

# 医療過誤と客観的帰属

——医療水準論を中心に——

山 中 敬 一

## 目 次

はじめに

1. 医療過誤の概念と実態調査
2. 医療過誤概念の展開とその概念要素
3. 医療水準と治療の自由
4. わが国における医療水準論の展開
5. 医療水準論における判断基準
6. 医療過誤における危険実現連関

ま と め

## は じ め に

本稿の目的は、医療行為が、医療過誤として過失犯を構成する要件としての「医療水準論」を含む「客観的帰属論」について論じることであるが、その前提として、まず、医療過誤の概念とその発生頻度や発生原因、特徴などについて、とくにドイツにおける医療過誤に関する実態調査を紹介することによって明らかにしておく。

医療過誤が過失犯を構成する場合、新過失犯論からは「客観的注意義務違反」であることが、そして、客観的帰属論からは「許されざる危険の創出」であることが必要である<sup>1)</sup>が、その要件を充足するためには、医師の当該治療行為が「医療水準」に達していないことを要する。「医療水準」に達しているか

---

1) これについて、山中『刑法総論』（2008年・第2版）365頁以下、とくに376頁、同『犯罪論の機能と構造』（2010年）142頁以下参照。

どうかという基準は、医療行為によって望まざる事故が発生した場合に、それが過失責任を伴うものかどうかを判断する基準の重要な一つとして位置づけられる。

医療水準概念の内容については、医療行為の当時における「臨床医学の実践における水準」を意味するとされるが、その概念の発展史を振り返るとともに、その概念の構成要素を検討し、その詳細な概念内容を確認する必要がある。さらに、医療は、日進月歩するものであり、医療過誤を恐れて医療の進歩の成果を活かすことができない固陋で保守的な基準であってはならないのであるから、医療過誤であるという判断は、医師の新たな治療法を試みる意欲を委縮させるものであってはならず、他方で、患者の意思をも勘案したものでなければならない。医師の治療は、「科学的根拠にもとづく治療」(EBM=Evidence - based Medicine) でなければならない反面、それを踏まえたうえでの患者の希望する代替治療を全く排除してよいわけではない。換言すれば、医療過誤の概念は、確立された医療の水準を満たさなければならないが、他方、その概念は、医師の医療の自由と患者の自己決定権を尊重することを許す内容を持たなければならない。

かくして、本稿では、医療過誤の実態調査を踏まえつつ、医療の様々な局面での医療過誤の具体的な医療水準を論じる前提として、医療過誤における医療水準の内容について考察を加え、さらにその注意義務違反が結果に現実化しなければならないという要件を検討することによって、総じて、医療過誤における過失犯の客観的帰属基準について総論的考察を行う。

## 1. 医療過誤の概念と実態調査

### 1. ドイツにおける医療過誤実態調査

医療過誤がどの程度発生するもので、医療過誤であるとの患者や遺族からの申立てから、調停をも含めた民事手続にどの程度の頻度で発展し、また、刑事事件として起訴され、手続がどの程度の割合で打ち切られ、最終的に有罪に至るのはどの程度の頻度なのか、また、手続の最終段階まで進む類型にはどのよ



うな特徴があるのか等について、まず、確認しておく必要がある。その発生頻度の状況については、別稿でわが国とドイツについて簡単に述べた<sup>2)</sup>が、ここでは、実態調査の進んでいるドイツの状況について詳しく検討しておくことにしよう。また、医療の各分野のうちどの分野において医療過誤の発生頻度が高いのか、その特徴はどのようなのかについてもドイツの研究を紹介しておきたい。おそらくわが国においても共通する特徴が予想されるからである。このような実態調査は、それによって得られたデータを分析し、医療過誤と損害の発生を予防するための医療組織の経営を実践し、患者にとっての医療安全ないし患者の安全 (Patientensicherheit) を保障し、さらには医療側の賠償責任の発生を予防する組織を作り上げるための第一歩である<sup>3)</sup>。

#### (1) 医療過誤とその発生メカニズム

##### (a) 望まざる事故から医療過誤へ

まず、医療過誤の概念の多義性について指摘しておこう<sup>4)</sup>。ドイツ語では、医療においてそもそもの元となっている患者の疾病そのものよりも、むしろ病院側のリスクマネジメント上の不備や能力不足から引き起こされた事故またはその両者による事故を「望まざる事故」(不如意な出来事=unerwünschte Ereignisse) と呼ぶ。これは、英語の adverse events の訳語である。adverse events

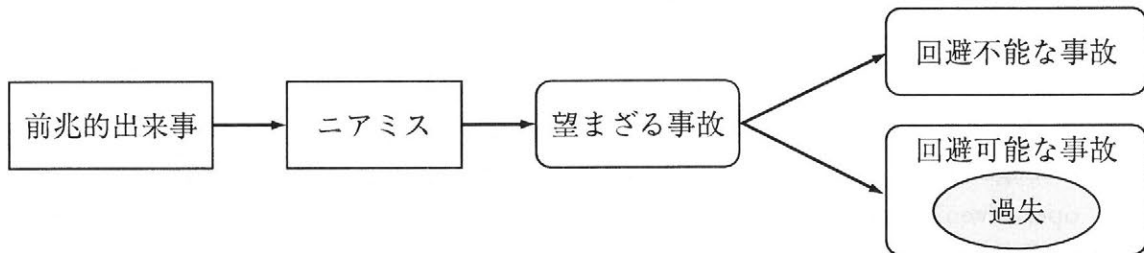
2) 山中「医事刑法の序論的考察(1)」法学論集61巻3号(2011年)17頁以下参照。

3) これは、医療における患者保護とリスクマネジメントの問題である。リスクマネジメントとは、リスクを認識し、回避する目的で危険と専門的に向き合って、体系的にミスとその発生メカニズム、ミスから生じるその結果を認識・分析し、将来的にそれを回避する方法をいう (vgl. Enneker/Pietrowski, Was bedeutet Risikomanagement?, in: Ennker/Pietrowski/Kleine (Hrsg.), Risikomanagement in der operativen Medizin, 2007, S. 4.)。またドイツでは「患者の権利」を強化するため「患者の権利法」(Patientenrechtegesetz) の立法化が進められているが、その中に「医療過誤回避文化の振興」および「医療過誤における手続法の強化」という重要目的が入っている。なお、南良武「医療過誤——リスクマネジメントを考える」日精協誌20巻3号(2001年)41頁以下も参照。

4) これについては、vgl. Thomecz/Rohe/Ollenschläger, Das unerwünschte Ereignis in der Medizin, in: Madea/Dettmeyer (Hrsg.): Medizinschadensfälle und Patientensicherheit, 2007, S. 13 ff.

の概念は、当初、Harvard Medical Practice Study I および II、そして New England Journal of Medicine で相互に若干違った意味で用いられた<sup>5)</sup>。それが今日でも、この概念に広狭取り混ぜて理解されている状況の嚆矢である。2004年には、欧州議会の「健康管理における安全と質のマネジメントに関する専門委員会」(Committee of Experts on Management of Safety and Quality in Health Care)において、重要なヨーロッパの言語におけるこの概念のそれぞれの言語の訳語を決定しようと試みられた。ドイツ語では、一般に人為的ミスを表す「医療過誤」(Behandlungsfehler)が用いられることが多い。これは、英語では medical error であるが、ドイツ語のそれは、法的な意味をもつ点で英語のニュアンスと異なるとされている。これらの概念的混乱を整理しようとする試みもある。例えば、医療における異常な事象につき、1) 前兆的出来事 (critical incident; Zwischenfall), 2) ニアミス (Beinahe-Behandlungsfehler), 3) 望まざる事故、4) 回避可能な望まざる事故、5) 回避不可能な望まざる事故、に分けようとするものである<sup>6)</sup>。例えば、前兆的出来事とは、人為的過誤かどうかは別としても、事故が起こりそうな小さな失敗や事象が活性化すること意味する。ニアミスは、ヒヤリ・ハットの事例である。望まざる事故は、患者に実害(被害)が生じた場合を意味するが、その場合、法的には、過失の場合と無過失の場合が、回避可能かどうかで分かれる。

これを図で表すと下記の通りである。



5) Howard et al., A Study of medical injury and medical malpractice. An overview, New England Journal of Medicine (1989), P. 321, 480-484; Troyen et al., Incidence of adverse events and negligence in hospitalized patients. Results of the Harvard Medical Practice Study I. N. Engl J Med (1991), 324, 370-376.

6) Vgl. Thomecz/Rohe/Ollenschläger, a. a. O., S. 17.

このような法的には被害と制裁を伴わない事故をも把握することは、とくに病院におけるリスクマネジメントにとって重要な意味をもつ。人はミスをするものであって、ミスをあらかじめ組み込んだ組織を作っておくというのがリスクマネジメントの基本である。病院における望まざる事故は、アメリカの調査では、入院患者の約10%に生じているが、その約半分は、病院経営におけるミスであるといわれる<sup>7)</sup>。アメリカの医学研究所 (Institute of Medicine) の調査では、高リスクの手術を受けた者は、手術自体は成功しても約2%の死亡率にさらされているという<sup>8)</sup>。人的組織、職員間の意思疎通、機械と人間の作業のミスマッチなどさまざまな要因から病院内での事故が発生する。ここでは、ミスは、事故の原因ではなく、システムに内在する「出来事」の結果であるという思考方法が重要である。重大事故が起こるメカニズムについては、重大事故は、小さな不具合や作業ミスの積み重ねから生じるという1941年に唱えられた「ハインリッヒの法則」(Heinrich's Gesetz) が基礎に置かれるべきである。その調査によると、全部で4,000人の患者のうち、約300人に小さな目立たないミス (Zwischenfall) が生じ、29人の患者に重大事故につながるミスに遭遇したがまだかろうじて回避でき (ニアミス, Unfall), そのうち一人が実際に重大事故 (Katastrophe) に遭遇したというのである。重大事故の発生がこのようなメカニズムを辿るとすると、小さな事故ないし危険が、患者保護のためのさまざまなバリアーを通過して重大事故につながるということになる。これに着目して、リスクマネジメントにおいて重要なのは、リーズン<sup>9)</sup> によって唱えられた「スイス・チーズ・モデル」(Swiss-cheese-Modell) であるといわれている。重大事故に至るのは、何枚も重なった保護バリアーともいえるべきスライスされ並べられたたスイス・チーズのその穴をたまたま通ったものだけなのである。

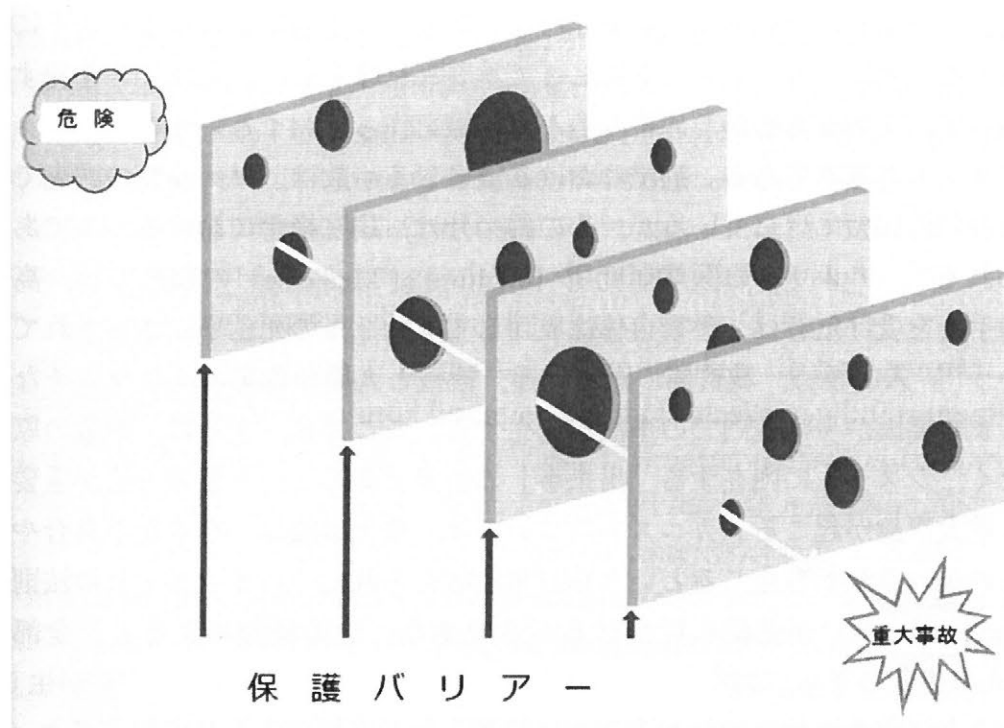
次頁の図は、ジェームズ・リーズンによる小さなミスが、安全のための設置された多数の保護バリアーの穴をかいくぐって重大事故に至る経過を表した「スイス・チーズ・モデル」の図をパウラの著書から借用したものである<sup>10)</sup>。

7) *Ennker/Pietrowski/Kleine*, a. a. O., S. 1.

8) Vgl. *Ennker/Pietrowski/Kleine*, a. a. O., S. 6.

9) Vgl. *James Reason*, *Managing the Risk of Organizational Accidents*, 1997. Vgl. *Ennker/Pietrowski/Kleine*, a. a. O., S. 4 ff.; Helmut Paula, *Patientensicherheit und Risikomanagement*, 2007, S. 52 ff.

10) *Paula*, a. a. O., S. 53 の図をもとにそれに若干の修正を加えた。なお, vgl. *Ennker/Pietrowski/Kleine*, a. a. O., S. 5.



【スイス・チーズ・モデル】 (Aus: Paula, a. a. O., S. 53)

(b) 広義の医療過誤概念

さて、以下の実態研究においては、民事事件ないし刑事事件にならなかったものをも含めて、「望まざる事故」が生じた事案も射程に入る。「医療過誤」の概念が、法的な概念であって、何らかの形で患者に被害が発生し、医師ないし病院側の責任が認められるものを意味するとするなら、それ以外のものをも含む「望まざる事故」といった概念も必要である。しかし、わが国では、「望まざる事故」という訳語も座りの悪い言葉なので、価値中立的な意味で一般に広い意味での「医療過誤」の概念を用いることにする。この広義の医療過誤には、民事・刑事・行政法などにおける法的効果が発生する以前の段階の事象をも含めた意味で用いる。この用法は、以下の医療過誤の実態調査について妥当するものである。

しかし、先にのべたように、医療過誤発生メカニズムや事故の予防ないし医療上のリスクマネジメントという観点からは、前兆的出来事・ニアミス事例も重要な意味をもつ。実態調査においては、このような患者に現実的被害が生じた

場合のみならず、被害発生の危険性が高い不注意に行われた逸脱行為を含むヒヤリ・ハット事例の研究も重要である。

## (2) 医療過誤の実態調査

### (a) 医療過誤発生数

ドイツにおいても医療過誤に関する民事事件のみならず刑事事件も著しい増加傾向にある。ドイツにおける医療過誤事件の統計研究に関しては、信頼できるデータ、統一的な資料はない<sup>11)</sup>とされるが、個別の調査研究はいくつか存在する。最初に、これらの研究の一端を紹介し、医療過誤事件の発生頻度や特徴などを概観しておきたい<sup>12)</sup>。

まず、連邦健康報告書におけるロベルト・コッホ研究所<sup>13)</sup>のハンジスおよびハルトの調査<sup>14)</sup>によれば、次のような調査がある。① ラント医師会の鑑定人委員会ないし調停所の調査、②健康保険金庫医療部の調査、③ 地裁民事部

11) *Madea/Vennedey/Dettmeyer/Preuß*, Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers, Institut für Rechtsmedizin der Universität Bonn, S. 1. ドイツ連邦健康省では医療過誤は、毎年4千件から17万件と推定されている（ホームページより）。

12) なお、アメリカについては、1991年のブレナンとリーペの調査では、年間4万4千から9万8千件の、医療過誤によって引き起こされた死亡事故が発生しているという（*Brenann TA et al.*, Incidence of adverse events and negligence in hospitalized patients. Results of Harvard Medical Practice Study I, *N Engl J Med* (1991), 324, 370-376.; *Leape LL et al.*, The nature of adverse events and negligence in hospitalized patients. Results of Harvard Medical Practice Study II, *N Engl J Med* (1991), 324, 377-384; vgl. Thomeczek/Rohe/Ollenschläger, Incident Reporting System—in jedem Zwischenfall ein Fehler?, in: *Madea/Dettmeyer* (Hrsg.), *Medizinschadensfälle und Patientensicherheit*, 2007, S. 169.)。

13) ロベルト・コッホは、1885年に創設されたベルリンのフリードリッヒ・ヴィルヘルム大学の衛生学研究所の初代の教授兼所長として招聘された。1891年7月1日に感染症に関するプロイセン王国研究所がシャリテ（ベルリンのフンボルト大学及び自由大学両大学医学部）のそばに設立された。この研究所が、「コッホの研究所」と呼ばれた。現在は、「ロベルト・コッホ研究所」と公称し、ドイツ連邦政府の医学研究所であり、感染症の予防や国民の健康動向の分析を行う施設である。

14) *Hansis/Hart*, *Medizinische Behandlungsfehler in Deutschland*, Gesundheitsbe-richterstattung des Bundes, 2001, S. 3.

の調査などである。

- ① 諸ラントの医師会の鑑定人委員会ないし調停所の調査によれば、1999年に連邦規模で約9,800件の医療過誤が推定されるため調査してほしいとの申立てがあった。この期間に6,300件の鑑定手続が完了した。申立て数と決定数は、恒常的に増加し、1997年と比べると、1999年には申し立て数は、10.3%、なされた決定は3.5%増加した。鑑定・調停手続に進む前に約30%が終了した。認知率は地域によって異なる。ノルトライン（35%）で高く、最も低いのは、バイエルン医師会であった（18%）。総じて毎年微増している。

なお、2011年6月21日現在の連邦医師会の記者発表によると「鑑定人委員会及び調停所の統計調査」（2010年）によれば、2010年の申し立て数は11,016件であり、そのうち因果関係ありとされた過誤は24.8%、因果関係なしとされた過誤は5.1%、過誤とされなかったものが、70.1%であった。2010年に最も多く申し立てられた病名は、変形性膝関節症（Gonarthrose）（282件）、次に変形性股関節症（Coxarthrose）（280件）、さらに前腕骨折（155件）と続き、ようやく6位に乳がん（124件）が入るが、骨折関係がさらに続くといった状況である<sup>15)</sup>。

- ② 健康保険金庫医療部の調査によると、近年、激増している。内部の統計によれば、1999年に9,678件の医療過誤の存在が推定される。医療過誤の認知率は、その年で、24%であった。
- ③ 様々な地裁民事部の調査によれば、地裁の民事部で取り扱われた医療過誤が推定される数は分からない。総括的統計は採られていない。1998年から2000年の間の医師の責任を追及する訴えに関する全部で116のドイツの地裁へのアンケートでは、52の裁判所がその裁判所での事例を報告してい

---

15) Statistische Erhebung der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, in: Präsentation der Statistische Erhebung der Ständigen Konferenz der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen 2010 (Bundesärztekammer のホームページによる)。



る。民事訴訟の数は、まだ少ないが、若干上昇してきている（1999年は、1998年に比べ2.3%上昇している）。医師が敗訴した率は、知られていない。医師が入っている最大の責任保険機関（DBV Winterthur）の報告によると、判決によって確認されたのは4%（1999年）に過ぎない。

④ 連邦健康報告書の調査（典型的な医療過誤と過誤を生み出す状況）

ハンジスとハルトによれば、医療において望まざる事故が発生するには三つの原因要素が存在するという。第1に、疾病の付随現象として良い方向に転んでも回避できない結果が生じる場合である。第2に、同じく常に回避できるとはいえない治療の結果ないし付随現象（いわゆる治療方法に内在する問題）として生じる場合である。第3に、不十分な診断または治療の結果ないしこれと関連して医療過誤の結果として生じる場合である。この三つの要素が異なる度合で原因となることが多い。したがって、それが、「医療過誤」といえるかの判断は極めて難しいという。

患者の権利意識がますます強くなり、望まざる事故が生じた場合、患者がそれを常に批判的に観ることがあるのみならず、医療措置の質に関する透明性が増してきてもいる。そのように見てくると、医療過誤に関する問題視が増えてきたのは、患者側の医療の質に対する意識が高まったことの結果であるかもしれない。そこで、ハンジスとハルトは、医療過誤に関する調査を行う視座は次の二つであるという<sup>16)</sup>。それは、一つは、望ましい成果を得られなかった治療が厳密に分析され、実際に患者の被害が医師の不注意によって生じたのかをきっちりと解明される必要があるということである。これによって、患者が民事訴訟ないし刑事告発に向かう道が開かれるのである。二つ目は、それが、前向きな性格をもつべきだということである。過ちから学ぶこと、それを避ける技術を習得することが肝要である。

医療部門別の医療過誤の発生頻度については、部門によって異なる。いわゆる観血療法部門（外科、婦人科、整形外科）では、多く、外科的手術を用いない

16) *Hansis/Hart, Medizinische Behandlungsfehler in Deutschland, Gesundheitsbe-richterstattung des Bundes, 2001, S. 2.*



医療過誤と客観的帰属

いわゆる保存療法部門（内科，皮膚科，小児科等）では少ない<sup>17)</sup>。下記の表は，医療部門ないし科に応じた過誤の非難のあった頻度を表すものである<sup>18)</sup>。

医療部門	過誤の発生率 (%)	医療部門	過誤の発生率 (%)
外科	38	内科	8
整形外科	15	一般医療	5
婦人科・産婦人科	14		

そのような部門間の相違は，証拠，過誤や望まざる治療結果の認知可能性の相違から生じる。傷害の治癒障害，誤って矯正された骨折，不安定に装着された人口補助具，新生児の出生時傷害は，医学の素人にも容易に認識でき，少なくとも推定できる。薬剤の取り違え，糖尿病の治療の誤り，精神的苦痛に対する一貫しない治療などは，専門家でも時として判断が難しく，素人には原則として全く明らかではない。これに対して，保存療法部門では，医療過誤の申立てがあれば，それが調査委員会でそのまま認められる率が比較的高い。内科では，20%が，一般的医療では27%が，外科では16%が，整形外科では12%がそうである。

なお，これとの関係で，デットマイヤー，プロイスおよびマデアの研究による部門別の医療過誤の申立て (Behandlungsfehlervorwürfe) の数<sup>19)</sup>を見ておこう。これは，連邦健康社会省の財政上の支援による調査である。1990年から2000年まで総じて10万1,358の解剖例が用いられ，そのうち，4,450件 (= 4.53%) が医療過誤の申立てがあった。医療過誤の申立てとは，後に刑法87条以下による裁判所の命令による解剖があった事件のみをいう。ここでは，10

17) これは，schneidende Fächer と konservative Fächer を訳した概念である。わが国の「観血的療法」と「保存的療法」（非観血的療法）に対応した部門であると思われる。

18) Hansis/Hart, a. a. O., S. 6.

19) 次頁グラフは，Dettmeyer/Preuß/Madea, Zur Häufigkeit begutachteter letaler Behandlungsfehler der Rechtsmedizin, in: Madea/Dettmeyer (Hrsg.), Medizin-schadensfälle und Patientensicherheit, 2007, S. 70 の表から作成した。

位内のもののみを挙げる。

部 門	件数	%	部 門	件数	%
外科 (全数)	1,266	28.5	麻酔科	157	3.5
内科	698	15.7	整形外科	127	2.8
不明・分類不能	534	12.0	救急医	108	2.4
開業医	434	9.7	婦人科	88	2.0
救急当直医(様々な分野)	254	5.7	小児科	87	2.0

(b) ボン大学法医学研究所の調査

すでに上記の医療部門別の医療過誤の嫌疑の申立て率については、これに依拠して論じたが、ドイツにおける医療過誤の実態研究として、ボン大学医学部の法医学研究所のマデア (Burkhard Madea) 教授らの研究が重要である。

このボン大学法医学研究所の研究成果は、2006年10月5日および6日に「医療被害事故と患者の安全」と題するテーマのシンポジウムとして、法医学研究所と行動連合「患者の安全」との共催で公表された。その結果は、さまざまな形で公刊されている。まず、最初に、2007年にヘルベルト・フェネダイが博士論文<sup>20)</sup>を公表した。そして、このシンポジウムの記録は、マデアとデットマイヤーの編で『医療被害事故と患者の安全』<sup>21)</sup>と題する著書として2007年に公刊された。

ドイツの連邦健康・社会保険省は、マデア教授率いるボン大学の法医学研究所に「法医学の分野において申し立てられた、致命的であった、および死に至らなかった医療過誤の鑑定」と題する研究を委託した<sup>22)</sup>。その委託研究は、死

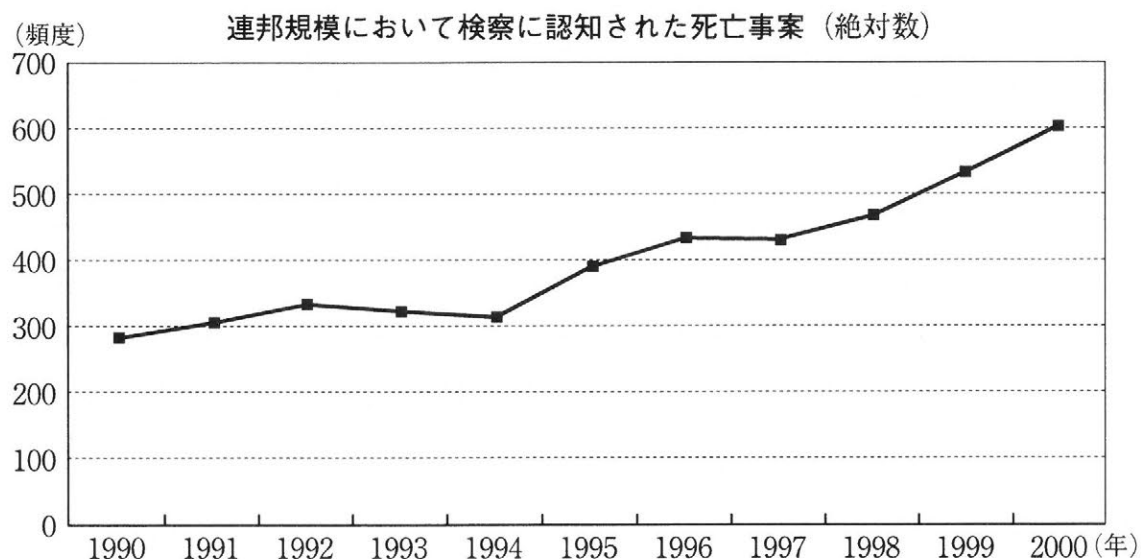
20) *Herbert Venedey, Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers, 2007, Bonn.* ネットで公開されている。

21) *Madea/Dettmeyer (Hrsg.): Medizinschadensfälle und Patientensicherheit, 2007.*

22) この委託研究の結果も連邦健康省のホームページ上で公開されている (Begutachtung behaupteter letaler und nicht letaler Behandlungsfehler im Fach Rechtsmedizin (bundesweite Multicenterstudie). Konsequenzen für eine koordinierte Medizinschadensforschung, Mai 2005.

亡したものの死亡しなかったものを含む医療過誤の嫌疑をもたれたもののデータ分析を含む。1990年から2000年までの10年間の資料を調査した結果、連邦の17の法医学研究所における医療過誤申立ての4,550件が死亡事故であり<sup>23)</sup>、434件の連邦規模の八つの研究所における医療過誤申立てが死亡しなかった事故にあたる。

下のグラフは、1990年から2000年までの間に連邦規模で検察に認知された死亡事案の申立てで医師に対する手続が開始された事案の各年毎の絶対数を表したものである<sup>24)</sup>。グラフは、法医学に関する調査に参加した17の各研究所における頻度を表し、この調査機関ないでも1990年に比べて2000年にはその数はほぼ2倍となっている。



① 死の結果の発生 マデアらの研究によれば、ドイツで年間(2001年)延べ約1650万人の病院入院患者がいるが、そのうち3万1,600人から8万3,400人が望まざる結果として死亡している。その内訳は、結腸癌による死(2万200人)、乳癌による死(1万8,000人)、肺炎(1万8,700人)、交通事故による死(7,700人)である。そのうち、医療過誤の非難が生じたものとして、損害賠償・慰謝料を

23) Dettmeyer/Preuß/Madea, in: Madea/Dettmeyer (Hrsg.), a. a. O., S. 66.

24) Madea/Preuß/Venedey/Dettmeyer, a. a. O., in: Madea/Dettmeyer (Hrsg.), a. a. O., S. 67.

求めたのが、1万人、3千件につき検察によって「医療過誤」とされ、ウルゼンハイマーによれば、4万件につき医療過誤と主張され、1万2,000件につき医療過誤が証明されたという。

② 刑事事件 ボン大学法医学研究所で1989年から2003年の間に取り扱われた刑事上医療過誤の嫌疑があった全件数が把握され<sup>25)</sup>、検察官による捜査行動の評価が、手続の終結と比較された。結論として、全部で210件の捜査手続が分析の対象となった。87%が、刑事訴訟法170条2項により手続打ち切りなし無罪となり、7.6%が刑事訴訟法153条aによって（過料の支払により）処理され、または有罪には至らなかった。医療過誤による医師に対する刑事捜査は、圧倒的に刑事訴訟法170条2項によって打ち切られているというのが結論である。

検察による捜査手続

調査内容	件数
検察による捜査手続	210
187件の嫌疑の主張を伴う捜査手続	171
・過失傷害（刑法229条）	29
・過失致死（刑法222条）	144
・麻酔剤法違反（同法29条，30条）	
・不救助罪（刑法323条c）	9
被疑者もおらず具体的嫌疑の主張もない死亡捜査手続	39
170件の捜査手続のうち、嫌疑の主張のあるもの	13
被疑者	210
医療過誤の嫌疑の合計	236

被疑者に関する捜査手続の終了の形態に関する絶対数と比率に関する表は、

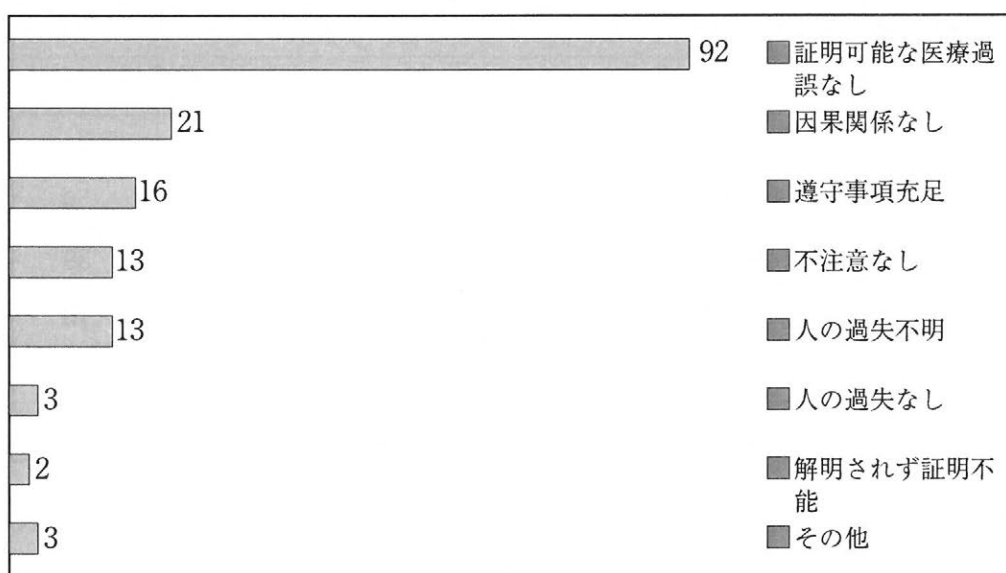
25) *Madea/Vennedey/Dettmeyer/Preuß*, Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers. Outcome of preliminary proceedings against medical practitioners suspected of malpractice, in: *Dtsch Med Wochenschr* 2006, 131; 2073-2078.

## 医療過誤と客観的帰属

次の通りである<sup>26)</sup>。

処 理	絶対数	被疑者の比率 (%)
刑訴法170条 1 項による打ち切り	167	79.4
刑訴法153条 a 第 1 項	14	6.7
終結せず	9	4.3
無罪	5	2.4
遵守事項なしの刑訴法153条	4	1.9
起訴後の刑訴法153条 a 第 1 項	5	2.4
略式命令	3	1.4
暫定刑訴法154条 2 項	1	0.5
一部打ち切り	1	0.5
有罪	1	0.5
総数	210	100.0

手続打ち切りの理由の内訳は下記のグラフの通りである。全部で164件の内訳である。



「その他」の内訳は、「非難可能性なし」(2件)、「軽微のゆえ」(1件)および「その他の処理」(1件)である。

26) *Madea/Preuß/Venedey/Dettmeyer*, Begutachtung von Behandlungsfehlervorfällen im Strafverfahren, in: *Madea/Dettmeyer* (Hrsg.), *Medizinschadensfall* ↗

(c) 付：わが国の民事訴訟に関するデータ

以上でドイツにおける実態調査の一端を紹介したが、わが国における状況につき最高裁の民事訴訟事件に関するデータ<sup>27)</sup>については、別稿でその一部を紹介した<sup>28)</sup>。これによると、新規受理件数は、2003年、2004年に千件を超え、その後は、漸減していた。既済件数についても見ておくと、新規受理件数のピークより少し後まで千件を超える件数が続き、2007年まで千件を越えている。

最高裁の資料によれば、「地裁民事第1審通常事件と医事関係訴訟事件の認容率」は、次の通りである。

年	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
通常事件	85.3	84.9	85.2	84.1	83.4	82.4	83.5	84.2	85.3	87.6
医事関係	38.3	38.6	44.3	39.5	37.6	35.1	37.8	26.7	25.3	20.2

これによれば、通常訴訟事件の認容率はほぼ一定なのに対して、医事関係訴訟事件のそれは、2001年には、認容率は、38.3%であり、2003年に44.3%で最高となったのに対して、2010年には20.2%になっているのであるから、半減しているといつてよい。1999年に起こった横浜市立大学病院の患者取り違え事件、東京都立広尾病院での消毒液注入事件が世間の注目を浴び、それによって医療不信が拡延し、裁判官に患者側に立たせる効果があったのではないかと推測されうる。その後の認容率の低下は、医療過誤に対する医師である鑑定人の認識・意識の変化、2001年以降は裁判所内に「医療集中部」が設けられ<sup>29)</sup>、裁判

\ und Patientensicherheit, 2007, S. 113.

27) <http://www.courts.go.jp> 参照。

28) 「医事刑法の序論的考察〈1〉」法学論集61巻3号18頁参照。ここでは、別稿で論じ残したデータを補足する。したがって、体系的には別稿に組み入れられるべき部分である。

29) 例えば、ホームページによると、大阪地方裁判所では、平成13(2001)年4月、医療訴訟を集中的に取り扱う医事事件集中部(「医事部」)が2か部発足し、第17民事部と第19民事部が、医事部として、医療訴訟を集中的に取り扱ってきたが、平成19年4月からは、新受事件の増加等を背景として、第20民事部も医事部となり、以後、3か部体制となっているという。また、千葉地方裁判所では、平成13年10月から医事関係訴訟の審理を民事第2部に集約したという。

医療過誤と客観的帰属

官の医学的知識が向上し、また、医療過誤訴訟のリスクが医師の委縮効果を呼ぶことも認識され始めたことにも起因していると思われる。

最後に、同じく最高裁の資料から2008年から2010年までの医事関係訴訟事件（地裁）の診療科目別既済件数を見ておく。

診療科目	年			診療科目	年		
	2008	2009	2010		2008	2009	2010
内科	228	229	237	泌尿器科	18	22	9
小児科	22	22	22	産婦人科	99	84	89
精神科(神経科)	30	33	29	眼科	27	23	24
皮膚科	9	10	17	耳鼻咽喉科	19	19	16
外科	180	165	142	歯科	70	71	72
整形外科	108	105	105	麻酔科	8	4	6
形成外科	18	19	24	その他	119	116	104

これによると、単純に、内科、外科、整形外科、産婦人科の既済件数が多い。しかし、各科の全国の医師数との割合では、訴訟の被告となる率は、産婦人科医が相対的に多い。

厚生労働省の2010年12月31日段階の調査<sup>30)</sup>で、全国の医師の数は、「診療科名(主たる)」別にみると、「内科」が61,878人(22.1%)と最も多く、次いで「整形外科」19,975人(7.1%)、「外科」16,704人(6.0%)である。それに対して、産婦人科の医師数は、10,227人であり、その全医師の中の割合は、3.6%、産科で、425人で、0.2%である。産婦人科と産科を単純に合わせても、10,652人であり、その中の89件は、他に比べて高い。

(3) 規範的カテゴリーとしての医療過誤概念

さて、以上で用いた医療過誤の概念は、刑法において、過失犯として個人の不注意な行為による傷害ないし致死結果の発生した事案のみに限らず、「医療

30) 「平成22年(2010年)医師・歯科医師・薬剤師調査の概況」厚生労働省のホームページより。



技術から逸脱する医療行為」があるとき、または「望まざる事故の発生」があるときにも用いるものであり、民事上の損害の発生の事案も、刑事手続が開始されない事案も含むものとして用いられている。しかし、本稿では、実態上の医療過誤ではなく、刑法上、過失犯の成立が問題となる規範的な意味での医療過誤が重要である。それは、少なくとも「医療技術から逸脱する医療行為」によって「望まざる結果の発生」があった事案についてのみ問題とされ、最終的に重要なのは、不注意による構成要件結果の発生を伴い過失犯として成立する事案である。

したがって、これ以降の叙述においてはいままでの実態調査における医療過誤概念とは異なり、規範的なカテゴリーとして使われるものである。その規範的なカテゴリーの内容は、過失犯として成立する医療過誤であるから、客観的帰属可能な構成要件結果が発生した医療過誤でなければならない。

#### (a) 過失要件を充足する医療過誤

まず、医療過誤が法的に重要な事実となるのは、原則として被害結果の発生を待った後である。過失犯においては、構成要件結果が発生しなければ、業務上過失致死傷罪や傷害罪は問題にないからである。

さらに、過失傷害や過失致死罪の成立要件は、構成要件的结果の発生のほか、その他の過失構成要件要素を充足し、違法性・責任が存在することである。したがって、医療過誤は、医師の行為が、危険を創出する注意義務違反かどうか、その注意義務違反が結果に現実化するかという理論的枠組みのなかで取り扱われることになる。すなわち、客観的に危険を創出する行為が行われたかどうか、それに発生した結果が客観的に帰属されるかなどの理論的枠組みにおいて、医療過誤に対する刑事責任が問われるかが検討されるのである。

#### (b) 過失構成要件論の理論的枠組み

ここで、その理論的枠組みを概観的に提示しておくとして、医療過誤といえるかどうかの基準とされている「医療水準論」は、新過失犯論的に言えば、「客観的注意義務違反」の存否の問題の判断基準であるということが出来るが、私見では、過失犯における構成要件該当性の問題は、過失犯論としての客観的注意

義務違反の問題としてではなく、客観的帰属論の内部で議論されるべきであるから、注意義務違反とは、危険創出および危険実現の判断の意味で用いられる<sup>31)</sup>。

## 2. 医療過誤概念の展開とその概念要素

### 1. 医術過誤から医療過誤へ

近年、用いられる「医療過誤」(Behandlungsfehler)の概念は、以前は、ドイツでは「医術過誤」(Kunstfehler)と呼ばれた概念に取って代わるものである<sup>32)</sup>。「医術」(Kunst)は、「技術」の一種であるから、本来、診断を下す際の熟練した医師の直感が重要な意味をもつものである。それが、医療過誤に取って代わるその原因となったのは、近代医学においては、「医術」は不要になったのではないとしても、その意義を大きく減じたことにある。かつては熟達した診察者の熟練の目や聴診器の役割が決定的であったが、今日では、その役割は大きくない。今日では、機械・装置・器具を用いた診察が不可避である。治療方法も、今日では、標準化・マニュアル化され、医師の治療の裁量の余地は狭くなっている。他方では、医療の将来の進歩のためには、危険性が皆無でないとしても新たな治療方法を取り入れる余地を残しておかなければならないが、医療過誤という用語が用いられるようになった背景には、過誤の原因が医師の習得した「技術」の不備にあるというよりも、それを全体としての「医療」の過誤の問題として捉えるべきだという認識の変化があると思われる。その典型例としては、医療組織の欠陥やチーム医療の際の意思疎通の欠如による患者の死亡に対する過失責任の事例が挙げられる。これは、医師の医療技術の問題では

31) 過失構造論について、山中『刑法総論』(第2版・2008年)376頁参照。なお、過失犯の構造に関してドイツ語で書いた最新の論文として、Yamanaka, Die Normstruktur der Fahrltsdelikte, Vergleichende Strafrechtswissenschaft, (Frankfurter Festschrift für Andrzej Szwarc zum 70. Geburtstag), 2009, S. 279 ff.

32) Geilen, a. a. O., S. 368 ff. ドイツの判例は、すでに早くから医術過誤ではなく、医療過誤の概念を用いている。Vgl. Schreiber, Abschied vom Begriff des ärztlichen Kunstfehlers? in: Der meidizinische Sachverständige, 1976, S. 71: Vgl. Deutsch/Spichhoff, Medizinrecht 6. Aufl., 2008, S. 109.

ないが、病院組織としての医療過誤の問題ではあるからである。

## 2. 医療過誤概念の史的展開

医療準則 (lege artis) の内容については、ドイツでは、プロイセン刑法の立法時に、プロイセンのルドルフ・フィルヒョウ<sup>33)</sup> (Rudolf Virchow) の提案した定義が最初である。フィルヒョウによれば、「免許を有する医療関係者が、その職業の遂行において必要な集中力または注意の欠如から、その行為または不作為によって、一般に認められた治療技術の準則に反して、その治療に自らを委ねた人の健康を侵害したとき、処罰されるべきである」<sup>34)</sup>。フィルヒョウは、医療過誤を確認するための特定のメルクマールを挙げることは困難であるという。その理由は、生きている人の体は、しばしば独特の性質を有するものであり、また、医学が、あらゆる学問の中でも変化の激しい分野であることを挙げている。このように、常に変化するにしても、フィルヒョウによれば、そこには、一定数の認められた準則 (ルール) が存在する。これらの準則違反行為が、医療過誤なのである。一般的な準則として、フィルヒョウは、最大限を上回る過剰投薬、感染の危険を回避するため絶対に避けるべき、傷ついた腸をそのまま体腔へと入れ戻す行為のような、学説の対立のないような、自然科学的な原則論的な真実として一切の医療の基礎であるような基本的な諸原則のみを挙げている<sup>35)</sup>。

33) Rudolf Virchow (1821-1902) は、1810年創立のベルリンの Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin (1949年よりフンボルト大学) 附属病院 (Charité) の医師で、政治家でもあり、近代病理学の創始者といわれる。

34) Virchow, *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete der öffentlichen Medizin und der Seuchenlehre*, Band 2, 1879, S. 514 ff. Vgl. *Brigitte Tag*, *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis*, 2000, S. 205. フィルヒョウは、そこで、カロリーナ刑事法典134条に医療過誤に言及した部分があることを指摘している。

35) Virchow, a. a. O., S. 514 ff. Vgl. *Tag*, a. a. O., S. 206. 医師という業務上の身分をもつがゆえに過失犯の加重処罰を定めた北ドイツ連盟の刑法222条の過失傷害ないし過失致死罪の規定が興味深い。その規定は、過失致傷・致死の法定刑を「3年以下の軽懲役」としたが、「行為者が、私わなかった注意につき、その公務、職

それから140年以上も経った今日でも、医術準則の内容が明確になったわけではない<sup>36)</sup>。1997年にドイツの医師のための模範職業規則は、「治療原則」を定めている。そこでは、治療の引受けと遂行は、技術準則に従った必要な医的措置の遂行を必要とすると規定する<sup>37)</sup>。その他、メツガーによる「医術の準則に従って必要な侵襲」という定義<sup>38)</sup>、医療過誤とは、「医学と医術の準則に反する行為」というエーベルマイヤーの定義<sup>39)</sup>、「その時々医学の原則に基づく技術の準則」とあるという判例<sup>40)</sup>の定義がある。

### 3. 医療過誤の要素

医療過誤とは、その治療から生じる患者に対する危険に関する——治療のそれぞれの時点で必要な——医学の基準に照らして実質的に通用しないような医療措置である<sup>41)</sup>。それは、個人の能力の観点から独立の、客観的で類型化された基準である。ここで、「医療」(Behandlung)とは、診断(Diagnostik)と治療(Therapie)の両者を包括する概念である。

そのような水準化された医療過誤の判断にとって重要なのは、ガイレンによれば、次のような要素である<sup>42)</sup>。

① 専門医基準 医療過誤かどうかを判断するにあたって、専門医の水準を

---

「業または営業のために特別の義務を負っていた場合」には、法定刑は、「5年の軽懲役」にまで引き上げることができた。フィルヒョウは、この規定の適用につき、「免許を有する医療関係者の側での、その職務における、技術的な行為の遂行ないし不作為に対しては、この規定は、その際、適切な集中力と注意を欠如するがゆえに、治療の一般的に承認された準則に違反するときのみ適用される」と述べている。

36) *Tag*, a. a. O., S. 207 ff.

37) Die Musterberufsordnung der deutschen Ärztinnen und Ärzte, Teil C Nr. 2.

38) *Mezger*, Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin, Bd. 42, 1953, S. 365.

39) *Ebermeyer*, JW 1932, 3305.

40) BGH NJW 1956, 1843; BGH NJW 1953, 257; Vgl. *Tag*, a. a. O., S. 208.

41) *Geilen*, a. a. O., S. 369.

42) *Geilen*, a. a. O., S. 370.

充たすことが挙げられる。ここで、専門医とは、資格をもつ専門医をいうのではなく、他の分野の専門医であっても、実質的に専門医としての水準を充たしている者であればよい。② 継続教育を受ける義務 医師は、医学の発達に応じてその水準を維持する義務を負う。③ ガイドライン 医師会、学会、厚生省などによって編集された「勧告」や「ガイドライン」は、法的拘束力はなくても、医療過誤の判断には重要であり、最新的水準を維持するために必要でもある。「ガイドライン」や「勧告」にしたがっていたかどうかは、医療過誤の判断の重要な徴表になりうる。④ 医療過誤の程度 あらゆる過誤は、医師の可罰性を探る出発点として十分である。ドイツでは、民事法では、「重大な過失」が要求され、これが挙証責任の転換につながったが、刑法では、特別の重い過失は要求されていない。すなわち、原則的には、医療水準違反の重大性は、刑法では、量刑において役割を果たすにとどまるのである。もとより、医療過誤が軽微であれば、わが国のように起訴便宜主義を採用する刑事訴訟法のもとにおいては、起訴猶予となり、ドイツにおいては、刑事訴訟法153条ないし153条aによって手続打ち切りとなることはありうる<sup>43)</sup>。ともあれ、ドイツでは、その過誤が重大であることは、刑事責任の前提としては要求されない。

#### 4. 医療過誤の種類

##### (1) 医療における医療過誤の発現形態

医療過誤は、注意義務違反となる様々な事例を具体化し、一定の概観を得るためには、さまざまな下位の事例類型を形成して抽象的・一般的な体系化を図ることが重要である。医療行為の時間的経過に従って、術前・術中・術後における過誤というように、形式的に分類する試みは生産的ではない。これに対して、過誤の種類に着目する分類もなされている。ドイツ<sup>44)</sup>による、「治療

43) Geilen, a. a. O., S. 371.

44) Deutsch, FS Weissauer, 1986, S. 14; auch Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl., 2008, S. 129. ドイツは、これを医療固有の分野の過誤の類型であるとし、その外に、一般的な領域の過誤の類型として、組織化、情報伝達、実施の粗雑性を挙げる。また、それぞれの類型につき、さらに、その共著の教科書において、a) ↗

しないという過誤、逸脱医療の過誤、過剰医療、付随的過誤、情報の過誤」という分類がよく知られている<sup>45)</sup>。また、ウルゼンハイマー<sup>46)</sup>によれば、① 診断の過誤、② 管理・監督の過誤、③ 術域への異物の遺留、④ 事前検査と病歴の調査における過誤、⑤ 所見の調査不足、⑥ 誤った方法の選択、⑦ 治療のための説明・助言・指示の過誤、⑧ 薬剤の調合・投与の過誤、⑨ 衛生規定違反、⑩ 合併症の看過、⑪ 手術・蘇生術の過誤、⑫ 身体の状態（体位＝手足の伸長・圧迫）の過誤、⑬ 器具等の操作の過誤、⑭ 注射・輸血等の過誤、⑮ その他、入院決定の遅延等である。

ここでは、医療各分野における医療過誤をまず類型化しておく。先に述べたように、大きくは、まず、診断の過誤と治療の過誤に分類される。これに加えて、医療過誤は、組織の欠陥からも生じる。

#### (1) 診断の過誤

医療過誤の典型的な下位事例は、誤った診断（診断の過誤）である。しかし、診断の過誤（Diagnosefehler）と誤診<sup>47)</sup>（Fehldiagnose）とを混同してはならない<sup>48)</sup>。「診断の過誤」は、客観的な概念であり、結果概念であるのに対して、「誤診」<sup>49)</sup>は、診断時における不注意な過失のある過誤である。したがって、

↘ 治療しないという過誤、b) 誤った処置、c) 新しい治療法と治療的実験、d) 逸脱医療、e) 過剰医療、f) 付随的過誤、g) 伝染、h) 情報の不備、i) 診断の過誤と診断の伝達、j) 経過観察の不作为と不備に分類する（S. 130 ff.）。

45) *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 70.

46) *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 70 ff.

47) 誤診（Fehldiagnose）とは、病院側からの診断上の決定プロセスの終結の後、実際には存在しない疾病を存在すると認識され、実際に祖納する疾病の不認識が誤った治療の導入につながり、その結果、当該の患者の予後が悪化させられることという（vgl. *Wilhelm Kirch*, Fehldignosen und Patientensicherheit, 2005, S. 7.）。

48) *Geilen*, a. a. O., S. 371; auch *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 71.

49) キルヒによると、すでにアメリカでは、1983年にゴールドマンが、1960年、70年、80年にボストンのハーヴァード医学部（Harvard Medical School）でそれぞれ無作為基準で選んだ100件の解剖事例につき「誤診」などの存在を分析した（*Goldman*, The value of the autopsy in three differen eras, in: *New England Journal of Medicine* 1983; 28, 1000-1005.）ところ、その期間の誤診の率は、ほぼ同じく10%に上ったという。なお、1980年に、肺塞栓と膵臓病は、死亡原因であることは稀



診断の過誤は、必ずしも誤診からのみ生じるわけではなく、また、不適切な診断である誤診は、必然的に診断の過誤につながるわけではない。診断の過誤が生じる原因を分析すると、二つの類型がある<sup>50)</sup>。第1に、判断に必要な所見をすべてまたは部分的に獲得しないで、すなわち、すべての情報を基礎にすることなく、診断の過誤に至る場合である。第2に、医師はすべての当該の診断に必要な所見を得ており、情報の基礎は整っているが、結局、資料の評価を誤り、診断の過誤に至った場合である。例えば、医師がデータの解釈を誤った場合である。第1の類型の方が判例においては厳しくとらえられている。これに対して、第2類型については、判例は、医療の過誤を認めるにつき寛大である。

「誤診」が、実際に医療過誤であるかどうか、どのような場合にそうなのかを判断することは、極めて難しい問題である。キルヒ<sup>51)</sup>によりながらその実態調査の一端を紹介しておこう。

誤診がいわば日常茶飯事であることは古くから語られている。アメリカではすでに1910年にガボット (Gabot) がマサチューセッツ総合病院 (Massachusetts General Hospital) で3千件の検死事例を臨床診断的中率につき調査したところ、約40%の率で誤診であったと確認した。25年後、ガル (Gall) が同じ病院で1千件の検死事例につきこれを再調査し、ほぼ同じ結論を得た。1960年代初頭のシンシナチ総合病院 (Cincinnati General Hospital) の調査でも、ほぼ不変の頻度で誤診が生じていることを確認している。他の多くの調査でも、誤診の率はほぼ15%から50%に上っている。ドイツのキルヒの1959年から1999年までの10年毎のキール大学病院での調査でも、5回にあたってほぼ同じ10%の誤診率が確認されているゴールドマンの調査でも、その間、医療機器、超音波検査、CTなどの発達があったにもかかわらず、1960年と1980年の調査で誤診率が下がっておらず、ほぼ10%の率を維持している。キルヒによれば、誤診率の高い病名は、肺動脈塞栓 (Lungenarterienembolie)、心筋梗塞、肺炎に至る感染症、腫瘍 (neoplastische Erkrankungen) であり、最も高率なのは、肺動脈塞栓である。

---

であった。それらのうちの24%は、認識されていなかったという。一般には、調査された3回の年々に、肺塞栓、心臓発作、感染および腫瘍が、病院で最もよく見逃されてきたという。

50) Geilen, a. a. O., S. 371.

51) Kirch, a. a. O., S. 13 ff.



(2) 治療の過誤

治療の過誤 (Therapiefehler) は、治療におけるミス (Missgriff bei der Therapie) であって、診断の過誤とは区別される<sup>52)</sup>。治療の過誤は、医療関係者が担うべき任務が広範にわたるのに対応して広範囲の局面で生じうる。治療の過誤には、直接の患者の身体の侵襲を意味する「手術ミス」のみならず、患者に与えるべき助言の過誤もありえ、また、投薬の際に副作用について十分に強く警告していなかったこと、あるいは、例えば、麻酔中に十分に心拍数を監視していなかったといった「監視ミス・管理ミス」も含まれる。

(3) 組織の過誤

組織 (形成) の過誤<sup>53)</sup> (Organisationsfehler) は、分業して行われる医療の組織に起因して過誤が生じる場合をいう。医療は、組織的な共同作業であり、チームの同僚医師や医療補助者の協力なしでは立ち行かない。病院組織ないし医療行為のためのチームの組織においても、管轄分担、上下関係、チェックシステムなどが決められており、医療過誤は、このような組織の欠陥、医師連絡体制の不備、相互誤解などによっても生じる。これについては、別稿で詳しく検討を加える予定であるので、本稿の射程からは除く。

5. 絶対的医療過誤と治療の自由

医療過誤の中には、手術の経過がどのようなものであろうと、それとは無関係に成立するものと、相対的に医師の裁量と患者の希望によって医療過誤とならなかつたりする場合とがありうる。前者は絶対的医療過誤と呼ばれるが、後者は、「治療の自由」の問題とされる。

(1) 絶対的治療過誤

ドイツにおいては、外科医学においては、手術の後のガーゼや止血用包帯、

---

52) Geilen, a. a. O., S. 372.

53) Vgl. Geilen, a. a. O., S. 374.

タンポンの遺留<sup>54)</sup>は、その手術の経過を考慮することなく、医療過誤であるとする見解も有力に唱えられている<sup>55)</sup>。ここでは、予見できない合併症の発生があったからといっても、過誤を否定する理由にはならない。これに対して、判例<sup>56)</sup>およびそれに従う通説は、それほど厳格ではない。この見解によれば、過誤といえるかどうかは、後に展開する経過による事実の問題である<sup>57)</sup>。置き忘れられる物、場所、手術中に発生する、注意がそらされるような合併症、予防措置として外科医の間で要求されている安全基準が遵守されていたかどうか、術後、手術の個所が点検されたかどうかによるのである。

## (2) 治療方法の自由

医療過誤かどうかは、絶対的に決まるものではなく、医師の裁量（方法の自由, *Methodenfreiheit*）と患者の自己決定権によって相対的に決まる。とりあえず、患者に不必要な危険と回避可能な痛みを伴う「誤った治療方法」は、治療の過誤の典型的な下位事例である<sup>58)</sup>。つまり、危険の少なく負担の少ない治療方法を用いることは、医師の配慮義務からそれ自体自明のことである。しかし、それを修正するものとして、方法の自由ないし治療の自由が考慮されるべきである。一方で、病状というのは、個人的なものであり、個人の身体や精神に応じて特殊性をもつ。他方では、医学の発達は常に流動的であり、現在、合意があるといってもそれを金科玉条とするわけにはいかない。また、患者は、どのような治療をすべきかを共同決定していく医師の成熟したパートナーである。したがって、治療は個人の必要性に適合しなければならず、その範囲内で一般

54) ウルゼンハイマーによると、手術による体内への異物の遺留は、2000例から5000例に1例の割合で生じ、アメリカ合衆国の調査でも、手術中の1対1500の割合である（Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 73.）。

55) *Schmauss*, *Deutsches Gesundheitswesen*, Bd. 37 (1982), 2145; *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 73. *Geilen*, a. a. O., S. 372 f.

56) RGZ 97, 4.

57) わが国の判例においても、開腹手術に際し体内に鉗子を置き忘れたことと被害者の死因（膀胱壊死）との間に因果関係が認められないとされたものもある（釧路地判昭52・2・22刑月9・1=2・82）。

58) *Geilen*, a. a. O., S. 373.

的な合意である学理医学 (Schulmedizin) からは逸脱することがありうる。しかし、もとより方法の自由も、「害することなかれ」(nil nocere) という最上位の優先命題に服するのであり、あらゆる「治療」に許可状を与えるものではない。

このような観点から医療水準ないし医療準則の概念について、以下でもう少し詳しく検討しよう。

### 3. 医療水準と治療の自由

以下では、医療水準論の予備的考察として、ドイツにおける医療水準論の考え方をとくにその治療の自由 (方法の自由) との関係において検討し、まず、医療水準が、決して固定的なマニュアルに尽きるものではないことを示しておこう。

#### 1. 治療の自由・学理医学・特殊療法

医療準則に反する行為が医療過誤である<sup>59)</sup>。当初、医術過誤 (Kunstfehler) と呼ばれた医療過誤の内容については多様であって、帰一しない。医療準則は、今日、医療水準と呼ばれるものと同義であるが、その内容について考察しておく必要がある。その際、最も重要なのは、治療の自由を背景とする「医師の裁量」との関係である。そこで、まず、ドイツにおいて、医術準則ないし医療水準とは区別されるいわゆる「学理医学」(Schulmedizin) とその対極に位置づけられる「特殊療法」(besondere Therapierichtungen) との関係で、「治療の自由」の概念について考察しておこう。

59) Kunst という言葉は、今日では、芸術と関係し、創造的な意味をもつが、古くは、技術を意味し、むしろ、「技能」を意味した。これを能力的技術 (Könnens-Kunst) と創造的技術 (kreative Kunst) ということもある。医療技術 (医術) も、「技能」という言葉と関係する。技術とは、知識、経験、能力、準備万端性、技術的的確性・手仕事の的確性と同義であり、ラテン語の scientia ars artificium, machine で表わされる (Vgl. Tag, a. a. O., S. 203.)。技術とは、古い法律用語であり、19世紀中ごろに Hoffmann (Hoffmann, Die Befugnis zum Gewerbebetriebe, 1841, S. 202 ff.) は、外科薬局経営を手細工から技術への移行と特徴づけた。

(1) 学理医学

ドイツにおける「学理医学」(Schulmedizin)とは、大学において医学の分野で教えられるものの総体、または、大学・医学部における学問研究、講義・治療において行われているそれ、または著名な大学教授・医師の見解であると解されている<sup>60)</sup>。しかし、このような定義の言明力には限界がある。今日、大学でも異なった治療法が教えられ、代替治療の講座も設けられているからであり、また、いろいろな大学で治療実験がなされ、大学医学にも多くの論争があるからである。

今日では、学理医学にはその固まった内容はない。特殊療法との限界も不明確になっている。しかし、学理医学の概念の中核は、自然科学に裏付けられた医学にある点で、その効果が十分に自然科学的に証明できない特殊療法とは異なる。その意味で、学理医学という基準はいまだに妥当するといつてよい。

(2) 特殊療法

ドイツにおいて、学理医学と対極にあると位置づけられ、今日ではそれを補完するものとされることが多くなった「特殊療法」とは、価値中立的に、代替治療ないし代替の治療手続とか、アウトサイダー的方法、非伝統的方法、自然治療法とか呼ばれ、あるいは、価値判断を伴って、信仰医学 (Glaubenmedizin)、準医学的方法 (paramedizinisches Verfahren)、あるいは悪く言えば治療法の分野での「もぐり」、「いかさま」または「ペテン」と呼ばれているものの総称であり、これらを価値中立的に表現したものである<sup>61)</sup>。本質的に学理医学において認められない方法や前提の上に構築される治療法である。わが国では、後に検討するように、これは「特殊な療法」と呼ばれている。

このような特殊療法に対しては、ホメオパシー (Hömoopathie)<sup>62)</sup> (ないし同種

60) Tag, a. a. O., S. 208 ff.

61) Tag, a. a. O., S. 213 ff.

62) わが国では、日本学術会議は、2010年8月24日に、通常の医療とは異なる民間療法「ホメオパシー」の科学的根拠を全面否定する会長談話を出した。これを受けて、日本薬剤師会、日本医師会、日本医学会などもこれを支持する声明を出した。ホメオパシーは、200年以上前にドイツの医師ハーネマン (Sammuel Christin

療法)<sup>63)</sup>の治療法に対する分析がヨーロッパ連合の委託によってなされるなどの関心を呼んでいる。特殊療法に関して大きな関心が払われる一方、その代替療法としての有効性には疑問がないわけではなく、わが国では、平成22年8月24日に日本学術会議会長名義による「ホメオパシーについての会長談話」で「ホメオパシーの治療効果は科学的に明確に否定され」ていると疑義を表明している<sup>64)</sup>。その他、ドイツでは、植物を利用して人の病気を予防ないし治療する植物療法(Phytotherapie)、ルドルフ・シュタイナー(1861-1925)の人知学(Anthroposophie)と不可分に結びついた人知学的治療法などがある<sup>65)</sup>。今日では、これらの特殊療法をすべて非科学的であるとして、治療ルールから完全に排除してしまうことはできないであろうが、その療法の有効性については個別に吟味する必要があるだろう。

### (3) わが国における「特殊な療法」に関する説明義務

わが国の民事判例において、「特殊な療法」の実施について、その自己決定権と説明義務の範囲について判断したもの<sup>66)</sup>があるので、その判決理由で論じられた見解につき検討を加えておこう。

事案は、自然医学療法なる治療法を提唱する被告医師により乳癌治療を受けていたAが治療における被告の過失により死亡したなどとして、Aの母親で相続人

---

↘Friedrich Hahnemann, 1755-1843) によってはじめられた。ホメオパシーとは、病気と似た症状を起こす植物や鉱物を何度も水で薄めて攪拌し、この水を砂糖玉にしみこませた錠剤(レメディー)を服用して自然治癒力を引き出し、病気を治すというものである。2010年5月に、山口県で、助産婦が、必要なビタミンKの代わりにこの砂糖玉をビタミンKと偽って投与し、新生児が死亡したため、母親が山口地裁に損害賠償請求訴訟を提起した事件が発生している。

63) 類似療法とも訳される。

64) 日本学術会議ホームページ参照。

65) 筆者は、2010年11月にフランクフルトのヨハン・ヴォルフガング・フォン・ゲーテ大学に滞在したが、その(大学と契約している)宿舎は、Haus der Anja Textor-Goethe という老人ホームであり、植物を材料とする治療に功績のあったゲーテの母を顕彰して作られたものであった。そこでは、自然食品の店があり、ルドルフ・シュタイナー関係の施設もあった。

66) 東京地判平12・3・27判タ1058・204。

である原告が被告に対して債務不履行ないし不法行為に基づく損害賠償として春子の逸失利益及びAないし原告固有の慰謝料の支払並びにこれらに対する遅延損害金の支払を請求したものである。

社会通念上一般的な医療ではないと考えられる特殊な治療法を実施する診療契約を締結する場合には、医師は、医療の専門家として、さらには、人の生命を扱い、時にはこれに支配的な影響を与えることからこれに相応する社会的な責任を有する者として、その特殊な治療法につき患者が十分に理解して納得した上で契約締結ができるよう、信義則上、患者に対して右治療法の内容等につき一定の説明をする義務を負うものと解されている。

そして、この場合に医師が負う説明義務は、通常の診療契約が締結された後に一定の医的侵襲を伴う手術等を実施する際に問題となる医師の説明義務と比べても、より患者の根本的な自己決定にかかわる場面におけるものといえることから、そこで要求されている義務内容の水準は決して低いものとはいえない。具体的にいえば、社会通念上一般的な医療でないと考えられる特殊な治療法を実施しようとする医師には、診療契約の締結に先立ち患者に対し、実施しようとする特殊な治療法の内容及びその理論的根拠はもとより、患者の現在の状態（病名、病状）、実施しようとする特殊な治療法の一般の治療法との比較における長所及び短所、実施しようとする特殊な治療法と一般の治療法それぞれについての臨床における治療成績、実施しようとする特殊な治療法と一般の治療法をそれぞれ当該患者に実施した場合におけるそれぞれの予後の見通し、その他一般の治療法を実施しないことが患者の自己決定を根拠として許容されるために患者が知っておくことが不可欠な事項についての説明を、客観的な立場から患者の理解可能な方法で行うことが要求されているというべきである。

結論として、東京地裁は、被告には、診療契約締結に先立ち、その病状を把握した上で自らの実施する自然医学療法の内容及び治療成績等について説明する義務があるとし、説明義務違反を認めた。



## 2. 治療の自由の意義

### (1) 治療の自由の法的意義

現在では、治療法には様々なものがありうるということが認められている。このような治療法の多様性に関する考え方の背後にあるのが、ドイツにおいて承認されている「治療の自由」(Therapiefreiheit)である<sup>67)</sup>。

これに関しては、すでにドイツのライヒ裁判所は、「医学の一般的な、または広く承認された準則は、原則として、科学によって否定された、医者以外の者の、または医者ではない治療者の治療方法に比べて、有利な地位を占めるものではない」と述べていた<sup>68)</sup>。連邦裁判所は、さらにこれに加えて、「手術する一切の医師は、その手術がどのようにその教育、経験および実務に相応するかに応じて適用されるべき手術法を求める自由を有する。多くの実務上は同価値の方法のうち、その裁量に従ってもっとも適合する手続、とくに、それにつきより大きな経験をもつ方法を優先させることが許される」<sup>69)</sup>という。基本法12条1項と連邦医師法1条2項により保障された必然的な結果として、医師は、その良心に反する治療方法ないし薬物療法を強制されないのである。

### (2) 治療の自由の根拠

治療の自由の根拠と法的性質については、次のように言われている<sup>70)</sup>。

① 司法の役割・営業の自由　まず、学問的な理論の争いにつき、権威的に決定を下すのは、司法の役割ではないとされ、これに加えて、法律家には、医学の専門的な問題について判断を下す知識がないということも挙げられるが、これは説得的ではない。なぜなら、その他の分野と同様に、医事法の分野においては、鑑定人が素人に分かりやすく説明する任務を負うからである。大審院は、その根拠を営業法上の治療の自由(Kurierfreiheit)に求めた。1869年の北ドイツ同盟の営業法(Gewerbeordnung)は、医師という業務には、他の営業と比較

67) *Tag, a. a. O.*, S. 218 ff.

68) RGSt 64, 263: 67, 12, 22.

69) BGH NJW 1982, 2121 f.: OLG Hamburg VersR 1989, 147 f.

70) *Tag, a. a. O.*, S. 219 ff.



して広い自由を認めた<sup>71)</sup>。各ラントにおいて、「手術する外科医」をも含めて治療を行いうる者は、全治療における大学での博士の学位を持った者に限られるという医師法 (Medizinalordnung) が廃止されたのである。ライヒ裁判所は、「方法の自由」 (Methodenfreiheit) の原理を営業法の治療の自由から演繹した。しかし、治療の自由 (Therapiefreiheit) は、医師の特権とのみ解釈されるべきではない。

② 治療の個別性・患者の自律性・医学の進歩 医師にとって治療の自由は自己目的ではなく、患者を利する、利他的な権利であると解されるべきである。それは、人間の尊厳、自己決定権、身体の完全性を維持する患者の権利を保障するための制度である。これを達成し保障するためには、治療に関する知識の変化と進歩に対して開かれた治療法の多様性と多種性が必要である。医師は、伝統的でない方法や新しい認識を無視する固陋なルールに縛られないときにのみ、これが実現されうる。アウトサイダー的治疗方法 (Aussenseitermethode) に対しては反対論も根強いが、それを強調するあまり、医学の発展は、まさに因習的でない治療方法の主唱者による、伝統的な治療方法との衝突に依拠するという見誤ってはならない。「昨日のアウトサイダー治療は、今日の大学における治療」なのである<sup>72)</sup>。さらに、治療は、原則的に患者個人の問題であるとする、患者の自己決定を保障するのが、治療方法の自由であるという点が重要である。治療の自由の根拠は、患者に効果的で、自己決定的な健康維持を可能にするという点にある。

これを要約すると、「治療方法の自由」は、医療文化の多元主義を表わすものであり、その根拠は、「医学の進歩」と「治療という事象の個人性」および「患者の自律性」の三つに要約できる。医学の進歩については先に述べたので、残りの二つについて解説しよう。

71) Cohn, Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung und für einheitliches deutsches Recht, 6, 1872, 624 ff. Vgl. Tag, a. a. O., S. 219.

72) Schroeder-Printzen, MedR 1996, 379. Vgl. Laufs/Katzenmeier/Lipp, a. a. O., S. 344.

治療が個人的なものである<sup>73)</sup> というのは、次のような意味である。すなわち、医師の治療は、規定化できるものではなく、個別の特殊性に主導されるものであり、その際、適応は、病気の原因、人的な特徴、医師と患者の相互行為、患者の社会的地位等々に依存する。治療方法の多元主義のみが、個別のケースのこのような事情に十分考慮を払うものである。この治療の個人性は、わが国でいうところの「医療の裁量性」につながる。医療の裁量性の概念は、医師の任意の治療方法の選択権を意味するニュアンスがあるが、これは、おそらく医師の任意の裁量の意味ではなく、ここでいう病院や患者の事情等を含めた「治療の個人性」の意味に理解すべきであろう。

患者の自律性とは、基本法2条2項1文によって保障された患者の自己決定権に由来するものである。治療の自由は、医師の権利ではなく、利他的な権利である。医師の治療の自由と患者の権利保障とは典型的に衝突するものではない。

### 3. 医療水準論

診断・治療方法の選択の可能性は、多様な変数に対応する。これは、治療の自由は、医師の任意の自由裁量を認めるものではなく、診断や治療そのものや医師・患者関係などの変数に応じた一定のコントロール機能に服する。そのコントロール機能を果たすのが、「医療水準」である。ここでは、まず、ドイツにおける医療水準の議論を検討し、その後、わが国の議論の検討に入る。というのは、ドイツにおける医療水準論の考え方は、十分、わが国のそれに対応し、その思想的な背景にまで言及されているからである。

#### (1) 医学的水準の概念内容

ドイツにおける判例と学説は、原則として、適切な治療の標尺は、それぞれの医療水準 (medizinischer bzw. ärztlicher Standard) を考慮しなければならない

---

73) 「医療の個人化」の傾向については、すでに別稿「医療侵襲に対する患者の同意」法学論集61巻5号8頁以下において触れた。

という点で一致している<sup>74)</sup>。「水準」とは、この関係で、通常は、提供されるべき医療の標準的な統一という観点のもとで、「学問的認識の水準」と「承認された医療実務の水準」の両者を合わせたものと同義であると解釈されている<sup>75)</sup>。

(a) 水準の相対性と具体性

水準の独自の意義はまさにその基礎となっている普遍妥当性にあるにもかかわらず、考慮されるべき、医学上行われるべき当為は、抽象的にではなく、個々のケースの特殊性を考慮して具体的に確定されるべきである。というのは、水準という概念は、変化する諸事情と認識に応じたダイナミックなものを表すからである。その際、問題となる集団の、標準的標準的な平均人の標準的に必要な事項が満たされなければならない。医学的水準とは、それによれば、最高の医学の原則にしたがって統一的に判断されうるものではない。他方、質的な水準は、放棄できない基本としての最下限を下回ってはならない。決定的なのは、具体的状況におけるなされるべきその都度の当為である。

(b) 専門的基準と特殊療法

どのようにして専門的水準は決定されるべきかについては、争われている。それは、しばしば、医学と医療技術の現状または一般的な科学的な承認と医学的経験ないしその中核であると定義される<sup>76)</sup>。標準となる水準の決定はもともと医学の専門世界の課題であるにもかかわらず、この脈絡において必要な、科学的に承認されたものに限定されていることには疑いがないわけではない。というのは、特殊療法は、しばしば、自然科学を志向する医学の意味における科学的に正確な有効性の証明から外れているからである。

治療の自由の包括的理解に関して、「水準」のまさに意図されない厳格な解釈を避けるためには、水準の基準を一般的承認に還元する可能性が存在する<sup>77)</sup>。

74) *Tag, a. a. O.*, S. 229 ff.

75) *Tag, a. a. O.*, S. 229.

76) *Buchborn, MedR* 1993, 328; *Kriele, NJW* 1976, 355 f. Vgl. *Tag, a. a. O.*, S. 231.

77) *Tag, a. a. O.*, S. 232.

例えば、保険においては、被保険者には、「認識の一般的に承認された水準」に応じた被保険者の扶助を保障しなければならないとされる。しかし、この基準を用いることによって、大学における学理医学と特殊療法の間での対立が解消されるというのは見かけ上のことにすぎない。というのは、一般的承認には、学理医学の首唱者は、特殊療法の首唱者と同様、通常、自らの治療に有利で、対抗する治療には不利な利益を持ち、しばしば相互承認に失敗するからである。それに加えて、それぞれの方向の内部でも学派の争いがある。治療者のイデオロギーや経験則も、治療形式の選択や、職務遂行のやり方にも決定的に影響する。一般的承認という基準は、したがって、通常、イデオロギー的に特徴づけられた治療方向の権力闘争の危険をもたらす、それによって、新たな治療法や特別の治療形式を承認の土俵から放逐してしまう結果となる<sup>78)</sup>。このことは、もちろん、医学の発展の動態性（ダイナミックス）と治療の自由と方法の自由に対する矛盾することになる。

## (2) 治療の自由の限界

診断手続とそれに続く治療の選択にあたり、患者保護という観点から、治療者の刑法上の裁量の余地は無制約ではない。立法者は、比例性の限界内でしばしば、危険の回避という観点のもとで治療上の提案を規制するために、予防的措置をとる。遵守されるべき水準に関する必要な合意（コンセンサス）は、それぞれの治療の方針の枠内で、専門に関する「内部的承認」と「明白性」の検討を基準とする点に見出されうる<sup>79)</sup>。それによれば、決定的なのは、それぞれの学派の熟練の、知識豊かな代表者が、その方法の選択ないし適用にあたっての一定の知識の遵守を必要であるとみなすかどうかである。

治療の自由の限界に関する判例<sup>80)</sup>を一つ挙げておこう。当該医師は、「生物学的治療法の信奉者」であったが、子宮がんを患っていた女性を検証された治療法ではなく、「視診」の後に薬草エキス、座浴、洗浄ならびに「生物学的」

78) *Tag, a. a. O.*, S. 232.

79) *Tag, a. a. O.*, S. 233.

80) BGH NJW 1960, 2253.

ダイエットで治療する治療し、病院に入院させなかったことによって、過失傷害罪で有罪とした。医師が、別の治療法を、事情によっては新しい方法を選び、それによってその治療が実験的な性質をもっていたという事実は、適用された対案的治療が他の医師にも検証可能な態様で客観的に主張可能なときにのみ、認められる<sup>81)</sup>。

結論としては、次のようにいうことができる。それぞれの治療方向の守るべき医療水準は、原則として、専門内部で承認された事項にもとづいて求められるべきである。しかし、さらに、濫用を避けるためには、診断と治療は、外部からのコントロールにも服さなければならない。

#### 4. 医療水準の三つの判断基準

それでは、医療水準は、具体的にどのような基準にもとづいて決定されるのか。以上で論じたような思想的背景のもとでは、次の三つの判断基準が重要である<sup>82)</sup>。

##### (1) 現在の水準

医師は、患者に、当該の治療方針のそれぞれの発展段階における水準を充たす診断と治療を実施する義務を負う<sup>83)</sup>。基準となるのは、内部的観点である。それは、その時点で存在する一般に承認された基礎的認識とその他の治療方針の経験であるが、その際、とくに自然科学的な「学理医学」を無視してはならない。医学的知見は、治療時の事前の判断において予見しうるものに限定され、事後に得られた知識や経験は、資料とされない。また、医師は、最新の治療方法を適用する必要はない。

##### (2) 分野関係の相対的水準

医師は、それぞれに期待された水準を充たした医療を提供しなければならない

---

81) *Geilen*, a. a. O., S. 374.

82) *Tag*, a. a. O., S. 234 ff.

83) *Tag*, a. a. O., S. 235.

い。例えば、一般開業医の専門的知識は、大学病院の専門医よりは低いものでよい。大学病院における水準は、たとえ、専門でない医者が手術をするときでも、専門医の知識を基準としなければならない。

### (3) 比較検討の義務

医療側は、当該病気に効果的に対処できる治療や侵襲ないし投薬のみを提供してよいが、同時に、そこから生じる患者の健康に対する危険は、できる限り最小限でなければならない<sup>84)</sup>。この目的を達成するため、その医師が用いる措置を他のよく知られ検証された方法に対置し、具体的なケースにその措置が適していることを検討しなければならない。内在する危険は異なる、いくつかの同様に適した措置方法がある場合には、当初目指した治療成果とともに、患者にもっとも危険や害の少ない方法を選択すべきである。さらに、その技能と知識につき時間的な観点からも比較検討する義務を負う。医師は、自らの治療と能力をつねに反省し、旧態依然たる知識を新しいそれに照らして再検討しなければならない。

## 4. わが国における医療水準論の展開

### 1. 医療水準概念の意義と機能

医療水準の概念は、今日、圧倒的に過失犯における注意義務の基準を現すものと解されている。しかし、学説の中には、それを治療行為の正当化原理の一つとしての「医術的正当性」の判断基準とする見解<sup>85)</sup>が展開されている。この見解は、正当化根拠の大枠を社会相当性に求め、その判断基準の一つとして医術的正当性を位置づける。たしかに治療行為の正当化事由の要素としての患者の同意、医学的適応と並ぶ医術的正当性は、「医学上一般に承認されている方法」による治療を意味する。これを医療水準と呼ぶこともできる。しかし、この意味の医療水準は、医療過誤の認定のための医療水準とはその概念の機能

---

84) *Tag, a. a. O.*, S. 236 f.

85) 小林公夫『治療行為の正当化原理』（2007年）136頁以下。



が異なることを明らかにすべきである<sup>86)</sup>。

(1) 医術的正当性と医療水準

治療行為の正当化事由の要素としての医術的正当性は、患者の身体に対する医療侵襲である傷害罪の構成要件該当性を前提として、それを正当化事由ありとして違法性を阻却する機能(35条)を果たし、傷害罪(204条)の不処罰を根拠づける。この要件を充足しているということは、もし手術の失敗によって患者が死亡した場合でも、傷害致死罪(205条)ではなく、(業務上)過失致死罪(210条, 211条1項)が成立するにすぎないことを意味する。したがって、医術的正当性とは、致死結果の帰属や責任とは無関係に傷害罪の違法性を阻却する機能を果たすにすぎないのである。したがって、医術的正当性がない身体侵襲行為は、傷害罪ないし患者が死亡した場合には傷害致死罪の可能性を根拠づける。

これに対して、医療過誤事件における医療水準の概念は、一般的には過失犯における客観的注意義務の基準<sup>87)</sup>として用いられる。これは、治療行為の正当化とは無関係に、治療が失敗した場合の傷害結果や死亡結果の行為者の行為への帰属判断のための基準としての機能を果たすものである。つまり、ここでの医療水準概念は、侵襲行為が「傷害」構成要件をにらんで正当化かどうかではなく、手術の不成功(や死亡結果)をもたらす危険を考慮して一般に不成功の危険が高いかどうか、医学上一般的に承認された知識や技術に添って施術されている場合には、たとえ不成功に終わってもその結果の責任を問わないというための基準なのである。前者の正当化事由としての医術的正当性の判断の

---

86) 前田雅英「医療過誤と過失犯の理論」唄 弘一編『医療と法と倫理』(1983年) 316頁以下において、すでに、故意犯の問題と過失犯の問題との区別、つまり、「医師の手術行為は社会的に相当な行為の故にそもそも構成要件に該当しない」という主張と、「社会的に相当な範囲内の手術による生じた結果については、刑事責任は生じない」という主張が、必ずしも明確に区別されずに論じられていたと指摘されている。

87) 修正旧過失論を採る私見からは、過失犯の客観的帰属基準としての「危険創出」行為を意味する。

基準と後者の客観的注意義務の基準<sup>88)</sup>としての医療水準は、その機能が異なるがゆえに内容も異なるのである。

手術が失敗して患者が死亡した場合、医療過誤として過失犯が成立するとき、業務上過失致死罪が成立するのが普通である。傷害致死罪が成立することはまずないといってよい。すなわち、医療水準を満たさない行為も、医術的正当性をもっているのが普通であるから、業務上過失致死罪が成立するのであって、もし、その概念が同じ内容をもつとすれば、医療水準を満たさない行為は、医術的正当性をもたない行為となって、傷害致死罪を成立させるのが普通ということになりうるからである。

このようにして、医療水準の概念は、専ら過失犯における注意義務の基準と捉えるのが妥当であると思われる。しかも、医療過誤事件における医療水準の概念は、新過失論における結果回避義務の基準としての「一定の基準行為」からの逸脱に親近性をもつものと捉えられた<sup>89)</sup>。

## (2) 医療水準の意義

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」<sup>90)</sup>であり、それに従った医療は、客観的注意義務違反としての許されない危険の創出が否定されるものである。判例では、これは「当時の医学水準」、「当時の医学常識」、「現代の医学水準」「医療の一般水準」といわれることもある。しかし、これは、平均的医師が行っている医療における慣行を意味するものではなく、あくまで通常守られるべき準則の理念型である。民事法において、医師の注意義務の基準は、「当該具体的事案の客観的状态において社会通念上通常一般的に要求されると考えられる程度の注意」ないし「平均的な医師の持つべき注意」などとされるが、医学の知識・技術に関してもつべき水準としてこれ

88) 山中敬一『刑法総論』(第2版・2008年)378頁以下参照。

89) 前田・前掲『医療と法と倫理』323頁以下参照。そこでは、医療における「一般水準」からの離反の有無で過失を認定する静岡地判昭39・11・1下刑集6・11=12・1276が挙げられている。また、この判例には、「許された危険」の思想が示されているという。

90) 最判昭57・3・30判時1039・66。

を表現したものが、医療水準である。医療水準とは、実践的なものであり、たんに学理的なものではない。このことは、すでに、「学問としての医学水準」と「実践としての医療水準」との概念上の区別<sup>91)</sup>において明確にされている。前者は、研究水準、学界水準といってもよいものであり、将来において一般化すべき目標の下に現に積み重ねつつある基本的研究水準である。後者は、経験基準、技術水準であり、専門家レベルでその実際適用の水準としてほぼ定着したものである<sup>92)</sup>。その両者の関係については、医学水準が多くの研究段階を経て実践としての医療水準に発展するのであり、いったん医療水準となったものが、否定されるという逆転が起こることもある<sup>93)</sup>。

医療水準の形成過程は、一般に承認され確立された基準となる前に、その治療法が研究され実験的に適用され、治療方法として広く普及し、浸透していくという段階を歩む<sup>94)</sup>。現代医療は高度に専門化され、細分化されている。今日

91) 松倉豊治「未熟児網膜症による失明事例といわゆる『現代医学の水準』」判例タイムズ311号64頁参照。

92) 松倉・前掲判タ311号64頁参照。

92) この例としては、未熟児網膜症事件における光凝固法の評価の変遷が挙げられる。これについては、米田『医療行為と刑法』113頁以下に詳しい。昭和49年の岐阜地裁（岐阜地判昭49・3・25後掲）は、光凝固法を、医療水準を充たすものとしたが、控訴審は、「光凝固法で治療しうる未熟児網膜症は、元来、放置していても自然治癒したはずであり、光凝固はその治療過程を短縮しただけにとどまるのではないか」とし、「光凝固法その技術的特性にかんがみ、専門研究家の実施に委ねるべきであって、一般的な方法として実地医学が応用しうる段階に至っていないものである」としたのである（岐阜地判昭49・2・25判時738・39、名古屋高判昭和54・9・21判時942・21）。岐阜地裁によれば、「前記の如く光凝固法の存在等に対しては学会での講演専門誌での発表により眼科医の殆どが医学知識として有していたであろうことは推定でき、少なくともそれが専門医として有すべき一般水準であり決して最高水準であるとはいえないと考えるが、仮にそれが高度な知識であるとしても、医師はその当時の医学知識、医学技術を駆使し最善適正な治療を施すべきものであるから、高度な注意義務があるものであり、しかも被告病院は総合病院で且つ未熟児センターを有することからすると、その性格から当然高度な注意義務が要求されるところがある」。

94) これについて、滝井繁男「医療水準論に関する一考察——特に転医との関連において——」法律時報56号6号82頁以下、響庭忠男「医療水準と説明・転送義務」判例タイムズ415号54頁以下、とくに58頁以下、滝井繁男・藤井 勲『医療水準』

の臨床医学は、一人の医師の学習能力をはるかに超えた龐大な知識の体系となっているといわれる<sup>95)</sup>。また、医学の進歩の速度が極めて早く、行為当時の医療水準と裁判終結時のそれが異なることも少なくないとされている。

## 2. 判例における医療水準論の展開と医療水準の判断基準

わが国の民事および刑事判例における医療水準論の生成と発展について若干の回顧を行っておこう<sup>96)</sup>。その際、初期の判例において、「最善の注意義務」が要求され、「医療慣行」に従うだけでは医療水準を充たさないことが明らかにされた<sup>97)</sup>が、未熟児網膜症事件において医療水準概念が確立され、さらに、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」をいうとされ<sup>98)</sup>、また、医療水準とは、全国一律に絶対的な基準ではなく、諸条件に応じた「相対的な基準」とみなされるものとする。

### (1) 最善の注意義務

まず、医療における注意義務が「最善の注意義務」か、それとも実際の「医療慣行」に従っておればよいかについては、すでに初期の民事判例において判断されている。手術の前後に渡って受けた輸血の給血者が梅毒に感染していたため輸血者も梅毒に感染したといういわゆる東大輸血梅毒事件<sup>99)</sup>において、最高裁は、「注意義務の存否は、もともと法的判断によって決定されるべき事項であって、仮に所論のような慣行が行われていたとしても、それは唯だ過失の軽重及びその度合いを判定するについて参酌されるべき事項であるにとどま

---

論』の現状とその批判」判例タイムズ629号（1987年）12頁以下参照。

95) 響庭・前掲判例タイムズ415頁55頁参照。したがって、専門分野を超えた医療を期待することは困難であるとされる。

96) 上田正和「医療水準」加藤良夫編著『実務医事法講義』104頁以下参照。

97) 「危険防止のため実験上必要とされる最善の注意義務」という基準は、慣行的なプラクティスに従っていただけでは過失なしといえないとする消極的な役割を果たすことを目的としただけであったとされている（新美育文「医療過誤裁判」ジュリスト増刊総合特集「日本の医療——これから」174頁参照）。

98) 医学水準と医療水準の相違について、松倉豊治・判例タイムズ311号61頁参照。

99) 最判昭36・2・16民集15・2・244。

り、そのことの故にただちに注意義務が否定されるべきいわれはない。……いやしくも人の生命及び健康を管理すべき業務（医業）に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるのは、已むを得ないところといわざるを得ない」という。

これと同様の観点に立ち、水虫治療のために両足にレントゲン照射を行ったところ、潰瘍が生じ、両下腿の切断手術を行わなければならなくなったといういわゆる昭和44年の水虫レントゲン照射事件<sup>100)</sup>において、やはり最高裁は、「最善の注意義務」が要求されるものとし、「医師としては、患者の病状に十分注意しその治療方法の内容および程度等については診療当時の医学的知識にもとづきその効果と副作用などすべての事情を考慮し、万全の注意を払って、その治療を実施しなければならない」とする。しかし、このような最善の義務を抽象的に承認すると、医師の注意義務の範囲は著しく広くなり、これを具体化・制限することが實際上必要となる。そのためには、「当時の医学的知識」「当時の医療技術」といった基準が必要とされたのである<sup>101)</sup>。

## (2) 医療水準論の確立

その後、昭和54年の未熟児網膜症事件（長崎市立市民病院事件）<sup>102)</sup>では、未熟児に呼吸障害が生じた際、酸素投与を行い、網膜に傷害が残ったが、「予防ないし治療の方法は、当時における本症に関する学術上の見解や臨床上の知見として一般に重要されていたところにほぼ従って行われたものであって当時の医学水準に適合したものであるべきであり、……小児科医師としての裁量の範囲を超えた不相当なものであったということはできない」とした。ここにはすでに医療水準論の萌芽が見られる。その後の一連の未熟児網膜症事件において、医療水準論が確立され形成されていく。

最高裁は、未熟児網膜症事件の一つである昭和57年の高山日石病院事件<sup>103)</sup>

100) 最判昭44・2・6民集23・2・195。

101) 山口・前掲早稲田法学会誌47巻367頁参照。

102) 最判昭54・11・13裁判集（民）128・97。

103) 最判昭57・3・30裁判集（民）135・563。



において「注意義務の基準となるべきものは、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である」として不法行為責任及び債務不履行責任を否定し、明示的に「医療水準」という概念を使用した<sup>104)</sup>。医療水準論は判例上これによって確立した。これにより、医療水準は、「最善の注意義務」ではなく、「診療当時の実践における医療水準」が注意義務の基準であるとなり、損害賠償責任を否定する機能を果たし始めたのである<sup>105)</sup>。この高山日石病院事件上告審判決以降、「医療水準」の内容の理解につき、医療水準の判断要素として医療機関の特性等を考慮しない絶対説ないし客観説と、当該医師や医療機関を取り巻く具体的事情をも考慮して決定すべきであるとする相対説ないし主観説が対立していた<sup>106)</sup>。

### (3) 相対的基準としての医療水準

昭和63年の北九州市立八幡病院事件<sup>107)</sup>においては、伊藤裁判官の「補足意見」が付され<sup>108)</sup>、そこでは、より具体的に、「医療水準は、医師の注意義務の基準となるものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行とでもいべきものとは異なるものであり、専門家としての相応の能力を備えた医師が研さん義務を尽くし、転医勧告義務をも前提とした場合も達せられるあるべき水準として考えられなければならない」とした後、次のように述べる。

「このような医療水準は、特定の疾病に対する診療に当たった医師の注意義務の基準とされるものであるから、当該医師の置かれた諸条件、例えば、当該医師の専門分野、当該医師の診療活動の場が大学病院等の研究・診療機関であるのか、

104) このことは、坂出市民病院事件（最判昭61・5・30裁判集（民）148・139）においても同様であった。

105) これについて、米田泰邦『医療行為と刑法』（1985年）110頁参照。なお、この事件の第1審岐阜地裁判決に対する医学界の反発は大きく、その後の医療水準論は、医療側の主導で認められていったという（山口・前掲早稲田法学会誌47巻370頁）。

106) 山口齊昭『『医療水準論』の形成過程とその未来——医療プロセス論へ向けて——』早稲田大学法学会誌47巻（1997年）361頁以下参照。

107) 最判昭63・1・19裁判集（民）153・17。

108) この見解の基礎とされたのは、中谷瑾子・判例評論286号193頁で展開された医療水準の相対化論であったという（岡林・判例タイムズ1178号191頁）。



それとも総合病院，専門病院，一般診療機関などのうちのいずれであるのかという診療機関の性格，当該診療機関の存在する地域における医療に関する地域的特性等を考慮して判断されるべきものである。右のようにいうべきものとすれば，特定の疾病に対する有効かつ安全な新しい治療法が一般に普及して行く過程において，右治療法を施す義務ないしは右治療法を施すことを前提とした措置を講ずる義務又は転医勧告義務の存否が問題とされる場合には，例えば大学病院等の研究・診療機関においては右治療法を施すこと等が義務とされても，一般の診療機関においては自ら右治療法を施すこと等が義務とされないのはもとより，右治療法を施すために大学病院等への転医を勧告することも義務とはされない段階など，診療機関の性格等前記の諸条件に応じて種々の段階を想定することができるのであって，前記の諸条件を考慮することなく，右治療法を施すこと等が義務であるか否かを一律に決することはできないものといわざるをえない。この意味において，医療水準は，全国一律に絶対的な基準として考えるべきものではなく，前記の諸条件に応じた相対的な基準として考えるべきものである」。

その後，最高裁は，平成7年の姫路日赤病院未熟児網膜症事件判決<sup>109)</sup>において，最善の義務を尽くすことを必要としつつ，医療水準が，医療機関ごとに異なり，「新規の治療法に課する知見が当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており，当該医療機関に置いて右知見を有することを期待することが相当を認められる場合には，特段の事情の存しない限り，右知見は右医療機関にとっての医療水準であるというべきである」として相対説に立ち，さらに，平成8年の最高裁の腰椎麻酔剤ペルカミンS事件<sup>110)</sup>においては，「平均的医師が現に行っている医療慣行とは必ずしも一致するものではなく」，「医療機関に要求される医療水準に基づいた注意義務」を尽くす必要があるとして，麻酔剤の能書（貼付文書）に記載されたとおりに血圧測定をしなかったことにつき過失を認めた。

109) 最判平7・6・9民集49・6・1499＝判時1537・3。第1審（神戸地判昭63・7・14民集49・6・1540），第2審（大阪高判平3・9・24民集49・6・1578）が医師の責任を否定したのに対し，危険防止のために経験上必要とされる「最善の義務」を尽くす義務を認めた。岡林伸彦「各論⑤〔判例分析〕42」判例タイムズ1178号（2005年）190頁以下参照。

110) 最判平8・1・23民集50・1・1。

(4) 刑事事件における医療水準と医療の裁量性

医療水準が、医学と医療実務の承認された一般の基準であるにもかかわらず、医療の個人性ないし個別性が考慮されるべきことは、治療の自由のコロラリーである。先に述べたように、医療水準が、医師の裁量を排除するわけではない。むしろ、医療水準とは、抽象的・画一的・固定的なものではなく、具体的・個別的・流動的で相対的なものである。しかし、医療水準の相対性が行き過ぎると、その概念が細分化され空洞化し、その概念の有用性自体が疑われることにもつながると指摘されている<sup>111)</sup>。

この問題は、刑事判例において、医療水準と医師の裁量というテーマで議論されている。後に「現在の医療水準」に関して検討する骨折治療によるフォルクマン拘縮の発生による手指や腕の成長・機能に傷害をもたらした事案における昭和53年の判決<sup>112)</sup>ですでに、医師の裁量の範囲にあることを過失否定の一つの理由としているが、ここでは、まず、昭和55年の宮崎地裁延岡支部の虫垂炎切除事件の判決<sup>113)</sup>を採り上げよう。

(a) 宮崎地裁延岡支部虫垂炎切除事件

(i) 事実 被告人は内科医であったが、急性虫垂炎の患者Aの腹部を切開してその虫垂を切除するための手術をするにあたって、虫垂患部を探索するに際し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）を虫垂であると即断、誤認し、これを切開創下に移動させて視野に入れながらも右部位が真実虫垂であるか否かを十分確認せず、当該部位を剝離切除し、右大腸壁の一部を欠損させたのに、これを放置したままで手術を終え、手術後、Aが左下腹部の

111) 新美育文「医師の過失」法律論叢71巻4=5号79頁，加藤良夫（編著）『実務医事法講義』117頁（上田正和・執筆）。小西知世・医事法判例百選149頁参照。

112) 東京高判昭53・11・15刑月10・11=12・1390（第1審=浦和地判昭52・3・28刑事裁判資料233・469）参照。本件民事判例として、浦和地判昭53・4・31判タ366・311。本判決については、橋本雄太郎・医事法判例百選184頁，荻原由美恵「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）29頁以下参照。

113) 宮崎地延岡地判昭55・8・27判タ678・56。評釈として、石原明「虫垂炎手術時の大腸切除事件」医療過誤判例百選（第2版・1996年）40頁以下，なお、これについて、小林公夫「医療水準と医療の裁量性」法律時報80・12・71頁以下参照。

痛みを訴え、あるいは高熱頻脈が持続昂進し、翌朝には、腹膜炎を併発し緊急開腹手術を要する症状となっていたのに、診察や諸検査及び緊急開腹手術等の適切な処置を行わず、Aを右汎発性腹膜炎により死亡させた。

(ii) 判決 「事実認定の補足説明及び量刑の事情」において、「被告人は『盲腸のX』との世評を得ていたが、これは、虫垂炎の手術に際し、腹部切開手術によ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ようと企図して、腹部切開創を他の医師が通常行なう場合の約半分（長さ2センチメートル）に停める方法を取り、これが成功を納めたことによるものであった」としている。「このような方法は、創口が小さいために手術野が狭くなり、手術部位の確認等が困難になり勝ちで、通常の方法に比し医療事故の危険が増大するのであって、医家向けの専門書等では厳に慎しむべきこととされている」という。すなわち、これを医療水準というなら、「医療水準」を逸脱しているというのである。被告人の「誤認の原因」はここにある。しかし、判決は、結論的には、「専門医として相当の技量と経験の持主であると認められる被告人が、腸壁を虫垂と誤認していることに気付かないというようなことは、やはり常識では考えられないこと」であるとして、被告人が正常な判断が困難な「肉体的、精神的状況」にあったことをその間接的な原因とする<sup>114)</sup>。

本件においては、まず、専門書からの逸脱<sup>115)</sup>が、医療水準に反していると

114) 判決では、「そのような注意力の緊張を失なわせた事情」とは以下のごとき状況である。「被告人は、昭和53年末ころから手の震るえや不眠を訴え、夜間にウイスキーの普通びんを3、4日で空ける程度に飲酒し、就寝前には誘眠のために精神安定剤を常用していたこと、更には昭和54年8月ころには、それまで勤務していた看護婦が全員一挙退職し、その後は、日々仕事に不慣れな看護婦の介助による手術等を強いられたばかりか、午後10時ころまで医療事務の仕事もしなければならず、これらの諸事情が重なって、事件当時は相当に疲労していたこと、それにもかかわらず、事件当日の午後、右のような被告人の状況に照らせば相当に無理を伴うと思料される3件（いずれも虫垂炎の患者）の手術を予定し、加えて、第1例の手術が虫垂の癒着等の事情から1時間以上に及び、本件の手術についても容易に虫垂患部を発見できず手術が長びき、更に、もう1件の手術と、その後の外来患者の診察が予定されていたこともあって、被告人には、本件手術を早く終えたいとの焦りがあつたこと」が認められる。

115) 「体系書の中に記載され、一般臨床医の間に十分な知識の普及がみられるとき、過失判断基準として医療水準は形成される」という（中谷瑾子・判例評論286号21頁、25頁参照）。

考えるべきなのかどうかについても、何も述べられていない。また、医療水準からの逸脱自体が、「過失」ないし「注意義務違反」を根拠づけるかどうかについても何も述べていない。ただ、専門書からの逸脱は、虫垂と大腸の一部との誤認の原因でもあるとして、さらに、その誤認の背景を量刑事情としているのである。患者の苦痛をできるだけ緩和し、回復も早い術式は治療の進歩の重要な部分でもあり、被告人は、すでに、「多年に亘り一万例以上の虫垂炎の手術」を行ってきた。したがって、本判決が、そもそも一般の医師が行う術式を医療水準としたのかどうか、または、本件において、医療水準からの逸脱自体を注意義務違反としなかったことは、たんに多くの医師が行っているのが、「医療水準」ではなく、または医療水準からの逸脱をすべて医療過誤となしていないことを示している。

これにつきさらに明確に、平成20年の福島地裁のいわゆる大野病院事件判決<sup>116)</sup>では、医学的準則に反するとして業務上過失致死罪で起訴した検察官の主張を退け、無罪と判示したことで、医療水準ないし医学的準則の内容につき多様性を排除しないものとされた。

(b) 福島地裁大野病院事件

本件は、医師である被告人が、患者に対して帝王切開手術を行った際、子宮に癒着していた胎盤を切り離れたところ、多量に出血し、患者が死亡したという2004年に発生した業務上過失致死、医師法違反事件であるが、本件判決においては、検察官が主張するような、癒着胎盤であると認識した以上、直ちに胎盤剝離を中止して子宮摘出手術等に移行することが本件当時の医学的準則であったと認めることはできないし、被告人に、具体的な危険性の高さ等を根拠に、胎盤剝離を中止すべき義務があったとも認めることはできず、被告人による胎盤剝離の継続が注意義務違反に反することにはならないとし、無罪を言渡したものである。

判決では、一方では、三人の医師の鑑定ないし証言から、大学病院や地方病

116) 福島地判平20・8・20 LEX/DB = 季刊刑事弁護57・185。平岩敬一「業務上過失致死・医師法違反被告事件（大野病院事件）——医療の専門的知識を有しない捜査機関による不当な逮捕・起訴」季刊刑事弁護57号111頁，手嶋 豊「大野病院事件を読んで」年報医事法学25号23頁以下。本判決における医療関連死の届出義務違反との関係については、別稿で論じる。

院などの臨床現場の標準的な医療措置をくみ取り、他方で、医学文献における医療措置の概要を摘出し、これを突き合わせると、「臨床における医療措置と医学文献の記載から読み取ることができる医療措置とが必ずしも一致しない部分があり、まさに、本件のような用手剥離開始後に癒着胎盤であると判明した場合に剥離を中止して子宮摘出を行うべきか否かについて、記載、見解が分かれている」とする。

そこで、検察官が、「癒着胎盤であると認識した以上、直ちに胎盤剥離を中止して子宮摘出手術等に移行することが本件当時の医学的準則であり、本件において、被告人には胎盤剥離を中止する義務があったと主張する」点については、判決は、この検察官の主張を採用できないとする。その理由の一つが以下の通りである。

（理由）「臨床に携わっている医師に医療措置上の行為義務を負わせ、その義務に反したものには刑罰を科す基準となり得る医学的準則は、当該科目の臨床に携わる医師が、当該場面に直面した場合に、ほとんどの者がその基準に従った医療措置を講じていると言える程度の、一般性あるいは通有性を具備したものでなければならない。「なぜなら、このように解さなければ、臨床現場で行われている医療措置と一部の医学文献に記載されている内容に齟齬があるような場合に、臨床に携わる医師において、容易かつ迅速に治療法の選択ができなくなり、医療現場に混乱をもたらすことになるし、刑罰が科せられる基準が不明確となって、明確性の原則が損なわれることになるからである」。

結局、結論として、本判決は次のようにいう。「以上によれば、本件において、検察官が主張するような、癒着胎盤であると認識した以上、直ちに胎盤剥離を中止して子宮摘出手術等に移行することが本件当時の医学的準則であったと認めることはできないし、本件において、被告人に、具体的な危険性の高さ等を根拠に、胎盤剥離を中止すべき義務があったと認めることもできない。したがって、事実経過において認定した被告人による胎盤剥離の継続が注意義務に反することにはならない」。

本判決では、臨床における医療措置と医学文献の記載が齟齬し、また、具体



的に本件の事案について、癒着胎盤であると判明した場合に剝離を中止して子宮摘出を行うべきか否かについて見解が分かれているとき、医療水準はどのようなものでなければならないかについては、その医療措置が「一般性あるいは通有性」を有するものであることを要求している。一般性・通有性を有しない医療慣行に従わなかったとしても注意義務違反はないとする。このことは、対立する慣行や見解がある場合には、必ず医療水準としての「一般性・通有性」が否定されるということの意味しないであろう。したがって、これが、医療水準の具体性・個別性と矛盾するわけではない。

## 5. 医療水準論における判断基準

このようにして、医療水準の概念は、一般性・通有性を維持しながらも、具体的・個別的であり、医療の多様性<sup>117)</sup>を排除しない。むしろ、それは、治療方法の自由という医療の進歩・発展を支える理念を基礎にしたものであることが、その判断基準を具体的に考察する場合の基礎であるといわなければならない。わが国の判例において展開されてきた「医療水準」論における判断基準の要素について以下で具体的に考察しておくことにしよう。

### 1. 医療水準と医療慣行

医療慣行とは、臨床の現場において、平均的医師の間で広く慣行的に行われている方法を指す<sup>118)</sup>。先に引用したように、東大輸血梅毒事件判決において、そのような慣行は、過失の軽重と程度を判定する際に参酌されるべき事項であるにとどまるとして、慣行に従っているからといって直ちに注意義務が否定されるものではない<sup>119)</sup>とされたが、これは、医療慣行に従っていたとしても医療水準に従ったとはいえないとするものである<sup>120)</sup>。さらに、医療慣行につい

117) 小林公夫・前掲法律時報80巻12号74頁参照。

118) 金光秀明「医療水準と医療慣行」秋吉仁美『医療訴訟』220頁、小西知世・医事法判例百選149頁参照。

119) 前掲最判昭36・2・16。

120) 医療慣行と医療水準については、さらに、西野喜一「医療水準と医療慣行」大ノ



では、最高裁は、前述のように、平成8年の判決において、医薬品の添付文書に記載された2分間隔で血圧を測定すべきか、それとも5分間隔で測定すれば足りるという医療慣行に従えば足りるかが争われた腰椎麻酔剤ペルカミンS事件につき、「医療水準は、医師の注意義務の基準（規範）となるものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行とは必ずしも一致するものではなく、医師が医療慣行に従った医療行為を行ったからといって、医療水準に従った注意義務を尽くしたと直ちにいうことはできない」とし<sup>121)</sup>、医療慣行に従って5分間隔で血圧を測定した医師に過失を肯定した。このように、判例によれば、医療慣行は、医療水準を表すものではない。

## 2. 専門医の知識と経験

一般的には、「慎重で思慮深い当該社会生活圏に属する人」が、その状況においてとるべき行為が、なすべき行為の判断の基準である。医療行為においては、具体的には、それぞれの専門分野の「経験を積んだ医師の水準」が基準となる。「水準」とは、「その治療の時点で医療実務と経験において実証され、自然科学的認識に従って保障された、平均的能力をもつ専門医に要求される知識と能力という基準」である<sup>122)</sup>。「専門医にあてはまる水準」とは、形式的にその医師が専門医でなければならないということを意味するものではない。その医師が、一定知識と経験の水準を持たなければならないということを意味するのであって、そのことを「専門医の水準」というのである<sup>123)</sup>。この基準は、二本の柱からなる。一つは、科学的に裏付けられた認識と経験であるということである。これは、いわば「医学的基準」である。もう一つは、医療実務でこ

＼田幸夫編『新・裁判実務体系1 医療過誤訴訟法』（2001年）113頁以下、石井麦生「過失論」小山 稔・西口 元編集代表『専門訴訟体系1 医療訴訟』（2007年）17頁以下。

121) 前掲最判平8・1・23民集50・1・1。

122) *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 18.

123) *Schroth*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Behandlungsfehren, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 3. Auflage, S. 84.

の知識の水準が承認されていることである。すなわち、「実践的基準」である<sup>124)</sup>。「医療水準」とされるためには、この両条件がそろわなければならない。この水準は、行政官庁の発する医療に関する「行政指針」(Richtlinie)とは異なり、また、医師会などの「ガイドライン」(Leitlinie)ないし「勧告」(Empfehlung)とは異なる。これらは、医学的認識水準をまとめて宣言的に伝達したものにすぎない。決定的な基準は、医学的「水準」である。

その意味で、一般に承認されていない、安全度に確信がない新規の治療方法を採用する場合には、注意義務違反となりうる。静岡地裁は、その刑事判例において、医師は「現代の医学が病理的にも、臨床的にも、一般に認めて誤りのないとする措置をとり、また、これまで自ら臨床経験をしたこともない新規な措置をとるには、あらゆる医学的調査研究及臨床試験を行った結果、それが診療に必要で、適当な措置であり、しかも生命、身体に危険な事態を引き起こさないことを確認しなければならない」とし、その危険を恐れなくて、敢えて異例の診療上の措置をとることは回避しなければならないというのである<sup>125)</sup>。

### 3. 医療機関等の現状に応じた医療水準

#### (1) 諸般の事情の勘案

わが国においては、民事判例ではあるが、前掲の未熟児網膜症事件に対する最高裁の判決<sup>126)</sup>において、客観的注意義務違反の注意義務の基準としての「医療水準」について、それを「診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である」とし、未熟児網膜症の防止のため光凝固法を実施するのが、当時の医療水準であったかが争われた事件で、医療水準を一律・一義的なものではなく、医療機関の性格等諸般の事情を勘案して決定すべきとした。それによれば、「疾病の専門的研究者の中でその有効性と安全性が是認された新規の

124) 稲垣 喬「医療水準の意義と機能」判タ503号48頁参照。

125) 静岡地判昭41・6・24下刑集6・11=12・1276。中村 哲・前掲判タ825号14頁参照。

126) 前掲最判平7・6・9民集49・6・1499。医事法判例百選65。

治療法が普及するには一定の時間を要し、医療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性、医師の専門分野等によってその普及に要する時間に差異があり、その知見の普及に要する時間と実施のための技術・設備等の普及に要する時間との間にも差異があるのが通例であり、また当事者もこのような事情を前提として診療契約の締結に至る。」「……医療水準であるかどうかを決するについては、当該医療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮すべきであり、右の事情を捨象して、すべての医療機関について診療契約に基づき要求される医療水準を一律に解するのは相当でない」。ここでも医療水準は、一律にではなく、「諸般の事情」の考慮によって類型的・個別的な一般性を要求している。

## (2) 転医義務ないし転送義務

(i) 民事事件における転医義務 転医・転送義務については、すでに、未熟児網膜症に関する昭和60年の最高裁判決<sup>127)</sup>において、院外の他の専門医の診療を受けさせる措置を取らなかったことの過失に言及している。また、上記の最高裁の平成7年の判決で、医療水準が医療機関の特性、その所在地における類似の医療機関での当該治療法が相当に普及しているかなどを考慮するとしており、さらに、「新規の治療法実施のための技術・設備等についても同様であって、当該医療機関が予算上の制約等の事情によりその実施のための技術・設備等を有しない場合には、右医療機関は、これを有する他の医療機関に転医をさせるなど適切な措置を採るべき義務がある」として、医師に患者の転医義務を認めている。

この事件は、大阪高裁に差し戻され、差し戻し審<sup>128)</sup>では、光凝固法の普及につき、昭和49年当時、この事件の発生した兵庫県では未熟児に対する眼底検査も、光凝固法も公立病院では相当に普及していたとして、これを「医療水準」として医師の義務違反を肯定し、損害賠償責任を認めた。医師は再上告したが、

127) 最判昭60・3・26民集39・2・124。評釈として、稲垣『医事訴訟理論の展開』262頁以下参照。

128) 大阪高判平9・12・4判時1637・34。

最高裁<sup>129)</sup>は棄却した。

医師が、その医療機関で医療水準を充たす医療ができないとき、他の適切な医療機関での受診を勧める転医勧奨は、説明義務の内容をなす<sup>130)</sup>。当該の医療機関が、医療水準を充たさない治療しかできない場合には、他の医療機関への転送義務を認めたのが、前記判決である。このような転医義務を認めた下級審の民事判例は、この最高裁判例以前にも多数存在する<sup>131)</sup>。平成15年の判決で、最高裁は、開業医に他の高度な医療機関への転送義務を認め、これを怠ったことに過失を認めている<sup>132)</sup>。転医義務の生じる条件としては、① 物的設備が不十分な場合、② 人的体制が不十分な場合、③ 医師の対応能力が不十分な場合が挙げられる<sup>133)</sup>。

(ii) 刑事事件における転医義務 転医義務を考察した刑事事件としては、名古屋地判平19・2・27判タ1296・308がある<sup>134)</sup>。問題となったのは、説明義務違反ではなく、実際に当該病院での医療が困難な場合の転送義務である。

(事実) 被告人産婦人科医師が、妊娠37週のB(31歳)に対する分娩介助を行うにあたり、陣痛を誘発して早期に分娩させるべく、Bに対し、いずれも陣痛誘発剤を投与したところ、胎児に徐脈傾向が見られ、胎児仮死が懸念されたことから、Bの分娩を早めるため、急速遂娩法であるクリステレル法及び吸引分娩法を施したところ、Bが男児を分娩し、その際子宮頸管裂傷を負った。被告人は、Bの分娩直後の時点において、内診や視診を十分に行わなかったため、分娩時に

129) 最判平10・12・17判例集未登載。

130) 説明義務の内容としての転医勧奨義務については、「医師の説明義務」に関する別稿(61巻6号38頁以下)、開業医への転送義務については「医療過誤と刑事組織過失」(1)に関する別稿(62巻3号掲載予定)を参照。

131) 比較的初期のものを挙げておくと、福岡高判昭55・5・13判時980・93、福岡地小倉支判昭55・6・5判時998・90、松江地判昭55・7・16判時1004・106、大阪地判昭55・12・20判タ429・72、佐賀地判昭57・5・14判タ477・186、京都地判昭58・5・27判時1094・88等である(西野喜一・判タ686・85頁以下参照)。

132) 最判平15・11・11民集57・10・1466=7判時1845・63、医事法判例百選68。

133) 小池 泰・医事法判例百選151頁参照。

134) 判例紹介として、日山恵美「高次医療機関へ転送したとしても、分娩後に出血性ショック状態に陥った患者の死亡結果を確実に回避できたと認めるには合理的な疑いが残るとして過失が否定された事例」年報医事法学25号108頁。

Bが負った子宮頸管裂傷を見落とし、その後、助産師のCから新たな出血がBに認められた旨の連絡を受け、Bに対する診察、治療を再開し、同日午後6時16分ころ、膣鏡を用いた内診や視診を行った際も、十分な視診を行わなかったため、再びBの子宮頸管裂傷を見落とし、そのころ新たに認められた多量の出血により、Bが、出血性ショック状態に陥っているのが明らかな状態であったから、直ちに、出血量に応じた輸液措置を講じて血圧の回復を図るとともに、以後も出血が継続する事態に備えて、予め輸血用血液を手配すべきであったにもかかわらず、Bに対して十分な輸液措置を講じず、さらに、その後もBの出血部位が発見できず、Bの出血状態を回復するための措置を講じることができなかつたのであるから、直ちにBを高次の病院に転院させるべきであったのに、転院等の措置を講じなかつた過失により、Bを子宮頸管裂傷による出血性ショックにより死亡させた。

(判旨) 判決では、①子宮頸管裂傷を見落としした過失は、子宮頸管裂傷の存在に合理的疑いが残ることから認められず、②輸液・輸血措置を怠った過失は、当該措置によって確実に被害者の死亡を回避することができたとは認められないことから否定されるとした上、さらに、③「被告人に午後6時16分の時点でBを高次医療機関に転送すべき刑法上の義務があり、その義務を怠ったことからBに死亡という結果が発生したといえるか」という転送義務について検討する。そして、さまざまな証人の意見に考察を加えた後、結論としては、「仮に被告人が午後6時16分の時点でBを高次医療機関に転送する手続をしていたとしても、Bを確実に救命できたと認めるには合理的な疑いが残る。したがって、被告人に午後6時16分の時点でBを高次医療機関へ転送すべき刑法上の注意義務があったとは認められない」として、結局、被告人を無罪とした。

この判決では、転送義務があったとして、その義務を尽くしていたとしても、確実に救命できていたとはいえないから、結局、転送の注意義務があったとは認められないというのであるが、これは、ここで展開してきた見解によると、危険創出連関としての注意義務違反はあったが、それが結果に現実化しておらず、危険実現連関を欠くとしたものと解釈できる。すなわち、転送義務があったとしてもその転送義務を守っていたとしても、結果は発生していたであろうというのであるから、転送義務という規範は、結局、結果発生防止という目的の達成には役に立たず、それが、事後的にみると、結果の危険を増加させた

とはいえないから、客観的帰属の要件としての「危険増加連関」<sup>135)</sup>に欠けるといっているのである。

#### 4. 現在の水準

専門医の医療水準とは、現在の水準でなければならず、過去のすでに古くなった水準では不十分である。これにつき、ドイツとわが国の判例を検討しておこう。

##### (1) 現在の水準に関するドイツの判例

デュッセルドルフ上級ラント裁判所の判決<sup>136)</sup>の事案では、患者は、第2子を望んでいたが、代赭石 (Röteln) を予防するため予防接種をしてもらおうとした。そのため実施された代赭石の検査では、その当時 (1978年) に通用していた「母親のためのガイドライン」では予防接種を必要としない程度の値を示した。患者の1980年に生まれた娘は、重い代赭石胎児病 (Rötelnembryopathie) の典型的症状を示した。患者は、専門医を、妊娠の看護の際にそれ以上の措置をとり、とくにテストの値をさらに解明しなければならなかったであろうという理由によって提訴した。これに対して産婦人科医は、「連邦医師および保険委員会」が基準とし、その当時通用していた (1974年12月16日の) 「母親のためのガイドライン」を援用し、それに従えば、患者の十分な免疫状態が備わっているかどうかを疑わなかったのは適切であったと主張した。

裁判所は、1審も2審も原告の訴えを認めた。婦人科医は、何年も前の古くなった母親のためのガイドラインを信頼してはならなかったといっているのである。次のように述べる。

「鑑定人の説明にもとづいて、婦人科および助産に関する専門医学の当時の学問的認識水準によれば、高い値を示した場合、免疫の状態の解明を行うことは必

135) 危険増加連関については、山中『刑法総論』(第2版) 396頁以下参照。なお、この問題については、「6. 医療過誤における危険実現連関」においてさらに詳しく検討する。

136) OLG Düsseldorf, VerR 1987, 414.



要であった。鑑定人が述べるように、すでに1979年に婦人科および助産に関する専門文献の値が疑問であることは発見できた。それによって、代赭石の疑いのある場合には、胎児の危殆化を十分確実に排除するために、さらなる措置をとる必要があることが明らかになっていた<sup>137)</sup>。

本判決は、医療水準が現在の医療の水準を意味し、過去のものでは足りないとするものである。しかし、わが国には、医療行為の時点の現在の水準でなければならないとするものがある。

## (2) 「現在の水準」に関するわが国の刑事判例

### (1) 豊胸術肺塞栓死事件（東京地裁昭和47年判決）<sup>138)</sup>

わが国における美容整形術に際して肺塞栓による死亡の結果を予見できなかったとして、医師の業務上過失致死の責任について否定した判例において、行為当時の医療水準に従うべきであるとしたものがある。事案と判例は、以下の如くである。

（事実）美容整形を主とする医療に従事していた医師甲は、患者Aから依頼を受け、豊胸術を施術するにあたって、ワセリンを主体とする補てん液を乳房底部の乳腺下結合組織内に注射器により注入したが、看護師からマッサージを受けている途中で気分が不快になり、吐き気、胸部に苦痛を訴え、死亡した。死因は、肺の小動脈および毛細血管内にワセリンが充てんされたことにより、両肺に生じた塞栓症であった。

これにつき、東京地裁は次のようにいう。

（判旨）ワセリン液注入量の判定を誤った点につき「被告人の行っていた豊胸術の方法はワセリンの注入量を判定する客観的な基準がなく、施術者の経験と勘に頼ってその量を判定するものであって、本件のごとき被術者の死亡事故が発生した以上、結果から遡って判断すれば、施術者の経験と勘だけに頼る注入量の判定方法では人体に生命に対する危険をはらむことが明らかになったというべきで

137) Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 21.

138) 東京地判昭47・5・19刑月4・5・1007。評釈として、町野 朔「豊胸術による肺塞栓死の予見可能性」医事法判例百選139頁。

あるが、本件の死亡事故が起きるまで過去に前記のように長期にわたり多数の床例を重ねて豊胸術を行ない、その間一度もワセリンの注入量が許容限度をこえなかったと思わせる、本件のごとき事故が生じなかったとすれば、被告人が通常の場合にしがたい通常の方法により注入量を決定し、それについて、組織断裂の危険を全く予測しなかったとしても無理もないといわねばならない。

「美容整形術も、人々のもつ精神面の不満を解消することを目的とするもので、社会的に有用なものとしてその存在価値を認められるべき広義の医療行為に属すると解されから施術当時の美容整形医一般の技術水準に照らし、あるいは自己または同業の積み重ねた研究成果や他数の経験に照らして、学問的技術的能力をもつ医師一般の目から観察して危険でないといわれる手段、方法により施術が行われたときは、たとえ、後日において予測されなかった危険を伴うことが判明したとしても、その手段、方法を採用したことに刑事責任を負わしめる根拠としての過失を認めるべきではないと解される」。

本判決は、豊胸術も社会的に有用なものとして、その技術水準に照らし危険でない手段・方法による場合には、医師の刑事責任は否定されるとした。美容整形手術が、治療行為かどうかについては疑問がないわけではないが<sup>139)</sup>、本判決では、これを明確に「広義の医療行為」としている。本判決では、「施術当時において予測されなかった危険を伴うことが判明したとしても」過失を認めるべきでないとしているが、豊胸術によるショック死の事例では一般の注射器を使用してワセリンを注入した場合に、針先のとがっていない「生命に危険のないような方法」を用いるべき注意義務に対する違反を認めて業務上過失致罪を肯定したもの<sup>140)</sup>、美容のために顔面にストロンチウム90による放射線を過量照射して瘢痕を生じさせた行為に業務上過失傷害罪を認めたストロンチウム美容治療傷害事件<sup>141)</sup>などがあり、過失が肯定されているものが少なくない。平成に入ってから判例には、無免許医が、フィリピン女性二人に対

139) これについては、別稿として予定している「身体・死体に対する侵襲」を参照。

140) 渋谷簡略昭 39・7・28 飯田・研究90頁 = 医療過誤判例体系594頁。町野・医事法判例百選139頁参照。825号14頁参照。

141) 大阪高判昭 41・6・29 高刑集 19・4・407, 医事判例百選52頁参照。中村 哲・判夕。

し豊胸手術を施術し、手術侵襲および麻酔薬注入によるアレルギー反応によってショック死させた事例に傷害致死罪を認めたものもある<sup>142)</sup>。これは、美容手術には治療行為性を欠くことが結論に影響を与えているとも思われるものでもある。本判決は、さらに、美容整形手術のときの医療水準に従っておれば、裁判時の水準に従う必要はないとするものであって、その点で、手術時に、過去の医療水準に従っていたというドイツの判例の場合とは事案は逆である。しかし、いずれにせよ、医療行為時の「現在の医療水準」が基準となる点では一致している。

(ii) フォルクマン阻血性硬縮事件判決（東京高裁昭和53年判決）

さらに、フォルクマン阻血性拘縮の予見可能性について、「現在の医療水準」に照らして判断した東京高裁の判決<sup>143)</sup>がある<sup>144)</sup>。

（事実） 整形外科医である被告人は、2歳の患者Xを上顎骨顎上骨折と診断し、垂直牽引療法を開始したが、その療法には動脈性血行障害によりフォルクマン阻血性拘縮と呼ばれる前腕筋組織の壊死等をもたらす可能性があるのに、その発生しないし悪化を防止する業務上の注意義務を怠り、左手指、左前腕等の成長および機能障害の傷害を負わせた。原審<sup>145)</sup>は、Xが症状をよく監視しない過失により適切な治療を怠ったとして、業務上過失傷害罪の成立を認めた。控訴審たる東京

142) 東京高判平9・8・4高刑集50・2・130。本判決では、「被告人は、A〔被害者〕の鼻部と左右乳房周囲に麻酔薬を注射し、メス等で鼻部及び右乳房下部を皮切し、右各部位にシリコンを注入するという医行為を行ったものであること、などの事実が認められ、右各事実に徴すると、被告人がAに対して行った医行為は、身体に対する重大な損傷、さらには生命に対する危難を招来しかねない極めて無謀かつ危険な行為であって、社会的通念上許容される範囲・程度を超えて、社会的相当性を欠くものであり、たとえAの承諾があるとしても、もとより違法性を阻却しないことは明らかであるといわなければならない」とする。甲斐「被施術者の承諾と豊胸手術の違法性」年報医事法学14号122頁、三浦 守「美容整形手術により死亡した被害者の承諾について」研修608号15頁。

143) 東京高判昭53・11・15刑月10・11=12・1390。医事法判例百選83。

144) なお、本件の民事事件判決として、浦和地判昭53・3・31判タ366・311。民事事件において、阻血徴候の看視を怠ったことに医師の過失認めたものとして、仙台地判平13・4・26判時1773・113参照。

145) 浦和地判昭52・3・28刑月11=12・1391。

高裁は、原判決を破棄し、Xを無罪とした。

(判旨) まず、病状監視義務の懈怠を否定した後、「①骨折の場合には、疼痛および腫脹は程度の差はあれ常に随伴する症状であり、たとえそれが強度のものであったとしても、多くの場合はフォルクマン拘縮にならずに治ゆしており、右症状が結果からみてフォルクマン拘縮の前駆症状ないし初期症状であったと判断される場合であっても、そのことから直ちに、その症状が発現した時点において、拘縮の発生を確実に予見することは非常に困難であること、②垂直牽引療法自体は、血流の障碍となる骨折による骨の転位を矯正する療法であって、……一般に是認されているものであり、……弾力包帯を巻くことにより血流が阻害され得るとしても、一時的にせよこれを解くことは骨折に対する治療を放棄することにほかならないこと」、そして、③「フォルクマン拘縮の原因たる血行遮断ないし障碍を除去するための観血療法は、ことに幼児の場合にあっては非常に難しいうえ、危険を伴うものであるから、症状の推移を見守るにとどめるのが、大多数の医師における現実の治療方法であること、④現に、上腕骨顆上骨折に対する豊富な治療経験を有するF医師においても、過去フォルクマン拘縮の発生を懸念される症状に多数出合いながら、これを防止するための観血的療法を施した経験はなく、しかもそれにもかかわらず、同人が治療を担当した患者にフォルクマン拘縮を起こした例はないこと」等を総合的に判断すると、医師としての裁量の範囲を逸脱した違法不当なものと断定することはできないというのである。

以上によって、結論として、フォルクマン拘縮発生のメカニズムについては医学上未だ解明し尽くされていない上、治療上格別の落ち度がなくても拘縮が発生することがありうるということが認められることからすると、「なお現在の医学水準に照らせば、結果的にフォルクマン拘縮が発生したことから、ただちに担当医師に診療上の過誤があったとすることは、もとより相当でない」とした。

この判決では、違法不当な医療行為かどうかを判断するには、「現在の医療水準」に照らして「医師の裁量の範囲」を逸脱することが必要であると、発生のメカニズムが医学上未解明である症例については、フォルクマン拘縮の前駆症状ないし初期症状があったと判断される場合でも、「そのことから直ちに、その症状が発現した時点において、拘縮の発生を確実に予見することは非常に困難」であって、予見可能性はないとされている。さらに、拘縮の懸念があったにもかかわらず、医師がフォルクマン拘縮の発症を防止するための「特別の

治癒措置」である「観血的療法」を講じなかった点が過失かどうかにつき、幼児の場合はこれを実施することは難しく危険を伴うとして、これを否定している。

(3) わが国の民事判例の展開（最新情報収集義務）

この現在の水準は、さらに、「最新情報」を要求する民事判例につながる。いわゆる皮膚粘膜眼症候群事件とは、精神障害のため精神病院に入院したXが、医師A及びBから入院中に投与された向精神薬の副作用によってスティーブンス・ジョンソン症候群（皮膚粘膜眼症候群）を発症し失明した旨主張して、不法行為又は債務不履行に基づく損害賠償を求めた事案であるが、これに対する最高裁判決<sup>146)</sup>は、医薬品に関する最新情報を収集することを求めている。

（事実）医師らは、「もうろう状態・病的心因反応」と診断されたXの上記スティーブンス・ジョンソン症候群の発症による失明に対して、医薬品添付文書には過敏症状と皮膚粘膜眼症候群の副作用の記載があるにもかかわらず、継続投与した。その結果、Xには退院後も視覚障害が後遺症として残った。原審は、責任を否定したのに対し、最高裁は、これを破棄して差し戻した。

（判旨）「精神科医は、向精神薬を治療に用いる場合において、その使用する向精神薬の副作用については、常にこれを念頭において治療に当たるべきであり、向精神薬の副作用についての医療上の知見については、その最新の添付文書を確認し、必要に応じて文献を参照するなど、当該医師の置かれた状況の下で可能な限りの最新情報を収集する義務があるというべきである。本件薬剤を治療に用いる精神科医は、本件薬剤が本件添付文書に記載された本件症候群の副作用を有することや、本件症候群の症状、原因等を認識していなければならなかったものというべきである。そして、……本件症候群は皮膚粘膜の発しん等を伴う多形しん出性紅はん症候群の重症型であり、その結果として失明に至ることもあること、その発症の原因としてアレルギー性機序が働くものと考えられていたことが認められる」。判決は、これに続いて、「過敏症状の発生から直ちに本件症候群の発症や失明の結果まで予見することが可能であったということはできないとしても、当時の医学的知見において、過敏症状が本件添付文書の(2)に記載された本件症候群へ移行することが予想し得たものとすれば、本件医師らは、過敏症状の発生を

146) 最判平 14・11・8 裁判集民事 208・465。



認めたのであるから、十分な経過観察を行い、過敏症状又は皮膚症状の軽快が認められないときは、本件薬剤の投与を中止して経過を観察するなど、本件症候群の発生を予見、回避すべき義務を負っていたものといわなければならない」とする。

最高裁は、これによって、医薬品の添付文書を確認するだけではなく、「当該医師の置かれた状況の下で可能な限りの最新情報を収集する義務」を認め、それによって投与禁止などの危険防止措置をとる義務を認めた。

## 5. ガイドライン、指針、推奨の遵守と危険創出行為

### (1) ガイドライン

#### (a) ドイツの判例

ガイドライン、指針、勧告を守らなかったことが、直ちに注意義務違反行為の推定につながってはならない<sup>147)</sup>。しかし、学説においては、これが推定されるという見解が唱えられることがある。この推定によって、民事においては挙証責任が転換する。しかし、このような基準が、一過的な性格を有し、常にアクチュアルなものに改訂される必要があり、専門知識として古くなってしまおうという性格をもつことが、このような見解をとりえない根拠であるとされる。ナウンブルク上級ラント裁判所の判決<sup>148)</sup>では次のようにいう。

「まず、AWMF<sup>149)</sup>の指針がその科学的基礎にかかわりなく、その当時たんに医師に対する情報という性格をもち、もつべきであったことは、注意すべきである。それ以上の意味、例えば、実務に携わる医師に対する拘束力のある行為準則としての意味をもつという見解には、少なくとも当時、その正当性に関しても、その質に差があることとそれがアクチュアルであるかどうかをめぐって、議論がとどまることなく反対していた」。

147) *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 25.

148) OLG Naumburg, MedR 2002, 471. Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 25.

149) Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften (仮訳：医学専門学会作業連合会)は、1962年にフランクフルトで設立された160を超える医学会が参加する専門学会の上位団体である。



シュトゥットガルト上級ラント裁判所の判決<sup>150)</sup>も、このような指針違反から導かれた注意義務違反の推定に反対していた。指針に規定された治療の水準の不遵守は、必ずしも不合理な過誤と評価されるものではない。したがって、直ちに、因果関係において、医師に不利に挙証責任が転換されることにつながるという法的意味をもった「重大な」治療ミスであるという要件を充たすものではない。なぜなら、指針に治療規則が取り入れられたことからのみ、その治療措置が基本的な医療水準に属することになり、そしてまた、それを不作為することが医学的に直ちに不合理であるとは、いまだならないからである。

(b) わが国の判例

わが国における「診療ガイドライン」については、近年、民事判例の中で言及される事案が増えている<sup>151)</sup>。これには次のものがある<sup>152)</sup>。

① 東京地判平 16・2・23 判タ 1149・95 平成16年東京地裁判決の事案は、下記の通りである。

(事実) 被告が開設するD大学医学部附属E病院における亡Fに対する待機的心臓経皮的冠動脈形成術 (PTCA) について、被告病院の担当医師らにおいて、① PTCA を施行すべきでなかったのに施行した、② PTCA 施行についての説明義務違反がある、③ PTCA 施行中に手技上のミスにより左前下行枝に穿孔を生じさせた、④ 左前下行枝に穿孔が生じた時点で心のうドレナージを行うべきであるのに怠った、⑤ 左冠動脈主幹部に亀裂が生じた後、直ちにステントを挿入すべきであるのに怠った、⑥ 異常が生じた時点で冠動脈造影を行うべきであるのに怠った、⑦ 経皮的心肺補助装置 (以下「PCPS」という。) を準備・使用すべきであるのに使用しなかった、⑧ 緊急の冠動脈バイパス手術 (CABG) の準備をしていなかったと主張して、亡Fの相続人である原告らが、被告に対し、不法行為 (使用者責任) 又は診療契約の債務不履行に基づき、損害賠償金の支払を求める事案である。

(判旨) 平成16年東京地裁判決によれば、上記の主張のうち、緊急 CABG の

150) OLG Stuttgart, MedR 2002, 650.

151) 手嶋 豊「未熟児網膜症事件」医事法判例百選65, 144頁参照。

152) 東京地判平 16・2・23 判タ 1149・95, 東京地判平 16・2・2判タ 1176・243, 名古屋地判平 15・11・26 判時 1883・78, 大阪地判平 15・9・8判タ 1187・292 など。

準備を怠った過失・債務不履行があるか否かという争点に関して、厚生労働大臣が定める PTCA の施設基準（「PTCA 施設基準」）が守られているかが問題となった。「本件適応ガイドライン」によれば、心臓血管外科との連携体制について、PTCA 施設基準は、心臓血管外科医による緊急時の対応が可能である体制が整っていることを最低限の基準としているものと解され、適応のある PTCA を行う限りにおいては、心臓血管外科医の立ち会いを得ることは義務であるとはいえない。もっとも、被告病院は PTCA 設置基準を満たしているが、……本件 PTCA は、一般的適応に欠けるところがあったのであるから、心臓外科医の立ち会いを得ることが望ましかったというべきである。しかし、本件 PTCA においては、心タンポナーデの状態であると判断された後は心臓外科医が立ち会っており、被告担当医師らは、その後に生じた亡Fの症状に対して心臓外科医とともに対処しており、緊急 CABG が依頼されてから CABG を実施するまでの対応も、緊急手術としては早い対応がとられたものと認められる（……）ので、本件 PTCA 実施にあたって心臓外科医が立ち会っていたら亡Fの死亡という結果が生じなかったと認めることはできない。したがって、被告担当医師らには、緊急 CABG の準備を怠った過失・債務不履行は認められない。

このようにして、本判決では、PTCA 施設基準違反は認めるが、その違反と結果との因果関係が否定されている。

② 東京地判平 16・2・2 判タ 1176・243 この事案では、「心臓ペースメーカー植込みに関するガイドライン」によって、ペースメーカー埋め込みが、手術の絶対適応であったか否かが争点となった。

（事実） J 大学の開設する病院において、完全房室ブロックと診断されて、ペースメーカー植込み手術を受ける必要があるとされ、同病院に入院していた患者（C）が、手術予定日の前日に心臓発作を起こして死亡したことにつき、患者の遺族である原告らが、初診後速やかにペースメーカー植込み手術等の治療を行うべきであった、看護態勢等の術前の対応に過失があった、救急救命措置に過失があったなどと主張して、当医師に対しては不法行為に基づき、大学に対しては不法行為（使用者責任）又は債務不履行に基づいて、損害金及び遅延損害金の支払を求めた。

（判旨） 判決は、まず、「心臓ペースメーカー植込みに関するガイドライン」によれば、完全房室ブロックであって、症候性徐脈（症状が徐脈によるものであ

ることが証明されているもの)を伴う場合には、ペースメーカー植込み手術の絶対適応となるが、……Cは、完全房室ブロックであって症候性徐脈を伴う状態にあり、ペースメーカー植込み手術の絶対適応に該当する状態であったといえ、また、速やかに治療を開始すべき緊急性のある状態であったといえるとして、医師と使用者である大学の過失を肯定した。

ペースメーカー植え込みの「絶対適応」である場合に、それを植え込まなかったのは、ガイドライン違反であるが、それは同時に刑法上の注意義務違反となる過誤である。上で見てきたように、わが国の民事判例においては、「ガイドライン」違反があっても結果との因果関係を欠く場合には過失が否定され、絶対適応である場合にはそれが同時に過失犯における注意義務違反として過失が肯定されているものもあるというのが結論である。

## (2) 医薬品添付文書

わが国の民事判例において医薬品の添付文書<sup>153)</sup>に記載された使用上の注意事項に従わなかった場合に、医師の注意義務違反を認めた最高裁判例<sup>154)</sup>がある。

(事実) 7歳のXは、腹痛・発熱を訴え、Aの病院に搬送された。医師は、壊疽性の虫垂炎と診断し、虫垂切除手術を実施することにした。手術のため麻酔をし、執刀を開始した。麻酔剤の添付文書には、副作用とその対策」の項に、注入前に一回、注入後10分から15分まで2分間隔で血圧を測定すべきことが記載されていた。実際には、Aは5分ごとの血圧測定の指示をしていたにすぎなかった。Aが、虫垂を切除しようとした途端、Xは、「気持ちが悪い」と訴え、脈拍も遅く弱くなったので、手術は中止し救急蘇生の措置をとった。いったん心停止に至ったが、心マッサージの結果、心拍数・自発呼吸が回復したが、意識は戻らず、脳機能低下症となり、自宅療養を続けることとなった(後、死亡)。XらからAらを相手に債務不履行または不法行為による損害賠償が請求された。

(判旨) 「医薬品の添付文書(能書)の記載事項は、当該医薬品の危険性(副作

153) 医薬品「添付文書」の記載事項については、薬事法52条に規定されている。記載要領については、平成9年(1997年)4月25日の厚生省の薬務局長通知で「医療用医薬品添付文書の記載要領について」等がある。薬事法研究会編『やさしい薬事法』(第6版・2009年)133頁以下参照。

154) 最判平8・1・23民集50・1・1。医事法判例百選67。

用等)に尽き最も高度な情報を有している製造業者又は輸入販売業者が、投与を受ける患者の安全を確保するために、これを使用する医師等に対して必要な情報を提供する目的で記載するものであるから、医師が医薬品を使用するに当たって当該文書に記載された使用上の注意事項に従わず、それによって医療事故が発生した場合には、これに従わなかったことにつき特段の合理的理由がない限り、当該医師の過失が推定されるものというべきである」。

前述のように、添付文書に記載がなくとも最新の情報を収集する義務をみとめているが、すでに、昭和60年の最高裁判例<sup>155)</sup>によって、添付文書の記載が不十分な場合には問診等によって情報を補充して診断すべきとされている。最高裁判決によれば、「チトクロームCの注射については、それがショック症状を起こしやすい薬剤であり、右症状の発現の危険のある者を識別するには、所論の皮膚反応による過敏性試験は不確実、不十分なものであって、更に医師による本人及び近親者のアレルギー体質に関する適切な問診が必要不可欠であるということが右死亡事故発生当時の臨床医の間で一般的に認められていた、というのである。したがって、……右薬剤の能書等に使用上の注意事項として、本人又は近親者がアレルギー体質を有する場合には慎重に投与すべき旨が記載されていたにすぎないとしても、医師たる原告人としては、ショック症状発現の危険のある者に対しては右薬剤の注射を中止すべきであり、また、かかる問診をしないで、前記過敏性試験の陰性の結果が出たことから直ちに亡Xに対して本件注射をしたことに原告人の医療上の過失があるとした原審の判断は、正当として是認することができ、その過程に所論の違法はない」とする。

添付文書に記載されている事項を順守すれば、医療水準が満たされるわけではない。添付文書で要求されている過敏性試験が深く事実・不十分であることが臨床医の間で一般的に認められていたのであれば、ショック症状を起こしやすい患者につき、さらに適切な問診をし、当該薬剤の投与を控える注意義務が認められるであろう。

## 6. 緊急性等の状況に対応した基準

医師は、緊急の対応を要求される状況において、代替治療の検討を要求することは非現実的であり、状況対応的ではない。手術が緊急を要するものであれ

155) 最判昭60・4・4金融商事法務729・39=裁判集民事144・433。

ば、人員と医療設備についても現実的な可能性を基準にすべきことは当然であろう。その場合、一般の病院では、大学病院や専門病院とは、条件が異なることもいうまでもない。したがって、医療水準を充たしているかどうかの判断には、治療の重大性・緊急性のみならず、病院の種類・性格に応じて相対的に決定されるというべきである。

## 7. 小 括

従来、わが国においては、医療過誤が肯定され、刑事事件として立件され、有罪判決にまで至る事案は、医療水準が問題になるような医学的判断を要するような事案ではなく、単純で分かりやすいミスによるものが多かった。医師の医学的な判断のミスによる誤診や治療の過誤の事案は、起訴に至ることも多くなかった。しかし、最近では、科学的根拠に基づく医療（EBM）の徹底、患者やその遺族の権利意識と病院不信の高まり、医療行為の過程の透明化、カルテの電子記録化、病院内の分業体制と分担責任の明確化と整備などによって、高度な医学的判断を必要とする事案も立件されることが少なくなってきた。他方で、病院組織のリスクマネジメントも貫徹されはじめ、事故や医療過誤を防ぐための機械的チェック体制や電子機器を用いたチェック体制ないし人的組織によるチェック体制の確立も進んできている。さらに、刑事事件処理とは独立に機能すべき、事故や医療過誤が発生した後の事後の事故調査（Incident Reporting）制度<sup>156)</sup>の導入も進められてきている。そのようななかで、どのような事故が、刑事事件として刑事制裁に値するかは、過失犯論における過失の成立要件を満たすかどうか以外にはありえない。その要件において、重要な意味をもつのが、当該医療行為が「医療水準」を満たすかどうかである。

医療過誤事案につき、具体的な医療行為の類型につき、判例・学説が各医療水準をどのように判断しているかについては、本稿では論じることができなかったが、それは別稿の課題である。

156) 2012年2月14日朝日新聞（朝刊）は、厚労省が、医療版事故調査制度化のため第3者委員会を設立するための議論を3年ぶりに再開したという記事を掲載している。

## 7. 医療過誤における危険実現連関

### 1. 過失犯体系における因果関係と客観的帰属

過失犯の構成要件該当性における「危険創出連関」論の医療過誤事案における一基準としての以上の「医療水準論」は、注意義務違反の判断基準であるといつてよい。しかし、過失犯の構成要件該当性は、結果発生にその危険が現実化するという危険実現連関をも満たすことによって初めて充足される。そこで、以下では、医療過誤における危険実現連関の論点に考察を加える。

過失犯における実行行為と結果の間には、因果関係と客観的帰属関係が必要である。その際、因果関係とは条件関係を意味するが、それは、客観的帰属関係の基礎となるにすぎず、創出された危険が当該の発生した結果に実現したといえるには、さらにその関係が限定される必要がある。それが客観的帰属論の役割である。ここではまず、行為と結果の「因果関係」について論じ、因果経過の判断については、一般には「仮定的因果経過」は考慮されないが、不作為犯の因果関係については仮定的因果経過を考慮せざるを得ないことを論じ、次に、過失犯における「注意義務違反」である医療水準に満たない危険な行為とその結果との関係について、結果が注意義務を遵守していたとしても発生していたという場合に客観的帰属が否定されるのか、どのような理由で否定されるのかを論じる。その際、そのような仮定的な判断の判断基準としての「蓋然性の程度」の問題が主要な内容をなす。

### 2. 仮定的因果経過

因果関係の判断において、一般には、仮定的因果経過は考慮されるべきではないとされている。つまり、一般的には、もしその行為がなくても、別の原因から結果が発生していたであろうという事情は、因果関係の否定には結び付かないのである。このことは、もとより医事刑法についても妥当する。

まず、連邦裁判所の2003年11月13日の外出許可事件判決<sup>157)</sup>を紹介しよう。

157) BGHSt 49, 1 ff. = MedR 2004, 86 = NJW 2004, 237 = JZ 2004, 975. 評釈とし



(事実) ある精神病院の責任ある2名の医師が、ある患者(S)をその「犯罪行為に至る高い可能性」が周知のものであり、治療の可能性がなかったにもかかわらず、監視を付けない外出を許可した。患者Sは、その外出を8件の危険な傷害、性的強要を伴った強盗および二つの殺人に利用した。ポツダム・ラント裁判所は、2名の医師を無罪とした<sup>158)</sup>。

連邦裁判所は、これを破棄した。というのは、原審裁判所は、義務違反なしにも結果が発生していたことを考慮して、外出許可の義務違反による過失責任を否定したからである。すなわち、行為者は、脱出防止策が不十分であった病院をいつでも暴力的に脱出することができ、そのとき犯罪を犯すことができたという理由で、原審は、死亡と被害者の負傷に対するありうる因果関係を否定したのである。

(判旨) 連邦裁判所は、この主張を退けた。というのは、原審によって引用される暴力的な脱出の可能性は、明らかに「具体的な行為状況」に属さないからである。脱出には、行為事象の完全に外部に存在する自律的な行為者の意思形成を必要としたであろう。その意思形成を現実化するには、ラント裁判所によって行われた認定によると、十分な具体的な依りどころは存在しなかった。患者Sが暴力的に脱出するという仮定的な可能性の存在が、被告人によって責任をもたれるべき外出の因果関係を排除できないことは、病院の建物の安全性に対する第三者の責任からも証明される。彼の脱出の後に結果が惹起された事案においては、被告人の代わりに、その義務違反的な不作為のために欠如していた精神病院の閉鎖病棟の安全化に対して責任を負った者が、患者(犯人)に自由を与えたであろうといえることになるのである。かくして、被告人によって許可された外出は、結果の原因として排除されるべきではない。

連邦裁判所の判断が正当である。具体的な状況を見無視して外出許可を与えていなかったとしても脱出していたであろうという考慮は、仮定的原因にすぎず、付け加えて考えることは許されないからである。ただし、注意すべきは、条件的な因果関係の発見公式として「あれなければこれなし」という条件公式を用

ゝて、*Roxin, StV* 2004, 485 ff.; *Saliger, JZ* 2004, 977. この判例については、島田聡一郎「患者による殺傷行為についての担当医師の刑事責任——ドイツの判例を素材として」中谷陽二(編集代表)『精神科医療と法』(2008年)320頁以下参照。

158) LG Potsdam, Urteil vom 18. 10. 2003; vgl. *Ulsenheimer, a. a. O.*, S. 253. ロクシンは、第1審判決を「明らかに間違いだ」とする(*Roxin, StV* 2004, 486)。

いるかぎり、一定の条件を仮定的に取り除いて考えてみるという思考操作が不可避であるが、これと仮定的原因の付け加えをどう区別するかという問題である<sup>159)</sup>。この問題の解決の前提として、因果関係の本質は、「合法則的条件の理論」によって説明されるべきであって、条件公式が因果関係の発見に本質的なものではないことを強調しておかなければならない<sup>160)</sup>。さもなくば、真に因果関係を否定すべき場合と仮定的原因を考慮している場合との区別がつきにくいからである。例えば、医師が間違っ手術すべきでない方の脚を手術して、手術が長引き、麻酔下で知られていなかった心臓病によって死亡したが、患者は、正しい脚を手術していても死亡していたであろうという場合<sup>161)</sup>、手術と死亡の因果関係が存在するかどうかは、まず、因果関係の存否の判断において合法則的關係があるかどうかを判断基準として確認されなければならない。もとより、仮定的な代替原因としての正しい脚への手術が同じ結果を惹起していたであろうというために、具体的に行為のときに発生しうる状況が存在するとは言いがたいから考慮すべきではないともいえようが、それも明言できるわけではないであろう。

この意味での条件関係が肯定された後に、さらに、義務違反である誤った方の脚の手術と死亡結果の義務違反連関が、危険の創出があったか、それが結果に実現したかが問われることになる。

### 3. 不作為犯における結果回避の蓋然性

このような仮定的な判断は、不作為犯における因果関係の認定には許される。不真正不作為犯においては、条件関係は、保障人的義務があるときにそれを果たして、作為に出ていたならば、構成要件的结果が発生していなかったかどうかという公式に従って判断されるのであり、それは、「もし救助行為をしていたなら」という仮定的な判断だからである。

159) これについては、山中『刑法総論』253頁以下参照。

160) これについて詳しくは、山中・前掲書262頁以下参照。

161) この例は、Tag, a. a. O., S. 396による。

この不作為の因果関係の認定のための判断は、一般に、もし作為に出ていたなら、「確実に」結果を防止できていたであろうという100%の確率は要求されていない。それは、ドイツでも「確実性に境を接する蓋然性」をもって防止されておればよいと考えられているのである。わが国の判例<sup>162)</sup>によっても、不作為犯においては、作為義務を果たしておれば、「10中8, 9」結果が回避されていたであろうということが、不作為犯の（少なくとも未遂）既遂を根拠づける要件とされている<sup>163)</sup>。

### (1) ドイツの判例

ドイツにおいては、不作為犯における仮定的な作為による結果の回避可能性の程度については、通説・判例における「確実性に境を接する蓋然性」を要求する立場と、ロクシンが主唱者である<sup>164)</sup>が、結果が、「ひょっとすれば発生しなかったであろう」という可能性があり、不作為によって結果発生の危険増加が認定されれば、既遂責任を負わせてもかまわないとする見解（危険増加説）とが対立している。判例は、従来、危険増加論を否定し<sup>165)</sup>、前者の見解に立つことが明白であったが、ウルゼンハイマーは、それが、最近の判例において結果の定義の具体性の問題の操作を通じて後説に近づいていることを批判している<sup>166)</sup>。もし作為義務を果たしていれば、そもそも結果が発生していなかった確率が高いというべきところを、もし作為に出ていれば結果は少し遅く発生していたはずだから、具体的には異なった結果が発生していた確率が高いと言い換えることにより、実質上、危険増加説に近づいているというのである。これを判例によって例証しよう。1980年5月20日連邦裁判所判決<sup>167)</sup>がこれである。この判決は、患者が、腹膜炎を適時発見し治療していたとしても、当該の病気でもともと死んでいたかどうかは、因果関係を肯定するに重要でないとする

162) 最決平元・12・15 刑集 43・13・879。山中『刑法総論』241頁以下参照。

163) 山中『刑法総論』（第2版）241頁以下参照。

164) Vgl. Roxin, Strafrecht AT, Bd. II, 2003, S. 642 ff.

165) Vgl. BGH NStZ 1990, 591; OLG Koblenz, OLGSt § 222 StGB S. 63.

166) Ulsenheimer, a. a. O., S. S. 262 ff.

167) BGH NStZ 1981, 218 mit Anmerkung von Wolfslast.

るものであり、死亡がその違法な不作為がなかったとしたら発生していたであろうよりも、早く発生していたならばそれで十分だとするものである。

(事実) R博士の私立病院に勤務する被告人医師Xは、1975年6月4日に14歳の生徒Eの盲腸を摘出したが、手術の後、Eに合併症が発生し、熱がでて、吐き気を催すなどした。患者は腹痛と眩暈を感じ、6月9日に腹膜炎と診断されたが、院長Rはそれを正しく患者に伝えず、合併症(腸アトニー: Darmatonie)とのみ告げ、白血球の数が多いこと、脈拍の高まっていること、腹部が固くなっていること等を告げなかった。6月12日になって、患者には精神的に問題が生じ、ベッドで暴れるようになったので、被告人の同意を得て患者は大学病院にショック状態で転送された。患者はすぐに手術されたが、その腹部には全面的に膿がたまっていた。6月16日に再度手術されたが、患者は6月19日に死亡した。

(判旨) 死亡の原因は、腹膜炎の発見の遅れであった。患者が6月11日に手術されていたとすると、患者の命を少なくとも1日延命したであろう。早期に手術しておれば、より長い命をもたらし、患者は完全に健康を回復していた高い蓋然性がある。10日には手術されなければならなかったであろう。この鑑定による認定は、不作為と構成要件の結果の間の因果関係を認める要件として十分である。因果関係を肯定するには患者が、拡大した腹膜炎のためにひょっとしてもともと死亡していたかどうかは、重要ではない。その死亡が義務違反的な不作為なくして発生していたであろうよりは、早く発生していたことで十分である<sup>168)</sup>。

この判決に至るまでの、適時追加手術を行っていたときの延命の可能性・程度についての鑑定人の意見につき、ウルゼンハイマーは、次のように述べている<sup>169)</sup>。腹膜炎の症状は典型的なものであり、検査が必要であってレントゲン撮影などのその他の措置をも施すべきであったこと、措置が遅すぎたことは、四人の鑑定人からも肯定されている。しかし、術後適時に追加手術をしておれ

168) しかし、適時手術していたとすれば「確実に境を接する蓋然性」をもって救助されていたかどうかについては、鑑定人達は一致した否定した。というのはいったん発症した腹膜炎は収拾がつかず、今日でも死亡に至ることが多いからである。そこで、3人の外科医の鑑定人のうち2人が「極めて蓋然的」とし、一人は、延命期間の量的測定は妄想の世界だとした。さらに、法医学者である一人の鑑定人が、「1日」は生命を延長できたことには「一切の合理的な疑い」はないとしたのである(vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 263.)。

169) Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 262 f.

ば患者の生命が確実に近い蓋然性をもって助かっていたかどうかという問いには、四人とも否定している。腹膜炎がいったん発生すると今日でも多くの場合死に至るというのである。しかし、患者の生命は、適時の手術によって少なくとも延長させられたかどうかという問いには、三人の外科医が、「極めて蓋然的である」と答えている。法医学者たる鑑定人は、これに反して、少なくとも1日早く手術しておれば、確実に少なくとも1日は長生きしただろうと答えている。ウルゼンハイマーによれば、一人のみが、「1日延命することにつき一切の合理的疑い」はないと述べたに過ぎないにもかかわらず、連邦裁判所は、注意義務の因果関係を肯定したというのである。

このように、本判決は、早期に手術しておれば、1日延命していた高い蓋然性があれば有罪とするに十分だというのである。1日ないし数時間延命すれば、具体的な結果惹起を肯定するというこの見解に対しては、学説からも強い批判がある。また、判例においても従前は、延命の期間については、「法的に重要な本質的な時間的間隔」が要求されてきたのに対し、数時間でも延命できれば結果を惹起したといえるというのである。これが最近の判例の潮流であるが、これに対しては、ウゼンハイマーは、次の四点の批判を行う<sup>170)</sup>。① 連邦裁判所の見解は、過失結果犯を危険犯に転化させるものである。② 死亡を回避しないことと生命の短縮とを同視するものであるが、これは、被告人に不利な立証責任の転換を図るものであり、「疑わしきは被告人に有利に」の原則に反する。③ 生命の短縮は、経験科学的には厳密に決定できない。④ 死亡結果の帰属は否定されるべきである。というのは、本来の危険のモメント（大腸菌による中毒）が、確実に中性化されえなかったのであるから、発生した死亡結果は、規範の保護範囲に属さないからである。

もっとも、過失犯においてそれが不作為犯なのか、作為犯なのかの区別は実際には容易ではない。過失犯は、注意義務違反によって犯され、それは、「すべきこと」を「しない」という形で表現されるのが通常であり、不作為犯であるとも考えられるからである。例えば、不注意によって、適時、ガンを摘出し

170) Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 265 f.



なかったために患者が死亡したという不作為犯であるが、それが、手術の際に誤って別の腫瘍を摘出したことによって大腸内に残されたことによって生じたという場合、不適切な手術を行ってガンを残したために死亡結果が発生したのであって、不注意な作為によって生じたともいえるからである。

(2) わが国の刑事判例

岐阜地判平 21・2・18 LEX/DB の事実と判旨を紹介しておこう。

(事実) 被告人は、看護師免許取得者であり、「B自然療法室」の名称で食事療法等の指導を行うとともに、「Y」という医薬品等の販売業を営んでいたが、自然療法室を訪れたE(本件当時12歳)が生命を維持するためにはインスリンの投与が必要不可欠であったにもかかわらず、前記Yの使用を勧めてこれを飲用させるなどの指導を行い、さらにV研究所への宿泊を勧め、Eが研究所に宿泊していたところ、本件当日の午後6時29分ころ、同研究所責任者Fから自己の携帯電話に電話を受け(以下「6時29分の電話」という)、Eに嘔吐、食事不摂取等の症状が発現し、症状が一向に改善しないこと、インスリンの投与を中断していることを聞知したにもかかわらず、医師による適切な医療措置を講じさせず、Eを高度のケトアシドーシスによる糖尿病性昏睡により死亡させた。検察官は、被告人には、直ちに医師による医療措置を講じるよう適切な指示をして、Eの生命の危険を未然に防止すべき条理上の注意義務があったにもかかわらず、これを行わなかった点で過失があり、6時29分の電話の時点において、被告人が適切な医療措置を講じさせる指示をしていれば、Eは救急車で適切な医療措置を受けることのできる病院へ搬送され、合理的な疑いを超える程度に救命が確実であったから、被告人の行為とEの死亡の結果との間に刑法上の因果関係が認められ、過失致死罪が成立すると主張した。

(判旨) 「仮に被告人が、検察官主張のとおり、6時29分の電話の時点において、G[研究所職員]にEの医療機関への搬送等を指示していたとしても、Eの死亡の結果を回避することが合理的な疑いを超えて確実であったとは認められない。そうすると、検察官の主張するその余の点について判断するまでもなく、被告人にEの死亡の結果についての刑事責任を問い得ないことは明らかである」。

判決は、「死亡の結果を回避することが合理的な疑いを超えて確実であったとは認められない」というが、これが、不作為犯における「10中8、9」の蓋



然性の要件とどのように違うのか、あるいは本件は、不作為犯ではなく、「過失犯」であって、別の基準が妥当するというのは不明である。しかし、本件は、過失不作為犯の事案であり、両者の要件を充たすべき場合である。

救急蘇生措置の不作為と傷害との因果関係が争われた事案で、これを肯定した平成17年の京都地裁の事実と判旨をもう一つ簡単に紹介しておこう。

医師である被告人が、勤務先の病院において、呼吸停止及び心停止の状態に陥った被害者に対する治療行為を行うにあたり、被害者がそのような状態に陥っていることを認識しながら、適切な救急蘇生措置を講じなかった過失により、被害者に加療期間不明の低酸素脳症後遺症による両上下肢機能全廃、軀幹麻痺及び咽喉機能不全等の傷害を負わせたが、「被害者に関し、塩化カリウムの静脈注射により心停止等が生じた場合であっても、被告人が、心停止等を認識した後にすみやかに救急蘇生措置を開始していれば、本件のような重篤な後遺障害は生じなかったと認められる」として因果関係を肯定した<sup>171)</sup>。

#### 4. 過失犯における危険実現連関

ところで、過失犯においては、構成要件的结果は、過失によって惹起されなければならないが、これは、結果は、注意義務違反に基づくものでなければならないことを示している。構成要件行為と結果との間に因果関係が存在し、結果が行為に帰属されなければならないことは勿論であるが、その際、過失行為たる注意義務違反行為に帰属される必要もあるのである。この判断は、一般に、注意義務違反がなく、注意義務を果たしていたとしても結果が発生していたかどうかという形で問われる場合には、不作為の因果関係が否定されるという問題と判断形式が酷似する。そこで、上記の判例におけるように過失不作為犯について、どちらの判断を行っているのかが不分明な場合が生じるのである。

しかし、過失犯におけるこの注意義務と結果の「因果関係」の判断は、実際には、義務違反によってまさに創出された危険が、結果に現実化したのでなければならないという客観的帰属判断に位置づけられる。注意義務違反が危険創

171) 京都地判平17・6・13 LEX/DB。

出を意味するのに対して、その注意義務違反と結果の「因果関係」の判断とは、危険実現の判断を意味する<sup>172)</sup>。これを危険実現連関という。

通常は、義務違反行為は、危険創出を意味し、それが結果の発生をもたらすことで、結果に実現する。しかし、例外的な状況においては、創出された危険が事後的にみて結果に現実化しないことがある。このような場合には、義務違反行為の結果への現実化、すなわち、客観的帰属が否定されるのである。したがって、この問題は、客観的帰属の問題の一つに位置づけられるのである。

### (1) わが国の判例

この創出された危険（注意義務違反行為）が、発生した結果に実現したかどうかという判断に属する問題として、注意義務が守られていたとすれば、結果が発生していなかったかどうかを過失犯の要件とするかどうかという問題がある。わが国の判例においては、過失と結果との「因果関係」の問題ないし「結果回避可能性」の問題として取り扱われる<sup>173)</sup>。これに関するわが国の医療過誤事件を検討しておこう。

#### (a) 歯科医師医療過誤事件

これは、歯科医師が、幼児である患者に局所麻酔を使用した歯科治療を実施するにあたり、十分な全身管理をする体制をとらなかったために、幼児が死亡した事故に対する判決<sup>174)</sup>の、直接の治療を行った医師の過失を論じた事件である。ここでは義務違反と結果の間の因果関係が否定された<sup>175)</sup>。

（事実） M小児歯科診療所の歯科医Xは、外来患者A（当時2歳）に対し歯科用局所麻酔を使用した歯科治療をするにあたり、それを使用すれば急性呼吸循環不全による心肺停止に陥って死亡する危険があり、また、歯科医師抗体のため治療中の同児から離れる場合には交代して治療行為にあたる歯科医師に同児を直接

172) 詳しくは、山中『刑法総論』（第2版）279頁以下、より詳しくは、山中『刑法における客観的帰属の理論』（1997年）1頁以下参照。

173) これについて、山中『刑法総論』（第2版）395頁以下参照。

174) 福岡地判平成18・4・20飯田Ⅱ217頁。

175) 福岡地判平17・7・14（未登載）、飯田Ⅱ198頁。

に引き継ぐなどして同児の全身状態を継続的に管理し、同児に急性呼吸循環不全が生じた場合には、直ちに救命措置を講じて同児が急性呼吸循環不全による心肺停止により低酸素脳症に陥って死亡する事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があるのにこれを怠り、救命措置を講じたが間に合わず、同児を心肺停止に基づく低酸素脳症による死亡させた。

(判旨) 被告人は、自己の形成治療中に被害者が目をつぶり眠ったかのような状態になり、目視のみによっては急性呼吸循環不全が生じているのか判断できない状態になったところ、Y(歯科衛生士)の充填治療時に被害者の鼻の下に指を3秒程度当てて被害者の呼気を一回確認している。しかし、「被告人は、より長い時間、被害者の鼻の下に指をあてるなどして被害者の呼吸数や呼吸の程度を確認したり、ラバーダム(ゴム製防湿マスク)の端をあげて被害者の口唇部の色を確認したりすべきであったというべきである。被告人は、これを怠っているのであるから、注意義務違反があったと判断される」。しかしながら、「被告人の形成治療時及び被告人が被害者の呼吸確認をした時点において、被害者が急性呼吸循環不全に陥っていなければ、被告人が注意義務を果たしていたとしても被害者の異変は発見されず、被害者が救命されるという可能性もないのであるから、被告人の注意義務違反と被害者の死亡との間の因果関係が否定されることになる」。そして、判決は、「被告人の被害者に対する形成の治療中……すでに被害者に急性呼吸循環不全が生じていたと認定することには多大の疑問が残」という。

「以上からすれば、被告人が被害者の呼吸確認を行った時点で、被害者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、さりとて上記呼吸確認の時点で、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さしはさ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、さらにそれ以前の段階で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することはできない。……「結局被告人の注意義務違反と被害者の死亡との間の因果関係は認められないというほかはない」。

本判決では、歯科医師に、形成治療中の呼吸数等の確認義務違反を認めているが、その注意義務違反と死亡結果との間の「因果関係」を否定している。急性呼吸循環不全が発生していなくても一般的に呼吸数等の確認義務はあるが、その義務違反は、その時点でいまだ存在していないがゆえに、呼吸循環不全に陥っていることを発見できないときには、それに対する救命措置なども取れないのであるから、呼吸循環不全による死亡結果とは「因果関係」がないという

のである。本判決では、呼吸循環不全に陥っていることの訴訟法上の認定が、「合理的疑いをさしはさむ余地のない程度に明らかであるとまで」はいえないとしているのであって、実体法上、確認していたとしても同様に死亡していた確率が高いとしているわけではない。

この事件については、診療所長も、同診療所に勤務する歯科医師及び歯科衛生士を指揮監督し、歯科医師らが治療に当たるに際して、これに伴う患者の生命・身体に対する危険を防止する業務に従事するものであるが、歯科医師らに対し、治療現場において直接指導し、あるいはセミナーなどを開くなどして指導するなど、幼児が歯科治療中に急性呼吸循環不全に陥って心肺停止状態になり、これによる低酸素脳症により死亡するという医療事故の発生防止を目的とした指導監督を行うべき業務上の注意義務があったにもかかわらず、それに違反して死亡させた点で、業務上過失致死罪に問われた<sup>176)</sup>。

判旨では、被告人は、M診療所における「治療及び患者への安全管理に関する最高の責任を有する歯科医師であったのであるから、被告人が、Mにおける治療行為の際に医療事故が発生しないように歯科医師らに対し適切な指導を行うとともに、歯科医師らが誤った治療を行わないよう監督するべき業務上の注意義務を負っていたことは明らかである」。また、開業医である被告人には、患者が治療行為中に心肺停止状態に陥ることを予測することはできた。被告人の注意義務違反と結果との間の因果関係についても、「注意義務を尽くしていれば、被害者の治療に従事していた歯科医師らにおいて、被害者の全身管理として口唇部や足のつま先などを目視で確認することにより、被害者の口唇部や足のつま先などに生じたチアノーゼを発見して、被害者が急性呼吸循環不全に陥っていることを早期に察知し、これに対する適切な救命措置を講じて被害者が死亡するという事態を防ぎ得たことは十分認めることができる」とする。

ここでは、注意義務を尽くしていれば、「適切な救命措置を講じて被害者が死亡するという事態を防ぎ得たことは十分認めることができる」というのであるから、実体法上、「防ぎ得た」と認定しているが、その蓋然性については言及していない。

176) 福岡地判平 18・4・20 (判例集未登載)、飯田・前掲書Ⅱ、198頁、217頁。

さて、救命可能性が否定されたものとしてさらに、先に転送義務の関係で検討した名古屋地裁平成19年2月27日の判例がある。

(b) 名古屋地判平成19年2月27日判タ 1296・308

(事実) 被告人である産婦人科医は、前期破水を起こしたため入院した妊娠37週のBに対し陣痛誘発剤を投与したところ、胎児に徐脈傾向が見られ、胎児仮死が懸念されたことから、Bの分娩を早めるため、急速遂娩法であるクリステレル法及び吸引分娩法を施し、Bは男児を分娩したが、その際、子宮頸管裂傷を負い、Bは、子宮頸管裂傷による出血性ショックにより死亡した。

(判旨) 高次医療機関への転送義務違反について、「被告人がBの転送義務を怠り、Bを死に致らしめたと認められるためには、被告人がその時点で転送していれば、B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入れる余地のない程度に証明される必要がある」として、「仮に被告人が午後6時16分の時点でBを高次医療機関に転送する手続をしていたとしても、Bを確実に救命できたと認めるには合理的な疑いが残る。したがって、この時点で「Bを高次医療機関へ転送すべき刑法上の注意義務があったとは認められない」という。

ここでは、明確に救命の「確実性」が要求されているのであって、不作為における結果回避可能性の基準とは異なっている。そこでこの判決を不作為ではなく、過失における回避可能を問題にするものであり、そこでは不作為犯とは異なり、「確実性」が要求されていると解することもできようが、本判決には不作為犯における「10中8、9」の蓋然性の要求との整合性につき自覚していないと解するのがおそらく適切な解釈であると思われる。

(c) 割り箸刺入看過事件

さらに、マスコミで話題となった事件に、救急救命センターの当直担当医が、救急車で搬送された4歳の患者の治療に際し、割り箸が刺さったままになっているのを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などをせずに、刺創部に消毒薬を塗布し、抗生物質を処方したのみで適切な処置をせずに帰宅させたため、脳損傷などにより死亡させた事件<sup>177)</sup>があり、その事件でも、注意義務違反と結果の間の因果関係が問われた。これには、第1審

177) 東京地判平18・3・28判例集未登載。飯田・前掲書Ⅱ726頁。



と控訴審<sup>178)</sup>の判決がある。

(第1審判旨) 判決は、結果回避可能性ないし因果関係につき、次のようにいう。「Aの死亡は、……割り箸の左頸静脈孔嵌入により頸動脈が穿通され、左頸静脈洞内に血栓が形成されて、左頸静脈が完全に閉塞したが、他のルートで静脈環流を完全に処理することができなかつたために、致命的な静脈環流障害が生じたことによる蓋然性が高いというべきである。そうすると、本件割り箸片により挫滅した左頸静脈を再建することがAの死を回避する唯一の措置であるところ、仮にAを直ちに脳神経外科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、Aの救命可能性はもとより、延命可能性も極めて低かつたとの合理的疑いが残るといふべきである。以上の次第で、被告人には、予見義務や結果回避義務を怠つた過失があるといふべきであるが、過失と死亡との間の因果関係の存在については、合理的な疑いが残るので、被告人は本件業務上過失致死事件について無罪である」。

これに対して、検察官が控訴したが、東京高裁は、これを棄却した。

(控訴審判旨) まず、控訴審でも「本件の受傷機転及び創傷の部位からは、第1次・第2次救急外来の当直を担当していた耳鼻いんこう科の医師において、割りばしの刺入による頭蓋内損傷の蓋然性を想定するのは極めて困難であった」とし、「当時の医療水準に照らした場合、被告人に対し、第1次・第2次救急の耳鼻いんこう科の当直医として患児を初めて診察した段階で、直ちに頭蓋内損傷を疑ってCT検査やMRI検査をするべき注意義務がある、とするのは困難というほかない」として注意義務を否定する。

さらに、患児の意識状態、おう吐の状況等は、頭蓋内損傷と深く関係していたものと推測される。そこで次に、患児の意識状態、おう吐の状況等からして、受傷機転及び創傷の部位からは想定し難い頭蓋内損傷を疑い、その確認をするべきであったといえるかどうかを検討し、結論としては、「被告人において、割りばし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るべき義務があるとはいひ難い」とする。「直ちに頭蓋内損傷を疑って、患児の脳に対してCT検査やMRI検査を行わない限り、結果を回避する余地がなかつた」ので、これを直ちに行う義務も認められえない。

178) 東京高判平20・11・20判タ1034・304。



そのような注意義務が認められたと場合には、さらに「結果回避可能性ないし被告人の不作為と患児の死亡との因果関係」が問われるべきであるが、「仮に被告人において検察官が訴因として主張する行為をしていた場合に、患児の救命あるいは延命が合理的な疑いを超える程度に确实であったとすることができるかについて、念のため更に検討」し、「CT 検査をしていたとしても、患児の救命はもちろん、延命も合理的な疑いを超える程度に确实に可能であったということとはできないというほかない」と結論づける。そして、「以上によれば、被告人には、頭蓋内損傷を疑ってこれを確認すべき注意義務がある、とはいえず、また、被告人が訴因に記載された行為をしていたとしても、患児の救命・延命が合理的な疑いを超える程度に确实に可能であったとは到底いえないから、被告人には、業務上過失致死罪は成立しない、というべきである」というのである。

この判決では「救命・延命が合理的な疑いを超える程度に确实に可能であった」とはいえないとされ、确实に救命・延命が可能であったことが要求されている。ここでは「合理的な疑いを超える程度の确实性」とは、実体法上、どの程度の蓋然性を指すのか明確ではなく、また、この概念は、訴訟法上の概念と実体法上の概念が融合されて合成されたものと解すべきなのかどうかも不明であるが、いずれにせよ「确实性」の概念にこだわっていると読むことができる。

## (2) ドイツの判例における「确实性に境を接する蓋然性」

ドイツの判例においても、この義務違反と結果の関係において、その間の「因果関係」が必要とされ、その問題が、すでにライヒスゲリヒトの時代から連邦裁判所の判例において採り上げられていることは周知である。医療関係では、とくに「薬剤師事件」や「コカイン・ノヴォカイン事件」が有名である<sup>179)</sup>。これらの判例では、「确实性に境を接する蓋然性」をもって同じ結果が

179) これにつき詳しくは、山中『刑法における因果関係と帰属』(1984年)10頁以下参照。薬剤師事件(RGSt 15, 151)とは、薬剤師が義務に反して1回限りにすべきところ何回か有燐性の薬剤を患者に投与したところ、それによって子供が燐中毒により死亡したが、医師は、再交付の要求があれば何回でも与えていただろうという事例である。コカイン・ノボヴォカイン事件(RG HRR, 1926, Nr. 2302)とは、医学上許されたノヴォカインではなく、コカインを麻酔目的で患者に注射したが、許されたノヴォカインであっても患者は特異体質であったため死亡していたであろう。

発生していただろうという場合には、義務違反と結果との間の因果関係は否定されるというのである。

このように、ドイツでは、注意義務を守っていたとしても、結果の発生は、「确实性に境を接する蓋然性」をもって発生していなければならないというのが通説・判例である。しかし、ドイツの実務においても、実際には、「确实に境を接する蓋然性」ではなく、「高度の蓋然性」や「大きな蓋然性」といった表現が用いられ、それが鑑定人に誤解を与え、90%の蓋然性があっても、それを「死亡の回避の可能性があった」などと表現されることがある。これはすでに「确实に境を接する蓋然性」というべき場合である。そこで、ウルゼンハイマーによれば下級審の判例の中にはこの点をあいまいに認定しているものが少なくない<sup>180)</sup>。次の連邦裁判所の決定は、これを是正するものである。

① 1987年10月12日連邦裁判所決定<sup>181)</sup> (事実) ラント裁判所は、被告人医師を過失致死罪で有罪とした。治療にあたった医師が、患者Xにつき遅くとも4月11日までに、すでに4月9日に必要となっていたレントゲン検査等を勧め、病院に送ることをせず、また、それによって、その医師が胆石閉塞の結果死亡した患者の死を過失によって惹起したからである。これに対して、連邦裁判所は、上告を容れた。

(決定) 「刑事裁判所(原審)は、必要な検査と治療を義務に反して勧めなかった医師に、患者の死亡の責任が負わせられるのは、患者が、義務に従っていたならば、実際上の死亡の発生時点を超えて、确实に境を接する蓋然性をもって生き延びていたであろうというときのみであるということを見誤っている」。「そう言えるかどうかについては、源信の判決の認定では分からない。……事実審裁判官は、それにつき確信を抱いているとは思えない。そのことは、——生き延び

---

うという事案である。薬剤師事件において、ライヒスゲリヒトは、「确实性に境を接する蓋然性」をもって、同じ結果が発生していたであろうと認定し、この場合、因果関係を肯定できないとして「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従い、無罪を言い渡した。コカイン・ノヴォカイン事件についても同様に「确实性に境を接する蓋然性」をもって、ノヴォカインを使っていた場合、結果は発生していなかったであろうとは、認定できなかったとして無罪を言い渡した。

180) Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 267 ff.

181) BGH MDR 1988, 100.

ていたことを仮定的に認定している点に関し、——不十分な蓋然性の程度でも十分としていることからわかる。……過失致死罪による有罪をするために要求される、医師の不注意と死亡結果の発生との間の因果関係は、むしろ、事実審が、患者の生命を、必要な措置を行っていれば、确实性に境を接する蓋然性をもって救助しあるいは延長させていたという確信を抱いたときにのみ、認定される」。

しかし、少数説には、その際、注意義務を守っていたとすれば、結果の発生の「危険が著しく増加していた」こと、また、「合理的人間の裁量で期待できる」という程度でよいとする見解があり、判例はこの見解を採用していない。

1980年8月20日のコブレンツ上級ラント裁判所の決定<sup>182)</sup>においては、このような危険増加論を否定して、次のようにいう。

## ② コブレンツ上級ラント裁判所決定

「法的意味において損害結果に対して因果的であるとみなされるのは、注意義務に違反する行為が、義務を守って行為していたとき、損害には至らなかったであろうときのみである。……被告人の医学的に誤った決断と被害者の死亡との間の因果関係があるとは、それにもかかわらず、言えない。……なぜなら、初めの手術の時点では、事故はすでに24時間も前のことだからである。腸破裂の発生のおとすぐに腸の内部の腹腔への流入が生じていた。その経過からして、次の日にすでに腹膜炎の全貌が存在したという外科の鑑定人の認定も、これを支持する。しかし、死亡の原因とされる腹膜炎の手術は、大きな危険をとまなっており、それによって確実に延命のチャンスがあったともいえない。……それ自体だけで、被告人の過失がなくても被害者の死亡に至っていた重大な事情が存在するのである。したがって、被告人の行為から確実に言うのは、それが、手術を生き延びるチャンスを短縮したということである。手術の危険の増加の認定は、因果関係を認めるに十分ではない」。

注意義務を守っていたとしても、結果は、ひょっとしたら発生していたであろうとしても、結果の帰属は否定されない。「確実に境を接する蓋然性」をもって発生していたであろうといえなければならない。これは、わが国の判例にいうところの、「10中8，9」の蓋然性と同じである。

182) OGH Koblenz, OLGSt. § 222 StGB S. 63. Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 259 ff.

しかし、ドイツの判例においても、少しでも生命の短縮があり、それが「確実性に境を接する蓋然性」をもって認定されれば、義務違反と結果の関係が否定されるというのであれば、その要件を実質的に緩和していることになるのは、不作為犯の場合と同様であろう。

## 5. 過失犯における危険実現の諸類型

創出された危険である注意義務違反行為が、結果に現実化することが過失犯の客観的帰属の要件であり、それには、注意義務を守っていたとしても結果が発生したであろうかという問題のほかにも、さまざまな類型がある。この問題をいわば注意義務違反と結果の「第2の(条件的)因果関係」の問題<sup>183)</sup>とするならば、注意義務違反と結果との「相当因果関係」問題がその他にあたる。そこでは、その注意義務違反行為から結果が発生することが「相当」であったかが問われるのである。これを客観的帰属論風に言い換えるなら、当該注意義務違反から典型的に生じる結果としてその創出された危険行為が当該結果に実現したのか問題である。

### (1) 創出された危険の相当な実現

これを医療過誤事件ではないが、交通事故に関する判例を用いて説明すると、東京高裁の昭和45年5月6日の判例<sup>184)</sup>の事案が分かりやすいと思われる。

(事案) 被告人は、国道上を制限時速60キロのところ、70キロで走行していてT字型交差点を剣道から国道上に進出して右折しようとした車両に衝突してその車両の運転手に傷害を負わせた。しかし、もし時速60キロで走っていたとしても、同様に衝突し傷害を負わせていたであろうと認定された。つまり、時速70キロでの注意義務に反した走行と結果の「条件関係」は否定された。しかし、裁判所は、時速60キロでの走行の基準となる地点を「事故現場から相当前」に置くと、結論が変わってくることも考慮した。

(判旨) 「被告人は、事故現場の相当前から時速約70キロメートルで走ってい

183) これについて、山中『刑法総論』(第2版)398頁参照。

184) 東京高判昭45・5・6高刑集23・2・374。山中・前掲書397頁参照。

たことが認められるから、そのことが本件衝突事故の一つの前提条件をなしていることは疑いがない。しかしながら、本件事故は、単に被告人がこのような時速で走っていたことにより発生したわけではなく、その後〔被害者〕の予期すべからざる交通法規違反という異常の事態が介入することによって発生したものであるから、……その間に刑法上の因果関係を認めることは困難で」ある。

注意義務違反は、事故現場から相当前の地点でも存在したのであるから、その時点での義務違反と結果の条件関係を問うと、被告人が事故現場にさしかかったときに、被害車両はまだ交差点に到着しておらず、したがって条件関係は肯定されるというのであるが、その場合には、経験則上通常予測しえられる過程を辿るという「相当因果関係」（刑法上の因果関係）はないというのである。これを帰属論の概念で言い換えると、相当前の地点での注意義務違反の危険は、結果に現実化していないというのである。

これと同様に位置づけることができるのが、次のドイツの判例における「鼠径ヘルニア事件」ないし「第2の手術事件」である。そこでは、第1の義務違反行為が、第2のそれ自体は非難されるべきでない合義務的に行われた行為を惹起し、しかし、その第2行為にともなう潜在的な危険の発現の結果、患者が死亡した場合に、第1の義務違反行為が結果に現実化したといえるかが問題とされた。

まず、連邦裁判所の「鼠径ヘルニア事件」<sup>185)</sup>を検討しておく。連邦裁判所は、1988年11月12日のこの事件においては、医師が、乳児の手術に際して、腹部の左側に執刀すべきであったのに、右側にメスを入れたが、それによってもう一度手術することが必要になり、その際の麻酔が原因で乳児が死亡したという事案と取り組み、第1の義務違反行為と結果の「法的因果関係」の有無を検討した。

（事実） 医院を開業していた医師が、切開の前にその子を徹底的に検査することなく、生後3が月半の乳幼児の右鼠蹊部を手術した。それによって、医師は、

185) BGH MedR 1988, 149. これについては、山中『刑法における客観的帰属の理論』585頁以下に「第2の手術事件」として紹介した。



膨張したヘルニア門 (Bruchpforte) を左側にあることを看過した。間違いに気づいた後、生命に危険の及ぶ腸係蹄の嵌頓 (Einklemmung einer Darmschlinge) の危険が鼠径ヘルニアの新たな出現によって生じるので、約1時間後に第2の手術を行い、左の鼠径ヘルニアを医術準則に則って行った。手術の終了後に突然に心停止に至り、救急措置の甲斐なく死亡した。

(判旨) 「被告人が、乳児の両親との間で締結された医師契約による義務に応じて行動していたとするならば、彼は、鼠径ヘルニアの状況について確認するため、手術の前に乳児の腹部を検査していたであろう。被告人は、腹部を触診したときに、手術の準備をしている右側に、予期された大きさのヘルニア門を感じてはいなかったとしても、左側には、多くの整復のために明白に大きくなっていたヘルニア門があったことは確認していたであろう。その場合、彼は、乳児の正しい側、つまり、左側を手術していたであろう。事実審裁判所の確信としての判決理由から演繹されうるように、その場合であれば、乳児は、この手術に『确实性に境を接する蓋然性』をもって、害されることなく、耐えたであろう。乳児は、全快し、第2の、死亡につながった麻酔は不必要であっただろう。……」

「被告人 Dr. G によって間違った側を切開することにより生じた違法な傷害と、惹起された乳児の死亡との間には、評価的観察によれば、『法的因果関係』が存在する。……というのは、この違法行為によって、被告人は、短時間の間にもう一度麻酔の危険にさらされる必要性を創出したからである。右側に対する被告人の違法な手術によって直ちに、鼠径ヘルニアから発する生命を脅かすヘルニア陥頓 (Brucheinklemmung) の危険が高められたのである。この危険に対処するため、正しい側の鼠径ヘルニアを、遅滞なく手術することが必要であった。かくして、被告人は、違法で有責な傷害によって、つまり、間違った側への最初の手術によって、子供の生命に対する付加的な危険を創出したのである。その危険は、まさに手術された子供が、その他においては通常であった安全性要件を本質的に下回って、第2の手術の麻酔の危険にさらされたことからなるのである。この危険は、乳幼児の死の中に実現したのであるから、刑法上の帰属可能性という——因果関係を制限する——法的観点のもとで、被告人にその義務違反によって惹起された死亡を刑法222条によって負わせない理由はない」。

本件では、第2の手術に際しては、本来、非難されるべきではない通常の手術が行われたが、ただ第1の不必要で違法な腹部の右側への手術によって、患者の麻酔によって(患者の体力が弱っていたため)死亡する危険が創出され、そ



の危険が患者の死亡に実現したがゆえに、第1の違法な手術のミスへの死亡結果の客観的帰属が肯定されるというのである。

本件においては、第1の注意義務違反行為がなくても、第2の腹部の左側への手術はせざるを得なかったのであるから、結局行われていたのであり、そうだとすると、麻酔を伴いその場合でも死亡していたという主張に対して、判例は、第1の手術が注意義務を尽くして行われていれば、正しい側の鼠径ヘルニアが発見されており、第2の手術は不要であったから、死亡することもなかったとしている。しかし、昭和45年の上記の判例を踏まえたうえで判断すると、問題はそれに尽きないはずである。すなわち、条件関係の存在は認定されてもさらに「客観的帰属」ないし「法的因果関係」の問題は残されているから、第1の手術の時点で、第2の手術が必要になり、第2の手術の際の麻酔によって患者が死亡することが「経験則上通常」かどうかは問われなければならないのである。本件では、連邦裁判所は、被告人の違法な手術によってふたたび麻酔をかけられるという危険に赴く必要性が創出されたのであり、鼠径ヘルニアに発するヘルニア陥頓という生命に危険を高める「付加的な危険」を創出し、それが結果に実現したというのである。判例は、結論的に、第1の手術による付加的な危険を創出し、第2の手術の危険にさらし、その危険は患者の死亡という結果に現実化したとして「客観的帰属」をも肯定しているのである。

## (2) 過失の直列競合における危険の実現

わが国の判例の中には、さらに、ある行為者の注意義務違反のあとに他人の注意義務違反行為が介在し、それらが競合して結果の発生に至る場合もある。そのいわば直列的な過失の競合において、管理・監督関係が相互にない場合に、とくに介在前の注意義務違反は最終的結果に実現したといえるのであろうか。これをかつて相当因果関係の問題として大いに議論された「3%ヌベルカイン事件」によって検討しよう。

(a) 3%ヌペルカイン事件

(事実) 「3%ヌペルカイン事件」<sup>186)</sup>において、被告人たる薬剤師Aは、調剤室で、耳鼻咽喉科で使う毒性の強い3%ヌペルカインと20%ブドウ糖注射液を、前者に「劇」の字を記載した表示用紙を貼付して区別することなく、同じようにコルベン容器に入れ、滅菌器に入れて翌日まで放置した。翌日、薬剤科に勤務する事務員である被告人Bが、コルベンを薬品棚に置いたのを現認しながら、ヌペルカイン溶液入りコルベンを所定の劇薬保管場所に入れることにも思い至らなかった。Bは、誤信したまま、ブドウ糖注射液を求めてきた内科看護師Cに渡した。Cは、それを内科処置室の処置台に運んだ後、ブドウ糖注射液ではなく、3%ヌペルカイン溶液入りのコルベンが含まれていることに気づき、処置台の片隅に寄せて置いた。同日午後、当時の乙種看護婦（現在の准看護師）のDが、それをブドウ糖注射液のコルベンと誤信し、患者2名にヌペルカイン溶液20ccづつを注射して、2人をヌペルカイン中毒によって死亡させた。

第1審は、薬剤師Aと事務員Bを業務上過失致死罪につき無罪とし、看護婦Dのみを同罪で有罪とした。AとBの過失は、Cの確認行為により「補足され是正され」ているから、Dのヌペルカイン注射の過失との相当因果関係がないというのである。これに対して、第2審は、Cの行為は先行者の過失行為を「補足是正」するものではないとし、A・Bの過失行為も結果との因果関係があるとし、業務上過失致死罪で有罪とした。

(最高裁の判決) 最高裁は、上告を棄却し、「看護婦が医師の指示に従って静脈注射をするに際し過失によって人を死傷に致した場合には刑法211条の責を負わなければならない。その他被告人等の過失並相当因果関係に関する原審の判断は正当である」とした。

(2審の判断) ちなみに、第2審は、この点につき次のように述べている。「被告人らの過失行為は同行為と被告人Dの過失行為との間に介入した看護婦Cの行為によって『補足、是正』(中断)せられたものとし、その後Dが内科処置台にあつた3%ヌペルカイン入100ccコルベンを過って葡萄糖注射液と速断してこれを注射器に詰め同人外1名により患者M、Oに注射して死亡せしめた結果と被告人A、B兩名の右過失行為との間には相当因果関係がないものと断定し兩名

186) 最判昭28・12・22刑集7・13・2608。井田良「3%ヌペルカイン事件」医事法判例百選160頁以下。

の責任を否定したものである。そこで原判決が右相当因果関係否定の根拠と為す看護婦Cの行為を其の者の直接の前者である被告人Bの行為及び其の者の直接の後者である被告人Dの行為とのそれぞれの連関において検討すべく、……被告人Aの調製した3%ヌベルカイン液100cc入コルベンを過って葡萄糖入コルベンと誤信した被告人Bがこれを主任医師の処方箋に基き患者に対する葡萄糖注射液100ccを請求する内科病棟看護婦Cに交付しCも又これを過って自己の請求した葡萄糖入コルベンと誤信して病棟に持ち来り、内科病棟処置室の処置台の上に一旦置いて他用の後患者に対する葡萄糖注射の為め処置台のところへ立ち戻り注射器に詰めんとして偶々右容器の品名に気着きその3%ヌベルカインなることを知つたが、内科病棟処置室の処置台にかような劇薬の存することの不審の余り、尚自己が誤って持参した事実にも想到せず、『ああこんなものどうしたんだろう、レントゲンの気管透視にでも使うのか』と思いそのまま処置台の隅に片寄せたのみで放置した為め、その後に病棟の受持患者に対する葡萄糖注射の準備に来室した被告人Dは同所が常に病棟患者に対する注射液充薬の為各看護婦共用の場所であって処置台上に注射液の容器が置かれる外ヌベルカインなどの劇薬が放置せられた例が絶無であつたところから葡萄糖注射液と同様の容器、標示を具え且つ共に無色透明な同一の外観を有する前記コルベン入りヌベルカイン溶液をその薬品名の記載に注意することも忘れ葡萄糖注射液と速断して其の内約60ccを20cc入注射器3本に詰めて外1名の看護婦と共に受持病室に持参して前記入院患者2名に注射して同人等を即時絶命せしめたものである事実が認定せられる。故に右認定事実によれば原判決の判示Cの行為は何等同人の前者の過失行為を『補足し是正』するに足るものではなく却って前者の過失行為の発展の危険を更に過失によって維持増大せしめたものと見なければならぬ。

高裁・最高裁は、「相当因果関係」を否定することはできないとしたが、この問題は、相当因果関係によって解決されるべきものではなく、客観的帰属論によるべきである。帰属論によって本件を説明すると、間接的な危険創出行為と直接の危険創出行為との間に危険を減少させるかに思われる過失が介在した場合に帰属連関が否定されるかが問題となっている。この介在行為は、当初の危険を是正し消滅させるものではなく、むしろ、処置台の隅に片寄せたのみで放置したなら、それが他の看護師に誤ってブドウ糖注射液と即断され患者に注射される危険も高めているので、帰属連関を中断する意味をもつものではない

のである。同様に、麻酔医の過失が介在した事例において、被告人医師の過失と結果の間の相当因果関係が肯定されたのが、次の判例の事案である。

(b) 慈恵医大青戸病院腹腔鏡下手術ミス事件<sup>187)</sup>

(事実) この事件は、3名の医師が、患者の前立腺ガン治療のための腹腔鏡下前立腺全摘除術を実施するための知識も技術及び経験がなく大量出血を招く恐れがあることからこの手術を避けるべきであるのに、これを実施し、大量出血させ、患者を低酸素脳症による脳死に起因する肺炎で死亡させたものである。

(判旨) 麻酔医の過失が介在したとして、過失と被害者の死亡の間の相当因果関係の存否が問われている。本判決では、本件結果発生の予見可能性・予見義務のみならず、結果発生の回避可能性・回避義務は肯定されている。麻酔医の行為の介在については、「極めて不適切であり、麻酔医として過失があったというほかない」とする。しかし、麻酔医の行為に「過失があったとしても、被告人3名の過失と被害者の死亡との因果関係を否定するほど特殊な事情ということとはできない」とする。

一般的に言えば、過失犯において他人の過失が直列的に競合しても、結果に直近する過失がそれ以外の過失の結果に対する帰属関係を中断するものではない。帰属連関の中断が生じうるのは、結果から離れた過失が軽微で、先の過失から誘発されて介在したのではない過失が重大であるといった特別の事情がある場合に限るであろう。

(3) 保護目的連関

発生した結果が、侵害された規範の保護範囲内にあるかどうか、危険実現連関の有無の判断基準として用いられるが、この保護目的連関は、医療過誤や説明義務違反において重要な意味をもつ。ドイツにおいては、連邦裁判所の次の判例がこれを用いている。事案は以下の通りである<sup>188)</sup>。

(事実) ある歯科医が、強い脂肪過多と心臓の筋肉の慢性的な炎症を患っていた患者に2本の臼歯をクロラエチルの全身麻酔を行った。数分後に患者の顔色は、変色し、心臓の動きは止った。とりあえず当初は人工蘇生が成功したが、同日夜

187) 東京地判平18・6・15(判例集未掲載)、飯田・前掲書II502頁。

188) BGHSt 21, 59.

遅くなって朝の麻酔事件の結果として患者は死亡した。歯科医師の過失が問われた。

(判旨) 刑事裁判所は、W夫人の外面的な様子と「心臓がおかしい」という申し立てからしてより安全な笑気ガスの代わりにクロラエチルを使ったにもかかわらず、まず内科医に精密検査をさせることを怠ったことを非難する。その際、心筋炎そのものが診断されていたことは期待できないとしても、心臓の重篤な障害に対するヒントが得られる可能性は生じていたであろう。これの義務違反行為が、W夫人の死亡に対する原因かどうかという問題については、刑事裁判所は次のようにいう。患者の死亡が、上記の措置を行うことによって最終的に回避しえたかどうかは、もとより明らかにはされていない。心筋炎が、近い将来あるいは遠い将来いかなる結果をもたらしていたかをいったんおくとしても、患者がその弱った心臓のために、必要な注意を守って行われた治療にも耐えられなかったかもしれないという可能性も残る。いずれにせよ、手術は、1963年12月5日の朝には行われていなかったであろう。内科医による専門医の検査が準備されこの検査そのものに一定の時間を要したからである。呼ばれた麻酔医も、まず、カルテを調べなければならなかつたであろう。

これに対して、連邦裁判所は、次のようにいう。「行為者の行為によるもともと迫っている結果が、時間的に早期の段階で惹起されることで、一般には因果関係の根拠づけには十分であるように、このことは、義務違反行為の因果関係という特殊な問題にとっても妥当する。それによれば、被告人は、その行為によってその死亡を早めた限りで、その患者の死亡を義務違反行為によって惹起したと認定されうる。この考察は、被告人の義務違反行為とW夫人の死亡との間の因果関係を説明するには適していない。もとより、義務違反行為のために、実際に生じたよりも死亡が早く発生していたという関係の認定には適している。このような判例において承認されている原則は、死亡がそれによって早く惹起されたことになる義務違反行為が、すでに存在した死亡につながる因果系列に対して付け加わる事例に関係する。しかし、その際、しかし、義務違反がこの意味において原因かどうかという問題にとって重要なのは、その実行の時点でのみであって、行為者が、それまでは存在しない条件の惹起のあとで、すなわち、今や義務に合致した条件のそろった後に同じく行っていたであろうという「仮定的な」時点ではない。その場合、確かに別の措置が必要になったし、それによって結果が同じように回避されえなかつたであろうというとき、別のことが妥当するのではない。被告人の義務違反は、患者のクロラエチルによる麻酔ではなく、内科医による事前



の検査と麻酔医を呼ぶことなくして麻酔薬を処方したことのみみられる。したがって、刑事裁判所は、必要だと思われる措置を実施した後の同じ時点で行われたはずの治療をW夫人の死亡の後になって初めて導いたであろうということを認定したときのみ、因果関係を肯定しえたであろう。原判決からはこれについては明らかになっていない。

この判決<sup>189)</sup>では、義務違反と結果の因果関係の認定につき、どの時点で現実の行為と仮定された行為とを比較すべきかを論じている。しかし、これは、学説によると、因果関係の問題ではなく、客観的帰属の問題であり、規範の保護目的の問題である。つまり、ここで義務違反とされた、麻酔の適否等につき事前に検査し、麻酔医を立ち合わせて麻酔を実施すべきであったという義務は、死亡の時間を早めることを禁止するという目的をもつものではない。すなわち、「専門医による麻酔学的検査を経ない抜歯と、その検査結果を待った上での治療の間の時間的差異は、はじめからまったく重要ではない。なぜなら、ある専門医の検査結果を出させる義務は、手術の着手を時間的にずらすという目的をもつものではないからである」。したがって、「結果発生を促進したということ」は、侵害された規範の保護範囲に入らない。「手術の代わりに、生命の延長の目的をもつ、別種の、危険性の少ない医学的な措置（伝統的な治療）が取られていたとしたならば、事情は異なっていたであろう」というのである<sup>190)</sup>。

ウルゼンハイマーが紹介する同じような判例<sup>191)</sup>をもう一つ紹介しておこう。ある患者が、帝王切開のあとで、肝臓疾患によって死亡した。麻酔医が、義務に反して肝臓の数値を計測していなかった。しかし、肝臓疾患が判明していたとしても、完全麻酔が行われ、麻酔剤ハロタン（Halothan）が使われていたであろう。義務違反は、麻酔を実施する決定には影響しなかったであろうというのである。すなわち、患者の死亡は、手術前に肝臓の検査をすべきという義務の保護範囲の外に位置したのである<sup>192)</sup>。

189) 山中『刑法における客観的帰属の理論』351頁参照。

190) BGHSt 21, 59. Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 273.

191) OLG Köln MedR 1987, 2293.

192) *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 273.



(4) 自己答責性の原則

客観的帰属論においては、被害者が自ら責任を負うべき自由な自己危殆化行為の介在が帰属を中断させるという帰属基準が展開されている<sup>193)</sup>。連邦裁判所によれば、「自己に答責性のある，意欲され，——つまり，確実なものとして予見されまたは認容され——，そして，実現された自殺ないし自傷は，殺人や傷害の構成要件にあてはまらない」<sup>194)</sup>。なぜなら，法律は，他人の殺人や傷害を罰しているにすぎないからである」。自殺や自傷につながるような自己に答責性のある自損者の行為を過失で使喚・誘発し，可能ならしめあるいは容易ならしめた者は，故意に惹起しても処罰されないのであれば，処罰されることはない。

この自己答責の原則は，とくに薬物の使用による死亡や，エイズに感染しているものとの性交渉による傷害の領域で議論されている。医療過誤の領域では，患者の事後の過誤行為の介在が問題となる<sup>195)</sup>。しかし，判例は，この分野では図式的判断を避け，類型化して規範的評価を交えて慎重に分類している。判例においては，関与者が優越的な事実の知識によって自らを危険にさらす者よりも危険をよりよく理解していたかどうかによらし，自己責任行為に出る自損者に積極的に関与する者が，自損者の生命や身体に対する保障人的地位にある場合にはどうかは明らかにされていない<sup>196)</sup>。

以下では，ツェレ上級ラント裁判所の2000年1月14日の事案と判決<sup>197)</sup>を検

193) 山中『刑法における客観的帰属の理論』(1997年)720頁以下，同『刑法総論』293頁以下参照。

194) BGH, Urteil vom 14. 2. 1984, Strafvereidiger 1984, 244. このいわゆる「百回ヒット事件」判決について詳しくは，山中・前掲『刑法における客観的帰属の理論』733頁以下参照。

195) わが国における判例に，被害者に傷害を負わせたが，被害者が緊急手術を受けた後，いったんは容体が安定したが，容体が急変して死亡したという事案で，被害者が容体急変の原因は，その直前に治療用の管を抜くなどして暴れたためであったとしても，暴行・傷害と患者の死亡結果との間に因果関係を肯定したものがあつた(最決平16・2・17刑集58・2・169)。

196) BGHSt 32, 262, 264. Vgl. Ulsenheimer, a. a. O., S. 275.

197) OLG Celle, StV 2002, 366.

討しておこう。

(事案) 被告人は、交差点で明確な停止の標識を見逃し、優先権のある年金生活者Rの車に衝突し、胸部打撲を受け、その日のうちに病院を出たが、その後、胸に激しい痛みを感じ、大動脈破裂(Aortendissektion)の疑いを検査するため何日か後に入院した。その病院では手術できなかつたため、Rは、S特別病院に転院した。診察の結果、Rの胃に出血が見られたが、S病院では手術できなかつたため、Rは元の病院に送り返されたが、その2日後には出血が止まった。Rは、日増しに元気になったが、その病院の内科部長は、手術が必要とみなしていた。5月になって患者の承諾を得て、患者は、心臓病学的観点から大動脈破断につき手術するため大学病院に転送された。しかし、患者が手術を拒否したため手術は行われなかつた。その後、再び患者は元の病院に送り返された。Rの妻は、Rは正常な精神状態ではなく、一時的に混乱していると感じたが、継続的なものではないとも感じていた。病院では、鑑定の結果、Rには精神的錯乱が見られると判断し、妻を後見人とした。Rは、手術に対する承諾能力がないとされた。RにはCT検査の結果、脳委縮が見られたのであった。6月中旬になってRは、たびたび心不全の徴候を示し、それが悪化した結果、死亡した。刑事裁判所は、被告人を過失傷害で有罪としたが、過失致死については、構成要件的结果は、いわゆる自己答責的自己損害ないし自己危殆化の原理によって被告人に帰属できないとした。

(判旨) (自己答性) 「本件では、刑事裁判所によって採用された任意の自己答責的自己危殆化ないし自己侵害の事案が存在するわけではない。これに関し、薬物吸引者の死亡に対して薬物売人の刑事責任につき展開された判例は、——熟慮の末の確信によるものではないが——自己答責的に意欲し実現された自己危殆化を誘発し、可能にし、使喚した者が、構成要件に該当しない不可罰な行為である事象に関与したということから出発している。しかし、意識的自己危殆化の原則は、図式的に、行為者の不法行為により第三者が自己危殆化的行為に誘発されたすべての事案に適用可能なわけではない。この種の事案においては、連邦裁判所の上述の判例は、次のような場合に限定することが必要である。すなわち、行為者が不法行為によって意識的自己危殆化の明白な可能性を創出したが、それが、被害者が協力することなしに、また承諾することなしに、被害者の法益に対する著しい危険を根拠づけ、それによって被害者がそれに続く危険な措置をとろうとする明らかな動機を創出したことによる場合である(BGHSt 39, 322, 325)。本件の場合がまさにこの限定されるべき場合に当たる。Rは、交通事故の決定的な最

初の危険をまさに容認してはおらず、この危険に対し意識的に自己答責的で能動的に意欲したわけでもない。Rが自己答責的に大学での治療を拒否していたとしても、このことは、認定された5から15パーセントという手術の死亡率を考慮すれば明らかに不合理とは言えない。その限りで、これに関し、刑事裁判所が、大学での手術に対する自己答責的なRの拒否を誤りなく認定していたのかどうかという問いは、問題とならない」。

ここでは、判例の自己答責性原理を、被害者が行為者による危険の創出を意識的に容認し、それによって事故の危険な治療の拒否に対する明らかな動機が形成された場合に限定して適用する。本件においては、そのような状況は見られず、自己答責性原理による帰属の否定はできないというのである。

(予見可能性) さらに、判決は、死亡の発生に対する予見可能性について言及する。「予見可能性にとっては、死亡の結果が交通違反行為の可能な作用の枠内にあること、また、義務違反的な第1の侵害によって創出された最初の危険に範囲内にあることが決定的に重要である。それに続くのは、その他の事情およびすでに設定された危険のそれと結びついた結果を引き起こす修正である。すなわち、侵害によって必要となった、場合によっては合併症を引き起こす治療行為を適用する際のそれである。それは、治療する医師が適切な措置を取らない場合にもあてはまる。本件においては、車中にいる者がハンドルないし計器にぶつかることによって、胸部打撲や大動脈破裂の形で重傷を負うことは予見可能である。その結果、心臓・循環器不全に陥り、死亡に至りうることもそうである。医療行為の経過は、設定された危険の枠外にあるのではなく、生活経験の枠外にあるというわけでもない」。

ここでの予見可能性の肯定は、ドイツの判例が、一般に、予見可能性の概念を拡張して解釈していることの結果である。判例は、結果の予見可能性を「その最終の結末における結果」であって、「その事象の経過における結果」と解しているわけではない<sup>198)</sup>。連邦裁判所は、「予見可能性は、それに続く被害者の死亡に至る事象結果のあらゆる詳細の及ぶ必要はない」としている。

198) Vgl. Ulsenheimer, a. a. O., S. 277.

## ま と め

医療において望まざる事故が生じたとき、その一部が、業務上過失致死傷罪を構成することがあるが、本稿では、その成立要件を論じた。そのような医療過誤の発生が、現在、極めて増加し、民事紛争を呼び起こすばかりではなく、医師等の医療関係者の刑事責任が問われることも多くなっている。そのうちでも本稿では、診断の過誤および治療の過誤にもとづく医師の過失責任が生じる要件について論じたのである。従来の医療過誤は、専門性の壁や証拠の壁に守られてその実態解明も困難な状況にあったが、現在では逆に医師の合理的な裁量が制限され、医師が医療過誤訴訟のリスクを負い、委縮する現象も見られるようになってきている。そこで、刑事法学には、このような状況のなかであるべき医療過誤の刑事責任を適正に問いうる要件を見出すという課題が突きつけられているといつてよい。

その際、重要なのは、そのような結果に至る行為が、客観的注意義務に反するような結果に対する危険を創出するものであるかどうか、その危険が結果に実現したといえるかどうかの過失犯成立要件を明らかにする課題である。前者の要件は、医療行為においては、とくに「医療水準」を満たす行為かどうかを基準とする。本稿では、医療の発展的性格と患者の自己決定権を尊重する医療という観点から、「医療水準」概念を一般性・通有性を保ちつつ、具体的事情に応じた相対的な概念であるべきだという出発点から、医師の側の治療方法の自由ないし「医師の裁量」ないし「特殊療法」「特殊な療法」や患者の求める「代替治療」などのバランスをどのようにとらえるべきかを考察した。

注意義務違反が認められても、その創出にかかる危険が結果に現実化するものでなければ、過失犯は成立しない。それが後者の要件である。ここでは、それを注意義務と結果の関係ないし不作為の因果関係の問題として判例によりながら、それが問題となる類型を考察した。その際、ドイツで議論されている、義務違反がなかった場合の結果の発生の蓋然性の程度につき「確実性に境を接する蓋然性」が緩和されつつあるという問題、わが国の判例では、「80%から

90%の確率」を要求する不作為犯における仮定的な作為義務行為の結果の不発生に対する「因果関係」ないし「結果回避可能性」の問題とは異なり、過失犯における義務違反と結果の「因果関係」の認定の問題においては「合理的な疑いを超える確実性」を要求する判例が多いことを検討した。