

医療事故に対する過失犯の成否

弁護士（2024 年修了）

嵯峨 伊吹

目次

- I 問題の所在
- II あるべき予見可能性の姿
- III 刑事訴訟における医療水準論
- IV 結論

I 問題の所在

1 医療事故に対して刑事責任を追及することで生じる問題

医療事故に対する刑事責任の追及に関しては様々な問題がある。

まず、医療事故に対する刑事責任の追及が、委縮的・保守的医療をもたらし、医療行為を行うこと自体に消極的になったり¹、医療の進歩を阻害したり²、あるいは、医療機関が実際に起きた医療事故の原因解明に消極的になったりしてしまう。

次に、医療行為は常に危険が付きまとう。それにもかかわらず、結果発生後の回顧的観察方法により、「こうすれば結果が回避できたはずだ」と、「後知恵」で刑事責任を追及されることがある。これは、医療行為の本質を理解していない³、「行為時の」予見可能性を前提とする過失犯の理解にも反する。

また、医者は、常に危険と隣り合わせで、誰にでも医療事故が生じ得るリスクがある。それにもかかわらず、医療事故の責任を医者にのみ押し付けるのは不公平であるように思える⁴。

2 医療事故を特別扱いすべきではない

こうした問題に対して、しばしば指摘されるのは、医療事故については特別扱いしようとする

¹ 谷井悟司「医療過誤における刑事過失責任の明確化」年報医事法学 38 号(2023)9 頁。

² 井田良「医療事故に対する刑事責任の追求のあり方」井上正仁=酒巻匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、2012)234 頁。

³ 井田・前掲注(2)233 頁。

⁴ 井田・前掲注(2)235 頁。

いう見解である。そこには、過失犯の解釈論として過失犯が成立する範囲を限定しようというアプローチと、手続上、起訴・立件を控えようというアプローチがある⁵。

前者のアプローチとして、例えば、ドイツでしばしば指摘されるのは、医療事故に過失犯が成立するのは、重過失の場合、厳密に言えば「軽率さ」の認められる場合に限定すべきだという見解である⁶。しかし、1に挙げた問題の解決を根拠として、何らかの限定を加えるとしても、なぜ重過失の場合に限定されるのか、その範囲に限定する根拠がない⁷。また、1に挙げた問題は、医療事故に限った話ではなく、鉄道事故等他にも同様の問題が生じる分野があるはずである。医療事故のみ特別扱いする根拠がない。

また、後者のアプローチについて、刑事事件化することについて医療事故と同様の問題が生じる鉄道事故等も、原因究明を優先し、起訴・立件を控えるというような現状があるとは言えない。前者のアプローチと同様に、医療事故のみ特別扱いする根拠がない⁸。

結局、いずれのアプローチにしても、医療事故を特別扱いする根拠がなく、妥当ではない。

3 検察官の起訴裁量に委ねるだけではない

一方で、結果的には、検察官が特に悪性の高いものに限って起訴しているから問題ないという指摘もある⁹。しかし、これも妥当でない。

確かに、医療事故における刑事訴追は従来かなり謙抑的に行われているとの指摘がある。警察への届け出自体が平成12年から平成20年にかけて増加したものの、その後漸減して、平成27年に激減しているおり、そのうち半数以上には事件性が認められず送致されていない。さらに終局処分として起訴されたものは、平成12年から平成17年にかけては警察への届け出の増加に応じて増加しているものの、平成18年以降は激減し、大野病院事件で警察・検察が批判を受け、同事件で無罪が確定した(福島地判平成20年8月20日判時2295号6頁)以降は、年平均で全体の2割に及ばない¹⁰。

しかし、1に挙げた問題は、刑事訴追が謙抑的に行われているというだけでは全く解決しない。まず、刑事訴追の件数自体が少なくても、特に悪性の高いものに限って起訴されているかというところではない。例えば、判決(東京地判平成13年3月28日判時1763号18頁)においては予見可能性すら認められなかった薬害エイズ事件帝京大ルートにおいては、当初は事件性なしと踏んでいた検察が、安部氏を殺人者扱いするメディアやそれを受けた

⁵ 井田・前掲注(2)231頁。

⁶ 井田・前掲注(2)239頁。

⁷ 井田・前掲注(2)240頁。

⁸ 藤宗和香「医療過誤事件の捜査・処理—刑事処罰の行方—」医療の質・安全学会誌12巻2号(2017)185～186頁。

⁹ 藤宗・前掲注(8)187頁以下。

¹⁰ 藤宗・前掲注(8)187頁以下。

世論に押される形で起訴に踏み切った¹¹。大野病院事件もまた、被害者の活動や世論に押される形で起訴された挙句、過失が否定されている。同事件後、起訴件数が減っていたとしても、世論に押される形で起訴されるべきでないものが起訴され得る構造に全く変化はない¹²。

さらに、日本の刑事司法においては、「人質司法」とも揶揄される長期の身体拘束や、報道機関等による「有罪推定」を伴うラベリング等、起訴前の捜査段階での不利益が極めて大きく、不起訴にされれば問題ないということにはならない¹³。現に、薬害エイズ事件の阿部氏も、メディアから「大量殺人者」の汚名を着せられ、世論から猛烈なバッシングを受けた。当時 80 歳という高齢で、しかも心臓に持病を持っているのにもかかわらず、56 日間も勾留された。連日車いすに乗せて 7 時間以上も取調べをされ、自白を強要された。最後には 6.5kg もやせ、弁護人である弘中氏に支えられなければ歩くことができない状況であった¹⁴。

検察官の起訴裁量に委ねれば解決するとは到底言えない。

4 本稿における検討

本稿では、医療事故に対する過失犯の成否について、既存の過失犯論の枠組みの範囲内で、検察の起訴裁量に委ねることなく、どのように考えれば 1 で挙げた問題を解決できるか検討する。まず、Ⅱにおいて、医療事故以外も含む過失犯一般の予見可能性に関する学説、判例・裁判例を検討し、「後知恵バイアス」によって予見可能性が肯定されないように、予見可能性と結果回避義務の関係がどのようなものであるべきかについて検討する。次に、Ⅲにおいて、民事訴訟において発展してきた医療水準論を刑事訴訟においても導入できないか、導入するとすれば民事訴訟とはどのように異なるのかを検討し、現場の医師が委縮しないような過失の認定のあり方を検討する。

Ⅱ 予見可能性と結果回避義務の関係

1 はじめに

Ⅰの1で述べたとおり、医療には常に危険が付きまとうものだから、いわば医師は、常に何らかの漠然とした危惧感を抱いていると言える。こうした漠然とした危惧感を理由に過失を肯定すると、まさに委縮的・保身的医療へと繋がり、ひいては医療の発展の妨げとなりかねない。医師は、誰もが患者の死亡・傷害結果に直面することが有り得るのであり、いわばたまたま、こうした結果が発生した医師にのみ責任を負わせるのは不公平でもある。

さらに、複雑かつ流動的な事象を目の前にする現在進行形の医療現場において、その当時

¹¹ 弘中惇一郎『無罪請負人—刑事弁護とは何か?—』（角川新書、2014）151 頁以下。

¹² 井田・前掲注(2)248 頁。

¹³ 甲斐克則「医療と過失責任の限界—福島県立大野病院事件判決の分析と新たな解決モデル」法時 82 巻 9 号(2010)46 頁。

¹⁴ 弘中惇一郎『特捜検察の正体』（講談社現代新書、2023）7 頁、弘中・前掲注(11)160 頁。

に認識し得た事情は極めて限定的なはずである。それにもかかわらず、事故発生後の検証で分かった事実について、事後的・俯瞰的視点から、あのときこうすれば分かったはずだと思われるがちである。こうしたいわゆる「後知恵バイアス」に基づく予見可能性の認定も、上記のような問題の原因となる。

ここでは、以上のような問題を発生させない予見可能性及び結果回避義務のあり方を検討する。まず、2において、予見可能性及び結果回避義務に関する学説を整理し、3において、医療事故に関するもの以外のものも含めて、予見可能性及び結果回避義務について判断された判例・裁判例を検討し、判例・裁判例の予見可能性及び結果回避義務に関する立場を明らかにする。その上で、予見可能性と結果回避義務の関係がどのようなものであるべきか検討する。

2 新旧過失論と2つの危惧感説

(1) 新旧過失論

過失犯における過失の捉え方には、旧過失論と新過失論の対立がある。

旧過失論は、結果無価値論を基礎として、行為が法益侵害結果を因果的に惹起すれば、その行為は違法であり、その法益侵害結果を認識して行動したのであれば、重い責任としての故意があり、結果を認識していないが、それを予見可能であれば軽い責任としての過失があると考え。過失を、結果が予見できたのにしなかったという注意力を欠いた、故意犯のほどではないにせよ、非難に値する心理状態として捉え¹⁵、専ら責任段階における予見可能性と捉えた¹⁶。しかし、現代社会においては(とりわけ、自動車社会の進展による自動車事故の増加を背景として¹⁷)、法的・社会的に許容された一定の危険性を伴う行為が多く存在するが、こうした行為については、結果発生がある程度予見可能だから、結果が発生したときには常に、過失が肯定されることになりかねない¹⁸という批判があった。

そこで、新過失論は、行為無価値論を基礎として、予見可能性の要件に加え、結果回避無義務違反の要件により、過失犯の成立範囲に限定を図ろうとする¹⁹。すなわち、過失を構成要件段階の結果回避義務違反と捉え、その義務を課す前提として、予見可能性と結果回避可能性を観念するのである。この義務の内容は、行為者の立場に置かれた一般通常人が遵守すべき社会的行動準則により定められる²⁰。

¹⁵ 井田良『講義刑法学・総論[第2版]』(有斐閣、2018)214頁。

¹⁶ 船橋亜希子「医療過誤における注意義務の一考察—薬害エイズ帝京大学病院事件判決を素材として—」明治大学法学研究論集 38号(2013)102頁。

¹⁷ 久禮博一「判解」最判解刑事平成29年度(2017)135頁。

¹⁸ 井田・前掲注(15)215頁。

¹⁹ 井田・前掲注(15)216頁。

²⁰ 井田・前掲注(15)216頁。

(2) 予見可能性の程度

また、求められる予見可能性の程度についても対立がある。

具体的予見可能性説は、その名のとおり、予見される結果の内容として個別具体的なものであることを要するが、現実には発生した態様の具体的結果と因果関係の詳細まで予見可能であったことまで求めるものではない²¹。ここで注意すべきことは、結果発生の可能性は、予見内容の具体性とは分けて考えるべきであるということである。確かに、あまりに結果発生の可能性が低い場合には、予見内容の具体性も自ずと小さくなることはある(それゆえ、結果発生の可能性と予見内容の具体性は全く無関係というわけではない²²)ものの、基本的には結果発生の可能性を予見内容の具体性と同じ重み付けで検討すべきではない²³。たとえ結果発生の可能性が低い場合でも、予見される内容が具体的である限り、これを防止する措置を取らず結果を発生させることが許されるということにはならない場合があるからである。

危惧感説は大きく2つに分けられる。1つは藤木英雄教授が提唱したものである。予見内容は具体的なものである必要はなく、その種の結果の発生があり得るとして、具体的に危惧感を抱く程度のものであれば足り、万一にも生じ得る事態が実現すれば、予見可能性の要件が充足される場合もある²⁴というもの(以下、藤木説)である。これに対して、予見可能性の程度が、「何らかの危険が絶無であるとして無視するわけにはいかない」とか「何が起こるか分からない、しかし何かは起こりそうである」といった程度の場合にも過失が認められるのは適切ではないとして、予見可能性の「法益関連性」を要求し、危惧感説の核心を、予見可能性の結果回避義務関連性に見出す²⁵のが井田良教授である。すなわち、予見可能性は、およそあるかないかという形でその有無を問い得るものではなく、とられるべき結果回避措置との関係で相対的に定められ、低い程度の予見可能性には弱い結果回避措置が対応し、高い程度の予見可能性には強い結果回避措置が対応して課されるというように、予見可能性と結果回避義務との間に相関関係を観念する(以下、相関関係説)²⁶である。

3 判例・裁判例の検討

(1) 森永ミルク事件差戻し第一審判決(徳島地判昭和48年11月28日判タ302号123頁)

森永ミルク事件は、昭和30年頃8月頃から関西一帯の地域で多数の乳児がヒ素中毒を起

²¹ 井田・前掲注(15)224頁。

²² 山口厚「薬害エイズ事件と刑事判決 薬害エイズ事件3判決と刑事過失論」ジュリ1216号(2002)14頁。

²³ 船橋・前掲注(16)105頁。

²⁴ 藤木英雄『刑法講義 総論』(弘文堂、1975)233頁以下、井田・前掲注(15)217頁。

²⁵ 井田・前掲注(15)217頁、船橋・前掲注(16)106頁、久禮・前掲注(17)136頁。

²⁶ 井田良「薬害エイズ帝京大学病院事件第一審無罪判決をめぐって」『変革の時代における理論刑法学』(慶應義塾大学出版会、2007)170頁、井田・前掲注(15)217頁。

こし、死傷者が続出すことになったが、その原因は、森永乳業徳島工場で製造した粉乳の中に多量のヒ素が含まれていたためであったと言う事件である。同工場では、予てより、粉乳の溶解度を高めるため、地元の薬種商である協和を通じて納入した第二リン酸ソーダを添加していた。協和では、当初、米山化学工業製の正常なものを納めていたが、昭和 30 年 4 月から 7 月にかけて、松野製薬がアルミナ製造の際にできた産業廃棄物を脱色・再結晶させたものを第二リン酸ソーダと称し、実は多量のヒ素を含む薬剤を納入し、このような事件が発生した²⁷。製造課長が起訴され、製造課長の予見可能性を否定し、無罪とした第一審(徳島地判昭和 38 年 10 月 25 日判時 356 号 7 頁)に対し、第二審(高松高判昭和 41 年 3 月 31 日高刑集 19 卷 2 号 136 頁)は、「もともと、食品添加用として製造されたものではなく、食品添加物以外の他の目的に使用されるために製造したものを、食品製造(加工)業者において、自己の業務達成の便宜上、これを食品に添加する場合も起り得るのである。第二リン酸ソーダがまさにそのような薬品であることは、」「明白である。この場合において、右薬品を使用する者」は「一抹の不安を感じるのであろう」。「この不安感こそ、まさに本件で問題になっている危険の予見に外ならない」等として原審に差し戻した。

差戻し第一審である本判決は、「予見可能性は結果防止に向けられたなんらかの負担を課するのが合理的であるということをも裏付ける程度のものであればよく、この場合の予見可能性は具体的な因果関係を見とおすことの可能性である必要はなく、何事かは特定できないがある種の危険が絶無であるとして無視するわけにはいかないという程度の危惧感であれば足りる。」「もっとも、具体的に結果発生の可能性が予見できるような場合は重い結果回避義務を負担させられ、一般的な危惧感があるにとどまるときは結果回避義務も軽いものにとどめるのが相当である。」「化学薬品については、商取引の常態として、」「万が一にも未知の類似品の混入あるいは製造過程の過誤による粗悪品混入の可能性がないとはいいい切れなところ、第二リン酸ソーダは、本来清罐剤などの原料として工業用に多く用いられ、食品用としての使用は極く少量で本件事故当時、我が国の第二リン酸ソーダ製造業者のうち、相当多数の者がこれが食品に添加されることを知らなかったのであり、薬品販売業者もこれを食品用として使用するについては、本来は清罐剤などに使用されるものであるとの観念から一抹の不安を拭き切れず、食品用には規格品をすすめて販売し、工業用品の注文を受けても食品に使用することがわかっているならば製造業者に食品に使用する旨を告げて、特に品物を吟味して納入させて販売するなどして特別の注意を払っており、食品製造業者は販売業者のすすめに従って規格品を購入する者が多かったのであって、薬品販売業界、食品製造業者間においても第二リン酸ソーダの非規格品については食品用としての無害性に不安感を抱き、食品に添加使用することに危惧感を持つものが多かったといい得る。」「このように、薬品販売業者、食品製造業者にして右のような不安感、危惧感を持つというのであればそれが

²⁷ 中義勝「判批」重判昭和 48 年度(1973)136 頁。

結果の予見可能性を意味し、したがってこの不安感を払拭するに足りる程度の回避措置を命ずることに合理性が認められる。」として、製造課長の予見可能性を肯定した。

本判決は、「食品用としての無害性に不安感を抱く」として予見可能性を肯定しており、具体的な死亡結果に対する予見可能性には言及していない。被害者救済の観点から、食品公害事件において広く過失犯を認めるべきとの見地から藤木説に立つものと言える²⁸。予見可能性と結果回避義務との相関関係を見出してはいるものの、具体的な死亡結果に対する予見可能性を全く要求していないのは問題である。

(2) 北大電気メス事件判決(札幌高判昭和 51 年 3 月 18 日高刑集 29 卷 1 号 78 頁)

北大電気メス事件は、北海道大学附属病院で、看護師 X が、手術に使用する電気メス器のメス側ケーブルと対極板側を交互誤接続し、執刀医 Y も、接続の正否を確認せず、交互誤接続に気づかないまま、手術に使用したところ、併用の心電計回路の欠陥も相俟って、異常な電気回路が形成されて患者に流れる電流に異常を生じ、右足に重度の熱傷を負わせ、右下腿切断となるに至った²⁹と言う事件である。

本判決は、「過失犯が成立するためには、その要件である注意義務違反の前提として結果の発生が予見可能であることを要し、結果の発生が予見できないときは注意義務違反を認める余地がない。」「ところで、内容の特定しない一般的・抽象的な危惧感ないし不安感を抱く程度で直ちに結果を予見し回避するための注意義務を課するのであれば、過失犯成立の範囲が無限定に流れるおそれがあり、責任主義の見地から相当であるとはいえない。」「右にいう結果発生の予見とは、内容の特定しない一般的・抽象的な危惧感ないし不安感を抱く程度では足りず、特定の構成要件の結果及びその結果の発生に至る因果関係の基本的部分の予見を意味する」。Y にとって、「ケーブルの誤接続のありうることについて具体的認識を欠いたことなどのため、右誤接続に起因する傷害事故発生の予見可能性が必ずしも高度のものではなく、手術開始直前に、ベテランの看護婦である X を信頼し接続の正否を点検しなかつたことが当時の具体的状況のもとで無理からぬものであつたことにかんがみれば、Y がケーブルの誤接続による傷害事故発生を予見してこれを回避すべくケーブル接続の点検をする措置をとらなかつたことをとらえ、執刀医として通常用いるべき注意義務の違反があつたものということとはできない。」として、Y については過失を否定した。

まず、本判決は、(1) の森永ミルク事件差戻し第一審判決において取られた藤木説を否定したことに意義がある³⁰。

さらに、「本件手術の性質、患者の容態及び執刀直前の執刀医の役割、心理状態等に照ら

²⁸ 辺誠祐「判批」木目田裕=佐伯仁志編『実務に効く 企業犯罪とコンプライアンス判例精選』（有斐閣、2016）226 頁、星周一郎「判批」佐伯仁志=橋爪隆『刑法判例百選 I 総論[第 8 版]』（有斐閣、2020）105 頁。

²⁹ 星・前掲注(28)104 頁。

³⁰ 久禮・前掲注(17)138 頁、星・前掲注(28)105 頁。

して考えると、本件のような危険性の高い重大な手術の執刀医としては、手術遂行に万全を期する以上、執刀直前の時点において、患者の容態を最終的に確め、手術を誤りなく遂行するための手順・方法を確認し、術中に起こりうべき容態の急変、大出血、合併症等の突発事態に対処すべき方策を検討すると共に、執刀を目前にして精神の安定と注意の集中をはかる必要があり、その時点での有形的な作業の有無にかかわらず、手術自体以外の分野に注意を向ける精神的余裕は乏しかったものと認められ、かかる立場にある執刀医に対しては執刀中に準じて手術そのものに精神を集中しうることを可能ならしめる態勢をとることが望まれ、執刀医が注意を他に分散して精神の集中を妨げられる結果を来すことは手術遂行に及ぼす影響も懸念されるところで手術目的の達成上好ましからぬことといわなければならない。」として、とりわけ本件のような重大な手術においては、手術当時に執刀医が認識し得る事情には限界があることを示し、「後知恵バイアス」の問題を意識していることにも大きな意義がある。

（３） 川治プリンスホテル事件(最決平成２年 11 月 16 日刑集 44 巻 8 号 744 頁)、ホテルニュージャパン事件決定(最決平成 5 年 11 月 25 日刑集 47 巻 9 号 242 頁)

いずれの事件も、消防法上設置が義務付けられている消防設備が設置されておらず、消防当局からこれらの設置に必要な工事を行うよう指導され、しかもこれを行うことが資金的にも十分可能であったのにもかかわらず、これを行わず放置していたところ、火災が発生し、上記のとおり消防対策が不十分であったばかりに、逃げ遅れた宿泊客らが死傷した³¹という事件で、ホテルを経営する会社の代表取締役が起訴された。

川治プリンスホテル事件においては、火気の発生する工事をしていたという事情があった一方で、ホテルニュージャパン事件においては、そのような事情はなかった³²。それにもかかわらず、両事件決定が、いずれも「いったん火災が起これば、」死傷結果が発生することは予見できるとした点は、藤木説に立ったものだという指摘もある³³。しかし、２（２）のとおり、結果発生の可能性と予見内容の具体性とを分けて考えた上で、相関関係説に立ったものと考えても説明は付く。すなわち、実際に火災が起こる可能性が高くないことを予見可能性の判断事情に取り込むと、刑法上は防火措置を取る必要がなくなってしまう問題である³⁴から、実際に火災が起こる可能性は不問にした上で、「いったん火災が起これば、」発生するであろう死傷結果の予見内容の具体性を検討したのである。本件で問題とされる結果回避義務は、法令上義務付けられた当然に行うべきものであって、高度な結果回避義務ではないから、決定文が示す程度の予見可能性でも、予見可能性が肯定されたのだろう。

³¹ 上瀧一高「判批」佐伯仁志・橋爪隆『刑法判例百選Ⅰ 総論[第 8 版]』（有斐閣、2020）118 頁。

³² 金谷暁「判解」最判解刑事平成 5 年度(1993)187 頁。

³³ 上瀧・前掲注(31)119 頁。

³⁴ 金谷・前掲注(32)188 頁。

(4) 薬害エイズ事件帝京大ルート判決(東京地判平成 13 年 3 月 28 日判タ 1076 号 96 頁)

薬害エイズ事件帝京大ルートは、帝京大学附属病院の内科医が、血友病患者 A に対して非加熱製剤を投与した結果、A は HIV に感染し、平成 3 年 10 月までにエイズを発症し、同年に死亡したという事件である。血友病の専門医であり、同病院の内科長であると同時に、血液研究の主宰者であり、厚生省のエイズ研究班の班長であった X が起訴された³⁵。

本判決は、「まず、本件における結果予見可能性の点についてみると、ギャロ博士、モンタニエ博士らのウイルス学的研究等により、本件当時、エイズの解明は、目覚ましく進捗しつつあった。しかし、両博士を含む世界の研究者がそのころ公にしていた見解等に照らせば、本件当時、H I V の性質やその抗体陽性の意味については、なお不明の点が多々存在していたものであって、検察官が主張するほど明確な認識が浸透していたとはいえない。エイズや H I V に関する知見が確立されるまでには種々の曲折が存在したものであって、この間の事情を無視して、現時点において正しいとされている知見の発表経過のみを追って本件当時のあるべき認識を決定したり、また、そうした知見が最初に発表された時点でそれが事実として明らかになったなどと断定したりするのは相当でない。帝京大学病院には、ギャロ博士の抗体検査結果やエイズが疑われる二症例など同病院に固有の情報が存在したが、これらを考慮しても、本件当時、被告人において、抗体陽性者の「多く」がエイズを発症すると予見し得たとは認められないし、非加熱製剤の投与が患者を「高い」確率で H I V に感染させるものであったという事実も認め難い。」「被告人には、エイズによる血友病患者の死亡という結果発生の予見可能性はあったが、その程度は低いものであったと認められる。このような予見可能性の程度を前提として、被告人に結果回避義務違反があったと評価されるか否かが本件の帰趨を決することになる。」「次に、結果回避義務違反の点についてみると、本件においては、非加熱製剤を投与することによる「治療上の効能、効果」と予見することが可能であった「エイズの危険性」との比較衡量、さらには「非加熱製剤の投与」という医療行為と「クリオ製剤による治療等」という他の選択肢との比較衡量が問題となる。刑事責任を問われるのは、通常、血友病専門医が本件当時の被告人の立場に置かれれば、およそそのような判断はしないはずであるのに、利益に比して危険の大きい医療行為を選択してしまったような場合であると考えられる。他方、利益衡量が微妙であっていずれの選択も誤りとはいえないというケースが存在することも、否定できない。非加熱製剤は、クリオ製剤と比較すると、止血効果に優れ、夾雑タンパク等による副作用が少なく、自己注射療法に適する等の長所があり、同療法の普及と相まって、血友病患者の出血の後遺症を防止し、その生活を飛躍的に向上させるものと評価されていた。これに対し、非加熱製剤に代えてクリオ製剤

³⁵ 甲斐克則「判批」甲斐克則=手嶋豊編『医事法判例百選[第 3 版]』(有斐閣、2022)30 頁。

を用いるときなどには、血友病の治療に少なからぬ支障を生ずる等の問題があった。加えて、クリオ製剤は、その入手についても困難な点があり、また、止血を求めて病院を受診した血友病患者について補充療法を行わないことは、血友病治療の観点から現実的な選択肢とは想定されなかった。このため、本件当時、我が国の大多数の血友病専門医は、各種の事情を比較衡量した結果として、血友病患者の通常の出血に対し非加熱製剤を投与していた。この治療方針は、帝京大学病院に固有の情報が広く知られるようになり、エイズの危険性に関する情報が共有化された後も、加熱製剤の承認供給に至るまで、基本的に変わることがなかった。もとより、通常、血友病専門医が本件当時の被告人の立場に置かれた場合にとったと想定される行動については、規範的な考察を加えて認定判断されるべきものであり、他の血友病専門医がとった実際の行動をもって、直ちにこれに置き換えることはできないが、それにしても、大多数の血友病専門医に係る以上のような実情は、当時の様々な状況を反映したものであるとして、軽視し得ない重みを持っていることも否定できない。以上のような諸般の事情に照らせば、被告人の本件行為をもって、「通常、血友病専門医が本件当時の被告人の立場に置かれれば、およそ非加熱製剤の投与を継続することは考えないはずであるのに、利益に比して危険の大きい治療行為を選択してしまったもの」であると認めることはできないといわざるを得ない。被告人が非加熱製剤の投与を原則的に中止しなかったことに結果回避義務違反があったと評価することはできない。」として、Xの過失を否定した。

本判決は、「結果発生の予見可能性はあったが、その程度は低い」として、「このような予見可能性の程度を前提として、被告人に結果回避義務違反があった」かどうかを検討しているのだから、相関関係説に立っていると言える。その後の、「非加熱製剤を投与することによる「治療上の効能、効果」と予見することが可能であった「エイズの危険性」との比較衡量、さらには「非加熱製剤の投与」という医療行為と「クリオ製剤による治療等」という他の選択肢との比較衡量」については、非加熱製剤の使用を控えさせてクリオ製剤を使用させるという結果可否義務の高度さを検討しているものであり、上記のような低い予見可能性に対しては、「通常、血友病専門医が本件当時の被告人の立場に置かれれば、およそ非加熱製剤の投与を継続することは考えないはずであるのに、利益に比して危険の大きい治療行為を選択してしまったもの」と言えない限り、過失は認められないとしたものと考えられる。

本判決において、もう1つ注目すべき点は、「本件当時、HIVの性質やその抗体陽性の意味については、なお不明の点が多々存在していたものであって、検察官が主張するほど明確な認識が浸透していたとはいえない。エイズやHIVに関する知見が確立されるまでには種々の曲折が存在したものであって、この間の事情を無視して、現時点において正しいとされている知見の発表経過のみを追って本件当時のあるべき認識を決定したり、また、そうした知見が最初に発表された時点でそれが事実として明らかになったなどと断定したりするのは相当でない。」とした点であり、北大電気メス事件判決と同様に、「後知恵バイアス」問題を意識していることがうかがえる。

(5) 人工心肺装置操作ミス事件判決(第一審：東京地判平成 17 年 11 月 30 日(平成 14 年(わ)2520 号)、第二審：東京高判平成 21 年 3 月 27 日(平成 18 年(う)第 1140 号))

人口心肺操作ミス事件は、A 大学附属日本心臓血圧研究所(以下、「心研」)における患者(12 歳)の心房中隔欠損症及び肺動脈弁狭窄症に対する根治手術において、患者の脳内が鬱血し重篤な脳障害が発生して患者が死亡した事故について、同手術中、人工心肺装置を操作していた医師 X が起訴されたという事件である。同人工心肺装置は、上下大静脈に挿入した脱血カニューレから脱血管を経て人口心肺回路内にある静脈貯血槽内に血液を導き、その血液を送血ポンプにより人工肺に送りガス交換等を行った上、上行大動脈に挿入した脱血カニューレを経て動脈に血液を送るものであり、また、手術中に心臓内に漏れ出てくる血液は、吸引ポンプに接続された吸引管で吸引され、心内貯血槽を経て脱血管を経由してきた血液と共に静脈貯血槽に導かれるようになっていた。この静脈貯血槽に血液を送る脱血を、手術台と下方に置いた静脈貯血槽との高低差を利用する方法は、落差脱血法と呼ばれ、手術室の壁に設置されているコンプレッサー吸引口を人工心肺回路に接続して、その吸引力を利用して上下大静脈血の脱血を行う方法は、陰圧脱血法と呼ばれていた³⁶。本件手術当初は、落差脱血法で脱血を行っていたが、X は、脱血があまりよくないと判断し、このままでも人工心肺を回し続けられなくもないが、本件患者が小児で、しかも、年齢の割に体が小さかったことから、もう少し脱血量を増やした方が安全であると考え、陰圧脱血法へと移行したと言う経緯があった。検察官は、陰圧脱血法について、「執刀部位の心臓貯留血を吸引するための吸引ポンプの回転数を高回転に上げた場合には陰圧吸引力が減少して脱血管からの脱血量が減少し、脱血不良を招く危険があるという特性を有し、さらに、陰圧吸引補助脱血法を長時間継続すると、血液と手術室内の温度差で同回路内に発生した飽和水蒸気を壁吸引側に徐々に吸引し、壁吸引につながる回路に取り付けられたガスフィルターを水滴で徐々に閉塞し、壁吸引による吸引力を徐々に遮断して静脈貯血槽を陽圧化させて脱血不能になる危険があるという特性を有している」と主張していた。

第一審では、因果関係、検察官の主張する上記危険性の存否及びこれに対する予見可能性が争われた。第一審判決は、「本件事故当時、被告人においては、本件手術の際に用いられた人工心肺の陰圧吸引回路にフィルターが取り付けられていたこと自体は知っていたものの、そのフィルターの性質についての認識は全くなく、したがって、手術中に人工心肺回路内に結露が生じているのを見た経験はあっても、そのような状況をフィルター閉塞の危険性と結び付けて考えたことがなかった」。「本件事故以前には、心研において、本件手術の際に起きたような、回路内が陽圧になり、脱血不能の状態にまで立ち至るといった不測の事態が発生したことはなかったことや、少なくとも陰圧脱血法による人工心肺の操作に関し、人

³⁶ 勝又純俊「判批」甲斐克則=手嶋豊編『医事法判例百選[第 3 版]』(有斐閣、2022)112 頁。

工心肺の取扱者に対して、とりわけガスフィルターの性質と回路内に発生する水滴等との関係で注意を喚起するような方策は一切講じられていなかったとうかがわれること」を「併せ考えれば、上記のとおり、被告人において、人工心肺の陰圧吸引回路にフィルターが取り付けられていたこと自体は知っており、また、手術中に人工心肺回路内に結露が生じているのを見た経験があったとしても、それをフィルター閉塞の危険性と結び付けて考えたことがなかったということについて、無理からぬ面があったことは否定し難い」。証人 B「は、すべての医師が、常識として、水が吸着すれば必ずガスフィルターが閉塞するという認識を持っていたとは思わないが、実際にガスフィルターの閉塞という事態が発生してみれば、当然そういった事態が発生するであろうという認識を持つことはできると思うとか、人工心肺の重要性や、本件手術の際に用いられた人工心肺回路の特殊性に照らせば、回路内に一般的にみて閉塞の可能性があるフィルターを設置する以上、閉塞の可能性について何らかの危惧感を持った上で、通常経験したことのないような事態が発生する可能性についても、十分に検討する必要があったと思うという趣旨の供述もしているのであるが、これは、本件手術において、実際に水滴等によるガスフィルターの閉塞という事態が発生したという事実を踏まえて述べられたものであり、事後的な判断に立って、いわば結果論的に被告人のとした措置を不適切であったと評するものにほかならないから、このような B の供述をもって、本件事故当時の臨床医療の一般水準として、本件手術の際に用いられた人工心肺の操作に当たる者が、人工心肺回路内に発生した水滴等によりガスフィルターが閉塞する危険性があることを予見することが可能であったと断定することはできない。」「ガスフィルターが水滴等により容易に閉塞する危険性があるということからすると、陰圧吸引回路にガスフィルターを取り付けておくという人工心肺の構造自体、客観的にみて、人工心肺としては危険で瑕疵がある構造というほかはない。」「しかしながら、」「本件手術の際に用いられた、陰圧脱血法を用いることのできる人工心肺回路は、医療法 4 条の 2 第 1 項による特定機能病院の承認を受けた A において、経験を積んだ医師や臨床工学技士らが、人工心肺装置の製造会社の関係者らとも提携するなどしながら研究して開発したものであり、しかも、その後長年にわたり、心研で行われた多数の心臓手術において、症例に応じてそれなりに有効な体外循環装置として使用されてきたものであって、その間、本件手術の際に起きたような、静脈貯血槽をはじめとする回路内が陽圧の状態になり、脱血不能の状態にまで立ち至るといった不測の事態が発生したことはなかった。」「しかも、」「全国の日本胸部外科学会認定施設及び関連施設で陰圧脱血法を採用している施設のうち、陰圧吸引回路にフィルター（ただし、その種類は不明）を設置している施設が 35 パーセントくらいもあったことが認められるのであって、その是非はともかく、本件事故当時の医療機関における一般的な認識の一端をうかがわせるものといえる。」「そうすると、」「A における陰圧脱血法による人工心肺回路の開発や設置に関わったわけではなく、A で勤務し始めたときには、既に A において陰圧脱血法を用いることのできる人工心肺が使用されていたということなどに照らしても、陰圧

吸引回路にフィルターが取り付けられていることを認識していたからといって」、「直ちに、それが脱血不能の状態につながる危険で瑕疵のある構造のものであることまで認識した上、これに適切に対処することができたはずであり、かつ、そうすべき義務があったとするのは、酷であるといわざるを得ないから、このような点についての被告人の注意義務違反を問題とするのも相当ではない。」として、予見可能性を否定した。

第二審では、主に因果関係が争点となり、これが否定された。さらに、予見可能性について、「念のため」として、検察官側証人の証言について、「単なる抽象的な危惧感ないし不安感にすぎず、結局、」「事故が起きた以上、物事に完全ということはないから、事故を予見すべきであったというに等しいのであって、原判決の指摘どおり、どのような事案についても結果責任を認めるべきであるとの論そのものである。過失犯における結果の予見可能性は行為の実質的危険性を基礎付けるもので、もとより規範的にとらえるべきものであって、」同証人の「証言は、このような予見可能性の概念とは全くかけ離れている。」とした。

本判決もまた、藤木説を否定し、さらに「後知恵バイアス」問題を意識した判決であると言える。

(6) JR 福知山線事件(最決平成 29 年 6 月 12 日刑集 71 卷 5 号 315 頁)

JR 福知山線の運転士が制限速度を大幅に超過し、転覆限界速度も超える速度で同列車を曲線に進入させたことにより同列車が脱線転覆し、多数の乗客が死傷した³⁷という事件で、JR 西日本の歴代社長ら 3 人が起訴された。

指定弁護士は、(3) のホテル火災事件の決定を援用し、「運転士がひとたび大幅な速度超過をすれば脱線転覆事故が発生する」という程度の認識があれば足りる旨の主張をしたが、本決定は、「本件事故以前の法令上、ATS に速度照査機能を備えることも、曲線に ATS を整備することも義務付けられておらず、大半の鉄道事業者は曲線に ATS を整備していなかったこと等の本件事実関係の下では、上記の程度の認識をもって、本件公訴事実に係る注意義務の発生根拠とすることはできない」として、予見可能性に見合う結果回避義務を否定した³⁸。

本決定で注目すべきは、小貫裁判官の補足意見が、「数多くの曲線に同時に ATS を整備するよう刑罰をもって強制することは、本件事故以前の法令上、曲線に ATS を整備することは義務付けられていなかったこと、大半の鉄道事業者は曲線に ATS を整備していなかったこと等の本件事実関係の下では、過大な義務を課すものであって相当でない。どの程度の予見可能性があれば過失が認められるかは、個々の具体的な事実関係に応じ、問われている注意義務ないし結果回避義務との関係で相対的に判断されるべきものであろう。」としている

³⁷ 久禮・前掲注(17)119 頁。

³⁸ 久禮・前掲注(17)154 頁。

ことであり、本決定が、明確に相関関係説を意識していることがうかがえる。

(7) あずみの里事件判決(東京高判令和2年7月28日判時2471号129頁)

あずみの里事件は、特別養護老人ホームに准看護師として勤務し、同施設の利用者に対する看護および介護業務に従事していたXが、ゼリー系の間食を提供すべきとされていたA(当時85歳)に対し、同人に提供すべき間食の形態を確認しないまま、漫然とドーナツを提供したところ、これを摂取した同人が、喉頭ないし帰還内異物による窒息に起因する心肺停止状態に陥り、同人が死亡した³⁹という事件である。Xは、業務上過失致死罪で起訴され、第一審(長野地松本支判平成31年3月25日判時2471号137頁)は、「特別養護老人ホームで間食を配膳する際に、入所者に提供する間食の形態を確認して窒息事故等を防止すべき義務に違反して誤ってドーナツを配膳し、同様に死亡させた」という予備的訴因に沿って過失を肯定した。

本判決は、「原判決が検討した予見可能性の内容は、被害者自身に対する窒息の危険性を抽象化し、「本件施設の利用者に間食の形態を誤って提供した場合、特にゼリー系の間食を配膳することとされている利用者に常菜系の間食を提供した場合、誤嚥、窒息等により、利用者に死亡の結果が生じること」とされている。これは、本件施設の利用者の状況は様々で、各利用者の間食の形態が常に誤嚥、窒息の防止だけを目的として決められているわけではないのに、特別養護老人ホームにおける利用者一般という概括的な存在を対象に、常菜の中でも、どのような種類の間食かを特定しないまま、死因についても誤嚥、窒息の例示はあるが「等」「を付して包括性の高いものにした上で、利用者が死亡することについての予見可能性を問題にしたものであり、要するに、特別養護老人ホームには身体機能等にどのようなリスクを抱えた利用者があるか分からないから、ゼリー系の指示に反して常菜系の間食を提供すれば、利用者の死亡という結果が起きる可能性がある」というところにまで予見可能性を広げたものというほかない。」しかし、このような「広範かつ抽象的な予見可能性では、刑法上の注意義務としての本件結果回避義務を課することはできない。」「どの程度の予見可能性があれば過失が認められるかは問われている結果回避義務との関係で個別的に判断されるべきであるから、」「結果回避義務を課すに相応しい内容、程度の結果に対する具体的予見可能性が認められるかを自覚的に検討する必要があった。」「具体的には、本件施設における看護職と介護職の介護業務の分担状況、本件形態変更の経緯・目的、介護の際に把握しておくべき利用者の健康状態についての情報共有の仕組み、本件当日の状況を踏まえて実質的に判断すべきであった。」「間食の形態を確認しなかったことを業務上過失致死罪における過失とするためには、遅くとも被害者に本件ドーナツを提供するまでの間に本件ドーナツによって被害者が窒息することの危険性ないしこれによって死亡する結果についての具

³⁹ 岡部雅人「判批」甲斐克則=手嶋豊編『医事法判例百選[第3版]』(有斐閣、2022)164頁。

体的予見可能性がどのような内容、程度であったかを十分に検討する必要がある。」「被害者については、食品によっては丸飲みによる誤嚥、窒息のリスクが指摘されていたとはいえ、ドーナツは被害者が本件施設に入所後にも食べていた通常の食品であり、本件ドーナツによる窒息の危険性の程度は低かったこと」、「本件形態変更はあったものの、その経緯、目的に窒息の危険を回避すべき差し迫った兆候や事情があって行われたわけではなく、間食について窒息につながる新たな問題は生じていなかったこと」、「看護職と介護職の間には各利用者の健康状態についての情報を共有する一定の仕組みがあったが、本件形態変更は被告人の通常業務の中では容易には知り得えない程度のものであり、被告人が事前に本件形態変更を把握していなかったことが職務上の義務に反するとの認識は持ち得なかったこと」「に照らせば、本件ドーナツで被害者が窒息する危険性ないしこれによる死亡の結果の予見可能性は相当に低かったといえる。このような予見可能性の内容、程度に加えて、被害者に対して食品を提供する行為が持つ意味」「も併せ考えるならば、本件において被告人が間食の形態を確認せず本件ドーナツを提供したことが刑法上の注意義務に反するとはいえない。」として、過失を否定した。

具体的予見可能性説に立ったものとも読めるが、「どの程度の予見可能性があれば過失が認められるかは問われている結果回避義務との関係で個別的に判断される」、「結果回避義務を課すに相応しい内容、程度の結果に対する具体的予見可能性」といった判決の文言や、薬害エイズ事件帝京大ルートと同様に「予見可能性は相当に低かった」と、低いながらも一応は予見可能性を肯定していることから、相関関係説に立ったものとも考えられる。この程度の予見可能性に対しては、Xの立場や職務内容等に鑑みて、間食の形態を確認すると言う結果回避義務は強いものであり、過失が否定された⁴⁰と考えるべきである。

(8) 東電福島第一原発事故判決(第一審：東京地判令和元年9月19日判時2431・2432合併号5頁、第二審：東京高判令和5年1月18日(令和元年(う)第2057号))

東電福島第一原発事故は、東北地方太平洋沖地震に起因して襲来した津波が、東同発電所の10m盤上に設置されたタービン建屋等へ浸入したことなどにより、同発電所の全交流電源等が喪失し、非常用電源設備や冷却設備等の機能を喪失させ、これによる原子炉の炉心損傷等により、同発電所1号機原子炉建屋において、水素ガス爆発等を惹起させ、同原子炉建屋の外部壁等を破壊させ、住民らを死亡させ、また傷害を負わせたという事件である。検察審査会の起訴決議により、東電の元代表取締役ら3名が起訴された⁴¹。

第一審判決は、「個々の具体的な事実関係に応じ、問われている結果回避義務との関係で相対的に、言い換えれば、問題となっている結果回避措置を刑罰をもって法的に義務付ける

⁴⁰ 岡部・前掲注(39)165頁。

⁴¹ 丸橋昌太郎「判批」法教476号(2020)132頁。

のに相応しい予見可能性として、どのようなものを必要と考えるべきかという観点から、判断するのが相当である。」「合計44名の死亡、合計13名の傷害というものである上、そのような結果が生じる過程では多量の放射性物質が環境に放出されて、深刻な事態が生じているのであって、その結果が誠に重大であることは明らかである。すなわち、本件で問題となっているのは、このような重大な結果の発生を回避するための結果回避義務であるということ、まずもって考慮する必要がある。」「他方において、東京電力は、電気事業法に基づいて電力の供給義務を負っているところ（同法18条）、現代社会における電力は、一定の地域社会における社会生活や経済活動等を支えるライフラインの一つであって、本件発電所はその一部を構成しており、本件発電所の運転には小さくない社会的な有用性が認められ、その運転停止措置を講じることとなれば、ライフライン、ひいては当該地域社会にも一定の影響を与えるということについても考慮すべきである。また、本件で問題となっている結果回避義務は、本件発電所の運転停止という作為義務を内容とするものであるから、その作為がどのような負担、困難等を伴うものであるのかについても、作為義務を課す前提となる作為の容易性又は困難性という観点から、考慮して然るべきと考えられる。」「本件で問題となっている結果回避義務の内容、性質等に関して考慮すべきは、主として以上のとおりであって、そのような結果回避措置を法的に義務付けるに相応しい予見可能性をどのようなものとするべきかを検討する。」「本件発電所に10m盤を超える津波が襲来する可能性について、被告人ら3名がそれぞれ認識していた事情は、当時得られていた知見を踏まえ上記のような津波の襲来を合理的に予測させる程度に信頼性、具体性のある根拠を伴うものであったとは認められない。したがって、被告人ら3名において、本件発電所に10m盤を超える津波が襲来することについて、本件発電所の運転停止措置を講じるべき結果回避義務を課すに相応しい予見可能性があったと認めることはできない」として、予見可能性を否定した。

第二審判決は、「過失における結果回避可能性ないし結果回避義務は、義務を負うべき者に対して結果発生を回避すべき具体的な措置を義務付けるものであるから、それに対応する予見可能性ないし予見義務もそのような具体的な結果回避措置との関係で論じられるべきであるという原判決の判断は正当である。」「本件における主たる争点は、被告人らに、本件事故の発生を防ぐために本件発電所の運転を停止しなければならないという予見可能性ないし予見義務があったかどうかであるところ、原子力発電所を運転している原子力事業者にとって、運転そのものを停止することは、事故防止のための回避策として重い選択であって、そのような回避措置に応じた予見可能性ないし予見義務もそれなりに高いものが要求されるというべきであり、その上、電力事業者は、市民にとって最重要ともいえるインフラを支えており、原判決も指摘するとおり、法律上の電力供給義務を負っていて、東京電力としても、その発電量のうち一定の割合を占める本件発電所の運転を停止することによって、少なくとも中期的に地域への電力の安定供給に関するリスクを生じさせ、住民の生命身

体を危険にさらしたり、財産、生活、経済等に悪影響を及ぼさないかどうかは慎重に考えなければならず、漠然とした理由に基づいて本件発電所の運転を停止することはできない立場にあるといえる」として、第一審の判断を維持した。

判決文から見ても明らかなとおり、相関関係説に立ち、本件発電所の運転停止という極めて強い結果回避義務に対して、本件発電所に 10m 盤を超える津波が襲来する予見可能性が極めて小さかったため、結局、結果回避義務に相応しい予見可能性が否定されたものと考えられる。

4 小括

以上のとおり、判例・裁判例は、結果発生の可能性と予見内容の具体性を別次元の問題と捉えた上で、相関関係説に立っているものと考えられる。医師が常に抱える危惧感が、ある程度具体的なものである限り、その程度に対応するだけの結果回避義務が課されるため、悪しき習慣を是認するということにはならず、その一方で、委縮的・保身的医療につながるような、予見内容の具体性の程度とは釣り合わない強い結果回避義務は課されないのだから、こうした判例・裁判例の予見可能性についての考え方は妥当である。

さらに、多くはないが、判決文中に「後知恵バイアス」の問題が意識されているものが複数存在する。検察官は、ときに自分達の見立てに沿うような証言をしてくれる医師のみに鑑定を依頼し、証人請求することがある。裁判所は、このような場合でも、本当に行為当時にその事実が認識し得たのか、慎重に検討するべきであり、そのような態度を見せ続けるべきである。

以上をまとめると、まず、①行為当時に認識し得た事実と事後的な検証によって判明した事実とを峻別し、前者の事実がどのようなものであるか慎重に検討すべきである。そして、②こうした事実に基づき、行為当時の予見可能性の程度を検討し、これに見合った結果回避義務であるか検討して、そうでなければ結果回避義務なしと考えるべきである。

Ⅲ 刑事訴訟における医療水準論

1 はじめに

医療水準は、診療上の過失の有無を認定する際における注意義務の基準を画する機能を有し、民事訴訟において発展・確立してきた理論である。刑事訴訟においては、あまり持ち出されることはなかった。医療事件が刑事訴追されることはあまりなく、しかもそのほとんどが医療過誤以前の単純ミス的事案であったことから、医療水準を持ち出すまでもなく過失認定が可能であったからである⁴²。しかし、薬害エイズ事件や大野病院事件のように、単

⁴² 萩原由美恵「医療過誤訴訟における医療水準」中央学院大学法学論叢 22 巻 1 号(2009)28 頁、根本晋

純ミスとは到底言えないような事案が起訴されるケースがあり得ることは、Iの3のとおりである。構造的に単純ミスとは言えないような事案が起訴される可能性を拭い切れない以上、医療現場への委縮効果が生じないとは到底言えない。刑事訴訟に医療水準論を持ち込めば、注意義務の内容が明確になり、医療の現場に委縮効果が生じづらくなる。刑事訴訟における過失の認定においても、医療水準論を導入できるか検討しなければならない。

一方で、医療事故があったとき、民事訴訟に発展するケースはそれなりにあっても、それが刑事事件化するのはごく一部である⁴³。また、謙抑性の原則から、刑事訴訟においては、過失を認めるのに、民事訴訟においてより程度の高い注意義務違反を要するという指摘もしばしばされており、現に同じ医療事故が民事訴訟・刑事訴訟双方に発展して、民事訴訟においては過失が認められたのに対して、刑事訴訟においては過失が認められなかったケースも存在する。よって、民事訴訟と刑事訴訟とでは、過失の内容が異なるのではないかと、従って、刑事訴訟に医療水準論を導入するとしても、その内容は民事訴訟における医療水準とは異なるのではないかという疑問が生じ、この点も検討しなければならない。

ここでは、まず、2において、民事訴訟における医療水準の登場と発展について、判例・裁判例を時系列順に整理し、現在の民事訴訟における医療水準がどのようなものであるか検討する。そして、3において、刑事訴訟において医療水準に言及された大野病院事件判決を検討し、これをベースに民事訴訟における医療水準との違いを検討する。その上で、刑事訴訟においても医療水準論を導入できるか、できるとすれば、民事訴訟における医療水準とはどのように異なるのかを検討する。

2 民事訴訟における医療水準論

(1) 東大輸血梅毒事件判決(最判昭和36年2月16日民集15巻2号244頁)における「最善の注意義務」

東大輸血梅毒事件は、Xが、Yの経営する病院に子宮筋腫のために入院中、体力補強の目的で担当医Aが職業的給血者Bから採取した血液の輸血を受けたところ、Bが梅毒に感染していたため自らも梅毒に罹患したという事件である。第一審(東京地判昭和30年4月22日民集15巻2号254頁)、第二審(東京高判昭和31年9月17日民集15巻2号275頁)共に、AがBに対し「身体は大丈夫か」と尋ねたのみで、梅毒感染の危険の有無を知るに足る事項を発問しなかった点に過失を認め、Yが上告した⁴⁴。これに対し、最高裁は、「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」として、上記問診義務

一「“医療水準”の刑事医療裁判への適用可能性の検討」日本大学通信教育部研究紀要31号(2018)92頁。

⁴³ 萩原・前掲注(42)26頁。

⁴⁴ 中原太郎「判批」甲斐克則=手嶋豊編『医事法判例百選[第3版]』(有斐閣、2022)90頁。

違反を認め、過失を認めた。

医療行為は、病院ないし医師個人と患者との準委任契約に基づきなされるものであり、受任者である病院ないし医師個人には、善管注意義務が生じる。手段債務として、結果には責任を負わないがベストを尽くすという内容の義務であり、同判決の「最善の注意義務」とは、一般の準委任契約と何ら変わらないことを言ったに過ぎない⁴⁵。しかし、この事件には、給血者の梅毒は潜伏期間にあり、検査をしても感染は判明しなかったであろうこと、医師が給血者への問診を省略したのも、当該給血者が血清反応陰性を示す検査証明書と、健康診断および血液検査を経たことを証する血液幹旋所の会員証を所持しており、そのような場合には、証明書を信頼して、特に問診をせずに輸血を行うことが当時の医師の間での慣行であったとの事情が存在した。それゆえ、この「最善の注意義務」について、事実上無過失責任を課すものだと考える見解もあり、同判決当時はむしろ一般的な見解であった⁴⁶。

（２）医療水準論の登場と発展

ア 「医療水準」の登場

判決中に「医療水準」なる用語が登場し始めたのは、未熟児網膜症で入院する乳児を、当時最新の治療法であった光凝固法を念頭に置いた検査をせず、また、光凝固法が実施できる病院へ転医させなかった⁴⁷行為が問題となった一連の未熟児網膜症事件である⁴⁸。

（１）に述べる「最善の注意義務」に関する一般的見解が独り歩きして、医師に無限の責任を課すものと解されてしまった状況下で、未熟児網膜症日赤高山病院事件判決（最判昭和57年3月30日集民135号563頁）の第1審（岐阜地判昭和49年3月25日判タ307号101頁）が出された。同判決は、「医師としては患者に対する治療もむなしく唯悪化を待つしかないという状況に直面した際、その最悪な状態を回避すべき治療手段が仮にその施行が医学界の常例ではないとしても他において施行されしかもその有効性が認められているとしたなら、当該治療手段をうけしめるべく適正な手続をとるのが医師としての最善の注意義務と考える。」とし、当時「常例でない」もので評価も固まっていなかった光凝固法を実施させる義務違反を過失と認定した⁴⁹。こうした「最善の注意義務」の解釈に基づく上記判決には、医療界からも反発があった⁵⁰。これには、医学界・医療界でいまだ異論が存在しないわけではない治療法、従って医学界でその是非につきいまだ決着をつけていない治療法につき、岐阜地裁が一それら議論を飛び越えた形で—その実施の是非を判断したことに対する、

⁴⁵ 山口齊昭「医療水準の適用のあり方に関する一考察」原田剛=田中宏治=山口齊昭=松嶋隆弘=石田瞳編『民法の展開と構成 小賀野晶一先生古稀祝賀』（成文堂、2023）504頁。

⁴⁶ 植木哲「医療水準（論）に関する一管見」判タ1191号（2005）53頁、山口・前掲注（45）505頁。

⁴⁷ 中原・前掲注（44）90頁。

⁴⁸ 田中豊「判解」最判解民事平成7年度下（1995）561頁、根本・前掲注（42）99頁。

⁴⁹ 山口・前掲注（45）505～506頁。

⁵⁰ 山口・前掲注（45）506頁。

いわば職業的な反発だったとの指摘がある⁵¹。

最高裁はこれを修正すべく、同事件の上告審において「人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のため実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるが（最高裁昭和三十一年（オ）第一〇六五号同三十六年二月一六日第一小法廷判決・民集一五卷二号二四四頁参照）、右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、「医療水準」という用語を用いて、「最善の注意義務」の内容を説明した。

イ 絶対説と相対説

「医療水準」の内容については2つの見解があった。全国一律の絶対的基準としての、期待されるべき水準を観念する見解（以下、絶対説）と、ある治療をなした医療機関についての、期待されるべき水準を観念する見解（以下、相対説）である⁵²。とりわけ、一連の未熟児網膜症事件で問題となった最新の治療法に関しては、最先端の研究をしている専門医療機関に浸透していても、いわゆる「町医者」と呼ばれるような地域の小さな診療所には未だ十分に浸透していないということは十分にあり得る。絶対説は、基準としては明確である一方、治療法の普及に時間を要することを考慮できず、医療の実態と大きく離れた柔軟性を欠いた結論に至るおそれがあるとの批判があった⁵³。

こうした状況下で出されたのが、未熟児網膜症姫路日赤病院事件判決（最判平成7年6月9日民集49巻6号1499頁）である。同判決は、「当該疾病の専門的研究者の間でその有効性と安全性が是認された新規の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にして診療契約の締結に至るのである。したがって、ある新規の治療法の存在を前提にして検査・診断・治療等に当たることが診療契約に基づき医療機関に要求され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、所在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。」として、相対説を採った。

（3）「医療水準」から「医学的知見」へ

「医療水準」に似て非なる概念として「医学水準」というものがある。「医学水準」とは、

⁵¹ 山口齊昭「「医療水準論」の形成過程とその未来—医療プロセス論に向けて—」早誌47巻（1997）377頁。

⁵² 根本・前掲注（42）97頁、田中・前掲注（48）567～568頁。

⁵³ 手嶋豊「判批」窪田充見=森田宏樹編『民法判例百選Ⅱ〔第9版〕』（有斐閣、2023）153頁、根本・前掲注（42）97頁。

「学界に提出された学術的問題が基礎医学的に又は臨床医学的に学者、学界間で研究討議され、学界レベルで一応認容されて形成されるもの」であるのに対し、「医療水準」とは、「経験水準もしくは技術水準」の意味をも含むのであって、このようにして形成された「医学水準」の諸問題につき、医療の実践として普遍化するため又は普遍化し得るかどうかを知るために、多くの技術や施設の改善、経験的研究の積み重ね、時には学説の修正も試みて、ようやく専門家レベルでその実施適用の水準としてほぼ定着したもの⁵⁴を言う。未熟児網膜症姫路日赤病院事件判決は、その説示から明らかなように、「医学水準」ではなく「医療水準」を基準としているものとされていた。

しかし、近時の判例を見ると、最判平成 13 年 6 月 8 日判時 1765 号 44 頁、最判平成 14 年 11 月 8 日判タ 1111 号 135 頁、最判平成 15 年 11 月 14 日集民 211 号 633 頁、最判平成 16 年 9 月 7 日判時 1847 号 30 頁、最判平成 18 年 4 月 18 日判タ 1210 号 67 頁等、過失判断の際に「医療水準」には言及せず、「医学的知見」、「医療上の知見」などの用語を用いており、その中には原審が「医療水準」の用語を使用しているにもかかわらず、最高裁ではこれをあえて用いないようにしているとも見られる例などもあり(上記平成 18 年 4 月 18 日判決)、「医療水準離れ」ともいえる動きがあった。こうした状況下で、下級審裁判例も、鑑定、私的鑑定意見書などの医師の見解のほか、治療・診断指針、学会のガイドラインなどの医学文献を重視するようになった。その理由として、未熟児網膜症姫路日赤病院事件判決の示した医療水準の「使いにくさ」が指摘されている⁵⁵。すなわち、まず、同判決の示した医療水準は、新規治療法を前提としたものであった⁵⁶ことから、それ以外の治療法や、そもそも症状に即した一般の診断・治療等の関係からは適用が難しい。そして、当該医療機関において新規治療法に関する知見が同医療機関にとっての医療水準であることを立証するためには、当該地域における類似の医療機関において、同知見が相当程度普及していることを立証しなければならない。訴訟上は、当事者双方にとって立証のための負荷がかかるものであった。また、医療上の要因としては、EBM が広く提唱され、未熟児網膜症のような社会問題化した疾患だけでなく、その他の一般的な疾患に関しても治療・診断等の基準が広まり、学会等でもガイドラインの作成などがなされて、病院や学派をこえた標準治療が以前よりも多くなされるようになったことも指摘されている⁵⁷。

(4) 今日の民事訴訟における医療水準は規範的要素ではない

こうした、治療・診断基準、ガイドラインなどの医学的文献や医師の見解に基づき医療水準を認定する手法は、絶対説につながるものである。未熟児網膜症姫路日赤病院事件判決に

⁵⁴ 松倉豊治「未熟児網膜症による失明事件といわゆる「現代医学の水準」」判タ 311 号(1974)64～65 頁、大島眞一「医療訴訟の現状と将来」判タ 1401 号(2014)13 頁、田中・前掲注(48)563 頁。

⁵⁵ 山口・前掲注(45)513～515 頁。

⁵⁶ 大島・前掲注(54)14 頁。

⁵⁷ 山口・前掲注(45)515 頁。

における医療水準は、個別具体的事情を取り込んで画定され(相対説)、それ自体が過失の存否の判断基準となる規範的要素であった。しかし、絶対説あるいはこれに近い今日の民事訴訟における医療水準については、その違反を直ちに過失と認定することが不合理であることは(2)0で述べた絶対説への批判のとおりである。そうすると、過失を認定するには、医療水準違反とは別に、個別具体的事情を考慮せざるを得ない⁵⁸。よって、今日の民事訴訟における医療水準は、規範的要素ではなく、その違反が過失の評価根拠事実となる事実レベルの要素であると言ふべきである。

3 刑事訴訟における医療水準論

(1) 大野病院事件判決(福島地判平成20年8月20日判時2295号6頁)の検討

ア 事案の概要

産婦人科医Aは、平成16年12月17日午後2時26分から、福島県立大野病院事件において、帝王切開手術歴が1回ある全前置胎盤患者の帝王切開術を実施し、女兒を娩出させた。その後、午後2時40分頃、患者の臍帯を牽引しても胎盤が子宮から剥離しなかったため、用手剥離しようとした際に胎盤癒着を認識したが、子宮摘出手術等には移行せず、クーパーを用いて癒着部分の剥離した。剥離完了にかかった時間は約10分であり、剥離完了までの患者の総出血量(羊水を含む。以下、同様)は、2555mlを超えていない。Aは、患者に対して、止血措置を取ったが止血せず、輸血用血液の到着を待ち、午後4時30分から子宮摘出手術を開始し、午後5時39分に手術が終了した(総出血量20455ml)子宮を摘出した。子宮摘出に伴う膀胱損傷部を修復し、確認しようとしたところ、午後6時5分、患者は心室頻拍となり、午後7時1分、死亡した⁵⁹。

Aは、業務上致死傷罪で起訴され、「出血についての予見可能性の有無」や「被告人が行った医療措置の妥当性、相当性、結果を回避するための措置として剥離行為を中止して子宮摘出手術に移行すべき義務の有無」等が争点となった。

イ 判旨

(ア) 出血についての予見可能性の有無

「被告人は、用手剥離中に胎盤と子宮の間に指が入らず用手剥離が困難な状態に直面した時点で、本件患者の胎盤が子宮に癒着している認識をもった」。

「癒着胎盤と認識した時点において、胎盤剥離を継続すれば、現実化する可能性の大小は別としても、剥離面から大量出血し、ひいては、本件患者の生命に危機が及ぶおそれがあったことを予見する可能性はあった」。

⁵⁸ 山口・前掲注(45)516～517頁。

⁵⁹ 水谷渉「判批」判時2295号(2016)3頁、日山恵美「判批」年報医事法学24号(2009)169頁。

(イ) 被告人が行った医療措置の妥当性、相当性、結果を回避するための措置として剥離行為を中止して子宮摘出手術に移行すべき義務の有無

「子宮摘出手術等への移行可能性について」、「単なる移行可能性自体は」、「認めることができる」。

「移行等による大量出血の回避可能性」について、「胎盤剥離を中止して子宮摘出手術等に移行した場合に予想される出血量は、胎盤剥離を継続した場合である本件の出血量が事実経過で認定したとおり著しく大量となっていることと比較すれば、相当に少ないであろうということも可能であるから、検察官の主張は、不確実な要素を多分に含むものの、一応の合理性が認められる。したがって、結果回避については、単なる可能性の有無というレベルに止まるが、結果回避可能性が有ったとすることの証明はなされている」。

「医学的準則及び胎盤剥離中止義務について」、「開腹前に穿通胎盤や程度の重い嵌入胎盤と診断できたもの、開腹後、子宮切開前に一見して穿通胎盤や程度の重い嵌入胎盤と診断できたものについては胎盤を剥離しない。用手剥離を開始した後は、出血をしても胎盤剥離を完了させ、子宮の収縮を期待するとともに止血操作を行い、それでもコントロールできない大量出血をする場合には子宮を摘出する。」「以上が、臨床上の標準的な医療措置と解するのが相当である。」「医学文献における医療措置の概要は、次のとおりである。」「用手剥離を行う前から嵌入胎盤、穿通胎盤であることが明確である場合、あるいは剥離を試みても全く胎盤剥離できない場合については、用手剥離をせずに子宮摘出をすべきという点では、概ね一致が見られる。しかしながら、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、剥離を完了した後に止血操作や子宮摘出を行うのかという点については、医学文献から一義的に読みとることは困難である。」「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。」「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。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。」「医療行為が身体に対する侵襲を伴うものである以上、患者の生命や身体に対する危険性があることは自明であるし、そもそも医療行為の結果を正確に予測することは困難である。したがって、医療行為を中止する義務があるとするためには、検察官に

において、当該医療行為に危険があるというだけでなく、当該医療行為を中止しない場合の危険性を具体的に明らかにした上で、より適切な方法が他にあることを立証しなければならないのであって、本件に即していえば、子宮が収縮しない蓋然性の高さ、子宮が収縮しても出血が止まらない蓋然性の高さ、その場合に予想される出血量、容易になし得る他の止血行為の有無やその有効性などを、具体的に明らかにした上で、患者死亡の蓋然性の高さを立証しなければならない。そして、このような立証を具体的に行うためには、少なくとも、相当数の根拠となる臨床症例、あるいは対比すべき類似性のある臨床症例の提示が必要不可欠である。」「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。」

ウ 検討

本判決は、まず、予見可能性について、「現実化する可能性の大小は別としても」としながら、「剥離面から大量出血し、ひいては、本件患者の生命に危機が及ぶおそれがあったことを予見する可能性はあった。」としている。Ⅱの２（２）で述べたように、結果発生の可能性の程度と予見内容の具体性を別次元の問題とし、一応予見可能性を認めている。そして、本判決は、代替措置への移行可能性それ自体と、それに移行した場合の結果不発生の可能性を区別して論じ⁶⁰、いずれも肯定して、結果回避可能性を認めている。

本判決の最大の特徴は、これらの予見可能性・結果回避可能性という過失の要件をいずれも肯定しておきながら、「医学準則」の議論をした上で、結果回避義務違反を否定している点である。すなわち、従前の予見可能性・結果回避可能性の議論において前提とされてきた結果回避義務を、そもそも行為者に課することができるのかという点を改めて検討し、これを否定しているのである⁶¹。本判決は、「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療準則」について、「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」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」ことのないよう、「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。」とする。開かれた構成要件であって、医療現場にとって必ずしも明確でない過失の要件を明確にした点で妥当と言える。

これについて、医療準則が確立して現場に定着するのには時間がかかるし、診療環境も異

⁶⁰ 日山・前掲注(59)173頁。

⁶¹ 日山・前掲注(59)173頁。

なるので、一律に判断することはできず、本判決の判断枠組みは、客観的注意義務を過度に強調するものであり、かえって医療現場に厳しい対応を迫る場合も予想され、むしろ端的に予見可能性がなかったとすべきであった⁶²との指摘がある。しかし、本判決の「医療準則」は、判決文が言うとおりの「刑罰を科す基準」であり、これに違反すれば過失と認定される規範的なもので、民事のように、医療水準違反が、過失の評価根拠事実の1つとなるというものではない。また、そもそも結果回避義務の内容は、行為者の立場に置かれた一般人が遵守すべき行動準則である⁶³とされており、「医療準則」については、「行為者の立場」に関わる個別具体的事情(いわゆる「町医者」か大学病院か、都市部にある病院か地方にある病院か等)を考慮せざるを得ず、本判決も、それを排除しているわけではない。従って、かえって医療現場に厳しい対応を迫るとの上記指摘は当たらない。また、Ⅱで検討したように、予見可能が一応は認められるものの、予見内容の具体性が低く、よって強い結果回避義務は課せないということもあり得る。よって、予見可能性は結果回避義務を課するための必要条件に過ぎず、予見可能性の検討のみで結果回避義務の有無の判断を尽くせない場合があり得る。従って、端的に予見可能性の問題とすべきだったという上記指摘も当たらない。

なお、その後の代替措置との比較衡量は、Ⅱの3(4)の薬害エイズ事件と同じく、相関関係説に立っているものと考えられる。

(2) 民事訴訟における医療水準論との違い

ア 訴訟の目的・過失の内容の違い

民事訴訟における損害賠償の目的は、損害の公平な分担にあり、結果的に事故・再発の防止や制裁の効果が事実上生じるとしても、それは主たる目的ではない⁶⁴。従って、いわば結論先取りの過失を認め、損害の額や因果関係や過失相殺等その他の要件で請求額を調整することが許される。過失を認めなければ、請求は棄却=請求額は0円とせざるを得ない。大きな過失から小さな過失まで、ひとまず過失を認めることで、柔軟に対応し、損害の公平な分担を実現できるのである。そして、過失の内容としても、予め定まったものである必要はなく、当事者は、様々な過失の評価根拠事実・評価障害事実を主張・立証し、裁判所は、これを総合して過失があるか認定すれば良い。

一方で、刑事訴訟は、応報と予防目的のためにあり、結果的に被害者の被害感情を宥和する効果が事実上生じるとしても、それは決して主たる目的ではないし、そうあるべきでもない。応報と予防目的を実現する限度で、あるいは刑罰の峻厳性ひいては謙抑性のため、刑罰を科すに相応しいだけの、当罰性のある過失が要求される。必ず一定の限度を超えた過失で

⁶² 甲斐・前掲注(13)48頁。

⁶³ 井田・前掲注(15)216頁。

⁶⁴ 手嶋豊「医療事故の法的責任をめぐる刑事法と民事法の役割分担—甲斐教授へのコメント」法時82巻9号(2010)54頁。

なければならず、小さな過失で過失と認めることはできない。そして、刑事訴訟における過失は開かれた構成要件であり、検察官は、注意義務の内容とその義務違反の態様を訴因として掲げなければならず、裁判所もこれに拘束される。実際の訴訟においては、注意義務の内容が先に画定されており、その前提となる予見可能性・結果回避可能性が検討されるのである。

イ 医療水準の内容・位置付けの違い

上記のような訴訟の目的・過失の内容の違いから、医療水準の内容・位置付けも異なってくる。

民事訴訟における医療水準は、2に示したとおり、絶対的なものであり、その違反が過失の評価根拠事実の1つとなるという事実レベルのものである。過失が認められるかどうかは、他の評価根拠事実や評価障害事実との総合で決まるし、アのとおりひとまず過失を認めるということも許されるから、民事訴訟における医療水準は、医学水準に近い高度なものであったり、個別具体的事情を考慮しない絶対的なものであったりしても問題はない。

一方で刑事訴訟における医療水準は、大野病院事件判決がそうであったように、過失の有無を判断する基準である。刑罰を科すに相応しいだけの、当罰性のある過失かどうか判断し、あるいは注意義務の内容を画定するための規範的なものである。刑事訴訟における過失の定義に照らしても、その画定には個別具体的事情を考慮せざるを得ず、医療水準は、相対的なものとなる。従って、刑事訴訟における医療水準は、民事訴訟における医療水準よりも低いものになるのが通常である⁶⁵。ただし、これはあくまでも結果として、民事訴訟における医療水準よりも低いになるのが通常であるに過ぎない。Ⅱで論じた予見可能性に関する相関関係説を前提に、刑事訴訟においては、基本的にはいわゆる「医療慣行」を基準とし、高度な注意義務が課される場合に「医療水準」を基準とすべきだ⁶⁶という指摘がある。しかし、いくら謙抑性が要求される刑事訴訟とは言え、「皆がやっているから許される」という理論が通用するわけではない。広く慣行として行われていたとしても、安全性が担保されていないような治療を是認し、悪しき習慣を是認することは許されない⁶⁷からである。上記指摘の分析する判例・裁判例が基準とするのが医療慣行であるように見えたとしても、それは結果として、医療水準が医療慣行と一致しただけに過ぎず、判例・裁判例が基準とするのはあくまでも医療水準であると言うべきである。

4 小括

刑事訴訟においても、医療水準論の導入自体は可能であるし、またそうすべきである。大

⁶⁵ 手嶋・前掲注(64)53頁。

⁶⁶ 船橋・前掲注(16)113頁以下。

⁶⁷ 船橋・前掲注(16)100頁。

野病院事件判決が言うとおりに、これによって「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」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」ことを防げるからである。

しかし、その内容は民事訴訟における医療水準とは異なる。民事訴訟における医療水準は、絶対的なもので、その違反が過失の評価根拠事実になるという事実レベルのものである。これに対して、刑事訴訟における医療水準は、結果回避義務の内容を画定し、過失の有無の基準となる規範的なものであり、刑事訴訟における過失の定義に照らしても、個別具体的な事情を考慮した相対的なものとなる。

IV 結論及び今後の課題

以上検討したとおり、予見可能性と結果回避義務の関係については、行為当時に認識し得た事実と事後的な検証によって判明した事実とを峻別して行為当時の予見可能性の程度を検討し、これに見合った結果回避義務であるか検討して、そうでなければ結果回避義務を否定すべきである。

また「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」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」ことを防ぐため、刑事訴訟においても、医療水準論を導入すべきである。

ただし、その内容は民事訴訟における医療水準と異なり、結果回避義務の内容を画定し、過失の有無の基準となる規範的なものであり、個別具体的な事情を考慮した相対的なものとなる。

残された課題として、本稿の検討によっては、実際の刑事訴訟において、具体的な医療水準がどのようにして画定されるか、また、弁護人として、公訴事実記載の結果回避義務が医療水準と異なることをどのように主張していくべきかはなお明らかではない。

今後の医療過誤に関する訴訟の集積や、自身の訴訟活動の積み重ねによって明らかにしていきたい。

参考文献

脚注に掲げたものの他、

- 井上祐司「過失犯における具体的予見と危惧感」ジュリ 569 号 107 頁(1974)
- 飯田英男「刑事司法と医療」ジュリ 1339 号 60 頁(2007)
- 小林公夫「医療水準と医師の裁量性」法時 80 巻 12 号 70 頁(2008)
- 福田剛久=高橋譲=中村也寸志編『最新裁判実務大系 第 2 巻 医療訴訟』(青山書院、2014)

- 山中敬一『医事刑法概論 I (序論・医療過誤)』(成文堂、2014)
- 井上清成「判批」甲斐克則=手嶋豊編『医事法判例百選[第2版]』(有斐閣、2014)128頁

謝辞

本稿の執筆に際して、本庄武教授から多大なご指導とご助言をいただきました。本庄先生のご指導なしには本稿は完成できていません。

また、医療事故と過失犯というテーマに巡り合わせていただいたのは、高野隆弁護士です。高野先生の事務所でのインターンシップがなければ、このテーマに関心を持つことはありませんでした。

この場において、心より感謝申し上げます。