

## 論 説

# 医療の視点が司法に活かされるための制度設計\*

神 馬 幸 一

## 1. 序論

医療事故に関する公式の統計資料は、一体、どこまで遡ることができるのだろうか。

その答えは「1970年」である。最高裁判所事務総局が作成した民事医療事件に関する公式の統計資料は、1970年より前には遡れない。刑事医療事件に関する公式の統計資料は、今のところ、作成すらされていない。この点に関して、最高裁判所事務総局民事局第2課長（当時）である南新吾は、次のように回答している。

「最近、この種の事件が急に増えて来ているわけであります。この種の事件の詳細な統計が作られるようになりましたのは、昭和44（1969）年頃でございまして…（中略）昭和44（1969）年以前につきましては、正

---

\* 本稿は、神奈川県保険医協会創立50周年記念「日本医療再生の懸賞論文」審査委員長・奨励賞受賞論文を転載するものである（一部誤植等に関して加筆修正している）。転載元の受賞論文は、既にインターネット上で公開されている。しかし、紙媒体で公刊される予定が無かったことから、本紀要に掲載した。転載に際しては、神奈川県保険医協会より許諾を頂いている。当該許諾に関して、ここに感謝の意を表す。なお、本稿は2014年1月時点での立法政策状況に対する提言をまとめたものである。その後予定されている大きな医療安全制度改革に関しては、他日、論稿にまとめることを期したい。

確な数が実はつかめておらないわけであります<sup>(1)</sup>]

1960年代において、医療安全問題の実態把握へと最高裁判所が重い腰を上げた。すなわち、この頃から、法律家は、何とはなしに医療安全を語り始めた。そして、半世紀に近い年月が既に費やされた<sup>(2)</sup>。

この半世紀、医療現場では「リスク・マネジメント」という外来語も注目された。その様々な努力が積み重ねられてきた<sup>(3)</sup>。しかし、この取組みにおいて「医療事故の撲滅」という精神論だけで突き進もうとする空虚な例が皆無だったわけではない<sup>(4)</sup>。リスク・マネジメントという言葉は、本来「リスクは、絶対に無くすことはできない」という意味を含んでいる。この現実的な認識を超える目的は、達成しえない願望にすぎない<sup>(5)</sup>。

しかし、どのような目的を掲げるものであったとしても、医療現場においては、様々な医療安全に関する実践が試みられてきた。実際に、それが求められてきた。それにもかかわらず、医療現場は、患者との法的

<sup>(1)</sup> 加藤一郎＝鈴木潔（監修）『医療過誤紛争をめぐる諸問題：付・医療過誤訴訟事件裁判例他資料』法曹会（1976）7頁。

<sup>(2)</sup> 1960年代には、医局制度の内情を描いた山崎豊子の長編小説「白い巨塔」が人々に好んで読まれていた。1968年には医師法が改正され「臨床実地研修制度（いわゆるインターン制度）」が廃止された。すなわち、この制度改革により、当時の医学生は、医学界という権威の一端を突き崩して、具体的な身分保障を勝ち得ていた。この1960年代の最後を飾る1969年の師走には「日本医事法学会」が設立されている。当時の医事法学（界）の雰囲気に関しては、唄孝一「日本医事法学会三〇年の歩み：回顧と点検」年報医事法学16号：日本評論社（2001）203頁以下参照。

<sup>(3)</sup> リスク・マネジメントという用語は、本来、保険数理学の概念である。医療現場における取組みに関しては、日向浩幸「医療のリスクマネジメントシステム構築に関する研究」商學論纂53巻3＝4号：中央大学商学研究会（2012）85頁以下参照。

<sup>(4)</sup> 例えば「医療事故ゼロ（運動）」という標語を掲げる例は、数多く散見される。確かに、報告すべき事故の概念を操作することで、この「医療事故ゼロ」という目標を達成することは、不可能ではないだろう。しかし、このような概念操作は、リスク・マネジメントの本来的な意味を矮小化してしまうように思われる。

<sup>(5)</sup> 同趣旨の指摘として、児玉安司「医療安全：How safe is safe enough?」ジュリスト1339号：有斐閣（2007）67頁参照。

紛争を抱え、マスメディアへの対応に追われるようになった<sup>(6)</sup>。医療不信の文化は、医療現場の努力に相反して、時代の経過と共に、ますます醸成化されたようにも思われる。

また、医療の構造改革を旗印にして、医療費の総枠を限界まで削ぐ方向性が定まった。それに呼応するかたちでの診療報酬改定が進行した。医療者は、物心両面から疲弊していった。保険診療に関する法令により、微に入り細を穿つかのように医師と患者の関係性を拘束しておきながらも、それは、民事法上、あたかも当事者間の自由な合意により結ばれた「契約」であるかのように説明されている。そのような法律家の説明に理不尽さを感じながらも、医療者は、その職業的倫理観から、ひたすら耐え忍んできたようにも思える<sup>(7)</sup>。

更に、我が国では、刑事司法が医療事故の現場に介入してきた。例えば、医師法第21条における異状死体等届出義務が警察による捜査の端緒となっており、この点が批判されている<sup>(8)</sup>。このような過酷な状況は「福島県立大野病院事件<sup>(9)</sup>」において、象徴化された。当該刑事事件において、被告人の医師は、結局、無罪であるとされた。しかし、その影響により、我が国の医療現場は、更に混迷を深めたとされている<sup>(10)</sup>。

このような危機的状況をもたらした原因として、法律家の無理解が挙げられている。医療者の憤りは、次のような言葉にも代弁されている。

---

<sup>(6)</sup> 医療報道が抱える問題点に関しては、田辺功「医療危機と新聞報道」総合臨床56巻12号：永井書店（2007）3241頁以下参照。

<sup>(7)</sup> このような法的矛盾を指摘するものとして、畔柳達雄「診療契約の定義」畔柳達雄＝児玉安司＝樋口範雄『医療の法律相談』有斐閣（2008）12頁参照。

<sup>(8)</sup> 医療事故発生時における関係機関の対応に関しては、池田典昭＝上白木悦子＝前田正一「医療事故とその対応」池田典昭＝加藤良夫（編）『医療事故と医療人権侵害』丸善（2012）9頁以下参照。

<sup>(9)</sup> 福島地方裁判所平成20年8月20日判決。

<sup>(10)</sup> 特にリスクの高い産科医療の危機的状況が進行したとされる。この分野における地域医療の現状に関しては、池川明「神奈川県における産科崩壊の現状と改善への方向性」月刊保団連971号：全国保険医団体連合会（2008）10頁以下参照。

「(1999年以降の)不幸な10年を理論的に支えたのが、当時急速に拡大した必罰主義的医事法学です。(中略)何よりも問題なのは、医学・医療の知識もなく、医療現場に対し何等の責任もとらない刑法学者等が空理空論で“正義”を振りかざしたことです<sup>11)</sup>」

確かに、医療者にとって、延々と続くかのように思われる法律家の議論の応酬には、嫌悪感すら覚えることもあるだろう。それは、膨大な先例や学説を典拠としながら、権利と義務の関係性に当事者を置き換えて、一定の結論を権威付けするという過度に精緻な知的作業である。この法律家特有の理屈は、医療者にとって極めて抽象化された観念論にみえるだろう<sup>12)</sup>。医療者は、まさに患者と患者家族が支え合って、病気と共に生きなければならない場面に立ち向かう。その状況において、法律家は、権利と義務の名の下に、そのような当事者の関係性を分断してしまう。そして、その者達を対立関係へと整理してしまう<sup>13)</sup>。そのような法的議論の作法は、現場の医療者にとって、強烈な違和感を与えてきた。何よりも「刑法学者の議論は、訳に立たない(むしろ有害である)」といわれる要因は、この法的思考が抱える問題性にあるのではないか。

従って、医療不信の問題は、法律家への懐疑をも同時に生じさせるものである。今まさに法律家に対して反省が求められているといえよう。そのような法律家が医療安全を語る意味は何であるのか。その核心的な問い掛けに対して、法律家は、責任ある回答が求められている。法律家は、無駄に揉め事を増やしているだけなのだろうか？

<sup>11)</sup> 大磯義一郎＝加治一毅＝山田奈美恵『医療法学入門』医学書院(2012) iii頁。

<sup>12)</sup> 医療事件における刑事手続の概観に関しては、棚瀬慎治「弁護士からみた刑事医療過誤事件」年報医事法学23号：日本評論社(2008)111頁以下参照。

<sup>13)</sup> このような法的思考の問題性を法学者の視点から指摘するものとして、樋口範雄『続・医療と法を考える：終末期医療ガイドライン』有斐閣(2008)233頁以下参照。

## 2. 医療安全を巡る最大の法的難問

### 2-1 医療者の「特別扱い」は可能か

以上における医療者の憤りは、刑法学者を含め、法律界全体においても、確実に届き始めているように思われる。福島県立大野病院事件において無罪が言い渡された2006年を境に民事医療事件数は減少傾向に転じた<sup>64)</sup>。また、医療事故が刑事事件化する端緒とされていた医師法第21条の届出件数も近年、減少傾向に転じた<sup>65)</sup>。

この福島県立大野病院事件が契機となって、医療者の関心は「どのようにして医療安全の問題を刑事司法から切り離すか」に集中した。2008年4月に厚生労働省が公表した「医療の安全の確保に向けた医療事故の死亡の原因究明・再発防止等の在り方に関する試案（以下、第3次試案）」及び同省が同年6月にまとめた「医療安全調査委員会設置法案（仮称）大綱案（以下、大綱案）」においても、そのような問題意識から、各案が批判的に検討された<sup>66)</sup>。更に2013年5月において、厚生労働省の「医療事故に係る調査の仕組み等のあり方に関する検討部会」がまとめた「医療事故に係る調査の仕組み等に関する基本的なあり方（以下、あり方）」が想定する枠組みにおいても、事故分析を担当する第三者機関の業務には、医療事故に関する警察への報告を含めない方針が示されている。

従って、このような制度設計の検討を通して明らかであるのは、医療事故における刑事過失の追及は、医療者にとって、極めて顕著に有害だと捉えられているということである。2008年以降において、医療安全調

<sup>64)</sup> 仲田朝子「裁判統計から見る医事関係訴訟事件の状況」法曹時報62巻8号：法曹会（2010）2081頁以下参照。

<sup>65)</sup> 飯田英男『刑事医療過誤Ⅲ』信山社（2012）23頁参照。

<sup>66)</sup> 第3次試案に至るまでの経緯を詳細に検討したものとして、前田雅英「医療過誤と重過失」法学会雑誌49巻1号：首都大学東京都市教養学部法学系（2008）83頁以下参照。

査委員会の設置に関する議論が停滞した原因は、政権交代による混乱のみならず、大綱案が医療事故に関して刑事訴追の可能性を残したことに對し、医療界が強く反発したところにあるともいわれている<sup>7)</sup>。

この刑事責任追及に関して、医療事故は「特別扱い」するべきだという主張を、どのように考えるべきなのか。このような主張が果たして、現行の司法システム全体と整合的に実現可能なのか。この点は、実際のところ、刑法学者の間でも見解が分かれる。刑法学者は、一体、何を考えているのか？

ここでは、医療事故の刑事責任追及を肯定する見解に対して、試みに批判的な検討を加えてみよう。なぜなら、このような刑事責任肯定説こそ、医療者側が最も反駁を加えたいと考えているように思われるからである。医療者の「特別扱い」を疑問視する刑法学者の主張には、どのようなものがあるのか。

### 2-1-1 医療の不確実性に関して

医療行為は、常に有害事象が発生する可能性を有している。そのような意味で不確実なものである。様々な複合的な要因により、回避不可能な合併症が生じる。最悪の場合、患者が死に至ることも避けられない場合がある。医療行為は、先端的なものであればある程に、その不確実さは増大する。そのような状況を克服しながら、医学・医療は、発展してきた。例えば、交通事故に代表されるような一般的な事故と比較して、この点が異なる。ここでいう一般的な事故の場合、そこにおける不注意が何をもたらすかは、予測が比較的容易である。そして、その予測に専門的な知見も必要ではない。

---

<sup>7)</sup> 樋口範雄「医療安全と法の役割」ジュリスト1396号：有斐閣(2010)15頁以下参照。

また、このような医療の不確実性に伴うリスクの負担は、社会的にも容認されてきたはずだというのが医療者の想いであろう。刑法学者が「このような結果は予見できたはずだ」「こうすれば結果を回避できたはずだ」という後追いの法的評価を列挙して、刑事責任を追及することは、確かに医療の本質を理解していない態度のようにも思われる<sup>88)</sup>。そして、そのような無理解が萎縮医療をもたらし、医学の発展を阻害し、結局は、国民のためにならない事態を生じさせているとも主張されている<sup>89)</sup>。

しかし、医療者が誤解してはならない点がある。このような医療行為の不確実性は、法律家が刑事過失の成否を検討する際、既に考慮すべき内容として理論化されているということである。すなわち、医療行為が必然的に有するリスクは、法的判断の中にも、実際には考慮されている。だからこそ、福島県立大野病院事件では、無罪判決が得られたのである<sup>90)</sup>。それを裁判所が考慮しない場合には、刑法学的観点からも、批判的な検討が加えられる。このことは、医療者の想いと同様であろう。

---

<sup>88)</sup> この点を批判するものとして、小松秀樹『慈恵医大青戸病院事件：医療の構造と実践的倫理』日本経済評論社（2004）12頁以下、同『医療崩壊：「立ち去り型サボタージュ」とは何か』朝日新聞社（2006）28頁以下、同『医療の限界』新潮社（2007）21頁以下参照。

<sup>89)</sup> 同様の議論がドイツにおいても展開されている。この点に関しては、古川伸彦「ドイツにおける事故と過失：医師の刑事責任の限定？」刑事法ジャーナル28号：成文堂（2011）24頁以下参照。更に、警察・検察には、専門的な医学知識に欠けていることから、真相解明は期待できないという批判もある。しかし、この捜査能力に関する問題は、医療事件のみならず、刑事事件一般に当てはまる問題である。従って、井田良「医療事故に対する刑事責任の追及のあり方」井上正仁＝酒巻匡（編）『三井誠先生古稀祝賀論文集』有斐閣（2012）238頁によれば、この論証は、医療者を刑事免責する特別な理由にはならないと説明されている。同様に、佐伯仁志『制裁論』有斐閣（2009）322頁においても「真相解明を専門機関が行うかどうかという問題と、調査の結果、医療関係者に過失が認められた場合に、刑事責任の追及を行うかどうかは、別個の問題である」と述べられている。

<sup>90)</sup> 福島県立大野病院事件の判決文によれば「臨床に携わっている医師に医療措置上の行為義務を負わせ、その義務に反したのものには刑罰を科す基準となり得る医学的準則は、当該科目の臨床に携わる医師が、当該場面に直面した場合に、ほとんどの者がその基準に従った医療措置を講じていると言える程度の、一般性あるいは通有性を具備したものでなければならない」と判示されている。

そのような意味で、医療行為の不確実性は、刑事過失を認定する際においても、十分に考慮しなければならないと刑法学者も一般的に考えているのである<sup>21)</sup>。

従って、その点に関して、医療者が一生懸命に反駁したとしても、刑法学者の理屈を動揺させることはできないだろう。むしろ、刑法学者は、この「医療行為の不確実性」という論拠が無理矢理に展開されることで、医療者が「医療行為を一律に(何でもかんでも)特別扱いせよ」と主張し始めないかを懸念しているのである<sup>22)</sup>。

確かに、高度の技術を要する医療行為を実施する際、偶発的に生じた予見不可能な結果又は医学の現状では回避不可能な結果であるならば、これを処罰しようとする警察・検察の刑事実務は、不当である。そのような不当性を批判するのが刑法理論である。それが刑法学者の仕事である。しかし、過去に医療現場で発生した全ての事故において、明らかに非難に値する不注意が全くないと医療者は言い切れるだろうか<sup>23)</sup>。このような断定的判断ができない以上、医療行為の不確実性は、免責を一般化するための完全な論拠とは成りえない。そのように刑法学者は考えているのである。

## 2-1-2 医療における過剰な公的義務負担に関して

医療者が医療行為の「特別扱い」を刑法学者に対して主張したいのであれば、むしろ、医療業務において、法的責任を過剰に負わなければな

<sup>21)</sup> この問題は、刑法上「危険の引き受け」という理論で説明されている。ある個人(医療事故の場合には患者)が一定の危険に曝されることを知って、これに同意した場合、そのような被害者は、刑法的な保護に値しなくなるので、当該行為の違法性を阻却するという理論である。医療行為における危険の引き受けを検討するものとして、田坂晶「刑法における治療行為の正当化」同志社法學58巻7号：同志社法学会(2007)2702頁以下参照

<sup>22)</sup> 井田・前掲注(9)234頁参照。

<sup>23)</sup> 例えば、法律家だけではなく、医療者にとっても、何が刑事責任に相当する過誤であるのかを検討したものとして、樋口・前掲注(17)頁以下の具体例が参考になる。



らない方向性で公的義務が課せられているという特殊な状況を強調すべきではないだろうか。なぜなら、そのような状況により、国民全体が負担すべき医療に関するリスクが平等に分配されていないとも評価できるからである。

この点に関して、医療者において過酷とされる勤務状況も、他の職種と比較して、特別なものではなく、一般的には刑事責任を免除すべき論拠にはならないという見解もある<sup>20</sup>。過酷な労働条件を強いられているのは、何も医療職に限られるわけではないという主張である。

しかし、この見解に対しては、次のような反論も可能であろう。すなわち「他の職種には見られない特徴として、全ての医療者は、リスクを伴う業務に従事することが（事実上の問題というよりも）法的にも義務付けられている（強制されている）」という反論である。問題は、これを法的に（客観的に）言語化するには、どのような論拠を示すべきかというところにある。

この反論内容の論拠としては、医療者の身分に関する行政法（例えば、医師法、保健師助産師看護師法など）が手掛かりとなる。それによれば医療提供に関する様々な特殊な義務が規定されている。また、医療組織に関する行政法としての医療法も手掛かりとなるであろう。なぜなら、医療法第1条の4は、良質で適切な医療の提供義務を「医療者全体（医師、歯科医師、薬剤師、看護師その他の医療の担い手）」に課しているからである。

従って、医療行政法上の各種義務を総体的に把握することで「医療現場は、リスクを引き受けざる得ない特殊な法的状況下に置かれている」と一般化することができるのではないか。例えば、一般的な職種は、リスクを引き受けたくなければ（他人に危害を及ぼすような仕事をしなくては）、それを少なくとも拒否する自由が与えられている。そして、

<sup>20</sup> 井田・前掲注(19) 235頁。

特段に正当な理由がなく、そのリスクの引き受けを拒否したところで法的な非難が加えられるわけではない。従って、そのリスク負担は、法的に強制されていない。しかし、医療者が患者の受け入れに伴うリスクを拒否すれば、間違いなく、その拒否が正当であるのか否かという法的な問題が生じるであろう。なぜなら、医療行政法により原則化されたリスク引き受け義務が医療者には課せられているからである。

更には、前述したように、一般的な事故は、そのような不注意・判断ミスと結果発生との関連性が容易に予測できる。容易に予測できるからこそ、そのような不注意に対する法的非難が人々を慎重で適切な行動へと導くものと考えられているのであろう。しかし、医療行為は、不確実性という特徴を有している。すなわち、受け入れようとしているリスクが大きいものであるのか、小さいものであるのかも分からないまま、そのリスクを引き受けるように医療者は義務付けられている。このように医療行為は、不確実性という特殊性をも伴うリスクの引き受けが法的に原則化されていることになる。このような意味で過酷な業務なのである。医療者は、リスクが大きいのか小さいのかも分からないまま、それを無理矢理に引き受けなければならない、しかも、そのリスクの取扱いに失敗すれば、非難される。このような状況に、ある種の不条理さはないのか。

このようなリスクの引き受けに関する医療者の一般的義務は、例えば、医師法第19条第1項の「医師の応招義務（診療の求めがあった場合には、正当な事由がなければ、これを拒んではならない）」において、顕著に表現されているように思われる。この義務に関しては、医師資格が免許制を採用しており、医師に業務独占（医師法第17条）を認めていることが法制化の理由とされている。しかし、この「免許制・業務独占だから、応招義務がある」という理由付けは、比較法的に論理必然性を有するわけではない。例えば、ドイツは、医師に関して免許制・業務独占を採用しているにもかかわらず、応招義務（診療契約強制）を課す法的規定は

ない<sup>95)</sup>。アメリカも同様である。

また、この応招義務に関しては、違反に対応する刑罰規定がないことから、医師の心構えを示した「努力義務」に過ぎないという反論も考えられよう。しかし、現状は、応招義務を根拠に、努力義務以上の法的責任が医師に対して課されている<sup>96)</sup>。

このように医療者の中心的存在である医師は、原則として内容不明確なリスクを引き受けなければならない特殊な法的状況下に置かれている。確かに、応招義務は、医療従事者全般に課された義務ではない（例えば、看護師には、法令上、応招義務は課されていない）。しかし、前述したように、医療法は、適切な医療を提供する体制の確保を医療者全体に課している。応招義務が課されていない職種であっても、医療者である以上、このようなリスク引き受けを拒否することは、医療法の趣旨に反することになる。従って、医療者は、組織全体として、その業務上のリスクを引き受けざる得ない法的義務が課されている特殊な身分なのである。

以上をまとめると、国家が医療者に対し、リスクを強制的に負担させている法的現状がある。そうであるにもかかわらず、そのリスクが具体化した場合、それに対し峻厳な刑事処罰で臨むという態度は、ある意味、背信的ではないだろうか。それは、国家における刑罰権の均衡ある執行という理念にも反するようにも思われる。すなわち、ここでは、国家の刑罰権行使における適正な在り方が問題とされている。それは、医療者側の努力という個別具体的な次元の問題とは異なる。このような法的状況を鑑みると、医療現場において国民全体が負担すべきリスクは、平

<sup>95)</sup> 応招義務の比較法的考察に関しては、三上八郎「診療契約強制（応招義務）の系譜的・機能的再検討」北大法学論集52巻4号：北海道大学大学院法学研究科（2001）1193頁以下参照。

<sup>96)</sup> 例えば、応招義務違反を理由に民事責任を認める裁判例も存在する。応招義務の法的性格と問題性に関しては、樋口範雄『医療と法を考える：救急車と正義』有斐閣（2007）68頁以下、米村滋人「医事法講義（第5回）：医療行政法（2）：医療従事者法（2）」法学セミナー57巻8号：日本評論社（2012）124頁以下参照。