

医療事故における過失と医療水準

中 村 敏 昭

目 次

- 第1章 過 失
- 第2章 注意義務の一般的基準
 - (1) 医学慣行
 - (2) 取締規定や行政指導
 - (3) 医療水準（医学水準）
- 第3章 未熟児網膜症事件判決をめぐって
- 第4章 再び医療水準について
 - (1) 専門領域か否か
 - (2) 転医義務
 - (3) 地域性や環境

第1章 過 失

医療事故が生じた場合、医師側が損害賠償義務を負う要件としては、原告である患者側の主張が、不法行為を理由とするものであるか債務不履行を理由とするものであるかを問わず、医師側の過失ある診療上の行為（または不作為）と、その行為と患者に生じた損害の間に因果関係の存すること、この二つの要件が重要であることは論をまたない。

この場合にいう過失とは、医師側のいかなる診療上の行為（または不作為）がこれに該当するかが問題となる。

学説は、従来から、過失とは違法な結果の発生を予見すべきでありながら、注意を怠ってこれを予見しないという心理状態であるとしてきた¹⁾。このように、過失を心理状態であるにとらえるのは、近代市民法における個人意思自治

の原則の一つの表現であるとみられる。

しかし、これに対して判例は、過失を一種の行為義務違反であるとの立場を一貫して取り続けてきた。すなわち、過失とは、一定の状況の下において、その者の為した行為に「缺クル所」のあることであると判示してきたのである²⁾。

過失を心理状態とみるか、欠陥のある行為とみるかは実質上は大きな違いを生ずるものではない。心理状態といっても、外形的な行為（または不作為）を通して判断する以外にはなく、行為義務違反といっても、行為者である人間を問題とするのであるから、この行為者の心理状態を無視してこれを論ずることは不可能だからである³⁾。

しかし、このような学説と判例との立場の違いは、予見可能性を過失の中心的要素としてとらえるか、結果回避可能性を過失の中心的要素としてとらえるかという相違点を生ずることになるが、後者が大阪アルカリ事件判決中にみられるように、「其目的タル事業ニ因リテ生ズルコトアルベキ損害ヲ予防スルガ為メ右事業ノ性質ニ従ヒ相当ナル設備ヲ施シタル以上ハ、偶々他人ニ損害ヲ被ラシメタルモ…故意又ハ過失アリト云フコトヲ得ザレバナリ」⁴⁾として、事業活動に際して、「相当の」ないしは「最善の」防止設備を備えた場合には、かりに損害が発生しても過失がないとする立場から⁵⁾、やがて、人の生命、健康に対する危害のおそれがある場合には、操業の短縮や停止までも含む措置が必要であるとの立場⁶⁾に移行しつつある点からみると、今日では、両者の見解はほぼ実質的な意味では相違がないものといえることになる。

いずれにせよ、過失の存在が認定されるためには、前提として違法な結果の発生を防止すべき一定の注意義務が考えられることになる。

この点につき最高裁は二つの著名な事件で次のように判示している。

輸血梅毒事件においては、「いやしくも人の生命および健康を管理すべき業務（医業）に従事する者は、その業務の性質に照し、危険防止のため実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるのは已むを得ないところといわざるを得ない」⁷⁾とし、また水虫の患者に対するレントゲン過大照射事件では、注意義務についての上記判決部分を踏襲したうえで、「医師としては、患者の病状に

注意してその治療方法の内容および程度等について診療当時の医学的知識にもとづきその効果と副作用などのすべての事情を考慮し、万全の注意を払って、その治療を実施しなければならないことは、もとより当然である⁸⁾と述べて、医師にきわめてきびしい高度の注意義務を課するとともに、その注意義務の基準として、診療当時の医学的知識にもとづくべきことを要求しているのである。

- 註 1) 鳩山・増訂日本債権法各論(下) 901頁, 末弘・債権各論 1,068頁, 我妻・事務管理・不当利得・不法行為(新法学全集) 103頁, 加藤・不法行為(増補版) 64頁その他多数。
- 2) たとえば, 大審院明治32. 12. 7判決・大審院民事判決録5輯11巻32頁。
- 3) 幾代・不法行為32頁。
- 4) 大審院大正5. 12. 22判決・大審院民事判決録22輯2, 474頁。
- 5) 4)判決及び大審院大正8. 5. 24判決・法律新聞1590号16頁。
- 6) 新潟地裁昭和46. 9. 29判決・下級裁判所民事裁判例集22巻9・10号別冊。なお, 本判決はいわゆる新潟水俣病事件に関するものであって, 限定的にはあるがこのような判断をしている。
- 7) 最高裁第1小法廷昭和36. 2. 16判決・最高裁判所民事判例集15巻2号244頁。
- 8) 最高裁第1小法廷昭和44. 2. 6判決・最高裁判所民事判例集23巻2号195頁。

第2章 注意義務の一般的基準

医師に要求される注意義務とは、診療行為に際して注意を払うといったような単なる心理的なものを要素とする義務ではなく、(1) 医学慣行 (2) 取締規定や行政指導 (3) 医療水準 などのような一般的基準に照らし、その違反が過失と認定される義務である。

(1) 医学慣行

医学慣行が注意義務の一般的基準として認められるかについては問題がある。診療当時の医学慣行に従うということは、医師が診療当時の通常行なう方法によって診療行為を行なったというにすぎないから¹⁾、きわめて当然のこと

ともいえる。しかし、前記輸血梅毒事件において最高裁は、血液幹旋所の会員証および血液検査所発行の検査証明書を持参した職業的供血者に対して、医師が医学慣行により問診を省略したことにつき、「医師の間では従来、給血者が右のように証明書、会員証を持参するときは、問診を省略する慣行が行なわれていたから、医師が右の場合に処し、これを省略したとしても、注意義務懈怠の責はない旨主張するが、注意義務の存否は、もともと法的判断によって決定されるべき事項であって、仮に所論のような慣行が行なわれていたとしても、それは唯だ過失の軽重及びその度合を判定するについて参酌すべき事項であるにとどまり、そのことの故に直ちに注意義務が否定されるべきいわれはない」²⁾とし、医学慣行にもとづいて医師が問診を省略したことを注意義務存否の一基準とした上告人の主張に対して、注意義務の存否が医学慣行によるのではなく、それと独立して法的判断によって決定されるべきことを示したのである。

この点につき星野教授は、「これは両者を含むより広い社会における考え方に従って判断されるべきであり、部分社会の考え方や慣行は、情状酌量の要素とはなっても、紛争解決の基準そのものにはならない」³⁾と述べ、特定の専門、職業、地位等を有する者から成る社会（部分社会）における一般的な考え方や慣行は、問題となっている事件、あるいは紛争の当事者の一方が、その部分社会に属さない第三者あるいは一般人である場合には、基準として妥当せず、広く一般人の考え方や慣行を問題にしなければならないとして、判旨に賛成されている。

また看護婦が静脈注射の薬品を誤った事件で⁴⁾、被告人Aが3%ヌペルカイン溶液を製剤したが、一見して劇薬であることが判るようにその容器に赤枠、赤字で品名と「劇」の字を記載した標示紙を貼付し、他の普通薬と区別すべきであるのに（薬事法44条2項）、右溶液をぶどう糖注射液と同色、同型の標示紙に単に青インクで「3%ヌペルカイン」と記入し、ぶどう糖注射液中の100ccコルベン容器数本とともに、同一滅菌器に入れ翌日まで放置し、被告人Bがヌペルカイン溶液をぶどう糖溶液と誤って被告人Cに渡し、これを被告人Dが注射して患者を死亡させた。Aがヌペルカイン溶液の容器コルベンに、赤枠、赤

字で品名と「劇」の字を記載しなかったことは、同病院薬剤科長Tの指揮監督の下に、従来からの慣行によったまでのことで、その責任は部下職員であるAが負うべきものとはいえず、Aの過失として責むべきものではないとしたが、二審、三審ともにこれを否定して、この点についてのAの過失を認めている。

不適合輸血による死亡事故で、B型かO型かの血液型をAB型と誤って判定した事件⁵⁾、当時の一般臨床医がほとんど血液型の判定を全血法によっていたという医学慣行があったが、一般に慣行的な診療行為が注意義務の一般的基準として認められるためには、その慣行的な診療行為が医学的合理性がなければならず、本件におけるように、「全血型は周到な注意を払っても血液型の判定を誤まることのあることが明らかであり……異型不適合輸血が理論的には生命に危険を生じうるものとなされて」いることから、全血法にだけよって血液型の判定を行なうという医学慣行には合理性がないことになり、間接的にこの医学慣行は否定されたものとみることができよう。同じ不適合輸血で、A型をO型と誤って判定した事件⁶⁾では、当時の臨床医が血液型の判定において一般に全血法によっていたから、この方法を用いること自体に問題はないとしながらも、同時に全血法による場合は、技術的操作ないし確認方法に周到な注意を払うことを要求している。したがって、ここにおける判旨は、一応このような医学慣行の存在を認めながらも、医学慣行に従って行なわれた診療行為が、常に必しも過失がないとされるとは限らない旨判示したものであろう。

次に刑事事件ではあるが、看護婦が医師の補助として採血した際、電気吸引器の操作を誤り、医師もこれを看過したため献血者を死亡させたいわゆる千葉大における採血ミス事件⁷⁾において、直接器機の取扱いにあたった看護婦の過失を看過した医師の責任について、医師が器機の準備を終えた看護婦に、「いいですか」と尋ね、「はい」との返事をえて、献血者の静脈へ正しく刺針し、これにつながるチューブへの血流を確認した後、その他端を看護婦に手渡すという第二内科の慣行通りの医師の分担義務を果たしたのであり、それ以外の部分は看護婦を信頼すべきであったから、医師に責任はないとの主張に対して、この大学病院における医師と看護婦の業務分担方式を、「まさしく悪しき慣行」

としてきびしく批判し（1審判決）、1・2審ともにこの医学慣行を否定している。

同じ刑事事件で、電気メス器ケーブルの交互誤接続による傷害事件である北大電気メス器誤接事件⁸⁾では、「医師が慣行に従って看護婦にケーブルの接続を行なわせ、自らその接続の正否を点検確認しなかったからといって、直ちにこれをもって刑事責任の前提としてよいほどの注意義務の懈怠があったとみるのは相当でない。いやしくも、なんらかの落度があれば直ちに刑事上の過失責任を認めてよいというような論は排斥されるべきものである」として、ケーブルの接続を二重点検確認しないのが慣行であり、この慣行は、事故発生後の時点でみると危険を含む不当な慣行といえるが、本件手術当時はそのように考えることができなかったのだからとして、慣行に従った医師に注意義務の懈怠がないものとしたのである。

以上のように、近時、判例の傾向としては（ここで取りあげなかった判決も含めると）、医学慣行を注意義務存否の一般的基準（独立した一つの基準）として正面から取りあげない傾向にあるようである。もとより、すべての医学慣行が直ちに注意義務存否の一般的基準となるものではなく、またその反面、医師が診療行為に際して医学慣行によってこれを行なうことが多いという事実も否定することはできない。しかし、その当時の医学水準からみて客観的に合理性のない医学慣行は、いかに医師仲間で事実上の慣行として認められ行なわれているものであっても、そしてそうせざるをえないような事情があったとしても、「それは唯だ過失の軽重及びその度合を判定するについて参酌さるべき事項であるにとどまり、そのことの故に直ちに注意義務が否定されるべきいわれはない」のである（前掲最高裁輸血梅毒事件）。

しかも、医学慣行はあくまでも診療当時の医療水準からみて合理性があるとして是認されるものでなければならないから、むしろ、注意義務存否の独立した基準の一つというよりも、医療水準の内容を形成するものの一つであって、医師はそのような客観的に合理性のある医学慣行を含む当時の医療水準にある知識・技術を有することを義務づけられていると考えられよう。

(2) 取締規定や行政指導

業務上の過失が問題とされる場合において、通常は、その過失の「基準となるべき注意義務は一般に定型的であり、多くの場合取締規定の形をとっている」⁹⁾とされる。

しかし、診療行為は高度の専門性、裁量性、危険性、複雑性等の特殊な性質をあわせもつ行為であるから、仮に患者のある疾患に対して一つ診療行為のパターンを予想しえたとしても、それに対する反応は患者の個体差の故に様々であろうから、その場合に医師がとるべき方法を具体的に特定して取締法規等の形式で設定することは困難であり、そもそも診療行為はそのような事前の画一的な規制に本来なじまないものとされる¹⁰⁾。

もとより、医師の業務や義務に関する規定は存在するが、医療事故の過失の存否の前提たるべき注意義務の一般的基準としての内容を、具体的かつ直接的に規制する取締規定等はほとんど存在しない。ただ、注意義務に関連して医師法に、応招義務¹¹⁾ (19条1項)、無診療治療の禁止 (20条)、療養方法等の指導義務 (23条)、診療録の記載保存義務 (24条1項、2項) と、20条と24条違反に対する罰則規定 (33条) がある。

医師法23条によると、「医師は、診療をしたときは、本人又はその保護者に対し、療養の方法その他保健の向上に必要な事項の指導をしなければならない」と規定されているが、この点につき未熟児網膜症事件岐阜地裁判決 (昭和49年3月25日) は、患者本人またはその保護者に対して療養方法等の指導義務を負う医師としては、網膜症悪化の傾向を認めた第3回眼底検査日もしくは遅くとも自然寛解が絶望視された第5回検査日において、患者の両親に対し、患者の「網膜症発症の事実、進行状況、治療経過、今後の見とおし、治療方法等につき (即ち、ステロイドホルモンの効果が現われないこと、自然寛解も望めそうもないこと、右眼の方が早く進行していること、このままにしておいたら両眼ともに失明に至る危険性があること、残された有力な治療方法として光凝固法があること、天理病院の永田医師がその権威者で治療の時期さえ失わなければその成功する可能性が極めて強いこと、現に治療成功例も報告されていること、天理病院への具体的な移送方法等)、担

当眼科医として自ら認識し、知識として有する一切の資料を披瀝説明して、療養方法等の指導をなすべき義務があったものであり、これは患者の生命健康を管理すべき担当医師として当然なすべき善管注意義務の一つというべきである」として、患者の網膜症が極めて危険な状態に陥ちいることが予見しうる状態にあったのだから、最悪の事態を回避するためにも、その説明指導には最善の注意をなすべきであったのに、医師がこのような説明指導相談を全くなさなかったことは、医師法23条に違背する所為であって指導上の過失があり、患者に有効な光凝固治療をうけさせる適期を失わせ、ひいては失明にいたらせた¹²⁾、と判示している。

また、胃の切除手術後の処置等について医師の過失が問題とされた事件では、「このような場合亡忠行が一般の食餌に耐用できるようになるまではこれを全面的に被護しその対症療法あるいは食餌療法について十分に指導監督し、その食餌について少くとも高カロリー、蛋白質、低脂肪食を摂るよう指導する注意義務があったにもかかわらず、……格別療養上の注意を与えず」として、患者の死亡原因の一つが、かかる医師の療養方法等の指導義務の怠りにあった¹³⁾、としている。

さらに医師法24条1項は「医師は、診療をしたときは、遅滞なく診療に関する事項を診療録に記載しなければならない」と規定している。ここでいう医師とは、医師法19条1項の「診療に従事する医師」とは違って、すべての医師を指すとされるから、普段研究に従事している医師がたまたま診療した場合にも適用される¹⁴⁾。

診療録に記載されるべき事項は、診療を受けた者の住所、氏名、性別および年齢、病名および主要症状、治療方法(処方および処置)、診療の年月日であるが(医師法施行規則20条)、診療録は「医療行政上の目的のほか患者との診療契約にもとづく診療過程を医師に記載せしめ、もって診療の適正を期する目的を有するものと認められる。したがって診療録は患者にとって医師の診療行為の適否を判断するための資料となるべき診療に関する事項が法律の要請にもとづき記載された文書ということが出来る」¹⁵⁾ から、診療録にこれらの記載(病名

および主要症状、治療方法など)を欠いた場合には、医師が患者に適切な診療を行わなかったことを推定させるかという問題になる。

未熟児網膜症岐阜地裁判決(昭和49年3月25日)は、被告病院が原告に対して全身管理を怠ったという原告側の主張に対して、原告の保育期間中に、小児科医が三度短期間内に交替していることは好ましいとはいえないが、これだけで全身管理を怠ったとは速断できないとした上で、しかし診療録の記載が極めて簡単である期間があること、看護記録も記載がない部分が多いことは、原告が出生時1,120gの未熟児であるから、その全身管理は特に慎重になされるべきであり、しかも短期間に三度担当小児科医が交替しているから、このような場合、診療録は確実な引継ぎのために、通常一層詳細に記載されることが期待されていたものといわなければならない、右診療録の不記載の事実は一応問題である、とする。そして、一般的には診療録の不記載は診療をしなかったことを推定させるが、被告病院においては、全国的に使用されていないような種々の記録等があるので、看護記録の内容を考えあわせると、「右カルテ上、不記載日以外の分については十分な処置がなされているものといえることができるから、右不記載日についても同様の処置がなされているものといえることができ……直ちに当該不記載の事実から……原告伸二に対する全身管理を怠ったものと推定することはできないこととなる」¹⁶⁾として、診療録の不記載が問題とはなるが、直ちにその点から原告伸二に対する全身管理について被告病院に過失が存在するとまでは認めることができないと判示している。

診療録の不記載は、一般論としては医師が診察しなかったことを推定させるが、本件では被告病院が総合病院であるところから、普通の病院では使用していなかったような記録等があったために、過失の存在は認められなかったものである。

総合病院は一般的に普通病院よりも高度の注意義務を要求される反面、このような事情があると、それが被告病院に有利に働く場合がある¹⁷⁾。

この判決とまったく反対に、診療録に麻酔投与時や手術開始時また手術の前後にわたった本人の症状を示す脈搏・血圧等の詳細な記載がなく、証拠からし

ても被告自身麻酔投与時や手術開始時を正確に確認していなかったことが認められて、被告の麻酔・手術に対してとった態度ないし姿勢は遺憾ながら惰性に流れ疎漏杜撰のそしりを免れない、として結局医師に過失ありとした事例がある¹⁸⁾。

このような判決は、いずれも医師法23条及び24条の規定が注意義務の一般的基準となりうることを判示したものといえよう。

また、保健婦・助産婦・診療放射線技師および診療エックス線技師等が診療の補助行為をするに際して、医師の指示（保健婦・助産婦・看護婦法6条、診療放射線技師及び診療エックス線技師法2条）、または医師の指導監督（臨床検査技師・衛生検査技師等に関する法律2条）の下になすことを必要とする旨の、さらに保健婦、助産婦、看護婦等については、主治の医師の指示があった場合の外、診療機械を使用し、医薬品を授与し、または医薬品について指示をなしその他医師が行なうのでなければ衛生上危険を生ずる虞れのある行為をしてはならない（保健婦・助産婦・看護婦法37条）等の各規定がある。

上記の各規定は、それぞれ医師の診療行為につき補助者である看護婦等を規制するものであるが、それと同時に、看護婦等を補助者として診療行為を行なう医師に対して、十分な指導監督、指示などを行なうべき注意義務を課したものと考えられる。したがって、医師が診療行為に際してこれらの各規定に違反した場合、それが直ちに過失の存在を認定させるものでなく、逆にまたこれらの各規定を守ったからといって過失がない、ということにはならないという一般理論¹⁹⁾は、診療行為の場合とはとくに著しく妥当するとされるが²⁰⁾、しかし医師が各規定に違反し、その結果患者に損害が生ずれば、医師の診療行為に一応過失があったものと推定されるから、なお医師の注意義務の一般的基準となりうるものであろう。

また今日の診療はその社会保険化によって、健康保険法43条の4第1項および43条の6第1項の規定等にもとづいて定められた「保険医療機関および保険医療養担当規則」²¹⁾その他が、保険診療につき事実上一つの基準となっていることは否定できない。

この点につき陰のう水腫の根治手術について、事前に心電図等の諸検査をしなかったのは、「保険医としては視診・聴診によって異常が認められなければ心電図をとる必要はない。不必要な検査をした場合には、査定で診療給付金を削除されるし、保険医の資格を剝奪されることもある」からであるとの被告の主張に対して、「保険医療機関および保険医療費担当規則20条1号には、『各種の検査は必要であると認められる場合に行い、研究の目的で行ってはならない。』と規定されているところ、前示認定の事実よりすれば、心電図による検査の必要性が保険医の場合においてもとくに除外されるとは到底認められない」²²⁾と判示して、結局他の理由ともあわせて、被告の帰責事由不存在の抗弁は理由がないとして医師の責任を認めている。

さらにいささか古い判例ではあるが、医師が健康保険による治療にその使用を制限されていたペニシリンを、その制限の故に十分に使用せず、患者の病状を悪化させたという不法行為訴訟において、「かような事実は右処置を正当化する理由にはならない。仮にペニシリンの使用を制限されているとしても患者はさようなことを知らず、生命身体のすべてを医師に托して診療行為を委任しているものであるから、若し症状にして制限以上のペニシリンを必要とするときはその旨を患者に告げ自弁の有無を確めるべきで、そのことなくして医師が患者の知らない事実を理由に一方的に必要な処置を差控えるが如きは強く非難せられるべきである」²³⁾と判示して、場合によっては取締規定に違反しても適切な処置をとらねばならないものであり、それをしなければむしろ過失とされることもありうるものとしている。

具体的診療行為について、告示、通達、治療指針などの形式でなされる行政指導には、「輸血に関し医師または歯科医師の準拠すべき基準」²⁴⁾「ペニシリン制剤による副作用の防止について」²⁵⁾「性病の治療指針」²⁶⁾、「結核の治療指針」²⁷⁾「高血圧の治療指針」²⁸⁾、「精神科の治療指針」²⁹⁾等がある。

これらの行政指導は、一応の基準を示したものとして、単なる訓示的規定にとどまるにすぎないと解される場合と、法的拘束力を有し、注意義務の一般的基準の一つと解されうる場合がある。

たとえば、不適合輸血による死亡事故をめぐる二つの損害賠償請求事件（前述）に関して、不純品血清を用い、かつ全血法によったため、B型かO型の血液型をAB型と誤って判定した事件においては、「厚生省告示の『輸血に関し医師または歯科医師の準拠すべき基準』は『血液型は給血者および受血者について血液型判定用血清を使用して正確に検査を行なうとともに給血者と受血者との血液各少量を混じて凝集反応を調べること』としており……同被控訴人は当時右告示を知っていたことを認めることができるが……かかる告示がなされた当時は、血液型判定用血清に不完全抗体が混入する事態の起ることを予想してはいなかったこと、厚生省としても、右はクロスマッチ法を明記したものとはいえないが、一応の基準を示したもので、これを実行すべきか否かは具体的事例によって判断すべきであり、十分余裕のある場合でも必しもクロスマッチ法によらなければならないものではないが、これによることが望ましいとの見解のもとに右告示を発したまでであって、本件当時、右は法的拘束力はなく訓示的なものと一般に解されていて、ほとんど励行されていなかったことを認めることができる」³⁰⁾として過失を否定した。

それに対して、同じく全血法によってA型をO型と誤って判定した事件においては、「不適合輸血が非常に屢々副作用を伴い病状を悪化させ、重篤の場合、死の結果を伴うことも少くないのであるから担当医師たる者は輸血に際する関係者の血液型検査につき血液型の判定を誤らないよう万全の注意をなすべき義務を負担することはいうまでもない」とした上で、血液型の適合、不適合の判定の方法として最も誤りの少ない確実な方法はクロスマッチ法等であるが、通常一般医家に行なわれているのは全血法であり、この方法によるときはクロスマッチ法等に比し条件の如何によって誤判定を生ずる危険性の多いことが認められ……「一刻を争う緊急事態における手術でなかったことが認められるから……慎重を期して最も確実な検査方法である」クロスマッチ法等の方法をとり、「血液型の誤認ないし不適合をできる限り防止することにつとめる義務」があったとして医師の過失を認めている³¹⁾。この判決は、直接的には「輸血に関し医師または歯科医師の準拠すべき基準」には言及していないが、結局この基準

の内容である「血液型は給血者および受血者について血液型判定用血清を使用して正確に検査を行なうとともに、給血者と受血者との血液各小量を混じて凝集反応を調べることをそのまま認め、間接的にはこの基準に一種の法的拘束力があるものとして、医師に注意義務違反すなわち過失を認めたものと考えられる。

ただこの「準拠すべき基準」の規定は、あまりにも漠然としており、しかも今日、血液型に関する学問の発展はめざましものがあるので、基準として意味があるかどうかははなはだ疑問である⁸²⁾。

また、左顎下側頸部の腫瘍で通院中の患者が、疼痛の急増のためペニシリンゾルと結晶ペニシリンを注射、3日後にマイシリン40万単位の注射をうけ、病院でしばらく休んだ後帰宅後間もなく（注射後約1時間半）死亡した事件³³⁾では、ペニシリン製剤使用上の注意義務違反の有無を判断する基準の一つとして、「ペニシリン製剤による副作用の防止について」という厚生省の通知が問題とされた。右通知においては、「使用上の注意」として、「ペニシリン製剤使用后、15分ないし30分間患者の安静を保つ必要がある」としているにもかかわらず、患者を10分以上安静にさせていたとは認められず、この点に過失があるものとされたが、ただし、因果関係は認められないとして原告の請求は棄却された。これに対し二審では、注射後の安静時間等の事実認定については若干異なる判断をしているが、むしろ患者の死因について、患者本来の疾患の悪化による窒息も疑われ、そのいずれであるか不明であるとして、ショック死を前提とする控訴人の主張は棄却された。

1審判決が、右通知にあるような15分ないし30分という基準に関し、患者を「確実に15分ないし30分安静にしたか」という時間についての算定に力を入れ、その時間を安静にさせなかった点に注意義務違反があるものとしたのに対し、2審判決は、安静時間そのものの長短を論ずることなく、注射後患者の反応の観察をしたか、患者に安静保持の意味をよく納得させたか等について重点をおき、この点につき過失を認めなかった。なお、本件はその後上告されているが、患者の死因を推定することの困難な理由は、患部切開も行なわれないうえに、

さらに病理解剖もなされていないからであろう。

ストマイ施用の副作用による難聴を理由とする損害賠償請求事件³⁴⁾において、「本件のような結核性の疾患の医療については結核予防法による『結核医療の基準』および健康保険法による『結核の治療指針』によってなすべきであるところ、これによれば、罹患組織等を切除する外科療法をなす場合には、原則として化学療法を併用すべきものとされ、化学療法としては前記『基準』においても『指針』においても、SM（ストマイ）、PAS、INHの三者併用を原則的な使用法として掲げ、一般に結核の治療には右のような使用方法がとられていること、しかして被告が原告の右疾患の治療のための措置として結核と診断した時点からSM、PAS、INHの三者併用による化学療法をなしたことは原告の右症状に照らして医師として当然とるべき妥当な措置であったことが認められ」として、『基準』および『指針』にそった療法をとった以上（その他の点も考え合わせて）、医師に過失がないとしているのは、『基準』および『指針』に注意義務の一般的基準としての意味を認めているものといえる。

このように、前記のような行政指導のもつ意味は、具体的な適用の事情によって様々であるが、医師の診療行為の裁量性などの特殊性を規制する意味での法的拘束力はないが、類型的な診療行為の最低基準を示すものとして、その違反に過失が推定される場合がある；という意味においては注意義務の一般的基準となりうるものであろう。

「保険医療機関および保険医療養担当規則」20条8号にもとづく「性病の治療指針」、「結核の治療指針」などのいわゆる治療指針は、保険医療における診療方針として、保険者と保険医療機関との間の契約の内容とされて、保険医療給付の範囲を実質的に制約するものである³⁵⁾が、これらの診療方針が法定されたのは、保険財政その他に理由によるものであるから、診療方針が保険医療における準則として診療行為を制約する一方、医師の医学常識を形成させるものの一つである以上、各治療指針が保険医療上の注意義務の一般的基準の一つとなりうる場合があることになる。したがって、このような各治療指針は、自由診療における場合には、原則として注意義務の一般的基準の一つにはなりうる

余地はきわめて限定されることになるろう。

(3) 医療水準（医学水準）

医師は診療行為を行なう際に、前述のような医学慣行や取締法規・行政指導にそって行なうわけだが、しかしなによりも、医師はその時における医学知識・技術にもとづいて診療行為を行なわなければならない。したがって、診療行為上の医師の過失の存否を判断する前提としての注意義務の程度については、診療行為時の通常の医師における医療水準が一般的基準とされることになる。

そこで、問題となるのは、「診療当時の医療水準」とは何かということになるろう。

医学は自然科学であるから、一定の法則性を有する客観的基準が存在し、医師の能力を基準とするのでなく、医学を基準とする限り、診療行為における注意義務の一般的基準としての医療水準の設定は可能な筈である。

しかし、医学のように絶えず進歩し、しかもその進歩がきわめて著しい学問の領域にあっては、医療水準そのものが日進月歩して流動的であるし、診療行為は医師の裁量性がきわめて強いという特質を有するから、實際上この医療水準を客観的に確定することは困難な作業でもある。

医師は、人の生命、身体というかけがいのないものを扱うという職業の重要性から、この医療水準に追いつく為の努力、たとえば、次々と発行される医学専門雑誌、医学書や時々の各専門学会誌等による新らたな知識、技術を吸収すべき努力、が要請されるようになってくるから、単に過去に修得した知識や技術にのみ安住することは許されないのである。近時、医師の研鑽義務が強調されるようになった一つの理由として、このような事情もあげられるであろう。

ただ、医師に研鑽義務があるといっても、「専門的研究者ならば格別、日頃診療業務に追われている臨床医に医学雑誌等による歴大な医学の新知識に関する情報をその時点でもれなく吸収することを要求することができないことは多言を要さないところであり、右知見が医療界に受け入れられて次第に普及して行く一時点にこれを求めなければならない」³⁶⁾とされる。

「診療当時の医療水準」の具体的内容をいかにとらえるかについて学説は、「通常の専門医としての医学常識」³⁷⁾、「通常の医師にその当時一般に知られは認されている医学」³⁸⁾、「すべての医師にとってあるべき最低水準」³⁹⁾等であるとし、そして、医学は絶えず進歩するものであるから、医師は、右のような医学水準に追いついていくよう知識を吸収し、技倆を高める義務がある⁴⁰⁾と説く。

この点につき松倉教授は、医療水準と医学水準との相違および判例がこの点を混同しているとして次のように説かれる。すなわち、医学水準と医療水準の二つは「截然と区別すべきものであり、それを明確に区別することが医療事故例の法的批判に大きな影響を与える」ものであり、「医学水準とは研究水準とか学界水準ともいうべきもので、学界に提出された何らかの学術的な問題が基礎医学的に、また臨床医学的に何十回かあるいは何年かの内外諸学者間の、もしくは学会・研究会の討議の繰返しを経て、問題の全容またはその核心の方向づけが学界レベルで一応認容されるに至って初めて形成されるというものであり、単に1～2の論題がその鋭角を露わしたという程度では未だ実質的な医学水準とはいえないであろう。これに対して医療水準とは、経験水準または技術水準の意味を含む実践的なもので、前記のようにして形成された医学水準の問題につき、これを医療の実践として普遍化するために、あるいは普遍化し得るや否やを知るために、さらに多くの技術や施設の改善、経験的研究の積み重ね、時には学説の修整をも試みてようやく専門家レベルでその実際適用の水準としてほぼ定着したもの」であり、学問としての医学水準は、「将来において一般化すべき目標の下に現に研究を重ねつつある基本的水準」であり、実践としての医療水準は「現に一般普遍化した医療としての現在の実施目標」とされている。そしてこの両者の間には、「前者が後者に移行または発展しないままに終ることもあれば、一旦は後者の段階にまで普遍化したものの、やがてまた前者を継承する新しい学問研究の進展によって、実践としての医療水準が否定され、時にはその基礎となった医学水準さえ打ち破られることもある、という相互関係がある。したがって、ある医療上の問題を『医学水準』を以て論ずるときは

常のそのなお流動的であることを考え、『医療水準』を以て云々する時にはその定着普遍化が前提となるべきである⁴¹⁾と説かれている。

しかし、医師の診療行為の過失の存否の前提となる注意義務の一般的基準として把握されるものであれば、それを医療水準というか医学水準というかは単なる用語の問題にすぎず、具体的事案において、医師が修得していなければならぬとされる水準的な知識・技術をどのようなレベルでとらえるかということに帰着しよう。

いずれにせよ、ここでいう医療水準もしくは医学水準とは、「具体的可能性のある実践としての臨床医学の水準を指すものである」という定義をしておくことにする。

註 1) 奥田・輸血梅毒事件・医事判例百選25頁。

2) 最高裁第1小法廷昭和44.2.6判決・最高裁民事裁判例集23巻2号195頁。

3) 星野・民事判例研究(2)・2・570頁。

4) 最高裁第3小法廷昭和28.12.22判決・最高裁判所刑事判例集7巻13号2,608頁。
名古屋高裁金沢支部昭和27.6.13判決・最高裁判所刑事判例集7巻13号2,634頁
(2審), 福井地裁武生支部昭和26.12.12判決・最高裁判所刑事判例集7巻13号
2,629頁(1審)。

5) 仙台高裁昭和36.5.22判決・医療関係判例集1,175頁。

6) 福島地裁郡山支部昭和40.4.6判決・医療関係判例集1,201の7頁。

7) 千葉地裁昭和47.9.18判決・判例時報681号22頁(1審), 東京高裁昭和48.5.30
判決・判例時報713号133頁(2審)。なお、この事件については民事においても
二審までの判決がある。千葉地裁佐倉支部昭和46.3.15判決・判例時報624号34頁
(1審), 東京高裁昭和47.3.31判決・判例時報663号65頁(2審)。

8) 札幌地裁昭和49.6.29判決・判例時報750号29頁。

9) 四宮・業務上の過失・総合判例研究叢書・民法(9)98頁。

10) 高田・小海・病院医院・業種別法律相談47頁。

11) 応招義務違反については、拙稿・医師の応招義務・帝京法学2巻1号を参照されたい。

12) 岐阜地裁昭和49.3.25判決・判例時報738号54頁。

13) 横浜地裁昭和39.2.25判決・下級裁判所民事裁判例集15巻2号360頁。もっともこの控訴審判決では、「食餌療法の指導について不明不徹底の点が見られるが、……結果的には……原因であるとは判断できにくい」として医師の過失を否定し

- ている。東京高裁昭和41.9.27判決・下級裁判所民事裁判例集17巻9・10合併号856頁。
- 14) 木暮・医療法医師法解349頁。
 - 15) 東京地裁昭和47.3.18決定・判例タイムズ278号313頁。
 - 16) 岐阜地裁昭和49.3.25判決・判例時報738号50頁。
 - 17) 野田・未熟児網膜症損害賠償請求事件・ジュリスト56号79頁。
 - 18) 宮崎地裁昭和47.12.8判決・判例時報702号99頁。
 - 19) 四宮・判例コンメンタール(5)112頁。
 - 20) 唄・医事法学の歩み174頁。
 - 21) 昭和32.4.30厚生省令15号。
 - 22) 宮崎地裁昭和47.12.18判決・判例時報702号98頁。
 - 23) 京都地裁舞鶴支部昭和26.3.23判決・下級裁判所民事裁判例集2巻3号414頁。
 - 24) 昭和27.6.23原生省告示138号。
 - 25) 昭和31.8.28医発743号厚生省医務局長・薬務局長通知。
 - 26) 昭和38.6.7保発11号保険局長・公衆衛生局長通達。
 - 27) 昭和38.6.7保発130号保険局長通知。
 - 28) 昭和36.6.11保発73号厚生省保険局長通達。
 - 29) 昭和36.10.27保発73号保険局長通達。
 - 30) 仙台高裁昭和36.5.22判決・医療関係判例集1,175頁。なお、この判決と反対に、「輸血に関し医師又は歯科医師の準拠すべき基準」は、「医師にとって多分に訓示的であるにせよ、なお規範的拘束力をもつものと解すべきである」として、右告示を過失の一つの基準として判示しているのがこの判決の原審判決であり、過失は認めたと、患者の死亡との間には因果関係がないとして、結局原告を敗訴させた。福島地裁会津若松支部昭和35.1.27判決・下級裁判所民事裁判例集11巻1号134頁。
 - 31) 福島地裁郡山支部昭和40.4.6判決・医療関係判例集1,201の7頁。
 - 32) 同旨・唄・医事法学への歩み203頁。
 - 33) 東京地裁昭和44.6.6判決・判例時報571号26頁（1審）、東京高裁昭和49.6.24判決・判例時報749号52頁（2審）。
 - 34) 函館地裁昭和44.6.20判決・判例タイムズ236号153頁。なお、この控訴審判決では、原審とはまったく反対に、「治療指針」に従わず、同指針が要求するオーディオメーターなどによる聴力検査を行なわなかったことに過失がある旨の判断をしている。札幌高裁昭和47.1.28判決・判例時報659号68頁。
 - 35) 厚生省保険局編・健康保険30年史（下）99頁。
 - 36) 福岡地裁小倉支部昭和53.2.9判決・判例時報878号50頁。

- 37) 岩垂・医療過誤・国家賠償・実務法律大系(5)9頁, 遠藤・未熟児網膜症事件・医事判例百選117頁。
- 38) 野田・医療上の注意義務序説・民法学の基礎的課題(上)229頁。
- 39) 西原・演習民法・債権483頁。
- 40) 加藤・注釈民法(19)149頁, 野田・前掲232頁, 清水・診療過誤と医師の民事責任・民商法雑誌52巻6号19頁。
- 41) 松倉・医療過誤裁判の概要と法律上の問題点・一般医家のための医療過誤の諸問題165頁。

第3章 未熟児網膜症事件判決をめぐって

最近, この医療水準の具体的適用をめぐって多少問題となっているものに一連の未熟児網膜症事件判決があるので, この点につき若干ふれてみたい。

未熟児網膜症, 正確には「未熟網膜症」あるいは「未熟性による網膜の障害」(ただし, 眼科学会等では, 依然として未熟児網膜症の名称を使用しているようであるので, 以下これに従う)とは, 「未熟児で網膜の未熟性自体のため, あわせて酸素補給との関連で, 網膜血管の異常発達, 線維増殖, 網膜剝離等により失明したり強度の視力障害が残る」ものであるとされ, 1942年アメリカのテリーが未熟児の水晶体の後部に結締組織の形成されているのを発見, 後水晶体線維増殖症(Retrolentular Fibroplasia)と名づけたのが最初の報告例で, 保育器が一般的に普及されるようになった1945年から7, 8年の間に, 高濃度の酸素(60~85%)が投与されたため, アメリカをはじめ, オーストラリア, スウェーデンを中心に西欧諸国に大発生し, 小児失明の主要な原因(22~56%)となるにおよんで注目された。その間の研究を通じて, 解剖組織学的所見や臨床症状が明らかになり, R・L・Fは本症の末期症状を指称するにすぎず, 多く未熟児の網膜に発症する疾患であることから, 未熟児網膜症(Retinopathy of Prematurity)という呼称が適当であるといわれるようになり, 近時わが国でもこの名称が用いられるようになった。

1950年WHOは, 「未熟児とは出生体重が2,500g以下のものをいう」と規定しているが, 今日では, それらを低出生体重児とよび, 在胎期間が36週以前,

とりわけ32週以前に生まれた生下時体重 1,600 g 以下の一群の極小未熟児が未熟児として問題とされるようである¹⁾。

未熟児は、生理機能全般の発育が未熟であり、肺機能が未発達であるために、無呼吸発作、呼吸窮迫症候群(RDS)、高ビリルビン血症などに陥り易く、このため、死亡に至り、または生存し得ても、脳障害を残すことが多く、このような危険を未然に防止するため、保育器に収容し、酸素を投与することが多いのである。

この未熟児網膜症は、保育器の開発、普及等により、従来ならば未熟児の多くが死亡していたであろう場合にも、多くの生命が維持できるようになった反面に生じた問題であって、わが国では現在 500 人以上の患者がいると推定されている。

未熟児網膜症事件に関する訴訟で、裁判所が現在(昭53.11.3)までに示した判断は11に及ぶが、そのうち判決文が判例時報等に記載されたものは、地裁判決6、高裁判決1の6事件についてだけであり、他の地裁判決5については新聞報道によるのみであるので、前記6事件(7判決、一つは同一事件についての控訴審判決である)を中心として多少とも考えてみたい(なお、現在裁判所で争われている未熟児網膜症事件は約150件位といわれている)。

- ① 岐阜地裁昭49.3.25判決・判例時報738号39頁。
- ② 長崎地裁昭49.6.26判決・判例時報748号29頁。
- ③ 大阪地裁昭51.5.12判決・判例時報816号21頁。
- ④ 浦和地裁昭52.3.31判決・判例時報846号24頁。
- ⑤ 福岡高裁昭52.5.17判決・判例時報860号25頁。(②判決の控訴審判決)
- ⑥ 静岡地裁昭52.6.14判決・判例時報860号39頁。
- ⑦ 福岡地裁小倉支部昭53.2.9判決・判例時報878号31頁。以上の7判決、6事件がそれである。

これらの判決のうちで、①、④、⑥(ただし、⑥については原告4名のうち1名についてだけ)は医師に過失があるものとして原告の請求が認められたが、他の判決②、③、⑤、⑥(ただし、原告のうち他の3名)、⑦については、医師に過失

なしとして原告の請求は棄却された。

未熟児網膜症が比較的新しい病態で、その原因、予防法、治療法等については、年代により専門家の見解にも相違点があり、また小児科、産科、眼科の各分野にまたがるものであるところから、未熟児網膜症に関する先進的な研究が一般臨床医に普及していく過程で、過失の前提である注意義務の一般的基準としての「診療当時の医療水準」をどこに求めるかが問題となってきた。

そして、この「診療当時の医療水準」が、この一連の未熟児網膜症事件でとくに問題とされているのは次のような理由による。

すなわち、これらの裁判におけるほぼ共通する争点である、予見義務、全身管理、酸素投与（期間、量、濃度など）、定期的眼底検査、説明義務・転医義務、光凝固法の施行などについて、児の生年月日との関連において、「診療当時の医療水準」にもとづいて診療行為がなされたか否かによって、医師の過失の有無が判断されることになるからである。

未熟網膜症の発生原因、病理機序等は今日においてもなお研究途上にあり解明され尽してはいないが、いずれにしても、今日酸素が未熟児網膜症発生に重要な関係を有していることは異論がない。

酸素投与については、失明か死かという二者択一の場合と、十分な注意を払って酸素を投与すれば、失明の危険をも避けうる可能性がある場合がある。

第一の場合は、「失明の危険をおそれて、酸素の投与を制限したため貴重な人命を失うことこそ警戒すべきである」²⁾から、仮にその結果、児に失明が生じたとしても医師に責任を生じうる余地はないが、第二の場合には、医師が常に網膜症の発生の可能性を考慮しながら、酸素の濃度、量、期間等について十分な注意を払って（当時の医療水準に従って）投与を継続したとすれば、たとえ児に失明を生じたとしても医師に過失はないことになる。

酸素投与については、臨床例の不足と外国での未熟児網膜症の経験から、酸素が重要な要素であることは早くから指摘されながらも、昭和40年頃までは、投与される酸素濃度が30～40%以下であれば安全であるとの認識が一般的にされていた。

しかし、昭和42～43年頃から、酸素濃度とともに、児の未熟性それ自体が重要な因子をなすことが予想されるようになり、低体重児に長期間の酸素を投与する場合には網膜症発生の危険性が高く、従来から一部の医師によって主張されていた眼底検査実施の必要性がようやく他の医師により検証され始め、またこれをうけて治療法の研究も進められた。

そして、昭和42年3月、光凝固法が治療法として開発され、次第に普及するに伴い、眼底検査は単に酸素療法のためのモニターとしてでなく、光凝固法施行期を決定するための不可欠な診療方法として意義づけられることになった。

未熟児網膜症に関する諸研究の中でもっとも画期的なものは、この光凝固法の開発である。

光凝固法は、網膜症に罹患した未熟児の網膜の疾患部位にクセノン光線を照射して焼き、網膜を光照射時における状態で固定し、症状の進行を停止させる治療法であり、天理病院眼科の永田医師らによって、その成功例2症例が昭和42年秋の臨床眼科学会で「未熟児網膜症には自然寛解があり、光凝固施行の時期については問題があると思われるが、十分な眼底検査による経過観察により適切な時期を選んで行えば、あるいは重症の本症に対する有力な治療手段となる可能性がある」と発表され、この内容は、昭和43年4月発行の臨床眼科22巻4号その他に掲載されたが、未熟児網膜症に対する光凝固法の施行はこれが世界最初の例であって、わが国の眼科医にとっても全く新しい知見であった。

さらに永田医師らは、昭和43～44年にも5症例に光凝固法を施行して治療効果をあげ、昭和45年11月発行の臨床眼科24巻11号に、「光凝固は現在本症の最も確実な治療方法といえることができる」とし、光凝固法の実施は活動期第3期前半をすぎると治療効果がないので、治療時期を逸さないために未熟児の定期的眼底検査の必要性を強調されている³⁾。

なお、昭和44年頃より、永田医師のもとへ他院より未熟児網膜症患者の治療依頼があるようになり、45年頃から関西医科大学付属病院等の他の医療機関でも光凝固法を実施し始めたが、永田医師以外の医師による光凝固法による治験例が文献的発表をみたのは、いずれも昭和46年以降であり、しかもその大部分

は眼科の専門誌においてであった。

昭和46年にもいくつかの光凝固法による治験例の文献的発表があるが（掲載誌は大部分が眼科の専門誌であるが、少数小児科の専門誌もある）、これらからみる限り、昭和46年末の時点においても、光凝固法は「なお追試の段階にあるものといえることができ、その有効性は、徐々に臨床医学の知識大系の中に定着しつつあったものといえるが、その副作用についてはなおほとんど未知数の状態にあり、追跡調査の必要性がきわめて大きかったものといえることができる」⁴⁾。

さらに昭和47年には、光凝固法による治験例のほかに、冷凍凝固法による治験例、本格的な文献的発表をみるようにたが⁵⁾、これらの副作用を懸念する文献も発表されるようになった。

これらの論文の内容等から、昭和47年末の時点では、光凝固法がなお追試の段階にあり、治療法として確立されていたものとはいえないが、「同年末までに文献的発表をみた光凝固の治験例は全国では100例を超えており、しかもその成功率はほぼ80ないし90%に及んでいたこと、当時薬物療法はその効果がおおむね消極に解され、酸素使用の制限により未熟児網膜症の発生を予防すること、発生の根本的原因が網膜の未熟自体にあり、しかもこのような未熟性の強い児ほど酸素投与の必要性が大きいことから、多くを期待し難い状況にあったこと、従って、未熟児網膜症の治療はほとんど光凝固法に頼らざるをえない状況にあったこと、そして光凝固法には施行の適期があり、これを判定するには、遅くとも生後1か月後から週1回程度の定期的眼底検査が必要であること」⁶⁾などは、未熟児の保育治療に関係していた眼科医の間では相当広く認識されていたものと考えられる。なお、光凝固装置が全国的に普及しておらず、光凝固を実施しうる技術水準を有する医師の数は限られていた。

同様に、昭和47年末の時点における未熟児の保育医療に携わる小児科医の未熟児網膜症に関する平均的認識は、

「① 未熟児に対する酸素療法に関連して未熟児網膜症が発生し、その中に進行して失明に至るものがあり、発症の原因としては酸素の過剰投与が有力に

主張されていること。

② 従来RLFに至らないための安全域と考えられていた酸素濃度40%以下という説には必しも依拠し難いこと。

③ 未熟児網膜症に対する有効な治療法として光凝固法があり、いくつかの医療機関において未熟児網膜症による失明の防止に成功していること。

④ 右治療法を施行するためには、眼科医の協力を求めて未熟児の定期的眼底検査を行なわなければならないこと。おおよそ、以上の程度であったと考えられる⁷⁾とされる。

また定期的眼底検査は、未熟児網膜症の予防という点からみる限りではほとんど無意味であり、有効な治療方法と結びついてのみ医療行為としての意義と有するようになったのは昭和45年～47年にかけてである⁸⁾。

定期的眼底検査と結びつくに足る有効な治療方法として、① 酸素投与は、主として予防面に関するもので、酸素投与期間後に発生することの多い未熟児網膜症には有効な治療方法となるとは考えられない、とするのが今日の通説であること。② 薬物療法については、現在までに提唱されたものはすべて消極に解されていること。ただし、過去においては有効な治療方法とされたこともあり、誤診によりステロイドホルモン投与の遅滞が網膜症悪化を招来する一因になったとして、診療当時の医療水準にもとづき、その点に過失がありとされたのが判例①である⁹⁾。③ 光凝固法は今日ではほぼ確立された治療方法となっており、副作用の存在の可能性が完全に否定されたわけではないが、有効な治療方法として作用機序をほぼ同じくする冷凍凝固法とともに、ほとんど唯一のものといってよい。

結局、光凝固法（冷凍凝固法も含む）のみが定期的眼底検査と結びつく有効な治療手段であり、したがって「未熟児の保育医療に携わる医師にとって、未熟児網膜症の治療を目的とする定期的眼底検査の実施義務を生じてくる時期は、光凝固法の有効性に関する医師の平均的な広がりや深まりがある程度まで達した時期と考えざるをえない¹⁰⁾とされ、具体的事案において、この時期をいつと判断するかが、「診療当時の医療水準」の問題となってきたわけである。

ただし、ごく最近では、光凝固法について外国の学者による反対意見もあって、再検討の段階に入っており、本当に有効か否かはまだ研究中に属するから、研究者が行なうのなら許されるが、一般的な方法として臨床医師が応用する段階にはなっていないとして、光凝固法の濫用をいましめる主張が有力な研究者によってなされている。

ここでいう医療水準とは、「具体的可能性のある実践としての臨床医学の水準」を指すものであり、「医師が従うことを要求される臨床医学の水準的知識とは、臨床医学の最先端において生成発展しつつある新たな仮説そのものではなく、経験科学的な検討に耐えることによって確実な知識として臨床医学の中に定着した段階に達した最新の仮説を意味する」¹¹⁾ものである。

一連の未熟児網膜症事件について、そこに共通する問題点についての総合的な検討は別の機会に譲り、簡単な同事件に関する裁判例を参考として掲げておく。

①判決年月日 ②判決 ③患者の生年月日 ④出生時体重および在胎期間
⑤酸素投与の期間、量、濃度 ⑥失明確認時期 ⑦担当病院および担当医 ⑧
過失とその内容 ⑨認容額

- (1) ①岐阜地裁昭和49年3月25日判決 ②一部認容、一部棄却(控訴) ③昭和44年12月22日 ④1,120g ⑤36日間, 1.8~0.5 l, 32~25% ⑥4か月後 ⑦日赤高山病院, 小児科医と眼科医 ⑧全身管理と酸素投与およびカルテの不記載につき無過失, 眼底検査の手遅れに小児科医の過失(生後30日前後に施行するのが医学界の常識であるのに45日目に施行), オーエンスII期の症状をオーエンスI期のはじめと見誤る誤診, ステロイドホルモンにつき眼科医の過失(効果に争いはあるが, 投与は医学界の常道。ただし, 今日の医療水準では否定的), 光凝固法施行のための説明・転医義務違反(医師法23条, 保険医療機関および保険医療費担当規則11条違反)。⑨1,198万7,255円。
- (2) ①長崎地裁昭和49年6月26日判決 ②棄却(控訴) ③昭和42年4月6日 ④1,400g ⑤20日間, 2~0.5 l (例外的に5 l), 平均30% ⑥7か月後 ⑦長崎市民病院, 小児科医 ⑧網膜症の発生と失明の結果について予見義

務違反なし，酸素供給管理上無過失，定期的眼底検査につき無過失。

- (3) ①大阪地裁昭和51年5月12日判決 ②棄却（控訴） ③昭和42年8月17日
 ④1,620g ⑤55日間，2～1 l，22～25% ⑥7か月後 ⑦済生会中津病院，小児科医 ⑧酸素供給につき無過失，眼底検査につき無過失（当時—昭和42年後半—の医療水準に照らし，先駆的医師によって研究が広がりと深化をみせ始めた最初の時期であって，本症に対する有効な治療法と結びついていない）。
- (4) ①浦和地裁昭和52年3月31日判決 ②一部認容，一部棄却（控訴） ③昭和46年2月19日 ④1,350g，29週 ⑤83日間，3～1 l，37～26% ⑥6か月後 ⑦上尾中央病院，産科医 ⑧予見義務違反あり（83日間という長期の酸素投与を行ない，濃度が40%以下という理由だけで本症の発生および失明の危険あり，さらに眼底検査の必要性を予見しなかったことは，昭和46年2月当時の未熟児保育担当医としては予見義務に怠りがある）。失明の回避可能性あり（本件当時，光凝固法が確立していなかったとしても，眼科医との協力義務をつくし，失明の危険，治療法の存在及び転医その他の実施可能性の説明義務があり，説明義務，協力義務をつくしていれば失明の回避可能性はあった）。酸素療法上，全身管理上の怠りについては判断するまでもない。⑨4,103万円。
- (5) ①福岡高裁昭和52年5月17日判決（(2)の控訴審判決） ②控訴棄却（上告）
 ③～⑦については(2)参照 ⑧予見義務違反なし（酸素療法によって失明の）。酸素供給管理上無過失（通常より長期間の投与継続は一概に不相当といえず，全身状態から投与が必要か否かは高度の専門的判断に属し，不相当の事情なき限り医師の裁量の範囲に属する）。定期的検査の怠りなし（当時未熟児の眼科的管理が未普及）。治療の措置を講じなかった過失なし（本症の発生を予見せず，また眼科医による定期的眼底検査ををしたかったため本症の発生も発見できず，それについて過失がない以上治療措置を講じなかったことについて過失はない）。説明・指導を怠った過失なし（予見できない事項について説明または指導することは不可能）。
- (6) ①静岡地裁昭和52年6月14日判決 ②一部認容，一部棄却（控訴） ③④昭和45年10月9日 ⑤昭和46年1月10日 ⑥昭和45年10月26日 ⑦昭和48

年2月9日 ㉓㉔1,580g 31週 ㉕1,600g 30週 ㉖1,420g 31週
 ㉗1,280g 30週 ㉘㉙70日間, 5~1l, 40%をこえたことあり ㉚72日
 間, 5~1l, 40%をこえたことあり ㉛45日間, 2.5~0.5l, 36~21%
 ㉜29日間, 3~1l, 44~28% ㉝㉞5か月後 ㉟3か月後 ㊱6か月後
 ㊲2か月後 ㊳㊴静岡日赤病院, 小児科医, ㊵清水厚生病院, 小児科医
 ㊶清水厚生病院, 小児科医 ㊷静岡市立病院, 小児科医 ㊸㊹と㊺につい
 て 酸素の過剰投与について過失なし(40%をこえていたのは, 昭和45~46年
 当時の小児科医の多数説に反するが, 臨床経過に照らし, 救命という観点から見る
 限り, 未熟児の生命を預る小児科医としての裁量の範囲内に属する)。定期的眼底
 検査の怠りなし(有効な治療方法—光凝固法—に関する小児科医の平均的な知識
 の広がりや深まりがある程度まで達していないから, 検査の実施義務は生じない)。
 退院時の説明義務の怠りなし(酸素投与により本症発生のおそれがあることに
 ついては, 適切な治療を受けることができるという確実な保障はないこと, 退院後
 も一定期間眼底検査を受ける必要については, 定期的眼底検査を実施すべき義務を
 前提とすること, 以上の理由により説明義務なし)。治療の怠りなし(唯一の治
 療法としての光凝固法は, なお追試の段階を脱しておらず, 被告病院程度の一般総
 合病院の未熟児保育担当の小児科医は, 自院の眼科医に依頼して光凝固法を実施す
 る義務, および光凝固法をなしうる医療機関に転医させる義務を負うかは疑問であ
 る)。㉛酸素投与方法に過失なし(44日間の投与は, 現在の臨床医学の水準的知識
 に照らせば問題はあるが, なお小児科医としての裁量の範囲内である)。定期的眼
 底検査, 退院時の説明義務および治療法につき過失なし(㉔㉕と同じ理由に
 よる)。㉖酸素投与方法過失なし(臨床経過に照らし, ほぼ必要かつ十分であ
 る)。定期的眼底検査に怠りがある(病院管理体制上の不備からくる制約も否定
 できないが, 担当医の光凝固法の有効性に対する認識の欠如を無視できず, 眼底検
 査を実施し早期発見すべき義務がある)。光凝固法についての説明義務に違反
 する。㉗㉘についてだけ2,529万500円。

- (7) ㉙福岡地裁小倉支部昭和53年2月9日判決 ㉚棄却(控訴) ㉛昭和44年
 4月5日 ㉜1,850g 9か月 ㉝49日間 最高4l 濃度不明 ㉞4か月

後 ①新小倉病院，小児科医 ②眼底検査の怠りなし（前提として効果的な治療方法の存在が必要であり，先駆的医師のいる病院は格別，一流の診療機関でも眼底検査の実施は昭和45年以降であるから，総合病院で保育施設を有している被告病院程度の小児科医としては，眼底検査の必要性を知らなかったとしても過失はない）。眼科を標榜し乍ら眼科医を常置しなかったことに過失はない。小児科と眼科との有機的連繫を整備し，協同診療体制をとるよう指示しなかったことに過失なし（昭和44年4月当時の眼底検査の必要性の知見の普及度からいって過失はない）。

註 1) 松村・未熟児・法曹医学講座120頁。

2) 馬場・未熟児の保育43頁。

なお，本章における医学的な記述は，註にあげたもの以外には，主として未熟児網膜症事件に関する前記の7判決の判決文と，次に掲げる文献を参考にさせて頂いたことを付記しておく。植村・田村・未熟児網膜症に関する研究・医療21巻8号（昭和42年8月），永田・未熟児網膜症の光凝固による治療・臨床眼科22巻4号（昭和43年4月），植村・未熟児網膜症について・眼科10巻9号（昭和43年9月），永田・未熟児網膜症の光凝固による治療の可能性について・眼科10巻10号（昭和43年10月），岩瀬・未熟児網膜症の発生要因と眼の管理について・小児外科内科2巻2号（昭和45年2月），大島・九大における未熟児網膜症の治療と二，三の問題点・日本眼科紀要・22巻9号（昭和46年9月），永田・未熟児網膜症の光凝固による治療(Ⅲ)・臨床眼科26巻3号（昭和47年3月），山下・未熟児網膜症の検索Ⅲ—未熟児網膜症の冷凍療法について・臨床眼科26巻3号（昭和47年3月），植村・未熟児網膜症—眼科医の立場から・小児科臨床25巻6号（昭和47年6月），田淵・兵庫県立こども病院における未熟児の眼科的管理・臨床眼科26巻7号（昭和47年7月）その他である。

3) なお，この間に永田医師は，昭和43年9月号の「眼科」，10月発行の「別冊眼科」においても，ほぼ同じ内容の報告をされている。

4) 静岡地裁昭和52.6.14判決・判例時報860号84頁。

5) 代表的論文としては，昭和47年3月に東北大学眼科の山下医師が「臨床眼科」26巻3号において発表したものなど眼科専門誌に8論文，昭和47年6月に関西医大小児科の岩瀬医師らが「未熟児新生児研究会会誌」に「高濃度酸素療法」と題して発表したものなど小児科専門誌に3論文がある。

6) 静岡地裁昭和52.6.14判決・判例時報860号88頁。

- 7) 同上判決・同上誌91頁。
- 8) 昭和45年2月発行の「小児外科・内科」2巻2号掲載の岩瀬論文および昭和47年6月発行「小児科臨床」25巻6号の植村論文などはこの点を指摘する。
- 9) 岐阜地裁昭和49.3.25判決・判例時報738号39頁。
- 10) 静岡地裁昭和52.6.14判決・判例時報860号95頁。
- 11) 同上判決・同上誌74頁。

第4章 再び医療水準について

通常、ある新薬ないし新しい治療方法が開発され、その使用ないし施行が臨床医学の水準的な知識・技術の内容（「医学上一般に認められた原則」die allgemein anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft¹⁾）の内容を構成するにいたるまでには、動物実験→臨床実験→追試→医師などへの教育・訓練、機械・設備等の購入→臨床医学水準への到達というような段階を経ることが必要であろう。

とくに追試の段階では、かなり長期間にわたる観察によって、その有効性と副次的作用を中心とした検討が続けられ、広く一般的に使用ないし施行が認められた場合に、臨床医などに対する教育・訓練が行なわれ、それに伴ない必要な機械・設備等の導入がなされて、平均的な臨床医の間で行なわれることによって、その新薬ないし治療方法に関する知識・技術が「具体的可能性ある実践としての臨床医学の水準」としての内容を構成するにいたったものと考えられる。

したがって、その試みようとする新治療法等が、実験観察等により保証されられておらず、医学的にみてその有効妥当性についてなお疑いがある場合は、その治療方法を施行すべきか否かは、医学の進歩の問題とも関連し疑問のあるところとされる²⁾。

たとえ専門の研究者が新治療法等に関する研究論文を学界や専門誌に発表していたとしても（この場合は、いわゆる学界水準や研究水準にあるといえよう）、あるいは一部の先進的な研究所、大学病院等で新治療法等が行なわれていたとしても、それはいまだ追試の段階をでないのであり、その有効性や安全性が一般的に承認されているとはいえないから、実践としての臨床医学の水準に達して

いることにはならないのであって、「いわば医学の先取りを期待することは相
当でない」³⁾のである。

刑事事件ではあるが、サルソグレラン静脈注射による患者のショック死で責
任を問われた医師の過失につき、「右の極く微少な死亡可能性は、死亡事例を
現実に認知した極く一部の製薬、医療関係者を除き、ほとんど大部分の医学者、
臨床医師においては本件発生当時全く認識されていなかったこと、つまり当時
のわが国の通常の医師あるいは平均的な医師の持つべき医学上の知識としては、
右死亡可能性は認識されておらず、被告人も一臨床医師としてその例外でなか
ったと認められる」⁴⁾と判示しているのは、上記のような趣旨と考えられる。

さらに実験的色彩の強い新治療法等については、純粋な人体実験が許されな
いことはいうまでもないが、現在の医療水準において一応その有効性や安全性
が認められる治療法等も、過去においては実験的色彩が濃く、試行錯誤をくり
返した結果ようやく定着をみたものであるから、このようなプロセスを考えると、
医師による新治療法等を実験的色彩があるとの理由により、すべてこれを
違法とすることは妥当でなく、むしろ一定の要件のもとに容認すべきである
とする⁵⁾。

いわば医師の好奇心を後退させ、さらには医学の進歩発展を阻害することが
ないように配慮すべきであるとともに、医学の進歩の名の下に患者が犠牲にな
ることがあってはならない⁶⁾ ことはいうまでもない。この種の実験的治療にお
いては、医師の十分な説明による患者の承諾を前提とした上で、常に当該患者
に対する診療上の効果をあげることに専心すべきであって、実験研究の成果を
期待するあまり、患者に対する診療行為をおろそかにすることは、人権尊重の
立場から許されるべきではない⁷⁾ ことは当然であろう。

したがって、医師が診療行為に際して有すべき知識・技術についての臨床医
学的水準とは、「臨床医学の最先端において生成発展しつつある新たな仮説そ
のものではなく、経験科学的な検討に耐えることによって確実な知識として臨
床医学の中に定着した最新の仮説」⁸⁾ によって構成されるものであり、「診療行
為後に高められた医療水準を基準として過去に遡って過失を判断することはで

きない」⁹⁾とされるのである。

「診療当時の医療水準」を右のように敷衍するとしても、その具体的事案における適用にさいしては、なおいくつかの考慮すべき要素が存在する。

その考慮すべき要素としては、問題とされる診療行為が当該医師の専門領域に属するかどうか、当該医師のおかれた環境(人的・物的条件)、地域性、緊急性、そして根本的な条件としては医療制度¹⁰⁾のあり方などが最も重要なものであろう。

(1) 専門領域か否か

今日わが国の法制上は、いわゆる専門医制度は存在せず、単に広告しうる診療科名として、医療法69条1項2号、70条1項に、内科、精神科、神経科等の一定範囲の診療科名があげられているにとどまり、制度上は医業に従事するための資格としての医師免許¹¹⁾があるだけである。

しかし、「医師免許を取得し、現に患者を診察し、治療行為を行なっている以上、医学の全般に通じることとはとも角、自己が実際に行なっている方法について知識・技術をもつこと、ことに生命に直接危険を及ぼす可能性ある行為、方法については、自己がこれまで蓄積してきた知識を活用し、さらに必要な補充を加えつつ検討することは十分可能なはずであるし、社会は医師に対しこれを要求しているといわなければならない」¹²⁾として、たとえ入局後間もない無給医であって、それまでにうけた医学教育が不十分で、専門領域に関する修業は浅くても、医学教育を受け医師免許を取得した以上、一定水準の医学的知識・技術を有すべきことを要求しているが、妥当な結論といえよう。

ただ、多くの医師は、開業医であるにせよ勤務医であるにせよ、日常それぞれの診療科名(とくに開業医の場合はそれが複数である場合もある)に従って診療に従事し、患者側も示された診療科名について、当該医師に専門医としての水準的知識・技術を期待しているであろうから、たとえ法制上専門医制度が存在していなくても、社会的に事実上の専門医が存在していることになる。

今日の臨床医学は、その急速な進歩、発展により、おのずから専門領域の細

分化をいちじるしいものとしているが、このような状況からいえば、一人の平均的な医師が、臨床医学の全領域にわたる水準的知識・技術を常に身につけること困難であろう。

そこで、医師が有すべき臨床医学の水準的知識・技術とは、当該医師の専門領域とその隣接領域に限定せざるをえず、これを超えた領域においては、臨床医学の水準による診療行為を期待することは困難になってくる。その意味で、専門領域とその隣接領域以外の診察行為については、当該医師の注意義務の程度は軽減されるべきものとする¹³⁾。

医師の免許を有する者が、自己の専門領域外の患者を診療すること自体不法行為にならないことは当然である¹⁴⁾。このことは、医師の資格がない者が診療行為をした場合、医師法に違反するとして罰則の規定はあるが（医師法17条、31条1項1号）、それ自体が不法行為にいう過失があるとされないことから明らかである¹⁵⁾。

医師には応招義務（医師法19条1項）が課せられ、正当な理由がなければ患者の診療の求めを拒否することはできないし、また患者の疾病が、自己の専門領域またはその隣接領域に属するか否かは、実際に診療してみなければ判断できないことが多いであろうから、結果的にみて、自己の専門領域またはその隣接領域に属さない患者の診療を、ある程度継続的に行なうことが少なくないものと思われる。

したがって、このような場合において、前述のように、医師の注意義務が軽減されるべきことは当然のことといわなければならない。

ただこの点については、従来の学説・判例はむしろそうではなくて、当該医師の専門領域に属さない診療行為であっても、その診療を実施する以上、専門医としての注意義務が要求される、としているようである。

すなわち、医師免許を有する以上、各科とも一応診療をなし得べきはずであるが、医学の進歩とともに、専門領域の細分化が進んだ現在において、極端な専門領域外の診療はこれを避け、しかるべき専門医に紹介するのが医師として為すべき行為であり、もし自分でその診療を引受けた以上は、緊急やむを得な

い場合は別として、自分にそれだけの能力ありと自認したものとして、当該専門医と同等の注意義務を負うものと解すべく、専門科目外だとの抗弁は認められない¹⁶⁾、と説く。

判例も、内科医である夜間宿直医が専門外の外科手術をしたという事件では、被告が「自己の専門外とは云え、外科の分野についても、かなり臨床経験を積んでいたことが認められるけれども……外科専門医に比肩しうる程卓越した知識および技倆を有していたとまで認め難く、且つその専門はあくまでも内科であるから」とした上で、内科専門医が外科手術をした行為自体を過失とすることはできないが、「当該医師に要求される注意義務の程度は 辺鄙な場所で他に専門医がいなかったり、緊急やむをえない場合など、特段の事情があった場合は別として、専門医として一般的につくすべき注意義務が基準となると解するのが相当である。従って、右特段の事情が認められない本件においては、……内科専門医であるからといって、……つくすべき注意義務の程度およびその内容は一般外科医に比し、軽減されないことは当然である」¹⁷⁾として、専門外の医師にも専門医としての注意義務を要求している。また刑事事件ではあるが、血管用の造影剤であるウログラフィンを患者の脊髄外腔に注入し、患者を死亡させた事件では、「医師の診療上の注意義務は 普通医師としてなすべき注意が基準となる。具体的には、それぞれの専門医のなすべき注意が基準となるが、この場合医師の個人的な知識や技能は考慮すべきでない。すなわち医師として具えるべき学問的、技術的能力には一般水準があるのであって、研究や経験の相異によって過失の認定を左右することはできない」¹⁸⁾とする。

(2) 転医義務

医師が、患者の疾病が自己の専門領域またはその隣接領域に属さないとの診断を下しえた場合には、「特段の事情があった場合は別として」¹⁹⁾、患者に対して症状その他についての十分な説明をした上で、他の医師(専門医)に行くようすすめるいは紹介するなどの手段を講ずる義務が生じよう(医師の説明義務、転医義務)。

未熟児網膜症事件浦和地裁判決（昭和52.3.31）は、医師に対し、「特に未熟児を担当する者は、たとえ自己が産科医であったとしても、小児科に関する知識が、その保育に必要な範囲で要求されることは当然である」とした上で、「仮に本件当時、光凝固法が本症による失明回避の治療法として確立していなかったとしても、……両親に対し、失明の危険性、治療法の存在および転医によるその実施可能性を説明する義務があり、両親が光凝固法の施行を望めば、原告麻記子の全身状態が許すかぎりこれを施行するために転医させる義務があるというべきであり、右各義務をつくしておれば原告麻記子の本症による失明は回避する可能性はあったと認められる」²⁰⁾として、この点につき担当医（産科医）に過失ありとする。

しかし、本件における児の出生日は昭和46年2月19日であり、「仮に本件当時、光凝固法が本症による失明回避の治療法として確立していなかった……」のであり、前述のように、昭和46年末においても、光凝固法は「なお追試の段階にあるものといえることができ、その有効性は、徐々に臨床医学の知識大系の中に定着しつつあったものといえるが、その副作用についてはなおほとんど未知数の状態にあり、追跡調査の必要性がきわめて大きかったものといえることができる」²¹⁾のであったとすれば、診療当時の医療水準からみて、本件判旨のように説明ないし転医義務を怠ったとすることにはなお検討の必要があるように思える。

同じく未熟児網膜症事件岐阜地裁判決（昭和49年3月25日）は、専門医（眼科医）である医師に対して（専門領域に属するか否かではなくて、専門性の高低を問題にしているが）、光凝固法について、「医師としてそれが医学界の常例でないからといって当該治療手段施行の可能性を封ずるが如きは許されるものではなく、残された最後の治療手段をうけしめるべく努力すべきであり本件の場合には前記の如くそれが有効な確実性を有するものであり適期に転医していれば原告伸二は失明を免れえたことを考えるとなお更である。してみると、当時光凝固法が医学界での常例ではないからその故に過失がないとの被告の主張はその理由がない……光凝固法の存在等に対しては学会での講演専門誌での発表により眼科

医のほとんどが医学知識として有していたであろうことが推定でき、少なくともそれが専門医として有すべき一般水準であり決して最高水準であるとはいえないと考える」²²⁾と判示している。しかしこの判旨は、児の誕生日が昭和44年12月22日であったことから、光凝固法が有効性や副作用の点からみて、診療当時の医療水準に達していたとする事は困難といわざるをえず、上記判決同様なお検討の必要があろう。

(3) 地域性や環境

さらにまた、専門医であっても、当該医師がおかれた環境（人的・物的条件）や地域性によっても、その専門性の程度に違いがでてくることは、事実として認めざるをえない。大学医学部附属病院や総合病院等であって、研究のための時間等の人的・物的条件に恵まれている医療機関の専門医と、開業医である専門医との間には、一般的にいて専門性の程度に高低があり、医療機関相互間でも、種々の条件に違いによって専門性の程度に高低が生ずることは当然考慮されなければならない。

判例も、医師にきわめてきびしい高度の注意義務（臨床医学における専門医としての一般的水準の知識・技術を有していること）を要求する一方、右のような要素を考慮して、注意義務の程度につきその高低を判断していく判決もみられる¹³⁾。

たとえば、国立大学の附属病院において、患者がインシュリン・ブドウ糖負荷試験により急性心停止で死亡した事件では、担当医師は診断を確定し治療方法を決定する目的で検査実施を決めたが、その検査の危険性についての注意義務違反の有無の判断において、「特に大学病院のように、日頃から専門医として研究の機会に恵まれ、人的・物的な医療設備の充実した、また他の医師の協力が直ちに得られやすい環境のなかで診療に携わっている医師については、一般の開業医よりも高度な注意義務が課せられている」²³⁾と明言している。

さらに、肺結核治療のための開胸手術で余病を併発し、胸廓成形後遺症が生じた患者について、国立大学の教授でかつ同大学附属病院の外科部長である医

師に対し、「肺結核の治療のため肺切除の手術を為す場合には、事前にレントゲン写真や診療録などにより十分な調査をしたうえ病巣の位置、性状等を正確かつ慎重に診断し、如何なる部分を切除すれば完全な治療の目的を達し得るかおよび余病併発を防止しうるかを十二分に検討考慮し、治療目的、患者の体力、余病併発の可能性などに照らし、より適切な切除および余病併発防止措置を為すべき専門医としての高度の注意義務が課せられている」²⁴⁾として、外科としての専門医であり、国立大学の教授でもある医師には、きわめて高度の注意義務が課せられるものとしている。

また未熟児網膜症事件浦和地裁判決（昭和52年3月31日）は、医師が専門家としての高度の医学的知識に基づき、自己のとりうる最善を尽す義務があるとした上で、「出生直後の未熟児に対し、その生命維持等のため全身管理を行なう過程で発生する眼疾患であるため、眼科、小児科、産科の各専門分野にまたがった疾患であるという特殊性をもち、仮に眼科界においてその先進的研究がなされたとしても、現代のように専門分化した医療体制のもとでは、直ちに小児科、産科の医師に同水準の認識を期待しえないところがある」反面に、「未熟児保育の責任者である小児科医ないし産科医として可能な限り眼科との協力体制をとる義務を負うものといわなければならない」し、「特に未熟児を担当する者は、たとえ自己が産科医であったとしても、小児科に関する知識が、その保育に必要な範囲で要求されることは当然である」²⁵⁾と判示し、医師はそれぞれの自己の専門領域において専門医としての高度の注意義務、さらに必要な範囲での隣接領域における注意義務、そして同じく隣接領域における他の専門医との協力義務が必要であるとしているのである。

また、診療行為は何よりも実践としての性格を有するから、当該医師の属する医療機関の地域性からくる制約を無視することはできない。

医師の所属する医療機関の所在地が都市か田舎か、都市であれば大都市か中小都市か、医学上の学術的中心からの距離、その都市の経済力、文化的水準なども、医師の有すべき臨床医学の水準に影響を与えよう。

アメリカでは、地域性によって過失認定の基準の段階を考慮すべきでないとい

する州が多いとされているが²⁶⁾、わが国では、一般に抽象的過失の認定はそのときの状況や環境を考慮すべきであり²⁷⁾、専門医制度の不確立とあいまって、専門性に関し地域による差を認め、医師の少ない地方では相対的に専門性が薄れると解される²⁸⁾。専門外の医師にも専門医としての注意義務を要求した前掲判決でも、「当該医師に要求される注意義務の程度は辺鄙な場所で他に専門家がいなかったり」²⁹⁾した場合は別である、としているのは、このような地域性を認める趣旨であろう。

またその医療機関における人的・物的条件、すなわち、医療機関の規模やレベル、たとえば、大学や研究所の附属病院であるか、国公立の専門病院であるか、一般総合病院であるか普通病院であるかまたは個人開業医の診療所であるか、などの違いと、それに関連して、その医療機関における医療体制、たとえば未熟児の保育についていえば、未熟児の保育を担当するのは小児科医である場合が多いが（または産科医）、未熟児の眼底検査には習熟していない場合が多いから、保育器に収容して酸素を投与するときから、眼科医の協力により定期的眼底検査を行ない、また網膜症を発見した場合でも眼科医に治療を依頼するなど、医療機関内の各診療科間の協力体制が整備されているかどうかも問題になるろう。

この点について、被告病院が全国的規模を誇り国民の診療に当たっている総合病院であること、特に未熟児センターを有することから、「より高度の医療知識および医療技術とこれに伴うより高度の注意義務が要求され、本来未熟児の全体的有機的管理のために、産科、小児科、眼科が協力体制を確立して、自動的に眼科医が未熟児の眼底検査を可及的早期になしうる体制をとるべきであるのに」³⁰⁾協力体制が不完全であったことも、網膜症の発見を遅らせる要因をつくったとしているのである。

註 1) H. Burmester, Die Haftpflicht des Arztes und der Kranken anstalt, S. 143:

BGH, V. 11. 4. 1951 BGHZ 1, 383 ff.

2) 稲垣・診療に関する医師の裁量と限界・判例タイムズ294号19頁。

3) 大阪地裁昭和51. 5. 12判決・判例時報816号32頁。

- 4) 神戸地裁姫路支部昭和43. 9. 30判決・下級裁判所刑事裁判例集10巻9号948頁。
- 5) 稲垣・前掲論文19頁。
- 6) 稲垣・前掲論文29頁。
- 7) 森・医療と人権・法律のひろば23巻5号31頁。
- 8) 前掲(50)。
- 9) 前掲(3)判決33頁。
- 10) 医療事故については、今日の医療制度のあり方ときり離しては考えられないが、あまりに大きく重要な問題であるので、ここではふれないことにする。
- 11) 医師法2条～8条。
- 12) 千葉地裁昭和47. 9. 18判決・判例時報681号22頁。
- 13) 同旨・岩垂・医療過誤・国家賠償・実務法律大系(5)90頁。
- 14) 渥美・医療法医師法解556頁，土井・医事法制の理論と実際202頁。
- 15) 四宮・業務上の過失・総合判例研究叢書・民法(9)187頁，木村・刑法総論・法律学全集(40)288頁，大阪地裁昭和38. 3. 26判決・判例時報343号17頁。
- 16) 清水・診療過誤と民事責任・民商法雑誌52巻6号812頁，同旨・野田・判例批評・法律時報36巻12号93頁など。
- 17) 大阪地裁昭和38. 3. 26判決・判例時報343号17頁，なお，ほぼ同旨の判決として，大阪地裁昭和40. 2. 25判決・判例時報407号61頁がある。
- 18) 静岡地裁昭和39. 11. 11判決・下級裁判所刑事裁判例集6巻11・12合併号1, 276頁。なお，この控訴審判決も，ほぼ原審と同様の判示をしている。東京高裁昭和40. 6. 3判決・下級裁判所刑事裁判例集7巻6号1, 159頁。
- 19) 大阪地裁昭和38. 3. 26判決・判例時報343号17頁。
- 20) 浦和地裁昭和52. 3. 31判決・判例時報846号40頁。
- 21) 静岡地裁昭和52. 6. 14判決・判例時報860号84頁。
- 22) 岐阜地裁昭和49. 3. 25判決・判例時報738号55頁。
- 23) 仙台地裁昭和52. 11. 7判決・判例時報882号98頁。
- 24) 名古屋地裁昭和46. 3. 5判決・判例時報623号52頁。
- 25) 浦和地裁昭和52. 3. 31判決・判例時報846号36頁。
- 26) C. Wathmuth, Law for the Physician, p. 138～141.
- 27) 加藤・不法行為・法律学全集(22-II)70頁。
- 28) 同旨・岩垂・前掲書90頁。
- 29) 大阪地裁昭和38. 3. 21判決・判例時報343号17頁。
- 30) 岐阜地裁昭和49. 3. 25判決・判例時報738号52頁。