

# 応招義務（医師法19条1項）と 私法上の責任

—— 締約強制理論の観点からの一考察 ——

谷 江 陽 介\*

## 目 次

- I 問題の所在
- II 応招義務の歴史の変遷——沿革および立法趣旨・行政解釈の変遷
- III 応招義務と私法上の責任——不法行為責任を中心に
- IV 診療契約締結の強制可能性——締約強制の根拠および限界
- V 結 語

## I 問題の所在

医師法19条1項は、「診療に従事する医師は、診察治療の求があった場合には、正当な事由がなければ、これを拒んではならない」として、応招義務<sup>1)</sup>を定めている。同項は、締約強制（診療契約の締結義務）を定めたものであり、これにより医師の承諾の自由が制限されている<sup>2)</sup>。

---

\* たにえ・ようすけ 立命館大学法学部教授

- 1) 応招義務は、「応召義務」、「診療義務」、「応需義務」等と表記されることもある。
- 2) 我妻栄『債権各論 上巻（民法講義V1）』（岩波書店、1954年）19頁。他方で、応招義務を締約強制として位置づけることに対して疑問を呈し、事実行為としての診療行為を義務づけるものと解する立場がある（米村滋人『医事法講義』〔日本評論社、2016年〕47頁）。米村教授は、その理由として、診療契約の医療側当事者（医療機関開設者）と応招義務の義務主体（医師）が異なり、診療契約の存否が応招義務の存否と対応していない点、締約強制の典型例である電気・ガス・水道等の契約とは異なり、給付内容が定型化されていないという点を挙げている。

近時の新型コロナウイルス感染症の流行により、感染が疑われる患者の診療を拒絶することが応招義務違反となるのかどうか社会的耳目を集めたことは記憶に新しい。このように、応招義務については、救急患者の診療拒絶の場面（いわゆる「たらい回し」の場面）を対象として、拒絶をした医師・病院の不法行為責任の存否、医師法19条1項の「正当な事由」が認められる範囲を軸に議論が展開してきた。緊急事案の場合には、患者の死亡・後遺症と関連して、医師・病院の対応が主たる争点となり、どのような場合に診療拒絶が正当化されるのが実務上争われてきたからである。

他方で、非緊急事案の場面における応招義務違反の法的責任については、十分に議論がなされてきたとはいえない。しかし、近時、非緊急で損害が生じていない場面において応招義務違反を問う事案が出現している。そのひとつとして、中国で腎移植を受けた患者が、帰国後のフォローアップ治療を病院に求めたところ、病院側が、臓器売買の絡む腎移植であるおそれがあり当該治療を行うことができないとして、内規に従って患者の診療を拒絶した事案があり、応招義務違反を理由とする不法行為および診療契約の債務不履行の成否が争われた。原審（東京高判令元・5・16D1-Law 28272454）は、患者側の請求を棄却し、最高裁は上告不受理の決定をした（最判令元・12・17D1-Law28281152）。結論として応招義務違反が否定されたとはいえ、このような非緊急・非損害の場面でも診療拒絶の問題<sup>3)</sup>が生じていることを踏まえると、緊急時のみならず非緊急時の場面にも留意した上で応招義務の法的位置づけを明確にすることが求められる。その際に、応招義務違反の私法上の責任として不法行為責任のみならず、診療契約の締結強制まで認められ得るものなのかについても、正面から検討する必要があるように思われる。

手嶋豊教授の論稿（平成6〔1994〕年）では、①救急患者を念頭に置いて診療拒絶の問題が議論されてきたため、診療契約の締結を強制できるの

---

3) 宍戸圭介「判批」岡山商大法学論叢28号（2020年）69頁は、このような「『新しい診療拒否』のケースがしばしば現れている」旨指摘する。

かという問題については十分な議論がされてきたとはいえ、② 予後が長期にわたる慢性疾患の診療に対し、損害賠償責任のみならず診療契約の成立を肯定すべき場合が実際必要であるとして、今後十分な検討がなされるべき課題である旨指摘されていた<sup>4)</sup>。この問題提起を受けて、診療契約締結の強制可能性について若干の議論がなされたものの、今日においてはほとんど議論の対象とされていないのが現状である。筆者は、締約強制を定めた規定の私法上の効果として契約の締結強制を認めることができるか否かにつき、放送法64条1項(放送受信契約)、水産業協同組合法25条(組合加入契約)、水道法15条1条(給水契約)を中心として、それぞれの契約締結場面の問題状況に留意しながら検討を行った<sup>5)</sup>。当然のことながら、医師法19条1項(診療契約)の私法上の効果を検討する際には、応招義務の法的位置づけ、診療契約の性格等の固有の問題を踏まえた検討が求められることはいうまでもないであろう。

以上の問題意識から、本稿は、医師法19条1項の応招義務規定を対象として、同義務が私法上いかなる意味を有するのかという点につき、締約強制理論(契約締結の強制を正当化する理論)の観点から、診療契約締結の強制可能性をも踏まえた検討を試みるものである<sup>6)</sup>。以下では、応招義務の沿革および立法趣旨、行政解釈の変遷(Ⅱ)、同義務違反と不法行為責任をめぐる議論状況(Ⅲ)を整理する。その上で、診療契約の締結強制がどのような場合に認められる可能性があるのかにつき、締約強制の根拠および限界という観点から検討する(Ⅳ)。最後に、診療契約の締結を強制する理論上の可能性および実務上の問題点を述べて、本稿を結ぶ(Ⅴ)。

---

4) 手嶋豊「判批」判評421号(判時1479号)(1994年)48頁。

5) 谷江陽介『締約強制の理論』(成文堂、2016年)30頁以下、118頁以下。

6) なお、谷江・前掲注(5)97頁以下で医師法19条1項を対象に若干の検討を行ったところ、本稿は、近時の議論状況をも踏まえて、応招義務が私法上いかなる責任を導き得るものなのかという点について再検討を試みるものである。

## Ⅱ 応招義務の歴史的変遷

### ——沿革および立法趣旨・行政解釈の変遷

#### 1. 沿革および立法趣旨

日本における応招義務の起源は、「醫制」（明治7〔1874〕年）であるといわれている<sup>7)</sup>。同44条の中に、「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」に医業を禁止する旨の定めが置かれていた。醫制には刑事罰はなかったところ、明治15（1882）年に施行された旧刑法427条9号は、違警罪として、「医師穩婆事故ナクシテ急病人ノ招キニ応セサル者」に対する刑事罰（「1日以上3日以下ノ拘留ニ処シ又ハ20錢以上1円25錢以下ノ料科ニ処ス」）を設けた。その後、明治41（1908）年の警察犯処罰令3条7号<sup>8)</sup>、大正8（1919）年の旧医師法施行規則9条の2<sup>9)</sup>、昭和17（1942）年の国民医療法9条1項<sup>10)</sup>と変遷し、昭和23（1948）年に現行医師法19条1項が規定され、医師の自発的な義務履行を期待する<sup>11)</sup>として、応招義務違反に基づく刑事罰は削除された<sup>12)</sup>。

応招義務の立法趣旨として、多岐にわたる点が指摘されている。医業の公共性・独占性から導かれるとする見解<sup>13)</sup>、国民の健康権（憲法13条・25条）

---

7) 沿革の詳細については、野田寛『医事法 上巻』（青林書院、1984年）109頁以下、中森喜彦「医師の診療引受義務違反と刑事責任」法学論叢91巻1号（1972年）2頁以下参照。

8) 「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」は「20円未満ノ料科ニ処ス」旨規定されていた。

9) 「開業ノ医師ハ診察治療ノ需アル場合ニ於テ正当ノ事由ナクシテ之ヲ拒ムコトヲ得ス」。これに違反した場合には、25円以下の罰金が科せられる旨規定されていた（同16条）。

10) 「診療ニ従事スル医師ハ診察治療ノ需アル場合ニ於テ正当ノ事由ナクシテ之ヲ拒ムコトヲ得ス」。これに違反した場合には、500円以下の罰金又は料科が科せられる旨規定されていた（同76条）。

11) 第2回国会厚生委員会第16号昭和23年6月26日政府委員答弁。

12) 罰金を定めた医師法33条の2の中に、同19条は含まれていない。

13) 医業の公共性とするものとして、野田・前掲注(7)110頁、山中敬一『医事刑法概論Ⅰ（序論・医療過誤）』（成文堂、2014年）94頁等、医業独占性とするものとして、山田卓<sup>14)</sup>

を保護するものとする見解<sup>14)</sup>、患者の医療へのアクセスを保障することにあるとする見解<sup>15)</sup>、医師の職業倫理を法的に訓示したものにすぎないとする見解<sup>16)</sup>等がある。また、医師の本来の職業倫理的義務であるという点、医師だけが救助能力を有しているという点、開業により公衆に対する引受をしたといえる点、医業を独占しているという点、幸福追求権・生存権(憲法13条・25条)を保護するという点等の複合的な要素を挙げる見解もある<sup>17)</sup>。

## 2. 行政解釈の変遷

### (1) 旧厚生省の通知

旧厚生省は、応招義務の「正当な事由」について次の通知を發していた。

昭和24年通知<sup>18)</sup>は、「何が正当な事由であるかは、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ものと解される」としている。この通知は、例示として、診療報酬の不払い、天候不良、標榜する診療科名以外の診療科に属する疾病の診療を求められたことを理由とした診療拒絶は正当事由に該当しないとしている。昭和30年通知<sup>19)</sup>は、「『正当な事由』のある場合とは、医師の不在又は病気等により事実上診療が不可能な場合に限られる」としている。この通知は、個別の疑義照会(複数の医師が体調不良等を理由に往診を断った結果、意識不明の患者が死亡した事案)への回答であった。昭和49年通知<sup>20)</sup>は、地域における急患診療が確保され、地域住民に周知徹底されているといえる休日夜間診療

---

↘生「救急病院の診療拒否と不法行為責任」ジュリ873号(1986年)90頁等。

14) 金沢文雄「医師の応招義務と刑事責任」法時47巻10号(1975年)36頁以下。

15) 水沼直樹「応招義務の歴史的展開と現代的意義(1)」医事法研究1号(2019年)63頁。

16) 唄孝一『医事法学への歩み』(岩波書店、1970年)307頁。

17) 金沢・前掲注(14)39頁。

18) 昭和24年9月10日医発第752号各都道府県知事あて厚生省医務局長通知。

19) 昭和30年8月12日医取第755号長野県衛生部長あて厚生省医務局医務課長回答。

20) 昭和49年4月16日医発第412号各都道府県知事あて厚生省医務局長通知。

体制が敷かれている場合には、来院患者に対して医師が休日夜間診療所等で診療を受けるよう指示することは医師法19条1項に反しない旨示している（ただし、応急の措置を施さなければ患者の生命・身体に重大な影響が及ぶおそれがある場合には、医師は診療に応ずる義務があるとされている）。

## (2) 令和元年厚労省通知<sup>21)</sup>

従前の旧厚生省通知は、正当事由について個別の事例を対象としており、横断的な整理・検討がなされたものではなかった。このような状況の下で、近年、①医師の働き方改革、②外国人観光客に対する医療の確保との関連で、応召義務の検討の必要性が示されてきた。まず、①について、厚労省が設置した医師の働き方改革検討会が公表した中間的な論点整理の中に、「応召義務に関する意見」として、「応召義務については、社会情勢、働き方、テクノロジーが変化してきている中で、今後の在り方をどのように考えるか、個人ではなく組織としての対応をどう整理するかといった観点から、諸外国の例も踏まえ、検討してはどうか」との指摘がなされていた<sup>22)</sup>。次に、②について、自由民主党政務調査会の外国人観光客に対する医療 PT は、「外国人観光客に対する快適な医療の確保に向けた第一次提言」の中に、「医療機関等における外国人観光客への応召義務についての整理」として、「医師法等による応召義務は外国人観光客にも及ぶことを踏まえ、医療機関等の対応能力の向上を図りつつ、状況により重点的な医療機関等へつなぐことを含め、外国人観光客に対する応召業務に対する考え方や適切な対応の仕方を厚生労働省において整理し、医療機関等・宿泊業・旅行業・地方公共団体（救急業務を含む）等の関係者に周知をはかる」必要があるとの指摘がなされていた<sup>23)</sup>。

---

21) 令和元年12月25日医発1225第4号各都道府県知事あて厚生労働省医政局長通知。

22) 医師の働き方改革に関する検討会「中間的な論点整理」（平成30年2月27日）（<https://www.mhlw.go.jp/file/05-Shingikai-10801000-Iseikyoku-Soumuka/0000195362.pdf>〔2021年11月13日閲覧〕）。

23) 自由民主党政務調査会外国人観光客に対する医療 PT 「外国人観光客に対する快適な

こうした経緯から、令和元年12月25日に厚生労働省医政局長通知が出された<sup>24)</sup>。本通知は、岩田太教授を研究代表者とした研究報告書<sup>25)</sup>を踏まえたものである。本通知により、過去に発出された応招義務に係る通知との関係について、今後は本通知が妥当するものとされている。本通知は、まず、医師法19条1項および歯科医師法19条1項に規定する応招義務について、「医師又は歯科医師が国に対して負担する公法上の義務であり、医師又は歯科医師の患者に対する私法上の義務ではない」とする。次に、どのような場合に患者を診療しないことが応招義務に反するか否かについて、患者の緊急対応が必要であるか否か(病状の深深度)という点が最も重要な考慮要素であり、この他、診療を求められたのが診療時間内か、それとも診療時間外・勤務時間外か、患者と医療機関・医師・歯科医師の信頼関係の状況はどうであるのか、という点が考慮要素として挙げられている。続いて、①患者の迷惑行為、②医療費不払い、③入院患者の退院や他の医療機関の紹介・転院等、④差別的な取扱い、⑤訪日外国人観光客をはじめとした外国人患者への対応の5つの個別事例ごとに、応招義務に反するか否かを整理している。本通知に対しては、従来の判例・通説を踏襲しつつ、感染症患者や外国人患者への対応等の議論が乏しかった領域における正当事由を整理し、医療機関の実情と患者保護の必要性とのバランスを図っているとの評価がなされている<sup>26)</sup>。

---

㍷医療の確保に向けた第一次提言」(平成30年4月27日)([https://jimin.jp-east-2.storage.ap-nifcloud.com/pdf/news/policy/137317\\_1.pdf](https://jimin.jp-east-2.storage.ap-nifcloud.com/pdf/news/policy/137317_1.pdf) [2021年11月13日閲覧])。

24) 本通知は、労使協定・労働契約の範囲を超えた診療指示等については、使用者と勤務医の労働関係法令上の問題であり、応招義務の問題ではないとする。結果として、労働基準法等に違反することとなることを理由に医療機関に対して診療等の労務提供を拒否したとしても、応招義務違反にはあたらない。

25) 岩田太(研究代表)「医療を取り巻く状況の変化等を踏まえた医師法の応招義務の解釈に関する研究について」厚生労働行政推進調査事業費補助金(地域医療基盤開発推進研究事業)研究報告書。同報告書は、いかなる場合に医師・病院の診療拒絶が正当化されるかについて検討を行っている。

26) 水沼直樹「いわゆる応招義務(医師法19条1項)の動向について——創設から令和元年12月25日付厚生労働省医政局長通知まで」年報医事法学36号(2021年)230頁。

本通知後、新型コロナウイルスとの関係で、厚生労働省新型コロナウイルス感染症対策推進本部より文書（「新型コロナウイルス感染症が疑われる者の診療に関する留意点について」〔令和2年3月11日付〕）が出された<sup>27)</sup>。その中で、応招義務について、「患者が発熱や上気道症状を有しているということのみを理由に、当該患者の診療を拒否することは、……診療を拒否する『正当な事由』に該当しないため、診療が困難である場合は、少なくとも帰国者・接触者外来や新型コロナウイルス感染症患者を診療可能な医療機関への受診を適切に勧奨すること」とされている。

### 3. 小 括

応招義務は、その根拠となる法規そのものが変化しているものの、長年にわたり同趣旨の規定が設けられており、現在に比べ、医師数・大規模医療機関が少なく、医療提供体制が脆弱であったという状況において、医師の協力により医療提供体制を構築するという重要な役割を担ってきた。現在と当時の医療提供体制の相違から、応招義務規定の存在意義に否定的な立場がある。具体的には、以前に比べ医師の数が増加しており、診療拒絶はあり得ないにもかかわらず、医療の分野、地域の事情、患者の容態や病気の種類も問わずに一般的抽象的な応招義務を課すのは現実離れしているという点<sup>28)</sup>、現在の医師・医療者の倫理観、社会的使命感、実績等に鑑みれば、医師が受入可能であるにもかかわらず緊急介入を要する患者の受入れを拒否することはまずあり得ないという点<sup>29)</sup>、近年は医療機関の機能分化や救急医療における地域医療機関の連携が重視されており、救急医療の充実は当番制や患者配分システムの構築といった地域全体の取組みによるべきであるという点<sup>30)</sup>から、応招義務規定の存在意義に疑問を呈してい

---

27) [https://www.pref.iwate.jp/\\_res/projects/default\\_project/\\_page\\_/001/027/981/tuuti.pdf](https://www.pref.iwate.jp/_res/projects/default_project/_page_/001/027/981/tuuti.pdf) (2021年11月13日閲覧)。

28) 樋口範雄『医療と法を考える』（有斐閣、2007年）78頁。

29) 水沼直樹「応招義務の歴史的展開と現代的意義（2）」医事法研究2号（2020年）111頁。

30) 米村・前掲注（2）46頁以下。

る。

これに対して、医療提供体制が大きく変化した現在においても、「① 個々の医師の職業倫理的意識を高める、② 個々の患者が必要とする医療を受ける機会を平等・確実に担保する、③ 特に緊急対応が必要な救急患者等についてはなるべく迅速にできる限りの対応を行うよう促す、といった効果を有する」として、応招義務規定の存在意義は失われていないとする立場がある<sup>31)</sup>。応招義務は、医師の患者受入れおよび診療の実施を実質的に促す効果を有しているものであり、新型コロナウイルスとの関係で、厚生労働省新型コロナウイルス感染症対策推進本部より診療拒絶の正当事由に言及する文書が出され、応招・他機関受診勧奨の必要性が指摘されていることを踏まえると、現在においても応招義務規定には一定の存在意義があるということができるように思われる。

従来、診療拒絶の正当事由については必ずしも明らかではなかったところ、令和元年厚労省通知により、正当事由の判断枠組みについて整備がなされた。それでは、正当事由なく診療拒絶がなされた場合、私法上いかなる責任が生じるのであろうか。この点につき、次のⅢで不法行為責任との関係を中心に整理することとしたい。

### Ⅲ 応招義務と私法上の責任——不法行為責任を中心に

#### 1. はじめに——応招義務の公法的性格

伝統的には、医師法19条1項の応招義務は、医師の「国に対して有する義務であって、依頼者に対して負う義務ではない。この義務の履行を要求する権利をもつ者は国であって、依頼者ではない。依頼者が診療を求めるとき、正当な事由がない限りこれに応じてくれるのは、この規定の反射的利益たるに止まり、依頼者に認められた権利ではない」と位置づけられて

---

31) 岩田・前掲注(25)8頁。

いた<sup>32)</sup>。IIで整理した令和元年厚労省通知も、応招義務は「医師又は歯科医師が国に対して負担する公法上の義務であり、医師又は歯科医師の患者に対する私法上の義務ではない」としている。このように、応招義務は、医師が国に対して負う公法上の義務であり、その違反の場合には「医師としての品位を損するような行為」（医師法7条）として行政上の処分（戒告・医業停止・免許取消し）の対象になり得るとというのが伝統的な理解であり、今日の行政解釈上の考え方にも妥当するものとされている（なお、実際に応招義務に違反したとして行政上の処分を受けた例は見当たらない）。

## 2. 応招義務と私法上の責任

### (1) 債務不履行責任

応招義務は公法上の義務として位置づけられてきたところ、その違反によって私法上の責任が一切発生しないと考えられてきたわけではない。債務不履行責任、不法行為責任の発生可能性が論じられてきた。

債務不履行責任との関係で、救急告示病院の場合には、社会の期待から義務が加重され、救急患者の診療拒絶は直ちに債務不履行を構成するとの見解がある<sup>33)</sup>。救急医療に限らず、医師の違法な診療拒絶を債務不履行の問題として扱うべきであるとする見解も主張されている<sup>34)</sup>。前田達明教授は、医師法19条1項が憲法13条・25条に定められたすべての国民の基本権保護のための規定であり、その内容水準を確保するために医業独占が定められている点で、同項を「基本権保護型公序」と位置づける<sup>35)</sup>。その目的

---

32) 磯崎辰五郎＝高島学司『医事・衛生法 新版』（有斐閣、1979年）200頁。

33) 新美育文「救急医療」判タ688号（1989年）121頁以下、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、1991年）108頁は、診療拒絶を契約締結上の過失の問題と位置づけている。

34) 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『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第3巻 民事法』（有斐閣、1999年）110頁以下。

35) 前田教授は、「私法を通じて国家が基本権の保護をはかろうとするときに、すでに公法においてそうした保護を意図した措置を定めているならば、むしろそれを積極的に利用することが要請される」（山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、2000年）293頁）と

の実現のために私法上の手段が必要ならばその活用が要請されたとした上で、同項が保護しようとする利益は単に不特定多数者の一般的公益のみならず個々人の個別的利益でもあるとして、その個別的利益が医師の同項違反によって害されたとき、その賠償を必要とするならば、私法も動員され得るとの論理を展開する。

## (2) 不法行為責任

応招義務違反によって私法上いかなる責任が発生するのかにつき、実務上、不法行為責任との関係を中心に議論がなされてきた。

まず、不法行為責任否定説についてである。美濃部達吉博士は、応招義務は警察上の義務であって患者に対する義務ではないから、違反しても医師は不法行為として損害賠償責任を負わないと解している<sup>36)</sup>。名古屋地判昭58・8・19判時1104号107頁では、高齢の心臓疾患患者（心筋障害による急性冠不全症状）に対して夜間入院診療を拒絶したことが不法行為に当たるのか争われた。同判決は、「医師の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いがある。仮に民法上の不法行為を構成するとしても」、本件入院診療の拒絶については、当直医師が1人であったこと、同医師は出血が激しい交通事故による重傷者に対する治療に追われていたこと、脳外科の専門医である同医師としては、他の専門医の診療を受けさせた方が適切であると判断したものと推認されることから、不法行為責任を否定した。

次に、不法行為責任肯定説についてである。我妻栄博士は、公益的職務（電気等の公益事業や医療）に関する公法上の承諾義務違反につき、「公法的制裁を伴うだけであって、当事者間において契約の成立を認めることはできないと解すべきであろう。但し、私法上の関係としても、不法行為に基

---

↘の考え方を踏まえた上で、応招義務と私法上の責任について検討を加えている。

36) 美濃部達吉「行政上より見たる医師の不应招問題」法律新聞1047号（1915年）202頁以下。

づく損害賠償義務を生ずることはあるといわねばならない」という<sup>37)</sup>。加藤一郎博士は、応招義務違反があれば患者の保護義務にも違反するため、医師に過失があるとの一応の推定をして、反証のない限り医師の民事責任を認めるべきであるとする<sup>38)</sup>。この論理を採用した裁判例として、①千葉地判昭61・7・25判時1220号118頁、②神戸地判平4・6・30判時1458号127頁がある<sup>39)</sup>。①の事案は、開業医により軽度の呼吸困難、重症の肺炎または気管支炎と診断され、救急搬送されたところ、小児科のベッドが満床であることを理由として、病院が診療を拒絶したというものである（診療を拒絶された子供〔1歳〕は、当日、受入先にて死亡した）。同判決は、「医師の応招義務は、直接には公法上の義務であって、医師が診療を拒否すれば、それがすべて民事上医師の過失になるとは考えられない」としつつも、「医師法19条1項が患者の保護のために定められた規定であることに鑑み、医師が診療拒否によって患者に損害を与えた場合には、医師に過失があるとの一応の推定がなされ診療拒否に正当事由がある等の反証がないかぎり医師の民事責任が認められる」と判示した。その上で、小児科の担当医が3名いたこと、小児科の入院設備のある病院は被告病院を除いて周辺地域にはなかったこと、病院には少なくとも300床を越すベッドがあるため、とりあえず応急措置を行い、ベッドが空くのを待つという対応を取ることが可能であったことから、診療拒絶の正当事由はないとして、病院の不法行為責任を認めた<sup>40)</sup>。②の事案は、自動車の正面衝突事故により両側肺挫傷・右気管支断裂の傷害を受けたため救急搬送されたところ、整形外科および脳外科医師が不在で、遠方であることを理由として、病院が診

37) 我妻・前掲注(2)19頁。

38) 加藤一郎『注釈民法19』（有斐閣、1965年）153頁。

39) なお、2件ともに緊急告示病院に関する事案である。

40) 千葉地裁は、「病院は、医師が医業をなす場所であって傷病者が科学的で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」という。結論として、診療拒否と死亡との因果関係を肯定し、約2800万円の賠償を認めた。

療を拒絶したというものである(診療を拒絶された受傷者は、翌日、受入先にて死亡した)。同判決は、医師に過失があるとの一応の推定をした上で、受傷内容と密接に関連する外科の専門医は在院しており、受傷者に対し施すべき医療は人的にも物的にも可能であったことから、診療拒絶の正当事由はないとして、病院の不法行為責任を認めた<sup>41)</sup>。

応招義務違反に基づく過失の一応の推定を認める論理の他に、過失の有無を判断するにあたり、依頼者の生命・健康に対する具体的危険発生が予見可能であるか否か、応招によりその結果が回避可能であるか否かにより、個別具体的に検討すべきとするものもある<sup>42)</sup>。近時の裁判例(静岡地判平30・12・14D1-Law28270061)<sup>43)</sup>は、NPO法人を通じて中国で腎移植を受けた患者が、帰国後のフォローアップ治療を病院(国立大学法人)に求めたところ、病院側が、臓器売買の絡む腎移植であるおそれがあり当該治療を行うことができないとして、内規に従って患者の診療を拒絶した事案において、「応招義務違反に当たる事実について、当該患者の生命・身体の侵害ないしその危険の程度と違反行為の態様によっては、民法上の不法行為の成立要件である違法と評価され得る」旨判示した<sup>44)</sup>。

---

41) 結論として、150万円の賠償(慰謝料)を認めた。

42) 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、1984年)65頁[平林勝政執筆部分]、中村哲「救急医療を巡る法律問題について——主として私法上の問題について」判タ940号(1997年)26頁以下。正当事由の解釈の中で診療義務の範囲を画することを試みる見解もある(山田・前掲注(13)90頁以下)。

43) 他に、応招義務違反に基づく不法行為の成立可能性を認める近時の裁判例として、東京地判令2・2・5 LEX/DB25585354(「医師が患者からの診療治療の求めを拒んだことで、国民の生命身体という保護法益が侵害された場合には、不法行為の成立を認める余地がある」)。

44) 同判決は、応招義務の対象となる「診察治療の求があった場合」とは、診療契約締結前に新規に患者が医師に対して診療開始を求めた場合であるとして、診療契約の成立後の診療継続を求めた本件場面においては、応招義務違反に基づく不法行為は成立しないとされた。また、債務不履行責任についても、原告の症状に対する緊急の診療の必要性があるとはいえず、被告病院以外の医療機関による診療の可能性(代替性・転院の指示等)があること、内規に基づく診療拒絶に一定の合理性があるといえることから、病院側が診療契約を解除したことについてやむを得ない事由があるとして同責任を否定した。

### 3. 小 括

応招義務については、緊急事案で損害（死亡・後遺症）が発生した場面において、正当事由がない診療拒絶と評価されるときに不法行為責任を導出する機能を果たしてきたといえる<sup>45)</sup>。学説上、応招義務違反があれば医師に過失があるとの一応の推定がなされるとする見解が主張され、緊急事案を対象とした裁判例の中でも、過失の一応の推定を行った上で診療拒絶に正当事由がないとして不法行為責任を認めたものがある。

もっとも、応招義務の対象範囲は緊急事案の場面、既に損害が発生した場面に限られるわけではない。静岡地判平30・12・14の事案では、海外で腎移植を受けた患者のフォローアップ治療を拒絶したことの法的責任が問われたところ、同事案は緊急事案ではなく、診療拒絶による損害は発生していない。結論として応招義務違反が否定されたとはいえ、このような非緊急・非損害の場面でも診療拒絶の問題が生じていることを踏まえると、緊急時のみならず非緊急時の場面にも留意した上で応招義務の法的位置づけを明確にすることが求められる。その際に、応招義務違反の場合に不法行為責任のみならず、診療契約の締結強制まで認められ得るものなのかについても、正面から検討する必要があるように思われる。応招義務の限界事例である診療契約締結の強制可能性を模索して初めて、その私法上の責任の範囲が明確になり、応招義務が私法上いかなる意味を有するのかを明確にすることができるからである。この点につき、次のIVで検討することとしたい。

---

45) 応招義務違反と過失の一応の推定を結びつけることに否定的な見解として、岩田・前掲注(25)13頁は、「裁判例の結論は具体的な事情の下で妥当であるとしても、……医師法第19条の意義が公法的な義務としても再検討を免れないという議論がある中で、やや違和感を禁じ得ない」という。米村・前掲注(2)49頁は、過失の一応の推定をするという論理に対して、学説上肯定的に捉えられることが多いとしつつも、行政法規違反と不法行為責任の前提となる義務違反は原則的に別個独立に判断すべきであり、応招義務違反が常に民法上の過失判断と連動すると考えるべきではないという。

## Ⅳ 診療契約締結の強制可能性——締約強制の根拠および限界

### 1. 診療契約の締結強制をめぐる議論状況

#### (1) 強制可能性を指摘する見解の出現

Ⅲでみてきたように、応招義務の問題については、救急患者を念頭に置いた議論がなされ、患者の死亡・後遺症と関連して、診療を拒絶した医師・病院の不法行為責任の存否、医師法19条1項の「正当な事由」が認められる範囲を軸に議論が展開してきた。これに対して、静岡地判平30・12・14で争われたような非緊急・非損害の場面については、迷惑患者に対する診療拒絶の場面<sup>46)</sup>を除き、紛争が生じることはほとんどなく、この場面での応招義務の範囲をどう画するのか自体、ほとんど議論がなされてこなかった。非緊急の場面では、診療契約の締結強制を求める場面も考えられるところ、判例(裁判例)上、この点について判断したものはなく、学説において若干の議論がなされてきたにすぎない。そこで、締約強制全般を対象とした議論を確認した上で、診療契約締結の強制可能性をめぐる議論を整理する。

まず、締約強制全般を対象とした議論を確認する。前述したように、我妻栄博士は、公益的職務(電気等の公益事業や医療)に関する承諾義務違反につき、「公法的制裁を伴うだけであって、当事者間において契約の成立を認めることはできない」とした上で、不法行為責任が発生することはあり得るという<sup>47)</sup>。その後も、同様の見解が示されてきた<sup>48)</sup>。これに対し

---

46) 非緊急・非損害の場面として、本文で挙げた以外にも、迷惑行為を行う患者に対する診療拒絶の場面がある。東京地判平26・5・12LEX/DB25519668は、手術等の医療行為に関し、大声で不満を述べたり、暴言を吐いたり、手術の説明や謝罪を要求したために病院が診療拒絶した事案において、患者と病院の間の信頼関係が破壊しているとして、診療拒絶の正当事由があると判断した。同種事案として、東京地判平25・5・31LEX/DB25513049等。

47) 我妻・前掲注(2)19頁。

48) 高田桂一「公益事業における契約強制」公益事業研究11巻1号(1959年)6頁、谷口

て、契約の締結強制の可能性を示すものとして、末川博博士の次のような見解がある。末川博士は、承諾義務違反の法的効果として、それぞれの法律の趣旨に応じて、①契約は成立せず、罰則や不法行為に基づく損害賠償責任のみを負う場合、②義務者の意思にかかわらず、契約は一方的な行為（形成権の行使）によって成立したものとみなされる場合、③改正前民法414条2項の債務者の意思表示に代わる裁判によって契約を成立させることができる場合の3つの場合があるという<sup>49)</sup>。その他に、不法行為の成立を認めるのならば、さらに一歩進んで契約の成立そのものを認めることも困難ではないとの見解<sup>50)</sup>、明文の規定がない場合でも、信義誠実の原則から、独占的地位を有する企業には、公衆からの申込みを承諾する義務があるとの見解<sup>51)</sup>等、一定の場合に契約の締結強制まで認め得るとする見解も有力に主張されてきたところである。

次に、医師法19条1項に定められた応招義務については、公法上の義務にとどまり私法上の義務を定めたものではなく、患者側が医師に対して診療契約締結の請求権を有するわけではないとの理解が一般的であった<sup>52)</sup>。このような理解の下、長らく、診療契約の締結強制に焦点を当てた議論はほとんどなされてこなかったところ、平成6（1994）年に締結強制の可能性を指摘したのが手嶋豊教授であった。同教授は、診療契約の締結強制の議論が希薄であったと評した上で、予後が長期にわたる慢性疾患の診療に対して、損害賠償責任のみならず診療契約の成立を肯定すべき場面が実際必要であるとして、今後十分な検討がなされるべき課題である旨指摘する。この検討にあたり、医療行為が強制執行に全くなじまない性質のもの

---

↘知平編『注釈民法 13』（有斐閣、1966年）41頁〔谷口知平執筆〕、星野英一『民法概論Ⅳ 契約総論』（良書普及会、1975年）9頁等。

49) 末川博『法と契約』（岩波書店、1970年）349頁。

50) 石田穰『民法Ⅴ 契約法』（青林書院新社、1982年）25頁。

51) 宗宮信次『債権各論』（有斐閣、1952年）27頁。

52) 野田・前掲注（7）111頁、金川琢雄『現代医事法学 改訂第2版』（金原出版、1995年）38頁。

かどうかに着目する必要があるという<sup>53)</sup>。また、同種のものとして、診療・治療が長期予定される患者が代替医療機関を確保することが困難な場合には、条理上、診療契約の締結義務を肯定すべきであるとの見解が主張されている<sup>54)</sup>。

## (2) 間接強制の可能性を模索する見解

手嶋教授の問題提起を受けて、診療契約の締結強制について具体的な検討を行ったのが前田達明教授であった。前述したように、同教授は、医師法19条1項が憲法13条・25条に定められたすべての国民の基本権保護のための規定であり、その内容水準を確保するために医業独占が定められている点で、同項を「基本権保護型公序」と位置づけている。その上で、診療契約の締結強制の可否につき、間接強制の可能性を模索する<sup>55)</sup>。

前田教授の見解は、次の通りである。患者側からすれば、診療契約の締結強制を認めても不利益はなく、認められることが望ましい一方で、医師側としては医師法19条1項の正当事由によって拒否できるため、医師に対する基本権の過剰な制約は正当事由の判断枠組みの中で考慮すればよい。医業独占規定と相まって、強制執行も可能であり、間接強制(民事執行法172条)の可否が問題となる。次に、間接強制に関する日独の規律を踏まえると、応招義務規定を根拠に間接強制を行うことが法理上当然に許されない、というものではない。診療契約の履行強制は、医師の自由な人格の一定の侵害ではあるところ、患者の生命身体という人格権上最も重要な権利との比較衡量を行うならば、医師の自由な人格は同項の正当事由によって守られていることを考慮に入れると、間接強制の可能性も認められ得る。

間接強制を認める場合、患者の基本的人権と医師の基本的人権が衝突

---

53) 手嶋・前掲注(4)44頁。

54) 中村・前掲注(42)35頁。

55) 前田・前掲注(34)112頁以下。

し、後者の基本的人権を制約するわけであるから、その制約が必要最小限度のものにとどまるのか、「比例原則」に基づき、その部分原則である適合性の原則（当該診療義務が当該患者の病状治療に適合した有効なものであるか否か）、必要性の原則（具体的な診療義務が当該患者に必要なか否か）、均衡性の原則によって審査される。均衡性の原則については、適合かつ必要な具体的診療義務のうち最も医師にとって不利益が少ないものを選択し、その実施により患者の受ける利益と医師の受ける不利益を比較衡量し、前者が優る場合は実施を要求し、後者が優る場合は正当事由をもって実施が否定されることとなる。

これに対して、医師法19条1項を「基本権保護型公序」として一般的に捉えることへの批判がなされている<sup>56)</sup>。具体的には、「医療は『生命・身体・健康の保障や人間の尊厳、自己決定権』のすべ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」、「『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……医療現場では現実に対応しなければならない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」ことを理由として挙げている。

## 2. 診療契約締結の強制を認める根拠および限界

### (1) 筆者による締約強制理論の再検討

行政法規上、締約強制が明文化されている場合において、締約強制の対象者が契約締結を拒絶したとしても、契約の締結強制が常に認められるわけではない。いかなる場合に、契約の締結強制を認めることができるのかという視角から、締約強制の理論構造を解明する必要がある。以上の問題関心から、筆者は、契約自由に対する制限根拠に着目した上で、締約強制をいかなる理論として位置づけるべきなのかについて研究を行ってきた。

---

56) 三上八郎「診療契約強制（応招義務）の系譜的・機能的再検討」北大法学論集52巻4号（2001年）1197頁以下。

前段に述べた研究の結果、締結強制により契約自由を制限し、契約の締結強制を導出できる根拠は、契約の代替可能性がないという点にあることを明らかにした。契約の代替可能性がない場合とは、給付を求める正当な利益があるにもかかわらず、特定の者との契約締結以外の方法で給付を受ける途が残されていない場合を意味する。この①申込者に契約の代替可能性がないこと(申込者が提供者に依存していること)を実質的根拠として、②申込者に法律上保護に値する利益があること、③提供者に契約締結志向があること、④提供者に給付能力があることの4つ全ての要件を充足する場合には、例外的に提供者の契約自由を制限し、契約の締結強制を導くことが可能となるとの論理を展開した<sup>57)</sup>。その上で、契約の代替可能性がないという要件を満たす場面(水産業協同組合法25条〔組合加入契約〕、水道法15条1項〔給水契約〕)では契約の締結強制を認めることができるどころ、同要件を満たさない場面(放送法64条1項〔放送受信契約〕<sup>58)</sup>)では契約の締結強制を認めることはできないとの結論を得た。

## (2) 契約の代替可能性に着目する意義

近時の診療契約の締結強制に関する議論を通して、契約の代替可能性に着目する意義を示すこととしたい。

まず、診療契約の締結強制を否定する見解を整理する。山田誠一教授は、契約の締結強制を認めるべきか否かにつき、①法律の規定が承諾義務者に対して承諾を強く義務づけているか、それほど強いものではないか、②法律の規定のねらいが、承諾が行われることによって法律関係を

---

57) 谷江・前掲注(5)89頁以下。

58) 放送受信契約の締結強制については、国家による私人の権利に対する制限が許容されるのか、という別の観点からの検討も行った。契約の締結強制を認めることが基本的人権に対する過剰な介入に当たるか否かを判断する枠組みとして、比例原則が有用であることを示した上で、同原則に当てはめて検討を加えた結果、放送受信契約の締結強制を認める解釈は、受信者の有する基本的人権に対する国家による過剰な介入を認めるものに他ならず、違憲となる解釈であるとの論理を展開した(谷江・前掲注(5)118頁以下)。

成立させることにあるのか、承諾しないこと自体を禁じているのか、③承諾しないこと自体を禁じている場合であっても、間接的な承諾強制では、承諾義務者にとって承諾しないことによって得られる利益が承諾義務違反に対して課せられる不利益よりも大きいときは、直接的な承諾強制が必要となってくるとして、これらの総合的な検討が必要であるとする<sup>59)</sup>。

②の判断の中で、(a)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れば、法律関係を現実に成立させるべきである、(b)医師の診療等の専門的で高度な技術を要する給付のように、法律関係を成立させても承諾義務者の協力がないかぎり本来の給付を行うことができないとき、つまり、給付の内容が強制執行になじまない場合には、法律関係を現実に成立させる意義は大きいものではない、(c)当該法律関係に基づく給付が将来にわたり継続的である場合は、一回的な給付の場合に比べて、法律関係を現実に成立させる必要性は高い旨論じている。山田教授は、給付の内容が非代替的であれば法律関係を現実に成立させるべきであるところ、診療契約の場合には給付の内容が強制執行になじまないことを理由として、法律関係を現実に成立させる意義は大きいものではないと考えている。

他にも、診療契約の締結強制に否定的な見解は、医療行為ないし準委任契約の性質から、強制履行が難しい債務について承諾を強制しても意味はなく、医療については、契約の締結を求める側（患者）が別の医師・病院と契約を締結することが比較的容易であり、給付内容に代替性があるという点<sup>60)</sup>、診療契約の内容は電気等の事業のようにサービス内容が一元的な内容ではなく、契約主体の業は独占しているとはいえ、多数の事業体に分かれ、患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という点を挙げている<sup>61)</sup>。

59) 山田誠一「判批」法協100巻2号（1980年）452頁以下。

60) 伊藤知義「契約締結の強制について」中央ロー・ジャーナル9巻4号（2013年）49頁。

61) 三上・前掲注（56）1200頁以下。

以上のように、否定説は、① 給付内容に代替性があること、② 給付内容が強制執行になじまないことの2点を実質的根拠として、診療契約の締結強制を認めることはできないとしている。これに対して、1でみたように、肯定説は、代替性がない場面を念頭に置いて診療契約締結の強制可能性を論じており(①)、医療行為の性格から間接強制の可能性を模索している(②)。平野裕之教授は、契約を締結すべき法定の債務まで負担させる場合には、受給者保護のため給付の取得そのものを実現する切実な必要性があること(給付の性質上の必要性、他から同様なし代替の給付を受けることが困難なこと)、受給者側の保護の実現のために、立法技術として他の手段(代替手段)が考えられないことが必要であるという。その上で、医師法19条1項を念頭に置いて、「他から同様なし代替の給付を受けることが困難なこと」という点から、同じ条文が問題となっても、不法行為にとどめられるべき事例と契約の締結強制まで認められるべき事例と具体的な結論が異なることも起こり得る旨指摘する<sup>62)</sup>。

## V 結 語

本稿では、医師法19条1項の応招義務規定を対象として、公法上の義務として位置づけられてきた同義務が私法上いかなる意味を有するのかという点につき、不法行為責任、診療契約締結の強制可能性を中心に検討してきた。

従来、応招義務に関して、救急患者を対象とした議論が展開され、不法行為責任の可否が直接の問題とされてきたため、診療契約の締結強制が認められ得るのかという点は重要な問題として認識されてこなかった。しかし、診療・治療が長期予定される患者が代替医療機関を確保することが困難な場合のように、患者が、診療・治療を受ける正当な利益を有している

---

62) 平野裕之「放送法64条1項と民法414条2項但書——契約と制度と私的自治——」法学研究87巻1号(2014年)18頁。

にもかかわらず、診療・治療を受けるために特定の医師・病院との契約締結による以外に手段が残されていない場合も考えられる。専門医療の一極集中化、過疎地域による医療の確保が問題となり得るところであり、医師法19条1項の私法上の責任として診療契約の締結強制を導出する可能性を探る必要があるように思われる。

応招義務は、締約強制の一類型であり、医師・病院側の契約自由を制限するものである。筆者は、これまでの研究の結果、締約強制により契約自由を制限し、契約の締結強制を導出できる根拠は、契約の代替可能性がないという点にあることを明らかにした<sup>63)</sup>。診療契約についても、申込者が特定の医師・病院と診療契約を締結する以外に手段が残されていない場合、すなわち契約の代替可能性がない場合には、特定の医師・病院に対する診療契約の締結強制を認める余地がある。専門的で高度な技術を要するという医療行為の性格や、医療行為の内容は画一したものではなく、医療関係者の協力があって初めて成り立つものであるという側面を踏まえると、診療契約の締結強制が例外的に認められる場合であっても、間接強制にとどまると解すべきである。

本稿は、締約強制理論の枠組みの中で診療契約締結の強制可能性を探求することを目的としたものであって、実務上、診療契約の締結強制を積極的に認めていくべきであるという立場ではない。医療行為の性格・内容を踏まえると、診療契約の締結強制については慎重に判断していくべき問題であることはいうまでもないであろう。これらの点に留意した上で、応招

---

63) 社会福祉の領域でも、契約の締結強制の可否を判断するにあたり、契約の代替可能性を踏まえた議論がなされている。山下慎一准教授は、子ども・子育て支援法33条1項の私法上の効力を検討する（山下慎一「福祉契約上の応招義務違反における締約強制と契約自由——子ども・子育て支援法33条1項を例として」福岡大学法学論叢63巻3号〔2018年〕705頁）。その中で、筆者による契約の代替可能性に着目した締約強制理論を参照した検討の結果、同項について「当事者が憲法13条を淵源とする選択権に基づいて選んだサービスは常に唯一であり、代替不可能なのであるから、（正当な理由の不存在を前提として）応招義務違反の場合には常に契約上の効果が発生する」との結論を導き出している（同740頁）。

義務規定のあり方といった制度の根幹や、他の締約強制を定めた規定との異同をも踏まえた多角的な観点からの検討により、応招義務と私法上の責任の関係をより精査していくことが、今後の課題である。

- \* 本稿は、科学研究費補助金・基盤研究(C) (課題番号 20K01380) の助成による研究成果の一部である。