

医療過誤訴訟における医療水準

萩原由美恵

はじめに

第一章 診断ミスに関する判例の考察

一 フォルクマン阻血性拘縮事件

二 割り箸事件

第二章 診断ミスにおける医療水準の意義

一 民事裁判と医療水準

二 刑事裁判と医療水準

第三章 刑事裁判における過失の認定
おわりに

はじめに

最近、医療事故が多発している。それらも、七〇歳代の男性患者の緑内障の手術で左眼を手術するところを間違

えて右眼を手術した（於東京大病院⁽¹⁾）、四九歳男性患者の腹部の腫瘍摘出手術をしたらソフトボール大のタオルが見つかった（於茨城県の病院）が、それは二五年前に千葉県の病院で十二指腸潰瘍の手術を受けた際担当医師が体内に置き忘れたものであると判明した⁽²⁾というような、「あり得ないミス」によるものが多い。決して許されないことと憤りを感じざるを得ないが、なかには医療事故に於ける過失の理論を駆使しなければ容易に医師の責任を問えないような複雑な事例もある。

医療過誤事件が起きた場合、医療側の負う法的責任には民事責任、刑事責任、行政上の責任の三つがある。それぞれ競合関係にあるが、医学的な専門知識によらなければ過失の有無の判断が困難な医療事故は、従来民事による解決に任せる傾向が強かった。患者と医師との間の医療契約違反があったとして医師や病院に対する債務不履行（民法四一五条）に基づく損害賠償請求や、医師に対する不法行為（民法七〇九条）に基づく損害賠償請求を認めてきた。病院側がミスを認め、謝罪している場合には示談で解決する場合もある。それに対して、医療事故は刑事裁判にはなりにくく、原告の損害賠償請求が認められても刑事罰の対象にはならないことが多かった。これは実質的な落ち度の証明が困難であること、たとえ事実関係が明らかになっても、医師には広い裁量性や断行性が認められていること等から、法律上の責任追及が困難であることに起因する。したがって、刑事では行為と結果との間の因果関係と過失の存在が明確な形で立証し得る可能性が認められる場合に限り立件されてきたが、裁判で有罪になっても罰金刑が科されることが殆どであった。しかしここ数年、医療事故に対して積極的に刑事介入を行うようになり、医療事故を起こした医師や、看護師、麻酔医など関係者に対して業務上過失致死傷罪の成立を認め、禁錮刑が適用されるケースも増えてきた⁽³⁾。もちろん依然として起訴率は低いが、このような刑事介入の増加は、医療事故に関する報道が増え、患者側が医療事故に対して敏感になってきたことが影響していると思われる。患者側の切なる

願いは真実を知ることであろうが、医療関係者の不誠実な対応に怒りを覚え、安易に刑事裁判に訴える傾向もあるのではないだろうか。ときには、新薬による副作用、新技術による治療に伴う未知の危険、患者の特異体質に伴って起きた予見不可能な事故等医師に的確な判断に基づく対応を求めるのが難しいこともあるだろう。最近の医師の過重勤務状況など、病院の管理責任の問題も事故原因として指摘されている。このような現状を考えると、被害者の要望にこたえて刑事介入を積極的に行うことは、医療関係者にとって酷であり脅威となり、かえって萎縮医療につながりかねない。

福島県大熊町の県立大野病院で二〇〇四年一月十七日帝王切開手術を受けた女性(当時二九歳)が、子宮内壁の胎盤剝離中の大量出血によりショック状態に陥り死亡した。外部の専門家で構成する県の医療事故調査委員会が執刀医の判断の誤りを認める報告書を作成したのをきっかけに、福島県警が二〇〇六年二月に担当医師を業務上過失致死罪と医師法二一条違反⁴の疑いで逮捕した。この事件は一般的な医療行為に突然警察が介入したため医療関係者に波紋を投げかけ、病院勤務の多くの産科医がやめたという話も聞く。二〇〇八年八月二〇日に、福島地裁は弁護側証人の医師の鑑定や証言を全面的に採用し、用手剝離を開始した後は、出血をしても胎盤剝離を完了させ子宮の収縮を期待すると共に止血操作を行い、それでもコントロールできない大量出血の場合には子宮を摘出するというのが臨床上の標準的な医療措置と解するのが相当であると判断して医師を無罪とした⁵。

刑法には謙抑性の原則があり、刑法はあらゆる違法行為を対象とすべきではなく、刑罰は必要止むを得ない場合においてのみ適用されねばならない。同じ事件が民事裁判と刑事裁判の双方で争われるケースがあるが、以前から過失認定に必要とされる注意義務の違いが指摘されている⁶。実務では、民事過失は、被害者の救済を重視する立場から比較的軽微な形式的落ち度でも責任の根拠とすることが多いが、刑事過失では、刑罰に値するに足りる程度

実質的な落ち度がないかぎり、容易に過失は認められていない。したがって医療事故では、民事責任が認められても刑事責任は認められないことが多い。また、刑事責任が認められれば、その多くは示談で解決しない限り当然民事裁判の対象となり、過失が認められ原告勝訴にいたる。しかし、杏林大学病院割り箸事件では、刑事裁判では医師の過失責任が認められたが、民事裁判では医師の過失が認定されなかった。この事件は、医療過誤事件における民事・刑事両裁判の位置づけについて改めて検討する機会を与えてくれた。

民事裁判では医師の注意義務違反の程度を判断するときの基準として、従来「医療水準」が重視されている。この割り箸事件でも、民事裁判では詳しい医学的鑑定が行われ、それを参考に医療水準が提示され、医師の過失について判断された。しかし刑事裁判ではその点に関する検討は殆どなされなかった。刑事裁判では医療水準が論じられるケースはそれほど多くはない。なぜなら刑事過失が認められたものの多くは患部や血液型のと異なるミスというような治療上の初歩的ミスであり、そこには医師の明らかな落ち度が存在しており、あえて平均的医師が被告医師の立場ならどのような態度をとったであろうかという医療水準の議論をするまでもなかったからである。ところが、前述大野病院事件の刑事裁判では、臨床上の標準的な医療措置を引き合いに出して医師の過失の有無を論じている。過失の有無の判断が難しい事故については、刑事でも過失の認定基準として医療水準の役割を見直す必要があるのでないだろうか。

そこで、本稿では医師の裁量が広く認められている診断ミスにしばり、医療事故に関する刑事裁判における医療水準の意義について民事裁判を参考にしながら考えてみたい。先ず第一章では医師が単独で犯した診断ミスの事案で、民事裁判と刑事裁判双方で争われ、その結論を異にした二つの判決をとりあげる。第二章では、「診断ミス」に関する民事・刑事の判例について医療水準の意義を考察する。第三章では、刑事裁判における過失認定のあり方

を検討し、そして最後にウルゼンハイマーの見解を参考にしながら自己の見解をまとめてみたい。

第一章 診断ミスに関する判例の考察

一 フォルクマン阻血性拘縮事件

①民事裁判

浦和地判昭和五三年四月三一日（判例タイムズ三六六号三二一頁）

②刑事裁判

東京高判昭和五三年一月一五日（刑裁月報一〇卷一一・一二号一三九〇頁）

本件は民事と刑事の双方で裁判になった事件である。民事判決では被告の過失が認められ不法行為に基づく損害賠償請求が認められたが、刑事判決では被告人の過失は否定された。

事案

整形外科病院院長であるXは、昭和四四年二月五日自転車の荷台にのったまま転倒し左腕を受傷した男児A（三歳）を、左上腕骨顆上骨折と診断し、垂直牽引療法を開始したが、同療法にはフォルクマン阻血性拘縮と呼ばれる前腕筋組織の壊死・変形を起こす危険性があるので、骨折あるいは治療施行後約一〇時間は同拘縮の前駆症状

ないし初期症状の有無を十分に監視し、その発現を認めたとときは同拘縮の発生ないし悪化を防止すべき業務上の注意義務があった。しかしXは之を怠り、前駆症状ないし初期症状が現れているにもかかわらず垂直牽引療法を継続して（翌年一月五日にギブス除去）、Aの左手指、左前腕などの成長及び機能に障害を生ずる傷害を負わせたという事案である。

民事判決

ここでは、Xの過失を認定するに際して、まず初めに医師の一般的な注意義務について次のように述べている。「医師は、医療及び保健指導を掌ることによって公衆衛生の向上及び増進に寄与し、国民の健康な生活を確保することを職分とし、患者の生命の維持、健康の回復、増進などの人間にとって最も基本的な部分を扱うものであるから、医療行為に際しては自己の採りうる最善を尽くすことが求められるのであり、とりわけ自己が専門として挙げる分野については他の分野についてより高度な技術、知識を期待されているものであり、したがってより高度な注意義務を負っているものである」。そして本件被告は整形外科を専門としており、高度な注意義務が求められると述べ、被告の具体的過失について次のように判示した。

① 骨折の治療方法の選択についてであるが、治療方法が複数あり、そのいずれによるのが最も妥当であるかについて通説的見解が確立されていない場合には、Xが具体的な臨床状況に応じて自らの合理的な判断に基づいて特定の治療方法を選択してこれを施すしかないとして、スピードトラックによる垂直牽引療法を採用したことに關しては何ら注意義務違反はない。

② 次にフォルクマン拘縮の先ぶれである阻血の有無を看視すべき義務を怠ったか否かについて判断した。（1）

フォルクマン拘縮はしばしば上腕骨顆上骨折に引き続いて発症し、筋組織に高度の機能障害を与える疾患であり、固定が完成した後は完全な治療方法が確立されていないため、その予防と早期発見が肝要である、(2) 本症の急性期の臨床症状(末梢部の動脈拍動の消失または減弱、知覚・運動神経の麻痺の症状、末端部が臑側より冷たく青味をおびかつ腫脹すると共に強い自発性疼痛等)は拘縮に至らない通常骨折でも程度の差はあるが現れるので、医師はその症状の程度と経過を看視しなければならぬ、(3) これらの前駆症状ないし初期症状が発現する時期は、受傷後若しくは治療施行後二四時間以内、遅くとも四八時間以内であるから特にこの時期の看視が重要である、(4) 本症は特に一〇歳以下の幼児に起こる可能性が高いので、一層看視を厳しくしなければならぬ。以上の医学的知識は医師特に整形外科医においては周知のことであり、被告も例外ではない。Xは、一月六日、七日と受傷後自ら全く診察を行わず、他の医師をして診察させることもなく、爪の色が変わったら知らせるよう指示しただけで、看視義務を怠ったことは明らかである。

③ 予見可能性について、男児は入院当日から翌日にかけて拘縮の前駆症状ないし初期症状と認められる著名な腫脹、疼痛、その他の症状を発現していたので、被告としては十分に看視さえしておれば、当然フォルクマン拘縮の発生の危険を予見することが出来る。

④ 最後に結果回避可能性について、「フォルクマン拘縮の急性期症状を認めたら、直ちに包帯を取り除き、牽引の方法を切り換え、あるいは骨折部の徒手による整復を試みるなどして血行改善をはかり、それでも血行の再現が得られない場合には、観血的な徒手整復、また情況によっては交換神経節に対するプロカイン伝達麻酔あるいは徐圧手術などの処置を速やかに施行すべきであり」、多くの整形外科医はこのような方法で拘縮の発生を防止しているから、被告において十分に患者を看視し、急性期症状を認めたら、重篤なフォルクマン拘縮の結果発生は回

避することができる。

以上Xは二月五日から六日朝にかけてフォルクマン拘縮の前駆症状ないし初期症状の有無を十分看視すべき義務があるのに、これを怠った過失によりAにフォルクマン拘縮を発生させたものといふべきであると判示し、民法七〇九条にもとづく損害賠償請求を認めた。

刑事判決

原判決である浦和地判昭和五二年三月二八日⁹⁾では、骨折あるいは治療施行後約二四時間は腫脹、疼痛、チアノーゼ、知覚異常などのフォルクマン阻血性拘縮の前駆症状ないし初期症状の有無を十分に監視しなければならず、その発現を認めたときは、同拘縮の発症を防止すべき業務上の注意義務があるのに、Xは同拘縮の前駆症状ないし初期症状の発現に気づかず、適切な診療を怠ったため翌年一月五日まで同拘縮を固定させ、よって左手指、左前腕などの成長及び機能に障害を生ずる傷害をおわせたとして、被告人に業務上過失致傷罪を適用して罰金五万円を科した。

これに対して、「被告人は本件拘縮の発症を予見することは不可能でありそれを防止する治療をなすべき注意義務はなかった」として控訴が提起された。

東京高裁は、次のように判示した。

① 監視義務について、被告人は入院患者の診療・観察の体制を整え、被害者をはじめとする患者の病状把握に努めるとともに、自らも被害者を適宜診察して、その病状の推移に対する監視をしていたと認めるのが相当であり、患者に発現していたフォルクマン拘縮の前駆症状ないし初期症状もそれほど顕著なものではないことをあわせ

考えると、症状の監視義務の懈怠はない。

② 予見可能性について、Aに現れているフォルクマン拘縮の前駆症状・初期症状はそれほど顕著なものではなく、しかも骨折の場合疼痛及び腫張は程度の差はあるが骨折に随伴する症状であり、強度のものであっても多くはフォルクマン拘縮にならずに治癒しているので、直ちに症状発現時に拘縮の発生を確実に予見することは非常に困難である。

③ 結果回避可能性の点について、垂直牽引療法を解くことは、骨折に対する治療を放棄することに他ならず、フォルクマン拘縮の原因たる血行遮断ないし障害を除去するための観血療法は特に幼児の場合難しく且つ危険を伴うこともあり、フォルクマン拘縮発生が懸念されても症状の推移を見守るのが大多数の医療における現実の治療方法である。本件と同じ立場に置かれた専門医一般も直ちに拘縮発生を防止すべき特別の治療措置を施すべき業務上の注意義務があるとはいえないので、垂直牽引療法を継続した被告人の措置は医師としての治療上の裁量の範囲を逸脱した違法不当なものであるとは断定できず、結果回避措置を採らなかつたことについての業務上の過失責任を負うのは相当ではない。

フォルクマン拘縮の発生のメカニズムは医学上未だ解明し尽くされてはいないうえに、治療上格別の落ち度がなくともフォルクマン拘縮が発生することがあり、現在の医療水準に照らせば、結果的に拘縮が発生したことから、直ちに担当医師に診療上の過誤があったとするには相当ではない。被告人は平均的な整形外科医のとるべき医療手段を怠っておらず、被告人の処置は医師としての裁量と技術の範囲内であるとして、被告人を無罪にした。

本件について、浦和地裁の民事判決と東京高裁の刑事判決では、過失認定を巡り次のような違いが見られた。

① まず事実認定について異なる箇所がある。民事判決では、患者に付き添っていた母親が病院内での出来事を

記載した手帳と病状の推移等を記載したノートを証拠として採用し、そしてそれに基づいた母親の証言⁽¹¹⁾の信用性を認めたが、刑事判決ではこれらの記載は退院後相当日時が経過してから一度に記載がなされた蓋然性が高いことから、信用性がないとして採用されなかった。その結果前者では一月五日垂直牽引療法を施した後、八日朝の診察時までにはまったく診察がなかったとされたが、後者では五日垂直牽引療法開始後八日朝まで医師の診察が全くなかったとはいえないとされた。また前者では、前駆症状ないし初期症状とみられる症状は発現しているとして、十分看視していればフォルクマン拘縮発生の危険は当然予見可能であったが、後者ではそもそもAの症状に拘縮の初期症状や前駆症状が明確に現れていたとは断定できず、しかもそれらの症状が骨折に随伴する症状であることから拘縮発生を確実に予見することは困難であるとした。

② 刑事判決ではフォルクマン拘縮を確実に予見することまで要求している。この点については、仮に具体的予見可能性が必要だとしても、本件のように結果発生の医学的メカニズムについてまで予見可能性を要求すべきではないという見解⁽¹²⁾もある。

③ 民事判決では、医師は自己が専門とする分野に関しては高度な注意義務を負っていることを前提として、Xにも高度な注意義務を求めた。そしてフォルクマン拘縮の程度、フォルクマン拘縮が発生する仕組み、急性期の臨床およびそれに対する処置に関する専門的知識をかなり詳しく紹介したうえで、フォルクマン拘縮の急性期症状を見たら、多くの整形外科医は直ちに包帯を取り除いて牽引方法を切り換え、あるいは骨折部の徒手による整復を試みる等の拘縮発生防止措置を行っているとして、Xの結果回避可能性を肯定した。それに対して刑事判決では、垂直牽引療法を解くことは骨折に対する治療を放棄することに他ならず、拘縮の原因となる血行遮断を除去するため観血療法は幼児の場合難しく危険を伴うものであり、症状の推移を見守るのが大多数の医師に於ける現実の治療

方法であるとした。両判決共に整形外科医としての医療水準を参考に結果回避義務を怠ったか否かが検討されているようだが、刑事判決では、医師の裁量を広く認め、危険性を考慮して垂直牽引療法をとかなかった態度は、治療上の医師の裁量の範囲を逸脱した違法不当なものではないと判断した。⁽¹³⁾

二 割り箸事件

① 刑事裁判

東京地判平成一八年三月二八日⁽¹⁴⁾

② 民事裁判

東京地判平成二〇年二月二二日⁽¹⁵⁾

本件も、フォルクマン阻血性拘縮事件同様、民事と刑事の双方で裁判になった事件であるが、刑事判決では医師の過失が認められたものの因果関係がないとして無罪にされ、刑事判決の後で出された民事判決では医師の過失そのものが否定された。

事案

平成一一年七月一〇日A（当時四歳九ヶ月）は母親に連れられ兄と共に盆踊り大会に遊びに来ていた。Aと兄は綿菓子のお店で試作品の綿菓子をもらい食べていたが、母親はその場をはなれた。その間に綿菓子を食べ終えた

Aは、走り出した兄の後を追い綿菓子子の割り箸をくわえたまま走り、午後六時五分俯せに倒れ、割り箸が軟口蓋につきささった。Aは自ら割り箸を引き抜き、放り投げた（放り投げたという割り箸はみつかっていない）。あわてて駆けつけた母親に抱きかかえられた時Aは呼びかけても反応しなかったため、救急車が呼ばれ午後六時四〇分に杏林大学医学部付属病院に到着し、耳鼻科救急外来で受診した。担当医X（耳鼻咽喉科）は、母親から転んで割り箸が喉に突き刺さっていると聞き、Aの口を観察したが裂傷を認めたものの出血はしていなかった。また特に硬いものが触れるということもなかったため、口腔内の受傷部位を消毒し、ケナログ（消炎剤と抗生剤を含んだ軟膏）を傷口に塗布した。そして、Xは、母親に対してゆっくり休ませるように注意して、抗生剤と消炎鎮痛剤を処方して診察を終えた。

翌一日午前七時三〇分ころ、母親がAを起こそうとしたらAの唇が紫色になっていたため、救急車を呼び午前八時一五分に救急外来に収容されたが、既に心停止状態にあり、医師二名により気管内挿入による人工呼吸や心臓マッサージが施されたが、午前九時二分に死亡が確認された。心肺蘇生中、Aの軟口蓋の傷を視診・触診したが異物は発見されなかった。

病院は検死を依頼したが、警察医もAの口腔内に異物などを発見できなかった。しかし一二日に慶應義塾大学法医学教室で行われた司法解剖の結果、Aの頭蓋内に残存していた割り箸を発見し、直接の死因は頭蓋内損傷によることが判明したという事案である。

刑事判決

ここでは、検察官が主張した過失の前提事実（①Aが割り箸をくわえたまま転倒して軟口蓋を受傷した、②頻繁に嘔

吐を繰り返した、③意識レベルが低下してぐったりした状態であった)が全面的に認められ、大学の医学部の付属病院の耳鼻咽喉科の医師であるXは、「割り箸の刺入による頭蓋内損傷」を想定すべきであり、患者の意識レベルが低下してぐったりとした状態であり嘔吐を繰り返していたのであるから、頭蓋内に何らかの異変があったと疑うことは可能であり、割り箸が頭蓋内に強く衝突し脳の頭蓋底に接する部分に出血を起こすなどの損傷が生じた可能性を予見すべきである。しかもその際除外診断を行うべきであるのにそれを怠り、軟口蓋の単なる裂傷に過ぎないと軽信し、傷口に消毒薬などを塗布し、抗生剤などを処方しただけで帰宅させてしまった。また、母親に対して転倒状況、残りの割り箸の存在、受傷直後のAの様子などについて十分な問診義務を果たさせば、割り箸の刺入による頭蓋内損傷の疑いが強まり、ファイバースコープによる上咽頭の観察それに次ぐCT撮影、若しくは初めからCT撮影を行えば、その結果如何ではAは即座に入院となり、脳神経外科に引き継がれより詳しい原因究明が行われ、貫通した割り箸が左頸静脈腔を通過して頭蓋内にまで刺入し小脳にささっているという本件事故の全貌が判明したであろう。しかしXはそのような結果回避措置をなら講ずることもなかった。このようにXには予見義務や結果回避義務を怠ったという過失はあるものの、仮にAを脳神経外科医に引き継いだとしても、脳神経外科医により左頸静脈を再建することは技術的・時間的にみて極めて困難であり、Aの救命の可能性はもとより延命の可能性も極めて低かったという合理的疑いが残るとして因果関係が否定され、Xは無罪とされた。

民事判決

原告は、医師Xは割り箸の刺入による頭蓋内損傷及び頭部打撲等による頭蓋内損傷を予見し、適切な診療・治療を行う義務があったのにもかかわらず、初期的印象診断¹⁶⁾を慎重に行わずに、十分な問診やCT・MRI検査も行わ

なかったという診療上の注意義務違反（過失）があり、それが原因で子どもが死亡したと主張し、不法行為に基づき損害賠償を請求した。¹⁷⁾

Xは次のような理由をあげて、自らの判断には過失はないと反論した。

① 当時口腔・中咽頭の外傷については医療水準といったものが確立されている状況ではなく、医療の裁量が許される領域である。傷口に異物は残っておらず、折れた割り箸が病院に持参されなかったことから、割り箸が頭蓋内に残存する可能性を考慮しない診断であっても何ら過失はない、② 軟口蓋から頭蓋内に異物が到達するルートは、頸静脈孔を通過するルートと、頭蓋底を穿破するルートの二つが考えられるが、前者は前例となる症例が本件以前には皆無であり、これを経験則上想定して診察にあたることはなく、後者も実際に木片が刺入して頭蓋底を穿破した症例は報告されていない、③ 脳幹部に異物が達したら、高度の意識障害、四肢麻痺が起こるが、Aには全くそれがみられず、出血の程度、傷の深さからそれを疑うべき根拠もない、④ 口腔外傷について異物の存在を確認するためファイバースコープで上咽頭部を観察するという手技が医療水準として確立しておらず、しかも頭蓋内損傷を予見する義務がない以上ファイバースコープによる検査義務がないのはなおさらである、⑤ 現実の医療において、すべての患者にあらゆる検査を行うことは医療サイドから見れば人的・物的に不可能であり、また患者サイドから見れば放射線をあびるといふ害や過剰な医療を強いられることになり、観念的に口腔内刺傷があればCT・MRI検査を行うべきとするものは現実的でなく、決して医療水準を画するものとはならない。脳内損傷の疑いがない以上、当時機械の性能上被爆の弊害が大きくとされていたCT検査を敢えて行う義務はなく、MRI検査の必要もない、⑥ 診療当時の状態からみて経過観察が大事だと考え抗生物質を投与して感染を防止し、母親に容態観察を怠らぬよう指導している。

判決では、「人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のため実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるが、この注意義務の基準となるべきものは、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である⁽¹⁹⁾」と述べた上で、次のような判断を下した。

① 被告はAの頭蓋内損傷を予見することが可能であったかという点について、割り箸様の木片が頭蓋底を刺突し、頭蓋骨そのものを損傷することなく、刺突の際の衝撃が頭蓋骨中を伝播することによって頭蓋内損傷が生じるとの医学的知見が確立されておらず、このような症例も報告されておらず、Aの嘔吐も中枢神経系の疾患によるものであったと断定することは出来ない。よって口腔外傷に関する医療水準や解剖学的・臨床学的知見、Aの意識レベル、受傷部位の状態、頭蓋内に残存していた割り箸片が確認困難な状態であったこと等にかんがみれば、割り箸の刺入を原因とする頭蓋内損傷を予見することが可能であったとはいえない。また視診・触診の結果頭部打撲を原因とする頭蓋内損傷を予見することも可能であったともいえない。以上診療当時の臨床医学の実践における医療水準に照らせば、Aの頭蓋内損傷を予見することは可能ではなく、頭蓋内損傷が生じていると診断すべき義務があったとはいえないので被告の診療行為には過失はない。

② Xの問診義務違反についても検討を加えているが、そもそも質問の前提とされる頭蓋内損傷が生じているとの子見が不可能とされているのであるから、Aの受傷機転や受傷後の状況について当を得た質問を行わなかったことにつき法律上の注意義務に反すると評価することはできないとした⁽²⁰⁾。

刑事裁判で過失が否定され無罪となっても、民事裁判では過失が認められる傾向が強かったこれまでの傾向からみて刑事裁判で認められた過失を民事裁判で否定した本事例は極めて特異なものといえよう。本件について民事判決と刑事判決では、過失認定をめぐり次のような違いが見られた。

① 刑事判決では頭蓋内損傷は予見可能であるとされ、民事判決では予見不可能とされた。このような違いは事実認定の違いにある。前者では、「Aの意識レベルが低下してぐったりとした状態であった」という檢察官主張の事実を全面的に採用した⁽²¹⁾が、後者では救急車で搬送中のAは呼びかけに答えて口や目を開けており、救急活動記録票にも現場到着時から病院の医師に引き継ぎ時までの患者の意識を「清」と評価されており、看護師への引き継ぎ時にも救急隊長はバイタルサインには問題がないと伝えている。

② 刑事判決では、民事判決で問題とされたような医療水準に関する指摘はみられない。後者では、頭蓋内損傷の予見可能性の有無の判断にあたり、書籍（「今日の耳鼻咽喉科頭頸部外科治療指針」、「今日の治療指針一九九七年版」）や口腔外傷の治療指針に関する論文を参考にして医療水準を明確に示している。

第二章 診断ミスにおける医療水準の意義

一 民事裁判と医療水準

「診断」とは疾病の実態を認識し、その上にたって治療手段を選択し、その過程で病気の予後判断を行う行為を指す。診断ミスといっても、初期診断時に誤診してしまった場合（初期診断のミス）、問診義務を十分尽くさなかった場合（問診時のミス）、⁽²²⁾的確な診断に必要な検査を怠る若しくは検査結果を正しく評価しなかった場合（検査時のミス）、入院させずに安易に帰宅を許可してしまったり、若しくは帰宅後の諸注意を怠った場合（経過観察時のミス）、初期診断には過誤は認められないがその後発現した症状の診断を間違えた場合（途中診断のミス）などに分けることができる。そのいずれもが、医師の経験や資質に拠るところが大きく、医師の裁量も入りやすい。そこの

過失の有無の判断は、医学の素人である裁判官や検察官にとって困難である場合も多い。

民事裁判では、以前から医療事故に於ける医療水準の重要性が認識されており、医療水準に関する議論も活発であった。診断ミスに関する事案でも、医療水準を基準にして、医師の思いこみや予断による初期診断ミスに過失が認められた判例⁽²³⁾や、初診時には病気の徴候がみられなかったため初期診断ミスは認められないが、その後の対応に問題があるとして過失を認めた判例⁽²⁴⁾等がある。民事判例では、医師には危険防止のため経歴上必要とされる最善の注意義務が要求されており、その注意義務の基準が「診療当時の臨床医学の実践における医療水準」と考えられている。法的観点から医療水準をさだめたものはないが、専門学会や厚生労働省研究班の公的ガイドラインは存在する⁽²⁵⁾。しかし最高裁によって、これらは一律に医療水準とはならず、医療水準の認定は当該医療機関の性格や地域の医療環境などを総合勘案して行うことが示された⁽²⁶⁾。公的ガイドラインといっても、その内容の新規性や知見としての普及の程度は多様であり、各個別のガイドラインごとに当該医療機関の規模、所在、特性などの諸事情を勘案した上で、その知見をもつと期待出来るか否か吟味されなければならないとの見解⁽²⁷⁾もある。ドイツの判例でも、指針や勧告と医療水準との違いが指摘されている⁽²⁸⁾。産婦人科医が事故当時（一九七八年）適用されていた連邦医師・連邦保険委員会作成の妊娠期処置基準（一九七四年度版）に従い十分な免疫があると判断し風疹の予防接種をしなかったため、先天性風疹症候群の子供が生まれたとして訴えられた事件で、一九八五年デュッセルドルフ上級地方裁判所は、事故当時に婦人科・産科の専門文献では妊娠期処置基準に確定値として示されている数値の問題性が指摘されており、風疹の疑いのある事例においては胎児の危険性を十分かつ確実に除外するためのさらなる措置を講ずる必要があったとして、医師に対する損害賠償請求を認めた。この判決を機に、医療関係者は皆、医師は患者の処置においてすでに数年経過している妊娠期基準を信頼してはならないと述べた。ウルゼンハイマーも、処置の

時点で有効な学問のレベル（専門医標準）つまり学問及び実際に認知されているものが判断基準であり、指針や基準が専門医医療水準に一致していない場合には従ってはならないという。そして医師は継続的に学習義務があり、学問的議論をつくしその時々²⁹⁾の医術の進歩状況を把握していなければならぬことを強調している。

我が国の医療事故に関する民事判例の集積により形成されていった医療水準は、次のようにまとめられる。

① 医療水準は診療当時の臨床医学の実践における医療水準である。求められる水準は診療当時のものであり裁判当時のものではない。診療当時に発表されているが、まだ実験・研究段階にあるような学問としての医療水準ではない。学術論文で紹介された新しい技術などは、現場に周知徹底されるまでは医療水準とはみなされていない。³⁰⁾

② 医療水準は全国一律に絶対的な基準として考えるべきものでなく、当該医療機関の性格、所在地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮して決せられる。そしてある治療法に関する知見が類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、当該医療機関がその知見を有することを期待することが相当と認められる場合には、特段の事情のない限りその知見が当該医療機関にとっての医療水準である。大学病院や基幹病院等の先進病院と一般開業医では求められる水準が異なる。全国一般に行き渡った情報のみが医療水準とされるのではなく、患者からみてそれを期待するのが相当であるような先進の医療機関では、一般開業医まで普及・定着していない情報も医療水準となり得る。もちろん開業医の医療水準が低いレベルのもので足りるといってはいけなく、そこでは予算の制約等により技術・設備に問題があるなら他の医療機関に転移させる等の適切な措置を採るべき義務があると考えられている。³¹⁾ フォルクマン阻血性拘縮事件の民事判決では、被告が整形外科専門病院院長であることから高度な注意義務が求められ、拘縮の発生の予見並びに結果回避も容易であると判断されている。

諸般の事情を考慮して医療水準を決める場合には、救急医療現場ではいかなる水準が要求されるのだろうか。割

り箸事件では、患者の診察にあたった被告は耳鼻咽喉科の医師であり死因から判断すると、専門外の医師が診断したことになるが、その点は全く考慮されずに、救急医療担当医の臨床医学上の医療水準が問題とされていた。判例では専門外治療を実施するにあたっても特殊の事情がない限り専門医としての注意義務が要求されており、³²⁾ 同僚と口論になり、顔を殴られ転倒した男性の診察にあたった整形外科専門医が、エックス線の左側頭部陥没骨折を見落とし、単なるアル中と誤診した³³⁾ 事案や酔って階段から転落し頭をうった男性を診察した腹部内臓外科医が、視診触診のみ行い脳損傷に気づかなかった³⁴⁾ 事案でも、被告が専門外の診断であったということは考慮されず、救急医療センターにおける一般的な医療水準に照らして過失が認定された。ドイツの上級地方裁判所でも、

(1) 患者は、経験ある専門医の医療水準に達している医師の治療を求める請求権を持っているので、如何なる時、場所においてもこの専門医医療水準は保障されねばならない、(2) 病院においては夜間休日診療、緊急・救急医療に対して相応の予備的配慮がとられねばならない、(3) 注意義務の基準は救急または待機勤務(当直)において原則的には軽減されない、(4) 緊急・救急医療の場合には入念な組織作り及び十分な準備を予め行うことが出来ない場合のみ、医療水準を下げる事が出来る等と述べている。³⁵⁾ 仮にも医師免許を有した者が救急外来を担当している限り、専門外の患者の治療に当たったという理由で、安易に医療水準を低く設定するべきではない。特に救急医療では、重篤な疾患患者が運ばれてくることが多く、患者の意識がなく詳しい検査なくしては診断不可能なケースもあるため、担当医には専門分野を問わずに高度な注意義務が課されているのであろう。

③ 医療水準は平均的医師が行っている医療慣行とは必ずしも一致するものではなく、医師が医療慣行に従った医療行為を行ったからといって、医療水準に従った注意義務を尽くしたと直ちにいうことはできない。例えば医薬品の添付文書に従わず、その結果事故が起きれば医療慣行に従っていたとしても過失が推定される。つまり現場の

やり方や論理を遵守していたとしても、それだけでは十分ではなく、現在のやり方が適切であるか常に確認しなければならぬ。⁽³⁶⁾

民事裁判では、医学的鑑定結果、専門家の論文、過去の症例報告などを引用して、厳格な医療水準が設定されることが多い。そのため医師には高度な注意義務が要求される場合もあるが、損害の公平な分担という民事の視点から見ると、止むを得ないのかもしれない。個々の医師に対する責任を追及する刑事裁判とは異なり、民事判決は被害者の救済をはかると共に、医療機関や当時の医療体制に対する警鐘でもあり、個々の判例はよりよい医療を形成するための糧として真摯に受け止めるべきであるという見解⁽³⁷⁾もある。

二 刑事裁判と医療水準

刑事裁判で問題となった医師の診断ミスは、軽率なミスにより引き起こされたケースが非常に多い。たとえば、医師がレントゲン検査結果に現れていた限局性大腸疾患を疑わせる顕著な所見を見落とし、正しい診断が下せず適切な治療を施さなかったために患者（九歳）を死亡させた事案⁽³⁸⁾や、錯酸洗腸の経験がない内科医が、蟻虫症の患者（一歳六ヶ月）に洗腸を施したが、その後の容態の変化を錯酸中毒によるものと気づくのが遅れたため、患者が死亡した事案⁽³⁹⁾、常位胎盤早期剥離の発症を疑うべき症状を認識しながらも、切迫早産によるものと軽信し、院長が気がつくまで放置した結果患者に傷害を負わせた事案⁽⁴⁰⁾がある。しかし妊娠月数を誤り不適切な中絶手術を施し、途中間違いに気づいたにもかかわらず手術を続行したため患者を失血死させた事案⁽⁴¹⁾では、患者が最終月経に関して不正確な説明を行っていたことが判決理由に示されており、問診時に於ける患者の受け答えのあいまいさがあつたとの指摘⁽⁴²⁾があるように、診断の誤りが問診時における患者側の態度に起因する場合もある。患者の意識が不明瞭な場合

や、患者が子どもである場合には特にその傾向がある。割り箸事件でも、患者が小さい子どもで、事故当時の様子（割り箸が折れた様子）を詳しく聞けなかったことが、診断ミスにつながったことは間違いない。⁽⁴³⁾

このような診断ミスに関する刑事判例には、問診義務違反、検査義務違反、経過観察義務違反があり、ほとんどは、医療水準以下の行為であるため容易に過失が認められる。しかし、診断ミスの有無を判断するに際して、医療上の専門的な見地からの詳しい考察や医療水準の観点からの厳密な判断が必要な場合もあると思う。

たとえば、扁桃腺摘出手術後、自ら執刀しなかった患者A（八歳）が術後手術創から多量浸潤性後出血による吐血を繰り返して、翌朝の術後診察の際には全身が衰弱し、失血状態を高度に進行させていたにもかかわらず、輸血、止血、強心剤注射などの適切な緊急措置を講じなかったため、Aが失血死したという事案について、医師X（耳鼻咽喉科）の過失をみとめた判例⁽⁴⁴⁾がある。X自身出血に対する許容能力の劣る八歳の子どもが前夜以来吐血を繰り返していたことは診察前から承知していたにもかかわらず、なぜ手術創の触診、脈拍、問診、そして全身状態の観察等を行うにとどまり、出血が高度に進んでいるのを見過ごしたのだろうか。ここでは耳鼻咽喉科専門医の扁桃腺摘出手術後の診察についての医療水準に基づく考察が必要なのではないだろうか。

また、国道脇に倒れていた男の子を送るとの連絡のもとに転送されてきた子どもA（五歳）の診察に当たった外科医Xが、Aが交通事故に基づく腹部外傷によりもたらされた脾挫滅による腹腔内出血及び小腸穿孔に基づく汎発性腹膜炎を併発させていたにもかかわらず、イレウス（腸閉塞症）と誤診し、最後までイレウスの治療法である高圧浣腸を繰り返すとともに点滴などの対処療法に終始した過失により、Aを死亡させたという事案⁽⁴⁵⁾がある。判旨では、外科医としては当初の診断のみにとらわれることなく、「克己（A）の腹部の症状及び全身の一般的な症状を把握することはもとより、その他の身体各部に存する外傷を注意深く点検観察して、その傷の性状や程度と腹部

及び全身の症状、さらに問診により判明した国道脇で倒れていたという発症直前の克己(A)の状況等をも総合して考察すべき」であると述べられている。このように診断が困難なケースでは、平均的・一般的外科医としてどう対処すべきかという考察が必要と思われる。判旨では医療水準という文言はないが、総合的視野からの判断を求めるところを外科医の医療水準と考えているのではないだろうか。

フォルクマン阻血性拘縮事件の控訴審の刑事判決では、「現在の医療水準に照らせば、結果的にフォルクマン拘縮が発生したことから、直ちに担当医師に診療上の過誤があったとすることは、もとより相当でない」として医師の過失を否定した。ここでは「フォルクマン拘縮発生が相当懸念される症状があっても、ただちに観血的療法をとることなく、症状の推移を見守るにとどめるのが、大多数の医師に於ける現実の治療方法」であるとしたが、民事判決では「フォルクマン拘縮の急性期症状を認めた場合、直ちに包帯を取り除き、牽引の方法を切り換え、あるいは骨折部の徒手による整復を試みるなどして血行の改善をはかり、それでも血行の再現が得られない場合には、観血的な徒手整復、また情況によっては、交換神経節に対するブロカイン伝達麻酔あるいは徐圧手術などの処置を速やかに施行」することを多くの医師の治療方法として挙げている。このような医療水準そのものの違いは、刑事裁判では医学的に可能な予防措置ではなく、現場での現実の治療方法を特に重視しているからではなからうか。

また割り箸事件の刑事判決では、弁護側はアメリカの医学者らの口腔内損傷患者の診察方法に関する医学文献、統計的データをあげたり、小児耳鼻科の専門医が作成した資料やビデオを証拠として申請し、小児耳鼻科の実際を解説した。そして平成七年事故当時までは、口腔内の損傷の事実からCTスキャンやファイバースコープ検査は行わなかったという当時の平均的な医療水準を提示した。しかし、裁判所は、検察官側証人の耳鼻咽喉科専門医（個人医院経営者）の執筆した論文と証言を概ね採用し、これを事故当時の臨床医学の実践（医療水準）であるとし

て、被告人は診察当時において患者が罹患していた頭蓋内損傷を予見可能であったと認定したという指摘⁴⁶がある。裁判所が医療水準を意識して採用したならば、もう少し詳細な議論が判決内容に示されるべきであったと思う。

診断ミスに関する刑事裁判における医療水準の積極的な導入を提唱したいが、医療水準の設定基準を明確にしなければならぬと思う。

第三章 刑事裁判における過失の認定

医療事故では、医師は通常患者の傷害や死の危険性を念頭において治療にあたっており、その結果として予見可能性が肯定される場合が多く、過失犯の有無は専ら結果回避義務を尽くしたか否かという観点から判断されることが少なくないといわれている⁴⁷。この結果回避措置の有無の判断は、臨床医学上の医療水準の基準をもとに行うべきであり、医療事故に関する実務では、医療水準の果たす役割が大きい。そこでの医療水準は、民事裁判同様に、診療に当たった当該医師の専門分野、所属する診療機関、所在する地域の医療環境の特性等諸般の事情を考慮して決めるべきである。しかし刑事裁判では民事裁判と異なりあくまでも責任原理に基づき、その人が刑罰に値するほどの可罰的な行為を行ったか否かを判断しなければならない。したがって、フォルクマン阻血性拘縮事件控訴審の刑事判決のように、現場における現実の治療方法を重視することにはそれなりの意味があると思う。また、行為者の個別の主観的事情を考慮する必要がある。

ウルゼンハイマーは、刑法における責任領域で個人の事情をいかに考慮するかについて次のように述べている。
 (医師の能力が低い場合)

責任 (Schuld) は非難可能性であり、個人的な能力が関係している。刑法が判断の基礎とする注意義務基準は、客観的職務上の基準と主観的個人的基準の二重構造になっており、具体的な事情のもとで医師に要求される注意義務が医師の個人的な洞察力や能力を越えている場合でも、民法上は注意義務違反となり責任を問われるが、刑法上は責任がないとして無罪とされることがある。能力以上のことを要求されたため、医学的に誤った手段により出産の状況をきりぬけようとした医師に対して民事上の責任が問われた事件⁽⁴⁸⁾があるが、医師にその状況を切り抜ける能力が備わっていなかったということは彼を主観的には免責することになる。しかし、そのことは民法上の過失問題とは関係がない⁽⁴⁹⁾。但し平均以下の能力であったからといって常に不可罰になるわけではない。過労や病気の影響で適切な任務が果たせず、それを承知の上で引き受けた場合には、引き受けたことに対する過失責任 (Übernahmeverschulden) が問われることはある。専門分野の能力の限界を感じている者や仕事の遂行が困難なほどの精神的・身体的状態にある者は、最善の治療を確保するために専門医に治療を委ねるか、設備を備える病院に患者を転送しなければならぬのである⁽⁵⁰⁾。

(医師が平均よりも優れた個人的能力を持つ場合)

ドイツの文献には「何人も常にその者に可能な限りの最高能力を發揮することを法的に義務づけられていない」との見解も見られるが、平均以上の個人的な仕事遂行能力は、平均以上の思慮深さと注意深さを義務づけるといのがドイツの支配的な見解である⁽⁵¹⁾。確かに優秀な外科医がその能力を十分發揮しなかったとき、その事によってのみ非難されるかはわからない。例えば、予見できない合併症やそれによる疲労が本来避けることの出来たミスを招いたといったケースでは責任は問えないだろうが、治療にとって意味のある特殊知識を持っている場合には患者の

利益のために利用しなければならぬだろう。患者はそのような知識をあてにしており、医師に可能なことを行うよう期待している。それゆえ原則的には個人の社会的責任はその平均以上の個人的な遂行能力により判定される⁽⁵²⁾。行為者の主観的事情をどこまで考慮に入れるかは大きな問題であるが、ウルセンハイマーが主張しているように、平均以下の能力は考慮にいられて免責の余地を認めるべきではなからうか。しかし平均より優れた能力については、これを常に考慮に入れてよいとは思えない⁽⁵³⁾。これを認めると、優秀な医師に対して免責の余地がなくなるであろう。その行為が実質的に判断して真に処罰に値する行為であるかどうか、慎重に検討しなければならぬと思う。

おわりに

医療事故については、医療従事者の民事責任が問われることが多いが、刑事裁判でもその特質を考慮しつつ、民事裁判と同様医療水準を積極的に適用すべきであると考ええる。医学の専門領域での事故、特に問診や検査を基に医師の経験や勘に頼りがちな診断行為において、医師の過失責任を問題にする際には、当該医師と同じ立場に置かれた平均的な医師のとるべき行動（医療水準）を参考にしなければならぬまい。フォルクマン阻血性拘縮事件や割り箸事件のような発症メカニズムが不明である場合にはなおさらである。稲垣氏も、医療侵襲の特殊性を考慮し、行為時に於ける一般的な医療水準を確定し、それからの離反の程度が客観的に見て重大であるか否かにより最終的に刑事過失の成否を決めるべきであると主張されている⁽⁵⁴⁾。

刑事裁判においても医療水準を重視するならば、医療水準を提示するための根拠となるべく各専門分野における

医学的な鑑定を重視しなければならない。大野病院事件では胎盤癒着に対する医学的処置に関する医学的準則即ち医療水準をめぐり検察官側と弁護側の意見が対立していた。検察官側は、癒着胎盤であると認識した以上直ちに胎盤剝離を中止し子宮摘出手術等に移行することが本件当時の医学的準則であったが、弁護側は用手剝離を開始した後は出血していても胎盤剝離を完了させ、子宮の収縮を期待するとともに止血操作を行い、それでもコントロールできない大量出血をする場合には子宮摘出するのが臨床医学の実践に於ける医療水準であると反論した。これに対して福島地裁は、検察官側の鑑定医（A）は産婦人科の腫瘍専門医であり癒着胎盤治療経験も乏しく、しかも裁判での証言も直接の臨床経験に基づくものではなく、主として医学書等の文献に依拠しているにすぎず、Aの鑑定結果と証言内容を臨床における癒着胎盤に関する標準的な医療措置と理解することは相当ではないとした。それに対して弁護側証人の医師は臨床経験豊富であり専門知識も確かであり、彼らの臨床での癒着胎盤に関する標準的な医療措置に関する証言は、医療現場の実際を表現しているものと認められるとして、被告人の胎盤剝離継続行為は注意義務違反にはならないと判断した⁵⁵。ここでは、癒着胎盤という術前診断が極めて難しく、治療の難易度が高く対応が困難な事例であることから、医師の措置が医療水準に達していたのかという見地からの議論が為されていたのは注目に値する。しかし、なぜ産婦人科の腫瘍専門医が鑑定医に選ばれているのだろうか。医療水準の判断を左右する鑑定医の選択は慎重になされるべきであろう。

ウルゼンハイマーは医療水準を巡る裁判所と鑑定人の関係について興味深い見解を述べている。

医師が具体的事例において患者に対して、注意義務を果たしているか否かという問題は、本来検察官や裁判官により判断されるべき法律問題（Rechtsfrage）であるとしても、鑑定人による詳細な助言なしには、通常判断されることのできない問題である。なぜなら専門分野の規範となる医療水準は、医学の内部に於ける議論検討の末の結果

であるからである。裁判官は専門分野に於ける注意基準を医学鑑定人の助けにより確定しなければならぬ⁽⁵⁶⁾。故に裁判官は、自己の責任において鑑定の内容に矛盾がないか、完全であるか否か批判的に吟味することを義務づけられているが、現実には鑑定結果が納得のいくものか否かの検討に終わっている。また裁判官補助人ともいべき鑑定人には、高い専門能力やある程度の法律の基礎知識のほかに、予断や先入観のない判断が要求されているため、鑑定の中で「過失」、「責任」、「可罰的」等という概念を用いることは許されていない⁽⁵⁷⁾。しばしば大家といわれる鑑定人は、最も困難な状況で医療行為を強いられている地方の医師とは全く異なる状況で働いているため、客観的に必要な注意義務の確定のために個々の病院の構造的、人員的、物的観点における異なった設備、および事故の時点での具体的状況を考慮する必要性を理解していないか、もしくは忘れてしまい、大学病院の医療水準を判断の基礎におき、過剰な医師の任務遂行義務を要求する鑑定人も少なくない。反対に鑑定人は、間違った仲間意識から必要な医療水準を低めに設定し過失がなかったとみなす傾向もある。司法の現場ではこのような鑑定人への不信感から、裁判所や検察官が客観的な理由なしに注意基準をより厳しくすることもある。彼らは、鑑定人の客観性や専門性を自身で吟味する態度は正しいが、医学的問題において自身の専門知識を信頼することは控えなければならぬ⁽⁵⁸⁾。

ウルゼンハイマーの指摘は、医療事故訴訟に於ける鑑定人と裁判官の関係を考える上で大変興味深い。我が国でも、鑑定人の負担が大きく、引き受け手が容易に見つからず、しかも裁判所が鑑定人個人の偏った見解に従って判断してしまうという問題が指摘されているようである。近年実務では「カンファレンス方式による鑑定」⁽⁵⁹⁾が注目されるようになってきた。これによると、①口頭で行われるため医師の負担が少なく、②複数の医師による討論方式であるため一人の偏った見解に左右されずに適切な結論を導きやすく、③裁判所も多様な見解に触れ、自ら発問す

ることにより問題を掘り下げることが出来る。医療過誤訴訟において注目に値する鑑定方法であるが、その反面弁護士からは専門知識が多角的に飛び交うためについていけず、議論が尽くせないとの批判もあるようだ。⁽⁶⁰⁾我が国でも刑事医療過誤訴訟において医療水準を問題にする場合には、公平な鑑定のあり方を再度見直す必要がある。医療水準を提示する根拠としての鑑定のあり方、そして鑑定人と裁判官の関係も今後の検討課題であろう。

厚生労働省は、医療事故の原因を究明するための組織として「医療安全調査委員会」設置法案の原案となる大綱案を公表した。そこでは、臨床医や法律家などの専門家から医療安全委員会を構成し、医療事故が起きた場合、カルの分析や関係者からの事情聴取を行い、報告書を作成するとした。この委員会から警察に通報するケースは「故意や隠蔽など、標準的な医療から著しく逸脱した医療」と定義されている。これは医療水準からの著しい逸脱があった医師のみを刑事処罰の対象とするもので、刑事処罰拡大に伴う萎縮医療を防止するため、出来るだけ刑事処罰対象事件を減らそうという趣旨によるものである。ここに交通事故とは全く異なる医療過誤事件の特殊性をみることができると同時に、注意義務違反の判断基準となる医療水準の必要性を感じる。

- (1) 朝日新聞平成二〇年六月二二日朝刊より。
- (2) 朝日新聞平成二〇年六月四日朝刊より。
- (3) ①都立広尾病院消毒液誤注射事件（東京地判平成一二年二月二七日判例時報一七七一号一六八頁）、②京大病院エタノール取り違え事件（京都地判平成一五年一月一〇日飯田英男『刑事医療過誤II』（判例タイムズ社、二〇〇六年）四八一頁、大阪高判平成一六年七月七日飯田・四八一頁）、③胆嚢手術ミス事件（東京地判平成一六年五月一四日飯田・三七一頁）、④埼玉医科大学総合医療センター抗ガン剤過量投与事件（さいたま地判平成一五年三月二〇日判例タイムズ一一四七号三〇六頁、東京高判平成一五年二月二四日飯田・一一〇頁、最決平成一七年一月一五日刑集五

九卷九号一五五八頁)。但し皆執行猶予がつけられている。

(4) 警察に二四時間以内に届け出をしなかったという医師法二一条違反に關しても、診療行為に過失はなく、異常死にはあたらないため、届け出義務はないとして無罪とした。

(5) 福島地検は地裁の判断を崩すのは困難であると控訴を断念したため、九月四日無罪が確定した。平成一八年三月起訴された後休職中であった被告人医師は、福島県病院局により復職の辞令が出され現在医師に復帰している。判決要旨は日経新聞平成二〇年八月二一日朝刊参照。

(6) 藤木英男「医療過誤と過失」『ジュリスト』四二七号(一九九九年)三七頁。

(7) 東京地判平成一八年三月二八日。後述するが、結論的には病変の的確な認識があっても死という結果は回避できなかったとして因果関係を否定して無罪とされた。

(8) 東京地判平成二〇年二月一二日。

(9) 刑事裁判資料二三三号四六九頁。

(10) 民事では「看視」という漢字が使われていたが、刑事では「監視」となっているため、ここでは判決文に従うこととする。

(11) 母親は、被告人が垂直牽引療法を施してから、八日朝診察時まで、看護婦を介して度々診察を申し出たのにもかかわらず、被告人を初めとする医師の診察がまったくなかったと証言した。刑事に於ける一番ではこの証言を採用していた。

(12) 前田雅英「骨折治療による阻血性拘縮と医師の裁量」『医療過誤判例百選(第二版)』(有斐閣、一九九六年)三九頁。

(13) 前田教授は、「医師の治療上の裁量の範囲」を安易に強調するのは大変危険である。治療の危険性と治療の効果などの衡量を中心とした行為の違法評価が慎重に行わなければならないと述べておられる(前田・前掲注三九頁)。

- (14) 判例集未登載。裁判所ホームページ参照。
- (15) 判例集未登載。判決要旨は根本晋一「医師が患者の頭蓋内に遺残した割箸片を看過した過失を肯定しつつ、当該過失と患者死亡との因果関係を否定した事例」『横浜国際経済法学』一五卷一号（二〇〇六年）一〇〇頁以下参照。
- (16) 初期的印象診断とは、問診や理学的診察を始める前に、子どもの表情の観察から疾患、病態、病状などを推察することをいう。
- (17) 原告らは、学校法人杏林学園に対しても損害賠償請求を行ったが、請求理由がないとして棄却された。
- (18) 最判昭和三十六年二月一六日民集一五卷二号二四四頁。
- (19) 最判昭和五七年三月三〇日判例時報一〇三九号六六頁。
- (20) 因果関係については、既に被告の過失が否定されていることからこれ以上の判断・認定は要しないとしながらも、多くの医師により行われた死因や救命可能性に関する鑑定結果を参考に詳しい検討が行われている。
- (21) 刑事裁判では検察側証人である母親の証言（子どもは意識減弱ないし喪失状態であった）を概ね採用したらしい。
根本・前掲注（15）一一〇頁。
- (22) 問診とは、診療行為の前提条件であり、患者の症状、既往歴、家族歴、素因、予防接種や注射等の禁忌、外傷の受傷態様、時機、薬物投与、輸血の副作用等の情報を得て危険な結果を予知回避することを言う。吉田謙一『事例に学ぶ法医学・医事法（改訂版）』（有斐閣ブックス、二〇〇八年）一九〇頁。
- (23) 東京地判昭和四九年五月二〇日判例時報七四一号八二頁、福岡地判小倉支部昭和六〇年三月二九日判例時報一一九〇号七五頁、神戸地判明石支部平成二年一〇月八日判例時報一三九四号二二八頁。
- (24) 東京地判昭和五八年一月二二日判例時報一一二八号七七頁。本件は、第一回診療時には硬膜外血腫の症状を示しておらず、この時点で血腫発生の診断を下すことは当時の医療水準からみて困難であり止むを得ないとされたが、その後入院させて容態を観察し、場合により転医措置を採るべきであったのにそれを怠った点に過失を認めた。

- (25) 英国では、医師登録団体 GMC の医師自らが実践すべき規範を小冊子に記載しており、医師が登録停止などの行政処分を受ける際には判決に小冊子の記載内容が引用され、これが医療水準の役割を果たしている。医師自らが定めた医療水準に基づき医師自ら問題医師を処分し、加えて実務を通じて処分の基準を常時検討し医療現場に還元している。吉田・前掲注(22)二九二頁。
- (26) 最判平成七年六月九日判例時報一五三七号三頁(未熟児網膜症姫路日赤事件)。
- (27) 古川俊治『メデイカル・クオリティ・アシユアランス 判例にみる医療水準(第二版)』(医学書院、二〇〇五年)六〇頁。
- (28) OLG Hamm, NJW 2000, 1801, 1802.
- (29) Klaus Ulsenheimer, *Arztrecht in der Praxis*, 4. Aufl., 2007, Rnd. 18b.
- (30) 未熟児網膜症をめぐる訴訟では、光凝固法(昭和四三年発見)が診療当時の医療水準にあたるか議論されたが、昭和五〇年に厚生省研究班が検討し、八月に眼科学雑誌にその有効性が発表され公にされてから医療水準となった。これを「昭和五〇年線引き論」と呼ぶ。吉田・前掲注(22)二八九頁。
- (31) 伊藤文夫Ⅱ押田茂實編『医療事故紛争の予防・対応の実務―リスク管理から補償システムまで―』(新日本法規、二〇〇九年)五二頁以下。
- (32) 大谷実『医療行為と法(新版補正第二版)』(弘文堂、二〇〇四年)一一二頁。
- (33) 福岡地判小倉支部昭和六〇年三月二九日・前掲注(23)七五頁。
- (34) 神戸地判明石支部平成二年一〇月八日・前掲注(23)一一八頁。
- (35) OLG Düsseldorf, Urt. v. 20. 10. 1985, vgl. Ulsenheimer, a. a. O. (Anm. 29), Rnd. 20; OLG Stuttgart, VersR 1994, 313, 315.
- (36) 伊藤Ⅱ押田・前掲注(31)五五頁以下。

- (37) 伊藤Ⅱ押田・前掲注(31)六二頁。
- (38) 岩内簡略式昭和六〇年一月二日判例タイムズ六七八号五五頁
- (39) 田川簡略式昭和三三年八月三日第一審刑事裁判例集一卷八号一二二九頁。
- (40) 札幌簡略式平成一三年六月一日飯田・前掲注(3)六二頁。
- (41) 東京地判昭和六二年六月一日日判例タイムズ六四四号二三四頁。
- (42) 橋本雄太郎「人工妊娠中絶時期の誤認事件」・前掲注(12)一四〇頁。
- (43) 誤診に至ったプロセスを医師側、患者側双方について検討し注意義務違反を問う必要があるという見解(橋本・前掲注一四〇頁)がある。
- (44) 京都地判昭和四九年一月二日〇日判例タイムズ三一九号三〇六頁。本件は日本赤十字病院の被告人他二名の医師が出張して手術に当たっており、予診、手術、術後回診に関する役割分担は特になされていないのでチーム医療とはいえない。
- (45) 高松地判昭和五一年三月二日特殊過失刑事裁判例集二二五号七八頁。
- (46) 根本・前掲注(15)一一頁。
- (47) 伊藤Ⅱ押田・前掲注(31)一六一一七頁。
- (48) BGH HJW 2001, 1786.
- (49) Ulsenheimer, a. a. O. (Anm. 29), Rnd. 21.
- (50) Ulsenheimer, a. a. O. (Anm. 29), Rnd. 22.
- (51) A. Schönke-H. Schröder-P. Cramer-D. Stemberg-Lieben, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 15 Rnd. 139.
- (52) Ulsenheimer, a. a. O. (Anm. 29), Rnd. 25.

(53) 薬害エイズ事件では、エイズ研究班の班長であった被告人医師が、当時最も詳しい情報を持つ最高権威者であったことを認めつつも、一般の血友病専門医の当時の医療水準を判断基準にして、当時の血友病専門医の殆どが非加熱製剤を使っていたので被告人が同製剤を投与したからといって刑事上の過失があったとはいえないとして無罪にした。東京地判平成一三年三月二八日判例時報一七六三号一七頁。

(54) 稲垣喬「医師の診療をめぐる刑事過失の認定—裁判例による比較・検討—」『鴨良弼先生古稀祝賀論文集』（日本評論社、一九七九年）四二七頁。

(55) 本件では、検察官側・弁護側共に、癒着胎盤剝離開始後に剝離を中止し、子宮摘出手術等に移行した具体的な臨床症例は提示されておらず、またその点を証言した医師もいなかった。

(56) Ulsenheimer, a. a. O. (Anm. 29), Rnd. 26.

(57) Ulsenheimer, a. a. O. (Anm. 29), Rnd. 26a.

(58) Ulsenheimer, a. a. O. (Anm. 29), Rnd. 27.

(59) これは、医学博士であり弁護士でもある古川俊信氏が、東京地方裁判所医事訴訟委員会の医療機関側の幹事であった際、普段病院業務の中のカンファレンスの合理性をヒントに発案し、提案したものである。

(60) 古川・前掲注(27)一九頁。

(追記)

脱稿後、割り箸事件の控訴審の刑事判決が出た。事故が特異な例であったことが指摘され、割り箸による頭蓋内の損傷を想定し、それを意識した問診やCT検査をする注意義務があるとは言いがたいとして被告人の過失そのものが否定された(朝日新聞平成二〇年一月二一日朝刊より)。なお東京高検は二月二日上告を断念したため無罪が確定した。