

医療過誤訴訟における因果関係について

——不作為型医療事故を中心に——

萩原由美恵

はじめに

第一章 我が国の医療過誤訴訟における因果関係の判断基準

一 民事裁判の動向

二 刑事裁判の動向

第二章 ドイツの医療過誤訴訟における因果関係の判断基準

第三章 延命理論の刑法的評価

おわりに

はじめに

27

医療事故における因果関係について、刑事裁判では自然科学的な観点から厳格になされるため、その立証は極めて困難である。病状の確な診断・治療効果の有無等人知を超えた判断が要求され、そこに刻々と変化する患者の

病状や異常体質等を考慮すると死因の特定が不可能なケースもあり、因果関係の立証はさらに困難となる。医療過誤事件は、「作為型」（積極的な医的介入により悪しき結果が創出された場合）と「不作为型」（原疾患の増悪に対して適切な医療がなされなかったことにより悪しき結果に終わった場合）に大別できる。医療過誤事件の多くは作為型であり、現実には不適切な行為が積極的に結果を惹起したことは間違いない事実であることから、判例では因果関係の有無を争うことなく「被告人には結果発生を防止すべき業務上の義務があるのにそれを怠り、漫然と不適切な行為を行ったという過失から結果が発生した」と認定されている。一方不作为型の場合、仮に医師による適切な行為がなされていたならば結果が回避できたか、という仮定的な判断がなされるため、因果関係の有無が争われるケースもあり、そこで要求される立証の程度により結果が左右されている。

民事裁判では、以前から医療過誤における因果関係の問題は、救命と延命を分けて議論されてきた。救命の可能性の立証が非常に難しいことが指摘され、学界でもそれを回避するための議論が活発になされた。そして平成一年二月二五日に最高裁が「その死亡の時点においてなお生存していたであろうことを是認し得る高度の蓋然性が証明されれば」（傍点筆者）医師の不作为と患者の死亡との間の因果関係を認めたことにより、それ以降因果関係の認定が容易になった。更に平成一二年九月二二日に最高裁が「その死亡の時点においてなお生存していた相、程度の可能性の存在が証明されるときは」（傍点筆者）不法行為による損害賠償を認めたことにより、仮にその死亡時点で生存していた高度の蓋然性が立証されずに因果関係が否定されても、被害者救済の途が残されることになった。しかし刑事裁判では、この点に関する議論はあまりなされていない。判決文では「救命」という文言は出てくるが、「延命」という文言はほとんど使用されていない。しかし、末期癌等死期が迫った患者が医療ミスにより死亡した場合、救命可能性を問題とすれば因果関係は否定せざるをえないが、延命を問題とすれば、不適切な措置に

より死亡時期を早めたとして因果関係を肯定する余地がある。あるいは死因の特定が難しい事例でも、延命可能性を問題にすれば因果関係を肯定できるかもしれない。

平成十一年七月に杏林大学医学部付属病院で起きた割り箸事件の刑事第一審判決⁽³⁾では、患者の「救命可能性はもとより、延命可能性も極めて低かったとの合理的疑いが残る」として救命と延命の両視点から因果関係を否定した。刑事判例の中で救命と延命に触れているという点では注目すべき判決であった。そこでこの判例を契機として、医療現場の実態を踏まえたくうえで民事裁判とドイツの医療過誤訴訟における因果関係の認定方法を参考に、我が国の刑事裁判における因果関係の認定について、特に因果関係の有無が問題になりやすい不作為型医療事故を中心に考察することとする。

第一章 我が国の医療過誤訴訟における因果関係の判断基準

一 民事裁判の動向

損害賠償法において因果関係が論じられる場合、主として①事実的因果関係（自然的因果関係）の有無、②責任の範囲を決定するための相当因果関係の有無、③損害賠償の対象たる損害の金銭的評価の三つの問題が混在しているが、医療過誤訴訟における因果関係論には更に特有な問題の存在が指摘されている⁽⁴⁾。作為型の場合、因果関係の認定は具体的医療行為（作為）と被害との間の事実的因果関係の問題であり、現象面の連続性が看取できれば、客観的・統計的な発生率が低くても因果関係は一般に否定されない。しかし不作為型の場合、因果関係の認定は治療行為の不実施と被害結果との間で問題となり、「他のあり得た通常の経過」を探るというある種の予測を含む思考

実験が必要となるため、「想定される作為とあり得た結果との間の規則性」について現象面での連続性の存否に加えて、客観的・統計的意味における発生確率の大小が検討対象とならざるをえない。しかも「他のあり得た経過」の再構成自体がしばしば非常に困難となる。訴訟実務における因果関係の立証上の主題も作為型と不作為型では異なる。作為型では、①原因性ある医療行為の特定、②当該医療行為により当該結果が発生しうる医学的可能性（医学的機序）、③当該医療行為と結果発生との間の時間的近接性・接着性、部位の連続性等の事実が、不作為型の場合は、①症状悪化による結果発生の可能性（医学的機序）、②その場合本来行われるべき治療方法、③当該治療行為の実施（作為義務の履行）がなされた場合における被害回避の可能性（客観的な救命率、治癒率等）が重要な立証主題となる。⁽⁵⁾

特に不作為型の場合、結果発生の医学的原因が不明であり、懈怠された診療行為が結果回避につながりうる措置といえるかが不明であるため、因果関係の立証が困難なケースや、結果発生の医学的原因は明らかであり、懈怠された診療行為が結果回避につながりうる措置であることも明らかであるが、当該診療行為のみならず治療効果なし治療効果の確率が極めて低いため、因果関係の立証が困難なケースが多かった。⁽⁶⁾そこで、因果関係認定の困難性並びに医療側に明白な落ち度があっても責任追及ができないという結果の不合理性を回避するべく、延命利益（医療水準に合った適切な診療により患者に相当期間の延命可能性がある場合の延命可能性）または期待権（患者が医師から医療水準に合った適切な診療をうけることを期待する権利）が侵害されているとして、慰謝料請求を認めるといふ見解が登場し、実務でも期待権侵害論が定着していった。⁽⁷⁾この説は、因果関係の存在を否定しながら一方で被害者救済を実現したという点で評価されたが、その反面①悪しき結果との因果関係を否定しておきながら、その結果を慰謝料の事由とするのは整合性を欠き、無因果関係責任論に通じる。⁽⁸⁾②期待権ないし期待というような主観的感情利益

は法的保護の適格性に欠ける⁽⁹⁾との批判もあつた⁽¹⁰⁾。

このような状況下で、不作為型における因果関係の認定について、新たな判断基準を提起したのが、平成十一年二月二五日の最高裁判決⁽¹¹⁾である。これは患者Aが、昭和五八年一〇月に病院でアルコール性肝硬変と診断され、同年一月四日から昭和六一年七月一九日までの間計七七一回肝臓病専門医であるX医師の診察を受けた。Xは、昭和六一年七月五日までAが肝細胞癌発生の危険性の高い患者であつたにもかかわらず、肝細胞癌発見に有効なAFP検査（血液中のアルファ・フェトプロテインの量を測定する検査）や腹部超音波検査を実施しないまま、内科的治療を行うにとどまつた。七月五日の検査結果からも肝細胞癌は発生していないと診断していたが、七月十七日夜Aは急性腹症を發し、一九日以降別の病院に転院し、そこで進行した肝細胞癌が發見されたがすでに手遅れであり、二七日肝細胞癌および肝不全で死亡したという事案である。ここでは医師が肝硬変の患者につき、肝細胞癌を早期発見するための検査を実施しなかつたという不作為と、患者の右癌による死亡との間の因果関係が争われた。最高裁は、「経験則に照らして統計資料その他の医学的知見に関するものを含む全証拠を総合的に検討し、医師の右不作為が患者の当該時点における死亡を招来したこと、換言すると、医師が注意義務を尽くして診療行為を行つていたらば患者がその死亡の時点においてなお生存していただろうことを是認し得る高度の蓋然性⁽¹²⁾が証明されれば、医師の右不作為と患者の死亡との間の因果関係が肯定されるものと解すべきである」と判示した。ここでは、患者の死亡を患者が当該時点において死亡せず平均寿命を全うしたであろうことではなく、その死亡の時点においてなお生存していただろうこととしてとらえている。まさに因果関係の認定において救命ではなく延命を問題にして、因果関係の立証の負担の軽減をもたらし⁽¹³⁾た。そして原審が遅くとも死亡の約六ヶ月前の昭和六一年一月の時点で外科的切除術が実施されていたならば長期にわたる延命につながる可能性が高く、TAE療法（門脈から血流が

得られない場合以外の場合について肝動脈を塞栓して癌細胞に対する栄養補給を止め死滅させる治療法が実施されていたとしてもやはり延命は可能であったとみられると判断していることから、Xの注意義務違反とAの死亡との間の因果関係の存在を認めた。また原審が延命可能性を認めながら、どの程度延命が期待できたかは確認できないという理由で因果関係の存在を否定したのに対して、「患者が右時点の後のいかほどの期間生存し得たかは、主に得べかりし利益その他の損害の額の算定に当たって考慮されるべき事由であり、前記因果関係の存否に関する判断を直ちに左右するものではない」と判示し、延命の長さは損害額の算定に際して考慮すべきであるとして民事ならではの解決策を示した。この点については、死亡時点においてなお生存という結果事実の立証について高度の蓋然性を要求したが生存期間についての立証と比べると幾分かは容易であり被害者救済に厚くなった、と評価されている。

その後最高裁は、平成一二年九月二二日に、医療行為と死亡との間の因果関係が証明されなくても、死亡の時点でなお生存していた相当程度の可能性が証明されれば不法行為に基づく損害賠償責任が認められるという見解を示した。これは、Aが突然の背部痛および心か部痛を訴えてY病院の夜間救急外来においてX医師の診察を受けたが、Xは急性膵炎と狭心症を疑い、Aに対して急性膵炎に対する薬を加えた点滴をおこなったところ、点滴中にけいれんを起こし、いびきをかく等の容態の急変を来したので、体外心マッサージや蘇生術を施したが死亡したという事案である。これに対して「疾病のため死亡した患者の診療に当たった医師の医療行為が、その過失により、当時の医療水準になかったものでなかった場合において、右医療行為と患者の死亡との間の因果関係の存在は証明されないけれども、医療水準になかった医療が行われていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在が証明されるときは、医師は、患者に対し、不法行為による損害を賠償する責任を負うものと解するのが相当である。けだし、生命を維持することは人にとって最も基本的な利益であって、右の可能性は

法によって保護されるべき利益であり、医師が過失により医療水準になかった医療を行わないことによって患者の法益が侵害されたものといえるからである」と判示した。患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性、つまり直接延命利益についての法益性を認めた。今まで期待権等といわれていた被害法益の内容を「医療水準になかった医療が行われていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性」として具体化した上で、その侵害が不法行為になることを示した点に意義があると言われている。⁽¹⁶⁾

また、ここでは具体的に「生存していた相当程度の可能性」の証明の程度については明示されていなかったが、本案の鑑定では「適切な救急治療が行われたならば、確率は二〇パーセント以下であるが、救命できた可能性は残る」とされていたことから、高度の蓋然性に準ずるような高い程度のものであることまでは要求されていないものと考えられている。その後本判決の論理が医療過誤訴訟における債務不履行責任にも妥当することが明らかにされ、⁽¹⁷⁾また相当程度の判断方法として「当該医師のした医療行為が当時の医療水準を下回るものであった場合には、延命の相当程度の可能性の侵害があったものと事実上推認され、当該医師または病院において、上記可能性がなかったことについての主張立証をしない限り、当該医師または病院は、当該患者の延命の相当程度の可能性を侵害したことによる損害につき、賠償責任を免れないと解するのが相当である」という新たな基準が提示され、この最高裁の考え方は実務に浸透していった。

以上二つの最高裁判決により、①、「その死亡の時点においてなお生存していたであろうことを是認し得る高度の蓋然性」の立証がなされた場合について因果関係が肯定され、通常の損害賠償が問題とされ、②、①の立証ができなくても「その死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性」の立証がなされれば（確率的見地から）相当の賠償が問題とされることになった。⁽¹⁹⁾平成一三年に相次いで出された判決では、これらの立場が踏襲されてい

る。(1)国立大学医学部付属病院に入院している患者に対して、顔面痙攣の根治手術である脳神経減圧手術を行った際、脳内血腫等が発生し死亡させた医師に対して、小脳半球切除術を実施したとしても患者が本件死亡時に生存し得た高度の蓋然性があると認めるとはできない⁽²⁰⁾。 (2)意識障害に陥り救急車で救急病院に搬送されてきた患者に対して、適切な時期に行うべき除細動の措置を怠ったため死亡させた医師に対して、心室細動が発症した患者に医師が早期に除細動の措置を採っても、その生存退院率が三〇パーセントを超えず、また患者が糖尿病、狭心症、脳梗塞等の既往歴を有する高齢者であり、さらに患者の心室細動は約一分二一秒間認められたに過ぎないのであるから、直ちに電気的除細動の措置を採ったとしても、患者がその死亡の時点においてなお生存していたであろうことを是認し得る高度の蓋然性は認められない⁽²¹⁾とした。これら二つの判決は、救命可能性の立証の困難を解消するために死亡時点での生存可能性を問題にしているが、その証明の程度として高度の蓋然性が要求されているため、因果関係が認められなかった。特に患者が既往歴を有する高齢者や救急病院に搬送されてきた重篤な患者の場合、そもそも現場で医師が具体的に採るべき治療の特定が容易ではなく、ましてやその効果・程度を計算し延命の高度の蓋然性があると立証することは困難と思われる。いずれも高度の蓋然性は認められず因果関係は否定されたが、平成一二年最高裁判決に従い延命の相当程度の可能性は肯定された。(1)では、小脳半球切除術を受けていればその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性はあったものというべきであるとして、生命維持の可能性という法益侵害の限度で慰謝料請求を肯定し、(2)も医師が心室細動の時に患者に対して電気的除細動の措置を採っておれば、患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在が認められるとして、患者に対する医療契約不履行による精神的苦痛に対する病院側の慰謝料支払い義務が認められた。死亡時点での生存の相当程度の可能性に注目すると共に、その程度が低くても相応した被害者救済が果たされているといえよう⁽²²⁾。

この傾向は現在も続いており、割り箸事件の民事判決⁽²³⁾でも、この二つの最高裁判決を引用して被告医師の診療行為と患者の死亡との間の因果関係の有無についての検討が加えられている。この事案は救急救命センターの当直担当医が救急車で搬送されてきた患者（四歳）の治療に際し、割り箸の刺入による頭蓋内損傷が疑われる状況にあつたのに、上咽頭部のファイバースコープによる観察、頭部のCTスキャンによる撮影等をせずに、刺創部に消毒薬を塗布し、抗生物質等を処方したのみで適切な処置をせずに帰宅させたため、脳損傷、硬膜下血腫、脳浮腫等の頭蓋内損傷群により死亡させたというものである。判決では、①患者が死亡するに至った具体的な機序が不明であること、医師の診察の後患者が死亡した時点以前に手術適応の判断がされたとは認められないこと、②患者が死亡するに至った具体的な機序が不明であり、平成一年七月一日午前六時頃から午前七時三〇分頃までの約一時間三〇分の間に容態が急激に悪化し心肺停止状態となったこと、その後延命のために具体的ないかなる措置をとるべきであったかについて、これを認めるに足りる証拠がないことにかんがみれば、患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在が証明できたということもできないとして、原告らの被告医師に対する不法行為に基づく損害賠償請求を認めなかった⁽²⁴⁾。本件は死亡後警察医も患者の口腔内に異物を発見できず、後日慶應義塾大学法医学教室で行われた司法解剖の結果ようやく口腔内に残存していた割り箸が見られ、直接の死因は頭蓋内損傷によることが判明したという前例のない特異な事例であり、救命確率に関しても九〇パーセントと見る鑑定から、数パーセント、いや良くて五パーセントと見るものまで意見がかなり分かれた。死亡に至る具体的な機序が判明しなかったということが、死亡との間の因果関係のみならず、延命の相当程度のみならず

能性の否定にもつながったのではないだろうか。

二 刑事裁判の動向

刑事責任をめぐる医療過誤訴訟も、作為型と不作为型に分かれる。手術ミス、投薬ミス、医療器具の操作ミス等多くの医療事故は作為型であるが、①手術後適切な措置を施さなかった、②診断ミスにより必要な措置を怠った、③麻酔注射後患者が急変したにもかかわらず、適切な措置を施さなかった場合等は不作为型に属する。①の場合、手術に問題がなければ当然その後の不適切な措置のみが問題となりうるが、仮に手術そのものにミスが認められた場合でも、その後患者を放置したり、適切な措置をとらなかつたという不作为を過失とみなすものが多い。⁽²⁶⁾②の場合も診断ミスにより誤った治療を行った場合には、それ自体を過失行為とみなすことも可能であるが、その治療と死傷結果との因果関係の立証が困難な場合には、適切な処置を怠つた点を過失とみなしている。⁽²⁷⁾③はショック状態を引き起こす危険のある麻酔注射をしたことを過失と評価する判決もあるが、多くは麻酔直後の蘇生・回復措置の怠りを過失とみなす。⁽²⁹⁾麻酔剤（ネオペルカミンS）や硬膜外麻酔注射の危険性は以前から指摘されており、患者の状態（異常体質）によっては医者の技量に拘わらず事故は避けがたい。医師の施術事態を過失とみなすことが困難な場合には、容易に結果回避措置が施されたにも関わらず放置した不作为が問題とされるのであろう。

作為型事例では、現実には被告人の危険な行為が死の結果を惹起したことは事実であり、死亡との間の因果関係の証明は容易である。しかし不作为型事例の場合、被告人の注意義務違反が認められても、果たして実際にそこで期待された適切な行為がなされていたならば結果は発生しなかつたといえるのか、という仮定的事情を加えた因果関係の有無を議論しなければならない。その際立証の程度をどのように捉えるかということも問題となるが、この点

にふれたものとして次のような判例がある。

(1) 東京地判昭和四七年五月二日⁽³⁰⁾は、歯科医師XがA（五歳）を全身麻酔による抜歯等の手術後、麻酔からの覚醒を十分に見極めずに帰宅させ、帰宅後母親から電話で二回異状を訴えられたがしばらく様子を見るように、湯タンポを入れてあたためるようにと指示したのみで、救護措置をとらずに長時間放置し、その後迎えに来た家族の車で同女宅に行き急遽Aに人工呼吸、強心剤ビタカンファー注射、心臓マッサージを施したが時すでに遅く遂に麻酔による意識回復をみることなく酸素欠乏に基づく窒息のため死亡させたという事案である。裁判では、Xの専門的知識経験に鑑みると全身麻酔の措置をとったこと自体ではなく、麻酔からの覚醒を十分見極めずに帰宅させたこと、帰宅後異状を訴えられながら全く救護措置をとらずに長時間放置したこと等に過失があると認定された。そして麻酔からいまだ覚醒していない患者を帰宅させたXとしては、麻酔施用に伴うショックないし副作用の発現にそなえ、帰宅後もなお患者に対する経過観察を行い、患者の異状を訴えられたときにはその症状を積極的に聞きだし、直ちに往診し、または来診させたいと、気道の確立、酸素の吸入等適切な応急措置を講ずべき義務があり、自己の手に負えないときは設備の完備した病院に移して救命に努力すべき義務があり、そうすれば死を免れ得た可能性が大であったとして業務上過失致死罪が認められた。

(2) 高松地判昭和五一年三月二二日⁽³¹⁾は、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、緊急

に開腹手術をすべきであるのに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等の対処療法に終始した過失により、Aを交通事故に基づく腹部外傷によりもたらされた脾臓挫滅による腹腔内出血および小腸穿孔に基づく汎発性腹膜炎により死亡させたという事案である。「過失行為（適宜の時期における開腹手術とこれを前提にした的確な診断および治療の一連の処置をしなかったという不作為）がなかったと仮定した場合（即ちこれらの処置が適切に行われた場合）の救命の可能性は必ずしも一〇〇パーセントである必要はないとすべきであり、相当程度に高い救命の可能性があればそれで足りる」としたうえで、被告人が患者の腹腔内部に重大な異変があると感知するに至った時から間もなく開腹手術の決断をして手術を施行し、腹腔内部の臓器の損傷を発見してその治療処置を施したとすれば、当時の患者の体力にはまだ十分の余裕があり、手術が必ずしも成功するとは限らないことを勘案しても、患者を救命する可能性はかなり高い程度で存在していたものと認めるのが相当であるとして業務上過失致死罪を認めた。

(3) 大津地判昭和五三年七月一八日⁽³²⁾は、整形外科医長Xが鞭打ち損傷の療法としてキシロカイン液の頸部硬膜外注射を施術したが、三名の看護婦⁽³³⁾の介助を受けて行われた三回目の施術直後、患者は息苦しさを訴え意識不明となり、心音・血圧もなくなった。連絡を受けて応援に駆けつけた別の医師や看護婦と共に心臓マッサージ、人工呼吸等の救急蘇生を行い心拍のみ回復したが人工呼吸器使用の状態となり、その約二週間後脳死に伴う両側性、出血性、化膿性肺炎により死亡したという事案である。ここではキシロカイン液の注射により重篤なショック症状を惹起したこと自体ではなく、患者がショック状態に陥った直後の蘇生・回復措置の不適切さにXの過失の存在を認めた。本件ショック症状の原因を一つに確定することはできないが、局所麻酔剤の頸部硬膜外注射によって生じた通

常ありうる局麻剤反応とみるのが相当であると認定した。そしてキシロカイン液の頸部硬膜外注射は、呼吸・心停止を惹起する局麻剤反応を惹起させるおそれがあり、この反応が生じたときは三―五分以内に人工呼吸・心臓マッサージ等の救急蘇生措置を行うことにより脳死に至る危険を未然に防止すべき業務上の注意義務があり、それによる救命率は八〇ないし九〇パーセントであったにもかかわらず、Xはショックの発現後直ちに救急蘇生措置を講じなかったとして業務上過失致死罪を認めた。二審では、⁽³⁴⁾原審が原因について、注射針が誤って硬膜外腔を突き破つてくも膜下腔に刺入されキシロカインが直接注入されたことによる全脊麻であった蓋然性が決して低くないのにその可能性を排除した点に關して事実誤認があるとしたが、⁽³⁵⁾原因が原判決の認定するようなものであれ、もしくは全脊麻であれいずれも症状は呼吸停止、意識喪失、血圧の急激な変化ないし心臓停止であり、これに対する治療としては発症から約三分間ないし五分間、平均約四分間以内に脳中枢神経系への十分な血流を再開し、同神経系に酸素欠乏を生じさせないことが肝要であり、そのため救急蘇生措置として人工呼吸と心臓マッサージを同時平行的に施す必要があるとその措置を適時に適切に実施し、脳中枢神経に乏酸素性壊死、軟化崩壊等の医学上回復不能な変化さえ発生させなければ、その他の治療措置と相まって患者を救命し得る可能性が極めて高く、ことに全脊麻については適切な救急蘇生措置により一〇〇パーセント救命の可能性があるととして、⁽³⁶⁾原判決を支持した。

このように、(1)は「死を免れ得た可能性が大であった」、(2)は「救命する可能性はかなり高い」、(3)は一審では「八〇ないし九〇パーセント」、二審では「救命し得る可能性が極めて高い」とされ、さらに異状反応の原因が全脊麻である蓋然性は決して低くなく、その場合には「一〇〇パーセント救命の可能性がある」等と表現されており、因果関係を認定するために必要な結果回避可能性の程度について一貫しておらず、厳格な基準は要求されていなか

ったようである。

しかしその後、医療過誤事件ではないが、最決平成元年二月一日⁽³⁷⁾により、不作為の因果関係についての明確な基準が示された。これは被告人が覚醒剤の注射により錯乱状態に陥った少女を放置した結果死亡させたという事案で、「原判決の認定によれば、被害者の女性が被告人によって注射された覚醒剤により錯乱状態に陥った午前零時半ころの時点において、直ちに被告人が救急医療を要請していれば、同女が年若く(当時二三才)、生命力が旺盛で、特段の疾病がなかったことなどから十中八九同女の救命が可能であったというのである。そうすると、同女の救命は合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められるから、被告人がこのような措置をとることなく漫然同女をホテル客室に放置した行為と午前二時一五分頃から午前四時頃までの間に同女が同室で覚せい剤による急性心不全のため死亡した結果との間には、刑法上の因果関係があると認めるのが相当である」と判示して保護責任者遺棄致死罪を認めた。最高裁は十中八九救命が可能であるという鑑定結果をもとに「救命は合理的な疑いを超える程度に確実であった」と認め放置行為と死亡結果との間の因果関係を肯定した。「十中八九」という文言が使われていることから誤解を招きやすいが、文字通り八〇から九〇パーセントの結果防止の可能性があるだけで因果関係を認めるとする一般的準則を示したものではないという見解が圧倒的である。もちろん一〇〇パーセントに近い立証を要求することは性質上困難かもしれないが、最高裁が続けて「救命は合理的な疑いを超える程度に確実であった」と述べているように、救命可能性が合理的な疑いをさしはさむ余地がない程度に確実、まず間違いないと言える程度のものであることが必要と考える。なぜならば刑事裁判では、「疑わしきは被告人の利益に」という原則が存在しており、損害賠償義務が問題となる民事裁判よりは高度な証明が要求されるからである。

平成元年二月一日の最高裁決定以後は、不作為型医療事故においても、救命可能性が合理的な疑いをいれな

い程度に確実であることが要求され、そのため因果関係を否定する判例も出てきた。

(4) 福岡地判平成一七年七月一四日⁽³⁸⁾は、歯科医師XがA(二歳)に対して歯科用局所麻酔薬を使用して治療を行った際、口唇部をゴム製防湿マスクで覆うと共に、首から下の身体部をバスタオルで包んでレストレイナーと呼ばれる身体抑制具で診療台の上に固定していたため、Aの全身状態を外形上十分に把握することが困難であった。治療中にAが泣き止み、臉をとじる等して、目視のみでは急性呼吸循環不全の開始が判断できない状況になったにもかかわらず治療を継続し、鼻の下に指をあてて自発呼吸を確認したのみで身体状態を確認することなく、患者が入眠したものと軽信しAのもとを離れ、その後交替して治療に当たった歯科医師Yが心肺停止状態に気づいて救命措置を講じたが間に合わず、低酸素脳症により患者を死亡させたという事案である。裁判では、被害者の呼吸確認時に急性呼吸循環不全が生じていた可能性が全くないとまでは断言できないものの、さりとて呼吸確認の時点で被害者に急性呼吸循環不全が生じていたことが合理的疑いを差し挟む余地のない程度に明らかであるとまで認定することはできず、更にそれ以前の被告人の形成治療の時点で被害者に急性呼吸循環不全が生じていたとはなおさら認定できない。すると「形成治療中および被害者の呼吸確認をした時点の被告人が、ラバーダム(ゴム製防湿マスク)の端をめくるなどして被害者の口唇部を視認したり、相当程度長時間被害者の呼吸を測定するなどして、その呼吸状態を十分確認するという注意義務を果たしたとしても、必ずしも被害者の異変が発見され被害者が救命されたということは断定できず、結局被告人の注意義務と被害者の死亡との間の因果関係は認められない」として無罪とされた。患者は、心肺停止後一旦蘇生して心拍を再開し、五日間生存しており、早期に患者の異変に気づき救命措置が施されれば死亡が回避できた可能性は認定されていたが、本件はそもそも急性呼吸循環不全の発生時が判明して

おらず、患者の異変に気づきにくい状態であったことから、救命可能性が確実とは断定できなかったであろう。

(5) 東京地判平成一八年三月二八日の割り箸事件刑事第一審判決⁽³⁹⁾では、耳鼻咽喉科の当直医Xについて、頭蓋内損傷を疑って必要な措置をとるべき注意義務を怠ったという過失は認定されたが、「割り箸片により挫滅した左頸静脈を再建することが患者の死を回避する唯一の措置であるところ、仮に被告人が患者を直ちに脳神経外科医に引き継いでいたとしても、脳神経外科医において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ったと認められる。したがって、患者の救命可能性はもとより、延命可能性も極めて低かったとの合理的疑いが残る」として過失と死亡との間の因果関係が否定され無罪とされた。ここでは、救命可能性のみならず延命可能性にも初めて言及され、そのうえで両者は否定された。検察官は「被告人が予見義務および結果回避義務を果たしていれば患者の命を救うことができた」として救命可能性の存在のみ問題としていたが、弁護側は被告人において患者を直ちに脳神経外科医に引き継いだとしても「救命可能性はもとより、延命可能性もほとんどなく、被告人の過失と死亡との間に因果関係はない」と主張しており、判決はこれに応えたものと推測できるが、刑事裁判ではこれまでに触れられることがなかった延命可能性にまで言及したこの意味は明示されていない。

これに対して検察官は、主たる死因は割り箸の嵌入によって生じた血腫及び小脳浮腫を原因とする頭蓋内圧亢進により小脳部にヘルニア（小脳扁桃ヘルニア等）が生じ、これが脳幹を圧迫したことにあるから、その原因である血腫等を除去すれば救命も延命も可能であったのに、患者の主たる死因が血栓症を伴う左静脈洞閉塞による静脈還流障害によって脳幹が機能不全に陥ったことであると認める余地が十分にあるとした上で、患者の生命維持のためには閉塞された左静脈洞を開通させる必要があるが、それは極めて困難であるとして、救命・延命の可能性を否定

した原判決には判決に影響を及ぼすことが明らかな事実誤認があるとして控訴した。控訴審判決では、Xには当時の医療水準に照らして、割り箸の刺入による頭蓋内損傷の蓋然性を想定して、その点を意識した問診をすべき義務があるとはいえず、加えて診察の段階で頭蓋内損傷を疑ってCT検査やMRI検査をすべき注意義務があるといふのは困難というほかないとして業務上の過失そのものが否定されたが、仮に「被告人が訴因に記載された行為をしていたとしても、患者の救命・延命が合理的な疑いを超える程度に確実に可能であったとは到底いえない」として原判決が維持され、無罪が確定した⁽⁴⁰⁾。

(6) 名古屋地判平成一九年二月二七日⁽⁴¹⁾は、産婦人科医師Xが、妊娠三七週の患者Aの分娩を介助するにあたり、陣痛の発来がみとめられなかったため、陣痛誘発剤を投与したところ、胎児に徐脈傾向がみられ胎児仮死が懸念されたため、分娩を早めるべく急速遂娩法を施したが、その際子宮頸管裂傷を負わせた。しかしXはそれを見落とし、多量の出血により出血性ショック状態に陥っていたAに対して直ちに出血量に応じた輸液措置を講じて血圧の回復をはかるとともに、以降も出血が継続する事態に備えて予め輸血用血液を手配し、更に出血状態を回復するために、人員・設備等が備わった高次の病院に転送させる等して死亡を未然に防止する業務上の注意義務があったのにそれを怠り、子宮頸管裂傷による出血性ショックにより死亡させたという事案である。裁判所は鑑定人の意見を参考に、①Aの子宮頸管に多量の出血を伴う裂傷が生じていたと認めるには、合理的な疑いがある、②仮に被告人が実際に行われた以上の輸液措置を実施し、輸血の手配を行っていたとしても、結局出血原因が不明であったことや、産婦人科の人的・物的能力等に照らすと、そのような輸液や輸血により患者の死亡の結果を回避することができたと認められず、③被告人がAの転送義務を怠り、死に至らしめたことと認められるためには、被告人がその時点

で転送しなければ、Aの死亡という結果を確実に回避できたことが合理的な疑いをいれる余地のない程度に証明される必要があるとし、仮に被告人が出血性ショック状態に陥ったことを認識した時点（午後六時一六分）でAを高次医療機関に転送する手続きをしていたとしても、確実に救命できたと認めるには合理的な疑いがのこるとして無罪とした。弁護側は、転送しなかったことと死亡との間には因果関係がないと主張したため、それをめぐり多くの鑑定意見が参考にされた。三人の鑑定人の結論は、午後六時一六分の時点で高次医療機関へ転送の手続きをしても患者を確実に救命できたとはいえないという点では一致をみたが、救命可能性の具体的な程度については意見が異なっていた。⁽⁴²⁾ 専門家でも救命可能性を判断することがいかに難しいか、救命可能性が確定であると断定することに對していかに慎重であるかが伺われる。

こうして最決平成元年一二月一五日以降、不作為型医療事故の因果関係の立証は厳格になされるようになり、救命が合理的な疑いをいれない程度に確実であることが要求されるようになったといえよう。⁽⁴³⁾ しかも、その判断に際して、実証データや専門家の見解を重視する傾向が強まっていったが、医療事故原因の特定が困難であるケース⁽⁴⁴⁾も多く、合理的な疑いをいれない程度確実に救命できたかを証明することは容易ではなかった。

第二章 ドイツの医療過誤訴訟における因果関係の判断基準

ミュンヘン大学教授で弁護士でもあるウルゼンハイマーは、「Arztrecht in der Praxis（実務における刑事法）」⁽⁴⁵⁾の中で、ドイツの医療過誤訴訟における因果関係について判例を詳しく考察し、どの程度の因果関係の

立証が必要か、そして具体的な立証方法についても論じているので、以下紹介することとする。

ドイツでは、一九五七年九月二五日の連邦通常裁判所の判決（自転車乗り事件⁽⁴⁶⁾）以来、過失による結果犯における因果関係に関して、①被告人の行動は結果発生に対する機械的—自然科学的意味における一つの条件であったか、②行為者の行為に存在する注意義務違反がそれぞれの犯罪結果の招来において刑法上因果性を持つか、という二段階の検討を必要としている。なぜならば責任原則に支配される刑法では、原因と結果との間の関係についての問題に答えるには、一定の結果との純粹に自然科学的な結びつきだけでは不十分であり、その条件が法的な評価基準に従えば結果に対して意味があるか否かが重要となるからである。そのためには、行為者の法的に落ち度のない行為のもとでは出来事がどのように経過したかが決定的要素となる。連邦通常裁判所は多くの判決の中で法的因果関係とその認定に関して、「義務違反の因果性の検討において、行為者が義務に適って行動していたならどのように経過していたらどうか、という仮定的な問いがなされねばならない」としている。そしてこの問いに関しては、直接死因として顧慮される義務違反の観点から答えられなければならない、義務違反の行為を注意義務に適った行為と置き換えるのは行為者に有責性が問われる行為事情のみであり、具体的行為状況から何かを取り除いたり付け加えたり、あるいはそれを変更することは許されないとする。⁽⁴⁷⁾この指摘は、判例のすべての適用事例において専ら行為者とその被害者の行為に照準を合わせなければならない、おそらく同じ結果を導いたであろう第三者の行動に基づく仮定的なそれらに続く出来事によっては、義務違反と実際に既に発生した結果との間の因果関係、およびこれに対する責任を疑問視することはできないということである。⁽⁴⁸⁾

過失犯においては義務違反と結果との間に固有の関係が存在しなければならず、連邦通常裁判所の確定判決によれば、常に明確に「被疑者の義務違反の不作為は、原則的に義務に適った行動においては確実性に境を接する蓋然

性をもちて (mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit) その結果が妨げられたであろう場合にのみ有罪とすることができる。さらに結果犯において客観的帰責可能性を實際に限定するためには、結果の発生がまさに客観的義務違反に起因しなければならぬ⁽⁴⁹⁾と強調されている。そして、医療事故の場合、この注意義務違反とその結果の間の特別な関係は、医師の義務違反を形作るまさにその事情が、患者の死亡や傷害に強い影響を及ぼした場合のみ存在し、このような認定がなされれば死亡または傷害の結果を理由に罰することができる。すなわち、義務を遵守すれば結果の発生を防げたであろうといえ、その違反に意味があった場合、このような注意義務の要請を裏切ったことだけが刑法二二二条、二二九条⁽⁵⁰⁾の刑罰による制裁を發動させる。これに反して患者の生命あるいは健康が医師の注意義務の遵守においても救われなかったであろう場合には、義務違反は結果を有害に惹き起こしたことに關して重要ではないとされ、可罰性を肯定するのに必要な「義務違反連関 (Pflichtwidrigkeitszusammenhang)」は否定せねばならない⁽⁵¹⁾。

それでは、有罪・無罪を判断するためには、その他の犯罪条件が存在するときに、注意義務違反と結果との間の特別な関係の証明をどのくらい要求するのだろうか。言い換えると医師の義務違反の作為・不作為により惹き起こされた法益の侵害が、注意義務に合った行動においても確実に (sicher)、またはもしかすると (wahrscheinlich)、あるいは少なくとも場合により (möglichweise) 発生していたであろうという事情に対してどのような法的な評価を認め得るだろうかという点が次に問題となる。一般的な見解は、義務に合った行動をとっていても確実性に境を接する蓋然性をもって同様に現れるとき、義務違反的行動をとった医師に対して過失の結果犯の可罰性は生じないとする⁽⁵²⁾。しかし、判例によれば、義務に合った行動においてももしかすると或いは場合により同じ結果が現れる時には、疑わしきは被告人の利益にという原則により責任を問われないと考えられている⁽⁵³⁾。それに対して、必要な

注意の遵守においても場合により結果が発生したかもしれないという時でさえ、結果を帰責するという危険増加説がある。ウルゼンハイマー教授は、この説には賛成し難いと述べている。一九八〇年のコブレンツ上級地方裁判所も、危険増加説は危険構成要件の導入に発展するのでこれに従うわけにはいかないと述べ、連邦通常裁判所も、「判例はこれまで不作為の行為の行使が結果発生を回避していたであろうと言うことでこと足りるとするよ⁽⁵⁴⁾うな見解には従っていない」と断言している⁽⁵⁵⁾。

医療過誤事件の刑事裁判では、適切な処置によって死亡または傷害が確実性に境を接する蓋然性をもって回避されるか証明できないことがしばしばあるため、「義務違反連関」とか「過失の因果関係」という構成要件メルクマールが欠けていることを理由に、多くの手続きは打ち切られるか無罪となっている。しかし、最近の最高裁判所の判例ではこのような状況下でも視点をかえることによって医師達を有罪に導いている。一九八〇年五月二〇日の連邦通常裁判所判決は⁽⁵⁶⁾、外科医が一四歳の少女の盲腸を手術した後、高熱、間断のない嘔吐、便秘、めまい、腹痛等の合併症を引き起こしたのに適切な検査による症状の確認を怠り、その後更に白血球の増加、脈拍の一四〇—一六〇への増加、腹部のこわばり等の危険信号が現れ、腹膜炎の典型的な病状経過が明らかになったにもかかわらず専門医への相談や他の診療所への転院等を怠った。手術後八日目に容態が急変し大学病院へ移送されたが既にショック症状にあり、直ちに再手術がなされたが、その七日後に死亡したという事案である。専門家は、適切な再手術が確実性に境を接する蓋然性をもって患者の生命を救ったとはいえないが、一日早く手術されていたなら少なくとも一日長く存命し、またもつと早く手術されていれば明らかに長く生き延び、更に全くの健康体になる高度の蓋然性があったという鑑定結果を示した。裁判所は、このような鑑定結果を不作為と結果との因果関係を推定するのに十分であると認め次のように判示した。「患者が出現した腹膜炎によりいずれにせよ死亡した可能性があるか否かは、

因果関係の認定には重要ではない。義務違反の不作为が発生しない場合に比べ、患者の死がより早く発生したこと
で足りる」。

同様に、一九八四年八月一〇日の連邦通常裁判所の判決も、その一日あるいは数時間の量的単位での具体的な結果の観察方法をとり、次のように判示した。「望ましい行為を行った場合でも患者の生命が救われなかったにせよ、生命が相当期間、少なくとも数時間延長されたことを確信する。このような認定は、いつもかわらぬ判例による義務違反の不作为と構成要件的结果の間の因果関係の推定に対して要求される条件を満たすのに十分である。なされなかつた行為が行使された場合に結果が全く発生しないか、あるいは顕著に遅れて、あるいは相当小さな範囲で発生することに対する確実性と境を接する蓋然性が存在しなければならぬ。故に、患者の死亡が被告人の義務違反なしの場合に発生していたよりも実際は数時間早く発生したことは、因果関係の肯定に十分である」。

このように連邦通常裁判所は、結果の回避 (Erfolgsabwendung) と結果の遅延 (Erfolgsverzögerung)、救命 (Lebensrettung) と延命 (Lebensverlängerung) を等置し、解釈の上では生命延長の立証ができない場合には、もっと簡単に証明可能な生命短縮に注目した。⁽⁵⁸⁾ 具体化する結果を意味づける過程で、確実な救命の証明が不可能な場合にはそれを止めて、そのかわりに全く短期であっても確実な結果発生 (死亡) を遅らせることに対する確実性に境を接する蓋然性があるかの証明に力を入れた。そして、この証明もできない場合には、残された時間における苦痛の増加の可能性を理由とする過失傷害罪の構成要件の検討がなされた。⁽⁵⁹⁾

このような新しい判例の推移に対してウルゼンハイマー教授は次のような論点をあげている。①連邦通常裁判所の見解では、刑法三二二条における過失結果犯の危険構成要件への転換に至る。すなわち患者の生命を危険に陥れたことが過失致死罪になってしまうからである。これはまた基本法 (一〇三条二項)⁽⁶⁰⁾ 上禁止されている「法律なけ

れば「刑罰なし」の原則に反する。②死亡の非回避と生命の短縮の等置は、結果的に被告人の不利益となる証明責任の転換を意味し、「疑わしきは被告人の利益に」という原則に反する。なぜなら、立証可能な生命短縮においてそれが一日あるいは数時間、またはもっと短くても因果関係が肯定されてしまうからである。③生命延長は経験的・問的方法により正確に規定できるものではなく、せいぜい納得できる考え方として根拠づけられるに過ぎず、連邦通常裁判所も認めているように、延長期間は経験ある鑑定人によって推定され得る⁽⁶¹⁾。

因果関係に関する新しい連邦通常裁判所の見解が医師の刑法上の責任を拡大しがちなことに対して強硬な反論はなされていないが、現実には、医学鑑定人はおしなべて生命延長に対する確実性に境を接する蓋然性の肯定については、ある事例では、ある時点で処置した場合「患者の生命の延長のチャンスは、少なくとも数時間患者の命を延長したほど大きかったか」、他の例では、おおざっぱに「遅れない正しい診断と処置により患者が生き長らえるチャンスは存在したか」等と聞かれる。検察庁は、時折「適切な診断と治療措置を遅滞なくとっていたら、患者の死亡時刻は確実性と境を接する蓋然性をもって遅れていたか」と問う。そして、次の審理では生命延長の期間について再度問われることはなく、単に「治療した医師が正しい診察、必要な治療措置をとっていたなら患者の死は発生しなかったと推定できるか」という問題のみ検討するように頼むこともめずらしくない。しかし最近では、患者が適切な処置のもとでは確実性に境を接する蓋然性をもって死亡時刻より長く生きていたのかという質問が圧倒的に多い。このように、因果関係の問題は、生命短縮の可能性を検討せず、専ら結果回避のみに関係づけられることもあれば、結果を帰責するためには二、三時間の、いやそれ以上の生命延長が要求されることもある。あるいは量的測定が全く行われないか、生命延長のチャンスのみが問題視されることもある。以上のことから連邦通常裁判所が

いかに困難な鑑定を実務につきつけているかが明らかである。⁽⁶²⁾

このような傾向は、医療サイドからすれば望みのない事例においても、今日の集中治療の可能性にかんがみて「数時間」命を短縮させたという非難にさらされる危険を冒さないように、治療を継続することにつながりかねない。このことも問題がないわけではない。なぜなら医療現場が示すように、呼吸器を切らないことが患者の健康状態の見込みのなさゆえに身体的虐待となり、それゆえ刑法二二三条⁽⁶³⁾の傷害罪の構成要件をみたすという親族の告訴や告発が生じるからである。⁽⁶⁴⁾

検察や裁判所サイドでは、現実には、因果関係を調査するのに必要な法的要請に反して、患者は適切な行為の行使において「高い蓋然性をもって」(mit höher Wahrscheinlichkeit)あるいは「ほぼ確実に」(höchst wahrscheinlich)生き長らえたとか、適切な行為の行使においては手術は高い蓋然性をもってさらなる合併症をひきおこすとはなかったという認定で満足している。しかし、一九八七年一〇月一二日の連邦通常裁判所の判決⁽⁶⁵⁾では、患者が実験技術上の検査やレントゲン検査を遅滞なく受け、そして病院への搬送が遅れなかったらより長く生きていたであろうかということが争点となり、検察と地方裁判所ではこれを肯定したが、「原審刑事部は適切な診断および治療措置を遅延なくとっていたら患者は確実性と境を接する蓋然性をもって死亡時刻に生き長らえていたであろうとさのみ、必要な検査と処置を義務に反してとらなかつた医師に対し患者の死の責任を負わせる点について誤認した。……被告人により義務に反して怠つた措置がなされれば、明白な・ある程度の・大きな・もしくは非常に大きな蓋然性をもって患者の生命を、それほど短くもない期間維持しておくことができたであろうことでは十分ではない。過失致死罪を認めるのに必要な医師の怠慢と死亡の発生との間の因果関係は、むしろ望ましい処置が患者の生命を確実性に境を接する蓋然性をもって救った、あるいは生き長らえさせたであろうとの確信を事実審が得た

ときにのみ認定される。このことに欠けている」と明瞭な見解を示した。そして、この判決の前後には同旨の判決が多数存在する。⁽⁶⁶⁾

また因果関係の根拠づけにおいて法的に不十分な下級審判決を批判したいくつかの判例がある。一九八七年七月八日の連邦通常裁判所の判決では、「患者が被告による正しい処置において一九八五年四月二日の手術後も生き長らえたであろうという認定は、確信された学問的（医学的）専門知識の基礎によってのみ根拠づけられる。……患者の良好な身体状態は放射線治療が成功するチャンスを高めるという地方裁判所の推定は十分な事実の根拠づけを欠いている。同じことは、鑑定人が証言したよりも、大学病院では放射線治療により成功する見込みがより大きいという考えにもあてはまる」と判示し、原審の判決を退けた。⁽⁶⁸⁾

マールブルグ地方裁判所も、一九九六年一月五日に参審裁判所の判決を訂正し、「二人の被告人の義務違反行為は過失致死罪であるという参審裁判所により下された判決を支持しない。というのは二人の被告の義務違反行為と死亡との間には立証可能な因果関係が欠けているからである。適切な診断および治療を遅滞なく行っていたら患者は死亡時に確実性と境を接する蓋然性をもって生きながらえたであろう場合のみ、必要な治療を義務に反してとらなかつた医師に対して患者の死の責任が問われなければならない。学問的知識の立場から適切な処置をとつた場合、単に患者が生きながらえる可能性、あるいはその高い蓋然性（延命のチャンスが少なくとも九〇から一〇〇パーセント）があつても、有罪判決をだすにあたって残存する疑念を取りはらうのに十分ではない。被告医師たちが準備室で既に抱いていた気管支痙攣が存在しているのではないかという疑いを調査し検証していたなら、患者は確実性に境を接する蓋然性をもって生きながらえたであろうという認定を刑事部は行えなかつた」と判示した。そして、参審裁判所は被告人が抱いた気管支痙攣の疑いをチェックする措置をとらなかつたことに被告人の注意義務違

反をみているが、合理的な疑いをいれない形で患者の延命を導いたであろう具体的な治療の可能性をあげることができる。代替的な処置として麻酔の中断や、手術の延期・中止等が挙げられるが、これらも鑑定人が確認しているように重度の麻酔合併症をうまく治療できる方法ではなく、そして患者のチアノーゼに気づいた後も生き残らせる確実性に境を接する蓋然性を導く治療の可能性は存在していなかったと結論づけている⁽⁶⁹⁾。

同様に下級審判決における因果関係の検討の不十分さを指摘したものととして二〇〇二年七月四日のバイエルン州最高裁判所の判決がある。これは、日曜日の正午患者の診察をした救急指定医は、患者が激しい頭痛を訴えており失語症も患っており、明らかに様子がおかしかったため症状の解明の必要ありとみたが、CT検査のために直ちに診療所に行くことを指示せず頭痛薬を処方し、よくならなかったら翌日朝かかりつけの医師や神経科へ行くよう告げた。翌日患者の意識がなくなり、脳出血のため病院で手術を受けたがそれ以来昏睡状態のままであったという事案である。地方裁判所は、早めに義務にあって患者を病院に入院させていたら、脳大動脈の動脈瘤を発見でき、即座に手術を行えば発生した重い脳出血は避けられたとして刑法二二九条による過失傷害罪で有罪としたが、バイエルン州最高裁判所は次のことを強調した。「日曜日に病院に入院させても実際にその日に、必要な確実性に境を接する蓋然性をもってCT検査が行われその後直ちに手術が行われたかの認定に欠けている。地裁が鑑定人のコメントをあげて仮定したような『可能性』の認定では、いずれにせよ十分でない。それに加えて、被告が患者を最初に診察した時点でどのような損傷がすでに出現していたのか、そして仮に日曜日に手術がなされたとしてそれまでのどのような損傷が出現していたであろうか、ということについての十分な認定が欠けている⁽⁷⁰⁾」。

以上、ドイツの判例を概観したが、一九八〇年五月二〇日の連邦通常裁判所の判決により新たに提唱された延命

理論が適用されても、「適切な診断および治療を遅滞なく行っていたら患者は死亡時に確実性と境を接する蓋然性をもって生きながらえたかどうか」という厳格な判断基準は固持されており、延命の期間の証明と相俟って、因果関係の認定はそれほど容易とはならなかった。

第三章 延命理論の刑法的評価

ドイツでは、医療過誤事件の刑事裁判において、適切な処置により死傷の結果が確実性に境を接する蓋然性をもって回避されるか証明できないことがしばしばあるため、不処罰の範囲が広がった。そこで実務では立証困難な救命にかわり、延命理論に注目が集まった。では、救命可能性の程度として合理的な疑いをいれない程度に確実であるという高度の証明が要求されている我が国の実務でも、ドイツのように延命の可能性を中心とした因果関係の立証方法を採用することによって死との間の因果関係を肯定することは妥当であろうか。

最決昭和六三年一月一九日⁽⁷⁾は、妊婦の依頼を受けて妊娠二六週に入った胎児の墮胎を行った産婦人科医Xが、墮胎により出生した未熟児に適切な医療を施せば生育する可能性があることを認識、かつそのための措置をとる事が迅速容易にできたにも拘わらず、同児を自己の医院内に放置して約五四時間後に死亡するに至らしめたという事案に対して、「墮胎により出生した未熟児（推定体重一〇〇〇グラム弱）に保育器等の未熟児医療設備の整った病院の医療を受けさせれば、同児が短期間に死亡することはな（い）」として保護責任者遺棄致死罪の成立を認めた。一審判決⁽⁷⁾によれば、昭和四九年、五〇年において体重一〇〇〇グラム以下の超未熟児のほぼ五〇パーセントが救命され、石垣市内の県立八重山病院においても昭和五三年に体重九〇〇グラムの新生児が、昭和五四年には体重九二

○グラムと八六五グラムの新生児がそれぞれ生育していると認定されており、本件は延命可能性が確実なケースであり、しかもそれを実証データにより立証できたことから不保護と死との因果関係を肯定したのであろう。

医療過誤訴訟においては救命の可能性より、死亡時点での生存可能性を問題にする延命の可能性の立証の方が容易に思える。割り箸事件のように事故原因が特定できず、結果発生メカニズムが断定できないケースでも少なくとも延命の可能性はあったとして死亡との間の因果関係が肯定できる。しかし、安易に延命を問題にすると、医師の刑事責任の拡大を招く危険性がある。末期癌のような不治の病で死期が迫っている患者に対して、仮に適切な治療をしたらほんの少しだけ死期が延びたと思われるような場合でも、因果関係を肯定することになりかねない。医学的に終わりが近い命を、どこまで保護すべきなのだろうか。結果となるべき事実をあまりにも具体的に細かく規定しすぎると、刑事責任を限定する機能を実質的に持ち得なくなるとして、ある程度の結果の抽象化の必要性は以前から指摘されている⁽⁷³⁾。また、実際に実務において延命の可能性を問題にする場合には、単なる延命可能性の有無のみならず、延命が確実であること（延命の確率）と、どのくらい延命できたか（延命の期間）について検討されねばならないが、鑑定人がそれらを判断することは非常に難しい。さらに、法曹関係者と鑑定人の間で、死亡との間の因果関係を肯定するために必要な延命可能性の程度に関する見解の一致をみないまま安易に延命可能性を問題にすると、両者の間のコミュニケーションがはかれず、ひいては鑑定人の意思が裁判に十分反映されない危険性がある⁽⁷⁴⁾。ドイツの実務ではまさにそれが原因となり混乱を招いているようである。

適切な診断および治療が遅滞なくなされた場合、救命が合理的な疑いをいれない程度確実であることが立証されれば、因果関係は当然認められる。その点の立証が困難な場合でも、延命が合理的な疑いをいれない程度確実であることが立証されれば、因果関係を肯定できる。しかし、延命の立証に問題がある場合には延命理論を適用しない

で、適切な措置を施さなかったという不作為により身体の生理的機能に障害を与えたという点を業務上過失傷害罪と評価できないだろうか。

作為型の刑事判例の中には、本来の疾病があり、死因が当該行為によるものか必ずしも特定できないケースに関して、業務上過失傷害罪の限度で責任を負わせているものがある。

(1) 瀬棚簡略式昭和五二年一月二六日⁽⁷⁵⁾

本件事は、鼻出血のため五日前から入院中の患者Aが、O型保存血液の点滴輸血を受けていたが、看護婦がAの保存血瓶を他のものと取り替える際に、保存血瓶に添付されている交差適合試験票記入の受血患者の氏名、血液型を十分確認せず、看護婦詰所の机上にあった別人の異型血瓶を交換輸血したため、その九日後急性腎不全に基づく急性肺水腫により死亡したというものである。異型輸血と死亡との因果関係の有無に関する鑑定の結果、死因が本来の疾病である鼻出血によるものか、異型輸血によるものかは断定しがたいとされたため、傷害の限度で起訴されたとして、業務上過失傷害罪が認められた。

(2) 岡山地判昭和五五年五月三〇日⁽⁷⁶⁾

本件事は、医師Xが穿孔性腹膜炎治療のため腹部切開手術をした際、患者(B型)の腹腔内に小児手拳大の腫瘍を発見しこれを切除することを決意し、手術創拡大にあたり患者に輸血しようとしたが、血液型を判定するための何らの検査をせずに家族が伝えたAB型という不適合血液を輸血したためその直後に患者に悪心、悪寒、ふるえ、

発熱の症状を出現せしめ、さらに腎臓に血色素尿性ネフローゼの病変を生じせしめ、電撃型急性肝炎により死亡させたというものである。本件は当初不適合血液が患者の死亡原因になったとして業務上過失致死罪で起訴されたが、その後公判の過程から因果関係の立証に問題があるとして業務上過失傷害罪に訴因が変更された。不適合輸血と発生した傷害との因果関係の有無を検討するに当たり、①因果関係を肯定するには不適合血液が必ずしも傷害の唯一の原因または直接の原因である必要はなく、不適合輸血と他の原因が相まって傷害の結果を招来した場合においても因果関係を是認するに妨げない、②医学の分野では何らかの反証の余地が残されているとしても、一般通常人であれば疑問をさしはさまない程度に真実らしいとの心証が得られれば、因果関係を是認し得ると述べた。そして刑法上の傷害とはひろく健康状態を不良に変更した場合を含み、患者の悪心、悪寒、震えおよび発熱並びに血色素尿性ネフローゼ等が患者の健康状態を不良に変更し、その身体の生理的機能に障害を与えたと評価できることは明らかであり、そのいずれについても違法な傷害の結果を発生させたものといふべきであるとして業務上過失傷害罪を認めた。控訴審でも、本件不適合輸血は、Aの症状の唯一の原因とは断定できないにせよ、患者の身体に有害な結果をもたらしたということができるとして原判決の判断を支持した。

(3) 東京簡略式昭和六二年一〇月二八日⁽⁷⁸⁾

本事案は、医師Xが胃全摘手術終了の際、ペアン氏止血鉗子（長さ約二二、九センチメートル）を患者の腹腔内に遺残したまま腹壁を縫合閉腹したため、約七ヶ月後に右氏止血鉗子を緊急除去するため開腹手術を行ったが、その後患者が死亡したという事案である。患者の原疾患が重篤な状態であったため、死因が右鉗子の腹腔内遺残に起因するものといえるか否かにつき立証上の問題があったことから、業務上過失傷害罪で起訴され、ペアン氏止

血鉗子遺残症の傷害を負わせたとして業務上過失傷害罪が認められた⁽⁷⁹⁾。

不適合輸血自体は、外形的事実そのものによる立証が可能なので、医師の責任追及は容易であるが、不適合輸血によって必ずしも死亡するとはいえないため、致死の責任を追及するには解剖等により不適合輸血と死亡との因果関係を証明することが必要である。しかし、輸血を必要とする場合は原疾患そのものが重篤な場合が多いので死亡の認定がかなり微妙になることがあるといわれている⁽⁸⁰⁾。そこで、(1)(2)では、死亡原因が特定できず不適合輸血と死亡との間の因果関係の立証が難しい場合には、不適合血液が患者の身体の生理的機能に障害を与えたといえれば業務上過失傷害罪の限度で責任が問えると考えたものである。また(3)では、鉗子の存在と死との間の因果関係が認められなくても、鉗子の遺残が少なくとも臓器の損傷などをもたらしたといえるならば、業務上過失傷害罪の限度で刑事責任が問えることを明らかにした。

このように作為型判例では、死亡との間の因果関係の立証ができない場合には、業務上過失傷害罪にきりかえて立件するという方策は以前からとられてきたようである。

おわりに

平成十一年の最高裁判事判決⁽⁸¹⁾は、医師が注意義務を尽くして適切な診療を行っていれば患者が死亡の時点でおお生存していたであろうという高度の蓋然性が証明されれば医師の不作為と患者の死亡との間の因果関係を肯定でき

るとした。即ち、重篤な症状を呈している患者に対しては、仮に医師による適切な医療がなされても救命可能性は認められにくい。延命の高度の蓋然性が証明されれば医師の過失と患者の死亡との間の因果関係は肯定できるのである。しかし、それでも証明の程度として「高度の蓋然性」が要求されたことにより、実際には因果関係の証明がそれほど容易になったわけではないようである。そして、平成一二年の最高裁民事判決は、死亡との間の因果関係が認定できなくても、延命できた相当程度の可能性の存在が証明できれば、医師は、患者がその可能性を侵害されたことにより被った損害を賠償すべき不法行為責任を負うという考え方を示した。金銭賠償を中心とした民事責任を追及する際、延命の可能性を考慮することにはそれなりの意味があり、また妥当といえよう。

しかし、釧路地判昭和五二年二月二八日の刑事判決⁽⁸³⁾が、「本件鉗子の存在と患者の死因との間に因果関係を肯定するにはなお合理的な疑問が残るといわなければならず、本件において、民事責任を追及することはともかくとして、前記の疑問が合理的に払拭しきれない以上、疑わしきは被告人の利益に従うという刑事裁判の基本原則に照らし、右因果関係を認定することは些か躊躇せざるを得ないところである」と判示しているように、医師の刑事責任を問うには、民事に比べて因果関係の立証に関しても格別な慎重さと厳格さが要求されよう。まず間違いないと言える程度確実な救命もしくは延命が立証できたときには、死亡との間の因果関係を肯定すべきである。延命の立証が難しい場合には、適切な措置を怠ったことにより健康状態を不良に変更したという理由で、業務上過失傷害罪の責任を問うことはできると考える。

救急医療現場では、症状も重篤性も異なる患者が次々と運ばれてくる。同時に何人もの患者の治療に当たらなければならぬため、割り箸事件のように患者が子供の場合には事故当時の状況が判然とせず、診察時には症状が一応治まっている患者に対して経過観察を指示することはやむを得ないのだろうか。その結果患者が死亡し

た場合、医師が適切な処置を行っていたら延命の可能性があったとして刑事責任を負わせることは、医師にとつてあまりにも酷であろう。また、末期癌患者のように死期が迫っている患者に対して延命の可能性を議論することは、救命効果のない治療継続により苦痛を増加させることにもなりかねない。民事で被害者の救済をはかる方法がかなり充実している今日、医療過誤事件の被害者の救済は、金銭賠償を中心に行うのが妥当と考える。

医師（特に産科医と外科医）不足が重要な緊急課題とされているが、その大きな要因として医療過誤事件の厳しい責任問題が指摘されている。医師の刑事責任に関しては、特別の配慮がなされることを期待したい。

(1) 民集五三卷二号二三五頁。

(2) 民集五四卷七号二五七四頁。

(3) 東京地判平成一八年三月二八日。割り箸事件の概要については、萩原由美恵「医療過誤訴訟における医療水準」

『中央学院大学論叢』一二卷一号（二〇〇九年）一五頁以下参照。

(4) 小山実・西口元他編『専門訴訟体系Ⅰ医療訴訟』（青林書院、二〇〇七年）三五頁以下。

(5) 小山・西口・前掲注三八頁以下。

(6) 新美文「癌患者の死亡と医師の責任―期待権侵害理論の検討―」『ジュリスト』七八七号（一九八三年）七八頁。症状・所見の経時的变化と救命可能性の関係について、三段階に分けた興味深い考察がある。それによると早期は、病状に可逆性があり、しかるべき治療・転医により救命可能であるが、中期には、病状が微妙なことから救命可能性は五〇パーセントを大きく上回ることはない。末期は病状が進行して異状所見が認められやすいが、病状の可逆性が乏しくなるため、治療・転医による救命可能性が否定される傾向にある。上田和孝『実務医療過誤訴訟―訴訟における専門的アプローチとノウハウ―』（民事法研究会、二〇〇七年）五七頁。

- (7) 渡邊了造「過失あるも因果関係がない場合の慰藉料」『判例タイムズ』六八六号（一九八九年）六六頁。「期待権侵害」という文言を初めて使ったのは福岡地判昭和五二年三月二十九日判例時報八六七号九〇頁である。医師には妊娠中絶の術前に患者の全身状態の検査を怠った過失と術後に患者の監視を怠った過失があったが、死亡原因が確定できなかつたため過失と死亡との因果関係は認められなかった。しかし、患者には十分な管理のもとに診療を受けることについての期待権があり、期待権が裏切られた場合には慰謝料が認められるべきであると判示された。
- (8) 石川寛俊「期待権の展開と証明責任のあり方」『判例タイムズ』六八六号二七頁、渡邊・前掲注六九頁。
- (9) 浦川道太郎「民法判例レビュー44民事責任」『判例タイムズ』八三八号（一九九四年）五四頁。
- (10) 期待権侵害論に否定的見解をとる論者の中にも何らかの救済策をとるべきであるとするものが少なく、治療機会喪失といった客観的な損害を認めようとする説も現れた。
- (11) 前掲注（1）。
- (12) 故意または過失と権利侵害の因果関係については、既に昭和五〇年一〇月二四日のルンバル事件最高裁判決（民集二九卷九号一四一七頁）により、自然科学におけるような厳格な証明までは要求されないが経験則の利用、証拠の総合検討による高度の蓋然性の証明が必要であるとされており、本判決ではこの考え方を不作為による不法行為にも適用している。
- (13) 八木一洋『最高裁判所判例解説民事篇平成一一年度』（法曹会、一九九九年）一五〇頁、大塚直「不作為医療過誤における患者の死亡と損害・因果関係論―二つの最高裁判決を機縁として」『ジュリスト』一一九九号（二〇〇一年）一一二頁。
- (14) 福岡高判平成八年六月二七日民集五三卷二号二九七頁。
- (15) 前掲注（2）。
- (16) 本判決は被侵害法益の内容を新たに明確化したか、それにより従前期待権侵害論、治療機会喪失論等と呼ばれてき

た理論との関係に関する議論をまねいた。詳しくは前田順司「医師の注意義務違反と因果関係」『医事法判例百選』（有斐閣、二〇〇六年）一六五頁、小山・西口・前掲注（4）四四頁参照。

(17) 最判平成一六年一月一五日判例タイムズ一四七号一五二頁。これはスキルス胃癌の患者を最初に診察した医師が、適切な検査をしなかったため癌の発見が遅れ患者が死亡したという事案であり、判決では当時の医療水準に応じた医療行為を受けることにより、患者が死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性がある場合には、医師には診療契約上の債務不履行責任があると判示された。

(18) 高松高判平成一八年一月一九日判例時報一九四五号三三頁。

(19) 大塚・前掲注（13）一七頁。

(20) 大阪高判平成一三年七月二六日判例タイムズ一〇九五号二〇六頁。本判決は、本件手術操作と脳内血腫との間の因果関係の有無について詳細な検討を加え、結論的には患者の死因となった脳内血腫が本件手術中の操作に起因したものであるが、手術操作に過誤があったとは認められないと判断されたが、別個の過失として主張されていた手術の際減圧開頭が不十分で、血腫除去および小脳半球切除術をすべきであったのにこれを怠ったという点について過失が認定され、その点について因果関係の有無が問題とされた。

(21) 東京高判平成一三年一月五日判例時報一七七八号六九頁。

(22) その他に延命をはかり得た相当程度の可能性を認めたものとして、東京高判平成一三年一〇月一六日判例時報一九二七四頁がある。

(23) 東京地判平成二〇年二月一二日裁判所ホームページ参照。

(24) 割り箸事件民事判決では、被告医師の診察における過失が否定されたが、因果関係の有無についての検討も加えられていた。

(25) 京都地判昭和四九年二月一〇日判例タイムズ三一九号三〇六頁。

- (26) 浦和地判昭和五一年三月二日飯田英男・山口一誠『刑事医療過誤』(判例タイムズ社、二〇〇一年)二二七頁、宮崎地延岡支判昭和五五年八月二七日判例タイムズ六七八号五六頁。
- (27) 高松地判昭和五一年三月二日特殊過失刑事事件裁判例集二一五号七八頁、札幌簡略式平成一三年六月一日飯田英男『刑事医療過誤Ⅱ』(判例タイムズ社、二〇〇六年)六二二頁、岩内簡略式昭和六〇年二月二四日判例タイムズ六七八号五五頁、鹿屋簡略式平成一一年一〇月八日飯田・前掲二〇四頁。
- (28) 前橋地高崎支判昭和四七年四月二一日刑事裁判資料二一五号一一頁。これは医師が気管支挿管を容易にするため筋弛緩剤サクシン注射を行ったが、その量が不足していたため十分筋が弛緩せず挿入に失敗し、サクシンの副作用により患者を呼吸麻痺、無酸素状態に陥らせて死亡させたという事案である。呼吸停止をおそれた医師が、成人の患者には一回四〇から六〇ミリグラムが適切であるところ、二〇ミリグラムしか注射しなかったため気管内挿管に失敗したという事情から、注射行為(作為)に過失を認めたが、その後直ちに加圧人工呼吸により患者に酸素を確かかつ十分に気道に送り込めば危険はなかったことから、被告人が気管内挿管に失敗したにもかかわらず加圧人工呼吸を施さなかった点(不作為)にも過失が認められた。
- (29) 浦和簡判平成七年一〇月一六日判例タイムズ一〇三五号五二頁、札幌簡略式平成九年一〇月二九日判例タイムズ一〇三五号五〇頁、多治見簡略式平成一三年一〇月九日飯田・前掲注(27)一五六頁。
- (30) 刑事裁判月報四卷五号九六三頁。
- (31) 前掲注(27)特殊過失刑事事件裁判例集二一五号七八頁。
- (32) 判例時報九二二号一四〇頁。
- (33) 「保健師助産師看護師法」は昭和二三年「保健婦助産婦看護婦法」として制定されたが、平成一三年一二月一二日法律第一五三号により、男女共同参画の意識の高まりを受けて、男女共通の「師」の名称に変更された。現在では看護婦は看護師と呼ばれているが、引用判例中の文言は事件当時の名称に従うこととする。

- (34) 大阪高判昭和五八年二月二日判例時報一〇九一号一五〇頁。
- (35) 本件は民事裁判でも争われていたが、ここでは、キシロカイン注射は全脊麻を惹起する危険性が高く、患者の症状が全脊麻の特徴を示していたこと等からショックは高度の蓋然性をもって全脊麻であると認定し、①頸部硬膜外麻酔注射において、針先が一応硬膜外腔に入った段階で予め試験量を注入し、硬膜ないしくも膜を突き破っていないかを確認することを怠りそのままキシロカインをくも膜下腔に注入し続け全脊麻の症状を惹起したという過失(作為型)と、②全脊麻が発生した場合には呼吸停止後遅くとも四分以内に人工呼吸を施し、脳へ酸素を補給して脳死を防止すべきところ、被告人は遅くとも心停止と同時に心臓・マッサージを開始しなかったという過失(不作為型)を認めた。大津地判昭和五〇年八月二七日判例時報八一六号七七頁。
- (36) 本件は最高裁の上告棄却(最決昭和六〇年九月三〇日判例タイムズ六七八号六七頁)により確定した。
- (37) 刑集四三卷一三三号八七九頁。
- (38) 飯田・前掲注(27)一七五頁。
- (39) 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)一一〇頁以下参照。
- (40) 東京高判平成二〇年一月二〇日判例タイムズ一三〇四号三〇四頁。
- (41) 判例タイムズ二二九六号三〇八頁。
- (42) 六田鑑定人(産婦人科専門医)は、午後六時一六分頃に子宮頸管裂傷を発見したと仮定し、その頃に高次医療機関に転送していたとしても、患者は重症ショック状態になって三〇分以上経過しており、その段階では汎発性血管内血液凝固症候群(DIC)を併発していた可能性も否定できず、多臓器不全の状況になれば不可逆的なダメージが生じ、単純に出血点を止めて輸血だけでは救命できるといふ状況ではなく、ある可能性があるので、救命の確率については何とも言えないとした。七瀬鑑定人(産婦人科専門医)は、午後六時一六分に開始した子宮内容清掃術において多量

の出血が認められた時点で高次医療機関へ転送すべきであったとした上で、その時点での救命可能性については、不確定な要素が多く厳密に救命可能性を論じるのは困難であり、救命が合理的な疑いをいれない程度に可能であったと評価するのは困難と考えた。八代鑑定人(救命救急専門医)は、患者のショックの持続状況からみて、多臓器不全や急性呼吸窮迫症候群(ARDS)を起こす可能性は決して低くなく、午後六時一六分以降に高次医療機関に転送しても、心不全徴候、それに続発する肺機能不全が起こる可能性は高く、さらに腎臓や肝臓も含めた多臓器不全やARDSに移行する可能性を考えた場合に、救命できた高度の蓋然性があるとはいえず、せいぜい五分五分程度であると述べた。

(43) 平成元年一月一日の最高裁決定では不作為の因果関係が問題となっており、この理論を過失犯の因果関係に転用することに関する批判的見解(中山研一「救急医療を要請しなかつた不作為と被害者の死の結果との間に因果関係が認められた事例」『判例タイムズ』七二五号(一九九〇年)五六頁)もある。

(44) 大津地判昭和五三年七月一八日前掲注(32)。

(45) Klaus Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 4. Aufl., 2008.

(46) BGHSt 11,1. トレーラー運転手が七五センチメートルの間隔しかあけずにXの自転車を追い越し、Xがトレーラーの下に落ちて轢死したが、Xは高度の酩酊状態であったため、通常必要とされる一〇〇—一五〇センチメートルの間隔をとって追い越したとしても、同じような結果になった蓋然性があったという事案について因果関係を否定した。

(47) Ulsenheimer, a. a. O. [Anm. 45], Rnd. 202b.

(48) Ulsenheimer, a. a. O. [Anm. 45], Rnd. 203.

(49) NJW 2000, 2754 (2757).

(50) 二二二条(過失致死)

過失により人を死亡させた者は、五年以下の自由刑または罰金に処する。

二二九条(過失傷害)

過失により、他の者の傷害を生じさせた者は、三年以下の自由刑または罰金に処する。

- (15) Ulsenheimer, a. a. O. [Anm. 45], Rnd. 205.
- (16) Ulsenheimer, a. a. O. [Anm. 45], Rnd. 206f.
- (17) Ulsenheimer, a. a. O. [Anm. 45], Rnd. 209.
- (18) BGH NSZ 1990, 588 (591).
- (19) Ulsenheimer, a. a. O. [Anm. 45], Rnd. 215.
- (20) BGH NSZ 1981, 218.
- (21) BGH NSZ 1985, 26.
- (22) 患者の生命が数時間のみ短縮された事例で初めて過失致死罪の有罪判決を出したのはバイエルン州最高裁判所である。ここでは自殺目的で相当量の睡眠薬を飲んだ患者の病院への移送が遅れた事案に対して、医師による適切な治療行為がなされずに、生きることに飽きた者の死期を早めることはあくまでも違法であるとして、過失致死罪を認めた。
BayObLG JZ 1973, 319.
- (23) Ulsenheimer, a. a. O. [Anm. 45], Rnd. 223.
- (24) 一〇三条(法的審問、刑法の遡及および二重処罰の禁止)
- (25) 何人も、裁判所において法律上の審問を請求する権利を有する。
- (26) いかなる行為も、その行為が行われる前に、可罰性が法律で定められていた場合にのみ、これを処罰することができる。
- (27) 何人も、同一の行為について、一般刑法の根拠に基づいて、重ねて処罰されてはならない。
- (28) Ulsenheimer, a. a. O. [Anm. 45], Rnd. 224f.
- (29) Ulsenheimer, a. a. O. [Anm. 45], Rnd. 227.

- (63) 二二三条（傷害罪）
- ① 他の者を身体的に虐待しまたはその健康を害した者は、五年以下の自由刑または罰金に処する。
- ② 本罪の未遂は罰せられる。
- (64) Ulsenheimer, a. a. O. [Anm. 45], Rnd. 227.
- (65) BGH MDR 1988, 100.
- (66) Ulsenheimer, a. a. O. [Anm. 45], Rnd. 228.
- (67) BGH NJW 1987, 2940.
- (68) Ulsenheimer, a. a. O. [Anm. 45], Rnd. 229. この判決では、因果関係の証明に関して三人の鑑定人がそれぞれ、①適切な放射線治療は最低九〇パーセントの確率で五年から一〇年生命の延長となる、②期間の差はあるが、生命の延長のチャンスは九四から一〇〇パーセントである、③即時の正しい放射線治療における生命延長は九二―九九パーセントであると述べたが、判決ではその程度では足りないとして、「医師の義務違反行為の因果性には疑問が残る」と判示した。Ulsenheimer, a. a. O. [Anm. 45], Rnd. 229a.
- (69) Ulsenheimer, a. a. O. [Anm. 45], Rnd. 229b.
- (70) Ulsenheimer, a. a. O. [Anm. 45], Rnd. 229c.
- (71) 刑集四二巻一号一頁。
- (72) 那覇地裁石垣支判昭和五七年三月一五日刑事裁判月報一四巻三・四号二五九頁。
- (73) 町野朔「条件関係論」『上智法学論集』一二巻二・三号（一九六九年）一三三頁、同・『刑法総論講義案Ⅰ（第二版）』（信山社、一九九五年）一五五頁。
- (74) 名古屋地判平成一九年二月二七日（前掲注（41））では、救命可能性が問題となったが、法廷で捜査段階で作られた検察官調書の内容を確認した鑑定人は、高次医療機関に転送していたら救命可能であったとの供述記載について、

「自分は十中八九高い確率をもって救命できたという趣旨を述べたものではなく、救命の確率に関しては何とも言えない」と訂正している。直接延命可能性が問題になった事例ではないが、鑑定人の意思が検察官に伝わらなかったという点では、延命可能性でも同様のことが起こり得るだろう。

(75) 飯田・山口前掲注(26) 八三頁。

(76) 判例タイムズ六七八号四四頁。

(77) 広島高岡山支判昭和五七年三月二四日判例タイムズ六七八号五〇頁。

(78) 判例タイムズ六七八号五八頁。

(79) ヘラー氏手術(食道下部狭窄筋層切開術)の約六ヶ月後に急性脾臓炎で死亡した患者を火葬にしたところ、遺骨の中からケリー鉗子が発見されたという事案(釧路地判昭和五二年二月二八日判例時報八五八号一一五頁)では、鉗子の刺激により急性脾臓炎が起きたとするには、推定される鉗子の位置関係からみて合理的な疑いが残るとしてヘラー氏手術を行った医師は無罪になった。鉗子の位置関係の特定、特に本件鉗子の先端歪曲部が身体のいずれの方向を向いていたのか、またこれが脾臓に刺激を与え得る位置関係にあったか否かについては確定する証拠がみつからなかったが、必ずしも鉗子の移置が特定できなくても、鉗子遺残それ自体を「健康状態の不良変更」として傷害に当たると考える余地はあったのではないかとの指摘がある。中谷瑾子「鉗子遺留・急性脾臓炎事件」『医療過誤判例百選』(有斐閣、一九八九年) 一四一頁。

(80) 法務総合研究所編『医療過誤に関する研究』(法曹会、一九七三年) 一五四頁。

(81) 前掲注(1)。

(82) 前掲注(2)。

(83) 前掲注(79)。