

日本医療再生の具体的提言
医療の視点が司法に活かされるための制度設計

静岡大学人文社会科学部法学科
准教授 神馬 幸一

【目次】

- 1. 序論**
- 2. 医療安全を巡る最大の法的難問**
 - 2-1 医療者の「特別扱い」は可能か
 - 2-1-1 医療の不確実性に関して
 - 2-1-2 医療における過剰な公的義務負担に関して
 - 2-2 過失犯処罰は限定化できるのか
 - 2-2-1 過失の程度による線引きは可能か
 - 2-2-2 過失の内容による線引きは可能か
 - 2-3 誰の視点から過失を判断すべきか
 - 2-4 どのように医療者の視点を導入すべきか
 - 2-4-1 原因究明に関する疑問への反論
 - 2-4-2 再発防止に関する疑問への反論
- 3. 提言**
 - 3-1 現行案の点検
 - 3-1-1 現行案は原因究明に資するか
 - 3-1-2 現行案は再発防止に資するか
 - 3-2 たとえ打算的だとしても対話を進めなくてはならない理由

日本医療再生の具体的提言：医療の視点が司法に活かされるための制度設計

神馬幸一

【論文要旨】

医療事故には刑罰を適用するべきではないという見解が医療者の間で強く主張されてきた。本稿では、そのような刑事免責の可能性を公法的な観点から論証した。我が国は、行政法上、医療者に対し、様々な公的義務を負担させている。この義務の順守が医療現場では困難な状況にある。それにもかかわらず、当該義務違反が具体化した場合、それに対し法的責任を問うてきた。これは、刑罰権の適正な行使という理念に反する。本来、医療現場におけるリスクは、国民全体で負担されるべきである。このリスクが平等に分配されていない法的状況は、不公正である。そのような状況は、制度的に是正されるべきであろう。

現行政府案が考える是正の方向性は、刑事過失の適用範囲を限定解釈するという方向性から出発した。しかし、何が法的な非難に値する不注意であるのかを程度や内容において限定化する試みには、いずれも難点がある。また、現行政府案は、医療界の自律性を高めることに拘泥するあまり「医療者は医療者、法律家は法律家」の観点から独自に過失を判定してしまう併存型の制度設計から脱却仕切れていない。医療と司法の視点は、併存させるべきではない。むしろ、それらは直結し、一本化するべきなのである。

そのような直結型制度を目論む仕組みとして、医療安全に関する「(独立) 行政委員会」の設置を本稿は提言している。行政委員会には、強制力を伴う行政的権能が一般的に付与される。また、当該委員会が主体となる行政審判においては、一定の場合、当該審判の判断に裁判所を拘束させることも法的には可能である。従前、懸念されていた医師法第 21 条による警察への届出制度の問題も解消される。すなわち、当該行政委員会へと事故報告の流れを一本化するべきである。これらの方策により原因究明の目的は、十分に達成しうるものと思われる。また、個人責任の追及ではなく、医療提供体制の改善に結び付ける強制的な行政処分を当該行政委員会の権能とすることで、再発防止の実効性を上げることが十分に見込まれる。

実効的な制度は、一定の行動を人間に動機付ける力（インセンティブ）を有している。本稿で提案される制度設計も、人間の利己心に働きかける。すなわち、そのような動機付けにより医療者と法律家の対話を促進しようと試みるものである。嗜好を同じくする人々が自分達の都合の良い想いを増幅していく過程が高度に情報技術化された現代社会の潮流である。そうであるならば、医療安全文化の醸成は、そのような対話を進めることで解消されるように思われる。本稿は、そのような世相の把握を前提とした上で、インセンティブを有する制度の設計を試みる。

1. 序論

医療事故に関する公式の統計資料は、一体、どこまで遡ることができるのだろうか。

その答えは「1970年」である。最高裁判所事務総局が作成した民事医療事件における公式の統計資料は、1970年より前には遡れない。刑事医療事件に関する公式の統計資料は、今のところ、作成すらされていない。この点に関して、最高裁判所事務総局民事局第2課長（当時）である南新吾は、次のように回答している。

「最近、この種の事件が急に増えて来ているわけでありませう。この種の事件の詳細な統計が作られるようになりましたのは、昭和44（1969）年頃でございまして...（中略）昭和44（1969）年以前につきましては、正確な数が実はつかめておらないわけでありませう⁽¹⁾」

1960年代において、医療安全問題の実態把握へと最高裁判所が重い腰を上げた。すなわち、この頃から、法律家は、医療安全を何とはなしに語り始めた。そして、既に半世紀に近い年月が費やされた⁽²⁾。

この半世紀、医療現場では「リスク・マネジメント」という外来語も注目された。その様々な努力が積み重ねられてきた⁽³⁾。しかし、この取組みにおいて「医療事故の撲滅」という精神論だけで突き進もうとする空虚な例が皆無だったわけではない⁽⁴⁾。リスク・マネジメントという言葉は、本来「リスクは、絶

(1) 加藤一郎＝鈴木潔（監修）『医療過誤紛争をめぐる諸問題：付・医療過誤訴訟事件裁判例他資料』法曹会（1976）7頁。

(2) 1960年代には、医局制度の内情を描いた山崎豊子の長編小説「白い巨塔」が人々に好んで読まれていた。1968年には医師法が改正され「臨床実地研修制度（いわゆるインターン制度）」が廃止された。すなわち、この制度改革により、当時の医学生は、医学界という権威の一端を突き崩して、具体的な身分保障を勝ち得ていた。この1960年代の最後を飾る1969年の師走には「日本医事法学会」が設立されている。当時の医事法学（界）の雰囲気に関しては、唄孝一「日本医事法学会三〇年の歩み：回顧と点検」年報医事法学16号：日本評論社（2001）203頁以下参照。

(3) リスク・マネジメントという用語は、本来、保険数学の概念である。医療現場における取組みに関しては、日向浩幸「医療のリスクマネジメントシステム構築に関する研究」商學論纂53巻3＝4号：中央大学商学研究会（2012）85頁以下参照。

(4) 例えば「医療事故ゼロ（運動）」という標語を掲げる例は、数多く散見される。確かに、報告すべき事故の概念を操作することで、この「医療事故ゼロ」という

対に無くすことはできない」という意味を含んでいる。この現実的な認識を超える目的は、達成しえない願望にすぎない⁽⁵⁾。

しかし、どのような目的を掲げるものであったとしても、医療現場においては、様々な医療安全に関する実践が試みられてきた。実際に、それが求められてきた。それにもかかわらず、医療現場は、患者との法的紛争を抱え、マスメディアへの対応に追われるようになった⁽⁶⁾。医療不信の文化は、医療現場の努力に相反して、時代の経過と共に、ますます醸成化されたように思われる。

そして、医療の構造改革を旗印に、医療費の総枠が限界まで削られる方向性が定まった。それに呼応するかたちでの診療報酬改定が進行した。医療者は、物心両面から疲弊していった。保険診療に関する法令により、微に入り細を穿つかのように医師と患者の関係性を拘束しておきながらも、それは、民事法上、あたかも当事者間の自由な合意により結ばれた「契約」であるかのように説明されている。そのような法律家の説明に理不尽さを感じながらも、医療者は、その職業的倫理観から、ひたすら耐え忍んできたようにも思える⁽⁷⁾。

更に、我が国においては、刑事司法が医療事故の現場に介入してきた。この点に関しては、医師法第 21 条における異状死体等届出義務が警察による捜査の端緒となっている点が批判されている⁽⁸⁾。このような過酷な状況は「福島県立大野病院事件⁽⁹⁾」において、象徴化された。当該刑事事件において、被告人の医師は、結局、無罪であるとされた。しかし、その影響により、我が国の医療現場は、更に混迷を深めたとされている⁽¹⁰⁾。

このような危機的状況をもたらした原因として、法律家の無理解が挙げられている。医療者の強い憤りは、次のような言葉にも代弁されている。

「(1999 年以降の) 不幸な 10 年を理論的に支えたのが、当時急速に拡大した必罰主義的医事法学です。(中略) 何よりも問題なのは、医学・医療の知識もな

目標を達成することは、不可能ではないだろう。しかし、このような概念操作は、リスク・マネジメントの本来の意味を矮小化してしまうように思われる。

(5) 同趣旨の指摘として、児玉安司「医療安全：How safe is safe enough?」ジュリスト 1339 号：有斐閣（2007）67 頁参照。

(6) 医療報道が抱える問題点に関しては、田辺功「医療危機と新聞報道」総合臨床 56 巻 12 号：永井書店（2007）3241 頁以下参照。

(7) このような法的矛盾を指摘するものとして、畔柳達雄「診療契約の定義」畔柳達雄＝児玉安司＝樋口範雄『医療の法律相談』有斐閣（2008）12 頁参照。

(8) 医療事故発生時における関係機関の対応に関しては、池田典昭＝上白木悦子＝前田正一「医療事故とその対応」池田典昭＝加藤良夫（編）『医療事故と医療人権侵害』丸善（2012）9 頁以下参照。

(9) 福島地方裁判所平成 20 年 8 月 20 日判決。

(10) 特にリスクの高い産科医療の危機的状況が進行したとされる。この分野における地域医療の現状に関しては、池川明「神奈川県における産科崩壊の現状と改善への方向性」月刊保団連 971 号：全国保険医団体連合会（2008）10 頁以下参照。

く、医療現場に対し何等の責任もとらない刑法学者等が空理空論で「正義」を振りかざしたことです⁽¹¹⁾」

確かに、医療者にとって、延々と続くかのように思われる法律家の議論の応酬には、嫌悪感すら覚えることもあるだろう。それは、膨大な先例や学説を典拠としながら、権利と義務の関係性に当事者を置き換えて、一定の結論を権威付けするという過度に精緻な知的作業である。この法律家特有の理屈は、医療者にとって極めて抽象化された観念論にみえるだろう⁽¹²⁾。医療者は、まさに患者と患者家族が共に支え合って、病気と立ち向かわなければならない場面に立ち向かう。その場面において、法律家は、権利と義務の名の下に、そのような当事者の関係性を分断してしまう。そして、そのような者達を対立関係として整理してしまう⁽¹³⁾。そのような法的議論の作法は、現場の医療者にとって、強烈な違和感を与えてきた。何よりも「刑法学者の議論は、訳に立たない（むしろ有害である）」といわれる要因は、このような法的思考が抱える問題性にあるのではないか。

従って、医療不信の問題は、法律家への懐疑をも同時に生じさせるものである。今まさに法律家に反省が求められているといえよう。そのような法律家が医療安全を語る意味は何であるのか。その核心的な問い掛けに対して、法律家は、責任ある回答が求められている。法律家は、無駄に揉め事を増やしているだけなのだろうか？

2. 医療安全を巡る最大の法的難問

2-1 医療者の「特別扱い」は可能か

以上における医療者の憤りは、刑法学者を含め、法律界全体においても、確実に届き始めているように思われる。福島県立大野病院事件において無罪が言い渡された 2006 年を境にして、民事医療事件数は、減少傾向に転じた⁽¹⁴⁾。また、医療事故が刑事事件化する端緒とされていた医師法第 21 条の届出件数も近年、減少傾向に転じた⁽¹⁵⁾。

この福島県立大野病院事件が契機となって、医療者の関心は「どのようにして医療安全の問題を刑事司法から切り離すか」に集中した。2008 年 4 月に厚生

(11) 大磯義一郎＝加治一毅＝山田奈美恵『医療法学入門』医学書院（2012）iii 頁。

(12) 医療事件における刑事手続の概観に関しては、棚瀬慎治「弁護人からみた刑事医療過誤事件」年報医事法学 23 号：日本評論社（2008）111 頁以下参照。

(13) このような法的思考の問題性を法学者の視点から指摘するものとして、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）233 頁以下参照。

(14) 仲田朝子「裁判統計から見る医事関係訴訟事件の状況」法曹時報 62 巻 8 号：法曹会（2010）2081 頁以下参照。

(15) 飯田英男『刑事医療過誤Ⅲ』信山社（2012）23 頁参照。

労働省が公表した「医療の安全の確保に向けた医療事故の死亡の原因究明・再発防止等の在り方に関する試案（以下、第3次試案）」及び同省が同年6月にまとめた「医療安全調査委員会設置法案（仮称）大綱案（以下、大綱案）」においても、そのような問題意識から、各案が批判的に検討された⁽¹⁶⁾。更に2013年5月において、厚生労働省の「医療事故に係る調査の仕組み等のあり方に関する検討部会」が取りまとめた「医療事故に係る調査の仕組み等に関する基本的なあり方（以下、あり方）」が想定する枠組みにおいても、事故の分析を担当する第三者機関の業務には、医療事故に関する警察への報告を含めない方針が示されている。

従って、このような制度設計の検討を通して明らかであるのは、医療事故における刑事過失の追及は、医療者にとって、極めて顕著に有害だと捉えられているということである。2008年以降において、医療安全調査委員会の設置に関する議論が停滞した原因は、政権交代による混乱のみならず、大綱案が医療事故に関して刑事訴追の可能性を残したことに對し、医療界が強く反発したところにあるともいわれている⁽¹⁷⁾。

この刑事責任追及に関して、医療事故は「特別扱い」するべきだという主張を、どのように考えるべきなのか。このような主張が果たして、現行の司法システム全体と整合的に実現可能なのか。この点は、実際のところ、刑法学者の間でも見解が分かれる。刑法学者は、一体、何を考えているのか？

ここでは、医療事故の刑事責任追及を肯定的な見解に対して、批判的に検討を加えてみよう。なぜなら、このような刑事責任肯定説こそ、医療者側が最も反駁を加えたいと考えているように思われるからである。医療者の「特別扱い」を疑問視する刑法学者の主張には、どのようなものがあるのか。

2-1-1 医療の不確実性に関して

医療行為は、常に有害事象が発生する可能性を有している。そのような意味で不確実なものである。様々な複合的な要因により、回避不可能な合併症が生じる。最悪の場合、患者が死に至ることも避けられない場合がある。医療行為は、先端的なものであればある程に、その不確実さは増大する。そのような状況を克服しながら、医学・医療は、発展してきた。例えば、交通事故に代表されるような一般的な事故と比較して、この点が異なる。ここでいう一般的な事故の場合、そこにおける不注意が何をもたらすかは、予測が容易である。そし

⁽¹⁶⁾ 第3次試案に至るまでの経緯を詳細に検討したものとして、前田雅英「医療過誤と重過失」法学会雑誌 49 卷 1 号：首都大学東京都市教養学部法学系（2008）83 頁以下参照。

⁽¹⁷⁾ 樋口範雄「医療安全と法の役割」ジュリスト 1396 号：有斐閣（2010）15 頁以下参照。

て、その予測に専門的な知見も必要ではない。

また、このような医療の不確実性に伴うリスクの負担は、社会的にも容認されてきたはずだというのが医療者の想いであろう。刑法学者が「このような結果は予見できたはずだ」「こうすれば結果が回避できたはずだ」という後追いの法的評価を並び立てて、刑事責任を追及しようとするのは、確かに医療の本質を理解していない態度のようにも思われる⁽¹⁸⁾。そして、そのような無理解が萎縮医療をもたらし、医学の発展を阻害し、結局は、国民のためにならない事態を生じさせているとも主張されている⁽¹⁹⁾。

しかし、医療者が誤解してはならない点がある。このような医療行為の不確実性は、法律家が刑事過失の成否を検討する際、既に考慮すべき内容として理論化されているということである。すなわち、医療行為が必然的に有するリスクは、法的判断の中にも、実際には考慮されている。だからこそ、福島県立大野病院事件では、無罪判決が得られたのである⁽²⁰⁾。それを考慮しない場合には、刑法学的観点からも、批判的な検討が加えられる。このことは、医療者の想いと同様である。そのような意味で、医療行為の不確実性は、刑事過失を認定する際においても、十分に考慮しなければならないと刑法学者も一般的に考えているのである⁽²¹⁾。

(18) この点を批判するものとして、小松秀樹『慈恵医大青戸病院事件：医療の構造と実践的倫理』日本経済評論社（2004）12頁以下、同『医療崩壊：「立ち去り型サボタージュ」とは何か』朝日新聞社（2006）28頁以下、同『医療の限界』新潮社（2007）21頁以下参照。

(19) 同様の議論がドイツにおいても展開されている。この点に関しては、古川伸彦「ドイツにおける事故と過失：医師の刑事責任の限定？」刑事法ジャーナル 28号：成文堂（2011）24頁以下参照。更に、警察・検察には、専門的な医学知識に欠けていることから、真相解明は期待できないという批判もある。しかし、この捜査能力に関する問題は、医療事件のみならず、刑事事件一般に当てはまる問題である。従って、井田良「医療事故に対する刑事責任の追及のあり方」井上正仁＝酒巻匡（編）『三井誠先生古稀祝賀論文集』有斐閣（2012）238頁では、この論証は、医療者を刑事免責する特別な理由にはならないと説明されている。同様に、佐伯仁志『制裁論』有斐閣（2009）322頁においても「真相解明を専門機関が行うかどうかという問題と、調査の結果、医療関係者に過失が認められた場合に、刑事責任の追及を行うかどうかは、別個の問題である」と述べられている。

(20) 福島県立大野病院事件の判決文では「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」と判示されている。

(21) この問題は、刑法上「危険の引き受け」という理論で説明されている。ある個人（医療事故の場合には患者）が一定の危険に曝されることを知って、これに同意した場合、そのような被害者は、刑法的な保護に値しなくなるので、当該行為の

従って、その点に関して、医療者が一生懸命に反駁したとしても、刑法学者の理屈を動揺させることはできないだろう。むしろ、刑法学者は、この「医療行為の不確実性」という論拠が無理矢理に展開されることで、医療者が「医療行為を一律に（何でもかんでも）特別扱いせよ」と主張し始めないかを懸念しているのである⁽²²⁾。

確かに、高度の技術を要する医療行為を実施する際、偶発的に生じた予見不可能な結果又は医学の現状では回避不可能な結果であるならば、これを処罰しようとする警察・検察の刑事実務は、不当である。そのような不当性を批判するのが刑法理論である。それが刑法学者の仕事である。しかし、過去に医療現場で発生した全ての事故において、明らかに非難に値する不注意が全くないと医療者は言い切れるだろうか⁽²³⁾。このような断定的判断ができない以上、医療行為の不確実性は、免責を一般化するための完全な論拠とは成りえない。そのように刑法学者は考えているのである。

2-1-2 医療における過剰な公的義務負担に関して

医療者が医療行為の「特別扱い」を刑法学者に対して主張したいのであれば、むしろ、医療業務において、法的責任を負わなければならない方向性で公的義務が負担させられているという特殊な状況を強調すべきではないだろうか。なぜなら、そのような状況により、国民全体が負担すべき医療に関するリスクが平等に分配されていないとも評価できるからである。

この点に関して、医療者において過酷とされる勤務状況も、他の職種と比較して、特別なものではなく、一般的には刑事責任を免除すべき論拠にはならないという見解もある⁽²⁴⁾。過酷な労働条件を強いられているのは、何も医療職に限られるわけではないという主張である。

しかし、この見解に対しては、次のような反論も可能であろう。すなわち「他の職種には見られない特徴として、全ての医療者は、業務に従事することが（事実上の問題というよりも）法的にも義務付けられている（強制されている）」という反論である。問題は、これを法的に（客観的に）言語化するには、どのような論拠を示すべきかということにある。

違法性を阻却するという理論である。医療行為における危険の引き受けを検討するものとして、田坂晶「刑法における治療行為の正当化」同志社法學 58 巻 7 号：同志社法学会（2007）2702 頁以下参照。

(22) 井田・前掲注（19）234 頁参照。

(23) 例えば、法律家だけではなく、医療者にとっても、何が刑事責任に相当する過誤であるのかを検討したものとして、樋口・前掲注（17）8 頁以下の具体例が参考になる。

(24) 井田・前掲注（19）235 頁。

この反論内容を考える上で手掛かりとなるのは、医療者の身分に関する行政法（例えば、医師法、保健師助産師看護師法など）である。それによれば医療提供に関する様々な特殊な義務が規定されている。また、医療組織に関する行政法である医療法も手掛かりとなる。なぜなら、医療法第1条の4は、良質で適切な医療の提供を「医療者全体（医師、歯科医師、薬剤師、看護師その他の医療の担い手）」に課しているからである。

従って、医療行政法上の各種義務を総体的に把握することで「医療現場は、リスクを引き受けざる得ない特殊な法的状況下に置かれている」と一般化することができるのではないか。例えば、一般的な職種は、リスクを引き受けたくなければ（例えば、他人に危害を及ぼすような仕事をしなくては）、それを拒否する自由が与えられている。そして、仮に、特段に正当な理由がなく、その引き受けを拒否したところで法的な非難が加えられるわけではない。従って、そのリスク負担は、法的に強制されていない。しかし、医療者が患者の受け入れに伴うリスクを拒否すれば、間違いなく、その拒否が正当であるのか否かという法的な問題が生じるであろう。なぜなら、医療行政法により原則化されたリスク引き受け義務が医療者に課されているからである。

更には、前述したように、一般的な事故は、そのような不注意・判断ミスと結果発生に関連性が容易に予測できる。容易に予測できるからこそ、そのような不注意に対する法的非難が人々を慎重で適切な行動へと導くものと考えられているのであろう。しかし、医療行為は、不確実性という特徴を有している。すなわち、受け入れようとしているリスクが大きいものであるのか、小さいものであるのかも分からないまま、そのリスクを引き受けるように義務付けられている。このように医療行為は、不確実性という特殊性をも伴うリスクの引き受けが法的に原則化されていることになる。このような意味で過酷な業務なのである。医療者は、リスクが大きいのか小さいのかも分からないまま、それを無理矢理に引き受けなければならず、しかも、そのリスクの取扱いに失敗すれば、非難される。このような状況に、ある種の不条理さはないのか。

このようなリスクの引き受けに関する医療者の一般的義務は、例えば、医師法第19条第1項の「医師の応招義務（診療の求めがあった場合には、正当な事由がなければ、これを拒んではならない）」において、顕著に表現されているように思われる。この義務に関しては、医師資格が免許制を採用しており、医師に業務独占（医師法第17条）を認めていることが理由とされている。しかし、この「免許制・業務独占だから、応招義務がある」という理由付けは、比較法的に論理必然性を有するわけではない。例えば、ドイツは、医師に関して免許制・業務独占を採用しているにもかかわらず、応招義務（診療契約強制）

を課す法的規定はない⁽²⁵⁾。アメリカも同様である。

また、この応招義務に関しては、違反に対応する刑罰規定がないことから、医師の心構えを示した「努力義務」に過ぎないという反論も考えられよう。しかし、現状は、応招義務を根拠に、努力義務以上のリスクの引き受けが医師に対して法的に課されている⁽²⁶⁾。

このように医療者の中心的存在である医師は、原則として内容不明確なリスクを引き受けなければならない特殊な法的状況下に置かれている。確かに、応招義務は、医療従事者全般に課された義務ではない（例えば、看護師には、法令上、応招義務は課されていない）。しかし、前述したように、医療法は、適切な医療を提供する体制の確保を医療者全体に課している。応招義務が課されていない職種であっても、医療者である以上、このようなリスク引き受けを拒否することは、医療法の趣旨に反することになる。従って、医療者は、組織全体として、その業務上のリスクを引き受けざる得ない法的義務が課されている特殊な身分なのである。

以上をまとめると、国家が医療者に対し、リスクを強制的に負担させている法的現状がある。そうであるにもかかわらず、そのリスクが具体化した場合、それに対し峻厳な刑事処罰で臨むという態度は、ある意味、背信的ではないだろうか。それは、国家における刑罰権の均衡ある執行という理念にも反するようにも思われる。すなわち、ここでは、国家の刑罰権行使における適正な在り方が問題とされている。それは、医療者側の努力という個別具体的な次元の問題とは異なる。このような法的状況を鑑みると、医療現場において国民全体が負担するべきリスクは、平等に分配されていないようにも思われる。そうであるならば、そのような不平等は、法的に是正されなければならない。

このような医療者に対する行政法上のリスク負担義務は、刑法上の生命・身体保護義務とは質的に内容が異なるという反論も考えられる。しかし、両者の義務は、国家が国民（医療者）に課す義務である。その意味で共通の土台にある。行政法と刑法は、決して両立しえない領域ではない。すなわち、国家の強制力の行使という意味で連続性を有している。そのような連続性において、両者の適用範囲は、競合しうるものである。

(25) 応招義務の比較法的考察に関しては、三上八郎「診療契約強制（応招義務）の系譜的・機能的再検討」北大法学論集 52 巻 4 号：北海道大学大学院法学研究科（2001）1193 頁以下参照。

(26) 例えば、応招義務違反を理由に民事責任を認める裁判例も存在する。応招義務の法的性格と問題性に関しては、樋口範雄『医療と法を考える：救急車と正義』有斐閣（2007）68 頁以下、米村滋人「医事法講義（第 5 回）：医療行政法（2）：医療従事者法（2）」法学セミナー 57 巻 8 号：日本評論社（2012）124 頁以下参照。

2-2 過失犯処罰は限定化できるのか

以上を根拠にすれば、医療者における「特別扱い」を説明するための道筋が見えてくる。確かに、その説明によれば、医療者を法的責任から完全に解放することは困難であろう。しかし、リスクの公平な分担という観点から、不均衡と考えられる状況は、是正されるべきなのである。そのような道筋である。

その道筋の延長線上において、法的不均衡の象徴とも考えられている医療者の過失犯処罰は、限定化できるだろうか。又は、過失犯処罰を限定化することで、そのような法的不均衡は、是正されるのか。この点を議論する余地が残されたことになる⁽²⁷⁾。

2-2-1 過失の程度による線引きは可能か

まず、過失犯処罰の限定化を主張するものとして、過失を「注意義務違反の程度が著しいかどうか」という基準により、単純過失と重過失とに区別し、後者の重過失による場合のみを処罰するという見解がある⁽²⁸⁾。

このような見解に対しては、過失の程度を判別する基準が曖昧であるという批判がある⁽²⁹⁾。前述したように、医療行為の不確実性を考慮すれば、確かに、そのような法的基準の設定は、困難であろう。

また、医療者には、一般的に専門職としての「高度の注意義務」が課されて

(27) このことに関連して、大綱案においても、医療事故に関する捜査機関への届出を一定の悪質な場合に限定しようという提案がなされていた。しかし、その内容は、実体法上の過失犯の要件解釈として、そのような限定論（一部非犯罪化）を主張するものであるのか、そうではなくて、単なる手続運用上の限定論を主張するものであるのかは、必ずしも明らかではない。この点の不明確さが大綱案を巡る議論では、批判の対象とされていた。大綱案が有する問題に関しては、根本晋一「医療関連死における死因究明制度の現状と展望：いわゆる“医療事故調”に関する法律上の諸問題/民主党案（患者支援法案と原因究明制度案）と厚生労働省案（医療安全調査委員会設置法案（仮称）大綱案・自民党案）等の検討」横浜国際経済法学 19 卷 3 号：横浜国際経済法学会（2011）185 頁参照。

(28) 英米、ドイツ、オーストリアにおいても、同様の見解が主張されている。英米の議論状況を紹介するものとして、星周一郎「アメリカにおける医療過誤に対する刑事法的対応」法学会雑誌 50 卷 2 号：首都大学東京都市教養学部法学系（2010）187 頁以下、佐伯・前掲注（19）293 頁以下、佐伯仁志＝于佳佳「英米における医療過誤への刑法上の対応」刑事法ジャーナル 28 号：成文堂（2011）29 頁以下参照。ドイツの議論状況を紹介するものとして、古川・前掲注（19）22 頁以下、萩原由美恵「医療過誤における刑事責任の限定」中央学院大学法学論叢 24 卷 1＝2 号：中央学院大学（2011）123 頁以下、Rosenau, Henning（山本紘之訳）「医療過誤における可罰性の限定？」比較法雑誌 42 卷 3 号：日本比較法研究所（2008）75 頁以下参照。オーストリアの議論状況を紹介するものとして、古川・前掲注（19）23 頁を参照。

(29) 井田・前掲注（19）243 頁参照。

いる。何らかの不注意により有害事象が発生した場合、その「重大な結果が発生した」という結論から「高度な注意義務に違反した物＝重過失」という前提を導き出してしまふ誤った遡及的推論の下に置かれていることを忘れてはならない。結果発生から事後的な観察をすることで、刑事事件という物語を組み立てなければならない捜査機関は、このような憶測に囚われやすい。そのような憶測により、冤罪が発生するのである⁽³⁰⁾。医療現場では、高度な注意義務を果たしていても、重大な結果が発生する場合がある。しかし、現実の捜査機関は「重大な結果が発生したこと」から遡及的に「医療者としての高度な注意義務が果たされなかったこと」を憶測する傾向にある。このような刑事司法の現実を鑑みるならば、処罰範囲を「重過失」という過失の程度により限定化しようとする試みは、実際のところ、医療現場に刑事司法が無用に踏み込まないようにするための防波堤にはならないように思われる。過失の程度を緻密に類型化したところで、現場では、その緻密さ故に混乱を来すことも、考慮しなくてはならない。

2-2-2 過失の内容による線引きは可能か

それでは、過失の程度（量的判断）ではなく、その内容（質的判断）による限定化という理論的試みは、可能であろうか。例えば、有害事象結果に関して、「認識ある過失」と「認識のない過失」を区別し、後者の「認識のない過失」は非難可能性に欠けることから、不処罰とする見解も主張されている⁽³¹⁾。

このような見解に対しては、むしろ、そのような結果発生への認識に欠けていること自体が注意不足として非難可能な場合もあると批判されている⁽³²⁾。

そうであるならば、結果発生を認識していたとしても、その判断過程において不可罰とされるべき過失を想定できるとする見解を参考にできないだろうか。例えば、刑法理論の碩学である平野龍一は、次のような指摘をしている。

「精神を十分に緊張させて危険性の有無を判断した結果、『誤って』危険がないと判断した場合、その誤りは知的な誤りにすぎない。これを処罰するとすれば、そのような行為者が『悪い』から処罰するのではなく、『愚か』だから処罰することになる。また、技術が未熟であるために、避けそこなつて人を死傷させた

(30) 刑事事件の事実認定における「遡及的推論 (abduction)」の問題性を指摘するものとして、駒城鎮一『探偵・推理小説と法文化』世界思想社 (2009) 65 頁以下参照。捜査する側の「偏見」に関する鋭い考察として、Posner, Richard Allen (坂本真樹＝神馬幸一訳)『法と文学 (下巻)』木鐸社 (2011) 515 頁以下参照。

(31) 日山恵美「医療の安全確保における刑事過失論の限界：刑事医療過誤判決の分析から」年報医事法学 23 号：日本評論社 (2008) 12 頁以下、甲斐克則「刑事医療過誤と注意義務論」年報医事法学 23 号：日本評論社 (2008) 97 頁参照

(32) 古川・前掲注 (19) 25 頁以下を参照。

ときも、『下手』だから処罰するのであって『悪い』から処罰するのではないことになる⁽³³⁾」

すなわち、本来、過失は「悪い」不注意だけではなく、「良い」とはいえないまでも「悪くない」判断の誤り・技術の未熟さも含まれているという指摘である。その失敗は、決して褒められるものではない。しかし、仕方がないものを叱るだけというのも気がひける。そういう失敗もあるはずだという平野龍一の過失犯に対する鋭い考察は、示唆に富んでいる⁽³⁴⁾。

しかし、何が赦される「愚かさ」であり、何が仕方がない「未熟さ」であるのかを確定することは、実際のところ、その程度が問題となる。すなわち、それは、量的判断である。従って、過失の内容に着目した限定化（質的判断）を試みようとしても、結局は、程度問題に還元されてしまう。「愚かさ」や「未熟さ」にも、許容されるためには、限度がある。このように程度を問題にすることなく、過失を内容的に限定化することは、困難なのである。そして、そこにおいて、許容限度が問題になる以上、曖昧さを払拭することは、できないのである。

2-3 誰の視点から過失を判断すべきか

以上において、結局のところ「何が過失であるのか」「何が法的な非難に値する不注意であるのか」を程度（量的判断）や内容（質的判断）において限定化する試みには、いずれも難点がある。なぜ、このように過失の対象を限定化することは、難しいのか。

そもそも「不注意である」とされた事実は「十分に注意している」という状態を暗に理想化した上での評価である。すなわち、過失の認定は、客観的な事実を確定しているように見えて、実は主観的な評価が常に入り込んでしまう性質を有している。従って、それは、誰にとっても同じようには判断できないものなのである。この問題の難しさは、不注意という事実が、そのような主観的な評価を抜きに認定できないことに起因している。

そうであるならば、ある事実に関して、それが不注意であるのか、ないのかの決着を付けなければならない場合、どうすればいいのだろうか。そのためには、まずは主観的に変化しうる部分を固定化することが先決事項となる。すな

(33) 平野龍一『刑法総論 I』有斐閣（1972）204 頁以下。

(34) 平野・前掲注（33）205 頁では、このように過失には非難できないものをも含むとしながらも、可罰的な過失と不可罰的な過失を実際に区別することは、不可能であるとする。その一方で、平野龍一『刑法の基礎』東京大学出版会（1966）89 頁では「責任というものが個人の人格の問題でも、また社会の集団のなかでも拡散してとらえにくいものになっている。（中略）単に道義や倫理を高唱するだけではすまないものである」とも述べている。

わち、誰の視点で過失を判断すべきかという問題である。

従って、この問題の本質は「何を過失とするか」という対象の確定にあるのではない。その前提にある「誰の目から」という視点を加えることの方が重要である。

この点に関連して、一般的な過失論によれば、裁判実務は「およそ人が死ぬということの予見可能性があれば足りる」というような非常に抽象化された事実を対象にして、注意義務の有無を判断してきた⁽³⁵⁾。このような事実の抽象化は、一般人の視点を前提にするならば、許容されるであろう。なぜなら、この抽象化により、当事者個人の視点を基準にして「一般的には、予見できるかもしれない。しかし、自分には、この結果発生は、予見できないから、赦されるべきだ」という理不尽な言い逃れが回避されるからである。

しかし、このような抽象化により医療者の過失を一律に判断することは、前述した医療行為の不確実性の観点から、不当であろう。医療者は「およそ何らかの有害事象は生じうるだろう」という視点から、侵襲性のある医療行為を実施しなければならない場合が一般的だからである。このことを鑑みれば、医療者に対して不注意だと非難できる場合とは、医療行為が一般的に不確実性を有しているものだとしても、当該事案を個別的に鑑みれば有害事象の発生態様が医療者として具体的に予見可能な場合に限定するべきである⁽³⁶⁾。

従って、視点の設定に関しては、次のように、まとめられるだろう。先ず、医療事故に限らない一般的な事故に関しては、一般人の視点から抽象化された危険性の認識で足りる。それに対し、医療事故に関しては、より具体的な危険性の認識が必要とされる。そして、このような具体的な危険性を裏付ける事実は、専ら医学的な内容を有する以上、一般的な医療者の視点が前提とされるべきである。そのような道筋において、医療者における過剰なリスク負担は、是正されるように思われる。

しかし、法律家にとって、そのような一般的な医療者の視点によって確認された過失とは、どのような意味を有しているのだろうか。そもそも医療者にとっての失敗とは、次の成功に結び付けるための前向きの評価である。そのために事実を認定するのだとしたら、刑事司法手続は、そのような一般的な医療者が期待する前向きの評価を反映させることができるのだろうか。

従って、ここで再び出発点において掲げられた「法律家が医療安全を語る意味があるのか」という核心的問題が喚起されることになる。

(35) 裁判実務における過失の認定に関しては、水野谷幸夫『過失犯犯罪事実記載要領』立花書房（2011）5頁以下参照。

(36) 甲斐克則『医療事故と刑法』成文堂（2012）70頁参照。

2-4 どのように医療者の視点を導入すべきか

以上から「何が過失であるのか」という問題に拘泥するのは、医療事故における免責を求める医療者にとって戦略的に有効ではないことが示された。なぜなら、たとえ過失の処罰範囲が限定化されたとしても、その判断が抽象的な法的基準に委ねられているのならば、現状と大きく変わらないからである。むしろ「一般的な医療者の視点で過失を判断させろ」と要求した方が将来の医療安全にとっては実益が大きいように思われる。

この点に関連して、刑事司法による事後的な個人責任の追及は、原因究明を妨げ、将来に向けての再発防止の実現という要請に反するという重要な指摘がある⁽³⁷⁾。確かに、医療事故に関する原因究明と再発防止のための仕組みと刑事責任の追及が矛盾するならば、実益の少ない刑罰権の行使の方を断念すべきであろう⁽³⁸⁾。

従って、ここでは原因究明・再発防止の制度設計として、刑事責任追及機能を併存させるべきかどうかを検討する。医療事故における原因究明と再発防止は、刑事司法の手を借りなくても、実効的に果たし得るものであるのか。まさに、この点が問われている。

この点に関して、従前の政府案で示された事故調査を担当する第三者機関(以下、本稿では「医療事故調査委員会」と総称)の原因究明と再発防止の機能に関しては、その大きな限界が刑法学者により指摘されている。このような刑法学者の疑問点に対して、そのような医療事故調査委員会制度を推進しようと主張する者は、回答を用意しておく必要があるだろう。その回答における説得力が今後の制度設計の成否を決める鍵となる。

2-4-1 原因究明に関する疑問への反論

先ずは、過失の評価に必要な不可欠な事実関係を医療事故調査委員会が解明できるか否かの能力面に懸念が示されている。侵害を被った患者側の不信感を払拭し、事実関係を解明したと宣言できるだけの能力が医療事故調査委員会には必要であろう。調査結果の公正さに疑いを生じさせない中立的な主体によるものなのか。事実解明のために十分な強制力を有しているのか。これらの点に関して、現行の刑事司法制度を超えるだけの事実解明能力が医療事故調査委員会に付与されているのか。このような疑問が刑法学者により指摘されている⁽³⁹⁾。

(37) 更に、刑事被疑者・被告人に対しては、黙秘権等々の特権が手続上、保障されており、それが事実解明を阻害する可能性も指摘されている。しかし、そのような防御権の付与により、刑事手続における原因究明が困難になるとは断定できないと井田・前掲注(19) 236頁では指摘されている。

(38) 井田・前掲注(19) 245頁参照。

(39) この点に関して、笹倉宏紀「事故調査と刑事司法」刑事法ジャーナル 28号：成

また、刑事責任の追及を断念することで、正直に事故の真実を語ることが医療者に期待できるのかということも疑問視されている。なぜなら、そのような委員会による調査結果が民事責任や行政処分において（更には、マスメディアによる社会的非難においても）利用可能とされるならば、真実を語るだけの動機付けになるかは疑わしいからである⁽⁴⁰⁾。

これらの疑問点には、おそらく次のような反論が可能であろう。先ず、理想論として、職業的自律性の観点から、医療事故の原因究明に医療者が積極的に協力すると共に、その判断内容に伴う公正な処分内容に進んで応えることが求められる。従って、医療事故の調査においては、医療者自身が専門職としての責任を全うする契機が原則として提供されなければならない。

しかし、そのような医療者における自浄作用が期待できない場合は、どうするべきか。そのような場合には、医療事故調査委員会は事実究明のための強制力を有するべきであろう。但し、この強制力は、将来的な再発防止を主たる根拠として発動される限定的なものである。その意味で、事後的な個人責任の追及を目的とする刑事司法を主体とすることは適当ではないように思われる。そのための制度設計は、個人の責任を追及するものではなく、医療提供体制の組織的改善を促す仕組みが望ましい。何よりも事故に関する責任を医療者個人から解放することを条件にすれば、当該医療者において原因究明に協力する動機付けにもなるように思われる。そのために医療事故調査委員会は「全てを理解することは、全てを赦すこと（*Tout comprendre, c'est tout pardonner*）」という理念により設計される必要がある。医療事故において、私達が医療者を赦せないのは、確かに私達が医療者を理解していないことに起因するからかもしれない。従って、原因究明は、医療者を罰するためではなく、赦すことが促されるように制度設計されるべきである。マスメディアにおける糾弾的雰囲気に対しても、そのような制度を介して、繰り返し説明責任を果たすことで、地道に解消していくしかないであろう。その意味で原因究明が人々の処罰感情により発動され、それに誘導されるような手続は、不適格なのである。

我が国における現行の法制度において、そのような類の制度設計が期待できる余地は、刑事司法ではなく、行政法の領域にある。その意味において医療事故調査委員会を行政組織として位置付け、具体的な強制力を付与し、その主たる構成員を医療者とするすることで、その自律性を確保する方策が最も現実的であろう。その具体的提言は、後述する。

文堂（2011）38頁では、警察と同等以上の能力を有する組織を新たに整備することは現実的ではないと指摘されている。そして、実効性のある事故調査制度を構築するのであれば、警察の力を最大限活用する方が得策であり、より端的にいえば「警察の権限行使に便乗するべき」とも指摘されている。

(40) 佐伯・前掲注（19）314頁、笹倉・前掲注（39）49頁参照。

2-4-2 再発防止に関する疑問への反論

更に、より本質的な批判として、医療事故調査委員会の調査内容は、どのように再発防止に活かされるのかが刑法学者にとって不明確である点が指摘されている⁽⁴¹⁾。確かに、個別の事故に関して、原因が明らかにされたとしても、それは当該事故の必要条件が追求されただけであって、医療事故一般における十分条件の解明を意味するものではない。すなわち、いくら単独の医療事故の例を積み重ねてみても、それだけでは医療事故全体を説明したことにはならない。おそらく、それは、医療安全における対症療法にすぎず、根本的な完治療法にはなりえないのではないかという疑問であろう。

この疑問に対しては、次のように回答できるであろう。すなわち、そもそも医療事故における原因究明は、医療事故全体の根治治療を目指すものではないということである。リスク・マネジメントは「人間は誤るものである」ということを前提にしている以上、そのような根治治療は、達成不可能な目標である。

それでは、ここにおける再発防止という目的は、何のために掲げているのか。それは、根治し得ない個々人の注意力の問題ではなく、医療提供体制というシステムに依存するリスクを焙り出すところにあるのではないか。医療現場における医療者個人の過失は、そのようなシステムから切り離して考えたところで有意義ではない。医療事故調査委員会が目指す再発防止は、そのような組織体の改善にある。個々人の帰責性を追及する現行の刑事司法制度では、そのような組織体の問題を取り扱うのに不適當である。

これに対し、システムに依存するリスクの問題は、医療現場のみの問題ではなく、事故一般に当てはまる問題であり、従って、医療事故のみを刑事司法において免責する理由にはならないという反論もある⁽⁴²⁾。しかし、繰り返し述べるように、何よりも医療者における過失責任を軽減すべき根拠は、医療が不確実であるにもかかわらず、医療現場では確実な判断を求めるかのように医療者を追い込んでいることの不公正さにある。そして、この点が事故一般とは異なる医療事故の特殊性である。そのような不公正さを是正する意味で、医療者個人の注意力が問題とされるよりも、むしろ医療現場における組織の改善が模索されなければならない。医療事故調査委員会は、そのような特殊性を前提として成立するものである。従って「組織全体が負うべき非難を個々人に転嫁する」ことにより、間接的にしかシステムの改善を促すに過ぎない刑事司法は、医療現場において一步身を引くべきであるように思われる。期待される医療事故調査委員会と刑事司法とでは、個人と組織の間で、どのようにリスクを分配

(41) 井田・前掲注(19) 245頁以下参照。

(42) 井田・前掲注(19) 237頁以下参照。

すべきかという重要な問題において、その解決の方向性が全く正反対を向いているのである。

3. 提言

3-1 現行案の点検

以上において、医療事故調査に関する法的手続が一般的な医療者の視点から適切に運用されるための基本理念を確認した。そこで、どのように、この基本理念を制度設計するのかが更なる問題となる。ここでは、現行において考えられている政府案を叩き台にして、その対案を示すことで具体的な提言をまとめることにしたい。

前述したように、厚生労働省の「医療事故に係る調査の仕組み等のあり方に関する検討部会」は、2013年5月29日時点において、医療事故調査制度の枠組みをまとめた。厚生労働省は、この「あり方」において示された制度創設に必要な医療法改正案を2013年秋に開催される臨時国会に提出する予定であるという。この「あり方」は「原因究明」と「再発防止」を事故調査の目的に掲げている。このような目的自体は、本稿が考える基本理念と同様である。しかし、問題は、そのような目的を達成するために「あり方」が想定する手段が実効性を有しているかどうかである。以下、その点を分析的に検討してみよう。

3-1-1 現行案は原因究明に資するか

以前の「大綱案」における調査の実施主体は、第三者機関とされていた。その点が「あり方」では医療機関が設置する院内事故調査委員会に変更された。それに伴い、第三者機関の業務内容も、院内事故調査委員会が提出した報告書の確認及び分析へと変更された。そして、例外的に、医療機関又は患者遺族が院内調査の実施状況や調査結果の報告に納得しなかった場合に、第三者機関が調査を実施するものとされた。

院内事故調査委員会の設置が原則化されると、小規模の医療機関では、必要な体制が確保できない可能性が出てくる。そのために「あり方」では、都道府県医師会、医療関連団体、大学学病院、学術団体等を「支援法人・組織」として調査能力を補完するための仕組みが講じられている。

また、以前の「大綱案」における第三者機関は、公的機関とされていた。しかし「あり方」では、そのような第三者機関として、全国に一箇所設置される民間組織が予定されている⁽⁴³⁾。そして、前述したように、この第三者機関の業務に

(43) この「あり方」検討部会の事務局の説明によれば、診療行為に関連した死亡の調査分析モデル事業を実施してきた「日本医療安全調査機構」又は医療事故情報収集事業や産科医療補償制度を実施してきた「日本医療機能評価機構」が第三者機関を担当するものとして想定されている。

医療事故に関する警察への通報は含まれないことが明記されている。この点に関連して、医療事故において、再三、その問題性が指摘されている異状死の報告に関しては、従前通り、医師法第21条が適用され、医師は、当該事案を警察に届け出る義務が課されたままである。

先ず、このような「あり方」が想定する制度設計の要点は「大綱案」と比較して、医療者の自律性を高めようとしたところにあるだろう。すなわち、事故調査主体を第三者機関から院内事故調査委員会に移行することで、事故当事者ではない第三者機関の位置付けを弱めた。このような医療者側への譲歩は、当然に制度全体の中立性に影響を与えるものである。制度自体の中立性を確保するために「あり方」では、院内事故調査委員会には、外部の医療専門家の支援を求めることを原則化して、その調整を試みている。しかし、紛争解決において、中立性が確保されるためには、そこにおける対立当事者双方の視点が制度内に導入される必要がある。医療の自律性を高めることに拘泥するあまり、患者側の視点が蔑ろにされる制度では、国民全体の支持が得られないであろう。その点、院内事故調査委員会における調査結果を患者遺族に対して説明するだけで果たして十分であるのか。この点を再検討する余地がある。患者遺族にとって調査結果が納得いくものであることを医療者側も望んでいるのならば、その調査手続自体に患者の視点が導入されるような工夫は必要であろう。何を患者が望んでいるのかという「争点整理」の機能を担うことも、制度設計として重要であるように思われる。その点が「あり方」では、不十分であるように思われる。

しかし、このような「患者側の視点」に関する問題は、原因究明における「事実解明力」というよりも、医療者における「説明力(交渉力)」の問題であろう。おそらく、このような「説明力(交渉力)」の問題は、どのような制度設計を採用したところで常に問題になる。従って「あり方」が固有に抱えている問題ではなく、紛争解決一般において必要とされる能力であろう⁽⁴⁴⁾。

おそらく、この「あり方」における固有の問題とは「どのように医療側の視点を司法手続に導入するか(医療側の事実認識を法律家に認めさせるには、どのようにしたらいいのか)」という根本的な視点が欠落しているという点であろう。この「あり方」の制度設計のままでは「医療者は医療者、法律家は法律家」の観点から独自に「過失とは何か」を判定することになる。司法手続において医療者の視点を活かす仕組みとしては、不十分なのである。この医療と司法の視点が互いに交差することなく、併存している状態が医療安全問題における不

⁽⁴⁴⁾ 医療紛争解決において求められる具体的な説明力(交渉力)の鍛え方に関しては、和田仁考=中西淑美『医療メデイエーション：コンフリクト・マネジメントへのナラティブ・アプローチ』シーニュ(2011)105頁以下が有効であろう。

幸を生み出しているというのが前述したように本稿の問題意識であった。医療と司法を併存させるべきではない。むしろ直結させるべきである。

そのような直結型制度の目論みとして、医療事故の調査主体となる「(独立)行政委員会」を設置することを本稿は提言する⁽⁴⁵⁾。行政委員会には、一般的に強制力を伴う行政的権能が付与される。そのような権能のみならず、その専門性から準司法権を有するものとして、当該委員会が主体となる行政審判は、裁判所の前審としての役割をも分担させることができる。その上で、この行政審判における事実認定は、一定の場合、司法機関(裁判所)の評価を拘束することも可能である。これは「実質的証拠法則(substantial evidence rule)」と呼ばれる原則であり、行政法上、理論化されたものである⁽⁴⁶⁾。このように行政と司法の役割分担を明確化した上で、互いを直結させる仕組みは、医療安全行政を推進していく方向性においても参考になるであろう。

そのような行政委員会における構成員は、中立性の確保のため、医療事故に関わり得る当事者の代表により構成されることが原則である。そうであったとしても、実質的には医療者が中心的存在になることで、医療の自律性は、十分に確保されるであろう。そして、刑事司法手続よりも、この行政委員会における行政審判を法的に優先する制度設計も併せて提言したい(審判前置主義の採用)。その意味において、現行医師法第21条における異状死の届出先も警察ではなく、そのような行政委員会へと移管されるべきである。患者遺族から警察に告訴があった場合、当該行政委員会も含め、関係機関は速やかに協議を行い、捜査指揮権の範囲に関する取決めに従って、協力関係が形成されることが義務付けられるべきであろう⁽⁴⁷⁾。そのような制度設計により、医療と司法は、直結され、一本化される。そして、司法に医療の視点が導入されるのである。

以前の大綱案における第三者機関が公的な機関として、このような行政委員会を目指すものであったのならば、この第三者機関の位置付けを弱めた「あり方」は、大きな後退であるように思われる。民間組織における第三者機関の審査が司法機関に対して、一体、どのような意味を有するのであるだろうか。この「あ

(45) 佐伯・前掲注(19) 314頁においても、公正取引委員会のような調査権限と人員を有した独立行政委員会の設置が考慮に値すると指摘されている。

(46) 本来は、アメリカの判例上、形成された原則でもある。裁判所は、行政庁との関係において、法律問題を審査することを本務とし、専門技術的な事項に関しては、専門的知見を有する機関で事実認定をした方が適切であることを論拠とする。何が「実質的証拠」に当たるのかは、公正取引委員会の審判手続における議論の蓄積が参考になるだろう。この点に関しては、田中眞「公正取引委員会の審判手続：職能分離と実質的証拠の原則を中心に」大分大学経済論集 53巻5号：大分大学経済学会(2002) 93頁以下参照。

(47) 行政調査と刑事捜査の競合問題に関しては、宇賀克也「医療事故の原因究明・再発防止と行政処分」ジュリスト 1396号：有斐閣(2010) 28頁以下参照。

り方」を点検する限りでは、そのような第三者機関の事実解明は、司法に全く活かされないことが懸念される。

3-1-2 現行案は再発防止に資するか

医療事故調査の制度設計では、どのように事故の再発防止を徹底するかという点が最重要課題になるだろう。再発防止に関しては、医療提供体制という組織体が抱えるリスクを解明できるかという点が試金石になることを前述した。その点に関して「あり方」では、どのような制度設計が試みられているのか。

この再発防止策に関しては「あり方」によれば、第三者機関が事故情報に関して普及啓発するとだけ明記されている。しかし、事故を分析し、その調査結果を発信するだけで果たして十分であるといえるのか。医療事故が再発防止に活かされたと宣言するためには、そのような情報を根拠にして、どのように医療現場が改善されたのかという点の確認は、必要不可欠であろう。また、医療現場が改善された実感が得られることで、尊い命の犠牲が無駄ではなかったと患者遺族も納得することができる。そのような具体的な改善命令を発動する機関が「あり方」には見当たらない。

また、そのような改善命令が医療者個人の責任に帰結させるようなものであるならば、刑事司法による制裁と何ら変わらず、再発防止の実効性に乏しいものになるだろう。このことは想像に難くない。医療機関の組織的要因が大きく関与している事案であっても、従前においては、組織体としての医療機関に対する直接的な行政処分規定が欠けていた⁽⁴⁸⁾。そのために、組織体の改善が何ら法的に促されないことは、問題視されるべきであろう。このように医療機関に対する行政処分が不十分であった点が有効な再発防止を阻害する要因となっていた可能性が指摘されている⁽⁴⁹⁾。

従って、医療機関に対する組織体としての改善を促す行政処分が可能になるように、医療関係行政法令の改正を進めていくことを提言する。そして、そのような行政処分は、組織体としてのリスクを焙り出すために課されるべきである。そうであるならば、医療事故の責任を追及するために行政処分を実施するというよりも、医療事故発生時の組織的対応の問題性に応じて、様々な改善処分を段階的に発令するという対応の方が望ましい。すなわち、医療機関が積極

(48) 例えば、医療法は、医療機関に対する行政処分を主に人員の配置・設備の不備に関してのみ、規定している（医療法第 23 条及び第 24 条）。更に、健康保険法は、保険医療機関に対する行政処分を不正請求等の保険事業関係の問題事案に、ほぼ限定している（健康保険法第 80 条）。この行政処分における種類の少なさは、医療安全対策として、不十分であろう。

(49) 神谷恵子（編）『医療事故の責任：事故を罰しない、過誤を見逃さない新時代へ』毎日コミュニケーションズ（2007）42 頁以下参照。

的に事故調査に協力し、有効な再発防止策を講じた場合には、最小限度の改善処分で足りるであろう。一方で、組織的な隠蔽を計画するような悪質な事案に対しては、業務停止・保険医療機関の取り消し等の強力な制裁的処分を実施するべきであろう。

3-2 たとえ打算的だとしても対話を進めなくてはならない理由

以上の検討からも分かるように、現行案は、大きな問題を有しているように思われる。その問題性は、医療の視点が司法に導入されていないことに起因している。医療者と法律家は、お互いに「専門外の人間に自分達のこと分かるはずはない」と引き籠もっているかのように見える。従前における医療者の主張は、法律家からの決別を求め、自身の自律性を高めることばかりに囚われている。このおいて、自分達で全てを決めるということは、自分達で全ての責任を負うことをも意味している。しかし、生命・身体に関わる問題は、医療者だけで負担しようにも、重過ぎるという懸念はないのか。

私見として提示した対案にも全く問題がないとは考えていない。この対案は、何よりも医療事故における医療者の法的負担を軽減化することで、医療者の視点を法的制度の中に組み入れようとするものである。従って、そのような制度の中で免責される医療者は、おそらく打算的であり、倫理的に許容できないという批判が妥当する。赦されるために、謝るのであれば、謝らない方がまだと憤る患者もいるだろう。

しかし、そのように打算的な制度設計であろうと私見としては、法律家と対話することを医療者に動機付けたいのである。医療事故において、患者側は、応報感情に促されて、既に十分なまで司法へと訴えるように動機付けされた存在である。その点、何をしたところで厳罰に処されるだけならば、司法の現場に出向こうと医療者を動機付けることは、困難であろう。実効的な制度とは、人間を動機付ける力（インセンティブ）のある制度をいうように思われる。

現実の人間は、利己的に行動するのが一般的である。医療者も人間である以上、利己的な存在であり、そのこと自体は、非難されるべきではない。医療事故においても、医療者に利己的行動を促すことで対話へと導く制度設計が必要であろう。患者側が利己的に行動しようとするのに対して、医療者側の利己的な行動を非難し、一方的に厳罰を甘受することが倫理的な振る舞いであるかのように論じることは、それが不公正であるかどうかという問題以前に、何よりも現実的な人間行動の把握ではない。

そこで、最後の問題が生じる。なぜ、司法と医療の対話が必要かという問題である。異質な者同士で対話が成立するのか。おそらく、その不安感があるからこそ、お互いの専門分野に引き籠る傾向が生じるのであろう。特に現代社会

において、そのような異質性が強調されていく傾向は回避できない。なぜなら、意見を同じくする人々が群れ合い、互いの想いを増幅していく過程が高度に情報技術化された現代社会の潮流だからである。既に私達の生活の一部に組み込まれてしまったネット社会を一步引いて眺めれば、その状況に気が付くのは容易であろう。それは、決して異質なものを認め合う多様な社会ではない。同質な者が集団で分極化していく社会が、そこには見出される⁽⁵⁰⁾。

医療者への不信は、根本的には、そのような世相が形成される過程で増幅されてきたものではないか。本稿の冒頭で示したように、法律家が医療安全に正面を向いて語り始めたのは1960年代である。それ以前の日本人は、どのように現在の日本人と違うのか。日本社会全体は、より同質な価値観を有していたのではないか。あの頃に比べて、医療現場は、格段に進歩したはずである。それなのに、なぜ、私達は、医療者を信用できないと声を上げ始めるようになってきたのだろうか。

私達は、あの頃に、もう戻ることはできない。あの頃を知らない世代には、その時代の雰囲気を出し出すことすらできない。そうであるならば、この自分達に都合の良い情報ばかりを検索して、理論武装してしまう欲求に抗うしかない。しかし、この欲求は、際限なく利己的で、抗しがたいものである。私見として提示した対案は、この抗しがたい欲求を制限し、異質な者との対話を義務付ける。その意味において、前述した利己的な人間の行動把握の観点から現実的ではないかもしれない。そのような問題性は、確かにある。

しかし、そうであるならば、利己心に抗うために、利己心を利用することで、利己心を解消するしかないのである。そのような意味において、異質な者を理解し、自分と同質であることを確認しない限り、この欲求が解消される道は残されていない。そのためにも、医療事故の現場において、医療と司法は、地道に対話を進めていくことが求められているように思われる。

⁽⁵⁰⁾ この「集団偏向現象 (group polarisation)」を鋭く指摘するものとして、Sunstein, Cass (石川幸憲訳)『インターネットは民主主義の敵か』毎日新聞社 (2003) 30 頁以下参照。