

判決内容を参考にすることを基本とし、その上で、医師、歯科医師に求められる倫理に反する行為と判断される場合は、これを考慮して厳しく判断することとする」という旨の見解が示されている。

事例別考え方の部分に照らしても、「医事に関し犯罪又は不正の行為のあった者」が限定的に解釈されていることは、下記のとおり明白である。

「人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する医師、歯科医師は、その業務の性質に照らし、危険防止の為に医師、歯科医師として要求される最善の注意義務を尽くすべきものであり、その義務を怠った時は医療過誤となる。司法処分においては、当然、医師としての過失の度合い及び結果の大小を中心として処分が判断されることとなる。行政処分の程度は、基本的には司法処分の量刑などを参考に決定するが、明らかな過失による医療過誤や繰り返し行われた過失など、医師、歯科医師として通常求められる注意義務が欠けているという事案については、重めの処分とする。なお、病院の管理体制、医療体制、他の医療従事者における注意義務の程度や生涯学習に努めていたかなどの事項も考慮して、処分の程度を判断する。」

上記のとおり、日本における医師の行政処分、とりわけ医療過誤を理由とする行政処分は極めて限定的なものとして法解釈されてきた。それが誤っ

ているというわけではない。ただし、日本における医療事故調査において、個人の責任追及ではなく医療の安全を確保するために医療事故の再発防止の普及啓発が推進されればされるほど、専門家としての医師個人の責任が問われうる行政処分の扱いは、医療の質の向上や医療安全のさらなる推進にとってより重要な意味を持つものと思われる。

最後に、先に説明したように本報告書の分析には限界があるものの、医療過誤を理由とする医師の懲戒/行政処分のあり方が、医療過誤訴訟やそれに付随する和解と無関係ではないことを踏まえつつ、医療事故調査を通じた医療の質の向上や医療安全のさらなる推進が図られることを切に希望したい。

F. 発表

○佐藤智晶「21st Century Cures Act 法案と予想される医療機器業界への影響」医療機器産業研究所スナップショット、8号、2015年12月

○Chiaki Sato, Medical innovation through investment in health, University of Tokyo Journal of Law and Politics, 12 Summer 2015, at 124-134

○大西昭郎・黒河昭雄・佐藤智晶「医療機器を介した健康・医療の更なる分野横断的なイノベーションに向けてー遺伝子検査ビジネスの展開を例にー」医薬品医療機器レギュラトリーサイエンス、46巻6号、380-385頁、2015年

○大西昭郎・徳田香子・黒河昭雄・佐藤智晶「健康・医療分野の国際展開における戦略的外交と法政策」、Annual Report of the Murata Science Foundation、2015年6月

2. 実用新案登録 特になし
3. その他 特になし

H. 健康情報
特になし

G. 知的所有権の取得状況
(予定を含む。)

I. その他
特になし

1. 特許取得 特になし

ⁱ 本報告書の執筆にあたっては、米国セントルイス市にあるワシントン大学のピーター・ジョイ教授（ロー・スクール所属）と、当時の医学部長ラリー・シャピーロ教授から資料等について多くの示唆をいただいた。記して心より感謝したい。なお、アメリカ合衆国における医師の懲戒制度については、先行研究として、樋口範雄「時論 主要国の医師管理機構と医師会(2)アメリカ・カナダの現状-医師の懲戒制度」日本医事新報 4308号（2006年）79-84頁がある。本報告書は、医療事故調査や医療過誤訴訟との関係という視点から、医師の懲戒制度の最新の動向について分析したものに過ぎない。

ⁱⁱ 以下の部分については、特段の記載のない限り、次の資料を参照して記載している。See Federation of State Medical Boards of the United States, U.S. Medical Regulatory Trends and Actions, May 2014, available at https://www.fsmb.org/Media/Default/PDF/FSMB/Publications/us_medical_regulatory_trends_actions.pdf

ⁱⁱⁱ See Bal AK, Bal BS. Medicolegal Sidebar: State Medical Boards and Physician Disciplinary Actions. *Clinical Orthopaedics and Related Research*. 2014;472(1):28-31. doi:10.1007/s11999-013-3364-1. See *Dent v West Virginia*, 129 U.S. 114, 122 (1889).

^{iv} *Hawker v New York*, 170 U.S. 189 (1898). 合衆国最高裁は、重罪犯罪で有罪判決を受けた医師の医業を禁ずるニュー・ヨーク州制定法の合憲性を認めた。See Bal AK, Bal BS. Medicolegal Sidebar: State Medical Boards and Physician Disciplinary Actions. *Clinical Orthopaedics and Related Research*. 2014;472(1):28-31. doi:10.1007/s11999-013-3364-1.

^v 厚生労働省「医療事故調査制度について（1. 制度の概要）」, available at <http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/0000061201.html>

^{vi} 厚生労働省「医療事故調査制度に関する Q&A (Q24)」, available at <http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/0000061227.html>

^{vii} Id.

^{viii} See Bal AK, Bal BS. Medicolegal Sidebar: State Medical Boards and Physician Disciplinary Actions. *Clinical Orthopaedics and Related Research*. 2014;472(1):28-31. doi:10.1007/s11999-013-3364-1.

^{ix} Federation of State Medical Boards of the United States, U.S. Medical Regulatory Trends and Actions, May 2014, at 7, available at https://www.fsmb.org/Media/Default/PDF/FSMB/Publications/us_medical_regulatory_trends_actions.pdf

^x Id. See Department of Health and Human Services Office of Inspector General. State medical boards and medical discipline. OEI-01-89-00560, Aug. 1990, available at <http://oig.hhs.gov/oei/reports/oei-01-89-00560.pdf>

^{xi} Federation of State Medical Boards of the United States, U.S. Medical Regulatory Trends and Actions, May 2014, at 7, available at https://www.fsmb.org/Media/Default/PDF/FSMB/Publications/us_medical_regulatory_trends_actions.pdf

xii Id.

xiii Id. at 8.

xiv Id. at 9-10.

xv Id. at 19-27.

xvi Id. at 20-21.

xvii N.Y. State Department of Health, Physician and Physician Assistants Disciplinary and Other Actions, Office of Professional Medical Conduct (OPMC), available at

<http://www.health.ny.gov/professionals/doctors/conduct/>

xviii Education Law §§6530 and 6531, available at <http://nys.law.streaver.net/EDN/a741.html>, or

http://www.health.ny.gov/regulations/education_law/article/131-a/docs/131a.pdf

xix N.Y. State Department of health, What happens once I make a complaint?, available at

http://www.health.ny.gov/professionals/doctors/conduct/frequently_asked_questions.htm#what_happens

xx アメリカ合衆国では、医師が重罪犯罪について有罪判決を受けた場合、各法域の医業を規制する委員会に裁判所から報告されるという。また、1990年代に医療事故調査で医療の質に関する重大な事案が判明した場合については、同委員会へ報告が望ましいという意見が連邦健康保健省でまとめられている。See, e.g., Bal AK, Bal BS. *Medicolegal Sidebar: State Medical Boards and Physician Disciplinary Actions*. *Clinical Orthopaedics and Related Research*. 2014;472(1):28-31. doi:10.1007/s11999-013-3364-1;

Department of Health and Human Services Office of Inspector General. *The Peer Review Organizations and State Medical Boards: A Vital Link*. OEI-01-92-00530, Apr. 1993, available at

<http://oig.hhs.gov/oei/reports/oei-01-89-00560.pdf>

xxi 厚生労働省医道審議会医道分科会「医師及び歯科医師に対する行政処分の考え方について」（2012年3月4日改正），available at

<http://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r98520000024nfvz-att/2r98520000024nvn.pdf>

xxii Id.

平成27年厚生労働科学研究補助金
(地域医療基盤開発推進研究事業)
分担研究報告書

医師法 21 条の罰則の意義についての一考察

研究協力者 中村 道子 (新星総合法律事務所)

研究要旨

医療安全の向上のための徹底した医療事故調査に対する阻害要因として語られる医師の異状死届け出義務における罰則の在り方について制定過程を検討した。これについて、①医療を所管する厚生労働省ではなく、なぜ所轄警察署であるのか、②なぜ罰則による制裁を科すほどまでに立法者は届け出の実効性を担保したかったのであろうか、という2つの問題を設定し、②の問題について同法の制定過程、とりわけ罰則化が組み込まれた明治39年医師法施行規則9条（「醫師死體又ハ四箇月以上ノ死産兒ヲ検案シ異常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」）に焦点を当て、歴史を翻ってその意味を探ろうと試みている。

A. 研究目的

医療安全の向上のための徹底した医療事故調査に対する阻害要因として語られる医師の異状死届け出義務における罰則の在り方について制定過程を検討した。これについて、①医療を所管する厚生労働省ではなく、なぜ所轄警察署であるのか、②なぜ罰則による制裁を科すほどまでに立法者は届け出の実効性を担保したかったのであろうか、という2つの問題を設定し、②の問題について同法の制定過程、とりわけ罰則化が組み込まれた明治39年医師法施行規則9条（「醫師死體又ハ四箇月以上ノ死産兒ヲ検案シ異常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」）に焦点を当て、歴史を翻ってその意味を探ろうと試みている。

B. 研究方法

(倫理面への配慮)

基本的に公知の情報を扱っているため、倫理面での問題は生じないと思われる。しかし、調査の過程で個人情報などを得た場合には、報告書その他の公表において個人が特定できないように留意する。

C—E. 研究結果、検討、結論

末尾〈資料〉参照。

F. 発表

未定

G. 知的所有権の取得状況

(予定を含む。)

1. 特許取得 特になし
2. 実用新案登録 特になし

3. その他 特になし

I. その他 特になし

H. 健康情報 特になし

(資料) 医師法 21 条の罰則の意義についての一考察

中村 道子

1. はじめに
2. 明治 39 年医師法制定過程にみる立法者意思
3. 地方の医事法制
4. 衛生行政と医師の役割
5. むすび

1. はじめに

平成 27 年 10 月 1 日に、医療事故調査制度が実施された。

第 6 条改正医療法（平成二六年六月二五日法律第八三号）附則第 2 条第 2 項は、「改正後の医療法（以下「第五号新医療法」という。）第六条の十一第一項に規定する医療事故調査（以下この項において「医療事故調査」という。）の実施状況等を勘案し、医師法（昭和二十三年法律第二百一号）第二十一条の規定による届出及び第五号新医療法第六条の十五第一項の医療事故調査・支援センター（以下この項において「医療事故調査・支援センター」という。）への第五号新医療法第六条の十第一項の規定による医療事故の報告、医療事故調査及び医療事故調査・支援センターの在り方を見直すこと等について検討を加え、その結果に基づき、この法律の公布後二年以内に法制上の措置その他の必要な措置を講ずるものとする。」と規定する。

厚生労働省の Q & A では施行時の段階（平成 27 年 10 月）で医師法第 21 条の届出義務の取り扱いに変更はありません、とされるが、医師法第 21 条のあり方について再検討する機運が高まっているといえる。

医師法（昭和 23 年法律第 201 号）第 21 条は、「医師は、死体又は妊娠四月以上の死産児を検査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ない。」と規定する。

医師が届け出るべきとされるのが医療を所管する厚生労働省ではなく、なぜ所轄警察署であるのか。なぜ罰則による制裁を科すほどまでに立法者は届け出の実効性を担保したかったのであろうか。

前者の疑問に対し、最三小判平成 16 年 4 月 13 日（刑集 58 卷 4 号 247 頁、判時 1861 号 140 頁、判タ 1153 号 95 頁）は、「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」と判示する。実際に届け出がなされたのちに、刑事手続が行われることは少なくない。

後者の疑問に対しては、同判決は、「異状死体は、人の死亡を伴う重い犯罪にかかわる可

能性があるものであるから、上記（注：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）の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というべきである」という判示が参考になる。

この判決を一つの契機として、医師法 21 条をめぐる議論が多岐にわたっており、医師法 21 条の淵源をたどるものもあるⁱⁱ。

本稿では、医師法 21 条の制定過程の中でも、罰則の対象たる条文として策定された明治 39 年医師法施行規則 9 条（「醫師死體又ハ四箇月以上ノ死産兒ヲ檢案シ異常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」）に焦点を当て、歴史的観点から罰則の意味について検討し、現行医師法 21 条を考察する一つの資料となることを期待する。

2. 明治 39 年医師法制定過程にみる立法者意思

明治 39 年の立法当時、どのような議論がなされたかは不明であるⁱⁱⁱ、とされ、医師法施行規則（明治 39 年 9 月 3 日内務省令第 27 号）の制定過程について明示的に記載した文献は見当たらない。

ただ、同年に制定された医師法（明治 39 年 5 月 2 日法律第 47 号）の制定過程の議論に手掛かりはある。

医師法（明治 39 年 5 月 2 日法律第 47 号）は山根正次議員と青柳信五郎議員外 3 名がそれぞれ提出した 2 案を衆議院で併合修正した議員立法である。

両議院の委員会での参加者発言を概観すると、山根議員は医師の業務を取り締まる規定が制定されていないことを「現行法の最も不備なる点」^{iv}として医師法案を提出している。この山根案に対して、青柳議員は、罰則を司法処分によることとした点（山根案では行政処分による）、医師会の強制設置としない点（山根案では強制設置とする）を異にする対案を提出している^v。

制定に向けて明治 39 年 3 月に始まった審議は、途中、政府委員を含む起草委員に修正が付託され、山根案、青柳案に「政府ノ多少ノ註文ヲモ加味」した修正が加えられ、再開したという経緯がある。

注目すべきは、修正案の 8 条に対する質問への政府委員からの回答である。

修正案 8 条は、医師の遵守すべき事項を命令に委ねる趣旨の規定である。委員会委員から、医師の遵守すべき事項についての 5 条、6 条、7 条に補足をする規定として、どんなものを補足するのか、という質問がなされたのに対する政府委員の回答は以下のとおりである。

「政府ハ此五條、六條、七條、ダケデ此醫療ニ付イテノ醫師ノ遵守スベキ仕事ハ、是デ盡キテ居ル趣意相成ルコトハ甚ダ困リマスカラ、尚其他ニモ遵守スベキ事柄デ規定ヲ要スルコトガアル見込デスカラ、八條ヲ入レテ置イテ戴キタイノデス、其事柄ハ一々是ヲ列擧スルコトハ困難デスガ、第一二例ヘバ醫師ガ患家カラシテ診察ヲ求メラレ、或ハ死亡者ガア

ッテ検案ヲ求メラレタトキニ、正當ノ理由ガナケレバ拒ムコトハ出來ナイト云フコトガアル（「刑法デ罰スレバ良イ」ト呼フ者アリ）刑法ハ急病バカリデアリマス、ソレカラ又検案ノトキニ死因ノ疑ハシイコトガアル、或ハ四箇月以上死産ノ小供ガアルトキニ、届出ヲスルトカ、或ハ脳脊髄炎ノヤウナ病氣ガ流行ヤルトキニ届出ヲシテ貰フト云フヤウナコトデ、命令ノ規定ヲ要スベキ事柄ガ多々アルデアラウト思ヒマス、ソレデ此五條、六條、七條、二此外ニ斯ウ云フコトニ類シタ取締ノ規定ガ設ケラレヌト云フ趣意ニナッテハ困リマスカラ、八條ヲ設ケテ戴キタイノデゴザイマス」^{vi}（下線引用者）。

ここにいう、「検案ノトキニ死因ノ疑ハシイコトガアル、或ハ四箇月以上死産ノ小供ガアルトキニ、届出ヲスル」というのが、医師法施行規則第9条の原型と考えて相違ないと考ええる。

なお、例示された、「医師が患家から診察を求められ、死亡者の検案を求められたときに正当の理由がなければ拒むことが出来ない」というものや「脳脊髄炎のような病氣が流行したときに届け出る」というものは医師法施行規則には規定されていないことは注目すべきである。

また、結果的に、修正案第8条は削除されることで一致を見たが、その経緯も興味深い。

すなわち、委員会花井卓藏委員からの、「各省ノ命令ニ罰則ヲ附スルコトヲ許シタ法律ガ出テ居ルカラ、ソレニ基イテ内務省令ヲ發シテ、斯カル場合ニ幾時間ニ届出ヲ出セ、若シ背ク者ハ唯今ノ法律ノ下ニ授ケラレタル範圍内ニ於テ、體刑若クハ金刑ヲ課スルト云フコトニスレバ宜イノデ、一向正條ヲ置クベクホドノコトデナイ、或ハ是ヨリ後ニ病院取締法ガ出來テ來ルカモ知レナイ、或ハ流行病取締ニ關スル法律ガ出テ來ルカモ知レナイ、或ハ是等ノモノヲ法律ニ依ラズシテ、單純ニ命令デ發スルカモ知レナイ」^{vii}という指摘に対して、政府委員窪田靜太郎委員が「勅令以下ノモノニ罰則ヲ附スルコトノ出來ル命令ガアルカラ其命令ノ許ス範圍内ニ於テ、三箇條以外ノ業務上ニ關スルコトハ、規定シテ差支ナイト云フ御趣意ナラバ、篤ト再考致シテ見ヤウト思ヒマス」^{viii}として、賛成多数で削除されている。

つまり、医師法21条の淵源、医師法施行規則第9条の文言は、医師法（明治39年5月2日法律第47号）制定時にすでに政府によって罰則付きの条項として想定されていたといえる。ちなみに、5条、6条、7条はほぼ山根原案どおりの条文^{ix}であり、政府の意向は医師法施行規則に反映する、ということではとまず決着している。

そこで、政府の意向を探るべく委員会審議をもう少し眺めていく。

審議の終盤で出された委員会委員三宅秀委員の「第五條、第六條、第七條ニ掲ゲマシタコトハ、是マデ大概各地方デ以テ醫師規則ナドト云フモノヲ拵ヘテ地方ノ行政命令デ規則ヲ拵ヘテ居ッタ事柄デアリマス」^xという指摘およびこれを受けた政府委員窪田靜太郎委員の「醫者ノ遵守スベキ、申サバ取締ニ渉ルベキ規定ノ如キハーツモ無カッタ、故ニ已ムヲ得ズ地方ノ命令デ斯様ナコトヲ規定シテ居ッタ次第デアリマス、今度ノ醫師法ト云フモノデ醫師ニ關スル大綱ハ此法律ニ掲ゲルト云フ趣意デ出來タモノト認メラレマス、從ッテ此

醫師ノ遵守スベキ事柄モ重ナル事柄ハ茲ニ掲ゲテ置クト云フ趣意デ、此事ヲ提案者ガ入レタモノト思ヒマシテ、政府ニ於キマシテモ斯様ナ重モダツタルコトハ法律ノ中ニ書イテ置イテ然ルベキデアラウ、是デ能事終レリ盡セリト云フ意味デハナイ、細カイコトハ色、調ベル必要モアルガ是ガ重モノナルコトデアルカラ之ニ設ケテ宜カラウト信ジテ居リマス」^{xi}という回答からは、医師の取締規則が、政府のトップダウン式のものではなく、地方においてさまざまな背景のもとに制定されていたものを政府が参考にして、ボトムアップして作られたものであることがうかがえる。

そこで、次の章では、地方がどのような背景で医師の取締規則を作成したのかについて概観する。

3. 地方の医事法制

医師法（明治 39 年 5 月 2 日法律第 47 号）の制定当時、県単位で衛生法規が編纂された。

例えば、同法制定から 1 年も経たずに出版された『京都府衛生法規』の細目録によれば、第一類管制、第二類任用及び体式並びに服制、第三類官等俸給手当及び諸給、第四類傳染病、第五類種痘、第六類検疫及び検微、第七類清潔、第八類学校衛生、第九類監獄衛生、第十類精神病及び行旅病、第十一類病院、第十二類医事及び薬剤師並びに獣医、第十三類産婆及び看護婦、第十四類薬品及び血清、第十五類売薬及び売薬部外品、第十六類飲食物及び着色料、第十七類獣疫及び家畜、第十八類墓地及び死体運送並びに解剖、第十九類統計及び報告、第二十類雑、の順に編纂され、組織法のすぐあとに傳染病が並ぶ^{xii}。

時代を遡って、医師法（明治 39 年 5 月 2 日法律第 47 号）の制定よりも少し前では、例えば明治 24 年 6 月に大日本私立衛生会島根支会^{xiii}の出版した『現行衛生法規』は、第一章衛生事務、第二章衛生会、第三章病院、第四章医事、第五章薬品、第六章売薬、第七章給具染料、第八章飲食物、第九章屠畜及牛乳、第十章清潔法、第十一章死屍埋火葬、第十二章傳染病、第十三章雑件、第十四章刑法衛生関係条項及違警罪、第十五章統計と並んでいる^{xiv}。

このような項目の順序の違いからは、衛生行政で重要視されていた内実が都市と地方で、また十数年の違いで異なっていたことがうかがえる。

以下では、地方の規則が、医師に対して、どのような場合に誰への届出義務を課していたのか、罰則はあったのかについて概観する。

なお、墓地及埋葬取締規則（明治 17 年 10 月 4 日太政官布達第 25 号）^{xv}は、死後 24 時間を経過しない死体の埋葬又は火葬を原則として禁じ（3 条）、8 条で施行細則を警視総監府知事県令に委ねている。

墓地及埋葬取締規則の標準（明治 17 年 11 月 18 日内務省乙第 40 号）^{xvi}としては、死屍を埋葬又は火葬しようとする場合に、①主治医の死亡届書を、②医師の治療を受ける猶予なく死亡した者については医師の検案（書）を、③妊娠 4 か月以上の死胎については医師又は産婆の死産証を、④変死の場合は立ち会い医師の検案書に検死官の検印を乞う、⑤因

徒の死屍は獄医の死亡証書に司獄官の検印を乞うことを要し（11条）、手続違反の場合に違警罪が科せられるというものであった（明治17年10月4日太政官布達第82号）^{xvii}。

（1）医業として編纂

まずは、医師法制定過程で三宅委員が述べたような「医師規則」で医師に届出義務を課すものを含む、医業として編纂されているものを挙げる。

ア 島根県「医師取締規則」（明治17年8月30日島根県甲第109号）^{xviii}

医師に対し、死亡一般について家人への死亡届、検案書又は死産証の付与義務を付し（7条）、違反した場合に50銭以上1円50銭以下の科料を科す（9条）。この規定は墓地及埋葬取締細則（明治18年3月10日島根県甲第53号）15条^{xix}を担保する規定といえる。

イ 宮城県「医師開業規則」（明治18年1月7日県布達甲第4号）^{xx}

地方病及び梅毒患者の郡区役所への報告（5条）、急性中毒症並びに薬物を誤用した患者を診断したとき及び転帰について町村衛生委員、戸長、郡区役所を経て県庁への報告（6条）、死亡一般について家人への死亡診断書、死産証書を付与し（8条、9条）、死体検案書、死胎検案書について変死の場合は警察官検視済みの上で付与し、原因及び病名の判然とならざるものは不詳として付与する義務を付し（10条）、10条の場合に死体の検案をなさずに届書を付与した場合に1日以上10日以下の拘留又は1円以上1円95銭以下の科料を科す（12条）。

この規定についても、墓地及埋葬取締細則（明治18年1月17日県布達甲第2号）11条^{xxi}を担保する目的、犯罪捜査の目的、疫病対策及び中毒対策と多岐にわたる目的によるものと考えられる。

ウ 茨城県「医師取締規則」（明治31年4月県令第28号）^{xxii}

開業医師に対し、診察した患者・検案した死体に飲食物の中毒・薬物の誤用に起因するときは毒物の性状、患者・死者の住所氏名を記し、12時間以内に警察署長・警察分署長に届け出て、当該患者の死亡・全治時にさらに届け出ること（11条）、死亡一般について検案書又は証書検案書の付与すること（12条）を義務づけ、11条違反の場合には、20銭以上1円以下の科料を科す（19条）。

届出義務は中毒対策でもあり、墓地及埋葬取締細則（明治18年5月県達甲第44号）14条^{xxiii}を担保するものでもあるが、前者だけに罰則がふされている。

エ 青森県「医師取締規則」（明治34年1月県令第2号）^{xxiv}

伝染病予防法2条の外、伝染病疑似症の患者・検案した死体について警察官吏又は市町村長に通報すること（7条）、開業医師に対し、診察した患者・検案した死体に中毒と認めたときは原因、患者・死者の住所氏名を記し、24時間以内に所轄警察署長に届け出て、当該患者の死亡・全治時にさらに届け出ること（11条）を義務づけ、違反の場合には、20銭以上1円以下の科料を科す（14条）。

届出義務は伝染病対策又は中毒対策であり、ともに罰則が付されている。

オ 愛知県「醫師診療シタル患者届出」(明治34年8月県令第36号) xxv

医師において、診療した肺結核、ライ病、花柳病患者は統計し警察官署を経て県庁に届出義務をかす。罰則はない。

(2) 人事として編纂

ア 岡山県「死亡並流産届規則」(明治13年11月27日甲第167号) xxvi

医師は患者が死亡したときは直ちに死亡届を、妊婦の死産したときは死産届を、変死頓死又は生前医を招かずして病死したとき、医師若しくは産婆の手を経ずして流産したときは死後検案届を付与する(1条、2条、6条)。罰則はない。

なお、岡山県の開業醫師取締規則(明治17年12月26日甲第108号)にはこのような規定は存在しない。xxvii

イ 長野県「死亡死産届出規則」(明治20年10月19日長野県令第105号) xxviii

医師は患者が死亡し又は死体を検案したときは死亡届、死体検案届、死産届、死体検案届を作成し家人等に付与する(4条、9条)、死体検案・死胎案検の上異状ありと認めるときは警察署又は分署に急報する(5条、10条)という義務を負い、5条、10条に違反したときは違警罪をもって罰する。

長野県の醫業取締規則(明治17年12月12日長野県達甲第108号)にはこのような規定は存在しない。xxix

(3) 中毒として編纂

広島県規定(明治17年6月20日広島県丙第29号郡区役所戸長役場衛生委員) xxx

医師に於いて中毒患者を診察したときは中毒患者届を速やかに郡区長を経由して県令に届け出をし、転帰届も原則として差出す義務を負う。罰則はなし。

(4) 伝染病として編纂

ア 広島県規定(明治19年2月20日広島県甲第25号) xxxi

医師において麻疹患者を診察したときは麻疹患者調を県庁に差出義務をかす。罰則なし。

イ 宮城県規定(明治35年4月29日県令第27号) xxxii

流行性感冒並びに麻疹患者若しくは死者を診断又は検案した医師に、速やかな警察官署への届出義務をかす、違反した場合は科料を科す。

ウ 茨城県「流行性感冒麻疹患者届出二關スル件」(明治35年5月県令第49号) xxxiii

流行性感冒並びに麻疹患者若しくは死者を診断又は検案した医師に、警察官署への届出義務をかす、違反した場合は1円95銭以下の科料を科す。

エ 茨城県「虎列刺及同疑似患死者報告方」(明治35年7月検第62号) xxxiv

虎列刺及び同疑似症の患者若しくは死者があるときは、一般伝染病報告例による。

オ 宮城県規定(明治36年10月27日県令第45号) xxxv

流行性脳脊髄膜炎、風疹、百日咳、肺ジストマ病、肝臓ジストマ病の病歴・疑いある患者を診断し、死体を検案した医師に警察官署を経て県知事への届出義務をかし、違反した場合は科料または拘留を科す。

地方の規則と制定された医師法施行規則 9 条を並べてみると、大きな違いは「異常」という文言にある。上記のとおり、地方においては、医業、人事、中毒、伝染病と多岐にわたる分類項目中の規定で医師に対し届け出を義務づけているものの、届け出の対象を「異常」としたものは見当たらない。

他方、上記長野県「死亡死産届出規則」だけでなく、山口県達で衛生予防の道を補充するため異状の疾病を届け出るよう定める^{xxxvi}など、「異状」という文言が使われることはあった。

また、死亡診断書又は死体検案書への記載事項として、病死者・自殺者・自殺以外の変死者及び中毒者と死者が 4 分類されているところ、変死屍体で医師が致死原因を確知出来ない場合に検事の許可を受け解剖検査をする規定(明治 10 年 2 月太政官布達第 22 号)^{xxxvii}、検視は変死人の死体死因を精査し犯罪にかかわるか否かを識別するにありという規定(明治 26 年 3 月 20 日長野県訓令第 39 号)^{xxxviii}のように、犯罪捜査という観点からは「變死」という文言が使われることが一般的であった。

そうすると、異常という文言は、従前衛生法規・警察法規で使われてきた「異状」や「變死」とは異にする、医師法施行規則 9 条で導入された用語と考えるのが自然である。

そして、医師法が、政府法案ではなく、したがって従前の地方規則との整合性までを考慮して制定されたものではないこと、地方ごとに置かれた状況は異なり、多岐にわたる目的で医師による「死亡の届け出」を規定している実態があったことから鑑みると、「異常」という文言は、地方規則との連続性を担保する広い意味で用いられたと考えられるのではないか。すなわち、変死も中毒も伝染病も包含し、地方によって幅のある行政運用に耐えられるものとしたと推論する。

これは、前述のとおり、すでに医師法制定ときに墓地及埋葬取締規則及び墓地及埋葬取締細則が制定、施行され、死亡者の情報が、直接警察で把握するもののほか、埋葬のための手続上、医師に集約されることになっていた状況下で、警察が必要な死亡者情報を効率良く集めることを可能にしたものと考ええる。

ただ、京都府では医師法施行規則直後に府令(「死体検案ノ爲メ死亡者届出方ノ件」明治 39 年 10 月府令第 27 号)及び各警察署への府庁訓(「死体検案ノ爲メ死亡者届出ニ關スル取扱方ノ件」明治 39 年 10 月府庁訓第 13 号)が定められ、全ての死亡者情報が警察署に届け出られ、そのうちの一部に検案を行い、伝染病者か普通病者かを警察が振り分けて統計をとり府庁に報告するという運用がなされている。すなわち、京都においては死亡者情報の届け出を警察署に集中させ、警察において情報の振り分けを行うことにしたのが興味深い^{xxxix}。

折しも、明治26年の地方官官制の全面的改正で、衛生事務は警察部に移管され、府県段階では衛生事務はすべて警察に所管されることになっていた。^{xi}

4. 衛生行政と医師の役割

日本においては明治期に明治10年、12年、15年、18年、19年、23年、28年、35年とコレラの惨禍に見まわられている。^{xii}

政府は、明治10年に虎列刺病予防法心得を通達し、明治13年に伝染病予防規則（明治13年太政官布告第34号）、明治30年に伝染病予防法（明治30年3月30日法律第36号）を制定し、明治38年に同法を改正（明治38年3月11日法律第56号）している。

伝染病予防規則で、医師は、伝染病を診断し遅くとも24時間以内に患者所在の町村衛生委員（明治18年第24号布告をもって戸長と改正）に届け出を行うこと（2条）、違背したときは50円以内の罰金に処すること（22条）とされたのが、伝染病予防法では、医師の届出義務は伝染病患者を診断し若しくは死体を検案したときに、家人への消毒方法の指示とともに12時間以内に警察官吏、市町村長、区長、戸長、検疫委員又は予防委員に対して行うというように厳格化し、12時間以内に届け出をせず、又は虚偽の転届をした場合は5円以上50円以下の罰金に処されることとされた（3条、30条）。明治38年の改正では、医師の届出義務について変更はないものの、医師に請託して届出をさせず、若しくはその届出を妨げた者も新たに2円以上20円以下の罰金に処されることとされた（31条）。^{xiii}

こうした制定過程から、医師のもとにある伝染病情報を集約しようと苦慮していることがうかがえる。

しかし、当時の状況について、端的に以下のように整理するものがある。

「運悪く伝染病にかかりでもすれば、周章狼狽し近隣に忌み嫌われるのを恐れ、いかめしい警吏から消毒隔離を厳命されるのに戦慄して、神仏の祈禱や売薬による手療治にゆだね。病を発見した医者には届け出をしないよう哀願する。医者の中には患家やその周辺の人々に不評をかうのを怖れてこれに協力する。市町村当局や警察はこれを制止しようとして威圧的にこの隠匿を探り出そうとする。民衆はまた罪人扱いされるのを恐れて隠蔽をつらぬこうとする。一部の医者は不承不承これを見逃す。この三つ巴の悪循環が明治期の民間防疫に効果をあげ得ない最大の原因であった。」^{xiiii}

医師は、伝染病予防法違反として犯罪処分が確定した場合に、消毒が充分か否か・伝播したか否か・伝播の範囲や死亡者数を考慮し、業務禁止や停止の処分がなされ（「医師犯罪処分具申方」明治24年2月訓第93号（内務大臣）^{xlv}）、この運用に対して、医師の側からは厳しい批判があった。

医師法の青柳案が、行政処分ではなく司法処分を求めたのも、従前の行政処分に対する反対によるものであった。医師法制定過程においても、「行政処分ハ往々ニシテ、傳染病豫防規則トカ云フモノニ背イタト云フタメニ、警察官ノ告發ニ依ツテ、地方長官ガ警察官ノ言フコトヲ、成ルベク採ルト云フコトハ當然ノ話デゴザイマス、サウシテ直チニ内務大臣

二申立テ、停止ヲ爲サシメルト云フコトハ、随分是マデモ弊ガ多カッタノデアリマスカラ、ソレヨリハ公明二司法處分二任カセル方ガ、良クハナイカ」^{xlv}「是マデノ行政處分ノ有様ヲ見マスルト、随分譯ノ分ラヌ警察官ノタメニ告發サレテ、サウシテ司法官ガ、ソレヲ警察官ハ司法ノ手ノモノデアルカラ、警察官ノ言フコトノミヲ採ッテ、醫師ノ云フコトハ採ラヌ如キコトモアリマス、又其場合ニ裁判所ニ引摺出シテ、十圓ナリ二十圓ナリノ罰金ヲ附加サレテ、オマケニ行政處分デ二十日間ノ停止、一箇月間ノ停止ト云フヤウニ、司法處分ト行政處分ト、罰金刑並ニ停止處分ヲ受ケルト云フヤウニ、両方ニ分レテ區々ニナッテ居ルノハ、甚ダ善クナイト思フ」^{xlvi}という発言がある。

医師法施行規則に、当初政府委員が想定していたような応招義務条項・脳脊髄炎などの流行病の届出条項を入れなかったことは、公衆衛生に対する強行姿勢をとることの弊害を考慮したものと考えられる。

そうすると、医師法施行規則 9 条に罰則があることはどのように考えれば良いか。

その手掛かりは、医師法施行規則制定直後の明治 40 年の政府委員窪田静太郎委員発言に得られる。

「將來ハ一層、醫師ト當局者トノ聯絡ヲ取りマシテ醫師カラシテ患家ニ能ク諭シ注意ヲ興ヘルト云フコトヲ行ハセルヤウニシタイト云フ希望ヲ持ッテ居リマス、ソレデ本條ニ對シテ罰則モ設ケテゴザイマスケレドモ、此罰則ハヨク、ノ場合ニ對スルーツノ利器トシテ存シテ置キマスデゴザイマスケレドモ、之ヲ濫用スルト云フコトノ無イヤウニ十分注意シタイト思ッテ居リマス」^{xlvii}

この発言からは、医師法施行規則 9 条における罰則も医師と警察官吏等の当局とが円滑な連絡をとるための利器として置いたと考えるのが自然である。

ひるがえって、異常という文言は、広い意味で死因の疑わしい死体を検案した医師にとって、届け出を行うハードルを下げる利器としての意味合いもあったのではないかと考えられる。

5. むすび

医師法施行規則 9 条は、その後、国民医療法施行規則（昭和 17 年 10 月 30 日厚生省令第 48 号）31 条に盛り込まれ、昭和 22 年の国民医療法改正（国民医療法の一部を改正する法律（昭和 22 年 12 月 18 日法律第 205 号））のときに第 10 条の 2 として法律に編入されている。

昭和 22 年の改正時にはすでに、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くございますので、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」として固まっている^{xlviii}。

ただ、はじめに述べたように、なぜ罰則による制裁を科すほどまでに立法者は届け出の実効性を担保したかったのであろうかという問題は、明治 39 年医師法施行規則の制定された当時の官制及び衛生状況の考慮なくして、答えられないように考える。

-
- i <http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/0000098543.html> (平成 28 年 1 月 31 日最終確認)
- ii 畔柳達雄「医師法 21 条のルーツを求めて」判タ 1155 号 41 頁、佐久間泰司「医師法 21 条をめぐる若干の考察」龍法 44 卷 4 号 (2012 年)
- iii 前掲畔柳 42 頁
- iv 明治 39 年 3 月 5 日第 22 回帝国議会衆議院医師法案外一件委員会会議録(速記) 第二回・3 頁 (国立国会図書館近代デジタルライブラリー収載)
- v 注 iv・3~4 頁
- vi 明治 39 年 3 月 14 日第 22 回帝国議会衆議院医師法案及医師法案委員会会議録(速記) 第五回・26 頁 (国立国会図書館近代デジタルライブラリー収載)
- vii 注 vi・26 頁
- viii 注 vi・26 頁
- ix 山根案は以下のとおりであった。
第五條 醫師ハ自ラ診察セスシテ診断證、處方箋等ヲ興ヘ又ハ治療ヲ爲スコトヲ得ス
第六條 醫師ハ特ニ帳簿ヲ備ヘ患者ノ氏名、年齢、住所並病名、療法等ヲ記載スヘシ
前項ノ帳簿ハ五年間之ヲ保存スヘシ
第七條 醫師ハ其ノ技能ヲ誇稱シテ虚偽ノ公告ヲ爲シ又ハ秘密療法ヲ有スル旨ヲ公告スルコトヲ得ス
青柳案は帳簿の保存期間について 10 年としている。
- x 明治 39 年 3 月 23 日第 22 回帝国議会貴族院医師法案特別委員会議事速記録第一号・5 頁 (国立国会図書館近代デジタルライブラリー収載)
- xi 注 x・6 頁
- xii 平尾一史編、出版者平尾幾太郎 (明治 40 年 3 月) (近代デジタルライブラリー搭載)
- xiii 官民合同の組織である。上林茂暢「公衆衛生の確立における日本と英国—長与専斎と E・チャドウィックの果たした役割」日本医史学雑誌 47 卷 4 号、680 頁 (2001 年)
- xiv 大日本私立衛生会島根支会 (明治 24 年 6 月) (近代デジタルライブラリー搭載)
- xv 注 x iv・175~176 頁など
- xvi 注 x iv・176~178 頁など
- xvii 注 x iv・176 頁など
- xviii 注 x iv・34 頁
- xix 注 x iv・181 頁
- xx 『衛生法規』、衛生法規発行所 (明治 42 年)、780~781 頁 (近代デジタルライブラリー搭載)
- xxi 注 x x・429 頁
- xxii 『訂正増補衛生法規類集』、茨城県警察部衛生課編、関活版所 (明治 36 年 10 月)、113~116 頁 (近代デジタルライブラリー搭載)
- xxiii 注 x x ii・403 頁
- xxiv 『青森県衛生法規下』、石田拙郎編、石田拙郎 (出版者) (明治 36 年 4 月)・99 頁 (近代デジタルライブラリー搭載)
- xxv 『愛知県衛生法規類纂』、片野すゞ編、永東書籍店 (明治 42 年 3 月)・160 頁 (近代デジタルライブラリー搭載)
- xxvi 『現行岡山県衛生法規類纂』、吉岡正矩編、吉岡正矩 (出版者) (明治 28 年 5 月)・184~188 頁 (近代デジタルライブラリー搭載)

-
- xxvii 注 x x vi ・ 118～119 頁
- xxviii 『長野県衛生法規』、小宮山太郎、宮永安太郎編、宮永安太郎（出版者）（明治 31 年 6 月）・ 450～456 頁（近代デジタルライブラリー搭載）
- xxix 注 x x viii ・ 51 頁
- xxx 『現行衛生法規全書』、大日本私立衛生会広島支会編、阪本活版所（明治 25 年 10 月）・ 114 頁（近代デジタルライブラリー搭載）
- xxxi 注 x x x ・ 81 頁
- xxxii 『衛生法規』、衛生法規発行所（明治 42 年）・ 44 頁（近代デジタルライブラリー搭載）
- xxxiii 注 x ii ・ 33 頁
- xxxiv 注 x ii ・ 55 頁
- xxxv 注 x x ・ 42 頁
- xxxvi 山口県明治 13 年 6 月 30 日乙第 1 0 4 号達（郡区役所）、『衛生法規類纂』、大日本私立衛生会山口支会（明治 22 年 3 月）・ 47 頁（近代デジタルライブラリー搭載）
- xxxvii 『青森県衛生法規上』、石田拙郎編、石田拙郎（出版者）（明治 36 年 4 月）・ 300 頁（近代デジタルライブラリー搭載）など
- xxxviii 注 x x viii ・ 439～441 頁
- xxxix 注 vii ・ 1101～1102 頁
- xl 注 x iii ・ 683 頁
- xli 注 x iii ・ 673 頁
- xlii いずれも国立国会図書館デジタルコレクション収載
- xliii 注 x iii ・ 680 頁、川上武『現代日本病人史—病人処遇の変遷』、勁草書房（1982 年）・ 128 頁の引用。
- xliv 注 x ii ・ 559 頁など
- xlv 注 iv ・ 4 頁
- xlvi 注 iv ・ 9 頁
- xlvii 明治 40 年 3 月 5 日貴族院癩豫防法ニ關スル法律案特別委員會議事速記録第一號・ 9 頁（国立国会図書館近代デジタルライブラリー収載）
- xlviii 伝染病予防法も適用する病気を整理する大正 1 1 年 4 月 1 1 日法律第 3 2 号改正がなされ、昭和 2 2 年当時すみ分けができていたと考えられる。

平成27年厚生労働科学研究補助金
(地域医療基盤開発推進研究事業)
分担研究報告書

医師の説明義務に関する若干の考察

研究分担者 我妻 学 (首都大学東京法科大学院教授)

研究要旨

医師の説明義務および患者の自己決定権（インフォームド・コンセント）の関係をどのようにとらえるべきかに関し、近藤昌昭＝石川紘昭「医師の説明義務」判時2257号3頁（以下、「近藤＝石川論文」という）を題材にして考察している。医療行為のように豊富な専門知識と経験に基づく高度に専門的な判断が必要とされる場合に、専門性につき医師と患者の間に構造的な格差があることからすれば、専門的判断を医療の素人である患者が行うのは、十分な助言と情報提供を前提にしても相当に困難であり、現実的ではない。そこで、患者の自己決定権説に対し、医師が患者の希望を踏まえて、責任をもって行うことの方が現実的であるとする近藤＝石川論文を検討することにより、本報告では、自己決定権の具体的な正当化根拠などを考察している。

A. 研究目的

医師の説明義務と自己決定権の関係をどのようにとらえるべきかを医師が患者の希望を踏まえて、責任をもって行うことの方が現実的であるとする近藤＝石川論文を題材にして、医師の説明義務の範囲および程度を具体的に考察することが本報告の目的である。

B. 研究方法

(倫理面への配慮)

基本的には公判判例など公知の情報を扱っているから、倫理面での問題は生じないが、調査の過程で偶然に得た個人情報などについては、報告書その他の公表において個人が特定できないようにし、さらに、守秘義務を尽す。

C. 研究結果

1 はじめに

医師の説明義務および患者の自己決定権（インフォームド・コンセント）がそれぞれ重要な概念であることは言うまでもない。

しかし、両者の関係をどのように理解すべきかに関しては、必ずしも一義的に定まるものではない。例えば、医事法判例百選に関し、2006年に公刊されている初版¹では、説明義務と同意の項目において、17件の判例が取り上げられているのに対して、2014年に公刊されている第2版²では、イ

¹ 宇津木伸ほか編『医事法判例百選』（有斐閣、2006）。

² 甲斐克則ほか編『医事法判例百選[第2版]』（有斐閣、2014）。なお、説明義務およ

ンフォームド・コンセントの項目に説明義務に関する判例など 11 件の判例が取り上げられている。

インフォームド・コンセント法理をめぐる議論の提起した意義に関し、医療における患者の自己決定権の確立・承認、パターンリズムに基づく医療から患者の自律に基づいた医療への展開の契機及び医療における方針を決定する際に医療倫理の問題として医療関係者の自発的な自覚を待つというだけではなく、患者及びその家族に対する損害賠償責任に波及していったと指摘されている³。

学説上は、患者の自己決定権から医師の説明義務・情報提供義務を正当化する説が多数となっている⁴。説明義務違反による自己決定権侵害を認める下級審判例もある⁵。

東京地方裁判所の医療集中部の現職

び自己決定権に関し、先端的医療・臨床試験の項目にも 3 件の判例が取り上げられている。

³ 手嶋豊「インフォームド・コンセント法理の歴史と意義」甲斐克則編『インフォームド・コンセントと医事法』22 頁（信山社、2010）など参照。

⁴ 大島眞一「医療訴訟の現状と将来—最高裁判例の到達点—」判タ 1401 号 37 頁、潮見佳男「説明義務・情報提供義務と自己決定」判タ 1178 号 9 頁、浦川道太郎ほか『医療訴訟』41 頁（民事法研究会、2010）〔浦川〕、藤山雅行『判例にみる師の説明義務』4 頁（新日本法規出版、2006）、小山稔＝西口元編集代表『医療訴訟』51 頁（青林書院、2007）〔長谷川史美〕など参照。

⁵ 東京地判平成 24・7・26 判タ 1395 号 246 頁、東京地判平成 23・11・24 判タ 1382 号 260 頁、大阪地判平成 21・2・9 判時 2052 号 62 頁、東京地判平成 18・12・8 判タ 1255 号 276 頁など参照。

裁判官が、患者の自己決定権の立場からではなく、むしろ医師の説明義務の視点から構成しているのは興味深い。一見するとかつてのパターナリズムの復活のようにとらえられるかもしれないが、真意は別にあると思われる。

医師の説明と患者の理解に関するコミュニケーションギャップを医療現場で実際に埋める困難さ、医療関係者と法曹の認識の相違も医療従事者から指摘されている⁶。

近藤＝石川論文は、医療行為のように豊富な知識と経験に基づく高度に専門的な判断が必要とされる場合に、専門性につき医師と患者の間に構造的な格差があることからすれば、専門的判断を医療の素人である患者が行うのは、十分な助言と情報提供を前提にしても相当に困難であり、現実的ではない、と指摘する⁷。

2 医師の説明義務と患者の自己決定権

近藤＝石川論文は、患者の自己決定権説に対し、医師が患者の希望を踏まえて、責任をもって行うことを現実的

⁶ 『医療界と法曹会の相互理解のためのシンポジウム第 5 回』判タ 1391 号 74 頁〔高瀬浩造発言〕など参照。

⁷ 畔柳達雄弁護士は、これまで議論されてきた informed consent 理論の根底にあるのは、健康、健全で合理的な経済人同士が経済的な取引を行う場合の法律論であり、患者はもともと病人であり、肉体的にはもちろん精神的にも、健全人とは同視できない以上、患者・医師関係は、もともと対等ではないところから出発した理論構成が必要であると思われるが、そのような観点からの理論は、今のところ、構築されていない、と指摘される（畔柳達雄『医療事故と司法判断』95 頁（2002、判タ））。

であるとする。

医師の説明義務を患者の自己決定権と切り離して、説明義務違反の対象・範囲を画する考え方も有力となっている⁸。説明義務に関する最高裁判例において、自己決定権自体を明示しているわけではないからである⁹。

近藤＝石川論文は、医師の説明義務を診療契約の準委任契約（民 656 条）という法的性格から導かれる委任者たる患者の利益のために行われているとした上で、具体的な説明義務の範囲に関し、以下のように論じている。

「医療行為は、単体で行われるものではなく、これに先立つ診察、検査、病状の診断、治療計画の立案及び術前の説明と、これに引き続く術後の経過観察とを併せた、同一の診療契約に基づく一連の診療経過の中で行われるものであり、これら一連の診療経過は一体的に理解されるべきである。また、診療契約は個別の患者ごとに締結されるものであるから、その内容を検討する際には、当該患者の具体的な状況が考慮されなければならない。

医師としては、医療水準として確立された知見の範囲で、患者の病状がどのようなもので、それに対してどのような治療方法があり、それぞれの治療方法にどのような利害得失があつて、

⁸林道晴「医師の説明義務と患者の自己決定権」ジュリ 1323 号 124 頁、米村滋人「民事医療過誤法 3」法セミ 697 号 99 頁など参照。

⁹米村・前掲注 8)98 頁、片野正樹「患者の自己決定権と医師の義務、裁量論」秋吉仁美編著『リーガル・プロGRESSIV・シリーズ医療訴訟』（青林書院、2009）226 頁、林・前掲注 8)128 頁など参照。

その中でどのような理由から実施予定の医療行為を決定したのかを説明することが、最低限の説明事項として求められるということが出来る。そして、それ以外の事柄については、医師は原則として説明義務を負わないが、患者が明示的に説明を求めた事柄や患者が当該医師の下で医療行為を受けるか否かを選択するのに重大な影響を与えることが客観的に明らかな事柄については、委任者の請求があるとき又は委任者の利益のために必要があるときに当たるため、医師はこれらについて説明義務を負うと考えられる。

医療訴訟の実務では、医療行為に伴う合併症についてどの範囲及び程度の説明が必要であったかが問題となることが多いが、上記のように考えれば、医師は患者に対して当該診療科目のガイドライン等の医学文献に記載されている代表的な合併症についてその具体的な症状及び発生確率を説明すれば足りる¹⁰ということになり、説明義務の範囲及び程度をある程度明確に画することができる。

これに対して、例えば米村説は、医療過程における医療従事者が患者・家族等に対し、医療的利益の保護以外の目的で診療経過、専門的知見その他の情報を提供する義務に関し、①患者・家族等の医療的決定保護を目的とする情報提供義務（予定される治療の利害得失・他の治療法の可能性の説明な

¹⁰ ガイドラインの内容に沿った説明等をしなかった点に説明義務違反を認めた判例として、大阪地判平成 19・9・19 判時 2004 号 126 頁など参照。

ど（「A類型」と分類される）、②その他の利益保護を目的とする情報提供義務（病名・診療経過の告知・説明など（「B類型」と分類される））に分けて論じている¹¹。

A類型の義務は医療決定の義務が発生するが、全てについて詳細な説明と明示的同意取得を要求することは適切でなく、患者の医療的利益に重大な影響を及ぼしうる決定がなされる場面についてのみ、情報提供義務が発生すると解する。具体的には、入院するか否か、手術を実施するか否かなどに関する大枠の診断・治療の方針に関する決定、あるいは特に危険性の高い侵襲的処置に関する決定が該当する¹²。

B類型の義務は診療経過や診断に関する情報提供義務、患者・家族が関心を示す専門的知見等の提供義務として整理されている。

米村説も認めているように、医療現場においては、A類型の説明と一体的に行われる場合、日常的な医師患者関係間のコミュニケーションの中で簡易に情報が交わされる場合も多く、独立の情報提供義務の履行として認識されにくいこと¹³から、近藤＝石川論文のように一連の診療経過は一体として理解し、患者が説明を求める態度を明らかにしていれば、医師はこれに

対して、可能な範囲で説明義務を負う、と考える方が実情に即していると思われる。

より重要なのは、近藤＝石川論文が最一小判平成 17・9・8 集民 217 号 681 頁に関し、指摘しているように、分娩方法が複数存在し、そのいずれもが医療水準として確立しており、かつ医学的に相応の合理性が認められる場合には、いずれの分娩方法を選択するかは、医師の裁量に委ねられるが、当事者が医師の分娩方法に納得していない場合には、説明義務の程度も異なりうることである。

さらに、説明義務の内容も国民の意識にともなって、時代とともに変容するものである。例えば、がんに関して、確定診断に基づくだけではなく、確定診断をするための検査入院¹⁴のためであっても、現在では患者およびその家族にがんを告知すべきこと¹⁵は、患者の自己決定権を持ち出すことなく、医師の説明義務から認めるべきである¹⁶。したがって、最三小判平成 7・4・25 民集 49 卷 4 号 1163 頁は、もはや先例として積極的な意味を有しないと考える。

¹⁴ 確定診断に至っていない以上は、がんに関して、確定的な説明をすべきではないなど患者への配慮が当然必要である（札幌地判平成 26・11・12 判時 2248 号 68 頁参照）。

¹⁵ 遺伝性疾患に関しては、どこまで遺伝子検査をすべきなのか、特に技術革新により、遺伝子異常が仮に発見されても、当該疾患とは直接関係ないことまで判明する場合もあり、費用負担を含めて今後問題となると考える。

¹⁶ 樋口範雄「最判平成 7・4・25 判批」前掲注 2)65 頁など参照。

¹¹ 米村・前掲注 8)99 頁、米村滋人「再論・『患者の自己決定権と法』」『刑事法・医事法の新たな展開下巻』99 頁（信山社、2014）参照。能美善久＝加藤新太郎編『論点体系判例民法[第 2 版]7 卷』（第一法規、2013）234 頁 [米村滋人] も参照。

¹² 米村・前掲注 8)99 頁、同・前掲注 11)99 頁参照。

¹³ 米村・前掲注 8) 101 頁。