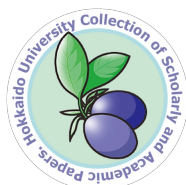




HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	チーム医療における刑事過失責任（6）：組織的医療における個人の過失責任のあり方及び関係者間の責任分担
Author(s)	張, 佳宇
Citation	北大法学論集, 76(5), 113-156
Issue Date	2026-01-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/98777
Type	departmental bulletin paper
File Information	04_Zhang_lawreview_76_5.pdf



チーム医療における刑事過失責任（6）

—— 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い事件を例として——

第4節 小括

第3章 分業に伴う医療関係者間の責任分担

——「信頼の原則」の検討を中心に——

第1節 信頼の原則の概説

第2節 組織的医療における信頼の原則適用の可否とその限界

第1項 従来判例

第2項 議論状況

第3節 検討

第1項 組織的医療における信頼の原則適用の可否

第2項 組織的医療における信頼の原則の適用限界とその基準

第1款 概説

第2款 垂直的分業の場合

第3款 水平的分業の場合

第3項 判例の再検討

第4節 小括

第4章 分業に伴う医療関係者間の過失責任

——「過失犯の共同正犯」の成否の検討を中心に——

第1節 従来判例

第2節 議論状況

第1項 肯定説

第2項 否定説

第3節 検討

第1項 学説の検討

第2項 組織的医療における過失犯の共同正犯

第1款 垂直的分業の場合

第2款 水平的分業の場合

第4節 小括

第5章 中国法への示唆

第1節 中国における医療事故罪の刑事裁判

第1項 背景

第2項 刑事裁判の状況

第3項 問題の所在

第2節 組織的医療における個人の過失責任のあり方

第1項 検討視座と方法

第2項 分業における各関与者の注意義務

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

（以上、本号）

第3節 組織的医療における関係者間の責任分担

第1項 検討視座と方法

繰り返して述べたように、中国の刑事裁判は、医療過誤の犯罪化については慎重な態度を示しており、そして複数の医療従事者の過失が競合していた場合であっても、直接行為者のみの刑事責任を問うことは多い。しかし、そのような状況においても、過失競合の場合における責任分担という課題を検討することが重要である。

日本の組織的医療における関係者間の責任分担を検討する際に、本稿は、組織的医療における信頼の原則の適用可否とその適用基準、または複数の過失が存在している場合に、各関与者は過失の同時犯なのか、過失犯の共同正犯なのかという2つの問題に着目している。

そのうち、組織的医療における信頼の原則の適用可否とその適用基準については、組織的医療における信頼の原則適用は、事実関係の確認という積極的要件（主観的要件+客観的要件）と相当性の阻却事由の不存在という消極的要件を満たさなければならないように指摘した。具体的には、①主観的要件としては、医療従事者間に実質的信頼関係があり、そしてこの実質的信頼関係を否定する反対的事実がなかったことが必要であり、②客観的要件としては、安全確保体制の有無、医療関係者間の分業関係とそれに応じて注意義務の内容と役割分担等を考察して、危険の防止の角度から、この分業関係が実質的合理性を有するものでなければならない。それらの条件の以外に、信頼の原則の適用には、②信頼の相当性を満たすべきであると主張した。

過失犯の共同正犯の成否については、過失犯にも、故意犯と同様に、「一部行為の全部責任」という法理を適用できると主張している。その成立要件として、①正犯性要件としての実質的支配力、②共同性要件と

しての主観面の共同（不注意の相互促進・強化）と客観面の共同（共同結果回避義務の共同違反）が必要である。

しかし、信賴の原則は理論として受け入れられるべきものとしても、それには一定の制限があり、業務の性格、業務分担の確立の度合い、業務分担者の専門上の能力等を具体的に考慮した上で、その限界と基準を検討しなければならない。したがって、ここでは、第一に、中国における信賴の原則に関する議論を概観し、第二に、信賴の原則のローカライズについては、中国の過失犯における信賴の原則の機能と中国組織的医療における信賴の原則の適用限界を検討する。

なお、過失犯の共同正犯の成否という問題について、本稿の第4章では、日本の場合には、過失犯の共同正犯が認められる合理性があるという結論に達した。しかし、日本刑法が共同正犯の成立が故意犯に限られていないのに対して、中国刑法は明確に過失犯の共同犯罪の成立する可能性を排除した。それに対して、学説では、刑法規定を再解釈することにより、過失犯の共同正犯を認めるとする見解が多いが、これらの見解に妥当性があるか否かを検討しなければならない。したがって、ここでは、中国における過失犯の共同正犯をめぐる議論を概観した上で、学説の検討を行うことにする。

第2項 「信賴の原則」の検討

第1款 議論状況

I 概説

道路交通事犯の場合における過失認定の原理として登場した信賴の原則は、改革開放後、社会の現実が大きく変遷し、当面の交通環境、交通施設および交通手段が大きく改善・革新され、固有の伝統的観念を転換し始めている交通の現代化を背景として、観念の現代化のために、中国に導入された¹。

¹ 蘇惠漁「現実と理念の狭間で」西原春夫（編）『日中比較過失論』（成文堂・

中国の学説では、一般的に、日独における信頼の原則の定義を参照しており、交通事故の分野における信頼の原則の適用を中心にして研究している²。また、実務上、最高人民法院「交通事故の刑事事件の裁判における具体的な法適用に関する若干問題の解釈」（法釈〔2000〕33号）は、交通事故における加害者（行為者）の責任割合に基づいて犯罪の成否を判断することが、信頼の原則の精神を鮮明に表している。

1. 信頼の原則と許された危険

中国では、「信頼の原則」は「許された危険」という法理とともに議論されることがよく見られる。許された危険と信頼の原則との理論的関連性について、①許された危険は信頼の原則に包含され、すなわち、信頼の原則が適用されれば、許されない危険を創出しなかったと主張する見解³、②許された危険という法理は、信頼の原則の理論的基礎であり、他人の適切な行為を信頼して危険な行為を行うことが許されるという点で両者は共通するとする見解⁴、③許された危険は旧過失論の産物であり、立法政策に関するものであるのに対して、信頼の原則は、処罰の範囲を拡大した旧過失論の欠点を克服するために登場するものであり、解釈論に関するものであるという点で、両者は異なっているが、過失犯の処罰範囲を限定するという点で一貫しているとする見解⁵がある。

そして、③の見解によるならば、危険の分配は、注意義務の分配に関する理論というより、むしろ許された危険と信頼の原則との適用方法で

2001) 90-91頁。

² 林亜剛「試論危険分配与信頼原則在犯罪過失中の運用」法律科学1999年2期69頁以下、張少林「試論信頼原則在認定交通事故責任中の運用——兼評新近修訂の『道路交通安全法』」時代法学6巻3期(2008)56頁以下、李朝暉「信頼原則及其在交通事故中の適用」鄭州大学学报(哲学社会科学版)36巻6期(2003)89頁以下、劉東根「信頼原則与交通肇事罪」雲南大学学报(法学版)15巻4期(2002)35頁以下等。

³ 周光権『刑法総論』(中国人民大学出版社・2011)123-124頁。

⁴ 馬克昌『比較刑法原理』(武漢大学出版社・2002)239頁。

⁵ 李騰「論『被容許の危険』理論在監督管理過失犯罪中的功能定位」鄭州大学学报(哲学社会科学版)54巻5期(2021)43-44頁。

ある。つまり、危険の分配という法理は、許された危険と許されない危険を区分して、行為者は、（許された危険という法理により事前に確定された）許されない危険を防止すべき義務を負うこととなる。それに対して、信頼の条件が満たされたときには、注意義務は被監督者に分配され、逆に、信頼が否定されたときには、被監督者のほか、監督者も注意義務を負担することとなる⁶。

2. 信頼の原則の位置づけ

許された危険の体系的地位との関係で、信頼の原則の位置づけについて、学説では、信頼の原則は、客観的注意義務を限定する原理であり、それを過失の消極的構成要件として捉える見解⁷、予見可能性を否定する原理とする見解⁸、責任阻却事由とする見解⁹がある。

3. 信頼の原則の適用範囲

中国では、信頼の原則は、危険の防止という意味において分担関係があるすべての領域で適用されうることとは一般的である¹⁰。同時に、

⁶ 李・前掲注（5）43-44頁。

⁷ 馬・前掲注（4）240頁、劉躍挺「論刑法中信頼原則的歷史定位与体系地位」浙江工商大学学报2010年6期31頁。

⁸ 趙姍姍「再論過失犯中信頼原則的適用——对深町晋也教授化解危險接受困局思路的揚棄」国外社会科学前沿2020年9期35頁。

⁹ 王楨「反思与重塑：分工治療過失行為信頼原則的適用標準探討」學術探索2020年5期83頁。また、馬榮春＝唐張「監督過失：因果性、注意義務与定罪實踐」河南財經政法大學學報189期（2022）100頁は、客観的にみて、監督者と被監督者の過失は、共同して結果を惹起したため、すでに構成要件該当性及び違法性を満たしたといえるが、相当の信頼があったことから、有責性の要件としての結果予見可能性と結果回避可能性を否定すべきであると述べている。

¹⁰ 馬・前掲注（4）240頁、劉躍挺、範小玲「論刑法中信頼原則適用要件及界限——兼述其与客觀歸責理論的關係」西南農業大學學報（社会科学版）8卷1期（2010）40頁、趙慧「刑法上的信頼原則研究」（武漢大學出版社・2007）121頁、王・前掲注（9）83頁、劉夢覺「組織医療行為中的個人過失責任」山西大學學報（哲學社会科学版）40卷5期（2017）111頁、謝雄偉「信頼原則的適用研究」中國石油大學學報（社会科学版）22卷1期（2006）84頁。

交通事故犯以外の分野での信頼の原則の適用には慎重であり、厳格に客観的・主観的条件が満たされるかどうかを判断し、具体的事例に厳格に拘束されるべきであるとする見解もある¹¹。具体的に、信頼の原則が適用されうる領域は、以下の条件を満たさなければならない。第一に、信頼の原則は、社会の発展にとって重要かつ不可欠な役割と利益を有すると認められるものの、法益侵害の危険性を伴う分野にのみ適用することができる。第二に、信頼の原則は、一般に、複数の人が一定の目的を達成するために組織的に協力し、互いに注意義務を分担するような危険な業種にのみ適用することができる。第三に、信頼の原則は、法律、規則、業界の規範・慣行などによって各参加者の注意義務が明確に定義されている危険な産業にのみ適用されるものである¹²。

許された危険の法理について、中国の学説では、監督責任の阻却事由として論じてきた¹³。両者の関連性から、監督過失における信頼の原則の適用が肯定されることが多数説であるが¹⁴、監督過失における信頼の原則の適用に対して慎重な姿勢を示す見解もある¹⁵。

4. 信頼の原則の適用基準

信頼の原則の適用基準に関する議論は、監督過失をめぐって展開されている。それについて、被監督者の資格の有無によって、規範的分業があったかどうかを判断し、規範的分業が認められる場合にのみ信頼の原則の適用で監督者の予見可能性を否定することが可能であると主張する

¹¹ 談在祥「刑法上信頼原則的中国処遇及其適用展開」中国刑事法雑誌2012年4期25頁。

¹² 李穎峰『医事刑法視域中の医療過失研究』（法律出版社・2020）123-124頁。

¹³ 談・前掲注（11）25頁。

¹⁴ 趙・前掲注（8）36頁。例えば、錢業六「監督過失理論及其適用」法学論壇25巻第129期（2010）30-31頁は、業務の受け渡しにより、直接の作業員から直接の作業員を監督する者になることは、そもそも、被監督者の注意能力を一定程度肯定することを意味しており、業務分担及びそれに伴う一定程度の危険分配の反映であるとされる。

¹⁵ 李・前掲注（12）137頁。

見解がある¹⁶。また、人的監督の場合には、監督者は職責を果たすかどうか、物的監督の場合には、事前に、システム又は設備に内在する危険の発生の可能性が排除されたかどうかによって、信頼の原則の適用の可否を判断すると主張する見解もある¹⁷。

それに対して、監督過失を、業務上の監督過失と公務上の監督過失に区別する論者は、前者の場合には、監督者と被監督者は、共通の作業目的や共通の利益に基づいた利益共同体が形成され、相互信頼の基礎があるため、信頼の原則の適用が可能であるが、後者の場合には、監督をすべき行政権を持っている機関と行政法執行の対象との監督関係においては、信頼の原則を適用する可能性はないと指摘される¹⁸。

Ⅱ 組織的医療における信頼の原則

交通事故における信頼の原則の適用ほど注目されているわけではないが、近年、組織的医療における信頼の原則の適用も議論され始めている¹⁹。

中国において、組織的医療における信頼の原則の適用については、①業務分担が確立され、それぞれの権限と責任が明確であったことが必要とされ、②業務分担者の資格、能力及び経験などを考察すべきであり、

¹⁶ 趙・前掲注(8) 37頁、錢・前掲注(14) 30頁。

¹⁷ 趙・前掲注(8) 206-208頁。

¹⁸ 劉雪梅＝劉丁炳「信頼原則在監督管理過失中の適用研究」中国刑事法雑誌2009年第8期22頁。本稿は、業務上の監督過失を検討の対象とするので、公務上の監督過失についての考察はしない。

¹⁹ 王・前掲注(9) 81頁以下、劉躍挺「対医療過失犯罪中信頼原則法理之適用——以垂直型組織分業治療実践為視角」河北法学33卷10期(2015) 55頁以下、同「論医師組織協助義務框架中的客觀的帰属与信頼原則」西南交通大学学报(社会科学版) 16卷6期(2015) 96頁以下、同「対医療過失犯罪中信頼原則法理之適用——以組織型医療過失犯罪為視角」海南大学学报(人文社会科学版) 34卷5期(2016) 108頁以下、談・前掲注(11) 24頁以下、舒洪水＝賈宇「信頼原則在医療事故罪中之適用」法学2008年10期140頁以下、劉・前掲注(10) 107頁以下、趙・前掲注(8) 163頁以下、謝・前掲注(10) 83頁以下等。

③業務の危険性が高いほど、信託の原則の適用範囲は狭くなるという指摘がある²⁰。また、上記内容を信託の前提、信託の基礎と信託の合理性に分類して論じる見解もある²¹。③の見解に従うと、以下のような場合には、信託の原則の適用が否定されるべきである。第一は、共同作業者が重疊的職責を負う場合である。というのも、そのように主張する論者は、各医療従事者の注意義務が完全に独立・同一ではないことを前提としているからである。第二は、結果の発生を特別に認識していた場合である。第三は、引き継ぎ作業における前任者の行為が正当であった場合である。すなわち、正当な業務行為として違法性を阻却し、信託の原則の適用で有責任を否定する必要がないとされる²²。

また、日本のように主観的要件と客観的要件に分けて説明する見解もある²³。一般的には、客観的要件としては、設備等の整備状況、医療従事者の専門性を考察することであり、主観的要件としては、信託の存在と信託の相当性である。具体的には、①指揮・監督義務を怠った場合、②危険が発生した後に、行為者が結果回避義務を怠った場合、③被信託者が共同作業の前に、発見できる異常があった場合であれば、信託の相当性が否定される²⁴。

第2款 検討

本稿の第3章では、すでに信託の原則の一般論と組織的医療の領域で信託の原則を適用する理論的可能性・必要性を論じた。これらの議論から導き出された結論は一般論として中国でも同様に適用可能であると思われる。そこで、中国の過失の判断における信託の原則の位置づけ、中国の組織的医療における信託の原則の適用の限界とその基準に着目して議論を進めたい。

²⁰ 舒＝賈・前掲注(19) 147頁。

²¹ 王・前掲注(9) 87頁。

²² 王・前掲注(9) 81頁、88-89頁。

²³ 談・前掲注(11) 27-28頁、劉、範・前掲注(10) 49-50頁。

²⁴ 談・前掲注(11) 27-28頁。

I 中国の過失の判断における信頼の原則の位置づけ

序章の検討から、以下の点が明らかになったと思われる。第一に、中国刑法15条1項では、過失犯について、「自己の行為が社会に危害を及ぼす結果を生じさせる可能性を予見すべきであるのに、不注意により予見せず、又はすでに予見していたにもかかわらず結果を回避できるものと軽信したため、これらの結果を生じさせた時は、過失による犯罪とする。」と規定している。このように、過失を「自信の過失」と「不注意の過失」に大別することができる。

自信の過失と不注意の過失は、いずれも行為者の主観面のみに関わるものであるが、中国刑法は、過失犯の成立は客観的注意義務の違反が必要ではないとされるわけではない。例えば、中国刑法335条は、医療職員が著しく職責を怠り、患者を死亡させ又はその身体に重大な危害を及ぼした行為が医療事故罪を構成する、と定めている。同罪について、司法解釈は「著しく職責を怠り」といわれる客観的注意義務違反行為の範囲を明確にした。これから、中国における過失犯の成立にも、客観的過失が必要であることが窺われる。このように、中国の過失犯の主観的過失は自信の過失と不注意の過失という2つの種類があるが、不注意の過失の場合であっても、過失犯として処罰する根拠は、結果予見義務違反にあるわけではなく、結果の発生を予見しなかったことから結果回避義務に違反したことにあるといえる。

第二に、中国の刑法理論や司法実務に深い影響を与えた伝統的な犯罪構成体系（いわゆる「四要件説」）は、犯罪の成立を判断する機能がなく、その主観的側面としての故意又は過失は、違法要素にあたるわけではなく、同時に、責任要素にもあたらない。それゆえ、四要件説を犯罪構成要件に関する理論とすることは妥当ではないのみならず、同説が通説であったことを根拠として、中国刑法は過失を責任要素として理解していると結論づけることはできない。

以上から、本稿の第3章で導かれた、「信頼の原則を行為者の結果回避義務を制限する原理として位置づけるべきである」という結論は、中国においても適用しうると考えられる。

Ⅱ 中国の組織的医療における信頼の原則の適用限界

本稿の第3章では、組織的医療における信頼の原則の適用は、事実関係の確認という積極的要件（主観的要件＋客観的要件）と相当性の阻却事由の不存在という消極的要件を満たさなければならないと指摘した²⁵。具体的には、①主観的要件としては、医療従事者間に実質的信頼関係があり、そしてこの実質的信頼関係を否定する反対的事実がなかったことが必要であり、③客観的要件としては、安全確保体制の有無、医療関係者間の分業関係とそれに応じて注意義務の内容と役割分担等を考察して、危険の防止の角度から、この分業関係が実質的合理性を有するものでなければならない。それらの条件のほかに、信頼の原則の適用には、③信頼の相当性を満たすべきである。

中国は、建国以来、医療サービスの発展を優先し、基本公共医療サービスの平均化を図っているが、世界で人口が最も多い開発途上国として、現在でも、医療格差の問題が避けられない。それゆえ、こうした状況を踏まえて、中国の組織的医療における信頼の原則の適用の限界とその基準を改めて検討する必要があると考えられる。

中国における医療機関は、病院、末端医療機関（社区卫生サービスセンターや衛生院、衛生室など）及び専門的公衆衛生機関に大別されている。2020年末までで、全国の医療機関は1022,922カ所があり、そのうち、病院は35,394カ所、末端医療機関は970,036カ所、専門的公衆衛生機関は14,492カ所となっている。また、2020年の総受診件数のうち、病院は33.2億件（42.9%）、末端医療機関は41.2億件（53.2%）、その他の医療機関は3億件（3.0%）となっている²⁶。

農民の医療アクセスを改善するために、中国の農村にも末端医療機関

²⁵ 同様に信頼の原則の適用基準を積極的要件と消極的要件に分けて論じる見解として、李・前掲注（12）125頁。

²⁶ 「2020年我国卫生健康事業発展統計公報」

（规划发展与信息化司ウェブ・サイト内 <http://www.nhc.gov.cn/guihuaxxs/s10743/202107/af8a9c98453c4d9593e07895ae0493c8.shtml>（2022年5月17日最終閲覧））

が設立され、そこには、中等職業学校を卒業して農村医として勤める人が多い。『農村医従業管理条例』²⁷によると、農村医は医師資格や医師開業資格²⁸を取得する必要がなく、農村医開業資格を取得すれば、指定された地域で登録した末端医療機関で予防、保健、一定の医療サービスなどを行うことができる。同時に、農村医は、少なくとも2年1回の専門教育を受け、2年ごとに専門能力の審査を受けなければならないとされる。しかし、実際には、農村医は、専門教育や審査を受けずに開業し続けること、独自に開業すること、診療所に無資格者が雇用され、診療の補助を行わせることが多い。

本章の第一節で収集したデータによると、医療事故罪で有罪判決が下された57件のうち、10件（18％）は病院で、46件（80％）は末端医療機関で（そのうち、19件は個人の診療所や個人の診療の過程で発生した）、1件（2.0％）は専門的公衆衛生機関で発生したものであった。さらに末端医療機関で発生した46件医療事故の原因を具体的に調べてみると、これらのケースはすべて基本的な診療規範違反によったものであり、人員や設備の投入の不足、医療従事者の専門性と責任感の欠如、危険防止体制の欠如が医療事故が多発する原因となったことが窺われる。

例えば、以下の事案は典型例である。Aは、B衛生室に電話をかけ、息子である被害者Cが病気になったとし、医師を自宅まで呼んでCを治療して欲しいと依頼し、衛生所に勤務している医師Dは、検査も行わずに処方せんを発行した。その後、看護師である被告人XはAの自宅に来て、被害者Cの実際の病状がDの診断と一致していないことを認識したが、被害者Cのアレルギー歴を聞かず、アレルギー検査も行わず、処方せんに従って清开灵注射液を投与した後、その場を離れた。結局、被害者Cは上記薬剤投与中にアレルギー反応を起こし、病院に向かう途中で

²⁷ 原タイトは「乡村医生从业管理条例」である。

²⁸ 中国において、医師として医業を行うために、第一に、医師になろうとするものは、医師資格試験に合格し（中華人民共和国医師法8条12条）、第二に、医師資格を取得したものは、所在する衛生行政機関に登録を申請すべきである（同法13条）。つまり、中国では、医師資格試験制度だけではなく、医業登録制度も実施されており、資格試験に合格し、登録をせずに開業免許を取得しなければ、医師として医業を行うことが許されない。

死亡した（（2014）長刑終00190号判決）²⁹。

これらの状況を踏まえ、許された危険のみが信頼の原則により分配されることができるという基本的な考えから、中国の末端医療機関における信頼の原則の適用には一定の制限が必要である。第一に、末端医療機関のサービス能力を超えた一般的な疾患または重症・難症例であれば、早めに患者を病院に転院すべきであり、信頼の原則を適用する余地がない。第二に、農村医の開業範囲を超えた場合にも、信頼の原則を適用する余地がない。すなわち、農村医であれば信頼の原則の適用を一切否定するわけではなく、開業範囲内の診療行為を実施する場合に、信頼の原則の適用条件が満たされれば、適用可能である。第三に、農村医が行政取締法規に違反して独自に開業する場合に、信頼の原則の適用を直ちに否定するわけではなく、治療場所の客観的条件や、診療行為が農村医の開業範囲を超えたかどうかなどを実質的に検討し、刑法上の許されない危険を生じないのであれば、適用することが可能である。もっとも、農村医が無資格者を雇用して診療の補助を行わせる場合には、両者の間に実質的な信頼関係が成立し得ないとして、無資格者に対する信頼が認められない。

第3項 「過失犯の共同正犯」の成否の検討

第1款 中国における「過失犯の共同正犯」

I 処罰規定

中国刑法25条は、共同犯罪とは2人以上共同して故意による犯罪を犯すことをいい（第1款）、2人以上共同して過失による犯罪を犯したと

²⁹ 本件について、第一審判決（（2014）農刑初149号）は、被告人Xは医療事故罪で有罪として、有期懲役3年を言い渡した。その後、被告人Xは控訴したが、控訴審はそれを棄却した。なお、医師は刑事処罰を受けなかったものの、民事上の重大な過失があるとして、民事賠償について、被告人Xとともに、医療機関と連帯して責任を負うと認められた。

きは、共同犯罪として処断せず、刑法責任を負うべき者は、それらが犯した罪に応じてそれぞれ処罰する（第2款）、と規定している。同時に、刑法26条～28条は、共同犯罪における行為者の役割に応じて、共犯者を主犯、従犯、被脅迫犯に分ける³⁰。また、教唆犯に関する規定もあるが、教唆犯は、主犯、従犯又は単独犯のいずれにもなりうる（中国刑法29条）。そのため、教唆犯は、共同犯罪における主犯、従犯、被脅迫犯と並列関係にはなく、共同犯罪の下位概念ではない。

中国刑法によると、第一に、「過失による共同犯罪」が法文上明確に否定されていること、第二に、「正犯」と「共犯」という概念が使われていないこと、第三に、共同犯罪における関与者の分類については、「共同犯罪における役割を主たる基準として、同時に共同犯罪における分業を補充することも併せて考慮し、分業の基準と」³¹するような混合分類法が採用されていることがわかる。

しかし同時に、最高人民法院「交通事故の刑事事件の裁判における具体的な法適用に関する若干問題の解釈」（法釈〔2000〕33号）5条第2款は、交通事故が発生した後に、運転手を逃走させ、被害者を救助なしに死亡させた単位の主管責任者または自動車の所有者、自動車の請負人又は乗車者は、重大交通事故罪の共犯として処罰すると定められている。第7条は、規則違反の運転をさせ、重大な交通事故を起こした単位の主管責任者または自動車の所有者、自動車の請負人は、本解釈第2条が規定する事由の1つに該当すれば、重大交通事故罪として処罰すると定められている。その司法解釈を契機に、学説では過失犯の共同犯罪の成否が争われている³²。

³⁰ 中国刑法26条によれば、主犯とは、犯罪集団を結成し、若しくは指導して犯罪活動を行なった者、又は共同犯罪において主要な役割を果たした者である。同法27条によれば、従犯とは、共同犯罪において副次的又は補助的な役割を果たしたものである。

³¹ 林亜剛「共同犯罪の若干の問題を論ず——共犯を中心にして」西原春夫（編）『共犯理論と組織犯罪』（成文堂・2003）14頁。

³² 孫軍工「正確適用法律 嚴懲役交通肇事犯罪『關於審理交通肇事刑事案件具體适用法律若干問題的解釋』的理解与適用」人民司法2000年12期13頁。

Ⅱ 司法実務の立場

司法実務においては、共同犯罪の成立は故意犯に限られるのみならず、故意犯であっても、意思連絡とそれに基づいた共同の犯罪行為がなければ、共同犯罪とはいえないとされている³³。しかし同時に、過失による共同犯罪を明確に否定しながら、「一部行為の全部責任」という共同正犯の帰責原則を適用する、あるいは、過失犯の共同犯罪を肯定するという矛盾した判例が存在する（特に、因果関係が不明な場合）³⁴。そのうち、次の誤殺事件は典型例である。

この事件は、XとYは、ペランダで、約8.5メートル離れた木の幹に捨てられた花瓶を射撃競技の標的として、交互に3発ずつ撃ったが、いずれも花瓶を外れ、そのうち1発が遠方の被害者に命中したが、被害者に命中した弾丸を誰が発射したのかが証明できなかったというものである。それにもかかわらず、第一審と控訴審はいずれも、被告2名は過失致死罪を構成し、それぞれ4年の有期懲役に処した³⁵。

Ⅲ 議論状況

1. 肯定説

過失犯の共同犯罪について、過失犯の共同犯罪を全面的に肯定しようとする見解があるが³⁶、過失犯の共同正犯のみが認められ、過失による

³³ 最高人民法院刑事審判第一、二、三、四、五庭主弁『刑事審判参考』（総第77輯）（法律出版社・2010）42頁。

³⁴ 例えば、危険物管理事故事件（（2006）淮刑一初0001号判決）、過失致死事件（最高人民法院刑事審判第一、二、三、四、五庭主弁『刑事審判参考』（総第57輯）（法律出版社・2007）27-32頁）、放火事件（方列＝付丕毅「浙江海寧特大火災、死亡39人」新華ウェブ・サイト2004年2月16日）、誤殺事件（最高人民法院中国応用法学研究所『人民法院案例選〔刑事卷〕』（1992-1999年合訂本）（人民法院出版社・1997）46頁）。

³⁵ 最高人民法院中国応用法学研究所『人民法院案例選〔刑事卷〕』（1992-1999年合訂本）（人民法院出版社・1997）46頁。

³⁶ 侯国雲＝苗傑「論共同過失犯罪」『刑法問題与争鳴』（総第3輯）（中国方正出版

教唆犯や幫助犯が認められないとする見解が多数説である³⁷。また、過失犯の共同正犯を肯定する理由に着目すると、立法論から根拠づける見解と解釈論から根拠づける見解に区別することもできる。

(i) 立法論から根拠づける見解

中国刑法によれば、過失犯の共同正犯を認めることができないことが承認されるが、過失犯の共同正犯は、客観的な現象として存在しており、処罰の必要性もあるという刑事政策的な考慮を理由に、現行法の規定を批判して、法改正により過失犯の共同正犯を肯定しようとする見解がある³⁸。具体的には、①複数の過失が関与するとき、因果関係の立証が困難な場合が多く、法益保護の観点から、過失犯の共同犯罪を肯定する必要があるとする見解³⁹、②現代社会では、科学技術の発展に伴い、様々な責任事故が頻繁に発生し、過失犯の共同犯罪を肯定することにより、共同作業者に相互の監督義務が課され、共同作業における協力を強化する点でも、共同作業者が共同して結果を招いた場合に過失犯の共同犯罪の責任を問う点でも、過失犯の予防のために重要であると主張する見解がある⁴⁰。

(ii) 解釈論から根拠づける見解

解釈論から根拠づける見解の中では、日本と類似して犯罪共同説の立

社・2001) 310頁以下。

³⁷ 過失による教唆犯と幫助犯を否定する理由として、馮軍『刑法問題的規範理解』(北京大学出版社・2009) 349頁は、可罰的違法性がないものに対して、張明楷「共同過失と共同犯罪」吉林大学学報(社会科学版) 2003年2期42頁や鄒兵『過失共同正犯研究』(人民出版社・2012) 212-213頁は、概念的にありえないとする。なお、何慶仁「共同犯罪の立法極限——以我国刑法中的共同過失犯罪為中心」法学2018年8期83-84頁は、過失による狭義の共犯は、可罰的違法性を備える場合もありうると述べている。

³⁸ 現行法に対する批判は、鄒・前掲注(37) 211頁以下参照。

³⁹ 馮・前掲注(37) 346-347頁。なお、同趣旨として、侯＝苗・前掲注(36) 310頁。

⁴⁰ 林亜剛『犯罪過失研究』(武漢大学出版社・2000) 263頁。

場、行為共同説から論じる見解がある。そのうち、犯罪共同説の立場からの見解の中では、共同義務の共同違反説に賛成するものが多く⁴¹、行為共同説の立場からの見解は、客観主義的な行為共同説に立脚して、因果的共犯論を共犯の処罰根拠とし、共同正犯の成立には故意の共同や罪名の同一が要求されないと主張する⁴²。また、共同犯罪の本質は、共同の客観的帰属であるとする見解は、共同の客観的帰属は、行為者の主観面を問わず、共同の不法があれば足りる。このように、過失犯の共同正犯、過失による教唆犯及び幫助犯を含む過失犯の共同犯罪は、過失の単独正犯と異なる共同の客観的帰属を示すため、当然ながら共同犯罪であると主張する⁴³。

しかし、前述したように、中国刑法25条によれば、過失犯の共同正犯を含む過失犯の共同犯罪が成立する余地がないといえるのであり、このことから、どのような立場に立脚しても、解釈論から過失犯の共同正犯を肯定するためには、まず刑法25条を再解釈しなければならない。具体的に次のような5つのアプローチがある。

（1）1つ目のアプローチ

1つ目のアプローチは、25条第1款の規定は、中国刑法における共同犯罪の成立には共同の故意と共同の犯罪行為が必要とされるが、それは客観的な現象としての過失犯の共同犯罪の存在を否定するわけではなく、第2款は、過失犯の共同犯罪を認めながら、故意犯の共同犯罪と異なる処罰規定を与えると解する⁴⁴。

この解釈は、過失犯の共同犯罪と故意犯の共同犯罪の区別があること

⁴¹ 馮・前掲注(37) 349-350頁、林・前掲注(40) 264-266頁。また、劉明祥「区分制理論解釈共同過失犯罪之弊端及應然選抉」中国法学2017年3期219頁は、共同義務の共同違反があれば、過失犯の共同犯罪が成立しうるとする。

⁴² 陳子平『刑法総論』（中国人民大学出版社・2009）332頁、黎宏『刑法総論問題思考』（中国人民大学出版社・2007）479頁、張明楷『刑法学（上）〔第六版〕』（法律出版社・2021）544頁。

⁴³ 何慶仁「共同犯罪の立法極限——以我国刑法中的共同過失犯罪為中心」法学2018年8期86-87頁。

⁴⁴ 孫国祥ほか『過失犯罪導論』（南京大学出版社・1991）141-142頁。

を前提としている。つまり、第一に、主観的側面から、故意の場合には、同一の犯罪故意と意思連絡が必要とされるが、過失の場合には、各行為者の心理状態は別個のものである。第二に、客観的側面から、故意の場合には、各行為者の行為は相互に関連して、補完し合うことであるが、過失犯の場合には、各行為者の行為の間には共通の思想的基盤を欠くため、それらの結びつきは純粹に客観的であり、意識を欠き、処罰において別個の意味を持つものである。第三に、社会に危害を及ぼす程度から、故意犯の場合には、各行為者の行為は意識的に組み合わせられるため、社会的危害性の程度が単独犯よりも大きい。過失犯の場合には、社会的危害性の程度が必ずしも単独犯よりも大きいわけではない。以上の区別から、過失犯の共同犯罪と故意犯の共同犯罪の処罰の原則を同じにすべきではないとされる⁴⁵。

(2) 2つ目のアプローチ

2つ目のアプローチは、まず、「過失犯の共同犯罪」と「共同の過失犯罪」を区別する。前者は、結果防止という意味において2人以上の者は共同の注意義務を負い、それに違反する共同の不注意により結果を惹起したというような共同犯罪の場合であるのに対して、後者は、2人以上の者の過失行為が共同して結果を惹起させたが、行為者は共同の注意義務を負わず、かつそれに違反する共同の不注意もない場合である。その上で、25条第2款は、後者の成立が否定されているが、前者が成立する余地が否定されていないと解する。しかし、それでも、同論者は、25条第1款が間接的に過失犯の共同犯罪を否定していることを認めざるを得ない⁴⁶。

(3) 3つ目のアプローチ

3つ目のアプローチは、まず、刑法25条第1款でいう「共同犯罪」は共同故意犯罪と解し、第2款でいう「2人以上共同して過失による犯罪を犯した」は、過失犯の共同正犯、過失による教唆犯、過失による幫助

⁴⁵ 孫ほか・前掲注(44) 142-143頁。

⁴⁶ 馮・前掲注(37) 344-345頁。

犯、過失の同時犯をすべて含む広義の過失の競合と解する⁴⁷。次に、刑法25条第2款でいう「刑事責任を負うべき」は、刑事責任を負うべき過失犯の共同犯罪のみが刑法的評価を受けるべきであることと解する⁴⁸。このことから、まずは、刑事責任を負うべき過失犯の共同犯罪と刑事責任を負うべきでない過失犯の共同犯罪を区別し、前者は過失犯の共同正犯を指すのに対して、後者は過失による教唆犯と幫助犯と解する⁴⁹。さらに、同款でいう「それらが犯した罪に応じてそれぞれ処罰する」は、各共同正犯者の構成要件行為（違法性の連帯性）に基づき、それぞれの責任に応じて（責任の個別性）処罰することと解する⁵⁰。

（4）4つ目のアプローチ

4つ目のアプローチは、中国刑法25条第2款でいう「2人以上共同して過失による犯罪を犯したときは、共同犯罪として処断しない」と「それらが犯した罪に応じてそれぞれ処罰する」とは、過失犯の正犯又は共同正犯を処罰し、過失による教唆犯と幫助犯を処罰しないことを意味するとされる⁵¹。

（5）5つ目のアプローチ

5つ目のアプローチは、中国刑法25条第1款でいう「共同犯罪」を、主犯、従犯、被脅迫犯、教唆犯が区別される共同犯罪と解することにより、現行法は、故意犯の共同犯罪の場合にのみ、主犯、従犯、被脅迫犯、教唆犯を区別して処罰する必要があるとされ、第2款により、過失犯の共同犯罪の場合には、主犯、従犯、被脅迫犯、教唆犯を区別せずに処罰するとされると主張する⁵²。

⁴⁷ 李世陽『共同過失犯罪研究』（浙江大学出版社・2018）102頁以下。

⁴⁸ 李・前掲注（47）126-132頁は、「刑事責任を負うべき」を可罰的違法性と可罰的責任の具備と解する。

⁴⁹ 李・前掲注（47）125頁以下。

⁵⁰ 李・前掲注（47）176頁以下。

⁵¹ 張・前掲注（42）545頁。

⁵² 何・前掲注（43）90頁。

2. 否定説

1979年中国刑法は、ソ連刑法における共同犯罪の定義に基づき、共同犯罪の成立には、故意の共同が必要であると規定している。それ以来、伝統的な犯罪共同説に立脚している、過失犯の共同犯罪（共同正犯、教唆犯、幫助犯）を全面否認する見解は通説になってきた。

当時の学説では、一般的に、四要件説に影響されて、次のように、共同犯罪の主体的要件、主観的側面、客観的側面から共同犯罪の成立要件を説明していた⁵³。第一に、共同犯罪の主体的要件として、行為者は2人以上でなければならない。第二に、客観的側面として、各共犯者は同一の犯罪行為を共同に実施し、かつ各共犯者の行為は結果との間に因果関係があることが必要である。第三に、主観的側面として、故意の共同が必要である。具体的に、故意の共同というためには、共犯者は、①自分が他人と共同して犯罪を犯していることを認識していたこと、②共同の犯罪行為の性質と結果について一定の予見を持っていること、③犯罪結果の発生を希望し、又は放任したことが必要である⁵⁴。

1997年に、中国刑法が改正されたが、上記共同犯罪に関する規定が維持され、通説として否定説の地位は揺るがなかった。このような通説から、現行法は過失犯の共同犯罪の成立について否定的な立場をとっている以上、過失犯の共同正犯が議論される必要性は全くないのみならず、それは罪刑法定主義に反するものであろうと主張されることがほとんどである⁵⁵。

否定説を採るとしても、過失犯の共同犯罪という現象は客観的に存在していることが否定できない⁵⁶。それゆえ、否定説は、単に罪刑法定主義の違反を理由に、過失犯の共同犯罪を否定することができず、何故、過失犯の共同犯罪は共同犯罪ではないかという解釈論の問題に直面しな

⁵³ 何秉松ほか（編）『中国刑法教学大綱』（法律出版社・1989）54頁以下、楊春洗＝楊敦先『中国刑法論』（北京大学出版社・1994）127頁以下、李光燦ほか『論共同犯罪』（中国政法大学出版社・1987）31-36頁、劉静坤（主編）『刑法条文理解与司法適用（上冊）』（法律出版社・2021）52頁（郝英兵）。

⁵⁴ 李光燦＝馬克昌＝羅平『論共同犯罪』（中国政法大学出版社・1987）31-36頁。

⁵⁵ 黎宏「『過失共同正犯』質疑」人民檢察2007年14期23頁。

⁵⁶ 姜偉『犯罪形態通論』（法律出版社・2004）221頁。

ければならない。

その問題について、否定説の支持者は、概ね次のように説明している。第一に、共同犯罪の本質的特徴は、意思の連絡を通じることにより、各行為者の行為は統一した有機的総体に形成させることにあり、過失犯においては、そのような意思の連絡を欠き、相互に協力し合う総体に形成することができないため、共同犯罪ではない⁵⁷。第二に、過失犯における関与者は、その役割に応じて主犯、従犯、教唆犯に区別することが観念できず、犯した罪に応じてそれぞれ処罰すれば足りる⁵⁸。

それに対して、過失犯の共同犯罪においても、共同行為の実施の決意により集合体が形成されることがありえ、客観的な現象としての過失犯の共同犯罪を認めるものの、集合体の形成を認めないことは自己矛盾に陥るとの反論がある⁵⁹。

第2款 検討

本稿の第4章では、日本における過失犯の共同正犯について、過失犯にも、故意犯と同様、「一部行為の全部責任」という法理を適用することができ、そして、その成立要件としては、①正犯性要件としての実質的支配力、②共同性要件としての主観面の共同（不注意の相互促進・強化）と客観面の共同（共同結果回避義務の共同違反）、③帰責要件としての心理的ないし物理的関連性が必要である、というように過失犯の共同正犯が成立する理論上の可能性と必要性を論じた。

しかし、共同犯罪の現象と共同犯罪の規制との間には必ずしも対応関係があるわけではない。立法政策の違いによって、同一の現象に対して

⁵⁷ 同趣旨として、胡東飛「過失共同正犯否定論」当代法学2016年1期88頁以下。同見解は責任主義により、共同正犯の成立には、共同実行意思が必要であり、共同実行意思とは、各行為者は、自己と他人が共同して構成要件結果を実現するという相互的理解を持っていることを指し、このような共同実行意思がない過失犯においては、共同正犯が成立する余地がないと主張する。

⁵⁸ 馬克昌（主編）『犯罪通論』（武漢大学出版社・1999）518-519頁、姜・前掲注（529）428頁。

⁵⁹ 何・前掲注（43）82頁。

も異なる立法形式が十分に想定されうる⁶⁰。そして、刑法理論は、実際面での有用性を常に心掛けるべきである。共同正犯の主観的側面を限定していない日本刑法60条と異なり、中国刑法25条は、過失による共同犯罪の成立の可能性を排除したという状況に鑑み、日本刑法に基づく結論を直ちに中国に適用して、中国でも過失犯の共同正犯を肯定すべきであると断言することはできない。

したがって、中国において、「過失犯の共同正犯」を論じる際に、まず、現行法にそれを処罰する規定が存在するかどうかを問題とすべきである。現行法上の規定がなければ、立法論的な観点からの議論しかできず、そのような議論に実際上の現実的意義はないであろう⁶¹。それゆえ、現行法のもとで、過失犯の共同正犯を肯定するためには、解釈論から根拠づけなければならない。そこで、現行刑法に対する5つの解釈について検討を加えた上で、現行法のもとで過失犯の共同正犯の肯定論が適用される可能性を考察しておきたい。

I 1つ目のアプローチ

1つ目のアプローチは、過失犯の共同犯罪と故意犯の共同犯罪とは区別すべきであるという点では妥当なものであるが、過失犯の共同犯罪と過失の同時犯を混同してしまい、共同犯罪の成立に不可欠な「共同性」を看過した点では妥当でない⁶²。最も重要なのは、このアプローチは、現行法が過失犯の共同正犯を認めながら、各行為者を単独正犯として処罰すると解することは不適切である。なぜなら、共同犯罪の本質は、「一部行為の全部責任」という法理の適用にあり、共同正犯の成立が認められるものの、単独正犯として処罰することは、共同犯罪の本質を離れ、実際には共同正犯の成立が認められないといわざるを得ないからであ

⁶⁰ 何・前掲注(43) 84頁以下。

⁶¹ 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) 156頁。

⁶² 李・前掲注(47) 48頁。

る⁶³。

Ⅱ 2つ目のアプローチ

2つ目のアプローチは、過失犯の共同正犯と過失の同時犯を意識的に区別することは、共同犯罪における「共同性」を明らかにすることには有益である。しかしながら、中国刑法25条第1款では既に「共同犯罪」という用語が使われており、同法26条、27条は、共同犯罪における役割に応じて主犯と従犯を区別している以上、現行法における「共同犯罪」の概念は、同時犯と異なる犯罪形態であることが導かれうる。そのような前提のもとで、第2款で同用語を異なって解釈することは、法解釈のルールに反すると考えられる。そして、中国刑法は、過失犯の共同犯罪を共同犯罪として扱うことを明示的に除外しているので、共同の過失犯罪と過失の共同犯罪の概念をわざわざ区別して、中国刑法は過失犯の共同正犯の成立が認められると主張することは説得力に欠けるとの批判も妥当である⁶⁴。

Ⅲ 3つ目のアプローチ

3つ目のアプローチは、共犯においては、違法性は連帯であり、責任は行為者ごとの個別的事情であるということを認識した点では妥当である。しかし、中国刑法25条第1款の「共同犯罪」を共同故意犯罪と解すれば、同規定は「共同故意犯罪とは、2人以上共同して故意による犯罪を犯すことをいう」という明らかに常識に反しているものになってしまう。そして、この解釈は、現行法は「2人以上共同して故意による犯罪を犯す」と「2人以上共同して過失による犯罪を犯した」という同じ表現が採用されていることを無視して、後者を過失犯の共同正犯、過失による教唆犯、過失による幫助犯、過失の同時犯をすべて含む広義の過失

⁶³ 張明楷「共同過失と共犯」西原春夫（編）『共犯理論と組織犯罪』（成文堂・2003）41頁。

⁶⁴ 張・前掲注（42）545頁。

の競合であると解することは妥当でない。

Ⅳ 4つ目のアプローチ

4つ目のアプローチは、上記誤殺事件を挙げて次のように説明している。すなわち、この事件では、「一部行為の全部責任」を適用しなければ、誰の行為が被害者を死亡させたかを判断できないので、「疑わしきは被告人の利益に」という訴訟法上の原則により、どちらも過失責任を問えないが、この結論は25条第2款の規定に反するものであるため、両行為者に死亡結果を帰するためには「一部行為の全部責任」という法理を適用するしかないであろうと指摘している⁶⁵。つまり、この見解によると、現行法は、過失犯の共同正犯が認められるのみならず、25条第2款は、実際には、過失犯の共同正犯においても「一部行為の全部責任」という法理を適用すべきであると定められている。

しかし、この見解は自己矛盾に陥ると考えられる。同論者によると、共犯について、刑法総則はどのような立法形式を採用しても、「一部行為の全部責任」という共同正犯の帰責法理を規定しなければならない。そうでなければ、構成要件該当行為を行わないが、結果発生への実質的支配力をもっている者と、共同行為全体と結果との間の因果関係が立証できるが、各行為者の過失行為と結果の間の因果関係の立証がない事案を処罰することは、罪刑法定主義に反するものになってしまうからである⁶⁶。

さらに、同論者は、次のように、中国刑法でも、「一部行為の全部責任」に関する規定が存在することを説明している。すなわち、現行法26条によれば、主犯には、①犯罪集団を結成し、若しくは指導して犯罪活動を行った者、②共同犯罪において主要な役割を果たした者が含まれる。そのうち、①犯罪集団⁶⁷を結成し、若しくは指導する首謀者に対しては、

⁶⁵ 張・前掲注(42) 545頁。

⁶⁶ 張・前掲注(42) 520-521頁。

⁶⁷ 犯罪集団とは、3人以上共同して犯罪を犯すために結成した比較的固定的な犯罪組織である(中国刑法26条第2款)。

その犯罪集団が犯したすべての犯行に応じて処罰し（刑法26条第3款）、首謀者以外の②に対しては、その者が参加し、組織し又は指揮したすべての犯行に応じて処罰する（刑法26条第4款）。しかし、①であっても、②であっても、構成要件該当行為の実行を前提としておらず、首謀者は、具体的な犯行に参加し、組織し又は指揮しないとしても、他の主犯は、構成要件該当行為の全部又は一部を行わないとしても、全部の責任を負うこととなる。つまり、現行法26条により、共謀共同正犯を含む共同正犯の処罰は可能になり、「一部行為の全部責任」という法理を根拠づける⁶⁸。

しかし、中国刑法25条はまず、「共同犯罪の概念」という用語が使われており、かつそれを2人以上共同して故意による犯罪を犯すことと定められている。その後、26条～29条により、「共同犯罪」における関与類型を定めている。これによって、26条～29条はいずれも故意犯の共同犯罪のもとで考えられるべき概念であろう。つまり、本稿も、26条は「一部行為の全部責任」という法理を認めることにより、共謀共同正犯を含む共同正犯の処罰を根拠づけるという観点に賛成するが、26条は故意犯の共同犯罪のもとで考えられるべき規定であり、過失犯の共同正犯にまでも影響を及ぼすことができない。このように、中国刑法は、故意犯の共同犯罪と過失犯の共同犯罪を別扱いにすることが明らかである以上（刑法25条第2款前段）、過失犯の共同正犯を認めるために、「一部行為の全部責任」という法理を適用する根拠は、過失犯の共同犯罪に関する規定にも存在しなければならない。

この点について、上記見解は、「それらが犯した罪に応じてそれぞれ処罰する」ということにより、過失犯の共同正犯において「一部行為の全部責任」の適用を根拠づける。しかし、「それらが犯した罪に応じてそれぞれ処罰する」ということは過失の同時犯の場合でも妥当なものであり、26条のように「一部行為」と「全部責任」との関係を示しているものわけではない。なお、「刑事責任を負うべき者」により、「一部行為の全部責任」を根拠づけることもできない。なぜなら、「刑事責任を負うべき」というのは、単独犯か共犯かを問わない帰責の結果であるのに

⁶⁸ 張・前掲注(42) 521-522頁。

対して、「一部行為の全部責任」という法理は、刑事責任を負うべきか否かを判断する際に、共同正犯の場合にのみ適用され得る帰属原理である。「一部行為の全部責任」の適用が許されるかどうかにより、共同正犯が認められるかどうかを推論することができるが、単に帰責の結果から、どのような帰属原理が適用されるのかということを推論することはできない。

したがって、残念ながら、過失犯の場合に、「一部行為の全部責任」という法理を適用する根拠となるような規定は存在しないことは認められるほかない。そこでいう刑事責任は、単独犯としての刑事責任である。つまり、25条第2款後段は、過失の単独正犯としての刑事責任を負うべき者は、それらが犯した罪に応じてそれぞれ処罰し、それらを負うべきではない者は処罰しないことを意味する。上記誤殺事件のような因果関係が立証できないケースであれば、各行為者は過失の単独犯として刑事責任を負うべきではないため、当然ながら犯した罪に応じてそれぞれ処罰する可能性はなくなる。

V 5つ目のアプローチ

このアプローチの背後には、中国刑法は、故意・過失による共同犯罪の場合の形式的な処罰根拠を規定しているのみで、共同正犯の帰属原理は規定しておらず、そして共同正犯の帰属原理は共同正犯という現象に内在するものであり、刑法の規定を必要とするものではないとする考えがある⁶⁹。しかしながら、前述したように、共同正犯の法効果は、法が共同正犯において「一部行為の全部責任」という法理を適用すると規定してはじめて得ることができる。つまり、共同正犯制度は正犯拡張機能を有するものであり、それに関する総則の規定がなければ、各則の規定する単独犯の構成要件に該当し得ない場合がありうる。要するに、共同正犯制度の根拠は、客観的な社会現象に求めるべきであるが、これらの社会現象に対して、どのような法的評価を与えるかは、法規定に基づくべきであろう。以上は、このアプローチに賛成しない第一の理由である。

⁶⁹ 何・前掲注(43)90頁以下。

5つ目のアプローチと類似して、中国刑法は、故意犯の共同犯罪については共犯体系を、過失犯の共同犯罪については統一的正犯体系を採用していると解する見解がある⁷⁰。この見解によると、共同正犯は、正犯と共犯を区別しようとする共犯体系のもとでのみ成り立つ概念であり、かつ共犯体系は故意犯のためのものであるため、過失犯の共同正犯という概念は、当然ながらあり得ない。同時に、同論者は、過失犯においても共犯体系が採用されれば、正犯と共犯は、実行行為が行われたかどうかでしか判断できなくなり、これでは、過失犯の処罰範囲を不正に狭めることになると主張し⁷¹、中国刑法25条2款は、過失犯の共同正犯を肯定も否定もせず、ただ過失犯の共同犯罪について統一的正犯体系が採用されることを示しているものにすぎないと解する⁷²。

確かに、中国刑法は、過失犯の共同犯罪の場合には、故意犯の共同犯罪の場合のように、主犯と従犯を区別していない（刑法25条第2款後段）が、これは、現行法は過失犯の共同犯罪自体を否定するものであり（刑法25条第1款、第2款前段）、それを認めるとして、故意犯と異なる処罰原則を定めるわけではない。

なお、中国刑法では「正犯」という概念を明確には用いていないが、各則では、具体的な罪について、正犯行為を規定しており、学説でも、正犯の概念が必要かつ不可欠であると主張することが一般的である。それは、過失犯においても妥当である。実際に、上記見解は、過失犯の共同正犯における「正犯性」を簡単に故意犯のそれと同視し、過失犯の本質に応じて異なる判断基準が必要であることを看過している。過失犯は、結果回避義務違反による犯罪であり、結果回避義務があるのに、それを怠ったのであれば、実行行為が認められる。しかし、それは、過失犯においては正犯と共犯との区別は不要かつ不可能であることを意味せず、結果防止という意味において、合義務的な行為の有効性によって、正犯と共犯を区別すべきである。つまり、教唆や幫助という概念は、そもそ

⁷⁰ 劉明祥「区分制理論解釈共同過失犯罪之弊端及應然選択」中国法学2017年3期202頁以下。

⁷¹ 劉・前掲注（70）209頁。

⁷² 劉・前掲注（70）216-217頁。

も故意犯の共同犯罪の文脈で創設されたものであり、過失犯の共同犯罪の場合には、この考え方に固執して過失犯の共犯を考える必要がない。このように、可罰的違法性のある犯罪を処罰できなくなること⁷³、概念上の争いに陥ることが避けられるように思われる。以上のとおり、理論上の合理性に欠けることは、5つ目のアプローチ又はそれと類似する見解に賛成しない第二の理由である。

VI 小括

以上のような解釈論のアプローチと裁判例が存在することは、過失犯の共同犯罪又は共同正犯を認めることの理論的必要性を反映しており、この点については、本稿も同様の立場に立っている。しかし、現行法のもとで、刑法25条を解釈することを通じて過失犯の共同犯罪を認めることは極めて困難であるといわざるを得ない。

まとめると、以上の5つのアプローチには、以下の問題があると考えられる。まず、第一は、共同正犯制度の本質が、「一部行為の全部責任」という法理の適用にあることを看過して、共同正犯を認めながら、単独正犯の帰属原理を適用しようとすることである。第二は、解釈のルールに違反して、刑法における同一の用語に異なる解釈を与えることである。第三は、現行法が正犯と共犯という用語を使わないことを無視し、理論的論証をせずに、主犯と正犯、従犯と共犯を直接同列に扱い、さらにこれを根拠に、主犯と従犯という区分が採用される現行法は、正犯と共犯を区別する二元的共犯体系を採用すると解することである。

上述した解釈は、一定の合理性がないものとはいえないが、仮にこれらの解釈の可能性が認められたとしても、共同犯罪が故意にしか成立しないという観念が司法実務に深く根差している以上、司法実務がこれらの解釈を受容することは困難であろう。

したがって、中国刑法25条については、以下のように解すべきである。

⁷³ 教唆犯と幫助犯という分類方をそのまま過失犯の領域に適用すると、可罰的違法性のある教唆犯と幫助犯を処罰できなくなるか、可罰的違法性のない教唆犯と幫助犯をすべて処罰することになるという不合理な結果が避けられない。

まず、25条第1款により、共同犯罪を故意犯の共同犯罪に限定した上で、第2款前段により、第1款の共同犯罪の概念を補足し⁷⁴、さらに、第2款後段により、過失犯の共同犯罪は、単独正犯として刑事責任の有無を判断して処罰すべきであると定められていると解すべきである。つまり、現行法のもとで、中国では過失犯の共同正犯を含む過失犯の共同犯罪が成立する余地はないと解するほかない。

第3款 過失競合論に基づく関係者間の責任分担

中国刑法のもとで、過失犯の共同正犯が成立する可能性が否定されるので、日本では過失犯の共同正犯が認められるべきケースであっても、中国では過失の競合としてしか扱われない場合がありうる。このような状況で、過失犯の共同正犯を完全に同時犯に解消することができないとしても、法改正が行われるまでは、少なくとも、処罰が妥当な範囲に収まるように、過失競合論の改善を努めるべきであろう。

I 過失犯の共同正犯の否認による処罰の間隙

前述したように、過失犯の共同正犯を認める実益は、①行為者は構成要件該当行為を行わないが、結果発生への実質的支配力をもっている場合と、②共同行為全体と結果との間の因果関係が立証できるが、各行為者の過失行為と結果の間の因果関係の立証がない場合には明らかに存在する。前者は、共同正犯制度の正犯拡張機能、後者はその帰責範囲拡張機能を示したものである。したがって、そこで考察すべきなのは、過失犯の共同正犯が認められない場合、すなわち、共同正犯制度の上記2つの機能が果たせない場合に、どのような処罰の間隙が存在しうるかという問題である。

共同正犯とは、単独正犯の共同を意味するわけではなく、「共同性」があるからこそ、行為者は単独正犯のような結果発生への実質的支配力

⁷⁴ 王愛立（主編）『中国人民共和国刑法釈義』（法律出版社・2021）45頁。この本は、全国人民代表大会法制工作委员会刑事法室の専門家が作成したものである。

を得る場合がありうる。すなわち、共同正犯制度の正犯拡張機能は、共同正犯制度の結合機能によるものといえる。同時に、過失犯の共同正犯が認められる場合には、危険創出という段階における共同結果回避義務の共同違反があれば足り、危険実現における共同までが必要ではない。そして、危険創出の段階で、関与者間の心理的・物理的関連性があれば、結果帰属においては、関与者のうち誰かが結果を惹起したことが立証できれば、各関与者の行為と結果との間の因果関係が立証できないとしても、関与者全員に結果を帰属することができる。このように、結果帰属を拡張するためには、同様に、共同正犯制度の結合機能を離れることができないといえる。

結合機能を根拠づけるものは、複数過失の間の「共同性」である。共同性を備えるためには、具体的に、不注意の相互促進・強化と共同結果回避義務の共同違反が必要とされる。そのうち、不注意の相互促進の存在は共同作業自体の性質で決めるものである。つまり、複数の者が共同して高度に危険な作業を行う場合には、各関与者は、結果の防止という意味において、相互利用・補充関係にあり、このような関係にあることから、客観的に見て、各関与者は互いに安心感を与えることで注意が散漫になり精神が弛緩しやすい状況にあることとなる。それゆえ、このような不注意の相互促進・強化を避けるためには、各関与者に他者の作業についてまで注意を払うべき義務が課されることとなる。この意味において、共同作業において、結果の防止について各関与者は相互利用・補充関係にあることには、共同性の根拠があるといえよう。このような関係にあることから、関係者の地位の上下又は作業の順序を問わず、過失犯の共同正犯が成立しうる。

事例からみると、日本でも、中国でも、医療過誤の多くは、初歩的なミスによるものであることがわかる。これらの事例の特徴は、各行為者の行為と結果との間の因果関係を立証することは一般に困難ではなく、理論的にも、一般に、客観的帰属論あるいは相当因果関係説に基づいて結果帰属を実現することができるということである。しかし、過失犯における因果関係の起点は、許されない危険の創出であり、つまり、結果回避注意義務違反の有無がまず問題となる。しかし、過失犯の共同正犯が認められないならば、共同作業者間の相互注意義務も認められないこ

とになり、各行為者に他人の行為に対して注意を払うことが求められる理論上の根拠はなくなるであろう。

では、具体的に、相互注意義務が認められないことにより、過失犯の処罰に、どのような影響を与えるであろうか。過失犯の共同正犯には、①関与者のうち誰かが結果回避義務を履行すれば結果を回避しうると、②関与者全員の結果回避義務履行があつてはじめて結果を回避しうる場合を観念することができる。①の場合には、結果の防止のために、各関与者には、内容が重複している結果回避義務が課されるが、自ら結果回避義務を履行すること、あるいは、他の関与者をして結果回避義務を履行させることで足りる。したがって、この場合に、結果が発生した際に、各関与者のいずれも自ら結果回避義務に違反したとともに、他の関与者をして結果回避義務を遵守させる義務をも履行しなかった（自らの結果回避義務違反+相互注意義務違反としての結果回避義務違反）とすることができる。それに対して、②の場合には、各関与者が負う結果回避義務は、一般に、内容的に同じではなく、協力し合つて履行すべき義務である。それゆえ、行為者は、自ら結果回避義務を履行するだけではなく、他の関与者をして結果回避義務を履行させることも必要とされる。したがって、結果を惹起させた際に、各関与者が、自ら結果回避義務に違反し、あるいは、他の関与者をして結果回避義務を履行させる義務を遵守しなかったことで結果を起こした場合と、この2つの結果回避義務に同時に違反したことで結果を惹起した場合が考えられるが、1つの注意義務違反さえあれば、結果発生に足りる（自らの結果回避義務違反/相互注意義務違反としての結果回避義務違反）。

①の場合には、過失の単独正犯と過失犯の共同正犯の構成は両立し、いずれかで処罰する場合が多いため、必ずしも過失犯の共同正犯が認められなければ処罰することができないようなものに属するわけではない。それに対して、②の場合には、自ら結果回避義務を履行したとしても、相互注意義務を果たせないのであれば、過失責任を問うべきである。その反対、相互注意義務が否定される以上、信頼の原則を適用することで他人の作業について注意を払うことが求められず、結果回避義務違反がないことを理由に、過失責任が問われなくなる。なお、自ら結果回避義務を履行せず、そして、そのような結果回避義務違反が結果発生に對

して実質的支配力を有しない場合もありうる。このような場合、相互注意義務が否定されると、正犯性を備えないため、過失責任を問えないことがありうる。この意味で、過失犯の共同正犯を認める実益は、②の場合に最も顕著である。

以上から、過失犯の共同正犯が成立する余地がない現行刑法のもとで、上記②のような場合における関係者間の責任分担は特に問題となる。では、過失競合論に基づき、組織的医療における関係者間の責任分担を検討する際に、そのような「処罰の空隙」に対してどのように対応すべきであろうか。

Ⅱ 解決策

共同作業者は、不注意の相互促進・強化を回避して危険をコントロールするために、各関与者が自分の分担している作業だけに専念するだけでは足りず、分業の実態を超えて、他の共同者の分担している作業についてまで注意すべき場合がありうるため、各関与者に相互注意義務が課される。共同作業で各関与者は相互利用・補充関係にあることは客観的な事実であるが、共犯制度が存在しなければ、相互注意義務を広く是認することは、個人責任原理に違反するといわざるを得ない。しかし、他人の行動についてまで注意を払うべき義務は、必ずしも共犯制度の存在を前提としているわけではなく、その発生根拠は、現実社会における危険の回避と分担の必要性にあるため、信頼の原則の適用が否認された場合にはあり得るものである。言い換えると、危険の回避という意味において、共同作業を行う者の間に信頼の相当性がない場合には、これらの者の間に相互注意義務が肯定されるのである。

では、具体的に、どのような場合にこのような相互注意義務が考えられるであろうか。前述したように、「病院作業システムと人員の職務(2011年版)」によれば、手術前には、外科医と麻酔医が自ら患者を診察し、患者とその家族への告知・説明義務を果たし、そして両者は、協力して麻酔方法や麻酔前投薬を決定すべきである。このように、外科医と麻酔医が、各自の専門的知識を用いて麻酔方法や麻酔前投薬の決定に関与している。この場合においては、両者の分業は、それぞれの専門性に基づ

くものであるため、両者は内容的に同じ注意義務を負うわけではなく、両者の注意義務履行があつてはじめて結果を回避しうるが、一般に、相互注意義務がないというべきである。しかし、外科医であっても、麻酔医であっても、医師としての基本的な知識を持っているため、相手の行動が明らかに不適切な場合においては、たとえそれが自分の担当する分野に影響を及ぼしていなくても、信頼の相当性がないとして、相手に注意喚起、確認、あるいは制止することが求められる。このように、外科医と麻酔医との間には、相互注意義務が存在すると解することが可能になる。この場合に、行為者は自らの注意義務を果たしたとしても、相互注意義務の履行が、法益保護に有効であれば、正犯として結果を帰属すべきである。つまり、この場合に、相互注意義務が認められるだけでなく、相手の行為を制止できるような支配力がなければならない。

要するに、対等の地位にある行為者が共同して作業を行う場合、たとえそれぞれの専門性に基づく分業であっても、結果発生の現実的な予見がある場合には、相互注意義務を認めるべきであり、そして地位の平等を理由に、行為者が結果発生への支配力をも肯定すべきである。このように、過失犯の共同正犯が認められないことから生じる処罰の間の一部を埋めることができると考えられる。

第4項 小括

以上から、日本の議論から、中国の組織的医療における関係者間の責任分担に対しては、次のような示唆が得られる。

第一に、信頼の原則は、交通の現代化の背景に、過失認定の原理として、日独から導入された後、現在、中国でも、それは交通事故の分野のみならず、チーム医療のような組織的作業の分野でも、結果回避義務を制限する原理として機能を発揮すべきものである。しかし、許される危険のみが信頼の原則に従って関与者に分配することができるという原則によれば、医療の分野における信頼の原則の適用が認められるが、中国の医療格差を考慮し、信頼の原則の適用の可否を判断するにあたり、疾患の診療は、末端医療機関のサービス能力を超えたかどうか、農村医の開業範囲を超えたかどうかを厳格に考察しなければならない。

第二に、過失犯の共同正犯は、客観的な現象として存在し、そして制度としての理論上の合理性と必要性があるものである。しかし、客観的な現象に対処する法規定は異なることが可能である。中国の場合には、刑法が明確に過失犯の共同犯罪の成立する可能性を排除した。それに対して、学説では、刑法規定を再解釈することにより、過失犯の共同正犯を認めるとする見解が多いが、これらの見解をそれぞれ分析すると、どれも妥当ではないものと考えられ、中国では、過失の競合論を用いて、組織的医療における関係者間の過失責任を判断するほかないと思われる。

しかし、過失犯の共同正犯が認められないとしても、信頼の原則の適用を否定する際に、相互注意義務が関与者間に成立する可能性があることを看過してはならない。専門職の連携において、行為者は、相手が医師としての基本的な注意義務に違反したことにより結果を発生させる可能性を現実的に認識した場合には、形式的な分業を超えて、他人の作業についてまで注意を払うべき義務を認めるべきである。この際に、行為者は自らの注意義務を果たしたとしても、上記注意義務を怠ったことにより結果が帰属される余地がある。

第4節 小括

1997年中国刑法では、医療従事者による医療過失行為を規制するために、医療事故罪が規定されているが、医療過誤の犯罪化と量刑に対して、非常に慎重な姿勢をとっている。また、中国の医療事故の刑事訴訟では、罪名の適用については統一的な基準を欠けるという問題があり、過失の判断については、医療事故技術鑑定に過度に依存し、事実に判断と規範的判断を区別し、刑法学の視点から、客観的な事実について規範的な検討を加えないという問題がある。

本章では、まず、上記の問題点をめぐり、中国の組織的医療における個人の過失責任のあり方を検討した。その結果、日本の議論から、中国組織的医療における個人の過失の判断に対しては、次のような示唆が得られた。まず、中国刑法15条1項には、過失犯罪を規定しているが、それは過失犯の主観的側面のみに関わるものであり、中国刑法のもとでも、過失の本質は結果回避義務違反と解すべきであり、そして結果回避義務

が成立するためには、結果発生に対する具体的な予見可能性がなければならない。つまり、中国刑法のもとでも、過失構造論については新過失論を適用しうる。次に、医療関係者の注意義務について、中国でも、看護師に対する医師の注意義務は、指示義務、医学的指導義務、点検確認義務に分類することができる。さらに、中国法においても、直接行為者だけではなく、監督者の過失を問うべきであり、そして監督過失が認められる場合には、日本のように、被監督者と監督者両方が同一の罪で責任を追及することができる。また、因果関係の判断について、実務では事実的因果関係と法的因果関係を区別して扱うべきである。そして、法的因果関係の判断においては客観的帰属論を適用すべきであり、事後的結果回避可能性がない行為に結果を帰属することは避けるべきである。

さらに、本章では、中国の組織的医療における関係者間の責任分担について検討を試みた。これらの検討により、日本の議論から、中国の組織的医療における関係者間の責任分担に対しては、次のような示唆が得られた。まず、中国刑法のもとで、信頼の原則を結果回避義務を制限する原理と解することができる。そして信頼の原則の適用の可否は、中国の医療格差を考慮し、厳格に考察すべきである。次に、中国の現行刑法のもとで、過失犯の共同正犯が成立する余地がないため、中国では、過失の競合論を用いて、組織的医療における関係者間の過失責任を判断するほかはない。しかし、同時に、各行為者について信頼の原則の適用を否定する際に、相互注意義務が認められることにより、他人の行為による結果惹起について責任を問う可能性がある。

終章 要約と残された課題

第1節 要約

本稿では、組織的医療における個人の過失責任のあり方及び関係者間の責任分担という2つの課題をめぐり、チーム医療における刑事過失責任を考察してきた。本稿の内容を要約すると、次のとおりである。

序章では、第一に、準備的作業において、日中における「チーム医療」や「医療過誤」の定義を明確にした上で、日中における医療過誤に対す

る刑法規定を比較法的に考察しながら、法規定の視点からみて、日本における医療過誤の過失判断に関する理論的検討は、中国で適用しうることが確認された。第二に、個人の過失責任に関しては、注意義務、過失競合論と監督過失論の区別、因果関係の有無という問題を提示し、関係者間の責任分担に関しては、注意義務の分配、信頼の原則の適用の可否、正犯性の有無、過失犯の共同正犯の成否という問題を提示した。第三に、過失構造論に関して、本稿は新過失論の立場に立つことを示した。

第1章では、共同作業における各関係者の注意義務の間に指示・監督関係があるという垂直的分業のもとで、医師と看護師の連携または上下関係にある医師間の連携において、下位者に対して、上位者である医師がどこまで注意義務を負わせるかを限界づける理論及び複数の過失間の関係を検討した。

医師と看護師の連携においては、第一に、診療の補助と医師の指示の関係を明確にすることで、医師が看護業務に関与すべき範囲を最初から限定した上で、指示過失の判断に関する具体的な問題を論じた。検討の結果、(i) 看護師が「診療の補助」に従事する場合に限り、医師の過失責任が問題となること、(ii) 指示過失を判断するにあたり、事後的結果回避可能性の有無を重視すべきであることが明らかとなった。

第二に、医師がどこまで監督義務を負うのかを明確し、監督過失の成立を限界づける理論や監督過失構造論の問題を論じた。検討の結果、(i) 医師の監督は、看護師が過誤を犯さないように行われる危険の制御手段であるため、医師の監督義務の有無とその程度は、診療補助行為自体のリスクと起こりうる過誤の類型とその発生頻度を合わせて考慮しなければならないことがわかった。そして、(ii) 監督過失構造論に関しては、①監督義務と結果回避義務は異なり、前者は監督過失の主体を特定する機能を有するが、後者の違反は監督過失の成立に必要な不可欠であること、②監督過失には不作為犯だけではなく、作為犯の場合もありうること、③監督過失は正犯と同等の可罰性があるものであることを示した。

第三に、以上の議論を踏まえ、過失競合論と監督過失論の区別を目指して、複数人の過失犯理論から判例の再検討を行った。そこで、医師と看護師が共同して作業を行う場合に、医師に課される注意義務は、医師自身の注意義務か、看護師に対する監督義務かについては、危険防止の

観点から、業務分担関係には実質的な合理性があるかどうかによって判断すべきであり、過誤を防止するために関与者が重畳的に負う点検確認義務は、医師自身の注意義務と解すべきであるとした。

さらに、上下関係にある医師間の連携については、上記の検討で得られる結論を用いて、研修医に対する指導医の責任及び診療科のリーダーの責任を論じた。検討の結果、（i）指導医の責任については、研修医の医行為に対する指導医の「許可」は、看護師の診療の補助に対する医師の「指示」と同様に、医行為又は診療の補助の開始要件として捉えるべきであることと、（ii）研修医は、医師免許を取得し、医師としての基本的な注意義務を負うため、指導医の監督過失の成否については、慎重に判断すべきであるとの結論が得られた。そして、（iii）埼玉医科大学病院抗がん剤過剰投与事件を検討することにより、上下関係にある複数の医師が共同して作業を行う場合には、上位医師の注意義務の有無とその性質は、下位医師の専門性と診療の難易度を合わせて判断すべきであると解された。

第2章は、ある特定の作業が行われる際に、関与者の職位の上下を問わず、各関与者は互いに指示・監督を受けずに、独立して職責を果たすことができるという水平的分業のもとで、各関係者の過失責任のあり方を検討するものである。そこでは、同職種間の引き継ぎ作業と異職種間の引き継ぎ作業を分けて、それぞれにおける過失の判断及び責任の限定について検討を加えた。

具体的には、第一に、交替制のチーム医療として行われる看護体制のもとで、複数人の過失が時間の前後に従って累積的に重なったことによって結果を発生させた京大病院エタノール事件を検討した。そこで、（i）同職種間の連携において、最初の行為者の過失行為に最後の結果を発生させ得る程度の危険が含まれないが、同人が創出した危険性は複数の過失の介入で質的に転換させなかった場合に、同人の過失行為と結果との間の因果関係が認められるべきであると結論づけた。そして、（ii）最初の行為者の過失から誘発された後任者らの過失について、分業の基礎は各関与者の専門性ではないため、各関与者は共同で結果を回避するために努力すべきであり、多層的な点検確認義務が求められ、また因果関係が立証できれば、後任者も正犯として結果を帰属させるべきである

とした。

第二に、(i) 薬剤師、事務員と看護師間の連携及び(ii)手術チームにおける連携について、それぞれ3%ヌペルカイン事件と横浜市大病院患者取り違え事件を素材とし、専門職間の引き継ぎ作業における過失の判断と責任の限定を検討した。まず、(i) 3%ヌペルカイン事件の検討により、分業の基礎は各関与者の専門性である場合であっても、①因果関係中断論や答責領域の変わりにより、危険を創出した前任者の行為と結果との因果関係を否定することができないこと、②分業の基礎は異なることでそれぞれの業務の中核的内容に注意を払う可能性がないが、結果の防止に必要な注意義務の履行が専門的知識や技術を伴わない場合、専門性の異なる者間で共通の注意義務を負う余地があることが明らかとなった。

次に、(ii) 横浜市大病院患者取り違え事件を検討した結果、①専門職間の引き継ぎ作業において、初歩的なミスを防止するために、各関与者に同一の基本的な注意義務が課されるとしても、関与者全員が同時にそれを果たすべきであるとまで解することは必要ではなく、各関与者の職責に応じて注意義務を分配することができること、②専門職間の連携であっても、合義務的な行為を考えると、行為者の個別的事情を完全に捨象して、結果回避義務を一般化してはならず、各関与者に期待される具体的な結果回避措置の内容は、各人の職務上の地位や関与の状況によって異なるべきであることを示した。

第3章では、信頼の原則の検討を中心に、分業に伴う医療関係者間の責任分担を議論した。そこで、第一に、過失の判断における信頼の原則の位置づけを検討した。信頼の原則は、許された危険や危険の分配の法理の一応用場面であり、行為者の結果回避義務を制限する原理として位置づけるべきであるとした。

第二に、組織的医療における信頼の原則適用の可否とその限界に関する判例・学説の立場を整理した。組織的医療における信頼の原則の適用限度は、組織的医療における関係者間の責任分担に関して、とりわけ監督責任の限界づけに関する議論がなされる際に、不可避な問題であり、それをめぐる議論が、今でもチーム医療に伴う分業体制のもとで、安全性と効率性の両立を中心に行われていることを示した。

第三に、組織的医療における信頼の原則適用の可否と適用基準について検討を加えた。そこで、（i）交通事故犯の分野に形成・発展された信頼の原則が、関与者は危険防止という意味において協力関係にあるすべての場合には適用可能なものであり、（ii）組織的作業における信頼の原則の適用は無制限ではなく、業務の性格、業務分担の確立の度合い、業務分担者の専門上の能力等を考慮した上で、その限界と基準を検討しなければならないと考えられた。

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

さらに、本章では、垂直的分業の場合と水平的分業の場合を分けて、信頼の原則を適用しうる場面をさらに明確にした。具体的には、（i）垂直的分業の場合において、信頼の原則の適用の可否を判断するにあたり、上位者に刑法上の許されない危険を創出した結果回避義務違反があったかどうか、下位者の選任について医師が注意義務を尽かしたかどうかことが重要であることを示した。また、（ii）水平的分業の場合においては、同職種間の引き継ぎ作業における後任者は、前任者が誤ることなくに業務を行うものと信頼することで、自分の作業に伴う類型的危険を防止するための基本的注意義務を遵守しなければならない。そして、異職種間の連携においては、原則として、互いに、相手は自分の権限の範囲内で、専門的知識に基づいて適切な判断や処置をすることを信頼でき、相手の過失から結果を発生させた場合には、過失責任を負わないが、関係者間で実質的信頼関係がない場合、または、自身に危険を創出した結果回避義務違反があった場合には、信頼の原則の適用を排除すべきである。

最後に、本章では、組織的医療における信頼の原則の適用に重要な意義を持つ、千葉大採血ミス事件と北大電気メス器事件を分析し比較した

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

第4章では、過失犯の共同正犯の成否の検討を中心に、分業に伴う医療関係者間の過失責任を検討した。第一に、過失犯の共同正犯の成否をめぐり、従来の判例と学説の立場を整理した。(i) 判例において、組織的医療における複数人の過失責任が肯定された場合には、過失の同時犯として扱われることが一般的であり、過失犯の共同正犯が認められる少数の場合には、行為者の職種が同じであるという傾向が見られる。(ii) 学説を整理した結果、過失構造論争の影響で、現在、過失犯の共同正犯を認めるか否かをめぐり、学説では、犯罪共同説と行為共同説という共同正犯論固有の議論から論じるのではなく、問題の対立点は、過失犯の共同正犯として処罰する必要があるかどうかにあることが明らかとなった。

第二に、過失犯の共同正犯の成否は、過失犯において、「一部行為の全部責任」という法理を適用する根拠があるかという問題に依拠している。具体的には、過失犯の共同正犯の成立要件としては、(i) 正犯性要件としての実質的支配力、(ii) 共同性要件としての主観面の共同（不注意の相互促進・強化）及び客観面の共同（共同結果回避義務の共同違反）であることを示した。

第三に、代表的な事例を検討することにより、組織的医療における過失犯の共同正犯が成立しうる場面が明らかとなった。さらに、以下の帰結も得られた。(i) 関与者間に監督関係がある場合や、各人の法益保護のための注意義務履行の有効性に差がある場合には、相互的支配があ

り得ない以上、過失犯の共同正犯の成立は考えられない。（ii）関与者間に上下関係があるが、（i）の場合に該当しないとき、過失犯の共同正犯が成立しうる。（iii）共同して許されない危険を創出または増大させたのであれば、複数の注意義務違反の間に時間的先後関係があっても、「共同違反」が認められる。（iv）分業・協業の基礎は各人の専門性であり、専門の領域内で過誤を犯した場合に、不注意の相互促進・強化があり得ず、相互注意義務も信頼の原則で免除されうるため、過失犯の共同正犯が成立する余地はない。

第5章では、上記第1章～第4章の検討を踏まえ、組織的医療における個人の過失責任のあり方及び関係者間の責任分担という2つの課題に関する中国の議論状況と実務の現状を概観した上で、日本の議論への考察から、中国の議論に対していかなる示唆が得られるのかについて検討を加えた。

第一に、中国における医療事故罪の刑事裁判の現状を把握した上で、それに存在する問題点を提示した。中国における医療事故罪の刑事裁判の現状を整理することにより、中国では、医療過誤の犯罪化と量刑に対して、非常に慎重な姿勢をとっていることが示された。また、1997年中国刑法が医療事故罪を規定して以来24年間の同罪の判例を分析した結果、（i）医療事故の刑事訴訟では、罪名の適用について統一的な基準を欠けるという問題と、（ii）過失の判断については、医療事故技術鑑定に過度に依存し、結果回避義務とその違反を意識的に検討しない点、及び因果関係の判断においては事実的判断と規範的判断を区別し、刑法学の視点から、客観的な事実について規範的な検討を加えないという問題があることが明らかとなった。

第二に、医療事故罪の刑事裁判における過失の判断に存在する上記の問題点をめぐり、中国の組織的医療における個人の過失責任のあり方を検討した。検討の結果、日本の議論から、中国組織的医療における個人の過失の判断に対しては、次のような示唆が得られた。（i）中国刑法のもとでも、過失構造論については新過失論を適用しうる。（ii）医療関係者の注意義務について、中国と日本の医療体制は異なるが、看護師に対する医師の注意義務は、第2章で示した方法論に従って、指示義務、医学的指導義務、点検確認義務に分類することができる。（iii）中国に

においても、直接行為者だけではなく、監督者の過失を問うべきであり、そして監督過失が認められる場合には、日本のように、被監督者と監督者両方が同一の罪で責任を追及することができる。(iv) 因果関係の判断について、実務では事実的因果関係と法的因果関係を区別して扱うべきであり、そして、法的因果関係の判断においては客観的帰属論を適用すべきである。

第三に、中国の組織的医療における関係者間の責任分担について検討を試みた。これらの検討により、日本の議論から、中国の組織的医療における関係者間の責任分担に対しては、次のような示唆が得られた。(i) 中国刑法のもとで、信頼の原則を結果回避義務を制限する原理と解することができる。そして医療の分野において信頼の原則の適用が認められるが、中国の医療格差を考慮し、信頼の原則の適用の可否を判断するにあたり、疾患の診療は、末端医療機関のサービス能力を超えたかどうか、農村医の開業範囲を超えたかどうかを厳格に考察しなければならない。

(ii) 中国の現行刑法のもとで、過失犯の共同正犯が成立する余地がないため、中国では、過失の競合論を用いて、組織的医療における関係者間の過失責任を判断するほかにないと考えられる。しかし、同時に、過失犯の共同正犯が認められないとしても、各行為者について信頼の原則の適用を否定する際に、相互注意義務が認められることにより、他人の行為による結果惹起について責任を問う可能性があることを看過してはならない。

第2節 残された課題

本稿は、組織的医療における個人の過失責任のあり方及び関係者間の責任分担という2の課題を中心に、チーム医療における刑事過失責任を検討するものである。そのうち、組織的医療における個人の過失責任のあり方という課題を検討する際に、管理過失については、それと監督過失の区別を提示するにとどまり、過失の判断についての検討は不十分なものとなった。また、組織的医療における医療従事者の内部の責任分担について検討を加えたが、医療従事者の過失と患者あるいは患者の家族の過失が競合した場合に、これらの者の間で責任をどのように分担すべ

きかは、さらなる考察が必要である。さらに、本稿は、組織の活動で結果を惹起した際に、組織体の構成員の過失責任と構成員間の責任分担に着目するものであるが、組織体自体の過失責任を追及する余地があるかどうかは、なお検討を要する。

なお、近年、医療の分野において、人工知能（AI：artificial intelligence）が疾患の予防・診断・治療で運用されている。例えば、人工知能技術を用いてがん細胞の分析や病理診断が研究されており⁷⁵、ロボット支援下手術が導入されている。このような人とロボットの組織的作業により事故が引き起こされる場合、ロボットの自律性をどこまで承認するか、従って結果を誰に帰責させるかがまさに問題となりうる。これについても今後の課題としたい。

⁷⁵ 「がん病理組織画像の特徴を数値化する人工知能技術の開発」

（日本医療研究開発機構ウェブ・サイト内 https://www.amed.go.jp/news/release_20220302-01.html（2022年5月20日最終閲覧））