

医師法 21 条の問題点および判例動向について

尾崎 孝良

1. はじめに

医師法 21 条は、「医師は、死体又は妊娠 4 月以上の死産児を検査して異状があると認めるときは、24 時間以内に所轄警察署に届け出なければならない」と規定しており、明らかに憲法上の問題（国家による医師に対する基本的人権の侵害）を含んだ条文といわざるを得ない。

この条文については、平成 16 年 4 月判決で消毒液と生理食塩水を取り違えたという極めて例外的な事案（広尾病院事件）での事例判決について最高裁の判断が示されたところ、当該判決を安易に引用し「最高裁が異状死の要件を示した」等といった間違っただけの解釈を示す論者もあり、その誤用が大いに懸念される場所である。

また、平成 18 年 2 月 18 日にも福島県の公立病院の医師が医師法 21 条違反等の容疑で逮捕されている¹。この事件は、未だ捜査段階でもありその内容は明らかでないが、本稿で述べるとおり医師法 21 条は憲法違反の疑いも強く、同条を逮捕理由にすることは法的に大きな問題点があると思われる。

本稿では、医師法 21 条の要件および問題点並びに平成 16 年最高裁判決の内容を分析し、その問題点を考察する。

2. 方法

文献等により、医師法 21 条の要件等について、行政が示してきた、伝統的な有権解釈を明らかにする。そして、同条の憲法上の問題点を文献・論文等により調査分析する。また、平成 16 年最高裁判決が何を示したのかを客観的に分析し、さらにその問題点を示す。

以上を踏まえて、医師法 21 条の運用および平成 16 年最高裁判決の法理について批判を加えるとともに、それらに内在する問題に対する政策的なあり方について考察を加える。

3. 結果

1) 医師法 21 条の要件等について

医師法 21 条に述べられた規定の構成要件は、①主体が医師であること（身分犯）、②死体又は妊娠 4 月以上の死産児の検査をした場合、③異状があると認められた場合で、④24 時間以内に所轄警察署に届け出なかったとき、である。

要件②として明文で「検査」とある以上、当該被告人（または共犯者）が法的に検査と解される行為をしたのか否かの解釈論は極めて重要な問題である。特に、後述する最高裁の判断は、これまでの実務解釈と大きくことなるので殊更である。

「検査」は、医師が死者の外表検査により死因や死因の種類を判定することをいうが、理論上、上記「死者」に、自己が診察した患者であった者が含まれるか否かで解釈が分かれる。すなわち、消極説は、「自己が診察した患者であった者は含まれない」とする説で、積極説は、「含まれる」とする説である。この点、実務においては、広尾病院事件の 1 審判決以前には、「消極説」以外存しなかった（後述の最高裁調査官の判断も同旨）。

「検査」の意義・要件は、警察官権限法注解において、明確に、「検査とは、当該医師が、既

に死亡している者（妊娠4月以上の死産児を含む）について初めて死因等に関し医学的検査を行うことをいう。自分が診察中の患者が死亡した場合や臨終に当たって診察した者がすぐに死亡した場合などは含まれない。例えば、けんかで傷害を受けた者が医師のところに運び込まれ、はじめに診察したときはまだ生きていたが応急手当も終わらないうちに死亡したような場合であっても、ここにいう検案に含まれない」としている。このように、消極説（死亡前に診察した患者等は含まれない）が後述の広尾病院事件判決までの実務解釈であり、異説はなかった。

また、注解特別刑法においても、検案書の解釈として「検案書とは、診察中でない者を医師が死後はじめてその者の死因、死期など死亡の事実について医学的に確認した欠陥を記載した文書である。検案書には、死体検案書と死胎検案書の2種類がある」とし、また、「死体検案書とは、診療中でない者が死亡した場合死後はじめてその者の死因、死期などを医学的に確認し証明する文書である」、「死胎検案書は、診療中でない妊婦が死産した場合のその死産児に対する検案書である」と明記しており、検案となり得るのは、①診療中でない者が死亡した場合か、若しくは、②診療中でない妊婦が死産した場合に限られることはこの記載で明らかである。なお、この条文の解釈に触れた数少ない裁判例として昭和44年3月27日東京地方裁判所八王子支部判決があり、以下のとおり判示している。

「医師が死体を検案して異状があると認めたときは24時間以内に所轄警察署に届け出なければならないことは医師法21条が定めるところであり、更に変死者又は変死の疑のある死体があるときは警察署長はすみやかに警察本部長にその旨報告すると共に、その死体所在地を管轄する地方検察庁又は区検察庁の検察官に死体発見の日時、場所、状況等所定事項を通知し（国家公安委員会規則第3号検視規則3条）右通知をうけた検察官が検視をする（刑事訴訟法229条1項）のであるから、かかる法律上のたてまえから考えると、右医師法にいう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であり、したがって死体自体から認識できる何らかの異状な症状乃至痕跡が存する場合だけでなく、死体が発見されるに至つたいきさつ、死体発見場所、状況、身許、性別等諸般の事情を考慮して死体に関し異常を認めた場合を含むものといわねばならない」

「何故なら医師法が医師に対し前記のごとき所轄警察署への届出義務を課したのは、当該死体が純然たる病死（自然死）であり、且つ死亡にいたる経過についても何ら異状が認められない場合は別として、死体の発見（存在）は応々にして犯罪と結びつく場合があるところから、前記のごとき意味で何らかの異状が認められる場合には、犯罪の捜査を相当する所轄警察署に届出させ、捜査官をして死体検視の要否を決定させるためのものであるといわねばならないからである」

「患者が少なくとも24時間をこえて医師の管理を離脱して死亡した場合には、もはや診療中の患者とはいえず、したがってかかる場合には当該医師において安易に死亡診断書を作成することが禁じられている（医師法20条参照）のであるから、死体の検案についても特段の留意を必要とするといわねばならない」

この裁判例については、恣意的に、あたかも診断中の者も検案の対象となるかの如く引用する向きもあるようだが、あくまで「24時間をこえて医師の管理を離脱して死亡した場合」はもはや診断中とはいえず、原則として消極説に立つことを明らかにしつつも検案の対象となるとの例外解釈（したがって、原則はこれまでの実務どおり消極説）を示した事例判決であると解すべきである。この点で、上記裁判例の法理は、広尾病院事件第1審判決と同じポジションで

あると考えられる。

2) 憲法 38 条 1 項違反について

(1) 憲法 38 条 1 項の趣旨と黙秘権について

日本国憲法 38 条 1 項は、「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」と規定する。これは、イギリスのコモンローに由来し、アメリカ合衆国憲法が保障する自己負罪拒否の特権 (privilege against self-incrimination) にならったもので、前近代的な自白偏重による国家による人権侵害を防止する趣旨である。

ここで「自己に不利益な供述」とは、自己の刑事上の責任に関する不利益な供述、すなわち、刑罰を科せられる基礎となる事実や量刑にかかわる不利益な事実などについての供述のことをいう (最高裁昭和 32 年 2 月 20 日)。また「強要されない」とは、供述しないことを理由に何らかの法律上の不利益 (罰することに限られない) を課すことを禁止する意味である。この保障をうけるのは、主として被疑者、刑事被告人および各種証人である。行政手続きについてこれが適用されるかが論点であり、本稿の考察対象でもある。

刑事訴訟法は、本項の趣旨をうけて「何人も、自己が刑事訴追を受け、又は有罪判決を受ける虞のある証言を拒むことができる」(146 条) と定めるとともに、被疑者および被告人については、いわゆる黙秘権 (すべての供述を拒否しうる権利) を保障している (刑事訴訟法 198 条 2 項「前項の取調に際しては、被疑者に対し、あらかじめ、自己の意思に反して供述をする必要がない旨を告げなければならない」、291 条 2 項「裁判長は、起訴状の朗読が終つた後、被告人に対し、終始沈黙し、又は個々の質問に対し陳述を拒むことができる旨その他裁判所の規則で定める被告人の権利を保護するため必要な事項を告げた上、被告人および弁護人に対し、被告事件について陳述する機会を与えなければならない」、311 条 1 項「被告人は、終始沈黙し、又は個々の質問に対し、供述を拒むことができる」)。なお、学説において「黙秘権」は、憲法の定める保障の「趣旨を拡大した」ものであるか、憲法の要請に基づくものとみるか、争いがある。

(2) 憲法 38 条 1 項と行政手続きに関する判例の推移

行政法規においては、国民に、記帳義務・原本保存義務や報告義務を課し、それに応じない者に一定の刑罰を科す場合が多い。このような法規が憲法 38 条 1 項に違反しないか、がこれまでも度々争われており、著名な判例も多い。大まかな流れとしては、従前 (昭和 20~30 年代) は、国家主義的な判例がみられたが、少しずつ行政法規についても厳しい判断を示す例が見られてきたところであった (逆にいえば、広尾病院事件判決で一気に逆戻りした感が否めない)。

① 麻薬記帳義務事件 (最判昭和 29.7.16)

原判決において、病院の麻薬管理者が当該病院で施用するため交付した麻薬が、正規の届出のない麻薬であるときは、旧麻薬取締法 14 条 1 項規定の帳簿にその麻薬の品名、数量および交付の年月日を記入しなくても、罪責を問われるべきものではないと解するのが相当である、と判示した。

これに対して、最高裁は原判決を破棄し、「麻薬取扱者たることを自ら申請して免許された者

は、そのことによって当然麻薬取締法規による厳重な監査を受け、その命ずる一切の制限または義務に服することを受諾しているものというべきである。されば、麻薬取扱者として麻薬を処理した以上、たとえその麻薬が取締法規に触れるものであっても、これを記帳せしめられることを避けることはできないのみならず、取締上の要請からいっても、かかる場合記帳の義務がないと解すべき理由は認められない。また麻薬取扱者はかかる場合、別に麻薬処理の点につき取締法規違反により処罰されるからといって、その記帳義務違反の罪の成立を認める妨げとなるものではないことはいうまでもない。そして、叙上の見解は所論引用の当裁判所判決および札幌高等裁判所判決と結局その趣旨を同じくするものであり、従ってこれと異なる見解の下に右記帳義務違反の点を無罪とした原判決は、右判決と相反する判断をしたことに帰するものといえる」と判示した。

この判決は、「麻薬取扱事業者は、あらかじめ（該業務に係る）黙秘権を放棄した」と解しているとされ、学界からの批判も強い。

② 道交法上の交通事故届出義務（最大判 37.5.2）

道交法上の交通事故を起こした運転者の報告等の義務（および罰則）が、憲法 38 条 1 項に違反するのではないかと争われた事案である。

最高裁は、道交法は、「道路における危険防止およびその他交通の安全を図ることを目的とするもの」とし、交通によって人の殺傷や事故が発生した場合において、操縦者、乗務員その他の従業者に対し、直ちに被害者の救護または道路における危険防止その他交通の安全を図るため必要な措置を講じて（警察官が現場にいるときはその指示を受け）、その措置を終った際に警察官が現場にいないときは、直ちに事故の内容および前項の規定により講じた措置を当該事故の発生地を管轄する警察署の警察官に報告して、かつ、その後の行動につき警察官の指示を受けるべきことを規定しているものであって「要するに、交通事故発生の場合において、右操縦者、乗務員その他の従業者の講ずべき応急措置を定めているに過ぎない」と解釈した。

したがって、その法目的は、警察署をして、速やかに、交通事故の発生を知り、被害者の救護、交通秩序の回復につき適切な措置をなさしめて、道路における危険とこれによる被害の増大を防止し、交通の安全を図ることであって、この規定は必要かつ合理的な規定として是認されるものとした。そして、この条文でいう「事故の内容」とは、「その発生した日時、場所、死傷者の数および負傷の程度並に物の損壊およびその程度等、交通事故の態様に関する事項を指すものと解すべき」であり、「したがって、右操縦者、乗務員その他の従業者は、警察官が交通事故に対する前叙の処理をなすにつき必要な限度においてのみ、右報告義務を負担するのであって、それ以上、所論の如くに、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右報告義務ある事項中に含まれるものとは、解せられない。また、いわゆる黙秘権を規定した憲法三十八条一項の法意は、何人も自己が刑事上の責任を問われる虞ある事項について供述を強要されないことを保障したものと解すべきことは、既に当裁判所の判例（昭和二七年（あ）第八三八号、同三二年二月二〇日、大法院判決、集一一卷二号八〇二頁）とするところである。したがって、令六七条二項により前叙の報告を命ずることは、憲法三十八条一項にいう自己に不利益な供述の強要に当たらない」と判示した。なお、仮にこの判例論理を認めた場合でも「交通に因り人の殺傷等、事故の発生した場合において右交通機関の操縦者又は乗務員その他の従業者の講ずべき必要な措置に関する事項を命令の定めるところに委任し、その委任に基づき、同法施行令（以下令と略称する）六七条は、これ等操縦者、乗務員その他の従業者に対し、その

一項において、右の場合直ちに被害者の救護又は道路における危険防止その他交通の安全を図るため」との目的部分は直ちには、医師法 21 条に適用できないことに注目すべきである。

交通事故届け出義務は、運転者甲の黙秘権と、事故拡大の防止、すなわち後続車両の運転者（あるいは同乗者・通行者）乙の生命身体の保護という人権とのぶつかり合いの場面であるから、「公共の福祉」の制約が働く場面と解することは不可能ではない。これに対して、既に死亡した者について、医師の人権を制約してまで届出義務を強制して、国家権力による罰則まで置くのはいかなる人権との調整なのか、全く理解できかねるところである。

③ 川崎民商税務検査拒否事件（最大判 47.11.22）

被告人が川崎税務署に提出した所得税確定申告書に関して、過少申告の疑いがあったため、その調査のため、同税務署が、被告人に対し、売上帳、仕入帳等の呈示を求めたところ、被告人が憲法 38 条 1 項をたてに検査を拒否した事案である。

これに対して最高裁は、「所論のうち、憲法三八条違反をいう点は、旧所得税法七〇条一〇号、一二号、六三条の規定に基づく検査、質問の結果、所得税逋脱（旧所得税法六九条）の事実が明らかになれば、税務職員は右の事実を告発できるのであり、右検査、質問は、刑事訴追をうけるおそれのある事項につき供述を強要するもので違憲である旨の主張である。しかし、同法七〇条一〇号、六三条に規定する検査が、もっぱら所得税の公平確実な賦課徴収を目的とする手続であって、刑事責任の追及を目的とする手続ではなく、また、そのための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有するものでもないこと、および、このような検査制度に公益上の必要性と合理性の存することは、前示のとおりであり、これらの点については、同法七〇条一二号、六三条に規定する質問も同様であると解すべきである。そして、憲法三八条一項の法意が、何人も自己の刑事上の責任を問われるおそれのある事項について供述を強要されないことを保障したものであると解すべきことは、当裁判所大法廷の判例（昭和二七年（あ）第八三八号同三二年二月二〇日判決・刑集一一卷二号八〇二頁）とするところであるが、右規定による保障は、純然たる刑事手続においてばかりではなく、それ以外の手続においても、実質上、刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有する手続には、ひとしく及ぶものと解するのを相当とする。しかし、旧所得税法七〇条一〇号、一二号、六三条の検査、質問の性質が上述のようなものである以上、右各規定そのものが憲法三八条一項にいう「自己に不利益な供述」を強要するものとすることはできず、この点の所論も理由がない。なお、憲法三五条、三八条一項に関して右に判示したところによってみれば、右各条項が刑事手続に関する規定であって直ちに行政手続に適用されるものではない旨の原判断は、右各条項についての解釈を誤ったものというほかはないのであるが、旧所得税法七〇条一〇号、六三条の規定が、憲法三五条、三八条一項との関係において違憲とはいえないとする原判決の結論自体は正当であるから、この点の憲法解釈の誤りが判決に影響を及ぼさないことは、明らかであると判示した。

このように、最高裁判所は、「憲法 38 条 1 項の法意が、何人も自己の刑事上の責任を問われるおそれのある事項について供述を強要されないことを保障したものであると解すべき」との従前のスタンスを維持しつつも質問検査に関して、同条項は、「純然たる刑事手続」以外にも「実質上、刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有する手続き」にも及ぶと判示し、人権保障の範囲を広く取る（行政権限を制約する）方向感を示した。

もっとも、「実質上刑事責任を追及する場合に限る」という限定条件が強いため、実際上の違

憲と判断されるのは、極めて限られたケースになるとの批判も強い。

④ 覚醒剤取締法違反・関税法違反事件（最判 54.5.10）

日本に入国する者がその入国の際に貨物を携帯して輸入しようとする場合には、関税法 67 条により、当該貨物の品名、数量、価格等を税関長に申告し、その許可を受けなければならず、覚醒剤を輸入する場合、通関のための申告・許可の手続を経ないでこれを輸入しまたは輸入しようとした場合に、関税法 111 条の罪が成立するのは、憲法 38 条 1 項にいう「自己に不利益な供述」を強要するものとして争った事案である。

多数意見は、「本邦に入国する者がその入国の際に貨物を携帯して輸入しようとする場合には、関税法六七条により、当該貨物の品名、数量、価格等を税関長に申告し、その許可を受けなければならないが、右の申告は、関税の公平確実な賦課徴収および税関事務の適正円滑な処理を目的とする手続であって、刑事責任の追及を目的とする手続でないことはもとより、そのための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有するものでもない。また、この輸入申告は、本邦に入国するすべての者に対し、携帯して輸入しようとする貨物につきその品目のいかんを問わず義務づけられているものであり、前記の目的を達成するために必要かつ合理的な制度とすることができる。このような輸入申告の性質に照らすと、通関のため当然に申告義務の伴うこととなる貨物の携帯輸入を企てたものである以上、当該貨物がたまたま覚せい剤取締法により本邦への持込を禁止されている覚せい剤であるからといって、通関のため欠くことのできない申告・許可の手続を経ないでこれを輸入し又は輸入しようとした場合に、関税法一一一条の罪の成立を認めても、憲法三十八条一項にいう「自己に不利益な供述」を強要したことにならないことは、当裁判所大法廷判例（昭和二七年（あ）第四二二三号同三一年七月一八日判決・刑集一〇巻七号一一七三頁、同二九年（あ）第二七七七号同三一年一二月二六日判決・刑集一〇巻一二号一七六九頁、同三五年（あ）第六三六号同三七年五月二日判決・刑集一六巻五号四九五頁、同四四年（あ）第七三四号同四七年一月二二日判決・刑集二六巻九号五五四頁）の趣旨に徹し明らかであるといわなければならない。覚せい剤を輸入しようとする者が関税法一一一条の罪を免れようとするればその輸入自体をあきらめる以外にないが、この場合にその者の蒙る不利益という観点からみても、それはもともと覚せい剤取締法によって禁止されている輸入の断念を余儀なくされるということにとどまり、その者から特段の保護に値する利益を奪うことにはならない」と判示したが、藤崎裁判官が反対意見を述べている点に注目される。

藤崎裁判官は、まず多数派の関税法 111 条の無許可輸入罪が成立するという点について「まず法律レベルの問題としてこの点に疑問を持つ」とした上で、「覚せい剤取締法は覚せい剤の輸入を絶対的に禁止しているから、覚せい剤については輸入申告があっても輸入が許可されることはありえない」はずであり、「このように一方で覚せい剤の輸入を絶対的に禁止しながら他方でその違反者をして輸入の許可がありうることを前提とする無許可輸入罪の罰則に服させるというのは、矛盾していると思う。さらに、私は、覚せい剤を携帯して税関を通過した者に無許可輸入罪の成立を認めることは憲法三十八条一項にいう「自己に不利益な供述を強要」することにあたるのではないかと考えている。覚せい剤の所持を申告することは自分が現に罪を犯しつつあることを報告することにほかならないからである」と反対の意見を表明した。さらに、「多数意見は、輸入申告の一般的性質とくにそれが特定の個人に強制されていないことを理由に反対の結論に到達しているが、不利益な供述を強制しているか否かは現に覚せい剤を所持して税関を通過しようとしている時点においてこれをみるべきである」と考える。多数意見の

根底に不利益な供述を強要される破目に陥るようなことをするかしないかの選択の自由が当人にある場合には供述の強要とみられるようなことをしても憲法三十八条一項違反にはならないというような考え方があるとするれば、この憲法上の保障に対する例外にはほとんど歯止めがないことになりはしないであろうか。私は、行政上の各種申告義務の憲法三十八条一項との関係における合憲性の根拠は公共の福祉の要請からくる必要性に求められるべきであり、それ以外にはないと考える。すなわち、各種申告義務のそれぞれについて必要止むをえないという事情がなければならぬが、覚せい剤の国内流入を税関で阻止するためには覚せい剤を麻薬などと同じように輸入禁制品として取り扱うことにより目的を達することができるのであって、覚せい剤の輸入を無許可輸入罪の罰則に服させ輸入申告を強制する必要はないのであるから、これを強制することは違憲のそしりを免れ難いと思う」とも述べている。

このように反対意見があるものの通関のため欠くことのできない申告・許可の手続を経ないでこれを輸入し又は輸入しようとした場合に犯罪成立を認めても、憲法三十八条一項にいう「自己に不利益な供述」を強要したものとはならないと判示した（多数意見）。

以上のとおり、これまでの判例は、(少しずつではあるが) 人権をより広く認める方向で展開してきていた。かような流れを踏まえると、医師法 21 条についても、憲法 38 条 1 項に抵触するものと解するのが妥当であり、次節でみるとおり、学説もそのように考えていた。

3) 医師法 21 条に対する学説の評価

学説では「医師法 21 条は違憲の可能性が高く、少なくとも業務上の過失によって患者を死亡させた医師に適用される場合には、適用違憲となる」との学説が有力である。

東京大学の佐伯仁志教授（刑事法）は、以下に引用・要約するとおりの説を展開している²。

「医師法 21 条の届出義務の対象となる事項を、異状死体を検案した事実やその日時・場所などに限定し、刑事責任を問われるおそれのある医療事故の原因等に及ばないと解すれば、合憲性を肯定することができる」とする見解があるが、そのような解釈には疑問がある。

第一に、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て、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る（これに対して、交通事故の報告義務は、道路における危険防止と交通の安全を図るためのものであるから、事故の日時・場所・負傷の程度等の外形的事実が報告されれば目的を達成することができ、事故原因等の情報は必要ない）。そのためは、死体の状況や死に至った経過の説明が不可欠である。したがって、医師法 21 条の届出の対象を異状死体を検案した事実・日時・場所等に限定する解釈は、現実的なものではない。

第二に、医師法 21 条の届出の対象を「異状死体を検案した事実・日時・場所等に限定」したとしても、医療過誤によって刑事責任を追及されるおそれのある医師にそのような届出義務を課すことの合憲性には疑問がある。交通事故の報告義務の合憲性を肯定した判例が、事故の発生日時・場所等の外形的事実の報告はおおよそ憲法 38 条 1 項にいう自己に不利益な供述に当たらない、と判示したことに対しては批判が強い。

このため、交通事故の報告義務の合憲性を、道路交通の安全の保持等の公共の福祉の観点からする黙秘権の合理的制約として説明する見解が、有力に主張されているが、右見解に立った場合にも、制約根拠として犯罪の処罰という利益を持ち出すことは黙秘権の自己否定となるか

ら、右の福祉は犯罪捜査を目的とするものであってはならず、そうだとすれば、まさに犯罪捜査の端緒を得ることを目的とする医師法 21 条の届出義務を、このような合理的制約として正当化することはできない。

第三に、黙秘権を考慮して医師法 21 条の届出の対象を限定することは、警察への届出という積極的作為義務を課すことになり、国民の行動の自由の少なからぬ制約であって、そのような制約が憲法上認められるためには、制約の必要性和合理性が認められなければならないことになる。大法廷判決も、交通事故の報告義務についてその必要性和合理性を強調している。したがって、そもそも異状死体を検案した事実やその日時・場所を警察に届けさせただけでは犯罪捜査の役にあまりたたないのであれば、そのような届出を義務づける制度の必要性・合理性に疑問が生じる。逆の言い方をすれば、医師法 21 条の届出義務は、異状死に至った経過の説明を含むものと解してはじめて、立法目的を達成するために必要かつ合理的な制約として、その合憲性を肯定することができる。

佐伯教授は、このような理由付けから、「以上のように、医療過誤によって患者を死亡させて刑事責任を追及されるおそれのある医師に医師法 21 条の届出義務を課し、その違反を処罰することは、憲法 38 条 1 項に反する疑いが強い。すなわち、医師法 21 条の届出義務制度は、一般的には合憲だとしても、業務上の過失によって患者を死亡させた医師に適用される場合には、適用違憲となる疑いが強い²と結論づけている。

また、同教授は、医師法 21 条と自首との関係について「刑法 42 条の自首が認められるためには、自己の犯罪事実を申告して処分を求める意思表示が必要であり、単に異状死体を検案した事実を届けただけでは足りないことにも注意が必要である」と述べている。

すなわち、刑法 42 条 1 項は、「罪を犯した者が捜査機関に発覚する前に自首したときは、その刑を減輕することができる」と規定しているがその同条項の要件は「まだ捜査機関に発覚する前に、自ら進んで、捜査機関に対して、自己の犯罪事実を申告し、その処分を求めた」場合と解されている³。したがって、単に医師法 21 条の届出をしただけでは、自首による減刑は受けられないのである。

4) 最高裁平成 16 年判決について

このような状況の中で、平成 16 年 4 月 13 日に、最高裁は、医師法 21 条に関する判決を出した（広尾病院事件最高裁判決）。

(1) 事案の概要

この事件は、指の関節リウマチの手術をした女性に対し、点滴で抗生物質を投与した後、本来、注入すべき生理的食塩水の代わりに、看護師が誤って消毒剤（ヒビテン）10 ミリリットルを注入したものである。

都立病院から警察に 21 条届出をした前例がなかったこと等から、病院内の対策会議で、院長らは届出をしないこととした。したがって、事実関係としては、後に最高裁で争点となったような、「検案にあたらぬと考えて」、あるいは、「医師法 21 条自体が違憲だから」届出をしなかった訳ではない点に注意が必要である。その後、遺族から「医療ミスがあったのではないか」との抗議があり、結局、被害者が死亡してから 11 日後に病院は警視庁渋谷署に届出をした。それにより事件が発覚し、看護師が業務上過失致死、主治医が医師法 21 条違反の罪に問われた

ほか、院長も医師法 21 条違反、虚偽有印公文書作成・同行使に問われた。

上告審での争点は、①検案の意義および②医師法 21 条が憲法 38 条 1 項に違反しないか、の 2 点であった。すなわち、弁護人は、医師法 21 条にいう死体の「検案」というのは、医師が、当該死体に死後初めて接して検分することをいうのであって、本件担当医の検分のように、生前に患者であった者について死後検分することは、同条に規定する「検案」に当たらないと主張した。また、担当医は、看護婦の点滴ミスにつき自らも監督者等として業務上過失致死等の刑事責任を負うおそれのある立場にあった。このため、弁護人は、かような者に警察への届出義務を課することは、憲法 38 条 1 項の保障する自己負罪拒否特権を侵害し、違憲であると主張した。

本判決は、「所論は、違憲をいう点を含め、実質は単なる法令違反の主張であって、刑事訴訟法 405 条の上告理由にあたらぬ」としつつも、上記の 2 論点について、職権判示したものであるが、以下に指摘するとおり問題の大きい判決である。

(2) 判決内容

最高裁は、原審を維持し上告を棄却するとともに、判決理由の中で「医師法 21 条にいう死体の「検案」とは、医師が死因等を判定するために死体の外表を検査することをいい、当該死体が自己の診療していた患者のものであるか否かを問わないと解するのが相当であり、これと同旨の原判断は正当として是認できる」とし、また、「本件届出義務は、医師が、死体を検案して死因等に異状があると認めるときは、そのことを警察署に届け出るものであって、これにより、届出人と死体とのかかわり等、犯罪行為を構成する事項の供述までも強制されるものではない。また、医師免許は、人の生命を直接左右する診療行為を行う資格を付与するとともに、それに伴う社会的責務を課するものである。このような本件届出義務の性質、内容・程度および医師という資格の特質と、本件届出義務に関する前記のような公益上の高度の必要性に照らすと、医師が、同義務の履行により、捜査機関に対し自己の犯罪が発覚する端緒を与えることにもなり得るなどの点で、一定の不利益を負う可能性があっても、それは、医師免許に付随する合理的根拠のある負担として許容されるもの」と判示した。

(3) 本判決に対する評価等

実務上、最高裁の判決は、調査官（東京地裁等の部総括クラスの裁判官）が起案するが、本件裁判の起案者と思われる芦澤政治調査官自身による判例解説がジュリスト誌に掲載された⁴。以下、それを適宜引用しつつ評釈する。

前述のとおり、実務では、消極説（自ら診療していた患者については、医師法 21 条の届出義務の対象とならない）が支配的であったところ、調査官もこれらの見解を引用した上で、「積極説は、本件の一審判決後に現れた見解であり、同判決時までには、積極説に立つことを明言する見解は皆無であった」⁴と認めている。そして、第一審判決では、診療中の入院患者であっても「診療中の傷病以外の原因で死亡したとの疑いのある異状が認められるとき」に限って医師法 21 条の届出をしなければならないと、原則としての消極説を維持しつつ本件は例外的な場合にあたる、との判断を示した（この点、調査官も第一審判決は、「原則消極説に親近性のある判示」と評している）。このような流れ（および判例起案者調査官の認識）からすると、「検案」の一般的な解釈について積極説への転換はおよそ考えられない事案であった。しかしなが

ら、この判決の前から、むしろ医療界から、実務が積極説に改説したかの如き誤解を招くような言論が散見されたのである。

まず、日本法医学会が示したガイドラインである⁵。これは、「条文からは、生前に診療中であれば該当しないように読み取ることもできるし、その他、解釈上の問題があると思われるが」と留保しつつも「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⁵とした上で医師法 21 条に関して「届け出べき異状死とは何か、具体的ガイドラインとして提示する⁵とし「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、または診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」と規定した。

また、平成 12 年 11 月 2 日に公表された、厚生省リスクマネジメントスタンダードマニュアル作成委員会策定の「リスクマネジメントマニュアル作成指針」の「5 警察への届出」において「医療過誤によって死亡又は傷害が発生した場合又はその疑いがある場合には、施設長は、速やかに所轄警察署に届出を行う」「警察署への届出を行うに当たっては、原則として、事前に患者、家族に説明を行う」「施設長は、届出の具体的内容を地方医務（支）局を經由して速やかに本省へ報告する」「施設長は、警察への届出の判断が困難な場合には、地方医務（支）局を經由して本省の指示を受ける」とし、さらに注釈において「医師法（昭和 23 年法律第 201 号）第 21 条の規定により、医師は、死体又は妊娠 4 ヶ月以上の死産児を検査して異状があると認めた場合、24 時間以内に所轄警察署に届け出ることが義務づけられている」と安易に積極説に立つかの如き解説をしたのである。

（最高裁判決起案者とされる）芦澤調査官は、法医学会ガイドラインについては、「日本法医学会は、平成 6 年に、医師法 21 条の届出義務に関するガイドラインを設けた際、この点の法解釈については留保しつつ、実務的観点から、積極説に立った運用をすべきである旨を提言していた⁴と解し、積極説による運用を提言したと評価されており、また、「リスクマネジメントマニュアル作成指針」については、「（指針をみると）患者が医療過誤によって死亡等した場合には施設の長が速やかに所轄警察署に届出を行うべきであるとし、その注意書き部分に医師法 21 条を掲記しているのであり、これによれば、医師法 21 条の「検査」に診療中の患者の死体の検分を含まないとの解釈は必ずしも採っていない⁴と評価したのである。

これら医学系学会・委員会の提言のよって立つ哲学はともかくとして、法曹界においてすら医師法 21 条が憲法違反（適用違憲）であると問題視されている中で、「検査」の意義を消極説から積極説に医師側が自ら改説したかの如き言論をなし、結果として、医師自らを法的に不利な立場に追い込んでしまったといわざるを得ない。

かかる不用意な言論活動が、結果として、司法上の「検査」という語について、実務慣例に反し、かつ、一般の医師の予想しないような解釈変更をされる事態を招いた責任は大きいといわざるを得ない。

4. 考察

以上のとおり、医師法 21 条にいう「検案」には、一般的には診断中の患者の死因を確認する場合は含まれず、仮に含まれるとしても、医師法 21 条は適用違憲と考えるのが有力であり、正当である。

今回の最高裁判決は、「検案」に関する実務慣例上の解釈を大きく逸脱した罪刑法定主義違背がある上に、医師から憲法で保障された権利を制約するにあたり、比較衡量すべき他者の人権を何ら示すことなく「医師免許に付随する合理的根拠のある負担として許容されるものというべき」という粗い論理で合憲としたものであり、極めて不当といわざるを得ない。

さらに、これは、憲法 14 条 1 項が「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない」として保障する平等権との関係でも問題と言わざるを得ない。それにもかかわらず、本件において、弁護側の主張があまり説得的でないのは、事件発生当時から被告人において「生前の診療に基づいて死因等を判断するための検分は医師法 21 条の検案にあたらぬ」との確たる認識を有していなかった、すなわち、この点が明確に争点として主張されたのは控訴審以降であったという事情がある。

国家による人権侵害を許さず、医師の人権を保障する観点から、医療現場においても、正しい法律知識の普及と法律専門家との早期連携が図られるような体制づくりが望まれる。

また、医療界としても、医療過誤をなくすための努力、説明責任を果たし患者との対話・透明性確保をすることは当然のこととしても、そのことと、医師法 21 条の、「検案」という語の実務的解釈や、同条の違憲性は何ら変わるものでないという事実を明確にした上で、医療の専門家でない法曹関係者や一般人にも理解できるようにその言論活動を注意深く吟味し、慎重に展開していかなくてはならない。

もっとも、患者側に立つ弁護士や市民団体が、医師法 21 条の違憲性を無視してきた背景には、同法による警察の処理以外に、医療過誤と思われる事象が発生した場合に真相を究明する機関が存しないことにある。患者側からすると、損害賠償請求などの責任追及よりも真実を知りたい、真相を明らかにして欲しいという声が極めて強いのである。この点においても、対処を誤ると冤罪になりかねない医師法 21 条は、むしろ真相究明の妨げとなってしまうことすら懸念されるところである。公正中立な第三者機関設立による医療事故の原因究明体制の整備が（患者側からも医療機関側からも）強く望まれる所以である。

文献

- 1 朝日新聞夕刊 2006 年 2 月 18 日社会面
- 2 佐伯仁志：異状死体の届出義務と黙秘権、ジュリスト (1249) 77-80、2003
- 3 裁判所書記官研修所：刑法総論講義案（改訂版）、400 頁、司法協会、1998
- 4 芦澤政治「時の判例」ジュリスト (1278) 132-135、2004
- 5 日本法医学会教育委員会：異状死ガイドライン、日本法医学雑誌 48 (5) 357-358、1994