

《論 説》

医療事故の届出義務に関する考察（上）

清 水 真

目次

序

- I 都立広尾病院事件(以上本号)
- II 行政手続における自己負罪拒否特権に関する合衆国判例法理
- III 政策的見地からの医療事故情報届出義務の検討

終わりに

序

筆者はかつて、軽過失に起因する医療事故を刑事法の対象外とする英米法諸国に倣い、我が国も医療事故を刑事免責の対象とすることで、当該医療事故に関連する情報を効果的且つ徹底的に収集・分析し得る制度を確立することが必要である旨説いた¹⁾。同様に、そもそも近代刑事法は個人責任の追及を基本とするが、むしろ医療事故の多くは、厳しい勤務条件の反面で病院内の医療事故防止システムが不備である等、組織体にこそ真の責任が問われるべき事案であることとの間に大きな矛盾がある旨指摘する見解も散見される²⁾。

しかし、現行法制下では依然として軽過失に起因する医療事故は業務上過失

1) 清水真「医療事故をめぐる刑事法的対応に関する考察—実体法的対応と手続法的対応—」獨協64号127～137頁。

2) 樋口範雄「外科医療と法—医療事故と法に関する医師の誤解・法律家の自戒」日本外科学会雑誌105巻9号539～540頁、西口元・島田佳子「医師の制度的疲労責任—個人責任から組織責任へ」判タ1133号11～15頁等。

致死傷罪として扱われる。そして、医療事故に起因して患者が死亡するに至った場合、医師法21条による警察への届出義務が及ぶか否かに関しては、次章で検討する都立広尾病院事件が平成11年2月に発生する迄、消極に解する説も有力であった³⁾。この解釈は、昭和24年に出された厚生省医務局長通知が、死亡診断書を作成すべき場合と死体検案書を作成すべき場合との差異に関して、前者は診療中の患者が死亡した場合、後者は原則として診療中の患者は含まれず、例外的に診療中の患者が屋外療法中に交通事故死した場合等、全然別個の原因で死亡した場合にはこれに該当するとしていたことが根拠となっていた⁴⁾。もっとも、医師法21条の文言には診療中に患者が死亡した場合を除外する立法者意思を窺わせる文言は用いられておらず、この規定を診療中に患者が死亡した場合を一律に除外する趣旨と解釈することは些か無理がある⁵⁾。また、医師法21条の前身とも言うべき明治39年施行医師法施行規則9条の解釈として、大審院判例も「屍体等ニ異常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ニ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非ス」と判示していた⁶⁾。次章に検討する都立広尾病院事件に先立って、平成6年には既に日本法医学会が「異状死ガイドライン」を発表し⁷⁾、「社会生活の多様化・複雑化に伴い、人権擁護、公衆衛生、衛生行政、社会保障、労災保険、生命保険、その他に関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、①あらゆる診療行為中、又は診療行為の比較的直後における予期しない死亡、②診療行為自体が関与している可能性のある死

3) 古川俊治「診療に関連した『異状死』について」日本外科学会雑誌102巻7号555頁、伊藤栄樹他編『注釈特別刑法第8巻—医事・薬事・風俗関係法編』[河村博執筆分] (立花書房・平成2年)70頁、平野龍一他編『注釈特別刑法第5巻』[小松進執筆分] (青林書院・第2版・平成4年)75頁等。

4) 厚生省医務局長通知昭和24年4月14日付医発385号。

5) 畔柳達雄「医師法21条のルーツを求めて—ドイツ連邦共和国を構成する諸州の埋葬法調査—」判タ1155号41~42頁、川出敏裕・後掲25)7頁。

6) 大判大正7年9月28日刑録24輯1226頁。

7) 日本法医学会「異状死ガイドライン」日本法医学会雑誌48巻5号357~358頁。

亡、③診療行為中又は比較的直後の急死で、死亡原因が不明の場合の全てを異状死として医師法21条に基づく警察への届出対象となる旨見解を公表してはいたのである。

とはいえ、診療中の医療事故が医師法21条の対象に含まれるか否かについて本格的な議論は、まさに都立広尾病院事件を契機として始まったものである⁸⁾。都立広尾病院事件の発生以後、国立大学医学部附属病院長会議常置委員会では、医師法21条について「明確な解釈を提示することはできないが、同法の規定は、司法警察上の便宜を図ることを目的としたものであるとも言われることから医療行為について刑事責任を問われる可能性がある場合は、速やかに届け出ることが望ましいと考える。判断に迷うような場合であっても、できるだけ透明性の高い対応を行なうという観点から、まずは速やかに警察署に連絡することが望ましいと考える」との報告を纏めた⁹⁾。また、厚生労働省国立病院部は、「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なう」とのマニュアルを作成した¹⁰⁾。他方で、外科関連13学会は共同声明において明らかな過失による医療過誤事件については、医師に届出義務があることを認める一方で、診療行為の合併症として予期される死亡は医師法21条に規定する異状死には含まれない旨の見解を示した¹¹⁾。更に、日本外科学会は「何らかの重大な医療過誤の存在が強く疑われ、又は何らかの医療過誤の存在が明らかであり、それらが患者の死亡の原因となったと考えられる場合」には「診療に従事した医師は速やかに所轄警察署への報告を行なうことが望ましい」というガイドラインを作成した¹²⁾。

8) 都立広尾病院事件が発生する以前から既に、医師法21条の届出義務が臨床医の間には十分に理解されていないことを危惧し、医学会・医師会を通じて啓発を行なう必要性を指摘する見解もあった。藤永幸治他編『シリーズ捜査実務全書10環境・医事犯罪』[飯田英男執筆分] 323～324頁。

9) 国立大学医学部附属病院長会議常置委員会「医療事故防止方策の策定に関する作業部会中間報告」(平成12年5月)。

10) 厚生労働省国立病院部「リスクマネージメントスタンダードマニュアル作成委員会報告書」(平成12年8月)。

11) 外科関連13学会共同声明(平成13年4月)。

12) 日本外科学会「診療行為に関連した患者の死亡・傷害の報告について」(平成14年7月)。

これらのマニュアル・ガイドライン等が用いている表現には厚生労働省マニュアルのように届出を義務的に表現したものから、日本外科学会のガイドラインのように報告が望ましいという表現迄、幅があることから、臨床医家、就中、院長・各診療科の医長等の職にある者にとっては、未だに医師法21条に基づく届出義務の対象となる事案に対する戸惑いと共に¹³⁾、この届出を行うことが即同僚を刑事司法機関に引渡すことであるとの誤解もある。それでも平成12年以降、患者が死亡した医療事故について警察への届出が激増した背景には、都立広尾病院事件における院長らが起訴されたことがあると指摘されている¹⁴⁾。

本稿では、まず(上)において都立広尾病院事件を概観した上で若干の検討を行い、次に(下)においてはアメリカ合衆国の判例法理における自己負罪拒否特権と行政手続上の各種報告義務制度との関連を検討した上で、医療事故の防止を中心とした法制の下での医療事故情報収集制度について政策的見地から検討を加えてみたい。

I 都立広尾病院事件

1 事実の概要

上告人が病院長を務めていた公立病院の整形外科において、入院患者Aに対して、主治医Bの指示に基づき、まず抗生剤を点滴投与し、引き続き留置針周辺での血液凝固を防止するために、血液凝固防止剤入り生理食塩水を点滴器具に注入すべきところ、看護師Cが、Aに対して使用する血液凝固防止剤入り生理食塩水と他の入院患者に対して使用するべき消毒液のヒビテングルコネート液を取り違えて準備したため、別の看護師Dが、血液凝固剤入り生理食塩水のつもりで前記消毒液を前記点滴器具を用いて静脈注射し、Aが死亡するという事

13) 日本外科学会ガイドラインの問題点を指摘した見解として、寺野彰『医療と法』をめぐる諸問題」獨協ロー・ジャーナル創刊号124頁。

14) 飯田英男『刑事医療過誤Ⅱ』(判例タイムズ社・平成18年)6～7頁。

件が発生した。主治医Bは、別の2名の医師により蘇生措置が行なわれていた時点で駆けつけ、Aの病状が急変するような疾患等の既往が全くなかったため、薬品の誤投与を疑い、また、Aの血管に色素沈着を発見した。Bが病理解剖について親族の諒承を得た後、上告人に庶務課長・看護部長から連絡が入り、消毒液と血液凝固防止剤入り生理食塩水とを取り違えて点滴した蓋然性があること、翌日病理解剖の予定であること、遺族には医療事故の可能性のあることは伝えていないことを知った。そこで翌日、上告人は、病院幹部職員による対策会議を開き、主治医B・看護師Cから詳細な事情を聴取した。上告人は警察への報告を逡巡していたが、出席者の大勢が警察への報告を支持するものであったことから、報告することに決した。同日午前、Aの遺体を病理解剖することになっていた病理医Eは、事件性の否定できない遺体の解剖であることを認識したので、同院非常勤医師で大学の病理学助教授であるFに支援を要請すると共に、監察医務院に連絡を取ること、警察の検案を受けることを求めたが、解剖室内のE・Fと外部とを取り次いでいた技師長Gが、「既定方針通り進めるように」との医事課長Hの指示を単に「許可が出た」旨E・Fに伝達したため、両名は監察医務院から病理解剖の許可が出たと誤解し、解剖に取りかかった。他方、上告人が警察への報告に先立ち、当該病院を統括する東京都衛生局病院事業部への連絡を医事課長Hに指示したところ、都立病院から警察への届出をした前例がないので職員を病院に向かわせる旨の連絡を受けたため、これを待つ内に医師法21条が規定するAの異状死体を検案してから24時間以内の警察への届出という期限を徒過するに至った。

上告人は、以上の経緯に鑑み、医師法21条・同33条の2違反で起訴されると共に、主治医Bが行使の目的を以って死亡診断書の「病死及び自然死」欄の「病名」欄に「急性肺血栓塞栓症」と記載する一方、「外因死」及び「その他不詳」欄を空白にしたままで、Aの遺族に交付するに際し、Bと共謀したとして、公文書偽造・同行使でも起訴された。

尚、点滴液の誤注射をしたC看護師は禁錮1年執行猶予3年、D看護師は禁錮8月執行猶予3年が確定し¹⁵⁾、医師法21条違反の共謀共同正犯として起訴されていた東京都衛生局病院事業部職員については、真正身分犯である医師法21

条の罪を犯す共謀の認識があったものとは認められない旨判示した無罪判決が確定した¹⁶⁾。また、Aの主治医Bは、医師法21条違反で略式起訴され、罰金2万円の刑が確定している¹⁷⁾。

2 第1審判決

医師法21条違反の有無に関する争点については、「医師法21条の規定は、死体に異状が認められる場合には犯罪の痕跡をとどめている場合があり得るので、所轄警察署に届出をさせ捜査官をして犯罪の発見、捜査、証拠保全等を容易にさせるためのものであるから、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疑いのある異状が認められるときは、死体を検案した医師は医師法21条の届出をしなければならないものと解するのが相当」と判示し、また、公文書偽造・同行使罪の共謀共同正犯についても有罪とし、懲役1年・罰金2万円・執行猶予3年を言渡した¹⁸⁾。

尚、医師法21条の規定する警察への報告義務規定が憲法38条1項の自己負罪拒否特権侵害に当たるか否かについては第1審において争点とならなかったため、この点について判示はなされなかった。

3 控訴審判決

第1審判決における医師法21条の解釈、医師法21条の報告義務は憲法38条1項の自己負罪拒否特権の侵害に当たる等の控訴申立に対して、「医師法21条にいう『検案』とは、医師が、死亡した者が診療中の患者であったか否かを問わず、死因を判定するためにその死体の外表を検査することをいい、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であっても、死体を検案して異状があると認めたときは、医師法21条に定める届出義務が生じるものと解すべきである」「医師法21条が要

15) 東京地判平成13年8月30日判時1771号156頁。

16) 東京地判平成12年12月27日判時1771号168頁。

17) 東京簡略式平成12年6月19日公刊物未登載〔飯田・前掲14〕68～69頁に収録。

18) 東京地判平成13年8月30日判時1771号156頁。

求めているのは、異状死体等があったことのみでの届出であり、それ以上の報告を求めるものではないから、診療中の患者が死亡した場合であっても、何ら自己に不利な供述を強要するものでなく、その届出義務を課することが憲法38条1項に違反することにはならない」等と判示しつつ、控訴人(上告人)が異状に気付いた時点について検察官が追加した予備的訴因に沿って原判決を破棄原判したが、量刑については第1審と同様に懲役1年・罰金2万円・執行猶予3年を言渡した¹⁹⁾。

4 上告審判決

上告人の弁護人は、①診療中の患者の死亡について届出義務を課す医師法21条は憲法38条1項の保障する自己負罪拒否特権を侵害すること、及び、②医師法21条の構成要件要素の内、検案には診療中の患者が死亡した場合をも含むと解釈することは憲法31条に違反する等を主張して上告した。

これに対して最高裁判所は、上告趣意をいずれも適法な上告理由に当たらない旨判示して上告棄却した上で、職権で以下の通り判示した²⁰⁾。「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。」「本件届出義務は、警察官が犯罪捜査の端緒を得ることを容易にする他、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等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。そして、異状死体は、人の死亡を伴う重い犯罪に関わる可能性があるものであるから、上記いずれの役割においても本件届出義務の公益上必要性は高いというべ

19) 東京高判平成15年5月19日高刑集56巻2号6頁。

尚、この判決の評釈として知り得たものに、内藤惣一郎・研修665号82頁、白井智之・警察公論58巻10号81頁があり、医師法21条が規定する届出義務の対象となる異状死についての解釈として、いずれも診療中だった患者も含まれるとする判旨を支持している。

20) 最(3小)判平成16年4月13日刑集58巻4号247頁。

きである。他方、憲法38条1項の法意は、何人も自己が刑事上の責任を問われる虞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、医師が、死体を検案して死因等に異状があると認めたときは、そのことを警察署に届出るのであって、これにより、届出人と死体との関わり等、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なう資格を付与すると共に、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・程度及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等の点で、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いうべきである。以上によれば、死体を検案して異状を認めた医師は、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虞がある場合にも、本件届出義務を負うとすることは、憲法38条1項に違反するものではないと解するのが相当である。」

尚、本判決を下すに当たっては、①憲法38条1項は、自己が刑事上の責任を問われる虞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って氏名等の黙秘には同条項の保障が及ばない旨判示した昭和32年最大判²¹⁾、②麻薬取扱者として免許を受けた者に麻薬譲渡・譲受について記帳義務を課した規定が憲法38条1項に抵触しない旨判示した昭和31年最大判²²⁾、③不法入国した外国人に対しても外国人登録申請義務を課した規定が憲法38条1項に抵触しない旨判示した昭和31年最大判²³⁾、④交通事故の当事者に報告義務を課した規定が憲法38条1項に抵触しない旨判示した昭和37年最大判²⁴⁾、⑤所得税法に規定する収税官吏の質問・検査は憲法38条1項に抵触しない旨判示した昭和47年

21) 最(大)判昭和32年2月20日刑集11巻2号802頁。

22) 最(大)判昭和31年7月18日刑集10巻7号1173頁。

23) 最(大)判昭和31年12月26日刑集10巻12号1769頁。

24) 最(大)判昭和37年5月2日刑集16巻5号495頁。

最大判²⁵⁾が先例として判決文中に引用されている。

5 検 討

(1) 自己負罪拒否特権の性格と争点提起の適格

本件に関しては、既に極めて多くの解説・評釈が発表されているが²⁶⁾、医師法21条による届出義務が憲法38条1項の自己負罪拒否特権に適合するか否かを上告審が判断するに際して、本件が適切な事例であったか否かを疑問視する見解は意外に少ない²⁷⁾。本件は、病棟付き看護師2名の過失に基づくものであり、仮に主治医に監督過失責任が問われる虞があったとしても、当該患者の診療を担当しておらず、当該診療科の責任者でもない院長の地位にあった上告人自身には、血液凝固防止剤入り生理食塩水と消毒液との取り違いによる業務上過失致死罪の罪責が追及される虞がなかったからである。元来、自己負罪拒否特権とは、刑事事件に関して知識を有する者全てが事案解明のために証言を義務付けられるのに対して、当該被告人は誤判防止の観点等から例外的に証言義務を免除されるが故に「特権 (privilege)」と称される訳である²⁸⁾。このように考えれば、自己負罪拒否特権は、一身専属的性格を有するものと考えられ

25) 最(大)判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁。

26) 知り得たものとして、清水真・判時1861号140頁、芦澤政治・ジュリ1278号132～135頁、小川佳樹・ジュリ1291号187～189頁（以下、小川・前掲26）①000頁として引用）、川出敏裕・法教290号4～12頁、小泉良幸・法教294号別冊11頁、淵野貴生・法セミ601号124頁、安井哲章・新報112巻5＝6号383～400頁がある。

また、判例評釈ではないが、本件上告審判決を前提とした議論を展開した論稿として、飯田英男「医師法21条による異状死の届出」看護管理14巻5号432頁以下、同「医師法21条をめぐる諸問題」外科67巻3号291頁以下、同「医師法21条の『異状死の届出』について」日本外科学会雑誌105巻9号3頁以下、加藤紘之「医療事故情報の警察への報告の問題点」ジュリ1249号69～72頁、畔柳・前掲注5）41～67頁、児玉安司「医師法21条をめぐる混迷」ジュリ1249号72～77頁、佐伯仁志「異状死体の届出義務と黙秘権」ジュリ1249号77～80頁、小川佳樹「医療事故と医師の届出義務」刑事法ジャーナル3号40頁（以下、小川・前掲26）②000頁として引用）がある。

27) この点に言及した論稿として、畔柳・前掲5）41～42頁、児玉・前掲26）75頁、安井・前掲26）393～394頁がある。

28) McCormick, On Evidence pp453-459 (5th ed.1999).

る²⁹⁾。付随的違憲審査制を採る我が国においては、自らの憲法上の権利（又は特権）が侵害された者のみが憲法判断を求める適格を有する³⁰⁾。それ故に、自己が刑事責任を問われる虞のない者には、自己負罪拒否特権違反の争点を提起する適格が欠ける筈だからである³¹⁾。各行政法規が個々の対象者に報告・届出等を義務付ける規定が憲法38条1項に抵触するか否かについては、個別具体的な適用場面において合憲性を判断すべきである³²⁾。このように考えると、本件が医師法21条の合憲性を判断するに適切な事案だったと言えるのか些か疑問が残るところである。

(2) 行政警察的観点及び医師の社会的責務に基づく特権制約論

本件で注目されるのは、第1審判決においては、異状死体には犯罪の痕跡が遺残している場合があり得るので、所轄警察署に届出をさせ捜査の端緒とするという司法警察的観点のみを指摘していたのに対して³³⁾、上告審判決においては、司法警察的観点に加えて社会防衛といった行政警察的観点をも挙げている点、及び、医師免許を受けた者の特権制約論をも論拠に挙げている点である。

行政警察的観点からの根拠に関して上告審判決の担当調査官は、①散布・拡散の虞のある毒物の吸引が死因であると疑われる場合、路上での無差別殺人が疑われる状況にある場合等には、緊急配備等によって被害者の増加を防ぐことができること³⁴⁾、更に、②加齢等の事情により医師の注意力が極度に衰え、注

29) 安井・前掲26) 393頁。

30) 佐藤幸治『憲法』（青林書院・第3版・平成7年）338～341頁、松井茂記『日本国憲法』（有斐閣・第2版・平成14年）104～105頁等。

31) 同旨、安井・前掲26) 393～394頁。

32) 例えば、香城敏磨『憲法解釈の法理』（信山社・平成16年）〔初出・「特別刑法と憲法」伊藤栄樹他編『注解特別刑法第1巻総論編』立花書房・昭和60年〕501頁以下、酒巻匡「憲法38条1項と行政上の供述義務」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集下巻』（有斐閣・平成10年）104頁以下等。

33) 控訴審判決は、格別、医師法21条の制度趣旨に関して言及していないが、従来の裁判実務においても、東京地八王子支判昭和44年3月27日刑月1巻3号313頁のように、司法警察活動への協力義務と捉えるのが一般的であったことから、第1審判決と同様に考えていたのではないかと思われる。同旨、安井・前掲26) 387頁。

34) 芦澤・前掲26) 134頁。

注射液の分量を大きく誤って患者を死亡させた場合、異状死体の届出さえあれば、当該医師がその後他の患者に対しても同様の過誤を繰り返し犯すことを防止するために必要な手段を採り得ること³⁵⁾を例示している。本件の具体的事案に関して当てはまり得る論拠は②であるが、①についても、一般論としてならば正当性を認め得るところである。

次に、医師免許取得者の社会的責務に基づく自己負罪拒否特権に対する制約論について、本件上告審判決の担当調査官は、医師免許を有する者に限って課される義務であるという点で、主体が自動車運転免許取得者に限られない交通事故の報告義務とは異なるという点を指摘している³⁶⁾。むしろ麻薬取扱者としての免許を受けたことに伴う記帳義務に類似しているものと言えよう³⁷⁾。この点について、本件上告審判決の評釈においては、医師免許の取得によって生じる社会的責務を根拠に自己負罪拒否特権が制約されるという結論を導くことには論理の飛躍があるとして批判する見解が多いようである³⁸⁾。とはいえ、社会防衛の見地からの行政警察的根拠、医師免許取得者が負うべき社会的責務等の複合的根拠に基づいて自己負罪拒否特権の制約を導く手法は、次章で概観・検討する合衆国判例法理の Required Record Doctrine と比較衡量論に近い発想があるようにも思われる³⁹⁾。また、行政手続における報告義務規定が自己負罪拒否特権侵害とはならないとの結論を導く構成は、次章で概観・検討するように、合衆国判例法理が採る思考方法と共通するものであり⁴⁰⁾、説得力があるものと認めるべきであろう。

35) 芦澤・前掲26) 135頁。

36) 芦澤・前掲26) 135頁。

37) 本件上告審判決は引用していないが、最決昭和29年7月16日刑集8巻7号1151頁はこの論理に従って判示している。

38) 小川・前掲26) ①189頁、川出・前掲26) 10頁、小泉・前掲26) 11頁、淵野・前掲26) 124頁。

39) この法理について詳細に検討した邦語文献として、安井哲章「行政手続における自己負罪拒否特権の適用(1)(2完)」桃山法学6号1～32頁、同7号125～127頁、酒巻・前掲32) 80～95頁を参照。

40) この点を指摘するものに、安井・前掲26) 390～391頁がある。

(3) 上告審判決の引用した先例

また、上告審判決が引用した麻薬譲渡・譲受行為の記帳義務に関する昭和31年最大判、外国人登録申請義務に関する昭和31年最大判、交通事故の報告義務に関する昭和37年最大判、収税官吏の質問・検査に関する昭和47年最大判においては、いずれも、行為者に自己の犯罪事実を申告することまでも義務付けた規定ではないことを理由に、憲法38条1項違反とはならない旨判示している⁴¹⁾。

この点、自己の犯罪事実そのものの報告等を義務付けている訳ではないものの、それについて捜査の端緒を捜査機関に与える以上は、やはり自己負罪拒否特権の侵害に該当するのではないかという批判がある⁴²⁾。確かに、上述の昭和47年最大判、すなわち、我が国における行政法上の調査手続と38条1項を含む憲法諸条項との関係についての重要判例である川崎民商事件最大判においては、「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付く作用」を有するか否かという基準からは、行政法上の各種報告義務が捜査の端緒となる場合も、憲法38条1項との抵触があるかのように見る余地はある。しかし、次章で検討するように、行政法上の各種報告義務が憲法の保障する自己負罪拒否特権に対する侵害を構成すると言うためには、合衆国判例法理によれば、単に自己の刑事責任が問われる虞があるだけでは足りず、自己の刑事責任が追及される危険性が現実且つ差し迫った程度であることが要件とされている⁴³⁾。我が国の憲法38条1項の母法である合衆国憲法第5修正と行政法規に規定されている報告・記帳等の義務との関係について、上述のような合衆国判例法理があることに照らせば、捜査の端緒となるに過ぎない程度の報告・記帳等の義務を課す

41) 『最高裁判所判例解説刑事篇昭和31年度』[岩田誠調査官] 262頁、『最高裁判所判例解説刑事篇昭和31年度』[吉川由己夫調査官] 441頁、『最高裁判所判例解説刑事篇昭和37年度』[田原義衛調査官] 130頁、『最高裁判所判例解説刑事篇昭和47年度』[柴田孝夫調査官] 228頁参照。

42) 小川・前掲26) ①189頁、川出・前掲26) 10頁、児玉・前掲26) 72頁、佐伯・前掲26) 77～78頁、瀧野・前掲26) 124頁。

43) 香城・前掲32) 503頁、安井・前掲39) 6号21～22頁、酒巻・前掲32) 80～95頁。

ことが憲法38条1項への抵触に当たるとは認め難いように思われる⁴⁴⁾。

尚、これまで行政法上の各種報告・届出義務と憲法38条1項との関係について、我が国の判例法理においても、Wigmoreの唱えた「選択の理論」⁴⁵⁾と呼ばれる考え方を採ったと言われるものがある⁴⁶⁾。すなわち、行為者が当該行為に及ぶことが、同時に法律上、自己の刑事責任を問われる虞のある事項についての供述(報告・記帳等)を負わせられる効果が伴うことを認識しながら敢えて当該行為を実行することを選択した場合には、自己に不利益な供述を強要されることには該当しないという考え方である。行為者が通関のために関税法上、申告義務を伴うことになる貨物の携帯輸入を企てたのであれば、行為者が輸入しようとした貨物が輸入禁止品目であった場合につき、関税法111条の不申告罪の成立を認めても憲法38条1項違反とはならない旨判示されている⁴⁷⁾。もっとも、この法理があてまるのは行為者が報告・記帳等の義務を負う事項について故意に違法行為をする場合であるから、病棟看護師の注射過誤である都立広尾病院事件のような過失事案にはあてはまらない。本件上告審判決がこの法理に言及していないのはこのためである。

(4) 小 括

都立広尾病院事件上告審判決は、当該上告人に自己負罪拒否特権違反という争点を提起する適格があったかの否か、最高裁判所が憲法38条1項に医師法21条が抵触するか否かに関して職権判断をするのに適切な事例であったか否か議論の余地がある。しかし、医師法21条の司法警察的観点からの制度趣旨、及び、行政警察的観点からの制度趣旨に照らせば、異状死体の検案をした事実のみを届出するよう義務付けているに過ぎず、医療事故を惹き起こした行為者自

44) 勿論、第Ⅲ章で検討するように、刑事責任追及の虞を払拭するために当該事項に関する刑事免責 (use immunity) を与えることによって、関連情報を収集するという政策的判断も検討されるべきであろう。同旨、小川・前掲26) ②47頁。

45) 8 Wigmore, On Evidence §2259(c), at 349 (3rd ed.1940).

46) 『最高裁判所判例解説刑事篇昭和54年度』[佐藤文哉調査官] 112頁。尚、香城教授もこれを支持する。香城・前掲30) 512頁。

47) 最判昭和54年5月10日刑集33巻4号275頁。

身の犯罪事実そのものを報告するよう義務付ける訳ではない医師法21条は、憲法38条1項が保障する自己負罪拒否特権の侵害には当たらないものと考えられる。また、我が国の従来判例法理、及び、我が国憲法38条1項の母法に当たる合衆国憲法第5修正をめぐる合衆国判例法理が刑事責任追及の現実的で差し迫った危険性を要件としていることに照らしても、十分に上述の結論を支持し得る。

また、本件上告審判決が挙げている医師免許取得者の社会的責務については、そのみで自己負罪拒否特権の放棄又は制約を導くには必ずしも十分ではないものの、上述の司法警察的観点及び行政警察的観点と相俟って、医師法21条の届出義務の合憲性を支えるだけの合理性を有するものと言えよう。

尚、本件上告趣意には含まれていないが、上告人としては医師法21条の法意を誤解したことに相当の理由があることを主張することも、戦略的に考える余地がなかったのか検討したい。何故ならば、本件発生当時においては、医師法21条の対象に診療中の医療事故が原因で死亡した可能性がある患者の死体が含まれるのか否か、定説を見ていた訳でなかったからである。もっとも、事故翌日の対策会議においては出席していた病院幹部の大勢は警察への速やかな届出を進言していたこと、被害者の病理解剖を担当した医師からも病理解剖に先立って警察及び監察医務院への届出を強く求められていたこと等に照らすと、違法性の錯誤に相当性があつたとまでは言い難いばかりか、上告人自身、医師法21条の規定上、本件が24時間以内の警察への届出が義務付けられる事案であるという認識に達して、法律の錯誤自体なかったものと考えざるを得ない。このように考えれば、法律の錯誤に相当性があつたか否かという点を敢えて争わなかった弁護人の戦略はむしろ賢明であつたものと評価し得よう。

(続)