づけのくい違いがみられる」³⁸²と主張する。

それに対し、本件は、「共同担当医間にあつては相互に看視・監督し合う注意義務はなく、医師全員がそれぞれ独立に看護婦に対する関係で注意義務を負っていたにすぎない、との理解の余地もないではな」く、すなわち、本判決は、「医師の看護婦に対する具体的注意義務は詳細に認定していたが、共同担当医間については、『或る患者に対する』共同診療過程において医師の過失の存した場合は、特にその過失と無関係である等の特殊事情がない限り、責任はその『医師全

³⁸² 内田昭文「看護婦静脈注射過誤と共同担当医の責任」唄孝一＝成田頼明（編）別冊ジュリスト『医事判例百選』（1976）19 頁。同様な指摘として、甲斐克則「過失犯の共同正犯」法学博士井上正治先生追悼論集『刑事実体法と裁判手続』（九大出版会・2003）344 頁。

員に存する』と抽象的に判示したにすぎないのである。ここではいわゆる累積的競合ではなく、重畳的競合が考えられているのではあるまいか。だとすれば、これを過失の競合としたのは一貫しないではない³⁸³とする見解がある。

また、本件では、看護師の注射を監督する共同作為義務（保障人的地位）が認められないとして、共同結果回避義務の存在を否定し、また、「仮に作為義務が認められると考えた場合にも、XとYの間に麻酔による危険の防止について相互依存関係があったとはいえない、また、お互いに不注意を助長し合うような強い因果的影響力はそこに認められない。したがって、相互促進が認められない以上、過失犯の共同正犯を肯定することはできない」と主張する見解もある³⁸⁴。

本稿の第3章で述べたように、全身麻酔剤の静脈注射は、絶対的医行為であるため、看護師がその実施を代行する場合に、看護師に対する医師の厳格な注意義務が求められることが前提となる。したがって、その責任者が特定されなかった場合には、共同担当医が認められる以上、XとYのいずれにも、麻酔行為に伴う危険をコントロールするという抽象的注意義務が課されるというべきである。本件における全身麻酔の施行はYの提案によるものであり、また、看護師が全身麻酔剤の静脈注射を実施する当時、Yは、近い場所にいたのであり、看護師が指導・監視を受けずに麻酔行為を単独で行うことを認識していた際に、結果予見を契機として結果回避措置をとるべきである。その意味で、麻酔の指示をして直接に患者の整備をし治療をしたXだけではなく、Yも看護師に対する医学的指導や点検確認義務を負っていたのであり、本件では、「共同結果回避義務の共同違反」を肯定し得る。

しかし、本件結果は、看護師が麻酔薬クロロホルムを麻酔薬オーロパンソーダと誤認したことで引き起こされたものであり、この過誤を是正すべき地位にあったXとYは、確認義務を履行するという意味で相互利用・補充関係にあったかには疑問がある。また、広い意味で相互利用・補充関係が認められるとしても、看護師が麻酔薬オーロパンソーダを誤認して出して、「これですか」と問うたときに、看護師が出した薬剤の適否を確認すべき地位にあったYは漫然と「うん」と答えて確認を与えたにすぎず、Yの不注意は、Xの不注意で誘発又は強化されたものではなく、もって両者の不注意の間に、相互促進・強化関係がみられないというべきである。そして、Yには、相手の不注意の可能性についてまで注意を払うべき義務の違反があったともいえず、結局、本件では、過失犯の共同正犯が成立し得ないと思われる。

2. 京大附属病院エタノール事件

³⁸³ 長井・前掲注（369）223-224頁。

³⁸⁴ 大塚（裕）・前掲注（341）30頁。

【事例 10】京大病院エタノール事件（大阪高判平成 16 年 7 月 7 日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』590 頁）については、本稿の第 2 章の検討から、消毒用エタノール入りポリタンクを滅菌精製水入りポリタンクと軽信して被害者の病室に運び込んで備え置いた上、自らが 10 回にわたり合計 300 ミリリットルを注入して補充した被告人 X と、被告人の申し送りを受けて補充作業を引き継いだ看護師 4 名は、いずれも、薬剤等を取り扱いに際してポリ容器に記載された薬剤名のラベルを確認すべき共通の業務上の注意義務を負うことが明らかになった。

また、【事例 14】都立広尾病院消毒液誤注射事件についての検討から、結果防止という意味において、引き継ぎ作業における各関与者が相互利用・補充関係にあるのだから、不注意の相互促進・強化が認められ、前任者であれ、後任者であれ、自ら業務を行うときには、相手の不注意が生じる可能性を顧慮すべき注意義務を負うことがわかる。これらの理解によると、本件でも過失犯の共同正犯が成立するはずであるが、前任者である X と後任者である看護師 4 名は共同正犯として捉えるべきではないと思われる。

この点について、後続した看護師 4 名は、自己より先行する各補充に因果性を及ぼしておらず、因果の共同がないとして、本件では共犯関係がそもそも認められないと説明する見解がある³⁸⁵。しかし、後続した看護師 4 名は、自己に先行する各行為者が注意義務に違反したとしても、その過失行為に因果性を及ぼしていないが、後任者による注意義務履行は、自分が利用した前任者の作業をダブルチェックし、これから注入作業を引き継いだ看護師の誤注入を防止するように機能しているため、その不履行は、前任者が創出又は増大させた危険を維持させ、さらに増大させ、もって患者への損害を増悪させるという意味において、共同危険創出行為の存在、つまり、客観面の共同が認められ、他人の行為への物理的関連性が肯定される。したがって、因果性の共同がないことは、共犯関係を否定する理由にはならないと考えられる。

では、何故、本件では過失犯の共同正犯の成立を否定すべきか。それは、共犯関係がある場合においても、共同犯罪における実行行為と結果との因果関係があったことは必要であり、それを肯定するために、全体としての実行行為を特定しなければならないからである。すなわち、本件では、「比較的遅い段階で関与した看護師については、既に被害者の血中アルコール濃度が致死量に達していた可能性が高く、どの時点で患者の死亡結果が回避不可能な状態となったかについては証明できないため、致死量に達していた後に関与した看護師の誤注入行為は、許されない危険を創出又は増大させたものかどうか、同人の注意義務履行によって結果が回避しうるかどうかという点については疑問がある。このような場合、後続した看護師 4 名を共同正犯としてはならない。もちろん、仮に、どの時点で致死量に達したかが立証できたのであれば、致死量に達した前に関与した看護師全員を過失犯の共同正犯として捉えることは、妥当であると考えられる。

³⁸⁵ 嶋矢・前掲注（363）211 頁。

3. 横浜市大病院患者取り違え事件

【事例 12】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 卷 2 号 131 頁）では、「各人の職責や持ち場に応じて、重疊的に、それぞれが責任を持って患者の同一性を確認する義務がある」とされており、複数人に同一内容を有する注意義務が認められ、過失の競合と認定した。学説では、過失犯の共同正犯が成立しうるかどうかについて争われているが、その場合、本件の各関与者がすべて過失犯の共同正犯として捉えられるかどうかではなく、看護師間の共犯関係と、医師間の共犯関係の有無をそれぞれに論じるべきであるとするのが、一般的である。

過失犯の共同正犯が成立しうるとする見解は、過失の競合は広義の過失の競合を指すと解した上で、水平分業の類型にあたる事例について、過失犯の共同正犯を認める点に大きな特徴がある³⁸⁶。具体的な根拠について、手術にあたり、本件被告人らが中心となって、同じ現場で患者の同一性の再確認作業が行われた際に、そこで十分な確認作業が可能であったにもかかわらず、それを行わなかったことについて、執刀医、麻酔医らがなすべき共同義務に共同して違反するという点からみて、「注意義務に違反する共同行為を時間的に同じく実行するという形式的判断のみではなく、実質的にも判断し、注意義務に違反する共同行為に組み込まれた各々の行為が、一つでも欠けてしまえば、当該結果の発生が疑わしいようなもの」³⁸⁷と説明する見解がある。

それに対して、過失犯の共同正犯の成立を否定する見解は、その理由づけについて、本件の確認義務は、各関与者が担当する作業の中でそれぞれに負担する義務であり、同一性確認義務という抽象的なレベルにおける共通性があるが、各人の置かれた状況に応じて行動基準の内容が異なる可能性があるから、共同注意義務ではないと説明する³⁸⁸。医師間についても過失犯の共同正犯を肯定する見解によっても、看護師の行為は医療の補助ないし準備行為であり、医師の行為に対する干渉を内容とする義務が存在しない以上、看護師と医師間の共同注意義務はあり得ないと主張する³⁸⁹。

しかし、本件作業における各関与者は、異なる役割を担当し、この役割に応じて他人と異なる注意義務を負うといえるが、どのような役割を果たすとしても、患者の同一性を確認することは作業の前提となる。それゆえ、広い意味で、各関与者は、共通の確認義務を負い、そして患者の取り違えを防止する意味で、各関与者は相互利用・補充関係にあったというべきである。

³⁸⁶ 大塚（裕）・前掲注（9）17-21 頁。

³⁸⁷ 秋山栄一「いわゆる『チーム医療』における過失共同正犯論の現状」桐蔭論叢 15 号（2006）124-125 頁。

³⁸⁸ 北川・前掲注（184）105 頁、同「横浜市大患者取違え事件」甲斐克則＝手嶋豊（編）別冊ジュリスト『医事法判例百選〔第 2 版〕』（2014）157 頁、照沼・前掲注（74）26 頁。

³⁸⁹ 大塚（裕）・前掲注（9）21-23 頁。

もつとも、本件確認は、単純な確認と手術の当否に関わる確認を区別することができる。前者にとどまる場合には、専門性のある領域に関するものではないため、患者の取り違えを防止するという意味においては、上下関係の有無を問わず、医師と看護師の間にも相互注意義務が成立しうる。それに対して、後者の場合には、単純な同一性の確認は困難になり、手術の必要性を検討することでしか患者の取り違えを防ぐことができない場合がありうる。本件では、手術室入室前と麻酔導入前の確認は、単純な確認であり、そして各人が独立して確認義務を履行することができるのに対して、手術開始前の確認は、手術の当否に関わることが多く、そしてそれには複数人が関与している。そこで、これらの前提を踏まえ、本件における被告人6名の間に共犯関係があったかどうか、各人は正犯かどうかを改めて検討する。

(i) 手術開始前の段階における確認は、専門性と関係性は薄れるのであり³⁹⁰、患者両名の取り違えを防止する意味で、関与した看護師間、麻酔医間³⁹¹、看護師と麻酔医間には、相互利用・補充関係があることから、主観的には、「一方の看護師が不正確な引渡しをして不注意な受取りを助長し、もう一方の看護師が受取りに際して正確な確認を怠ることにより不正確な引渡しを助長している関係にある」³⁹²のみならず、単純な確認であるため、相手が確認義務をきちんと果たすという誤った期待を抱いてしまうことで看護師と麻酔医間、麻酔医間の不注意も相互促進・強化される関係にあるというべきである。そしてその4人のうち、誰かが確認義務を確実に履行すれば、少なくとも、患者両名を麻酔状態に陥らせた結果に至ったことはならないため、同結果については、4人をすべて共同正犯として帰責すべきである。

(ii) 麻酔を導入した後、手術を開始する前に、本件病院では患者確認について特別の措置を講じていないから、この段階においては、当該体制のもとで通常の確認措置を採ることが困難になるが、この段階に関与した者に対しては、少なくとも、①異常が発見されるときに、再確認をとることと、②手術室内で実施した検査結果を術前検査結果と対照することを通じて必要のない手術を避けることが要請される。もつとも、②は、患者の取り違えが発生しない場合にも、妥当

³⁹⁰ 麻酔導入の前に、麻酔に実施する支障になるような食い違いに気づくことによって、患者の取り違えを発覚することができる場合がありうるが、異なる手術を受ける患者であっても、麻酔医の術前訪問で麻酔実施の支障がないことを確認していたものであるから、この段階での専門的判断は患者の同一性確認に関わるといえず、麻酔医による確認も単純な確認に属すると考えられる。

³⁹¹ 本件における麻酔医両名は、同一の患者に対する手術について分業・協業関係があるのではないが、同一時刻に複数の患者に対する手術が予定されていることを認識しており、いったん、患者の取り違えが発生すれば、2人の患者に適応のない麻酔や手術を受けることになるはずであるから、この患者両名の取り違えを防止する意味においては、心臓手術側の麻酔医と肺手術側の麻酔医は事実上の相互利用・補充関係にあるというべきである。そして、同様な理由によって、心臓手術側の執刀医と肺手術側の執刀医にも相互利用・補充関係があると解することができる。

³⁹² 嶋矢・前掲注(363)216頁。

するものだから、当該注意義務の履行は、患者の同一性確認を超える独自の意味を有するといわざるを得ない。この意味で、本件傷害結果の発生は、患者の取り違えの延長線上にあったものであるが、この因果の流れで、手術の当否についての執刀医らの顕著な注意義務違反が介在していたというべきである。手術の当否についての判断は、医師の専門性に基づいて行われるものであり、看護師がそれを信頼することが相当である限り、看護師が確認作業を行う際に、医師が上記注意義務に違反する可能性を考慮すべき注意義務を負わないということとなるはずである。

しかし、第2章で述べたように、①と②は、必ずしもはっきり区別することはできず、例えば、術前検査の結果と術中の検査等とのデータの著しい相違があったという事実に対して、患者が取り違えられるか、治療の必要性があるのか、という両面から検討することが可能である。執刀医は、術中の検査結果が術前の検査結果と顕著に異なるという事実に基づいたときには、患者を取り違えていないかを意識すべきであり、治療の必要性については、患者の取り違えの可能性が排除された後に、議論されるべきである。それゆえ、この段階における確認は、手術の当否に関係しているように思われるが、この場合であっても、執刀医に単純な確認が求められるというべきである。この際に、前段階で関与した看護師ら、麻酔医らが確実に確認することに対する誤った期待を抱くことは、執刀医の不注意を促進・強化するものと評価できる。また、本件では、看護師らの注意義務違反は、患者の取り違え手術の危険を作ったものであり、その危険が現実化したため³⁹³、執刀医らに対する看護師らの信頼は相当性があると考えられず、両者に相互注意義務を認めるべきである。そして看護師らは、最初に合義務的な行為をとったならば、患者が麻酔状態に陥らせた上で非対応な手術を受けて傷害を負わせる結果は回避しうるので、看護師らは、上記結果に至った因果的経過に対する実質的支配可能性があったと評価でき、共同正犯として帰責すべきであると思われる。

麻酔医らは、看護師らと異なり、手術に関わり続けており、手術を開始する前に、①と②についての合義務的行為が求められる³⁹⁴。しかしながら、この際の同一性確認は、麻酔導入前の確認と異なり、複数の医師が関与しており、協力し合って結果回避義務を履行するという意味で共犯関係が肯定されるとしても、各関与者の役割や置かれた状況に鑑み、正犯性があるかどうかについては改めて検討すべきである。本稿の第2章で述べたように、各関与者の具体的な合義務的行為を確定する際に、法の期待の客観的な限界と主観的な限界を考慮しなければならず、本件の状況に置かれた麻酔医 F に期待される具体的な結果回避措置は一定程度で制限されるべきである。同人の合義務的行為は、法益保護のための有効性があるが、その有効性が他の医師の意識や

³⁹³ 北川・前掲注（388）157頁。

³⁹⁴ 手術の当否を検討するにあたり、主治医グループと執刀医の意見は重要であるが、麻酔医としても、術室内で実施した検査結果と術前検査結果の食い違いについて、麻酔の立場に立ちつつ、これは麻酔の結果なのかどうかを説明することで当該検討に関与することができる。

判断に大きく左右されるといえるため、この段階での麻酔医 F の行為は、注意義務に違反したものが疑問となり、注意義務違反行為を認めるとしても、傷害結果に至る因果経過を実質的に支配していると評価できず、その正犯性を否定すべきものである。同時に、研修医であった麻酔医 H は、この段階で積極的な確認をせず、麻酔を継続させたことについて過失を肯定できるが、傷害結果に至ったことに対して、執刀医に比べれば、その注意義務違反の程度は軽いと思われる。しかし、麻酔医 F と H は、麻酔導入前に患者確認を怠ったことが認められ、かつ当時、合義務的行為に出たならば、本件傷害結果に至らないはずであるため、執刀医らとともに共同正犯として責任を負うべきであり、上記の事情は量刑の事情として考えるべきである。

なお、心臓手術の医師と肺手術室の医師間には、患者の同一性確認において相互利用・補充関係があったといえ、不注意の相互促進・強化と相互注意義務をも観念できるが、執刀医両名の注意義務違反の時点が異なり、患者両名の傷害に対して、共同危険創出が認められる限り、共同正犯の責任を負うというべきである。

最後に、異職種連携の場合において、過失犯の共同正犯が成立しうるかどうかについて言及しておきたい。本件における分業・協業は、同じ職種間にも、異なる職種間にも存在するような複合的なものであるが、本件事故は複数の初歩的なミスによるものである。本件の事実からみれば、患者の同一性確認は、単純な確認と治療の当否に関わる確認とを区別することができるが、患者の取り違えを防止するために、自己の職責や持ち場に応じて単純な確認をする義務がある、という点は共通しており、そして誰か一人が当該注意義務を果たせば、結果は回避しうる。それゆえ、本件における確認は、「専門性の領域に入る以前の問題であり」、職種は何かということによる区別は問題とならないというべきであり³⁹⁵、各関与者の間に、不注意の相互促進・強化ないし相互注意義務が存在する可能性がある。したがって、各人の専門性に基づいて分業・協業がなされていたとしても、過失犯の共同正犯が成立する余地があると考えられる。しかし、例えば、麻酔管理に麻酔医の過失と、執刀医による手技のミスが重なって患者の死傷結果を惹起した場合に、これらの過失は、いずれも専門性のみに関係するものであり、専門の領域内で不注意の相互促進・強化がありえないだけでなく、両者は、他方がその種の過失を犯している可能性を考慮しなくてもよい（信頼の原則）ので、過失犯の共同正犯は認められないと思われる。

第4節 小括

³⁹⁵ 大塚（裕）・前掲注（9）21-22 頁、甲斐克則『医事刑法への旅 I』（現代法律出版社・2004）139 頁。

組織的医療における複数人の過失責任が肯定された場合に、判例においては、一般的に過失の同時犯として扱われ、過失犯の共同正犯が認められる少数の場合には、行為者の職種が同じであるという傾向が見られる。

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。過失犯の共同正犯を認めるか否かをめぐる問題の対立点は、過失犯の共同正犯として処罰する必要があるかどうかであり、過失犯の共同正犯についての論争は、基本的に、「共同義務の共同違反」説と「同時犯解消」説との対立をめぐるものになった。

過失犯の共同正犯の成否を検討するにあたり、まず、過失犯において、「一部行為の全部責任」という法理を適用する根拠があるかという問題を明らかにしなければならない。具体的には、過失犯の共同正犯の成立要件としては、(i) 正犯性要件としての実質的支配力、(ii) 共同性要件としての主観面の共同（不注意の相互促進・強化）及び客観面の共同（共同結果回避義務の共同違反）である。また、心理的関連性が双方向的であれば、物理的関連性の双方向性がなくても、全体結果を各関与者に帰属することができる。

そして、危険創出の段階で、関与者間の心理的関連性と物理的関連性がある場合には、関与者のうち誰かが結果を起こしたことが立証できれば、誰がその結果を惹起したのかを具体的に証明することができないとしても、その結果は、共同して創出・増大された危険を現実化した結果であると考えられるため、結果帰責のために、各関与者の過失行為と結果の間の因果関係が必要ではないという点で過失犯の共同正犯を認める実益がある。

また、判例の再検討により、以下の点が明らかとなった。第一に、関与者の間に監督関係がある場合や、結果防止のための各関与者の注意義務履行の効果が異なる場合には、相互的支配があり得ない以上、過失犯の共同正犯の成立が考えられない。しかし、関与者の間に上下関係があるが、上記2つの場合に該当しないとき、過失犯の共同正犯が成立する。第二に、共同して許されない危険を創出または増大させた場合であれば、複数の注意義務違反の間に時間的先後関係があっても、共同違反が認められうる。第三に、各人の専門性に基づいて分業・協業がなされていた場合に、専門の領域内で不注意の相互促進・強化がありえないだけでなく、一方の作業者は、他方の作業者がその種の過失を犯している可能性を考慮する義務も負わないので、過失犯の共同正犯が成立する余地がない。

第5章 中国法への示唆

日本における医事刑法は、半世紀にわたり比較的成熟した制度として発展している。近年では先端医療をめぐる研究は増えているが、依然として医療事故に対する刑事責任のあり方を中心に据えている。そしてチーム医療の登場とともに、その研究の焦点は、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という2つの課題に移ってきている。近年、中国における医事刑法の研究は、増加傾向にあるが、その多くは安楽死、人体実験、生殖補助医療などの特定の問題に焦点を当てたものであって³⁹⁶、体系的な議論を欠き、基本的な問題についての議論も十分とはいえない。本稿の第1章から第4章では、上記2つの課題について、日本の理論・実務の現状を概観した上で、その問題点について詳細に検討を加えた。そこで、これらの検討を踏まえたうえで、上記2つの課題について、中国の理論・実務では、どのような議論が展開されてきたのかを概観した上で、日本の議論についての考察から、中国の議論に対して、いかなる示唆が得られるかという点について検討を加える。

第1節 中国における医療事故罪の刑事裁判

第1項 背景

1990年代半ば以降、中国では医療紛争が著しく増加し、医師が悪質に傷害される事件まで繰り返され、医師と患者の間の緊張が高まっている。特に、ここ10年ほどの間に、中国における医療紛争事件は急速に増加しており、全国の各級人民法院における医療紛争訴訟事件も大幅に増加し、年率10%から20%で増加している³⁹⁷。

このような問題に対処するために、2007年、中国最高人民法院と旧卫生部（2013年に卫生部と国家家族計画委員会によって統合、2018年に解体され、中華人民共和国国家卫生健康委員会に再編された。）は、医療紛争事件（民事）における法律適用に関する共同研究を開始した。このプロジェクトでは、北京市海淀区人民法院、湖北省衛生局、重慶医科大学によって具体的な

³⁹⁶ 曹菲「医事刑法基本問題研究」環球法律評論 2011年第4期 71頁。近時の研究として、黄鵬「論『非法人体試験罪』の設立——兼評『刑法』第三百三十六條之一」医学与哲学年 42卷 14期（2021）62頁以下、洪易「我国人体器官犯罪的刑法規制研究」吉林大学博士論文（2019）、于佳佳「刑法視野下臨終患者的自主決定权与限制」当代法学 2015年第6期 42頁以下、姜涛「基因編輯之刑法規制及其限度」東方法学 2021年2期 69頁以下、魏漢濤「人類基因編輯行為的刑法規制」法商研究 38卷5号（2021）102頁以下。陰建峰=冷楓「非法植入基因編輯克隆胚胎罪之檢視与完善」揚州大学学报（人文社会科学版）25卷3期（2021）54頁以下、楊丹「生命科技時代的刑法規制」法学雜誌 2020年12期 71頁以下等。

³⁹⁷ 司法部司法鑑定科學技術研究所=上海市法醫學重點實驗室『医療糾紛の鑑定と防範』（科学出版社・2015）3頁。

研究が行われていた。本研究の中間報告によると、当時の中国における医療紛争事件の特徴は、第一に、件数が増加していること、第二に、医療紛争が暴力事件に発展するケースが多いこと、第三に、一つの事件に対して、医師会による医療事故の技術鑑定と法医鑑定に矛盾が生じるケースが多く、もって事件の裁判がより困難になっているのみならず、医療紛争処理に対する国民の不信感も高まっていることである³⁹⁸。同時に、多くの地方人民法院の研究グループが、地域の実情に応じて、同課題に関する研究報告を発表した³⁹⁹。

第2項 刑事裁判の状況

では、上記の背景として、医療事故罪の刑事裁判は、どのような状況になっているであろうか。本稿の序章に紹介したように、1997年中国刑法（現行法）では、医療従事者による医療過失行為を規制するために、医療事故罪が規定されており、医療紛争を民事訴訟で解決することに加え、医療事故罪に該当する医療過誤については、医療従事者が刑事責任を負うべきであることになった。その後、中国最高人民検察院及び公安部が「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」（公通字〔2008〕36号）を制定し、当該司法解釈の56条により、医療事故罪の構成要件が明らかになった。

中国における医療事故罪の刑事裁判の現状を把握するために、本稿は、中国裁判文書ウェブサイト⁴⁰⁰、北大法意ウェブサイト⁴⁰¹、北大法宝ウェブサイト⁴⁰²という中国で3つの代表的ウェブサイトの事件データベースをサンプルとして、統計分析で得たデータを集計した上で、医療事故罪の刑事裁判の状況を分析するという調査方法を採用した。それにより、以下の結果が得られた。

³⁹⁸ 鄧雨珍「為医患糾紛案件的法律適用提供依据：最高人民法院、衛生部聯合召开 2007 年重点研究課題中期檢查糾紛案件适用法律研討会」中国医院 12 卷 1 号（2008）68 頁。

³⁹⁹ 北京市海淀区人民法院課題組「關於医療糾紛案件相關法律問題的調研報告」法律適用 2008 年第 7 期 62 頁以下、山東省高級人民法院民一庭「關於全省医療糾紛案件審理情況的調研報告」山東審判 2007 年第 3 期 29 頁以下、廈門市中級人民法院、思明区人民法院課題組「關於医療糾紛案件相關法律問題的調研報告」東南司法評論 2008 年卷 71 頁以下、浙江省高級人民法院民一庭課題組「当前我省医療糾紛審理情況的調研報告」法治研究 2010 年第 8 期 91 頁以下等。

⁴⁰⁰ 中国裁判文書ウェブサイト（wenshu.court.gov.cn）は、最高人民法院が各級人民法院の有効な裁判文書をインターネット上で公開するために開設したウェブサイトである（2022 年 5 月 16 日最終閲覧）。

⁴⁰¹ 北大法意ウェブサイト（www.lawyee.net）は、北京大学実証法研究所と北京大学図書館が共同で開発・運営する法律データベースサイトである（2022 年 5 月 16 日最終閲覧）。

⁴⁰² 北大法宝ウェブサイト（www.pkulaw.cn）、北京大学法律情報センターと北大英華科技有限公司が共同で開発・運営する法律情報検索プラットフォームである（2022 年 5 月 16 日最終閲覧）。

中国裁判文書ウェブサイトの事例データベースでは、1997年10月1日から2021年9月30日までの24年間に、「医療損害責任紛争」というキーワードを入力すると、合計112,627件の民事事件の記録が見つかった。「医療事故罪」というキーワードを入力すると、刑事事件の記録が合計214件見つかったが、実際に裁判で判決が下されたのは47件であった。

北大法意ウェブサイトの事例データベースでは、1997年10月1日から2021年9月30日までの24年間に、「医療損害責任紛争」というキーワードを入力すると、合計126,197件の民事事件の記録が見つかった。「医療事故罪」というキーワードで検索すると、刑事事件の記録が合計88件見つかったが、実際に裁判で判決が下されたのは57件であった。

北大法宝ウェブサイト事例データベースでは、1997年10月1日から2021年9月30日までの24年間に、「医療損害責任紛争」というキーワードを入力すると、合計119,147件の民事事件の記録が見つかった。「医療事故罪」というキーワードで検索すると、刑事事件の記録が合計60件見つかったが、実際に裁判で判決が下されたのは8件であった。

上記3つのウェブサイトのデータを集計した結果、1997年10月1日から2021年9月30日までの24年間に、中国では医療過誤罪の判決が合計62件あり⁴⁰³、判決を受けた者が71名であったことがわかる。その具体的な量刑分布別の人員と割合は以下のとおりである。

図表5 中国における医療事故罪の量刑分布別の人員と割合（1997-2021）

(n=71)		
	人数	割合
実刑	27	38%
執行猶予	29	41%
刑罰免除	7	10%
無罪	8	11%
合計	71	100%

（出典）中国裁判文書ウェブサイト、北大法意ウェブサイト、北大法宝ウェブサイトの事例データベースより筆者作成

上記のデータをさらに分析すると、次のような点がわかる。第一に、1997年中国刑法は医療事故罪を規定して以来24年間、毎年平均2.6件の医療事故紛争が刑事手続きによって解決されているが、それは医療損害責任紛争の件数と比べるとかなり低いものである。第二に、62件のうち、被害者が死亡した件数は57件、身体に健康に重大な危害を及ぼした件数は5件であり、

⁴⁰³ 序章で述べたように、中国刑法によれば、無資格者による違法な医療行為が過失によって患者の健康に重大な危害を及ぼした場合には、「医師不法開業罪」に該当すべきであるから、本稿のサンプルは、医療事故罪で起訴された刑事事件のみを含んでいることに留意する必要がある。

被害者が死亡した医療事故は刑事事件として扱われる可能性がより高かった。第三に、執行猶予が付される者が占める割合が41%であり、中国の平均執行猶予率や「社会管理の秩序を乱す罪」の平均執行猶予率⁴⁰⁴よりも大幅に高かった。以上より、中国では、医療過誤の犯罪化と量刑に対して、非常に慎重な姿勢をとっていることが窺われる。

このような状況になった理由は、序章で述べたように、中国が医療事故罪を創設した当時、医療そのものが公共の福祉のための社会サービスであり、したがって、医療分野における過失の犯罪の社会的危害性が軽微であるという社会通念があったためである。しかし、医療紛争の民事事件は増え続けている時代に、医療紛争の刑事事件の裁判率がそれほど低いままでは、刑事訴訟による医療事故の解決を放棄しているに等しいのではないか。また、刑事政策上の配慮とは別に、司法実務に有効な理論的参考となる過失犯に関する議論がなされていないことも、医療事故罪に代表される過失犯が合理的に処罰されない理由である。

本稿は、刑事政策の観点から、医療事故罪の処罰範囲をいかに拡大するかを探るものではなく、医療過誤における過失判断のあり方及び関係者間の責任分担を考察することを通じて、医療の領域において刑法の懲罰的制裁と行為コントロールの機能を適切に発揮することを目的としている。以下では、まず、上記62件の判決を分析して、医療事故罪の刑事裁判には、いかなる問題があるのかを整理する。

第3項 問題の所在

上記62件の事例をさらに分析した結果、中国における医療事故罪の刑事裁判には以下の問題があると考えられる。

I. 罪名の適用について

「医療事故」の刑事訴訟では、罪名の適用についての統一的な基準に欠ける。上記62件以外には、広義の医療過誤によって患者を死亡させた事例が5件が見つかった。例えば、被告人は、慎重な病歴聴取、詳細な身体検査、関連補助検査、鑑別診断を行わなかったため、誤診、誤治療が生じ、さらに、治療の過程で、体調の変化を注意深く観察しなかったため、被害者の状態悪化を発見せず、被害者を死亡させたという事案（（2018）蘇0581刑初255号判決）において、

⁴⁰⁴ 最高人民法院公報に掲載された「全国法院司法統計公報」（2021年第4期、2020年第7期、2019年第4期）のデータによると、2018年から2020年までの3年間、中国における執行猶予率は、2018年は28%、2019年は24%、2020年は26%、平均26%であり、中国における「社会管理の秩序を乱す罪」の執行猶予率は、2018年は22%、2019年は18%、2020年は19%、平均20%であった。

被告人は医師不法開業罪で捜査され、医療事故罪で起訴され、最終的に、過失致死罪に該当すると判断された。このことは、医療過誤の性質に関して、刑事手続きにおいて捜査機関、起訴機関、裁判機関の間に理解の相違があることを示唆している。

また、(2014)阿刑初106号判決は、被告人は、セフォペラゾン・スルバクタムナトリウム及びその関連薬剤を、薬剤感受性試験を行うことなく被害者の静脈内に注入し、これにより被害者をアナフィラキシーショックで死亡させた事案について、被告人に医療操作手順違反の過失があったと判断したが、事件の性質を分析することなく同人には過失致死罪が成立すると認められた。

II. 過失の判断について

1. 結果回避義務違反について

結果回避義務違反については、事実に基づく分析・説明に欠け、行政規範違反の存在により過失行為が認められる判決が多い。序章で述べたように、医療事故罪の「著しく職責を怠り」は、行為者の心理的態度を記述するものではなく、行為者の客観的な行為に関わるものであり、結果回避義務違反の重大性に関する記述である。しかし、結果回避義務違反の重大性を判断するにあたり、構成要件的结果の重大性に依存していない基準が存在しないため、その判断は、犯罪の成否を決定する意味での重要性を持たず、実務的には、「著しく職責を怠り」は、「業務上必要な注意義務を怠り」と同視すべきである。

中国最高人民検察院及び公安部の「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」(公通字〔2008〕36号)56条が、医療事故罪にいわゆる「著しく職責を怠り」の定義を明らかにしたことによって、医療事故罪が成立しうる注意義務違反が一定程度で明確化された。しかし、実務上、多くの判決では、簡単に行為者には国家の法律、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として、行為者が著しく職責を怠ったと認め、結果はどのような結果回避義務違反によって生じたのか、その結果回避義務が認められる前提となる結果予見可能性と結果回避可能性があるかについての説明がなかった。例えば、(2018)浙0302刑初528号判決では、結果回避義務についての説明・分析は全くなく、医療事故技術鑑定結果に直接基づいて、「医療従事者である被告人は、医療従事者として、明確に定められた医療に関する技術的規範に著しく違反して患者を死亡させたとして、医療事故罪が成立し、処罰されるべきである」と判示された。

2. 因果関係の判断について

上記問題と関連して、医療事故罪の刑事裁判では、因果関係等の問題を判断する際に、医療事故技術鑑定に過度に依存し、規範的判断に欠けるという問題がある。それは、医療事故の刑事裁判における最も顕著な問題といえるので、以下では、詳しく説明する。

(i) 医療事故技術鑑定結果の性質

一体、医療事故技術鑑定は、いかなるものであろうか。中国では、2002年、国务院は「医療事故处理条例」を公布し、同年、旧卫生部は「医療事故处理条例」に基づき「医療事故技術鑑定暫定弁法」を制定し公布し、両者は、同年9月1日から施行された。「医療事故技術鑑定暫定弁法」9条、10条によれば、①医療機関から重大な医療事故に関する報告、または医療事故紛争の当事者から医療事故紛争の処理を求める申請を受けた衛生行政機関は、医療事故技術鑑定が必要とされる場合と、②医療事故紛争が医療機関と患者の協議によって解決され、医療事故技術鑑定を必要とし、両当事者は共同で医師会に鑑定を委託する場合には、医療事故技術鑑定が医学会によって実施されることができる。これによって、医療事故技術鑑定は、医療事故の当事者が医療紛争を協議で解決するための根拠となり、衛生行政機関が医療紛争を処理するための法的根拠となる。

(ii) 医療事故罪の刑事裁判における医療事故技術鑑定の役割

では、医療事故罪の刑事裁判において、医療事故技術鑑定はどのような役割を果たしているか。「医療事故处理条例」2条によれば、医療事故とは、医療機関及びその医療従事者が、医療活動を行う上で、医療及び公共衛生に関する法律、行政規範及び診断・治療・看護の規範・慣行に違反し、過失で患者に身体的損害を与えた事故である。しかし、広義の医療事故に属しても、行政責任と刑事責任の有無を判断する基準は異なり、医療事故技術鑑定は、行政上の医療事故に属するのか、事故において医療機関はどのような行政責任を負うべきかを中心に行われるものである。それゆえ、それは、訴訟における証拠的役割として活用することができるが、それは必ずしも決定的な根拠ではなく、医療従事者の個人的刑事責任の有無を証明できる証拠とするために、刑事裁判において実質的に検討しなければならないというべきである⁴⁰⁵。

⁴⁰⁵ 秦新承「涉罪交通事故的行政处理与司法衔接」劉憲權（編）『刑法学研究第6卷：交通肇事罪研究專号』（上海人民出版社・2009）147-149頁。

医療事故罪の刑事裁判における医療事故技術鑑定役割について、法規定または司法解釈はないが⁴⁰⁶、上記 62 件の事例を分析することによって、以下のとおり、結論をづけることができると考えられる。

まず、医療事故罪の刑事事件において、医療事故技術鑑定が行われたと明示されているのは 49 件であったが、医療事故技術鑑定が行われなかったのは 8 件あり、医療事故技術鑑定が行われたかどうか不明なケースは 5 件あった。そのうち、(2014)長刑終 00190 号は、「医療事故技術鑑定の有無は、事件の事実関係の判断に影響を与えない」と明示している。したがって、医療事故罪の刑事裁判では、医療事故技術鑑定は必須ではないことがわかる。

次に、無罪となった 5 つの事例（(2018)吉 0322 刑初 5 号判決、(2017)閩 01 刑終 1458 号判決、(2016)魯 0102 刑初 645 号判決、(2015)東一法刑初 3261 号判決（2013）白洮刑重審初 5 号判決）のいずれでも、医療事故技術鑑定結果では、事件は一級甲等の医療事故に属し、そして医療事故に対して医療機関側の一次的又は二次的責任が認められている⁴⁰⁷。そのうち、(2018)吉 0322 刑初 5 号判決は、第一審判決（(2015)倉刑初 1027 号判決）に採用された医療事故技術鑑定結果は、重症子癇前症の診断、出血量と水分補給の評価、バイタルサインの値を取る時点、産後出血の原因などに関する判断に科学的根拠に欠け、証拠として受け入れるべきではないことと、第一審は、医療事故鑑定結果に認定した医療機関側の責任と被告人の個人責任を直接同一視していたことは妥当でないことを理由に、原審判決を破棄して、被告人を無罪とすることになった。この判決から、医療事故技術鑑定結果があつたとしても、それが証拠として採用されるべきかどうかは、裁判で検討しなければならず、そして鑑定結果で判明した責任と、医療事故罪の成否との間には、直接的な相関関係はないことが明らかになった。

⁴⁰⁶ 最高人民法院「『医療事故処理条例』を参考にして医療紛争民事事件を審理することに関する通知」（法積〔2003〕20 号）の 2 条は、民事裁判における医療事故については、人民法院が当事者の申請または職権により鑑定を行うことを決めた場合には、条例に基づき医師会の鑑定を委託すべきであるのに対して、医療事故以外の医療損害賠償については、司法鑑定機構で鑑定が行われるべきであるとされる。その後、2013 年、最高人民法院は、他の法律の規定に抵触するとして上記司法解釈を廃止した（法積〔2013〕7 号）。現在、最高人民法院「医療損害責任紛争の審理における法律適用に関する若干問題の解釈」（法積〔2017〕20 号）によって、医療損害責任紛争の民事裁判において、人民法院が当事者の申請または職権により鑑定を行うことを決定した場合、資格のある鑑定機関（医学会あるいは司法鑑定機構）に医療損害鑑定を委託することができることとされる。

⁴⁰⁷ 「医療事故分類基準（試行）」によれば、一級甲等の医療事故とは、医療事故で患者を死亡させたことを意味する。「医療事故技術鑑定暫定弁法」36 条によれば、一次的責任とは、損害結果は、主に医療過誤によって引き起こされ、他の要因は二次的な役割を果たすことを指す。二次的責任とは、損害結果は、主に他の要因によって引き起こされ、医療過誤は、二次的な役割を果たすことを指す。

(iii) 問題の所在

以上から、医療事故技術鑑定結果は、事実的因果関係を証明する証拠の一種として扱われるというべきであるが、医学の複雑さや専門性に鑑み、刑事裁判では、それに直接基づき、刑法上の過失行為を行政上の違法行為と同視し、また法的因果関係を医学的因果関係と同視している。特に事後的結果回避可能性の有無を個別に十分に検討しなかったことが多い。次の【事例 16】（（2018）鄂 03 刑終 71 号判決）は典型例である。

（事実の概要）診療の範囲を超え、指導医なしに患者の診断・治療を行った被告人 X は、診療の過程において、患者の病状に対する適切な判断・把握を欠き、医療機関の治療能力を超えたことを認識していたのに、転院なく 3 日連続で 4 回診療を行い、そして治療過程において、患者が点滴に異常な反応を示していることを知りながら、患者の容態の変化を観察せずに放置して、結局、患者を死亡させたというものである。

本件において、被告人の過失行為と結果との間の因果関係があったかどうか特に問題となる。それについて、司法鑑定と医療事故技術鑑定は異なる結論を出していた。因果関係がなかったとする司法鑑定結果に対して、第一審判決（（2016）鄂 0303 刑初 328 号）は、「仮に、被害者自身の病気による死亡が避けられなかったとしても、被告人が 3 日間連続して 4 回の治療を行ったという客観的事実を看過してはならず、被告人の行為は、単なる治療の最適期が遅れたものではなく、被害者の死亡が避けられなかったという司法鑑定の結論は、恣意的である」と判示した。その上で、第一審判決は、被告人の行為と被害者の死亡結果との間に一定の因果関係があったと認められる医療技術鑑定結果はより客観的で事実に即していると指摘することだけで、被告人の行為と死亡結果の間には因果関係があったことを認めた。

その後、被告人は上告したところ、それに対して、第二審判決は、被告人は、医師として、患者の診療において医師法の規定に違反し、著しく職責を怠り患者を死亡させ、その診療行為と結果の間には刑法上の因果関係があり、医療事故罪が成立するというべきであると判示した。同時に、医療事故技術鑑定結果によれば、患者自身の病気が主な死因であり、司法鑑定結果によれば、患者は重い冠状動脈性心臓病を患っており、輸液の過程で冠状動脈性心臓病の急性発作を起こし、呼吸循環不全で死亡したことに鑑み、被告人は、すべての責任を負うべきではなく、罰を軽減ことができるとして、原審判決を破棄した。

本件において、被告人には、①診療の範囲を超え、指導医なしに患者の診断・治療を行ったこと、②診療の過程において、患者の病状に対する適切な判断・把握を欠き、診療に制限があることを知りながら、転院なく 3 日連続で 4 回診療を行ったこと、③治療過程において、患者が点滴に異常な反応を示していることを知りながら、患者の容態の変化を観察せずに放置したこと、と

いう3つの結果回避義務違反があった。しかし、上記第一審と第二審判決のいずれにも、刑法上の過失行為を①の行政違法行為と同視し、また、法的因果関係を医学的因果関係と同視しており、特に事後的結果回避可能性の有無を個別に十分に検討を加えなかったという問題がある。

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

以上から、中国の医療事故罪の刑事裁判では、過失の判断に関しては、結果回避義務とその違反を意識的に検討しない点と、因果関係の判断においては事実的判断と規範的判断を区別し、刑法学の視点から、客観的な事実について規範的な検討を加えない点が不足しているといえる。

日本の組織的医療における個人の過失責任のあり方を検討する際に、本稿は、医療現場における業務分担を垂直的分業と水平的分業に分けて、それぞれの場合における過失の判断について検討を加えた。そのうち、垂直的分業の場合においては、上位者たる医師が下位者の作業に関与すべき範囲を限定し、医師にどのような注意義務が課されるのかを論定した上で、医師の過失と下位者の過失が単純に競合した場合と、医師の監督過失と下位者の過失が競合した場合を区別して、過失の判断における難点を検討した。その中で、組織的医療における監督過失責任に関する議論は、最も重要なものである。水平的分業の場合においては、引き継ぎ作業における直列型の過失競合に関わる議論を中心にして日本の組織的医療における過失の判断を検討した。この検討から、引き継ぎ作業の場合には、複数の行為が時間的に前後して介在するため、個別の過失を判断する際に、注意義務と因果関係の有無を判断することは難しいことがわかった。

ここでは、第一に、中国における医療体制に基づき、垂直的分業と水平的分業場合における各関与者の注意義務を明らかにすること、第二に、中国における監督過失論を概観して、日本における監督過失論から、中国の組織的医療における監督過失責任に対する示唆を導くこと、第三に、中国における因果関係論を概観して、日本における因果関係論から、いかなる示唆が得られるかを検討すること、第四に、議論で得られた結論を用いて従来判例の再検討を行うことを試みる。

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

I. 医師と看護師の連携

中国では、医療機関と医療従事者、医療サービス、疾病の予防と治療、医療紛争の処理などに関して、法律、行政法規、司法解釈ではいくつかの規定があり、また、これらの規則の適用については、国家衛生機関が通達（厚生労働省医政局長通知相当）で説明している。

中国の旧衛生部が作成した「病院作業システムと人員の職務（2011年版）」⁴⁰⁸によると、医師の指示の執行、医師の診療の補助、薬剤の準備と保管、患者の日常的な世話、事務的な仕事などが、看護業務の主な内容である。また、旧衛生部の「総合病院におけるケアの等級付けに関する指導原則（試行実施）」⁴⁰⁹（衛医政発〔2009〕49号）2条によると、総合病院では、入院患者のケアは、患者の状態や能力に応じて、特別ケア、一次ケア、二次ケア、三次ケアに分けて行われるべきである。なお、同原則4条は、臨床看護師は、ケアレベルおよび医師が設定した治療計画に従って、基本的な看護サービスおよび専門的・技術的な看護サービスを患者に提供しなければならないと定めている。具体的には、看護師の業務は、第一に、患者容態の観察と生命徴候の監視を行うこと、第二に、医師の指示に従って治療や薬剤投与を正しく実行すること、第三に、患者の状態に応じた介護や支援を提供すること、第四に、介護関連の保健指導を行うことである。

したがって、中国における看護業務も、日本の分類に従うと、「診療の補助」と「療養上の世話」に大別することができる。そして、それぞれと医師の指示との関係については、治療や投薬などは、診療の補助に属し、医師の指示にしたがって行わなければならないのに対して、患者の容態の観察と生命徴候の監視、介護や支援の提供、介護関連の保健指導は、療養上の世話に属し、看護師が自らの専門的知識・技術に基づいて独立して行うことができる。

では、中国の医療体制において、診療の補助と医師の監督との関係はどうだろうか。上記「病院作業システムと人員の職務（2011年版）」は、看護師は、専任看護師⁴¹⁰の指導のもとで作業を行い、助産師は、行政上には上位助産師の管理を受けながら、医療現場には医師の指導を受けて作業を行うと規定している。同時に、臨床住院医（研修医相当、以下では、研修医という）の職責に関して、同規定によれば、臨床住院医は、医療事故を防ぐために、自ら重要な検査や治療を行い、あるいは看護師の実施を指導することが求められている。しかも、「医療麻酔サービス

⁴⁰⁸ 原タイトルは、「医院工作与人员岗位职责」である。

⁴⁰⁹ 原タイトルは、「综合医院分级护理指导原则（试行）」である。

⁴¹⁰ 専任看護師とは、看護師の資格を取得した人が一定年数勤務した後、国家試験により得られる称号である。

の強化・向上に対する意見」(国衛医発〔2018〕21号)⁴¹¹では、2級以上の医療機関の麻酔科においては、専任看護師が配置され、同看護師は、麻酔科医の指導・監督のもとで、周術期のケア、疼痛管理、麻酔関連機器・消耗品・薬剤・文書・情報の管理などを行うと規定している。すなわち、中国では、看護師が診療の補助が行われる際に、監督義務を負う者は、常に上級の看護師であるが、医師との密接な連携が必要とされ、あるいは、高度な医学的専門性を要する作業が行われる場合には、医師の指導・監督が求められている。

このように、中国の医療体制のもとでも、チーム医療において、医師には、救命、治療という基本的な義務に加えて、医療チーム全体が適切に機能するように組織化し、調整する義務があり、医療チームにおける診療補助者による危険を防止するために、補助者を選任し、監督し、仕事を委任する義務を履行しなければならないといえよう⁴¹²。本稿の第1章では、日本の場合には、医師と看護師の連携における医師の注意義務は、診療補助行為自体のリスクと起こりうる過誤の類型とその発生頻度を合わせて考慮すべきであると指摘した。中国の場合には、診療の補助に関するリスクレベルの判断基準は異なるかもしれないが、同趣旨によって、看護師の診療補助に対する医師の注意義務を特定することが妥当であると思われる。

医師の監督義務について、「一般的に、住院医は患者に対して責任を負うため、相応して看護師に指示を与えることは住院医の職責である。なお、『病棟での医療の質を常にチェックする』ことは、主治医の仕事である以上、注意すべき点を看護師に明確な指示を与えることも主治医の職責である。主管医と診療科の科長は、難病や重症患者のチーム医療に自ら参加する場合、特別に説明すべき事項があれば、自ら看護師に指示し、あるいは部下の医師が看護師に指示を与えるように命じるべきである。以上の場合には、医師と看護師の間に監督義務が存在する」⁴¹³と主張する見解がある。しかし、第1章の検討から、この見解は、指示義務は患者に対する医師自身の注意義務であり、他人が作業を履行している過程において、同人が過誤を犯さないように指導する監督義務とは異なるということを看過しているというべきである。

以上から、中国の医療体制では、看護師が診療補助行為を行う際に、医師の指示にしたがわなければならないという点では日本と共通しているが、常に上級看護師からの業務指導を受けるということは特徴的である。しかし、それは、中国では医師と看護師の間に監督関係が存在する余地がないことを意味せず、両者が共同して業務を行う場合や、看護師に求められる専門性が看護的専門性を超えているために、医師の特別な指導が必要とされる場合(助産、麻酔など)には、看護師の診療の補助に対する医師の監督義務が認められるべきだと考えられる。また、看護師

⁴¹¹ 原タイトルは、「关于印发加强和完善麻醉医疗服务意见的通知」である。

⁴¹² 劉躍挺「論醫師組織協助義務框架中的客觀歸屬與信賴原則」西南交通大学学報(社会科学版)16卷6期(2015)96頁以下。

⁴¹³ 王波「團隊醫療過失犯罪中的監督過失責任研究」法商研究2012年第4期98頁。

は、診療の補助を行う際に、上級看護師と医師の両方から監督を受けているため、看護師の過誤により結果が発生した場合には、上位者の監督過失が問題となるかどうかを検討する前に、まず、具体的な業務において、監督義務を負う者を特定する必要がある。

II. 医師間の連携

上記「総合病院におけるケアの等級付けに関する指導原則（試行）」によって、中国における総合病院の診療科において、全科の安全品質の向上・管理については、科長が責任を負う。同時に、難症例・重症例の診断・治療についても、科長には他の医師と共同して検討すべき義務が課される。

科長のもとには主任医がおり、主任医は診療科の主治医や研修医を指導・監督する役割を担っているが、これはより抽象的で、主に診療科の専門的・技術的レベルの維持を指している。そして、主任医としては、本診療科の急症例・難症例・重症例の診療に自ら参加すべき義務を負う。

主任医のもとには主治医がおり、主治医は診断や治療、特殊な治療方法などについて、研修医に具体的な指導を与える役割を担っている。さらに、主治医のもとでは研修医がおり、研修医は指導医（主治医以上）の指示・監督のもとで、一定の臨床業務等の基本的な医療業務を行い、患者の診断・治療全般について責任を負う。

なお、中国の総合病院、特に医療教育・研究を担う病院では、「主治医制」が広く行われている。主治医制とは、各診療科に副主任医以上 1 名、主治医以上 1 名、研修医以上数名で構成される医療チームを複数設置し、この医療チームが、外来、入院、手術、診察、退院後のフォローアップを担当するというものを指す⁴¹⁴。主治医制のもとで、医療チームの上級医を医療チームリーダーとしてチームを統括し、中級医は医療チームリーダーを補佐し、初級医は医療チームリーダーの指示に従って病歴聴取、カルテ作成、薬の交換、穿刺などの基本的な業務を担当する⁴¹⁵。

このように、科長としては、診療科の管理について注意義務を負い、難症例・重症例の診断・治療について、治療医として他の医師と共同して検討・研究すべき義務があると同時に、共同研究が行われる際に、部下の医師を指導・監督する義務があるというべきである。同様に、主任医は自ら患者の診療に関与すべきときは、治療医としての注意義務と部下医師を監督する義務の両方を負う。研修医は、患者の診療の直接責任者であり、研修医の過失により結果を引き起こした場合に、指導・監督義務を負う指導医は、監督過失で責任が問われることがありうる。

⁴¹⁴ 任在方ほか「主診医師负责制对医療効率的影響研究」中国医院 25 卷 1 号（2021）80 頁。

⁴¹⁵ 吳少璋＝孫暉「主診医師负责制下某医院臨床科室医療組現状与分析」中国医院管理 39 卷 7 期（2019）35 頁。

また、主治医制のもとで、上級医、中級医及び初級医の内部では、指導・監督関係があると同時に、いずれも患者の治療医として診療に関与するため、治療医としての注意義務違反が認められないとき、監督過失の成否を検討する余地が残る。したがって、医師と医師の連携においても、監督関係が肯定され、監督過失が成立する場合がありますというべきである。

第2款 水平的分業の場合

中国の総合病院における医療従事者には、医行為や診療の補助を行う医師と看護師の以外に、薬剤師、臨床検査技師などが含まれる。同職種間の連携に関しては、「病院作業システムと人員の職務（2011年版）」は、立ち合い診察制度⁴¹⁶、転院、転科制度、症例検討制度、医師、看護師、薬剤師、医療技術職間の引き継ぎ体制等を規定している。ここでは、「病院作業システムと人員の職務（2011年版）」の規定に基づき、専門職間の連携における各関係者の注意義務を整理する。

I. 医師と薬剤師の連携

中国には、薬剤師の業務に関して、「中華人民共和国薬品管理法」、「中華人民共和国薬品管理法实施条例」、「医療機構薬事管理暫行規定」及び「処方管理弁法」等の法律や行政規範がある。そのうち、「中华人民共和国薬品管理法」73条によれば、調剤の実施は薬学の専門技術者でなければならず、処方せんを受けた後、処方の内容、患者の姓名、年齢、薬品名称、用法・用量、剤形、投与方法、禁忌などを詳細に確認した上で調剤を行う必要がある。具体的には、医師からの処方せんを受けた後、薬剤師がどのような内容を監査しなければならないかについて、「処方管理弁法」35条は、薬剤師が、①皮膚テストが必要な医薬品については、処方者によるアレルギーテストの指示と結果の判定が記入されているか、②処方が臨床診断と一致しているか、③用法・用量が正しいか、④剤形及び投与経路の妥当性、⑤投薬の重複があるか、⑥臨床的に重要な薬剤の相互作用や禁忌の有無、⑦その他、薬剤を使用する不適切な状況があるかを監査すべき義務があると定めている。

また、同弁法36条によると、薬剤師は、処方せんを監査した結果、医薬品の不適切な使用があると判断した場合には、処方者にその旨を伝え、処方せんの確認又は再発行を求めなければなら

⁴¹⁶ 具体的には、診療科間の立ち合い診察、救急時の立ち合い診察、診療科内部の立ち合い診察、病院内の立ち合い診察、病院外の立ち合い診察、診療科内、病院内、病院外のグループ診察、外来診療科間の立ち合い診察、看護の立ち合い診察が規定されており、同職種間の連携と専門職間の連携が含まれる。

らない。そして、薬剤師は、投薬が著しく不合理または不当であると判断した場合、調剤を拒否し、速やかに処方者に知らせるとともに、関係法令に基づき、当該状況を記録・報告すべき義務がある。

II. 医師と臨床検査技師の連携

臨床検査技師には、血液や尿、心電図や脳波などを測定することを業務としている者、MRI、超音波検査及び X 線撮影・CT 等を業務としている者及び病理組織検査、細胞診検査、遺伝子検査を業務としている者が含まれる。一方、臨床検査は、患者の身体の機能や細胞・組織を対象として行われ、医師が正しい診断と治療を行うために存在するので、検査の実施は医師の指示の存在を前提とし、検査の範囲は医師の指示に従うべきである。他方、臨床検査技師は、医師と異なる専門的な知識・技術が必要である場合がありうるのみならず、検査の実施と検査結果の作成は、医師の指導や監督を受けずに独立して行う。例えば、旧衛生部と国家中薬管理局が発行する「医師登録における業務範囲に関する暫定規定」によると、外科の専門分野と医用画像・放射線治療の専門分野は、異なる臨床医の業務範囲に属するため、外科医は臨床業務で病状の観察に超音波を使用できるが、超音波診断報告書を発行することはできない（衛医政函〔2009〕463号）。

しかし同時に、すべての検査は臨床検査技師が実施しなければならないわけではなく、例えば、旧衛生部は、業務範囲は内科で心臓血管の診療を行う医師は、心電図診断書を発行することができると規定している（衛医政函〔2008〕557号）。また、画像診断報告書は、あくまでも医師の診断・治療の参考となるものであり、医師には検査報告書を確認した上で患者の病状を総合的に判断することが求められる。したがって、医師と臨床検査技師との連携においては、臨床検査技師が医師の指示に従わなければならないという面があるが、臨床検査技師は、検査結果のみに対して責任を負い、医師の診療に対しては責任を負わず、医師は検査結果に対して結果を負わないが、その結果に基づいた自らの診療に対しては責任を負うという面もある。

III. 手術における連携

手術の実施をめぐる各関与者の注意義務がよく議論されるが、ここでは、それに着目せず、手術前に執刀医と麻酔医の連携と患者の同一性確認における関与者間の連携に焦点を当てる。

手術前に、執刀医と麻酔医が、自ら患者を診察し、患者と家族または患者の代理人に説明義務を果たし、協力して麻酔方法や麻酔前投薬を決定すべきである。そして、中程度の難易度以上の手術では、外科医と麻酔医は、診断、手術の適応、手術プランと麻酔の選択、術中の医療リスク、

術後合併症の注意点などを検討する術前カンファレンスに参加することが必要である。これらの場合には、執刀医と麻酔医が自らの専門的知識に基づいて関与しているというべきである。

患者の同一性確認について、まずは、病棟と手術室の間で、麻酔医・手術室看護師、病棟医師・病棟看護師がチェック制度に従って患者の受け渡しを行う。次に、麻酔実施前に、麻酔医は、患者の氏名、性別、年齢、症例番号、手術の種類、インフォームドコンセント、手術部位、麻酔の安全確認、患者のアレルギー歴、術前血液調整などを逐一聞き、執刀医が答え、同時に、外回り看護師も患者のカルテと照合して答えるように行われる。さらに、手術実施前に、執刀医、麻酔医、外回り看護師が、同じように患者の同一性を再度確認する必要がある。手術後に、患者が手術室を出る前に、執刀医、麻酔医と外回り看護師が手術名、物品数の確認、検体の確認、皮膚の完全性、動脈・静脈アクセス、ドレーン等を上記と同様に確認すべきである。このように、中国では、患者の同一性確認は、病棟—手術室という2段階に分けられ、各段階では複数人が協力して行われるというべきである。

第3項 監督過失論のあり方

第1款 議論状況

ここでは、監督過失の理論的基礎、監督過失の定義、監督過失における因果関係の判断、という3つの点から、中国における監督過失論を概観する。

I. 監督過失の理論的基礎

監督過失の理論的基礎について、それは危惧感説（新新過失説）に基づくものであり、監督過失の構成には、結果の具体的予見可能性が必要でないとする見解⁴¹⁷と、危惧感説によれば、過失犯の処罰範囲は広すぎ、そして、監督過失は森永ヒ素ミルク中毒事件を契機に登場したものであるが、それは監督過失が危惧感説に基づかなければならない理由にはならず、監督過失の理論的基礎は新過失論であり、それが成立するために、結果の具体的予見可能性が必要であるとする見解⁴¹⁸がある。

II. 監督過失の定義

⁴¹⁷ 彭鳳蓮「監督過失責任論」法学家 2004 年第 6 期 59 頁、61 頁、趙瑞罡＝楊慶玖「監督過失論」政治与法律 2001 年第 4 期 42 頁。

⁴¹⁸ 錢葉六「監督過失理論及其適用」法学論壇 25 卷第 129 期（2010）26 頁。

監督過失の定義について、学説では、①監督過失とは、監督責任を負う人は、不注意により自己の監督の懈怠が結果を生じさせる可能性を認識せず、あるいは、自己の監督の懈怠が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轻信して、監督義務を履行せずに、結果を生じさせる過失であるとする見解⁴¹⁹、②監督過失を、被監督者の不適切な行為に対する、管理や監督を行わなかった組織指導者・管理者の刑事責任と捉える見解⁴²⁰、③監督過失とは、従属関係にある2人以上の行為者の間に、監督者の監督の懈怠のもとで、被監督者が故意又は過失により犯罪を犯し、それに応じて監督者が過失責任を負うということであるとする見解⁴²¹、④監督過失には、被監督者の個別的行為に対する監督の懈怠による狭義の監督過失と安全管理体制が確立されなかった管理過失を含み、前者は、監督者は監督義務を履行しなかった、または不適切に履行したことにより、被監督者の過失行為が生じ、結果が引き起こされたと解し、後者は、必要な措置を講じず、または他人に予防対策を指示しなかったこと、または自然現象もしくは第三者の偶発的行為によって結果が生じたと解する見解⁴²²がある。

①の見解は、監督過失における主観面の内容を明確化して、監督過失が不注意の過失と自信の過失から独立する過失の一形態ではないことを示していることに特徴がある。この見解に対して、被監督者の過失行為によって間接的に結果を引き起こすという監督過失の本質を定義から明らかにすることはできないという批判がある⁴²³。

②、③と④の見解は、監督者の過失と被監督者の過失の関係性を定義から明らかにした点に特徴がある。同時に、③の見解は、管理過失を監督過失から排除することと、被監督者の故意犯罪に対する監督者の過失責任を認めることに特徴がある。

②の見解に対しては、「不適切な行為」という用語が使われていることで、監督者は、被監督者の行政違法行為ないし故意行為による結果に対しても監督過失を負うべきかという疑問が生じ、定義が不明になると批判する見解がある⁴²⁴。また、管理過失を監督過失と捉えるという点に②と④は妥当ではないと批判することが可能である。というのも、中国の学説では、第一に、監督過失と管理過失における因果関係の表現が異なり、前者においては、因果関係が間接的なものであるのに対して、後者においては、安全管理体制が確立されなかったことにより、結果を直接惹起させたため、因果関係が直接的なものであることと、第二に、監督過失は、作為によっても、

⁴¹⁹ 侯国雲『犯罪過失論』（人民出版社・1996）244頁。

⁴²⁰ 孫国祥=余向棟=張曉陵『過失犯罪論導論』（南京大学出版社・2000）36頁。

⁴²¹ 趙=楊・前掲注（417）41頁。

⁴²² 張明楷『刑法学（上）〔第六版〕』（法律出版社・2021）390-391頁。

⁴²³ 彭・前掲注（417）60頁。

⁴²⁴ 彭・前掲注（417）60頁。

不作為によっても構成できるのに対して、管理過失は、不作為犯であることから、管理過失は監督過失に属せず、監督過失を狭義の監督過失と広義の監督過失に区別することには理論的妥当性がないと主張する見解がある⁴²⁵。同見解によれば、②と④の見解は妥当性に欠けるといえる。

また、上記の観点以外に、監督過失を、業務中の監督過失と公務中の監督過失、あるいは、危険創出型の監督過失、危険促進型の監督過失、危険未防止型の監督過失⁴²⁶に区別する見解もある。

III. 監督過失の判断

監督過失の判断については、因果関係の判断を中心に議論が展開されている。具体的には、以下の見解がある。第一に、監督過失においては、2つの因果関係があり、1つは、監督者の過失行為と被監督者の過失行為の間の因果関係であり、もう1つは、被監督者の過失行為と構成要件的结果の間の因果関係であり、監督過失における因果関係は、前者を中心に判断すべきであると主張する見解がある⁴²⁷。この見解に類似するものとして、被監督者の行為の介入によって、監督者の過失行為と結果の間の因果関係は間接的であるとし、監督過失の成立は、当然ながら、被監督者の過失行為と結果の間の因果関係を前提とするので、監督過失における因果関係の判断は、監督者の過失行為と被監督者の過失行為の間の因果関係に着目すべきであると主張する見解がある⁴²⁸。

上記見解に対して、監督過失における因果関係には、2つの段階（監督者の過失行為と被監督者の過失行為、被監督者の過失行為と構成要件的结果）が存するが、通常の過失と変わらず、監督過失における因果関係とは、監督過失行為と結果との間の因果関係であり、被監督者の過失行為が監督者の過失行為によって惹起されたものである点のみを重視することは、結果発生に対する監督過失の寄与を看過していると批判する見解がある⁴²⁹。また、監督過失における因果関係は間接的であるという観点に対して、監督者の過失と被監督者の過失の間に、時間的な順序はなく、両者は併存しているものであり、監督者の過失行為と結果の間の因果関係は間接的ではな

⁴²⁵ 謝雄偉「論監督過失の体系定位、本質与類型」広東社会科学 2015 年第 1 期 245 頁。

⁴²⁶ 謝・前掲注（425）244 頁。

⁴²⁷ 彭・前掲注（417）62 頁。

⁴²⁸ 易益典「論監督過失理論的刑法適用」華東政法大学学報 2010 年第 1 期 79 頁。

⁴²⁹ 謝雄偉「監督過失中因果關係的『二階判断』」政治与法律 2016 年第 5 期 150-151 頁。

く、直接的であることを強調する必要もなく、客観的帰属論によって監督過失における因果関係を判断すべきであるという反論がある⁴³⁰。

なお、被監督者の故意行為に対する監督過失を認める論者は、監督過失における因果関係の判断を、被監督者の故意行為により結果が発生した場合と被監督者の過失行為により結果が発生した場合に区別して検討すべきであると主張する。前者の場合には、監督義務の履行は、結果に影響を及ぼし、または結果を防止し得たかどうかを問い、もしそうであれば、監督過失と影響を受け又は防止され得た結果との間に因果関係が肯定される。それに対して、後者の場合には、監督者は注意義務を負っており、結果を防ぐための対策を講じるべきであるのに、それを怠り、結果を招いてしまったときには、被監督者の過失行為は、もっぱら監督者の過失によって引き起こされたものであるため、監督者は責任を負うべきであるとされる⁴³¹。

第2款 実務の現状

国家機関公務員による管理・監督過失について、中国刑法第9章の汚職罪では、職務懈怠罪（中国刑法 397 条）、環境監督管理懈怠罪（中国刑法 408 条）、食品監督管理懈怠罪（中国刑法 408 条の1）等を規定している⁴³²。その他管理・監督地位にある者による管理・監督過失については、上記のような特定の罪名を規定していないが、実務では、第2章の公共の安全に危害を及ぼす罪の失火罪（中国刑法 115 条）、重大責任事故罪（中国刑法 134 条）、重大労働安全事故罪（中国刑法 135 条）等で処罰したことがある⁴³³。つまり、国家機関公務員でない場合には、公共の安全に危害を及ぼすときのみ、監督過失が問われうる。

同時に、2000 年最高人民法院「交通事故の刑事事件の裁判における具体的な法適用に関する若干問題の解釈」（法釈〔2000〕33 号）の7条は、他人に規則違反の運転をさせ、重大な交通事故を起こした単位の主管責任者または自動車の所有者、自動車の請負人は、本解釈第2条で規定する事由のいずれかに該当すれば、重大交通事故罪として処罰すると規定している。ここでい

⁴³⁰ 馬榮春=唐張「監督過失：因果性、注意義務与定罪実践」河南財經政法大学学报 189 期（2022）96 頁。

⁴³¹ 趙=楊・前掲注（417）42 頁。

⁴³² このような国家機関公務員による管理・監督過失は、公務上の監督過失と呼ばれる。謝・前掲注（425）244 頁。また、2003 年最高人民法院「経済犯罪事件の裁判に関する全国シンポジウムの議事録」によれば、「公務に従事する」とは、国家機関、国有企業、企業、事業単位、人民組織などのために、組織、指導、監督、管理等の職務を行うことである。

⁴³³ 姜涛「監督過失的限縮適用方案」清華法学 2021 年第 6 期 33 頁によれば、監督過失を構成することで刑事責任を問われた被告人のうち、69% が国家機関公務員、26% がその他の管理職、5% が一般市民であった。

う「他人に規則違反の運転をさせる行為」は、監督義務に違反する行為にあたり、上記場合は、単位の主管責任者または自動車の所有者、自動車の請負人の監督過失が認められるとする見解もある⁴³⁴。

しかし、実務では、監督過失と管理過失を明確に区別しておらず、監督と管理という2つの概念が併用されることが一般的である。例えば、被告人 X は、7 階半の家屋を建て、その 1 階で廃品回収店を営んで、ミネラルウォーターのボトルやその他のプラスチック廃材を保管していた同時に、廃品を積んだ扉の前で長時間、三輪車を充電していた。その後、充電用電源線の故障により周囲の可燃物に引火して延焼し、建物に住んでいた多数の被害者の死傷と財産の損壊を招いた（（2021）黔 0581 刑初 142 号判決）。この事案において、裁判所は、被告人 X は、建物の賃貸人と廃品回収店の実質的な管理者・経営者として、火災避難の危険が存在する建物において、安全性に注意を払い、予防措置を講じるべき義務があるのに、これを怠った過失があり、被告人 Y は、廃品回収店の責任者として、可燃性スクラップの隣で充電することには安全上の危険があり、その行為を監督・管理すべき義務があるのに、これを怠った過失があったとして、両者は失火罪に該当すると判示した。

中国の医療においても、日本と同様に、医行為がチームで行われることが一般的である。ただし、下位者の過失が直接的に結果を生じさせた場合に、日本では、直接行為者だけではなく、監督的地位にある上位者にも過失責任が肯定されることが一般的であるのに対して、中国では、直接行為者以外の者の責任を問うことは少ない一方で、直接行為者は、医療事故罪（中国刑法 355 条）で処罰するが、管理・監督地位にある上位者については、職務懈怠罪（中国刑法 397 条）で処罰するということがみられる。例えば、無痛人工妊娠中絶によって患者を死亡させた事案において、（2015）鄂松滋刑初 98 号判決では、本件医療事故において、医療業務について管理責任を負う被告人は、麻酔薬の管理を適切に行わず、麻酔医の資格を持たない者が麻酔を行うことを止められず、産婦人科医が治療の技術規範や常識に著しく違反して治療の範囲を超えて治療を受けたことなどについて管理・監督過失があり、そしてその過失は結果との間に因果関係があったとして、職務懈怠罪の成立を肯定した。

第 3 款 検討

ここでは、監督過失の理論的基礎、判断、処罰、という 3 つの側面から、中国における監督過失論について検討を加える。

⁴³⁴ 譚兆強「交通肇事罪共犯疑難問題研究——兼評最高人民法院『關於審理交通肇事案件具体适用法律若干問題的解釋』第 5 条第 2 款、第 7 条的規定」劉憲權（編）『刑法学研究第 6 卷：交通肇事罪研究專号』（上海人民出版社・2009）169 頁以下。

I. 監督過失の理論的基礎

序章で紹介したように、中国刑法 15 条は、行為者の心理態度によって、過失を「不注意の過失」と「自信の過失」に区別している。それぞれの場合における注意義務違反について、不注意の過失の場合には、行為者は、結果予見義務に違反していたのに対して、自信の過失の場合には、行為者は、結果発生の可能性については認識を持っていたため、結果回避義務に違反したとする見解がある⁴³⁵。ただし、「不注意の過失」と「自信の過失」のいずれも、結果回避義務に違反したことにより、過失犯を構成するというべきである。すなわち、前者の場合には、結果予見義務に違反したことにより結果回避措置をとらず、結果を惹起させた（結果予見義務違反→結果回避義務違反）ということである。それに対して、後者は、結果予見義務に違反しなかったが、結果回避措置をとらず、結果を惹起させた（結果回避義務違反）ということである。このように、監督過失も過失であるため、行為者は不注意によって、監督の懈怠は被監督者の行為が結果を惹起する可能性を認識しなかった場合にも、その認識があったのに、結果の不発生を軽信して結果回避措置をとらなかった場合にも、結果回避義務に違反したことで過失が成立するということは変わらない。つまり、中国刑法における過失犯の規定によっても、過失犯の客観的側面は結果回避義務違反と解する可能性が十分にある。

ただ、過失の本質は結果回避義務違反であると解する点では、新過失論と危惧感説とは共通しており、ここで検討すべき問題は、結果予見可能性の判断基準となる。つまり、新過失論によれば、結果発生の具体的予見可能性が必要であり、危惧感説によれば、結果発生に対して、危惧感・不安感があれば足りる⁴³⁶。しかし、直接作業員以外に、監督義務を負う者の配置は、もともと、当該作業で結果発生に対する危惧感・不安感があるからであり、結果の具体的な予見可能性を要求しないと、監督過失の処罰範囲は広すぎる。そして、監督関係の存在は、本来、業務の分担の形式的な合理性に基づくものであり、つまり、具体的な作業において、被監督者は直接作業を行う能力を持っていることは、監督関係が成立する前提である。それゆえ、結果発生に対する不安があるため、直接の作業員を監督する義務を他者に課すとしても、監督者があらゆる作業を監視・指導することを求める必要はなく、そうでなければ、分業の形式的意味が失われることになろう。このように、監督義務と具体的な結果回避義務は異なり、前者は結果発生に対する危惧感・不安感に起因するものであるのに対して、後者の履行は、具体的な結果予見を契機とすべきである。つまり、監督過失の理論的基礎は、新過失論と解すべきである。また、この点は中国でも妥当する。

⁴³⁵ 銭・前掲注 (418) 27-28 頁。

⁴³⁶ 高橋・前掲注 (76) 218 頁。

II. 監督過失の判断

被監督者が故意行為を行った場合に監督過失が成立しうるかどうかについて、否定説と肯定説が対立している⁴³⁷。本稿は被監督者の過失行為に対する監督過失に焦点を当てるため、ここでは、この問題の検討を差し控えたい。簡単にいうと、被監督者が故意行為を行った場合でも、被監督者が過失行為を行った場合でも、監督過失が成立しうるかどうかは、結果回避義務の違反、因果関係、正犯性の有無によって判断すべきである。すなわち、被監督者が故意行為を行った場合に監督過失が成立しうるかどうかは、①監督者は、被監督者の故意行為を防止すべき義務を負うのか、②監督者の過失行為と結果との間に因果関係があるのか、③監督者が結果回避義務を履行すれば、結果を回避しうるの、という3つの問題を問うべきである。そのうち、①は大前提である。

多くの場合には、監督者は被監督者の故意行為を阻止すべき義務を負わない。しかし、例えば、懈怠による被拘禁者逃亡招来罪（中国刑法 400 条第 2 款）⁴³⁸、環境監督管理懈怠罪（中国

⁴³⁷ 否定説の理由づけについては、被監督者が故意により犯罪を犯す場合に、①結果発生因果経過を支配することは被監督者の故意行為であること、②監督者としては、被監督者は故意犯罪を実施しないと信頼することが許されること、③被監督者の故意犯罪は予見可能でないこと、④監督者は監督義務を果たしたとしても、結果発生を阻止することができないため、監督者の過失行為が結果に及ぼす間接的寄与が被監督者の故意行為の介在で中断されることがある。銭・前掲注（418）29 頁、王安異「浅談監督過失的注意義務」华中科技大学学报（社会科学版）2005 年第 6 期 39-40 頁。それに対して、肯定説に賛成する者は、被監督者の故意行為を実施した場合に監督過失が成立しうるかどうかは、監督者の権限は、被監督者の故意行為に対する支配力を持っているかどうかを問うべきであると主張する。例えば、脱税の場合、監督者が監督義務を怠り、被監督者に脱税犯罪を誘発したときには、その監督の欠如が脱税犯罪につながるからといって監督者の過失責任が免除されてはならないのに対して、監督過失は結果に対する主たる寄与を有していないときには、それと被監督者の過失との因果関係は否定されるべきであると解する。姜・前掲注（433）42-43 頁。また、被監督者の故意行為の介在によって、監督者の過失行為と結果との間の因果関係が否定されることから、監督過失の成立が認められないとする否定説に対して、肯定説の中では、被監督者が故意行為を行った場合においても、監督者の過失行為と結果との間の因果関係が認められるべきであるが、その場合に、結果に対する監督者の過失行為の寄与度は、被監督者が過失行為を行った場合よりも小さいであるため、可罰的違法性も被監督者が過失行為を行った場合よりも低いというだけであると解する見解がある。馬＝唐・前掲注（430）98 頁。

⁴³⁸ 中国刑法 400 条第 2 款によれば、司法要員が、著しく職責を怠り、拘禁されている被疑者、被告人または受刑者の逃亡を招き、重い結果を生じさせたときには、懈怠による被拘禁者逃亡招来罪が成立する。

刑法 408 条)⁴³⁹、食品監督管理懈怠罪（中国刑法 408 条の 1）⁴⁴⁰等が成立する場合には、逃走行為、告発者、情報提供者、被害者、証人または司法関係者に報復し、または犯罪を継続した行為は故意で行われ⁴⁴¹、重大な環境汚染事故や食品安全事故は過失でも、故意でも引き起こすことが可能である。このように、監督者の職責は、特定の結果の防止を内容とする場合には、結果は、被監督者が過失で惹起されなければならない場合、被監督者が故意で惹起されなければならない場合、被監督者が過失で惹起されたか、故意で惹起されたかを問わない場合がありうる。それゆえ、監督者は被監督者の故意行為を阻止すべき義務を負いうる。①を肯定した後に、②と③を肯定することができれば、被監督者は故意行為を実施した場合にも監督過失が成立しうると考えられる。医療の領域では、医療従事者の故意行為に対する監督義務が認められる場合は少ないと思われるが、管理過失が問われる余地がある。

次に、監督過失における因果関係の判断は、依然として監督者の過失行為と結果との関係を対象とすべきである。なぜかという、一方で、故意犯の場合でも、過失犯の場合でも、因果関係は、行為と結果の間の「原因—結果」の関係を指すということが、一般的な理解であり、第三者の過失行為や故意行為が介入する場合に、因果関係が中断するかどうかを検討する際にも、いわゆる因果関係は行為者の行為と結果の間の因果関係である。監督過失論における因果関係は、監督者の過失行為と被監督者の過失行為の間の因果関係であると解することは、どのような理論的な根拠に基づくかは不明である。他方、監督者の過失行為と被監督者の間に惹起関係があったと認められるとしても、事後的回避可能性が否定されるため、因果関係を否定すべき場合が存在しうる。このように、監督過失論における因果関係は、監督者の過失行為と被監督者の過失行為の間の因果関係と解すれば、因果関係の判断を誤る可能性がある。したがって、監督過失においては、監督者の過失行為と被監督者の過失行為の間の因果関係に着目すべきであるとする見解は妥当でない。

⁴³⁹ 中国刑法 408 条によれば、環境の保護を監督し又は管理する職責を負う国家機関公務員が著しく職責を怠り、重大な環境汚染事故を引き起こし、公私の財物に重大な損失を与え、又は人を死傷させたときは、環境監督管理懈怠罪が成立する。

⁴⁴⁰ 中国刑法 408 条の 1 によれば、食品の安全を監督管理する職責を負う国家機関公務員が、職責を濫用し又は職責を怠り、重大な食品安全事故又はその他の重い結果を生じさせたときは、食品監督管理懈怠罪が成立する。

⁴⁴¹ 最高人民検察院「汚職犯罪の立案基準に関する規定」（積字〔2006〕2号）（关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定）によれば、「重い結果」とは、①法律に基づいて 10 年以上の有期懲役、無期懲役または死刑を言い渡される可能性がある、または言い渡された被疑者、被告人、受刑者を逃亡させたこと、②被疑者、被告人または受刑者が 3 回以上逃亡したこと、③被疑者、被告人または受刑者は逃亡後、告発者、情報提供者、被害者、証人または司法関係者に報復し、または犯罪を継続したこと、④その他、被疑者、被告人または受刑者の逃亡を招き、重大な結果をもたらす状況ということである。

最後に、監督過失と管理過失は、本質的に異なるものだと思われる。なぜなら、監督過失と管理過失の成立には、結果の発生が必要であるという点では共通するが、監督過失の成立は、被監督者の行為によって惹起された結果を前提とするのに対して、第三者の過失又は故意行為が存在せず、自然現象により結果が発生したとしても、人的体制や物的設備などの安全体制の不備が認められれば管理過失が成立しうるからである。つまり、管理過失を広義の監督過失として捉える必要がないと主張する理由は、監督過失は、被監督者の直接過失の存在が必要とされ、過失の判断にも、他人の過失と関連するのに対して、管理過失は、過失の単独犯の判断の方法を基準とすれば足りるという点で、両者は根本的に異なっているからである。

III. 監督過失の処罰

中国においては、刑法規定と実務の双方において、監督過失と管理過失という概念を区別していないが、前述のとおり、両者は異なるものである。しかし、それは現行刑法を改正しなければならないことを意味せず、監督過失と管理過失は、特定の注意義務に違反して結果を惹起したという点に共通するため、両者は同一の構成要件に併存しうる。例えば、中国刑法 408 条によれば、環境監督管理懈怠罪が成立するために、環境の保護を監督し又は管理する職責を負う国家機関公務員が著しく職責を怠ったことが必要である。この規定は、監督過失と管理過失の両方をカバーすることができる。しかし、前述のとおり、監督過失と管理過失は、異質なものであり、そのような違いが存在することで、結果回避義務の有無、因果関係又は正犯性の判断が異なることとなるため、実務では、過失の判断において、両者を明確に区別しなければならない。

なお、チーム医療における監督過失が認められる場合、具体的にどのような犯罪を認定すべきなのかに言及したい。職務懈怠罪とは、国家機関公務員が職務を怠り、公共の財産又は国家若しくは人民の利益に重大な損失を与えた犯罪である。一方、職務懈怠罪の主体は、国家機関公務員に限られており、私立医療機関の医療従事者や国家機関公務員でない医療従事者は同罪が成立し得ない。そして同罪は結果犯であり、それで保護される法益は公共の利益である。最高人民検察

院からの司法解釈⁴⁴²によれば、1人を死亡させた場合でも職務懈怠罪が成立しうるが、何故1人の患者の死亡と公共の利益の損害を同視しうるかが更なる検討を要する。それゆえ、職務懈怠罪の成否のみで監督過失責任を問うかどうかを判断すると、責任を追及すべきところで追及できなかったり、責任を追及するために誤った罪名を適用することになりかねない。また、下位者の直接過失による患者個人の死傷結果との間に因果関係のある、医療従事者である上位者の監督過失行為は、その構造からみて、下位者と同様に医療事故罪で処罰する余地が十分にあると思われる。したがって、現行刑法と司法解釈のもとで、医療領域において、職務懈怠罪の成立が認められうるが、同罪が成立し得ないとき、医療事故罪はその補充として成立しうると考えられる。同時に、職務懈怠罪の成立は、監督過失に限定されておらず、監督過失が認められないとしても、同罪が成立しうることに留意すべきである。

第4項 因果関係論のあり方

第1款 議論状況

⁴⁴² 最高人民検察院「汚職犯罪の立案基準に関する規定」（釈字〔2006〕2号）によれば、具体的に、行為者の職務懈怠により、①死亡1名以上、重傷3名以上、重傷2名以上軽傷4名以上、重傷1名以上軽傷7名以上、または軽傷10名以上を発生させた場合、②20人以上に重篤な中毒症状を引き起こした場合、③個人の財産に15万元を超える直接的な経済的損失を与えた場合、または15万元未満であっても75万元を超える間接的な経済的損失を与えた場合、④公共財産または法人その他の団体の財産に30万元以上の直接経済損失を与えた場合、または直接経済損失が30万元未満であっても間接経済損失が150万元を超える場合、⑤③、④の金額基準に達しないが、③、④の直接経済損失額の合計が30万元以上、または直接経済損失額の合計が30万元未満であるが、間接経済損失額の合計が150万元以上である、⑥会社、企業、その他の単位の事業または生産を1年以上停止させ、または破産させた場合、⑦税関と外国為替管理部門の職員が著しく無責任で、100万米ドル以上の外国為替を不正に購入させ、または1000万米ドル以上の脱税をさせた場合、⑧国家の名誉を著しく傷つけ、または社会的に悪い影響を与えた場合、⑨その他、公共財産、国家、人民の利益に重大な損失を与えた場合には、職務懈怠罪で立案することができる。

因果関係論について、中国の伝統的な刑法学は、歴史的経緯から、ソ連刑法学と同様に、マルクス主義哲学的観点から刑法上の因果関係を必然的な因果関係⁴⁴³と偶然的な因果関係⁴⁴⁴に分けて議論してきた⁴⁴⁵。しかし、中国の学者が指摘するように、刑法上の因果関係は哲学上の因果関係を具体的に応用したものではまったくなく、刑法上の因果関係の規範性は刑法学に特有のものである⁴⁴⁶。つまり、哲学上の因果関係は、物事の規則性に対する探究であり、それは事実に論理的なものであるが、刑法上の因果関係判断は、原因と結果との事実上の関係を特定するための「帰因」だけでなく、規範的な視点からの結果の「帰属」である⁴⁴⁷。このような反省を踏まえ、1997年以降、中国の刑法学は転換期と発展期に入り、因果関係の研究は伝統的な「偶然」と「必然」の観念を捨て、条件説、相当因果関係説、客観的帰属論などの影響で多くの新しい見解が提唱されている⁴⁴⁸。

現在、学説では、因果関係を、事実に因果関係と法的因果関係に区別すべきであり、前者の判断においては条件説を適用するという点では一致しているが、後者の判断においては相当的因果関係説を適用するのか、あるいは客観的帰属論を適用するのかが争われている。法的因果関係は、(客観的)相当因果関係説を用いて判断すべきであると主張する見解⁴⁴⁹は、客観的帰属論に対して次のように批判する。第一に、客観的帰属論は帰責理論を超え、実質的構成要件理論であり⁴⁵⁰、伝統的四要件犯罪論体系のもとでは、その位置づけは一層不明瞭になる可能性がある。第二に、客観的帰属論は、許された危険という法理を前提とするものであり、立法政策と刑法解

⁴⁴³ 必然的な因果関係説によれば、行為に結果発生の根拠が含まれ、かつ、結果が規則的に生じる場合、両者の間に必要的因果関係が成立し、必要的因果関係のみが刑法上の因果関係である。高銘暄(編)『刑法学(修訂本)〔第2版〕』(法律出版社・1984)129頁以下。

⁴⁴⁴ 偶然的な因果関係説によれば、行為自体に結果発生根拠がなく、その発生過程で偶然に他の要因が介在し、その介在する要因が規則的に結果を引き起こす場合、行為と結果の因果関係は偶然であり、介在する要因と結果の因果関係は必要であり、いずれも刑法上の因果関係である。李光燦ほか『刑法因果関係論〔第2版〕』(北京大学出版社・1986)129頁。

⁴⁴⁵ 劉志偉=周国良『刑法因果関係專題整理』(中国人民公安大学出版社・2007)3-4頁、王揚=丁芝華『客観的帰属論研究』(中国人民公安大学出版社・2006)172頁。

⁴⁴⁶ 陳興良「刑法因果關係：從哲學回歸刑法學——一個學說史的考察」法学2009年7期26頁以下。

⁴⁴⁷ 楊彩霞「刑法因果關係論之危機、反思与出路」国家檢察官学院学報2004年4期30頁。同趣旨として、張・前掲注(422)224頁。

⁴⁴⁸ 劉=周・前掲注(445)5-6頁。

⁴⁴⁹ 謝・前掲注(429)154頁。

⁴⁵⁰ 許玉秀『主観与客観之間：主観理論与客観帰責』(法律出版社・2008)206頁。

積論が混同されている⁴⁵¹。第三に、客観的帰属論は、行為者の主観を考慮に入れるという点で客観的でないものである⁴⁵²。

第2款 検討

客観的帰属論に対する上記批判は正鵠を射ていないと思われる。ここでは、上記批判に対して反論をすることを通じて、中国で客観的帰属論を適用する可能性と必要性を説明しておきたい。

まず、第一に、前述のとおり、伝統的四要件説は、犯罪の成立の条件の総和というだけである。つまり、犯罪が成立すれば、四要件はすべて満たされているが、これに対し、四要件がすべて満たされたとしても、必ずしも犯罪が成立するとは限らない⁴⁵³。したがって、四要件説は、犯罪が成立するかどうかを評価する機能がないものといわざるを得ない。それゆえ、「伝統的四要件犯罪論体系のもとでは、客観的帰属論の位置づけは一層不明瞭になる」ということは、四要件説自体のデメリットによるものであり、客観的帰属論を適用しない理由にはならない。逆に、四要件説を犯罪構成要件とすれば、実行行為性の判断と行為と結果との因果関係の判断とを合わせた客観的帰属論を適用することによって、少なくとも構成要件該当性の判断に明確な基準を提供することができるといえよう。この意味で、上記批判がいう客観的帰属論のデメリットは、実際には、客観的帰属論のメリットとすらいえる。

第二に、客観的帰属論は、危険の創出が必要とされると同時に、この危険が「許されざる」ものでなければならないことを要求する。その意味で、「『許された危険』は『危険の創出』を限定する原理と位置づけられることになる」といえる⁴⁵⁴。ある種の行為に伴うありうる危険が類型的に許されるかどうかは、立法政策に関する問題であり、一般的に、その判断は、刑法は当該行為を犯罪として処罰するかどうかを基準とする⁴⁵⁵。例えば、治療行為は、侵襲性のあるものであり、患者の健康に対して危険なものではあるが、社会的に有益かつ不可欠なものであるため、「治療行為の実施」は犯罪としないこととなる⁴⁵⁶。

⁴⁵¹ 張明楷「也談客観帰属論兼与周光權、劉艷紅教授商量」中外法学 25 卷 2 期 (2013) 315 頁以下。

⁴⁵² 謝・前掲注 (429) 154 頁。

⁴⁵³ 四要件説において、違法性や有責性の位置づけは不明からである。

⁴⁵⁴ 高橋・前掲注 (76) 134 頁。

⁴⁵⁵ 李騰「論『被容許的危険』理論在監督管理過失犯罪中的功能定位」鄭州大学学报 (哲学社会科学版) 54 卷 5 期 (2021) 41 頁。

⁴⁵⁶ 当然ながら、インフォームドコンセントなど医行為が正当化される条件を満たす必要がある。

しかし、それは「許された危険」を適用する一局面にすぎない。ある行為自体とそれに伴う類型的な危険が許されるとしても、その行為が惹起した結果がすべて許されるわけではない⁴⁵⁷。具体化な行為が刑法によって類型化された行為に当たるか、さらに、それが創出した危険が「許されざる」ものか否かは常に明らかであるわけではなく、これらの問題を解明する上で「許された危険」の適用は解釈論の問題である⁴⁵⁸。例えば、チーム医療の場合に、許された危険のみが、信頼の原則で共同作業者の間に分配されることが許されると述べる際に（本稿の第3章）、いわゆる「許された危険」は、行為者が自己の注意義務を満了した際に行われた医行為に伴う危険を指すが、具体的な事案において、構成要件の結果は、行為者が創出した許されざる危険が現実化した結果であるかどうかを判断する際に、まずは許されざる危険の創出があったかどうかを判断すべきである。この判断においては、具体的な事実に基づかなければならず、単に「医行為に伴う危険が許されたもの」ということから解決することはできないのではなかろうか。すなわち、「許されざる危険」の創出は、本質的には、結果回避義務の違反であり、その判断において、「許された危険」とその下位規則である「信頼の原則」を用いる必要があり、これも「許された危険」を適用する場面である。

なお、相当因果関係説を適用する前提となるのは、行為の実行行為性が認められることである。実行行為性の判断は、許された危険という法理を離れることができない。許された危険を法的政策として捉えるとしても、客観的帰属論の場合には、立法政策によって実行行為性があることを確認した後、結果が当該危険が現実化したものかどうかを判断することによって、因果関係を判断するが、相当因果関係説の場合には、立法政策に基づき、実行行為性のある行為を特定した後、相当因果関係説を用いてその行為と結果の因果関係を判断する。したがって、上記の批判的見解が、実行行為性において許された危険という法理を考慮する必要性を否定するのでなければ、許された危険が立法政策であるという理由から、相当因果関係説を支持し、客観的帰属論に反対することは適切ではない。

要するに、因果関係の判断には、もともと、事実的な判断と規範・価値的判断が含まれ、規範・価値的判断に許された危険という法理が取り込まれることにより、実行行為は法益侵害という危険性を有するものであるとされる。このことから、一般的生活危険・生産危険が現実化した結果が、帰属の対象とされないことは、本来、二段階目の法的因果関係の意義に合致するものではないだろうか。

第三に、確かに、客観的帰属論によれば、危険創出の有無と関係して、行為者の認識が考慮されるべきである。なぜなら、客観的帰属は、客観的構成要件への帰属ではなく、客観的不法と主

⁴⁵⁷ 平野・前掲注（50）199頁。

⁴⁵⁸ 同趣旨として、趙新河「試論容許的危険理論対判定医療過失的借鑑価値」中州学刊 2006年6期88頁。

観的不法を備えた行為に結果を帰属するものだからである。法益の保護は、単に結果の発生を法で禁止することによって達成されるのではなく、法的に許される限度を超えて、結果の発生につながるような危険を生じさせないように行為を規制することによって達成されるのである。しかし、行為は、外的行為ということを目指すのではなく、ある主観的意思に基づいた行為である。行為の規範的評価は、行為者の主観的意思を離れることができず、行為者の主観的意思は行為を意味づけ、結果への方向を与えるように機能しているからである。それゆえ、危険創出の判断は、行為者の主観的意思を考慮しなければならない。ここでいう主観的に不法を基礎づけるような主観的意思とは、行為規範に違反する心理的態度である。具体的には、行為に内在する法的に許されない危険が現実化する可能性があることを認識すべきであるが、認識しなかった場合の注意の欠如（認識のない過失）と、それを認識したのに、行為規範に従わないという意思決定（認識のある過失と故意）であり、結果の実現に対する態度まで考慮しなければならないわけではない。

このように主観的意思を考慮するとはいっても、客観的帰属を主観的帰属とするものではない。なぜなら、行為不法の判断に主観的不法が含まれることは、主観的な判断基準、つまり、行為者の認識と合致しているかどうかにより、許容性を判断するわけではないからである。客観的帰属論は客観的な評価基準に従うという点では客観的なものであろう。したがって、客観的帰属論は客観的なものでないとの批判は当たらないと考えられる。

最後に、一方、異常性のある介入事情が存在する事例を解決するとき、相当因果関係説によるならば、どのような判断構造で因果関係を判断するのかが明らかではない。つまり、そのような事例の解決については、相当因果関係説において、異常性があることを理由に直ちに因果関係を否定すると、妥当な解決を導くことができず⁴⁵⁹、あるいは行為時の危険性のみ因果関係を判断し、「因果の流れは不相当であるが因果経過の相当性は肯定できる」という矛盾した判断となってしまう⁴⁶⁰。後者の判断方法によれば、妥当ではない結論が回避できるが、それ自体が矛盾であるのみならず、客観的帰属論と同様に、因果関係の判断において実行行為それ自体の危険性

⁴⁵⁹ 例えば、次の判例では相当因果関係説は妥当な結論を導くことができない。すなわち、被告人 X が、洗面台や皮バンドで被害者 A の頭部等を殴打した結果、A に脳出血を生じさせて意識を失わせた後、車で A を大阪南港の資材置き場に運び放置した。その後、何者かが意識を失っている被害者の頭部を角材で殴打して、A を脳出血で死亡させた。A の死因は、被告人の行為により既に生じていた脳出血を拡大させて、幾分か被害者の死期を早める影響を及ぼすものであった（「大阪南港事件」（最決平成 2 年 11 月 20 日刑集 44 卷 8 号 837 頁））。この事案について、最高裁は、「犯人の暴行により被害者の死因となった傷害が形成された場合には、仮にその後第三者により加えられた暴行によって死期が早められたとしても、犯人の暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができ、本件において傷害致死罪の成立を認めた原判断は、正当である」とした。この事案の解決にあたっては、相当因果関係説を適用すれば、妥当ではない結論になってしまう。

⁴⁶⁰ 井田良「刑法における因果関係論をめぐって：相当因果関係説から危険現実化説へ」慶應法学 40 号（2018）8 頁。

が考えられることとなろう。このようにして、相当因果関係と客観的帰属論は、いずれも事実上の条件関係を越えて結果帰属論に属するものであるが、客観的帰属論は、「相当か否か」という判断自体の曖昧さを克服し、規範的な因果関係の判断のための方法論を提供するという点で、より理論的に優れていると考えられる⁴⁶¹。

中国では、過失犯の判断において、結果回避義務違反の判断を軽視し、また、事実的因果関係（医学的因果関係）と法的因果関係が混同されるという2つの欠点がある。現在、事実的因果関係においては条件説を適用すべきであるという点では、基本的に学説は一致しているが法的因果関係においては相当因果関係説と客観的帰属論の対立がある。しかし、上記の検討から、相当因果関係説自体には妥当性がないことと、客観的帰属論は、行為に対する規範的評価により、一般的生活危険・生産危険が現実化した結果は、帰属の対象とされず、客観的不法と主観的不法を備えた行為のみに結果を帰属することができることを保証し、結果帰属により、規範的な因果関係の判断のための方法論を提供する点において妥当な見解であることがわかる。このような客観的帰属論は、中国の過失判断に、構成要件該当性の判断に明確な基準を提供することができるといえ、中国でも客観的帰属論を適用すべきであると考えられる。

なお、客観的帰属論における危険創出の判断は実行行為性の判断と重なるものとして、日本の「危険の現実化説」を用いて法的因果関係を判断すべきであると主張する見解⁴⁶²についても簡単なコメントを行いたい。客観的帰属論について、許されざる危険の創出が要求されていることは、実際には、規範的評価の起点となる行為を、実行行為性を有するものに限定しているにすぎないと理解すれば、いわゆる「評価の重複」は観念上の重複だけであろう。「実行行為」を独立の構成要件要素として扱えば（例えば、日本）、実行行為性の判断は「危険の創出」の機能を担い⁴⁶³、因果関係の判断はそのまま「危険の実現」の段階に進んでよく、逆に、「実行行為」を独立の構成要件要素として扱わない場合（例えば、中国）には、「危険の創出→危険の実現」という順で因果関係の有無を判断すればよいであろう。したがって、「危険の現実化説」は因果関係説としては合理的であるが、中国では、構成要件該当性の判断において、行為者の行為は結果発生の危険性を有するものかどうかという実行行為性の判断がないため、客観的帰属論を採用することがより適切であると考えられる。

第5項 判例の再検討

⁴⁶¹ 陳・前掲注（446）40頁以下。

⁴⁶² 張・前掲注（422）233頁。

⁴⁶³ 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣・2013）73頁、高橋・前掲注（76）134頁、井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂・2005）63頁。

第1款 垂直的分業の場合

ここでは、2つの事例をあげながら、事件への分析・対比を通じて、中国のチーム医療において、監督過失責任のあり方を検討しておきたい。

I. 医師と看護師の連携（【事例17】（（2015）田刑初16号判決））

（事実の概要）2013年1月9日の午前、Aは、出産のためにB病院の産婦人科に行ってきたが、出産の全過程は被告人Xの指導の下で行われ、看護師YとCが協力して、妊婦のAを出産させた。Yには母子保健技術に従事する資格がないにもかかわらず、被告人Xは当直医として、Yに分娩に関する医行為を指示し、結局、新生児に頭蓋脳損傷、脳性麻痺という結果をもたらした。以上の事実に対して、医師会による医療事故技術鑑定結果は、被告人Yの無資格という事実を確認したことに加え、①病院側は、患者のカラー超音波によって帝王切開術を行う必要があることを無視したこと、②出産観察の過程で胎児の動悸が遅くなり、酸素、薬やその他の治療を与えず、すぐに妊娠を終止しなかったこと、③新生児が生まれてから3時間を経ても新生児科に治療を受けなかったこと、④新生児の窒息症と脳性麻痺との間には因果関係があることが証明されている。以上に基づき、裁判所は、被告人X・Yは、医療従事者として、法律、法規、規則と診療・看護規範、慣行に著しく違反して、患者の健康に重大な損害を与え、その行為は、医療事故罪が成立するが、情状が軽かったため、刑罰を免除したと判示した。

本件では、3人が共同で分娩プロセスを行ったことは、典型的なチーム医療行為である。助産師ではない被告人Yに医行為を命じた医師Xの過失の性質について、本件判決は明示しなかったが、医師Xは、チームリーダーとして、チームの構成員を合理的に配置し、共同作業の際に構成員の資格や能力に応じて適切な業務配分を行うべき業務上の注意義務に違反したといえ、このような注意義務は被告人Yが過誤を犯さないように監督する義務ではなく、医師自身の注意義務であると考えられ、本件は過失の競合事件である。

II. 上下関係にある医師間の連携（【事例18】（（2010）宜中刑終00013号判決））

（事実の概要）2009年6月28日、被害者Aは、B保健所に入院した。2009年7月9日午後8時、当直医である被告人XとB衛生所の所長であるYはCの家に行き、麻雀をした。同日夜9時頃、Aは胸が張り、呼吸困難になった。Aの家族が、被告人Xに電話したが被告人Xが電話に出なかった。その後、Aの家族は、Cの家で被告人Xを見つけ、Aの病状がかなり深刻であることを伝え、すぐに治療するように被告人Xに頼んだ。その後、被告人XはAの病室に行き、何の検査も診断もせず、簡単な治療だけして、Cの家に戻って麻雀を続けていた。そのとき、被告人YがAの状態をXに尋ねると、Xは「Aは朝から同じ状態で、酸素吸入で大丈夫だから問題ない」と言った。約30分後、Aの家族は再びXを見つけ、「Aが死にそうになっている」と言った。Xは救命処置のために病室に行かず、Aの家族に「酸素吸入のためにAを手術室に連れて行って」と看護師に頼むだけで、麻雀を続けていた。被告人Yは、本件衛生所の管理者として、衛生所にいき、治療を行うようXに促すことを怠った。11時50分頃、Aの病状が悪化し、嘔吐し始めた。Aの家族が他の病室の患者の家族に、X

を呼んでくれるように頼むと、XとYは麻雀を止めた。その後、Xは手術室に行って患者を治療せず、診察制度に基づき、立ち合い診察を申請せず、転院したのみであった。その後Aは県病院に向かう途中で死亡した。第一審（（2009）長刑初126号判決）は、被告人Xは医療事故罪で有罪となり、有期懲役2年に処し、被告人Yは職務懈怠罪で有罪となり、有期懲役10月に処した。その後、被告人X・Yは控訴し、第二審では、被告人Yが積極的に転院を手配したことを理由に、有期懲役10月、執行猶予1年に処した。

本件において、被告人Xは、被害者Aの診療について直接責任を負う者であり、当直時に無断で持ち場を離れ、患者に異常が発生したときにも、応急処置や救命処置が行われなかった行為は、医療事故罪に該当することには疑問がないが、被告人Yの行為をどのように評価すべきかが問題となる。

まず、被告人Yは、本件衛生所の所長としては、必ずしも常に医師の具体的な診療行為を監督すべき義務を負わないが、患者の安全を脅かす可能性のある部下の不当な行為が発見されたときには、それを速やかに是正することが求められる。したがって、被告人Yは当直医たる被告人Xと麻雀をして、被告人Xの職務懈怠行為を容認し、そして、患者が危篤状態に陥った際にも、衛生所にいき、治療を行うようXに促すことを怠ったことは監督義務に違反した行為と評価できる。

しかし、本件において、被告人Xの結果回避義務違反行為には、①当直時、無断で持ち場を離れ、被害者Aの状態観察が行われなかったことと、②Aに有効な救命措置をとらなかったことがあった。もっとも、被告人Yは、被告人XがAの家族の依頼のために衛生所に戻った際にどのような応急処置が行われるかを監督する必要がなく、直接Xの医行為に関与する必要もないというべきである。すなわち、被告人Yが、①については監督の懈怠があったが、②については、被告人Xの医師としての能力を信頼することで監督義務が免れる余地が残されることが考えられる。それゆえ、上記被告人Yの過失行為は結果との間に因果関係があるのか、さらに正犯性があるものなのかについては更なる検討が必要である。

本件被害者の死因について、判決は、県衛生機関の専門家委員会の調査結果を採用し、被害者は、「周産期心筋症に低カリウム血症を併発し、心不全で死亡した」と結論づけた。周産期心筋症の患者は、原因不明の心不全の症状を呈し、その診断には、基本的に聴診、心臓超音波検査（エコー）、心電図、血液検査、胸部レントゲン撮影を行うことが必要である⁴⁶⁴。そして、周産期心筋症は、その治療の効果と予後は、早期診断と密接に関係しており、専門的医学知識の限界で、正しく診断ができない場合でも、超音波検査だけで心肥大や心機能低下を正確に判断することができ、患者は危篤状態であり緊急に治療する必要があることを知ることができる⁴⁶⁵。そのため、

⁴⁶⁴ 劉淑芸「周産期心筋病的診断」中国实用婦科与産科雑誌 16 卷 7 期（2000）390 頁。

⁴⁶⁵ 朱清=張薇=黎莉「周産期心筋病超声診断指標与治療、予後関係的研究」現代婦産科進展 11 卷 6 期（2002）446 頁。

当直医による患者の状態観察が不可欠かつ必要であり、①の結果回避義務違反によって、X が患者の状態を正確かつ迅速に把握し、早期に診察した上で、転院を求めることができなかつたことが患者の死亡の重大な原因となったというべきである。

したがって、本件では、①について監督を怠つた被告人 Y の過失行為は、患者状態を早期に見出し、早めに適切な処置を行うことができないという許されない危険を創出し、②によりその危険を維持・増大させて、結局、その危険により結果が発生したといえるため、被告人 Y の過失行為と結果との間に因果関係があると評価できる。また、被告人 Y は本件衛生所の行政管理者として、X の不当行為を是正する権限を持って、上記監督義務を履行すれば、本件結果を防止する可能性が高いため、被告人 Y の過失行為は正犯性を有するというべきである。

次に、被告人の監督過失は、職務懈怠罪を構成するのか、医療事故罪を構成するのであるか。これについて、原審判決は、被告人 Y は、国有事業単位の行政管理者として、職責を著しく怠り、所属衛生所に重大な財産上の損失を与えた（筆者注：いわゆる財産上の損失は、事故発生後、本件衛生所は遺族に 30 万円（550 万円相当）で賠償したことを指す。）として、職務懈怠罪が成立すると判示した。それに対して、二審判決は、被告人 Y は、国有事業単位の行政管理者として、職責を著しく怠り、人民の利益に重大な損失を与えたとして、同罪を構成するように判示したが、犯罪結果の認定が変更された理由については、詳しく述べていない。前述のとおり、医療事故においても、国家機関公務員が職責を怠り、公共の財産又は国家もしくは人民の利益に重大な損失を与えたときは職務懈怠罪を構成しうる。そして、本件では、患者 1 名を死亡させたと同時に、所属衛生所に重大な財産上の損失を与えたため、最高人民検察院の司法解釈によれば、いずれによつても、職務懈怠罪で処罰されることは誤りであると言いきれない。しかし、財産上の損失を構成要件の結果とする場合には、これは被監督者の過失行為による直接的結果ではないため、因果関係についてさらなる説明が求められる。

第 2 款 水平的分業の場合

以下では、【事例 19】（（2016）皖 0402 刑初 122 号判決）をあげて、検討を加える。

（事実の概要）2016 年 4 月 27 日、A は息子の B（当時 4 歳、15.6kg）を連れて C 病院の小児科に行き、小児科長の D（不起訴）は検査の結果、B は発熱、咳、扁桃肥大と診断し、クリンダマイシン（450mg）、アミカシン（150mg）、注射用ベクロニウムブロミド（1つ）、ビタミン C、ビタミン B6、リバビリン、デキサメタゾン処方した。外来薬局の当番薬剤師 X は、「処方管理弁法」などの規定に従って、臨床診断との適合性を監査することをせず、上記薬を発行した。その後、看護師が B に点滴を行い、クリンダマイシン＋デキサメタゾン、アミカシンの輸液後、ベクロニウムブロミド含有液の輸液を開始したとき、B が重い副作用を起こし、蘇生処置を受け、E 病院に送られたが、死亡した。判決は、被告人 X は医療事故罪で有罪、刑事罰は免除されると判示した。

(判決の要旨) 本件では、医療事故技術鑑定結果は、ベクロニウムブロミドが主な死因であり、被害者が同剤に対するアレルギーであることを排除していない(死体検案がない)と認定した。すなわち、これは、被害者がベクロニウムブロミドの直接的な結果として死亡したか、あるいはベクロニウムブロミドに対するアレルギー反応の結果として死亡したかのどちらかであることを意味するため、被害者の死亡と被告人 X の行為との間に直接的な因果関係が認められるべきである。

同時に、被告人 X の行為は被害者の死亡原因の一つに過ぎず、被告人 X の犯罪の事実、性質、状況、被害の程度を考慮すると、その罪状は軽く、法に基づく刑事処罰を免れることができる。

本件の医療事件技術鑑定によると、本件の原因は主に4つあり、1つ目は医師 D が麻酔用筋弛緩剤であるベクロニウムブロミドを去痰薬であるトラニルシプロミンと間違えて処方したこと、2つ目は薬剤師が処方を確認せずに調剤したこと、3つ目は看護師がベクロニウムブロミドを使う時に注意義務を尽くさなかったこと、4つ目は病院側がベクロニウムブロミドの誤投与として応急処置を行わなかったことである⁴⁶⁶。それにもかかわらず、被告薬剤師を除き、他の関与者はすべて刑事訴追を受けなかった。そこで、上記医師と薬剤師の過失に焦点を当て、3つ目と4つ目の結果回避義務違反についても検討を加える。

1. 医師Dの過失

まず、本件において、麻酔用筋弛緩剤であるベクロニウムブロミドを去痰薬であるトラニルシプロミンと間違えて処方したほか、本件処方には次のような問題があると考えられる。

第一は、クリンダマイシンの過量投与である。本件被害者は、当時、4歳の小児であって、クリンダマイシンの使用説明書によると、点滴静脈注射の場合に、4歳以上の小児には、クリンダマイシンとして1日15~25mg/kgを3~4回に分けて点滴静注すべきである。しかし、医師 D は、使用説明書に従わず、規定量を超えて、1日450mgを1回に点滴静注すると処方した。中国国家医薬品副作用監視センターの報告によれば、投与回数を減らし、1回あたりの投与量を増やすと、副作用が起りやすくなり、有効血中濃度が維持されなくなるおそれがある⁴⁶⁷。

第二は、医薬品の不当併用である。中国国家医薬品副作用監視センターの報告によれば、リンコマイシン注射は重篤な副作用を引き起こす可能性があることが示唆されており、そしてリンコマイシンの神経筋遮断作用に鑑み、麻酔剤、筋弛緩剤との併用時には用量調節に注意すべきであ

⁴⁶⁶ 「薬剤士未尽注意義務用錯薬致四歳男童死亡淮南大通法院公开審理一起医療事故案」(中国法院ウェブ・サイト内<https://www.chinacourt.org/article/detail/2016/10/id/2324748.shtml> (2022年5月16日最終閲覧))

⁴⁶⁷ 「薬品不良反応情報通報(第20期)」(国家薬品不良反応監視中心ウェブ・サイト内https://www.cdr-adr.org.cn/drug_1/aqjs_1/drug_aqjs_xxtb/200903/t20090325_36872.html (2022年5月16日最終閲覧))

る⁴⁶⁸。研究によると、クリンダマイシンは、筋弛緩剤やアミノグリコシド系抗生物質と併用すると、それぞれの神経筋遮断作用と中枢抑制作用の累積的・相乗的效果により、筋弛緩の増強、呼吸抑制や麻痺、心臓抑制、最終的には呼吸停止や心停止を引き起こす可能性がある⁴⁶⁹。したがって、本件では、クリンダマイシン、注射用ベクロニウムブロミド（筋弛緩剤）、アミカシン（アミノグリコシド系抗生物質）の併用は妥当でない。

以上から、医師 D には、少なくとも3つの医師としての基本的注意義務違反があるというべきである。では、これらの行為が創出した危険は結果に実現されたと評価できるであろうか。

弁護士は、被害者の死因が不明であると主張した。それに対して、本判決は、医学会からの医療技術鑑定結果を検討せずに採用して、それに基づいて、薬剤師 X の過失行為と結果との間の因果関係を認定した。しかし、前述のように、本件結果は、ベクロニウムブロミドの誤投与、クリンダマイシンの過量投与、あるいはクリンダマイシン、注射用ベクロニウムブロミド、アミカシンとの相互作用によるものである可能性がある。医療事故技術鑑定結果は、死体検案を行わなかったまま⁴⁷⁰、直ちにベクロニウムブロミドが主な死因であると認定したが、「主な死因」ということは、上記の考えられる死因と比較した結果なのか、あるいは患者自身の病症など他の原因と比較した結果なのかは不明である。

医療事故罪の裁判において、行為者の医療過誤と被害者の死傷結果とは、時間的な近接性があり、そして医療過誤の発生と被害者の身体の変化との対応関係があるとき、医療過誤は、当該結果をもたらす蓋然性が高いと認められ、刑法上の因果関係があると推認することができるとする見解がある⁴⁷¹。しかし、この考えを踏まえるとしても、医療事故技術鑑定における因果関係の判断は、医学的見地から、当該医行為は因果法則に従って結びつけられているかどうかを目的とするものであり、それを直接に刑法上の因果関係と同視し得ない。そして、本件鑑定結果に上記疑

⁴⁶⁸ 「薬品不良反応情報通報（第5期）」

（国家薬品不良反応監視中心ウェブ・サイト内https://www.cdr-adr.org.cn/drug_1/aqjs_1/drug_aqjs_xxtb/200806/t20080626_36886.html（2022年5月16日最終閲覧））

⁴⁶⁹ 黄祥ほか「克林霉素的不良反応与用薬安全性」薬物不良反応雑誌 2003年5期 86頁、王燕ほか「克林霉素导致瘫痪麻木2例」中国医院薬学雑誌 35巻14期（2015）1341-1342頁。

⁴⁷⁰ 「医療事故処理条例」18条によれば、患者が死亡し、医療機関側と患者側が死因を確定できない場合、または死因について意見が一致しない場合には、患者の死亡後48時間以内に死体検案を行うべきであるとされる。すなわち、医療事故の行政責任の認定に、死亡検案は必要とされず、そしてそれを行うかどうかは、死因について当事者が合意しているかどうかで決まることである。それゆえ、死体検案がなければ、刑法上の因果関係を立証することができない場合には、上記の規定で行為者の刑事責任を問わなくなる可能性がある。

⁴⁷¹ 臧冬斌「医療事故罪中疫学因果関係適用之探討」中州学刊 2008年3期 87頁。

義が存在する場合、重要な問題を検討せずに直ちに因果関係を肯定するのは不当であり、本件における因果関係の認定方法には瑕疵があるように思われる⁴⁷²。

当然ながら、仮に、本件被害者の死亡は医師 D の処方によるものであることが証明できれば、薬剤師の過失行為、看護師の過失行為又は不適切な蘇生行為は、医師 D の過失行為により創出された危険を維持・促進し、又は実現したものにすぎず、独立の新たな結果発生危険のある行為ではないため、帰属が排除される理由にはならず、医師 D の過失行為と結果との間の因果関係が認められるべきである。言い換えると、医師 D に注意義務の履行を求める根拠は、その後の過失行為の介在により結果を実現するおそれがあることにあるのである⁴⁷³。

2. 薬剤師の過失

前述のとおり、医師 D の処方においては、少なくとも①ベクロニウムブロミドの誤投与、②クリンダマイシンの過量投与及び③クリンダマイシン、注射用ベクロニウムブロミド、アミカシンとの不当併用という3つの致死可能な注意義務違反がある。まず、注射用ベクロニウムブロミドは主に全身麻酔の補助、気管挿管の容易化、手術時の骨格筋の弛緩に使用されるものであるため、薬剤師としては、上気道感染症の治療薬として外来診療で使用するものでないことを認識することは十分可能である。したがって、①については、薬剤師 X は、処方が臨床診断と一致しているかどうかを監査すべき業務上の注意義務があるのに、それを怠ったという過失があると評価できる。そして、薬剤師としては、用法・用量が正しいか、臨床的に重要な薬剤の相互作用や禁忌があるかどうか、を監査すべき業務上の注意義務もあるがゆえに、②と③についても過失があるというべきである。いずれにしても、薬剤師 X の注意義務違反が認められ得る。なお、本件被害者の死因が立証できれば、同様な理由により、薬剤師 X の過失行為と死亡結果との間の因果関係が認められるべきである。

3. 看護師の過失と応急処置の不当

最後に、看護師の過失と応急処置の不当について少し言及したい。本件における鑑定結果では、看護師がベクロニウムブロミドを使う時に注意義務を尽かさなかったこと、または病院側が

⁴⁷² ここでは、因果関係の認定に、疫学的証明がなければならぬと主張するわけではなく、疫学的証明がないような場合には、刑事裁判上の証明は、「種々の客観的事実ないし証拠又は状況証拠によって裏付けられ、経験即ち照らし合理的である」（「千葉大チフス菌事件」最決昭和57年5月25日判時1046号15頁）という程度でなければならぬと考える。

⁴⁷³ 井田・前掲注（460）10頁。

ベクロニウムブロミドの誤投与として応急処置を行わなかったことが認められる。しかし、それによって、直ちに結果回避義務とその違反を認めることはできない。

看護師には、注射液の適応症、副作用とそれに対応すべき措置を把握することが求められるが、医師や薬剤師と同じレベルの専門性を看護師に求めることは適切ではないので、看護師の注意義務の程度は、医師と薬剤師に要請される注意義務のそれよりも低いものである。

このことから、上記3つの医師の結果回避義務違反について、看護師の注意義務が認められ得るかどうかを別個に考察すべきである。そのうち、①ベクロニウムブロミドという薬は、決して外来診療で処方されるべきではないものであることを理由に、看護師としてはこの異常な状況について、医師に疑義照会を行うべき義務があることが明らかである。この注意義務の履行によって、①ベクロニウムブロミドの誤投与又は③クリンダマイシン、注射用ベクロニウムブロミド、アミカシンの不当併用によって死亡結果を惹起することは回避しうるので、結果との間の因果関係が認められるべきである。しかし、この義務が認められるとしても、仮に、②について看護師が注意義務を負わず、かつ本件の死亡結果は②によるものであれば、事後的回避可能性がないとして、看護師の過失と結果との間に因果関係が否認されることが可能である。

また、応急処置の不当については、本件病院では、電子カルテにて注射オーダーが行われなかったことは主な原因となるので、処方が発行されたものでもなく、注射が行われるものでもない看護師と当直医としての2人は、結果予見可能性がないとして、結果回避義務が認められないと考えられる。このことから、医療事故技術鑑定は、医療事故における医療機関側の行政責任の有無を判断するものであり、それが認定した医療過誤と行為者個人の刑事過失と直接同視できないことを改めて示している。

第6項 小括

以上から、日本の議論から、中国組織的医療における個人の過失の判断に対しては、次のような示唆が得られる。

第一に、過失犯の構造については、中国刑法 15 条 1 項には、過失犯罪を規定しているが、それは過失犯の主観的側面のみに関わるものであり、中国刑法のもとでも、過失の本質は結果回避義務違反と解すべきである。そして、結果回避義務の前提となる結果予見可能性は、結果発生に対する危惧感と不安感によって根拠づけることはできない。結果発生に対する危惧感と不安感、刑法以外の注意義務を根拠づけることはできるが、結果回避義務が成立するためには、結果発生に対する具体的な予見可能性がなければならない。したがって、新過失論は日本でも、中国でも妥当なものである。

第二に、注意義務については、日本と同様、中国でも看護師の業務を「診療の補助」と「療養上の世話」に区別して、診療補助行為を行う際に起こりうる過誤の類型とそれ自体のリスクを考慮した上で、診療の補助に対する医師の注意義務を、指示義務、医学的指導義務、点検確認義務に分類すべきである。そして、診療の補助に対しては医師が常に指示義務を負っており、かつそれは医師自身の注意義務であるという点で日本と中国は共通しているのに対して、中国では、看護師が上級看護師からの業務指導を受けるため、診療の補助に対する医師の監督義務が成立する範囲が日本よりも狭いというべきである。また、垂直的分業における医師間にも、行政規範によれば、上位者たる医師の監督義務を肯定する余地が十分にある。

第三に、監督過失については、中国刑法では、国家機関公務員による管理・監督過失についてはいくつかの規定があるが、国家機関公務員でない場合には、公共の利益に危害を及ぼす場合のみ、監督過失が問われている。医療の領域でも同様、直接行為者以外の者の責任を追究することが少ない一方で、直接行為者は医療事故罪で処罰されるのに対して監督者は職務懈怠罪で処罰される。しかし、監督義務が認められる以上、監督過失の処罰は拡大すべである一方で、職務懈怠罪が成立しえないとしても、医療従事者の監督過失が認められる場合、日本のように、被監督者と監督者両方が同一の罪で責任を追究することができる。

第三に、因果関係の判断については、学説では、現在、事実的因果関係と法的因果関係を区別して扱うべきであるという点で一致しているが、実務では、とりわけ医療事故罪の刑事裁判では、医療事故技術鑑定が認められる医学的因果関係を検討せずに、直ちにそれに基づいて法的因果関係を認定するという問題がある。客観的帰属論は、厳密に言えば、単なる因果関係説を超えた実質的構成要件理論であるが、行為不法の判断により、因果関係の判断の起点となる行為は、実質的な違法性があるものであることを保証し、結果帰属により、規範的な因果関係の判断を行うというメリットがあるものである。客観的帰属論の適用により、上記の問題を解決できると考えられる。そして、事後的結果回避可能性がない行為に結果を帰属することは避けるべきである。

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

繰り返して述べたように、中国の刑事裁判は、医療過誤の犯罪化については慎重な態度を示しており、そして複数の医療従事者の過失が競合していた場合であっても、直接行為者のみの刑事

責任を問うことは多い。しかし、そのような状況においても、過失競合の場合における責任分担という課題を検討することが重要である。

日本の組織的医療における関係者間の責任分担を検討する際に、本稿は、組織的医療における信頼の原則の適用可否とその適用基準、または複数の過失が存在している場合に、各関与者は過失の同時犯なのか、過失犯の共同正犯なのかという2つの問題に着目している。

そのうち、組織的医療における信頼の原則の適用可否とその適用基準については、組織的医療における信頼の原則適用は、事実関係の確認という積極的要件（主観的要件+客観的要件）と相当性の阻却事由の不存在という消極的要件を満たさなければならないように指摘した。具体的には、①主観的要件としては、医療従事者間に実質的信頼関係があり、そしてこの実質的信頼関係を否定する反対的事実がなかったことが必要であり、②客観的要件としては、安全確保体制の有無、医療関係者間の分業関係とそれに応じて注意義務の内容と役割分担等を考察して、危険の防止の角度から、この分業関係が実質的合理性を有するものでなければならない。それらの条件の以外に、信頼の原則の適用には、②信頼の相当性を満たすべきであると主張した。

過失犯の共同正犯の成否については、過失犯にも、故意犯と同様に、「一部行為の全部責任」という法理を適用できると主張している。その成立要件として、①正犯性要件としての実質的支配力、②共同性要件としての主観面の共同（不注意の相互促進・強化）と客観面の共同（共同結果回避義務の共同違反）が必要である。

しかし、信頼の原則は理論として受け入れられるべきものとしても、それには一定の制限があり、業務の性格、業務分担の確立の度合い、業務分担者の専門上の能力等を具体的に考慮した上で、その限界と基準を検討しなければならない。したがって、ここでは、第一に、中国における信頼の原則に関する議論を概観し、第二に、信頼の原則のローカライズについては、中国の過失犯における信頼の原則の機能と中国組織的医療における信頼の原則の適用限界を検討する。

なお、過失犯の共同正犯の成否という問題について、本稿の第4章では、日本の場合には、過失犯の共同正犯が認められる合理性があるという結論に達した。しかし、日本刑法が共同正犯の成立が故意犯に限られていないのに対して、中国刑法は明確に過失犯の共同犯罪の成立する可能性を排除した。それに対して、学説では、刑法規定を再解釈することにより、過失犯の共同正犯を認めるとする見解が多いが、これらの見解に妥当性があるか否かを検討しなければならない。したがって、ここでは、中国における過失犯の共同正犯をめぐる議論を概観した上で、学説の検討を行うことにする。

第2項 「信頼の原則」の検討

第1款 議論状況

I. 概説

道路交通事犯の場合における過失認定の原理として登場した信頼の原則は、改革開放後、社会の現実が大きく変遷し、当面の交通環境、交通施設および交通手段が大きく改善・革新され、固有の伝統的観念を転換し始めている交通の現代化を背景として、観念の現代化のために、中国に導入された⁴⁷⁴。

中国の学説では、一般的に、日独における信頼の原則の定義を参照しており、交通事故の分野における信頼の原則の適用を中心にして研究している⁴⁷⁵。また、実務上、最高人民法院「交通事故の刑事事件の裁判における具体的な法適用に関する若干問題の解釈」（法釈〔2000〕33号）は、交通事故における加害者（行為者）の責任割合に基づいて犯罪の成否を判断することが、信頼の原則の精神を鮮明に表している。

1. 信頼の原則と許された危険

中国では、「信頼の原則」は「許された危険」という法理とともに議論されることがよく見られる。許された危険と信頼の原則との理論的関連性について、①許された危険は信頼の原則に含まれ、すなわち、信頼の原則が適用されれば、許されない危険を創出しなかったと主張する見解⁴⁷⁶、②許された危険という法理は、信頼の原則の理論的基礎であり、他人の適切な行為を信頼して危険な行為を行うことが許されるという点で両者は共通するとする見解⁴⁷⁷、③許された危険は旧過失論の産物であり、立法政策に関するものであるのに対して、信頼の原則は、処罰の範囲を拡大した旧過失論の欠点を克服するために登場するものであり、解釈論に関するものであるという点で、両者は異なっているが、過失犯の処罰範囲を限定するという点で一貫しているとする見解⁴⁷⁸がある。

⁴⁷⁴ 蘇惠漁「現実と理念の狭間で」西原春夫（編）『日中比較過失論』（成文堂・2001）90-91頁。

⁴⁷⁵ 林亜剛「試論危険分配与信頼原則在犯罪過失中的運用」法律科学 1999年2期 69頁以下、張少林「試論信頼原則在認定交通事故責任中的運用——兼評新近修訂的『道路交通安全法』」時代法学 6巻3期（2008）56頁以下、李朝暉「信頼原則及其在交通事故中的適用」鄭州大学学报（哲学社会科学版）36巻6期（2003）89頁以下、劉東根「信頼原則与交通肇事罪」雲南大学学报（法学版）15巻4期（2002）35頁以下等。

⁴⁷⁶ 周光権『刑法総論』（中国人民大学出版社・2011）123-124頁。

⁴⁷⁷ 馬克昌『比較刑法原理』（武漢大学出版社・2002）239頁。

⁴⁷⁸ 李・前掲注（455）43-44頁。

そして、③の見解によるならば、危険の分配は、注意義務の分配に関する理論というより、むしろ許された危険と信頼の原則との適用方法である。つまり、危険の分配という法理は、許された危険と許されない危険を区分して、行為者は、（許された危険という法理により事前に確定された）許されない危険を防止すべき義務を負うこととなる。それに対して、信頼の条件が満たされたときには、注意義務は被監督者に分配され、逆に、信頼が否定されたときには、被監督者のほか、監督者も注意義務を負担することとなる⁴⁷⁹。

2. 信頼の原則の位置づけ

許された危険の体系的地位との関係で、信頼の原則の位置づけについて、学説では、信頼の原則は、客観的注意義務を限定する原理であり、それを過失の消極的構成要件として捉える見解⁴⁸⁰、予見可能性を否定する原理とする見解⁴⁸¹、責任阻却事由とする見解⁴⁸²がある。

3. 信頼の原則の適用範囲

中国では、信頼の原則は、危険の防止という意味において分担関係があるすべての領域で適用されうるということは一般的である⁴⁸³。同時に、交通事故以外の分野での信頼の原則の適用には慎重であり、厳格に客観的・主観的条件が満たされるかどうかを判断し、具体的事例に厳格に拘束されるべきであるとする見解もある⁴⁸⁴。具体的に、信頼の原則が適用されうる領域は、以下の条件を満たさなければならない。第一に、信頼の原則は、社会の発展にとって重要かつ不可欠

⁴⁷⁹ 李・前掲注（455）43-44頁。

⁴⁸⁰ 馬・前掲注（477）240頁、劉躍挺「論刑法中信頼原則的歴史定位与体系地位」浙江工商大学学报2010年6期31頁。

⁴⁸¹ 趙姍姍「再論過失犯中信頼原則的適用——对深町晋也教授化解危險接受困局思路的揚棄」国外社会科学前沿2020年9期35頁。

⁴⁸² 王楨「反思与重塑：分工治療過失行為信頼原則的適用標準探討」學術探索2020年5期83頁。また、馬=唐・前掲注（430）100頁は、客観的にみて、監督者と被監督者の過失は、共同して結果を惹起したため、すでに構成要件該当性及び違法性を満たしたといえるが、相当の信頼があったことから、有責性の要件としての結果予見可能性と結果回避可能性を否定すべきであると述べている。

⁴⁸³ 馬・前掲注（477）240頁、劉躍挺、範小玲「論刑法中信頼原則適用要件及界限——兼述其与客観帰責理論的關係」西南農業大学学报（社会科学版）8卷1期（2010）40頁、趙・前掲注（250）121頁、王・前掲注（480）83頁、劉夢覺「組織医療行為中的個人過失責任」山西大学学报（哲学社会科学版）40卷5期（2017）111頁、謝雄偉「信頼原則的適用研究」中国石油大学学报（社会科学版）22卷1期（2006）84頁。

⁴⁸⁴ 談在祥「刑法上信頼原則的中国処遇及其適用展開」中国刑事法雜誌2012年4期25頁。

な役割と利益を有すると認められるものの、法益侵害の危険性を伴う分野にのみ適用することができる。第二に、信頼の原則は、一般に、複数の人が一定の目的を達成するために組織的に協力し、互いに注意義務を分担するような危険な業種にのみ適用することができる。第三に、信頼の原則は、法律、規則、業界の規範・慣行などによって各参加者の注意義務が明確に定義されている危険な産業にのみ適用されるものである⁴⁸⁵。

許された危険の法理について、中国の学説では、監督責任の阻却事由として論じてきた⁴⁸⁶。両者の関連性から、監督過失における信頼の原則の適用が肯定されることが多数説であるが⁴⁸⁷、監督過失における信頼の原則の適用に対して慎重な姿勢を示す見解もある⁴⁸⁸。

4. 信頼の原則の適用基準

信頼の原則の適用基準に関する議論は、監督過失をめぐって展開されている。それについて、被監督者の資格の有無によって、規範的分業があったかどうかを判断し、規範的分業が認められる場合にのみ信頼の原則の適用で監督者の予見可能性を否定することが可能であると主張する見解がある⁴⁸⁹。また、人的監督の場合には、監督者は職責を果たすかどうか、物的監督の場合には、事前に、システム又は設備に内在する危険の発生の可能性が排除されたかどうかによって、信頼の原則の適用の可否を判断すると主張する見解もある⁴⁹⁰。

それに対して、監督過失を、業務上の監督過失と公務上の監督過失に区別する論者は、前者の場合には、監督者と被監督者は、共通の作業目的や共通の利益に基づいた利益共同体が形成され、相互信頼の基礎があるため、信頼の原則の適用が可能であるが、後者の場合には、監督をすべき行政権を持っている機関と行政法執行の対象との監督関係においては、信頼の原則を適用する可能性はないと指摘される⁴⁹¹。

⁴⁸⁵ 李穎峰『医事刑法視域中的医療過失研究』（法律出版社・2020）123-124頁。

⁴⁸⁶ 談・前掲注（484）25頁。

⁴⁸⁷ 趙・前掲注（481）36頁。例えば、錢・前掲注（418）30-31頁は、業務の受け渡しにより、直接の作業員から直接の作業員を監督する者になることは、そもそも、被監督者の注意能力を一定程度肯定することを意味しており、業務分担及びそれに伴う一定程度の危険分配の反映であるとされる。

⁴⁸⁸ 李・前掲注（485）137頁。

⁴⁸⁹ 趙・前掲注（481）37頁、錢・前掲注（418）30頁。

⁴⁹⁰ 趙・前掲注（250）206-208頁。

⁴⁹¹ 劉雪梅＝劉丁炳「信頼原則在監督管理過失中的適用研究」中国刑事法雑誌 2009年第8期 22頁。本稿は、業務上の監督過失を検討の対象とするので、公務上の監督過失についての考察はしない。

II. 組織的医療における信頼の原則

交通事故における信頼の原則の適用ほど注目されているわけではないが、近年、組織的医療における信頼の原則の適用も議論され始めている⁴⁹²。

中国において、組織的医療における信頼の原則の適用については、①業務分担が確立され、それぞれの権限と責任が明確であったことが必要とされ、②業務分担者の資格、能力及び経験などを考察すべきであり、③業務の危険性が高いほど、信頼の原則の適用範囲は狭くなるという指摘がある⁴⁹³。また、上記内容を信頼の前提、信頼の基礎と信頼の合理性に分類して論じる見解もある⁴⁹⁴。③の見解に従うと、以下のような場合には、信頼の原則の適用が否定されるべきである。第一は、共同作業者が重畳的職責を負う場合である。というのも、そのように主張する論者は、各医療従事者の注意義務が完全に独立・同一ではないことを前提としているからである。第二は、結果の発生を特別に認識していた場合である。第三は、引き継ぎ作業における前任者の行為が正当であった場合である。すなわち、正当な業務行為として違法性を阻却し、信頼の原則の適用で有責任を否定する必要がないとされる⁴⁹⁵。

また、日本のように主観的要件と客観的要件に分けて説明する見解もある⁴⁹⁶。一般的には、客観的要件としては、設備等の整備状況、医療従事者の専門性を考察することであり、主観的要件としては、信頼の存在と信頼の相当性である。具体的には、①指揮・監督義務を怠った場合、②危険が発生した後に、行為者が結果回避義務を怠った場合、③被信頼者が共同作業の前に、発見できる異常があった場合であれば、信頼の相当性が否定される⁴⁹⁷。

第2款 検討

⁴⁹² 王・前掲注(482) 81頁以下、劉躍挺「対医療過失犯罪中信頼原則法理之適用——以垂直型組織分業治療実践為視角」河北法学 33 卷 10 期(2015) 55 頁以下、同「論医師組織協助義務框架中的客観的帰属与信頼原則」西南交通大学学報(社会科学版) 16 卷 6 期(2015) 96 頁以下、同「対医療過失犯罪中信頼原則法理之適用——以組織型医療過失犯罪為視角」海南大学学报(人文社会科学版) 34 卷 5 期(2016) 108 頁以下、談・前掲注(484) 24 頁以下、舒洪水＝賈宇「信頼原則在医療事故罪中之適用」法学 2008 年 10 期 140 頁以下、劉・前掲注(483) 107 頁以下、趙・前掲注(250) 163 頁以下、謝・前掲注(483) 83 頁以下等。

⁴⁹³ 舒＝賈・前掲注(492) 147 頁。

⁴⁹⁴ 王・前掲注(482) 87 頁。

⁴⁹⁵ 王・前掲注(482) 81 頁、88-89 頁。

⁴⁹⁶ 談・前掲注(484) 27-28 頁、劉、範・前掲注(483) 49-50 頁。

⁴⁹⁷ 談・前掲注(484) 27-28 頁。

本稿の第3章では、すでに信頼の原則の一般論と組織的医療の領域で信頼の原則を適用する理論的可能性・必要性を論じた。これらの議論から導き出された結論は一般論として中国でも同様に適用可能であると思われる。そこで、中国の過失の判断における信頼の原則の位置づけ、中国の組織的医療における信頼の原則の適用の限界とその基準に着目して議論を進めたい。

I. 中国の過失の判断における信頼の原則の位置づけ

序章の検討から、以下の点が明らかになったと思われる。第一に、中国刑法 15 条 1 項では、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と轻信したため、これらの結果を生じさせた時は、過失による犯罪とする。」と規定している。このように、過失を「自信の過失」と「不注意の過失」に大別することができる。

自信の過失と不注意の過失は、いずれも行為者の主観面のみに関わるものであるが、中国刑法は、過失犯の成立は客観的注意義務の違反が必要ではないとされるわけではない。例えば、中国刑法 335 条は、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、と定めている。同罪について、司法解釈は「著しく職責を怠り」といわれる客観的注意義務違反行為の範囲を明確にした。これから、中国における過失犯の成立にも、客観的過失が必要であることが窺われる。このように、中国の過失犯の主観的過失は自信の過失と不注意の過失という2つの種類があるが、不注意の過失の場合であっても、過失犯として処罰する根拠は、結果予見義務違反にあるわけではなく、結果の発生を予見しなかったことから結果回避義務に違反したことにあるといえる。

第二に、中国の刑法理論や司法実務に深い影響を与えた伝統的な犯罪構成体系（いわゆる「四要件説」）は、犯罪の成立を判断する機能がなく、その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、責任要素にもあたらない。それゆえ、四要件説を犯罪構成要件に関する理論とすることは妥当ではないのみならず、同説が通説であったことを根拠として、中国刑法は過失を責任要素として理解していると結論づけることはできない。

以上から、本稿の第3章で導かれた、「信頼の原則を行為者の結果回避義務を制限する原理として位置づけるべきである」という結論は、中国においても適用しうると考えられる。

II. 中国の組織的医療における信頼の原則の適用限界

本稿の第3章では、組織的医療における信頼の原則の適用は、事実関係の確認という積極的要件（主観的要件+客観的要件）と相当性の阻却事由の不存在という消極的要件を満たさなければ

ならないと指摘した⁴⁹⁸。具体的には、①主観的要件としては、医療従事者間に実質的信頼関係があり、そしてこの実質的信頼関係を否定する反対的事実がなかったことが必要であり、③客観的要件としては、安全確保体制の有無、医療関係者間の分業関係とそれに応じて注意義務の内容と役割分担等を考察して、危険の防止の角度から、この分業関係が実質的合理性を有するものでなければならない。それらの条件のほかに、信頼の原則の適用には、③信頼の相当性を満たすべきである。

中国は、建国以来、医療サービスの発展を優先し、基本公共医療サービスの平均化を図っているが、世界で人口が最も多い開発途上国として、現在でも、医療格差の問題が避けられない。それゆえ、こうした状況を踏まえて、中国の組織的医療における信頼の原則の適用の限界とその基準を改めて検討する必要があると考えられる。

中国における医療機関は、病院、末端医療機関（社区卫生サービスセンターや衛生院、衛生室など）及び専門的公衆衛生機関に大別されている。2020 年末までで、全国の医療機関は 1022, 922 カ所があり、そのうち、病院は 35, 394 カ所、末端医療機関は 970, 036 カ所、専門的公衆衛生機関は 14, 492 カ所となっている。また、2020 年の総受診件数のうち、病院は 33.2 億件（42.9%）、末端医療機関は 41.2 億件（53.2%）、その他の医療機関は 3 億件（3.0%）となっている⁴⁹⁹。

農民の医療アクセスを改善するために、中国の農村にも末端医療機関が設立され、そこには、中等職業学校を卒業して農村医として勤める人が多い。『農村医従業管理条例』⁵⁰⁰によると、農村医は医師資格や医師開業資格⁵⁰¹を取得する必要がなく、農村医開業資格を取得すれば、指定された地域で登録した末端医療機関で予防、保健、一定の医療サービスなどを行うことができる。同時に、農村医は、少なくとも 2 年 1 回の専門教育を受け、2 年ごとに専門能力の審査を受けなければならないとされる。しかし、実際には、農村医は、専門教育や審査を受けずに開業し続けること、独自に開業すること、診療所に無資格者が雇用され、診療の補助を行わせることが多い。

⁴⁹⁸ 同様に信頼の原則の適用基準を積極的要件と消極的要件に分けて論じる見解として、李・前掲注（485）125 頁。

⁴⁹⁹ 「2020 年我国卫生健康事業発展統計公報」

（规划发展与信息化司ウェブ・サイト内<http://www.nhc.gov.cn/guihuaxxs/s10743/202107/af8a9c98453c4d9593e07895ae0493c8.shtml>（2022 年 5 月 17 日最終閲覧））

⁵⁰⁰ 原タイトルは「乡村医生从业管理条例」である。

⁵⁰¹ 中国において、医師として医業を行うために、第一に、医師になろうとするものは、医師資格試験に合格し（中華人民共和国医師法 8 条 12 条）、第二に、医師資格を取得したものは、所在する衛生行政機関に登録を申請すべきである（同法 13 条）。つまり、中国では、医師資格試験制度だけでなく、医業登録制度も実施されており、資格試験に合格し、登録をせずに開業免許を取得しなければ、医師として医業を行うことが許されない。

本章の第一節で収集したデータによると、医療事故罪で有罪判決が下された 57 件のうち、10 件（18%）は病院で、46 件（80%）は末端医療機関で（そのうち、19 件は個人の診療所や個人の診療の過程で発生した）、1 件（2.0%）は専門的公衆衛生機関で発生したものであった。さらに末端医療機関で発生した 46 件医療事故の原因を具体的に調べてみると、これらのケースはすべて基本的な診療規範違反によったものであり、人員や設備の投入の不足、医療従事者の専門性と責任感の欠如、危険防止体制の欠如が医療事故が多発する原因となったことが窺われる。

例えば、以下の事案は典型例である。A は、B 衛生室に電話をかけ、息子である被害者 C が病気になったとし、医師を自宅まで呼んで C を治療して欲しいと依頼し、衛生所に勤務している医師 D は、検査も行わずに処方せんを発行した。その後、看護師である被告人 X は A の自宅に来て、被害者 C の実際の病状が D の診断と一致していないことを認識したが、被害者 C のアレルギー歴を聞かず、アレルギー検査も行わず、処方せんに従って清开灵注射液を投与した後、その場を離れた。結局、被害者 C は上記薬剤投与中にアレルギー反応を起こし、病院に向かう途中で死亡した（（2014）長刑終 00190 号判決）⁵⁰²。

これらの状況を踏まえ、許された危険のみが信頼の原則により分配されることができるといふ基本的な考えから、中国の末端医療機関における信頼の原則の適用には一定の制限が必要である。第一に、末端医療機関のサービス能力を超えた一般的な疾患または重症・難症例であれば、早めに患者を病院に転院すべきであり、信頼の原則を適用する余地がない。第二に、農村医の開業範囲を超えた場合にも、信頼の原則を適用する余地がない。すなわち、農村医であれば信頼の原則の適用を一切否定するわけではなく、開業範囲内の診療行為を実施する場合に、信頼の原則の適用条件が満たされれば、適用可能である。第三に、農村医が行政取締法規に違反して独自に開業する場合に、信頼の原則の適用を直ちに否定するわけではなく、治療場所の客観的条件や、診療行為が農村医の開業範囲を超えたかどうかなどを実質的に検討し、刑法上の許されない危険を生じないのであれば、適用することが可能である。もっとも、農村医が無資格者を雇用して診療の補助を行わせる場合には、両者の間に実質的な信頼関係が成立し得ないとして、無資格者に対する信頼が認められない。

第 3 項 「過失犯の共同正犯」の成否の検討

⁵⁰² 本件について、第一審判決（（2014）農刑初 149 号）は、被告人 X は医療事故罪で有罪として、有期懲役 3 年を言い渡した。その後、被告人 X は控訴したが、控訴審はそれを棄却した。なお、医師は刑事処罰を受けなかったものの、民事上の重大な過失があるとして、民事賠償について、被告人 X とともに、医療機関と連帯して責任を負うと認められた。

第1款 中国における「過失犯の共同正犯」

I. 処罰規定

中国刑法 25 条は、共同犯罪とは2人以上共同して故意による犯罪を犯すことをいい（第1款）、2人以上共同して過失による犯罪を犯したときは、共同犯罪として処断せず、刑法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（第2款）、と規定している。同時に、刑法 26 条～28 条は、共同犯罪における行為者の役割に応じて、共犯者を主犯、従犯、被脅迫犯に分ける⁵⁰³。また、教唆犯に関する規定もあるが、教唆犯は、主犯、従犯又は単独犯のいずれにもなりうる（中国刑法 29 条）。そのため、教唆犯は、共同犯罪における主犯、従犯、被脅迫犯と並列関係ではなく、共同犯罪の下位概念ではない。

中国刑法によると、第一に、「過失による共同犯罪」が法文上明確に否定されていること、第二に、「正犯」と「共犯」という概念が使われていないこと、第三に、共同犯罪における関与者の分類については、「共同犯罪における役割を主たる基準として、同時に共同犯罪における分業を補充することも併せて考慮し、分業の基準と」⁵⁰⁴するような混合分類法が採用されていることがわかる。

しかし同時に、最高人民法院「交通事故の刑事事件の裁判における具体的な法適用に関する若干問題の解釈」（法积〔2000〕33号）5条第2款は、交通事故が発生した後に、運転手を逃走させ、被害者を救助なしに死亡させた単位の主管責任者または自動車の所有者、自動車の請負人又は乗車者は、重大交通事故罪の共犯として処罰すると定められている。第7条は、規則違反の運転をさせ、重大な交通事故を起こした単位の主管責任者または自動車の所有者、自動車の請負人は、本解釈第2条が規定する事由の1つに該当すれば、重大交通事故罪として処罰すると定められている。その司法解釈を契機に、学説では過失犯の共同犯罪の成否が争われている⁵⁰⁵。

II. 司法実務の立場

⁵⁰³ 中国刑法 26 条によれば、主犯とは、犯罪集団を結成し、若しくは指導して犯罪活動を行なった者、又は共同犯罪において主要な役割を果たした者である。同法 27 条によれば、従犯とは、共同犯罪において副次的又は補助的な役割を果たしたものである。

⁵⁰⁴ 林亜剛「共同犯罪の若干の問題を論ず——共犯を中心にして」西原春夫（編）『共犯理論と組織犯罪』（成文堂・2003）14 頁。

⁵⁰⁵ 孫軍工「正確適用法律 嚴懲役交通肇事犯罪『關於審理交通肇事刑事案件具体応用法律若干問題的解釋』的理解与適用」人民司法 2000 年 12 期 13 頁。

司法実務においては、共同犯罪の成立は故意犯に限られるのみならず、故意犯であっても、意思連絡とそれに基づいた共同の犯罪行為がなければ、共同犯罪とはいえないとされている⁵⁰⁶。しかし同時に、過失による共同犯罪を明確に否定しながら、「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、あるいは、過失犯の共同犯罪を肯定するという矛盾した判例が存在する（特に、因果関係が不明な場合）⁵⁰⁷。そのうち、次の誤殺事件は典型例である。

この事件は、XとYは、ベランダで、約8.5メートル離れた木の幹に捨てられた花瓶を射撃競技の標的として、交互に3発ずつ撃ったが、いずれも花瓶を外れ、そのうち1発が遠方の被害者に命中したが、被害者に命中した弾丸を誰が発射したのかが証明できなかったというものである。それにもかかわらず、第一審と控訴審はいずれも、被告2名は過失致死罪を構成し、それぞれ4年の有期懲役に処した⁵⁰⁸。

III. 議論状況

1. 肯定説

過失犯の共同犯罪について、過失犯の共同犯罪を全面的に肯定しようとする見解があるが⁵⁰⁹、過失犯の共同正犯のみが認められ、過失による教唆犯や幫助犯が認められないとする見解が多数説である⁵¹⁰。また、過失犯の共同正犯を肯定する理由に着目すると、立法論から根拠づける見解と解釈論から根拠づける見解に区別することもできる。

⁵⁰⁶ 最高人民法院刑事審判第一、二、三、四、五庭主弁『刑事審判参考』（総第77輯）（法律出版社・2010）42頁。

⁵⁰⁷ 例えば、危険物管理事故事件（（2006）淮刑一初0001号判決）、過失致死事件（最高人民法院刑事審判第一、二、三、四、五庭主弁『刑事審判参考』（総第57輯）（法律出版社・2007）27-32頁）、放火事件（方列＝付丕毅「浙江海寧特大火災、死亡39人」新華ウェブ・サイト2004年2月16日）、誤殺事件（最高人民法院中国応用法学研究所『人民法院案例選〔刑事卷〕』（1992-1999年合訂本）（人民法院出版社・1997）46頁）。

⁵⁰⁸ 最高人民法院中国応用法学研究所『人民法院案例選〔刑事卷〕』（1992-1999年合訂本）（人民法院出版社・1997）46頁。

⁵⁰⁹ 侯国雲＝苗傑「論共同過失犯罪」『刑法問題与争鳴』（総第3輯）（中国方正出版社・2001）310頁以下。

⁵¹⁰ 過失による教唆犯と幫助犯を否定する理由として、馮軍『刑法問題的規範理解』（北京大学出版社・2009）349頁は、可罰的違法性がないとするのに対して、張明楷「共同過失与共同犯罪」吉林大学学報（社会科学版）2003年2期42頁や鄒兵『過失共同正犯研究』（人民出版社・2012）212-213頁は、概念的にありえないとする。なお、何慶仁「共同犯罪的立法極限——以我国刑法中的共同過失犯罪為中心」法学2018年8期83-84頁は、過失による狭義の共犯は、可罰的違法性を備える場合もありうると述べている。

(i) 立法論から根拠づける見解

中国刑法によれば、過失犯の共同正犯を認めることができないことが承認されるが、過失犯の共同正犯は、客観的な現象として存在しており、処罰の必要性もあるという刑事政策的な考慮を理由に、現行法の規定を批判して、法改正により過失犯の共同正犯を肯定しようとする見解がある⁵¹¹。具体的には、①複数の過失が関与するとき、因果関係の立証が困難な場合が多く、法益保護の観点から、過失犯の共同犯罪を肯定する必要があるとする見解⁵¹²、②現代社会では、科学技術の発展に伴い、様々な責任事故が頻繁に発生し、過失犯の共同犯罪を肯定することにより、共同作業者に相互の監督義務が課され、共同作業における協力を強化する点でも、共同作業者が共同して結果を招いた場合に過失犯の共同犯罪の責任を問う点でも、過失犯の予防のために重要であると主張する見解がある⁵¹³。

(ii) 解釈論から根拠づける見解

解釈論から根拠づける見解の中では、日本と類似して犯罪共同説の立場、行為共同説から論じる見解がある。そのうち、犯罪共同説の立場からの見解の中では、共同義務の共同違反説に賛成するものが多く⁵¹⁴、行為共同説の立場からの見解は、客観主義的な行為共同説に立脚して、因果的共犯論を共犯の処罰根拠とし、共同正犯の成立には故意の共同や罪名の同一が要求されないと主張する⁵¹⁵。また、共同犯罪の本質は、共同の客観的帰属であるとする見解は、共同の客観的帰属は、行為者の主観面を問わず、共同の不法があれば足りる。このように、過失犯の共同正犯、過失による教唆犯及び幫助犯を含む過失犯の共同犯罪は、過失の単独正犯と異なる共同の客観的帰属を示すため、当然ながら共同犯罪であると主張する⁵¹⁶。

⁵¹¹ 現行法に対する批判は、鄒・前掲注(510)211頁以下参照。

⁵¹² 馮・前掲注(510)346-347頁。なお、同趣旨として、侯=苗・前掲注(509)310頁。

⁵¹³ 林亜剛『犯罪過失研究』(武漢大学出版社・2000)263頁。

⁵¹⁴ 馮・前掲注(510)349-350頁、林・前掲注(513)264-266頁。また、劉明祥「区分制理論解釈共同過失犯罪之弊端及應然選択」中国法学2017年3期219頁は、共同義務の共同違反があれば、過失犯の共同犯罪が成立しうるとする。

⁵¹⁵ 陳子平『刑法総論』(中国人民大学出版社・2009)332頁、黎宏『刑法総論問題思考』(中国人民大学出版社・2007)479頁、張・前掲注(422)544頁。

⁵¹⁶ 何慶仁「共同犯罪的立法極限——以我国刑法中的共同過失犯罪為中心」法学2018年8期86-87頁。

しかし、前述したように、中国刑法 25 条によれば、過失犯の共同正犯を含む過失犯の共同犯罪が成立する余地がないといえるのであり、このことから、どのような立場に立脚しても、解釈論から過失犯の共同正犯を肯定するためには、まず刑法 25 条を再解釈しなければならない。具体的に次のような 5 つのアプローチがある。

(1) 1 つ目のアプローチ

1 つ目のアプローチは、25 条第 1 款の規定は、中国刑法における共同犯罪の成立には共同の故意と共同の犯罪行為が必要とされるが、それは客観的な現象としての過失犯の共同犯罪の存在を否定するわけではなく、第 2 款は、過失犯の共同犯罪を認めながら、故意犯の共同犯罪と異なる処罰規定を与えると解する⁵¹⁷。

この解釈は、過失犯の共同犯罪と故意犯の共同犯罪の区別があることを前提としている。つまり、第一に、主観的側面から、故意の場合には、同一の犯罪故意と意思連絡が必要とされるが、過失の場合には、各行為者の心理状態は別個のものである。第二に、客観的側面から、故意の場合には、各行為者の行為は相互に関連して、補完し合うことであるが、過失犯の場合には、各行為者の行為の間には共通の思想的基盤を欠くため、それらの結びつきは純粹に客観的であり、意識を欠き、処罰において別個の意味を持つものである。第三に、社会に危害を及ぼす程度から、故意犯の場合には、各行為者の行為は意識的に組み合わせられるため、社会的危害性の程度が単独犯よりも大きいが、過失犯の場合には、社会的危害性の程度が必ずしも単独犯よりも大きいわけではない。以上の区別から、過失犯の共同犯罪と故意犯の共同犯罪の処罰の原則を同じにすべきではないとされる⁵¹⁸。

(2) 2 つ目のアプローチ

2 つ目のアプローチは、まず、「過失犯の共同犯罪」と「共同の過失犯罪」を区別する。前者は、結果防止という意味において 2 人以上の者は共同の注意義務を負い、それに違反する共同の不注意により結果を惹起したというような共同犯罪の場合であるのに対して、後者は、2 人以上の者の過失行為が共同して結果を惹起させたが、行為者は共同の注意義務を負わず、かつそれに違反する共同の不注意もない場合である。その上で、25 条第 2 款は、後者の成立が否定されているが、前者が成立する余地が否定されていないと解する。しかし、それでも、同論者は、25 条第 1 款が間接的に過失犯の共同犯罪を否定していることを認めざるを得ない⁵¹⁹。

⁵¹⁷ 孫国祥ほか『過失犯罪導論』（南京大学出版社・1991）141-142 頁。

⁵¹⁸ 孫ほか・前掲注（517）142-143 頁。

⁵¹⁹ 馮・前掲注（510）344-345 頁。

(3) 3つ目のアプローチ

3つ目のアプローチは、まず、刑法 25 条第 1 款でいう「共同犯罪」は共同故意犯罪と解し、第 2 款でいう「2人以上共同して過失による犯罪を犯した」は、過失犯の共同正犯、過失による教唆犯、過失による幫助犯、過失の同時犯をすべて含む広義の過失の競合と解する⁵²⁰。次に、刑法 25 条第 2 款でいう「刑事責任を負うべき」は、刑事責任を負うべき過失犯の共同犯罪のみが刑法的評価を受けるべきであることと解する⁵²¹。このことから、まずは、刑事責任を負うべき過失犯の共同犯罪と刑事責任を負うべきでない過失犯の共同犯罪を区別し、前者は過失犯の共同正犯を指すのに対して、後者は過失による教唆犯と幫助犯と解する⁵²²。さらに、同款でいう「それらが犯した罪に応じてそれぞれ処罰する」は、各共同正犯者の構成要件行為（違法性の連帯性）に基づき、それぞれの責任に応じて（責任の個別性）処罰することと解する⁵²³。

(4) 4つ目のアプローチ

4つ目のアプローチは、中国刑法 25 条第 2 款でいう「2人以上共同して過失による犯罪を犯したときは、共同犯罪として処断しない」と「それらが犯した罪に応じてそれぞれ処罰する」とは、過失犯の正犯又は共同正犯を処罰し、過失による教唆犯と幫助犯を処罰しないことを意味するとされる⁵²⁴。

(5) 5つ目のアプローチ

5つ目のアプローチは、中国刑法 25 条第 1 款でいう「共同犯罪」を、主犯、従犯、被脅迫犯、教唆犯が区別される共同犯罪と解することにより、現行法は、故意犯の共同犯罪の場合にのみ、主犯、従犯、被脅迫犯、教唆犯を区別して処罰する必要があるとされ、第 2 款により、過失犯の共同犯罪の場合には、主犯、従犯、被脅迫犯、教唆犯を区別せずに処罰するとされると主張する⁵²⁵。

2. 否定説

⁵²⁰ 李世陽『共同過失犯罪研究』（浙江大学出版社・2018）102 頁以下。

⁵²¹ 李・前掲注（520）126-132 頁は、「刑事責任を負うべき」を可罰的違法性と可罰的責任の具備と解する。

⁵²² 李・前掲注（520）125 頁以下。

⁵²³ 李・前掲注（520）176 頁以下。

⁵²⁴ 張・前掲注（422）545 頁。

⁵²⁵ 何・前掲注（516）90 頁。

1979年中国刑法は、ソ連刑法における共同犯罪の定義に基づき、共同犯罪の成立には、故意の共同が必要であると規定している。それ以来、伝統的な犯罪共同説に立脚している、過失犯の共同犯罪（共同正犯、教唆犯、幫助犯）を全面否認する見解は通説になってきた。

当時の学説では、一般的に、四要件説に影響されて、次のように、共同犯罪の主体的要件、主観的側面、客観的側面から共同犯罪の成立要件を説明していた⁵²⁶。第一に、共同犯罪の主体的要件として、行為者は2人以上でなければならない。第二に、客観的側面として、各共犯者は同一の犯罪行為を共同に実施し、かつ各共犯者の行為は結果との間に因果関係があることが必要である。第三に、主観的側面として、故意の共同が必要である。具体的に、故意の共同というためには、共犯者は、①自分が他人と共同して犯罪を犯していることを認識していたこと、②共同の犯罪行為の性質と結果について一定の予見を持っていること、③犯罪結果の発生を希望し、又は放任したことが必要である⁵²⁷。

1997年に、中国刑法が改正されたが、上記共同犯罪に関する規定が維持され、通説として否定説の地位は揺るがなかった。このような通説から、現行法は過失犯の共同犯罪の成立について否定的な立場をとっている以上、過失犯の共同正犯が議論される必要性は全くないのみならず、それは罪刑法定主義に反するものであらうと主張されることがほとんどである⁵²⁸。

否定説を採るとしても、過失犯の共同犯罪という現象は客観的に存在していることが否定できない⁵²⁹。それゆえ、否定説は、単に罪刑法定主義の違反を理由に、過失犯の共同犯罪を否定することができず、何故、過失犯の共同犯罪は共同犯罪ではないかという解釈論の問題に直面しなければならない。

その問題について、否定説の支持者は、概ね次のように説明している。第一に、共同犯罪の本質的特徴は、意思の連絡を通じることにより、各行為者の行為は統一した有機的総体に形成させることにあり、過失犯においては、そのような意思の連絡を欠き、相互に協力し合う総体に形成することができないため、共同犯罪ではない⁵³⁰。第二に、過失犯における関与者は、その役割

⁵²⁶ 何秉松ほか（編）『中国刑法教学大綱』（法律出版社・1989）54頁以下、楊春洗＝楊敦先『中国刑法論』（北京大学出版社・1994）127頁以下、李光燦ほか『論共同犯罪』（中国政法大学出版社・1987）31-36頁、劉靜坤（主編）『刑法条文理解与司法適用（上冊）』（法律出版社・2021）52頁（郝英兵）。

⁵²⁷ 李光燦＝馬克昌＝羅平『論共同犯罪』（中国政法大学出版社・1987）31-36頁。

⁵²⁸ 黎宏「『過失共同正犯』質疑」人民檢察 2007年14期23頁。

⁵²⁹ 姜偉『犯罪形態通論』（法律出版社・2004）221頁。

⁵³⁰ 同趣旨として、胡東飛「過失共同正犯否定論」当代法学 2016年1期88頁以下。同見解は責任主義により、共同正犯の成立には、共同実行意思が必要であり、共同実行意思とは、各行為者は、自己と他人が共同して構成要件結果を実現するという相互的理解を持っていることを指し、このような共同実行意思がない過失犯においては、共同正犯が成立する余地がないと主張する。

に応じて主犯、従犯、教唆犯に区別することが観念できず、犯した罪に応じてそれぞれ処罰すれば足りる⁵³¹。

それに対して、過失犯の共同犯罪においても、共同行為の実施の決意により集合体が形成されることがありえ、客観的な現象としての過失犯の共同犯罪を認めるものの、集合体の形成を認めないことは自己矛盾に陥るとの反論がある⁵³²。

第2款 検討

本稿の第4章では、日本における過失犯の共同正犯について、過失犯にも、故意犯と同様、「一部行為の全部責任」という法理を適用することができ、そして、その成立要件としては、①正犯性要件としての実質的支配力、②共同性要件としての主観面の共同（不注意の相互促進・強化）と客観面の共同（共同結果回避義務の共同違反）、③帰責要件としての心理的ないし物理的関連性が必要である、というように過失犯の共同正犯が成立する理論上の可能性と必要性を論じた。

しかし、共同犯罪の現象と共同犯罪の規制との間には必ずしも対応関係があるわけではない。立法政策の違いによって、同一の現象に対しても異なる立法形式が十分に想定されうる⁵³³。そして、刑法理論は、実際面での有用性を常に心掛けるべきである。共同正犯の主観的側面を限定していない日本刑法60条と異なり、中国刑法25条は、過失による共同犯罪の成立の可能性を排除したという状況に鑑み、日本刑法に基づく結論を直ちに中国に適用して、中国でも過失犯の共同正犯を肯定すべきであると断言することはできない。

したがって、中国において、「過失犯の共同正犯」を論じる際に、まず、現行法にそれを処罰する規定が存在するかどうかを問題とすべきである。現行法上の規定がなければ、立法論的な観点からの議論しかできず、そのような議論に実際上の現実的意義はないであろう⁵³⁴。それゆえ、現行法のもとで、過失犯の共同正犯を肯定するためには、解釈論から根拠づけなければならない。そこで、現行刑法に対する5つの解釈について検討を加えた上で、現行法のもとで過失犯の共同正犯の肯定論が適用される可能性を考察しておきたい。

I. 1つ目のアプローチ

⁵³¹ 馬克昌（主編）『犯罪通論』（武漢大学出版社・1999）518-519頁、姜・前掲注（529）428頁。

⁵³² 何・前掲注（516）82頁。

⁵³³ 何・前掲注（516）84頁以下。

⁵³⁴ 山口・前掲注（342）156頁。

1つ目のアプローチは、過失犯の共同犯罪と故意犯の共同犯罪とは区別すべきであるという点では妥当なものであるが、過失犯の共同犯罪と過失の同時犯を混同してしまい、共同犯罪の成立に不可欠な「共同性」を看過した点では妥当でない⁵³⁵。最も重要なのは、このアプローチは、現行法が過失犯の共同正犯を認めながら、各行為者を単独正犯として処罰すると解することは不適切である。なぜなら、共同犯罪の本質は、「一部行為の全部責任」という法理の適用にあり、共同正犯の成立が認められるものの、単独正犯として処罰することは、共同犯罪の本質を離れ、実際には共同正犯の成立が認められないといわざるを得ないからである⁵³⁶。

II. 2つ目のアプローチ

2つ目のアプローチは、過失犯の共同正犯と過失の同時犯を意識的に区別することは、共同犯罪における「共同性」を明らかにすることには有益である。しかしながら、中国刑法 25 条第 1 款では既に「共同犯罪」という用語が使われており、同法 26 条、27 条は、共同犯罪における役割に応じて主犯と従犯を区別している以上、現行法における「共同犯罪」の概念は、同時犯と異なる犯罪形態であることが導かれうる。そのような前提のもとで、第 2 款で同用語を異なって解釈することは、法解釈のルールに反すると考えられる。そして、中国刑法は、過失犯の共同犯罪を共同犯罪として扱うことを明示的に除外しているので、共同の過失犯罪と過失の共同犯罪の概念をわざわざ区別して、中国刑法は過失犯の共同正犯の成立が認められると主張することは説得力に欠けるとの批判も妥当である⁵³⁷。

III. 3つ目のアプローチ

3つ目のアプローチは、共犯においては、違法性は連帯であり、責任は行為者ごとの個別的事情であるということ認識した点では妥当である。しかし、中国刑法 25 条第 1 款の「共同犯罪」を共同故意犯罪と解すれば、同規定は「共同故意犯罪とは、2人以上共同して故意による犯罪を犯すことをいう」という明らかに常識に反しているものになってしまう。そして、この解釈は、現行法は「2人以上共同して故意による犯罪を犯す」と「2人以上共同して過失による犯罪を犯した」という同じ表現が採用されていることを無視して、後者を過失犯の共同正犯、過失による教唆犯、過失による幫助犯、過失の同時犯をすべて含む広義の過失の競合であると解することは妥当でない。

⁵³⁵ 李・前掲注 (520) 48 頁。

⁵³⁶ 張明楷「共同過失と共犯」西原春夫 (編) 『共犯理論と組織犯罪』 (成文堂・2003) 41 頁。

⁵³⁷ 張・前掲注 (422) 545 頁。

IV. 4つ目のアプローチ

4つ目のアプローチは、上記誤殺事件を挙げて次のように説明している。すなわち、この事件では、「一部行為の全部責任」を適用しなければ、誰の行為が被害者を死亡させたかを判断できないので、「疑わしきは被告人の利益に」という訴訟法上の原則により、どちらも過失責任を問えないが、この結論は25条第2款の規定に反するものであるため、両行為者に死亡結果を帰するためには「一部行為の全部責任」という法理を適用するしかないであろうと指摘している⁵³⁸。つまり、この見解によると、現行法は、過失犯の共同正犯が認められるのみならず、25条第2款は、実際には、過失犯の共同正犯においても「一部行為の全部責任」という法理を適用すべきであると定められている。

しかし、この見解は自己矛盾に陥ると考えられる。同論者によると、共犯について、刑法総則はどのような立法形式を採用しても、「一部行為の全部責任」という共同正犯の帰責法理を規定しなければならない。そうでなければ、構成要件該当行為を行わないが、結果発生への実質的支配力をもっている者と、共同行為全体と結果との間の因果関係が立証できるが、各行為者の過失行為と結果の間の因果関係の立証がない事案を処罰することは、罪刑法定主義に反するものになってしまうからである⁵³⁹。

さらに、同論者は、次のように、中国刑法でも、「一部行為の全部責任」に関する規定が存在することを説明している。すなわち、現行法26条によれば、主犯には、①犯罪集団を結成し、若しくは指導して犯罪活動を行った者、②共同犯罪において主要な役割を果たした者が含まれる。そのうち、①犯罪集団⁵⁴⁰を結成し、若しくは指導する首謀者に対しては、その犯罪集団が犯したすべての犯行に応じて処罰し（刑法26条第3款）、首謀者以外の②に対しては、その者が参加し、組織し又は指揮したすべての犯行に応じて処罰する（刑法26条第4款）。しかし、①であっても、②であっても、構成要件該当行為の実行を前提としておらず、首謀者は、具体的な犯行に参加し、組織し又は指揮しないとしても、他の主犯は、構成要件該当行為の全部又は一部を行わないとしても、全部の責任を負うこととなる。つまり、現行法26条により、共謀共同正犯を含む共同正犯の処罰は可能になり、「一部行為の全部責任」という法理を根拠づける⁵⁴¹。

⁵³⁸ 張・前掲注（422）545頁。

⁵³⁹ 張・前掲注（422）520-521頁。

⁵⁴⁰ 犯罪集団とは、3人以上共同して犯罪を犯すために結成した比較的固定的な犯罪組織である（中国刑法26条第2款）。

⁵⁴¹ 張・前掲注（422）521-522頁。

しかし、中国刑法 25 条はまず、「共同犯罪の概念」という用語が使われており、かつそれを 2 人以上共同して故意による犯罪を犯すことと定められている。その後、26 条～29 条により、「共同犯罪」における関与類型を定めている。これによって、26 条～29 条はいずれも故意犯の共同犯罪のもとで考えられるべき概念であろう。つまり、本稿も、26 条は「一部行為の全部責任」という法理を認めることにより、共謀共同正犯を含む共同正犯の処罰を根拠づけるという観点に賛成するが、26 条は故意犯の共同犯罪のもとで考えられるべき規定であり、過失犯の共同正犯にまでも影響を及ぼすことができない。このように、中国刑法は、故意犯の共同犯罪と過失犯の共同犯罪を別扱いにすることが明らかである以上（刑法 25 条第 2 款前段）、過失犯の共同正犯を認めるために、「一部行為の全部責任」という法理を適用する根拠は、過失犯の共同犯罪に関する規定にも存在しなければならない。

この点について、上記見解は、「それらが犯した罪に応じてそれぞれ処罰する」ということにより、過失犯の共同正犯において「一部行為の全部責任」の適用を根拠づける。しかし、「それらが犯した罪に応じてそれぞれ処罰する」ということは過失の同時犯の場合でも妥当なものであり、26 条のように「一部行為」と「全部責任」との関係を示しているものわけではない。なお、「刑事責任を負うべき者」により、「一部行為の全部責任」を根拠づけることもできない。なぜなら、「刑事責任を負うべき」というのは、単独犯か共犯かを問わない帰責の結果であるのに対して、「一部行為の全部責任」という法理は、刑事責任を負うべきか否かを判断する際に、共同正犯の場合にのみ適用され得る帰属原理である。「一部行為の全部責任」の適用が許されるかどうかにより、共同正犯が認められるかどうかを推論することができるが、単に帰責の結果から、どのような帰属原理が適用されるのかということ推論することはできない。

したがって、残念ながら、過失犯の場合に、「一部行為の全部責任」という法理を適用する根拠となるような規定は存在しないことは認められるほかない。そこでいう刑事責任は、単独犯としての刑事責任である。つまり、25 条第 2 款後段は、過失の単独正犯としての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し、それらを負うべきではない者は処罰しないことを意味する。上記誤殺事件のような因果関係が立証できないケースであれば、各行為者は過失の単独犯として刑事責任を負うべきではないため、当然ながら犯した罪に応じてそれぞれ処罰する可能性はなくなる。

v. 5 つ目のアプローチ

このアプローチの背後には、中国刑法は、故意・過失による共同犯罪の場合の形式的な処罰根拠を規定しているのみで、共同正犯の帰属原理は規定しておらず、そして共同正犯の帰属原理は共同正犯という現象に内在するものであり、刑法の規定を必要とするものではないとする考えが

ある⁵⁴²。しかしながら、前述したように、共同正犯の法効果は、法が共同正犯において「一部行為の全部責任」という法理を適用すると規定してはじめて得ることができる。つまり、共同正犯制度は正犯拡張機能を有するものであり、それに関する総則の規定がなければ、各則の規定する単独犯の構成要件に該当し得ない場合がありうる。要するに、共同正犯制度の根拠は、客観的な社会現象に求めるべきであるが、これらの社会現象に対して、どのような法的評価を与えるかは、法規定に基づくべきであろう。以上は、このアプローチに賛成しない第一の理由である。

5つ目のアプローチと類似して、中国刑法は、故意犯の共同犯罪については共犯体系を、過失犯の共同犯罪については統一的正犯体系を採用していると解する見解がある⁵⁴³。この見解によると、共同正犯は、正犯と共犯を区別しようとする共犯体系のもとでのみ成り立つ概念であり、かつ共犯体系は故意犯のためのものであるため、過失犯の共同正犯という概念は、当然ながらあり得ない。同時に、同論者は、過失犯においても共犯体系が採用されれば、正犯と共犯は、実行行為が行われたかどうかでしか判断できなくなり、これでは、過失犯の処罰範囲を不正に狭めることになることと主張し⁵⁴⁴、中国刑法 25 条 2 款は、過失犯の共同正犯を肯定も否定もせず、ただ過失犯の共同犯罪について統一的正犯体系が採用されることを示しているものにすぎないと解する⁵⁴⁵。

確かに、中国刑法は、過失犯の共同犯罪の場合には、故意犯の共同犯罪の場合のように、主犯と従犯を区別していない（刑法 25 条第 2 款後段）が、これは、現行法は過失犯の共同犯罪自体を否定するものであり（刑法 25 条第 1 款、第 2 款前段）、それを認めるとして、故意犯と異なる処罰原則を定めるわけではない。

なお、中国刑法では「正犯」という概念を明確には用いていないが、各則では、具体的な罪について、正犯行為を規定しており、学説でも、正犯の概念が必要かつ不可欠であると主張することが一般的である。それは、過失犯においても妥当である。実際に、上記見解は、過失犯の共同正犯における「正犯性」を簡単に故意犯のそれと同視し、過失犯の本質に応じて異なる判断基準が必要であることを看過している。過失犯は、結果回避義務違反による犯罪であり、結果回避義務があるのに、それを怠ったのであれば、実行行為が認められる。しかし、それは、過失犯においては正犯と共犯との区別は不要かつ不可能であることを意味せず、結果防止という意味において、合義務的な行為の有効性によって、正犯と共犯を区別すべきである。つまり、教唆や幫助という概念は、そもそも故意犯の共同犯罪の文脈で創設されたものであり、過失犯の共同犯罪の場

⁵⁴² 何・前掲注（516）90 頁以下。

⁵⁴³ 劉明祥「区分制理論解釈共同過失犯罪之弊端及應然選択」中国法学 2017 年 3 期 202 頁以下。

⁵⁴⁴ 劉・前掲注（543）209 頁。

⁵⁴⁵ 劉・前掲注（543）216-217 頁。

合には、この考え方に固執して過失犯の共犯を考える必要がない。このように、可罰的違法性のある犯罪を処罰できなくなることと⁵⁴⁶、概念上の争いに陥ることが避けられるように思われる。以上のとおり、理論上の合理性に欠けることは、5つ目のアプローチ又はそれと類似する見解に賛成しない第二の理由である。

VI. 小括

以上のような解釈論のアプローチと裁判例が存在することは、過失犯の共同犯罪又は共同正犯を認めることの理論的必要性を反映しており、この点については、本稿も同様の立場に立っている。しかし、現行法のもとで、刑法 25 条を解釈することを通じて過失犯の共同犯罪を認めることは極めて困難であるといわざるを得ない。

まとめると、以上の5つのアプローチには、以下の問題があると考えられる。まず、第一は、共同正犯制度の本質が、「一部行為の全部責任」という法理の適用にあることを看過して、共同正犯を認めながら、単独正犯の帰属原理を適用しようとすることである。第二は、解釈のルールに違反して、刑法における同一の用語に異なる解釈を与えることである。第三は、現行法が正犯と共犯という用語を使わないことを無視し、理論的論証をせずに、主犯と正犯、従犯と共犯を直接同列に扱い、さらにこれを根拠に、主犯と従犯という区分が採用される現行法は、正犯と共犯を区別する二元的共犯体系を採用すると解することである。

上述した解釈は、一定の合理性がないものとはいえないが、仮にこれらの解釈の可能性が認められたとしても、共同犯罪が故意にしか成立しないという観念が司法実務に深く根差している以上、司法実務がこれらの解釈を受容することは困難であろう。

したがって、中国刑法 25 条については、以下のように解すべきである。まず、25 条第 1 款により、共同犯罪を故意犯の共同犯罪に限定した上で、第 2 款前段により、第 1 款の共同犯罪の概念を補足し⁵⁴⁷、さらに、第 2 款後段により、過失犯の共同犯罪は、単独正犯として刑事責任の有無を判断して処罰すべきであると定められていると解すべきである。つまり、現行法のもとで、中国では過失犯の共同正犯を含む過失犯の共同犯罪が成立する余地はないと解するほかない。

第 3 款 過失競合論に基づく関係者間の責任分担

⁵⁴⁶ 教唆犯と幫助犯という分類方をそのまま過失犯の領域に適用すると、可罰的違法性のある教唆犯と幫助犯を処罰できなくなるか、可罰的違法性のない教唆犯と幫助犯をすべて処罰することになるという不合理な結果が避けられない。

⁵⁴⁷ 王愛立（主編）『中国人民共和国刑法積義』（法律出版社・2021）45 頁。この本は、全国人民代表大会法制工作委员会刑事法室の専門家が作成したものである。

中国刑法のもとで、過失犯の共同正犯が成立する可能性が否定されるので、日本では過失犯の共同正犯が認められるべきケースであっても、中国では過失の競合としてしか扱われない場合がありうる。このような状況で、過失犯の共同正犯を完全に同時犯に解消することができないとしても、法改正が行われるまでは、少なくとも、処罰が妥当な範囲に収まるように、過失競合論の改善を努めるべきであろう。

I. 過失犯の共同正犯の否認による処罰の間隙

前述したように、過失犯の共同正犯を認める実益は、①行為者は構成要件該当行為を行わないが、結果発生への実質的支配力をもっている場合と、②共同行為全体と結果との間の因果関係が立証できるが、各行為者の過失行為と結果の間の因果関係の立証がない場合には明らかに存在する。前者は、共同正犯制度の正犯拡張機能、後者はその帰責範囲拡張機能を示したものである。したがって、そこで考察すべきなのは、過失犯の共同正犯が認められない場合、すなわち、共同正犯制度の上記2つの機能が果たせない場合に、どのような処罰の間隙が存在しうるかという問題である。

共同正犯とは、単独正犯の共同を意味するわけではなく、「共同性」があるからこそ、行為者は単独正犯のような結果発生への実質的支配力を得る場合がありうる。すなわち、共同正犯制度の正犯拡張機能は、共同正犯制度の結合機能によるものといえる。同時に、過失犯の共同正犯が認められる場合には、危険創出という段階における共同結果回避義務の共同違反があれば足り、危険実現における共同までが必要ではない。そして、危険創出の段階で、関与者間の心理的・物理的関連性があれば、結果帰属においては、関与者のうち誰かが結果を惹起したことが立証できれば、各関与者の行為と結果との間の因果関係が立証できないとしても、関与者全員に結果を帰属することができる。このように、結果帰属を拡張するためには、同様に、共同正犯制度の結合機能を離れることができないといえる。

結合機能を根拠づけるものは、複数過失の間の「共同性」である。共同性を備えるためには、具体的に、不注意の相互促進・強化と共同結果回避義務の共同違反が必要とされる。そのうち、不注意の相互促進の存在は共同作業自体の性質で決めるものである。つまり、複数の者が共同して高度に危険な作業を行う場合には、各関与者は、結果の防止という意味において、相互利用・補充関係にあり、このような関係にあることから、客観的に見て、各関与者は互いに安心感を与えることで注意が散漫になり精神が弛緩しやすい状況にあることとなる。それゆえ、このような不注意の相互促進・強化を避けるためには、各関与者に他者の作業についてまで注意を払うべき義務が課されることとなる。この意味において、共同作業において、結果の防止について各関与

者は相互利用・補充関係にあることには、共同性の根拠があるといえよう。このような関係にあることから、関係者の地位の上下又は作業の順序を問わず、過失犯の共同正犯が成立しうる。

事例からみると、日本でも、中国でも、医療過誤の多くは、初歩的なミスによるものであることがわかる。これらの事例の特徴は、各行為者の行為と結果との間の因果関係を立証することは一般に困難ではなく、理論的にも、一般に、客観的帰属論あるいは相当因果関係説に基づいて結果帰属を実現することができるということである。しかし、過失犯における因果関係の起点は、許されない危険の創出であり、つまり、結果回避注意義務違反の有無がまず問題となる。しかし、過失犯の共同正犯が認められないならば、共同作業間の相互注意義務も認められないことになり、各行為者に他人の行為に対して注意を払うことが求められる理論上の根拠はなくなるであろう。

では、具体的に、相互注意義務が認められないことにより、過失犯の処罰に、どのような影響を与えるであろうか。過失犯の共同正犯には、①関与者のうち誰かが結果回避義務を履行すれば結果を回避しうる場合と、②関与者全員の結果回避義務履行があつてはじめて結果を回避しうる場合を観念することができる。①の場合には、結果の防止のために、各関与者には、内容が重複している結果回避義務が課されるが、自ら結果回避義務を履行すること、あるいは、他の関与者をして結果回避義務を履行させることで足りる。したがって、この場合に、結果が発生した際に、各関与者のいずれも自ら結果回避義務に違反したとともに、他の関与者をして結果回避義務を遵守させる義務をも履行しなかった（自らの結果回避義務違反+相互注意義務違反としての結果回避義務違反）ということができる。それに対して、②の場合には、各関与者が負う結果回避義務は、一般に、内容的に同じではなく、協力し合つて履行すべき義務である。それゆえ、行為者は、自ら結果回避義務を履行するだけでなく、他の関与者をして結果回避義務を履行させることも必要とされる。したがって、結果を惹起させた際に、各関与者が、自ら結果回避義務に違反し、あるいは、他の関与者をして結果回避義務を履行させる義務を遵守しなかったことで結果を起こした場合と、この2つの結果回避義務に同時に違反したことで結果を惹起した場合が考えられるが、1つの注意義務違反さえあれば、結果発生に足りる（自らの結果回避義務違反/相互注意義務違反としての結果回避義務違反）。

①の場合には、過失の単独正犯と過失犯の共同正犯の構成は両立し、いずれかで処罰する場面が多いため、必ずしも過失犯の共同正犯が認められなければ処罰することができないようなものに属するわけではない。それに対して、②の場合には、自ら結果回避義務を履行したとしても、相互注意義務を果たせないのであれば、過失責任を問うべきである。その反対、相互注意義務が否定される以上、信賴の原則を適用することで他人の作業について注意を払うことが求められず、結果回避義務違反がないことを理由に、過失責任が問われなくなる。なお、自ら結果回避義務を履行せず、そして、そのような結果回避義務違反が結果発生に対して実質的支配力を有しな

い場合もありうる。このような場合、相互注意義務が否定されると、正犯性を備えないため、過失責任を問えないことがありうる。この意味で、過失犯の共同正犯を認める実益は、②の場合に最も顕著である。

以上から、過失犯の共同正犯が成立する余地がない現行刑法のもとで、上記②のような場合における関係者間の責任分担は特に問題となる。では、過失競合論に基づき、組織的医療における関係者間の責任分担を検討する際に、そのような「処罰の間隙」に対してどのように対応すべきであろうか。

II. 解決策

共同作業者は、不注意の相互促進・強化を回避して危険をコントロールするために、各関係者が自分の分担している作業だけに専念するだけでは足りず、分業の実態を超えて、他の共同者の分担している作業についてまで注意すべき場合がありうるため、各関係者に相互注意義務が課される。共同作業で各関係者は相互利用・補充関係にあることは客観的な事実であるが、共犯制度が存在しなければ、相互注意義務を広く是認することは、個人責任原理に違反するといわざるを得ない。しかし、他人の行動についてまで注意を払うべき義務は、必ずしも共犯制度の存在を前提としているわけではなく、その発生根拠は、現実社会における危険の回避と分担の必要性にあるため、信賴の原則の適用が否認された場合にはあり得るものである。言い換えると、危険の回避という意味において、共同作業を行う者の間に信賴の相当性がない場合には、これらの者の間に相互注意義務が肯定されるのである。

では、具体的に、どのような場合にこのような相互注意義務が考えられるであろうか。前述したように、「病院作業システムと人員の職務（2011年版）」によれば、手術前には、外科医と麻酔医が自ら患者を診察し、患者とその家族への告知・説明義務を果たし、そして両者は、協力して麻酔方法や麻酔前投薬を決定すべきである。このように、外科医と麻酔医が、各自の専門的知識を用いて麻酔方法や麻酔前投薬の決定に関与している。この場合においては、両者の分業は、それぞれの専門性に基づくものであるため、両者は内容的に同じ注意義務を負うわけではなく、両者の注意義務履行があってはじめて結果を回避しうるが、一般に、相互注意義務がないというべきである。しかし、外科医であっても、麻酔医であっても、医師としての基本的な知識を持っているため、相手の行動が明らかに不適切な場合においては、たとえそれが自分の担当する分野に影響を及ぼしていなくても、信賴の相当性がないとして、相手に注意喚起、確認、あるいは制止することが求められる。このように、外科医と麻酔医との間には、相互注意義務が存在すると解することが可能になる。この場合に、行為者は自らの注意義務を果たしたとしても、相互注意義務の履行が、法益保護に有効であれば、正犯として結果を帰属すべきである。つまり、こ

の場合に、相互注意義務が認められるだけでなく、相手の行為を制止できるような支配力がなければならぬ。

要するに、対等の地位にある行為者が共同して作業を行う場合、たとえそれぞれの専門性に基づく分業であっても、結果発生の実面的な予見がある場合には、相互注意義務を認めるべきであり、そして地位の平等を理由に、行為者が結果発生への支配力をも肯定すべきである。このように、過失犯の共同正犯が認められないことから生じる処罰の間隙の一部を埋めることができると考えられる。

第4項 小括

以上から、日本の議論から、中国の組織的医療における関係者間の責任分担に対しては、次のような示唆が得られる。

第一に、信頼の原則は、交通の現代化の背景に、過失認定の原理として、日独から導入された後、現在、中国でも、それは交通事犯の分野のみならず、チーム医療のような組織的作業の分野でも、結果回避義務を制限する原理として機能を発揮すべきものである。しかし、許される危険のみが信頼の原則に従って関与者に分配することができるという原則によれば、医療の分野における信頼の原則の適用が認められるが、中国の医療格差を考慮し、信頼の原則の適用の可否を判断するにあたり、疾患の診療は、末端医療機関のサービス能力を超えたかどうか、農村医の開業範囲を超えたかどうかを厳格に考察しなければならない。

第二に、過失犯の共同正犯は、客観的な現象として存在し、そして制度としての理論上の合理性と必要性があるものである。しかし、客観的な現象に対処する法規定は異なることが可能である。中国の場合には、刑法が明確に過失犯の共同犯罪の成立する可能性を排除した。それに対して、学説では、刑法規定を再解釈することにより、過失犯の共同正犯を認めるとする見解が多いが、これらの見解をそれぞれ分析すると、どれも妥当ではないものと考えられ、中国では、過失の競合論を用いて、組織的医療における関係者間の過失責任を判断するほかないと思われる。

しかし、過失犯の共同正犯が認められないとしても、信頼の原則の適用を否定する際に、相互注意義務が関与者間に成立する可能性があることを看過してはならない。専門職の連携において、行為者は、相手が医師としての基本的な注意義務に違反したことにより結果を発生させる可能性を現実的に認識した場合には、形式的な分業を超えて、他人の作業についてまで注意を払うべき義務を認めるべきである。この際に、行為者は自らの注意義務を果たしたとしても、上記注意義務を怠ったことにより結果が帰属される余地がある。

第4節 小括

1997年中国刑法では、医療従事者による医療過失行為を規制するために、医療事故罪が規定されているが、医療過誤の犯罪化と量刑に対して、非常に慎重な姿勢をとっている。また、中国の医療事故の刑事訴訟では、罪名の適用については統一的な基準を欠けるという問題があり、過失の判断については、医療事故技術鑑定に過度に依存し、事後的判断と規範的判断を区別し、刑法学の視点から、客観的な事実について規範的な検討を加えないという問題がある。

本章では、まず、上記の問題点をめぐり、中国の組織的医療における個人の過失責任のあり方を検討した。その結果、日本の議論から、中国組織的医療における個人の過失の判断に対しては、次のような示唆が得られた。まず、中国刑法15条1項には、過失犯罪を規定しているが、それは過失犯の主観的側面のみに関わるものであり、中国刑法のもとでも、過失の本質は結果回避義務違反と解すべきであり、そして結果回避義務が成立するためには、結果発生に対する具体的な予見可能性がなければならない。つまり、中国刑法のもとでも、過失構造論については新過失論を適用しうる。次に、医療関係者の注意義務について、中国でも、看護師に対する医師の注意義務は、指示義務、医学的指導義務、点検確認義務に分類することができる。さらに、中国法においても、直接行為者だけでなく、監督者の過失を問うべきであり、そして監督過失が認められる場合には、日本のように、被監督者と監督者両方が同一の罪で責任を追及することができる。また、因果関係の判断について、実務では事後的因果関係と法的因果関係を区別して扱うべきである。そして、法的因果関係の判断においては客観的帰属論を適用すべきであり、事後的結果回避可能性がない行為に結果を帰属することは避けるべきである。

さらに、本章では、中国の組織的医療における関係者間の責任分担について検討を試みた。これらの検討により、日本の議論から、中国の組織的医療における関係者間の責任分担に対しては、次のような示唆が得られた。まず、中国刑法のもとで、信頼の原則を結果回避義務を制限する原理と解することができる。そして信頼の原則の適用の可否は、中国の医療格差を考慮し、厳格に考察すべきである。次に、中国の現行刑法のもとで、過失犯の共同正犯が成立する余地がないため、中国では、過失の競合論を用いて、組織的医療における関係者間の過失責任を判断するほかはない。しかし、同時に、各行為者について信頼の原則の適用を否定する際に、相互注意義務が認められることにより、他人の行為による結果惹起について責任を問う可能性がある。

終章 要約と残された課題

第1節 要約

本稿では、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という2つの課題をめぐり、チーム医療における刑事過失責任を考察してきた。本稿の内容を要約すると、次のとおりである。

序章では、第一に、準備的作業において、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上で、日中における医療過誤に対する刑法規定を比較法的に考察しながら、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的検討は、中国で適用しうることが確認された。第二に、個人の過失責任に関しては、注意義務、過失競合論と監督過失論の区別、因果関係の有無という問題を提示し、関係者間の責任分担に関しては、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という問題を提示した。第三に、過失構造論に関して、本稿は新過失論の立場に立つことを示した。

第1章では、共同作業における各関係者の注意義務の間に指示・監督関係があるという垂直的分業のもとで、医師と看護師の連携または上下関係にある医師間の連携において、下位者に対して、上位者である医師がどこまで注意義務を負わせるかを限界づける理論及び複数の過失間の関係を検討した。

医師と看護師の連携においては、第一に、診療の補助と医師の指示の関係を明確にすることで、医師が看護業務に関与すべき範囲を最初から限定した上で、指示過失の判断に関する具体的な問題を論じた。検討の結果、(i) 看護師が「診療の補助」に従事する場合に限り、医師の過失責任が問題となること、(ii) 指示過失を判断するにあたり、事後的結果回避可能性の有無を重視すべきであることが明らかとなった。

第二に、医師がどこまで監督義務を負うのかを明確し、監督過失の成立を限界づける理論や監督過失構造論の問題を論じた。検討の結果、(i) 医師の監督は、看護師が過誤を犯さないように行われる危険の制御手段であるため、医師の監督義務の有無とその程度は、診療補助行為自体のリスクと起こりうる過誤の類型とその発生頻度を合わせて考慮しなければならないことがわかった。そして、(ii) 監督過失構造論に関しては、①監督義務と結果回避義務は異なり、前者は監督過失の主体を特定する機能を有するが、後者の違反は監督過失の成立に必要不可欠であること、②監督過失には不作為犯だけではなく、作為犯の場合もありうること、③監督過失は正犯と同等の可罰性があるものであることを示した。

第三に、以上の議論を踏まえ、過失競合論と監督過失論の区別を目指して、複数人の過失犯理論から判例の再検討を行った。そこで、医師と看護師が共同して作業を行う場合に、医師に課される注意義務は、医師自身の注意義務か、看護師に対する監督義務かについては、危険防止の観点から、業務分担関係には実質的な合理性があるかどうかによって判断すべきであり、過誤を防

止するために関与者が重畳的に負う点検確認義務は、医師自身の注意義務と解すべきであるとした。

さらに、上下関係にある医師間の連携については、上記の検討で得られる結論を用いて、研修医に対する指導医の責任及び診療科のリーダーの責任を論じた。検討の結果、(i) 指導医の責任については、研修医の医行為に対する指導医の「許可」は、看護師の診療の補助に対する医師の「指示」と同様に、医行為又は診療の補助の開始要件として捉えるべきであることと、(ii) 研修医は、医師免許を取得し、医師としての基本的な注意義務を負うため、指導医の監督過失の成否については、慎重に判断すべきであるとの結論が得られた。そして、(iii) 埼玉医科大学病院抗がん剤過剰投与事件を検討することにより、上下関係にある複数の医師が共同して作業を行う場合には、上位医師の注意義務の有無とその性質は、下位医師の専門性と診療の難易度を合わせて判断すべきであると解された。

第2章は、ある特定の作業が行われる際に、関与者の職位の上下を問わず、各関与者は互いに指示・監督を受けずに、独立して職責を果たすことができるという水平的分業のもとで、各関係者の過失責任のあり方を検討するものである。そこでは、同職種間の引き継ぎ作業と異職種間の引き継ぎ作業を分けて、それぞれにおける過失の判断及び責任の限定について検討を加えた。

具体的には、第一に、交替制のチーム医療として行われる看護体制のもとで、複数人の過失が時間の前後に従って累積的に重なったことによって結果を発生させた京大病院エタノール事件を検討した。そこで、(i) 同職種間の連携において、最初の行為者の過失行為に最後の結果を発生させ得る程度の危険が含まれないが、同人が創出した危険性は複数の過失の介入で質的に転換させなかった場合に、同人の過失行為と結果との間の因果関係が認められるべきであると結論づけた。そして、(ii) 最初の行為者の過失から誘発された後任者らの過失について、分業の基礎は各関与者の専門性ではないため、各関与者は共同で結果を回避するために努力すべきであり、多層的な点検確認義務が求められ、また因果関係が立証できれば、後任者も正犯として結果を帰属させるべきであるとした。

第二に、(i) 薬剤師、事務員と看護師間の連携及び(ii) 手術チームにおける連携について、それぞれ3%ヌペルカイン事件と横浜市大病院患者取り違い事件を素材とし、専門職間の引き継ぎ作業における過失の判断と責任の限定を検討した。まず、(i) 3%ヌペルカイン事件の検討により、分業の基礎は各関与者の専門性である場合であっても、①因果関係中断論や答責領域の変わりにより、危険を創出した前任者の行為と結果との因果関係を否定することができないこと、②分業の基礎は異なることでそれぞれの業務の中核的内容に注意を払う可能性がないが、結果の防止に必要な注意義務の履行が専門的知識や技術を伴わない場合、専門性の異なる者間で共通の注意義務を負う余地があることが明らかとなった。

次に、(ii) 横浜市大病院患者取り違え事件を検討した結果、①専門職間の引き継ぎ作業において、初歩的なミスを防止するために、各関与者に同一の基本的な注意義務が課されるとしても、関与者全員が同時にそれを果たすべきであるとまで解することは必要ではなく、各関与者の職責に応じて注意義務を分配することができること、②専門職間の連携であっても、合義務的な行為を考えると、行為者の個別的事情を完全に捨象して、結果回避義務を一般化してはならず、各関与者に期待される具体的な結果回避措置の内容は、各人の職務上の地位や関与の状況によって異なるべきであることを示した。

第3章では、信頼の原則の検討を中心に、分業に伴う医療関係者間の責任分担を議論した。そこで、第一に、過失の判断における信頼の原則の位置づけを検討した。信頼の原則は、許された危険や危険の分配の法理の一応用場面であり、行為者の結果回避義務を制限する原理として位置づけるべきであるとした。

第二に、組織的医療における信頼の原則適用の可否とその限界に関する判例・学説の立場を整理した。組織的医療における信頼の原則の適用限度は、組織的医療における関係者間の責任分担に関して、とりわけ監督責任の限界づけに関する議論がなされる際に、不可避な問題であり、それをめぐる議論が、今でもチーム医療に伴う分業体制のもとで、安全性と効率性の両立を中心に行われていることを示した。

第三に、組織的医療における信頼の原則適用の可否と適用基準について検討を加えた。そこで、(i) 交通事犯の分野に形成・発展された信頼の原則が、関与者は危険防止という意味において協力関係にあるすべての場合には適用可能なものであり、(ii) 組織的作業における信頼の原則の適用は無制限ではなく、業務の性格、業務分担の確立の度合い、業務分担者の専門上の能力等を考慮した上で、その限界と基準を検討しなければならないと考えられた。

次に、組織的医療における信頼の原則の適用基準について、本章では、(i) 主観的要件として、医療従事者間に実質的信頼関係があり、そしてこの実質的信頼関係を否定する反対的事実がなかったこと、(ii) 客観的要件として、安全確保体制の有無、医療関係者間の分業関係とそれに応じて注意義務の内容と役割分担等を考察して、危険の防止の角度から、その分業関係が実質的合理性を有するものでなければならないこと、(iii) 消極的要件としての相当性の阻却事由の不存在という3つの要件があることが明らかとなった。

さらに、本章では、垂直的分業の場合と水平的分業の場合を分けて、信頼の原則を適用しうる場面をさらに明確にした。具体的には、(i) 垂直的分業の場合において、信頼の原則の適用の可否を判断するにあたり、上位者に刑法上の許されない危険を創出した結果回避義務違反があったかどうか、下位者の選任について医師が注意義務を尽かしたかどうかを重要であることを示した。また、(ii) 水平的分業の場合においては、同職種間の引き継ぎ作業における後任者は、前任者が誤ることなく業務を行うものと信頼することで、自分の作業に伴う類型的危険を防止す

るための基本的注意義務を遵守しなければならない。そして、異職種間の連携においては、原則として、互いに、相手は自分の権限の範囲内で、専門的知識に基づいて適切な判断や処置をすることを信頼でき、相手の過失から結果を発生させた場合には、過失責任を負わないが、関係者間で実質的信頼関係がない場合、または、自身に危険を創出した結果回避義務違反があった場合には、信頼の原則の適用を排除すべきである。

最後に、本章では、組織的医療における信頼の原則の適用に重要な意義を持つ、千葉大採血ミス事件と北大電気メス器事件を分析し比較した上で、上記の検討で触れられなかった問題について検討を試みた。検討の結果、結果回避義務の前提となる予見可能性と信頼の原則の適用を限定するための予見可能性は、異なる判断枠組みを有するものであると結論付けた。具体的には、前者の場合には、行為者が第一次的注意義務を負うのであって、行為に内在する具体的な類型的危険と、それによって特定の結果発生に至る因果関係の基本部分が認識可能であれば十分である。それに対し、後者の場合には、行為者が第一的注意義務を負わないため、類型的危険を発見するような注意を払わなくてもよく、現実的かつ具体的な危険と、それによって特定の結果発生に至る因果関係の基本部分を予見しえた場合にはじめて、信頼の基盤が動揺し、結果回避義務が肯定される。

第4章では、過失犯の共同正犯の成否の検討を中心に、分業に伴う医療関係者間の過失責任を検討した。第一に、過失犯の共同正犯の成否をめぐり、従来の判例と学説の立場を整理した。

(i) 判例において、組織的医療における複数人の過失責任が肯定された場合には、過失の同時犯として扱われることが一般的であり、過失犯の共同正犯が認められる少数の場合には、行為者の職種が同じであるという傾向が見られる。(ii) 学説を整理した結果、過失構造論争の影響で、現在、過失犯の共同正犯を認めるか否かをめぐり、学説では、犯罪共同説と行為共同説という共同正犯論固有の議論から論じるのではなく、問題の対立点は、過失犯の共同正犯として処罰する必要性があるかどうかにあることが明らかとなった。

第二に、過失犯の共同正犯の成否は、過失犯において、「一部行為の全部責任」という法理を適用する根拠があるかという問題に依拠している。具体的には、過失犯の共同正犯の成立要件としては、(i) 正犯性要件としての実質的支配力、(ii) 共同性要件としての主観面の共同（不注意の相互促進・強化）及び客観面の共同（共同結果回避義務の共同違反）であることを示した。

第三に、代表的な事例を検討することにより、組織的医療における過失犯の共同正犯が成立しうる場面が明らかとなった。さらに、以下の帰結も得られた。(i) 関与者間に監督関係がある場合や、各人の法益保護のための注意義務履行の有効性に差がある場合には、相互的支配があり得ない以上、過失犯の共同正犯の成立は考えられない。(ii) 関与者間に上下関係があるが、(i) の場合に該当しないとき、過失犯の共同正犯が成立しうる。(iii) 共同して許されない危

険を創出または増大させたのであれば、複数の注意義務違反の間に時間的先後関係があっても、「共同違反」が認められる。(iv) 分業・協業の基礎は各人の専門性であり、専門の領域内で過誤を犯した場合に、不注意の相互促進・強化があり得ず、相互注意義務も信頼の原則で免除されるため、過失犯の共同正犯が成立する余地はない。

第5章では、上記第1章～第4章の検討を踏まえ、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という2つの課題に関する中国の議論状況と実務の現状を概観した上で、日本の議論への考察から、中国の議論に対していかなる示唆が得られるかについて検討を加えた。

第一に、中国における医療事故罪の刑事裁判の現状を把握した上で、それに存在する問題点を提示した。中国における医療事故罪の刑事裁判の現状を整理することにより、中国では、医療過誤の犯罪化と量刑に対して、非常に慎重な姿勢をとっていることが示された。また、1997年中国刑法が医療事故罪を規定して以来24年間の同罪の判例を分析した結果、(i) 医療事故の刑事訴訟では、罪名の適用について統一的な基準を欠けるという問題と、(ii) 過失の判断については、医療事故技術鑑定に過度に依存し、結果回避義務とその違反を意識的に検討しない点、及び因果関係の判断においては事実的判断と規範的判断を区別し、刑法学の視点から、客観的な事実について規範的な検討を加えないという問題があることが明らかとなった。

第二に、医療事故罪の刑事裁判における過失の判断に存在する上記の問題点をめぐり、中国の組織的医療における個人の過失責任のあり方を検討した。検討の結果、日本の議論から、中国組織的医療における個人の過失の判断に対しては、次のような示唆が得られた。(i) 中国刑法のもとでも、過失構造論については新過失論を適用しうる。(ii) 医療関係者の注意義務について、中国と日本の医療体制は異なるが、看護師に対する医師の注意義務は、第2章で示した方法論に従って、指示義務、医学的指導義務、点検確認義務に分類することができる。(iii) 中国においても、直接行為者だけではなく、監督者の過失を問うべきであり、そして監督過失が認められる場合には、日本のように、被監督者と監督者両方が同一の罪で責任を追及することができる。(iv) 因果関係の判断について、実務では事実的因果関係と法的因果関係を区別して扱うべきであり、そして、法的因果関係の判断においては客観的帰属論を適用すべきである。

第三に、中国の組織的医療における関係者間の責任分担について検討を試みた。これらの検討により、日本の議論から、中国の組織的医療における関係者間の責任分担に対しては、次のような示唆が得られた。(i) 中国刑法のもとで、信頼の原則を結果回避義務を制限する原理と解することができる。そして医療の分野において信頼の原則の適用が認められるが、中国の医療格差を考慮し、信頼の原則の適用の可否を判断するにあたり、疾患の診療は、末端医療機関のサービス能力を超えたかどうか、農村医の開業範囲を超えたかどうかを厳格に考察しなければならない。(ii) 中国の現行刑法のもとで、過失犯の共同正犯が成立する余地がないため、中国では、

過失の競合論を用いて、組織的医療における関係者間の過失責任を判断するほかはないと考えられる。しかし、同時に、過失犯の共同正犯が認められないとしても、各行為者について信頼の原則の適用を否定する際に、相互注意義務が認められることにより、他人の行為による結果惹起について責任を問う可能性があることを看過してはならない。

第2節 残された課題

本稿は、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という2の課題を中心に、チーム医療における刑事過失責任を検討するものである。そのうち、組織的医療における個人の過失責任のあり方という課題を検討する際に、管理過失については、それと監督過失の区別を提示するにとどまり、過失の判断についての検討は不十分なものとなった。また、組織的医療における医療従事者の内部の責任分担について検討を加えたが、医療従事者の過失と患者あるいは患者の家族の過失が競合した場合に、これらの者の中で責任をどのように分担すべきかは、さらなる考察が必要である。さらに、本稿は、組織の活動で結果を惹起した際に、組織体の構成員の過失責任と構成員間の責任分担に着目するものであるが、組織体自体の過失責任を追究する余地があるかどうかは、なお検討を要する。

なお、近年、医療の分野において、人工知能（AI：artificial intelligence）が疾患の予防・診断・治療で運用されている。例えば、人工知能技術を用いてがん細胞の分析や病理診断が研究されており⁵⁴⁸、ロボット支援下手術が導入されている。このような人とロボットの組織的作業により事故が引き起こされる場合、ロボットの自律性をどこまで承認するか、従って結果を誰に帰責させるかがまさに問題となりうる。これについても今後の課題としたい。

⁵⁴⁸ 「がん病理組織画像の特徴を数値化する人工知能技術の開発」

（日本医療研究開発機構ウェブ・サイト内https://www.amed.go.jp/news/release_20220302-01.html（2022年5月20日最終閲覧））