The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	刑事手続打切り論についての一考察（一）：医療過誤の刑事責任限定論を契機として
Author(s)	岩崎，正
Citation	阪大法学. 2014, 64(2), p. 153-182
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/71504
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

刑事手続打切り論についての一考察（一）

――医療過誤の刑事責任限定論を契機として――

岩　﨑　　正

一　はじめに
二　問題の背景事情――医療過誤における刑事手続の役割
三　医療過誤に対する刑事司法介入がもたらす問題
四　医療過誤に対する刑事責任追及に伴う弊害等を刑事法上どのように考慮すべきか――従来の議論とその限界
五　医療過誤における手続打切りの可能性
　1　訴訟手続を打切るための理論構成
　2　訴訟条件論からの理論構成
　3　訴訟条件論以外の理論構成（以上、本号）
　4　近時の学説の傾向と医療過誤
　5　求められる視点と試論
六　結びにかえて

一　はじめに

二〇〇〇年を前後して、医療従事者、とりわけ医師を対象とする刑事責任の追及が急増した。[1] これに対し、医療界からは、いわゆる「医療崩壊」を招くものであるとして強い批判がなされた。この医療従事者に対する刑事責任の追及が増加した背景には様々な要因があるが、例えば医師法二一条の解釈問題も一つの要因と考えられ、大きな論議を呼ぶこととなった。[2]

医療過誤が生じた際、医療従事者に対し、業務上過失致死傷罪を適用することをめぐっては、刑事実体法の解釈にも関係することから、同法分野の研究者からも多岐にわたる提案がなされた。そこでは、医療従事者に対する刑事責任追及には多くの弊害が伴うという医療界の声に呼応し、実体刑法の解釈を通じて、刑事責任が追及される場面を限定する方向性を打ち出すものが見られる。その一つが、業務上過失致死傷罪における「過失」を、「重大な過失」あるいは「認識ある過失」に限定し、処罰範囲を狭めるという試みである。[3] しかしながら、医療界が指摘する刑事規制に伴う弊害といわれるものの中には、過失論には解消できない点もある。仮に、一定の「過失」の態様について、その処罰範囲を限定し得るとしても、なお医療界から指摘される「医療に対する委縮効果」や「再発防止活動の妨げとなる」などの弊害が発生する可能性があるからである。言い換えれば、刑事規制に伴う弊害を回避するためには、過失犯の解釈論だけで対処することが困難な場合があるのではないかということである。[4]

他方、第三者機関などの調査機関や裁判所に替わる制裁機関の設立を提唱する政策的な提案も見られた。ただ、これらの提案はいずれも捜査機関による介入あるいは医療従事者が刑事裁判の被告人となることを完全に排除するものではなく、裁判所による刑罰権の発動を回避する手段としては、なお限定的な効果しか期待できない。

とはいえ、そのような刑事実体法の解釈による処罰範囲の限定あるいは第三者機関などの有用性は決して小さいものではない。そこで、それらを活用しつつ、その守備範囲から漏れ出る事例が刑事手続に乗せられてしまった場合に、どのように対処すべきかを検討しておかなければならない。より具体的に述べれば、実体法上の解釈によっても、業務上過失致死傷罪等の犯罪の成立が避けられない医療過誤が生じた場合、当該事件が刑事訴追をされたとしても、医療に対する委縮効果などの弊害に鑑みて、裁判手続の打切りなどによって、当該被告人に刑罰を科すことを回避する手段が刑事訴訟法上可能であるかどうかを考えなければならないのである。仮にそのような方法が不可能であるとすれば、医療過誤がなんらかの犯罪に該当する場合には、現行法上、それが起訴された以上は（公訴取り消しがなされない限り）有罪判決がなされることになろう。その際、量刑上どんなに軽い刑罰を科したとしても、当該医療行為を「犯罪」とし、当該医療従事者を「犯罪者」としてしまうことに変わりはない。

もちろん、医療過誤事例以外においても、公訴が提起され犯罪事実が認定され得るとしても、なお刑罰を科すべきでないケースが存在する。その場合、明文の規定がなくとも、当該刑事手続を打ち切ることによって対処すべきであるとして、これまで様々な学説が提示され、判例上も実際に刑罰を科すことを回避した事例が存在する。[5] 問題は、医療過誤の場合についても、「刑事手続の打切り」に関する従前の学説および判例の理論を適用し得るかということである。それが肯定されるのであれば、医療過誤に関する刑事責任の追及に対し、その限定に一定程度資することができるといい得るであろう。

しかしながら、医療過誤の場合、これまでの「刑事手続の打切り」に関する学説および判例の理論が念頭に置いてきたケースと異なる性質を持っている。これまでの議論は、「検察官の公訴提起行為に対する批判」という観点から理論構成するものが多く、また、「当該被告人自身の受ける不利益・負担」という点も重視されていたといえ

る。ところが、医療過誤の場合、これらの観点とは必ずしも関連しない問題があり、そのような場合においても、やはり有罪判決を回避することが可能であるかを検討しなければならない。例えば、医療行為の特殊性・専門性といった行為そのものの特質に加えて、医療に対する委縮効果、再発予防のための別の機関による調査の必要性をも考慮する必要があり、そのためには、より広い視点からの検討が不可欠となろう。

ところで、田口教授は、「刑事訴訟の目的」を、「法的社会的秩序の創出による刑事事件の解決」と解することによって、「刑事事件の解決が究極的な訴訟目的であって、つねに処罰が目的となるわけではないので、事件解決策としていわゆるダイバージョンが本来の刑事訴訟制度として認知されることになる。……例えば少年に対する保護処分の優先などの刑事手続外の処分の可能性を訴訟条件とする制度の合目的性も明らかとなる。さらにそれ以外の場合であっても、社会的平和の回復により事件の解決と評価できる場合であれば、それを理由に刑事手続を中止することも可能となる」[6]とされる。何が「刑事訴訟の目的」であるかはまた重要な論点であり、本稿では十分検討することが叶わないが、いずれにせよ「刑事訴訟の目的」に鑑みて、もはや刑事裁判によらなくても、他の手段によって当該事件は解決している（解決することができる）という場合には、刑事手続を打切ることの可能性を示唆している点で意義のある指摘であろう。また、このように「刑事訴訟の目的」を捉え直し、その観点から、刑事手続の打切りに関する理論を構成することで、医療過誤における刑事責任追及によって生じる弊害を考慮して、当該刑事手続を打切ることを可能にする理論的基礎を提供できるのではないだろうか。

そして、このようなある特定の分野・領域については刑事司法の介入を控えるべきではないかという問題は、医療過誤事例に限られる訳ではない。医療行為と同様に、高度の特殊性・専門性をもち、社会的にも必要とされる分野・領域において事故が発生したとき、犯罪が形式的には成立する場合がある[7]。そのような場面において、刑事裁

判はどのような意味を有するのであろうか。兎にも角にも犯罪が成立する以上は有罪判決をもって訴訟を終了させればよいというのであれば、それは現実の社会において刑事裁判ないし刑事手続が有する意義・役割を看過するものである。なぜなら、後に検討するように、刑事手続によって生じる様々な効果が、当該事案にとっての適切な解決に資することなく、むしろ弊害を生むことすらあり得るからである。

医療過誤に対する刑事規制に伴う弊害に対処する方法の一つとして、当該医療従事者を刑事手続から途中で離脱させることが可能とされるのであれば、医療過誤と同様の特別な事情をもつ事案においても、そのような処理が可能となり得る。もしそれを行うことができるのであれば、今後の社会の発展・進化に伴い生じる問題に応じて、刑事手続の適切な運用を図るための調整弁になり得るのではないかと思われる。その可能性の有無を検討するために、医療過誤事案についての刑事手続の打切り（およびそれによる刑事責任の限定化）の可能性を突破口の一つとしたい。また、これを検討する過程で、従来の刑事手続の打切り論に対する新しい視座が得られるのではないだろうか。

そこで、本稿では、まず、現在医療界から提唱されている医療過誤に対する刑事責任の追及や捜査機関の介入から生じる弊害について分析する。次いで、その弊害について、それぞれどのような内容か、その弊害の存在が刑事法上どのように考慮されるのかを検討する。そのうえで、弊害を回避もしくは減少させるためには、刑事法上どのような手段があるかを提示してみたい。とりわけ、これまであまり議論されてこなかった、刑事手続法上の手段を中心に論ずる。そして、刑事手続の打切りに関する比較的最近の有力な見解をもとに、医療過誤に関して刑事責任が追及される場面においても応用可能かを検討したうえで、本問題において今後必要とされる視点を示したい。

二　問題の背景事情―医療過誤における刑事手続の役割

1　日本における医療過誤に対する刑事責任追及の傾向

医療従事者に対する訴追が急増したといわれる二〇〇〇年前後には、その引鉄となった代表的ないくつかの事例が存在した。[8] 急激な訴追数の増加を招いた要因に関しては他にも多くの議論がある。[9] いずれにしても、このような医療過誤に関する刑事責任追及の増加に対して、医療界からは厳しい批判の声が上がった。その論拠は、以下で述べるような各種弊害の存在であるが、それとともに、特に英米において、医療過誤に対する刑事責任の追及がほとんどないことが指摘された。その理由としては、①英米においては、わが国よりも高度な過失の基準が要求されること、[10] ②刑罰以外のサンクションが代替手段として活用されていること、[11] ③事実関係の複雑さ、因果関係や専門家基準についての専門的知識の必要性、医師の裁量性、立証の困難性、専門的知識へのアクセスが容易でない多忙な検察官が訴追権を有していること等の要因が、刑事訴追をコストが高く困難なものにしていること、[12] などが考えられる。しかしながら、①については、過失基準の差異が、医療過誤に対する刑事責任追及の頻度にどの程度影響しているか不明である、[13] ②については、刑罰以外のサンクションの実効性に疑問がある、[14] ③については、わが国においても同様の問題は存在している、という反論がなされよう。加えて、英米においても医療過誤に対する刑事責任の追及が増加傾向にある[15]ことから、その頻度がわが国に比して少ないとされる理由については、法文化や法制度の違いなど様々な要因が複合的に作用しているものと思われ、原因を明確に絞り込むことは困難である。

とはいえ、日本における医療過誤の訴追数の急激な増加現象に対する分析として、わが国において医療過誤が頻繁に発生しているという認識が広まったとき、医療の専門家団体は「休眠状態」であり、行政も民事訴訟にも制度

的限界を抱え、それ以外の適切な公的責任追及手段を欠いていたという「真空状態（vacuum）」を埋めるために、刑事司法制度が用いられたのだという指摘[16]は、あながち否定できないように思える。また、行政調査のコストを軽減し、なおかつ、将来の再発防止を図る手段として比較的低コストによって問題の処理が出来ることから、刑事責任の追及という形が利用されるともいわれている[17]。わが国の現状においては、改善されつつあるものの、行政処分よりも刑事手続が先行する傾向にあり[18]、刑事裁判以外の適当な原因調査および再発防止を図る機関の設立はなお十分でない。また、実体刑法の抜本的な改正が行われる見込みも立っていない[19]。これらの事情から、訴追数が増加した当時から根本的な変化は生じていないと考えられる。したがって、一時期の急増から考えるとある程度落ちつきを見せているものの[20]、医療過誤に対する刑事責任の追及の問題は、未だに燻り続けているといわざるを得ないであろう[21]。

2　医療過誤における刑事手続の役割

また、医療過誤が生じた際に刑事手続を利用することについて、刑事司法ないし刑事手続が本来予定している制度趣旨との関係で問題が生じることがある。医療過誤の存在が疑われる場合に、刑事手続が利用される場面を想定してみよう。医療過誤における捜査の端緒としては様々のものが考えられるが[22]、例えば、当該医療過誤の被害者側による告訴がある。民事請求とは別個に告訴に至る場合、その理由としては、①真相を究明する手段として民事請求等他の方法が奏功しなかった、②民事請求のために医療過誤を立証する証拠の収集を捜査機関に期待する、③処罰感情・応報感情が高い、などが考えられる。しかし、証拠の散逸・隠蔽の蓋然性が認められる場合はさておき、現在は民事上の証拠保全（民事訴訟法二三四条）で訴訟提起前であっても病院内のカルテ等を保全することが可能である。また、逆に、捜査機関が証拠等を押収してしまった場合は、公判記録の閲覧は別として、被害者側が証拠

等を入手することが困難になってしまうおそれもあり、通常、弁護士が医療過誤の被害者側から相談・依頼を受けたとしても刑事告訴を奨励することは決して多くない。[23] 刑事手続は、被害者側が主導できないこともあり、被害者側が求めるような証拠の獲得や真相の究明が常に行われるとは限らないのである。[24] また、被害者らの有する「被害感情」には多種多様なものがある。刑罰を科すことにより応報感情をある程度満たすことができるとしても、損害の金銭的補償を求めて当事者として直接相対する民事請求の方が、被害者らの応報感情を満たす、より適切な手段であるとも考えられる。[25]

もちろん、証拠の隠蔽等の蓋然性が認められるなど、刑事手続を利用することが正当であるような場合もあろう。しかし、医療過誤が生じた場合に、刑事司法ないし刑事手続が本来有すべき制度趣旨を超過する効果を期待して、刑事手続を選択することはやはり適切とはいえない。[26] 他方で、次項に述べるような問題点および弊害も生じると指摘されている。

三　医療過誤に対する刑事司法介入がもたらす問題

近時、医療界から指摘されている、医療過誤に対する刑事司法の介入、具体的には業務上過失致死傷罪による刑事責任の追及がもたらす問題点は、以下のものが挙げられる。[27]

1　医療行為の特殊性（専門性・不確実性・裁量性）

医療事故は医療行為に伴い生じるものであるが、その行為自体に特殊性が存在している。医療が常に人の生命・健康に関わる高度な専門的知識と技術を駆使して遂行される業務であることから、医療行為が人の死や健康を損なうことに直結するリスクが高いということである。そこには、より安全な医療のために取るべき行動が事後でなけ

れば明確とならないという不確実性が存在するのであり、神経を尖らせ万全の注意を払っていてもある頻度で事故が発生する本来的リスクが高いものであるといわれる。また、その不確実性ゆえに、事後的に最善でない判断や行為が見付かった場合、その当否を判断するためには、「平均的な診療能力」、「あるべき適正な医療」を設定しなければならないが、それらは個々の症例や実施環境などによっても異なるもので、一般的に論ずることは困難であるとも指摘される。

2　再発防止にならない

刑事裁判は、事故を起こした直接の加害者をピックアップし刑罰を与えるに止まる。したがって、当該事故の全容が明らかになるわけではない。このことから、医療事故防止のためには、個人の責任を追及するよりも、ミスが生じたシステム全体を問題とすべきであるといわれる。また、刑事裁判は再発防止に直接的に資するわけではないし、むしろ、刑事責任の追及をおそれるがゆえに、自己が関与したインシデントについての報告を躊躇してしまうことから、原因究明を阻害して再発防止の妨げにすらなってしまうと指摘されている。診療記録などが捜査機関の手に移ってしまい、院内での調査が困難になるという点も挙げられる。

3　不利益が過大であり不公平感があること

医師には、「診察治療の求があつた場合には、正当な事由がなければ、これを拒んではならない」という応召義務が課せられている。[28] リスクの高い患者であっても診療を拒否することはできない。しかし、患者の病状が自らの診療能力を超えていることかどうかは、診療を始めてみなければ分からない場合も多い。そうであるのに、診療を拒否すれば医師法違反に問われ、診療を引き受ければ、その結果に対して刑罰を課せられるのは過酷であるという主張である。

4　医療界への委縮効果

「犯罪者」とされ刑罰を科される危険があるということは、委縮効果を生むといわれる。リスクのある手術等は躊躇され、そのような分野に従事する者も減り、防衛的な医療しか行われなくなるという指摘である。

四　医療過誤に対する刑事責任追及に伴う弊害等を刑事法上どのように考慮すべきか
―従来の議論とその限界

前項で検討したように、一定の医療過誤事例に対する刑事責任の追及については、①医療行為の特殊性、②原因究明・再発防止の阻害、③医療従事者へのリスク・負担の集中、④委縮効果がもたらす不利益の大きさという諸点について他の過失犯とは同列に論じることのできない問題があり、これらの点を考慮して、何らかの形で免責することが必要となると思われる。[29] では、それは刑事法上、どのような形で考慮されるべきであろうか。

1　医療過誤に対する刑事責任追及に伴う弊害等を刑事法上どのように考慮すべきか

（1）医療行為の特殊性

前述した「医療行為の特殊性」、すなわち、医療行為の専門性・不確実性・裁量性に関し、その特性を考慮して、刑事責任を限定することについてはおおむね異論はない。刑事実体法上の理論においては、従来から「許された危険」理論によって、人の死などの結果の予見があって、医療行為を行った結果患者が死亡したとしても、その行為を過失とするべきでないといわれる。[30] 具体的にいえば、当該医療行為のもつ専門性・不確実性・裁量性を考慮した「医療水準」を設定し、それが守られている場合には、その行為から患者の死傷結果が生じたとしても、当該医療行為は注意義務違反がなく、「過失」に当たらない（ので犯罪が成立しない）、という形で処理されるのである。現

在の裁判実務上でも、「医学的準則」が検討されるに際して、医療行為の専門性・不確実性・裁量性に配慮して注意義務違反の有無を決定しているとされる。[31]

しかしながら、このような考え方を採用したとしても、そのような「医療水準」ないし「医学的準則」に達しないと評価されるもの、あるいは、プリミティブな不注意や単純ミスなどは免責される余地はなく、過失犯は成立する。たしかに、そのような態様の過失犯は、もはや前記の弊害を考慮する必要がないという考えもあり得よう。[32]けれども、医療行為の専門性等を考慮する必要がないように思われる医療過誤事例であっても、なお前記②から④の問題が残るのではないだろうか。専門性等を考慮する必要がない場合、結果発生の原因および再発防止策は明白であり調査を要しないし、刑事責任を受けるという不利益が過大とはいえないと評価されるような場合もあるかもしれない。しかしながら、例えば、「患者の取り違え」といったケースでも、その原因・再発防止に関しては容易に結論付けられるものではないし、[33]そのような一見すると単純なミスであっても、患者の死などの重大な結果を生じてしまうリスクが集中していることにかわりはない。[34]さらに、後述するように、「委縮効果」の問題も否定できない。

この点については、医療過誤における「過失」の範囲をさらに限定し、「認識ある過失」ないし「重大な過失」と評価されるもの以外は、処罰すべきでないという主張がある。[35]しかしながら、前記①から④の弊害を考慮せずともよいといい得る「過失」概念を設定することは容易ではなく、仮にそのような「過失」概念が画定できるとしても、実体刑法の解釈において、そのような線引きが可能であるかについては、必ずしも多くの賛同を得ていないようである。[36]加えて、過失の程度によってその処罰範囲を決することの危うさを指摘する見解もある。[37]

したがって、実体法上の解釈としては、①の点につき、「許された危険」理論を考慮したうえで、「医療水準論」によって注意義務がないとすることはできても、「医療水準」ないし「医学的準則」に達しない場合は実体法上犯

罪の成立を否定することはできない。

他方、刑事手続法上、医療行為の有する専門性等は、検察官の公訴提起の判断において、立証上の困難性ないし被疑者に有利な犯罪の情状（犯罪の原因・方法）として考慮され[38]、あるいは量刑においても、被告人に有利な情状として考慮されると考えられるが、それで十分といえるかどうかは議論の余地があろう。

（2）原因究明・再発防止の阻害

再発防止のためには、個人に対する責任追及よりも、ミスが生じたシステム全体を問題とすべきであるとされる。たしかに、個人の責任よりも組織的な体制の不備等が医療事故の結果発生の根本的な原因と思われる事例も存在するであろう。だからといって個人の刑事責任を一律に免責することまではできない[39]。組織全体の問題があったことは、通常は、起訴猶予に傾くべき事情あるいは被告人に有利な量刑の事情として考慮されるにとどまり[40]、犯罪の成否にまで影響することは多くない[41]。

次に、「刑事裁判は再発防止に資さない」、あるいは、「刑事責任の追及が再発防止を阻害する」、という点についてはどのように考えるべきであろうか。前者については、医療の特殊性を理由に支持するものもあるが、それにより刑事責任の追及が相当でないことはいえても、まったく再発防止の効果がないとまではいい難い[42]。後者の点については、刑事責任の追及を放棄することが原因究明および再発防止に役立つかどうかは疑問であるとして、これに懐疑的な見解も有力である[43]。いずれにせよ、これらを理由に犯罪の不成立を導くことは困難であろう。

たしかに、刑事責任の追及が必然的に原因究明を阻害するわけではない。しかしながら、刑罰の目的の一つである一般予防は、再発防止を目的とする原因究明と同じベクトルに向かっているはずである。そうであれば、刑事責任の追及が原因究明を阻害するような事態に至っていると評価される場合には、刑事手続以外の原因究明・再発防

止手段を優先させることを一つの考慮要素として、刑事手続ないし訴訟を一旦終了させるという方法も採り得るのではないだろうか。[44] 事実上期日を先延ばしにするという方法では、必要な資料を裁判所あるいは捜査機関が有したままであるし、当該医療従事者を被告人という不安定な立場から解放することもできないからである。

（3）医療従事者へのリスク・負担の集中

前述のとおり、医師に応召義務が課せられていることなどから、医療従事者に刑事責任を負う危険が集中している。そうであるとしても、医療従事者を一律に免責することはできず、犯罪の不成立まで導くことは容易ではない。[45] ただ、このような事情を考慮すれば、個別的には、犯罪が実体法上成立するとしても、刑事責任を負わせるべきではないケースがあり得るであろう。[46] そのように刑事責任を負うという不利益が過大である事例は起訴猶予等で適切に処理すればよいと主張する論者もあろうが、そのような選別が常に行われる保証はない。井田教授が指摘するように、「被害者またはその遺族（そして、マスメディア）の対応いかんにより、断片的な（その意味で不平等な）立件・処罰が今後も行われていくことが予想される」[47] のである。そうであれば、その不公平感・不平等感を解消するために、仮に一旦起訴された場合であっても、公判廷において明らかになった当該事件の事情により裁判を打切ることで、起訴される以前の状態に戻すことが「個別的」[48] にあって良いのではないかと思われる。罰金刑あるいは猶予刑などのミニマムな刑で処理すれば足りると考える向きもあろうが、それは当該行為を「犯罪」とし、当該医療従事者を「犯罪者」とすること自体の負担を軽視するものである。

（4）委縮効果がもたらす不利益

この点については、現実に公判請求されている事案の多くが、「単純ミス」であることを指摘し、そのようなケースであれば、刑事責任を追及したところで、委縮効果はないとする見解がある。[49] それに対して、刑事処分を科

すべき「悪質な事例」と、「初歩的ミス」とは異なるとする見解が対立している。[50]「委縮効果」に関する議論においては、そもそも「委縮効果」自体の定義をどのように捉えるかという問題もあり、その実証的な調査・根拠が無い段階で結論を提示することは容易ではない。[51] しかし、「委縮効果」の概念を抽象的に捉えれば、次のように考えることができる。医療行為は単純ミスであっても人の死傷という重大な結果を招く可能性があり、そのリスクは医療従事者に集中している。他方、専門性が高い医療従事者には誰もが簡単になれるわけではなく、社会における重要な人的資源でもある。そうであれば、医療過誤による刑事責任の追及は、医療関係者の数の減少あるいは特定の分野への偏在を招き、逆に、特定分野の医療関係者を増やすために垣根を下げるとレベルが下がる（専門性が維持できない）ことになろう。[52] それは国民全体にとって大きな不利益となってしまう。そして、そのような効果は、多かれ少なかれ単純ミスなどの重過失であっても生じる可能性がある。

2　刑事手続法による対応の必要性

前述のように、刑事実体法の解釈によって医療過誤の刑事責任を限定しようとする試みは、決してその意義は小さいものではない。たとえそれが医療行為によって生じたとしても、誰が見ても刑事責任を問われるべき「過失」事例と、そうとはいい難い「過失」がある。その「過失」の範囲を画定・限定することには、医療過誤に対する刑事規制の弊害を取り除く効果が認められるといえよう。その意味で、どのような過失が可罰的なのか、あるいはそうでないのかということを分析・検討することは今後も極めて重要な研究課題といえる。ただし、「過失」という「犯罪の成否」に関わる問題と、その過失犯が「起訴され処罰されるべきか」という問題は重なり合う部分も少なくないが、別の視点から検討することが必要である。仮に、過失の態様そのものからは犯罪の成立は否定しがたい場合においても、これまで検討してきた弊害等からやはり当該行為者の刑事責任を追及すべきでないケースがあり

得る。そのような視点からこの問題を捉えたとき、刑事実体法からの検討だけでなく、個別の事例を全体的に観察して最も適切な解決手段を選択する必要がある。換言すれば、当該事案の個別具体的な事情に鑑みて刑事手続（特に刑事裁判）を行うかどうか判断すべきであって、そのような分析は、刑事実体法以外の視座に立って行うことが求められるのである。(53)

そこで、刑事実体法の解釈以外の観点からは、どのように考慮すべきかが問題となるが、少なくとも前記①および③の問題点は、被告人に有利な量刑事情あるいは起訴猶予に傾く事情として考慮されよう。量刑ないし起訴裁量による対応は、当該医療過誤についてのさまざま事情を総合的に考慮できる点、各事例ごとに個別的な対応が容易である点で、優れている。ただ、量刑事情として考慮する方法は、どのような軽い刑罰であっても、当該医療過誤を犯罪と認定し、刑罰を科すことに変わりはなく、前記弊害を解消する効果はほとんど見込めない。そのため、刑事裁判の手続に至る前に不起訴によって処理することの重要性は高いのであり、今後もその適切な運用により対応してゆくべきであるとする見解もある。(54) しかし、不起訴理由は明示される必要はなく、その考慮する事情の程度・範囲は明らかではない。結局、医療従事者の立場からみれば、どのような場合であれば起訴されないのかという基準は示されないのであり、特に委縮効果という点からは問題である。

それ以外にも課題は残されている。多くの場合、公訴が提起されるかどうかが、可罰不可罰の大きな分岐点になるのであり、その判断者は医療の専門的知識および臨床経験を有するものであることが望ましく、検察官（捜査機関）では不十分であるとする主張も肯ける。その点で、医療専門家を中心とした医療過誤に対する事故調査機関の設立は不可欠であろう。そのような能力を有する調査機関が存在するのであれば、調査機関の判断を基に刑事手続を行うか否かが決定されなければならないし、その前提として、調査機関の判断が出るまでは捜査機関による介入

も差し控えられるべきであろう。[55] また、前述したように、刑事責任の追及が既に行われている場合にも、調査機関の判断が未了であることを一つの考慮要素として、刑事手続を一旦終了させることも検討すべきであろう。それにより、前記②の「原因究明・再発防止の阻害」を回避・除去する効果も望めるのではなかろうか。

もちろん、そのような調査機関の判断を待たずに捜査機関が介入する必要性がある場合には、例外を許さなければならないと思われるし、後述するように、現在提案されている各制度も、捜査機関の介入および検察官の刑事訴追を完全にシャットアウトするものではない。[56] しかしながら、調査機関が訴追を許すような判断を示したとしても、もしそれが事前に判明していれば訴追が許されることはなかったというような新たな事情が、公判段階で初めて明らかになることもあり得る。したがって、そのような場合にも、既に始まっている刑事裁判手続を打切ることも必要となるであろう。

これに加えて、委縮効果などの弊害を考慮して、もはや当該医療従事者に対して有罪判決を下すべきでないと評価されることを理由に、裁判手続を打切ることも求められるといえるのではないだろうか。そのような裁判所の判断が示されれば、検察官は、訴訟の打切りがなされるような事案については訴追を控えるであろうから、徐々に起訴されるか否かの基準が明確になり、刑事責任が追及される不安も緩和される方向に傾くであろう。[57]

次の問題は、より具体的にどのような条件の下、当該医療過誤について刑事責任の追及をやめるべきといい得るかである。前記の問題点・弊害が認められたとしても、既に刑事裁判手続に乗せられているにもかかわらず、そこから離脱できるほどの理由が認められるかという問題である。また、仮にそのような刑事手続からの離脱が認められるとしてもその理論構成が必要になる。従来の手続打切り論、訴訟条件論、公訴権濫用論の枠組みを用いてこれが可能かを考えなければならないし、それが不可能であれば、あらたな理論の構築も必要となってくるであろう。

この点について項を改めて検討する。

五　医療過誤における手続打切りの可能性

1　訴訟手続を打切るための理論構成

これまで検討した医療過誤に対する刑事司法介入の問題点および弊害を理由に、実体判決をすることなく、訴訟手続を打切ることができるかということが問題となる。公訴提起がなされた場合、裁判所が訴訟手続を打切るためには、公訴棄却・免訴等の形式裁判をすることになる。一般に、形式裁判事由の各要件は、訴訟条件であるとされ、その欠缺により実体判決をなし得ず、手続を終結せざるを得ないと説明されてきた。しかし、前記**三**で述べた問題点および弊害があるからといって、医療過誤事件が、これらの法定の形式裁判事由に該当するとはいえない。

ところで、以下で紹介するように、法定の形式裁判事由に該当しないような事情の存在を理由に、裁判手続を打切ることを可能にするための解釈論が展開してきた。もとより、これらの学説は、医療過誤の場合のみを念頭に置いたものではないが、同じく法定の事由に当てはまらないと考えられる医療過誤事例への適用ないし応用の可否を検討する必要がある。

わが国においては、一九六〇年代ころから、いわゆる「公訴権濫用論」の主張がなされ、①嫌疑なき起訴、②起訴猶予相当の場合の起訴、③違法捜査に基づく起訴という三類型を中心に議論が百出した。そして、この「公訴権濫用論」に関する議論に端を発し、それをどのような法的構成によって説明するかが問題となった。大別すれば、訴訟条件の枠内で処理することを提示するものと、それ以外の構成をとるものがある。前者は上記三類型あるいはそれ以外の明文の規定はないが形式裁判により手続を打切るべきと考えられる事由（の不存在）を訴訟条件として

構成する見解である。そのような明文の規定のない訴訟条件は「非典型的訴訟条件」としての地位を与えられ、なおかつ、当事者主義の観点から訴訟条件を再構成することが唱えられていた。他方、訴訟条件の枠組み以外での構成をする見解は、裁判所が検察官の訴追裁量をコントロールするという発想から説明を試みるものや、裁判所が被告人の救済あるいは一定の政策的観点から「手続を打切る」ことを統一的な思想から説明するものがある。(58)

2　訴訟条件論からの理論構成

訴訟条件という概念は、当初、ドイツの民事訴訟法の分野において提唱され、その議論がわが国の刑事訴訟法学に輸入され、次第に「裁判所が実体審判を行うための条件」として把握する見解が有力となり、今日ではこの理解が通説といっても差支えなかろう。(59)そして、「公訴権濫用」の類型などを訴訟条件の枠組みで説明する見解が登場した。そこでは、捜査構造論に絡めながら、訴訟条件は、訴訟構造として当事者主義をとる現行法のもとでは、裁判所に対して消極的に実体裁判を禁じ、形式裁判をなすべき要件を示すだけでなく、その欠缺の結果なされる公訴棄却等の裁判が、当事者たる検察官の訴追行為を批判する機能をもつとされる。(60)したがって、検察官が公訴提起をなすべき十分な要件を満たした場合に、はじめて実体裁判が許されるのであり、公判手続は、検察官の訴追行為に対する批判―判断という構造をとることになるとするのである。(61)そして、訴訟条件を①実体的訴訟法律関係を有効に構成するための条件と、②実体的訴訟法律関係が存続するための条件に分類し、「公訴提起の時点における起訴を許容するに足りる客観的な嫌疑の存在」と「起訴猶予すべき事実の不存在」も訴訟条件に含まれるとして、「起訴猶予すべき事実の不存在」は、②にあたるものとする。刑事手続の目的は具体的刑罰権の内容を明らかにしてそれを実現することにあるのであり、その利益ないし必要のないときには訴訟関係が存続するための条件が存在しないことから、免訴をもって裁判を打切るべきであるというのである。(62)

これに対して、同じく訴訟条件論の枠組みでの構成を標榜するが、従来の公訴権濫用論において、「被告人の早期解放」あるいは、検察官の公訴提起に対する「批判性」が過度に強調されている点を指摘し、訴訟条件を「多面的な機能を有する複合体」であるとして、訴訟条件の持つ機能に着目する見解がある。[63] 訴訟条件には、公訴抑制機能、実体審理阻止機能、実体判決阻止機能という三つの機能があり、当該「訴訟条件の存否判断が実体形成と関連する態様・度合いに応じて」、そのような訴訟条件の機能が発現する場合があるという。[64] そして、実体判決阻止機能が働くためには、全体の法秩序から見て「訴訟そのもの」（＝実体的訴訟関係の存立そのもの）が許容されない場合であることが必要とされる。例えば、遅延裁判や違法なおとり捜査は、法秩序全体からみて「訴訟そのもの」が受け入れられない場合であるため、超法規的に免訴の形式によって処理するべきであるとする。[65]

この見解は、訴訟条件という枠組みを維持しつつも、法秩序全体から見て「訴訟そのもの」が許容されない場合という基準を定立することで、おとり捜査や遅延裁判といった検察官の公訴提起行為に還元し得ない場合をも射程に入れる。そして、「訴訟条件の存否判断が実体形成と関連する態様・度合いに応じて」発生する訴訟条件の機能に着目して個別的にその処理方法を説明しようとするものである。

3　訴訟条件論以外の理論構成

このような訴訟条件の枠内での理論構成に対して、「訴訟条件を用いた打切りの理論構成から脱皮し、訴訟、ひいては司法を全体として観察する打切り論へと転換する」ことを提案する見解が登場した。[66] この見解は、従来の公訴権濫用論が、「救済的法理と政策的法理を混同し」ていたこと、本来の領分を超えて、迅速裁判違反や不公平な訴追などの問題をも取り込もうとしたことにより肥大化したことを批判し、「救済の法理と政策の法理とを統合していくような原理」の存在を探求するものである。[67] そして、ニューヨーク州における「正義の増進のための訴追の

打切り」の制度を、その立法過程から詳細に分析したうえで、そこで看取される「正義の原理」を（日本の上訴に関する規定（刑訴法四一一条）等にも見出し）、「手続打切り」を根拠付ける原理として用いるべきであるとする。[68] より具体的には、この「正義の原理」によって手続の打切りが認められるかは、ニューヨーク州の「訴追の打切り」手続において示された基準（クレイトン基準あるいは一九七九年立法による基準）と類似する、上告審の「著しく正義に反する」かどうかの判断基準を援用することを提案する。[69]

（1）飯田英男『刑事医療過誤Ⅱ』（判例タイムズ社、増補版、二〇〇七年）六頁以下、中山研一・甲斐克則編著『新版医療事故の刑事判例』（成文堂、二〇一〇年）三頁、押田茂實「医療事故に対する刑事処分の最近の動向」甲斐克則編『医事法講座第3巻　医療事故と医事法』（信山社、二〇一二年）四四頁以下など。

（2）刑事医療過誤事件の増加の経緯については、飯田・前掲書註（1）六頁以下、樋口範雄『医療と法を考える』（有斐閣、二〇〇七年）一二九頁以下、佐伯仁志『制裁論』（有斐閣、二〇〇九年）三一六頁以下などにまとめられている。医師法二一条の問題につき、小川佳樹「医療事故と医師の届出義務」刑事法ジャーナル第三号（二〇〇六年）四〇頁以下等参照。

（3）甲斐克則『責任原理と過失犯論』（成文堂、二〇〇五年）一二七頁以下、同『医療事故と刑法』（成文堂、二〇一二年）六七頁以下。同「〈特集　事故と刑事法〉医療事故」法学教室三九五号（二〇一三年）二七頁、萩原由美恵「医療過誤における刑事責任の限定」中央学院大学法学論叢二四巻一・二号（二〇一一年）一二三頁以下も参照。

（4）医療に対する刑事責任の追及に関し、実体法の理論に加え、「手続的可罰評価」の問題として、その限定を示唆するものとして、米田泰邦『犯罪と可罰的評価』（成文堂、一九八三年）。同『医事紛争と医療裁判』（兵庫県医師会、第二版、一九九三年）二五三頁、同『医療者の刑事処罰』（成文堂、二〇一二年）も参照。

（5）最大判昭和四七年一二月二〇日刑集二六巻一〇号六三一頁（高田事件）など。

（6）田口守一『刑事訴訟の目的』（成文堂、増補版、二〇一〇年）五〇頁。

（7）鉄道事故、航空機事故などに代表される（「特殊過失事件」と呼ばれることもある）が、ヒューマン・エラー論とし

て議論されることも多い（小松原明哲『ヒューマンエラー』（丸善、第二版、二〇〇八年）、シドニー・デッカー〔芳賀繁監訳〕『ヒューマンエラーは裁けるか―安全で公正な文化を築くには』（東京大学出版会、二〇〇九年）、シドニー・デッカー〔小松原明哲・十亀洋監訳〕『ヒューマンエラーを理解する』（海文堂、二〇一〇年）等参照）。

（8）例えば、一九九九年に発生した広尾病院事件（最判平成一六年四月一三日刑集五八巻四号二四七頁）では、医師法二一条の解釈が問題になり、その後の医療過誤の訴追数の増加にもつながったといわれる。

（9）前掲註（1）および（2）に記載した各文献を参照。

（10）医療過誤に対する英米の過失基準につき、福田雅章「アメリカの医療過誤に関する刑事判例」中山研一・泉正夫編著『医療事故の刑事判例』（成文堂、一九八三年）二八二頁以下、佐伯・前掲書註（2）二九三頁以下、星周一郎「アメリカにおける医療過誤に対する刑事法的対応」首都大学法学会雑誌第五〇巻二号（二〇一〇年）一八七頁以下、奥津康祐「英米両国における医療事故での刑事処罰」医学のあゆみ第二三五巻四号（二〇一〇年）三二三頁以下、佐伯仁志・于佳佳「英米における医療過誤への刑法上の対応」刑事法ジャーナル二八号（二〇一一年）二九頁以下、日山恵美「医療事故と刑事過失責任―イギリスにおける刑事医療過誤の動向を参考にして―」甲斐克則編『医事法講座第3巻　医療事故と医事法』（信山社、二〇一二年）二三七頁以下等参照。

（11）佐伯・前掲書註（2）三一一頁。

（12）ロバート・B・レフラー（三瀬朋子訳）「医療事故に対する日米の対応」判例タイムズ一一三三号（二〇〇三年）二二頁、Robert B. Leflar and Futoshi Iwata, *Medical Error as Reportable Event, as Tort, as Crime: A Transpacific Comparison,* 12 Widener L. Rev. 189, 214-215 (2005) 等参照。奥津・前掲註（10）三二五頁は、アメリカでは「起訴を担当する検察官は公選制であり、有権者を意識して訴追裁量権を行使することとなるため、医療訴訟は敬遠されやすい」とする。

（13）佐伯・前掲書註（2）三〇三頁。

（14）Kara M. McCarthy, Note: *Doing Time for Clinical Crime: The Prosecution of Incompetent Physicians as an Additional Mechanism to Assure Quality Health Care,* 28 Seton Hall L. Rev. 569, 581-600 (1997). また、佐伯仁志「ドイツにおける刑事医療過誤」井上正仁・酒巻匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、二〇一二年）二七五頁は、「ドイツにおいては、非刑事的サンクションが充実しているにもかかわらず、刑事制裁も積極的に用いられているように見える」とす

る。

(15) James A. Filkins, *"With No Evil Intent": The Criminal Prosecution of Physicians for Medical Negligence,* 22 J. Legal Med. 467 (2001), R. E. Ferner and S. E. McDowell, *Doctors Charged with Manslaughter in the Course of Medical Practice, 1795–2005*: literature review, 99 (6) J. R. Soc. Med. 309 (2006).

(16) ロバート・B・レフラー（三瀬朋子訳）「医療安全と法の日米比較」ジュリスト一三二三号（二〇〇六年）一七頁以下、Robert B. Leflar , *"Unnatural Deaths," Criminal Sanctions, and Medical Quality Improvement in Japan,* 9 Yale J. Health Pol'y, L.& Ethics, 18-21 (2009) を参照。

(17) 宇賀克也「医療事故の原因究明・再発防止と行政処分―行政法的視点からの検討」ジュリスト一三九六号（二〇一〇年）一九頁以下、井田良「医療事故に対する刑事責任の追及のあり方」井上正仁・酒巻匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、二〇一二年）二四五頁以下参照。

(18) 宇賀・前掲註（17）一七頁以下。

(19) 井田・前掲註（17）二四三頁は、立法による処罰範囲の限定の難しさを指摘する。

(20) 飯田英男『刑事医療過誤Ⅲ』（信山社、二〇一二年）二四頁、押田・前掲註（1）四四頁。

(21) 医療に対する法的責任のあり方につき網羅的に記されたものとして、前掲註（4）に記載した各文献参照。

(22) もちろん、告訴等がなくとも、捜査機関は報道や内部告発者らから当該事件の情報に接し、捜査を開始することもある。前述のような医療過誤の訴追数の増加には、マスコミのセンセーショナルな報道の影響もあろう。

(23) 赤松岳「過失・因果関係の主張・立証の仕方（2）」東京弁護士会弁護士研修センター運営委員会編『弁護士専門研修講座　医療過誤訴訟の専門知識とノウハウ』（ぎょうせい、二〇〇八年）二四七頁以下参照。また、一般に民事に比して捜査機関の方が証拠収集能力が高いといっても、捜査機関側の体制の整備等に限界があることにつき川出敏裕発言「座談会　現代における安全問題と法システム（上）」ジュリスト一二四五号（二〇〇三年）一四頁、同一九頁参照。

(24) 川出敏裕「刑事司法の役割と限界―大規模事故・医療事故を中心に」井上正仁・酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』ジュリスト増刊新・法律学の争点シリーズ六（二〇一三年）二一頁は、「そもそも、刑事手続は、当該事件につき、被疑者・被告人とされた者の刑事責任の有無と程度を決定することを目的とするものである以上、捜査・公判での事実解明の対象

は、あくまで、そのために必要な範囲にしか及ばないし、それを超えて及ぼすべきものでもない。事故の原因として重要な事実であっても、それが刑事責任と関係しないのであれば、それを解明することは刑事司法の役割を超えるものであり、刑事司法は、そのような期待に応えることはできない」とする。

(25) 佐伯・前掲書註（2）二五五頁参照。これに関して、川出発言・前掲註（23）二〇頁は、被害者ないし社会一般が、関係者が処罰されることにより納得を得ることや、刑事手続の中で真実を解明されることを要請しているために、刑事への依存を生みだしていると指摘する。

(26) 清水真「医療事故への刑事法的対応に関する考察」獨協法学第六四号（二〇〇四年）一三七頁は、「医療事故の発生に際して医療従事者側が誠実に原因説明をしないために患者側が真相を知り得ないこと、医道審査会・日本医師会等の医療専門機関による医療従事者に対する制裁措置が軽過ぎるという不満を補完する役割として捜査・訴追・刑事裁判機能が期待されている面がある。とはいえ、ある非刑事制裁制度が十分に機能しないことの補完として捜査・訴追・刑事裁判という刑事司法の発動が期待されるという現象は些か病理的である。個々の制度には本来予定されている機能・範囲があり、刑事手続の「転用」ともいうべき事態は避けるべきであるように思われる」とする。また、山中敬一「医事刑法の序論的考察（1）」関西大学法学論集六一巻三号（二〇一一年）一三三頁は、「民事訴訟の効果的追行のための手段や、行政処分を行う名目として刑事告訴がなされるというように、別の目的の手段として刑事法の適用が求められることは、刑事法の究極性・謙抑性の原則に反する」とする。

(27) 日本医師会医療事故責任問題検討委員会「医療事故に対する刑事責任のあり方について」（二〇〇七年）、神谷恵子『医療事故の責任―事故を罰しない、過誤を見逃さない新時代へ』（毎日コミュニケーションズ、二〇〇七年）、樋口・前掲書註（2）一四八頁以下、日本産婦人科学会「診療行為に関連した死亡に係る死因究明等の在り方」に関する見解と要望」（厚生労働省宛）（二〇〇八年）、水谷渉・澤倫太郎「医療刑事裁判について」日医総研ワーキングペーパーNo.213（二〇一〇年）、日本医師会・医療事故調査に関する検討会「医療事故調査制度の創設に向けた基本的提言について」（二〇一一年）、日本医師会「更なる医療の信頼に向けて―無罪事件から学ぶ」日医総研シンポジウム（二〇一一年）等をもとに整理したが、各弊害は相互に影響・関連し合うものといえる。

(28) 医師法一九条一項。応召義務については、樋口・前掲書註（2）六八頁以下、山中敬一「医事刑法の序論的考察

（2・完）」関西大学法学論集六一巻四号（二〇一一年）七六頁以下等参照。

(29) もちろん、すべての医療過誤事例につきこれらの問題が発生するわけではなく、その程度も異なるのであって、個別の対応が必要となる。医療過誤につき一律に免責することは現実的でないし、適切とはいえない。

(30) しかし、同理論は結果の発生が予見されたとしても、それが「許された危険」であれば、故意犯が成立することはないというにとどまるのであって、当該医療行為が、「医療水準に合致した適切な診療行為と認められた場合にはじめて、客観的に発生した侵害結果に対する過失責任を否定することが可能となる」（佐久間修『最先端法領域の刑事規制』（立花書房、二〇〇三年）九五頁）のであるから、当該医療行為がその有用性・必要性等から「許された危険」と評価されたからといって、すべて犯罪が成立しないというわけではない。「許された危険と被害者の同意―構成要件該当性と違法性阻却」警察学論集第六五巻第一二号（二〇一二年）一二九頁以下等参照。

(31) 「医療水準」に言及する判例は、最判平成七年六月九日民集四九巻六号五七頁等多数存在したが、福島県立大野病院事件（福島地裁判決平成二〇年九月十七日、飯田Ⅲ・前掲書註（20）二〇一頁以下参照。）の判決は、「臨床に携わっている医師に医療措置上の行為義務を負わせ、その義務に反したものには刑罰を科す基準となり得る医学的準則は、当該科目の臨床に携わる医師が、当該場面に直面した場合に、ほとんどの者がその基準に従った医療措置を講じていると言える程度の、一般性あるいは通有性を具備したものでなければならない。なぜなら、このように解さなければ、臨床現場で行われている医療措置と一部の医学文献に記載されている内容に齟齬があるような場合に、臨床に携わる医師において、容易かつ迅速に治療法の選択ができなくなり、医療現場に混乱をもたらすことになるし、刑罰が科せられる基準が不明確となって、明確性の原則が損なわれることになるからである」とする。医師の裁量と医療の一般水準についての判例の変遷等について、稲垣喬「医療の診療をめぐる刑事過失の認定」阿部純二他『鴨良弼先生古稀祝賀論文集』（日本評論社、一九七九年）四二五頁以下、萩原由美恵「医療過誤訴訟における医療水準」中央学院大学法学論叢二二巻一号（二〇〇九年）二五頁以下、中山・甲斐編・前掲書註（1）七頁以下、山口斉昭「医療水準論の機能について」甲斐克則編『医事法講座第3巻　医療事故と医事法』（信山社、二〇一二年）七七頁以下、山中敬一「医療過誤と客観的帰属論―医療水準論を中心に―」関西大学法学論集六十二巻二号（二〇一二年）六四頁以下が参考になる。なお、米田『医療行為と刑法』（一粒社、一九八五年）一〇五頁以下、佐久間・前掲書註（30）八四頁以下も参照。

（32）飯田Ⅲ・前掲書註（20）二六頁以下、後掲註（49）の記載参照。

（33）横浜市大患者取り違え事件（最決平成十九年三月二六日刑集六一巻二号一三一頁。事件状況を詳細に記したものとして奥津康祐「判決文から読み解く医療過誤」（星雲社、二〇〇五年）一八頁以下および一〇八頁以下参照。）では、複数の看護師のミスが重なり、それを看取出来なかった執刀医、麻酔担当医など全員が有罪となったが、「チーム医療」の問題として、信頼の原則だけでなく、過失の競合などとも関連して議論がある（後掲註（41）に掲げた各文献のほか、北川佳代子「刑事医療過誤と過失の競合」年報医事法学二三号（二〇〇八年）一〇二頁以下、同「複数人の過失処罰をめぐる問題点」高橋則夫他編『曽根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、二〇一四年）六二一頁以下、萩原由美恵「医療過誤と過失犯（二・完）」中央学院法学論叢二一巻二号（二〇〇八年）二七頁以下等参照。）。なお、同事件を受けて厚生省（当時）から患者誤認事故防止方策に関する検討会報告書（一九九九年）が提出され、各種ガイドライン等の作成の契機となった。「患者の取り違え」という言葉の印象からは単純ミスのように聞こえる事例でも、詳細に考察すると複雑な因果をたどっており、何が「単純」で「重大な過失」といい得るかは慎重かつ個別的に判断する必要があると思われる。

（34）日山恵美「医療の安全確保における刑事過失論の限界」年報医事法学二三号（二〇〇八年）一二頁は、「ヒューマンエラーによる単純ミスを処罰することは、人の意識ある行為に対する働きかけとなるものではなく、安全確保に対して刑事過失責任をもってのぞむことは無力なのではなかろうか。それどころか、一方的に常に医療従事者に意思の緊張を強いるものとなりかねず、安全確保を第一に考えるならば、刑事介入は差しひかえるべきではないだろうか」とする。

（35）甲斐特集・前掲註（3）二七頁は、「訴追・処罰対象を、①経験のない難しい治療・手術の無謀な強行、②情報収集（患者情報、リスク・ベネフィット）への著しい怠慢、③安全性を犠牲にして功名心・営利心を優先する治療・手術の無謀な強行、といった「重大な過失」に限定する方向で考えるべき」とする（甲斐責任原理・前掲書註（3）一二七頁以下も参照。）。萩原・前掲註（3）一四五頁以下参照。

（36）井田・前掲註（17）二四二頁以下、佐伯・前掲書註（2）三一八頁、古川伸彦「ドイツにおける事故と過失―医師の刑事責任の限定？―」刑事法ジャーナル第二八号（二〇一一年）二五頁以下、佐伯・于前掲註（10）三五頁等を参照。

（37）日山・前掲註（10）二五四頁以下。

(38) 河上和雄他編『大コンメンタール刑事訴訟法　第五巻』（青林書院、第二版、二〇一三年）六二頁、三井誠他編『新基本法コンメンタール刑事訴訟法』別冊法学セミナー二二八号（第二版、二〇一四年）二九七頁等参照。

(39) 佐伯・前掲書註（2）三二一頁、飯田Ⅲ・前掲書註（20）二八頁以下。

(40) 最決平成二二年一〇月二六日刑集六四巻七号一〇一九頁宮川裁判官補足意見参照。

(41) いわゆる「チーム医療」につき、「信頼の原則」を用いることによって過失犯の成立を否定しうる場合があることが主張されている。この点に関連する議論につき、佐久間・前掲書註（30）九五頁以下、甲斐責任原理・前掲書註（3）一〇六頁以下、同医療事故と刑法・前掲書註（3）九七頁以下、大塚裕史「チーム医療と過失犯論」刑事法ジャーナル第三号（二〇〇六年）一五頁以下、中山・甲斐編・前掲書註（1）二七〇頁以下、米田泰邦『管理監督過失処罰』（成文堂、二〇一一年）四〇頁以下、山中敬一「医療過誤と刑事組織過失（1）（2・完）」関西大学法学論集六二巻三号（二〇一二年）一頁以下・同六三巻一号（二〇一三年）一頁以下等参照。

(42) 佐伯・前掲書註（2）三二〇頁は、「事故防止のために刑法がどのような役割を果たすべきか、という問題は、医療過誤に限らず過失犯一般に問題になることであって、過失犯処罰は事故防止に役立たないから過失犯一般を廃止すべきだ、と主張するのであればともかく、医療事故の分野に限って処罰が有効でないから、刑事責任の追及をやめるべきだと主張しても、なぜ医療の分野がほかの分野と比べて特別なのかが説明されなければ、説得力がない」とする。これに対する反論として、水谷・澤・前掲註（27）二四頁以下参照。

(43) 佐伯・前掲書註（2）三二二頁は、「刑事責任の追及を放棄しても、民事の賠償責任まで免責することはできないし、技能の未熟な医師に対する行政処分を免除することもできないであろうから、刑事責任の追及を放棄するだけで本当に原因解明が容易になるのか、やはり責任逃れは起こるのではないか、という点も不明だと思われる」とする。これに関して、笹倉宏紀「事故調査と刑事司法」刑事法ジャーナル第二八号（二〇一一年）四八頁以下、同「事故調査と刑事司法（下）―「事故調査機関の在り方に関する検討会」の「取りまとめ」をめぐって」ジュリスト一四三三号（二〇一一年）六四頁以下、飯田Ⅲ・前掲書註（20）三九頁も参照。

(44) 川出敏裕「〈特集　事故と刑事法〉事故調査」法学教室三九五号（二〇一三年）三八頁および同・前掲註（24）二一頁は、「刑罰の目的が犯罪の予防につきるとすれば、刑罰を科すよりも、それを科さないほうが、事故原因の究明とそれ

に基づく将来の事故防止に役立つ場合には、そちらを優先するという考え方」も十分成り立つが、社会一般の応報感情や被害感情も考慮する必要があり、原因究明が困難な類型の事故に限って刑事責任を問わないというのは公平ではないという問題から、医療事故等の専門的知識・技能が必要とされる「特殊過失事件」については、刑事責任を残したうえで、事故の原因究明を阻害している要因を除去する方向で制度設計すべきであるとし、そのためには、「捜査手続と事故調査手続との調整を図る方策」と「事故調査で得られた資料を刑事責任の追及に利用することを制限する方策」があるとする。同「刑事手続と事故調査」ジュリスト一三〇七号（二〇〇六年）も参照。

(45) 井田・前掲註（17）二三五頁は、「刑法を発動されることのリスクは、一般市民全体に平等に分配されているのではなく、ここでは医師に集中している。……とはいえ、そのような事情は行為の違法性・有責性の分量を減少させ、起訴猶予等の対応を可能にし、起訴されたときでも量刑において軽い刑を科すという帰結にはつながりうるが、医師についてはおよそそのようなリスクを免除すべきである（そういう特権を付与すべきである）という結論を引き出せるものではない」とする。

(46) いわゆる「可罰的違法性」の理論において考慮することも考えられるが、判例はその適用に積極的ではない。また、業務上過失致死罪の場合、人の生命という法益侵害の重大性に鑑みて、可罰的違法性を否定するのは困難であろう。

(47) 井田・前掲註（17）二四八頁。

(48) 井田・前掲註（17）二三五頁は、医師に刑事責任を負うリスクが常時・集中的にかかっているという点に関して、「医師ないし医療関係者のすべてについて一般的にそういえるものであるのかは、疑問である。過酷な事情の下に働いている医師もいるであろうが、そうでない医師もいるであろう。……要するに、個別的な対応のみが可能であって、もはや一般化になじまない（画一的な取扱いが不正義をもたらす）事態がここで問題となっているのではないか」とする。

(49) 佐伯・前掲書註（2）三二〇頁以下。また、萩原・前掲註（3）一四八頁も、「医師に対する業務上過失致死傷罪の適用に関しては重大な過失に限定する、という考え方を実務の面で明確化し、……このような限定的処罰であれば、委縮医療への影響をおそれることはないであろう」とする。

(50) 樋口範雄「医療安全と法の役割」ジュリスト一三九六号（二〇一〇年）一六頁は、現在の仕組みでは委縮医療が生じており、形式的な刑事処分をやめ、故意または悪質な事例に刑事処分を限定すべきであるとしつつ、悪質な事例とは、

「後から見て「初歩的なミス」と思われるような行動とは異なる。例えば、薬剤を誤って投与したようなケースについて、それも質が悪いという意味で「悪質」と呼ぶことも可能だが、通常、そのようなケースでも医療者は患者の生命が失われてもかまわないと考えていたわけではない。むしろ、初歩的で軽率な失敗であり、もちろん結果が重大な場合、そういって済まされるものではないが、単にその人に罰金刑や執行猶予付きの「制裁」を加えればよいかというとそうではない」とする。

(51) いわゆる「医療崩壊」につき、小松秀樹『医療崩壊「立ち去り型サボタージュ」とは何か』(朝日新聞社、二〇〇六年)、同『医療の限界』(新潮社、二〇〇七年)、本田宏『誰が日本の医療を殺すのか「医療崩壊」の知られざる真実』(洋泉社、二〇〇七年)、池上直己『ベーシック医療問題』(日本経済新聞出版社、第四版、二〇一〇年)一一五頁以下等参照。福島県立大野病院事件(前掲註(31))は無罪判決という形で確定したが、「国内の産科医は減少していたが、この事件以後にはますます産科を敬遠する傾向が強まり、福島県内では事件以後産婦人科からの撤退が相次ぎ、産婦人科を掲げる医療機関は減少した」とされる(押田・前掲註(1)四三頁)。

(52) 古川・前掲註(36)二四頁以下の「防御的医療」の記述が参考となる。

(53) 米田犯罪と可罰的評価・前掲書註(4)三四三頁以下、同・前掲書註(41)二一三頁参照。

(54) 飯田Ⅲ・前掲書註(20)二九頁。なお、笹倉事故調査と刑事司法・前掲註(43)五〇頁以下は、法律に基づき設置され権威のある公的な事故調査機関を設置し、そこでの調査結果を起訴裁量において適切に考慮することで、処罰範囲の適正化を図ることを提案する。

(55) この点に関して、川出特集事故調査・前掲註(44)四二頁および同・前掲註(24)二三頁における、「特殊過失事件における事故原因の究明という観点からは、当該分野の専門家ではない捜査機関が行う捜査よりも、専門的機関による事故調査のほうが有効な場合があることは間違いないところである。また、この種の事件において、過失が認められることから直ちに関係者を処罰することが妥当でない場合があることも確か」であり、さらに、事故を直接起こした個人や組織上の責任者を処罰しても、事故の真の原因が解明されないままでは、被害者や社会一般の要請に沿わないことになることから、特殊過失事件においては、基本的には、事故原因の究明と再発防止が優先される仕組みを創設すべきである、という提言が参考となる。その前提として、信頼できる事故調査機関の存在と、「刑罰が科されるべき事案について、専門的

な知見に基づき的確な選別がなされ、それが処罰されることを担保するために、事故調査機関から捜査機関へと事件を引き継ぐ仕組みを設けることが必要」であるとする。

(56) 刑事司法による介入を一律に排除することは困難であることにつき、笹倉宏紀「事故調査と刑事司法（上）―「事故調査機関の在り方に関する検討会」の「取りまとめ」をめぐって」ジュリスト一四三二号（二〇一一年）二九頁以下が参考となる。

(57) 井戸田侃『刑事手続構造論の展開』（有斐閣、一九八二年）一六五頁以下は、「公訴を提起するに足りる情状については、その基準が法二四八条に定められている」が、「それはきわめて抽象的であって、具体的にどのような場合に起訴猶予すべきであるかその内容がきわめて不明確である」といわれることの理由は、「検察官の手によりひそかに決定されているところにあろう」とする。そこで、「その基準が裁判所の裁判によって明確化されるということは、その集積によって基準が客観化されるとともに、その内容が公正な一般の批判に耐えるものになる」し、「検察官の裁量の限界について、裁判所の事案に即した客観的に明確な、批判に耐えうる限界づけを期待することができる」とする。

(58) 学説の展開については、指宿信『刑事手続打切りの研究』（日本評論社、一九九五年）二六四頁以下、同『刑事手続打切り論の展開―ポスト公訴権濫用論のゆくえ』（日本評論社、二〇一〇年）一九頁以下等参照。

(59) 訴訟条件に関する初期の学説の展開については、光藤景皎「訴訟の発展と訴訟条件―訴訟条件の考察（一）」法學志林第五六巻第一号（一九五八年）三四頁以下、斉藤金作「訴訟条件」日本刑法学会編集『刑事訴訟法講座1訴訟の主体・捜査』（有斐閣、一九六三年）一六二頁以下参照。

(60) 井戸田侃『刑事手続の構造序説』（有斐閣、一九七一年）九七頁以下、同『公訴権濫用論』（学陽書房、一九七八年）一〇〇頁以下。

(61) 井戸田公訴権濫用論・前掲書註（60）九八頁、同展開・前掲書註（57）一六八頁。

(62) 井戸田序説・前掲書註（60）一〇〇頁以下、同公訴権濫用論・前掲書註（60）一〇二頁以下、同展開・前掲書註（57）一六八頁。

(63) 寺崎嘉博『訴訟条件論の再構成』（成文堂、一九九四年）。訴訟条件とは、「実体的訴訟関係を成立・継続させる条件、換言すれば実体的訴訟関係の成立・維持の条件」であると定義する（同三四二頁）。

(64) 寺崎・前掲書註(63)三六二頁以下。
(65) 寺崎・前掲書註(63)三四六頁以下。
(66) 指宿研究・前掲書註(58)、同展開・前掲書註(58)。
(67) 指宿研究・前掲書註(58)三七一頁。
(68) 指宿研究・前掲書註(58)三五八頁以下。
(69) 指宿研究・前掲書註(58)三六二頁以下。また、実際の運用による解決方法として、裁判所が検察官に対して「公訴の取消」を「勧告」することを定着させ、勧告が無視された場合には刑訴法三三八条四号による公訴棄却をすべきであるとする(同三七八頁以下および三八八頁以下)。