

刑事医療事件と刑事訴訟手続

上田正和

I	はじめに.....	6
II	刑事医療事件の特徴.....	7
III	民事医療事件における主な論点.....	9
IV	捜査手続.....	12
V	起訴.....	16
VI	起訴後の手続.....	19
VII	有罪判決.....	24
VIII	医療事件における刑事訴訟手続の役割.....	26
IX	おわりに.....	28

I はじめに

医療過誤事件に関するマスコミ報道をテレビや新聞あるいは週刊誌等で目にするのは、もはや珍しくない。著名な大病院や地域の基幹病院が登場してくることも稀ではない。むしろ、そのような著名な医療機関で起きた事件の方が、よりセンセーショナルな報道価値を持って取り上げられる。テレビドラマや小説においても、医療過誤事件やそれに関連する病院の(閉鎖的・排他的な)体制が取り上げられ、それなりの人気を博している。

民事の医事関係訴訟事件数はこの10年で約2倍近くに増加したが⁽¹⁾、現在では、医療過誤訴訟事件は、民事の損害賠償請求事件として立派に1つの事件類型(訴訟類型)ともなっている。そこでは、他の民事訴訟事件とは異なった審理方式が工夫され⁽²⁾、専門訴訟への対応を内容として含んでいる最近の民事訴訟法の改正問題をリードしてきた。これらを通して、「専門性・密室性・封建性という3つの壁」⁽³⁾があるとされてきた医療過誤事件は、以前に比べるとやや早期の解決が実現されるようになっており、医療過誤事件に対する社会一般の興味や関心も相俟って、医療機関ないし医師側にとっては訴訟リスクを抱えることにもなり、社会的には医療危機や医療崩壊と言われる現象にもつながりつつある⁽⁴⁾。

そして、最近では、医療過誤事件は損害賠償請求としての民事事件にとどまらず、医療過誤を中心とする医療関係事件が刑事事件となることも、少しずつではあるが増えつつあるようである⁽⁵⁾。この中には、無罪判決が確定したものの、帝王切開手術による出産後の大量出血により妊婦が死亡したケースについて産婦人科医師が逮捕された、という多くの医師にとって衝撃的とも言える事件がある⁽⁶⁾。

今後、医療過誤を中心とする医療事件が刑事事件として捜査され起訴の対象となるケースが増えていく可能性があるが、刑事手続法上どのような問題点(検討されるべき手続法上の問題点)があり得るのかについての検討は、これまで必ずしも十分には行われてこなかったようである⁽⁷⁾。他方で、実体刑法上の議論については、過失犯論として掘り下げた検討が積み重ねられてきた⁽⁸⁾。

民事事件の領域における審理方式の工夫や法律改正が民事医療過誤事件の趨勢に影響を与えたことを考えると、刑事医療事件についても、手続上の問題点の検討や手続上の工夫あるいは法律改正についての検討が今後期待されるが、本稿は、このような問題意識の下、これまで民事医療過誤事件に代理人として多少なりとも関わってきた経験を踏まえながら、刑事医療事件における刑事訴訟手続上の問題点を考えてみようとするものである。もとより未だ本格的な研究段階に至る前であり、限られた何点か

の問題点の指摘程度に止まるに過ぎないが、これを機にさらに検討を深めていきたい。また、本稿は「刑事訴訟手続」において問題となり得る点を指摘するとは言っても、実体刑法における構成要件該当性や違法性に関する法解釈論が「刑事訴訟手続」の中で段階的に展開され形成されていくことになるので⁹⁾、実体刑法上の議論についても、必要な範囲で言及していきたい。

II 刑事医療事件の特徴

1 民事医療事件との違い

医療過誤を中心とする医療事件(以下、本稿においては「医療事件」という用語を用いる。)を刑事事件として進める場合の特徴、特に、民事医療事件との違いを最初に踏まえておく必要がある。1つの社会的な出来事に対する法的関与形態としての民事事件と刑事事件の違い、特にそれぞれの手続が目指している目標の違いが、刑事医療事件の手続上の問題点を考えるに当たって与える影響は少なくない。

そして、民事と刑事の違いは、敢えて言うまでもないことであるが、民事においては関係当事者間(私人間)の利益の調整が目指されることにあり、民事医療事件においては、損害賠償金の支払いの有無やその具体的な内容(金額)が紛争解決の中心である。これに加えて、医療事件においては、医療機関(医師)による経過の説明やそれに伴う真相の究明、謝罪、再発防止策等が関係当事者間の利益の調整方法として登場してくる。他方、刑事においては、犯罪が成立した場合に、当該犯罪行為者に対して国家が国家権力の発動として否定的な評価を表明し制裁を加えるということになる¹⁰⁾。国家が否定的な価値判断を示し、強烈な制裁(重要な利益を侵害する行為)を合法的に行うのであるから、事件関係当事者間での話し合いによる柔軟な解決というものではなく、国家が営む厳格な手続の中で厳格な証拠法則に従って厳正に誤りなく判断される、というのが特徴となる。このことは、刑事医療事件においても変わりはない。そこでは、医療機関と患者(遺族)との間の利益の調整という問題は表面には登場してこない。

このような両手続の目標の違い、さらに言えば、民事医療事件においては、医療機関と患者(遺族)との間の利益の調整方法として、和解による解決が少なくなく、和解が当事者間の紛争解決(利益の調整)に果たしている役割が非常に大きい、という実情¹¹⁾は、刑事医療事件の訴訟手続上の問題点を考えるに当たっても、意識しておく必要がある。

もっとも、いずれの手続も社会的な出来事として実は同一の事件を対象とするものであり、①過失や因果関係等の実体法上の要件、②手続法上は、専門的な知見を必要とする専門事件であることに伴う困難性、という点では、民事と刑事に共通する部分が多

いので、民事に関してこれまで行われてきた実体法上・手続法上の議論(判例・学説の動向や実務上の工夫等)は刑事医療事件においても大いに参考にされるべきであろう。

2 主な犯罪類型

刑事においては罪刑法定主義の大原則がある以上、特定の行為者の行為が必ず何らかの犯罪構成要件に該当することが必要である。

刑事医療事件において問題となるであろう犯罪類型(構成要件)の中で圧倒的に重要なものは、医療過誤についての業務上過失致死致傷罪(刑法211条1項前段)である。同罪に関しては、過失(注意義務違反)行為や因果関係という構成要件要素をめぐっての解釈が問題となる。

他に、犯人隠避罪(刑法103条)や証拠隠滅罪(刑法104条)⁽¹²⁾、虚偽公文書作成・同行使罪(刑法156条・158条)等も想定される。また、説明義務違反や自己決定権の侵害との関係では傷害罪(刑法204条)が問題となり⁽¹³⁾、生命維持装置の取外し等の医療処置の中止については殺人罪(刑法199条)が問題となる。また、秘密漏示罪(刑法134条1項)も医療行為をめぐって考え得る犯罪類型である。さらに、これらの個々の犯罪構成要件該当性と合わせて、作為義務の有無、被害者の承諾(同意)、治療行為等も問題となる⁽¹⁴⁾。

これらに加えて、最近、薬剤取違えについての都立広尾病院事件⁽¹⁵⁾を契機に注目を浴びているのが、医師法21条が定める異状死体の届出義務違反(罰則は医師法33条の2により50万円以下の罰金)である。

なお、医師の医療行為に関連して、医師の患者や関係者に対する暴行罪(刑法208条)や傷害罪(刑法204条)、さらには強制わいせつ罪(刑法176条)や強姦罪(刑法177条)もあり得るが、これらは刑事医療事件の検討対象の犯罪類型からは除外してよいであろう。

以上の中で、刑事医療事件の中心となるのは(今後も、捜査や起訴の対象の中心となっていくであろうと考えられるのは)業務上過失致死致傷罪であり、そこでは、①過失行為(注意義務違反行為)をどのようにとらえるのか、②(過失行為を前提として)死傷結果との因果関係の判断をどのように行っていくのか、の両者について、医療という高度の専門性を備えた領域の中で、刑法上の観点、つまり国家による刑事処罰に値するか否か、という観点から、犯罪行為を特定して起訴し、起訴事実について合理的な疑いを差し挟む余地のない程度の立証⁽¹⁶⁾がなされる必要がある。

III 民事医療事件における主な論点

これまで医療事件は主に民事の損害賠償請求事件として取り扱われてきたが、その中で、実体法上及び手続法上の様々な論点についての検討が、判例・学説によって積み重ねられてきた。そして、ここで培われてきた議論は、これから増えていくであろうことが予想される刑事医療事件の進め方にも影響を及ぼし得るので、民事医療事件における主な論点について、実体法上の論点を含めて改めて確認しておきたい。実体法上の要件は、捜査活動や公判における証明の対象であるので、その内容を十分に踏まえておく必要がある。

1 実体法上の論点

実体法上の論点(問題点)とされているのは、債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償請求権としての要件に他ならないが、それは、①過失(注意義務違反)、②因果関係、③損害、である。

①の過失については、未熟児網膜症訴訟事件を通して、医療水準論が民事の判例・実務において確立している。その要点を述べると、「注意義務の基準となるべきものは、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である」⁽¹⁷⁾、「診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準であるかどうかを決するについては、当該医療機関の性格、所在地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮すべきであり、右の事情を捨象して、すべての医療機関について診療契約に基づき要求される医療水準を一律に解するのは相当でない」⁽¹⁸⁾、「医療水準は、医師の注意義務の基準(規範)となるものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行とは必ずしも一致するものではなく、医師が医療慣行に従った医療行為を行ったからといって、医療水準に従った注意義務を尽くしたと直ちにいうことはできない」⁽¹⁹⁾というものである⁽²⁰⁾。

②の因果関係については、従来、患者側(原告側)にとって立証が非常に難しい要件であるとされてきたが、最近では、民事の損害賠償請求権の要件としては、やや薄めて理解しようとするのが最高裁判例の傾向であり、①過失又は③損害の要件に実質的には相当程度吸収されつつある要件であると言っても過言でない。最高裁は、「医師が注意義務を尽くして診療行為を行っていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していたであろうことを是認し得る高度の蓋然性が証明されれば、医師の右不作為と患者の死亡との間の因果関係は肯定されるものと解すべきである。患者が右時点の後いかほどの期間生存し得たかは、主に得べかりし利益その他の損害の額の算定に当たって考慮されるべき事由であり、前記因果関係の存否に関する判断を直ちに左右

するものではない。』⁽²¹⁾とし、さらに「医師の医療行為が、その過失により、当時の医療水準にかなったものでなかった場合において、右医療行為と患者の死亡との間の因果関係の存在は証明されないけれども、医療水準にかなった医療が行われていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在が証明されるときは、医師は、患者に対し、不法行為による損害を賠償する責任を負うものと解するのが相当である。けだし、生命を維持することは人にとって最も基本的な利益であって、右の可能性は法によって保護されるべき利益であり、医師が過失により医療水準にかなった医療を行わないことによって患者の法益が侵害されたものということが出来るからである。』⁽²²⁾ともされている。従って、民事においては、患者側は、過失の主張・立証に重点を置きながら損害賠償金を請求することになる。

もっとも、民事において、因果関係の要件が相当な程度において①過失や③損害に吸収されて解釈されつつあるというのは、民事事件の役割が、損害賠償金というものによって当事者間の利益の調整を実現することにある、ということと無関係ではないであろう。損害賠償金という金銭の支払いは0円から1億円あるいはそれ以上に至るまで連続的なものであり、その点で、刑事における刑事罰という法的効果とは大きく異なっている。ところが、最近の刑事判例においては、(相当)因果関係論の役割ないし意義は相当程度変化しているとも言われており、そこでは、実行行為あるいは実行行為が有する危険の現実化という要素が実質的にはかなり大きな役割を果たしている⁽²³⁾。

③の損害は、民事の損害賠償請求事件においては、現実的には(とりわけ原告である患者側にとっては)重要な要件である。そして、発生した損害の内容を確定させてそれが現実に填補されることは、当事者間の利益の調整を実現する民事の紛争解決における本質的な事柄である。そして、損害の理解については、民事上は加害行為の前後の利益状態の差を問題とする差額説が採られている(判例・通説)。もっとも、医療事件においては、他の損害賠償請求事件(代表的なものとして、交通事故による損害賠償請求事件)とは異なった種類の損害が判例・学説によって認められてきた。例えば、治療に対する期待権の侵害や延命利益の侵害、あるいは、説明義務違反(自己決定権侵害)を理由とする慰謝料等である。このような③損害の要素は、刑事事件においても、当該の医療事件によって発生した損害の内容・程度の問題として、法益侵害の内容・程度、つまり違法性判断に影響する要素であり、犯罪事実に属する情状(犯情)として重要な意味を有することになる。

2 手続法上の論点

手続法上の論点(問題点)とされているのは、①審理の進め方、②①における主張・立証活動、③集中証拠調べ、④鑑定の方法、⑤和解による解決、等である。

①の審理の進め方及び②の主張・立証活動であるが、第1回口頭弁論期日が開かれると、その次の期日からは、争点及び証拠の整理手続としての弁論準備手続(民事訴訟法168条以下)によって進められる。弁論準備手続においては、当事者が主導的な役割を果たしながら事実経過について説明を行い事案を解明していく、という作業が徹底的に行われる。そして、民事訴訟法上の主張・立証責任の原則とは異なるが、専門性を有しており医療行為の経過についての情報をほぼ独占している医療機関側(被告)が、医療記録に基づきながら可能な限り詳しく事実の経過について説明することが期待されている。

このようにして当該事案の経過を十分に把握し争点が絞られると、人証の取調べ(尋問)が行われるが、同一期日に複数の人証について主尋問と反対尋問を合わせて実施する③集中証拠調べが行われる(民事訴訟法182条)。裁判所は、集中証拠調べの方が一気に心証形成できる(むしろ、それまでに形成されつつあった心証を確認できる、と言う方が実情に合っているであろう。)と考えている。そして、④の鑑定については、以前は、医療事件は専門訴訟事件であるということで、多くの事件では鑑定が実施されてきたが、最近では、鑑定を実施する事件は非常に少ない。仮に鑑定を実施することになったとしても、複数の鑑定人が事前に簡単な書面を提出した上で、裁判所において所見をお互いに述べ合う方式のカンファレンス鑑定(口頭による鑑定)が実施され、かつてのように詳細な鑑定書が裁判所に提出される、ということは極めて少なくなっている(医療事件集中部においては、ほとんどないと言ってよい)。そして、⑤和解による解決がかなり行われている。事件当事者とりわけ患者側にとって、医療事件は、和解による解決が望まれる紛争類型であると言われている。医療事故被害者の思いとしては、金銭賠償のみによっては損害が回復され得ないことから、和解条項の内容に、例えば当該医療機関からの謝罪の表明や再発防止に向けた医療機関の取組み等が盛り込まれることもある。和解という柔軟性を兼ね備えた方法によって医療事件紛争を解決することは、患者側(原告)と医療機関側(被告)の双方にとって好ましい紛争解決方法であることは、否定できないであろう。

IV 捜査手続

1 捜査の端緒

医療事件が刑事事件として捜査が開始されるきっかけとしては、医療過誤の被害者側(患者側)からの被害届や告訴(刑事訴訟法230条以下)がまずは考えられる。そして、告訴は、犯罪事実を申告して加害者の訴追を求める行為であるが、医療事件の場合には、医療機関ないし担当医師が誠意をもった対応を示そうとせず真相が明らかにされないことへの不満から、患者側が警察に相談して刑事告訴に至る、というものが少なくないと言われている。つまり、刑事告訴という方法が、医療機関の対応に不信感を抱いた患者側にとっての1つの手段として用いられているのである。

そして、これに加えて、薬剤取違えについての都立広尾病院事件に関する最高裁判例(最判平成16年4月13日刑集58巻4号247頁)²⁴⁾が出たことによって捜査の端緒として注目されているのが、医師法21条の異状死体の届出義務による届出である。最高裁は、同判決において「本件届出義務は、警察官が犯罪捜査の端緒を得ることを容易にする」と正面から述べている。異状死体の届出義務を課すことについては、憲法38条1項の自己負罪拒否特権(黙秘権)を侵害するという主張もあるが、最高裁は、「医師が、同義務の履行により、捜査機関に対し自己の犯罪が発覚する端緒を与えることにもなり得るなどの点で、一定の不利益を負う可能性があっても、それは、医師免許に付随する合理的根拠のある負担として許容される」として、憲法38条1項に違反しないとしている。なお、医師法21条については、異状死の意味内容をめぐって様々な議論が展開されており、未だ一致を見ていない。

また、捜査の端緒としては、様々な経緯がきっかけとなっている各種のマスコミ報道やインターネットによる匿名での情報提供や、福島県立大野病院事件のように、外部の専門家によって構成される県の医療事故調査委員会の報告書というケースもあり得る。

2 対物的捜査

犯罪捜査における対物的な捜査手段としては、任意捜査の例として、任意提出された物の領置(刑事訴訟法221条)や実況見分、特別の専門知識を必要とする場合の鑑定嘱託(刑事訴訟法223条1項)等があり、強制捜査としては、搜索・差押えや検証(刑事訴訟法218条1項)が典型例である。

刑事医療事件においては、医療機関から各種の医療記録が捜査機関に任意提出されそれが領置される、ということが多いようであるが、それが真に任意に行われている限りは捜査方法としては特段の問題はない。従って、ここでは、強制捜査において問

題となり得る点を指摘しておくに止める。

なお、民事医療事件においては、主張・立証責任を負担する患者側にはもとより強制的に資料を入手する権限はないが、刑事医療事件においては、起訴して立証責任を負担する検察官側は、捜査段階において強制的な捜査権限を有している、という違いがある。

① 搜索差押許可状の記載事項

医療事件における証拠としては、診療録(カルテ)・検査記録・手術記録・看護記録等の各種の医療記録(これらを総称したものを「カルテ」と呼ぶことも多い。)が重要であり、入院や手術を伴う医療行為については、これらの資料が相当の大部になることもある。ただ、捜査機関としては、どのような医療記録がどの程度あるのかを事前に正確に知ることはできない。刑事医療事件に限らず、多くの関係資料が証拠となり得るような刑事事件(例えば、贈収賄事件、経済事犯等)においては、搜索・差押えという強制捜査手段を犯罪捜査の初期の段階で行うことが極めて有用であることは否定できない。

ここで問題となるのは、差押対象物の特定ということであるが、これについては、地方公務員法違反事件に関する最決昭和33年7月29日刑集12巻12号2776頁が、搜索差押許可状における差押対象物の記載について、「本件許可状に記載された『本件に関係ありと思料せられる一切の文書及び物件』とは、『会議議事録、斗争日誌、指令、通達類、連絡文書、報告書、メモ』と記載された具体的な例示に附加されたものであつて、同許可状に記載された地方公務員法違反被疑事件に関係があり、且つ右例示の物件に準じられるような闘争関係の文書、物件を指すことが明らかであるから、同許可状が物の明示に欠くところがあるということもできない。」としているのが参考になる⁽²⁵⁾。

② 搜索・差押えの執行については、搜索・差押えの執行についての「必要な処分」(刑事訴訟法222条1項・111条1項)や令状の事前呈示(刑事訴訟法222条1項・110条)が問題となり得る。執行時の「必要な処分」や令状の事前呈示については、証拠物の廃棄や隠匿が疑われる類型の事件である覚せい剤事犯のケースに関する最決平成14年10月4日刑集56巻8号507頁が、「警察官らは、被疑者に対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき、被疑者が宿泊しているホテル客室に対する搜索差押許可状を被疑者在室時に執行することとしたが、搜索差押許可状執行の動きを察知されれば、覚せい剤事犯の前科もある被疑者において、直ちに覚せい剤を洗面所に流すなど短時間のうちに差押対象物件を破棄隠匿するおそれがあったため、ホテルの支配人からマスターキーを借り受けた上、来意を告げることなく、施錠された上記客室のドアをマスターキーで開けて室内に入り、その後直ちに被疑者に搜索差押許可状を呈示して搜索及び差押えを実施したことが認められる。以上のような事実関係の下においては、搜索差

押許可状の呈示に先立って警察官らがホテル客室のドアをマスターキーで開けて入室した措置は、搜索差押えの実効性を確保するために必要であり、社会通念上相当な態様で行われていると認められるから、刑訴法222条1項、111条1項に基づく処分として許容される。また、同法222条1項、110条による搜索差押許可状の呈示は、手続の公正を担保するとともに、処分を受ける者の人権に配慮する趣旨に出たものであるから、令状の執行に着手する前の呈示を原則とすべきであるが、前記事情の下においては、警察官らが令状の執行に着手して入室した上その直後に呈示を行うことは、法意にもとるものではなく、搜索差押えの実効性を確保するためにやむを得ないところであって、適法というべきである。」と述べているが²⁶⁾、刑事医療事件においても、(可能性は少なくなったと言われているが)抽象的には医療記録の改ざんや廃棄等の可能性が否定し得ない以上、ほぼ同様の取扱いが許されることになるであろう。

また、医療行為の記録及び保管の方法として現在では電子カルテが普及しているが²⁷⁾、可視性や可読性がない電磁的記録が証拠である場合には、データの改変や消去への備えが必要となる。この点で、電磁的公正証書原本不実記録・同供用罪事件において、フロッピーディスク108枚等を現場で内容を確認することなく包括的に差し押さえたケースに関する最決平成10年5月1日刑集52巻4号275頁が、「令状により差し押さえようとするパソコン、フロッピーディスク等の中に被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性が認められる場合において、そのような情報が実際に記録されているかをその場で確認していたのでは記録された情報を損壊される危険があるときは、内容を確認することなしに右パソコン、フロッピーディスク等を差し押さえることが許されるものと解される。」と述べて包括的な差押えを認めていることが²⁸⁾、医療機関に対する搜索・差押えの執行についても同様に当てはまるであろう。

③犯罪捜査活動として、裁判官の鑑定処分許可状を得て死体を解剖するいわゆる司法解剖が実施されることがある(刑事訴訟法225条1項、168条1項)。司法解剖の実施は、病理解剖と異なり、遺族の同意は不要である。

もっとも、司法解剖結果の詳細は公判請求されない限り明らかにされず、患者側遺族にも簡単な口頭での報告がなされるに止まっているのが実情である。

3 对人的捜査

对人的捜査としては、任意の捜査手段として、被疑者取調べ(刑事訴訟法198条1項)や参考人取調べ(刑事訴訟法223条1項)が考えられる。通常の刑事事件においても、最近は、目撃者がいなかったり目撃者の協力を得られなかったりということが少なくな

く、被疑者取調べの有用性が言われている。

医療事件においては、医療行為の対象は生身の人間であり、そこで行われている医療行為の経過や患者の様子の変化等は、全て逐一正確に医療記録に反映され保存され得るものではない。実際に医療行為に携わった関係者(医師や看護師等)からの事情聴取、すなわち取調べが非常に重要であることは疑いを容れない。従って、取調べの適正性の確保や可視化が図られる必要性は非常に高い。取調べの場所や時間帯について配慮すると共に、警察署に同行を求めて取調べを行う際には、供述の任意性が十分に確保される必要がある。また、通常の刑事事件と異なり、被疑者や参考人の供述内容は高度の専門性を含んでいるので、供述内容が調書に正しく記載されていることが十分に確認されなければならない。取調べ捜査官の誘導や誤導がなされないようにする必要もある。他方で、専門性が高く取調べに時間を要するからといって、長時間にわたる取調べにならないように配慮する必要がある。仮に被疑者であるとしても、警察の取調べには一般的に不慣れであり、法的責任とは関係なく患者(遺族)に申し訳なさを感じていることが多いと思われる医師(あるいはその他の医療従事者)に対する取調べであることへの留意が必要である。

对人的捜査として強制的に行われる捜査手段としては、逮捕や勾留という身体の拘束がある。福島県立大野病院の産婦人科医師が逮捕されたというケースは記憶に新しいところであるが、逮捕の実体要件としては、①「被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」(刑事訴訟法199条1項)と、②逮捕の必要性としての被疑者の逃亡のおそれ又は罪証隠滅のおそれ(刑事訴訟規則143条の3)が必要である。

もともと、医療事件において、医師その他の医療従事者について、①「被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」の有無を判断することは極めて難しい。死亡や後遺症という悪い結果が発生したことをもって、直ちにこの要件を肯定することはできない。刑事医療事件の代表例である業務上過失致死傷罪(刑法211条1項前段)の要件である①業務上の注意義務違反及び②死傷結果との因果関係のいずれも、その有無の判断は非常に困難であり、民事事件においてすらその判断をめぐっては専門的な知見を基に相当の長期間にわたって審理が続けられるのであるから、民事よりもさらに要件としてのハードルが高いと考えられる①刑事上の過失や②因果関係(死傷結果の医療行為への客観的帰責)の客観的な存在可能性を捜査の初期の段階で肯定できる場合は極めて限られてくる。加えて、逮捕の必要性について言えば、医師を初めとする医療従事者に逃亡のおそれを肯定できる場合は少ないであろうことや、罪証隠滅のおそれがあるというのであれば、搜索・差押えにより医療記録を確保すればよいのではな

いか、という点を指摘し得るであろう。

4 弁護人の立場

医療事件が刑事事件として取り扱われ、捜査の対象とされる場合(捜査の可能性がある場合を含む。)には、相談を受けた弁護人の役割も重要である。

弁護人は、弁護人の選任を行ったその特定の被疑者(起訴されれば被告人)のために活動を行うべき立場にあるが、弁護人として選任されるきっかけが、被疑者である医師や医療従事者個人からの要請でなく、所属している医療機関からの相談や依頼等であった場合には、被疑者である医師等本人と所属する医療機関及びその他の医師等との間の利害関係に注意を要する。チーム医療が一般となっている現在の医療状況からすれば、特に注意すべき点であろう。当該医師等の就業(休職等)をめぐる問題やマスク対応もある。言うまでもないが、弁護士の職業倫理の問題である。

V 起訴

1 訴追裁量と略式命令請求

我が国では起訴便宜主義が採用されており(刑事訴訟法248条)、検察官による具体的妥当性を踏まえた適正な訴追裁量権の行使が期待されている⁽²⁹⁾。ただ、従来は医療事件について起訴されること自体が少なく、不起訴になった実質的な理由が、嫌疑不十分(証拠不十分)であるのか、それとも起訴猶予(訴追裁量権の行使)であるのか、必ずしも明確でなかったと言えるであろう。告訴人に対する処分結果の通知(刑事訴訟法260条)や不起訴理由の告知(刑事訴訟法261条)の制度のみによっては、告訴を行った被害者(遺族)に対する実質的な情報提供としては不十分であろう。また、そもそも、医療事件については、検察官の事件処理(終局処分)に至るまでの時間に非常に長期間を要している。従って、医療事件について刑事告訴を行うことは、現実には必ずしも有効な方法とはなっていない。

刑事医療事件としての業務上過失致死傷罪については、嫌疑不十分(証拠不十分)と起訴猶予処分の明確な区別は実はほとんど不可能であると言ってもよい。他の多くの刑法犯については、嫌疑不十分(証拠不十分)であることと、例えば被害弁償がなされていること等の諸事情による起訴猶予処分との違いを一応は明確にし得るのとは、状況が大きく異なっている。もっとも、刑事医療事件においても、捜査機関は民事上の解決の帰趨には関心を持っており、民事での被害回復(損害賠償金の支払い等による示談成立)や医療機関側からの謝罪がなされていること等の諸事情を、犯罪捜査や起訴・

不起訴の判断に当たって考慮しているようである。

医療行為について刑事責任を追及する傾向が次第に増えつつあるとはいえ、略式命令請求事件(刑事訴訟法461条以下)が増えているのが実情である。略式手続によることについて異議がないことを前提に100万円以下の罰金又は科料の刑が科される⁽³⁰⁾。刑事罰が科されるとはいえ、この場合の刑事罰の感銘力はやや疑問であり、そもそも刑事責任の対象となる行為の実質的な解明も十分には行われない。刑事制裁のあり方や意義にも関わるが、医療事件に対する刑事制裁の役割という問題でもある。

2 誰を起訴するのか

訴追裁量権の問題でもあるが、問題となる医療行為に関わった者の内、一体誰を(誰と誰を)起訴するのか(起訴しないのか)、という問題がある⁽³¹⁾。現在の医療行為、とりわけ医療過誤の発生可能性を含んでいる高度の先端的医療分野においては、チーム医療が一般的である。そこでは、医師だけでなく、看護師や検査技師その他の医療従事者を含めて数多くの行為者が様々や役割を持って関わっている。そして、医療チームの中心をなす医師についてだけ見ても、主治医だけでなく、指導医、主治医と共に医療行為に当たる研修医の存在、手術に関わる麻酔医、さらに拮げると、緊急時の初期対応を行った当直医等、実に様々な立場で数多くの者が関与している。民事責任の追及であれば、当該医療行為を行った医療機関の設置主体である法人を相手方(被告)とすればよいが、刑事責任の追及は、法人の責任を追及し得る両罰規定がない限り、特定の個人を相手(被告人)とせざるを得ず、特定の者の特定の過失行為を明らかにする必要がある。

医療行為に対する刑事責任追及の代表的な犯罪類型は業務上過失致死傷罪(刑法211条1項前段)であるが、刑事手続を進めるに当たっても、同罪の实体刑法上の要件に関する諸議論を踏まえる必要がある。後に述べる過失の主張・立証についても問題となるが、チーム医療をめぐる刑法解釈論上の問題点として、信頼の原則や監督過失という考え方があり、これが個々の医師の(業務上の)過失責任の成否に影響を与え、従って、結果として訴追裁量権の行使に影響することになる。

また、誰を起訴して誰を起訴しないのかという判断は、当該事件における刑事責任追及に当たっての立証政策的な諸要素(被告人か証人かという刑事訴訟手続上の役割の違いによる立証政策上の考慮)のみならず、社会的な影響等の考慮という要素を含んでいることは否めない。

3 不起訴に対する検察審査会の議決

不当な不起訴に対する抑制手段の1つとして、検察審査会の制度がある。もともと、従来は検察審査会の議決には拘束力がなかったため、その役割に対する期待は大きくなかったが、今般の一連の刑事司法制度改革に伴う法律改正により、再度の審査における検察審査員8人以上の多数による起訴すべき旨の議決に拘束力が与えられることになった(検察審査会法41条の6以下)³²⁾。これによって、制度上、例えば社会的に大きな注目を浴びるような事件であれば、当該事件の外形的な側面や一般人の関心に引きづられて起訴すべきであるという議決がなされ、起訴されることもあり得ることになる。改正された検察審査会制度の具体的な動きに注目していきたい。

4 起訴状の訴因の記載

起訴に際しては、起訴状における公訴事實は「訴因を明示してこれを記載しなければならない。」とされ、「訴因を明示するには、できる限り日時、場所及び方法を以て罪となるべき事実を特定」することが求められている(刑事訴訟法256条3項)。

民事訴訟においては、訴状提出の段階ではある程度の幅を含んだ事実の記載や複数の考え得る過失を並列して記載することが一般的に行われている。また、先端的医療行為が問題となる事案については、説明義務違反が過失の1つとして合わせて記載されることが少なくないが、これは、実質的には後の損害賠償金に向けてのものである。そして、争点及び証拠の整理手続である弁論準備手続において、医療機関側から医療行為の詳細な経過が医療記録と合わせて示され、当事者及び裁判所の間で争点を段階的に整理していく中で、問題となり得る過失行為が次第に限定され特定されていく。ただ、訴訟の相手方、つまり損害賠償という金銭賠償請求の相手方である被告は医療機関の開設者である法人であるので(なお、個人開業医の場合には、当該医師個人が被告となる)、当該医療機関の「一連の医療行為全体についての過失」という側面は否定できず、従って、過失の構成や記載が必ずしも厳格に特定されているとは言えない。そしてさらに言えば、民事の医療事件は、過失が肯定されるような場合、つまり損害賠償請求が多少なりとも認められる可能性が高い事案は和解によって解決されることが多いので、和解条項中で仮に過失内容が示される場合であっても(これが示されない事案の方が多いと思われる)、その内容は、抽象的で曖昧な記載に止まり、金額(名目は、損害賠償金であったり和解金や解決金であったり、様々である)の大小によって、被告である医療機関側の過失責任の大小を推し量ることになる。また、和解条項の中で、医療機関側が非公表条項を求めてくることも少なくなく、事案の解明と紛争解決

内容の詳細が明らかにされないことは少なくない。

これに対して、刑事責任の追及はもっぱら国家が運営する刑事訴訟手続という厳格な手続を通して行うことだけが予定されている。そこでは、厳格な証拠ルールの下、訴因事実について「合理的な疑いを容れない(合理的な疑いを超える)程度の証明」がなされたとの心証が裁判所によって形成されて、初めて起訴された特定の被告人に一定の刑事責任(例えば、禁錮〇年執行猶予△年)が科されるのである。従って、起訴状における訴因の記載も事実を具体的に特定して行う必要がある。

業務上過失致死傷罪(刑法211条1項前段)のような過失犯における訴因の記載(訴因の特定の程度)は、①注意義務が発生する根拠となる具体的な事実、②注意義務の内容、③注意義務に違反する事実、によって構成され则认为られるが(防御権説)³³⁾、これらのいずれについても、刑事医療事件には、他の過失犯には見られない記載の困難性がある。また、訴因による事実の記載の内容や程度によっては、予断排除の原則に抵触することにもなり得る。個々の刑事医療事件の起訴において、どの程度の公訴事実の記載(訴因の特定)が求められるのかは、今後の個別事例の集積を待つことになるであろう。さらに、これまで実務上はあまり活用されてこなかった訴因の予備的又は択一的な記載という方法(刑事訴訟法256条5項)³⁴⁾も、今後は医療事件においては積極的に検討されてよいであろう。

VI 起訴後の手続

1 公判前整理手続

刑事訴訟法は、平成16年の法律改正により、「充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速に行うため必要があるときと認めるときは…第1回公判期日前に…事件の争点及び証拠を整理するための公判準備」としての「公判前整理手続」の制度を設けた(刑事訴訟法316条の2以下。さらに同様の制度として、期日間整理手続(刑事訴訟法316条の28)も設けられた)。この制度によって、公判での充実した審理を行うことが期待され、公判前整理手続においては、公判で主張を予定する事実を明らかにし、証拠調べ請求を行い、証拠開示も十分に行われることが想定されている。ちなみに、平成21年5月に開始する裁判員が参加する裁判においては、公判前整理手続は必要的である。

これまで公判前整理手続が行われてきた事案は、多くの争点や証拠が存在する重大事件が多かったが、医療事件についても大いにその利用が考えられるべきであり³⁵⁾、その中で、運用上の工夫も考えられていくことになるであろう。

公判前整理手続は、事件の争点と証拠を公判前にあらかじめ明らかにしておき、公

判における審理計画を事前に立てておくというものであるが、このような制度趣旨は、民事訴訟手続における争点及び証拠の整理手続と共通している。そして、既に述べたように、民事の医療事件においては、第1回口頭弁論期日が開かれた後は直ちに争点及び証拠の整理手続である弁論準備手続が開かれ、事件の終結に至るまでの裁判所手続の中心となっている。

従って、過失の構成や特定、さらには因果関係等、多くの専門的で複雑な主張・立証事項が予想される刑事医療事件においても公判前整理手続の活用が行われるべきであり、実際にもそのように運用されつつあるようである。その中で刑事医療事件特有の問題点が生じ、また、運用上の工夫や改善が生まれてくるであろう。民事事件においては、パソコンソフトを利用したデータ(診療経過一覧表や主張要約書面等)を期日外に当事者双方と裁判所の三者間でやり取りすることによって充実した争点整理が行われているが、これらは刑事医療事件においても参考になる。

2 立証の対象事項

刑事医療事件の代表的な犯罪類型である業務上過失致死傷罪(刑法211条1項前段)においては、具体的な医療行為の経過を踏まえた上での、①(業務上の)過失つまり注意義務違反と②過失行為と結果との因果関係が主な立証対象である。これらの実体刑法上の要件、つまり立証の対象事項について、刑事法上の問題となり得る点をいくつかあげてみたい。

①過失つまり注意義務違反については、民事よりも刑事の方がより高いハードルが求められるべきである。そして、過失(注意義務違反)の理解の仕方については、結果予見義務違反に重点をおくのか(旧過失論)、結果回避義務違反に重点をおくのか(新過失論)、という議論があるが、いずれにしても、結果の予見可能性が前提として備わっていなければならない、それは具体的な予見可能性でなければならないと考えられている⁽³⁶⁾。もっとも、医療事件においては、この予見可能性の「具体性」としてどの程度のものが求められるべきかは困難な問題である。医学の進歩に伴い高度の先端的な医療行為が次々と生まれているが、それは同時に避けることができない(あるいは、避けることが著しく困難な)合併症の可能性を常に含んでおり、医師がそれを事前に予見し得た(予見していた)ことを強調することは、過失責任の拡大につながり得る。他方で、許された危険の法理による過失責任の限定化という考え方がある。また、高度の先端的な医療行為に限らず、臨床現場で日常一般的に行われている「医療慣行」と「あるべき医療水準」との違いを「刑事上の過失」としてどのように考えていくのかという

また、過失犯の成否に影響を与える要素として、信頼の原則や監督過失(安全体制確立義務違反を含む。)という考え方があり、当該のチーム医療において、他者の役割ないし行為を信頼できる基盤が備わっていたといえるのか、それとも他者の役割ないし行為を監督すべき義務を果たしていなかったのではないかと、ということを検討する必要がある。さらには、「共同の注意義務に共同して違反した」場合に過失犯の共同正犯を認めてよいという見解が裁判例や学説においては有力であるか³⁹⁾、その内容を個々の事案毎に具体的に明らかにしていく作業が求められる。これは、過失犯の共同正犯と過失単独犯の同時犯(過失犯の競合)の限界の問題である。

もともと、最近の因果関係に関する刑事判例の事案の多くは、当初の実行行為(特にその危険性)が比較的明確であるものが多いのに対して⁽⁴¹⁾、刑事医療過誤においては、そもそもどの時点のいかなる行為に過失犯の実行行為を求めてよいのかが判然としないケースが多く予想される。この点、過失の実行行為を全体的に把握しようとする過失併存説⁽⁴²⁾を採ると、過失行為を具体的に特定した上での因果関係の立証という負担は軽減されるであろうが、刑事責任の問い方としてそれでよいのかという問題がある。

他には、複数の医療従事者が関与する今日の医療現場においては、問題を含んだ医療行為に関わった者がその医療行為の場面から離れた後、残された他の関与者あるいは業務を引き継いだ他の者の過失行為によって具体的な結果が発生するということがあり、この場合には、過失犯(過失の共同正犯)からの離脱という問題にもなり得る⁽⁴³⁾。さらに、高度の先端性を有する医療行為については、その有用性の反面として危険性を伴っていることが少なくないが、事前の説明によって患者がどの程度理解して納得の上で当該医療行為を選択したのかについて、危険の引受け(あるいは、過失犯における被害者の同意)による違法性の減少ないし阻却という問題もあろう⁽⁴⁴⁾。

3 立証方法(証拠法)

それでは、2で述べた過失行為(さらには、因果関係その他の実体刑法上の諸要件)を具体的に立証する手段(証拠)として、どのようなものが考えられ、刑事訴訟法の証拠法則との関係ではどのような点が問題となるのであろうか。今後、公判請求される刑事事件が増えてくれば、検察官・弁護人の双方(さらに、裁判所)にとって、実務的にも重要な問題となり、これが延いては起訴するか否か(さらには公判請求か略式命令請求か)、そして、その前提としての捜査活動のあり方に影響を与えることになる。

過失や因果関係の立証に当たって、前提として、具体的な医療行為の経過(「検査→診断→治療→その後の経過」という一連の医療行為の経過全般)を明らかにする必要がある。そのための証拠方法として最初に考えられるのは証拠書類(書証)であり、患者の具体的な容態ないし症状、バイタルサイン、各種の検査結果、そして患者に対して具体的に行った医療行為(手術等の侵襲行為)やその後の状況(結果)等が逐一詳細に記載された各種の医療記録(いわゆるカルテ類)が最重要の証拠である。これらは書面の記載内容が問題となる伝聞証拠であるが、刑事訴訟法326条1項の同意が得られれば端的に証拠能力が与えられる。仮に同意が得られなくても、医師が作成する診療録(カルテ)の原本は刑事訴訟法323条2号の「業務の通常の過程において作成された書面」に該当し(なお、診療録(カルテ)の写しは同条3号の書面に該当する)、それ以外の医療記録は(性格や内容にもよるであろうが)同条3号の「特に信用すべき状況の下に作成された書面」、あるいは刑事訴訟法321条4項の鑑定書に準じる(準用)として、証拠能力を認めることが可能である。もっとも、患者の状態や医療行為について記載されたその他の書面、例えば患者本人や付き添っていた患者家族が経過を記載したノートや医師や看護師の報告書等は、当事者間で同意が得られない限り、刑事訴訟法321条1項3号の厳格な要件を充たして初めて証拠能力が認められることになるであろう。患者や家族の手術同意書については、心の状態を述べた供述であるので伝聞法則の適用がないと説明することが可能であろうが、なお検討を要する。

そして、これらの医療行為をめぐる一連の経過を踏まえて、過失(注意義務違反)や因果関係という規範的な要件を明らかにしていく必要があるが、そのために必要不可欠であるのが専門性の高い医学的な知見を明らかにする医学文献である。民事医療事件においては、過失つまり医療水準をめぐる多数の医学文献が原告・被告の双方から証拠として提出されるが、刑事事件においても同様に立証手段として重要なはずである。ところが、刑事訴訟手続においては書面の証拠能力を原則として認めないという伝聞法則(刑事訴訟法320条1項)による制約があり、相手方当事者が同意しなけれ

ば、有用な医学文献を証拠として提出することができなくなってしまう。これは検察側に限ったことでなく、弁護人が過失を争う際に医学文献を証拠として提出する際にも同様に問題となる。たとえ、捜査機関から嘱託を受けた鑑定受託者(刑事訴訟法223条1項)作成の鑑定書や私的な鑑定意見書について刑事訴訟法321条4項の準用が認められたとしても⁽⁴⁵⁾、医学文献の提出が阻まれるのであれば、裁判所にとって、当該具体的な事案の判断に必要な医学的な知見や医療水準が十分には明らかにされないことになる。当事者としては、鑑定書や鑑定意見書の添付資料として医学文献の一部を付ける方法によって対応することになるであろう。

他にも、被告人の供述録取書(刑事訴訟法322条1項)の「その供述が被告人に不利益な事実の承認を内容とするものであるとき」や「特に信用すべき状況の下にされたものであるとき」、検察官面前調書(刑事訴訟法321条1項2号)の「前の供述と相反するか若しくは実質的に異なつた供述」や「前の供述を信用すべき特別の状況の存するとき」の具体的な判断等が、時として困難な問題となるであろう。

刑事事件全般において實際上大きな役割を果たしている自白についても、いくつかの問題点を指摘できる。業務上過失致死傷罪の構成要件要素であり要証事実である過失は、事実と高度の規範的評価が不可分一体である。被告人である医師の自白の有無、さらに自白の任意性や信用性については、通常の刑事事件と異なり、刑事医療事件特有の慎重な判断が求められる。そして、自白の補強法則(憲法38条3項、刑事訴訟法319条2項)に関する諸問題や、チーム医療における他の医師や看護師のようないわば共犯者の供述の取扱いをめぐる諸問題についても検討される必要がある。

また、証拠書類(書証)に限らず、証人尋問や被告人質問においては、高度の専門性を備えた人証に対する尋問ないし質問の工夫、さらに、先端的で危険性をはらんだ医療行為によって重大な結果が発生した場合の事前説明の方法や説明内容に関する立証活動等、医療事件特有の場面を想定しうる。

4 鑑定

医療事件が有している高度の専門性に対処するために、裁判所が専門家に鑑定を命じることが考えられる(刑事訴訟法165条)。

民事医療事件においては、以前は鑑定が非常に多用されていたが(これが医療裁判の著しい長期化の大きな要因であった)、医療事件集中部が発足し審理方式の工夫がなされるのに従い、鑑定実施率は非常に低くなっている。そして、仮に鑑定を実施するとなっても、例えば東京地方裁判所においては、簡易な方法として口頭でのカンファレ

ンス鑑定の方式が採用されている。具体的には、東京都内の13の大学病院から選ばれた3名の鑑定人は、事前に簡単な意見書を裁判所に提出し、それを踏まえながら、裁判所の法廷において口頭で意見を述べ合い議論し、裁判所や当事者(代理人)からの質問に答える、という方法が行われている。費用も従来の本格的な鑑定よりは低額である。

民事医療事件において鑑定があまり行われなくなっており、実施する場合にも簡易な方法が用いられているというのは、手続の制度目的や紛争解決方法としての役割と無縁ではないであろう。争点及び証拠の整理手続としての弁論準備手続において、当事者主導で事案の解明や資料の開示が徹底的に行われ、医療機関が有責であるとの心証が形成された場合にも判決ではなく和解による解決が積極的に図られ、判決(金額の支払い)を超えた紛争解決がもたらされる、という形で当事者間の利益を調整する民事の紛争解決機能がそこにある。

これに対して、刑事手続は、犯罪が成立した場合に当該犯罪行為者に対して国家が国家権力の発動として否定的な評価を表明し合法的に制裁を加えるものであるから、国家が営む厳格な手続の中で厳格な証拠法則に従って厳正に誤りなく判断されなければならない、という特徴を有する。とすれば、裁判所が最終的な判断を行うに当たって鑑定を実施することの意義は、依然として少なくないであろう。

もっとも、刑事事件においても、中立性を備えた適正な専門家による適正で迅速な鑑定の実施が求められることは言うまでもないので、鑑定人の選任方法、鑑定事項、具体的な鑑定実施方法等について、民事医療事件において実施されている方法を参考にしながら、改善や工夫(必要があれば、法律改正や新たな立法)を行っていく必要があるであろう。そして、刑事においては、前提とすべき事実関係や、鑑定資料の範囲(証拠能力を有しない資料の取扱い)について、民事とは異なった厳格な考慮が必要である。

VII 有罪判決

1 証明の程度

犯罪事実、つまり起訴した訴因事実について、検察官は「合理的な疑いを超える(容れない)程度の証明」を果たさなければならない。これは従来から一般的に承認されてきた考え方であるが、最決平成19年10月16日刑集61巻7号677頁は、「刑事裁判における有罪の認定に当たっては、合理的な疑いを差し挟む余地のない程度の立証が必要である。ここに合理的な疑いを差し挟む余地がないというのは、反対事実が存在する疑いを全く残さない場合をいうものではなく、抽象的な可能性としては反対事実が存在するとの疑いをいれる余地があっても、健全な社会常識に照らして、その疑いに合

理性がないと一般的に判断される場合には、有罪認定を可能とする趣旨である。そして、このことは、直接証拠によって事実認定をすべき場合と、情況証拠によって事実認定をすべき場合とで、何ら異なるところはないというべきである。」と述べて、その内容をさらに明らかにした⁽⁴⁶⁾。

もっとも、刑事医療事件においては、具体的な医療行為の経過を踏まえた上で、それが民事責任における医療水準に対する不足の程度よりも一層大きく逸脱していることが「合理的な疑いを差し挟む余地のない程度」に立証されなければならない、抽象的な言い方をすれば、有罪判決に至るのは極めて限られてくるであろう。

このことは、同一事件について、民事訴訟手続上は請求認容判決又は(勝訴的な)和解によって終了したとしても(医療機関が何らかの意味で有責とされたとしても)、刑事裁判所の判決としては、起訴された被告人について「犯罪の証明がないとき」として「無罪」ということになる(刑事訴訟法336条)。もっとも、真相の究明という点では、刑事訴訟手続を経たことが患者側にとって一定の効果を持つことはあり得る。

2 罪となるべき事実の記載

1と関係するが、有罪判決を言い渡す際の「罪となるべき事実」の認定及び記載(刑事訴訟法335条1項)について、概括的認定や択一的認定が許されるのかという議論がある。

概括的認定とは、同一の構成要件内における事実の認定について、日時や行為態様等に幅があったとしても、特定の構成要件に該当する事実の存在が合理的な疑いを超える(容れない)程度に立証されていれば、幅のある認定を行うことは許される、という考え方であり、判例によっても認められている⁽⁴⁷⁾。

医療事件においては、医療行為の具体的な経過を逐一明らかにすることには限界があるので、このような概括的認定による有罪判決も十分に考え得るし、許容されてよい。

他方、択一的認定とは、一般的には異なる構成要件間での択一的な事実の認定を意味し、多数説によると、「合理的な疑いを超える(容れない)程度の証明」や「疑わしきは被告人の利益に」という刑事裁判上の基本原則に違反する等を理由に、否定的に考えられている⁽⁴⁸⁾。

もっとも、択一的認定の1つの類型である「単独犯か共同正犯か」というケースについては最近の下級審裁判例の考え方が分かれており、ここで詳述することはできないが、複数の関与者が存在する刑事医療事件においても、i「単独犯又は共同正犯」(但し、量刑は軽い共同正犯の事実を基礎とする)、ii(他に刑事責任を負担する関与者がいるという意味で被告人に有利な)「共同正犯」、あるいは、iii(明らかに証明された範囲

での)「単独正犯」、という3種類の形の「罪となるべき事実」の認定が考えられる⁽⁴⁹⁾。

3 量刑と量刑理由

医療事件が刑事事件として起訴された事案が従来は必ずしも多くなく、しかも、公判請求でなく略式命令請求事件が多いということから、刑事医療事件の量刑のあり方や量刑理由についての検討は、これまで十分には行われてこなかったようである。

今後は、公判請求された事件についての有罪判決中の量刑理由の記載内容を通して、刑事医療事件についての具体的な量刑の動向やあるべき量刑についての検討が行われることが期待される。その中で、例えばカルテ類の改ざんや廃棄処分、そこまでいかなくとも医療機関側の事後の対応の著しい不誠実さ、あるいは、捜査活動が適正なものであったのか、逮捕・勾留という強制捜査に及んだことの妥当性等の諸事情がどのように具体的な量刑資料として考慮されているのかが問題となるであろう。民事医療事件においては、医療事故後の諸事情を損害賠償金額の算定に当たって考慮に入れることが裁判例においても認められている⁽⁵⁰⁾。

VIII 医療事件における刑事訴訟手続の役割

1 刑事訴訟手続の目的と医療事件

刑事訴訟手続は、刑罰法令を適正迅速に適用実現するところに目的があり(刑事訴訟法1条参照)、それ以上のものではない。そして、刑法を代表とする刑罰法令によって「法的効果として予定されている刑事罰」の目的をめぐっては、刑事法学ないし刑罰理論の根本に関わる問題として、これまで様々な議論がなされてきたが、現在では、少なくとも「国民生活の安全やよりよき社会の実現に向けての1つの手段である」という目的的な要素を否定することはできないであろう。犯罪行為者を処罰することもあくまでも1つの手段として考えられるのである。

医療事件とりわけ医療過誤事件に現実接してみると、被害者(患者本人や遺族)が望んでいることは、原状回復という実現不可能な希望を別にしても、真実を知りたい、間違いがあったのであれば謝罪してもらいたい、同様の被害が今後は出ないようにして欲しい、ということが非常に多い。民事上の損害賠償(金銭賠償)、さらには医師を刑事処罰するということは、必ずしも医療事件の被害者側が真に希望していることの最上位にくるものではない。ちなみに、アメリカ合衆国では、医療過誤は原則として刑事事件にはならないとされているようである⁽⁵¹⁾。

つまり、他の多くの社会的な事件ないし紛争に比較すると、医療事件においては、

事件当事者と法的制裁とのミスマッチの度合いが少なくない。従って、医療事件を法的に解決することには、その対象が高度の専門性を有していることも相俟って、手続法上も数多くの問題点や困難な点が存在することは、むしろ当然であるとも言える。民事医療事件において、医療事件集中部を創設し運用上の工夫を図ってきたことや、専門訴訟対応ということで民事訴訟法の改正が行われてきたこと等は、ミスマッチを小さくしていくための手段であった。

従って、これまで行われてきた刑事訴訟手続が具体的な刑事医療事件を前にしたときに、数多くの不都合な点や問題点が露見したとしても全く不思議ではなく、大切なことは、それらの問題点を正面から受け止め、運用の工夫で対応できるものなのか、それとも何らかの法律改正や新たな立法が必要であるのか、を具体的に検討しようとする姿勢であろう。もとより、対象事項の専門性や特殊性から、捜査ないし検察官の事件処理の著しい長期化のように、解決が困難な問題もある。

本稿は、内容的にも検討の深さにおいても不十分なものであろうが、このような問題意識を有しながら、想定される刑事訴訟手続上の問題点の指摘と若干の解決の方策を示してみようと試みたものである。

2 医療安全調査委員会その他の制度、行政処分との関係

近年の医療事件の表面化や社会的関心という状況、特に、都立広尾病院の薬剤取違い事件を契機として、医療行為によって患者が死亡した場合にその原因を究明し再発を防止するための新しいシステムである「医療安全調査委員会(仮称)」の設置が検討され、法案化へ向けて作業が進められていることに代表される新しい動きがある。

「医療安全調査委員会(仮称)」制度の概略は、医療事故死が起きた場合に、遺族又は病院から第三者機関である「医療安全調査委員会」に死亡が届けられると、調査チームが当該事案の調査及び検討を行い、その結果を公表すると共に、医療機関の行為に悪質性があつた場合には捜査機関への通知を行う、というものである⁽⁵²⁾。医療機関から医療安全調査委員会への届出義務の範囲(医師法21条との関係を含む。)や、調査チームの構成メンバーのあり方等、さらに検討を要する点はあるものの、医療事件に対処する1つの有力な手段である。

他にも、産科医療についての無過失補償制度の具体化等、法的手続以外の新しい諸制度の動向にも注目していきたい。

また、医療事件を起こした医業従事者に対する法的な処分として、民事の損害賠償責任や刑事処罰の他に、行政処分が存在する。医師法7条2項は、同法4条各号の事由

(例として、3号「罰金以上の刑に処せられた者」)に該当した場合には、厚生労働大臣によって免許の取消しや3年以内の医業の停止等の処分を行うことができることを規定している。もっとも、従来はこのような行政処分は残念ながらそれほど機能していなかったようであるが、今後は、民事や刑事の処分とは別に(従って、民事や刑事の処分に追従することなく)、医師法1条の「医師は、医療及び保健指導を掌ることによつて公衆衛生の向上及び増進に寄与し、もつて国民の健康な生活を確保するものとする。」を踏まえた適正な処分が期待される。

IX おわりに

本稿は、近時、法律実務上のみならず社会的にも関心を集めている医療事件について、従来行われてきた民事責任の追及に止まらず、刑事責任が問われるケースが増えつつある(今後、さらに増えていく可能性がある)という状況、それも、行為の違法性や医療行為者の過失が必ずしも明確でないケースが刑事事件として登場しつつあるという状況を踏まえて、これまで正面から取り上げられることが少なかった刑事手続上の問題点を素描しようとするものである。

医療事件であっても、刑事事件として事件処理が行われ手続が進められるからには、我が国の実定法が定める厳格な刑事手続に則って手続が進められるのは当然のことである。ただ、対象である事件の性質ないし特殊性に照らすと、現行の刑事手続が医療事件に対して果たして相応しい手続と言えるのか、運用や法律改正による改善・工夫が求められるのではないか、という感を全く否定することはできない。民事の手続においても、医療事件については、この数余年の間に相当な変化がもたらされた。従って、刑事の手続についても、事件数の増加に伴い、手続上の工夫や変化が予想される。そこでは、「手続の対象である医療事件に対する刑事処罰の関わり方(あり方)」という根本的な問題も、合わせて検討される必要がある。事件の中味が手続のあり方に影響を及ぼすことは否定できないからである。そして、医療事件が刑事事件化することに対する医療界からの反発、それに由来すると言われる萎縮医療や医療危機という現象や、第三者機関である「医療安全調査委員会(仮称)」制度の創設に向けた動き等を見ると、「医療事件に対する刑事処罰の関わり方(あり方)」という問題については、現状の刑事手続の発動に積極的であればよいと軽々に言うことはできない。

ただ、現実には、捜査機関や刑事司法さらには医療事件の被害者が医療事件に対して刑事手続を積極的に活用しようとする傾向がそれなりに見られる以上は、取り敢えずは、現行の刑事手続上生じ得る問題点について、一通りの問題点の指摘を行っておく

ことは必要であろう。そこで、これまで医療事件に代理人弁護士として多少なりとも関わってきた経験を踏まえながら、刑事手続の流れに沿って、代表的な問題点についていくつかの指摘と若干の検討を行ってみた。

もとより、本稿の内容は、刑事手続上の問題点の指摘や分析・検討において、項目の面でも内容の面でも不十分かつ拙いものであり、私自身の誤解があるかもしれないが、今後さらに登場してくるであろう具体的な刑事医療事件の動向にも目を向けながら、引き続き検討を行っていきたいと考えている。また、社会や制度の違いがあるとしても、「人間の生命・身体と医療の関わりから生じた事態」という万国に共通する問題であるので、比較法的な検討を行うことにも大きな意義がある。そして、常に忘れてはならない重要な視点は、医療を利用する国民全体((潜在的な)患者のみならず医療従事者も含まれる。)の利益ということである。

【註】(1) 最高裁判所がホームページにより公表する毎年の医事関係訴訟統計によると、平成9年の新受件数(提訴件数)が597件であったのに対して、平成19年は944件であり、ピークは平成16年の1110件である。

(2) 医事関係訴訟の審理について医療事件集中部の裁判官が詳細な解説を行ったものとして、佐々木茂美『〔新版〕医事関係訴訟の実務』(平成17年)。

(3) 患者側代理人弁護士が医療過誤事件に取り組む際に直面する困難性を示すものとして一般的に言われている事柄である。加藤良夫＝増田聖子『患者側弁護士のための実践医療過誤訴訟』(平成16年)4頁以下。

(4) 言葉がやや過度に先行している面があるが、医師がリスクを抱えた医療行為を控えたり産婦人科医の減少により出産に支障が出ていること等が、マスコミ報道や各種の特集記事等によって大きく取り上げられている。

(5) 最近の刑事医療過誤事件全般について詳細な分析・検討を行った大著として、飯田英男『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』(平成19年)があり、本稿も大きな示唆を受けた。なお、医療関係事件の中心となるのは言うまでもなく医療過誤事件であるが、本来の「医療過誤」とは言い難いものであっても医療に関係する事件として刑事事件の対象となり得る。例えば、患者の同意なしに行われる専断的治療行為がある。

(6) 福島県立大野病院事件。福島地裁は、平成20年8月20日の判決において、産婦人科医師の業務上過失致死及び医師法違反について無罪とし、検察側の控訴断念により、確定した。同判決については、医療判例解説2008年10月号8頁以下。

(7) 医療機関側の弁護士の立場から問題提起を行ったものとして、第37回日本医事法学会(平成19年11月25日)のシンポジウム「医療事故と刑事責任」における棚瀬慎治の報告「弁護人からみた刑事医療過誤事件」(日本医事法学会『年報医事法学23』(平成20年)111頁以下に所収)。

(8) 医療と刑事法に関するこれまでの研究の歴史をまとめたものとして、甲斐克典「医療と刑法 — 医事刑法の回顧と展望」ジュリスト1348号「特集 刑法典の百年」(平成20年)130頁以下。

(9) ある行為者の具体的な行為が構成要件該当性や違法性を備えているか否かについては、刑事手続の中で、収集された証拠に基づいて次第に内容が明らかにされ、公判手続においては証拠によって認定されることになるので、法解釈論は手続上の諸問題と密接な関係にある。

(10) 刑事責任の内容について本稿で詳論することはできないが、民事責任は私人間の「ヨコの問題」であるのに対して、刑事責任は国家と個人の間の「タテの問題」である。また、犯罪防止のための「最後の手段(ultima ratio)」でもある。

(11) 最高裁判所の前掲(1)の統計によると、平成19年の既済事件の終局区分別の比率は、判決が35.5パーセント、和解が52.2パーセントとなっており、通常事件に比べると和解の比率が高くなっている。原告である患者側は、判決による金銭賠償のみでなく、真相究明や謝罪、再発防止等をも解決内容として期待しており、和解によってこれらを(完全ではないにせよ)実現させることが可能となる。

(12) 自己の事件について証拠を隠滅等しても犯罪にはならないが、医師が医療事故を隠蔽しようとして他の医師や看護師等に記録の書き直し等を指示する場合には、証拠隠滅罪が成立し得る。

(13) 患者の同意なしに行われる専断的治療行為について、多数説は、傷害罪の違法性を阻却しないと考えている。

(14) 構成要件や違法性に関する多くの問題が登場してくる。特に、違法性論については、個人の自己決定権の位置付けや重要性についての理解が大きく影響してくる。

(15) 東京都立広尾病院において、看護師が入院患者に対して誤って消毒液を点滴し患者が死亡した、という事件。最判平成16年4月13日刑集58巻4号247頁は、病院長に対して、医師法21条違反による有罪判決を行った。

(16) このことを改めて確認した最近の判例として、最決平成19年10月16日刑集61巻7号677頁。

(17) 最判昭和57年3月30日判時1039号66頁(高山日赤病院事件)。

(18) 最判平成7年6月9日民集49巻6号1499頁(姫路日赤病院事件)。

(19) 最判平成8年1月23日民集50巻1号1頁(腰椎麻酔剤ペルカミンS事件)。

(20) 医療水準(論)の内容と展開をまとめたものとして、加藤良夫『実務医事法講義』(平成17年)104頁以下〔上田正和執筆〕。過失論全般について解説したものとして、塩谷國昭＝鈴木利廣＝山下洋一郎『専門訴訟体系 第1巻 医療訴訟』(平成19年)17頁以下〔石井麦生執筆〕。

(21) 最判平成11年2月25日民集53巻2号235頁。

(22) 最判平成12年9月22日民集54巻7号2574頁。

(23) 例として、最決平成2年11月20日刑集44巻8号837頁(大阪南港事件)や最決平成15年7月16日刑集57巻7号950頁(高速道路侵入事件)等。これらの判例の状況について、山口厚「因果関係(2)」『刑法の争点』(平成19年)22頁以下。

(24) 本判決に対する一般的な解説として、小川佳樹「異状死体の届出義務と自己負罪拒否特権」『ジュリスト平成16年度重要判例解説』(平成17年)187頁以下。

(25) 本決定に対する一般的な解説として、『刑事訴訟法判例百選[第八版]』(平成17年)217頁A3。本決定を前提とするものとして、最判昭和51年11月18日判時837号104頁。

(26) 本決定に対する一般的な解説として、加藤克佳「令状による搜索(2) — 令状呈示前の立入り」『刑事訴訟法判例百選[第八版]』(平成17年)50頁以下。

(27) 電子カルテは、中規模以上の医療機関において相当程度に普及している。電子カルテについては、厚生労働省がガイドラインを設けている。

(28) 本決定に対する一般的な解説として、村瀬均「令状による差押え(2) — フロッピーディスクの差押え」『刑事訴訟法判例百選[第八版]』(平成17年)54頁以下。

(29) 訴追裁量権の逸脱(公訴権の濫用)について、最決昭和55年12月17日刑集34巻7号672頁(チッソ川本事件)は、「検察官の裁量権の逸脱が公訴の提起を無効ならしめる場合のありうることを否定することはできないが、それはたとえば公訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限的な場合に限られるものというべきである。」としている。

(30) 従来は50万円以下の罰金又は料料であったが、平成18年の法律改正によって100万円以下の罰金又は料料とされた。

(31) 刑事医療事件においては、起訴されるか否かの違いは大きいであろう。刑事手続に対応することによる諸々の負担のみならず、起訴に伴う就業への影響(休職その他)もある。また、チーム医療の場合には、起訴された者が他の起訴されなかった関与者の刑事責任まで事実上負わされる可能性を否定できない。看護師の引継ぎ作業についてこの点が問題となり得るものとして、大阪高判平成16年7月7日判例集未登載(京都大学病院エタノール取り違え事件)。

(32) 平成21年5月21日に施行される。

(33) 現在の実務の運用でもある。もっとも、最決昭和63年10月24日刑集42巻8号1079頁は、「過失犯に関し、一定の注意義務を課す根拠となる具体的事実については、たとえそれが公訴事実中に記載されたとしても、訴因としての拘束力が認められるものではないから、右事実が公訴事実中に一旦は記載されながらその後訴因変更の手続を経て撤回されたとしても、被告人の防禦権を不当に侵害するものでない限り、右事実を認定することに違法はないものと解される。」としている。

(34) これまでの実務では、公判での状況に応じて、訴因の追加、撤回又は変更(刑事訴訟法312条1項)による対応が行われてきた。

(35) 平成20年8月20日に無罪判決が出された福島県立大野病院事件においても、公判前整理手続が実施されている。

(36) 具体的予見可能性説が多数説であり、危惧感(不安感)で足りるとする見解は少数である。危惧感説を否定した代表的な裁判例として、札幌高判昭和51年3月18日高刑集29巻1号78頁(北大電気メス事件)。

(37) 民事においては、医療慣行と医療水準は異なることが最高裁によって明らかにされている(前掲(19)判例)。

(38) 不作為と因果関係に関して、最決平成元年12月15日刑集43巻13号879頁は、「直ちに被告人が救急医療を要請していれば、同女が年若く(当時13年)、生命力が旺盛で、特段の疾病がなかったことなどから、十中八九同女の救命が可能であったというのである。そうすると、同女の救命は合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められるから、被告人がこのような措置をとることなく漫然同女をホテル客室に放置した行為と午前2時15分ころから午前4時ころまでの間に同女が同室で覚せい剤による急性心不全のため死亡した結果との間には、刑法上の因果関係があると認めるのが相当である。」としている。

(39) 東京地判平成4年1月23日判時1419号133頁。大塚仁『刑法概説(総論)〔第四版〕』(平成20年)296頁、大谷實『刑法講義総論[新版第2版]』(平成19年)417頁。

(40) 前掲(23)の判例参照。山口厚『新判例から見た刑法〔第2版〕』(平成20年)8頁、井田良「未遂犯と既遂犯」法学教室337号(平成20年)33頁。

(41) 過失犯に関するものとして、最決昭和63年5月11日刑集42巻5号807頁(柔道整復師事件)は、「被告人の行為は、それ自体が被害者の病状を悪化させ、ひいては死亡の結果をも引き起こしかねない危険性を有していたものである」とし、最決平成4年12月17日刑集46巻9号683頁(スキューバダイビング事件)は、「被告人が、夜間潜水の講習指導中、受講生らの動向に注意することなく不用意に移動して受講生らのそばから離れ、同人らを見失うに至った行為は、それ自体が、指導者らの適切な指示、誘導がなければ事態に適切した措置を講ずることができないおそれがあった被害者をして、海中で空気を使い果たし、ひいては適切な措置を講ずることもできないままに、でき死させる結果を引き起こしかねない危険性を持つ」としている。

(42) 過失併存説に立つものとして、大塚仁・前掲(39)169頁、曾根威彦『刑法総論〔第四版〕』178頁。これに対して、結果から遡って直近の1個の過失行為をとらえる過失段階説(直近過失説)に立つものとして、大谷實・前掲(39)207頁、川端博『刑法総論講義第2版』(平成18年)214頁。

(43) 横浜市大病院患者取違え事件に関する最高裁決定(最決平成19年3月26日刑集61巻2号131頁)を題材に「過失犯からの離脱論」を問題提起するものとして、甲斐克典「医療事故と過失の競合 — 横浜市大患者取違え事件最高裁決定を契機として —」刑事法ジャーナル第12号(2008年)53頁以下。

(44) 危険の引受けについて、社会的相当性の考え方を合わせることによって違法性の阻却を認めたものとして、千葉地判平成7年12月13日判時1565号144頁。

(45) 鑑定受託者作成の鑑定書について刑事訴訟法321条4項の準用を認めたものとして、最判昭和28年10月15日刑集7巻10号1934頁。実務では、私人の依頼によって作成された各種鑑定書についても同項は準用されている(『条解 刑事訴訟法〔第3版増補版〕』(平成18年)708頁)。

(46) 本判決に対する一般的な解説として、木谷明「有罪認定に必要とされる立証の程度としての『合理的な疑いを差し挟む余地がない』の意義」『ジュリスト平成19年度重要判例解説』(平成20年) 211頁以下。

(47) 最決昭和58年5月6日刑集37巻4号375頁、最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁。

(48) 田口守一『刑事訴訟法〔第4版補正版〕』(平成18年) 435頁、池田修＝前田雅英『刑事訴訟法講義[第2版]』(平成18年) 429頁、白取祐司『刑事訴訟法[第5版]』(平成20年) 415頁。

(49) 単独犯か共同正犯かという類型について、代表的な裁判例を紹介しながら検討を行ったものとして、大澤裕「いわゆる単独犯と共同正犯の択一的認定について」廣瀬健二＝多田辰也編『田宮裕博士追悼論集 下巻』(平成15年) 481頁以下。

(50) 民事の裁判例の状況について、鈴木利廣「診療録の改ざん」『医事法判例百選』(平成18年) 34頁以下。

(51) アメリカ合衆国の状況を紹介するものとして、佐伯仁志「医療過誤に対する法的対応のあり方について — アメリカ合衆国の例 —」齊藤豊治他編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第一巻』(平成18年) 227頁以下。

(52) 「医療安全調査委員会(仮称)」の概要を紹介するものとして、加藤良夫「医療安全調査委員会」法学教室2008年8月号2頁以下。