

台湾における刑事医事紛争の課題と展望

張麗卿*
坂口一成訳**

1 序——ある事例を導きに

医事紛争が生じた後、医師が直面する法的責任は、行政取締上の各処分や民事上の損害賠償のほか、その最も重いものは刑事責任にほかならない¹⁾。刑事責任は主に業務上過失致死傷罪であり、その訴訟においては医療鑑定手続を経なければ事実を確認できない。本稿は刑事医事紛争²⁾および医療鑑定をめぐる諸問題を考察する。まず、ある事例から議論を始めることにしよう。

1993年に林某はL医師の中医診療所で診察を受け、初診では「陳旧性肝住血吸虫感染後遺象皮症」と診断され、漢方薬が処方された。林某はその後も通院したが、病状は改善するどころか、浮腫が現れた。同年10月23日の4度目の診察時にはさらに悪化し、浮腫がひどくなっていたが、L医師は薬を処方しただけで、病状の緊急性を察知し別の病院で診察を受けるよう勧めなかった。その5日後、林某が別の市立病院で急診を受けたときに、心肥大および慢性心不全が発見されるとともに、大腸菌感染も検出され、救急処置を受けたが、翌日死亡した。検察官は行政院衛生署医事審議委員会にこのケースの鑑定を嘱託した。その結果は、被告人は医療過程において明らかに過誤があり（第1次鑑定）³⁾、死因は急性心不全、敗血症および慢性腎不全（尿毒症期）であったとするものであった。そこで検察官は、業務上過失致死罪で起訴した。しかし台北地方裁判所および高等裁判所はL医師に無罪を言い渡した。その理由は、被告人が林某を診療した時点

編集部注* 台湾東海大学法律系教授、法学博士（国立台湾大学法律研究所）、法学博士（ミュンヘン大学刑事法学研究所）、スタンフォード大学訪問教授（フルブライト奨学金）

** 北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター助教

- 1) 例えば、医療行為による業務上過失致死傷、カルテの不実記載による文書偽造、患者のプライバシーの漏示、保険給付金詐取についての詐欺などは、医師に成立しうる犯罪形態である。
- 2) 「医事紛争」はその文言からいえば、医師と患者の間の全てのもめ事を指す（楊秀儀「論医療糾紛之定義、成因及帰責原則」台湾本土法学雑誌39期（2002年）121～122頁参照）。本稿では医事紛争を医師と患者の間の医療による傷害、それに伴う障害または死亡により生じる刑事責任の帰属に関する医事紛争のみを指すこととする。またしたがって、医療行為の侵害する法益は、刑事法上、身体権および生命権となる（医事紛争処理法草案3条参照）。なお、医療行為の定義については、陳櫻琴・黃于玉・顏忠漢『医療法律（第3版）』（五南、2005年）185頁参照。また、医師と患者の民事関係については、詳しくは吳志正『解説医病関係I——医療契約篇』（元照出版、2006年）参照。
- 3) 行政院衛生署88年12月29日衛署医字第○○号函および同封の第○○号鑑定書〔公式文書の年は民国曆（民国元年は1911年）である。なお、〔 〕内は訳者注である。以下同じ〕。

では大腸菌感染または敗血症などの臨床症状は見られず、他の病院での診察を提案しようがなく、医療過程に過誤はなく（第2次鑑定）⁴⁾、よって過失があったとは認められないとするものであった。

その後、上告を受けた最高裁は、本件には2つの鑑定意見があることを発見した。第1次鑑定は医事審議委員会のもので、「患者はかねてより慢性心肥大、心不全に罹患していたところ、敗血症（大腸菌菌血症）のために腎機能が急速に悪化した。被告人の診療所のカルテによれば、敗血症を認識することが非常に困難であったことは明らかである。患者が通院してきたときには浮腫が現れており、腎機能検査を行うか、または他の病院に行くよう勧めるべきであり、よって被告人の医療過程には明らかに過誤があると考え」とする。第2次鑑定は中国医薬学院附属病院のもので、「中医学の処方病型を主とし、被告人の治療過程は中医学の治療方法に合致し、しかも林某は治療の5日後に、自ら別の病院で急診を受け、最終的には大腸菌感染で死亡したものである。大腸菌は非常に活発で、通常は感染後48時間以内に死亡するが、患者が象皮症のために診療所で治療を受けた時点では、大腸菌感染の症状は見られず、よって過誤はなかったというべきである」とする。

最高裁の判断は以下のとおりである。すなわち、行政院衛生署医事審議委員会は医事紛争鑑定を取り扱う法定機関であり、その鑑定作業は、他の機関が一人で鑑定意見を作成することと比べて、より慎重である。しかし、第1審、第2審裁判所は「前者ではなく後者を採用し」、一学院の附属病院の中医主任の鑑定意見により、被告人に有利な判断をした。これは説得力を欠き、調査不尽の誤りがあり、よって無罪判決を破棄し、差し戻す。

差し戻し後の第2審裁判所は、再び行政院衛生署医事審議委員会に鑑定を嘱託した。第3次鑑定（補充鑑定）⁵⁾は次のように指摘する。すなわち、4分の1を超える死亡した敗血症患者のうち、3分の1は発症後48時間以内に死亡し、残りの3分の2は14日以内、あるいはそれ以降に死亡している。本件の林某は最後の診察日（1993年10月23日）の5日後に死亡しており、発症後48時間以内に死亡した3分の1には当たらないため、L医師と林某の死亡結果との間には相当因果関係がないと考えることができる。こうして医事審議委員会は前鑑定とは異なる鑑定意見を出し、過誤はなかったとした。そこで差し戻し後の第2審裁判所は再び、被告人に無罪を言い渡した。

ところが、最高裁はまたこの第3次鑑定意見を認めず、次のように説示し、再び差し戻した。すなわち、第3次鑑定は割合の少ない3分の1の患者に生じうる状況にのみ言及し、被告人に有利な認定をしたが、残りの「3分の2は14日以内、あるいはそれ以降に死亡している」という意見に言及しておらず、理由が矛盾している、と。現在、本件第2審が高裁に係属している。本件の訴訟の過程の見通しをよくするために、その経過および理由を表にまとめた。

4) 中国医薬学院附属医院89年8月2日院医字第〇〇号函同封の鑑定書。

5) 行政院衛生署95年5月25日衛署医字第〇〇号函および同封の第〇〇号医事審議委員会鑑定書。

文書	結果	鑑定意見および理由
台北地裁検察署 88年度偵字 第13498号	起訴	第1次鑑定（医審会）：患者は敗血症のために腎機能が急速に悪化したが、敗血症を認識するのは困難であった。患者が通院してきたときに腎機能検査を行わず、または他の病院に行くよう勧めなかったため、被告人の医療過程には明らかに過誤があると考ええる。
台北地裁 89年度訴字 第358号	無罪	第2次鑑定（中国医薬学院）：中医学の処方では病型を主とし、鑑定人の専門家としての判断によれば、被告人の治療過程は中医学の治療方法に合致し、過誤はなかったというべきである。
台湾高裁 90年度上訴字 第1892号	無罪	高裁は第2次鑑定意見を採用
最高裁 93年台上字 第4228号	破棄 高裁に差戻し	最高裁：医事審議委員会は医事紛争鑑定を取り扱う法定機関であり、その鑑定作業は、他の機関が一人で鑑定意見を作成することと比べて、より慎重である。しかし、第1審、第2審裁判所は「前者ではなく後者を採用し」、説得力を欠き、よって無罪判決を破棄し、差し戻す。
台湾高裁 93年度医上更（一） 第2号	無罪	第3次鑑定（医審会）：本件の林某は最後の診察日の5日後に死亡しており、発症後48時間以内に死亡した3分の1には当たらないため、L医師と林某の死亡結果との間には相当因果関係がない。
最高裁 95年台上字 第6914号	破棄 高裁に差戻し	第3次鑑定は割合の少ない3分の1の患者に生じうる状況のみに言及し、被告人の有利な認定をしたが、残りの「3分の2は14日以内、あるいはそれ以降に死亡している」という意見に言及しておらず、理由が矛盾しており、法令違反の疑いがある。
※現在、台湾高裁に第2審が係属中		

本件は1993年に生じてからすでに14年間も訴訟が継続しているが、未だに解決していない。このことは刑事医事紛争をめぐる現象と課題を如実に示しているといえよう。すなわち、刑事医事紛争の特徴は何か、刑事医事紛争の鑑定人の役割は何か、鑑定意見の不一致という現象がなぜ生じるのか、鑑定意見が異なる場合に裁判所はどのように裁判をすべきか、立法および実務の運用においてどのようにこの問題を解決するのか、である。これらが本稿の考察の重点である。

2 刑事医事紛争の特色

社会はこれまで医師の役割・地位に特別な敬意を払ってきており、また患者は医師に全幅の信頼を置き、たとえ医師の医療行為に些細な過誤があったとしても、医師の不注意によるものとは考えなかったため、患者と医師が法廷で相まみえるという状況はほとんどなかった。患者の権利意識の高まりに伴い、患者が自己の疾病が治癒されないどころか悪化した場合には、医師が一定品質の医療を提供しなかったことにその原因を求めようになり、さらには法律に訴えて救済を得ようとするようになった。簡単にいえば、医療ニーズの不断の拡張、医療に対する期待の大幅な増大、最新の医療機器・治療方法の大胆な試み、医療サービスの企業化、医療人員の良くない

応対態度、医師による故意の詐欺や秘密の漏示、不合理な費用請求、患者家族に対する挑発などの要素⁶⁾は、いずれも医事紛争の火種である。台湾の刑事医事紛争の特色としては以下の諸点がある。

(1) 刑事により民事を逼る

医事紛争の解決は、陳榮基教授の観察によれば、従来「刑事により民事を逼る」という奇異な現象がある⁷⁾。すなわち、台湾の医事紛争において、真に法的ルートで訴訟が提起されるのは1・2割にすぎない。患者および家族の威迫、「棺桶担ぎ」〔被害者遺族等が棺桶を担いで圧力をかけることを指す〕などの各種の不合理で多様な「自力救済」的な威嚇により、約9割の医師・病院は和解や調停を通じて金銭賠償により解決している。もしその他の、消費者文教基金会への相談や訴訟ルートによらずに解決された事例を計算に入れなければ、司法手続に入る医事紛争は、残り1割の威嚇を受けずに、しかも医師・病院が医療過程に過誤はなかったと考えるため、訴訟に救済を求める場合だけである⁸⁾。

こうした約1割の訴訟のうち、刑事訴訟が7・8割を占める。一般的に患者はまず刑事訴訟を提起し、検察官に介入を請求する。これにより、弁護士選任、証拠収集、訴訟・鑑定費用の納付という自己の負担を軽減すると同時に、刑事訴訟において附帯民事賠償を請求し、刑事訴訟において損害賠償の獲得という目的を達成しようとする⁹⁾。しかし、こうした訴訟モデルは刑事裁判手続のオーバーワークをもたらし、しかも医師の無罪率が高く、患者にもメリットがない。医師界が一貫して非犯罪化を唱えるのも無理もない。

(2) 低い有罪率

行政院衛生署医事審議委員会が司法・検察機関から鑑定の囑託を受けた事件数の統計¹⁰⁾によると、同委員会は1987年4月から1998年12月までの12年間に1859件の事件について鑑定を行った。1987年から1995年までは毎年約130件であったが、1996年にはほぼ倍増の225件となった¹¹⁾。また、同委員会が公表した1987年から1996年までの審議結果によると、医師に過誤があったとする鑑定

6) 陳忠五「医療糾紛の現象と問題」台湾本土法学雑誌55期(2004年)1頁以下、葛謹「医療糾紛之過失責任——從台湾高等法院台南分院民事九十年重上自第八号判決談起(上)」台湾医界50卷1期(2007年)39頁。

7) 陳榮基「台湾医療糾紛の頻率と原因の分類」台湾医界37卷6期(2002年)102頁。

8) 謝卿宏「医師覚醒自我修正、促使医療制度更健全」自由新聞網2002年5月31日(<http://www.libertytimes.com.tw/2002/htm>、最終アクセス:2008年4月3日)。

9) 蔡惠如「台湾医療糾紛之法律課題」月旦民商法4期(2004年)128頁、朱柔若・林東龍「医療公道如何討?台湾医療糾紛処理機制弊病之探索」医事法学11卷3・4期合併号(2003年)48頁。

10) 邱清華「建立医療糾紛補償制度——『医難救済金』」医事法学10卷2期(2002年)6頁以下。

11) 1995年から2002年末までは、年平均約379件であり、中でも産婦人科、内科、外科、小児科の件数が多い。訴追理由のトップ4は、不適切な医療措置、手術の失敗、医師の誤診、不適切な投薬であった(陳原風「医療糾紛処理法草案(草案評估)」立法院全球資訊網(<http://www.ly.gov.tw/ly/04>、最終アクセス:2008年3月30日))。

意見が11.8%、過誤があった可能性があるとしたものが6.5%あり、総数の18.3%を占めた¹²⁾。このほか葛謹によると、1987年から1999年までに、衛生署医事紛争鑑定チームが担当した事案2409件のうち、過誤があったものは約20%であった¹³⁾。

興味深いことに、18.3%の過誤があったと鑑定された事案のうち、最終的に医師を有罪とした判決はわずか4.7%であった。このことは医事紛争事件の低い有罪率を如実に示しているといえよう¹⁴⁾。このほか、執行猶予の適用対象の拡張を受け、医師に過失があったとしても、そのほとんどが執行猶予の要件に該当するため、執行猶予が言い渡されている¹⁵⁾。何年もの訴訟の間、医師や患者の家族は仕事もできず、時間を浪費し、訴訟費用を負担し、また裁判官、検察官、衛生署、医療鑑定組織が多大な精力を注ぎ込んだ後の執行猶予は、正義の伸張につながらない司法資源の浪費と思わざるをえない。

(3) 任意鑑定制度

刑事訴訟法は「証拠の証明力は裁判所が確信に基づき自由に判断する」(155条1項)、「当事者、代理人、弁護人または輔佐人が証拠調べを請求した場合に、裁判所が不要と認めるときは、裁定によりこれを却下することができる」(163条の2第1項)と定める。したがって、事実審裁判所は自由心証により証拠の取捨および証拠の証明力を判断することができる。自由な判断は職権の行使であるが、最高裁によると、なお経験則と論理則の支配を受ける¹⁶⁾。しかし、裁判官にはそれ自体の専門知識があり、しかも裁判官には鑑定を嘱託する義務はなく、裁判官が自らに必要な知識・経験が備わっていると信じるときは、鑑定を嘱託しないと決定することができる。よって、鑑定に付す必要があるか否かは、完全に裁判所または検察官の裁量であり、被告人の請求に拘束されない¹⁷⁾。したがって実務上、被告人は鑑定の必要があると考えて鑑定を請求するが、裁判所や検察官は鑑定の必要がないとしてその請求を却下したり、また被告人は鑑定を請求しないが、裁判所や検察官が鑑定の必要があるとして鑑定に付したりする現象は珍しくない。

強制鑑定制を採らない上、裁判官と検察官は鑑定意見に拘束されないが、裁判官と検察官はやはり関係する医学知識および各種の経験則を全面的に考慮して誤りを避けるべきであり、その他の鑑定人が争いのある事実についてさらに一歩進めた報告をする可能性があり、しかもその鑑定意見が独立して評価されるのであれば、改めて鑑定に付すべきである。このほか、例えば2名

12) 魏忻忻(聯合報記者)の2007年9月18日付の報道によると、衛生署医事審議委員会による医事紛争事件の鑑定において、医師の過誤があったとする鑑定は15~20%である(聯合新聞網(<http://www.udn.com/2007/9/18/NEWS/>、最終アクセス:2008年4月3日)参照)。

13) 葛謹・前掲注(6)38~39頁。

14) 高添富「医療業務過失致死的犯罪理論」<http://www.drkao.com/library/9/chap3-3.htm>(最終アクセス:2008年3月27日)。

15) 蘇嘉瑞「医療糾紛刑事訴訟の実証与趨勢」法官協會雜誌9卷1期(2007年)58頁以下。

16) 例えば、最高裁の31年上字第2200号、32年上字第2136号判例、85年台上字第2014号判決。

17) 拙著『検証刑訴改革脈動』(五南出版、2004年)124頁以下。松尾浩也(張凌訳)『日本刑事訴訟法』(中国人民大学出版社、2005年)95~96頁。

の鑑定人の意見が相互に抵触したときには、裁判官は採用しなかった鑑定意見について、分析・説明しなければならない。

(4) 判断上の過誤の有無

医事犯罪には過失犯と故意犯があり、そのうち訴追を強化すれば、医学の進歩を妨害することになると考えられているのは、医事過失犯である¹⁸⁾。一般に、医事故意犯が成立するのは稀であり、そのほとんどは医事過失犯の判断が主である¹⁹⁾。過失犯の処罰は医師の注意義務に関わり、医師は業務に従事する者であるため、その業務執行時に「注意すべきであり、かつ、注意することができたにもかかわらず、注意しなかった」(刑法14条1項)場合に、業務上過失犯が成立する。

医師はそれまでに医学の専門教育およびトレーニングを受け、国家医師資格試験に合格しているため、医療行為が惹起しうる不幸な結果およびその回避可能性についてしっかりと認識しているはずであり、しかもそれ故に予見能力がある²⁰⁾。したがって、医師がその尽くすべき注意義務を尽くさずに、不当な医療行為により患者の生命・身体・健康に損害をもたらしたときは、業務上過失の責任を負わなければならない。換言すれば、医療過失の鑑定と因果経過は関係があり、過失の有無を決定するカギは、医師が医療過程で業務上の注意すべき事項を怠ったか否か(これは医師の医療行為が一般社会の認める医療水準を満たさないことを指す)²¹⁾、および患者の傷害または死亡と医師の医療行為に事実上の因果関係があるか否か(ここでの因果関係は規範的に評価される因果関係ではない)にあり、鑑定意見では必ずこれらを判断しなければならない。ここで特に注意すべきは、鑑定人が認定する因果関係は事実上の因果関係であり、裁判官が確認するところの規範的評価である相当因果関係(客観的帰属論)²²⁾と混同してはならないという点である。

18) 蔡墩銘『医事刑法要論(第2版)』(翰蘆出版、2005年)114頁以下。

19) 蔡墩銘・同上209頁。

20) 米田泰邦『医療行為と刑法』(一粒社、1985年)203頁以下、蔡振修『医事法律総論(増訂版)』(私家版、1993年)273~274頁、黄丁全『医事法』(元照出版、2000年)507頁。

21) 例えば最高裁の95年台上字第3884号判決は、「医療当時の臨床医療実務における医療水準により、注意義務に違反したか否かを判断する。換言すれば、医療行為が当時の当地における医療行為の特別な専門家としての規範が求める程度の注意を払っていれば、医師は法律上求められる客観的注意義務を尽くしたと認めることができ、たとえ不幸な結果が生じたとしても、『客観的予見可能性』がないために、医療上の過失責任は成立しない」とする(林山田「台北市立医院医療糾紛及其法律問題之研究」台北市市政建設專輯研究報告第201輯(1988年)122頁以下、拙著『刑法総則理論と運用(第3版)』(五南出版、2007年)386頁参照)。

22) 同旨として、例えば稲垣喬『医事訴訟理論の展開』(日本評論社、1992年)83頁参照。客観的帰属論の内容および適用については、拙稿「廢弛職務致釀成災害的客観帰責」東海法学研究9期(1995年)253~280頁、拙著・同上131、134頁以下参照。このほか、林志六「医療事故之因果関係——以高等法院85年度上字第316号民事判決為例」医事法学7巻4期・8巻1期合併号(2000年)55頁は、医療行為の刑事責任の認定における客観的帰属論に言及する。

3 刑事医療鑑定人の役割

「刑事医療鑑定」は医事紛争事件において、医療提供者に刑事責任があるか否かを判断するために、裁判所または検察官が証拠資料を得るために専門知識を有する第三者を指定し、特定の事項についてその判断・意見を陳述させる訴訟上の行為であり、通常は死体解剖鑑定²³⁾、臨床鑑定²⁴⁾ および薬理生化学鑑定²⁵⁾ などの鑑定方法が用いられる。刑事訴訟法は鑑定について任意鑑定制を採っているため、鑑定に付す必要があるか否かは、事実審裁判所の裁量である。専門知識を有する第三者である刑事医療鑑定人には、以下のような特質がある²⁶⁾。

(1) 代替・排除可

政府機関の委任により鑑定職務に就く者は鑑定人となりうるが、鑑定人はこれに限られず、鑑定事項について特別な知識・経験を有する者(刑事訴訟法198条1号)もこれになることができる。このように、およそ特別な知識・経験を有する者は鑑定人となることができるため、鑑定人には代替可能性がある²⁷⁾。このほか、鑑定意見は判決を左右しうるため、当事者は裁判官の回避申立事由により、鑑定人を排除することができる(同200条1項)[台湾刑訴法上の「回避」は、日本法上の除斥・忌避・回避を合わせた概念である。台湾刑訴法17、18条、24条1項参照]。このように鑑定人は排除される場合もあり、もって鑑定の公平性を確保するのである²⁸⁾。

(2) 資格上の制限

医師の罪責の有無については、専門家の鑑定意見が最も重要な参考根拠となる。鑑定証拠を必要とする理由としては、次の2点がある。第1は、医学的観点から、医学の進歩および一般人の医学者に対する信頼の向上のためである。第2は、事実上、裁判官は医学の専門知識が乏しいため、鑑定人が刑事訴訟手続において特に優勢な地位に立つからである。こうした現象に対して、ドイツの Koch 判事は憚ることなく「実際、訴訟手続における裁判の中心は、裁判官から医師に

23) 死体解剖鑑定とは、裁判所に属する法医が死体の病理検査を行い、その病因・死因を明らかにすることである。基本的には法医が解剖し、肉眼で見た病理を記録し、疑わしい臓器・組織を採取・保存し、検査室に送り顕微鏡を用いた病理組織学的検査、薬理的検査、生化学的検査を行う。これらの検査結果に基づき、初歩的な鑑定書を作成する(蔡墩銘・前掲注(18)272頁)。

24) 臨床鑑定とは、裁判官または検察官が鑑定機構の専門家に囑託し、医師が記載したカルテと法医の初歩的な鑑定意見に基づき、医師が診断・治療・手術・投薬において過誤がなかったかを調べることである。医学教育ネット(<http://www.med66.com/html>、最終アクセス:2008年3月5日)参照。

25) 薬理生化学鑑定とは、死体解剖により採取した組織を、実験室において薬理的・生化学的検査にかけ、臨床状況と死亡の結果との間に純医学的な因果関係があるかを判断することである。医学教育ネット(<http://www.med66.com/html>、最終アクセス:2008年4月5日)参照。

26) 拙著『刑事訴訟法理論と運用(第10版)』(五南出版、2007年)383頁以下。

27) 拙著・同上383頁。林山田『刑事程序法』(五南出版、2004年)456頁、林俊益『刑事訴訟法概論(上)』(新学林出版、2006年)521頁、林鈺雄『刑事訴訟法(上)』(元照出版、2004年)481頁。

28) 拙著・同上383頁、王兆鵬『刑事訴訟講義』(元照出版、2006年)722頁以下、林鈺雄・同上488~489頁。

移ったといえよう。これは受け入れねばならない事実である」²⁹⁾と述べた。またこのため、刑事医療鑑定人は特別な知識および経験のある者に限られ、当該事項についての知識・経験がなければ、鑑定人に任命すべきではない。

(3) 裁判の補助者

要証事実意見を提供する鑑定人が裁判所の補助者の役割を担い続けるべきかについては、激しく争われている。鑑定人の役割についての論争は、理論と実務の折り合いがうまくつかないからである。現行法を重視する者は、裁判官は裁判の主導者たるべきであるとするのに対し、実務の実際を重視する者は、鑑定人こそが裁判の主導者と考える。実定法を墨守する上での実際上の難点は、裁判官には専門知識がなく、特定の事実について判断しえないことにある。実務重視論の難題は、ある事項の鑑定（例えば過失の有無）は法律問題についての評価も兼ねており、こうした法律問題の評価を実務者（例えば医師）に委ねれば、現行法の趣旨に反することになる点にある。

刑事訴訟法の規定から、裁判官は相当重い責任を負い、自由心証に基づき、問題のあるあらゆる事実証拠を自由に評価しなければならない。しかし、裁判官の知識・経験にも限りがあり、法的知識以外について瑕疵のない自由心証を行うことは不可能である。事実証拠の価値をしっかりと判断するためには、裁判官は鑑定人の意見の助けを借りる必要がある。しかも社会の複雑化・ハイテク化・専門化の結果、訴訟においては専門知識に依存せざるをえず、またそのために鑑定に対する重視に拍車がかかった³⁰⁾。鑑定人が裁判官の裁判に影響することに注意しなければならないとする者がいるのも当然である。

いずれにせよ、鑑定人は訴訟においては裁判官の指揮に従わなければならない³¹⁾。鑑定人はやはり「事実発見の当然の補助者」であり、当事者の当然の補助者ではない。たとえ鑑定人が当事者に選任されたとしても同じである³²⁾。鑑定人は専門領域において裁判官の不足を補い、裁判官の事実の問題の処理を手助けするだけであるため、被告人に過失があるか否かは、医学の専門的意見のみならず、法的評価の領域に踏み込んでいる。こうした法律判断は鑑定人ではなく、裁判所の権限である。裁判所は鑑定人の意見を独立して評価しなければならない。裁判においては鑑定意見を検証せずに援用せざるを得ず、しかも判決理由において鑑定証拠の評価結果を説明しなければならない。そうでなければ、上訴審による法律上の再検証が不可能になる。裁判官が鑑定人の意見を採用しないときには、検証可能な方法で、鑑定意見の分析に基づき理由を説明しなければならない³³⁾。

29) Koch, Die Zusammenarbeit zwischen Richter und ärztlichem Sachverständigen in Unterbringungsverfahren, NJW 1974, S. 595f.

30) Tröndle: Der Sachverständigenbeweis, JZ 1969, S.374ff.

31) Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, § 27, Rn. 1; Lutz Meyer/Goßner, Strafprozeßordnung, 2007, § 72, Rn. 8; Foerster, Der Psychiatrische Sachverständig zwischen Norm und Empirie, NJW1983, S.2051.

32) Lutz Meyer/Goßner, a.a.O(Fn 31), § 72, Rdnr. 8.

33) BGHSt 12, 311; BGHStrV 1982, 210; BGH NSStz 1983, S.377.

これに関連するドイツ連邦最高裁判例は次のように説く。裁判官がその生活上の経験および知識から真実を発見できるときは、訴訟手続上、鑑定人の意見を引用する必要はない。鑑定人は裁判官の補助者にすぎず、裁判官に足りない専門知識を補充することのみに用いられるべきである。その助けが必要かどうかは裁判官自らが決定する³⁴⁾。裁判官は訴訟上の鑑定意見に矛盾があるときは、採用せずに独立して裁判することができる³⁵⁾。そのため、鑑定人の機能は具体的な事案に応じて考慮すべきである。

要するに、特に新しい科学知識および生活領域における専門化に伴い、刑事訴訟手続において特殊な役割を担う鑑定人の重要性はさらに増し、法律家は鑑定人から脅威を感じ続けるだろうが、鑑定人が裁判所の補助者であることは変えようがない。

4 刑事医事紛争鑑定の問題

理屈では、刑事医療鑑定人は専門知識を有する人であり、その鑑定証拠の信頼性はかなり高いはずである。にもかかわらず、鑑定証拠に問題があると疑われ、裁判官に採用されないケースが生じるのはなぜか。その実、これこそが刑事医療鑑定人の役割の特殊性であり、刑事医療鑑定が抱える課題でもある。以下、この点を述べる。

(1) 医療知識の不確定性

先述の事案のように、最高裁が2度も差し戻した原因は、医療専門知識の不確定性である。医学の知識はなお変動しているため、医療鑑定の結果は不確定的でありえ、はなはだしきに至っては真実ではないかもしれない。医学は発達しているが、人体の生理はなお完全に解明されておらず、人体に異常が生じたときに現れる各種の疾病はさらに複雑である。医療知識に限りがあるため、医師の疾病治療は非常に困難な状況に逢着する。このほか、診断技術にも限界があるため、病因をいつまでもたっても探り当てることができず、死後に病理解剖をしなければ真の病因が分からないこともありうる。医師が難病・合併症を正確に診断できず、またそのため適切な治療を施せないのは、実は医療知識の不確定性のためである³⁶⁾。

特に、鑑定人のその他の業務負担が重く、時間的に迫られているときには、その鑑定は時代遅れの調査・発見しか根拠として引用できないか、あるいは全く調査していないという場合もありうる³⁷⁾。あるいは鑑定人の主観的偏見のために、鑑定意見の信頼性がさらに低くなる場合もあろう。

34) BGHSt 3, 27f. (1952).

35) BGHSt 8, 113 (1955).

36) 楊秀儀の観察によると、民事医事紛争事件の約72%は決して医師の不注意がもたらしたのではなく、医療に本質的に内在するハイリスクおよび不確定要素によるものである(同・前掲注(2) 130~131頁)。

37) Gohde/Wolff, Die Transparenz der Untersuchungssituation in Psychiatrischen Gerichtsgutachten, R&P 1991, S.170.

(2) 誤鑑定の可能性

鑑定人は本来、客観的かつ公正に鑑定すべきであるが、少なくない鑑定にまつわる誤解が実務上それを採用できない例をもたらしていることも事実である³⁸⁾。中には、自己の訴訟手続上の役割を誤解し、訴訟の開始とともに裁判所に絶対的な意見を提供しようとする鑑定人もおり³⁹⁾、鑑定人の意見の専横をもたらしている。例えば、責任能力に関する鑑定について、ある論者の指摘⁴⁰⁾によれば、ハイデルベルク病院による第2次鑑定が、第1次鑑定意見と合致したのはわずか45.7%しかなく、見解が分かれたものが54.3%と多数を占め、そのうち精神病質人格（異常性格）および統合失調症に関する意見がその最たるものであった。

ドイツのHeinzは1977年に、半数以上の鑑定において、鑑定人が被鑑定者に偏見を持っていたため、不利な判断をする傾向があると指摘した⁴¹⁾。またHeinzは、誤鑑定をもたらす要因として、鑑定人の調査技術不足、誤解、以前の診断に囚われる、感情およびイデオロギー的な偏見、抜け落ち、不完全な診断、あるいは鑑定意見において否定的な意味を用いたり、専門用語と日常生活用語を交えて用いたりすることを指摘する⁴²⁾。

(3) 裁判官の自由心証

公判の裁判は裁判官が主導し、法律の適用は裁判官が決定する。事実の認定については、鑑定人の意見が裁判官の参考にと供されるが、鑑定証拠の証明力は、やはり裁判官が自由心証により、問題のあるあらゆる事実証拠を自由に評価する。裁判官は鑑定意見を採用せずに独立して裁判することができるため、鑑定意見と裁判が一致しない場合もある。なぜなら裁判官の知識・経験には限界があり、法的知識以外について、瑕疵のない自由心証を行うことはできないからである。これはまた最も不安な要素である。このほか、実務では一貫して、裁判官は自己の専門知識を発揮する際に、鑑定意見の援用を拒絶することができると考えられてきた。例えば、最高裁72年度台上字第5529号および75年度台上字第549号判例は、「裁判官が有価証券の真偽または文書の真正について判断することができるのであれば、鑑定に付さずとも証拠法則に違背しない」とする。この点はドイツの実務も同様であり、連邦最高裁判決は次のように説く。裁判官がその生活上の経験および知識から真実を発見できるときは、訴訟手続上、鑑定人の意見を引用する必要はない。鑑定人は裁判官の補助者にすぎず、裁判官に足りない専門知識を補充することのみに用いられる

38) Müller-Dietz, Rechtsfragen der Unterbringung nach § 63 StGB, NStZ 1983, S.203f.; Rasch, Richtige und falsche Psychiatrische Gutachten, MchrKrim 1982, S.260-261.

39) Kaufmann, Das Problem der Abhängigkeit des Strafrichters vom medizinischen Sachverständigen, JZ 1985, S. 1065; Heinz, Fehlerquellen bei der Begutachtung und Fragen der Haftung des Sachverständigen; in: Frank/Harrer(Hrsg.): Der Sachverständige im Strafrecht und Kriminalitätsverhütung Berlin-Heidelberg- New York 1990, S.34.

40) Seyffert, Über Verschiedenheiten bei der psychiatrischen Begutachtung Krimineller, Nervenarzt 22,1951, S. 194.

41) Heinz, Fehlerquellen forensisch-psychiatrischer Gutachten, Eine Untersuchung anhand von wiederaufnahmenverfahren, 1982, S. 100ff, 110ff.

42) Heinz, a.a.O., S.32-33.

べきである。その補助が必要かどうかは裁判官自らが決定する⁴³⁾。

鑑定人は要証事実意見を提供する「専門家証人」にすぎず、裁判のある段階で出廷して意見を報告するだけで、裁判の全過程に参加して、随時インフォメーションを提供しているわけではない。よって、鑑定人は裁判官の証拠判断の助けとなることはできない⁴⁴⁾。鑑定意見において被告人の過失の有無について判断すれば、医学専門家の意見にとどまらず、法的評価の領域に足を踏み入れることになる。これは鑑定人が忘れがちな点である。

(4) 学際的知識の困難

刑事訴訟法207条は、「鑑定に不備があるときは、人数を増やし、または他人に鑑定を継続させ、もしくは別途行うことを命じることができる」と定める。特に鑑定意見に疑わしい点があるときは、事実審裁判所はやはりその他の必要な証拠を取り調べて、認定の一助とし、鑑定意見のみを根拠として判断してはならない⁴⁵⁾。そのため、鑑定人は書面報告か口頭報告かを問わずに、鑑定により形成した経過を詳細に説明し、特に鑑定の基礎となる理論に争いがある、または異なる立場があるときには、その争点をはっきりと説明しなければならない。このほか、鑑定人はまた、採用した原則および研究方法を説明するとともに、当該専門知識に関する科学技術および実務上の通説を紹介しなければならない。なぜなら、鑑定意見の結論は、鑑定人が最高の認識および確信に基づき形成しなければならないからである。

しかし、刑事訴訟実務において、鑑定人が鑑定の基礎として引用する学説、研究方法および実験プロセスを説明することは稀である。鑑定意見に明らかな矛盾や誤謬がある場合を除き、裁判官が鑑定の基礎となる科学技術または専門知識を問うことはほとんどないため、鑑定意見だけを重視し、鑑定プロセスを重視しない現象が起きている。

こうした現象をもたらす要因は、他領域の専門知識を理解することの困難さにある。裁判官と鑑定人の間では、それぞれの専門領域における問題に対する思考様式が本質的に異なるため、こうした学問領域による見解の相違が、判決形成過程において最もやっかいな問題となっている。鑑定事項が異なる科学領域に関係するときには、学際的研究の助けを借りることになる。しかし、当該学問領域内においても見解が分かれているときには、問題はより深刻になる⁴⁶⁾。

(5) 鑑定作業に対する疑惑

台湾において、刑事医療鑑定事件は1987年までは、1961年に設置された台湾省医事紛争鑑定委員会が行っていた。しかし当該委員会メンバーは医学界の人であったため、鑑定意見は常に「医師のかばい合い」ではないかと疑われていた。そこで1987年4月から、衛生署が医事審議委員会に医療鑑定チームを設置し、これが医事紛争鑑定業務を引き継いだ。しかし医事審議委員会それ

43) BGHSt 3, 27f. (1952); BGHSt 8, 113f. (1955).

44) Roxin, a. a. O., (Fn.31) § 27, Rdnr. 1.

45) 40年台上字第71号、57年台上字第3399号判例。

46) 詳細については拙著『司法精神医学』（元照出版、2004年）298頁以下参照。

自体には鑑定のための人的資源や設備がないため、その鑑定プロセスはまず鑑定機関に「初鑑定」および「再鑑定」を囑託するというものであった⁴⁷⁾。医事審議委員会医療鑑定チームは裁判所が鑑定のために送付してきた資料に基づき鑑定するにすぎず、裁判所が要求する鑑定事項が具体的ではなかったり、鑑定資料が不十分であったり、あるいは事件全体の鑑定でなければ、いずれも鑑定意見に誤差が生じかねない。以下、現行医療鑑定制度が非難されている問題点を簡単に見ていこう。

①カルテの入手が困難

医事事件の証拠は一般の事件とは異なり、専門性に富むだけではなく、医師の診療所・病院に保存されており、これらは公権力の発動による搜索、差押え、提出命令によらなければ取得できない（刑事訴訟法122条）。医療法67条1・2項は次のように定める。

「医療機構は明晰、詳細、完全なカルテを作成しなければならない。

前項のカルテには次に掲げる各号の資料を含まなければならない。

- (1) 医師が医師法により業務を執行し作成したカルテ。
- (2) 各種の検査報告資料。
- (3) その他の各医療従事者が業務を執行し作成した記録」。

しかし、実際にはカルテの照会は困難であり、法令は民衆がカルテの全てをコピーする権利を認めておらず、刑事訴訟を提起して検察官がカルテを押収しなければ、カルテの全てを入手することはできない。

とりわけ、病院がカルテを証拠とする場合には、カルテの真偽について激しく争われるのが常である。例えば、原告は病院が公判廷に提出したカルテは偽造されていると疑う。というのは、カルテは徹頭徹尾、病院が作成責任者であり、患者やその家族はそれを監督するすべがないため、紛争が生じた後、病院がカルテを改ざんする可能性があるからである。そのため、病院・患者の間でカルテの真偽について争いが生じれば、病院側がその提供したカルテの真实性の挙証責任を負うべきである。なぜなら、カルテは訴訟において、病院が自らの主張を支えるために自らが単独で作成し提供した書証でしかなく、患者がカルテをコントロールできない状況においては、当然に否認する権利を有するからである。それゆえ、病院はその他の証拠によりそれが提供したカルテの真实性を証明しなければならず、それができなければ、カルテに過度の証明力を認めるべきではない。

②鑑定の信頼不足

司法機関は衛生署医事審議委員会鑑定チームおよび各大学の医学センター、医学部、大学病院に鑑定を囑託することができるが、現状では、各大学病院は一般に、衛生署に専門部署があるこ

47) 具体的には次の通りである。①被告人の医師の学歴を調べ、被告人医師と業務上または学歴上関係のない医学センターの各分野で権威を持つ医師を鑑定医として囑託し、初歩的鑑定意見の提供を求める。②審議会議を開催し、鑑定医を招聘し、これが説明し、また委員の質問に答える。③十分な討論の後で決議する。決議に際しては過半数の委員が出席し、出席した委員の全員一致により鑑定意見とすることができる（邱清華・劉緒倫・饒明先「医療糾紛鑑定之現況、検討及建議」医事法学8巻2・3期合併号（2000年）8頁以下。

とを理由に、医事紛争事件を直接的に鑑定することを遠回しに拒む。そのため、医事審議委員会の鑑定チームが現行の医療鑑定の主要機関となっている。衛生署には「医事紛争鑑定作業要点」があるが、この作業要点が定める標準作業方式にはなお不足があると思われる⁴⁸⁾。また刑事訴訟法200条1項によれば、当事者は鑑定人が鑑定事項について偏頗の虞がある者と認めるときは、鑑定人を排除することができるが、鑑定人の排除に関する規定は鑑定を囑託した鑑定機関または囑託を受けた機関において鑑定または〔他人が行った鑑定に対する〕審査を実施する人には準用されないため、医事審議委員会が鑑定する際に、たとえ偏頗の虞があると認めても、排除を申し立てることはできない。

医療法100条によると、医事審議委員会は少なくともその3分の1が法律専門家および社会一般の人でなければならないが、衛生署医事審議委員会の医療鑑定は専門的な事実判断であり、「医事審議委員会」が提出しなければならないのは、医療過程における事実が医学の法則に合致するか否かであり、委員に医学の専門知識がなければ、おそらく医療行為に過誤があったか否かを判断することはできない。このほか実務上、裁判所の鑑定囑託状の鑑定事項が不明瞭なため、または検察から送付されてきた関連資料が揃っていないため、鑑定意見が必要事項に答えていない、あるいは鑑定者が全く着手できないという現象が頻繁に生じている⁴⁹⁾。

要するに、鑑定作業が多角化していない、不透明なプロセス、不完全な鑑定人の排除規定、医療専門家ではない医事審議委員、鑑定事項の不十分さなどの要素により、外界が全く検証・監督できない状況の下で、医事審議委員会の鑑定がブラックボックスでの作業と疑われ⁵⁰⁾、またそのために、社会の大衆における医事審議委員会の鑑定の信頼性が大幅に割り引かれている⁵¹⁾。

③鑑定意見への過度の依存

医事紛争の鑑定意見はあたかも医事紛争事件の「証拠の王」となっているため、鑑定意見はかなりの程度においてその他の証拠の証明力を減殺し、ひいては排斥する。すなわち、ほとんどの医事紛争事件の審理において鑑定意見が判決の唯一の根拠とされている。また医事審議委員会は

48) 例えば、92年台上字第3418号判決においては「衛生署長詹○○は奇美病院の理事を兼任しているため、利益のために回避すべきか否か、および署長の職に在る期間中、医療鑑定に参加すれば虚偽の疑いがあるが、参加しうるか否か」が争われ、上訴人は、詹○○が被上訴人たる医師の所属する病院の理事であるため、利益のために回避すべきである、と主張した。しかし、医事紛争鑑定作業要点の第13項目は、医療鑑定チームの委員および初審医師〔同要点第4項目によると、これは医事鑑定チームの審議の前に鑑定した上で、その審議に初歩的鑑定意見を提出する、「(鑑定と)関連する科目を専門とする医師」であり、注(47)の①の医師を指すと考えられる〕が次に掲げる事件において回避すべきことを定める。すなわち(1)現職として就業する病院の鑑定事件、(2)本人と利害関係のある鑑定事件、(3)訴訟事件当事者の一方と利害関係のある鑑定事件である。当該規定によると、被上訴人たる医師と病院理事の間に利害関係があるか否か、回避すべきか否かは不明な点が残る。

49) 蔡惠如・前掲注(9)135頁。

50) 朱柔若ほか・前掲注(9)49頁。

51) 行政院衛生署医事審議委員会の受託した鑑定には、違法・遅滞・軽率・不当などの4大弊害があると批判する者すらいる(李聖隆「我国医療糾紛鑑定実務的検討」刑事法律專題研究(16)司法院39・40期司法業務研究会研究專輯(1999年)357頁以下)。

行政院衛生署に属する役所であるため、裁判官のほとんどは医事審議委員会の鑑定意見を採用しており、行政権の作用が裁判官の判決を左右しているかの印象を与えるため、「医事審議委員会」という組織には行政による司法の干渉の嫌いがあり、実際の判決の決定者になっていると批判されている⁵²⁾。

こうした現象は決して何の根拠もないわけではない。鑑定機関と裁判所の証拠採用の関連性に関する統計⁵³⁾から、2002年1月1日から2003年4月30日までに、裁判所は医事審議委員会および法医研究所の鑑定意見の全てを採用したが、医学センターの鑑定意見については60%しか採用しなかったことを知ることができる。医学センターの鑑定意見を採用しなかったのは、医学センターの報告と医事審議委員会のそれが異なるからである。したがって、医事審議委員会の鑑定意見はほとんど裁判所に採用されるといえよう。

しかし、医事紛争の鑑定意見は法定証拠の一種にすぎず、証拠の分類において、鑑定意見は間接証拠であり、それ自体はその他の証拠による補強が必要であるということをはっきりさせておかなければならない。そしてそれ故、公判で尋問という法定証拠調手続を経なければ採用することができないとするのが妥当であろう⁵⁴⁾。

④鑑定人は尋問を受けない

訴訟実務において、医事紛争事件で鑑定人が出廷して尋問を受けることは極めて稀である。そのため、病院・患者の一方当事者は訴訟上の尋問権を行使することができず、またその医療鑑定手続および鑑定プロセスに対する知る権利を行使することもできない。確かに医事審議委員会の鑑定は、鑑定チームの委員が集団で鑑定したものであるため、結局、どの委員を出廷させて説明させるべきかを指定することは、実際には困難である。あるいはそのために、司法実務において、これまで医事審議委員会に鑑定委員を指定して出廷・説明または報告するよう要求した実例がないのかもしれない⁵⁵⁾。

しかし、当事者の立会権と尋問権の保障に基づき、手続上は当事者、代理人または弁護人に立会い・尋問の機会を与えるべきであり、鑑定手続の透明性と当事者の適切な意見表明により、不必要な疑惑を解消し、または関連する争点をクリアにさせることができる。

5 刑事医事紛争の課題の解決の展望

現在の鑑定実務には様々な問題が生じうるため、鑑定人の判断がもたらす弊害をどのように回避・抑制するかが、鑑定証拠を的確に用いるための焦点となる。将来を展望し、医事紛争をめぐる実務・訴訟制度において、こうした問題を改善する運用可能な具体的措置としていかなるもの

52) 邱清華「医療、法律、消費者——重建医病関係」医事法学7巻2期(1999年)4頁。

53) 蘇嘉瑞・前掲注(15)58頁以下。

54) Dippel, Die Stellung des Sachverständigen im Strafprozeß 1986, S.34f.; Podegge, Das Unterbringungsverfahren, NJW 1987, S.1910f.

55) 蔡惠如・前掲注(9)135頁。

があるかは、注意に値する重要な事柄である。例えば、医療行為の前に医師に着実に説明義務を履行するよう要求すること、立法における刑事重過失責任原則の採用、手続上の厳格証拠法則の採用、司法制度の設計における専門家参審制の採用、学際的教育・養成プロセスの重視、医事審議委員会の再定位および刑事司法の全体系における謙抑化などは、いずれも軽視できない論点である。

(1) 医師の説明義務の徹底

医師の告知義務は患者の身体自己決定権に基づく。告知・説明義務の理論的根拠は、医師法12条の1ならびに医療法63条1項、64条1項および81条である。告知は形式的な告知と実質的な告知の手続に区別できる。形式的な告知手続とは、例えば手術同意書への署名であり、これは医師の倫理規範であり、実質的な拘束力を持たない。そのため実務上は医師が患者または家族から形式的な手術同意書または麻酔同意書を得れば、法律上は患者の同意を得たとしてきた⁵⁶⁾。

しかし、実質的な告知は主治医が自ら説明することを要し⁵⁷⁾、説明義務において、検証できる説明義務であったか否かを重視すべき実践であり、これすなわち実質的な説明義務である。最高裁94年台上字第2676号判決は、医師が患者に心臓バイパス手術の検査を行う前に、実質的かつ口頭で、患者および患者家族に心臓バイパス検査には死亡のリスクがあることを説明しなければならず、看護師を通じて患者に手術のリスクの説明文を記載した同意書を渡し、患者の署名を要求しただけでは、医師はなお説明義務を尽くし、実質的な告知義務を果たしたとはいえないと判断した。説明義務の目的は、身体健康状況、治療しない場合の結果、その他の治療の選択肢、治療により予想される後遺症および危険性、治癒率などについての、主に医療従事者の専門家としての良心に基づく判断と良心に基づく提案を患者にはっきりと理解させ、患者およびその家族に最終的な決断をさせるとともに、一定の処理措置について同意の意思を表示させることにある。なぜなら有効な承諾（同意）は、医療の内容とリスクが十分に告知されたことを前提に成立するからである。患者には治療および身体に関する自己決定権があり、医師が説明しない、または説明を尽くさなかった（説明したが不十分な）場合の患者の承諾は、瑕疵ある承諾であり、有効な承諾ではなく、傷害の違法性を阻却しない⁵⁸⁾。

もちろん、説明すべき範囲に全く制限がないわけではないが、基本的には医師の説明義務には以下の事項が含まれる（医療法81条、医師法12条の1参照）。すなわち、診断病名、病状、予後および治療を受けない場合の結果、推奨する治療プラン、その他の代替案およびそのメリット・デメリット、治療のリスク、よく生じる合併症・副作用、まれにしか生じないが、生じた場合は結果が由々しいリスク、治療の成功率（死亡率）、病院の設備・能力、医師の専門能力の制限・

56) 張家琦「医療糾紛民事責任与訴訟実務」法官協会雑誌9巻1期（2007年）44頁。

57) Schönke/Schröder, StGB, 27.Aufl., 2006, § 223, Rn. 40.

58) 蔡振修『医事過失犯罪析論』（医事法律学会、1996年）122～123頁、王皇玉「論医師の説明義務与親自診察義務——評九四年度台上字第2676号判決」月旦法学雑誌137期（2006年）266頁以下。

範囲である⁵⁹⁾。このほか、医師はその他の更新された、または成功率がより高い医療技術があれば、それを使用しない理由、またはどの病院・医師が使用したことがあるかを説明しなければならない。患者の「自己決定権」に密接に関連する医療情報は全て告知しなければならない⁶⁰⁾。すなわち、患者は医師の詳細な告知により元々あったより大きなリスクを回避することができるため、医師が詳細な告知をせずにリスク回避の注意義務違反を惹起したときには、告知義務違反は刑法上非難すべき対象となる。このことはまた最高裁94年台上字第2676号判決の摘示する「一般的な状況において、説明すれば患者が医療を拒絶する可能性」により画される。

これまでも医療領域では「インフォームド・コンセント」の医療ルールが守られてきたが、医師が告知義務に反し、または適切に履行しなくても、何ら法律上の責任は問われなかった。最高裁の見解は、将来における医師の説明の負担を重くさせることになろう。もちろん、実際の運用においては例外もある。例えば、緊急性があるため、多くの時間を割いて病状を説明し、または患者およびその家族に熟慮の猶予を与えれば病状を悪化させる可能性があるときには、告知しなくともよい。なぜなら、緊急医療においては、かかる状況に置かれた一般人は医師がまず緊急措置を講じることに同意すると推定されるからである⁶¹⁾。しかし、こうした緊急医療においては、患者に明確かつ差し迫った生命または身体に対する脅威があり、患者の同意を得なければならないとすれば、患者の回復の希望をひどく損なう、患者が明らかに同意権を行使できないなどの例外的な緊急状況でなければ、「推定的同意」により違法性は阻却されえない。このほか、医療従事者の専門家の立場から、医師が患者に一部または全ての情報を告知すれば、患者の全体的利益に有害であると認めるときには、告知しないという選択肢を選ぶこともできる。こうした治療上の特権を「専断的治療行為 (eigenmächtige Heilbehandlung)」といい、医師の裁量に属するが、患者に重大かつ回復不能な健康上の被害を惹起する場合でなければ告知義務は免除されない。なぜなら、医師の裁量権を過度に拡張すれば、医師の説明義務は空文化し、患者の最終的決定権がはく奪されることになるからである⁶²⁾。

具体的には、医師が実質的説明義務を果たし、患者の有効な承諾を得れば、医学上認められて

59) これらの説明義務の内容はドイツおよび日本の学説とほぼ同じである。Tröndle/Fischer, StGB 54. Aufl., 2007, § 228, Rn. 13; 金川琢雄「医療における説明と承諾の問題状況——医師の説明義務を中心として——」日本医事法学会編『医事法学叢書3 医事紛争・医療過誤』(日本評論社、1986年) 227頁参照。

60) 許辰舟「医療過失刑事審判実務動向与理論之対照観察」法官協会雑誌9巻1期(2007年) 89頁以下。インフォームド・コンセント原則違反という民事責任に関する新しい考え方は、医療過失における固有の不法行為責任を再検討するとともに、医療上の事務管理の重視およびその適用範囲の拡大を強調する。詳細については呉志正『解読医療関係Ⅱ——医療責任体系篇』(元照出版、2006年) 参照。

61) 曾淑瑜「医師の説明義務与病人之同意」法官協会雑誌9巻1期(2007年) 75頁、楊秀儀「告知後同意法則之司法実務発展、最高法院94年台上2676号判決評釈」台湾本土法学雑誌73期(2005年) 214頁、飯塚和之「説明義務の減輕・免除」年報医事法学8号(1993年) 99頁以下。

62) Tröndle/Fischer, (Fn. 59), § 223, Rn. 11. 甘添貴「専断医療与承諾」月旦法学教室17期(2004年) 20頁、陳子平「医療上『充分説明与承諾 (Informed Consent)』之法理」東吳大学法律學報12巻1期(2000年) 65頁、町野朔「患者の自己決定権」日本医事法学会編『医事法学叢書1 医師・患者の關係』(日本評論社、1986年) 48~49頁。

いる一般的方法により行われた「医的侵襲行為」(医療行為)は合法化根拠を獲得し、刑法22条の業務上の正当行為となる⁶³⁾。しかし、患者の有効な承諾の基礎は医師の詳細な説明である。すなわち、元々の特定の医療処置の他に、医師は患者に当該医療処置を行わない、またはその他の代替案という選択肢も提供しなければならない。したがって、患者に標準化・定型化された患者同意書を渡し、その署名を得ただけでは、承諾は有効にならない⁶⁴⁾。それ故、最高裁94年台上字第2676号判決は、看護師を通じて患者に手術のリスクの説明を記載した同意書を渡し、患者の署名を要求しただけでは、医師はなお説明義務を尽くしたとはいえないと判断したのである。なぜなら、定型化された表は、会話による説明の代わりとはならず、しかも手術前に説明し、患者に熟慮およびその他の選択をする機会を与えなければならないからである⁶⁵⁾。つまり、医師が関連する医療上の情報を充分に告知し、患者がメリット・デメリットを考慮した後にした有効な承諾でなければ、インフォームド・コンセントの要件に該当しない。

(2) 重過失の立法化

医学界は医事紛争の非犯罪化を提唱し、医事紛争を司法裁判の手から逃れさせようとしている。医学界のこうした考え方は理解できる。あらゆる医療措置には程度の差はあれリスクがあり、問診後の投薬、侵襲的な検査、大小様々な手術、ひいては入院看護のいずれもが患者の特異体質または個人的習慣により予期せぬ結果をもたらしうる。もし全ての医事紛争が刑事訴追を受けることになれば、医療従事者に耐えきれないプレッシャーを与えることになる。その結果はいわゆる「防衛的医療」である。すなわち、およそ紛争が生じそうな医療措置を極力避け、最も医事紛争が起こりやすい外科や産婦人科にはできるだけ入らない、というものである。その帰結は、医事紛争を避けるために、多くの医師が続々とリスクのより低い科を選ぶことになり、患者が最良の医療サービスを受けることができなればかりか、さらには次世代の人材枯渇の危機をもたらすことになろう。

だが、医師またはその助手がもう少し注意すれば必ず医療上の過誤を避けることができるような、絶対に起きてはならない医事紛争があることは否定できない。簡単な例としては、①手術後にガーゼを患者の腹部に数週間にわたり置き忘れる(これは台湾で最近起きた、メディアが大々的に報道した事件である)⁶⁶⁾、②出産した女性が退院する際には子宮収縮剤を投与すべきであるが、血圧降下剤を投与した結果、ショック死させる⁶⁷⁾、③誤輸血・注射、手術で切除すべきではない部位を切除するなどがある。これらの軽率な医療過失は、わずかばかりの注意を加えれば避けられるものばかりである。学説上これは「重過失」と呼ばれるものであり、その非難すべき程

63) 甘添貴「治療行為と傷害」月旦法学教室15期(2004年)18~19頁、同『刑法総論講義』(瑞興図書、1992年)130、140頁、拙著・前掲注(21)203、204頁。

64) 同旨として黄榮堅『基礎刑法学(上)』(元照出版、2006年)354頁以下参照。

65) Tröndle/Fischer, a.a.O.,(Fn. 59), § 228, Rn. 13.

66) <http://tw.news.yahoo.com/article/>(最終アクセス:2007年10月4日)。

67) これは台湾のある大学法学部長夫人に実際に起きた悲劇である。

度は、「間接故意」や「未必の故意」に近い。医師が重過失の刑法上の責任すら負う必要がないとすれば、患者や世論が承服しがたいのみならず、医師自身の良心もその呵責に耐えきれず、また法理上も成り立ちえないであろう。そのため、立法上、「重過失」がなければ責任を負わないと定めれば、刑事医事紛争の比率を減らし、また医師の責任負担も軽減することができるはずである。こうした重過失を構成要件とすることの狙いは、主に程度の著しい注意義務違反を処罰する点にあり、重過失は過失に比べてより強度の不法内容を有する⁶⁸⁾。

医事紛争から刑法上の責任を完全に排除することは、不可能というべきである。しかし、医師に軽微な過失または通常の過失の責任を負わせることは、医師を「防御的医療」に追い立てることと同義である。医師と患者の積極的目的は空文と化し、医師と患者の関係も緊迫し、最終的には患者のためにならない。私見では医事紛争における刑事上の過失責任については、医療従事者は重過失責任のみを負い、医師の重過失を確定した後に、ようやく「業務上過失」の認定問題に移るとするのが妥当である。民事上の責任については、過失の程度により情状を斟酌して損害を賠償すべきである。なぜなら、刑法上の重過失とは、特別に重要な注意義務に違反し、結果発生の極めて高度な可能性を軽視したものであり、すでに未必の故意に接近する軽率な過失を指すからである。

重過失の立法について、例えばドイツ刑法の過失犯は各論において「軽率 (Leichtfertigkeit)」を構成要件としており⁶⁹⁾、ドイツの学説は、軽率とは特に程度の著しい注意義務違反を示す重過失を指すとする⁷⁰⁾。このほか、アメリカ模範刑法典2.02条(2)(c)もわざわざ「軽率に (Recklessly)」を解釈し、「許容されない高度の危険があるのに、これを意識的に無視して行為した者は、犯罪の基礎的要件に関し、軽率に行為したものとする」〔邦訳は法務省刑事局「アメリカ法律協会模範刑法典 (一九六二年)」刑事基本法令改正資料8号 (1964年) 20頁による〕とし、これを重過失処罰の前提としている。日本については重過失を過失犯の法定刑加重の理由としている⁷¹⁾。

このほか、1997年の大陸刑法の改正に際して医療事故罪 (同335条) を新設した点も参照に値する。大陸の医療事故罪とは、「医務人員が著しく無責任なために、被診察者の死亡を惹起し、

68) 同旨として、蔡振修「医事人員過失除罪化之爭議与正見」医事法学12卷1・2期合併号 (2004年) 9頁、拙著・前掲注 (21) 401頁以下。

69) 例えば経済犯罪 (ドイツ刑法264条4項) においても、重過失を持ち出して「受け皿構成要件」としており、行為者の故意を認定できなくとも、行為者はやはり過失非難を避けることはできない。なぜなら行為者の過失はあまりにも軽率なために生じたからである。例えば企業が会計士査証財務諸表を政府部門に提出し、特別ローンの返済延期や「経済的補助」などを申請した場合に、検査により当該財務諸表の内容が不実であることが判明したときには、会計士が故意に不実の監査証明をしたことを認定できなくとも、会計士がもう少し注意すればこうした不実の監査証明を避けることができたのであれば、最低限の注意義務にすら違反しているため過失があるといえる。これが重過失である。Tröndle/Fischer, a. a. O., § 264, Rn. 36. 林東茂『刑法総論 (第5版)』 (一品文化出版、2007年) 1~200頁。

70) Tröndle/Fischer, a. a. O., (Fn.59), § 15, Rn. 20. このほか、ドイツ刑法97条2項、109条g4項、138条4項、176条b、178条、218条2項、239条a2項などが軽率を犯罪成立の要件としている。

71) 林山田『刑法通論 (下)』 (私家版、2006年) 150頁以下。日本刑法の過失については、陳子平『刑法総論 (上)』 (元照出版、2005年) 201頁参照。

または被診察者の身体の健康を著しく損なったときは、3年以下の有期懲役または拘役に処する」というものである。いわゆる「著しく無責任」とは、医学界および法学界の通説によれば、規則制度および診療看護の通念に反することである。大陸刑法が重大な結果を惹起した医療事故を犯罪と規定し、刑事処罰を科していることは、医療事故に対する法律の否定的態度を示している。しかし、大陸の通説によれば、こうした医療事故の罪責はその他の過失犯よりも軽い⁷²⁾。しかも医療事故罪の過失は、不注意過失あるいは軽信過失のいずれでもよい。前者は、医療従事者が、自己が規則制度または診療看護の通念に反する行為を行えば、被診察者の死亡や身体の健康を著しく損なう結果を惹起しうることを予見すべきであったが、不注意のために予見せずに、当該結果を発生させる心理態度を指す。例えば、乳児室担当の看護師は乳児がうつぶせのままであれば窒息死するかもしれないことを予見すべきであるが、不注意により予見しなかったために、乳児の窒息死という結果を惹起した場合である。軽信過失は、医療従事者が、自己が規則制度または診療看護の通念に反する行為を行えば、被診察者の死亡や身体の健康を著しく損なう結果を惹起しうることを予見したが、回避できると軽信したために当該結果を発生させる心理態度を指す。例えば、外科主任が腹腔内腫瘍の末期患者を手術する際に、2度にわたり心不全に陥ったが、速やかな対処により好転した場合に、助手たちは手術を中断して機会を改めるよう提案したのに、当該主任は自身の意見に固執して手術を続行し、3度目の心不全に陥った際に処置が間に合わず死亡させたような場合である。ただし、本稿が主張する「重過失」は不注意過失に限られ、軽信過失に及ぶものではない点に留意されたい。

以上の立法例と比較して、台湾刑法は過失を程度により区別していないが、「附属刑法」という立法形式によりこれを成し遂げることができるとも考えられる。ドイツ刑法の「重過失」の立法趣旨に照らして、医療法82条に3項を新設して「医療機構およびその医療従事者が軽率なために患者の身体健康の傷害または死亡を惹起したときは、刑法上の責任を負う」と規定し、医事紛争で負うべき刑事責任を制限してみてもどうか。

(3) 証拠法則の適切な運用

医師の業務上過失の有無を認定する証拠の運用において、鑑定証拠を参照するほか、厳格な証拠法則を遵守しなければならない。すなわち、証明度は一定の量がなければならず、「合理的な疑い」を超える程度に裁判官の心証を形成しなければならない。また、挙証責任の応用と「疑わしきは軽く」の原則の関係も、医師の罪責認定時に注意すべき法則である。なぜなら、鑑定証拠の運用に対する厳格な要求は、裁判官の鑑定証拠依存を減らし、誤判のリスクを減らすことを意味するからである。

① 証明度と厳格な証明

医師の罪責の有無は厳格な証明によらなければならない。その場合の証明度は、事実の主張に対する確信の程度、すなわち、裁判官が事実の主張を認定した後に到達する確信の程度である。た

72) 侯国雲『過失犯罪論』（人民出版社、1993年）514～515頁。

だし、証明度は自由心証と区別しなければならない。自由心証とは、裁判官が原則として自由であり、法律に拘束されずに証拠を判断し確信を形成できることを指す。換言すれば、裁判官は経験則により事実を認定し、証拠の価値を自由に評価するとともに、争いのある事実の真実性について証拠により説明することができる⁷³⁾。

証明度とは、「必要な証明の量」であり、必要な証明の量は法律に明文規定されているわけではないが、実務上はやはり「証明度の要求」がある。いわゆる「必要な証明の量」とは、被告人の犯罪の証明について、何ら合理的な疑いを容れない程度に達しなければならないことを指す。裁判所は認定した証拠についてなお疑いがあるときは、被告人を不利益に取り扱ってはならない。こうした厳格な証拠主義の要求は、学説上および訴訟実務上すでに支持されている。例えば93年台上字第2251号判決は「裁判所が取り調べるべき要証事実には実体事項と手続事項があり、証明方法には厳格な証明と自由な証明があり、実体的な争点は犯罪事実の該当性、有責性および違法性などの実体法的事実に関係し、犯罪の真実の発見と関係しているため、厳格な証明によらなければならない」とする。そのため、医師に過失の罪責が成立するか否かの証拠調べは、直接審理する厳格証明法則を適用しなければならない。

裁判官の確信についてはその強度を区別するすべはない。換言すれば、裁判官の確信を数量化することはできず、裁判官の確信の形成過程は非常に複雑である。しかしいずれにせよ、裁判官の「確信」は「実際の生活が必要とする真実の程度」⁷⁴⁾に達しなければならない。なぜなら、真実の程度により、合理的な疑いを排除することができるからである⁷⁵⁾。それ故、証拠は裁判官が全ての事柄を確信したときでなければ採用できないのであり、蓋然性に対する確信ではない。例えば、Gollwitzerによれば、ドイツ刑事訴訟法261条が指す確信は、「可能と認める」と「事実と認める」の意見において異なるため、特定事実に対する確信の程度がいわゆる「高度の蓋然性」であればなお不足している⁷⁶⁾。このほか、Petersの見解も同様であり、彼は客観的要素の重要性を決して否定するものではないが、「確信」は「高度な主観的な認知」を呈示しなければならないとする。そのため、裁判官が蓋然性の程度で満足しているだけでは不十分であり、裁判官の主観的確信により補充しなければならない⁷⁷⁾。換言すると、医師に有罪を言い渡す確信は、可能と認める確信だけでは足りず、事実と認める確信でなければ「合理的な疑いのない」とはならない⁷⁸⁾。

73) Gollwitzer, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar, 26. Aufl., 2006, § 261, Rdnr. 55; Lutz Meyer/Goßner, a.a. O (Fn 31), § 261, Rdnr.2.

74) Lutz Meyer/Goßner, a.a.O (Fn 31), § 261, Rdnr.2.

75) BGH, NSTZ 1982, S. 478.

76) Gollwitzer, in Löwe/Rosenberg, StPO, § 261, Rdnr.8.

77) Peters, Strafrechtspflege und Menschlichkeit, 1988, S. 380f.; Peters, Fehlerquellen in Strafprozeß, 1972, S. 230ff.

78) 例えば、台湾高裁の88年度上訴字第2821号判決は「医療過失の判断は専門的であり、当裁判所は非常に慎重になり、注意義務の認定における過誤をおそれたために専門的な医事準則の解明に努めた。ただし当裁判所は、いかなる専門の問題であれ、いずれも一般的な因果知識に還元し、かつ一般人が理解しうる経験則によ

② 挙証責任と疑わしきは軽く

医師に医療過誤の犯罪事実があるかについて、合理的な疑いを超える程度に達しなければ、裁判所は業務上過失の判決をすることはできない。裁判官は構成要件を法律上の文言に当てはめるため、客観的意味における挙証責任は訴訟手続中の到る処で目に行うことができる。こうした手続法上の証明負担のルールは、裁判官が事実を確認し、法律を適用するのを助けるために存在する挙証責任のルールである。

医事紛争の挙証責任については、公訴事件においては検察官が挙証責任を負い（刑事訴訟法161条1項）、自訴事件においては自訴代理人が自訴人の代わりに訴訟行為を行う（同319条2項）。しかし、検察官であろうと自訴代理人であろうとも、審判対象の犯罪事実についての証拠提出・説得という実質的挙証責任を負わなければならない、裁判官を説得して被告人の有罪心証を形成できなければ、無罪推定原則により、被告人は無罪となる⁷⁹⁾。

しかし、挙証責任は当事者追行主義のルールであるため、当事者追行主義的訴訟構造の下では、被告人にもある程度は挙証責任が分配されるべきであるとする論者もいる。すなわち、被告人は有罪判決を逃れるために、自己の主張のために証拠を提出し、争いのある事実を証明する責任を負い、不利な判決をわけもなく受ける可能性を避けるべきというのである。例えば、違法性や罪責を阻却する事実、および故意・過失といった犯罪の主観的要素の不存在に関する事実について被告人は挙証責任を負うべきとする。しかし、被告人の挙証責任を過度に強調すれば、犯罪事実がたとえ不明確であっても、被告人に犯罪が成立し、「疑わしきは被告人を処罰する」という状況に陥ってしまう⁸⁰⁾。例えば、医療訴訟において、医師がある程度の挙証責任を負い、医療行為に過誤がなかったことを証明すべきとするかには疑問がある⁸¹⁾。

その実、医事紛争をめぐる刑事訴訟上の挙証責任の分配の問題は、「疑わしきは軽く」の原則および無罪推定原則とを合わせて論じるべきである。なぜなら、裁判所が審理した結果、疑いのない有罪心証を確信しえないときは、被告人は無罪推定原則に保障されるべきだからである⁸²⁾。

り説明することができると思える。裁判所は専門機関の鑑定があったとしても、鑑定の結論は常識的な類似経験により説明・解釈しなければならない。……しかし当裁判所は審理過程において、自訴人は常に医学上の専門用語を用いて説明し、また因果連関の推論においても論理的推論の原則に従わなかったため、争点の判断をばやけさせ、裁判所の事実認定の特質を軽視し、真実の発見の助けとならなかった、と感じた」と摘示する。地裁の裁判官であろうと、高裁の裁判官であろうと、本件においては有罪の確信を得ることができなかったために自訴人の上訴を棄却したことは明かであり、これは極めて妥当である。

79) 拙著・前掲注(26) 345頁、王兆鵬・前掲注(28) 569頁以下、林鈺雄・前掲注(27) 432頁以下。

80) 黄朝義『刑事証拠法研究』（元照出版、1999年）255頁以下。

81) 医療過失訴訟の民事挙証責任については、いわゆる「挙証責任の転換と軽減」が用いられている。すなわち、患者はそれがかつて病院で治療を受け、治療中・後に損害事実が発生したことさえ証明すればよいが、医師はその医療行為に過誤がなく、その医療行為と患者が被った損害結果の間に因果関係がないことを証明する証拠を提出しなければならない。この両者を同時に証明できた場合にのみ、医師は免責される（民事訴訟法277条ただし書参照）。しかし、こうした厳格な挙証責任は医師にとってかなり不利である（蔡惠如・前掲注(9) 136頁）。詳細については、陳計男『民事訴訟法論（上）』（三民出版、2001年）435頁参照。

82) なぜなら無罪推定原則の実質的内容は、疑わしきは軽くの原則を中心に据えて、はじめて明確になるからで

特に、疑わしきは軽くの原則が責任に関する証拠、すなわち刑罰の成立または刑罰の加重に関する構成要件要素に関係するとき、例えば被告人に罪責があることを的確に証明できず、裁判官に確かな心証が形成されえないときは、疑わしきは軽くの原則の要請により、被告人たる医師には犯罪が成立しない。

③被告人の対質権の保障

刑事訴訟は当事者追行主義に改められ、真実を探求し、鑑定経過を究明するために、刑事訴訟法は実際に鑑定・審査を行った者に出廷して報告・説明する義務を課しているが、出廷して交互尋問による検証を受けることを強制しているわけではないため、実務で鑑定人が出廷して尋問を受けることはほとんどない。特に医事審議委員会の鑑定手続はその会議における多数決により結論が形成されるため、出廷して尋問されるよう要求することはできず、刑事訴訟法の趣旨が空文化している（刑事訴訟法208条）。

しかしながら、実務において次第に被告人の対質権の重要性⁸³⁾が肯定されるようになり、また釈字582号解釈以降は、学説⁸⁴⁾、実務を問わずに、被告人の対質権の保障を徹底することは、裁判所が厳格な証拠法則を履践するにあたり遵守しなければならない法定証拠調手続であると考えられている。そのため、対質尋問は被告人の権利のみならず、裁判所が果たすべき義務でもある。だが、被告人が尋問権を行使する前提は、鑑定人がその場にいることであり、もし鑑定人が不在であれば、被告人の対質権を奪うことになる。それ故95年台上字6096号判決は、「鑑定人に出廷して尋問を受けるよう要求することは、裁判所が厳格な証明法則を履行することであり、公判期日に証拠調手続を行う際に必ず用いなければならない法定証拠方法である。法定証拠方法には人的証拠方法と物的証拠方法があり、人的証拠方法には被告人、証人および鑑定人が含まれ、法定証拠方法は法定証拠調手続を経なければ、犯罪事実を認定し裁判の根拠とする証拠とはなりえない」とはっきりと摘示したのである。これによれば、医事紛争において鑑定人が尋問手続を受けていない鑑定意見について、裁判所は医師の犯罪事実を認定する証拠とし、また過失の罪責の成否を決する根拠とすることはできない。

鑑定人は証人のように代替不可能なわけではないため、鑑定人を勾引できないことについては法律上の根拠があるが（刑事訴訟法199条）、実際に鑑定・審査を行った者が出廷して報告・説明すれば、わずかばかりでも不詳な箇所があれば、また医療鑑定組織に書簡を送り説明を求めなければならないという事態を避けることができる。しかも鑑定医は自己の鑑定意見の責任について宣誓すれば、刑法168条の偽証罪の責任を負わなければならないかもしれず、より慎重に鑑定す

ある。Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, § 11, Rn. 4.

83) 例えば93年台上字第5356号、93年台上字第6751号、94年台上字6872号および95年台上字6918号判決などは、いずれも原審が被告人に証人尋問させなかったことを理由に原審を破棄し、差し戻している。

84) 王兆鵬「憲法解釈与刑事訴訟——最重要的三則解釈」台湾本土法学雑誌97期（2005年）24頁以下、陳運財「評大法官解釋第582号暨第592号解釋」『最高法院裁判与法學理論之實踐』（新學林出版、2007年）651頁以下。このほか、釈字582号解釈のより踏み込んだ論考として、林鈺雄、朱朝亮、吳巡龍、楊雲驊等が月旦法学雑誌115期（2004年）57頁以下に発表した諸論考を参照されたい。

るようになるため、必然的に、第2、第3の医学センターに再鑑定を嘱託する必要はなくなり、訴訟コストを削減できる。まとめると、医療鑑定人が出廷し、カルテの内容、文献の概要、解剖報告または審議内容について専門的な供述をし、争いのある医学上の問題点が検察官および弁護士の尋問を受ければ、裁判官は争点を明確に把握できるだけでなく、また被告人の対質権を着実に保障できるため、軽々しくこれを省略してはならない。

(4) 専門家参審の制度化

裁判所と鑑定人の評価の矛盾を解消し、さらには素人が玄人を指導する欠点を補うために、専門家参審制は実施可能な方法である⁸⁵⁾。なぜなら、参審制の法的設計において、参審員は裁判権をコントロールする役割を担うため、職業裁判官の裁判は牽制され、しかも裁判手続はより透明化され、参審員の裁判参加により、職業裁判官は裁判においてより注意深くなり、証拠調べおよびその他の裁判上の主要な事実について慎重な態度になりうる。特に高度な専門性および不確定性が伴う医事紛争事件においては、専門家参審員は以下のような役割を果たす。

①鑑定制度の欠陥の穴埋め

専門家参審制は裁判上の鑑定人の単純な鑑定意見ではなく、また専門家が裁判において問い合わせに答えるだけのものでもなく、専門家が実際に裁判に参加することである。専門知識が是非とも必要とされる事件について、専門家が裁判に参加することのメリットは何か？専門家参審員は事件の事実認定に決定権を持ち、裁判官はそのため感情的に専門家の意見を排斥するには至らず、裁判官の法適用もまた制約を受け、判決結果は当事者をより納得させやすいものとなろう。専門知識が是非とも必要とされる医療訴訟事件について、専門家と裁判官が共同で被告人に質問すれば、より問題の核心に迫ることができ、しかも事実の背景をよりはっきりさせることができる。鑑定人の役割をめぐる争いや鑑定証拠の問題は、専門家が裁判に参加するようになれば生じないであろう。

②裁判官による裁判の欠点の改善

職業裁判官は長年、組織に身を置き、膨大な業務負担および昇進・勤務評定のプレッシャーに直面し、その裁判の独立性は常に脅かされており、特にその権威的な裁判のやり方により、鑑定人は出廷して質問を受けたがらないため、真実を発見することができない。反対に、専門家参審員は職業裁判官のような特定組織における長期間のプレッシャーおよび負担を避けることができ、適切かつ有意義な裁判が可能となり、鑑定人の鑑定プロセスおよび結果について、最も専門的な質問ができ、現在の実務上の裁判官と鑑定人の意見が食い違い、相互に相手を信頼しない現象を緩和することができる。

85) 司法院は1999年の全国司法改革会議後、すでにコンセンサスに達した専門家が裁判に参加する制度について、「専門家諮問」と「専門家参審」の2段階に分けて実施すると決定した。参審制度の詳細については、拙稿「参審制度之研究」『刑事法系列研討会（一）如何建立一套適合我国国情的刑事訴訟制度』（学林出版、2000年）39頁以下。

③迅速な訴訟の要請に合致

鑑定人の鑑定と比べて、専門家参審は訴訟に要する時間を節約することができる。なぜなら、鑑定人に嘱託する場合には、公文書の往復だけでも時間を費やし、その上でさらに鑑定を待ち、ひどい場合には、鑑定を拒まれれば、その後、別の鑑定人を探さなければならず、どれだけ時間がかかるかは分からない。専門家参審制であれば、鑑定を待つ不確実な時間を取り除くことができる。実験室が必要となる少数の鑑定意見を除き、裁判に参加する専門家は事件について直ちに意見を提供し、裁判官と共同で判断できるため、訴訟の遅延を避けることができる。特に重要なことは、医学の知識は一般に非常に複雑で、裁判官が他分野の専門知識を十分に理解することはできない、ということである⁸⁶⁾。

刑事訴訟法は、裁判官が特別な知識経験を持つ鑑定人を選任し、これに鑑定意見を提供させることができると定めるが、裁判官が鑑定人に近い専門知識・経験を持っていれば、完全に鑑定人の意見に依存するという状況を避けることができ⁸⁷⁾、しかも事実について有意義かつ適切に質問することができる。完全に鑑定人の意見に依存してしまえば、鑑定意見の正確性を判断することができなくなり、鑑定人の意見にのみ基づき裁判したにすぎないことになる。したがって、専門知識を持つ参審員の助けを借りることは、裁判の民主化という要請に合致するのみならず、現行の鑑定人制度の欠陥を埋める最適な選択である。

医療法83条は、「司法院は裁判所を指定して医事専門法廷を設置させなければならない、医事に関連する専門知識または裁判経験を持つ裁判官が医事紛争訴訟事件を処理する」と定めるが、現在のところ、台湾の各地裁の医療専門廷の裁判官は、医師や医学の専門教育を受けた者ではなく、既存の裁判官の中からクジで特定の裁判官を選び、それらの者に医学課程を受けさせた後、これらが医療専門廷の裁判官となっている。しかし、これは参審制とは異なる。日増しに増加する医事紛争に対応するための、最適な方法は専門家参審制の採用である。

(5) 司法医学課程の開設

裁判官と鑑定人の評価の相違を改める根本的な解決方法は、大学の法学部と医学部の間で「司法医学に関連する課程」（例えば医術ルール、医療鑑定、法医学などの課程）を開設し、医学部生と法学部生の両者が、これを通じて自己の専門外の重要な基礎知識を獲得し、医学専攻と法学専攻の課程をまとめて、医事法学教育を推し進め、法学徒と医学徒の間の知識交流および将来的な業務上の相互信頼関係の基盤を築く。

刑事訴訟追裁判活動における法学徒と医学徒との接点は極めて多い。例えば、精神病犯罪者の行為時の精神状態がどうであったかは、精神鑑定人の鑑定意見を必要とするのが常である。その鑑定意見は通常、精神医学の用語を用いて精神病患者である被告人の精神状態を描写する。しかし

86) 稲垣・前掲注(22) 127頁も同旨。

87) 裁判官が鑑定人に依存する要因の詳細については、拙稿「鑑定証拠の研究」台大法学論叢23巻2期(1994年) 311頁以下参照。

ながら、いかなる精神状態が刑法上の責任無能力・制限責任能力、または完全責任能力と評価されるかについては、裁判官が最終的な判断を下さなければならない。裁判官がその判断をするためには、一定程度の精神医学の基礎知識がなければならない。さもなくば、鑑定人の意見を完全に信頼するのでなければ、情緒的に鑑定人の意見を排斥することになる。

鑑定意見を完全に信頼した結果は、鑑定人が裁判を主導する状況をもたらしかねない。情緒的にそれを排斥した場合には、裁判官と鑑定人の関係を悪化させかねない。裁判官が鑑定意見を採用するか否かは、理性的な論拠が必要であり、それがなければ、鑑定人と当事者の納得を得ることはできない。こうした理由づけは、法規範の解釈にとどまらない。むしろ、鑑定人は自己の鑑定意見が裁判官に重視されることを望むことが多く、もし意見が採用されなければ、鑑定人は裁判官が専門家の知識を尊重していないと誤解してしまうかもしれない。実際、鑑定意見は裁判の必要条件かもしれないが、十分条件ではない。要するに、鑑定意見は裁判官の裁判の唯一かつ絶対的な根拠ではない。裁判官と鑑定人の緊張関係を緩和するためには、養成・教育段階から双方の知識交流の機会を設けなければならない。

(6) 鑑定作業の改革

長年、医事審議委員会は真の鑑定機関ではないと批判され、権限はあるが責任がないため鑑定の遅延をもたらし、ひいては医師の肩を持つと考えられてきた。そのため、医事審議委員会の作業を調整し、患者とその家族に傍聴と陳述の機会を与え、かつ当事者に直接質問する権利を認めべきとする提言がなされている⁸⁸⁾。また、法医の鑑定能力と鑑定システムを充実させ、法医の独立した専門家としての地位を確立し、医療鑑定のレベルアップを図るとする提言もある⁸⁹⁾。

しかし、これらの提言のほか、本稿は刑事訴訟の鑑定制度の精神に立ち返り、例えば「精神鑑定」の方法に照らして、司法機関が大学病院に鑑定を直接囑託し、裁判所が合理的な鑑定費用を支出するとともに、医療鑑定人に出廷して説明し、尋問を受けるようしっかりと要求し、真実発見の一助とすべきと考える。換言すると、医事紛争の鑑定作業は司法制度に立ち返るべきであり、医事審議委員会は医事紛争の鑑定から撤退し、司法機関が各大学の医学センター、医学部や大学病院に鑑定作業を直接囑託すべきである。なぜなら、それは医療鑑定の専門知識・経験・能力・人的資源および設備が整っているだけでなく、現行刑事訴訟法の機関鑑定に関する規定にも合致し、鑑定人・鑑定機関に指定された者に、裁判時に出廷して尋問を受けさせ、また鑑定意見を説明させることができるからである⁹⁰⁾。そしてそうしなければ、訴訟実務上、尋問権を行使できず、医師である被告人の法律上の地位は精神病患者の被告人に劣るといふ、思いもよらぬ結果になる。

88) 李毓珮「医療糾紛処理機制之探討」台北大学法学系修士論文（2001年6月）106頁以下。

89) 邱清華ほか・前掲注（47）12頁。

90) 同上11頁以下も同旨。

(7) 謙抑的な刑事司法へ

刑事医事紛争には、刑事により民事を逼る、最終的な無罪率が高いという傾向がある⁹¹⁾ことに鑑み、医療上の過失刑事責任の認定は特に慎重にすべきであり、とりわけ裁判官は過失の有無の認定について、医療の専門知識の不足のため、刑事責任成立のハードルをしっかりと守らなければならない。遺憾なことに、訴訟実務においては鑑定意見が裁判の結論を左右し、証拠調べとその認定に際して厳格な証拠法則が遵守されていないため、「刑事責任の風化」⁹²⁾の危険がもたらされている。簡単にいえば、医療の本質的な不確定性、裁判官の専門知識の限界、鑑定証拠に対する疑惑から、刑事医事紛争の問題の解決策が実施されるまでの間、訴訟実務は刑事法の謙抑性を厳守し⁹³⁾、刑事責任原則が次第に浸食されているという憂慮を払拭すべきである⁹⁴⁾。

6 結 論

医事紛争は一貫して医師と患者の間の悪夢である。医師は人を救うことを天職とし、紛争の発生を喜ぶ医師などいるはずがない。医事紛争は、治療結果が患者やその家族の要求を満たせなかったり、さらには病状が悪化したり死亡したりしたから生じるのである。医師はエリートであるが、その能力にも限界があり、しかも人体のコントロール不可能性、医学の限界のため、医療行為においては本質的に危険を完全に排除・コントロールすることはできない。医師にあらゆる医事紛争について責任（民事上の損害賠償、行政上の懲戒処分、さらには刑事責任）を負わせれば、過酷であり、合理的な処遇とはいえない。あまりにも過酷な要求は、医師を防御一辺倒にさせるだけで、あらゆる治療は儀式に沿って行われるだけで、危険を冒して積極的に患者を治療しようとはしなくなる。その結果は、医療の質の低下を招くだけで、患者のためにはならない。したがって、医事紛争発生後、科学的な刑事医療鑑定、理性的な弁論を通じて、どのように事件の真相を解明し、責任の所在を明確にするかは、医事紛争を解決し、医師と患者の関係を対立・緊張状態に陥らせないための唯一の道である。

刑法という手段で医療過失に介入することは、患者やその家族に「刑事により民事を逼る」チャンネルを提供し、より高額な損害賠償を得られるようにするだけである。医師と患者の緊張関係および防御的医療をもたらさないために、本稿は、刑事責任について、立法上、医師は「重過失」責任しか負わないと規定し、通常の過失や軽微な過失について、医師は刑事責任を負うべき

91) 蔡恵如・前掲注 (9) 133頁。

92) 米田・前掲注 (20) 277頁。東海大学の温豊文院長には、長年にわたり、日本語文献読解に際してご指導を賜った。温院長の味わいのある説明のおかげで、日本語の感覚および精髓に触れることができるようになった。この場を借りて謝意を表したい。

93) 例えば、蔡墩銘教授は医師の医療過失犯については刑罰謙抑主義の立場から、医師に著しい過失がある場合を除き、刑罰を科すべきではなく、たとえ刑罰を科すとしても執行猶予を付すべきとする（同・前掲注 (18) 283頁参照）。

94) 実は、最も徹底する方法は、医事紛争を減らすことである。なぜなら、「予防は事後処理に勝る」からである。医事紛争の予防については、蔡振修「如何有効減少医療紛争」医事法学 9 卷 1 期（2001年）18頁以下参照。

ではないと主張する。いわゆる重過失とは明らかな過失を指し、医師がわずかばかりの注意を加えれば過誤の発生を避けられるにもかかわらず、軽率にも注意しなかったことである。民事上の損害賠償は、通常の過失認定基準を用いればよい。もし過失がなければ、病院や医師に賠償を要求することはできず、さもなくば、治療を受けることが宝くじを買うことと化し、誰もが偶然の利益を手に入れる可能性があることになってしまう。

刑事医事紛争の核心は、過失の認定である。裁判官は医療専門家ではないため、多くの場合、過失の判断に際しては医療専門家の助けを借りる必要がある。そのため、医事紛争における鑑定人の役割は極めて重要である。しかし、鑑定人は専門家としての意見を提供するだけで、法的な評価は裁判官が行わなければならない。さもなくば、鑑定人が裁判所の主導者になってしまう。医療行為には限界と不確定性があるため、専門家の鑑定も誤る可能性があるため、裁判官が鑑定意見に依存すれば、誤判をもたらすおそれがある。本来、医事紛争における刑事鑑定は、事実を明らかにするためである。事実の解明に問題が生じたときや疑いがあるときには、できる限り被告人（医師）に有利な方向で推定すべきである。このことは意図的に医師を最悪しているのではなく、訴訟法上の鉄則であり、あらゆる被告人に対しても同様である。2つの医療鑑定の結論が一致しないということは、医師の過失について専門家の間で争いがあることを意味する。争いが生じるのは、必ず過失の状況が不明瞭だからである。このことは、裁判官が被告人に有利な方向で判断しなければならないことを意味し、また本稿が強調する、重過失を医師の過失刑事責任成立の前提とすべきとする主張にも符合する。

患者の自己決定権に関する意識の高まりに伴い、医事紛争はますます多くなるであろう。医学部教育においては、医療倫理と法律の関係を重視し、医療行為前のインフォームド・コンセントの重要性を教え、さらには生じる医事紛争について議論を深めていかななければならない。法学部も「司法医療課程」を開設し、実務においては、裁判官の在職研修（特に医事紛争を審理する専門法廷がある場合）において、医療の専門知識を向上させなければならない。教育面で医事法学教育の学際的課程を強化し、法学徒と医学徒に知識交流の機会を設け、業務上の相互信頼の土台を築く。その上で、現行の医療鑑定作業の欠点を改善し、刑事医事紛争の鑑定を司法制度に立ち返らせ、医事審議委員会医療鑑定チームの位置づけを再調整し、真に鑑定を行った者を出廷させ尋問を受けさせることにより、被告人の対質権を保障し、事案の真相を解明しなければならない。