

医事刑法の序論的考察(1)

山 中 敬 一

目 次

はじめに

1. 医事刑法の意義・対象・方法
2. 医事刑法の展開と現状
3. 医療政策と刑事法
4. 医事刑法の行為規範 (以上本号)
5. 先端医療と刑事法
6. 医事刑法と医療倫理
7. 医療行為の意義
8. 医師の応招義務

あとがき

はじめに

本稿は、「医事刑法」に関する概説書の第1章にあたるべき部分を独立させた論稿である。全体の完成には時間を要するため、とりあえず、その「序論」に当たる部分を先に公刊する。

本稿では、まず、医事刑法の意義・対象・方法を論じることにより、医事刑法の内容につき自己理解を示す。その後、わが国における医事刑法の歴史的展開を概観し、主として従来取り扱われてきた諸問題における特徴的な研究をその発展史の時代区分のメルクマールとする。さらに、医事刑法の主たる目的が、患者の生命や健康の維持であることに鑑み、その目的を達成する医療政策のうち、医療行為に対する患者の保護のための政策と刑事法の関係ないしその意味の医療政策、とくに医療事故の処理における刑法の役割に一瞥を与える。次に、医事刑法においては、もとより行政取締法規における刑罰法規の役割は、医療

目的の達成のための行政法規の刑罰による補強であるが、中核刑法の犯罪としては、圧倒的に業務上過失致死傷罪（211条1項）であるので、主に、医事過失犯における「行為規範」について論じる。

本論においては、患者の同意、医師の説明義務、傷害と正当化事由、分業と過失などの医事刑法の古典的テーマがまず論じられるが、今日、その重要な分野をなすのが、先端医療ないし生命倫理における新たな意味をもった諸々の法概念と法解釈の諸問題である。その問題点につき、序論において予め概略を論じておくのが「先端医療と刑事法」の課題である。次に、「医事刑法と医療倫理」においては、医事刑法におけるさまざまな価値判断を導くための「諸原理」についてその最近の医療倫理の成果を踏まえて、とくに医療行為を正当化するための利益衡量の基本的な考え方に考察を加えておく。そして、最後に、医師の本来的業務とされる「医療行為」の意義について論じるとともに、医師の義務とそれに対する刑罰法規の中から「医師の応招義務」について考察を加える。

1. 医事刑法の意義・対象・方法

1. 医事刑法の意義と対象

(1) 医事法の意義と分野

医事刑法 (Medizinstrafrecht) とは、その中核は、医師の医療行為を中心とする医療関係者の職業上の活動に伴う犯罪と刑罰に関する法の総称である。医事法 (Medizinrecht) の概念は、直接・間接に医療に関係する規範の総体と解されている¹⁾ ので、そのうち、処罰規定の付されているものが、医事刑法ということになる。しかし、医事法の取り扱う対象をもう少し具体的に言うと、医事法の概念には、実質的な意味における医師法、薬事法、製薬製品法ならびに移植ないし輸血に関する法など広く保健・健康に関する分野を含む²⁾ のであるから、

1) Sodan, in: Wenzel (hrsg.), Handbuch des Fachanwalts: Medizinrecht, 2. Aufl., 2009.

2) Vgl. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl., 2008, S. 4.

医事刑法も、広くは、処罰の対象となるそれらの法領域の犯罪をも含むということになる。ドイツにおいては、同様の法領域を対象とする法に関する学問を医師法 (Arztrecht) と呼ぶ³⁾ ことがあり、したがって、医事刑法は、医師刑法⁴⁾ (Arztstrafrecht) と呼ばれることもある。この意味における医師法とは、わが国の医師法のような形式的な意味における医師法、すなわち、医師法という名称をもった法規範を指すのではなく、医師の職業上の活動に伴うあらゆる法規範を指す。したがって、実質的意味における医師法と医事法の相違は、医事法が、薬事、薬品関係の法をも含むのに対して、医師法ではそれらを含まないという点にあるといえる。

しかし、医事刑法の概念は、さらに広く医師以外の医療従事者ないし医療関係者に関する、そして医療関係機関の組織ないし医療保険制度、薬事制度ないし保健制度に関する法規範をすべて総称する使い方もできる⁵⁾ (広義の医事刑法)。この意味では、例えば、医師法、歯科医師法、保健師助産師看護師法などの刑罰法規違反、医療施設に関する医療法の刑罰法規違反も医事刑法に含む。

その他、法分野との関係では、医事法は、私法の分野、社会法の分野、行政法の分野、あるいは訴訟法の分野にも広がる。したがって、医師・医療関係者の業務ないし身分法上の問題のみならず、医師ないし病院と患者の間の契約法あるいは労働法の分野にも及ぶ。したがって、これらの法分野を縦断するさまざまな法分野にまたがる刑罰法規はすべて医事刑法の対象となるということができる。

さらに注記すると、ドイツにおいては、いわば法分野の体系に着目して、医事法を分類し、その概念につき、次のように三つに分類する見解もある⁶⁾。第1に、

- 3) 例えば、*Laufs/Katzenmeiner/Lipp*, *Arztrecht*, 6. Aufl., 2009 のタイトルがそうである。
- 4) 例えば、*Ulsenheimer*, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 4. Aufl., 2008 のタイトルがこれを使っている。
- 5) 医事法の概念の限界が明確ではないことから、広くは、人の健康にかかわる保健法 (*Gesundheitsrecht*) と関係づけられて論じられることがある (*Quaas/Zuck*, *Medizinrecht*, 2. Aufl., 2008, S. 1.)。
- 6) *Quaas/Zuck*, a. a. O., S. 7 f.

資格をもった専門家による患者の治療に関する法規範に対する集合概念（＝第1次的医事法，*primäres Medizinrecht*）としての医事法である。第2に，第1次的医事法の様々な側面におけるあらゆる者に妥当する諸規範の解釈と特殊な適用（＝第2次的医事法，*sekundäres Medizinrecht*）を意味する。例えば，医師と病院との契約法について，医師の地位に応じてその特殊性を考慮しなければならないというのがそうである。さらに，医事法の第3の分野として，第1次的医事法の要請から，一般法に対する基本的関係を失うことなく，修正された一般的法秩序の規範（＝第3次医事法，*tertiäres Medizinrecht*）も含むとされる。社会法第5編136条で，民法の保証法（*Gewährleistungsrecht*）の部分的な新规定が設けられたのがその例であるとする。まとめると，第1次的医事法を「医事」に関する当初の法であり，第2次的医事法とは，医事法的事実に一般に妥当する法規範を適用することを意味するとし，第3次的医事法とは，医事法的所与のもとでの一般法を部分的に限定的に狭く修正したものであると解する。そして，第1次的医事法に重点が置かれるべきであるとされる。しかし，民事医事法にとってはともかく，医事刑法にとっては，この分類は意味を持たないと思われる。罪刑法定主義をとる刑法においては，上のどの分野に属する法規範であろうと，医事刑法に含まれる刑罰法規があれば，同様に適用されるからである。したがって，医事刑法においては，とくに医師ないし看護師に向けられた刑罰法規も，一般国民を名宛人にする詐欺罪の構成要件の医療法律行為への適用も，また，被害者の同意の法理が，患者の同意については，医師の説明義務を前提にするという修正を含むものであろうが，法規範の性質を貫いて横断的に問題化されるといえよう。

(2) 医事刑法の意義と内容

医事刑法の概念が，医事法の分野の一部を占めるのであれば，医事刑法とは，医事法における犯罪と刑罰に関する法の分野をいうと定義することができよう。しかし，この定義では，その具体的な内容は定かでない。

まず，医事刑法の現在までの中心的な分野が何かから出発するのが，医事刑法とは何かを理解するには最も分かりやすいと思われる。それは，「医療行為」に関する犯罪と刑罰に関する法であると定義することである。しかし，後述するように，医療行為は，原則として医師のみがなしうるのであるが，医療従事

医事刑法の序論的考察(1)

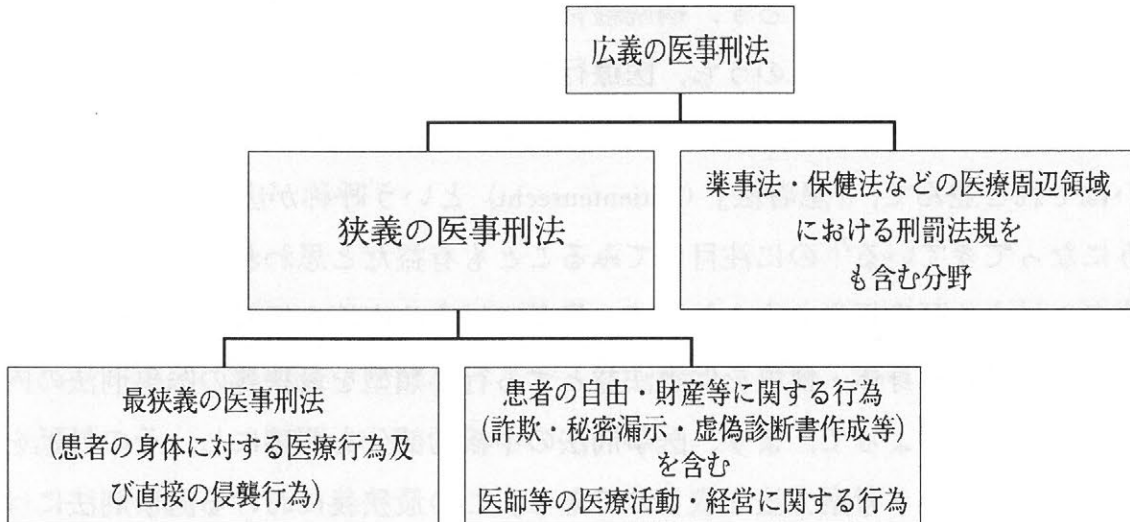
者には、看護師、薬剤師、その他の者も含まれ、これらの者の行為が医事刑法の対象から外れる定義は、狭すぎると言わざるを得ない。さらに、患者の身体に対する侵襲を伴う医師の行為であっても、人体実験のように、患者の治療を目的としない侵襲行為が、医事刑法に含まれないとするのも、医師が関係する分野で、刑法の対象としないという問題が明らかになる。さらに、医師が患者のカルテの情報を漏らす行為などの医師の直接的な医療行為に属さない行為であっても、医事刑法の対象に含めるべきである。

このように、医事刑法の内容を定めるにあたって、「医師ないし医療関係者の行為」を基準とすると、医師の医療行為以外に、医師の診断書の偽造や診療報酬に関する詐欺のみならず、病院経営に関する租税通脱等の行為も含まれることになる。そこで、このうち、医療行為を中心にその周辺の行為に限定するには、最近、ドイツ医事法において「医師法」(Arztrecht)に代わって、あるいはそれと並んで、「患者法」(Patientenrecht)という呼称が広く承認されるようになってきている⁷⁾のことに注目してみることも有益だと思われる。すなわち、患者に対する医療行為を中心として、患者に対する直接の侵襲を伴う行為、すなわち、患者の身体・健康を保護法益とする行為類型を最狭義の医事刑法の内容とすることによって、まず、医事刑法の中核的部分を明確にし、その外延を広げていくという考察方法を取るのである。この最狭義における医事刑法には、医療行為以外に、患者の身体に対する侵襲である人体実験ないし臨床試験も含む。さらに、そのような医療行為等を適正に行わせ、医療行為等を円滑ならしめるための刑罰法規違反もこれに含める。次に、順次、医師ないし医療関係者の職業上の活動全般に広げ、そこには、患者の身体・健康に対する直接の侵襲以外の、患者の秘密・自由・財産に関する法益等も含める。これを狭義における医事刑法の内容とする。したがって、例えば、医師の秘密漏示、虚偽診断書作成、診療報酬に関する詐欺罪等をも含む。その他に、直接、患者に関係しない病院の組織や経営に関する犯罪、すなわち、病院経営上の租税法違反、賄賂罪等も、ここに含める。最後に、広義における医事刑法には、医療機器や薬品

7) *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 6. Aufl., S. 5; *Quaas/Zuck*, a. a. O., S. 2 f.

の開発・販売など、医師の医療行為に間接的に関係する犯罪も含める。

これをまとめると、医事刑法は、最狭義では、医療関係者による患者に対する直接の身体的侵襲に関する犯罪及び治療行為等の周辺に位置する適正な診療を確保するための刑罰法規違反をその内容とし、狭義では、医師ないし医療関係者の職業上の活動及び病院経営上の犯罪を指し、そして広義では、薬事法を始め医療において使用される医療機器や薬品の製造・販売に関する刑罰法規をも含めて、その他、健康に関するあらゆる罰則を伴う行政取締法規を含むものとする。ドイツにおいては、健康（保健）法（Gesundheitsrecht）が、医事法と同義に用いられることもあるという⁸⁾。



構想している概説においては、上述の最狭義における医事刑法を対象とする。したがって、医師の医療行為と、患者ないし治験者に対する人体実験等ないし診療義務違反等の医師法上の違反行為をも含めた治療周辺行為を中心にその犯罪と刑罰を論じる。これには、診療（応招）義務違反（医師法19条1項）、診断書等交付義務（19条2項）、無診察治療および無診察証明の禁止（20条）、異状死届出義務（21条）、処方箋交付義務（22条）、療養指導義務（23条）および診療録

8) *Deutsch/Spickhoff*, a. a. O., S. 4; *Quaas/Zuck*, a. a. O., S. 1 f. 健康とは、完全な身体的・精神的・社会的幸福状態である。健康保険，衛生，食品法などの分野も含む。

医事刑法の序論的考察(1)

の記載および保存義務(24条)の医師法上の義務のうち、罰則の付されていない医師法19条および24条の義務を除く義務に対する違反が含まれるが、ここでは、便宜上、診療義務違反における正当化事由と業務上過失致死傷罪のような刑法上の犯罪の可能性について論じるにとどめる。

(3) 医事刑法の対象領域

さて、上記の医師法上の違反行為を除くと、最狭義における医事刑法の対象領域の中核を占めるのは、医療分野別に分類すると、① 治療行為としての身体の医的侵襲、② 人体実験ないし治療的実験、③ 臓器移植、④ 生殖医療、⑤ 終末医療、⑥ 精神医療である。もちろん、すべての分野に共通する、⑦ 患者の自己決定権ないし説明と同意の問題がある。さらに、身体の医的侵襲については、刑法学上の取扱いの側面から分類すると、⑧ 傷害の正当化の問題と⑨ 医療過誤(Behandlungsfehler)の問題に分けることができる。さらに、先に掲げた、広い意味の医療過誤の問題は、これを細かく分類すると、⑩ 狭義の医療過誤、すなわち、治療行為における過誤と、⑪ 説明義務違反としての過誤(Aufklärungsfehler)、さらに⑫ 組織形成の過誤(Organisationsfehler)に分けることができる⁹⁾。最後の組織形成の過誤は、一般的な組織形成過失¹⁰⁾の一部であって、医療行為においては、典型的にはチーム医療における過失行為の帰属の問題として論じられる。

医事刑法においては、まず、総論的に、医事刑法の序論的考察(第1章)の後、患者の同意(第2章)および医師の説明義務(第3章)をまとめ、医事刑法の主要部分を占める医療過誤の問題につき、医療過誤の判断基準や各医療行為の局面における過失について論じる「医療過誤と過失」(第4章)を採り上げ、さらに、各医療組織や構成員の過失がどのように割り当てられるかを理論的に解明する「医療組織における過失」(第5章)に分けて論じる。その後、各論と

9) Vgl. *Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis*, 4. Aufl., 2008, S. 67 ff.

10) これについては、山中「刑事製造物責任における作為義務の根拠」法学論集60巻5号(2011年)1頁以下、また、これを「システム過失」と呼んだ山中『刑法総論』(第2版・2008年)395頁参照。

しては、人の誕生、生死、身体、精神の順に医療にかかわる論点を論じる。すなわち、まず、身体・死体に対する侵襲（第6章）を論じ、次いで、生殖医療と刑法（第7章）、そして、脳死・臓器移植と刑法（第8章）、精神医療と刑法（第9章）の論点につき論じる。

2. 医事刑法の方法

この意味における医事刑法の方法論については、おそらく、三つの方法がありうる。第1は、医事関係の現行の刑罰法規を体系的に整理して、その注釈を中心に法解釈を論じる方法である。実務家にとっては、この方法が最も役に立つであろう。しかし、これは、かなり大部の注釈書を企図する場合に初めて可能な方法であって、多数の執筆者による大きなプロジェクトを要する。第2は、外国における医事刑法の動向等を紹介しつつわが国における医事刑法のあるべき姿に関する資料を提供しようとする方法である。この方法は、外国法制についての情報提供という意味においてわが国の将来の立法や解釈にとって有益である。この方法は、とくに、わが国においていまだ未発達の新たな問題の解決の指針を得るにあたって役に立つ。しかし、現在の法の解釈に役立てるには、それをもとにその中間項となる創造的な解釈がなお必要であり、実務家にはすぐに役に立つことが少ない。けれども将来の法、あるべき解釈の一例を提示する機能を果すものとなりえよう。第3は、わが国の法規範、判例ないし解釈を体系的にまとめて展開する方法である。これが最もオーソドックスな解説書の方法であり、入門書から中規模の教科書に最適である。この方法は、入門書を除くと、場合によっては、判例の解説に集中したり分野に応じた偏りがあったりして全体を俯瞰するものではなくなっているおそれもある。

そこで、ここでは、おそらく、第2の方法と第3の方法を組み合わせ、この分野で近年理論的に飛躍的な発展を遂げているドイツ医事刑法の成果を踏まえつつ、それをわが国の政策論や解釈論に適用して、わが国では欠けている分野の判例等をも補いながら、医事刑法の体系化を目指す教科書を作成しようとした。内容的には、なるべくドイツ法から日本法へのコンテクスト

の変換¹¹⁾を行い、わが国における解釈論として主張するよう心がけた。

2. 医事刑法の展開と現状

1. 時代区分の観点

医事刑法の史的展開につき、戦前の「黎明期」(第1期)、1960年代の「基盤構築期」(第2期)、1970年代以降の「伸展期」(第3期)、21世紀以降は「成熟期」(第4期)に分ける見解が唱えられている¹²⁾。しかし、医事刑法という一つの樹が、黎明・基盤構築・伸展・成熟と一直線に進んでいく進化論的イメージは、医事刑法という分野では適切ではないように思われる。なぜなら、今後、少なくとも50年先の医事法は、「衰退期」にはいるのか、「成熟期」なのか分からず、短期的回顧としても、むしろ、研究や関心の中心が何だったかなどを基準にして、その特徴をとらえて時代区分するほうが適切だと思われるからである。このよう観点から医事刑法の展開の時代区分を行っておくことにしよう。

わが国における医事刑法の研究は、ようやく昭和40年台に始まるといってよい。1969年(昭和44年)に刑法学者をしていまだわが国には「医事刑法の権威ある研究が全くない」¹³⁾とされているが、医療の刑法問題が初めて包括的に取り上げられたのは、1967年(昭和42年)10月の刑法学会においてであるとされている¹⁴⁾。時代区分を西暦で行うか、元号で行うかによって昭和時代については5年の差が出るが、ここではあくまで研究の進展状況の特徴と傾向を表す目安と理解して、西暦による大まかな時代区分を行う。まず、以下で行う時代

11) この法ないし理論における継受とその意義については、Vgl. Yamanaka, Wandelung der Strafrechtsdogmatik nach dem 2. Weltkrieg - Zugleich Kontextwechsel der Theorien in der japanischen Straftatslehre-, (Hrsg.) Jehle/Lipp/Yamanaka, Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht, Universitätsverlag Göttingen, 2008, S. 173 ff.

12) 甲斐克則「医療と刑法——医事刑法の回顧と展望」ジュリスト1348号(2008年)122頁、中山研一「医療事故刑事判例の動向」中山研一・甲斐克則(編著)『新版医療事故刑事判例』13頁以下参照。

13) 木村亀二「生体実験と刑法」法学セミナー195号巻頭言。米田泰邦『医療行為と刑法』(1985年)3頁参照。

14) 米田・前掲書6頁(注4)。

区分を先取りして示しておこう。① 前史，② 第1期（分野形成の時代），③ 第2期（医療過誤中心の時代），④ 第3期（先端医療と生命倫理の時代），分けることができる。

まず，明治期以降の医事刑法の「前史」というべき時代である。医療行為と刑法，医療過誤の問題が散発的に論じられた時代を表す。この時期は，1960年代初頭まで続く。1960年代の半ばから1970年代までは，医事刑法研究の黎明期であり，医療と刑法の問題が自覚され，医事刑法という「分野形成の時代」である。この時期に自己決定権の問題も自覚され始める。1980年代に入って，刑法における過失犯の研究の進展とともに，「医療過誤」の研究に注目が集まり，この分野の研究が飛躍的發展を遂げる。医療過誤に関する総合的研究が開始されるとともに，他方では，治療行為の正当化に関する研究も充実してくる。1990年代以降現在までは，いわば「先端医療」をめぐる「生命倫理の時代」である。生殖医学の発展により，ヒト杯に対する遺伝子操作が可能となり，体外授精の刑法的問題が論じられ，また，臓器移植が発達し，他方では，人工心肺機の発達により，尊厳死・臨死介助の問題が議論の中心に位置するようになる。この状況は，2010年段階で現在まで続いている。最近の医事刑法の問題点は，おそらく1999年に始まる刑事事件の増加と医療安全体制の確立という課題に向き合うことである。

2. 著作物からみた医事刑法の発達

以下では，「前史」については，著書・論文を挙げ，第1期以降については，論文数は膨大なものになるので，著書のみを挙げる。

(1) 前 史

刑法の観点から見た医師の治療行為の問題については，すでに大正元年（1912年）に花井卓蔵「刑法と医師」と題する論稿¹⁵⁾において，医師による身体の傷害を正当業務行為とした。勝本勸三郎も，同年，治療行為には傷害の加

15) 花井『刑法俗論』（大正元年）383頁以下。

医事刑法の序論的考察(1)

害の意思がないと唱えた「刑法ト35条ト医業トノ関係」¹⁶⁾について論じている。大正14年には、中央忠雄「医師の医療手術と身体傷害罪」¹⁷⁾が、昭和6年には、藤本直「医師の手術と身体傷害罪の問題に就いて」¹⁸⁾および昭和8年の同「医師の手術と身体傷害罪」という論文¹⁹⁾、昭和9年には、丸山正次「医師の診療過誤に就いて」という著書²⁰⁾が公刊され、医療過誤の問題が論じられ始めた。しかし、大正・昭和初期の時代には、とくに医師の治療行為の正当化に関する理論が刑法の教科書の中で論じられるにとどまった。

戦後、昭和30年代には、金沢文雄「治療行為」(昭和30年)が、昭和36年には、大阪府医師会編の『医療と法律』が公刊された。

(2) 第1期(1960年代—1970年代：医事刑法の分野形成の時代)

昭和40年代に入って、医療過誤の問題の研究が本格的に始まった。医師の編集にかかるものとして、松倉豊治編『医療過誤の諸問題』が昭和43年に公刊され、刑法学者によっても医療過誤の問題が論じられ始める。井上正治『判例にあらわれた過失犯の理論』(昭和43年)において、医療過誤判例の検討がなされたのを始め、松倉豊治『医療過誤と法律』(昭和45年)、藤木英雄「医療過誤と過失」(昭和44年)、同「医療事故における因果関係と過失」(昭和48年)²¹⁾、板倉宏「医療過誤と過失責任」(昭和45年)、実務家によるものとしては、飯田英男「医療過誤に関する研究」(法務研究報告書第61集2号・昭和48年)があり、正当化事由としての治療行為については、本格的な研究が出始める。西山富夫『治療行為と刑法』²²⁾(昭和44年)の後、町野朔「刑法解釈論からみた治療行為」²³⁾

16) 勝本『刑法の理論及び政策』(大正14年)242頁以下。

17) 法曹会雑誌3巻4号64頁以下、5号83頁以下。

18) 法学新報41巻177頁以下、418頁以下、757頁以下。

19) 司法協会雑誌11巻244頁以下、364頁以下、426頁以下、498頁以下。

20) 丸山(昭和9年)26頁以下。

21) ジュリスト548号。

22) 西南学院大学法学論集2巻3号。

23) 法学協会雑誌87巻4号、88巻9号、10号。その他、同「患者の自己決定権」ジュリスト565号(昭和49年)、同「過失犯における予見可能性と信頼の原則」ジュリスト575号(昭和49年)がある。

(昭和45～46年)が発表された。医事法についても、唄孝一『医事法学への歩み』(1970年)が上梓されている。

昭和50年(1975年)代になると、筋立明・中井美夫『医療過誤法入門』(1979年)、松倉豊治『医学と法律の間』(1977年)のほか、医事刑法に関する論文は枚挙にいとまがないほどに増加する。

(3) 第2期(1980年代：医療過誤の時代)

1980年代に入り、医事刑法の研究の深化・拡張、総合化の時代が到来する。重要なもののみに限定すると、まず、1980年代中頃の公刊にかかる、医事法学会で発表された報告を再録した、医事法研究のその時点での集大成ともいえるべき総合的研究書である日本医事法学会編『医事法学叢書』(全5巻)の公刊が大きな意味をもつ。大谷實『医療行為と法』(1980年)、中山研一・泉正夫編『医療事故と刑事判例』(1983年)、町野朔『患者の自己決定権と法』(1986年)、加藤一郎・森島昭夫編『医療と人権』(1984年)、米田泰邦『医療行為と刑法』(1985年)、同『医療紛争と医療裁判』(1986年)、中川淳・大野正義編『医療関係者法学』(1989年)、さらに、大阪府医師会編『医事裁判と医療の実際』(1985年)には、臓器移植に関する章も収録されている。

1980年代後半には、厚生省研究班による脳死判定基準(竹内基準)が公表され(1985年)、生体部分肝移植などの臓器移植が行われるようになって、日本医師会生命倫理懇談会が「脳死および臓器移植についての最終報告」(1988年)を公表し、脳死・尊厳死および臓器移植の問題に注目が集まった。斎藤誠二『刑法における生命の保護』(初版・1987年)、中山研一『脳死・臓器移植と法』(1989年)、宮野彬『安楽死から尊厳死へ』(1984年)などがこの期に公刊された刑法学者による著書である。

(4) 第3期(1990年代以降：先端医療と生命倫理の時代)

1990年代以降、臓器移植や週末医療の問題に加えて、体外授精、生殖医学の発達により、生命をめぐる「先端医療の時代」が到来した。これによって、医事法の研究領域が拡大されることになった。この時期は、現在にまで及ぶが、

医事刑法の序論的考察(1)

ここでは、医事法沿革史を扱うという趣旨および最近の文献²⁴⁾には枚挙にいとまがなく、このような回顧の意義が薄いことから、この10年間の現在に属する時期のものを除き、主として、20世紀に公刊された著書を扱う。

医療過誤については、判例タイムズ(678号41頁以下、770号70頁以下、1035号28頁以下)に掲載された判例を補充して医療過誤判例を集めた飯田英男・山口一誠『刑事医療過誤』(平成12年・2000年)の公刊の資料的価値は大きい。平成18年には、最近の医療過誤判例を収録して飯田英男『刑事医療過誤Ⅱ』(増補版)が公刊されている。研究書としては、佐々木養二『医療と刑法』(1994年)が公刊され、医療過誤に関する概説的研究書としては、筋立 明・中井美夫編『医療過誤法』(1994年)があり、安楽死問題等も含む医事法全般については、大野真義編『現代医療と医事法制』(1995年)、大谷 實『医療行為と法』(新版・1990年)が出た。中山研一・甲斐克則(編著)『新版医療事故の刑事判例』(2010年)は、新たな著者と判例を得て刑事医療事故判例の最新の総合的研究書となっている。

医事刑法の分野では、1991年には、ギュンター／ケラーの『生殖医学と人類遺伝学—刑法によって制限すべきか?—』(中義勝・山中敬一監訳)が出版され、ドイツにおけるヒト杯の操作に対する規制(胚保護法)が紹介され、わが国における議論を準備した。2000年以降になるとこれに関する論文が次々に公表されるようになる。刑法研究者以外のものも多いが、刑法研究者による著書のみを以下で上げておく。その文献全般については、『遺伝子工学時代における生命倫理と法』(2003年)巻末の文献リストを参照。外国における遺伝情報の取扱いについては、甲斐克則編著『遺伝情報と法政策』(2007年)および同『生殖医療と刑法』(2010年)が詳しい。

脳死と臓器移植については、1991年に脳死臨調の「脳死と臓器移植に対する中間意見」が公表され、ついで、92年には、「脳死及び臓器移植に関する重要事項について(答申)」を公表した。これによって、脳死・臓器移植問題が医事刑法におけるトピックスになり、これに関する著書・論文・啓蒙書は枚挙に

24) 医事法関係の年間の文献については、「年報医事法」の各号巻末に網羅されている。

いとまがない。刑法学者の手になる単行書としても、中山研一『資料にみる脳死・臓器移植問題』(1992年)、同『脳死論議のまとめ—慎重論の立場から』(1992年)、中山研一・石原明編著「資料に見る尊厳死問題」(1993年)、町野朔・秋葉悦子編『脳死と臓器移植』(第2版・1996年)、町野ほか編『安楽死・尊厳死・末期医療(資料・生命倫理と法Ⅱ)』(1997年)、石原明『医療と法と生命倫理』(1997年)が上梓されている。2000年以降の公刊著書では、甲斐克則『安楽死と刑法』(2003年)および同『尊厳死と刑法』(2004年)挙げておく。

医事刑法という名称のタイトルを付した著書には、斎藤誠二『医事刑法の基礎理論』(1997年)、および加藤久雄『ポストゲノム社会における医事刑法入門』(初版・1999年、新訂版・2005年)がある。しかし、最近の医事法分野の急速の発展によりその体系化は遅れているように思われる。少なくとも狭義の医事刑法に関する新たな詳しい医事刑法概説書が必要とされている。

3. 医療政策と刑事法

1. 医療不信から医療崩壊へ

まず、日本においては、かつては、「医は仁術」とされ、医師に対しては絶対の信頼が寄せられていたが、近年では、社会全体の医師に対する信頼が揺らぎ、深刻な医療不信を招き、すでに「医療崩壊」に至っているといわれている²⁵⁾。それとともに刑事制裁が厳重化され、刑事事件の増加、厳罰化の傾向が加速されているというのである²⁶⁾。まず、医療崩壊の新たな背景となっている

25) ジュリスト2010年3月15日号の特集「医療安全の確立と法」(ジュリスト1396号8頁以下)所収論文参照。とくに、樋口範雄「医療安全と法の役割」ジュリスト1396号11頁以下、児玉安司「医療現場からみた医療安全・医事紛争の10年」ジュリスト1396号34頁以下、なお、佐伯仁志「医療の質の向上と刑事法の役割」ジュリスト1396号30頁以下では、過失犯処罰の現状からみて、個々の医療の特質に応じた過失判断のあり方につき検討作業をした後、「その結果出てきた基準で判断してもなお過失が認められる行為によって患者を死傷させた場合についても、およそ刑事責任の追及を認めるべきでないという意見は、現在の日本では現実的でないように思われる」とする。

26) 本章の記述をまとめたドイツ語による論文として、vgl. *Yamanaka, Vorläufige* ↗

要因として、次の三点を挙げておく。

第1点は、医療制度改革により、必要な医療が提供しえなくなっている点である。日本においては、2004年から新しい臨床研修制度が始まり、医師試験に合格した医師は、プライマリー・ケアを中心とする幅広い診療能力を習得するため2年間の臨床研修が義務づけられることになった。そこでは、適正な給与の支給が定められたが、他方、従来、研修は必ず出身大学の医学部で行われてきたのに対して、研修先の病院を自由に選べることになった。その結果、一部の病院、都市部の大病院に集中し、離島、過疎地などを中心に、地方では、研修医が来なくなり、地方病院で医師不足が起こった。さらに、大学病院では、従来は多数の研修医がいたが、他の病院での研修が可能になり、大学の医局の医師が不足したため、それまで他の病院に派遣していたのを引き上げはじめた。そこで、病院に医師不足が生じた。研修医が選択する診療科に偏向が見られ、産婦人科、小児科などの、救急患者が多く、死亡する患者が少なくなき、訴訟の危険も高い診療科を避けることが多くなり、これらの科で深刻な医師不足を招いた。その結果、妊婦や患者が救急車で医師のいる病院に搬送されるまでに病院をたらい回しにされ、出生児や母親ないし患者の死亡する事故が多く報告されている。

第2点として、医師の利潤追求行為が目立つ点である。それは、特に、美容整形医院などが、流行し、テレビで派手に宣伝するなど莫大な儲けをあげていることにみられる。その他、極端な事例ではあるが、医師の中には、社会福祉制度ないし医療制度を悪用して社会的弱者から儲けるいわゆる「貧困ビジネス」に手を染める者も出てきて、医療に対する信頼を動揺させている。その手口は、暴力団と手を結び生活保護を受給している者を集めて入院させ、不要な検査や手術をし、地方自治体から治療費・入院費をだまし取るといったものである。

さらに、第3に、医療に関する患者の自己決定権が強調され、患者の権利意

↘ Betrachtungen zur strafrechtlichen Haftung bei ärztlichen Behandlungsfehlern in Japan, in: Festschrift für Wolfgang Heinz, (wird in diesem Jahr veröffentlicht).

識が高まるなかで、医師の説明が十分でないなどの理由から、とくにいったん医療ミスが生じた場合には、病院側の対応に情報を隠すなどの隠ぺい行為が不信を招いていることが挙げられる。他方で、「モンスター・ペイシエント」といわれるクレマーまがいの患者や家族が増えていることも指摘されている。これは、医師の側での患者不信を招き、結局、両者の相互不信が増幅される事態に至っている。

2. 医療不信と医療安全

以上のような医療不信ないし医療崩壊の契機となったのは、一連の具体的な事件の発生である。

1999年1月に発生した横浜市立大学医学部附属病院における患者取り違え事件²⁷⁾、1999年2月に発生した都立広尾病院で誤薬投与・異状死届出違反事件²⁸⁾、さらに、2000年10月に発生した埼玉医科大学総合医療センターで発生した抗がん剤の過剰投与事件²⁹⁾が、「医療不信」の契機となった³⁰⁾。これは、逆に「医療安全対策」に対する関心をも高めることとなった。2002年4月には、厚生労働省の医療安全推進総合対策が発表されるに至った。

他方で、とくに、都立広尾病院の異状死届出義務違反事件およびその地裁・高裁・最高裁の有罪判決は、萎縮医療をもたらすのではないかとの医師側の不安をも醸成する契機となっていた。これを決定的にしたのが、2006年2月に発生した福島県立大野病院における産婦人科医の帝王切開ミス事件であった。この事件では、産科医が、医療過誤による業務上過失致死罪及び医師法21条違反で逮捕起訴されたが、医療過誤とされたのが、術前診断も難しく治療の難度の高い癒着胎盤に伴う出血が原因であったため、日本産婦人科学会や日本産婦人

27) 最決平 19・3・26 刑集 61・2・131。

28) 最判平 16・4・13 刑集 58・4・247。

29) 最決平 17・11・15 刑集 59・9・1558。

30) 最近の医療過誤事件については、出河雅彦『ルポ医療事故』（朝日新書・2009年）参照。なお、医療の安全の問題全般については、高久文麿編『医の現在』（岩波新書・1999年）、および矢崎義雄編『医の未来』（岩波新書・2011）参照。

科医学会がお知らせや声明を出し、逮捕起訴に対して抗議した。

これによって、折しも、医療訴訟が多い等の理由で産婦人科の医師になることが敬遠され、医師確保が困難となり、産婦人科の医療体制の崩壊が問題視されていたことと相まって、医療安全体制の確立を求める声も大きくなっていった。

3. 刑事医療過誤事件の増加

(1) 医療過誤事件の増加の現状

医療事故をめぐる刑事事件は、当初、初歩的なミスによるもののみが起訴されていたが、最近では、医学的な専門知識がなければ過失の有無を判断できないような事件まで起訴されるようになり、むしろ積極的な刑事責任の追及が行われるようになってきていると評価されている³¹⁾。1970年代における医療過誤事件数と1999年以降のそれとを比較すれば、明らかにその数は増えている。戦後から1999年(平成11年)1月までの刑事裁判例は、全体で137件、同年11月から2004年(平成16年)4月までのそれは合計79件である³²⁾。しかし、警察に届け出られた医療事故のうち「せいぜい数パーセント程度」が検察庁で起訴されているにすぎず、ここから、医療事故に対する警察・検察の処分が従来より厳しくなっているとはいえないとされている³³⁾。民事医療過誤事件の新規受件数が年間1000件を超えていることからすれば「極めて僅かな件数にすぎない」とされている³⁴⁾。医療過誤事件に対する刑事処分件数が増加していることは事実であるとしても、医療過誤に対する刑事処罰は、謙抑的に行われているというのである。ちなみに、警察庁のまとめによると、2008年中に全国の警察が届け出を受けた医療事故は226件であった³⁵⁾。同年中に警察が業務上過失致死容疑などで送検した医療事故は79件であった。

31) 山本輝之「医療事故への刑事法の介入」年報医事法学18号(2003年)85頁以下。

32) 飯田英男・ジュリスト1339号61頁参照。

33) 飯田・前掲ジュリスト1339号61頁。

34) 飯田・前掲ジュリスト1339号61頁。

35) 2009年4月17日日経新聞記事。

(2) 医療過誤事件増加の原因

(a) 医療過誤民事訴訟の増加

医療過誤事件とそれに関する民事訴訟がどのくらいの頻度で発生しているかについては、アメリカの調査がある。1991年のハーバード・メディカル・プラクティス・センターでの調査によれば、ニューヨークの病院における31,429名の手術を受けた患者のうち280名が傷害を被ったと回答し、8名のみが訴訟に訴えたという。ドイツでは、年間3万から4万件の医療過誤があると見積もられている³⁶⁾。ドイツでは、医師に対する訴訟の数は、個の20年間に極めて増加した。70年代には、訴訟の増加率は55パーセントであったが、1975年から1985年には215パーセントになっている。1993年には、3万件以上、保険会社に損害賠償が申し立てられ、その約半数が支払われている。

わが国においては、最高裁の「医事関係訴訟に関する統計」において、「医事関係訴訟事件の処理状況及び平均審理期間」が公表されている³⁷⁾。それによると、地裁・簡裁における医事訴訟事件の新規受理件数は、下の表のようになっている³⁸⁾。

年	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
件数	795	824	906	1,003	1,110	999	913	944	877	733

この統計は、裁判所に提起された訴訟のみを表しており、日本医師会の裁判外紛争解決制度や各都道府県の医師会に提起された請求は含まれていない。2004年にピークを迎え、それ以降は、ほぼ漸減している。しかし、全体として、この数字は、人口比を考慮に入れても、アメリカに比べるとはるかに低いとされている³⁹⁾。この表からは、増加傾向が明らかではないが、日本の1970年代にお

36) *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht 6. Aufl., 2008, S. 109.

37) 菅野耕毅『医事法学概論』(第2版・2004年) 201頁以下も参照。

38) http://www.courts.go.jp/saikosai/about/iinkai/izikankei/toukei_01.html なお、1995年以降の推移をグラフ化したものとして、久々湊晴夫・旗手俊彦編著『はじめての医事法』(2009年) 174頁参照。

39) Robert B. Leflar (三瀬朋子・訳)「医療安全と法の日米比較」ジュリスト1323頁

ける医療過誤訴訟件数と比べると明らかに増加している。1970年代には200件から300件、1980年代には、300件から400件で推移していたが、1991年から急増しているのである⁴⁰⁾。このような増加傾向の理由としては、一般の人の権利意識の高まり、専門家の意見を受容し受け入れない人の増加、医療に対する期待の高まり、医療の高度化により医療事故自体が相対的に多くなっていることが挙げられている⁴¹⁾。さらに、最近、医療訴訟の「かばい合いの壁」や「封建制の壁」を背景にした「密室性の壁」、「専門性の壁」ないし「立証責任の壁」⁴²⁾に風穴が開き始め、医療訴訟が大きく変貌してきていることも挙げられるであろう。

(b) 警察に対する医療事故の届出数の増加

医療事故が、刑事事件として扱われるためには捜査機関である警察が事件を認知する必要がある。被害者・遺族等の通報・告訴が認知に至る大きな意味をもつが、病院が警察に医療過誤の疑いのある死亡または傷害が発生した場合に届け出る制度が機能すれば、警察の認知可能性が増えることになる。医師法21条は、次のように規定する。「医師は、死体又は妊娠4月以上の死産児を検案して異状があると認めるときは、24時間以内に所轄警察署に届け出なければならない」。これに違反した場合、同法33条の2(1号)によって、50万円以下の罰金に処せられる。この異状死体に関する届出義務が問題になったのが、1999年2月に東京都立広尾病院で薬剤取り違え事件が発生した際、院長らが24時間以内に警察に届けなかった事件においてである。この事

ノ号(2006年)14頁参照。そこでは、その理由は、歴史的・文化的理由よりもむしろ制度的理由にあるとされている。第1に、医療ミスに熟達した弁護士の数アメリカの方が多く、第2に、弁護士報酬制度につき、アメリカの方が被害者に有利であり、第3に、日本には医療過誤訴訟が判決までに長期間かかるということである。

40) 手嶋 豊『医事法入門』(2005年)137頁参照。

41) 近藤昌昭「医療安全に関する民事訴訟の現状」ジュリスト1323号(2006年)32頁参照。

42) 金田 朗「医療過誤訴訟・実務上の論点」加藤良夫(編著)『実務医事法講義』(2005年)232頁以下参照。

件では、病院長が、異状死の届義務違反で起訴され、2004年4月13日の最高裁の判決⁴³⁾でその有罪が確定したのであるが、この院長が医師法21条違反に問われた事件は、医学界に激震を走らせた。この事件では、弁護人が、死体を検案して異状を認めた医師は、その死因等につき診療行為における業務上過失致死等の罪責を問われるおそれがある場合にも、異状死体に関する医師法21条の届出義務を負うとした原判決の判断について、憲法38条1項違反を主張したのに対し、最高裁は、「本件届出義務は、医師が、死体を検案して死因等に異状があると認めたときは、そのことを警察署に届け出るものであって、これにより、届出人と死体とのかかわり等、犯罪行為を構成する事項の供述までも強制されるものではない。また、医師免許は、人の生命を直接左右する診療行為を行う資格を付与するとともに、それに伴う社会的責務を課するものである。このような本件届出義務の性質、内容・程度及び医師という資格の特質と、本件届出義務に関する前記のような公益上の高度の必要性に照らすと、医師が、同義務の履行により、捜査機関に対し自己の犯罪が発覚する端緒を与えることにもなり得るなどの点で、一定の不利益を負う可能性があっても、それは、医師免許に付随する合理的根拠のある負担として許容されるものというべきである」とした。この判決により、医療事故については従来適用されてこなかった医師法21条の規定の適用があることが認識され、これに従って医療事故も警察に届け出ることが一般化されるに至った。当時の厚生省は、すでに2000年8月に国立病院向けに「リスクマネジメントマニュアル作成指針」をまとめ⁴⁴⁾、医療事故による死亡や傷害が発生した疑いがある場合には、施設長は、速やかに所轄警察に届け出ることがルール化された。

死亡に至らない医療事故については、医師法21条の適用はないので、警察署

43) 最判平16・4・13民集58・4・247。

44) 平成12年8月22日「リスクマネジメントスタンダードマニュアル委員会作成報告書」にもとづく。8月23日付朝日新聞東京版。ジュリスト「特集・医療安全と法」1323号62頁参照。

に届ける必要はない。ただし、傷害が生じたのみであっても、犯罪となりうる限り、刑事訴訟法239条2項は、「官吏又は公吏は、その職務を行うことにより犯罪があると思料するときは、告発をしなければならない」と規定するから、公立病院の医師には告発義務が生じる。

しかし、このような医療過誤における医師の犯罪としての警察への届出義務は、最高裁の判旨にもかかわらず、本来、自己負罪特権とも矛盾しうるものである。届出義務の公益性は、刑事事件立件を目的とするものではなく、医療事故の原因を解明し、事故の予防と被害者の救済に役立てるという目的に存在するというべきである。そうだとすると、捜査機関である警察への届出義務ではなく、都道府県に設置されるべき事故調査委員会ないし医療安全調査委員会などへの報告義務を認めていくための制度の創設が望まれる⁴⁵⁾。

4. 医療行為への刑事法の介入の意義

(1) 医療事故に対する刑事責任のあり方

2007年(平成19年)5月に、日本医師会医療事故責任問題検討委員会は、医師会会長から「医療事故と業務上過失致死罪による刑事処分との関係の検討、および法律改善策などについての提言」について諮問を受け、医療事故と業務上過失致死罪による刑事処分との関係の検討、および法律改善策などについて、「医療事故に対する刑事責任のあり方について」という答申を提出している。そこで、提言の背景となっている現状認識について、本書との関係では次のような認識を示している。①「近年、わが国においては医療事故について刑事司法の積極的な関与とそれへの期待が高まっており、それは過剰となるおそれのあるものであって、大きな問題をはらむこと」、および、②「業務上過失致死傷罪の適用についても、他の種類の事故と異なり、疾病・傷害に悩む患者を治療する過程で発生する医療事故の特殊性を考慮すべきであること。それを無視した適用は、かえって医療の安全と医療供給体制の確保を害し、患者や広く国

45) 甲斐「医療事故の届出義務とリスクマネジメント」中山・甲斐(編著)『医療事故の刑事判例』305頁参照。

民の利益にならないこと」である⁴⁶⁾。医療事故に対する刑事制裁に代わる制裁的措置が十分に発達・機能していないという状況があったことも、刑事制裁が多用される原因である。「医師に対する行政処分は、ほとんどの場合、刑事処分が行われた場合にその後追いという形でのみ課されてきたことは、通常の行政処分と刑事処分の関係と逆である。しかも、刑事処分以外に第三者的立場で死因を明らかにする場がなく、患者や遺族の不満を募らせる結果となっていた。……そこで、刑事司法に頼らざるをえないという事態が生じた」というのである。

答申は、医療事故に関する刑事司法関与の影響につき、その否定的側面として、次の5点を挙げる。① 刑事介入の結果、「真実」がかえって明らかにならないケースもある、② 警察の関与は、医療機関内部での相互不信を増加させる可能性がある。③ 萎縮医療を生じさせる、④ 刑事司法依存によって医療不信を払拭することはできないことがある、⑤ 現在のような形での刑事警察の関与は民事紛争の早期解決を著しく困難にする、というのである⁴⁷⁾。

(2) 医療過誤に対する過失犯処罰の意義

医療事故に対する適正な過失犯処罰の在り方とは、どのようなものであろうか。後に詳しく指摘するように、過失犯処罰はそもそも本来的に予防効果が減

46) この答申では、「飯田英男教授は、その著書の中で非公表の事例も含めて医療過誤が刑事裁判、特に公判請求に至った事例を検討しているが、1999年1月までのおよそ25年間で76件であったものが、1999年1月以降2004年4月までの約5年間で79件であると報告している。刑事裁判になった事例も増加している」と記されている。飯田英男『刑事医療過誤Ⅱ』（増補版・2007年）1頁以下参照。同「刑事司法と医療」ジュリスト1339号（2007年）60頁以下参照。

47) ドイツにおいては、民事訴訟との関係につき、被害者が刑事訴訟手続を開始できる制度があり、ときおり用いられているが、その弊害として、医師を防御的態度に回らせ、患者側に歩み寄るに役立つことは稀であるとされている。また、医療過誤に関する鑑定費用を浮かせるという側面も、調停でも同じ目的が達成できるとされている。また、世間の注目を浴びることで患者の側の応報感情がみたまされるにすぎず、物質的利益という点では、たいていはむしろ不利であるという。刑事手続によって民事責任につき重要な知見が期待されうるかについても明白ではないとされている（Deutsch/Spickhoff, a. a. O., S. 293 f.）。

殺されており、むしろ、事前に過失事故が起こらないような安全対策を充実させることが、事故防止の最善の策であることは明らかである。したがって、過失犯処罰は、予防効果という意味でも、究極の手段である。このことは、過失犯処罰が、予防目的と、もしそれをも目的というなら生命や身体の毀損に対する行為者の応報的な責任以外の目的に利用されてはならないということの意味する。このような意味で、刑事罰の謙抑的適用の原則は強調されなければならない⁴⁸⁾。

そこで、謙抑的適用の際に考慮されるべきは、第1に、最終的に患者の生命・身体の保護に役立つ処罰かどうかは考慮しなければならないということの意味する。たしかに、医師の軽微な治療上のミスに対しても刑事罰が科せられるならば、医師を委縮させ、患者のための思い切った医療措置ができなくなる恐れがある。将来の適切な治療を維持し促進するために刑事制裁が科されなければならないにもかかわらず、処罰が治療を妨げ、結果として刑事処罰に対する予防ばかりを配慮する医師を生むようになるのであれば、また、それが単なる応報感情の満足にすぎなくなるのであれば、処罰の目的を達成しえない。

次に、それ以外の目的のための手段とされてはならないということの意味する。先に指摘されたように、民事訴訟の效果的遂行のための手段や、行政処分を行う名目として刑事告訴がなされるというように、別の目的の手段として刑事法の適用が求められることは、刑事法の究極性・謙抑性の原則に反する。別の目的は、別の対策によって解決すべきである。

他方、謙抑的適用は、不正義を招くものであってはならず、適正適用の枠内に位置するものでなければならないことも強調される必要がある。例えば、医療過誤とは言い難い不必要な手術で、生活保護受給者を利用した診療報酬の不正受給をもくろんだ事件⁴⁹⁾のように、医学的適応も医術的正当性もなく、虚

48) 刑事過失論の限界については、日山恵美「医療の安全確保における刑事過失論の限界—刑事医療過誤判決の分析から—」年報医事法23号(2008年)8頁以下参照。

49) 2006年6月に奈良県で発生した「山本病院事件」では、理事長が詐欺罪のみならず、業務上過失致死罪でも立件され、逮捕された(朝日新聞2010年2月6日夕刊)。この事件では、医学的適応がなく、患者に対しても十分な説明がないことを

偽の説明による錯誤にもとづく患者の同意を取り付けた上での手術については、業務上過失致死罪（211条1項）ではなく⁵⁰⁾、傷害致死罪（205条）が適用されるべきであるが、このような事件に対しては、たとえ過失犯の適用に止まるとしても、医師を適正な処罰のもとに置かなければ、医療不信を払拭できないであろう⁵¹⁾。もとより、医療不信払拭の目的で処罰すべきであるというのではないが、適正な処罰とは、究極性・謙抑性を踏まえた上での果断性を要求することを看過してはならない。

5. 医療事故予防のための方策

(1) 医療事故調査の機関の設置

医療過誤があったのかどうか、それがどのような原因で起こったのかという事故の真相の解明が公正に透明性をもって行われることが、被害者の納得を得

ゝ承知で不必要な肝腫瘍の摘出手術を実施し、しかも経験のない肝腫瘍摘出手術を医術的には全く不適切な態様で実施した点で医術的正当性も認められない。

50) 朝日新聞2010年2月17日（朝刊）。

51) この事件では、結局、傷害の故意を立証する医師の供述がなく、その物的証拠も得られなかったため、傷害致死罪での起訴は見送られ、業務上過失致死罪で起訴された。医学的適応がなく、共犯である勤務医が患者への説明にあたったため、虚偽の説明であるとの認識の立証には困難が伴うが、執刀したのは院長自らであり、その際、肝腫瘍摘出手術の経験もなく、とられた術式についても、まったく医術的正当性を欠いた肝臓を傷つけることが明らかな方法がとられたのであるから、「不要な手術であった」という「医学的適応」の認識がなくても、少なくとも医術的正当性のない手術であるとの認識の立証には問題はなかったと思われる。自供がない場合の主観の立証には一般に困難は伴うが、客観的に、医師であり、未経験の手術を行うにあたって、必要なチームを構成せず、出血の後に手術を放棄して現場を去っているという客観的状況から少なくとも医術的正当性という正当化事由の一要素に欠ける「傷害」であることの認識・認容は認定できたのではないだろうか。正当化事由である「医術的正当性」がないとの表象とそれがなくても「構わない」という認容はあったと認定することはできたと思われる。刑事罰の謙抑的適用の原則は尊重されるべきであるが、医療行為の名のもとにそれを濫用し、その限界を超えた、生活保護受給者の命を利用した金もうけのための「手術」の違法性については、刑事罰の適用を不必要に躊躇すべきではないであろう。逆に、このような傷害致死事件を、不注意による業務上過失事件と同様に扱うことが、医療への不信を増幅させることになる。

ることをも含めたすべての事故処理と将来への対策の前提である。事故調査委員会設立の目的は、起こしてしまった医療事故から教訓を引き出し、再発を防止し、医療の質の向上を図ることである⁵²⁾。事故調査委員会は、中立・公正な第三者機関でなければならない。従来も、病院および有床診療所は、医療法施行規則により、「医療安全管理委員会」の開催が義務づけられていた。厚生労働省は、2002年8月30日の「医政局長通知」により、「重大な問題が発生した場合は、速やかに発生の原因を分析し、改善策の立案及び実施ならびに職員への周知を図る」ことを求めている。これにもとづき、事故調査委員会が設けられ、事故の真相を解明することが行われていた。しかし、なかには、その委員に当事者たる医者や病院長になるなど、中立的な第三者委員会とはいえないものも少なくなかった。事故の原因究明を目的とし、中立・公正な組織により行われ、調査結果の公開を前提とする委員会でなければならない。

事故調査委員会は、事故の発生後速やかに設置される必要がある。委員会は、内部委員(3名ほど)と外部委員(3名ほど)から構成し、内部委員には医師のみならず、看護師や薬剤師、ケースワーカー等も入るのが望ましい。外部委員には、医療過誤訴訟を担当した経験のある弁護士、他院の医師である専門家が入るのが望ましい。事故調査委員会では、議事録を作成し、公開・閲覧が求められれば、公開し、あるいは閲覧を認めるべきである。委員会は、「事故調査委員会報告書」を作成し、病院長に提出するが、同時に被害者に渡し、公開する。

最も重要な問題点は、事故調査の目的が将来の事故の予防に置かれるべきであって、そのために当該事故の原因を究明し、事故の予防に役立てることを主目的とすることが明確にされるべきことである。当該事故の民事責任や刑事責任の追及とは一線を画すべきであって、調査結果としての「事故調査委員会報告書」も個人ないし法人の責任追及に直接使われないようにしなければならない。さもなくば、責任の追及を恐れて真実の究明が妨げられる可能性が高くなる。事故の防止のための調査と責任追及のための調査(捜査)とをい

52) 加藤良夫・後藤克幸『医療事故から学ぶ』(加藤良夫執筆)(2005年)17頁参照。

かに切り離し、制度的にその区別を保障するかが、事故調査委員会が事故原因の総体的解明に役立つかどうかの分水嶺をなす試金石となる困難な課題である。

(2) モデル事業と医療安全調査委員会

2005年9月に厚生省補助事業「医療行為に関連した死についての調査分析モデル事業」が開始された。地域に分けてこのモデル事業に対する申請を受け付け、診療行為に関連した死亡者が発生した事例につき実施される。このモデル時事業には、東京都、愛知県、大阪府、神戸市の4カ所でスタートし、その後、拡大されている。東京地域のモデル事業については、次のように実施される⁵³⁾。遺族、医療機関双方の合意に基づいて、東京事務所に申請があったとき、解剖担当施設で、チームが編成され、病理医、臨床医、法医の三者によって解剖が行われ、当日、遺族、病院関係者双方に説明が行われる。その後、さらに組織学的な検討が加えられ、最終報告書が作成される。異なった学会から推薦された2名の臨床評価医が、解剖結果報告書にもとづき医学的評価を行う。地域評価委員会が、先の委員に加えて、内科系、外科系医院、病院側弁護士、遺族側弁護士などの委員を加えた委員で構成される。委員会の討議によって最終報告書が作成される。これが、医療機関と遺族に説明される。報告書の概要については、公表することが前提である。

このモデル事業の終了をまたず、厚生労働省は、福島県立大野病院事件が起きたため、医療事故の死因究明のための専門機関の設置案をまとめ始めた。2008年4月に発表された「医療安全調査委員会」の試案は、調査組織の在り方、死亡事故の届出制度、調査のあり方などをまとめたものであった。これをもとにその年の6月に厚生労働省の「医療安全調査委員会設置法案（仮称）大綱案」が公表された⁵⁴⁾。その後、民主党が、患者支援法案の骨子をまとめたが、院内調査委員会の設置を義務づけ、医師法21条の異状死届出義務違反規定を削

53) 「特集・医療安全と法」深山正久・加治一毅・出口 徹「医師の立場から」ジュリスト1323号48頁以下参照。

54) 甲斐・前掲中山・甲斐（編著）『医療事故の刑事判例』305頁参照。

除する等の内容を持ち、厚生労働省案とはまったく対立するものであった⁵⁵⁾。

(3) 医療安全体制の確立のための試み

医療安全体制の確立は、事故が発生してからの対応機関としての「医療安全調査委員会」の設置・実施に尽きるものではない。また、事故対策を出発点とする「リスクマネジメント」(危機管理)⁵⁶⁾は、医療全体の政策ではなく、個別事故への対処療法にすぎないともいえる。そもそも事後対応以前に、事前の「事故予防システム」の構築、すなわち、「医療安全体制」の確立が重要である。

この取り組みはすでに始まっている。2006年(平成18年)には、医療法⁵⁷⁾(昭和23年法律第205号)の改正が行われ、「第3章 医療の安全の確保」の章が新設された。同法第6条の9において「国並びに都道府県、保健所を設置する市及び特別区は、医療の安全に関する情報の提供、研修の実施、意識の啓発その他の医療の安全の確保に関し必要な措置を講ずるよう努めなければならない」と定めて、国等の医療安全に取り組む義務を規定したほか、医療関係者の医療安全確保の義務(6条の10)、医療安全支援センターの設置義務(6条の11)等が定められた。さらに、医療従事者に対する安全体制の樹立についても、法改正が行われた。医師法7条の2において、医療事故等を犯した医師に対する再教育研修の制度が設けられた。研修医に対する臨床研修専念義務が課せられ臨床研修期間にはアルバイト診療を禁止する規定が設けられた(同法16条の2)。

さらに、厚生労働省の医療政策の方針は、診療報酬に反映され、診療報酬の

55) これについて、出河『ルポ医療事故』307頁以下参照。

56) これについて、久々湊・旗手編『はじめての医事法』203頁以下参照。

57) 医療法は、もともとは、医療施設に関する法律であったが、1992年に医事法全体の理念を示す医事法の総則的規定をもつように改正された。医療法1条の2では、「医療は、生命の尊重と個人の尊厳の保持を旨とし、医師、歯科医師、薬剤師、看護師その他医療の担い手と医療を受ける者との信頼関係に基づき、及び医療を受ける者の心身の状況に応じて行われるとともに、その内容は、単に治療のみならず、疾病の予防のための措置及びリハビリテーションを含む良質かつ適切なものでなければならない」とする。

改訂には、医療問題の解決が目的とされることがある。例えば、2008年4月には、小児科医医療不足を解消するため、地域連携小児夜間・休日診療料の引き上げが行われたが、診療報酬の改訂により、医療安全体制の確立が図られる仕組みも実現されている。すなわち、診療報酬によって、病院の医療安全対策に対する経済的誘因を与えるため、医療安全の取り組みをした病院にその病院の収入を増やすことになる「医療安全対策加算」が実施されている。また、厚生労働省の2009年12月9日の「平成22年度診療報酬の改定について」⁵⁸⁾においては、「救急医療の充実など喫緊の課題に対応するため、急性期を中心とする入院医療に優先的かつ重点的に配分するとともに、急性期後の受け皿としての後方病床・在宅療養の機能を強化」し、さらに、「手術等の医療技術の適正評価、医療の高度化への対応、医師補助業務の充実等を通じた勤務環境の改善」に加えて、「医療安全への取り組み」にも対応していくことが目指されている。

6. 医療過誤における過失犯処罰と過失犯理論の課題

以上のような医療過誤の予防対策、事後処理対策が整えられたとしても、刑事法による医療過誤に対する対応が不要となるわけではない。しかし、医療事故に対する刑事的介入は、究極の手段として謙抑的に行われる必要がある一方、医療の安全を実現するに役に立つ限りで、適正に行われなければならない。以下では、医療過誤における過失犯処罰の理念と現実的要請、そして、過失解釈学における課題について考察しておこう。

(1) 医療事故に対する過失犯処罰の機能

医療事故に対する刑事的介入は、過失犯に対するものである。したがって、先述のように、過失犯処罰の予防機能は限定されている。その根拠は、次の三点にある。

第1に、過失構成要件は、行為者に明確に禁止されるべき行為を指示できない。したがって、故意犯に比べて刑罰の予防効果も間接的であり、処罰された

58) <http://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/2r98520000002zw8.html>

医事刑法の序論的考察(1)

者が再び過失犯を犯さないようにするには、現実的には一般的に「不注意な行為」を避けるぐらいしかない。医師の行為準則である「医療水準」の遵守などの明確化によってはじめて指示される行為の内容が明確化しうる。

第2に、過失犯は、社会的に有意義な行為の裏面として無価値結果をもたらす行為を処罰する場合が多い。いわゆる許された危険の考え方によって予見可能な危険な行為でも処罰の対象から外されることがあるのは、過失処罰によって社会的に有意義な行為を包括的に禁止することは無意味だからである。このことは、医療過誤に典型的に当てはまる。すなわち、本来的に医師の治療自体は、患者の健康を回復し生命を救う社会的に有益な行為であり、その際不注意な行為が無価値結果をもたらすにすぎない。医師は、もしリスクを冒さない治療のみを行うならば、もしそれによってのみ患者の健康を回復し生命を救えるなら、患者の同意があるかぎり、多少のリスクを冒しても医学の発展に応じて新たな治療法を試みることができなければ、患者の利益にもならない。

第3に、過失犯が故意犯に比べて軽く処罰されるのは、行為者の主観的・心理状態に対する非難可能性の観点から説明されるのみならず、「期待可能性」の観点からも説明される。過失犯の予防には、事後的な処罰ではなく、事故の物理的な予防策や行為者の行動準則を規定することによって予防する方が効果的と思われるのであり、換言すれば、事故の実質的責任を行為者の不注意のみに帰することができない。国家は、政策の失敗を行為者の不注意に全面的に負担させることができないのである。医療の分野では、このことは、事故が起こる場合、病院組織や病院の安全体制の不備など、個人の責任を超えた要因が作用するといった形で現れる。それらの組織の問題を執刀した医師にすべて押しつけることはフェアではないと思われる。

(2) 医療過誤における過失犯の重罰化の根拠

以上のように過失犯処罰の効果の限定性にもかかわらず、近年、過失犯処罰の厳格化・重罰化の傾向が著しいのは、第1に、交通事犯や大規模火災等の他の分野における過失犯処罰の厳格化と歩調を合わせて、歴史的に、過失犯一般

の重罰化の傾向という発展方向の途上にあることが指摘される。これは、とくに被害者の生命や身体の保護の観点から根拠づけられる。そのことは、死亡ないし傷害結果を伴う医療侵襲についても妥当する。第2に、従来の医療体制の絶対性の崩壊とともに、噴出した「医療不信」に対する反動が指摘されうる。医療側の、患者の医療過誤による「事故死」の隠ぺい体質に対して「真実」の解明を求める声が大きくなっていることが告訴を求める声の背景となっている。

(3) 医療過誤における過失理論の課題

重要なのは、このような過失犯の究極手段性の理念と過失犯の厳罰化の現実の要請との矛盾を、医療過誤に対する過失犯の解釈学の中でどのように解消していくかという課題である。ここで、この課題の解決法を提示することはできないが、ヒントとなる視点をいくつか挙げておこう。

第1に、医師・看護師等の治療における行為準則としての「医療水準」を明らかにすることである。しかし、現実には「医療水準」の概念は、医療の内容や医療機関、地域の差異によってますます相対化され、内容が多様になってきている。

第2に、医療の個別化と自己決定権の発展によって、患者の「意思」が過失犯の成否に重大な意味をもち始めている。その際、患者の意思表示である患者の同意の前提としての医師の説明義務違反の過失犯における位置づけが、民法に比べてどのような特殊性をもつかは意識的に理論化されなければならない。説明義務違反そのものは、結果惹起の前段階であり、侵襲行為の開始時における義務違反が過失犯にとって重要だからである。患者の意思に反することが直ちに刑法上医療過誤であって、過失犯の成立を根拠づけるものではない。患者の同意の有効性一般の問題としても、患者の意思違反と過失犯の成立との限界を画する理論が必要である。

第3に、医療過誤に対する紛争処理には、民事賠償と刑事責任の追及との二つの方法があるが、それぞれの法目的に応じて、用いられる概念の解釈学的意義は異なる。例えば、同様に「過失」の有無が問われるとしても、その概念や

認定基準において差がある。これについては、その両者の相違を「量的な差」と見て、積極的に刑事責任を追及していく立場と刑罰権発動の前提刑事としての過失については、民事過失と「質的な差」があるとして、「可罰的過失」の概念を用いて刑事責任を限定しようという立場⁵⁹⁾が対立している⁶⁰⁾。ここでは、民事責任は、被害者の損害の回復にあるから、被害者救済が第1次的な目的であるのに対して、刑事責任は、犯罪による社会的動揺を鎮め、予防を図ることにある。したがって、制裁の目的が異なるのであるから、制裁の前提的要件の種類や解釈にも差異があるというべきであろう。しかし、理論的に「可罰的過失」をどのように根拠づけるかは、いまだ明確化されているとはいえない⁶¹⁾。

4. 医事刑法の行為規範

1. 医療行為における法規範の体系

医事法の分野の行為規範は、法規範としての法律が枠組みを与えるが、医療が日進月歩であり、医師の医療行為の標準が、これまでの慣行に従っておれば十分というのではなく、日々新たな治療方法が開発・適用されるべきものであるから、医師の行動指針は、その発展に柔軟に対応しうるものでなければならないとすれば、法律の枠組みの中で、当該医療行為の時点において具体的に妥当な行為規範が定立されなければならない。もとより、行政において、通常の行政庁の「命令」(政令・省令など)が、補充規範として法律を柔軟に補充するために用いられうることは当然である。

したがって、医事刑法における行為規範は、法律の内容をより具体化する命

59) 米田泰邦『医療行為と刑法』(1985年)。

60) 中山研一「医療事故刑事判例の動向」中山・甲斐(編著)『医療事故の刑事判例』13頁以下。飯田『刑事医療過誤Ⅱ』13頁以下では、処罰の可否を考慮すべきだという慎重な対応が見られるが、信頼の原則の適用を安易に認めることに批判的であることを指摘する(中山・前掲14頁)。

61) これについては、オーストリア刑法88条2項の規定のように、過失傷害罪につき、医師について「重過失」(schweres Verschulden)を要求する案も参考となる。Vgl. *Carolin Wever, Fahrlässigkeit und Vertauen im Rahmen der arbeitsteigen Medizin*, 2005, S. 219 ff.

令や行政指針，通達，行政指導によって補充されるものであり，さらに，次のような専門家の団体による自律基準によってソフトに規制される⁶²⁾。

(1) 専門家集団の倫理基準ないしガイドライン

法による行為規範は，行為者に逐一細かく行うべき行為を指示するわけではない。例えば，患者の手術一つとっても，どのような手術を行うべきかは，法的に明確かつ一義的に指示されているわけではなく，医療水準ないし標準医療には幅と裁量の余地が残されている。当該の具体的な手術の術式の妥当性の判断についても，行為者の裁量に委ねられている側面が大きい。また，医学ないし医療の進歩は日進月歩であるので，何が先端医療で，何が医療水準をも満たす医療であるのかも，当該分野の専門家の知見や経験を駆使して具体的に決定していかなければならない。

このように当該治療を行うに当たっての行為規範は，法規範によってではなく，もっと具体的に，専門家集団の自己規律として規定する「医師の職業倫理指針」（2004年）や，世界医師会「医の倫理マニュアル」（2007年5月・樋口範雄監訳・日本医師会発行）もこれに属する。その他の学界の準則やガイドラインもそうである。特にわが国においては諸外国に比べて，法規範によって規制されるよりは，このような自律的規範として規制される場合の方が多点に特徴がある。

法によるハードな規制と専門家集団による自律的なガイドライン等によるソフトな規制の長短は，次の如くである⁶³⁾。

法規制による場合の長所は，① 法の可視性・公開性，② 法の適用の明確性・公平性・安定性，③（刑事罰による）法の強制性，④ 法の普遍妥当性・衡平性である。その短所は，⑤ 法的対応における迅速性の欠如，⑥ 行政機関による対応のような柔軟性・個別具体性の欠如，⑦ 立法による対応の欠如，⑧

62) 伊田隆一「医療におけるソフトロー」樋口範雄・土屋裕子（編）『生命倫理と法』（2005年）70頁以下，78頁以下所収参照。

63) これについては，手嶋『医事法入門』（第2版・2009年）14頁参照。

立法の妥協的性格による立法趣旨の逸脱の可能性，⑨ 法規制の角の包括性ないし要件の角の厳格性のおそれなどである⁶⁴⁾。

（2）倫理委員会

当該の具体的な医療行為の是非等について，専門家から構成される委員会によってその是非や順守すべき手続が決定される必要がある。一定の医的侵襲を行うことが，そもそも許されるか，どのような条件と手続のもとで許されるかを具体的に判断するには，大学の「倫理委員会」における決定を媒介項として，安定的に確立された法規範を，医学の進歩に迅速に対応した新たな行動準則によって補完しつつ，当該の具体的な医療行為を行うに当たって具体的な行為規範をカズイスティックに決定する必要があるというべきであろう。倫理委員会は，ヘルシンキ宣言の精神に基づき設置され，ヒトを対象とする医学実験などについて，事前に，当該研究を倫理的観点からの配慮がなされているかをチェックすることで，実験に含まれる危険の実現を最小限に抑えるなどの職務が期待されているという⁶⁵⁾。

倫理委員会の設置は，各種ガイドラインによって要請されているが，法的根拠はない。その構成は，医療関係者（医師・看護師・薬剤師・病院事務長）および有識者（法律家・倫理学研究者・宗教家など）からなり，市民が参加することもある。その主たる役割は，① 研究協力者の保護の観点から研究計画の内容を精査しその科学的合理性を検討すること，② 適切な方法で被験者が選択されていることを確認すること，③ 被験者にインフォームド・コンセント（説明に基づく同意）が十分になされている状況を確認すること，④ 患者情報の秘密が守られているかどうかを確認すること，⑤ 研究の必要性和安全性等の検討を通じて被験者の保護を図ること，⑥ 被験者の研究に参加する権利も考慮すること⁶⁶⁾，である。

64) ここでのまとめは，手嶋 豊『医事法入門』（第2版）14頁以下に基づく。

65) 手嶋 豊『医事法入門』（第2版・2009年〔補遺〕）13頁以下，特に17頁。

66) 手嶋・前掲医事法入門18頁参照。

(3) 医事刑法の行為規範

医事刑法において犯罪が成立するのは、犯罪構成要件に該当する行為が違法で有責な場合である。刑罰を科される犯罪構成要件は、故意行為においては、規定中に直接に規定されている。罪刑法定主義の基本原則からして、法律に処罰規定のない行為は、処罰されることはない。ただし、空白刑法が命令等の補充規範によって補充されるがゆえに命令等のきていが犯罪の成否に重大な影響を及ぼす場合があるので、法律に至らない下位規範も、犯罪の成立に影響することは否定できない。

しかし、ガイドラインや倫理委員会の決定は、法規範ではないから、犯罪構成要件の充足に直接の影響はない。ただ、医事刑法においては、これらは、二つの意味で、犯罪の成否に影響する。第1は、傷害（致死）罪の構成要件該当性ないし正当化事由にあたるかどうかを判断する際に、「医療水準」を充たすかどうか、刑法上の正当業務行為（刑法35条）に当たるかどうかの判断の一要素となることがある。そうだとすると、ガイドラインを遵守しているかどうか、倫理委員会の決定に従っているかどうか、その判断に影響するということになる。第2に、「医療水準」を充たすかどうか、業務上過失致死傷罪（刑法211条1項）における「過失」の有無の判断の基準となるならば、ガイドラインや倫理委員会の決定の遵守かどうかは、「過失」判断の一基準となりうる。

そこで、過失犯における医師の行為規範として重要なのが、「医療水準」である。「医療水準」は、医学的知見と技術の水準と実際の医療の水準を意味する。通常提供されるべき医療の標準的に統一する医学的認識の水準と医療実務の水準の両者を合わせたものと解されているのである。医療水準は、事実なのか規範なのかという根本的な問題がありうると思われるが、いずれにしても、それは、確立された不変の慣行でも、不変の規範でもなく、変化する諸事情と認識に応じたダイナミックなものである。それは、具体的な基準であって、医療機関や医師の専門、医療の行われる地域によっても異なった内容でありうる。この概念の詳細については、本論に委ねなければならない。

(未完)