

いわゆる「チーム医療」における 過失共同正犯論の現状

Der gegenwärtiger Zustand von der
fahrlässigen Mittäterschaft im sog. „Arztkollegium“

秋山 栄一

桐蔭横浜大学大学院法学研究科博士後期課程

2006年9月12日 受理

- 一、はじめに
- 二、わが国における学説の状況
- 三、わが国における判例の状況
- 四、むすびにかえて

一 はじめに

戦後、わが国において、著しい経済、産業の発展を遂げたことは周知の事実である。この発展は当然のことながら、医学、医療の分野においても例外ではない。ことに従来では、不治の病といわれていたものであっても、今日の医学、医療技術においては、それが克服されたもの及び克服されつつあるものが多々存在する。確かに、癌や精神病等、更に感染症である後天性免疫症候群（エイズ）等、未だ原因究明と治療方法に本質的な困難を伴う分野が存在することは事実である。しかし、従来では、救済され得なかった疾病や患者が医学、医療の発達によって救済されていることは、誰も否定はしないであろう。そのような現状は、患者に対し、単独で医療・治療行為を行う形態から複数の医療従事者による分業の作業に移行してきたことと無関係ではないと考えられる。立場の異なる医療従事者が

互いの知識、経験等を共有し、より良い医療、医療技術を提供することが更なる発展へと繋がっているといっても過言ではない。そのような発展的現状の中では、それに反比例するように医療に関する事故、並びに事件もまた浮き彫りになる。医療技術の進歩は、人類に多大な恩恵をもたらす反面、その用い方を誤ると重大な人権侵害をもたらす可能性をも秘め、医療行為は人体と必然的に関わることは必須であることから、民事法規、行政法規のみならず、刑法の問責の対象ともなり得るのである⁽¹⁾。複数の者による医療体制が確立される現在において、そのチーム体制により生ずる医療過誤は、単独の場合で為された過誤とは、異なった様相を呈する。

そこで、本論文は、前提として複数の医療従事者の過失によって生ずる医療過誤を題材とするものである。ここでの争点の一つには、以前から、複数の従事者が共有する共同の注意義務に対する共同違反として理論構成する「共同義務の共同違反」説と個々の医療従事者の注意義務違反を想定し、それぞれの過失の競合であるとする「過失競合」説との対立がある。一方で前者は、注意義務違反は各人の共有のものとし、その理論構成は共同

Eiichi Akiyama: Department of Law, Faculty of Law, Toin University of Yokohama, 1614 Kurogane, Aoba-ku, Yokohama 225-8502

正犯論を採用し、他方、後者は注意義務の各人への分配を否定し、それぞれ単独の注意義務違反を認めるものである⁽²⁾。この対立の基礎には、各々の注意義務は、複数の者により共有可能なのか否かという問題が含まれている。

よって、両説の代表論者の学説を概観、検討した後に、わが国の判例の状況を概観して見ることにする。そこから、本問題点の解決の糸口が見つかればと考える。

二 わが国における学説の状況

わが国の多数説及び、判例見解の基本的傾向は、過失共同正犯肯定説であると考えられ、その主流は、その理論構成、及び要件論に「共同義務の共同違反」を掲げる⁽³⁾。更に、「共同義務の共同違反」というものの「共同義務」の内容、法的性質として、不真正不作為犯の要件としての作為義務に他ならないとする「不作為犯的構成」の立場が存在する⁽⁴⁾。以下、その代表論者を概観する。

内田教授は、いわゆる新過失論を前提に議論を展開する。教授によれば、「過失共同正犯の成立を認めるためには、当該過失犯の構成要件を共同で実行した行為者の存在が確定されなければならない。」「それが、可能であるためには、第一に、不注意な意思的・目的的行為の共同が可能であるとされる必要がある」⁽⁵⁾、且つ「第二に目的的行為の共同が、当該行為の実現行為たりうるものとして具体化されなければならない」⁽⁶⁾。この要件を充足するならば、「過失共同正犯を認めることは特異な議論ではない」とされ、「過失の共同正犯を認めることは、意思責任を貫き、過失行為そのものに意識的なもの、意思的なものを求めようとする態度の帰結にほかならない」⁽⁷⁾と結論づける。つまり、目的的行為論の立場から、意思に基づく共同行為が、不注意の共有という契機を得ることによって全体として一個の「危険で不注意な行為」という過失の共同実行行為を観念し得る⁽⁸⁾

というのである。

しかし、この見解に対しては、目的的行為論に対する、過失犯の批判がそのまま当てはまるという常套の批判が向けられている。

藤木博士は、過失犯における危惧感説から、以下のように議論を展開する。すなわち、「危険の予測される状態において、相互の利用、補充という関係に立ちつつ、結果回避のための共通の注意義務を負う者の共同作業の落ち度が認められるときが、過失犯における共同実行である」。更に「具体的にいえば、危険な作業を共同に行っている者が、たがいに、単に自己の直接担当する作業動作から結果を発生しないよう結果防止のために具体的な措置をとるばかりでなく、同時に、共同作業中の同僚の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うについての相互利用、補充関係において一体となっている、という場合にその一体活動が落ち度ありと判断される限りにおいて過失犯の共同正犯を認めうる」というものである⁽⁹⁾。

さらに、大塚博士は、かつては、過失の共同正犯否定説に立脚していたが、その後、博士の犯罪論体系における故意・過失の位置付け、並びに主観的違法要素等の検討により、肯定説へと改説された⁽¹⁰⁾。博士は犯罪共同説に立脚し且つ新過失論から、「共同者による共同注意義務の違反」という要素を強調し、「二人以上の者がある過失犯の犯罪的結果の発生させやすい危険性ある行為を共同して行うにあたり、各人に法律上その犯罪的結果を回避すべき共同注意義務が課せられている場合に、それに違反して犯罪的結果を発生させたときは、共同行為者の構成要件的過失および違法過失を認めることができ、さらに、共同者の各人に責任過失がある場合には、過失の共同正犯が成立する」とする⁽¹¹⁾。特に、構成要件該当性については、「過失犯の構成要件における中核的要素は、いうまでもなく二人以上の行為者が共同注意義務に共同して

違反したことであり、「共同注意義務とは、共同者の各人が自己の行為から犯罪的結果を発生させないように注意するだけでなく、他の共同者にも注意を促して犯罪的結果を発生させないようにすべき注意義務に他ならない。そして、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、平等の立場に立ち、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なければならない」とする⁽¹²⁾。例えば、建物の屋上から共同で丸太を投下する場合、「作業員の各自がそれぞれの注意義務を遵守したといえるためには、みずから注意を払っただけでは足りず、他の共同者にも安全な投下を促すことによって、その注意義務を遵守させたことが必要である」のである⁽¹³⁾。

しかし、以上のような理解は、形式的な判断であるとの批判が存在する⁽¹⁴⁾。すなわち「例えば、崖っぷちの非常に狭い道路の急カーブをバスの運転手が車掌の合図で旋回する場合とか、乗用車の運転手の身体やハンドル等に同乗者が触れたり、あるいは運転手の不注意あるいは無謀な運転を助言する言動に出た場合……、さらには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場合などには、法的地位が異なるとはいえ、具体的注意義務が『共通』することがありうるのではなかろうか。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重要なのではなく実質的には、全体として一個の共通した具体的注意義務が課せられており、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』に存するものと考えられるのである」とする。これに対し大塚博士は、過失

の共同正犯の解釈論にも謙抑主義的な配慮を考慮した上で、「実生活上、共同してある犯罪的結果の発生を避けるように注意し合わなければならない状況にある場合は少なくないであろうが、それぞれの職務内容が異なり、法律上の注意義務も同一なのでないから、原則として過失犯の共同正犯を問題とすることはできない」⁽¹⁵⁾と再反論する。

更に、過失共同正犯の可能的成立範囲について「過失犯の不真正不作為犯の成立する場合だということになる」と主張し⁽¹⁶⁾、また過失同時犯解消説を非難しつつ、過失共同正犯が認められる場合として、「複数の者が協力して初めて履行することのできる結果回避義務が怠られるような不作為犯の場合」を挙げる立場が存在する⁽¹⁷⁾。山口教授は、以上を理論的な手掛かりとして、「共同義務の共同違反」説を以下のように批判する。すなわち、上記の「共同義務の共同違反」説の主張する「共同義務」の内容は、「自分の行為について注意するばかりではなく、他人の行為についても注意し、他人に注意義務を遵守させる義務」というものが一般的であり、これは、不真正不作為犯の作為義務に他ならないとする。従って、「共同義務の共同違反」説は不真正不作為犯の場合のみを想定し、且つそのみに限定していると⁽¹⁸⁾。教授は以上を前提にして、過失共同正犯には、不真正不作為犯と作為犯の形態を認め、不真正不作為犯の場合の作為義務においては、「先行行為の共同、共同排他的支配等により、共同正犯固有の『共同作為義務』が発生すると考えられる。つまり、過失共同正犯の事案においては、共同者が行う行為全体について、各人に共同して結果回避のための作為義務が課せられている状態にあるといえる」のであるから「この意味で同時犯解消説には賛成できない」とするのである⁽¹⁹⁾。また、作為犯の場合について、教授は、「共同義務の共同違反」説が作為犯の場合を如何に処理するかが不明であるとしつつ、以下のように述べる。すなわち「共同者の行為を介して因果性が肯定され

る範囲内において、結果についての予見可能性が肯定されることを前提として、成立し得る。ただし、この場合には、因果性を認めるために、相互に不注意を促進・強化したといった関係が必要となろう（この点において、共同して行う行為についての意思の連絡が意味を持つ）。さらに、（不可罰な）過失幫助ではなく過失共同『正犯』としての罪責を問うためには、当該構成要件実現について重要な因果的寄与が必要であり、それは、共同者間の協働の実態から基礎づけられる……と⁽²⁰⁾。

以上の見解に対し、「過失犯は全て不真正不作為犯であるといった命題につながるものであり不当である」という批判が提起される⁽²¹⁾。山口教授は、作為犯の場合も議論に含めてはいるが、その際に要求される「相互に不注意を促進・強化したといった関係」にとって「共同して行う行為についての意思の連絡が意味を持つ」とされるのであるが、その実態は如何なるものかということ、及びそのことと同様のことが不真正不作為犯の場合にも妥当するのか否かという検討が不十分ではなからうかという指摘もある⁽²²⁾。更に、山口教授の指摘する『共同義務の共同違反』説は不真正不作為犯の場合のみを想定し、且つそのみに限定している」という指摘に対し、もし、旧過失論的な結果予見可能性を前提とした結果予見義務を注意義務の中核に置くのであれば、そのような議論になるのであろうが、新過失論的発想である結果回避可能性を前提とした結果回避義務を注意義務の中核に据えるのであれば、教授の指摘する批判は、的外れの議論ではなからうか。

以上のような肯定説に対し、以前から過失の本質論からの疑問が提起されている。団藤博士によれば、過失犯の構造や体系を如何に把握し、如何にその変化が見られようとも、過失の本質である「不注意」は、個人の無意識下の深層心理に潜むものであるから、その共有は考えられなく、従って、過失の共同正犯は基礎付けられ得ないというものである⁽²³⁾。

このような過失の本質論をも踏まえ、行為共同説の立場からも、過失共同正犯の理論的可能性は肯定しつつも、過失共同正犯の事実上の成立に消極的程度を示す立場もなお存在する。以下では、その同時犯解消説である代表論者を概観する。

前田教授は、共同正犯の「一部行為の全部責任」の原理を基礎付ける根拠として、心理的因果性を重視する立場から、不注意な心理状態が共有できる性質のものでない限り、その因果的な相互作用を論じることは困難であるとする。更に多数説の主張する共同義務の共同違反という構成では、通常の場合、怠ることの共同、共に措置を為さなかった点についての意思の連絡をも欠く点をも指摘する⁽²⁴⁾。但し、肯定説の主張する過失共同正犯の事例は、不処罰とせざるを得ないのではなく、殆どの場合、過失同時正犯の構成による解決へと解消することが可能であり、肯定説の抱える問題点を押してまで過失の共同正犯を論じる実益はないと主張する⁽²⁵⁾。

同じく北川教授は、因果的共犯論及び行為共同説を前提とし、「一部実行全部責任」の根拠を結果に対する因果性で説明することを妥当とする。すなわち、「相互に相手方の心理状態を通してその行為に影響を与え、結果に対して因果関係を及ぼした点に注目することにより、一部実行の全部責任を適切に根拠づけるのを可能にする。もっとも、このような心理的因果性によって一部実行の全部責任を根拠づける場合にも、共同正犯間の意思の連絡に外部的な実行行為の一部としても評価し得るほどの因果的影響力の強い程度のものでなくてはならない。……つまり、過失のようなお互いに不注意を助長し合うという程度のものであれば、刑法上問題にし得るほどの心理的因果性を認めることはできないというべきである。しかも、共同正犯は、単なる個人的行為の因果性の集積ではなく、個人が心理的にも物理的にも相互に利用・補充し合うことによって、まさに個別行為の集積を超えた結果を発生させるものであるからこそ、各共

同正犯者には、全体の責任が課せられるのだと解すべき」であるとする。過失犯の構造的把握として、客観面の共同を肯定可能でも、主観面の共同を欠く限りは、心理的一体性及び心理的因果性を欠くがゆえに共同正犯を基礎づけえないし、共同正犯者間に意思の連絡を要求するのは、責任を連帯させるためではない。従って、「不注意の心理状態に心理的一体性を見出し、お互いの不注意を助長、促進し合って結果へと向かう外部的な因果の流れに影響するか否かが重要であり、不注意な心理状態が元来個々人ばらばらのものであれば、そこには心理的一体性を見出せず、それ故結果に対する因果的影響力も見出し得ない帰結に至る」というのである⁽²⁶⁾。

このような見解に対し「共同正犯間の意思の連絡に外部的な実行行為の一部としても評価し得るほどの因果的影響力の強い程度のものがなくてはならない。……つまり、過失のようなお互いに不注意を助長し合うという程度のものであれば、刑法上問題にし得るほどの心理的因果性を認めることはできない」という議論に対しては、極論すれば、過失共同正犯には、故意共同正犯と同様の主観的要件を見出し得ない故に、過失共同正犯は理論的に認め得ないとするものであって、およそ共同正犯としての帰責には故意の共同が必要であるという結論を前提とした循環論法に陥っているという指摘がある⁽²⁷⁾。

以上のように、過失共同正犯否定説には、数々の問題点がある。当然、肯定説にも問題点は指摘されているのであるが、思うに、わたくしとしては、実体論として、行為者各人に課せられる共同の注意義務というものが存在するのではなかろうかと考える。共同行為というものは、一つの結果に向かって各行為者が有機的に作用し、その相乗効果によって、その結果の実現を容易に、或は確実なものとするものであると考える。その際の、個別的な不注意は、その結果実現のための大きな障害となって現れるものではなかろうか。その際の役割分担の重要性、すなわち、個別的行

為者のそれぞれの地位というものによって、法的にはその共同がみとめられるか否かが決定されるのであろうが、例えば医師という地位が同等であれば、それが執刀医、麻酔医というように、その具体的地位が異なることがあっても、その共同性は肯定されることがあると考える。更に、ベテラン看護師と、いわゆる新米医師というような場合もまた、その共同はあり得るのではなかろうか⁽²⁸⁾。わが国の高度な医療技術下において、患者に対し取り返しのつかない重大な侵害行為を伴う可能性がある以上、このような思考は是認されるべきであると考え。よって、過失共同正犯論では肯定説が妥当であると考え。

三 わが国における判例の状況

上記のように、わが国の判例の立場は、基本的に過失の共同正犯を肯定している立場に立っていると考えて良いと思われる。しかし、その理論構成は個々に異なるものもあり、また過失共同正犯を否定した事例も多数ある⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾。以下では、過失共同正犯が否定された事例を概観する。

①オーロバンソーダ注射致死事件⁽³¹⁾

本件は、外科医である被告人A及びBの2名が、外科治療室において患者に共同して診療、治療するにあたり、Aの提案によって患者に対し全身麻酔を看護婦Cに命じた。看護婦Cは、全身麻酔を施すためにオーロバンソーダを被告人Bに指示されたのであるが、誤ってクロロフォルムを患者の静脈に注射したため、患者は心臓衰弱を起し死亡したものである。

原審である宇部簡裁は、被告人A、Bの業務上過失致死罪の共同正犯を認めたが、被告人Aは、主治医ではなく単なる補助医であったこと、また看護婦に対する注射指示は正当であったことを理由にこれを不服とし、控訴した。

広島高裁は、「注射液の指示を受けた看護

婦及びその補助者を監督監視し、自己に於て現実に注射を行う場合と同様の注意もって、患者の体内に注射する直接の行為はもちろんのこと、その以前における準備行為と言うべき自己の指示した注射薬液の正確な確認、性状、薬液中の混濁、浮遊物の有無、あるいは分量等、いやしくも注射に関係することについては、細大もらさず厳重な検査をなし、もって注射の過誤なきを帰すべき業務上の注意義務がある」とし、被告人 A の看護婦に対する指示自体は極めて正当であったこと、及び被告人 A の患者に対する直接的な注射の関与はなかったことを認めながらも、医師がそのような注射を看護婦に指示した場合には、それらが理由として上記の業務上の注意義務がなくなるものではないとした。更に、過失の共同正犯の成否については、「或る患者に対する診療行為が二人以上の医師により共同して行われその医師間に責任の軽重のつけ難いような場合、然もその診療行為に於て、医師の過失が存した場合は、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ら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たる医師全員に存するものと解すると相当する」としながらも「本件は被告人と右 B 及 C の過失行為が競合したのに過ぎないのであって、刑法にいわゆる共犯ではない」とした。

②都立広尾病院点滴ミス事件判決⁽³²⁾

本件は、看護婦である被告人 A 子、B 子が、慢性関節リウマチ治療のために左中指滑膜除去手術をうけた入院患者 X 子（当時 58 歳）に対し、主治医である C の指示により平成 11 年 2 月 11 日午前 8 時 30 分ころから同病院整形外科 530 病棟 5 号室において、点滴器具を使用して抗生剤を静脈注射した後、血液が凝固するのを防止するため、引き続き血液凝固防止剤であるヘパリントナトリウム生理食塩水を点滴することになっていた。

看護婦 A 子は同患者に投与する薬剤であるヘパリントナトリウム生理食塩水を準備するにつき、午前 8 時 15 分ころ同病棟処置室にて、保冷庫から注射器の注射筒部分を黒色マジックで「ペパ生」と記載されたヘパリントナトリウム生理食塩水 10 ミリリットル入りの無色透明の注射器 1 本を取り出し処置台においた。続けて A 子は、他の入院患者 P 子に使用する消毒液ヒビデングルコネート液を準備するため、無色透明の注射器を使用して同液容器から 10 ミリリットルを吸い取り、この注射器をヘパリントナトリウム生理食塩水入りの注射器と並べて処置台に置いた。その後 A 子は、ヘパリントナトリウム生理食塩水入りの注射器の注射筒部分に記載された「ペパ生」ということを確認せずに、これを消毒液ヒビデングルコネート液入りの注射器と誤信して、黒色マジックで「6、P 子様洗浄用ヒビクル」と記載したメモ紙をセロハンテープにて貼り付けた。他方で、もう一本の注射器をヘパリントナトリウム生理食塩水入りの注射器と誤信し、これを抗生剤とともに X 子の病室に持参し、午前 8 時 30 分ころから点滴器具を使用して抗生剤の静脈注射を開始し、併せて、ヒビデングルコネート液 10 ミリリットル入りの注射器を同患者の床頭台に置き、誤薬を準備したものである。

更に看護婦 B 子は、午前 9 時ころ、患者 X 子から抗生剤の点滴が終了した旨の合図を受け、同患者の病室に赴き、本来、ヘパリントナトリウム生理食塩水を点滴しなければならないにも拘わらず、さらに本来であれば、注射器の注射筒部分の「ペパ生」と記載されているのを確認しなければならないにも拘わらず、準備されていた注射器をヘパリントナトリウム生理食塩水と軽信し、そのまま点滴を開始した。A 子が患者に投与する薬剤を準備するにつき、薬剤の種類を十分に確認して準備すべき業務上の注意義務、及び B 子が患者に薬剤を投与するにつき、薬剤の種類を十分に確認して投与すべき業務上の注意義務を怠った結果、患者 X 子の様態が急変し、

急性肺塞栓症による右室不全のために死亡したものである。

東京地裁は、両者に対しそれぞれ業務上過失致死罪が成立するとし、両者の注意義務違反は過失の競合であるとして、被告人A子を禁錮1年、B子を禁錮8月、それぞれに執行猶予3年と処断した。

③横浜市立大学医学部付属病院「患者取違い」事件判決⁽³³⁾

まず、被告人Aは横浜市立大学医学部付属病院の第一外科部長及び同科内の心臓血管外科担当医師グループの指導者であり、被告人Bは、同第一外科の病棟主治医グループの長である。更に被告人Cは、同麻酔科医師であり、被告人Dは同第一外科病棟の看護婦、被告人Eは手術室の看護婦であった。各被告人は、1999年1月11日同病院内において、同病院に入院中の患者X（当時74歳）に対する僧帽弁形成、置換手術が同病院4階手術部3番手術室において、同様に同病院に入院中の患者Y（当時84歳）に対する開胸生検・右肺上葉切除・リンパ節廓清の手術が同手術部12番手術室において予定されていることを認識していた。

病棟看護婦Dは、同日午前8時20分ころから同35分までにかけて、患者X、Yを上記病棟から同病院4階手術室交換ホールへ搬送して手術室看護婦に引き渡すにあたり、時間的に遅滞なく手術予定患者を引き渡す必要上、両患者を同時に搬送したのに、上記交換ホール到着時に患者両名の姓を同時に告げる等したが、同交換ホール内の患者受付窓口で1人目の患者Xを引き渡した際、手術室看護婦Eが同患者の氏名を了知したものと思いい、それ以上に手術室看護婦Eに対して同患者の氏名が確実に了知されるよう伝えなかった。更に、Eから患者Xに引き続いて患者Yを引き渡すよう指示されて漫然とこれに従い、患者Xのカルテ等を同患者の手術介助看護婦に引き渡さない間に、2人目の患者Yをその氏名等を伝えることなく上記患

者受付窓口で手術室看護婦Eに引き渡した。その直後、両者と面識のない手術室介助看護婦に、単に姓のみで両患者を特定して、患者Xは患者Yの予定する手術室へ、患者Yは、Xの予定する手術室へそれぞれ搬送された。

執刀医Aは、患者Xに対する手術全般に責任を有する執刀医として手術を施すにあたり、執刀前に手術室内で実施した経食道心エコー検査において、本来本執刀の対象となるはずの異常が患者Yには見当たらないにも拘わらず、患者の同一性認識の手段を全く講ぜず、患者YをXであると誤信したまま僧帽弁形成手術を継続し、患者の取違えを連絡する機会を失わせた。

執刀医Bは、患者Yに対する手術全般に責任を有する執刀医として手術を施すにあたり、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いたにも拘わらず、状況に応じた患者の同一性を認識する措置を怠り、Xに対する執刀を開始した。執刀開始後においても、本来本執刀の対象となるはずの異常がなく、それまでの所見との変化に疑問を抱いたものの、患者の同一性につき再確認の手段を講ずることなく、XをYと誤信したまま開胸生検の手術を継続し、Yの現在する3番手術室に患者の取違えを連絡する機会を失わせた。

同麻酔科医CはYの術前回診を行い、その容貌、身体等の外見の特徴、手術前の病状等を把握していた上、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いたにも拘わらず、12番手術室にYに対する手術に関与するにあたり、同手術室に搬送されたXをその同一性を十分に認識することなく、姓による声かけ等をしたのみで、Yと軽信し、背中に貼られていたフランドルテープ（心臓疾患患者用の経皮吸収型心疾患治療剤）をはがし、手術痕が見当たらない理由を確認することなく、患者の同一性に疑問を抱かないままXに麻酔を導入、且つ継続し患者の取違えを連絡する機会を失わせた。

最終的には、上記5名のほか、麻酔科医師

Fが業務上過失傷害罪で起訴された。第1審である横浜地裁は、被告人A、B、C、D、Eについて、それぞれ業務上過失傷害罪をそれぞれに認め、「過失の競合」としてこれを処理した⁽³⁴⁾。被告人Fについては無罪となった。すなわち、高齢のとはいえしっかりしている手術台上的Yに対し、麻酔のための意識状態を確認するため、「Xさんおはようございます」と何度か声がけを実施しており、その都度Yからはそれに相応した返事を得ており、応答内容に不自然さは感じられず、他の手術室看護婦の声がけにも異常は感じられないということからも裏付けられるとする。更に、Fは患者同一性について疑義を提起したのにも拘わらず、それを重大に受け止めず、排斥した他の在室者の罪が問われず、相当な努力をしたFについて、注意義務が問われることは過酷過ぎて賛同できないとするものである。

それに対し、第2審である東京高裁は、原判決を破棄して被告人A、B、C、D、Eを各50万円の罰金に処し、無罪であったFについて、罰金25万円の有罪にした。Fについては、患者の同一性に疑念を生じた後においても、他の医師等にもそれを告げ、電話により介助担当看護婦を介して病棟看護婦にXが手術室に搬入されたかの問い合わせはしたが、他の医師には取り合ってもらえず、同病棟からXは搬入完了の旨の電話回答を受けただけであるのに、その身体的特徴を確認する等の措置を採ることなく当該手術室内の患者をXであると軽信してYに麻酔を継続すると共に、Xが現在する12番手術室に患者の取違えを連絡する機会を失わせたという点に過失を認めている⁽³⁵⁾。いずれにしても、過失の競合として本事案は処理されている。

四 むすびにかえて

以上の事件について、過失の共同正犯を論じる余地はないであろうか。まず、オーロバンソーダ注射致死事件判決に関して、被告人

A、Bは同じ病院に勤務する外科医同士であり、地位的にも同等であり、その診療能力等についても、特にその差異、及び特異なものは見受けられない。同じ治療室内で患者に対する共同治療行為にあたっていた両者には、共同の注意義務が認められても問題はないのではなからうか。であれば、近距離にいた被告人Cの誤った注射を阻止しなかったことについて、共同義務の共同違反が認められる⁽³⁶⁾ことになるのではなからうか。

次に、都立広尾病院事件判決⁽³⁷⁾については、本件は、看護婦Aが誤って薬剤を準備し、次に看護婦Bがその薬剤をしっかりと確認せずに注射したというものである。医療過誤事件ではないが、類似したものとして、京都地判昭和40年5月10日がある⁽³⁸⁾。これは、踏切警手である両被告人がそれぞれの役割分担である列車接近の確認と信号切換え、遮断機の閉鎖という職務を怠り、踏切に侵入してきた乗用車に列車を衝突させたというものである。京都地裁は、「被告人両名が相互に協力して踏切道における安全を確保するためにつとめていたのであるから、被告人両名のそれぞれの注意義務をつくすことによって1つの結果到達に寄与すべき行為の或る部分が、相互的意識のもとに共同でなされたものであることは優にこれを認めることができる」として、被告両名に、過失共同正犯を認めている。過失の競合は、単独犯の場合と、複数犯の場合とに大別され、複数犯の場合に、一般的には、「過失犯の犯罪的結果を生じさせることについて、2人以上の者の過失行為が併存する場合」であり「過失の共同正犯と区別されなければならず、「同一結果に向けられた各行為者ごとの同時犯」と理解されている⁽³⁹⁾。この見解を前提とすれば、具体的に、各看護婦には、行為と結果との間の因果関係がそれぞれに認められ、更に、過失共同正犯を基礎付ける「共同」があったことは疑わしいといえるのかもしれない。ただわたくしとしては、本都立広尾病院事件判決は、過失共同正犯を認める可能性も否定はできないので

はなからうかと考えるのである。それは、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には、過失共同正犯の成立を考える余地があるのではなからうかと考えるからである。この詳細な検討は後日に譲る。

最後に、横浜市立大学医学部付属病院「患者取違い」事件判決については、上記のように、それぞれの被告人に対し、過失の競合として処理されているのであるが、これは妥当であろうか。執刀医A、B麻酔医Cに関して、判決が指摘するように、3名各人にそれぞれの注意義務が存在したと考えられるが、問題は3番手術室において患者の同一性の再確認作業が行われたのにも拘わらず、そこで十分な確認作業が可能であったのに、それを為さなかった点に見受けられよう。すなわち、被告人3者が為すべき共同義務に共同して違反していると考えられる。よって、ここでは更に医師らの行為は同一現場で為されており、それぞれの立場が異なっても、「過失の競合」ではなく、むしろ「過失の共同正犯」とするべきであったと考えられる⁽⁴⁰⁾。

以上のように、本論文は、最終的にはチーム医療における過失共同正犯肯定説と否定説の現状を概観し、これまでの判例において過失の競合として処理された事案について、過失共同正犯が成立し得るのか否かを検討したものである。わたくしは、この両者を比較検討した場合、過失共同正犯肯定論の方が妥当であると考え。しかし、この過失共同正犯肯定論にも数々の批判が向けられていることも事実である。これに関しても、今後検討しなければならないし、更に具体的な論理の構築も必要であると自覚している。本論文は、当然のことながら感想の域を脱していないと、自ら自負しているものである。今後とも、以上の研究を継続して参りたい。

註

- (1) 刑法学が以前からその研究対象としてきた治療行為や安楽死をも含め、最近問題視されている尊厳死、脳死、臓器移植、生命補助医療、遺伝子診断、遺伝子治療、クローン技術の応用、ES細胞を巡る問題等をその研究対象とする分野を特に「医事刑法学」と呼んでいる。「医事刑法学」に関する文献として、甲斐克則『医事刑法への旅』（新版）（2006年・イウス出版）、同『安楽死と刑法』（2003・成文堂）、加藤久雄『ポストゲノム社会における医事刑法入門（新訂・補正版）』（2005年・東京法令出版）、齋藤誠二『医事刑法の基礎理論』（1997・多賀出版）、田中圭二『法医学と医事刑法—法学部生のために—』（2002・成文堂）、中谷瑾子『21世紀につなぐ生命と法と倫理』（1999・有斐閣）、同『続・21世紀につなぐ生命と法と倫理』（2001・有斐閣）、中山研一『脳死・臓器移植と法』（1989年・成文堂）、米田泰邦『医療行為と刑法』（1985・一粒社）等多数、その他多数の論文が執筆されている。
- (2) 従来は、犯罪共同説からは、過失共同正犯は否定され、行為共同説からは肯定されるということが一般的であったが、現在では、その図式は成立していない。
- (3) 詳細は、村上光鷲／大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉＝吉田佑紀（編）『大コンメンタール刑法（第2版）第5巻』（1999年・青林書院）161頁以下、また、杉田宗久「過失犯の共同正犯」大塚仁＝佐藤文哉（編）『新実例刑法（総論）』（2001年・青林書院）332頁以下参照、更に、判例分析に関しては、塩見淳「過失の共同正犯」判例タイムズ846号（1994年）49頁以下。
- (4) 町野朝「惹起説の整備・点検」内藤謙先生古稀祝賀『刑事法学の現代的状況』（1994年・有斐閣）134頁以下、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』（1998年・成文堂）398頁。
- (5) 内田文昭『刑法における過失協働の理論』（1973年・有斐閣）260頁。
- (6) 内田文昭 前掲論文 前註（5）266頁。
- (7) 内田文昭 前掲論文前註（5）272頁。
- (8) 内田文昭 前掲論文前註（5）61頁、同「最近の過失共同正犯論について」研修542号（1993年）24、28頁以下。
- (9) 藤木英雄『過失犯の共同正犯』研修263号（1970年）13頁、また、同『新版 刑法演

- 習講座』(1970年)227頁、同「刑法講義総論」(1975年)46頁以下、更に、過失の共同正犯に関する藤木説の紹介及び意義付けとして、伊藤研祐『過失犯の共同正犯論の現在』現代刑事法28号(2001年)60頁以下も参照。
- (10) 大塚仁「過失犯の共同正犯の成立要件」法曹時報第43号第6号(1991年)1頁以下。
- (11) 大塚仁 前掲論文 前註(10)3頁以下。
- (12) 大塚仁 前掲論文 前註(10)6頁以下、同「共同正犯の本質」法学教室109号(1989年)31頁参照。
- (13) 福田平=大塚仁『刑法総論Ⅰ(大学双書)』(1979年・有斐閣)381頁。
- (14) 長井長信「鋼材の電気溶接作業に伴って発生した輻射や火花などにより発生した火災について、溶接作業を交代で実施した作業員二名に対し過失犯(業務上失火罪)の共同正犯の成立が認められた事例」判例評論323号(判例時報1239号)(1987年)63頁(225頁)。
- (15) 大塚仁 前掲論文 前註(10)11頁。
- (16) 町野朔 前掲論文 前註(4)134頁。
- (17) 松宮孝明「過失犯の正犯・共犯」中山研一=浅田和茂=松宮孝明『レヴィジオン刑法Ⅰ共犯』(1997年・成文堂)52頁以下参照。
- (18) 山口厚 前掲論文 前註(4)398頁以下。
- (19) 山口厚 前掲論文 前註(4)399頁。
- (20) 山口厚 前掲論文 前註(4)400頁以下。
- (21) 山中敬一『刑法総論Ⅱ』(1999年・成文堂)801頁。
- (22) 伊藤研祐 前掲論文 前註(9)65頁。
- (23) 団藤重光「過失犯と人格責任論」『日沖憲郎博士還暦祝賀 過失犯(1)』(1966年・有斐閣)67頁以下、同『刑法綱要総論〔第3版〕』(1999年・創文社)939頁。
- (24) 前田雅英「過失犯の共同正犯」判例評論410号(1993年)227頁、同『刑法の基礎』(1993・有斐閣)373頁、同『刑法総論講義』(1998年・東京大学出版会)426頁。
- (25) 前田雅英 前掲書 前註(24)『刑法総論講義』426頁、北川佳世子「わが国における過失共同正犯の議論と今後の課題」刑法雑誌38巻1号(1998年)52頁。
- (26) 北川佳世子 前掲論文 前註(25)53頁。
- (27) 伊藤研祐 前掲論文 前註(9)63頁。
- (28) このような検討は、後日行いたい。
- (29) 最判昭和28年1月23日の判決以来、判例においては多くの過失共同正犯が肯定されている。それ以前は、判例は肯定説に否定的な態度であった。
- (30) 本論文では、紙数のため3つの事例のみしか検討が出来なかった。今後、更に多数の事例を検討したいと考える。
- (31) 広島高判昭和32・7・20、高裁刑事判決特報4巻追録699頁。
- (32) 東京地判平成12年12月27日判決判例時報1771号168頁、病院長に対する判決は東京地判平成13年8月30日判決判例時報1771号156頁。
- (33) 甲斐克則 前掲書 前註(1)『医事刑法への旅Ⅰ』132頁以下に本判決の詳細が検討されており、大いに参考にさせて頂いた。第1審判決については、横浜地裁平成13・9・20判例タイムズ1087号296頁、第2審判決は、東京高裁平成15年・3・25判例集未掲載である。なお、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頁以下も参照。
- (34) ちなみにその量刑は、Aは罰金50万円、Bは罰金30万円、Cは罰金40万円、Dは罰金30万円、Eは禁固1年執行猶予3年であった。
- (35) 甲斐克則 前掲書 前註(1)『医事刑法への旅Ⅰ』143頁参照。紙数の関係上、後日、他の被告人F、D、Eについても検討したい。ただ、被告人Fに関しては、仮に注意義務違反を認めたとしても、その量刑は酷であると考えられる。
- (36) 大塚仁 前掲論文(過失犯の共同正犯の成立要件)前註(10)23頁参照、甲斐克則『責任原理と過失犯論』(2005年・成文堂)200頁。
- (37) 本件の判例評釈として、小名木宏宏『過失の競合と過失の共同正犯』判例評論533号(2003年)37頁以下参照。
- (38) 京都地判昭和40年5月10日、下級裁判所刑事裁判判例集7巻5号855頁。
- (39) 福田平=大塚仁 前掲書『刑法総論Ⅰ』前註(13)369頁。
- (40) 甲斐克則 前掲書 前註(1)『医事刑法への旅Ⅰ』132頁以下。