



医療行為に付随する医師の法的義務

著者	大谷 實
雑誌名	同志社法學
巻	74
号	4
ページ	1543-1577
発行年	2022-07-31
権利	同志社法學會
URL	http://doi.org/10.14988/00029056

医療行為に付随する医師の法的義務

大 谷 實

I 総 説

医師の医療行為に付随する法的義務としては、①医師法上の義務、②医療契約上の義務、③刑法上の義務がある。①の医師法上の義務としては、a. 秘密保持義務（17条の3）、診療義務（応招義務）（19条1項）、c. 「診断書等交付義務」（同条2項）、d. 「無診察治療等の禁止」（20条）、e. 「異常死体等の届出義務」（21条）、f. 処方箋の交付義務（22条）、g. 療養方法等の指導義務（23条）、h. 診療録記載・保存義務（24条）が定められている。また、②の医療契約上の義務としては、善管注意義務（民644条）があり、さらに、③の刑法上の義務としては、虚偽診断書の作成禁止（刑160条）及び守秘義務（134条1項）がある。民法上の善管注意義務は、②の医療契約上の義務であり、医療行為に付随する義務とは趣旨を異にするので、本論文では②を除く医師の義務について検討する。

II 診療義務（応招義務）

医師法19条1項は、「診療に従事する医師は、診察治療の求めがあった場合には、正当な事由がなければ、これを拒んではならない」と規定している。ただし、この義務に違反しても、医師法上の罰則規定はない。

(1) 意義

診療義務とは、医師が診療の依頼を受けたときはこれに応じ、又は、すでに医療契約が成立しているときに、患者からの診療の求めに応じる義務をいう。前者を応招義務、後者を応需義務と称して両者を区別する見解もあるが¹⁾、両者とも診療を義務の内容とするものであるから、本論文では両者を包括して「診療義務」として論述をすすめる。なお、応招義務とするのが多数説であり、厚生労働省もこの語を使っているが²⁾、条文の文言が「診察治療の求め」としているので、「応招義務」よりも「診療義務」の方が用語として自然であると考ええる。

診療義務は、現行法上は医療行政上の義務であり、医師に業務の独占を認める免許制度の反射的效果として認められた制度であるといわれている³⁾。したがって、診療義務は医師の国家に対する行政上の義務であり、依頼を受けた個人がこの規定を根拠に個々の医師に対する治療を受ける権利、つまり医療給付の債権を取得するわけではないとするのが通説の見解となってきた。診療義務は、生命・身体の救護を業務とする医師本来の職業倫理を法的に訓示したにすぎないとする見解もあったが⁴⁾、これらの見解によると、医師法が診療義務違反を処罰しないのは、診療義務違反を倫理上の義務と法律上の義務の中間に位置づけているからだとされる。諸外国の立法例を見ても、この種の規定を置いている国はなく、また、我が医師法の規定も個々の依頼人の診療を医師に強制するものではない。医師の診療を強制するのは、むしろ後述の民事上又は刑事上の制裁であると考えられてきたのである⁵⁾。診療

1) 中森喜彦「医師の診療引受義務違反と刑事責任」法学論叢91巻1号(1972)1頁。

2) 小松進・注解医師法(注解特別刑法5-1第2版[1972]52頁、米村滋人・医事法講義(2016)47頁など)。

3) 小野恵「医師法19条第1項の問題点」東京女子大学誌38巻110号708頁。

4) 唄孝一・医事法学への歩み(1970)307頁。

5) 金沢文雄「医師の応召義務と刑事責任」法律時報47巻10号36頁。なお、診療義務違反として刑事責任を認めた判例はない。

義務違反について刑事上の責任を認めた判例はないが、民事責任を認めたものとして、札幌地判昭和29・12・8（医療民集323）及び千葉地判昭和61・7・25（判タ634号196頁）などがある。

(2) 沿革

我が国の診療義務に関する法の沿革を振り返ってみると、診療義務に関する規定は、我が国の医療制度を創出した明治7年の「医制」にさかのぼる。同44条は、「医師行状正しからず或いは懶惰にして業を怠り危急の用に達せざる時は、医務取締区戸長の詮議を以て、地方官衛生局に届け、医業を禁じ地方庁にて其の事由を報告すべし」と定めていた。要するに、診療義務違反については医業停止の行政処分にとどめていたのである。ところが、1982(明治15)年の旧刑法はこれを違警罪として、「医師穩婆事故なくして急病人の招きに応ぜざる者」は、2日以上5日以下の拘留又は50銭以上1円50銭以下の料料に処す(427条)と定めて、診療義務違反には刑罰が科されていたのである。

旧刑法の規定は、1907(明治40)年の現行刑法への移行の際に警察犯処罰令に引き継がれ、「開業の医師産婆故なく病者又は妊産婦の招きに応ぜざる者」は、20円未満の料料に処せられることになった(472条9号)。さらに1929(大正8)年の旧医師法施行規則の改正において、「開業の医師は、診察治療の需ある場合に於いて、正当な事由なくして之を拒むことを得ず」と定めて、その違反には25円以下の罰金が科されるとした(16条)。その根拠は「其の職業の性質上急病人に限らず広く病者に対するすべての場合に招きに応ぜざる者を処罰するにあらざれば、医師が社会の高等職業として世人の尊敬を受け仁術者として待遇せられることとの均衡を失すればなり」という点にあった⁶⁾。医の倫理の刑罰による強制とあってよいであろう。この点が反省されて、1948(昭和23)年に現行の医師法が制定される際、診療義務の履行は医師の自覚に俟つべきであるとされ、診療義務規定は訓示規定に改められたの

6) 谷津慶次・警察義解(1972)142頁。

である。

(3) 診療義務の根拠

医師の診療義務の根拠として、通説は、医師の職業倫理ないし業務の公共性及び免許制度に基づく医業の独占という両面からこの義務を捉えようとする。例えば、「法制度に当たっては本条のごとき規定は法律を以て強調すべきものではなく、すべからく医師の自覚に俟つべきものである」との意見もあったが、医師の職務の公共性より見てその応招義務は特に強調されるべきであり、法律上の義務として規定された。しかし、従来置かれていたこの違反に対する罰則は削除され、この義務を果たすと否とは、一応医師の良心に任せられた⁷⁾とする見解、あるいは「これを職業倫理の問題としてとらえ、ただ医師という職業の公共性や独占性の故もあって、その応招義務が強調されて、罰則を伴わぬ公法上の義務として規定されたものである⁸⁾」とも主張された。

これに対し、筆者は、憲法13条は個人の尊重と幸福追求権を保障し、また、同25条は、生存権及び公衆衛生の向上・増進を国家に義務付けていること、さらに医師法1条は、医師の職分として、「医師は、医療及び保健指導を掌ることによって公衆衛生の向上及び増進に寄与し、もって国民の健康な生活を確保する」ことを掲げているところから、診療義務は、医師が国民の健康を守る職業上の義務と解してみた。すなわち、診療義務が公法上の義務であることをあえて否定するものではないが、憲法13条は、個人の尊重と生命・幸福追求の権利を保障し、さらに憲法25条は、生存権の保障及び公衆衛生の向上・増進を国家に義務付けている。これらを受けて医師法は、医療を医師

7) 山内豊徳・医事法・医師法 (1981) 358頁。

8) 東京地判昭和56・10・27判タ460・142は、「そもそも右義務（診療義務）は本来医師に対する義務であって、右条項によって医師が患者に対して負担するものと解することはできず」とし、また名古屋地判昭和58・8・19判タ519・230は「右義務違反が直ちに民法上の不法行為を構成するものと断ずることに疑いがある」としている。沖永荘＝中村敏明「医師の応招義務」帝京法学1巻1号8頁、磯崎辰五郎＝高島学司・医事法・衛生法（新版 1979）300頁。なお、小松・前掲書53頁参照。

の独占的業務とし（19条）、医師の一般的任務として、『国民の健康な生活の確保』（1条）を掲げている。こうして、疾病に対する診療権と能力を医師のみに公認する法制度の下では、国民の生命・身体の安全、健康に生活する権利を具体的に保障できるのは医師だけであるということになり、ここに診療義務が課される法律上の実質的根拠がある。こうした診療の目的に照らすと、診療義務は単に医師に診療を義務付けるだけでなく、健康の回復及び疾病の悪化を防止することも目指していると考え、通説に異論を唱えてきた次第である⁹⁾。したがって、診療義務違反が相手方の疾病に有害でなかった場合は不可罰であるが、診療拒否の結果、患者の生命・身体に有害な結果をもたらした以上、民事上、刑事上の責任が問われる場合がありうると考えた次第である。

この見解に対しては、私見によると診療義務に違反すると国民に医療を給付する権利が発生することになり、現行の医師法の規定に即さないとの反論が寄せられている¹⁰⁾。また、令和元年の厚生労働省通知は、改めて「応招召義務は、医師が国に対して負担する公法上の義務であり、医師の患者に対する私法上の義務ではない」（令和元年12月25日医発第1225号厚生労働省医務局通知）としているところである。

診療義務が「医師が国に対して負担する公法上の義務」であることを否定するものではないが、その根拠として、通説のような医師の普遍的な職業倫理を論ずるのは疑問であり妥当でなく¹¹⁾、上記のように、憲法13条、25条や医師法を根拠とする傷病者保護のための規定でもあると解すべきである。診療義務には病気の悪化や死の結果を防止する義務も含まれており、正当な事由がないのに診療を拒否して患者に損害を与えた場合には、民事上及び刑事上の責任を問う余地がある。また、診療義務違反を根拠に不法行為責任を認めている学説・判例（後述参照）も注目される。

9) 大谷實・前掲医療行為と法41頁、山下登「医師法」加藤良夫・実務医事法（第2版 2014）521頁。なお、山田卓生・医事法 生命倫理（2010）270頁参照。

10) 小松・前掲書54頁他多数。

11) 平林勝政「医師に対する法的規制」加藤一郎＝森島昭夫編・医療と人権（1984）72頁。

なお、医師は、患者の求めがあればそれを拒否する正当な事由がない限り、診療の求めに従う義務があるから、診療義務は医療契約を法律上強制されるものとして、電気やガスなどの公益事業者（ガス事業法18条1項、電気事業法16条1項）と同様の締約強制に当たるとする見解（締約強制説）があり¹²⁾、これに反対する見解も有力であるが¹³⁾、患者の求めがあれば医師は診療を引き受けなければならないのであり、医師は診療の申込みに対して承諾を義務付けられると解することができ、締約強制説が妥当である。

なお、医療機関、医師総数の増加など医療提供体制の現状に鑑み、診療拒否による生命・健康に対する危険性は低下したとして、診療義務（応招義務）規定の存在意義自体に否定的な見解があり¹⁴⁾、また、「応招義務規定は歴史的役割を終えた」¹⁵⁾とも評されている。さらに、医療を取り巻く環境の変化に対応するため、2019（令和元）年12月の厚生労働省通達（医発第1225号）で大幅な要件の見直しが行われたが、依然として無医村地区が700以上存在している医療の現状からみて、診療義務の存在意義は失われていないと考える。また、医師にとって、職業倫理を超えて、「診療の求めがあったときは断れない」といった開業医の義務意識の存在も貴重であるところから、診療義務を軽視するのは適切でない。

(4) 義務の範囲

診療義務が課されるのは、「診療に従事する医師」すなわち業として診療に従事する医師に限られるから、研究のみに従事する医師、休業中の医師は含まれない。診療義務は、「診察治療の求めがあった場合」に発生するものであり、患者が初診の場合、通院中の場合、入院中の場合のいずれも含まれる。又救急患者についても診療義務は認められる（後述千葉地判昭和61・7・

12) 内田貴・民法1（第4版 2008）39頁。

13) 米村・前掲書49頁。

14) 樋口範雄・医療と法を考える（2008）70頁。

15) 米村・前掲書47頁。

25) なお、診療中の患者が診療の継続を求めたときにこれを拒否することが診療義務違反になるかが問題となっており、「義務内容は初期診療行為に限すべきである」とする見解¹⁶⁾もあるが、例えば、入院中に患者の病状が急変したので、付き添いの者が医師に診療を求めたのにこれを無視して診療に応じなかったような場合にも診療義務違反とすべきである。求める方法は、医師の診療の意思が伝わればよいから、電話や他人に伝言を頼んだ場合でも問題はない。

(5) 正当な事由

医師は、「正当な事由」があれば診療を拒んでもよい。ここで、いかなる事由が正当な事由に当たるかが問題となるが、この点について法は何も定めていない。ただし、行政上の解釈として、厚生省医務局長通知があり（昭和24年9月10日医発第752号）、①診療報酬の不払いがあっても、直ちにこれを理由として診療拒否をしてはならない、②診療時間を制限している場合であっても、そのことを理由に診療を拒否してはならない、③特定の人を相手に診療する医師であっても、他に診療に従事する医師がいないときは診療拒否してはならない、④天候不良など、事実上往診不可能な場合を除いて、診療を拒否してはならない、⑤医師が自己の標榜する診療科目以外の疾病について診療を求められた場合でも、応急措置その他できる範囲のことをしなければならぬとされた。

今日の医療機関の機能分化や地域医療の提供体制から見て、総ての医療機関に診療義務を課すのには疑問があるとする見解もあるが¹⁷⁾、正当な事由とは、医師側及び患者側双方の事情を考慮して、診療を拒むことが社会通念上やむを得ないと考えられる事由をいうと解すべきである。行政解釈によれば、「医師の不在又は病気等により、事実上診療が不可能である場合」（昭和30年

16) 米村・前掲書43頁。

17) 樋口・前掲書78頁。

8月10日医取755号)をいうものとされている¹⁸⁾。

具体的には、医師の軽度の疲労、酩酊、休診日や診療時間外であること、過去の診療報酬の不払い、天候不順などによる診療拒否は正当な事由に当たらないが、病気、専門外、入院病床の満床、治療処置中であることなどによる診療拒否は、正当な事由に当たるとされてきた。なお、既述の令和元年の厚生労働省通知は、「応招義務をはじめとした治療の求めに対する適切な対応の在り方」と題する通知において、①医療提供体制の変化、②勤務医の過重労働を踏まえて、診療時間・勤務時間外であることを理由に診療を拒むことは正当化され、また、患者と医師の信頼関係が喪失している場合は、新たな診療を拒むことも正当化されるとして、昭和30年通知を変更している¹⁹⁾。なお、この通知では、改めて「応招義務は、医師が国に対して負担する公法上の義務であり、医師の患者に対する私法上の義務ではない」としている点が注目される。

正当な事由が認められなかった例 千葉地判昭和61年7月25日判時1220号118頁は、重度の気管支炎の疑いのある幼児の救急患者の入院診療を拒否した病院について、ベッドの満床を理由とする診療拒否には正当事由がないとして不法行為責任を認めたものである。判決理由によると、①診療を求められた病院の人的・物的能力、代替施設の有無等の具体的事情によっては、ベッドの満床は正当な事由になりうるとしたうえで、①入院依頼がなされた時間帯には、当該病院には小児科担当医が3名おり、いずれも外来患者の受け中であったこと、②病院の近隣の市町村において小児科専門医が診療に従事していたことは認識していたこと、④同病院の小児科のベッド数は現在6床であるが、以前は同じ病室に12、13床入れて使用していたこともあり、さらに救急外来のベッドがすべて満床であったとしても、とりあえずは救急室か外来のベッドで診察及び点滴の治療を行い、その間にベッドが空くのを待つと

18) 大谷・前掲医療行為と法39頁。

19) 昭和30年3月12日医取755。穴田秀男・医事法(1974)244頁、磯崎=高島・前掲書201頁。なお、大谷・前掲医療行為と法41頁。

いった対応を採ることも、300床を超える入院設備を有する同病院にとっては可能であったこと、これらの事情の下では、病院のベッド満床を理由とする診療拒否には医師法19条の正当な事由がないと判示し、不法行為責任を認められたものである。なお、本件において、裁判所は、以下のように判示した。「医師法19条1項は、診療に従事する医師は、診察治療の要求あった場合には、正当な事由がなければ、これを拒んではならないと規定する。この医師の診療義務は、直接には公法上の義務であって、医師が診療を拒否すれば、それがすべて民事上医師の過失になるとは考えられないが、医師法19条1項が患者の保護のために定められた規定であることに鑑み、医師が診療拒否によって患者に損害を与えた場合には、医師に過失があるとの一応の推定がなされ診療拒否に正当の事由がある等の反証がないかぎり医師の民事責任が認められると解すべきである」。同旨の判例として、神戸地判平成4・6・30判タ802・196参照。

(6) 診療義務違反の責任

既述のように、診療義務違反自体についての罰則はないが、法上の制裁として問題となるのは、①行政（医師法）上の責任、②民事上の責任、③刑事上の責任が問題となる。

(ア) **行政上の責任** 旧医師法においては、診療義務違反について「25円以下の罰金」が科されることになっていたが、現行法上は処罰されない。そこで、診療義務違反の法律効果が問題となるが、診療義務規定を単なる行政上の訓示規定と解するのであればともかく、患者ないし傷病者を保護するための規定でもあると解する以上、当然義務違反の法律効果を認めなければならない。かくして、医師法上の法律効果が問題となるが、正当な事由がないのに診療を拒否することをしばしば繰り返した場合には、相対的免許取り消し事由の一つである医師法7条にいう「医師としての品位を損する行為」として、免許取消し・医業停止等の行政処分の事由になりうるとされている。

(イ) **民事上の責任** 既述のように、診療義務が公法上義務にとどまるので

あれば、民事上診療義務違反の責任としては、せいぜい上述の医師法上の責任にとどまるはずであるが、前掲千葉地裁の判決を見ても明らかなように、診療義務違反に民事責任を認めた判例があり、診療義務違反の法律効果としては、不法行為による損害賠償責任を問題とする有力な学説も展開されている²⁰⁾。かつては、診療義務は、「免許と引き換えに国に対して負う公法上の義務」であるから医療行政上の義務であり、依頼者である患者ないし傷病人は、義務に違反した医師に対して診療を求める私法上の請求権を有するものではないとする見解が通説であった。そのため、医師が診療義務に違反した結果、患者・傷病人の状態が悪化した場合にも、患者・傷病人は医師に対して損害賠償請求権を有しないとされていた（例えば、名古屋地判昭和58・8・19判時・1104・1079）。

しかし、診療の目的からすると、診療義務は単に医師に診療の給付を公的に義務づけるだけでなく、健康の回復及び病気の悪化を防止することも目指していると考えべきであるから、診療拒否による傷病者の損害を賠償する医師の責任を認めるべきであるとする判例が現れ、「医師が診療拒否によって依頼者に損害を与えた場合は、医師に過失があるとの一応の推定がなされ、診療拒否に正当な事由がある等の証明がない限り医師に民事責任が認められると解すべきである」（前掲千葉地判昭和61・7・25、神戸地判平成4年6月30日判タ802号196頁）とする判例が主流となっており、学説上もこれを肯定する見解が有力である²¹⁾。しかし、この判例・学説の流れに対して、「行政法規違反と不法行為責任の前提となる義務違反は原則的に別個独立に判断すべきであり、この場合も医師法19条違反が常に民法上の過失判断と連動すると考えるべきではない²²⁾」とする見解がある。

確かに、診療義務違反が常に不法行為責任を構成すると考えるのは不当である。上記判例も診療義務違反を根拠として不法行為責任を認めたのではな

20) 山田・前掲書272頁。

21) 山下・前掲論文525頁。

22) 米村・前掲書49頁。

く、診療義務違反の事実について「過失の推定」という構成をとって不法行為責任を認めたものであることは、論者自身も承知しているところである。したがって問題は、診療義務違反から過失を推定することの妥当性いかにある。

例えば、交通事故により瀕死の重傷を負い死亡する可能性が高いと診断された被害者について、救命救急センターの医師Xが正当な事由がないのに受け入れを拒否し、その結果被害者が死亡してしまった場合を考えてみよう。まず、かつての通説・判例によれば、診療義務違反は行政上の問題であり、患者ないし傷病者個人の権利侵害に当たらないから、民事上の責任を構成しないということになるであろう。しかし、この結論は、傷病者の側からすると不当であることは論を俟たない。Xの診療拒否にあわなければ、被害者は診療を受けて助かったのだからである。これを医師の側からみると、瀕死の重傷を負って救急車で運ばれてきた被害者の診療を拒めば、被害者は死んでしまうかも知れないと考えるのが普通である。そこで、患者ないし傷病者の利益保護の見地から、診療拒否の事実を立証し、その事実と結果との間に因果関係が認められる以上、医師には診療義務を基礎とする結果防止の注意義務違反があり、損害賠償責任を肯定することは可能であると考えられる。もとより医師の側に「正当な事由」が認められれば過失は否定され、損害賠償責任は成立しない。また、診療拒否と悪結果との因果関係の立証がなければ、もとより不法行為は認められない。

正当な事由と救急医療 2006年8月7日、患者女性は分娩のため奈良県にある町立大淀病院に入院。翌8日午前10時過ぎに頭痛を訴え意識を失った。午前1時37分頃に容態が急変し、医師は子癇発作と考えて、高次医療機関への搬送が必要と判断し、奈良県立医科大学病院に受け入れを打診したが満床を理由に断られ、その後18件の病院に受け入れ・転院を断られた後、午前4時49分、大阪府の国立循環器病センター病院に搬送を開始し、5時47分に1時間かけて同センターに到着。直ちに脳内出血と診断され、その後緊急開頭手術と帝王切開が実施され、男児を出産したが、妊婦は1週間後死亡した。

奈良県警は、大淀病院の産婦人科医を逮捕し、業務上過失致死容疑で立件する方針であったが、取調べの結果、刑事責任は問えないと判断して立件を見送った。その後、亡くなった産婦の夫と生まれた子を原告とし、大淀町と産婦人科医を被告とし、2007年に大阪地方裁判所に損害賠償を請求する民事訴訟を提起したが、2010年に請求は棄却された（大阪地判平成22年3月11日判タ1323・212）。その判決理由の中で、「裁判所の付言」として、「現在、救急患者の増加にもかかわらず、救急医療を提供する体制は、病院の廃院、診療科目の閉鎖、勤務医の不足や過重労働などにより極めて不十分な状況にあるといわれている。医療機関にあっては、救急医療は医療訴訟のリスクが高く、病院経営上の医療収益面から見てもメリットはない等の状況がこれに拍車をかけているようであり、救急医療は崩壊の危機にあると評されている。社会の基本的なセーフティネットである救急医療の整備・確保は、国や地方自治体のもっとも基本的な責務であると信じる。重症患者をいつまでも受け入れ期間が決まらずに放置するのではなく、とにかくどこかの医療機関が引き受けるような体制作りがぜひ必要である。救急医療や周産期医療の再生を強く期待したい」と述べている。

(ウ) **刑事上の責任** それでは、診療義務に違反して、正当な事由がないのに医師が診療を拒否し、その結果、患者ないし傷病者が死んでしまったような場合はどうであろうか。診療義務は公法上の義務であるという立場からすると、民事責任の場合と同様に刑事責任も構成しないことになる。しかし、旧医師法時代には、診療拒否の結果、傷病者又は患者の病状が悪化し、あるいは患者が死亡してしまった場合、医師には公法上とはいえ診療（作為）義務が課されており、その作為義務を根拠にして、不作為による殺人等の犯罪の成立を主張する学説が有力であった²³⁾。

上記の学説は、いずれも旧医師法時代のものであるが、現行の医師法になってからは、既述のように、①診療義務規定は医師倫理の法定化を図った訓示規定であること、②診療義務規定に罰則が付されないのは、診療拒否の態

23) 宮本英脩・刑法学粹（1931）208頁、木村亀二・刑法解釈の諸問題第1巻（1939）263頁。

様如何を問わず処罰しない趣旨であること、③医師には、不作為犯における結果防止義務としての作為義務がないといった理由から、診療義務違反に関連した刑事責任は問わないといった否定説が通説となっている。しかし、この通説には問題があるように思われる。問題となるのは、不作為による殺人、傷害・傷害致死、保護責任者遺棄及び過失致死傷である。

作為犯と不作為犯 法が保護している利益（保護法益）を積極的な動作によって侵害した場合を作為犯という。不作為犯には、刑罰法規の内容として一定の不作為が予定されている犯罪類型、例えば公務員より解散の命令を受けること3回に及んでも解散しない場合に成立する不解散罪（刑法107条）、あるいは退去を要求されているのに退去しない不退去罪（同130条）がある。これらの犯罪のことを真正不作為犯という。これに対し、例えば殺人罪のように刑罰法規の内容としては原則として作為が予定されているが、一定の義務（作為義務）を守らないことによって作為と同程度の確実性をもって結果を実現できる態様の不作為を作為と同様に処罰する犯罪類型とがある。これを不真正不作為犯という。

(a) **殺人罪・傷害罪との関連** 不作為犯の理論は刑法学上錯綜しているが²⁴⁾、ここでの問題は、診療義務に違反して診療しないという不作為により、果たして人を殺すことが可能かという点に集約される。言い換えると、どのような具体的状況があっても、診療を求めている傷病者ないし患者を故意に死なすことは不可能かが問題の核心である。

例えば、無医村地域の診療所に急患が搬送されて救急隊員が医師に診療を求めたところ、自らが診療を拒否すれば、四囲の具体的状況からみて患者は死亡してしまうと思いながら、私怨を晴らすために診療を拒んだため、手遅れとなって患者が死亡してしまったという例を考えてみよう。

医師は診療を求めている患者の状態を十分認識しており、自らが直ちに医療的処置を講じなければ患者の生命・身体に危険が生ずることを予見しており、その結果を防止することが可能かつ容易であるときは、医師には結果を

24) 大谷實・刑法講義総論（第5版 2019）124頁。

防止する作為義務が発生し、その義務に違反して診療をしない不作為は、殺人ないし傷害致死罪の責任を構成すると考えるのである²⁵⁾。

この考え方に対しては、行政法規違反と刑事責任上の作為義務違反を同視するのは不当であるとする見解もあるが、医師が診療を求められているだけで作為義務を認めるわけではなく、具体的な状況から判断して、診療を求められている医師が治療すれば患者を容易に助けることが期待できるのに、敢えて診療を拒否するのは、不真正不作為犯における作為義務違反を構成すると考えるのである。診療義務が直ちに結果防止義務の根拠となり、診療義務違反と連動して不真正不作為犯が成立するわけではないのである。もっとも、診療義務は直ちに結果防止義務の根拠になるとする見解は、現行の医師法下でもかつては有力であった。例えば、医師がすでに引き受けた患者の診療中に、患者に対する私怨を晴らすために、病変が悪化することを認識しながら診療の求めに応じなかったために手遅れとなって死亡したという事案について、診療義務違反を根拠に傷害致死罪（刑法205条）が成立するという学説が有力に展開されていた²⁶⁾。

確かに、いったん患者の診療を引き受けた以上、患者への診療義務は強く要請されるであろうが、患者を死なせた結果はその診療義務違反から直ちに導かれるのではなく、不真正不作為犯における結果防止の作為義務違反に求められるべきである。ここで作為義務とは、結果が発生しないようにするための法律上の作為義務のことである。その作為義務の根拠として、通常は①法令、②契約・事務管理、③条理、④先行行為が掲げられるが、医師法上の診療義務は法令上の根拠になるのである。これを要するに、診療義務は、不真正不作為犯における結果防止の作為義務の一つの根拠になるということである。ちなみに、故意に基づく診療拒否による病変の悪化について、殺人罪や傷害致死罪の適用を認めないのが一般の見解であり²⁷⁾、殺人等の罪責を肯

25) 飯田英雄「医療過誤と刑事責任——最近の動向」法律のひろば29巻1号16頁。

26) 植松正・再訂刑法概論1総論（1984）148頁。

27) 藤木英雄・行政刑法（1976）264頁。

定するとしても、実際に適用すべき事案は滅多に発生しないであろう。しかし、例えば、患者を引き受け、診療を続けてきたのに突然治療を止め、診療の拒否によって死の結果をもたらす具体的・現実的な危険が発生した場合には、不真正不作為犯による殺人罪又は傷害致死罪の成立を認めても不当ではないように思われる²⁸⁾。

(b) **保護責任者遺棄罪との関連** 診療を拒否されたために病気が悪化した場合、診療義務違反を根拠に不作為による保護責任者遺棄罪ないし保護責任者遺棄致死罪を適用すべきであるとする有力な見解がある²⁹⁾。刑法218条は、「老年者、幼年者、身体障害者又は病者を保護する責任のある者がこれらの者を遺棄し、又はその生存に必要な保護をしなかったときは、3年以上5年以下の懲役に処する」とし、同219条は、これによって死の結果が生じたときは同致死罪として20年以下の懲役に処するとしている。保護責任者遺棄罪は、生命に対する危険犯であり、具体的に死の危険が発生したかどうかは問わず、遺棄行為が行われれば、直ちに遺棄罪は成立する。

保護責任者遺棄罪を診療拒否義務違反に適用してみると、遺棄の対象となる「病者」は、広く肉体的・精神的に疾病のあるものを意味し、その原因の如何、治療の可能性の有無、疾病期間の長短を問わないが、少なくとも「扶助を必要とする」状態に達していることが要件となる。ここで「扶助を必要とする状態」とは、他人の助けがなければ自ら日常生活を営むべき動作をとることができない場合をいう。保護責任の発生原因は、通常、法令、契約、事務管理、条理を根拠としている。医師については、医師法19条1項の診療義務規定が根拠となるから、「法令」に該当する³⁰⁾。つまり、医師は診療義務を根拠として保護義務者となるのである。

ちなみに、公法上の保護義務として典型的なものは、警察官職務執行法3条の警察官の保護義務であるが、この保護義務違反が直ちに保護責任者遺棄

28) 大谷・前掲医療行為と法48頁。

29) 藤木・前掲行政刑法264頁。

30) 大谷實・刑法講義各論（第5版 2011）76頁。

罪を構成するものでないことは定説となっている。具体的な状況の下で法令上の義務者が、対象者の生命・身体の危険を自ら支配できる立場にあったかどうか判断の基準となる。したがって、医師の場合、法令上の作為（診察・治療）義務を前提としつつ、具体的な状況から判断して、他に救助を求めることが患者にとって現実に不可能であり、しかも急を要する場合には保護責任があり、患者が保護を要すべき状態にあることを認識しながら診療を拒否した場合には、保護責任者遺棄罪が成立すると考える。さらに私怨などにより殺意が認められる場合又は死の結果を認識しながら診療を拒否した場合にも殺人罪の成立が問題となる。もっとも、診療義務を公法上の義務と解する通説は、単なる診療拒否について保護責任者遺棄罪を認めるわけではなく、また、実務上も同様であり、今後もその流れに変化はないものと予測されるが³¹⁾、診療義務を単なる公法上の義務と解する通説に疑問を抱く立場から、敢えて同罪の成立可能性を主張した次第である³²⁾。

(c) **業務上過失致死傷罪との関連** 医師の診療義務違反との関連で、殺人罪、保護責任者遺棄罪の成立について考察したが、これらの罪は滅多に成立するものではない。これに対し、業務上過失致死傷罪については、その成立を認める見解が多数を占めている。では、診療義務違反の場合、刑法上の業務上過失が認められるためには、どのような要件を必要とするであろうか。

まず、注意義務違反が認められるためには、医師が患者から診療を求められた場合において、注意義務の違反がなければならない。ここで注意義務違反とは、医療施設として当該診療所だけしかないといった具体的な状況の下で、医師が診療を拒否すれば患者の健康を悪化させる等の結果が予見可能でなければならない。つまり、過失の注意義務違反を問うためには、医師において、診療拒否すれば健康悪化等の有害な結果が生ずるかもしれないという予見可能性がなければならない³³⁾。患者が診療を求めている場合、診療を断

31) 野田・前掲書117頁。なお、山下・前掲論文526頁。

32) 大谷・前掲医療行為と法50頁。

33) 大谷實・刑法講義総論（第5版 2019）178頁。

っても病状の悪化という点から見ると軽微なものから重大結果を招く虞がある場合など極めて多様であり、診療を断っても患者が他の病院等で診療を求めることが可能である場合などでは、その結果、患者の健康が悪化しても診療義務違反はともかく業務上過失致死傷の問題は生じない。

しかし、診療を拒否すれば、患者の症状や四囲の状況から判断し、診療を求める依頼者の病状が悪化し、場合によっては重篤な状態になることを予見できたのに、うかつに自分の都合で診療を拒否した結果、患者が死亡してしまったような場合、医師の客観的注意義務違反は否定できず、医師としての業務上過失致死傷罪は否定できないと考える。なお、診療義務違反について業務上過失致死罪を問うためには、「求めに応じないで診療しなかった」という不作為による過失犯の成否が問題となる。過失犯の本質は、注意義務違反であるが、通常の過失では、当該の行為に出れば結果が発生することを予見できるのに、不注意のために予見できずに結果が発生させたときに注意義務違反があるとされる。したがって、注意義務の範囲は予見可能性である。しかし、不作為による過失にあっては、単なる結果の予見可能性に加えて、結果を回避しうる立場・地位にあることが必要とされる。

そこで、診療を求められた医師は公法上の診療義務という作為義務が課されるから、診療を求められた医師は病気の悪化や死の結果を防止する立場・地位にあり診療義務により不作為の過失の前提となる注意義務を基礎づけることができる。したがって、具体的な状況に照らし、診療拒否による生命・身体に対する危険の発生が一般的に予見可能な程度に達していれば、診療義務違反は業務上過失致死傷罪を構成することになる。

このようにして、応招段階においても診療拒否は業務上過失致死傷罪となりうるが、引受け後は予見可能性がより一層大きくなり、診療拒否と病状悪化の間の因果関係が認められる以上、業務上過失致死傷罪が成立しうる。「麻酔剤を施用した開業医として、帰宅後に患者の異常を訴えられながら・・・何等の処置も取らなかった態度は、それだけで医師としての重大な業務上の過失である」(東京高判昭和47・11・30、飯田・前掲論文17頁参照)とした判例があ

る³⁴⁾。

以上の検討の結果、診療義務違反を刑事責任に直結させるのは不当であるが、間接的には刑事責任を構成しうる場合があることを証明できたと考える。

Ⅲ 診断書等の交付義務

医師法19条2項は、「診察若しくは検案をし、又は出産に立ち会った医師は、診断書若しくは検案書又は出生証明書若しくは死産証書の交付の求めがあった場合には、正当の事由がなければ、これを拒んではならない」と定めて、診断書、検案書、出生証明書、死産証明書の交付義務を定めている。ただし、違反者に対する罰則は規定されていない。

(1) 趣旨

本条に規定されている診断書等の証明文書は、社会生活上多種多様な役割を果たしている。例えば、①出生届に添付する医師の出生証明書（戸籍法49条3項）、②死亡届に添付すべき医師の死亡診断書や死体検案書（戸籍法86条2項）など、それがなければ官公署の許可・認可を受けられない場合は非常に多いのである。そこで、診断書等の交付義務を敢えて規定しているのである。

(2) 交付の要件

交付義務が課されるのは、「診察若しくは検案をし、又は出産に立ち会った医師」である。診察とは、問診、聴診など患者の病状を診断する行為をいい、「検案」とは、医師が自ら診察していなかった者について、死因、死期など死亡の事実を医学的に確認することをいう。

(ア) 交付すべき文書 交付の対象となる文書は、診断書・検案書・出生証

34) 飯田・前掲論文17頁参照。

明書・死産証書である。

(a) **診断書** 医師が人の健康状態を証明するために診察の結果について作成する文書を診断書という(大判大6・3・14刑録23・179)。診断書には通常の診断書と死亡診断書の2種類がある。通常の診断書の場合は、様式、記載事項等についての特別の定めはなく、医師が診断の結果知りえた病名、創傷の部位および程度、治療に必要な日数等を記載することになっている。ただし、裁判所に提出する診断書については、記載項目が明示されていることに注意を要する(刑事訴訟法規則183条)。死亡診断書とは、自らが主治医となっている患者が死亡した場合、その医師が死亡した事実を確認して作成する文書である。死亡診断書については、その様式及び記載内容が法定されている(医師法施行規則20条)。なお、死亡診断書と後述の死体検案書とは異なることに注意を要する。

(b) **検案書** 自ら診療に当たっていない者の死亡の事実について、死因・死期などの死亡の事実を医学的に確認した文書を検案書という。検案書には、死体検案書と死胎検案書とがある。死体検案書とは、自ら診療に当たっていない者が死亡した場合に、その者の死因、死期などを医学的に判断して証明する文書をいう。死胎検案書とは、自らが診療に当たっていない妊婦が死産した場合の死産児に対する検案書である。その様式及び記載内容は、死亡診断書と同じである。

(c) **出生証明書** 医師(助産師又はその他の出産の立合者)が出生の事実を証明する文書を出生証明書という。戸籍法により出生届に添付すべき文書で、その記載事項及び様式は戸籍法施行規則等で定められている。

(d) **死産証書** 医師(又は助産師)が、自ら診療を担当している妊婦が死産した場合に死産の事実、その原因・理由を証明する文書を死産証書という。前述の死体検案書とは異なることに注意を要する。死産とは、妊娠4か月以降における死児の出産をいう。死児とは、出産後において呼吸・脈拍の認められないものをいう。

(イ) 「**交付の求めがあった場合**」の意義 上記の書類は、いずれも証明文

書として社会的に重要なものであるから、交付を求められたときは、医師は正当の事由がない限り交付する義務がある。交付とは医師が診断書等を求める相手方に渡すことをいうが、交付を求める者は、患者やその監護義務者、代理人等である。問題は、患者の勤務する会社の従業員等の第三者が請求してきた場合である。患者本人の同意があれば問題はないが、同意なしに請求してきた場合には、医師の守秘義務に違反し、刑法上の秘密漏示罪（134条1項）の成立が問題となる。秘密漏示罪は、医師などが業務上知りえた他人の秘密を他に漏らすことであり、診断書に患者の病名、病状、治療方法などが記載されており、これらの事項は患者の秘密に属するのが通常だからである。したがって、第三者が本人の同意なしに診断書の交付を求めてきた場合は、正当な請求とならないから、医師が交付を拒否しても本条の違反とはならない（東京地判昭和48・8・7判時740号79頁参照）。

(ウ) **正当な事由** 　いかなる場合に正当な事由があるとして交付を拒むことができるかであるが、①診断書等が詐欺や恐喝など不正な目的に利用される疑いがある場合、②病状や病名の診断が困難な場合、③患者に病名・病状を知らせることが治療上重大な支障となる場合などが考えられるが、具体的事案に即し、社会通念に従って判断するほかはないであろう。正当な事由がないのに交付を拒否した場合は、「医師としての品位を損する行為」として、医師免許の取り消し等の行政処分の対象となりうる。

(エ) **「拒んではならない」の趣旨** 　診断書等の文書を求めている相手方に渡すことを拒んではならないとする趣旨である。法的義務として定めたものであるが、義務に違反した者に対する罰則は定めていない。正当な理由なく診断書等の交付を拒んだ場合は、「医師としての品位を損する行為」（医師法7条1項2号）として、医師免許の取消し又は3年以内の医業容停止といった行政処分の対象となりうる。

IV 無診察治療等の禁止

医師法20条は、「医師は、自ら診察しないで治療をし、若しくは診断書若しくは処方せんを交付し、自ら出産に立ち会わないで出生証明書若しくは死産証書を交付し、又は自ら検案をしないで検案書を交付してはならない。但し、診療中の患者が受診後24時間以内に死亡した場合に交付する死亡診断書については、この限りではない」と規定し、これに違反した場合は「50万円以下の罰金」(33条の2)に処することになっている。

(1) 禁止の趣旨

本条の趣旨については、①自ら診察しないで治療をし、若しくは処方せんを交付する行為、②自ら診察しないで診断書を交付し、自ら出産に立ち会わないで検案書を交付する行為に分け、①は、病状についての的確な判断なしに治療をし、又は処方箋を交付することは、患者にとって有害になるという理由、②は、記載内容の正確さを担保するためという理由³⁵⁾とするのが通説である。

確かに、①は患者の医療上の利益を保護するためのものであり、②は文書の真正を担保するためのものと考えられるが、同一条文で趣旨の異なる行為を禁止して違反者を同じように処罰するのは適当でないこと、また、情報通信器による診断など遠隔医療が開発され、診療システムが変化していることから、規定の仕方を大幅に改める必要があろう³⁶⁾。

(2) 無診察治療の禁止

本条前段の「診察」とは、医師が患者の病状を判断するために身体の状況を調べることをいい、触診、聴診、指針、打診、検査など、現代の医学から

35) 小松・前掲書68頁、野田・前掲書146頁、山下・前掲論文527頁。

36) 樋口・前掲書75頁。

みて病状を診断できる行為であれば足りる³⁷⁾。また、「治療」とは、患者の傷病の回復、健康の増進のために医師の行う行為をいう。そして、診察をしないで治療する行為が無診察治療である。

診断と治療は、近代医学における医師の基本的行為であり、両者を併せて診療という。診療は、通常自ら診察して治療をするが、自ら診察しないで治療することを無診察治療という。「自ら」とは、「自分自身で」という意味であるから、対面して診察することが必要であるという趣旨であろう。かくして、診療は原則として「対面診療」でなければならないとされてきた。

しかし、診察の目的は、患者の病状を的確に判断することにあり、必ずしも対面して診察する必要はないと思われる。したがって、初診か再診か、前回の診療からの時間的経過、病状の重さ、緊急時等の具体的事情によって、「自ら」の中身は異なってくる。特にオンラインなどの情報機器を用いた遠隔診療は、対面診療の原則を貫くとすれば違法ということになり、処罰をまぬかれないことになる。

この点につき厚生労働省は、診察は医師と患者が直接対面して行われることを原則とするが、遠隔診療においても医師が直接診察するのと同等のレベルの直接性を保ちうるならば、医師法20条違反にはならないとしたのである(平成7年健政発1075)。遠隔診療を完全に直接診療に代替させることはできないと思われるが、「的確な診断」の確保が無診察診療を禁止する趣旨であるから、その趣旨に反しない限り、情報機器を活用した診療は許されるであろう³⁸⁾。したがって、一度も診察したことのない患者への治療や投薬でも事情によっては許されるし、また、医師が過去に診察した患者を診察なしに治療する場合においても、事情によっては許されることになる³⁹⁾。

遠隔診療に関する国の見解 平成15(2003)年医政発第33020号は、遠隔診療に関する留意事項として、①初診及び急性期の疾患や対面診療が可能な場

37) 野田・前掲書147頁、小松・前掲書70頁。なお、大判大正3年4月7日刑録20巻485頁参照。

38) 樋口・前掲書97頁。

39) 野田・前掲書147頁。なお、大判大正3年3月20日刑録20巻411頁。

合には、原則として直接の対面診療によること、②直接の対面診療が困難な患者及び直近まで相当期間にわたって診療を継続してきた慢性疾患の患者など病状が安定している患者に対しては、患者側の要請に基づき、患者の利点を十分に勘案したうえで、直接対面診療と組合せて行われるときは、遠隔診療によっても差し支えないこと、③遠隔診療の実施に当たっては、患者及びその家族等に対して情報通信機器の使用法、特性等について十分な説明を行い、理解を得ること、④患者のテレビ画像を転送する場合においては、患者側のプライバシー保護に慎重な配慮を行うこと、⑤遠隔診療を実施する場合にも直接の対面と同様、診療の実施の責任は当然に医師が責任を負うが、患者又はその家族も、医師から相応の指示や注意がなされたにもかかわらず、その指示や注意に従わないために被害が生じた場合にはその責任を負うべきであることについて、事前に十分な説明が医師によってなされること、以上の5点を掲げている。これを要するに、医師法20条における「診察」は対面診察が原則であり、遠隔診察は、あくまで直接の対面診察を補完するものとして行われるべきであるとするのである。それゆえ、直接の対面診察による同等ではないにしても、これに代替しうる程度の患者の心身の状況に関する有用な情報が得られる場合には、遠隔診療を行うことは、直ちに医師法20条に抵触するものではないということである。その後厚生労働省は、平成30年に「オンライン診療の適切な実施に関する指針」を公表している。なお、新型コロナウイルス感染症の対応として、特別に認められたパソコンやスマホなどの画面を通じて自宅などで診察や薬の処方を受ける仕組みである「オンライン診療」を恒久化する動きがあるが、受信歴のない患者については、対面でなければ全身の状態を把握することが困難であり、重症化の兆候を見逃すこともあるところから、厚生労働省や日本医師会には消極的意見があり、今後の動向が注目される⁴⁰⁾。なお、日本医師会は、「かかりつけ医を基軸として」オンライン初診を解禁する考え方を公表している⁴¹⁾ (同朝刊4頁)。なお、オン

40) 朝日新聞2020年10月13日朝刊。

41) 朝日新聞2020年10月30日朝刊。

ライン診療については、いくつかの指針が、厚生労働省から示されている。オンライン診療の適切な実施に関する指針（平成30年3月30日医政発0330第46号厚生労働省医政局長通知）などが出されている。

診察をしないで治療を行うことが「無診察治療」である。例えば、幼児に投薬するために医師が自ら処方した調剤をその父に交付する場合がこれに当たる（大判大正7・6・6刑録24・745）。また、数か月にわたって治療を中断していた患者に、改めて診察することはなく初診の際と同じ薬剤を交付することは、無診察治療に当たる⁴²⁾。ただし、健康状態に関する判断の正確性を保証できる場合には、その都度診察をしないで治療しても無診察治療には当たらない⁴³⁾。

(3) 各種違法文書の交付禁止

医師の作成すべき文書は社会的に重要であるところから、その内容の真正を担保するため、①自ら診察をしないで作成した診断書及び処方せん、②自ら出産に立ち会わないで作成した出生証明書及び死産証書、③自ら検案をしないで作成した検案書交付は禁止されており、これに違反したときは50万円以下の罰金に処せられる（医師法20条）。ただし、診療中の患者が受診後24時間以内に死亡した場合に交付する死亡診断書については、この限りではない。

(ア) 無診察診断書の交付 医師の作成する診断書の内容の真正を期するため、診断の基礎となる診察を欠く診断書の交付は禁止されている。なお、診断書の一つである死亡診断書については、診療中の患者の死亡時が最後の診察後24時間以内であるときは、改めて診察することなく診断書を作成することが認められている。正確性が損なわれる虞は少ないからである。これに対し、受診後24時間経過した場合、あるいは24時間前であっても疾病と別の原因、例えば交通事故で死亡した場合には、改めて診察し作成した死亡診断書を交付する必要がある。診断書交付の当日に診察した事実がなくても、判断

42) 金川・前掲書45頁。

43) 小松・前掲書71頁。

の正確性が保証できるときは、無診察診断書交付には当たらない（広島高判昭和27・5・17高刑集5・8・1199）。なお、最終診察から死亡時点までの経過時間にかかわらず、「生前に診察していた傷病に関連する死亡であると判定できる場合」には、「死亡診断書」を発行することができる（平成24年8月31日医政発医発0831第1号）。したがって、在宅死の場合には、医師は、死体検案書ではなく死亡診断書を作成して交付すればよいのである。

死亡診断書と死亡経過時間 厚生労働省は、最終診察から死亡時点までの経過時間にかかわらず「生前に診療していた者に関連する死亡であると判定できる場合には、死亡診断書を発行できる」とする行政解釈を示している（平成24年8月31日医政発0831第1号）。したがって、予想される経過での在宅死であれば最終の診察から24時間経過しても、主治医は死亡診断書を発行することができる。ちなみに、①死亡診断書は、診療中の患者が死亡した場合、死亡の事実に関して医学的に確認して作成される書類であり、それ以外の場合には死亡診断書を作成することはできず、医師は死体を検案し、死体検案書を作成しなければならないのである。ここで②死体検案書とは、死体について、死亡の事実を医学的に確認して作成する文書のことをいう。①は、医師が自ら診療中の患者について作成する死亡に関する書類であるのに対し、②は、それ以外の者の死体についての死亡の事実を医学的に確認して作成する書類である。

(イ) **無診察処方せんの交付** 処方せんとは、医師が作成すべき薬剤による治療方法の指示書をいう。これを医師が患者を診察しないで作成するときは、薬剤が患者の症状に適合しない場合があるところから、患者の医療的利益を保護するために無診察処方せんの交付を禁止し、これに違反するときは、50万円以下の罰金に処せられる（医師法20条）。

(ウ) **不立合い出生証明書等の交付** 出生証明書及び死産証明書は、関係者の権利の得喪等に係る重要な書類であるから、その内容の真正を担保する趣旨から、出生、死産に立ち会わない者が作成した文書を他の者に交付することを禁止するのである。禁止に違反して交付したときは、50万円以下の罰金

に処せられる（医師法20条）。

(エ) **無検案検案書の交付** 検案とは、診療中でない者が死亡した場合に、医師がその死体についての死因、死期等を確認するために死体の外表を医学的に確認することをいう。検案によって作成した文書が死体検案書である。検案書を自ら検案しないで作成するときは真正を確保できないところから、自ら検案していない検案書の交付を禁止し、これに違反したときは、50万円以下の罰金に処せられるのである（医師法20条）。

なお、検案書には前述のように死体検案書と死胎検案書がある。診療中の妊婦が死産した場合の取扱について、母体を通じて胎児の疾患を診療中に死産した場合は検案しないで死産証明書を作成できるが、妊婦の診療中に胎児が死産した場合には、検案して死胎検案書を作成する必要がある、検案しないで死産証書を交付することはできないとした判例がある（大判大正3・10・221刑録20・2219）。しかし、今日の医学においては、母体を通じて胎児のみの診療を行うことができるのであり、その場合は検案しないで死産証書を作成することができ、それ以外の妊婦自体の診療中に死産した場合には、死体検案書を作成すべきであろう。なお、乳児死亡について死亡診断書を作成する場合、母体を診察しないでその死因を判断できる場合は母体の診察を要しないが、乳児の診察のみでは、その死因の確定が困難なときは、母体の診察後に確定するべきであろう（昭和25年4月4日医取202。小松・前掲書74頁）。

V 異状死体等の届出義務

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、これに違反したときは50万円以下の罰金に処するとしている。

(1) 本条の趣旨

本条は、死体又は死産児には、殺人、死体遺棄等の犯罪あるいは新型感染

症等の痕跡を残している場合があるところから、警察官が犯罪捜査の端緒を得ることを容易にし、場合によっては警察官が緊急被害の拡大を防止するなど社会防衛を図ることを可能にするといった役割を担った行政手続き上の義務を定めるものであり、医師に対して異状死体を「警察」に届け出る義務を定めたのである。刑事司法への協力義務を定めたものといってもよいであろう⁴⁴⁾。

(2) 異状死体

ここで「異状」とは、普通と違った状態を意味するが、病理学的な異状ばかりでなく犯罪に関連する法医学的な異状を含む。例えば、他殺体であるといったように犯罪の疑いがある場合に限らず、死体の状況、死体の発見場所などを考慮して、病死等の通常の死ではないと認められる場合も含まれる(大判大正7・9・8刑録24・236。なお、東京地判八王子支判昭和44・3・27刑月1・3・313)。死体を検案して、上記の異状性が認められるときは、警察に届け出る義務がある。なお、「異状」の意義については議論があるところ、日本法医学会は、1994(平成6)年に『『異状』ガイドライン』を公表し、「基本的には、病気になり診療を受けつつ、診断されているその病気で死亡すること」を「普通の死」と呼び、それ以外はすべて「異状死」と呼ぶことにし、具体的には、①外因による死亡、②外因による傷害の続発性あるいは後遺障害による死亡、③①又は②の疑いがあるもの、④診療行為に関連した予期しない死亡またはその疑いがあるもの、⑤死因が明らかでない死体、以上の5つの場合を異状死としている。妥当な見解であると思われる。

(3) 届出義務の合憲性

異状死体届出義務をめぐるのは、医療過誤に関与した医師に届出義務を課すことになり、憲法38条の「何人も自己に不利益な供述を強要されない」権利、つまり自己負罪特権ないし黙秘権の侵害に当たるとする有力な見解があ

44) 米村・前掲書53頁。

る⁴⁵⁾。しかし、最高裁判所は、①届出義務は犯罪捜査の端緒のほか、②警察による被害拡大の防止を担った行政手続上の義務として公益上の必要性が高いこと、③犯罪行為を構成する事項の供述まで強制したものではないこと、④医師が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こと、これらを理由として憲法に違反するものではないとしている（最判平成16・4・13刑集58・4・24）。

確かに、異常死体届出義務は、業務上過失致死罪の罪責を問われるおそれのある事案については「自己に不利益な供述を強要されない」とする憲法38条第1項に違反する疑いがある。しかし、仮に違憲とされた場合、不適切な医療行為が介在する多くの事故死や犯罪死の事例が届出義務免除ということになり、「死因究明をめぐる実務上の観点」から合憲とする結論を支持しなければならないであろう⁴⁶⁾。

VI 処方せん交付義務

医師法22条は、「医師は、患者に対し治療上薬剤を調剤して投与する必要があると認めた場合には、患者又は現にその看護に当たっている者に対して処方せんを交付しなければならない。ただし患者又は現にその看護に当たっている者処方せんの交付を必要としない旨を申し出た場合及び次の各号の一に該当する場合においては、この限りでない。

1. 暗示的効果を期待する場合に於いて、処方せんを交付することがその目的の達成を妨げるおそれがある場合
2. 処方せんを交付することが診察又は疾病の予後について患者に不安を与え、その疾病の治療を困難にするおそれがある場合
3. 病状の短時間ごとの変化に即応して薬剤を投与する場合

45) 佐伯仁志「異常死体の届義務と黙秘権」ジュリスト1249号78頁、川出敏裕「医師法21条の届義務と憲法38条1項」法学教室290号5頁、高山佳奈子「異常死体の届義務」医事法判例百選(2006)9頁、米村・前掲書56頁など。

46) 武市尚子「異常死体の届義務」大磯＝大滝＝山田・医療法入門(第2版 2016)51頁。

4. 診断又は治療方法の決定していない場合
5. 治療上必要な応急の措置として薬剤を投与する場合
6. 安静を要する患者以外に薬剤の交付を受けることができる者がいない場合
7. 覚せい剤を投与する場合
8. 薬剤師が乗り込んでいない船舶内において薬剤を投与する場合」と規定し、これに違反するときは、50万円以下の罰金に処せられる（33条の2）。

(1) 趣旨

本条は、明言はしていないが、医薬分業を定めた規定である。医師は診療を行い、その結果処方が必要な場合は、処方せんを作成して患者又は看護に当たる者に交付する。交付された患者等は処方せんを薬剤師に渡し、薬剤師は処方せんに基づいて薬を処方するという流れを明らかにしたものである。医師が処方せんを交付しなければならないのは、治療上薬剤の投与が必要な場合であるから、バリウムを患者に飲ませるといったような、単に診断の目的で投与する場合又は処置として薬剤を塗布するような場合には交付義務はない。

(2) 処方せん

医師が患者の病気の治療に必要な薬の種類、量や服用方法を記載して作成した文書を処方せんという。又、「調剤」とは、医師が発行した処方せんに基づき、薬剤師が医薬品を調合することをいう。なお、薬剤師は、処方箋の内容が適正であることを確認して調剤することとされている。そして、薬剤師法19条は、「薬剤師でない者は、販売又は授与の目的で調剤してはならない」と定めており、我が国も欧米と並んで、処方せんは医師、調剤は薬剤師という医薬分業の制度を採用しているのである。

(3) 例外規定

医師法22条ただし書きは、①暗示的効果を期待する場合において、処方せんを交付することがその目的の達成を妨げるおそれがある場合、②処方せんを交付することが診療又は疾病の予後について患者に不安を与え、その疾病の治療を困難にするおそれがある場合、③病状の短時間ごとの変化に即応して薬剤を投与する場合、④診断又は治療方法の決定していない場合、⑤治療上必要な応急措置として薬剤を投与する場合、⑥安静を要する患者以外に薬剤の交付を受けることができる者がいない場合、⑦覚せい剤を投与する場合、⑧薬剤師が乗り込んでいない船舶内において薬剤を投与する場合、以上の8項目については、処方せんの交付は必要ないとしている。

医薬分業制 診療及び処方師は医師が行い、医師の処方せんに基づいて調剤し、また薬歴の管理、服薬指導は経営的に独立した薬剤師がこれを行う制度、これを医薬分業制という。それぞれの専門性を発揮して医療の向上を図り、患者の安全性を確保しようとする制度である。すなわち、医師と薬剤師の役割を分けて、不適切な投薬を排除し、過剰投与の抑制を図ろうとするのが医薬分業の趣旨である。欧米では、早くからこのシステムが導入されており、わが国でも1889（明治22）年の薬品営業並薬品取扱規則で制度化され、また、1950年代には、「薬漬け医療」「薬の過剰投与」が問題となり、いわゆる医薬分業化が図られたが、医療機関が薬で利益を得る従来の既得権を保持しようとしたため、医薬分業制度は有名無実となった（大谷・前掲医療行為と法35頁）。しかし、厚生労働省は、1990年代から病院、診療所で薬を調剤するよりも、院外処方せんを発行する価格を数倍高くするなどの利益誘導により、医薬分業の促進を図った。その結果、調剤薬局が増加し、ようやく不十分ながら医薬分業制が実現することとなったのである。

Ⅶ 療養指導義務

医師法23条は、「医師は、診療をしたときは、本人又はその保護者に対し、療養の方法その他保健向上に必要な事項の指導をしなければならない」と規定している。義務違反に罰則はない。

(1) 趣旨

医師が診療したときは、併せて療養の指導を行わなければならないことを規定したものである。患者の疾病・創傷の克服は、医師の診療だけで可能になるものではなく、医師の適切な診療と指導および患者側の治療目的に沿った態度が一体となって協力し合うことが大切である。かつては、療養指導義務は説明義務の一環と位置付けられてきたが⁴⁷⁾、むしろ療養指導は治療行為の一環として位置付けられるべきであろう。もっとも、医師は患者に対して単に診療を行えば足りるというわけではなく、治療の目的を達成するためには患者や保護者に対して、療養その他の必要な指導を行うべきことは医療契約上当然のことであり、その重要性を強調するために療養指導を訓示的に義務化したと解すべきであろう⁴⁸⁾。

(2) 内容・程度

医師の指導すべき事項としては、①治療目的を促進するために患者が採るべき態度、②治療目的に反するために禁止すべき行為、これら2種類が含まれる。①については、安静の保持、適度な運動、容態の変化に伴う受診、投薬の指示などを挙げることができよう。②については、外出や入浴の禁止、禁食、禁酒、禁煙の指示などがありうる。診療時の症状から判断し、個々に

47) 金川琢雄「医療における説明と承諾の問題状況」医事法学叢書3巻327頁。

48) 高木・前掲書25頁、小松・前掲書83頁。

必要な指示をすれば足りる。

(3) 義務違反

療養義務に違反してもそれだけで処罰されることはない。ただし、療養指導義務は、診療の本質的要素であり医療契約上の当然の義務であるから、医師が療養指導を怠った患者に損害を与えた場合には、民事上又は刑事上の責任はありうる。例えば、患者の下痢症状を発見したのに、食事について単に塩分を取りすぎないように注意したにとどまる場合は、療養指導義務に違反するとして不法行為責任を認めた判例がある（横浜地判昭和39・2・25下民集15・2・360）。また、子宮外妊娠の可能性を考慮し、卵管が破裂した場合の具体的な指示をすべき義務を怠ったとして、医師の指導義務違反による不法行為責任を認めた判例がある（高知地判昭和51・3・3判時984・114）。

Ⅷ 診療録作成保存義務

医師法24条は、「①医師は、診療をしたときは、遅滞なく診療に関する事項を診療録に記載しなければならない。②前項の診療録であつて、院内又は診療所に勤務する医師のした診療に関するものは、その病院又は診療所の管理者において、その他の診療に関するものは、その医師において、5年間これを保存しなければならない」と規定している。この義務に違反したときは、50万円以下の罰金に処せられる（医師法33条）。

(1) 趣旨

診療録とは、医師が特定の患者について診療の経過等の事項を記載した文書、いわゆるカルテのことである。電子カルテも含む。診療録を作成し保存する趣旨は、①医師に適正な診療を行わせるため、医師自身にその適正さを証明させるための書類を作成させ、行政的な取り締まりを可能にすること、②診療を受ける患者自身の権利義務の確定ないし確認のために必要な各種証

明書を作成する際の資料、証拠書類を確保するためである⁴⁹⁾。

(2) 記載事項

医師法施行規則23条は、記載事項について診療を受けた者の住所、氏名、年齢、性別、病名、主要症状、処方及び処置、診療の年月日としている。カルテの記載は、診療時に「遅滞なく」行わなければならない。記載が不正確になることを防止するためである。記載は、日本語によらず外国語であってもよい。また、医師は代筆を頼んでもよいが、もしその者が義務に違反したときは、その責任は医師が負わなければならない(大判大正5・5・3刑録22・477)。診療録の保存期間は診療が終了してから5年間であるが、保存義務を負う者は、①病院又は診療所に勤務する医師が作成したカルテは、それぞれの管理者であり、②開業医の場合はその医師である。

カルテの開示問題 医療過誤について裁判で争うとする場合、訴えを提起しようとするとき、医師のカルテを証拠として提出することが不可欠であるところから、医師はカルテを患者側に積極的に開示すべきではないかが問題となってきた。カルテは、上記のように医師の各種証明書を作成するための証拠資料となるものであるから、患者の所有物ではない。したがって、医師は患者の開示請求を拒否できるわけであるが、カルテは患者についての情報であるから、患者が自由に閲覧できるようにすべきだとして1990年代に「カルテ開示論争」が展開され、実務上は積極・消極が相半ばする状況にあった(福岡高判昭52・7・13判時37・22〔積極〕、東京高判昭和59年9月17日民集37・3〔消極〕)。しかし、平成15年に施行された個人情報保護に関する法律25条1項の裁判に関連して、東京地判平成19年6月27日判タ1275・323は、本人の開示請求権を否定した。結局、法律上カルテの開示を求めるためには、証拠保全手続又は裁判所の文書提出命令によることとなっているが、平成11年に日本医師会が「医師及び診療施設の管理者は、患者が自己の診療録その他の診療記録等の閲覧・謄写を求めた場合は、原則としてこれに応ずるものとする」として、自

49) 小松・前掲書67頁。

主的にカルテを開示することにしたことから、ほとんどの病院等の医療施設では、自主的に各自の診療情報提供指針を作成して、カルテの開示を行っており、カルテ開示論争は解決をみている⁵⁰⁾。

IX 医師の守秘義務

医師等の医療従事者及び医療機関は、業務上知りえた他人の秘密を第三者に漏らさない義務すなわち守秘義務を負う。刑法134条は、「医師、薬剤師、医薬品販売業者、助産婦、弁護士、公証人又はこれらの職にあった者が、正当な理由がないのに、その業務上取り扱ったことについて知りえた秘密を洩らしたときは、6月以上の懲役又は10万円以下の罰金に処する」と規定している。また、保健婦助産婦看護師法43条、診療放射線技師法29条、臨床検査技師等に関する法律19条等にも同様の規定が置かれている。ここでは、医師の守秘義務に限って述べる。

(ア) 趣旨 上記の規定から、医師の職にある者又は以前に医師の職にあった者が、自ら行った医療行為について知りえた患者の秘密を正当な理由がないのに漏らしたときは、秘密漏示罪として処罰される。医師は、医療行為を行う上で知りえた患者の秘密を守る義務が課される。これを医師の守秘義務という。医師に守秘義務が課されるのは、患者の医師に対する信頼を確保し、適切な診療を受けさせるためである⁵¹⁾。患者は、適切な診療が受けられるようにするために、他人に知られたくない秘密（個人情報）を医師に打ち明ける場合があるが、それを容易にするためには、医師は患者の秘密を漏らすことはないという患者の信頼を確保する必要がある。医師が正当な理由なく患者の秘密を漏らしてしまうと、患者は医師を信頼して診療に必要な個人情報を打ち明けなくなり、適切な診療の妨げとなる。これが患者の秘密保護の趣旨である。

50) 大磯他・前掲書56頁参照。

51) 大谷・前掲医療行為と法52頁、同・前掲刑法講義各論163頁。

(イ) **秘密** 医師は、上記のように患者の秘密を守る義務がある。ここで「秘密」とは、一般に知られていない事実であって、患者本人が他人に知られたくないという意思を持っており、しかも他人に知られることが客観的に見て本人に不利益になると認められるものをいう。鑑定を命ぜられた医師が、鑑定の過程で知り得た秘密もここでの秘密に当たる（最決平成24・2・13刑集66・4・405）。秘密は、本人から告げられるものだけではなく、医師が診断又は治療の過程で知り得たものも含まれる。ただし、医師としての業務を遂行する過程で知り得たものでなければならない。例えば、居酒屋で偶然に見聞きした事柄は、その場にいた者にとっては秘密にする価値があったとしても、ここでいう「秘密」には当たらない。

(ウ) **漏示** 秘密をまだ知らない第三者にしらせることが漏示である。口頭によると文書によるとを問わない。カルテを放置して第三者に知らせるような不作为による場合でも漏示に当たる。要するに、医師が業務上知りえた秘密を、正当な理由がないのに第三者に漏らすことを禁止するのである。

(エ) **正当な理由** 秘密漏示罪は、「正当な理由」がないのに秘密を漏らすことを要件として成立する。正当な理由は、①法令上告知義務が課されている場合、②患者本人が、医師が秘密を漏らすことに同意している場合、③医師の第三者に秘密を漏らす行為が患者本人にとって利益となる場合、いずれも正当な理由に当たり、守秘義務違反とはならない。なお、秘密漏示罪は、親告罪なので、医師の秘密漏示によって被害を被った者の告訴がなければ犯罪にはならない（刑法135条）。

なお、2021（令和3）年の医師法改正により、大学医学部学生による臨床実習制度が発足することになり、医師法17条の3が新設されて臨床実習生に対する守秘義務が導入された。それに伴い、医師法33条の2は、臨床実習生に対する秘密の漏示を処罰することとし、刑法135条の秘密漏示罪と同じように、臨床実習生が守秘義務に違反して「業務上知り得た秘密を洩らした者は、6月以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する」としたのである。ただし、告訴がなければ公訴を提起することができないとして、親告罪とした。