

医療過誤における刑事責任の限定

萩原由美恵

はじめに

第1章 問題の所在

- 1 医師に対する刑事責任限定の必要性
- 2 医師に対する特権付与の妥当性

第2章 医師に対する刑事責任の限定基準

- 1 過失の性質による限定
- 2 過失の程度による限定

第3章 わが国の判例の概観

- 1 診断ミスに関する事例
- 2 手術ミスに関する事例

おわりに

はじめに

かつて、拙稿「医療過誤と過失犯論」(一・二完)⁽¹⁾のなかで、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あること、そしてその理由として、第一に医療システム、看護体制、すなわち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の増加、第二に「萎縮医療」の問題を指摘した。次いで、「医療過誤訴訟における医療水準」の論文⁽²⁾において、医療過誤事件は患部や血液型の取り違い、操作ミスというような治療上の初歩的ミスは論ずるまでもないが、医療行為の特殊性故に過失の有無の判断が難しい事故については、民事裁判(債務不

履行〔民法415条〕、不法行為〔民法709条〕に基づく損害賠償請求)で処理され、刑事処罰の対象にはならない場合が多い、しかし患者が医療事故に敏感になって、安易に刑事裁判に訴える傾向があるという現状を踏まえて、刑事責任を問うためには現場での治療方法を特に重視した医療水準を積極的に導入すべきことを提唱した。

ここ数年、医療事故に対する積極的な刑事介入がますます増加しており、被害者や世論の声にこたえるかのように安易に立件されることに対する医療関係者の批判が高まり、2004年の福島県立大野病院事件⁽³⁾を契機に医師に対する業務上過失致死傷罪(刑法211条1項前段)の適用に関する疑問の声もあがってきた。その主な理由として、刑事罰が必ずしも医師の質の向上、医療の安全性の確保、再発防止に効果的であるとはいえないこと、刑事罰を科すことによる萎縮医療の危険性、専門医(特に産科医)の減少等が挙げられている。被害者の物心両面の救済は民事賠償、行政処罰等によっても可能であるが、違法性、責任性の両面から刑事処罰に値するものとして個人責任を追及すべき行為は、刑事裁判によって対応すべきと考える。したがって、医療行為の特殊性(危険傾向)や刑事処罰を科すことのデメリットを十分考慮したうえで、過失犯の成立に何らかの歯止めをかけることが望ましい。その基準をどのような観点から設定し、法的に対処すべきか、これを検討することが本論文の目的である。

医師の刑事責任の限定に関するドイツのユルゲンス⁽⁴⁾の見解を紹介しながら、わが国における医師の刑事責任の限定について考えてみたい。第1章で問題の所在を明らかにし、第2章では医師に対する刑事責任の具体的な限定基準を提起し、それに基づいて第3章ではわが国の判例(特に危険傾向のある診断と手術ミスに関する判例)を分析し、最後に医療界の理解が得られるような刑事処罰のあり方について自己の見解を示すこととする。

第1章 問題の所在

1 医師に対する刑事責任限定の必要性

従来、刑罰を科すにふさわしい可罰的責任と単に民事上の損害賠償責任を負わせるだけの不可罰な過失の区別の必要性⁽⁵⁾や、あるいは、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できるが、刑事過失は刑罰を科すにふさわしい程度の注意義務違反であり、実質的な落ち度が認められない限り安易に過失は認めれないという民事責任と刑事責任の性格の違いから⁽⁶⁾、医師の刑事過失の限定的な適用が主張されてきた。また、刑事過失責任一般に関する議論として、社会コントロールの手段としての刑事制裁の限界という観点から、刑事過失を認識ある過失に限定すべきであるという見解⁽⁷⁾や道義的責任の立場から刑事過失責任の縮小を説く見解⁽⁸⁾もある。

医療行為は治療目的で患者の肉体に侵襲行為が加えられ、それ自体生命・身体への危険を孕んでおり、患者のための高度な治療技術の使用が、かえってその危険性を増大させる、という他の事故とは明らかに異なる特徴がある。この点を踏まえて医師の刑事責任の限定を議論する必要がある。藤木博士も、かつて「責任の追及については、医学の進歩発達を妨げ、新医療技術の開発や新薬の開発の意欲を抑圧することがないよう、注意義務の適正な限定を心がけなければならない」⁽⁹⁾と述べておられる。樋口教授は、医療事故とその他の事故（エレベーター事故、ガス湯沸かし器の事故、交通事故）とを比較し、①医療においては患者に一定の結果（治癒）を保証できないので、手術中に予期しない死亡が生じたとしても、それが直ちに医師の過失とはなり得ない、②エレベーターやガス湯沸かし器なら、それらを利用せずに別の手段に切り替えることは可能であるが、患者は医療に頼らざるを得ない、③エレベーターや湯沸かし器や交通事故では過失の有無は比較的容易に判断できるが、医療の場面では専門的判断とな

り、しかも専門家の間でも見解が異なることが珍しくない、という医療の特徴から、医療への刑事司法の介入に対して消極的・否定的な立場をとられている⁽¹⁰⁾。

果たして医師の刑事過失責任は否定すべきか。一定の基準を定めて制約すべきなのか。次に刑事過失責任の制約の必要性を主張するユルゲンスの見解を紹介することとする。ユルゲンスは、医療過誤について刑事責任の限定が必要な理由として医療行為の特殊性に注目された。

(1) 医師による活動の危険傾向

多くの学説では、まず医師の医療過誤に対する刑法上の責任の限定は、医師による活動の危険傾向により特徴付けられると言われている。危険傾向という概念は、労働法の判例の中で展開されてきたもので、ここでは注意深い労働者でも時折—それ自体を単独で考察すると—確かにいつも回避可能であり、つまり過失により惹起されたのであるが、また人間の不十分さを考慮すると、業務から典型的にそれるものとして経験上予想されるようなミスを高度の蓋然性をもって犯すとき、ある行為は危険傾向があると言う。すなわち危険傾向のある仕事は、①偶然にもミスが起きる蓋然性が高く、②この日常的なミスは、高い侵害結果を伴うということを前提とする⁽¹¹⁾。

刑法的観点の下では、危険傾向は、①良心的な人間も行為の特質により時々緊張が緩み、注意を怠るのか、②ミスは処罰構成要件の違法な実現に至りうるのか、という点から判断されるであろう⁽¹²⁾。近代医学は、安全を無視し成功の見込みはあるが以前より何倍も危険な方法で機能しているので、ミスの危険性は増加する。故に、治療行為が決定的に失敗に至る割合が高まり、医療過誤の大きな危険も惹起する。また圧倒的に多くのケースでは、医師の不注意なミスは、過失による傷害の構成要件の実現に至るので、医療活動の場合、刑法上の観点からも高い危険傾向があるような活動が問題となる⁽¹³⁾。しかし、すべての医療分野は人間の身体への働きかけであり、一定の医師による一定の専門分野に限って高い危険傾向がある

ということは確認できない⁽¹⁴⁾。医師の軽微な過失について法律上の責任の有無を考える場合は、医師の専門分野や治療処置の性質に関係なく、立法論として医師活動に有利になるように考慮されなければならない⁽¹⁵⁾。

(2) 防御的医療 (defensive Medizin) への影響

防御的医療とは、医師が自己の良心や患者の健康よりも、弁護士のアドバイスに義務づけられる場合を意味する。医師の関心は、患者にとり有効な治療よりも、専ら自分の行為が司法上どのように扱われるかということに向けられ、必要であっても危険の多い治療を避け、危険の少ない温存的な方法をとるようになる。また、高額費用がかかり、患者の健康にも負担がかかるような不必要な検査を行うという過剰診断にも至る⁽¹⁶⁾。もちろんその活動が高い司法上の危険を内在しているようなところでは、防御的医療を受け入れるのは無理もないように思われるが、問題なのは司法上の危険を真剣に恐れた結果、患者に看過できないような損害を与えた場合である⁽¹⁷⁾。

ところで、防御的医療に至る原因は、刑法上の医師責任にだけあるのか、それとも民法上の医師責任にもあるのか。医師に対する刑事訴追が原因となって、防御的医療の方へ目が向けられるわけではない。損害賠償を請求される危険性も存在している。しかし、捜査手続きの増加により、医師の活動も犯罪とみなされるということが、防御的医療を余儀なくさせることは指摘されている。そこで医師の刑法上の責任を制限することが、防御的医療の減少につながるであろうと期待されている⁽¹⁸⁾。

(3) 処罰の必要性

過失による治療ミスに対して、そもそも処罰の必要性があるのだろうか。一般的に過失行為者は、犯罪者とは言い切れない。軽微な過失による治療ミスを行った行為者に関しても、同じことがいえるのではないか。このような行為者の人格の特徴をふまえて、処罰が法益保護のためにふさわしいのかを考えるべきであろう⁽¹⁹⁾。軽微な過失による医療過誤の場合、刑罰の特別予防上の効果は明らかではない⁽²⁰⁾。特別予防は、社会復帰を

必要とするような非順応型犯罪者を念頭に置いており、何ら社会復帰を必要としない医師の軽微な過失による治療ミスを念頭に置いてはいないからである。また、軽微な過失による治療ミスの場合、めったに自由刑にはならないので、刑罰により威嚇して再犯を予防するという意味における特別予防効果もほとんどない。しかし、遵法意識の維持・強化という意味での刑罰による一般予防効果は、排除されるべきではない。よって軽微な過失による治療ミスの場合の処罰は、主として一般予防的観点の下で法益保護のためにふさわしい方法として考えられるべきである⁽²¹⁾。

また、刑法は法益保護の最終手段であり、他の法的な制御システムが保護の必要性を十分正当に評価できないときに初めて適用されなければならない。では、軽微な過失に関して医師の刑法上の責任を免除しても、十分な法益保護が民法により達成されるのか。今までこの問題にあまり取り組んでこなかった。刑法による法益保護が、他の規律体系により同じ程度保証され得るか否かということが決定的に重要であるが、不法行為上の過失責任の範囲内では、民法上の損害賠償請求には基本的に高い予防効果が与えられる。たとえば、注意義務に反して行為をしたら、金銭上の不利益を被ることを心配しなければならないような人は、注意義務の要求を守るよう努力するであろう⁽²²⁾。通常医師は、職業責任保険に入っているが、詳細な規定が盛り込まれており、やはり損害回避への思いは強く、予防的効果は存在すると思われる⁽²³⁾。つまり他の法体系により予防的法益保護が保証されているので、軽微な過失による治療ミスの刑事責任を免責しても、法益を危険にさらすことにはならない⁽²⁴⁾。

2 医師に対する特権付与の妥当性

ユルゲンスは、医師の行為の高い危険傾向を適切に考慮し、防衛的医療に効果的に対処するために、医療過誤に関する刑法上の過失責任を限定することを主張した。そして医師を特別扱いする根拠はないのではないかという批判⁽²⁵⁾に対して、医療行為と同様に危険傾向があると言われている

行為（道路交通）との違いを比較考察し、医療行為にのみ特権を付与することの妥当性を強調した。①すべての事故が生命や身体という法益侵害に至る医療行為と、殆どが物的損害に終わっている交通事故とは異なる、②運転中のドライバーは、自らが危険な状況にあるのか、どの程度あるのかを把握し、事前にそれを回避することができるが、患者の健康状態が悪化して危険な侵襲を必要としたり、重要な治療上の決定を迅速にくださなければならない医師には、危険を回避することができない、③医療行為においては、慎重すぎる態度は、患者にとり有害となりうる過剰診断等に至る可能性があるが、道路交通においては、慎重で危険を回避するような態度は、むしろ好ましいことである。医療行為は道路交通への関与の場合には生じないような特徴を有するが故に、他よりも高く刑法上の責任の下限を設定することは正当化されると結論づけた⁽²⁶⁾。

わが国では、医療過誤に対して厳しく刑事責任を追及しても医療事故防止効果はほとんど望めないと指摘する者もいる。しかし、初歩的ミスや基本的な操作ミスによる事故も起きており、医療現場においては一般的な予防効果が全くないとは言いきれないであろう。したがって、医療事故のすべてを刑事処罰の対象から外すのではなく、ユルゲンスが指摘しているように、医療行為の特殊性を踏まえながら医師の過失責任を何らかの基準により限定づけるべきと考える。

第2章 医師に対する刑事責任の限定基準

医療過誤に対する刑事責任の非犯罪化をどのような範囲で認めることが妥当か、具体的な限定基準についてユルゲンスの見解を次に紹介することとする。

医師の治療行為の危険傾向と防御的医療を考慮すると、医療過誤について非犯罪化の余地は残されなければならない⁽²⁷⁾。医療過誤に関する過失責任の非犯罪化の目的は、良心的な医師でさえ偶然に犯してしまいそうな

ミスが無罪とすることである。もちろん無思慮 (Leichtsinn)、無関心 (Gleichgültigkeit)、無謀 (Gewissenlosigkeit)、無顧慮 (Rücksichtslosigkeit) な態度により患者に損傷を与えた場合は、免責されないことはいうまでもない。処罰すべき行為と処罰するに値しない行為とを限界づけるためには、発生した結果の重さの影響は否定し⁽²⁸⁾、過失の性質による区分と過失の程度による区分が考えられる⁽²⁹⁾。

1 過失の性質による限定

過失の性質 (認識ある過失・認識なき過失) を考慮して、処罰すべき医療過誤と免責すべき医療過誤との間を限界づけることは、少なくとも理論的にはメリットがあるが、それは一方が他方に対してより重く、より処罰に値する過失の性質があると特徴づけられるときにだけ可能となる。しかし、多くの見解によれば、認識ある過失と認識なき過失はそのような関係にはない。仮に認識なき過失が、認識ある過失よりかなり軽いと考えると、理解力や意思の力をなおざりにしている認識なき過失の責任内容の方が、専ら自分自身の力を過大評価している認識ある過失行為者の責任よりも大きい可能性があるということを見誤ることになる。危険を少しも考える気がないような無神経な行為者に、不当にも特権が付与されてはならない⁽³⁰⁾。

2 過失の程度による限定

過失の程度、つまり注意義務違反の重さによる処罰の限定も考えられる。普段は誠実で注意深い医師の身にも時には起こる可能性のあるミスが無罪にするという非犯罪化の目的は、処罰の下限として軽率な態度に注目すること、あるいは免責の上限として軽微な過失 (leichte Fahrlässigkeit) に注目することにより達成可能である⁽³¹⁾。

(1) 処罰の下限としての軽率性 (Leichtfertigkeit)

オーストリア法では重大な落ち度 (schwere Verschulden) に、イギリス

法では重過失 (gross negligence) に、処罰すべき行為の下限が存在するとしている。真正の犯罪性は重大な過失 (grobe Fahrlässigkeit) の存在に始まるという見解がドイツでもとられている。1962年ドイツ刑法草案の18条3項には、「軽率に行為する者とは、重大な過失により行為する者をいう」と記述されていた。刑法草案理由書では「重大な過失」を決して民法上の概念と混同してはいけないことが確認されている。また、そこでは、たとえば①行為者が自分が構成要件を実現することを重大な不注意により認識しないときや、②明確に認識された構成要件実現の可能性を、軽率な無顧慮により無視するときや、③行為者が特に誠実に遵守すべき義務に違反するとき、軽率な態度であったといえるという。立法者が、軽率性とは過失の重い形であるという考えから出発していることは明らかであるが、その中身に関しては明確にしていなかった⁽³²⁾。

判例は、軽率性の概念に関して、たとえば重大な過失と称したり⁽³³⁾、民法上の重大な過失⁽³⁴⁾や重大な注意義務違反⁽³⁵⁾と同一視している。結果的加重犯に関する連邦通常裁判所の決定⁽³⁶⁾の中では、軽率性を重大な不注意と解し、「念頭に浮かんだ結果発生の可能性を、極度の無思慮や極度の無関心から無視する者は軽率に行為するものである」という。判例は、軽率性の存在の有無に関する問題については、あくまでも事案に関する判断にとどめ、抽象的な定義付けを行っていないので、軽率性という概念の限界は定まらない⁽³⁷⁾。

多くの学説は、軽率性を違法と責任の両方に関係するメルクマールと考え、客観的には判例同様民法上の重大な過失に対応するが、主観的には民法におけるよりも遙かに行為者の個人的能力が考慮されなければならないと考えた。しかし長い間、民法における重大な過失の概念には、明確な輪郭が与えられてこなかったため、民法上の重大な過失を参考にして軽率性を明確に規定することはあまり効果的とは言えない。そこで軽率性の概念を明確化する努力が払われ、客観的側面では重大な違反や特に危険な行為があれば軽率と判断できる、結果発生の可能性が念頭に浮かんでいたとき

に軽率な行為が存在しているといえるのではないか、との見解も出された。軽率性とは単純過失 (einfache Fahrlässigkeit) の程度が徐々に高まったものであると考えれば、このような学者達の理解で十分であり、それ以上抽象的により正確に限界づけることは困難であるように思われる。

また、過失の性質は、軽率性を特徴付けることはできない。なぜなら認識ある過失と認識なき過失の当罰性は異ならないので、認識なき過失も軽率であると位置づけられるからである⁽³⁸⁾。

(2) 免責の上限としての軽微な過失

ドイツ刑法典では、単純過失と軽率性という2つの過失を識別しているため、軽微な過失という概念にはなじみがない。「取るに足りない不注意」「単なる不注意」「取るに足りない無頓着な態度」というような個々の態度により特徴付けられていたが、軽微な過失という概念の中身はなお不明瞭である。専ら認識なき過失が軽微な過失であるとの見解もあるが、認識ある過失と認識なき過失は段階的な関係にはないので、軽微な過失を認識なき過失に限定することは誤っていると思われる。また刑法典は、軽率性というメルクマールに比べて、軽微な過失を意図するような構成要件を何ら示していないので、軽微な過失という概念を利用して医療過誤に関する刑事責任の限定を試みるならば、まず立法者は学説上長い間不明確であった軽微な過失を法的に定義する必要がある⁽³⁹⁾。

治療ミスに対する刑法上の責任の限定は、軽微な過失という曖昧な概念よりも軽率性を基準として行うのが妥当であろう。軽率性と結びつけることにより、医師による活動の特殊性が、可能な限り十分考慮されることになる。このような解決により、患者の保護に値する利益と医師による活動の特殊性との間の調整がはかられるが、非常に不注意な、もしくは傍若無人な医師による行為は、これまでと同様に今後も犯罪とみなされる⁽⁴⁰⁾。

ユルゲンスは、過失処罰の限定基準として、発生した結果の重さではなく過失の程度に注目し、軽率とは言えない医師の行為は、過失処罰の必要

性がないと考えた。確かに、医療の現場では、いくら注意義務を尽くしていても患者の特異体質、医療体制等により重い結果が発生する場合もあるし、反対に注意義務の懈怠が大きくても、重い結果が回避されるという場合もある。医療は「基本的に『許された危険』の法理の妥当する領域であり、医師の過失を結果論から論じてはならない」⁽⁴¹⁾といわれているように、医療行為における特殊性を踏まえながら、過失責任の限定は過失の程度に着目して慎重に行われるべきであろう。

ユルゲンスは、軽率性とは単なる過失の程度が高いものであると解していたが、「どこからが軽率と言えるか」という明確な判断基準を示してはいなかった。この軽率性とは、まさにわが国の重過失致死傷罪（刑法211条1項後段）における「重過失」に相当する概念であると思われる。重過失致死傷罪は、過失致死傷罪の罰金という法定刑が軽すぎるという理由で、昭和22年に追加された規定である。重過失とは過失が重大な場合であり、旧過失論によれば、結果予見義務違反の程度が著しい場合、新過失論では、結果回避義務違反の程度が著しい場合に存在すると言える。いずれも、結果の重大性から重過失を判断することは否定されている⁽⁴²⁾。ここでも、重過失と通常の過失が注意義務違反の程度の差にとどまるので、両者の限界は必ずしも明白ではないとされている⁽⁴³⁾。実務でも、重大な過失に当たるか否かの判断はデリケートな面があり、重過失の判断は慎重になされるべきであると言われている⁽⁴⁴⁾。

最近、わが国でも、医師の刑事過失責任の制約基準として過失の程度に注目する見解も現れてきた。佐伯教授は、「過失が軽微なものであれば、行政処分ですませ、過失が重大である場合や再犯である場合など、悪質な事例に限って刑事手続きにのせるという制度を構築することも検討に値する」と言われる⁽⁴⁵⁾。医師の刑事過失責任の限定を図るためには軽率な態度、即ち重大な過失の有無の判断が重要と言えるが、その判断は難しく、実務による個々の判断に任されているようである。そこで次に、わが国の判例を検討することとする。

第3章 わが国の判例の概観

医療過誤事件は、注射に関する過誤、投薬に関する過誤、麻酔に関する過誤、輸血に関する過誤、診断に関する過誤、手術に関する過誤等に分類される。薬剤の量や種類の間違い、異型血液の輸血等は初歩的ミスであり、注意義務違反の程度も著しく、重大な過失と認定することに問題はない。しかし、診断や手術は、担当医師の専門的な知識や技術や経験に左右される行為であり、広く裁量の余地も認められており、過失の有無の判断には医療水準⁽⁴⁶⁾が重要な役割を果たすであろう。診断ミスに関しては、夜間診療や救急医療診療あるいは一医師が開設するクリニック等における専門分野外の患者に対する初期診断の日常化や、初期診断時における確定診断の困難性や、問診時における患者の曖昧な返答等、考慮すべき点がある。診断ミスによる事故を安易に立件すれば、過剰診断に陥る危険性もある。それ自体が身体侵襲行為である手術は、特に危険傾向が高く、医療過誤による死傷事故のすべてが刑事処罰対象となれば、当然萎縮医療につながる。そこで、特に慎重に検討すべき診断と手術における過誤事例に限定して判例を検討することとする。

1 診断ミスに関する事例

診断ミスは、①診断過程における過失（診断の前段階である診断のための資料・情報収集行為に関する過失）と②診断内容の過失（医師が患者の病名を誤って診断したり、疾病の発見が遅れたり、病変の具体的性状や程度の判断を誤るといった過失）の2つの領域に分けることができる⁽⁴⁷⁾。①の診断過程における過失は、造影剤の注射に起因する事故が多く、本来の用法に反した造影剤の使用や禁忌とされていた造影剤の注射や、造影剤の取り違え等、その大半が不注意な初歩的ミスであり、重過失の認定に問題はないと思われる⁽⁴⁸⁾。そこで医学的な知識に左右される②の診断内容の過失について

その認定が問題となった判例を中心に考察することとする。

診断内容の過失は、過失の認定や、過失行為と結果との因果関係の立証が難しいこともあり、刑事責任が問われたケースはそれほど多くはない。立件されたが無罪とされたケースとして、(A) フォルクマン阻血性拘縮事件⁽⁴⁹⁾と (B) 杏林大学割り箸事件⁽⁵⁰⁾が有名である。(A) の一審では、骨折あるいは治療施行後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の監視を怠り、それらの症状の発現に気付かずに適切な診療を怠ったとして過失が認定された⁽⁵¹⁾が、二審では、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り、本件医師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として無罪とされた⁽⁵²⁾。また、(B) の一審では、耳鼻咽喉科の当直医に対して、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したが、仮に患者を直ちに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、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因果関係が否定され、無罪の判決が出された⁽⁵³⁾。二審では、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うのは困難というほかないとして過失そのものが否定された⁽⁵⁴⁾。(A) (B) 共に、被告医師らの行為は医療水準から逸脱したものとはいえないとして、無罪とされている。

しかし、検査結果の読みとりにおけるミスや、患者の容態の変化の看過事例には、過失責任が問われている。レントゲン検査の読みとりミスとして、(C) 69歳の町医者が、腹痛、嘔吐、便秘等の症状を訴えて複数回来院した患者に対して、問診・触診から急性大腸炎と診断し投薬等を行い、

その後患者の希望で入院させたときに行った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、適切な治療行為を施さなかったために患者を死亡させた事案⁽⁵⁵⁾と、(D) 医師 2 名が交通事故の外傷等により入院した患者の診察・治療に当たり、患者の腹部 X 線写真及び CT 画像に肝臓下部と腎上極の間に十二指腸後腹膜穿孔等を示す気腫像が映し出されているのを腸管ガスと読み間違え、患者が吐血・腹痛等の症状を訴える等していたにもかかわらず、十二指腸後腹膜穿孔の発症に気づかず、直ちに開腹手術等所要の処置を講ぜずに死亡させたという事案⁽⁵⁶⁾がある。(C) の医師は 69 歳というベテランでありながら、当初の診断に固執して限局性大腸疾患を疑わせる所見が顕著にみられたにもかかわらずそれを見落としており、(D) の医師らも、患者の吐血、腹痛等の訴えがあったにもかかわらず、十二指腸後腹膜穿孔の発症に疑いすら抱いておらず、彼らの注意義務違反の程度は大きい。

また、手術後の患者や加療中の患者の容態の変化に対する適切な診断を怠り、必要な処置を行わなかったケースとして、(E) 児童の集団口蓋扁桃腺摘出手術後、自ら執刀しなかった一人の児童（8 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、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のに、適切な緊急措置を講じなかったため死亡させた事案⁽⁵⁷⁾や、(F) 醋酸液浣腸の経験がない内科医が、蟻虫症の患者に浣腸を施したが、その後の容態の変化を醋酸中毒によるものと気付くのが遅れたために死亡させた事案⁽⁵⁸⁾や、(G) 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し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共に点滴等の対処療法に終始し、患者を死亡させたという事案⁽⁵⁹⁾や、(H) 切迫早産等で入院中の患者の常位胎盤早期剥離の発症を疑うべき症状を認識したが、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⁽⁶⁰⁾がある。出血許容能力の劣る 8 歳

の子供が前夜以来吐血を繰り返していたことは回診前から承知していたにもかかわらず、翌朝の回診時に手術創の触診、脈拍、問診、全身状態の観察等を行うにとどまり、失血状態が高度に進んでいることを見過ごした(E)の医師の過失は重大である。(F)の医師は確かに診療能力に問題があったが、鑑定医師が指摘しているように、確信がもてない醋酸浣腸を行ったならばなおさらその後の容態の変化に気をつけ、浣腸直後に患者の容態が悪化すれば即座に醋酸中毒の発症を疑うべきであろう。また、(G)(H)の医師は共に当初の診断にとらわれすぎた結果、患者の容態の変化に気付かなかったといえる。(G)の医師は容態が全く改善しないのに誤った治療を執拗に繰り返し、(H)の医師も常位胎盤早期剥離の明白な診断が可能となった時期以降も、診察はもちろん分娩監視装置を継続的に観察することもしなかったという点で、共に注意義務違反の程度がかなり大きい。

2 手術ミスに関する事例

医師の医学的知識や技術的な問題から手術中に事故が起き、業務上過失致死傷罪の有無が争われたケースは、①手術部位の誤認、②医療器具の操作ミス、③手術方法の選択ミス、④高度な医療技術を要する手術におけるミス等に分けることができる。

手術部位を誤認して患部以外の箇所を損傷したり⁽⁶¹⁾、手元がぐるってメスにより血管を損傷した⁽⁶²⁾という①②にかかわるケースでは、明らかに医師としての基本的な注意義務に反しているものが多い。しかし、米田弁護士は、腰椎椎間板ヘルニア摘出手術⁽⁶³⁾を例に挙げて、手術部位を超えて鉗子を差し込むというような行為は基礎的な過誤といえるが、「血管の位置やヘルニアの状況によっては制御不能な症例もありうるのであって、刑事過失の問題にできない過誤もありうる」と述べておられる⁽⁶⁴⁾。

また、患者にとり最善の手術方式が選択されなかったことにより、事故が起きたという③にかかわるケースとして、(A) 妊娠5ヶ月の患者に对

して陣痛促進剤を使用して胎児の排出を促す等安全性の高い方法をとらずに、胎盤鉗子を用いて胎児を砕いて除去するという人工妊娠中絶手術を実施したため、子宮破裂による出血性ショックにより死亡させたという事案⁽⁶⁵⁾や、(B) 難産で自然分娩が困難な患者に対して吸引遂娩術（児頭に吸引カップを装着して陰圧で牽引する方法）が可能と軽信し、20数回にわたり繰り返した結果、胎児を仮死状態で出生させ、搬送先の病院で帽状腱膜下、一部頭皮内にかけての極めて厚層な血腫形成に伴う低容量性ショックにより死亡させたという事案⁽⁶⁶⁾が挙げられる。(A)の医師は、より安全性の高い方法がありながら、胎盤鉗子及び胎児の骨等により患者の子宮等を損傷させ生命に対する危険を発生させる危険性がある人工妊娠中絶手術を選択しており、(B)の医師も、吸引遂娩術は吸引・牽引の回数及び方法を注意しなければ胎児に帽状腱膜下出血等の頭蓋内出血を発現させ、出生児の生命身体に重篤な症状を及ぼす危険性があることを十分知りながら、自然分娩が困難な患者に対して吸引分娩術を行い、それが成功しなかったにもかかわらず、20数回も執拗に繰り返した。彼らが選択した方法は一般的に産科医ならとらないものであり、医師としての態度にはかなり問題があり、注意義務違反の程度は大きい。

近年専門的な技量と経験を要する高度先端医療行為の最中に起きる事故も多発しており、④の典型とも言えるのが内視鏡手術である。ここではまさに担当医師の技術の差が問題となる。(C) 医師が胸腔鏡下縦隔腫瘍摘出術による胸腺のう胞の摘出手術において、超音波凝固切開装置を使用して胸腺のう胞を胸腺根部から切除するに当たり、胸腔鏡で視認できない領域まで同装置を挿入し、同装置により切除する部位の状況を観察しないまま切除を進めた結果、患者の左腕頭静脈を損傷して出血させ、出血性ショック死させたという事案⁽⁶⁷⁾や、(D) 医師が腹腔鏡下脾臓摘出手術に際して、患者の腹壁内に挿入した腹腔鏡の先端についているモルセレーター（電動回転式の刀で臓器を破碎する器具）を用いて、周囲の臓器等から切除されて腹壁内で臓器収納用のビニール袋内に収納された同人の脾臓を破碎

するに当たり、モルセレーターの刀を近接する腹部大動脈に接触させて損傷出血させ、患者を出血性ショックによる脳死状態経過中に合併した肺感染とその後の全身感染症により死亡させたという事案⁽⁶⁸⁾がある。また、(E) 大学付属病院の泌尿器科の3名の勤務医が、前立腺癌の治療のため腹腔鏡下前立腺全摘除術を行うに際し、いずれも本術式を安全に施行するための知識、技術及び経験がなく、本術式の選択を避けるべきであるのに本術式を開始し、DVC（陰莖背静脈叢）を結束するための運針用器具であるエンドスティッチの針を見失い、DVCの十分な結紮を諦めた上、出血でDVCの傷口が見えない状態で止血用器具であるエンドクリップを使用したため、DVCの傷口を広げる等して大量出血させた。しかし、その止血処理を十分にせず、ヘモグロビン値を確認する等の全身状態の把握をしないまま手術を継続したため、出血を遷延させて大量出血させるに至らせ、低酸素脳症による脳死に起因する肺炎により死亡させたという事案（慈恵医大青戸病院事件）⁽⁶⁹⁾がある。内視鏡手術は、手術創が従来の開腹・開胸手術に比べて小さく、術後の臥床期間を短縮することができるという長所があるが、その反面開腹手術よりも時間がかかり、大出血への対処が困難であったり、小さい視野での操作なので見えていない部分で他の臓器を損傷していても見落とされやすいという短所が指摘されている⁽⁷⁰⁾。総合病院の呼吸器外科科長（C）や国立病院の外科医長（D）である被告人らは、非常に危険な手術であり、誤って血管を損傷すれば大事に至ることは十分承知していたにもかかわらず、（C）では胸腔鏡で視認できない領域まで超音波凝固切開装置を挿入し、同装置により切除する部位の状況を観察しないまま切除を進め、（D）ではモルセレーター挿入深度の調整を怠っており、いずれもベテラン医師としては考えられないような技術的なミスであり、注意義務違反の程度が大きい。（E）は本術式についての知識・技術・経験が全くない医師らが自分達だけでは、DVC等の止血処理が十分にできず、開腹手術への変更の判断が遅れて大量出血となり、患者が脳死にいたるおそれを十分予見していながら、患者の生命身体に危険の

ある高度な手技を要する術式を選択している。自らの技術が本術式を行えるレベルにまで達していないことを認識していながら、指導医なしで手術に臨んだ彼らの態度は無謀としかいいようがない。また、(F) 小腸狭窄部の腸管拡張術を実施するにあたり、手術適応がないのにステント留置術を行ったため十二指腸に穿孔を生じさせ、救命措置のための緊急開腹手術を行ったが、穿孔部位固定後直ちに同部位の縫合及び腹腔内洗浄等の救命措置を実施せずにステント留置術を継続したため、汎発性腹膜炎による敗血症で死亡させたという事案⁽⁷¹⁾がある。被告医師は、多少ステント技術に関する経験はあったようである⁽⁷²⁾が、前例のない小腸への食道用ステントの転用という先端医療を行い、しかも穿孔が判明し緊急開腹手術を行った際、直ちに救命措置を実施せず、再度ステント留置術を3時間あまり試みている。自己の能力を過信し、患者の生命に対する危険を顧みないこのような態度は重大な過失を認定するに十分である。(C) (D) (E) (F)の事例において、被告人らは高度な医療技術が要求される危険な手術に従事していたにもかかわらず、技術レベルには多少なりとも問題があった。高度な医療技術を要する治療に携わる者は、医療水準を正しく認識すると共に、患者の置かれている状況を冷静に分析し、あくまでも患者の生命・身体に対して十分安全な対策を施して手術に臨むべきであり、自分の能力を過信したり、名声を得るために手術を行うようなことは許されない。

ところで、単に手術ミスを犯したということだけではなく、その後の処置も不適切であったということを根拠にして、刑事責任を認めている判例がある。たとえば、(G) 虫垂炎手術の際に手術器具で穿孔を生じさせる損傷を負わせたのに気づかずに手術を終了させ、その後穿孔部から腸内容物が腹腔内に流出し、汎発性腹膜炎を疑う顕著な腹膜刺激症状が現れ、しかも切開創からは便臭のある滲出液が相当量出ているにもかかわらず同症状は手術前の虫垂穿孔に起因する限局性腹膜炎によるものと誤診し、適切な治療措置を施すことなく放置した結果死亡させたという事案⁽⁷³⁾や、(H) 虫垂炎手術において、虫垂患部を探索する際切開創から腹腔内に左

示指を挿入して触知した大腸壁の一部位（自由紐）を虫垂であると誤認し、当該部位を剥離切除して、右大腸壁の一部を欠損させたまま手術を終え、手術後患者が左下腹部の痛みを訴えたり、高熱頻脈が持続昂進し、翌早朝から腹膜炎も併発していたにも関わらず、腹膜炎の症状を感知するための診察や諸検査及びこれに引き続く緊急開腹手術等の適切な処置を行わなかったために死亡させたという事案⁽⁷⁴⁾がある。(G)の医師は、確かに手術用器具で腸管を損傷しないように細心の注意を払うべきであるという注意義務に反し回腸部に穿孔を生じさせたが、虫垂先端が後腹膜と癒着していたという患者の状態から、ある程度避けがたいミスであったのかもしれない。そこで、穿孔による重い汎発性腹膜炎を伺わせる症状が現れていたのに、適切な措置を施さずに4日間も放置したという事後処置についての過失を重く見たのではないだろうか。また(H)の医師は、腹部切開手術における患者への肉体的負担を最小限に止め、可能な限り早期に治癒させるべく腹部切開創を通常行う場合の約半分に停めるという特殊な方法で虫垂炎の手術を行っており、過去に一万例以上の成功をおさめていた。しかしこの方法は、創口が小さいために手術野が狭くなりがちで、医療事故の危険が増大するので、医師向けの専門書では厳に慎むべきであるとされており、肉体的・精神的疲労が重なったとはいえ、腸壁を虫垂と誤認するという常識では考えられないようなミスをした。しかも、自らの腕を過信し、手術後高熱が続き、腹部の痛みを訴えた患者に対して、手術の落ち度を疑わずに解熱剤と鎮痛剤の投与のみで、適切な処置を行わなかったという点にも重大な過失があったといえよう。また、術後管理を想定した検査及び術後管理自体に注目して、重大な過失を認めた判例もある。(I)2人の医師が、胆石症患者の胆嚢摘出術に際して、患者の胆嚢周辺部が高度に炎症を起こして癒着しており、総肝管、胆嚢管、総胆管等胆道系の解剖を目視で十分確認できないまま行ったために、誤って総肝管を切離したうえ、かつ胆嚢管と誤認して総胆管を結紮・切離したのに、術中胆道造影による胆管損傷の有無の確認を行わず、各切離に気づかないまま閉腹して手

術を終え、その後共同して患者の手術後管理を行うに当たり、患者の右肝床部に留置したドレーンから胆汁が漏出していたことを確認したにもかかわらず、胆管損傷の有無や胆汁性腹膜炎の発症の有無を感知するための諸検査及びこれに引き続く開腹手術等の適切な処置を行わないまま、経過観察を継続したことにより、胆汁性腹膜炎に起因する多臓器不全により死亡させたという事案⁽⁷⁵⁾がある。(ア) トロッカー（胸腹腔用穿刺器具）により下大静脈に損傷を与え大量出血したのに胆嚢摘出に着手した過失、(イ) 胆管損傷を防止するためには、胆嚢周辺部の炎症・癒着により目視による確認が不可能であれば、非定型的胆嚢摘出術を行うか、胆嚢摘出を断念すべきであるのに定型的胆嚢摘出術を行った過失、(ウ) 術中胆道造影を実施して胆管損傷の有無を確認すべき注意義務を怠った過失、(エ) 手術後の患者管理における過失の有無等が争点となった。その際臨床経験豊かな腹部外科の専門家の意見並びに医学書の記述等を参考にしながら裁判が進められた。(ア) の点については、鑑定医の意見が分かれたが、経験豊かな医師であれば100人中50人は胆嚢摘出に着手したと思うという鑑定医の見解を参考に過失を認めず、(イ) の点についても、胆嚢摘出を行う場合に、胆道系の解剖を目視で確認しつつ行うのが望ましいものであることは確かであるが、炎症・癒着の程度が激しく、胆道系の解剖が目視で確認できない場合に、胆嚢摘出を断念するか非定型的胆嚢摘出術に移行するのが医師として要求される注意義務であるとまでいうのには疑問を入れる余地があるとして過失を認めなかった。しかし、(ウ) の点については、胆道系の癒着が強く、解剖を目視できないまま、術中の胆管損傷に気付きにくい器具を使って胆嚢の剝離を進める場合に、絶対すべきとまではいえないが術中胆道造影を行った方がよかったという医師の供述や、胆嚢摘出術の施行に際して術中胆道造影を行うこととされているという医学書の記述、さらに術中に解剖を確認しないで総肝管等の胆道系を損傷してしまうことが統計上一定の割合で生じていることを考慮して、胆嚢摘出後閉腹前に直ちに術中胆道造影を行い、総肝管等の損傷等の有無を確認すべき注意義務

を認めた。そして(エ)の点については、手術翌日から胆嚢摘出後としては極めて異例な多量の胆汁漏出を認識しており、本件手術が胆道系の解剖を目視できないまま胆嚢を摘出したという経過も踏まえて、胆管損傷の可能性があり胆汁性腹膜炎を発症させる危険性があることを考慮して、諸検査を直ちに実施し原因究明に努めるとともに、胆汁性腹膜炎の発症及び進行を阻止するための開腹手術を実施するなど適切な処置を行うべき注意義務があるのにこれを怠り、適切な処置を行わないまま漫然と経過観察を継続したという点の過失を認定した。(G)(H)(I)共に、手術の前後を含めた一連の過程に注目して重大な過失が認定された事例といえることができる。

手術ミスを犯したものの、その結果が死に至らなかったケースに対しては、民事事件として処理されるものが多い。刑事責任が追及された数少ない事例の中で有名なのは、手術時のガーゼの置き忘れ事件である⁽⁷⁶⁾。(J)患者に対して帝王切開手術を実施した際、腹腔内に血液や羊水を吸収させるためのガーゼ1枚を遺留したまま閉腹し、患者に入院加療71日間を要するガーゼ遺留に伴うダグラス窩膿瘍等の傷害を負わせたという事案⁽⁷⁷⁾や、(K)帝王切開手術を実施した際、臓器をおさえる等のために使用した腸圧排ガーゼ1枚を、腹腔内に遺留しているのに気づかないまま閉腹したため、ガーゼを大腸、小腸等に癒着させ、腹腔内異物の傷害を負わせ、約3ヶ月後にガーゼ除去のための開腹手術を余儀なくさせたという事案⁽⁷⁸⁾である。(J)(K)ともに、ガーゼの使用状況を把握し、ガーゼを体内に遺留させることのないように注意し、遺留していないことを確認したうえで閉腹すべきであるという医師としての基本的注意義務を怠っており、当然重大な過失があったといえる。また、(L)両下肢静脈瘤に罹患していた患者に対して、静脈瘤を生じた両下肢大伏在静脈を抜去するストリッピング手術をするにあたり、右浅大腿動脈を右下肢大伏在静脈と誤信して、動脈にストリッパーを挿入して抜去したため、患者に対して右下肢壊死の傷害を負わせて、右下肢の切断を余儀なくさせたという事案⁽⁷⁹⁾が

ある。弁護人は、被告人が平均的外科医としてストリッピング手術の一般的手法に従い右下肢鼠径部を約3センチメートル切開し、その開口部から抜去すべき目標の大伏在静脈を切開したところ、拍動がなく、多量の血栓によって色調が変化した血管が大伏在静脈の本来あるべき部位に存在し、それが、炎症により肥厚した大伏在静脈そのものの形態や色調を呈したため、その血管を抜去すべき大伏在静脈と判断したことはやむを得ないと主張した。しかし判決では、確かに大伏在静脈を探し出すことが著しく困難となった可能性もあるが、約3センチメートルを切開した鼠径部において、正常な血管であっても動脈の拍動が消失する等静脈との区別が困難となることがまれではないことから、鼠径部で露出させたわずかな血管を対象にして血管の拍動や色調等を根拠に動脈か静脈かを判断したことは、注意義務をつくしたことにはならないとした。見間違い危険性を十分認識しながら血管の合流部まで露出させて右下肢大伏在静脈であることを的確に識別するという基本的手術操作を怠り、鼠径部で露出させた右浅大腿動脈を右下肢大伏在静脈と誤信したことは、明らかに医療水準から逸脱した行為であり、重大な過失の存在を認めることができる。右下肢切断という重大な傷害を負わせており、その点は、禁固1年執行猶予2年という量刑に影響を及ぼしていると思われる。

医療行為の中でも手術は、特に生命身体に対する危険度の高い侵襲行為である。しかも、内視鏡手術のように高度先端医療技術を必要とする手術では、医師の能力に影響される度合いも高くなる。医療の現場では、患者の承諾があれば、100%成功の保証がなくても、あえて危険な手術に踏み切るという場合もある。このようなケースに対して安易に刑事介入がなされれば、医師は患者にとり効果的ではあるが危険な治療を行うことを躊躇するであろう。しかし、判例を検討して明らかになったことは、診断ミスや手術ミスにおいて医師の刑事責任が認められたケースは、明らかに医療水準からの逸脱度合いが大きく、重大な過失と認定されるようなものであ

ったということである。この実務における現状を踏まえて、最終的には患者の保護に値する利益と医師による活動の特殊性（医療の限界）との間の調整を行いながら刑事責任追及の妥当な範囲を画定しなければならない。

おわりに

ユルゲンスは、医療行為の特殊性を重視し、医師の医療過誤に対する刑事責任を重過失の場合に限定することを主張された。そして結果の軽重を考慮することは、医師活動にとって好ましくないと考え、過失傷害も過失致死も共に非犯罪化の対象とした。そのうえで、罰すべき範囲と罪にならない範囲との限界付けを専ら過失の程度により試み、医師の過失責任を軽率な態度に限定し、軽率とは言えない軽微な過失の場合には、発生した結果に左右されることなく免責されるべきであると考えた。しかし、ユルゲンスは、このような刑法上の医療過誤に関する刑事責任の限定は、あくまでも解釈論ではなく立法論によって成就されるものとした⁽⁸⁰⁾。ドイツでは、1940年改正により既に業務上過失規定は廃止され、その代わりに通常の過失致死傷罪についてその法定刑の上限が旧業務上過失規定のそれにまで引き上げられた。特に医師を対象とした過失責任に関する規定は存在しないので、医療過誤責任は過失致死罪（222条）、過失傷害罪（229条）⁽⁸¹⁾に該当することになる。そこで、ユルゲンスは、両条文に「医師が軽率に死傷の結果を惹き起こさないならば処罰されない」という文言を付け加えることを提案した⁽⁸²⁾。

わが国では、医師の過失責任を重過失に限定すべきであるという考え方は、現行刑法の解釈論上可能であろうか。医師の医療過誤は、業務者一般に対する過失責任を加重して処罰している業務上過失致死傷罪に該当するが、業務上過失致死傷罪の加重処罰根拠については、従来二つの見解が対立している。一つは、一定の危険な業務に従事する業務者には、通常人よりも特に重い注意義務が課されているからであるという見解（義務加重

説)⁽⁸³⁾である。しかし、これに対しては同じ行為に要求される注意義務は、行為者が業務として行ったか、非業務として行ったかにより異なるべきではないとの批判が強い。そこで有力に主張されたのが、業務者は注意能力が一般に高く過失の程度が重いからだとする見解（重大過失説)⁽⁸⁴⁾である。この見解をとれば、業務上過失は重過失の一類型と解されるので、医師の刑事責任を重過失に限定することは解釈論上可能になるであろう。重大過失説によれば、業務者に重大な過失が認められない場合には通常の過失の成否が問題となる⁽⁸⁵⁾が、これまでの判例で十分確認できたように、医師の場合には重大な過失が認定されなければ、それ以上刑事責任の有無を追及することは妥当ではない。民事責任もしくは行政処分に対応すべきであると考えらる。

平成20年6月厚生労働省は、検討会での13回にもわたる議論を経て、医療安全調査委員会設置法案（仮称）大綱案⁽⁸⁶⁾を公表した。そこでは医療従事者等から医療事故死等の届出を受けた主務大臣は委員会にこれを通知し、通知を受けた委員会が「標準的な医療から著しく逸脱した医療に起因する死亡又は死産の疑いがある場合」に該当すると思料した場合には、直ちに当該医療事故死等が発生した病院、診療所または助産所の所在地を管轄する警視總監または道府県警察本部長にその旨を通知しなければならないと規定されている。それ以前に出された第三次試案では「標準的な医療から著しく逸脱した医療に起因する死亡又は死産の疑いがある場合」ではなく「重大な過失があった場合」と規定されていたが、医療界から概念が不明確であるとの強い批判をうけたために本文のように変更された。しかも、変更後の大綱案には「病院、診療所等の規模や設備、地理的環境、医師等の専門性の程度、緊急性の有無、医療機関全体の安全医療体制の適否（システムエラー）の観点等を勘案して、医療の専門家を中心とした地方委員会が個別具体的に判断することとする」という注まで付記した。このように大綱案では「重大な過失」という文言をわかりやすく言い換え、標準的な医療からの顕著な逸脱が認められない場合には刑事処分の対象とはな

らないことを明確にした。

最後にまとめとして、医療行為の特殊性を考慮したうえで、如何なる場合に、医師の如何なる行為を刑事処罰の対象とすべきか、重過失といわれるものにどのようなものが含まれるかを、典型的な医療過誤を例に具体的に考えてみたい。まず、基本的な注意義務の懈怠、たとえば患者の確認、薬剤の量や種類の間違い、異型血液の輸血、異物遺残等の初歩的なミスは、注意義務懈怠の程度も著しく重大な過失を認定することに問題はない。一方診断や手術は、第3章の初めで述べたように、担当医師の専門的な知識や技術や経験に左右される行為であり、広く裁量の余地も認められているため、重大な過失があったか否かを判断するには、医学的知識が必要となる。高熱患者に対する採血検査の不実施や、中心静脈へ挿入すべきカテーテルを腹腔内に挿入し、そのまま大量輸液を行った場合等は、医療水準(標準的医療)から著しく逸脱したものとして、重大な過失行為と言えらるだろう。しかし、医療水準からの逸脱の度合いが微妙な場合、たとえば薬疹発見の遅れやレントゲン写真上の陰影の見落としのような場合は、軽微な過失として民事訴訟で解決が図られることが望ましい⁽⁸⁷⁾。前述福島県立大野病院事件は、帝王切開の手術中に癒着胎盤と判明した場合は、直ちに胎盤剝離を中止して子宮摘出に移行するより、胎盤を剝離させる作業を継続し、その後の出血等の状況を見ながら、剝離の継続か、ひとまず剝離を中止して子宮全摘出に移行するかを判断するのが臨床の実際であるという弁護側の見解を採用した。癒着胎盤の処置は、一万例の分娩で2、3回しか発生しないという稀な疾患でありデータも不足しており、剝離を継続すべきか中止すべきか、医師の裁量に委ねられている部分も大きいと思われる。刑事裁判では、臨床上の標準的な医療措置として医師を無罪とした。結論は妥当と思うが、過失の有無が微妙なケースではなかろうか。

医療過誤の刑事責任の追及に対する批判の根底には、医療従事者が正当な業務遂行として患者の利益のために行う医療という特殊分野に、刑法が突如介入し、過失の程度の如何を問わず業務上過失致死傷罪を広く適用す

ることにあると思われる。医師は皆、自らの環境と能力の範囲内で最善の努力をしているのであり、不幸にも患者が死亡したからといって、突如刑事責任が追及されることは納得できないであろう。しかし、医師に対する刑事責任の追及には、特別予防効果はなくとも、一般予防効果は望める。また、医療安全対策を優先して、刑事責任の追及は控えるべきであるという主張もあるが、刑法の個人責任の建前から個別責任を問うことをおろそかにしてはいけない。医療の安全と個人の責任追及は分けて考えるべきである。佐伯教授の言われる医療事故処理における3本の柱⁽⁸⁸⁾の一つ「適切な責任追及」という観点から、今後実務では刑事責任の限定を積極的に図っていく必要があると考える。第3章で明らかとなったように判例では、既に重過失に該当するような事例のみを有罪として判断しているようであるが、医師に対する業務上過失致死傷罪の適用に関しては重大な過失に限定する、という考え方を実務の面で明確化し、刑事介入には全面的に消極的な態度を示している医療界の理解を得る必要があると思う。このような限定的処罰であれば、萎縮医療への影響をおそれることはないであろう。

将来的には、業務上過失致死傷罪を削除して重過失致死傷罪に一本化した⁽⁸⁹⁾うえで、医師の刑事責任追及は重過失に限り、本罪を適用することとし、通常の過失致死傷罪の規定には医療過誤に関する特別免責規定を設け、軽微な過失は免責するという趣旨を明文化することが望ましい⁽⁹⁰⁾。

注

- (1) 萩原由美恵「医療過誤と過失犯論（一・二完）」中央学院大学法学論叢21巻1号（2007年）1頁、2号（2008年）27頁。
- (2) 萩原由美恵「医療過誤訴訟における医療水準」中央学院大学法学論叢22巻1号（2009年）25頁。
- (3) 2004年12月17日に帝王切開手術を受けた女性が、術前には予期できなかった子宮後壁の癒着胎盤という極めて稀な疾患により死亡した。執刀医は事件当夜麻酔医と共に院長らと協議した結果、医療過誤ではないと判断し、

警察へ届け出ず、また3日後に行われた院内検討委員会においても執刀医師の施術に過失があるという指摘はなかった。しかし、患者が死亡してから1年2ヶ月経過した2006年2月、福島県警は担当医師を業務上過失致死罪と医師法21条の疑いで逮捕した。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大きな波紋を投げかけた。福島地裁は2008年8月20日、「用手剥離を開始した後は、出血をしても胎盤剥離を完了させ、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を摘出する」ことを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示して医師を無罪とした。事件の詳細は中島宏「判例レビュー 医療行為中の死亡につき、医師の過失の存在を否定して無罪を言い渡した事例（大野病院事件）」季刊刑事弁護57号（2009年）186頁以下参照。

- (4) ユルゲンス氏は、1993年から1998年までゲッティンゲンで法律学の勉強をし、ブラウンシュヴァイク上級地方裁判所での2年間の司法修習期間を経て、2002年から弁護士活動を行っている。Oliver Jürgens, Die Beschränkung der strafrechtlichen Haftung für ärztliche Behandlungsfehler, 2005.
- (5) 米田泰邦「7手術と刑事責任」中山研一・泉正夫編『医療事故の刑事判例（第2版）』（成文堂、1993年）233頁。
- (6) 藤木英男「医療行為と過失」ジュリスト427号（1969年）37頁。
- (7) 田宮裕『刑事法の理論と現実』（岩波書店、2000年）88頁以下。その他に刑事過失を認識ある過失に限定すべきであるという見解として、沢登佳人「すべての過失は認識ある過失である」植松博士還暦祝賀論文集『刑法と科学 法律編』（有斐閣、1971年）321頁以下、甲斐克則『責任原理と過失犯論』（成文堂、2005年）127頁以下。
- (8) 青柳文雄「無過失の刑事責任」日沖憲郎博士還暦祝賀論文集『過失犯（1）基礎理論』（有斐閣、1966年）284頁。青柳教授は、過失犯の成立する範囲を上限は未必の故意に境を接するものから、下限は特に注意深い人が結果の発生を回避できるものまで広範囲に認めることは過失犯の道義的責任を曖昧にするとして、刑事過失責任の縮小を主張された。
- (9) 藤木英男「医療事故における因果関係と過失」『臨時特集 医療と人権』ジュリスト548号（1973年）303頁。
- (10) 樋口範雄『医療と法を考える 救急車と正義』（有斐閣、2007年）152-154頁。
- (11) Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 104-105.
- (12) Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 105-107.

- (13) Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 109-111.
- (14) Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 112.
- (15) Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 113.
- (16) Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 115-116. 「防衛的医療」とは、医事紛争予防として行われる医療者側の対応であり、念のためと称して患者に金銭的な負担を強いるような過剰な検査を行ったり、リスクの高い患者の診療を拒否して他の病院に送致したりすることを意味するが、患者にとって適切な医療行為であっても訴訟リスクを恐れてあえて行わないという意味から「萎縮医療」とも呼ばれている。
- (17) Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 118.
- (18) Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 118-121.
- (19) Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 130.
- (20) Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 131.
- (21) Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 131-132.
- (22) Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 134-136.
- (23) Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 137.
- (24) Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 140.
- (25) 軽微な過失の非犯罪化は法益に対する国民の不注意な態度につながり、身体・生命という法益を非常に危険にさらすことになるのではないかとという批判(トレンドル)や、危険傾向という概念はあいまいであり、危険傾向のある職業の非犯罪化を認めるとすればあらゆる活動が対象となり得るのではないかとという批判(コッホ)がある。Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 145-146.
- (26) Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 149-151.
- (27) Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 173.
- (28) オーストリア刑法では、医師の特権を広く認める規定(88条2項2号)を置いており、そこでは、医師に重大な落ち度がなく、与えた健康上の害や就業不能が14日を超えない時には刑法上の責任を免れるとして、結果の重さも考慮に入れている。
- (29) Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 182.
- (30) Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 182-183.
- (31) Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 183-184.
- (32) Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 184-186.
- (33) RGSt 71, 174 (176).
- (34) BGHSt 14, 241 (255).

- (35) BGHSt 20, 315 (324).
- (36) BGHSt 33, 66 (67).
- (37) Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 187.
- (38) Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 187-189.
- (39) Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 193-196.
- (40) Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 197.
- (41) 米田・前掲注5、233頁。
- (42) 東京高判昭和57年8月10日刑裁月報14巻7＝8号603頁は、「重大な過失とは、注意義務違反の程度が著しい場合、すなわち、わずかな注意を払うことにより結果の発生を容易に回避しえたのに、これを怠って結果を発生させた場合をいい、その要件として、発生した結果が重大であることあるいは結果の発生すべき可能性が大であったことは必ずしも必要としない」と解するのが相当である」と判示している。また、須々木教授は、①過失傷害において、重過失の本質的特徴を結果的事態のいかんにて、重過失を傷害的結果の重大な場合に限るとすれば、致死はすべて重大な結果的事態ということになり、過失致死は無差別に重過失となるが、現行法では過失致死についても通常過失と重過失とを区別していること、②211条のように致死・致傷を一括した規定形式をとることが許されていること、の2点を挙げて、結果的事態以外のものを目安にして重過失を考えていることは否定の余地がないと主張されている。須々木主一「重過失—刑事政策学より見た刑法学の限界序説—」日沖憲郎博士還暦祝賀論文集『過失犯(2) 具体的問題』(有斐閣、1966年)419頁。
- (43) 内藤謙『刑法講義 総論(下) I』(有斐閣、1991年)1159-1160頁。滝川博士は、認識ある過失は重過失であるという見解を主張された(滝川幸辰『刑法各論(4版)』〔世界思想社、1953年〕50頁)が、認識なき過失と認識ある過失の差違は形式的なものであり、どちらの義務に反する方が重大な過失であるかは一概に言えないと反対する者が多い。西原春夫『刑法総論』(成文堂、1977年)184頁、松宮孝明『刑法各論(第2版)』(成文堂、2008年)56頁。
- (44) 村上尚文「第28章過失傷害の罪」『大コンメンタール刑法第11巻(第2版)』(青林書院、2002年)121頁。
- (45) 佐伯仁志『制裁論』(有斐閣、2009年)314頁。甲斐教授も、「刑事過失責任追求は、重大な過失に限定すべきである」と述べている。甲斐克則「医療と過失責任の限界—福島県立大野病院事件判決の分析と新たな解決モデル」法律時報82巻9号(2010年)50頁。

- (46) 医療水準とは、「診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準」のことであり、過失が問われている当該医師と同じ立場におかれた一般医師のレベルが問題となる。当該医療機関（大学病院、専門病院、一般開業医等）の性格や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められるものであり、医療慣行とは必ずしも一致しない。詳しくは、萩原・前掲注2、42頁以下参照。
- (47) 松宮孝明「3 診断行為と過失」『新版 医療事故の刑事判例』（成文堂、2010年）43頁。
- (48) 造影剤事故に関する判例は、松宮・前掲注、45-49頁参照。
- (49) 整形外科病院院長が、自転車の荷台にのったまま転倒し左腕を骨折した男児を、左上腕骨頸上骨折と診断し、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10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のにこれを怠り、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た結果、患者の左手指、左前腕等の成長及び機能に障害を生じる傷害を負わせたという事案である。
- (50) 救急救命センターの耳鼻咽喉科の当直担当医が救急車で搬送された男児の治療に際し、割り箸の刺入による頭蓋内損傷が疑われる状況にあったのに、上陰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、脳浮腫などの頭蓋内損傷群により死亡させたという事案である。
- (51) 浦和地判昭和52年3月28日（罰金5万円）刑事裁判資料233号469頁。
- (52) 東京高判昭和53年11月15日刑裁月報10巻11=12号1390頁。
- (53) 東京地判平成18年3月28日飯田英男『刑事医療過誤II（増補版）』（判例タイムズ社、2007年）726頁。
- (54) 東京高判平成20年11月21日判例タイムズ1304号304頁。
- (55) 岩内簡略式昭和60年12月24日（罰金20万円）判例タイムズ678号55頁。
- (56) 大阪簡略式平成11年1月14日（医師2名罰金各50万円）判例タイムズ1035号60頁。
- (57) 京都地判昭和49年12月10日（罰金3万円）判例タイムズ319号306頁。
- (58) 田川簡略式昭和33年8月13日（罰金1万円）第一審刑事裁判例集1巻8号1229頁。

- (59) 高松地判昭和51年3月22日（罰金3万円）特殊過失刑事裁判例集215号78頁。
- (60) 札幌簡略式平成13年6月1日（罰金50万円）飯田・前掲注53、725頁。
- (61) 神戸簡略式平成元年7月18日（罰金20万円）判例タイムズ1035号56頁、一関簡略式平成15年3月25日（罰金50万円）飯田・前掲注53、398頁。
- (62) 札幌簡略式平成9年4月4日（罰金20万円）判例タイムズ1035号58頁、川越簡略式平成9年4月17日（罰金50万円）判例タイムズ1035号58頁。
- (63) 腰椎椎間板ヘルニア摘出手術において、ヘルニア鉗子の操作ミスにより血管を損傷して患者を死亡させた医師に対して業務上過失致死罪が認められた判例として、彦根簡略式昭和63年10月21日（罰金20万円）判例タイムズ770号86頁、福江簡略式平成元年11月24日（罰金20万円）判例タイムズ770号86頁、石岡簡略式平成16年2月13日（罰金50万円）飯田・前掲注53、409頁がある。同種事案でありながら平成16年判決の罰金額が高いのは、近年の医師に対する厳しい刑事責任追求の現れと考えられる。
- (64) 米田・前掲注5、189頁。
- (65) 福島富岡簡略式平成15年1月10日（罰金50万円）飯田・前掲注53、396頁。
- (66) 八王子簡略式平成16年4月8日（罰金30万円）飯田・前掲注53、411頁。
- (67) 秋田簡略式平成15年4月4日（罰金50万円）飯田・前掲注53、399頁。
- (68) 熊本簡略式平成16年1月7日（罰金50万円）飯田・前掲注53、407頁。
- (69) 東京地判平成18年6月15日（主治医と執刀医は各禁錮2年6月執行猶予5年確定、禁錮2年執行猶予4年確定、第一助手は禁錮2年執行猶予4年〔控訴審では原判決が破棄され禁錮1年6月執行猶予4年が確定した。〕）飯田・前掲注53、502頁。
- (70) 飯田教授は、内視鏡手術は直視下の手術ではないことから、視認できない領域についての安全確認は困難であり、視認領域外の手術は行うべきではないと言われている。飯田・前掲注53、400頁。
- (71) 高松地判平成17年5月13日（禁錮1年8月執行猶予3年）飯田・前掲注53、455頁。
- (72) 本件までのステント使用経験は、食道ステント4例、胆道ステント1例の合計5例であり、4例目に行った胆道ステント留置は十二指腸を切って直視下で挿入したというもので、中国四国外科学会で発表している。患者に対して「根治的治療を考えるならばステントしかない。ステントで広げれば、食べ物がかまく通過する。私は今までに何度もステントをやっているし、大丈夫だ。小腸へは日本では初めてになるが、全く問題がない」と

述べていることから、被告人自身この先端医療技術に関してかなりの自信があったものと思われる。

- (73) 浦和地判昭和51年3月2日（禁錮10月執行猶予2年）飯田英男・山口一郎『刑事医療過誤』（判例タイムズ社・2001年）227頁。検査による穿孔事案として鹿屋簡略式平成11年10月8日（罰金30万円）飯田・前掲注53、239頁がある。患者に対する大腸内視鏡検査の際に、内視鏡を消化管内壁に不用意に接触させて穿孔を生じさせ、翌日行ったレントゲン写真には横隔膜下に腹腔内遊離ガス様のものが認められ、浣腸により患者が腹部の一層の痛みをうったえるなど、消化管内に穿孔が生じていることを伺わせる病状が認められたのに、消化管内には穿孔は生じていないと軽信し、経過観察の措置しか講じなかったため、直腸穿孔性腹膜炎に起因する多臓器不全により死亡させた医師に対して、業務上過失致死罪の成立を認めた。ここでも、消化管に穿孔を生じさせたという作為自体のほかに、その後消化管内に穿孔は生じていないと軽信し開腹手術の措置を講じることなく経過措置しか講じなかったという穿孔後の不作為にも注目して刑事責任を認めている。
- (74) 宮崎地延岡支判昭和55年8月27日（禁錮1年執行猶予4年）判例タイムズ678号56頁。
- (75) 東京地判平成16年5月14日（医師2名共に禁錮1年執行猶予3年）、東京高判平成17年1月28日（控訴棄却）、最決平成17年7月14日（上告棄却）飯田・前掲注53、413頁。
- (76) ガーゼ置き忘れ事例は過失が明白であるため、被害者と示談する 경우가多く、起訴された事例は少ない。飯田・前掲注53、240頁。
- (77) 大牟田簡略式平成12年4月5日（罰金20万円）飯田・前掲注53、240頁。
- (78) 行橋簡略式平成14年12月26日（罰金20万円）飯田・前掲注53、395頁。
- (79) 高松地判平成15年11月18日（禁錮1年執行猶予2年）飯田・前掲注53、403頁。
- (80) ドイツでは、軽い過失の医師の刑事責任の限定は、解釈論上可能であるとの見解も存在する。たとえば、「疑わしきは被告人の利益に」という原則から、結果回避可能の有無がはっきりとしない軽微な過失を無罪にできるという見解（シュトラーテンベルト）や、答責性の理論から予防的な刑罰の必要性がない危険傾向のある活動の場合には軽微な過失は無罪とするという見解（ロクシン）がある。Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 64, S. 72-73.
- (81) 222条 過失致死

過失により人を死亡させた者は、5年以下の自由刑又は罰金に処す

る。

229条 過失傷害

過失により、他の者の傷害を生じさせた者は、3年以下の自由刑又は罰金に処する。

- (82) ユルゲンスは、医師の過失責任の限定を治療的性格を有する治療行為のみならず、あらゆる医療行為にまで広げるべきだと考え、その点に関する記述も規定の中に盛り込もうとしている。Jürgens, a. a. O. (Anm. 4), S. 231ff.
- (83) 団藤重光『刑法各論（第3版）』（創文社、1990年）432頁、大谷実『刑法講義各論（新版第2版）』（成文堂、2007年）53頁、西田典之『刑法各論（第5版）』（弘文堂、2010年）61頁。
- (84) 平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会、1977年）89頁、大塚仁『刑法概説（各論）（第3版増補版）』（有斐閣、2005年）45頁、内田文昭『刑法各論（第3版）』（青林書院、1996年）61頁以下、山口厚『刑法各論（補訂版）』（有斐閣、2005年）67頁、町野朔『刑法総論講義案Ⅰ（第2版）』（信山社、1995年）267頁。
- (85) 内田博士は業務者に過失があっても重過失を肯定できないときには、通常の過失だけを認めるべきだと主張されているが（前掲注、61頁以下）、それに対しては「それでは211条1項が重過失のほかに業務上過失を規定したことの意義が失われる」との批判（西田・前掲注83、61頁）もある。業務上過失致死傷罪に独自の存在意義を認めようとするのであれば、業務上の軽過失は業務上過失の一つとして扱うことになる。
- (86) 本法案について、厚生労働政務官足立信也氏は、平成22年2月23日の衆院予算委員会で、そのまま成案となることはないとの考えを示し、将来の見通しについて、医療事故の死因究明等に関して「来年度中にしっかりとした方向性を出していきたい」と述べたという。このような現政権の対応に対しては、医療事故調査委員会の早期設立を求める署名、要請行動がなされているが、まだ時間はかかりそうである。木下正一郎「医療事故調設立のために医療事故被害者と歩む」Lawyer's Magazine 16号（株式会社C&Rリーガル・エージェンシー社、2010年）1頁。
- (87) 医師でもある古川俊治弁護士の医療過誤の分類が大変参考になる。古川俊治「医療と法—架け難き橋」NIBEN Frontier（前編）81号（第二東京弁護士会、2008年）2頁。
- (88) 佐伯教授は、①原因の究明と再発防止策の実施、②被害者の遺族の被害回復、③適切な責任追及という3本の柱の必要性を強調されている。佐

伯・前掲注45、322頁。

- (89) 以前から、業務上過失を重過失の一類型と解する立場からは、重過失による加重類型が存在している現在、業務上過失致死傷罪は削除するのが妥当であると主張されている。内藤・前掲注43、1172頁、町野・前掲注84、269頁。昭和60年最高裁決定（最決昭和60年10月21日刑集39巻6号367頁）における谷口正孝裁判官の補足意見でも、重過失における加重類型が整備されている現在、業務上過失致死傷罪の加重類型はその存在意義を失ったと言われている。
- (90) 平成20年7月29日の自民党の「医療紛争処理のあり方検討会」では、既に「救急医療によって人を死傷させたときは、情状により、刑を免除することができる」との特例規定を業務上過失致死傷罪に加えるという立法的解決案が提示されていたが、実現には至っていない。法律新聞1774号（2008年）1頁。