



Title	チーム医療における刑事過失責任（２）：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; Zhang, Jia Yu
Citation	北大法学論集, 74(4・5・6), 527-631
Issue Date	2024-03-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/91418
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_74_4・5・6_10_Zhang.pdf



チーム医療における刑事過失責任（2）

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

張 佳 宇

目 次

序 章 はじめに

第1節 準備的考察

第1項 日中における「チーム医療」

第2項 日中における「医療過誤」

第1款 「医療過誤」の定義

第2款 刑法上の対応

第3款 比較法的な考察

第2節 問題の提起

第1項 個人の過失責任のあり方への問題

第2項 関係者間の責任分担への問題

第3節 過失構造論に関する本稿の立場

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

（以上、本号）

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 分業における各関与者の注意義務

第1款 垂直的分業の場合

第2款 水平的分業の場合

第3項 監督過失論のあり方

第1款 議論状況

第2款 実務の現状

第3款 検討

第4項 因果関係論のあり方

第1款 議論状況

第2款 検討

第5項 判例の再検討

第1款 垂直的分業の場合

第2款 水平的分業の場合

第6項 小括

第3節 組織的医療における関係者間の責任分担

第1項 検討視座と方法

第2項 「信頼の原則」の検討

第1款 議論状況

第2款 検討

第3項 「過失犯の共同正犯」の成否の検討

第1款 中国における「過失犯の共同正犯」

第2款 検討

第3款 過失競合論に基づく関係者間の責任分担

第4項 小括

第4節 小括

終章 要約と残された課題

第1節 要約

第2節 残された課題

第1章 垂直的分業における過失の判断

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¹。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げ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

¹ 古川伸彦「過失競合事案における注意義務の重畳関係の論定」刑法52巻2号（2013）301頁。

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²も同様の立場を採り、判例³と学説⁴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」だけではなく、「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⁵。

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、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⁶。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

² 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」であると規定している。

³ 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。

⁴ 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。

⁵ 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。

⁶ 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『保健師助産師看護師準看護婦の業務と法的責任』(日本看護協会出版部・1962)9頁、大谷實「医師法17条にいう『医業』の意義」福田平ら編『大塚仁博士古稀記念祝賀(上)』(有斐閣・1993)445頁。

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、医行為をめぐり、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⁷。

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。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

⁷ 「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））

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⁸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⁹、(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

⁸ 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。

⁹ 飯田英男『医療過誤に関する研究』（法曹会・1974）50頁。

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

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 of 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¹⁰、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

¹⁰ 「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。

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¹¹。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¹²。

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¹³。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¹⁴。

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巻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

¹¹ 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）462頁。

¹² 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一」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。

¹³ 小沼敦・前掲注（12）201頁以下。

¹⁴ 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巻8号（2004）665-669頁。

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¹⁵。

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（例えば診断、手術、処方等）¹⁶。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。

¹⁵ 野田寛『医事法（上）』（青林書院・1984）79-80頁。

¹⁶ 甲斐克則ほか（編）『医師法辞典』（信山社・2018）322頁（良村貞子）。

(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)。

看護師と患者と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。

（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¹⁷。

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、業としてと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巻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。

¹⁷ 福山・前掲注（11）463-464頁。

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¹⁸。看護師が医師の指示を受けずに診療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¹⁹。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。

¹⁸ 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。

¹⁹ 野田・前掲注（15）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。

（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無いが、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²⁰。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

²⁰ 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巻8号（2004）667頁。

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」²¹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わりはない」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巻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べきであるため、この場合においても、

²¹ 「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））

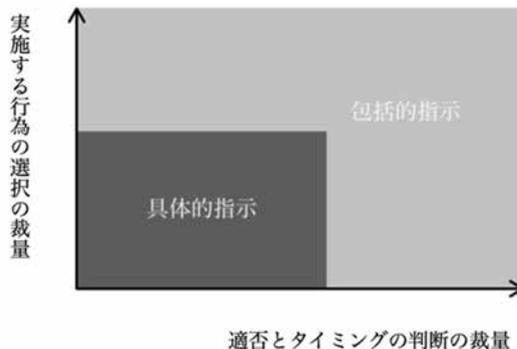
²² 前掲注（21）。

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²³。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））

²³ 「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））

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²⁴。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

²⁴ 「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））

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、医師がその確認を忘れ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²⁵。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

²⁵ 山中敬一『医事刑法概論Ⅰ』（成文堂・2014）499-500頁。

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²⁶。ここでは、【事例1】(大阪高判昭和26年12月10日高刑集4巻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巻11号1539頁)は、被告人兩名の過失を認め、医師を罰金8千円に、看護師を罰金3千円に処したが、被告人兩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。

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

²⁶ 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。

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²⁷。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²⁸、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²⁹。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³⁰。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

²⁷ 伊東研祐『刑法講義総論』（日本評論社・2010）152-153頁。

²⁸ 伊東・前掲注（27）153頁注（42）。

²⁹ 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。

³⁰ 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) 21CoxCC692）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。

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³¹、少なくとも、条件関係の判断は、惹起的關係の有無をめぐり、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・制裁的判断であり、かつ事後の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、事後の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「事後の結果可能性」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³²。

問題となるのは、事後の結果回避可能性は、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」³³。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、事後の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

³¹ 辰井聡子「因果関係論」刑法45巻3号(2006)372頁以下。

³² 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。

³³ 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。

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）。

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に時間を浪費し、その結果、午前10時20分ごろに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、躯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が問題となろう。

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、准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)と判示した。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³⁴。

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、准看護師には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。

³⁴ 高速道路停車事件(最決平成16年10月19日刑集58巻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巻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巻11号761頁、最決平成15年7月16日刑集57巻7号950頁、最決平成18年3月27日刑集60巻3号382頁がある。前田雅英『刑法各論講義〔第7版〕』(東京大学出版会・2020)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 Ca20cc 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「準看護師として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³⁵。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³⁶。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

³⁵ 例えば、神戸地裁姫路支判昭和43年9月30日下級刑集10巻9号948頁は、サルソグレランの静脈注射の際に、「被告人が看護師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 は看護師 Y にサルソグレラ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 看護師は経験約一四年の熟練看護師であり、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ラ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」いことを理由として被告人 X の責任を否定した。

³⁶ 古川・前掲注(33)196頁以下参照。

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」「希釈一腹腔内」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³⁷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、医行為から生じう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

³⁷ 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。

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³⁸、人間は人間である以上、いつでもミスを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。

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³⁹。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、起こりうる過誤の類型もさまざま

³⁸ 米田・前掲注(37)36頁。

³⁹ 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。

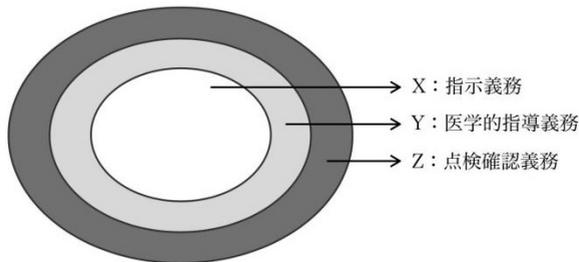
あるため、医師が関与すべき程度も異なることになる。具体的に、(i) 準備の行程においては、警告・禁忌事項の見落とし、患者の誤認、指示受けの誤り、薬剤の誤り、投与量の誤りというような初歩的なミスを防止するために、通常の注意を払うことで足りるがゆえに、その段階で医師は関与しないことが一般的である。(ii) 刺入の行程においては、専門技術に関する過誤が起こりうる。そのような過誤を防止するために、看護師に高度な専門性が要求されるのみならず、異常な症状があったときに、医師が指導を与えることが必要である。その行程における医師の関与の程度は、準備の段階よりも大きくなる。(iii) 薬剤投与の行程においては、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⁴⁰。

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

⁴⁰ 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巻（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る、この限りで、参考とすることをしたい。

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）

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、点検確認という嚴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⁴¹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、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）。

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⁴²。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、

⁴¹ 小沼敦・前掲注(12)200頁以下。

⁴² 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、看護婦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。

行為自体の適法性を言及せず、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巻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日高裁刑判特報4巻追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、分量等を一步あやまると、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。

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
北法74(4.5.6・558)1338

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⁴³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か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る。

⁴³ この見解を主張するのは、山中・前掲注(25)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。

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。

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⁴⁴。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⁴⁵。

⁴⁴ 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）49頁。

⁴⁵ 神山・前掲注（44）49頁。

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⁴⁶。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⁴⁷。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⁴⁸、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⁴⁹。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・共動的な結果惹起であり⁵⁰、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⁵¹。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の行為を行う者であって正

⁴⁶ 前田雅英「監督過失について」法曹時報42巻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(44)46頁など。

⁴⁷ 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。

⁴⁸ なお、神山・前掲注(44)65頁、同「三石重油流出事故における管理・監督過失」刑法30巻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。

⁴⁹ 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巻1号(1987)67頁。

⁵⁰ 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。

⁵¹ 前田・前掲注(34)218頁、山中・前掲注(25)776頁。

犯であるとする⁵²という拡張的正犯概念を採用するならば、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⁵³、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用す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⁵⁴。すなわち、行

⁵² 伊東・前掲注(27)382頁。

⁵³ 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。

⁵⁴ 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らないが、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則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。合法則的条件説については、古川・前掲注(33)32頁参照。

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」⁵⁵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の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すべきである。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

⁵⁵ 山中・前掲注(25) 807頁。

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⁵⁶。

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をもっていることは確かである⁵⁷。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⁵⁸。

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⁵⁹、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

⁵⁶ 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、甲斐克則『医療事故と刑法』（成文堂・2012）200頁以下参照。

⁵⁷ 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。

⁵⁸ 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）158頁参照。

⁵⁹ 大塚（裕）・前掲注（58）153頁。

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⁶⁰。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⁶¹。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、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看過したまま、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

⁶⁰ 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、米田泰邦『管理監督過失処罰』(成文堂・2011)125頁。

⁶¹ 大谷実『刑法講義各論〔新版第5版〕』(成文堂・2019)196頁以下。

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、他人がミスを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⁶²。

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名の看護師が補助し、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ベールカミン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「が吸入する薬液アンプルの薬種・薬名の表示を確認」せず、「右

⁶² 米田・前掲注(60)49頁。

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の麻酔薬として誤つ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つたことに鑑み、医師は重要な手術としての脊椎麻酔を行う際に、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が負い、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⁶³（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つ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、よつ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。

⁶³ 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。

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査義務を認めて、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、もしも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っては、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、看護婦の作業を二重に点検しなければならぬとされる。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見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婦が採血を行う際に、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、看護婦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った、標準的な採血方法を行なっ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に、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⁶⁴（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

⁶⁴ 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（37）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『医事法判例百選〔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。

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、看護師と重畳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。

（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力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いつてよい」。

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」があって、「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

べき義務があったことにより、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った」。

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、両者の間に合理的な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ことは、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者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く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つ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ない証拠はないのみならず、それまで他に右事例があつたからといって、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つた現象のあつ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出来たのではなく、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つ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つ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つ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にとつて、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ったことをとらえ、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、類型的な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つ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」と密接に結びつけているため、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きたい。

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⁶⁵の許可が必要とされるが、医療現場に

⁶⁵ 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

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⁶⁶。(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」⁶⁷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

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))

⁶⁶ 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))

⁶⁷ 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い込み、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⁶⁸（最決平成17年11月15日刑集59巻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

⁶⁸ 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「大学附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。

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巻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は認し、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ところ、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巻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、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 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巻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つ

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「監督の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」⁶⁹。

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、

⁶⁹ 甲斐・前掲注(56)210頁。

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、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。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畳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⁷⁰。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には、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⁷¹。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⁷²。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

⁷⁰ 競合態様の分類については、西原・前掲注(60)3頁以下参照。

⁷¹ 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。

⁷² 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)114頁。

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⁷³。

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⁷⁴。「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⁷⁵。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、何人が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を全員が見逃すことがときおりある」⁷⁶。

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

⁷³ 山内 = 山内・前掲注(72) 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。

⁷⁴ 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.

⁷⁵ 山内 = 山内・前掲注(72) 113頁。

⁷⁶ 甲斐・前掲注(73) 47頁以下。

果の連鎖』から脱却できないという方向に進んで」⁷⁷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の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

⁷⁷ 甲斐・前掲注(56)112頁。

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「介入事情」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のか

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」義務があって、「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ひ込み、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かが問題となりうる。

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類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⁷⁸。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⁷⁹。前述したように、過失犯の正犯性の判断は、合義

⁷⁸ 小名木明宏「判批」判例時報1818号（2003）215頁以下。

⁷⁹ 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

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。

ることに留意すべきである。

第3節 専門職間の連携

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しうる。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⁸⁰(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

⁸⁰ 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)

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、赤枠赤字をもつて品名及び「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液として交付した。

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着き、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ら

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巻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巻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、複数の過失が重疊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」⁸¹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

⁸¹ 井田・前掲注(80)161頁。

を欠くものとして、被告人兩名を無罪にした。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は正されるということは、看護師Aの確認行為が、Yが創出した「3%ヌベ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⁸²。

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。

介在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⁸³。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」⁸⁴。

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

⁸² 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（80）53頁。

⁸³ 内田文昭『刑法における過失共働の理論』（有斐閣・1973）129頁。

⁸⁴ 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。

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とも検討すべきである。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⁸⁵、最高裁の判断を支持する見解もある⁸⁶。

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

⁸⁵ 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。

⁸⁶ 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）19頁、井田・前掲注（80）161頁、辰井・前掲注（80）139頁。

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る、異常な介入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」⁸⁷、「補完的機能において協力」⁸⁸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」⁸⁹る。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射に干渉することが禁止され、看護師は薬剤師の調

⁸⁷ 山中・前掲注(25)619頁。

⁸⁸ 山中・前掲注(25)626頁。

⁸⁹ 橋本正博「過失犯の共同正犯について」研修743号(2010)9頁。

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・赤字をもって品名及び「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%ヌベ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%ヌベ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液として看護師 A に交付した行為があった。しかし、3%ヌベ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%ヌベルカインを、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、続いて何ら劇薬ヌベ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の事後の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%ヌベ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%ヌベ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ベ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、処置台上にヌベ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%ヌベルカインは、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⁹⁰。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

⁹⁰ 内田文昭『犯罪構成要件該当性の理論』（信山社・1992）373頁以下。

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りがちなものであること、そして、システムが適切に組まれていれば、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」⁹¹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、過失責任を負いうる。

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い事件を例として——

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

⁹¹ 辰井・前掲注(80)139頁。

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え事件⁹²（最決平成19年3月26日刑集61巻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して検討を加える。

（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、前記患者両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

⁹² 本件評釈として、大塚裕史「横浜市大患者取り違え事件」伸宇都木ほか編『民事法判例百選』（有斐閣・2006）192頁以下、平山幹子「チーム医療と過失」『平成19年度重要判例解説』（有斐閣・2008）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巻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巻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頁以下、甲斐克則「医療事故と過失の競合：横浜市大患者取違え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え事件最高裁決定」年報医事法学24号（2009）132頁以下、山本絃之「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巻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巻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であるから、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しただけで患者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の理由を確かめず、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であるから、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、誰も間違っても他人が気付いてこのミスを防いでくれると思っただけのため、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⁹³、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と思われる⁹⁴。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

⁹³ 大塚(裕)・前掲注(92)192頁。

⁹⁴ 異論として、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)4頁。

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両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から患者兩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っ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っ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、患者の外見の特徴、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に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に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ぬが、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理由とすべきである。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、各関与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づ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、麻酔や補助の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、手術室在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のではないかとの話をしたこと」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の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いるものである⁹⁵。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⁹⁶。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」くなるという懸念も出てくる⁹⁷。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

⁹⁵ 樋口・前掲注(92)141頁。

⁹⁶ 北川・前掲注(92)104頁。

⁹⁷ 甲斐・前掲注(94)9頁。

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⁹⁸。

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る傷害結果）、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」⁹⁹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¹⁰⁰。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。

⁹⁸ 北川・前掲注(92)104頁。

⁹⁹ 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)112頁。

¹⁰⁰ 鶴田・前掲注(99)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。

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者確認措置をとる義務である¹⁰¹。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

¹⁰¹ 樋口・前掲注(92)143頁。

行したとするもの、②F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は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¹⁰²、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¹⁰³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¹⁰⁴。この点につき、以下では、本件の状況に置かれた麻酔科医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。

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」¹⁰⁵るべきである。「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

¹⁰² 大塚(裕)・前掲注(86)16頁、同・前掲注(92)193頁。なお、同趣旨として照沼亮介「チーム医療における過失の競合」判例セレクト2007(2008)26頁、甲斐・前掲注(92)119頁。

¹⁰³ 平山・前掲注(92)168頁。

¹⁰⁴ 緒方・前掲注(92)463頁。

¹⁰⁵ 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。

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」¹⁰⁶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¹⁰⁷。

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って¹⁰⁸、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ったけれども、この事実に対して、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

¹⁰⁶ 古川・前掲注(33)196頁以下。

¹⁰⁷ 濱本千恵子「過失競合と因果関係」広島法学38巻2号(2014)60頁。

¹⁰⁸ 甲斐・前掲注(56)116頁。

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」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ものであり」、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¹⁰⁹。

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¹¹⁰、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」¹¹¹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」¹¹²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

¹⁰⁹ この点について、甲斐・前掲注(56)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。

¹¹⁰ 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。

¹¹¹ 平山・前掲注(92)168頁。

¹¹² 大塚(裕)・前掲注(86)20頁。

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。