

平成16年度

厚生労働科学研究費補助金

医療技術評価総合 研究事業

医療過誤に係る民事訴訟判決における  
医師の法的責任の認定に関する研究

平成16年度 総括・研究報告書

主任研究者 木村光江

2005(平成17)年4月

## 目 次

総括・研究報告	1
研究要旨	1
A 研究目的	2
B 研究方法	2
C 研究結果	3
D 考察	4
E 結論	4
F 健康危険情報	5
G 研究発表	5
H 知的財産権の出願・登録	5
研究報告	6
I 背景	6
1 高い違法性を帯びるとされる医療行為の実情	6
1 医療水準を大きく下回る医療行為	6
2 いわゆるリピーター医師	8
2 医道審議会平成16年3月方針について	14
II 医師に対する行政処分の基礎事実に医療過誤訴訟の認定事実を用いるための構造——序説	15
1 本研究が想定する検討モデル	15
1 第1の構造(下部構造)	15
2 第2の構造(上部構造)	15
2 民事訴訟における資料の扱い	17
1 弁論主義	17
2 主要事実	18
3 証明責任と間接事実	19
4 小括	21
3 その他留意すべき事項	22
1 民事訴訟一般	22
2 医療過誤訴訟という事案の特殊性	24

4	医道審議会平成16年方針との関連で	25
1	16年方針の再確認	25
2	公平性への配慮	26
III	行政処分に医療過誤訴訟の認定事実を流用する技法	28
1	外国の状況——アメリカ	28
1	アメリカ合衆国の医療の概観	29
2	アメリカ合衆国の司法の概観	33
3	アメリカ合衆国の医療と法	35
2	認定事実流用の技法	40
1	アメリカ合衆国連邦証拠規則	40
2	医療過誤訴訟と連邦証拠規則	43
3	アメリカ法からの示唆	53
1	性格証拠の活用	53
2	医療過誤訴訟における関連性要件の緩和	54
IV	リピーター医師に関する問題	55
V	残された問題	56

## 総括・研究報告

主任研究者 東京都立大学教授 木村光江

### 研究要旨

本研究は、近時、強い社会的要請を受けている、医事に関する重大な不正を働きつつも刑事裁判で有罪が確定していない医師に対して、医療過誤訴訟で認定された事実を基礎に、医師資格の剥奪・停止等の処分を下すことの可否、ならびに、医療過誤を繰り返す、いわゆるリピーター医師に対する処分の可否、この2点について、具体的提言を行うことを目的としたものである。1点目の問題については既に社会的要請を受けての医道審議会による公表文書に加えて、先行研究もあることから、その可能性についての提言に大きな困難は伴わなかった。他方第2点目の問題、すなわちリピーター医師に対する処分については、これを可能とする具体的法律構成が提示されていない。そのため、仮にリピーター医師について医療過誤を繰り返すことをもって処分事由とするのであれば、その根拠はどこに求めるべきか、議論を要するところである。

本研究は、まず第1点目の問題について、訴訟法上の観点からの留意点も示しつつ、その可能性の模索に諸外国の法制度にも目を向けて検証した。そして第2点目の問題については、結局、医師法上どのように構成するかという大きな課題は残しながらも、リピーター医師を、医師としての適格を著しく欠く者として評価することにより、医師資格剥奪等の処分事由となりうるのではないかという論証の可能性を示した。

### 分担研究者氏名・所属施設名及び所属施設における職名

木村光江： 東京都立大学法学部 教授  
前田雅英： 東京都立大学法学部 教授  
村松 勲： 東京都立大学法学部 教授  
桶舎典哲： 東京都立大学法学部 助教授

## A 研究目的

医師及び歯科医師(以下「医師等」という。)に対する行政処分については、従前、刑事処分を受けた医師等を中心に行われてきた<sup>(註1)</sup>。このため、民事訴訟において損害賠償請求が認められた医師等であっても、行政処分の対象とはならなかった。しかし、近時、刑事処分に至らない程度の医療過誤を繰り返す医師等の存在、さらにはそれらに対する行政処分がなされないことに伴う国民の医療への不信が認められる。

平成14年12月の医道審議会において、「医師及び歯科医師に対する行政処分の考え方」が示され、刑事事件とならない医療過誤についても、明白な注意義務違反を理由として行政処分の対象とすべき方針が示され、その具体的運用方法、改善方策の検討が急がれている。

本研究の目的は、行政処分の根拠として民事訴訟である医療過誤訴訟で認定された事実を、適正な処分制度のために用いることの可否を調査・検討することにある。

## B 研究方法

本研究の主たる目的が、厚生労働省が直面する具体的問題に提言をなすことにあるため、厚生労働省関係職員との会合を開催した。

研究の出発点を、医道審議会による「医師及び歯科医師に対する行政処分の考え方について」(平成14年12月13日付)と題する文書、ならびに同じく医道審議会による「刑事処分とならなかった医療過誤等に係る医師法上の処分について(当面の対応と将来的な対応)」(平成16年3

---

(註1) 例えば、埼玉医科大学総合医療センターで加療中の16歳の患者を、抗がん剤の過剰投与で死亡させたケースでは、業務上過失致死罪に問われていた3名の医師のうち2名に有罪が確定し、1名は上告中である。そのうち主に関与した34歳の医師に対して、医道審議会は、2004年3月18日付けで医業停止3年6月とした。また、異例ではあるが、東京女子医科大学で、心臓手術のミスにより当時12歳の患者を死亡させた事件で、看護記録等を改ざんし証拠隠滅罪(刑104)について有罪が確定した執刀医に対して、2005年2月4日付けで、医道審議会は答申通り医業停止1年6月とした。

月17日付)に据えた。そのうえで、医療過誤に関する実例を分析し、民事訴訟における認定事実の訴訟法上の位置づけを確認し、さらに、その認定事実を医師法に基づく医師に対する行政処分の基礎事実に用いることの合理性について、具体的問題点を探った。

また医療過誤においては、医療という高度な医療技術と科学的な知識を要する問題が、これら知識を備えない被害者を真実発見のプロセスから遠ざけている。特に被害者に困難をもたらすのは、証拠収集に関する点であろう。その点を敷衍すれば、独自の調査権限を持たないにもかかわらず、医師及び歯科医師等に不正な行為があった事実が確知された場合には処分をせねばならない社会的要請を受けている、監督官庁の置かれた状況に酷似する。そこで、医療過誤訴訟において、証拠収集に関する訴訟法上のテクニックがないかを欧米諸外国の法制に尋ねてみた。

## C 研究結果

医療過誤訴訟における認定事実を医師に対する行政処分の根拠にしようとする、医道審議会の平成16年文書では、処分の対象とする医師について、医事に関する重大な不正行為をなした医師、医療過誤を繰り返すリピーター医師を念頭においている。まず、医事に関する重大な不正とは、従来の研究で既に明らかにされているように、刑事処分が確定されている場合に限定されるべきではない。それゆえ、重大な不正というに足る事実が認定されれば医師資格に対する処分をなす余地は充分ある。ただ、医療過誤訴訟で敗訴したことが重大な不正として処分対象となるのではなく、医師資格を付与するに足る適格との関連で、その資格要件を欠くとされるような行為が、重大な不正行為にあると解されるべきである。その意味では、上記の医師資格の付与に関する適格に関する判断に、医療過誤訴訟において認定された事実を用いることができるかという問題とすべきである。

また、医療過誤訴訟での認定事実を医師資格の剥奪・停止等の処分の根拠事実とするための法技術として、アメリカ合衆国連邦証拠規則に示唆を求めることにした。同規則第404条第(b)項には、ある不正や特定行為の有無を証明する証拠として、そこで争われている不正や特定行

為と直接関係のない他の不正や特定行為のあったことを、証拠として利用することを認めている。これは、医師資格に対する行政処分の証拠に、医療過誤訴訟で認定された証拠を用いることに重なり合うところがある。

同じく合衆国連邦訴訟規則第404条第(a)項第(1)号は、ある者の性格や性格的特徴を、その者の特定の行為があったことの証拠として用いることを、一定の要件のもと認めている。仮に、リピーター医師とは同じ過ちを繰り返すという医師としての適格性を備えていない性格あるいは性格的特徴と解することができるのであれば、このような性格的証拠をもって医師資格の剥奪・停止の処分の根拠とすることもできるだろう。そうであるならば、合衆国連邦証拠規則の同号もまた示唆に富むことが判明した。

## D 考察

医療過誤訴訟において認定された事実を、医師資格の剥奪・停止の処分の対象となる重大な不正を認定する基礎事実とすること自体は、否定されるべきではないことが明らかになった。残る問題として、この重大な不正が医師法上どのように構成されるかということがある。この問題については、次年度の研究(平成17年度厚生労働科学研究費補助金医療技術評価総合研究事業「医療過誤等に係る医師に対する行政処分の目的・要件・事実認定並びに今後の制度上の検討課題に関する研究」主任研究者村松勲)に譲る。

また、リピーター医師については、医業をなすに必要な適格を欠くという性格証拠として用いることが示唆されるが、果たしてそのようなことを認める立論を医師法上構築することができるかは、残された問題である。

## E 結論

医療過誤訴訟の認定事実をもって医師資格の剥奪・停止の基礎事実とすることは可能である

といえよう。ただし基礎とされるべきは認定された事実であり、訴訟の勝敗を含めた司法の判断ではないことに留意すべきである。それは損害賠償責任の有無が問題ではなく、医師資格に対する処分に相応しい、重大な不正の有無が問題とされるからである。

リピーター医師に対する処分についても、たとえひとつひとつは軽微であったとしても、同じ過ちを繰り返すということが、医業をなす適格を備えていないのではないかという問題として位置づけ、処分の根拠として構成することも不可能ではない。

## **F 健康危険情報**

なし

## **G 研究発表**

論文発表： 予定なし

学会発表： 予定なし

## **H 知的財産権の出願・登録**

いずれも、なし



## 研究報告

### I 背景

#### 1 高い違法性を帯びるとされる医療行為の実情

##### 1 医療水準を大きく下回る医療行為

医療過誤訴訟における過失の認定においては、注意義務の程度がしばしば問題となる。医療行為をなす医師に対して、医療水準に照らして不可能なことまで注意義務とすることは現実的ではなく、さらにはそのような不合理な義務を課すことにより医療が萎縮し、ひいては医療を受ける患者側に不利益が及ぶとする配慮もあろう<sup>(註2)</sup>。

判例においても医療水準を過失の認定基準とする準則が確立していると言ってよい<sup>医療水準準則  
(あるいはメディカル・スタンダード・テスト  
などと呼ばれることもある)</sup>。当時の医療水準に照らして、問題とされる医療行為が水準を満たしているかが、

(註2) 同様の精神を立法化したものに、製造物責任法4条1項にいわゆる開発危険の抗弁がある。開発当時の科学水準をもって予見することのできない危険まで、製造物責任における注意義務の範囲に含めると、製造者の製品に対する開発意欲が減殺されることになることを危惧するものである。

注意義務違反の有無について、判断の大きな決め手となるケースも少なくない<sup>(註3)</sup>。

近時、社会の耳目を集めている富士見産婦人科病院事件においても、裁判所はおなじく医療水準に照らして、同院のとった施術等について適否について判断をしている。この点は第1審より一貫しており、医師・看護師・臨床検査技師など医療資格を一切持たず、かつ医学知識も有さず、富士見産婦人科病院を有する医療法人芙蓉会の理事長が、超音波断層診断装置(ME)による検査を行い、医療診断(コンサル)を行い、同院の医師らの所見に基づかない入院手術を行っていたことが、医療水準を大きく下回る乱診乱療であったと判断している<sup>(註4)</sup>。特に第1審では、被告である医療法人の理事長らからも、同院のとった診療行為が当時の医療水準に照らして適切なものであったとする抗弁がなされていることから<sup>(註5)</sup>、争われた同院の医療行為のひとつひ

(註3) 東京地判昭和53年9月7日医療過誤民事裁判例集2406頁は、クロロキン製材の長期投与による重篤な網膜症罹病の副作用を、投与当時の医療水準に照らして予見可能として注意義務違反を認めている。また未熟児に対する酸素療法が未熟児網膜症を併発したケースで、最三判昭和54年11月13日医療過誤民事裁判例集669の2頁は、昭和42年4月出生の時点で、そして大阪高判昭和55年9月25日医療過誤民事裁判例集787の2頁は、昭和42年8月出生の時点で、いずれも当時の医療水準に照らして適切な医療を逸脱するものではないとしている。ちなみに、未熟児網膜症については、仙台高判平成2年8月13日医療過誤民事裁判例集799の2868頁など医師の責任を医療水準に照らして否定する事例が続くが、最二判平成7年6月9日医療過誤民事裁判例集399の4024頁は、昭和49年12月出生時点の医療水準に照らして医師に注意義務違反がないとする原審を破棄して差し戻している。同様に、ウイルス性髄膜脳炎で死亡したケースについて東京地判昭和57年9月21日医療過誤民事裁判例集399の1765頁は、医療水準に照らして不適切な医療ではなかったとし、また潰瘍性大腸炎に罹病した患者に対する薬物療法が、中毒性巨大結腸症を惹起したケースについて岐阜地判昭和62年12月25日医療過誤民事裁判例集4395頁は、やはり医療水準に照らして不適切な医療ではないとしている。

(註4) 第1審である東京地裁平成11年6月30日判例タイムズ1007号120頁・松務月報47巻7号1754頁の判断を、控訴審である東京高判平成15年5月29日(公判判例集未登載)、そして、上告審である最三判平成16年7月13日(公判判例集未登載)のいずれもが、支持し被告側からの上訴(控訴・上告)を棄却している。

(註5) 「富士見産婦人科病院事件判決書 東京地方裁判所平成11年6月30日」97頁

とつにつき、当時の医療水準と同院の医療行為をつぶさに検証している<sup>(註6)</sup>。そのうえで東京地裁は、富士見産婦人科病院の診療の実態について「当然ともいうべき医療の在り方についてほとんど顧慮せず(中略)、およそ『医療』というに値しない乱診乱療をしていたものであり、その程度はきわめて悪質で、社会通念上およそ許されないものであったというほかはない」としている<sup>(註7)</sup>。

この東京地裁の判断は、富士見産婦人科病院の行った診療行為について、医療水準を云々できるレベルのものでなく、そもそも診療としての体をなしていないと、きわめて厳しい判断をしている。富士見産婦人科病院側からの控訴による東京高裁平成16年判決も、この東京地裁の判断を基本的に支持し<sup>(註8)</sup>、そして最高裁第3小法廷も原審を支持した<sup>(註9)</sup>。

このケースは、今後も、診療行為の名の下になされた最も悪質かつ高い違法性を帯びる事案の典型として、医事訴訟の歴史に残る事件になろう。

## 2 いわゆるリピーター医師

### 定義

悪質性や違法性が認められない医療事故であっても、同様な事故を繰り返す医師(いわゆるリピーター医師)が、問題となっている。しかしながら、リピーター医師については、広く一般的

---

(註6) 判断は「子宮筋腫・卵巣嚢腫等について」との章を建て、「子宮、卵巣、子宮後屈、子宮筋腫、子宮内膜症等について」「卵巣腫瘍について」そして「多嚢胞性卵巣症候群及び子宮後傾後屈について」の各節それぞれにおいて、疾病の定義に始まり、症状、診断そして治療及び手術の適応を示したのちに、この事件でとられた治療等の問題について検証している。

(註7) 前掲註(5)判決書251頁。しかしながら、医師の処分の際に際して重要なのは、司法判断の結論ではなく、裁判所が認定した事実である。その事実が、医師法上の処分に相当する重大な不正があったことを示すかが重要なのである。

(註8) 「富士見産婦人科病院事件判決書 東京高等裁判所平成15年5月29日」103頁

(註9) 「富士見産婦人科病院事件判決書 最高裁判所平成16年7月13日」「決定」1頁

な定義はなされていないようである。

そうではあるが、たとえば2004年9月14日、リピーター医師の再教育に係る日本医師会の発表によると、リピーター医師を「反省なく事故を繰り返す医師・医療機関であり、日ごろの医療実践の中で著しい非行や未熟な行為が判明したもの」と定義し、そのうえで、委員会や各地の医師会と連携して再教育を受けるべき医師を判定するとしている。そこでは、過失などの認められない医療事故であり、たとえ帰責性や悪質性が認められない場合であっても、事故が繰り返されることに悪質性が認められるかのような理解となっている。

また、リピーター医師について危機感をあらわにする日本産婦人科医会は、2004年2月1日に各都道府県支部の支部長ならびに医療安全・紛争対策担当者に向けて「医療事故・過誤防止のための整備事業の依頼」とする文書を発している。その中では、日本産産婦人科医会の会員(1万2,800人)は医師全体の5%にしか過ぎないのに、医療過誤訴訟の新受事件数では全体の12%を占めるとしている<sup>(註10)</sup>。しかも、日本医師会が医賠償保険の支払額でみると、産婦人科にかかる支払請求は全支払額の50%にもなることを自認している。こちらでは、医賠償保険の支払額等にも言及していることから、過失など責められるところのない事故、すなわち保険事故とならない医療事故が繰り返された場合についてはリピーターと観念していないようである<sup>(註11)</sup>。

さらに、日本医師会の調査として、1973年から1995年の23年間で100万円以上の損害賠償請求がなされた医療事故件数は産婦人科、内科、外科が多く、同一ミスにつき4回以上の繰り返しをした医師が22名、5回以上だと16名にもものぼることが公表されている<sup>(註12)</sup>。また、1995年から2003年までに、4回以上の医療ミスの繰り返しをした医師が約30名にのぼるといわれているが、

---

(註10) 文書には、平成14年度最高裁判所の調査に基づく数字だとある。公刊されている、最高裁判所事務総局『司法統計年報 1民事・行政編』を見る限り、その数字は確認できなかった。

(註11) また、同発表の別項においてはであるが、日本産婦人科医会は、医療事故のリピーターが必ずしも医療過誤のリピーターとは限らないことを明記している。なお、この記述は、事例を詳細に検討するための調査機構を産婦人科医会内部に設立することを強調する文脈で示されている。

(註12) 平成13年11月13日毎日新聞

その大半は産婦人科医だともいわれている<sup>(註13)</sup>。

いずれにしても、過失の有無を問わず医療事故について調査しようとする動きは急速に進んでおり、医療事故かそれとも医師に責められるところのある医療過誤かの判断は、その事例の集積から取りかかろうというのが時代の趨勢である<sup>(註14)</sup>。医療事故が公表されることにより、旧来の陰蔽体質が改善されるという期待の一方、公表されることには根強い抵抗感もあろう。さらに、情報の収集と公表には、中立かつ公正な検証過程を経る必要も強く唱えられ、今後よりいっそうこの点においても監督官庁の後見的介入が必要となるであろう。そして、全国均等の運営を確保するため、あるいは医療事故情報の提供に応じない医療機関に対して、何らかの強制力を確保するためにも、最終的には法整備が必要となる可能性もあろう。

なお、医療ミスを繰り返す医療機関も一方で問題となっている<sup>(註15)</sup>。個人開業医師は別として、医療機関により医療が施される場合、診療契約の当事者は医師個人ではなく医療機関である。

(註13) 社団法人日本産婦人科医会「医療事故・過誤防止事業と報告モデル集」1頁(平成16年4月)

(註14) 2004年9月30日、医療系19学会は30日、治療中の患者の予期せぬ死亡など医療に関連したすべての死亡事例の届け出を受け付け、死亡原因やミスがなかったかなどを中立的な立場で検証する専門機関の創設を目指す共同声明を公表している。この医療系19学会の会員数は延べ約29万人にのぼり、日本国内のほぼすべての医師を網羅している。そのため、この声明は医療界を挙げた大きな動きとなることが予想された。これを受けて、国立大学法人付属病院でも、2005年3月3日、予期しない医療事故、特に副作用や合併症を中心に、医療機関側に過失がなくともすべて公表するとする指針をまとめたことを公表し、また、2005年3月8日には札幌市が同市立病院について同様な処置をすると公表し、そして2005年3月14日には北海道が9つの道立病院につきこれに倣うとの方針を公表した。その一方で、2005年3月17日には、全国の入院患者のカルテを分析して医療事故発生率を推計しようという厚生労働省研究班(主任、堺秀人東海大病院本部副本部長)の調査が、依頼した病院の4割から協力を拒否されたことが発表されている。

(註15) 2005年3月11日、私立久留米大学病院(福岡県久留米市)が一人の患者に4年間で4件の医療事故・ミスを繰り返したとして、同病院を運営する久留米大学に慰謝料など約1,100万円の請求を求める訴訟が福岡地裁に提起された。原告がミスとする内容は、患者が生後10か月の1999年、院内で搬送中にストレッチャーの車輪が外れ、転倒して頭を負傷、2歳時の2000年には、磁気共鳴画像装置(MRI)の撮影後、検査の台から転落して頭蓋骨折、そのほかに内服薬や点滴薬の処方ミスが2件だという。ミスはそれぞれ別々の医師、看護師、技師らがかかわり、同一医師によるものではなかった。

さらに医療過誤訴訟において第一に追求されるのは医療機関の責任であることから、ミスを繰り返す医療機関の存在も無視できない。前述の、リピーター医師の再教育に係る日本医師会の発表も、「反省なく事故を繰り返す医師・医療機関」とし、リピーターについて医療機関を医師と同列に扱っている。しかしながら本研究の対象は、医師資格に対する行政処分を念頭におくものであるから、医療行為の主体となりうる医療機関(法人)であっても医師免許の対象とはならないこれら医療機関の繰り返しミスについては、本研究の対象から除外した<sup>(註16)</sup>。

### 留意すべき点——医師の保身が患者の治療プランの選択を阻む

リピーター医師に対する処分を考えると、留意すべきは、リピーター医師の定義もさることながら、医療事故の定義である。今日、治療法の選択は患者の自己決定の領域であり、患者には「同意」ととどまらない、より高いレベルで治療プランの選択に参画する強いイニシアティブがあるとされている<sup>(註17)</sup>。したがって、患者には生命に危険が及ぶ治療方法を選択する自由も保障さ

---

(註16) 医療機関によるミスの反復について、財団法人日本医療機能評価機構は、その認定病院などから医療事故について報告を受け付けており、2004年8月から2005年2月の6か月間に、計94件の報告があったことを、2005年3月17日、発表した。発表によれば、同報告は、認定病院を含む2300以上の医療機関を対象に求めたものであり、うち94件は重大な医療事故であった。同機構はそのなかの42件については審査を終了し、21件について改善を医療機関に求めた。同機構は改善をしないなど悪質なケースの場合、認定証の返還を求めることもあるとし、医療機関による重大なミスの繰り返しに対する、抑止力が期待される。また、厚生労働省の社会保障審議会医療分科会は2005年2月14日、心臓手術ミスで特定機能病院の承認を取り消された東京女子医大病院の再申請に対し、実地調査をふまえた審議を経てから、決定を下すとしている。

(註17) 一般的ではないものの、インフォームド・コンセントではなく、インフォームド・チョイスという表現にこだわる識者もいる(例えば、村上陽一郎「生命科学から問う」財団法人神奈川県予防医学協会での講演にて)。

れており、医師がそれに干渉することは基本的には認められていない<sup>(註18)</sup>。

他方、多くの疾病で治療法が確立し、それに伴い、疾病毎の標準的治療方法のプロトコールができあがりつつあるのも事実である。このプロトコールはクリニカル・パスと呼ばれ、一定の治療期間を要するもの、特に入院加療を要する疾病には、患者の入院から退院までに、行われる検査、採られる治療方法、投与される薬剤、そして投与期間などが一覧できるようになる。これにより、患者は標準的な治療方法に関して多くの情報を入手することができるようになる。しかも、同じ疾患で、しかもステージが同程度とあれば、個々の医師間に生じる治療レベルの格差を是正することもできるのである。

その一方で、このパスから外れる治療方法はオプションとして採りにくくなり、患者の選択の幅はおのずから制限される。ここにさらに、医療事故だとされれば直ちに情報が公表されるとなると、医師は患者の治療プランへの意向を尊重することよりもよりもむしろ、保身のために一層安全な(死なない)治療方法へと誘導する可能性が高くなる。しかしそれでは、患者の自己決定を尊重することにより患者自身が企図する生命の質(Quality of Life)を確保させようとする、これまでの政策的努力と逆行することになる。

---

(註18) 医師が患者の自己決定<sup>あるいは自</sup>(<sup>己決定権</sup>)を侵害したかとはともかく、患者に治療方法の選択に関して自己決定権が認められているとするものとして、東京地判平成15年3月14日判例タイムズ1141号207頁、金沢地判平成15年2月17日判例時報1841号123頁、東京地判平成13年12月20日判例タイムズ1106号182頁、東京地判平成12年12月25日判例タイムズ1077号250頁・判例時報1749号61頁などがある。なお、古い判例ではあるが、岡山地判昭和57年10月4日判例時報1080号121頁・判例タイムズ487号140頁は、「患者の自己決定権も、治療に対する承諾・不承諾の選択、および悪しき結果を回避するために必要な情報の提供を受け、これによって患者に治療方法の選択を行わせるという意義以上に、医師の専門性に基づく判断の裁量性を越えて尊重されるべきものとは解されない」としている。ただその前段として、「医師の説明義務は結果回避義務の一内容であるから、その不履行によって悪しき結果が招来した場合にのみ責任が生じるものというべきである」とし、この点については、今日の患者の自律を尊重する考え方とは、開きがある。なお、治療法方というほど広義ではないが輸血方法について自己決定を認めたものとして、最三判平成12年2月29日(エホバの証人輸血拒否事件)最高裁判所民事判例集54巻2号582頁・松務月報47巻5号1108頁・裁判所時報1262号8頁・判例時報1710号97頁・判例タイムズ1031号158頁を挙げることができる。

そのため、ここでいう医療事故とは、医療統計上想定しにくい患者の死亡であれば直ちに医療事故に該当するとするのではなく、患者に生じた危険が医学統計上は起こりえないものであっても、それが患者の意向によるもの、すなわち患者の自己決定を尊重することにより招来されたものであることが明らかな場合などには<sup>(註19)</sup>、医師の処分対象となる医療事故に含まれないとして処理するような配慮が必要である<sup>(註20)</sup>。

(註19) 前註最判平成12年2月29日〈エホバの証人輸血拒否事件〉は、事案として教義が理解されにくい点は否定できないが、判例法理の射程として特別視されてはいない。そこでは、「患者が輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない」としている。そのうえで、「宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることは拒否するとの固い意思を有している患者に対して、医師がほかに救命手段がない事態に至った場合には輸血するとの方針を採っていることを説明しないで手術をして輸血をした場合において、その医師は、患者が手術を受けるか否かについて意思決定をする権利を奪われたことによって被った精神的苦痛を慰謝すべく不法行為に基づく損害賠償責任を負う」とする。この意からは、患者が輸血の可能性がある説明を受けてなお輸血を拒否し、しかもそれにより伴う一切の不利益について医師側の責任を追及しない旨の免責証書を差し入れている場合などは、輸血をしないことに伴う失血死(あるいはショック)であったとしても、医療事故には該当しないとして処理すべきかと思われる。なお近時は、このような宗教上の理由のみならず、血液感染等に過敏な患者に向けられた無輸血治療プログラムもある。このことは、平成12年判決の一般化に寄与するものであろう。

(註20) 執筆中に、東京医科大学病院第2外科の男性外科医がここ数年間に担当した心臓弁膜症手術で、患者4名が死亡した問題に関連し、この外科医が2003年6月に執刀した心臓バイパス手術後に死亡した男性の遺族から、証拠保全の申請があり、それを受けて東京地裁は、2005年3月15日、この患者の診療録などについて保全手続きを行った旨の報道に触れた。この患者に対する心臓バイパス手術は、同医師が執刀した弁膜症手術で患者の死亡例が3名出た後に行われていたという。ただ報道の中心は、同院のウェブ・サイトの冠動脈バイパス手術の方法や手術成績を記した箇所に、「1999年2月から2002年9月までの間、あらかじめ予定されていた手術、緊急手術のいずれも、「(再手術を除き)死亡は全くありません」との記載があり、あわせて日本冠動脈外科学会がまとめた「予定手術で1.3%、緊急手術で9.4%」とする平均死亡率が併記し、同病院の「死亡例なし」を実績として強調していた点にシフトしている(2004年12月18日付け読売新聞)。病院側も、これに反応し、2004年12月28日付けで、院長臼井正彦の名で『東京医科大学病院心臓手術調査委員会』発足のご報告」とする文書をウェブページ上で公表した([http://hospinfo.tokyo-med.ac.jp/upload\\_pdf/20050118\\_115954\\_1.pdf](http://hospinfo.tokyo-med.ac.jp/upload_pdf/20050118_115954_1.pdf))。現在のところ、患者死亡に至る経緯について信頼に足る情報はない。



## 2 医道審議会平成16年3月方針について

医道審議会医道分科会は、2004(平成16)年3月17日に、「刑事処分とならなかった医療過誤等に係る医師法上の処分について」と題して、既に次のような方針を打ち立てている(以下「平成16年方針」という)。まず政策的問題として、どのような医師を処分対象とするかというターゲットについて、医療過誤を幾度も繰り返すいわゆるリピーター医師と、患者が死亡した事案であって医事に関して重大な不正があると考えられるものを念頭においている<sup>(註21)</sup>。これを医師法の条文に引きつけて読み直すと、後者すなわち医事に関する重大な不正という事由については、医師法4条<sup>すなわち医師免許を与えない場合があるとする</sup>(「医事に関し犯罪又は不正の行為のあつた者」)になじむ。他方、前者すなわち繰り返し医療過誤を犯すリピーター医師に関しては、医師法4条を根拠とするにはいささか距離がある。したがって、現行医師法上で、この医療過誤の繰り返しも処分の対象になるとするためには、何らかの法律構成を構築する必要があるだろう。

この点について、平成16年方針は処分の根拠として「医師に過失・不正の事実があった」ことを前提とし、そのうえで「行政処分の根拠となる事実・証拠を特定する」とするにとどまり、何が処分の根拠とされるべきかについての言及には至らない。理論構成をするにあたり、これら方針によって拘束されるところがないという点において、本研究にとっては幸いするところである。

そこで、これを明らかにしようとするのが本研究であり、本研究の意義のひとつがここにある<sup>(註22)</sup>。

(註21) 医道審議会の「考え方」には、本文記載のようなケースを優先的かつ集中的な調査対象とすると示されている。

(註22) 本研究の全体像については、Ⅱ章1節で示すことにする。

## II 医師に対する行政処分の基礎事実に医療過誤訴訟の認定事実を用いるための構造——序説

---

### 1 本研究が想定する検討モデル

本研究は、次に示すようなモデルでこの民事訴訟、とくに医療過誤に基づく損害賠償請求を求め民事訴訟において認定された事実を基礎に、医師資格剥奪にかかる行政処分の問題を理解する。そして、このモデルは以下の2つの部分より構成される。

#### 1 第1の構造（下部構造）

---

下部組織となる第1の構成部分では、民事訴訟で認定された事実をその訴訟以外の目的に流用することの可否が主要なテーマとなる。当事者処分権主義そして弁論主義が支配する民事訴訟であるため、訴訟を提起するかどうか、そして訴訟における請求の内容はもとより、収集証拠の程度が当事者の置かれている立場や能力に大きく影響を受けることから生じる問題である。

さらに、仮に流用を認めるのだとすればその根拠はどのようなところに求められるかも問題となる。

#### 2 第2の構造（上部構造）

---

そして第1の構造部分の上部に位置する第2の部分では、民事訴訟で認定された事実を医師法(歯科医師法)上どのように位置づけるかということが主要なテーマとなる。損害賠償請求の可否を争う民事訴訟において認定される事実と、医師資格の剥奪・停止にかかる判断に必要な事実とは性質上大きく異なることが、問題を生じさせる。とくに医道審議会の言う「医師に過失・不正の事実があった」ことが医師法上、どのように構成されるのかは、どのような事実が処分を基礎づけるのかを左右する上でも、重要な問題である。たとえば、相対的欠格事由(医師法4条4

号)を拡大させて医師資格の剥奪・停止を行うのか<sup>(註23)</sup>。あるいは医師法9条や医師法2条から、およそ医師免許を受け第1条所定の医師の任務をなすに相応しい適格のようなものを読み込んで、その適格を欠く者が医師資格の剥奪・停止の対象となるとするのか<sup>(註24)</sup>。あるいは、それ以外の根拠を用意せねばならないのか。むろんこれらが相対立することもなければ、これらのなかからひとつに特定する必要もないが、医師に対する不利益処分をする以上その理論的根拠は強固なものでなければならない。これが、第2の構成部分における具体的な問題となる。

本研究は、主として第1の構成部分を対象とするものであり、第2の構成部分は次年度の研究

(平成17年度厚生労働科学研究費補助金医療技術評価総合研究事業「医療過誤等に係る医師に対する行政処分の目的・要件・事実認定並びに今後の制度上の検討課題に関する研究」主任研究者村松殿)で取り扱う。

---

(註23) 医師法4条は「次の各号のいずれかに該当する者には、免許を与えないことがある。」とし、その1号から4号までに以下の事項を並記する。「心身の障害により医師の業務を適正に行うことができない者として厚生労働省令で定めるもの」(1号)、「麻薬、大麻又はあへんの中毒者」(2号)、「罰金以上の刑に処せられた者」(3号)、「前号に該当する者を除くほか、医事に関し犯罪又は不正の行為のあつた者」(4号)。

したがって、4号にいう、「医事に関し犯罪又は不正の行為のあつた者」は条文規定の形式上、医業をなすにつき、1号から3号に比肩する程度にまで、重大な障害となる場合という限定が付されることになる。同様の制限は、免許制度からも指摘できよう。すなわち医療行為に当たる医師につき、免許制度により、国が一定水準の医療を国民に提供する体制を保証しようとした以上、その目的を阻害するに至った場合でなくてはならないということである。

(註24) こちらの構成も、医師法1条所定の目的に適わぬ医師をその水準を下回る者として、医業から排除する点では異なるものではない。ただ、説明の内容が、免許の付与に値する基本的要件に求めることに特徴がある。すなわち、医師法があえて9条に「医師国家試験は、臨床上必要な医学及び公衆衛生に関して、医師として具有すべき知識及び技能について、これを行う。」に国家試験の説明規定をおいたのは、医師国家試験の合格により当然に医師免許が付与されるのではなく、医師国家試験の合格から労働大臣の免許までのあいだに厚生労働大臣が医師としての適格を審査するプロセスがあるとの立場で2条を解釈する(2条「医師になるうとする者は、医師国家試験に合格し、厚生労働大臣の免許を受けなければならない。」。)したがって、厚生労働大臣が適格がないと判断した者には免許が付与されないこともあり、またいったん免許の付与を受けた者であっても、のちに適格のないこと判明すれば、厚生労働大臣による医師資格の剥奪・停止も認められるとする構成である。

## 2 民事訴訟における資料の扱い

それでは、民事訴訟において判決の基礎となる資料は、どのようにして収集され、法律上どのような意味を有するのであろうか。民事訴訟における判決の基礎資料は、弁論主義により支配されるといわれているが、この節で弁論主義について簡単に確認しておくことにする。

### 1 弁論主義

判決の基礎となる資料を一般に裁判資料と呼ぶ。この裁判資料は、事実と証拠に分けられるが、民事訴訟においてこの事実には「真実」という意味はない。すなわち、当事者の主張する事実、あるいは裁判所の認定する事実を指す。当事者の主張する事実は、多くの場合、主張する当事者に都合がよいように組み立てられており、また、当事者双方が事実そのものを各自の都合の良いように認識しているからこそ、紛争が生じる。したがって、この当事者の主張する事実がそのまま裁判資料とされることはない。

しかしながら、この当事者の主張する事実が広い意味で裁判資料を構成するとされるのは次のような理由による。民事訴訟においては、裁判資料の収集を当事者の責任とし、裁判所が積極的に収集することはないとされている。この原理・原則を弁論主義という<sup>(註25)</sup>。他方、弁論主義に対して、裁判所の職責をもって裁判資料の収集をなすべきとする原理・原則を、職権探知主義

(註25) 弁論主義は、私益に関する事項は、当事者の自由な処分に委ねられるべきであるとする思想に由来する。したがって、実体法上当事者の自由な処分に委ねられた事項に関しては、それに関する紛争の解決を司法機関に求めた場合であっても、解決内容については可能な限り当事者の意思に沿ったかたちでなされること、言い換えれば、自主的解決に近い内容となることが望ましいとする主義である。このような内容で紛争を解決しようとするところから、裁判の前提となる事実関係の解明を当事者の役割とし、さらには裁判においても当事者が事由に処分できる事項が留保されるということになる(例えば、新堂幸司『新民事訴訟法[第2版]』379頁(弘文堂、2001年)、伊藤眞『民事訴訟法[第3版]』252頁(有斐閣、2004年)、高橋宏志『重点講義民事訴訟法 上』362頁(有斐閣、2005年)、上田徹一郎『民事訴訟法[第4版]』313頁(法学書院、2004年)、中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕編『新民事訴訟法講義[第2版]』184頁[鈴木正裕執筆](有斐閣、2004年))。