

論文審査の要旨
(Summary of Dissertation Review)

博士の専攻分野の名称 (Degree)	博士 (法学)	氏名 (Author)	楼 潔
学位授与の要件	学位規則第4条第2項該当		
論文題目 (Title) A Study of Co-principals of Negligence- Based on the Phenomenon of Medical Negligence (過失犯の共同正犯について—医療過失事件を契機として)			
論文審査担当者 (Dissertation Committee)			
主 査 (Committee chair)	教授 吉中 信人		印
審査委員 (Committee member)	教授 George Mousourakis		印
審査委員 (Committee member)	教授 日山 恵美		印
審査委員 (Committee member)	教授 江頭 大蔵		印
審査委員 (Committee member)	松山大 明照 博章 学 教 授		印
〔論文審査の要旨〕 (Summary of Dissertation Review)			
<p>審査対象論文は、“A Study of Co-principals of Negligence -Based on the Phenomenon of Medical Negligence” (過失の共同正犯に関する研究—医療過失現象を中心として—)である。本論文の構成は、「序説」、第1章「過失共同正犯の理論—概説」、第2章「過失理論」、第3章「過失行為者の正犯性」、第4章「過失正犯者の共同性」、第5章「因果関係」、の5部からなる。その内容は、日本における過失犯の共同正犯について整理・考察するものであるが、まず過失犯論において新過失論を採用し、共犯論においては、規範主義的アプローチへの親近性を示しつつ、限縮的正犯概念を過失犯にも妥当させる。それにより、正犯性を客観的帰属論によって限定し、過失犯に対する共犯を概念として認めつつ不処罰とする一方、共同正犯については、同時犯解消説を否定しながら因果的共犯論に批判的な立場を採り、むしろ因果支配性を基軸に共同正犯の成立を肯定するものである。</p> <p>以下具体的に検討する。本論文の前半部分では、医療過誤が刑事責任を問われる可能性があるのか、行為者が過失犯の共同正犯として責任を負うのか、それとも過失犯の競合として責任を負うのか、という2つの主要な問題とこれに関連する論点を検討している。これらの疑問に答えるため、過失正犯および共同正犯の構成要件を分析する。そして、刑事上の医療過誤における過失共同正犯の正犯性を限定するために、客観的帰属論を採用している。通説では、複数の行為者が共同義務を共同違反し、その結果、結果が発生し、それによって過失犯の共同正犯が成立するとされている。つまり、共同義務の共同違反が共同正犯たる要件である。日本刑法における注意義務の内容としては、法令、規則、そして契約のみならず、不文律の行為規範等までも指摘されることがある。しかし、こうした基準が過失責任を拡大させているとして、この点を問題点の一つとして、慈恵医大青戸病院の腹腔鏡手術・手技上の過誤事件が検討される。ここで「共同義務違反」の基準だけでは、事実的アプローチの欠点が顕現し、過失犯の共同正犯概念の適用が理論的には困難を生じる可能性もあることが意識されたことから、客観的帰属論による、刑法上許されない危険の共創という考え方が有用であるとされる。すなわち、過失犯の実行行為とは、刑法上許されない危険の創出である。本論文では、「注意義務違反」の要件は排除されたのではなく、下位の要件に降格されている。つまり、行為者が注意義務に違反したか否かの分析は、許されない危険の創出があったか否かを判断するために必須の参考資料となるのである。民事上の過失と異なり、刑事上の過失は、より厳格に認定されなければならない。このことは、刑事的過失の義務違反の閾値が民事的過失の場合よりもはるかに高いことを示唆しており、現状、医療従事者に課される注意義務のレベルは、他の社会的活動の実施者よりも不当に厳しいものが要求されている</p>			

と指摘する。過失の一種である医療過誤は、平等原則に基づき、一般の過失と同じ基準で判断されるべきであり、刑法は、医療従事者に、専門分野に関係のない事項、言い換えれば、専門的知識・技術を要しない事項についての義務を課していると考えられるべきであるとされる。

そして、刑事上の過失は、犯罪として処罰されるほど極端な逸脱でなければならず、一般に、その基準は、注意基準からの著しい逸脱と定義されるが、本論文では、違反の程度が悪質かつ極端に達したものであるべきことが強調される。

次に、限縮的正犯概念の下では、過失責任は拡張的正犯概念よりも狭くなり、このことから、本論文は、過失正犯の判断に限縮的正犯概念を採り入れることを提言している。過失の場合、共犯と正犯が区別され、共犯とは、正犯の実行行為に参加して間接的に法益を侵害し、正犯は法益に対する直接侵害の禁止に違反することと定義づけられる。したがって、各過失者は基本的義務に悪質に違反する上、それぞれの違反が犯罪事実の因果過程を支配していることも求められているのである。しかも、日本刑法では過失犯の未遂や共犯は処罰されず、医療過失はすべて結果に基づく犯罪であるため、違反行為と最終的な法益侵害の関係は、過失行為の評価とともに考えなければならない。各関与者は、犯罪事実全体を支配する必要はないが、その不法行為によって、法益の侵害の危険性が創出または増大したことが必要である。結論として、医療従事者の非専門的義務違反が甚だしいものに達し、その違反が患者に傷害または死亡の危険を生じさせ、または増大させた場合に過失の要素を満たすものとしている。

そして、本論文の後半部では、共同正犯論について、主に正犯性と共同性の見地から検討される。先ず、共同正犯を構成するために、複数の過失のある関与者の意思連絡が必要であるか否かが問題とされる。日本における共同正犯では、意思連絡は不可欠な要素であるが、過失共同正犯は正犯者間の意思連絡に依存しない、と筆者は主張する。それは、「意思連絡」の要件は、因果的共犯論から生まれたものであり、この学説は共同正犯における共犯の処罰根拠（一部実行全部責任）とされるものであり、各参加者は、正犯か共犯かにかかわらず、結果の実現に向けて心理的・物理的因果性があるため、他の関与者が行った犯罪全体に対して責任を負うと解する。そして、心理的因果性には、参加者間の意思連絡が要求される。行為共同説による「意思連絡」の要素を排除する可能性も示唆されるが、因果的共犯論を適用する限り、排除は困難であるとする。そこで、因果的共犯論に代わるものとして、本論文では、正犯のみの処罰根拠となる「因果過程の支配」が挙げられており、その場合、意思連絡はもはや不可欠な要素ではないとされる。そして、過失による共同正犯は、合意（共同所為決意）に基づく過失と非合意に基づく過失の2種類に分類され、どちらのタイプの過失も、共同正犯につながることもあり得るとされる。合意型過失は、行為者の相互の同意と合意を履行するための共同行為に基づく、関与者間の共同関係をもたらすものである。非合意型過失では、各正犯が最終的な構成要件の結果と因果関係があり、被害を与えない義務を共有している場合、共同関係が成立していることになる。この場合、関与者間の意思疎通や合意、あるいは意思連絡は要求されないことが帰結される。医療チームのメンバーは、ある患者のために有害な結果を回避し、他のメンバーの違法行為がその患者に損害を与えることを防止する契約上の義務を負っており、このことは、これらの医療従事者が共同関係を有していることを示している。チームメンバー全員が重度の過失行為を犯し、その結果患者が死亡または傷害を負った場合、共同責任者として問議されることとなる。

結論として、刑事上の医療過失は、極稀なケースにのみ留保されることが望ましいとし、医療従事者に対する公訴提起は、医療現場に対する信頼性に鑑み、また、医療従事者の平穏な労働環境を守るためにも慎重に行われるべきものであるとする。但し、医療従事者が、基本的な業務において、悪質なまでに行き規範に違反し、それによって患者の死亡や傷害の危険性を生じさせたり高めたりした場合は、刑事訴追を受ける可能性を留保している。それは、刑法が禁止する危険をもたらすからである。責任については、複数の医療関係者が合意に基づいて違反行為を共同し、有害な結果をもたらした場合、共同関係が成立し、共同正犯として責任を負う可能性がある。非合意過失の場合、各行為者が正犯に該当するとの前提で、有害な結果を防止する法的責任を共有していれば、共同正犯として法的責任を負うことができるとされる。

以上、本論文は、既存の先行研究を踏まえながら、過失犯の共同正犯を共同義務の共同違反というメルクマールから肯定するというオーソドックスな結論を維持するものであるが、限縮的正犯論と客観的帰属論の採用から、正犯の実行行為性を承認しつつ、因果的支配論を基軸に正犯性を導出し、二元論の立場から、合意と非合意類型のそれぞれに共同性を承認するものである。ここでは、刑法上の注意義務違反を高く設定するなど、処罰範囲を限定する方向性は一貫している。実務においては、過失競合論や同時犯処理によって処理される傾向も看取できるものの、学説上も、過失犯に共同正犯成立の余地を認める見解はなお有力であり、日英中国語の先行研究を丁寧に解説しつつ、伝統的な論点である過失犯の共同正犯について、医療過誤という実践的なテーマを中心に果敢に取り組み、一定の成果を導き出した点は、今後の発展可能性を大いに感じさせるものであり、審査の結果、本論文の著者は博士（法学）の学位を授与される十分な資格があるものと認められる。