

学習資料

本件裁判で問われているもの －異変発生から捜査・起訴・公判を総括する－

目次

第1	はじめに一本件で、何が問われているのか	1
第2	なぜ、「異変」が「窒息事故」になったのか？	2
1	おやつ時に起きた異変はだれにも防ぎようがない身体上の急変	2
2	「異変」がなぜ「窒息事故」になってしまったのか	2
3	特養あずみの里での振り返り・反省と再発防止策の検討の問題点	5
第3	警察の決めつけで、「異変」「窒息事故」は「業務上過失事件」になった	6
1	杜撰極まりない警察の捜査	6
第4	まともな事実調査も法律的検討もなしに行われた検察の起訴	8
1	検察は、警察のずさんな組み立てを引き継いで本件起訴をした	8
2	山口さんに対する取調べ供述調書は、信用性がない	8
第5	公判過程－検察官釈明と訴因変更の異常	9
1	求釈明にまともに答えられない検察	9
2	予備的訴因の追加的変更は、追い込まれた検察の悪あがき	9
3	再度の訴因変更－注視義務の始期の前倒しのはらむ自己矛盾	10
4	訴因変更、特に最後の訴因変更許可はすべきでなかった	15
第6	検察の論告は、過失の構成要件を情状にすり替えている	16
第7	裁判所に求められているもの	17
1	本件で裁判所に問われているものは何か	17
2	全国で普遍的な介護現場の実情を直視することの重要性	18
第8	おわりに	21

本件裁判で問われているもの

－異変発生から捜査・起訴・公判を総括する－

第1 はじめに

特養あずみの里Cチーム食堂で本件異変が発生してから、まもなく5年の歳月が過ぎようとしている。山口さんが起訴されてからもすでに4年になる。

山口さんは、高校3年在学中の昭和54年3月に准看護師の資格を取得した。それから今日まで、結婚・子育てによる9年間の休職期間をはさんで、30年の長きにおよんで、病院および特別養護老人ホームにおいて、患者さんのためにまた介護を求めるお年寄りの皆さんのために、看護職一筋で、献身的に働き続けてきた。

山口さんが、検察官が主張しているような業務上過失致死の罪で起訴されるべきものでは断じてなかつたこと、山口さんに対し、すみやかに無罪の判決が言い渡され、山口さんが被告人という桎梏から解放されるべきことは、すでに第1部証拠によって認められる事実、および第2部本件公訴事実についてにおいて客観的事実を踏まえて詳細に明らかにしてきたとおりである。

しかし、問題はそれだけにとどまるものではない。平成25年12月12日おやつ時に特養あずみの里Cチーム食堂で発生したKさんの突然の異変発生という事態が、なぜ、根拠のない「窒息事故」とされ、さらに「業務上過失致死事件」として山口さんが訴追されることになってしまったのか、そこにどのような問題があったのかを明らかにすることを、本件では、避けてとおるわけにはいかない。

さらに、そのようにして始められた本件公判において、訴追側の検察においてどのような公判対応がとられたのか、そこにどのような問題があったのかも、明らかにされなければならない。

それだけではない。本裁判は、介護現場で発生した食事中の異変が業務上過失致死事件として訴追されたという、我が国の刑事裁判史上、例を見ない事件である。それだけに、公判の進行過程について、さらに来年言い渡しが予定されている判決の結果に、全国の介護に携わっている多くの皆さんの大きな注目が集まっている。すでに全国から40万筆を超える無罪判決を求める要請署名が集められ、裁判所に届けられていることをみても、本件の重大性がわかる。

訴追されたこと自体が、また、公判過程における検察官の対応それ自体が、すでに、介護の萎縮という形で介護の現場に大きな影響を与えており、判決の帰趨によっては、わが国の介護

を崩壊させかねないという大きな懸念が、介護の現場に広がっている。

まさに、この裁判は、わが国の介護の未来の在り方がかかった裁判になっているのである。

第2 なぜ、「異変」が、「窒息事故」になったのか？

1 平成25年12月12日おやつ時にKさんに起きた異変は、だれにも防ぎようのない身体上の急変であった。

急変の具体的状況は、第1部・第10「平成25年12月12日おやつ時の状況」で明らかにしたとおりであり、Kさんの異変は、何の前触れもなく起こった。むせ返したり、声を出したり、苦しみもがいたり、すぐ隣の山口さんに触れたり叩いたりして異常を告げることもまったくないまま、ぐったりしている姿が発見されたのであった。

それは、松澤さんが、異常のないKさんの姿を最後に見てからわずか約30秒後のことであり、山口さんが、同様に異常のないKさんの姿を最後に見てから約1分30秒後のことであった。

このKさんの急変の原因がドーナツを喉に詰まらせたことによる「窒息」ではないことは、第1部・第15「窒息に関する医学的機序」、第2部・第1「Kさんはドーナツを食べて窒息したのではない」で、事実経過の精査と医学的・科学的な検討を踏まえて、詳細に論じたところである。

2 それでは、このようなKさんの突然の異変が、なぜ、「窒息事故」になってしまったのか。
事実の経過を検証する。

(1) このKさんの急変の状態を見て、その原因を「窒息」と思ったのは、山口さん本人であった。

第1部・第14・1「異変発生時における山口さんの認識」で明らかにしたように、山口さんは、急を聞いてKさんの部屋に駆けつけてきた細川看護師長から「どうしたの」と聞かれた時、「おやつを詰ませてしまったのですかね」と答えている。さらに細川師長から「今日のおやつは何だったの」と聞かれ、「ドーナツでした」と答えた（山口供述84頁、細川証言3頁）。

山口さんが、Kさんの急変の原因を「ドーナツを喉に詰ませての窒息」と思ったのは、Kさんが意識を失いぐったりしたのが、自分がKさんにドーナツを配って間もなくのことであったこと、また、山口さん自身が、Kさんの居室でKさんの口腔から人差指の半分ほどのドーナツの塊を指でかき出したという体験から出た判断であった。

山口さんが置かれていたその時の状況や、わが国の介護の現場で起きた食事中の急変がほとんどが「窒息」として処理されている実態をみれば、山口さんがそう判断したこと自体をあげつらうことはできない。

しかし、この山口さんの判断は、医学的・科学的な根拠に基づくものではなく、客観的な諸事実を踏まえてのものではなかった。山口さんが指で搔き出したドーナツ片は、Kさんの口腔からであって、その位置と量では、Kさんの気道を閉塞することなど到底不可能であったし、山口さん自身、Kさんの咽頭・喉頭・気管を見ているわけではない。窒息と意識喪失・窒息と心肺停止との医学的機序について、検討した上での判断でもない。いいかえれば、山口さんの判断は、医学的・科学的根拠のない単なる「思い込み」にすぎないものであった。

(2) 根拠のない思い込みに過ぎない「窒息」の拡散

しかし、この山口さんの「窒息」との根拠のない思い込みは、各方面に拡散した。

最初の拡散は、山口さんから細川看護師長への拡散であった。当日Kさんの居室での「おやつを詰ませてしまったのですかね」との言葉がそれである。

次の重大な拡散は、山口さんから救急隊への通報であった。山口さんは、当日15時32分50秒、救急隊に「おやつでドーナツを食べている際に突然窒息して心肺停止になった」という情報を電話で伝えている。(弁183、弁184、伊藤証言2頁) 救急隊は、「窒息」を前提に救急処置を行った。処置後の記録(検証表1・傷病者情報)の特記事項欄に「ドーナツによる異物窒息」と記載されたのも、この山口さんからの情報によるものであった。

しかし、救急隊は、救急活動によって、Kさんの窒息を確認したのではなかった。(甲129、伊藤証言26頁) 救急隊によても、Kさんの気道からは、気道を閉塞させるに足る「塞栓物質」は発見されなかつたというのが客観的事実であった。

「窒息」との根拠のない情報は、救急隊から松本協立病院に拡散した。

救急隊は、Kさんを、松本協立病院のM医師に引継いだが、山口さんからの当初の通報であった「おやつでドーナツを食べている際に窒息して心肺停止になった」という情報が、そのまま救急隊からM医師に伝えられた(上島証言P44)。

松本協立病院のKさんの診療録(弁190)の平成25年12月12日19時25分24秒のM医師の初回記入欄には、「15時半頃に食べていたドーナツが喉に詰まり、前かがみになった状態で発見された。」と記載されているが、それも、救急隊員からM医師に伝えられた情報が、そのまま

ま診療録に記載されたものである。診療録を精査しても、M医師が、Kさんの心肺停止の原因が本当にドーナツを喉に詰まらせて窒息したものか否かについて、診療活動において検査・確認する等の医療行為をしたとの記述はまったくない。山口さんの根拠のない「窒息」との思い込みが、M医師にまで拡散したものである。「病院収容後の治療状況（医療機関記載）」（甲130）も同様の状況のもとに作成されたものである。

他方、根拠のない思い込みにすぎない「窒息」との情報は、細川師長を通じて、特養あづみの里の諸記録に書き込まれ、それを前提として、特養あづみの里Cチーム職員による振り返りが行われた。

それは、特養あづみの里の幹部職員に報告され、幹部職員からKさんの家族に伝えられた。

（3）細川看護師長の判断

当日、細川師長がKさんの看介護記録に「窒息と判断」と記載したのも、山口さんの「ドーナツを喉に詰ませたのですかね」という言葉と、自らもKさんの口腔からドーナツの残滓を掻き出したことをあわせ、細川師長も「窒息」と判断した結果である。しかし、細川師長のこの判断も、医学的・科学的根拠のない思い込みの結果である。

後に、細川師長は、山口さんから、Kさんに咳もむせもまったくなかったことを聞いて、窒息に疑問を抱くが、それ以上に、窒息か否かについて厳密な医学的検討は行われなかつた。

逆に、特養あづみの里の施設全体として、Kさんの異変をドーナツを喉に詰ませたことによる窒息として、施設職員による振り返りが行われ、Kさんの家族への報告が行われ、安曇野市長への事故報告も、示談も、すべてその見地からなされたのである（甲6・409頁、412～413頁、甲113・1298頁～1302頁、甲131、甲14）。

（4）しかし、根拠のない思い込みに過ぎない「窒息」が、どんなに拡散しようと、どのように「記録」されようとも、それが客観的な「事実」になるわけではない。

Kさんの異変が「窒息」によるものか否かは、異変当時の客観的諸事実（塞栓物資の存否、咳嗽反応や窒息サインの存否、Kさんの嚥下能力、ドーナツの物性、意識喪失から心肺停止に至る医学的機序等々）についての医学的・科学的検証によらなければならない。福村証言は、そのことを指摘している。

3 特養あずみの里での振り返り・反省と再発防止策の検討の問題点

(1) Kさんの異変という事態を受けて、特養あずみの里Cチームでは、それが「ドーナツをのどに詰まらせて窒息した」との根拠のない思い込みを前提として、原因の「究明」と再発防止策の検討がなされた。

異変当日の事故・ヒヤリハット報告書では、山口さん、森山さん、松澤さんによって、「誤嚥」事故を前提に、原因が検討され、その後、Cチームに所属する介護職員全体による再発防止策が検討された。そこでは、誤ってドーナツを配ることを防止する対策、食事中の利用者に対する観察をどう強化するかの対策、食事中は窒息の危険があることを常に意識することの大切さ等々が論じられ、それが記録された（甲6・412頁）。

平成25年12月20日のCチーム会議では、「窒息事故」の原因について振り返りがなされ、介護者要因として食事形態などの認識の薄さ、介助に入り座る位置の不適切などが指摘され、環境要因として、おやつ形態変更後6日経過しており、情報の認識不足、確認不足に繋がったか、利用者さんを観察できる位置に介助者を配置していなかったなどが反省された（甲113・1298～1320頁）。

(2)しかし、上記のような施設職員による原因についての振り返り、再発防止策の検討は、「窒息事故」を前提として、「ああしておけばよかった」「こうしておけばよかった」という異変後の事後的な振り返りであり、異変発生当時の客観的諸条件（急変時の食堂内おやつ時の介護状況、利用者の見守り必要性の大小、Kさんの嚥下能力、ドーナツの物性としての危険性、看護職への情達伝達の実態等々）を検討して、「窒息事故」の予見可能性や結果回避可能性（法律上の過失の有無）が検討されたものではなかった。

しかし、そのような特養あずみの里での「窒息事故」の原因についての振り返りや再発防止策の検討結果は、適切でないおやつが提供されたこと、見守りの方法や環境に不備があったこと等が反省点としてされて、それが文書となってKさんの家族に伝えられた。（甲113・1298頁、甲131、甲132）

そして、それが、警察へ情報提供されることにより、警察の手で「異変」が「業務上過失傷害（後に致死）事件」にされていく材料となった。

第3 警察の決めつけで「異変」「窒息事故」は「業務上過失事件」にされた

1 杜撰極まりない警察の捜査

(1) 事実調査の決定的欠如

警察の捜査は、平成26年1月7日、Kさん生存中から開始された。警察は、医学的・科学的根拠のない思い込みにすぎない「窒息事故」をそのまま鵜呑みにし、また、特養あずみの里の職員による「振り返り・反省」「再発防止策」を「過失の存在」にすり替えて、法律上過失を認めるために必要なもろもろの前提事実の存否などは、まともに捜査されなかった。

警察の捜査は、杜撰としか言いようがなく、その基本的な誤りは、事実調査の決定的欠如である。

警察は、異変発生時の現場の状況をまったく把握していない。12月12日おやつ時に、Cチム食堂に17人の利用者が9つのテーブルについておやつ介助を受けていた事実は眼中になく、捜査もされなかった。嚥下障害をもった2人の食事全介助者（OさんとSさん）がいたこと、さまざまな問題をもった要注意の利用者が少なくとも8名いたこと、Kさんは食事自立て嚥下機能に問題がなかったことも把握しなかった。

警察が行った実況見分には、食堂内にテーブルが6台設置されている等と事実と違うことが記載され、見分の対象となったのは、Eテーブルだけであった。警察の現場検証は、異変発生場所の「点」のみであった。

時間軸についても捜査・検討は皆無であった。捜査は、「異変発見時の瞬間」のみを対象として行われ、その瞬間に、山口さんがKさんに背を向けていた事実のみの把握で、Kさんに対する「注視義務」を設定したのである。山口さんと森山さん、そして異変発見者である松澤さんの食堂内の動きについて、警察は、まったく关心すら持たなかった。

後の公判で、検察官が、Kさんに対する注視義務が何時から生じるのかについて、弁護人による冒頭陳述が行われるまでは、証明できなかつたのは、このような「異変発見の瞬間」のみしか捜査していなかつたからであった。山口さんがKさんにドーナツを配膳してから、Eテーブルに着席するまで約3分間、山口さんは3テーブルの6人にドーナツを配膳していたというきわめて重要な事実について、警察は把握するつもりもなかつた。

警察は、Kさんの異変の原因が本当に「窒息」だったのか否かについての医学的・科学的検討もまったく行っていない。「窒息」は、山口さんの根拠のない思い込みを、ほとんど唯一の根拠としたものであった。

(2) 過失の認定（法律判断）は、施設職員らの真摯な反省が利用された

特養あずみの里の職員らによる「振り返り」「再発防止策の検討」は、前記のように事後の視点でのものであり、異変発生時の諸状況についての客観的事実を前提としたものではなく、その結果をもって「過失」の存在を認めることなど出来るものではないが、警察は、介護職員の反省いわば主觀を、客観的検証や検討なしに、確たる「事実」として「業務上過失事件」の証拠とした。

特養あずみの里の職員らが異変発生に心を痛め、家族の感情を全面的に受けとめ再発防止をめざした真摯な反省が、逆手にとられたのである。

職員達は、至らなかった点を介護の実情とかけ離れた実施不可能なことまで含めて後から振り返っての「タラレバ」とも言うべき反省をしたわけであるが、これを刑事訴追の証拠とすることなど、発生事実を社会的客観的に捉え評価すべき捜査機関の姿勢としてあってはならないことと指摘せざるを得ない。

これでは、頑強に非を認めない者が許され、真摯に反省する者が反省のゆえに、そして反省したこと自体を根拠として処罰されるという不正義がまかりとおってしまう。

(3) 山口さんの警察官に対する平成26年2月28日付供述調書（乙2）は、山口さんの根拠のない思い込みである「窒息事故」と施設職員らの「窒息事故」を前提とし、客観的前提事実を検討対象から除外して行われた事後の振り返りから出てきた「反省」を基礎として作成された。警察は、山口さんの訴えにまともに耳を貸さず、自らが作り上げたシナリオ（窒息事故、注視義務違反、ドーナツの誤配膳）を、有無を言わさず山口さんに押し付けて作成された供述調書である。弁護人は、このようにして作られた供述調書の任意性を争うものであるが、少なくとも、そこに記載された「諸事実」が、真実とはかけ離れた、信用性のまったくないものであることは明らかである。

(3) 上記のような杜撰極まりない捜査の上で、警察は、平成26年5月22日、本件を業務上過失致死事件として検察庁に送検した。

第4 まともな事実調査も法律的検討もなしに行われた検察の起訴

1 検察は、警察のずさんな組み立てを引き継いで本件起訴をした

前記各事実について、検察は点検を行っておらず、警察のずさんな事実把握と過失についての組み立てを、そつくり無批判に引き継いで本件起訴をした。

検察の行った検査は、送検を受けた半年後に行った山口さんに対する取調べのみである。

「窒息」についての医学的・科学的検討もまったく行っていない。

異変発生当日おやつ時に特養あずみの里の食堂に何人の利用者がいたのか、それぞれの利用者の嚥下能力はどのようなものであったのか、Kさんは17人の中でどういう位置にいたのか、山口さんと森山さんのおやつ介助ための具体的動き、特に山口さんのKさんへのドーナツ配膳から、Eテーブルへの着席、異変発生・発見という時間軸の厳密な特定、異変発生後の救急処置の具体的状況、Kさんの摂食嚥下機能、ドーナツの物性、介護職と看護職の業務の実態と情報提供の実態、3食とおやつ提供の実態、Kさんのおやつが12月6日から変更になった理由等々、注意義務を科すための前提事実についての検査・検討も全くなされていない。

警察から送検された検査関係書類のみによって、検察は、本件起訴をしたのである。

本件公判における検察の迷走ぶりの原因は、このようなあまりにも杜撰な検査や過失に関する杜撰な法律的検討によるものであった。

2 山口さんに対する取調べ供述調書は、信用性がない

山口さんの検察官に対する平成26年12月4日付供述調書（乙3）、同18日付供述調書（乙4）は、先の警察官に対する山口さんの供述調書の内容をなぞって作成された調書にすぎない。それは、山口さんの根拠のない「窒息事故」との思い込みと、前提事実を検討対象から除外して行われたあずみの里職員らによる事後的振り返りから出てきた「反省」を基礎としてなされたものである。検察官に対する供述調書は、警察と同様に、山口さんの訴えにまともに耳を貸さず、警察の作り上げたシナリオ（窒息事故、注視義務違反、ドーナツの誤配膳）を、重ねて山口さんに押し付けて作成されたものである。弁護人は、このようにして作られた供述調書の任意性を争うものであるが、少なくとも、そこに記載された「諸事実」が、真実とはかけ離れた信用性のまったくないものであることは、警察官に対する供述調書と同様明らかである。

第5 公判経過－検察官釈明と訴因変更の異常

1 求釈明にまともに答えられない検察

前記のように、具体的な事実関係についてまともな捜査がなされず、根拠のない思い込みのみによる「窒息」とそれを前提とした施設職員の「反省」のみに依拠した本件起訴状記載の公訴事実と冒頭陳述が、さまざまな問題点をもっており、弁護人が当初から膨大な釈明要求を行ったのは、当然の防御活動であった。

しかし、検察官は、求められた釈明要求に答えるための事実を把握できていなかった。

Kさんに対する動静注視義務が何時から発生するのかという、本件の核心に関する釈明要求に対し、1年以上も答えられなかつたことが、何よりもそのことを物語っている。検察は、第4回公判で弁護人が行った冒頭陳述により、初めて、本件の全容を把握したのではなかつたか。

それは、検察官が「注視義務の発生時期は、山口さんがEテーブルに着座した時からよい。」と釈明をした直後に、間髪を入れず、おやつ形態確認義務違反という新たな過失を持ち出し、訴因の追加的予備的変更請求をしてきたことに如実に顕れている。検察の釈明によれば、おやつ配膳からEテーブルへの着席までの3分間に、Kさんがドーナツを食べ終わってしまっていた可能性が出てきてしまい、注視義務の前提が崩れてしまって公判を維持できなくなるおそれを抱いたからではなかつたのか。

2 予備的訴因の追加的変更は、追い込まれた検察の悪あがき

(1) 予備的訴因の追加的変更の経緯に見る重大な問題

前記のとおり、起訴状記載の公訴事実は、弁護人の冒頭陳述と検察官の釈明によって、根拠が失われた。

やむなく検察官は予備的訴因の追加的変更をするほかない状況となり、ドーナツが危険な食物であるとの主張を持ち出した。予備的訴因の追加的変更は、弁護人の立証努力に依存し、これを逆手にとった訴因変更である。

(2) 当然のことながら、警察及び検察の捜査活動はドーナツの性質について全く関心がなかつた。

ゼリーなら安全という無前提の仮説に寄りかかっているが、特養あずみの里で提供されていたゼリーについての捜査は皆無であることはそのなによりの証左である。ゼリーとの名を冠していてもコニニヤクゼリーは過去多くの窒息事故を発生させた。要するに、警察及び検察は食材についての捜

査をしてこなかった。結局、ドーナツが危険だという主張は、特養あずみの里で用いられているゼリーとドーナツとの比較さえしないままの主張であった。

検察主張のドーナツの危険性は、結局元に戻って「Kさんの特質」と「提供方法」に収斂される運命にあった。

(3) ドーナツについての主張放棄と平成30年7月30日の訴因変更請求

Kさんには咀嚼・嚥下についてさしたる問題はなく、ドーナツがKさんにとって到底危険物と言えないことは、第1部・第6、第7、第9で詳述したとおりである。

検察官申請の山田証人は、食材としての本件ドーナツの危険性を明らかにできなかつた。結局のところドーナツの提供方法が問題との見解に行き着いた（論告要旨14～15頁）。もはやドーナツの危険性では訴追は維持できないことが明らかになつたといふべきである。

こうして平成30年7月30日、検察は、再度の訴因変更をして、注視義務の始期を、山口さんがEテーブルに着座した時から約3分間前倒しして、山口さんがKさんにドーナツを配ったときからとしてきた。

これは、ドーナツの危険性にすがることができなくなつた結果である。

3 再度の訴因変更－注視義務の始期の前倒しのはらむ自己矛盾

(1) 訴因変更の経過を振り返れば、次のような経緯である。

- ① 当初の訴因ではドーナツの危険性を問題にしなかつた。ドーナツを喉に詰まらせたとして、それ自体で注視義務違反を構成した。
- ② 裁判所からの釈明命令により、注視義務は着席以後に限定した。
- ③ 時間的経緯が明らかになつたため、予備的訴因の追加的変更でドーナツの危険性を問題にした。ここで不作為義務だけでなく、ドーナツ提供の作為義務が問われることになった。
- ④ ドーナツの危険性にすがることができなくなったためか、再度の訴因変更をして注視義務の発生時期を大幅に前倒しすることで切り抜けようとしている。ここでは再び不作為義務を問うことになった。

(2) 不作為義務の組み立て

山口さんがKさんの隣に着席した後の不作為義務（注視義務）で主張された事実関係と着席前、配膳中の事実関係は著しく異なる。ひいては、不作為義務の成立のための条件とされるKさんの保

護についての保障的（排他的）地位や作為可能性・容易性が根本から崩れ去り、後に持ち出した「先行行為」のみに依存することになったのである。

ア 注視義務の組み立ての変化

注視義務違反に関する過失の基礎となる事実の構造はどうなっていたか。検察官は、食堂内に17名の利用者がいたことなどはじめから眼中になかったとの前提で次の点を指摘する。

- ① 山口さんのみが、Kさんの近くにいた
- ② 他の介護職員は、「利用者に提供する飲み物の準備中だったため、前記Kの食事中の動静を注視することは困難であった」
- ③ 他の利用者（食事全介助の利用者）への食事の介助に気を取られた

イ これが、再度の訴因変更では、全く異なる過失を組み立てた。

- ① 山口さんがKさんの近くに居たかどうかは関係ない
- ③ 他の職員がいかなる行動をしていたかも問わない
- ④ 食堂内に居た配膳中の他の利用者を含むほかの利用者への注視義務のうえ、Kさんへの注視義務を引き続きもとめた

前記の如く、検察官の訴因は前後で救いがたい自己矛盾を来たし、説明不能に陥っている。

ウ 当初の訴因が示す注視義務と注意能力の限界

検察官は、平成27年11月10日に、Kさんと同程度に食事中の動静を注視しなければならなかった者は、食事中の見守りが必要とされていたKさんと同じテーブルで食事をしていた者に限られる、と釈明している（ご連絡、第2）。したがって、この時点で、検察官は、注視義務の対象の範囲をKさんと同じテーブルで食事をしていた3名に絞り込んだ。

これが示す意味は重大である。当初の訴因は厨房にいた森山さんについては注視義務を負わせることができないことを前提とする訴因を記載している。そのうえで検察官は、山口さんに負わせる注視義務を同じテーブルの3名に絞ることにより、人間の注意力の限界を表明したに等しい。そして、同じテーブルにいた3名に対する注意の配分について、全介助のOさんに注意力を配分しすぎたと述べたことになる。

エ ところが、検察官があらためて求めたことは、配膳の最中にも山口さんには、Kさんに対する注視義務があるというのである。

山口さんには、問題がある利用者を集めたとされる同じテーブルの3名の利用者に対する注

視義務を引き続き負いながら、それにとどまらず、更に多くの利用者に対する注視義務に加えて、距離が数メートル離れたKさんに対する注視義務が継続するというのである。

他方で森山さんがいかなる行動をしていたか、特に厨房に滞在していたかどうかについては何らの立証もしていない。言うに事欠いたのか、同じ食堂内に居たはずの他の職員がどうであれ山口さんには責任があるというのである（論告要旨34頁14行目以下、平成30年8月27日付意見書8頁、平成30年7月25日付ご連絡1頁「本件食堂内を見渡し、各入所者の動静を注視する義務」）。

当初の訴因とは著しく状況の変化があることについて眼中になく、ほかの職員を度外視している。森山さんが厨房について注視できなかったことを基礎事実とする変更前の訴因とも整合していない。すなわち、作為義務の共存（競合）で批判を回避しようとする余り、従前主張していた保障的（排他的）地位の主張を投げ捨てることになった。

当初の訴因と平成30年7月30日変更請求の訴因とでは検察官が訴追する注視義務の内容が激変し、複数の職員が協働している中での標準的在り方を全く無視して、注視義務を際限なく広げたことを意味する。無限定な注視義務の設定は当初訴因と相容れないことは勿論、人間の注意能力の限界を無視したものである。

才 作為の可能性及び容易性がないこと

配膳時まで注視義務を遡らせることが極めて異常であることは、配膳中、山口さんからはKさんの背中しか見えないことに端的に表れている。山口さんがKさんへの配膳をした後、更にほかの利用者へのおやつの配膳をしたことは検察官の主張でも認めている。山口さんがKさんへの配膳後、Kさんの隣の席に着席するまでの約3分間の時間帯（以下、単に配膳後という）についても注視義務を課することは従前の審理の経過に照らして信義に反することは勿論であるが、その主張自体極めて異常で従前の主張とも整合しない。

検察官の主張は、配膳後については次の通りである。（注・「被害者」は「Kさん」と、「食物等」は「ドーナツ」と読み替える。以下同じ。）

「たとえば、Kさんがドーナツをかき込む行為を制止する行為、Kさんが口腔内にドーナツを詰め込んだ場合にそのドーナツを手でかき出すなどして取り除く行為、Kさんが咽頭内にドーナツを詰まらせた場合にそのドーナツを適切な器具等で取り除く行為等が想定される。」
(平成30年7月25日付検察官から主任弁護人への「ご連絡」記載)。

「(配膳後について) その再現ビデオ(弁250)をみても、終始、Kさんと同じ画面のなかに山口さんの姿が映っており、他の入所者へおやつを配膳している間は、時折Kの方を振り返り、Kさんがドーナツをかき込む行動をとっていないか否か、Kさんが口腔内にドーナツを詰め込む行動をとっていないか否かといった動静を確認することが可能であったことが認められる。」(論告要旨33頁)と強弁する。

そして、山口さんがKさんの隣に着席した後について検察官は、続けて次のように述べる。

「時折Kさんの方を振り返り、Kさんの様子を確認すれば、Kさんの動静を注視することが可能であったと認められる。」

検察官は、上記の如く著しく異なる2つの局面について、全く同列に描き出す。

検察官は当初の主位的訴因、着席後の注視義務においても食事全介助のOさんに対する食事介助を余りに軽々しく扱っており、実際には、過失を問うことができないが、検察官としては、現実的に過失を問うことが可能と考えたのであろう。少なくとも山口さんは、Kさんの隣にいた。これに比して配膳中の状況は覆いようもない大きな差が存在している。

再現ビデオを見ても明らかなどおり、時折振り返ったところで、Kさんは山口さんに背を向けた位置になっている。Kさんの顔面・口元も、手元も、ドーナツの摂取状況も視野に入らない。勿論空間的隔たりも隣にいるときとは格段に異なる。そして、ドーナツを他の利用者に配膳しており声を掛けたりドーナツを細かく分けたりするなど必要な注意を払い配慮をしている。

Kさんに対する注視義務を負うべき現実的可能性は到底考えられない。どう考えたら「可能であったと認められる」と断言できるのか、強弁もこれに極まれりというほかない。着席前・配膳中の注視は極めて困難なことは明白であり、前述したとおり不作為犯における作為可能性及びその容易性という不可欠の条件を満たしていない。

(3) 注視義務の始期を早めることで露呈する隘路

ア 訴因変更の経緯は検察官主張の自己否定を表している

上記のように、注視義務の始期を早めることは、山口さんとKさんとの距離の決定的相違、注視する利用者の範囲という検察官が自ら設定した現実的で可能と考えた注視義務、注意力の限界を自ら否定するものである。山口さんのみがなしえた、しかも容易であったとの主張を投げ捨てることとなった。これを糊塗するとすれば、ドーナツを配膳したとの「先行行為」を持ち出すことしかない。

イ 持ち出された先行行為はすでに破綻済み

検察官は、ドーナツ配膳を「先行行為」と位置づけた。これで不作為犯の根拠にしようというわけである。保障的地位を投げ捨てて、「先行行為」にすがったものと言うほかない。

しかし、検察官がドーナツ配膳を先行行為として主張したことは、ドーナツ配膳自体では独立の過失として維持できないと言っているに等しい。要するに、ドーナツ配膳の危険性は破綻して断念され、あらたに「先行行為」として復活させ、注視義務と一体のものとしてすることで山口さんの責任を強弁しようとするのである。結局はKさんの特性とおやつ摂取方法の注視に収斂されることになった。

ウ 注視義務の根拠としての先行行為

ドーナツが危険な食材であることは、山田証人においても立証できなかつたことは既に述べた。このことは、ドーナツ配膳は、不作為義務における先行行為としても、危険行為として評価するに値しないものとなつたことを示している。

そればかりでなく、検察官の組み立ては実際の状況についてもほかの職員の位置関係も行動も立証しない、食堂内の状況そのものさえ明らかにしないという、前提事実さえもが不明のものである。

山口さんがKさんの隣に着席した後のEテーブルに限つた注視義務を、着席する前の配膳時まで広げることも、状況の著しい違いを度外視し、前提事実さえ追加の立証を放棄したものである。配膳後の注視義務は、作為が著しく困難であり、不作為犯の要件である作為可能性とその容易性は到底認められない非現実的なものである。

先行行為を持ち出したところで、先行行為の危険性は到底考えられない。すなわち犯罪成立を支える、作為犯に匹敵する不作為の違法性は、成立しようがない。

エ 最大かつ決定的な隘路

警察・検察による事実調査の欠如と過失構成の誤りは、既に指摘してきたとおりである。そのなかでも異変発生時の食堂内の状況と時系列、そして死亡原因に関する捜査欠如は重大であった。

食堂内の経過は第1部・第10で詳述したとおりであるが、時系列を立証したのは、弁護側のみであり、検察官は、Kさんに何時異変が生じたのか、それがいかなる経過を辿り、いかなる機序で意識を失ったか明らかにしていない。事実調査の欠如が最終段階まで修復されること

はなかった。

このように検察官が、配膳時まで注視義務発生時期を早めたことによって、異変発生までの注視義務の時間はより長くなった。弁護側が立証した「異常なし」の状態が配膳後3分30秒もの間続いたことは、検察官は一言も言及しないで口をつぐんでいる状況となった。検察官は、死亡原因は言うに及ばず、異変発生との因果関係・経緯さえもその関連を希薄なものとした。

そもそも着席時から注視義務が発生するという当初の主位的訴因において、検察官は、Kさんは異変発生の直前にドーナツを喉に詰まらせたものと想定したものと推測される。だからこそ山口さんの配膳を眼中に置かず事実把握もしていなかった。これを放置したまま、異変発生の時点を大幅に遡らせるることは、自らの想定を自己否定することになる。結局、食堂内の状況、異変発生の時間的経過、死亡に至る経過とその機序についての決定的な事実調査の欠如と過失構成の誤りは、自らの想定を否定し、救いがたい決定的な隘路に自らを追い込んだことになる。

山口さんがEテーブルに着席するまでの時間帯では、Kさんには異変が生じていなかったという厳然たる事実こそ、この時間帯の山口さんの注視義務の存在を吹き飛ばして余りある事実である。

注視義務の始期を早めた訴因は従前の主張破綻の亀裂を広げるものでしかなかったのである。そして、山口さんをとことんまで刑事裁判に縛り付けた検察の訴訟遂行の罪深さは強く批判されなければならない。

4 訴因変更許可、特に最後の訴因変更許可はすべきでなかった

(1) 検察官は、主位的訴因については2度、訴因の追加的予備的変更を入れてなんと3度にわたって訴因変更をなした。しかも3度目の訴因変更請求に繋がる「従前の釈明内容の変更」は、最後に予定されていた川嶋証人尋問期日の数日前という時期であった。最終局面での訴因変更請求である。

(2) 主位的訴因の崩壊と訴因変更

既に述べたとおり弁護人の冒頭陳述で本件食堂内の状況と時間軸での動きが明らかになった。これによって主位的訴因の欠陥が露呈した。ここで、山口さんの無実が明らかになった以上、すみやかに判決により山口さんは裁判から解放されるべきだった。

検察官の追加的予備的訴因変更請求は、裁判のやり直しにより山口さんに二重の負担を強いる

ものとして、是認しがたいものであった。訴訟の経緯からみて、時機に後れたものであり、この訴因変更請求は、許容されるべきでなかった。

(3) 平成30年7月30日の訴因変更請求は、問題が更に重大

訴因変更請求に関する許可基準は定められるべきであるし、判例の集積で厳然として存在していると考える。本件の場合、本当に権利濫用とまでは言い切れないのか。実際には、本件で訴因変更を許容したら、一体どんな場合に不許可となるのか厳しく問われるのである。

訴因変更を許してはならない基準については、白取祐司教授が示す基準（白取意見書6頁以下）を挙げておきたい。

本件訴因変更請求は、同教授が指摘する（a）証拠調べの結果からある時点において当該訴因変更を当然なしえた場合、（b）既に攻防の対象からはずれた争点を蒸し返すような場合、（c）初めからやり直しに等しい新たな争点が創出され、被告人（山口さんと弁護人ら）のこれまでの立証努力が徒労に終わる場合のいずれにも該たるものと言える。

公訴事実の同一性の範囲内で何時でも特別に重大な「権利濫用」がない限り訴因変更を認めることになれば、それは、訴因制度をとっている現行刑事訴訟法の法体系と整合しないことになる。「権利濫用」論は、現行法体系における訴因制度と二重三重の応訴負担禁止の観点（白取意見書12頁）によって規律されなければならない。基準もなしに、安易に「権利濫用」にあたらないとして訴因変更請求を許容することは、際限なく許容の範囲を広げることになり、許されるものではない。平成30年9月11日の訴因変更許可決定には前記のような重大な問題があり、訴因変更は認められてはならなかった。

第6 檢察の論告は、過失の構成要件事実を情状にすり替えている

検察官は、論告において「情状関係」として、次のように主張した。

「ただ、本件は、Cチームのおやつの時間に入手が足りず、山口さんはおやつの配膳、Oさんの食事の介助の手伝いを申し出た中で起こったものであり、問題のあるCチーム17名に対する配膳と、Oさんの食事の介助をする中で、Kさんに対する動静注視を行うことが必要となったことは、看護師・准看護師の人員不足等の施設側の体制の問題にも遠因があると思われ、山口さんに非難が課されるものとはいえない。」

また、1週間ぶりの介護業務に就くこととなった山口さんにとって、食札などがなく、おやつの形態の区別が一目でわかるようになっていなかったことや、Kさんのおやつの変更が山口さんに明示的に引き継がれていなかったことも、山口さんの酌むべき事情として考慮されるべきである。」

しかし検察官が情状として述べている事実は、注意義務（過失）存否のキーポイントとなる事実である。検察官は、過失判断の根幹となる前提事実を情状論の中におとしめてしまった。少なくとも次の問題を指摘できる。

- ① 過失を問うことができるかどうかは、注意義務（過失）認定の前提事実に依存する。前提事実の判断なしに過失ありとして訴追し、訴追したことを前提にして、本来過失訴追の是非の前提となる前提事実を情状に降格させた。
- ② しかも前提事実の重要な要素である人員不足、介護専門職以外の「手伝いの申し出」なしには成立しない介護現場の実情が見落とされている。
- ③ さらには、介護についての体制の問題を切り捨てるばかりでなく、情状にすり替えるという対処は、介護を担う者、介護を受ける者、世間の常識と大きくかけ離れている。

第7 裁判所に求められるもの

1 本件で裁判所に問われているものは何か

(1) 第1は、本件の事実関係を証拠に基づいて明らかにし、山口さんの過失が到底問われる状況にないことを明らかにすることである。介護を受ける人が置かれている状況、そして介護を担当する職員がおかっている状況を明らかにすることでそのことは自明となる。

本件では、死亡原因の誤認がありそれが杜撰な捜査・起訴の基礎になっている。

しかし、それだけでなく注視義務の履行について本件の実状を併せて明らかにすることが実体的真実の究明として必須な重要事項である。

(2) 第2には、事実関係を明らかにする中で、事故の原因を置かれている条件のもとで明らかにし、刑事裁判で過失を問うにふさわしい状況であるか否かを明らかにすることである。そして、異変が起きたとき現場の担当者に責任を押しつけることの是非を問い合わせ、介護を受ける者、委ねる家族が、そして介護を担う職員が、安心でき納得でき、そして業務に熱意をもって尽力できるあり方を問う

ことである。

法律事務を担う者は、ひとつひとつの判断が社会制度のあり方を左右し、人権、本件では人間の生存と福祉のあり方に重大な影響を与えることを肝に銘じて責任を自覚し、刑事司法のあり方・役割をわきまえ、木を見て森を見ない対応にとどまるのではなく、広い見識をもって誠意をもって謙虚に取り組まなければならない。

本件では、死亡原因に根本的な誤認があり、このことだけで無罪となるほかない。しかし、それにとどまらず、検察官が追及する注視義務やおやつ形態確認義務のあり方が如何に実状を無視したものであるかを明らかにし、本件の異変が山口さんの注意義務の範囲を超えることについてもきっぱりとした判断をされるよう強く求めるものである。

2 全国で普遍的な介護現場の実情を直視することの重要性

(1) 論告に示される検察の態度

前記の通り、検察の論告中情状部分に次のような主張がある。

「看護師・准看護師の人員不足等の施設側の体制の問題にも遠因がある」（論告42頁）

この検察の物言いは、厳しい法制度と予算の制約の中で、高齢者の尊厳ある介護のために力を尽くしている全国の介護関係者の怒りを買っている。

社会的制度、介護保険法の施行状況について検察官は、弁護人の立証請求に反対した。実際は、伊藤周平教授作成の意見書を読んでいて介護現場の物的・人的な条件が行政に起因している普遍的な事実であり、施設開設者に責任など到底問えないことを百も承知でありながら臆面もなく上記の主張をすることは、公益の代表者の立場を投げ捨て、行政のいたらなさを糊塗する代弁者を演じることになる。人的・物的な悪条件の事実と国内における普遍性についての立証活動に反対しながら、自らは証拠に基づかないで、施設に責任を押しつけるがごとき弁論を展開するのは、信義にもとること甚だしい。

(2) 介護保険の法制度と実情

介護保険の法制度と実情についての検討が過失判断のうえで不可欠である。

介護保険の法制度だけでも、これを検討すれば一目瞭然で問題が明らかになる。そもそも介護保険は、現物給付でなく現金給付である、そしてその給付は限られている。このため、制度的必然として必要な介護が行き渡らない。多人数の利用者を少ない人数で担当し、しづ寄せは職員に

集中する。伊藤教授の見解を次に挙げる。弁護人もまったく同意見であり、弁護人の意見として記載する。

「通常の市場原理にもとづくサービス事業の場合、需要に対して供給量が不足し、労働力不足が顕著になると賃金の上昇がみられるが、介護労働の場合は、介護報酬単価が公定されているため、労働力不足が生じても賃金の上昇という現象が生じない。賃金の引上げのためには、介護報酬の引上げが必要となるが、それは市場原理ではなく、国の財政事情など政策的判断に基づいて行われる。また、介護報酬を引き上げたところで、前述のように使途制限がないため、それが確実に介護職員の賃金上昇につながる保障はない。」
(むしろ低賃金に抑えられることになる。)

これが、介護保険法から導き出される事実であり、介護状況についての周知であり顕著であると評価できる事実と考える。

当然のことながら、特養あずみの里は厚労省の条件を満たしている（川嶋証言）。介護職員及び看護職員の総数は22名を満たせば充足であるところ、介護報酬に限りがあるための限界というべき29名を配置した。それでも人的物的な悪条件を免れないのが我が国の介護の実情である。そのなかで、介護職員は必死の努力で介護を支えているのが実態である。このことは本件判断の基礎である。

山口さんが、おやつの手伝いに入ったのは偶然ではなく、日常の必然であった。検察官が、仮にも「すべてを把握していなかつたら手伝いに入るべきではない。」などと考えているとしたら、言語道断も甚だしい。そんなことをいっていられない介護を求める利用者の待ったなしの実情があり、それを担う職員の労働条件を始め人的物的条件の貧困という実情がある。

法的判断は、これを離れてはあり得ない。

(3) 介護の現実と処罰の非現実性

特養あずみの里における介護現場の実状は、全国共通の普遍的状況である。過失認定において、全国共通の介護の実情に立脚した評価と判断がなされなければならない。しからざれば、過失認定は、現実的 possibility を離れ机上の空論となる。

そもそも特養あずみの里は、診察、症状の評価、治療指針、投薬といった治療を目的とする病院とは異なる。食事内容は、病院のように診察、症状の評価、治療指針にしたがって決定するものでもなく、嚥下障害を持つ食事全介助のような一定の危険を有する利用者の場合は別として、実際に

決定もしていない。

また、過失の認定は厚労省の施設基準、人員の基準を無視しては成り立たない。伊藤教授の見解を弁護人の意見とする。

「そもそも、『1対1』の食事介助体制をとっていない現在の介護保険の職員配置基準のもとで、特別養護老人ホームの食事介助において、誤嚥・窒息のおそれがない入所者に対してまで、食事中の動静を注視しなければならない介護職員の業務上の注視義務（注意義務）など成立する余地はない。」

加えて、実情を離れた実行不可能を求めるかのごとき過失認定がなされるならば、介護の萎縮が進行すること必至である。生活力を引き出す介護は崩壊し、食事の楽しみは奪われて流動食が安易に導入され、歩行移動は制限されて安易な身体拘束で見せかけの「安全」が幅を利かす。そして、真に介護を必要とする「手間のかかる利用者」は敬遠されてしまうことが危惧される。全国の介護施設と利用者に重大な悪影響をもたらすこととなることを忘れてはならないことを敢えて付言する。下記、伊藤教授の見解を弁護人意見とする。

「本件で、山口さんが有罪とされ、刑事責任を問われることになれば、介護現場に及ぼす影響は甚大である。とくに、前述のように、危機的状況にある介護保険のもとでの影響は、ある意味、制度存続にとって壊滅的かつ致命的といってよい。通常の介護業務を行って注意義務を果たしているにもかかわらず、刑事責任を問われるのであれば、介護職員はますます萎縮し、介護の仕事に就く人が激減することは容易に想像できるからである。そもそも、生活力を引き出すという介護労働そのものが『萎縮介護』の蔓延によって、介護現場では不可能になってしまうだろう。特別養護老人ホームは生活の場ではなく、管理の場と化し、事故を防ぐという名目での不必要的身体拘束、さらには介護職員による施設入所者等の虐待（不必要的身体拘束自体がすでに虐待といえるが）の多発にもつながりかねない。」

誤った刑罰権の行使は、その目的とされる特別予防や一般予防の役割を果たさないばかりか、社会に不可欠の制度を破壊する結果を招くことにもなるのである。

伊藤教授のこの論述は、本件で、川嶋みどり証人が自らの体験と長年の経験の上に立って証言したものとその内容を同じくするものである。

第8 おわりに

本件は、事実を直視するならば、捜査・起訴されるべき事案でなかつたものである。その防御のために山口さんは大きな犠牲を強いられてきた。

起訴されてからの4年間、山口さんの生活の多くは、裁判対応で塗りつぶされてきた。判決によって、検察官の言い分が認められることは、山口さんの人生が奪われることに等しい。看護師としての生き様と誇りを失わせ、打ちのめすに十分である。罰金で済めばいいとは絶対になるものではない。

しかし、それにとどまらないことを銘記されたい。前記の通り、本件のような事案で刑事訴追がなされれば、介護現場は萎縮し、日本の公的介護制度は危うくなり、人間らしい介護を求める高齢者の利益に反することとなる。

権力を行使する者の誤りは国民に甚大な被害をもたらすことになることは、歴史の教訓であり、現在も肝に銘すべきことである。

本件が、我が国の介護と福祉の将来を左右する歴史的事件であることを重ねて強調する。この事例には、介護の未来がかかっている。裁判所は、判決でそれに応える義務がある。

山口さんは無罪である。

弁護人は、注視義務違反も、おやつ形態確認義務違反も、死亡についての因果関係も認められないとのきっぱりとした判断を裁判所に重ねて求め、最終弁論とする。

以上