HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	チーム医療における刑事過失責任（４） ： 組織的医療における個人の過失責任の あり方及び関係者間の責任分担
Author(s)	張, 佳宇
Citation	北海道大学大学院法学研究科, 75(5-6), 255-313
Issue Date	2025-03-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/94397
Type	departmental bulletin paper
File Information	09_Zhang_lawreview_75_5・6_.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

チーム医療における刑事過失責任（4）

―― 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

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

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

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

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４章　分業に伴う医療関係者間の過失責任
――「過失犯の共同正犯」の成否の検討を中心に――

第１節　従来の判例

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

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

図表４　複数の過失が存した事例における関与者間の責任形態

番号	判決	身分	責任形態	備考
①	最判昭和28年12月22日刑集７巻13号2608頁	薬剤師、事務員、看護師	過失の競合	【事例11】３％ヌペルカイン事件
②	広島高判昭和32年７月20日高裁刑判特報４巻追696頁	医師２名	過失の共同→過失の競合	【事例４】麻酔液誤注射事件
③	東京高判昭和48年５月30日判時713号133頁、千葉地判昭和47年12月22日刑事裁判月報４巻12号2001頁	医師、看護師	過失の競合	【事例６】千葉大採血ミス事件
④	前橋地裁太田支判昭和51年10月22日判タ678号59頁	医師、看護師	過失の競合	虫垂手術麻酔薬誤用注射事件
⑤	御嵩簡判昭和57年１月７日判タ678号55頁	医師、準看護師	過失の競合	異型輸血致死事件

番号	判決	身分	責任形態	備考
⑥	羽曳野簡判平成２年１月９日判タ1035号54頁	医師、看護師	過失の競合	異型輸血致死事件
⑦	花巻簡判平成２年３月30日判タ770号77頁	医師、看護師	過失の競合	脊髄造影剤取り違え致死事件
⑧	浦和簡判平成７年10月16日判タ1035号52頁	医師、看護師	過失の競合	麻酔措置過誤致死事件
⑨	千葉簡判平成10年７月10日判タ1035号59頁	医師、看護師	過失の競合	麻酔器誤操作致死事件
⑩	大阪簡判平成11年１月14日判タ1035号60頁	医師２名	過失の共同	十二指腸後腹膜穿孔誤診事件
⑪	東京地判平成12年12月27日判時1771号168頁	看護師２名	過失の共同	都立広尾病院消毒液誤注射事件
⑫	岐阜簡判平成13年４月２日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』231頁	看護師、準看護師	過失の競合	血液パックの氏名等不確認による異型輸血事件
⑬	鰺々沢簡判平成13年12月19日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』233頁	看護師、准看護師２名	過失の競合	血液型の確認不十分による異型輸血事件
⑭	吹田簡判平成13年12月19日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』393頁	臨床工学技士２名	過失の競合	臨床工学技士による心筋保護液調合ミス事件
⑮	津簡判平成14年４月３日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』236頁	医師２名	過失の競合	三重大学病院異型輸血事件
⑯	八戸簡判平成14年５月10日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』91頁	看護師、助産師	過失の競合	薬剤誤投与流産事件
⑰	豊橋簡判平成14年５月22日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』897頁	看護師２名	過失の競合	セラチア菌・プチダ菌感染事件
⑱	京都簡判平成14年12月25日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』171頁	看護師２名	過失の競合	アジ化ナトリウム誤投与事件
⑲	弘前簡判平成15年１月31日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』578頁	看護師２名	過失の競合	国立弘前病院母子医療センターノバン希釈液過量投与事件
⑳	広島地判平成15年３月12日判タ1150号302頁、広島簡判平成13年３月２日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』723頁	医師２名	過失の競合	心臓手術後の心室細動看過事件

番号	判決	身分	責任形態	備考
㉑	最決平成17年11月15日刑集59巻９号1558頁	医師３名	過失の競合	【事件９】埼玉医大抗ガン剤過量投与事件
㉒	最決平成19年３月26日刑集61巻２号131頁	看護師２名、医師４名	過失の競合	【事例12】横浜市大病院患者取り違え事件
㉓	大津地判平成15年９月16日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』132頁	看護師２名	過失の競合	長浜赤十字病院塩化カリウム液点滴ミス事件
㉔	福井簡判平成16年３月31日飯田『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』141頁	医師、薬剤師	過失の競合	県立病院抗ガン剤過量投与事件
㉕	東京地判平成16年５月14日LEX/DB28095650	医師２名	過失の共同	胆嚢手術ミス事件
㉖	東京高判平成19年６月５日判例集未登載	医師３名	過失の共同	慈恵医大青戸病院腹腔鏡下手術ミス事件
㉗	奈良地判平成24年６月22日判タ1406号363頁	医師２名	過失の共同	山本病院事件

なお、上記図表に記載されている事例をさらに分析すると、④、⑦、⑪、⑫、⑬、⑭、⑮、⑯、⑱、⑲、㉒、㉔のいずれも、後任者が前任者の過誤を看過したまま作業を引き続いていたことにより結果を発生させたものであるが、過失犯の共同正犯の成立が認められる⑪を除き、他のケースはすべて過失の競合と捉えることと、過失犯の共同正犯の成立が承認された⑩、⑪、㉕、㉖、㉗のいずれにおいても、行為者の職種は同じであることがわかる。

第２節　議論状況

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

従来、学説では、犯罪共同説と行為共同説といった共同正犯論固有の議論から、過失犯の共同正犯の成否を論じてきた。つまり、犯罪共同説によれば、共犯というためには、数人が共同して特定の犯罪を行うことが必要であるため、構成要件的結果の認識を欠く過失犯には、当然なが

ら、共同正犯はあり得ない。それに対して、行為共同説に立つ場合、数人が共同して前構成要件的行為を行えば共犯が成立し、それに対応してその意思の共同は故意の共同まで要求しないので、過失犯にも共同正犯は成立しうる[1]。かつて、犯罪共同説の立場からの否定説が支配的であった[2]。

もっとも、過失犯の構造論争、とりわけ新過失論の影響で、犯罪共同説によっても、犯罪的意思は故意に限られないと理解することができ、犯罪共同説の当然の帰結として過失犯の共同正犯の否定が導かれるものではなく、また、行為共同説に立つことから、直ちに過失犯の共同正犯の肯定が導かれるものでもない[3]という点が、広く承認されている。過失犯における実行行為の存在が一般的に考えられる現在では、過失犯の共同正犯の成否については、「かつての『過失犯に共同実行の意思が認められるのか』という形から、『過失実行行為を共同したと云えるのか』という形に微妙に争点が移行してきている」[4]。以下では、肯定説と否定説の代表的な見解を概観する。

第１項　肯定説

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

Ⅰ．行為共同説の立場からの見解

まず、行為共同説に立脚する見解には、過失犯の共同正犯が成立する

---

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

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

[3] 井上正治『刑法総論』（惇信堂・1949）177頁、182頁。

[4] 前田雅英『刑法の基礎：総論』（有斐閣・1993）364頁。

ために、故意犯と異なる「意思連絡」が必要であるとする見解がある。「意思連絡」を行為を共同する意思ないし共同加功の意思と解する[5]ことが一般的であるが、それを単なる行為についての共同意思と解する見解[6]と、それを犯罪的意思の連絡と解する見解[7]もある。

そのほか、行為共同説に立ちつつ、主観的要件を不要とし、因果関係の共同が認められれば、過失犯の共同正犯は成立しうるとする見解[8]もある。同見解によると、行為者相互の実行自体が一つの因果の連鎖の中に融合する場合と、個々の実行がそれぞれ独立的・並列的に存在するにとどまる場合とはその因果の構造に完全な相違がみられる。それゆえ、前者については当然に共同正犯が成立するが、後者については単に同時犯が成立するにすぎない[9]。

因果関係の共同だけで過失犯の共同正犯を基礎づける見解に対して、それによって構成された共同正犯概念は、同時犯との区別の契機を失っただけではなく、各共犯関与形態間を区別する契機も見失っているという批判がある[10]。現在では､行為共同説の立場からの肯定説であっても、過失犯の共同正犯が成立するためには、共同意思と共同実行の事実の両方が必要であると一般的に解されている[11]。このように、過失犯の共同正犯を肯定する諸見解は、共同意思は故意に限定されないという点で共通しており、共同実行とは、前構成要件的行為の共同なのか、あるいは過失犯の構成要件的行為の共同なのかをめぐって争われている。

---

5 木村亀二『新刑法読本』（法文社・1967）266頁。

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

7 木村・前掲注（５）247、281頁。

8 宮本英脩『刑法学粋』（成文堂・1985）396-398頁。

9 植田重正『共犯の基本問題』（三和書房・1952）128-133頁。

10 内田文昭『刑法における過失共働の理論』（有斐閣・1973）55頁。また、同趣旨をとる見解として、高橋則夫『刑法総論〔第４版〕』（成文堂・2018）483頁。

11 川端博『刑法総論講義〔第３版〕』（成文堂･2013）557頁以下､高橋･前掲注（10）483頁。

Ⅱ．目的的行為論の立場からの見解

犯罪共同説に立脚しながら、目的的行為論を基礎として過失犯の共同正犯の成立を説明する論者は、故意犯も過失犯も目的的行為によって実現されるものであり、共同正犯の客観的要件としての共同実行とは、実行行為の共同ないし目的的行為の共同を指すことであると主張する。すなわち、同見解は、まず「目的的行為支配とは、構成要件的結果を実現する意思をもって、この実現のために、目的的に支配・統制した外部的行為を遂行する」ということを意味し、「行為を主観＝客観の全体構造をもつものであるとする目的的行為論の立場から、正犯概念の一般的要素としての目的的行為支配を主観＝客観の全体構造をもつものとして把握し、ここから、正犯概念が主観的要素と客観的要素とから構成されるものであることをあきらかにする」と解することにより、目的的行為支配説の妥当性を肯定する[12]。さらに、目的的行為論の立場から、制限的正犯説における実行行為の再編成を行い、つまり、「実行行為を主観＝客観の全体構造をもつものとして把握し、しかも、それを規範主義的見地から理解すれば、この立場から、故意犯においては、構成要件実現の意思をもって、構成要件実現の現実的可能性ある行態をなした者が正犯であり、過失犯においては、客観的注意に違反した構成要件的結果惹起の現実的可能性ある非故意の行態をなした者が正犯であるということに」[13]なると解する。このように、同見解は、「構成要件をはなれた自然的行為を共同にすれば共同正犯の成立をみとめる行為共同説は妥当でなく、実行行為の共同正犯の要件とする犯罪共同説が妥当である」と主張し、同時に、「犯罪共同説が妥当であるといっても、共同正犯の成立には、同一の構成要件に該当する犯罪を共同にすることが必要であると主張するものではなく、一定の構成要件に該当する実行行為の共同を共同正犯の要件とする犯罪共同説を支持する」[14]。このように、過失犯の共同正犯の成立のためには、主観的には、過失犯における実行行為を共同にする

---

[12] 福田平『刑法総論〔全訂第５版〕』（有斐閣・2011）251-252頁。

[13] 福田・前掲注（12）252頁。

[14] 福田・前掲注（12）251-252頁、268-269頁。

意思があれば足り、客観的には、故意犯であれ、過失犯であれ、一定の構成要件に該当する実行行為を共同に行うことが必要である[15]。

なお、目的的行為支配説を前提とするものではあるが、犯罪共同説の立場に立脚しない肯定説も存在する。同見解によると、「過失犯にあっては、たとえ故意行為におけるように構成要件的に重要な結果の認識としての故意がないにしても、過失行為が単純な因果関係の生起ではなく、構成要件的に重要ではないが不注意な目的（的）行為を原因とするものであり、その目的（的）行為は意思行為であり、その意思行為の共同、従って、共同正犯も可能である」[16]。

上記のほか、目的的行為論の影響を受けて、過失犯においても、実行行為があり、さらに危険行為の共同が可能であるとしたうえで、過失犯の「本質」をめぐって過失犯の共同正犯と過失の同時犯を区別することで過失犯の共同正犯の成立要件を説明しようとする見解もある。すなわち、「過失行為が刑法上意味を持つのは、意識的部分それ自体においてではないし、また、無意識的な部分それ自体においてでもない。……両者の接点が問題なのである。……前法律的な事実に関する意識的・意欲的共働が不注意の共有という契機を帯びることによって、一個の全体としての構成要件該当（充足）かつ違法な行為→結果となる」場合に、過失犯の共同正犯が考えられる[17]。そして、行為と結果との間に因果関係があるだけでは過失犯の正犯性を根拠づけることができず、「刑法上重要な行為の型を要素として定立せられた構成要件の解釈論を展開し、いかなる行為を正犯、従ってまた過失同時犯とみるべきか、という点に問題を移さなければならない」とし、過失犯の共同正犯と過失の同時犯との間には、実体的差異が存在すると主張する[18]。すなわち、過失行為は、構成要件の実現を目指した目的的行為ではないが、意識的・目的的行為でなければならない[19]。そのため、個々の過失犯のこのような実行行為

---

[15] 福田平「信頼の原則について」司法研修所論集 1969 Ⅰ（1969）268頁以下。
[16] 木村亀二『刑法総論〔増補版〕』（法律学全集）（有斐閣・1978）382頁。
[17] 内田文昭『刑法における過失共働の理論』（有斐閣・1973）61頁。
[18] 内田・前掲注（17）198頁。
[19] 内田・前掲注（17）223-224頁、227頁以下。

が肯定される場合には過失の同時犯である。それに対して、不注意な意識的・目的的行為の共同が可能であるから、このような共同によって過失犯の構成要件を実現した場合、とりわけ互いに不注意を引き受け合い、自己の不注意を委ね合っている場合には、過失犯の共同正犯とすべきだと解する[20]。このように、過失犯の共同正犯の成立には、危険行為の共同と、それが意思連絡に基づいたことが必要である[21]。

Ⅲ．共同義務の共同違反説

近年、犯罪共同説からの「共同義務の共同違反」説[22]は、日本で有力になってきた[23]。なお、実務において、東京地判平成４年１月23日判時1419号133頁（「世田谷ケーブル火災事件」）は、「社会生活上危険かつ重大な結果の発生することが予想される場合においては、相互利用・補充による共同の注意義務を負う共同作業者が現に存在するところであり、しかもその共同作業者間において、その注意義務を怠った共同の行為があると認められる場合には、その共同作業者全員に対し過失犯の共同正犯の成立を認めた」とし、「共同義務の共同違反」を採用し、過失犯の共同正犯の成否を判断することを示した。

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

日本において、「共同義務の共同違反」説を最初に唱えた論者は、新過失論の立場に立脚しつつ、過失犯の実行行為を肯定し、過失犯の構成

---

[20] 内田・前掲注（17）260頁以下、214頁。

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

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

[23] 井上・前掲注（３）202頁。

要件要素の中には、意識的な行為としての要素が含まれ、そのような意識的側面において、協力、補充関係が成り立ち、落度のある行為の共同があれば、共同実行を認める余地があるということを前提としている[24]。具体的には、「危険な作業を共同に行なっている者が、たがいに、単に自己の直接担当する作業動作から生ずる結果の発生を防止するために、必要な助言、監視の協力をなすべき義務を負うというように、事故防止具体的対策を行なうについての相互利用、補充関係おいて一体となっている、という場合にその一体の活動が落度ありと判断されるかぎりおいて、過失犯の共同正犯を認める」[25]。このように、「共同義務の共同違反」の有無が過失犯の共同正犯の認定に重要となった。

この見解を踏襲しつつ、「共同義務の共同違反」説を義務犯的構成から一層精緻化する論者は、次のように過失犯の共同正犯を考える。すなわち、「二人以上の者が犯罪的結果を生じさせやすい高度の危険性を含んだ共同行為を行うに際して、共同者の各人に共通の注意義務が課せられているとみられる場合に、めいめいがその注意義務に違反したことによって犯罪的結果を生じさせたときは、共同した構成要件的過失をみとめることができる」。その際に、「各人がその注意義務を遵守すべきであるが、それは、みずから遵守するだけでなく、共同者の他の者にも遵守させるようにつとめなければならない関係にあり、したがって、このような事態のもとで、その注意義務の違反があったときは、共同者の全員がそれについての帰属をうける理由があり、各自が自己の注意義務違反に対してだけでなく、他の共同者の注意義務違反に対しても構成要件的過失をみとめられなければならないからである」[26]とされる。また、同論者によれば、共同義務は、共通の注意義務であり、これは共同者が同一の法的地位に立つ場合に限り、認められるべきである[27]。例えば、同

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

[25] 藤木・前掲注（24）13頁。

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

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

論者は、広島高裁岡山支判昭和30年６月23日裁特２巻12号623頁に関して、本件で過失犯の共同正犯を否定する理由は、バスの運転手と車掌とは異なる法的地位を有することにあると解する[28]。

上記の「共同義務の共同違反」説に対して、いわば共同義務の内容は、不真正不作為犯の要件としての作為義務であるため、同説は過失犯の共同正犯の成立範囲を不真正不作為犯に限定しており、作為犯についてはそれを否定しようとすることは、理論一貫していないと批判する見解がある[29]。この見解によると、過失の作為犯の場合には、「共同義務の共同違反」という判断枠組みは必要ではなく、「構成要件的結果との間に共犯構成要件要素としての（促進・強化を内容とする）因果性をそなえ、かつ共同『正犯』としての実質を備えた行為について、構成要件該当事実に関する予見可能性が認められる場合」に、作為犯であれ、不作為犯であれ、過失犯の共同正犯を肯定しうる[30]。

第２項　否定説

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

Ⅰ．犯罪共同説の立場からの見解

犯罪共同説の立場からの否定説は、主に、共同正犯が成立するためには、各共同者が特定の犯罪を共同して実行するという相互的理解をもっていることが必要であるため、故意の共同でなければならないとし、こ

---

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

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

[30] 山口・前掲注（29）398頁以下。

のような意思連絡を欠く過失犯においては、共同正犯は概念的に考えられないと主張する[31]。

上記考え方の根底には、過失犯の本質は無意識の部分にあるという理解がある。すなわち、過失犯においては、犯罪的でない意思の連絡が可能であるが、共同正犯の成立のために、このような意思の連絡があれば足りると考えるならば、過失犯において共同正犯を認めることに支障がないといえる。しかし、「過失行為は、もともと、その主観的方面において、意識的なものから無意識的なものにまたがる領域を占める。意識的な部分が決して過失行為にとって本質的なものではない」[32]という理解に基づくと、過失犯においては、結果発生に向けた相互的理解はあり得ないため、過失犯の共同正犯の否定が導かれる。

上記の見解に対して、過失犯の共同正犯を肯定する論者は、次のように批判を加える。第一に、過失犯の場合には、「故意の意味での犯罪的意思」がなかったが、不注意によって認識しなかったという過失の意味での犯罪的意思があり、上記の見解は、「なぜ共同正犯の主観的要件を故意の共同と解さねばならないかについての理論的説明がな」く、理論的根拠が不十分であると批判する[33]。第二に、「過失行為が構成要件的結果を認識しないという要素は非・故意行為としての過失行為を故意行為から区別する消極的な特色たること」であるが、過失行為の積極的な特色は不注意であり、その不注意が過失行為の本質的要素である。「その不注意ということは、抽象的に存在するものではなく、一定の具体的に意識的な行為、例えば、発砲するとか、物を投げるとか、自動車を運転するとか、酒をのむとかいうような行為に不可分的に結びついて現実に存在するのであ」り、上記の見解は過失犯の本質についての誤認を基礎としたものであると批判した。したがって、「このような過失犯の本質

---

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

[32] 団藤重光『刑法綱要総論〔第３版〕』（創文社・1990）299頁。

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

的要素を含むところの意識的な行為の部分を基礎として、過失犯の共同正犯を論じるのは、『過失犯の本質に即した議論ということができない』どころか、正しく、『過失犯の本質に即した議論』といわねばならないのである」[34]。

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

Ⅱ．共同意思主体説からの見解

「なぜ共同正犯が故意の共同に限られるのかについて実質的な説明を欠いていた」という点を積極的に説明しようとする見解は、共同意思主体説である[35]。このような共同意思主体説から出発すると、一般的に否定説が導かれる[36]。すなわち、同立場によると、「法律の共犯を規定するゆえんが、二人以上で共同目的に向って合一するところに特殊の社会的心理現象の生ずることが認めたのによるとする以上、一定の犯罪は故意犯であることを要するのである。何故なら、一定の目的に向っての相互了解がなければ、特殊の社会的心理的現象を生ずるものとして、特殊の取扱を為す必要がないからである。従って、過失犯に対する共犯又は過失による共犯というようなことは、これを認むべきでない」[37]。

また、共同意思主体説に立脚して、刑法60条の規定によって、個人責

---

[34] 木村・前掲注（33）177-178頁。

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

[36] 曽根威彦『刑法原論』（成文堂・2016）587頁以下。

[37] 斉藤金作『刑法総論〔改訂版〕』（有斐閣・1955）233頁。

任の原理という単独犯の法理が修正され、一種の団体責任の原理たる一部行為の全部責任の法理が確立されるという理解から出発し、過失犯においては、「結果の発生について注意義務違反があり、またこれを予見ないし回避する能力も有していたという場合には、この結果の発生と因果の関係に立つ何からの行為をした行為者は、すべてこの結果の発生についての責任を負うことになる」という拡張的正犯概念をとり、過失犯の結果犯と挙動犯の場合には、自己の注意義務違反を論ずれば足りるのであって、一部行為の全部責任の法理を持ち出す必要はないとする見解もある[38]。

Ⅲ．共同義務概念に批判的な見解

過失犯の共同正犯は、過失の同時犯へ解消することができると主張する見解は、通常、「共同義務の共同違反」説に対し、「共同義務」（「自己の行為に注意しつつ他者の行為から結果が発生しないように注意する義務」）の内容から、共同義務は各共働者自身の注意義務として扱うことができるため、その違反を個別的に検討すれば足りるとし、処罰範囲を不当に拡張するおそれのある過失犯の共同正犯を認める必要はないと主張する[39]。すなわち、同立場は、ほとんどの「共同義務の共同違反」が認められる事案において、過失犯の共同正犯を基礎づける「共同義務」と、個人について考えられる「客観的注意義務」とはさほど異なるものではないとして、過失犯の同時犯へ解消することができると主張する[40]。

---

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

[39] 高橋則夫「共同正犯の帰属原理」『西原春夫先生古稀祝賀論文集（第２巻）』（成文堂・1998）352頁、曽根・前掲注（36）587頁以下、西田典之『共犯理論の展開』（成文堂・2010）211頁以下。

[40] 前田・前掲注（４）372-374頁。

第３節　検討

第１項　学説の検討

Ⅰ．問題の整理

現在、過失犯の共同正犯に関する議論では、行為共同説に立つからといって過失犯の共同正犯が肯定されるとは限らず、また犯罪共同説や共同意思主体説、目的的行為論に立つからといって過失犯の共同正犯が否定されるとは限らないとされている[41]。このような学説の現状の背後には、以下の変化がみられる。

第一は、共同正犯の本質論と過失犯の共同正犯との連関性が乏しくなったことである。すなわち、「行為共同説は主観主義の帰結、犯罪共同説は客観主義の帰結と解することは、両説の関係を正確に理解するもの」[42]ではなく、「行為共同説は共同正犯が共同の行為によって数箇の犯罪にわたって成立し得るというだけの意味であって、共同意思がいかなる時点において成立せねばならないかの問題とは関係がない」[43]。それゆえ、行為共同説の立場から肯定説を展開するとしても、主観主義的な行為共同説に従うのではなく、客観主義的な行為共同説に立脚しなければならない。しかし、このような犯罪行為の共同が必要とされる客観主義的な行為共同説は事実上犯罪共同説に合流することになった[44]。

また、犯罪共同説の立場からの否定説は、「共同正犯の要件を故意犯を前提に考えているために導かれる帰結であり、それによっては、犯罪的な意思の連絡に欠ける場合には故意犯の共同正犯が成立しないという

---

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

[42] 福田・前掲注（12）269頁注（二）。

[43] 木村・前掲注（５）284頁。

[44] 曽根・前掲注（36）588頁。

ことが導かれるに過ぎ」ず、「犯罪共同説が『犯罪の共同』を要件とするものであれば、『過失の共同』も可能なはずであり、直ちに共同正犯否定説になるわけではな」く、「『意思の連絡』は共犯の因果性の要素としての心理的因果性を基礎付けるために要求されるに過ぎず、故意についての意思の連絡まで要求されるのではない」と解すれば、犯罪共同説からしても過失犯の共同正犯が成立しうることになった[45]。

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

第二は、過失犯の本質は、結果回避義務違反にあるとされ、過失犯の実行行為が広く承認されてきたことである。共同正犯の本質は、「一部行為の全部責任」という法理にこそあり、その法理適用の根拠はどこにあるかという問題が共同正犯論の根本的な問題となる[46]。少なくとも、前法律的行為を共同する意思があったことだけで、過失犯の共同正犯を基礎づけることはあり得ないというべきであり、同様に、前法律的行為の共同実行だけで、直ちに「一部行為の全部責任」の法理を適用することもできない[47]。なぜなら、そうでなければ、共同作業の場面に過失の共同正犯の成立は無制限になり、刑事上の連帯責任になるからである。したがって、結果に向けられた「共謀」という程度の意思連絡が存在しない過失犯において、「共同性」の肯定は、意思連絡という概念の再構成や、過失の「実行行為」の共同に求められなければならない。

しかし、結果に対する因果関係があって、予見可能性が肯定されれば、単独の過失犯として処罰するという旧過失論の立場によれば、過失犯の本質は、責任の段階での結果予見義務違反にあり、過失犯については、拡張的正犯概念がとられることになる[48]。しかし、拡張的正犯論を支持すれば、過失犯の共同正犯は否定されるはずである[49]。つまり、このよ

---

[45] 山口・前掲注（29）393頁。

[46] 井田良『講義刑法学・総論〔第２版〕』（有斐閣・2018）504-505頁。

[47] 井田・前掲注（46）528頁。

[48] 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣・1975）393頁。

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

うな旧過失論を前提とするならば、犯罪共同説に立脚しつつ過失の共同正犯を認めることは論理的に不可能である[50]。かくして、過失犯の共同正犯を認めるためには、過失の本質を新過失論の立場によって解することと[51]、過失犯の場合にも限縮的正犯概念をとることが不可避のものとなる。

以上によって、現在、過失犯の共同正犯を認めるか否かをめぐる問題の対立点は、かつての犯罪共同説か行為共同説かという共同正犯の本質論にあるのではなく、また、過失の共同が概念的にみて可能かどうかにあるのでもなく、過失犯の共同正犯として処罰する必要性があるかどうかにある。現在、過失犯の共同正犯の肯定論は、犯罪共同説の立場も行為共同説の立場も共に、「共同義務の共同違反」説を基礎にして論じており[52]、過失犯の共同正犯についての論争は、基本的に、「共同義務の共同違反」説と「同時犯解消」説との対立をめぐるものになった。以下では、この問題に対する本稿の立場を述べる。

Ⅱ．私見

「共同義務の共同違反」説は、過失犯の共同正犯が成立するための要件に関する学説であり、それ自体からは、過失犯の共同正犯の肯定論を導き出すことはできないと思われる[53]。いかなる理由・根拠によって「一部行為の全部責任」という法効果を正当化するかは、共同正犯論の根幹をなす問題である[54]。つまり、過失犯の共同正犯の成立が認められるかどうかについて、まずは、過失犯において、「一部行為の全部責任」という法理を適用する根拠は、どこにあるかという問題を明らかにしなければならない。

---

[50] 曽根・前掲注（36）588頁。

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

[52] 北川・前掲注（35）51頁。

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

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

共同「正犯」というものは、狭義の共犯よりも正犯的な存在であるから、（ⅰ）過失犯の共同正犯について、「正犯性」を基礎づける要素は何かがまず問題となる。次に、「共同」正犯というものは、単独正犯よりも共犯的な存在であるから、（ⅱ）過失犯の共同正犯に、各関与者の行為が一体性を備えるための「共同性」を基礎づける要素は何かを確認すべきである[55]。最後に、（ⅲ）全体の結果は、何故、各行為者に帰責されうるかという帰属論の問題は、なお明らかにすべきである。ここで先に指摘したいのは、以下の議論からわかるように、上記３つの問題は、互いに独立して無関係なものわけではないということである。

過失犯の共同正犯の否定説の中に、次のような見解[56]がある。すなわち、「他人の行為・結果に対して自己の行為が『共同正犯』として帰属される根拠は、自己の行為と犯罪結果全体との間に因果関係があるという点だけではなく」、「共謀に基づく犯罪実現における各人の行為の地位・役割の重要性によって、一部分担の行為にもかかわらず相互的に行為が帰属され、全体の責任を負う点に存する」。そのため、「事前に結果を認識していなければ、各共同者は全体における自己の地位・役割を把握でき」ず、過失犯においてはこのような共謀は存在せず、また、犯意が強化され、結果発生の可能性が高まるという相互利用・相互補充関係は、過失犯においても存在し得えないとして、過失犯の共同正犯の成立を否定する。

この見解は、共同正犯の帰属原理により、過失犯の共同正犯の成否を検討するという点に特徴があるといえ、「共同正犯は正犯性と共犯性の両者を具備するものであり、因果性を前提に（共犯性）、共同正犯の構造（正犯性）」の双方を考え、因果性の存在は、正犯性を基礎づけるものではないとする[57]点においては、妥当な見解である。

---

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

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

[57] 高橋・前掲注（10）452頁。

しかし、犯意が強化され、結果発生の可能性が高まるというような相互利用・補充関係は、狭義の共犯と正犯の間にも存在しうるから、それだけで「正犯性」を説明することはできないと思われる[58]。また、事前に結果の発生を認識しなくても、全体における自己の地位・役割を把握することは十分にありうる。例えば、高度に危険な作業を共同する各関与者が自己と他の関与者の役割や職責について認識を持ち、結果発生の防止のために、相互に利用・補充しあう関係にある場合には、自己の不注意があれば、結果発生へどのような影響を与えることを認識することができ、このような認識によって全体における自己の地位・役割を把握することがあり得る。したがって、全体における自己の地位・役割を把握するために、犯罪実現に向けた共謀が常に必要不可欠というわけではないと考えられる。

1．正犯性の要件

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

しかし、それは、共同正犯制度の正犯拡張機能を否定すべきであると主張するわけではない。共同正犯制度の結合機能が認められなければ、単独正犯のような結果発生への実質的支配力を得ることができない場合がありうるからである。その意味で、共同正犯における「正犯性」を備えることは、共同正犯における「共同性」と繋がり、「共同性」の存在

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

が「正犯性」を根拠づけるといってもよい。言い換えると、「単独正犯の成立要件を満たさないマイナス部分が『共同』によって埋め合わせられると評価し、すべての関与者を正犯として扱うことを承認した」場合がある[59]。しかし、同時に、それは「共同性」が認められるとすれば、直ちに正犯性を肯定することを意味するわけではない。なぜなら、「共同性」が認められることによって、関与者が結果発生への実質的支配力を有する場合があるが、それに対して、「共同性」が認められたとしても、関与者が実質的支配力を有しないと評価される場合もありうるからである。前者の場合には、結果は自己の支配領域内で起きたため、行為者は過失犯の共同正犯として取り扱われるべきであり、後者の場合には、他人の支配領域内で生じた事象についての帰属になり、狭義の共犯とすべきであり、不可罰になるはずである[60]。

また、過失犯の共同正犯を考える場面を、①関与者のうちいずれか一人の結果回避義務履行があれば結果を回避しうる場合と、②関与者全員の結果回避義務履行があってはじめて結果を回避しうる場合に大別することができる[61]。後述するように、行為者には、自ら結果回避措置を採る義務がある同時に、他の関与者に結果回避義務を履行させる義務もあることから、正犯というためには、各関与者の間で、危険情報などの掌握や決定権において対等でなければならず、監督関係にある関与者の間では、過失犯の共同正犯が成立し得ないというべきである。

２．共同性の要件

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

---

[59] 島田・前掲注（55）447頁。

[60] 島田・前掲注（55）446頁参照。

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

検討することで明らかにすることができよう。

（ｉ）主観面の共同

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

意思の連絡に着目して、意思の連絡があれば、共同性が認められるとする肯定論者は、過失犯における「共同実行意思」を「前法律的な事実に関する意識的・意欲的共同」と解し[62]、「共通の目標達成のために他人の行為をも自己のものとして自己のうちに帰せしめようとする相互的な意思のつながり（意思連絡）を契機として、各行為者は、単に自己が現象的に行なったところにとどまらず、現象的には他人が行なったところについてもこれを実行したものとして評価されなければならない」[63]と主張する。

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

---

[62] 内田・前掲注（10）61頁。

[63] 内田・前掲注（10）８頁。

共同正犯の成立について、意思の連絡の「論理的必要性」を真に論証する理論としては、共同意思主体説がある。しかし、共同意思主体という概念に依拠しなくても、共同正犯の実行行為を認めることができる。そして、意思の連絡は、故意犯に固有の概念であり、結果実現に向けられたことに特徴があるといえるため、過失犯における主観面の共同を、故意犯における主観面の共同に頑なに対応させる必要はないと思われる。「故意犯の場合、関与者間の意思連絡は、犯罪実現の危険性を増大させる方向にのみ作用する」[64]という理解からすれば、ここで問うべきなのは、過失犯の場合において、どのような主観面の共同が、過失犯罪の実現の危険性を増大させるという役割を果たすのかという問題である。

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

主観面の共同の確定は、過失犯の主観面の内容に立ち戻ってなされるべきである。すなわち、過失犯における主観面の共同は、不注意的態度の相互促進・強化に求められるべきである。前述のとおり、共同作業において、複数の関与者が高度に危険な作業を共同して、各関与者が結果防止の意味において相互利用・補充関係にあり、自己と他人の役割について認識がある場合、互いに安心感を与えことで注意が散漫になり精神が弛緩しやすい状況にあるといえる。一人が「不適切な態度をとることにより、他者に安心感を与えてその意思の弛緩を招き、その者にも同一の態度をとらせることによって、自己の不注意的態度をさらに促進・強化させるような心理状態」[65]は、過失犯罪の実現の危険性を増大させるものである。そして、このような主観面の共同が肯定されることから、客観的帰属論における危険創出の段階で、他人の行為と心理的関連性も

[64] 伊藤・前掲注（58）139頁。

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

認められ得る[66]。

（ⅰ）客観面の共同

不注意の相互促進・強化に加えて、各関与者を全体として結合する客観的契機も不可欠である。刑法60条は「二人以上共同して犯罪を実行した」と規定する以上、実行行為の共同が必要である。過失犯の本質は結果回避義務違反にあるという理解を踏まえると、過失犯における実行行為の共同は、共同結果回避義務の共同違反と理解することができる[67]。

（1）共同結果回避義務

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

具体的に、①の場合には、結果の防止のために、各関与者には、内容が重複している結果回避義務が課され、結果を発生させた際に、各関与

---

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

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

者のいずれも自ら結果回避義務に違反したとともに、他の関与者をして結果回避義務を遵守させる義務も履行しなかった（自らの結果回避義務違反＋相互注意義務違反としての結果回避義務違反）ということができる。②の場合には、各関与者が負う結果回避義務は、「内容上の同一義務ではなく、『協力し合って履行すべき』あるいは『相互に利用補充し合って履行すべき』義務である」[68]。この場合に、各関与者が、自ら結果回避義務に違反し、あるいは、他の関与者に結果回避義務を履行させる義務を遵守しなかったことで結果を起こした場合と、この２つの結果回避義務に同時に違反したことで結果を惹起した場合が考えられるが、１つの注意義務違反さえあれば、結果惹起として足りる（自らの結果回避義務違反/相互注意義務違反としての結果回避義務違反）。

①と②のいずれの場合にも、各関与者は自分の行為だけではなく、他の関与者の行為についてまで注意を払わなければならない。この意味で、このような全員に共同して課されている相互注意義務は、「共同作業にともない、作業の危険性と単独の個人の能力の限界に鑑みて、相互に他の共同者の対応が不十分なものとならないように注意を補完し合う義務（重畳的な結果回避義務）」[69]に起因するものだといえる。そして、①の場合には、作業の時間・場所を異にする場合がありうるため、他の関与者に結果回避義務を履行させることが現実的に困難であるが、少なくとも、他の関与者の不注意の可能性を配慮することは十分可能であるため、作業の時間・場所を同じくする必要がないと考えられる。

このように、相互注意義務の存在は、「共同義務の共同違反」説から

---

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

[69] 井田良『講義刑法学・総論〔第２版〕』（有斐閣・2018）528頁。また、この意味で、共同結果回避義務と相互注意義務とは異なり、前者は、結果防止のために各関与者に重畳的な結果回避義務が課されることを意味するのに対して、後者は、他人の行為から結果が発生した場合に結果回避義務違反があったかどうかを判断する要素として把握すべきである。つまり、相互注意義務が認められれば、相互注意義務としての間接的な結果回避義務は生じ、他人の行為による結果についても刑事責任が問われることになる。なお、相互注意義務の履行手段は、消滅させるべき危険に応じて調整されることが可能である。

過失犯の共同正犯を肯定するための前提とすべきであるだけではなく、相互注意義務が認められるという前提を欠くのであれば、同時犯に解消することもできなくなる[70]。したがって、まず、問題となるのは、何故、各関与者に相互注意義務が課されるかということである。言い換えれば、相互注意義務の発生根拠が、どこにあるかを問わなければならない。

「他人に注意義務を遵守させる義務」を不真正不作為犯の要件としての作為義務と解し、このような他の関与者に対する作為義務は、行為者による危険な行為の共同によって直ちに生じるものわけではなく、他の者に対する排他的支配関係が肯定される等の、一般的な保障人的地位を肯定するための要件が充足されることが必要であって、かつその発生根拠は各関与者の自分自身にあるわけではなく、保障人的地位の共同にあるがゆえに、共犯の作為義務と単独犯の作為義務とは異なるとする見解がある[71]。

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

相互の作為義務の発生には、関与者は相互利用・補充関係にあれば足りると思われる。つまり、共同作業の完遂のために、一応の分業が必要であるが、その分業が完全な分業ではないときに、「義務遵守における個人の不十分さを相互に補完することが当然の前提となっている」[72]といえるから、この際に、形式的な分業関係に固執すれば、相互に相手が注意義務を履行すると期待してしまうことになる。このような誤った期待が相互に不注意を誘発・促進し、それによって共同作業に類型的な危険が創出され、さらにその危険が結果として現実化する可能性が大きく

---

[70] 山口・前掲注（67）164頁。

[71] 山口厚『問題探究・刑法総論』（有斐閣・1998）276頁以下、同・前掲注（29）398頁以下。

[72] 山口・前掲注（67）168頁。

なる。したがって、共同作業者は、不注意の相互促進・強化を回避して危険をコントロールするために、各関与者は、自ら分担している作業だけに専念することでは足りず、分業の実態を超えて、他の共同者が分担している作業についてまで注意を払うべきである。

なお、前述したように、上記論者は、「他の関与者に結果回避義務を履行させる義務」を作為義務と解し、「共同義務の共同違反」説は、不真正不作為犯の構造により過失犯の共同正犯の成立を肯定しようとするものであるがゆえに、同説は、過失作為犯の共同正犯の成立については否定されると解している[73]。

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

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

相互注意義務は、客観的にみれば、他人の不適切な行動を是正する機

[73] 山口・前掲注（29）398頁以下。

能を有し、相互注意義務としての結果回避義務に違反して、他人の行為を介して結果を惹起する場合もありうるという側面からみると、監督義務と似ている。しかし、相互注意義務の発生根拠は、各関与者が相互利用・補充関係にあることにある。それに対して、監督義務の発生根拠は、監督者と被監督者が、監督者が被監督者に対する指揮権を持ち、被監督者を含む危険源を現実的かつ実質的に支配するという監督関係にあることにある。そのため、相互注意義務は監督義務と解することはできず、過失犯の共同正犯は監督過失に基づく同時犯に解消することもできない。つまり、相互注意義務の発生根拠は相互利用・補充関係にあり、関与者間に双方向的な支配があることで結果発生の因果経過を共同で支配していることが認められ得るのに対して[74]、監督関係には、単方向的な支配が生じるにすぎないから、それぞれに発生する注意義務を同等に扱うことはできない[75]。

また、このジレンマを解決するために、横の関係における監督義務を認めるとすることは可能なアプローチである[76]。しかし、「共同作業者間の場合には、自己の支配領域から生じる結果でない限り、あるいは事故防止に専従する役割を担う者でない限り、他人の行為から発生する結果を防止すべき義務を、常に課せられるべきではない」[77]。それゆえ、共同作業者は、相互利用・補充関係にあるのではない限り、上記の相互注意義務が単独の関与者に課し得るものでないことから、関与者らが同時犯になり得ないことはあまりにも当然のことである[78]。この意味で、同時犯解消説の主張は、上記共犯的観点なしに成り立たないものであるというべきである。

---

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

[75] 山口・前掲注（67）165頁以下。

[76] 西田典之『共犯理論の展開』（成文堂・2010）211頁。

[77] 北川・前掲注（35）56頁。

[78] 北川・前掲注（35）56頁。

（2）共同違反

次に、「共同違反」についても言及しておきたい。過失犯の単独犯にも、過失犯の共同正犯にも、過失正犯行為が必要である[79]。前述のとおり、結果回避義務違反の本質は、許されない危険を創出または増大させることにあると解すべきであり、かつ正犯性のある過失行為は、結果発生への実質的支配力がある結果回避義務違反行為と解すべきである。それゆえ、まず、「共同違反」は、過失正犯行為の共同、つまり、結果発生への実質的支配力がある結果回避義務違反行為の共同でなければならない。しかし、同時に結果回避義務に違反する場合に限られず、各関与者の結果回避義務違反に時間的先後関係があろうとも「共同違反」に当たる余地があると思われる[80]。このように、「共同結果回避義務の共同違反」が認められれば、危険創出の段階で、他人の行為との物理的関係性が認められる。

したがって、主観面の共同は心理的関連性を根拠づけ、客観面の共同は物理的関係性を根拠づけ、そして心理的関連性が双方向的であれば、物理的関連性の双方向性がなくても、全体結果を各関与者に帰属することができる。つまり、この限りで、危険の共同創出が認められ、他の関与者の行為を介して結果が実現された場合にも、いずれの行為から結果が生じたかが判明しなかった場合にも、結果を当該関与者に帰属するにあたって支障はないこととなる。この意味で、共同危険創出行為があれば、関与者の誰かが結果を惹起したことが肯定され得る場合に限り、「共同違反」が存在するといえる[81]。

3．過失犯の共同正犯を認める実益

以上から、過失犯にも、故意犯と同様に、「一部行為の全部責任」と

---

[79] 町野朔『刑法総論』（信山社・2019）385頁参照。

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

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

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

過失犯の共同正犯を肯定する論者であれ、過失犯の共同正犯を否定する論者であれ、①過失犯の共同正犯を認める実益があるのは、因果関係の立証がない事案においてであるという点では共通している[82]。そのほか、否定説の中には、②過失犯の共同正犯として扱うとしてもその実質的な処罰範囲の確定は、通常の過失正犯の場合とほとんど変わりがないとし、過失犯の共同正犯を認めなければならない実益が少ないと明確に主張する見解もある[83]。肯定説の中には、③因果関係の立証以外には、仮に結果と個々の過失行為との因果関係を特定できても「個々の行為者の過失として把握すると軽微な過失にとどまってしまい、処罰感情に応えることができないであろう。また、高度に危険を有する共同行為については、単独犯としてみた場合には軽微な過失であっても大きな犯罪的結果を惹起することがありうるから、これを共同行為者全体の過失として捉えることは、処罰の適正の点のみならず犯罪予防の見地からも必要である」[84]とする見解がある。以下では、上記３つの見解について順序に検討を加える。

①について、ＡとＢとは一緒に、いくつかの石塊を崖の下に投げ捨てたが、その石の１つで、下を通っていたＸにけがをさせたが、当たった石がＡが投げたものか、Ｂが投げたものかがわからないという設例について、過失犯の共同正犯を認めると、ＡもＢもともに処罰できるが、過失犯の共同正犯を認めないと、ともに結果に対する因果関係の証明がな

---

[82] 福田平＝大塚仁（編）『刑法総論〔改訂版〕』（現代青林講義）（青林書院・1997）204頁（萩原玉味）、小名木明宏「判批」判例時報1818号（2003）218頁、山中・前掲注（81）900頁。

[83] 前田・前掲注（４）373-374頁。

[84] 大谷・前掲注（27）415頁。

いから、処罰ができなくなり、そこで過失犯の共同正犯を認める実益があると説明することが一般的である。この見解に対して、因果関係の立証は、過失犯の単独正犯の場合にも、共同正犯の場合にも必要であり、「共同正犯として処罰されるのは、相手方の意思ないし行為を通じて因果関係がある場合に限られる」とし、上記の設例において、「Ａの投げた石が当ったことがわかった場合でも、Ａにその石を投げさせたことについてＢに原因がある場合にはじめてＢの責任が問題になりうる」[85]と反論する見解がある。

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

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

---

[85] 平野・前掲注（22）394-395頁。

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

なお、自らの結果回避義務を履行すれば、結果を防止しうるという意味で、正犯としての結果帰属には支障がないから、過失犯の共同正犯を論じる必要はないのではないかという批判がある[86]。しかし、この場合においても、関与者間の不注意の相互促進・強化が存在することは、単独犯の場合よりも過失犯の危険性を増大させるといえる。すなわち、各関与者間は、同時犯のような関係にあるというより、やはり共同正犯のような関係にあるというべきであるから、処罰上の支障がなくとも、刑法60条を適用すべきである[87]。

第２項　組織的医療における過失犯の共同正犯

以上の観点に基づいて、ここでは、垂直的分業の場合と水平的分業場合を分けて、判例の検討をしながら、組織的医療における過失犯の共同正犯が成立しうる場面を明らかにする。また、垂直的分業の場合にも、水平的分業の場合にも、過失犯の共同正犯が成立しうるかどうかに関する議論の範囲は、結果回避義務違反とみうる過失行為が競合して、患者に死傷結果をもたらした場合に限定されるべきである[88]。それゆえ、広義の過失競合[89]があった場合は、議論の対象になり得ることはいうまでもなく、行為者ごとに過失の単独犯が成立しえないけれども、複数の結

---

[86] 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（152）211頁、井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂・2005）372頁。

[87] 曽根・前掲注（61）407頁参照。

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

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

果回避義務違反が存した場合も、議論の対象になりえる。

第１款　垂直的分業の場合

Ⅰ．医師と看護師の連携

１．監督関係のある場合

複数の過失が関わる場合としては、（ⅰ）対等な共同行為者の過失が競合している場合と、（ⅱ）監督・管理過失と直接過失とが競合している場合が考えられる[90]。（ⅰ）には、過失の共同正犯の場合と狭義の過失競合の場合が含まれるという理解によれば[91]、過失犯の共同正犯の成立範囲は、対等な共同加害者に限られ、管理・監督地位にあるものと被監督者は共同正犯とはならないという趣旨がうかがわれる。本章の第１節で整理された医療過誤に関する裁判例をみても、管理・監督関係にある医療関係者を共同正犯として捉えることはない。

このような見解の背後には、「共同義務の共同違反」説のもとで、共同結果回避義務が課されるために、関与者の法的地位の対等と平等が必要であるという理解がある。すなわち、「刑法上、共同注意義務が認められるのは、共同行為者の全員が法的に対等、平等の地位に立ち、各人に課せられる個別的注意義務を考えるならば、それらが共通したものである場合でなければならないと解する。法的地位の異なる行為者の間では、事実上の共同行為についての共同の注意という観念は認めることができても、共同者の全員に『皆正犯ト』される関係における連帯的な注意義務は考えられないからである」[92]。また、同論者は、関与者の間には上司と部下の関係はなく、業務分担は内容的に異なり、勤務場所は別々ではあるとしても、関与者らには、協力し合って共同の注意義務があるといえる場合には、過失犯の共同正犯が認められうる[93]と主張するため、

---

[90] 西原・前掲注（86）１頁、米田泰邦『管理監督過失処罰』（成文堂・2011）125頁。
[91] 大谷実『刑法講義各論〔新版第５版〕』（成文堂・2019）196頁以下。
[92] 大塚仁「過失犯の共同正犯の成立要件」法曹時報43巻６号（1991）６頁。
[93] 大塚・前掲注（92）17頁。

上記の「法的に対等、平等の地位」とは、関与者間に上下関係がないことを意味すると思われる。

その反論として、「法的地位の『平等』とか『対等』などといったメルクマールが必ずしも決定的なのではなく、具体的に危険な行為状況の中で、各行為者の為すべき具体的行為態様は異なるとはいえ、実質的に、全体として一個の共通した具体的注意義務が課されており、その共同行為として相互に『不注意』を助長、促進し合ったという評価が可能であれば、共同正犯の成立を認めてよいと考えられる。その際、法的地位、職分が『平等』『対等』でなくとも『共通』の注意義務を肯定しうる契機は、具体的な行為状況ないし行為自体のもつ『危険性』に存在するものと考えられるのである」とする見解がある[94]。この見解によると、例えば、「執刀医に手術器具を手渡す補助看護婦が、執刀医が器具（鉗子やタンポン等）を患者の体内に置き忘れたまま縫合手術をしたのを漫然と見すごし、かつ回収器具の数を正確に点検するのを怠ったような場合」に、両者の法的地位が異なるが、結果の回避について、両者に共通する具体的な注意義務が課される。

本稿の第１章で指摘したように、垂直的分業の場合には、常に関与者間に上下関係が存在するが、上下関係が存在するからといって、直ちに監督関係が認められるわけではない。例えば、看護師が行う診療の補助に対しては、医師は事前の指示義務、過程中の監督義務、事後の点検義務を負う可能性があるが、事前の指示と事後の点検を医師自身の注意義務と解し、これらの注意義務に違反した際に、医師の過失と看護師の過失が競合している（狭義の過失競合）とすべきである。したがって、医師と看護師の間に過失犯の共同正犯が成立しうるかを検討するにあたり、両者の過失が監督過失と直接過失との関係にあった場合と、両者の過失が狭義の過失競合関係にあった場合にわけて考えるべきであろう。この意味で、上記否定説は、関与者は上下関係にあるだけで、共同結果回避義務があり得ないと主張する点で、妥当性に欠けるといえよう。それは「過失犯は、万人を名宛人とする犯罪であり、もともと職務内容が異なる地位にあったとしても、自己の職務上の担当領域を超えて、他者

[94] 長井長信「判評」判例時報1239号（1987）225頁。

の担当領域へと介入することも可能であるし、反対に、職務上の地位は異なっても、場合によっては互いに協力すべき職務内容もありうる」[95]からである。例えば、看護師が重大なリスクが伴う診療の補助を行う場合を除き、医師に重畳的な点検確認義務が課される場合には、結果の防止について、医師と看護師とは協力し合う関係にあるということができよう。

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

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

---

[95] 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2009年4号974頁。

1．監督関係のない場合

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

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

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

ても、薬剤を確認すべき義務の懈怠によって結果を発生させたという点では、①の場合と共通している。

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

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

その意味で、共同正犯は、同時犯になり得ない場合のプランＢとして存在するものではない。つまり、単独正犯に還元することができて共同正犯として処罰する実益がないケースがあっても、共犯関係が存する場合に、処罰の実益がないことが過失犯の共同正犯の成立可能性を否定する理由にはならず、理論的に、過失の単独正犯と過失犯の共同正犯の構成は両立しうると思われる[96]。上記の観点を踏まえると、図表９にあげている裁判例のうち、④（前橋地裁太田支判昭和51年10月22日判タ678号59頁）と⑦（花巻簡判平成２年３月30日判タ770号77頁）は、過失犯

[96] 嶋矢・前掲注（88）207頁、223-224頁。

の共同正犯として処罰する余地があろう。

Ⅱ．上下関係にある医師間の連携

以上の分析は、医師と医師の間に上下関係が認められる場合にも妥当する。しかし、それは監督義務が認められない場合には、過失犯の共同正犯が成立しうるということを意味しない。本稿の第１章では、【事例９】埼玉医科大学病院抗がん剤過剰投与事件（最決平成17年11月15日刑集59巻９号1558頁）を例として、過失競合論と監督過失論の区別を試みた。検討の結果、本件において、主治医３人が医療チームを組んで、１人の患者に対して共同で治療医の責任を負い、科長Ｘは、「治療方針の形成」については他の３名主治医と共同して、患者の治療医としての責任を負うのみならず、「副作用への対応」については部下の医師に対する監督義務を負うことを示した。

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

この問題について、治療医としての限度で過失犯の共同正犯が成立しうるという見解[97]がある。しかし、まず、治療医としての医師達の注意義務はどのような関係性があるかを明らかにすべきである。本件事故は、主治医Ｚは、同療法や硫酸ビンクリスチンについての文献、医薬品添付文書の精査をせず、同療法のプロトコールが週単位で記載されているのを日単位と読み間違え、２ミリグラムを限度に週１回の間隔で投与すべき硫酸ビンクリスチンを12日間連日投与するという誤った治療計画を立つことに起因したものである。ただし、既に述べたように、治療方針を形成するにあたり、チームのリーダーとしての指導医Ｙは、本件の療法

[97] 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）21頁。

についての文献、医薬品添付文書等の調査を通じてＺの提案を検討すべき義務があったと同時に、本件のような難治性の極めて稀な病気に罹患した患者Ｃに対し、有効な治療方法が確立していない場合に、科長であるＸとしても、「自らも臨床例、文献、医薬品添付文書等を調査検討するなどし、本件療法の適否とその用法・用量・副作用などについて把握した上で、抗がん剤の投与計画案の内容についても踏み込んで具体的に検討」すべき義務を負う。治療方針を形成して決定するにあたり、主治医、指導医、科長の間に一定の業務分担が行われるが、「治療方針の形成」は、医学的知識・経験等に大きく関わるものであり、そして本件３人に医学的知識・経験等に明らかな差があるため、主治医よりも指導医に決定権があり、最終的には科長に決定権があるといえる。

したがって、内容的には、３人が同じ内容を有する注意義務を負っているということができるが、結果防止のためのそれぞれの注意義務履行の効果が異なる。よって、これらの３人の間に、不注意の相互促進・強化が認められず、相互注意義務が成立し得ないため、３人の過失は個別に検討すべきである。その意味で、注意義務の根源や義務の対象を「共同性」の根拠にすることはできず、両者が同一であっても、同時犯が成立する可能がある[98]。

第２款　水平的分業の場合

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

[98] 金子・前掲注（95）974頁注（374）。

Ⅰ．肯定例

1．都立広尾病院消毒液誤注射事件

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

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

本判決に対して、「患者の治療という非常に広い意味での『共同』作業は認められても、個々の具体的な行為との関係で注意義務が問題とされる過失としての『共同』行為は存在しているとは言い難い」として、本判決の事実認定においては、「過失の競合が認められるにもかかわらず、共同正犯を認定するのは矛盾であって、よって本判決はそもそも法令の適用を誤ったものといえる」と批判する見解がある[99]。また、共同義務の角度から、本件において、「薬を準備する者、薬を投与する者等が負うべき薬剤の種類を十分確認する義務は、同じ内容の義務ではあるものの、各自が担当するそれぞれの作業の中で個別に負う義務であることから、本件では過失犯の共同正犯は認定し得ない」と主張する見解もある[100]。また、不適切な薬剤を準備し患者の傍に置き去りにした看護師の注意義務違反と、それを漫然と点滴し患者を死亡させた看護師の注意義務違反は、時間的に前後しており、両者の間には意思連絡もなく、後者は前者に対して何らの作用も干渉する義務も認められないとして、共

[99] 小名木明宏「判批」判例時報1818号（2003）217-218頁。
[100] 北川佳世子「与薬・調剤と過失」中山研一＝甲斐克則（編）『医療事故の刑事判例〔新版〕』（成文堂・2010）209頁。

同性を否定する見解もある[101]。

上記のような過失犯の共同正犯に否定的な見解に対して、次のような反論がある。つまり、本件における看護師２人は、「たまたま、分担として、薬剤を準備する者と薬剤を投与する者に分かれたが、両者の経験年数からしても、準備する者と投与する者が入れ替わる可能性が十分ありえた」ことから、「投薬の過誤による結果発生の防止について両者には相互依存関係が認められる」。また、両者は、薬剤の投与についての共同の引き受けがあって、「Ｘとしては患者に直接投与するＹが薬の最終確認をしてくれるものと期待するし、Ｙとしても薬を準備するＸがしっかり確認してくれるものと期待する関係にあるので、相互に相手が正しく血液凝固剤を準備・投与してくれるものという誤った期待が相互に不注意を誘発し、相互に確認を怠って消毒薬を投与するという危険行為を促進したといえ、相互促進性を認めることができる」。したがって、本件における両名には、相互注意義務が認められるとし、過失犯の共同正犯を認めた本判決が妥当であるとするものである[102]。

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

本件では、薬の準備を担当する看護師の作業と、薬の注射を担当する看護師の作業は、時間的な先後関係があるけれども、患者への薬剤の投与という共同作業において、両者の間に分業と協業関係がある。しかし、誤った薬の投与を防止する意味において、完全な分業が存在しないため、看護師ＸとＹのいずれも、相手による確認を利用して自分の確認の確実さを補充しようとするものである。このような相互利用・補充関係のも

[101] 嶋矢・前掲注（88）215頁。
[102] 大塚（裕）・前掲注（66）28頁。

とで、全ての関与者が的確に確認をすれば、段階的な防護が可能となり、したがって結果発生の危険性を減少させることができる。それに対して、他人の確認を期待することから、注意が散漫になり精神が弛緩しやすくなり、自らの注意義務履行を怠る可能性が高く、したがって段階的な防護が失効し、結果発生の危険性が高まることとなる。後者になった場合に、相互利用・補充関係にある行為者は、相互に不注意が誘発・強化されたと評価できる。

したがって、各自の業務分担と相互の協業関係についての認識を持ち、薬の誤投与という結果発生の危険を防止するためには、二重のチェックが不可欠であることを認識した上で、薬剤を準備する際に、看護師Ｘは、看護師Ｙが薬剤の確認を怠る可能性があることを顧慮しつつ、薬の確認を意識的に行うべきである。同時に、看護師Ｙにとっても、薬の準備の段階で、誤りの可能性を顧慮しつつ、薬を注射する前に、その確認を行うことが要請される。この意味で、関与者の誰かが結果回避義務を履行すれば結果を回避しうる場合に、相互注意義務の履行は、他人に結果回避義務を履行させることで行われうるのみならず、自分の作業の中で、他人の注意義務違反の可能性を考慮に入れ、自ら結果回避義務を履行することで行われてもよい。

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

２．山本病院事件

【事例15】山本病院事件[103]（奈良地判平成24年６月22日判タ1406号363頁）の事実の概要及び判決の要旨は以下のとおりである。

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

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

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

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

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

しかし、本件検査結果等によれば、患者に対して、正しい診断を出すことは容易であり、被告人らには、診断の段階で医師としての基本的な注意義務に違反したことは否定できない。このような注意義務を履行す

れば、誤診を回避でき、さらに、適応のない手術を避けることで本件結果を回避しうるということに鑑みると、「誤診行為と手術開始行為とは行為意思が連動しており、両者を『一連の行為』とすべきである」[104]。

反対に、「肝切除術を行う場合には、大出血や肝不全の危険性が存在し、さらに、本件腫瘍の切除は、肝切除術の中でも、より高度の専門性を必要とするものであった」ため、誤診に基づいて、本件手術の実施にあたっては、肝臓外科医等の専門医である執刀医、肝臓の手術に関して十分な経験を有する助手が少なくとも２ないし３名、執刀医と別に配置する麻酔医１名、介助看護師２名が必要とされる。ところが、被告人Ｘは、「本件手術より前に、執刀医として肝切除術を行ったことはなく、肝切除術に立ち会った件数は多くとも２件であり、いずれも助手を務めたにすぎなかった」と認められる。並びに、Ｙは、「本件手術以前に、肝切除術については執刀医ばかりか助手を務めたこともなく、本件手術以前数年間は、外科医としての執刀経験すらなかった」と認められる。そのため、手術を人員不備の態勢で開始した後に、術中のミスを避けることと十分な止血措置をとることは困難ないし不可能といえ、事後的結果回避可能性があったかどうかが疑問となりうる。それゆえ、相応して当該具体的な危険を回避すべき義務が観念できなければ、手術の段階における行為を過失行為として捉える意味はないと思われる[105]。したがって、本件において、過失犯の共同正犯の成否を判断するにあたり、「共同結果回避義務の共同違反」があったかどうかは、誤診行為と手術開始行為にあった被告人らの注意義務とその違反を対象として検討すべきである。

以上の前提を踏まえ、検討を続ける。本判決は、被告人Ｘ及びＹには、本件適応のない手術を避けるべき共通した注意義務があったと認めた上で、それに違反する共同過失行為があったと判示した。それに対して、過失犯の共同正犯の否定論者は、次のように指摘している。つまり、本判決は、被告人ＸとＹの「共同義務の共同違反」を肯定したが、「過失の同時（正）犯と過失の共同正犯との差異は、『共同実行の事実』の有無にあるのではなく、意思疎通（共謀）の有無にあることから、前者の

[104] 高橋・前掲注（103）300頁。
[105] 谷井・前掲注（103）393頁。

要件である『共同義務の共同違反』だけでは、過失の「共同正犯」を肯定することはできない」。また、本判決は、被告人およびＹには、危険の手術の遂行について意思を通じていたことで共同正犯における「意思疎通（共謀）」が存在するが、「危険な行為の遂行についての意思疎通があれば、なぜ共同正犯を肯定できるのかが問題となる。故意犯においては、結果発生についての意思疎通が必要であるにもかかわらず、過失犯の場合には、行為、それも、事後に違法とされる事前的な行為についての意思疎通で足りるという結論は、共同正犯の処罰根拠につき因果性のみで根拠づける見解だけが採用し得るものといえるが、共同正犯における『一部実行全部責任』の法理は、共謀に基づく相互利用補充関係によって根拠づけられるのであり、過失犯の共同正犯には、この要件が存在せず、したがって、過失犯においては、共同正犯をはじめ教唆犯、幇助犯のすべてが否定されるのである。本件では、過失の同時犯の成立を認めれば足りる」[106]。

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

本件における分業・協業の実態をみれば、診断の段階で、最初に、本件患者の治療にはＹが主治医として担当し、Ｙの関与があったことはいうまでもなく、Ｘは、その過程で、２回の造影に立ち会い、造影時のモニター画像を見ていたことがあって、そして本件手術を進めることにも積極的に関与していたから、実際に、手術の実施に至ったことは、２人

[106] 高橋・前掲注（103）118頁。

の診断が一致した結果であったといえる。手術の準備の段階で、Xは、手術のために、キューサを借り出して手配し、外部から専門医を招聘する必要を否定し、また、Yとともに輸血の必要を否定し、本件手術の手術申込票の記載などをしたことから、この段階でも、2人は、協力し合って手術の準備を行い、本件手術がどのような態勢で行われるかに対しては重要な寄与があった。

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

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

なお、相互利用・補充関係にあり、関与者の不注意が相互に促進・強化される傾向にあるからこそ、診断から手術の実施までの全過程で、被告人とYに対しては、互いの判断を安易に信用してはならず、医師とし

ての基本的な注意義務を果たした上で、相手の決定を再検討して、相手の不適切な行動を止め、少なくとも医行為に疑問があったときに、相手に進言することが要請されるため、相互注意義務も肯定できる。したがって、本件手術の開始に至ったことに、被告人とＹの客観面の共同が認められうる。

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

本判決では、「本件では、被害者の主治医であったＹが本件手術の実施に積極的であったことが認められるものの、本件手術を前記手技で行うことなどは、Ａ病院の院長であり、本件手術で中心的に執刀を行った被告人が決定しており、被告人は、本件犯行において主導的な役割を果たしたというべきである」と判示した。このように、本判決は、「共同義務の共同違反」が認められるが、被告人ＸとＹはすべて正犯として帰責させるべきではない旨主張したものであると理解することができよう。しかし、本件では、被告人Ｘは、院長として、同病院の業務全般を統括しており、手術の実施に主導的な役割を果たしたが、誤診しない、あるいは、２人で手術を開始しないというような不作為義務の履行において、Ｙとの間に指導・監督関係があったことを示す証拠がない。そしてＸの過失はＹの誤診への軽信に起因したものであることを否定できず、少なくもと、Ｙが誤診しなければ本件結果は回避しえたという意味において、両者を共同正犯として捉えるべきである。

Ⅱ．否定例

1．麻酔液誤注射事件

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

控訴審判決は、本件を過失の競合として扱ったが、患者に対する診療行為が本件医師２人により共同して行われ、看護師に対しては共同担当医であったと認められ、「その医師間に責任の軽重のつけ難いような場合、然もその診療過程に於て、医師の過失の存した場合は、その内の或医師につきその過失につき全然関係のないことが特に明瞭な場合とか或は特定の診療につき特に責任を分担しその帰責を明かにして行われたのでない限り、右過失についての責任は共同診療に当る医師全員に存するものと解するを相当とすべき」であると判示した。この論理からは、過失犯の共同正犯の肯定論が導かれるのではないかとする見解は、以下のように述べる。すなわち、本判決では、過失の共同正犯の成立を否定したが、「『共同』担当医の『共同義務』を、かなり厳格かつ詳細に認定し、その『共同』違反を肯定している」ことからみれば、「本判決の論理からは、むしろ過失共同正犯肯定論が導かれるであろう」。さらに、「共同義務の共同違反」と「過失の競合」との関係について、同見解は、「共同義務の共同違反とは、過失共働の一態様としての過失共同正犯を構成するにあたっての、一個の重要な契機であり、単なる『過失の競合』の属性ではない」として、「本判決には、結論と理由づけのくい違いがみられる」[107]と主張する。

---

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

それに対し、本件は、「共同担当医間にあっては相互に看視・監督し合う注意義務はなく、医師全員がそれぞれ独立に看護婦に対する関係で注意義務を負っていたにすぎない、との理解の余地もないではな」く、すなわち、本判決は、「医師の看護婦に対する具体的注意義務は詳細に認定していたが、共同担当医間については、『或る患者に対する』共同診療過程において医師の過失の存した場合は、特にその過失と無関係である等の特殊事情がない限り、責任はその『医師全員に存する』と抽象的に判示したにすぎないのである。ここではいわゆる累積的競合ではなく、重畳的競合が考えられているのではあるまいか。だとすれば、これを過失の競合としたのは一貫しないではない」[108]とする見解がある。

また、本件では、看護師の注射を監督する共同作為義務（保障人的地位）が認められないとして、共同結果回避義務の存在を否定し、また、「仮に作為義務が認められると考えた場合にも、ＸとＹの間に麻酔による危険の防止について相互依存関係があったとはいえない、また、お互いに不注意を助長し合うような強い因果的影響力はそこに認められない。したがって、相互促進が認められない以上、過失犯の共同正犯を肯定することはできない」と主張する見解もある[109]。

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

[108] 長井・前掲注（94）223-224頁。
[109] 大塚（裕）・前掲注（66）30頁。

結果回避義務の共同違反」を肯定し得る。

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

２．京大附属病院エタノール事件

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

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

この点について、後続した看護師４名は、自己より先行する各補充に

因果性を及ぼしておらず、因果の共同がないとして、本件では共犯関係がそもそも認められないと説明する見解がある[110]。しかし、後続した看護師４名は、自己に先行する各行為者が注意義務に違反したとしても、その過失行為に因果性を及ぼしていないが、後任者による注意義務履行は、自分が利用した前任者の作業をダブルチェックし、これから注入作業を引き続いだ看護師の誤注入を防止するように機能しているため、その不履行は、前任者が創出又は増大させた危険を維持させ、さらに増大させ、もって患者への損害を増悪させるという意味において、共同危険創出行為の存在、つまり、客観面の共同が認められ、他人の行為への物理的関連性が肯定される。したがって、因果性の共同がないことは、共犯関係を否定する理由にはならないと考えられる。

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

３．横浜市大病院患者取り違え事件

【事例12】横浜市大病院患者取り違え事件（最決平成19年３月26日刑集61巻２号131頁）では、「各人の職責や持ち場に応じて、重畳的に、それぞれが責任を持って患者の同一性を確認する義務がある」とされてお

[110] 嶋矢・前掲注（88）211頁。

り、複数人に同一内容を有する注意義務が認められ、過失の競合と認定した。学説では、過失犯の共同正犯が成立しうるかどうかについて争われているが、その場合、本件の各関与者がすべて過失犯の共同正犯として捉えられるかどうかではなく、看護師間の共犯関係と、医師間の共犯関係の有無をそれぞれに論じるべきであるとすることが、一般的である。

過失犯の共同正犯が成立しうるとする見解は、過失の競合は広義の過失の競合を指すと解した上で、水平分業の類型にあたる事例について、過失犯の共同正犯を認める点に大きな特徴がある[111]。具体的な根拠について、手術にあたり、本件被告人らが中心となって、同じ現場で患者の同一性の再確認作業が行われた際に、そこで十分な確認作業が可能であったにもかかわらず、それを行わなかったことについて、執刀医、麻酔医らがなすべき共同義務に共同して違反するという点からみて、「注意義務に違反する共同行為を時間的に同じく実行するという形式的判断のみではなく、実質的にも判断し、注意義務に違反する共同行為に組み込まれた各々の行為が、一つでも欠けてしまえば、当該結果の発生が疑わしいようなもの」[112]と説明する見解がある。

それに対して、過失犯の共同正犯の成立を否定する見解は、その理由づけについて、本件の確認義務は、各関与者が担当する作業の中でそれぞれに負担する義務であり、同一性確認義務という抽象的なレベルにおける共通性があるが、各人の置かれた状況に応じて行動基準の内容が異なる可能性があるから、共同注意義務ではないと説明する[113]。医師間についても過失犯の共同正犯を肯定する見解によっても、看護師の行為は医療の補助ないし準備行為であり、医師の行為に対する干渉を内容とする義務が存在しない以上、看護師と医師間の共同注意義務はあり得ない

---

111 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）17-21頁。

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

113 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）105頁、同「横浜市大患者取違え事件」甲斐克則＝手嶋豊（編）別冊ジュリスト『医事法判例百選〔第２版〕』（2014）157頁、照沼亮介「チーム医療における過失の競合」判例セレクト2007（2008）26頁。

と主張する[114]。

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

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

（ｉ）手術開始前の段階における確認は、専門性との関係性は薄れるのであり[115]、患者両名の取り違えを防止する意味で、関与した看護師間、麻酔医間[116]、看護師と麻酔医間には、相互利用・補充関係があることか

---

[114] 大塚（裕）・前掲注（111）21-23頁。

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

[116] 本件における麻酔医両名は、同一の患者に対する手術について分業・協業関係があるのではないが、同一時刻に複数の患者に対する手術が予定されていることを認識しており、いったん、患者の取り違えが発生すれば、２人の患者に適応のない麻酔や手術を受けることになるはずであるから、この患者両名の

ら、主観的には、「一方の看護師が不正確な引渡しをして不注意な受取りを助長し、もう一方の看護師が受取りに際して正確な確認を怠ることにより不正確な引渡しを助長している関係にある」[117]のみならず、単純な確認であるため、相手が確認義務をきちん果たすという誤った期待を抱いてしまうことで看護師と麻酔医間、麻酔医間の不注意も相互促進・強化される関係にあるというべきである。そしてその４人のうち、誰かが確認義務を確実に履行すれば、少なくとも、患者両名を麻酔状態に陥らせた結果に至ったことはならないため、同結果については、４人をすべて共同正犯として帰責すべきである。

（ⅱ）麻酔を導入した後、手術を開始する前に、本件病院では患者確認について特別の措置を講じていないから、この段階においては、当該体制のもとで通常の確認措置を採ることが困難になるが、この段階に関与した者に対しては、少なくとも、①異常が発見されるときに、再確認をとることと、②手術室内で実施した検査結果を術前検査結果と対照することを通じて必要のない手術を避けることが要請される。もっとも、②は、患者の取り違えが発生しない場合にも、妥当するものだから、当該注意義務の履行は、患者の同一性確認を超える独自の意味を有するといわざるを得ない。この意味で、本件傷害結果の発生は、患者の取り違えの延長線上にあったものであるが、この因果の流れで、手術の当否についての執刀医らの顕著な注意義務違反が介在していたというべきである。手術の当否についての判断は、医師の専門性に基づいて行われるものであり、看護師がそれを信頼することが相当である限り、看護師が確認作業を行う際に、医師が上記注意義務に違反する可能性を考慮すべき注意義務を負わないということとなるはずである。

しかし、第２章で述べたように、①と②は、必ずしもはっきり区別することはできず、例えば、術前検査の結果と術中の検査等とのデータの

取り違えを防止する意味においては、心臓手術側の麻酔医と肺手術側の麻酔医は事実上の相互利用・補充関係にあるというべきである。そして、同様な理由によって、心臓手術側の執刀医と肺手術側の執刀医にも相互利用・補充関係があると解することができる。

[117] 嶋矢・前掲注（88）216頁。

著しい相違があったという事実に対して、患者が取り違えられるか、治療の必要性があるのか、という両面から検討することが可能である。執刀医は、術中の検査結果が術前の検査結果と顕著に異なるという事実に気づいたときには、患者を取り違えていないかを意識すべきであり、治療の必要性については、患者の取り違えの可能性が排除された後に、議論されるべきである。それゆえ、この段階における確認は、手術の当否に関係しているように思われるが、この場合であっても、執刀医に単純な確認が求められるというべきである。この際に、前段階で関与した看護師ら、麻酔医らが確実に確認することに対する誤った期待を抱くことは、執刀医の不注意を促進・強化するものと評価できる。また、本件では、看護師らの注意義務違反は、患者の取り違え手術の危険を作ったものであり、その危険が現実化したため[118]、執刀医らに対する看護師らの信頼は相当性があると考えられず、両者に相互注意義務を認めるべきである。そして看護師らは、最初に合義務的な行為をとったならば、患者が麻酔状態に陥らせた上で非対応な手術を受けて傷害を負わせる結果は回避しうるので、看護師らは、上記結果に至った因果的経過に対する実質的支配可能性があったと評価でき、共同正犯として帰責すべきであると思われる。

麻酔医らは、看護師らと異なり、手術に関わり続けており、手術を開始する前に、①と②についての合義務的行為が求められる[119]。しかしながら、この際の同一性確認は、麻酔導入前の確認と異なり、複数の医師が関与しており、協力し合って結果回避義務を履行するという意味で共犯関係が肯定されるとしても、各関与者の役割や置かれた状況に鑑み、正犯性があるかどうかについては改めて検討すべきである。本稿の第２章で述べたように、各関与者の具体的な合義務的行為を確定する際に、法の期待の客観的な限界と主観的な限界を考慮しなければならず、本件

[118] 北川・前掲注（113）157頁。

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

の状況に置かれた麻酔医Ｆに期待される具体的な結果回避措置は一定程度で制限されるべきである。同人の合義務的行為は、法益保護のための有効性があるが、その有効性が他の医師の意識や判断に大きく左右されるといえるため、この段階での麻酔医Ｆの行為は、注意義務に違反したものかが疑問となり、注意義務違反行為を認めるとしても、傷害結果に至る因果経過を実質的に支配していると評価できず、その正犯性を否定すべきものである。同時に、研修医であった麻酔医Ｈは、この段階で積極的な確認をせず、麻酔を継続させたことについて過失を肯定できるが、傷害結果に至ったことに対して、執刀医に比べれば、その注意義務違反の程度は軽いと思われる。しかし、麻酔医ＦとＨは、麻酔導入前に患者確認を怠ったことが認められ、かつ当時、合義務的行為に出たならば、本件傷害結果に至らないはずであるため、執刀医らとともに共同正犯として責任を負うべきであり、上記の事情は量刑の事情として考えるべきである。

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

最後に、異職種の連携の場合において、過失犯の共同正犯が成立しうるかどうかについて言及しておきたい。本件における分業・協業は、同じ職種間にも、異なる職種間にも存在するような複合的なものであるが、本件事故は複数の初歩的なミスによるものである。本件の事実からみれば、患者の同一性確認は、単純な確認と治療の当否に関わる確認とを区別することができるが、患者の取り違えを防止するために、自己の職責や持ち場に応じて単純な確認をする義務がある、という点は共通しており、そして誰か一人が当該注意義務を果たせば、結果は回避しうる。それゆえ、本件における確認は、「専門性の領域に入る以前の問題であり」、職種は何かということによる区別は問題とならないというべきであり[120]、各関与者の間に、不注意の相互促進・強化ないし相互注意義務が

[120] 大塚（裕）・前掲注（111）21-22頁、甲斐克則『医事刑法への旅Ⅰ』（現代法律

存在する可能性がある。したがって、各人の専門性に基づいて分業・協業がなされていたとしても、過失犯の共同正犯が成立する余地があると考えられる。しかし、例えば、麻酔管理に麻酔医の過失と、執刀医による手技のミスが重なって患者の死傷結果を惹起した場合に、これらの過失は、いずれも専門性のみに関係するものであり、専門の領域内で不注意の相互促進・強化がありえないだけではなく、両者は、他方がその種の過失を犯している可能性を考慮しなくてもよい（信頼の原則）ので、過失犯の共同正犯は認められないと思われる。

第4節　小括

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

現在、過失犯の共同正犯に関する議論では、行為共同説に立つからといって過失犯の共同正犯が肯定されるとは限らず、また犯罪共同説や共同意思主体説、目的的行為論に立つからといって過失犯の共同正犯が否定されるとは限らないとされている。過失犯の共同正犯を認めるか否かをめぐる問題の対立点は、過失犯の共同正犯として処罰する必要性があるかどうかにあり、過失犯の共同正犯についての論争は、基本的に、「共同義務の共同違反」説と「同時犯解消」説との対立をめぐるものになった。

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

出版社・2004）139頁。

に帰属することができる。

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

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