

〔別紙2〕

## 審査の結果の要旨

氏名 于 佳佳(う じゃじゃ)

本論文「医療過誤の処罰とその制限」は、日本における医療過誤の処罰のあり方について、日本、ドイツ、イギリス、アメリカの4カ国の詳細な比較法的研究に基づき、具体的な提言を行おうとするものである。日本では、医療過誤刑事事件の急増により、医療過誤の処罰のあり方が社会的に大きな問題となっており、本論文は、学問的にも実践的にも極めて重要な研究といえる。

本論文は、序章、第1章ないし第5章、および終章から構成されている。序章「問題の所在」では、本論文の2つの課題が提示されている。第1は、これまでの刑法学では、医療過誤における過失とは医療水準からの逸脱とされてきたが、実際の処罰対象が基本的な知識・技術の欠如や単純ミスなどの事例に限られてきたため、医療水準が何を意味しているか、どのように判断されるのか、ということについての議論が十分に行われてこなかったという問題があり、最近、医療過誤の処罰範囲が拡大されたことに伴い、この点を明確にする必要があるというものである。第2は、より大きな問題として、医療の分野にどこまで刑事法が介入すべきかという刑事政策的問題があり、特に、単純ミスなどのヒューマン・エラーが刑事事件の大きな比率を占めている日本の状況については再検討の必要があるというものである。

第1章「日本法上の対応」では、医療過誤を巡る日本の判例・学説の動きが、民事判例も含めて、戦前から現在に至るまで、時代順と医療過誤の類型別に、紹介、検討され、序章であらかじめ提示された課題の存在が示されるとともに、考察の方向性が示唆されている。

第2章「ドイツ法上の対応」では、医療過誤を巡るドイツの判例・学説が、民事を含めて、時代順と医療過誤の類型別に、紹介、検討されている。医師の注意義務と医療水準の関係については、①医療水準から逸脱する自由が一定の範囲で認められ、事件ごとの個別判断が重視されるようになってきていること、②基本中の基本といえる医療上の準則に反した場合には、予見可能性を特に問題にするまでもなく過失が認められていること、③医療上の準則が存在しない場合や、明確でない場合には、医師の裁量が問題となること、などが指摘されている(第1節)。医師の注意義務の内容については、引き受け過失の根拠と限界に関する議論を紹介した後、研修医や高次の専門的能力を有する者の注意義務の検討を基に、医療水準は行為者の能力に応じて個別化がなされるべきことが指摘されている。医療資源の格差についても、同様の解釈が妥当すべきであるとされている。次に、医療の新

水準が形成される時点が検討されるとともに、医療水準が存在せず、あるいは明確でないため、医師の裁量が働く場面では、危険性と有用性の比較衡量が要求されることが指摘されている（第2節）。医療過誤の類型別の検討では、①基本的な診断義務の履行懈怠の類型において、予見可能性要件の弛緩が見られるが、刑事責任を制限する手段として、信頼の原則、因果関係論、保護目的連関論などが用いられていること、②ヒューマン・エラーの類型は、処罰されてはいるが、それほど多くないこと、③システム・エラーの類型では、医師個人よりも組織の上位者の責任を追及する動きが始まっていること、④日本で処罰対象とされていない類型として、遠隔診療における医療過誤、精神医療における医療過誤、医師が故意の殺人に問われた事例があること、などが紹介、検討されている（第3節）。

さらに、第3章「イギリス法上の対応」、および、第4章「アメリカ法上の対応」では、両国の状況が、判例を中心として、紹介、検討されている。その内容は多岐にわたるが、医療過誤の処罰範囲については、イギリスでは、①伝統的に、単純な不注意は処罰に値せず処罰対象は重大なネグリジェンスに限られるとされてきたこと、②医療過誤刑事事件が増加傾向にあり、不注意で危険を認識しなかった場合にも重大なネグリジェンスが認められ得ることが最近の判例で明らかにされたが、なお、ヒューマン・エラーが処罰されることはほとんどないこと、③システム・エラーへの対応として、医療法人の刑事責任を問うことも可能であると考えられていること、などが指摘されている。また、アメリカでは、①伝統的に、医療過誤の処罰に謙抑的であり、治療者への刑事罰を根拠付ける刑法上のネグリジェンスは、能力の重大な欠如、重大な怠慢、あるいは患者の安全に対する犯罪的無関心が必要であるとされてきたが、模範刑法典の影響を受けて、危険の認識のない過失の処罰を立法や判例によって認める州も出てきていること、②医学的判断の誤りは処罰されてこなかったが、最近になって、医学的判断の誤りが正面から問題となった刑事事件が登場してきていること、③ヒューマン・エラーについては、単純ミスは誰でも犯し得るものであるから、犯罪とはならないとされており、最近、刑事責任を問う動きも出てきているが、故殺罪で有罪となった例はないこと、④システム・エラーへの対応として、医療法人が故殺罪に問われた事例が出てきていること、などが指摘されている。また、注意基準と医療水準の関係については、両国とも、医療水準からの逸脱が一定の範囲で認められており、その正当化根拠は、法的に適切と認められる一部の専門家の意見ないし行為準則に求められていることが指摘されている。

第5章「医療過誤の処罰のあり方」では、以上の検討をもとに、まず、医療過誤のあるべき処罰範囲が検討され、第1に、故意や認識ある過失に限るべきであるとの主張は比較法的にも支持できないこと、第2に、ヒューマン・エラーが原則的に処罰され、刑事医療過誤の大きな割合を占める日本の現状は改められるべきであり、ヒューマン・エラーの処罰は、ヒューマン・エラーを犯す危険があることを行為者に連想させる特別な事情が存在する場合に限られるべきであり、そのような特別な事情としては、危険を知らせる外的な状況と、問題の治療行為が日常の危険を超えて重大な危険の範疇に属するものであることの2つが

あること、ヒューマン・エラーを防止するための措置は、具体的で容易に行うことができるものでなければならないことなどが指摘されている。第3に、医学判断の誤りについては、医師の裁量の自由が尊重されるべきであるが、それは無限定なものではなく、治療の有用性と危険性の比較衡量が注意義務の内容として要求されるとしている（第1節）。

次に、医療過誤における注意義務の内容については、第1に、争点となった医療慣行が悪しき慣行であることを証明するに足る証拠が示されない限り、同慣行に従って治療を行っていれば、重大な結果を起したとしても、過失が認められないとしている。第2に、医療慣行から逸脱することも許容されるべきであり、その正当化根拠は、法的に適切と認められる一部の専門家の意見ないし行為準則に従っていることに求められるとしている。第3に、注意義務の基準となる医療水準は、行為者の個人的能力を考慮に入れて個別化されるべきであり、行為者の能力が劣っている場合の「下に向けての個別化」も行為者能力が優れている場合の「上に向けての個別化」も認められるべきであること、医療資源についても同様に判断されるべきことが示されている。第4に、医療水準が存在しないか明らかでない場合には、医師の裁量が認められるが、医師の裁量は無限定なものではなく、治療の有用性と危険性の比較衡量が必要であるとされている（第2節）。

最後に、システム・エラーの問題が検討され、医療におけるシステム・エラーを防止するとともに、組織上位者個人に対する過度の刑事責任の追求を避けるために、立法論として、イギリスやアメリカのように、組織自体の刑事責任を問うことも前向きに検討すべきである、とされている（第3節）。

終章「まとめ」では、以上のような本論文の結論が箇条書きの形でまとめられている。

本論文は、以下の3点において、高い評価に値する。

第1に、本論文は、医療過誤に対する法的対応の状況について、日本、ドイツ、イギリス、アメリカの4カ国の状況を、刑法上の対応を中心に、民法上の対応も参照しながら、詳しく紹介、検討したものであり、その包括性と詳細さにおいて他に例をみない貴重な業績である。本論文が、今後わが国でこの問題を議論する上で欠くことのできない基本文献となることは間違いなく、将来、英語等で発表されれば、世界的にも注目を集めるものと思われる。

第2に、本論文は、わが国の刑法学でこれまで詳しく検討されてこなかった、医療過誤における過失の判断基準となる医療水準の定め方や、医療水準が存在しないかその内容が不明確な場合の医師の注意義務について、各国の判例・学説を詳しく検討することを通じて、具体的に説得的な結論を示している。本論文は、抽象的なレベルにとどまっていたわが国の刑法学の議論を大きく前進させるものであり、理論的にも実務的にも重要な価値を有している。

第3に、本論文は、医療過誤に対する処罰のあり方を、理論的のみならず、刑事政策的にも検討したものであり、これまでになく貴重な業績である。本論文は、各国で実際に処

罰されている医療過誤の類型を詳しく検討することを通じて、わが国における医療過誤の処罰の中心を占めてきた単純ミスなどのヒューマン・エラーの処罰を制限すべきことを提言し、その処罰の要件についても、行為の危険を知らせる特別の事情が存在しており、防止するための措置が具体的で容易に行うことができる場合という具体的な提案をしている。また、医療の現場におけるヒューマン・エラーを防止するためには、医療のシステムを改善することが重要であり、そのためには、今後、組織自体の処罰も検討されるべきであるという提言も行っている。医療過誤の処罰のあり方については、解釈論のみならず、立法論についても様々な議論がなされているところであり、本論文のよく考えられバランスのとれた提言は、学界はもちろん、社会全体に大きなインパクトをもたらさうものといえよう。

もつとも、本論文にも不十分な点がないわけではない。

第1に、本論文は、医療過誤に関連する多くの問題を扱っているため、論文の記述がやや総花的であり、個々の記述が最後の結論にどのようにつながるのかわかりにくい部分もある。論文の内容や記述がより整理されていれば、よりわかりやすい論文になったものと思われる。

第2に、刑法解釈学の観点からみると、これまで学界で議論されてきた理論的問題点、例えば、過失の各要件の理論的位置づけや引き受け過失の問題などについて、掘り下げた検討が十分になされているとはいえない。また、刑事政策的問題の検討は、もっぱら医療過誤の処罰の問題の検討にとどまっており、これを交通事故の処罰など過失犯の他の類型と比較検討する視点があれば、論文の説得力がさらに増したのではないと思われる。

もつとも、記述がやや総花的であるという問題は、包括性、詳細性という本論文の長所の裏返しの面もある。理論的に掘り下げた検討が不足している点については、それらの理論的問題は、深く検討しようとするれば、それ自体が博士論文のテーマとなり得るものであり、「これからどうあるべきか」という政策的課題を重視しつつ、理論的検討も極めるとするのは、一本の論文の中では両立困難な課題ということもでき、過失犯の他の類型との比較の不足も含めて、大きな欠点とはいえないと思われる。本論文の不十分な点は、本論文の学術的価値を大きく損なうものではなく、むしろ、筆者の今後の課題を示すものといえよう。

以上から、本論文は、その筆者が自立した研究者としての高度な研究能力を有することを示すものであることはもとより、学界の発展に大きく貢献する特に優秀な論文であり、本論文は博士（法学）の学位を授与するにふさわしいと判定する。