

医療事故と刑事制裁

内海 朋子

I はじめに

日本においては、1999年に、都立広尾病院事件¹⁾、横浜市立大学病院患者取り違い事件²⁾等の重大な医療過誤事件が発生し、医療過誤事件が社会問題化し、医療過誤に対する刑事責任追及の数も、これを機に増えたとされている。もっとも、都立広尾病院事件と横浜市立大学病院患者取り違い事件とがその後の医療過誤の取り扱いに関する議論に対して持つ意味合いは異なる。前者は、医師法21条における届出義務と医療事故の原因究明との関連で問題となるのに対し、後者は、チーム医療との関係で、ヒューマンエラーは組織的に対応して防止すべき事柄であり、医療従事者個人の刑事責任の追及によって防止することができないという議論と関連性を有する。本稿では、都立広尾病院事件と横浜市立大学病院患者取り違い事件によって提起された刑事法上の問題点を、医療事故防止に関する制度作りの過程における議論と関連づけながら、論点を整理しなおし、将来の展望を描くこととしたい。

1) 最高裁平成16年4月13日判決・刑集58巻4号247頁。

2) 最高裁平成19年3月26日決定・刑集61巻2号131頁。

Ⅱ 刑事責任の追及に関する議論の動向

1 都立広尾事病院件と医師法 21 条

都立広尾病院事件は、看護師が患者への点滴の際に、生理食塩水と消毒液を間違えて注入したため、当該患者が死亡したという事件であるが³⁾、同病院の院長である被告人が、当該患者の死体を検案した医師と共謀して、警察への届け出を怠った点が、医師法 21 条違反に問われた。最高裁は、医師法 21 条の適用につき、憲法 38 条 1 項の自己負罪拒否特権との関係で、以下のように判示している。「所論は、死体を検案して異状を認めた医師は、その死因等につき診療行為における業務上過失致死等の罪責を問われるおそれがある場合にも、異状死体に関する医師法 21 条の届出義務（以下「本件届出義務」という。）を負うとした原判決の判断について憲法 38 条 1 項違反を主張する。

そこで検討すると、本件届出義務は、警察官が犯罪捜査の端緒を得ることを容易にするほか、場合によっては、警察官が緊急に被害の拡大防止措置を講ずるなどして社会防衛を図ることを可能にするという役割をも担った行政手続上の義務と解される。そして、異状死体は、人の死亡を伴う重い犯罪にかかわる可能性があるものであるから、上記のいずれの役割においても本件届出義務の公益上の必要性は高いというべきである。他方、憲法 38 条 1 項の法意は、何人も自己が刑事上の責任を問われるおそれのある事項について供述を強要されないことを保障したものと解されるところ……、本件届出義務は、医師が、死体を検案して死因等に異状があると認めたときは、そのことを警察署に届け出るものであって、これにより、届出人と死体とのかかわり等、犯罪行為を構成する事項の供述までも強制されるものではない。また、医師免許は、人の生命

3) 刑集 58 巻 4 号 267 頁以下参照。

を直接左右する診療行為を行う資格を付与するとともに、それに伴う社会的責務を課するものである。このような本件届出義務の性質、内容・程度及び医師という資格の特質と、本件届出義務に関する前記のような公益上の高度の必要性に照らすと、医師が、同義務の履行により、捜査機関に対し自己の犯罪が発覚する端緒を与えることにもなり得るなどの点で、一定の不利益を負う可能性があっても、それは、医師免許に付随する合理的根拠のある負担として許容されるものというべきである。」

以上のような最高裁の判示によれば、医師自身が医療過誤によって患者を死亡させた場合であって、医療行為における業務上過失致死罪等の罪責を問われるおそれがある場合にも、医師法 21 条に基づく届出を行わなければならないことになる。この点については、医師法 21 条の届出義務が、犯罪の発見・捜査・証拠保全などを容易にするために医師に特別の義務を負わせるものであることから、自己負罪拒否特権と正面から衝突することを指摘する見解が強く主張されている⁴⁾。最高裁は、医師法 21 条の届出義務が、行政目的ではなく、司法警察目的のための義務であることを認めつつ、警察官が緊急に被害の拡大防止措置を講ずるなどして社会防衛を図ることを可能にするという役割を担っている点を挙げ、公益上の高度の必要性和人の生命を直接左右する診療行為を行う資格に伴う社会的責務という観点から、医師の自己負罪拒否特権を制約することも許されるとする。しかしながら、「警察官が緊急に被害の拡大防止措置を講ずるなどして社会防衛を図ることを可能にする」という行政警察上の目的は、例えば児童虐待の早期発見などの場合を想定していると考えられ、医師自身が

4) 佐伯仁志「異状死体の届出義務と黙秘権」ジュリスト 1249 号（2003 年）77 頁以下、川出敏裕「医師法 21 条の届出義務と憲法 38 条 1 項」法学教室 290 号（2004 年）10 頁以下、高山佳奈子「異状死体の届出義務」『医事法判例百選』（2006 年）8 頁以下等。小川佳樹「異状死体の届出義務と自己負罪拒否特権」『平成 16 年度重要判例解説』（2005 年）187 頁以下も否定的。これに対し、武市尚子「異状死体の届出義務」『医事法判例百選〔第 2 版〕』（2014 年）6 頁以下は本判決を支持する。

医療過誤によって患者を死亡させた場合に考慮される目的とはいえない。あえていえば、特定の医師について、その技量不足等により医療過誤が頻繁に起きているという状況で、そのような医師に届出をさせることによって医療過誤の実態を明らかにすることを通じて社会防衛を図るということは一応想定しうるが、そのような場合に医師自身が医療過誤の発覚につながる届出を行うことについての期待可能性はないというべきであろう。医師法 21 条の規定は、医師自身が医療過誤によって刑事責任を問われるような場合を除くように改正されるべきである。

2 刑事責任追及に対する批判

都立広尾病院事件によって、医師に特別の義務を課すことの問題性が表面化し、また一方において病院側が死因を偽って患者に報告した等の事情があったために、社会に医療不信を生み出してしまったことが、その後の医療制度改革の後押しとなったと考えられる⁵⁾。ところで、医療制度改革の過程で行われた議論においては、しばしば刑法は過度に医療制度に介入するべきではないとの

5) 前田雅英「医療過誤と重過失」法学会雑誌（首都大学東京）49 巻 1 号（2008 年）84 頁以下においては、都立広尾病院事件以降の制度改革に関する議論が詳しく紹介されている。それによれば、2005 年に日本学術会議が「異常死等について」と題する提言を行い、この提言を受けて厚生労働省の検討会において「医療版事故調査制度」の設置が議論されたこと、そして厚生労働省による 3 次試案の内容が紹介されている。なお、2008 年の医療安全調査委員会設置法案（仮称）大綱案においては関係者の責任追及を目的としない制度が構想されたが、医療事故等の原因を究明した結果、①故意による死亡又は死産の疑いがある場合、②標準的な医療から著しく逸脱した医療に起因する死亡又は死産の疑いがある場合、③当該医療事故等に係る事実を隠蔽する目的で関係物件を隠滅し、偽造し、または変造した疑いがある場合、⑤その他これに準ずべき重大な非行の疑いがある場合には、警察に通知して、刑事司法の対象とするとされた。しかしながら、これらの点についての批判は強かった。樋口範雄「医療安全と法の役割」ジュリスト 1396 号（2010 年）15 頁、佐伯仁志「医療の質の向上と刑事法の役割」ジュリスト 1396 号（2010 年）33 頁等、参照。

主張がなされた。その内容は主に以下のようなものである⁶⁾。

- ①医療関係者の処罰は医療事故の防止につながらない。
- ②手術等の医療行為にはリスクが存在しているところ、リスクの高い医療を引き受ける医師がいなくなり、医療の萎縮に陥る。医師不足で過酷な労働条件下にある医師に、刑事責任を負わされる高いリスクを不断に押し付けることは社会的不正義である。
- ③原因究明とそれを前提とした将来に向けての再発防止の実現が必要であるところ、捜査機関には医療の専門知識がないので、真相解明が期待できず、また結論が出るまでに長期間を要する。また、個人責任の追及を厳しく行くと、医療関係者が自己保身に走るため、事故原因の解明が困難になり、医療機関にとっても再発防止に取り組むことが難しくなる。
- ④医療事故はシステム要因が大きくかかわっており、個人責任を追及する刑事処罰は、組織的な医療行為に対する責任の在り方に適応していない⁷⁾。

公益上の高度の必要性と医師免許に伴う社会的責務とを理由に、自己の起こした医療過誤事件に関してまで、刑事制裁を伴う医師法 21 条の届出義務違反を認めるという点については、上述①の批判は妥当するであろう。しかしながら、医療事故を起こした医療関係者に対する過失犯処罰の放棄ないし限定に関しては、否定的な見解が示されている⁸⁾。その理由は、これらの問題点の多くは、

6) 井田良「医療事故に対する刑事責任の追及のあり方」『三井誠先生古稀祝賀論文集』(2012 年) 232 頁以下、松原久利「医療の安全と刑法」同志社法学 66 巻 3 号(2014 年) 578 頁以下等、参照。

7) 松原(久)「医療の安全と刑法」(前掲注 6) 579 頁、日山恵美「医療の安全確保における刑事過失論の限界——刑事医療過誤判決の分析から」年報医事法学 23 号(2008 年) 12 頁以下等。

8) 否定的な見解については、注 6 の文献参照。過失処罰の限定を主張するのは、甲斐克則「医療と過失責任の限界」法律時報 82 巻 9 号(2010 年) 50 頁、手嶋豊「医療事故の法的責任をめぐる刑事法と民事法の役割分担」法律時報 82 巻 9 号(2010 年) 53 頁以下等。

医療過失に限らず一般の過失犯処罰においても生じるが、それが過失犯処罰に伴う重大な弊害だと考えられていないことに求められるであろう。また、これらの主張のうち、①・③の主張は、将来の事故予防に役立たないという点を論拠としているが、そもそも過去の規範違反に対する制裁である刑罰は、将来の事故を予防するという目的のみから科されるわけではないため、将来の事故予防に関する医療安全対策上の課題は、刑事責任の問題とは区別して論じるべきである⁹⁾。たとえ①・③の主張が、過去の規範違反に対する制裁が行われると、将来の事故予防の弊害になるので、後者を優先させるべきであるという主張であるとしても、そのような主張が医療の場面においてのみ妥当すると考える根拠は薄弱であるように思われる。むしろ、そのような弊害が生じないような予防策を講じることにより、制裁と事故予防を両立させるような制度の導入を目指すべきであろう。したがって、これらの問題点に対しては、複数の対策に切り分けて対応すべきである。

次に、例えば②のような理由から、医療事故について、一般の過失犯とは異なる扱いをし、業務上過失致死傷罪等を適用しないとすべきかどうかについては、まず医療の分野が他の分野と比べてなぜ特別扱いされなければならないかが説明されなければならない。この点については、医療の特質として、医療行為は常に一定の結果を保障できるわけではないという不確実性があること、あらゆる過誤が構成要件実現に直結する高度の危険を有しており、良心的な医師でも偶発的に過誤を生じさせる可能性があること、人間の不完全性に鑑みれば、職務遂行の典型的な過ちとして経験則上計算に入れられるべきものであるという危険傾向性があること、重要な治療上の決定を迅速に下さなければならず、事前に危険を回避することは困難であること等が挙げられている¹⁰⁾。

9) 松原 (久)「医療の安全と刑法」(前掲注 6) 581 頁。

10) 松原(久)「医療の安全と刑法」(前掲注 6) 580 頁。山本紘之「過失犯の処罰限定論について」法学新報 121 巻 11・12 号 (2015 年) 125 頁以下も参照。

しかしながら、すでに指摘されている通り¹¹⁾、医療行為に不確実性が伴うとしても、医学上必要であり、医療水準に則ったものであり、かつインフォームド・コンセントがあれば、正当業務行為として正当化される。そして、注意義務違反の認定の際もこのような医療の特性に適するよう、医師の裁量が大きく認められているため、医療分野における落ち度ある行為についても、医療の特性を考慮しつつも、通常の過失犯論の枠内で対応することが可能である。

もっとも、個人責任を追及する刑事処罰は組織的な医療行為に対する責任の在り方に適応していないという④の指摘については、組織的な対応が求められることの多い医療の場において問題性が特に顕著に現れるとも考えられる。そのため、④についてはⅢ以下で取り上げることとする。

3 具体的な注意義務の存否に関する判断

以上の考察により、医療過誤については、具体的な注意義務の存否の判断の場面において、医療行為は常に一定の結果を保障できるわけではないという不確実性があるという医療の特質を考慮しながら、過失犯処罰の限定が図られるということになる。しかしながら、医療における過誤は様々な場面で生じうるものであり、典型的でかつ単純なミスで医療過誤の判定が容易であるものから、リスクの高い医療技術であって医療過誤であるかどうか判定が難しいものなど、その内容も様々でありうる¹²⁾ので、当該医療行為の性質に応じてその判断が行われることになる。

まず、医療における過誤のうち、医学上の危険性に鑑みて、手続きがすでに確立している作業、例えば、輸血における、採血した血液の血液型検査、および患者の血液型との照合は、基本的な手続きであるとされていることに照らし、

11) 井田「医療事故に対する刑事責任の追及のあり方」(前掲注6) 233頁以下。

12) 山中敬一「医療過失の諸類型と刑事過失——判例の分析を中心に——」関西大学法学論集62巻6号(2013年)53頁。

この作業を怠ることについては、具体的な注意義務の違反を認定することができる¹³⁾。次に、リスクが高く、過誤かどうかの外部からの客観的判断が困難である医療技術に関しての、医師の「診断の過失」については、どのような注意義務認定を行うかであるが、この点については、医師が医療行為において、その医学的知識と経験に基づいて何らかの判断を裁量的に行う場面に関し、医師の判断を尊重し、刑事制裁は抑制的に働くべきであり、この点について異論を唱えるべきではないように思われる。しかしながら、問題は、このような医師の「診断の過失」に対しても社会からの不信感が募っているという点であり、ここに医療に従事する者と患者側の軋轢が生まれた点である¹⁴⁾。

このことを如実に示す例として、福島県立大野病院事件¹⁵⁾に関する 2008 年の無罪判決がある。本件事案の概要は以下の通りである。被告人 X は、福島県内の A 病院において、医療業務に従事していた産婦人科医師である。X は、A 病院において、B 女（当時 29 歳）に対し執刀医として帝王切開術を実施することとなっていたが、B はそれ以前にも帝王切開手術を 1 回受けており、全前置胎盤患者であって、術前検査において、前回の出産の際の帝王切開創部への胎盤の付着があることが判明していた。X は、女兒の娩出後、B の臍帯を牽引しても胎盤が子宮から剥離しなかったため、右手指を胎盤と子宮の間に差し

13) 山中「医療過失の諸類型と刑事過失——判例の分析を中心に——」（前掲注 12）110 頁。

14) 岡部万喜ほか「医療過誤・医療訴訟の防止に向けての法医学的検討——判例と医療関連死解剖例の分析をもとに——」昭和医学会雑誌 74 巻 2 号（2014 年）191 頁は、不可抗力による事故、国・製薬会社に責任のある事故、患者側の過失による医療事故であって、医療関係者の過失によるものではない医療事故に関しても、医療訴訟が提起される傾向にあるとする。

15) 福島地裁平成 20 年 8 月 20 日判決・判例時報 2295 号 6 頁。事案の概要や、裁判の経緯については、平岩敬一「大野病院事件無罪判決と産科医療をめぐる諸問題」神奈川ロージャーナル 2 号（2009 年）9 頁以下、安福謙二「刑事医療事故訴訟と鑑定・医療事故調査制度」判例時報 2292 号（2016 年）12 頁以下を参照。

入れ胎盤を用手剥離しようとして、胎盤が子宮に癒着していることを認識した。

本件において特に争われたのは、その後の措置が適切であったかどうかである。Xは胎盤剥離を継続したが、その際大量出血が生じてBは死亡するに至った。検察官は、胎盤の剥離を継続すれば、子宮の胎盤剥離面から大量に出血し、Bの生命に危険が及ぶおそれがあったから、直ちに胎盤の剥離を中止して子宮摘出手術等に移行し、胎盤を子宮から剥離することに伴う大量出血によるBの生命の危険を未然に回避すべき業務上の注意義務があるのに、これを怠り、直ちに胎盤の剥離を中止して子宮摘出手術等に移行せず、クーパーを用いて漫然と胎盤の癒着部分を剥離した過失により、胎盤剥離面から大量出血させ、Bを失血死させたとして、業務上過失致死罪の成立を主張した¹⁶⁾。

本判決において争点として取り上げられたのは、①胎盤の癒着部位、程度、これに対する被告人の認識内容、②出血した部位、出血についての予見可能性の有無、③Bの死因、被告人の行為との因果関係、④被告人が行った医療措置の妥当性、相当性、結果を回避するための措置として剥離行為を中止して子宮摘出手術に移行すべき義務の有無等であるが、過失の認定との関係で特に問題となったのは④についてである。

本判決は④の点について、以下のように判示した。

「臨床に携わっている医師に医療措置上の行為義務を負わせ、その義務に反したものには刑罰を科す基準となり得る医学的準則は、当該科目の臨床に携わる医師が、当該場面に直面した場合に、ほとんどの者がその基準に従った医療措置を講じていると言える程度の、一般性あるいは通有性を具備したものでなければならない。

なぜなら、このように解さなければ、臨床現場で行われている医療措置と一部の医学文献に記載されている内容に齟齬があるような場合に、臨床に携わる

16) Xは、Bの死体を検案した際、同死体に異状があると認めたにもかかわらず、24時間以内に所轄警察署にその旨届け出をしなかったという医師法21条違反にも問われている。

医師において、容易かつ迅速に治療法の選択ができなくなり、医療現場に混乱をもたらすことになるし、刑罰が科せられる基準が不明確となって、明確性の原則が損なわれることになるからである。」

「……医療行為が身体に対する侵襲を伴うものである以上、患者の生命や身体に対する危険性があることは自明であるし、そもそも医療行為の結果を正確に予測することは困難である。したがって、医療行為を中止する義務があるとするためには、検察官において、当該医療行為に危険があるというだけでなく、当該医療行為を中止しない場合の危険性を具体的に明らかにした上で、より適切な方法が他にあることを立証しなければならないのであって、本件に即していえば、子宮が収縮しない蓋然性の高さ、子宮が収縮しても出血が止まらない蓋然性の高さ、その場合に予想される出血量、容易になし得る他の止血行為の有無やその有効性などを、具体的に明らかにした上で、患者死亡の蓋然性の高さを立証しなければならない。そして、このような立証を具体的に行うためには、少なくとも、相当数の根拠となる臨床症例、あるいは対比すべき類似性のある臨床症例の提示が必要不可欠であると言える。」

以上のように述べて、裁判所は、被告人が従うべき注意義務の証明がないとして、被告人に無罪を言い渡した¹⁷⁾。本判決で注目されたのは、「当該科目の

17) 医師法違反については、本判決は、「医師法 21 条は、医師が、死体や妊娠四月以上の死産児を検査して異状があると認められたときは、24 時間以内に所轄警察署に届け出なければならないと定めている。ここで同条にいう異状とは、同条が、警察官が犯罪捜査の端緒を得ることを容易にするほか、警察官が緊急に被害の拡大防止措置を講ずるなどして社会防衛を図ることを可能にしようとした趣旨の規定であることに照らすと、法医学的にみて、普通と異なる状態で死亡していると認められる状態であることを意味すると解されるから、診療中の患者が、診療を受けている当該疾病によって死亡したような場合は、そもそも同条にいう異状の要件を欠くと言うべきである。……本件患者の死亡という結果は、癒着胎盤という疾病を原因とする、過失なき診療行為をもってしても避けられなかった結果と言わざるを得ないから、本件が、医師法 21 条にいう異状がある場合に該当するということはできない。」と述べる。

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ある¹⁸⁾としている点である。もっとも、臨床現場で一般的に行われている医療措置を講じたならば過失が否定されることに問題はないとしても、それに反した行為について常に過失が肯定されるべきかについては疑問が残る。臨床現場で一般に行われている医療措置ではないが、「医学文献の一部の見解に依拠した措置」を行った場合に、直ちに過失があると認定されるのではなく、その治療行為が医学上一般に承認された医療技術の範囲内にあるのであれば、医術的正当性はなお否定されず、過失は否定されるべきであろう。

また、「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」という基準についても、「当該場面」がどの程度、抽象化・具体化されるのかという課題は残される。単に同じ症例というだけでなく、当該医院においては治療の手段が限られている場合には他の専門的な病院や大規模病院への転院を薦めるべきなのか、同じ症例であっても、大規模病院と中小の病院では採りうる措置の範囲に差があるために異なるいくつかの対応を許容しうるのかなどの問題が生じることになる¹⁹⁾。

ところで、本件において無罪判決が出された影響から、医療関係者側から

18) この判断は、手術のような、患者の生命や身体に対する侵襲の度合いが高度で、不確定要素が多く、結果を正確に予測することは困難であるような医療行為についての行為準則に言及するものであって、もし仮に、医療界で慣行的に行われ、暗黙的に容認されていた医療行為であるが、危険が発生することが確実な行為であり、ガイドラインにも違反する行為が放置されていたにすぎないという場合には、過失を否定すべきではないと考えられる。なお、本件においては結果回避可能性についても問題が生じうる。水谷渉「福島県立大野病院事件」判例時報 2295 号（2016 年）4 頁以下を参照。

19) 民事に関するものであるが、西口元「医療事故・医療過誤と医療関係訴訟」法律のひろば 71 巻 4 号（2018 年）9 頁以下等、参照。

医療過誤に関する刑事責任の追及は不当であるとの意見がますます強く主張されるようになった。しかしながら、本判決は、治療行為が必然的に持つリスク、それに伴う医師の治療措置選択上の裁量性を考慮して具体的注意義務を否定した事案と評価することができる。したがって過失犯論の一般論の枠内で無罪判決が導き出された事例であり、医療行為の特殊性ゆえに特別に刑事過失を限定的に判断した事案ではなく、この事件で無罪判決が出されたことを強調して治療行為一般の過失犯処罰からの解放を訴えるのは行き過ぎであると思われる。

Ⅲ 組織と個人の刑事責任の関係

Ⅱ 2 で検討した、刑事責任追及に対する批判の中に、医療事故はシステム要因が大きくかかわっており²⁰⁾、個人責任を追及する刑事処罰は、組織的な医療行為に対する責任の在り方に適応していない、というものがあつた。すなわち、医療システムに根本的欠陥がある場合には、個人の法的責任を追及しても無意味であるというものである。この議論は医療の場面に特殊な現象ではなく、例えば日航機ニアミス事件に関しても、ヒューマンエラーを事故に結びつけないようにするシステムが不十分であつたことの評価をどうするかという点が問題とされている²¹⁾。この点において大変興味深いのは横浜市立大学病院における患者取り違え事件であり、以下で検討することとしたい。

20) 例えば、岡部（万）ほか「医療過誤・医療訴訟の防止に向けての法医学的検討」（前掲注 14）196 頁以下。

21) 日航機ニアミス事件に関して、川上択一「近時の最高裁判例に見る過失犯論の動向」刑事法ジャーナル 39 号（2014 年）39 頁参照。

1 横浜市立大学病院患者取り違え事件の概要（最高裁平成 19 年 3 月 26 日決定・刑集 61 巻 2 号 131 頁）

① 事案の概要

本件の被告人 X は、大学付属病院の麻酔科医師として、手術予定患者の麻酔管理等の業務に従事していたものであるが、同病院の第 1 外科では、事件当日、A に心臓手術が、同時刻に B に肺手術が予定されていた。両名は、身長こそ大差がないものの、外観はかなり異なっていた。手術に関与する医師、看護師らは、いずれも同一時刻に複数の患者に対する手術が行われるのを知っていた。

病棟の看護師である C は、1 人で、病棟から A と B を乗せた 2 台のストレッチャーを引き、手術室入口の交換ホールに運び、手術室側の看護師 D が A への引渡しを受けた。C は、D に対し、患者両名の名前をひとまとめに伝えた後、まず A を引き渡そうとしたが、D からあいまいに患者の名前を尋ねられた際、次の患者の名前を尋ねられたものと誤解し、B である旨を告げたため、D は、A を B であると誤解して受け取り、肺手術担当の看護師に引渡した。C は続けて D に B を引き渡し、D は B を A であると誤解して受け取り、心臓手術担当の看護師に引き渡した。その後、2 名分のカルテ等が引き渡された。

心臓手術に先立ち、X が各種検査を行った結果、患者が手術の必要のない状態であることが明らかとなり、入れ歯の有無や髪の色之差違、検査結果の著しい相違から、X は目の前の患者が A ではないとの疑問を抱くに至った。そこで他の医師らにその旨を告げて確認を促したが、介助担当看護師に病棟看護師へ電話をさせたところ、A が手術室に降りていることが確認されたため、それ以上の確認は行われなかった。手術開始後、執刀医の E も、検査結果が以前と著しく異なる点に疑問を持ったが、手術を続行した。

第 1 審判決は、X につき、声掛けは同一性確認として不十分ではなく、また同一性に疑問を持った後の措置については、病棟への問い合わせは取り違え防止策としては不十分だが、麻酔科の指導医師らに疑義を訴えたにもかかわらず、

先輩医師らが安易な発言で X の疑問を排斥したのに、先輩医師らはその罪が問われず、正当な問題提起や相応の努力をした X に更に義務を課するのは過酷にすぎるとし、注意義務は尽くされているとして、X を無罪とした。手術室側の看護師 D は禁錮 1 年・執行猶予 3 年とされ、他の 4 名については罰金（病棟側の看護師 C：30 万円、肺手術側の麻酔医 F：40 万円、心臓手術側の執刀医 E：50 万円、肺手術側の執刀医 G：30 万円）とされた。控訴審では、X のみ罰金 25 万円、他の 5 名については罰金 50 万円とされた。これに対し、X のみが上告した。

最高裁判所は以下のような職権判断を示して上告を棄却した。

「医療行為において、対象となる患者の同一性を確認することは、当該医療行為を正当化する大前提であり、医療関係者の初歩的、基本的な注意義務であって、病院全体が組織的なシステムを構築し、医療を担当する医師や看護師の間でも役割分担を取り決め、周知徹底し、患者の同一性確認を徹底することが望ましいところ、これらの状況を欠いていた本件の事実関係を前提にすると、手術に関与する医師、看護師等の関係者は、他の関係者が上記確認を行っている」と信頼し、自ら上記確認をする必要がないと判断することは許されず、各人の職責や持ち場に応じ、重疊的に、それぞれが責任を持って患者の同一性を確認する義務があり、この確認は、遅くとも患者の身体への侵襲である麻酔の導入前に行われなければならないものというべきであるし、また、麻酔導入後であっても、患者の同一性について疑念を生じさせる事情が生じたときは、手術を中止し又は中断することが困難な段階に至っている場合でない限り、手術の進行を止め、関係者それぞれが改めてその同一性を確認する義務があるというべきである。

これを被告人についてみると、……他の関係者が被告人の疑問を真しに受け止めず、そのために確実な同一確認措置が採られなかった事情が認められ、被告人としては取り違え防止のため一応の努力をしたと評価することはできる。しかしながら、患者の同一性という最も基本的な事項に関して相当の根拠を

もって疑いが生じた以上、たとえ上記事情があったとしても、なお、被告人において注意義務を尽くしたということとはできないといわざるを得ない。」

② 過失共同正犯の成立？

本決定において、最高裁は、「医療行為において、対象となる患者の同一性を確認することは、当該医療行為を正当化する大前提であり、医療関係者の初歩的、基本的な注意義務であって、病院全体が組織的なシステムを構築し、医療を担当する医師や看護師の間でも役割分担を取り決め、周知徹底し、患者の同一性確認を徹底することが望ましい」が、そのような体制が整えられていない状況では、関係者は他の関係者が患者の同一性の確認を行っていると信頼することは許されないとして、「各人の職責や持ち場に応じ、重疊的に、それぞれが責任を持って患者の同一性を確認する義務がある」とする。したがって、関係者らは患者の同一性確認義務を負うとしても、具体的な義務内容は、各人の職責や持ち場に応じて異なり、例えば病棟側の看護師Cと手術室側の看護師Dは、引き渡し時に患者を取り違えることのないよう、ストレッチャー上の患者それぞれの名前をしっかりと確認し、カルテもそれぞれ入れ違えないよう、患者一人ずつについて渡すようにするなどの措置を採る義務を負っているといえる。

これに対して、麻酔医や執刀医らに課される義務内容は、患者の取り違えが生じないようにする義務というよりも、患者の取り違えが生じていないか確認する義務がその内容となり、麻酔医については手術の準備段階での同一性確認を、執刀医については同一性確認が患者に危険性をもたらさない限りにおいて同一性確認を行う義務であるといえる。このように考えると、確かに義務の具体的内容は関与者間において異なっており、患者の同一性確認義務という抽象的な義務が、関係者それぞれに重層的に課されているということになる。

しかしながら、本件については過失共同正犯として処罰することも考えられ

るところである²²⁾。近時、過失共同正犯の成否に言及した明石歩道橋事件に関する最高裁平成 28 年 7 月 12 日決定²³⁾は、「業務上過失致死傷罪の共同正犯が成立するためには、共同の業務上の注意義務に共同して違反したことが必要であるところ、」「明石警察署の職制及び職務執行状況等に照らせば、」「A 地域官及び被告人がそれぞれ分担する役割は基本的に異なっていた」としており、共同注意義務を認めるにあたって、役割の同一性を重要な要素としている。本件では病棟側看護師・手術室側看護師・麻酔医・執刀医はそれぞれ異なる役割を担っているといえるから、関与者の具体的注意義務もそれぞれ異なり、関与者は共同注意義務を負わないことになろう。

しかし、役割の同一性を判断するにあたっての職制・職務執行状況について、例えば、職制を、「当該病院の第 1 外科で行われる A の心臓手術・B の肺手術に関与する医療従事者」と抽象化し、職務執行状況も「大学付属病院の第 1 外科において、患者 A に対して僧帽弁の逸脱による血液の逆流を止めるための心臓手術を担当している」と考えれば、X・C・D・E らは同一の役割を果たす医療関係者であり、これらの者の間に患者の同一性確認義務という同一内容の共同注意義務があると理解することもできなくはない。

そこで危険創出の態様という観点から各人の果たした役割を考えてみると、取り違いにより患者に誤った医術が施される危険を生じさせた 2 人の看護師の

22) 大塚裕史「チーム医療と過失犯論」刑事法ジャーナル 3 号（2006 年）21 頁以下、鶴田修一「チーム医療における過失犯の成立要件と『共犯からの離脱』論」法学会誌 64 号（2014 年）112、121 頁等。過失犯からの離脱を論じるものとして、甲斐克則「医療事故」法学教室 395 号（2013 年）26 頁。本決定に関しては、看護師らの行為は、医師らによる過失行為の介入によって因果関係が切れるのではないかとの問題も指摘されている（甲斐克則「医療事故と刑事法をめぐる現状と課題」刑事法ジャーナル 3 号（2006 年）4 頁、緒方あゆみ「チーム医療と過失」同志社法学 60 巻 6 号（2009 年）642 頁等）が、ここではこの点には触れないでおく。

23) 刑集 70 巻 6 号 411 頁。

危険創出と患者の身体への侵襲を行う手術行為の段階での医師らの危険創出とは異なる評価が可能であり²⁴⁾、逆に取り違えによる看護師らは役割が異なるとはいえ、共同注意義務を負っているのではないかと考えられる。少なくとも看護師2人について、十分に確認して取り違えをしないようにする内容の、共同の注意義務が生じているということは可能であるように思われる。

③ 主体の限定について

手術に関与した医療関係者のうち、患者取り違えに気づく可能性があった者に広く責任が問われるとすると処罰の拡大が生じうるため、医療関係者の中から特に患者同一性確認義務を負うものをどのような基準で選出するのかという問題が生じる。結果に対して因果性を有する者が複数存在する場合において、誰が過失責任を負うのかという点については、排他性を基礎づけるような「情報の掌握」＋「結果回避措置をなしうるだけの地位・職責・権限を有する者」に限られるとする見解がある²⁵⁾。しかしながら、本件ではそのような情報の掌握、地位・職責・権限の集中が認められない事案と考えられる。すなわち、手術に関与する医師、看護師らは、いずれも同一時刻に複数の患者に対する手術が行われるのを知っていたため、この点において特定人による情報の掌握はなかった。また、当該病院において、患者の腕に名前を記載したバンドなどを装着させ、それを通じて患者の同一性を確認するなど、患者取り違えの危険を

24) 鶴田「チーム医療における過失犯の成立要件と『共犯からの離脱』論」(前掲注22) 99頁以下等。なお、古川伸彦「過失犯はいかにして『共同して』『実行』されうるか——明石歩道橋事件を機縁として検討の道筋を洗い直す——」*刑事法ジャーナル* 51号(2017年) 7頁以下は、看護師らと医師らの過失実行為は同時的になされておらず、前者が後者を誘発した関係にあり、実行為の共同がないことを指摘する。

25) 岡部雅人「刑事製造物責任における回収義務の発生根拠」*刑事法ジャーナル* 37号(2013年) 11頁以下。

防止する安全体制が確立されていたわけではないため²⁶⁾、同一性確認の権限を排他的に有している者が存在しなかったといえる。このため、関係者は、それぞれが職責や持ち場に応じて責任を持って患者の同一性を確認する義務を負うとされ、重疊的に確認を行う義務が課されたのである。すなわち、安全体制をどのように構築するかについては、同一性確認を専門的に行う担当者がある場合には当該担当者に排他的に委ねられ、各関係者は分業による安全管理を行うことになるが、そのような体制が整えられていない場合には複数人による重複した安全管理を要求されると考えられる。すなわち、組織内における安全対策の在り方に応じて、個人に課される注意義務の内容やその範囲が変わりうることを示しているといえる²⁷⁾。

ところで、このような重複した安全管理を要求するとしても、どの範囲までの関係者に安全管理を認めるかは大きな問題となろう。最高裁は、患者同一性確認義務は医療関係者の初歩的、基本的な注意義務であるとするが、取り違えにより患者に誤った医術が施される危険を生じさせた 2 人の看護師の危険創出が決定的であったため、看護師 2 名についてこの点についての注意義務違反が問われたのは当然としても、関与した医師等のうち、麻酔医と執刀医に注意義務違反を問いうる理由はどこに求められるのであろうか。麻酔医については、手術前の各種検査によって、患者の健康状態に関する種々のデータを入手することができ、情報の掌握があるからという点が考えられるが、これらの情報により

26) 大野勝則「1 患者の同一性確認について手術に関与する医療関係者が負う義務 2 患者を取り違えて手術をした医療事故において麻酔を担当した医師につき麻酔導入前に患者の同一性確認の十分な手立てを採らなかった点及び麻酔導入後患者の同一性に関する疑いが生じた際に確実な確認措置を採らなかった点で過失があるとされた事例」『最高裁判所判例解説刑事篇平成 19 年度』（法曹会、2011 年）89 頁以下。

27) 北川佳世子「複数人の過失処罰をめぐる問題点——横浜市大患者取り違え事件を素材に——」『曾根威彦先生＝田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（2014 年）629 頁。

当該患者が手術を必要とする状態にないという情報については、他の医師らに伝達されており、患者同一性の判断に必要な情報を独占的に掌握していたとはいえない。また、手術が予定されている患者の容姿に詳しいのは、麻酔医ではなくむしろ、実際に当該患者の診察に当たっていた医師である²⁸⁾。執刀医については、患者の病状をよく知っており、また患者に対して直接的に侵襲を行う立場にあり、手術が開始され、執刀医が手術にあたった段階において、患者同一性のための措置を採るべきかどうかについて、判断に必要な情報・決定権限を有していると考えられるから、患者同一性確認義務を認めることはできよう。

2 組織体の責任？

最高裁平成 19 年 3 月 26 日決定において興味深いのは、医療関係者が初歩的、基本的な注意義務の違反を犯さないよう、「病院全体が組織的なシステムを構築」するのが望ましいとしている点である。このような安全体制確立義務は、本来的には現場で治療にあたる医師や看護師に課される義務ではなく、病院という組織体が負っている義務であることを考えると、安全体制確立の措置を採らなかったことについて、病院という組織体に責任を問うことも、今後の過失責任を考える上で選択肢の 1 つとなろう。その場合には、現場の医師・看護師らの責任よりも、病院の院長や安全管理システム構築を行うべき部署の担当者らの責任が問われることになろう。

最高裁は安全体制が組織的に確立されていることが「望ましい」とするのみであるから、現時点では、組織的なシステムを構築する「義務」を病院側に認めるまでにはいかず、そのようなシステム的な措置が講じられていない場合には、関与者による重複的な確認措置を義務づける形で対応することも、結果回避措置として許され则认为しているといえるが、組織的なシステムの構築を義

28) 大野「判解」(前掲注 26) 94 頁。

務付けるよう、関係法令等が整備されるなどの状況が整えられたならば、過失犯における注意義務の内容も社会状況に応じて変化する可能性があるということとはできるであろう²⁹⁾。

IV おわりに

本稿では、都立広尾病院事件と横浜市立大学病院患者取り違え事件によって提起された問題点を、医療事故防止に関する制度作りの過程における議論とどのように関連するかを念頭に置きつつ、医療事故と刑事制裁の関係について考察を加えた。

結論を述べるならば、刑事制裁を伴う医師法 21 条の届出義務については、警察官が緊急に被害の拡大防止措置を講ずるなどして社会防衛を図ることを可能にするという目的を有しているにせよ、医師自身が医療過誤によって刑事責任を問われるような場合を除くような法改正を行うべきであると考ええる。

一方、過失犯処罰に関しては、医療行為に不確実性が伴うとしても、医師の裁量を考慮した限定的な注意義務の認定や正当業務行為としての違法性阻却により、処罰の限定は十分に図られると考えられる。ただし、医療事故はシステム要因が大きくかかわっており、個人責任を追及する刑事処罰は、組織的な医療行為に対する責任の在り方に適応していないという批判に関しては、組織的なシステムの構築を義務付けるよう関係法令等が整備されるなど社会状況の変化に応じて過失犯における注意義務の内容もまた変化する可能性は生じていると考える。

29) 「組織モデル」に重きを置いて過失責任の有無を判断すべきとするものに、甲斐「医療と過失責任の限界」（前掲注 8）50 頁。大塚（裕）「チーム医療と過失犯論」（前掲注 22）25 頁も参照。