

論 説

再考 医師の不作为と刑事責任

—杏林大学病院頭蓋内割箸片看過事件
(いわゆる“綿飴割り箸事故”)の無罪判決を契機として—

根本 晋一

Examination of criminal liability in a case involving inadequate
medical examination: Doctor at Kyorin University Hospital
acquitted of negligence for failing to find chopstick in skull of
patient, resulting in death

Shinichi Nemoto

Abstract

On July 10, 1999, a male (age, 4 years and 9 months) accidentally fell with a half-split chopstick in his mouth while eating cotton candy and later died as a result of pharyngeal penetration. The patient was examined at around 6 p.m. that day by an emergency services, who graded the patient as having the highest consciousness score. All vital signs were normal. His mother did not bring the half-split chopstick to the hospital, and an emergency services informed the doctor that the half-split chopsticks piece was removed by patient oneself when a patient was hurt. Since the patient was responsive to questions from the doctor, nurses, and an emergency services, the doctor concluded that the patient's injury was minor and sent him home. At 6:00 a.m. the following day, the patient was responsive to his mother's questions. However, at around 7:30 a.m. the patient's breathing and heartbeat stopped suddenly and death was confirmed at 9:02 a.m. Autopsy revealed that the half-split chopstick had snapped upon penetration and that part of it remained lodged in the left jugular foramen, causing damage to the cerebellum. The resulting vascular occlusion led to the formation of a blood clot that extended to the bifurcation of the left and right jugular veins. This circulatory failure caused cerebral edema that compressed the brain stem, resulting in the death. The doctor was charged with professional negligence resulting in the patient's death and later acquitted. The following presents an investigation of this verdict from medical and legal perspectives.

Key words: criminal liability, half split chopstick, left jugular foramen, vascular occlusion, vital signs

<p>— 目 次 —</p> <p>第 1 事実 (審判の対象)</p> <p>第 2 本件の争点</p> <p>第 3 判決要旨</p> <p>第 4 解 説</p> <p>1 杏林大学病院頭蓋内割箸片看過事件 (いわゆる“綿飴割り箸事故”) の概要</p> <p>2 医療事故の諸類型</p> <p>3 医療過誤訴訟と過失の認定</p> <p>4 過失における結果予見可能性の認定</p> <p>5 本判決における結果予見可能性の認</p>	<p>定と、それに対する医学的・法律的な批判</p> <p>6 過失における結果回避可能性の認定</p> <p>(1) 結果回避可能性の有無の判断</p> <p>(2) 本判決における結果回避可能性の認定</p> <p>7 本判決において因果関係を否定しつつ、過失を肯定したことの意味</p> <p>8 「最後に」と題する本判決中の付言について</p> <p>第 5 本判決に対する評価</p>
--	---

第 1 事実 (審判の対象)

本判決は、医師が、患者の頭蓋内に遺残した割箸片を看過した過失を肯定しつつ、当該過失と患者死亡との因果関係を否定した事例に関する判断である(東地刑 16 判平成 18 年 3 月 28 日・平 14 刑 (わ) 第 2712 号・業務上過失致死被告事件・無罪・検察官控訴・判例集未掲載)⁽¹⁾。本件における訴因(検察側が設定した審判の対象)は、概ね次のようなものである(検察側の「起訴状」要旨)。

○ 本件患児(当時 4 歳 9 ヶ月)は、割り箸を咬えたまま転倒して軟口蓋に受傷したため、意識レベルが低下してぐったりしており、診察中にも嘔吐していた。そして、担当医師(杏林大学病院救命救急センター第 I・II 次救急当直医・耳鼻咽喉科専攻医)は、救急隊員より搬送中にも嘔吐があった事実を申告されていた(筆者注…以上、過失の前提事実)。

↓

○ 上記事実を前提とした場合、担当医師は、患児に対する初診の際に、割り箸の刺入による頭蓋内損傷を疑うことができた(筆者注…以上、結果予見義務の内容)。

↓

○ ゆえに、担当医師は、

・付添の母親に対して受傷機序に関する問診を試みるべきである。

・患児の上咽頭部をファイバースコープで観察し、又は頭部を CT スキャンで撮影するなどして頭蓋内損傷を確認すべきである。そして、脳神経外科医師に引き継いで、頭蓋内損傷による頭蓋内圧亢進の抑制、割り箸除去等の適切な治療処置を行わせるべきであった(筆者注…以上、結果回避義務の内容)。

↓

○ しかし、担当医師は、既往のような業務上の注意義務があるのにもかかわらず、これを懈怠した(筆者注…結果回避義務の不履行)。

↓

○ かような担当医師の過失に起因し、患児は、脳損傷・硬膜下血腫・脳浮腫等の頭蓋内損傷群により死亡した(筆者注…以上、担当医師の過失と患児の死亡との間の因果関係の存在)。

↓

○ ゆえに、担当医師は、業務上過失致死(平成 13 年法律第 138 号による改正前の刑法第 211 条前段)の罪責を負うべきである(筆者注…罪

名および罰条)

第2 本件の争点

- 1 検察側が設定した過失の前提事実に誤りはないのか？
- 2 1. に誤りはないとして、担当医師の初診について、検察側が主張するような過失はあるのか？
- 3 1. 2. に誤りはないとして、患児は、担当医師の過失により死亡したといえるのか？ 換言すれば、患児は、担当医師の診察前の自傷行為により致命傷を負っており、担当医師の過失如何に係らず死亡したのではないのか？

第3 判決要旨

1 結論

裁判所は、検察側が主張する、第2の1.と2.の事実については認めるが、3.の事実については認めない。したがって、被告人たる担当医師は、本件業務上過失致死被告事件について「無罪」である。

2 争点1（過失の前提事実）について

「過失の前提事実については、ほぼ検察官の主張どおりの事実を認定することができる。」(筆者注…判決要旨「原文」のまま)

3 争点2（過失の有無・程度）について

(前記2.の事実を前提として)担当医師は、「割り箸の刺入による頭蓋内損傷」を想定すべきである。その理由は、次の通りである。

- (前記2.の事実を前提とすると)担当医師は、「割り箸が軟口蓋に刺さった。」という受傷機序の一部を聴取しているのであるから、割り箸の刺さり方如何によっては、口腔内に入った割り箸の先端に相当強度の直達力が生じることを想定すべきであり、ま

た、そのことを想起するのは容易である。なお、軟口蓋(筆者注…口蓋垂、つまり、いわゆる喉ちんこが付いている膜状の肉質)は、厚さ1cmほどの薄い器官なので、割り箸は、これを貫通して咽頭後壁ないし咽頭側壁の筋肉組織内に刺入し、場合によっては、頭蓋底に衝突したことも想定できなくはないというべきである。

- (前記2.の事実を前提とすると)患児は、意識レベルが低下してぐったりとした状態であって、嘔吐も頻回にわたったというのであるから、頭蓋内に何らかの異変、例えば、割り箸が頭蓋底に強く衝突し、その衝撃により、脳の頭蓋底に接する部分等に出血を起こすなどの損傷があったことを想定すべきである。

- 診察とは、医師が、患者の全身状態や受傷機転等の情報に基づき、考えられる限りの病態を想定し、問診や検査等を実施しつつ除外診断を行い、その中から真実の病態発見に至るプロセスである。この点につき、担当医師は、(前記2.の事実を前提とすると)患児の頭蓋内損傷を予見できる状況にあったが、問診・検査(鼻咽腔ファイバースコープの使用やCTスキャン)などの除外診断をしなかったため、頭蓋内損傷を発見することができず、軟口蓋裂傷と軽信した点に過失があるというべきである。

「問診」については、担当医師は、付添の母親と患児に対し、受傷機序・搬送中の様子・割り箸の行方・頭部打撲の有無等について聞くべきであった。そうすれば(前記2.の事実を前提とする限り)、嘔吐の態様・割り箸の行方・患児の容態が重篤であり「ぐったりとしていて普段とは全く違う様子であること」(筆者注…判決要旨「原文」のまま)等、真実の病態を発見するための重要な情報を聴取し得た蓋然性が高かった。「検査」につい

ては、仮に、担当医師がこれらの検査を行っていれば(筆者注…割箸片そのものは写らないものの)、頭蓋内のエアや後頭蓋窩の硬膜下血腫を発見できた可能性があった。そして、脳神経外科医に引き継いで、MRI や血管造影を施行すれば、硬膜下血腫の除去を目的とした開頭手術に着手した可能性もあった。このような経緯を辿ったとすれば、「原因究明はさておいて」「最終的には、軟口蓋を貫通した割り箸が左頸静脈孔を通して頭蓋内まで刺入し、小脳にも刺さっているという本件の全貌が分かるものと思われる。」(筆者注…判決要旨「原文」のまま)

3 争点3 (過失行為と死亡との間の因果関係)

「患児の救命可能性はもとより、延命可能性も極めて低かったとの合理的疑いが残るといふべきである。」(筆者注…判決要旨「原文」のまま) その理由は、次の通りである。

「割り箸の左頸静脈孔嵌入により頸静脈が穿通され、左頸静脈洞内に血栓が形成されて、左頸静脈が完全に閉塞したが、他のルートで静脈環流を完全に処理することができなかつたために、致死的な静脈還流障害が生じたことによる蓋然性が高いといふべきである。そうすると、本件割り箸片により座滅した左頸静脈を再建することが患児の死を回避する唯一の措置であるところ、仮に被告人が患児を直ちに脳神経外科に引き継いだとしても、脳神経外科医において左頸静脈を再建することは技術的・時間的にみて困難であったと認められる。したがって、患児の救命可能性はもとより、延命可能性も極めて低かったとの合理的疑いが残るといふべきである。」(筆者注…判決要旨「原文」のまま)

第4 解 説

1 杏林大学頭蓋内割箸片看過事件(いわゆる“綿飴割り箸事故”)の概要

杏林大学病院頭蓋内割箸片看過事故(綿飴割り箸事故)とは、1999(平成11)年7月10日(土)の18時頃に、東京都杉並区内に所在する、公立の児童自立援助施設「すぎのき・けやき園」が主催した盆踊大会の会場で発生した男児死亡事故である(テレビ・新聞・雑誌などの各メディアが全国規模で報道したため、周知の事案となっている事件である)。その概要は次の通りである。

母親(高校教員)に連れられて同会場に向いた、本件患児(当時4歳9ヵ月)と次兄(当時8歳1ヵ月)は、母親より待機命令を受けて待機中に、綿飴模擬店を担当する同施設の職員より「試作品だよ。」と申し向けられ、綿飴を受領し、これを摂食した。その後、何らかの理由により走り出した次兄の後を追ひ、自らも走り出した患児が、降雨により滑りやすくなっていた園庭に足を取られて転倒し、啞えたままであった綿飴の芯棒の割り箸で喉を突き、受傷した。患児は、直ちに割り箸を掴み、引き抜こうと試みたが、これを折ってしまい、折った割り箸の一部のみを投げ捨てた(この時点で、患児の頭蓋内の奥深い所に7.6cmの割箸片が残ってしまった。因みに、投げ捨てられた方の割箸片は、警察の現場検証の甲斐なく、未だ発見されていない)。その後、母親が第三者より患児が怪我をした事実を知らされて事故現場に現れ、次いで、同施設の女性看護師が駆けつけたところ、患児は「あーん、あーん、えーん、えーん」と大きな声を発し、顔面を紅潮させて泣き出した。患児は同施設保健室においても泣き続けており、看護師が「あーんしてね。」という口を開けるなどしていた

が、救急車が到着する頃には泣き止んでいた。救急車内において、救急救命士が「救急活動記録票」を作成するため、患児のバイタルサイン（意識レベル・脈拍・瞳孔反応・対光反射・チアノーゼ〔唇の色が紫になること〕・顔貌・顔色などの生命兆候）を3回に分けて計測したところ、全て正常値の範囲内であった。とりわけ、患児の意識レベルは正常（清明）、受け答えも可能であり、通常の、口腔内を受傷しただけの小児患者と同様な容態を示していた。救命士は、上記検査結果を踏まえて、患児を「軽症」と判断し、担当医師が勤務する杏林大学病院第Ⅰ・Ⅱ次救急外来（軽症患者対応）に搬入し、「意識はいいです。」「割り箸は抜けています。」など、担当医師に対して数項目の申し送りをして引き継いだ。その際、担当医師は、救命士とともに、ペンライトで傷口を照らし、確認をしたが、傷口は塞がりかけていて、出血も止まっていた（患児は「口を開けて」との問いかけに対して開口した）。担当医師は、引き継ぎ後、「どうしましたか？」と、母親に対する問診を開始し、禁忌を調べるための、喘息などの既往歴を質問するなどしたが、母親からは、「割り箸で喉を突きました。」という回答以外に、受傷機序に関する説明は得られなかった。担当医師は、患部に額帯鏡の光を当てながら視診・触診・抗生剤の塗布をなしたが、割箸片は咽頭後壁の奥深く埋没していたため、当然のことながら異物が接触することはなく、患児の容態も受傷時と変わらず、開口・開眼命令にも従うなどしていたため、担当医師は、初診時の診断を「口腔内損傷（軟口蓋裂傷）」と判断し、薬剤の処方と次回来院期日の指定などをなし、帰宅させた（因みに、若干の嘔吐については、小児患者に散見される、「救急車酔」と「舌圧子が舌根に触れたことによる条件反射」と考えてい

た）。患児は、翌11日（日）朝6時過ぎまで意識があり、同時刻頃、母親が「（治ったら）おもちゃ買いに行こうね。」と申し向けると、「うん。」と回答した（争いのない事実。母親は、事故後約40日経過後に放映されたテレビ局の報道番組において、「確かに、頷いたんです。」と明言している）。ところが、その1時間半後の7時半頃、患児の容態が急速に増悪したので、両親が救急車を要請し、杏林大学病院第Ⅲ次救急外来（重症患者対応）に搬入されたが、すでにCPA—OA（心肺停止）状態であり、蘇生措置を施したものの、死亡が確認された（9時2分）。直ちに、死因の究明がなされ、CTを撮るなどしたが、これを確定することはできなかった（「木片」はCTに写らない）。そこで、杏林大学病院は、直ちに所轄の三鷹警察署に「異状死」の届出をなし（医師法第21条）、初動捜査と「死体検案書」の作成のため、捜査官と監察医（東京都監察医務院嘱託医）を招請したが、なおも死因は不明であった。そこで、事件性の有無を調べるため、患児の遺体を司法・行政解剖に付することにした。すると、死因は、意外にも「頭蓋内損傷」であり、転倒により喉に刺した割り箸が小脳に達しており、しかも患児自身によって折られた割り箸の一部が頭蓋内に残存していることが判明した。しかし、剖検医が割りばしを発見したのは、口腔内を覗いたときではなく、患児の頭蓋の頭頂部（額から上の部分）を全て外し、脳実質を全て切除し、頭蓋底を露わにした時点であった。その時点に至って始めて、分厚い頭蓋底（1cm位の厚み）に開いた、直径わずか数ミリ程度の狭小な「左頸静脈孔」という孔から、割り箸が小脳に向かって突き出しているのを発見したのであった（つまり、口腔側から観察するしか方法のない初診時において、上記事実が判明するはずがない）。

医学的観点から考察すると、このような症例を穿通性頭部外傷というが、その範疇の症例において、割り箸のような異物が口腔内を経て、軟口蓋（口蓋垂、つまり、いわゆる喉ちんこが付いている膜状の肉質）を突き破り、上咽頭腔（喉ちんこの裏側の空洞）を通過して咽頭後壁に突き刺さったのか、あるいは、咽頭側壁の筋肉層を貫通しながら咽頭後壁に至り（因みに、判決では、割り箸が何れのルートを通ったのかについて確定しなかった。もっとも、後者とすると、検察側が主張している鼻咽頭腔ファイバースコープを使用したとしても、割箸片は発見できないことになる）、あたかもホールイン・ワンのごとく、前記「左頸静脈孔」に固く嵌入しつつ、小脳に突き刺さるなどという症例は、現在においても空前絶後であり（世界的に見ても類例がないという意味）、学界の最先端レベルにおいてさえも、見たことも聞いたこともない症例であった（因みに、医学的常識に鑑みると、頭蓋底が容易に穿破されることはないし、また、かりに穿破されたとすれば、脳幹を直撃すると考えられるので、直ちに呼吸が止まり、意識不明の重態に陥ることを予想する。また、本症例の場合、受傷部位が「小脳」であり、小脳損傷は直ちに神経症状を発現しないため、患児の意識レベルをはじめとするバイタルサインが正常に保たれていたことも、担当医師の判断を著しく困難にした。本件は、担当医師と患児にとって、あまりにも不幸・不運な偶発的事故であった。）。

法律学的観点から考察すると、担当医師は、結果論的には、本来なすべき診察をしなかったのであるから、その意味では非難に値するものの、通常の医療事故のように、なすべきではない治療をしてしまったという「具体的な作為」が存在する事案と異なり（積極的不作為型医療事故。違法性が重い）、なすべきではない治療をしたわけではなく、

なすべき初診をなし（つまり、「軟口蓋損傷」であることに誤診はなく、それに対応する治療をしていた）、しかも、次回来院期日を指定し、急変時の来院指示をただけの事案（消極的不作為型医療事故。違法性が軽い）であったにもかかわらず、刑事事件として公判請求されたので、医事法学的な見地からは、特筆すべき事例であった。

2 医療事故の諸類型

医療事故の態様を、法律学的な観点から分析すると、凡そ次のように分類することができる。

- 医学的判断を伴わない医療事故
 - 医療行為の概念に該当しない行為に起因する事故。例えば、患者取り違え・薬剤誤投与など
- 積極的不作為型医療事故
 - 本来なすべき診察や治療をしなかったのみならず、してはならない別異の診察や治療を行ってしまった場合
- 消極的不作為型医療事故
 - 本来なすべき診察や治療をしなかっただけであり、他に何らかの作為を行わなかった場合（本件）

本件のような消極的不作為型事故においては、積極的不作為型事故のように、「してはならない別異の診療行為」という現実的な作為が存在しないため、この行為を捉えて「過失」行為、つまり、注意義務違反に基づく犯罪実行行為と捉えることができない。そのため、医師の内心における判断行為に基づく純粹な不作為を「過失」行為と捉え、これを違法性評価の対象とする必要がある。すると、消極的不作為型事故は、積極的不作為型と異なり、事後の現実の作為が存在しないという意味で、行為の違法性はかなり低い評価とならざるを得な

い。そこで、かりに当該不作为を、なおも刑法上違法と評価し、犯罪実行行為と観念するためには、相当程度に強度な作為義務の存在を認定し、なおかつ作為の可能性・容易性を認定しなければならない²⁰。ゆえに、可罰的違法性の観点、ならびに当罰性の観点からは、前二者の類型と比較すると、公判請求(刑事事件化)相当との判断に至らないことが多い。しかも、本件の場合、被害者とされる患児の救命率が低いため、刑事法学的な観点に鑑みると、因果関係の存在を認定するために必要な救命率、つまり、救命できた「高度の蓋然性(90%以上)」の証明に困難を来すことが自明な症例であったのだから、このことを併せ考慮すると、公判維持は起訴当初より著しく困難なことも容易に理解できたことであった(因みに、起訴当初、検察側が証拠として申請した法医の剖検所見たる「鑑定書」でさえも、「患児の生存可能性は、50%ないしそれ以下」と明記しており、検察側証人として鑑定の意見を求められた、脳神経外科専門医の供述調査の中にも、「2、3割、最高の条件が揃って5割」と記されたものがあった)。かような意味において、本件の公判請求は、マスコミをして「異例の起訴」といわしめた。

以上のような、解決困難な争点を抱えていた本件裁判の帰趨につき、わが国における有罪率は9割を超えることも相俟って、社会の多数意見は被告人医師「有罪」との憶測の中、東京地裁刑事第16部は、被告人は「無罪」との判決を言い渡した。その内容は、被告人の診察行為に過失はあるが、患者死亡との因果関係はないとするものであった。ただ、この法律構成は、刑法における過失犯理論や不作为犯理論との整合性に難があるほか、過失の前提事実に関する認定、とりわけ、診察当時における患児の

容態(つまり、判決事実によると、患児は「ぐったりとしていて普段とは全く違う様子」であったこと)についても、脳神経外科領域の医学常識に照らし、疑問を残すことになった。

なお、ここで、本件刑事裁判の経緯について触れておく。被告人・弁護側は、検察官の公訴事実を全面的に否認し、検察側が提出した証拠のほとんどを、全部不同意もしくは一部不同意とし、検察側も、弁護側の提出にかかる証拠の大半を同様に不同意として争ったため、立証活動の全過程において、双方の証人が法廷で証言するという形で、攻撃・防御が繰り返された。具体的には、書類送検を経て(2000年7月)、在宅起訴(2002年8月)、第1回公判(同年11月29日)、検察側の立証が終了した時点で被告人質問を入れ(2004年5月)、被告人が上申書を朗読し、争点を整理し、その後で弁護側立証に入り、その間に生じた幾つかの新たな論点につき、再度検察側の立証を許し、それに対する弁護側の反論がなされ、それから患児の母親による被害感情(情状)の立証を経て、再度の被告人質問、結審(2005年8月)、論告求刑(同年11月)、最終弁論(2006年1月)、判決公判(2006年3月28日)という経過を辿り、第1審公判の繫属期間は、実に3年8ヵ月という“異例の長期”に及んだのであった。

3 医療過誤訴訟と過失の認定

ふた通りの「過失」認定パターンがある。

- 予見可能性なし
 - 法律上の責任なし
- 予見可能性あり、結果回避可能性(因果関係)なし(本件)
 - 本来、民事事件として解決すべき事案ではないのか?

刑法は、不可抗力に起因する結果責任を

否定するため、過失犯における非難可能性の対象を行為者の注意義務違反に求め、過失犯の成立要件として、行為当時における結果予見可能性と結果回避可能性が認められることを必要とし、行為者が、法が要求する注意義務に違反した場合に限り、過失犯の成立を肯定している。このように、刑法は、過失犯の処罰をあくまで例外的かつ限定的な事象と捉えている（刑法第38条第1項）。また、過失犯の成立が否定される場合としては、予見可能性の不存在により否定される場合と、予見可能であるも結果回避不可能として否定される場合（本件）の2通りが考えられる。

既往の過失犯理論を、医療過誤訴訟についてみるに、前者の場合、つまり予見可能性を欠く場合は、直ちに医師の過失責任は否定される。けだし、医師の注意義務の上限を画するのは、医学が経験科学であることに鑑みて、診察当時における臨床医学の実践レベル（＝医療水準）であり⁴⁾、この水準に照らし、悪しき結果を予想し得なかったことは、止むを得ないといえるからである。これに対して後者、例えば、患者が交通事故などで致命傷を負い、瀕死の状態では運ばれてきたが、医師より十分な治療を受けることなく死亡した場合、如何に医師の診察が不十分なものであったとしても、当該死の結果は、医師の診察以前の事故に起因する因果の流れに過ぎないので、医師が何をすべきであったのかを論じることなく、過失責任を否定すべきことになる。

ただ、後者の場合、医師の予見可能性が肯定されている関係上、医師の診察内容如何によっては、刑法理論は格別として、医師に対する非難が決して低くない場合も考えられるところである。もっとも、そのような遺族感情は、民事上の慰謝料請求の間

題として捉えられるべきであり、刑事事件としては不相当であることに注意すべきである（刑法の謙抑性に反し、刑訴法理論における「公訴権濫用論」の適用が射程に入り得る）。つまり、いわば「過失あり因果関係なし」と認定すべき事例は、原則として民事事件相当であり、生命侵害事例の10分の1相当の慰謝料請求を任用することができる、いわゆる“期待権侵害の理論”の適否を問題とすべき事例なのである⁴⁾。

4 過失における結果予見可能性の認定

○ 薬害エイズ帝京大学ルート判決（東地刑10判平成13年3月28日判時第1763号17頁・無罪・確定）

→ 事件当時までに公表されるなどして客観的な存在となっていた論文や学会報告などの、「確度の高い客観的資料」を重視

○ 本判決

→ 関係者の供述や証言を重視
※供述や証言は、風化やマスコミの影響により真実性が損なわれやすいのではないか？

結果回避義務の内容（本件においては、CTスキャンやファイバーを使用すべきこと）は、予見可能性の有無や程度（果たして、頭蓋内損傷を予想しえたのか否か）との相関関係で決められなければならない。けだし、行為者が、行為当時の事情に鑑みて、到底想起し得ない回避措置をなすべき注意義務があるとしたのでは、法が不可能を強いることになり、法が、国民の行動の予測可能性を担保するための行為規範（行動の自由の限界を示す行動準則）としての役割を果たし得なくなってしまうからである。従って、裁判所は、行為者が置かれていた客観的な状況を前提として、行為者は、どの程度の判断材料を得

ていたのか否かを詳細に検討しなければならない。この点について考える際には、「薬害エイズ帝京大学ルート事件」の判断スキームが参考になる(以下、「薬害エイズ禍事件判決」という)⁶⁾。この事件において、裁判所は、予見可能性の有無・程度を判断する証拠資料として、関係者の供述調書の記載や証言よりも、事件当時までに公表されるなどして客観的な存在となっていた論文や学会報告などの、「確度の高い客観的資料」を重視すべきであるとした。その理由として、当判決は、事件発生から公判請求までにかかりの時間が経過していること(約8年)、また、事件の性質に照らし、関係者の証言についても、時の経過による記憶の減退や、マスコミの過熱・過剰・偏向報道による変容という問題を避けては通れないこと、などを挙げている。このことから、関係者の証言よりも、当時公表されていた医学成書・症例報告・論文などの客観的資料を重視して、「非加熱製剤の使用によるエイズ罹患と患者の死亡」という因果的結果を予見し得たのか否かを判断すべきとしたのである。

以上のような判断スキームを採用した薬害エイズ禍事件判決に対し、本判決は、関係者の証言を重視した判決であった。つまり、予見可能性の基礎事情となるべき、診察当時における患児の容態については、検察側証人である母親の証言(意識減弱ないし喪失状態であったとする供述・証言)をおおむね採用した。かような検察側の立証活動に対し、弁護側は、診察当時における患児の容態は、検察側が主張するようなものではなく、自宅における経過観察で足りる、一般の小児救急患者と大差のないものであったことの立証に供するため、「救急活動記録票」(検察側証人である救急救命士の観察記録)の

記載(意識清明をはじめとして、患児のバイタルサイン＝脈拍や瞳孔反応などの生命兆候が全て正常値の範囲内であった事実。なお、本票は、救急隊員が帰署後、直ちに東京消防庁が保管しているため、事後的に改竄不可能)の記載を援用したり、また、今から7年前の事故当時においては、患者が口腔内を損傷しているという事実のみに基づいてCTスキャンや鼻咽腔ファイバースコープ検査を行うという医療水準は形成されていなかったことの証明に供するため、アメリカ合衆国の著名な医学者ラドコウスキーらによる、口腔内損傷患者の診察方法に関する医学文献ならびに統計的なデータを用い⁶⁾、口腔外科医(国立大学歯学部口腔外科主任教授)を証人として申請するなどし、さらには、わが国においては数少ない小児耳鼻科専門医(公立病院耳鼻咽喉科診療部長)を証人として申請し、同医師が作成した資料やビデオを証拠として申請し、小児耳鼻科医療の実際についての証言を得るなどしたが、裁判所は、これらの証拠方法の大半を否定的に評価した。つまり、過失の前提事実については、検察側の主張、つまり、関係者の証言を全面的に採用したのである。

5 本判決における結果予見可能性の認定と、それに対する医学的・法律学的な批判

本判決は、

- ① 患児が割り箸で喉に怪我をした事実
 - ② 救急車の中で嘔吐した事実、
 - ③ 患児は「意識レベルが低下してぐったりとした状態」であった事実
- のみから、直ちに「頭蓋内損傷」を疑い、CTスキャンや鼻咽腔ファイバースコープ検査をなすべき義務と、脳外に転医させる義務があるとするものであった。しかし、

- ③の事実(頭蓋内損傷の疑い)を打ち消す反対方向の事実,つまり,
- ④ 意識清明をはじめとして,患児のバイタルサインが全て正常値の範囲内であった事実(これは,評価の入り込む余地のない確定的な事実),
- ⑤ 被告人が診察中,患児には医学的な意識障害がなく(小児救急患者が,怪我のショックや救急車酔,泣き疲れなどによりグッタリしていることはいくらでもあるので,これを以って直ちに意識障害ありということとはできない。だからこそ,担当医師は,意識レベルの観察結果につき,最高値の「清明」よりもワンランク下がるだけの「I-2」と記録したのである。因みに,「I-2」とは,全部で9段階のうちの,上から2番目に良い数値である),開眼・開口命令にも従うことができた事実
- ⑥ 救急救命士は女性看護師に対して「意識はいいですよ。」と申し送っており,女性看護師を介した救急救命士から担当医師への申し送りは,「割り箸は抜けています。」というものであった事実(患児に重症感がなかったからこそ,救急隊は軽症と判断し,第I・II次救急外来に搬入したのである),
- ⑦ 母親は折れた割箸片の残りを持参せず,担当医師が母親に対し,「どうしましたか。」と問診を開始し,患児の禁忌を調査するため,喘息の有無など,いくつかの問診をした際にも,母親は受傷機序につき「割り箸で喉を突きました。」と回答したのみであったという事実

も並存したことを斟酌すると,診察時において,頭蓋内損傷につながる情報は,事実上,①と②しか存在しなかった。

事故当時の医療水準や,医療機器の普及具合に照らすと,①と②の事実のみからは,医師としての経験年数に係らず,「口腔内損傷」以上の病態を疑うことは著しく困難で

あったが,裁判所は,上記①②の事実のみを基礎として,初診段階において「最終的」に頭蓋内損傷の事実を突き止めよ,と判示した。ただし,この「最終的」なる文言はマジックワード的な言葉であり,起訴状(冒頭陳述書)が,あくまで「当初から致命的な頭蓋内損傷を具体的に予想して各種検査や脳外への転医をせよ」と明記していたことから著しく乖離する。というのは,本判決のスキームは,初診時において,かりに頭蓋内損傷を疑い得なかったとしても,硬膜下出血までは疑うことができたはずである,そして,血腫を除去するために開頭すれば,「最終的には,軟口蓋を貫通した割り箸が左頸静脈孔を通して頭蓋内まで刺入し,小脳にも刺さっているという本件の全貌が分かるものと思われる。」だからこそ,初診時においてCTスキャンをなすべきであったが,担当医師は,これをしなかったのであるから「過失」がある,という構成であるから,予見の対象は,致命的な「頭蓋内損傷」ではなくて「硬膜下出血」ということなり,予見の対象が,起訴状と判決文において全く齟齬することになってしまいうからである(本判決の態度がこのようものであることは,判決文中に,「原因究明はさておいて…最終的には…本件の全貌が分かる」なる文章が存在することからも裏付けられる)。

もし,かような論理を正当化するのであれば,「危惧感説」に依拠するしかあるまい。この見解は,行為者が,具体的な結果如何は格別として,「危ない」あるいは「なにか変だ,おかしい」という抽象的な危険性を感じた時点で,直ちに結果回避措置をとるべきとする見解である。この見解によると,注意義務の内容を抽象化し,なおかつこれを低く捉えられるので,その存在を容易に証明できるというメリットがあり,訴訟に

おける立証軽減の手法として一定の評価を得ている考え方である。しかし、危惧感説に対しては、行為者に、具体的な結果予見可能性がなければ、行為者は、果たして如何なる結果回避措置をとれば悪しき結果を回避できるのか、分からないのではないか、また、事実上の結果責任を容認することになりはしないか、との批判がある（通説・判例である、「具体的結果予見可能性必要説」からの批判）。

各見解の帰結を本件に当てはめてみるに、具体的結果予見可能性必要説によると、担当医師は、①②の事実のみからは、医学的には「口腔内損傷」しか予見できないので、この病態に起因する「悪しき結果」とは感染症ということになり、具体的には髄膜炎ということになる。そこで、結果回避措置としては、痛み止めと抗生物質の塗布、ならびに処方であり、自宅における経過観察を指示すれば足りることになる。そして、①②の事実から予見不可能であった「頭蓋内損傷」については、不可抗力に起因する結果として過失責任を負わない、という結論になる。これに対して危惧感説によると、①②の事実のみから、医学的な識別感覚は格別として、「口の中の怪我は頭に近いから、頭の中も危ない」との危惧感を抱き得ることを根拠に、直ちに脳外に転医させ、CT・MRI・血管造影を施行する義務があることになる。これを怠ると、結果回避義務違反ありとして過失責任を負う、という結論になるのである。

もっとも、本判決の論理は、①②の事実のみであったとしても、医学的見地からは、最低限度「硬膜下出血」くらいは予想できるはずなので、これを前提としてCTスキャンを行うべきとしても酷ではないという構成であり、「硬膜下血腫」という具体的

な認識対象を設定している点で、単純な危惧感説のように、抽象的な危惧感を一気に具体的な結果回避義務に直結するものではない点で異なる。このような構成に鑑みると、本判決は、行為当時において、最終的な結果まで予見する必要はないが、結果との間に介在する前提事実（「硬膜下出血」）を予見し、それを回避する措置を講じることにより、最終的な結果が判明する可能性があれば足りるとする構成なので、具体的予見可能性必要説と危惧感説を折衷した見解（段階的予見可能性必要説？）ともいべき考え方である。

しかし、本判決の見解は、医学的・法律的な批判を免れないというべきである。まず、医学的見地からは、患児が入院したとしても、脳神経外科領域には、「原因究明はさておいて」開頭することはない」という原則があるので、経過観察に付するのが医学的常識である。患児は、事故の翌朝6時頃まで意識が保たれていたのだから（母親は、公判廷における証言の際には、この点を覆し、「頷いて欲しいと思う気持ちがある、そう思わせただけです。」と証言しているが、母親の発言のうち、もっとも信用できるのは、事故後約40日経過後に報道されたニュース番組中における発言であろう。母親は、「確かに頷いたんです。」と明言している）、硬膜下血腫の疑いのみに基づいて開頭手術に着手したとは考え難い。また、公判の過程で問題とされたCTは、患児が死亡後に撮影されたものであり、致命傷に至った時点の、もっとも増悪した状態を撮影したものであるが、このCTでさえも、教授クラスの脳外科専門医の解像結果（読み方が区々に分かれるのである。とするのなら、致命傷に至る状態以前の、はっきりとしないCTに基づいて、意識ある患者の明頭手術に着手したのかという、なお

さら疑問を払拭できない(おそらく、翌朝まで待たせよう)。

つぎに、法律学的な見地からの批判は、次の通りである。まず、実体法的な観点から述べる。裁判所は、起訴状の文言と異なる「結果」(中間項としての「硬膜下出血」)を設定し、それを第一次的な予見可能性の対象としているが、起訴状の記載を誰がどのように解釈したとしても、予見の対象は飽く迄致命傷たる「頭蓋内損傷」であり、CT スキャンやファイバーは、この見立てを前提として行うべきであったとしか読むことができず、一義的であり、解釈の余地はない。日本語文法として余りに明白である(つまり、初診時に致命的な頭蓋内損傷を具体的に予見できなければ過失なし、という結論になるはずである)。しかるに、裁判所は、上記のような独自の解釈をして、被告人たる担当医師の予見可能性(過失)を肯定した。裁判所が、かような法律構成をした理由は明らかではないが、おそらくは、1970年代に頻発した公害訴訟において、裁判所が、専門家の意見を聴取したとしても、なお立証困難を来たす過失や因果関係の証明につき、これを容易にする構成を考案したことと軌を一にするものであろう(いわゆる「綱渡りの立証」)。

しかし、かりに過失や因果関係の立証困難性という点において、公害訴訟(現在では、環境訴訟)と医療過誤訴訟が同様であるとしても、医学、ならびにその実践形式としての医療は「科学」であり、臨床例の集積に伴って発展してゆく経験科学というべき学問領域である点で、公害・環境に関する法律問題と著しく性格を異にすることを忘れてはならない。もし、本判例のように、いわば「先の先まで予想して診察せよ、そうしなければ過失あり」というのであれば、町の開業医は、受診した患者の大半を大学

病院に送るであろう。また、救急医学科以外の医師が輪番当直する第1・II次救急外来(軽症患者対応外来)は、患者の大半を第III次救急外来(重症患者対応外来)に送るであろう。つまり、第1・II次救急は患者選別機能を喪失することになり、機能不全に陥り、廃止せざるを得なくなるであろう。また、第III次救急は、待機状態の患者を続出させることになり、疾病の憎悪や死亡事例を急激に増加させることになろう。さらにいうのであれば、わが国の医療保険制度は、国民皆保険制度を採用しており、可及的に低額の保険料にもとで、可及的に高い水準の医療を国民に施す体制を整えているところ、本判決のように、先の先まで予想した診療をする義務あり、しなければ過失ありというのであれば、医療費の高騰を招き、医療保険制度は早晚バンクするであろう。かりに、本判決の論理を敷衍するのであれば、わが国においても、国民皆保険制度を撤廃し、アメリカ合衆国のように、自由診療を原則とし、個人が医療費を負担できないというのであれば、保険会社と個別に医療保険契約を締結し填補することにして、保険料の多寡に応じ、被保険者たる患者が受診できる医療の質に実質的な差異を設けるしかあるまい。以上のような、今後予想される弊害に鑑みると、経験科学としての医学の本質を守り、事実上の結果責任を回避するためにも、本件の如く、世界初であって空前絶後の症例・著しく例外的な症例(因みに、本判決でさえ、これらの点を認めている)について下された本判決の論理を、絶対に、救急患者一般に敷衍してはならない。あくまで本件に限っての事例判決と解すべきである。検察側の起訴状(冒頭陳述書)や、これを前提とする本判決の理論構成は、医療現場の実情を無視するものであるとの誇りを

免れないというべきである。

つぎに、訴訟法的な観点からの批判について述べる。裁判とは、審判の対象(検察官が設定した訴因に記載された公訴事実)をめぐる、検察側と弁護側の攻撃・防御であることに鑑みると、本判決は、審判の対象からはずれた事実について判決したことになる、被告人医師側・弁護側にとっては不意打ちになるとの誇りを免れないというべきである。もし、裁判所が、起訴状の文言の意味を超える認定をするのであれば、裁判所は、検察官に対し、「第一次的には、硬膜下出血を疑うべきであった。そうすれば、結果として頭蓋内損傷が判明したはずである」とする訴因に変更すべきことを促すべきであった。そして、訴因変更を認めた上で、新たな審判の対象(初診時に硬膜下出血を疑うことができたのか否か)をめぐる、検察側と弁護側に攻撃・防御をなさせ、審理を尽くさせるべきであった。

6 過失における結果回避可能性の認定

(1) 結果回避可能性の有無の判断

医師が、法律上要求されている注意義務を尽くしたとすれば、悪しき結果を回避できた可能性があるか否か、という判断プロセスなので、事実上、因果関係の有無の判断と重複する。

(2) 本判決における結果回避可能性の認定

- 医療過誤訴訟における因果関係(=悪しき結果の回避可能性)の認定は、純粋な医学的アプローチに全面的に依拠せざるを得ない。
- 患児の「死因」に関する医学的見解

I. 血腫説(検察側)

小脳挫傷を出血源とする後頭蓋窩の「急性硬膜下血腫」に起因して左小脳半球が圧迫され、頭蓋内圧が亢進したことにより、脳幹を圧迫するに至り、呼吸中枢機能が停

止したことに起因して死亡するに至ったとする見解

II. 血栓説(弁護側)

割り箸が左頸静脈孔(直径数ミリ)に嵌入した際に、静脈が割り箸により閉塞され、血流が停止した結果、血液の凝固が始まり、そこに血栓が形成され、不可逆的な静脈還流障害が生じ、これによって小脳のみならず大脳にも脳浮腫(脳実質が血液によりだぶだぶになること)を発生し、頭蓋内圧が亢進したことにより脳幹を圧迫するに至り、呼吸中枢機能が停止したことに起因して死亡するに至ったとする見解

○ 両説の根本的な差異

I説は、血腫を除去すれば「死因」である脳浮腫を抑制できるので、患児を救命することは可能であったと考えるのに対し、II説によると、血栓は一度発生すると除去し得ず不可逆的に進行するから、「死因」である脳浮腫を抑制することはできないので、患児を救命することは不可能であったと考える(本症例の場合、血液溶解剤の使用は、大出血を誘引するので抑制される)因みに、本判決は、弁護側の主張たるII説を全面的に採用し、検察側のI説につき、血腫は重さ26g、大きさにして24mlであり、これが小脳を圧迫し、やがては脳幹を圧迫し、死に至ったという機序を想定しているところ、この説の主張者は、小脳自体が脳浮腫により実に270gもの重量増加を来たしていること、要するに、小さな血腫よりも遙かに巨大な、腫れた小脳自体による脳幹圧迫の影響について全く言及していないこと、しかも、なにゆえに、これほどまでの重量増加が起こったのかについて、その原因に関する言及もないことを批判した。そして、その主要な原因は、弁護側の主張どおり、血栓に求めざるを得ないとしたのである。

○ 救命率に関する他の判断要素

術式の困難性を指摘することができる。主要な要素を挙げると、割箸片は口腔側のみから引き抜かず、分割して口腔側と後頭部側から取り出さなければならないこと、つまり、患児を伏臥させ、耳鼻咽喉科医師は口腔側から、そして、脳神経外科医師は後頭部側から、後頭部を切開し、頭蓋を穿孔して骨窓を開け、小脳を脳へうで避けつつ割箸片にアプローチしなければならないこと、しかも、割り箸へのアプローチに失敗した場合、幾つかの骨窓を開けなければならないが、耳の後ろの骨は堅固なので、大変な時間と侵襲を伴うこと、左頸静脈孔という僅か数ミリ程度の孔の中で閉塞・損傷している血管の修復は極めて困難であり、出血量のコントロールが困難であること、手術に手取っている間に、血栓が左右の静脈会合部まで伸びてしまい、静脈還流が止まり致命傷に至る(剖検医は、割り箸は固く嵌入しており、頭蓋側から手で引っ張って見たが容易に抜けなかったと供述している)、不潔な異物である割り箸がもたらす感染症が必発であり、コントロールが困難であること、などである。なお、検察側の証人医師2名は、患児の救命率を「7～8割」もしくは「9割以上」と証言したが、既往の術式の困難性に対する具体的な言及が殆んどないのみならず、救命率の数値算出の根拠についても「インプレッション」と発言するなど、具体性に乏しいものであったことを付言する。もっとも、非難されるべきは医師ではなくて、医師に客観的な検査結果を示さずに供述や証言を得ようとした検察庁であろう。

7 本判決において因果関係を否定しつつ、過失を肯定したことの意味

刑法の過失犯理論を前提とする限り、“結果のない過失”は考えられない。結果のない過失について、行為者の法律上の責任を問うためには、民事上の過失責任を問う他はないと考えるのが、法律学における一般常識である。この理を医療過誤事件についてみると、もともと悪しき結果を回避できなかったのであれば、医師が何をなすべきであったのかを論じる前提を欠く。例えば、死亡事例において、致命傷を負った瀕死の患者を受診した医師が、初診段階において対症療法を施したものの、当然の結果として患者が死亡した場合において、患者の死亡に何らの影響を与えておらず、また、何らの死亡原因をもたらしたわけでもない医師に対し、法律が敢えて医師は何をなすべきであったのかを論じる余地はないことから、容易に理解できるところである。この点において、本判決は、因果関係を否定しながら過失を肯定している点で特殊である。

では、裁判所は、なにゆえに、敢えてかような法律構成をしたのであろうか。本判決は、「本件において〇〇(筆者注…患児の氏名)が遺したものは、『医師には、眼前の患者が発するサインを見逃さないことをはじめとして、真実の病態を発見する上で必要な情報の取得に努め、専門性にとらわれることなく、患者に適切な治療を受ける機会を提供することが求められている』という、ごく基本的なことである。」と判示していることから、医療現場に対する法の厳しい姿勢、つまり、刑法の機能の一つである、犯罪の一般予防的な見地からの警告を、法の理論的整合性に優先させた結果なのであろう。

8 「最後に」と題する本判決中の付言について

本判決には、異例ともいべき付言、つまり、訴因に対する判断以外の裁判所の判断が記載されている。その付言中に、

- ① 患児は、「その小さな体で生命が危険な状況あることを訴え続けていたのに、」担当医師が、「患者の病態を慎重に観察し把握する」という、医師としての基本的かつ初歩的な作業を怠ったため、救急救命士からもたらされた事前情報（頭蓋内損傷の疑いを打ち消す、前記4の④～⑦の事実）を重視する余り、「〇〇が発するサインを見落とし、救命に向けた真摯な治療を受ける機会を奪う結果となった」。
- ② 担当医師は、「日ごろ生死に直面した患者を扱うことが殆どないと思われる耳鼻咽喉科の専門医であり、臨床経験3年程度のまだ駆け出しの部類の医師であったため、教科書的な処置の範疇のから抜け出せず、他科の領域に属する病態を想起するには至らなかった。」

という指摘がある。しかし、救急の臨床現場からは、到底是認できる指摘とはいえない。

まず、①についてであるが、これはコメディカルの能力を疑うべきことを帰結するものである。しかし、救急救命士の能力は、患者の意識レベルをはじめとするバイタルサインの計測という側面においては、著しく特化されており、ベテランの脳神経外科医師は格別として、医師の平均的レベルよりも高いといっても過言ではない。このことは、本裁判においても、救命士の訓練を担当する私立大学医学部救急医学科の主任教授が、根拠を示してはっきりと証言しているところである。このことは、救急の現場においても、救急の当直を経験した医師

ら一般に周知している事実であり、常識である。また、救急の現場においては、患者が搬入待ちの状態になることもままあるため（因みに、当時、国立・公立の医療機関はERを殆どやっておらず、私立大学の医療機関が一手に引き受けていた。本件についても、当時、東京都下の救急患者は杏林大学が大半を受け入れていた。事故当日も、患児は、事故現場近くの荻窪病院と武蔵野野赤病院に搬入を断られ、遠方の杏林大学病院が受け入れたという事実がある。担当医師は、事故当日は合計23人の急患を診ていたが、多いときには50人以上を診ることもあった）、平日昼間の一般外来と異なり、本件事故当日のような、休日の夜間救急外来においては、ある程度能率よく診察を進めなければならないという現状があった。このような、一医師の努力では如何ともし難い現実を前にして、救命士の報告や観察結果を疑えというのは、著しく不合理である。この論理を是認すると、救命士は不要となり、救急車は単なるタクシーと化すであろう。そして、救急が機能不全に陥ることは必至であり、いわば救急の自殺を招くことになろう。本件についてみると、担当医師は、事前情報を鵜呑みにしたわけではなく、これを前提として視診・触診をなし、事後的な検証を試みているので、なお非難可能性は低いものとなろう。

②についてであるが、裁判所は、耳鼻咽喉科が「日ごろ生死に直面した患者を扱うことが殆どない」診療科であると論じているが、医学の見地からみると、かような判断は著しい不見識であり、驚きを禁じ得ない。一例を挙げると、本診療科の領域において、急性喉頭蓋炎という学名の疾病がある。この疾病は、耳鼻咽喉科専門医にとっては実になじみの深い病名であり、救急外来にも、その疑いのある患者や、急性期患

者がしばしば搬入されてくる。この疾病は、医師が診察を誤ると、患者が一瞬で窒息死する恐れがあるため、医師の瞬時の判断が患者の生死を分ける点に特徴がある。

具体的に説明すると、人の身体は、嚥下する際に、嚥下した食物が気管に詰まるのを防ぐため、自動的に、気管の入り口が喉頭蓋により閉まる仕組みになっている。この蓋がパンパンに腫れてしまうのが急性喉頭蓋炎なのである。患者が急性期にある場合、医師は比較的確定診断を付けやすいため、喉頭蓋よりも下に位置する箇所の気管を切開して送管し、気道(エア)を確保することにより、患者の急性期を切り抜け、腫れが引くの俟つのである。しかし、急性喉頭蓋炎の疑いがあるに過ぎない場合は、患者は、ただ、「喉が痛いのです。」などと説明するだけなので、手術適応の有無を決めるための、入院による経過観察を必要とすべきか否かの確定診断をつけるのが困難である。ここで問われるのが耳鼻咽喉科医師の資質と研鑽レベルであり、まさに、本判決がいうように、「患者が発するサインを見落とさ」ないように「患者の病態を慎重に観察し把握する」能力如何が問われるのである。

因みに、本件担当医師は、1999年の事故当時、杏林大学医学部付属病院と獨協医科大学付属病院における2年の研修課程を修了しており、両大学の耳鼻咽喉科主任教授より、同科専攻医としてのスキルありと認定されていた。また、研修課程のなかに、当然のことながら、第I・II次救急外来の輪番当直も含まれており、担当医師は、医師国家試験合格後の1997年4月より約半年間、オーベンの上司とともに当直を経験し基本スキルを学んだ後、事故遭遇時までに1年8ヵ月におよび、単独で救急外来を

担当していた(現在まで、当然のことながら、他科への引き継ぎについてのミスはない)。さらにいうのであれば、担当医師は、医師免許取得後から現在まで、本件裁判継続中も含めて、一貫して、杏林大学の医局に籍を置きつつ、753床を擁する東京近郊の総合病院の常勤医として、一般外来ならびに救急外来を担当しており、急性喉頭蓋炎の単独症例経験数も多数(当然のことながら全て成功例)であり、他にも、ファイバースコープを適宜使用して喉頭癌を発見し、切除術を施行するなど、難治性の疾病の症例経験数も多数である(チーム医療)。もし、担当医師が、本判決が断じるような、「医師としての基本的かつ初歩的な作業」を平気で怠るようなケアレス医師であったとしたら、本件事故に遭遇する前に、急性喉頭蓋炎を扁桃腺とでも誤診し、患者を帰宅させて死亡させた“過失”により、とうの昔に医師免許を失っていたことであろう。あるいは、単なる偶然により事故を免れていただけとしたら、本件事故遭遇後に、ケアレスミスを連発し、とうの昔に医療現場を追われていたことであろう。

単純な話として、意識不明ないし朦朧とした重体患者を目前にして、母親の必死の愁訴を無視して、「疲れて眠っているだけ、呼吸もしているから大丈夫」などと放言し、何もせずに無理やりに返してしまう医者がどこにいるというのであろうか。また、そのように言われたからといって、重体患者を、まる一晚にわたり放置し、再度当院に連れてこない、あるいは他院に連れてゆかない親がどこにいるというのであろうか。検察側の冒頭陳述書(検察官が証拠によって証明しようとする事実)や、これを前提とする本判決の認定は、理解に苦しむところである。

第5 本判決に対する評価

裁判所は、因果関係のみならず、過失も否定するべきであった。

現在(判決時)の臨床現場においては、患者の容態如何に係らず、口腔内損傷患者を受診した場合には、原則としてCT スキャンや鼻咽腔ファイバースコープ検査を行うという医療慣行が形成されつつある。しかし、その契機は、本件の書類送検(2000年7月)と起訴(2002年8月)であり、7年前の事件当時においては、そのような医療慣行はおよそ一般化していなかった(国立大学歯学部口腔外科主任教授の証言。当時、小児用の鼻咽腔ファイバースコープは、大学病院ですら十分な数を常備していなかったし、ファイバーの挿入はかなりの侵襲感・恐怖感を伴うので、できれば回避したいと考えるものであった。実際にも、当時は、単なる口腔内損傷と記載しただけでは、医療保険すら降りなかった)。つまり、本件の立件以降、医療現場における医療水準となったのである。

このような医療現場の実情に鑑みると、本判決のように、「本件が語るところを直視し、誰もが二度と悲惨な体験をすることがない糧とすること」が最大の教訓というのであれば、つまり、医療過誤に対する抑止の効果という一般予防を期待するのであれば、本件について書類送検や公判請求がなされたことで十分に足りるのであり、過失を認定する必要はなかったというべきである。本判決の論理によると、世界初の診断困難な症例について、常に最初の遭遇者が過失を取られることにもなりかねず(スケープゴード)、経験科学たる医学の本質に反する恐れがある。本判決は、事実上、現在の医療水準を7年前に遡らせ、当時の被告人の診察に対して過失を認定しているものといわざるを得ない。医療水準とは医学標準を意味するのだから、まずは臨床の現場においてこれを形成し、それが社会通念に照らして著しく不当なものでない限り、

後から法律がこれを追認し、医師一般の注意義務の内容とするべきなのである。ところが、本判決の論理によると、まずは法律がこれを決め、医師はこれを所与の前提として遵守せよ、ということにもなりかねない。これでは、医師の行為規範たる医療水準が全く機能しなくなるばかりか、法律不遡及の原則にも反すると考える次第である。

以上

【注 釈】

- (1) 本稿が脱稿した時点において、判決正本(約150頁)は、交付まで、判決公判後数ヶ月を要する関係で、いまだ裁判所より検察側・弁護側に手渡されていない。従って、本稿が評釈の対象とした資料は、判決要旨(A4版10頁)と、検察側の公判提出記録(弁護側が不同意とした証拠資料を含む)、および弁護側の公判提出記録(検察側が不同意とした証拠資料を含む)に限られる。
- (2) 明治大学シンポジウム「医療過誤刑事責任～注意義務の明確化をめざして」における次の報告(2006年4月28日)、甲斐克則「基調報告 医療過誤刑事責任における注意義務違反について」、山室恵「医療過誤刑事責任～元裁判官の立場から」、飯田英男「刑事医療過誤の最近の動向」、同大シンポジウム「医療と法 医療過誤と刑事責任の現在」における次の報告、甲斐「刑事医療過誤の近年の動向と問題点」、飯田「医療過誤と刑事責任の現在」など。
- (3) 「医療水準」は、「臨床医学の実践」レベルを表わす概念であり、医師の注意義務の限界を画する基準として、主に民事医療過誤の領域において形成されてきた概念である。そこで、この概念を、刑事医療過誤における過失の認定に供し得るか否かであるが、前掲甲斐レジュメによると、過失の認定が若干嚴格化されることを除けば、ほぼそのまま刑事過失の認定に供し得る旨記載されている。

なお、民事医療過誤訴訟における「医療水準」は、1960年代から70年代にかけて多発した、未熟児網膜症に対する診療の是非をめぐる一連の訴訟の場において形成された。つまり、いわゆる未熟児が出生した場合、その成育を維持するため、保育器に収容して酸素吸入を施すのであるが、一定の確率で網膜症を発症することが不可避であり、場合によっては失明に至る症例が散見された。ただ、当時における眼科・小児科の学会レベルにおいては、光凝固法という先端治療法を施せば、失明の危機を回避できることが知られ始めていたが、開業医のレベルにおいては未だ周知していなかった。そのため、光凝固法を実施しないことに起因する未熟児網膜症が多発し、医療機関の過失責任を問う訴訟が頻発したのであった。判決は区々に分かれていたが、最終的には、光凝固法の有用性を確認した厚生労働省の通達を機縁として(1975年)、かかる通達を境として、それ以前の事例を過失なし、以後の事例を過失ありと認定することにより、一連の訴訟に終止符を打った。

「医療水準」に言及した判例の嚆矢は、東大輸血梅毒事件(最一小判昭和36年2月16日集第15巻第2号244頁)であるが、その後、前記未熟児網膜症に関する一連の判例によって精緻化され、「医療水準」を正面から問題として、前述した光凝固法の実施は困難であったとして被告の過失を否定した判例として、未熟児網膜症高山日赤事件(最三小判昭和57年3月30日判タ第812号177頁)と、未熟児網膜症昭和47年事件(最二小判平成4年6月8日民集第49巻第6号1499頁)があり、反対に、光凝固法の不実施を根拠に被告の過失を肯定した判例として、未熟児網膜症姫路日赤事件(最二小判平成7年6月9日判タ第1571号51頁)がある。

なお、ペルカミンS事件(最三小判平成9年2月25日民集第29巻第9号1417頁)は、医療水準論

の派生原則として、医師の研鑽義務を認めた点で注目されている。つまり、医療水準は医師の注意義務の限界を画する概念ではあるも、単なる臨床現場の医療慣行を表わしたものではないので、医療慣行に従っただけでは免責されず、医師が医療慣行を超えようとする研鑽義務を怠ったと認められる場合には、なお過失責任を肯定するべきであると判示した点で、姫路日赤事件判決の趣旨を敷衍した判決といえる。なお、医療水準に関する最新の文献として、山口香昭「医療水準—注意義務の基準」前掲伊藤・押田47頁。

- (4) 期待権侵害論の淵源・沿革・比較法的考察については、高畑順子「『損害』概念の新たな一視点—Perte d'une Chance論が提起する問題を通して—」法と政治第35巻第4号641頁(1984)、澤野和博「機会の喪失理論について(1)」早稲田大学法研論集第77号99頁(1996)、同(2)同第78号95頁(1996)、同(3)同第80号87頁(1997)、同第81号163頁(1997)、高波澄子「米国における『チャンス喪失論』(一)」北大法学論集第49巻第6号39頁(1999)、同(二・完)第50巻第1号138頁(1999)など。

また、期待権侵害論に関する総論的な先行業績は多数存在するが、最新の文献としては、小賀野晶「医療事故訴訟における因果関係」伊藤文夫・押田茂實編 医療事故紛争の予防・対応の実務—リスク管理から補償システムまで—79頁(新日本法規2005)、植草桂子「医療事故訴訟における損害論—延命利益・期待権・機会喪失等—」前掲伊藤・押田103頁があり、現時点における判例・学説の動向を、図表を交えて分かりやすく整理している。

なお、最高裁判例のリーディングケース(請求認容)は、『切迫性急性心筋梗塞により死亡した患者について、医師が適切な初期治療を行っていれば、急性肺炎と誤診することなく、患者がその死亡の時点においてなお生存して

いた相当程度の可能性がある」とされた事例』(最二小判平成12年9月22日民集第54巻第7号2574頁)である。本判例につき、平沼高明「医師の過失と患者の死亡との間に因果関係が存在しない場合と医死の不法行為の成否」塩崎勤編著「医療過誤裁判例の研究」17頁(民事法情報センター 2005)

(5) 東地刑10判平成13年3月28日判時第1763号17頁(無罪・確定)

(6) 本件症例は、第三次救急外来適応の、重篤な「穿通性頭部外傷」であるとともに、第I・II次救急外来適応の、軽症に属する「口腔内損傷(=「軟口蓋損傷」=口蓋垂、つまり、いわゆる喉ちんこが垂れ下がっている部分の怪我)」であったのであるが、口腔内損傷患者を受診した医師は、直ちに頭部外傷を疑うべきなのか否かにつき、「確度の高い客観的資料」として、次のような、アメリカ合衆国の医学者らによる諸文献・統計的データが存在する。

ヘンゲラーらは、「軟口蓋損傷に関する16症例の報告」と題する論文の中において、内頸動脈に損傷がある場合、血栓が形成され拡大するまでは神経症状を示さず、24時間以上遅れて症状が発言したとの報告もあることから、咽頭部外傷の場合は少なくとも48時間は入院させて観察し、神経症状のある場合は、血管造影を行う必要を説き、結論として、口腔内損傷があれば頭部損傷を疑うべきと主張しているのに対し、ラドコウスキーらは、「小児における口腔咽頭の刺傷」と題する論文の中において、ハーバード大学附属ボストン小児病院における、過去10年間の経験症例77例中、脳血管障害や脳神経障害を引き起こした症例は皆無であったことを説き、ヘルマンらも、「小児の口蓋損傷—131症例の検討」と題する論文の中において、オハイオ州シンシナティー市小児メディカルセンターにおける、過去17年間の口腔内損傷患者について調

査したところ、そのうち72%の損傷部位が側方に寄っていたにも係らず、脳血管障害や脳神経障害を引き起こした症例は皆無であったことを説き、口腔内損傷があれば頭部損傷を疑うべきとするヘンゲラーの見解に反対している。

杏林大学病院においても、患児の両親による提訴を受けて(2000年10月)、提訴時以前の、過去5年間にわたる口腔内損傷患者の当院受診例を緊急調査したが、脳血管障害や脳神経障害を引き起こした症例は皆無であった。また、全国規模・世界規模における調査を試み、MEDLINEなどを利用して本件症例の類例を検索したが、割り箸のような非金属性の異物が口腔より頭蓋内に侵入した症例はなく、当然のことながら、割り箸が口腔を経て軟口蓋を貫通し、左形状脈孔(直径数ミリ)を経て小脳に刺入した症例を発見することはできなかった。

なお、口腔内損傷患者につついて、入院を「必要」とするヘンゲラーの見解に関し、Hengerer AS, Degroot TR, River RJ, et al: Internal carotid artery thrombosis following soft palate injuries: A case report and review of 16cases. Laryngoscope 94: 1571-1575, 1984.

これに対し、入院を「不要」とするラドコウスキーの見解に関し、Laryngoscope 1993 Sep; 103(9): 991-4 Penetrating trauma of the oropharynx in children. Radkowski D, McGill TJ, Healy GB, Jones DT. Department of Otolaryngology, Harvard Medical School, Childrens Hospital, Boston, MA 02115.

ラドコウスキーと同様に入院を「不要」とするヘルマンの見解に関し、Int J Pediatr Otorhnlaryngol 1993 Mar; 26(2): 157-63 Impalement injuries of the palate in child-

len: review of 131 cases Helmann JR, Shott SR, Gootee MJ. Department of Pediatric Otolaryngology, and Maxillofacial Surgery, Children's Hospital Medical Center, Cincinnati, OH 45229-2899.

参 考 文 献

- 1) 山川一陽 (2005) 医療事故の概念とそれによる医療機関・医師の責任. 医療事故紛争の予防対応の実務—リスク管理から補償システムまで一. 伊藤文夫, 押田茂實編, 新日本法規, 名古屋, 3
- 2) 高部道彦 (2005) 医療従事者の刑事責任. 医療事故紛争の予防対応の実務—リスク管理から補償システムまで一. 伊藤文夫, 押田茂實編, 新日本法規, 名古屋, 14
- 3) 西内岳 (2005) 医療事故. 平沼高明先生古稀記念論集「損害賠償法と責任保険の理論と実務」, 信山社, 東京, 27
- 4) 平沼高明 (2002) 医師の責任からみた専門家責任. 専門家責任保険の理論と実務. 平沼高明著, 信山社, 東京, 83
- 5) 平沼高明 (1997) 医師の刑事責任. 医事紛争入門. 平沼高明著, 労働基準調査会, 東京, 79
- 6) 若松陽子 (2005) 医療過誤訴訟の到達点. 歯科医療過誤訴訟の課題と展望—新しい医療の展望を求めて—. 若松陽子著, 世界思想社, 京都, 19-
- 7) 大谷實 (1984) 医療事故と刑事責任. 医療と人権—医師と患者のよりよい関係を求めて—. 加藤一郎, 森島昭夫編, 有斐閣, 東京, 405