

論 説

医師の民事責任をめぐる新たな一局面

—— 遠隔診療をめぐるドイツの法状況を手がかりとして ——

山下 登

- I はじめに
- II 遠隔診療の意義
- III 遠隔診療を普及させるために解決すべき法的問題
 - (1) 遠隔診療の適応が認められるための要件
 - 無診察治療禁止規定との関係
 - (2) 民事責任に関する問題
 - (3) 秘密保持に関わる問題
 - (4) 診療報酬請求に関わる問題
- IV おわりに

I はじめに

情報通信技術の進展に伴い、近時遠隔診断・遠隔手術が離島や過疎地において普及しつつある⁽¹⁾。

かつては、診療はあくまでも直接の対面診療でなければならず、診察せずに投薬や療養指導を行うことは、無診察治療の禁止（医師法20条）に抵触すると考えられてきた。しかし、従来出されてきた通知は、電話による処方や指示を念頭に置いたものであり、静止画像のみならず、鮮明な動画の送信が

八四

(1) 遠隔診断・遠隔手術の実践例を紹介した文献として、吉田見敏＝亀畑義彦『遠隔診療——旭川医科大学眼科の試みとその効果』（工業調査会，1998年），拙稿「離島における医療政策の現状と展望——対馬の事例を中心として」古村節男＝野田寛編集代表『医事法の方法と課題』（信山社，2004年）489頁以下，などがある。

可能となった情報処理技術の現状には適合しない。そこで、厚生省（現厚生労働省）は、1997年12月に、初診および急性期の疾患をのぞき、対面診療に代替しうる有用な情報が得られる場合には、遠隔診療は無診察治療の禁止には抵触しないと⁽²⁾の通知を発し、さらに2003年3月には、遠隔診療の適応を拡大する通知⁽³⁾を発している。

遠隔診療の導入により期待されるメリットとして、以下の諸点が挙げられている⁽⁴⁾。

- ① 患者は医療機関を訪問する必要がなくなる。
- ② 遠隔診断により地域の医療機関から離れた高度医療機関の診断を受けることができる。
- ③ 検査や治療のために患者を転送する必要が減少する。
- ④ 遠隔手術が手術ロボットを用いてなされた場合には、執刀医が直接自らの手技を用いて手術を行った場合よりも、傷口が小さく出血も少なくなるため、従来よりも早期に退院することが可能となる。
- ⑤ 全国一律・世界一律の（高度な）医療水準の達成が期待できる。

これに対し、遠隔診療の導入により懸念される問題点として、以下の諸点が挙げられている⁽⁵⁾。

- ① 患者が医師の指示を正確に理解できない、あるいは実施できない恐れがある。
- ② 対面診療の場合と比較して、医師患者関係が希薄になる恐れがある。

(2) 情報通信機器を用いた診療（いわゆる「遠隔診療」）について（平成9年12月24日健政発第1075号）。

(3) 「情報通信機器を用いた診療（いわゆる「遠隔診療」）について」の一部改正について（平成15年3月31日医政発第0331020号）。

(4) 厚生労働省保健医療情報システム検討会「保険医療分野の情報化に向けてのグランドデザイン 最終提言」（2001年12月）9～13頁、古川俊治『遠隔診療の現状と法的諸問題』（前編）サイバーセキュリティーマガジン2003年2月号、手嶋豊「E-Healthをめぐる法律上の諸問題」民商133巻4＝5号（2006年）705～706頁、Ekkehard Bahlo, Telemedizin-Chancen und Risiken aus der Sicht der Patienten, in: Dierks, C./Feussner, H./Wienke, A. (Hrsg.), Rechtsfragen der Telemedizin, 2001, S. 127-129.

(5) 手嶋・前掲論文706頁、Bahlo, a. a. O., S. 130 f.

- ③ 対面診療では起こりえなかった予期し得ない悪結果が生じる恐れがある。
- ④ (特にオープンなネットワークを利用して医療情報が提供される場合には) 極めてセンシティブな患者の個人情報に対して第三者による不正アクセスがなされる恐れがある。
- ⑤ プログラムの欠陥または操作ミスにより, 必要な情報が提供されなかったり, 送信された画像・動画が診断・手術支援のために必要な精度を満たさない恐れがある。

II 遠隔診療の意義

これまで遠隔診療の名のもとに論じられてきた医療行為は, 二つの場面に大別することができる。すなわち一つは, 医師相互間で情報通信技術を用いて診断・治療が行われる場面 (Tele-Mentoring, 広義の Telemedicine) であり, 他の一つは, 医師・患者間で情報通信技術を用いて診断・治療が行われる場面 (Tele-care, 狭義の Telemedicine)⁽⁶⁾である。

論者の中には, 遠隔診療に特有の問題が生じるのは, 後者に限られるとし, 後者のみを遠隔診療の範疇で捉えるものがある。また, 診断・治療等の医療行為を伴わない(インターネットを用いた)単なる医療情報の提供(医療相談)も, 遠隔診療に含めるべきかについても, 論者の見解は一致しているとはいえないようである。諸外国でも, 遠隔診療およびこれに類似するいくつかの用語 (Telemedicine eHealth Tele-Healthcareなど) が, その射程範囲の違いを明確に意識されることなく使用されているようである⁽⁷⁾。そこで, 議論の

(6) 「厚生省遠隔医療研究班総括班報告書(最終案)」<http://square.umin.ac.jp/~enkaku/96/Enkaku-RepSoukaku-nof.html>, 古川・前掲論文(前編)。

(7) Christoph Müller, Telemedizin und Arzthaftpflichtrecht im Lichte des schweizerischen und internationalen Privatrechts, www.wenger-platter.ch/documents/Telemedizin.pdf, S. 1; なお, 前掲・遠隔医療研究班報告書は, 遠隔医療を「映像を含む患者情報の伝送に基づいて遠隔地から診断, 指示などの医療行為及び医療に関連した行為を行うこと」と定義しており, また世界医師連合(World Medical Association)は,

射程を明確にするために、まず、遠隔診療の意義を明らかにする必要がある。

本稿では、遠隔診療を、専門医が患者と対面せず、患者から空間的に隔絶された場所で、助言、診断、治療（手術を含む）に従事する診療形態である、すなわち、上記の二つの場面の双方を含むが、医療相談のような医療行為を伴わない単なる情報提供行為を除外したものが該当すると解して検討を進めることにしたい。ただし、以下での検討の対象は、全て前者の場面に限定されていることをあらかじめお断りしておく。

Ⅲ 遠隔診療を普及させるために解決すべき法的問題

遠隔診療をさらに普及・進展させるためには、以下に挙げる法的諸問題を解決しておく必要がある。

最初に解決すべき法的問題としては、無診察治療の禁止に抵触しない遠隔診療の範囲（適応）を明らかにするための基準を確立することが挙げられる⁽⁸⁾。しかし、これに加えて、遠隔診療の実施に際して誤診や手術ミスが生じた場合における法的責任の所在や法律構成についても検討しておく必要があろう⁽⁹⁾。

1999年10月に行われた。第51回総会において、遠隔診療を「医的侵襲、診断及び治療上の決定及び勧告が電気通信システムにより送信される臨床データ、諸記録及び他の情報に基づいて行われる遠隔地からの医療の実践」とする定義を採択した。See, World Medical Association Statement on Accountability, Responsibilities and Ethical Guidelines in the Practice of Telemedicine, <http://www.wma.net/e/policy/a7.htm>

(8) Christian Tillmanns, Die Persönliche Leistungserbringungspflicht im Arztrecht und die Telemedizin (Peter Lang, 2006) S. 57-126 ; Claudia Pielach, Haftungsfragen in der Telemedizin (Verlag Dr. Kovac 2005) S. 42-47 ; Michael Nentwich, Digitalisierung der Medizin RdM (Recht der Medizin) 1997, 175 ff., 177-180.

八一 (9) この問題に言及したドイツの文献は枚挙にいとまがないが、代表的なものとして、Ulsenheimer, Klaus/Heinemann, Nicola, Rechtliche Aspekte der Telemedizin-Grenzen der Telemedizin?, MedR 1999, 197 ff., 198-200 ; Kern, Bernd-Rüdiger, Rechtliche Konsequenzen für medizinischen Standard, Methodenfreiheit, Sorgfartsmaßstab und Aufklärung, in : Dierks, C./Feussner, H./Wienke, A. (Hrsg.), a. a. O., S. 55 ff. ; Pielach, a. a. O., S. 57-88, S. 106-122 ; Tillmanns, a. a. O., S. 152 ff., insb. S. 158-186, S. 213-216, S. 236-254 ; Pflüger, Frank, Haftungsfragen der Telemedizin, VesrR 1999, 1070 ff. のみを挙げておく。

さらに、外国の医師・医療機関に遠隔診断・遠隔手術（例えば、ロボットを遠隔操作して行われる遠隔手術）を依頼することが既に実施されつつあることに伴い、それら遠隔診療行為に過誤があった場合において、どの国の法を適用すべきか（準拠法）、またどこで訴訟を提起すべきか（裁判管轄）という問題も、今後現実に生じることが予想される⁽¹⁰⁾。

本稿は、遠隔診療をめぐる様々な法律問題について近時活発な議論が展開されているドイツの法状況の紹介・検討⁽¹¹⁾を通して、今後我が国において遠隔診療を普及・定着させるために解決すべき問題と取り組むための手がかりを得ようとするものである。

なお、以下での検討は、筆者の問題関心および能力の制約上、遠隔診断ないし遠隔手術の実施に際して過誤が生じた場合における民事責任上の問題に重点を置き、他の問題については、無診察治療禁止規定との関係、秘密保持に関わる問題、および診療報酬請求権の帰属について簡単に言及するに止める。

(1) 遠隔診療の適応が認められるための要件——無診察治療禁止規定との関係

① ドイツ法

医師は自ら診療を行う義務（Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung：以下では「自己診療義務」という）を負い、原則として他者に診療を委託することはできないと解されており、またその旨を定めたとみることができる規定をいくつかの法律の中に見出すことができる⁽¹²⁾。

⁽¹⁰⁾ Vgl. Hoppe, Jürgen F., Telemedizin und internationale Arzthaftung, MedR 1998, 462 ff.; Bohle, Thomas, Telemedizin und internationale Arzthaftung-eine Skizze, in: Dierks, C/Feussner, H./Wienke, A. (Hrsg.), a. a. O., S. 83-88; Müller, a. a. O., S. 11 ff.; Rieger, Hans-Jürgen (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, 2. Aufl., 2001, Rdnr. 124-145. なお、この問題について論じた我が国の文献として、織田 有基子「遠隔医療の抵触法的側面をめぐるアメリカにおける議論——管見」『変容する世界と法律・政治・文化 北海学園大学法学部40周年記念論文集』2007年、277頁以下、がある。

⁽¹¹⁾ なお、遠隔医療をめぐるドイツの法状況を概観したものとして、河原格「遠隔医療の法的問題」東洋法学47巻1号（2003年）121頁以下、がある。

⁽¹²⁾ Piclach, a. a. O., S. 42-47.

② オーストリア法

1984年医師法の1条2項および22条2項は、医師は自己の職務を自ら、直接に遂行しなければならない旨を定めている⁽¹³⁾。

両国では、遠隔診療が、医師に課せられた自己診療義務に反しないかについて活発に論じられている。我が国では従来、対面診療でない限り、医師法20条の無診察治療の禁止に抵触すると解されてきた。

このことは、ドイツおよびオーストリアにおいても同様に考えられてきたようである。すなわち、判例および学説は、診療行為を他者に委ねてはならないとする自己診療義務は、医師が患者と同じ場所にいること、または患者と直接接触していることを要請するものである⁽¹⁴⁾、と解している。

しかしながら、近時の学説の多くは、他方において、診療行為を医療の中核的部分に属するものと、補助的な活動（診療自体ではなく、診療を準備するための行為）に大別したうえ、前者については、明示または黙示の合意が存在しない限り、契約当事者たる医師は、他の医師に履行を委ねることができないのに対し、後者については、他の医療従事者（医師以外の医療補助者も含む）に履行を委ねることができる、と解している⁽¹⁵⁾。

この見解に対しては、「自己診療義務」の目的は、医療行為に伴う危険を医師自らが支配し得るようにする点にある、との立場に立ち、医師が自ら診療の場面に立ち会わなくても、診療に伴う危険を回避しうる状況にある限り、「自己診療義務」には抵触しない、との主張⁽¹⁶⁾がみられる。

ただこの点については、厚労省の通知が、医師法20条との抵触の有無が問題となるのは、情報通信機器を用いて医師が直接患者に対して診療（診断・治

七九 (13) Nentwich, a. a. O., RdM 1997, 177.

(14) Tilmann, a. a. O., S. 59 f.; Ulsenheimer/Heinemann, a. a. O., MedR 1999, 198.

(15) Johannes Heyers/Hermann Josef Heyers, *Arzthaftung-Einsatz von Telematik im Behandlungsprozess* MDR 2001, 918, 920; Wolfgang Gitter/Gabriele Köhler, *Der Grundsatz der persönlichen ärztlichen Leistungspflicht: Ausformung und Auswirkungen auf die Leistungserbringung in ärztlichen Kooperationsformen*, 1989, S. 55; なお、この旨を述べる裁判例として、OLG Celle NJW 1987, 716 がある。

(16) Timanns, a. a. O., S. 64.

療・療養指導)を行う場合に限られ、医療機関と医師相互間で行われる遠隔診療については、主治医が患者と対面して治療を行っていることから、医師法20条との関係は生じない、との見解⁽¹⁷⁾を示していることに留意すべきである。

ドイツの議論の中には、医師相互間ないし医師と医療機関との間で遠隔診療の方法により(診断、手術支援、手術等の)診療行為が行われる場合には当然に無診察診療に該当しない、とする見解は見いだせない。また、樋口教授が指摘されるように、医師相互間での遠隔診療については、医師法20条に関わる問題は生じないとする厚労省通知は、診断・治療を遠隔診療により支援する医師は、「助言」を行うにとどまり、助言内容について採否の決定を行い、診断を下し、治療を行うのは対面診療を行っている担当医であるから、患者との関係では、あくまでも担当医が責任を負うべきであるとの考えに依拠しているように思われる⁽¹⁸⁾。しかし、厚労省通知が、遠隔診療医は「助言」を行うのみで診察はしておらず、治療に関与していないのであるから、医師法20条違反の問題は生じず、発生した悪結果についての責任を問われることはないと考えているとすれば、遠隔診療の現状に照らして⁽¹⁹⁾妥当性を欠くといわざるを得ないであろう。

(2) 民事責任に関する問題

① 民事責任の主体に関する問題⁽²⁰⁾

(i) 遠隔診断

第一に、診断を確定するために、主治医は遠隔診療医に対診を依頼しなけ

(17) 「情報通信機器を用いた診療(いわゆる「遠隔診療」)について(平成9年12月24日健政発第1075号)。

(18) 樋口範雄『医療と法を考える』(2007年 有斐閣)103~104頁。

(19) 既に、単なる「助言」にとどまらず、診断、手術支援さらにはロボットを操作することによる手術さえもが遠隔診療医によって行われている。

(20) 主治医たる対面診療医と遠隔診療医の間における民事責任の所在、とりわけ、専門医が対診医として遠隔診断に関与した場合における責任の帰属について論じたものとして、Kraus Ulsenheimer/Rainer Erlinger, Die Haftung des Konsiliararztes, in : Dierks, C/Feussner, H/Wienke, A. (Hrsg.), a. a. O., S. 67 ff., がある。

ればならない場合があるかが問題となる。この点については、主治医が、自己の知識および技術レベルでは、正確な診断を下すことができない場合には、専門医に対診を依頼しなければならず、対診を経ずに誤った診断を下した場合には、引受過失 (Übernahmeverschulden)⁽²¹⁾による責任を負う、と解されている⁽²²⁾。このことは、通常の対面診療の場合でも同様であるが、対診が画像、検査データ、更には、動画像のデジタル送信によりなされる場合には、患者を対診医のところまで移送する必要がないため、移動の困難な高齢者や容態の重篤な患者の場合にも容易に対診を実施することができ、それだけ、対診を依頼しなかった主治医が、引受過失の責任に問われる可能性が高くなると考えられる⁽²³⁾。

他方、専門医に対診を求めた場合には、——対診医の下した診断が明らかな誤診でないかぎり——、遠隔診療医が専門知識と特別な経験を有していることを主治医は信頼することができる。すなわち、この場合には、「信頼の原則」を適用しうると解されている⁽²⁴⁾。

第二に、主治医から送られてきた患者のデータに基づいて、遠隔診療医が下した診断が誤りであった場合に、誤診についての責任を負うのは、主治医かそれとも遠隔診療医かが問題となる。この問題を考えるに際しては、診療義務が診療契約上の義務であるとともに、不法行為上の注意義務でもあるこ

七七

(21) 引受過失とは、能力不足または設備が不十分なため、診療行為を適切に行えない者は、他の専門医を診療に立ち会わせるか、あるいは他の専門医または十分な設備を備えた他の医療機関に患者を転送する義務を負い、このような処置を採らず漫然と患者の診療を引き受け、自己の診療により患者に悪結果を生じさせた場合には、診療を引き受けたこと自体について過失を認めるべきである、とする考え方である。引受過失の特質は、具体的な診療行為が行われるよりも前の(不適格であるにもかかわらず診療を引き受けた)時点を過失の有無の判断基準時とする点にある。引受過失については、Vgl. Erwin Deutsch, Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukte recht und Transfusionsrecht, 5. Aufl., 2003, Rdnr 160 ; Geigel/Schlegelmilch (Hrsg.), Der Haftpflichtprozeß, 20. Aufl., 1990, 2. Kap. Rz 37 (Rixecker), u. 14. Kap. Rz 264 (Schlegelmilch).

(22) Pielach, a. a. O., S. 124 ; Ulsenheimer/Heinemann, a. a. O., MedR 1999, 197, 199 ; Tilmanns, a. a. O., S. 186.

(23) Vgl. Kern, a. a. O., S. 60.

(24) Ulsenheimer/Heinemann, a. a. O., MedR 1999, 199.

とから、契約責任と不法行為責任の双方について検討する必要がある。

(a) 契約構成による場合

遠隔診療医が誤診についての責任を負うべきか否かは、遠隔診療医と患者との間に、診断に関する契約の成立を認めることができるか否かに依存すると考えられる⁽²⁵⁾。

原則として、診療契約は、主治医ないし主治医の勤務する医療機関と患者との間にのみ成立する。この場合、遠隔診療医は、主治医または主治医の勤務する医療機関の履行補助者（履行代行者）となる。それ故、主治医ないし主治医の勤務する医療機関のみが、誤診について債務不履行責任を負うと考えられている。ただし、遠隔診療医が主治医に診断に関する助言を与えたに止まらず、自ら診断を下したうえ患者に診断結果を伝えた場合には、遠隔診療医と患者との間に、セカンド・オピニオンの提供を目的とする診断契約が成立する可能性がある、との見解⁽²⁶⁾が有力である。

(b) 不法行為構成による場合

まず、遠隔診療医に診断の際の助言あるいは対診を求めた医療機関は、原則として、患者に対して不法行為責任を負わない、と考えられる。というのは、当該医療機関は、遠隔診療医に対して指揮・命令権限を有しないため、遠隔診療医は、医療機関の被用者には当たらず、使用者責任（ドイツ民法831条）は成立し得ない。また、遠隔診療医は、当該病院の代表機関にも当たらないので、機関の過失に対する法人の責任（同31条）も生じない、と解されている⁽²⁷⁾。この場合、遠隔診療医自身に不法行為責任を問うことは、可能であろう。

(ii) 遠隔手術支援⁽²⁸⁾

専門医が遠隔地から手術に関与する場面としては、手術室からリアルタイムで送信される手術場面の動画像を手がかりに具体的な手術手技を指導するというケースと、専門医が遠隔地から、自ら手術ロボットを操作して手術を

七
六

⁽²⁵⁾ Pflüger, a. a. O., VersR 1999, 1070, 1074; Pielach, a. a. O., S. 64-67.

⁽²⁶⁾ Pflüger, a. a. O., VersR 1999, 1070, 1074; Pielach, a. a. O., S. 64-67.

⁽²⁷⁾ Pflüger, a. a. O., VersR 1999, 1070, 1074; Pielach, a. a. O., S. 78.

⁽²⁸⁾ 本項における以下の記述は、Tilmanns, a. a. O., S. 250 f. にほぼ依拠している。

行うというケースが考えられる。後者のケースについては、遠隔診療医を執刀医と解すべきであるから、ロボットの操作ミスにより患者に損害が生じた場合には、遠隔診療医のみが賠償責任を負うことになろう。他方、前者のケースについては、手術に関与した遠隔診療医と患者との間および対面で手術を実施した医師（以下では、「対面診療医」という。）と患者との間に二重に契約関係が存在すると解する説と、手術を行った対面診療医またはその使用者である病院開設者を常に患者の契約相手方と解するべきであるとする説とが対立している。

前者の見解は、遠隔診療の場面において、契約関係が誰と誰との間に存在するかは、遠隔診療医が誰によって診療に関与させられたのか——対面診療医かそれとも患者か——という点と、遠隔診療医が診療にどの程度関与したかという点との二つの要素によって決せられるべきであるとする。そして、患者は通常、遠隔診療医による治療を自ら望んでいることから（それ故、患者によって診療に関与させられたと解し得るから）、契約関係は、遠隔診療医と患者間及び対面診療医と患者間に二重に成立しうる、と主張する。また、この見解は、遠隔診療医の診療への関与の程度を契約当事者を確定するための一要素としていることから、遠隔診療医と対面診療医のいずれが治療処置のうちの本質的部分を担当したかによって、具体的ケースにおける契約当事者が確定する、と解しているようである。

七五

後者の見解は、実際の臨床の場面では、手術に関与した複数の医師によってなされた多くの治療処置のうち、いずれが本質的な処置とみなされるべきかを判断することは極めて困難であるため——したがって、契約当事者の確定に困難を来すため——、常に対面診療医またはその使用者たる病院開設者を契約当事者と解すべきである、と主張する。これに対し、前者の見解は、当事者確定の困難性は、遠隔診療医と対面診療医の両者を連帯債務者と解することによって解消されるものとし、患者に損害が生じた場合における両者間での最終的な責任の帰属の問題は、加害者内部間での求償により解決すべきである、と反論している。そしてそのように解すべき理由として、次の二

点を挙げている。すなわち、第一は、遠隔地から特別な専門知識を用いて治療行為（ここでは手術）を指揮する遠隔診療医を契約の相手方とみなさず、対面診療医の履行補助者に準じるものと捉えることは、あまりに不自然かつ非論理的であるというものであり、第二は、遠隔診療医は、実施される治療若しくは少なくとも手術の一部に関して対面診療医に対して指示権限を有し、かつ、治療を支配していることから、対面診療医と並ぶ共同診療者として評価されるべきである、というものである。

② 遠隔診療が医療水準に与える影響

医師は、医療準則に従って誠実に診療を行う義務を負う。医師に要求される医療水準は、医学的知見に照らして専門医として何をなすべきかという観点により決定される。

ここでは、(i)遠隔診療の方法を用いることにより伝統的な方法による水準を下回ることが許されるか、(ii)遠隔診療により、従来の方法よりも高度の診療水準が達成される場合に、診療機関は遠隔診療の方法を実施する義務を負うか、という2つの問題を検討する必要がある。なお、厳密には、遠隔診療に関わる問題とはいえないが、(iii)インターネット等により高度の情報収集が可能となったことが医師の研鑽義務にどのような影響を与えるか、という問題についても、ここで検討する。

(i) 遠隔診療により提供される医療内容が、従来の水準的医療を下回る場合⁽²⁹⁾

遠隔診療の導入によってもたらされるメリットの第一に、専門医の関与による医療水準の向上が挙げられるのが常であることに照らすと、遠隔診療の実施により従来の医療水準を下回る場面を想定することには、奇異の感を抱かれるかもしれない。しかし、(1)で検討した「自己診療義務」を厳格に解するならば、直接患者の診療に従事する対面診療医自身が専門医としての適格を備えていることが必要となるのではないかと考えられる。そのため、遠隔診療医自身は専門医としての能力を備えているが、対面診療医の能力が専門

⁽²⁹⁾ Kern, a. a. O., S. 56-58; Tilmanns, a. a. O., S. 172-177.

医の水準に達していない場合において、遠隔診療を如何なる要件の下で実施しうるかが問われることになる。この点につきある論者は、対面診療医が果たすべき役割に着目すべきであると主張している。すなわち、専門医が自ら診断・治療の現場に立ち会わなくても適切な指示や指導を通して対面診療医の行動を制御し指揮しうる場合（その一例として、妊婦に対する超音波検査の画像診断を挙げている）と、専門医自身が行わない限り必要な医療水準が達成できない場面（その一例として、手術中に迅速病理診断を行うための組織の切除が挙げられている）とが区別されるべきであり、前者の場面では対面診療医の能力不足は専門医たる遠隔診療医の指示や指導により補われるのに対し、後者の場面では診療水準の低下が避けられないため、対面診療医は患者を専門医に転送するか、もしくは、遠隔診療により水準以下の医療しか実施しえないことを患者に指摘すべきである、と主張している⁽³⁰⁾。

(ii) 遠隔診療により、従来の方法よりも高度の診療水準が達成される場合⁽³¹⁾

遠隔診療を導入することにより従来よりも高度の医療を実施しうる場合においても、直ちにすべての医療機関が、遠隔診療を実施する義務を負うわけではない。すなわち、医療機関の性格（期待される人的・物的設備のレベル）により、新たな方法の採用が医療水準として要求される時期には差があり、移行期間においては、従来の方法（対面診療の方法）を用いることも許される⁽³²⁾。

ただし、新たな治療ないし検査方法が、従来の方法と比較してより危険が少なくかまたはより良い治療効果を期待しうるものであって、医学上その有用性について本質的に争われていないものである限り、医師は、新たな方法を実施する義務があり、なおも旧式の方法を実施した場合には、医療過誤の

³⁰ Kern, a. a. O., S. 56 f.

³¹ Tilmanns, a. a. O., S. 158-166; Kern, a. a. O., S. 59 f.; Pielach, a. a. O., S. 106-112; Heyers/Heyers, a. a. O., MDR 2001, 918, 922 f.

³² Kern, a. a. O., S. 59 f.; Heyers/Heyers, a. a. O., MDR 2001, 918, 922; Tilmanns, a. a. O., S. 160.

責任に問われることになる⁽³³⁾。

(iii) 医師の研鑽義務への影響

インターネットの普及により、世界中どこにいても多くの「医療情報データベース」へのアクセスが可能となりつつある。このことにより、従来と比べ、医師の負うべき研鑽義務が高度化され、また、地域性・専門性により研鑽義務のレベルに差を認めることが困難になりつつある、とする見解が有力に主張されている⁽³⁴⁾。

③ 説明義務違反に関わる問題

第一に、従来の対面診療を実施しようとする医師は、治療効果がより大きいあるいはより危険の少ない遠隔診療による方法が他の医療機関で既に実施されていることについて説明すべきか、が問題となる。この点に関しては、遠隔診療の普及度によって説明の要否は異なり、従来の対面診療による方法がなお医療水準に適合している限り、医師は説明義務を負わないとする見解が有力である⁽³⁵⁾。その理由としては、BGHが、医師は、自己の勤務する病院の人的・物的な設備水準を他の病院と比較して説明する義務を負わないと解してきたことと整合する、という点が挙げられている。ただこの点については、代替的な治療方法に関する従来のドイツの判例の準則との整合性を欠くのではないかと疑問がある。

第二に、患者の疾病が特別な医学知識および診療経験を有する医師による治療を必要とする場合について、従来は、主治医には、患者を専門医のいる医療機関に転送する義務が生じる⁽³⁶⁾と解されてきたが、遠隔診療により専門

33) BGH NJW 1988, 763; なお、本判決については、拙稿「インフォームド・コンセント——実情・理念・法原則——ドイツの状況」年報医事法学16号(2001年)49頁を参照されたい。

34) Pflüger, a. a. O., VersR 1999, 1070, 1073; Tilmanns, a. a. O., S. 166-168; Pielach, a. a. O., S. 130-138.

35) Kern, a. a. O., S. 62 f.; Heyers/Heyers, a. a. O., MDR 2001, 918, 923; Tilmanns, a. a. O., S. 200. 他の治療方法が患者に本質的に異なった苦痛をもたらすか、または、本質的に異なった危険および成果をもたらす場合においてのみ、説明が必要となる、と解されている。この見解に異を唱えるものとして、vgl. Pielach, a. a. O., S. 147 f.

36) Tilmanns, a. a. O., S. 200.

医のサポートが受けられる場合には、主治医にそのことについての助言義務が生じる。そして助言を受けた患者は、専門医のいる医療機関への移送（ただし、患者の容態が移送に耐えられる場合に限る）または遠隔診療の実施のいずれかを選択できる⁽³⁷⁾と考えられる。

第三に、遠隔診療が実施される場合には、従来の対面診療と同様、診断、治療の経過（治療の方法・種類、目的、結果）、治療に伴う危険性について説明しなければならない。また、他に実施可能な治療方法として、従来の対面診療による方法がなお医療水準に適合している限りで、それについても説明する必要がある、と解されている⁽³⁸⁾。

第四に、遠隔診療による医療行為が、いまだ試行段階にとどまっている場合には、実験的医療について要求されている高度の説明義務を課すべきであるとされている⁽³⁹⁾。

第五に、遠隔診療医が手術に関与することについて説明する必要があるかが問題となる。この点については、説明義務を肯定する見解と否定する見解とが対立している。否定説は、判例が、誰が執刀医であるのか、また当該執刀医の手術経験（手術実績）については執刀医は説明義務を負わないと解してきたことに照らして、——遠隔診療医に患者に関するデータを提供するに際して、データ保護及び守秘義務の観点から、データの第三者提供についての患者への説明および患者の同意が必要となることを超えて⁽⁴⁰⁾——実施が予定されている医療行為に対する患者の同意を得るために説明する必要はない、と主張する⁽⁴¹⁾。これに対し肯定説は、遠隔診療の方法による医療行為には、情報通信技術の導入により、従来の対面診療には見られなかった別の危

七
一 (37) Kern, a. a. O., S. 63.

(38) Heyers/Heyers, a. a. O., MDR 2001, 923; Tilmanns, a. a. O., S. 190; Kern, a. a. O., S. 63.

(39) Kern, a. a. O., S. 63; Pielach, a. a. O., S. 153; Tilmanns, a. a. O., S. 190; Heyers/Heyers, a. a. O., MDR, 2001, 918, 923.

(40) 患者のデータを遠隔診療医に提供するに際して患者への説明と患者のこれに対する同意が必要とされるかについては、(6)で略述する。

(41) Pflüger, a. a. O., VersR 1999, 1070, 1073.

険が伴うこと、さらには、一方で患者の「情報に関する自己決定権」を保護するために、守秘義務およびデータ保護の観点から、患者データの遠隔診療医への提供について、患者への説明と同意を要求しておきながら、「自己の身体に関する自己決定権」の行使を可能にするための説明を要求しないのは、評価矛盾を来すことになる、という理由で、この点についても説明義務を課すべきである、と主張している⁽⁴²⁾。

第六に、技術的なシステム障害あるいはソフトウェアの欠陥により、診断ないし治療上の過誤が生じる可能性について説明すべきかが問題となる。この点については、これらは新規の医療行為である遠隔診療に固有の危険であるため、常に(危険の発生率が極めて低くても)説明が必要と解されている⁽⁴³⁾。

④ プログラムまたは情報処理機器の欠陥から生じた損害に対する責任
ソフトウェアの過誤によりデータが適切に送信できなかった場合には、医師ないし医療機関の医療過誤責任と製造者の製造物責任とが競合的に生じる⁽⁴⁴⁾。

⑤ 医療機関の組織体としての責任

遠隔診療の導入に際して、医療機関の開設者は、遠隔診療の実施に必要な情報通信機器およびプログラムを調達・整備し、更には、遠隔診療を実施するためのスタッフへの教育をなすべき義務(組織体としての義務)を負う⁽⁴⁵⁾。

(3) 秘密保持に関わる問題⁽⁴⁶⁾

遠隔診療に関与した医療従事者間における秘密の保持をどのようにしてはかるか、さらには、ネットワークを通じて医療情報が送信されることによる

⁽⁴²⁾ Tilmanns, a. a. O., S. 191f.; Heyers/Heyers, a. a. O., MDR 2001, 918, 923.

⁽⁴³⁾ Pflüger, a. a. O., VersR 1999, 1070, 1073; Tilmanns, a. a. O., S. 199.

⁽⁴⁴⁾ Pflüger, a. a. O., VersR 1999, 1070, 1075; Ulsenheimer/Heinemann, a. a. O., MedR 1999, 197, 201.

⁽⁴⁵⁾ Pflüger, a. a. O., VersR 1999, 1070, 1075; Tilmanns, a. a. O., S. 245-249.

⁽⁴⁶⁾ 遠隔診療の導入に伴う守秘義務をめぐる問題点を詳細に検討したものとして、Heyers/Heyers, *Arzthaftung-Schutz von digitalen Patientendaten*, MDR 2001, 1209 ff.; Pielach, a. a. O., S. 175-183., がある。

第三者の不正アクセスをいかにして防止すべきか、といった守秘義務に関わる問題がある。

① 医師相互間における守秘義務⁽⁴⁷⁾

(i) 前医の診療データを後医に送信する場合

患者の黙示の同意により、守秘義務は免除されると解されている。

(ii) 外部の医療機関に所属する医師に対診のためにデータを送信する場合

この場合には、データの第三者提供につき、患者の明示の同意が必要であると解されている。

② 情報処理技術者が介在した場合における守秘義務⁽⁴⁸⁾

診療機関内部または外部の情報処理技術者が医療情報の管理に関与する場合には、情報処理技術者への開示に関する患者の推定的同意を根拠に、開示を正当化することができる、と解されている。

そしてその理由として、医療技術の適用に伴う合併症等の損害発生の危険性を最小化するという患者にとってかけがえのない利益を保護するためには、診断・治療機器の製造者・操作者・利用者の協力と訓練を受け機器の作用機序を熟知したスタッフの投入が不可欠であり、そのことは患者も認識しているという点が挙げられている。

③ オープン・ネットワークを用いたデータの送信に際しての守秘義務⁽⁴⁹⁾

患者に対して事前に、送信されるデータに対する無権限者のアクセスの(態様及び範囲に関する)危険性、特に、第三者によるデータの入手を完全に阻止することが不可能であることについて、説明したうえで同意を得ておかなければならない。すなわち、完全なセキュリティーを実現することが不可能であることについて、インフォームド・コンセントを取得する必要がある。

なお、暗号化手続の導入により、上記の説明は不要となるかが問題となる

⁽⁴⁷⁾ Ulsenheimer/Heinemann, MedR 1999, 197, 202.

⁽⁴⁸⁾ Ulsenheimer/Heinemann, MedR 1999, 197, 202 f.

⁽⁴⁹⁾ Ulsenheimer/Heinemann, MedR 1999, 197, 203 ; vgl. Heyers/Heyers, a. a. O., MDR 2001. 1209, 1215.

が、この点は、暗号化により達成される実際のセキュリティー・レベルに依存することになろう。

(4) 診療報酬請求に関わる問題

遠隔診療に関与した複数の医師（対面診療医と遠隔診療医）のいずれが、診療報酬を請求することができるかという問題についても検討が進められつつある。

① 自己診療義務の及ぶ範囲

自己診療義務を課せられていることにより、診療報酬請求権を有する医師はすべての医療処置を自ら実施しなければならないわけではないが⁶⁰⁾、医療給付の中核的部分、すなわち、治療に関する基本的な決定については、自ら行わなければならない、と解されている。このことをより具体的に云うと、治療が医学的に必要か否か（適応の有無の判断）、治療を継続するか否かについての判断、および医師による経過観察の必要性についての判断は、診療を引き受けた医師自らが行わなければならない、と解されている。要するに、診療報酬請求権を有する医師は、診療契約上の主たる給付を自ら履行するか、もしくは自ら監督しなければならないということである。換言すれば、診療報酬請求権を有する医師は、治療方針を自ら決定しなければならない、と解されている⁶¹⁾。

② 遠隔診療の場面における主たる給付とは何か

以上の基本的な考え方を遠隔診療に当てはめれば、診療報酬請求権の帰属は、次のようになると考えられる⁶²⁾。

(i) 医師Aが患者を診断し、医師Bに対診医かつ専門医として所見を求めた場合

この場合には、診療行為の中核的部分はAによってなされており、Bはた

六
八

⁶⁰⁾ この点については、前出Ⅲ(1)の記述を参照されたい。

⁶¹⁾ Tilmannus, a. a. O., S. 60 ; Ulsenheimer/Heinemann, a. a. O., MedR 1979, 197, 203.

⁶²⁾ Ulsenheimer/Heinemann, a. a. O., MedR 1999, 197, 203.

だ診断に必要な助言をしたにとどまる。したがって、Aのみが診療報酬請求権を有すると解することができよう。ただし、この場合にも、AはBを監督できるのか、主たる給付はむしろ所見をBが下したことに存するのではないか、という疑問が残る。

(ii) Aが患者を診察したが、診療に関わるすべての決定をBが行った場合

BがAから提供された検査結果に基づいて診断を下し、診断所見に基づいて治療方針を決定した場合には、Aは、いわばBの単なる道具ないし延長された腕の一部に過ぎないと考えられる。したがって、この場合には、Bが診療報酬請求権を有すると考えられる。ただ、このように解した場合にも、疑問が生じないわけではない。というのは、Bと患者間には診療契約が締結されていないため、何故、診療契約に基づいて生じる診療給付に対する報酬請求権が契約当事者以外の者に生じるのかを説明しえないからである。

結局、上述したような問題が生じるのは、現在の診療報酬に関する法規定は診療行為が遠隔診療によって行われるという場面を想定しておらず、そのため、ドイツにはこれまで遠隔診療を念頭に置いた保険診療点数に関するルールがなかったことによるものである。これは技術の進展に法が追いついていない一場面というべきであり、早急に法的な対応を行うことが求められている。

IV おわりに

六
七
遠隔診療の実践は、既に我が国においても一部の先端的医療機関による試
行段階を過ぎ、各地域における中核的医療機関及び各自治体による多くの実
践例が積み重ねられてきている。

とりわけ、慢性疾患の場面において、在宅医療を普及・定着させるための
大きな力となりうるものとして遠隔診療に期待が寄せられている。また、医
学界においても、1997年に第1回の遠隔医療研究会が開かれ、さらに2005年

には、遠隔医療学会が設立され、これまでに3回の学術大会が開催されている。そこでは、離島や極地、救急医療の場面等における実践例の紹介とともに、遠隔診療の普及・定着を図るために解決しておくべき政策的・技術的課題、さらには財政的課題についても、検討がなされている。

遠隔診療の臨床への応用に当っては、送受信される画像の解像度や通信速度の向上、また一般の臨床医にとっての使い勝手の良さなどの技術面での要請が満たされる必要があることは言うまでもない。また、対面診療と並ぶ標準的治療法としての普及を図るためには、費用対効果の点で、現行の対面診療と遜色がないことも当然求められるであろう。

しかし、このような広い意味での技術的整備とともに、遠隔診療の導入に伴って生じる法的な問題についても、あらかじめ一定の指針を示しておく必要がある。というのは、遠隔診療を適用することにより、患者に何らかの損害が発生した場合にだれが法的責任を負うか、また、遠隔診療の方法により診断・治療がなされた場合にだれが報酬の支払いを請求できるか、さらには、患者データについての秘密保持およびセキュリティーの確保をいかにして図るかといった問題は、新規の技術を導入する際に、事前に少なくとも解決の道筋を示しておくべきリスク管理に関わる問題であると思われるからである。

もっとも、本稿は、遠隔診療の導入に伴って生じることが予想される法的諸問題のうちのいくつかについて、ドイツで展開されてきた議論の一端を紹介したものにはすぎない。検討は網羅的でなく、また取り上げた問題の分析に関しても、特に対診については、契約当事者論、給付対象論との擦り合わせが極めて不十分であることは否めない。とはいえ、これまでに見たドイツの議論の中から、遠隔診療の導入に伴って生じる法的問題を検討する際の手がかりを得ることは可能であろう。

六六

以下では、本稿で取り上げた問題のうち、①遠隔診断・遠隔手術支援に過誤が存したことにより患者に損害が生じた場合における民事責任の所在、②説明義務に関わる諸問題、③診療報酬請求権の帰属、について、簡単に検討

することにしたい。

(1) 民事責任の所在について

主治医の知識・技術レベルでは正確な診断、適切な手術を実施しえない場合には、主治医は、専門医に対診を依頼するか、あるいは患者を専門医・専門医療機関に転送すべきであるが、遠隔診療の場合には、移動の困難な高齢者や容態の重篤な患者についても対診を実施することが可能であるから、対診を実施しなかった場合には、特別な事情のない限り、主治医は引受け過失に基づき、患者に生じた損害を賠償すべき責任を負うことになろう。なお、病院で診療がなされた場合には、病院は組織体として、患者に対して医療水準に適合した診療が提供されるように診療体制を整備する義務を負うから、対診がなされなかった場合には、病院は主治医の使用人としての責任（民715条）を負うとともに、組織体としての過失について、自ら責任を負う（民709条）べきであろう。

また、専門医に遠隔診療医として対診を求めた場合には、遠隔診療医が専門医としての知識と経験を有していることが前提されているから、対診医の下した診断が、初心の医師にとっても認識しうるような明らかな誤診でない限り、主治医は、診断が正確であることを信頼して良いと考える。

次に、遠隔診療医により手術支援がなされた場合には、執刀医と手術支援を行う遠隔診療医は、共同診療者の関係に立つと考えるべきであろう。それ故、執刀医、および遠隔診療医の両者が患者の診療契約の相手方となると解すべきではなかろうか。このように解し得るとすれば、患者に損害が生じた場合には、患者は、遠隔診療医、執刀医のいずれに対しても賠償を請求することができることになろう。なお、医師間における最終的な責任の帰属については、執刀医と遠隔診療医のいずれが、治療処置のうちの本質的な部分を担当したかを考慮して決めるべきであろう（多くの場合は、患者が執刀医または執刀医の勤務する医療機関に対して賠償請求し、次いで、執刀医らが遠隔診療医に対して求償することになろうか）。

(2) 説明義務に関わる問題

第1に、治療効果がより大きいかまたは危険がより少ない遠隔医療による方法が他の医療機関で実施されているとしても、当該方法がごく僅かな専門病院において試行されているに止まり、いまだ医療水準として確立されるに至っていないかぎり、従来の対面診療による方法を実施する医師は、患者から遠隔診療の実施可能性について尋ねられない限り、説明する義務を負わない、と解すべきであろう。このように解することは、医療水準として未確立な療法については、通常は説明する必要はないが、「少なくとも、当該療法が少なからぬ医療機関において実施されており、相当数の実施例があり、患者が当該療法の自己への適応の有無、実施可能性について強い関心を抱いていることを医師が知った場合などにおいては、患者に対して、医師の知っている範囲で、当該療法の内容、適応可能性やそれを受けた場合の利害得失、当該療法を実施している医療機関の名称や所在などを説明すべき義務がある」、とした平成13年11月27日の最高裁判決（民集55巻6号1154頁）の見解に照応する。しかし、遠隔診療による方法が、特殊な病気に罹患している当該患者にとってより適切かつより良好な結果をもたらしうることを医師が認識しなければならない場合、および、遠隔診療による方法が一般に普及し、かつ、遠隔診療の方法により生じる危険が比較的僅かであり、しかも伝統的な対面診療による標準的な方法と比較して決定的なメリットを有する場合には、他の医療機関において遠隔診療の方法による診断・治療がなされていることについて、患者に説明すべきである。

第2に、遠隔診療による方法が、いまだ試行段階にとどまっている場合には、治療効果についても、安全性についても、確実な評価がなされていないのであるから、遠隔診療による方法を実施しようとする医師は、実験的医療

六四

についてと同様の、高度の説明義務を負うと解すべきである。

第3に、遠隔診療医が手術に関与することについて説明すべきか否かについては、ドイツの学説においては肯定説と否定説の対立がみられるが、この点については、医師に説明義務を課すべきであろう。なぜなら、ドイツの肯

定説が説くように、第一に、遠隔診療の方法による医療行為には、従来の対面診療の場合には見られなかった（情報通信技術を利用することによる）危険が伴うのであり、これは、遠隔診療に固有の典型的な危険（typisches Risiko）と見うため、当然説明の対象となると考えられるからであり、第二に、一方で遠隔診療医に患者に関するデータを提供するに際して患者への説明とデータ提供についての同意を取り付けることを求めておきながら、他方で、遠隔診療医を手術に関与させることについての説明を必要としない（その結果、遠隔診療医を手術に関与させることについての患者の同意を要求しない）ことは、要保護性の大きな「自己の身体に関する自己決定権」について、要保護性の小さな「情報に関する自己決定権」より僅かな保護しか与えないことになる、というアンバランスを生じさせることになるからである。

(3) 診療報酬請求権の帰属について

この点については、ドイツの多くの学説が説くように、診療報酬は医療給付の反対給付であるから、治療（給付）の中核的部分を担当した者が、診療報酬請求権を有すると解すべきであろう。ただ、一般的には、このように解すべきであるとしても、すでにⅢ(4)で言及したように、この準則を遠隔診療の場面に当てはめることにより、診療報酬請求権の帰属を確定することは必ずしも容易ではない。確かに、遠隔診療医による関与が、診断に必要な専門的見地からの助言にとどまっていたか、それを超えて治療方針の決定にまで及んだかによって、治療の中核的給付を担当したか否かが決せられると一応はいうことができよう。そして、前者の場合には、診療行為はその端緒となる診断についても対面診療医が行っているから、遠隔診療医に報酬請求権を認める余地がないのに対し、後者の場合には、遠隔診療医が診療に関わるすべての決定を行っているため、対面診療医は遠隔診療医の単なる道具ないしは延長された腕の一部にすぎず、したがって、診療報酬請求権は遠隔診療医にのみ帰属すると解することに特に問題はないともいえそうである。

しかし、前者の場合にも、実際の判断過程においては、遠隔診療医の示し

た所見が対面診療医の診断に決定的な影響を与えており、その後の治療方針は、実質的には遠隔診療医の所見を反映させた形で決定されていると思われる。そうだとすると、この場合にも、治療の中核的部分を担当したのは、遠隔診療医ではないのかという疑問が生じる。これに対し、後者については、疑問の生じる余地はないように思える。しかし、遠隔診療医と患者との間には、少なくとも診療が開始した時点においては診療契約が締結されていないため、果たして、診療契約に基づいて生じる反対給付たる診療報酬請求権が、遠隔診療医に生じうるのか、という疑問が生じうる。この点については、Ⅲ(2)(ii)で検討したように、遠隔診療医と対面診療医を共同診療者とみることにより、両者と患者との間に二重に診療契約が成立すると解することができれば、患者は、損害を被った場合に、いずれに対しても損害賠償を請求することができ、医療側においても、いずれの医師も患者に対して診療報酬を請求することができることになり、診療報酬請求権の帰属を確定する必要性は必ずしもないといえそうである。しかし、我が国の診療形態は保険診療が原則であり、そこでは、個々の診療行為について保険点数という形で診療報酬額があらかじめ決められている。そのため、最終的に両者に配分されるべき診療報酬額は、実際に対面診療医が行った診療行為と遠隔診療医が行ったそれとを確定しない限り、決められないことになる。これに対しては、個々の場面ごとに、遠隔診療医と対面診療医との間で、保険診療報酬の分配に関するルールを決めればよいという考えもあろうが、両者間で、実質的に治療上の決定をしたのがいずれであるかについて見解の対立が生じることも予想されるため、診療報酬の分配に関する合意が常にスムーズになされるとは思われない。

ドイツにおいても、診療報酬の帰属に関してこのような問題が生じることが指摘されているが、我が国においても、遠隔診療をスムーズに臨床の場
六
一
面で定着させるためには、遠隔診療に対する保険適用を一般的に認めるとともに、遠隔診療の実態を踏まえた保険点数に関する新たなルールを早急に設ける必要があると思われる。