

医療過誤と刑事組織過失（1）

山 中 敬 一

目 次

1. 医療組織と過失類型
2. 水平的分業類型における組織過失
3. 垂直的分業類型における組織過失
4. 入院患者の自傷他害行為に対する組織過失 （以上、本号）
5. チーム医療における組織過失
6. 薬品事故の刑事過失責任
- ま と め

1. 医療組織と過失類型

1. 医療組織における危険と責任

（1）医療組織における分業・協業と医療安全

現代医療にとっては、高度の専門化は必然であり、医療の分野における分業は「時代の要請」であるといつてよい¹⁾。ごく普通の手術ですら、複数の異なった専門医、看護師、技師等からなる数名のチームで行われる。手術のみではなく、その前の診察にあたっては、尿・便検査、血液生化学検査のほか、内視鏡検査、レントゲン、エコー（超音波検査）、CT スキャン（コンピュータ断層撮影法）、MRI（磁気共鳴画像）などの様々な医療装置を使った画像診断などの専門の医師ないし技師による検査が絡み、手術後の経過観察、療養にも様々な医療関係者が関与する。「チーム医療」は、医療の高度の専門化と効率化の必然の結果であるとともに、患者に最新の医療を提供するための仕組みでもある。しかし、巨大な組織でもある大病院においては、患者個人に対するチーム医療

1) Vgl. Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl., S. 186.

で「組織」の問題が尽きるわけではない。そのチーム医療を確実・安全に安定的に機能させるには、その病院組織そのものが、患者の安全を図るという目的に向けて組織化・システム化されていなければならない。すなわち、チームの権限の明確化と相互の意思疎通を円滑化するための組織化・チェック体制の整備など医療組織全体の医療安全ないし患者の安全に向けての病院間の連携システムをも含めてそのシステム形成が必須の条件である。巨大化し、専門化する医療組織において権限を分散させ、それを統制し、患者の安全を図るための危機管理（リスクマネジメント）を図るシステムの構築は、医療機関の機能を向上させ、患者の治療効果と安全を図るために不可欠であり、機関ないし組織縦断的な協調体制の構築によってはじめて患者の治療に直接かわる診断・治療・手術においても組織の全体としてのシナジー効果が得られるのである²⁾。

(2) 医療における組織過失

医療組織における医療過誤ないし過失は、医師やその他看護師等の医療関係者の意思の緊張の欠如や不注意な医療行為によって発生するだけでなく、このような医療組織における分業と協業ないし組織の機能不全によっても発生する。医療組織内においては、分業と責任分担が行われている。このような既存のシステム化された組織における各領域における過失が、相対的に独立に分業・協業され、また、とくに組織内で分業された組織の権限や責任に上下関係があり、一方が他方に指揮命令し、あるいは、相互に相対的に独立にはあるが、一定の事項に対する執行とチェックといった権限の分配が行われているとき、それぞれの過失の関係が問題となる。

個人による医療過誤が「医療水準」の侵害を意味するなら、ここで考察する組織過失は、医療の制度的・組織的枠組としての医療過程における過失であり、これを医療機関に要請される「組織水準」の侵害であるということができよう³⁾。

2) *Schroth, Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Behandlungsfehlern*, Roxin/Schroth (Hrsg.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4. Aufl., 2010, S. 94.

3) Vgl. Hart, *Patientensicherheit, Fehlermanagement, Arzthaftungsrecht*— zugleich

次に、この組織過失の類型を含めて、一般的に、医療過誤事件において問題となりうる組織における過失の類型化を行っておこう。

（3）過失複合の諸形態

そもそも、多数人の過失が複合する場合には、① 組織化されていない個人の過失が複合する類型と ② 組織における協業・分業関係ないし組織形成における過失の類型に分類できる。前者は、個人の過失の競合の事例⁴⁾であり、これには、結果に対して別の因果系列として影響する「並列競合」と結果に向かって原因・結果の関係にある一連の条件が競合する「直列競合」がある。並列競合のうち共同正犯の要件を充たすものが、過失共同正犯であるが、これは意思の連絡と機能的共同によって組織過失に含められるべき類型ともいえるであろう⁵⁾。

組織における過失の発現形態には、① ある組織の内部で他の並列的組織との相互関係の中で自らに与えられた任務を果たし全体的組織が適切に機能するようにする義務に違反するかどうかを問題とする危険状態段階の過失類型と、② その組織の安全体制を形成する責任を問う類型がある。とくに後者を、筆者は不作為犯的現を払拭し作為犯的要素を強調するため、「システム過失」ないし「組織形成過失」と呼んできたが、これは、組織全体の安全性に対する体制の形成の不備や、安全に対する相互チェックの体制、組織の分業・協業体制のシステム化、透明性の確保などの点で、その組織を形成し運営する責任を問いうる前危険状態段階の過失類型である。組織における与えられた任務の遂行によってその機能を果たす組織過失と、下位の組織を含めて危険のある組織を形成す組織過失を総称して、これを「組織過失」（広義）と呼ぶことにする。

↘ ein Beitrag zur rechtlichen Bedeutung vom Empfehlungen, MedR 2012, S. 1 ff., bes. 12.

4) 過失競合事案は、後に検討するように医療過誤事件においても多数みられ、初期の（1950年代からの）鉄道事故における過失責任についても多数みられた。

5) ただ、分業・協業の体制とシステムがすでに確立されているのではない状況下での過失共同正犯は、それぞれの過失行為が独立の因果系列に属するのではなくとも、過失競合に位置づけるのが妥当であると思われる。

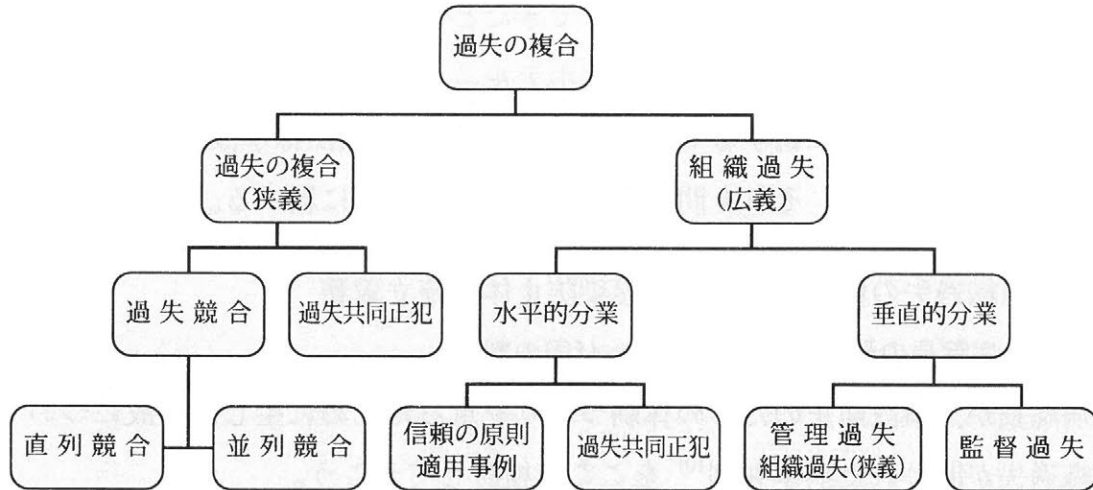
これらの組織過失類型は、組織における協業・分業体制が確立されている場合が基礎となる。ここでは、水平的協業・分業と、垂直的協業・分業の類型に応じて①水平的組織過失と②垂直的組織過失に分けることができる。前者は、信頼の原則の適用と過失共同正犯とが問題となりうる事例であり、後者は、管理・監督過失の事例である。

管理監督過失の概念は、わが国では1980年代から組織過失における個人の過失責任を問うとき、上司の部下の過失に対する過失責任を問う理論として展開されてきた。まず、監督過失の概念は、組織における人の不適切な行動につき、その上司の部下に対する選任・監督義務を問うことに資するものであった。これに対して、管理過失は、物・設備・施設・動物などの管理義務および人的組織体制の確立・運用を内容とするものであった。監督過失と管理過失は、ほぼ上のように分類されるが、厳密にいうと、監督過失は、過失事故の発生を招く直接行為者に対する指示ミスの過失であり、共犯的形態の過失である。この中には、上司がその本来の任務を委託して部下に委ね、自らはその部下の任務の遂行を監督する場合も含むであろう。これに対して、管理過失は、結果発生に対する具体的危険状態が発生した段階の過失とそれ以前の段階の過失に分けることができるが、特に後者の管理過失は、事前の施設・設備の安全対策をはじめ、人的組織形成や事前の部下の選任・訓練における過失を意味するとすべきである⁶⁾。この中でも、人的組織に関する管理過失は、(狭義の)共犯的形態ではなく、管理者の具体的危険状態発生前の直接過失が問題となっている類型である。判例においても、管理・監督過失が問題にされるとき、管理・監督者は、部下の担当・管轄する業務について上位の責任を負う立場にあって、部下を介して同様の義務を負っているという場合が、初期においてはどちらかといえば一般的な事案であった⁷⁾ので、これは前者の管理過失の一種として位置づけることができる。

6) 一般には、監督過失の中に「選任」過失も含められるが、これは、人事組織の形成自体の過失であり、背後者の固有の過失と見る方が妥当であろう。

7) 筆者は、製造物に関する刑事責任が問われた判例についてとくに初期の判例においてこのように、上司の過失責任を問うには、例えば上司たる工場長が部下の業務に関する上司としても部下同様の知識・技術をもち、その業務に対する部下の直

医療過誤と刑事組織過失（１）



このような多数人の過失の複合の類型は、これを次のように体系化することができる。

事前の組織形成に関する管理過失は、物・設備・施設・制度などの組織形成を含めて、とくに部下の過失も競合するときの組織形成責任者である上司の組織過失を問うものである。つまり、組織過失（狭義）とは、一定の組織の中で業務分担され、権限を割り当てられた管理・監督責任にとどまらず、施設・設備・機械装置および選任・人員配置・権限分配等を含めて「組織」そのものを形成し、組織における業務分担と権限分配をシステム化する役割を果たす者が、危険の発生しうる危険な組織をつくりだし運営することによって事故結果を発生させた責任を問うものである。したがって、管理過失とほぼ同義で用いることができる概念であるが、管理過失がわが国では「安全体制確立義務」違反のように、不作為犯的にとらえられることが多いことと、「管理」責任より積極的な「組織形成」責任を表す意味で「組織（形成）過失」（狭義）の概念を用いることにする。

狭義の組織過失の例としては、例えば、ホテルの経営、管理事務を統括する地位にあり、その実質的権限を有していた代表取締役社長が、とくにほとんど

▽接のコントロールを要求する事案が多いことを確認した（山中敬一「刑事製造物責任論における作為義務の根拠」法学論集60巻5号（2011年）1頁以下、8頁、13頁等参照）。これは、上司の管理過失が、上司独自の義務違反ではなく、むしろ、部下と同様の義務違反を前提にしていることを意味する。

すべての事項をワンマン体制で決定してきたという事情のもとで、管理権原者としての過失責任を問われたいわゆるホテルニュージャパン火災事件⁸⁾における組織責任が、これに属するであろう。JR 西日本福知山線事故⁹⁾における JR 西日本社長の責任は、それを問うるとすれば、これに属する。

(4) 組織過失の例としての院内感染防止体制確立義務

(a) 病院長の刑事責任に関するわが国の判例

病院長が、事故防止のための体制づくりを怠ったために生じた事故について組織過失が問われた刑事判例¹⁰⁾をここで検討しておこう。

(事実の概要) 脳神経外科病院の理事長兼院長が、院内感染防止のためのマニュアルの作成ないしそのための職員教育を実施しなかったため、ヘパリン加生理食塩水を作製する際の基準を指示せず、准看護師をして手洗い等不十分なままヘパリン加生理食塩水を作製させて、その食塩水中にセラチア菌を混入させ、患者6名をセラチア菌による敗血症ショックにより死亡させ、6名に傷害を負わせたというのが事実の要旨であり、その病院管理上の過失責任が問われた。起訴状記載の控訴事実の判旨となる部分を引用する。

(判旨) 「病院においては、細菌に対する抵抗力の弱い患者が入院しているところ、……十分な手洗い及び消毒を励行しないで、血液凝固防止のために使用す

8) 最決平 5・11・25 刑集 47・9・242。

9) 2005年4月25日に発生した JR 西日本の福知山線 (JR 宝塚線) 塚口駅一尼崎駅間で発生した列車脱線事故であり、乗客と運転士合わせて107名が死亡した。2012年1月11日、神戸地裁 (LEX・DB) は、JR 西日本社長の業務上過失致死傷罪につき、無罪判決を出した。しかし、この被告人は、「取締役鉄道本部副本部長兼安全対策室長として、運転事故の防止及び運転保安設備の整備計画に関する業務等を担当し、……取締役会決議に基づき安全問題に関する業務執行権限をゆだねられた取締役鉄道本部長として、平成8年6月1日から平成10年6月26日までの間は鉄道施設及び車両並びに列車の運行の安全確保に関する技術上の事項を統括管理する任務を法令により課せられた鉄道主任技術者として、同社の鉄道事業に関する安全対策の実質的な最高責任者を務めていた上、平成9年3月に開業予定の JRX3 の開業準備総合対策本部長等として、同線開業に伴う安全対策を含めた輸送改善計画を統括指揮していた」者である。

10) 東京簡略式平 16・4・16 (判例集未公刊) 飯田『刑事医療過誤Ⅱ』(増補版・2007年) 899頁以下。

るヘパリン加生理食塩水などを作製し、常温で保存すれば、同食塩水にセラチア菌などの細菌が混入して繁殖し、これを患者治療に使用して血液中に注入することにより、敗血症などの感染症を引き起こし、患者の死傷の結果を招くことが予見できたのであるから、院内感染防止のためのマニュアル、点滴治療法等医療行為手順等の基準を作成し、看護師らに対して、これらに基づき研修等の職員教育を実施して、医療行為を行うときの清潔保持を徹底させた上、ヘパロン加生理食塩水を作製したときは、冷蔵庫に保管し、作成当日に使用することを義務づけるなどの指導・監督を行うなどして、院内における入院患者への細菌の感染を未然に防止すべき業務上の注意義務がある」。

脳神経外科病院の院長（理事長）は、事前に院内感染を未然に防止するためのマニュアルや基準を作成し、院内の安全を確保するための組織作りをする義務がある。本件では、現にヘパリン加食塩水を作製する准看護師の過失というより、これらの安全体制を確立していなかった院長の組織過失がこの事故の主たる原因であり、予見可能性は否定できない。病院長の組織過失が問われた事例と位置づけることができる。

（b）ドイツにおける病院長の刑事責任

ドイツにおいては、病院長の組織過失については、「一般に極めて低い役割しか果たしていない」と言われている¹¹⁾。後に詳しく検討する連邦裁判所の判例¹²⁾においては、大学の研究所の所長代理の血液の製造に関する刑事不作為責任は、否定されている。病院長の民事責任と比較して、その刑事責任については、病院長の刑事組織責任が全く考慮されないのと比べて、民事責任は、無制限に認められており、両者はまったく別の評価にさらされ、民事の「組織責任」（Organisationsverschulden）は刑法には継受されていないと言われている。その理由は、二つある。ブルンス¹³⁾によってこれをまとめると、一つは、患

11) *Carolin Wever*, *Fahrlässigkeit und Vertrauen im Rahmen der arbeitsteiligen Medizin*, 2005, S. 102.

12) BGH NJW 2000, 2754. 本稿、「3. 垂直的分業（直列分業）における組織過失」の4参照。

13) *Bruns*, *Persönliche Haftung des Krankenhaus-Geschäftsführers für Organisationsfehler?*, *ArztR* 2003, 63f.; *Wever*, a.a.O., S. 105f.

者の関心のあり方が両者で異なるということである。刑事告訴は、感情的になされることもあり、責任追及は、まず、患者と接触した担当医に向けられる。これに対して、損害賠償を請求するための民事では、資力にある病院長ないし理事長に向けられる。病院の内部事情が、外部（検察官、裁判所）に隠されていて、透明性を欠くことも、起訴が少ない理由である。治療する医師と病院経営者の間の、「責任の希薄化」を生む「本来的なグレーゾーン」の存在もそれに寄与する。もう一つは、刑事訴訟において病院の組織的な欠陥を指摘する医師は、医療行為の時点で、病院の組織的に劣悪な条件を知っていたのであれば、自ら故意責任を追及される危険に陥れることになるからである¹⁴⁾。もとより、民事責が法人の責任を問いうるのに対して、法人の刑事責任を問えないこともその理由である¹⁵⁾。

(5) 組織過失の前提としての危険と責任の分担

医療行為が分業と協業によって組織的に行われる結果、医療過誤の危険や結果も、そのような組織の機能不全から生じることになる。先に掲げた医療過誤が生じる人的・物的組織の不備に基づく過失を、ウルゼンハイマーの分析によれば、① 意思疎通上の過失、② 調整上の過失、③ 資質に関する過失（選任上の過失）、④ 管轄分担上の過失、⑤ 権限委任上の過失¹⁶⁾に分類される。

ひとつの手術を行うにも、10人以上の医療関係者が関与して「チームワーク」として行われるのが常態となっている。そのようなチームワークを機能させ適切に働くよう維持するためには、各分担の範囲と権限、その密接な連携を維持する組織をしっかりと構築する必要がある。診断と治療にかかわる医師、技術者、補助者の数が増えれば増えるほど、また、医療器具や薬剤が複雑になり危険になればなるほど、そして、大きな病院で分業的な作業が複雑になれば

14) この点については、ヴェーヴァーは、医師が患者の死に対して故意をもつこと故意犯で訴追されることは「極めてまれ」であって、ブルンスには賛成しかねるとする（Wever, a.a.O., S. 106）。

15) ヴェーヴァーは、病院長の刑事組織責任は現行法に置いても可能であるという（Wever, a.a.O., S. 110.）。

16) Ulsenheimer, a.a.O., S. 187. Vgl. Wever, a.a.O., S. 5f.

なるほど、医療作業の計画、調整、コントロールは、周到な用意と知恵を必要とする¹⁷⁾。それに応じて、医療過誤を生じさせる危険源も多様となり、上記のそれぞれの分野においてその中に「危険」が潜むものとなる。

分業・協業における危険は、同種の医師の間で、異なった専門医の間で、医師と看護師、介護人のような異なった医療関係者相互間で発生する。近年では、このような当事者間の組織上の欠陥から発生する医療過誤が著しく増えている。組織・チームの構造上の欠陥、人的設備の不備、医療装置の不備、手術における相互調整の欠如、異なった「科」の間の意思疎通の欠如、患者の看護の不十分性、若い医師の早すぎる投入などが原因である医療過誤が多発している。

ここでは、もちろん、全体の安全体制を確立し、適切な組織形成を行うため、前述の組織の複合的な機能不全に対するシステム形成責任である「組織過失」が問われることもある。しかし、特定の組織の特定の機能不全に起因する事故の危険に対する責任は、その組織を構成する個人の責任に帰せられる。

それでは、このような危険を内在する組織における個人の責任は、どのように問われるのであろうか。組織上の責任が問われるのは、「指示権限」があることによるのみならず、「点検義務」の存在にもよる。指導権限ないし指示権限を行使するということは、関係する既存の基準・規則の遵守を監督し、その他の処分に関する監督義務とは不可分に結合している¹⁸⁾。ここで、事実上の分業のあることが、法的責任を分割することになるのか、または監督、点検、そして一定の組織体における組織化（安全体制確立）の義務による「責任の輻輳化」¹⁹⁾（Verantwortungsvervielfachung）が一定の範囲で広まるのかが問題となる。このような監督義務・点検義務・安全体制確立義務を誰がどこまで負わせられるかを限界づける理論を提供することが刑法学に課せられた大きな課題である。

17) Laufs, Handbuch des Arztrechts (Hrsg) v. Laufs/Uhlenbruck, 3. Aufl., 2002, § 102 Rn. 1; Ulsenheimer, a.a.O., S. 187.

18) Ulsenheimer, a.a.O., S. 188.

19) Ulsenheimer, a.a.O., S. 188. この意味の「責任の輻輳化」は、部下の責任と上司の責任の輻輳の事例を典型例として捉えており、先に述べた組織の複合的な機能不全による「組織形成過失」までには及ばないものとして用いている。

これをまとめると、次のようにいうことができる。責任の輻輳化は、管理・監督責任を根拠づける。これに対して、この義務を限定するのは、管理・監督責任がないとされる場合である。その否定論の論拠としては、二つの原則が用いられる。第1に、「厳格分業の原則」であり、第2は、「信頼の原則」²⁰⁾である。厳格分業の原則は、分業者がその分担する分野についてのみ責任を負い、他の分野については責任を負わないという原則である。信頼の原則は、「行為の自由」に根差す原則であり、「現行法の過失責任主義」に表れるものであるとされる²¹⁾。それは、組織の中の個人がそれぞれの役割と任務を果たし、他人がそれを信頼してよいというものともいえるのであるから、相互の「自己責任主義」²²⁾といってもよい。

(6) 治療における管理監督過失の事例類型

以上のような医療ないし治療の組織の中における危険に鑑みて個人の責任を問うにあたっては、その組織の構造と機能によって発生する事故の類型化に則した過失の特徴が把握されなければならない。そのため、ここでは、医療ないし治療の組織内で発生する過失類型を分類しておこう。

病院は、患者の治療という目的を達成するために個別の治療を円滑に行わせることができるような合理的なシステムを備えなければならない。もとより、病院自体は、巨大な組織であり、その組織内において、それぞれの医療分野に応じて権限と責任とが細かく分担され、それが有機的に相互に協力し合いながら組織が動いていく。そのような分業しつつ協業でき、さらに上位の組織や構成員が下位の組織や人構成員に対して指揮命令することができるシステムを構築したうえで、それにしたがって専門医を適正に配置し、看護師を適正に配

20) これについては、山中敬一「信頼の原則」現代刑法講座（第3巻）（1979年）71頁以下、チーム医療と信頼の原則についての最近の文献として、甲斐克則「医療事故と刑事過失・その2——チーム医療と刑事過失」現代刑事法5巻3号101頁以下、萩原由美恵「チーム医療と信頼の原則(1)(2)」上智法学49巻1号（2005年）49頁以下、2号37頁以下参照。

21) *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 188.

22) *Schroth*, a.a.O., S. 95.

置・訓練し、各科の間の協力体制を構築し、医師から看護師への、あるいは看護師同士の指示・連絡がミスのないように行われるようチェック体制を整えなければならない。このような人的体制および物的体制をもつ組織内で重大な結果が発生する危険は、このような体制が何らかの機能不全に陥るときに生じる。人的体制から生じるミスとしては、① 医師・看護師の適正配置体制におけるミス（選任上の過失）、② 各部署間の協力体制のミス（管轄分担上の過失）、③ 医師の治療組織に対する適正な管理・指示体制のミス（意思疎通上の過失・調整上の過失）、④ 看護師の適正な管理・訓練体制のミスがある。物的体制から生じるミスの問題としては、① 医療装置・設備の不備のミス、② 薬剤管理体制の不備のミスがある。

これらの類型において、信頼の原則と管理・監督過失がそれぞれどのような類型に対応するのかが分析されなければならない。

2. 管理監督責任と信頼の原則

（１）責任領域不可分の原則から個別責任の原則へ

ドイツにおいては、1950年代から60年代初頭にかけて患者に対する医師の責任は不可分・一体であるという見解が優勢であった²³⁾。これを「責任領域の不可分性」説と呼ぶことにしよう。当時、エンギシュがこのような見解を表明しており、「一定の限界内で麻酔医とその完全無欠な機能を信頼することができるかどうかにかかわらず、執刀者に信頼を寄せている患者の利益において、術前術後・術中における外科医の一般的注意義務と責任は常に存在する」と述べていた²⁴⁾。しかし、1961年にヴァイスアウアーがこれに反論を唱え、「科学的に養成された完全な専門家と資格をもった医師ないし医療関係者の並列的な共同作業という近代的な組織形態」においては、責任領域の可分性というのが基本的な考え方にならなければならないとし²⁵⁾、専門家のそれぞれの「個別責任

23) *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 189.

24) *Engisch*, *Langenbeck's Archiv für klinische Chirurgie*, Bd. 297, 1961, S. 254; *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 189.

25) *Maihofer*, *Archiv für klinisch-experimentielle Ohren-, Nasen- und Kehlkopfheilkunde*, Bd. 187, S. 534; *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 189.

および自己責任の原則」が誕生した。これは、医療における共同作業を、同等の者同士であれ、主従関係にあるものの間であれ、「チームワーク」としてとらえるものである。この見解は、近代刑法における個人責任の原則により適合するものであった。これに対しては、チームワーク (Team-work) ないし医療チーム作業」(ärztliche Teamarbeit) とは、ドイツでは、むしろ、対等で、より自由な、拘束の少ないものと捉えられ、そこで、「分業」の方が、対等関係と上下関係の両者を含む概念として妥当であるという見解も唱えられている²⁶⁾。

(2) 信賴の原則と自己責任の原則

この自己責任の原則と表裏をなすのが、信賴の原則である。患者の治療にあたる者は、その機能にかかわらずすべて、他の共同者がその任務を支配し、その責任を全うすることを信賴してよい。他人がその義務を果たすことに対して信賴することは、——その信賴する者にとって決定的である経験に照らしてもその特殊な知識の可能性に照らしても、それがその者にその信賴を動揺させることのない限り——、義務違反とはいえない²⁷⁾。もとより、共同行為当事者が定められた任務を遂行していないことが明白となり、あるいはその者がミスを行っていることを認識しているような場合、つまり、他人の不適切な事実上の行動を基礎として関係者が行動しているような場合には、適切な行為を信賴することはもはや許されない²⁸⁾。

また、共同当事者が具体的な状況において、酪てい、病気、オーバーワーク、または疲労困憊などによって、明らかにその義務を果たせないとき、または、一定の手がかりによって同僚の準備作業の合法規性に深刻な疑念が認識できるときにのみ、例外的に信賴の原則は、適用を除外される。

このように、信賴の原則は、他の組織の構成員や機関がそれぞれその役割と責任を果たすことを前提に、別の構成員の行動が成り立つという組織の機能化

26) Vgl. *Drothe Wilhelm*, Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin, 1984, S. 3.

27) *Eb. Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S. 193.

28) Vgl. *Schroth*, a.a.O., S. 95.

の特性に相応する原則であり、ある目的に向かって組織の機能を十全に発揮するためには不可欠な行動原理である。この信頼の原則が妥当するためには、十分に権限の分配とその内容の明確化、それぞれの組織構成員の意思疎通のルーチン化とその徹底が前提となり、それが十全でない場合には、信頼の原則の適用は制限を受ける。

（３）ドイツ医事刑法における信頼の原則の展開

1927年のライヒ裁判所の判例²⁹⁾においてすでにその萌芽がみられる。事案は、大学病院に勤務していて、その仕事につき信頼を得ていたレントゲン技師の女性が、レントゲン照射にあたってフィルターを装着するのを忘れていたため、患者が重いやけどを負ったというものであった。問題は、それに対して医師が過失傷害の責任を負うかであった。ライヒ裁判所は、まさに医師は、その助手が、スイッチを入れる前にその重要な作業を事実上も行うであろうと信頼してよいかが決定的だとみなしたのである³⁰⁾。

ストリキニーネ事件³¹⁾では、子供に対する正確な薬の量を添付の説明書には示してあったが、ガラス管自体の上には貼ってなかったため、子供の父親が何度も投薬したところ、子供が死亡したというものである。ここでは、医師は、素人である患者の父親に対しては、その適切な行動を信頼することはできず、処方方を明確にすべきであったとされた。

（４）信頼の原則と専門領域間の調整義務

信頼の原則が制約を受ける場合として、二つの異なった専門領域の間の共同作業からまさに、また、両者によって使用された方法または器具の相互背反性から

29) RG JW 1927, 2699.

30) 本判決については後に詳論する。その後の判例評釈でエックスナーは、信頼の原則に言及して、問うている。「他人がその義務を果たすだろうと信頼することが義務違反だろうか」と。Vgl. Exner, Fahrlässiges Zusammenwirken, in: Frank-Festgabe, Bd. I, 1930, S. 569ff., 577.

31) Vgl. Hans Kamps, Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, 1981, S. 23, 226.

まさにその治療方法の特殊な危険が生じたときがある。これが、「調整義務」(Koordinierungspflicht)の原則である。調整義務違反にあたる例として、1999年の連邦裁判所の判例³²⁾が挙げられる。いわゆる斜視の手術の際に、麻酔医が特殊な麻酔を用いたが、眼科医が止血のために焼灼器を用いたので、加熱により血管が閉じられた間に、患者が、高濃度の酸素を大量に吸った。それにより、激しい炎が立ち上がり、子供は顔に大やけどを負った。連邦裁判所は、その判決において、麻酔医は、手術上の措置の在り方を考慮に入れなければならない、その在り方によって必要となった要件の枠内で施術者と協議しなければならなかったという。このような原則が、水平的分業の本質的な原理に、すなわち、多様な専門分野の多数の医師の共同作業に対応する。「ここでも、患者のためというのが最高の命題であり指針であるから、関係する医師達の間での共同作業については、分業に特殊な危険に対抗すべく、計画された処置の調整を必要とする。それは、患者を保護するために、さまざまな専門家によって投入される方法または器具の起こるかもしれない不適合を予防するためである。このような視座のもとでは、その点で、関係する医師の間に明示的な申合せがなくても、すでに一般的原則に従って、関係する医師の義務が肯定されうるのであり、また、十分な相互の情報と合意によって患者にとり回避可能な危険を排除することができる」³³⁾というのである。

2. 水平的分業(並列分業)における組織過失

このような分業の構造と形態に応じて典型的な過失が発生する。分業の形態については、大きく、「水平的分業」(並列分業)と「垂直的分業」(直列分業)に分類される。それぞれの形態に即してその過失の意味を検討しておこう。

1. 水平的分業の意義と特徴

(1) 水平的分業の意義

関与者の間に、仲間同士の、一切の従属から自由な対等の関係がある分業を

32) BGH NJW 1999, 1779, 1781.

33) Ulsenheimer, a.a.O., S. 193. Vgl. auch Schroth, a.a.O., S. 97.

いう³⁴⁾。水平的分業の概念は、「パートナー的な対等の関係における共同の作業目標に向けての共同作業」をいう。典型的な例は、異なった専門医の間の医療共同作業、例えば、外科医と麻酔医の関係である。もとより、同じ権限をもつ同一の専門の医師同士の協力関係・分業関係もこれに属することは排除されない³⁵⁾。この関係にとって並列的分業の本質的特徴は、指示関係のない、相互協力的な共同作業の義務ないし権限領域である。

（２） 水平的分業の特徴

この協力関係の基礎は、独自の処理のための一定の任務領域の引き受けである³⁶⁾。あらゆる関与者は、その自身の医的任務領域の規則通りの処理に対して答責的であることである。決定的な基準は、同等の役割分担により交互に欠ける指示権限ないし、逆に、チーム作業にはめ込まれた医師の指示待ち状態である。病院においては、例えば、外科医が、放射線医による不適切なレントゲン画像に基づく所見に対して責任を負うかという問題である。逆に、放射線医は、患者が、血管造影法または腸のレントゲンを行うよう指示されるとき、外科医が判定する適応を信頼できるのかも問題となる。

水平的分業は、同一の患者に対して共同して治療にあたる同種の医師間の分業のほか、外科医と麻酔医といった学際的な分業の事例群と一般医と専門医、開業医（かかりつけ医）と勤務医の間の協力関係の事例群に区別される。

このほかに、水平的分業に属せしめられると考えられるのは、医師と薬剤師の分業関係である。異なった専門医の間の分業は、医師は、一般的には相互に独立の権限を有するものであるから、対等な水平的分業の類型に属するといえることは疑いない。このようにして、水平的分業においては、組織の各構成員は、原則として対等・独立・自己責任主義の関係にあり、信頼の原則の適用が認められる傾向にある。

34) Vgl. *Geilen*, Materielles Arztstrafrecht, in: *Wenzel* (Hrsg.), *Handbuch des Fachanwalts*, 2Aufl., 2009, S. 374. Vgl. auch *Wilhelm*, a.a.O., S. 4.

35) Vgl. *Wilhelm*, a.a.O., S. 4.

36) *Tag*, a.a.O., S. 257.

水平的分業関係においては、「過失共同正犯」と構成できる場合と「過失の競合」と捉える場合とがありうる。問題は、分担した業務が質的に異なる分業の場合に、分業の取決めがあったときに「共同正犯」とするのが妥当かどうかである。その意味では、垂直的分業の類型において、権限の異なる主体の分業においても、共同正犯とみなすことが全く排除されるわけではないので、垂直的分業においても共同正犯の可能性は残されている。過失共同正犯を肯定するか過失の競合と捉えるかによる実質的な相違は、各行為者の過失行為と結果の発生との因果関係の認定にある。しかし、実際には、択一的因果関係の事案となるものはほとんどなく、共同正犯を認めなくとも、競合する因果関係の各原因行為を肯定するに支障はないといってよい。わが国の判例は、医療過誤についてはほぼ過失の競合論で対処している³⁷⁾。

2. 病院内の治療担当医間の分業体制

(1) ドイツの刑事判例

まず、第1に、1997年11月17日の連邦裁判所の医師の代診における権限が問題となった事案³⁸⁾について、いわゆる水平的分業の事案についても信頼の原則の適用が肯定されたことを検討しておく。

(事実) 放射線医学と放射線治療の専門医2人が、共同で診療所を開業していた。その内部では、K医師が放射線治療を、R医師が、休暇中単にこの分野での代診をするというようにして分業を行っていた。そのような休暇を取っている間に、R医師は、5人の患者につき、K医師によって決められた放射線治療の時間を再検討することなく、放射線治療を行った。放射線治療の実施と、継続教育を必要としない両医師の医療上の知識は、しかし、もはや行為の時点では、医学の水準と当該の規定には相当していなかった。当該の5人の患者の照射の時間も、それによると、医学上の適応に比較して、2倍も高い量に達しうるほどの、誤った、古い方法に従って算出されていた。

37) 北川佳世子「刑事医療過誤と過失の競合」年報医事法学23号(2008年)102頁以下、甲斐克則「刑事医療過誤と注意義務論」年報医事法学23号99頁参照。

38) BGH NJW 1998, 1802. Dazu vgl. Wever, a.a.O., S. 48ff.

医療過誤と刑事組織過失（１）

K医師は、休暇中を除いて、４件において過失致死罪で、１６件につき過失傷害罪で有罪判決を受けた。連邦裁判所は、再検討せずに多量の照射を行った代診であるR医師に５名の患者につき、過失傷害罪の責を負うかを判断することになった。

（判旨） 有罪。被告人である放射線医Rには、その治療計画の正当性を真摯に疑う十分な手掛かりが認められた。したがって、信頼の原則の適用は排除される。「信頼の原則の妥当に関する要件は、医療過誤の危険と、そこから帰結する患者の危殆化が大きくなればなるほど、高くなる」。しかし、この原則は、「……判例においては、いわゆる水平的分業における同じ専門の医師達の共同作業の事案についても、……原則的に承認されている」。

ある患者の治療を行うにあたって、複数の医師がその治療に当たるが、その医師間で意思疎通が図られていない場合がありうる。医療チームにおいては、主治医が決められ、治療方針に関するカンファレンスにおいて上級医、医長の検討を経て治療方針が決定されるので、治療方針については一致しているのが通例である。この治療方針の決定については、第１次的には、主治医が権限と責任を負うが、主治医が研修医であったり、複雑で治療の困難であり、最新の医療技術が必要な場合など、最終的には医長の権限と責任に属するのが通常である。

（２）わが国の民事判例

治療にあたる医師相互間で治療方針が異なる場合の過失責任については、わが国に民事判例³⁹⁾があるので、それを検討しておこう。

（事案） 国立名古屋病院に入院した肝硬変患者Tの病状につき、K医師は、原告Eが、K医師に対し、Tの病状の説明を求めたところ、Tは、次第に全身的な黄疸及び腹部膨満症状が著しくなり、昏睡状態に陥ったとのことであった。しかし、M医師がTを診察し、このままでは危ないが、血液の交換を行えば助かると述べ、血液の交換をするために献血者を直ちに集めるように指示した後、Tを手術室へ運んで交換血漿療法実施の準備を始めた。そこへ、S医師が病室を訪れ、原告Eらに対し、「病室は私の受持の……〇号室に移ってもらいます。血液交換をしても助からない」などと述べた。しかし、M医師は、「私が責任をもって治療を続けま

39) 名古屋地判昭59・6・29判時1136・105。この判例につき、甲斐「管理・監督上の過失」中山・甲斐（編著）『医療事故の刑事判例』251頁以下参照。

す。とりあえず病室は○号室に移って下さい」などと述べ交換血漿療法を施した。Tは、第2回目の交換血漿療法を受けた後、効を奏することなく、死亡した。

(判旨)「実際問題としては、右のような病院においては、通常主治医制度が設けられており、主治医は患者を受持患者として第1次的に治療することになっているのであるから、患者の受診および治療については、この主治医が優先的な方針決定権を有するものというべきであり、また、諸般の事情から医師間の見解が統一されないまま、医師がそれぞれの考えにのみ従って患者や家族に対応し、説明したとしても、その内容が医学的に合理性をもつ以上、これによって患者や家族に精神的打撃を与えるものであっても、医師がそのような打撃を加えること自体を意図するというような特別な事情があれば格別、医療行為及びその結果と無関係にそのような対応や説明が、履行補助者としての義務不履行になると解することはできないというべきである。結局、そのために患者や家族が不快感や場合によっては精神的苦痛を被ったとしても、それは医師の倫理上の問題として考えるべきものであって、法的責任に結びつくものではない」。

診療契約上の義務違反については否定された。「このように瀕死の身内を前に困惑、不安、さらには憤怒の情抑え難いものがあった原告Eらの心情には同情を禁じえないところで、かかる事態の繰り返されることのないことを強く望むところであるが、さりとて、これによってTに対する治療行為及びその結果が阻害されたことはなく、かつ医師や看護婦らに前記のような不当な意図のなかった以上、右のような各医師や看護婦の原告Eらに対する対応、言動をもって、被告に診療契約上の義務違反があったとすることはできない」とする。

本件において、原告らは、予備的主張として、被告には、適応がないのにTに対する交換血漿療法を実施したこと及びその実施に際し説明義務を怠った点に本件契約の債務不履行がある旨を主張した。しかし、仮に説明義務違反があったとしても、それが治療効果を左右するものではなかったとして、結局これらの点に原告ら主張のような債務不履行があったと解することはできないとする。

(3) 刑事事件への応用?

刑事事件としては、家族に精神的打撃を与えるだけでは、構成要件該当性がないので、事件とはならない。本件を患者の死亡に対する医師の業務上過失致死罪事件として捉えるなら、医師の見解が統一されないまま説明されたこと、

それによる治療の実施が、死亡に因果関係を持たない以上、死亡は、その不適切な行為に帰属されない。

3. 病院内の専門間分業の事例群

「専門間分業」(interdisziplinäre Zusammenarbeit) としては、外科医と麻酔医の分業がその典型例である。ここでは、それぞれの専門的知識と任務の分配によって相互補完する。外科医は、手術による侵襲の実施に対し権限を有し、麻酔医は、麻酔と患者の術前・術後の管理を権限範囲とする⁴⁰⁾。執刀医と麻酔医は、補完的機能において協力し、他害に指示を出したり、その管轄分野に干渉したりできない。管轄の衝突があっても、それは、あくまでも対等協力者の相談によって解決されるべきであるこの関係については、連邦裁判所の二つの基本的判例がある⁴¹⁾。

(1) ドイツの判例の二つの原則

ドイツの判例は、次の二つの原則に従う。第１に、麻酔医と執刀する外科医との間の信頼の原則の成立の原則である（第１原則＝麻酔医・執刀医間の信頼の原則）。第２原則は、特別の合意のないかぎり、麻酔医の権限と責任は、患者の生体機能が再開するまでの間に限定されるというものである（第２原則その１＝麻酔医責任の時間的限界の原則）。権限が二重に重なる領域については、執刀医が権限と責任を負う（第２原則その２＝執刀医責任優先の原則）。それぞれの原則を展開した判例を検討しておこう⁴²⁾。

① 連邦裁判所（1979年３月22日判決）の第１の基本判例

第１の判例は、麻酔（女）医Xに関するものである⁴³⁾。

（事実）麻酔医Xは、すでに手術台に仰臥していた18歳の女性の患者のために、ドイツ語をまだうまく話せなかったイラク人の助手医に呼ばれた。執刀医が、その予備検査により「通常の急性盲腸炎」と診断していたため、Xは、患者に、た

40) Wilhelm, a.a.O., S. 4.

41) Ulsenheimer, a.a.O., S. 194.

42) Ulsenheimer, a.a.O., S. 194.

43) BGH NJW 1980, 649, 651 = MDR 1980, 155. Vgl. Ulsenheimer, a.a.O., S. 194.

だ、何も食べていないかを質問し、患者がこれにうなずくと、その腹部を触診することも、または腸の音を聞くこともしなかった。ところが、患者は、そのほかに腸の麻痺（嘔吐、腸の音がしない、満腹感、喉の渇きなどの症状）を患っていたので、胃と腸に未消化の食べた物が残っていた。それによって、麻酔の開始時にチューブ挿入前に吐いた胃の内容物を吸い込んだ結果、患者は気管支炎に至り、その結果2日後に死亡した⁴⁴⁾。

連邦裁判所は、この決定において、責任を限界づけるには、「手術室における医師の共同作業において、信頼の原則が適用され」なければならないとし、「手術が予定された経過を辿るために、その際関与した医師は、原則として異なった専門分野をもつ同僚の過誤のない共同作業を信頼することができる」。なぜなら、医学における専門が増加し、独立した専門が多数できたことによって、専門の管轄を超える場合には、それぞれの専門家の法的自己責任をも根拠づけたからである。「麻酔医は、執刀医が事故の活動を適切に麻酔医の活動と調整し、とくに正しい対話をなすことを信頼してよい」。「もし執刀医と麻酔医がその力を相互監督によって分裂させられるなら、手術室におけるいかなる共同作業の形式も疑問となり、患者に対する危険がさらに付け加わることになる」⁴⁵⁾ というのである。

麻酔医は、本件において、外科医の検査結果を再検査する権限も義務もなく、むしろ、その病歴と診断（急性盲腸炎）を信頼してよい。というのは、両医師の両者がいずれも他の医師がその活動を適切に遂行し、他方が正しく協力することを信頼してよいからである。特別の事情が、外科医の診断が正しくないという、または計画された麻酔が明白に不十分であるという推論をもたらすときは別である。そのような根拠がないのであるから、ラント裁判所が被告人たる麻酔医を無罪としたのは正当である⁴⁶⁾。

本判決は、麻酔医が原則として麻酔の準備につき外科医の診断を信頼してよいとしたものである。医師の対等の共同作業における信頼の原則の適用を原則

44) *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 194.

45) BGH NJW 1980, S. 650. Vgl. *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 194.

46) Vgl. *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 195.

として承認した点に本判決の意義がある⁴⁷⁾。

② 連邦裁判所の第２の基本判例

連邦裁判所の第２の基本判例⁴⁸⁾は、術後管理における外科医と麻酔医の権限分配と関係する。次のような事案が問題となった。

（事実） 38歳の患者は、約７時間かかった手術（Reithosenplastik＝サドル形成手術）の後、話ができる状態で外科医の監督下にある集中治療室に運ばれた。そこでは、助手医と一人の看護師が夜勤に就いていた。夜中に、患者は、激しい後出血によって著しい出血をみた。夜勤職員はこれに気づかず、何らの措置もとられなかった。そのため、患者は、翌朝、救護措置もむなしく心肺循環停止によって死亡した。

（判旨） 連邦裁判所は、麻酔から覚醒するまでか、あるいは麻酔効果が完全になくなるまでかの（麻酔医と外科医の任務の）境界領域にとっては、「医療的看護における重複と間隙を避ける」ため、「権限の具体的な配分」が必要であるとした。その際、基準となるのは、原則として、当該の病院で定められた任務分担、ないし例外的に個別事例の特殊性のためにそれから逸脱する、関与する医師間の個別の相談である。特別の協議がなければ関与する職業団体によって決められた合意が補充的に妥当する。それによると、麻酔後の局面における麻酔医の責任の領域は、病院長によってそれ以上の任務が、例えば、宿直室の組織的監督といった任務が与えられていないかぎり、生体機能（Vitalfunktion）の回復までに限定される。これに対して、事後検査や事後治療は「麻酔手続と直接に関係する限りでのみ」麻酔医の管轄に属する。これに対して、手術そのものから生じる、例えば、後出血のような、合併症に対しては外科医が責任を負う。彼は、専門の管轄が重複・交差する場合も「第１の管轄」をもつからである。

したがって、連邦裁判所が麻酔医を無罪としたことは、結論として正当である⁴⁹⁾。

③ 個々の病院の内規の優先

2005年３月１日のアウグスブルグ・ラント裁判所の判決⁵⁰⁾は、患者の術後

47) Vgl. *Wever*, a.a.O., S. 43f.

48) BGH NJW 1980, 651.

49) *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 197.

50) *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 197.

の監視に対する責任は、「明らかに麻酔医の領域に属する」という。この病院では、帝王切開手術後の監視は、内規により、助産師の責任とされていたが、鑑定人は、このような病院内規は、職務規定を排除せず、失効させないのであり、したがって、麻酔医の責任が残っているという。しかし、これは、連邦裁判所の見解に矛盾する。科学専門会議ないし職業団体の協議、推奨、決定は、たんに補充的に妥当し、当該の病院の個々の規定がこれに優先するのである。

(2) 麻酔医と執刀医の任務分担

わが国における麻酔医と執刀医の関係についても、原則的には独立・対等の関係であるといえる。しかし、わが国では、専門の麻酔医ではなく、外科医が当該手術において麻酔を担当するといったことも頻繁に行われている。そこでドイツと比べると独立性・対等性は比較的弱いといえることができる。

(i) 術中の麻酔医と執刀医の関係

まず、民事事件であるが、フローセン全麻ショック事件⁵¹⁾に即して麻酔医と執刀医の関係における分業の原則を見ておこう。

(事実) 胃潰瘍と診断された患者Pが、被告A事業団の管理する病院に入院したが、入院中胃出血でショック状態となり、胃切除手術を受けた。執刀医は、X医師であり、助手はY医師、麻酔を担当したのはB医師であり、後にC医師が麻酔担当を引き継いだ。Pは、脳神経傷害のため覚醒することなく手術後1年2ヶ月後に死亡した。Pの家族らが執刀医X、A事業団に対し、不法行為、債務不履行によって逸失利益等の損害賠償を請求した。フローセンを使用し吸入酸素濃度を20パーセントとするという麻酔の管理が適切であったかが争点となった。

(判旨) 「……加えて、高濃度のフローセンを吸入させれば、血圧が低下して循環血流量が減少するおそれのあること、……ひいては血圧の上昇、不整脈の発生、さらには高血圧脳症が発生する可能性のあることは、医師にとっては一般的な知識であり、右結果の発生は容易に予見できたことである」。このようにして、新潟地裁は、麻酔医の麻酔管理の過失を認めた。

51) 新潟地判平6・5・26判タ872・263。評釈として、石崎康雄「フローセン全麻ショック死事件——麻酔医と執刀医等との法的関係」医療過誤判例百選（第2版）36（88頁）。

執刀医と麻酔担当医との関係については、次のようにいう。「外科医師が外科手術に際し、麻酔管理を他の医師に委ねるのは、自己が手術に専従できるようにするためであり、特段の事情のない限り麻酔は外科手術の補助的手段である。麻酔担当医師は、術者である外科医師の指揮の下で患者に対して麻酔を行う。したがって、外科医師は、麻酔担当医師の麻酔管理が適切に行われているかどうかを監督すべき立場にあり、その監督に不備があった結果、患者に損害が生じた場合には、その監督責任を問われることとなる」。「しかし、麻酔担当医師の過失により患者に損害が生じた場合は、当然に術者である外科医師にも注意義務違反があったことになる」とする原告らの主張は、本件手術のように複雑困難で、多数の専門的知識と技術を有する手術要員の役割分担により、はじめて実施可能となる手術においては、不可能を強いるものであり、採用できない」。

本判決は、外科手術においては、特段の事情のない限り、麻酔は「外科手術の補助的手段」であり、麻酔医は外科医の「指揮の下」に立つという基本的認識を示している。しかし、麻酔医の過失が、外科医の注意義務違反を示すわけではなく、役割分担が、責任の分担をも根拠づけるものとする思想をも示している。わが国においても、麻酔医は、麻酔薬の選定・用法・容量、麻酔方法の選択、患者の呼吸、心拍、血圧、体温、けいれん等の異常状態が生じていないかを常時管理し、麻酔管理にあたる義務がある。そして、麻酔医は、麻酔に関するその専門領域については独立した責任を負うのである。麻酔医は、チーム医療のなかで手術においても重要な一翼を担うが、執刀医・外科医とは独立の責任を負うというべきである⁵²⁾。しかしながら、民事法においては、チーム医療の総括責任者に当たる者に当該医療行為全体に関する決定権限と責任を認めることが不可欠だとされ⁵³⁾、「誰が手術現場での指揮・決定権者となるのかについては、病院内における地位の上下関係の要素も大きいのではないかとされる。麻酔担当医が主治医で外科医長であるときは、執刀医がその立場にあるとは言えず⁵⁴⁾、外科医長である執刀医が麻酔医に事実上指示している場合⁵⁵⁾

52) 稲垣 喬『医事訴訟理論の展開』（1992年）47頁参照。

53) 石崎・前掲医療過誤判例百選89頁参照。

54) 東京地判平1・3・27判タ713・237。

55) 岐阜地判平4・2・12判タ783・167。

もあるという。このことは、とくに、麻酔担当医が専門の麻酔医ではないときに妥当する⁵⁶⁾。しかし、刑事責任につき、手術につき総括責任者を認める必要があるかは問題であり、チーム医療における手術については、執刀医と麻酔医は、対等独立の関係にあるのが原則であるとして、信頼の原則の適用が認められるであろう。

(ii) 執刀医と麻酔医の術後の任務分担

ドイツの判例においては、基本的に先に紹介した「第2原則」、すなわち、生体機能の回復まで麻酔医の責任が及び、それ以降は、執刀医と責任が重複し、執刀医責任優先の原則が妥当する。

ただし、ドイツの判例では、麻酔医の術後の責任に関して、手術直後ないし麻酔からの覚醒の直後の時期については、何らか異常な事態の発生する危険が残るがゆえにその責任が問われうるとされている⁵⁷⁾。判例によると、「外科手術を受けた患者には入院中低酸素状態に陥る危険は、手術直後と同様に大きい」⁵⁸⁾。麻酔後の何時間かは、病院のスタッフのみならず、麻酔医もつねに出動できるようにしておかなければならないというのである。

これに対して、執刀医の責任については、次のドイツにおける民事判例⁵⁹⁾がある。事案は、腎臓の手術に際して、生後4カ月の女兒に術後麻酔医が薬剤を注入するため静脈に滞留カニューレを装着したが、十分固定されておらず、監視されていることもなかったので、失血ショックにより心臓停止に至り死亡したというものである。連邦裁判所によれば、「手術においてカニューレは、麻酔を可能ならしめるため麻酔医によって装着される。この措置をとるという決定、その実施、および、術中ないし患者の保護反応が回復するまで、ないし病室に戻るまでの麻酔後の時期までの危険を防止するコントロールは、麻酔医の管轄であり、泌尿器科医のそれではない。本件では、介在事情は、患者が小

56) 石崎・前掲医療過誤判例百選89頁参照。

57) *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 199.

58) Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil v. 30. 12. 1985, KRS 85, 129.

59) BGH MedR 1984, 143 = NJW 1984, 1400. Vgl. *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 202.

児外科に戻った2日後に発生した。麻酔の効果はもはや問題ではなく、問題は、術後の治療上の世話のみであった。この時期にはもはや麻酔医の責任ではなく、術後の世話をしている執刀医の専門的管轄に属する。薬剤の投与のためカニューレを装着したままにしておくことの決定、並びに、カニューレを使い続けることから生じうる合併症の安全措置の適用は、この段階では泌尿器科医に属する⁶⁰⁾。

さらに、民事判例において、帝王切開手術の後の婦人科医と麻酔医の権限についても、「傷痕の検査に際しての麻酔の準備と実施と無関係の診断と治療に関する措置に関与することは、麻酔医の任務ではない。患者の治療は、婦人科医と麻酔医との間の分業の原則によれば、婦人科医の任務である」とするものがある⁶¹⁾。

（3）外科医と放射線科医の任務分担

その他、水平的分業の例としては、外科医と放射線科医の分業がある⁶²⁾。手術の前提としての誤った適応認定が、放射線科医によるレントゲン画像の不適切な所見によるとするなら、外科医に責任はない。しかし、重大で危険な侵襲であり、付加的な検討が時間と重大さによって術者に期待可能であれば、外科医は、レントゲン撮影、コンピュータ断層撮影法、核スピン断層撮影法、その他の技術的記録といった反対検査を実施できる。これに対して、放射線科医は、患者が、脈管撮影ないし腸レントゲンを頼んだとしても、適応の再検査の義務はない。

3. 外来通院の領域における共同作業

ここでも基本的には、前述のと同じ原則が妥当する。しかし、ドイツにおいては、外来治療は、「最小限の侵襲による外科手術」(minimal-invasive Chirurgie)の猛烈な速度での発展と、財政的根拠からする「入院より通院を」

60) BGH NJW 1984, S. 1401.

61) BGH NJW 1987, 2293: Vgl. *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 203.

62) *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 204.

という政策により、著しく広まった。これにより外来治療として手術を行う医師の責任も入院の場合と同水準のものが求められるようになった。

これにつき、次のエッセン・ラント裁判所の判決⁶³⁾を検討しておこう。

① エッセン・ラント裁判所判決

(事実) 誕生以来、筋ジストロフィーを患っていた5歳の男子が、通院によるポリープの手術の際に死亡した。挿管を容易ならしめるため、麻酔医は、——ここでは禁止された——サクシニルコリン (Succinylcholin) という筋肉を眠らせる薬物を注射した。それが静脈に入れられた後、10分後救命措置の甲斐もなくその子の心臓が停止し、死亡した。検察官は、二人の手術にかかわった医師と麻酔医を起訴した。麻酔医のみが有罪とされた。

(判旨) 「なぜなら、患者が麻酔に耐えうるかどうかの判断に対しては、麻酔医のみに責任があったからである。この任務に適切に従うなら、麻酔に関する重要な情報も、実際に確認され、麻酔医の手に渡ったことを確認したのでなければならぬ。これが本件では行われていなかった。小さな血液撮影、病歴カルテ、Dr. Y の依頼用紙などの彼から提出された書類からは、麻酔にとって重要な問いや答えは何もなかった。Dr. Y によって編集され、「御両親へ」宛名書きされた説明のための質問票も、麻酔医にとって重要な問いはなかった。その限りで、被告人は、麻酔にとって重要な質問、例えば、説明のための調査にもとづき通常患者に問われ、記録されるだろうと、確信しなければならなかったであろう。その子の麻酔に耐えうる能力に関して、Dr. Y が行ったことは、被告人が信頼してよいような信頼の要件を与えなかった。このような背景をもとにすると、被告人は、手術の前に両親に、筋ジストロフィーが存在する場合にはすぐに現れる固有の既往症について説明しなければならなかった。被告人は、これによって、サクシニルコリンという薬品を使ってはならないことを認識していたであろう。筋肉の病気がその子に認識されているときに、その子には、決して麻酔を施されてはならなかったであろう」。

次の民事判決⁶⁴⁾は、通院患者に対する術後および麻酔後の局面での医師の義務に関する重要とされるものである。

63) LG Essen, *Arztrecht* 1996, 291ff.; Vgl. *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 205.

64) BGH NJW 2003, 2309ff., 2311. Vgl. *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 208.

② 連邦裁判所2003年4月8日判決

（事実） 医長（被告）は、胃内視鏡診察が行われる予定だった患者（原告の夫）に、鎮静剤を投与し施術する前に侵襲的措置の危険について説明し、侵襲の後トラックを運転してはならないと指示した。患者は、同様の指示をすでにかかりつけ医から聞いていた。診察の日に、患者の子どもが病気になり、彼の妻が手を離せなくなったので、自車で来院したのであるが、医師にはタクシーで帰宅すると述べた。大柄な患者には、鎮静剤として20ミリグラムのブスコパン（Buscopan）および30ミリグラムのドルミクム（Dormikum）が投与された。8時30分頃、行われた診察の後、患者は、30分ほど診察室で観察され、その後、医長の執務室兼処置室の前の廊下にいたが、その時、医長は、彼を観察し、繰り返し声をかけていた。去ってよいとは言われなかったが、患者は、11時前にそこを去り、自車で帰宅した。その後すぐに、原因は不明であるが、反対車線に入り、トラックと衝突し、致命傷を負った。

（判旨）「投与された鎮静剤とその後続効果により患者に対する危険の増加に導いた、そして被告によって取られた患者監視措置が十分でなかったという特別な、原告には周知であった事情が存在した」。……「いずれにせよ、不断に観察される可能性がなくして、実際に行われた廊下に立たせておく措置は、患者に、見とがめられずに立ち去り、自己を危殆化する行為の危険を排除するためには、十分ではなかった。医長に負わせられた『配慮義務』は、患者を、常に監視されているような、そして、時に応じて無断で病院を立ち去ることができないことを思い起こさせるような部屋に入れておくことが必要であっただろう。例えば、そのための特別の待合室である」。

医師には、配慮義務があり、術後の患者の行動に対する安易な信頼は許されないというのがこの民事判例である。ただし、刑事事件として本件をとらえると、配慮義務の内容がどのようなものでなければならないかについては、疑問がありうる。特別の待合室で待機させ、常時監視できるような部屋に入れておかなければ、過失があるといえるか、医師が麻酔後の運転について危険であることを患者に説明し、タクシーで帰宅するといいいながら、医師が目を離した隙に帰宅したのであり、患者の自己答責的行動が介在しているのであって、客観的帰属が否定されるという結論もありうるであろう。

3. 一般医と専門医、開業医と勤務医の共同作業

(1) 一般医と専門医

(a) 共同作業

その病状が明確でないため患者を内科医ないしレントゲン医に送った一般医は、その専門医から下された所見を、その患者を再び治療するにあたって信頼することができるが、もとより手術の比較的直前に下された場合にかぎる⁶⁵⁾。所見は、健康状態や病状によって異なるからである。その際、その都度、治療にあたった医師が責任を負うのであって、したがって、患者を引き受けたとき、引き受けた者に移行するという原則が妥当する。以前に治療した医師の診断の所見および治療の指示を守る義務はない。しかし、逆に、検査方法や検査研究所の質に対する疑念が存在し、ないし明らかな誤診または明らかな治療の提案があったとき、それに従うことが「正当化」されるわけではない。引き継がれた所見が、既存の病状と一致しない場合、またはそれが他の所見と目立って異なる場合、それは信用できない。つまり、それは、信頼の基礎とはならず、したがって、患者の利益のために繰り返して再検査されなければならない。

信頼の原則の制限は、一定の検査が特に誤った結論を示すことが多い場合、または、一定の検査の結果、例えば、血液型の特定を誤った結果が、患者にとって特別の危険と結びついている場合にも必要である。ここでは、一般に、検査結果の誤謬の危険が大きくなればなるほど、そして、そこから生じる患者の危険が大きくなればなるほど、大きな疑いをもつことが必要である。別の言い方をするなら、ますます信頼の原則の限界が狭く引かれることになる。危険が大きくなれば、以前の所見をそのまま引き継ぐのではなく、再度点検する必要性が高くなるのである⁶⁶⁾。

(b) 専門医への転送義務

厳密には、単に将来的な共同作業にすぎないが、非専門医が、専門外の患者であると思われる場合には、専門医に転医させる義務が認められることも、広

65) Ulsenheimer, a.a.O., S. 208.

66) Ulsenheimer, a.a.O., S. 209. Vgl. BGHSt 43, 306.

い意味では、一般医ないし非専門医と専門医の間の協力作業の一種である。ここでは、病院の勤務医の間で、または別の専門病院間の一般医ないし非専門医から専門医への転送義務に関するわが国の判例を検討しておこう。

まず、東京地裁の事案で、生後10か月の幼児につき、痙攣を訴えて入院してきたが、医師が適時に結核性髄膜炎との鑑別診断をせず、専門医に転医させなかったという事例⁶⁷⁾があり、東京地裁は、「原告Aを転医させ、適切な抗結核療法が開始されていれば、同原告に重篤な後遺症が残らなかった相当程度の可能性はあったというべきである」として転医義務について過失があるとした。

次に、急性心筋梗塞の患者が転送措置の途中で心室細動により急性心筋梗塞発症後、心室期外収縮を発症し、これが引き金となって、心室細動を発症し、これを直接の原因として死亡したという神戸地裁の事案では、被告病院は、患者によっていわゆる「かかりつけ医」として利用されていたが、当日、患者の妻からの電話に應對した看護師は「心筋梗塞と思われるので、すぐに来るように」と指示し、来院した患者を担当した非常勤の日直勤務医医師は、心電図により、急性心筋梗塞を強く疑ったが、急性心筋梗塞の最善の治療法は、PCI⁶⁸⁾であり、医師は、患者が急性心筋梗塞を発症していると診断した場合には、速やかにPCIを実施する手配をしなければならず、自らの病院でPCIを実施することができない場合には、直ちにPCIの実施が可能な医療機関に転送する義務があったにもかかわらず、医師の転送の要請・手配が極めて緩慢であったため、死亡に至った。判決は、医師が転送義務を果たしていれば、適時、専門病院において、適切な不整脈管理を受け、PCIによる治療を受けることができていたはずであるとして、転送義務違反の責任を認めた⁶⁹⁾。

さらに、名古屋地裁は、産婦人科医院で出生後、原因不明の発熱が続いていた新生児につき、医師には、敗血症及び細菌性髄膜炎等の感染症に罹患した可

67) 東京地判平 19・1・25 判タ 1267・258。

68) PCI=Percutaneous Coronary Intervention.「経皮的冠動脈形成術（インターヴェンション）」と呼ばれる。冠動脈の狭い部分を広げ、冠動脈の拡張を図る手術。冠動脈内に「ステント」を留置して安定を図る方法が用いられる。

69) 神戸地判平 19・4・10 判時 2031・92。

能性を疑い、必要な治療を施すことのできる医療機関⁷⁰⁾へ速やかに転院すべき義務があったとし、適時に転院されていれば現実には生じた重大な後遺障害の発生を回避できた高度の蓋然性が認められるものの、軽度の後遺障害が生じた蓋然性も認められるとして、財産上の損害額につき重大な後遺障害が生じたことを前提として算定される額の5割とするのが相当とした⁷¹⁾。

(2) ホームドクター（開業医）と勤務医（専門医）

(a) ホームドクターと専門医との協力関係

開業医であるかかりつけの医師ないしホームドクターと病院に勤務する専門医との間の協力は、開業医が、その手に負えないようなあるいはさらに専門的な診察と治療を要する事案の場合には、より適切な診断と治療を提供するために勤務医に患者を送って診てもらおうといった形で行われる。この関係も対等の関係であるが、両者は、その活動において二つの全く異なっているが同様に必要な医療の分野である⁷²⁾。両者は、それぞれの分野に固有の権限をもち、お互いに影響し合うことによって変更されることはない。原則として、依頼された勤務医は、かかりつけ医を信頼してよく、その委任の範囲内でのみ責任を負う。しかし、かかりつけ医の診断・治療に深刻な疑念を抱くときは別である。

(i) ドイツの判例

病院の専門医の診察を受けるように勧めたかかりつけ医と病院の専門医とは、独立の関係であり、後者は前者の職務補助者ないし履行補助者ではない。したがって、かかりつけ医も、原則として病院の勤務医の診断を信頼してよい。連邦裁判所は、この間の責任の範囲の限界づけにつき、次のようにいう⁷³⁾。

「一般には、ホームドクターは、たしかに病院の勤務医がその患者を正しく治療し助言したことを信頼してよく、また、たいてい、そのより優れた専門的知識とより大きな経験を信頼してよい。しかし、ホームドクターが、特別の検査なく

70) 具体的には、小児科医師のいる高次医療機関」への転送義務である。

71) 名古屋地判平 20・7・18 判時 2033・45。

72) Vgl. *Wilhelm*, a.a.O., S. 4f.

73) BGH NJW 1989, 1538; Vgl. *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 210f.

して、その前提となっていると経験にもとづいて、病院の治療の、そして、そこで患者に与えられた医学的助言の医学的正当性に深刻な疑念が存在することが認められまたは認められなければならないときは、別である」。

連邦裁判所は、子供を開業の眼科医から眼科病院に転送したというケースで同じように次のように述べている⁷⁴⁾。

「原則的には、受託した医師は、委託した医師の委任に拘束される。そして専断的にそれ以上の検査ないし治療措置をとってはならない。……受託医の、この指示付き委託の拘束は、しかしながら、その活動が、たんに委託の技術的充足を限定され、したがって、受託した医師の機能をたんにその独自の責任のない道具の一つとみることができるということを意味するわけではない。むしろ、受託医は、指示付き委任の範囲内で一定の独自の義務をも負う。受託医は、独自の責任において、給付の仕方（例えば、レントゲンによる放射線に量の決定）のみならず、自らに求められた給付が、医師の技術の規則に相応するか、反対の兆候があるかをも吟味しなければならない。同様にして、受託医は、自己に求められた給付が、医学的に意味のあるものかどうか、したがって、委託が、委託した医師によって正しく行われているか、当該病状にふさわしいかを検討しなければならない。一般的には、一定の給付の実行のために委託された医師は、委託した医師がいずれにせよ彼が同じ専門に属するなら、患者をその答責性の範囲内で、注意深く規則に従って検査したこと、治療したこと、そして求められた給付に対する適応症が適切に認定されていることを確かに信頼してよい。しかし、受託医が一定の根拠をもって、伝えられた診断の正当性に関する疑念を抱くなら、受託医は、この疑念を追跡しなければならず、そのままに放置してはならない。そのことは、とくに委託した医師が、彼自身が履行できない給付のゆえに、専門家にまたは病院に依頼する場合に、あてはまる⁷⁵⁾。

（b）わが国の判例

わが国の民事判例においては、開業医が、現に患者を専門医に現に転送した場合ではなく、むしろ、転送しなかった場合につき、開業医の医療水準との関係で、専門医への転送義務ないし転医勧奨義務が認められた事案がある。医療

74) BGH Arztrecht 1994, 156. Vgl. *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 211.

75) BGH Arztrecht 1994, 156. Vgl. *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 211.

水準論における転医義務についてはすでに検討した⁷⁶⁾が、ここでは、開業医の専門医への転送義務ないし転医勧告義務に関する判例を検討しておこう。

まず、長崎地裁佐世保支部の判決⁷⁷⁾の事案に、ガラス障子に衝突して顔面を負傷した児が強膜穿孔等により失明するに至った場合に、外科医の夜間救急診療及びその際の診断による処置の継続等に義務違反がないとされたものがある。

事案は、胃腸科を標榜する開業医が、眼については瞼結膜皮下溢血、球結膜充血を認めたのみで、失明原因となった右眼強膜穿孔を発見できなかったもので、「外科医としての眼窩の範囲に属する部分の救急診療としては適切であった」とし、救急医療時に専門領域以外の診療をする場合には、患者が承知している限り注意義務の程度が専門医のそれに比してある程度軽減されること、ならびにその後引き続き自己の専門領域の診療を継続する場合に、専門領域外の疾患に罹患の可能性がある場合には、専門医受診勧告義務が生じうることを認めた。しかし、結論としては、「原告の父母は被告の専門が外科であって眼科でないことは十分に承知しており、外科医に眼の診断、治療を期待するべきでないことは通常の社会人の常識に属することであるから、被告が専門外の医師としてなした救急診療の際の診断にもとづいて前記のような返答をし、続いて、眼については眼科の診断を受けるよう勧めたということは前認定のとおりであるから、これをもつて右診療義務を履行したものというべきである」とした。

次に、広島高裁高松支部判決の事案で、脳外科・神経科専門の山間部の開業医が、異物が左眼に入ったとして異状を訴える患者を診察したという事案につき、患者に重特な眼障害の疑いがあり、失明のおそれがある場合においてこのような眼障害を診断、治療する設備、能力を有しないときは、直ちに患者を、診療設備を備えた眼科医へ転医させ、または転医勧告をなすべきであったとした判例⁷⁸⁾がある。

76) 山中「医療過誤と客観的帰属——医療水準論を中心に——」法学論集62巻2号51頁以下参照。

77) 長崎地佐世保支判昭58・9・26判タ517・219。この判例につき、畔柳達雄「医療水準——専門医、地域差、施設差」判例タイムズ686号76頁以下参照。

78) 広島高松支判昭61・5・30判例集未登載＝畔柳・前掲判タ686・76参照。

さらに、広島地裁判決の事案には、外科診療所開設者たる医師が、自宅で昏睡状態に陥った60歳の女性を貧血ないし脳血栓と診断し、入院治療させていたが、家族の判断で市民病院脳神経外科へ転院させ、CT スキャンによりクモ膜下出血の見落としであったことが判明したが、2年8カ月にわたって植物状態に陥った後、死亡したというもの⁷⁹⁾があり、高裁は、「クモ膜下出血の可能性をも十分に考慮し、そのための諸検査設備を有する専門病院に直ちに転送して、確定診断や手術の要否判断を委ねるべきであったと考えられ、右転送をしなかったことも、過失により債務の本旨に沿う履行を怠ったものというべきである」とした。

このように、開業医は、専門外の診療については、救急医療の場合を除き、専門医院に転送ないし転医勧告義務があるというのがわが国の民事判例である。刑事事件としての転送義務については、別稿⁸⁰⁾ですでに検討した。

5. 医師と薬剤師の分業関係

医師と薬剤師の関係は、水平的分業関係である。医師が処方し、これを受けた薬剤師が調剤し、薬剤を患者に交付する。したがって、医師が処方を誤った過失、医師の薬剤師への連絡ミス、薬剤師の調合ミス、患者への投薬ミスにおける過失があり、それぞれ、医師の過失責任と薬剤師の過失責任が、その自身の過失と相手方の過失に対する監督過失が問われることになる。薬剤師は、医師の処方せんに拘束されるが、その職務は、独立した権限を与えられている。したがって、医師と薬剤師の関係も独立の水平的分業に属するのであって、薬剤師が医師の指揮・指導・監督に服するという垂直的分業関係にないことは明らかである。判例においては、薬剤師には、「調剤に当たっては、医師作成の処方せんの記載内容を十分確認して調剤し、医師の記載した医薬品以外の医薬品を絶対に患者に交付することのないようにしなければならない業務上の注意

79) 広島地判昭62・4・3判時1264・93。

80) 名古屋地判平19・2・27判タ1296・308。山中・前掲法学論集62巻2号52頁以下参照。

義務」があるとされる⁸¹⁾。この意味では、薬剤師は、原則として、医師の処方せんに従う義務がある。しかし、医師の処方せんに不明確な点や誤りなどの疑わしい点があった場合には、薬剤師法において、薬剤師は、処方せんを交付した医師に問い合わせ、その疑わしい点を確認した後でなければ調剤してはならないと定められている（同法24条）。したがって、処方については全面的に医師が責任を負い、その処方の疑わしい点を医師に確認した後、調剤については薬剤師が全面的に責任を負うというのが、薬剤投与の際の医師と薬剤師の権限関係であるということができよう。これは、要するに、その関係は、原則的に水平的分業関係であるが、処方と調剤の分野によって医師の責任・薬剤師の責任に相違があるということを意味する。

3. 垂直的分業（直列分業）における組織過失

1. 垂直的分業の意義と特徴

(1) 垂直的分業における指導監督関係

垂直的（直列）分業の特徴は、異なった地位に根拠をもつ指示関係における共同作業である。ここでは、権限の分配において、上下関係があり、上位者には指導監督義務がある。ここでは、ヒエラルキー的な人的組織を前提とし、職業上の地位の上下関係がある⁸²⁾。例えば、ドイツにおける医長（Chefarzt）、上級医（Oberarzt）、医局医（Stationsarzt）の関係がそうである。垂直的分業の目的は、専門的知識を持ち寄って相互補充し合う点にあるのではなく、上位に位置する地位を占める者の力を、治療に特有な任務を分割することによって、支える点にある⁸³⁾。したがって、委ねられた任務は、委託者の責任から排除されるわけではない。委任者には、全責任、および、指示を与える義務が存続する。このように、垂直的分業には、委託（Delegation）も含まれる。すなわち、下位に立つ者に、上位に立つ者の権限が委託される場合である。例えば、注射は、

81) 福岡地判昭 52・3・31 飯田 I 23頁。

82) Vgl. *Wilhelm*, a.a.O., S. 3.

83) *Tag*, a.a.O., S. 260.

本来医師の行うべき医療行為であるが、看護師にとっては医師から看護師に委託された「診療」の補助である。これに対して、「療養上の世話」は、看護師の本来の業務である⁸⁴⁾。このように、垂直的分業においては、上司の指示・命令・監督は、部下の本来の固有の業務に対するそれらと、上司の管轄が部下に委託される業務とがある。この両者はつねに截然と別れるわけではない。先の看護師の二つの任務もその限界が必ずしも明らかではない。薬剤の投与や注射・輸血の任務がそうである⁸⁵⁾。病院の経営面についても上司の業務か部下の固有の業務かは往々にして明らかではない。そこで問題は、① 委託者が委託によってその任務から解放されるか、② 受託者は、単に委託者の執行の手段なのか、③ その措置は、確かに委託者の任務であるが、委託によって受託者の固有の任務になるのか⁸⁶⁾ である。これが、垂直的分業における個人の「責任」の問題にとって重要な役割を果たす。それに加えるに、このヒエラルキー的なシステムにおいては、関与者の選任と委託が行われる。

（２）指導監督関係における過失の発現形態

そこで、選任、監督、指示、教育訓練における不備が問題となる。これを列挙すると以下のようなになる⁸⁷⁾。

- ① 選任責任（協力者の無資格の場合）
- ② 管理監督過失（コントロールの欠如）
- ③ 指示・連絡の欠如
- ④ 委託の瑕疵
- ⑤ 調整の欠如

順位の下位の協力者は、単重要な意味をもつ。に「履行の半分」のみを依頼されているのではなく、順位の上の医師が、それをさらに取り上げるもののない限り、彼に委託された——本来は他人の——任務を委任ないし指示によって

84) 保健師助産師看護師法第5条参照。

85) Vgl. *Wilhelm*, a.a.O., S. 6.

86) Vgl. *Wilhelm*, a.a.O., S. 6f.

87) *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 214.

自己の任務として履行しなければならない⁸⁸⁾。

このような上下関係のある縦の分業においては、当事者は、注意深くその分担業務を遂行することを信頼してよい。したがって、原則として、当該の分担部分に関しては当該担当者が責任を負う。このようにして、その関係の原則においては、信頼の原則が妥当する。その責任の限界は、原則として対等の水平的（並列）分業の場合よりも狭い。下位の医師は、例えば、その治療が、その医師にその独立した遂行のために任せられ、または、早計な行為によって指示に反して行われ、「義務に反して必要な抗議がなされず、または引受の責任が留保されうるがゆえに、彼のみによって単独に責任を負うべき行為に際してのみ、責任を負う」⁸⁹⁾。

2. ドイツにおける医長（Chefarzt）の「全管轄性」

ある部局ないし科（Abteilung）の医長⁹⁰⁾には、「全管轄性」の原則が妥当す

88) *Ulsenheimer* a.a.O., S. 214.

89) OLG Zweibrücken, VersR 2000, 728; VersR 1997, 833.

90) 「医長」（Chefarzt）の概念は、わが国でも用いられるが、ドイツ語で用いられる医長の概念と同様とはいいがたい。わが国では、病院の医師の地位・権限については統一の名称はない。各病院の規模・組織によって異なるが、例えば、脳外科、消化器内科の「科長」、あるいは、その上の外科ないし内科の「部長」などが一般的である。「医長」の名称が用いられることもあり、外科医長のように、前記の「科長」に対応することもある。これに対して、「医長」という独自の階級を表し、科長の下に位置づけられることもある。

ここでいう上級医（Oberarzt）は、独立の権限を持つ医師であり、助手医（Assistentarzt）は、上級医の指導を受け、上級医を補助する。なお、広島地判平15・3・12判例タイムズ1150・302（術後管理の箇所において引用）において、主治医ないし上級医と臨床研修医に関して以下のような言及がある。「一般には、『主治医』とは、担当患者の診察、診療に最も中心的な責任を負う医師を意味する用語として用いられることが多いけれども、また……同科では、そのような『主治医』として、臨床研修医と上級医とを指定し、かつ上級医を臨床研修医の指導医と位置付けていたのであって、上級医はともかく、臨床研修医については、『主治医』に指名されたからといって、そのことの故に担当患者の診察、診療の中心的責任を負うものとは解されず、被告人の刑事責任を論じるについては、当時被告人が負っていた具体的な注意義務を考察すべきである」という。

る。すなわち、専門的領域においては、その管轄に含まれないものではなく（医長原則=Chefarztprinzip）、「熟練専門の水準」にふさわしい患者の治療に対する最終的責任を負う者である。この水準を確保するために、その最高の知識と能力によって必要な医療のための指示を与えるのみならず、多数の純然たる組織上のコントロール措置を通じて必要な職務を行わなければならない。ノルトライン＝ヴェストファレンの上級行政裁判所（OVG）は、大学病院の科の医長につき、特に次のようにいう。

「医長は、患者を世話するため適切な組織を確立する責任を負う。組織を確立する義務は、その際、患者の待ち合わせ期日の決定と管理に関しての患者の説明に関しても存在する。そのほか、指導的な医師は、とくに部下である人員の監督につき配慮し、適切な統制手続を規定し、メンバーの選任と投入にあたって、その資質に注意を払わねばならない。さらに、メンバーに典型的なミスと危険につき教示し、指導する義務を負う」⁹¹⁾。

（1）医師の記録と患者に対する説明に関する職務命令と点検

「科」の長は、適切な指示と点検によって、カルテへの記録が、完全に、適時にそして事実上正しく行われるよう保証しなければならない。さらに、部下の医師が、患者への説明の原則について告知し、それが守られるよう適宜監督しなければならない。ケルン上級裁判所は、これについて次のように述べる。

「そもそも、また、いかなる程度にこの義務が充足されているかに関するコントロールをもせずして、危険の説明に際してなされる要請に関して医師がたんに説示をなしたことによって、責任が免れさせられるわけではない。説明の基礎が、すでに不十分であった。50年代の文献および判例と、1963年までのそれらを参照した、1967年に上梓された博士論文は、患者の説明についての連邦憲法裁判所と連邦裁判所の判例の展開にかんがみれば、1978年には、もはや若い医師の教育のための適切な基礎を意味するものではない。医長が、患者が適切かつ十分に説明を受けたかどうかに関する点検も、次のような場合には十分に行いえたとはいえない。すなわち、困難なケースにおいてのみ、——重要な手術の前には——患者

91) Arztrecht, 2006, 50.

に一切の手術が一定の危険を内在することを説明し、患者が、医局医 (Stationsarzt) によって与えられた説明を理解し、またはその他にもっと質問があるかを問うたといったような方法をとった場合である。不完全な説明をした場合にはまさに、この質問に対して答えたことが、不適切な推論につながることもありうる危険があったからである」⁹²⁾。

したがって、最新の説明に関する判例が継続教育または毎朝の朝礼において同僚医師に知らされるだけでは十分ではない。「職務命令」 (Dienstanweisungen) が必要である⁹³⁾。

医長が、上級医 (Oberarzt) が患者に説明したかどうかを点検する義務に関する次の連邦裁判所の最近の判例⁹⁴⁾ が参考になる。

外科病院の医長は、患者の十二指腸の憩室の手術を実施した。その後、縫合が不十分であったため重い腹膜炎と化膿した膵臓炎に至った。その措置に医療過誤が認められなかったので、医局医 (Stationarzt) が女性患者を、規則通り手術と結びついた膵臓炎の危険について説明したかどうか、決定的に重要となった。患者は、それを否定した。というのは、もしその危険を知っていたら手術に同意しなかっただろうからである。シュレスヴィッヒ上級ラント裁判所は、医長の責任を否定した。医長には、上級医 (Oberarzt) の説明に関する過誤は帰責できないというのである。

しかし、連邦裁判所は、判決を破棄した。たしかに施術者は、自分で説明する必要はない。しかし、彼は、医長として、したがって、規則通りに説明する体制につきその部局の中での責任者として、適切な措置とその指示が遵守されているかを点検することによって、患者が実際に手術の危険について知っていたかどうかを確認しなければならなかった。この点検義務については「厳格な要件」が設けられなければならなかった。例えば、それには患者との話し合い、または、患者の承諾に関する説明を確認するための病院の記録を一覧すること

92) OLG Köln, NJW 1987, 2302, 2303. Vgl. Ulsenheimer, a.a.O., S. 216.

93) それに加えて重要な説明に関する判決集も有効であるという。新規雇用の医師が、それによって判例の現状はどうかを確認できるからである。

94) Urteil des BGH, GesR 2007, 108ff.

が属する。

（２）準備体制と召喚体制の組織形成

指導医には、準備体制と召喚準備体制の規則通りの組織形成に配慮し、明確な配備計画および代替要員に関する規則を定立し、必要な権限の相互分担を行う義務がある⁹⁵⁾。例えば、麻酔医を20分ないし25分内に召喚できる体制を整えるための規則の作成⁹⁶⁾もこれに属する。

ここでとくに問題になるのは、病院の財政上の問題から、複数の専門にまたがる準備体制の設立によって費用を節約するという最近増えてきている試みである⁹⁷⁾。

- (a) 専門のまたがる準備体制は、全く許されないのではなく、一定の分野と病院において医学的・法的理由から許されない⁹⁸⁾。麻酔科と産科がそうである。というのは、そこで要求される専門医の水準は、ありうる合併症の重大性、迅速な対応の必要性、ならびに必要な特別の専門的知識と経験にかんがみて、患者の保護と安全のための専門に特殊な準備体制を要するからである。2004年のアウグスブルク地裁の判決⁹⁹⁾は、次の結論をもたらした。
- (b) 大学病院および救急病院ないし専門病院においては、迅速な専門に特殊な治療が可能でなければならない。したがって、専門間にまたがる準備体制を組むことは、許されない。
- (c) その他のすべての専門科と病院においては、次の制限的な留保を付したうえで、専門間にまたがる準備体制が原則として許される。① 特別の継続教育を受けること。例えば、内科医が外科の専門を超える職務につくとき、蘇生術の講習を受けておくことである。② 患者を専門の異なる医師に引き渡すときは、とくに詳しく、入念に注意深くなされること。患者の健康状態や

95) Vgl. *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 217.

96) OLG Stuttgart, NJW 1994, 2384.

97) Vgl. *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 218.

98) *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 220.

99) Urteil des LG Augsburg vom 30.9.2004, in: *Arztrecht* 2005, 205.

付随する疾病、手術の合併症の危険などを引き継ぐことが必要である。③バックアップ勤務は、専門が異なるが準備体制に参加している「科」のすべてにとって、事実を知ったときから遅くとも20分以内に病院に来て勤務できる専門医によって占められていなければならない。病院長ないしこれに参加した医長は、助手医 (Assistentärzte) に書面で指示を与えなければならない。

アウグスブルク地裁は、上級医の組織化の責任を、とくに内科医の継続教育を十分に行わなかったこと、患者の引継ぎにつきとくにルール化しなかったこと、危険な患者にとくに指示を与えなかったことに認めた¹⁰⁰⁾。

3. 「科」の十分な人的配備に対する責任

(1) 医長の組織形成責任

医長 (Chefarzt) の組織形成責任が、その指導義務と監督義務にもとづき、どの程度に達するのかは、関係する病院、病院経営の規模、規則、医師の勤務の人的構成などのそれぞれの状況によって異なる¹⁰¹⁾。したがって、一般的には言えない。若干の例示ができるにすぎない。例えば、麻酔科の医長は、その病院の麻酔業務については、責任を負う。したがって、手術にあたっては、その活動に対する必要性的性、専門知識と経験をもつ麻酔医を割り当てる。医長は、病院長が十分に麻酔医を配備し、資格をもった看護師を準備すべく配慮するために、その権限に属する事柄をすべて行わなければならない。病院長に一回だけ人員充足を進言するだけでは十分ではなく、必要な限り何度も提案しなければならず、人員を備えることは、何事にも優先するのである。

(2) 組織形成責任に関する判例

この点につき、ハンブルク地方裁判所の判決¹⁰²⁾において次のように述べられた。「このような麻酔医が不在であるという状況が指導医によって繰り返し

100) *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 221.

101) *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 222.

102) Urteil des LG Hamburg, *Anästhesiologie und Intensivmedizin* 1983, 108f.

指摘されていたにもかかわらず、病院における麻酔医の六つのポストが空いたままであったことは」、その指導医の免責につながらない。「……いずれにせよ、その手術が、危険なくして延期することができた場合には、当該の場所的・人的事情のもとでは、挿管麻酔を施して手術するという主張は通らない」。連邦裁判所は、この見解を確認して、次のようにいう。「病院長は、その病院において麻酔学的に規則を守って実施されえた手術のみを行うという配慮をなさなければならなかったであろう。病院長がその病院に十分に麻酔医を獲得することができなかった限り、緊急の場合には、外科部門の拡張を放棄し、その都度示される許容性の限界に従って、患者は他の病院に移送されなければならないと指示されなければならなかったであろう。いずれにせよ、不測の事態に際していかにして病院を運営するかを、医師に明確に指示することが必要である。どのような手術が止められるべきか、とくにいまだ研修中の医師の誰が、また、どの看護師が麻酔に投入されてよいか、彼らがいかにして有効に指導され管理されうるかが明確にされなければならない」¹⁰³⁾ と。

引受過失の観点から、医学の水準に照らしてその任務を果たせない者は、その医療の提供を撤回しなければならない。「もともとこのような義務は、病院長に妥当する。しかし、病院長とならんで、事情によっては、構造的欠陥があるにもかかわらず治療を引き受けた医師にも責任がある。同じことは、過労気味の医師に手術させるといったことにも妥当する」。過労のため勤務できないような医師を勤務させる¹⁰⁴⁾ なら、医長の引受け過失（Übernahmeverschulden）も問題となる。

上級医の組織責任がいかに包括的かを示す簡裁の判例¹⁰⁵⁾ を紹介しておこう。

ある女性患者が、右足の膝にスポーツによって負傷したので、一般的な麻酔により手術し、手術のあと、覚醒室においてモニターで監視されていた。熟練の看

103) BGH NJW 1985, 2189 ff.; Vgl. *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 222 f.

104) BGH NJW 1986, 116.; Vgl. *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 223.

105) 2006年3月10日のリュエデンシャイド簡裁（AG Lüdenschaid）の打切り決定。
Vgl. *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 226 f.

護師がその監視を行っていた。患者は患部の激痛を訴え、まず、5ミリグラムのモルヒネを投与され、45分後、再び投与された。1時間後、看護師が交代した後、10ミリグラムのモルヒネを投与され、2時間足らずの間に計35ミリグラムのモルヒネを投与された。最後のモルヒネ投与の後、35分して、血圧計が警告音を發した。呼吸・循環停止の状態に陥り、患者は死亡した。パルスオキシメーターは、原因不明の理由により警告を發しなかった。鑑定人によれば、呼吸・循環停止は、突然に起こるものではなく、継続的に発生する。

したがって、最初の看護師に責任がある。パルスオキシメーターは、補助具にすぎない。しかし、鑑定意見によると、上級医も非難に値する。麻薬は、医療補助者によって投与されるとき、医師に再度問い合わせることが必要だからである。本件では、医療補助者に対する明確な組織上のルールがなかった点で、上級医は非難されるべきである。この事例の教訓的な点は、外来の手術でも病院では、痛み止めなどの麻薬の副作用などを観察するため、患者を職員によって術後管理のために監視するに相当な組織構造が必要であるということである。

それにもかかわらず、本件は、最終的には、刑事訴訟法153条aによる手続の打切りによって終結した。この事案は、上級医がその治療を適切に遂行するにあたって必要な治療体制・病院の適切な組織・構造が重要であり、医師が管理過失を問われる可能性を示したが、最終的には本件では手続の打切りという結末に至ったものである。

(3) 医長の組織責任の位置づけ

ドイツにおける医長の組織責任は、包括的である。医療過誤が、医師・看護師の選任ミスによって生じたか、または、空きポストを充足していなかったかについても、適切な組織を形成・運営する「組織過失」が問われる立場にある。

4. 施設・設備と器具・装置の設置および整備

(1) 病院長と医長の責任

病院長（理事長）は、医療を実施するためにその医療機関において必要な施設・設備を準備する必要がある。しかし、具体的にその専門分野の医療にとりどのような医療器具・装置が必要かを判断するには、特殊な専門的な資格・権

限が必要である¹⁰⁶⁾。その権限を有するのは、その病院の「科」の医長、すなわち、「科」の部長・科長等である。医長の組織形成義務の内容は、下方に向かっては、それらの使用方法・安全性、機能・整備状況を所属の医師達に伝えることである。医長の上方に向かっての義務としては、総合病院の部長である場合には、病院長に、または、公立の単科病院の病院長である場合には、行政にしかるべき要請をし、安全を図ることである。

さらに、施設・設備を運営するには、そのための人的組織と運営マニュアルが必要である。治療の手順、手術や投薬のための設備や器具・装置の使用ルールの策定なども典型的な医長の組織形成義務の内容である¹⁰⁷⁾。施設・設備ないし器具・装置の使用法に関する患者の監視や安全については、病院長の義務であるが、その「科」における監視と安全体制の維持形成については、「科」の部長に委ねられているというべきである。

（２）医療器具に関する組織形成に関する判例

いわゆるチーム医療事例¹⁰⁸⁾（Gemeinschaftspraxis-Fall）では、３人の医師と１０人の補助者が、皮膚の表面の腫瘍に照射することによってレントゲン治療器によるガン治療を行っていた。レントゲン測定器には、レントゲン照射の量と時間が決められており、それを操作することができるようになっていた。９歳の子供の治療に当たって、その測定器の故障により実際よりも少ない放射線量を示した。そこで多量かつ長時間照射したことにより少年の腫瘍は除去できたが、照射によって骨が壊死したため、少年は生活するに車椅子を離せなくなった。医師が、TÜV（Technischer Überwachungs-Verein＝技術監視協会〔＝工業製品検査認証機関〕）と保守契約を結び、機械を検査に出しておれば、故障が見つかり、少年は、この運命は免れたであろう。この事案では、補助者の過失責任は、機械の故障につき予見可能性がなく問えないが、３人の医師については、組織過失が問われうるというのである。

106) OLG München, GesR 2007. 115; Vgl. *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 224.

107) Vgl. *Ulsenheimer*, a.a.O., S. 224.

108) Vgl. *Kamps*, a.a.O., S. 23, 243.

次の判例は、患者の輸血の際にバクテリアに汚染された血液を使用したため患者が死亡した事故に対して、保存血液の回収・再利用を行ったことが原因で死亡事故が発生したときの研究所の所長・副所長の不作為責任が問題となった事案である。

② 連邦裁判所2000年4月19日判決¹⁰⁹⁾

(事実) ある大学病院の血液凝固剤および輸血研究所において、経済的理由で、医局から要請されたが使用されなかった保存血液 (Blutkonserven) を回収し、再度、提供することが行われていた。その際、もともとの管が用いられることなく、むしろそれを「押しつぶして」新しい管が作られた。この方法は、一部は、栄養素の溶解の接触と結びつき、その結果、バクテリアを形成することになった。バクテリアに汚染された血液によって6人の患者に実施された輸血に際して、5人の患者がバクテリアの内部毒素によって惹起された敗血症により死亡し、1名が集中治療の結果生き延びた。研究所長Aと所長代理B (女性) が過失致死罪および不作為による過失致傷罪で有罪とされた。その理由は、研究所長代理として、Bは、血液銀行で製造された製品の受領者がこれにより回避可能な健康上の損害を被らないように配慮すべき注意を払う法的義務を負っていたというのである。Bが上告した。

(判旨) ラント裁判所は、Bの罪責につき不作為による正犯を認定する。しかし、Bの保障人的地位を根拠づけるには、その認定は十分ではない。発生した死亡と身体の傷害結果に対する不作為の因果関係も、十分に立証されていない。

不真正不作為犯のゆえの可罰性は、正犯者が当該法益に対する保障人とみなされることを前提とする。問題は、所長代理に、血液銀行で製造された製剤の受領者がこれによって回避可能な健康被害を被らないようにする注意を尽くす義務があったかどうかである。形式的なノルトライン・ヴェストファーレン大学法 (44条) からは、保障人的義務は導けない。薬剤法などの規定からも、保障人的義務は導けないし、当時のガイドラインからも、また、先行行為からも導けない。結果の発生に対する不作為の因果関係も、十分には立証されていない。

本判決では、本件を不真正不作為犯と捉えて、保障人的地位の否定によって無罪としている。この結論に対しては、本件で、病院経営者の民事並びに刑事

109) BGH NJW 2000, 2754. Vgl. *Wever*, a.a.O., S. 102.

責任が問われていないのは「驚くべきこと」であるとする評価がある¹¹⁰⁾。「本来返送されるべき保存品を使用する必要性和バクテリア感染を引き起こす『押しつぶし』が必要になったのは、結局、病院の経営状態の悪化によるのであり、他方では、経営陣は、適切な病院経営を可能ならしめる財政的設備につき配慮しなければならないからである」。

本件は、所長らが、保存血液の再利用の慣行につき、これをやめさせる義務を怠ったと捉えるか、これを容認して、それをむしろさせていたと捉えるかによって、作為による管理過失の問題となるかが分かれる事案であるが、本件では、所長代理の責任も問われており、所長代理の血液保存の方法に対する事実上の権限¹¹¹⁾ 如何によっては、病院経営者のうち本事案における責任者としての組織形成過失が問えない事例ではないように思われる。

4. 入院患者の自傷他害行為に対する組織過失

1. 問題の所在

病院に入院している患者が、病院施設の安全配慮上の不備によって傷害・死亡に至る事例のほか、とくに精神病院への入院患者が、うつ病のため自殺・自傷を図ったり、精神病患者が、入院中、院内でないし外出中に他の患者や一般人に対して傷害等加える事案、さらに入院患者が外出中に凶器を入手しそれによって院内で他患者を殺傷するといった事案が少なくない。このような事例においては病院の安全・管理上の責任が問われているのである。今世紀に入って、その防止のための精神病院における医療事故に対するリスクマネジメントの在り方についても見直しの取り組みが始まっている¹¹²⁾。精神病院におけるリ

110) Vgl. *Wever*, a.a.O., S. 103.

111) 連邦裁判所は、先行行為による保証人的義務の有無を検討し、控訴審とは逆に、これを否定している。1992年に被告人が、「押しつぶし」を促したというのは、保証人的地位を根拠づけない。「義務違反的先行行為が保証人的地位を根拠づけるのは、それが、具体的に認定された構成要件結果の発生に近い危険性を引き起こす場合のみだからである」(NJW 2000, 2756)。

112) これについては、日精協誌における「特集・精神科病院における医療事故防止と安全対策」日精協誌20巻3号（2001年）6頁以下参照。とくに、三宅祥三「精神ノ

スクマネージメントは、患者の安全と治療との調和であり、患者・医師・職員の徹底的な管理ではなく、「自由な組織風土」づくり¹¹³⁾の中での安全対策を目指す必要があることに留意すべきであろう。

病院においてその入院患者に対する監視や安全に対する注意義務が實際上問題となるのは、高齢の入院患者や、病院内で騒ぎを起こし、他の患者等に暴力的行為を繰り返す患者、あるいは精神病院における自殺の危険のある患者に対するものである。その際、患者が他害行為に対する責任能力に疑問がある場合も少なくない。

この問題は、精神病院における病気の治療過程において生じるものが多く、その場合治療方法と治療目的、とくに開放化医療のそれ、ないしその効果と社会の安全の相克が問われることになる¹¹⁴⁾が、医師の具体的治療行為との関係が希薄で、むしろ病院の管理体制が問われることも少なくないという特徴をもつ。

2. ドイツの判例

ドイツにおいては、とくに精神病院における患者の自殺に対する病院の安全義務が論じられているが、近年、精神病院外でも他害事件に対する医師の刑事責任を問題とする判例も出始めている。

(1) 精神病院内の自殺

原則的には、精神病院においても、自殺を決意した者の自殺の危険は回避できないというのが、連邦裁判所¹¹⁵⁾の判決の見解である。そこでは、患者の安

「科病院における医療事故と安全対策」、同誌20巻3号15頁以下参照。

113) 尾上博和・上村神一郎「自由な組織風土づくりと安全対策」日精協誌20巻3号47頁以下参照。

114) 精神科医療の事故の実態については、辻 伸行「精神科医療事故と法」、松下正明(総編集)『司法精神医学4』(民事法と精神医学)(2005年)164頁以下、木ノ元直樹「法律の立場から」前掲書182頁以下、分島 徹・佐々木龍一「精神医療の立場から」前掲書191頁以下、松岡 浩「精神科病棟における若干の事例類型に関する考察——突然死、転倒・転落事故、誤嚥事例の検討」前掲書202頁以下参照。

115) BGH NJW 1994, 794 = MDR 1994, 39.

全を図るという目的と治療の効果を挙げるという目的の相克を、治療目的に軍配を挙げる方向で考察されている。

（a）1993年連邦裁判所民事判例

1993年9月23日の連邦裁判所の判決¹¹⁶⁾の事案は、原告たる保健機構の保険に入っていた患者が、被告たるラントの精神病院に収容されていたが、持っていたライターで自身の衣服に火を付け自殺を図り、重傷を負った。原告は、被告が、自殺の危険のある患者を十分に監視していなかったとして損害賠償を請求した。連邦裁判所は、これに関して次のようにいう。

「精神病院に入院中の自殺は、決して絶対的安全性をもって回避できない。それは、治療が開放施設においてであろうが閉鎖施設においてであろうが、あらゆる現実化可能な監視の可能性を考慮して実施されたであろうかにかかわらない。一切の極めて遠い危険源をも排除するような間隙なき監視と安全は、考えられないように思われる。それに加えて、近年の見解によれば、まさに精神病患者の場合には、患者と医師ならびに病院関係者の間の信頼関係と共同作業が、治療上の根拠からも適切と思われるような医学の必要性がつねに尊重されるべきである。尊厳なき監視措置・安全措置は、それがいやしくも許されるかぎり、今日の医学的見地によれば、成果のある治療を危殆ならしめることがある。自殺を決意した者は、いずれにせよ、その計画を実行するために、その手段と方法を見出すものである」。

結論としては、被告と病院職員が患者の自殺に対する規則を超えて、自殺防止のために別のそれ以上の措置をとらなければならないかどうかは、証拠調べの結果によるのであり、その際、とくに患者の部屋の中でライターを使用することを規制することが必要だったかどうかによる。すなわち、患者の側で着火による自殺の危険がどの程度あったのかによるのであって、それに対してどのような保護措置をとるべきかは個々の事案の衡量の問題であるという。

（b）2000年連邦裁判所および上級ラント裁判所民事判決

精神病棟に収容された患者の自殺等の事故防止に関して、病院側がどの程度

116) BGH NJW 1994, 794.

安全策を講じなければならないかをめぐって、具体的には「すべてのドアと窓を閉め切る必要があるのか」につき、上級ラント裁判所と連邦裁判所の間を往復した重要な民事判例があるので、これを検討しておこう。まず、ツヴァイブリュッケン上級ラント裁判所¹¹⁷⁾が、原告の訴えを退けたラント裁判所の判決を不服として控訴した原告の訴えを正当として、「原則としてすべてのドアと窓を閉め切らなければならない」としたのに対し、被告が上告し、連邦裁判所¹¹⁸⁾が、具体的な自殺の危険が存在しなければとられる措置は治療上適切なものでなければならず、患者の治療は、患者の福祉のためにそれが必要なときのみ、侵害してよいとして、「特別の事情がなければ、精神病院の開放病棟においてすべてのドアと窓を閉め切られることは要求できない」として、差し戻し、最終的に、ツヴァイブリュッケン上級ラント裁判所が連邦裁判所に従って、原告の訴えを退け、ラント裁判所の判断を正当とし、上級医 (Oberarzt) には、「開放施設におけるできるだけ強制のない治療上有効的な雰囲気と、必要な安全の要求の間の目的の相克の中で、決定の裁量の余地」¹¹⁹⁾があると認められたのである。

(事実) 原告は、妄想性の幻覚の精神病のため州立神経病院で治療を受けていたが、1994年11月22日に「精神病」として被告病院に転送され、入院の希望を述べたので、担当の女医が、病歴を調査し、自殺の危険につき尋ねたところ、以前は自殺願望をもったことがあるが、それは子供が原因であり、自殺未遂はまだやったことがないと説明した。原告は、開放施設3階の病床をあてがわれた。その部屋の窓の取っ手は患者が明けるのを防止するため取り外されていた。薬が処方され、原告は、夜中1時頃に夜間看護師詰所にやってきてお茶を所望した。睡眠薬が必要かと聞かれ、うなずいたので、看護師は、まず原告の部屋にティーグラスを取りに行ったが、この間、原告は、バルコニーへの通路が閉ざされた休憩室に赴いた。看護師が、グラスもって薬をとるため執務室に帰って来たとき、休憩室の開けられたドアを通して原告がバルコニーのドアを開け、短く自分の方を

117) OLG Zweibrücken, MedR 2000, 272.

118) BGH, Urteil vom 20. 6. 2000, MedR 2001, 201 = NJW 2000, 3425.

119) OLG Zweibrücken, Urteil vom 26. 3. 2002, MedR 2003, 181. Vgl. Ulsenheimer, a.a.O., S. 225.

振り向いたが、すぐに窓の下をよじ登るのを目撃した。原告は転落し、重傷を負った。

（連邦裁判所判決） 控訴審は、もとより、出発点においては、誤りなく、精神病院の経営者は、受け入れた患者の治療の義務を負うだけではないということを認めている。その経営者には、不法行為法上患者に自らに発し、また、病院の設備や建築上の形式によって迫る損害から患者を保護するための「社会生活上の安全義務」が課せられる。もとより、この義務は、必要なものに限定され、病院の職員と患者に期待できるものに限られる。安全の要求は、あまりにも厳格な管理による治療が危険に瀕することと比べて衡量されなければならない。しかし、控訴審は、事故危殆化の具体的な根拠なしに、——予見できない——自殺未遂に対する安全措置として、被告の病院においては夜間も、３階の開放病棟の休憩室のバルコニーのドアも、バルコニーから飛び降りる危険に対する配慮がなされていなければならないとして、閉じられていることを要求するとき、病院経営者としての被告に患者の保護のために課された注意に対する要件をあまりにも厳しいものとするものである。精神病院の開放病棟における患者の安全としての最低要件については、医学上・技術上の標準はない。……法的根拠からは、開放病棟においては、特別の事情がなければすべてのドアと窓が閉じられていることは要求されえない。

（ツヴァイブリュッケン上級ラント裁判所差戻審判決）「本法定によって召喚された鑑定人の鑑定によれば、——特に自殺予防の観点から——精神病院の建築事項についての基準は、医学文献には見当たらない。『開放施設』における入院の上での精神療法の構想にふさわしいのは、患者の安全はまず医療職員により行われるべきで、扉を閉ざすことによるのではないということである。患者が医局にいるときに開けたままにされてよいかという問いの答えは、とくに危険な患者が医局にいるかどうか依存する。したがって、バルコニーへのドアは、激しく興奮していつでも衝動的に爆発することが予測されうる患者が医局にいるとき閉められるべきである。患者混乱して施設の配置がよくわかっていないとき、視力の弱い、または視力を失った患者がいるとき、精神錯乱に伴う幻視のような知覚障害を持つ患者がいるときがそうである。これに対して、ある患者に切迫した自殺の危険があるとき、バルコニーのドアを閉めることは十分な措置ではない。その場合には、患者の特別の監視、特に保護された領域内における監視が必要である」。夜間にも、鑑定の結果によれば、根本的に異なる安全対策の必要性があるのではない。

本判決では、さらにこの患者には特別の監視が必要ではなく、そもそも開放的施設に受け入れたことにも過失はなかったとする。

(c) 1997年シュトゥットガルト上級ラント裁判所決定

これに対して、1997年のシュトゥットガルト上級ラント裁判所の決定¹²⁰⁾はもっと厳しく病院内の安全対策につき次のように述べていた。

(事実) 精神病学・精神療法科の院長は、17歳の、潜在的な自殺の危険のある患者の入院治療を両親に対して次のように約束して引き受けた。すなわち、前もって、彼女自身の身体と、自殺するのに適した物を探すための持ち物の捜索を行わずに、娘は病院では「安全である」と請け合ったのである。しかし、収容の3日後にその娘は持ってきた子牛皮製のヒモで自殺した。

裁判所は、過失致死罪の嫌疑が十分にあるとした。病院の院長は、個人的に両親に安全だと保障することによって「高い注意義務」を負ったからである。判決によれば、「その娘の安全性の観点は、申立人にとっては重要な役割を果たした。……被告は、娘は病院の中で安全であると彼らに保障した。ここでは、被告の単独の責任を娘との接触を被告の命令により断絶され、両親は娘を訪問することも電話することもできなかったという状態からして、……その他の医療契約に比べて『高い注意義務』が発生している。彼らが、保護を引き受け、——まさしく自殺の危険があるがゆえに——単独でこの病院から脱出してはならないと命令しているのであれば、患者が自殺に適した道具を病院内に持ち込むことができないようにすべきである。患者は、散歩のため部屋を出ることがあったのであるから、気づかれずに捜索をすることもできたであろう。判決は、このようにして、保障人的地位にもとづき、病気の未成年の患者が自殺するのに適した物をもっていないかどうかを絶えず監視しておく責任があったとし、其の不作为が患者の死亡に対して因果的でもあり、自殺幫助に関する不可罰とする判例¹²¹⁾にも反しないとしたが、手続は、起訴強制手続において、153条

120) OLG Stuttgart, Beschluss vom 3. 2. 1997, MedR 1999, 374; NJW 1997, 3013. Vgl. Ulsenheimer, a.a.O., S. 225.

121) BGHSt 24, 342; 32, 262, 367. この第1の判決は、自殺者を過失で幫助した者ノ

aを適用して打ち切られた。

本件においては、日常用いる物ではなく、まさに自殺用具として適し、病院内においては自殺のために用いられることが明らかな「子牛皮製のヒモ」を持ち込んでいる。これについては、一応、これを取り上げる義務が認められ、刑事上の組織責任が肯定されている。

（２） 病院外その他害行為

ドイツの刑事事件としては、1984年のゲッティンゲン地裁の事案¹²²⁾と別稿で義務違反と結果の「因果関係」の問題としてすでに検討した¹²³⁾ 2003年の連邦裁判所の判例¹²⁴⁾の事案がある。病院外での他害行為に対する医師の責任の問題、とくにその「義務違反」の点に焦点を当ててもう一度この判例を採り上げる。

（a） 1984年ゲッティンゲン地裁判決

（事実） 被告人は、精神科の専門医であり、ゲッティンゲンの州立病院の精神科に勤務していたが、その被告人のもとに1980年7月に、1976年から1980年に少なくとも7件の性犯罪を犯し、そのうち2件が責任無能力状態で行われた強姦既遂で、1977年7月には刑事施設に収容されていたSが入院してきた。Sは、1977

は不可罰であるとしたもの。第2の判例は、危険に意識的に赴いた危険が実現したときは、過失致死・過失傷害などの構成要件に該当しないとし、そのような危険を誘発したり、可能にしたり、促進しただけの者は過失致死・過失傷害で可罰的となるものではないとするもの。第3の判例（1984年7月4日判決）は、その患者が自殺を図って意識不明にあったとき、医師は、その患者を救うために何もしなかったとき、殺人や不救助罪で可罰的であるとしたもの。自殺を図った患者であるから、治療を望まないはずであるがゆえに自己決定権を尊重して救助の必要がないとはいえず、医師の治療義務との衡量が必要であるとした。

122) LG Göttingen, Urteil vom 17. 7. 1984, NStZ 1985, 410.

123) 山中「医療過誤と客観的帰属——医療水準論を中心に——」法学論集62号67頁以下参照。

124) BGH, Urteil vom 13. 11. 2003, BGHSt 49, 1. なお、この判例を詳しく検討したものとして、島田聡一郎「患者の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』」（中谷陽二責任編集）『精神科医療と法』（2008年）322頁以下参照。

年7月以降、ゲンッティンゲン大学の精神科による観察を受けていたが、その年の8月20日に病院を逃走し、その日のうちに学童を強姦した。Sは、1977年12月から1980年7月までM病院に収容されたが、1977年のクリスマスにはじめて両親のもとに外出が許され、1980年のフینگステンの3度目の休暇時にさらに強制わいせつを犯した。Sを受け入れたとき、これらのことをすべて被告人は知っていた。被告人は治療が始まったとき、Sに「敷地内の外出」、すなわち、囲いのない、塀で遮蔽されていないG病院内の外出を許した。その外出の際Sは一人で行動していた。1981年2月13日に、時間に送れて、アルコールを飲んで帰って来た。被告人はこれに罰を与えることもせず、施設内外出を許可し続けた。1981年4月3日には、市内で女性を襲い、強制わいせつを行った。4月6日には被告人が眼科に入院し、他の医師が引き継いだが、外出規則はそのままにした。4月12日には、Sが眼科に被告人を訪れ、外出の期間に町に行ったことを告げた。4月18日にSは、さらに2件の性犯罪を犯し、そのうち1件は強姦既遂であった。ゲッティンゲン参審裁判所は、被告人を過失傷害罪（処罰妨害罪と観念的競合）で有罪とした。

（判旨）「被告人の行為と、4月3日、4日にSによる性犯罪によって受けた3名の女性の苦痛との間には、因果関係が存在する。被告人は、女性たちに加えられた苦痛を、Sに関しなき施設内外出を許可し、それによって敷地を出て犯罪を行う可能性を創出することによって、惹起した。これを許可していなければ、Sは犯行に至らなかったであろう」。判決では、続いて、被告人の義務違反、義務違反と結果の関係、予見可能性を肯定し、さらに「Sの性犯罪の実行は、監視なき施設内外出の許可の結果として、一切の生活経験の外にあるのではない」ともして、3件につき過失傷害罪を認めた。

本件については、「事実」から、被告人医師の施設内外出許可が、過失傷害罪の構成要件を充足することを否定する理由は見当たらない。客観的帰属の肯定は、本件においては、患者Sが過去の外出中の同種の犯行を繰り返しており、「犯行への明白な流れ」があり、医師がそれを熟知していたことから根拠づけられる。

(b) 2003年連邦裁判所判決

（事実） 事案は、被告人医師2名により被収容者が、重大な人格障害をもつも

のとして、「他人の生命・身体に危険」があると判断され、閉鎖病棟に収容されていた患者Sが、脱走したり、許可された外出から帰院せず、侵入窃盗を行うといった前歴をもっていたにもかかわらず、1998年10月1日に、医局医からの逃走の危険の警告に従わず、女友達との被収容者Sの外出を許可し、Sが、10月4日には、許可された外出から帰らず、その後、ベルリンで身を隠して生活していたところ、その年の12月28日から翌年6月7日までの間に8件の危険な傷害を伴う強盗、および性的強要を伴う強盗と2件の高齢の女性に対する謀殺を犯した件につき、この2名の医師が、過失致死罪・致傷罪で起訴され、地裁で無罪とされたというものである。Sは、十分外部から遮蔽されていない病院から出ることはできたのだから、医師らの義務違反なくしても犯罪を犯し得たというのである。

これに対して、連邦裁判所は、死亡事件と傷害事件に対するその因果性は、Sが十分に安全策を講じられていない病院の窓を通っても逃走できたことを考慮したことによって、なくなるものではないとした。

連邦裁判所は、新たな公判において事案の解明と評価がさらに必要であるとしたが、医師らの「義務違反性」については次のように示唆する。

（判旨） 被告人らの義務は、Sの収容の具体的事情を基準とする「精神病患者の支援および保護措置ならびに裁判所によって命じられた収容に執行に関するブランデンブルク州法」の規定から生じる。その15条の3項によれば、収容の目的がそれを許す限り、収容はできるだけ緩和して執行されるべきである。新たな裁判所は、Sが、治療可能ではなかったこと、その犯罪傾向のため15条3項の意味での開放処遇の濫用の可能性が存在したことを新たに認定するなら、治療のための（監視なしの）外出は、排除されなければならないでことになり、外出を許可することは法に反することになるであろう。……外出が、例えば、治療上の根拠をもって精神医学的医術の準則に相応していた場合には、事情は異なる。濫用の危険のなくなる理由という観点からは、その枠内でいくつかの同じような、法的に唱えうるものと評価可能な決定がなされうるような予測判断の裁量の余地があることになるであろう。結論的に誤った予測は、不完全な事実の基礎にもとづき、または認定された事実の不当な評価のもとで濫用の危険が否定されたであろう場合にのみ、義務違反となろう。

Sの犯罪の被害者の死亡と傷害という結果の帰属可能性と客観的予見可能性は、慣用的な経験の範囲内かどうかという基準によって、いずれにせよ、Sに認定さ

れる精神障害と、Sによって実行された犯罪との間に関連性が存在するとき、認められる。それを根拠づけるためには、ブランデンブルク区裁判所によって認定された自己愛的人格障害は基本的に適切であると思われる。というのは、それは、個々の事案において刑法20条の重大なその他の精神的偏倚の意味における責任の重大性に達していないときでも、犯罪の実行を阻止する敷居を低めうるからである。

そのような関係が認定できなくても、義務違反的に許可された外出の特別の被害惹起適性にもとづき、結果の客観的予見可能性の認定を考慮することは可能であろう。そうしても、必要な義務違反連関に疑いが生じさせるわけではない。上記の法律の9条1項、3項および20条1項1文の規制の関係からみて、Sの収容の目的が、彼による危険に対する公共の安全でもある——しかも存在する治療の可能性とは無関係にそうである——ことから帰結する。法的に拘束力のある収容命令から、被告人には治療中ではなくても、他の施設に移送されるまでは……その危険が、その精神病との関係で発生したことに疑いがないとは言い切れないときですら、いずれにせよSの重大な犯罪から公共を保護する義務が生じる。存在した危険が、具体的に実行された犯行に現実化したことは、これまで行われた認定によれば明らかだからである。

判決は、最後に、もし被告人達の過失責任が肯定されるのであれば、医師達は、故意の正犯としてのSと並ぶ過失の同時犯であり、そのことが量刑において考慮されるべきだということにも言及している。

本件を評釈したロクシンは、結論としては、差し戻された刑事裁判所は、もし、本質的に異なった事実認定がなされないなら、被告人を2件の過失致死罪、8件の過失傷害罪で有罪としなければならないだろうと述べている¹²⁵⁾。ロクシンは、本事案につき、判決が「義務違反性」の問題とするものを、客観的帰属論の許されざる危険創出の問題としてとらえ、その存否を三つの基準に照らして検討すべきとする¹²⁶⁾。① 正しい行動を示す法規範の観点、② 信賴の原則の適用の是非、③ 具体的状況に即した区別的に適用されるべき基準の観点である。第1基準は、精神病院に関する法律違反である。第2の基準について

125) Roxin, StV 2004, 488.

126) Roxin, StV 2004, 487. ちなみに、ロクシンによれば、予見可能性や回避可能性の判断は不要であるとする (S. 488)。

は、本件の患者Sのように、過去の経歴から犯行への明白な流れがあるときは、信頼の原則の適用は排除されとする。第3の基準に関しては、本件の具体的状況において、医師が、外出を、精神医学上の正当性をもって治療の観点から許可したという場合には、許された危険かどうかは場合にわけて判断されなければならないとするものである。しかし、本件では、治療上外出許可を与えなければならない根拠はない。

3. わが国の判例

（1）判例における病院事故の傾向

わが国においては、病院の内外での自殺や事故¹²⁷⁾に関する刑事事件は少ないが、民事事件ではかなりの裁判例がある¹²⁸⁾。

（a）一般病院における事故と管理責任

具体的治療に関する組織上の過失は、当該部・科の部・科長ないし医長の責任ではあるが、物理的な施設・設備が原因となる事故ないし一般的な人事配置等の一般の病院経営にかかわる組織上の過失は、病院長（ないし理事長）にあると考えられているように思われる。

病院内での医療業務遂行のための組織や安全体制の確立などは、病院長や病院理事長の義務であり、当該専門領域における業務遂行組織や安全体制の確立は、外科、内科、産婦人科、小児科などの各専門分野の責任者、例えば、どのように呼ばれようと、外科部長（科長）ないしさらに細分されているならば、

127) 精神障害者の事故については、入院中の事故と退院後ないし入院前の事故の2類型に分けることができる（藤岡康宏「措置入院中の精神分裂病患者による院外での殺人事件につき、主治医に院外作業療法実施上の過失があったとした事例」判例時報1085号192頁以下参照）。

128) これについては、民事責任の包括的研究として、辻 伸行「精神障害者による殺傷事故および自殺と損害賠償責任(1)～(5)」判例時報1549号148頁、1552号164頁、155号164頁、1558号、165頁、1561号161頁、また、辻・前掲（松下総編集）『民法と精神医学』164頁、同「精神障害者の他害行為と近親者の損害賠償責任——福岡高裁平成18年10月19日判決の検討を中心にして——」中谷陽二（編集代表）『精神科医療と法』（2008年）241頁以下参照。なお、甲斐「管理・監督上の過失」中山・甲斐（編著）『医療事故の刑事判例』285頁以下も参照。

消化器内科，脳外科，心臓外科などの長が第1次的に適切な組織化の義務を負うというべきであろう。

(b) 精神病院における事故と管理責任

病院の直接の（物的・人的）管理責任といえるかどうか疑いがないわけではないのが，病院入院患者の危険な行為による被害の発生に対する病院や医師の管理・監督責任である。その典型的な事例群が，とくに精神病患者の自殺・自傷行為¹²⁹⁾ ないし他害行為に対する病院・医師の責任である。中には，病院の看護師などのスタッフによる患者に対する他害行為に対する病院側の責任の類型もある。

ちなみに，精神病院内の事故類型としては，1994年4月1日から2000年3月31日までの6年間に日本精神病院協会の医療問題検討委員会に報告された事故報告において多かったのは，順に，自殺，不慮の事故，患者間傷害・傷害致死である。自殺の手段としては，飛び降り，溢死，飛び込みの順に多い。また，患者間傷害が多く発生する病名は，閉鎖病棟での精神分裂病（統合失調症），精神遅滞，痴呆であり，開放病棟においても精神分裂病がもっとも多い¹³⁰⁾。

これらの事故に対する責任については，実際には民事事件として問題となっている。その際，精神障害患者の自殺は，① 開放的処遇を受けていた患者の自殺事例と ② 閉鎖病棟・保護室内での自殺事例，そして ③ 通院中の患者の自殺事例に分けることができる¹³¹⁾ が，開放的処遇を受けていた事例については，開放的処遇の採用の当否，開放的処遇の適切な運用がなされていたかが問題となる。一般的には，担当医師の治療行為の裁量との関係で問題とされるが，医療側の責任が否定される傾向にある¹³²⁾。閉鎖病棟や保護室で患者が自殺し

129) 日本精神科病院協会の調査報告で，精神病患者の事故で最も多いのは，自殺の報告であるとされている。飛び降り，縊死，飛び込みである（分島・佐々木・前掲（松下総編集）『民事法と精神医学』196頁，石井一彦「精神病院における医療事故」日本精神病院協会雑誌20巻（2001年）244頁以下，藤野ヤヨイ「精神病院の特質と入院患者の人権」現代社会文化研究28号（2003年）184頁参照）。

130) 石井一彦「精神科病院における医療事故」日精協誌20巻3号244頁以下参照（病名は，この論文で使用されているまゝを使用した）。

131) 辻・前掲173頁以下参照。

132) 肯定されたものとして，福岡地小倉支判昭49・10・22判時780・90がある。

た事例については、医療側の責任を肯定した者が少なくないとされている¹³³⁾。上述のような設備・施設・人員の欠陥に起因する事故については病院長の過失が問われるように思われる。なお、病院から外出中の自殺についても、過失は否定される傾向があるとされている¹³⁴⁾。ここで問題となるのは、精神病院では外出が治療・復帰訓練の一環として行われることと、病院側の責任との関係である。

（１）精神病患者の自殺

民事判例においては、精神病院の入院患者が自殺した場合に、病院側に診療契約違反や過失があるかが争われた判例は多数ある¹³⁵⁾。医療側の責任を認める判例と、予見可能性を否定し¹³⁶⁾、または医師の判断が裁量の範囲内であるとして、請求を棄却する判例とに分かれる。民事上一般的には、精神病患者には通常人より自殺が多く認められることから、診療契約上の義務として患者に対し、一般的な自殺防止義務が含まれていると解されているようである¹³⁷⁾。ここでは、社会復帰のための治療と自殺防止の二律背反性が問題となる¹³⁸⁾。

（a）閉鎖病棟内での自殺

（i）過失否定例 まず、予見可能性を否定して過失を否定した判例を検討し

133) 辻・前掲175頁以下参照。肯定例として、福岡地判昭55・11・25判時995・84，東京地判平7・2・17判時1535・95，福岡地小倉支判平11・11・2判タ1069・232，楊小浜地判平12・1・27判タ1087・228，東京高判平13・7・19判時1777・51，否定例として、福岡地判昭51・11・25判時859・84，名古屋地判昭58・12・16判時1116・95，広島高判平4・3・26判タ794・142。

134) 辻・前掲179頁以下では、医療側の責任が争われたものの自体が少なく、公表された判例は、3例のみとする（東京地判昭55・10・13判タ433・134，大阪地判昭61・3・12判タ599・61，東京高判平13・7・9判時1777・51）。なお、甲斐・前掲中山・甲斐（編著）『医療事故の刑事判例』285頁参照。

135) 永井順子「精神病院における自殺」ソシオサイエンス10巻（2004年）125頁以下は、精神科治療における患者像の変化を患者の自殺という観点から明らかにしようとする。

136) 東京地判昭53・2・7判タ366・331，広島高判平4・3・26判タ794・142＝医療過誤判例百選73。その他，大阪地判昭61・3・12判タ599・61参照。

137) 宮下 毅「精神科患者の自殺事件」医療過誤判例百選（第2版）169頁参照。

138) 永井・前掲ソシオサイエンス10巻（2004年）130頁参照。

ておこう。その事案では、まだら痴呆状態の患者が病室の窓をこじ開けたうえ、誤って転落したか、自殺を図って飛び降りたかしたことにより死亡した事故につき、医師らに予見可能性がなかった等として、病院の不法行為責任、債務不履行責任を否定した¹³⁹⁾。患者が病室の窓をこじ開けるという行為が予見可能かどうかポイントであるが、容易にこじ開けることができないほどの防止対策が行われている場合には予見可能性は否定される。

次に、初老期うつ病の患者が自殺した事案で、持っていた帯で自殺したとき、Aに対する睡眠薬の不投与や、医師が帯の着用の許可は、裁量の範囲内に属し、いずれも、本件看護診療契約に基づく自殺防止義務の履行において、帰責事由に該当せず、控訴人の本件看護診療契約の履行に欠けるところはないのであって、Aの自殺は誠にやむを得ざる結果であったという外はないとしたもの¹⁴⁰⁾がある。

さらに、精神病院の病室内においてうつ病患者が、腰紐で自殺未遂を犯した場合、担当医師らには治療方法に関し精神科医療の特質に応じた広範な裁量があり、自殺防止措置を採らなかったことが合理性を欠くとはいえず、注意義務違反が認められないとしたものがある¹⁴¹⁾。本判決では、さらに次のようにいう。「自殺を防止するために絶え間ない監視を続け、用法上自殺の用に供されうるが、それ自体の性質上必ずしも危険物ともいえない着物の帯、紐のような患者にとって正常時日用必需品ともいえる物を除去し、あるいはこれを徹底して閉鎖病棟さらには保護室への収容等物理的措置をとるだけでは、事故防止に限定した面でそれ相応の効果を期待しうるかもしれないが、その反面治療上屢々有害な影響を及ぼし、治療の終局的目的に背馳する結果を惹起するおそれがあると考えられる。むしろ、精神的疾患に起因する自殺を防止するための最

139) 名古屋地判昭 62・6・24 判時 1777・51。

141) 前掲福岡高判昭 54・3・27 判タ 368・143。本件第1審判決は、福岡地小倉支判昭 49・10・22 判時 780・90 であり、医師と看護師の過失を認めたが、過失相殺により損害賠償額の6割を減じた（この判決について、永井・前掲ソシオサイエンス 10巻130頁以下参照）。

141) 福岡地判昭 57・1・26 判タ 465・173。

も抜本的な方法は当該疾患自体を治癒させることであるのはいうまでもないことであるから、ここに、閉鎖管理から開放管理へという精神科看護のあり方の歴史的ともいうべき趨勢をも併せ考えるならば、自殺企図の差し迫ったおそれの感じられない患者については、うつ病の治療の終局目的の達成を優先させ、治癒へ向けての可及的合目的的な看護の体制を採用することも合理的な裁量として許容されるところであると解するのが相当である」。

（ii）過失肯定判例 このような中、最近では、精神病院内での患者の自殺に対し病院側の過失を肯定した自殺事件¹⁴²⁾の民事判例もある。

（事実） それまでA病院に通院していた患者Pが、状態が悪化したため、B病院に入院したが、入院当日の深夜に同病院の隔離室内で縊首により自殺した事件につき、患者の妻らが、担当したA病院のX医師が、Pがうつ病であったのに診断を誤り、また、B病院の担当医師Yが自殺念慮があったにもかかわらず、自殺予防措置を取らず、隔離室で自殺するに至らしめたとして、AおよびB病院の経営者に損害賠償を求めて民事訴訟を提起したというものである。

（判旨） ① Pの自殺のとき、A病院とは診療契約関係は断絶した後であった。PのB病院での自殺とAの病院の債務不履行との間には相当因果関係があるとはいえない。しかし、「医師の債務不履行がなければ、患者が自殺しなかった可能性があれば、医師は患者がその可能性を侵害されたことによって被った損害を賠償すべき債務不履行責任を負うと解される」として、慰謝料の請求を認める。② Bの責任についても、PのBの病院入院時においてはPに自殺の客観的危険性があったと認められ、Y医師にとっては自殺に対する予見可能性があったと認められるうえ、……BにはPの自殺の防止を図るべき診療契約上の義務があった」（損害の3割を減額）。

相当因果関係を否定しつつ、条件関係を認めて「可能性」を侵害されたことによって被った損害を賠償すべきであるとする論理は、結果犯であることを前提とする刑事法の論理とは異なり、興味深い¹⁴³⁾。

142) 東京高判平13・7・19判時1777・51、医事法判例百選33。

143) 本件は、上告不受理決定がなされ、確定した（最決平16・1・30、木ノ元直樹「精神科における自殺事故と民事責任」判タ1103号63頁）。飯塚・前掲71頁参照。

(b) 開放的処遇における自殺

開放的処遇において患者が自殺した事例では、その開放的処遇措置の妥当性、実施・運用の適切性が問題となるが、判例では過失を否定する者が圧倒的に多い¹⁴⁴⁾。とくにうつ病などの精神病に罹患している患者が自殺する事例においては、治療の一環として開放的な処遇に移行した後に患者が自殺するといった場合も少なくない。その際、医師の治療上の判断の妥当性が問題となり、医師の民事責任が否定される場合が多い。開放的処遇への移行の判断が、医師の裁量の範囲内であるとするものに、次のような事件¹⁴⁵⁾がある。

(事実) Aは、いわゆるうつ状態になり、自宅で自殺をはかって未遂に終り、外科病院に入院し治療を受け、退院した夜に再び自宅で自殺をはかったので、翌日、原告ら(Aの両親)は、Aを、M療養所に伴い、被告である精神科医Xの診察を受けさせたところ、Xは、治療の必要を認め、AをM療養所に入院させることとした。Aは、M療養所に入院して、Xを主治医として治療を受けていたが、その許可を得て外出したまま行方不明となり、その日のうちに同所構内の使用されていない建物の中で、縊死した。原告らは、国、所長、Xを被告として、その死亡に対する不法行為責任を問うた。これに対して、判決は、次のように述べて、被告らの責任を否定した。

(判旨)「一般的には、うつ病が全治しきっていない間は、自殺の危険性は常に何がしかは存在するのであるが、それにもかかわらず、治療の目的からは、開放的処遇に移行することが必要とされるのであるから、どのような病状の段階でどの程度の開放的処遇を行うかを決定することは、診療行為の核心に属することであって、医師が、そのときの医療水準上要求される医学的知識に基づき、かつ、患者の病状の変化の的確な観察に即して、治療効果と危険とを衡量しつつ、判断すべきであるとともに、処遇が個々の患者の精神状態の多様性に応じたものでな

144) 辻・前掲173頁参照。肯定例として、前掲福岡地小倉支判昭49・10・22、大阪高判昭57・10・27判タ486・161があり、肯定例として、前掲福岡高判昭54・3・27判タ388・143、津地判昭46・8・16季刊病院精神医学42・96、東京地判昭和53・2・7判タ366・331、福岡地判昭57・1・26下民集33・1=2・10、東京地判昭62・11・30判時1267・82(次に詳論)、東京地判平2・2・27判時1369・120、東京地判平3・10・29判時1461・78。

145) 東京地判昭62・11・30判時1267・82。

ければならず、かつ、病状の診断が、検査データ等の客観的資料により得るものではなく、医師による患者の表情や挙止動作の観察と対話の内容に依拠する部分が大ききものであるだけに、右の決定にあたっては、医師の裁量的判断に委ねられる範囲が広いものといわざるを得ない。したがって、医師が患者の病状を注意深く観察し、自殺念慮が軽減し、開放的処遇によって改善を期待し得るものと判断して治療方法を選択した場合に、この判断に医学上不合理な点が認められないときには、たとえ医師の見込に反して不幸な結果を招いたとしても、そのことの故に医師の過失を問うことはできないと解される」。

判決は、開放的処遇をいつどのような体制で行うかの判断は、「医師の裁量的判断」によらざるをえず、それが「医学上不合理」でなければ、不幸な結果を招いたとしても医師の過失を問うことはできないというのである。

（Ⅲ）外泊中の自殺事例 これに関しては、大阪地裁の判決¹⁴⁶⁾の事案がある。判決においては、統合失調症の患者が自殺するおそれが認められず開放病棟に入院するのが相当と判断されて、県立の精神病院に入院したが、看護者から指示された医師による診察を受ける直前に、病院から抜け出し、外泊して、数日後自殺した場合、病院には、患者が病院から出てゆかないよう看護者等が常時注視しなければならない義務はなく、また患者に対する開放病棟による治療方針から、常時注視が必ずしも適当ではなく、看護者等の気付かない数十分間に、離院したことをとらえて、患者の動静に対する注意を怠ったものとして、病院設置者、担当医等の不法行為に基づく損害賠償請求をすることはできないとした。

精神病患者の自殺および自殺未遂は精神科病院の事故事案の約３割を占めているとされている¹⁴⁷⁾。

（３）自殺防止行為による死亡

自殺の例ではないが、刑事判例としては、千葉地裁の判決¹⁴⁸⁾の事案で、精

146) 大阪地判昭 50・6・17 判時 803・102。

147) 角南 譲「精神科医療における医療事故」川村治子編『事例から学ぶ医療事故』（2000年）85頁。飯塚和之・医事法判例百選71頁参照。

148) 千葉地判平 17・11・15 LEX/DB = 飯田Ⅱ・902頁。

神科医であった被告人が、患者Cを他の病院に入院させるため職員に自動車で搬送させるに当たり、自殺を防ぐため、その口腔内にティッシュペーパーを入れるなどした上にガムテープで口をふさぎ、さらに鎮静剤を投与し、両手両足をしばって全身を毛布でくるむなどして窒息に陥りかねない状況を作出したにもかかわらず、自ら又は他の医師等を同行させなかったことにより、搬送中に呼吸困難に陥らせ死亡させたとされた事案につき、「本件搬送時に被告人が同行するか、あるいは、被告人が、ほかの医師や適切な救急処置を行う能力のある看護師に対し、Cの病状並びに搬送時の鎮静及び抑制の状況等を適切に説明するなどして同行させ、絶えずCの全身の状態を観察し細心の注意を払っていたとすれば、Cの呼吸の異変に早期に気付き、口腔内のティッシュペーパーの塊を取り除き、身体の抑制を解いた上で気道を確保し、さらには人工呼吸等の救急処置を施すこと等によって、Cの窒息死という結果の発生を回避できたものと認められるから、これを怠った被告人に過失があったことは明らかである」とする。

(4) 精神病患者の他害行為

これについては、判例においては、民事事件のみが存在する¹⁴⁹⁾が、① 病院内での他害行為、② 外泊・外出中ないし無断退去した上での他害行為、③

149) これに関する研究として、辻 伸行「精神障害者による他害事故と損害賠償責任」町野 朔編著「精神医療と心神喪失者等医療観察法」(ジュリスト増刊)190頁以下、同「精神科医療事故と法」(松下正明総編集)『司法精神医学(4)』『民事法と精神医学』(2005年)104頁以下。病院内の他害行為に関する判例として、神戸地判昭55・2・6判時971・91、福岡高判平3・3・5判時1387・72、大阪地判平5・2・17判時1486・96、大阪判平12・12・22判タ1073・177(以上責任肯定)、浦和地判昭60・3・29判時1177・92、大阪地判昭61・9・24判時1227・99、東京地判平6・1018判タ894・232、大阪地判平6・11・8判タ895・230(以上責任否定)、病院外の他害行為に関する判例として、鹿児島地判昭63・8・12判時1301・135、東京地判平10・3・20判時1669・85、静岡地判昭57・3・30判時1049・91(評釈として、藤岡・前掲判例時報1085・191)、最判平8・9・3判時1594・32、通院治療中の他害行為に関する判例として、福島地判平16・5・18判時1863・91。なお、高知地判昭47・10・13下民集23・9=12・551、広島地判昭56・6・24判問1022・107もある。

通院中の患者による他害行為に分けることができる¹⁵⁰⁾。その過失責任については、大雑把にいうと、患者の他人に対する傷害行為や殺害行為が予見可能かどうかによって、医師ないし病院の過失責任の成否が分かれる。判例は、精神病院の内外で発生する他害行為が問題となったものがほとんどであるが、一般病院内で発生した事案¹⁵¹⁾もある。精神病院入院患者によって発生させられた事案においては、他害の危険防止に就き、監護・監視が適切に行われていたかが争点である。精神病院内で発生した事件については「精神科医療の理念と事故防止の調和」が考慮されているという¹⁵²⁾。民事判例においては、病院の責任を肯定したものと否定したものとが相半ばしているとされている¹⁵³⁾。

（a）病院内の他害行為

刑事事件においては、患者の異常行動が反復されていたり、誰が見ても明白に予見しうる状態にある場合については、発生した傷害ないし殺人の結果に対して医師・看護師・院長等の病院側スタッフの過失が肯定されうるが、さもない場合には、過失は否定される。

（i）民事責任否定例

胃炎の治療のために内科病棟に入院していた精神分裂病者（統合失調症患者）が、同室の患者を刺殺したという事案で民事過失責任が否定されたもの¹⁵⁴⁾がある。

150) 辻・前掲（松下 総編集）『民事法と精神医学』165頁参照。

151) 大津地判平 12・10・16 判タ 1107・277。医事法判例百選 35。

152) 辻 伸行「患者の病院内での他害行為と安全配慮義務」医事法判例百選75頁参照。

153) 辻・前掲医事法判例百選74頁。これによると、肯定したものとして、神戸地判昭 55・2・6 判時 971・91（後述）、福岡高判平 3・3・5 判時 1387・72（後述）、大阪地判平 5・2・17 判時 1486・96、大阪地判平 10・3・20 判タ 984・208（後述）があり、否定したものとして、大阪地判昭 53・9・27 判タ 375・110（院外事故・後述）、浦和地判昭 60・3・29 判時 1177・92、大阪地判昭 61・9・24 判時 1227・99、東京地判平 6・10・18 判タ 894・232（後述）、大阪地判平 6・11・8 判タ 895・230（後述）がある。なお、精神医学者による裁判例13例（実質11例）における加害者の病歴や直近の病状を中心に判例の内容について検討した論稿として、中島 直「精神病院入院中の精神病患者が他害事件を起こした際の民事裁判判決の検討」精神神経学雑誌103巻 4 号（2001年）341頁以下参照。

154) 大阪地判昭 53・9・27 判タ 375・110。

(事実) Aは、約半年間精神分裂病の再発のためS病院に入院していたが、退院後も通院し継続して服薬を続けていたところ、顔面及び両下肢の浮腫、心悸昂進のためJ市民病院第1内科外来で、N医師の診察を受けた。Nの間診には、既往症がないと答えた。Aの精神分裂病は、J市民病院に入院する当時、完全緩解に近い不完全緩解状態にあり、分裂病感情はなく、正常な意思の疎通が行なわれた。7か月の入院中、本件発生の前日に、一度大きな奇声を発しただけであった。その日、Aは、ベッドの上に仰向きになって新聞を読んでいたTに対し、いきなり自分のベッドから下りてTのベッドの傍らに行き、乗りかかるようにして所持していたペティナイフでTの心臓部を力一杯刺した。このとき、Aには「TがS病院に強制的に入院させるといつている」との幻聴があった。その直後、Aは、同じナイフで自殺を図ったが、未遂に終わった。

(判旨) 「Aのように精神分裂病が完全緩解に近い者が、一度、大声で奇声を発したからといって、このことを直ちに精神病患者の異常行動と結びつけて考えることは無理である。ただし、医師が、精神分裂病の既往症を知っているか、異常行動があったとき幻聴、幻覚のあることを患者から告げられたときは別である。しかし、本件では、W医師が、Aから精神分裂病の既往症を告げられていなかったし、前日の大声で奇声を発したとき、幻聴、幻覚があったことをA本人から告げられていない」。

東京地裁平成6年の判決の事案では、患者Aが、同室のXに頸部を締められ、さらに、口腔内深部に多量のティッシュペーパーを塊状に挿入され、気道閉塞によって窒息死させられたという事案で、① 事件発生時ないし事件発生直後に本件事件を発見しなかった過失、② 予見可能であった本件事件を予見することなく、その防止策を講じなかった過失、③ Aに対する保護、看護の過怠による過失をすべて否定し、病院の責任を否定した¹⁵⁵⁾。

(ii) 民事責任肯定例

次の事案¹⁵⁶⁾では、病院に民事責任が肯定された。3名の夜間勤務者によって殺害が回避されていたはずであるというのである。

(事実) XはAが就寝していた第7病棟101号室に侵入し、まず牛乳びん等によりAの後頭部等を数回以上殴打し、壊れた牛乳びんを凶器としてAの後頭部、

155) 東京地判平6・10・18判タ894・232。

156) 神戸地判昭55・2・6判時971・91。

項部、顎部等を切りつけた後、所携の革バンドや手でAの頸部を締めつけ、よって、その頃、同所において、同人を絞頸または扼頸による窒息により死亡するに至らしめた。

（判旨） Xは入院当時よりその精神障害の程度は顕著であり、一時、好転しながら僅かの刺戟により思わぬ対象に対し殺意を以て攻撃を加える挙に出ることが明らかとなったのである。本件事故はこのような推移を経て、先行事件から1ヶ月余りの後に発生したものであり、たとえ、病院の夜間勤務中に発生したものとはいえ、少くとも、3名の夜間勤務者が勤務していたのであり、本件事故発生時に右夜間勤務者の居た場所とXの病室およびAの病室（本件事故発生の場所）との距離、配置関係、本件事故の態様および本件事故発生時の環境（静けさ、気配）等を考え併せるならば、XがAに対して牛乳びんで攻撃を開始した近い時点で右夜間勤務者らにおいて何らかの物音に気付き得たものと考えられ、右時点で本件事故現場へ急行していたならば、少くとも、その後のXの攻撃を回避し、Aの死亡の結果を免れ得たことは明らかである。しかるに本件事故発生時における夜間勤務者において本件事故の発生に気付くのが遅れ、結局、Aの死亡を阻止し得なかったものということができ、たとえ、看護単位、勤務体制の面で人的施設の不十分なることを考慮に入れても、右夜間勤務者の看護、看視は十分でなく、本件事故の発生を未然に防止すべき注意義務をつくさなかった過失あるものといわなければならない。そうだとすれば被告は右夜間勤務者の使用者として本件事故による損害賠償義務を免れない」。

次の事案¹⁵⁷⁾では、被告は、本件病院の設置管理者として、本件病院の過失に基づく診療契約上の債務不履行又は不法行為の責任を負うとされた。

（事実） Aは、被告との間で診療契約を締結し、本件病院に入院し、入院治療を受けていたが、同じく入院患者であるXから腹部を十数回踏みつけられる等の暴行を受けた。Aは、右暴行により、嘔吐し、ショック状態に陥り、臍挫傷により失血死した。Xは、非定型精神病により、本件病院に入退院を繰り返しており、本件事故当時は3回目の入院中であった。

（判旨） 「本件病院は、長期にわたる入通院期間を通じて、Xの前記病状を熟知していた。そして、Xの衝動的な人格障害からすれば、他の入院患者との間のトラブルの発生は予見可能であった」。このような事実からすれば、「本件病院には、

157) 大阪地判平6・11・8判タ895・230。

Xを閉鎖病棟に入院させるべき義務」があり、また、「仮にXを準開放病棟に入れるのであれば、本件病院においては、Xが他の患者に危害を加えることのないよう、十分な監視並びに看護をなし、Xの病状、日常の言動、他の入院患者との人間関係に常時注意を払い、同人が衝動的行動に出る危険を予知して未然に防止すべき義務があった」。

次の判決¹⁵⁸⁾は、病院の中で、集団暴行が行われていたという特異な事件に関するものである。

(事実) 亡Aに暴行を加えた入院患者らは、上記のとおり、看護職員から患者管理の職務の一部を委ねられる等して病棟を取り仕切る、いわゆるボス患者グループであり、訴えの多い患者や反抗的な患者に対し、私的制裁を加えていた。

(判旨) 「被告病院は、患者の生命・健康の維持・回復をその使命とする医療機関として、亡Aを入院患者として受け入れ、かつ、同人を閉鎖病棟であるA3病棟に収容して完全に自己の管理・監督下に置いていたのであるから、入院中の事故・不祥事を未然に防止し、生命身体に安全に万全の配慮をすべき義務を負っていたにもかかわらず、同人に対する暴行を未然に防止することを怠った」。

(b) 病院外での他害行為

すでに昭和57年の静岡地裁判決において、措置入院中の統合失調症患者による院外での殺人事件につき主治医に院外作業療法実施上の過失を認めた民事判例がある¹⁵⁹⁾。「院外作業療法を実施したこと自体は相当な治療方法であった」としつつ、それを実施するに際しては「医師として同人を相当の治療的管理下に置くべき注意義務を怠った過失」があるとした。逆に否定した判例として、昭和63年の鹿児島地裁の判決¹⁶⁰⁾がある。この事案では、統合失調症患者が許可を得て保護者のもとに外泊中他人を殺害したときの病院の損害賠償責任が問

158) 大阪地判平 10・3・20 判タ 984・208。

159) 静岡地判昭 57・3・30 判時 1049・91。評釈として、藤岡・前掲判時1085号191以下参照。

160) 鹿児島地判昭 63・8・12 判時 1301・135。評釈として、新関輝夫「精神分裂病の入院患者が許可を得て保護者のもとに外泊中他人を殺害した事件につき、精神病院の損害賠償責任が否定された事例」判時1321号212頁参照。

われ、外泊は治療の一環として行われているのであるから、病院側に「外泊中の患者を監督すべき契約上の義務がある」とし、その義務違反があったかを検討する。そのためには、「他害の危険性の程度に応じて予防措置がとられていたか」を検討する必要があるが、結論としては、加害意思をもっていたことがうかがえず、また、病状も安定していたので、外泊の取り扱いとして落ち度があったものとは言い難いとする。このように判例¹⁶¹⁾では、精神障害者が事故を起こす何らかの前兆的な症状があったかどうかを他害の危険の具体的判断の基準としている¹⁶²⁾といえる。

重要なのは、平成８年９月３日の最高裁の判決の事案¹⁶³⁾である。これは、院外での他害事件に関する病院側の責任を認めたはじめての最高裁判断である¹⁶⁴⁾。ここでは、措置入院中の患者が病棟作業療法の一環で院外散歩中に信号待ちしていた通行人に、金銭奪取の目的で登山ナイフで腹部、背部、胸部を突き刺し死亡させた事件で、被害者の遺族がH病院を経営するI県に国賠法に基づき損害賠償を請求したが、無断離院を防止しなかった県立精神病院の院長、担当医師らに過失があるとされた。

（事実） 患者Aは、統合失調症が進行し、凶器所持や、窃盗で懲役刑に処せられるなどして、心神耗弱と認定され、出所後に本件病院に措置入院となった。X

161) その他、大阪地判昭53・9・27判タ375・110、浦和地判昭60・3・29判時1177・92、大阪地判昭61・9・24判時1227・99参照。

162) 新関・前掲判時1321号215頁参照。

163) 最決平8・9・3判時1594・32（いわゆる北陽病院事件）。評釈として、宮下毅・医事法判例百選72頁以下。東京高判平6・2・24判タ872・197（第2審判決）、吉田邦彦「精神病者の殺人事件」医療過誤判例百選（第2版）170頁、辻伸行「措置入院患者の無断離院中の加害行為と院長らの過失」民商法雑誌117巻・4＝5号（1998年）736頁以下、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）313頁以下。

164) 院外作業実施中の他害行為が問題となった判例に、静岡地判昭57・3・30判時1049・91（過失肯定）、東京地判平10・3・20判時1669・85（過失肯定）、鹿児島地判昭63・8・12判時1301・135（過失否定）がある。宮下・前掲医事判例百選72頁参照。

が主治医となり閉鎖病棟から開放棟に移されたとき無断離院して連れ戻されることもあった。院外散歩の際に看護の隙を狙って停車してあったライトバンに乗り込んで逃走して、本件殺傷事件を起こしたのであった。第1審（横浜地判平4・6・18判時1444・107）では、義務違反を認め、患者の自由意思で行われた犯行でもないとし、相当因果関係も肯定した。

（第2審判旨）¹⁶⁵⁾ X等は、本件無断離院及び他者殺傷の蓋然性の高さについて、十分予見可能であり、無断離院を回避すべき義務もあった。「患者が離院した場合、財産犯の過程で人を殺傷する蓋然性が高いことは予見可能であったと認められるから、本件無断離院と本件殺人事件の間には相当因果関係がある」ということもできる。

（上告審判旨）「患者の治療、社会復帰が精神医療の第一義的目標であり、他害のおそれという漠然とした不安だけで患者の治療を拒否し、患者を社会復帰から遠ざけてはならないことなど所論指摘の点を考慮してもなお、北陽病院の院長、担当医師、看護師らには院外散歩中にAが無断離院をして他人に危害を及ぼすことを防止すべき注意義務を尽くさなかった過失の存することは到底否定し難いといわざるを得ず、また、右過失と本件殺人事件との間には相当因果関係があるといふべきである。したがって、右と同旨の見解に立って本件につき上告人に損害賠償の義務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る」。

最高裁がこのような結論に至ったのは、およそ以下の事実認定を基礎としている。

① Aは、破瓜・緊張混合型の精神分裂病が進行し、社会的適応機能が著しく低下し、銃砲刀剣類所持等取締法違反等の犯罪を繰り返して服役するに至り、服役終了と同時に、I県知事によって、他害のおそれがあるとして、H病院への入院の措置がとられた、② Aには、作業療法実施中に病院内の自動車を盗んで無断離院をし、離院中に窃盗をしたり叔父に対して暴行を加えたりした前歴があり、その後も無断離院を口にするなどしていた、③ Aは、病院内でも親族への恨みや加害の意思を公言しており、ささいなことから被害者意識を抱き、立腹しては他の患者の顔を殴るなどの問題行動を頻繁に起こしており、しかも第三者に対する加害行為につき心理的抵抗が少ない傾向にあった、④ 担当医師は、無断離院などにより向精神薬の投与が中止されるとAの病状は悪化する可能性が大きいこ

165) 東京高判平6・2・24判タ872・197。

とを認識していた、⑤にもかかわらず、H病院の院長は、特別の看護態勢を定めておらず、また、担当医師も、無断離院に関する要注意患者であるAを院外散歩に参加させるに当たり、引率する看護師らに対して何ら特別の指示を与えず、看護師らも院外散歩中Aに対して格別な注意を払わなかった、⑥ 本件殺人事件当時、Aは、精神分裂病の影響で、自己の行為の是非善悪を弁識し、これに従って行動する能力が著しく低下していた。

精神障害者がすでに何回か殺傷事件を繰り返している場合、その入院中の外出（散歩等）において殺傷事件を犯したとき、その予見可能性が肯定されうることは否定できない。しかし、社会復帰を目指す処遇には、開放処遇や外出が不可避であるので、処遇上の必要性和安全措置とが相克するとき、どのような具体的な注意義務違反があるのかを認定する必要がある¹⁶⁶⁾。しかし、本件においては、看護体制そのものを定めておらず、看護の具体的指示もなされなかったものであり、この問題は生じない¹⁶⁷⁾。最高裁は、上述のような六つの事情を挙げて「相当因果関係」を認定しているが、この点は、「微妙なところではないか」¹⁶⁸⁾とする見解もある。たしかに本件は、無断離院後何日か経ってからの遠隔地での犯行であり、その具体的予見可能性は微妙であるかもしれない。しかし、因果経過の基本的部分の予見可能性でよいとすると、当該患者の従来の前歴等、最高裁の挙げる六つの事情を前提にすればその反復可能性は予見可能であったといえるように思われる。

（c）凶器による他害行為

患者が果物ナイフや角材を持ちこみ、あるいは外出中路上において文化包丁で他の入院患者を殺害した場合に民事責任が肯定されている。

- ① 加害患者が無断外出し果物ナイフを買って持ち帰り、程なくして被害患者が殺害された場合、精神病院管理者は、患者の身体の安全に配慮する義務、具体的には、患者の無断外出、帰院の把握義務、刃物等の持込みの有無の検査義務

166) 吉田・前掲医療過誤判例百選（第2版）172頁参照。

167) 辻・前掲民商法雑誌117巻4＝5号739頁参照。

168) 吉田・医療過誤判例百選（第2版）173頁。

を怠った過失があり、精神病院は被害患者の遺族に対し、債務不履行及び不法行為責任を負う¹⁶⁹⁾。

- ② 亡Xの相続人である原告らが、Xが脳梗塞を発症して被告病院に入院していたところ、精神分裂病を発症して同室に入院していたYが角材で甲の頭部等を殴打する暴行を加え、Xを死亡させたことに関し、被告に対し、損害賠償を求めた事案で、被告病院の医師Aには、Yが以前入院していた病院に照会する等して、Yの病状や治療の経過を把握し、向精神薬の服用の継続などの適切な措置をとるべきであったにもかかわらず、右措置をとらなかったため、本件事故に及んだというのが相当であり、Aの右行為は、被告の履行補助者として、被告とXとの間で締結された診療契約に付随する義務である安全配慮義務に違反する¹⁷⁰⁾。
- ③ 本件は、被告の経営する精神病院に入院中の患者が外出したまま帰らず、数日後、刃物で原告に怪我をさせた事案について、医師に精神保健法39条1項所定の通知義務を怠った過失があることなどを理由に、損害賠償請求がされた事案に対し、「Xの前記認定の暴行による原告の受傷は、被告病院の管理者が法39条1項所定の通知及び探索願いの措置を講じなかったことにも起因すると認められ、被告は、Xの暴行により原告が被った後記の損害を賠償する責任を負う」とされた¹⁷¹⁾。

このように患者が凶器を院外から持ち込んだにもかかわらず、それを検査しなかったためにその凶器を用いて他の患者を殺傷した場合に、判例は、債務不履行や安全配慮義務違反を認め、病院側の民事責任を肯定する傾向にある。

(d) 刑 事 事 件

わが国の刑事判例には、患者の自殺や他害行為によって他人が殺傷された事案は見当たらない。以上の事案を刑事事件としてとらえてみると、これらは、自殺や他人に対する故意による殺傷に対する管理過失が問われる事案である。

169) 福岡高判平3・3・5判時1387・72。評釈として、手嶋 豊「精神病院入院患者が無断外出先から持ち込んだナイフにより他の入院患者を殺害した事案につき、病院の安全配慮義務違反による損害賠償責任が認められた事例」判時1409号155頁以下参照。評釈では、その他の他害事故・自殺事例に関する判例も検討されている。

170) 大津地判平12・10・16判タ1107・277。評釈として、辻・前掲医事法判例百選74頁以下。

171) 東京地判平10・3・20判時1669・85。

その際、直接行為者が故意犯ではあるが、責任能力に疑義がある場合が主として問題となる。したがって、管理過失を問うには、他人の過失が介在するのではなく、故意はあるが、責任能力に問題がある者の違法行為に対する管理監督責任の判断根拠が問われる。患者の自殺に対する病院長や担当医師の管理過失は、自殺未遂の反復その他の予兆を病院側が把握していながら、およそ考えられないような管理上の重大なミスがないかぎり、業務上過失致死罪を認めることは困難であろう。自殺の任意性に疑問はあっても、故意犯であっても自殺関与在にとどまるからである。

他害事件の場合には、精神障害患者の故意の犯罪行為に対する管理・監督・監護者の過失犯の成立原理が問われる。結果の発生に至る経過における故意犯の介在は、管理者の結果に対する客観的帰属が否定されるのが原則であるが、ここでは、精神障害患者という完全な自己答責性が否定される人の行動が介在しているので、他害行為に出る危険性の高低と、病院内の事故か院外の事故か、凶器の持ち込みがあったかなどの管理者の管理の及ぶ範囲と程度の関係によって、具体的に決定されるべきであろう。

とくに、外泊中の他害事件に対する病院側の個人の刑事責任を問うた刑事事件は、判例には見当たらないが、その理由は、やはり、開放的処遇という医療方法の実施に過失があったと認定しにくいこと、組織全体の体制の不備に対する個人の刑事過失を認めることが困難なことにある¹⁷²⁾。しかし、理論的には、患者の外泊中の他害事故に対しても、院長らの刑法上の管理過失を肯定する可能性はある。この場合、帰属を中断する患者の故意行為の介在が問題となるが、患者の責任能力が減退していたこと等を勘案すれば、患者の従来の前歴や、過去に同種の事件を反復していたといった事情があるなど北洋病院事件において最高裁の挙げる六つの事情を前提にするなら、客観的帰属が肯定されることもありえよう。

172) 島田・前掲（中谷・編集代表）『精神科医療と法』317頁参照。