



Title	診療契約強制（応招義務の）系譜的・機能的再検討
Author(s)	三上, 八郎; MIKAMI, Hachiro
Citation	北大法学論集, 52(4), 133-196
Issue Date	2001-12-21
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15101
Type	departmental bulletin paper
File Information	52(4)_p133-196.pdf



診療契約強制（応招義務）の系譜的・機能的再検討

三上 八郎

I はじめに——本稿の問題関心——

医師法（歯科医師法）⁽¹⁾ 第十九条第一項には「診療に従事する医師（歯科医師）⁽²⁾ は、診察治療の求があつた場合には、正当な事由がなければ、これを拒んではならない」と医師の診療義務（応招義務）⁽³⁾ が定められており、この解釈をめぐっては従来か

ら既に種々の検討がなされてきた。⁽⁴⁾ その概略は、①診療義務の法沿革的由来は、「医制」（明治七（一八七四）年）にある、②義務は医師の国家に対してのそれであつて、医師は患者に対して直接義務を負うものではない、⁽⁵⁾ ③にもかかわらず、「応招義務は患者の保護の側面も有する」ので医師の診療拒否により患者が被害を被ったときは医師に過失があるという「一応の推定」

がなされるとして、医師の不法行為責任を認める、④医師の過失の有無は、診療拒否に正当事由があるか否かにより決定される。⁽⁶⁾⑤医療機関の診療義務、⑥刑事責任との関係などが挙げられよう。

ところで近年の契約法学の状況は、契約当事者が共通に相互了承する規範を前提とするのみならず、「関係取引（継続的契約）における権力関係（経済的優位・従属の関係）ないし当事者間の情報の格差などに留意して状況適合的に契約規制を考える必要」⁽⁹⁾性つまり「契約義務の拡大」の潮流の中にある。しかし、最近「契約自由の原則への介入を控え、市場メカニズムを機能させるための規制に限定する」⁽¹⁰⁾いわゆる「規制緩和の思想」という反対の潮流も受けており、現状はいわば「渦巻き状態」として理解されつつある。これとの関連で診療契約関係におけるいわゆる「応招義務」論はどのように位置づけたらよいのかを本稿では扱うわけである。応招義務を契約強制という側面から「契約義務の拡大」現象の一環と捉えるのが、従来の大方の見方であったともいえよう。しかし他方で医療契約における私的自治や対価のバランスという契約法上本来の原理的検討も抜きにすることはできないであろう。まさにそのことは、「一つの場面においても異なる原理的要請が『差延』的に相剋状況に

あること」にも示唆を与えるであろう。⁽¹¹⁾

本稿では診療義務をめぐる前述したような諸々の問題点をも含めて、その今日的意義について臨床家としての実務上の私見も交えて再検討してみたい。診療義務におけるこれらの問題は、行政法・刑法・私法といった法制度において、それぞれ別した法的効果が期待されているものの、義務が課されている医師にとってはそれぞれの法制度がその枠を越えて横断的に影響している。また、諸論文もこの影響を受けてか必ずしも個々の法制度に限局せず、拡張的傾向をもつものが特に医事法学の分野では多くみられる。⁽¹²⁾

したがって対象とする法制度を限定的に考えればそれだけ精緻な法解釈論が可能であるが、その一方で、副作用として理論が実務と乖離し机上の空論と化する虞を生ずることになる。これらの弊害を避けるためには法を可及的に統合させて考慮することが要請され、そのための方法論は従来の議論のスタイルとはやや異なるものとならざるを得ない。⁽¹³⁾ましてや医事法学はその特色として法学の中でも応用法学に位置づけられ、学際的色彩の強い領域でありかつそこでは複雑多岐に法領域が交錯している。しかも、法学とはまったく異質のかつ独立性の強い医学側の事情をも考慮するというバランス感覚が要求されるのであ

る。医師という職業集団への法の作用には、その取締法として機能する医師法と医師患者間の相反利益の解決道具としての民法とは、法の効果が異なるのでこれを実務上の視点を変えて科学的に評価・考察することは非常に困難であろう。

以上の点に留意して本稿は、その分析を主に次の三つの点から行うこととした。第一に診療義務の沿革を探ることにより、その規定の立法趣旨とその性質を鳥瞰し、現行規定の位置づけ・評価を行う。第二に診療義務違反の判例からその法理を検討する。最後に学説の検討として①現在の診療義務規定の法解釈を行政法（医師法）の見地から行い、行政罰と医道審議会の結果・行政指導上の問題点について触れ、②刑法上の問題にもわずかではあるが言及し、以上を踏まえた上で、③私法上の問題点として診療契約の有無、事務管理、契約強制を検討し、比較法の紹介もおこなうこととする。

以下では診療義務に関する問題点をできるだけ網羅的に取り上げ、行政法・刑法・私法の横断の見地からの試みに努めるものの、あくまでも本稿は試行錯誤の段階を超越するものでないことをあらかじめ断っておきたい。

(1) 本稿では特に断りのない場合には、医師法と歯科医師法の両者を合わせて医師法と称する。

(2) 本稿では特に断りのない場合には、医師と歯科医師の両者を合わせて医師と称する。ただし、医師の診療義務内容と歯科医師のそれとは業務態様が異なる。この点についてはIV章に特に項を設けて述べる。

(3) 現行法規の表記からすれば診療義務の方が適切である。しかし、II章に述べられるように本法規はかつて「招きに応ぜざる者」と表記されていたことから慣習的に応招義務と呼ばれることが多いので本稿では両者を区別せずに用いている。

(4) 診療義務の沿革に関しては、土井十二『医事法制学の理論と其実際』（凡進社、一九三四年）一八二頁以下、野田寛『医事法（上）』（青林書院、一九七四年）一〇九頁以下。

(5) 美濃部達吉「行政上より見たる医師不応招問題」『法律新聞』一〇四七号（一九一五年）六一七頁。

(6) 神戸地判 平成四年六月三〇日／判タ八〇二号（一九九二年）一九六頁、判時一四五八号（一九九三年）二七頁、判例地方自治一〇一号（一九九二年）五九頁。

(7) 千葉地判 昭和六一年七月二五日／判タ六三四号（一九八七年）一九六頁、判時一二二〇号（一九八七年）二二八頁。

- (8) 例えば、中森喜彦「医師の診療引受義務違反と刑事責任」『法学論叢』九一卷一号（一九七二年）一頁。
- (9) 吉田邦彦「民法解釈と揺れ動く所有論」（有斐閣、二〇〇〇年）一〇六頁。
- (10) 内田貴「契約の時代」（岩波書店、二〇〇〇年）一二頁。
- (11) 吉田・前掲書一一三頁。
- (12) 野田・前掲書一〇九頁以下。
- (13) 植木哲『医療の法律学』（有斐閣、一九九八年）二〇一—二〇三頁。

II 診療義務の法制度沿革

診療義務は、その根拠となる実定法そのものが変化していくという特徴的な沿革をもつ。診療義務の起源はまず、「医制」にあるとされ、⁽¹⁾ つぎには、旧刑法の違刑罪の中に定められ、その後順に、警察犯処罰令、旧医師法施行規則、国民医療法へと移り、現行医師法に規定されるという特異な変遷を経ている。以下ではこれらの立法史について成立順にそれぞれの実定法上の根拠をみていくこととしよう。

1. 医制

診療義務が、わが国において初めて規定されたのは、「⁽²⁾ 医制」（明治七（一八七四）年八月一日文部省ヨリ東京京都大阪三府へ達）においてであるといわれている。⁽³⁾ その第四四条（全七六条）は、

「醫師行状正シカラス或ハ懶惰ニシテ業ヲ怠リ危急ノ用ニ達セサル時ハ醫務取締區戸長ノ詮議ヲ以テ地方官衛生局ニ届ケ業ヲ禁ジ地方廳ニテ其事由ヲ報告スヘシ」⁽⁴⁾

と規定しており、同条の意味は医師が業務をおろそかにし、「危急の用に達せない時に制裁を加えて、その応招の義務を認めしめたものである」⁽⁵⁾ と解されている。

しかし、その後「文部省ヨリ東京京都大阪三府へ達」（明治八（一八七五）年五月一四日）により改正がなされたが、その全五五⁽⁶⁾条には同旨の条文は見当たらない。したがってすくなくとも「⁽⁷⁾ 医制」においては、本条文の規定は約八か月間だけ存在したものであるといえない。

2. 旧刑法「違警罪」

その後、明治一五（一八八二）年に旧刑法（明治一三（一八八〇）年太政官布告第三六号）⁽⁸⁾ が施行され、そのうち違警罪の⁽⁹⁾

第四二七条第九項に

「左ノ諸件ヲ犯シタル者ハ一日以上三日以下ノ拘留ニ処シ又ハ二十錢以上一円二十錢以下ノ科料ニ処ス

九 醫師産婆事故ナクシテ急病人ノ招キニ應セサル者」

という処罰規定が付加された。ここでは応招の主体が「急病人」と定められている。

3. 警察犯処罰令⁽¹⁰⁾

旧刑法が改正されるにあたって違警罪という名称はなくなり、かつ現行刑法（明治四一（一九〇八）年発布）では同条項は削除された⁽¹¹⁾。そして、警察犯処罰令中にこの趣旨を追加することになった。つまり、警察犯処罰令第三条第七号に

「開業ノ医師産婆故ナク病者又ハ妊婦産婦ノ招キニ応セサル者」、「二十円未満ノ科料ニ処ス」

と規定された。この時点で、診療義務（応招義務）は、開業医（産婆）に限局され「応招」の主体は「病者又ハ妊婦産婦」へと拡大した。また「病者」に関しては、病者以外であっても、診療を必要とすると判断した者からの招きである限り、「病者」の意思に関わりなく、医師の応招義務は生ずると美濃部博士は⁽¹²⁾

解釈している。

ところで、本条文の「開業ノ医師」の中に「歯科医師」は含まれるかどうかという疑問が生ずる。というのも明治三九（一九〇六）年に歯科医師法が發布され、明治四一（一九〇八）年の刑法施行時には医師と歯科医師は法的にも区別されるようになったからである。明治三九（一九〇六）年以前は、制度的に「医師」の中に「歯科医師」が含まれていた時代であるから、旧刑法中では当然医師と歯科医師の区別をせず両者を含めて単に「医師」と表記していた。したがって、その区別がなされるようになれば、当然これを峻別すべきであろうが刑法改正の沿革上それがなされなかつたのであろう。ちなみに、現在の刑法第一三四条においてもその峻別はなされていないと思われ⁽¹³⁾。さらに後述する旧歯科医師法施行規則に、旧医師法施行規則と全く同様な規定があることから、ここでは罪刑法定主義の問題はあるものの、歯科医師をも含んだ意味での医師と解すべきであろう。なお現行刑法第一四九条（業務上秘密と証言拒否権）では、「医師、歯科医師、助産婦」とあり、医師と歯科医師とは明確に峻別されている。

4. 医師法（歯科医師法）施行規則

警察犯処罰令に診療義務の規定を設けることは、警察官の専断に流れるおそれがあるなどの理由によりこの義務は大正八(一九一九)年の旧医師法施行規則の第九条第二項、旧歯科医師法施行規則第八条第二項に挿入された。

つまり、

「開業ノ(歯科) 医師ハ診察治療ノ需アル場合ニ於テ正當ノ事由ナクシテ之ヲ拒ムコトヲ得ズ」

とし、かつ罰則は旧医師法施行規則第一六条、旧歯科医師法施行規則第一五条にそれぞれ「二十五円以下ノ罰金ニ処ス」と定められた。⁽¹⁷⁾ 本規則では応招義務の客体は、それまでの「病者又ハ妊婦産婦ノ招キニ応セサル者」から「診察治療ノ需アル場合」に拡大され、制裁も罰金刑に引き上げられた。⁽¹⁸⁾

他方で、産婆に関しては、警察犯処罰令は大正八(一九一九)年内務省令第一七号を以つて改正されたがそのままの形で応招義務が残された、すなわち「開業ノ産婆故ナク妊婦産婦ノ招キニ応セサル者」という規定が残されたのである。⁽¹⁹⁾

5. 国民医療法⁽²⁰⁾

昭和一三(一九三八)年には「国家総動員法」も制定され戦

時体制は着々と強化された。このような情勢下にあつて国民の保健衛生の向上は戦争遂行という目的のために、不可欠なものとして認識されていた。また、時代の要請を受け同年厚生省が新設され、衛生行政は内務省衛生局から厚生省に移管された。社会保険による医療給付も既に制度化され、健康保険法は昭和二(一九二七)年から、国民健康保険法は昭和一三(一九三八)年から実施された。同法は昭和五(一九三〇)年以降の農村恐慌による保健問題、特に医療費負担難の解決を図るものであり、同時に兵力の源泉である農村の保健対策は戦力増強という点からも重要なものと考えられていた。

このような時代を背景に医療の普及は進み、医学の発展もまた著しいものがあつた。その一方で、医療制度は、明治初期に創生されて以来、幾分の修正は経たものの、社会情勢の変化・時勢の推移に立ち遅れた感は否めず、根本的な医薬制度の改革の必要性が生じていた。また、戦時下にある健民健兵という政策の拡充をも企図し、国民医療法(昭和一七(一九四二)年二月二五日法律第七〇号)が誕生した。その具体的内容は①医師・歯科医師が国民体力の向上に寄与すべき国家的使命を負うていること、②医療機関の偏在を是正するためにこれを許可制とすること、③医療業務に関する厚生大臣の指示権を強め、④医療

費の是正を図り、⑤医師会、歯科医師会を改組し「国民体力の向上に関する国策に即応し医療の普及を図る」ことを目的とし、た日本医療団の新設などであった。

診療義務は医師法施行規則、歯科医師法施行規則に定められていたものが、法律で規定されるようになった。すなわち、その第九条第一項に

「診療ニ従事スル医師又ハ歯科医師ハ診療治療ノ需アル場合ニ於テ正當ノ事由ナクシテ之ヲ拒ムコトヲ得ズ」

と以前までの「開業の医師・歯科医師」から「診療に従事する医師・歯科医師」へと拡大的に修正された。また大正八年（一九一九）年の前述規則で拡充された「診療治療ノ需アル場合」という字句は、踏襲されている。なお同項違反のサンクションは、同法第七六条「五百円以下ノ罰金又ハ科科ニ処ス」とされている。

6. 現行医師法・歯科医師法

終戦を機に国民医療法の見直しが始まり、昭和二三（一九四七）年医師法（同年七月三〇日法律第二〇三号）、歯科医師法（法律第二〇二号）が制定された。その結果、医師法、歯科医

師法第十九条第一項は応招義務に関して次のように定めた。

「診療に従事する医師は、診察治療の求があつた場合には、正当な事由がなければ、これを拒んではならない」

医師法・歯科医師法の基本的考え方は、統制時代の立法であつた国民医療法と異なり、「一方において、医療を与える立場にある医師、歯科医師の資質をできるだけ高い水準に置くとともに、他面、一度資格を与えた以上は、その者の良識を信頼し、できるだけ自由にその技能を発揮せしめ、両々相まつて国民に適正な医療を与えることができるようにしようというにある⁽²¹⁾」。したがって「法制定に当たつては本条のごとき規定は法律をもつて強制すべきものではなく、すべからず医師の自覚にまつべきものであるとの意見もあつた⁽²²⁾」という。

しかし、その一方で、「医業、歯科医業は、人の生命身体に関する問題でもあるので、国家としても無関心ではありえず、国民保健の確保の見地から、最小限度の規制を行う⁽²³⁾」必要も否めない。つまり、「医師の職務の公共性よりみて診療義務は特に強調されるべきであるとして法律上の義務として規定された。

その上で、前述したような本来「法律をもつて強制すべきものではない点も配慮し、この違反に対する罰則は削除され、その義務は医師の良心に任せられた。但し、以上のような立法

の経緯にもかかわらず、医師が本条の義務違反を行った場合は、
 医師法第七条（免許の取消し等）第二項にいう「医師としての
 品位を損するような行為のあったとき」に当たるとして、当該医
 師が義務違反を反復するような場合には同条の規定により医師
 免許の取消し又は停止を命ずることもあり得る（昭三〇・八・
 一二医取第七五五号、医務課長回答）と厚生省は解釈している。

7. 若干の検討⁽²⁵⁾

(1) 診療義務の起源が明治七（一八七四）年の「醫制」に
 端を発するとすれば、そこでの立法趣旨は医制第一条の「全國
 ノ醫制ハ之ヲ文部省ニ統フ」および同第二条の「醫制ハ即人民
 ノ健康ヲ保護シ疾病ヲ療治シ及ビ其學ヲ興隆スル所以ノ事務ト
 スル」といえよう。それは、法令というよりは衛生行政の方針
 を示した訓令的色彩を帯びたものであり、そのプランを達成す
 るために医師育成に関する制度をもその対象としていた。とこ
 ろが、明治八（一八七五）年五月一四日の「醫制」の改正にお
 いて、第二条の後半部分「其學ヲ興隆スル所」が削除され、「醫
 制」は衛生行政的色彩を強めてきている。また同年六月二八日
 には衛生行政事務は、文部省から内務省に移管され、警察行政

の一環となる。このような事情を鑑みると「醫制」第四四条は、
 診療義務を定めているというよりも「医業禁止」にその主目的
 があるのではないだろうか。それは医師に対する国家的統制（行
 政処分）を明記するという意義をもっていたのであろう。条文
 中の「懶惰ニシテ業ヲ怠リ危急ノ用ニ達セサル時」には、診療
 の求めに応じないという限定条件が明記されていないので医師
 の一般的な心構えを倫理綱領の立場で述べたものと解釈できる。

さらに、医師に対する行政処分法規の資料としては「醫師犯
 罪若シクハ不正ノ行為アルトキ處分方」（布告明治一五（一八
 八二）年八月一日太政大臣三条實美署 内務卿山田顯義署第
 三九号）が存在する⁽²⁶⁾。これによると、医業に関する不正の行為
 とは、法律に準拠して処罰すべき事項でなくとも医師として医
 業上の「不應為」の行為をいう。「不應為」とは条理上行つて
 はならない不文律の禁止で人倫道義に反する行為をいう。その
 具体例として、伝染病、急病の患者に不当に高額な診察料を要
 求して診療を拒むこと、病氣でもないのに薬を売りつけたり、
 治療費目的のために不当な治療を行うこと、酒色に惑溺し素行
 が修まらず医業を適切に行えないことなどが挙げられている。
 この具体例はまさに「醫師行狀正シカラス或ハ懶惰ニシテ業ヲ
 怠リ」に相当する。これらの行為があった場合にそれを不正行

為とし、医業の禁止といった行政処分を行うという意味では、本布告は「醫制」第四条と性格を同じくするものといえよう。ちなみに現行医師法では第七条第二項に同様な規定が置かれている。そういった観点からは従来、医師法第一九条第一項の起源として考えられてきた「醫制」第四条は、現行医師法第七条第二項の起源であるともいえよう。

以上から、「醫制」が診療義務の起源となるか否かの即断はできないが、いずれにしても同法制のかかる性格には注意を要するであろう。

(2) 診療義務を規定しているその後の法規は調べた限りでは存在しないが、一転して完全な取締法規として明治一五（一八八二）年の旧刑法第四編違警罪の中に突然新たな規定が定められる。私見では①条文の表記内容の類似性②その連続性（但し法制度自体は変化）③条文から帰結されるその趣旨の同一性から、現行診療義務の起源はこの旧刑法にあると考えられる。旧刑法には当時、頻繁に流行したコレラを主とした伝染病の予防という具体的衛生警察上の政策的目的遂行という国家的要請がその制度設定の背景にあったものと推測できる。もちろんその他に付随的に、国家権力における貧困者の医療へのアクセスの保障もあったのであろうが、同法はあくまでも警察法上の規

制であった。

違警罪はその対象が全体として大きく「公」と「私」に分けられていた。ところがこれを成文化するときに刑罰の重さで条文を類型化したので、個別の条文が「公」に対するものか「私」に対するものか判別できない状態で成文化されてしまったのである。これを草案したボワソナードは公と私をどのように分類していたかを調べてみると、「第一章は『公益ニ対スル』違警罪を規定し、第二章は『各個人ニ対スル』違警罪を規定した」としている。⁽³⁰⁾ 診療義務は第二章の第一節の人身に対する違警罪の中にある。すなわち、

第四百八十八条 左ノ所見ヲ犯シタル者ハ一日以上三日以下ノ拘留ニ処シ一円以上一円九拾五銭以下ノ科料ヲ付加ス又ハ単ニ拘留若シクハ科料ノミニ処ス

第四項 医師、外科医、産婆、正当ノ事故無クシテ重症急病ノ場合二人ノ招キニ応セサル者、

である。

つまり、ボワソナードのいう診療義務は、「公益」に対してではなく「各個人の人身」に対する義務だったわけである。⁽³¹⁾ 同条の説明としてボワソナードは次のように述べている。「本条ノ場合ハ只タ一個人ノ利益ニ関セリ而テ彼ノ第二百十二條ニ於

テ伝染病或ハ獸類伝染病流行ノ際ニ當リ醫師或ハ獸医ノ其術ヲ施スヲ肯セサル者ヲ罰スルハ社会全般ノ利害ニ關スルヲ以テナリ然リ而シテ今マ一人ノ利害ヲ以テ社会全般ノ利害ト同視シ殊ニ均シク之ヲ罰スルハ蓋シ伊太利法律草案ニ依レル者ナリ。⁽³²⁾したがってボワソナードは診療義務を個人の利益のみならず同時に社会の利益にも関係する義務とみなしている。ではこのような個人の利益が、社会のそれと同価値になる場合とはいかなるときであろうか。個人に対する不安や恐怖を取り除くことは、安全な生活を営む上でその個人が属する社会の利益であるといつてよいであろう。「各個人の人身」に対する危険を自ら防衛し、除去することは可能であるし、また個人はそうしなければならぬ。⁽³³⁾しかし、重病急病の場合は自らこれを除くことが通常は困難である。かかる場合は、疾病や外傷を治療することが業務である医師に頼らざるを得ないのである。したがって医師に診療義務を課すことにより、生命の安全を法的に担保することは社会の利益と価値を同じくすると評価してよいこととなる。つまり診療義務は、重病急病時の個人に対する救急救命処置を指すと考えられる。この法規の基礎となっている価値観には道德倫理的な色彩もみでとれる。このように違警罪には生活上の道德的な規定を含むので、かつて儒教的な道德観を内

包する「東洋的教令」の存在というような解釈も出てきたのであろう。⁽³⁴⁾

やがて、診療義務は刑法改正に伴い、警察犯処罰令に移行するが、その前身である違警罪が訴訟法制度として、「違警罪即決例」⁽³⁵⁾の下に警察の恣意的運用がなされたようである。それゆえ警察力が最大限に發揮され、医師受難の時代となったのであろうし、診療義務は医師にとって一種のトラウマとさえなつたのではなからうか。

(3)その後、診療義務は医師法施行規則の中にこれを移入され、容易に診療義務違反が問われることはなくなつたのであろうが、国家が軍国主義へと進むに連れて医師法自体が国民医療法へと総体化し、その要請(健民健兵、結核の予防)をも受けることとなつたのである。つまり、戦争遂行という目的達成のために診療義務の目的自体が変化してきたのである。したがって、すくなくともこの時点でも、診療義務は警察法上の規定という性格を持っていたといえよう。しかし、その中心的な目的は、結局のところ生命に対する危機からの救助といえるのではないだろうか。診療義務の目的としては救急救命義務の要請がもつとも高かつたと考えてよからう。もちろん、同時に救済的行為や衛生予防行政の要請も全くなつたわけではない

ことは言を俟たない。

(4) このような経緯をたどった後、新憲法の下での医師法の診療義務の立法趣旨は、従来とは大きく変化した。すなわち国民民主権としての憲法第一三条、第二五条の具現化を図る目的としての役割が、そこでは期待されているのである。したがって医師法第一九条第一項の趣旨は、従来の沿革的なものとは性格が変化して、民主国家の憲法上の要請から来ているとの解釈もまた成り立ちえよう。

一方、現行憲法上の要請を受けているとすれば、従来は公法・私法二元論から、公的規定である医師法第一九条第一項による診療義務は私法上では国民の反射的利益とされていたので、患者は医師に対して直接の契約の強制力を有していなかった⁽³⁸⁾のであるが、公法の私法への積極的援用へと法の運用が変化しつつある最近の判例の傾向によれば、診療義務の趣旨を民事的紛争にも間接的に生かしようことになろう。しかし公法の性質上、それは限定的に運用されるべきであると考ええる。したがって、現段階では限定された要件の枠内で診療義務の具体化として、救急救命義務は存在することになる。

ところで現行医師法に組み込まれた診療義務には、その違反に罰則は定められなかったのである。この点は従来の応招義務

規定が特別刑法であった点からすれば、特筆すべきことである。なぜならば「当該法令中の『犯罪と刑罰につき規定した』部分だけを特別刑法と呼ぶ⁽⁴⁰⁾」のであって、これ以外は特別刑法ではない。つまり、医師法第一九条第一項に関してはその沿革上、刑法（一八八二年―一九一九年）、特別刑法（一九一九年―一九四七年）と位置付けられていたものが、現行医師法（一九四七年）以降は特別刑法ではなくなったということである。しかも、その沿革を考えれば、第一九条第一項はその運用に当たっては、罪刑法定主義の立場からこれを拡大的に解釈したり、これから罰則を強化するような解釈を導いたりすべきではない。したがって、その字句を素直に解釈して、医師に対する（道徳的・法的）訓示規定とするのが自然であろう。

加えてさらに詳細に検討すると、医師法第一九条第一項が道徳的規定なのか、法的それなのかあるいはその両方かという疑問がある。診療義務が医師本来の職業倫理の単なる法的訓示規定⁽⁴¹⁾という見解によると、「医師法が診療義務違反を不処罰とするのは、診療義務が医倫理上の義務と法的義務の中間に位置すると考えられるからである⁽⁴²⁾。」つまり、職業倫理上の法的規定は倫理と法の間位置することになる。もちろん倫理と道徳とは一応区別すべきであるが、実質面における倫理の問題とこ

れを客観面で捉える道德の問題を臨床実務を行う上での医倫理を考へる上で峻別する意味があるとは思えない。「法と道德」のテーマでも道德と倫理を明確な区別をしていない場合もある⁽⁴⁴⁾のでここではこれ以上この問題には深く立ち入らず、ほぼ同様な意味で使われていると考へるとしよう。また法は道德に含まれるとすると、第十九条第一項の射程は法と道德の共通範囲部分(A)となる。その他の法を含まない道德の部分(B)としては、たとえば、求めがない場合でも自発的に診察治療をおこなう、保健指導の求めに応ずる、免許停止中の医師が診察治療の求めに応ずる等の例が考へられる。次に診療義務違反が肯定されるのは、診療拒否に正当事由が存在しないときであり、正当事由の判断は「社会通念上健全と認められる道德的判断」によるといわれている⁽⁴⁵⁾。(A)に対する道德的判断と(B)に対する道德的判断の区別は、事実上困難であろう。とすれば広義の道德(A+B)と狭義の道德(B)のいずれも同じ基準でこれを判断することになり、結果的に違法性を道德で判断することになる。これでは道德の強制となってしまう。もつとも道德を間接的に強制することもまた法の任務であるとリーガル・モラリズム⁽⁴⁷⁾からの反論が予想される。しかし、このような結論が導き出されるのは、(A)の部分、すなわち法と道德の共通部

分にのみに関してであり、もし、この部分から法の要素を抜き去るとすればつまりすべて道德規定とすれば、すくなくとも正当事由の判断に関しては「社会通念上健全と認められる道德的判断」として整合することとなる。しかし、そうすると法的判断の根拠が道德となり、結果的に医師に過大な義務を課すことになるのではなからうか。法と道德が分離していない好例であろう⁽⁴⁸⁾。以上を考慮すると、本条文が道德的訓示規定か、それに並立して法的規定も本質的にあるのかという点についてはさらに検討の余地がある。

(5)最後に、医師法第十九条第一項の意義としては、以下のような指摘になると考へられる。わが国における医療サービスへのアクセスは他国に類を見ないほどの平等性が維持されている。医師法第十九条第一項は、これを可能にした医療制度の運営における医師側への事前規制という法的根拠(サンクショ^ン)として機能してきたと考へられるのである。

以下にこれまで検討した診療義務の沿革的経緯を表1としてまとめておいた。

表1. 診療義務の沿革

法令	制定年	診療義務の主体	条件	罰則
医制	明治7年 (1874)	医師	危急の用	行政罰：医業ヲ禁ジ 拘留：1日以上 3日以下
旧刑法	明治15年 (1882)	医師・産婆	急病人	科料：20銭以上 1円20銭以下
警察犯処罰令	明治41年 (1908)	開業の医師産婆	病者または妊婦 産婦	科料：20円未満
旧(歯科)医師 法施行規則	大正8年 (1919)	開業の(歯科)医 師	診察治療の需	罰金：25円以下
警察犯処罰令	大正8年 (1919)	開業の産婆	妊婦産婦	科料：20円未満
国民医療法	昭和17年 (1942)	診療に従事する (歯科)医師	診察治療の需	罰金または科料： 500円以下
(歯科)医師法	昭和23年 (1948)	診療に従事する (歯科)医師	診察治療の求	なし
保健婦助産婦 看護婦法	昭和23年 (1948)	業務に従事する 助産婦	助産又は妊婦、 じよく婦若しく は新生児の保健 指導の求	なし

(1) 野田寛『医事法(上)』(青林書院、一九七四年)一〇九—一〇頁、中森喜彦「医師の診療引受義務違反と刑事責任」『法学論叢』九一巻一号(一九七二年)二頁、山崎佐『続開業医の法律問題』(克誠堂、一九二四年)一四六頁、土井十二『医事法制学の理論と実際』(凡進社、一九三四年)一八二頁、勸立明『中井美雄』(医療過誤法)『青林書院、一九九四年)一三三頁、黒瀬善治『医事法制に就いて』司法省調査課『司法研究』第二号報告集五(一九二六年)九三頁、金沢文雄「医師の応招義務と刑事責任」『法律時報』四七巻一〇号(一九七五年)三六頁。

(2) 厚生省医務局『医制百年史』(ぎょうせい、一九七六年)一一—二二頁。「醫制」の成立過程における経緯は、笠原英彦『日本の医療行政』(慶応義塾大学出版会一九九九年)一一—二六頁に詳しい。これによると医制の目的が「西洋医の養成」にあり「第一二条から二六条にわたって医学教育のあり方を示し、第三七条にはじめて医師の資格を規定」していた。「醫制」は当時漢方医が多数であったので「漢方医にも医業の継続を認めていたが、政府の西洋医学採用の方針は漢方医学そのものの存在意義を失わしめるに十分であった」。

医制のもうひとつの目的は「医業分業」であった。江戸時代までは「医師は薬師と呼ばれ」「医術は無償の行為」

とされ医療の「対価はあくまで薬代という患者の志として支払われ」、「診察料」の概念はなかった。このため医薬分業にあたっては「診察料」を設定し、診療報酬を認めることが必要だった。

(3) 野田・前掲書一〇九頁。

(4) 内務省衛生局『医制五十年史』（倭文社、一九二五年）六七頁。

(5) 土井・前掲書一八二頁。

(6) 同書八九―九九頁。

(7) 「医制は今日の法令といわんよりは寧ろ衛生行政の方針を示した訓令の性格を有するもの」であり「明治二三年一〇月二八日内閣記録局より医制廃止の時期について照会があったのに対し」内務省衛生局は、「自然消滅」したと回答している（厚生省医務局『医制八十年史』（大蔵省印刷局、一九五五年）九頁）。また、医制そのものが、東京・京都・大阪のみを対象に限定されていたことにも注目したい。

(8) 野田・前掲書一一〇頁には「その後旧刑法（明一五）に移されて」とあるが、医制から旧刑法に應招義務が移された経緯に関しては、調べた範囲では不明であった。医制が明治八年に改正されたとき「四四条」に相当する条文が削除されていることから、むしろ現行法規上の診療義務は系譜的にはこの旧刑法の違警罪に起源をなすも

のといつてよいのではないだろうか。

また、ポワソナード刑法草按注解第六（*）には、「第八節 公務を行うを拒む罪」として第二二一条出兵拒否罪、第二二二条医師などの職務拒否罪、つまり鑑定拒否に関する罪、第二二三条医師などの伝染病検査拒否罪、同二項その他の職務拒否罪（一般の人民が災害時に官に助力すべき義務）が挙げられているが、診療義務に関しては触れられていない。（*吉井蒼生夫・藤田正・新倉修『日本立法資料全集九 旧刑法別冊（二）刑法草按注解 下』（信山社、一九九二年）六四〇―六四四頁参照）。

(9) 内閣記録局『法規分類大全第一編』（一八九〇年）六九頁。

(10) 泉二新熊監閲『警察犯処罰令要論』（法曹閣書院、一九〇八年）に詳細に記述されている。

(11) 松尾浩也 増補解題『増補 刑法沿革綜覧 日本立法資料全集別巻2』（信山社出版、一九九〇年）二六二頁。同書（一三七頁）によれば、明治二三年改正刑法草案では、第四〇六条に「医師、産婆故ナクシテ急病人又ハ分娩セントスル婦女ノ招キニ応セラル者ハ一日以上五日以下ノ拘留又ハ二円以上二十円以下ノ科料ニ処ス」とり招く側の主体を「急病人又ハ分娩セントスル婦女」とより具体化し、旧法における産婆に対する應招主体も改正されている。また刑罰の範囲も加重されている。

本条に関して第一回衆議院会議録には「故ナク」の解釈の質疑に対して政府委員から「自分カ病氣テアツテ往カレナイト云ウ様ナコトテナクシテ、達者テ居ナカラ寒イカラ往カナイ（満場失笑）ト云フ様ナコトカ「故ナク」テアロウ」と回答している（同書一四三―一四四頁）。しかし、同書によれば、その後の改正草案には一度も医師・産婆の診療義務はでてこない。

(12) 美濃部達吉「行政上ヨリ見タル医師不応招問題」『法律新聞』一〇四七号（一九一五年）五頁。

(13) 土井・前掲書三〇七頁には「医師である以上は、普通の医師、所謂医師の外に、歯科医師をも含むものとする。」とあるが、赤石英（編）『臨床医のための法医学（改訂第12版）』（南江堂、一九八三年）二六八頁には、「当時の立法者が歯科医には漏洩すべき秘密はないと考えていたのかもしれない。」とある。また大塚仁〓河上和雄〓佐藤文哉〓古田佑記（編）『大コンメンタール刑法（第二版）』（青林書院、二〇〇〇年）三四〇―三四一頁には「歯科医師が本条にいう『医師』に含まれるか否かについて、見解が分かれている」とある。ここでは、消極説の理由として、刑法典制定当時すでに存在した民法二八一条（現行一九七条）に証言拒絶権の主体として、医師・歯科医師を峻別していることから、本条が歯科医師を掲げていないのは単なる立法の不備とも断定できない

点を挙げている一方、積極説の理由として、歯科医師もその職務上人の秘密を知ること多い点が挙げられている。

(14) 前田雅英『刑法各論講義』（東京大学出版会、二〇〇〇年）五七頁。

(15) 厚生省医務局・前掲書『医制八十年史』一五五頁、野田・前掲書一〇頁、土井・前掲書一八三頁、山崎・前掲書一四八頁。

(16) 厚生省・同書一五五頁。

(17) 野田・前掲書一〇頁、厚生省衛生局『医事、薬事に

関する法規』（一九四二年）九頁、一二頁、六二頁、六五頁。厚生省医務局『医制八十年史』五一―五一九頁。

(18) 罰金の額に関しては大正八年の時点では二五円であったものが、昭和八年の改正で医師法施行規則では五〇円に引き上げられている。

(19) 菅野喜三郎『内務省令 警察犯処罰令釈義』（田中久栄堂、一九二四年）八頁。

(20) 厚生省医務局・前掲書『医制八十年史』一五九―一六六頁、厚生省医務局・前掲書『医制百年史』二六七―二二六頁。

(21) 厚生省医務局・前掲書『医制八十年史』一七一頁。

(22) 厚生省健康政策局総務課編『医療法・医師法（歯科医師法）解』（医学通信社、一九九四年）四三〇頁。

- (23) 厚生省医務局・前掲書一七一頁。
- (24) 医師法第七條第二 醫師が第四條各号の一に該當し、又は醫師としての品位を損するような行為のあつたときは、厚生大臣は、その免許を取り消し、又は期間を定めて医業の停止を命ずることができ。
- (25) 法の沿革を調査することにより、その法の立法趣旨を論ずることは法学研究における一般的な方法として認められている。その延長線上に比較法的考察もあろう。しかし、医師法第一九條第一項のように条文そのものが刑法と医師法といった異なる法制度間を移動しているような場合、法律毎に比較法を行うか、両者を一括しまとめて共通土俵の法として比較法を行うという問題があるが、ここではその問題提起だけにしておき、本稿では後者の方法を用いて考察していく。
- (26) 内閣記録局『法規分類大全・第二八卷』（原書房、一九七九年）二七四―二七八頁。
- (27) 小関恒雄『変死二係ル屍解剖許可の布告までの経緯』『犯罪学雑誌』四九卷五号（一九八三年）三五（二一九）頁。
- (28) 内田誠「明治十五年刑法第四編違警罪の編纂とボワソナード」『法研論集』三三卷（一九八四年）一一―二五頁。
- (29) 笠原・前掲書二七一―二五二頁。
- (30) ボワソナード（森順正、中村純九郎訳）『刑法草案註釈』（司法省、一八八六年）八四―一頁。
- (31) 同書八七八頁。同條の他の項を参考までに挙げておく。
第一 故意ヲ以テ人ニ暴行ヲ加ヘテ創傷疾病ニ至ラサル者
第二 人ニ傷害ヲ加フルコトナシト雖モ故意ニ犬又ハ猛獸ヲ人ニ啖シタル者又ハ自己ノ犬ノ人ニ薄ルヲ留メサル者
第三 人ヲ殴チ及ヒ人ヲ傷クルノ意ナラント雖モ故意ニ石又ハ其他堅牢物ヲ人ニ投シタル者。
- (32) 同書八八〇頁。
- (33) 美濃部・前掲論文八頁。
- (34) 内田誠「明治前期における行政警察的取締法令の形成」『早稲田法学会誌』三三卷（一九八三年）五一頁。
- (35) 内田・同書三一頁、五六―五七頁、内閣記録局『法規分類大全第一編』（二八九〇年）八三―八五頁。
- (36) 土井・前掲書一八三頁、山崎・前掲書一四八頁。
- (37) 菅野耕毅『医療契約法の理論―医事法の研究Ⅱ』（信山社、一九九七年）九七頁。
- (38) 美濃部・前掲論文六頁。
- (39) ただし、このような考え方には異論がないわけではない。すなわち民法上の診療義務という考え方であるが、その概念自体は本稿でいう公法上の限定的運用と結果的に意味を同じくするものである。詳細はⅢ章で触れる。

- (40) 伊藤榮樹『小野慶二』莊子邦雄『注釈特別刑法』（立花書房、一九九〇年）三頁。
- (41) 唄孝一『医事法学への歩み』（岩波書店、一九七〇年）三〇七頁、三七五頁。
- (42) 大谷實『医療行為と法（新版補正第2版）』（弘文堂、一九九九年）三九一四〇頁。
- (43) ホセ・ヨンパルト『金澤文雄』法と道徳―その理論と実践―（成文堂、一九七八年）四一五頁。
- (44) たとえば、星野英一『法学入門』（放送大学教育振興会、一九九六年）七一一七七頁。
- (45) ホセ『金澤・前掲書八一―八九頁。また、星野・前掲書七九頁では悪法や中立的（技術的）法律が道徳の範囲外として示されているが、これらの法（律）が本文脈でいう法に含まれないのは自明のことである。
- (46) 厚生省健康政策局総務課編・前掲書九四九頁。
- (47) 町野朔『プレップ刑法（第二版）』（弘文堂、一九九九年）六六一六七頁。
- (48) 渡辺洋三『法とは何か』（岩波新書、一九九八年）三六一四二頁。

III 判例の紹介と検討

診療義務が直接問われた判例は多くはない。以下の検討に先立って、まずこれらの事件の概要・判旨を概観しておこう。

1. 判例の紹介

〔1〕入院中の妊婦の胎児死亡事件（東京地判昭和五六年一〇月二七日 判タ四六〇号一四二頁）

（1）事案の概要

原告Xは破水の疑いで深夜二時三〇分ごろ、被告Y（国）の維持管理する本件国立病院に入院したが、常位胎盤早期剥離をおこし帝王切開をしたのもかわらず死産であった。Xの入院後、助産婦のみがこれを経過観察し、同日午前九時二〇分まで医師は直接診察治療をしなかった。XはYの過失を主張し慰藉料を請求した。

（2）判旨の要約

《判旨》 棄却（控訴）。

① Xの破水による死産につき、入院後六時間程の間、医師がXの診察を行わなかったとしても、助産婦からの異常所見の報

告により医師の診察が行われるという診療体制がとられている病院では、この診療体制そのものに問題がなく、また助産婦からの前期破水の報告は異常所見の報告でもないから、右医師に過失を認めることはできない。

② 医師法第十九条第一項の応招義務は、医師の国に対する義務であつて、医師が患者に対して直接負担する義務ではない。

③ 妊婦Xからの出血の訴があつても、児心音等に特段の異常兆候を認めない各所見から、分娩異常がないものと判断した助産婦には過失があるとはいえない。

④ 常位胎盤早期剥離により死産となつても、経過を観察した医師に過失はない。

控訴審（東京高判昭和五八年一〇月二七日 判タ五一六号一四三頁）では、応招義務違反に関しては原審の判決を支持しこれを認めなかったが、原審判旨③の部分、すなわち助産婦に過失があると判断し、八〇〇万円の慰籍料を認めた。

〔2〕救急病院の診療拒否等につき債務不履行・不法行為責任が否定された事例（名古屋地判昭和五八年八月一九日 判時

一一〇四号一〇七頁、判タ五一九号二三〇頁）

（一）事案の概要

Y₁市民病院で治療を受けていた高齢の心臓病の患者（A）が、その後Y₂個人医院の医師の往診を受けていた。約一ヶ月後、Aの状態が悪化しY₁において内科医の不在を理由に夜間入院診療の拒否、Y₂において診療・入院を拒否された。Aは訴外病院に入院したが急性心不全により死亡した。そこでAの子であるXは、Y₁およびY₂を一次的には債務不履行、予備的には不法行為に基づき被告に対して各自一〇〇万円の損害賠償を請求した。

（2）判旨の要約

《判旨》棄却。

① 救急病院等を定める厚生省令第一条第一項にいう「相当の知識及び経験を有する医師」とは外科医師を指し、内科専門医の常駐まで要求する趣旨のものではないと解するのが相当であるから、救急告示病院Y₁における内科医の不在が本法上の不法行為に該当するということではない。

② 心臓発作の救急患者Aに対して強心剤などを注射し、その後Aの入院先を探して相応の努力をした内科医Y₂は、入院設備を持たない開業医としては適切な注意義務を尽くしたものと認めることができるから、右医師に過失があるとはいえない。

③ 医師法第十九条第一項の医師の診療義務は、公法上の義務と解すべきであり、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問がある。

④仮に診療拒否が民法上の不法行為を構成するとしても、救急病院の当直医が脳外科の専門医一人であり、交通事故の重傷患者を含む入院患者四名の治療に追われていたこと、右医師が内科医^YからAの病状説明を受けて他の内科専門医の診療が必要と診断したものと推認されること等の事情を考慮すると、^Yにおける入院診療拒否はやむをえないものであり、医師法上の義務違反には該当しないものと解するのが相当である。

⑤救急告示病院^Yが救急患者Aに対し、内科医の不在と重症患者が入院中で手不足であることを理由に診療を拒否し、Aが死亡した場合につき、「かかりつけの医師の診療を受け、その結果を報告するように」との右病院の事務員の指示だけでは、条件附入院診療契約が成立したとはいえないとして診療契約の存在を否定した。

[3]術後、血小板減少性紫斑病による頭蓋内出血で死亡したことにつき、医師の診療、応諾・入院、転送上の義務違反がないとされた事例（名古屋地判昭和五八年九月三〇日 判タ五一九号二二頁）

(1) 事案の概要

患者Aは年末に尿道膜様部周囲膿瘍の切開術を受けた。翌一月一日に悪寒発熱が発現し、経時的に症状が悪化しつつあったので一月二日にAの両親であるXらが診察を求めたが拒絶された。翌三日に受診したが、特発性血小板減少性紫斑病で同月七日に死亡した。XらはYの過失に対して損害賠償を請求した。

(2) 判旨の要約

《判旨》棄却。

①切開排膿手術の一週間後に患者Aが死亡した件につき、その死亡原因は特発性血小板減少性紫斑病に起因する頭蓋内出血である蓋然性が高いが、Aに血液疾患を疑わせる症状がなかったため、医師には診療応諾義務、検査義務、入院措置義務、転医義務にも過失はないと判断した。

②一般に医師は患者の疾患について、常に可能な限りの検査を尽くさなければならぬわけではない。とりわけ一般の開業医においては、患者の症状の程度、可能な検査技術の種類および程度等諸般の事情を斟酌して、一定の臨床診断を得るべき必要性または緊急性に応じ、これに必要なかつ有効な範囲内の検査を尽くせば足りるものと解すべきである。

③医師は、国からその資格を認定されて人の生命・健康を管理する業務である医業を独占的に担当しているのであるから、

その業務については最善の努力を尽くすべき義務を負担するものであって、正当な理由のない限り、患者の診察承諾の要請を拒むことができず、速やかにこれに対処して診察ないし治療をすべき義務がある。

しかし、高度の責任を負う医師といえども、一般の祝祭日、休日等の休診日または診療時間終了後においてまで常に通常の時間帯と全く同程度の診療業務に就くべき義務を負うわけではないから、継続的に外来治療をしている患者でも、医師がその身体的状況を把握しており、診察申込の内容が医学的見地からして直ちに診療治療するまでもないと判断できるときは、これに應じなかったとしても直ちに診察承諾義務を懈怠したとすることは相当でない。

④ 休診中の一月二日に診療要請を拒絶したことに正当理由があるとした。

〔4〕救急病院診療拒否事件（千葉地判昭和六一年七月二五日 判時一二二〇号一一八頁、判タ六三四号一九六頁）

（1） 事案の概要

一歳一ヶ月の患児Aが風邪気味でY₁内科を受診した。Y₁はこれを気管支喘息の疑いで高次の医療機関であるY₂への転送をす

べく救急車を出動させたが、連絡が不十分でY₂の玄関前でベッドが満床であることを理由にAの診療を拒否された。Y₁及び消防司令部は病院前に救急車を待機させたまま複数回にわたってY₂に診察の求めを行ったがいずれも拒否された。一時間後新たな受け入れ先が見つかり、その搬送に患児が絶え得るかどうかの判断をY₂の医師Bに依頼し、救急車の中でこれが可能であるとBは判断した。結局、患児は転送先で死亡した。Aの両親であるXらはY₁およびY₂に対して、損害賠償を請求した。

（2） 判旨の要約

《判旨》一部認容・一部棄却。Y₁は無責、Y₂にはXらに対し、それぞれ一三九五万円余りの損害賠償を認めた（控訴）。

① 医師法第一九条にいう医師の応招義務は、直接には公法上の義務であつて、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、同条第一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つ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、診療拒否に正当事由がある等の反証がない限り医師の民事責任が認められると解すべきである。

② 病院は、医師が医業をなす場所であつて傷病者が科学的にかつ適正な診療を受けることができる便宜を与えることを主た

る目的として運営されなければならないから、医師についてと同様の診療義務を負っていると解すべきである。また医療法第一条の二の趣旨からも医師と同様の診療義務が課せられている。

③小児科専門医のいる総合病院 Y_2 が幼児の救急患者Aの入院診療を拒否し、その後Aが死亡した場合について、診療拒否に医師法第十九条第一項の正当事由がないとした。

④気管支肺炎の疑いを診断した医師 Y_1 が、患者Aを転送するにあたって、転送先 Y_2 の受入れの承諾を確認しなかったとしても、過失はない。

⑤小児科専門医のいる総合病院 Y_2 が気管支肺炎の小児患者Aの入院診療を拒否しその後Aが死亡した事実につき、病院到着時点で治療を開始していれば救命の可能性があったとして、右診療拒否と死亡との間に相当因果関係を認めた。

⑥診療拒否によって死亡したAの両親Xらに対して固有の慰謝料につき、各三五〇万円を認めた。

〔5〕神戸市立病院救急患者受入れ拒否訴訟（神戸地判平成四年六月三〇日 判タ八〇二号一九六頁、判時一四五八号二二七頁、判例地方自治一〇一号五九頁）

（一）事案の概要

市立の救急救命センターYが、交通事故による肺挫傷・気管支破裂を負った患者Aの受入れを拒否した。その理由として外科医である当直医は在院していたが、脳外科医と整形外科医が救急の呼び出しに応ずる体制で自宅待機していたものの、在院していなかったからである。このため、近隣県の県立病院に搬送し手術を受けたがAは死亡した。Aの遺族Xらが不法行為に当るとして、Yに対して慰謝料計二〇〇万円を請求した。

（二）判旨の要約

《判旨》一部認容（控訴）。

①医師法第十九条第一項の医師の応招義務は、直接には公法上の義務であり、医師がこれに違反した場合にも、それが直ちに民事上の責任に結びつくものではないが、右応招義務は、患者保護の側面をも有すると解されるから、医師が診療を拒否して患者に損害を与えた場合には、当該医師に過失があるという一応の推定がなされ、同医師においてこれを正当ならしめる事由の存在を主張立証しないかぎり、同医師は患者の被った損害を賠償すべき責任を負う。

②病院は、医師が公衆又は特定多数人のため、医業をなす場所であり、傷病者が科学的で且つ適切な診療を受けることができる便宜を与えることを主たる目的として組織され、且つ、運

営されるものでなければならぬ。ゆえに、病院も、医師と同様の診療義務を負うと解するのが相当である。したがって病院の所属医師が診療を拒否して患者に損害を与えた場合には、病院に過失があるとの一応の推定がなされ、病院側で診療拒否を正当ならしめる具体的事由を主張立証しない限り、右病院は損害賠償責任を負う。

③被告病院Yに外科医が救急担当医として在院していた以上、脳外科医師及び整形外科医師が同病院に在院していなかったことは、診療拒否の正当事由とはならない。

④第三次救急医療機関である市立病院Yが、交通事故により受傷した重篤な救急患者Aの治療を拒否し、その後Aが死亡した場合において、診療拒否に正当事由がない。

⑤交通事故により瀕死の重症を負い救急車で搬送されたAが、Yへの受入れを拒否され、県立病院へ搬送された後に死亡した事故につき、当時Aには意識があったので、診療拒否によりAの診療を受ける法的利益が侵害されたこと等の事実を総合すれば、本件診療拒否とAの精神的苦痛の間には相当因果関係があるとされ、一五〇万円の慰謝料が認められた事例。

2. 判例の検討

2-1. 診療義務の性質

医師法第一九条第一項の規定は国と医師との関係を規定した公法上の義務であり、個々の患者と医師の関係を規定する私法上の義務を定めたものではないと以上の判例も判示しており、学説上も同様である。したがって、同規定に基づき個々の患者が医師に対して直接、具体的な診療契約締結の請求権を有するものではないと学説でも解されている。²⁾さらに、医師法上の定める診療義務の内容の考え方としては、学説は大きく二つに分けられる。ひとつは医師の職業倫理を法的に訓示したものにすぎないという見解である。³⁾他のひとつは、医師の職務が憲法第一三条、第二五条を受けた国民の健康な生活の確保（医師法第一条）と医師に業務が独占（医師法第十七条）⁴⁾されていることを根拠として診療義務を論じる見解である。

診療義務違反のうち医師・患者がすでに契約関係にある場合は、患者の権利侵害あるいは契約不履行により私法上の責任は損害賠償という効果で医師に対して負わせることが可能である。しかし、医師患者間が具体的な契約関係の前段階にある場合に、医師が診療拒否をし、これにより患者に生じた損害を賠償する私法における医師の責任の有無に関しては、必ずしも明らかではない。したがって、この点については、医師法第一九条第一

項の定める診療義務が私法上の損害賠償義務の根拠となりうるか、診療契約の成立が強制されるかといった問題が検討されるべきである。⁽⁵⁾

2-1-2. 診療義務違反による損害賠償義務の根拠

ところで私法上の損害賠償義務の根拠についての最近の学説は、以下のように大きく三つに分けられる。

(1) 医師法第一九条第一項は医師に対する公法上の義務であると、

①患者を保護する目的の公法上の規定への義務違反があれば、患者の保護の義務にも違反するものであり、医師に過失または債務不履行があるものと一応の推定をし、反証のないかぎり、医師の民事責任を認める。⁽⁶⁾

②診療義務違反が過失となるか否かは、患者の生命・健康に対する具体的危険発生が予見可能であり、応招による結果の回避可能性に依拠して、個別具体的に判断する。⁽⁷⁾

③正当事由により診療義務の範囲を画し、これがなく診療を拒否し、その結果患者に損害が生じた場合は医師への損害賠償請求権を認める。⁽⁸⁾

④診療拒絶に関する正当事由の判断は、医療機関側の事情、

患者の事情、医療環境（医療制度の現状・地域の医療施設格差など）を総合的に判断して決定する。⁽⁹⁾

⑤救急告示病院に対する社会の期待などからして、救急患者への診療義務違反へのサンクションは加重され、診療拒否は直ちに過失もしくは債務不履行を構成するとする見解もある。⁽¹⁰⁾

(2) 医師法第一九条第一項の診療義務は患者の健康権の存在（憲法第一三三條、第二五條を根拠とする）を前提として、同権利の保護のために設定された医師の義務であり、刑法犯（不正不正作為犯）の理論から救急患者であること、そのとき診療をなしうるのはその医師のみであること、その医師が診療すれば救助が容易に可能であること、患者が現に医師の前にきていることなどの諸事情が競合した場合、ごく例外的に診療拒否による医師の不法行為責任を認めることができる。⁽¹¹⁾

(3) 公法上のみならず、私法上も生命・身体、健康などを保護法益として、医師や医療機関に一定の範囲で不法行為が成立する前提としての応招義務が、条理上発生すると考えられている。⁽¹²⁾

前述の判決「1」・「3」は既に契約関係が存在する場合であり、すくなくとも医師が診療を行っている点では医師法第一九条第一項に関しては違反がないと判断している。また判決「2」

に關しては診療拒否への正当事由を認め診療義務違反がなかったと判断している。判決「4」・「5」では、診療義務は直接には公法上の義務であり、その違反が直ちに民事上の責任に結びつくものではないとした点は従来の判決に追随している。しかし、兩判決は、さらにこれを拡大的に解釈し、公法上の義務には患者保護の側面をも有し、医師の診療拒否による患者への損害があれば、医師に過失があるという一応の推定がなされ、医師の側で診療拒否の正当事由の存在、つまり正当事由に該当する具体的事実を主張・立証しないかぎり、患者の被った損害を医師は賠償すべきであるとしている。

2-3. 診療契約の強制

判例を見る限りでは、診療契約の強制に關して判断したものはない。これは現実の訴訟では診療義務が争点となるのが既に医師患者間の診療契約上における事案と救急患者の場合に限られているためであろう。救急医療では医師が即座に判断した内容の当否に争点が集中するので、現実に契約の締結義務自体が問題となることはあまりないのである。

しかし、例えば、エイズ患者に対する診療拒否の問題や、⁽¹³⁾長期的医療を必要とする慢性疾患の患者が代替医療機関を確保す

ることが困難な場合、損害賠償請求権のみならず、条理上、診療契約締結義務まで肯定すべき場合も考えられる。⁽¹⁴⁾

以上の問題を一般化すれば、私的自治の制限としての契約強制の一環ということにもなるが、仮に医師に診療契約の締結義務を認めたとして、医師がこれを履行しない場合、医療契約が強制執行⁽¹⁵⁾になじむ性質のものかどうかは疑問である。現実には医師に対して直接医療を強制することは難しいように思える。しかし間接強制⁽¹⁶⁾については理論的には可能であろうし、損害賠償が可能であることはいうまでもない。

2-4. 病院の診療義務

判決「4」・「5」においては、医療法を根拠に、病院は、医師を中心として医療をなす場所であり、傷病者が科学的で適切な診療を受けることができる組織体であり、それが医療提供の主体的場所となっている以上、患者保護のために定められた医師法第十九条第一項の趣旨からすれば、病院も医師と同様に診療義務を負うと解するのが相当であると判示されている。この判例の解釈に反対する学説はなく、ほぼ異論はないようである。

しかし、私見では以下の点でこういった見解に対して疑問をもつ。第一に、病院の診療義務の根拠条文は現行医療法第一条

の五であり、同条第二項に規定される診療所の定義には、「科学的でかつ適正な診療を受ける」などの文言はなく、「患者の収容施設を有しないもの又は患者一九人以下の収容施設を有するもの」としか定められていないのである（脚注（一）参照）。このことから、病院の診療義務を根拠とした医療法は診療所をその射程に含んでいないようにも解釈できる。判決に対する評釈の中には「病院」を「医療機関」としているものがあり、⁽¹⁷⁾ここでは診療義務の内容が個人開業医と総合病院では異なるとされている。しかし、診療に関する内容の程度における義務についてまで医師法第十九条第一項が踏み込んでいるとは思えず、この点について、実務上は契約の解釈や不法行為における注意義務の認定で解決されているものであろう。

第二に、医療機関の管理者についてである。医療法第一〇条⁽¹⁸⁾は医療機関の管理者を医師または歯科医師に限定している。したがって管理者は必然的に診療義務を負うことになる。それゆえ、管理者に診療義務を負わせることにより結果的に医療機関に診療義務を拡大することが可能になる。ところが、管理者が不在の場合、診療義務を問うことができなくなるといった不都合がでてくる。これは医師法第十九条第一項の解釈上、診療拒否の正当事由となり得るからである。そうだとすれば、病院の

場合はどのように考えればよいのであろうか。病院に診療義務がありながら、これを遂行する主体（医師）がない場合の義務違反の法的主体は病院にあるのか、それともいなかった医師にあるのか。少なくとも医師法第十九条第一項にはこれに関する規定はない。不在の医師は「診察治療の求」を受けていないからである。とすれば少なくともその医師の違反を一九条で問うことはできない。もちろん契約関係が存在すればこの限りではないが、その場合にはあえて一九条違反を問わなくとも解決の方法はある。そこで医師がいらないような場合、病院の診療義務違反を問うるのであろうか。また、判決「5」のように必ずしも医師が診察の求めを拒否したとはいえないような場合、医師にその義務違反を認めず、病院にそれを認めるとすれば、法律構成はかなり複雑になるのではないか。以上の点を解決する方法としては医師法第十九条第一項を診療義務の根拠として捉えるのではなく、「民法上の診療義務」としての法理を確立した方がよいのではなからうか。

2-5. 正当事由

「1」・「3」では診療契約関係にありその具体的な内容・時間的要請はその医師の判断に委ねられており、これに対する十

分な証拠がない限り少なくとも医師法第十九条第一項違反を問うのは難しいのであろう。

〔2〕では、医療機関の性質（高次かどうかということ）よりも現実はその時点で治療を行っている医師の専門性を依頼した医師のそれとを比較検討し、これが依頼側よりも専門性に乏しいという点で正当事由を認めている。またその他に当該医師が一人しかおらず、手を離せない他の患者の診療に従事していたこと、他の医療機関への搬送も可能であったことも挙げられよう。⁽²⁰⁾しかし、急患であることや夜間である点について判決は正当事由として認めていない。

〔4〕の裁判例で正当事由が認められなかった理由として、診療時間中で専門医である小児科医が三人いた点、さらに外来受付中であつた点、ベッドが満床といえども総ベッド数から当面の間何らかの収容方法が可能であること、地域において Y_2 が救急告示病院で小児科の診療が可能な唯一の機関であること、患者の病状の緊急性などの事情が挙げられる。⁽²¹⁾

正当事由の存否を判断する場合、診療行為の内容・程度に關してまで判断の対象とするならその判断は診察して「初めて」できるのであり、この時点でまず診療義務は果たされている。とすれば契約関係あるいは不法行為の問題として解決できる問

題となる。これは医師Bの救急車内での医行為に対して診療契約が成立したのかどうかの問題につながる。この点についてはBの行為によって既に診療契約が成立したと判断するのは無理であるとする考え方と契約ないしは類似の関係が成立したとする考え方に、学説は意見が分かれているが、裁判所の判断は契約成立を認めていないとしている点では一致している。

私見は、B医師がたとえ数分といえども診察を行い、医学的診断を下したのであるから、契約の成立を認めるべきであろうと考える。このような場合医師法上は、診療録記載義務（同法二四条）を要求しているのであるが、本判決の場合、事案の特殊性が反映されていると推測される。つまり、Bの意思が診療拒否にあるもののAの度重なる要請に対して好意的に診察したもので通常の医療契約とは異なるというのが本件に則した裁判所の判断ではなからうか。このような判断は民事訴訟上、事件の特殊性を考えるなら首肯できる可能性はあるが、医療契約に関する民事上の成立と医師法上の義務が整合しなくなる可能性が出てくることと、医療契約の成立条件に白地部分を設けることになるので望ましいとはいえない。

〔5〕の裁判例が正当事由を否定した要因として、第二次救急医療機関で第三次救急患者という重篤な状態にあつたと判断

されたこと、救急告示病院でありその地域に二件しかない第三次救急医療機関であったこと、事故当時、外科医師が在院していたこと、救急担当医の診療中についても医師が一名いること、専門医に関しては、外科医であればよく、整形外科医、脳外科医の専門性までを要求しなかったことがあげられる。逆に正当事由を肯定すべき要因としては、近隣自治体における第三次救急医療機関の存在が一応考えうる⁽²⁵⁾。

しかし、本件では被告が外科医師の勤務状況を明らかにしないことなどを含め十分な抗弁を行っていないので訴訟上は正当事由なしとの結論に落ち着いたものと思われる。裁判所は「客観的にみて、被告病院の本件夜間救急担当医師は、本件管制室の本件連絡に対し、同病院の本件受付担当者を介して、亡Aの受入れ（診療）を拒否した（以下、本件診療拒否という。）といわざるを得ない」としているが、担当医師の意思で診療を拒んだと医師法第一九条第一項の趣旨から判断しているのであるか。むしろ民事上の責任から判断していると考えられる。このように診療義務とは直接関係のない病院事務職の連絡体制上の不備をして医師法違反とするのは疑問であろう。正当事由の判断はそれが問われている医師個人の責任として判断すべきであらう。

次に、正当事由の有無を判断するにあたって、二次医療機関の医学的判断をどのように裁判所が扱っているのかも疑問である⁽²⁶⁾。三次医療機関の正当事由を判断する前提として、これに転送した医療機関があった場合には、その転送した医学的理由の正当性を検討する必要がある。少なくともこの転送が法的に相当であることを判断した上で、三次医療機関の法的責任を判断すべきであらう。そうしないと構造的に転送先の医療機関のみが責任を負い、転送した医療機関の責任は問われないことになる。これでは、損害の公平な分担の見地から妥当な結果は得られないと考える。

3. 若干の検討

判例法理上は公法・私法二元論的な判断から、公法上の目的つまり患者の保護を理由に、これに私法上の責任を公法上の違法行為から間接的に援用する判断に変わってきつつあるといえよう。しかし、その射程に関しては、私見は一般的に応招義務を認容しようとする学説と意見を異にする。まず、診療義務が肯定された具体的事例は、契約関係のない救急患者の治療の求めに關しての判断である。しかも当該患者については、既に第

一医師の診察・治療を受け、さらに高次の医療でなければ救急救命の目的を達することが困難であると医学的判断がなされている。(ただし、第一医師の医学的判断の成否に対する法的検討は本事案ではなされていないようである。第一医師では十分な医療を施すことができず被告医療機関における診療が本当に必要な不可欠であったかどうかは、被告の診療義務の発生要件として重要な争点とするべき問題である。これをなおざりにしている点は疑問であるとした上で、第一医師の判断が正しいという前提のもとに以下は論を進めていく。)このため、第一医師が自ら被告医療機関に直接依頼し、さらには救急救命体制を通じて依頼することにより、患者の生命の保全を図ろうとしたにもかかわらずこれを被告が拒絶したのである。つまり、医学的判断に基づいた救急救命体制からのいわば公的要請に対して、これを被告医療機関が拒んだことに対する裁判所の判断なのである。ここでいう公的要請とは「診療の求」をより客観化した訴訟実務上の証拠として採用される基準と考えてもよい。

昭和五八年名古屋地裁の事案は、救急救命体制からの公的要請ではあったが、心臓病の患者に対する診察・治療を求めた側(内科医)よりも診療拒否した側が当該疾患に対する専門性が低い(外科医)場合であり、これを認めるとすると救急救命の

合理的目的のものに反することにもなる。

判例法理からは医師法第一九条第一項の目的は現在のところ救急救命にのみ限られており、これが公法的規律にとどまらず、救急救命では私法上の法益を保護する形で具体化されるといつて差し支えないであろう。

(1) 医療法第一条の五(2)この法律において、「病院」とは、医師又は歯科医師が、公衆又は特定多数人のため医業又は歯科医業を行う場所であつて、患者二〇人以上の収容施設を有するものをいう。病院は、傷病者が、科学的にかつ適正な診療を受けることができる便宜を与えることを主たる目的として組織され、かつ、運営されるものでなければならぬ。

同条第二項(2)この法律において、「診療所」とは、医師又は歯科医師が、公衆又は特定多数人のため医業又は歯科医業を行う場所であつて、患者の収容施設を有しないもの又は患者一九人以下の収容施設を有するものをいう。

(2) 美濃部達吉「行政上より見たる医師不応招問題」『法律新聞』一〇四七号(一九一五年)六一七頁、野田寛「医事法(上)」(青林書院、一九七四年)一一一頁、手島豊「第三次救急医療機関である私立病院が交通事故により

- 受傷した救急患者の治療を拒否しその後患者が死亡した場合において、診療拒否に正当事由がないとして市に不法行為責任が認められた事例』『判時』一四七九号（一九九四年）二〇一頁、磯崎辰五郎・高島学司『医事・衛生法（新版）』（有斐閣、一九七九年）二〇〇頁。（ただし、「患者」の請求権としてではなく「依頼者」のそれとして記してある）、金川琢雄『現代医事法学』改訂第二版（金原出版、一九九五年）三八頁。
- (3) 唄孝一『医事法学への歩み』（岩波書店、一九七〇年）三〇七頁、三七五頁。
- (4) 野田・前掲書、金沢文雄「医師の応招義務と刑事責任」『法律時報』四七卷一〇号（一九七五年）三六頁、大谷實『医療行為と法（新版補正第2版）』（弘文堂、一九九九年）三九頁以下など。
- (5) 手島・前掲論文二〇一頁。
- (6) 加藤一郎『注釈民法（一九）』一五三頁。
- (7) 加藤一郎・森島昭夫編『医療と人権 医師と患者のよりよい関係を求めて』（有斐閣、一九八四年）（平林勝政執筆部分）六五頁。
- (8) 山田卓生「救急病院の診療拒否と不法行為責任」『ジュリスト』八七三号（一九八六年）九〇頁。
- (9) 野田・前掲書一一頁。
- (10) 新美育文「救急医療」『判タ』六八八号（一九八九年）一一二―一二三頁。同趣旨のものとして山口忍「医療契約上の問題」山口和男・林豊編『医療過誤現代民事裁判の課題⑨』（新日本法規出版、一九九一年）一〇三頁、一〇八頁。
- (11) 金沢・前掲論文三九頁、野田寛「救急病院の診療拒否等につき債務不履行・不法行為責任が否定された事例」『法律時報』五六卷九号（一九八四年）一一三―一二四頁。
- (12) 中村哲「救急医療を巡る法律問題について」『判タ』九四〇号（一九九七年）一六頁。
- (13) 丸山英二「医療現場でのエイズをめぐる法律問題」『ジュリスト』一〇三五号（一九九三年）一八頁。
- (14) 中村・前掲論文三五頁。
- (15) 手島・前掲論文二〇二頁。
- (16) 前田達明「医療契約について」京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会編『京都大学法学部百周年記念論文集 第三卷』（有斐閣、一九九九年）一一八頁。
- (17) 加藤智章「救急患者診療拒否損害賠償請求事件」『賃金と社会保障』一〇一一号（一九八九年）三〇―三二頁。
- (18) 医療法第一〇条Ⅱ病院又は診療所の開設者は、その病院又は診療所が医業をなすものである場合は医師に、歯科医業をなすものである場合は歯科医師に、これを管理させなければならない。

(19) 田畑豊「甲救急告示病院の高齢心臓病の救急患者に対する夜間入院診療の拒否及びこの間の乙医院医師診療・入院拒否につき、いずれも債務不履行及び不法行為責任が否定された事例」『季刊実務民法』7号(一九八四年)一九九頁。

(20) 野田寛「救急病院の診療拒否等につき債務不履行・不法行為が否認された事例」『法律時報』五六卷九号(一九八四年)一二四頁。

(21) 田上富信「救急患者の受入れ拒否と医療機関の民事責任」『判時』一一三九号(判例評論三四三)(一九八七年)一八七頁、菅野耕毅「救急患者の入院治療の拒否と病院の民事責任」『年報医事法学』3号、一九八八年)一一八一—一二三頁、加藤智明・前掲論文三〇—三四頁。

(22) 田上・同書一八八頁。

(23) 加藤智章・前掲論文三二頁。

(24) 第二次救急医療体制Ⅱ救急医療体制の問題点の一つは、休日、夜間において重症患者を処置する第二次救急医療施設における診療体制が整備されていないことにある。

医療施設が休日夜間において機能するために、主要な診療科の医師をはじめ看護婦その他医療従事者が当直体制をとる必要があるが、個々の病院ごとにそのような体制をつくることは、おのずから限界があるため、一定の地域内において救急告示医療施設を含めた病院群が共同

連帯して休日・夜間における診療体制を整える方策をとることとしたものである。一定の地域としては、原則として広域市町村圏等を単位とすることが適当であり、当該圏域内に所在する国、公、私立の医療施設の協力によって輪番制をとるか、あるいは、医師会立病院の共同利用方式をとる等の地域の実態に即した体制を実施する場合に所要の助成を行うこととしたものである。

第三次救急医療体制Ⅱ救命救急センターは、脳卒中、心筋梗塞、頭部外傷等で重篤な救急患者を確実に受け入れることのできる高度な診療機能を有する二四時間体制の医療施設である。救命救急センターについては、昭和五一(一九七六)年度から整備を行っているが、昭和五二(一九七七)年度においては、内容改善を図るとともに計画的な整備の促進を図ろうとするものである。(昭和五二(一九七七)年七月六日 医発第六九一号 各都道府県知事あて厚生省医務局長通知) <http://www.wci.mhw.go.jp/%7Ehouse/cgi-bin/ldocframe.cgi?MODE=tsuchi&DMODE=CONTENTS&SMODE=NORMAL&KEYWORD=&EFSNO=1137>、菊池馨実「救急患者の診療拒否と病院側の損害賠償責任」『賃金と社会保障』一一二九号(一九九四年)三六頁参照。

(25) 菊池・前掲論文三八—四〇頁、齋藤隆「重篤救急患者のための第三次医療機関である市立病院が交通事故の被

害者の受入れを拒否したことについて正当事由の存在を肯認し得ないとして不法行為に基づく損害賠償責任が認められた事例」『判タ』八五二（一九九四年）九五頁、岡林伸幸「救急医療機関の診療拒否と不法行為責任」『名城法学』四四巻一号（一九九四年）二七〇頁、手島・前掲論文一九九二〇〇頁。

(26) 東海林邦彦『医療過誤民事判例をめぐると問題点の多角的検討』（課題番号〇八四五二〇〇五）科学研究費補助金（基盤研究（B）（2））研究成果報告書（一九九八年）二三八―二三九頁〔中村哲発言部分〕。

IV 多面的検討

以下では、学説のみならずこの問題を多面的に検討していきたい。なぜならば応招義務に関する従来の検討が法学に特化した医療実務の現状を十分に把握してなされてきていないと考えるからである。

診療義務に関する学説は、従来、私法上の問題点と刑法上の問題点の大きく二つに分けられて検討されている。本章ではその視点を保ちつつ、まず、診療義務が定められている医師法に視点を向け、その条文解釈を行い、これが行政罰として適用され

うる医師法第七条（免許の取消等）に該当するか実質的判断を行う医道審議会（同条第四項および同法第二五条）にも目を向けその処分の実態についても若干の検討を行う。それとともに医師側の診療義務に関する認識や意見および行政指導に対する実態を紹介する。次に刑法上の問題について触れ、最後に私法上の問題を取り上げる。私法上の問題としては、まず、診療契約関係の有無における診療義務の相違について考察し、契約強制の問題へと論を進めたい。契約強制では、電気・ガス事業などの契約強制との相違点をあげ、医療における実際の患者の支払義務について述べ、比較法的紹介を行い、救急救命義務と診療義務の関係に言及した上で、強制される診療内容の範囲について考え、現在まで論じられた問題点を再検討してみたい。

1. 医療界における医師法第一条第一項に関する認識

診療義務は医師にとつて現実には何らかの意味で負担ないし行為規範となつていたのであるか。ここでは医師がどのような場合にこれを意識しているかについて具体的に紹介する。

まず、診療義務に対する意識として「医師法一九条（応招義務

務)の賛否」について医師二五八名、歯科医師一七七名(合計四三三名)にアンケートしたデータがある。これによれば「再検討すべき」であるとするものが四九パーセント、「遵守すべき」であるとするものが四〇パーセントとなっていることに注目したい。具体的にどのような患者を診療拒否したいかという問いには、「非常識、マナーの悪い患者、泥酔者や専門外の複雑な処置の患者、理解力が欠如している、過去に指示を守らなかった、過去に診療方法に疑義を表した、飲酒者や他人に迷惑をかける患者、専門外の患者、指示や説明・予約を守らない患者」を挙げている。

次に診療義務を意識して患者の求めを不承不承応じているケースや逆にこれを断っているケースを挙げてみよう。

〔事例1〕地方都市の開業医のケース。午前〇時過ぎに以下のような電話を受けた。「〇〇市から彼女が来ているのだが、扁桃腺が腫れて苦しいと言っているので診てもらえないだろうか?」症状は七日前からという。一応診ないといとわからないのでこれを応需する。実際に来院した患者の全身状態には異常はなく、治療に緊急性はない。また保険証を持参しておらず、「お金が全然ありません。とにかくのが痛いので診てください」と訴え、「保険は使わず自費払いでいいです。〇〇円です

ね。来月必ず持ってきます」と支払の意思を明示する。医師は診察して一日分の処方をした。「ぼつたくられるかもしれないと思い、処方を最小限にした。その後、音沙汰なし。大きな金額ではないので、大袈裟にするつもりはありませんが、このような場合には、応招義務との兼ね合いはどうなるのだろうか」という疑問である。

〔事例2〕地方市立病院外科医長の宿直中の経験。①風邪で体温摂氏三八度の三〇歳男性からの電話。「苦しいので往診して欲しい、腰痛もある。」②「疲れたので往診してくれ、ピタミン剤を注射して欲しい。」③妊婦から胎動がないことを理由の診療依頼。④乳児の一時間以上も夜鳴きしているので往診して欲しい。⑤高齢者が生唾を吐いているので往診して欲しい。⑥首を吊った家人を発見しこれを降ろしたが、既に冷たくなっている(死体検案の依頼)。これらは全て夜間の依頼であり、その時病院の宿直はその医師がただひとりの場合であったので拒否したという。

〔事例3〕医療費の未払いについて。産婦人科クリニックを開業する医師が医療費の未払いに関して、次のような経験談を披露している。⁽¹⁾

切迫早産で入院歴もある患者が、そのときの入院費約五万円

と、今回の分婉費約三〇万円、これらの利子も合わせて四〇万円近くが未納だという。本人は虚言癖のある未婚の母である。

その実母を保証人にしたが、こちらも電話、督促状を一切無視している。裁判所で手続きをして差押を行い自宅へ行つたが、対象物がなく支払は宙に浮いた状態とのことである。

〔事例4〕⁽³⁾ 航空機搭乗中の救急処置における医師の責任保障について。

航空機に搭乗中、医療処置を要請されるケースは珍しくないが、その場合の医師の医療責任を航空会社は保障しているとは限らない。毎年、航空機内で約二五〇〇人もの乗客が死亡しており、これは墜落による死亡者数と比べて二五倍も多い数字である。

しかし、機内放送で医師の援助が求められた場合の対応は、今ひとつの面がある。たとえば、医療過誤訴訟が異常なまでに多い米国では、こうした機内放送による援助要請にもかかわらず、座席に深く身を沈めたままの医師が多いという。（中略）英国航空だけでも一九九七年に救急医療を必要とする事態が三〇〇〇件以上報告され、実際に医師が機内で応急処置を施行したのは、九四一件に及んでいる。このような場合の医療過誤責任について保障するとした航空会社は、エールフランス、ルフ

トハンザ、ブリテイッシュ・エアウェイズなど、保障しなかった会社はアメリカ・ウエスト、全日本空輸、中華航空、その他米国籍の会社のほとんどが回答しなかったという。

以上のように医師法第一九条第一項に関しては、医師は相当意識（ただし、「事例4」に関しては除く）しており、その規定の目的を果たしているようである。しかし、同法の趣旨はこのような患者の求めの場合にまで本来適用すべきなのであろうか。正当事由の基準がないため不確定要素が常につきまとい、実際には多くの医師にとって負担となっている可能性も否定できない。

2. 診療義務の医師法上の問題点

2-1-1. 診療義務の解釈

(1) 「診療に従事する医師」

従来から学説上論じられていないようだが、まず、診療に従事する医師の範囲について述べたい。沿革的には診療義務は全ての医師がその対象であった。これは医師の絶対数が少ないこと、臨床を行わず研究のみの医師がいなかったあるいは極めて少なかった時代であれば、当然であろう。次に警察犯処罰令に

において「開業の医師」と限定した理由は、勤務医の存在が少なく、その多くが開業医であったからであろう。また、法の性質上より限定的に医師の範囲を制限したことも考えられる。しかし、勤務医も増え、戦争というもつとも医師を必要とする社会情勢においては、少しでも臨床を行う医師に診療義務を課しておいた方がより現実的であったために、国民医療法以後は「診療に従事する医師」と定めたのであろう。

さて、それでは診療に従事しない医師とは、どのような医師系であろうか。たとえば基礎医学者はそうであろうし、社会医学系の法医学者もこれに相当しよう。しかし、保健所に勤務している医師は、「診療」を健康診断も含むと広義に解釈すると義務の射程に含まれることになる。⁽⁴⁾

(2) 医療機関の診療義務

学説上、医療機関自体が負うという見解ではなく、むしろ判例法理に追随賛成しているようである。この点についてはII章で既に述べたのでここでは項目だけにとどめておく。

(3) 「診察治療の求め」の主体

診察治療の求めの主体は誰を指すのであろうか。患者とその家族だけなのであろうか。

旧刑法ではこれを「急病人」としてあるが、病者以外であつ

てもその診療を必要とする限り、診療義務は生ずると広義に解釈してある点については右に述べた。

その後、警察犯処罰令では、「病者または妊婦産婦」となっている。しかし、現実には医師に關しては妊婦産婦の求めには応ずる義務はないと解釈すべきであろう。その理由は①同令から旧医師法施行令に医師の診療義務が移された時、「診察治療の需」とある。この場合の妊婦産婦の求めとは、診察・治療ではなく分娩の介助の求めであること、②前述したように改正刑法草案(明治三三年)では「分娩する」となっていること、③改正(大正八年)後の同令では産婆のみの義務になったこと、④「医師」の中に「歯科医師」も含まれていること、⑤当時出産そのものに医師が付き添うことはなかったかあるいは少なかったと考えられること、などが考えられる。

旧医師法施行規則には、「診療治療の求め」の主体は明記されていない。文言どおり解釈すれば、患者若しくはその家族ではなく誰であつてもよいので、もつとも広義に解釈することにならう。

(4) 「診察治療」の解釈

「診察」とは、外因性(外傷)及び内因性の傷病の原因・症状を医学的に解明する行為であり、問診、視診、聴診、触診の

検査その他の方法・手段を問わず、医学的にみてその傷病に対して一応の診断を下す程度の行為をいう。「治療」とは、傷病の症状軽減ないしその原因の除去、そして最終的に治癒を目的とする行為を指し、その方法は対症療法、原因療法を問わない。⁽⁵⁾

(イ) まず、本条の「診察治療」は、①「診察かつ治療」なのか、②「すくなくとも診察だけでも」同条にあたるのであろうか。ちなみに診察なしの治療は医学的でないし、医師法第二〇条でも禁じられているところである。医療実務上では特に救急救命の場合は、①が求められる。すくなくとも診断のみして、その後何もしないというのであれば問題があろう。②のケースとしては、たとえば健康診断のような場合が挙げられる。この解釈は、診療義務の範囲もしくは程度を設定するものであるが、現在まであまり論じられていない。私見では②の場合も包含すると考へる。その理由は、a. 健康診断は診断行為であるので診療そのものであること。b. 医師の任務規定との関係（医師法第一条）、c. 保健婦助産婦看護婦法第三九条の助産婦に対する「保健指導の求」が応招義務として規定されているので、これとのバランスの問題をどうするかということ、⁽⁶⁾ d. さらに医師が助産婦に対して指示する立場にある点などを考慮するとこのように考へるのが相当であろう。ただし、保健指導は医

療であつても医業には含まれないとされている。⁽⁸⁾

(ロ) 次に診療義務を医師に課している理由として、医師の医業独占を挙げる説は多い。⁽⁹⁾ ところで「診察診療」と「医業」は同義であらうか。「医業」とは、医行為（医師がすべき行為）のことであり、「当該行為を行うに当り医師の医学的判断および技術をもつてするのでなければ人体に危害を及ぼし、または危害を及ぼすおそれのある行為」とされ、「業」とは、「反覆継続する意思をもつて行うこと」と理解されている（通説）。したがつて、必ずしも疾病の診察・治療の目的をもつて行われる行為のみに限られないのである。⁽¹⁰⁾ この点、一九条一項の「診察治療」より広義と解釈できる。たとえば、美容形成手術、人工妊娠中絶手術、安楽死、性転換手術、体外受精、遺伝子工学などの最先端技術などは医行為ではあるが、診察治療とは必ずしもいえず微妙な問題を抱えている。特に、安楽死の場合で、投薬は医行為であるが、これが苦痛軽減の治療行為としてなされるのではない限り、患者の「診察治療の求」には該当しないのである。これに應ずる義務はない。また、ヤクザが指をつめる目的で、外科医に麻酔下の小指の切断を求めても、その行為はもとより医行為ではあるが、「診察治療の求」には該当しないので診療義務はないのである。

以上のように「診察治療」に関しては、患者などの「求め」に制限を画すことになるが、たとえそれが制限されたとしても、その範囲は非常に複雑多岐にわたっているので個別具体的な検討が必要とされよう。

(5) 「診察治療」の場所Ⅱ宅診か往診か

条文にはこの具体的規定は定められていないので、個別に検討することにもなるが、ここでは二点だけ指摘しておく。第一に、医師が現実に入院患者などのために宿直している場合は、その地位における管理義務との関係で持ち場を離れるわけにはいかない。それ故、「診察治療の求め」があっても医師の方から出向くことができないので患者を医療機関に搬送するよう要請することになる。しかし、にもかかわらず患者の移動搬送が困難な場合は、原則として診察拒絶の正当事由となりえよう。

第二に診療所と別の場所、たとえば医師の自宅においての診療を求められた場合には、どうであろうか。この場合は常時このような申し出がありこれに対応するのであれば自宅を診療所として診療所開設手続きが必要となると考えられる(医療法第一条の五)。

(6) 診療拒否の正当事由

正当事由は診療義務違反を判断するテストとして現在のところ

もつとも重要視されているが、その解釈は法の趣旨に照らして論定するほかない。但し、かつて緊急治療を要する患者が空床でないことを理由として収容拒否され死亡した事件を契機として発せられた通知が医療機関に対する行政の解釈の基準(病院診療所の診療に関する件Ⅱ昭和二四年九月一〇日 医発第七五二号各都道府県知事宛 厚生省医务局長通知)を示しており、学説上もこれを参考とするものが多い。これによると

①患者に与えるべき必要にして十分な診療とは医学的に見て適正なものをいう。

②診療に従事する医師又は歯科医師は(中略)何が正当事由であるかは、それぞれの具体的な場合において社会通念上健全と認められる道徳的な判断によるべきである。

正当事由とならない例として、医業報酬の不払・診療時間外・救急患者とその地域性・天候の不良時の往診・専門外などがある。

③大病院における事務職の対応にも留意すること。⁽¹²⁾
となつている。

これを受けて、病院側の事情(医師の不在、専門診療科目外、手術等の診療中、診療時間外、入院設備の存否、救急告示病院であるか否か等)、患者側の事情(病状・容態、緊急性等)及

び地域の医療事情（地域医療の事情）を個別具体的に、肯定的要因と否定的要因を比較衡量して判断すべきことを提唱する説が多数である。⁽¹³⁾

これは「正当事由」は抽象化一般化することが困難で、個別具体的事情に即して判断すべき事実問題であり、一律に論ずることは妥当でないからである。とすればこれに罰則をつけること自体もその要件を確定させ、罪刑法定主義の要請を満足させるよう罰則の適用には嚴格でなければならぬのではなからうか。それは、医師の職責と患者の病気の種類・容態・診療の求めがあつた時間、交通事情その他の具体的状況を総合的に勘案し、社会通念ないし医師の良識によって判断されるべき事柄である。⁽¹⁴⁾つまり時代の変遷や地域性とともに変化しうるので法的明確な基準は定めることができないのである。これは吉田邦彦教授が指摘しているスタンダード的基準⁽¹⁵⁾の最たる例として挙げられよう。

(7) 歯科医師の救急救命義務とその範囲

医師法第一九条第一項を救急救命義務に限定するとすると、歯科医師が救急救命医療に従事できるかという疑問を生ずる。医師法第一七条に定める医業独占に抵触するのではないかという問題である。結論を先にいえば、歯科医師法第一九条第一項

もまた救急救命義務に限定されたものである。さらにまた、保健婦助産婦看護婦法第三九条の「保健指導」も救急救命義務に限定されたものである。救急救命義務と救急救命の医療業務は必ずしも一致しなくとも構わないのである。以下のような事例を挙げて考察してみよう。

最近、ある公立病院の救命救急センターで、同病院の歯科口腔外科所属の若手歯科医師が、研修として本来なら行うことのできない「医業」分野の医療行為をしていることが問題となつた。⁽¹⁶⁾歯科医業には、救急救命センターが行っているような生命維持のための重要臓器である脳・心肺に対する直接の処置は、その業態に鑑みるにを行うことが許されない。つまり、医業と共通の口腔外科の範囲にこれらの処置は含まれないのである。したがって、これらの医行為を歯科医師が行えば医業独占の見地から医師法違反となる。このように歯科医師には医師法との関係で、救急救命の直接の業務はなくなる。しかし、だからといって歯科医師法第一九条の定める歯科医師の診療義務は医師法のそれと直ちに目的を異にすることにはならない。

たとえば、歯科医師のところに牙関緊急（上の歯と下の歯がきつつかみ合つて口が開かなくなる状態）を主訴として患者がくる場合がある。この場合、頻度としては顎関節疾患のことが

もつとも多いが、破傷風の疑いも否定できない。破傷風であれば直ちに抗毒素血清（テタノブリン）やペニシリン系抗生物質を注射するなどの処置をしなければ、死に至る。このような場合に歯科医師は、医師へ直ちに転送することにより救急救命義務を果たすのである。同様に助産婦の場合も、たとえば授乳がうまくいかない乳児の保健指導を通じて、児に異常があると認めたとときは、医師の診療を請うことにより救急救命義務を果たすことになる。

このように救急救命医療を直接の業務としていない歯科医師・助産婦にまで範囲を拡大して救急救命を義務化するのには、この両者が医師と同様に医業あるいは業務を独立して行うことができるからである。つまり医師を含めたこれらの三者は、医療の直接の担い手として位置づけられているのである。

医業独占の理由から救急救命医療が医師のみの業務となり、にもかかわらず他の二者にこの義務があるとすれば、その範囲設定に関しても問題が残る。しかしながら、法はこれを具体的に設定することはできない。この設定は医療専属の事実的な医学上の問題であり法はこれに介入し得ないのである。発熱に対してさえ、救急かどうかの具体的条件を法により設定することは不可能である。たとえば、体温が摂氏三七・二度の場合を

考えてみよう。単にこの程度の発熱であれば救急を要すこととはないと判断するか、しないかはさらなる具体的条件によって異なるのである。この場合、七八歳の老人で膀胱癌のため三か月入院中となれば、直ちに発熱の原因を調べその原因としてもつとも疑われる肺炎への対策が要求されるわけである。そこには医師の診断という行為が介在する。

したがって、救急救命の範囲としては一般に考えられているものよりは広く捉えるとしても、これを具体的に設定することは不可能である。診療義務の妥当性に関しては、法は事後的に法的見地から独自にその判断を下すしかないし、またそれで十分機能するのである。

2-1-2. 医道審議会

診療拒否を繰り返すと行政上のサンクションを受けることもあるという（医師法第七条第二項）。この処分を行うときは、医師法第七条第四項にしたがって医道審議会の意見を聴かねばならないことになっている。ところでこの医道審議会における医師法第十九条第一項違反の処分の実態はどのようになっているのであろうか。他の処分についても法学関係の文献では触れられていないようなので、ここで取り上げておく。

表2. 行政処分を受けた医師・歯科医師の生年と処分時期

医師の生年	処 分 年 次 (西 暦)					計
	71-75	76-80	81-85	86-90	91-97	
1962-1966					4	4
1957-1961				6	10	16
1952-1956				10	25	35
1947-1951			1	8	21	30
1942-1946		1	6	17	9	33
1937-1941	1	1	10	8	8	28
1932-1936	3	1	12	13	20	49
1927-1931	7	7	30	11	29	84
1922-1926	19	10	26	26	15	96
1917-1921	7	11	11	4	7	40
1912-1916	2	2	10	8	3	25
1907-1911	7	4	6	2	4	23
計	46	37	112	113	155	463

とおりである。①処分件数が一九八一―一九八五年から従来と比べて約三倍に増えている。②一九二二―一九三六年生まれと一九四七―一九六一一年生まれの医師に処分件数が多い。③一九二二―一九三六年生まれ世代以前はその経年的変化は見られないが、それ以降の世代は一九八一―一九八五年ころから急増して

近の医倫理の荒廃が指摘されることとを背景として、それが行政処分件数としてどのようによく反映しているかを年次別に分析したものである。その結果は以下の

表2は最

この結果の分析から次のような結論を下すことも許されよう。①すくなくともこのデータから判断すると外見上は明らかに、医師の倫理観が低下しているといえよう。②さらにその倫理観の低下は、世代に関係しているのか、それとも長年医業をやっているうちに不正行為を行うようになるのかを分析してみた。これによれば、異なる世代間に同様な結果を得ているので、世代に関係して不正行為が増加しているとはいえないことになる。③一九八一年から処分件数が急増したのはこの年か、かつそれに伴って国立大学の医学部新設が増加した時期に一致している。④一九八一年から処分件数が急増したのはこの年から「経済犯は医事に関する不正ではない」という従来の解釈を改め、脱税や医療費不正請求をも処分の対象としたためである。⑤とすればこれ以前にどの程度の不正請求や脱税があつたかが判らないので、実は以上のデータからは必ずしも「倫理の低下」が実証されたともいえないことになる。特に不正請求に関しては高齢者人口の増加による医療費の高騰化現象とこれともなつた保険財政の逼迫した事情から要請される厚生医療政策

表3. 行政処分の理由とその程度

処 分 理 由	処 分 の 程 度						計
	免許取消	3年	2.5-1年	12-6月	5-1月	15-7日	
医師法などの違反	7	3	16	27	136	12	201
医療廃棄物不法投棄	1						1
麻薬取締法違反	5	1	6	20	18	12	62
青少年健全条例違反	5	1	1		8		15
脱税	1	2	6	2	39		50
刑法違反	15	10	15	20	66	5	131
その他	1			3	1		5

上の転換すなわちその取締りが厳格化したことにより増加してきているともいえるのではないだろうか。

表3は医道審議会が専門家のみで構成されその処分が適正でない指摘されることに依りて、処分の程度と処分理由に因りて調査したものである。これによると免許取消は

全体の約一割に限られており、医業停止も一ヶ月から五ヶ月が最も多い。問題はこの具体的処分をどのように評価するかである。医師が医業をできないことによる社会的信用の失墜・制裁さらにはそのこと自体からくる直接・間接の経済的損失はかなりのものであることを想像するには難くない。

い。

ところで戦後から現在までに約五五〇人の医師または歯科医師が処分を受けているが、このうち診療義務違反を理由として処分を受けたものはごく僅かであり一件に過ぎないことも、ここで得られた帰結であった。そしてこの稀有なケースは女性問題が原因で三週間姿をくらまし、経営していた病院の入院患者二一人の診療を放棄したものである(本件の処分は免許取消であった)。

2-1-3. 医師法の行政罰と行政指導

医師法第十九条第一項には罰則規定がないが、他の医師法違反の罰則は以下のとおりである。①二年以下の懲役又は二万円以下の罰金(医師法第三十一条)としては、第一七条(医業独占)の規定に違反した者、虚偽又は不正の事実に基づいて医師免許を受けた者、②一年以下の懲役又は一万円以下の罰金(第三十一条)では、第七条第二項の規定による停止命令に違反した者、第三〇条の規定(医師国家試験事務担当者の不正行為)に違反した場合、③五千円以下の罰金(第三三条)では、二年に一回の氏名・住所届け義務(第六条第三項)、名称の制限(第一八条)、無診察診療の禁止(第二〇条)、異状死体の届出義務(第二一

条）、処方箋の交付義務（第二二条）診療録の記載及び保存（第二四条）の規定に違反した者、などである。

以上のほかの同法違反への罰則の存在を勧案するとそのバランスからして診療義務違反にも、すくなくとも③程度の罰則があってもよいように思える。しかし、これをあえてせず、医師の良心に委ねたのであればやはり倫理規定と解するしかなく、民法の講学上のチームで換言すれば、診療義務（応招義務）はいわば「自然債権」的であり、法的強制力をともなわず、また、不履行であっても損害賠償法上の効果をもたらさないというのが、基本的な私の見方である。もつとも場合によっては医師法の行政罰としては最も厳しい免許取消もあるという行政解釈なので、医師に対しては十分、その事前規制の機能を有しており、慈善的な法的行為規範の意義は認めてよいであろう。正当事由が明記されない状況では、その判断を現場の医師が行うのであるから、法の趣旨を理解しておればこれを破ることは少ないと思う。また、行政指導などの態様も厳しく、⁽²⁴⁾ 実際には診療義務違反が処分の対象となることは極めて少ないという状況である（2-1-2参照）のであえて罰則強化の必要はないのではなからうか。

3. 刑法上の問題点⁽²⁵⁾

現行医師法第一九条第一項では、この診療義務違反に対する罰則を削除したので、診療拒否自体は犯罪ではないことになる。しかし、診療拒否により患者の死亡または病状悪化といった重大なる結果が生じた場合に、刑法上の犯罪が成立するかどうかにつき議論がないわけではない。つまり、第一は不真正不作為犯の成否、具体的には殺人罪（刑法第一九九条）・傷害罪（刑法第二〇四条）・傷害致死罪（刑法第二〇五条）、第二は保護責任者遺棄罪（刑法第二一八条・二一九条）、第三は業務上過失致死傷罪（刑法第二二一条）の成否といった点が検討対象となる。

3-1. 不真正不作為犯の成否について

医師の診療義務違反などに関して学説は、ごく例外的な場合に不真正不作為犯の成立を認める立場のものがある。すなわち「結果防止（作為）義務が存在し、かつ、作為と同程度の確率で予期した結果を実現することにあるから、不真正不作為犯が成立するには、原則として、①診療を引き受けた患者に対する診療放棄であること、②その診療引受により患者の生命や健康が現実とその医師の手にかかるようになっていること、③その

医師に患者の生命や健康を維持する具体的な可能性（診療能力や設備など）があること、④診療放棄自体が構成要件の結果に對する具体的危険性をもつこと、⑤それらについて故意または過失があること等を要する」という説である。⁽²⁶⁾

しかし、不真正不作為犯の成立には以下のような反論がある。不真正不作為犯を認めるためには当該不作為が作為と同価値でなければならぬ。医師の診療拒否がたとえ結果に對して故意的なものがあつても、作為による殺人・傷害と同価値性を認めるとまではいえないのは当然である。応招義務違反は、作為による殺傷と同視できる類型的違法性を有しないと意味で、作為義務、あるいは医師の保証人的地位も同時に否定される。これはおそらく引き受けた患者についても同様なことがいえる。さらに、ヨリ一般的問題として殺人傷害などの故意犯の構成要件は、作為犯としての類型的違法性が明確であり、これを不作為犯に適用するとなると罪刑法定主義の見地から問題が生ずることである。⁽²⁷⁾このように不真正不作為犯の成立を肯定することは困難であるとする説の方が妥当といえよう。

3-1-2. 保護責任者遺棄罪

通説は、原則として「引き受けた患者」に對する場合に限つ

て本罪の成立を認めているが、ただ、例外的な場合として、引受けがなくても、①その医師が唯一の救助可能者（独占的地位）である、②自分の病院という支配領域内いる、③容易に救助できる、④患者が扶助を要すべき状態にあることを認識しながら、故意に遺棄したとき、⑤私怨などにより殺意があり死亡の結果を認識し診療拒否した場合などにおいては、本罪が成立する可能性認めうる余地がある。

しかし、患者を引き受けておりながらその診療の求めに応じない場合を具体的に臨床実務の上で考えてみると、2-1-2.で挙げた稀有な例のように医師が診療を放棄し病院を離れて不在となつた場合を除くと、その多くは当該医師の医学的判断に基づき「求め」に應じていない場合であろう。とするとこれは誤診の問題として捉え、次に述べる業務上過失致死傷罪の成否を検討すべき問題となろう。なお現在まで応招義務と関連した保護責任者遺棄罪が適用された事例はないようである。

3-1-3. 業務上過失致死傷罪

診療義務の内容は患者の死や病状悪化を防止する義務も含んでいるので、本罪の成立に必要な結果予見義務および結果回避義務の根拠となりうる。診療義務違反と業務上過失との関係は、

警察官の保護義務違反と業務上過失との関係あるいは道路交通法違反と業務上過失との関係に似ている。診療拒否により患者に死亡などの重大な結果が発生した場合で、かつ、これが予見可能、回避可能と判断されるときには診療義務違反は医師の業務上過失を構成しうることになる。本罪の成立には、注意義務違反のほかに結果の発生が要件となりさらに発生した結果と診療拒否との間に因果関係の存在が必要である。判例は、「ショックや副作用を生ずることの容易に予想される麻酔剤を施用した開業医として、帰宅後に患者の異状を訴えられながら、自己の判断を確定不動のもののように固執して何らの措置も採らなかつた態度はそれだけで医師として重大な業務上の過失である」(東京高判昭和四七年一月三〇日)とこの件に関しては判示している。⁽²⁸⁾

本罪の成立は「引き受けた患者」の場合にのみ発生しうる。つまり患者の状態を未だ医師が診察していなければ「業務上必要な注意を怠る」ことはありえないのである。そこで「引き受けた患者」からの求めがあつたのにもかかわらず、その必要があるとして認知しながら医師が故意にこれに応じない場合は、前述した不真正不作為犯の成否の可能性を問うことになる。これに對して患者の病状から判断して「求め」があつたその時点で

未だ診察の必要がないと医師が診断していた場合は、誤診論の見地から本罪を問うことになるのである。

4. 比較法的考察

4-1. ドイツの場合⁽²⁹⁾

かつては、ドイツにおいて刑罰をもって医師の診療義務を強制していた。たとえば、一八五一年のプロイセン刑法典二〇〇条は「危険の切迫している場合に十分な理由なく救助を拒んだ医療従事者 (Medizinalperson) は、二〇ないし五〇〇ターレルの罰金に処される」と定めていた。しかし、その後営業法 (Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund v. 21. 6. 1869) によりこれらの規定を廃止した。その一四四条二項は「刑罰の威嚇の下に医療的救助を強制する医療従事者に関する特別規定は廃止される」と定めている。

その後、医師の診療拒否に関する法規は存在しなかつたが、現在では刑法三二三条C (旧三三〇条C) を介して認められるようになった。本条はいわゆる救助義務といわれるもので「災害または公共の危険若しくは窮迫に際し、救助を行うことが必要であり、かつ諸般の事情からみて行為者にそれを期待するこ

とができ、特に自分自身に著しい危険もなく、かつ他の重要な義務に違反しなくても、それが可能であるにもかかわらず、救助を行わなかったものは、一年以下の自由刑または罰金に処する。⁽³⁰⁾と規定している。この規定は、「災害または公共の危険若しくは窮迫」の現場の目撃者若しくは居合わせた全ての者に救助を義務付けている。そしてこれを今日では判例法理上拡張し、医師の診療義務の根拠としているのである。そのいきさつは、まず、「災害または公共の危険若しくは窮迫」の中に傷病を含めることにし、次に救助の際の手段を一般人よりも医師に対して厳格に要求することにより結果的に医師の診療義務を判例法理として承認しているのであった。

このような司法からの要請により、現在ドイツでは次のように医師の自律規制がなされている。①「ドイツ医師のための職業規則（原型）―一九九七―」において「Ⅱ、患者に対する義務」には「§7 診療の原則と行動規範」に「(2) 医師は、医師を自由に選択し、または変更する患者の権利を尊重する。他方において、救急または特別な法的義務がなければ、医師も診療を断ることが自由である。診療に当たっている医師は、他の医師を呼んでほしい、または他の医師に回してほしいという患者の根拠ある希望を原則として拒否してはならない」とある。ま

た「共同救急業務規則」（ウエストフールンリーツベ医師会及び保険医協会Ⅱ一九九六年五月二二日・六月二二日）には、患者は一年中二四時間、いつでも医師にアクセスできる状態になっている。また医師職業規則により、医師は自分の患者に対しては必要があれば診療時間外でも診療に当たり、それができないときは同僚医師または救急当番医が診ることになっている。⁽³²⁾

4-2. フランスの場合

ドイツと同様に、不救助罪（刑法六三条二項）において、危険にある人間には直ちに救助が与えられることが必要で、しかも自分に危険がないのに救助しないという場合に最高五年以下の拘禁という罰則が医師に対して拡張的に適用されている。判例としては一九六五年の「コラン博士事件」が挙げられる。⁽³³⁾

4-3. アメリカの場合

アメリカ判例法理上も医師患者間の治療においては、医師はある患者のかかりつけ医だからといってその患者の生来の病気についてまで治療を強制されることはないというのが伝統的な立場である。⁽³⁴⁾まさに契約自由の原理の下に、個人間の契約としてその相互の意思を尊重していたわけである。

ところが一九六一年のマンローブ事件⁽³⁵⁾はこの判例法理を一変させた。裁判所の判断は、診療義務を否定する立場を従来支持してきたのであるが、この事件では診療義務を否定する場合を絞り込むことによつて診療義務を認めるケースを肯定したのである。つまり、明らかに危急の状況にある患者に対しては救命処置室を有する病院においては、これを処置しなかつたがゆえに患者の状態が悪化した場合、その悪化したことで患者が損害を被れば、これに対して病院が損害賠償義務を負うと判断したのである。その理由は、このような病院は伝統的に慈善事業としての患者の治療を行い、そのことにより公的資金等の援助を受けていることから私立病院の性質が半官半民であることに依拠する。

その後、ヒル・バートン法の下に連邦からの援助を受けた病院に対して患者の支払能力にかかわらず救急の場合はこれを診療する法律を半数の州が制定している。⁽³⁶⁾

4-4. コメント

以上を考案すると大陸法は救助義務という刑法で診療を強制し、英米法では、私法でこれを強制しているが、いずれも救急患者に限定している点では共通している。翻つてわが国ではす

くなくとも学説上は、救急に限定していない点がその特徴であろう。第二章で検討したように診療義務は、元來刑法上の規定であつたものが医師法に移された後も罰則を定められるという特別刑法の範疇に属していた。つまり、診療義務は大陸法から継受され立法・運用されてきたのであり、かつその解釈も大陸法的であつた。その後、医師法第一九条第一項には罰則規定が除外されたのであるが、第三章でみたように判例法理から私法へ援用され、さらには病院の応招義務へと拡大解釈されたのである。このように私法によつて義務づけるところは英米法的法規制であるという見方もできよう。現行日本法の診療義務をめぐる規制スキームとしては、私法上の責任に関してはアメリカ法も参考に値し、もつといえればアメリカ法式スタイルが認められるといつてよいのかもしれない。

なお、応招義務は台湾（中華民国）の医師法には、「二一条（強制診療原則）醫師對於危急之病症不得無故不應招請或無故遲延。」とあり同一九条には罰則も定められている。これは明治四一（一九〇八）年の警察犯処罰令にともない、同年一〇月一日より台湾⁽³⁷⁾においては総督府令をもつて発布された台湾違警例第二条六三号を継受したものと考える。

5. 診療義務の私法上の問題点

5-1. 診療契約関係にある場合

医師法第一九条第一項違反の射程を考えるに際して、医師と患者とが既に契約関係にあるかどうかをまず問題としたい。契約関係があれば、契約法上の義務から当然、診療義務が生ずる。診療契約関係がありながら、患者の求めに応じることができない場合は、医師法上の正当事由の範囲と民法上の帰責事由との関係が問題となつてこようが、私見では私法上の帰責事由の方が医師に個々の患者に対する高度の注意義務を要求しており、医師法上の正当事由の方は、その公法的性質上、個々の患者というよりも患者間における相対的な医療の必要度の判断をも要求していると考ええる。

たとえば、医師Yが、 X_1 、 X_2 の二人の患者と入院契約を締結していた場合を考えてみよう。かつ、その際に医師はYひとりきりで転医転送が不可能な場合（地理的・時間的いろいろな要因が考えられる）を考えてみる。 X_1 が生命にかかわるような緊急事態に陥るとともに、Yは最悪の場合を回避できるような行為を行う。その最中に X_2 の眼球に急性の疾病が発生し、これも直ちに処置を行わなければ X_2 の眼球は摘出しなければならぬこ

とが、医学的に明確であると判断できたとしよう。この場合、Yが X_2 の求めに応ぜず、 X_1 の治療にかかりきりになることは正当事由として認められるであろう。しかし、 X_2 が被った損害に對して、Yの帰責事由の存在を民法は認めるであろうか。この判断を下すにはさらに詳細な個別具体的な条件設定が必要であろうが、Yに帰責事由がないとすれば、 X_2 が被った損害は賠償されることはない。この場合は正当事由と同じ効果が発生する。一方Yに責めに帰すべき事由があるとすれば X_2 の損害をYが賠償することになる。この場合は医師に對して正当事由よりもさらに高度の民事的責任を負わせていることになる。

正当事由と帰責事由は法の制度が異なりその目的とする機能も異なるが、医師法第一九条第一項違反を私法に援用しこれにより生じた損害を賠償する実務上の処理においては結果として同様な効果を生みだすことになる。とすれば、このように契約上の義務が既に存在する場合にも医師法第一九条第一項の効果（あるいはこれから導き出される民事的責任の法的効果）を重畳的に認めることは、事実上医師の責任に對して屋上屋を架すようなことになり法実益に乏しいといえよう。もつとも診療義務違反に罰則が規定されていれば、医師法における個別的意思が生じよう。現状であつても医師が契約関係にある患者の求

めに応じなかった行為そのものの悪性度が高い場合には、「医師としての品位を損する行為に対する行政罰である免許取消を定める同法第七条を適用すれば、実体法上の意味をもつこととなる。」

以上の経緯は、契約関係のある医師患者間において、医師法第一九条第一項が私法への及ぼす影響を部分的ではあるが示唆しているものと思える。つまり、医師患者が契約関係にある場合は医師法第一九条第一項違反を問うても私法上は実益がないということである。

5-1-2. 診療契約関係にない場合

ところが、契約関係にない場合であれば、私法は医師に対して直接に契約責任を追求することはできないはずである。そこで私法上の責任を問うためのコネクターとして医師法第一九条第一項を援用しようとする方法が考えだされたのであろう。しかし、この場合であってもそれを私法上の解決に利用するのであれば、私法上の原則つまり契約の自由・私的自治の範囲を無視するわけにはいかなないので、当然限定的に運用されなければならぬことになる。その意味で、公・私法を一応区別して、私法的な取引自由の要請を考慮するという方向性を本稿はもつ

ていて、⁽³⁸⁾その限定の範囲設定は理論的に困難であることは前述した。つまり、正当事由の判断があまりにも広範囲かつ多様であるからである。すくなくとも医師法を根拠にするのであれば、個別具体的な検討を要し、かつ医師法第七条の適用可能性もなければ、事実上医師法第一九条第一項違反の有無を判断しえないので診療義務違反を問うことは不当となろう。

もつとも近年は行政規定（公法）と民法とを融合的に解釈すべきとする主張が有力であるが、⁽³⁹⁾それとの関連でいえば本稿は機械的に両者の分断的規制を説いてではなく、むしろ、従来損害賠償法「責任法」上参酌された医師法「公法」規定それ自体の再考を促したのである。すなわち公法上の絶対的診療義務が、どういった場合に存在するかどうかを検討すべきなのである。この点で医師法第一九条第一項を「基本権保護型公序」として一般的に捉え⁽⁴⁰⁾ると医師の「基本権」に対して過剰介入になる。そこで正当事由により、これを防止するのであるが、現在の段階では、正当事由に「患者の不払い」を認めていないので私人間の契約法理からすると却つてこの考えは医師に対する財産上の侵害行為となる可能性⁽⁴¹⁾がある。

このように「基本権保護型公序」は、個人間の基本権侵害に⁽⁴²⁾対して、各個人の「善き生」に依拠して判断されるといふ。そ

して「善き生」の追求を可能にするために「生命・身体・健康の保障や人間の尊厳、自己決定権」が基盤となっており、この基盤を破壊する行為には介入を許すというものである。⁽⁴³⁾しかし、私見は必ずしもこれに賛成するものではない。まず医療は「生命・身体・健康の保障や人間の尊厳、自己決定権」の全てに直接かかわるものであるが、これを具現化する医師の負担は相当過大なものになる可能性が高い。たとえば現代社会においては経済的裏づけがなければ、現実⁽⁴⁴⁾に医療を行うことはできない。

その意味では「医は仁術ならず」である。次に「生命・身体・健康の保障や人間の尊厳」が「自己決定権」と衝突する場合についてまでは触れられていないが、医療現場では現実⁽⁴⁴⁾にこれに対応しなければならぬケースは多いのである。その場合どちらを優先させれば医師はサンクションを受けずに済むのかが不明である。そこで、このような不合理を発生させない程度にさらに医師に負担させてもよい程度の条件設定を考えなければならぬ。つまり、これらの要素の中で医療を行う側が絶対的に要求されるものだけを挙げるとすれば、それはまさに生命（人間）の尊厳であり、具体的には救急救命義務として収斂しているのである。

したがって、医師法第一九条第一項は私法上の契約の強制や

不作為義務をその趣旨に含まず、それらの上位概念というべき生命の保護つまり救急救命義務を求めているものと解釈するしかない。しかし、その一方で私法上の診療義務を否定することはできない。つまり私法は医師法（公法）の援用という迂回した方法をとらなくても、独立した法的効果を持ちうることにするのであり、そうしたからといって損害賠償請求の要件・効果に影響を及ぼすことはないであろう。

5-13. 事務管理

医療における特に救急の場合、搬送された患者とこれを受け入れた病院との間に契約関係がない場合が考えられる。この場合の医師が患者を治療する行為は一般に事務管理（民法第六九七条）・緊急事務管理（民法第六九八条）として処理される。

この場合、医師は搬送した人あるいは救急体制からの「求め」に応ずるべきことになる。この場合の診療義務は①医師法上のものと、②民法上のものの二つが考えられる。①は、医師法に外形的に従うことになるが、②は診療義務を認める場合（前述したことと結果的には同じになる）と認められない場合が考えられる。義務が認められない場合でも医師の職務上の性質から、患者の診察・治療を行う時は善管注意義務を負い、緊急事務管理

としてその責任が軽減されることはない⁽⁴⁵⁾と判断するのを相当とする⁽⁴⁶⁾。

ところで、民法の事務管理の「義務無くしての」解釈に学説上の対立がある。ここでいう法律上の義務とは、私法上の義務であり医師法第一九条第一項の公法上の義務とは関係ないとす⁽⁴⁶⁾る（前述したことはこれによる）と公法上の義務も含める立場がある⁽⁴⁷⁾。しかし、後者の説に依拠し事務管理の要件を狭めると、診療義務のない医師が事務管理上、患者を診ることは限られてしまうが具体例を挙げてみよう。たとえば、目前の救急傷病人を医師が自発的に見る場合は事務管理となり得る。これは一九条の解釈からすれば、要件としての「診察治療の求」が⁽⁴⁸⁾ないので、事故者を前にして診察する義務自体はないということなる。とすると不合理なことになりはしないか。まさにこの点に公法上の診療義務と私法上のそれとの相違が見出されるであろう。しかし、この点は公・私法を融合的に解釈して医師法一九条の法意から発展させて前述のごとく、救急救命義務を導くこともできるであろう。一方、医師法上は一九条違反を問えずとも、七条に該当する可能性が高いであろう。

6. 契約強制について

医師法第一九条第一項はかつて国家からの医師に対する契約強制と解されて⁽⁴⁹⁾いた。その後これを契約自由へ介入するために公益的な観点を根拠とし、契約の成立や内容に対する規制を行う立法とみなすようになった。これは医療契約の性質から、介入が不可避と考えられているからである。医師が診療契約の申込を受けたとき、患者の生命・健康を保護するために契約締結が強制されており、断ることはできない。本来、契約するかどうかは当事者の自由であるが、医者については、申込を拒絶する自由がないわけである⁽⁵⁰⁾。同様な規制は、電気、ガス、鉄道などの独占的な公益事業にも見られる。以下では、契約強制の程度についてとこれらと診療契約との相違についてまず検討する。次に、医療契約の双務性から考えて、患者の不払いを契約拒否の正当な理由としない点について、法制度上どのような手当てが医師または医療機関になされているかを述べたい。

6-1. 契約強制の程度と他の事業との比較

契約強制の程度を分類すると、①その規定が医師に契約を強く強制しているのか、②それとも契約関係を成立させる程度に強制しているのか、③あるいは契約の申し込みを拒否することを禁じているのか、のいずれにあたるのかについてまず検討す

る。

まず①については診療拒絶が社会的非難の程度として強ければ、契約強制は絶対的なものにまで強化されてよいであろう。しかし、医療サービスは多種多様なためこれを一般化できない。つまり個別具体的に考えることになるが、すくなくとも生命にかかわるような診察治療の申し込みに対してはもつとも厳格な要求がなされるべきであろう。当然、違反に対しては罰則等の規程を定めておくべきである。

②、③についてはさらに、次のような視点で考えていきたい。この検討を行うには、第一に法律関係が成立した結果行われるべき給付の内容が非代替的なものであるか、第二に契約内容が強制執行になじまない場合か、第三に当該法律関係に基づく給付が継続的なものであるか、そうであれば契約強制の要請は高まるはずである。いずれも①と同様に全ての場合に適する医療契約が考えられる。このように考えていくと医療契約には生命の維持という絶対的要求を満たすために、これに付随・連続する多様な医療契約の内容が存在するのである。

これらの判断基準に比較的对応する電気、ガス、水道、鉄道などの独占的な公益事業の関連条文を挙げてみると、

①電気事業法第一八条第一項 一般電気事業者は、正当な理

由がなければ、その供給区域における一般の需要（特定電気事業者が第三条第一項又は第八条第一項の許可を受けたところにより、特定電気事業を開始した供給地点（以下「事業開始地点」という。）における需要及び特定規模需要を除く。）に応ずる電気の供給を拒んではならない。

②ガス事業法第一六条第一項 一般ガス事業者は、正当な事由がなければ、何人に対しても、その供給区域又は供給地点におけるガスの供給を拒んではならない。

③水道法第一五条第一項 水道事業者は、事業計画に定める給水区域内の需用者から給水契約の申込を受けたときは、正当の理由がなければ、これを拒んではならない。

④鉄道営業法第六条 鉄道ハ左ノ事項ノ具備シタル場合ニ於テハ貨物ノ運送ヲ拒絶スルコトヲ得ス

と契約を強制しているのであるが、他方、診療契約義務の場合には直ちに契約強制となりうるかどうかは疑問である。というのは電気・ガス・水道事業などと異なり、医療はすべての国民に①普遍的に必需のものであるとは言いきれないからである。

一生、医師の世話にならず、死んでいく人もいるだろうし（もつとも死ねば死亡診断・死体検案といった医師の世話にならざるを得ないが）、日常の生活において必需とはいえない性質のも

のでもある。また②契約の内容は電気などの事業のようにサービス内容がモノを供給したり、運送するといった一元的な内容ではなく、③それどころか契約当事者間に特約を結ぶことも可能である。⁽⁵²⁾④また、契約主体の業は独占しているとはいえず、多数の事業体に分かれ、私企業・公企業も混合しており、患者（利用者）がこれらを選択することは比較的容易であり、代替可能な場合もあるので契約強制の合理的理由に乏しくなるものと思える。もつともこの場合でも救急救命のケースは例外的である。

⑤さらに企業規模が中企業クラスのものさえも少なく、多くは個人開業といった零細企業の規模形態であり、患者個人レベルでの契約交渉が難しいとまではいえず、⁽⁵³⁾⑥資本金投下が個人に依存する場合が多く、医療法人として株式会社形態が認められないため、⑦その施設などの規模は比較にならないぐらい小である。さらに⑧社会保険を利用する医療形態がほとんど全てではあるが、保険事業の主体ではなく、⑨医療は営利を目的としないことという趣旨が医療法第七条第五項に定められている。もつとも現実には必ずしもそういえない点は指摘されているが、⁽⁵⁴⁾医療により獲得する各医療機関の収益額は、他の企業とは比較にならないぐらい少ないのである。また、⑩契約拒否の理由として患者の不払いが、行政解釈によれば正当事由として認めら

れていないので、患者側の債務の履行に対する同時履行の抗弁を認めないこととなり、一般的契約関係を想定しているとは考えにくいともいえるのである。さらに、⑪契約関係が契約主体者の個別的信頼関係に強く依存している点も見逃せないし、⑫医師に求められる「倫理」が具体的契約内容にも影響し、本来契約当事者（医師患者）間の「合意」によるべき契約に一定の制限が倫理上の理由から容認されているという特徴もある。

この他に締結義務を定めた契約には、自動車損害賠償保障法（自賠法）に定められた責任保険あるいは責任共済を挙げることもができる。すなわち、同法は①自動車に保険加入を強制し（自賠法第五条）、②民間の保険会社などに保険業を引き受けさせた場合、正当な理由がなければこれを拒否できないとし（同法第二四条）、④保険料率はノーロス・ノープロフィットを原則としている（同法第二五条）。これは一般的医療契約（自由診療）と同じではないが、わが国における普遍的医療契約である医療保険システムと類似点を有する。すなわち①は国民皆保険制度、②は民間の保険医療機関、③は診療契約締結義務、④は医療機関の非営利の原則と一見パラレルな面をもつ。しかし、これが保険というスキームの上で共通と考えるのか、あるいは医療の

場合これとは別の条件も加味して考えるのかはさらなる精緻な議論を要するところである。本稿では指摘のみにとどめ今後の検討課題としたい。

6-2. 契約強制と患者の支払義務

患者の契約上の債務である診療報酬支払の点については、医に関する倫理・道徳的価値観が優先してか、必ずしもこれまでに具体的に検討されていないようである。医療契約が双務有償契約だとすれば「当然」、医療費の支払がなければ、契約の申込自体を拒否したり、契約締結を行わないことがあってもよいはずである。しかしながら医師法第一九第一項の規定により、申込を拒否することは禁じられているので、この点にだけ着目すると契約が強制されているといえよう。しかし、このような契約強制は、医療契約そのものが片務的である、医療契約の双務性に一定の例外がある、そしてそもそも契約とは無関係な公法上の規定（公法私法二元論）といった条件を理由として成立するのではなからうか。

ここでは、臨床実務上の観点から現実にとのようこの問題が解決されているのかを中心に検討することとする。患者あるいはその家族の医療費の支払い債務が不履行になると考えられ

るのは、事実上支払が困難な場合と患者の意思で支払わない場合がある。前者はさらに貧困ゆえに支払困難な場合と身元が不明で意思の疎通が困難な場合がある。後者は、社会保険診療上の一部負担金の不払いと自由診療の治療費不払いの場合を考えればよい。

6-2-1. 事実上支払が困難な場合

(1) 貧困ゆえに支払困難な場合

貧困ゆえに医療費の支払が困難な場合の解決として、生活保護法（三四条）により医療扶助を現物支給する方法がある。医療扶助のための医療を担当するのは指定医療機関であり（四九条）、保護の実施機関である都道府県知事、市長及び福祉事務所を管理する町村長は（一九条一項）、指定医療機関に対する診療報酬支払い義務を社会保険診療報酬支払基金等に委託することができる（五三条四項）。医療扶助による診療給付にあたっては、福祉事務所による医療券の発行を必要とされ、従来はレセプト用紙と同様な様式で患者ごとに指定医療機関に送付されてくるシステムであった。しかし、最近では通常のレセプト用紙に医療券に記された被保護者の受給者番号を転載するようになってい

ところで、たとえば患者が移送された先が指定医療機関でなかった場合は、どうなるのであろうか。「急迫した事情がある場合においては、被保護者は、」指定医療機関でなくとも「医療の給付を受ける」ことができる（三四条四項）。この場合の支払は金銭給付となる（三四条一項）。

生活保護をめぐっては外国人の受給の問題がある。生活に困窮する外国人に対しては永住者等については予算措置として生活保護法の準用がなされている。しかし、在留資格がない外国人には生活保護の申請権がなく、医療費の支払に関しては担保されていないことになる。この点に関しては今後何らかの立法的検討がなされるべきである。⁽⁵⁶⁾

(2) 身元が不明で意思の疎通が困難な場合

行き倒れで患者の意思すら不明の場合は、身元さえも不明なこともある。希少なケースではあるが、このような場合であっても、行旅病人及行旅死亡人取扱法⁽⁵⁷⁾（明治三十二年三月二八日・法律九三号改正昭和六一年法律一〇九号）により、医療費の支払は市町村がこれを行い（二五条一項）、市町村は都道府県にこれに要した額を請求できる。

6-2-2. 患者が故意に支払わない場合

(1) 医療保険診療の場合

患者が故意に支払を拒んでいるとき、その支払は保険診療の場合には一部負担金（健康保険法第四条ノ八）として取扱われている。⁽⁵⁸⁾つまり医療機関には、患者が全く支払をせずとも、療養に要する費用の額より一部負担金を控除した額は、社会保険診療報酬支払基金に請求し、この審査を受けた後に支払われる（同法四三条ノ九）⁽⁵⁹⁾。すなわち、被保険者本人であれば八割、その家族であれば七割の診療費の回収は可能である（二〇〇一年一月現在において）。そのみならず、医療機関は一部負担金を受け取るのに善管注意義務を満たす行為をしておれば、一部負担金は保険者が担保するシステムとなっている。⁽⁶⁰⁾結局、患者が故意に支払を拒んでも、これを受け取る別の手当てがなされているので、実務的意味はなくなる。

ちなみに保険者は同法第一条ノ三により「税に次ぐ徴収金の先取特権」を有している⁽⁶¹⁾ので、回収に関しては通常の金銭貸借関係よりも法的には保護されているといえよう。

また、国民健康保険の場合も全く同様である。療養を受ける場合の一部負担金として国民健康保険法第四条、保険医療機関の診療報酬として同法第五条、一部負担金の保険者による担保に関しては同法第四条第五項、「徴収金の先取特権」に關しては同法第八〇条第四項）として定められている。本保険

においては、さらに非保険者が一部負担金を支払うことが困難な場合の減免処置まで規定されている。

したがって国民健康保険の加入者であっても、その医療費の支払に関しては医療機関が診療報酬を受けることができるような法的手当てがなされている。

② 自由診療の場合

診療義務の程度が法的にどの程度強化されるべきかを判断するには、自由診療における不応招の正当事由として「患者の不払い」を認めるか、認めないかによる。結論を先に言えば、自由診療に関しては現行医療制度においては、診療義務そのものはこれを射程とするものの、患者が不払いであればそれを理由に診療を拒否できるものと解すべきであろう。この場合不払いという事実行為と不払いの意思の確認を峻別することが法的には要求されるであろうが、その判断は現実には難しい。また患者が故意にこれを拒んでいるような場合は（立証は困難であろうが）、診療拒否も認めてよいと考える。

その理由としては、①医療保険は国民皆保険の制度を原則として⁽⁶²⁾いること、②現行保険制度上では、ほとんど全ての種類の医療サービスが供給されていること、③なかならず救急医療に關しては医療サービスが拡充していること、④保険診療の一部

負担金が不払いであっても、医療費を徴収する制度が手当てされていること、⑤医療サービスの供与が契約であれば、できるだけ契約の自由を制限しない方がよいこと、⑥そもそも医療契約においてその双務有償性が確保できないまままで契約を強制しても、医療契約は患者医師間の信頼関係を基礎としているのであり、これが破綻した状態では契約そのものが不安定となる虞がある、などが考えられる。

一方、以下のような反対意見もある。「診療拒否にほとんど罰則も科されない、規制も加えられないということ、他の市民社会において許されることであろうか。（中略）この種の慣行は、医療給付が医療需給のバランスを前提にしていた時代はともかくとして、今日好むと好まざるとにかかわらず、医療が商品化の方向を歩んでいるということになると変化せざるをえないし、司法統制あるいは行政のコントロールをさげたいとするならば、積極的にプロフェッショナル自身の内部問題として、自己規律の問題として積極的に処理する道を選ぶべきであろう。（中略）現行医師法では、全くタブーの世界に置かれていた問題も現行医師法が制定をされ、そのときに依拠していた医師のモラルが崩壊し、喪失し、変質すれば、必然的にパブリック・コントロールにさらされざるを得ないことのみを強調しておき

たい」と。⁽⁶³⁾

しかし、このような指摘に対しては以下のような疑問をもつ。
 ①「診療拒否」の意味する範囲の有無。診療拒否は自由診療を含めたすべての診療を指すのであろうか。だとすれば医師に多大な負担を課すことになりはしないか。ここでいう診療が生命にかかわる診療に限局されるものであれば賛成である。ただし、「身体に重要な影響を及ぼす」範囲にまで診療義務を拡大する場合についてはその趣旨には賛成したいが、現実の問題としてこれを実際に行うことは不可能ではなからうか。

②「医療給付が医療需給のバランスを前提にしていた時代」には診療義務に罰則を課さなくともよく、これが充足されると何故、罰則まで課さねばならないのか。むしろ逆に医療機関が少なくそのサービスを受けることが困難な時代にあつて、は罰則の必要性も検討されるべきであり、今日のように患者が多数の医療機関を選択できるような状況では「診療拒否」による問題は事実上存在しなくなるのではないだろうか。百歩譲つてもその法的根拠に乏しい。医療需給のバランスに関係なく、すくなくとも診療拒否が繰り返されるのであれば医師法第七条の適用の方法もある。これが適用されれば、医道審議会の意見を聞いた上で医師にとっては死刑ともいえる「免許取消」の行政

罰の可能性も残されている。これでは罰則が不十分なのか。

③「医療の商品化」が医療の供給の普遍化という意味だとすれば、診療拒否そのものが非合理的な行為となりはしないか。つまり、前項とも関連するが、供給過剰になれば診療を拒否することよりも過剰な診療や患者の要求に過大にこたえる診療の方が現実に取りこりうる。その中で診療拒否についてのみ罰則を加えるとなれば、法的バランスを失っているのではないか。

④「医療の商品化」と医療を行う人に対する義務の関係が明確ではない。すなわち診療義務とは、電気・ガスのような「モノ」の供給を意味するものではない。医師に「行為」医療サービスの供給つまりなす債務を要求するものである。医師にも人権があるのかかわらず、その行為を単純に「パブリック・コントロール」により強制してよいものだろうか。

⑤診療の中には歯科における補綴（義歯）のように、まず「モノ」を渡すことによりこれを行うものもある。とすれば、そのもの（義歯）の所有権・占有権の問題は民法上どのように解決するつもりなのか。

以上の疑問点はあるものの、医師法第一九条第一項の罰則制定の意見は、昨今、現行保険の財政的赤字が続き、その存続さえ危ぶまれ、⁽⁶⁴⁾ 保険制度が破綻し自由診療が主体となった状況で

は医療費の支払と診療拒否の正当事由をめぐって示唆的ではある。この場合に前述のように診療義務は制限的適用をうけてよいものであろうか。このような事態に陥った場合には、はじめに診療義務の存在意義が強調されてくることになる。しかし、そのときにおいてさえも医師あるいは医師界の自己規律を期待したり、あるいはモラルの問題を取り上げたりする法学上の利点の具体性は乏しいように思える。

- (1) <http://www1.doc-net.or.jp/~saitama/KAKUBUKATUDO/SESAKU/kantekajiji.htm>.
 - (2) 北海道保険医新聞(二〇〇一年一月五日・二〇日六画)。
 - (3) Medical Tribune 二〇〇〇年十一月二日 三頁。
 - (4) この点は、以下の医学論文と解釈が異なる。小野恵「医師法一九条一項の問題点」『東女医大誌』三八巻一〇号(一九六八年)七〇八―七〇九頁。
 - (5) 高田利廣「事例別 医事法Q&A」(日本医事新報社、一九九五年)一〇頁。
 - (6) ただし、医師法二三条には医師が診療を行った場合、保健向上に必要な事項を指導することが規定されているので、結果として診療義務にとまない保健指導も求められていることになり助産婦と同様な義務を負っていると
- (7) 保健婦助産婦看護婦法第三七条。
 - (8) 厚生省健康政策局総務課編『医療法・医師法(歯科医師法)解』(医学通信社、一九九四年)四〇八頁。
 - (9) たとえば、野田寛『医事法(上)』(青林書院、一九七四年)一一〇頁など。
 - (10) 厚生省・前掲書四二八頁。
 - (11) 高田・前掲書六頁。
 - (12) 厚生省・前掲書九四九頁。
 - (13) 田上富信「救急患者の受入れ拒否と医療機関の民事責任」『判時』一二三九号(判例評論三四三)(一九八七年)一八七頁、菅野耕毅「救急患者の入院治療の拒否と病院の民事責任」『年報医事法学』三三号、一九八八年)一一一―一二三頁。
 - (14) 高橋勝好「医師に必要な法律」(南山堂、一九七一年)一四八―一五〇頁。
 - (15) 吉田邦彦「民法解釈と揺れ動く所有論」(有斐閣、二〇〇〇年)一一―一二三頁。
 - (16) 北海道新聞朝刊(二〇〇一年六月五日三三三画)。
 - (17) 保健婦助産婦看護婦法第三八条。
 - (18) 小室歳信「高橋登世子」中村美穂「細越明子」網干博文「医道審議会答申の内容分析」第3報、「日本歯科医療管理学会雑誌」三三巻二号(一九九八年)八一―九

一頁を参考に作成。ただし、この論文のデータは新聞の掲載記事を基にしているためやや不正確なところがあるが、総数でほぼ九割以上をカバーしているので、傾向を見るうえで大きな誤りはないものと考えられる。

(19) 前田達明「医療契約について」京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会編『京都大学法学部百周年記念論文集 第三卷』（有斐閣、一九九九年）二二〇―二二二頁。

(20) 朝日新聞・朝刊（一九八二年九月二八日一面）。

(21) (15)と同様に処理した（小室・前掲論文）。

(22) 佐藤進『医事法と社会保障法との交錯』（勁草書房、一九八一年）五八一―五九頁。

(23) 前掲朝日新聞同面。

(24) 矢吹紀人『開業医はなぜ自殺したのか』（あけび書房、一九九五年）一三―一三六頁。いずれも保険請求に関する行政指導・監査を苦にして、すくなくとも医師四人が自殺をしている。

(25) 野田・前掲書一七―一八頁、大谷實『医療行為と法（新版補正第2版）』（弘文堂、一九九九年）四四―五一頁、金沢文雄「医師の応招義務と刑事責任」『法律時報』四七卷一〇号（一九七五年）三六一―四二二頁を主に参照とした。

(26) 野田・前掲書一七―一八頁。

(27) 金沢・前掲論文三九―四〇頁。

(28) 飯田英男「医療過誤と刑事責任―最近の動向」『法律のひろば』二九卷一―一七頁。

(29) 中森喜彦、「医師の診療引受義務違反と刑事責任」『法学論叢』九一巻一号（一九七二年）六一―六頁。

(30) 高島学司「ラウフス『医事法』（二二）『民商』九四巻四号（一九九六年）五九三頁。

(31) <http://www.hi-ho.ne.jp/okajimanic/dl19.htm#k1>.

(32) <http://www.hi-ho.ne.jp/okajimanic/dl12.htm>.

(33) 金沢・前掲書二八頁。

(34) Hurley v. Edgingfield 59 N.E. 1058 (Ind.1901) Mark Hall et al, *Health Law and Ethics* (2d ed. 1999, West Pub. Co.) p83.

(35) *Wilmington General Hospital v. Manlove*, 174 A.2d 135 (Del.1961).

(36) Mark Hall et al, *supra* note, pp88-90.

(37) 泉二新熊監閲『警察犯処罰令要論』（法曹閣書院、一九〇八年）一―二頁、二〇九―二一〇頁。（韓国も同様）

(38) この点で、末弘巖太郎「民法雑考」『法協』四七巻一号（一九二九年）の「第一法令違反行為の法律的効力」六八―八八頁と方向性は類似する。なお吉田・前掲書五七頁も参照。

(39) 大村敦志「取引と公序―法令違反行為論の再検討（上）（下）」『ジュリスト』一〇二三号（一九九三年）八二頁、

- 一〇二五号（一九九三年）六六頁、山本敬三「取引関係における公的規制と私法の役割（1）（2）」『ジュリスト』一〇八七号（一九九六年）一一三一一—三五頁、一〇八八号（一九九六年）九八一—一〇頁。
- (40) 前田・前掲論文一一二頁。
- (41) この点で前田教授（同論文一一二頁）は、医師への報酬を無視している。
- (42) 山本敬三「公序良俗論の再構成」（有斐閣、二〇〇〇年）六九頁。
- (43) 山本・同書、六九頁。
- (44) 奈良信雄「地獄の沙汰も医者しだい」（集英社、二〇〇〇年）五五—五六頁。
- (45) 中村哲「救急医療を巡る法律問題について」『判タ』九四〇号（一九九七年）三二—三三頁。
- (46) 澤井裕「事務管理・不当利得・不法行為」『第二版』『有斐閣、一九九六年』一一—一三頁。
- (47) 前田・前掲論文八四頁。
- (48) 東海林邦彦「医療過誤民事判例をめぐる問題点の多角的検討」（課題番号〇八四五二〇〇五）科学研究費補助金（基盤研究（B）（2））研究成果報告書（一九九八年）二四〇—二四一頁に同様な議論がなされている。
- (49) 美濃部達吉「行政上ヨリ見タル医師不応招問題」『法律新聞』一〇四九号（一九一五年）九頁。
- (50) 内田貴「契約の時代」（岩波書店、二〇〇〇年）五一—六頁。
- (51) 山田誠一「最高裁判所民事判例研究」『法協』一〇〇巻二号（一九八三年）四五—二頁。
- (52) この場合、医師側からの特約の申し込み、患者側からのその申し込みの両方が存在し、その態様も個別具体的である。浅井登美彦「特約のある医療行為」浅井登美彦Ⅱ 園尾隆司（編）『現代裁判法大系7 医療過誤』（新日本法規、一九九八年）二一六一—二二二頁参照。
- (53) 現状の患者医師関係においては患者が心理的に医師に対して交渉しにくい環境にあるとの指摘がままなされる。しかし、著者の臨床実務における経験からはこのような患者は経年的に減少してきている感は否めない。頼藤和寛「わたし、ガンです ある精神科医の耐病記」（文春新書、二〇〇一年）七六頁参照。
- (54) 西原寛一「商行為法 法律学全集29」（有斐閣、一九六〇年）八一頁には病院も営業としてなされるときは、商法第五〇二条第八項（客の采集を目的とする場屋の取引）の商行為にあたるとしている。もっとも、堀口 巨Ⅱ 石田榮一Ⅱ 川村正幸Ⅱ 土橋正「商法総則・商行為法」（青林書院、一九八七年）四七頁では、病院のような非営利施設も有償利用の場合は、本条に該当するとしてあるので、営利か非営利かについては更なる検討を要しよう。ここ

では、指摘するだけにとどめておく。

(55) 岩村正彦『菊池馨実』目で見える社会保障法教材（有斐閣一九九九年）八九頁。

(56) 岩村・同書九〇―九一頁。

(57) 本法は六法全書に掲載されていないので本稿に関係すると思われるところを以下に抜粋しておく。

第一条 此ノ法律ニ於テ行旅病人ト称スルハ步行ニ堪ヘサル行旅中ノ病人ニシテ療養ノ途ヲ有セス且救護者ナキ者ヲ謂ヒ行旅死亡人ト称スルハ行旅中死亡シ引取者ナキ者ヲ謂フ

2 住所、居所若ハ氏名知レス且引取者ナキ死亡人ハ行旅死亡人ト看做ス

3 前2項ノ外行旅病人及行旅死亡人ニ準スヘキ者ハ

政令ヲ以テ之ヲ定ム

第二条 行旅病人ハ其ノ所在地市町村之ヲ救護スヘシ

2 必要ノ場合ニ於テハ市町村ハ行旅病人ノ同伴者ニ対シテ亦相当ノ救護ヲ為スヘシ

第三条 行旅病人又ハ其ノ同伴者ヲ救護シタルトキハ市町村ハ速ニ扶養義務者又ハ第五条ニ掲ケタル公共団体ニ通知シ之ヲ引取ラシムルノ手続ヲ為スヘシ

第四条 救護ニ要シタル費用ハ被救護者ノ負担トシ被救護者ヨリ弁償ヲ得サルトキハ其ノ扶養義務者ノ負担トス

第五条 行旅病人若ハ其ノ同伴者ノ引取ヲ為ス者ナキトキ又

ハ救護費用ノ弁償ヲ得サル場合ニ於テ其ノ引取並費用ノ弁償ヲ為スヘキ公共団体ニ関シテハ勅令ノ定ムル処ニ依ル

第六条 扶養義務者ニ対スル被救護者引取ノ請求及救護費用

弁償ノ請求ハ扶養義務者中ノ何人ニ対シテモ之ヲ請求スルコトヲ得但シ費用ノ弁償ヲ為シタル者ハ民法第八七八条ニ依リ扶養ノ義務ヲ履行スヘキ者ニ対シ求償ヲ為スヲ妨ケス

第八条 必要ノ場合ニ於テハ市町村ハ行旅死亡人ノ同伴者ニ対シテ亦相当ノ救護ヲ為スヘシ

2 行旅病人ニ関スル規定ハ前項ノ場合ニ準用ス

第九条 行旅死亡人ノ住所、居所若ハ氏名知レサルトキハ市町村ハ其ノ状況相貌遺留物件其ノ他本人ノ認識ニ必要ナル事項ヲ公署ノ掲示場ニ告示シ且官報若ハ新聞紙ニ公告スヘシ

第一条 行旅死亡人ノ住所及氏名知レタルトキハ市町村長ハ速ニ相続人ニ通知シ相続人分明ナラサルトキハ扶養義務者若ハ同居ノ親族ニ通知シ又ハ第13条ニ掲ケタル公共団体ニ通知スヘシ

第一条 行旅死亡人取扱ノ費用ハ先ツ其ノ遺留ノ金銭若ハ有価証券ヲ以テ之ニ充テ仍足ラサルトキハ相続人ノ負担トシ相続人ヨリ弁償ヲ得サルトキハ死亡人ノ扶養義務者ノ負担トス

第一条 行旅死亡人取扱ノ費用ハ先ツ其ノ遺留ノ金銭若ハ有価証券ヲ以テ之ニ充テ仍足ラサルトキハ相続人ノ負担トシ相続人ヨリ弁償ヲ得サルトキハ死亡人ノ扶養義務者ノ負担トス

第一条 行旅死亡人取扱ノ費用ハ先ツ其ノ遺留ノ金銭若ハ有価証券ヲ以テ之ニ充テ仍足ラサルトキハ相続人ノ負担トシ相続人ヨリ弁償ヲ得サルトキハ死亡人ノ扶養義務者ノ負担トス

第一三条 市町村ハ第九条ノ公告後60日ヲ經過スルモ仍行旅死亡人取扱費用ノ弁償ヲ得サルトキハ行旅死亡人ノ遺留物品ヲ売却シテ其ノ費用ニ充ツルコトヲ得其ノ仍足ラサル場合ニ於テ費用ノ弁償ヲ為スヘキ公共団体ニ関シテハ勅令ノ定ムル所ニ依ル

2 市町村ハ行旅死亡人取扱費用ニ付遺留物件ノ上ニ他ノ債権者ノ先取特権ニ対シ優先権ヲ有ス

第一四条 市町村長ハ行旅死亡人取扱費用ノ弁償ヲ得タルトキハ相続人ニ其保管スル遺留物件ヲ引渡スヘシ相続人ナキトキハ正当ナル請求者ト認ムル者ニ之ヲ引渡スコトヲ得

第一五条 行旅病人行旅死亡人及其ノ同伴者ノ救護若ハ取扱ニ関スル費用ハ所在地市町村費ヲ以テ一時之ヲ繰替フヘシ

2 前項費用ノ弁償金徴収ニ付テハ市町村税滞納処分ノ例ニ依ル

3 前項ノ徴収金ノ先取特権ハ国税及地方税二次グモノトス

第一七条 外国人タル行旅病人行旅死亡人及其ノ同伴者並其ノ所持物件若ハ遺留物件ノ取扱ニ関シ別段ノ規定ヲ要スルモノハ政令ヲ以テ之ヲ定ム。

(58) 健康保険法第四三條ノハ・第四三條第三項ノ規定ニ依リ保険医療機関又ハ保険薬局ニ就キ給付ヲ受クル者ハ其

ノ給付ヲ受クル際当該給付ニ付第四三條ノ九第二項又ハ第三項ノ規定ニ依リ算定セラルル額ノ一〇〇分ノ二〇ニ相当スル額ヲ一部負担金トシテ当該保険医療機関又ハ保険薬局ニ支払フベシ。

(59) 保険医療機関又ハ保険薬局ガ療養ノ給付ニ関シ保険者ニ請求スルコトヲ得ル費用ノ額ハ療養ニ要スル費用ノ額ヨリ一部負担金ニ相当スル額ヲ控除シタル額トス。

(60) 第四三條ノ八ノ六項・保険医療機関又ハ保険薬局ハ一部負担金ノ支払ヲ受クベキモノトシ保険医療機関又ハ保険薬局ガ善良ナル管理者ト同一ノ注意ヲ以テ其ノ支払ヲ受クベク努メタルニ拘ラズ仍療養ノ給付ヲ受ケタル者ガ当該一部負担金ノ全部又ハ一部ヲ支払ハザルトキハ保険者ハ当該保険医療機関又ハ保険薬局ノ請求ニ依リ本法ノ規定ニ依ル徴収金ノ例ニ依リ之ヲ処分スルコトヲ得。

(61) 同法第一一條ノ三・保険料其ノ他本法ノ規定ニ依ル徴収金ノ先取特権ノ順位ハ国税及地方税二次グモノトス

(62) 保険に加入していない外国人に対する診療義務をどのようにかに考へるかについては本文中に述べた。その他に、ハンセン病患者の問題を挙げておく。ハンセン病療養所の入所者は国民健康保険法第六條八項の適用除外とされている(国民健康保険法施行規則第一條)。旅先での発病や事故の場合、入所者の証明書を所持していても、ハンセン病であることを知られたくない気持ちがあり安心

して診療を受けにくいという（朝日新聞二〇〇一年一月五日 日曜版二面）。この問題は診療義務と直接関係するものではないが、今後早急の解決が望まれる。

(63) 佐藤進『医事法と社会保障法との交錯』（勁草書房、一九八一年）五八頁。

(64) 厚生労働省高齢者医療制度改革推進本部事務局（編）『医療制度改革の課題と視点』（きょうせい、二〇〇一年）「はじめに」の項v頁。

V. 最後に

—— 医師法第一九条第一項の今後 ——

以上より、医師法第一九条第一項―救急救命医療の場合を除いて、その事後的な法規範性が稀薄であることが明らかになったと考えられるが、それでは翻って、この規定は実態上ではどの程度機能しているのだろうか。この規定の今日的意義は「医療アクセス権の保障」でありそれは憲法上の要請を受けるところに法的根拠を置いている。しかし、患者を主体とした法律ではなく、医師をして患者の医療アクセスを間接的にまたは反射的に保障しているに過ぎない。これを直接患者の権利として認めようとするなら、「患者の権利法」のような直接患者の権利

を謳う条文を作るしかないように思える。

一方、医師側へのサンクションを強める方法も有効であろうが、その罰則をどこに設定するか難しい問題である。医師法第一九条第一項の沿革的趣旨は警察取締的に個人の身体に対する傷害的行為として医師の医療を限定的に提供されるという私人間の規則である。そこには原理的には患者の医療アクセス権を間接的に保障するといった趣旨はない。明確なのは医療提供の主体である医師・歯科医師・助産婦といった医療サービスを独立して供給する⁽¹⁾ことが可能な職にある者に対するおそらくは条理上の要請である。しかし、現在は診療義務に違反しても罰則は規定されていない。つまり法的効果の具体性に乏しいのである。それゆえ一九条は倫理訓示規定の域を出ることはない。そうだとすると医師の不応招に対して一九条は事実上無効な条文に化してしまう。これを防止する上で、医師法第七条の「医師として品位を損するような行為」と行政上解釈する方法を用意したのであろう。

要するに現在は七条違反に問われる場合に限り、診療義務違反の実質的效果が問われることになる。とすれば、この判断は医道審議会に委ねるのが正当な法的手続きとなる。この点に着目すれば、裁判所は一九条違反を医師法の定めにもつて判断し

ているのであろうかという疑問が発生する（もつとも損害賠償が肯定された裁判例における医師の過失事案との関係では、その救急医療性という見地からその具体的判断は首肯し得ること（は前述した）。あるいは一九九条違反を裁判所が判断できる地位にあるのかという疑問である。ここでいう一九九条違反の判断とは行政上の罰を与えるかどうかの判断である。私法上の判断ではないことは言うまでもない。そのように限定すると、裁判所には行政罰を与えるかどうかの一次的判断機能は医師法上には定められていないことになる。もちろん医道審議会や厚生省が決定した結果に違法の疑いがあれば、これに関する判断は裁判所が行うものである。しかしそれは出された判断に対する司法の判断であり当初から裁判所が医師法第一九条第一項違反を判断するものではない。

では裁判所が下した一九九条一項違反の判断とは何か。これらの事例は全て民事上の損害賠償事件における個別具体的な判断である。つまり民法第四一五条、第七〇九条からの判断がそのスキームに潜在的に存在することになる。だからこそ、「患者からの求め」があり、これを拒否したことにより、患者に損害が生じた場合に「診療拒否が民事的な過失」と判断しているのではなからうか。このことは医師法第一九条第一項とは本質的

に異なる判断である。とすれば、中村哲判事が指摘するように裁判所が下した判断の基準は、裁判官がその良識として持つ私法上の診療義務であり、これは条理をその根拠としていると考えるしかない。そうでなければ、裁判所が医道審議会と同じように倫理的判断を直接下していることになる虞がある。

ところで医師法第一九条第一項の行政罰についてはどのように考えたらよいのであろうか。現在のところこれを倫理的訓示規定としているのは、「医師の良心」に委ねることにより従来あつた罰則を削除したからである。これに対して「医の倫理」の低下が目立つことへの警鐘として診療義務の間接強制や罰則の低下が法学者から指摘されて⁽³⁾いる。しかし、「医の倫理」が必要説が法学者から指摘されている。しかし、「医の倫理」が低下しているかどうかの科学的根拠は乏しく、単にマスメディアの情報を鵜呑みにしてこれを指摘していないでもないようである。著者がここでいう「医の倫理」に関する反論は社会が要求するほど医師は実は倫理的であると反論しているのではない（もつとも著者の主観的評価によればすくなくとも日本の医師の多くは未だ倫理性が保たれているように思えるのであるが）。その低下が最近著しいという点について疑問を呈したいのである。少なくとも医道審議会における処分を見れば、若い医師にはこのような傾向が必ずしも認められないことについては既に

指摘した。

にもかかわらず、さらに診療義務の強化を図るとしたらどのような方法が必要であろうか。一般に倫理・道徳は法律と比較してその求めるところはより制限的限定的であると考えられている。ところで医道審議会の結果を見れば、倫理的制裁を加えるのに犯罪・医師法違反・脱税・不正請求等がその基準となっているようであり、倫理の欠如の判断をこのような刑罰などで決定するとすれば、守られるべき最低限度の基準として理解される法によって判断しているわけであり、結果として倫理規定違反を決定するのにより緩やかな基準でこれを行うという矛盾した判断方法をとっていることになる。これでは医道審議会や医師法の倫理的側面は十分に機能していないことになる。では、医道審議会で倫理的規定を倫理的に判断すればよいかというと、これも倫理そのものの基準を明確にできなければ現実には困難であろう。例えば公務員の倫理規定などもその法制化は一步進んだ規制として受け入れられているものの、違反行為に対して罰則がなければ十分に機能し得ないのではないか。その一方で、倫理に関する罰則の基準を明文化するのは事実上困難となる。これではトートロジーになってしまう。

このような問題が生ずるのは日本の医療関係法規全般にわ

たって、患者固有の権利を直接規定したものがなかったためではなかろうか。すなわち、医療におけるもう一方の主體的当事者である患者を客体として現行法規は扱っているため、医師の倫理・道徳といったいわば医療提供者側の社会内部性としての問題のみが解決を要請される構図になっているのである。そのような方法論には、医療を受ける側（患者）が外部化しており、患者の主體性が失われているという問題が潜在化している。診療義務に関する法規制上の改善策のひとつとして、このように外部性からの評価あるいは参加を認めることが挙げられよう。それは具体的には、患者固有の権利を法制化することを意味し、そうすることによってその解決の糸口が与えられるのである。

(1) 薬剤師法第二一条には調剤の求めに應ずる義務が定められており、医師法第一九条第一項とパラレルな関係をなす。しかしながら、薬剤師法第二三条には「薬剤師は、医師、歯科医師又は獣医師の処方せんによらなければ、販売又は授与の目的で調剤してはならない。」とあるの

で、主体的な医療提供者にはあたらなといえよう。

(2) 第三章の脚注(21)を参照。

(3) 前田達明「医療契約について」京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会編『京都大学法学部百周年記念論

文集 第三卷」(有斐閣、一九九九年)二二〇頁には、「医師法一九条一項の強化説は、病院がパチンコ店と共に、毎年脱税のワースト五に入り、(中略)誠に憂うべき「医の倫理」の低下が目立つことへの警鐘」という。

(4) 法規制上の改善策を「救助義務」に限定すれば、ヨリ一般的に「医師―患者」という「関係」を超えた不法行為法上の問題として捉えることも可能であろう。樋口範雄「よきサマリア人と法」(石井紫郎・樋口範雄編「外から見た日本法」(東京大学出版会、一九九五年)二四三―二七四頁が参考となろう。樋口教授は、「救助」義務違反に対して刑事制裁を科すか、「民事制裁にするか」、「一般に誰にでも義務があるとするか、あるいは医師などの特定のものについてだけ義務とするか」など、「救助義務の法定の仕方にはいくつかの選択肢がある」と指摘する。その上で、論点を「民事的な側面」のみ注目し、かつ一般の人に救助義務を課すことの是非」に限定し、さらに「救助義務」の内容も「刑法上の問題は射程外とし、不法行為法上の問題としてのみ」に絞って述べている。このように「民事的側面」のみから一般化された救助義務を「医師」に特化して考察するアプローチからも、本稿で述べた医師の「私法上の診療義務」を導き出すことは可能であろう。

また、同論文では日本法における民事的「救助義務」

は原則的にないものとし、その例外として「医療契約に基づき適切な治療をしなかった」事件などを引いている。この事件は、ビタミン剤の注射を受けその部位が化膿した患者に対して、医師が治療上の注意義務を怠った過失を認めたとするものである。このような場合も救助義務に含めるとすれば、「救助」の範囲は「救急救命」よりも広いように思える。本稿第四章2-1. で若干扱ったように救急救命の範囲の問題とも関連してこようが、これを「救助」と「救急救命」の相違として捉えるべきなのかどうかは別途さらに検討を要すと、指摘するにためておく。

第三に、「救助義務の法定」例として、医師法第十九条第一項を特に意識していない(一九九条自体さえも取り上げていない)点は興味深い。「医師などの特定のもの」に対する公法上の規定が私法に援用される場合を捨象しているのであるが、その一方で「交通事故の運転者等の被害救護義務(道交法七二条一項)」に関しては言及している。このような救助義務に関する射程を限定的に絞るという方法論では、公法上の義務が課されている医師側の立場は軽視されてしまうことになる。本稿が志向するような他の法領域も統合して検討しようとする試みもなされてよいのではなからうか。

Historical and Functional Reflection on the Notion of Required Health Care in Japan

Hachiro MIKAMI*

This study reexamines historically and functionally the notion of required health care. Required health care is the system by which medical practitioners are required to accept requests from patients or even others, that is, a compulsory contract in health care. This proposition is included in Article 19(1) of both the Medical Practitioners Law and the Dental Practitioners Law which regulates provisions of medical service. This paper proposes to limit the scope of required health care.

In the historical study portion of this paper, the "origin" of required health care is considered genealogically and inclusively. First, I conclude that the rule was originally fixed from an administration of hygiene standpoint for the purpose of contagious disease prevention (1874 Medical System Law (*isei*) the first promulgation of medical regulation in modern Japan; 1882 former Criminal Code). Second, I suggest that the rule was built into the Medical Practitioners Law system with a criminal regulation character to promote a policy of a healthy population for a healthy army *Ken-min ken-pei* (1919 former Medical Practitioners Law, enforcement regulations; 1942 National Health Care Law). In this context it was considered an emergency lifesaving proposition, which was the same as the purpose Boissonade, who drafted the former criminal law, had intended. Third, I note that the penal regulations rule was removed after the war (1948 Medical Practitioners Law).

From the functional considerations standpoint, I conclude the following. First, an examination of trial examples for compensation of damages that refer to required health care leads me to conclude that the district courts affirmed the required health care in the limited cases of emergency lifesaving. Second, based on an analysis of the

*Doctoral Student of Law and Adjunct Professor of Medical & Dental School, Hokkaido University

data from administrative depositions concerning violations of the Medical Practitioners Law depositions by the Medical Ethics Council, I conclude that cases of required health care violations were rare. Third, because a required care case could be requested for any "legitimate reason" (*seito jiyu*), which *ipso facto* could be individually determined after the event, I conclude that the requirement is not a clear-cut rule but more a general guideline. As a result, required care has been a considerable burden in the medical community, because medical practitioners find it ambiguous and the demands for reexamination are frequent. Fourth, I conclude from a comparative legal perspective that the Japanese version of required health care has a broader effect than that of the common or continental law versions of the same rule.

In conclusion, I argue from a standpoint of dignity of life / human rights that the effect of the Medical Practitioners Law Article 19(1) (required health care) should be restricted to only require a duty in emergency lifesaving situations. Further, the rule should be limited on the basis of general morals. From a theoretical standpoint, I incorporate recent arguments about public policy and suggest that freedom of contract in health care and private autonomy should be taken into account.