



Title	刑事手続打切り論についての一考察（三・完）：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. 2015, 64(6), p. 131-152
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/71560">https://doi.org/10.18910/71560</a>
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（三・完）

——医療過誤の刑事責任限定論を契機として——

岩 崎  
正

## 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

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  
医療過誤における手続打切りの可能性

#### 五 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、「阪大法学」第六四巻二号）

#### 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

###### （1）求められる視点

###### （2）刑事訴訟（手続）の目的と刑事手続打切り論

###### （3）刑事訴訟（手続）の目的（以上、「阪大法学」第六四巻五号）

###### （4）裁判所の権限と審査能力

###### （5）刑事手続以外の手段による責任との関係

六 結びにかえて  
(4) 裁判所の権限と審査能力

(以上、本号)

かつて、田宮博士は、検察官の地位・性格が司法官から訴追官へと変化したこと、検察官の訴追裁量は無制限のものではないこと等を理由として、訴追裁量に対する司法的統制の手段として手続打切りの可能性および必要性を肯定する見解を示した。<sup>(10)</sup> そして、田宮博士は、同見解の中で、起訴された具体的な刑事案件で受訴裁判所が検察官の訴追裁量を審査できるかという点に関し、裁判所による訴追権の規制につき明文の規定がない場合、「問題は結局、訴訟手続きに関する一般的な監督権限が、裁判所に付託されているという理論を認めるか否かにかかる」として、「英米には伝統的に裁判所の『固有権』という観念があり、原則として裁判所に訴訟を管理する権限があると考えられているが、わが国にはそういう観念はあるだろうか。……それは突如として生成されるものではなく、訴訟の長い慣行の中から自然発生的に形成されるのが常態だといってよい」とする。

これをうけて、指宿教授は、その後の最高裁判例等に鑑みて、「既に『司法審査』問題を通じて、わが国にも固有権の観念が定着を見せ始めた、との評価をおこなうことも可能な時期にきているのではあるまいか」とする。<sup>(11)</sup> このような「固有権」が肯定されるのであれば、「裁判所が検察官の行為を監督・規制する権限」が認められることになる。そうすると、「訴追裁量の濫用」が存在する事例に限らず、裁判所が処罰の妥当性・必要性をあらためて判断し、手続を打切ることが許されることになるのであろうか。

しかしながら、チッソ水俣病被害補償傷害事件の最高裁決定において、「検察官の裁量権の逸脱」の場合に、公訴提起を無効とすることがありうると認められたが、裁量権の「逸脱」以外の場合に刑事手続の打切りを認めるこ

とは、検察官の訴追裁量を認めた趣旨とは相容れないとも思われる。当事者主義ないし司法と行政の機能を峻別するという観点からも、裁判所は、検察官の主張に理由があるかを消極的に判断することが求められ、個々の事件について刑事責任を追及するべきか否かの判断についての責任は、あくまで検察官が負うべきなのであろうか。既に述べたように、私見は、「検察官の訴追行為に対する批判」を手続打切りの正当化根拠に位置付けるものではなく、検察官の公訴権ないし訴追裁量を否定するものではない。この点については、「固有権」に関する諸外国の状況も含めた検討が必要となることから、<sup>(13)</sup>英連邦系諸国を中心に発展する「訴訟手続濫用（Abuse of Process）の法理」を参考に、別稿においてあらためて検討することにしたい。

次に、裁判所の権限の問題とは別に、その審査能力の点が問題となるが、量刑において、裁判所が政策的な事情も含めてかなり広い範囲で考慮要素をとらえ、それに基づき決定されている」とに照らせば、「紛争の解決」が達成できるか否か、あるいは、他の手段により達成しうるか否かを決定するために、処罰の必要性ないし刑罰の効果などについて判断することは不可能ではないようと思われる。その判断材料は、主に被告人側から提出されることとなるが、当該証拠が公訴事実等に直接関連しない場合は、裁判所に採用される範囲が限定されてしまうこともあり得る点など、なお検討が必要である。少なくとも、例えば、刑事裁判以外の社会統制手段が存在し、それが適切な専門的判断者によって事案および原因の解明を行い、それに基づき再発防止に役立つ多様かつ適当な制裁手段が用意され、手続的保障もなされているのであれば、その判断内容を尊重して刑事裁判を打切るか否かの判断をすることや、それらの代替手段を未だ経ていないことを理由に刑事裁判を打切ることは、裁判所にそれほど困難な判断を要求するものではなかろう。いずれにせよ、当該事件を訴追することにつき検察官の裁量権の逸脱ないし濫用がない（裁量の範囲内である）場合においても、なぜ裁判所が手続を打切る「判断者」として適切といい得るのか

という点を検討しておかなければならないであろう。

### (5) 刑事手続以外の手段による責任との関係

#### ア 民事損害賠償との関係

量刑において、犯罪によつて生じた損害を賠償すること（被害弁償）は、被告人に有利な情状として大きな意味を有する。それでは、民事損害賠償がなされたことがなぜ被告人の量刑に有利に考慮されるのか。その根拠として、①違法性が事後的に減少する、②責任が減少する、③可罰性が事後的に減少する、④特別予防の必要性が減少する、⑤これらが複合的に考慮されるなどの見解がある。<sup>(14)</sup>これらの見解につきその当否をここで検討する余裕はないが、少なくとも、民事損害賠償がなされたことで③ないし④の効果があるといい得るのであれば、被告人に刑罰を科す必要性は低下する。そうであれば、民事損害賠償がなされることをその他の事情とともに考慮し、被告人に刑罰を科す必要が減少したことによつて、刑事手続の目的たる「紛争の解決」が達成されない（目的達成に資さない）と評価できるのであれば、当該刑事裁判は実体判決によらず終了させることができると解するべきである。

なお、このように民事責任を考慮して、刑事責任の追及をやめることが、民刑分離（峻別）の原則に反することにならないか、という問題もある。たしかに、民事責任と刑事責任は別個の責任として存在し、損害の填補をおこなうものと違法行為をした者に対する制裁を科すものとでは、その性質は異なるものといえよう。<sup>(15)</sup>他方で、民事・刑事の区別にも中間的なものが存在し、その原理を絶対視すべきではないという指摘も予てより存在する。<sup>(16)</sup>

また、近年、被害者を刑事司法上どのように位置付けるべきかという議論に関連して、被害者を重視する立場などから民刑分離の原則に対する疑問が提起された。<sup>(17)</sup>このような傾向とは逆に、被害者と加害者を対抗的関係と捉えて伝統的な民刑の役割の分担を放棄することに対し、批判的な見解もある。<sup>(18)</sup>

たしかに、このような被害者重視の観点から民刑分離原則に対し変容を迫るアプローチについては、刑事司法における被害者の位置付けをどうすべきかという点にかかり、なお検討を要するが、いずれにせよ、民事責任が、予防効果あるいは応報感情の満足という効果を（それが副次的・反射的効果であるとしても）生じさせることは事実上否定できないであろう。<sup>(12)</sup> そうであれば、現行刑事手続上、被害者に対する民事損害賠償が、量刑事情としてだけではなく微罪処分や起訴猶予に傾く事情等として考慮されていることに鑑みて、同原則があるからといって、民事責任を一つの考慮要素として、刑事訴訟を打切ることが許容されないとまでは解されない。<sup>(13)</sup>

#### イ 行政制裁との関係

行政制裁を含めた社会的制裁は、自己の犯罪により被る被告人の不利益の一つとしても論じられるが、いずれにせよ量刑判断において被告人に有利な情状として考慮され得る。その主な根拠としては、①特別予防の必要性が減少する、②応報的科刑の必要性が減少する、③応報および予防によって根拠づけられる刑罰の必要性が減少する、などの見解がある。<sup>(14)</sup> 行政制裁も社会的制裁も様々な種類があり、それらが被告人に有利な事情として考慮される理由も一様ではなく、個別の検討を要するが、前記アの場合と同様に、被告人に科される行政制裁の性質、程度を勘案した結果、刑罰を科す必要性が減少することと、もはや手続の続行が刑事手続の目的に資さないと評価されるのであれば、刑事手続を打切ることが肯定されよう。<sup>(15)</sup>

また、前述したように、当該行政制裁が、刑事裁判以外の事件の解決を委ねることが適切な社会的統制手段に該当するのであれば、（未だ当該行政制裁が行われていないことを理由に）謙抑性の観点から既に行われている刑事手続を打切ることもあり得る。<sup>(16)</sup>

しかしながら、医療過誤の場合、平成一八年の医師法等の改正において一定の前進が見られたが、いまだに行政

説論が刑事処分の後追いになつてゐることなど、多くの問題点があり、現状では、医療過誤を引き起こした医療従事者に対して免許取消等の行政処分がなされることのみでは刑事罰を不要とすることは困難であろう。第三者による事故調査機関等の設立の試みが進行中であるが、そのような機関と行政処分を行う機関との関係・連携にも留意しつつ、医療従事者に対する行政処分につき、総合的かつ抜本的な制度構築が求められる。<sup>(12)</sup>

#### （6）小括

井戸田教授が示された、公訴権濫用論を訴訟条件と位置付けて形式裁判により訴訟を打切る試みは、それまでの実務を中心に主張されていた公訴権濫用論を理論化したものとして重要な意味を有している。しかも、訴訟条件には、実体的訴訟法律関係を有効に構成するための条件と、実体的訴訟法律関係が存続するための条件が存在すると分析し、後者につき、刑事訴訟の目的たる具体的刑罰権を実現することの利益・必要性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とした。換言すれば、「なぜ訴訟を打切るのか」という問い合わせに對して、単に訴訟条件が欠缺するから打切るとしているわけではなく、「実体的訴訟法律関係が有効に構成されないから、仮に有効に構成されたとしても当該訴訟が刑罰権の実現という目的を達成する利益・必要性が存在しないからである」と答えていることにならう。ただし、同見解は、刑事訴訟の目的を「刑罰権の実現」とし、検察官の訴追行為の当否という点に着目している。これに對しては、前述したように、形式裁判に常に検察官批判という意味があるわけではないし、検察官への批判という点を強調すると、検察官の主觀的要素が必要とされてしまうなど、その問題領域を狭くしてしまうことから、「公訴権濫用論」の適用範囲を本来あるべき範囲に限定して捉えるべきであるという指摘もある。

他方、「刑事手続の打切り」に関する比較的最近に主張されている諸見解は、従来の「公訴権濫用論」における

公訴提起に対する批判という側面を過度に重視しない。また、当該事件における被告人自身の受ける不利益だけではなく、訴訟外的要因を考慮し、それらの場合をも包摂して手続を打切ることを統一的に説明しようする傾向にあると思われる。

まず、指宿教授は、刑事司法の根本的な価値として「正義の原理」というものがあり、それを根拠に手続の打切りを認めることができると主張され、これにより、従来の公訴権濫用論において混同されていた、救済的法理と政策的法理を統一的に説明しうるとする。たしかに、そのような刑事司法全体を包摂する原理によつて手続打切りを根拠付けることで、訴訟条件論の枠組みを超え、手続を打切るべき場合を広範かつ統一的に補足することができる。また、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を参考によつて、「正義の原理」に適うか否かの考慮要素を具体的に示している。しかし、そこでいわれるところの「正義」の観念それ自体を（そこでいう「justice」の意味も含めて）、掘り下げる必要があるのではないだろうか。<sup>(12)</sup> 同見解は、「正義の原理」が、わが国においても共通する法原理であるとし、刑訴法四一一条の「正義」の観念がそれに相応すると考え、また、憲法三一条の「適正手続の要請」、同三七条の「公平な裁判を受ける権利」、刑訴法一条の「適正且つ迅速」、刑訴規則一条の「迅速と公正」といった規定のなかに流れている思想が、「正義の原理」の観念を支える価値であるというが、そのようにいうためにはやはり「正義」それ自体の意味もより明確にすべきである。「正義」概念の多義性は、チツソ水俣病被害補償傷害事件における高裁判決と藤崎反対意見が、同じ「正義」という語句を用いながら、異なる結論を下していることからも明らかであろう。<sup>(13)</sup>

次に、寺崎教授は、訴訟条件の持つ多面的な機能に着目するとともに、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には、実体審理阻止機能が働き、形式裁判によつて終了させるべきであるとする。しかしな

がら、なぜ、裁判所が「訴訟そのもの」の不許容性によつて形式裁判を行うことができるのかという実質的な理由については明らかとはいひ難い。また、実体的訴訟関係の存立が許容されない場合があり得るとしても、その判断基準が明確でないことに加え<sup>(12)</sup>、そのように評価される場合は、「公訴権濫用論」に関する判例の立場と同様に、かなり限定されてしまうのではないかと思われる。

本稿においては、試論として、「刑事手続の目的」という観点から、刑事手続打切りの正当化根拠を見出すことを提唱してきた。このように、刑事手続の目的に着目して手続の打切りを導くとしても、その「目的」の内容について明確にしなければならないであろう。その内容を明確にすることは容易ではないが、刑事手続の目的を前記（3）で述べたように捉えることができるときすれば、具体的な刑事事件において生じる事情が、刑事手続の機能・効果にどのように影響するのかを吟味し、さらには、刑事司法制度それ自体に内在する限界も考慮したうえで、最終的な目的たる「紛争の解決」にどれほど資するのかを検討することで、刑事手続を打切ることができるか否かを決するという方法によるべきである。このように考へることで、「なぜ打切るのか」という理由を「刑事手続の目的」という観点から提示するとともに、依るべき基準の明確性と個々の具体的事件に応じた実質的な調整の必要性を両立できるのではないかと思われる。

すなわち、①当該刑事事件に関して犯罪事実等を明らかにしたところで、それが「紛争の解決」にならない場合、あるいは、被告人を処罰しても、応報、一般予防、特別予防の観点から、刑罰を科す必要性が低下することから、被害者ないし社会の不安、混乱等を除去・緩和するという「紛争の解決」という目的が達成できない場合には、刑事手続の目的実現に資さないことを理由に当該刑事手続は打切るべきである。また、②刑事手続による手続法上ないし実体法上の機能・効果がある程度見込めるとしても、刑罰を科すという方法でなくとも、それと同等あるいは

それ以上の効果が見込める場合には、刑事訴訟以外の方法によって「紛争の解決」を達成できることから、「刑事手続の謙抑性」を理由に当該刑事手続を打切るべきである。さらに、③刑事手続の機能・効果が見込め、通常はそれにより「紛争の解決」が達成される場合であっても、それに伴い、刑事司法制度そのものの正当性を失わせるような事情があるときや、「紛争の解決」により得られる利益を超えるような不利益を社会にもたらすときには、真の意味での「紛争の解決」は達成できず、刑事手続を行う「相当性」の欠如を理由に当該刑事手続を打切ることが許されよう。もちろん、事件によつて有する事情は千差万別であり、①～③のような事態は、複合的に考慮されることがある。

また、仮に刑事手続を打切るべきであるとしても、その根拠となる条文をどのように考えるべきかも問題となる。これについても簡単に結論を出すことはできないが、高田事件においては、迅速裁判違反の場合に、「その審理を打ち切る方法については現行法上るべき具体的な明文の規定はないのであるが」、「これ以上実体的審理を進めることは適当でないから、判決で免訴の言渡をするのが相当である」として、免訴判決による手続の打切りを認めたが、これは、「公訴時効が完成した場合に準じ」たものといわれる<sup>(13)</sup>。さしあたり、同判決の手法を参考にして、法定の形式裁判事由に該当しない場合には、各事由がその存在によつて形式裁判として手続を打切ることとしている趣旨に鑑み、最も近い趣旨・性格をもつものがあれば、それを準用ないし類推するべきであると思われる。もちろん、複数の法定事由を用いることも許されるべきであるし、適当なものが無ければ、憲法の各条項ないし刑訴法の目的を定めた同法一条を根拠とすることもできよう。いずれにせよ、その判断に際しては、「刑事手続の目的」という観点を軸に、なぜ当該訴訟が打切られるべきなのかという実質的理由を考慮して決することとなるであろう。しかしながら、この点については、形式裁判の性質、一事不再理効の問題とも関連することから、さらなる検討を

要しよう。

ところで、比較的最近の最高裁判例において、手続の打切りがなされる可能性に言及した事例がある。<sup>(134)</sup> 本件は、聴覚および言語障害を有し、文字もほとんど理解できず手話も会得していなかつた被告人が、事務所荒らしおよび車上狙いによる計一一件の窃盗で起訴されたという事案である。最高裁は、刑訴法三三八条四号により公訴棄却をした一審判決を法令解釈を誤つたものとして破棄差し戻しにした原審に対する被告人からの上告を棄却した。しかし、千種秀夫裁判官は、補足意見において、被告人に訴訟能力がないと認めて公判手続を停止した場合、「裁判所は、訴訟の主宰者として、被告人の訴訟能力の回復状況について、定期的に検察官に報告を求めるなどして、これを把握しておくべきである。そして、その後も訴訟能力が回復されないと、裁判所としては、検察官の公訴取消しがない限りは公判手続を停止した状態を続けなければならないものではなく、被告人の状態等によつては、手続を最終的に打ち切ることができるものと考えられる」という見解を示した。<sup>(135)</sup>

千種補足意見が、公判手続の停止後も訴訟能力に回復の見込みがない場合に裁判所による手続の打切りの可能性を示したことにつき、法廷意見が「原則として」公判手続を停止すべきと述べていることから、本件審理が長期におよぶものであることに鑑み、本件被告人の「訴訟能力の回復可能性の程度その他の事情のいかんによつては、公判手続停止を経ないで形式裁判で手続を最終的に打ち切る可能性を残しておこうとする趣旨のもの」であるとの調査官解説がある。<sup>(136)</sup> ここでは、捜査手続なし訴追手続における違法を理由にするのではなく、また、検察官の訴追裁量の逸脱を問題視するのではなく、それらに還元せずとも訴訟の打切りが可能であることが示されている。さらに、同調査官は、「訴訟能力の回復の見込みがないとまでいえない場合であつても、その蓋然性の程度のいかんによつては、被告人側の事情によつて手続が長期化したものではあるが、被告人に有責な原因が存在するわけではな

いかで、公訴時効の完成的なとらえ方をした高田事件大法廷判決に則つての免訴判決による打切りも考えられないではない」ともいう。<sup>(137)</sup>

被告人に訴訟能力がなく、その回復の見込みがない場合、そのような状態の被告人に刑事裁判を受けさせたとしても、防御権の行使主体であるにもかかわらず、被告人に対する黙秘権告知がなしえず、被告人自身が証人尋問や陳述を行うことも不可能であることなどから、被告人に対する手続保障がはかれないという点と、迅速裁判の要請という点を考えれば、訴訟手続を継続し被告人を処罰することは、刑事司法制度に対する国民の信頼を損なう。また、訴訟能力の回復の見込みがないような状態の被告人に対する刑罰の効果はほとんどない。これらの事情を総合的に考慮して、「紛争の解決」という目的を達成できない場合には、裁判所が当該刑事手続を打切ることができる解すべきではなかろうか。<sup>(138)</sup>

既に紹介したように、刑事手続打切りに関する比較的最近有力に主張されている諸見解は、これまでの「公訴権濫用論」に関する議論に対する反省を行つた上で、それを理論化するものであり、非常に有益な示唆を受けることができる。本稿で述べた私見もこれらの先行研究に負うところは大きい。しかしながら、「刑事手続の打切り」という問題については、さらに議論すべき点は多く残されていると思われる。社会の高度化・複雑化により何が罰せられるべきかが自明ではない時代に対応するとのできる理論の構築が不可欠であることは、これまで述べてきた医療過誤に対する刑事責任追及の問題からも明らかであろう。

「刑事手続の目的」を「紛争の解決」と捉え、目的の観点から刑事手続の打切りがなされる場合を画定する私見によれば、医療過誤の場合も、①医療行為の専門性、不確実性、裁量性を考慮すれば、刑罰論における応報（責任）の観点から、刑罰を科す必要性が減少すること、②刑事裁判以外の手段によつて原因究明・再発防止および

害の回復という効果がはかれる場合があり得ること、③実体法上、犯罪の成立を否定することが必ずしもできない場合であっても、事案によつては、刑罰を科される危険・負担が集中している医療者を処罰することで国民一般が司法に対して不公平感を抱くことや、医療に対する委縮効果という大きな不利益を国民（社会）にもたらすことなどを総合的に考慮して、もはや刑事手続の目的たる「紛争の解決」に資するべき刑事手続によつてもたらされる効果がない、あるいは「刑事司法の謙抑性」ないし刑事手続を行う「相当性」の欠如を理由に、裁判所が当該医療過誤訴訟を打切ることができるのではないだろうか。

より具体的に一つの例を示したい。平成一四年、二七歳の医師が、七七歳の患者に対し、骨髄検査のため、胸骨腸骨穿刺針を用いて胸骨骨髓穿刺による骨髄液採取術を行つた。ところが、骨髄液が採取できる胸骨骨髓まで穿刺針が達していたのに、さらに深く体内に刺入した結果、患者の胸骨裏面を穿通・上行大動脈を穿刺して出血させ、三日後に胸部上行大動脈穿刺損傷による出血性ショックで死亡させたという事例がある（本事例につき加害医師は罰金四〇万円の略式命令を受け、その後、行政処分として医業停止一〇月とされた<sup>[40]</sup>）。これについて、私見からは、以下のような考慮が行われることになる。まず、胸骨穿刺術が比較的の難度の高いものであること、患者も高齢であるがゆえに穿通が生じやすい状態にあつたことなどを勘案すれば、当該医療行為の特殊性の観点から刑罰を科す必要性が低い。また、仮に遺族への民事損害賠償や謝罪が行われているのであれば応報感情もある程度緩和されていること、胸骨穿刺術を行う際の担当医師への指導のあり方や、この穿刺術に用いる器具の安全性にも課題がある点などから、刑罰の効果という観点からも刑事罰を科す必要が見出せない。したがつて、刑事手続を行つても、その効果・機能を考えると「紛争の解決」に資するところが極めて少ない。次に、本事例のような過誤が生じたプロセスを究明する刑事裁判所以外の機関が存在し、過誤の再発を防止するための研修や設備の充実を義務付ける処分が

行われる制度があり、当該医師が行政上の制裁を受けるのであれば、それらによつて事案の解明と予防効果が果たされ、遺族の处罚感情もある程度満たされることから、「紛争の解決」が達成され、刑事司法の谦抑性の観点からも刑事手続を行う必要がない。さらに、本事例のような、まだ若く経験が少ない段階にある医師に対して刑事罰を科することは、医療に対する委縮効果も大きいことから、刑事手続を行う相当性も十分とはいえない。よつて、このような諸事情を総合的に考慮すれば、「紛争の解決」という「刑事手続の目的」の観点から、本事例につき刑事手続を行うべきでなく、既に開始されている訴訟手続を打切ることが導かれる。

## 六 結びにかえて

本稿においては、医療過誤事例に対する刑事责任追及の問題点および弊害という問題について、刑事手続の打切りによる対応という手続法的視点からの提案を試みた。もちろん、これは一つの手段に過ぎない。既に述べたように、刑事実体法の解釈によつて対応することの意義も重要であり、加えて、医療過誤に対する新しい制度の構築に關する議論も行われている。

先般、厚生労働省の「医療事故に係る調査の仕組み等のあり方に関する検討部会」においてとりまとめられた提言に基づき<sup>(12)</sup>、「診療行為に関連した死亡事例」につき、その「原因究明及び再発防止を図り、これにより医療の安全と医療の質の向上を図る」ために調査等を行う第三者機関の設置等に向けた法整備が行われた<sup>(13)</sup>。この第三者機関は、これまで試験的に行われてきた医療過誤に対する専門調査機関などを参考にして構想されたものであり、同検討部会の議論の中では、その創設により刑事司法の関与を減少させることを期待する意見もあつた<sup>(14)</sup>。しかしながら、同検討部会において交わされた意見を見ても、第三者機関が处罚の対象となるべき事案を峻別すべきかどうかとい

う点に関しては、結論が定まらなかつた。<sup>(14)</sup> 結局、第三者機関から捜査機関への通報は行わないものとされ、刑事司法とは切り離された制度となつた。<sup>(15)</sup>

このような医療過誤に対する新しい制度による対応も必要不可欠であり、喫緊の課題といえるが、どのような制度が適切かを検討する際にも、やはり刑事実体法および手続法との関係を整理しておくことが重要であろう。そこでは、医療界からの提言に回答するために、刑事実体法と手続法による共同作業が求められる。

ところで、このような議論を通じて観取できることは、医療過誤に関して生じた刑事司法との衝突・交錯が、刑事法の解釈および基礎理論にも影響するということである。法の解釈・法的理論構成にあたつては、将来起こり得る問題にも応用可能な解釈・理論を構築することが求められ、それは従来の基礎理論に対しても再考を促すものである。これは医療以外の専門性・特殊性をもつた領域においても今後生じうる現象であろう。本稿で論じた刑事手続の打切りという問題に関しても、その理論を検討するにあたつては、これから起こり得る問題に対応できるもの用意しなければならない。前項においては、「刑事手続打切り論」を検討するにあたつての今後の求められる視点等を述べたつもりであるが、残された課題を検討するためには医療分野に限らず、刑事司法との軋轢を生じる新しい分野に目を配るとともに、諸外国の「刑事手続打切り論」とそれに関連する法理論についての動向も考察しなければならない。とりわけ、英連邦系諸国の判例において手続打切りの根拠として発展してきた「訴訟手続濫用（Abuse of Process）の法理」<sup>(16)</sup>を手掛かりにしたい。そのような検討は、同時に、新たな制度を設計するにあたつての議論にも資することとなるだろう。<sup>(17)</sup>

(110) 田宮裕『日本の刑事訴追』（有斐閣、一九九八年）六三頁以下。

(111) 田宮・前掲書註(110)一〇四頁以下。

- (112) 指宿研究・前掲書註(58)三二八頁。同書三〇五頁以下では、証拠開示の問題（最決昭和四四年四月二五日刑集三三卷四号二四八頁）、迅速裁判の実現に向けた裁判所の権限（高田事件）、およびチッソ水俣病被害補償傷害事件（最決昭和五年一二月一七日刑集三四卷七号六七二頁）についての各最高裁判例を挙げ、田宮博士のいう「監督権限」が実際の裁判においてさまざま領域で発揮され、それらの積み重ねにより「この権限を行使する範囲を何わせる『事実としての規範』の内容も少しずつはあるが明らかにされていった」とする。
- (113) 「固有権」についてのアメリカにおける展開につき、指宿研究・前掲書註(58)二九二頁以下参照。
- (114) 横田信之「被害者と量刑」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系 第二巻 犯情等に関する諸問題』（判例タイムズ社、二〇一一年）四三頁以下において整理されている。
- (115) 加藤一郎編『注釈民法（一九）』（有斐閣、一九六五年）六頁以下、妻栄他『民法2債権法』（勁草書房、第三版、二〇〇九年）四二四頁以下等参照。
- (116) 横田・前掲註(114)一二五頁の表にまとめられている。西原春夫「民事責任と刑事責任」有泉亨編『現代損害賠償法講座1』（日本評論社、一九七六年）二五頁以下、山田卓生「民事法の正義と刑事法の正義」法曹時報第四九卷第六号（一九九七年）一頁以下等参照。
- (117) 田中英夫『英米法総論 下』（東京大学出版会、一九八〇年）五一五頁以下、田中英夫・竹内昭夫『法の実現における私人の役割』（東京大学出版会、一九八七年）一五六頁以下参照。山田・前掲註(16)二七頁は、「今日では、民事、刑事の制裁は交錯し、両者に、行政罰も加えて効果的な役割を果たしうるものともいえる。それにも拘らず、とかく民事と刑事は、分化されすぎているように思われる」とする。なお、現在、被害者保護の観点から「刑事和解」（犯罪被害者保護法一三条）や「損害賠償命令」（同法一七条）の制度が刑事裁判の手続内で行われていることからも、同原則の意味が問い直されこととなる。
- (118) 高橋則夫「刑罰と損害賠償—刑法・民法における行為規範と制裁規範」現代刑事法六巻六号（二〇〇四年）三九頁以下は、「刑法の中に犯罪結果の損害回復という側面を再発見する国際的潮流」が見られ、「刑罰と損害賠償の結合」が生じているが、これは、「刑罰が犯罪行為者と法秩序を保障する国家との関係だけに関わるとするならば、刑罰の適用・執行が加害者の被害者への損害回復によって影響を受けることは認められないはず」であるにもかかわらず、国家刑罰権の根

拠づけが多面的に理解されるようになってきたことから、刑罰と損害賠償の厳格な分離が不可能になつたものであるとする。

(119) 緑大輔「刑事法における被害者の位置づけ——危険運転致死傷罪を契機に」交通法科学研究会編『危険運転致死傷罪の総合的研究——重罪化立法の検証』(日本評論社、二〇〇五年)一七頁以下など。同『刑事訴訟法入門』(日本評論社、二〇一三年)一四頁以下も参照。

(120) 最判平成九年七月一日民集五一巻六号二五七三頁は、「我が国の不法行為に基づく損害賠償制度は、被害者に生じた現実の損害を金銭的に評価し、加害者にこれを賠償させることにより、被害者が被つた不利益を補てんして、不法行為がなかつたときの状態に回復させることを目的とするものであり」、「加害者に対する制裁や、将来における同様の行為の抑止、すなわち一般予防を目的とするものではない。もつとも、加害者に対して損害賠償義務を課することによって、結果的に加害者に対する制裁ないし一般予防の効果を生ずることがあるとしても、それは被害者が被つた不利益を回復するために加害者に対する損害賠償義務を負わせたことの反射的、副次的な効果にすぎず、加害者に対する制裁及び一般予防を本来的目的とする懲罰的損害賠償の制度とは本質的に異なるというべきである」とする。

(121) 佐伯・前掲書註(2)二五五頁は、「わが国においても、現在の社会に適合した形で制裁的慰謝料の制度を構築することも考慮に値する」と、それは、被害者が刑事手続に参加し、損害賠償命令により被害回復を受ける手続が導入されたが、「被害者が心報感情を満足させる場合は、むしろ当事者として加害者と対峙する民事裁判であるべきだとも言えるからである」とする。また、窪田充見「不法行為法における法の実現」長谷部恭男他編『現代法の動態2 法の実現手法』(岩波書店、二〇一四年)七七頁以下は、民刑分離から、不法行為法が被害者の損害の回復のみを目的とするものであるということが当然に導かれるものではないとし、不法行為法の中に制裁法としての性格を見出さざるを得ないとする。なお、刑事制裁と民事賠償の関係につき、平野・前掲書註(10)二二三頁以下等参照。

(122) 板倉宏「自動車交通事故——その現状と対策」判例タイムズ二六二号(一九七一年)一二頁は、「民刑分離が大原則であるが、実際には、刑事手続上で示談解決を促進せざるをえないのであり、告訴取消を公訴提起後にもみとめることは、右のような刑事手続を実際に利用したところの民事救済の実現にプラスになるし、また、民刑両責任の分離は大原則であるが、両者は事故防止・被害者救済という共通の目的のために機能しなければならないのである。そうだとすると、民事

賠償がなされ、被害者が処罰をのぞんでいないのに、あえて、刑事制裁を行使する必要はないからである」とする。なお、量刑と同様に、刑事責任を問われるか否かが、民事賠償がおこなわれるか否かに関連するということは、刑事責任が問われるという威嚇によつて民事損害賠償を事实上強制することになるという点には注意を要する。被害者救済に資するということだけでは、これを全面的に正当化することはできないと思われる（三井誠「量刑と示談」ジユリスト増刊総合特集八号（一九七七年）二八五頁参照）。

（123） 西崎健児「社会的制裁・行政処分と量刑」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第三巻 一般情状等に関する諸問題』（判例タイムズ社、二〇一一年）二四七頁以下にまとめられている。また、畠山靖「被告人が自己の犯罪により自ら多大の不利益を被つたことと量刑」同書二一六頁以下も参照。

（124） この点につき、佐伯仁志「法の実現手法」長谷部恭男他編『現代法の動態2 法の実現手法』（岩波書店、二〇一四年）三頁以下、中川丈久「行政法における法の実現」同書二一一页以下が参考となる。

（125） なお、佐伯・前掲書註（2）は、最判昭和四五年九月一日刑集二四巻一〇号一三三三三頁等の判例は、「課徴金を含めた行政上の措置が、たとえ制裁であつても、それだけは憲法三九条の『刑事責任』となるわけではない」と解している（同一二一頁）が、「行政制裁の目的・要件・手続を考慮して、制裁の性質によつて」刑事責任にあたるか否かを判断しようとするものであるとし（同一二六頁）制裁が「不正行為の反社会性ないし反道徳性に着目してこれに対する制裁として科される」ものかどうかという制裁の趣旨・目的が決定的な要素であるとする（同一二七頁）。そして、「判例のような考えは、近時の刑罰觀からも正当化しうる」とし、「行政制裁と刑罰は、どちらも違反行為の抑止を図ることを目的としているが、行政制裁は、主として、経済的不利益を賦課することによってこれを達成しようとするのに対し、刑罰は、不利益の賦課とともに、違反行為を犯罪と烙印づけることによって、行為者に強い社会倫理的非難を加えることを通じて、達成しようとするのである」（同一二八頁以下）と述べる。また、川出敏裕「医療事故調査制度の在り方について」岩瀬徹他編『町野朔先生古稀記念 刑事法・医事法の新たな展開 下巻』（信山社、二〇一四年）六一頁以下も参照。

（126） しかしながら、どの手続を選択するかについては、当該手続のもたらす効果だけでなく、情報収集・事案解明能力や手続的制約などの多角的な視点から検討する必要がある。この点について、笛倉宏紀「法の実現と行政手続・刑事手続」長谷部恭男他編『現代法の動態2 法の実現手法』（岩波書店、二〇一四年）三二五頁以下が参考となる。また、芝原邦爾

「行政の実効性確保—刑事法の視点から」公法研究第五八号（一九九六年）二六二頁以下は、「刑事制裁が『最後の手段』として用いられるか否か」は、①社会一般が違法行為を「犯罪」として認識しているか、②刑罰以外の制裁手段が多く存在し、かつそれらが現実に活用されているか、③犯罪検査の前段階として刑事処分に値する事件と他の行政処分等が適当な事件かを判断する独自の行政調査機関が存在するか、という三つの要素が大きく影響するとする。高山佳奈子他「特集 行政制裁法の課題」法律時報八十五卷一二号（二〇一三年）四頁以下も参照。

（127）宇賀・前掲註（17）一七頁以下参照。平成一八年の医師法等の改正については、同「医療安全に関する行政処分の現状」ジユリスト一三三三号（二〇〇六年）四〇頁以下参照。

（128）宇賀・前掲註（17）四六頁以下、同・前掲註（17）二二頁以下、山中（2・完）・前掲註（28）九五頁等が参考になる。また、川出・前掲註（15）六一頁は、「権利侵害性が弱い他の処分で目的が達成されるならば刑罰を使う必要はないし、また、使うべきではない」というのは、一般論としてはそのとおりであるが、それが妥当するためには、その他の処分の事実上の効果ないし機能が刑罰と同一でなければならない」ことから、「医療事故に対する行政処分が刑罰と同様の効果を持つたものである必要がある」とする。そして、医療事故に対する「行政処分の役割については、なおあいまいな面は残っている」とはいえ、刑事処分のかなりの部分が罰金刑である現実からすれば、「一定の不利益性を持つた行政処分を積極化する」とが、刑罰の適用範囲を事実上狭める機能を持つことは確かに「ある」とする（同六二二頁）。その他の制度論につき後掲註（149）参照。

（129）指宿研究・前掲書註（58）二一四頁以下で、「正義の原理」につき、デュー・プロセス、エクイティ、可罰的違法性の理論、正義論等の法思想あるいは法原理とのかかわりにおいて検討している。

（130）指宿研究・前掲書註（58）三六四頁。

（131）東高判昭和五二年六月一四日高刑集三〇卷三号三四一頁では、「このように本件事件をみてくると、被告人に対する訴追はいかにも偏頗、不公平であり、これを是認することは法的正義に著しく反するというべきである」とするが、藤崎万里裁判官の反対意見では、「本件公訴を有効とする以上は、この程度の名目的な刑であつてもこれを科して被告人の責任を明らかにするのが正義の要求するところである」とされた。

（132）指宿展開・前掲書註（58）二四頁は、「訴訟そのもの」が法秩序全体から許容されないとするにせよ、あるいは非典

型的な訴訟条件を当事者主義の観点から拡張していくにせよ、訴訟条件という概念を用いるならばいかかる『条件』の欠缺がなければ訴訟が有効になるのかにつき説明が困難であるという難点をかかえている。このことは結局、現実の訴訟の場では、訴訟の継続が相当とは言えず手続を打ち切るほかないという判断を導き出す多様な原因を裸で主張せざるをえないこととなり、打切り論としての実践性に疑問を投げかけている」とする。また、指宿研究・前掲書註<sup>(58)</sup>三三七頁は、「訴訟条件説は現在までのところ、論理の枠組みは示してはいるものの、打切りを導く判断内容（すなわち何故打ち切らなければならぬのか）についての説明に乏しく、必ずしも説得的とは言いがたい。たとえば、寺崎説のように、訴訟そのものの有効性を判断する基準、あるいは有効性を否定する基準をどう構成していくかという問題につき、正義の原理に関するニユーヨーク州判例に比すとき抽象的にすぎる」とする。

(133) 「判例特報（高田事件上告審判決）」判例タイムズ一八七号（一九七三年）一六五頁など。

(134) 最決平成七年二月二八日刑集四九巻二号四八一頁。本決定についての評釁等としては、川口政明「判解」最高裁判所判例解説刑事篇（平成七年度）（法曹会、一九九八年）一二五頁以下、同「時の判例（刑事）」ジュリスト一〇七九号（一九九五年）、指宿展開・前掲書註<sup>(58)</sup>一〇七頁以下、同「時の判例（刑事訴訟法）」法学教室一八一号（一九九五年）一二〇頁以下、藤田昇三「判研」研修五六五号（一九九五年）一二一頁以下、青木紀博「判批」判例時報一五六一號（一九九六年）二三〇頁以下、長沼範良「判研」ジュリスト一〇八号（一九九七年）一一四頁以下、渡辺修「刑事裁判と防御」（日本評論社、一九九八年）一五六頁以下、辻裕教「判批」別冊ジュリスト一四八号（一九九八年）一一六頁以下等がある。なお、第一審判決（岡山地判昭和六二年一月一二日判時一二五五号三九頁）が、「刑訴法が公訴の適法要件として本来当然に要求する訴追の正当な利益が失われている」として公訴棄却をしたことにも注目される。

(135) 被告人が訴訟能力の回復の見込みがない場合に、手続を打切る法形式に関する見解を整理したものとして中島宏「訴訟無能力による長期の公判停止」季刊刑事弁護六八号（二〇一一年）一三三頁。その他の見解として高田昭正「訴訟能力を欠く被告人と刑事手続」ジュリスト九〇二号（一九八八年）四三頁、鈴木茂嗣「刑事訴訟法」（青林書院、改訂版、一九九〇年）四四頁など。

(136) 川口判解・前掲註<sup>(134)</sup>一三七頁以下。長沼・前掲註<sup>(134)</sup>一一八頁。

(137) 川口時の判例・前掲註<sup>(134)</sup>一〇七頁。青木・前掲註<sup>(134)</sup>一三三頁、原審に関する佐々木史朗「判批」ジュリスト一〇

二四号（一九九三年）二〇四頁参照。

（138） 高田・前掲註（135）四〇頁以下参照。

（139） 最近、千種補足意見の枠組みに従い、訴訟能力の欠如およびその回復の見込みがないことを理由に、公訴棄却判決を言い渡した事例がある（名古屋地岡崎支判平成二六年三月二〇日判例時報二二二二号一三〇頁）。本判決に関する評釈として、中島宏「判批」法学セミナー七一七号（二〇一四年）一二八頁、伊藤睦「判批」新・判例解説 Watch 刑事訴訟法 No. 96（二〇一四年）。打切りを認めたことは支持できるが、本判決が「後発的に『公訴提起の手続がその規定に違反したため無効』になつたものとして、刑事訴訟法三八条四号を準用した」点については、さらなる検討を要する。

（140） 日本医師会の「医療事故における責任問題検討委員会」において検討された事例の一つである（同委員会「医療事故による死亡に対する責任のあり方について―裁判型の刑事責任を改め再教育を中心とした行政处分へ―」（二〇一〇年）七頁以下）。本事例につき、同委員会の議論に参加した二四名中、一九名が刑事処分は不適切なケースだと回答したとされる（なお、二四名中、医療者は一〇名、法律家は一〇名である）。

（141） 厚生労働省において行われているものとして、「医療裁判外紛争解決（ADR）機関連絡調整会議」や「医療の質の向上に資する無過失補償制度等のあり方に関する検討会」等がある。なお、医療ADRにつき、大澤一記「医療過誤紛争におけるADR（裁判外紛争解決）」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）二二三頁以下、植木哲編『医療裁判から医療ADRへ』（ぎよっせい、二〇一一年）等参照。

（142） 厚生労働省医療事故に係る調査の仕組み等のあり方に関する検討部会「医療事故に係る調査の仕組み等に関する基本的なあり方」について（二〇一三年）。

（143） その内容については、田上喜之「平成26年医療法改正の解説―医療事故調査制度の創設」法律のひろば六七巻一号（二〇一四年）四頁以下、山本和彦「医療事故調査の新たな制度」法律のひろば六七巻一号（二〇一四年）八頁以下等参照。制度成立に至る経緯につき、川出・前掲註（125）四五頁以下等参照。

（144） 平成一七年から開始された「診療行為に関連した死亡」の調査分析モデル事業（モデル事業）などがある。モデル事業については、田原克志「診療行為に関連した死亡の調査分析モデル事業について」ジュリスト一三三三号（二〇〇六年）二〇頁以下、深山正久・加治一毅「病理解剖を基にした『医療関連死の医療評価システム』の構築と法整備」ジュリ

スト一三三三号（二〇〇六年）四八頁以下、山口徹「過失の追及と医療安全の推進」ジュリスト一三三三号（二〇〇六年）五三頁以下等参照。また、モデル事業を評価して、日本の医療事故調査機関の制定過程が諸外国にも参考になるとするものとして Leflar, *supra* note 16, at 51.

（145）第一三回医療事故に係る調査の仕組み等のあり方にに関する検討部会「参考資料一 検討事項に関する第一回までの議論」（二〇一三年）参照。

（146）これについて、同検討部会の過程で、「診療関連死には、故意又は故意と同視すべき捜査機関が取り扱うべき事例も紛れ込むものであり、診療関連死は全て第三者機関に届け出ることとし、医療界が中心となつてその判断も含めて第三者機関で行うべきではないか。一方、医療者は犯罪かどうかふるいにかけられることについては、感情として受け入れることができないのではないか。他方、院内調査が行われるだけで、問題のあるケースが警察にも第三者機関にも届け出られないといふことでは国民の理解が得られないのではないか」等の意見が出された（第一三回検討部会・前掲註（145）三四頁以下参照）。

（147）したがつて、医療機関は、医師法二一条の要件に該当する場合には、従前どおり、警察に対する通知義務を負う（山本・前掲註（143）一四頁）。

（148）同法理につき、指宿展開・前掲書註（58）五五頁以下等参照。

（149）医療過誤における事故調査ないし処分に関する新たな制度について、前掲註（27）記載の各文献のほか、宇賀・前掲註（17）、同・前掲註（27）、畠中綾子「医療事故・インシデント情報の取扱いに関する論点」ジュリスト一三〇七号（二〇〇六年）二八頁以下、畔柳達雄「医療事故に関連して発生する刑事処分と行政処分」ジュリスト一三三三号（二〇〇六年）六〇頁以下、加藤良夫「医療被害者の『5つの願い』を踏まえたシステム構築」ジュリスト一三三三号（二〇〇六年）六四頁以下、清水真「医療事故調査手続と刑事法」明治大学法科大学院論集第五号（二〇〇八年）一〇三頁以下、医療事故における責任問題検討委員会・前掲註（140）、佐伯・前掲書註（2）二九一頁以下、甲斐医療事故と刑法・前掲書註（3）二七一頁以下、川出・前掲註（25）五三頁以下、山本・前掲註（13）一四頁以下、宮澤潤「医療事故調は紛争解決のツールとなり得るか」法律のひろば六七卷一一号（二〇一四年）一七頁以下、樋口範雄「統・医療と法を考える」（有斐閣、二〇〇八年）二三三頁以下、同「医療事故防止に向けた仕組み—アメリカとの比較」法律のひろば六七卷一一号（二〇一四年）

四二頁以下、「シンポジウム／医療事故調査のあり方—（院内）事故調査の意義と限界」年報医事法学二九号七六頁以下等参照。また、医療過誤だけにとどまらないが、川出・前掲註(44)記載の各論稿のほか、消費者庁事故調査機関の在り方に関する検討会「取りまとめ」(二〇一一年)に関する、宇賀克也「事故調査機関の在り方に関する検討会取りまとめ」について」、ジュリスト一四三三号(二〇一一年)二〇頁以下、曾和俊文「事故調査機関の在り方について」、ジュリスト一四三二号(二〇一一年)三七頁以下、篠倉事故調査と刑事司法・前掲註(43)三六頁以下、同(上)・前掲註(56)二九頁以下、同(下)・前掲註(43)六四頁以下や、同「行政調査手続と捜査」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)一〇〇頁以下、川出敏裕ほか「特集 事故調査と安全確保のための法システム」、ジュリスト一三〇七号一〇頁以下等が参考になる。