

主治医の医療過誤と医師法二一条の届出義務

——都立広尾病院事件の検討を中心にして——

田 中 圭 二

- 一 序 論
- 二 都立広尾病院事件
- 三 死亡診断書か、死体検案書か
- 四 医師法二一条でいう「異状」とは
- 五 医師法二一条の届出義務と黙秘権

一 序 論

一 著しい皮下出血斑や頭蓋骨々折あるいは刺切創や頸部の索溝などの「異状」が、外表から認められる死体（以下、このように、なんらかの「異状」のある死体のことを「異状死体」、かかる「異状」をともなう死亡のことを「異

「**状死**」⁽¹⁾と呼ぶ)は、殺人や傷害致死などの犯罪によって死亡した被害者の死体であることもある⁽²⁾。かような「**異状**」は、医師が**死体検案書**(後出)を作成するために当の死体を「**検案**」(医師が死因などを解明するために、死体の主に外表を検査すること。後出)するさいに、発見されることがある。そこで、医師法二二条は「医師は、死体…を検案して異状があると認めるときは、二十四時間以内に所轄警察署に届け出なければならぬ」と規定し、これに違反した医師は、同法三三二条の二により五〇万円以下の罰金に処せられることになっている(なお、本稿⁽³⁾でとりあげる都立広尾病院事件(以下、**本件と呼ぶ**)当時は、旧三三二条により一万元以上二万円以下の罰金であった)。こういった「**医師の異状死体の届出義務違反の罪**」(以下、**本罪と呼ぶ**)の規定は、古くからあり(たとえば明治三九年の醫師法施行規則九条は、「醫師屍體ヲ：検案シ異状アリト認ムルトキハ二十四時間以内ニ所轄警察官署ニ届出ヘシ」と規定していた)、右からわかるように、もともとは、犯罪の発見・捜査といった司法警察活動への協力義務を医師に課すといった趣旨の規定であった⁽⁴⁾(もちろん、犯罪という以上、業務上過失致死罪といった過失犯も、これに含まれると考えるべきであろう。後出)。

二 本件は、看護師が点滴器具に注入する薬液を取り違え、別の看護師がこれを確認せずに点滴器具に注入したために患者が死亡したという医療事故ないし医療過誤の事案で、本件被告人である都立広尾病院の院長(当時)が「**検案**」をした**主治医**と共謀して(共謀共同正犯)、所轄警察署への「**異状死体**」の届出を怠ったとして被告人に本罪の成立を認めたものである⁽⁶⁾(**最判平一六・四・一三判タ一一五三・九五、判時一八六一・一四〇**)。

本件で問題となっている医療事故が起きた平成一一年の少し前位から、医療事故を起こした医師をはじめとする医療従事者の法的責任や病院の体質(「**医療事故隠し**」など)あるいは医療現場で飛び交う不明朗な金銭問題(たとえば医療費以外に、医師が患者から平気で受け取る高額な現金謝礼や医師が公務員である場合の収賄問題)などに対す

るマスコミの報道は、次第に厳しさを増し、それとともに、国民一般も、厳しい目で、これらを見るようになった。⁽⁷⁾ 医師法二一条・三三条の二の適用例は、本件以前には、ほとんどなく、⁽⁸⁾ しかも、殺人や傷害致死の疑いのある「異状死体」の届出義務違反ならまだしも、当時としては普通は考えられなかった医療過誤による「異状死体」についての届出義務違反として、本件に本罪の成立を認めた背景には、医療の密室性による「医療事故隠し」を許さず、事故を起こした医療従事者の法的責任を明らかにすべきだといった上記厳しさがあったのではなからうか。⁽¹⁰⁾

三 以前から臨床医達のあいだで、なんらかの犯罪による死亡以外に、自殺や不慮の事故死などを含め、一般的に届け出るべき「異状死」ないし「異状死体」⁽¹¹⁾とは、どのような死亡ないし死体であるかにつき、かなりの混乱があったので、日本法医学会は、平成六年五月に、「『異状死』ガイドライン」を公表した。ここでは、犯罪による死亡や自殺あるいは交通事故死など、届け出るべき「異状死」が詳細に分類されており、その【4】では、診療行為に関連した患者の死亡について、どのような場合が医師法二一条によって届け出るべき「異状死」であるかが明記されているので、その部分を引用しておく。⁽¹²⁾

【4】 診療行為に関連した予期しない死亡、およびその疑いがあるもの

注射・麻酔・手術・検査・分娩などあらゆる診療行為中、または医療行為の比較的直後における予期しない死亡。

診療行為自体が関与している可能性のある死亡。

診療行為中または比較的直後の急死で、死因が不明の場合。

診療行為の過誤や過失の有無を問わない。

このガイドラインは、公表後の数年間は、あまり論議されなかったが、本件の起訴が「きっかけ」となったのであろうか、平成一二年頃から、上記【4】の部分が臨床医学系の学会から批判の対象とされはじめ、それらをめぐって、主として医学者達のあいだで白熱した論議が展開され、今日に至っている⁽¹³⁾。そこでの論議は、ガイドラインがいう上記【4】の「異状死」の概念が、臨床医学の面からみて妥当かどうか、さらに、これに関連するが、かかる「異状死」を所轄警察署に届け出なければならぬのであれば、萎縮医療を招くのではないかなどといった点を中心にするものであった（後出）。今回、本件の最高裁判決が出たのを契機として、今後、医師法二一条をめぐる諸問題について、医学者や医事法学者達のあいだで、新しい論議が展開されるかもしれないので、その時のために、本稿では、**自己の過誤により患者を死亡させ、その死体を「検案」した当の医師（主治医）の届出義務の問題**⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾に焦点をあわせながら、本件の原々判決（東京地判平一三・八・三〇判時一七七一・一五六）・原判決（東京高判平一五・五・一九判タ一一五三・九九）・上記最高裁判決⁽¹⁶⁾を検討し、これらに関連する問題にもふれたい。ただ、本罪の一般論についても述べなければならないところがあるので、上記「当の医師」の届出問題の検討が不充分になった点があるが、御容赦願いたい。

二 都立広尾病院事件

本章では、都立広尾病院事件の概要も含めて、原々審裁判所、原審裁判所および最高裁判所の判決内容を、要約しておこう。

一 本件原々審・東京地裁は、大約、以下のように判示した。医師A（本件患者の主治医）は、平成一二年二月一

○日に患者B（五八歳・女性）の慢性関節リウマチの手術をし、経過は順調であった。翌一日の午前八時三〇分頃、抗生物質の点滴後の留置針周辺での血液の凝固を防止するためのヘパリンナトリウム生理食塩水を注射器に注入するさいに、看護師Cが誤って消毒液・ヒビテングルコネートを注入し、別の看護師が注射器内のその薬液を確認せずに点滴器具に注入し、ヘパロックしたところ（血液凝固を防止するための上記処置は、Aの指示による）、右消毒液がBの静脈内に入りBの容態が急変した。蘇生治療に加わったAは、別の医師からCが薬液を取り違えたかもしれないと言っていることを聞き、さらに、Bの右腕に色素沈着の異常があるのに気付いた。Bの容態は回復せず、同日午前一〇時四四分に死亡が確認された。同時刻頃に、AはBの死体を検案し、死亡診断書を作成した。この検案のさいに、Aは、Bの術後の経過も良好で他に特段の異常所見もないので、薬液の取違えが急変の原因ではないかと思うとともに、上記色素沈着に気付いていたことなどからすると、検案時に、Aには医師法二一条でいう異状の認識があったと認定できる。翌一二日の朝方から対策会議が開かれ、当時の病院長であった本件被告人やAも出席した。ここでは、事故の疑いもあるため所轄警察署に届け出ること、いったん決まり、被告人も、これに同意した。病院側が、このことを監督官庁である東京都衛生局病院事業部に電話で伝えたところ、同部の係官は、すぐに職員を病院へ行かせると述べたので、被告人その他の会議出席者は、その職員が病院に来るまで上記届出を保留することにした。職員が病院に着いた時は、すでに前記検案時から二四時間が経過しており、かようにして、被告人は、Aらと共謀して本罪を犯したものと認定できる（なお、病院側は、同月二二日に所轄警察署に異状の届出をした）。弁護人は、診療中の患者の医療過誤による死亡に医師法二一条を適用することは許されない、つまり、診療中の患者の死亡の場合には検案したことはないと主張するが、本条は捜査官をして犯罪の捜査、発見、証拠保全などを容易にさせるためのものであるから、診療中の患者であっても、診療中の傷病以外の原因で死亡した疑いのある異状が認められる時

は、検案した医師は届け出なければならない。被告人に対する宣告刑は、懲役一年執行猶予三年、罰金二万円⁽¹⁸⁾。以上に対し、被告人は控訴した。なお、病理解剖などにより、Bの死因は、消毒薬・ヒビテングルコネート液の誤投与にもとづく急性肺塞栓症による右心室不全とされた。

二 (1) 原審では、医師法二一条でいう**検案**の解釈が争点の一つとなり、東京高裁は、大約、以下のように判示した。検案を死体検案書を交付すべき場合の検査だけをいうと解釈すると、診療中の患者の死亡であったため医師が死亡診断書を交付すべき場合と判断したという形式的理由により、たとえ、その医師が異状と認めていても届出義務は生じないことになり、これは相当ではない。……實際上、いずれを交付すべきかが客観的に明らかでないこともある上に、医学上も、検案を診療中以外に限定していない。したがって、診療中の患者の死亡であったため死亡診断書を交付すべきと医師が判断した場合でも、死亡診断のために検案をすることはあるとすべきで、ここから、同条の検案とは、診療中か否かを問わず、医師が死因判定のためにする外表検査をいうと解釈すべきである。

(2) つぎに、**原々審**では、AはBの死亡時刻頃に検案して異状を認めたと認定されたが、**原審**・東京高裁は、これを事実誤認とし、各証拠からすると、Aは、二月一日午前一〇時四四分頃に検案し、次いで、翌一二日午後一時頃の病理解剖に立ち会った時に、さらに検案して死体の右腕の色素沈着という異状に気付いたと認定すべきであるとした。かように認定した上で、東京高裁は、被告人は、その後、都庁職員の意見を聞いて届出をしないこととし、他の医師達による警察への連絡の提案や異状とする報告にもかかわらず、届出をしないとの判断をかえず、Aと共謀して本罪を犯したことになる旨、判示した⁽¹⁹⁾。

(3) さらに、被告人側は、①診療中の患者の死亡の場合は検案ではなく、本件に医師法二一条を適用することは罪刑法定主義に反し(憲法三一条違反)、かつ、②不利益供述の拒否特権を規定した憲法三八条一項に違反すると主張

した。①について、東京高裁は、上記(1)の解釈からすると憲法三一条違反ではないとし、②については、医師法二一条が要求しているのは、異状死体等があったことのみのものであり、それ以上の報告を求めるものではないから、憲法三八条一項違反にはならないと判示した。

(4) かようにして、東京高裁は、前記事実誤認により原々判決を破棄・自判し、被告人に懲役一年執行猶予三年、罰金二万円を言渡した。以上に対して、被告人は上告した。

三 本件最高裁は上告を棄却し、原審での検案の解釈は憲法三一条違反とする上告趣意について、原判決の解釈(筆者注、本章二の(1)を参照)は正当と職権で判断した。つぎに、医師法二一条の適用が憲法三八条一項に違反しているとする上告趣意について、最高裁は、大約、以下のように判示した。二一条の届出義務は、警察官が捜査の端緒を得ることを容易にするほか、場合によっては、警察官が緊急に被害の拡大防止措置をとるなどして、社会防衛を図ることを可能にするといった役割をも担った行政手続上の義務であり、しかも、異状死体の場合、人の死亡を伴う重い犯罪の可能性があるから、かかる届出義務の公益上の必要性は高いといべきである。他方、この義務は、検案した医師が死因等に異状がある時に、それを届け出るだけで、届出人と死体のかかわり等といった犯罪を構成する事項の供述までも強制するものでない。さらに、医師免許は人の生命を左右する診療行為をする資格を医師に付与するとともに、それに伴う社会的責務を医師に課すものである。これらからすると、たとえ、その届出により当該医師の犯罪が捜査機関に発覚する端緒を与えることにもなりうるなどの点で、一定の不利益を負う可能性があっても、それは、医師免許にもとづく合理的な根拠のある負担として許容されるものである。このようにみると、当該医師が業務上過失致死等の罪責を問われるおそれがある場合にも、この届出義務を負うとすることは、憲法三八条一項に違反するものではない。以上のように解すべきことは、以前の当裁判所の大法廷判決の趣旨に徴して明らかである(筆者注、詳細

は本稿の第五章で述べるが、本件最高裁は、交通事故を起こした運転者等の警察への報告を義務づけた規定が憲法三八条一項に違反するものではないとした判例〔最判昭三七・五・二刑集一六・五・四九五〕、その他、類似の最高裁判例三件をあげている。

本件最高裁は、以上のように判示し、かようにして、被告人の有罪が確定した。

三 死亡診断書か、死体検案書か

人が死亡した場合、**死亡診断書**か**死体検案書**がなければ、死亡届は受理されず、死者を埋葬したり火葬したりすることができない（戸籍法八六条二項、墓地、埋葬等に関する法律五条および本稿の注（22）を参照）。いずれの文書も、医師が作成し（医師法一七条および一九条二項を参照）、その死亡を医学的に証明し、死因や死亡状況などを記載するもので、様式も、ほぼ同じである（医師法施行規則二〇条を参照）。問題は、当の死亡ないし死体について、いずれの文書を作成しなければならないかである。本章では、両文書を区別する実質的な理由は何かを検討することにより、どのような死体の場合に死亡診断書を作成し、いかなる死体の場合に死体検案書を作成するかを明らかにし、本件各判決のこれに関する諸点ならびに関連する問題を考えてゆきたい。

一 医師法一九条二項および二〇条本文を素直に解釈すると、**死亡診断書**を作成すべき時は「**診察**」をし、**死体検案書**を作成すべき時は「**検案**」をすることになっている（詳細は後述するが、ここでいう「**診察**」とか「**検案**」というのは、死因解明などのために、医師がする諸々の検査のことである⁽²⁰⁾）が、これだけでは、当の死体の場合に、いずれの文書を作成すべきかは、判然としない。そこで、**行政解釈**（昭和二四年四月一四日・医発三八五号の各都道府県

知事宛の厚生省医療局長通知）が、ある程度、これを明らかにしている。それによると、①診療中の患者以外の者が死亡した場合、または、②診療中の患者が他の別個の原因（たとえば交通事故）により死亡した場合が死体検案書だとされている。ところで、医師法二〇条本文は、「診察」や「検案」をせずに医師がこれらの文書を交付することを禁止しているが、同条但書は、診療中の患者が受診後二四時間以内に死亡した場合の死亡診断書は、この限りではないとしている（なお、本稿の注(24)を参照）。二四時間を超えた場合は、上記行政解釈が、③原則として死亡後改めて診察をしなければならぬとしている⁽²¹⁾。しかし、この行政解釈①②③からしても、いずれの文書を作成すべきかが判然としないことがある。たとえば、上記行政解釈①は「診療中の患者以外」というが、三ヶ月位前に診察したことのある患者の死亡は「診療中以外」なのだろうか、つまり、死体検案書を作成すべき場合なのだろうか、それとも、行政解釈③でいうように、改めて死後に「診察」をすれば、死亡診断書でよいのだろうか。このように判然としないため、医療の現場では、当の死体について、いずれの文書を作成するかで、かなり混乱しており、かかる混乱は、臨床医達のあいだで、周知の事実となっている。

二 いずれの文書を作成すべきかの区別を明確にするためには、まず、「両文書を区別する実質的な理由は何か」を明らかにしなければならぬだろう（筆者が知る限り、今まで、この理由を明らかにした論者はいないようである）。そこで以下では、その理由を考えてみよう。死亡後、なんらかの法的紛争が生じ、当の死者の死因や死亡状況などに問題があったか否かの証明が必要となった場合、かかる紛争の関係者（訴訟当事者など）は、当然、死亡診断書や死体検案書にかかる証明のための資料にしようと考えらるだろう。その時に、これらの文書が、上記証明にまったく役に立たないというのでは、意味がない。役立たせるためには、両文書を以下のような資料と把握すべきではないだろうか。すなわち、死亡診断書は、当時の診療録などの記録とともに、病状や死因あるいは死亡状況もしくは死亡に至る

までの経過などに問題がなかったことを、いちおう示す資料であり、死体検案書は、病状や死因あるいは死亡状況もしくは死亡に至るまでの経過に、なんらかの問題が内在していたかもしれないことを、いちおう示す資料⁽²²⁾というように考えるべきであろう。両文書を区別する理由は、他にもあるかもしれないが、以上からすると、死因や死亡状況あるいは死亡に至るまでの経過などに、問題がなかったか否かを示すために区別するというのが、その理由ということになる。以前には、どちらの文書でもよいとして、この区別を無視したり、軽視したりする見解があったようであるが、⁽²³⁾上述からわかるように、**いずれの文書を作成するかの区別は重要といえよう**（以下では、かかる区別を「両文書の区別」と呼ぶことにする）。

三 右のような理由からすると、「両文書の区別」は、以下のようになるだろう。すなわち、**医師が患者の発症から死亡までの病状と疾患に見合った診療の経過を、ほぼ全体的に把握しており、これらの経過と矛盾しない死因で死亡し、不自然な点が認められない場合が死亡診断書で、ほとんど把握していないとか不十分である場合、あるいは、死因がこれらの経過と矛盾する場合とか、発症時または死亡までの間に外因が関与しているような場合が死体検案書とすべきである。**以上が、「両文書の区別」を重要とする立場からの区別である。**医師がかような面から死亡診断書を作成すべきと判断した時は、前記のように医師法一九条二項および二〇条本文の規定にしたがい「診察」をし、死体検案書と判断した時は「検案」をすることになるのである**⁽²⁴⁾（「診察」と「検案」との区別などについては、後述する）。なお、医師法二二条からすると、「検案」した結果、当の医師が「異状」でないと判断した時は（同条の表現からすると、そこでは、死体検案書を作成すべき死体でも「異状」でない死体もあることが、前提とされていることになる）、死体検案書を作成するだけで、警察への届出義務は生じない⁽²⁵⁾（後出）。

四 本件原判決は、当の死体については、いずれの文書を作成すべきかが、實際上、判然としないことがあるのを

考慮した上で、医学的にも、「検案」を「診療中以外」に限定していないことから、「検案」を「診療中」であったか否かを問わず死体の外表を検査することと解釈し（つまり、「検案」の概念を広く解釈し）、「診療中」であったために死亡診断書を交付すべきと医師が判断した時でも、「異状」があれば届け出るべきとしている（本件原々判決は、原判決のような「検案」概念の解釈はしていないけれども、「診療中」でも他の原因で死亡した疑いのある「異状」があれば、届け出るべきとしている）。本節では、原判決のこういった立場を検討してみよう（本件最高裁も、かかる立場を正当としているため、以下の諸点は、本件最高裁判決にもあてはまる）。

(1) 「診療中」の患者の死亡の場合は死亡診断書で、今まで診療行為をしたことのない人の死亡とか、かなり以前にしか診療行為をしたことのない人の死亡の場合が死体検案書とするのが、わが国の伝統的な立場のようである。この立場からすると、初診の患者に対し瞬時でも診療行為をしておれば「診療中」で死亡診断書となり、医師法一九条二項および二〇条本文からすると、その死後の検査は「診察」ということになり（本章一の冒頭部分を参照）、「検案」（「検案」を上記のように広く解釈している原判決とは異なり、「検案」を死体検案書作成のためだけの検査と狭く解釈した場合であるが）ではないから、「異状」があっても届出義務は生じないことになる。なぜならば、二一条によると、届け出なければならぬのは「…検案して異状があると認めるとき…」であるから、「検案」をしていなければ、届出義務は生じないことになるからである。⁽²⁹⁾したがって、主治医の医療過誤で患者が死亡しても、「診療中」であるから、主治医には届出義務は生じないことになる（本件弁護人は、一貫して、この伝統的な立場をとっているように、⁽³⁰⁾「検案」していない者を処罰するのは、罪刑法定主義違反だとしている。前章二の(3)を参照）。判然としないところもあるが、原判決も、医師が死亡した者が「診療中」の患者であったことから、死亡診断書を交付すべき場合であると判断した場合…と述べていることからすると、上記伝統的立場を容認しているように思われるが、この立場

を貫くと、「診療中」の場合は、右のように届出義務が生じないから、これを生じさせるために、原判決は「検案」の概念を上記のように広く解釈したとみることもできよう。

(2) だが、以下のように、この伝統的な立場それだけに問題がある。「両文書の区別」を重要とする本章三で述べた筆者の立場を前提として考えてみよう。筆者の立場からは、発症から死亡までの全過程を把握していなければ、「診療中」でも死体検案書を作成すべき場合で、「検案」をすることになる（本章三で述べたように、筆者の立場では、この場合は「診察」ではないことに注意されたい）。上記瞬時の診療の場合は、たしかに「診療中」ではあるが、全過程を把握しているとはいえないだろうから、死体検案書を作成すべき場合であろう⁽³¹⁾（したがって、「検案」である）。つぎに、主治医の医療過誤で死亡した場合は、死因が死亡に至るまでの全経過に矛盾しているとか、なにか不自然な点あるいは外因が関与している場合であろうから、「診療中」でも死体検案書を作成すべき場合で、主治医は「検案」をしなければならない。また、原判決がいう「異状」があるような場合は、何か不自然な点がある場合が多いはずであるから、かかる場合も、「診療中」ではあるが、はじめから死体検案書を作成すべき場合なのである。このように「両文書の区別」を重要とする立場からは、「診療中」でも「検案」をして死体検案書を作成しなければならない時があり、この点で、上記伝統的な立場は妥当ではないといえよう。

(3) 原判決と筆者の立場は、「診療中」でも「検案」をする場合があるという点では同じである。だが、原判決は、「診療中」であったため死亡診断書と医師が判断した場合でも「検案」はありうるとしているのに対し、筆者は「検案」をする時は、「診療中」であつても死亡診断書を作成すべき場合ではなく、死体検案書を作成すべき場合だとし、「両文書の区別」を重視し、かつ、「診察」と「検案」とを峻別しなければならないと考えている。

(4) 原判決は、当の死体について、いずれの文書を作成すべきかが、實際上、判然としないことがあるという点を

考慮にいれて、論議を展開している（本節の冒頭部分を参照）。たしかに、判然としないこともあるかもしれないが、かような場合の多くは、本章三の傍線部分の死体検案書を作成すべき場合に該当するであろう。

(5) 本節の(1)(2)(3)と関連するが、「**検案**」とは、医師が死体検案書を作成するさいに、死亡を確認し、医師法施行規則二〇条一項で列挙された諸事項を記載するために、死体の外表を検査したり、場合によっては、死者の着衣や遺留品を調べたり、家族や警察官あるいは救急隊員その他の関係者から事情を聴取したりなどすることである⁽³²⁾。同条同項の諸事項は死亡診断書の場合も同じであるから、「**検案**」も死亡診断書を作成すべき時の「**診察**」も同じといえるかもしれないが、「**検案**」は、医師法二一条からすると、「**異状**」がないか否かの面からも、なされなければならず、この点で「**診察**」と区別される。ただ、たとえば死亡診断書を作成する時でも、なにか気になる点があったので、念のため「**異状**」か否かの面からも検査をしたような場合は、「**診察**」も「**検案**」も実質的には同じことになるか⁽³³⁾（この場合は、「**診察**」である）、「**両文書の区別**」が重要であること（前出）から、概念上、「**診察**」と「**検案**」とは、峻別されるべきと思われる。

(6) 原判決は、「**診療中**」でも「**検案**」をすることがあるとする根拠の一つとして、医学上「**検案**」が「**診療中**以外」に限定されていないという点をあげている（本節の冒頭部分を参照）。だが、問題は、「**検案**」が「**診療中**」または「**診療中以外**」にかかわりなく行なわれるか否かではなく、死亡診断書を作成すべき場合にも「**検案**」することがあるかという点である。原判決は肯定的に解しているが（上記(3)を参照）、これが妥当でないことは、すでに述べたとおりである⁽³⁴⁾。

(7) 本件は、患者の手術後、死亡までのあいだに看護師二名の過誤による消毒液の誤投与という外因が関与しているので、本章三の筆者の立場からすると、死体検案書を作成すべき死体であり、したがって、死後の検査は「**検案**」

ということになる。このことを前提として、本章で述べてきたことから原判決の問題点を要約しておこう。まず第一に、原判決は、「診療中」であったということで死亡診断書を作成すべき死体と医師が判断した場合云々として、前記伝統的立場を容認しているようであるが、本件の場合には、上記のように、死体検案書を作成すべき場合で、この点で、原判決は、「両文書の区別」を誤っているといえよう。第二に、原判決は、死亡診断書を作成すべき場合でも、「検案」はありうるとしているが、死亡診断書を作成すべき場合は「診察」であり、「検案」をするのは、死体検案書を作成すべき場合であるから、原判決は、「診察」と「検案」とを峻別していないといえる。以上、二点で、原判決は妥当ではないと思われる。なお、筆者の立場からすると、本件における死後の検査は「検案」であるから、本件弁護人のような罪刑法定主義違反にはならないといえよう。ところで、原判決の背後には、医師法二一条の中心は「異状死」の届出義務を医師に課すことで、いずれの文書を作成すべきかは、さほど重要ではないとする考えがあるように思われる。そうだとすると、両文書を区別する実益は、ほとんどないことになり、「両文書の区別」を重視する筆者の立場からは支持できない。

(8) たしかに、原判決と筆者の立場は、「診療中」でも「検案」はありうる点で、結論的に同じであるから（本節の(3)を参照）、本章における筆者の立場には目新しい点がないと批判されるかもしれない。しかし、前記（本章二の冒頭部分を参照）のように、筆者の立場は、当の死体について、「死亡診断書」あるいは「死体検案書」のいずれの文書を作成すべきかが判然としていないのを（このように判然としないため、本章一で述べたように、医療の現場では、いずれの文書を作成するかで、かなり混乱しているようである）、**明確化**しようとするものであるのに対し、原判決の立場では、かかる明確化には直結しないように思われる。かようにみると、筆者の立場も、あながち無意味ではないということになる。

四 医師法二一条でいう「異状」とは

医師法二一条のような規定は、もともとは犯罪の発見・捜査といった司法警察活動への協力義務を医師に課すといった趣旨の規定であった（前出）。この趣旨からすると「異状死体」は犯罪による死体とか、その疑いのある死体だけに限定されるはずであるが、他方、自殺等を含め、これを広義に解釈する立場もある。たとえば一九九四年に日本法医学会が公表した「『異状死』ガイドライン」（前出）は、「∴社会生活の多様化・複雑化にともない、人権擁護、公衆衛生、衛生行政、社会保障、労災保険、生命保険、その他にかかわる問題が重要とされなければならない現在、異状死の解釈もかなり広義でなければならなくなっている」とした上で、「基本的には、病気になり診察を受けつつ、診断されているその病気で死亡すること」を「ふつうの死」と呼び（これは筆者が死亡診断書を作成すべきとした場合〔前出〕の死亡と、ほぼ同じといってもよいと思われる）、それ以外は、すべて所轄警察署に届け出なければならぬ「異状死」として、これを広義に解し、具体的に「異状死」とされる種々の場合を列挙している。⁽³⁵⁾ それらのなかで医療事故に関する【4】の部分は、すでに本稿の第一章で引用したので（本稿三頁）、それを参照されたい。

一 患者の死亡が、この【4】で列挙されているいずれかに該当すれば、「検案」をした医師（場合によっては、主治医）は、「異状死」として所轄警察署に届け出なければならぬとする上記ガイドラインのこの点に対しては、臨床医学系諸学会からの強い批判を浴びた。⁽³⁶⁾ それらの主要なものを要約しておこう（出典は省略する）。「手術の危険性等の説明が十分になされた上で同意を得て行われた外科手術の結果として、予期された合併症に伴う患者の死亡が発生した場合にも、刑事事件になるとは、到底考えることができず、かような死亡は『異状死』ではない」「医療現

場での予期されない、あるいは、診断が明確でない場合の死亡が、すべて『異状死』となり医療の実態にそぐわない「内科診療の場では、診断が不確定な場合や隠れた疾患が存在する場合があり、それらは『異状死』ではなく『ふつうの死』とすべきである」等々で、警察への届出によって遺族との信頼関係が損なわれるとか、それによる混乱をおそれて医師達の萎縮医療を招き多くの患者が手術を受ける機会を失うなどといった危惧を表明している⁽³⁷⁾。

二 これに対して、日本法医学会は、予期せぬ死亡やその疑いのあるものを「異状死」とするもので、明らかに危険性の予測される手術合併症による死亡とか、診療中のすべての死亡を「異状死」とするのではないから萎縮医療を招くものではないとか、医療者みずからの届出によって国民や患者側の医療への信頼を高めるなどと反論したが、これで問題が解決したわけではない⁽³⁹⁾。かかる紛糾の主たる原因は、第一に、上記ガイドラインの「異状死体」の概念が広すぎる点、第二に、上記第一点と関連するが、医師法二一条は「…検案して異状があると認めるとき…」と規定し、この表現からすると「検案」して「異状」がない時もあるはずなのに、ガイドラインは、「ふつうの死」以外は、すべて「異状死」とし、この「異状でない死」を考慮していない点に求められると思われる（二一条からすると、届け出なければならぬのは「異状死」であって、「異状でない死」は届け出なくてもよいはずである）。次節では、これらの点を考えてみよう。

三 筆者は、以前に、医師法は「異状死体」の概念を明確にしておらず、判例や省令（厚生労働省令である医師法施行規則）あるいは前記行政解釈①②③（前章一を参照）などによっても不明確であるから、このままでは罪刑法定主義の「明確性の原則」に反するので、犯罪の発見・捜査といった本条本来の趣旨（前出）にもどり、本条の「異状死体」を、なんらかの犯罪による死亡であることが明白な死体とか、その疑いが強い死体に限定した上で（つまり、「異状死体」を狭義に解釈した上で）、二一条違反として処罰すべきだと述べたことがある⁽⁴⁰⁾。これからすると、医療

の場合における患者の死亡事故の場合（この場合は、死体検案書を作成すべき場合であろう）、「検案」した主治医が、その患者の死亡は明らかに自己の過失によるもので、犯罪（つまり業務上過失致死罪）が成立すると判断した場合とか、その疑いが強い（つまり、犯罪成立の可能性が高い）と判断した場合にのみ、主治医の届出義務が問題となることになる（もちろん、主治医以外の医師が「検案」した場合でも、主治医にかかる犯罪が成立し、あるいは、その疑いが強い場合にのみ、「検案」医師に届出義務が生ずるのである）。こうした場合以外、たとえば予期せぬ隠れた疾患が併発して死亡した場合とか死亡の危険性が高い手術による死亡あるいは診断が不明確なまま死亡した場合などの多くは、死体検案書を作成すべき死体であっても、上記犯罪の成立が明白ともいえず、また、その犯罪が成立する可能性が高いともいえないので、「異状でない死体」ということになる。上記のように、かかる死体については、届出義務は生じないはずである。かように考えると、前記臨床医学系諸学会の批判点や危惧は、かなり解消されるのではなからうか。

四 本件死体は、前章四の(7)で述べたように、死体検案書を作成すべき死体で、本件原々審と原審では日時の認定は異なるが、主治医であるA医師は医師法二一条でいう「検案」をしたことになる。その時、Aは、看護師の薬液の取違えを知っていたし、右腕に色素沈着があるのを発見していたから、本件看護師二名にそれぞれ業務上過失致死罪という犯罪が成立する可能性が高いことを認識していたといってもよいであろうから、本章三からすると、本件死体は「異状死体」ということになる。要するに、Aは「検案」をして、「異状死体」であることを認識していたといってもよいであろうから、Aには届出義務が生じると思われる（ただし、次章の問題がある）。このように、本件の場合、「異状死体」として届出義務があるとした点では、これら各判決に問題はないといえよう。

五 医師法二二条の届出義務と黙秘権

主治医じしんの過失により患者を死亡させ、刑法二二一条一項前段の業務上過失致死罪が成立する可能性がある場合、その死体を「検案」した主治医は、医師法二二一条という「異状死」として所轄警察署に届け出なければならぬであろうか。もし、そうであれば、その医師は自己に不利益な供述（ここでは、業務上過失致死罪の刑事責任を問われることになるような供述）を強制されることになり、憲法三八一条一項で保障されている黙秘権（原判決は不利益供述の拒否特権という言葉を使っているが、本稿では、黙秘権と呼ぶことにする）が侵害されることになりはしないだろうか。本件のA医師は、看護師の過誤について監督過失ないし薬液の確認をしなかった点で、業務上過失致死罪の刑事責任を問われる可能性があったから（本稿の注（14）を参照）、かかる憲法問題が考えられなければならない。これは、医師法二二一条の届出義務を考える上での重要問題で、本件原判決および最高裁判決の柱の一つとなっている（本稿第二章二の(3)および同章三でみたように、両判決は、いずれも憲法三八一条一項に違反していないとしている）。したがって、本稿でも、この問題を十分に検討しなければならないのであるが、紙幅の関係上、かかる詳細な検討は、別稿にゆずることとし、ここでは、本件最高裁の判断のなかで重要と思われる点だけを検討し、若干、私見を述べるだけにしたい（原判決も、この問題にふれているが〔本稿第二章二の(3)を参照〕、本件最高裁判決の方が詳しいので、本章では、最高裁判決の方を中心にして論をすすめる）。

一 主治医に医師法二二一条の届出義務を課すことは、憲法三八一条一項に違反するものではないと本件最高裁が判断した根拠のなかで、その中心となっているのは、**本条の届出は「異状」がある旨を届け出るだけで犯罪を構成する事**

項の供述までも強制するものではないという点であろう（本稿第二章三を参照）。これに類することは、本件最高裁が引用している以前の数件の大法廷判決のなかで、すでに表明されており、本件最高裁判決は、これらにしたがったものである（本稿第二章三の筆者注を参照）。それらのうちの一つである最判昭三七・五・二刑集一六・五・四九五⁽⁴¹⁾は、交通事故を起こした自動車の運転手等に警察への「事故の内容」を報告する義務を課している道路交通取締法施行令（旧）六七条二項は、黙秘権を侵害し、憲法三八条一項違反だとする弁護人の上告趣意について、「：同条は道路における危険とこれによる被害の増大とを防止し、交通の安全を図る等のため必要かつ合理的な規定として是認せられねばならない：」とした上で、報告しなければならない「事故の内容」（同条二項）とは、「：その発生した日時、場所、死傷者の数及び負傷の程度並に物の損壊及びその程度等、交通事故の態様に関する事項を」指し、「：刑事責任を問われる虞のある事故の原因その他の事項までも：含」むものではないから、憲法三八条一項違反にはならないとした⁽⁴²⁾。たしかに、この判例のいうとおり、交通事故の上記報告は、道路交通の安全の確保という行政警察活動を円滑にらしめるために課された義務といえるであろうから、自己の刑事責任を問われる事項についてまでの供述義務はないとすることができかねない⁽⁴³⁾。問題は、医師法二一条の届出義務についても、同じように考えることができるかである⁽⁴⁴⁾⁽⁴⁵⁾（つまり、上記報告義務と二一条の届出義務とを同列に論ずることができるかである）。この点を検討してみよう。二一条は、犯罪の発見・捜査という司法警察活動への協力義務を医師に課すといった趣旨の規定であるから、「異状死体」の届出それじたいが、「捜査への協力といえる内容」のものでなければならぬだろう。そうすると、自己の過誤によって患者を死亡させた主治医は、本件原判決や本件最高裁判決がいうような単に「異状」を届け出るだけですむものではなく、「異状」と判断した根拠つまり医療過誤による死亡であることや死因あるいは死亡の状況などといった刑事責任を問われる虞のある事項までも供述しなければならないことになるだろう。なぜならば、

ここまで供述しなければ、「**捜査への協力といえる内容**」のものにはならないからである⁽⁴⁶⁾（つまり、医師法二一条で課されている捜査への協力義務を履行したことにはならないからである）。かようにみると、交通事故を起こした運転者の報告義務と、自己の医療過誤によって患者を死亡させた主治医の届出義務とを同列に論ずることはできず⁽⁴⁷⁾、この点で、本件最高裁の立場は妥当ではないということになる（なお、本稿の注（50）を参照）。このように、主治医は右のような点まで供述しなければならぬので、かかる届出義務を主治医に課することは、黙秘権の侵害になるのではなからうか。

二 本件最高裁は、医師法二一条の届出により警察官が緊急に被害の拡大を防止する措置を講ずるなどして社会防衛を図ることが可能になるといった点をあげ、この届出義務を課すことの公益上の必要性は高いとし、このことも、憲法三八条一項に違反していないとする根拠の一つとしている（本稿第二章三を参照）。しかし、まず**第一に**、たしかに**交通事故の場合**は、警察への事故の報告がなければ、被害が拡大する危険性は充分にあるので（たとえば高速道路での事故）、被害の拡大防止という面から、事故を起こした運転者に警察への報告義務を課すことの公益上の必要性は高いといえるかもしれない。だが、**医療過誤の場合**、たとえば、主治医が治療中に誤って伝染性の強い細菌に入院患者を感染させて死亡させたような場合、届出がなければ、他の多くの入院患者が感染するというように被害が拡大する危険性はあるけれども、かかるケースは例外で、届け出なかったからといって、このように被害が拡大することは、医療過誤のケースでは、あまりないのが普通ではなからうか。かようにみると、本件最高裁は、**例外的な**ケースでの被害の拡大の防止をとりあげて、公益上の必要性が高いとしていることになり、これでは、あまり説得力がないのではなからうか（なお、本稿の注（49）を参照）。**第二に**、交通事故による被害の拡大防止は、まさに**交通**警察の警察官の職務であるから、事故の報告先が警察になっているのは、当然のこととして理解できよう。しかし、

医療過誤による被害の拡大の防止たとえば上記のような感染の拡大の防止のためには、豊富な医学的知識を要するが、警察官の多くは、医学には、まったくの素人であるから、本件最高裁がいう「緊急に被害の拡大防止措置を講ずる」ことができるようには思われない。つまり、この点での警察活動は、ほとんど期待できないといえよう⁽⁴⁸⁾。本件最高裁は、このように、ほとんど期待できないことを「あて」にして、公益上の必要性が高いとしていることになり、やはり説得力はないといえよう⁽⁴⁹⁾。

三 本件最高裁は、医師免許は人の生命を左右する診療行為をする資格を医師に付与するとともに、それに伴う社会的責務を医師に課しているという点を、憲法三八条一項違反でないとする根拠の一つとしている（本稿第二章三を参照）。本件最高裁がいう「社会的責務」の内容は判然としないが、医師免許が付与するのは、医師でしかできない診療行為ないしは医行為を行う資格であるから（医師法一七条を参照）、当の医師は、自己のする診療行為に関する一切の責任を負担しなければならず、したがって、患者の死亡がその診療行為から生じたものであれば、当然のこととして、「異状死」として警察に届け出るべき責務があるということなのであろうか。あるいは、「検案」も一種の医行為であるから、医師免許がある以上、その死亡が自己が行なった診療行為に関係していると否とにかかわらず、当然のこととして届け出るべきだといえるのであろうか。いずれにせよ、かような責務があるから、主治医の黙秘権は侵害されてもよいということなのであろう。しかし、周知のように、黙秘権は刑事司法の長い歴史のなかで培われてきたものであり、現代においては、憲法上の重要な権利で、刑事司法における人権保障の要になっているものである。このような黙秘権が上記社会的責務によって簡単に侵害されてもよいということにはならないだろう。さらに、本件最高裁判決のように医師法二一条の場合に認められた黙秘権の侵害が、やがては種々の犯罪、特に行政刑法の分野での犯罪の場合に波及し、けつきよくは、かような分野で黙秘権の否定ないし形骸化に至ることを、筆者は危惧するのであ

る。このようにみてくると、本件最高裁判決は、黙秘権それじたいを軽視しているといわざるをえないだろう。

四 自己が犯した医療過誤により患者を死亡させた主治医に医師法二一条の届出義務を課すことは、黙秘権を侵害し、憲法三八条一項に違反するのではないかという問題について、本件最高裁は、これに違反しないと判断しているが、本章で述べてきたように、その論拠には、妥当でない点や説得力を欠く点がある上に、黙秘権それじたいを軽視しているといえるので、われわれとしては、この問題にかんする本件最高裁判決を支持することはできないだろう。⁽⁵⁰⁾

五 筆者は、現在のところ、このような主治医に届出義務⁽⁵¹⁾を課すことは、黙秘権を侵害することになるのではないかと考えているが、特にこれとの関連で、ここで検討しておかなければならないのは、主治医が業務上過失致死罪として、後日、刑事責任を問われるような事態になることが、一般的にみて、届出の時点で、「明白な場合」(つまり、かかる事態になることが明らかに予測できる場合)、「不明確な場合」(つまり、かかる事態になるか否かが予測できない場合)および「刑事責任を問われることはないといえる場合」のそれぞれの場合における「主治医の届出義務と黙秘権」の問題である。もし、「明白な場合」であれば、筆者の立場からすると、かような主治医は届け出ることによって黙秘権を侵害されることになるので、届出義務はないということになる。では、「不明確な場合」は、どうであろうか。本件の場合、患者が死亡したことについて業務上過失致死罪として刑事責任を問われたのは看護師二名であつて、主治医・Aは問われていないが、しかし、本稿の注(14)でみたように、同種の事件で医師の監督過失ないし薬液を確認しなかったことについて、業務上過失致死罪の刑事責任を問うた判例もあるので、上記Aも、かような監督過失ないし薬液の確認を怠ったことについて同様の刑事責任を問われる可能性はあつたといえよう。要するに、Aが警察へ届け出なければならぬとされる時点では、刑事責任を問われるか否かは、客観的に明白ではなかつた、つまり、本件は上記「不明確な場合」といえる。届出段階でのかような「不明確さ」は、本件のような医師の監

督過失ないし薬液の確認を怠ったという場合だけでなく、**医療事故一般**にいえることであり、たとえば、薬物シヨツクにより患者が死亡した場合でも、注射をした医師の業務上過失致死罪について、無罪とした判例（たとえば、京都地舞鶴支判昭四九・一一・一三刑月六・一一・八一）と、有罪としたもの（たとえば、名瀬簡略式昭五九・一・六飯田英男Ⅱ山口一誠共著『刑事医療過誤』（二〇〇一年）一六一頁以下）がある。⁽⁵²⁾このように届出の時点で「不明確な場合」、届け出た主治医が、後日、運悪く刑事責任を問われることになる可能性はあり、そのような時は、**黙秘権が侵害されること**になる。そうすると、「不明確な場合」も、やはり届出義務は生じないとみるべきと思われる。⁽⁵³⁾問題は、届出の時点では、「刑事責任を問われることはないといえる場合」である。この場合、**届出の時点では、たしかに、そのようにいうことができて、届出をした後の捜査の進展ないし捜査の方向によっては、後日、刑事責任を問われるような事態になることは、ありえないことではない。⁽⁵⁴⁾かような時も、同じく黙秘権が侵害されることになるので、かかる場合も、やはり主治医の届出義務は生じないとみるべきであろう。以上のようにいえるのであれば、患者の死亡が主治医の医療過誤による場合と否とを問わず（別言するならば、届出の時点で、主治医の過失が明白であろうが、不明確であろうが、また、過失なしといえようが）、主治医の黙秘権を保障するためには、どのような場合でも、主治医には医師法二一条の届出義務はないと考えなければならないことにはなからうか（極端かもしれないが）。もちろん、そこでは、どの程度、あるいは、どれ位の期間、当の患者への診療に従事しておれば、「主治医」といえるかの問題をはじめとし、本稿で検討した諸問題に関連する事項も、新たに検討されなければならない（本稿で論じた問題それじたいについても、検討しなおす必要があるかもしれない）。これらの問題を含め、「医師法二一条の届出義務と黙秘権」の問題については、前述したように、別稿で慎重かつ詳細に検討したいと考えている。**

以上、本稿の第二章から検討してきたように、本件原々審・原審・上告審の各判決(特に原審と上告審判決)には、批判されるべき問題点ないし妥当でない点があり、各判決を支持することはできないけれども、これらは、死体に対する「診察」や「検案」の問題(死亡診断書や死体検案書を作成すべき死体は、どのような死体かの問題を含む)や「医師法」二二条の届出義務と黙秘権⁽⁵⁵⁾の問題に、はじめて正面から答えた判例で、今後、かかる届出違反の罪をめぐる諸問題を検討するわれわれにとって、おおいに参考になるものと思われる。

(1) 本稿でとりあげる医師法二二条では「異状」となっているので、本稿でも「異状」と表現するが、問題は「異常」との違いである。その違いを論ずる見解もあるが(たとえば、大野眞義「異常死体に対する法的措置と脳死判定基準」同編『現代医療と医事法制』(一九九五年)所収一六三頁)、両者にさほどの違いはないと思われる。なお、捜査機関(警察)は、「異状死体」を犯罪との関係という面から、①**非犯罪死体**(その死亡が犯罪によるものでないことがあきらかな死体)、②**変死体**(犯罪によるか否かが不明の死体)、③**犯罪死体**(犯罪によることがあきらかな死体であるが、道路交通事故事件にかかる死体を除く)の三種に分類している(変死体等措置要綱〔昭和五〇年一月二六日例規(庶)第四一〇号〕による)。これら①②③については、拙著『法医学と刑事法』(二〇〇二年)三〇頁以下を参照。

(2) もちろん、犯罪によるものでないこともある。たとえば、縊死(「首吊り自殺」)の場合も素溝はあるし、自損の交通事故でも頭蓋骨々折や皮下出血をとまなうことがある。これらは、いずれも犯罪によるものではない。

(3) 本稿は、もともととは、某雑誌に「論説」として掲載される予定であったが、締切日の直前に、同雑誌の編集部から、この雑誌が休刊になるとの連絡を受け、けつきよく、本稿は、宙に浮いたかたちになってしまった。さいわい、香川法学の編集委員会の御厚意により、本誌に掲載させていただくことになった。ただ、もとの原稿そのままでは、本誌の「論説」の体裁をなしていないので、修正・加筆したが、なにしろ時間がなかったので、不十分なかたちになってしまったことを、編集委員諸氏および読者に、お詫び申し上げたい。

(4) この種の規定の立法の歴史的経過と立法趣旨については、たとえば、土井十二著『醫事法制学の理論と其實際』(一九三四年)一三三―一三三頁、医療問題弁護団(代表・鈴木利廣)「意見書『医療事故と異状死体届出義務について』」(二〇〇二年四月二二日)

第一、総論³⁾ <http://homepage3.nifty.com/medic/watching/iben-ikensho0204.html> を参照。なお、古瀬彰「医療事故と届出義務」日本外科学会雑誌一〇二巻七号（二〇〇一年）五四八頁も参照。

(5) 本件の頃は、「看護婦」と呼ばれていたが、「保健婦助産婦看護婦法の一部を改正する法律」（平成一三年法律一五三号）の施行に伴い、平成一四年三月一日から「看護師」という名称になったので、本稿も、この名称で統一することにした。

(6) 本件の看護師二名は、業務上過失致死罪で起訴され、それぞれ執行猶予付の禁錮刑が確定している（東京地判平一一・一一・二七判時一七七一・一六八）。「検案」した主治医については、略式命令により罰金刑が科された（判例集未登載）。なお、本稿の注(18)を参照。本件の民事第一審判決（損害賠償請求事件）は、東京地判平一六・一・三〇判時一八六一・三。

(7) こういった点については、たとえば、拙稿「医療事故と刑事責任」賠償科学三二号（二〇〇四年）一一頁の注(20)、高田利廣「医療事故の警察への届出義務」MEDICAL DIGEST 五一巻一号（二〇〇二年）七三頁を参照。なお、井上清成⁴⁾松崎道男「異状死体等の届出義務」日本醫事新報四一八二号（二〇〇四年）五七頁は、「…警察・検察の各捜査機関も、国民世論の後押しを受けて、医療事故の刑事事件としての立件に積極的になっている」と述べている。

(8) この種の規定に関する判例も、大判大七・九・二八刑録二四輯一一二七（土砂崩れの下敷きとなり、頭蓋骨々折で死亡した死体を「検案」した医師が届け出なかったという事案）および東京地八王子支判昭四四・三・二七刑月一・三・三一三（死亡するよう原因が見当たらない入院患者が病院から距離的に離れた沢で死亡していたのを届け出なかったという事案）だけのようである。なお、高田利廣「都立日病院長に対する医師法違反、虚偽有印公文書作成被告事件判決」MEDICAL DIGEST 五一巻一号（二〇〇二年）七一頁は、本件当時、本件被告人だけでなく医療従事者一般において、医師法二一条の知識はなかったとしている。

(9) なお、本件についての最近の新聞記事として、読売新聞北陸支社発行二〇〇四年一月一六日（朝刊）第一二版二二頁を参照。

(10) 医療過誤事件の場合、警察では、主として刑事部捜査第一課・特殊犯係の警察官と所轄警察署の刑事課ないし刑事一課あるいは生活安全刑事課ないし刑事生活安全課などと呼ばれている「課」所属の警察官とが協力して捜査を担当するのが普通であるが、医学的専門知識を必要としたりなどして、捜査が難航し長期化することがしばしばある。そうになると、事件それだけが風化してしまい、場合によっては、被害者である患者や遺族あるいはマスコミから、捜査をしなかったとか、捜査が不充分だったのではないかなどと非難されることになろう。そこで、今後は、患者が死亡した医療過誤事件で、医師が「異状死」の届出をしていなかった場合には、警察側は、比較的捜査が容易な医師法二一条違反の罪の方で、とりあえず立件し、当の医療過誤事件を手許にひきつけておいて、上記のような風化を防ごうとする傾向がでてくるのではないかと思われる。なお、井上⁵⁾松崎・前掲注(7) 五七頁は、

本罪の嫌疑を医療過誤事件の捜査の突破口や立件の材料に使う例も目立ってきたといった趣旨のことを述べている。

- (11) 本文で後述するが、「異状死体」を犯罪によるものだけでなく、自殺や自損事故あるいは死因不明の死体なども、これに含まれるとし、「異状死」ないし「異状死体」の概念を広く解釈する傾向が臨床医達の間で強いようである。届け出られた「異状死」は、全死亡の一〇数パーセントを占めており、それらのなかには、病死のほか、自・他殺や事故死を含む全外因死と死因不詳例のほか、関係者の責任を明らかにすべき交通事故死、保育中や入院中の死亡、労災死などが含まれており、死因については、虚血性心疾患が多く、次いで脳クモ膜下出血や脳出血が多く、死亡の状況については、突然死、独居死、路上死、入浴中の死亡が多いとされている。このことについては、吉田謙一「武市尚子Ⅱ河合格爾「医療事故は異状死か？」」日本醫事新報四〇六九号（二〇〇二年）五七頁を参照。なお、拙著・前掲注（一）六五頁以下を参照。

- (12) 日本法医学雑誌四八巻五号（一九九四年）三五八頁。

- (13) なお、古川俊治「診療行為に関連した患者の死亡・傷害の報告について」日本外科学会雑誌一〇四巻一号（二〇〇三年）一〇頁を参照。

- (14) 本件は看護師による医療過誤で、主治医は、この医療過誤については刑事責任を問われていないので、本文でいう問題とは関係がない（つまり、本件の主治医は、自己の過誤により患者を死亡させたものではない）といえるかもしれない。かようにみるものとして、たとえば、井上Ⅱ松崎・前掲注（七）六〇頁および同「異状死体等の届出義務（続）」日本醫事新報四一九三号（二〇〇四年）六〇頁。このようにいえるのであれば、この問題をとりあげる必要性は、あまりないが、この主治医には、看護師の薬液取違えについて監督過失ないし薬液を確認しなかった過失つまり業務上過失致死罪の刑事責任を問われる可能性があったから（看護師が注射の薬液を誤り、医師にかような刑事責任を問うたものとして、たとえば前橋地太田支判昭五一・一〇・二二判タ六七八・五九や花巻簡略式平二・三・二判タ七七〇・七七がある）、この問題と無縁ではない上に（この点については、畔柳達雄著『医療事故と司法判断』〔二〇〇二年〕三四八―四九頁、高田利廣「都立H病院事件上告審判決」MEDICAL DIGEST 五三巻四号〔二〇〇四年〕七九頁を参照）、主治医に届出義務を課すことは、本件のAを含め一般の主治医の黙秘権を侵害するといえるのであれば、すべての主治医に医師法二二条の届出義務はないという方向に、今後、論議が発展する可能性がでてくるから、この問題は、やはり重要で、とりあげるべきであろう。

- (15) 主治医の過誤により患者が死亡し、刑事事件に発展する可能性がある場合、医師が複数いる医療機関では、主治医以外の医師が「検案」することも考えられ、その時は、本文でいう問題とは論点が異なってくる。だが、診療所では、医師が主治医一人だけと

いう場合が多く、そのような場合、その主治医が「検案」することもあるだろう。

(16) 本件原々判決の判例評釈については、畔柳・前掲注(14)三三一頁以下および甲斐克則「看護婦による医療事故と医師の届出義務」年報医事法学一八号(二〇〇三年)一三五頁以下、原判決については、白井智之・実務刑事判例評釈「一〇七」警察公論二〇〇三年一〇月号八一頁以下を参照。本件事案の概要などは、甲斐克則著『医事刑法の旅Ⅰ』(二〇〇四年)一四四頁以下、拙稿・前掲注(7)八頁以下を参照。本件の主任弁護士を務められた高田利廣弁護士による第一審から上告審に至るまでの各判決の要旨と評釈などについては、同・前掲注(8)六六頁以下、同「都立H病院事件控訴審判決」MEDICAL DIGEST 五二巻五号(二〇〇三年)四二頁以下、同・前掲注(14)七二頁以下を参照。

(17) ヘパロック(正確には、ヘパリンロックという)とは、間欠的に末梢や中心静脈ラインなどを使用する場合に血栓が生じてルート閉塞を起さないように、一定量の抗凝固薬(ヘパリン)と生理的食塩液でライン内を満たすことをいう。高田・前掲注(14)七九頁より引用。

(18) 本件で、Aは保険金請求のための死亡診断書と死亡証明書に、病死でないのに病死と記載するなどし、さらに、これらの文書を患者の夫に同病院事務員をして交付させ、これらのことについて、被告人とAは共謀していたので、被告人には、共謀共同正犯として虚偽有印公文書作成、同行使罪が成立し、これらは刑法五四条一項により一罪とされ、医師法二一条違反の罪とは併合罪の関係にあると判示された。本件における虚偽有印公文書作成、同行使罪についての事案の概要および原々判決の解説については、畔柳・前掲注(14)三三三頁以下を参照。なお、Aは、虚偽有印公文書作成、同行使罪については起訴されなかった。これらの罪について、被告人は起訴・Aは不起訴という本件検察官の裁定は、著しくバランスを失っていると指摘されている。畔柳・同三四一頁。

(19) 原審での以上のような認定からすると、Aの届出義務違反の罪は、一三日の午後一時頃に成立したことになる。

(20) したがって、本文でいう「診察」は、たとえば「死後診察」と言った方が適切かもしれないが、医師法のこれらの規定では「診察」となっているので、本稿でも「診察」という言葉を使うことにする。

(21) この厚生省医務局長通知の文章は、正確には③②①の順になっているが、本文では、論をすすめる便宜上、①②③の順にした。

(22) 死亡の届出のさいに届書に添付された死亡診断書や死体検案書(戸籍法八六条二項)は、当該市町村で一ヶ月間保存され、その後、管轄法務局、地方法務局またはその支局に送付され、そこで、当該年度の翌年から二七年間保存されることになっている(戸籍法施行規則四八条および四九条)。なお、診療録については、五年間の保存が義務づけられている(医師法二四条二項)。

- (23) かような点については、畔柳・前掲注(14)三四九―五〇頁が詳しい。
- (24) 死亡診断書を作成すべき場合は、主治医は患者の病状や診療などの全経過を把握しているから、最終診療から、二四時間以内程度のように、さほど時間が経過していない時は、「診察」をする必要性は、ほとんどないだろう(つまり、最終診療とそれまでの診療で得た所見で死亡診断書を作成できるということである)。医師法二〇条但書は、かかる必要性がないことを表明している。なお、本文の行政解釈③を参照。
- (25) たとえば病状を全体的に把握していなかったために死体検案書を作成すべき死体と判断し、「検案」した結果、「異状」なしと判断された場合、届出義務は生じないが、全体的に把握していなかったことに変わりはないから、死体検案書を作成すべきである。
- (26) こうした原判決と、ほぼ同じ立場をとるものとして、たとえば白井・前掲注(16)八五頁を参照。内藤惣一郎「特別法シリーズ(一一九)医師法」研修六六五(二〇〇三年)八四頁も、原判決のかような立場を評価している。
- (27) たとえば、柴田義彦著『医師の権利及義務』(一九三一年)六六および六八頁、土井・前掲注(4)六五頁以下を参照。なお、これらの文書を作成するのは誰かという面からみると、この立場は、主治医が診療中の自分の患者の死亡について作成するのが死亡診断書で、主治医でない医師(今まで、患者として診察したことのない場合が多いだろう)が作成するのが死体検案書ということになる。
- (28) かかる立場として、野田 寛著『医事法・上巻』(一九八四年)一二六頁。喜多村悦史Ⅱ井上清成Ⅱ松崎道男「急増する医療事故の刑事事件化と医師法二一条(異状死体の届出義務)」地方財政二〇〇四年八月号二三四頁も、同じ立場のようである。
- (29) たとえば、誰かに鈍器で殴られ、重大な傷害を負った被害者が救急病院に搬送され、その医師が応急手当をするとともに、色々な処置をしたにもかかわらず、数時間後に死亡した場合、傷害致死の疑いのある「異状死体」であるが、本文の立場からすると、上記医師は数時間でも、医療行為をしているから、「診療中」であり、したがって、届出義務はないことになる。これでは、傷害致死被疑事件が隠されてしまうことになり、由々しきことだといえるかもしれない。しかし、かような事件の場合、二一条の届出義務があるか否かにかかわりなく、ほとんどの医師は、自主的に警察に通報していたと思われる。だから、上記のような立場をとったとしても、実際には、問題にならなかったであろう。しかし、診療所や病院の医療事故の場合は、自主的な届出や通報が期待できないというのであれば、かような立場は、かかる届出がなかったことを擁護することになり、けっきょく「医療事故隠し」に加担することになる。

(30) 本件弁護人の立場の解説については、畔柳・前掲注(14)三四三頁を参照。喜多村Ⅱ井上Ⅱ松崎・前掲注(28)二三五頁も、同

じ立場のように思われる。

(31) なお、黒澤太平Ⅱ長谷川智華Ⅱ佐藤啓造「『異状死』ガイドラインをめぐる」昭和医会誌六三卷五号（二〇〇三年）四七四頁も、あわせて参照されたい。

(32) 「検案」の詳細については、拙稿「医師の異状死体の届出義務違反の罪の規定（医師法二一条・三三条）と罪刑法定主義」法と政治五三卷一号（二〇〇二年）八七頁以下を参照。

(33) 医師法二一条からすると、医師は、まず、当該死体の場合には、いずれの文書を作成すべきかの判断をし、死体検案書ということになると、つぎに、異状の有無を判断することになる。だが、本文の例のような場合、両判断は、ほとんど同時になされているといえよう。

(34) 医療問題弁護士・前掲注（4）第三、**検案医の定義**1、4、5は、医師法二一条でいう「検案」とは、生前に診療していた患者でも、それ以外の患者でも、すべて死体について医学的に調べて死因を確認することであり、かかる「検案」をした時は、すべて死体検案書だとされている。また、同弁護士によると、死亡診断書とは、死体を見ないで生前の診断にもとづいて死因を証明する場合に作成する文書だとされる。この見解は、要するに、死体を見た時は「検案」で死体検案書となり、死体を見なかった時は死亡診断書になるものである。しかし、かかる見解に対しては、まず**第一**に、死体を見ないで、死亡を確認したり死因を判断したりすることは、ほとんどないであろうから（つまり、この見解からすると、ほとんどの場合が「検案」で、死体検案書を作成すべき場合ということになるであろうから）、死亡診断書の存在価値がなくなってしまう。**第二**に、死体を見たか否かによって両文書を区別しているが、かかる区別は、あまりにも形式的であり、もつと実質的な理由から区別すべきである。**第三**に、ここでいわれている「検案」には、筆者がいう「診察」も含まれていることになり（筆者がいう死亡診断書を作成すべき時は、筆者の立場からは「診察」であるが、この見解からは「検案」ということになる）、両者が峻別されていない。以上から、医療問題弁護団のこうした見解を支持することはできないだろう。

(35) 日本法医学雑誌四八卷五号（一九九四年）三五七―五八頁。本稿の注（8）で引用した判例も広義に解している。たとえば東京地八王子支判昭四四・三・二七刑月一・三・三二―三三は「：死体の異状とは単に死因についての病理学的な異状をいうのではなく死体に関する法医学的な異状と解すべき」としている。医療問題弁護士・前掲注（4）**第二**、**異状死の定義**1、5も、広義に解し、基本的には日本法医学会のガイドラインにしたがっているようである。なお、かような広義の解釈については、拙稿・前掲注（32）八九頁以下を参照。

- (36) たとえば二〇〇一年三月の社団法人日本外科学会「声明 診療に関連した『異状死』について」日本外科学会雑誌一〇二巻三号(二〇〇一年)、二〇〇一年四月および六月の日本外科学会他一二の臨床医学系学会「声明 診療に関連した『異状死』について」日本外科学会雑誌一〇二巻七号(二〇〇一年)、外科系関連学会協議会「診療行為に関連した患者の死亡・傷害の報告について」日本外科学会雑誌一〇三巻九号(二〇〇二年)などである。これらについては、古川・前掲注(13)二三頁以下の資料を参照。
- (37) この辺の事情については、たとえば、古川・前掲注(13)九頁以下、武藤輝一「『異状死』の届出に関連しての提言」日本外科学会雑誌一〇四巻一一号(二〇〇三年)八〇五頁以下を参照。
- (38) 日本法医学会「日本法医学会『異状死ガイドライン』についての見解」日本法医学雑誌五六巻二二三号(二〇〇二年)三一五頁以下。なお、勝又義直「わが国の死体検案システムにおける医療事故死の取り扱い」日本醫事新報四〇四七号(二〇〇一年)七三頁以下も、あわせて参照されたい。
- (39) たとえば「明らかに危険性の予測される手術合併症による死亡」は「異状死」ではない(本文参照)、つまり、「ふつうの死」と日本法医学会はいうが、はたして、どうであろうか。たとえ手術の難易度とか予測される合併症が客観性を有するとしても、あるいは、患者や遺族の同意があったとしても(日本法医学会・前掲注(38)三二五頁を参照)、さらに、医師等の医療従事者に落度が多かったとしても、たとえば、「一か八か」の手術による死亡の場合は、「ふつうの死」といえるだろうか。疑問である。
- (40) 拙稿・前掲注(32)九〇頁以下。なお、「明確性の原則」は、国会で法律の形式で制定された狭義の法律によって「明確」化されていないならばならないとする原則であるが、上記拙稿では、かかる法律だけでなく、判例、省令および行政解釈などを総合的に検討して「明確」化されているかを明らかにした。上記拙稿七四頁を参照。
- (41) この判例については、大津浩「交通事故の報告義務と黙秘権」憲法判例百選Ⅱ(第四版、二〇〇〇年)・別冊ジュリスト一五五号・二六六―六七頁を参照。
- (42) 現行の道路交通法七二条一項後段は、この「**事故の内容**」という言葉に代えて、「…当該車両等の運転者…は…直ちに最寄りの警察署…の警察官に当該交通事故が発生した日時及び場所、当該交通事故における死傷者の数及び負傷者の負傷の程度並びに損壊した物及びその損壊の程度、当該交通事故に係る車両等の積載物並びに当該交通事故について講じた措置を報告しなければならぬ」と(罰則は、同法一九九条一項十号)と規定しているため、この最高裁判例の立場からすると、違憲問題を生じさせないけれども、理論的には、いまだに合憲説と違憲説の対立がありうるとされている。大津・前掲注(41)二六七頁を参照。
- (43) 本文では、「…供述義務はないとすることができるかもしれない」とし、運転者に報告義務を課すことが、憲法違反でないよう

な表現をしたが、この点については、詳細な検討を要し、違憲の疑いがでてくるかもしれない。いずれ別稿で検討するが、ここでは、本稿の後の論議に差し支えがないように思われるので、いちおう合憲としておく。

(44) 以下の注では、主治医に届出義務を課すことは、憲法三八条一項に違反している、あるいは、その疑いがあるとする説を違憲説、違反していないとする説を合憲説と呼ぶことにする。

(45) たとえば白井（合憲説）・前掲注（16）八六頁は、同じように考えることができることとされ、原判決の判断も「：従前の判例に沿った妥当なものである」とされている。内藤（合憲説）前掲注（26）八五頁も、同様のことを述べている。医療問題弁護団（合憲説）・前掲注（4）第四、憲法三八条一項との関係のところでも、同じように考えることができるとした上で、医師法二一条に、公衆衛生・死因調査などの重要な公益を担うことが期待される現代においては、合憲と解釈することが必要であるとしている。

(46) 佐伯仁志（違憲説）「異状死体の届出義務と黙秘権」ジュリスト一二四九号（二〇〇三年）七七頁が「：検案を行った医師から届出を受けた捜査官が犯罪捜査の必要性を判断するためには、死体を検案した日時・場所だけでは不十分であった、検案を行った医師がなぜ異状死と判断したのかを知ることが必要であり、そのためには、死体の状況や死に至った経緯の説明が不可欠である」との考えは、本文の筆者の考えと、ほぼ同じ趣旨かと思われる。

(47) かような見解として、たとえば佐伯（違憲説）・前掲注（46）七八頁を参照。

(48) 佐伯（違憲説）・前掲注（46）七八頁は「：医師法二一条の目的が公衆衛生・死因調査にあるのであれば、報告の対象を異状死に限定する必要はないはずであるし、届出先が警察署とされていることも理解できない」と述べている。喜多村Ⅱ井上Ⅱ松崎（違憲説）・前掲注（28）一三三九頁も「：なぜ届出先が警察署なのかという疑問がつきまとう」としている。

(49) 筆者は、「異状死体」の届出が警察官による被害の拡大防止に、まったく役立たないといっているのではない（医療過誤ではなく、たとえば、殺人や傷害致死といった通常の犯罪の場合で、犯人が多数の人を殺害しようとしており、最初の被害者を殺害し、その死体を「検案」した医師が「異状死体」として警察に届け出た場合、警察官は、捜査等により、つづく第二・第三の殺人行為を阻止し、被害の拡大を防止することができるであろう）。本文では、主治医が起こした医療過誤の場合の届出義務の公益上の必要性が高いということの根拠の一つとして、警察官による被害の拡大の防止という点をあげるのは、妥当ではない、あるいは説得力がないといっているのである。

(50) 本件最高裁は、医師法二一条の届出義務を課すことの公益上の必要性が高いこと、刑事責任を問われる事項の供述まで強制するものではないこと、そして、医師免許に伴う社会的責務を課すことといった諸点を総合的に評価して、かかる届出義務を課すこと

は憲法二八条一項に違反するものではないと判断しているとみることもできよう。本章本文では、これら三点を個別的に検討して、本件最高裁判決は支持できないとしたが、総合的な面からの検討はしていない。たしかに、個別的な面からは、妥当でない点や問題点があったとしても、総合的な面から評価して、上記憲法違反にはならないとの結論に至ることもありうるから、本章でも、かような総合的な面からの検討が必要であったといえるかもしれない。しかし、総合的な評価それじたいが、あいまいであり、たとえば、総合的に評価して憲法違反でないということもあるかもしれないし、総合的に評価して憲法違反だということもでき、論者によって、あるいは、見方によって判断が異なってくる性質のものであり、かようにあいまいな面から憲法問題を論ずることは、妥当ではないと思われる。以上のようなことから、総合的な面からの検討の必要性はないと考え、本章本文では、個別的な検討だけにとどめた。

(51) 佐伯（違憲説）・前掲注（46）七七頁は、「医療倫理の観点から、医師が医療過誤の事実を報告すべき相手方は、警察署ではなく患者（その家族・遺族）であろう」としている。

(52) このような各種の事件の判例を検討すると、一方が無罪で他方が有罪となった理由はわかることが多いが、しかし、これらの事件でも、患者の死体を「検案」した時点あるいは「検案」した医師が「異状死」として届け出ようとしている時点では、警察の捜査の対象になるのか、不起訴処分（起訴猶予処分を含む）になるのか、あるいは起訴されて有罪になるのか無罪になるのかは、予測できないことが少なくないであろう。なお、かような不確かさは、なにも医療事故の場合に限ったことではなく、過失犯全般にいえることであろう（もちろん、過失があるとか、ないとかが明白な場合もあるが）。

(53) このように主治医が刑事責任を問われるか否かが「不明確な場合」とか、本文で次に述べる「刑事責任を問われることはないといえる場合」は、主治医に業務上過失致死罪が成立することが明らかであるといった場合でないし、また、成立する可能性が高い場合でもないから、筆者の立場からすると、その患者の死体は「異状死体」ではないことになる（前章二の本文を参照）。したがって、これらの場合は、主治医には医師法二一条の届出義務はなく、黙秘権を問題にする余地はないといえよう。しかし、たとえば日本法医学会の「『異状死』ガイドライン」のように「異状死体」を広く解する立場（前章冒頭の本文参照）もあるので、本章の本文では、筆者の上記立場をはなれ、これらの場合も、届出義務が問題となる「異状死体」として論をすすめることにする。

(54) 筆者が以前に鹿児島大学医学部法医学講座の教官をしていた頃に司法解剖の介助をした事件（拙著・前掲注（一）の「はしがき」の一頁を参照）、および、その後、今日に至るまで、司法警察員のする擬律判断に協力した事件（同書「はしがき」の二頁を参照）のなかには、筆者としては「刑事責任を問われることはないといえる場合」と思った医療事故の事件で、後日、警察の捜査が開始されたのが数件あったように記憶している。有罪になったか否かは、関係者に聞かなかつたので、残念ながら、わからないが、当

時の捜査の状況などからすると、有罪になったのも、あったのではないかと思われる。

(55) 「医師法二一条の届出義務と黙秘権」の問題に関する最近の論文として、川出敏裕「医師法二一条の届出義務と憲法三八条一項」法学教室二九〇号（二〇〇四年一月）四頁以下があるが、この論文に接したのは、本稿の脱稿の寸前であったために、今回、検討することができなかった。次稿での検討を予定している。