

目次

1. はじめに	(2)「法」の主張
2. 総論	5. 医療水準
(1)「医」の理解	(1)「医」の理解
(2)「法」の主張	・「医」からの批判的見解
3. 医師の説明義務と患者の自己決定（インフォームド・コンセント）	(2)「法」の主張
(1)「医」の理解	・「法」からの批判的見解
(2)「法」の主張	(3) 今後予想される問題点
(3)「患者」の理解	6. 狭間を埋めるために
4. 医師の治療と結果の因果関係	(1)「『医』が知るべき『法』の現実」
(1)「医」の理解	(2)「『法』が知るべき『医』の実態」
	7. おわりに

1. はじめに

『医療事故がとまらない』とのタイトルの書籍が平成15年に出版された<sup>1)</sup>。これは平成13年に東京女子医科大学病院で心臓手術を受けた女児の死亡を、「手術ミス」として報じた毎日新聞の連載記事をまとめたものであった。その後の刑事訴訟で、この女児の担当医は業務上過失致死罪に問われたが無罪が確定している<sup>2)</sup>。また民事訴訟でも、この担当医が連載記事の出版は名誉毀損に当たるとして損害賠償を求めた控訴審で、新聞記者と出版社に慰謝料の支払いを命じた1審判決を支持する判断が下されている<sup>3)</sup>。この顛末から書籍の真偽の程はいかなるものかとの疑問に苛まれる。現在、この書籍をはじめ、医療過誤、医療事故に関する多くの書籍が出版されてい

る。身近な医療に疑問や問題を投げかける発端となったのは、平成11年に横浜市立大学病院で心臓と肺の病気の患者を取り違えて手術をした事件が大きくマスコミで取り上げられてからであろう。この事件から今年で10年が経過する。その間に厚生労働省、医学会などによって、国民が安心、安全に医療を享受できるように様々な施策が実施され現在に至っている<sup>4)</sup>。

医療、健康に関する情報はテレビ、新聞でも日常的に流布されている一方で、医療過誤、医療事故についても、その内容が悲惨な結果であるほど大々的に報じられている。国民、患者の安全を考えるならば、この報道はもちろん必要なものである。では一体、国民は医師に対してどのような感情を抱いているのであろうか。

1) 毎日新聞医療問題取材班『医療事故がとまらない』（集英社新書、2003年）。  
2) 読売新聞2009年3月28日。  
3) 毎日新聞2009年7月16日。  
4) 詳細については拙稿「医療過誤から身を守る」共済総合研究50号47～68頁（2007年）。

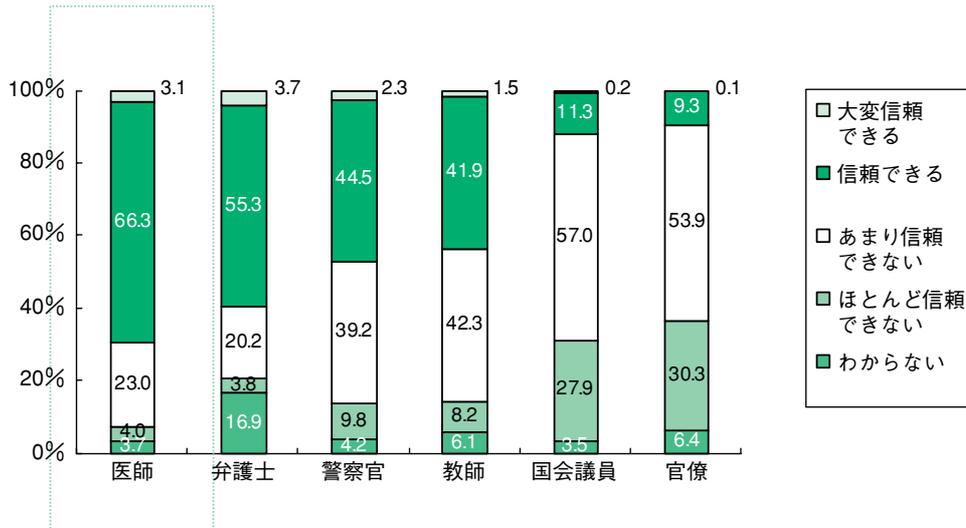


図1. 職業別信頼度

出典：「日本医師会に関する国民意識調査」  
日本医師会総合政策研究機構 日医総研ワーキングペーパーNo.127（平成18年6月）より

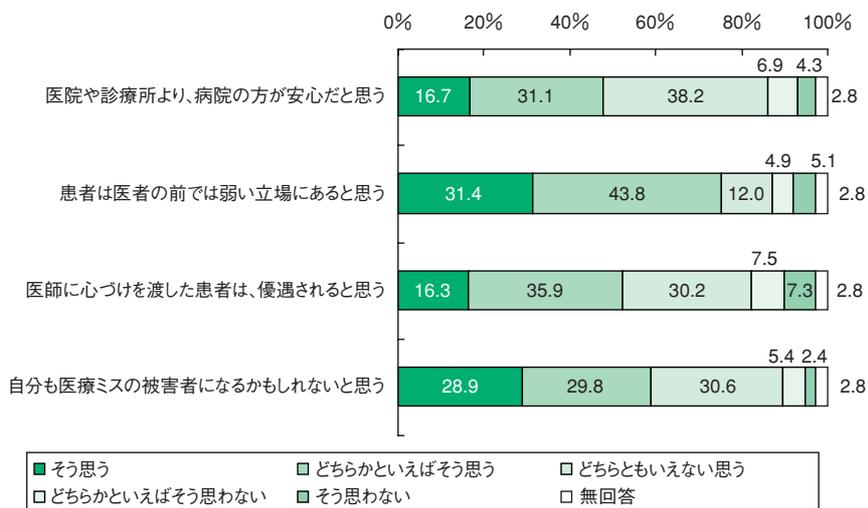


図2. 医療に対するイメージ

出典：「医療に関する意識－セカンドオピニオンに対する意向とその背景－」  
第一生命経済研究所 ライフデザインレポート（平成17年3月）より

医師は最も信頼されている専門的職業の第1位にもかかわらず（図1）<sup>5)</sup>、一方で、「自分も医療ミスの被害者になるかもしれないと思う」との問いに、「そう思う」、「どちらかといえばそう思う」と答えた者を合わせると

50%を上回っている（図2）。国民、患者は猜疑心を抱きながら医師の診療を受けているのであろうか。

健康な生活には欠かせない医療ではあるが、医事紛争、医療過誤訴訟は以下の見解の

5) 同様に野村総合研究所「NRI生活者1万人アンケート（平成18年）」においても、「職業などに対する信頼意識（信頼している人の割合）」では、医師81.7%、新聞78.9%、警察官59.4%、学校の先生55.8%、官僚22.9%、国会議員16.8%との調査結果が出されている。

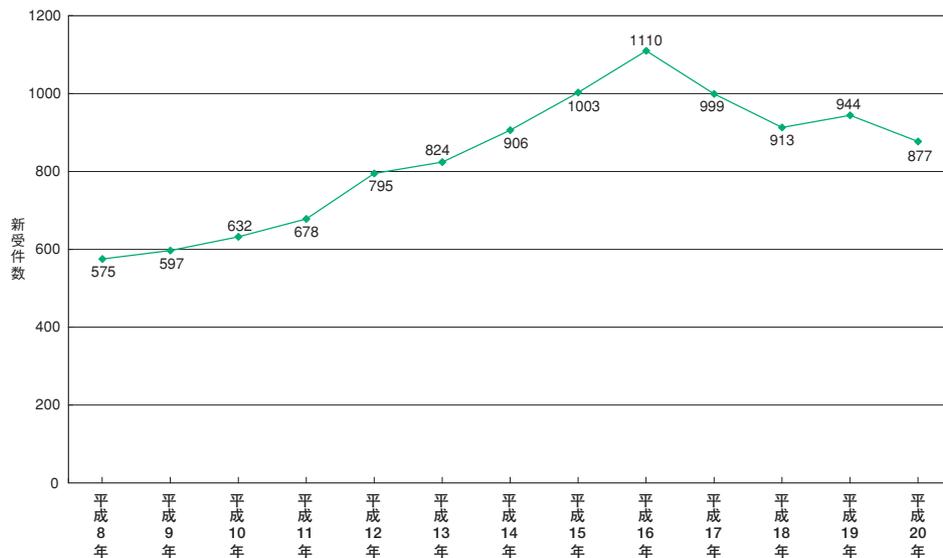


図3. 医事関係訴訟事件の新受件数の推移

出典：「医事関係訴訟事件の処理状況及び平均審理期間」最高裁判所ホームページのデータより作図

ように、今後も引き続き増加するであろう。なぜなら医学、医療は日々進歩しており、それに伴って新たな争点も生じてくることは過去の経過と同じであろうし、医師も人間である以上、医療過誤、医療事故はゼロにはならないとも言われている<sup>6)</sup>。

「医師の診療・治療の判断と患者の申入内容とが齟齬したり、対立したりすることは、個々人の価値観の多様化とともに個々人の人生に対する考え方の多様化によって、今後、ますますその可能性は高くなるように思われる。」<sup>7)</sup>

「情報開示とその結果としての紛争は、大きな時代の趨勢となっていると思われる。医療の分野においても、従来、情報の偏在と『白衣の権威』によって潜在化していた医師患者間の対立が、今後、さまざまな形で顕在化してくることは予想に難くない。」<sup>8)</sup>

現在までに医療過誤、医療事故に関する数多くの裁判例が出されている。平成16年をピークに減少しているものの、依然として高い水準を維持していることがわかる(図3)。一方で、「医師を襲うトンデモ医療裁判」と題し、「医療の限界や不確実性を考慮せず、医学的な根拠も蔑ろにする『トンデモ』判決が、医療界を脅かしている。このトンデモなさは、萎縮医療を促進するだけでなく、ハイリスク診療科や病院からの医師の逃散を招いている。このままでは、司法が原因でこの国の医療が崩壊することになりかねない。」と特集を組んでいる雑誌もある<sup>9)</sup>。

これは「医」の側では切実な問題に他ならない。医師の側では常識と思えることが、裁

6) 山口徹「過失の追及と医療安全の推進」ジュリスト1323号55頁(2006年)では、「現在の医療安全の考えでは、個人の努力だけでは医療安全を確保できないとされる。また、病院の医療安全システムをどんなに整備しても、医療事故をゼロにはできない。医療事故を少しでも少なくするには、医療者だけによる医療安全システムから患者の協力、努力をも組み込んだシステムに変えていくことが重要と思われる。」とされる。

7) 中村哲「医師の判断(裁量)と患者の自己決定権について(下)」判例タイムズ1019号52頁(2000年)。

8) 児玉安司「患者の自己決定と事前の司法的介入」判例タイムズ980号75頁(1998年)。

9) 日経メディカル2007年10月号56～68頁。

判官が医療の実態を知らないために非常識と  
思える判決となったことを「トンデモ医療裁  
判」と揶揄しているものと推察される。この  
ような裁判例がありうることは何より患者、  
ひいては国民の利益、そして医学、医療の発  
展に適切に貢献するとは考えられない。ひと  
たび医療過誤、医療事故と思しき事態が発生  
し、医療に関連した訴訟が提起されると「医  
」と「法」のプロフェッションが対峙すること  
となる。しかし、自身の専門領域には詳しく  
とも、「医」は「法」の、「法」は「医」の、  
すなわち相手の専門領域については詳しくな  
いため齟齬が生じることは当たり前なのかも  
しれない。そして、両者に跨る「医療過誤」  
が俎上に上った時に問題は顕在化し、「トン  
デモ判決」が登場するのかもしれない。この  
ことは医師も法学者、弁護士、裁判官も、さ  
らには国民もあまり認識していない点ではな  
いだろうか。

このような状況をふまえ、前々回<sup>10)</sup>、前回<sup>11)</sup>  
の報告に引き続き、今回は現在の医療過誤、  
医療事故に関して、比較的近年の法学の学術  
論文などを中心に、「医」と「法」の間に隔  
たりを覚えるような点を分類、検討し、今後、  
「医」と「法」の両者が埋めなければならない「狭間」  
について文献的考証を行なうもの  
である。医師に偏重しすぎである、法学を知  
らずに部分的に取り上げて考察しているとの  
批判はお受けするが、問題点を明確にすること  
もまた非常に重要なことと思われる。なお  
文中の下線は筆者によるものである。

## 2. 総論

医師、医療に対して、法律家の立地から約  
20年前より以下のような主張がみられる。

「従来、専門家の世界のことは、素人の容喙を許さない  
という態度が医師の世界にはとりわけ強かったように思  
われる。医療という今日国民の最大の関心事に携わる医  
師たちは、そのような態度が不信を増幅させていること  
にも思い致すべきである。」<sup>12)</sup>

「(医師と患者の信頼関係について) 個々の医師や個々の  
病院などでは、適切で良好な関係の形成を求めて努力が  
傾けられているところもあるが、医療全体という視点で  
見ると、未だ、それが解決される目処もなく、混沌とし  
た状況となっている。」<sup>13)</sup>

医師、医療従事者にとっては辛辣とも思え  
る一方で、医療行為に過失があり患者が不幸  
な結果となった場合には当然、このような主  
張もあり得るが、果たしてすべての医師に対  
して同じく言えることであるかについては違  
和感を覚えるところである。

### (1) 「医」の理解

医師は日々の臨床業務に際し、医療過誤に  
よって訴訟を提起されることを念頭において  
診療に臨んではいけないものと思われる。ある  
のは眼前の患者の健康を取り戻すための治療  
であろう。そのような医師にとって身近な  
「法」は、医療法、医師法を中心とした医事  
関連の法律や政令、省令などであるが、これ  
らには医療過誤や過失について個別、具体的  
に示されていない。

10) 拙稿・前掲注4)。

11) 拙稿「医療過誤、医療事故の減少、防止に向けた一考察－有効な情報の伝達方法の模索と応用－」共  
済総合研究53号80～91頁(2008年)。

12) 滝井繁男＝藤井勲『『医療水準論』の現状とその批判』判例タイムズ629号20頁(1987年)。

13) 中村・前掲注7) 52頁。

しかし、ひとたび医療行為に過失と思しき行為があり、患者側から訴訟が提起されると医師は上記と異なる法の定規で裁かれることとなり、医師の戸惑いが顕在化することとなる。医療過誤にかかわらず、不法行為により訴訟となり、過失が認められ損害が発生した場合には、損害賠償義務が発生するわけであるが、医学部で法学について詳細に教育しているとは思えず、医師が法律について特段詳しく知っているとは考えられない<sup>14)</sup>。この点では患者と同等の認識ではないだろうか。

## (2) 「法」の主張

病を治すための医療行為であったとしても、訴訟が提起され、その行為が結果的に過失と見做されるかどうかは法的判断がなされる。例えば患者の自己決定権については、以下のように主張されている。

「医師の態度決定が法律問題であること」

「医師が一定の判断をして、患者に対して前記したいずれの対応をするかは、患者の自己決定権と医師の最善の診療・治療を行う義務とが衝突する場面で、まさに、法的判断の問題である。法的問題である以上、最終的には、裁判所(司法)の判断によって解決されるべきである。」<sup>15)</sup>

「①患者の自己決定権と、医師の最善の医療を行なう義務のいずれを優先させるべきかは、医師の知識経験をもってすべき医学的な判断ではなく、法的判断というべきであり  
②法的判断である以上、最終的には裁判所の判断によって決せられるべきであり」<sup>16)</sup>

医療過誤以外の不法行為についてももちろん同様であり、現行制度では医療過誤のみ特別に除外されるということはありません。

療行為に対する事後の過失との法的判断、その判断結果に対する認識不足、欠如、誤解があるため医師は戸惑いを感じるのではないだろうか。

以下、訴訟の争点として頻度が高い個別の論点について、「医」と「法」の狭間について考証する。

## 3. 医師の説明義務と患者の自己決定(インフォームド・コンセント)

医師は患者の治療に際してインフォームド・コンセントを行う。このことは最近では多くの国民が知り得るようになったと思われる。インフォームド・コンセントは端的に示すならば、「医師は患者に治療の内容についてよく説明し(informed)、患者はその内容を理解した上で、治療方針に合意する(consent)こと」である。医師は病状、検査結果、治療の目的・内容・効果などについて十分説明し、患者の納得、同意を得て診療を進めることが必要であるとの考え方である。

インフォームド・コンセントに関連して患者から訴訟が提起された場合には、裁判例、法学論文では「医師の説明義務違反」、「患者の自己決定権の侵害」として表現されることが多い。

この論点の最近の動向としては、

「医師の説明義務違反や患者の自己決定権侵害は、近年の医療過誤訴訟の中で、必ずといっていいほど主張される論点である。これには、医師の過失を問う上で、医療技術の適否の立証が困難であることや、技術提供上の義

14) 手嶋豊『医事法入門』18頁(有斐閣アルマ, 2006年)では、「医事法学会の調査によれば、医事法が医学部において割り当てられる教育時間は全医学教育の中でごくわずかであり、その絶対的時間数の少なさの中で何を伝えるべきかについて、法学サイドも真剣に討論しなければならない。」とされる。

15) 中村・前掲注7) 48頁。

16) 見玉・前掲注8) 65頁。

17) 畑中綾子「説明義務違反による被害者救済の範囲」ジュリスト1315号157頁(2006年)。

務違反と説明上の義務違反は、並存して請求し得る、主張のしやすさという点にもあるものと思われる。」<sup>17)</sup>

とあり、今後も訴訟上の争点となり得ることが容易に予測され、医師も十分に知っておくべき内容ではないかと思われる。

## (1) 「医」の理解

インフォームド・コンセントは平成9年の医療法の改正で、「医師、歯科医師、薬剤師、看護師その他の医療の担い手は、医療を提供するに当たり、適切な説明を行い、医療を受ける者の理解を得るように努めなければならない。」として努力義務ではあるが医療従事者に説明義務があることが条文として明示された。

医師にとって身近な法律、省令であり、医療従事者にとってインフォームド・コンセントは概ね以下の条文に依拠しているものと考えられる。

### 医療法<sup>18)</sup>

#### 第一条の四第2項

医師、歯科医師、薬剤師、看護師その他の医療の担い手は、医療を提供するに当たり、適切な説明を行い、医療を受ける者の理解を得るように努めなければならない。

### 医師法<sup>19)</sup>

#### 第二十三条

医師は、診療をしたときは、本人又はその保護者に対し、療養の方法その他保健の向上に必要な事項の指導をしなければならない。

### 保険医療機関及び保険医療養担当規則<sup>20)</sup>

#### 第二章 保険医の診療方針等

(療養及び指導の基本準則)

#### 第十三条

保険医は、診療に当つては、懇切丁寧を旨とし、療養上必要な事項は理解し易いように指導しなければならない。

(指導)

#### 第十四条

保険医は、診療にあたっては常に医学の立場を堅持して、患者の心身の状態を観察し、心理的な効果をも挙げることができるよう適切な指導をしなければならない。

#### 第十五条

保険医は、患者に対し予防衛生及び環境衛生の思想のかん養に努め、適切な指導をしなければならない。

## (2) 「法」の主張

医療法、医師法、保険医療機関及び保険医療養担当規則では、何を（説明の内容、分類）、どこまで（説明の範囲）、どのような（説明の方法）に説明（informed）するのかが具体的には明示されていない。法学論文によると、説明の内容、分類については、

「一般に、説明義務は、①承諾の前提としての説明義務と②療養指導方法としての説明義務に分類されることが多いが、さらにこれに加えて③転医勧告としての説明義務という分類を加えるものもある。」<sup>21)</sup>

とされ、

説明の範囲については、

「医療水準は、医師の説明義務の範囲決定・限界付けをするものとしても機能している。」<sup>22)</sup>

18) 医療を提供する体制の確保を図り、もって、国民健康の保持に寄与することを目的とし、医療施設の計画的な整備や医療施設の人的構成、構造設備、管理体制、医療法人などについて規定している法律。

19) 主に医師としての業務、義務に関して規定している法律。

20) 保険医療機関や保険医が保険診療を行う上で守らなければならない基本的な規則を具体的に定めた厚生労働省令。

21) 熊代雅音「医療訴訟における説明義務について」ジュリスト1315号139頁（2006年）。

とその範囲は後述の医療水準をも関連して  
くる。

説明の方法については、

「説明の仕方としては、細かい数値などを挙げて説明することも可能ではあるが、『何%』というところまで説明することまでは必要とはいえないとする裁判例も少なくない（統計的な数値自体、患者の状態、医療機関の施設、医師の経験や能力などによって容易に左右され得るものであるから、数値を挙げる場合には、それらの点に留意することも必要である）。ただし、説明を分かりやすくすることはもちろん望ましいが、その説明に誤りがあったり、誤解を招きやすい表現であったりすると、説明義務違反と判断されることがある。説明を担当する医師としては、受け取り方によって多義的な解釈を許すような表現は避けるべきである（例えば『交通事故に遭う程度の確率』、『飛行機事故に遭う程度の確率』といった表現は、説明する側にとっては『稀ではあるが否定できないリスクがある』という趣旨かもしれないが、説明を受ける側にとっては『まず大丈夫だ』という受け取り方をしかねない表現である。また、患者の不安を除去するため必要以上に恐怖心を抱かないよう安心させるということも適切なケアとして是認されるべきであるが、そういった場合であっても、ことさらに安全性を強調し、危険性を少なく見積もった説明をすれば、やはり問題視されることがある。』<sup>23)</sup>

とされ、「誤解を招きやすい表現であったりすると、説明義務違反と判断されることがある」とあるように、医師は例え話で説明しても患者側に誤解を生じないようにしなければならず、説明を受けて合意する患者の把握、理解の程度についても考慮しながら説明しな

ければならない。すべての患者の理解度までも考慮して対応することは多忙な臨床の現場で可能であるのか疑問が残る。

インフォームド・コンセントの方法のひとつとして書面による説明と同意が考えられる。説明に万全を期すため、もしくは事後に訴えられ争点とされることがないように証拠として書面に残そうとすることも現実的な考え方もあろう。しかし、この点については、

「(侵襲性の高い治療を行なう際に) 今や医療現場においてもインフォームド・コンセントとして定着しており、患者が同意・承諾した事実を客観的に残すための手術同意書なども作成されている。しかし、重要なはそのような形式的な書面の有無ではなく、それが患者の自己決定権に基づく有効な同意・承諾であるか否かであり、それを担保するための医師の説明や対応が十分に尽くされたかどうかである。すなわち、単に患者が『同意した』という事実では足りず、患者が医師の説明を理解し、納得し、そして『同意した』という一連のプロセスこそが重要なのである。」<sup>24)</sup>

「医療者は自らの本来の姿勢を見失って、裁判所の判決を読んで、『負けない説明書』『説明義務違反にならないインフォームド・コンセント・フォーム』を工夫しているとすれば、その本末転倒ぶり<sup>25)</sup>と志の低さには唖然とせざるをえない。」<sup>25)</sup>

と主張されており、書面による説明と同意を行ったからといって、それで十分に説明義務を果たしたとは見做されない。しかし、この点については納得できる見解でもあろう。

一方で、

22) 手嶋豊「判批」医事法判例百選（別冊ジュリスト183号）143頁（2006年）。同様に寺沢知子同119頁では、「医師の説明義務の範囲を判断する基準については、……医療技術的には、治療における注意義務と同様、原則として医療水準を判断基準するのが、裁判実務、および学説の大方の理解である。」とされる。

23) 熊代・前掲注21) 149, 150 頁。

24) 土屋裕子「医療訴訟にみる患者の自己決定権論の展開と展望－最高裁平成17年9月8日判決を契機に」ジュリスト1323号132頁（2006年）。

25) 児玉安司「医事紛争への対応－医師がトラブルに巻き込まれたとき－」CLINICIAN 第53巻546号22頁（エーザイ株式会社，2006年）。

「医師が提供する役務（医療行為）の専門性が一般に高度なものであるから、患者側が完全に医療行為の内容を理解することができる説明を常に求めることは、現実的でないし、診療契約の趣旨にも反するといわざるを得ない。問題となる医療行為の性質や内容にもよるが、説明の内容としては、通常の患者であれば、医療行為の大枠を理解し得るもので、通常の医師であれば、そこまでの説明が可能であってそこまですべきであると評価できるものが基本となると考えられる。」<sup>26)</sup>

「患者は医療に関して専門外であるのが通常だから、情報を得たとしても必ずしもそれだけで適切な判断を下せるとは限らず、さらに、時には医学的に見て不合理な判断を下すこともあり得る。したがって医師は専門家として後見の見地から患者を援助する必要もあり、そのためには、医師は、上記のように正確な情報を患者が理解できる形で伝達するとともに、専門家としての自己の判断も必要に応じて提供すべきである。」<sup>27)</sup>

という見解もみられる。

ここで述べられている「通常の患者」とはどのような者を想定しているであろうか。患者が罹患している疾病の種類以外にも年齢、理解力、性格も千差万別で個別性が強いだけでなく、例えば生命の維持にかかわる大きな手術が必要とされる患者や癌を患う者は、いわば「非日常」の状態であるともいえ、「通常の精神状態」で医師の説明を理解し得るこ

とができるのであろうか。またそのような状態の患者に、医師は具体的にどのように後見の見地から援助を行えばいいのかが明示されていない。医師は困惑するばかりであろう。

なお医師の立場として、さらに困惑するような判例としては最高裁平成13年11月27日判決<sup>28)</sup>が挙げられる。この判例では「未確立の療法（術式）であっても、医師が説明義務を負うと解される場合があることも否定できない。」と判示している。未確立の療法であっても患者が「強い関心を有していることを医師が知った場合など」には、例え医師自身が消極的な評価であり、自らはそれを実施する意思が無かったとしても、患者に対して、「医師の知っている範囲」で説明する義務があるとしている。未確立の治療法まで説明が必要とされており、説明しなければならない範囲は拡大している。また、「患者の強い関心」はどのように見分けるのであろうか。未確立ゆえに医師自身が知っている範囲は医師により異なることも想定されるし、「患者の強い関心」という計り知れない程度の問題であり、誤解、齟齬が生じ易く紛争に発展する可能性が高い争点と言えよう。

以上の説明義務の論点に対して、

26) 林道晴「医師の説明義務と患者の自己決定権－胎児（逆子）の経膈分娩に関する医師の説明義務違反を認めた最高裁判決（最一小判平成17年9月8日）を素材として」ジュリスト1323号128頁（2006年）。

27) 熊代・前掲注21) 147頁。

28) 民集55巻6号1154頁。「一般的にいうならば、実施予定の療法（術式）は医療水準として確立したものであるが、他の療法（術式）が医療水準として未確立のものである場合には、医師は後者について常に説明義務を負うと解することはできない。とはいえ、このような未確立の療法（術式）ではあっても、医師が説明義務を負うと解される場合があることも否定できない。少なくとも、当該療法（術式）が少なからぬ医療機関において実施されており、相当数の実施例があり、これを実施した医師の間で積極的な評価もされているものについては、患者が当該療法（術式）の適応である可能性があり、かつ、患者が当該療法（術式）の自己への適応の有無、実施可能性について強い関心を有していることを医師が知った場合などにおいては、たとえ医師自身が当該療法（術式）について消極的な評価をしており、自らはそれを実施する意思を有していないときであっても、なお、患者に対して、医師の知っている範囲で、当該療法（術式）の内容、適応可能性やそれを受けた場合の利害得失、当該療法（術式）を実施している医療機関の名称や所在などを説明すべき義務があるというべきである。」

「この説明義務違反の多用には、「医師が何をすべきか」という本来の医療の目的自体を不明確にするおそれがある。」<sup>29)</sup>

とも主張されており、どのように医師はインフォームド・コンセントを実施すべきか、非常に悩ましい問題である。

### (3) 「患者」の理解

図4は医師から受けた説明項目別に理解度を調査した結果である。説明を受けた患者のうち「よくわかった」と「大体わかった」を合わせると、すべての説明内容において8割以上が理解していることがわかる。

一方、図5では、「医師の説明がよく分からないことがあった」との問いに、「よくある」、「ときどきある」との回答を合わせると4割近くに達し、「たまにある」を合わせると8割弱を占めている。この違いの背景は何であろうか。

図4の調査対象は患者であり、図5は一般の国民を対象としている。患者として医師と向きあっている時は概ね医師の説明を理解しているが、ひとたび患者でなくなると昨今の世論、マスコミ側の論調となってしまうことも一つの要因として予想される。

また、「自分の症状がうまく医師に伝わっていないと感じることがあった」との問いに、

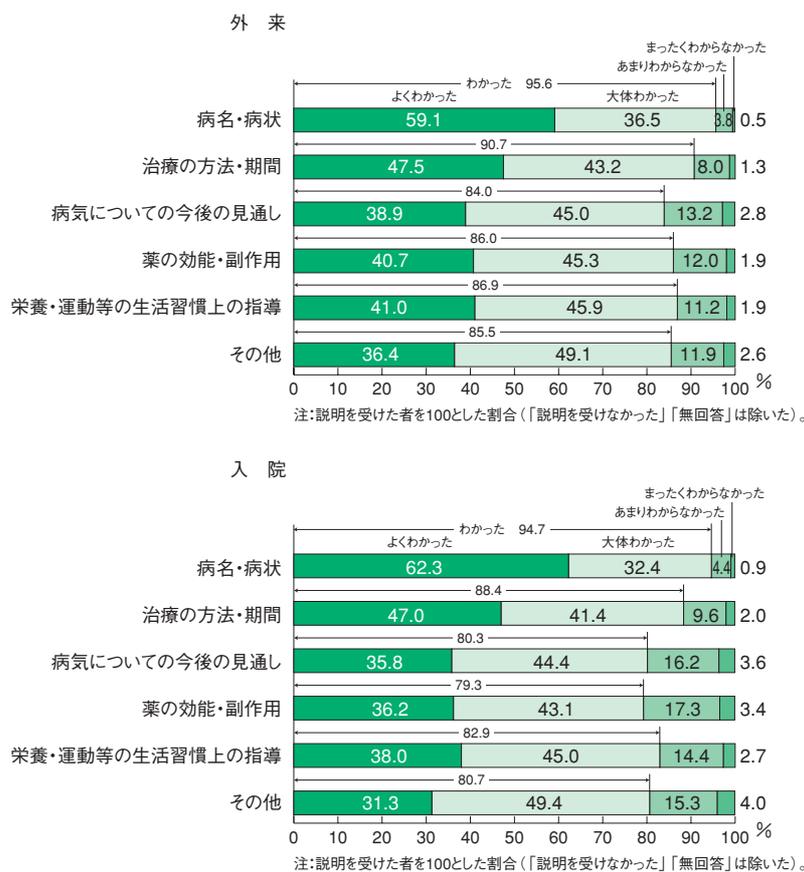


図4. 説明項目別にみた理解度

出典:「平成20年 受療行動調査の概況」 厚生労働省より

29) 畑中・前掲注17) 157頁.

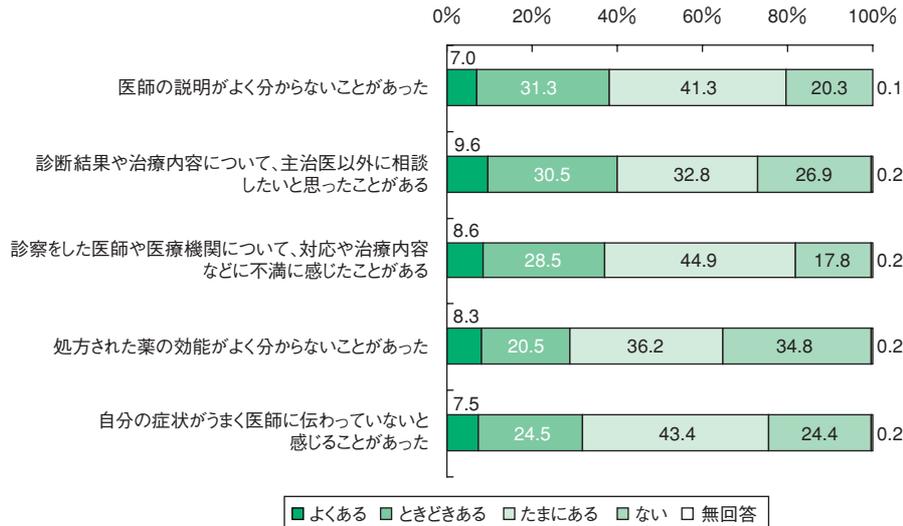


図5. 診療を受けた時の印象

出典：「医療に関する意識－セカンドオピニオンに対する意向とその背景－」  
 第一生命経済研究所 ライフデザインレポート（平成17年3月）より

「よくある」、「ときどきある」との回答を合わせると3割を超えている。患者自身の説明がうまく伝わらなかった場合、医師は極力理解しようとするのであろうが、それでも伝わりきれず、そして医療過誤が発生した場合においても、やはりすべての責任は医師のみにあるのであろうか。

また、その他にも、

「実際に患者は、情報を得ることは望んでも、それと同程度に治療上の決定への参加を望むわけではなく、その決定過程において医師が重要な役割を果たすことを望む場合が多いという。しかし、患者の自己決定権が強調され過ぎると、医師は単に情報を与える人、患者は意思決定をなす人という完全な分業関係が形成され、両者の良好な相互関係は崩壊するおそれがある。さらに、医師はあらゆる情報を提供すればよいというわけではなく、特にがんや遺伝病の告知などの非常にデリケートな内容の情報については、患者の『知らされない権利』にも配慮する必要がある。そして当然ながら、患者には『医師に任せる』という自己決定があってもよいであろう。」<sup>30)</sup>

との見解もみられる。

この点については、治療方針の決定者として、医師は外来で37.4%、入院で45.0%を占めており、いずれも患者本人を上回っている（図6）。患者の自己決定権を尊重する論調がある反面、実際には医師が治療方針の決定者であることも多いようである。決定者が異なることで裁判の結果は異なるのであろうか。今後、患者の自己決定権が益々推進されていくのか。その場合、患者の自己決定に対する結果の責任は患者自身が負い、医師に訴訟を提起することはないのか。もしくは依然医師が決定者の役割を担い続けるのか。その場合、委ねられた結果としての決定についての責任は医師がすべて負わねばならないのだろうか。

#### 4. 医師の治療と結果の因果関係

因果関係とは、ある行為と生じた結果との関連性のことである。医療過誤とされる医療

30) 土屋・前掲注24) 135頁。

31) 民集29巻9号1417頁。

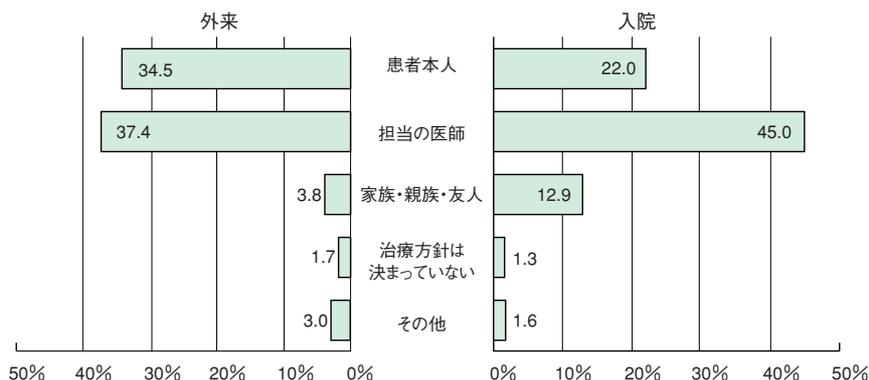


図6. 治療方針の決定者

出典：「平成17年 受療行動調査の概況」厚生労働省より

行為とその結果との訴訟上の因果関係は、最高裁昭和50年10月24日判決<sup>31)</sup>がその判断の基準となっており、現在も変更はない。そこには「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ことであり、その判定は、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を必要とし、かつそれで足りる」と判示されている。

### (1) 「医」の理解

因果関係について、法律専門雑誌に掲載された医師の見解では、

「因果関係の定義において、各分野に認識の齟齬があり、それは少なからず判例に影響している推測する。一般的な法的因果関係の解釈を直接医療訴訟に適用することが、好ましいのであろうか。医療の特殊性を鑑みた因果関係の判断基準を模索する必要があるのではないだろうか。」

「これは明らかに法的因果関係と異なる。なぜなら、この判断は専門家によってこそ可能であり、法的因果関

係による『通常人が』という仮定と相容れないように思われるからである。」<sup>32)</sup>

と主張されている。

- ・「因果関係の立証は高度の蓋然性を証明すること」について

「蓋然性」という単語は医学論文で目にすることがほとんどない。医師にとって、最高裁が判示している「因果関係の立証に必要とされる蓋然性」とは、医学論文における「有意差がある」との感覚に近いのではないかと思われる。医学では検査結果の比較、症状の改善率、他の薬剤との有効性の比較などは統計学的に算出した数値で示して比較することが多い。その際に、比較する両者（両群）に統計学的に差があるかないかを分析するために有意差検定という計算を行う。有意差検定の結果、有意な差があれば「改善した」、「有効であった」との結論となるし、有意な差がなければ、「改善しない」、「無効であった」との結論付けがなされることが一般的である。医学論文では統計的なデータをもとにした論述が多

32) 小川陽子「医療と法の最先端を考える研究会からの現況報告－若手医師の立場から」ジュリスト1323号138頁（2006年）。

いため、医師の思考では、「高度な蓋然性」とは、どのようなことを、何と比較して高度であり、それは何%であろうか、と考えてしまうのではないだろうか。しかし「蓋然性=有意差」とは示されておらず、この「蓋然性」は医師にとっては具体性に乏しく奇異な印象がぬぐえないものであろう。

・「通常人が疑いを差し挟まない程度に確信を持ちうるもの」について

そもそも「通常人」とはどのような定義であろうか。「通常人」を一般の国民と仮定したとして、医学書、医学論文を読んで理解はどこまで可能であろうか。医学を学び、国家試験を合格した者である医師の臨床経験に裏打ちされた高度で専門的な医学的知識、さらに診断は、医師以外には理解できない難しい内容であると思われる。それを「通常人が疑いを差し挟まない程度」にまで内容を噛み砕いて確信させること自体が困難なのではないだろうか。この点は前項のインフォームド・コンセントの説明内容と同様である。

かった行為。「もし何かをしていたらこのような結果にならなかった」についても、「高度の蓋然性」が証明されるならば、その結果との因果関係を肯定している。「不作為における高度の蓋然性の証明」は上述のような医師の思考に立つと、「仮」の内容では有意差の検定は不可能なため、不作為における蓋然性の証明を定義することができないのはいかと思われる。この点については法学でも以下のように理解が容易ではないとの見解が示されており、果たして医師はどのように考えればよいのであろうか。

「作為の因果関係の認定さえ困難なことが多いのですが、まして、『もし～をしていたら』という仮定で考えなければならない不作為の因果関係の認定は、より困難な部分が多くなります。」<sup>34)</sup>

「事実的因果関係を『あるかないか』でとらえる伝統的因果関係論のもとでは、事実的因果関係の有無を『あれなければこれなし』ルールによって判断する。これによれば、作為については説明することができるが、不作為の場合は厳密には『あれなければこれなし』の『あれ』を観念することが必ずしも容易ではない。」<sup>35)</sup>

## (2) 「法」の主張

上述のように医師の実際に行った行為（作為）とその結果の因果関係の立証でも困難であるが、それに加えて最高裁平成11年2月25日判決<sup>33)</sup>では、医師の不作為（実際に行わな

さらに、最高裁平成12年9月22日判決<sup>36)</sup>では因果関係の存在は証明されなくても、医療水準にかなった医療が行われていたならば、結果が異なっていたとの「相当程度の可能性」の存在が証明されるときは、医師は患者に対

33) 民集53巻2号235頁。「経験則に照らして統計資料その他の医学的知見に関するものを含む全証拠を総合的に検討し、医師の右不作為が患者の当該時点における死亡を招来したこと、換言すると、医師が注意義務を尽くして診療行為を行っていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していたであろうことを是認し得る高度の蓋然性が証明されれば、医師の右不作為と患者の死亡との間の因果関係は肯定されるものと解すべきである。患者が右時点の後いかにどの期間生存し得たかは、主に得べかりし利益その他の損害の額の算定に当たって考慮されるべき由であり、前記因果関係の存否に関する判断を直ちに左右するものではない。」

34) 鈴木利廣＝羽成守監修『医療事故の法律相談』105頁（学陽書房、2001年）。

35) 小賀野晶一「医療事故訴訟における因果関係」伊藤文夫＝押田茂實編『医療事故紛争の予防・対応の実務』79頁（新日本法規、2005年）。

し、損害を賠償する責任を負うことがあると判示している。「高度の蓋然性」も理解し難いうえに「相当程度の可能性」という抽象的とも思われる判断根拠が加わることとなる。

このようにみると、事案の個別性はもちろんあるものの、医師はやっても（作為）、やらなくても（不作為）、もしくは因果関係がなかったとしても賠償しなければならない可能性があると言えよう。「高度の蓋然性」、「相当程度の可能性」の両者は異なるものであろうか、異なる場合にはその違いはいかなるものであろうか、との素朴な疑問に「法」は理解しえる回答を用意してくれるのであろうか。

## 5. 医療水準

「医療水準」という単語を目にする機会も増加している。これは判決文に判示されている単語であって医学にはもともと存在しなかった単語であると思われる。検討の前提として医療水準は、

「医療水準は、問題となっている治療法を実施することが医師に義務づけられるかという問題である。」<sup>37)</sup>

「医師の注意義務の基準となるべきものは、診療当時の臨床医学の実践における医療水準です。」<sup>38)</sup>

などと説明されており、「診療上の注意義務の基準」とされている。基準とは言いながら、明確に定義されているものとは言い難く、こ

れもまた医師は抽象的に感じるのではないかと思われる。後述のとおり、この「医療水準」は最高裁の判例で変遷するために法的な基準であるようにも思われる。医師は医療法、医師法、保険医療機関及び保険医担当規則以外に定義されるものとして理解しなければならないのであろうか。

### (1) 「医」の理解

おそらく医師が臨床上、治療行為を行う指針として医療水準に相当していると思っ

#### EBM

(Evidence Based Medicine. 科学的根拠に基づく医療とも訳される.)

診ている患者の臨床上の疑問点に関して、①医師などが、関連する医学文献などを探索し、それらを統計学的な知識などを使い批判的に吟味した上、診ている患者への適用の妥当性を評価し、さらに②その患者の価値観や意向を考慮した上で臨床判断を下し、③自分自身の専門技能を活用して医療を行うこと<sup>39)</sup>。

EBM (Evidence Based Medicine) という言葉は、1991年にカナダのマクマスター大学の内科・疫学臨床のグループが提唱したもので、意味するところは微妙に変わってきてはいますが、具体的に次のような手順で診療を行うことと考えて良いでしょう。

4つのステップ

1. 疑問点を適切なキーワードで表します。

36) 民集54巻7号2574頁。「疾病のため死亡した患者の診療に当たった医師の医療行為が、その過失により、当時の医療水準にかなったものでなかった場合において、右医療行為と患者の死亡との間の因果関係の存在は証明されないけれども、医療水準にかなった医療が行われていたならば患者がその死亡時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在が証明されるときは、医師は、患者に対し、不法行為による損害を賠償する責任を負うものと解するのが相当である。けだし、生命を維持することは人にとって最も基本的な利益であって、右の可能性は法によって保護されるべき利益であり、医師が過失により医療水準にかなった医療を行わないことによって患者の法益が侵害されたものといえることができるからである。」

37) 手嶋・前掲注14) 141頁。

38) 鈴木＝羽成・前掲注34) 44頁。

39) 例えば、「都立病院におけるクリティカル・パスの活用について」平成13年5月都立病院クリティカル・パス推進検討委員会。

2. キーワードを用いて文献検索をします。
3. 得られた文献について、どのくらい信用できるのか、信頼性を評価します。
4. もっとも信頼できる文献の結論を、目の前の患者さんにそのまま適用してよいかどうか判断します<sup>40)</sup>。

### 診療ガイドライン

診療ガイドラインは、特定の臨床状況のもとで適切な判断を下せるよう支援する目的で体系的に作成された文書と定義されています<sup>41)</sup>。

ガイドラインはそれ自体古くから存在していますが、現在主流となっているのは、「エビデンスに基づいたガイドライン」です。数十人から数万人単位の患者を対象に、特定の薬を飲んだ人と飲まない人で比較し、薬効を確認するなどの臨床試験（特にランダム化比較試験）の結果などから得られるエビデンスを吟味・評価し、その結果に基づいてどんな治療をすべきか、すべきでないかなどを勧告します<sup>42)</sup>。

### クリティカル・パス

疾患別・処置別に、患者に対するケア内容を時間の経過を追いながら記録したスケジュール表を作成すること、又は作成したスケジュール表そのものを意味する言葉として「クリティカル・パス」が用いられるようになった<sup>43)</sup>。

医師以外にはこれらの違いを理解することは困難であるが、EBMの実践、診療ガイドライン、クリティカル・パスの作成は国内外の学会、医学論文上でも現在、積極的に研究されている。日本でも診療ガイドライン作成の必要性が厚生労働省の「医療技術評価推進検討委員会」（平成11年3月）で報告され、EBMの促進には不可欠とされており<sup>44)</sup>、根拠に基づく適正な医療の実践のためにも今後益々医学界ではクローズアップされていくことは間違いのないであろう。

### ● 「医」からの批判的見解

この医療水準については医師の立場からも、

「医療水準概念も最近の判例で重要な概念であり、多くの医療者も少なからず意識せざるを得ない状況となっている。しかし誤解を恐れずに指摘すれば医療従事者には共感を得がたい概念の1つでもある。」

「『当該医療施設の医療水準』とは、医療従事者にとって実感しづらく、しかも、現実に同規模、同水準と想定される施設でも得意分野は異なるのである。そして所属を同じくする医師の中でも見解は相違する。『当該医療機関において右知見を有することを期待』されるならば、

40) 京都大学EBM研究センター<http://plaza.umin.ac.jp/~kdaiebm/EBM/index.html> [retrieved on 2009-09-15]

41) 厚生労働省の関連団体である財団法人日本医療機能評価機構では、Minds ホームページ（Medical Information Network Distribution Service の略。 <http://minds.jcqh.or.jp/index.aspx>）と呼ぶ医療情報サービスを始め、平成16年5月から診療ガイドラインの一般公開を開始している。同ホームページでは、「医療における意思決定は常に統合的に行われるべきものであり、医師と経験、知識、技術をベースとして、最新の医学的知見も考慮し、医師としての倫理的な規範に照らして十分に妥当性の高い治療法の選択肢を患者に提示し、患者の要望を配慮しつつ医師と患者の合意の上で方針が決定されるものだと考えます。したがって、診療ガイドラインに記載されている最新の医学的知見に基づく推奨は、医療における意思決定を縛るものでは決してなく、意思決定を支援するものとしての正しい位置づけを、医師と患者の双方が十分に理解する必要があります。」とされる。 [retrieved on 2009-09-15]

42) 東邦大学医学メディアセンター診療ガイドライン情報 <http://www.mnc.toho-u.ac.jp/mmc/guideline/> [retrieved on 2009-09-15]

43) 例えば、「都立病院におけるクリティカル・パスの活用について」平成13年5月都立病院クリティカル・パス推進検討委員会。また厚生労働省及び経済産業省の共管の財団法人である（財）医療情報システム開発センター（MEDIS-DC）は平成15年1月よりインターネットを利用し、医療機関が院内で利用しているクリティカル・パスをWeb上（<http://epath.medis.jp/>。クリティカル・パス・ライブラリー）に公開している。現在28施設の226疾患のパスが公開されている。 [retrieved on 2009-09-15]

44) 縣俊彦編著『EBM 医学研究・診療の方法論』11頁（中外医学社、2000年）。

それをその機関における『医療水準であるというべき』との上記判旨は、概念として理に適っていても、現場の医師は大変な戸惑いを覚えるであろう。多くの医療者は、自らの満たすべき『医療水準』を思い描こうとしたとしても、実はそれが非常に難しいことに気付くのではないだろうか。」

「元来、個別の患者に対する医療上の判断とは、複雑なものである。これらの現実と照らし合わせて、医療水準とは多くの曖昧さを内包した概念であると感じる。」<sup>45)</sup>

との主張がなされており、やはり医師には理解し難いものと思われる。

## (2) 「法」の主張

この医療水準については、他の項目よりも、法学内でも見解が分かれている分野のひとつであるように思われる。しかし疑問を投げかけながらも以下のとおり、最高裁判決の意味するところは大きい。

「医療水準概念に対しては、様々に批判がなされており、例えば、客観的注意義務違反としての過失とは別に、医療水準を想定することの積極的な意義に対する疑問や、医療水準の現実の機能として医師・医療機関の責任を否定する方向にしか機能していないなどが指摘されている。それでも最高裁が、医療事故をめぐる多くの判決において、医療水準という用語を用いてきており、現在も使い続けていることの重みは否定できない。」<sup>46)</sup>

判例では最高裁昭和57年3月30日判決<sup>47)</sup>で「医療水準は診療当時の臨床医学の実践であ

る」とし、最高裁平成7年6月9日判決<sup>48)</sup>では「当該医療機関の性格、所在地域の医療環境の特性などの諸般の事情を考慮すべきであり、すべての医療機関について診療契約に基づき要求される医療水準を一律に解するのは相当でない」として時代とともにその定義が変遷している。

特に最高裁平成7年6月9日判決によれば、医療水準は全国一律ではなく、医療機関の性格、所在地域での特徴で異なることになる。すなわち大学病院、専門病院、診療所などの開業形態の違いや、あまり医療機関がない医療過疎地と都会では医療水準は異なるとも読むことができる。さらには同じ医療機関の中でも大学病院の教授と医局員や、総合病院での診療部長、ベテラン医師と研修医の間では医師としての経験と力量は異なることも容易に予想される。この点に関しては、最高裁昭和63年1月19日判決の裁判官の補足意見として、

「人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する医師は、その業務の性質に照らし、実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるのであって、右に義務を果たすためには、絶えず研さんし、新しい治療法についてもその知識を得る努力をする義務を負っているものと解すべきである。」

「医師は必ずしもすべての診療を自ら行う必要はないが、自ら適切な診療をすることができないときには、患者に

45) 小川・前掲注32) 138, 139頁.

46) 手嶋・前掲注22) 143頁.

47) 判例タイムズ468号76頁。「医師に注意義務の基準となるべきものは、診療当時の臨床医学の実践における医療水準である。」

48) 民集49巻6号1499頁。「ある新規の治療法の存在を前提にして検査・診断・治療などに当たることが診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準であるかどうかを決するについては、当該医療機関の性格、所在地域の医療環境の特性などの諸般の事情を考慮すべきであり、右の事情を捨象して、すべての医療機関について診療契約に基づき要求される医療水準を一律に解するのは相当でない。そして、新規の治療法に関する知見が当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、当該医療機関において右知見を有することを期待することが相当と認められる場合には、特段の事情が存しない限り、右知見は右医療機関にとっての医療水準であるというべきである。」

対して適当な診療機関に転医すべき旨を説明し、勧告すれば足りる場合があり、また、そうする義務を負う場合も考えられるのである。」<sup>49)</sup>

との見解があり、医師は「知識を得る努力をする義務」を負い、「自ら適切な診療をすることができないとき」は転医させることを判示している。

最高裁平成7年6月9日判決では、この視点が受け継がれ、「(新規の治療法に関するについて) 当該医療機関としてはその履行補助者である医師等に右知見を獲得させておくべきであって」、「右知見を有しなかったために、右医療機関が右治療法を実施せず、又は実施可能な他の医療機関に転医をさせる」と判例上に明示している<sup>50)</sup>。医師は知見を得る努力をし、また、医療機関は所属する医師に知見を獲得させるべき義務があり、不可能であれば転医させなければならないと読み取れる。医師としては既に実践している職責ともとれる内容が明示されたにすぎないが、一方、ここでいう「新規の治療法に関する知見」の内容は、誰がどのような基準で定義するものなのであろうか。この点は明確にされていない。

## ● 「法」からの批判的見解

「医療水準とは、いったい何か、という問題である。…  
…日本の場合、わざわざこのような概念を設ける必要が

あるのだろうか。必要があるとしても、それを誰が探索し、そして誰が決めるのであろうか。」<sup>51)</sup>

「その内容は、いまだ決して一義的に明確にされたとはいえず、むしろ、ある結論を正当化するための単なるキーワードとして用いられているにすぎないという感が深い。」

「近時の医療水準論には、これらの点についての議論を尽くさないまま、「実践における医療水準」という判断基準だけを所与のものとし、これを全ての医師の義務の存否の判断において、恰も結論を正当化するためのみに安易に用いているのではないかという印象をぬぐい切れないものがある。」<sup>52)</sup>

「そこで得られた共通認識は、あくまでも右に述べた抽象的表現のレベルに止まっており、その『診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準』がどのようにして設定されるかについては、見解の一致は全くといってよいほど見られない。」<sup>53)</sup>

法学からも、約20年前から、このような批判的見解がある。このような状況の中で医師は日々診療を続けなければならない。医療法、医師法などの関係法規か、もしくはEBM、診療ガイドライン、クリティカル・パスか、それとも法的な医療水準か、どれを念頭に日々、医師は治療を行うべきなのであろうか。まさに、二律背反の中での苦悩とも言える。

## (3) 今後予想される問題点

何よりもこのような最高裁判例に判示され

49) 判例時報1265号76頁。最高裁昭和63年1月19日判決における伊藤正己裁判官の補足意見。

50) 前掲注48)の最高裁判決では、「新規の治療法に関する知見が当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、当該医療機関において右知見を有することを期待することが相当と認められる場合には、特段の事情が存しない限り、右知見は右医療機関にとっての医療水準であるというべきである。そこで、当該医療機関としてはその履行補助者である医師等に右知見を獲得させておくべきであって仮に、履行補助者である医師等が右知見を有しなかったために、右医療機関が右治療法を実施せず、又は実施可能な他の医療機関に転医をさせるなど適切な措置を採らなかったために患者に損害を与えた場合には、当該医療機関は、診療契約に基づく債務不履行責任を負うものというべきである。」とも判示されている。

51) 畔柳達雄「未熟児網膜症裁判の現状－60件の判決を読んで－」判例タイムズ618号187頁(1986年)。

52) 滝井＝藤井・前掲注12)13頁。

53) 新美育文「医療過誤－その現代的論点」ジュリスト828号154頁(1985年)。

ている、「医療水準の内容の変遷」を医師は知っているのかが疑問である。医師に限らず最高裁判例を目にする機会は新聞、テレビなどで報じられない限り皆無であると思われる。「知らない基準」で裁かれるということはないだろうか。

さらにはEBM、診療ガイドライン、クリティカル・パスについては訴訟の争点として下級審で稀に目にする程度であり、その法的位置づけ、これらと医療過誤との法的な関連性、そして医療水準との関係をどのように考えるのかなどが今後、訴訟の新たな争点となり得るであろう。

EBM、診療ガイドライン、クリティカル・パスはまだすべての疾患に作成されてはいないため、今後も新規に作成され、既存のものも日進月歩で更新されていく。法学、最高裁の判例はこれらに常に対応していくのであるうか。

進展する診療ガイドラインに対して、法学からも、

「患者側が診療ガイドラインに反した治療法を実施されたことを医療側の過失と主張する場合、反対に、医療側が診療ガイドラインに沿った治療をしているから責任はないと反論する場合などのように、双方の立場から診療ガイドラインは利用可能である。上記諸判決においても、こうしたガイドラインに一応の基準としての位置づけを与えるものが散見され、今後、医療水準との関係でどの

ように扱われるかにつき、動向に注意する必要があるように思われる。」<sup>54)</sup>

「医師の処置がガイドライン違反であった場合、いかなる効果が発生するかについては、ガイドラインの性格、作成した組織その他によりさまざまであろうが、医師の過失を考慮する際の有力な資料に加えることが考えられる。」<sup>55)</sup>

との見解が述べられている。

## 6. 狭間を埋めるために

以上のように、医療過誤、医療事故にかかわる個別の論点について、「医」と「法」の間には見解の相違を見出すことができる。この見解の相違は、ひとえに双方に「知らない」部分が多いことに起因していると思われる。

上述のように、「法」から「医」には様々な主張、見解が見出されること、そして、「法」の中にも相反する見解が内包されていることがわかる。あたり前のことであるが裁判では具体的な証拠をもとに個別に判断がなされるわけであるが、医療過誤問題に関する「法」の議論では、判決文には判示されない、もしくは具体的な証拠としては出し得ない医療の実態を理解した上で議論を進めて欲しいと願うものである。

見解の相違を埋めるには、「医と法」のより一層の相互理解が必要であることは言うまでもない。そこで具体的に、「『医』が知るべ

54) 手嶋・前掲注22) 144頁。同論文では「未熟児網膜症では、研究班報告書の位置づけが、医療水準を決するうえで重要な位置を占めたと評しうるが、近時、注目される動きとして、EBMに基づいて作成された診療ガイドラインがある。診療ガイドラインとは、特定の臨床状況のもとで適切な判断を下せるように支援する目的で体系的に作成された文書と定義され、診療ガイドラインは専門学会などにより多数作成されている。診療ガイドラインは、あくまで、医療関係者などに対して標準的医療の情報を提供することとどまり、各医療関係者はそれに拘束されるものではなく、その責任を左右するものでもないとされる。しかし近時の下級審判決においては、診療ガイドラインについて言及する判決が増加している。」とも論述されている。具体的には、判例タイムズ1149号95頁（2004年）、同1176号243頁（2005年）、同1187号292頁（2005年）、判例時報1883号78頁などが挙げられている。

55) 手嶋・前掲注14) 144頁。

き『法』の現実」と『法』が知るべき『医』の実態』について検討したい。

### (1) 『医』が知るべき『法』の現実

約20年前の論文に以下のような主張がなされている。

「現在、医師には訴訟事件の内容が必ずしも正確に伝わっていないため、医師は訴訟に巻き込まれる恐怖感を必要以上に有しているように思われる。」<sup>56)</sup>

この内容は現在でも大きな変化がない状況と思われる。日々、医学、医療が進歩すると同様に、最高裁でも従来なかったような新たな争点に対する判断が次々となされ、下級審でも様々なケースにおいて判決が出されている<sup>57)</sup>。これらを参考として、「医」の側で裁判例を検討して医療過誤減少に向けた対策を講じるのもひとつの方法かと思われる。しかし、

「同一疾患と思われる事件について出された先例は、その後の事件処理に参考になる可能性が高いが、事件により千差万別の個性があることも事実であり、類似していてもまったく同等と評価できるかについては検討の余地がある。」<sup>58)</sup>

「裁判による事後的判断の積み重ねによって、一定の基準、換言すると、医師に対する行為規範が定立される可能性があるがその積み重ねがない現状では、同行為規範の定立はない。」<sup>59)</sup>

との見解も見られる。さらに裁判例が積み重なったとしても、

「昨今では、裁判所の判決をたくさん積み上げて、「裁判所の考える説明義務違反」を予測しようとする試みさえ現れているのだが、個別性の強い医療事件の事実関係の中で、とりわけ、下級審判決の事実認定の中から普遍的な法則を見出すことは、ほとんど不可能に近いし、率直に言えば、そのような試みは無意味である。裁判所には、何か特殊な論理があるはずなのだから、それを読み取って対策を立てよう、というような、裁判所ばかりを意識した裁判対策は、いつも不毛に終わらざるをえない。」<sup>60)</sup>

という見解もある。この見解もまた真実と思われ理解できなくはない。

それでいて、悲しい現実として、これらの幾多の裁判例の背景には、以下のような見解も見出される。

「審理期間が短縮化の傾向を示しているのは、裁判所や代理人の工夫という点もあるが、医療機関側の協力によって、カルテの提出や訳文の付記などが早期に行なわれる実務慣行が定着してきていることも見過ごすことはできない。この際の医療機関側の意識としては、複雑な思いがあるであろう。責任追及の俎上に上げられながら、責任追及のための資料などについて自ら積極的に協力するように裁判所から迫られるわけである。」<sup>61)</sup>

「同一医療費の下で、病院がより高度な医療を提供できるよう医療水準を引き上げる努力をしても、医療安全を向上させる努力をしても、医療事故発生時には自ら高めた医療水準のためにより厳しく評価されることはあっても、その努力が評価されて責任が軽くなることはない。」

56) 手嶋豊「医療事故における被害者救済と事故法の役割－アメリカの医療過誤危機とその立法的対応・提案を中心として－」判例タイムズ563号72頁（1985年）。

57) 医療過誤にかかわる裁判例は、最高裁をはじめ、下級審においても多くの判決が蓄積されている。日本法総合オンラインサービスWestlaw Japanによる判例検索では昭和22年から平成21年までの間で「医療過誤」で検索すると2,170例が検索できる。このうち平成になってからの20年間では1,343件でありその半数以上に及んでいる。[retrieved on 2009-09-15]

58) 手嶋・前掲注14) 140頁。

59) 中村・前掲注7) 51頁。

60) 児玉・前掲注25) 21, 22頁。

61) 近藤昌昭「医療安全に関する民事訴訟の現状」ジュリスト1323号37頁（2006年）。

医療水準を引き上げ患者の期待度を高める努力は、刑事責任では、あるいは民事責任ではどう評価されるのであろうか。現在の法制度が、医療水準を引き上げ医療安全を促進する方向でインセンティブが働くようにはなっていないように見えるが、どうか。」<sup>62)</sup>

医学、医療の進歩は患者、ひいては国民に恩恵をもたらすことに疑いの余地はない。そのために医師は献身的な努力をして患者のため、医学、医療の進歩のために医療水準を高めても、その自ら高めた医療水準で自らが断罪されてしまうという悲しい現実が存在していることは間違いないようである。その結果、医師が賠償責任や刑事責任追及にさらされる危険を減ずるために、リスクの高い患者の診療を避けたり、医学的には妥当な医療行為であっても、訴訟リスクなどを恐れてあえて行わないといった防衛医療、萎縮医療と言われるような状況を促進しかねない。これは国民にとって不利益に他ならない。これを避けるためには、「法」の現実を「医」に十分に周知することが大切であると考えます。防衛医療、萎縮医療、そして医療過誤を少しなりとも減少させ、両者の狭間を埋めるためには、「医」

に「知らせること」からはじまり、「法」の認識を高めることが必要なのではないかと思われる。そのためには拙稿に考察したように現行のシステムを工夫することで「医」に対する情報伝達は十分可能になるものと思われる<sup>63)</sup>。

## (2) 『法』が知るべき『医』の実態

急増する医療過誤訴訟の実態の背景として、日本医師会総合政策研究機構による日本医師会会員を対象としたアンケート調査では、図7のように、「患者から訴訟を起こされるのではという懸念が強くなった」、「訴訟への不安から防衛医療を行う傾向が高まった」との問いに、半数以上が「そう思う」と回答している。

このような医療現場の実態に対して、

「現在の医療の大きな枠組みは医療費に代表される政策あるいは国民的合意などにより規定されており、医療現場の努力の範囲外である。医師や看護師の人数を米国並みに5倍確保できれば、医療の安全度が格段に高まることは全ての医療者が承知しているが、医療現場の裁量で決められる余地は全くないし、国や国民の方にもその費

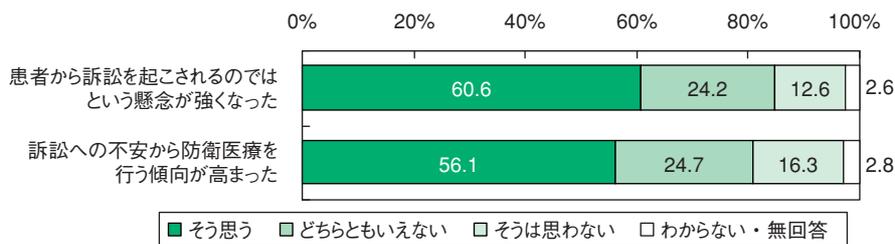


図7. 医療訴訟に対する医師の不安

出典：「第3回 日本の医療に関する意識調査」

日本医師会総合政策研究機構 日医総研ワーキングペーパーNo.180 (平成20年12月) より

62) 山口・前掲注6) 54頁。

63) この問題を解決する考察として、拙稿「医療過誤、医療事故の減少、防止に向けた一考察－有効な情報の伝達方法の模索と応用－」共済総合研究53号80～91頁(2008年)をご参照いただきたい。

64) 山口・前掲注6) 53頁。

65) 日本医療労働組合連合会。「医師の労働実態調査」最終報告(2007年4月24日)。25道府県の約150施設1,036名の医師の「個人調査」による調査結果。

用を負担する意思はないように見える。医療界がそれを国民に周知する努力を怠ってきた責任は大きい、医療現場にどこまで責任があるのだろうか。また個々の医療安全の取組においても、多くの有効と分かっている安全対策を実施するにはそれなりの費用が必要であり、精神論では片付かない。」<sup>64)</sup>

とも主張されている。これを裏付けるように医師の労働実態の調査では<sup>65)</sup>、以下のような結果が示されている。

- ・「前月の宿直回数」の記入者の平均は3.0回だが、「4回以上」が31.8%と3割以上がほぼ毎週やっている。
- ・日勤後の宿直勤務で、宿直明け後の勤務が「無い」のは、4.5%のみで、81.5%の医師が「宿直明け後も勤務」している。日勤後の宿直、宿直明けの日の勤務という(8+16+8=)32時間勤務を8割以上の勤務医が月3回位行っていることになる。
- ・「休憩時間」も「取れる」のは21.6%のみで、「あまり取れない」医師が54.7%と半数を超えており、「まったく取れない」医師も22.4%と8割近くが休憩も取れない労働実態にある。
- ・「医師不足」を感じている医師は89.3%と9割近くに達し、「感じてない」は5.9%にすぎない。
- ・「休暇の取得」でも「前月休んだ日数」の平均は3.2日で、週1回も休みが取れておらず、「前月休んだ日数ゼロ」の医師も28.8%もいた。

同様に、医療過誤と勤務状態の関連について複数回答で尋ねたところ<sup>66)</sup>、半数を超えたのは「過剰な業務のため、慢性的に疲労している」(71.3%)、「患者が多く、1人当たりの診療時間などが不足がち」(62.8%)、「医療技術の高度化などで医師の負担が急増している」(57.8%)との結果となった。

その他の調査でも、図8のように、「新しい知識や技術を得るための時間や機会を得たい」という上述の平成7年判決の主旨に見合う思いを持つ医師が8割以上を占めている。一方で、「よい医療を提供しても評価されないと思うことがある」も高い割合を占めており、悲しい現実とも言えよう。「多忙のあまりストレスが高くなることもある」、「説明に対して患者が理解できたかどうか不安になることがある」、「過労のためよい医療ができていないと思うことがある」との回答も高い割合を占めている。医療現場の悲鳴が聞こえてくるようである。手技的な単純な医療ミス、過失については言語道断と言える一方で、過酷なまでの医師の労働環境がこの問題の根本に根差しており、医療過誤発生の背景に診療体制や医療制度に因るところも多い現状も決して否めない<sup>67)</sup>。

このような医師、個々人の努力のみでは賄いきれない「医」の実態も踏まえ、個別の裁判例の検討のみならず、「法」の見地から広角的に医療を検討することが狭間を埋めるためには必要であると思われる。

## 7. おわりに

以下は30年以上前の下級審の判決の一文であるが、現在においても医師の実態を最も的確に表現しているものと思われる。

「今日の臨床医学は、前世紀以来の急速な発展により既に一人の医師の学習能力をはるかに越えた膨大な知識の体系となっており……一専門分野の中においてもさらに

66) 共同通信2007年1月29日。日本病院会が会員病院を対象としたアンケート調査で、2006年7月に2,535病院を対象に実施。勤務医5,635人が回答した。

67) 吉本智信「今、そこにある危機…医療過誤訴訟」医療判例解説1号3～26頁(2006年)、久坂部羊『大学病院のウラは墓場 医学部が患者を殺す』(幻冬舎、2006年)は、医療現場の実態を知るうえで非常に興味深い。

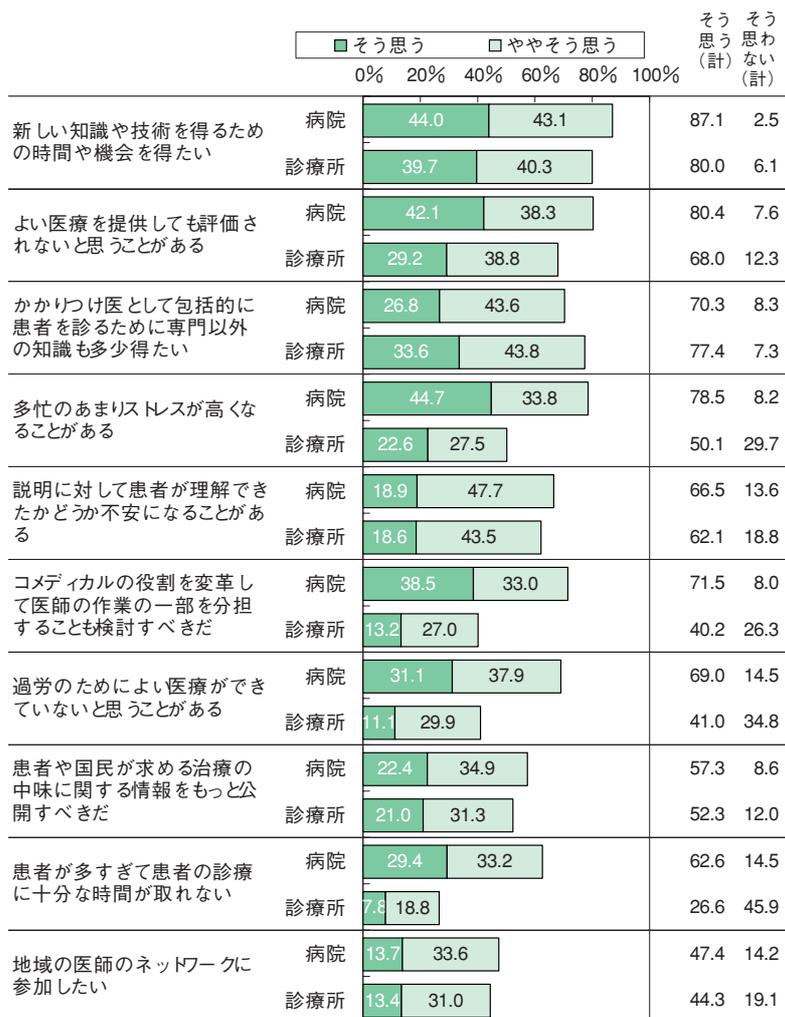


図 8. 医師が抱える課題

出典：「第 2 回 日本の医療に関する意識調査」  
日本医師会総合政策研究機構 日医総研ワーキングペーパーNo.137（平成18年12月）より

細かい専門分野に細分化しつつあり」

「もはや一人の医師に臨床医学の全専門分野における水準的知識の保持を期待することは不可能というべきであり、実際にも、一専門分野について高度の医学的知識を有している医師の多くは、他の専門分野についてはほとんど水準的知識を有しておらず、事実上の専門医として医療行為に携わっているのが現状である。」

「従って、このような医師に対しては、原則として、自己の専門分野ないしはその隣接分野における臨床医学の水準的知識に従って医療行為を実施することを期待するにとどまり、これをこえた領域における臨床医学の水

準的知識に従って医療行為を実施することを期待するのは実際上かなり困難というべきである。」<sup>68)</sup>

医療過誤、医療事故にかかわる「医」と「法」の隔たり、狭間を何処で、誰が解決しようか。官庁での政策であろうか、学会での議論であろうか。それとも個人の努力に委ねられているのであろうか。「医」と「法」の議論は、何より患者の視点に立脚していることには間違いない。多くの医師は真摯に患者と向き合い診療に従事している。「法」もま

68) 判例時報860号74頁。静岡地裁昭和52年 6 月14日判決（静岡日赤病院未熟児網膜症訴訟）。

た議論を継続している<sup>69)</sup>。医療の恩恵を享受する一方で不幸にも医療過誤となる事象はいったいどの位発生し、そのような医師はどの位いるのだろうか。最高裁の判決までには長い時間を要する。判例は医学、医療の進歩、発展にリアルタイムに呼応し、示唆を与えてくれるのであろうか。現在、医学、医療に関する学会、研究会の数は1,000を上回っているとされる<sup>70)</sup>。日々の医学、医療の進歩への貢献に寄与し、絶え間ない努力がなされている証左であろう。

米国では医療過誤保険料の高騰により医療過誤保険を購入することができなくなった医師が、保険料が安価な地域に撤退し、患者が医療を受けられなくなるという「Malpractice Crisis (医療過誤危機)」に陥った<sup>71)</sup>。批判を

恐れずに言うならば、日本ではそのような状況にはなく、むしろ「判決の結果による医療過誤危機」になりつつあるとも言い得るのではないだろうか。

インターネット上ではEBM (Evidence Based Medicine 科学的根拠に基づく医療) を、PBM (Precedent Based Medicine 判例に基づいた医療)、もしくはJBM (Judgment Based Medicine 司法判断に基づいた医療) と揶揄しているものまで目にすることがある<sup>72)</sup>。このようなゆゆしい事態は医療過誤の予防や減少、被害者救済、そして医学、医療の発展には全く貢献せず、誰しものが望んではない。今後も更なる学際的な議論の発展と「医」と「法」の相互理解の促進が急務であることは間違いないと思われる。

69) 例えば、日本医事法学会、日本生命倫理学会、日本賠償科学会などで法学の見地から医療について議論されている。

70) 大学病院医療情報ネットワーク (UMIN = University Hospital Medical Information Network) ホームページ (<http://www.umin.ac.jp/>) より。UMINは、全国42の国立大学病院のネットワーク組織であり、東大病院内にセンターが設置され、全国にサービスを行っている日本最大の医療情報ネットワークである。現在では、すべての医学・医療関係者が利用できる研究教育の情報インフラストラクチャーに発展しており、UMINの利用は年々増加を続け、ホームページの月間参照件数は毎月4,000万ページビュー、利用登録者が約30万名以上に達している。医師、教官の他に看護師、薬剤師、検査技師、医療事務などの多くの職種が利用している。日本で学術学会として公的に認知しているのは、政府の諮問機関である日本学術会議の登録学術研究団体であるが、その他にも任意の学会、研究会が多数存在している。同ホームページには、平成21年度には学会数1,115、研究会数437が申請し登録されている。[retrieved on 2009-09-15]

71) 宮田智之「医療過誤訴訟改革」外国の立法217号140~145頁(2003年)によると、米国では1991年からの10年間で、医療過誤に関する損害賠償を命じる判決の件数が1万3,711件から1万6,676件へと増大しており、また同期間で賠償額の中央値(median payment)も6万3,750ドルから13万5,941ドルへと上昇し2倍以上に達している。特に賠償額については、100万ドル以上の多額の賠償を命じるメガ・アワード(mega awards)が年々、増加しており、1991年には298件であったメガ・アワードが2002年には806件に増え、この10年で3倍以上の伸びを示している。こうした傾向と平行し、医師らが加入する医療過誤保険料も高騰している。その結果、ネバダ州では保険料が4万ドルから20万ドルへと跳ね上がり、外科医が保険料を支払えないため外傷センターを閉鎖したり、ペンシルヴェニア州ではこれまで一度も医療過誤で訴えられたことがないにもかかわらず、2万ドルであった保険料が5万ドルに一気に跳ね上がったことで病院の閉鎖を余儀なくされた医師もいる。また、ワシントン州では1998年以来、保険料が適度な額にとどまっている地域へ職場を求め、州を離れる医師の数が急増している。

72) <http://ja.wikipedia.org/wiki/%E9%98%B2%E8%A1%9B%E5%8C%BB%E7%99%82> [retrieved on 2009-09-15]「判例に基づいた医療、または司法判断に基づいた医療」として、医学的な知識、根拠、背景を基にせず、医療訴訟における判決、警察力の発動、司法判断を根拠にした極力訴訟を起こされないように行う医療行為を指す隠語として用いられることがある。