

論 説

医師法21条をめぐる若干の考察

佐久間 泰 司

第1章 問題の所在

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。」と定めている。これは死体又は死産児には犯罪の痕跡をとどめている可能性があり、司法警察上の便宜のために死体等に異状を発見した場合の届出義務を課したものである¹。届出義務違反に対する刑罰は50万円以下の罰金である（医師法33条の2）。この条文はここ数年、二つの視点から注目を集めている。ひとつは自己負罪拒否権との関係という憲法学的な問題、もうひとつは異状死届出義務違反の構成要件という医事法学的な問題である。特に都立広尾病院事件²の判決後、いささか加熱気味ともいえる論争が繰り広げられている³。本稿は医師法21条の法的問題につき、若干の考察を加えるものである。

-
- 1 日本学術会議第2部・第7部 報告 異状死等について一日本学術会議の見解と提言— 平成17年6月23日p11
 - 2 東京地判平13年8月30日判時1771号p156、東京高判平15年5月19日高刑集56（2）p6、最判平16年4月13日刑集58（4）p247
 - 3 前掲日本学術会議報告もその一つといえよう

第2章 自己負罪拒否権について

第1節 自己負罪拒否権とは

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。」と定めている。これは、被疑者、刑事被告人および各種の証人に対して、不利益な供述を避けた場合、処罰その他法律上の不利益を与えることを禁ずる意味である⁴。これは自己負罪拒否権Right Against Self-Incriminationと呼ばれ、合衆国憲法修正5条 'No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself.' (何人も、刑事事件において、自己に不利な証人となることを強制されない) に由来する。修正5条は、真実解明の名のもとに行われる自白の強要・拷問を排除することで、被告人・被疑者の人権を守るという点で重要である。本条との関係で問題となるのは、取締官庁または監督官庁が、種々の目的で記帳・報告ないし答弁の義務を課し、それに応じない場合に一定の刑罰等を科す行政法規である。古くから川崎民商事件⁵を始めとする判例の積み重ねがある。

第二節 自己負罪拒否権の起源

我が国の自己負罪拒否権は、英国から米国を経て日本法に移植されたと考えるのが、通説的見解である。英国における自己負罪拒否権は、17世紀中盤頃よりコモン・ローを起源に確立した概念と考えられているが、ローマ法に起源を持つカノン法の'nemo tenetur prodere seipsum' (何人も自己を罪に陥れる義務はない) を起源とする説もある⁶。いずれにせよ、英国で

4 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法』第5版p243-245

5 最大判昭47年11月22日刑集26(9)p554

6 Leonard WL, *Origins of the Fifth Amendment: The Right Against Self-Incrimination* (1999) 1st.ed. p325. Langbein JH, *The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law* (1994). Faculty Scholarship Series. Paper 550 p1085. Helms RH, *Roman Canon Law in Reformation England*

遅くとも18世紀後半⁷には確立した概念である。米国における自己負罪拒否権は、1776年のバージニア邦におけるバージニア権利宣言8条⁸が最初の記載とされ、1791年に合衆国憲法修正5条に引き継がれた。合衆国憲法修正5条での自己負罪拒否権の創設は、従来のコモン・ローを確認するものであって、新たなルールを作り出して従来の手続のあり方を変革することを意図したものではなかったとされる⁹。

日本での自己負罪拒否権の導入は、終戦後にGHQの占領政策の一環として、米国法を起源に、新しいルールとして成立したものである。自己負罪拒否権についての記述は、1945年12月6日、総司令部で憲法を担当していたRowellが作成した「レポート・日本の憲法についての準備的研究と提案」に最初に認められ、GHQ草案にそのまま引用された¹⁰。その後、一部修正を経て、現行憲法38条1項となった。GHQ草案は'*Shall not be compelled to testify against himself*'（政府訳「何人モ自己ニ不利益ナル証言ヲ為スコトヲ強要セラレサルヘシ」）と、Rowellと同じ文言を用いているが、Rowellが刑事手続時の権利のひとつとして自己負罪拒否権を記載し

(1990) p964. なお伊藤博路、自己負罪拒否特権の起源についての一考察:アメリカでの議論を中心にして（罪と罰・非情にして人間的なるもの:小暮得雄先生古稀記念論文集）（2005）p189-194、松倉治代、刑事手続におけるNemo tenetur 原則（1）ードイツにおける展開を中心としてー、立命館法学335号（2010）p146以下参照

7 英国における自己負罪拒否権の確立は、Levyは17世紀中盤にコモン・ロー裁判所で確立したとするが、Langbeinは18世紀末から19世紀に確立したとする。米国法への自己負罪拒否権の承継が1776年バージニア権利宣言であることからすると、19世紀ではいささか遅いと考えられる。

8 The Virginia Declaration of Rights Article 8 http://www.gunstonhall.org/georgemason/human_rights/vdr_final.html

9 小川佳樹、自己負罪拒否特権の形成過程、早稲田法学77（1）（2001）p140

10 Rowellは'*Shall not be compelled to testify against himself*' と記載している。Testify という語はBlack's Law Dictionary（1991）では'*To bear witness; to give evidence as a witness*' とあるので、合衆国憲法修正5条と大きな表現の違いはないと考えるべきであろうか。

ているのに対し、GHQ草案はこの文章だけで1項を構成させ、刑事手続時に限らない権利として記載している¹¹。このことから憲法38条1項が、刑事手続全般はもとより、行政手続、民事手続にまで適用されるかが重要な争点となりうるが¹²、最高裁は刑事責任追及以外で憲法38条1項を適用した例はない¹³。

第三節 自己負罪拒否権と行政法規をめぐる判例の動向

医師法21条は行政法規をもって医師に異状死の報告義務を課すものであり、医療過誤¹⁴が問われる可能性があることから問題となる。医師自身が業務上過失致死傷罪（刑法211条）の加害者となりうることを認識しながら、警察に異状死の報告をしなければならないからである。そこで以下、自己負罪拒否権と行政法規につき、代表的な判例を引用する。いずれも有名な判例であるが、本稿での検討に必要な範囲で確認しておきたい。

11 Rowel M, Report of preliminary studies and recommendations of Japanese Constitution, http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/046/046_0041.html. GHQ草案の日本語訳, http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/076/076_0181.html. なお松倉治代, 刑事手続におけるNemo tenetur 原則 (3) —ドイツにおける展開を中心として—立命館法学 337号 (2011) p78-83.

12 例えば最判昭59年3月27日刑集38 (5) p2037における裁判官横井大三の意見参照

13 米国修正5条もany criminal caseという文言から同様の解釈がなされている。なお小川佳樹、外国において刑事訴追を受ける虞と供述強制、早稲田法学78 (3) (2003) p32参照

14 医療過誤とは医療事故の一類型であって、医療従事者が、医療の遂行において、医療的準則に違反して患者に被害を発生させた行為をいう（リスクマネジメントマニュアル作成指針第3 厚生労働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 http://www1.mhlw.go.jp/topics/sisin/tp1102-1_12.html）。したがって医療過誤という概念には、事故に関して医療従事者に責任があることが前提となる。

1. 重過失致死道路交通取締法違反被告事件¹⁵

【事案の概要】

無免許で雇主に無断で自動車を持ち出し、飲酒酩酊の上で女給等を同乗させ死亡事故を起こした被告が、何ら救護の処置をとることなく、いち早く現場を逃走したことにつき、業務上過失致死傷罪および道路交通取締法 24 条¹⁶違反等で起訴された。被告は施行令 67 条 2 項掲記の「事故の内容」には刑事責任を問われるおそれのある事項も含まれるから、同項中その報告義務を定める部分は、自己に不利益な供述を強要するものであつて、憲法 38 条 1 項に違反し無効である、と主張した。

【判旨】

(1) 施行令 67 条 2 項掲記の「事故の内容」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すものと解すべきである。したがつて、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（被害者の救護、交通秩序の回復）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つて、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。

(2) 施行令 67 条 2 項により前叙の報告を命ずることは、憲法 38 条 1 項にい

15 最大判昭 37 年 5 月 2 日刑集 16 (5) p495

16 道路交通取締法 24 条「車馬又は軌道車の交通に因り、人の殺傷又は物の損壊があつた場合においては、車馬又は軌道車の操縦者又は乗務員その他の従業者は、命令の定めるところにより、被害者の救護その他必要な措置を講じなければならない。」なお罰則は同法 28 条 1 号および罰金等臨時措置法 2 条により 3 月以下の懲役、5,000 円以下の罰金又は科料。また道路交通取締法施行令 67 条 2 項は、「前項の車馬又は軌道車の操縦者（操縦者に事故があつた場合においては、乗務員その他の従業者）は、同項の措置を終えた場合において、警察官が現場にいないときは、直ちに事故の内容及び同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、且つ、車馬若しくは軌道車の操縦を継続し、又は現場を去ることについて、警察官の指示を受けなければならない。」と定める。

う自己に不利益な供述の強要に当たらない。

判旨のいうところは、道路交通取締法の交通事故報告義務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、刑事責任を問われるおそれ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、解せられないので、憲法38条1項にいう自己に不利益な供述の強要に当たらない、ということである。このような、「刑事責任を問われるおそれのある事項について供述を強要していない」という理由での判決は、次に述べる川崎民商事件まで続いている¹⁷。

2. 川崎民商事件¹⁸

【事案の概要】

被告人が、税務署による過少申告の疑いに基づく税務調査にあたり、税務職員の質問検査（売上帳、仕入帳等の呈示を求めた）を拒んだところ、旧所得税法70条10号に違反するとして起訴された。第1審（横浜地裁）、第2審（東京高裁）ともに有罪判決を下した。そこで、旧所得税法70条10号、

17 川崎民商事件判決までに出された判決として、外国人登録令違反被告事件、最判昭31年12月26日刑集10（12）p1769「外国人登録令4条1項に規定する登録の申請は、不法入国の犯罪の申告を要求しているものとは認められない」、法人税法違反被告事件、最判昭35年8月4日、刑集14（10）p1342「法人税法18条1項は・・・何ら自己が刑事上の責任に問われる虞のある事項について供述を強要しているわけのものではない。」、赃物故買古物営業法違反被告事件、最判昭37年5月4日刑集16（5）p510「古物営業法がこれらの記帳を命じているのは・・・それ自体、何等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しているわけのものではない。」などがある。

18 本判決に関する評論・解説は多いが、さしあたり以下の3編を挙げておく。野坂泰司、税務調査における質問検査権と憲法31条、35条、38条1項-川崎民商事件判決-月刊法学教室320（2007）p100-109。松井幸夫、行政手続と令状主義および黙秘権-川崎民商事件、憲法判例百選〔2〕＜第5版＞〔別冊ジュリスト187〕（2007）p264-265。石川健治、質問検査権〔2〕-憲法35条・38条との関係-川崎民商事件、租税判例百選＜第4版＞〔別冊ジュリスト178〕（2005）p208-209

63条の規定が裁判所の令状なくして強制的に検査することを認めているのは憲法35条に違反すること、旧所得税法70条10号、12号、63条の規定に基づく検査、質問の結果、所得税通脱（旧所得税法69条）の事実が明らかになれば、税務職員は刑事告発できるのであり、検査、質問は、刑事訴追を受けるおそれのある事項につき供述を強要するもので憲法38条に違反する、として上告した。

【判旨】・・・憲法38条1項に関連する部分のみを挙げる。

(1) 憲法38条1項による保障は、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、ひとしく及ぶ。

(2) しかし検査が、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ものと認めるべきことにはならない。なぜなら検査の範囲は、所得税の公平確実な賦課徴収のために必要な資料を収集することを目的にかぎられており、また、その検査は所得税の賦課徴収手続上一定の関係にある者につき、その者の事業に関する帳簿その他の物件のみを対象としているのであって、所得税の通脱その他の刑事責任の嫌疑を基準に右の範囲が定められているのではないからである。

(3) 所得税の公平確実な賦課徴収を図るという公益上の目的を実現するために収税官吏による実効性のある検査制度が欠くべからざるものである・・・その目的、必要性にかんがみれば、右の程度の強制は、実効性確保の手段として、あながち不均衡、不合理なものとはいえない。

憲法38条1項による保障は、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、ひとしく及ぶとしていながら、質問検査¹⁹は直接結びつく作用を一般的に有さない、としている。この理由として、「検査の範囲は、所得税の公平確実な賦課徴収のために必要な

19 質問検査の法的性質につき、栗谷桂一、質問検査権行使を巡る諸問題-徴収職員の質問検査権を中心として-税大論叢 64 (2010) p1-87

資料を収集することを目的にかぎられ」、「検査は所得税の通脱その他の刑事責任の嫌疑を基準に右の範囲が定められているのではないから」とする。また、公益上の目的を、強制的尺度とする。この理由は前掲事件と基本的には異ならないが、「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」という表現が、以降の判例に頻出するようになる²⁰。これは、ともすると行政法規が無制限に憲法38条1項に違反しないとしてきたそれまでの動きを、「刑事責任の追及に直接結びつく作用を一般的に有するかどうか」という基準で歯止めを掛けようとする動きであり、より違憲判断が行いやすくなったと言えよう。

3. 所得税法違反事件²¹

【事案の概要】

国税犯則取締法上の犯則嫌疑者に対する質問調査で得られた資料で有罪となった被告が、質問調査が憲法38条1項に違反すること、および黙秘権を告知されなかった違法性を主張して上告した。

【判旨】

国税犯則取締法（の）・・・調査手続は、実質的には租税犯の捜査としての機能を営むものであつて・・・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・・・、憲法38条1項の規定による供述拒否権の保障が及ぶ。しかしながら、憲法38条1項は供述拒否権の告知を義務づけるものではなく、・・・供述拒否権の告知を要するも

20 外国人登録法違反被告事件, 最判昭56年11月26日刑集35 (8) p896「外国人登録法3条（は）・・・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。」、関税法違反被告事件, 最判, 昭和54年5月10日刑集33 (4) p275「関税法67条（は）・・・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。」

21 最判昭63年4月28日税務訴訟資料167号p99

のとすべきかどうかは・・・立法政策の問題。

本判決は国税犯則取締法上の犯則嫌疑者に対する質問調査（以下、犯則調査）であり、川崎民商事件での国税犯則取締法以外に基づく質問調査²²（以下、税務調査）とは異なる。税務調査を規定する法律には、それぞれ、「質問又は検査の権限は、犯罪捜査のために認められたものと解してはならない。」という文言が入っており、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有していない、と解釈されうる²³。一方、犯則調査は、国税犯則取締法12条の2に「収税官吏ハ間接国税以外ノ国税ニ関スル犯則事件ノ調査ニ依リ犯則アリト思料スルトキハ告発ノ手続ヲ為スヘシ」と規定するなど、「実質的には租税犯の捜査としての機能を営む」と判断され、憲法38条1項の適用があると判断されたと思われる。国税犯則取締法が刑事訴訟法の捜査手続規定と同様の目的、機能、性質を有していることから、この判断は正当であると同時に、刑事訴訟法以外の手続にも憲法38条1項を適用した点で評価できる。もっとも供述拒否権の告知は立法政策の問題としたが、供述拒否権の告知は、憲法38条1項の法意に含まれると解する余地もあるのではなかろうか²⁴。

4. 麻薬取締法違反事件²⁵

【事案の概要】

病院の麻薬管理者が、正規の手続を経ていない麻薬の取扱に関して、帳

22 国税通則法34条の6、所得税法234条、相続税法60条、法人税法153条ほか。

23 もっとも税務調査の資料が犯則調査に利用されることはある。最決平16年1月20日刑集58（1）p26。なお平成18年に国税徴収法に以下の条文が追加されたことは、税務調査と犯則調査の牽連を強め、税務調査と憲法38条1項の關係に影響をあたえる可能性がある。第146条の2「徴収職員は、滞納処分に関する調査について必要があるときは、官公署又は政府關係機関に、当該調査に関し参考となるべき帳簿書類その他の物件の閲覧又は提供その他の協力を求めることができる。」

24 証言拒否権は民事訴訟法にも規定がある。民事訴訟法197条参照

25 最判昭29年07月16日刑集8（7）p1151

簿に記入しなかった。麻薬取締法14条1項（記帳義務）違反で起訴されたが、東京高裁は、「正規の手続を経ていない麻薬の取扱に関する事実を帳簿に記入することは、その違反行為の発覚の端緒となるものであつて、麻薬取扱者といえどもこれを期待することが不可能であるから、かかる事実を帳簿に記入しなくても、当該義務違反の罪を構成しない」と判示したので、検察により最高裁に上告された。

【判旨】

麻薬取扱者たることを自ら申請して免許された者は、そのことによつ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つても、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つても、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。

麻薬取扱者を免許された者は、当然、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という、いわゆる「事前放棄の理論」が用いられた点で、他の判決とは一線を画す内容である。ただしこの判例は昭和29（1954）年と、川崎民商事件判決以前のものであり、それ以降、都立広尾病院事件まで類似判例が出ていないことにも注意する必要がある。

以上をまとめると、川崎民商事件は、その手続が刑事責任を追及のための資料収集に直結する作用を「一般的に有しているか」を判断材料とすることを明らかにし、所得税法違反事件では、「犯則嫌疑者に対する質問調査は一般的に有している」、と判示したことになる。一方で、麻薬取締法違反事件において「黙秘権の事前放棄」という、別の理論も用いている。都立広尾病院事件判決は、これらの判例の積み重ねの上に出されたものである。

第3章 医師の異状死届出義務

第1節 異状死届出義務の沿革

医師の異状死届出義務（異状死報告義務）は、どのような経緯で医師法に規定されたのであろうか。明治維新後、明治政府は医療制度の近代化を急ぎ、明治7（1874）年に医制を文部省達した²⁶。医制は病院制度など施設法規のほか、医師開業免許制度など身分法規も規定している。注目すべきは45条に、治療中の患者が亡くなったときは、3日以内に医務取締に届け出ることが定められていることである²⁷。

明治9（1876）年2月、内務省は同趣旨の通達を各県²⁸に出し、医制の文部省達されている三府だけでなく、全国の府県が規制対象となった。医務取締とは、医務局地方官の指示のもとに日常の医務を取り扱う者²⁹で、現在の都道府県医療行政担当者に相当する。医制45条は、医師法21条と同様に患者が亡くなった時に医師が届け出ることを義務付けているが、いくつかの違いがある。最も大きな違いは、医師法は異状死のみの届け出であるのに対し、医制は死亡患者全ての届け出である。また医師法が所轄警察署への届け出を求めているのに対して、医制は医療取締（あるいは区戸長）を経て県当局に届け出を求めている。警察組織は明治7年に司法省から内務省に移管されて内務省警保局が担当し、府県庁には警察課が置かれていた。医療取締への届出が、府県衛生行政への情報提供であったのか、ある

26 明治7年8月18日、文部省より東京京都大阪府に達。当時、文部省に医務局が置かれていたが、明治8年6月、衛生行政は文部省から内務省に移管された。

27 医制45条「施治ノ患者死去スル時ハ医師三日内ニ其病名経過ノ日数及ヒ死スル所以ノ原由ヲ記シ・虚脱・痙攣・窒息等ノ類ヲ謂フ・医師の姓名年月日ヲ附シ印ヲ押シテ医務取締ニ出スヘシ」なおこの規定は明治8年3月に施行された。その後の改正で医制24条となった。厚生省医制百年史（1976）p20-21。

28 琉球（現在の沖縄県）を含むが、開拓使（現在の北海道）は含まれていなかったようである。前掲百年史p53

29 医療取締は明治9年頃、全国で484名いたという。前掲百年史p53

いは警察組織への情報提供をも兼ねていたかは不明である。さらに医制45条には罰則がないが、医師法21条には罰則がある。医制には、45条に限らず罰則規定そのものが全くないが、医制は法令ではなく衛生行政の方針を示した訓令である³⁰ことが理由であろう。医制が發布される明治7年は、ボワソナードの手による明治13（1880）年の旧刑法の布告（すなわち刑事法における大陸法の承継）前であり、刑事法そのものが未成熟であったことも罰則のない理由として挙げられよう。また死産児の届け出義務が医制にはなく、届け出までの日数も、医制3日以内、医師法24時間以内と差がある。以上より医制45条は公衆衛生目的が主で、司法警察目的の医師法21条とは性質が異なるように思われる。ただ医療行政も警察行政も同じ内務省であることから両者が未分化とも考えられ、医師法21条の萌芽と見るべき余地はあろう。

一方東京府は、変死体に対する独自の届け出制度を持っていた。明治9年10月21日、「医師死体検案異状等アルトキ取扱方」³¹を布達し、当番医が死体を検案し、もし異状があり変死等の疑いがあるときは、すぐに区務所³²に申し出、区務所は直ちに警視署へ通告することを義務付けた。当番医とは、頓死、急症で医師を呼ぶまもなく死亡した者に死亡届を発行するため、地域の医師が輪番で担当する制度である³³。翌明治10（1877）年6月

30 前掲百年史p17

31 「本庁甲第百号布達第六条当番医タルモノ死体検案之節若シ異状アリテ変死等ノ疑アルキハ即時該区務所エ申出ツヘシ区務所ニ於テハ直チニ警視署エ可及通告此旨布達候事」東京府布達明治9年甲122号（明治9年10月21日）太政類典第2編第136巻p62（国立公文書館デジタルアーカイブ収載）。なお東京府布達全書明治9年p206（国立国会図書館近代デジタルライブラリー収載）には「変死体届出」の名称で搭載されている。

32 区は明治4年に創設された行政単位。明治11年にもとの郡町村に戻ったが、東京府など区を維持したところもあった。戸籍法3則（明治4年4月4日太政官布告170号）、郡区町村編制法1条（明治11年7月22日太政官布告17号）参照。

33 東京府布達明治9年甲100号（明治9年9月20日）東京府布達全書明治9年p193（前掲デジタルライブラリー収載）

7日、貧民患者救助のために区医（ないし郡医）が置かれ³⁴、郡区医として採用された医師が受け持ち区域の貧民への施療、医療を受けないで死亡した患者の死体検案、流行病への治療予防などを担当した。郡区医に対しては、当番医同様に死体に異状があるか異状が疑われる時は、直ちに警視分署に通知することを求めた³⁵。

東京府のこの制度は、死体に異状、あるいは異状を疑う時のみ届け出を求めており、医制のような公衆衛生目的ではなく司法警察目的である点で、医師法21条に通じる。また区務所を通じて警視署に届け出る、あるいは直接、警視分署へ届け出るなど、異状死情報が警察組織に直接伝わる制度であることも医師法21条と同じである。一方異なる点は、全ての医師に異状死届け出を義務付けたのではなく、当番医ないし郡区医にのみに義務づけた点である。当番医ないし郡区医は、貧民や身元不明者の死体検案を担当していたと考えられるが、このことは逆に制度の目的が司法警察にあったことを強く示唆し、医師法21条との類似性を感じさせる。また届け出も「即時」「直チニ」と、医師法の24時間以内と類似する表現となっている。なおこの制度は東京府という一地方の規則であるが、東京府知事は官選の奏任官であることより政府から完全に独立しておらず、現在の条例のような位置づけではなく、東京で規則を整備し全国に広げてゆく、という性質だった可能性がある³⁶。

34 東京府下施療券及牛痘施種券発行規則附受持区画 東京府布達明治10年甲68号（明治10年6月7日）太政類典第2編第136巻p66（国立公文書館デジタルアーカイブ収載）

35 東京府郡区医職務心得10条但書「死体ニ異状アルカ若シクハ疑フヘキ状況アル時ハ、直チニ警視分署へ通知スヘシ」東京府布達明治13年丙57号（明治13年8月26日）東京府布達全書明治13年（東京市史稿市街篇63p680収載）。なおこの規定は明治10年布達の郡区医職務心得を改正したものである。

36 医制も東京、京都、大阪の三府にのみ布達されており、医療制度全体が全国で同時に規制できる社会状況ではなかったと思われる。なお畔柳は医師法21条のルーツをドイツ埋葬法に求める。畔柳達雄 医師法21条のルーツを求めて、判タ1155（2004）p41-67

明治39（1906）年、医師の身分法である医師法（明治39年5月2日法律47号）が發布された（なお現行医師法（昭和23年7月30日法律201号）と区別するため、明治39年5月2日法律47号を旧医師法と称する）。医師に対する規制は、この旧医師法によることとなった。旧医師法は、施行規則9条に異常死届出義務を規定し、規則15条で罰則（罰金）を定めた。施行規則9条は「医師死体又ハ四箇月以上ノ死産児ヲ検案シ異常アリト認ムルトキハ24時間以内ニ所轄警察官署ニ届出ヘシ」と規定している。医師法21条と比較すると、ほとんど文言が同じで、文語口語の違いを除けば、旧医師法規則は「異常」「四箇月以上ノ死産児」「警察官署」であるのに対し、医師法は「異状」「妊娠4月以上の死産児」「警察署」であることが異なるだけである。「異常」と「異状」に差異があるかは詳らかではないが、その余は現行法と全く同じといってよいであろう³⁷。

医制45条と旧医師法施行規則9条の違いは、死亡患者全ての届け出から異状死のみの届け出、医療取締（区戸長）を経て県当局への届け出から所轄警察官署への届け出、罰則の創設、死産児の届け出義務の創設、届け出日数が24時間以内に短縮化が挙げられよう。一方、「医師死体検案異状等アルトキ取扱方」と旧医師法施行規則9条の違いは、東京府の規則から法律への変更、全ての異状死の届け出、罰則の創設、死産児の届け出義務の創設、届け出日数が24時間以内と具体化した点であるが、いずれも本質的な変更ではないように思える。

戦時中、旧医師法は他の法律とともに国民医療法（昭和17年法律第70号）に統合されたが、旧医師法施行規則9条は国民医療法施行規則31条³⁸に承継された。両者の文言はほぼ同一で、違いは旧医師法規則が「異常」「警察官署」である部分が国民医療法施行規則では「異状」「警察署」で

37 罰則は罰金であるが、もとより罰金の金額は異なる。

38 医師死体又ハ四箇月以上ノ死産児ヲ検案シ異状アリト認ムルトキハ24時間以内ニ所轄警察署ニ届出ヘシ

ある。また国民医療法施行規則と医師法の違いは、文語口語の違いを除けば、「四箇月以上ノ死産児」と「妊娠4月以上の死産児」のみである。戦後、日本国憲法が施行され、法律の委任がなければ命令に罰則を付すことができなくなり³⁹、昭和22（1947）年12月31日をもって、国民医療法施行規則の罰則規定は効力を失う⁴⁰。このため法改正がなされ、国民医療法施行規則31条と同じ文言で国民医療法10条ノ2が新設された⁴¹。この法改正は新憲法公布により憲法との整合性を保つためのものであったが、審議の過程で憲法38条1項との関係が検討された形跡はない⁴²。

昭和23（1948）年、国民医療法はいくつかの法律に分かれ、医師の身分法部分は医師法として成立した。国民医療法10条ノ2とほぼ同じ文言で、

39 憲法73条6項「この憲法及び法律の規定を実施するために、政令を制定すること。但し、政令には、特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない。」なお明治憲法にも同様の規定があった（明治憲法23条 日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問処罰ヲ受クルコトナシ）が、命令ノ条項違反ニ関スル罰則ノ件（明治23年法律第84号）により、命令にも罰則を付すことができた。

40 日本国憲法施行の際現に効力を有する命令の規定の効力等に関する法律第1条。なお銃砲火薬類取締法施行規則違反事件，最大判昭27年12月24日刑集6（11）p1346参照

41 昭和22年12月1日法律205号。罰則も当然、国民医療法に移された。

42 第1回国会（特別会）記録（国会会議録検索システム<http://kokkai.ndl.go.jp/>）なお昭和22年11月25日参議院厚生委員会において、厚生省医務局次長久下勝次は次のように発言しており、あくまでも憲法公布にともなう法改正に過ぎないと認識していることがわかる。「それから（国民医療法）第10條ノ2という規定が新しく附け加わることになっておりますが、これは『医師死体又は妊娠四ヶ月以上ノ死産見ヲ検案シ異常（ママ）アリト認ムルトキハ24時間以内ニ所轄警察署ニ届出ツベシ』ということになっておりますが、これは現在は国民医療法施行規則の中にこの規定があるのであります。併しこの規定は法律事項でありますので、法律の委任に基づいて、命令の中に規定しておくことを適当と認めませんので、特にこの条文を取り上げて、この改正の機会に、法律の中に特にこの条文を設けることにいたしましたのであります。この規定の趣旨は、申上げるまでもなく、犯罪の虞れのあることが多うございますので、一應所轄警察署に届けてもらいまして、必要な捜査をし得る便宜を與えようとする考え方で、昔からある規定でございます。」

医師法21条が設けられた。

以上より、医師法21条は明治9年10月21日東京府布達の「医師死体検案異状等アルトキ取扱方」を起源とし、制定当初から司法警察目的であったといえる。

第2節 医師法21条違反の構成要件

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。」と規定している。届出義務違反の構成要件は、(1) 主体が医師であること、(2) 死体又は妊娠4月以上の死産児の検案をしたとき、(3) 異状があると認めたとき、(4) 24時間以内に所轄警察署に届け出なかったとき、である。以下、詳述すると、

(1) 本条は真正身分犯であり、主体が医師⁴³でなければならない。しかし医師に強い支配をしている者（例えば病院の開設者や管理者、上司）は、医師免許の有無にかかわらず間接正犯として構成要件を満足する。なお医師に、歯科医師は含まれないと考えられる⁴⁴。

(2) 死体とは、死亡した人の身体をいい、その一部もしくは臓器等を含む⁴⁵。妊娠4月とは妊娠12週をいい、最終月経から起算する。死産児と

43 医師とは、医師法により医師免許を受けたもの、従前の規定により医師免許を受けた者とみなされるもの（医師法36条）、沖縄（復帰前）の医師法（1955年立法第74号）により医師免許を得た者（沖縄の復帰に伴う特別措置に関する法律53条）である。外国で医師免許を受けた者（外国医師等が行う臨床修練に係る医師法17条等の特例等に関する法律2条5項による臨床修練外国医師を含む）は含まれない。

44 歯科医師には別に歯科医師法が身分法として存在すること、また罪刑法定主義の要請から当然であろう。もっとも同じ真正身分犯である秘密漏示罪（刑法134条）のように、医師という文言に歯科医師が含まれている場合もあり、歯科医師が含まれるという解釈は不可能ではない。

45 大判大14年10月1日刑集4巻p613

は出産時に死亡していた胎児であり⁴⁶、分娩直後に死亡した場合は死体となる。検案という語を理解するには、死亡診断書と死体検案書（医師法20条）の違いを理解する必要がある。前者は診療中の患者が死亡した場合に交付されるもので、後者は診療中の患者以外の者が死亡した場合に、死後その死体を検案して交付されるものである⁴⁷。なお診療中だった患者が受診時後24時間後に死亡した場合は、改めて診察をしなければ死亡診断書を交付できない⁴⁸。また診療中の患者であっても、それが他の全然別の原因、例えば交通事故等により死亡した場合は、死体検案書を交付する⁴⁹。医療事故⁵⁰による死亡も、「他の全然別の原因」であるなら含まれることは疑いない。問題は、医療行為に伴う合併症で死亡した場合、例えば一定の確率で起こる薬剤の副作用で死亡した場合、「他の全然別の原因」となるかどうか、である⁵¹。医療現場では死体検案書ではなく、死亡診断書が交付されることが多い。このような検案の理解は以前のスタンダードであり、芦澤は原則修正説と呼ぶ⁵²。ところが日本法医学

46 なお死産の届出に関する規程（昭和21年厚生省令第42号）は、「この規程で・・・死児とは出産後において心臓搏動、随意筋の運動及び呼吸のいづれをも認めないものをいふ。」とする。

47 野田寛 医事法上巻p126

48 厚生労働省 平成22年度版死亡診断書（死体検案書）記入マニュアル p6。もっとも下級審判決であるが、24時間を超えれば診断ではなく検案であるとの判決もある。東京地八王子支判昭44年3月27日刑裁月報1（3）p313「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）」

49 医師法20条但書に関する件（昭和24年4月14日 医発第385号）

50 医療事故は、医療に関わる場所で、医療の全過程において発生するすべての人身事故をいう（前掲リスクマネジメントマニュアル作成指針）。

51 前掲日本学術会議報告p14は、肺気腫症における気胸、腎疾患における急性心停止、高脂血症や動脈硬化症における脳卒中や心筋梗塞、下肢血管炎における肺梗塞を例示する。

52 芦澤政治 最高裁 時の判例〔平成15年～平成17年〕〔5〕〔ジュリスト増刊〕（2007）p26-32

会⁵³は、平成6（1996）年5月に発表した異状死ガイドライン⁵⁴をめぐる混乱に答える形で、平成14（2002）年9月に「医師法21条（に）・・・言う検案とは単に死体で発見された場合の検査と言う意味に限局されるのではない。診療中の患者においてもその死の判定をした後に、主治医あるいは他の医師は、正確な死亡診断書や死体検案書作成のために、その死の原因を究明すべく死体を詳細に観察することが必要である。そのような観察は検案に相当する」と見解を表明した。この見解によれば、全ての死亡診断⁵⁵が検案に含まれ、医師法21条の射程に入ることになる⁵⁶。この考えは、医師法20条の検案と、医師法21条の検案を、まったく異なる概念としてとらえるものである。

（3）異状とは、判例上、「死体に純然たる病死状況が見られない場合をいい、医師が死因に犯罪の疑いがないと思った場合を含む」⁵⁷、という意味である。また別の判決では、「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

53 法医学者が医学用語としての「検案」に定義を与える立場にある専門家であり、日本法医学会が社団法人日本医師会の下部組織たる日本医学会の分科会であり、法医学者の代表的な団体であることは疑いない。もとより法律用語としての「検案」の概念は、医学用語としての「検案」とは別である。

54 異状死ガイドライン、日本法医学会雑誌48（5）p357-358（1994）。なお医師法21条の届け出がなされると、死体検案書は主治医ではなく監察医等が発行する。前掲死亡診断書（死体検案書）記入マニュアルp5

55 診療中の患者が受診後24時間以内に死亡した場合は死後の診察、すなわち死亡診断を行わない場合が考えられる（医師法20条）が、今日、そのような例は皆無であろう。

56 この見解では、自己負罪拒否権にも言及している。

57 「所謂屍体等ニ異常（ママ）アリトハ純然タル病死ニ非スト認ムヘキ状況カ屍体ニ存スル一切ノ場合ヲ指称スルモノニシテ医師カ死因ヲ犯罪ノ嫌疑ナシト認ムル場合ト雖モ其除外例ヲナスヘキモノニアラスト解スルヲ正当ナリト」（大判大7年9月18日 刑録24 輯p1226）。なお大正7年当時、旧医師法施行規則では異状死という語が使われており、判例で異常という語が使われた意図は不明である。

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」⁵⁸としている。しかし検案同様、平成6年に日本法医学会がより広い定義を提唱した。日本法医学会は異状死体を、「確実に診断された内因性疾患で死亡したことが明らかである死体以外の全ての死体」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）も含むとした⁵⁹。この定義に従うと、前述の医療行為に伴う合併症で死亡した場合、例えば一定の確率で起こる薬剤の副作用で死亡した場合も異状死ということになる。これに対して臨床医の学術団体である日本外科学会ほか12学会は、明らかな過失による医療過誤事件の場合は該当するとしつつ、十分に説明して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より患者が死亡した場合は、刑事事件とはなり得ないので届出義務は発生しない、との声明を出した⁶⁰。なお異状死に類似した言葉に変死があるが、変死は死亡原因が判明しない死である⁶¹。

(4) 24時間の起算は、検案して異状があると認めたときからである。例えば看護師から医療過誤の報告を受け、3時間後に検案をおこなったとすれば、起算時刻は検案をした時刻である⁶²。所轄は警察法53条4項による管

58 前掲東京地八王子支判昭44年3月27日。

59 前掲日本法医学会雑誌。

60 日本外科学会ほか12学会 声明 診療に関連した「異状死」について 平成13年4月10日および6月10日。

61 刑事訴訟法229条、渥美東洋 刑事訴訟法初版（1985）p78。死亡が犯罪によるものか否かが変死か否かの判断基準になるのだろうか。

62 前掲都立広尾病院事件高裁判決参照

轄区域⁶³のことと思われる。届け出るのは検案をした医師である。複数の医師で検案をした場合は、それぞれに届け出義務が生じることになる。

第3節 歯科医師・助産師との関係

医師の異状死届出義務を考える時、歯科医師に異状死届出義務がないことに留意すべきである。医制では医師と歯科医師が分離していなかったが、明治39年に旧医師法とともに旧歯科医師法（明治39年5月2日法律48号）が公布され、医師と歯科医師が免許上、分離した。この時、歯科医師には異状死届出義務が求められなかった。これは、国民医療法、歯科医師法（昭和23年7月30日 法律第202号）に引き継がれ、現在に至っている。歯科医師は自己の患者が死亡した際に死亡診断書を交付できる⁶⁴が、死体検案書は交付できない。

歯科医師に異状死届出義務が求められなかった理由は、報告義務が検案に限られており、歯科医師が死体検案書を交付しないことと考えられる。歯科においても治療に用いた薬剤のアレルギーなどで、診療行為に関連した予期しない患者死亡に遭遇することは当然考えられる。この場合、日本法医学会の基準に従えば、医師であれば警察署に届け出義務があり、歯科医師であれば届け出義務がないことになる。一方、助産師は、昭和22年7月3日に公布（昭和25年9月1日施行）された保健婦助産婦看護婦令で、異常死産児報告義務が規定された⁶⁵。ただし罰則はなかった。これは政令の公布が日本国憲法公布後であり、法の委任なしに命令には罰則が付けられ

63 警察法53条4項 警察署の名称、位置及び管轄区域は、政令で定める基準に従い、条例で定める。

64 ただし昭和23年10月27日から昭和28年8月9日まで、歯科医師は死亡診断書が交付できなかった。昭和28年法律第193号参照。

65 助産師は、妊娠4箇月以上の死産児を検案して異常があると認めたときは、24時間以内に所轄警察署にその旨を届け出なければならない。

ないという理由⁶⁶のほか、改正法規である保健婦助産婦看護婦法⁶⁷が翌年公布されるなど、国民医療法の改正作業が行われていたからであろう。保健婦助産婦看護婦法には異常死産児報告義務がそのまま移され、罰則が付された。助産師に義務があるのは、死産児を検案して死胎検案書を交付できるからであろう。以上より、死体検案書発行権の有無と異状死（異常死産児）報告義務の有無は一致しており、立法者の意図がここにあることは明白であるといえる。芦澤は、検案に関して医師法20条の解釈を21条の解釈に及ぼす必然性、合理性がないとするが、合理性はともかく必然性はある⁶⁸。

第4章 都立広尾病院事件

第1節 事案の概要と判旨

以下、都立広尾病院事件を取り上げる。医師法21条に関連する部分のみ記述し、虚偽有印公文書作成・同行使罪については省略する。

【事案の概要】

都立広尾病院では、看護婦⁶⁹が薬剤を間違えて注射したために、平成11（1999）年2月11日に患者が死亡した。翌2月12日朝、事故について警察に届け出ること会議でいったんは決定したが、監督官庁である東京都の

66 憲法73条6項参照。なお保健婦助産婦看護婦令は国民医療法27条にもとづく政令であるが、国民医療法に罰則の委任規程はない。

67 昭和23年7月30日法律第203号。ただし施行は昭和25年9月1日。なお現在は保健師助産師看護婦法

68 前掲芦澤。なお歯科医師法との関係で検案を論じた論文として、小嶋勇 医師法21条と憲法における医師の責任 日本大学法科大学院「法務研究」3（2007）、p35-55、喜多村悦史ほか 急増する医療事故の刑事責任化と医師法21条（異状死体の届出義務）地方財政2004年8月号p232-245

69 看護婦は平成13年法律第153号により平成14年3月1日に看護師と名称変更された。

病院事業部副参事から消極的意見が出たため、院長は警察への届出をしなかった。なお警察への届出がなされたのは、2月22日である。主治医、院長、都副参事が異状死届出義務違反で起訴され（主治医は略式起訴）、主治医および院長に罰金2万円（医師法21条違反の刑罰は罰金2万円以下⁷⁰）、副参事は無罪⁷¹となった。院長は、（1）診療中の患者が死亡した場合は医師法21条の検案にはあたらない、（2）死体を検案して異状を認めた医師が、自己がその死因等につき診療行為における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届出義務を負うとすることは、憲法38条1項に違反する、として上告した。最高裁は以下のように判示した。

【判旨】

（1）医師法21条にいう「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。

（2）医師法21条の届出義務は、警察官が犯罪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講ずるなどして、社会防衛を図ることを可能にするという役割をも担った行政手続上の義務と解される。異状死体は人の死亡を伴う重い犯罪にかかわる可能性があるから、いずれの役割においても、本件届出義務の公益上の必要性は高い。他方、憲法38条1項は、何人も自己が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と解されるところ、本件届出義務は、これにより、届出人と死体とのかわり等、犯罪行為を構成する事項の供述まで強制されるものではない。医師が本件届出義務の履行により、捜査機関に対し自己の犯罪が発覚する端緒

70 平成13年法律第87号による改正前の医師法33条（現行の医師法33条の2）および罰金等臨時措置法2条1項。現在は50万円以下の罰金に改正されている。

71 副参事は刑事訴訟法239条を意識した発言で、医師法21条を意識したものではないと判示した。瀬戸毅 実務刑事判例評釈93警察公論 57（4）（2002）69-74

を与えるなど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（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）として許容される。

第2節 自己負罪拒否権について

都立広尾病院事件最高裁判決は、「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」と、川崎民商事件で示された「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ものか否か」に従った判断が下された。この意味では、過去の最高裁判例の枠組みで判断されている。一方、「本件届出義務の公益上の必要性は高い」と、公益上の必要も理由に挙げ、また「医師免許に付随する合理的根拠のある負担」と医師免許の社会的責務も指摘している。後者は麻薬取締法違反事件で示された「事前放棄の理論」と同一であろう。

以上より本判決は、「刑事責任を追及する一般的作用か否か」を基本に「医師免許に付随する負担としての黙秘権の事前放棄」というこれまでの判例の立場を確認し、さらに「公益上の必要性」を新たに判断根拠に加え、「犯罪行為を構成する事項の供述まで強制されない」として供述を限定的に解釈しているといえる。まことに言い訳がましい論法であり、刑事責任を追及する一般的作用であることを避けるために色々理由づけをしたとしか思えない。過去の憲法38条1項をめぐる判例は、いずれも行政警察的な目的での資料の取得収集であるが、医師法21条は犯罪捜査を目的とした司法警察的な目的であり、これまでの事例とは性質を異にする。医師法21条による届け出数そのものの統計はないが、医療事故に関する病院からの報告数年間200名前後と類似した数字であろう⁷²。これは国内の年間死

者数126万人⁷³と比較すると少数である。異状死の届け出がなされるということ自体が稀な（すなわち異常な）事態であり、何らかの犯罪発生の可能性を推認させることは容易に想像できる⁷⁴。届出自体が刑事責任追及に直接結びつく作用を一般的に有していないのか、もうすこし丁寧に検討すべきだったのではないかと思う。犯罪行為を構成する事項の供述まで強制されるものではない、とする最高裁の判断は、高度の注意義務が課せられている医師の置かれた立場に即したものとはいえないであろう。

もちろん同様の事故を防ぐことにより被害の拡大防止措置を講ずることが公益上必要であることは疑いない⁷⁵。自己負罪拒否特権を守りつつ社会正義を実現する方策を考えるべきであろうが、その際でもやはり、自己負罪拒否特権の制約には慎重な立場を維持すべきであろう。事故の報告・届出義務という点では類似する前掲重過失致死道路交通取締法違反被告事件では交通事故報告義務を合憲とする理由として、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があげられていたが、医師法21条の届け出義務は死体または死産児についてのものであり、警察官が緊急に被害の拡大防止措置を講ずるなどして、社会防衛を図ることを可能にするといっても、緊急性の度合いが異なるといえよう。そうである以上、医師の届出義務についてその負担の程度が最小限度にとどまっているかどうか、少なくとも選ぶ他の手段・方法に比して届出義務の負担が低いといえるかどうかを問うべきではないだろうか。最高裁は、犯罪行為を構成する事項の供述まで強制されるものではない、として負担の程度を限定的なものと解しようとしているが、これだけでは説得的なものと

73 厚生労働省 平成23年（2011）人口動態統計の年間推計

74 淵野は直接結びつく作用であると断じる。淵野貴生 最新判例演習室 法学セミナー601（2005）p124

75 医師法21条の行政警察的側面である。もっとも警察が被害の拡大防止措置を講ずるのに適切な行政組織である、あるいはその能力があるかについては疑問なしとしない。最高裁判所判例解説59（5）p1664-1697参照

なっていないと思われる。

現行の負担が医師免許に付随する合理的根拠のあるとした最高裁の判断についても、その根拠としては不十分であるといわざるを得ない。言うまでもなく自己負罪拒否権は、歴史的に自白偏重による誤判の反省の上に確立した概念である。自己の医療過誤について罰則をもって報告義務を課す医師法21条は、「犯罪事実の解明は、一番よく知り得る被告人によってなされるべきだ」という糾問主義者の主張と二重写しになる。確かに医師になろうとする者は、診療（応召）義務（医師法19条）や守秘義務（刑法134条）が課せられていることが医師の責務であることを当然認識しているであろうし認識しなければならない。しかし医師になろうとする者が医療過誤を起こした際に、自己負罪拒否権が制限されることが「医師免許に付随する合理的根拠のある負担である」などと、考えるはずもない。最高裁のいうところには相当な論理の飛躍があるといえよう。もっとも届出内容を「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強制されるものではない」と指摘したことは、ともすれば自白を誘導する方向にある医療現場⁷⁶で、一定限これへの歯止めとして機能する指標となるであろう。

第3節 異状死届出義務違反の構成要件について

医師法21条違反の構成要件について、最高裁判決では、「検案」という語の解釈についての見解が示された。すなわち検案とは、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う、とした。これは日本法医学会の見解に近いものである。芦澤はこれを積極説と呼び、本件一審判決後に現れた見解であるとしている⁷⁷。もし芦澤の見解に従えば、刑法38条

76 前掲日本外科学会ほか12学会声明では、医療過誤事件で医師に異状死届出義務があるとし、その趣旨は犯罪捜査への協力のためとしている。

77 前掲芦澤参照。

についても検討すべきであろう⁷⁸。なお本判決に従えば、死亡診断も含め、医師が死後に行う外表検査がすべて医師法21条の検案となる。報告義務の起算時刻について東京高裁は、医師が死体の外表検査をして異状と認識した時刻とした。この事例では医師は看護師から医療過誤による死、すなわち異状死であることを強く示唆する報告（消毒剤の静脈注射）を受けていたが、その時刻を起算時刻とはしなかった。このことは届け出る所轄警察署の問題も解決できる点で評価できる⁷⁹。もっともこの基準では、状況から異状死が強く推認される状況下で外表検査を意図的に遅らせることも考えられなくはない⁸⁰。なお本判決では異状についての判断を下さなかったが、本件が明らかな医療過誤で争点とならなかったからであろう。異状をどう捉えるかも、報告義務との関係で重要なテーマ⁸¹であろう。

以上、医師法21条をめぐる若干の考察を行った。医師法21条をめぐっては、異状死届出義務は医療事故の抑制に効果がないという考えも根強い。そうだとすれば、いわゆる立法事実論のレベルで議論すべきこともあるかも知れない。しかし、この問題について立ち入る余裕はない。また、現在、異状死届出をめぐる問題についていくつかの具体的な解決案が示されているが、それは立法論に属することであり、本稿では触れないこととする。

78 本判決は最高刑の罰金2万円を科しているが、院長が異状死の見解を本判決とは異なる内容で理解し、報告義務がないと考えた可能性もある。なお清水真 判例評論572号p211-215参照

79 死亡場所と解剖場所が異なる場合（例えば遠方にある医学部に運んで検案した場合など）、異状と認識した時刻に遺体がある場所を管轄区域とする警察署に届け出ればよいことになる。

80 医療事故対応で24時間はあまりに短い。押収されるかもしれない診療情報のコピー、病院執行部、病院経営陣の方針決定、保健所や自治体への届け出などに忙殺される。執行部メンバーが院外出張中であつたりすると、それだけで数時間がすぎる。なお本件1審判決の検案の捉え方であれば、このような問題は生じない。

81 前掲日本外科学会ほか12学会声明