

医療過誤事件における複数関与者の過失責任

鄭 翔*

要 旨

1990年代に発生したいくつかの医療過誤事件を契機として、医療過誤事件に対する社会の関心が高まってきた。現代医療の特徴として、執刀医、麻酔医、看護師等の関与者がその職務・役割に基づき分担・分業して医療行為を遂行する「チーム医療」が行われるようになったことから、医療過誤について刑事責任を問う際に、その中でどの行為者にどのような過失責任を問うことができるか、という問題が生じている。本稿は、日本におけるいくつかの特徴的な医療過誤事件を取り上げ、実務がいかなる点を重視して注意義務および因果関係の認定を行っているのか、また、複数の関与者の過失が存在する場合に、その過失責任をどのように理解しているかを分析するものである。

目 次
I はじめに
II 判例紹介
III 検 討
IV おわりに

I はじめに¹⁾

医学の発展に伴い、今まで不治の病とされた多くの疾病が治療できるようになってきた。現代医学の一つの大きな特徴として、医療にかかわる多数の専門家が協力し合って医療を行うことが挙げられる。というのも、より複雑な疾病に対処するため、現代医療の状況から、医療の高度化・専門化が進んでいるからである。

一方、医学の発展とともに、いわゆる医療過誤

の問題が徐々に一般人から専門家まで、様々な人の関心を集めてきた。医療過誤とは、医療の現場で、意外な経過をたどり患者の身体・生命が侵害されるといった予期せぬ有害な結果が発生する際に、医療従事者が注意を尽くしていれば、身体・生命への侵害を回避しえたのに、注意を尽くさなかったため侵害結果を生ぜしめた場合をいう²⁾。刑事法における医療過誤は、その態様により①診療行為またはこれに付随する行為における直接過失、②複数の行為が競合する過失の競合、③病院や診療所等の診療体制、安全保持体制、経営体制等に起因する管理・監督過失に大別することができる³⁾。今回この論文が議論する分野は、その②の部分に当たる。

近年、医療過誤に対する刑事責任の追及が急増する傾向がみられる⁴⁾。その原因について考えられるのは、①被害者や被害者の遺族の処罰感情の増大、②警察に対する異状死の届出件数の増加、③医療過誤事件がマスコミで大きく取り上げられることにより、医療関係者に対する不信が増大し

* テイ ショウ 法学研究科刑事法専攻博士課程後期課程

2017年10月6日 推薦査読審査終了

第1推薦査読者 鈴木 彰雄

第2推薦査読者 曲田 統

たことなどが挙げられる⁵⁾。このような状況の中で、日本では、後述する横浜市立大学附属病院の患者取り違え事件や、埼玉医科大学総合医療センターの抗がん剤過剰投与事件など、社会に波紋を広げるような事件を契機に、医療関係者の関心を引くようになってきた。というのも、複数の医療関係者が侵害結果に関与した場合に、責任を負うべきものと責任を負うべきではないものとの線引きは、必ずしもはっきりしているわけではないため、「広く複数の医療者に刑事責任が及ぶことに対する違和感、警戒心があるように思われる」⁶⁾。刑法学者の中でも、実務のこの傾向について、「近時においては過失の競合論が医療に関係した者に広く刑事罰を課すための論理となっていないか」⁷⁾、「最近、「過失の競合」の認定がやや拡大傾向に走りすぎているのではないかと思わせる最高裁判例が相次いでいる」⁸⁾などと指摘されているところである。

以上のことを背景に、今回取り扱う研究テーマの射程を明らかにしたい。筆者が予定している学位論文のテーマは、過失の共同正犯における日中比較である。これまでの研究では、まず過失の共同正犯の問題の所在、理論の現状、主な判例の紹介、および日本と中国における刑法条文の違いなど、基礎的な議論を紹介した。すでに論じたように、中国は日本と異なり、明文で共同犯罪を故意犯に限定したため、過失の共同正犯を認める方向で条文を解釈することは、非常に困難である。そこで日本の学説や判例を検討することによって、中国への示唆を導きたいところである。

日本では、過失の共同正犯を認める見解、とりわけ「共同注意義務の共同違反」を中心として肯定説が非常に有力である。しかし、前述するように法文の違いがあり、中国では過失の共同正犯を認めることは、刑法を改正しない限り、非現実的といわざるを得ない。そこで筆者は過失の単独正犯への解消という方向に問題の解決を求めるところにする。侵害結果の発生について複数人の過失が

関与している場合に、どの関与者がどのような過失責任を負うべきかの判断は容易なことではない。とりわけ単独犯解消説の場合に、個々人の因果の流れを見極める必要があるため、関与者の数が多ければ多いほど、判断の難易度が上がってくる。そこで議論の中心となるのは、やはり侵害結果へ向かう複数の関与者の具体的な結果予見義務や結果回避義務の内容であるように思われる。したがって、具体的な事案における注意義務の内容から結論への手がかりを得ることが一番手っ取り早くかつ確実な方法だと思われる。医療過誤の場合は、その高度化・専門化により、その他の過失と異なり、裁判で認定の対象とされた注意義務が個々の医療関係者ごとにより具体的に検討されなければならない。

以下では、いくつかの判例を挙げて、裁判所が各事案において、各関与者の注意義務をどのように判断したのかを見ていきたい。検討の対象となる判例は、①3%ヌベルカイン事件⁹⁾(以下略してヌベルカイン事件)、②横浜市立大学附属病院の患者取り違え事件¹⁰⁾(患者取り違え事件)、③埼玉医科大学総合医療センターの抗がん剤過剰投与事件¹¹⁾(抗がん剤過剰投与事件)、④慈恵医大青戸病院腹腔鏡下手術ミス事件¹²⁾(青戸病院事件)、⑤山本病院事件¹³⁾の五つである。これらは、筆者の研究関心に従い、主に医療過誤事件における複数の者が関与する事件から選択したものであり、さらに単独犯としたものと共同正犯としたものに分けることができる。医療過誤事件においては、ほかにも北大電気メス事件など重要な判例が存在するが、今回は監督・管理過失が問題となる判例は対象外とする。本論文では、まず各判例における事実の概要と裁判所の判断を紹介し、次に各判例の問題の所在を明らかにし、さらに判例ごとに裁判所が重視する注意義務の内容を検討して、結論を導くことにする。

II 判例紹介

1. ヌベルカイン事件¹⁴⁾

薬剤師Aが3%ヌベルカイン100ccを調剤した際、薬事法上劇薬として取り扱われ、容器に赤枠、品名に「劇」の赤字でラベルを貼付するはずのヌベルカイン溶液を、「3%ヌベルカイン」とのみ青インクで表示し、他の普通薬と区別せずブドウ糖液入りコルベン容器と一緒に滅菌器に入れて2日間放置した。当日、薬剤科に勤務する事務員Bは3%ヌベルカイン入りのコルベンをブドウ糖入りのコルベンと誤信し、他のブドウ糖入りコルベン容器と一緒に製剤室の格納戸棚に整理したところ、Aはこれを目撃したにもかかわらず、自身がヌベルカイン入りのコルベンとブドウ糖入りのコルベンを同一滅菌器に入れたことを忘れたため、Bの作業に何の注意も与えなかった。その後、内科病棟の看護婦Cの求めに応じて、Bが滅菌器から容器を取り出して、看護婦Cにブドウ糖注射液と誤って3%ヌベルカイン入り容器を手渡した。看護婦Cは、それを内科処置室の処置台へ置き、途中で気付いたものの、「ああこんなものどうしたんだろう、レントゲンの気管透視にでも使うのか」と思い、それを処置台の隅に放置しておいたところ、乙種看護婦Dが処置台に置かれていた3%ヌベルカイン溶液のラベルをチェックすることなく、ブドウ糖溶液と信じて、注射器3本それぞれに3%ヌベルカイン溶液を詰め、事情を知らない看護婦Eと共に3%ヌベルカイン溶液を20ccずつ2名の患者に注射した結果、患者2名が死亡した。

本件について、第一審は、看護婦Dについて、乙種看護婦が病院医師の処方箋による指示により、患者にブドウ糖注射をする場合、「看護婦として注射液を注射器に詰めるに当たっては、注射液の容器に貼付してある標示紙を十分確認し、医師の指示する葡萄糖液に相違ないかどうかを調べて、薬品相違によって、生命身体に対する危害の発生を未然に防止しなければならない業務上の注意義務

があるにもかかわらず、これを怠って、漫然3%ヌベルカイン在中のコルベンを十分確認しないで、これを葡萄糖注射液在中のコルベンと信じて、20cc注射器三本にそれぞれ3%ヌベルカインを詰め……事情を知らない看護婦Eと共に」2名の患者に注射し、死亡させたと判断し、有罪を認めた。薬剤師Aについて、Aが赤枠、赤字で品名と「劇」の字を記載しなかったことは、上司である薬剤課長に責任があり、Aが背負うべきものではないとし、Aの調剤する際の過失を否定した。さらに、事務員Bがヌベルカイン入りのコルベンをブドウ糖入りのコルベンとしてCに渡すに至った際の、A、B両名の過失について、裁判所は「被告人Aの3%ヌベルカイン入り100ccコルベンを被告人Bの適切な注意の欠けたことから、葡萄糖注射液と軽信してCに交付した過失行為は、右Cの確認行為によって補足され是正されたものといわなければならない、即ち、その後において、看護婦Dが……何の注意も払わず……（両患者に）注射して死亡させたといっても、その死亡と被告人Aの前記過失行為との間には相当と認めるべき因果関係がなく、その責任を負うべきものではない」として、両者の有罪を否定した。

第二審は、Aについて、「被告人はかかる慣行に従従する義務なく却って薬剤師として薬事法所定の義務を遵守する独立の責務を負担することは極めて明白である」として、Aの薬事法違反および業務上過失を認め、また、Cがヌベルカイン入りコルベンを病院内科処置室の処置台へ運んだあと、そのコルベン在中のものがブドウ糖注射液ではなく、3%ヌベルカインであると気づき、これを区別して、処置台の左隅に置いた事実について、裁判所は、「何ら同人の前者の過失行為を「補足し是正」するに足るものではなく却って前者の過失行為の発展の危険を更に過失によって維持増大せしめたものと見なければならない」と評価し、A、B、D3人の過失が連帯結合して患者を死に致したものであってA、B両名の過失行為と被害者の死亡結

果との間の因果関係を肯定し、両名に業務上過失致死罪を認めた。なお、劇薬ヌペルカインを取り扱う際に必要な注意義務として、以下のような補足説明があった。「右ヌペルカインは……指定劇薬であるから外見上一見してそれと判明し得るよう他薬と紛れやすい容器を避け又、容器には薬事法の要求に従い赤枠赤字をもって品名及び「劇」の字を記載した標示紙を貼付し且つ他の物と区別して貯蔵又は陳列して他薬との混同誤認を生じないように注意する業務上の義務があり特に多人数が職務を分担して勤務する病院薬局においては其の義務が一段と厳格に要請される」。

最高裁は、「看護婦が医師の指示に従って静脈注射をするに際し過失によって人を死傷に致した場合には刑法211条の責を負わなければならない。その他被告人等の過失並相当因果関係に関する原審の判断は正当である」と判示し、上告を棄却、原審の判断を支持した。

2. 患者取り違え事件¹⁵⁾

平成11年1月1日、横浜市立大学医学部附属病院第1外科において、心臓手術が予定されていたX(74歳)および肺手術が予定されていた患者Y(84歳)に対し、手術に関与している看護婦、医師らが患者を取り違えて手術を行い、同人らに傷害を負わせたという事案である。取り違えの経緯は、以下のとおりである。病棟看護婦Aは、手術看護婦Bに上述の両患者を引き渡す際に、明確に名前を伝えずBに両患者を引き渡し、Bも患者の名前を聞くなどして患者名を確認することをしなかったため、XをYと、YをXと誤信して受け取り、介助担当看護婦らをして、誤った手術室にそれぞれ搬送させた。Xに対する心臓手術を担当することになっていた麻酔医Cは手術室に入り、手術台上のYに「Xさん、おはようございます」などと声をかけると、Yがうなずいたため、Cはそれ以上の確認措置を取らなかった。その後Cはあとから手術室に入室した指導補佐担当の麻酔科医と共に、

麻酔を開始した。その際、Cはいくつかの相違点から目の前の患者がXでないとの疑念が生じ、指導補佐担当の麻酔科医及び主治医らにその旨を告げるが、明確な返答はなく、さらに主治医から患者がXであるという返事をされたため、それ以上の確認を取らなかった。その後、執刀医であるDは施術し、Yに全治約5週間の傷害を負わせた。少し時間を前後して、他の手術室で、麻酔科医E及び執刀医Fも、患者の同一性を確認することなく、Xに対し麻酔と手術をしたため、Xに全治約2週間の傷害を負わせた。

本件について、第一審は、麻酔科医Cを除いて、他5名について業務上過失致死の成立を認め、有罪とした。Cについて、「主治医の麻酔導入前での在室の有無に拘らず、麻酔科医自身の責任として、麻酔を施そうとする患者が、麻酔、手術が予定された当該患者であるかどうかの確認をしてから麻酔を施すべき注意義務がある」とし、「患者の同一性確認のため正当な問題提起をし、相応の努力をした被告人Cにさらに尽くすべき義務があるというのは過酷に過ぎて賛同できない。被告人Cとしてはなすべき注意義務を尽くしたというべきである」を理由に無罪をいい渡した。なお、一審判決において、Xの手術に際し、Cの疑問を軽く却下した主治医及び指導麻酔医について、過失こそ認められなかったが、「被告人Cが提起した患者同一性に関する疑義を重大に受け止めず、同一性確認についてより豊富な情報量を有する立場にあり、あるいは被告人Cを指導、補佐すべき立場にありながら、被告人Cの疑問を排斥した」とのことが認められた。

第二審は、原判決を破棄し、Cの有罪を認めた。被告人らの患者の同一性確認義務について、「患者の同一性確認は、手術すべき患者に適切な医療行為を行うための大前提であり、そのようなことをおろそかにして医療行為を行うということはかりそめにもあってはならないことである。大規模な病院における患者の同一性確認すなわち患者の取

り違い防止については、本来は、病院全体として組織的に確実なシステムを構築すべきであるし、複数の医師や看護婦がチームを組んで手術等を行うチーム医療においては、患者の同一性確認についてもきちんとした役割分担を取り決め、チーム全員にその役割分担が周知徹底されていることが望ましいのである……しかし、本件当時まで、Y大病院（第1外科）においては、患者確認についてのこのような管理体制はとられていなかったし、チーム医療においても、そもそも主治医がグループ制であるにもかかわらず、患者確認についての役割分担についても特段の取り決めはなされていなかったのである。このような本件当時のY大病院における管理体制やチーム医療の状況を前提とするならば、患者の同一性確認については、手術等に関与する医療関係者は、各人がその職責や持ち場に応じて責任を持ってこれを行う義務を負っていたといわなければならない。患者確認について確たる役割分担が決められて、これが確実に守られているという状況がない以上は、チーム内における他のメンバーの判断や言動を信頼してよいとはいえないのである。以下における被告人らの過失の有無等の検討も、Y大病院（第1外科）における上記のような当時の状況を前提とするものであって、およそ執刀医や麻酔医は患者確認についてかくあるべしなどと論ずるものではない。管理体制や役割分担が異なれば、執刀医や麻酔医等が負うべき具体的な注意義務も当然に異なってくるものと解される。……患者の同一性確認は、手術すべき患者に適切な医療行為を施すための大前提であり、手術に関与する医師、看護婦らの初歩的、基本的な注意義務であることは多言を要しない。手術は、患者に対する麻酔の導入に始まり、執刀医による執刀、その間の麻酔医による全身状態の管理、執刀終了後の事後処置の終了により完結する。執刀医は、患者に対して直接外科的な侵襲を加える者であり、麻酔医は、患者に麻酔を導入し、患者の手術の当初から終了に至るまでの間

麻酔状態を継続させ、患者の全身状態の管理に当たる者である。手術は、医師と患者との間の医療契約に基づくものであり、医療契約の内容に沿った手術（インフォームドコンセントにより医師が患者に手術の内容、リスク等を説明し、患者がこれに同意した手術内容等に即した手術）を施すべきことは当然である。そして、手術そのものはもとより、麻酔導入も患者の身体への侵襲であり、患者の身体に重大な傷害を及ぼす行為であるから、遅くとも麻酔導入前までには、患者の同一性確認が確実になされている必要があることも当然というべきである。……このような患者の同一性確認は、手術に関与する看護婦、医師全員がそれぞれの役割を遂行する中で行うべき義務を負っているというべきである。すなわち、Y大病院第1外科の手術は、チーム医療として、看護婦、麻酔医、執刀医、執刀助手（主治医を兼ねる）等の多くの関係者がそれぞれの職務を分担しながら連携・協働して行われる。したがって、それぞれの関係者は、自己の職務を行う際、患者の確認を確実に行う注意義務を負っているものであり、病棟看護婦は、患者を病棟から手術室交換ホールへ搬送して手術室看護婦に引き継ぐに当たり、手術室看護婦は、病棟看護婦からその患者の引渡しを受けて手術室まで搬送するに当たり、それぞれ、患者を取り違えないようにしなければならない注意義務があるというべきである。また、麻酔医は、麻酔を導入するに当たって、導入前に適切な方法により患者の確認を行うべきであるし、執刀医も手術の最高かつ最終責任者として、手術の開始、すなわち、麻酔導入前に患者の同一性を確認する義務があるというべきである。以上を前提として、被告人らの過失について個別に検討を加える」と述べた。

最高裁は、第二審の判断を維持しつつ、「患者の同一性確認について、病院全体の組織的なシステムの構築、医療を担当する医師や看護婦の間での役割分担の取決め、それらの周知徹底等を欠いている場合には、手術に関与する医師、看護婦等の

関係者は、他の関係者が上記確認を行っている信頼し、自らその確認をする必要がないと判断することは許されず、各人の職責や持ち場に応じ、重疊的に、それぞれが責任を持って患者の同一性を確認する義務がある」と判示した。また、麻酔医Cについて、「患者を取り違えて手術をした医療事故において、麻酔を担当した医師には、①麻酔導入前に、患者への姓による呼び掛けなど患者の同一性確認として不十分な手立てしか採らず、患者の容ぼうその他の外見的特徴などをも併せて確認しなかった点において、また、②麻酔導入後に外見的特徴や検査の所見等から患者の同一性について疑いが生じた際に、他の関係者に対して疑問を提起し、一定程度の確認のための措置は採ったものの、確実な確認措置を採らなかった点において、過失があり、他の関係者が同医師の疑問を真しに受け止めなかったことなどの事情があるとしても、同医師において注意義務を尽くしたということはできない」と認定した。

3. 抗がん剤過剰投与事件¹⁶⁾

被告人A医師は、埼玉医科大学総合医療センターの耳鼻咽喉科科長兼教授であり、同科の医療行為全般を統括し、同科の医師を指導監督していたものであるが、同科の診療は、指導医、主治医、研修医各1名の3名がチームを組んで当たるという態勢が採られていたため、患者X(当時16歳)の治療には、Cを指導医に、Bを主治医とし、これに研修医が加わった3名が当たることになった。Xの症例は右顎下の滑膜肉腫という極めてまれな難病であり、同科には滑膜肉腫の臨床経験のある医師がいなかったところ、主治医Bは、同科病院助手のD医師からVAC療法が良いといわれ、同病院の図書館で文献を調べ治療計画を立てたが、Bが誤って文献に記載された「week」の文字を見落とし、Xに対し週1度投与すべき抗がん剤を7日間連続で投与してしまい、Xは抗がん剤の過剰投与による多臓器不全により死亡した。

本件について、第一審は主治医Bについては禁錮2年・執行猶予3年の有罪判決が確定した。指導医Cについては罰金30万円の判決が言い渡されたが、検察官が控訴し、一審の東京高等裁判所はこれを破棄して、禁錮1年6月・執行猶予3年の判決を言い渡し、確定した。A医師については、一審は罰金20万円、二審は禁錮1年・執行猶予3年の有罪判決を言い渡した。これを不服としてA医師が上告した。耳鼻咽喉科科長であり、患者に対する治療方針等の最終的な決定権者であるA医師に、主治医Bの治療計画の適否を具体的に検討し、誤りがあれば直ちにこれを是正すべき注意義務に違反する過失があるか、これについて、裁判所は、「右顎下の滑膜肉腫は耳鼻咽喉科領域では極めてまれな症例であり、同病院の耳鼻咽喉科においては過去に臨床実績がなく、同科に所属する医局員はもとよりA医師ですら同症例を扱った経験がないこと、VAC療法についても、主治医B、指導医CはもちろんA医師も実施した経験がなかったこと、VAC療法に用いる硫酸ビンクリスチンの使用法を誤れば重篤な副作用が発現し、重大な結果が生ずる可能性があり、現に過剰投与による死亡例も報告されていたが、A医師らは、このようなことについての十分な知識はなかったこと、主治医Bは医師として研修医の期間を含めて4年余りの経験しかなく、A医師は、同科に勤務する医師の水準から見て、平素から主治医Bらに対して過誤防止のため適切に指導監督する必要性を感じていたことなどを根拠として、A医師は、主治医のBや指導医のCらが抗がん剤の投与計画の立案を誤り、その結果として抗がん剤が過剰投与されるに至る事態は予見し得たものと認められるとし、そうすると、A医師としては、自らも臨床例、文献、医薬品添付文書等を調査検討するなどし、VAC療法の適否とその用法・用量・副作用などについて把握した上で、抗がん剤の投与計画案の内容についても踏み込んで具体的に検討し、これに誤りがあれば是正すべき注意義務があった」と認

定し、A医師にはこの注意義務を怠った過失があると判示した。そして、抗がん剤の使用により、患者Xに副作用が発現した場合には、A医師に、Xの死傷等重大な結果の発生を未然に防止しなければならない注意義務に違反する過失があるかについて、裁判所は、「抗がん剤の投与計画が適正であっても、治療の実施過程で抗がん剤の使用量・方法を誤り、あるいは重篤な副作用が発現するなどして死傷の結果が生ずることも想定されるところ、A医師はもとよりB、Cらチームに所属する医師らにVAC療法の経験がなく、副作用の発現及びその対応に関する十分な知識もなかったなどの前記事情の下では、A医師としては、Bらが副作用の発現の把握及び対応を誤ることにより、副作用に伴う死傷の結果を生じさせる事態をも予見し得たと認められると判示した。そして、少なくとも、A医師には、VAC療法の実施に当たり、自らもその副作用と対応方法について調査研究した上で、Bらの硫酸ビンクリスチンの副作用に関する知識を確かめ、副作用に的確に対応できるように事前に指導するとともに、懸念される副作用が発現した場合には直ちにA医師に報告するよう具体的に指示すべき注意義務があった」と認定し、その上で、A医師にはこの注意義務を怠った過失も認められると判示し、禁錮1年・執行猶予3年の有罪判決という二審判決を維持した。

4. 青戸病院事件

慈恵会医科大学附属青戸病院に所属する医師3名がそれぞれ執刀医、主治医及び第一助手であり、同病院に入院中の患者Xに対し、腹腔鏡下前立腺全摘除術という、腹部に開けた穴に挿入した鉗子等を用いて、多数の静脈の集まりである陰茎背静脈叢（以下「DVC」という）を確実に結紮して止血し、前立腺摘除後に膀胱及び尿道を吻合するなど高度な手技が要求される術式を施術するに際し、止血処理に失敗したときなどに開腹術へ術式を変更する判断が困難であるところ、被告人3名は、

いずれも本術式を安全に施行するための知識、技術及び経験を有していなかったのであるため、手術中にDVCなどの止血処理が十分にできず、開腹手術への変更の判断が遅れて大量出血となり、患者を低酸素脳症による脳死に起因する肺炎により死亡させた。被告人3名は、術式を安全に施行するための知識、技術及び経験を有していなかった場合に、患者の生命身体に危険のある本術式を選択することを厳に避けるべき業務上の注意義務があるのに、これを怠り、本術式を安全に施行することができるものと轻信し、患者の死を致した。

第一審は被告人3名について、業務上過失致死の共同正犯として有罪を認め、第二審もこれを是認した。なお、本件は医療過誤事件における数少ない共同正犯を肯定した事案であるが、3名のうち執刀医と主治医は、注意義務の存在及び注意義務違反の事実について争っていないため、判決文は共同正犯の認定についてほとんど言及していない。ただ、被告人3名の知識、技術及び経験について、「医師が一定の医療行為を行う場合、当該医療行為を行うに足る能力を有していなければならないことは言うまでもない。そして、その能力は、当該医師の知識、技術及び経験によって形成され、これらは相互に補完し合っているというべきであるから、被告人三名についても、その知識、技術及び経験を総合的に検討して、本術式を安全に施行するに足る能力の有無を判断すべきものと考えられる」と述べた。また、被告人3名が果たすべき注意義務として、①DVC手術のような患者の生命身体に対する危険性のある術式を採用する際に、医師は安全かつ適切に手術を行うに足る能力を有しなければならず、それが欠如する場合に、外部の専門家を招聘するか、あるいは施術経験のある手術もしくは患者にとって危険性の低い手術を選択するか、という「本術式を選択することを厳に避けるべき業務上の注意義務」と②術式の最中止血処理が十分にできず、何度も以前施術したことのある開腹手術へと変更することがで

きた結果回避義務があるとされた。

5. 山本病院事件¹⁷⁾

Y病院（廃院）の院長であり医師であるAと同病院勤務医B（捜査中に病死）が、入院患者X（当時51歳）の、S7と呼ばれる肝臓の背面側上方部分にあった腫瘍につき、肝血管腫という良性腫瘍であるにもかかわらず、肝臓がんであると誤診した上、両医師とも肝臓外科は専門外で、肝臓の切除手術の執刀経験がないにもかかわらず、安全に実施できると軽信し、不十分な人員態勢のまま腫瘍の切除摘出手術を開始して、手技上のミス等により肝静脈等を損傷して大出血させ、適切な失血処理を行うこともできないまま、出血により死亡させた。

本件について、裁判所は被告人兩名について、「肝臓外科の専門医でなく、肝切除術の執刀経験もない医師兩名のみでは、本件腫瘍のようなS7に位置する腫瘍の切除術を安全に実施できないことを認識し、そのような経験のない医師2名のみで手術を実施することを厳に避けるべき業務上共通した注意義務があった」として、兩名に業務上過失致死罪の共同正犯の成立を認めた。

Ⅲ 検 討

1. 各判例の特徴

検討に入る前に、まず以上挙げた諸判例について、その特徴をまとめてみよう。

ヌベルカイン事件の問題点は、複数人の過失が競合して結果を生じさせた場合に、その因果関係及び過失の有無の認定である。因果関係について、第一審はA、Bの過失はCの行為によって補足され、是正されと判断し、両者の過失と結果との間に相当因果関係が認められないという結論に至った。これに対して第二審及び最高裁は、Cの行為は、A、Bの過失を補足、是正するどころか、その危険性をさらに維持増大させたと判断し、相当因果関係を認めた。過失の認定について、第一審は

Aの調剤の際の過失はその上司にあるとし、AにはBに注意しなかった過失のみを認めたのに対し、第二審及び最高裁は、Aの両方の過失を認めた。ほかの関与者について、Bは3%ヌベルカイン入りのコルベンをブドウ糖入りのコルベンと誤信し、他のブドウ糖入りコルベン容器と一緒に製剤室の格納戸棚に整理した過失と、滅菌器から容器を取り出して、看護婦Cにブドウ糖注射液と誤って3%ヌベルカイン入り容器を手渡した過失が認められ、Dについては処置台に置かれていた3%ヌベルカイン溶液のラベルをチェックすることなく、ブドウ糖溶液と信じて、注射器3本それぞれに3%ヌベルカイン溶液を詰め、事情を知らない看護婦Eと共に3%ヌベルカイン溶液を20ccずつ2名の患者に注射した結果、患者2名を死亡させた過失が認められた。なお、Cの過失の有無については議論の対象にはならなかった。学説においては、相当因果関係説の立場から、A、Bの過失行為は、Dの過失行為の介在によって、相当性が否定されるという見解もあるが¹⁸⁾、基本的に最高裁判決を支持する見解が多い¹⁹⁾。その理由は主に、Cの行為は「ありがち」であって、Dの過失は異常性が高いとはいえないという点にある。さらに、正犯性について、A、Bの正犯性を否定する見解²⁰⁾と肯定する見解がある²¹⁾。

患者取り違え事件の問題点は、①複数の過失が競合した場合に、過失責任を負うべきものは誰なのか、②信頼の原則が適用される余地はあるのだろうか、③行為者が事後的に見て不十分な結果回避措置を採り、一定程度の努力をした場合に、過失責任を否定ないし減輕できるだろうか、④看護婦の過失責任について、その後の麻酔医と執刀医の過失の介在により相当因果関係が否定されないのだろうかという四点にある。まず①について、裁判所の判断では、過失責任の主体は、患者を引き渡す際に明確に名前を伝えなかった病棟看護婦A、患者の名前を聞くなどして患者名を確認することをしなかった手術看護婦B、患者Xに対し麻

酔及び手術を実施した麻酔医 C 及び執刀医 D、患者 Y に対し麻酔及び手術を実施した麻酔医 E 及び執刀医 F の 6 名である。患者 X の手術室にいる「被告人 C が提起した患者同一性に関する疑義を重大に受け止めず、同一性確認についてより豊富な情報量を有する立場にあ」った患者 X の主治医及び「C を指導、補佐すべき立場にあ」った指導麻酔医は、過失責任の主体ではない。次に②について、手術室の執刀医及び麻酔医は、看護婦に対して患者の取り違えなど初歩的なミスをするはずがないという信頼があるため、予見可能性が認められず、よって過失責任がないといえるか。この点につき、本件では、両方の手術に際し、髪の毛の色の違いやカルテに記述したこととの相違など、信頼の相当性を否定し得る特別な事情が認められるため、信頼の原則は適用されないとの見解が一般的である²²⁾。さらに、本件にいう患者の同一性を確認する義務について、手術に関与する医師、看護婦等の関係者は、他の関係者が確認を行っているという信頼し、自らその確認をする必要がないと判断することは許されず、各人の職責や持ち場に応じ、重畳的に、それぞれが責任を持って患者の同一性を確認する義務がある。③について、一番は麻酔医 C に「患者の同一性確認のため正当な問題提起をし、相応の努力をした被告人 C にさらに尽くすべき義務があるというのは過酷に過ぎて」、結果回避義務を尽くしたため過失責任はないとの判断に対し、第二審及び最高裁は、C が「他の関係者に対して疑問を提起し、一定程度の確認のための措置は採ったものの、確実な確認措置を採らなかった点において、過失があ」として、「他の関係者が同医師の疑問を真しに受け止めなかったことなどの事情があるとしても、同医師において注意義務を尽くしたということとはできない」と過失責任を肯定した。一方、学説では、若手の麻酔医 C について、第二審及び最高裁の判断は厳しすぎるので、むしろ一番の判断が妥当であるという見解が有力である²³⁾。最後に、④の問題と関連して、看護師

の行為について正犯性や実行行為性はあるといえるかどうか、という問題がある。この問題について、まず医師らの過失は異常とはいえず、相当因果関係を否定するのは困難であり、「また、看護師らを取り違えたからこそ取り違え手術がなされてしまったので、看護師らの行為が危険を作り出し、確認体制を欠く中でその危険がそのまま現実化したものといえる」²⁴⁾から、看護師らの過失を認めることは十分可能であるという見解がある。なお、本件について、過失の同時正犯ではなく、過失の共同正犯として構成することができるという少数説はあるが²⁵⁾、学説の多数は、本件における各関与者の注意義務はそれぞれ異なり、共通の注意義務とはいえないから、共同正犯ではなく、同時正犯とした方が事実在即するとする²⁶⁾。

抗がん剤事件でよく議論されたのは耳鼻咽喉科の医療行為全般を統括し、同科の医師を指導監督していた科長 A の責任である。具体的には、科長 A に信頼の原則が適用できるかどうか、さらに、科長 A に治療医としての責任を負わせることは妥当だろうか、という二つの疑問である。本来ならば、医師には専門性及び独立性があるため、治療行為に関しての過失責任はその直接診療に当たる医師が負うのが一般的である。しかし、本件では、当病院では本件の耳鼻咽喉科領域では極めてまれな症例に関する臨床実績がなく、科長 A を含め医療チーム全員が同症例を扱った経験がないこと、科長 A らは VAC 療法という使用法を誤れば重篤な副作用が出現し、過剰投与すれば死に至る可能性のある治療法について、十分な知識がなかったこと、主治医 B は医師として研修医の期間を含めて 4 年余りの経験しかなく、科長 A は、同科に勤務する医師の水準から見て、平素から主治医 B らに対して過誤防止のため適切に指導監督する必要性を感じていたことなどの事情があるため、「A 医師は、主治医の B や指導医の C らが抗がん剤の投与計画の立案を誤り、その結果として抗がん剤が過剰投与されるに至る事態は予見し得たものと認め

られ、そうすると、A医師としては、自らも臨床例、文献、医薬品添付文書等を調査検討するなどし、VAC療法の適否とその用法・用量・副作用などについて把握した上で、抗がん剤の投与計画案の内容についても踏み込んで具体的に検討し、これに誤りがあれば是正すべき注意義務がある。以上のような特別な事情が存在するため、信託の原則は認められず、科長Aに監督責任があるとされた。次に、科長Aの治療医としての責任について、最高裁は科長Aには原審が述べたように、「被告人に対して主治医と全く同一の立場で副作用の発見状況等を把握すべき」であるとまで認めるべきではないが、「VAC療法の実施に当たり、自らもその副作用と対応方法について調査研究した上で、Bらの硫酸ビンクリスチンの副作用に関する知識を確かめ、副作用に的確に対応できるように事前に指導するとともに、懸念される副作用が発現した場合には直ちにA医師に報告するよう具体的に指示すべき注意義務」を認め、その限りでは科長Aの過失を認めることができるとした。なお、本件についても、科長である医師にも「主治医らに対し副作用への対応について事前に指導を行うとともに自らも主治医等からの報告を受けるなどして副作用の発見等を的確に把握し、結果の発生を未然に防止すべき注意義務がある」から、治療医としての職務での限度内で、共同正犯として認めてもよいという見解がある²⁷⁾、同時正犯として捉えた方が素直であるという見解もある。

青戸病院事件と山本病院事件は、両方とも過失の共同正犯を正面から認めたものであり、各事案における具体的な注意義務の内容は別として、事件に構造上一定の類似性があるため、本稿では、まとめて取り扱うことにする。両事件の共通点として、裁判所が法律の適用について、刑法60条を用いること、関係する手術の経験がないにもかかわらず、安全に実施できると軽信し手術を実行したこと、各行為者について、段階ごとに複数の過失が認められたことが挙げられる。なお、この両

事件について、同時犯としても捉えられなくはないという見解がある²⁸⁾。

上述の諸判例を整理してみると、以下のことが明らかになる。①上述の医療過誤事件において裁判所が認定した被告人に課された注意義務ないし結果回避義務は、必ずしも一個に限定されるわけではなく、複数の義務が存在する場合が多い。たとえばヌベルカイン事件では、薬剤師Aについて、調剤の際に薬事法の規定に則し劇薬である3%ヌベルカイン溶液をブドウ糖溶液と区別できるように赤枠もしくは赤字でラベルに表記する義務と事務員Bが滅菌機からコルベンを取り出し、3%ヌベルカイン溶液入りのコルベンをブドウ糖溶液入りコルベンだと信じ、戸棚に整理する際に、Aがそれを見ながら何の注意もしなかった注意義務の両方が認定される。②身分が違うから直ちに注意義務が違うと決めつけるのではなく、各人が問題とされた行為に具体的にどのような注意義務が発生したか、また、注意義務違反行為が結果発生との間に因果関係はあるかどうか、という認定は非常に細かくかつ具体的であり、抽象的な義務違反があるから犯罪が成立するという認定はない。③被告人に過失行為が存在する場合に、過失行為と被害者の結果との間に相当因果関係があるかどうか、とりわけ他人の過失行為が介在するとき、因果関係がその介在により否定されるかどうか、事例の争点になりやすい。④医療過誤においては、共同正犯と同時正犯が両立できる事案が他の領域より多いことが分かる。

2. 医療過誤事件における複数の関与者の過失責任を認定する際の重要問題

私見によれば、以上の諸判例の分析により、医療過誤事件における複数の関与者の過失責任を認定する際に、以下の三つの問題がある。そのうち、一、二の問題は医療過誤事件における共通の問題といえ、三の問題は筆者のテーマに関係する問題である。

第一は、正犯性の問題である。医療過誤事件においては、「職場環境や医療従事者間の職責、役割の違いなど個別事情が存在する中で、因果関係や予見可能性の有無等の考慮に加えて、行為当時の関係者のとった行為や業務内容を見極めたるうえで被疑者・被告人を絞り、各自に責任を負わすことの妥当性を検討しなければならない」²⁹⁾。被告人の選択は、複数人の過失関与者が存在するいわゆる過失の競合の事例における重要な課題であり、最初に論じなければならない問題でもある。過失犯の場合に、正犯は処罰されるが、共犯について刑法に罰則がないため、処罰することができない。そうすると、故意の場合にせいぜい共犯にとどまる行為が、過失になれば正犯行為として捉えて処罰されるという不均衡が生じるようになる。つまり、「競合が見られる場合、ある行為にとって他の行為者の行為は介在事情となり、因果関係判断および予見可能性の判断に影響を及ぼし得る。さらに、故意であれば、共犯にすぎない者が過失の場合には正犯に格上げされる可能性、つまり、結果との間の因果関係が認められれば直ちに正犯性が肯定される可能性もある。だが、正犯性の基礎付けによっては、結果惹起の原因を支配したこと（結果への寄与度）や行為者の立場（役割）が重要であり、事実的な因果の連鎖が決定的な意味を持つわけではない」³⁰⁾。もちろん、過失犯において統一的正犯概念を採ればこのような不都合を回避することができるが、統一的正犯概念を採らなければ、正犯性を見極めが重要な意義を有することとなる。そして、過失犯の場合に、常に結果が先行して、過失行為の有無の判断は侵害結果から遡り特定しなければならない。つまり、「過失犯における「行為の特定」については、故意犯の場合と異なり、事前判断として行為意思を捉えるという方法が可能ではない点が問題となる。過失犯の場合、故意犯と異なり、違法結果を志向するものではないことから、故意犯の行為規範と過失犯の行為規範とは異なる。したがって、過失犯においては、結果

発生を前提として、何をすれば結果が回避できたかという結果回避措置の特定という形で「行為の特定」が行われることになる。すなわち、過失犯における「行為の特定」は、結果から遡って判断せざるを得ないのである。その場合、直ちに「注意義務とその違反」が問題となるのではなく、あくまでも、「注意義務とその違反」という評価の対象を特定する作業であることにしなければならない³¹⁾。医療過誤事件における複数の関与者は、基本的にその役割に応じて「危険を生み出した者」「危険を増大させた者」及び「危険を現実化させた者」の三つの枠に分類することができるように思われる。そのうち、「危険を現実化させた者」は通常結果を直接生じさせた人物であり、その正犯性はもっとも認めやすい。本稿では、ヌベルカイン事件におけるヌベルカインをブドウ糖と誤認し注射を行った看護婦、取り違え事件における執刀医兩名、麻酔医兩名、抗がん剤事件における過剰投与の副作用に適切に対応しない医師たち、青戸病院事件及び山本病院事件における手術を施行した医師たちが「危険を現実化させた者」に当たることになる。「危険を増大させた者」に関して、実務は正犯性がないことを理由に、もしくはそもそも過失行為とはいえないことを理由に、過失責任を否定することが多い。たとえば、ヌベルカイン事件における看護婦Cについて、第二審は「却って前者の過失行為の発展の危険を更に過失によって維持増大せしめたものと見なければならない」と認定しつつも、Cの罪責を全く問題にできなかった。また、患者取り違え事件においては、麻酔医Cの疑義を却下した主治医及び指導麻酔医も「危険を増大させた者」といえるように思われる。最後に「危険を生み出した者」は、最初の危険を作り出した人物である。ヌベルカイン事件における薬剤師、取り違え事件における看護婦兩名、抗がん剤過剰投与事件における誤った治療法を選択した医師たち、青戸病院事件における経験のない術式を選択した医師たち、山本病院事件における誤診の上人

員態勢が不備の状況下で手術を選択した医師たちがこれに当たる。この基準に従えば、ヌペルカイン事件における事務員Bは「危険を増大した者」の枠に属することになる。「危険を生み出した者」及び「危険を増大させた者」について、一概に、誰が過失責任を負うべきか、誰が過失責任を負うべきではないか、という形式的な判断を採るべきではなく、各事案において、その人物が結果の発生における寄与度、役割を具体的に分析した上で、個別に判断すべきだと思われる。たとえば、ヌペルカイン事件における事務員Bの正犯性は、彼が維持増大した危険性が、少なくとも薬剤師Aの危険性の延長線上にあると評価できるため、共犯と評価する方が合理的であるように思われる。また、患者取り違え事件に当たっては、過失主体の認定が形式すぎて、具体的な検討をすることをせず単に手術を実行する際に生じた過失責任はその手術の最高責任者の執刀医にあると認定しただけで、共同作業から結果が発生した場合に、誰を訴追の対象とするかは、各自の結果に対する寄与度を重視すべきという指摘がなされた³²⁾。これはもっともな指摘であると思われる。少なくとも、麻酔医Cの疑問を却下した主治医及び指導麻酔医には、結果に対する寄与度が大きいため、正犯性を認める余地はあるように思われる。

第二は、因果関係の問題である。過失犯の共同正犯を認めず、過失犯の同時犯にすべての過失の競合事例を解消する立場をとるとすれば、因果関係の判断をどのようにするかが、最重要課題となる。つまり、上述したように過失の行為主体がすでに特定され、他人の過失行為とりわけ重過失が介在する場合に、各過失行為者について、その過失行為と結果との間に、相当因果関係が否定されるかどうか、という問題である。この問題は、過失競合論における過失責任の拡大という傾向に関連し、とりわけヌペルカイン事件において、薬剤師、事務員の過失行為が、他の看護婦が途中でヌペルカイン入りのコルベンがブドウ糖入りのコル

ベンの中に混ざっていることに気付いたという事情が介在する場合に、何ら同人の前者の過失行為を「補足し是正」するに足るものではなく、却って前者の過失行為の発展の危険を更に過失によって維持増大せしめたという第二審の判断が学説の注目を集めている。過失の同時正犯として複数の関与者の責任を判断する際に、そのひとりひとりの行為について、他の過失行為の介在により相当因果関係が否定されるかどうかを個別に判断しなければならない。そして、その判断の難易度は、介在する行為の数が多いほど高くなる。因果関係の判断を軽視すると、過失の競合が拡大し、医療過誤事件において「途中で重大な過失が介在しているにもかかわらず、ひとたびチーム医療に組み込まれて死傷事故が発生すれば、正犯として最後まで死傷結果について責任を負うことになるというのは、過剰な刑事責任追及と思われる。過失犯において予見可能性を否定する方向へ導くのは難しい状況であり、「信頼の原則」もなかなか適用され難い状況にある以上、「過失犯からの離脱」の途を模索しなければ、もはや迂闊にチーム医療に参加できない懸念もある³³⁾。そのことは、患者取り違え事件においても垣間見える。たとえば、麻酔医師Cについて、第一審は、Cの努力を認め、結果との因果関係を否定したのに対して、第二審及び最高裁は、Cの努力について、「麻酔を担当した医師には、①麻酔導入前に、患者への姓による呼び掛けなど患者の同一性確認として不十分な手立てしか採らず、患者の容ぼうその他の外見的特徴などをも併せて確認しなかった点において、また、②麻酔導入後に外見的特徴や検査の所見等から患者の同一性について疑いが生じた際に、他の関係者に対して疑問を提起し、一定程度の確認のための措置は採ったものの、確実な確認措置を採らなかった点において、過失があり、他の関係者が同医師の疑問を真しに受け止めなかったことなどの事情があるとしても、同医師において注意義務を尽くしたということとはできない」と判断したこと

である。いったん因果の流れに取り込んだら、どのように結果回避へ向かって努力しても因果関係がなかなか切れない。そうだとすれば、法はまさに行為者に不可能を強いることになる。そのことを危惧し、過失の共同正犯を認める見解の中で、過失の競合を広く取りすぎないように、以下の限定を試みる見解がある。すなわち、「客観的相当因果関係説に立脚して、介在事情として重大な過失がある場合には、当初の過失行為と結果との因果関係が切れるとする理論を堅持し、発展させることである。介在事情の厳密な分析は、事後的判断を基調とする客観的相当因果関係説の使命である。その際、因果連鎖のベクトル、すなわち、各行為者の行為が因果の流れの中でどの程度の強弱ないし太さを有しているかを十分に考慮すべきである。たとえば、いずれが川の本流であるかを見定め、川の本流に支流が吸収されて合流してしまうのか、を検討すべきである。川の本流に支流が全面的に吸収されてしまえば、支流の因果関係は切れると思われる。明確な本流のみが正犯である。それぞれの川が同等の役割・大きさを備えていれば、一定の条件の下で過失犯の共同正犯が認められることもあるし、例外的に過失同時犯としての「過失の競合」が認められる……それを補足する意味で、当該因果連鎖に組み込まれた者が、個別事情の中で危険性消滅（絶無とはいかない）に向けた一定程度の相当な注意義務を尽くした場合、少なくとも正犯としての地位から狭義の共犯（従犯）へと格下げして不可罰とし、その因果連鎖から解放する、つまり「過失犯からの離脱」を認める論理を構築することである」³⁴⁾。これについて、過失の競合の拡大を許してはいけないという点においては、私見も同じである。しかし、過失犯からの離脱をするために、原則的に過失の競合事例を共同正犯として考えることについて疑問がある。なぜならば、「過失犯については、結果に近いものの正犯行為が先行者の行為の実行行為性を（原則的に）排除するものではなく、同一の結果との関係で複数

人の実行行為が重疊的に成立することも認められる」からであり、過失の競合には、「複数人が仕事を分担する体制の下で、実害発生の確率を少しでも減少させるため、それぞれの人に対し他と独立した結果回避義務を課すことで結果発生に対し幾重にもハードルを設定」するという機能があるからである³⁵⁾。第三者の故意行為が介入する場合、相当因果関係は一般的に否定すべきと思われるが、過失行為の介入の場合には、それが異常な行為と評価できるようなものでない限り相当性を否定することは難しい。そこで行為の異常性（相当性の逸脱）を慎重に判断する必要があり、異常性の判断を徹底すれば同様に過失の競合の認定を抑制することができるように思われる。したがって、私見によれば、異常な介在事情によって相当性が否定される場合があることを前提にして、行為者ひとりひとりの行為と結果との間の因果関係を個別に判断することが望ましい。もちろん、現在の実務では、因果関係の有無の判断は、「介在事情の異常性だけでなく、行為の危険性の大きさ、行為・介在事情の関連性（誘発関係の有無等）、それぞれの寄与度などが総合的に考慮され」³⁶⁾、相当因果関係の存否一本で決めることはなくなってきたが、それでも相当因果関係の有無は判断の中心にあることは間違いないだろう。

第三に、過失の同時正犯にするか、もしくは共同正犯にするか、という問題である。過失の同時正犯として認定するか、それとも共同正犯として認定するか、この判断は刑事訴訟法手続において検察官が行うべきものであり、裁判所が決めることではないように思われる。そのため、同時犯にすべきか、共同正犯にすべきかという区別の基準について、判決文だけでは答えが出ない。したがって、過失の同時犯を認めるか過失の共同正犯を認めるかを考える際に、何をもって両者を区別すべきかを見極める必要がある。まず客観面において、同時正犯には個々の注意義務が要求されるのに対して、共同正犯には共通の注意義務が要求

される。過失の共同正犯理論によれば、ここにいう共通の注意義務の内容は、単なる注意義務の重なり合いなし同じ結果へ向かう防止義務ではなく、「一緒に作業を行う者同士の相互に注意し合う義務」³⁷⁾として理解すべきである。そうでなければ、同時正犯の場合の個々の注意義務と区別がつかなくなるからである。しかし、たとえ共同注意義務の内容が「一緒に作業を行う者同士の相互に注意し合う義務」であっても、それは専ら共同正犯としてのみ捉えられるようなものではなく、作業の性質上、義務の内容を自分の行為から結果を生じさせない義務と一緒に作業を行った者の行為にも注意を払う義務と分解することのできる場合に、同時正犯もこのような注意義務を認める余地があるように思われる。そうすると、客観面だけを見るとすれば、複数の注意義務の単独違反と共同義務の共同違反はそれほど変わるものではないため、客観面だけでは、共同正犯と同時正犯を区別することは困難となる。過失の共同正犯を正面から肯定した今回取り上げた山本病院事件のように、過失行為者たちが実行行為を行っていることから、過失の共同正犯を否定した場合にも、過失の同時正犯が当然肯定されることになる。したがって、その区別の基準は客観面ではなく、主観面にあるように思われる。つまり、同時正犯と共同正犯を分けるには、主観面こそが決定的であるといえる。そこで意思の連絡が重要な意味を持つことになる。故意犯の場合に、共同正犯と同時正犯の区別について意思連絡の有無が基準となっている。というのも、意思の連絡があるからこそ、各関与者の間に共同正犯を基礎づけるようなより強固な物理的・心理的な結びつきが認められ、同時犯と線引きすることが可能となる。過失犯の共同正犯を認める見解では、過失の場合にも意思の連絡が認められ得るとというのが一般的である。たとえば、「共同正犯とは、大別すると二つの要素、すなわち、共同実行の意思たる意思連絡なし共謀という主観的要素、ならびに、それに基づく共同

実行の事実という客観的要素から成り立つものと理解されるところ、これら二つの要素は、行為者らが一つの犯罪行為を共同で行ったこと、それゆえ、行為者各人が他者の行為を含めた犯罪事実全体につき共同正犯として責任を負わされることを基礎づけるものと解される」³⁸⁾。このように、過失犯における過失行為を注意義務に違反した危険な行為と解するのであれば、このような危険な行為を共同して実行する意思が認められる。この見解に対し、過失の共同正犯を概念的に否定する見解から、以下の点が主張されている。つまり、「危険の行為の遂行について意思疎通があれば、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、事後的に違法とされる事前的な行為についての意思疎通で足りるという結論は、共同正犯の処罰根拠につき因果性のみで根拠づける見解だけが採用し得るものといえるが、共同正犯における「一部実行全部責任」の法理は、共謀に基づく相互利用補充関係によって根拠づけられるのであり、過失犯の共同正犯には、この要件が存在せず、したがって、過失犯においては、共同正犯をはじめ教唆犯、幫助犯をすべてが否定されるのである」³⁹⁾。確かに、山本病院事件のように、ともに危険の手術を遂行するという意思疎通が認められるが、それを理由に共同正犯を基礎づけるような意思疎通があるというのは理論的な根拠が欠けるように思われる。というのも、危険な行為を共同して実行する意思は観念できるが、肝心な過失の部分についての意思連絡は想定しにくいように思われる。危険な行為を共同して実行する意思より、危険な行為をする際に、侵害結果を避けるべきであるにもかかわらず、共同してその注意義務に違反した意思の連絡こそが、共同正犯を基礎づける要素だと思われる。しかし、これは過失という概念自体に抵触するところがあり、認めることは難しいように思われる。結論からいうと、過失の場

合は、意思の連絡を観念することは難しいため、よって共同正犯と同時正犯を区別することは無意味となる。

Ⅳ おわりに

以上をまとめると、医療過誤事件における複数関与者の過失責任を考える際に、常に問題となるのは、誰に責任を負わせるか及び過失行為と侵害結果との間に因果関係があるかどうか、という二点である。過失の共同正犯にするか、同時正犯にするかは、以上の二点を意識しつつ考えなければならない。責任主体について、故意の場合にせいぜい共犯にとどまる行為が、過失になれば正犯行為として捉えられて処罰されるという不均衡を回避するために、正犯性を厳格にする必要がある。具体的には、行為者の役割に応じて「危険を生み出した者」「危険を増大させた者」及び「危険を現実化させた者」という三つの枠に分類し、「危険を生み出した者」の場合に正犯性がもちろん肯定できるが、「危険を増大させた者」及び「危険を現実化させた者」の場合に、その人物が結果の発生における寄与度、役割を具体的に分析した上で、個別に判断すべきである。因果関係について、過失行為と侵害結果との間に、他人の過失行為とりわけ重大な過失行為が介在した場合に、相当因果関係が認められないため、不可罰となる。因果関係の存否を判断する際に、より具体的な基準を設けることが望ましい。単独犯と共同正犯を客観面だけで区別することは事実上不可能であり、そこで重要なのは、やはり主観面における意思連絡だと思われる。というのも、意思の連絡があるからこそ、各関与者の間に共同正犯を基礎づけるようなより強固な物理的・心理的な結びつきが認められ、同時犯と線引きすることが可能となる。過失の場合には、注意義務の違反に意思の連絡があるということを観念することは難しいため、共同正犯と同時正犯を明確に線引きすることは無理があるように思われる。そうであれば、刑法が予定していた

単独犯として処罰する方が合理的といえる。

したがって、医療過誤事件における複数関与者の過失責任を考える際に、まず「危険を生み出した者」、「危険を増大させた者」及び「危険を現実化させた者」というような枠組みで過失の主体を特定し、次に因果関係の判断において相当因果関係説に立ちつつ、異常な介入事情によって相当性が否定される場合があることを前提にして、行為者ひとりひとりの行為と結果との間の因果関係を個別に判断することが望ましい。もちろん、この手順で検討する際は、相当性判断についてより具体的な基準を設けなければならないが、それを今後の課題として研究していきたい。

- 1) 参考文献として、中山研一・泉正夫編『医療事故の刑事判例』（成文堂、1984年）、山中敬一『医事刑法概論Ⅰ序論・医療過誤』（成文堂、2014年）、甲斐克則「管理・監督上の過失」中山研一・甲斐克則編『新版 医療事故の刑事判例』（成文堂、2010年）がある。
- 2) 荻原由美恵「医療過誤と過失犯論（一）」中央学院大学法学論叢21巻1号、2007年、1頁。
- 3) 甲斐克則「刑児医療過誤と過失の競合および管理・監督過失」甲斐克則編『医事法講座第3巻 医療事故と医事法』（信山社、2012年）267頁。
- 4) 佐伯仁志「医療安全に関する刑事司法の現状」ジュリスト1323『特集・医療安全と法』、2006年、27頁以下、中山研一「医療事故刑事判例の動向」中山研一、甲斐克則編『新版医療事故の刑事判例』（成文堂、2010年）1頁以下。
- 5) 佐伯仁志「医療安全に関する刑事司法の現状」ジュリスト1323『特集・医療安全と法』、2006年、27頁以下。
- 6) 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年、102頁。
- 7) 甲斐克則「医療事故と刑事法をめぐるとの現状と課題」刑事法ジャーナル3号、2006年、9頁。
- 8) 甲斐克則「医療事故と過失の競合—横浜市大患者取違え事件最高裁決定を契機として—」刑事法ジャーナル12号、2008年、53頁。
- 9) 第一審、福井地武生支判昭和26年12月12日刑集7巻13号2629頁、第二審、名古屋高金沢支判昭和27年6月13日刑集7巻13号2634頁、上告審、最判昭和28

- 年12月22日刑集7巻13号2608頁。
- 10) 最決平成19年3月26日刑集61巻2号131頁。
 - 11) 最決平成17年11月15日刑集59巻9号1558頁。
 - 12) 東京地判平成18年6月15日、刑集未登載、飯田英男『刑事医療過誤Ⅱ「増補版」』（判例タイムズ社、2007年）502頁。
 - 13) 奈良地判平成24年6月22日、判例タイムズ1406号363頁。
 - 14) 参考となる判例評釈は井田良「3%スベルカイン事件」別冊ジュリスト183号、2006年、160-161頁、辰井聡子「国立鯖江病院事件—3%スベルカイン事件」別冊ジュリスト219号、2014年、138-139頁、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年、15-25頁がある。
 - 15) 判例評釈は大塚裕史「横浜市大患者取違え事件」別冊ジュリスト183号、2006年、192-193頁、甲斐克則「医療事故と過失の競合—横浜市大患者取違え事件最高裁決定を契機として」刑事法ジャーナル12号、2008年、53-58頁、照沼亮介「チーム医療における過失の競合—Y市大病院患者取り違え事件」法学教室、別冊判例セレクト2007、2007年、26頁、樋口亮介「チーム医療における過失」ジュリスト1382号、2009年、140-144頁、平山幹子「チーム医療と過失」ジュリスト1354号、2008年、167-168頁、大塚・前掲注14)、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年、102-110頁がある。
 - 16) 判例評釈は小林憲太郎「主治医が抗がん剤の投与計画の立案を誤り抗がん剤を過剰投与するなどして患者を死亡させた医療事故について科長に業務上過失致死罪が成立するとされた事例」ジュリスト1399号、2010年、162-166頁、北川佳世子「大学附属病院の医療事故において耳鼻咽喉科科長に業務上過失致死罪が成立するとされた事例—埼玉医科大学事件」ジュリスト1313号、2006年、163-164頁、北川佳世子「抗がん剤過剰投与と主治医、指導医、科長の過失の競合」別冊ジュリスト183号、2006年、190-191頁、廣瀬清英「大学付属病院の耳鼻咽喉科に所属し患者の主治医の立場にある医師が抗がん剤を過剰投与するなどして患者を死亡させた医療事故について同科の科長に業務上過失致死罪が成立するとされた事例」判例時報1944号、2006年、216-220頁、林幹人『判例刑法』（東京大学出版会、2011年）100頁以下、清水真「刑事医療過誤における医長の過失責任についての考察」獨協法学71号、2007年、1頁以下、大塚・前掲注14)、北川・前掲注15)がある。
 - 17) 判例評釈は田坂晶「肝腫瘍の切除手術の執刀経験皆無の医師が当該手術を実施するのに不十分な人員体制のまま手術を開始し、過失により肝静脈等を損傷して出血させ、適切な止血処置を行うことができず、患者を死亡させたことにつき、業務上過失致死罪の成立が認められた事例」年報医事法学28号、2013年、172-178頁、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年、115-120頁、谷井悟司「不十分な人員態勢のもと執刀経験のない専門外の肝腫瘍切除摘出手術を実施して患者を死亡させたことについて、執刀医二名に業務上過失致死罪の共同正犯が成立するとされた事例」法学新報122巻11=12号、2015年、387頁以下、鶴飼万貴子「適応のないがん手術」別冊ジュリスト219号、2014年、132-133頁がある。
 - 18) 井上正治『判例にあらわれた過失犯の理論』（酒井書店、1959年）34頁以下。
 - 19) 内田文昭『犯罪構成要件該当性の理論』（信山社、1992年）373頁以下（この見解によれば、因果関係は認められるが、構成要件の実現を現実化するほどに切迫した危険性はないため実行行為性が無い）、大塚・前掲注14) 19頁、井田・前掲注14) 161頁、辰井・前掲注14) 139頁。
 - 20) 内田・前掲注19) 373頁以下。
 - 21) 大塚・前掲注14) 19頁。
 - 22) 大塚・前掲注15) 193頁、平山前掲注15) 168頁。
 - 23) 照沼・前掲注15) 26頁。
 - 24) 北川・前掲注15) 105頁。
 - 25) 大塚・前掲注14) 22頁。
 - 26) 照沼・前掲注15) 26頁、北川・前掲注15) 105頁。
 - 27) 大塚・前掲注14) 21頁。
 - 28) 高橋・前掲注17) 118頁。
 - 29) 北川・前掲注15) 102頁。
 - 30) 平山・前掲注15) 168頁。
 - 31) 高橋・前掲注17) 116頁。
 - 32) 大塚・前掲注15) 193頁。
 - 33) 甲斐・前掲注15) 57頁。
 - 34) 甲斐・前掲注15) 58頁。
 - 35) 井田・前掲注14) 161頁。
 - 36) 辰井・前掲注14) 139頁。
 - 37) 北川・前掲注15) 105頁。
 - 38) 谷井・前掲注17) 395頁。
 - 39) 高橋・前掲注17) 118頁。