

医療過失の認定における前提事実の構成と 予見可能性の程度に関する一考察

—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）の控訴審判決（東高刑 8 判平成 20 年 11 月 20 日・無罪確定・判例集未登載）と第一審判決（東地刑 16 判平成 18 年 3 月 28 日・無罪・控訴・判例集未登載）を素材として—

根本 晋一

Analysis of presumed facts and predictability in the determination of medical negligence—A commentary

Based on an appellate court ruling (Tokyo High Court Division 8; November 20, 2008; final ruling, not guilty; digest yet to be published) and the ruling of the court of first hearing (Tokyo District Court Division 16; March 28, 2006; not guilty; ruling appealed; digest yet to be published) concerning the case of a boy who died after the piece of a wood chopstick lodged intracranially was overlooked upon examination at Kyorin University Hospital (cotton candy wooden chopstick incident)

Shinichi Nemoto

Abstract

The medical accident case involving failure to act that occurred at Kyorin University Hospital was a soft palate injury as well as head trauma. However, as explained here, the conditions of the injury were unprecedented. A boy fell while holding a wood chopstick. The chopstick followed a previously unreported path as it pierced the cerebellum. Briefly, it pierced the soft palate from the oral cavity, penetrated the muscular tissue in the lateral pharyngeal wall, and become lodged in the left jugular foramen of the cranium. The chopstick became embedded in this opening, which had a diameter of only a few millimeters. The boy had thrown away the part that broke off upon impact, and the remaining 1/3 of the chopstick remained lodged in the cranium. Nevertheless, the boy remained conscious and was able to respond to questions. As a result, the examining physician failed to realize that a part of the chopstick remained inside the boy's cranium, and the boy died. A malpractice suit was brought to civil and criminal courts in this case. The trial was further complicated by concerns that convicting a doctor of negligence in a case in which the form of injury was unprecedented would conflict with the empirical nature of medicine, and it took 10 years for the rulings to be delivered. The civil court dismissed the plaintiff (the boy's family's) claim,

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: 2009 年 9 月 30 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

while the criminal court found the defendant (the doctor) not guilty. However, in the first instance of the criminal case, even though the doctor was acquitted due to a lack of causal relationship, medical negligence was acknowledged. In contrast, the other three rulings denied medical negligence. The first ruling is unique in this regard. The present study provides a commentary on these rulings.

Key words: head injury, jugular vein aperture of the left side, Kyorin University Hospital case, malpractice due to negative inaction, soft palate damage

本稿の構成

第 1 序 論

第 2 本件症例に対する医学的考察

第 3 本件に対する医事法学的考察

第 4 事実の概要

第 5 本件刑事事件控訴審判決と同第一審判決の検討

第 7 結語に代えて 一医療死亡事故の原因究明・再発防止に対する新しい取り組み一

第 1 序 論

筆者は、医事法学の見地から、杏林大学病院頭蓋内割裂片看過男児死亡事故（いわゆる綿飴割り箸事故）を考察し、本誌第 34 号において「再考 医師の不作为と刑事责任」と題する論説を（2006 年）、また、本誌第 36 号においても「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」と題する論説を掲載する機会を得ることができた（2008 年）。前者は、本件についての刑事事件第一審判決に対する論考であり、後者は、本件民事訴訟第一審判決に対する論考であった。

後者の論考を脱稿後、本件について、まず、被告人医師を無罪とする刑事事件控訴審判決が出され（2008 年 11 月 20 日）、続いて、原告の請求をすべて棄却する民事訴訟控訴審判決が出され（2009 年 4 月 15 日）、刑事控訴審判決については検察側が上告を断念したため、被告人医師の無罪が確定し、民事控訴審判決についても原

告遺族側が上告を断念したため、原告敗訴の請求棄却判決が確定した。本件は、事件発生から 10 年の歳月を経て、一連の訴訟が終結したことにより、ようやく終焉を見ることができた。

筆者は、本件に関する一連の訴訟が終結したことを受けて、本稿において、各判決の医学的・法律学的合理性を検討し、本件に関する医事法学的な総括的評価を試みる^{註1)}。

なお、これら 4 件の判決は、いずれも、被告（民事）もしくは被告人（刑事）医師の責任を否定した結論に差異はないが、刑事事件第一審判決のみ、被告人医師の初診における過失を認定しており、その他の判決は、いずれも過失を否定している点において、担当医師の法律上の責任を否定する理由を異にしている。そこで、本稿においては、刑事事件第一審判決と他の判決における過失の認否の分水嶺となった、過失の前提事実の捉え方と、そこで認定された事実を前提として、被告人医師が、初診時において、患児が受傷していた穿通性頭部外傷を予見し得たのか否かという、過失における結果予見可能性の認定のあり方、という二つの争点に焦点を当て、刑事事件控訴審判決（本判決は、民事訴訟第一審判決および同控訴審判決と証拠を共通としており、理由付もほぼ同様）と同第一審判決を比較し検討する。

また、刑事事件第一審判決には、判決の一般的形式とは異なる、異例の「さいごに」と題する説示が付言されており、その論旨中において、被告人医師の初診のあり方を非難し、併せて、医療過誤を可及的に防止するための、一般予防

的な説示をしており、かような付言の内容こそが、被告人医師の初診に過失を認定した根拠といえることから、この付言の内容の医学的合理性についても検討する。

最後に、現行の死因究明制度は、医療事故を刑事事件として取り扱い、犯罪捜査や公判手続のなかで真相を解明するというプロセスを辿るので、本件のような容易に死因が判明しない難しい症例については、即、逮捕や勾留を射程に入れた取調に移行することになる。しかし、かような捜査を担当する部署が、警視庁の強行班であること、つまり殺人や強盗、暴行や傷害などの粗暴犯を取り扱う部署であることは、医療過誤か否かの判定が、医師の裁量の限界とのせめぎあいであり、極めて微妙な事案であることを考慮すると、その適性には疑問がある。

少なくとも本件の場合、裁判所の認定事実を前提とする限り、本件患児は転倒という自傷(自損・自招)行為により、割り箸による最初の一撃により致命傷を負い、そもそも救命は不可能であったことになるので、被告人医師を無罪とするべき結論は、10年前の事件発生時に判明していたことになる。遺族が病理解剖を拒絶することなく、死因究明に協力していたとしたら、本件の刑事事件化による“失われた10年”はなかったことであろう。遺族が病理解剖を拒絶すると、本件のような難しい症例については死因不明とせざるを得ず、ただちに所轄警察署に対する異状死の届出をしなければならず(医師法21条)、これが犯罪捜査に直結してしまう現行の死因究明制度に問題があることは、医療界より、かねてから指摘されていたことである。

そもそも、この制度は、明治維新から間もなくの時期である、明治9年制定の「医制」に端を発する制度であり、当時、道に浮浪者などの死体が散見されたことから、公衆衛生確保の見地から、その処理を警察に一任するために作られた制度なのである。すると、その制度趣旨が、

公衆衛生が高度に発達した現代社会の実情と整合しないことは、容易に理解できることである。すると、その残滓ともいべき医師法21条の規定は、その適用範囲を制限するか、あるいは削除し、新しい死因究明制度を創設する喫緊の必要性がある。本件の刑事訴追の結果が無罪を帰結したことは、新しい死因究明制度の創設を急がせる契機となったことは疑いのない事実である。筆者は、この点についても言及する。

なお、本稿の内容については、平成21年7月12日、企業法学会の個別報告として報告がなされており、本稿で取り上げた争点以外の争点(法律学独自の争点など)についても評釈くわえた論説が、企業法学会誌「企業法学」12号(2009年)に掲載される予定である。

第2 事実の概要

当時4歳9ヶ月の男児が、母親とともに障害者等自立援助施設「すぎのき・けやき園」において開催された盆踊大会(1999年7月10日土曜日、東京都杉並区)に参加し、兄(当時8歳1ヶ月)と追いかけてこをしていた際、綿飴の割箸を咥えたまま転倒、割箸が軟口蓋に刺入、救急救命士のトリアージは、意識清明・受け答えも可能、加えて生命兆候(バイタルサイン)の検査結果も異常なしの故に「軽傷」、III次救急搬入の必要なしと判断、受入先である杏林大学病院I・II次救急外来の耳鼻咽喉科医師は、「意識は良い、割箸は抜けている」との引き継ぎを受けた上、問診・視診・触診、創口の閉塞と止血・開眼と開口命令に対する応答を確認、痛み止めと抗生剤を塗布、同行の母親に予後の注意事項を説明、急変時の再来院を指示、薬剤を処方の上へ帰宅させたところ、翌朝7時30分容態急変(6時までには意識あり、返答可)、同病院に再搬送後、9時2分に死亡を確認、事後の司法解剖の結果、

死亡児の頭蓋内に 7.6 cm の割箸片が遺残していたことが判明した事案。

第3 本件症例に対する医学的考察

本件症例は、概ね以下のようなものであった。

患児が啞えていた割箸は、転倒により、患児の口腔より進入し、硬口蓋（軟口蓋の手前の部分。頭蓋骨の裏づけのあるところ）に衝突した衝撃で折れ曲がりながら、軟口蓋（口蓋垂、つまり、喉ちんこが下がっている膜状の粘膜質）に刺入し、ファイバースコープによる視診可能な上咽頭腔（喉ちんこの裏側の空洞）に突き出ることなく、視診不可能な咽頭側壁の組織のなか（粘膜下の筋肉層内）を左斜め方向に進み、頭蓋底に開いている直径数ミリ程度の狭隘な左頸静脈孔に嵌入し、容易に抜去し得ない状態に固定された。その後、割箸は、患児が折って捨てたことにより、その一部である 7.6 cm が、視診不可能な咽頭側壁の筋肉層内に埋没し、残存したのであるが、その割箸片の先端は、小脳実質におよそ 2 cm 刺入していた。なお、割箸は、進入に際し、左頸静脈を切断することなく、単に閉塞させるに止まり、しかも、同孔を通っている中枢神経、つまり迷走・舌・副の各神経を切断することもなかったため、静脈からの出血もなく、また、神経学的な異常所見、つまり、生命兆候（バイタルサイン）の異常、例えば意識レベルの急激な低下や四肢麻痺、あるいは半身麻痺の一顕現であるカーテン兆候なども発現することはなかった。

本件症例は、耳鼻咽喉科・頭頸部外科・口腔外科・脳神経外科・神経内科の各領域にまたがる症例であり、穿通性頭部外傷に分類される。穿通性頭部外傷は、散見される症例であるが、

本件症例は、①割箸の走行経路の特殊性、②小脳に刺入したこと、という2点において、前例のない症例であった。

①について、左頸静脈孔という狭隘な穴に口腔から異物が入り込んだ症例は現在においても唯一無二であること、ゆえに、当時の臨床常識に鑑みると、やわな割箸は、堅固な頭蓋底（厚さ 1 cm 程度）に阻まれ、脳実質に達することはないと考えられていたこと、また、ここに異物が進入しながら、頸静脈や中枢神経が損傷されないことは臨床の常識外であったこと、換言すると、意識減弱・消失・特異な傾向を示す嘔吐などの、神経学的な異常所見が診られない場合には、異物は進入しておらず、これらの器官も損傷されていないと考えるのが臨床の常識であった。

②について、左頸静脈孔の背後にある小脳に異物が刺入することは臨床の常識外であったこと、また、小脳損傷は、運動機能をつかさどる大脳や、呼吸や脈拍などの機能をつかさどる脳幹の損傷と異なり、容態の急激な増悪を来さないこと、ゆえに、本件患児の意識は清明であり（救急救命士が作成した救急活動記録票に明記）、受傷後 12 時間にわたり意識が保たれており、心肺停止（CPA—OA）の間際まで受け答えもできたことなどの客観的な医学的所見に、その特異性が現れている^{註2)}。

第4 本件に対する医事法学的考察

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つただけであり、他に何らかの作為を行わなかった場合。例えば、本件の事案

本件のような消極的不作為型医療事故においては、積極的不作為型医療事故のように、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、消極的不作為型医療事故は、積極的不作為型のそれと異なり、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。このように、消極的不作為型医療事故については、刑事裁判における証明の程度、つまり「合理的な疑いを入れない」程度、あるいは、結果発生「高度の蓋然性」に至る証明をなすことは難しい。それでもなお、被告人医師の初診について過失を問い得るのか否か、が争われたのが本件であった。

第5 控訴審判決と第一審判決の検討

1. 過失の前提事実（患児の容態・とりわけ意識レベル）

(1) 事実認定のあり方

本件刑事事件第一審判決
遺族や事故現場施設関係者の供述や証言を

重視して、診察当時における患児の容態を「意識レベルが低下してぐったりとした状態」と認定

本件刑事事件控訴審判決（確定）

下記「薬害エイズ禍事件判決」と同様のスキームにより、救急救命士が作成した救急活動記録票や、看護師が作成した看護記録データベースなどの確度の高い客観的資料を重視して、診察当時における患児の容態を「高度の意識障害はない上、嘔吐の状況も明らかに異常であったとはいえない」と認定

本件民事訴訟第一審判決

同上

本件民事訴訟控訴審判決（確定）

同上

薬害エイズ禍事件帝京大学ルート第一審判決（確定）^{註3)}

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」を重視して、非加熱製剤の使用によるエイズ発症の予見を困難と認定

裁判所による事実認定とは、裁判時よりも過去に発生した事実を、証拠によって裏付ける作業であるが（証拠裁判主義。刑訴法 317 条）、当事者が申請した証拠資料のうち、いずれを事実認定に供する証拠方法として採用するのか、また、採用した証拠方法の証明力をどの程度認めるべきなのか、という問題に還元され、その採否の基準と証明力の認定は、裁判官の自由なる心証により決められる（自由心証主義。刑訴法 318 条、民訴法 247 条）。もっとも、刑事裁判の場合は、伝聞法則（刑訴法 320 条 1 項）や自白法則（刑訴法 319 条）により、原則として証拠能力を否定される証拠資料もあり、また、民事訴訟においても、弁論主義の建前により、証拠資料の

選択と申請を当事者の権能としていることから、いかに「自由」心証主義といっても無制限ではない。

とりわけ、医療過誤事件は、前提事実の設定如何により、診察当時における治療方法の選択の是非や、治療そのものの是非の認定に変化をもたらすので、事実認定は、被告人医師の注意義務違反を認定する上において極めて重要な作業である。医師の医学的裁量の是非にかかわる刑事医療過誤事件における、事実認定の手法に関する先例は多くはないが、近年の判例として、この点について比較的明確に判断した判例があり、そのスキームは、すでに判例理論を形成しており、裁判所の共通認識と考えられるので、ここに紹介する。その判例とは、薬害エイズ禍帝京大学ルート事件判決（以下、薬害エイズ禍事件判決という）である。

この事件において、裁判所は、非加熱製剤の使用による患者のエイズ罹患・死亡という結果の予見可能性の認定につき、関係者の供述や証言は、時の経過により風化し、あるいは確信犯的に変化する余地があること（薬害エイズ禍発生から起訴まで8年を経過）、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を理由として、これを重く見ることなく、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」を重視する姿勢を明確にしたのであった。

本件においては、患児の容態如何により、被告人医師の診療上の注意義務の内容が変り得ることから、事実認定のあり方が過失の認定を左右し、ひいては訴訟の帰趨を決することから、事実認定のあり方が一大争点とされた。その結果、上記表のように、地裁と高裁の判断に差異を生じた。

(2) 控訴審判決の検討

本件控訴審判決は、薬害エイズ禍事件判決とほぼ同様のスキームにより、「確度の高い客観的資料」を重視する姿勢を明確にしていた。

第一として、診察時における患児の容態につき、控訴審は、「確度の高い客観的な資料」である、救急救命士が搬送時において作成した救急活動記録票の記載（意識清明、脈拍・対光反射・瞳孔反応などのバイタルサインは全て正常、受け答えも可能）、および看護師が作成した救急活動データベース No.1 の記載（バイタルサインの検査結果や、ダッコをせがむ動作をした旨の記載）、被告人医師が作成したカルテの記載（意識レベル I-2。つまり清明より1ランク落ちるレベル）^{註4)}などの検査結果を重視して、「高度の意識障害はない上、嘔吐の状況も明らかに異常であったとはいえない。」と認定した。

かような認定手法の是非を検討すると、診察室に同行した母親や事故現場である施設関係者の証言とは異なるが、「ぐったり」とした状態に関する評価は難しく、そもそも救急外来に来院する小児患者は、泣き叫んでいるか、もしくは泣き疲れて「ぐったり」とした状態であるのが通常である。そして、医師は、一般的に、過去の臨床例に鑑みて、それが医学的に危険な状態としての「ぐったり」であるのか、あるいは単なる泣き疲れであるのかを識別する能力を有していると考えるのが素直である。ゆえに、医療従事者以外の者から見て「ぐったり」としていたとの評価がある一方で、他方において、評価の入り込む余地のない客観的かつ一義的な検査結果として、異常なしとの結果を得ていた場合には、後者の証拠方法を重視せざるを得ず、患児に異常所見は発現しなかったと認定する他はない、と考えていた節が窺われる。

思うに、客観的な検査結果は、これが改竄されたなどの信憑性を疑う事実が認定されない限り、評価の入り込む余地のない医学的データであることは疑いのない事実であるから、裁判所

の自由心証を制限するというべきである。ゆえに、これに反する認定をすることは、証拠裁判主義の見地からできないというべきであるから、患児に医学的な異常所見は発現していなかったとする控訴審判決の事実認定に、医学的および法律学的見地からの、特段の問題点を見出すことはできない。なお、救急活動記録票を作成した救急救命士と、救急活動データベースを作成した看護師は、検察側の証人であったことから、これらのデータの改竄に関する争点は、本件裁判において、一切出てこなかったことを付言する。

第二として、初診時においてCTスキャンをなす必要はないとする認定について検討する。この問題は、医学的見地からすると、要するに、口腔内損傷を受けた患者は、頭蓋内損傷を受けている可能性があるから必ずCTスキャンをせよという臨床慣行が形成されているのか否かという問題であり、刑法の過失理論との絡みにおいては、(頭蓋内損傷の)予見可能性と予見義務の有無の問題である。この点につき、控訴審は、「確度の高い客観的な資料」である、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疫学的なデータ^{註5)}、および、口腔外科専門医(国立大学教授)の証言^{註6)}、ならびに、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)の証言と、同医師が作成した資料やビデオなどの証拠^{註7)}を重視して、当時における小児耳鼻科医療の臨床の実情を仔細に考察し、初診において口腔内損傷を認めたとしても、ただちにCTスキャンをなす必要性はなく、自宅における経過観察に付せば足りるとした。

かような認定手法の是非について検討すると、検察側の証人医師一名が、唯一、本件発生前において、自ら起案した論文に、口腔内損傷であったとしても「深さや方向によっては」重

大な結果を惹起する恐れがあると指摘していた旨を証言していたことと異なるが、そもそも、この論文において示された複数の症例は本件症例と事案を異にしており、また、異物の刺入経路についても本件症例のような経路を前提としたものでもなく、さらには、口腔内損傷の症例については全てCTスキャンを撮るべきであると断定したものでもないことから、事例判断的な症例報告に過ぎないので、口腔内損傷一般に敷衍することはできないと考えていた節が窺える。

思うに、口腔内損傷の抽象的危険性を指摘しつつも、どのような症例を射程に含むのか明らかではない唯一の論文がある一方で、それまでの症例の集積に基づく疫学的なデータや、それまでの小児耳鼻科医療の実際に関する証拠方法がある場合においては、後者を重視して、CTスキャンを撮るべき義務を否定することが、医学と、その実践形式である医療が、過去の臨床例の集積の上に成り立つ経験科学であることに一致する判断というべきであろう。また、転んで喉を怪我した患者の全員について、バイタルサインに異常がなかったとしてもストレートに頭蓋内損傷と結びつけ、必ずCTスキャンをしなければならないと考えることが、いかにも不合理であることは、医学の素人であったとしても、容易に理解できることである。ゆえに、これを不要とした控訴審判決の事実認定に、医学的および法律学的見地からの、特段の問題点を見出すことはできない。

第三として、初診において鼻咽腔ファイバースコープを用いて観察する必要はないとする認定について検討する。この点につき、控訴審は、「確度の高い客観的な資料」というべき証言、つまり、事件当時においては、小児用の鼻咽腔ファイバースコープは、大学病院クラス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や恐怖感を伴うので、でき

れば回避したいと考えていた、また、実際にも、当時は、単なる口腔内損傷と記載しただけでは、医療保険すら下りなかった、今でこそ、口腔内損傷患者を受診した場合には、患者の容態如何に係らず、念のため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ているが、その契機は、本件の書類送検(2000年7月)と起訴(2002年8月)であったという専門医の証言を重視して^{註8)}、その必要性を否定している。

なお、かような認定手法の是非であるが、檢察側が申請した証拠方法が、CT スキャンについての論文と同じであることから、CT スキャンに関する検討と同じ結論が導かれることになる。

第四として、異物である割り箸片は、視診可能な上咽頭腔に突き出していなかったとする認定について検討する。この問題は、医学の見地からすると、要するに、ファイバースコープを用いて観察すれば割り箸片を確認できたので、ただちに開頭手術の準備に着手し、患児を救命し得たという主張であり、刑法の過失理論との絡みにおいては、ファイバースコープを用いて異物を確認すれば、患児死亡の結果を回避し得たという、結果回避可能性と結果回避義務の有無の問題である。

この点につき、控訴審は、割り箸片は、刺突部位や刺入角度から考えて、視診不可能な咽頭側壁内を走行していたと認定したことは、先に述べたとおりである。

かような認定手法の是非について検討すると、檢察側証人として出廷した、司法解剖を担当した剖検医が、割り箸片は上咽腔に突き出しており、ファイバースコープを使えば、これを確認し得たと証言したことと異なるが、「確度の高い客観的な資料」というべき、檢察側が公判提出記録の一部として証拠申請した、この剖検医の作成にかかる鑑定書中に、割り箸片が咽頭

側壁から飛び出して、上咽頭腔、つまり、のどちんこの裏側の空洞に突き出していたことを示す添付写真は皆無であり、鑑定書にも、かような事実を示す記載も皆無であったこと、また、剖検医が、割り箸片を確認したのは、割り箸片が埋没していた咽頭側壁を切開し、死亡児の上顎と下顎を分離して口腔を大きく開き、軟口蓋、つまり、のどちんこが下がっている粘膜質を、上顎の歯列に沿って全て切除した後になってはじめて、割り箸片の存在に気付き、切除した軟口蓋を「だいたい」元の場所に戻してみたら、塞がりかけていた創口の向こうに割り箸片が見えたと、次第に証言が曖昧になっていったことを斟酌し、かような証言は、「確度の高い客観的な資料」と矛盾するので、この一連の証言を「信用できない」と排斥したのであった。

思うに、法医学の実践に鑑みると、剖検医が、異物の走行経路について特段の記載をしていない場合には、当該事実は無かったと考えるのが通常である。かような認識は、臨床についてもいえることであり、カルテに記載のない事実は存在しなかった、つまり、そのような診断をせず、また、治療もしなかった、反対に、記載したことは、それが改竄されていない限り、実際にも行ったと考えることとまったく同じである。法律学的見地からしても、前後矛盾した(および、その可能性のある)供述や証言が信用性を失うことが、刑事訴訟法の証拠法則であることも論を俟たない。

ゆえに、これを信用できないとした控訴審判決の事実認定に、医学的および法律学的見地からの、特段の問題点を見出すことはできない。

(3) 第一審判決の検討

第一審判決は、前提事実の認定につき、控訴審判決とまったく同じ証拠方法を基礎としながら、正反対の認定をしている。つまり、上記第一から第四の各争点につき、控訴審が信用した証拠方法を信用せず、信用しなかった証拠を信

用し、前提事実を認定（構成）している。

かような事実認定の是非について検討すると、上記控訴審判決の検討のところで述べた、争点第一から第三に関する理由付けは、そのまま第一審判決に対する批判になるので、ここでは繰り返さない。もっとも、第一審判決が、医療水準、つまり、口腔内損傷が穿通性頭部外傷を惹起する可能性（危険性）について、客観的な疫学的データに基づく検討することなく、換言すれば、これらを敢えて排斥して、バイアスがかかる恐れのある遺族や施設関係者の証言や、特異な論文の記載を信用した理由が示されていないので、考えてみる必要がある。

推測の域を出ないが、第一審は、おそらく、たとえ前例のない症例であったとしても、必ずしも予見できないことにはならない、本件に限らないことであるが、同様な症例はあったとしても、同一の症例はないので、いかなる症例であったとしても、前例がないという意味では同じだからである、少なくとも本件症例については、医療水準の有無にかかわりなく、予見できたはずであるとの認識をもっていたのであろう。争点第四についても、死亡児を実際に解剖したのは当割検医であり、その割検医本人が、割り箸は見えたと証言しているのだから、証拠法則云々は格別として、素直に認定するべきであると考えていた節が窺える。

というのは、検察側の証人として証言をした脳神経外科専門医1名が、公判開始後まもなく、検察側が設定した事実関係（「ぐったり」した状態という前提）に沿う形で証言をなし、頭蓋内損傷は予見可能である旨、また、救命可能性を9割以上と証言したことがあった。この医師は、その後における弁護側の反対尋問の際に、意識清明をはじめバイタルサインは正常であった旨を記載した救急活動記録票の存在や、異物の特異な刺入経路など、本件が稀な症例であったことを知り、自己の立論の基礎が崩れそうになっ

た際に、既往のような発言をしていたからである。かような事実は、この医師の証人尋問調書に明確に記載されている。この発言を援用しない限り、第一審の特異な事実認定はあり得なかったものと思われる。

そうであるとすれば、第一審は、本判決の論理を一般に敷衍する意図はなく、特異な症例であったからこそ、本件限りにおいて判断した事例判決と考えていたのではあるまいか。

2. 被告人医師の初診における過失の有無（頭蓋内損傷の予見可能性と予見義務）

本件刑事事件第一審判決

過失（予見可能性）肯定。ただし、因果関係を否定するという特殊な構成

本件刑事事件控訴審判決

過失否定

本件民事訴訟第一審判決

同 上

本件民事訴訟控訴審判決

同 上

(1) 医療水準

医療水準とは、医師の診療上の注意義務の上限を画する概念であり、臨床医学の実践、つまり、標準的な医学成書に記載されてから5年程度を経過した療法であるといわれている^{註9)}。この点につき、刑事医療過誤の領域においては、その判例数が少ないこともあり、判例理論を形成するに至っていないが、民事医療過誤の領域においては、未熟児網膜症の治療法として光凝固法を施行するべきであったのか否かをめぐり、一連の判例が集積されたことにより、医療水準なる判例理論が形成された。そこで、民事医療過誤における医療水準の理論が、刑事医療過誤における過失認定に供することの可否であるが、甲斐克則教授は、供することが可能である旨を明言されている。

医療水準に関する嚙矢的判例は、東大病院輸血梅毒感染事件であるが、この判例は、「…人の生命およ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と判示し（最高裁昭和36年2月16日第一小法廷判決・民集15巻2号244頁参照）、後の未熟児網膜症高山日赤事件において、最高裁は「この注意義務の基準になるべきものは、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」と判示し（最高裁昭和57年3月30日第三小法廷判決・民集135号563頁）、以後、判例理論として確立したといわれている。

このように、医療水準の理論は、民事訴訟のみならず刑事裁判においても、医療事故における医師の注意義務の上限を画する概念として、医師の診療における行為規範として機能し、結果責任を回避し、医学が過去の臨床例の集積の上に成り立つ経験科学であることを担保している。

本件においては、口腔外傷における医療水準のあり方が、被告人医師の過失認定を左右するので、この点が一大争点とされた。その結果、上記表のように、地裁と高裁における過失認定に差異を生じる結果となった。

(2) 控訴審判決の検討

本判決は、被告人医師の注意義務違反の有無を認定するに際し、はっきりと「…当時の医療水準に照らし」と判示しているため、医療水準に関する判例理論を意識して、踏襲していることは明らかである。そして、本件症例が前例のない症例であることを前提として、前記第一から第三に関する注意義務はなく、ゆえに、かような注意義務違反も認められないと認定している。過失の前提事実の認定に際し、「確度の高い客観的な資料」を重視して、臨床における医療慣行を認定したと相俟って、医学の経験科学性と、医療水準の行為規範性を担保した点に

おいて、このような過失認定の手法に、医学的および法律学的な見地からの、特段の問題点を見出すことはできない。

(3) 第一審判決の検討

過失は開かれた犯罪構成要件なので、裁判所は、問題とされている事例における注意義務の内容を具体化しなければならず、その際には、注意義務を確定するための一般的な基準、例えば、医療過誤であれば医療水準に依拠しなければならないが、本判決は、医療水準なる文言を使用しておらず、また、被告人医師の診察当時における、口腔外傷や頭部外傷の治療に関する一般的なガイドラインも考察していない。つまり、過失認定のあり方としては、かなり特殊な判断である。

かような認定をした理由は定かではないが、おそらくは、過失の前提事実の認定が、かなり特殊であったことと同様に、特異な症例である本件限りの事例判決的な過失認定、つまり、前例のない症例であることから、従来までの医療水準に依拠すれば注意義務はないことになるが、少なくとも本件症例に限っては、諸般の事実関係より、予見できないことはなかったため、従来までの医療水準は妥当しないので、考慮外としたと解するほかに、本判決の論理を正当化する途はないように思われる。このような背景を有すると推測される第一審判決であるが、以下、本判決における過失認定、とりわけ頭蓋内損傷の予見可能性の認定のあり方を検討する。

第一審は、頭蓋内損傷の予見可能性にかかわる事実として、

- 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

という各事実を認定し、これらの事実のみから、直ちに、起訴状記載の予見可能性の対象である「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、脳外科に転医する義務があると判示した。

しかし、第一審は、同時に「頭蓋内損傷」の予見可能性にかかわる③の事実を打ち消す反対方向の事実、つまり、

- ④ 患児の意識レベルをはじめとするバイタルサインが、全て正常値であった事実、
- ⑤ 患児が、救急救命士の発問に対して「うん」と頷き、女性看護師に対して抱っこをせがみ、被告人医師の開眼・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被告人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
- ⑦ 母親は折れた割箸片を持参せず、被告人医師が母親に対し、「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、いくつかの間診をした際にも、母親は受傷機序につき「割り箸で喉を突きました(または、刺しました)」と回答したのみであった

という事実という各事実を認定していたのであるが、これらの事実を斟酌すると、③の事実が直ちに頭蓋内損傷の神経学的所見とはいえない、つまり、「確度の高い客観的な資料」である救急活動記録票や救急活動データベース、およびカルテの記載によれば、患児の意識が低下していた旨の記載はなく、むしろ「意識清明」「I-2」と、低下していない旨の記載があるほか、小児救急患者は皆泣き叫んでいるが、あるいは泣き疲れて「ぐったり」として搬送されてくることから、かような事実を以って、直ちに神経学的所見の一顕現ということではできないので、結局のところ、診察時において、頭蓋内損傷に直接結びつき得る情報は、事実上、①と②のみであった。第一審は、①②の事実のみを基礎と

して、初診の段階において「最終的」に頭蓋内損傷の事実を突き止めよ、と判示したことになる。

もっとも、第一審の認定は、起訴状が、あくまで「頭蓋内損傷」を疑っ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乖離している。というのは、第一審の認定は、初診時において“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から、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 スキャンを試行するべきであったところ、被告人医師は、これをしなかったのであるから過失がある、というものであるから、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」ということとなり、予見の対象が、起訴状と判決文において齟齬している。因みに、第一審判決の態度がこのようなものであることは、判決文中の「原因究明はさておいて…最終的には…本件の全貌が分かる」なる文章からも裏付けられる。

もし、かような論理を根拠付けるのであれば、過失の予見可能性の認定に関する危惧感説に依拠するしかあるまい。この見解は、行為者が、具体的な結果の予測如何は格別として、「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、なおかつそのハードルを低く抑えることができるため、注意義務違反を容易に認定できるというメリットがあるので、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。本件につき、危惧感説によると、①②の事実のみから、医学的な病識は格別として、「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、直ちに脳外科に転医させ、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、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わからない、そのため事実上の結果責任を容認することになる、などの批判がなされている。因みに、第一審判決の論理は、①②の事実のみであったとしても、医学の見地からは、最低限度「硬膜下出血」を予想できるはずなので、これを前提としてCTスキャンを試行す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において、つまり、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において、単純な危惧感説と異なる。かような解釈により、前記批判がある程度回避している。

すると、第一審判決の構成は、初診時において、最終的な結果まで予見し得る必要はないが、結果との間に介在する前提事実、つまり「硬膜下出血」を疑い、それを回避する措置を講じたとすれば、最終的な結果、つまり頭蓋内損傷が判明し得たと考えているので、段階的予見可能性必要説というべき考え方であって、具体的予見可能性必要説というべき通説・判例の見解と危惧感説を折衷した見解ということが出来る。以上のとおり、本判決は、有力説である危惧感説に依拠することで、刑法における過失理論との整合性を保つことができるように思われる。医師の専門家責任を強調すれば、危惧感説を採用することにより、診療上の注意義務のハードルを上げることも、一概に不合理とはいえない。

なお、かりに、過失認定に関する通説・判例の見解を本件の認定事実にあてはめてみると、

被告人医師は、①②の事実のみからは、初診時の医療水準に鑑みて口腔外傷を予見し得るに過ぎないので、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、つまり診療義務を尽くしたことになる。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と思われる。

以上のとおり、第一審の過失認定は、危惧感説により説明できるのであるが、第一審が通説・判例の見解を採用することなく、有力説に過ぎない危惧感説に依拠してまで、被告人医師の過失を認定していることから、その合理性について、さらに検討を進める必要がある。

まず、医学的な見地からの検討として、医療水準に関する言及がない点であるが、この点に関する第一審の意図（事例判決？）については、先に検討したとおりである。しかし、第一審が医療過誤に対する一般予防効果、ないしは抑止的效果を期待していたとすれば、それは、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充分であり、第一審判決のように、過失を認定する必要はなかったのではないか。第一審判決の論理によると、前例がない症例について、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、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、ひいては救急救命からの医療従事者の撤退を招くことになる。第一審判決は、事実上、現在の医療水準を10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べきように思われる。ところが、第一審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恐れがある。

以上の検討により、本判決が医療水準に言及せず、また、口腔外傷の医療水準を検討することもなく、本件限りで過失の有無を認定したことには、賛成することができない。

つぎに、実体法的な見地からの検討であるが、第一審判決は、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、「最終的」に頭蓋内損傷の事実が判明すれば足りるとしている。しかし、起訴状の記載を誰がどのように解釈したとしても、予見の対象はあくまで「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。それにもかかわらず、第一審は、上記のような独自の解釈をして、被告人医師の予見可能性（過失）を肯定した。そこで、かような法律構成をした理由を探らなければならない。

この点、推測の域を出ないが、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）と医療過失訴訟が同様であるとしても、医学、ならば

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ふ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、本件第一審判決のように、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Ⅰ・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Ⅰ・Ⅱ次救急は患者選別機能を喪失することになり、救急救命制度全体が機能不全に陥るであろう。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、第一審判決のように、先の先まで予想した診察をする義務あり、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パンクするであろう。かりに、第一審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。

以上の検討より、人的・物的設備が、平日昼間の一般外来と比較してかなり劣るなかで運営されている、休日夜間の救急外来における医師の注意義務のハードルを上げることは、かなりの弊害を伴うことが明らかとなった。ゆえに、臨床や医療保険の実情にそぐわない第一審の過失認定には、賛成することはできない。

さらに、訴訟法的な見地からの検討であるか、

刑事裁判とは、審判の対象、つまり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、起訴状における一義的な文言を超える事実を認定したことになる。もし、裁判所が、このような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の事実、ひいては割箸片遺残の事実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・防御をなさしめ、審理を尽くさせるべきであった。

以上の検討により、第一審における過失認定は、被告人医師に対する不意打ちになると思われるので、賛成することはできない。

3. 第一審判決「最後に」と題する付言的説示の是非

判決には、訴因に対する判断、つまり、主文と判決理由、罪名と量刑を判示すれば必要にして充分であり、余事記載をしなないのが原則である。この点につき、本件第一審判決は、判決文の末尾に「最後に」と題する付言を入れ、一般的な判決の形式と異なる、異例の構成を採用している。そこで、第一審が、かような付言を付した意義と、その是非について検討する必要がある。

まず、意義であるが、付言中において、「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、国民の健康の維持・増進を一手

に担う医療従事者に対する法の厳しい姿勢を示すとともに、医療に対する国民の信頼確保の観点から、医療過誤の一般予防的な見地からの警告を、判決の一般的な形式に優先させた結果なのであろう。その崇高な意義を、あえて否定することもあるまい。

しかし、その是非については、付言の内容如何にかかるので、さらに検討を進める必要がある。そこで、付言の内容を分析すると、

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、臨床の見地から到底是認できる指摘とはいえない。

まず、①のうち、「〇〇は…生命が危険な状況にあることを訴えていた」「〇〇が発するサインを見落とし」たと判示した点であるが、どのような症例であったとしても、勘や推測に基づいて診療する医師などおらず、すべての検査データを読んでから、予後の治療方針を立てていることを忘れてはならない。検査データとしてのバイタルサインが正常を示し、受け答えができるという客観的な状況のなかで、これらのデータをすべて疑い、経過観察をすることもなく、

前例のない症例を予想して治療方針を立て、これを実行する義務があるとするは、医学的常識と著しく乖離する。また、第一審が、患児が頭蓋内損傷を受けていることを「訴えていた」、あるいは「サインを発していた」ことを、「ぐったり」していた事実と求めていたとすれば、過失の前提事実の認定のところで触れた、小児救急患者の一般的な様子に照らすと、バイタルサインに異常が診られない限り、あまりにも早計、もしくは飛躍というべきである。

つぎに、①のうち、「救急救命士からもたらされた事前情報を重視する余り…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。」と判示した点であるが、これはコメディカルの能力を疑えという意味なのであろうか。通常、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、第一審の公判においても、救命士の訓練を担当する脳神経外科専門医が、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、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、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。

さらに、②についてであるが、第一審は耳鼻

咽喉科を「日ごろ生死に直面した患者を扱うことが殆どない」診療科であると判示しているが、これは著しい誤りである。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を切開して挿管し、気道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。

この点に関し、被告人医師の能力について検討すると、平成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、第1・II次救急外来の輪番当直も含まれており、医師国家試験合格後の平成1997年4月

より約半年間、オーベン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。くわえて、医師免許取得後から現在まで、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、本件遭遇の前より、急性喉頭蓋炎の症例経験数のみならず、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の、難治性疾病の症例経験数も多数である。因みに、本件裁判繫属中も休むことなく診療に従事していた。そして、前例のない本件を除き、医療事故に遭遇したこともない。

以上の客観的事実と併せ、当時、国公立の医科大学においては救急外来を開設していなかったことに鑑みると^{註10)}、休日夜間の過酷な救急外来を、2年以上経験していた被告人医師の能力は、同期の医師と比較すると、やや高かったといっても過言ではない。

このような被告人医師の能力を前提とすると、第一審判決のように、果たして、前例のない症例について「医師としての基本的かつ初歩的な作業」を怠ったといえるのか否か疑問である。第一審が耳鼻咽喉科についての認識を誤った結果、耳鼻科医師である被告人が「生死に直面する」症例に遭遇したことが「ほとんど」ないと轻信し、被告人医師の臨床経験を調査することもないまま、その臨床経験に関する認識を誤り、ひいては被告人医師の能力を、実際よりも低く捉えたことを考慮すると、この疑問は深まるばかりである。

また、第一審が、被告人医師を「駆け出しの部類の医師」としてと判示した点についてであるが、これも医療界の実情から乖離している。医療界において「駆け出し」というのは、医学部5年次から始まるポリクリにおいて各科の病棟を回りはじめた医学生（いわゆる医者のタマ

ゴ）や、医師国家試験に合格し、これから研修に入る医師（いわゆるフレマン）を指す言葉であり、臨床経験3年を超え、複数の医科大学で夜間休日の過酷な救急外来を経験し、複数の主任教授よりスキルありと認められ、専攻医の認定を受けていた医師が、これにあたらぬことは医療界の常識である。本件における過失認定は、被告人医師が「駆け出し」であることを理由としている以上は、臨床経験3年が「駆け出し」であることの根拠を明確に示すべきである。

さらに、被告人医師が、駆け出しの医師であったために、「教科書的な範疇の処置から抜け出せ」なかったために、本件事故を引き起こしたと判示している点について検討する。バイタルサインが正常である口腔外傷患者について、創口に抗生物質を塗布し、痛み止めと抗生剤を処方し、2日後の縫合を予定し、増悪した場合を含む再度来院の指示をすることを「教科書的な範疇の処置」に過ぎないとして、第一審が非難していたとすれば、それは医学的考察を欠く誤りである。本判決は「患者の病態を慎重に観察し把握する」ことの重要性を説いているが、経過観察は、まさに「慎重」な観察の第一歩だからである。一般的な対症療法のうへ経過観察に付し、従来までの治療法では対処できない、初診と異なる重篤な「病態」の予兆を捉えない限り、勘や推測に基づいて治療に着手することはあり得ない。それで手遅れになったとしても、手を尽くしたことに他ならないので、前例のない症例であれば、不可抗力の結果というべきであろう。

以上の検討より、付言することについては、判決の形式としては異例であるも、これを排斥する理由はないが、その内容については、初歩的な医学的知見、および臨床の実情について審理を尽くしていないという他ないので、賛成することはできない。

4. 検討結果

本件控訴審判決には、医学的見地、および法

律学的見地からの、特段の問題点を見出すことはできない。

これに対し、本件第一審判決には、過失の前提事実の認定(証拠方法の評価の偏り)、過失の予見可能性と予見義務の認定(予見義務が高度に失すること)について、医学的見地からの疑問を払拭できない。なお、法律学的見地からは、前提事実の認定については、医学的見地からの疑問と同様の疑問があり、また、過失の予見可能性と予見義務の認定については、判例・通説の見解とは異なる有力説(危惧感説)を採用することにより、かろうじて是認できるどころ、提唱されてから30年以上経過しながら通説・判例となり得ない異説を採用する以上は、その根拠を明確に示すべきである。

第一審判決に付された「さいごに」と題する付言については、この付言に示された認識こそが、第一審判決における過失の前提事実の認定と過失の予見可能性と予見義務の認定を、本件控訴審判決・本件民事訴訟第一審判決・同控訴審判決における認定と、正反対とさせた根拠といえる。しかし、かような認識は、すでに検討したとおり、第一審が、耳鼻咽喉科に対する認識や、医師の研修制度および研鑽レベルに関する認識を誤ったことに起因するものであるから、到底、その医学的合理性を認めることはできない。ゆえに、付言に示された認識が誤りである以上は、これを前提とする過失の前提事実や過失に関する判断にも、医学的合理性を認めることはできない。

以上の理由により、控訴審判決には賛成するが、第一審判決については、無罪の結論(および、本稿においては触れていない死因・因果関係の認定)には賛成するが、過失の前提事実の構成や過失の認定には、賛成することができない。

第6 結語に代えて

一医療死亡事故の原因究明・再発防止に対する新しい取り組み一

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、2006年3月の本件刑事事件第一審無罪判決、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、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側の控訴断念、そして、本件控訴審の無罪判決、検察側の上告断念という形で、医師の法律上の責任を否定する判決等が相次いでいることを考慮すると、国レベルにおいて、医療事故における真相解明を、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、専門家を擁する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、医療事故の罹災患者を救済する方途として無過失損失補償制度が取り入れられ始めたこと^{註1)}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。

とりわけ、いわゆる“医療事故調”の設立に向けた動きについて、捜査と公判に代わる新しい死因究明制度として、厚労省「医療安全調査委員会設置法案(仮称)大綱案」(2008年6月)と、その対案である、民主党の「医療事故等による死亡等(高度障害等を含む)の原因究明制度(案)」(いわゆる民主党案。2008年6月)が

議論の俎上に上がっている。その議論状況であるが、2009年8月における衆議院議員総選挙において、民主党が圧勝したことにより、一つの対案に過ぎなかった民主党案が急速に現実味を帯びてきた。もっとも、厚労省案については、医療事故の刑事事件化の端緒となる医師法21条の存続を前提とするため、依然医学界からの反対論が強く、また、民主党案についても、医師法21条を削除する点においては、刑事事件化を抑制できるものの、24時間以内に死亡診断書等を作成できない場合、つまり、遺族により病理解剖を拒否されるなど、本件のように、容易に死因を特定できない難しい症例については、結局のところ所轄警察署への届出義務を認めることから、厚労省案と結論において大差がないので、政権交代とともに民主党案を可決し成案とすれば足りるものではない^{註12)}。今後の展望として、これらの法案を与野党の政争の道具とすることなく、医療再生の見地から、緻密な議論を重ねる必要がある。

註

- (1) 日大歯紀掲載論文につき、根本晋一(2006)「再考 医師の不作為と刑事責任—杏林大学病院頭蓋内割箸看過事件(いわゆる“綿飴割り箸事故”)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)を契機として—(論説)」日本大学歯学部紀要第34号65頁 日本大学歯学部 東京、根本晋一(2008)「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—(論説)」日本大学歯学部紀要第36号65頁 日本大学歯学部 東京。本件に関する一連の判決につき、東京地裁刑事16部平成18年3月20日(無罪・確定)、東京地裁民事28部平成20年2月12日(請求棄却・控訴)、東京高裁民事5部平成21年4月15日(請求棄却・確定)。いずれも判例集未登載
- (2) 本件に関する医学的評釈として、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、医学の見地から妥当な判断と思われる」医療判例解説 Vol. 13 (2008) 12頁、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。いずれの評釈も、患児の受傷機序および受傷部位、ならびにバイタルサインに関する検査データ等と、当時における臨床医学の実践レベルを仔細に考察し、被告医師の過失を否定した裁判所の判断には医学的合理性があると論じている。因みに、岡本教授と馬場教授は、本件民事訴訟・刑事裁判と無関係であり、被告人医師や弁護人と面識のない中立的な第三者である。なお、これらの評釈は、本件民事訴訟第一審判決に対するものであるが、同控訴審判決、本件刑事事件第一審判決、同控訴審判決についての評釈は、筆者による複数の評釈を除き、皆無であることから、本評釈を参考にした。因みに、本件民事訴訟は、刑事裁判において採用された証拠方法を、被害者の親権者であった原告らが、犯罪被害者保護法に基づいて、漸次、民事訴訟の証拠として申請し、採用されていったという経緯があるので、本件刑事裁判と民事訴訟における証拠関係は同一であり、医学的な争点も同一であったことから、これらの評釈は、本件症例に対する唯一の医学的評釈として、本件に関する一連の裁判のすべてに通用する文献である。
- (3) 東地刑10判平成13年3月28日判時第1763号17頁(無罪・控訴)。控訴審において、被告人の死亡により控訴棄却の判決がなされ、第一審の無罪判決が確定した。
- (4) 意識レベルの判定について、Japan Coma Scale (ジャパン・コマ・スケール, JCS) とは、わが国において多用されている意識障害の

深度（意識レベル）の分類方法である。被験者の覚醒度により3段階に区分し、各段階が、さらに3段階に区分されることから3-3-9度方式とも呼ばれている。表記方法には3桁の整数で表すもの（300など）と、大分類と小分類をつなげて表記するもの（III-3など）があるが、混同して（III-300）などとする用法も広く使われている。本件における、救急救命士が作成した救急活動記録票や被告人医師のカルテの記載も、混同方式に従っていた。かような分類について、具体的には、I. 覚醒している（1桁の点数で表現）、0 意識清明、1（I-1）見当識は保たれているが意識清明ではない、2（I-2）見当識障害がある、3（I-3）自分の名前・生年月日が言えない、II. 刺激に応じて一時的に覚醒する（2桁の点数で表現）、10（II-1）普通の呼びかけで開眼する、20（II-2）大声で呼びかけ、強くゆするなどで開眼する、30（II-3）痛み刺激を加えつつ、呼びかけを続けるとかろうじて開眼する、III. 刺激しても覚醒しない（3桁の点数で表現）、100（III-1）痛みに対して払いのけるなどの動作をする、200（III-2）痛み刺激で手足を動かしたり、顔をしかめたりする、300（III-3）痛み刺激に対し全く反応しない、この他、R（不穏）・I（糞便失禁）・A（自発性喪失）などの付加情報をつけて、JCS 200-Iなどと表す。JCSは、評価基準が平易であることから、わが国においては広く普及しているが、意識障害を正確に評価できないと批判されている。つまり、JCSによると、開眼するが痛みは無反応、運動反応は比較的良好だが言語反応は悪い場合につき、開眼のみで3段階に分けてしまうので、正確な診断ができない。また、重症のIIIを3段階に分けるにとどめている点も、正確な診断を期する上においては不足であると批判されている。

- (5) 本件症例は、第III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・疫学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14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 16 cases. *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) 国立大学歯学部口腔外科主任教授の証言。検察側が患児のスカル(頭蓋骨)を保存していなかったことから、教授は、死亡児とほぼ同年齢の小児のスカルを使用して、異物である割り箸の刺入経路を説明した。検察側は、スカルの構造に詳しい歯科口腔外科の証人医師を立てなかったことから、冒頭陳述書においても、刺入経路については曖昧なまま、被告人医師を起訴したが、スカルの実物を用いた同教授の説明により、きわめてレアな刺入経路が明らかとなり、割り箸は、ファイバースコープを用いても視診不可能な、咽頭側壁内に埋没していたとを証する有力な証言となった。
- (7) 証人医師は、小児はアデノイド(扁桃腺)が発達していることが多いので、仮に、割り箸が、患児の上咽頭腔に突き出ていたとしても、アデノイドに隠れてしまい、これを発見することは困難である旨、および、患児がいびきをかいていたことは、アデノイドが発達していることの現れである旨を証言した。この証言に関し、検察側の証人である剖検医は、司法解剖の際、患児のアデノイドが発達していたことを確認し

た旨の証言をした。

- (8) 註3の証言をした、国立大学歯学部口腔外科主任教授の証言。
- (9) 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、東大病院輸血梅毒事件(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(最一小判昭和57年3月30日判タ第812号177頁)

- と、未熟児網膜症事件（昭和47年発症例・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、ベルカミン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現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、医師が従来までの医療慣行と異なる処方に記載した効能書を閲覧しなかったことにつき、研鑽義務を怠ったものとして、過失責任を肯定す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近の文献として、山口齊昭(2005)「医療水準—注意義務の基準」伊藤文夫＝押田茂美編(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「ブリッジブック医事法」78頁、信山社、東京
- (10) 当時、国立・公立の医療機関はERを開設しておらず、私立医大その他の私設の医療機関が、これを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、患児は、事故現場近くの荻窪病院と武蔵野日赤病院に搬入を断られ、本来の担当地域外の杏林大学病院が受け入れたという事実がある。被告人医師は、事故当日の夜間救急外来（昼間における一般の耳鼻咽喉科外来を終えてすぐに入る）ので、勤務時間は連続24時間において、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。
- (11) ハイリスクとされる産科領域のみにつき、すでに公的な無過失補償制度が実現しており、現在その成果が試されている。なお、諸外国におい

ては、アメリカ合衆国フロリダ州、同国バージニア州、ニュージーランド共和国などにおいて、既に無過失補償制度が導入されている。峯川浩子「アメリカ合衆国における医療安全対策と医療事故への対応」伊藤文夫＝押田茂美編「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」所収論文418頁、藤沢由和「ニュージーランドの医療安全・補償制度」前掲伊藤＝押田469頁（新日本法規2005年12月）

- (12) 厚労省の大綱案によると、本件症例は、大綱案の規定中の『誤った医療を行ったことは明らかではないが、その行った医療に起因して患者が死亡した事例（※その行った医療に起因すると疑われる事例を含み、死亡を予期しなかった事例に限る）』に該当し、医療事故調である「医療安全調査委員会（仮称）」への届出症例となり、所轄警察署への届出義務を免除されることから、例えば、遺族が病理解剖を拒絶したとしても、いきなり犯罪扱いはされず、委員会調査事例とされ、結果、調査の過程においてレアケースであることが判明するとともに、者児の救命可能性がないことも判明し、刑事事件はおろか、民事訴訟にすらもならなかったことであろう。この点につき、民主党案によると、先に指摘したとおり、所轄警察署への届出義務が発生することになるので、いまだに詰めが甘い印象を受ける。

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、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—、伊藤文夫、押田茂美編、新日本法規、名古屋、3頁
- 小林充、香城敏磨(1993) 刑事事実認定—裁判例の総合研究—(上・下)、判タ社、東京
- 小林充、植村立郎(2007) 刑事事実認定重要判決50選 補訂版(上・下)、立花書房、東京
- 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 頁

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 頁

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—, 伊藤文夫, 押田茂實編, 新日
本法規, 名古屋, 14 頁

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 頁

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 頁