

医療契約論

—その典型的なるもの— (1)

村山 淳子

第一章 序論

- 一 一連の「医療契約論」研究の全体像
- 二 研究全体の方法手順と本稿の役割
- 三 本稿の方法手順
- 四 本研究の学問上の位置づけ
- 五 概念定義の確認
- 六 本稿の射程

第二章 私法契約規範の外にあるもの

- 一 本章で行なうこと
- 二 公法規範と私法規範の関係性
- 三 応召義務
- 四 守秘義務
- 五 記録作成・保存義務
- 六 保険法令上の規律
- 七 小括

以上、本号

第三章 非本質的な要素

第四章 本質的な要素

第五章 結論—典型医療契約類型—

一六二

第一章 序論

本稿は、筆者の一連の「医療契約論」研究の一部を構成するものである。よってまず、この「医療契約論」研究の全体像をあきらかにしたうえで（一）、その中での本稿の役割（二）、方法手順（三）、そして学問上の位置づけ（四）を叙述しよう。内容の精確を期すために、本稿における概念定義（五）と本稿の射程（六）を末尾で確認しておく。

一 一連の「医療契約論」研究の全体像

筆者の「医療契約論」研究は、少なくとも、「現代の日本において、通常的能力を備えた私人が、緊急事態ではなくして医療を受けに行く」⁽¹⁾ という一般形においては、医師と患者の間に何らかの法的な契約関係が成立すると想定し、その内実を実体的に解明して、最終的には一つの独自の典型契約類型として定立しようとするものである。

本研究は、証明責任の配分のみに着眼した従来の研究アプローチを転換し、その帰結であった準委任契約説を再考することから出発した。そして、医療契約は委任とは似て非なる非典型契約であるという新たな性質決定に立ち、その法的処遇を考えるにあたり民法学における近時の典型契約論に目を向けた。これはすなわち、非典型契約の中に典型契約を見出すことで契約問題を処理することを、積極的に評価する一連の理論動向である（後述四1参照）。本研究は、かかる民法学における一般理論を、医療契約に応用し展開させようとするものである。

二 研究全体の方法手順と本稿の役割

本「医療契約論」研究は、以下のような個別の研究を段階的に積み上げてゆき、全体的な視野からそれらを体系的に組み立てることで、一つの研究理論を構築する方法を採用している。

(1) 拙稿「医療契約論—その実体的解明—」西南学院大学法学論集第38巻第2号（2005）62頁と同一の設定で統一した。

＜第1段階＞医療契約の性質決定の再考—着想—

従来もっぱら証明分配の一面から論ぜられ、その帰結として準委任と性質決定されてきた医療契約の実体的内容を体系的・網羅的に検討し⁽²⁾、その結果、非典型契約説に立ち、新たな典型契約の定立を着想した。

＜第2段階＞検討対象規範の絞り込み—対象の確定—

委任契約との間で詳細な比較対照作業を行ない、医療契約に関する規範を①民法の委任契約に関する規定・解釈が適用できる部分と、②民法の委任に関する規定・解釈が妥当しない部分とに区分したうえ、検討対象を②に属するものに絞りこんだ。

＜第3段階＞個別の規範の検討—個別的研究—

上記②に属する個別の規範のそれぞれについて、医療契約に本質的な要素の探究という視点から、法的性質を検討した⁽³⁾。検討過程において、医療契約の本質的要素の考察にあたっての共通の分析軸として、①患者の自己決定権、②医師の裁量権、および③医療の公共性の3要素の相克と調整というモデルを見出した。

＜第4段階（＝本稿）＞本質的要素の抽出と新類型の組み立て—総合的研究—

上記検討を加えた個別の規範を、段階的に篩（ふるい）にかけて選別し、医療契約に固有で本質的な要素の候補を抽出して、上記共通の分析軸を用いて論証する。最終的に、その部分を頂点中央に据えたピラミッド型の典型医療契約類型を組み立てて提示する。

三 本稿の方法手順

本稿では、第一に、医療契約に関する規範のうち、「民法の委任に関する規定・解釈が妥当しない部分」に属する規範から、医療契約に本質的ではないも

(2) 特に拙稿・前掲注(1)

(3) 特に医師の守秘義務については、医療情報法研究の成果として公表している（拙稿「診療情報の第三者提供をめぐるわが国の法状況の考察—異質の法領域の架橋を志向して—」西南学院大学法学論集37巻1号(2004)95頁以下、同「医療情報の第三者提供の体系化(1～3・完)」西南学院大学法学論集39巻3号(2006)1頁以下、4号(2007)25頁以下、40巻1号(2007)95頁以下）。

のを段階的に取り除いてゆく作業を行なう。初めに、私法上の契約規範ではないもの（主として医師の公法上の義務）を除外する（第二章）。次に、私法上の契約規範ではあっても医療契約に本質的ではないものを選別してゆく（第三章）。第二に、最終的に残ったものを医療契約に固有で本質的な要素であると仮定して、①患者の自己決定権、②医師の裁量権、および③医療の公共性の3要素の相克と調整という共通の分析軸を用いて論証し（第四章）、これを頂点中央に据えた典型的な医療契約類型を組み立てる（第五章）。

四 本研究の学問上の位置づけ

1 近時の民法学における典型契約論との関係

本稿および本研究が最終的に目指すものは、医療契約を一つの独自の典型契約類型として定立することである。これは、民法学において総論的に展開された典型契約論を、医療契約という一つの各論分野において応用し発展させることを意味する。

既知のとおり、伝統的には、わが国の学説⁽⁴⁾の主流は、典型契約の意義について、無関心もしくは否定的な態度を示してきた。すなわち、典型契約の生成を経済史の観点から説明し、典型契約の機能は契約内容が不確定・不明瞭な場合の契約内容の補充にとどまるという理解に立った上で、現行典型契約規定の絶対性に懐疑を呈するものであって、なかには典型契約制度の意義そのものを否定する見解も存在していた。

これに対して近時強力に主張された学説⁽⁵⁾は、契約問題を処理するうえでの法的な思考枠組という点から典型契約を再評価し、非典型契約の中に典型契約を見出すことで契約問題を処理することを積極的に評価するものである。これ

(4) 学説の歴史的展開については、潮見佳男『契約各論Ⅰ』（2002、信山社）4頁以下が網羅的に整理している。

(5) 河上正二「契約の法的性質決定と典型契約」加藤一郎古稀記念論文集下（1992）275頁以下、大村敦志『典型契約と性質決定』（1997、有斐閣）、山本敬三「契約法の改正と典型契約の役割」別冊NBL51号（1998）4頁以下、最近では石川博康「『契約の本性』の法理論」私法68号（2006）174頁以下（同「(1)～(完・10)」法学協会雑誌122巻2号（2005）～124巻11号（2007））等。

ら学説は、典型契約の機能として次のようなものをあげている。すなわち、①法的な思考枠組としての機能、②契約内容の合理的規制、そして③秩序創造補助機能である。

典型契約のこのような機能に着目するならば、日常的に行われる取引に関するもので、「規律としてのまとまりを有し、独立のカテゴリーを形成するにふさわしい」⁽⁶⁾ 規範群があれば、これを独立の典型契約類型として捉える作業は、そのこと自体、一つの意義を有するものといえよう。

2 隣接各論研究との関係

社会的弱者保護の要請の強い法領域（借地借家法、労働法、消費者法等）に関し、解釈論や立法により、約款規制や任意規定の強行（あるいは半強行も含め）化が行われている。これらについての諸理論は、まず約款規制論の領域で、次に消費者契約論の領域で展開された⁽⁷⁾。

これは、社会的強者が社会的弱者に—ときに約款という手段を通じて—自己に有利な契約内容を事実上強制することに、司法的規制を加えるための一つ的手段として、典型契約制度が用いられていると捉えることができ、典型契約制度の前記②の機能に特に関連づけられる。ここでは、当事者の合意を超えた「契約正義」の観点から契約内容の規制が行われるのであって、契約自由の原則の限界（修正）というテーマのもとで語られる。

医師と患者に力格差があり、かつ公共的性格を一側面とする医療契約は、これらの分野と問題性の根幹を共有している。医療契約の典型化は、すなわち、特に患者の権利保護や生命倫理の観点から、「かくあるべき」医師—患者関係を法的側面から探究する作業にほかならない。また、内容規制の法技術にしても、医師の免責、責任制限条項、または患者側に一方的に不利な条項の排除または片面的強行規定として処理することが主張されるなど⁽⁸⁾、類似性が認めら

(6) 潮見・前掲注 (4) 16頁

(7) 学説については、大村・前掲注 (5) および潮見・前掲注 (4) 13頁以下を参照した。最近のものも含め、文献は豊富に存在する。

(8) 手嶋豊「医療契約についての規定を民法に組み込むことを考えるか」『法律時報増刊シリーズ司法改革 民法改正を考える』(2008) 325頁（免責、責任条項を医療契約における検討すべき問題としうえて）

れる。2001年に施行された消費者契約法⁽⁹⁾は、高い一般性を有し、医療契約も適用対象に収めており、そこから得られる示唆も多いであろう。

もっとも、医療の在り方を規制する「正義」は、民法学で一般的にいわれるところの「契約正義」とは異質な要素を含む。そこでは、状況の濫用や給付の不均衡⁽¹⁰⁾よりもむしろ、患者の憲法上の権利、医師の職業倫理、そして生命倫理に光が当てられる。また、内容規制のテクニック面でも、医療行為—生殖補助や生命倫理にかかわる場合は特に—ハード・ローによる規制になじみにくくソフト・ローが活躍するという個性を有している。消費者法でも過剰規制回避の手段としてソフト・ローの活用は説かれているが、文化闘争や司法の在り方にかかわるより根深い問題がここにはある。したがって、内容規制を正統化する原理および法技術⁽¹¹⁾という面においてかなりの隔たりがあると認識すべきであろう。

3 医事法学における近時の医療契約成文化の指向

医事法学の分野では、医療契約の性質論⁽¹²⁾は、当初より委任か請負かという類型論争の形をとって現れ、訴訟における証明分配の一面から、診療債務を手段債務と捉える（つまり債務不履行構成でも不法行為構成でも証明責任上は大差ないと帰結をよしとする）準委任契約説が、通説⁽¹³⁾・判例⁽¹⁴⁾のとりどころとなった。

(9) 加藤雅信『新民法体系Ⅳ契約法』（有斐閣、2007）130頁以下に、法および裁判例について詳細な解説がある。最近の東京地判平21.6.19判時69頁は、医療費の立替払契約に適用し、医学的に一般に承認された術式でないことを不利益事実と評価している。

(10) 公序良俗の一類型であるところの、いわゆる暴利行為。暴利行為とは「他人の無思慮・窮迫に乗じて不当の利を博する行為」であるとされる（大村敦志『公序良俗と契約正義』（有斐閣、1987）3頁以下参照）

(11) 大村・前掲注(5) 127頁等参照

(12) 詳細は拙稿・前掲注(1) 61頁以下およびそこの引用文献を参照されたい。加えて、民法起草当初からの議論について、手嶋豊「医師の民事責任を中心とした医事法小史」中川淳＝貝田守編『未来民法を考える』（法律文化社、1997年）106頁以下がある。

(13) 代表的文献のみをあげると、我妻栄『債権各論中巻2』（岩波書店、1962）頁、加藤一郎『注釈民法（19）』（有斐閣、1965）148頁、幾代通ら編『新版注釈民法（16）債権（7）』（有斐閣、1998）233頁（中川高男）等。詳細は拙稿・前掲注(1) 84頁注(28)を参照されたい。

しかし他方で、医療契約の独自性・多様性を重視して、このような類型論争の実益に疑問を投げかけ、その固有の内容の探究に目を向ける必要性を説く見解が、有力化していった。それらは、準委任契約説の一部もしくは全部を否定したうえで、契約内容の真の把握にとっては、固定的な鑄型に押し込むことは却って有害であると指摘する。このような考え方は、医療契約をあえて典型契約に結びつけず、独自の無名（非典型）契約として捉える無名契約説と親和するものである。今日では相当数の学説⁽¹⁵⁾が無名契約説を支持しているほか、裁判例でも本説に立つことを明言するものが少数ながら存在している⁽¹⁶⁾。

このような中で、最近の顕著な動向として、患者の権利保護や法律関係の明確化の観点から、医療契約の法典化や医療契約書の雛型の提案の形で、医療契約の成文化が指向されている⁽¹⁷⁾。民法の債権法改正を前に、医療契約の規定を改正民法に組み込むべきかどうかとも検討されている⁽¹⁸⁾（後述六2参照）。

(14) とりわけ昭和40年代には、医療契約は準委任契約であるという裁判例が続出した。具体的事例を挙げる文献として、菅野耕毅『医療契約法の理論（増補新版）』（信山社、2001）98頁以下が詳しい。野田寛『医事法中巻（増補版）』（青林書院、1994）400頁注（1）も参照。

(15) 西原道雄「医療と民法」大阪府医師会編『医療と法律』（法律文化社、1971）199頁、新美育文「診療契約」伊藤進編『契約法』（学陽書房、1984）229頁、野田・前掲注（14）399頁、前田達明ほか『医事法』（有斐閣、2000）217頁以下等。最近では、奥田昌道＝池田真朗編『民法5契約〔法学講義〕』（悠々社、2008）297頁（橋本恭宏）。詳細は拙稿・前掲注（1）84頁注（31）参照。

(16) たとえば、札幌地判昭和53・4・18判時916号61頁、大阪地判昭和57・3・4判タ466号160頁、大阪地判昭和57・3・25判タ469号234頁等。

(17) 2005年日本医事法学会シンポジウム（年報医事法学21号（2006）に大会記録が掲載）等。成文化論の論拠とするところは、①人の生命・身体にかかわる重要な法律関係は民法の典型契約の一つとすべきである、②成文化により法律関係が明確になり過剰な要求や過小な義務履行を防ぐことができる、③あるべき医師患者関係について現実をリードすることができる、④医療においては患者が契約に関して適切な判断ができない状況も発生する、そして④外国での立法例（オランダ等）が現に存在すること等のようである（主として、手嶋・前掲注（8）323頁以下を参照した）。

なお、2002年に名古屋弁護士会（愛知県弁護士会）が契約書の雛型を公表している（手嶋豊『医事法入門（第2版）』（有斐閣、2008）244頁）

(18) この点について検討するものとして、手嶋・前掲注（8）323頁以下（現時点で、医療契約についての規定を改正民法に組み込む段階にはないが、医療契約に特化した民事特別法の制定を、近い将来を見据えて検討すべきとする）

このような動きは、医療契約を委任とは異なる固有の非典型（もしくは典型化途上の）契約と捉え、契約内容の合理化という観点から、成文による典型化を提唱するものである。そうであるならば本研究は、医事法学が展望するあるべき医療契約観に、一つの理論的基盤を提供できることになる。

五 概念定義の確認

本稿で扱う基本的な概念のうち、特に多義的で議論の混同をまねくおそれがあるものや、通用性の比較的低いものについて、本稿での概念定義を明確にしておこう。

1 典型契約と非典型契約、有名契約と無名契約

最も一般的には、典型契約とは民法典または商法典に規定されている契約⁽¹⁹⁾を意味し、そうではない契約を非典型契約または無名契約と呼ぶ（すなわち、典型契約＝有名契約のニュアンスが強い）⁽²⁰⁾。

しかし本稿では、典型契約と非典型契約、有名契約と無名契約という各対義語の組み合わせについて、精確な区別を行うことにする⁽²¹⁾。すなわち、本稿で典型契約とは「一定の抽象的な契約類型」⁽²²⁾であり、非典型契約とはそうではない契約のことである。これに対し、有名契約とは「法律中に名称が規定されている契約」⁽²³⁾であり、その対義語の無名契約はそうではない契約である。有名契約は典型契約に包摂される関係に立つ。

2 契約に「本質的な」要素とは

本稿において規範選定の基準となる、医療契約に「本質的な」要素とは、医療契約類型を特徴づける要素であり⁽²⁴⁾、それについての合意が維持されていな

(19) 我妻栄『債権各論上巻』（1954年、岩波書店）47頁

(20) 潮見・前掲注（4）3頁以下を参照した。

(21) 典型契約および周辺類似概念の意義や相互関係については、主として大村・前掲注（5）10頁以下の見解を参照した（大村教授は、典型契約という用語が多義的で異なるレベルで使用されることを指摘しているが、本稿では、中心的に検討対象とするそのうちの一つを採用した）

(22) 大村・前掲注（5）11頁

(23) 大村・前掲注（5）11頁

(24) 大村・前掲注（5）194頁、石川・前掲注（5）参照

ければ医療契約とは言えない（医療契約の法律効果は与えられない）要素である。これは例えば、「ある契約が売買契約であると言うためには、当該契約が、一方当事者に目的物の所有権移転の義務を負わせ、他方当事者に代金の支払義務を負わせるものであることが必要である。逆に、当該契約にこれらの要素を見い出すことができれば、それは売買契約であると判断（性質決定）される」⁽²⁵⁾と同様の関係を、医療契約に置きかえれば理解が容易であろう。合意によって付加してもよい、あるいは合意によって排除されない限りは法によって補充される要素とは区別して使っている。

六 本稿の射程

1 「非典型な」医師・患者関係の存在

本稿は、「現代の日本において、通常的能力を備えた私人が、緊急事態ではなくして医療を受けに行く」という、ある一つの場面を、医師・患者関係の一般形として設定し、これについて典型契約類型化を構想するものである。

しかしもともと、医師と患者の関係は多種多様であって、時代や社会、患者の能力、疾病の性質、緊急性、そして特約の有無等によってもその相様を異にする。契約関係が存在するか否かも含めて、具体的状況に応じた法律構成を考察すべきなのであって、統一的・一義的な議論にはなじみにくい特性を有している⁽²⁶⁾。医師・患者関係のこのような特性が、無名契約説論者の強力な論拠となっているのは、前述したとおりである。本稿が一般形として設定する関係が「典型」であるとすれば、それがあてはまらない多彩な「非典型な」関係が数多く存在することを、あらかじめの前提とせねばならない。

敢えてこれら「非典型」な関係の「典型」をあげるとすれば⁽²⁷⁾、①精神障害者や感染症患者に対する強制治療（行政上の即時強制）、②産業医や保険審査医と患者との関係（事業者・保険会社と医師の間には法律関係があるが、医師

(25) 大村・前掲注(5) 194頁

(26) 高嵩英弘「診療契約の特質と内容（一）—西ドイツの議論を中心に—」民商96巻6号（1987）39頁参照

(27) 精確には、医師・患者関係には典型的な契約関係の他に、他の類型に収まるものと、真に「非典型」なものがあるといえよう。

と患者の間には法律関係は存在しない)、③いわゆる「抱医者」(雇用契約)、④身元不明の意識喪失者に対する医療(事務管理)、④美容整形や歯科治療などの特殊な医療(請負契約)などがある⁽²⁸⁾。

2 成文化の必要性の問題(典型契約の法源の問題)

本稿は、医療契約に関する規定を改正民法に組み込むことも含め、成文化の必要性の有無について直接の提案を行うものではない。

医療契約の典型化は、必ずしも法定の契約類型による必要はない。「熟度の高い」解釈論上の典型契約類型の定立によってでも、法定類型と同様の性質決定の操作を行なうことは可能である⁽²⁹⁾。これは、典型契約の法源の問題である。

このテーマについては、典型化そのものについての考察に加え、(法の機動性、一般法と特別法の関係、現時点での理論の成熟度といった)法技術的な面を含む別のレベルの考察をさらに要するため、別稿に譲りたい。

第2章 私法契約規範の外にあるもの

一 本章で行うこと

本章では、医療契約に関する規範のうち、「民法の委任に関する規定・解釈が妥当しない部分」に属する規範を節(ふるい)にかけ、私法上の契約規範ではないものを確定し、除外する作業を行う。

医療は公的・公共的⁽³⁰⁾性格を有するがゆえに、応召義務や守秘義務をはじめとして、各種公法上の義務が医師に課せられている。これらは文献において、特に理由を付されることなく、医療契約の医師の義務の項目で羅列されること

(28) 菅野・前掲注(14)94頁以下を参照した。以上の関係の法律関係の詳細については、拙稿・前掲注(1)63頁およびそこの引用文献を参照

(29) 大村・前掲注(5)353頁

(30) 「公共性」は多義的な概念であるが、本稿では、国家秩序にかかわる場合に「公的」、社会共同体利益にかかわる場合に「公共的」と使い分けることにした(関連文献は膨大だが、長谷部安恭男=金泰昌編『公共哲学12法律から考える公共性』(東京大学出版会、2004)、日本法社会学会編『公共性の法社会学』(有斐閣、2008)等を筆者は参照した)

も少なくない⁽³¹⁾。

しかし、厳密にいうならば、これは医師が国家に対して負う公法上の義務であって、私法上の契約関係に基づき患者に対して負う義務とは異なる。近時の契約責任の拡張、そして公法と私法との関連づけが指向される中で、これら公法上の義務をどこまで、そしていかように患者に対する契約上の義務に取り込んでゆくかは、一つの課題である⁽³²⁾。

この課題に関する通説を中心とした一般的な理解と指標を示したうえで、個別の規範を検討し、私法上の契約規範に取り込むことができないものを確定して除外するのが、本章で行う作業である。

二 公法規範と私法規範の関係性

現代の民法学の学説・判例は、公法規範と私法規範の関係性について、以下のような理解をしている⁽³³⁾。

① 公法規範と私法規範は、基本的には、異なる論理をもつ異質のものとして区別される(公法・私法二分論)。

しかし、近時は、公法と私法の相互依存・補完関係を意識し、両法規範を関連づけて考察する研究が隆盛である⁽³⁴⁾(かかる理論的動向は、民法学のみならず、法学、さらには社会科学全般にみられる⁽³⁵⁾)。

② そんな中、公法規範と私法規範の関係について、一般的には以下のように解されている。

(31) 野田・前掲注(14)408頁、菅野・前掲注(14)127頁以下等。

(32) 拙稿・前掲注(1)80頁以下での問題提起による。手嶋・前掲注(8)324頁も参照。

(33) 総則、不法行為を中心に各種民法の基本書のほか、山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣、2000)を参照した。

(34) 代表的なもの山本敬三教授らによる、基本権保護義務論諸説である(山本・前掲注(33)等)。また、2007年の日本私法学会シンポジウムでも、公法と私法の関係について、特に競争秩序という視点からテーマとされた(「日本私法学会シンポジウム資料 競争秩序と民法」NBL863号(2007)39頁以下に資料が掲載)

(35) 関連文献は膨大だが、長谷部=金編・前掲注(30)、日本法社会学会九州研究支部「(九州法学会分科会記録)市民的公共性/公共圏のゆくえ」九州法学会会報(九州法学会、2006)57頁以下(江口厚仁)等を筆者は参照した。

公法規範が私法規範にとって意味を有するのは、基本的には、当該公法が一般私人の利益保護を目的とするときである。

公私の相互補完を認める見解によれば、さらに、i 公秩序維持を目的とする公法が、私人の利益保護にも役立つときには、積極的にこれを利用する(公法が私法の目的実現を支援する)、逆に、ii 個人的法益を保護する公秩序を国家が採用しているときに、その実現のために私法上の手段も必要ならば、これを活用する(私法が公法の目的実現を補完する)ことが求められる⁽³⁶⁾。

③ 具体的に、刑罰法規・取締法規違反と民事責任との関係について、以下のようない般的指標が通用している。

- i 刑罰法規違反は、原則として、民事責任法上も違法かつ有責と判断される。
- ii これに対して、取締法規違反の民事責任法上の責任判断の基準としての作用の在り方は、(事実上の推定機能の有無を含め) 区々である。

かかる指標が成り立つ理由づけとしては、以下のような説明が妥当する⁽³⁷⁾。すなわち、刑罰法規は、法益を違法に侵害する行為、あるいはその蓋然性が高い行為をあらかじめ特定して刑罰を科すものであるから、その違反は原則

(36) 大村敦志『契約法から消費者法へ』(東京大学出版会、1999) 201頁参照。なお、山本敬・前掲注(33) 293頁は、公法も私法も国家がその基本権保護義務を果たすための手段であることに変わりはないとの立場から、「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。また、公法を通じて、国家が一定の基本権を支援するという立場を採用しているときに、その実現のために私法上の手段も必要ならば、むしろそれを活用することが要請される」と説明する。

(37) 山本・前掲注(33) 274頁以下を参照した(山本教授は、「基本権保護法令」(「基本権を保護するための法令」)を、「基本権の侵害との結びつき」によって、以下のように分類する。まず、「侵害防止型法令」(「基本権の侵害を防止することを目的とした法令」)と「危険予防型法令」(「基本権の侵害そのものを防止するというよりは、むしろそうした危険が発生するのを予防することに主眼をおいた法令」)とに分け、前者をさらに、「直接防止型法令」(「基本権に対する現実の侵害行為、あるいは侵害を生じさせる蓋然性が高い行為をあらかじめ特定して禁止し、その違反に対して一定のサンクションを科すもの」と「間接防止型法令」(「基本権に対する侵害が発生する抽象的な危険がある場合において、その危険が現実化しないよう一定の行為を命令ないし禁止し、その違反に対して一定のサンクションを科すもの」)に分ける。そして、多くの刑罰法規は、基本権侵害と最も結びつきの強い「直接防止型法令」の代表例であるという)。

として民事責任をも発生させる。これに対して取締法規の多くは、法益侵害の危険の発生を防止、もしくは抽象的な危険の現実化を防止するためのものにとどまるため、民事責任の判断に際しては一つの基準を提供するにすぎない。

④ 不法行為責任と債務不履行責任との関係

少なくとも、直接の契約関係が（未だ交渉過程ではなくして）成立に至った後の当事者同士では、両制度の責任判断はほとんど重なり合う。ドイツ法を参考とした契約上の義務の構造分析⁽³⁸⁾を通じて、付随義務や保護義務、あるいは信義則上の義務といった法律構成により、契約責任が契約相手方の完全性利益保護にまで拡張されたことで、少なくとも損害賠償請求権のレベルでは、両規範の守備範囲に大きな差はない。

⑤ 特定の分野について、取締法規違反と民事責任判断との関係に一定の傾向が確認され、以下のように言及されている。

i 交通法規違反は、不法行為法上の過失認定にほぼ直結する（強い事実上の推定機能が働く）。

ii 経済法令違反は、不法行為法上違法とは必ずしも判断されない。

iii（さらに、本稿の目的に照らし、医事法学の分野について付言すると）生命・健康という重大な保護法益と深くかかわるゆえに、責任に結びつきやすい一面を有する。しかし他方で、医療行為は個別性・自由裁量性を個性とするため、取締法規が過失判断の基準として果たす役割は比較的小さいという一面も有する⁽³⁹⁾。

以上の一般的理解と指標を基準にして、医療契約で言及される各種公法規範のうち、私法上の契約規範に取り込むことができないものを選別しよう。

三 応召義務

1 応召義務とは

(38) 北川善太郎『契約責任の研究』（有斐閣、1963）352頁、潮見佳男『契約規範の構造と展開』151頁以下（有斐閣、1991）等

(39) 唄孝一『医事法学への歩み』（岩波書店、1970）171頁参照。

応召義務とは、正当な理由⁽⁴⁰⁾がない限り、患者の診療の求めを拒んではならないという医師の義務である。医師の本来的な職業倫理の一つであるといえるが、これを義務として法が規定することは、諸外国には無い立法例であり、比較法的にみて独自である⁽⁴¹⁾。

ほかに、診療義務、応招義務、応需義務、応求義務、診療引受義務という用語もある。厳密に言うならば、診療義務（応需義務、診療引受義務も同義）には、患者が既に医師の下にある場合に診療の求めに応じる場合⁽⁴²⁾と、患者が未だ医師の下にない場合に診療の求めに応じる場合とがあり、後者を特に応召義務（応招義務）と呼ぶ区別がなされることがある⁽⁴³⁾（本稿では、特に区別を意識すべき場合にのみ鈎括弧を付して「応需」と「応召」を使い分け、それ以外は一律応召で通すことにする⁽⁴⁴⁾）。

2 歴史的沿革

医師の不应召に関する法制の沿革は概略、以下のようなものである。まず、わが国近代医療制度の基礎を築いた明治7年の医制（文部省通達⁽⁴⁵⁾（行政上の制裁））に始まり、明治15年施行の旧刑法の違警罪（拘留または科料⁽⁴⁶⁾）、明治41年（現行刑法への移行時）警察犯処罰令（科料、「急病人」から「病者」一般へ拡大⁽⁴⁷⁾）、大正8年の医師法施行規則（罰金、「応召」から「応需」一般へ

(40) 従来の裁判例では、この「正当事由」に存否こそが中心的な争点であったが、本稿テーマとの関係から、ここでは立ち入ることはしない。このテーマについては、拙稿・前掲注(1) 87頁注(74)、拙稿「神戸診療拒否事件」宇都木伸＝町野湖＝平林勝政＝甲斐克則編『別冊ジュリスト医事法判例百選』（有斐閣、2006）212頁以下、およびそれぞれの引用文献を参照されたい。

(41) 金沢文雄「医師の応招義務と刑事責任」法時47巻10号36頁

(42) 小野恵「医師法第19条第1項の問題点」東女医大誌38巻10号（1968）707頁は、「入院中の患者が回診以外に臨時に診療をもとめる場合」を例としてあげる。

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

(44) 拙稿前掲注(1) では、一律応招と表記しているが、これと同じ意味で使っている。

一四九 (45) 44条「医師行状正しからず或いは懶惰にして業を怠り危急の用に達せざるときは医務取締区戸長の詮議を以て地方長官衛生局に届け医業を禁じ地方庁に其理由を報告すべし」

(46) 427条9号「医師穩婆事故なくして急病人の招きに応ぜざる者を1日以上3日以下の拘留または20銭以上1円25銭以下の科料に処す」

(47) 3条7号「開業の医師産婆事故なく病者又は妊婦産婦の招きに応ぜざる者を20円未満の科料に処す」

拡大)⁽⁴⁸⁾、昭和17年の国民医療法（罰金または料料）⁽⁴⁹⁾を経て、現行医師法（昭和23年制定）に至っている。

現行医師法以前の戦前までの応召義務規定には、行政罰であれ刑事罰であれ、直接の処罰規定が存在していた。

3 現行法制のあらまし

応召義務の直接の法的根拠は、医師法19条1項に求められる（歯科医師法19条1項、保健婦助産婦看護婦法39条1項、薬剤師法21条等にも同旨の規定がある）。同項は、「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」と規定する。

現行医師法は、医師の不应召に対して直接の処罰規定を有していない。厚生省の行政解釈によれば、応召義務違反の反復は、医師法7条2項にいう「医師としての品位を損するような行為」にあたり、行政処分（医師免許の取消・停止）の対象になるという（昭和30年8月12日医取755号医務課長回答）⁽⁵⁰⁾。一部学説は、処罰規定無きことをもって、応召義務規定は医師の本来的な職業倫理を法的に訓示した訓示規定にすぎない⁽⁵¹⁾、あるいは応召義務は職業倫理上の義務と法的義務の中間に位置するものであると説明する⁽⁵²⁾。

4 医師の応召義務規定の立法趣旨

このような応召義務が規定されてきた立法趣旨は、国の医療政策に深く関わりとされる。

まず、最も一般的には、①医療独占の反射的効果という説明がなされる⁽⁵³⁾。

(48) 9条の2「開業の医師は診察治療の需ある場合に於て正当の事由なくしてこれを拒むことを得ず」として16条でその違反に25円以下の罰金。昭和8年に9条2項となり罰金50円以下となる。

(49) 9条1項「診療に従事する医師又は歯科医師」76条1号「500円以下の罰金または料料」

(50) 大谷實『医療行為と法（新版補正第2版）』（弘文堂、1997）41頁は、応召義務を医師の品性の問題として処理することに異論を呈する。

(51) 唄・前掲注（39）307、375頁。なお両方挙げるものとして、筋立明＝中井美雄編『医療過誤法』（青林書院、1996）68頁〔高嘉英弘〕

(52) 大谷・前掲注（50）39頁

(53) 小野・前掲注（42）708頁、野田寛『医事法上巻（現代法律学全集58）』（青林書院、1984）120頁、平林勝政「医師に対する法的規制」加藤一郎／森島昭夫『医療と人権』（有斐閣、1984）62頁以下、筋＝中井編・前掲注（51）68頁〔高嘉〕、大谷・前掲注（50）41頁、前田ほか・前掲注（15）73頁等。

これはすなわち、国家が医師に医業独占を認める一つまり一定の資格ある者のみに医業を免許する法制度のもとでは、国民の生命・健康権を具体的に保障できるのは医師のみとなるため、その反射的な効果として、医師に義務としてそれを負担させる、というものである。

また、②伝染病の蔓延を防ぐことや、③貧困者にも円滑に診療の機会を得させること（無産階級の保護）などもあげられていた⁽⁵⁴⁾。

加えて、このような国家政策のほかにも、医師の職業倫理⁽⁵⁵⁾をあげる論者もいる。前述したような、応召義務規定は医師の本来的な職業倫理を法的に訓示した訓示規定であると捉える学説⁽⁵⁶⁾に、この見解は親和する。

5 私法規範および刑法規範との関係

応召義務規定は、立法当初より、その違反に対する法律効果が公私法ともに明快でなく、学説の一論点を形成してきた（そのうち、医師法上の効果については、既述のとおりである）。私法規範および刑法規範との関係性に関し、現時点における、通説を中心とした学説の理解は以下のとおりである。

① 応召義務は医師が国家に対して負担する公法上の義務であって、患者に対し私法上直接に負担する義務ではない。すなわち、医師法上の応召義務違反が直ちに私法上の効果を生じさせることはない（現在の通説の立場。主要な学説の叙述は脚注に譲る⁽⁵⁷⁾）。

もっとも、応召義務を私法上の義務として構成しようとする学説も存在し

(54) 小野・前掲注(42)708頁以下参照。③に関して小野恵氏は、「国民皆保険に近い状態まで社会保障制度が整備されてきて、直接には、生活保護法（昭和25年5月4日、法律第144号）第15条にある医療費扶助として、国家的に解決されつつある」と述べている（同論文710頁）。しかし現代では、新たな今日的課題として、不法滞在外国人など、いずれの救済も受けえない者をどうするのかという問題に直面しているといえよう。

(55) 筋＝中井編・前掲注(51)68頁〔高嵩〕

(56) 前掲注(51)

(57) 美濃部達吉（法律新聞1047号（1915）6頁）（「患者は単に、国家が医師に命ずる法規の反射的利益として保護されるにすぎないから、患者は医師に対し強制履行を訴求し、不履行による損害賠償の請求をなさない」）、曄道文芸『民法研究』（弘文堂書房、1921）387頁（応召義務は、患者が医師に契約締結を強要しうる請求権の基盤となるものではなくて、医師が国家の強要により契約に応ずべき義務を負担する趣旨のものである）、小野・前掲注(42)710頁（曄道説を批判して）国家に契約の強制力を認めるこ

ている⁽⁵⁸⁾。

- ② ①における通説の立場に立脚しながら、医師の応召義務違反による患者の死亡や病状悪化が、不作為による不法行為を成立させる可能性が、一般に認められている⁽⁵⁹⁾。これは、取締法規である応召義務規定が、生命や健康という私人一般の利益にかかわるからである⁽⁶⁰⁾。

さらに、医師法上の応召義務違反に不法行為法上の過失の一応の推定機能を認める下級審判決が、近年複数出ている⁽⁶¹⁾。

- ③ しかし、債務不履行責任との関係では、応召義務は医療契約の成立以前の、あるいは医療行為以前のものであるとの考えから、応召義務違反を債務不履行とは結びつけないのが、一般的である。

もっとも、応召義務を医療契約成立前と後の両方に認めた上で、後者の違

とは、私法上の権利と公法上の義務とを混同するものである)、大谷・前掲注(50)39頁(「診療義務は医師の国家に対する義務であり、依頼者個人がこの規定を根拠に個々の医師に対する治療を受ける権利、つまり医療給付の債権を取得するわけではない」、62頁(「医師は、既述のとおり医師法によって公法上診療を義務づけられているが、個々の患者についての権利・義務の発生は、医師と患者の間で交わされる診療契約に基づくことを原則とする」、近江幸治『民法講義Ⅴ [契約法]』280頁(成文堂、1998)(「公法上の義務であるから、医師がこれに従わなくても、民事上の責任は直ちには発生しない。反対に、この義務に基づいて診療するにせよ、診察に関して医師と患者との間に合意が成立すれば、私法的合意として医療契約は成立することになる。いずれにせよ、応召義務と医療契約とは無関係である」)等。最近の文献では、加藤・前掲注(9)11頁以下(応召義務を契約自由の原則の修正の一例として紹介し、(命令契約や私法上の効力を有する契約締結強制とは異なる)私法上の効力を伴わない契約締結強制(締約強制)であって、私法上の契約を直ちに成立させるものではない旨の説明をしている)。

- (58) 例えば、我妻栄博士は、医師の有する「事実上の特権と社会的重要性」を考慮すれば私法上の義務として認めてよいのではないかと述べる(我妻栄『債権各論中巻二(民法講義Ⅴ3)』(岩波書店、1962年)670頁)。
- (59) 我妻・前掲注(13)19頁、加藤・前掲注(13)148頁、平林・前掲注(53)62頁、野田・前掲注(53)116頁以下、前田ほか・前掲注(15)73頁。
- (60) 筋＝中井編・前掲注(51)68頁[高嵩]参照。(医師の応召義務は生命や健康という関連法益の重要性に照らし、「診療行為が救命的性格を帯びていることから特に政策上認められた義務である」という観点からすれば、「救命の必要性に迫られている患者にとって契約締結は単なる反射的利益ではなく、不法行為上も保護されうる」と説く)最近では、加藤・前掲注(57)12頁が言及。
- (61) 千葉地判昭和61・7・25判時1220号118頁、神戸地判平成4・6・30判時1458号127

反につき債務不履行責任を生ずる可能性を認める見解や⁽⁶²⁾、近時の契約責任拡大の流れの中で、医療契約締結に向けた交渉段階における医師の契約締結上の過失を問題とすべきであるとする見解も存在する⁽⁶³⁾。

- ③ 刑事責任との関係では⁽⁶⁴⁾、医師の応召義務違反によって患者の病状悪化・死亡を招いた場合に、殺人罪や傷害（致死）罪の不真正不作為犯を構成する可能性を、多数説は否定している⁽⁶⁵⁾（裁判例は存在しない）。しかし学説の一部は、限定的にその可能性を肯定している⁽⁶⁶⁾。また、そのほか、保護責任者遺棄罪⁽⁶⁷⁾、業務上過失致死傷罪⁽⁶⁸⁾成立の可能性も指摘されている。

6 私法契約規範から除外すべきか

除外すべきである。

医師法上の応召義務規定の立法趣旨は、医師に医業独占を認める反射的效果として、国民の生命・健康権の具体的な保障を医師に負担させる、という国家政策であった。これは、国民の生命・健康権を保障するという側面を有するものであって、私人の利益保護を目的とする私法規範との強い結びつきを想起させるものである。現に、近時の裁判例は、応召義務違反に不法行為法上の過失の一応の推定機能を認めており、取締法規違反の事実が民事責任判断に強く影響する一交通法規違反同様の——類型を形成している。

しかし、診療拒否の時点において、医師と患者との間には医療契約は成立していない。契約当事者間に何らかの契約上の義務を想定できるのは、最も早く

(62) 野田・前掲注(53) 116頁以下

(63) 前田達明「医療契約について」『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) 111頁以下。

(64) 医師の診療拒否と刑事責任の関係を検討したものに、中森・前掲注(43) 1頁以下がある

(65) 金沢・前掲注(41) 36頁、中森・前掲注(43) 23頁等参照。医師法サイドからの議論としては、医師法に処罰規定がない（もしくは削除された）ということは刑事罰を科さない趣旨であること、刑法サイドからの議論として、医師法上の応召義務は不真正不作為犯を成立させる作為義務には足りないことなどが、論拠として主張されている。

(66) これら犯罪成立の可能性を認めるものとして、植松正『再訂刑法概論—総論』(1974) 148頁、大谷・前掲注(50) 44頁以下等

(67) 藤木英雄『行政刑法』(1976) 264頁、大谷・前掲注(50) 50頁

(68) 金沢・前掲注(41) 41頁、中森・前掲注(43) 25頁、大谷・前掲注(50) 51頁

とも契約の準備もしくは交渉段階に入ってから以降というのが、民法学における一般的な理解であるはずである。ドイツ法より導入された契約締結上の過失の理論は、わが国においては、一つに契約交渉挫折のケースで、もう一つに不当勧誘による契約締結のケースで援用されている⁽⁶⁹⁾。しかし、この理論自体、学説のコンセンサスを得ているとは言い難く、裁判例は契約成立前の情報提供義務や誠実交渉義務の根拠は不法行為法に求めている。診療拒否のケースにおいて、もし契約締結上の過失を問題とするのであっても、民法や消費者法の他の契約類型との関係上、限定的に理解せざるをえず、一般的なモデルには掲載すべきでない。

既に医療契約が成立している場合には、債務不履行責任を問う余地があるようにも思えるが、この場合にはむしろ医師の注意義務の問題として取扱い、診療全体の事実経過の中で総合的に評価すべきであろう⁽⁷⁰⁾。

四 医師の守秘義務

1 医師の守秘義務とは

正当な理由⁽⁷¹⁾がない限り、診療の中で知り得た人の秘密を漏らしてはならないという、医師の義務である。医師の守秘は、古来より医師の職業倫理の中核をなすものであり、種々の理由で法的義務として確立した現在でも、その性格は法解釈において意味を持ち続けている。

2 複層的な法構造

医師の守秘義務法制⁽⁷²⁾は、複数の法領域にわたって重畳・交錯して、複雑な法状況を形づくっている。通常想起される刑法134条1項のほかに、各種特

(69) 大村敦志『消費者法』(有斐閣、第2版、2003) 87頁以下、230頁等参照

(70) 平林・前掲注(53) 78頁注(81)は、医療契約成立後はあえて応召義務を問題にする必要はないとする。

(71) 本稿では扱わないが、ここでも何が正当事由に該当するかが重要なテーマを形成している。このテーマについては、拙稿・前掲注(3)「体系化」およびその引用文献等を参照されたい。

(72) わが国の守秘義務法制については、拙稿・前掲注(3)「法状況の考察」95頁以下およびその引用文献を参照されたい。また、開原成充/樋口範雄『医療の個人情報保護とセキュリティ』7頁以下(有斐閣、第2版、2005)も参照。

別法上の規制、不法行為や債務不履行といった私法上の責任構成、さらには個人情報保護法も関係する。また、直接に適用されるわけではないが、憲法13条も考慮に入れなければならない。

このような複層的な法構造をふまえ、ここでは本稿の目的に照らし、検討作業の対象を、直接適用される一般公法つまり、刑法134条1項と個人情報保護法に絞り、かつ焦点を規範の目的や保護法益に合わせることにする。

3 刑法134条1項（秘密漏示罪）

刑法134条1項は、「医師、薬剤師、医薬品販売業者、助産師、弁護士、弁護士、弁護士、公証人又はこれらの職にあった者が、正当な理由がないのに、その業務上取り扱ったことについて知り得た人の秘密を漏らしたときは、6月以下の懲役又は10万円以下の罰金に処する」と規定する。本罪の対象となる人の「秘密」とは、非公開性（一般に知られていないこと）、秘密利益（秘密にすることが本人の利益であること）、秘密意思（秘密にしたいという意思が認められること。これには、具体的被害者を基準とする主観説と、一般人を基準とする客観説がある）を具えた生活事実である⁽⁷³⁾。

本罪の保護法益については、古くから学説の争いがあった。これはすなわち、個人的法益なのか、あるいは社会的法益なのか、という根本的な対立である。現在の多数説によれば、秘密漏示罪の保護法益は、「私生活の平穩」⁽⁷⁴⁾という個人的法益である。すなわち、人の秘密を知る機会の多い職業に従事する者に対し、その秘密の遵守を強制することで、国民が平穩に生活できるようにするという趣旨である。このほか、「私的領域内における他人の干渉からの自由」⁽⁷⁵⁾、「人格」⁽⁷⁶⁾、「個人の秘密」⁽⁷⁷⁾、「プライバシー」⁽⁷⁸⁾というように、不法行為構

(73) 大塚仁ら編『大コメンタール刑法 第7巻』322頁〔米澤敏雄〕（青林書院、第2版、2000年）341頁以下等参照。

(74) 団藤重光『刑法綱要各論』402頁（創文社、第3版、1990）、大塚ら編・前掲注（73）322頁等

(75) 内田文昭『刑法各論』191頁（青林書院、第3版、1996）

(76) 平野龍一『刑法概説』189頁（東京大学出版会、1977）

(77) 野田・前掲注（53）193頁、大谷實『刑法講義各論』（成文堂、新版第3版、2009）147頁、松宮孝明『刑法各論講義』（成文堂、第2版、2008）136頁等。

(78) 安部純二編『別冊法学セミナー基本法コメンタール改正刑法』174頁〔高橋則夫〕（日本評論社、1995）参照（「個人的秘密（プライバシー）」と表現）

成に近い説明をする学説もある。これに対して、(刑法典における本条の位置に忠実に) 公的信頼の確保という社会的法益であるとする見解も存在する(かつての通説)⁽⁷⁹⁾。これはすなわち、他人の秘密を扱う職種に対する公的信頼を確保し、もって当該社会制度を保持することを意味する⁽⁸⁰⁾。

加えて、医師の守秘義務については、その固有の保護法益も指摘されるところである⁽⁸¹⁾。すなわち、医師が患者の秘密を漏らすおそれがあれば、患者は医療それ自体を避けるか、または医療を受けても真実を医師に告知しなくなるため、有効な医療が行われなくなる。このことから、医師の守秘を法が義務づけることは、患者が医師を信頼し適正な医療を受けられるようにする個人的利益、ひいては国民の生命・健康の保持・増進という国家・社会の利益をも保護していると説明される⁽⁸²⁾。これは、医療が十分な効果をあげるためには、患者から十分な情報を得る必要があり、そのためには患者が医師の守秘を信頼できなければならないという、医師の職業倫理の中核を、法が支持したものと評されている⁽⁸³⁾。

3 個人情報保護法⁽⁸⁴⁾

他方、行政的取締法規である個人情報保護法は、個人情報すべてを対象として網羅する。本法は、本人の同意のない個人情報の第三者提供を次のように制限する。まず、個人情報の目的外利用(予め特定し公表した目的以外の目的のために利用すること)を原則として禁止したうえで(法16条1項)、さらに本

(79) 増成直美『診療情報の法的保護の研究』(成文堂、2004年)127頁以下参照。

(80) 増成・前掲注(79)127頁以下参照。

(81) 大谷・前掲注(50)52頁は、医師の守秘義務は医療行為の性質および目的から他の職種とは異なる独自の構成が必要であるとした上で、医師を独立させて守秘義務を課す立法方法によるべきかもしれないとしている。

(82) 野田・前掲注(53)193頁、大谷・前掲注(50)52頁以下等

(83) 樋口範雄『医療と法を考える』(有斐閣、2007)165頁

(84) 本法については、多数の解説書が出版され、改訂が繰り返されている。特に園部逸夫編『個人情報保護法の解説』(ぎょうせい、2003)の執筆陣は、法案の立案作業に関わったメンバーを中心としており、資料的価値がある。そのほか、藤原静雄『逐条個人情報保護法』(弘文堂、2003)、宇賀克也『個人情報の保護に関する法律』(第一法規、2003)同『個人情報保護法の逐条解説』(有斐閣、第3版、2009)等。

人の同意のない個人データの第三者提供を原則として禁止する旨を規定する(法23条1項)(後者は前者の特則である)。違反に対しては、本人の停止請求権(27条2項)、主務大臣の勧告、命令、改善・中止命令(34条)、それに従わない場合には罰則が用意されている。

個人情報保護法は、自己情報コントロール権を具体化した法律であるともいわれている⁽⁸⁵⁾。本法は、すでに発生した法益侵害(あるいはそのおそれ)を救済するのではなく、法益侵害(あるいはそのおそれ)を未然に防止すべく、そのための具体的な制度を整備するものであって、「情報化社会のインフラ」として社会のリスク管理を担うものであると位置づけられている⁽⁸⁶⁾。

4 私法上の契約規範から除外すべきか

(1) 刑法134条1項について

除外すべきでない。

刑法134条1項が適用対象とするところの人の秘密は、不法行為法が保護法益とし、契約法も完全性利益として保護義務の射程に入れるところの⁽⁸⁷⁾、「プライバシー」(人格権)に属する情報である(両者はほぼ重なり合う関係にある⁽⁸⁸⁾)。

両法の間には、少なくとも相互に支援・補完し合う関係つまり、刑法が民法の目的実現を支援し、民法が刑法の目的実現を補完する関係を認めることができるであろう。これはすなわち、民法の側からみれば、刑法134条1項の構成要件に該当するという事実が、不法行為、さらには契約関係におけ

(85) 藤原・前掲注(84)23頁。なお、園部編・前掲注(84)44頁参照

(86) 藤原・前掲注(84)2頁、同旨1頁。園部編・前掲注(84)43頁、また、藤原・前掲注(84)26頁参照。

(87) 保護義務に関する民法の有力学説(潮見・前掲注(38)151頁以下)に依拠するならば、医師が診療行為の過程で知り得た患者の秘密(プライバシー)は、適正な治療を行なうために医師に開示し委ねられ、それゆえの特殊な危険の実現として、医療行為の過程において侵害され得るものである、そうだとするならば、これは契約上の保護義務によって保護されるべき利益であるとの説明になろう。

(88) 五十嵐清教授は、判例の定義によるプライバシー概念(つまり、民法学における伝統的な意味でのプライバシー)は、佐藤幸治教授のいう「プライバシー固有情報」の概念とほぼ一致すると思われるとする(五十嵐清『人格権論』(一粒社、1989)206頁注(30))。拙稿・前掲注(3)「法状況の考察」も参照

る債務不履行の成立を原則として基礎づける機能を営むことで、プライバシー保護という私法の目的実現を支援しているということである（刑法の側からみれば、故意を要件とし謙抑主義のハードルに阻まれる刑法134条の保護目的は、責任の認められ易い損害填補法である民事責任法で補完されるといえるのではないか⁽⁸⁹⁾）。

このような意味で、刑法134条1項は、私法上の契約規範に取り込まれて、その目的の実現を支援する役割を担っていると位置づけることができる。

(2) 個人情報保護法について

除外すべきでない。

個人情報保護法は個人情報すべてを対象とするため、民法の保護するプライバシーには該当しないものも含まれる可能性がある。もっとも、近年は、民法上プライバシーとして保護される情報の範囲は拡大する傾向にあり⁽⁹⁰⁾、単なる個人情報に限りなく接近している（個人情報保護法の制定を受けて、その傾向はさらに強化してゆくようである⁽⁹¹⁾）。また、一般に機微情報と性格づけられている医療情報たる個人情報ならば、およそプライバシーに該当すると考えてよいであろう。

行政的取締法規は、保護法益が私法と重なり合うならば、一つの基準として私法規範に作用する。個人情報保護法に定められた、個人情報の第三者提供の許容要件をクリアせずに、患者個人情報を第三者に提供したという事実は、個人情報保護法違反にとどまらず、本人に対する民事責任を基礎づける一つの判断材料とはなるであろう。もっとも、個人情報保護法は、現実に発生した被害の救済よりもむしろ、社会のインフラとしてのリスク管理を意図

(89) 東京地判平成7年3月30日判時1529号42頁（派遣従業員のHIV感染事実の派遣先から派遣元への通知）をはじめとして、その後も純然たる民事責任構成の裁判例が続いている。

(90) 拙稿・前掲注(3)「法状況の考察」102頁以下等参照

(91) 個人情報保護法による規制は、直接同法の規制対象とされるか否かにかかわらず、民事裁判における裁判所の判断に影響を与える可能性が当初より指摘されており、その点でも注目されている（米丸恒治「歯学部学生へのHIV感染に関する情報の開示」宇都木伸＝町野湖＝平林勝政＝甲斐克則編『別冊ジュリスト医事法判例百選』（有斐閣、2006）49頁等）

する法律であるから、民事責任判断の基準としての機能は比較的弱いであろう（現に、本人の開示請求に関して、個人情報保護法の規定が民事上の開示請求権の根拠となりえないとする裁判例が出ている⁽⁹²⁾）。

このような意味で、個人情報保護法の個人情報の第三者提供規制は、契約上の守秘義務の比較的弱い基準として、私法上の契約規範に取り込まれているものと考えられる。

五 記録作成・保存義務

1 現行法制のあらまし

医師法は、診療録⁽⁹³⁾の作成・保存を医師に義務づけている。すなわち、医師法24条（歯科医師法23条も同旨）は、診療録（カルテ）作成義務と5年間の保存義務を定め、医師法施行規則23条（歯科医師法施行規則22条も同旨）は記載事項として、①診療を受けた者の住所、氏名、性別及び年齢、②病名及び主要症状、③治療方法（処方及び処置）、そして④診療の年月日をあげている。社会保険医の診療録作成義務については、さらに後述五も参照されたい。

なお、医療法は病院等に「診療に関する諸記録」を備えることを義務づけており（21条1項9号等）、過去2年間の病院日誌、各科診療日誌、処方せん、手術記録、看護記録、検査所見記録、X線写真、入院患者および外来患者の数を明らかにする帳簿並びに入院診療計画書を記載事項に含めている（医療法施行規則20条10号）。

2 私法契約規範から除外すべきか

現在の法状況では、除外すべきである。

現時点でのわが国の法状況をみると、記録にかかわる上記諸義務が私法上の患者に対する義務に取り込まれているとは考え難い。たしかに医療契約における医師の義務の列に加えられることはあるが、この点を意識してのことではないであろう。現在の医療過誤訴訟では、医師がなすべき採録や記録保存を怠

(92) 東京地判平成19年6月27日（判時1978号27頁）

(93) 医師法上記載を義務づけられた診療記録を特に診療録（カルテ）と呼び、それ以外の診療記録と区別している。

ったとしても、せいぜい自由心証の問題として、事実認定のうえで考慮されるにとどまる⁽⁹⁴⁾。診療録作成・保管義務の懈怠が、患者に対する損害賠償義務を発生させたり、そのことを損害の算定に常に斟酌しなければならないということはない。現在のわが国の法状況下では、記録に関する医師の義務は、医師法や保険法上の義務であるにとどまるものである。

3 私法規範への取り込みの展望—ドイツの判例・学説からの示唆⁽⁹⁵⁾—

診療録によらず、診療情報のあらましを記録し保存しておくことは、当該患者に対する適正な医療を確保するために必要なことである。加えて、このような記録は、医療の過程で紛争が発生した場合の紛争解決手続において証拠資料の役割を果たす。

ドイツの判例・学説は、医師が診療に関する記録を作成する意義・目的として、①「適正な治療の確保」、②「患者への情報提供もしくは顛末報告」、および③「証拠の確保」の3つを考慮している。特に①「適正な治療の確保」は、判例（1978年6月27日BGH判決BGHZ 72,132,137）がこれを第一義的な目的と位置づけており、学説も一致して挙げている。ここで想定されている診療記録の役割は、i 医師の記憶を補う備忘録、ii 医師同士の情報交換手段、そしてiii 後医への引継資料としてのものである。②「患者への情報提供もしくは顛末報告」は、判例・多数説は副次的なものとの位置付けており、想定する内容にもばらつきがある。③「証拠の確保」に関しては、判例は医師の実体法上の証拠確保義務を否定しており、学説の見解は分かれている（肯定説が有力であるようである）。

ドイツの通説・判例は、医師の診療記録作成義務を、医師の職業法上の義務であるのみならず、患者に対する不法行為法上の義務であり、また医療契約上の付随義務であるとしている（ただし、日本法でいう付随義務＝保護義務と異なり、その違反は独自の請求根拠とはなりえない。つまり、医師の記録作成義

(94) 稲垣喬『医事訴訟入門』（有斐閣、第2版、2006年）127頁参照

(95) 本稿のこの箇所は、拙稿「ドイツにおける医師の診療記録作成義務の生成と展開（1、2・完）」早稲田大学大学院法研論集97号（2001年）183頁以下、98号（2001年）113頁以下での検討を元にしたものである。

務違反によって治療義務や説明義務違反を招いた場合に初めて、患者は損害賠償を請求することができる)。加えて、医療訴訟において医師の責に帰すべき事由による記録の欠如または不十分によって患者の立証に困難が生じた場合、裁判所は患者に対して立証責任を軽減あるいは転換するという証拠法上の救済を与えている。

ドイツにおける議論がそのままわが国にあてはまるとは限らないのは、もちろんである。しかし今後、わが国においても、患者の権利に着眼した一つまり、国家ではなく患者に対する義務として、記録にかかわる医師の諸義務を再構成することを検討する余地があろう。

六 保険法令上の規律

1 保険診療の際の法律関係

わが国では国民皆保険制度のもと、大部分の医療が公的医療保険の支えによって行なわれている。その際には、保険者・被保険者・保険医療機関三者の法律関係が問題になり、医療契約の当事者論（つまり、訴訟による責任追及の相手方は誰かという問題）のテーマとして論じられてきた。

わが国の公的医療保険制度⁽⁹⁶⁾は、原則として、現物給付方式を採用している。現物給付方式とは、医療費は保険者から保険医療機関に直接に支払われ、被保険者は無償で医療そのもの（現物）を受けられる方式である。これに対して、医療費償還方式とは、被保険者がまず医療側に医療費を支払い、それを後で保険者から償還してもらう方式である。こうした制度のもと、保険診療の際の保険者・被保険者・保険医療機関3者の法律関係について、学説・裁判例は以下のように理解している⁽⁹⁷⁾。

① 債務不履行構成による医療過誤訴訟が提起され始めた初期の一時期、保険

(96) わが国の公的医療保険制度について詳細に検討した医事法文献として、野田・前掲注(14)379頁以下がある。改正法をふまえ給付範囲について検討した笠木映里『公的医療保険の給付範囲』(有斐閣、2008)、社会保障法分野からの詳細な論考として原田啓一郎「療養規則に関する一考察」駒澤法学5巻1号(2005)1頁以下を参照した。

(97) 学説の整理にあたっては、新美育文「診療契約論ではどのような点が未解決か」椿寿夫編『現代契約と現代債権の展望6』(日本評論社、1991)260頁以下を主に参照した。

者と被保険者とが公法上の医療契約を締結し、保険医療機関は保険者の被用者ないし履行補助者であると構成する見解が存在していた⁽⁹⁸⁾。その論拠とするところは、保険法令による診療内容の制限、保険者による診療内容に対する指導・監査、そして支払金額の制限などによって、保険医療機関は診療内容を自由に定められないということであった⁽⁹⁹⁾。

② その後、公的医療保険は医療費の支払方法等に関する公法上の関係にすぎず、これとは別に、被保険者と保険医療機関との間に私法上の医療契約が成立すると説明する行政解釈および下級審判決⁽¹⁰⁰⁾が出て、学説の多数がこれを支持した⁽¹⁰¹⁾。論拠として、保険診療から自由診療への切替えが可能であること、患者は保険医療機関を自由に選択できること、患者は一部負担金を保険医療機関に直接支払う義務を負うこと、保険医療機関は他の都道府県区域内の患者も診療すべき義務を負うこと、そして診療内容は具体的な患者—医師関係によって確定されるべきこと等⁽¹⁰²⁾が挙げられている。

なお、上記公法上の関係を詳しく説明すると、病院・診療所が知事から保険医療機関として指定を受けた時点において、保険者を要約者、開設者を諾約者、そして被保険者＝患者を受益者とする、公法上の⁽¹⁰³⁾第三者のためにする保険医療委託契約を（大阪地判昭和60・6・28判タ565号170頁）、保険者に代わっ

(98) 加藤一郎『不法行為法の研究』（有斐閣、1961）8頁、松倉豊治「医師から見た法律」大阪府医師会編『医療と法律』（法律文化社、1971）9頁以下等。詳細は、拙稿・前掲注（1）86頁注（67）参照。主として医師側から主張されたが、学説の支持を得るに至らなかった。

(99) 新美・前掲注（97）260頁以下参照。

(100) 東京地判昭和47・1・25判タ277号185頁、東京地判昭和49・4・2下民集25巻1-4合併号226頁、同昭和52・2・9判時824号83頁、東京高判昭和52・3・28判タ355号308頁、東京地判昭和56・2・26判タ446号157頁、東京高判昭和52・3・28判タ355号308頁等。以後の裁判例もほぼ一貫して同旨。最高裁判例は存在しない。

(101) 主な文献として、定塚孝司「医師と患者の法律関係」中川善之助／兼子一（監）『医療過誤・国家賠償（実務法律体系5）』（青林書院新社、1973）16頁、新美・前掲注（15）232頁、野田寛「医療をめぐる民法上の諸問題」星野英一編『民法講座（別巻2）』（有斐閣、1990）129頁等。詳細は、拙稿・前掲注（1）86頁注（71）参照。

(102) 新美・前掲注（97）261頁参照。

(103) 公法上の契約とは、「公法上の効果の発生を目的とする契約」である（法令用語研究会『有斐閣 法律用語辞典 第2版』（有斐閣、2002）454頁）。

て厚生労働大臣が保険医療機関との間で締結する、というものである⁽¹⁰⁴⁾。

2 保険法令上の規律

保険診療に対しては、診療報酬の支払い関係を中心に、以下のような保険法令上の規律が適用される。

① 診療報酬について

保険診療の際には、保険医療機関は保険者（及び基金や連合会⁽¹⁰⁵⁾）に対し、委任事務報酬債権を得る⁽¹⁰⁶⁾（健保法43条の9第1項、国保法45条1項）。患者の一部負担金（健保法43条の8、国保法42条）は、（現行法の）行政解釈によれば、保険医療機関に対する対価としての性格と、公法上の関係に基づく義務という性格を併せ持つとされる。一部負担金の徴収は、保険医療機関の義務でもある（健保法74条等、療養担当規則5条）。

診療報酬額は、診療報酬点数表⁽¹⁰⁷⁾によって算定される（健保法76条2項、国保法45条2項）。

② 診療内容（保険の給付範囲の問題⁽¹⁰⁸⁾）

かつてわが国では、充実した医療の平等な享受が志向され、公的医療保険の給付範囲をできるだけ広く設定することが目指されてきたため、給付範囲に関する議論はそれほど活発ではなかったという⁽¹⁰⁹⁾。しかし1990年代後半以降、人口構造の変化による保険財政難や、医療に対する患者の価値観の多様化から、保険給付範囲を縮減し、患者の選択により多くをゆだねる方向で議論が活発化し⁽¹¹⁰⁾、それが2006年健保法改正⁽¹¹¹⁾に繋がっている。

(104) 原田・前掲注(96) 17頁参照

(105) 保険者は社会保険診療報酬支払基金や国民健康保険団体連合会を通じて保険医療機関に支払をする。この基金や連合会も支払義務者であるかどうかがかつて争われたが、最高裁（最判昭和48・12・20民集27巻11号1594頁）はこれを肯定し、学説も諸理由を挙げて（詳細は野田・前掲注(14) 414頁を参照されたい）支持する。

(106) 大阪地判昭和56・3・23判時998号11頁

(107) 2006年の健保法改正により、「診療報酬の算定」（平成18年3月6日厚労省告示92号）

(108) 特に給付範囲について検討したものとして、笠木・前掲注(96)

(109) 笠木・前掲注(96) はしがき、2頁

(110) 笠木・前掲注(96)のほか、菊池馨実『社会保障の法理念』（2000年）第6章「医療保障の法原理」、倉田聡『医療保険法の現状と課題』日本社会保障法学会編『講座社会保障法第4巻 医療保障法・介護保障法』（2001年）55頁以下、池上直己『医療保険

公的医療保険の給付範囲は、法規範による事前の抽象的決定と、行政機関の事後の審査（減数査定）・監督（指定取消等）による担保・具体化を通じて、全体として決定されると分析される⁽¹¹²⁾。範囲決定を行う法規範は、医療保険法（大枠）、診療報酬点数表⁽¹¹³⁾（給付の種類）、そして療養担当規則⁽¹¹⁴⁾（給付の態様）である⁽¹¹⁵⁾。混合診療は、近年の解禁論議が高まりの中で、2006年健保法改正で緩和されたものの、原則としてまだ許されていない。

③ 様式に則った診療録作成義務

療養担当規則22条は、保険医に一定様式の診療録の作成義務を課し、様式には保険者（公費負担者）番号、被保険者証の記号・番号・有効期限、被保険者の氏名・資格取得年月日、保険者の名称・所在地、診療録の点数、既往歴・原因・主要症状・経過等、処方・手術・処置等の記載欄がある。

また、同規則23条は、処方箋を交付する際にも、様式に則った処方箋に記載する義務を保険医に課している。

④ 受給資格確認に関する規律

保険診療の際には、患者は被保険者証を提示し（健保法施行規則53条1項、国保法36条3項）、医師はそれを確認することが（療養担当規則3条）、それぞれ求められている（いずれも、例外事由あり）。

3 私法規範から除外すべきか

全面的には除外すべきではない。

の給付範囲をめぐる論点」遠藤久夫＝池上直己『講座医療経済・政策学第2巻 医療保険・診療報酬制度』（2005）第9章等、笠木・4頁（注3）引用文献参照

(111) 「健康保険法等の一部を改正する法律」（平18、6、21法律83号）

(112) 笠木・前掲注（96）5頁以下

(113) 「診療報酬の算定」（平成18年3月6日厚労省告示92号）。健保法76条2項、国保法45条2項による。保険法の規定の文言上は、保険給付の価格を定める規範であるが、掲げられた以外の医療行為は保険医療の範囲から除外されるため、保険医療の給付範囲内の医療行為の一覧表という役割をも果たしている（菊池・前掲注（110）237頁、笠木・前掲注（96）17頁）。

(114) 保険医療機関及び保険医療療養担当規則。健保法70条1項、72条1項、国保法40条1項による。

(115) 笠木・前掲注（96）13頁以下

1 および2をふまえると、患者が保険診療を受ける際には、以下の流れで法律関係が進行してゆくものと考えられる。

- ① まず、患者が窓口で被保険者証の提示を行い、保険医療機関がこれを確認し、そして保険医が患者を診察して「療養の給付」の対象範囲と判断したときには、保険診療に関する公法上の関係が成立する。

このとき、窓口でのやりとりの時点で、これとは別に、必要に応じて保険医療の枠を超えるという、より広い内容の私法上の医療契約が、基本的に成立している⁽¹¹⁶⁾。

- ① 保険法令による規律の枠内で医療が行われたならば、それは保険診療であり、診療報酬の支払いに関しては、公法上の関係にもとづいて処理される。
- ② 保険法令の枠を超える医療が行われたならば、行われた医療の全体が自由診療となり、診療報酬の支払いに関しては、費用の全額につき私法上の医療契約の規律が適用される。

二の一般論にしたがうならば、公法規範が私法契約規範に取り込まれるためには、両規範において目的や保護法益に重なり合う部分が見出されるか、あるいは少なくとも、公法規範の目的が私法契約規範の目的の実現にも役に立つものである場合でなければならない。この観点から、公的医療保険制度の目的を考えたとき、それは多面的である。

一つに、公的医療保険制度は、国民の生命・健康権の具体的な保障を目的とする側面を有している。この点をとってみれば、保険法令と私法規範とは、保護法益や目的において重なり合う。したがって、その限りにおいてつまり、個々の患者の生命・健康の維持・増進に役に立つ方向で作用する限りにおいて、保険法令上の規律は私法上の契約規範に取り込まれ、契約上の義務の判断の一基準としての役割を担うことになる。例えば、特定の疾病についての「治療方針」や特定の薬剤の「使用基準」に医師が違反して、患者に損害が生じた場合、それら保険法令上の通達違反の事実、医療契約上の義務違反を基礎づける判

(116) 野田・前掲注(14)405頁、河上正二「診療契約と医療事故」法学教室167号(1994)65頁(「各種の公法上の権利義務関係は私法上のそれと切り離して理解する方が、当事者意思にも沿うものではないか」とする)

断基準となる⁽¹¹⁷⁾ (医薬品の添付文書遵守義務違反と同様の過失の一応の推定機能が認められるのではないか)。

しかし、逆に、保険法令上の規律が具体的な患者の利益実現の役には立たない(それどころか逆行する)ケースもある。公的医療保険制度は、その公共性ゆえに、すべての国民に均一な医療を押し付ける側面を有している⁽¹¹⁸⁾。しかし、これは必ずしも具体的な患者にとって最善の医療とはいえない。医師がもし保険法令上の制約にしたがって、そのために民法上求められる医療水準を下回る医療を行ない、その結果患者に損害が発生した場合には、医師は保険法令の遵守をもって債務不履行責任の抗弁とすることはできない。

なお、公的医療保険制度は、医療資源の合理的分配という公共的利益の実現を目的とする制度でもある。厳密に言えば、かような公共的利益の背後には、個々の患者の個人的利益も存在し、そこには経済法令による規制と類似の保護法益の二重構造が見出せるのかもしれない⁽¹¹⁹⁾。例えば、診療報酬の不正請求などのケースでは、それが横行すれば保険財政を圧迫し、最終的には負担増などの形で患者の個人的利益をも害するといえるだろう。といっても、このような患者の利益が私法上の保護法益として顕在化し、私法規範によって保護されるのかどうかは疑問である。

七 小括

以上、医療契約に関する規範のうち、「民法の委任に関する規定・解釈が妥当しない部分」に属する諸規範から、私法上の契約規範に取り組みることができないものを確定し、除外する作業を行なった。

(117) 保険法令と医師の注意義務の関係に関して、裁判例の検討を行なっている近時の文献として、原田・前掲注(96)30頁以下参照。

(118) しかも、診療報酬点数表は、給付の範囲決定と経済的価値の決定が同一規範にゆだねられ、給付範囲が価格交渉のようなプロセスで歪められたり遅延したりする不都合性が指摘されている(笠木・前掲注(96)301頁以下)。また、混合診療禁止が、保険外医療を選択することを、事実上抑止する効果を発揮していることも否めない。

(119) 前掲注(34)45頁参照(経済法と保険法とはかなり異質であるが、公共的利益と私的利益との両方を保護法益とするという点では、共通点が認められる)

検討の結果、応召義務、診療録作成・保存義務は除外、守秘義務、保険法令上の規律の一部は私法上の契約規範に取り込まれるものとして残されることになった。

次章以降、これらを含め、医療契約に固有で典型的な要素の割り出し・論証作業を進めてゆく。