

論 説

## 消極的不作為型医療事故における過失認定に関する一考察

—杏林大学病院頭蓋内割箸片看過男児死亡事件（綿飴割箸事件）の無罪判決（東地刑 16 判平成 18 年 3 月 28 日・控訴・判例集未登載）と請求棄却判決（東地民 28 判平成 20 年 2 月 12 日・請求棄却・控訴・判例集未登載）を素材として—

根本 晋一

## Malpractice due to negative inaction: the Kyorin University Hospital case

Shinichi Nemoto

### Abstract

The present case is a very interesting example from the viewpoints of both medicine and medical affairs law. Medically, this case was unprecedented—a half-split chopstick only one half became lodged in the cerebellum of a boy after a fall. The chopstick penetrated the soft palate, emerged through the jugular vein aperture of the left side of the skull—a small hole several millimeters in diameter—and became lodged in the pharyngeal wall. The half-split chopsticks were fixed like a hole in one accidentally in this hole. One third of the chopstick was broken off in the boy's brain. Because the chopstick had become lodged in such a small hole, a segment of the chopstick that had broken off in the boy's brain went unnoticed by medical staff at the hospital; and he boy was able to respond to questions. As a result, the boy died the one hour and a half later. From the standpoint of medical affairs law, this was a medical accident caused by the negative inaction of a doctor and a suit was filed against the doctor who failed to detect the broken chopstick. Because of the unprecedented nature of this case, this precedent belonged to the limit example of a fault and an avoidable. The judgment of the criminal court for doctor (defendant) was innocent. The judgment of the civil court denied request for doctor of the parents (plaintiff) of the boy. This study is an exegesis of the judgment in this case.

**Key words:** jugular vein aperture of the left, pharynx side wall, soft palate, unprecedented

### 目 次

第 1 緒 言

第 2 本件刑事裁判・民事訴訟とマスコミ報道の経緯

第 3 本件症例の医学的意義

第 4 本件の医事法学的意義

第 5 事実の概要と民事判決要旨

第 6 本件の争点と争点に関する判例理論

第 7 争点に関する裁判所の判断

第 8 本判決の評価（本件刑事判決と民事判決の整合性）

第 9 私 見 —結語に代えて—

日本大学歯学部 人間科学  
〒101-8310 東京都千代田区神田駿河台 1-8-13  
日本大学通信教育部  
〒101-8354 東京都千代田区三崎町 2-2-3  
(受理: 2008 年 9 月 9 日)

Nihon University School of Dentistry  
1-8-13 Kanda-Surugadai, Chiyoda-ku, Tokyo 101-8310, Japan  
Nihon University Correspondence Division  
2-2-3 Misaki-cho, Chiyoda-ku, Tokyo 101-8354, Japan

## 第 1 緒 言

杏林大学病院頭蓋内割箸片看過男児死亡事故(綿飴割箸事故)とは、1999(平成11)年7月10日(土)の18時頃、東京都杉並区内に所在する、公立の障害者自立援助施設である、すぎのき・けやき園が主催した盆踊大会の会場(同園の園庭)にて発生した、綿飴の芯棒として使用されていた割箸刺入による、男児転倒死亡事故である。本件は、これとほぼ同時期に発生した、横浜市立大学病院患者取違事件・都立広尾病院消毒液誤投与事件・東京女子医大病院心臓ポンプ誤作動事件と、これら一連の事件よりも少し後に起きた慈恵医大青戸病院腹腔鏡事件とともに、遺族らが所属する市民団体や一部のジャーナリスト、これらの取材源が流す一方的な情報のみを信じたマスコミ関係者らにより、司法判断が下る前から医療過誤の象徴とされ、テレビ・新聞・雑誌・インターネットなどの各メディアにより、遺族側に偏したスクラム報道が、ニュースやワイドショー企画の形で、長期にわたり、全国規模で繰り返し報道されたため、医療関係者のみならず、ひろく一般人にも周知された事件であった。なかでも、本件は、事故発生の翌年である2000(平成12)年10月、遺族である両親が、本件民事訴訟の提訴と時期を同じくして、著者である母親の実妹が勤務する小学館より、「割りばしが脳に刺さったわが子と大病院の態度」と題する文庫本版の手記を刊行し、およそ1万部を売り上げ、さらに、2001(平成13)年3月、両親らは、彼らが所属する市民団体のメンバーらとともに「カミングアウトして大病院と闘う遺族の集い」なる会を立ち上げ、同年7月、NHKの特集番組に、他のメンバーらとともに、同会の勉強会に参加する風景という形で出演するのみならず、その前後におけるワイドショーやニュース番組への出演、雑誌の取材に対する回答(記事)などと平仄を合わせて、本判決の認定

事実と著しく乖離した事実に基づき、患児の担当医師や杏林大学病院を強く非難したため、他の事件にも増して、社会の注目を集めることになった。既往のような社会的背景をもつ本件につき、遺族である両親により民事訴訟が提起され、また、検察により起訴されるに至ったのであるが、平成18年3月28日、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、被告人医師は有罪であるとの憶測のなか、東京地裁刑事第16部は、被告人医師を無罪とする判決を下し、また、平成20年2月12日、社会の多数意見は、原告である遺族両親の請求につき、少なくとも慰謝料請求の一部を認容するであろうとの憶測のなか、東京地裁民事第28部は、原告らの請求を全部棄却し(全面敗訴)、被告医師のみならず、被告杏林大学病院の損害賠償責任を否定した。なお、本件刑事事件については検察官控訴がなされ、本件民事訴訟についても、両親が控訴しているところ、いずれの控訴審についても、新たな証拠調を行うことなく、2008(平成20)年の秋までに結審し、暮れには判決が下される模様である。筆者は、医学的見地および医事法学的見地から、非常に重要な意義を有する本件につき、本誌第35号に、拙稿「再考 医師の不作為と刑事責任」と題する論説を掲載し、本件刑事判決の評釈をなしたのであるが、本号においては、本件民事判決が出されたことを契機として、本件民事判決の評釈と、本件刑事判決との比較検証を試みる。

## 第 2 本件刑事裁判・民事訴訟とマスコミ報道の経緯

### 1 刑事裁判

事件発生(1999年7月10日・11日。各メディアによる大規模報道あり。事故発生後数日のち両親はテレビ出演)、杏林大学病院による医師法第21条に基づく死因不明による異状死の届出、異状死の届出に基づく、東京都監察医務院監察医による検

死、割箸片頭蓋内遺残の事実は不明のまま死体検案書を作成、三鷹警察署の署員来院、死亡児の遺体を司法解剖、司法解剖を担当した剖検医(慶大法医学教室)が割箸片を発見、両親が荻窪警察署に被害届を提出、荻窪警察署に捜査引き継ぎ、同署が被疑者医師に対する任意の在宅捜査に着手(以上、同月11日)、割箸片遺残の事実につき、両親は病院側に対して口外を堅く禁止していたにもかかわらずマスコミに公表(8月19日。フジテレビスーパーJチャンネル「ニュースの森」や、日本テレビワイドショー「ザ・ワイド」において特集あり。各メディアによる大規模報道あり。両親はテレビ出演)、およそ1年ののち、東京地検へ事件送致(2000年7月。書類送検。被疑者医師の実名報道など、各メディアによる報道あり、両親の記者会見をテレビ報道)、その後、2年にわたり動きがなかったところ、一転して検察が取調を開始(2002年7月)、在宅起訴(2002年8月。被告人医師の実名報道など、各メディアによる報道あり、両親の記者会見をテレビ報道)、第1回公判(同年11月29日。法廷に市民団体メンバーらとマスコミ関係者ら多数。各メディアによる報道あり)、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)、被告人医師が上申書を朗読し、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。法廷に市民団体メンバーらとマスコミ関係者ら多数。各メディアによる報道あり。両親の記者会見をテレビ報道。翌日、TBSみのもんたのワイドショーにて特集あり)という経過を辿った。第一審の繫属期間は、実に3年8ヵ月という異例の長期におよんだ。その原因であるが、弁護側は、検察側により示された公訴事実を全面的に否認し、検察側が提出した証拠の大半を全部不同意もしくは一部不同意と

し、検察側も、弁護側が提出した証拠の大半を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ことに起因する。もっとも、このことは、本件が、医学的見地からは、前例のない空前絶後の症例であって、予見困難であったのであり、また、医事法学的見地からは、過失の限界事例であって、被告人医師の注意義務違反の有無に関する認定がきわめて困難であったことを物語っている。

## 2 民事訴訟

異状死の届出までの経緯は刑事裁判と同じ、死亡児の両親による病理解剖の拒否(いずれも同月11日)、遺族である両親による東京地裁八王子支部に対する証拠保全の申立(同年9月。複数の新聞報道あり)、証拠保全の実施・検証(同年11月。複数の新聞報道あり)、提訴(2000年10月。死亡児の誕生日提訴との、多数マスコミ報道のもと、訴状提出の様子につきテレビのニュース報道あり、同時に既往の手記が刊行され、その事実についても新聞報道あり)、原告被告本人尋問(2001年12月。法廷に市民団体メンバーらとマスコミ関係者ら多数。組織的なプーイングあり、日本テレビ朝のワイドショー番組「特ダネ」にて特集あり。テレビ出演)、結審(2007年11月)、請求棄却判決(2008年2月。TBS朝のワイドショー「みのもんたの朝ズバッ」にて特集あり。テレビ出演)。第一審の繫属期間は、実に7年4ヵ月という異例の長期におよんだ。近年、ようやく制定をみた裁判迅速化法が、民事事件第一審の審理期間を2年程度としていることに鑑みると、また、民事医療過誤訴訟は和解に終わることが多いことから、審理期間は、その他の事件と比較すると相対的に短いことなどに鑑みると、本件訴訟は、著しく長期におよんだことが容易に理解できる。その理由であるが、刑事事件であれば、真相解明のため、国家機関である捜査機関が強制力を用いて証拠資料を収集するところ、民事事件におい

ては、原告被告間の私的紛争の解決を目的とすることから、法廷に証拠として申請する証拠資料につき、原告自らが収集・保全しなければならないので、原告らは、犯罪被害者保護法に基づき、刑事事件の公判廷において採用された証拠方法の開示請求をなし、それにより取得した証拠資料のうち、自らに有利な証拠資料を順次民事事件の法廷に申請し、裁判所は、これらを証拠方法として採用していたからである。そのため、民事訴訟は、真偽不明の事実関係の証明に供すべき証拠方法につき、刑事事件の証拠資料に依存せざるを得ず、後追いとならざるを得なかったことが一因であると思われる。

### 第3 本件症例の医学的意義

本判決は、患者が転倒による割箸刺入に起因する頭蓋内損傷により死亡した症例につき、医師が患者の頭蓋内に遺残していた割箸片を看過した点に関する過失の有無が問われた事例についての判断であるところ、裁判所の認定事実によると、患児が啞えていた割箸は、転倒により、患児の口腔より侵入し、軟口蓋に刺入し、目視可能な上咽頭腔を通過することなく、目視不可能な咽頭側壁の組織のなかを進み、あたかもホールインワンの如く、頭蓋の一部である左頸静脈孔（左頸静脈のほか、迷走神経・舌神経・副神経が通っている、直径数ミリ程度の狭隘な孔）に嵌入し、容易に抜去し得ない状態に固定された。しかも、割箸は、患児により、目視不可能な咽頭側壁の組織内で破断され、その一部である7・6 cmを頭蓋内に遺残させる結果となった。なお、遺残した割箸片の先端は、小脳に達しており、小脳実質に、およそ2 cm刺入していた。死因については、司法解剖を担当した剖検医を含む7名の各科専門医により鑑定がなされたが、諸説に分かれ、大別して、血腫説と血栓説が対立した。まず血腫説であるが、これは、割箸刺入による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であった。これに対して血栓説は、割箸が左頸静脈孔に嵌入した際に、静脈が割箸により閉塞され、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を発症し、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であった。両説の根本的な差異であるが、血腫説は、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、血栓説によると、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のである（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禁忌である）。以上の認定事実より、本件の医学的意義を検討すると、本件と関連する診療科としては、歯科領域においては口腔外科、一般医科においては耳鼻咽喉科（頭頸部外科）・脳神経外科・神経内科、救急医学科を挙げることができる。とにわけ、担当医師の過失の有無を明らかにするための、割箸片の存在についての予見可能性の認定に不可欠であった、割箸の刺入経路の確定については、歯科口腔外科の専門医（山梨大学教授・当時）の証言により確定されたといっても過言ではないので、歯科医療過誤の領域において、本件を検討する意義は大きいといえる。また、歯科と一般医科における診療科を問わず、本件症例は、異物の刺入経路からも理解できるように、臨床医学において前例のない、空前絶後の症例であることから、穿通性口腔外傷の治療に関する、従来までの医療水準の変更を促す症例ということ

ができる。つまり、本件症例が先例となることにより、今後、類似の症例が出現することに備えて、万全を期する必要があるからである。具体的には、本件症例のように、異物が木片であればCTに映らないが、異物がつねに木片とは限らないので、患者に意識障害などの特段の症状が発現していなかったとしても、つねに頭部外傷を疑い、CT スキャンを実施する必要があることを帰結する。要するに、穿通性口腔外傷を、単なる耳鼻咽喉科と口腔外科領域の症例にとどめることなく、脳神経外科や神経内科にコンサルトし、カンファレンスを必要とする、診療科横断的な症例であると位置づけるべきことになるのである。また、従来の医療水準と比較すると、口腔内損傷につき、頭蓋内損傷の可能性を考慮して、入院による経過観察に付する事案が、相対的に増えることが予想される。このことから、医師や歯科医師は、自己の専門を問わず、また、救急外来のみならず一般外来においても、口腔内損傷の初診を担当する可能性があるので、口腔内損傷に関する医療水準の変更要充分留意しつつ、診療にあたるべきである。また、コメディカルについても、口腔内損傷は、全症例中において比較的症例が多いので、医師や歯科医師と同様に、このことを念頭において診療にあたるべきである。

#### 第4 本件症例の医事法学的意義

##### 1 医療事故の動向・本件の位置付

甲斐克則教授は、医療事故の動向を、医療過誤訴訟における予見可能性の認定の在り方を基準として、以下のような4期に分類されている(刑事判例を含む)(註1)。

**第1期** → 条理を根拠として、抽象的な注意義務を論じていたに過ぎない、戦前から戦後の昭和30年代(1964年頃)までの時期

**第2期** → 事案ごとの個別事情を考慮して、具体的な注意義務の内容を明らかにし始めた、昭和40年代(1974年頃)までの時期

**第3期** → チーム医療による診療科ごとの分業意識を考慮して、各診療科の医師の注意義務の限界を問題とし始めた、昭和50年代以降平成10年(1998年)までの時期

**第4期** → 「平成11(1999)年は、医療過誤ないし医療事故の問題を考えるうえで象徴的な年であった」(筆者註…甲斐レジュメのまま)。「医療事故に対し、国民の多大な関心が集まり、医療事故に過失の競合が広く認められ、また、医療事故の届出義務がクローズアップされ、さらには大規模な薬害事故に対応すべく、専門医のみならず、薬剤の製造・開発・販売について製薬会社の幹部にも販売中止義務や回収義務を認め、あるいは、その監督について官僚にも過失責任を認め始めた、平成11年以降の時期」(筆者註…甲斐レジュメのまま)

甲斐教授は、平成11(1999)年1月11日に発生した横浜市立大学病院患者取違事件を契機として、第3期と第4期を区別されている。甲斐教授の分類に準拠すると、同年7月10日に発生した本件は、同年中に発生した、上記事件・都立広尾病院消毒液誤投与事件・東京女子医大心臓ポンプ誤作動事件とともに、全国規模のマスコミ報道により社会の注目を集めた、第4期に属する民事・刑事の医療過誤事件と位置づけることができる。なお、私見ではあるが、平成17(2005)年11月における、東京女子医大心臓ポンプ誤作動事件の無罪判決を契機として、平成

18 (2006) 年 3 月の本件刑事事件無罪判決, 同年中における東部地域病院絞扼性腸閉塞看過男児死亡事件の不起訴処分, 平成 20 (2008) 年 2 月の本件民事訴訟における請求棄却判決, 同年 8 月における, 福島県立大野病院産科胎盤剝離妊婦失血死事故の無罪判決, 同月 29 日における, 同事件についての検察官控訴の断念という形で, 医師の法律上の責任を否定する判決等が続いていることを考慮すると, 医事判例の流れは変わったというべきであるから, 新たな局面としての第 5 期, つまり, 国レベルにおいて, 医療事故における真相解明を, 提訴や, 警察や検察といった犯罪捜査機関に委ねることは妥当ではないことに気がつき始めた時期に入っているように思われる。その背景には, 国レベルにおいて, 医療事故の初動調査を, 鉄道事故や航空機事故における事故調査委員会のような, 公設の第三者機関に委ねようとする動きが具体化しつつあること, また, 罹災患者を救済する方途として, 医療事故に対する無過失損失補償制度が取り入れられ始めたことなどを, 司法が考慮し, また, 捜査機関も, かような潮流の渦中に入り, 医療事故の初動捜査機関という役割を終えつつあることを認識していること, などの事情があるように思われる。

## 2 医療事故の諸類型

医療事故の態様を分析すると, およ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。例えば, 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粋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, かりに当該不作為を, なおも法律上違法と評価し, 違法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。本件の場合, 空前絶後の症例であったのみならず, 被害者とされる患児の救命率が低いため, 従来からの判例理論や通説的な見解に鑑みると, 医学と, その実践形式である医療が, 過去の症例の集積の上に成り立っている経験科学であることから, 過失認定に困難を来すばかりでなく, 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の証明に困難を来すことも自明な症例であった。因みに, 本件民事訴訟において証拠採用されていた, 本件刑事事件における有罪立証に協力した, 司法解剖を担当した医師の剖検所見 (検察側の公判提出記録の一部) でさえも, 患児の救命率を 50% ないしそれ以下と記しており, これと同じく証拠採用されていた, 検察側の捜査に協力した脳神経外科専門

医の供述調書（検察側の公判提出記録の一部）にも、救命率は2，3割と記されていたことを付言する。

## 第5 事実の概要と民事判決要旨

- 1 当時4歳9ヶ月の男児が、母親とともに、公立の知的障害者自立援助施設「すぎの木・けやき園」にて開催された盆踊大会（平成11年・1999年7月10日土曜日、東京都杉並区）に参加し、次兄（当時8歳1ヶ月）と追いかけてこをしていた際、綿飴の割箸を啜えたまま転倒、割箸が軟口蓋に刺入、救急救命士（救急隊長）による重症度判断は軽傷、3次救急対応は不要と判断、搬送先である被告杏林大学病院1次・2次救急外来の耳鼻咽喉科医師（本件被告・刑事被告人）は、問診、視診・触診・痛み止めと抗生剤を塗布、同行の母親に予後と注意事項を説明、急変時の再来院を指示、薬剤を処方するうへ帰宅させたところ、翌朝7時30分容態急変（6時までは意識あり、返答可）、被告病院に再搬送後、9時2分に死亡が確認された事案につき、診療当時における臨床医学の実践における医療水準、解剖学的知見、臨床医学的知見に鑑みて、また、検察側証人である救急救命士（救護を担当した救急隊長）が作成し、東京消防庁に保管されていた救急活動記録票（事後的改竄不可能な公文書）に記載されていた男児の意識レベル（清明）などのバイタルサイン（生命兆候）が正常値であった事実に鑑みて、さらには、男児の頭蓋内に遺残した割り箸片（7・6cm、小脳実質に刺入したのは2cm）は、男児死亡直後における被告病院内の診察、被告病院による異状死届出後に来院した東京都監察医務院監察医による検死の際にも発見できず、その後の司法解剖の際、剖検医が男児の脳実質の全部を除去し、頭蓋底を露見させた後になって始めて、頭蓋底から小脳実質に向かって突き出している割箸片を発見した事実等に鑑みて、初診時において、割箸刺入の事実のみから直ちに頭蓋内損傷の事実をも予見することは不可能であったと判示した。
- 2 診察時において、男児の頭蓋内に刺入していた割箸片は、目視可能な上咽頭腔に突き出しておらず、目視不可能な咽頭側壁の組織内に埋没していたものと認められる。また、患児の意識や容態につき、被告医師は、外来診療録に、搬送を担当した救急救命士が作成した救急活動記録票の記載（意識清明）とほぼ附合するI-2との記載を残し、女性看護師も、救急活動データベースにI-1と2の間を囲む記載を残しており、男児に生じたときれる3回の嘔吐・嘔気についても、神経学的な異常所見の現れとはいえず、他の要因に起因するものというべきである。また、打撲に伴う額部や頭部の外傷もなく、軟口蓋の創傷も止血しており塞がりつつあったことなどから、初診時においては、割箸刺入の事実のみから直ちに頭蓋内損傷を予見することは不可能であった。
- 3 救命可能性につき、男児が死亡するに至った具体的な機序が不明であること、被告医師による診察後、男児が死亡した時点以前に手術適応の判断がされたとまでは認められないことに照らし、被告医師が男児に頭蓋内損傷が生じていることを診断し、被告病院において入院・治療を行ったとしても、男児が、その死亡時点において、なお生存していたであろうことを是認し得る高度の蓋然性が証明されたとはいえない。
- 4 延命の相当程度の可能性につき、男児が死亡するに至った具体的な機序が不明であり、平成11年7月11日午前6時頃から午前7時30分頃までの約1時間30分の間に容態が急激に悪化し、心肺停止状態となったこと、延命のために具体的にいかなる措置を採るべきであったかについて、これを認めるに足りる

的確な証拠がないことに鑑みれば、男児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の存在が証明できたということとはできない。

- 5 被告病院の医師らによる不適切な説明と発言の有無については、かような発言の存在そのものを否定するべきであり、あるいは、その虚偽性を否定するべきであるから、原告らに精神的損害が生じたと認めるに足りる証拠がなく、慰謝料請求を否定するべきである。

## 第6 本件の争点と争点に関する判例理論

### 1 前提事実（裁判所による認定事実）

第5の1と2に記載した通りである。被告医師初診時における患児の意識は、救急活動記録票に示されているように「清明」であり、原告らが主張するような、意識不明ないし朦朧とした状態ではなかった。また、患児の容態についても、受傷のショックや泣き疲れなどにより元気がない状態ではあったが、原告らが主張するような、神経学的な異常所見を示す、ぐったりして手足に力が入らない状態ではなかったと判示した。

### 2 過失

被告医師の初診における注意義務違反、つまり過失の有無ないし程度については、第6の1において認定した事実＝患児の意識や容態を前提として認定するべきであるところ、ここでは、原告が主張するところの、頭蓋内損傷の予見可能性と、それに伴う結果予見義務があったのか否かが問題となる。この点につき、民事医療過誤訴訟の領域において形成されてきた、医療水準という確立された判例理論が存在し、これに準拠して、受診時においてなされるべきであった診察と治療方法を定めるのである（註2）。そして、医療水準とは、問題とされた診察がなされた当時における**臨床医学の実践**であった診察

方法といわれており、具体的には、標準的な医学成書に記載されてから5年程度を経過した診療方法を意味すると解釈されている。つまり、医療水準とは、結果責任を排除するための、医師の注意義務の上限を画する概念であり、臨床医学の実践に即した診療をしさえすれば、悪しき結果についての法律上の責任を問われることがないことを意味するので、医療と、その実践形式としての医療が、過去の症例の集積の上に成り立つところの経験科学であることにも親和する理論ということが出来る。なお、医療水準の嚆矢となる最高裁判例は、**東大病院輸血梅毒事件**(最一小判昭和36年2月16日)である。そこで、本件における前提事実に医療水準の理論をあてはめ、被告医師は、初診時において患児の頭蓋内損傷を予見し得たのか否かを考えてみるに、穿通性口腔外傷に関する治療指針につき、いまだ医療水準が確立されているとはいえず、また、本件症例の空前絶後性や特殊性を考慮すると、初診時において口腔内損傷を予見し得たことは格別として、頭蓋内損傷を予見することは不可能というべきであるから、被告医師の初診に過失、つまり注意義務違反はないと判示した。

### 3 死因・因果関係

第6の2において説明をしたように、被告医師の初診に過失はないのであるから、患児死亡の結果は、被告医師の診療に起因するものではなく、患児の自傷行為に起因することになるので、法理論的には、もはや「被告医師の診療と患児死亡との間の因果関係」を論じる前提を欠くことになるが、東京地裁民事第28部は、本件が前例のない症例に関する過失判断であるという事案の性質、および本判決の先例的価値に鑑みて、この点につき、とくに判断をしている。因果関係の判断手法については、確立された判例理論が存在し、100パーセントの科学的証明、つまり一点の疑義も許されない自然科学的証明



ではなくて、**特定の事実が特定の結果発生を招来した高度の蓋然性の証明**することで足りると解釈されている。いわば10中8, 9という感覚と捉えて差し支えない証明の程度というべきものである。この点に関する嚆矢の判例として、**東大病院ルンバールショック死事件判決**(最二小判昭和50年10月24日)がある。もっとも、この判決が示した論理は、因果関係全般についての一般理論であるところ、これを医療過誤訴訟に敷衍した嚆矢の判例として、**肝細胞癌看過患者死亡事件判決**(最一小判平成11年2月25日)が存在し、「…医師が注意義務を尽くして診療行為を行っていたならば患者がその時点においてなお生存していたであろうことを是認し得る高度の蓋然性が証明されれば、医師の当該不作為と患者死亡との間の因果関係は肯定されるものと解すべきである…」との規範を示し、これを本判決における認定事実に適用している。この理論は、医療過誤訴訟のような、証拠の偏在が顕著な事案において、証拠の収集が困難とされる原告患者側の立証責任の軽減を狙ったものであり、この判決以降、医療過誤訴訟における因果関係の認定手法に関する確立された判例理論とされている考え方である。そして、本判決における認定事実に対する具体的なあてはめとして、裁判所は、患児の死因につき、原告らが主張する血腫説と、被告らが主張する血栓説につき、実際には何れであったのかを特定するに足りる証拠はないとして、医学的な死因を特定しなかったのであるが、かりにCTスキャンを施行したとしても、木片に含まれる気泡が映る可能性はあるとしても、木片そのものは映らないので、後頭蓋窩の急性硬膜下血腫を予見し得たに過ぎず、頭蓋内に遺残していた割箸片を発見することは不可能であったというべきであり、また、脳神経外科領域の医学的知見として、硬膜下血腫の診断のみで開頭手術に着手したとは考えられず、経過観察に付していたと思われ、

結果として、その間における急激な症状増悪にともない、適切な救命措置をとることができず、手遅れになったと考えるのが合理的であるとして、患児が、死亡確認時刻を超えて生存していた高度の蓋然性の証明がないとして、この点に関する原告らの主張を認めなかった。

#### 4 期待権侵害

第6の2において説明をしたように、被告医師の初診に過失はないのであるから、法理論的には、もはや「被告医師の過失に基づく診療の結果、患児は早晚死亡の結果を免れなかったとしても、一定期間の延命は可能であったといえるから、**過失に基づく診療行為と延命利益の喪失との間の因果関係がある**」という関係にないことが明らかなので、この点について判断をする前提を欠くのであるが、東京地裁民事第28部は、本件が前例のない症例に関する過失判断であるという事案の性質、および本判決の先例的価値に鑑みて、この点につき、とくに判断をしている。期待権侵害とは、いま説明をしたように、診療と生命侵害もしくは後遺症との間における因果関係の立証が不奏功であったとしても、診療行為が医療水準に叶わないものであり、延命利益(死亡の時点においても、なお生存していた相当程度の可能性)を侵害したと認められる場合には、その間の因果関係を認め、慰謝料支払義務を肯定する理論であり、嚆矢の判例としては、**急性心筋梗塞看過誤診患者死亡事件**(最二小判平成12年9月22日)を挙げることができる(註3)。本来、期待権侵害とは、字義通り、期待を裏切られたことに対する慰謝料請求を可能にする理論であり、これを民事医療過誤訴訟に即していうと、適切に診療を受けたいと願う気持ちが裏切られたことに対する慰謝料請求、という位置付けになるのであるが、わが国における期待権侵害に関する判例理論は、いわゆる裸の期待や、悔しいと思う気持ちそのものを慰藉する理論と

は考えておらず、あくまで現実的損害、つまり延命利益を喪失したことに対する損害賠償、慰謝料と考えていることに注意をするべきである。この点を捉えて、わが国の裁判所は期待権侵害の理論を認めていないと理解する論者も存在するが、これは単なる言葉の問題に過ぎないというべきであろう。そして、本判決における認定事実に対する具体的なあてはめとして、裁判所は、患児の死因は、詳細な事後検証を以てしても解明し得なかったのであるから、患児生存中において適切な救命措置のみならず、延命措置もとり得なかったというべきであるとして、患児の延命可能性を否定して、期待権侵害についての原告の主張を否定した。また、末期癌患者のように、救命に関する外科的治療と、延命に関する対症療法のように、救命治療と延命治療の内容に差異があるのであれば格別として、本件症例のような、急性期にある致命的な外傷については、救命治療と延命治療の内容に差異がないことになるので、救命が不可能であれば、必然的に延命も不可能になることから、延命に関する期待権侵害の理論を適用する前提を欠くようにも思われ、その点において、原告らの主張自体が、理論的に失当であるというべきである。

## 第7 争点に関する裁判所の判断

第6の2～4につき、先例となる最高裁判例について、その射程距離を明らかにしつつ、本件がその射程の事案であることを明確にしつつ認定事実に対して慎重にあてはめており、すべて確立された判例理論の枠内で処理をしている。また、医療水準の認定につき、薬害エイズ禍帝京大学ルート判決（註4）のように、**確度の高い客観的資料**、つまり事故当時の標準的な医学成書や学術論文、症例報告を基準として認定し、被告医師の過失を否定しているため、医療水準が、医師の行為規範になり得ることを示

した、論理的かつ明晰な構成というべきである（註5）。この点において、本件刑事判決が、医療水準に認定につき、客観的な資料である救急活動記録票の記載（意識清明をはじめ、バイタルはすべて正常値）などを重く見ることなく、患児の母親の証言などを重視して、前提事実を認定し、被告人医師の過失を肯定したことは、人の記憶というものが、時の経過により風化し、あるいは確信犯的に変化するものであること、また、商業的採算ベースであって、客観的真実よりも視聴者の嗜好に迎合しがちなマスコミの世論操作による影響も払拭し得ないことなどに鑑みると、医療水準の客観性・行為規範性の観点からは、前例のない症例に関する先例の在り方として問題があらう。

## 第8 本判決の評価

### 1 本件刑事判決と本件民事判決の整合性

本件刑事判決（東地刑10判平成18年3月28日）は、本件につき、無罪判決を下しているが、本件刑事判決は、被告人医師の初診に**過失を肯定**しつつ、当該診療行為と男児死亡との間の**因果関係を否定**する理論構成を採用している。すると、両判決は、過失の認定につき齟齬していることになるが、その理由につき、医学的見地のみならず法律学的見地から合理的に説明できるのが問題となる。換言すると、過失を認定した刑事判決につき、それが正しいとすると両判決は不整合ということになるので、本刑事判決の合理性を検討する必要がある。

### 2 本件刑事判決に対する医事法学的見地・臨床医学的見地からの批判

本稿、および拙稿本誌第35号掲載論文において、すでに論じてきたことであるが、

- (1) **蛇足判決**である。結果のない過失があり得るのかという素朴な疑問を払拭することができない。つまり、患児は、被告人医師の診療

の適否とかかわりなく、転倒による自傷行為により死亡したと認定しているのであるから（因果関係を否定しているのであるから）、あえて、被告人医師の診療に過失があることを認定する必要はないはずである。このような認定は、過失に関する法理論と著しく矛盾するものである。

- (2) **医療水準**に関する言及がほとんど見られない。これでは、医療水準の行為規範性を著しく弛緩させる恐れがある。
- (3) 本件刑事事件を審理した裁判所は、**耳鼻咽喉科に対する認識を著しく欠いている**。本件刑事判決は、「最後に」と題する付言的説示にて、耳鼻咽喉科は「日ごろ生死に直面した患者を扱うことが殆どない」診療科であると断じているが、医学的見地からみると、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**という病名の疾病がある。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的气管を切開して挿管し、気道(エアウェイ)を確保することにより、患者の急性期を切り抜け、腫れが引くのを俟つのである。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、本件刑事判決がいうように、「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、被告人医師は、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1・2次救急外来の輪番当直も含まれており、被告人医師は、医師国家試験合格後の1997年4月より約半年間、オーベン(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)。さらには、このようにであれば、被告人医師は、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、被告人医師が、本件刑事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。現実問題として、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師が、果たして存在するのであるか。また、そのように言われたからといって、重体患者を、まる一晩にわたり放置し、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、果たして現実に存在するのであるか。医学的・法律学的知見に頼るまでもない社会常識に照らすと、その答えは自明であろう。かような医師や親が現実に存在することを前提とする、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、そのまま事実として認定した、被告人医師に過失ありとする本件刑事判決は、理解に苦しむところである。

(4) **不意打ち**である。本件刑事事件の判決文によると、CT スキャンをすれば、後頭蓋窩の急性硬膜下血腫までは診断し得たのであるから、これを契機として開頭すれば、割箸片を発見でき、適切な治療を施すことが可能であったと認定しているが、そうであるとすれば、検察は、起訴状に明示した審判の対象(訴因)につき、抽象的かつ単純な「頭蓋内損傷」の予見可能性とするべきではなくて、より具体的な「硬膜下血腫の診断を契機とする頭蓋内損傷」の予見可能性という点とするべきであった。この点に鑑みて、裁判所は、検察側が設定した、かような診断機序に医学的飛躍はないのかを主要な争点として審理するべきであり、検察側に対して訴因変更を促すべきであった。それにもかかわらず、裁判所は、検察側に対し、訴因変更を促す、あるいは訴

因変更を命じることもなしに、この点に関する攻撃・防御を尽くさせることなく、審理を尽くすこともないままに、いきなりに、既往のような診断機序をとり得たものと認定したことは、被告人医師・弁護側に対する不意打ちに他ならないというべきである。くわえて、被告人医師の過失を推定させるカルテの改竄につき、訴因に明示されておらず、本件刑事裁判における審判の対象となっていなかったにもかかわらず、これを認定し、被告人医師を非難することは、本判決において、そもそも過失を認定する論理必然性はなかったことと相俟って、被告人医師・弁護側に対する不意打ちに他ならないというべきである。

## 2 本件民事判決の医学的合理性・救命救急の臨床実務との整合性

医事法学的観点や、医学界の先端的議論は格別として、救命救急における臨床実務からの、本判決に対する評価については、当時の救急臨床に関する医療慣行・医療水準に鑑みて、次のようなことがいわれている(註6)。

(1) 医師ではなくて、消防士である救急救命士が患者の重症度を判断することの是非であるが、アメリカ合衆国におけるトリアージは医師のみが行っており、救急隊員は、地域内の基幹病院のERに患者を搬送する業務のみを担当している。この点につき、わが国においては、救急救命士が、患者を選別のうえ、搬送先の医療機関に勤務する管理当直医に連絡し、搬送・搬入の準備をするシステムとなっている。このシステムの是非であるが、わが国における救急救命士は、バイタルサインの測定など、初期救命医療に特化された医療については専門医と同レベルと考えて差し支えない。この点につき、本件刑事裁判においても、救命士の訓練を担当する、私立大学医学部救急医学科主任教授・脳神経外科専門医(昭

- 和大学教授)が、その旨を証言している。因みに、本件における重症度の判断についても、患児の意識や容態についての裁判所の認定事実を前提とすると、医学的な問題はないというべきである。この点につき、東京消防庁の平成18年度統計によると、年間の救急搬送患者は、およそ63万件であったが、このうち6割、つまり48万件が、結果として徒歩により帰宅可能な軽傷患者であった。このような結果が如実に示すように、救急救命士の判断は、どちらかといえばオーバークオリティ・慎重なので、搬送すべき患者を搬送しないこと、あるいは、適切な窓口、つまり、1次・2次あるいは3次の救急外来のうちのいずれか適切な外来に搬送しないことは、さほど多くはないと考えられる。
- (2) 被告医師による初診時の対応の是非であるが、本判決における判示のごとく、口腔内損傷についての医療水準は未だ確立されていないところ、被告医師の初診は、外傷一般の初期診療についてのガイドラインに即した診療であり、患児の意識や容態についての裁判所の認定事実を前提とすると、医学的な問題はないというべきである。
- (3) 被告医師が、入院による経過観察をしなかったことの是非であるが、例えば、交通事故により乗車していた自動車が大破したが軽傷であった、あるいは高いところから飛び降りたが軽傷であった場合のように、受診時において軽傷であったとしても、事後に重症であることが判明することが予想される場合には、入院による経過観察に付することがあり得るが、本症例のように、転倒して割箸で喉を突いた、頭部外傷もなかったというのであれば、患児の意識や容態についての裁判所の認定事実を前提とすると、入院による経過観察に付することなく、自宅における経過観察(様子を見ること)に付したことに医学的な問題

はないというべきである。

- (4) 被告医師がCTスキャンを実施しなかったことの是非であるが、患児の意識や容態についての裁判所の認定事実を前提とすると、医学的な問題はないというべきである。
- (5) 嘔吐や嘔気と中枢神経系の異常との因果関係であるが、患児の意識や容態についての裁判所の認定事実を前提とすると、因果関係を否定した論旨は妥当である。つまり、アセトン血性嘔吐症の発症など、その他の要因を排除すべき理由がないので、両者を直結させる医学的説明ができないからである。
- (6) 脳実質内に異物が遺残したまま、半日間も異変がないことについての医学的説明であるが、脳神経外科領域の知見としては、なんら特異な症例ではない。頭部外傷においては、異物が挿入された部位や、損傷の程度と出血量などの相関関係により、神経学的な異常所見が発現する場合としない場合があり、発現する場合であったとしても、タイムラグがでることもある。一例として、ICUにおいて脳蓋内圧を測定する場合、数日にわたり、脳実質の中にカテーテルを挿入した状態で固定することがあるが、部位を選ぶと、なんらの異常所見をも発現しないものである。過去の症例として、散弾銃の弾丸の破片が、数年間にわたって脳実質内に遺残しながら、なんらの異常所見をも発現しなかったものがある。
- (7) 死因、つまり具体的な死亡機序が不明であることについては、そもそも検察側証人である剖検医が、割箸の遺残に注意を払うことなく、最初の刺入部位である軟口蓋を切除してしまい、さらに脳実質を体外に除去してしまっただけになって初めて、割箸片の存在に気が付いたため、割箸片の位置関係が減茶苦茶になってしまい、併せて、割箸片の状態に関する写真を撮影することができず、また、走行経路も不明確にしてしまったことが、最大

の要因であるといえる。しかし、このこと自体、本件症例が空前絶後であることを如実に示しており、剖検医を含む7名の専門医による鑑定の意見が区々に分かれたことは、至極当然のことであった。また、このような状態でありながら、患児のバイタルサインがすべて正常であったことは、現在までの医療水準に依拠する限り説明が困難であるから、なお諸説を止揚することはできない。

- (8) 被告医師が初診時において、頭蓋内損傷を予見し得たと仮定した場合における救命可能性であるが、被告医師が脳神経外科にコンサルトして、CT スキャンをなし、硬膜下血腫を発見し、患児をICUに収容して入院による経過観察に付したとしても、割箸遺残の事実まで診断することは不可能であるから、割箸片の遺残に起因する、脳幹を圧迫する、致命的な脳腫脹・脳浮腫に至る前に開頭手術に着手したとは考えられない。また、かりに着手し得たとしても、後頭蓋窩に骨窓を開け(因みに、ここは固く厚いため時間がかかるほか、見間違いとなると、再び開け直す手間がかかる)、脳実質を脳へらで避けながらの狭いスペースのなか、割箸片にアプローチすることになるが、これを引き抜くと、大出血を誘発するので、残りの半分は口腔側からアプローチして、半分ずつ除去することになる。しかしながら、坐滅して脆くなった血管からの大出血と、不潔な割箸片に起因する必発の感染症を抑制しつつ、割箸片を分断して除去する難手術が成功する確率は低い。

### 3 医療事故と刑事訴追の是非

#### — 東京大学医療政策人材養成講座研究班による政策提言に鑑みて —

筆者は、本稿の第4章第1節において、「医療事故の動向と本件の位置付」と題し、甲斐教授の先行業績を参照しつつ検証を行った。その結

果、現在においては、医療事故に対する刑事訴追のあり方につき、これを唯一の真相解明手段と捉えることを疑問視するべきであり、刑事事件化に絞りをかけるべき時期に至っているとの私見を述べた。かような私見を補強する文献・客観的データとして、標記の政策提言をあげることができる。これは、「医療過誤における民事・行政・刑事責任の線引きは、どのように行われるべきか—その制度のあり方について—」と題する政策提言(筆頭研究者 神谷恵子。2006年10月20日)であり、本件刑事判決を検討素材として取り上げている点において、本件の評釈に不可欠の資料であると考えたので、本件とかわり合いがある限度において概要を紹介する。本提言の要旨は、「医療事故の刑事訴追を限定し、新しい医療提供者—患者関係の構築を目指そう」と題し、続けて、「…刑事介入が医療界の隠蔽体質にメスを入れた功績は否定できないが、本来医療行為は医師と患者の信頼関係の下に行われるものであり、法的には民事上の契約責任が基本である。医療事故の関係者を刑法犯として扱うことについて、明確な線引きをしなければ医療の萎縮と国民の医療不信を限りなく増幅することになる。そこで、…医療過誤刑事事件の徹底分析を行った。…独自に判決評価表を考案し、…分析した。現行制度の問題点は次の4点である。①刑事手続で扱われた事故の中には、刑事処分になじまないものがある。…そこで、以下を提言する。【1】刑事責任追及の対象とするべき事件を絞り込む 刑法の業務上過失致死傷罪(211条)の成立範囲に絞りをかける。一般人を基準とし、行為について、違法性が高く医療行為を逸脱するといえるのか、また、行為者について、行為の結果を帰責させるに足りる明確な非難可能性があるのか…」と論じている。そして、これらの要件の客観性を担保する方途として、既往の判決評価表を利用する、としている。この判決評価表の評価基準であるが、①

事件の非難可能性、②処罰の適切性、③事件の原因分析の妥当性、④再発防止効果、⑤人・医療機関・管理者に対する行政罰のあり方、という5項目であり、各項目につき7名から13名の、法律研究者と実務家・医療提供者・患者支援者らに見解を求めた。因みに、業過の成否との絡みにおいては、①②③とのかかわり合いが問題となるところ、調査の結果、刑事事件とするべきか否かの分水嶺は「…個人の重大な過失か、システムや組織管理の瑕疵かというあたりにありそうだという合意を得た」との見解を示している。そして、本件刑事判決に関し、①については、調査対象とした医療刑事事件18件のうち17位という低さ、②については16位という低さであった。なお、②に関し、非難可能性と処罰者の確性の相関を調査したところ、本件は「起訴の妥当性が疑われる事件」の範疇であった。③については、本件刑事判決における原因分析の不足を指摘し、「本件で問われるべきは、意識障害患者が来院したときの救命救急センターの対応であり…耳鼻咽喉科医師のみに責任を負わせる体制の問題」「センターを統括するセンター長がどのような姿勢で救急医療に臨んでいたかが問われるべきである」「第3次医療機関は、3次救急以外診察しないという現体制が、この事件を紛争に至らしめた最大の原因であったという認定が必要である」との見解を示している。かような調査結果は、本調査における、回答者であるステークホルダーが、党派性が厳格な医療過誤事件における、いわゆる“患者側”に属するメンバーであり、“医療側”，とりわけ保険会社の代理人弁護士などは皆無であったにもかかわらず、本件刑事訴追の妥当性に疑問を呈する結果となったのであるから、この政策提言は、本件刑事訴追の妥当性のみならず、医療過誤を刑事訴追することの是非、ひいては、刑事訴追のみならず民事提訴においても、被告人および被告を誰とするべきなのかを考える上に

おいて、貴重な提言となり得るものと確信している。

## 第9 私見 一結語に代えて一

### 1 総論

本件民事判決は、判例理論との整合性、医学的合理性の両面において矛盾がないので、妥当である。第7のところで述べたことに付け加えると、本判決は、予見可能性の判断枠組につき、経験科学としての医学の本質に配慮したものであるべきであり、結果責任を否定し、医療水準の行為規範性を堅持するための貴重な先例を残したというべきである。さらには、本件症例の稀有性を殊更に強調することなく、予見困難であることの理由を、証拠により詳細に認定している点を評価するべきである。

### 2 医療水準の認定

本判決は、経験科学としての医学の本質に鑑みて、医療水準の行為規範性を堅持し、結果責任を否定するための貴重な先例を残したというべきである。現在（刑事判決時・民事判決時）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、今から9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。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おらず、また、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(山梨大学教授・当時の証言)。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、臨床における医療水準となったのである。このよう

な臨床の実情に鑑みると、民事責任のみならず、刑事責任や行政上の責任を含む法律上の責任一般に対し、医療過誤に対する抑止的効果を期待するのであれば、本件について民事訴訟が提起され、また、刑事事件として立件され、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、本件刑事判決のように、過失を認定する必要はないというべきである。本件刑事判決の論理によると、世界初の診断困難な症例について、つねに最初の遭遇者が過失を取られることにもなりかねず（スケープゴート）、経験科学たる医学の本質に反するのみならず、萎縮医療、患者のたらいまわしを助長する恐れがあるほか、ひいては救急臨床からの医療従事者の撤退を招くことになる。本件刑事判決は、事実上、現在の医療水準を9年前に遡らせ、当時の被告人医師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、医療水準の行為規範性を著しく弛緩させるのみならず、法律不遡及の原則にも背馳するというべきである。

### 3 本件民事判決を「後退」と評価する見解に対する批判

一部の論者は、本件刑事判決が被告人医師の過失を肯定したにもかかわらず、本件民事判決が過失を否定したことは、刑事裁判の厳格性と民事訴訟の寛容性の見地からすると、ねじれていると批判している（註7）。その意図は不明であるが、おそらく、民事については割合的な認定も可能であることから、刑事事件判決におい

て過失を肯定したのであれば、民事事件についても、これを肯定し、慰謝料請求の一部を認容すべきであったという趣旨であろう。しかし、かような見解は失当である。けだし、過失の有無の認定が正反対となるのは、決して論理がねじれているのではなくて、本件刑事事件と民事訴訟における、過失の前提事実に対する認定が正反対である、つまり患児の意識や容態についての認定が正反対であることに起因するのであるから、過失の有無に関する認定が異なるのは、いわば論理必然だからである。換言すれば、刑事の厳格性と民事の寛容性は、前提事実が同じであってはじめて問題とすべきことである。このことを捨象、あるいは看過して、刑事事件における厳格な捜査や証拠調により過失を認めないにもかかわらず、民事訴訟において過失を認めないことが不合理である、あるいは「後退」とであると批判するのは、本件における事実認定を正確に理解していないという反批判を免れないというべきである。

#### 【注 釈】

- (1) 甲斐克則教授の分類につき、明治大学法科大学院シンポジウム「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」、医療過誤における過失認定に言及した報告として、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」、ならびに、同じく甲斐克則教授の分類につき、明治大学法科大学院シンポジウム「医療と法 医療過誤と刑事責任の現在」における次の報告（2004年5月8日）、甲斐克則「刑事医療過誤の近年の動向と問題点」、医療過誤における過失認定に言及した報告として、飯田英雄「医療過誤と刑事責任の現在」
- (2) 医療水準とは、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、前掲甲斐教授の報告によると、過失の認定が若干厳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の判例理論は、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、仮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、医療水準の理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、山口齊昭(2005)「医療水準—注意義務の基準」伊藤文夫＝押田茂實編著(2005)「医療事故紛争の予防・対応の実務リスク管理から補償のシステムまで」47頁、新日本法規、東京、山口齊昭(2008)「医療事故と医療過誤(民事)」甲斐克則編著「ブリッジブック医事法」78頁、信山社、東京

- (3) 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(1984)『『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、関西学院大学、京都、澤野和博(1996)「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、早稲田大学、東京、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(1999)「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頁北海道大学、札幌、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、小賀野品一(2005)「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、名古屋、植草桂子(2005)「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—」前掲伊藤文夫・押田茂實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(2005)「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、東京

- (4) 東地刑10判平成13年3月28日判時第1763号17頁(無罪・確定)
- (5) 本件症例は、3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、1次・2次救急外来適応の、軽症に属する口腔内損傷=軟口蓋損傷、わかりやすくいうと、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、内頰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いで、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 Otorhinolaryngol* 1993 Mar; 26(2): 157-63 Impalement injuries of the palate in children: 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.

- (6) 岡本健(順天堂大学医学部教授・救急災害医学)「過去の類例のない極めて特殊な症例であり、医学的見地から妥当な判断と思われる」医療判例解説 Vol.13 Apr 2008 12 頁, 医事法令社, 東京, 馬場俊吉(日本医科大学医学部教授・耳鼻咽喉科)「刺入した異物がないこと, バイタル・意識状態が正常であったことに尽きる事例」前掲医療判例解説 17 頁。因みに, 岡本健教授と馬場俊吉教授は, 本件民事・刑事裁判と無関係であり, 中立的な第三者であることを付言する。
- (7) 油井香代子氏(医療ジャーナリスト・明治大学大学院文学研究科修了)の, 2008年2月13日TBS早朝のワイドショー「みのもんたの朝ズバッ」における発言。油井氏は法律や医学を専門としていないが, 専門家ゲストとして招聘されており, 司会みの氏の質問に対し, 法律学的見解を述べていたことから, 本稿において言及した。

【参考文献】

- 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」3 頁, 新日本法規, 名古屋
- 高部道彦(2005)「医療従事者の刑事責任」前掲伊藤文夫=押田茂實編 14 頁
- 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」27 頁, 信山社, 東京
- 平沼高明(2005)「医師の責任からみた専門家責任」平沼高明著「専門家責任保険の理論と実務」83 頁, 信山社, 東京
- 平沼高明(1997)「医師の刑事責任」同著「医事紛争入門」79 頁, 労働基準調査会, 東京
- 若松陽子(2005)「医療過誤訴訟の到達点」若松陽子著「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」19 頁, 世界思想社, 京都
- 大谷實(1984)「医療事故と刑事責任」加藤一郎=森島昭夫編「医療と人権 医師と患者のよりよい関係を求めて」405 頁, 有斐閣, 東京