

原 著

裁判上の鑑定から当事者鑑定へ

—医療過誤訴訟における私的意見書の実態と提言—

昭和大学医学部法医学講座

平沼 直人 藤城 雅也 佐藤 啓造

要約：医療訴訟においては、いかにして適切な医学的知見や意見を取り込むかということが重要な課題である。従来、医療過誤を理由とする損害賠償請求訴訟においては、裁判所の選任した鑑定人による裁判上の鑑定がその中核をなしてきた。ところが、近年、裁判上の鑑定に代わり、訴訟当事者すなわち原告ないし被告の提出する、いわゆる私的意見書が重要な地位を占めるようになった。本研究では、医学的意見を訴訟に反映させる方法として、鑑定、私的意見書、専門委員、付調停、事故調査報告書、死体検案書、後医の診断書、ドクターヒアリング、聴取書を取り上げ、その運用の実態と優劣を検討する。筆頭著者が医療側被告訴訟代理人として一審判決を受け確定した直近の12件につき、事案の概要・争点、診療科目、裁判所所在地・医療集中部と通常部の別、判決年月日、患者側原告代理人の有無、患者側原告私的意見書提出の有無・有の場合の意見書作成者に対する証人尋問実施の有無、医療側被告私的意見書提出の有無・有の場合の意見書作成者に対する証人尋問実施の有無、鑑定実施の有無、判決結果、控訴の有無、特記事項をまとめて表にした。わが国の民事訴訟制度は、利害の鮮明に対立する当事者が主張・立証を闘わすことによって真実が明らかになるという当事者主義の訴訟構造をとっている。裁判上の鑑定が白衣を着た裁判官とも言うべき鑑定人による職権主義的な色彩を持つのに対し、私的意見書は当事者主義の訴訟構造によく適合している。また、鑑定には、公平・中立性を十分に担保する仕組みがない、時間がかかるといった問題があり、これを解決すべく創設された複数医師によるカンファレンス方式鑑定にも法律上の疑義が呈されており、やはり私的意見書を審理の中心に据えることにより解決すべきであることが12件の実例の検討により明らかとなった。このように訴訟は私的意見書を巡る攻防となるべきであるから、原告患者側は訴状提出の際は私的意見書を添付すべきであり、これに対し、被告医療側はまず、反論と医学文献による反証をなし、それで不十分な場合には私的意見書の提出を検討すべきである。双方から私的意見書が提出された場合、裁判所はこの段階で心証に従って和解を試みるべきであるが、和解不成立の場合には集中証拠調べに移行し、原・被告本人尋問に加え、原告側協力医の証人尋問を実施すべきである。鑑定はこうして万策尽きた際の伝家の宝刀たるべきである。このような私的意見書の役割に即して、今後はこれを当事者鑑定と呼称すべきことを提言する。

キーワード：鑑定、私的意見書、医療過誤、民事訴訟

医療過誤訴訟では、いかにして適切な医学的知見を取り込むかが重要な課題である。ところが、伝統的な鑑定についてさえ、実証的な研究はほとんどない。山口繁裁判官は、係属している医療過誤訴訟のうち鑑定がなされるのは、20数パーセント前後と述べている¹⁾。実務法曹の印象としては、2001年4月、東京・大阪両地方裁判所において医療集中部が発足する前には、鑑定実施率はもっと高かったと思われるが、前述の山口裁判官は、医療過誤訴訟で鑑

定は意外に少ないと述べている。一方、六本佳平教授は、論文執筆のためサンプルとした98件のうち32件(33%)で鑑定が実施されていたと述べている²⁾。浜秀樹裁判官は、東京地裁医療集中部の鑑定実施率について、年によって違いはあるが、7%前後を推移していると述べている³⁾。なお、東京三弁護士会の把握する限り、平成23年度はカンファレンス方式鑑定が1件実施されたのみである。全国平均では、医事関係訴訟の鑑定実施率は17%とされ

ている。これは民事第一審訴訟事件全体の鑑定実施率の19倍となる⁴⁾。

これに対し、前述の浜裁判官は統計を取っているわけではないが、全く無理筋と思われる事件を除き、証拠調べにまで進む事件の6、7割は私的意見書が出ていると述べている。このように、近時、鑑定の実施率は著しく低下し、私的意見書が取って代わって重要な地位を占めつつある。しかし、私的意見書について実証的に研究した論文は見当たらない。

そこで、本研究では医学的知見を訴訟上、獲得する方法として、鑑定、私的意見書、専門委員、付調停、事故調査報告書、死体検案書、後医の診断書、ドクターヒアリング、聴取書の各立証方法・制度を取り上げ、運用の実態とそれぞれの優劣を検証することとする。さらに、現時点での医療過誤訴訟における私的意見書の運用の実態を明らかにするとともに、法律的な評価を加え、進んで私的意見書のあるべき姿を提言することを目的とした。同時に、鑑定や私的意見書についての文献的考察を行った。

研究方法

研究資料として、筆頭著者が主任弁護士として訴訟代理人を務めた事件例と、それについての鑑定ないし私的意見書を用いた。具体的には、最近の約2年6か月（2009年9月～2012年4月）の期間中に第一審判決を受け終結した全12例を研究対象とした。ただし、和解事案については、必ずしも審理を尽くさず、過失があるのかないか、因果関係があるのかないか、玉虫色の解決に終わっているものも多いため、研究対象から除外した。調査の結果を、表1に要約する。なお、裁判は公開で行われており、裁判を傍聴すれば、原告・被告の個人情報入手することになるが、表1では個人情報を削除することにより原告・被告の人権を擁護した。

結 果

1. 鑑定

鑑定は12例中1例（8.3%）にとどまった。この数字は浜裁判官の挙げる7%³⁾に沿う結果であった。ただし、東京地裁医療集中部のもは鑑定が行われていない。「鑑定」とは、裁判所の命令により裁判所の指示する事項について学識経験者が経験法則ないし新たに経験した事実認識を報告することとされ

ている⁵⁾。

医療過誤を理由とする損害賠償請求訴訟において、訴訟関係者は鑑定に対していかなる評価を下しているのか、以下に記す。

1) 裁判所（裁判官）

鑑定を実施した場合、大半の裁判官は、鑑定結果を重視した判決を下す。実質的には鑑定人が判決を書いたも同然という「白衣の裁判官」の問題がある。それゆえ、鑑定に頼らず、担当裁判官自らが判断することは、医療訴訟を本来あるべき裁判所の手に取り戻すことにはほかならない。東京地裁医療集中部において鑑定実施の割合が低い理由について、その初代部長であった前田順司裁判官は、裁判の結論を判断するのは鑑定人ではなく、あくまでも裁判所であって、証拠調べを行い心証がとれた段階で判決を書くという、裁判の基本姿勢を再認識したためであるとの認識を示している⁶⁾。

鑑定を実施するとなると、鑑定事項作成・鑑定人選任・鑑定書作成・鑑定人尋問等々のため審理期間が大幅に延長されてしまう。医療関係訴訟の平均審理期間は26か月であるが、鑑定を実施した事件の平均審理期間は52か月であり、鑑定実施による遅延は2年以上に及ぶ⁴⁾。医療訴訟の難しさから、ある程度裁判に時間がかかることは許容されているものの、それでも裁判迅速化法が平成15年に施行され、第一審の訴訟手続は2年以内の終局が求められていることもあり、鑑定実施による訴訟の遅延はできる限り避けたい。

2) 原告（患者側）

事前に協力医と内容や費用について相談できる私的意見書と異なり、鑑定はリスクやコストが大きい。患者側の代表的な代理人である森谷和馬弁護士は、次のとおり述べている。「患者側の代理人として鑑定はなるべく行いたくない。費用の問題があるし、鑑定人の選任や鑑定作業そのものにも時間がかかる。そして最大のリスクが、どういう結論になるかわからないことです。本音を言えば、鑑定をせずに医学文献と担当医師の尋問だけで裁判所の心証を獲得し、和解なり判決で終わらせてしまうのが望ましい⁷⁾。また鑑定では医師同士のかばい合いのため正確な結論が得られ難いという批判もある。ちなみに、患者側で最も多くの医療過誤事件を扱った弁護士の一人、小笠豊は自験例の鑑定のうち、3割は

表1 一審判決と意見書・鑑定

事件	概要・争点	診療科目	地裁	判決(平成)年月	患者側本人/代理人	患者側意見書(有の場合, 尋問)	医療側意見書(有の場合, 尋問)	鑑定	判決(意見書の影響)	控訴/確定	備考
①	胃癌術後, 腫瘍マーカー CEA の上昇につき対処を誤り, 大腸癌の発見が遅れたために死亡したのか?	消化器外科	東京(医療集中部)	23.3	代理人	無	有(尋問無)	無	棄却(医療側意見書採用)	控訴(最高裁で確定)	遺族は外部事故調査報告書に納得できず提訴。地裁・高裁において意見書の提出検討するも, 提出できず。
②	休日夜間診療所を受診した患児の急性喉頭蓋炎の見落とし?(重度後遺症)	小児科	横浜(医療集中部)	17.9	代理人	有(尋問有)	有(尋問有)	無	認容(患者側意見書採用)	控訴(最高裁で確定)	東京高裁において鑑定実施(尋問なし)。その結果, 逆転し, 請求棄却となる。最高裁において, 確定。
③	末期の肺がん患者に対する研修医による抗真菌剤の過剰投与(死亡)	呼吸器内科	東京(医療集中部)	23.2	代理人	有(尋問無)	有(尋問無)	無	認容(双方意見書採用)	確定	意見書は主に死亡との因果関係についてのもの。診療科部長・主治医の責任は否定された。
④	ドレナージ拡張術後, 看護師による体位変換が原因で十二指腸穿孔により死亡?	外科	東京(医療集中部)	23.2	代理人	無	無	無	棄却	確定	訴訟の途中で原告側の死因の主張が変わり, 意見書準備のため, 一旦, 取下げられた後の第二次訴訟。
⑤	義歯の製作における説明義務違反の有無	歯科	千葉地裁一宮支部(通常部)	22.11	本人	無	無	無	棄却	確定	原告は後医の診断書をもって立証とした。
⑥	長時間の開口による顎関節症の発生?	歯科	東京(医療集中部)	21.12	本人	無	無	無	棄却	確定	原告は, 後医の診断書に加え, 後医との会話の録音をもって立証とした。
⑦	脳神経外科手術中の大量出血と術後 MRSA 感染	脳神経外科	横浜(医療集中部)	21.3	代理人	有(尋問有)	無	無	棄却(患者側意見書不採用)	控訴(和解)	1 審では原告側意見書作成医師の証人尋問まで実施した上で, 過失を否定。2 審で控訴人遺族側が某有名病院の医師の意見書をあらたに提出し, これを踏まえ和解。
⑧	下肢骨折手術後の MRSA 感染	整形外科	横浜(通常部)	21.3	代理人	有(尋問有)	無	有	棄却(患者側意見書不採用)	控訴(最高裁で確定)	3 名による複数鑑定後に原告より意見書提出。同作成医師の証人尋問実施。被告病院内科医師作成の意見書提出。
⑨	美容整形のトラブル	形成外科	横浜(医療集中部)	22.6	本人	無	無	無	棄却	確定	東京地裁医療集部での訴えを取り下げた後の第二次訴訟。

事件	概要・争点	診療科目	地裁	判決(平成)年月	患者側本人/代理人	患者側意見書(有の場合, 尋問)	医療側意見書(有の場合, 尋問)	鑑定	判決(意見書の影響)	控訴/確定	備考
⑩	高圧浣腸による大腸穿孔	腎臓内科	東京(医療集中部)	21.2	代理人	有(尋問有)	有(尋問有)	無	棄却(医療側意見書採用)	控訴(和解)	1審で付調停となり, 調停委員の意見開陳・意見書あり。これに反発した原告が意見書提出。
⑪	ネオフィリンによるアナフィラキシーショックの有無	呼吸器内科	横浜(医療集中部)	21.7	本人	無	有(尋問無)	無	棄却(医療側意見書採用)	控訴(最高裁で確定)	刑事告訴もされ, 不起訴処分に対し検察審査会が不起訴不当。再捜査も再び不起訴。
⑫	家族による医療相談が患者本人のプライバシーを侵害するか?	精神科	横浜(医療集中部)	21.9	本人	無	無	無	棄却	確定	法律論が中心であるが, 臨床の実際を踏まえるという意味では意見書になじむ面あり。

どが医師擁護的で医学的に不誠実と思われたと述べている⁸⁾。

3) 被告(医療側)

医療界では, 時折, 「とんでも鑑定」が行われ, あるいは鑑定書の真意や含意を読み込めなかった裁判官によって「とんでも判決」が言い渡されると受け止められている。東京地裁医療集中部の浜裁判官は, 医師が「因果関係を否定できない」と言った場合, 大半の裁判官は数十%の確率だと受け取るが, 医師に強いてその確率を表現させると, 0.01%とか0.1%と言われ, 驚いたと語っている⁹⁾。

他方, 医療者としては, 自身が医療過誤訴訟の被告となっている事実を鑑定人ないし鑑定人候補者に知られることを恥とし, あるいは自らの医療行為を鑑定人に評価されたり, 複数の鑑定人の議論の俎上に載せられることを潔しとしないという問題もある。

2. 鑑定に代わる医学的知見の顕出方法

鑑定が裁判所の選任した鑑定人によって行われ, 鑑定人から裁判所へと鑑定書が提出されるのに対し, 意見書は, 訴訟当事者である原告または被告の依頼により協力医が作成し, 原告であれば甲(B)号証, 被告であれば乙(B)号証として, 裁判所に提出される書証である。両者を明確に区別するため, 一般に, 鑑定を「裁判上の鑑定」(もっとも, 鑑定書を裁判上の鑑定書と呼ぶことはまずない), 意見書を私的意見書・私鑑定とそれぞれ呼んでいる。

鑑定に代わり得るものとして, もっぱら私的意見

書が取り上げられがちであるが, 実務上は, 以下に挙げるとおり, 他の様々な方法も利用されている。

1) 専門委員

表1に示す12例には1例も該当例がない。

専門委員制度は, 平成15年の民事訴訟法改正により導入された。医療過誤訴訟・建築訴訟などの争点の整理や証拠資料の評価に当たり, 専門的知識を活かし裁判所の補助者として活躍することが期待されたが, 東京地裁医療集中部では, 患者側代理人グループの反発もあり, 全く活用されていなかった。ただし, 近時, 若干の活用例がある。

横浜地裁医療集中部では, 鑑定事項の作成や鑑定人の選任過程に専門委員を介在させているが, 全件についてはなさそうである。

2) 付調停

訴訟係属中であっても, 裁判所は職権で事件を調停に付することができる。東京地裁医療集中部では, 一時期, この付調停が多用されていた。裁判所の名簿から選任された医師たる調停委員の意見を踏まえ, 裁判所の提示した和解案に当事者双方が従うことを条件に運用されていた。

表1の事件⑩では, 原告が調停委員の意見にも裁判所の和解案にも従わず, 判決となった珍しい事例である。調停委員が意見書と題する書面を裁判所に提出したので, 手続的には, 被告において, これを自己に有利な証拠として通常の私的意見書と同様に乙B号証として提出した。

もっとも、調停委員の意見は、もともと当事者に和解してもらうために原告・被告どちらも立てる三方一両損的な解決を可能とする内容となっている。

3) 事故調査報告書

近時、患者側の要求などもあって、訴訟前、院内に外部委員を交えた事故調査委員会を立ち上げ、調査報告書を作成、患者側に交付する例が増えている。当該事故調査報告書の結論を不服として患者側が訴訟を提起した場合、原告としては事故調査報告書に触れられている論点では分が悪いことが分かっているため、争点を変えて訴訟提起してくる例が多い。その場合、医療機関の外部委員を交えた事故調査委員会は徒労に終わり、改めて私的意見書を依頼し、提出しなければならなくなる。

ちなみに表1の事件①では、3大学の教授から意見を徴求しているにもかかわらず、訴訟提起され、被告側のみ、さらに別の大学教授に依頼して私的意見書を提出している。

4) 後医の診断書・死体検案書

患者が代理人弁護士を立てずに自ら訴訟手続を遂行する「本人訴訟」においては、私的意見書を提出せず、後医の診断書をもって立証とするケースが多い(表1事件⑤⑥)。たとえば、前医の注射によって複合性局所疼痛症候群(complex regional pain syndrome: CRPS)を発症したといった内容の診断書である。

後医が前医を論難するような診断書を記載することは医療倫理上、許容されていない。加えて後医は、前医に責任を押し付けるのでなければ、自分自身が患者から訴えられるおそれがあるため、後医の診断書は公平・中立性に疑問がある。

これに対し、死体検案書は、因果関係の証明に関しては重視されているが、過失の判断においては直接性を否定されている。もっとも、死体検案書に従って事故を検証したところ、後日、術中ビデオを検証した専門学会から司法解剖の結果に疑問が呈されたことがあった¹⁰⁾。

5) ドクターヒアリング

東京地裁医療集中部において、一時期、担当医ないし被告病院の他の医師が裁判期日に出頭して医学的知見に関する説明を行う通称ドクターヒアリングが試みられていたが、現在では全く耳にしない。ちなみに表1の中にも存在しない。

筆頭著者の経験で医療集中部発足前に説明会の名称で実施されていたものに類似した事例がある。手術中、血管内カテーテルが突然破裂した事件で、術者と相被告であった製薬会社の社員が出席し、術者と裁判官が、同社が持参したサンプルのカテーテルを破裂させようと努力したものの、両者とも容易にできなかったことから圧の掛け過ぎというテクニカルエラーのないことが立証された。

6) 聴取書

協力医が匿名を希望する場合、代理人弁護士が協力医からの聴取書を作成し、法廷に提出することがある。しかし、これは信用性に乏しく、証人尋問による弾劾の機会もないため証拠価値は低い。表1中にも見られない。

7) 私的意見書

こうして見てくると、鑑定に代わり得るのは私的意見書以外にはなさそうである。

実際、表1の全12例中、患者側で5例、医療側で5例において私的意見書が提出されており、前に述べた浜裁判官の実感どおり、本格的な医療過誤訴訟においては必須の立証手段となっている。これに対し、以下のような批判が寄せられるだろう。

まず、私的意見書は訴訟当事者が直接作成者に依頼するものだけに内容的な中立・公平性が担保されないことである。

初期医療集中部の福田裁判官は、いろいろな事件で私的意見書を見ていると、患者側から出されたからといって全面的に患者側に有利に書かれているとは限らないと述べている¹¹⁾。

虚偽や不誠実な記載については意見書作成者の証人尋問により弾劾すれば足りる。前述の前田裁判官は意見書の提出だけで証人尋問に出ないと、それは反対尋問を受けていないから、私的意見書の証拠価値は、反対尋問を受けた場合に比べて低くならざるを得ないと述べている⁷⁾。

次に、患者側から私的意見書はなかなか書いてもらえるものではないという指摘がある。しかしながら、医療過誤の被害者側の諸団体では、協力医の紹介を積極的に行っている。前述の福田裁判官が「名古屋にある医療事故情報センターでは、私的鑑定書の作成者の紹介をしてくれるのですか」と質問したところ、前述の森谷弁護士は「そうですね。大阪に医療事故調査会というのがあり、弁護士から依頼を

受けた医療事故情報センターが医療事故調査会に依頼し、そこでしかるべき医師を選任して、選任された医師が私的意見書を書くという手順になります」と回答している¹¹⁾。現在では、医業をやめてしまっ

て職業的に私的意見書を作成している医師までいる。こうした状況を踏まえると、私的意見書を提出できない理由は考え難い。忌憚なく言えば、原告に有利な私的意見書を貰えないだけかと考える¹²⁾。

考 察

患者側に訴訟代理人弁護士が付いている場合、私的意見書が提出されるのが通常であり、もはや必須といっても過言ではない。成書や論文の記載だけから過失が明白と認定できる事案は、まずあり得ないからである。

私的意見書がそのような基本的な地位を占めているにもかかわらず、少なからぬ事件において、その提出は後出しジャンケンであり、内容的にも従前の審理経過を無視するかのようにならざるを得ない争点を提起するものであったり、ひどい場合には、全く争点を変更してしまうようなものもあり、「漂流型審理」を現出している。

具体的には、表1の事件④では遺族側が訴訟途中で協力医に意見書の作成を求めたところ、従前訴状での死因に関する主張は出血死であったが、私的意見書では心筋梗塞との判断がなされ、訴訟の大幅な遅延が予想されたため裁判所の指揮により、原告が訴えを一旦取り下げている。

表1の事件⑧では、感染防止義務とバンコマイシンの投与時期が鑑定事項であったが、複数鑑定の結果が自己に不利に出るや、患者側は訴訟代理人弁護士を解任し、従前の争点からずれる抗生物質の投与順序を問題とする私的意見書を提出している。

表1の事件⑩では、高圧浣腸の適応に問題なしとする付調停の調停委員の意見に反発し、遺族側が高圧浣腸の実施形態を問題とする私的意見書を提出した。

これらの実例のように1つの争点が決着したと思ったら、また次の争点が出てくるモグラ叩きのような訴訟進行は極力避けなければならない。

安原幸彦弁護士は良識的な患者側の代理人であると感じているが、以下のように述べている。「ようやく得られた意見書をどの時期に提出するかとなると、非常に微妙な問題です。最近の私の結論は、私

的意見書はあまり早めに出すものではないというのが正直なところですよ」¹²⁾。

そこで、私的意見書のあるべき提出方法と、その内容的な検証過程について立言したい。

まず第一に原告は私的意見書を訴状に添付して提出すべきである。村田渉裁判官は、早くから医療訴訟を研究し、医療集中部裁判長として着任後は的確な訴訟指揮で知られたが、「原告の主張する過失や結果発生の医学的機序に関する医学専門書、医事論文、専門雑誌（以上については発行年月日と奥書の書証化に注意すること）、法医学・病理鑑定書、協力医の意見書・私的鑑定書なども、原告の主張を裏づける証拠として、訴状とともに提出すべき書証である」と述べている¹³⁾。

この点、民事訴訟規則53条1項は「訴状には、請求の趣旨および請求の原因（請求をするのに必要な事実をいう）を記載するほか、請求を理由づける事実を具体的に記載し、かつ、立証を要する事由ごとに、当該事実に関連する事実で重要なものおよび証拠を記載しなければならない」と規定している。

実際、訴状に私的意見書が添付されることは少なからずある。訴状記載の損害費目のひとつとして、意見書作成料が計上されていたこともある。そうした例での認容判決を受けた経験がないため、意見書代が損害として認められるのか否か不明であるが、理論上はあり得る。

次に訴状に添付された私的意見書に対し、被告医療側は、答弁書ないし準備書面において反論の主張を行い、医学文献により反証すべきである。医療過誤訴訟において原告患者側に注意義務違反と起きた結果との間の因果関係を立証する責任があるので、被告医療側としては、反論・反証によって真偽不明にできればよい¹⁴⁾。

被告の反論・反証が不奏功のため、原告提出の私的意見書を十分に弾効できていない場合には、被告側からも意見書の提出を考えるべきである。たとえば、炎症所見や癌の腫瘍マーカーなど検査数値が争点の場合、これらに関する教科書的に不利な記載と、患者側意見書において臨床の現場に即した具体的なミスを指摘する記載があるとき、診療当時の臨床医学の実践における医療水準に照らしていかなる注意義務があったかを明らかにする意見書の提出を余儀なくされることがある。

原告・被告双方から私的意見書が提出された場合、裁判所は、どちらかに心証を取りやすいと思えるが、実際には却って真偽不明の混乱に陥ることも少なくない。その場合、裁判所はその旨の心証をある程度開示し、真偽不明である以上、原告患者側に立証責任があるという原則に従って、被告医療側の無責をベースとした見舞金的な和解を、まず勧奨すべきである。裁判官が割合的な心証を抱いているのであれば、判決とは異なり、割合的な心証に基づく和解勧告も許されるであろう。

それでも和解できない場合、原告患者側協力医の証人尋問を実施すべきである。この場合、原告本人、被告担当医を同席させ、集中証拠調べを行うのが現在の実務である。

被告医療側協力医の尋問は例外的な場合にとどまる。通常、被告側担当医の尋問で足るからである。医療集中部発足当初、某部長が「被告医療側の私的意見書は屋上屋を重ねることになるので不要」と発言していた記憶がある¹²⁾。事実、医療側協力医の尋問まではという雰囲気がかつてあったが、近時、医療側協力医の尋問を積極的に要請するような運用も一部に見られる。このことを裏付けるように、表1では5例中2例で被告医療側協力医の証人尋問が実施されている。

ここまでやっても判決に熟さないと裁判所が判断した場合、極めて例外的なものとして鑑定が実施されることになる。もちろん、実務的には和解手続も同時に進められる。これまで述べてきた通り、今や裁判上の鑑定は例外的な位置付けを与えられるにとどまっているのに対し、私的意見書の重要性は増し、これをもって審理の中心に据えるべきと料するため、私的意見書の呼称を改め、裁判上の鑑定と等置すべく、これをもって「当事者鑑定」と呼ぶことを提唱する。

わが国の民事訴訟は、当事者主義の訴訟構造をとっており、利害の対立する事件当事者が鋭く主張をたたかわせ、立証を尽くすところに自ずと真実が浮かび上がるという理念の下に行われている。

筆頭著者が民事・刑事ともに心血を注いだ「割り箸事件」において、ともに刑事弁護人を務めた小林弁護士は、反対尋問をして痛感したことは、これら専門家の証言を反対尋問で崩すことは極めて困難であると述べているが¹⁵⁾、困難な面があっても、極

めてというほどではなく、何より反対尋問で崩せたからこそ無罪を勝ち取ったと信じている。

医療集中部において、裁判官は集中証拠調べによる尋問を重視している。患者側・医療側を問わず、医療を専門とする弁護士は人証調べ（本人・証人尋問）の意義を決して軽視していない。一方、医師や医療訴訟に関係しない法曹の間では、敵対的な関係にある医師に対する反対尋問を無意味だとする考えが広く見られるが、前述のような医療訴訟現場の凄みを是非とも知ってもらいたい。

鑑定は、医療関係者や裁判官が思うほど、公平・中立でもないし、真実性も確かではない。たとえば、あるポストを巡る被告大学に対する私怨をそのまま鑑定書に持ち込んだとしか思えない鑑定人もいる。

刑事ではあるが、「割り箸事件」の控訴審の最終盤において死因に関する鑑定を行ったところ、鑑定結果は検察の主張・立証した脳ヘルニアでも、弁護側の主張・立証した静脈還流障害でもなく、細菌性髄膜炎とするものであった。確かに難しい事案ではあったが、訴訟関係者初め多くの人が鑑定をやれば真実が明らかになるというものではないという無力感を深くしたことは間違いなかった。もっとも、「割り箸事件」で無罪の決め手のひとつとなった（判決理由の検察は死因を立証できていないとの判断を決定的なものとした点で）ことも事実である。

いずれにせよ、鑑定は最後の切り札であることに相違はないのであり、そのためには意見の多様性を確保することこそ肝要であると考え。その意味で東京地裁医療集中部で実施されている3名の鑑定人によるカンファレンス方式鑑定は評価すべきである。ただし、カンファレンス方式鑑定には疑問を呈する見解もあり¹⁶⁾、その意味でも私的意見書を中心に運用を目指すべきと考える。

加えて、従来型の単独鑑定では鑑定手続の透明性を高め、広く医学的な検証が可能となるような方策が必要であろう。判例雑誌において、鑑定人の氏名は実名だったり匿名だったりするが、鑑定人は、白衣を着た裁判官と呼ばれるほどに判決内容に直截・重大な影響力を有しているの、鑑定に関する透明性を高めるため、鑑定人の実名程度の掲載は必要ではなからうか¹⁷⁾。

本研究から医療過誤訴訟の原告は訴え提起前に協力医に相談のうえ、意見書をもらい、これを訴状に

添付のうえ、法廷に提出すべきで、審理は当初からこの原告提出の私的意見書を巡る攻防となるべきであることが明らかとなった。このことは医療訴訟の現状にも、理念にも適合するものであり、それによって訴訟の迅速化と適正化が図られることを強調したい。

文 献

- 1) 山口 繁：民事事件における鑑定の諸問題。自由と正義 29：70-75, 1978.
- 2) 六本佳平：医療事故訴訟事件の特質と処理パターン。医療と法と倫理（唄孝一編），pp. 210-315, 岩波書店，東京，1983.
- 3) 池田辰夫，揖斐 潔，徳田由美子，ほか：医事関係訴訟における審理手続の現状と課題（下）。判例タイムズ 61（23）：5-26, 2010.
- 4) 最高裁判所：第一審における専門訴訟事件の統計について。裁判の迅速化に係る検証に関する報告書，pp. 38-53, 最高裁判所事務総局，東京，2007.
- 5) 裁判所職員総合研修所：民事訴訟法講義案，改訂補訂版。司法協会，東京，2008.
- 6) 星野光彦：争点中心型審理をめざして発足『医療集中部』で何が変わったか。Phase3 211：56-59, 2002.
- 7) 小海正勝，高瀬浩造，前田順司，ほか：医療訴訟と専門情報2。判例タイムズ 54（17）：21-49, 2003.
- 8) 小笠 豊：医療事故訴訟と鑑定。自由と正義 44：27-33, 1993.
- 9) 浜 秀樹：すべきことと否定できないこと：「医

療界と法曹界の相互理解のためのシンポジウム」誕生へ。判例タイムズ 62（22）：47-51, 2011.

- 10) 平沼直人：医療訴訟 Q & A。労災保険情報センター，東京，2012.
- 11) 小海正勝，高瀬浩造，前田順司，ほか：医療訴訟と専門情報1。判例タイムズ 54（15）：4-32, 2003.
- 12) 孝橋 宏，秋吉仁美，安原幸彦，ほか：医療訴訟において必要な専門的知見をどのように入手して活用するか。争点整理・集中証拠調べを中心とした双方当事者の攻防。東京三弁護士会医療関係事件検討協議会シンポジウム反訳記録，東京三弁護士会医療関係事件検討協議会，東京 <http://niben.jp/info/news20090528.pdf>（参照2012年5月7日）.
- 13) 村田 渉：訴えの提起。望ましい訴状，訴状の留意点，添付書証等。医療訴訟（秋吉仁美編），pp. 15-41, 青林書院，東京，2009。（リーガルブログレッシブシリーズ；8）
- 14) 塚原朋一：民事責任の構造。医療過誤（山口和男，林 豊編），pp. 81-102, 新日本法規，東京，2001。（現代民事裁判の課題；9）
- 15) 小林 充：杏林大学割り箸事件。弁護人の立場から。日医総研シンポジウム。更なる医療の信頼に向けて。無罪事件から学ぶ。pp. 68-75, 日本医師会，東京，2011.
- 16) 最高裁判所医事関係訴訟委員会答申。平成17年6月15日付け。
- 17) 平沼直人：PTCA（経皮的冠動脈形成術）施術後に患者の合併症を看過した場合と医師の過失。医療過誤判例の研究（塩崎勤編），pp. 50-54, 民事法情報センター，東京，2005.

FROM JUDGEMENT APPRAISAL TO PARTY'S ADVICE

—An Investigation and Proposal on the Written Opinion in Medical Malpractice Suit—

Naoto HIRANUMA, Masaya FUJISHIRO and Keizo SATO

Department of Legal Medicine, Showa University School of Medicine

Abstract — For a medical malpractice civil suit, the means by which to obtain medical information is important. Previously, an adviser elected by the court stood in the central core, but now, a written opinion requested by a plaintiff or a defendant takes that place. Regarding the way to obtain the medical knowledge in the judicial process, this paper introduces judicial advice, written opinion, expert committee, turn-to-mediation, accident investigation report, death certificate, medical certificate by post-doctor, doctor-hearing, and record of the hearing from another doctor, and assesses these practices according to merits and demerits. As for my recent 12 cases as attorney passed first judgment and later became final (except for settlement cases, because trial was not sufficient), the table indicates the case summary and point, hospital department, court location/medical expert court or ordinary court, date of judgment, existence of an attorney for plaintiff or none, presence of a written opinion requested by the plaintiff or no/if yes, examination of the opinion writer or no, presence of a written opinion requested by the defendant or no/if yes, examination of the opinion writer or no, advice or no, result of the judgment, appeal or no, special mention. The civil law system in Japan stands in adversary system, which is clear through proof and argument by parties among sharply clashing interest, therefore, advice on the judicial process is like an inquisitorial system, but the written opinion matches the adversary system of the judicial process. The advice has no means to ensure a sufficiently fair and neutral process, it takes long time, and there are other problems. Thus, conference advice by 3 doctors forced to solve the problems shows legal suspect, although the written opinion must center in judicial process for resolution. Because the judicial process must be offense and defense about the written opinion, it is necessary to attach a written opinion for the plaintiff (patient side) on the presenting petition, while, the defendant (doctor side), first, has to supply counterargument and counterevidence based on medical textbook, and if not sufficient, decide to present a written opinion. With written opinions presented by both sides, the judge must advise both sides to compromise by impression, but if this is not successful, slide to concentrated examination, not only parties themselves but also an opinion writer of a plaintiff. Advice is a last resort at the end of resources. Thus, written opinion is so important that it will be named party's advice.

Key words: judgment appraisal, written opinion, medical malpractice, civil suit

[受付：11月8日，受理：11月20日，2012]