

論説

「医療と刑事法」に関する一考察

稲 田 朗 子

I 本稿における検討材料と検討課題

刑法35条は、「法令又は正当な業務による行為は、罰しない」と規定している。人の生命・身体に対する故意の侵害は、刑法199条の殺人罪や同法204条の傷害罪により犯罪とされており、過失による傷害に対しては、同法209条の過失傷害罪、210条の過失致死罪といった犯罪類型が用意されている。医療の場における典型的な外科手術を例にすると、不可罰説¹を別とすれば、治療行為²がそれらの罪に問われないのは、35条の正当業務行為にあたり、違法性が阻却されるからとするのが一般的・通説的な理解であるといえようか。もちろん、同条の「正当な業務による行為」にあたるためには、「業務そのものが正当なものであること」³と共に、「行為がその業務の正当な範囲に属すること」⁴をも要し、医師が治療を誤るといった、「その方法を誤ることによって違法性を帯びるばあいがある」⁵と理解されている。また、患者の同意を得ない専断的治療行為は、承諾のない生命身体への侵害として違法性が阻却されないこともありうるだろう。ちなみに、医療行為の正当化根拠について、「以前は、『正当業務行為』（刑

高知論叢(社会科学)第113号 2017年3月

¹ 米田泰邦『医療行為と刑法』（一粒社、1985年）184頁以下等参照。

² 「治療行為」と区別される概念として「医療行為」があるが、伊東研祐『刑法講義 総論』（日本評論社、2010年）216頁によれば、医療行為は、治療行為を包含するものではあるが、「治療」の要件を必ずしも充たさない質的に異なる行為をも広く含め指称するものであり、治療行為の場合と些か異なる考慮に服する場合も少なくないとする。

³ 団藤重光『刑法綱要総論〔第三版〕』（創文社、1990年）208頁。

⁴ 同前。

⁵ 同前。

法35条)であるとする見解が有力であったが、近年では、患者自身の『自己決定』を強調する見解が有力である」⁶といわれている。

医療従事者が患者側の求めに応じて適切な医療を提供し、結果として治療が効を奏し、患者側が満足すれば何も問題は生じない。上記の違法阻却の説明で刑事法上も事足りる。しかし、現実にはこのように理想的な結末を迎えない場合も当然生じうる。日進月歩で進化する医療技術において、何が「適切な医療」かは必ずしも自明ではないし、治療の結果が患者側の期待したものとならなければ、医師と患者との間での治療に関する認識の齟齬も生まれかねず、治療が失敗して死の結果となれば、その齟齬は大きくなる。場合によっては、医療側の民事上、刑事上の過失(業務上過失致死傷罪等)が問われることにもなりうる(しかも、チーム医療を前提とすれば過失の競合なども問題となりうるが、この点は本稿では扱わない)。

この齟齬が生じた場合、患者側からみれば、本当に医療従事者が精一杯適切な医療を提供してくれたか、死を迎えることが必然だったとしても、本人が望む(はずだった?)かたちで、満足のいく最期を迎えることができたか、患者ばかりでなくその家族も繰り返し思い悩むことになるかもしれない。患者の権利が保障され、自己決定が尊重されたと感じうるか否かも、この齟齬を生むか否かの重要な要素の一つである。

他方、医療従事者にとっても、長引く医師不足の現状のもと、激務の中で患者のためにと精一杯治療を施してきたにもかかわらず、保険に入っているとはいえ、自分の過失で民事責任を問われるばかりか、最悪刑罰を科されることになれば、思う存分患者のために腕を振るうよりは、事なかれ主義でありきりたりの医療を提供しておいた方が無難(萎縮医療⁷)だということになってしまうかも知れないし、そもそも医者などの医療従事者になんかならない方がよいということにもなりかねない。

⁶ 松宮孝明『刑法総論講義[第4版]』(成文堂, 2009年) 128頁。

⁷ 医療事故について過度の刑事司法制度への依存を問題視するものとして、松原久利「医療の安全と刑法」同志社法学第66巻3号(2014年)577頁以下参照。特に、その問題点の整理として、579頁以下を参照。

刑事事件に限らずとも、近年、医療関係訴訟は急激に増加していると指摘されており⁸、訴訟に至らない医療紛争の数はさらに増えていると推測される⁹が、その理由の一つと考えられる患者と医療従事者との間の信頼関係の低下の背景には、上述したような双方の現実があるのかも知れない。処罰感情の増大、警察への異状死届出件数の増加、マスコミ報道なども理由として挙げられることがあるが、これらの諸要因が相互不信に拍車を掛けているともいえよう。特に、未だ定まった正解のない、人生を終える際のいわゆる「終末期」の医療については、「死」との接点でもあり、上記の齟齬がコンフリクトとなって、法的な判断を迫られる事態、引いては犯罪として罪に問われる事態が生ずることもある。

このような医療と刑事法が交錯しうる場面としては、医療過誤のほか、特に生命との距離が最も接近したものとして、いわゆる「終末期医療」の問題を位置付けることもできよう。既に、医療と刑事法の問題を扱う研究は多岐にわたって多くの優れた研究が存在する。ただし、刑事法的観点から医療の問題を検討したり、あるいは刑事法を含めた非刑事法的観点からの問題の検討はなされてきているが、医療の問題が刑法そのものに対して与える影響はまだまだ検討の余地があるのか。さらに進んで、このような点からは、そもそも刑法と異なる医事刑法の基本原則というものがありうるのかとの問題設定も可能なように思われる。本稿では、特に、「刑法から見た医療問題」にとどまらない「通常の刑法と異なる医事刑法がありうるのか」との問題を考えてみることにしたい¹⁰。

⁸ 山中敬一『医事刑法概論Ⅰ(序論・医療過誤)』(成文堂, 2014年)18頁以下。

⁹ 押田茂實『医療事故 知っておきたい実情と問題点』(祥伝社, 2005年)28頁以下参照。

¹⁰ 本稿は、拙稿「医療と刑事法」内田博文=佐々木光明編『〈市民〉と刑事法[第4版]』(日本評論社, 2016年)を基に、本文で述べた課題に即して加筆訂正を行ったものである。前記拙稿が現代社会における医療と刑事法の交錯領域における問題の所在を明らかにすることが課題であったのに対し、本稿は、前記拙稿の隠れた課題でもあった医事刑法に通常の刑法にとどまらない基本原則なり「独自の何か」があるのかという点に軸足を移して検討を試みるものである。

II 医療と医事法と医事刑法と刑法

1 統合的医事法について

本稿は「(医事)刑法」を検討対象とするものなので、先ず「医事刑法」とは何かという点から確認することとしたい。例えば、「医事刑法」の定義につき加藤久雄は、「『医事』や『医療』の関連問題や事件を刑事法的視点から整理、分析、検討、理解し、当該諸事件、諸問題の刑事法的解決を図ることを目的とし、もって患者(被害者)の権利と医療従事者の法的地位の確立(法的安定性の原則)を目指す刑事法の一領域」¹¹と定義し、「医療従事者にとっては、行為規範であり、刑事裁判官にとっては、評価(判断)規範である」¹²とする。ここでの定義づけだけをみると、一見、単に刑法の一分野以上の含意はないようにも見えるが、その将来の目標とされるのは「それを統合科学としての『医事法学』(統合科学的「医事法学」)という学際的な学問領域を構築すること」¹³とされている。その意味で、「医事刑法」が刑法にとどまらないものとして構想されていることは明らかであるが、医療問題に対する刑法からの観点は、従前の刑法の観点にとどまるのかという点は、なお明らかでないようにも思われる。

これについて、民法研究者でもある植木哲は、加藤の所説を挙げつつ、「医事法(学)は、医学・医療と法の間を『医事刑法』の観点から分析する道具として理解されている。この分類を敷衍していけば、『医事刑法』のほか、『医事憲法』、『医事行政法』、『医事民法』、『医事社会学』等がそれぞれ存在することになる。ここでは医事法は各法域のコネクターとしての役割をますます鮮明にしている」¹⁴との評価を与えている。

これに対して植木自身は、「医事法(学)を医療制度論、医療行為論、医療倫

¹¹ 加藤久雄『ポストゲノム社会における医事刑法入門〔新訂版〕』(東京法令出版, 2004年) 11頁以下。

¹² 加藤・前掲注(11)12頁。

¹³ 同前。

¹⁴ 植木哲「医事法の方法と体系」吉村節男=野田寛編『医事法の方法と課題——植木哲先生還暦記念——』(信山社, 2004年) 10頁。

理論のトータルな観点から捉えることの必要性」¹⁵を強調し、本稿で次に検討するユーザーの統合的医事法を肯定的に評価しつつ、「山積する医学・医療問題の解決のために、前提となる諸事実を統合する (integral) 方法論の提示はもとより重要であるが、そのみでは足りないと考える。このように医学・医療に関連する法律問題を束ねる方法は、同時に、これによって束ねられた方法がもとの医学・医療にスムーズに妥当するものでなければならない。このように統合された (integriert) 医事法は現実の諸問題に整合的に妥当する必要がある、この双方向の方法が現下の法的課題に即して担保されなければならない。今日、この双方向的な、フィードバック可能な方法論の確立が、医事法(学)の研究として待望されている」¹⁶としており、統合された医事法の各法域との双方向性を指摘する点に特徴があるといえようか¹⁷。

植木が参照するユーザーの見解も、「固有の統合的方法論が必要」¹⁸であることを強調する。ユーザーによれば、統合的医事法が展開されるべき理由として、セクト的医事法では、「様々な専門化された法学の視点からは捉えることができなかつた問題を孕んだ関係を、例えば、民事責任、刑法上の制裁可能性、社会法上の義務のいずれかが問題となるかに応じて、未成年者に対する意思の責任を『分割』するという、医療倫理的な視点からするとほとんどありえないようなそれを、法学外の領域という上位の視点から発見する機会を逸することに

¹⁵ 植木・前掲注(14)19頁。

¹⁶ 植木・前掲注(14)24頁以下。なお、ここでの「山積する医学・医療問題」については次注参照。

¹⁷ 植木・前掲注(14)25頁の図においては、医事法と各法領域が双方向の矢印とされている点が注目されよう。なお、学際性が必要な理由として植木・前掲注(14)24頁は今日の問題状況を以下の通り指摘している。すなわち、「医療契約論、医療過誤(責任)論、医療紛争論、医療行為論、堕胎論、救助義務論、医療資格論といった伝統的問題をとってみても、それぞれが医療技術や生命科学の進歩・発展に伴い、数々の新しい問題を抱えている。この他に、説明義務論、インフォームド・コンセント論、自己決定論、脳死論、安楽死(臨死介助)論、営業規則(許可)論、保健医療論、看護論等といった困難な問題が山積している。先端医療がもたらす諸々の問題点は、法的解決のみならず、医療倫理的解決との整合性を必要とする」。

¹⁸ アルビン・ユーザー著/上田健二=浅田和茂編訳『医事刑法から統合的医事法へ』(成文堂, 2011年)278頁。

もなる」¹⁹と指摘する。

この点について、エーザーは以下のようにも指摘している。「セクト的に視界を狭め、遮断する場合、一定の問題設定が、文字通り2つの領域の間を（通り抜けて）落ちてしまうために、正しく選択されることさえなく、いわんや取り扱われることもない、ということも問題となるのである」²⁰。このセクト的法学では適切に問題を把握できないという指摘は、なぜ統合的の医事法でなければならないかを端的に示しているといえよう。

さらにエーザーは「内側から医事法を発展」²¹させるためとして有効な同意の要件を例に以下のように主張する。「医学的な生活状況を出発点としつつ、患者が自己の福祉と意思を保護され、医師が民事責任と刑事責任のいずれも懸念する必要がなくなり、社会法および保険法上の利益が守られ、行政的な利益が充足され、そしてまた、様々な法領域に接するその他の医学的現象も、中心点から関係する様々な法領域へとその都度放射されることによって探求され、当該現象[に関する判断・理解]が——終局的には全体的なものとして本質的に——互いに調和させられるようにするために、いかなる要件が必要かを問う」²²には、「領域を超越した（transdisziplinär）特殊な医学的・法学的な方法論なくしては、行うことができないのである」²³。

植木も指摘するように、少なくとも「今日、総合的観点から医事法を捉えることの重要性を否定する者はいないであろう」²⁴と思われるが、本稿での関心は、統合的の医事法が刑法に何をもたらすかである。

統合的の医事法の方法論としてエーザーが述べるような、中心点から関係する

¹⁹ エーザー・前掲注(18)273頁。なお、同275頁では、「医師に期待される注意が民法と刑法のいずれから導かれるのか、そしてそれに応じて注意の厳格さが違ってくるのかは、医師にとって最終的にはまったくどうでもよいことでありうる……。すなわち、医師には明確な行動のルールが必要なのであり、それがどこに組み込まれているかは重要でないのである」との指摘もなされている。

²⁰ エーザー・前掲注(18)277頁。

²¹ 同前。

²² エーザー・前掲注(18)277頁以下。

²³ エーザー・前掲注(18)278頁以下。

²⁴ 植木・前掲注(14)24頁。

様々な法領域へとその都度放射される医学的・法学的な方法と、先に言及した植木の述べる双方向性の異同が気になるころではあり、上位概念としての統合的医事法の基本原理がありうると仮定すれば、エーザーのいう放射を超えて各法領域から統合的医事法に作用するエーザーの放射と逆方向の作用を想定することが可能かとの疑問も感じるものの、この逆方向の作用が無ければそもそも統合自体がありえないともいえるかも知れない。そうであれば、エーザーは医事刑法に何がもたらされると考えているのか。

エーザーは、統合的医事法によって医事刑法が新たな問題領域の前に立たせられるとし、伝統的な犯罪構成要件における新たな問題²⁵はもちろんのこと、遺伝情報、移植医療、胚研究といった新規の構成要件の問題²⁶のほか、臨死介助の場面において現われるような新たな死の概念のような基本的スタンスの変化²⁷を指摘する。

その上でエーザーは刑法の退却傾向として民法的手段が優先される傾向²⁸、軽微な侵襲などを除外する刑法の自制傾向²⁹、手続による予防線の担保とされる傾向³⁰を指摘しつつも、他の法によって「完全に刑法が代替されることはありえない」³¹として、刑法の法益保護を強化する機能、医師と患者双方のための指導的機能を強調している。

エーザーの所説そのものは説得的であるものの、本稿の関心からは、最終的に医事刑法にもたらされるものが強化機能と指導的機能という従来の刑法学の枠内のものである点で、なお検討課題を残したままである。医事法の基本原理があることが目指されていることは確認できるとしても、医事刑法の基本原理は検討の対象とはされていないといえようか。

²⁵ エーザー・前掲注(18)281頁以下参照。

²⁶ エーザー・前掲注(18)283頁以下参照。

²⁷ エーザー・前掲注(18)284頁参照。

²⁸ エーザー・前掲注(18)285頁以下参照。

²⁹ エーザー・前掲注(18)286頁以下参照。

³⁰ エーザー・前掲注(18)288頁以下参照。

³¹ エーザー・前掲注(18)289頁。

2 医事刑法の基本原則について

医事刑法の基本原則以前に、そもそも医事法の基本原則がありうるかという点についても、必ずしも明らかとはなっていない。例えば、2013年11月に開催された第43回医事法学会の記録³²によれば、そのランチセッションにおいてテーマとして設定されており³³、そこでは「結局つまるどころ『正義』しかないか³⁴とまとめられているが、議論においては肯定的な見解と否定的な見解が見られる。刑法学者の発言を見ても、これに肯定的であるような甲斐克則の見解³⁵と、「医療あるいは生命倫理というものが関わるという点で特殊性があるけれども」³⁶「医事法固有の原理があるかといわれると、ないのではないかというのが率直な印象」³⁷との発言が見られる。

それでは、医事法の基本原則の解明を試みる甲斐克則の見解はどのようなものか。医事法学会の記録によれば、①「人間の尊厳、人格保障、人権尊重」②「法に対する、法によるチェック」③「自己決定権」④「疑わしきは生命の利益に」⑤「メディカル・デュープロセス」の五つである³⁸。甲斐の指摘するこの五つの医事法の基本原則は、医事刑法の基本的視座としても言及されている。すなわち、①根底に「人間の尊厳」という本質的問題がある上での、個人的レベルを超越したものを内包する「人格(権)の尊重」³⁹、②謙抑性を維持した上での人権侵害を最終的にチェックするという「法によるチェック」と、医と法との対話を通じた「法に対するチェック」⁴⁰、③生命について他者による処分という形は認めないとの留保の上での自己決定権とメディカル・パターンリズムの調和⁴¹④医療問題について判断が難しい場合の「疑わしきは生命の利益に(in

³² 日本医事法学会編『年報医事法学』第29号(日本評論社、2014年)12頁以下。

³³ 鈴木利廣「医事法学のPrinciple(基本原則)について」日本医事法学会編『年報医事法学』第29号(日本評論社、2014年)67頁以下。

³⁴ 鈴木・前掲注(33)75頁。

³⁵ 鈴木・前掲注(33)71頁における甲斐発言。

³⁶ 鈴木・前掲注(33)73頁における松宮発言。

³⁷ 同前。

³⁸ 鈴木・前掲注(33)71頁における甲斐発言参照。

³⁹ 甲斐克則『医事刑法への旅I』(立花書房、2004年)3頁以下参照。

⁴⁰ 甲斐・前掲注(39)4頁以下参照。

⁴¹ 甲斐・前掲注(39)3頁以下参照。

dubio pro vita)』⁴²、⑤「新規医療、とりわけ人体実験・臨床試験・実験的治療のようなものについては、社会的観点も加味して、適正手続による保障がなければ、当該医療行為は違法である、とする法理」⁴³である「メディカル・デュープロセス」がそれである。

本稿では、医事法の基本原理に対して、医事刑法の基本原理がありうるかということが解明すべき課題であるが、発言者の手によらない記録のため、この点についての甲斐の見解を推測することは難しい。少なくとも、医事法の基本原理が確定的に明らかには未だなっていないのに、医事刑法の基本原理を検討すること自体が困難であることも確かであろう。あるいは、統合的医事法ということからすれば、医事法の基本原理が医事刑法にも基本原理となるのであって、医事刑法の基本原理を云々する必要はないとの批判もありえようか。しかしながら、医事刑法の議論は刑法の他の議論と異なるところがないのか否かということをは明らかにするために、医事刑法の基本原理がありうるのかということを検討することは、一つの方法ではありえよう。

そこで、刑法研究者である甲斐の所説を素材に、医事刑法の基本原理について他の刑事法の原理と比較検討すると、まず①の「人格(権)の尊重」という原理は、刑法一般に関わることはもちろんのこと、法学全般にも及びうることで、鈴木弁護士という「正義」にも通じるものであろうか。その意味で、これを単独に医事刑法の基本原理と捉えることはできまい。

次に②の「法によるチェック」「法に対するチェック」であるが、後者については他の学際領域(いわゆる「新領域」)の諸問題にも共通するものであろうし、前者についても謙抑性を維持するとの前提は、他の刑法分野と異ならない。ただ、この謙抑性の働き方が、特に生命をも対象としてその健康回復のための医療ということに対して、若干異なる作用がありうるかとも思われる。

③の自己決定権についても他の刑法分野及び法学一般との比較で、異なるものは考えにくいであろう。

むしろ、④の「疑わしきは生命の利益に」との判断基準は、もしこの原則が

⁴² 甲斐・前掲注(39)7頁以下参照。

⁴³ 甲斐・前掲注(39)8頁。

妥当するのであれば、少なくとも生命に近接する医事法の原理として定位できるかも知れないし、特に医療問題において妥当するというのであれば、医事刑法の原理と理解することもできるかも知れない。ただ、後の刑事判例でも指摘する通り、私見では、この基準は刑事事実認定の原則とすることは問題であるように思われる。刑事事実認定においては、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が妥当すべきであるからである。とはいえ、医療政策決定において、複数の政策の中から一つの政策を選択する際の判断基準にはなりえようし、その意味では立法の基準として機能することも考えられない訳ではなかろう。ただし、医師の刑事責任が問われうる場面で作用するとすれば挙証責任の緩和になってしまうであろうから、事実認定なり罪責判断の基準となすべきではなかろう。なお、検討を要する課題である。

なお、「疑わしきは生命の利益に」との原理が、⑤のメディカル・デューブプロセスについて、手続の適正さの内容を規定するものとすることは考えてよいように思われる。生命の利益に判断しても耐えうる手続的保障を医療政策や立法等において設けることには十分な意義が認められよう。これは医事法の原理たりうる可能性もあろうし、医事刑法の原理たりうるかもしれない。ただし、医事刑法の一部ではありえても、医事刑法全体を貫く基本原理とまでいえるのかは留保が必要であろう。

以上の検討によれば、やはり生命との「親密性」が医事刑法の特色であることは間違いないように思われる。それ以上の基本原理がありうるかは、この観点からさらに検討することが必要であろう。本稿では総論としてはこの点の確認にとどめ、以下ではこのような観点から若干の個別の問題を取り上げて、この問題をさらに検討することとしたい。

Ⅲ 医療過誤と刑事法

1 医療過誤の概念と医療事故調査制度の新設

医療事故と医療過誤の概念について、医事法の分野の概念規定によれば「医療事故とは、医療によって生じた不良転帰全般をいい、こうした不良転帰のう

ち、医療関係者に責任を帰すことができるものを、医療過誤という⁴⁴と定義されることもある。当然のことながら、この医療過誤のすべてが刑事事件となる訳ではない。刑法の謙抑性から民事責任に比してより重大な過失に限って刑事責任が問われる⁴⁵との説明がされることもあるが、日本社会において医療過失に対する当罰性の要請が根強いことも、その当否はさておき、否定しえないところであろう。

しかし、単純に医療事故の予防効果が期待できる訳ではないところに、この問題の「難しさ」がある。そもそも医療とは生命とのぎりぎりの境界で高度に専門的な医療知識に基づいて「病」とされるものを克服しようとしてなされる営為であり、一定の危険や副作用を伴うものであるから、過失の判断が困難なことに加えて、医療事故の実効的な予防を目指した原因究明にとって、(刑事)過失責任の追及が桎梏となることも考えるからである。特に刑事責任については、事故原因の究明が刑罰を科されるべき自己の罪を認めることを伴うにも拘わらず協力を強制されるとすれば、それが仮に専門的職業人のモラルであったとしても、その義務を果たすことが非常に困難であることは、容易に想像がつくであろう。刑事責任に直結すれば、黙秘権や裁判における調査資料の利用等、刑事手続上の問題も浮上することとなる。

医療事故の「増加」とその防止が強く要請されるにつれて、上記の「難しさ」の解決が重要になるが、2014年の医療法改正により、翌2015年10月1日から「医療事故調査制度」が新設され、今後の運用が注目されている。

改正された医療法第6条の10は、医療事故を「当該病院等に勤務する医療従事者が提供した医療に起因し、又は起因すると疑われる死亡又は死産であって、当該管理者が当該死亡又は死産を予期しなかったものとして厚生労働省令で定めるもの」と定義し、同条第1項によればこの医療事故が発生した場合に、病院等の管理者は遅滞なく当該医療事故の日時、場所及び状況その他の事項を「医療事故・調査支援センター」に報告する義務が課され、同条第2項ではこの報告に先立ってあらかじめ遺族等へ説明する義務が課されている。

⁴⁴ 手嶋豊『医事法入門〔第4版〕』(有斐閣アルマ, 2015年)213頁。

⁴⁵ 手嶋・前掲注(44)240頁, 216頁参照。

「医療事故・調査支援センター」とは、同法第6条の15によれば、「医療事故調査を行うこと及び医療事故が発生した病院等の管理者が行う医療事故調査への支援を行うことにより医療の安全の確保に資することを目的とする一般社団法人又は一般財団法人」とされている。

前述した遺族等への事情説明と医療事故調査・支援センターへの事故の報告に続く事故調査手続の流れ⁴⁶は、以下の通りである。病院等の管理者は医療事故調査を行うために必要な支援を医師会や学会などに求める(同法第6条の11第1項)。従って、医療事故調査は単独調査ではない。その上で、医療事故の原因を明らかにするために必要な院内調査を行う。これを医療事故調査という(同条第1項)。医療事故調査が終了した後は、あらかじめ遺族等に結果を説明する(同条第5項)とともに、遅滞なく、調査の結果を医療事故調査・支援センターに報告しなければならない(同条第4項)。調査結果の報告を受けた医療事故調査・支援センターは、収集した情報の整理及び分析を行い(同法第6条の16第1項)、病院等の管理者に分析結果の報告を行う(同条第2項)ほか、病院等の管理者又は遺族等からの依頼に応じて医療事故調査・支援センターによる調査を行うことができる(同法第6条の17)。

2 医療事故調査制度と刑事責任

この医療事故調査制度に対して主に法律家から批判されている点の一つが、事故調査が行政手続や刑事手続から独立していて、刑事手続をも含めた司法手続に引き継ぐ仕組みのない点⁴⁷である。医療の場で判断される過失が司法の場で判断される過失にどのように作用するのが不明で、医療の安全のためのリスクコントロールに役立つのかという問題提起といえようか。

このような議論の前提には、事故の原因を究明して対策を講ずることと特に刑事司法が介入することとの関係をどう捉えるかについての見解の対立があ

⁴⁶ 石川寛俊「医療事故調査制度について」比較法研究センター「医療と法」ネットワーク編『法律家と医師が解明する 動き出す医療事故調査制度』(サイカス、2015年)7頁以下等を参照。

⁴⁷ 川出敏裕「事故調査」法学教室第395号(2013年)41頁、42頁等を参照。

る⁴⁸。原因究明のためには刑事責任から解放しないと真の究明はできないのではないかと、そもそも刑事手続では自己に不利益な供述は強要されないことは憲法上の権利であると考えれば、事故調査は刑事手続と切り離すという帰結になろうし、今回の法改正では、司法手続との接続は行われていない。これに対して、医療過誤の責任は刑事だけでなく、被害者に対する民事賠償や行政処分もありうるので、刑事手続だけを除外したからといって真相究明に役立つのかという批判もあろう。アメリカ合衆国諸州においては医療過誤が刑事処罰の対象でないことに関して、日本では刑事手続以外に適切な公的責任追及手段がないために、業務上過失だけでなく医師法21条の異状死届出義務違反をも駆使して、警察と検察が代役を務めているとの指摘⁴⁹もあるが、そのような観点からも医療事故調査制度の新設自体の意義は否定できないであろう。

また、事故調査において刑事責任から解放すべきか否かの議論の前提には、そもそも刑事責任を問うことが、事故防止に役立つか否かという問題に対する考え方の相違もあろう。刑法の謙抑性を重視し、刑罰による不利益を重く見れば、刑罰による医療の萎縮効果が懸念され、また行政処分に加えて刑事処分まで加える必要性を問うであろうし、逆に日本では現行法上刑法典に業務上過失致死傷罪が置かれていることに鑑みれば、刑法は医療過誤に対しても刑法に予防効果を認めているのであって、被害者等の処罰感情の点からも、刑事責任から完全に解放することはできないとの帰結になろう。

さらに、このような刑事司法による医療事故の予防効果の有無とも関係して、そもそも医療の安全と他の領域、例えば交通安全や消費者保護との間に異なるところがあるのか、現代の科学技術の高度化した社会において、医療従事者のみを「優遇」する根拠があるのかという問題が論じられることになる。例えば、なぜ、医療事故調査制度は、他機関の支援があるとはいえ、完全な第三者機関でなく院内調査を最初に置くのか、それで中立性、公平性は保たれるのかと

⁴⁸ この点の論点を整理するものとして、佐伯仁志「刑事司法の現状」樋口範雄＝岩田太編『生命倫理と法Ⅱ』（弘文堂、2007年）217頁以下等を参照。

⁴⁹ ロバート・B・レフラー／三瀬房子訳「医療安全と法の日米比較」樋口範雄＝岩田太編『生命倫理と法Ⅱ』（弘文堂、2007年）191頁。

いった指摘⁵⁰もなされる。

医療の特殊性として指摘されているのは、患者を受け入れるリスクの大小が分からないまま患者を受け入れなければならないという、不確実性と不可避性といえようか⁵¹。ただし、これだけでは、例えば鉄道航空業においても不可避性はあるし、消費者保護についても命にかかわる重大なものもあるという反論もありうる⁵²。確かに医療事故と他の事故とは業務上の過失という点では基本的には異ならず、単純に医療事故だけを別異に取り扱うべきと結論づけることには疑問もありえよう。しかし、マニュアル通りに行動していれば事故は起こらない運輸事業等の事故⁵³とは異なる側面があることも一概に否定できないように思われる。すなわち、より端的に、医療は生命に作用しうる「病」という重大な課題に、正に生命に接着した状況でその克服に向かわなければならないという点に特色を見出すべきと思われる。常に生命倫理が問われる状況は、相対的な問題ともいえるが、それでもなお医療の質的特徴ではなかろうか。そのように考えれば、刑事責任より事故防止を優先することが若干容易に説明できはしないであろうか。その意味では、なお検討を要するものではあるが、医事刑法の特殊性が示される点であるようにも思われる。

⁵⁰ 石川・前掲注(46)12頁。

⁵¹ 神馬幸一「医療の視点が司法に活かされるための制度設計」『静岡大学法政研究』第18巻3・4号(2014年)10頁参照。

⁵² なお、松原・前掲注(7)580頁以下は、「確かに、医療行為は常に一定の結果を保障できないという不確実性、あらゆる過誤が構成要件実現に直結する高度の危険を有しており、良心的な医師でも偶発的に過誤を生じさせ、その過誤が結果的に回避可能といえるが、人間の不完全性に鑑みれば、職務遂行の典型的な過ちとして経験則上計算に入れられるべきものであるという危険傾向性、重要な治療上の決定を迅速に下さなければならず、事前に危険を回避することは困難であるといった医療の特質を考慮することは必要である。しかし、そこから医療一般について一律に刑事責任追及の可否を論じることには論理の飛躍があるように思われる。……医療の特殊性は、個別事案の処理にあたって考慮すべきものであろう」とし、「安全の追求は責任を積極的に認める方向と融合させるべきであろう」との指摘も存在する。

⁵³ 澤倫太郎「県立大野病院事件から見えてくること——医療への刑事司法介入は何を招くか」世界第781号(2008年)203頁参照。

3 医療過誤と刑事責任

上述したように、医療の「特殊性」を肯定するにしても、なお、医療における過失と刑法上の過失との関係が明らかになる訳ではない。医療に対する刑事介入が問題視された事案として、大野病院事件⁵⁴を挙げることができよう。医療事故調査制度が確立されることとなる契機となった事件でもある本件は、2004年福島県立大野病院において実施された帝王切開術に伴い、患者が出血性ショックにより死亡し、執刀医であった被告人が業務上過失致死罪等で逮捕、起訴されたものである。2008年8月20日、福島地裁は被告人に無罪を言い渡し、検察の控訴断念により判決は確定した。しかし、本件が産科医療に与えた影響は計り知れないとの指摘もあり、産科医師の不足、産科医療の崩壊の危機をもたらしたとされている。また、警察・検察側が捜査等にあって依拠していた福島県の院外事故調査委員会報告書に対しては、遺族への補償支払いを円滑にするため、医師の過失とする必要があったのではないかとの疑念も指摘されている。この事件が刑事事件とされたきっかけが、福島県の院外事故調査委員会報告書だったとの指摘⁵⁵もある。

福島地裁の無罪判決⁵⁶は、医療と刑法の関係を考える上で重要な指摘をしている。この裁判において検察官は、大量出血による生命の危険が予見可能であるから、既に開始していた胎盤剥離を直ちに中止して子宮摘出手術等に移行するという結果回避義務があったと主張したが、被告人側は胎盤剥離後の子宮収縮等により出血を止めうることを期待して胎盤剥離を継続することは臨床医学の実践における医療水準にかなうものと反論していた。この点につき、無罪判決は「臨床に携わっている医師に医療措置上の行為義務を負わせ、その義務に反したのものには刑罰を科す基準となり得る医学的準則は、当該科目の臨床に携

⁵⁴ 宗像雄「福島県立大野病院事件・刑事事件判決について」医療判例解説第16号(2008年)1頁以下、平岩敬一「医療の専門的知識を有しない捜査機関による不当な逮捕・起訴」季刊刑事弁護第57号(2009年)111頁以下等を参照。

⁵⁵ 澤・前掲注(53)197頁。なお、同198頁によれば、報告書作成の目的は、「真相究明」よりも「亡くなられた患者家族への補償」に大きく軸足が置かれたとのことである。

⁵⁶ 福島地判平成20年8月20日医療判例解説第16号(2008年)20頁以下。福島地判平成20年8月20日季刊刑事弁護第57号(2009年)185頁以下。

わる医師が、当該場面に直面した場合に、ほとんどの者がその基準に従った医療措置を講じていると言える程度の、一般性あるいは通有性を具備したものでなければならない」とし、その理由を臨床現場で行われている医療措置と一部の医学文献との間に齟齬がある場合に医療現場に混乱をもたらすことになるし明確性の原則が損なわれるとした上で、上記の程度に一般性や通有性を具備したものであることの証明はされておらず、検察官は「より適切な方法が他にあることを立証しなければならない」と判示している。

既に甲斐克則らが指摘している通り、医療事故に関する法制度のあり方としては、「原因解明、責任の明確化、事故防止、被害者の早期救済といった視点を考慮しつつ、民事事件も含めたトータルな医療事故の適正処理の途を模索し続ける必要がある」⁵⁷。このような考え方から、無謀な手術や患者情報を含む情報収集の著しい怠慢といった「重大な過失」のみに刑事責任を限定すべきとの指摘⁵⁸がなされている。今回新設された事故調査制度でも、事故調査ないしセンターの調査を受けての被害者からの告訴は可能であるし、被害者救済の問題は、刑事手続と別途の対策を講じることも検討すべきであろう。現状の行政処分が刑事処分を前提になされていること自体も検討の余地がなかろうか。事故防止、さらには「医療クライシスが起きた際の生存率向上」を第一義に考えた場合に、どのように制度設計がなされるべきであろうか。正に統合的医事法の観点からの制度設計が必要な局面といえよう。

IV 「終末期医療」と刑法

1 安楽死、尊厳死と終末期医療

「安楽死」は、「死期が差し迫っている患者の耐えがたい肉体的苦痛を緩和・除去して安らかに死を迎えさせる措置」⁵⁹と定義され、①生命短縮を伴わずに苦痛を緩和・除去する場合（純粹安楽死）、②死苦緩和のための麻酔薬の使用等

⁵⁷ 甲斐克則「医療事故」法学教室第395号（2013年）27頁。

⁵⁸ 同前。

⁵⁹ 内藤謙『刑法講義総論（中）』（有斐閣、1986年）534頁等。

の副作用により死期をいくらか早めた場合(間接的安楽死, 治療型安楽死, 狭義の安楽死), ③生命の延長の積極的措置をとらないことが死期をいくらか早めた場合(消極的安楽死, 不作為による安楽死), ④生命を断つことにより死苦を免れさせる場合(積極的安楽死)の四つの類型に整理され⁶⁰, ③は近年, 尊厳死を含む概念であることが意識されるようになり, 新たな問題となっている。④の積極的安楽死については議論がある。

通説は, 積極的安楽死についても, 違法性が阻却される場合があるとする。従前は, 「人間的同情, 惻隱の行為」⁶¹や「科学的合理主義に裏づけられた人道主義」⁶²がその論拠とされていたが, その後, 「自己決定権」の視点からアプローチする見解が有力化した⁶³。他方, 積極的安楽死につき, 違法性は阻却されずなお違法であるとの主張も有力になされている⁶⁴。期待可能性論を基軸とした責任阻却事由と解する見解⁶⁵等である。たとえ本人の自己決定に基づくものであっても, それが「生存の価値なき生命の毀滅」に連なるおそれへの危惧が残るため, 違法性は阻却されず, 期待可能性の有無の観点から不処罰の可能性を検討する見解⁶⁶も唱えられている。

尊厳死(あるいは「治療行為の中止」)の問題は, 人工呼吸器等の生命維持治療の発達によってもたらされた, 比較的新しい問題として捉えられている⁶⁷。尊厳死は, 安楽死よりも微妙で解決に困難な問題を含んでいるともいわれている⁶⁸が, 一定の要件のもとに許容されるとする見解も多くみられる。なお, 「安楽死」「尊厳死」という表現には, それ自体として肯定的評価を伴っていると

⁶⁰ 内田博文「安楽死」『別冊ジュリスト 刑法判例百選 I 総論(第三版)』46頁等。

⁶¹ 小野清一郎「安楽死の問題」(1950年)『刑罰の本質について・その他』(有斐閣, 1955年)211頁。

⁶² 植松正「安楽死の許容限界をめぐって」『ジュリスト』269号(1963年)45頁。

⁶³ 町野朔「安楽死——ひとつの視点——(2)」『ジュリスト』631号(1977年)121頁, 福田雅章「安楽死」 勘立明=中井美雄編『医療過誤入門』(青林書院, 1979年)251頁以下等参照。

⁶⁴ 木村亀二『刑法総論』(有斐閣, 1959年)290頁以下等。

⁶⁵ 佐伯千仞『四訂 刑法講義(総論)(オンデマンド版)』(有斐閣, 2007年)291頁, 内藤・前掲注(59)539頁以下等。

⁶⁶ 中山研一『口述刑法総論』(成文堂, 1978年)205頁。

⁶⁷ 内藤・前掲注(59)544頁等。

⁶⁸ 内藤・前掲注(59)544頁。

して、それぞれ「苦痛除去のための臨死介助」⁶⁹「治療中断による臨死介助」⁷⁰の語を用いる見解もある。

ところで、近年、主として「治療行為の中止」を論じるにあたって、これを「終末期医療」の問題として捉える見解⁷¹もみられる。厚生労働省が、2007年「終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン」⁷²を公表したのをはじめ、いくつかのガイドラインにおいても「終末期医療」の語が使用されている。「終末期医療」の問題は、上述した刑法理論上、「尊厳死」の問題のひとつ、あるいは「消極的安楽死、不作為による安楽死」の問題として議論されてきたものであると捉えることはできようが、それらの関係は必ずしも明確ではなく、そもそも「終末期」という概念自体が曖昧である等の指摘⁷³もされている。

2 終末期医療をめぐる法の現在状況

オランダでは、1973年の「ポストマ事件」を契機に安楽死合法化への議論が進み、2001年4月「安楽死法」が成立し、2002年4月から施行されている⁷⁴。ベルギーでは、2002年5月「安楽死法」が成立し、同年9月から施行されている。フランスでは、2005年「病者の権利および生命の末期に関する法律」が制定されており、本法が「尊厳死法」として扱われているという⁷⁵。

⁶⁹ 浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（成文堂、2007年）213頁以下参照。

⁷⁰ 浅田・前掲注（69）215頁以下参照。

⁷¹ 甲斐克則「治療行為の中止——川崎協同病院事件」甲斐克則＝手嶋豊編『別冊ジュリスト 医事法判例百選〔第2版〕』（2014年）198頁以下等参照。

⁷² 厚生労働省ウェブページ <http://www.mhlw.go.jp/shingi/2007/05/dl/s0521-11a.pdf>（2017年1月31日確認）

⁷³ 「終末期」の定義の変遷につき、加藤尚武「終末期医療のガイドライン——日本医師会のとりにまとめた諸報告書の比較検討」飯田亘之＝甲斐克則編『終末期医療と生命倫理』（太陽出版、2008年）120頁以下。なお、大内尉義「末期医療の事前指示と延命医療」樋口範雄編著『ジュリスト増刊 ケース・スタディ 生命倫理と法』（2004年）80頁以下、宮崎真由「終末期医療」久々湊晴夫＝旗手俊彦編『はじめての医事法 第2版』（成文堂、2011年）117頁以下も参照。

⁷⁴ オランダの最近の動向につき、ペーター・J・P・タック／甲斐克則＝磯原理子訳「人生の完成と安楽死」『刑事法ジャーナル』第50号（2016年）71頁以下。

⁷⁵ 諸外国の動向を紹介するものとして、飯田亘之＝甲斐克則編『終末期医療と生命倫理』（太陽出版、2008年）、甲斐克則編訳『海外の安楽死・自殺補助と法』（慶應義塾大学出版会、2015年）等。

他方、日本では、2004年に北海道立羽幌病院で、医師が患者の人工呼吸器を取り外して死亡させた疑いで北海道警による捜査が行われていることが報道され、2006年には、富山県射水市民病院で、医師が人工呼吸器の取り外しにより複数の患者を死亡させた疑いで富山県警による捜査が行われていることが報道された。これらの事件では、いずれも、行為を行ったとされる医師は書類送検されたが、その後不起訴となっている。

さらに、後述する川崎協同病院事件においては、2002年に医師が逮捕、起訴され、殺人罪に問われた。

医師による人工呼吸器取り外し事件が、立て続けに顕在化したことを受けて、厚生労働省は、2006年「終末期医療の決定プロセスのあり方に関する検討会」を設置し、翌年2007年5月に「終末期医療の決定プロセスのあり方に関するガイドライン」⁷⁶を公表した。

その他、終末期医療に関するガイドラインとして、2007年日本救急医学会「救急医療における終末期医療に関する提言(ガイドライン)」⁷⁷、2008年日本医師会第X次生命倫理想談会「終末期医療に関するガイドラインについて」⁷⁸等が公表されている。

特に最近では、尊厳死の法制化をめぐる、超党派の議員連盟による法案提出の動きもみられたが、反対論も根強く、見送られたまま現在に至っており、これらガイドラインと法律制定の関係についても、検討の必要があろう。

3 安楽死をめぐる刑事裁判

安楽死については、(i)名古屋高裁判決⁷⁹が、リーディングケースとされている。(i)において、名古屋高裁は、傍論で、安楽死が違法性を阻却する要件として、次の6要件を挙げた。(1)病者が現代医学の知識と技術からみて不治の

⁷⁶ 前掲注(72)。

⁷⁷ 日本救急医学会ウェブページ

<http://www.jaam.jp/html/info/info-20071116.pdf> (2017年1月31日確認)

⁷⁸ 日本医師会ウェブページ

http://dl.med.or.jp/dl-med/teireikaiken/20080227_1.pdf (2017年1月31日確認)

⁷⁹ 名古屋高判昭和37年12月12日高刑集15巻9号674頁。

病に冒され、しかもその死が目前に迫っていること、(2)病者の苦痛が甚しく、何人も真にこれを見るに忍びない程度のものであること、(3)もっぱら病者の死苦の緩和の目的でなされたこと、(4)病者の意識がなお明瞭であって意思を表明できる場合には、本人の真摯な嘱託又は承諾のあること、(5)医師の手によることを本則とし、これにより得ない場合には医師によりえないと首肯するに足る特別な事情があること、(6)その方法が倫理的にも妥当なものとして認容しうるものなること。しかしながら、当該案件では(5)(6)の要件を欠くとして、嘱託殺人罪の成立を認めた。学説からは、(5)(6)の要件を挙げる以上、実質的には違法阻却を否定しているに近いとの評価がなされていた⁸⁰。医師が、依頼されて積極的安楽死にあたる手段をとることはまずないと考えられていたからである⁸¹。

しかしその後、(ii)東海大安楽死事件横浜地裁判決⁸²において、患者に薬物を注射したことにより同人を死亡させたとして、医師が殺人罪に問われることとなった。横浜地裁は、傍論で、(i)判決で示された6要件とは別の、医師による安楽死が許容される一般的要件として、(1)耐えがたい肉体的苦痛があること、(2)死が避けられずその死期が迫っていること、(3)肉体的苦痛を除去・緩和するために方法を尽くし他に代替手段がないこと、(4)生命の短縮を承諾する明示の意思表示があること、以上4要件を新たに示した。(ii)判決は、さらに踏み込んで、薬物の注射に至るまでに被告人が行ったとされる、当該事案では起訴されていない行為である治療行為の中止が許容される要件をも示した。すなわち、(1)許容される治療行為の中止の対象となる患者について、死の不可避性を要求し、単に治癒不可能であるだけでは足りないことを示し、(2)患者の自己決定権の理論と(3)医師の治療義務の限界論を正当化の根拠とするものである。その上で、当該事案につき、許容される「治療行為の中止」及び「積極的安楽死」にあたらぬとして、殺人罪の成立を認めた。

⁸⁰ 内藤・前掲注(59)542頁等。

⁸¹ 内藤・前掲注(59)542頁、町野朔『『東海大学安楽死判決』覚書』『ジュリスト』1072号107頁等。

⁸² 判時1530号28頁以下、判タ877号148頁以下。

さらに、医師による「治療行為の中止」が殺人罪に問われた事案として、川崎協同病院事件が挙げられる。被告人は、気管内チューブを抜き取り呼吸確保の措置を取らなければXが死亡することを認識しながら、あえてそのチューブを抜き取り、呼吸を確保する処置を取らずに死亡するのを待ったが、予期に反して、Xが「ぜいぜい」と音を出しながら苦しそうに見える呼吸を繰り返し、鎮痛剤を多量に投与してもその呼吸を鎮めることが出来なかったことから、事情を知らない准看護師に命じて、筋弛緩剤を、Xの中心静脈に挿入されたカテーテルの点滴管の途中にある三方活栓から同静脈に注入させて、Xを呼吸筋弛緩に基づく窒息により死亡させて殺害したとされた事件である。

川崎協同病院事件一審横浜地裁⁸³は、末期医療における治療中止の許容性の要件として、「患者の自己決定権の尊重」と「医学的判断に基づく治療義務の限界」を挙げた。その上で、本件は、(1)「回復不可能で死期が切迫している場合」にはあらず、(2)被告人は、家族らに対し、患者本人の意思について確認していないのみならず、患者の病状や本件抜管の意味の説明すら説明していない。精神的に相当不安定となり医学的知識もない妻らに、9割9分植物状態になる、9割9分9厘脳死状態などという不正確で、家族らの理解能力、精神状態等への配慮を欠いた不十分かつ不適切な説明しかしておらず、結局、本件抜管の意味さえ正確に伝わっていなかった。被告人が、家族らが治療中止を了解しているものと誤信していたことも、説明が不十分であること、患者本人の真意の追求を尽くしていないことの顕れであり、前記要件を満たしていないとして、「患者の自己決定権の尊重」の要件を満たさず、(3)被告人の本件抜管行為は、「治療義務の限界」を論じるほど治療を尽くしていない時点でなされたもので、早すぎる治療中止として非難を免れないとした。先述した(ii)東海大安楽死横浜地裁判決とは異なった構造をもつことが指摘されてもいる⁸⁴。すなわち、東海大安楽死事件横浜地裁判決は、「患者の自己決定論」と「医師の治療義務の限界論」

⁸³ 横浜地判平成17年3月25日刑集63巻11号2057頁以下、判時1909号130頁以下、判タ1185号114頁以下。

⁸⁴ 町野朔「患者の自己決定権と医師の治療義務——川崎協同病院事件控訴審判決を契機として——」『刑事法ジャーナル』第8号(2007年)49頁以下。

を並列させているが、それに対して、本件横浜地裁判決は、それぞれが単独で治療中止の根拠となりうるとしている点である⁸⁵。

これに対し川崎協同病院事件控訴審判決⁸⁶は、一審判決が挙げた「患者の自己決定権論」と「医師の治療義務の限界論」のいずれのアプローチにも解釈上の限界があり、尊厳死の問題を抜本的に解決するには、尊厳死法の制定ないしこれに代わり得るガイドラインの策定が必要であるとするしながら、他方、国家機関としての裁判所が当該治療中止が殺人に当たると認める以上は、その合理的な理由を示さなければならないことから、具体的な事案の解決に必要な範囲で要件を仮定して検討することも許されるべきであり、仮定する前記二つのいずれのアプローチによっても適法とはなしえないとして、一審の殺人罪成立との結論を維持した。このような、控訴審の判断方法に対しては、「裁判所がこの二つの『アプローチ』は解釈上無理であると考えているなら、別の解釈を探さなければならないだろう。法を解釈することは裁判所の職務である。それをしないのは、そんなことは最初から無理なので、現行法の解釈ではXの行為は違法であることが疑いないという結論を前提にしているからにほかならない。しかし、もしそうなら、わざわざ二つのアプローチを試してみる必要などまったくなく⁸⁷」といった批判もある。また、このような二つのアプローチを並列させる考え方について、これらは「終末期医療の実行・忌避が患者の最善の利益に合致するかを判断するための二つの要素であり、両者は対立するものではない。また、これらは併せて用いるべき二つのツールなのであ(る)」⁸⁸との批判もなされているが、最高裁は、直截に「患者の自己決定権論」「医師の治療義務の限界論」との言葉を使用することなく、控訴審の結論を維持した⁸⁹。

⁸⁵ 町野・前掲注(84)は、本件横浜地裁判決は「佐伯教授の見解に従ったもの」と指摘する。佐伯仁志「末期医療と患者の意思・家族の意思」樋口範雄編著『ジュリスト増刊 ケース・スタディ 生命倫理と法〔第2版〕』(2012年)70頁は、「判旨は、両者の関係について明確ではないが、……どちらも単独で治療の中止の根拠となりうると思えるべきであろう」としている。

⁸⁶ 東京高判平成19年2月28日刑集63巻11号2135頁、判タ1237号、153頁以下。

⁸⁷ 町野・前掲注(84)50頁。

⁸⁸ 町野・前掲注(84)52頁。

⁸⁹ 最高裁平成21年12月7日第三小法廷・決定。刑集63巻11号1899頁以下、判時2066号、

医事刑法の基本原則との関係で注目されるのは、原原審が治療中止に関する患者の自己決定権に関連して、「その自己決定には、回復の見込みがなく死が目前に迫っていること、それを患者が正確に理解し判断能力を保持しているということが、その不可欠の前提となるというべきである。回復不能でその死期が切迫していることについては、医学的に行うべき治療や検査等を尽くし、他の医師の意見等も徴して確定的な診断がなされるべきであって、あくまでも『疑わしきは生命の利益に』という原則の下に慎重な判断が下されなければならない」⁹⁰とし、「真意が不明であれば『疑わしきは生命の利益に』医師は患者の生命保護を優先させ、医学的に最も適応した諸措置を継続すべきである」⁹¹と判示している点である。

この判示部分について、「これが立証不可能の負担を被告人に負わせる趣旨であれば、妥当ではないだろう。『疑わしきは生命の利益に』という観点が有効に機能するのは、専ら患者の推定的同意ないし最善の利益の探求の場面であるように思われる」⁹²との指摘もなされている。そもそも、原原審のこの判示の前者と後者が必ずしも同一のこのことを意味していないことに注意すべきように思われる。後者の判示は、まさに患者の意思が確定できない場合の事実認定に関わる基準となるのに対して、前者の判示はその前提たる死期の切迫性という状況の評価及び患者の判断能力という前提部分の判断基準であり、死期の切迫性という状況の評価を生命の利益に評価することも、患者の判断能力を生命の利益に評価することも医師の罪責に直結しなければ、むしろ妥当なことだと思われる。ただし、罪責の認定においては、「疑わしきは被告人の利益」との衝突を招くことになるのではなかろうか。その意味で、「疑わしきは生命の利益に」の原則が妥当する範囲が、なお検討されるべきであろう。

159頁以下、判タ1316号147頁以下。

⁹⁰ 横浜地判平成17年3月25日刑集63巻11号2128頁。

⁹¹ 前掲注(90)2129頁。

⁹² 橋爪隆「治療中止と殺人罪の成否——川崎協同病院事件」『ジュリスト臨時増刊 平成19年度重要判例解説』(2008年)170頁。

V 医療に対する刑事介入の是非

1 川崎協同病院事件元被告人の裁判所に対する批判点

川崎協同病院事件裁判で殺人罪に問われ、有罪判決を受けた元被告人は、その著書の中で、控訴審判決を以下のように批判する。「延命治療の中止が『殺人罪を構成する』可能性があるとなれば、現場の医療者たちに重苦しいプレッシャーがのしかかります。」⁹³「自己決定権と治療義務の限界説という2つのアプローチに、堂々めぐりともいえる否定的な見解をちらつかせておいて、『いずれにおいても適法とすることができなければ、殺人罪の成立を認めざるを得ないことになる』というのですから、これでは極端な話、延命治療を中止した場合是一片端から殺人罪の疑いで捜査されても文句は言えないということになります。」⁹⁴「この判決文のいうところは、延命治療を中止する際に医師が判断したことを、あとから殺人罪として評価しなおすという『後出し』を可能にすることにほかなりません。」⁹⁵「脳波検査で余命判断や回復可能性が正確にわかるのかといえば、そんなことは死の直前までわからないのです。後出し論法でいけば、脳波検査を行っていただいで『脳波検査だけでは十分とはいいい難い』ということになるでしょう。どこまでいってもきりがありません。司法が、このケースは殺人罪にしようと意図すれば、必ずそうできてしまうのです」⁹⁶。

事件発生当時の医療準則や医療実態から、本当に、被告人の行為が殺人罪の刑事責任に問われるものであったのか。このような観点から判例を検討すると、「脳波検査さえやっていない」と被告人を糾弾してはいるが、当時の医療準則として、専門家たる医師である被告人は、どのような検査を行ってしかるべきであったかという観点からの判断は見られない。これだと、「後出し」として、司法への不信が募ることにも理由があるように思われなくもない。その

⁹³ 須田セツ子『私がしたことは殺人ですか?』（青志社、2010年）171頁。

⁹⁴ 須田・前掲注(93)184頁。

⁹⁵ 須田・前掲注(93)185頁。

⁹⁶ 須田・前掲注(93)189頁。

意味では、大野病院事件無罪判決は、医師が果たすべき医療水準についてより丁寧な判断しているようにみえる。医師の刑事過失を問うのであれば、後者の作業は必須の前提ではなからうか。

2 医療と刑事裁判

川崎協同病院事件については、起訴がなされ、刑事事件となったことについても、公平感を欠くこととなったように思われる。同時期に、他にも複数の治療中止に関わる案件がマスメディアで盛んに報道されたが、起訴をされたものはなかった。さらに、事件化したのが発生から3年半経っていたことも看過できない。川崎協同病院は、本件発生直後には、この件が発生したことを認識しており、本人(本件被告人)から事情聴取まで行っているにもかかわらず、当時の院長が事件を公にすることはなかった。速やかに倫理委員会を設置して本件について審議するなり、調査委員会を立ち上げて調査を行うということではなかったという⁹⁷。本件が事件化するのを受けて、内部調査委員会⁹⁸および外部調査委員会⁹⁹を立ち上げ調査を実施しているが、内部調査委員会においては、本件被告人、被害者家族双方の協力を得られていない。被告人を刑事責任に問うのみでは、問題の解決とはならないであろう。そして、3年半の歳月が、事実認定の困難さをも生んだと思われる。証人らの供述があいまいであるがゆえ、

⁹⁷ 本件発生時さらには調査委員会の調査時にも、川崎協同病院には、倫理委員会は置かれていなかったという。川崎協同病院における「気管チューブ抜去、薬剤投与死亡事件」についての内部調査委員会「川崎協同病院における『気管チューブ抜去、薬剤投与死亡事件』についての調査報告(2002.7.31.)」http://kawasaki-kyodo.hospi.jp/img/process/2010_02.pdf (2012年10月9日確認、現在削除)

⁹⁸ 内部調査委員会の調査報告書として、前掲注(97)。

⁹⁹ 外部調査委員会の調査報告書として、川崎協同病院「気管チューブ抜去、薬剤投与死亡事件」外部評価委員会「川崎協同病院における『気管チューブ抜去、薬剤投与死亡事件』に関する外部評価委員会報告書 医療の民主化と安全文化を育む組織の仕組みと運営」(2002年7月31日)。外部評価委員会の委員は、当該病院とは全く関係のない外部の医院から構成されたという。この調査は、「『本事例』がどのような状況により発生したのかの情報収集を行い、その収集された情報の内容を検討・評価し、病院のあるべき姿を論じ合いその結果と提言とをまとめて報告しようとするもの」とのことである。http://kawasaki-kyodo.hospi.jp/img/process/2010_01.pdf (2012年10月9日確認、現在削除)

被告人側から、ご都合主義的な証拠採用と批判¹⁰⁰される事態を招いたともいえよう。

また、大野病院事件においては、一層検察官の起訴の不当性を明らかにしてしまっただけといえようか。仮に被害者への賠償のために県の事故調査委員会が医師の過失を認める結論を出したとしても、そのことから起訴を正当化することはできまい。凶らずも大野病院事件の無罪判決によって、刑事司法が介入することにより、医学書や臨床現場の水準に明確に示されていることをそのまま実行していなければ、少なくとも刑事責任に問われうることを実証してしまったとはいえないであろうか。その意味では、「医療水準」や「医療倫理」に従うとただただでも未だ不十分で、医療事故においてこの「医療水準」や「医療倫理」がどのように扱われるべきかが問われなければならない。

3 法律と「医療水準」ないし「医療倫理」との関係

このような観点からみれば、尊厳死法¹⁰¹やガイドライン¹⁰²の必要性を指摘した裁判所に対して、被告人は「これ(厚生労働省が策定した2007年5月『終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン』…筆者注)は国が策定したガイドラインですが、かりにこの決定のプロセスの手順を踏んで、終末期医療の一環として延命治療の中止を行ったとしても、事後に刑事訴追をまぬかれるわけはありません。」¹⁰³として批判をするが、しかし、これらのガイドラインが時の「医療水準」ないし「医療倫理」を満たすものであれば、それは医療者として

¹⁰⁰ 須田・前掲注(93)、矢澤昇治『殺人罪に問われた医師 川崎協同病院事件 終末期医療と刑事責任』(現代人文社、2008年)。

¹⁰¹ 「尊厳死法制化を考える議員連盟」により、いわゆる「尊厳死法案」の国会上册が企図されている。いわゆる「尊厳死法案」を考察するものとして、「特集=尊厳死は誰のものか 終末期医療のリアル」『現代思想』(青土社、2012年)等。

¹⁰² 本件控訴審判決が出た後の2007年5月、厚生労働省は「終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン」を策定した(前掲注(72))。樋口範雄『続・医療と法を考える 終末期医療ガイドライン』(有斐閣、2008年)87頁以下は、本ガイドラインは「終末期医療の決定のためのプロセスを明確化するだけであり、終末期を迎えた患者を皆で支える体制作りをするための指針」であるが、これには①医師の刑事免責の実体的要件が明らかにされていない、②患者にとって不本意な安楽死への道を開くことにならないかという懸念、という2つの批判が寄せられたことを指摘する。

¹⁰³ 須田・前掲注(93)202頁。

守るべきものとはならないか。もちろん、「処罰される行為」と「やってはならない行為」は別物であり、ガイドラインに違反した治療の中止が直ちに殺人罪になるわけではない¹⁰⁴が、反対に、ガイドラインにそった行為であるならば、不処罰化の方向で考えるべきともいえよう。ガイドラインは、医師の免責の道具と墮してはならず、専門家に当然要求されるべき水準を満足させるものでなければならない。大野病院事件については、医学的準則から結果回避義務を否定する立論に対して、むしろ具体的予見可能性の不存在を理由とすべきだったとする批判¹⁰⁵もあるが、医療水準に掛からしめることにより、国家の刑事介入を拒む理由も説明し易くなるのではないか。「指針は、ソフトローの役割を担いうる性質を有する場合もある」との指摘¹⁰⁶もある。とすると、川崎協同病院事件の元被告人による「グループ・カンファランスとなれば、さらに延命治療はつづくでしょう。」¹⁰⁷「公の場では万が一の可能性にかける『正論』に反対できる人はいないのです。また多数数で決めたことには誰も責任をもたないし、複数主治医というのも、遠慮を含めて本音をいわないことが多いものです。」¹⁰⁸との主張が、現在の「医療水準」ないし「医療倫理」として適切であるか否かは、検討の余地もあろうか。その意味でも、患者の権利法制定と共に、患者の権利をも踏まえた医療のガイドラインを、より発展させていくことが、方向性としては妥当なもののように思われる。医療は、患者と医療従事者との協働によるものだからである。

VI おわりに

以上、刑法と異なる医事刑法独自の基本原理がありうるのかとの問題について、医療過誤と終末期医療を素材として検討した。医事法独自の基本原理の

¹⁰⁴ 町野・前掲注(84)51頁。

¹⁰⁵ 甲斐克則『医療事故と刑法』(成文堂、2012年)128頁。

¹⁰⁶ 甲斐克則「終末期医療に関する各種指針」甲斐克則=手嶋豊編『別冊ジュリスト 医事法判例百選[第2版]』(2014年)101頁。

¹⁰⁷ 須田・前掲注(93)212頁。

¹⁰⁸ 同前。

ひとつとして打ち出されている「疑わしきは生命の利益に」は、医療過誤訴訟や終末期医療においては、その医療訴訟が刑事裁判である場合、「疑わしきは被告人の利益に」の近代刑事法の大原則と齟齬を生じる可能性もあり、なお慎重に考える余地があろう。また、施行後1年を過ぎた医療事故調査制度も、刑事責任からの解放を前提としない以上は、黙秘権や裁判における調査資料の利用等、刑事手続上の問題を抱え続けることになり、事故防止という目的遂行への桎梏となりうるかも知れない。いずれの場合においても、医療は生命に作用しうる「病」という重大な課題に、正に生命に接着した状況でその克服に向かわなければならないという点に特色を見出すことができ、その点が、医事刑法の質的特徴であるとはいえないだろうか。

本稿では、医事刑法の基本原則がありうることの課題を、特に生命との距離が密接な医療過誤と終末期医療の問題を素材として検討したに過ぎず、結論としても、明確な解答を明らかにできたわけではない。とはいえ、既に指摘されていたところではあるが、やはり、生命倫理と関わるという意味での独自性は否定できず、その観点からのさらなる検討が必要であることが確認できたと同時に、一定の再整理も行いえたのではないだろうか。将来の医療における基本法の制定に向けた前提作業としても、諸原理相互の関係のさらなる解明を今後の課題として、ひとまず本稿を閉じることとしたい。

<付記> 本稿の前半部分は当初、内田博文 九州大学名誉教授・神戸学院大学教授の古稀記念論文集に掲載するつもりで構想していたものであるが、諸般の事情から叶わなかった。深くお詫び申し上げますとともに、この場をおかりして、内田先生の古稀をお祝い申し上げたい。