

医療過誤裁判とどう向き合うか第『第2回講演』

日時 2012年2月21日

於 時計台記念病院

弁護士 田 中 宏

日時 2012年1月25日

2012年2月21日

於 時計台記念病院

医療過誤裁判とどう向き合うか

弁護士 田 中 宏

～目次～

はじめに（自己紹介）

第1 医療訴訟の現状

新受件数の減少と患者側勝訴率の低下の相関関係

第2 訴訟環境の変化

第3 医療事故と医療過誤は、区別されるべき

1 用語の定義

2 事故発生の不可避性と極少化の努力

(1)ヒューマン・エラーと安全工学

(2)システム上のミスが招いた重大結果

・都立広尾病院事件

・横浜市立大学人違い手術事件

・その他

第4 システム上のミスは回避できる

第5 古典的医療過誤の類型

第6 新たな医療過誤の類型

1 転医転送義務

2 説明承諾義務

3 生命倫理に関わる問題

(以上第1回)

第7 医療過誤の法的責任

1 民事責任

2 刑事責任

3 行政責任

4 雇主である医療機関に対する責任

5 メディアの責任

第8 過失について

1 過失は、「白地の構成要件」

- 2 予見義務と予見可能性
- 3 医療水準
 - (1)医療水準とは何か—実践における医療水準
 - (2)何が医療水準となるか
- 4 結果回避義務
- 5 過失の構造

認識→判断→手技

第9 相当因果関係について

- 1 条件的因果関係
- 2 因果関係の証明は、「高度の蓋然性」
- 3 因果関係を否定しながら医療機関を有責とする考え方
「相当程度の可能性」論は、増々適用範囲を拡大するだろう。

第10 医療訴訟の現代的課題

- 1 カルテは誰のものか—証拠保全
- 2 カルテの改ざん
- 3 証明妨害
- 4 裁判所の対応
- 5 認容額の巨額化
- 6 風評被害

第11 何故、遺族は裁判を提起するのか

第12 医療過誤訴訟にどう向き合うのか

- 1 医療安全体制の確立
- 2 事故後の対応

(以上第2回)

はじめに (自己紹介)

法人の顧問弁護士の田中宏です。これまで、患者側・医療機関側でいくつもの医療過誤の裁判をやってきました。患者側では、Rh血液型不適合による核黄疸事件（札幌高判 S60.2.27・判タ555-279）、誤診による乳がん切除事件、胆のう誤切除事件などです。医療機関側では、顧問先病院の依頼でトラブルが発生しそうになった時から相談を受け、対応してきました。ウェルニッケ脳症を巡る事件、ガーゼ遺留事件などです。現在4件の訴訟を担当しております。うち、患者側2件、医療機関側2件です。この4件とも、請求額は、1億円を超えております。患者側の1件は、産科の事件で、分娩監視を怠ったことを追及した事件で、去年の12月27日に札幌高裁で判決がありました。一審判決通りでした。一審の認容額は1億4000万円余りでした（遅延損害金を含めると、1億9000万円になります）。もう1件は、42才の女性が、子宮内膜症と直腸狭窄の検査のため入院したところ、下剤の副作用で腸閉塞となり、医師は、腸閉塞と診断しながら、十分な経過観察を行わないうちに亡くなってしまったという事件です。始まったばかりで、2月に第1回の裁判があります。検査に行かなければ死ぬこともなかった事件です。検査に行き死んでいるのですから、医療機関の責任は重大です。医療機関側の事件は、いずれも顧問先の事件です。

1件は、高度の糖尿病患者に、心臓カテーテル検査を行ったところ、そのカテーテル検査がきっかけとなって脊髄梗塞が発症したという事件です。これは、脊髄梗塞が発症する予見

可能性があったかどうか、心臓カテーテル検査と脊髄梗塞との間に相当因果関係があるかどうか争点です。もう1件は甲状腺腫の患者にPEIT（経皮的エタノール注入法）の手術を行った後に、呼吸困難が発症し、低酸素脳症になったという事件です。何故、呼吸困難が発症したのか。その機序は何だったのかが問われている事件です。私が初めて医療過誤事件に接したのは、司法修習生の時でした。配属された刑事部では、北大電気メス事件が係属しており、裁判官室の黒板には、電気回路が書かれていました。前例のない事件だったので、医師・看護師に過失が認められるかが問題となっておりました（札幌地判S49.6.29・判タ311-117、執刀医・無罪、看護師罰金5万円）。執刀医が無罪であるならば、なぜ看護師は有罪になるのか。執刀医に予見可能性がなければ、看護師にもない筈なので、割り切れないものが残りました。この頃から医療訴訟に関心を持つようになり、折に触れ、判例や論文に当たってきました。

医療訴訟は、難しいといわれています。それは、手掛かりとなる法律が無いに等しいからです。根拠となる民法415条とか民法709条（715条）は、全く役に立ちません。条文には、単に「過失」としか書かれていません。過失の内容を弁護士が構成しなければならないからです。なぜ事故は起きたのか、その事故は避けられたのかが争点になります。当然、弁護士は、医学の専門性に踏み込まなければなりません。そして、当時の医療水準がどこにあったのかを知ったうえで、その医療水準からどうやって過失を構成するのが最大の問題です。ここが大変難しい。医療行為は、生体に対して行われるものであるので、予見できない悪しき結果が発生する場合があります。医療訴訟の争点は、悪しき結果の予見の可能性があったかどうか、そして、その予見に従って悪しき結果の回避が可能であったか。その予見に従って回避義務を尽くしたかが、「過失」の問題です。過失の構造については、次回、話をします。ここがクリアできれば、80%は仕事が終わっています。もう一つの問題は、過失と結果発生との間に「因果関係」があるかどうかです。因果関係の判断も、結果発生の高度の蓋然性が要求されるのであり、高度の蓋然性も医学的裏付けが必要です。医療訴訟の争点は、この2点であり、刑事（刑法211条）、民事（民法415・709条）を問わず、共通の要件です。

私は、顧問先の事件などを通して、医療訴訟における「過失」を集中的に研究してきました。しかし、二つと同じ事件はないので、常に学習し続けなければなりません。

このように、私は、札幌の弁護士の中でも、医療過誤事件の経験が多い部類に入るだろうと思います。弁護士事務所のHPを見ると、医療過誤裁判を経験したことのない、弁護士登録3年目程度の若い弁護士が医療訴訟の専門家であるかのようなHPを出しています。そして、医療機関に顧問になるよう勧誘しています。医療訴訟は、訴える前の調査と準備・証拠保全・裁判と長い時間を要します。その間に双方の激しい攻防があります。ハイライトは、医師・看護師に対する尋問です。ここで弁護士の技量が最も強く顕れます。そして、最終弁論を行い、判決です。更に控訴審（高裁）、上告審（最高裁）があります。とても3年では終わりません。一度も判決まで経験したことのない弁護士が、HPで顧問弁護士の勧誘しているのです。尤も騙される病院もないと思います。弁護士人口が増え、過当競争による顧客獲得の弊害かもしれません。読者はそのHPを見て「専門家」と誤解するかもしれません。詐欺のようなものです。弁護士には、専門医のような認定制度がありません。質の保証がな

いのです。弁護士会が責任を持って専門弁護士制度を確立しないと、3年程度の経験の少ない弁護士のHPのようなものが増えることとなります。

患者あつての病院と同じで、依頼者あつての弁護士業務です。弁護士は、依頼者の負託に応えられなければなりません。依頼者は患者であることもありますし、顧問先病院であることもあります。防御だけでもいけませんし、攻撃だけでもいけません。弁護士は、両方できなければならないと思っています。攻める方と守る方の両方できることが、弁護士の提供するサービスの質の向上につながります。幸い顧問先の医療機関は、ほぼ全ての標榜科目があります。そのお陰で、患者側で裁判を行う時は、良質な協力医の援助を受けることができます。被告事件で、原告側の協力医のレベルが低かったため、負け筋だった事件をひっくり返したこともあります。協力医の質も、医療過誤裁判の行方を左右する大事な要素です。勿論、私が私の顧問先医療機関を訴えることはありません。弁護士倫理の観点から、それは禁止されております。

今日は、現在の医療過誤事件の趨勢についてお話し、医療過誤事件とどう向き合っていくかをお考えいただきたいと思います。皆様におかれましては、この話を契機として、研鑽を積み、よりよい医療サービスを提供していただければと思います。

第1 医療訴訟の現状について

1 新受件数の増加は、平成16年度まで(別表1)。平成16年をピークに下落を続けています。平成21年の新受件数は、平成16年の2/3の733件。全国で1年間に新しく訴えが提起される件数が733件。これは多いと感じるか。それともそんなに多くはないと感じるか。恐らく皆様は、案外少ないと思われるのではないのでしょうか。

2 審理期間は、平成5年の調査では42.6ヶ月→平成14年では30.4ヶ月→平成22年では24.4カ月で、約2年にまで短縮されています(別表2)。なお、一般の民事訴訟は8.3ヶ月です。審理期間の短縮の理由は、考えられる要因として、(1)専門部で審理するようになったこと、(2)争点整理手続が導入され、診療経過一覧表が作成されるようになったこと、(3)医師が専門委員として審理段階から関与することとなったこと、(4)集中証拠調べが行われるようになったこと、(5)鑑定の手法についても工夫されるようになったことが挙げられますが、どの要因がどれ程の影響を与えたのかは分かりません。

3 どの科が多いか (H22)

内科26.1%、外科22.8%、整形外科15.2%、産科12.3%、歯科6.5%、その他17.1%(別表3)

4 どのような解決方法に至ったか (H22・別表4)

判決35.2% (患者側勝訴20.2%・別表5)、和解53%、その他11.8%。

5 患者側勝訴は下がっている (H22は、20.2%。H15の44.3%の1/2以下(別表5)し、和解の内容は不明。勝訴率20.2%は、一部でも支払いが認容されたものが含まれていますので、完全勝訴の割合は、もっと低くなります(何千万円も請求して、100万円ないし200万円の慰謝料を認めても、勝訴に分類されます)。おそらく数パーセントだろうと思います。新受件数の減少と患者側勝訴率の低下は、相関関係があるのか。正確には分かりませんが、考えられるのは、専門委員制度の導入です。専門委員は、全くの素人の裁判官に審理の道筋を付け、合理的な訴訟手続きの運用を可能としたのではないかと。そのため、過

失の認定が厳しくなったのではと推測します。一方、患者側代理人も、過失の構成をより厳密に考えるようになったのではないかと推測されます。その結果、無理な主張が控えられ、新受件数が減少しているのではないかと推測されます。原告が敗訴した事件は、過失がなかったり、因果関係がなかったものであり、医療側の措置をめぐって裁判になっても、必ずしも医療側に落ち度（過失）があったことにならないことを示しています。

第2 訴訟環境の変化

1 時代は、刻一刻と変化して進んでいます。患者の位置づけも、かつての「丸椅子」論から「患者様」へと変化しています。その変化は、カレスの基本理念を見れば納得できます。

2 患者の権利意識の変化－訴訟へのためらいの減少。

3 医療情報の入手のし易さ（インターネットによる情報収集等）。情報の偏在性の縮小。

4 カルテ等の開示に積極的に応じる環境ができつつあります。

横浜市立大病院事件や都立広尾病院事件を契機に、医療機関側でも積極的に開示しても構わないという気風が盛り上がってきた（注：医療記録の開示をすすめる医師の会編『医師のための医療情報開示入門』（1997年・金原出版）。カレスの基本理念では、カルテの内容を知ることは患者の基本的権利であると位置づけています。

5 患者を支援する弁護士のグループの存在（NPO法人まである。札幌にもある）。

6 また、裁判所も、東京・大阪では医療専門部を設けて、医療過誤事件のみを扱っており、鑑定も、複数鑑定やカンファレンス鑑定と一段と進化した体制をとっています。札幌も一つの民事部に医療事件を集中させています。

7 裁判所の認容額が巨額化しており、1億円を超える事例は当たり前になってきています。3億1000万円の賠償を認めた事件もあります。過失の程度と損害額の大きさを比較すると、賠償額が巨額のように見えますが、こと人の命、人の人生に深く関わるものであることを自覚すべきです。

8 損害額の巨額化で、見逃してはならないものに年5%の割合で、遅延損害金が増えることです。判決では、1億円の支払いを命ずるものであっても、判決確定まで10年かかったとするならば、医療機関側の支払額は1億5000万円になります。1年間で500万円の金利が付くと思えば分かり易いと思います。従って、ただただ裁判をやっていたならば、医療機関側の支払額が増えるだけですので、どこかで進むか退くかの決断をしなければなりません。損害金をリスクファクターの1つとして考えなければなりません。

9 後に述べるように、過失と結果の間に因果関係がなければ、請求棄却となる筈であるのに、裁判所は、「相当程度の可能性」論や期待権（適切な医療を受ける期待を法的に保護される利益を考える）なるものを創り上げ、慰藉料の支払を認めるようになりました。

10 メディアの報道と風評被害の関係も無視できない。特に患者勝訴の報道は、当該病院の初診患者数の減少を一時的にもたらします（鹿内清三「医療過誤訴訟の報道が医療に与える影響に関する研究」）。

11 現在は、このような時代であるということを医療関係者は、共通に認識しておかなければなりません。

第3 医療事故と医療過誤の違いは何か

1 医療事故が全て医療過誤ではない

a) 医療事故…医療に関わる場所で、医療の全過程において発生する全ての人身事故。

b) 医療過誤…医療事故の一類型。医療従事者の「過失のある行為」が原因となって、患者に有害な結果が生じた医療事故。

(1) 人間がかかわる限り、人間のミスは避けられません。人間の注意力には限界があるからです。疲労や錯覚、思い込みなどによって、エラーは発生するのです。3.11では、あれ程管理が徹底していた筈の原発ですら、いくつものヒューマン・エラーがありました。福島第1原発の1号炉では、オペレーターの誰一人としてECCS(緊急炉心冷却装置)を動かした経験がありませんでした。信じがたいことです。3.11の地震の直後に、オペレーターが3回にわたって、ECCSの電源を切っていました。オペレーターの誤解によるものでした(原発事故検証調査委員会・中間報告書。吉田所長は、ECCSが作動していると思い込んで指示を出していた。そもそも、所長の許可なくオペレーターが独断でECCSを止めていたのです。これ自体コンプライアンス違反です。)。その結果、メルトダウンが発生しました。人災・ヒューマン・エラーでした。スリーマイル島の原発事故もそうでした(村田厚生『福島第一原発事故・検証と提言—ヒューマン・エラーの視点から』(新曜社・2011年))。原発に限らず、ヒューマン・エラーによって発生する事故は、多様です。典型的なものは、交通事故、航空機事故です。個人情報漏えいもシステムの過誤といえます。医療事故もその一つです。大きな病院では、診察・検査・投薬・注射・手術・観察・説明と承諾というように、毎日、何千・何万という医療行為が行われています。何千、何万という医療行為を大量観察すると、どうしても医療従事者の人為的なエラー(ヒューマン・エラー)によって、患者に有害な結果が発生する事故は起きるのです。医療事故は、ヒューマン・エラーが大きな割合を占めており、過ちによって発生することは避けられません。ご存知の通り、ハインリッヒの法則があります。ハインリッヒは、労災事故を分析し、一つの重大事故の背景に、29の軽微な事故・災害があり、その背景に300のヒヤリ・ハット(有害結果の発生が危うく回避された事例)があると指摘しています。事故は不可避であるかもしれませんが、しかし、事故分析やヒヤリ・ハットの事例の分析等を通じて、事故防止のシステムを作り、できる限り極小化することは可能です。安全工学(safety engineering)という学問が成立するようになりました。昭和45年の交通事故死は1万6,700人であったのが、昨年は5,000人を切っています(警察庁交通局統計)。安全工学上の知見を得て、様々な事故防止策がとられてきた成果です。ヒューマン・エラーをゼロにはできませんが、極少化することは可能であり、その努力が必要なのです。医療事故も同じです。何故、医療事故が起きたのか。なぜ回避できなかったのか。回避するためには、何が必要なのか。その分析を通して、再発防止の措置が必要です。「人は過ちを犯すものである。しかし、過ちを繰り返す続けるのは悪魔である」

(ERRARE HUMANUM EST, SED PERSEVERARE DIABOLICUM.) というラテン語の諺があります。悪魔にならないためには、事故防止のための院内の体制を確立すると同時に、システム作りが必要です。発生するリスクを組織的にマネジメントすること及び医療機関

においてもミスがあることを前提とした安全対策が必要です。事故やヒヤリ・ハットの情報の集約と構成員間の共有化、マニュアルの整備、組織的な研修の充実などがそれです。だからこそ、今日のような研修を重ねる必要があるのです。

(2) 医療従事者が自分の手に注射針を誤射したとか、放射線技師が欠陥プロテクターにより被曝したという医療側に発生した事故もあります。これも「医療事故」に含まれますが、患者に有害な結果が発生したのではないので、「医療過誤」には含まれません。法的には、雇主である医療機関の「安全配慮義務」が問われることとなります。

(3) 医療行為は、不確実であり、個体差も大きい。医療行為の結果は、常に同じではありません。人間は機械ではないのです。医療安全委員会は、「安全な医療」を求め、実現しようとしています。しかし、100%安全な医療は存在せず、必ずリスクが潜んでいます。そのため「予期できない」結果が発生することもあるのです。その「予期できない」結果の発生を100%回避することはできませんが、第4で述べるように極少化することはできます。一方、患者・家族は、機械の如く同一の結果を期待していることが多い。その期待が外れたとき、医療機関に非難の矢が飛んできます。万一、予期できない結果が発生したとしても、それに医療機関・医師が常に責任を負うとは限りません。前述の患者側20.2%という勝訴率がそれを示しています。予期できる結果が発生したときのみ、そして結果発生の回避を怠った時にのみ「過失」があるとして、責任追及がなされます。これが医療過誤であり、予期できない結果の発生は、医療事故とされています。しかし、患者・家族は、事故と過誤を区別することなく、医師や医療機関に非難の矢を放ち、ついに訴訟にまで発展するのです。

(4) このように、医療事故のうち医療従事者の「過失のある行為」が、原因となって患者に有害結果が生じたのが医療過誤 (medical malpractice) であり、医療事故が全て医療過誤ではありません。事故と過誤の区別が大事です。過誤とは、医療機関に過失という落度がある場合であり、過失なくして発生する事故は、医療過誤ではありません。なお、医療過誤を、「計画通りに医療行為を行おうとして失敗すること、又は目的の達成のため間違った計画を採用すること」と定義しているものもあります(全国社会保険協会連合会「医療有害事象・対応指針」(2008年))。より直接的な定義で分かり易いと思います。医療過誤裁判は、患者側が医療機関に「過失」があるとして訴えたものですが、患者側の勝訴率(判決によるもの) 20.2%は、裁判を起こされたからといって、常に「過失」があることにはならないことを示しています。小松秀樹「医療の限界」57頁以下を紹介します。New England Journal of Medicine (1991)に、ニューヨークの51の病院を退院した患者から無作為に31,429例の診療録を調査した結果が載っている。医療過誤とされたのが280例。そのうち訴訟になったのが8例。ところが51例が医療訴訟になっていた。51例のうち24例で決着済み。うち10例で賠償金支払い。13例のうち6例で「過失なし」で賠償金が支払われていた。過誤による有害事象9例のうち、5例には賠償金が支払われていない。この数字は何を意味しているのか。本来救済されるべき患者が救済されず、救済されるべきでない患者に金が支払われている。日本でも同じかどうかは分からないが、患者側勝訴率が5年で半減したのは、やはり異常であり、5年前には救済されるべきでないものが救済されていたかもしれません。裁判官が素人なためか、鑑定人がおかしいか、代理人の技量が優れているか。原因は分かりませんが、不条理な結果となっている例もあったらうと思います。

(5)重大な有害事象が発生した時、患者や家族への説明を急ぐあまり、無理に過失の有無を判断するのは危険です。

(6)第7の2で述べる福島県立大野病院事件や杏林大学病院割り箸事件のように、過失があるとして起訴されても、無罪とされた事件もあります。メディアの責任も大きい。両事件とも、メディアの取り上げ方、バッシングもひどいものでした。大野病院事件では、医師が逮捕・連行されるシーンがテレビニュースで放映されていました。メディアは、医師を断罪していましたが、無罪になっても、医師に謝罪することはありません（割り箸事件で、BPOから指摘があり、一部メディアは謝罪した）。メディアの責任はどうすればとれるのかも考えなければなりません。ただ、こうした事故が発生した時の対処を含めたりスクマネジメントが、必要であることは、言うまでもありません。

第4 システム上のミスは回避できる

システムがしっかりしていればミスは防げたと考えられる例を紹介します。

1 都立広尾病院の消毒薬注入事件（ヘパリン生理食塩水を点滴すべきところを、消毒薬を点滴した。東京地判H16.1.30・判時1861-3（6027万円）、東京高判H16.9.30・判時1880-72、東京地判H13.8.30・判時1771-156(院長・虚偽公文書作成罪、懲役1年・猶予3年)）

2 横浜市立大学病院の肺と心臓手術患者の取り違い事件（横浜地判H13.9.20・判タ1087-296（被告6名中4名罰金、1名禁固1年・猶予3年、1名無罪）、東京高判H15.3.25・刑集61-2-214（被告6名全員罰金）、最判H19.3.26・刑集61-2-131（上告棄却））。患者の取り違いでは、臨床研修医が妊娠16週の患者を、「後産」の患者と取り違えて、胎児を搔扱した事件もありました。

3 北大電気メス事件（電気メスのケーブル端子（プラグ）の誤接続。札幌地判S49.6.29・判時750-29（医師無罪・看護師罰金）、札幌高判S51.3.18・判時820-36（控訴棄却））

4 異型輸血事件（大阪地判S54.12.24・判タ409-142は、O型の患者にAB型の血液を輸血した例。異型輸血がないとしても、死亡は避けられず、因果関係がないとした。そのため慰謝料のみ認めた。690万円）

5 埼玉医科大学病院の抗がん剤の過剰投与事件（日と週を取り違えて抗がん剤を過剰に投与した。さいたま地判H15.3.20・判タ1147-306（被告3名中2名罰金、1名禁固2年・猶予3年）、東京高判H15.12.24・刑集59-9-1582（被告3名中2名禁固1年・猶予3年、1名禁固1年6月・猶予3年）、最決H17.11.15・刑集59-9-1558（上告棄却））

6 鉗子遺留事件（急性膵炎で死亡した患者。焼き場から鉗子が出てきた。鉗子の遺留と膵炎の因果関係がないとした。釧路地判S52.2.28・判時858-115（無罪））等。赤字は、刑事事件です。

これらうっかりミス、単純ミスで「ヒューマン・エラー」と呼ばれる事故であり、最もプリミティブな過誤で、弁解のできない過誤です。都立広尾病院事件は、事故を隠ぺいしたばかりでなく、死因として「心電図は心筋梗塞と矛盾しない」として、隠ぺいを正当化しようとしていました。虚偽の診断書を作成したとして、院長と主治医が逮捕され、院長は懲役1年執行猶予3年の判決を受けています（東京地判H13.8.30・判時1771-156）。重大なエラーと重大な結果が発生した時、どんなスタンスをとるべきかを予めマニュアル化しておく必要があります。その時のスタンスは、「隠さない、逃げない、ごまかさない」が基本です（全国社会保険協会連合会「医療有害事象・対応指針」（2008年）。都立広尾病院事件では、

「隠して、逃げて、ごまか」そうとした。カルテを改ざんすることは犯罪であり、それがバレると、医療機関側は一気に不利になります。山梨県で、ニセの看護師に証言させた事件がありました（後出第10の3の(2)）。この種の過誤の発生を防ぐには、高度な専門知識は不要です。マインドとシステムです。いくら口で「注意しなさい」といったところで、効果的ではありません。うっかりミスは医療従事者個人の注意では防止しきれない側面があるからです。うっかりミスを起こさないシステムの構築が大事です。患者の取り違えは何故起きたのか、何故、執刀医は気付かなかったのかを考えると、患者確認のシステムさえしっかりしておけば防げたと考えられます。都立広尾病院事件も、点滴剤の区別のシステムがあれば、避けられた過誤であり、北大電気メス事件は、プラグ（端子）に色がついていれば、誤接続は防げたと考えられます。どうすればうっかりミスを少なくすることができるのかを、毎日工夫し続けることが大事です。それが医療安全委員会の仕事です。

第5 古典的医療ミスの類型

1 誤診

(1) 診断を間違えること。神戸地裁S63.12.14・判時1324-91は、膵臓がん患者を、過敏性大腸症候群と誤診した(115万円)。名古屋地判S62.5.8・判タ654-210は、X線の読影の誤りから、胃がんを慢性胃炎と誤診し、手術の機会を逸して、死亡した(465万円)。これらは典型的な過誤です。誤診は、起こってはならないのですが、多数起こっています。裁判になった例は、たくさんあります(多数ありすぎるので、紹介は省略)。またその伏線として、必要な検査を怠ったことが原因となっています。「はじめに」で紹介しましたRh血液型不適合の事件は、産婦の血液型がRh(−)であったのに、(+)であると誤診し、抗体産生抑制剤を投与しなかったという事件です。そもそも、産婦の血液型検査を怠っていたのですから、話になりません。また、乳がん切除事件は、乳がんと診断し、拡大根治手術を行ったところ、がん細胞はなく、線維線腫でした。術前に生検などの検査を行うべきだったのであり、検査を怠ったとされた例です。異型輸血事件も、交差試験を行わなかったために起こった事件であり、基本的な検査を怠った過失がありました。

(2) 確定診断があっても、確定診断と違う症状が出ているときに、再検査義務を認めています。横浜地判H21.10.14・判時2069-98は、イレウス（腸閉塞）で死亡した患者が、急性胃腸炎と確定診断されましたが、その後イレウスを疑う症状が出ていたにも関わらず、医師は腹部X線検査や超音波検査をすべき義務を怠ったとしています(6216万円)。最初の診断が間違っており、それに引きずられた事件です。

2 手技（技術）のミス

手術そのものの失敗（技術的過誤）も無数にあります（紹介は省略）。手術前の検査不足、手術の決断が遅れた例や、手術の適応のなかった例もあります。①大阪高判S60.8.28・判時1195-98は、開腹手術決定の遅延により死亡した事件(2330万円) ②東京地判H6.12.21・判時1534-59は、馬尾神経損傷の事件(8395万円) ③平成14年11月の慈恵医大青戸病院の例は、十分な経験もスキルのない医師たちが指導医も付かず腹腔鏡下前立腺全摘手術をおこなったものであり、そもそもやってはいけない手術でした（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」2004年・日本経済評論社をぜひお読みください）。ミス以前の過誤です。当然の結果として患者は死亡しております。

3 患者管理のミス

① 経過観察を怠った例。東京地判S58.12.21・判時1128-77は、交通事故で頭部を強打した患者を、血腫発生の危険がないものとして、経過観察を行わないまま、帰宅させてしまった（1540万円）、②岐阜地判S60.9.30・判時1186-120は交通事故で入院中の患者が膵臓破裂による腹腔内出血のため失血死した場合において、入院後の患者の容体の経過観察を怠った（150万円）、③大阪地判H19.3.9・判時1991-104は、直腸がんの手術後、容態急変し、低酸素脳症のため、四肢体幹機能に重度の障害が残った。術後管理に習熟していない看護師のみに監視を委ねた過失（4766万円）、ガン切除後の患者管理の裁判例も多い。④富山地判H13.2.28・判時1761-107は、主治医が帰宅してからの管理体制が不十分で、看護師からの連絡がなかったことや当直医との連絡が不備であった（6935万円）、⑤東京地判H9.4.28・判時1628-49は、褥瘡を生じさせないように観察すべきとされた（841万円）、⑥東京高判H9.12.26・判時1637-27は、縫合不全を基盤とする術後合併症に対する術後管理が十分でなかった（329万円）、⑦最後に産科で分娩監視装置を助産師の判断で外してしまった冒頭でご紹介しました私の担当事件（1億4000万円）。

4 管理治療のミス

糖尿病患者の管理治療が不十分であった例。東京地判H10.10.16・判タ1016-178は、不定期に外来する糖尿病患者について、治療の必要性を説明し、入院させたうえで、血糖値の管理を行うべきであったとしている（420万円）。

5 病院管理のミス

病院管理という点では、①MRSAによる院内感染で入院患者が死亡したり（最判H18.1.27・判タ1205-146、大阪地判H13.10.30・判タ1106-187（646万円）、東京地判H13.10.31・判タ1183-291（6095万円）など多数）、②東京地判H14.6.28・判タ1139-148は、脳梗塞で入院中のリハビリ患者が椅子座位の姿勢でリハビリ中、看護師が離れた間に転倒し、頭部打撲で死亡した（1590万円）。あるレポートでは、「看護における事故、ヒヤリ・ハット事例の15.7%が転倒・転落」であったので、管理上要注意、③大阪地判H10.3.20・判タ984-208は、精神病院において同室者に殺された（1800万円）、東京高判H13.7.19・判時1777-51は、自殺念慮のある精神障害者の自殺防止義務を認めている（600万円）、最判H8.9.3・判時1594-32は、無断で病院を抜け出した措置入院中の統合失調症患者の殺人について、医療機関に1億2,500万円の支払いを命じている。精神病院における殺人、傷害、自殺は、多数の判例がある。④東京地判H13.5.30・判タ1086-253は、4歳の入院児がバナナを誤嚥して窒息した（5120万円）、⑤高知地判H7.3.28・判タ881-183は、窓と接していたベッドから外へ転落した。意識が朦朧として落ちたのか、飛び降り自殺だったかは微妙（3637万円）。

第6 新しい医療ミスの類型

1 転医・転送義務

医師は、患者に対して、医療水準（第8の3の(1)で詳述）に適った医療行為を行う義務があり、自己の人的・物的能力との関係から、医療水準に適った医療行為を自ら行うことができないときには、これを行うことができる医療機関へ、患者を転医・転送する義務があります。最判H7.6.9・判時1537-3は、医療水準が医療機関によって異なることを明確にしたものであり、未熟児網膜症防止のため、未熟児（1508g）を光凝固法が実施可能な病院へ

の転送義務を認めた。また、最判H15.11.11・判時1845-63は、個人医師の開設する医院において、手におえない急性脳症の児（小6）について、高度医療機関への転送義務があると認めております。この転医・転送義務については、下級審判例が多く、既に確定しております。

2 説明・承諾義務

(1) 説明義務・承諾義務

① 1970年代、患者との診療契約の関係や患者の自己決定権との関係から、医師や医療機関に説明義務・説明責任が認められるようになりました。その根拠は、(ア)～(ウ)の3つです。

(ア)インフォームド・コンセント（以下、「IC」という）は、医療の主体は患者であり、患者の自己決定権を尊重するという哲学が基本です。そのためには、説明と承諾が必要です。

(イ)身体の侵襲を伴う手術に当たっては、患者の同意を得ることが侵襲を正当なものとしません。従って、違法性を阻却するためにも、説明と承諾が必要なのです。京都地判

H4.10.30・判時1475-125は、医学的侵襲に対する承諾を求める前提として、患者の病状、治療方法の内容及び必要性、発生の予測される危険などにつき、当時の医療水準に照らして相当と思料される事項を説明しなければならないとしています。

(ウ)診療契約は、準委任（民法656条）と解されていますので、委任契約と同じ権利・義務が発生します。民法645条は、受任者である医療機関は、本人（委任者）から報告を求められたときは、遅滞なく経過及び結果を報告しなければなりません（東京高判S61.8.28・判時1208-85）。

(エ)最判H14.9.24・判時1324-315は、端的に診療契約に付随する義務であるとしている。わざわざ(ウ)の民法656条を持ち出すまでもない時代に入ったことを意味しています。

(オ)最判S56.6.19・判時1011-54は、頭蓋骨陥没骨折の傷害を受けた患者の開頭手術を行う医師に、手術の内容、これに伴う危険性を説明する義務があるが、手術による改善の程度、手術しない場合の具体的予後についてまで説明する義務はないとしています。この判決は、医師を基準に説明の程度を限定しているように見えます。これでは、患者は手術に踏み切る決意をするかどうか判断できません。より積極的に患者の自己決定権を保障する説明を行わなければなりません。ところが、で述べるようにどこまで説明すべきかについて、医師に合理的裁量が認められる判決が出るようになり、患者の自己決定権は医師の合理的裁量によって、後退しているように思います。これでは、患者は医療の客体となってしまうかも知れません。

② 誰に説明して誰から同意（承諾）を得ればよいか。基本的には患者本人です。患者本人に意思能力（承諾能力）が無い場合は、法定代理人。法定代理人の1人が同意、1人が反対の時はどうなるか。東京地判H13.3.21・判時1770-109は、夫の同意のみで子宮摘出を説明義務違反とした（1391万円）。

③ どこまで、どの程度説明すべきか、どのような方法で説明すべきかについては、医師の合理的裁量が認められています。(ア)名古屋高判H2.10.31・判時1373-68は、どこまで説明するかは医師と患者の関係いかんによって決せられるのであり、そこでは医師の合理的裁量が尊重されなければならないが、結局は、大多数の医師が相当であるとする考え方に従うとしています。逆に、(イ)東京地判H3.3.28・判時1399-77は、人工股関節置換手術を受けた患者の予後が良くなかったことについて、「侵襲に対する承諾があつて始めて違法性を阻却するのであるから、承諾が有効である前提として、疾患の病状、治療方法の内容、予後および予想される身体生命に対する危険等について、当時の医療水準に照らして相当と認められる程

度方法による説明を施すことによって、患者が自己決定できる」として、手術の根幹に属する事柄について説明しなかった義務違反があったとしています（35万円）。

④ 微妙な事件もあります。最判H13.11.27・判時1769-56は、乳がんの温存療法が未確立だった時に、温存療法を説明すべきかどうかについて、「乳房を失うかどうかは患者の生き方や人生の根幹に関係する生活の質にかかわるものであるもので、患者に選択する機会を与えるべきだった」として説明不十分としています（差戻し。差戻し後の控訴審で120万円）。

⑤ 最判H17.9.8・判時1395-385は、帝王切開を希望する産婦に、経膈分娩を受け容れるか否かについて判断する機会を与えるべきであったとしている。

⑥ 末期癌の患者に、末期癌であることを本人に告知すべきか、告知すべきとするならどのように告知をしなければならないのか。ガン告知は、通常の治療方針等の説明とは異なり、患者の心理状態に悪影響を及ぼす危険性も大きく、その実行には慎重でなければなりません。最判H7.4.25・判時1530-53（原審の(7)）は、昭和58年の事件ですが、当時、医師の間で患者に対する説明は、癌については真実と異なる病名を告げるのが一般的でした。判決は、胆のう癌の疑われる患者（50歳・女性）に対し、「重度の胆石症」と説明したことは違法でないとしています。その理由はガンの病名告知は一般的でないというだけでした。ガンの病名告知には、2つの考え方があります。癌は、死の転機の可能性が大きいので、知らされることで闘病意欲がなくなり、悪影響が出ると認められる時は、癌であることの説明は控えるべきとの考え方と、医者と患者の真の信頼関係を築くためにも、患者が明示の意思を表示した場合を除いて、告知すべきとの考え方です。しかし、最判H14.9.24・判タ1106-87は、平成2～3年の事件ですが、進行性末期肺癌の患者（77歳・男性。ステージ4）に対して、患者への告知が適切でない場合でも、家族への告知を検討・実行することが診療契約に付随する義務であるとししました（慰謝料120万円）。このように、本人は兎も角、家族には告知義務を認めています。

⑦ 損害は、説明義務は、診療契約に付随する副次的義務であることから、説明義務違反の損害は、慰謝料に止まるものが多い。

⑧ 重大結果が生じていない、あるいは生じても重大結果とは因果関係がない場合でも、説明義務違反の過失があるとされることもあります。札幌地判H19.11.21・判タ1274-214は、患者に心房細動の既往症があることを認識した医師は、気管支拡張剤が不整脈を生じる可能性があることを説明する義務があったとしている（110万円）。

⑨ まとめ

説明義務が診療契約に付随する義務として正面から認められるようになった。そして、説明義務違反による損害は慰謝料ですが、説明によっては事故（悪い結果）を回避できた場合どうなるかという問題も残っている。

(2) 死因について丁寧な説明を行うことまで義務付けられるようになりました（前出都立広尾病院事件）。この義務の事を顛末報告義務と呼んでいます。広島地判H4.12.21・判タ814-202は、患者が死に至った経緯・原因について、診療を通じて知り得た事実に基づいて、遺族に適切な説明を行う事も、医師の遺族に対する法的義務であると述べ、顛末報告義務を法的義務であるとした（50万円）。更に、東京高判H10.2.25・判時1646-64は、遺族に対する病理解剖の提案又はその他の死因解明に必要な措置について提案して検討する機会を与えるべきであったと述べている。これも付随的義務・副次的な義務です。もともと、説明義務は、患者や遺族に分かり易く説明することが求められているのであり、こともあろうに嘘の説明をすることは、それだけ制裁を受ける（慰謝料が高くなる）ということです（都

立広尾病院の院長は、100万円)。このように、診療契約に付随する義務の外延が次第に拡張しているのです。今はこのような時代であることを認識しなければなりません。

3 生命倫理に関わる問題もあります。

① 最判H12.2.29・判時1710-97は、「エホバの証人」の事件で、患者（男性・悪性肝臓血管腫で入院。絶対的無輸血の意思表示あり）の意思に反して、手術の際、輸血以外に救命手段がないと判断し、輸血した。救命よりも、患者の意思決定権を尊重することに力点を置いて、人格権侵害であるとした(50万円。なお、地裁判決は「医師は、患者に対して、可能な限り救命措置を取る義務があり、違法性がない」としている。地裁と高裁で判断が分かれたことは、生命倫理についての見解が異なっていることを示しています)。

② 横浜地判H17.3.25・判時1909-130は、東海大学病院安楽死事件で、医師は、多発性骨髄腫で昏睡状態の患者（58才・男性）の妻と長男から「自然な状態で死なせたいので、膀胱留置バルーンカテーテルと点滴をとめてもらいたい」との強い依頼を受けて了解し、膀胱留置バルーンカテーテルと点滴を外し、塩化カリウム製剤20mlを投与した医師に殺人罪の成立を認めています（懲役3年・猶予5年）。最判H21.12.7・判時2066-159は、川崎協同病院事件で、気管内チューブを抜管し、筋弛緩剤を静注した医師の殺人事件で、患者（58才・男性。気管支喘息の重積発生により昏睡状態）の家族からの要請で行われたものであっても、法律上許容される治療中止にあたらぬとしている(上告棄却。原審は、懲役1年6月・猶予3年。第1審は、懲役3年・猶予5年で、高裁判決は地裁判決の刑を半減している)。我国では、安楽死は認められそうにありません。刑事事件（殺人事件）になるので、どんなに家族から要請されても、踏み切らない方が賢明です。

(以上第1回)

(田中の印象)

※医療安全委員会の喫緊の課題（安全システム構築の他に）

1. 末期癌患者（又は家族）から、もう治療は止めてもらいたい、家で死なせたいと申し出があった時、どうするか。

2. 「エホバの証人」のように、一部の医療行為（輸血）を拒否する申し出があった時、どうするか。

3. 癌告知の基準をどうしているか。

※リスク対応の委員会

1. 異状死体の対応のマニュアル化

2. 死因説明のマニュアル化

第7 医療過誤は、医療機関や医師にどのような責任が生じ、どのように裁判になるのか。

1 民事責任

(1) 第5及び第6の医療過誤事件は、患者ないし遺族から医療機関側(医療機関及び医師)に損害賠償請求という形で、責任追及がされたものです。民事事件では、損害賠償以外に責任追及の方法はありません。根拠となるのは、民法415条の契約責任(診療契約違反)又は民法709条の不法行為責任（又は715条の使用人責任）です。民法415条は、「債務者（病院）は、その債務の本旨に従った履行をしないときは、」「債務者（患者）は、これによって生じた損害の賠償を請求できる」と定めており、不完全な履行が責任の原因です。民法415条

の責任は、契約責任ですから、その責任を追及できるのは、契約当事者だけです。契約当事者が死亡した場合は、その相続人です。医療側が、医療法人の場合は、法人が当事者であり、法人が被告となります。法人の医師・看護師は、法人の診療債務を履行するための「履行補助者」という位置づけになります。法人の医師に対する責任追及を行うとすれば、医師の不法行為責任を追及しなければなりません。民法709条は、契約関係にない医師が、「故意または過失」によって「他人（患者）の権利を侵害した」ということが要件です。このように、法人に対しては契約責任を、医師・看護師に対しては不法行為責任を、各々追及する形での訴訟が可能です。法人である病院だけが被告の時は、契約責任か民法715条の使用責任です。使用者責任というのは、医師・看護師が、法人の医師・看護師として行った行為が、第三者（患者）に損害を与えたときは、医師・看護師に不法行為責任が発生し、法人は、使用者として、医師・看護師と同一の責任を負います。内容的には709条と同じです。個人病院の場合には、当事者は、病院を経営する医師が被告となります。診療債務の履行が「不完全」であったこと、又は「過失」があったことを違うだけで、損害賠償という形をとることは、同じです。診療契約に基づく債務は、「あることをなす」という手段債務であり、「治る」という結果を出すものではありません。有害事象が発生したとしても、それは直ちに不完全履行という事にはなりません。美容整形は、鼻を高くするとか、二重瞼にするという点では、結果債務に近いものがありますが、通常の診療契約は、「手段債務」です。裁判には、主張・立証責任というものがあります。「不完全履行」や「過失」が立証でないときは、どちらを敗訴させるべきか。それが立証責任です。契約責任構成では、医療側が不完全履行でないことの立証責任を負うと解されていた時期もありましたが、今日の裁判実務では、「どこが不完全なのか」を患者側が主張・立証しなければならないとされており、現在の実務では立証責任を負っているのは原告であり、結局、契約責任と構成しようと不法行為責任と構成しようと実務的には変わりません。ただ、不法行為と構成することで、医師を被告に引き入れることや、近親者の固有の慰謝料を請求できるというメリットもあります（民法711条）。

(2) いずれも「損害」の賠償を求めるものであり、謝罪を求める裁判は、許されません。謝罪広告を求める裁判は、名誉棄損裁判や不当労働行為救済命令において認められておりますが、医療過誤では認められていません。医療過誤訴訟では、必然的に「金額」が問題となります。

(3) 「損害」の賠償とは、①治療費等の医療費、②休業損害などの実際の損害、③将来の損害、④精神的苦痛に対する損害がありますが、その損害は、不完全履行や過失と因果関係がなければなりません。因果関係の存在も、原告に立証責任があります。因果関係については、第9で詳しく説明します。損害額の算定も、大変難しい問題です。第2の訴訟環境の変化の中で、裁判所の認容額が巨額化していることを指摘しましたが（7頁）、高額所得者の場合、基準となる所得が大きいため、逸失利益が大きくなること、産科医療での脳性まひ児の場合、介護費用が平均余命まで計算されるため、億を超えてしまうのです。④bの慰謝料の高額化も目立っています。事故後の対応の悪さは、慰藉料の増額の要因となりますので、注意が必要です。親切且つ丁寧な対応が求められます。

(4) 民事責任の追及は、手続き的には、証拠保全手続きから始まります。医療機関として、決してやってはいけないことは、カルテ・看護記録の改ざんです。「隠さない、逃げない、ごまかさない」が基本です。真実義務に違反することは、裁判所の心証もよくないし、慰謝料は、目一杯認められます。正直にカルテを出したうえで、堂々と医療側のポジション

を主張しなければなりません。また、医者や看護師に対する尋問では、「ウソ」「偽証」という事があります。本来なら偽証罪（刑法169条）が適用される筈ですが、実務的には、検察は、民事事件での偽証で、証人を起訴することはほとんどありません。民事裁判では、どちらかが「ウソ」をついているのであり、偽証罪とすることはできません。

(5) いくつもの医療過誤訴訟に従事して思う事は、医療過誤訴訟は個別救済に止まっているのではないかという疑問です。確かに、被害を救済することは大事なことです。それが医療の進歩や充実ということに連結していないように思います。時折、医学雑誌で医療過誤特集をやっていますが、スポットであり、医師の間に、問題点や認識が共有されていないのではないかと危惧しています。刑事責任の追及も同様で、それらのもつ社会的意義を今一度再検討すべきでないかと愚考しています。

2 刑事責任

警察も検察も、医療という善意の行為の結果については、他の犯罪（故意犯）と区別して考えていました。また捜査する側の医学的知識も十分でない。そのことから、「法の無関心」といわれたように刑事の医事訴訟は極く稀でした。北大電気メスや鉗子残留事件が散見されただけでした。ところが、この10年間余りで、都立広尾病院事件（1999年）、横浜市立大患者とりかえ事件（1999年）、杏林大割り箸事件（1999年）、埼玉医科大学抗がん剤過剰投与事件（2000年）、東京女子医大事件（2001年）、慈恵医大青戸病院事件（2002年）、大野病院事件（2004年）と刑事事件が続発しています。

(1) 主な罪名は、業務上過失致死傷（刑法211条・5年以下の懲役もしくは禁錮又は100万円以下の罰金）。この過失も民事の過失と同様の構造です。

①詳しくは、12頁第4の1～3、5、6をご覧ください。

② 慈恵医科大学青戸病院での内視鏡を使った腹腔鏡下で前立腺全摘手術では、3人の医師が逮捕・起訴され、全員有罪（東京地判H18.6.15・判例集未搭載）。3人の医師の逮捕は、事故から1年半も経っていました。私の印象は、ICの不十分さ、準備の不十分さはその通りだと思います。若い医師が新しい手術をマスターしようとするれば、大なり小なりこの事件のような場面に遭遇する筈です。一步間違えば、3人の医師のようになっていた可能性があります。事故が起きなくて、胸をなで下ろしている先生方も多いと思う。若い医師を育てるシステムこそ必要であって、刑事被告人として法廷に引き出し、罰を加えても何も生み出さないということです。しかも、医師を起訴しても実刑になったケースは皆無です。本気で刑務所に入れることは考えていないのなら、ますます警察・検察に慎重さが求められる筈です。

③ 杏林大学病院割り箸死事件（東京高判H20.11.20・判タ1304-304）は、喉を割り箸（7.6cm）で深く突き刺した4歳の男児について、割り箸が刺さっていることを見抜けなかった耳鼻咽喉科医師が在宅起訴されました。裁判は、医師に過失があるが、因果関係がないとして無罪（地裁も無罪）。民事の損害賠償も請求棄却。

④ 福島県立大野病院事件（福島地判H20.8.20・季刊刑事弁護57-185）は、前置胎盤と癒着胎盤が合併した産婦が死亡した事件。胎児はc/sで取り出したが、胎盤剥離が難しく大出血（総出血量19475ml）。最後に子宮摘出したが、死亡。③、④の両事件とも、極めて稀なケースであり、標準的医学書では対応できないものだった。前者は因果関係、後者は過失がないとしたもの。大野病院事件では、産婦人科医師が逮捕される様子をテレビで全国に報道されています。医師に対する取調は、強力犯（殺人や強盗）に対するのと同じでした。また、この逮捕に対して、日本産婦人科学会などから抗議が寄せられました。そもそも逮捕の必要性

はあったのか。警察の介入は、遺族の報復感情を満たしても、同様の事故の防止には役立ちません。医師の資質を問題にするのであれば、刑事処分は、全く役に立たないのです。また、リスクを伴う医療に、善意で従事している医師に刑事罰を課する意義があるのか。萎縮医療の一因となりました。

(2) 業務上過失致死傷以外で、医師の刑事責任が問題となるのは、次のような場合です。

ア 偽の診断書を作成すること。この罪の主体は、医師のみで、身分犯といわれています。都立広尾病院の病院長は、虚偽公文書作成の罪（刑法160条、3年以下の禁錮又は30万円以下の罰金）及び異状死体の届出義務違反（医師法21条）で逮捕されています（第4の1）（東京地判H13.8.30・判時1771-156、東京高判H15.5.19・判タ1153-99、最判H16.4.13・判時1861-140（懲役1年・猶予3年））。

イ カルテを改ざんすること。東京女子医大病院事件では、執刀医が証拠隠滅の罪（刑法104条、2年以下の懲役又は20万円以下の罰金）で逮捕され、懲役1年執行猶予3年の有罪判決を受けています。「他人の刑事事件の証拠を隠滅」することが犯罪であって、刑事事件になっていない民事事件の証拠の隠滅は、含まれていません。いつか刑事事件になるかもしれないので、民事事件であっても、証拠隠滅はやってはいけないのです。違いますね。民事事件だからやっていいということにはならないのです。これこそ、マインドです。「隠さない、逃げない、ごまかさない」です。冒頭で述べた私の担当している腸閉塞の事件では、カルテの中に不自然・不可解な記述があったり、看護記録が患者死亡後に、何箇所も書き換えられています。誰に指示されて書き換えたのか。電子カルテの場合、修正履歴が全部残っていますので、誰がどのように書き替えたかを、後日、正確にトレースできます。犯罪＝証拠隠滅の立件が容易になるように思います。

ウ 医師法21条は、医師に異状死の届出の義務を課しています（50万円以下の罰金）。この「異状死」には、都立広尾病院事件のように、うっかりミスによって患者が死亡した場合も含まれると解釈されるようになりました（都立広尾病院は、死亡の3ヶ月後に、警察に届け出ています）。このように解釈することは、「外科医は侵襲の大きな手術を行わなくなる」との批判（外科系13学会共同声明）や、「21条は犯罪の発見と公安の維持を目的としている」との批判（全日本病院協会2000年報告書）がありました。が、「診療に関する事故においても患者が死亡するなど結果が重大であって医療水準からみて著しい誤診や初歩的ミスが存在し、刑事責任が問われる可能性がある場合には、速やかに警察に報告すべき」（2000年5月・国立大学医学部附属病院長会議・常置委員会中間報告）との意見もあり、最判H16.4.16・判タ1153-95も、都立広尾病院事件で、医療機関側のミスによる死亡も異状死に含まれるとしております。

エ 平成14年7月、東京地検に医療専門捜査班が設置され、医療過誤事件も捜査のターゲットになったことが組織的に明らかになりました。

オ 以上をまとめると、医療機関で有害事象が発生したからといって、直ちに刑事事件となるわけではありません。よほど重大なミス（過誤）があつて、容易に避けられた場合、カルテを改ざんしたり、ニセの診断書を作成するなど、手口が悪質である場合などに限られています。医師が逮捕されたのは、県立大野病院を除いて、悪質なカルテの改ざんが組織的に行われた場合です。電子カルテの導入が進むに従って、履歴が残りますので、証拠隠滅などの摘発は、容易になるのではないかと考えられます。

3 行政責任

医師は、厚生労働大臣から免許をうけなければなりません（医師法2条）し、看護師、助産師も同様です。無免許で各々の業を行うことは、犯罪です。このように、厚生労働大臣が免許を与えているのであり、大臣は、医道審議会の意見を聴いたうえで、これらの免許を取り消したり、業務停止の処分をすることができます（医師法7条、看護師法14条）。医道審議会は、刑事事件が確定してから処分の意見を出していましたが、平成14年12月の厚労省の新しい指針で、刑事紛争以外にも「明らかな過失による医療過誤」や「繰り返し行われる過誤」も対象とする指針が出されています。厚生労働大臣の処分（医療審議会が処分を行うものではありません）を行政処分といい、その責任を行政責任と呼んでいます。消毒液を点滴した都立広尾病院の看護師（2人）は2か月と1か月の看護業務停止処分。院長は1年、主治医は3ヶ月の医業停止処分がなされた。また、慈恵医大青戸病院事件の診療部長（助教授）と術者は、医業務停止2年の処分がなされています。行政処分に対しては、行政不服審査法で、処分庁（厚生労働大臣）に対して不服申立（審査請求）ができますし、行政事件訴訟法により、取消訴訟を起こすことができます。大臣の裁量権の濫用を立証しなければなりませんので、事実上、申立が認容されることは、難しい。処分を受けた医師が、取消訴訟を起こしたと聞いたことはありません。なお、横浜市立大学病院は、特定機能病院の指定を返上しています。これは、事実上の行政処分といえます。

4 従業員としての雇い主に対する責任

病院（医療法人）に勤務する医師・看護師。助産師等は、いずれも雇用契約による被用者ですので、勤務先の就業規則が適用され、逸脱が著しければ懲戒処分もありえます。前出の慈恵医大青戸病院の診療部長と3人の医師は、懲戒解雇されています。

5 メディア

メディアは、第4権と呼ばれるように大変な影響力を持っています。2の(1)の③の割り箸事件では、医師に対する大変なバッシングが行われました。BPO(NHKと民放連で組織する第三者委員会)は、不正確・不公平な報道があったと指摘しています。ひとたび、人の社会的評価が失われた時は、回復するのが難しい。不必要な批判にさらされることになります。メディアの取材方法と報道の仕方が問われます。

第8 過失とは、何か。

1 冒頭述べましたように、なぜ医療過誤が難しいかといえば、法律にはただ「過失により」（民709条）や「業務上必要な注意を怠りて」（刑法211条）としか定めていないからです。過失とはこれだ、注意義務とはこれだと書いていないのです。どんな注意なのか。その注意義務を特定しなければなりません。そもそも過失は「白地の構成要件」と呼ばれており、注意義務の内容は、その具体的事故の中で特定するしかありません。この特定が大変難しいというわけです。これが医療過誤訴訟を特殊化している原因です。その注意義務は、事故があった当時の医療水準によって決まることになります。ある事故が起きた場合に、その事故を防ぐためには、医療水準に従って、何を予見し、その予見に基づいて、何をすべきであったかを特定しなければなりません。更にもう一つ、その注意義務を尽くしていたとしても、結果の発生が避けられない場合があります。手の施しようがない末期癌の患者を想定すれば、どんな措置をとっても死という結果は避けられないことが分かります。その場合には、何を、どのようにすべきであったかということが出てきません。せいぜい、ホスピスの

ように安寧なうちに往生させるぐらいです。悪い結果の発生を予見して回避するのが、過失の本質なので、過失を構成しえないこともあるのです。

これから述べる過失及び次にのべる因果関係が、医療過誤訴訟において最も重要な論点です。また、専門性の問題があります。注意義務を特定するためには、当時の医療水準を裁判所に提示する必要があります。その医療水準も一義的に決まっているものではありません。普通の医師が、普通の技量をもって、普通の知識で行うのが医療水準のはずですが、最判H7.6.9・判時1537-3は、未熟児網膜症の事件で、医療機関に転送義務があるかどうかを、「医療機関の性格、その所在する医療機関の特色を考慮して決めるべきである」と述べ、医療水準が医療機関によって異なることを明確にしました。これによって、中核的な基幹医療機関の医療水準は、レベルがアップすることになりました。医療水準は、規範ですので、相当高度のものが求められます。

2 注意義務とは

最判S36.2.16・判時251-7（42万円）は、輸血梅毒事件と呼ばれる最も著名な判決です。判決は、「いやしくも人の生命及び健康を管理すべき業務（医療）に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるのは、危険防止のためやむを得ないところといわざるを得ない」と述べています。医師・看護師その他医療従事者には、最善注意義務が要求されています。この注意義務は、行われた医療行為（あるいは監視義務違反のように不作為＝行われなかった医療行為）について、診療当時の医療水準に照らして行うべきことをしたのか、行うべきでないことを行ってしまったのかが検討されます。

3 前回話したとおり、悪い結果が発生したならば、全て民事上の責任を負う訳ではありません。ここが大切であり、医療機関側が責任を負うためには「過失」が必要です。過失は結果発生を予見する義務（予見義務）と予見された結果を回避する義務（結果回避義務）から成り立っています。

(1) 予見義務があるというためには予見可能性が必要。

① 生体は様々な反応を起こし、予見ができない結果が発生する場合があります。予見義務の基準となるのは医療水準です。医療水準に照らして、予見が困難な結果が発生した場合、予見可能性がないこととなります。医療水準とは、「診療当時の臨床医学の実践における医療水準」であり（最判S57.7.20・判時1053-96（棄却））、学問としての医療水準ではありません。ある特定の施設における、具体的な措置についての医療水準を、一義的に定めたものではありません。あくまでも個々のケースとその医療施設との関係で定まりますし、「診療当時」の医療水準ですから、時とともに進歩しています。進歩の速度は、皆さんが良く理解されている通りです。昭和40年代までは、妊娠初期の子宮外妊娠の診断は困難とされてきました（東京地判S63.4.22・判時1328-51（棄却））が、今や超音波診断法が開発され、臨床レベルでは、超音波検査により、子宮外妊娠の診断は、医療水準の範囲内になっております。最判H18.4.18・判時1933-80は、平成3年当時、冠動脈バイパス手術を受けた患者に腸閉塞を疑う症状が出ていたのであるから、当時の腸管壊死に関する医学的知見が示されていたのであるから、腸管壊死が発生していたと診断すべきであること。その場合の医療措置の医学的知見は、開腹手術の実施であるとしています。東京地判H16.1.30・LLI/DB05930423は、平成3年当時の医療水準では、食道がんに対する内視鏡的粘膜切除術は、医療水準として未確立であり、同手術を行わなかったとしても、過失がないとしています。

このように、あくまでも、診療当時の医療水準に従った医療行為が求められています。

② 能書き（医薬品添付文書）も医療水準として機能しています。最判H8.1.23・判時1571-57（差戻し、5分・2分事件）は、ベルカミンS事件と呼ばれています。この事件は、盲腸（虫垂）切除手術を受ける際に、麻酔剤ベルカミンSを使用して腰椎麻酔後、医師は看護師に5分毎の血圧測定を指示して手術を開始。執刀開始後4~5分で、容態急変、心停止→低酸素脳症の事件。能書きには、2分毎に血圧測定をすべきことが記載されていました。判決は、「能書に記載された使用上の注意義務に従わなかったときは、過失が推定される」としています。医療側に過失が推定される場合には、その推定を覆さなければなりません。なぜなら、製薬会社が最も高度な情報を医師に対して提供するからだといっています。また、この判決は、医療水準と医療慣行は必ずしも一致していないことを指摘しています（同旨：東京高判H13.9.26・判時1779-29）。平均的医師が行っている医療慣行が、医療水準となるわけではありません。この点も要注意です。最判H14.11.8・判時1809-30は、「最新の添付文書を確認し、必要に応じて文献を参照するなど、当該医師の置かれた状況下で、可能な限り、最新情報を収集する義務がある」といっています。つまり、能書に引用されている文献や病名を知らなかった場合、それを確認する義務があるとしています。このように能書には、最新の情報がつまっており、医療水準となっているのです。

③ では、医療水準は何によって決まるかといいますが、ア)厚労省のガイドライン、イ)学会のガイドライン、ウ)学会報告や専門雑誌の論文、エ)一般的文献（基本書を含む）、オ)投薬に関しては述べた能書きなどです。

ウ)の学会報告では、微妙なものもあります。冒頭で述べた分娩監視義務違反の例では、胎児心拍陣痛図（CTG）にサイナソイダルパターンが出現していましたが、その評価が産婦人科学会で確定していませんでした。サイナソイダルパターンの出現を、胎児仮死の兆候と読むのか、それとも良好な分娩経過と読むのか、見方が180度異なるのです。また、新生児の脳性麻痺が分娩中の低酸素状態に起因するものかどうかについて、アメリカ産婦人科学会（ACOG）の意見を持ち出して抗弁してくる場合もあります。ACOGの意見は、続発する医療訴訟に対応するために発表されたものであり、政治的色彩が強く、違憲の基礎となる疫学的データも示されていません（我妻堯「鑑定から見た産科医療訴訟」66頁）。ACOGの意見が無批判に引用している鑑定書も多く見られます。また、冒頭で述べたRh血液型不適合の事件は、抗体発生を抑制する抗Dグロブリンが薬価基準に搭載された翌年の事件でした。薬価基準に搭載されることも、医療水準の一つの目安となりました。第6の2のの乳がんの温存療法の説明については医療水準に関係なく判断されています。

④ 医療水準は、専門医・指導医・認定医・新人・ベテランを問いません。最判H7.6.9・判時1148-3は、未熟児網膜症に対するものですが、医師の医療水準を高めるため、医療機関に研鑽を積ませる義務を課しています。求められる医療水準の医療を提供できない時は、直ちに適切な医療機関に転送しなければなりません（転送義務）。9頁で述べたように、医療機関によって医療水準が異なります。「医療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性などの諸般の事情を考慮して決せられるべき」なので、基幹病院には当然高い水準が求められます（東京高判H13.9.26・判時1779-29）。

⑤ 予見可能性がないとして、無罪となったり、過失がないとされた例は、多数あります。はじめで述べたPEIT事件は、PEIT終了後、突然患者に発症した発作・呼吸困難は、なぜ発症したのか。その原因と機序を医学部の教授に鑑定していただきましたが、その機序は分からないというものでした。これでは、結果発生の予見が出来ない方が自然です。北大電

気メス事件の執刀医は、まさかプラグを誤接続しているとは思わなかったし、誤接続まで予見できないとして無罪。東京女子医大病院（心臓手術中に人工心肺装置が故障し、血液が抜き取れず死亡したという事件）では、後日、人工心肺装置には、フィルターが必要のない箇所に設置されており、このフィルターが事故の原因でした。このことを予見できた者は誰もいなかったため、無罪となりました（東京高判H21.3.27・判例集未掲載）。この事件は、医療水準と関係がない交通事故を想定すればよいと思います。

(2) 結果回避義務は、予見義務が前提となっており、予見可能性・予見義務のないところに結果回避義務は存在しません。予見義務が医療水準を標準として判断されるのと同様、結果回避義務も医療水準を前提としています。未熟児網膜症の発生を予見したのであれば、これを防ぐため光凝固法を行える病院に転院させるのが結果回避であり、腸管壊死を予見したのであれば、開腹手術の決定が結果回避義務となります。はじめにのRh(-)の事件では、抗体発生抑止剤の抗Dグロブリンが薬価基準に搭載された翌年の事件でした。病院側は、仮に血液型不適合を認識していたとしても、薬価に搭載されたばかりであり、医療水準からは、投与義務が無い（回避義務はない）と主張していましたが、判決は、病院側の主張を退けています。

(3) 過失は、認識の過失→判断の過失→措置の過失という構造を持っています。「認識」は予見義務・予見可能性であり、「判断」はその認識に基づいて何をすべきか、何をすべきでないかを決定するのであり、「措置」はその判断に基づいて具体的に行われる手術等の措置です。措置には、投薬、経過観察も含まれます。冒頭のRh血液型不適合事件は、血液型そのものを正しく認識していないのですから、ずばり認識の過失です。乳がん事件も、生検を怠ったのですから認識の過失です。但し、生検するまでもないと考えて生検を行わないと判断したのであれば、判断の過失となります。また、経過観察を怠ったのも、認識の過失です。慈恵医大青戸病院の例は、手術を行う技量に達していない医師たちは、技量もなく、指導者もいないのですから、手術を控えるべき判断を行うべきであったという判断の過失です。手技ミスは、「措置」の過失です。このように、過失という行為は、「認識」「判断」「措置」のどこかに過失があります。どのレベルの過失であっても、過失であることには変わりはありません。前述したとおり、医療水準との兼ね合いで過失が判断されます。医学的知見・医療水準はどんどん向上しています。医師は勿論、関係する医療従事者が共に、向上する医療水準に到達しなければならないということです。今日のチーム医療では、関係者全てが同一レベルにならなければなりません。もし、そのうち一人でも到達していないのであれば、それが引き金となって事故に繋がります。医療機関は、研修等を実施し、医療従事者のレベルを引き上げなければならないのです。

第9 因果関係

1 過失と並んで重要な要素は、過失と死亡や傷害の発生という結果の因果関係がなければなりません。因果関係のない結果の発生についてまで、医療関係に責任を帰すことが出来ないからです。因果関係で最も有名な最判S50.10.24・判タ328-132は、東大ルンバール事件と呼ばれており、因果関係の理解では、欠かせない判例です。3歳の重篤な化膿性髄膜炎に罹患した男児に、治療方法としてルンバール(腰椎穿刺による髄液採取とペニシリンの髄液内注入)を実施したところ、15～20分後に、嘔吐、けいれん発作を起こし、これに引き続いて右半身痙攣性不全マヒ、知能障害、運動障害が発生したというケースです。1審判決は、ルンバールと発作及びその後の病変とは因果関係ありとしていましたが、2審判決はルンバー

ルによるものかともあつた化膿性髄膜炎によるものかは、いずれとも断定できないとして、因果関係を認めませんでした。最高裁は、「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明する事」と述べています。そして本件は、ルンバールによって発症したとして因果関係を認めています。この判決は、大事なことを云っています。まず、裁判所における因果関係の証明は、「一点の疑義も許されない自然科学的証明」ではないということです。裁判は、自然科学上の真実そのものを目標としているではありません。裁判の証明は、過失の事実（歴史的事実）の証明で、それは証拠によって明らかになるものです。通常人なら、それでも真実らしいと確信を得ることができたとき、証明があるとするものです。この事実があれば、この結果が生じる高度の蓋然性が、経験則から認められれば、因果関係の証明があつたことになります。経験則というのは、「経験から帰納される事物に関する知識や法則」といわれています。そして、結果発生「高度の蓋然性」があるかどうかは、「通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであること」が必要です。原告敗訴判決の15%が因果関係がないとされたものです。

また、不完全履行や過失が「作為型」の時、例えば、前出の東大ルンバール事件では、ルンバール手術と発作、その後の意識喪失との因果関係は、比較的はつきりしています。しかし、「不作為型」の時は、ある時点で、仮にこうした検査を行っていたら、結果はこうならなかったであろうという仮定をもとにした因果関係なので、大変難しい。3で述べる最判H11.2.25・判タ997-159は、肝硬変の患者が、肝臓専門医のところに、4年間、771回通院しておりながら、肝臓がんの検査を受けず、肝臓がんで死亡した例です。適切に検査していれば、早期に肝臓がんを発見し、治療を施していれば、「いつの時点で、どのようなガンを発見し、どの程度延命が期待できたか」は、確認できないので、死という結果と因果関係はないことになる。いつ検査するかは別にして、検査さえしていれば、もっと長生きできた筈なのに、死の結果とは、因果関係がない。従って全部の請求を棄却するというのは、少し乱暴のような気がします。このように、不作為型の過失（検査の不実施など）では、なかなか結果との因果関係が認めにくい事情があります。従って、後に述べる「相当程度の可能性」が問われる症例の大部分は、不作為型の過失です。

2 この因果関係の立証は、カルテの記載や検査データによって、立証するのですが、大きなパラドックスがあります。きちんと治療した医療機関ほど記録がきちんと残っている。そのため、因果関係の立証が容易になる。逆に、いい加減な治療をしているところほど、記録がない。本来検査すべきなのにしていない。データもない。病状把握が難しいので、因果関係も否定される。冒頭で述べたRh血液型不適合の事件では、黄疸が出ていた証拠は、カルテに「高ビリ血症」という記載があつたこと、看護記録に「ACTH」と書かれただけで、黄疸がいつ出て、どのように進行したのか、全く記載がありませんでした。勿論被告病院は、黄疸の事実を否定していました。証人尋問で黄疸の事実を引き出したのです。杜撰な診療を行っている医療機関のカルテなどは、不正確というよりだらしない。書かれて然るべきことが書かれていないのです。

3 東大ルンバール判決も、原告に全ての因果関係の発生について立証責任を負わせるのではなく、一定の結果の発生から因果関係を推定しております。これを「一応の推定」と言っています。東大ルンバールの他にも、東地判H5.4.27 判タ824-183は、心臓カテーテル検査中に脳梗塞を併発し、その後、心不全によって死亡した事件で、脳梗塞が検査中に生じて

いたことから、検査中の異常な血圧上昇が脳梗塞の発症によるものと推定しています。一応の推定を覆す立証を医療側が証拠をもって行わなければなりません。

4 では、この「高度の蓋然性」の証明はどこまで証明すれば良いのか。100%は完全だから高度とは言わない、90%なのか60%でも良いのか、正解はありません。裁判官がこれで十分だと考えれば、高度の蓋然性があり、因果関係があることになります。

5 そこで、この因果関係については、新しい問題が提起されています。医療側の注意義務違反と患者の悪い結果に因果関係が認められない場合、医療側の落度が著しいときでも、そのまま請求棄却することが妥当な結論といえるのかという問題が提起されたのです。最判H11.2.25(前出)は、肝臓専門病院に4年間770回も通院しながら、肝臓がんの検査をしていなかった例で、肝臓がんの検査を行っていたら、「患者が死亡した時点でなお生存していたであろうことを是認する高度の蓋然性が証明されれば、医師の不作为と患者の死亡との因果関係は、肯認されると述べています。仮に検査をして、肝臓がんを見つけ治療しても、どれ程生きられるのか分からなくとも、それは損害で考慮すべきであって、因果関係としては肯定できる」というのです。その後、②最判H12.9.22・判時1728-31は、救済の範囲を更に広げています。午前5時35分に救急指定病院の夜間救急外来で受診した男性(55才)が、夜中、背中やみぞおちの痛みを訴えていました。医師は、背中やみぞおちの痛みを急性膵炎と診断し、鎮痛と急性膵炎用の薬(ペンタジン)の投与を指示しただけでした。点滴中にけいれん発作を起こし、呼吸が停止しました。問診による既往症(高血圧)を聞きださないばかりか、血圧、脈拍、体温などのvital signを測定していない。聴診、触診によって、狭心症、心筋梗塞が疑われた場合、ニトロの舌下投与を行い、心電図検査を行って疾患の鑑別を行い、心電図で、心筋梗塞の確定診断がついたならば、酸素吸入などを行うことが、医療水準から期待されている。この最判は、医療水準になかった治療が行われていたならば、患者が死亡した時点でなお生存していた相当程度の可能性が証明されるときは、医師は、患者に対して不法行為による責任を負うとしました。220万円の支払いを命じています。そして③最判H16.1.15・判時1853-85は、スキルス胃がんにより死亡した患者について、医師が適切な再検査を行っていたら(当初の診断=急性胃腸炎)、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ったとして、医師に診療契約上の債務不履行(不完全履行)を認めています。④東京地判H21.10.29・判タ1335-175は、絞扼性イレウスで死亡したと認める患者について、担当医には、原因疾患を鑑別するために、腹部エコー検査や造影CT検査などの必要な検査を怠った過失があるものの、過失と死亡との因果関係が否定されるが、死亡時点で生存していた相当程度の可能性が認められるとして、慰謝料220万円の支払いを命じています。これらの判決は、よく考えてみるとおかしい事に気づきます。これらは、いずれも死という結果と、医療水準に達しない債務の履行(不完全履行)との間に、因果関係がないと認定されています。これで一件落着の筈です。そもそも、医療水準に従って、適切に問診、聴診、触診を行っていたとしても、救命できなかったかもしれない、従って、因果関係がないとされたのです。仮に救命できてもいつまで救命できたかも分からない。それでもこれらの判例は、「相当程度の(生存の)可能性」があるなら、損害賠償責任を負うというのです。この理屈は、「期待権」の理論に似ています。⑤最判H15.11.11・判時1845-65は、小児科の個人病院で、何らかの重大で緊急性のある病気にかかっている可能性が高いこと(実は急性脳症だった)を認識した開業医は、高度な医療を施すことができる適切な医療機関に転送し、適切な治療を受けさせる義務があるとしています。そのうえで、医師が転送義務に違反した場合、その違反行為と患者の重大な後遺症との間に因果関係が証

明されなくとも（急性脳症は、予後が悪いので、結果の発生は避けられない）、適時に転送が行われ、適切な検査治療を受けていたならば、患者に重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性が証明されるときは、医師は、患者に当該可能性を侵害したものとして、その侵害による損害を賠償すべきとしています。この症例は、12歳の男子に脳原性運動障害が残ったというものであり、「重大な後遺症が残らなかった相当程度の可能性」がある場合に、医師に不法行為責任を認めています。なお、この判決は、判例上、転送義務を正面から認めた事でも有名です（15頁）。⑥金沢地判H23.5.31 LLI/DB06650272は、産婦人科病院で新生児仮死で出生し、脳性麻痺となった児に対して、継続的に分娩監視装置を装着して胎児の状態を確認していれば、後遺症も相当程度軽減された可能性があるとしています（300万円）。⑤⑥の判例は、救済する範囲を更に広げ、現在の後遺症と過失の間に因果関係は認められないが、適切な治療を受けているならば、後遺症が軽減されていた相当程度の可能性がある時は、後遺症が重篤になった分について、慰藉料を支払えというものです。⑥仙台地判H22.6.30 (LLI/DB06550342) は、肝細胞ガンが急速に進行した症例で、造影CT検査を行わなかったのは過失であるが、過失と死亡との因果関係がないが、適切な診療を受ける期待が侵害されたとして、100万円の支払いを命じています。この判決の特徴は、「相当程度の可能性」とは別個に、「臨床水準に則った適切な診療を受ける期待は、それ自体独立した法益である」と述べている点です。

6 このように、下級審でも、「（生存のあるいは後遺症の軽減の）相当程度の可能性」論は定着しているように思えます。そうだとすると、過失（不完全履行）と結果との間に因果関係がなくとも、慰謝料の支払いを命じられることもあることを理解しておいた方が良いと思います。極論すれば、医療機関側に落度が著しければ（患者から見れば、医療水準に従って期待していた医療を受けられなかったならば）、因果関係が認められなくとも、慰謝料は認めましょうというスタンスであって、落ち度のない医療が求められます。提供する医療の質を高め、患者からクレームが来ないようにすることが肝心です。なお、「相当程度の可能性」が認められた事例での、慰謝料の額は、100万円～200万円でしたが、高松高判H18.1.19・判タ1226-179は、550万円（相当程度可能性300万円、説明義務違反200万円、弁護士費用50万円）の支払いを認めています。しかし、この理屈は和解の場合には、医療機関側に相当不利に働くと推測されます。1000万円の慰謝料が認められる時代が来るかもしれません。医療は、このような時代の中にあるという事を、明確に意識する必要があるでしょう。

第10 医療訴訟の現代的課題

カルテについてのコペルニクスの転換があった。

1 カルテは、誰のものなのか。

- ・昭和56年9月、世界医師会総会でのリスボン宣言「情報に関する権利」
- ・平成13年6月、「国立病院ガイドライン」制定…可能な限り日本語で、略語を用いず、読めるように書くこと

医師の守秘義務との関係（刑法134条1項）…患者の同意

2 診療録の位置付け

狭義の診療録（カルテ…医師法24条）

広義の診療録（看護記録、画像、心電図、温度表、指示書、患者への説明と同意書、手術記録、麻酔記録等）

- (1) 診療録の作成目的…診療録は、誰のものか
- (2) 最重要証拠
- (3) 診療録の改ざん（改ざんの実事が判明すると、医療側が一気に不利になる）（電子カルテの改ざんは、改ざんの経過が記録に残る）
診療録の改ざんは、犯罪（都立広尾病院事件・東京女子医大事件等）
- (4) 診療録の記載の不十分
- (5) SOAP（POSカルテ）

3 証明妨害

(1) 医療機関が証拠保全手続きや文書提出命令に従わず提出しないときは、民事訴訟法224条により、裁判所は、相手方（原告）の主張を真実と認めることができる。東京地判H6.3.30・判時1523-106は、証拠保全手続きで裁判官がその存在を確認した診療録が無いと主張して提出しなかった医療機関に対して、原告の供述を真実と認めるとしています。5の(3)で述べたカルテの改ざんは、医療機関に著しい不利益をもたらします（東京地判H15.11.28.最高裁判所のHP）。

(2) 甲府地判H16.1.20・判時1848-119は、診療録を改ざんした他にニセの証人（看護師役）を立てて看護師本人になりすまして証言させたというとんでもない事件。これ自体が不法行為です。医療機関側の完敗。その病院は消滅しました（石川寛俊『カルテ改ざん』（2004年・さいろ社）には、多数のカルテ改ざん事件が報告されており、参考になります）。

第11 なぜ、遺族（患者）は、裁判を提起するのか（注：賠償医学36-53）。

(1) 遺族（患者）は「何故、患者は亡くなったのか」「なぜ、こんな結果になったのか」という「何故」にこだわります。真実を知りたいという動機も大きいのです。丁寧に説明することが、訴訟提起を抑止することもあります。しかし、丁寧に情報を提供しても、遺族が納得するとは限りません。ここが難しい。

(2) 遺族が提訴するもう一つの大きな動機は、「謝罪して誠意を示してもらいたい」というものです。この対応が一番難しいものです。後になって訴訟を提起されるかもしれない、訴訟との関係で、謝罪することは、過失を認めることにつながりかねないからです。他方、遺族の気持ちとしては、人間としての真摯な謝罪があれば、訴訟まで考えないかも知れません。この見極めも大変難しいのです。明らかに過失があるとまで言えない事件では、特に難しくなります。

(3) 責任を果たしてほしいという懲罰的要求もあり、それは民事事件では金銭的補償の要求となって表れます。

(4) 再発防止のためという大義を掲げる人もおります。

(5) 解剖を勧めて、客観的データの下で、丁寧に説明することが必要かと思います。「屍体を切り刻むのか」と反発する遺族もおり、解剖の同意を得ることも難しい。

(6) このように考えると、医療訴訟を起こされないための「黄金の道」はない。真摯に且つ誠実にエビデンスを揃えて説明するしかないでしょう。最も重要な防止策は、事故を起こさない事という簡単な結論に達します。

第12 医療過誤訴訟にどう向き合うのか

1 (医療安全体制の確立)

医療機関は、どうすれば、事故・過誤がなくすることができるか、できないまでも極少化できるかを常に考えなければなりません。そのためのシステムの構築です。そして、そのシステムを常に検証し続けることが大事です。

(例えば)

・折角作った医療安全委員会は形骸化していないのか（保険の点数稼ぎの手段となっていないか）

・risk managerを置くのは良い。では、誰がrisk managerになるのか。その人は、経歴や資質から見て適任か。その教育や訓練はどうするのか。

・事故時の対応マニュアルを作成するだけでよいのか。マニュアルは、作られただけで眠っていないか、マニュアルを実践する教育と訓練も必要。

・医療従事者は、須く事故に関する情報（ヒヤリ・ハット情報を含む）を共有しているか（全員が危機感をもって事故防止が必要）。

・事故か過誤かの見極めを早く行い、対策（前後策）を協議するシステムはどうなっているのか。過去の事例で、そのシステムは機能していたか。

2 (事故後の対応)

(1) 医療過誤訴訟は、弁護士、保険会社や医師会の医事紛争処理委員会に任せておけば良いという考えは、間違いです。

(2) ただちに行うべきこと

①事実経過を速やかに記録する。

②現場保全を行う（カルテ・データの保全）

③患者・家族への対応（1人で対応しない）

（情報が乏しい場合、憶測は避ける）

（事故の原因が明らかになったら、できるだけ早く正確に話す。真実を話すべき）

④謝罪

a) 過失が明らかな時

b) 調査を要する時

⑤警察への届出

(3) 組織として行うべきこと。事故調査委員会の立ち上げ

①事実把握

②説明

③被害救済のために、治療・リハビリを行う

④補償の範囲を確定する

(4) 事実把握は、事故調査委員会を組織して、集団で行う。「ミス探し」「犯人探し」が目的ではない。まず、再発防止を含めた事故原因の調査を行う。組織として、何が欠け、なぜ事故が発生したのかを検討する。組織として、対応を考える。その後、場合によっては懲戒の検討もする。

(5) 説明と精神的サポート

(6) 前回話した高度に倫理的な内容を含む課題については、倫理委員会とも協議を行い、対処方針を決めておくことが大事。

3 (参考)

厚労省作成指針の定義（リスクマネジメントマニュアル）

- (1) （平成12年中に）マニュアルを作成する。
 - ①事故防止のための施設内体制の整備
 - ②事故防止対策委員会の設置
 - ③ヒヤリ・ハット事例の報告体制
 - ④事故報告体制
 - ⑤医療事故発生時の対応
- (2) 医療事故防止対策委員会の設置
 - ①副院長が委員長
 - ②リスクマネジメント部会の設置
 - ア ヒヤリ・ハット事例の原因・分析及び事故予防対策の検討及び提言
 - イ 医療事故の分析・再発防止策への検討
 - ウ 医療事故に関する記録の点検
 - エ 医療事故防止のための啓発・広報
 - ③リスクマネジャーの配置
- (3) 患者・家族への対応
誠意をもって事故の説明をする。
- (4) 事実経過の記録（以上第2回）

注記：最判H18.2.3・判時1234-23の解説

最判とは、最高裁判所の判決の意味。H18.2.3とは、平成18年2月3日に判決が下された意味。

判時1234-23とは、その判例が掲載されている法律雑誌のことで、「判例時報」1234号の23頁という意味。

仙台高判とは、仙台高等裁判所の意味

東地判とは、東京地方裁判所の意味

判タとは、法律雑誌「判例タイムズ」のこと。

LLI/DBとは、判例検索システム「判例秘書」のこと。その後の数字はID番号

赤字は、刑事事件の判例。黒字は民事事件の判例。

（100万円）は、その判決で認容された損害賠償額。