

## 判例研究

### 穿通性頭部外傷により死亡した患者を診察した医師について、頭蓋内の異物の存在に関する予見可能性と患者の救命可能性を否定することにより、診療上の過失を否定した事例

東京高判刑事8部平成20年11月20日(確定) 判例タイムス1304号304頁

日本大学通信教育部(法学部)准教授/歯学部兼担准教授 根本 晋一

#### 第1 事実の概要

1999(平成11)年7月10日(土)、ある男児(4歳9ヶ月)とその兄(8歳1ヵ月)は母親に連れられて東京都杉並区にある養護施設主催の盆踊大会に遊びに来ていた。男児と兄は同施設が出店した模擬店の担当職員より、綿飴を「試作品だよ。」と申し向けられて受け取った。母親は兄に対して「(男児を)見ていてね。」と伝え、模擬店の利用チケットを受け取るためその場を離れた。男児は綿飴を食べ終わり、その心棒の割り箸を咥えながら走り廻っていたところ、18時5分頃うつぶせに転倒し、その弾みで咥えていた割り箸が喉に刺さった。男児は割り箸を折って投げ捨てた。引き抜かれた割り箸片は所在不明となり、その後の捜査においても見つからなかった。

受傷直後、軽度の一時的な意識障害が見られたが、すぐに意識を取り戻し大きな声で泣き出した。男児は同園の保健室に運ばれ、女性看護師は軟口蓋にへこみのような傷があるのを確認したが出血は完全に止まっていた。18時11分、救急隊が到着した。救急隊長(救急救命士)は、傷口の出血はにじむ程度で、舌に少量の血液が付着しているのを認めた。

18時20分、救急車にて搬送を開始、最寄の荻窪病院と武蔵野日赤病院には受け入れを断られたが、遠方の東京都三鷹市にある杏林大学医学部付属病院高度救命救急センターだけは、困難を押し受け入れ可能ということで同病院に向かった。なお、受傷時における軽度意識障害については救急隊長に申し送られなかったが、救急隊長は救急車内において合計3回バイタルサイン(生命兆候)を計測し、男児の意識レベルを清明、脈拍・瞳孔反応・対光反射も正常、受け答えもありと認め救急活動記録票に記載した。

18時40分頃、救急隊長の判断で同病院のI・II次救急外来(軽症患者対応)に搬入し、同病院女性看護師とともに再度傷口の状態を確認したが、傷口の状態の変化や意識レベルに変化はなかった。18時50分頃、当日の輪番当直医(耳鼻咽喉科専攻医31歳)は診察を開始し、同伴した母親に対して「どうしましたか。」と問診したが、「転んで割り箸で喉を刺しました。」と回答したのみであった。割り箸が折れた事実は、そこにいた誰も知らず(その後の捜査でも発見できず)、却って救急隊長より「割り箸は抜けています。意識状態は良

いです。」と申し送られた。当直医は男児の患部を視診し、捲綿子に消毒剤と抗生剤をつけて塗りながら触診したが、傷の深さは不明であるも傷口は小さく出血も完全に止まっており、異物に触れることもなかった。男児は救急車内にて1回、待合室にて1回少量の嘔吐をしたが、特段の医学的異変、例えば四肢麻痺や片麻痺などの神経学的所見も診られなかったことから初診における診断を軟口蓋損傷と判断し、自宅における経過観察に付するとともに月曜日の外来受診と増悪の際における再来院を指示したうえで、髄膜炎発症の可能性をも考慮して抗生剤を処方し20時頃帰宅させた。同日23時頃、両親が男児に消炎鎮痛剤と抗生剤を飲ませたところ飲んだ。

翌7月11日(日)午前6時頃、母親が男児に「治ったらおもちゃ買いにいこうね。」と声をかけたところ「うん。」と頷いた。7時30分頃、兄が男児の唇にチアノーゼ(紫色)が出ていることに気がつき、母親に知らせ、両親は救急車を要請した。救急隊到着時(7時44分)、男児はすでにCPA-OA(心肺停止状態)であった。午前8時15分頃、同病院Ⅲ次救急外来に再搬送されて蘇生処置を施したが、9時2分、男児の死亡が確認された。

心肺蘇生中、救急医学科の医師2名が患部を視診・触診したが、初診時と変わるところはなく、頭部CTスキャンを施行しても死因不明であった。杏林大学病院は、医師法21条に基づいて三鷹警察署に異状死の届出をなした。同署の刑事と東京都監察医務院監察医が来院し、カルテを確認のうえ患部を触診したが死因は不明であった。その後、捜査権は荻窪警察署に移り、7月12日(月)、同署の依頼により慶應義塾大学医学部法医学教室にて司法解剖がなされたところ、割り箸の一部が男児の体内に残っており、小脳まで達していたことが判明した(頭蓋内損傷・穿通性頭部外傷)。

## 第2 本件刑事裁判の帰趨

2000(平成12)年7月7日、警視庁は被疑者医師を業務上過失致死罪(刑法211条1項)の嫌疑で書類送検し、検察は2002(平成14)年7月より任意の取調べを開始し、同年8月2日、被疑者当直医を在宅起訴した。44回の公判を経た2006(平成18)年3月28日、東京地裁は、何らかの方法によるカルテ改ざんと診療上の過失を肯定しながらも男児の救命はそもそも不可能であったとして、診療上の過失行為と死亡との因果関係を否定し、無罪の判決を下した。

東京地検は無罪判決を不服として控訴し、死因に関する新たな証人を申請し、その鑑定を踏まえ、死因に関する原判決の認定は誤りであるから、それに基づいて救命可能性を否定したことも誤りであると主張した。これに対して弁護側は、無罪判決の理由に不服があったとしても控訴できないことから、検察官の主張に対する答弁中において、被告人医師に診療上の注意義務違反があったとする原判決の認定は誤りなので、控訴審において職権により正すことを求めた。9回の公判を数えた2008(平成20)年11月20日の控訴審判決では、カルテの改ざんについては争点とされることなく、救命可能性ありとする検察側の主張を斥けるとともに、弁護側による職権発動の求めに応じて注意義務違反を否定し無罪

の判決を下した。これを受けて、東京高検の鈴木和宏次席検事は記者会見に応じ、上告理由が見いだせないの上告を断念する旨の談話を発表し、同年12月4日の上告期限の経過により無罪判決が確定した。

### 第3 医学的考察

判決文は医学的に難解であり、医学上の争点を理解しないと法律上の争点も理解し難いことから、ここにおいて予め、中立的見地からの医学的な説明を付記する。

男児の死亡確認後、杏林大学病院Ⅲ次救急の救急医学科医師2名は、死因究明のため遺体に腰椎穿刺を施行したところ、血性髄液の所見を認めたので、生前における脳出血を疑って頭部X線撮影とCTスキャンを施行したが、後頭蓋窩に硬膜外血腫と空気の混入らしき所見を認めたものの、割り箸片を発見できなかった。木片はCTに映らないことが原因であった。その後の司法解剖においてはじめて、割り箸の一部が体内に残存していて頭蓋底に開いている左頸静脈孔（左側の頸静脈と舌・迷走・副という3本の神経を脳に繋ぐための5mm程度の穴）に嵌入しており、先端3.5cmが小脳に刺さっている状態の全長7.6cmの割り箸片を発見した。この孔は複雑な形状であって割り箸片と頭蓋骨の間に僅かな隙間があることから、血管は切れることなく閉塞することとなり、血管からの多量出血はなかった。また、神経も損傷されなかったことから、四肢麻痺やカーテン兆候（軟口蓋の半分が垂れ下がること）などの神経症状も発現することはなかった。

もっとも、残存していた割り箸片が死を惹起する機縁になったとしても、死に至る過程についての医学的説明（死因）如何によっては救命する方途があったことにもなることから、本稿第5の3「争点③ 結果回避可能性と結果回避義務の発生について」において述べるとおり、死因についての見解は多岐に分かれ、一審において①血栓説（静脈還流障害説）と②血腫説が対立し、控訴審において新たに③ヘルニア説が主張された。いずれも脳神経外科領域の最先端の臨床と研究成果を知悉する、医学部の主任教授クラスの証言であったが、このような地位にある医師らでさえも所見を異にした。要点としては、①説であれば血栓は除去できないので救命不可能、②説または③説であれば血腫は除去できるので救命可能という結論になる。もっとも救命可能とする②説と③説に立脚したとしても、そのいずれを採用するのにより術式や予後が変化することから両説は必ずしも両立しない。そのため、②説と③説を主張する各医師はいずれも検察側の証人であったにもかかわらず、③説を主張する医師が②説を補強することなく、②説には医学的な誤りがあると証言する場面さえも見られた（証人尋問調書に記載あり）（注1）。このように死因の特定は困難を極めた（注2）。

### 第4 争点

業務上過失致死罪（刑法211条1項）における「過失」の有無、つまり診療上必要な注意を怠ったのか否かである。ここにおける注意義務とは刑法上一般に、前提となる事実関係

のもとで結果発生を予見し、かつこれを回避する義務」と解釈されている。本件に即していうと、①前提事実の認定、②割り箸が脳内に残存していたことを診断できたのか否か（予見可能性の存在と予見義務の発生）、そして、③予見可能性と予見義務が肯定されることを前提として、かりに適切な治療がなされた場合、果たして救命可能性があったのか否か（結果回避可能性と結果回避義務の発生。因果関係の有無の判断と重なる）、という三点である。

## 第5 判決要旨（注3）

### 1 争点① 前提事実の認定について

…被告人の診察・治療時、患児の意識は明瞭ではなく、数回の嘔吐も見られたが、高度の意識障害はない上、嘔吐の状況も明らかに異常であるとはいえず、頭蓋内損傷以外の理由によるものと考えてもおかしいとはいえない状況であったと考えられる。そして、本件の受傷機転および創傷の部位からは、割り箸の刺入による頭蓋内損傷の蓋然性を想定するのは極めて困難であった…

### 2 争点② 予見可能性と予見義務の発生について

…当時の医療水準に照らし、耳鼻咽喉科の医師として第1次・第2次救急外来の当直を担当していた被告人において、救急隊員からの情報や患児の診察時の状態等によれば、割り箸の刺入による頭蓋内損傷を疑い、その確認をするべきであったといえるかどうかについて検討すると、本件における受傷機転は、患児が転倒して綿飴の割り箸が喉に刺さったというものであり、その傷口は、軟口蓋に認められている。当時、口腔内損傷に対する診察・治療に関しては、その診療指針や診療標準は確立されておらず、口腔内の刺創、裂創の救急治療の手順について、止血していれば自然治癒するが、念のため抗生物質を投与するなど書かれた専門書もあった。本件以前に、刺入した異物が頭蓋内に至る具体的な道筋があるとは考えられておらず、文献上も、頭蓋底を穿破した事例の報告は見当たらない。

加えて、割り箸が頸静脈孔に刺入すれば、頸静脈を損傷して相当の出血が生じ、また、割り箸が頭蓋底を穿破すれば髄液漏が生じることが十分に考えられるが、本件では、それらの兆候はなかった。本件は、特異な例である。本件の受傷機転の部位からは、第1次・第2次救急外来の当直を担当していた耳鼻咽喉科の医師において、割り箸の刺入による頭蓋内損傷の蓋然性を想定するのは極めて困難であったと考えられる。また、患児の意識状態、嘔吐等の状況をみると、被告人の診察・治療時、患児の意識は明瞭でなく、数回の嘔吐も見られたが、高度の意識障害はない上、嘔吐の状況も明らかに異常であったとはいえない。そうすると、被告人において、割り箸の刺入による頭蓋内損傷の蓋然性を想定して、その点を意識した問診をするべき義務があるとはいえない。さらに、本件の経過等からすると、被告人が問われている、頭蓋内損傷を疑い、これを確認する義務というのは、結局、第1次・第2次救急の耳鼻咽喉科の当直医として患児を初めて診察した段階で、直ちに頭蓋内損傷を疑ってCT検査やMRI検査をするべき注意義務がある、とするのは困難である

と言う他はない...

### 3 争点③ 結果回避可能性と結果回避義務の発生について

...患児の死因に関し、原審で取り調べた医師らのそれぞれの見解の骨子を概観すると、次の二つの考え方に大きく分けられる。

第一の考え方は、患児には、割り箸の刺入による左小脳実質の直接損傷があり、その損傷部に浮腫が生じるとともに、後頭蓋窩に合計約 24 ミリリットル（重さ約 26 グラム）の血腫が存在しているので、これらが頭蓋内圧を亢進させて、小脳扁桃ヘルニア、上行性テント切痕ヘルニアを引き起こし、脳幹を圧迫して患児を死亡させたとの結論をとり、左頸静脈の閉塞と血栓の形成が脳浮腫、脳腫脹を引き起こすという静脈還流障害については、生じていないか、その影響はかなり小さい、とするものである（筆者注...血腫説）

第二の考え方は、左小脳実質の直接損傷および血腫が頭蓋内圧の亢進に寄与したことは認めつつも、患児には、左頸静脈が損傷し、血栓が形成され、完全に閉塞することによって脳浮腫、脳腫脹が生じるという静脈還流障害が発生しており、それが死因に直接的に影響した、とするものである（筆者註...血栓説）。

さらに、当審において、A 医師（控訴審における検察側の新証人）は、患児には大脳に相当な脳浮腫、脳腫脹が存在するものの、それは静脈還流障害によって生じたものではなく、患児の死因は、損傷部の浮腫や後頭蓋窩の血腫が、急性閉塞性水頭症や小脳扁桃ヘルニア、上行性テント切痕ヘルニアを発生させ、最終段階においては、呼吸中枢や循環中枢の重篤な障害を惹起し、それにより低酸素症が誘発され、脳浮腫、脳腫脹を悪化させ、中心性ヘルニアの影響が加わり、一気に小脳扁桃ヘルニアを悪化させたことによるものである（筆者註...ヘルニア説）との見解を示した。

各医師らの意見を検討すると、ヘルニアについては、CT 写真や剖見写真等から、小脳扁桃ヘルニア、上行性テント切痕ヘルニアが生じていたと確定することはできないし、仮にそれらがあったとしても、それが直ちに還流障害否定意見に結びつくとはいえない。血腫量については、後頭蓋窩の血腫だけで小脳扁桃ヘルニア等を確実に引き起こすといえるほどの量であったとは断定し難く、後頭蓋窩の血腫の量が静脈還流障害否定意見の決定的根拠となると言い難い。静脈還流障害が生じていないとする静脈還流障害否定意見の根拠について、CT 写真、剖見写真等や当審における証拠調の結果に基づいて具体的に検討しても、静脈還流障害は生じていなかったと認めるには不十分であって、静脈還流障害が死因となっていなかったと確定することはできない。

他方、静脈還流障害肯定意見の根拠を検討すると、その指摘する事実から、静脈還流障害が生じていたと断定することはできないが、静脈還流障害が生じていた可能性も否定し難いと言う他はない。死因は具体的に特定することはできない。仮に、被告人において検察官が訴因として主張する行為をしていた場合に、患児の救命あるいは延命が合理的に疑いを超える程度に確実であったということができるとのことについて、念のため検討すると、

患児の死因については、前記のとおり特定することができない。左静脈洞が優位であったために静脈還流障害が生じ、これが死因に直接的に影響した可能性が十分にある以上、患児の救命はもちろん、延命も合理的な疑いを超える程度に確実であったということはできない。

また、仮に、静脈還流障害は死因となっておらず、割り箸の刺入による左小脳実質の直接損傷と後頭蓋窩の血腫が頭蓋内圧を亢進させて、小脳扁桃ヘルニア、上行性テント切痕ヘルニアを引き起こし、脳幹を圧迫して患児を死亡させた場合であっても、患児の救命ないし延命のためには、患児の頭蓋内で発生している症状等を正しく把握し、それに応じた適切な処置をしなければならない。そして、その方法として、検察官の主張するとおり、被告人において、異物の残存の有無や傷の深さ、方向を確認するために、ファイバースコープを用いたとすると、本件では、割り箸は上咽腔を経由していないので、割り箸が軟口蓋から上咽頭腔へ貫通した兆候はない、という事実が判明することになる。救急隊員の情報や診察時の所見等をも総合して考察すれば、割り箸による傷の深さは、上咽頭腔には抜けない程度であったとの判断に至ったとしても不合理であるとはいえない。そうすると、この場合も、結局、翌朝に症状が急変するまで、割り箸の刺入による頭蓋内損傷に気付かず、患児の救命はもちろん、延命もできなかった可能性が十分にある、ということになる。

さらに、CT 検査を行った場合であっても、割り箸それ自体を CT で読み取ることはできず、割り箸の経路に沿った出血と、その付近に空気が入っていることを読み取り得るに過ぎない。割り箸が頸静脈孔を通過して頭蓋内損傷を生じさせた、という診断に至るまでに、かなりの検討を要すると考えられる。その診断に至ったとしても、その後手術を行う前提としては、割り箸が脳内に残っているのかどうかを判断するために、MRI 検査をしなければならないが、当時、MRI 検査はかなり特殊で、杏林大学医学部付属病院においても、救命救急センター自体には MRI がなく、本件のような土日の救急態勢においては日常的に検査を行うようにはなっておらず、強い緊急の必要性があつて、特別の要請をすれば行い得るという状態であった。患児の意識状態等からすると、直ちに MRI 検査の特別の要請を行わず、差し当たり、CT 検査の状態や意識状態の変化を見ながら、減圧手術の時期等を検討するという選択をしたとしても、直ちに不当であるとは言い難い。その場合においては、まれに、ヘルニアが急激に変化して手術の時期を見定めにくい事例があるとされている。

本件の場合、翌朝に症状が急変していることからすると、例外的な事例に該当して、手術の時期を失した可能性もある。これらの事情からすれば、CT 検査をしていたとしても、患児の救命はもちろん、延命も合理的な疑いを超える程度に確実であったということはできないと言う他はない。

以上によれば、被告人には、頭蓋内損傷を疑って、これを確認すべき注意義務があるとはいえず、また、被告人が訴因に記載された行為をしていたとしても、患児の救命・延命が合理的な疑いを超える程度に確実に可能であったとは到底いえないから、被告人には、業務上過失致死罪は成立しない、というべきである…

## 第6 評 釈

判旨に賛成する。

### 1 本判決の意義と位置付

本件は医師の診療上の不作為に対する刑事責任の有無が問われた初の事例であり、また第一審判決と控訴審判決における過失の前提事実の認定と過失の有無に関する判断が正反対となった事例であることから、その嚆矢的意義と今後における判断の拠りどころとされ得る判例であることに鑑みて評釈を試みたものである。

医療事故の態様を分析すると、①医療行為の概念に該当しない行為に起因する事故、例えば、患者取り違え・薬剤誤投与などの医学的判断を伴わない医療事故、②本来なすべき診察や治療をしなかったのみならず、してはならない別異の診察や治療を行ってしまった積極的不作為型医療事故、③本来なすべき診察や治療をしなかっただけであり、他に何らかの作為を行わなかった消極的不作為型医療事故に大別される。本件は③に分類される。

③においては、積極的不作為型医療事故のように、してはならぬ別異の診療行為という現実的な作為が存在しないため、この行為を捉えて過失行為、つまり、注意義務違反に基づく行為と捉えることができない。そのため、医師の内心における判断行為に基づく純粋な不作為を過失行為と捉え、これを違法性評価の対象とする必要がある。そこで、当該不作為を法律上違法と評価し、違法行為と観念するためには、相当程度に強度な作為義務の存在と、作為の可能性・容易性を認定しなければならない。

### 2 過失認定について差異が生じた理由

#### (1) 問題の所在

本件第一審判決（注4）は控訴審判決と異なり、診察当時における男児の容態を「意識レベルが低下してぐったりとした状態」と認定し、これを前提として当直医には詳細な問診をなす義務が生じるとして、付き添いの母親に問診をすれば、受傷直後の一時的な意識障害や「吹き出すような」嘔吐の性状、「（男児が）普段とはまったく違う様子であることを聴取できた」はず、また男児に問診をすれば「異常を生じている可能性を強く看取できた」ところ、これを怠った、そしてファイバースコープで視診し、あるいは脳神経外科医にCTスキャンを依頼し、また頭蓋内圧抑制や異物除去術を依頼できたところ、これを怠った（が故に男児は死亡した）、ゆえに診療上の過失ありと認定している。両判決について、このような差異を生じた理由について検討する。

#### (2) 争点① 前提事実の認定について

これを検討するについて参考となる判例、つまり薬害エイズ禍事件帝京大学ルート判決（注5）があるので紹介をする。この事件において裁判所は、非加熱製剤の使用による患者

のエイズ罹患・死亡という結果の予見可能性の認定につき、関係者の供述や証言は、時の経過により風化し、あるいは確信犯的に変化する余地があること（薬害エイズ禍発生から起訴まで8年を経過）、また、商業的採算ベースであって、客観的真実よりも視聴者の嗜好に迎合しがちなマスコミの世論操作による影響も払拭し得ないことなどを理由として、これらを重く見ることなく、事件当時までに公表されるなどして客観的な存在となっていた論文や学会報告などの「確度の高い客観的資料」を重視する姿勢を明確にしたのであった（注6）。

### （一）控訴審判決について

上記薬害エイズ禍事件判決とほぼ同様の判断枠組みにより「確度の高い客観的資料」を重視して①男児の容態を確定し、それを前提として②③に関する診療上の注意義務を否定した。①注意義務発生的前提となる患児の容態について、救急救命士が搬送時において作成した救急活動記録票の記載（意識清明、脈拍・対光反射・瞳孔反応などのバイタルサインは全て正常、受け答えも可能）、および看護師が作成した救急活動データベース№1の記載（バイタルサインの検査結果や、ダッコをせがむ動作をした旨の記載）などの検査結果を重視して、「高度の意識障害はない上、嘔吐の状況も明らかに異常であったとはいえない。」と認定した。そもそも「ぐったり」とした状態に関する評価は難しく、救急外来に来院する小児患者は泣き叫んでいるか、もしくは泣き疲れて「ぐったり」とした状態であるのが通常であるところ、医師は経験則上、それが医学的に危険な状態としての「ぐったり」なのか、それとも単なる泣き疲れであるのかを識別できる。ゆえに主観的評価が入り込む余地のない客観的かつ一義的な検査結果が存在し、それが異常所見を示していないことから医学上問題なしと認定し、以下に示す注意義務を否定したものと思われる。

このような①の認定を前提として、②CT スキャン撮影義務につき、控訴審判決はアメリカ合衆国の著名な医学者ラドコウスキーらによる口腔内損傷患者の診察方法に関する医学文献ならびに疫学的なデータ（注7）、および、口腔外科専門医の証言、ならびに、わが国においては数少ない小児耳鼻科専門医の証言を重視して、当時における小児耳鼻科医療の臨床の実情を仔細に考察し、初診において口腔内損傷を認めたとしても、ただちにCT スキャンを施行する義務はなく、自宅における経過観察に付せば足りると認定した。③鼻咽腔ファイバースコープ検査義務につき、控訴審判決は当時における臨床の実情を重視した。つまり小児用の鼻咽腔ファイバースコープは大学病院でさえ十分な数を常備しておらず、また小児へのファイバー挿入はかなりの侵襲感や恐怖感を伴うので可及的に回避されていたこと、口腔内損傷は一般に軽症と考えられていて医療保険を使えなかったこと、今でこそ念のためファイバースコープ検査をする医療慣行があるが、その契機は本件の書類送検と起訴であったという専門医の証言を重視して、この義務を否定したものと思われる。

### （二）第一審判決について

薬害エイズ禍事件の判断枠組みを採用することなく、ある検察側証人医師の証言に依拠して判断している。それは概要「症例一般について同様な症例はあったとしても同一の症例はひとつとして存在しないので、本件のみを特別扱いする必要はない。」という証言であった（証人尋問調書に記載あり）（注8）。第一審もそのような見地から、他の文献や先例はさておいて、本件における諸般の事情に鑑みれば頭蓋内損傷は予見可能であったはずであるとの認識のもと、上記①～③について控訴審判決と反対の事実認定、つまり男児の容態は客観的かつ一義的な検査結果（異常なし）にかかわらず、男児の付添者や養護施設関係者の印象（証言）によれば異常であったと認定し、②③注意義務も肯定している。もちろんのこと、自由心証主義の建前から、証拠の採否や評価は裁判所の専権であって原則として自由であることから、このような認定をしたこと自体に採証法則違反があったとまでは一概にいえない。

しかし、この証人医師は供述調書を作成する際、検察側より男児の意識は清明であったこと、その他のバイタルサインも正常であったこと、異物の特異な刺入経路などの重要な事実を一切知らされておらず、そのまま主尋問にも臨んでおり、弁護側の反対尋問のときになってはじめてこれらの事実を知らされたことに鑑みると（証人尋問調書に記載あり）、この証人医師は前提事実を誤ったまま自己の診察観や医学的見解を披露していた可能性を否定できない。過失認定を左右するほどの重要な事実が顕現した以上は、裁判所としては真実に迫るため、弁護側の反対尋問の結果を軽視することなく、新たな前提条件を踏まえて証人医師を尋問し、証言を求めるべきであった。

### （3）争点② 予見可能性と予見義務の発生について

控訴審判決はこれを否定するが、第一審判決は肯定している。このような差異を生じた理由について検討する。

#### （一）控訴審判決について

本判決は、「…当時の医療水準に照らし」て頭蓋内損傷の予見可能性を判断すると判示し、口腔内損傷に関する当時の「臨床医学の実践」レベルを①で示した文献等や臨床の実情に照らして確定した。それによると、口の中を怪我してからといって、直ちに頭蓋内損傷まで予見する義務はないことから、これを前提とするCTスキャン撮影義務やファイバースコープ検査義務はなく、入院させる義務もない。自宅における経過観察を指示する義務のみ生じることになる。要するに重篤な頭蓋内損傷であったとしても、客観的かつ一義的な検査結果に異常がなければ、口腔内損傷を前提とする治療をなせば注意義務違反はないので過失は否定されることになる。念のためCTを撮る義務等はないのである。ゆえに、異常所見なしとの検査結果に基づいてCTスキャンを施行せず、ファイバースコープを使用しなかった当直医の診察について過失を否定したのであった。一般に、過失における注意義務の内容は医療水準やガイドラインによって決められることに鑑みると、このような判断は妥

当である。

## (二) 第一審判決について

### 問題点1

第一審判決は口腔内損傷に関する医療水準やガイドラインに触れることなく、自ら認定した男児の容態（異常あり）を前提として、本件の具体的事情に鑑みると頭蓋内損傷を予見し得たと認定した。このような認定をした理由であるが、そもそも薬害エイズ禍事件判決の判断枠組みを採用しなかったこと、同様の症例はあったとしても同一の症例はないことから、医療水準やガイドラインといっても余り意味がないとの認識があったものと思われる。本判決は医療過誤刑事裁判におけるひとつの過失認定の手法を示していることから、その妥当性について検討する必要がある。第一審判決は、頭蓋内損傷の予見可能性にかかわる事実として、

- ① 患児が割り箸で喉に怪我をした事実
- ② 救急車の中で嘔吐した事実、
- ③ 患児は「意識レベルが低下してぐったりとした状態」であった事実

という各事実を認定し、これらの事実のみから直ちに頭蓋内損傷を予見できるから、CTスキャン撮影義務・ファイバースコープ検査義務・脳外科に転医する義務があると判示している。しかし、第一審判決は同時に頭蓋内損傷の予見可能性にかかわる③の事実を打ち消す反対方向の事実をも認定している。つまり、

- ④ 患児の意識レベルをはじめとするバイタルサインが全て正常値であった事実（意識清明）、
- ⑤ 患児が、救急救命士の発問に対して「うん」と頷き、女性看護師に対して抱っこをせがみ、被告人医師の開眼・開口命令にも従うことができた事実
- ⑥ 救急救命士は女性看護師に対して「意識はいいですよ」と申し送っており、女性看護師を介した救急救命士から被告人医師への申し送りは、「割り箸は抜けています」というものであった事実
- ⑦ 母親は折れた割箸片を持参せず、被告人医師が母親に対し、「どうしましたか」と問診を開始し、患児の禁忌を調査するため、喘息の有無など、いくつかの問診をした際にも、母親は受傷機序につき「割り箸で喉を突きました(または、刺しました)」と回答したのみであった

という各事実を認定しているのである。すると、頭蓋内損傷を推認させる③の事実が打ち消されることになるので、③の事実を以って直ちに頭蓋内損傷の神経学的所見とはいえないことになる。すると、頭蓋内損傷に直接結びつき得る情報は事実上①と②のみであったことになる。第一審判決は①②の事実のみを基礎として初診において「最終的」に頭蓋内損傷の事実を突き止めよと判示したことになるが、それでは診断材料が余りにも僅少であり酷に失するのではないだろうか。

## 問題点2

第一審判決の認定は、起訴状が「頭蓋内損傷」を疑って各種検査や脳外への転医をせよと明記していたことから乖離しているのではないか。第一審判決は、起訴状の文言と異なる「結果」（中間項としての「硬膜下出血」）を設定し、それを第一次的な予見可能性の対象として「最終的」に頭蓋内損傷の事実が判明すれば足りるとしている。しかし、起訴状の記載を誰がどのように解釈したとしても、予見の対象はあくまで「頭蓋内損傷」であり、CT スキャンやファイバースコープ検査は、この見立てを前提として行うべきであったとしか読むことができず、一義的であり解釈の余地はない。それにもかかわらず、第一審は、上記のような独自の解釈をして、被告人医師の予見可能性（過失）を肯定しているのである。

もし第一審判決の論理を根拠付けるのであれば、過失の予見可能性の認定に関する危惧感説に依拠する他ないであろう。この見解は行為者の具体的な結果予見を問題とすることなく「危ない」あるいは「なにか変だ、おかしい」という抽象的な危険性を感じた時点で直ちに結果回避措置をとるべきとする見解である。この見解によると注意義務の内容を抽象化しつつ、その程度を低く抑えることができるため注意義務違反を容易に認定できるというメリットがあるので、訴訟における立証軽減の手法として一定の評価を得ている。本件につき危惧感説によると、① ②の事実のみから、医学的な病識は格別として「口の中の怪我は頭に近いから、頭の中も危ない」との危惧感を抱き得ることを根拠に、直ちに脳外科に転医させてCT等を施行させる義務があることになる。これを怠ると結果回避義務違反ありとして過失責任を負うという結論になるのである。

もっとも、危惧感説に対しては、行為者に具体的な結果予見可能性がなければ、行為者はどのような結果回避措置をとれば悪しき結果を回避できるのかわからない、それでは事実上の結果責任を容認することになるなどの批判がなされている。因みに、第一審判決の論理は、①②の事実のみであったとしても、医学的見地からは、最低限度「硬膜下出血」を予想できるはずなので、これを前提としてCT スキャンを施行すべきとしても酷ではないという構成であり、「硬膜下血腫」という具体的な認識対象を設定している点において、つまり、抽象的な危惧感を一気に具体的な結果回避義務に直結するものではない点において単純な危惧感説と異なる。このような解釈により前記批判をある程度回避している。しかし、硬膜下出血と起訴状に示された致命的な頭蓋内損傷では余りに病態が異なり、また硬膜下出血のみで直ちに開頭することにはならないことから、硬膜下出血を中間項として頭蓋内損傷（割り箸片残存の事実）を予見させることは酷に失するのではないか。

なお、かりに、予見可能性に関する通説・判例の解釈を本件の認定事実にあてはめると、被告人当直医は、①②の事実のみからは口腔内損傷を予見し得るに過ぎないので、この病態に起因する「悪しき結果」とは感染症ということになり、具体的には髄膜炎ということになる。そこで、結果回避措置としては、消炎鎮痛剤と抗生物質の塗布と処方であ

り、自宅における経過観察を指示すれば足りる、つまり結果回避義務を尽くしたことになる。そして①②の事実から予見不可能であった頭蓋内損傷については、不可抗力に起因する結果として過失責任を負わないという結論になるはずである。

### 問題点3

本判決は起訴状の一義的な文言を超える事実を認定したことになる。もし裁判所が判決文のような認定をするのであれば、「第一次的には、硬膜下出血を疑うべきであった。そうすれば最終的に頭蓋内損傷の事実、ひいては割箸片遺残の事実が判明したはずである」という事実が審判の対象とされなければならないはずであった。そうすれば、弁護側としては「初診時に硬膜下出血を疑うことができたのか否か」という事実について、注意義務違反を否定するための十分な防御を尽くすことができた。

#### (4) 争点③ 結果回避可能性と結果回避義務について

##### (一) 控訴審判決について

頭蓋内損傷についての予見可能性と予見義務を否定したことの論理的帰結として、頭蓋内損傷に起因する死亡という結果の回避可能性と結果回避義務を否定した。刑法理論に即したオーソドックスな判断であり、特段の問題はない。

##### (二) 第一審判決について

頭蓋内損傷についての予見可能性と予見義務（過失）を肯定しながら、頭蓋内損傷に起因する死亡という結果の回避可能性と結果回避義務（因果関係）を否定した。確かに、犯罪論に即してみると、論理的には成り立ち得る構成である。例えば、過失行為があったとしても、第三者による故意行為の介入により因果関係が欠け、結果として犯罪の成立が否定されることもあるからである。もっとも、因果関係と故意過失を別個の要素と解したとしても、因果関係が否定される場合は行為者に対する帰責を論じる意味がないので、過失を否定すべきであるという構成も可能である。なお、本件について、因果関係を否定しつつ過失を肯定した第一審判決を、「結果のない過失を認める意味はない」ので「蛇足」判決であると批判する裁判官の見解も存する（注9）。私見としては、患者の死亡が不可避、つまり不可抗力であった場合には、現行刑法上過失の未遂を処罰していないことから、あえて過失を肯定する実益はないと考えている。

##### (5) 司法解剖の方法に問題あり—患部切開術に重大な誤りがあり真実が保存されなかった—

控訴審判決はきわめてオーソドックスな構成であるにもかかわらず、第一審判決はかなり特異な事実認定と法律構成であることが明らかとなった。その理由であるが、初動捜査における現場保存に手落ちがあった、つまり司法解剖の方法に問題があり、重要な事実が保存されなかったことに起因すると考える。それは男児の体内に残存していた割り箸片が

喉の奥から突き出していたとする検察側の主張を裏付ける写真が一枚もなかったことであつた。かりにこれが突き出していたとするとファイバースコープ検査をすれば見えたことから、直ちに頭蓋内損傷を予見し得たことになるが、突き出していなければこれを予見し得なかつたことになるので、ファイバースコープ検査をするべきであつたとする主張は説得力を失うことになる。つまり、被告人当直医の頭蓋内損傷に関する予見可能性の有無の判断に大きな影響を与える必須不可欠の重要な事実であつた。

剖検医は弁護側の反対尋問の際に、牽引されて広がった傷口の向こうに写っていた黄色い脂肪片を割り箸片であると証言したことから、その真否が争点となつた。第一審において検察側は追加の証人を立てず、弁護側証人の法医学者と小児耳鼻科専門医は突き出していたと診るのは無理であると証言、控訴審においては検察側証人の法医学者でさえも突き出していたと診るのは無理であると証言した。その理由は剖検医の患部切開方法の不適切さにあつた。剖検医は軟口蓋を上顎歯列に沿って深く U 字切開したため、咽頭側壁内に埋没していた割り箸片を露見させてしまい、あたかも初めから突き出していたかのような印象とさせてしまったからであつた。かりに軟口蓋の中心線を正中切開していれば、咽頭側壁を切り裂くこともなかつたので突き出していなかつたことが明らかになつたはずであつた。

剖検医の証言も途中から変容し最終的には、概要、頭蓋を外して脳実質を全摘したところ頭蓋底から飛び出していた割り箸片（先端部分）を見つけたので、慌てて口腔側から U 字切開したところ（これが重大な誤り。正中切開するべきであつた）、割り箸片（後端部分）も、切り裂いてしまった筋肉層内から出てきてしまったので、割り箸片の正確な位置関係が不明となつてしまった。仕方なく切り取ってしまった軟口蓋をもとの場所に「だいたい」当てはめてみたところ、割り箸（後端部分）は診察時に鼻腔内あるいは口腔内から見えたであろうと思つた、というような曖昧な表現に落ち着いた（証人尋問調書に記載あり）。

結局のところ、割り箸片は喉の奥から突き出していたとする剖検医の証言を信用したのが第一審であり、信用しなかつたのが控訴審であるといえる。剖検医は最初に遺体を解剖しており、しかも剖検医しか遺体を見ていないのであるから、第一審がこれを信用するのも無理からぬことのようにも思えるが、「疑わしきは被告人の利益に」の原則からすると、既往のようなやや特異な事実認定と法律構成をしてまでこれを信用するべきではなかつたように思われる。

## 第7 結論

本件第一審判決において過失を認定したことは不当であつた。控訴審判決のように、過失の前提事実については客観的かつ一義的な検査結果に基づいて認定するべきであり、医学的裏づけの薄弱な証拠方法に依拠するべきではない。また過失の予見可能性について危惧感説に近い構成をなすべきではない。何を予見の対象としているのかをはっきりとさせなければ結果回避措置をとり得ず、被告人の診療の予測可能性を害する恐れがあるからで

ある。さらには、患者の死亡が不可避、つまり不可抗力であった場合には過失を肯定すべきではない。結果を回避できなかったにもかかわらず注意義務違反があったと認定することは、現行刑法上過失の未遂を処罰していないので実益がないからである。

これらの批判にくわえ、医療水準やガイドラインが医師の行為規範として機能している現状に鑑みると、臨床医学の実践すなわち医療水準や治療に関するガイドラインを注意義務の内容や基準として採用した控訴審判決が妥当であり、今後における医療刑事裁判において参考とされるべきである（注10）。

### （脚注）

（注1） 罪状認否に際し、これを全面的に否認した被告人当直医と弁護側が検察側に対し、「起訴状には死因が記載されていないが、死因はどのようなものなのか。」と質問すると、検察側は「後で明らかにする。」と述べるにとどまり、はっきりとさせることができなかった経緯があった。

（注2） 死因に関する各所見は本文で説明したとおりである。観点を変えて、このような症例が臨床においてどの程度生じ得るのかについて考察してみると、死因当時において軟口蓋損傷が頭蓋内損傷を惹起する危険性を記載した医学成書は世界的にみても存在せず（オーソドックスな診察方法については被告人当直医が実際になした診察と同じ、つまり自宅における経過観察＝外来観察で足りると記載するのみ）、本件前後10年の杏林大学病院における受診例においても何らかの異物で口腔内を突いたケースは100例ほどあったが、そのうち重大な問題を引き起こした例や死亡した例は一例もなかった。また本件発生に至るまで世界的に見ても、異物が口腔を経て咽頭側壁内を走行し直径数ミリに過ぎない頸静脈孔に嵌入したうえ小脳にまで到達するという症例報告は皆無であった。なお、本件発生後、台湾において、異物が頬を貫通して頸静脈孔に侵入した症例が報告されたが、異物は頬から飛び出したまま受診しており、本件とは異なる症例である。また、筆者の知人である脳神経外科専門医が、アメリカ合衆国のバージニア医科大学口腔顎顔面外科学部門のロバートストロース教授に対し、本件の剖検所見などの公判提出記録の一部を英訳のうえ示し、初診の段階において割り箸片の残存を疑うことができたのか否かについて見解を求めたところ、つぎのような回答を得た。原文より結論のみを抜粋する。

On the view of “Robert A. Straus”, D.D.S., M.D. Professor Director, Residency Training Program Division of Oral & Maxillofacial Surgery Medical College of Virginia, about this case, “...Based on what you are telling me I would likely not have gotten either of these tests as well. In any case, while his judgment may have been less than ideal, I most certainly cannot see this as a criminal case.”

（筆者訳…貴殿より伝えられた内容に基づく限り、私が本件患児を診察したとしても、

おそらく、その 2 つの検査（筆者注…CT スキャンと鼻咽腔ファイバースコープによる検査）をすることはなかった。いずれにしろ、かりに本件担当医師の診断が理想的なものではなかったとしても、私は、本件を刑事事件と看做すべきではないと強く確信する。）

以上述べたように、本件に関する一般的な医学的理解は、後述する本件第一審判決の認定とかなり齟齬するため、判決批評となり得ることから、判決文の理解に資する限度で説明を付記した。

- (注3) 東京高裁刑事 8 部が、控訴審判決の当日である平成 20 年 11 月 20 日、閉廷後、遺族らと検察・被告人当直医・弁護士・マスコミ関係者に配布した判決要旨
- (注4) 東京地裁刑 16 判平成 18 年 3 月 28 日 判例集等未登載
- (注5) 東地刑 10 判平成 13 年 3 月 28 日判時第 1763 号 17 頁。控訴審において被告人が死亡したことにより控訴棄却の判決がなされ、第一審の無罪判決が確定した。
- (注6) 井田 良「[判例批評]薬害エイズ帝京大学病院事件第一審無罪判決をめぐって（東京地裁平成 13.3.28 判決）」ジュリスト 2001 年 7 月 1 日号（№1204）26～38 頁（有斐閣）
- (注7) 本件症例は、第Ⅲ次救急外来適応の重篤な穿通性頭部外傷であるとともに、Ⅰ・Ⅱ次救急外来適応の軽症に属する口腔内損傷＝軟口蓋損傷であったのであるが、一般に、口腔内損傷患者を受診した医師は直ちに頭部外傷を疑うべきなのか否かにつき、「精度の高い客観的資料」として、次のような、アメリカ合衆国の医学者らによる諸文献・疫学的データが存在する。

ヘンゲラーらは、「軟口蓋損傷に関する 16 症例の報告」と題する論文の中において、内頸動脈に損傷がある場合、血栓が形成され拡大するまでは神経症状を示さず、24 時間以上遅れて症状が発言したとの報告もあることから、咽頭部外傷の場合は少なくとも 48 時間は入院させて観察し、神経症状のある場合は、血管造影を行う必要を説き、結論として、口腔内損傷があれば頭部損傷を疑うべきと主張しているのに対し、ラドコウスキーらは、「小児における口腔咽頭の刺傷」と題する論文の中において、ハーバード大学附属ボストン小児病院における、過去 10 年間の経験症例 77 例中、脳血管障害や脳神経障害を引き起こした症例は皆無であったことを説き、ヘルマンらも、「小児の口蓋損傷—131 症例の検討」と題する論文の中において、オハイオ州シンシナティー市小児メディカルセンターにおける、過去 17 年間の口腔内損傷患者について調査したところ、そのうち 72% の損傷部位が側方に寄っていたにも係らず、脳血管障害や脳神経障害を引き起こした症例は皆無であったことを説き、口腔内損傷があれば頭部損傷を疑うべきとするヘンゲラーの見解に反対している。

杏林大学病院においても男児の両親を原告とする民事訴訟の提訴を受けて（2000（平成 12）年 10 月）、本件発生前過去 10 年間にわたる口腔内損傷患者の当院受診例を調査したが、脳血管障害や脳神経障害を引き起こした症例は皆無であった。また、全国規模・世界規模における調査を試み類例を調査したが、割り箸のような非金属性の異物が口腔より頭蓋内に侵入した症例はなく、当然のことながら、割り箸が口腔を経て軟口蓋を貫

通し、直径数ミリの左頸静脈孔を経て小脳に刺入した症例を発見することはできなかった。

なお、口腔内損傷患者について、入院を「必要」とするヘンゲラーの見解に関し、Hengerer AS, Degroot TR, River RJ, et al: Internal carotid artery thrombosis following soft palate injuries: A case report and review of 16 cases. *Laryngoscope* 94:1571-1575, 1984. これに対し、入院を「不要」とするラドコウスキーの見解に関し、*Laryngoscope* 1993 Sep; 103(9):991-4 Penetrating trauma of the oropharynx in children. Radkowski D, McGill TJ, Healy GB, Jones DT. Department of Otolaryngology, Harvard Medical School, Children's Hospital, Boston, MA 02115. ラドコウスキーと同様に入院を「不要」とするヘルマンの見解に関し、*Int J Pediatr Otorhinolaryngol* 1993 Mar; 26(2):157-63 Impalement injuries of the palate in children: review of 131 cases Helmann JR, Shott SR, Gootee MJ. Department of Pediatric Otolaryngology, and Maxillofacial Surgery, Children's Hospital Medical Center, Cincinnati, OH 45229-2899.

(注8) 男児の救命可能性も、90パーセント以上あったはずであると証言した。

(注9) 井上 薫横浜地裁判事（当時。現弁護士）による朝日新聞平成18年4月2日付朝刊投書欄への投稿

(注10) 本稿は判例研究なので、類似の症例に関する判決例や私見に反対する見解についても触れる必要がある。そこで筆者は過去における医療刑事事件判決と本件に関する文献をすべて渉猟した。その結果、前者につき、本件裁判は、空前絶後の症例で且つ患者死亡事例について担当医師に診療上の過失責任を問い得るのかという裁判であったことから、先例となる判例は存在しなかった。その理由であるが、本件起訴に至るまでこのような事例はそもそも起訴されなかったからであると思われる。後者につき、確定した本件控訴審判決の論理が判例・通説に即していたこと、つまり事実認定に関する薬害エイズ禍事件帝京大学ルート判決・医療過失の認定に関する「医療水準」の理論・過失犯には未遂処罰規定が存在しないことから、結果のない過失責任は認められないとする一般的な刑法解釈と整合していたことから、本件控訴審判決を支持する私見に反対する見解はなかった。なお、私見と検討の視点を異にする見解として「医療過誤における民事・行政・刑事責任の線引きは、どのように行われるべきか ―その制度のあり方について―」（東京大学医療政策人材養成講座研究班 筆頭研究者 神谷恵子 2006年10月20日）と題する政策提言があり、「本件で問われるべきは、意識障害患者が来院したときの救命救急センターの対応であり…耳鼻咽喉科医師のみに責任を負わせる体制の問題」「センターを統括するセンター長がどのような姿勢で救急医療に臨んでいたかが問われるべきである」「第3次医療機関は、3次救急以外診察しないという現体制が、この事件を紛争に至らしめた最大の原因であったという認定が必要である」、つまり本件はシステムエラーに起因する事故なので個人の過失責任の問題とすり変えるべきではないと主張している。思うに、医療事故を刑事裁判で裁くことは萎縮医療や防衛医療を招き、国民の健康の維持・増進に差し障ること、また再発防止にも役立たないことに鑑みると、

本件事故をヒューマンエラーの防止という人間工学の問題として捉えようとする本提言は傾聴に値する。

#### (参考文献)

---

- (1) 長谷川誠「杏林大学割り箸事件 ―耳鼻科医の立場から―」54 頁
- (2) 小林充「杏林大学割り箸事件 ―弁護人の立場から―」68 頁
- (3) 水谷渉「医療刑事裁判の現状と課題」102 頁  
以上、日医総研シンポジウム冊子「更なる医療の信頼に向けて ―無罪事件から学ぶ―」(社団法人 日本医師会 2011 (平成 23) 年 11 月) 所収論文
- (4) 岡本健「過去の類例のない極めて特殊な症例であり医学的見地から妥当な判断と思われる」  
医療判例解説 Vol.13 Apl 12 頁 (医事法令社 2008 (平成 20) 年)
- (5) 馬場 俊吉「刺入した異物がないこと、バイタル・意識状態が正常であったことに尽きる事例」前掲 4・17 頁

※ 本稿は、企業法学会における筆者の個別報告(第 29 回春期大会 2006 (平成 18) 年 7 月・第 35 回春期大会 2009 (平成 21) 年 7 月)の際に使用したレジュメを、本報告以降に公刊された文献等を参照のうえ加筆修正し、注を付して判例研究の形式に改めたものである。この場を借りて「企業法学研究」第 1 巻第 1 号編集委員の先生方による示唆に富む再三の査読とご指導に対し、深謝し御礼を申し上げる次第である。