

医療過誤と過失犯論 (二・完)

萩原由美恵

はじめに

第一章 過失の競合か過失犯の共同正犯か

第二章 我が国の医療過誤判例

第一節 判例の概観

一 水平分業

二 垂直分業(以上二一巻一号)

三 水平分業と垂直分業の複合類型

第二節 判例の考察

一 水平分業

二 垂直分業

三 水平分業と垂直分業の複合類型

第三章 医療過誤と刑事処分

おわりに(以上本号)

三 水平分業と垂直分業の複合類型

- ① 横浜地判平成一三年九月二〇日(判例タイムズ二〇八七号二九六頁、横浜市立大学病院患者取り違え事件)、東京高判平成一五年三月二五日(判例集未登載)、最決平成一九年三月二六日(刑集六一巻二号一三二頁)

第一外科病棟七階に入院中の心臓手術患者Sに対する僧帽弁形成または置換の手術が四階手術部三番手術室で、同じく七階に入院中の肺ガン手術患者Hに対する開胸生検・右肺上葉切除・リンパ節郭清の手術が同手術部一二番手術室で予定されていた。第一外科病棟の入院患者に対する看護、診療介助等の業務に従事していた病棟看護婦Yは、SとHの二名を一人で手術室まで搬送し、手術室交換ホールのハッチウェイを通して手術における医師の介助業務に従事していた手術室看護婦Zに引き渡した際、患者の名前が取り違えられて手術室に運ばれた。その上、それぞれの手術担当者である麻酔医A、B、執刀医C、D、助手医E、主治医Fらは手術の過程に於いて、患者の同一性に疑念を抱かせるような数々の予兆が認められたにも拘わらず、確認しないまま手術が行われてしまったという事案である。本件は多数の医療従事者が関与した大規模チーム医療の典型例である。

患者二名の受け渡しを行った看護婦YとZ、手術に関与した執刀医CとD、麻酔医AとBの六名が起訴された。看護婦Yは、患者二名を病棟から四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、患者の同一性を確認して、一名ずつ確実に搬送して引き渡すのはもとより、仮に二名同時に搬送して引き渡す場合でも各患者の氏名等をひとりずつ確実に伝え、いずれの場合でも患者のカルテ、レントゲン写真、看護記録等を当該患者のものであることが判然わかるようにして、同時に引き渡す等して、患者取り違いによる事故発生を未然に防止すべき業務上の注意義務がある。しかしYはこれを怠り、交換ホール到着時に患者二名の姓を同時に告げる等したが、交換ホール内の患者受け渡し窓口で一人目の患者Sを引き渡した際手術室看護婦Zが患者の名前を了知したのと思ひ、それ以上何も伝えなかった。さらにZから患者Hも引き渡すようにとの指示に漫然と従い、Sのカルテ等をSの手術室介助担当看護婦に引き渡さないままに、Hをその氏名を伝えることなくZに引き渡し、その直後に患者と面識のないSとH両名の各手術室介助担当看護婦に姓のみで特定して患者のカルテ等を手渡し、その各手術

室介助担当看護婦をしてSをHの手術予定の手術室に、HをSの手術予定の手術室に搬送させるという過失を犯した。

看護婦Zは、Yから同時に患者の引き渡しを受けるにあたり、患者の同一性を確認出来なかったのであるから、その氏名等を患者毎に確認すると共に、患者のカルテ等の引き渡しを同時に受けるようにする等して、患者取り違いによる事故発生を未然に防止すべき注意義務がある。しかし、Zは後輩看護婦の手前、手術前に訪問した患者の氏名が分からない事が恥ずかしいとの思いや誰かが分かるであろうとの思いもあり、患者受け渡し窓口で一人目の患者Sの引き渡しを受ける際にYがHの姓を告げたものと思い、あいまいなままSをHとして受け取った。その上Sのカルテの引き渡しもすませないままに、Yに対して次に二人目の患者を引き渡すよう指示し、YがSのカルテをSの手術室介助担当看護婦に引き継ぐ前に二人目の患者の引き渡しをさせた。その際その患者の氏名を聞かないまま漫然とこの患者はSではないかとして引き渡しを受けたため、患者S・Hを彼らのカルテ等と同時に引き継がせる機会を失わせ、その直後患者らと面識のない各手術室介助担当看護婦らをして姓だけで特定してYとの間で患者のカルテ等の授受を行わせ、SとHをそれぞれ相手の手術室に搬送させるという過失を犯してしまった。

Sに対する手術全般の責任がある執刀医Cは、執刀前に手術室内で実施した検査で、術前検査と著しく異なる検査結果が出ていることを認識したのなら、患者の同一性について再確認し、患者とり違いが判明した場合には直ちに連絡してSに対する誤った手術を中止し、事故発生を未然に防ぐ注意義務がある。しかし、Cは助手に胸骨正中切開を施させた後に手術室に入りこの注意義務を怠り、手術室内での経食道心エコー検査結果が術前検査と著しく異なるのに患者の同一性確認の手段を講ぜず、Hに対してSと誤診したまま僧帽弁形成手術を継続し、Sの手術室に患者取り違いを連絡する機会を失わせた過失がある。

H に対する手術に責任がある執刀医 D は、麻酔導入後手術室に入ったが、執刀前に手術室内の患者が H であることを確認して執刀するのはもとより、執刀開始後であっても、手術前に検査結果と異なる所見を認識したのなら患者の同一性について再確認し、患者取り違えが判明した場合には手術を中止し、S、H に対する事故発生を未然に防止すべき業務上注意義務がある。しかし D はこれを怠り S に対する執刀を開始し、S を H と誤信したまま開胸生検の手術を継続すると共に、H のいる手術室に患者取り違えを連絡する機会を失わせたという過失がある。

手術中患者の全身状態の管理を行っていた麻酔医 B は麻酔導入前に患者の外見的特徴等や問診により患者が日本人であることを確認することはもとより、患者の同一性に疑問を抱いたら慎重に再検討を加え、取り違えが判明したら直ちにその旨連絡して H に対する誤った手術を防止し、S と H 両名に対する事故を未然に防止すべき注意義務がある。しかし彼は之を怠り、手術室に搬送された S の同一性を十分確認することなく、姓による声かけ等をしただけで H であると軽信して、患者の同一性に疑問を抱かないまま S に対して麻酔を開始し、H の現在する手術室に患者の取り違えを連絡する機会を失わせた過失がある。

以上看護婦 Y・Z、執刀医 C・D、麻酔医 B から五人の過失の競合により S に全治二週間の傷害を、H に全治五週間の傷害を負わせたとして、五人全員に業務上過失傷害罪の成立を認め、執刀医 C には罰金五〇万円、執刀医 D には罰金三〇万円、麻酔医 B には罰金四〇万円、看護婦 Y には罰金三〇万円、看護婦 Z には禁錮一年（三年間執行猶予）が科された。

麻酔医 A のみ、注意義務を尽くしていたとして無罪とされた。A は S のファースト（経験が比較的浅い医局員）の麻酔科医師であり、麻酔を施そうとする患者が麻酔、手術を予定された当該患者であるか否か確認してから麻酔を施すべき注意義務があるが、手術室に入るやいなや前投薬の効果を確認するために幾度も S の名字を口にして声を

かけており、Sもそれに相応した返事をしており、問診が不十分とは言えない。外見的特徴に關しても、SとHは共に老齡の男性であり、体格的にも顕著な相違があるわけではなく、手術室交換ホールで共に全裸となり頭部には半透明の帽子を被り、下半身にはタオルケットが掛けられた状態にあるので、髪長さや濃さを含めて容貌等の外見的特徴から判別するのはより困難な状態であった。つまり、麻酔導入前において外見的特徴から同一性に気づかなかったことをもってAに注意義務違反があったとは言えない。また麻酔導入後、口から気管内挿管をしようとした際入れ歯を外してくるよう指示していたのに上前歯左付近の歯が全部揃っていたため、手術部看護婦に病棟看護婦からの申し送りがなかった。その後もヘアキャップが外れたときに見えたSの髪の長さや色が異なることや、経食道心エコー検査の結果が術前と異なることから、セカンド(経験のある医局員)の医師に疑義を訴えたり、第一外科の主治医グループにもその旨伝えて確認を求めた上で、自ら手術室看護婦に指示して病棟に電話させたが、他の医師らは皆Aの疑問を排斥した。術中検査と術前検査との顕著な違いも医学的説明がつくと言われ、すでに胸骨正中切開を開始している以上自己の思い違いと思つたのも無理からぬものがある。以上Aは患者とり違いに關する事故発生を未然に防止すべき注意義務を果たしていると言われ、無罪とされたのである。

控訴審⁽²⁾では原判決が破棄され、それぞれの事情を総合考慮したうえで看護婦Zには禁錮刑をもって処断すべきものとまでは認められず、法の定める最高額の罰金刑で処断するのが相当であると考えられ、執刀医C・D、麻酔医B、看護婦Y・Zの五人に罰金五〇万円を科した。また、麻酔医Aに対しては、患者に対する声掛けが患者確認方法としては従前からの慣行であったとしても、高齡で難聴の患者に対する確認方法としては不十分であり、また患者の外見的特徴からも同一性確認はできたはずであり、同一性に疑問をもつた後の対応も不十分であるとし、患者の同一性確認義務に違反したとして過失責任を肯定したが、過失の程度にかんがみ、他の被告人らの半額である罰

金二五万円を科した⁽³⁾。控訴審でも、第一審と同様に関与した複数の関係者に過失の競合という形で過失責任を認めた。

麻酔医Aのみ上告したが、最高裁は原審を全面的に支持し、被告人としては取り違え防止のため一応の努力をしたと評価出来るが、患者の同一性という最も基本的な事項に関して相当の根拠をもって疑いが生じた以上注意義務を尽くしたということはできないとして、上告は棄却された。

執刀医Cは助手による胸骨正中切開後に、執刀医Dは麻酔導入後に手術室に入っており、いずれも麻酔開始時には現場にいなかった。執刀医が麻酔完了後に手術室に入るとは慣行であり、それをもって彼らに非があるとすることは出来ず、むしろ麻酔医に対する信頼の相当性を論ずることができよう。しかし、本件では関与者個々の過失責任を詳細に論じているが、そこには免責理由として信頼の原則の適用はみられなかった。典型的なチーム医療において信頼の原則を初めて認めたのは北大電気メス事件であるが、その後チーム医療が医療の現場では常識になっていることから、安易な適用により責任回避となることを懸念したからであろう。控訴審では量刑事情のところ、病院全体としての患者確認のための指導、教育の不足、患者の取り違えを防止するための確実な方策がとられていなかったこと等の事情が存在するとして、そのことを被告人らに対する刑の量定において過大に評価することは相当ではないものの、一定の考慮が為されるべきであると述べられている。制度上患者の引き渡し場所とカルテ等の受け渡し場所が別々の窓口になっていることが過失の背景にあるとも指摘されており、病院の管理責任も看過出来ないと思われる。なお、チーム医療であっても、専門性故に各自の注意すべき領域が区別される場合には過失犯の共同正犯を否定される大塚裕史教授も、本件については、手術の患者の同一性の確認が問題となる場面は専門性の領域に入る以前の問題であり、麻酔医か執刀医か主治医かによる区別は問題とならないので、執刀医C、D、

麻酔医A、Bに過失犯の共同正犯を認めてよいとされる。しかし看護師YとZとの関係では、看護師の行為は医療の補助ないし準備行為であり、医師の行為に対して干渉を内容とする義務は存在しないので、結果について医師との共同惹起という考え方は否定されよう。⁽⁴⁾

② さいたま地判平成一五年三月二〇日(判例タイムズ一四七号三〇六頁、埼玉医科大学総合医療センター抗ガン剤過量投与事件)、東京高判平成一五年一二月二四日(判例集未登載)⁽⁵⁾、最決平成一七年一月一五日(刑集五九卷九号一五五八頁、判例時報一九一六号一五四頁)

医師Aは埼玉医科大学総合医療センター耳鼻咽喉科科長兼教授として、同科の診療全般を統括し、同科の医師らを指導監督する業務に、医師Bは同大学助手として、医師Cは同科病院助手として患者の診療業務にそれぞれ従事していた。Bをリーダーとして、Cを主治医として、研修医Dを加え医療チームを組み、患者に対して右顎下部滑膜肉腫の治療のための抗ガン剤治療を実施しようとした。

医師C(主治医・四年目の病院助手)は、文献を誤読し、VAC療法(抗ガン剤である硫酸ビンクリスチン、アクチノマイシンd、シクロホスファミドの三剤を投与する化学療法)を実施するにあたり、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い、二ミリグラムを限度に週一回の間隔で投与すべき硫酸ビンクリスチンを一二日間連続投与するという誤った治療計画を立てた。指導医B(チームリーダー・八年目の医学部助手)及び耳鼻咽喉科科長兼教授Aは、いずれも滑膜肉腫やVAC療法の臨床経験がないのに、十分な調査・研究をすることなく、主治医Cが立てた誤った治療計画を是正することなく承認したため、Cは研修医らに指示して七日間にわたり

硫酸ビンクリスチンを連日投与し、患者を同薬剤の副作用による多臓器不全で死亡させたという事案である。

担当医療チームの指導医B、主治医C、耳鼻咽喉科の科長兼教授Aの三人が起訴された。

主治医Cは、滑膜肉腫やVAC療法 of 臨床経験がなく、抗ガン剤は細胞破壊作用を有しておりその投与は患者の身体に対する高度の侵襲行為であることから、その用法・用量を誤ると患者の命に関わる事態となり、また副作用があることから当該療法、医薬品添付文書を調査してその内容を十分理解して副作用に關しても適切な対応を把握して治療に臨むべき業務上の義務があるのに怠り、同療法や硫酸ビンクリスチンについての文献、医薬品添付文書の精査をせず同療法のプロトコルが週単位で記載されているのを読み間違い、誤った投与計画を立て研修医らに注射を指示し、一日あたり二ミリグラムの硫酸ビンクリスチンを七日間にわたって連日投与した。更に、投与開始後四、五日目には高度の副作用が始めていたのに適切な対応をとらなかったという過失を認めた。

リーダーとしてCらを指導する役割を担っていた指導医Bは、滑膜肉腫やVAC療法 of 臨床経験がなく、抗ガン剤の用法、用量を誤ると患者の命に関わる事態となり、強い副作用があることから当該療法についての文献、医薬品添付文書の調査を通してその内容を十分理解し、副作用についてもその発現の仕方やこれに対する適切な対応を十分把握した上、Cのたてた治療計画の適否を具体的に検証し、副作用に対する対応についてもCを適切に指導すべき業務上の注意義務があるのにこれを怠った。そして、治療計画について了承を求められた際、Cがたてたプロトコルの写を示されながら、それが週単位で記載されているのを見落とし、治療計画を是認し、しかも副作用に対する対応についてもCを適切に指導しなかったという過失を認めた（監督過失）。

主治医を監督する立場にある科長Aは、原則として主治医が一定の医療水準を保持するよう指導、監督すれば足り、部下の医師の行う具体的診療行為の全てについて、逐一具体的に確認し監視する義務まで負うものではなく、

仮に主治医が医療過誤を犯してもその刑事責任は問われず、主治医を監督すべき立場にある医師に対する刑責は、格段低いとされると言う原則を示した。しかし、本件のように難治性の極めて稀な病気に罹患した患者に対し、有効な治療方法が確立していない場合は別であり、医療行為に従事する者は、症例を検討し適切な治療方法を選択すべきであり、この責任を放擲してまで主治医に全責任を負わせることは許されないとした。抗ガン剤投与に関しては用法・用量を誤ると患者の命に関わる事態となり、強い副作用もあるので化学療法について十分な知識経験を有する医師の指導下になされることが要請されるが、当時同科には滑膜肉腫やVAC療法 of 臨床経験を有する医師がいなかった。主治医を監督する立場にある科長Aには、文献、医薬品添付文書の調査を通じてその内容を十分理解し、また副作用についても発現の仕方やこれに対する適切な対応を把握したうえで、Cのたてた治療計画の適否を検証し、投与薬剤の副作用についての知識を確認する等して、副作用に対する対応についても適切に指導すべき業務上の注意義務があるのにこれを怠り、VAC療法の実施を了承しただけで、Cの具体的な治療計画を確認しなかったため、誤った投与方法を見逃した過失と、副作用に対する対応についても適切な指導をしなかった過失がある(監督過失)。

一審判決では、以上三人の過失の競合により、硫酸ビクリスチンの過剰投与の副作用による多臓器不全により患者を死亡させたとして、Aに罰金二〇万円、Bに罰金三〇万円、Cには禁錮二年(三年間執行猶予)が科せられ、Cのみ刑が確定した。AとB双方控訴した。

Bに関して、原判決ではリーダーとして被告人Cらを指導する役割を担っており、彼の注意義務を単なる指導者の立場に位置づけたうえで、その過失内容もあくまでもCの立てた治療計画の適否を具体的に検証し、副作用に対する反応についてCを適切に指導すべきものに限定したが、控訴審では、チームリーダーとして治療を行うにあた

り、患者に対する治療状況、副作用の発現状況等を的確に把握して、副作用が発現した場合には、速やかに適切な対処療法を施すべき治療医としての注意義務及びその過失を認定した（治療過失）。

Aに関しては、原判決では患者に対する治療医としての立場を認定せず、単なる指導監督者であると位置づけ、Aの注意義務及びその過失内容をCの立てた治療計画の適否を具体的に検証し、副作用に対する反応についても適切に指導すべき点に限定したが、この点控訴審では「大学医学部医局内における科長（教授）は、診療科の全ての患者についてその治療方針を最終的に決定する責務・権限を有しており、その意味では個々の患者に対する治療医としての責任を有していたもので、これを単なる監督責任と呼ぶことは相当でない」とした。そして科長Aは入院患者に対して「治療医として治療方針の最終的決定権者」であり、治療計画の適否を具体的に検討し、誤りがあれば直ちに是正すべき注意義務を負っていたことはもとより、自らの教授回診時やカルテの確認により患者に対する治療状況、副作用の発現等を把握し、副作用発現時には速やかに適切な対処療法を施す注意義務を負っているのに、それを怠った過失があるとして治療医としての責任を認めた（治療過失）。

A・Bいずれも原判決に事実誤認があるとして破棄され、Aに対しては禁錮一年（三年間執行猶予）、Bに関しては禁錮一年六月（三年間執行猶予）とされ、Bに関しては確定した。

Aのみ、科長である自分には主治医らの過失について予見可能性がなく、主治医らの具体的な医療行為についてまで監視すべき義務はないとして上告した。最高裁でも主治医Cが立案した抗ガン剤の投与計画の誤りを看過した点に関しては、「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」がそれを怠った過失を認めた。また、副作用の発現状況等を的確に

把握せず適切に対応しなかった点に關しては、「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、硫酸ビンクリスチンの副作用に關する知識を確かめ、副作用に的確に対応出来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自分に報告するよう具体的に指示すべき注意義務があった」がそれを怠った過失を認めた。そしてこの副作用への反応に關しては、次のように付け加えたうえで原判決を正當として上告を棄却した。「原判決が判示する副作用への対応についての注意義務が、被告人に対して主治医と全く同一の立場で副作用の発現状況等を把握すべきであるとの趣旨であるとすれば過大な注意義務を課したものとわざるを得ない」が、原判決は「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現等を的確に把握し、結果の発生を未然に防止すべき注意義務がある」という趣旨のものとして判示したものと理解することができると。

本件は患者の担当医である主治医C、指導医B、研修医Dら三名が、チームを組んで患者の治療に当たっており、それを耳鼻咽喉科の科長であるAが統括していた。学会主催の専門医試験に合格していたBをチームリーダーとして治療に当たり、常に彼の承諾なしに治療方針を決定出来なかったらしい。このような状況下で、しかもチーム内には滑膜肉腫についての臨床経験者がいなかったという状況を勘案すると、科長であるからといって、一番のようにより専ら監督責任だけを論ずることは出来まい。Aには教授回診時に自ら患者に接する機会もあり、むしろ治療医としての立場を重視すべきではないだろうか。控訴審も科長Aには「治療医」としての立場、すなわち主治医Cと等しい立場での治療責任があるとの考え方にたっているようにも見受けられ、これを根拠に主治医と同じ立場でカルテを見る等して過剰投与、副作用を把握すべき注意義務を肯定したかのような説示がなされている。最高裁では「科長は、主治医と全く同一の立場で副作用の発現状況等を把握すべきであるとすれば、過大な注意義務を課し

たものといわざるを得ない」と判示し、科長の治療医としての注意義務に關しては限定解釈がなされている。⁽⁶⁾

本事案には特殊性が認められる。すなわち稀有な症例、難治性症例（重篤な症例）で未だ有効な治療方法も確立していない。当該診療科で初めての臨床例について初めて扱う抗ガン剤療法に關しては、科長自身が投薬量や事前の投薬計画について指導監督し、投薬開始後も副作用を含め経過観察を指導監督する義務を負う。さらに科長は教授回診を行ったり、適切な治療を施すことが可能な位置にいたからこそ、治療医としての責任が問われたのではないだろうか。本判旨は各々の過失が競合した事案として処理されているが、三者の間には過失犯の共同正犯を認める余地があると思う。⁽⁸⁾ また、滑膜肉腫に不慣れなメンバーだけで患者の治療にあたったことに関しては、病院側の管理責任を問う余地もあるのではないだろうか。⁽⁹⁾

第二節 判例の考察

一 水平分業

過失犯の共同正犯は、相互利用、補充という關係に立ちつつ、結果回避の為共通の注意義務を負う者の共同作業上の落ち度が認められること、すなわち過失共同実行があり、事故防止の具体的対策を行うについてその一体的活動に落ち度ありと判断されるときこれを認めうる。具体的被害事実の原因が、A Bいずれの動作により生じたか判断出来なくても、両者の共同の注意義務違反行為の所産として処罰することができるのである。⁽¹⁰⁾

「共同義務の共同違反」を要件と考えると、横の關係、すなわち水平分業の場合には認められやすいが、複数の医師が診療行為の共同担当医師として関わったケースについて、過失犯の共同正犯を認めている判例は数少ない。

共同担当医が診断・治療行為をするにあたり共同して明らかにミスをしていた場合や、共同して患者の手術を実施するに際し共同して注意義務を果たさなかった場合にのみ過失犯の共同正犯を認めている。共同担当医として、患者の治療を目的として共同して医療行為を行っていたら、相互に補充し合う関係にあり、全ての行為を行う際には共同して注意義務を負担しなければならない。過失犯の共同正犯の適用については、もっと積極的に検討すべきであらう。

看護師同士については、一言で「看護師」というも正看護師、准看護師、見習看護師、経験の長い者、短い者、その具体的な医療業務に精通している者、不慣れな者…等々序列をつけようとすれば際限がない。したがって患者の治療行為に共同して携わっているといっても、お互いに同等の立場で共同して共通の注意義務を果たしているといえるかどうか、判例のうえではこれらの点が少なからず考慮されているようである。例えば上位にあると思われる者は下位の者に対して指導、監督上の落ち度が指摘される。複数の看護師といってもお互いに何らかの序列の認められる者の間の過失については、共同関係は認めにくい。その過失は競合関係となる。

ここで注目すべきは都立広尾病院の消毒液誤注射事件である。前に触れたように、患者に投与する薬液を誤って準備した看護師の過失とそれを十分確認せずに誤って薬液を患者に点滴した看護師の過失との関係に過失の競合という用語を用いながら、適用条文として刑法六〇条をかかげたため、これをめぐって様々な見解が示された。事実認定で被告人兩名の過失の競合を認めているのに共同正犯を認定するのは矛盾であり、「本件判決は法令の適用を誤ったものである⁽¹¹⁾」とか、「理論的根拠が明確ではない⁽¹²⁾」との指摘がある。しかし、大塚裕史教授は、判旨にいうところの「過失の競合」とは「複数の行為者の過失が競合して併存している場合⁽¹³⁾」という広義のものであり、その中に過失犯の共同正犯を含むと考えれば、別段矛盾はないと解しておられる。両看護師は、共に数年に渡り看護業

務に携わっており、経験も豊かである。彼らは、同じ場所で診療補助に携わっており、しかも共に薬液を取り違えてはならないというごく初歩的なミスを行っている。本事案については、過失犯の共同正犯として刑法六〇条を適用するのが理論的ではなからうか。⁽¹⁴⁾

看護師が同じ場所で同時に共同して義務を負担し、共同ミスにより結果を惹起するという場合はまれである。連携プレイの際の引き継ぎミスが殆どである。平成一五年の京大病院エタノール取り違え事件は典型的な看護師間の連携ミスによるものであったが、初めに人工呼吸器の加温加湿器チャンバー内に誤った液を注入補充した看護師のみ過失責任を認めた。順次同様の方法で誤った薬液を注入補充した四人の看護師は不起訴となった。四人の看護師が関与したどの段階で被害者の血中アルコール濃度が致死量に達していたかという因果関係の立証が困難だったことが、不起訴の背景にあったようである。

このような看護師間の「交代制チーム医療」は、医療の現場では日常化しており、引き継ぎミスの責任はすべて最初の看護師にあるというのでは、引き継いだ者の怠慢につながる危険性がある。過失の競合がみられる場合、ある行為者にとって他の行為者の行為は介入事情となりその数が多くなればなるほど相当因果関係の判断は複雑になる。⁽¹⁵⁾ 看護師の関与と死の結果との因果関係の立証が困難な場合にこそ、順次同じ業務に携わっている看護師同士には相互安全確認義務があるとして、看護師全員に過失犯の共同正犯を認める実益があるのではなからうか。⁽¹⁶⁾

二 垂直分業

①身分を異にする医師（指導医、研修医等）、②医師と看護師について過失が認められたとき、相互の「共同義務の共同違反」ということは認め難く、過失犯の共同正犯の成立する余地はない。縦の関係・垂直分業の場合は、行

為と結果との間に因果関係の認められる限りそのほとんどが過失の競合として扱われている。もちろんベテラン看護師と医師の間での診療行為については、信賴の原則が適用される場合もある。

保健師助産師看護師法第五条によれば、看護師の業務は療養上の世話と診療の補助(相対的医療行為)にわかれる。前者は、患者の症状等の観察、環境整備、食事の世話、清掃及び排泄の介助、生活指導などであり、看護師の主體的な判断と技術をもって行う看護師の本来的な業務である。療養上の世話業務による事故の例は、転倒、転落、食事中の誤嚥、誤配膳、自殺、無断離院、熱傷、抑制中の事故、入浴中の事故などである。この分野の看護師の過失行為には、看護師が専らその責任を負う。後者は、身体的侵襲の比較的軽微な医療行為の一部について補助する業務(比較的単純なものから、採血、静脈注射、点滴、医療機器の操作、処置など)で、医師の指示により看護師の知識、技術で行うことができる医療行為である。保健師助産師看護師法第三七条が定めるところに基づき医師の指示が必要であるが、医師の指示の実施に際しては患者にとつての適切な手順や、医療行為による患者の反応の観察と対応について看護師独自の判断が必要となる。診療の補助業務による事故の例は、多くの判例に見られたような誤薬(注射・内服薬)、医療機器誤操作、輸血事故、チューブ・ドレーン管理事故、手術、検査、分娩に伴う事故などである。⁽¹⁷⁾

医師と看護師両者の過失責任が問題となるのは、相対的医療行為の分野で、典型的ケースは、①医師からの指示に従って患者に対する治療を任された看護師が、指示内容を誤り直接治療ミスを犯した場合、②医師から注射等の準備をするよう指示を受けた看護師が、指示内容に従わずミスを犯し、それを医師が看過した結果、医師自ら誤った治療を施してしまった場合、③患者に対する治療を任された看護師が、医師の不適切な指示に従って治療を施した場合である。

看護師は、あくまでも医師の指示に従って補助業務を行っているに過ぎず、医師と看護師が共同で患者の治療に当たっているというよりは、あくまで看護師は医師の手足となり専ら医師の指示に従って行動する存在に過ぎない。医師は看護師を監督・監視すべき立場にあり、看護師の仕事内容を確認する義務がある。したがって、①の場合、看護師に特段の事情がない限り直接ミスを犯した看護師の責任が問われるのは当然であるが、看護師が補助業務を指示通りに果たしたか否か監督すべき義務を怠った医師の監督責任も問われるべきである。②の場合は、医師の適切な指示に反して直接ミスを犯した看護師の責任は当然問われるが、最後に医療行為に携わった医師が、自ら再度確認すれば容易に結果を回避し得たはずである。直接結果に対して因果的に結びつく行為を引き起こした医師の治療責任も重い。①②では、医師と看護師両者の過失の競合を認めることができる。③の場合は、医師の不適切な指示により結果が惹起されたのであり、補助者である看護師に責任はない。医師に責任のみ問えば足りる。

三 水平分業と垂直分業の複合類型

横浜市立大学病院患者取り違え事件も、埼玉医科大学総合医療センター抗ガン剤過量投与事件も、典型的なチーム医療の際の医療過誤事件である。チーム医療とは「医療の高度化、複雑化に伴い、それぞれの分野が専門化され、細分化され、診療科の枠や職種の枠を越えて、医師、看護師、薬剤師、各種技師、各種療法士が協力、共同して一人の患者の診療に当たる組織医療」をいう。医療関係者各人がその固有の役割を適切に果たし、相互に監視確認義務を怠らなければ、患者にとって最高の医療が提供できる。その反面、医師、看護師、麻酔医等多くの医療関係者が関与することから、情報交換・伝達が円滑に行われずに医療過誤につながるケースもある。また結果に対していくつかの行為が介在していることも多く、因果関係の立証が困難であり、担当者間の責任の所在が明確ではな

い、という問題も生じてくる。

当初は、チーム医療はあくまでも医師（執刀医）が中心となり、その下に看護師、麻酔医等が配置されると考えられていたため、医師の独立性、専門性から比較的医師単独の責任が問われることが多かった⁽¹⁸⁾。しかし、最近のチーム医療は、カンファレンス（事前の会議）や手順に基づいて病院が一体となって行うことが多く、チームを構成する各人が固有の役割を適切に果たしながら、医師、看護師を問わず相互に監視・確認しあう義務が課されているという見方が出てきた⁽¹⁹⁾。チーム医療関与者も全員、当該患者の治療に当たり診療方針全てに関する情報を共有し、自らの分担以外の他の関与者の仕事にも気を配るべきである。相互に注意を喚起し合って、患者に適切な対応をなすべきであり、看護師であっても、医師が誤った行動をとろうとした場合にはそれを指摘する義務がある⁽²⁰⁾。そこで、手術などの危険性の高い治療行為にあたり事前に十分なカンファレンスを行い、互いの業務内容をお互いに理解しつくした上で看護師、麻酔医、医師など多数が関与しているチーム医療の場合には、一旦事故が起これば、互いに注意を喚起し合わなければならなかったという共同義務の存在を理由に、過失犯の共同正犯を認めるべきだと考える。

多数の医療従事者から構成されているチーム医療は、水平分業、垂直分業が交錯する場面であり、法的地位が異なる者が関与している。前にも述べたように共同義務の共同違反が認められるためには共同者が同一の法的地位にあることを要するという見解がある⁽²¹⁾。しかし、長井長信教授は、執刀医に手術器具を手渡す補助看護師が、執刀医が器具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過ごし、かつ回収器具の数を正確に点検するのは怠ったような場合を例に挙げ、「法的地位が異なるとはいえず、具体的注意義務が『共通』することがありうるのではないだろうか。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、実質的には、全体として一つ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』でなくても『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」と述べておられる²²⁾。医師と看護師を、単なる二者間の関係としてとらえれば監督・被監督関係が存在している。しかしここではあくまでもチーム医療の構成メンバーの一人にすぎず、単なる監督・被監督の関係にとらえるべきではない。手術など危険な行為に携わっているメンバーは、危険を回避するために立場を越えて互いに注意を喚起し合うべきであり、相互補充・利用関係にある。地位が異なれば常に注意義務が共通しないと言うことではなく、具体的事案ごとに相互補充・利用関係があるか判断すべきであろう²³⁾。また、チーム医療であっても麻酔医と外科医のように専門が異なり、各自の注意すべき領域が区別される場合には、過失犯の共同正犯は成立しないという指摘もあるが、チーム医療体制で危険な手術にのぞむような場合には、手術前には何回もカンフェレンスが行われており、専門分野を問わず関与者は互いの業務分担を把握している。手術という共同作業を行うに当たって、患者に対する危険を回避するために、互いに注意を喚起しあいながら必要な助言、監視をすべき義務がある。

北大電気メス事件では、信頼の原則が適用され執刀医は免責された。しかし、前述したようなチーム医療体制を前提とすれば、執刀医は確かに自ら執刀の手術に集中すべきであるが、手術が円滑に行われるためにはその準備にあたった看護師が誤りを犯さないように点検・確認する義務を負っているのではないだろうか。手術開始前に接続の適否を口頭で確認することは可能であろう。またベテラン看護師を信頼していたとはいえ、メスの効き具合が相

当悪いのであれば、メス器の接続に問題があるのではないかと疑い、看護師に確認するのは当然である。各職種がそれぞれの業務分担を共同して行うチーム医療では、執刀医は単に執刀医としての立場にあるだけではなく、チームの総指揮者として各人が作業を誤りなく行っているか確認する義務がある。医師には過失犯の共同正犯の成立の余地があるのではないだろうか。

手術などのチーム医療において医療過誤が起きた場合、関与者について過失犯の共同正犯として処理する方がより現実的であると考ええる。医師、看護師、麻酔医などの各関与の度合いの違いは、量刑で考慮すればよいのではないだろうか。医師と看護師がグループを作って同一の患者の治療にあたっているという小規模なケースも広義のチーム医療といえよう。しかしこの場合は、これまでの判例に見られたように監督過失の問題が生じることが多く、単純に「相互補充・利用関係」「共同義務の共同違反」を肯定できるかは検討を要する。

第三章 医療過誤と刑事処分

医療界では、医療過誤を刑事処分の対象から除外すべきであるという主張がなされている。⁽²⁵⁾ その理由の第一は、多くの医療関係者が協力して治療に当たるといえるチーム医療が主流になり、医療システム、看護体制、つまり病院の管理監督体制そのものに問題があるといえる医療事故が増えてきたからだろう。

例えば、京大病院エタノール取り違い事件の一番では、⁽²⁶⁾ 弁護人は、人工呼吸器の加温加湿器に滅菌精製水を補充するに際して、間違えて消毒用エタノールを注入補充した看護師Xの過失の背景には、看護師の多忙な勤務状況、一年目の新人看護師に対する指導教育等の病院の管理・監督体制に問題があると主張したが、Xが基本的な注意義務

を怠った事案であることを考慮すれば、彼女の過失は病院の管理体制の問題の有無には関係がないと判示された。また控訴審⁽²⁷⁾でも弁護人は本件の背景事情として、「病院の管理監督体制」（薬品管理のずさんさ、看護師教育の不十分さ、看護師業務の多忙さ）に問題があり、過誤の再発防止のためには被告人の処罰だけではなく、過誤を引き起こした実質的な原因を解明し、防止策を検討する必要があると主張した。それに対して裁判所も、過誤の再発防止のためには直接過誤を起こした者を処罰するだけでは不十分であり、過誤を引き起こした実質的な原因を解明してその防止策を検討すべきであるが、そうだからといって「直接過誤を犯した者に対する処罰を軽くすべきであるということにはならない」と判示した。そして、「医療過誤防止のためには、医療機関の管理監督体制の問題点を検討しその改善を図ることは重要であるが、「現実に医療業務・看護業務に従事する者が、個々の業務の際に基本的な注意義務を怠らないように努め、これを怠った者に適正な制裁が加えられることも重要であり、これらはいずれか一方を重視すれば他方は軽視してもよい」という性質の事柄ではない」と、病院の管理監督体制の問題はあくまでも医療過誤防止の視点から議論すべき問題であり、医療過誤を引き起こした医療関係者自身の過失責任を問うことは別であることを明らかにした。

横浜市立大学病院患者取り違え事件の控訴審⁽²⁸⁾でも、本件はチーム医療として多数の医師や看護師が関与する中で発生したものであり、彼らがそれぞれの注意義務を怠ったことが結果に寄与しており、彼らが自己の過失責任を負うのは当然であると明言している。病院の組織的・全体的な問題⁽²⁹⁾として病院全体としての患者確認のための指導・教育の不足、患者の取り違えを防止するための確実な方策がとられていなかったという事情はあるが、これらを刑の量定にあたり過大に評価することは相当ではないとしながらも、一定の考慮が為されて然るべきであるとして、被告人全員を有罪（罰金刑）とした。病院の管理監督体制の問題点を指摘しつつも、それを理由に関与者を免責す

るのではなく、管理監督の問題は量刑に影響を及ぼすにすぎない考えを提示している点が注目される⁽³⁰⁾。同様に、被害者のベッドサイドに未熟な臨床研修医しかいなかったというICU管理体制上の不備が事故の一因であるとして、研修医を軽い罰金刑に処した判例⁽³¹⁾もある。

横浜市立大学病院患者取り違え事件に見られるように、麻酔完了後に執刀医が手術室に入室することはよくある。医師が不足している現状では、午前外来診療、午後手術という病院も多く、外来が長引けば、当然そのような事も起こる。反対に、介助看護師が、外来の診察時刻が迫っていることに気をとられて麻酔器の操作ミスをしたという事件もある⁽³²⁾。いずれも病院側の過密スケジュールに問題があるわけだが、それを理由に個人の責任を追及しないわけにはいかない。ミスを犯したのは明らかに医療従事者であるからだ。

また最近病院で導入されてきているオーダーリングシステムにも問題がある。これは、医師の口頭指示による指示受けの誤りや、注射箋の転記ミスなどを防止するために有用であるが、医師による入力ミスに基づく医療事故が起きている⁽³³⁾。当該患者に対する処方履歴がコンピュータ上に残っているということは、診断治療に便利な面もあるが、かえってそれに依拠しすぎて患者の年齢の変化に伴う処方量の変化の見落としや、薬品名の打ち間違えや同姓同名の患者の見間違いという危険もあろう。しかし、これらの事故の原因はあくまでも医師の入力ミスであり、オーダーリングシステム自体の問題ではない。

看護師の行う診療の補助行為は、医療事故防止の観点から医師の指示を受けた看護師が行うべきであるとされているが、最近の病院では交代制チーム医療が日常化しており、医師から直接輸血、点滴などの指示を受けた看護師が最後まで直接患者に関与することは少ない。そのため看護師間の引き継ぎミスによる事故が多発している。一人の患者に多くの看護師が携わることによりかえって個々の注意が散漫になったり、引き継ぎの際に前者が後者

確な指示を与えなかつたり、後者の勝手な思いこみによる点検確認義務の懈怠が生じるからだ。連携ミスによる事故は、引き継ぎ時の安全確認に対する病院の体制に問題があったとばかりはいえまい。ただ、前述京大病院エタノール取り違え事件のように、五人が順番に、人工呼吸の加温加湿器に滅菌精製水を補充するという同じ業務に携わっていた場合には、最初の注入を新人看護師に任せたとという点で、看護師の能力や経験を加味しないで交代制医療を行わせた病院側の配置責任に問題があるかもしれない。しかし、それも量刑の点で考慮すれば足りよう。

ドイツでは、病院経営者はその組織義務と監督義務を各科の医長に遂行させることができ、医長は経営者の一機関としてこの義務を果たさなければならない。一つの科の医長は、全体管理責任を負い、患者に対して経験のある専門医による水準に見合った治療を行わせる最終責任があり、この水準を確保するためには必要な医学上の指示を出したり、組織的な措置をとることにより治療体制を整えなければならないとされる³⁴。例えば、麻酔科の医長は、麻酔の遂行について責任があり、各手術において必要な適性・専門知識・経験を有する麻酔医を配置しなければならない。そのために医長は、病院経営者に十分な人員の麻酔医を雇用するよう求めたり、不十分な人員計画については幾度も注意を促さなければならない。医師の不足が患者に対する最適な治療を行うのに必要な医療水準を脅かす場合には、手術計画を修正したり、患者を転院させる必要もあるからだ³⁵。また、前夜の夜勤で疲れた医師に手術を担当させた結果事故が起こった場合、医長には組織運営義務を怠ったとして組織上の過失責任を負わせる。執刀した医師に対しては、自ら手術ができる状態か決めるべきであり、いったん手術を引き受けた以上受任過失が問われる可能性がある。しかし専門医の指揮・監督下で手術が行われ、助手や研修生などに軽率な行為や独断的な行為がなければ彼らの責任は問われない³⁶。

つまり、ドイツの病院では、医長が病院経営者の一機関として手術や麻酔における人員配置義務を負い、医療過

誤が起きたときには組織上の過失責任を負わされる。それと同時に自ら手術や麻酔を引き受けた医師自身も受任過失の名の下で自らの過失責任を負わされている。刑法には法人処罰規定はないため組織自体を処罰の対象とできないことから、医長に人員配置義務や医療器具の管理責任を負わせるのも一案とは思われるが、日本の病院における医長にそこまで広い義務を負わせて良いかは疑問である。

第二に、医療過誤を刑事処分から除外しようという主張の背景には、「萎縮医療」の問題がある。たしかに、医療過誤の責任を問われた医師は、業務上過失致死傷罪(刑法二二一条)の刑事責任を負わされるほか、雇用契約上の責任も負わねばならず、起訴と同時に休職扱いとされ、懲戒(解雇、降格、減給、戒告等)の対象ともなる。行政処分(医師法七条⁽³⁷⁾)も重く、危険な手術には関与したくないという医師が増えてきているのも当然である。最近では、医師が患者やその家族からの訴えを恐れ、再三治療方針に関する同意を求めるケースもあるようだ。そのために適切な治療が遅れ、患者の生命身体に危険が生じることがあつてはなるまい。しかし、萎縮医療の解決策として、医師に対する刑事処分を一切やめるといふ見解には賛成できない。埼玉医科大学総合医療センター抗ガン剤過量投与事件の一審⁽³⁸⁾では、この萎縮医療について次のような見解を述べている。「医療過誤が生じた場合もその再発防止は第一次的には医師が負うべきであつて、過誤の生じた原因の解明及び再発防止に努めるべきである。医療過誤を犯した医師の刑事責任の追及は、その再発防止の手段としては副次的なものであり、謙抑的であるべきである」⁽³⁹⁾。しかし、医療過誤に於ける刑事責任と医療安全対策は別個の問題として区別して議論すべきであり、再発防止は病院側が将来に向けて取り組むべき問題である。現実に治療上のミスを犯した医師や看護師の個別責任を問うことは刑法の個人過失を問うというたてまえから当然であろう。飯田弁護士も述べておられるように医療事件のすべてが組織的な過失に起因するとは言えず、組織の構成員である個人の過失が原因である場合にも刑事処罰の対

象外とする合理的根拠があるとは思われない。⁽⁴¹⁾

おわりに

ドイツ刑法では、多数説は過失犯の共同正犯の可能性を否定する。それは、過失犯においては犯行要件実現の共同決定、および結果へと向けられた出来事の最終的操作（行為支配）が欠けていることにあるようである。⁽⁴²⁾ オットー教授は、「過失犯における共同正犯」という論文の中で、シュトラーターテンベルトが挙げた例（手術中に注射器に薬液を注入した看護師は、注射行為という点では確かに『補助者』に過ぎない。しかし薬剤を間違えて死亡という結果となった場合、外科医ではなく彼女がまず結果に対して責任を問われる〔医師が監視義務を負っていたかどうかにかかわらず〕。刑法上の結果という点では看護師はまさに決して下位の役割を果たしているのではない）を参考として次のように述べている。「看護師の義務は、注射のために正しい薬剤を注入することであった。この任務は彼女の責任範囲に含まれていた。彼女が間違った薬剤を注入したとき、彼女は患者の傷害という結果となった固有の危険を根拠づける。これは、医師が監督義務に違反している場合にもなお該当する。なぜなら監督義務は、看護師の義務の種類と規模に抵触しないからである。」⁽⁴³⁾と。医師の監督責任と看護師の直接過失の競合を認めているということが出来る。オットー教授は更に、「共同の計画の実行において、他者と分業して第三者の法益の義務違反の危険を生じさせた者は、法益侵害において彼が共同で生じさせた危険が実現する場合、この法益の侵害に対し、（共に）責任を負う。このことは、結果と各々の行為寄与の間の因果的な証明ができない場合にも通用する。共同の義務違反は、義務違反行動によって生じた法益侵害に対する共同責任、およびこれに伴う過失犯の共同正犯を根拠づける。」⁽⁴⁴⁾と述べておら

れる。そして、スイス連邦裁判所の決定⁽⁴⁵⁾についても、A及びBの過失致死罪の共同正犯を肯定される⁽⁴⁶⁾。

我が国では、「共同義務の共同違反」を条件に「過失犯の共同正犯」を認める学説が有力になっている。そして今や、「過失の競合」と「過失犯の共同正犯」との関係の明確化が求められている。過失犯の結果発生に、A双方の行為が関与していることが明らかであれば、A、Bを過失の競合として扱うことができるが、どちらの行為によるのか特定不可能な場合は、無罪とせざるを得ない。医療過誤に過失犯の共同正犯を適用すれば、その者の過失行為と結果との間の因果関係を立証出来ない場合でも、結果回避の共同義務があり共同違反したということが明らかであれば、刑事責任を科することが出来るというメリットがある。では、如何なる場合に「共同義務の共同違反」があったといえるのであろうか。それは注意義務違反の行為が共同で決定され、場所的、時間的に近接した連続した関連の中で共同で遂行される場合である。対等の共同分担医師同士や看護師同士の医療行為にこの場面を見ることが出来るが、「過失犯の共同正犯」適用の効果を最も期待出来るのは、手術を伴う大がかりなチーム医療においてである。今後もっと「過失犯の共同正犯」への積極的な取り組みがなされればと考える。

医療過誤事件は大学病院に多い。大学病院が研究・教育機関でもあり、重症例が取り扱われることが多いからであろう。医師・看護師の不足⁽⁴⁷⁾も医療過誤の大きな原因と考える。医師・看護師の過重労働、研修医の診療、准教授や講師による手術、研修医が無給でアルバイトで生計を立てている等々……このような実態を深刻に受け止め、種々改善していくことが今後の課題であろう。国立大学病院では、安全管理体制が組織され、病院長の下にリスクマネージメント委員会、安全管理対策室が設置され、医療機関が持つ医療士のリスクを把握し、リスクを回避するために必要な対策を検討し実践するリスクマネージャーが存在すると聞いているが、これらの積極的な活用を期待したい。

- (1) 飯田英男『刑事医療過誤Ⅱ』（判例タイムズ社、二〇〇六年）二〇八頁。
- (2) 控訴審は看護婦から看護師へと名称変更後に出された判決であるが、事件当時の呼称に従って「看護婦」と表記されている。
- (3) 控訴審では量刑の箇所、麻酔医Aは患者の同一性について確信がもてないまま本件行為に至ったとはいえず、麻酔導入後の過失の程度が軽く、その過失を総合して見ても、他の被告人と比べてその程度が軽いと見るのが相当であると述べていることから、甲斐教授は、可罰的責任を否定しても良いのではないかと述べておられる。甲斐克則「医療過誤と刑事法をめぐる現状と課題」『刑事法ジャーナル』三号（イウス出版、二〇〇六年）三頁。
- (4) 大塚裕史「チーム医療と過失犯論」『刑事法ジャーナル』三号二頁。
- (5) 飯田・前掲注（1）、一一〇頁。
- (6) 甲斐教授も、二審の判決に対して、「科長がその治療方針について最終決定権限を有していることから、直ちに個々の患者に対する治療医としての責任を認めると、主治医の役割はどうなるのか」と疑問を提起されている。甲斐克則「大学病院耳鼻咽喉科において、がん患者に抗がん剤を過剰投与したため、その副作用により同人を死亡させた医療過誤について、主治医、指導医、科長の過失が認められた事例」『年報医事法学』二〇号（日本評論社、二〇〇五年）一五〇頁。
- (7) これを支持する見解として、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―埼玉医大耳鼻咽喉科抗癌剤投与事件平成一七年最終の検討を中心に―」『獨協法学』七十一号（二〇〇七年）八頁。
- (8) 大塚・前掲注（4）、二二頁。
- (9) 本最高裁判決について、監督過失と信頼の原則、情報収集義務といった観点から解説したものに、林幹人「医師の刑事過失」『法曹時報』五八巻一二号（二〇〇六年）二頁がある。
- (10) 藤木英男『刑法講義総論』（弘文堂、一九七五年）二九三頁、「過失犯の共同正犯」『研修』二六三号（一九七〇

- 年) 六頁。
- (11) 小名木明宏「過失の競合と過失犯の共同正犯」『判例評論』五三三三三(二〇〇〇年) 四〇頁(『判例時報』一八一八号二一八頁)。
- (12) 飯田・前掲注(1)、三九頁。
- (13) 大塚・前掲注(4)、二二頁。
- (14) 小名木教授は、看護婦XとYの作業手順が相前後しており、過失犯の共同正犯が問題となる事例ではないとされている(前掲注(11)、二二七頁)が、相前後した関与の仕方であっても共同の注意義務が認められる場合には過失犯の共同正犯の余地があると考ええる。大塚裕史教授も、誤薬を準備した看護師Xの行為は誤薬を投与するYの行為に因果的影響力を与えているが、逆に投与前に確認義務のあるYの存在がXの不注意な準備を促進したといえる場合もありうるとし、「看護師には共同作業を行う他の看護師の行為に対して干渉を内容とする義務が存在するとも考えられるので、過失犯の共同正犯を肯定する余地はあるように思われる」と述べておられる。大塚・前掲注(4)、二二頁。
- (15) 大塚・前掲注(4)、一八頁。
- (16) 引き継ぎミスについて、「共同作業上の落ち度があるというわけではない」として過失犯の共同正犯を否定する見解がある。船山泰範「医療過誤と過失犯論の役割」板倉宏博士古稀祝賀論文集『現代社会型犯罪の諸問題』(類草書房、二〇〇四年) 二二三頁。
- (17) このほかに、患者の生命に及ぼす影響が大きいもの、高度専門的技術を要するもの、新たな治療方法等にかかわるもので、医療職以外の代行を認めない絶対的医療行為という分野がある。
- (18) かつては、医師と看護師という一対一の関係が原則であり、看護師などは医師の責任の傘下にあるという考えがとられていた。稲葉一人「医療・看護過誤と訴訟(第二版)」(株式会社メデイカ出版、二〇〇六年) 一四頁。
- (19) 稲葉・前掲注、一四頁。医師が看護師に行うのは包括的監督義務、看護師が医師に対して行うのは個別的指導義務

務と呼ばれる。稲葉・前掲注、二二頁。

(20) 看護師が医師の指示が誤っていることに容易に気づいたのにそのまま黙っていたり、曖昧な指示内容を再度確認することなくそのまま受け容れていた場合には、医師の他に看護師自身の責任も追及される。このような傾向は、現場における看護師の専門性が増すことにより、医師と看護師が、対等の立場で互いに相手の行為に注意を払って患者の治療に当たるべきであるという考え方によるものであろう。

(21) 大塚仁『刑法概説総論(第三版増補版)』(有斐閣、二〇〇五年)二八二頁、大谷実『新版刑法講義総論(追補版)』(成文堂、二〇〇四年)四四二頁。

(22) 長井長信「判批」『判例評論』三四三号(日本評論社、一九八七年)六三頁(『判例時報』一一三九号二二五頁)。

(23) 土本武司「過失犯と共犯」『刑法基本講座』第四卷(法学書院、一九九二年)一四八頁。

(24) 大塚・前掲注(4)、二二頁。

(25) このような傾向については、林・前掲注(9)、二二三頁、清水・前掲注(7)、三六八頁―三六九頁参照。

(26) 京都地判平成一五年一月一〇日。

(27) 大阪高判平成一六年七月七日。

(28) 東京高判平成一五年三月二五日。

(29) 看護師が、一度に二名の患者を手術室交換ホールに搬送したこと自体は過失ではないと判示している。

(30) 一番では、弁護士が個々人の責任というより市大病院の管理体制に問題があったという主張をしたのに対して、市大病院では多数の患者を扱っていたが今まで本件の如く取り違え事故を起こしたことはなく、病院の管理が根本的原因であるかは疑問であると判示し、管理の問題についてはそれ以上触れていない。

(31) 広島簡略式平成一三年三月二日(飯田・前掲注(1)、六〇六頁)。

(32) 千葉簡略式平成一〇年七月一〇日。

(33) 高岡略式平一四年二月二二日。

(34) Klaus Ulsenheimer: *Arztstrafrecht in der Praxis*, 4. Aufl., 2008, Rnd. 168.

(35) Ulsenheimer, a. a. O., Rnd. 172.

(36) Ulsenheimer, a. a. O. (Anm. 34), Rnd. 175.

(37) 医師法七条

医師が、第四条各号のいずれかに該当し、又は医師としての品位を損するような行為があつたときは、厚生労働大臣は、次に掲げる処分をすることができる。

- ① 戒告
- ② 三年以内の医業停止
- ③ 免許の取消し

医師法四条

次の各号のいずれかに該当する者には、免許を与えないことがある。

① 心身の障害により医師の業務を適正に行うことができない者として厚生労働省令で定めるもの

② 麻薬、大麻又はあへんの中毒者

③ 罰金以上の刑に処せられたもの

④ 前号に該当する者を除くほか、医事に関し犯罪又は不正の行為のあつた者

(38) さいたま地判平成一五年三月二〇日。

(39) ここでは、刑事責任の追及は謙抑的であるべきであるとして、主治医に対してのみ禁錮刑を選択し、指導医と科長に対しては罰金刑を選択している。

- (40) 飯田英男「特集医療と法、刑事司法と医療」『ジュリスト』一三三九号（有斐閣、二〇〇七年）六四頁。
- (41) 飯田・前掲注、六二頁。
- (42) Harro Otto, *Mitäterschaft beim Fahrlässigkeit*, Jura 1990, S. 48.
- (43) Otto, a. a. O., S. 49.
- (44) Otto, a. a. O. (Ann. 42), S. 49.
- (45) 本件事は、森林小屋からの帰り道、A及びBは川の上流の道路脇にあった二個の大きな石に気づき、Aの提案によりその斜面から、もしくは突き出た岩場からこれらの石を転げ落とそうとした。彼らには十分土地勘があり、殊にこの場所には漁師達がしばしば居合わせることを承知していた。そして約五二キロと一〇〇キロ強の重量の大きな石は、もし偶然その危険領域に人がいれば当たるとも有り得るので、BはAの提案により、下の斜面か川岸に誰かいないかどうか見するため、断崖から数歩前へ乗り出した。このとき彼は「下に誰かいるか」と一度大声で尋ねたが、彼の所からは川の右岸を覗き見ることは不可能だった。誰からも応答がなかった後、BはAのところに戻り、一〇〇キロ以上の大きな重い石を下へ転がした。その後Aは小さい方の、約五二キロの石を同じように転がした。斜面の下にいた漁師Cはどちらかの石に当たって死亡したことは確かであるが、どちらの石によったかは確認されなかった。とさうものである。BGE 113 IV 58; vgl. Otto, a. a. O. (Ann. 42), S. 47.
- (46) 杉田裁判官は、BがAの依頼により通行人が通らないか見張っていたが、Bが他に気を奪われていた間に、下の道を通りかかっていた者に石が当たり死亡したような事案は、Aが危険創出行為を行い、Bがその危険の現実化を阻止するという役割を分担しており、具体的にはA Bの行うべき結果回避措置はその内容を全く異にしており、しかもその措置の履行について相互性がないことからして、両者の結果回避義務を共同義務と見ることは困難であり、A B個別に単独過失を問うべきであろうとされる。杉田宗久「過失犯の共同正犯」『新実例刑法（総論）』（青林書院、二〇〇一年）三五二頁。

(47) 今国が抱えている問題は、医師の確保である。問題は、小児科や産婦人科などの医師不足のほか、地域による医師の偏在である。経済協力開発機構(OECD)の調べでは人口千人当たりの医師数が日本は二人で、先進国の平均の二・九を大きく下回る(二〇〇七年六月二四日朝日新聞朝刊)。