

病院に5Sを導入するにはその提供している財、すなわち保健医療サービスに則した形で導入する必要がある。言うまでもなく、保健医療サービスは、サービス産業一形態であり、サービス財には以下の4つの性質がある。

- ・ 無形性：購入以前に試用ができない。
- ・ 非分離性：生産と消費が分離できず、同時に行われる。
- ・ 変動性：提供者、時間、場所によって財の価値が大きく左右される。
- ・ 即時性（消滅性）：在庫できないことにより、顧客の増減に合わせてサービス量を調節することが難しい。

これらの財特性からサービス財の質管理では、事前にサービスの質を確認することが難しいこと、途中での手直し（品質の見直し）ができないこと、TPOによって要求される質が異なること、要求水準を確認することが難しいことなどを考慮する必要がある。またサービス産業は製造業と比較して労働集約型の産業である。特に顧客と直接接する機会が多いサービス業では人材が財の質を大きく左右する。

一方、保健医療はサービス産業の一形態であるが他の産業とは異なる性質を持つ。川淵（1993）では日本の病院組織の特殊性が以下のようにまとめられている¹。

- 1) 一般企業は営利組織であるが病院は原則“非営利”型組織である。
- 2) 一般企業は社員のほとんどがほぼ同質な集団であるが病院は国家資格に裏づけられた多種多様な専門職集団である。病院組織では診療部門を中心とする医療関係部門が一般企業の開発、製造、販売部門を兼ねている。
- 3) 一般企業は総合職等で部門間移動があるが、病院は専門職集団なので部門間移動はあまりない。
- 4) 一般企業は「会社一丸」と言う組織風土を作りやすいが、病院組織は個人主義が強くとままりにかける
- 5) 一般企業は社員同一の給与表が適用されるが病院では職種別の給与表が存在する。
- 6) 一般企業は終身雇用制度を原則としているが、病院は中途退職・採用が一般的で職員の離職率・転職率が高い

上記の特徴は日本の病院組織が日本企業の組織形態より欧米型企業の組織形態に近いということを表していると言える。

また米国のNDPでは他産業と異なる医療機関独特の特徴として、

- 1) インプット（治療や投薬など）とアウトプット（完治や後遺症、死亡など）の間の不明確な関係（因果関係を明らかに出来ないことが多い）
 - 2) 顧客（患者）が医療の質が高いか低いかを区別することは非常に難しい。（よし悪しの結果が出るのに時間がかかることがある）
 - 3) 権力の二重性（管理部門と医療部門）
- などが挙げられている²。

つまり労働集約型産業である病院には5S,CQI,TQMを導入するメリットが多く存在するが、同時に専門家集団であることなど病院の特殊性が5Sの全員参加による導入の阻害要因となっていると考えられる。そのため本論で取り上げた事例施設では様々な工夫（促進要因）を用意し、5Sの導入、定着を図っている。

¹ 川淵(1993) p. 32

² D.M. Berwick (1990) p. 151

竹田総合病院の場合は、5S活動を継続させるためには常に新しいことへの挑戦という刺激が必要であると考え、5S活動をマンネリ化させないための「はじめて」に挑戦するという仕掛けを設けている。具体的には

- ①「ヒト」についてははじめて
→ 婦長・課長から主任・係長への権限委譲
- ②「モノ」についてははじめて
→ 職場単位で不要品選定の権限委譲
- ③「カネ」についてははじめて
→ 実行リーダー単位で3,000円の整頓準備金支給
- ④「情報」についてははじめて
→ 優れたアイデアを共有するために情報交換を開催

である。これらの仕掛けが職員のやる気や遊び心をくすぐり、職場の良い雰囲気作りにゲーム感覚で参加できる同期を与えていると考えられる。

キャッスルストリート女性病院の場合、まず職員の「考え方の変革(Change Mind Set)」から取り組んでいる。つまり陰気な気持ちで職務に関わるのではなく、陽気に明るく働けるよう、彼らの気持ちの持ちようから変えていくこととしたのである。まずは「自分は出来る」と思わせること、やる気を出させること、各人の職務に誇りと尊厳を与えることを心がけ、5Sによる職場環境の改善を行った。つまり「職員満足無くして患者満足なし」ということである。そしてその対象としては前述のとおり看護スタッフを中心としたが、非医療従事者も深く巻き込んでいる。警備員や針子、給食係などの職場環境も改善し、職員全員の満足度を向上し、誰もが働きやすい職場を目指したのである。また前述のとおりリサイクルにより5Sの活動資金を得たわけであるが、5Sが徹底されると院内感染が減少し、その結果として不必要な抗生物質の使用が削減され、病院の経常経費に余裕が出来たことから、その余剰金で更なる改善活動を推進することが可能となった。そしてリサイクルによって得られた資金は職員への小口の貸し出しなど職員の福利厚生の向上に使用されている。また病院の活動を一般社会から評価してもらうことで、職員の動機付け、さらに改善活動の効果をアピールすることに成功している。具体的にはスリランカの産業界の5S賞やTQM賞に応募し、受賞している。

AAKCPではスリランカでの成功体験における促進要因を参考にして、5Sの実施先(パイロット病院)を中心に上位行政組織(保健省、地方行政)も巻き込む形でプログラムを考案し、上位組織のコミットメントにより、パイロット病院が改善活動を実施しやすい環境を整備することとした(図6)。またスリランカと同様、Change Mind Setから始まり、職場環境の改善、生産性の改善、質、安全の確保、それからTQMに発展する過程を示すこととした。また8カ国同時に実施することで仲間意識、ライバル意識が醸成され他国には負けられないという気持ちがモチベーションの維持に一役買っていると思われる。さらに日本とスリランカの成功事例を見せることにより、日本からスリランカへの移行過程を理解するが出来き、自分たちにも実施可能であるという自信を受け付けることが出来たと考えられる。

(2) 留意点

上記のように、病院改善の一手法として5Sは大変有効であり、保健医療サービスの特徴を捉えた上で実施するのであれば、5S活動が高い効果を生み出すことが考察できた。しかし課題はその後である。5SはCQIやTQMのための前提条件であり、病院改善のエ

ントリーポイントに過ぎない。5S から医療の質、安全の改善、さらには病院の包括的な経営改善に進むには用意とはいえない事情がある。なぜなら他の産業界においても5S, CQI, TQM の個別の成功事例はあるが、5S から CQI、そして TQM への移行は必ずしもスムーズに行われていない。病院の場合、5S は職場環境、職員満足という部分最適を目指しているがそれを業務の最適化や病院としての全体最適、さらには地域社会における自病院の最適化を行うための移行が必要となるが、実は各ステップの方向性と自ステップの目標が必ずしも一致するとは限らないため、その調整が必要となる。

「5S から CQI、TQM へ段階を踏んで移行することが病院改善には有効である」ことは筆者達がスリランカ、AAKCP を通じてまとめた考察であり、特に途上国においては有効であると考えられる(図 7)。よって既存の文献では、5S、CQI、TQM を個別のプロセスとして扱い、個別に実践方法が解説されているが、5S から CQI、TQM への移行プロセスが示されている文献は無いようである。

図 1

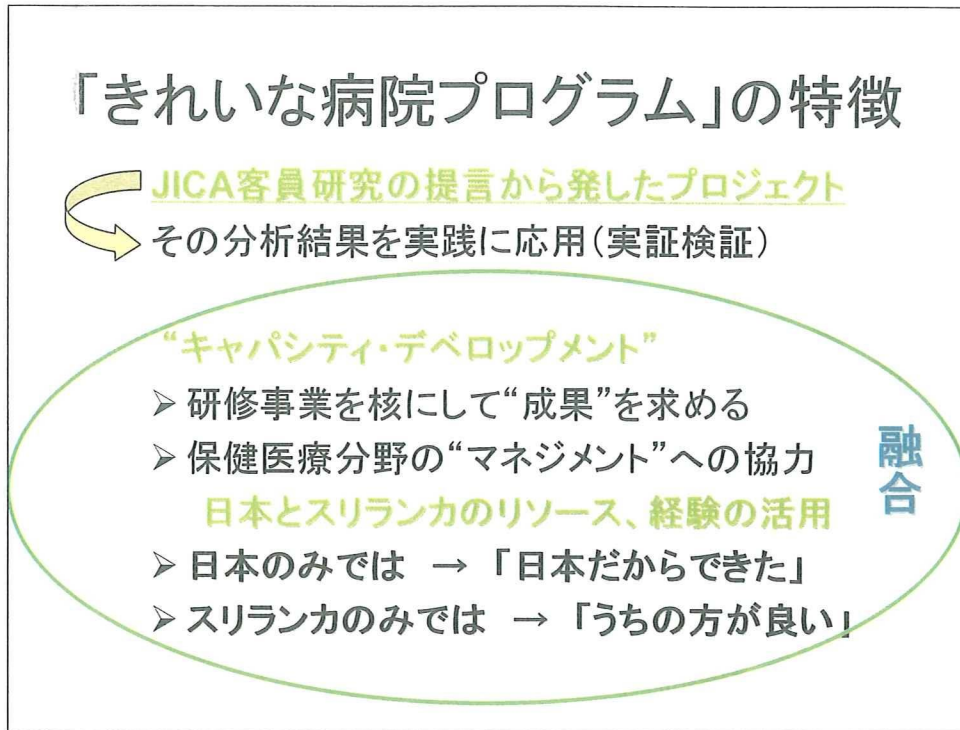


図 2

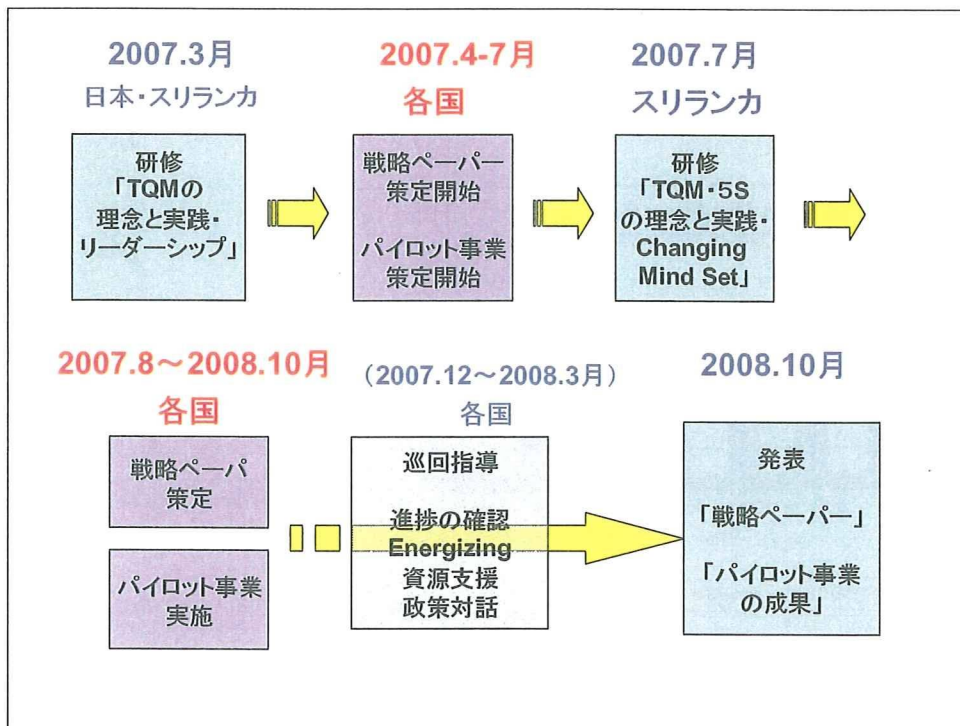
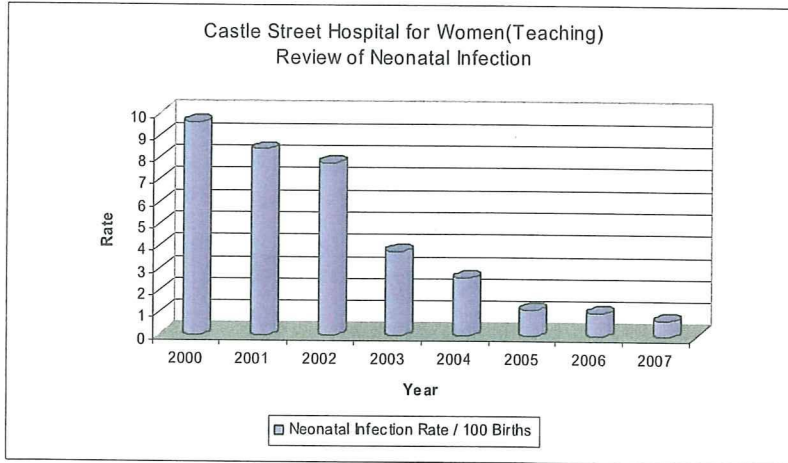


図 3

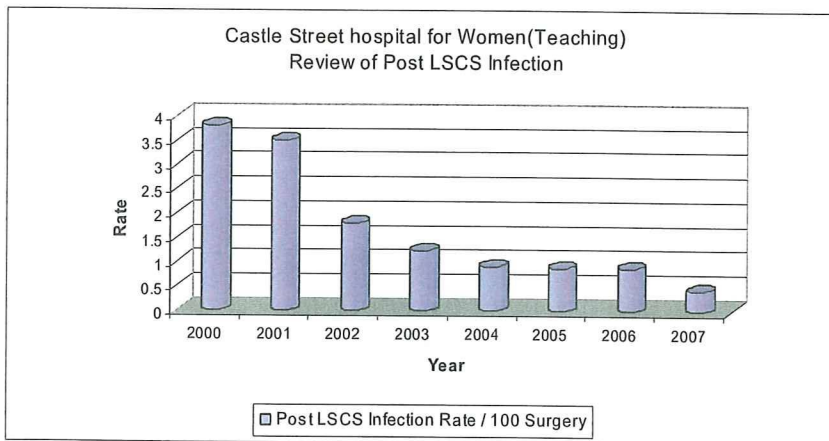
TQMの結果(1)



From Castle Street Hospital for Women

図 4

TQMの結果(2)



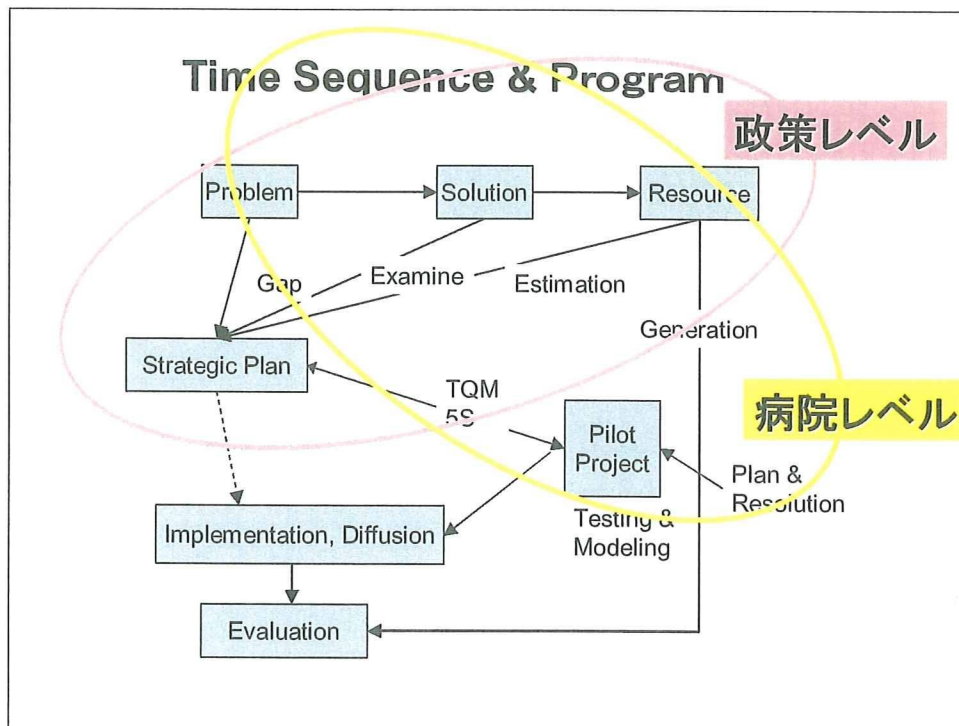
From Castle Street Hospital for Women

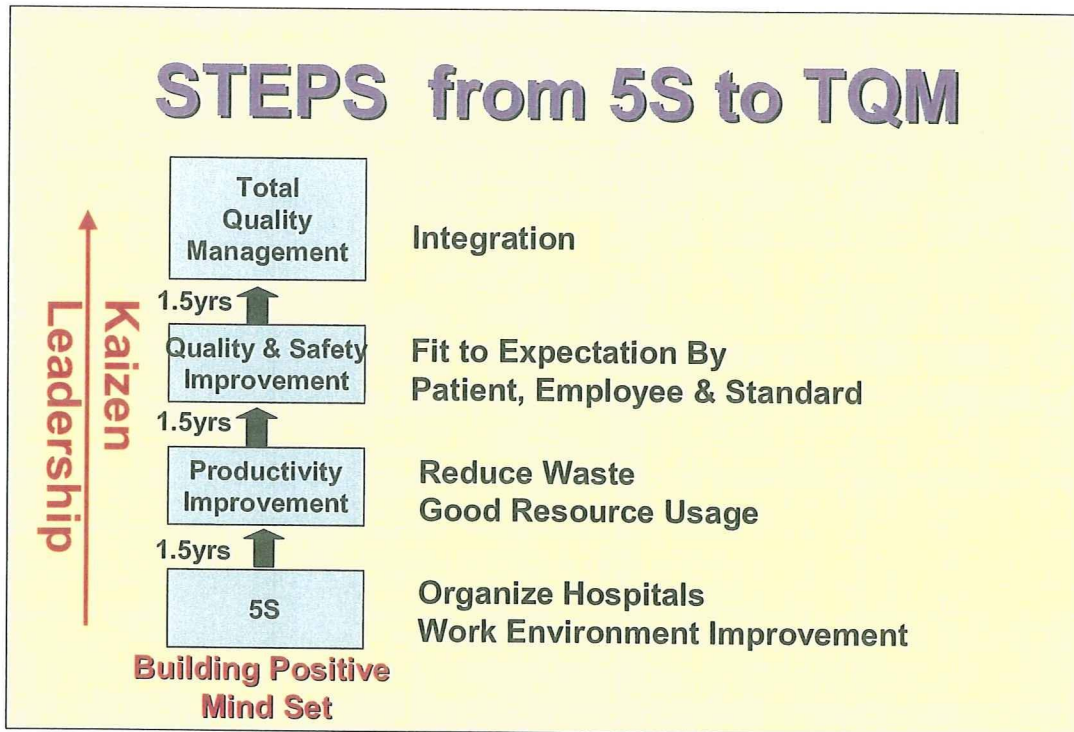
図 5

パイロット病院の結果

	パイロット病院		
	3Sの実施	2Sの実施	CQIへの展望
タンザニア	◎	◎	◎
ウガンダ	◎	○	○
ケニア	◎	○	×
エリトリア	◎	◎	○
セネガル	◎	○	×
マダガスカル	◎	◎	○
ナイジェリア	◎	○	○
マラウイ	◎	○	△

図 6





信頼のコミュニケーション

1. 信頼のコミュニケーション

医療者は事故を起こすために診療をしたのではなく、直接の原因として個人に過誤がなかったにせよ、結果として有害事象（事故）が起こってしまうことがある。確かに起きてしまった被害に応じて保障されることは当然必要なことである。

しかし医療者にとっては、その過程で事故に対する手続きが、訴訟の法的措置の場合には大きな戸惑いがある。

ミスや事故を起こしていないにも拘わらず訴えられるケースでは、さらに大きく困惑せざるを得ない。一方で、ミスが明確な場合でも訴えられないことがあり、医療安全と訴訟をめぐる力学は複雑である（図1）。

私はその謎を解く鍵が「信頼のコミュニケーション」であると考えている。

近年、安全対策の考え方として、ひとつの事故の背後に沢山のヒヤリハットが隠れている事故のピラミッド、「ハインリッヒの法則」が提唱されたり（図2）、医療安全では幾つもの防御壁を通り抜けて事故が起こるリーゾンの「スイスチーズモデル」が示されている。しかし実は「患者と医療者の間の信頼関係」にも、同様の構造が考えられる。ミスから訴訟の過程で同様に小さな隠れた不信が積み重なって最後の訴訟に至る「不信のピラミッド」や、信頼関係に何回かの穴があいて訴訟に至る「信頼のスイスチーズモデル」が想定されるからである（図3）。

古来、医療行為は人類誕生のから今日までの歴史を通して、「治す人」と「治される人」の信頼関係の上に成り立っている。他の商品のように製作者が消費者に手渡せば終わるというのではなく、比較的医療側の役割が多いと考えられている。手術や新蘇生術でさえも患者側の協力なしには成功しえない。そう考えると診療行為はまず、「医療提供者と患者」の最も根元的なチームによって担われねばならない。そしてそのチームの繋がりは医療者と患者の絶え間ないコミュニケーションと相互の理解への努力によって育まれるものである。

2. コミュニケーションとチーム

実はコミュニケーションを単に「情報の受け渡し」と考え、それを正確に行えば過誤が起きないと考えている人は、誤解である（図4）。コミュニケーションはそれ以上のもの、つまり互いの応答を前提とした「関係作り」に外ならない。医療におけるコミュニケーション即ち関係づくりは、信頼によって成り立ち、信頼を醸成するものである（図5）。

信頼のチームづくりの方法、即ち信頼のコミュニケーションは最初が肝心で出会った瞬間から「構築」され始める。場合によっては、残念ながらミスや事故によって損なわれる可能性が生じた場合に、いかに信頼を「維持」するかが治療の成否を決め、訴訟に繋がるかどうかを決める。そしてさらに一旦、患者が不信に陥り信頼関係が損なわれた場合も、それを如何に「回復」するかが医療者の側に問われている。

従って、信頼の3ステップ、ホップ・ステップ・ジャンプは、いわば土台にある最初の医療者と患者の「信頼関係の構築」、次いで、事故発生時における真実告知などを通じた「信頼の確保と継続」、さらには不信が生じた場合のメディエーション等による「回復」という、「信頼の家」が想定できる。医療の安全性や患者、職員の満足はその上に構築される（図6）。信頼を大きく育てるものであると捉えるならば、根っことしての信頼の構築、「幹」としての信頼の確保、そして「葉」としての信頼の回復という「信頼の木」が想定され、それが育つためには「肥料」即ちよりよいコミュニケーションが、また「水」即ち医療安全の活動が考えられるのではないだろうか（図7）。

3. 医療安全と信頼のコミュニケーション

我々は病院の中に事故の防御システムの構築など医療安全システムの構築と共に、並行して信頼のコミュニケーションの3ステップを醸成する活動を推し進めなければならない。

ちょうど一昔、10年少し以前、良い医療を提供すべき大学病院で相次いで医療事故が発生し、社会問題となり、医療界全体として取り組まざるをえなくなって、院内に医療安全システムが構築されてきた。そして多くの病院で形は整った。しかし、実績が上がっているのかという疑問も聞かれる。その理由の1つは、職員一人一人の意識、いわゆる安全文化の醸成が成功しているのかという疑問である。

職員にとって医療安全活動、例えば事故報告はたいへん煩雑な業務であり、場合によっては個人のリスク、すなわち報告による過誤の露見と解雇のリスクを意味するからである。しかし、医療安全は個々の職員の支えなしにはあり得なく、そこにジレンマが生じている。

今回提案する信頼のコミュニケーションこそが個人のリスクと組織のリスクを共に軽減し、ひいては医療安全をも推進する「失われた環 (missing link)」といえるのではなかろうか (図 8)。

4. 患者の不安と不信が医療訴訟の現況

医療を求めて入院する患者の心境は、突然日常生活から切り離されて見知らぬ、しかも複雑な環境の病院に放り込まれることの不安と恐怖に満ちている。そして、続きと目の前に立ち現れる種々の職種の専門家に対して、うまくチームの一員として参加できないことへの不安である。

医療者側は悪気があるわけでもなく、また意図的でもないが、忙しい日常業務の中で患者をチームの一員として受け入れることを拒む結果となってしまう。また、そのような考えを持たないことも、その原因と考えられる。拒否が繰り返され、最後に患者が不信感を募らせ、それが医療訴訟の原因となっているのではなかろうか。

病院組織や職員の態度として、まず患者をチームの一員として受け入れる形で設計することが信頼のコミュニケーションの出発点である。そして、共通の目標を持ち、それぞれ役割分担すること、それが安全で効率のよいチーム作りの原点で、かつ訴訟の減少につながる。

5. 本号について

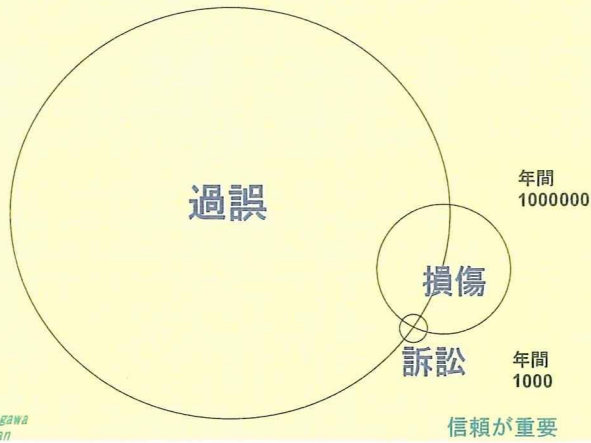
このたび、医療マネジメント学会と医療安全研究会が共同で「医療における信頼のコミュニケーション」の3段階をいかにうまく推進するか、研究会の有志が開発したケースを用いて具体的な方法のワークショップが開催された。臨床心理士・堀越勝氏による「コミュニケーションの構築方法」及び日本でのプライマリケアをリードする福島県立医科大学教授・葛西龍樹氏による「医療者と医師のコミュニケーションのあり方論とその技法」、さらに熊本大学での医療リスク管理学講座・石原明子氏による「真

実告知の考え方」、全社連の渡辺氏による「全社連・真実告知ガイドライン解説と実例報告」、最後に府中病院事務部長・山村氏より「信頼が損なわれた場合や苦情対応の実例についてのプレゼンテーション」があり、提出されたケースを元にワークショップが行われた。

「医療安全」誌今月号ではこのワークショップの内容を特集したものであり、それぞれの項目の中身については、各講師の論文を参考にされたい。

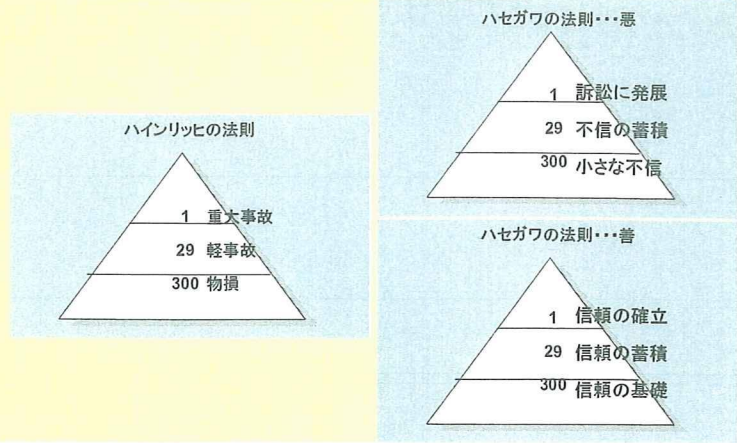
私はこの「信頼のコミュニケーション」によって、事故も訴訟も減り、効率も向上し、患者が、そして医療者の満足も高まると考えている。

3つの事象の関係 必ずしも一致せず

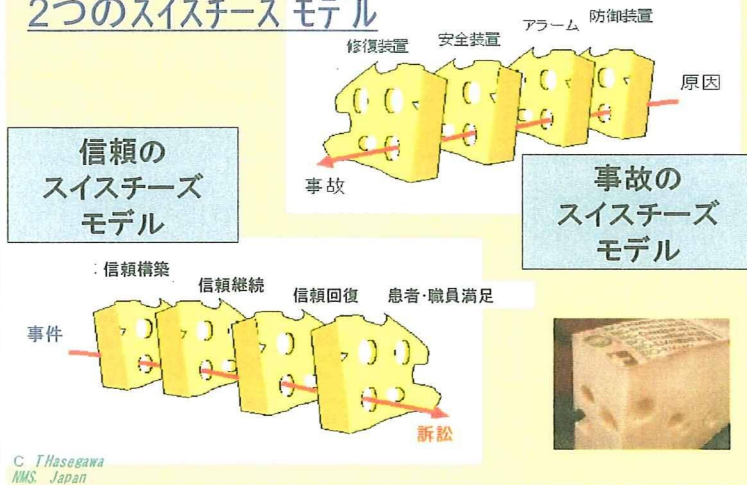


© T.Hasegawa NMS, Japan

信頼もしくは不信のピラミッド

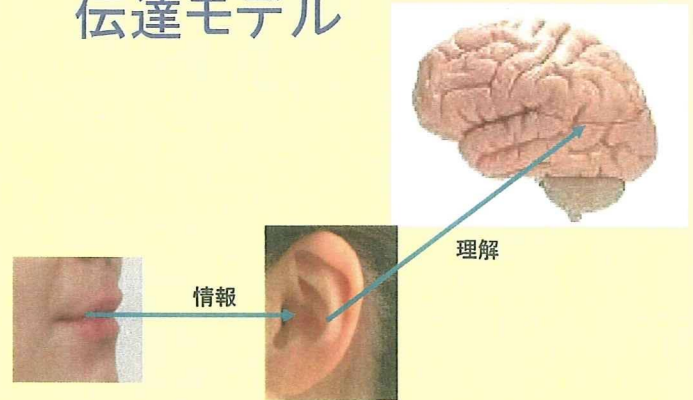


2つのスイスチーズモデル

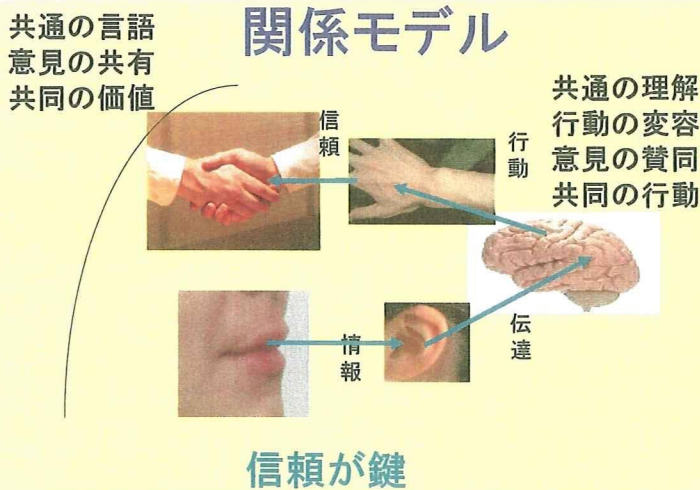


© T.Hasegawa NMS, Japan

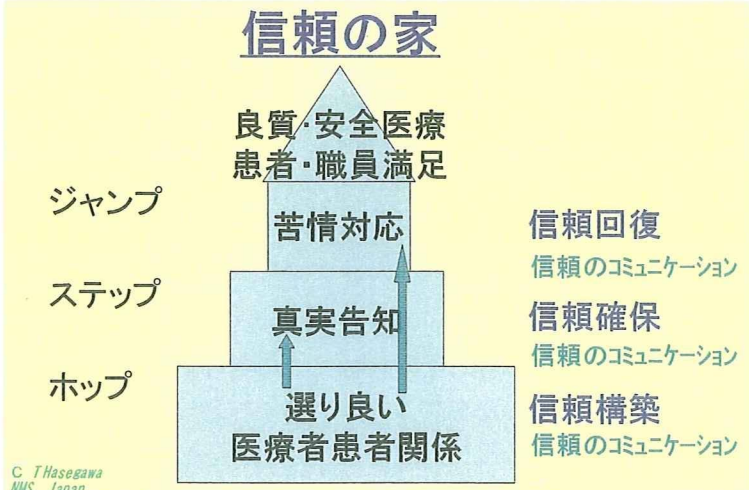
伝達モデル



関係モデル



信頼の家



© T.Hasegawa NMS, Japan

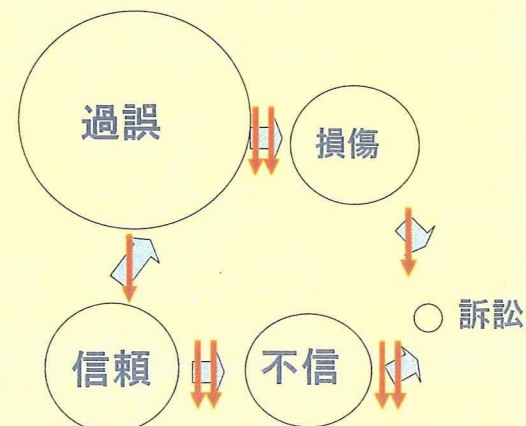


© T.Hasegawa NMS, Japan

結論

安全のマネジメント

信頼のコミュニケーション



© T.Hasegawa NMS, Japan

F. 医療行為の法律学的分析

1 1. 免責制度における法的考察

1 2. 医療の意思決定の法的分析

免責制度に関する法的考察

1 はじめに

現在、医療崩壊は止まることなく進行している。国民の生命・健康を維持するために、十全な医療を受けることができる体制づくりは喫緊の課題である。

現在、医療崩壊の原因として指摘されているのが①医師患者関係の崩壊、②激務、及び③医療費削減である。そして、①医師患者関係の崩壊の原因として⑦民事訴訟の増加④刑事介入⑤マスコミ報道があげられている。

本稿では、民事訴訟における免責制度について法的考察を行うこととする。現在の混乱を防ぐ議論の端緒となれば幸甚である。

2 民事訴訟の問題点

医療訴訟の原告勝訴率は40%前後（一般民事事件は85%前後）で推移している。雑駁に言えば、問題がない医療を行っているにもかかわらず、訴訟に巻き込まれる危険性が他と比して4倍高い（ $(100-40) \div (100-85)$ ）ということである。

にもかかわらず、民法709条は「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う」とする一方、刑法211条1項は、「業務上必要な注意を怠り、よって人を死傷させた者は、5年以下の懲役若しくは禁錮又は百万円以下の罰金に処する」とあり、医療に関しては、両者の要件がほぼ一致することはこの問題を著しく大きなものとさせる。

原告側弁護人が、相手に圧力をかけるために、告訴をすることを予告して、謝罪させたり、思惑通り相手に動いてもらおうと試みたりすることがしばしば見受けられる。

もし、実際に告訴された場合には、警察にて取り調べを受けることとなり、一定の捜査が終了した場合には、書類送検されることとなる（刑事訴訟法246条）。

その際、何者かから情報提供を受けたマスコミが「医師〇〇が業務上過失致死の疑いで書類送検された」と実名報道を行うことがしばしば見受けられることから、この問題の影響は測り知れないものである。

医療者にとって、問題のない医療を行っているにもかかわらず、民事訴訟に巻き込まれる可能性があるということは、上記リスクを負うことであり、萎縮医療、救急医療崩壊等は当然の結果と言えよう。

3 免責とは

免責とは、「債務者が債務の全部または一部を免れること」を意味する。即ち、①債務者であること②債務の全部または一部を免れることの両者を満たす必要がある。

ここで言いたいことは、債務者でなければ、そもそも免責云々の議論にならないという

ことである。即ち、免責を得るためには、実体法上、権利が存する場合、又は契約を締結した場合であることが必要である。

一方、債務者であった場合には、債権者の意思表示若しくは、双方の合意により免責を行った場合、又は法律上債務の免除等がなされた場合に初めて免責されたということとなる（以下、「狭義の免責」という）。

	債務免除あり	債務免除なし
債務あり	狭義の免責	現状
債務なし	免責と同効果	免責と同効果

ところで、医療従事者にとって重要なことは、上記のとおり、民事訴訟に巻き込まれる可能性を減らすことにある。即ち、当該可能性を減らすことができれば、免責制度である必要はないのである。

以上より、免責の効果を生ずるスキームも含め、考え得る可能性を列挙し、各スキームにつき法的考察を行なってみることとする。

4 考え得る法的スキーム

(1) 狭義の免責

ア 狭義の免責

個々に債権者が債務免除を行うことは勿論可能ではあるが、だからといって、「治療に関連して生じた損害すべてにつき、病院に対し一切の請求を行わない」というような同意書を病院が診療前に得たとしても、公序良俗に反し無効と解されていた（現在では、消費者契約法 8 条により一部免除すら許されなくなっている）。それでは、法律上、「損害賠償の請求をすることができない」とすることは、どうであろうか。

最高裁判所判決昭和 35 年 7 月 6 日民集 14 卷 9 号 1657 項によると、「性質上、純然たる訴訟事件につき終局的に事実を確定し権利義務の存否を確定するような裁判が公開の法廷における対審及び判決によってなされないときは、憲法 32 条・82 条の違反である」としており、一見すると、法律上「損害賠償請求できない」とすることは、国民の裁判を受ける権利（憲法 32 条）を侵害することとなり許されないと考えられそうである。

しかし、憲法 32 条の保障する「裁判を受ける権利」の内実とは、最高裁判所判決昭和 28 年 12 月 23 日民集 7 卷 13 号 1561 項によると、原判決にて判示された「憲法第三十二条の規定は、民事事件についていえば、何人も裁判所に訴訟を提起するときは、その受理を拒まれ、したがってまたその審理及び裁判を受けることを拒まれることのないとの趣旨であつて、常に必ず本案それ自体裁判を受ける権利を有することを意味するものではない。訴訟を提起しても、所謂訴訟成立要件を具備していないために、本案前の裁判において訴を不適として却下せられることもあるのであるが、かかる場合でも、裁判を受ける権利を奪われたわけでないことは言を俟たないところである。」を受け、「原判決は、上告人の本訴請求を権利保護の利益なきものとして棄却の裁判をしたものであつて、裁判そのものを拒否したのではなく、憲法三二条に違反したものとはいえない。」としている。即ち、法律上、「損害賠償請求できない」としても、訴訟提起することはできるのであり、「訴訟要件を欠く」

として却下判決を受けることをもって憲法 32 条の要請は満たしているといえると考えられる。

しかし、「損害賠償請求できない」とすることは、国民の財産権の制限にも該当するのであるから無条件に許されるものではない。ただ、「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。」（憲法 29 条 2 項）のであり、具体的には、その法律の目的、及び方法が著しく不合理であることが明白でない限り合憲であると考えられている。また、憲法 29 条 3 項は、「私有財産権は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる。」としている趣旨を鑑みると、「①対価なく②一律に損害賠償請求できない」とすることは、財産権侵害として許容されない可能性が存するものと考えられる。

イ 対価がある場合

それでは、対価があった場合はどうであろうか。例えば、ある損害に対する適切な損害賠償額が X 円であったときに、法律上「X 円を給付する」という条項とともに「損害賠償の請求をすることができない」としたとする。

この場合、「X 円の給付」をすることにより、損害賠償権が消滅してしまう（千円の本を買う場合に、本を受け取り、千円を支払えば、原則権利関係は残らなくなるから、訴えるにも請求自体がないことになる）のであるから、そもそも裁判を受ける権利や財産権の制限にはなりえない。

では、「0.7～0.8X 円を給付する。」ではどうか。価額としては、弁護士費用等裁判において必要となる経費及び、裁判に要する費用・労力を考えると実際上の相当対価と言えるのであるから、方法及び、補償額は正当である。また、目的が著しく不合理であることが明白とは言えないのであるから、合憲と考えられる。

それでは、どこまで係数を下げることができるかであるが、一例として、最高裁判所判決昭和 55 年 11 月 5 日判時 986 号 105 項では、船舶の所有者等の責任の限に関する法律の適用により、実際に生じた損害額の 3% 程度まで免責された（97% の免責）事案で「憲法 29 条 1 項、2 項に違反するものということとはできない。」としたものがあるが、法律上可能か否かという議論とは別に、実際に生じた損害を填補する必要があることは明らかであるので（そのため、司法において医療訴訟の無過失責任化が進んだ）、この議論は適当ではないと考えられる。

ウ 一律ではない場合（選択できる場合）

例えば、法律上「給付を受けることができる」という条項とともに「給付を受けた場合には、損害賠償の請求をすることができない」とした場合にはどうであろうか。この場合、債権者は、自らの意思で、給付を受け取る代わりに、請求権の放棄をする（和解契約の締結とも考えられる）か、給付を受け取らず、訴訟するか選択することができるのであるから、給付額が安すぎる等特段の事情がない限りは、憲法上の問題は生じえないものと考えられる。

エ 小括

債務が存するにも関わらず、法律上、損害賠償請求をすることができないとすることは、国民の裁判を受ける権利（憲法 32 条）や財産権の制限となりうる以上、無限定に認められるものではない。ただ、現在のところ、判例を鑑みると広範囲に認められる可能性が存すると考えられる。しかし、免責制度は、医療崩壊を防ぐことによっては、国民が十全に医療を受けることができるようにするという目的におい

て、正当化されるものであり、問題のない医療行為に起因する民事訴訟から連なる甚大な被害を防ぐことでその目的を達成しようとするに止まるのであるから、社会保障として、医療に起因する損害の填補をすることは、憲法上の要請にかかわらず行うべきものとする。

一方、狭義の免責制度ではないが、実質的に免責と同等の効果が得られるスキームがウであるが、その場合には、応報感情が強い者から2に挙げた行為を医療者が受ける可能性は避けられないこととなるから、医療崩壊への処方という意味での効果としては若干ではあるが弱いものとなる。

(2) 債務がない場合

ア 広義の免責

前回検討した本来の意味での免責（狭義の免責）のように、一旦、権利を発生させたうえで、訴訟上請求できないとする場合には、法律上考察すべき点が複数ある。それでは、そもそも法律上債権自体がないとすることで、同様の効果を得る場合にはどうであろうか（広義の免責）。

具体的な例として、「失火の責任に関する法律」は、「民法第709条の規定は失火の場合には之を適用せず。但し、失火者に重大な過失ありたるときは此の限りに在らず」と定めている。即ち、軽過失により火災が発生し、近隣の家屋を延焼させても、民法709条は適用されないのであるから、損害賠償請求権は発生しない。したがって、隣家の住民は、失火者に対し何らの金銭も請求できないこととなる（そのため、各人が自己の家屋に火災保険をかけるのである）。

このように、法律上債権が発生しないため（債権がないのであるから）、当然に何らの支払い義務も生じない場合は、正確には免責とは言わないが、得られる効果が同様であるため広義の免責として考察する。

それでは、同様に、「民法709条及び415条の規定は、医療行為に関連して生じた損害に対しては適用しない。但し、行為者の故意によって損害が発生した場合にはこの限りではない。」というように定めた場合、法律上どのような問題が生ずるのであるか。

イ 民事法の原則

私人間に適用される民事上のルール（法）は、その時代時代により適正化されるべきものであり、絶対的真理のようなものを観念する領域ではない。例えば、大航海時代のように船が目的地に無事に着かないことが多かった時代と、ほぼ間違いなく船が着く現代（昨今一部問題化はしているが）とでは、船荷に対する運送人の責任の限度に差異があつてしかるべきであろう。

また、時代的背景が同じでも、さまざまなルール設定は考え得る。船荷に対する運送人の責任限度は、海難事故のリスクをどのように配分するかのルール設定でしかないものであり、運送人の責任限度を低く抑えれば、船荷の所有者がそのリスク分を商品の値段に転嫁すればよいということとなり、逆に、運送人の責任限度が無制限に近づくほど、運送費が高騰するというだけのことである。

したがって、民事法の世界は、その時その時の事情を考慮して、社会が円滑に運営されるよう変更していくべき性質のものであり、不変の原理のようなものはわずかしかなないのである。事実、商法の大部分は平成17年に会社法として大きく法改正されているし、民法の改訂作業も現在進行中である。

この点、前回検討した狭義の免責は、訴訟法の世界であり、国家の裁判権をどのように規定するかという議論であるから、公法的な規制を考慮せざるを得ない点で大きく異なる。

ウ 小括

民事法の世界において、発生した損害をどのように配分すべきかは、その時代背景に応じて、ルールを適正化すればよいだけであり、法律上の問題は原則（国賠の問題）としては生じない。

日本の国民は世界一の医療を享受している一方、公定価格下での医療費削減政策の結果、病院の経営は赤字化している。医療において、損害が発生したとき、最早コストとしても、人的資産としても吸収する余力が残っていないのである。

その上、前回述べたように裁判沙汰、新聞沙汰、警察沙汰（併せて三沙汰）に巻き込まれるリスクを医療者に負担させることは凡そ衡平な分担とは言えないのであり、その結果が現在の医療崩壊として表れている。

ただ、そうであったとしても、患者個人でその負担をすべて負うことは不相当であることは言をまたないのであるから、公的ないしは民間による保障制度の構築は必須であるものと考ええる。

5 結語

医療行為に関連した損害を過失責任主義の下、裁判というツールを用いて解決をはかろうとすると、裁判所としても、「現に生命・身体に発生している損害をすべて患者個人に負担させることが衡平と言えるのか？」という視点で過失判断をすることとなるため、結果としてこれまでは、いきおい医学的に不当と思われるような過失認定（実質的には過失責任）をしたり、医学的に誤った事実認定をしてしまうということが発生し、現在医療崩壊を導く原因となってしまった。

このような現象は、そもそも現在の社会保障体制では、国民に不幸にも生命・身体に損害が発生した場合のセーフティネットとして不十分であることに起因しているのである。重度の脳性麻痺の児を養育するのに物理的にかかる費用負担をすべて個人で備えておくべしとすることは不可能であり、それを国民全体で相互扶助するのが社会保障制度であろう。

現在までは、社会保障費の削減のためだけに、病院の経営を赤字ラインまで引き下げ、あまつさえ問題が生じたときにしばしば医療者を悪者としてスケープゴートに用いたために、医療崩壊にまで至ってしまった。医療者と患者は本来共に歩むべきパートナーであり、いつ訴えてくるかわからないという不信の種をまき、対立構造に仕向けた罪は重い。

現在の状況を改善するためには、偶発する不幸に対し、国民が安心できる社会保障制度を構築することであり、偶々その場にいただけの当事者に負担をなすりつけることは論理的にも誤りであるばかりでなく、国民にとって不幸以外のなにものでもない。

現在の混乱を正常化するための第一歩として免責制度が必要であるところ、今回検討したように、免責制度には法的に本来の意味での免責である狭義の免責と免責的効果が得られる広義の免責があり、そのいずれもが法的に許容されうるものと考えられる。

免責制度は、現在の医療崩壊の改善策の一里塚となりえるものであり、その効果として、医療崩壊の改善ばかりでなく、医療事故の原因究明の促進、医師患者関係の改善が

見込まれるものとする。医療の崩壊を止め、安心できる社会に変革していく必要がある。

医療の意思決定と法的分析

1. 経緯

本件は今から11年前（平成10年）に起きた事案である。気管支喘息の重積発作により心肺停止状態で搬送された患者に対し、蘇生は成功したものの、入院より2週間が経過しても意識が回復しなかったことから、家族の要請を受け抜管した。ところが、患者に苦悶様の症状が強かったことからセルシン、ドルミカムを点滴静注、なおも改善しないため、同僚医師の助言によりミオブロックを点滴静注したという事案である。事案から4年後、病院内の内部紛争を契機ににわかに騒ぎが発生し、医師の退職を経て、平成14年4月に病院が記者会見を行い世間に知られることとなった。

当時の世間の風潮から検察も動かざるを得なかった。医療行為が刑事事件となる場合、多くは業務上過失致死傷罪を問われることとなるが、本件では、殺人罪として起訴され、平成17年に地裁判決（懲役3年執行猶予5年）、平成19年に高裁判決（懲役1年6月執行猶予3年）を経て、本年12月7日最高裁判所（第三小法廷）による上告棄却（高裁判決の維持）の決定により本件の刑事司法における決着を迎えることとなった。

しかし、一人の医師が刑事裁判にかけられ、11年もの年月が経過したにもかかわらず、終末期医療を取り巻く医療現場の環境には全く変化がなく、日常臨床で日々直面する課題は解決されないままである。

本稿では、最高裁決定の法的解釈を中心に論評するものである。今後、司法からの強いメッセージを受けて、医療者を中心とした更なる発展的な議論がなされることを強く望むものである。

2. 最高裁決定

まず、最高裁判所は、本件の上告につき、刑事訴訟法に定める上告理由に該当しないとして上告を棄却するとした（いわゆる三行半判決）。その上で、本件の社会的重要性に鑑み、傍論として以下のように判示した（記号は解説のために付したものである）。

「被告人は、終末期にあった被害者について、被害者の意思を推定するに足りる家族からの強い要請に基づき、気管内チューブを抜管したものであり、本件抜管は、法律上許容される治療中止であると主張する。

しかしながら、上記の事実経過によれば、被害者が気管支ぜん息の重積発作を起こして入院した後、本件抜管時まで、(ア) 同人の余命等を判断するために必要とされる脳波等の検査は実施されておらず、発症からいまだ2週間の時点でもあり、その回復可能性や余