

研究ノート

応招義務を巡る今日の問題

—— 渡航移植患者の受入拒否事例について ——

宍戸圭介

はじめに

海外に移植機会を求めて渡航する患者の中には、アジア諸国で移植手術を受ける者も少なくない。そうした患者に対して、臓器売買への関与（あるいはその疑い）をもって診療拒否を行うケースがあることは、遅くとも2007年には報じられていた⁽¹⁾。しかし、そのような事態が社会問題となることはなかったし、学会で大きく扱われることも稀であった⁽²⁾。多くの人があることがないまま、診療拒否を受けた患者たちも声を上げることがないまま、このような診療拒否が一部で続けられてきたようである⁽³⁾。ところが、2016年に入って、中国で腎臓移植を受けた男性が、「海外で臓器移植した患者は受け入れない」との病院の内規に基づいて診療拒否を行うことは医師法に違反する（応招義務違反）として、静岡県

(1) この状況について、拙稿「臓器売買に関与した患者の診療を拒否することは法的・倫理的に正当か」人権教育研究第9巻41頁（2009年）。

(2) 最近の学会における報告例として、第28回日本生命倫理学会年次大会（2016年12月3日－4日、大阪大学吹田キャンパスコンベンションセンター）における公募シンポジウムⅣ「臓器移植と正義」（オーガナイザー：粟屋剛）を参考に挙げる。

当該シンポジウムにおいて、粟屋は「渡航移植患者診療拒否をめぐる正義 —— アジア移植ツーリズム調査を契機として —— 」と題した報告を行った。粟屋の主張は以下のとおりである（少々長いが、本稿の問題関心と重複する部分があるためそのまま引用する）。

「現在、各医療機関による渡航移植患者帰国後診療拒否の問題が発生している。それは訴訟にもなっている。これは、法的には医師法上の応招義務違反の問題である。倫理的には人権侵害の問題であり、さらには「正義」の問題でもある。後者について論じるならば具体的には、仮に、診療拒否行為を監督すべき省庁や、それを行わないよう勧告する立場にある医療関係の団体や医学系の学会などが、理由は何であれ、各医療機関の診療拒否行為を黙認するならばそれは正義に反する。さらに言えばその黙認は各医療機関の個々の診療拒否行為より悪質である可能性なしとしない。個人のレベルで保身や利権のために正義や倫理がないがしろにされることはよくあるが、社会、国家のレベルでも同様である。」日本生命倫理学会ニューズレター61号（2017年3月5日）7－8頁。

(3) 粟屋によるアンケート調査では、「帰国後に、中国で移植を受けたことを理由に診療拒否をされた経験があるか」との問いに、44%が「ある」と答えている」との結果が出ていた。粟屋剛『アジア渡航移植患者の人権』法政論叢51巻2号257－269頁（2015年）、260頁参照。

浜松医科大学医学部附属病院を相手取って訴訟を起こしたことが報道された⁽⁴⁾。

渡航移植患者に対する診療拒否の問題について、訴訟になるのはこれが初めてのケースである。また、報道によれば、原告男性は「診療拒否された患者の不安を知ってほしい」との思いで訴訟に踏み切ったとのことである。

このような訴訟自体の新規性や患者の置かれた苦境を鑑み、本稿において、本件訴訟の概況紹介と併せて若干の検討を試みることにする。ただし、本稿で扱うケースは、多くの読者にとってやや（かなり？）マニアックなものであるだろう。したがって、本稿ではまず、海外への渡航移植を巡る状況について多少なりともイメージが掴めるように、ポイントを絞って紹介を行う（第一章）。次に、本件ケースについて、収集した限りの情報からわかる状況を概説する（第二章）。最後に、原告が主たる請求として主張するところの医師法19条1項の応招義務の問題を中心に、若干の検討を行う（第三章）。

第一章 渡航移植を巡る状況

本項で扱うような渡航移植患者に対する診療拒否のケースは、一部の専門家、患者や医療関係者を除けば、一般にはほとんど知られていないものであろう。しかし、今回のケースを理解するにあたっては、まず海外への渡航移植を巡る状況、すなわち問題の背景をつかむことが必要と考える。そのため、最初にこうした渡航移植の状況について簡潔に紹介する（もちろん、この問題について詳しい方は、本章を読み飛ばしても構わない）。

1. 移植機会を求めて

そもそも、何故患者たちは海外で移植医療を受ける（あるいは受けなければならない）のか。端的に言えば、移植を望む患者数に対して、提供される臓器の数が少ないから（不足しているから⁽⁵⁾）である。

たとえば、日本臓器移植ネットワークの「臓器提供・移植データブック2017」⁽⁶⁾では、2016年末時点の心臓移植の希望登録者は合計556名（心肺同時移植希望者4名を含む）であるが、一方で同年の心臓移植の実績は52件（心肺同時移植1件を含む）となっている。また、最も移植件数の多い腎臓にあっては、同じく2016年末時点の希望登録者は12,824名（臍

(4) 山陽新聞2016年10月14日28面、北海道新聞2016年10月14日38面（全道遅版）など。

(5) 臓器「不足」やドナー「不足」といった記述はよく見かけるものである。たとえば、石津日出版＝高津光洋監修『標準法医学 第7版』（医学書院、2013年）263頁など。

しかし、論者の中には、臓器「不足」という語それ自体が、移植医療やそれに繋がる臓器提供を当然視するもの（行うことが当たり前のことと見るもの）として警戒する者もある。とりわけ、脳死を巡って対立がある日本においては、言葉の選択にも配慮が必要であろう。この点を踏まえ、以下、本稿で臓器「不足」という語を使用する際には、そこには移植医療や臓器提供を当然視したり、あまつさえ善行として評価する意図を含まないことを断っておく。

(6) 公益社団法人日本臓器移植ネットワーク「臓器提供・移植データブック2017」http://www.jotnw.or.jp/datafile/data_book/index.html（2018年12月15日アクセス）

腎同時移植希望者150名、及び肝腎同時移植希望者11名を含む)である。腎臓移植については、日本では生体間移植も盛んに行われている。日本移植学会の「2017臓器移植ファクトブック」⁽⁷⁾を参照すると、腎臓移植の実施件数は、総数で1,648件(脳死下移植116件、心停止下移植61件、生体間移植1,471件)となっている。多くの患者が移植をなかなか受けられない状況にあるのは、他の臓器に関しても同様である。

国内で移植を受けられない患者の中に、座して死を待つよりも、海外に移植機会を求め者が出てきてもそうおかしくはないだろう。海外の渡航移植患者についての調査研究としては、2006年の厚生労働科学研究費補助金特別事業による調査報告⁽⁸⁾が有名である。同調査においては、腎臓移植については施設に対するアンケートに加えてヒアリング調査を実施していた。そこでは、回答のあった136施設において8,297名の外来通院患者があり、「うち63施設において198名が海外で腎移植を受けていた」という調査結果が出ていた。そして、その渡航先としては中国103名、フィリピン30名、米国27名が上位を占めているということであった。

このように、実態として海外で移植を受ける(受けた)患者があることは、一定数確認されてきた⁽⁹⁾。しかし、移植用臓器が潤沢にある国など、この世界のどこにもありはしない。結局のところ、誰かが臓器移植を受ける機会を得ることは、他の誰かがその機会を失うということであり、残念ながらすべての患者に臓器が行き渡るという状況にはない。

2. イスタンブール宣言とその影響

このような状況下で、2008年に国際移植学会が「臓器取引と移植ツーリズムに関するイスタンブール宣言 (the Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism; DOI, 以下「イスタンブール宣言」とする。)」⁽¹⁰⁾を発したことは、日本の法制度にも大きな影響を与えた。同宣言においては、移植用臓器の不足に由来する臓器売買やドナーの人身取引が憂慮されることから、各国は自国民の移植用臓器を国内で確保する努力を尽くすべきとされた。このことは、海外への渡航移植を困難にするものと受け止められたため⁽¹¹⁾、日本でも臓器移植法の改正作業が加速した。早くも2009年には、改正法が成立

(7) 一般社団法人日本移植学会「2017臓器移植ファクトブック」<http://www.asas.or.jp/jst/pdf/factbook/factbook2017.pdf> (2018年12月15日アクセス)

(8) 「海外移植者の実情と術後の状況に関する調査研究」厚生労働科学研究費補助金特別事業(主任研究者:小林英司)。

(9) 近時の日本から海外への渡航移植に関しては、山崎吾郎『臓器移植の人類学』(世界思想社、2015年)178頁以下にも概説がある。

(10) 2008年のオリジナル版、及び後述する2018年版とも、オンラインで入手することができる(<https://www.declarationofistanbul.org>)。また、同Webサイトからは、日本の移植学会による翻訳版の入手も可能である。

(11) 一家らは、より積極的に「……国際移植学会「臓器取引と移植ツーリズムに関するイスタンブール宣言」と世界保健機関「人の細胞、組織及び臓器の移植に関する指針」が、日本人の海外渡航移植を禁止するとして理解された」と評している。一家網邦=池谷博「脳死・臓器移植法の改正を巡る医事法・法医学的考察」京都府立医科大学雑誌119巻8号511頁(2010年)、512頁。

し、臓器提供の法的要件が緩和されたことは周知のとおりである。

もちろん、イスタンブール宣言は職能団体の倫理規程に過ぎない。したがって、国内においても国際的にも法的拘束力を有するものではない。しかしながら、同宣言の影響力は大きく、国内外の他の職能団体のみならず、WHOや欧州評議会等のプロトコル作成にも影響を与えている。日本でも、日本移植学会が、その倫理指針⁽¹²⁾において「受刑中であるか死刑を執行された者からの移植の禁止」を謳っているところである。

なお、イスタンブール宣言は2018年に改訂されたが、貧しく弱い人からの臓器売買等を懸念する考えは維持されている。そればかりか、2018年版同宣言は、国家が「政策」として移植ツーリズム⁽¹³⁾に自国民が関与することに対応するよう（対策するよう）、強く求めようになっている。

3. アジアにおける渡航移植

上述したように、イスタンブール宣言では、移植用臓器の国内自給が求められた背景の一つとして、臓器売買等への懸念が挙げられていた。特に、批判的に見られることが多いのがアジア地域への渡航移植である。

アジア地域における臓器売買の実態については、粟屋による先行研究⁽¹⁴⁾が有名である。粟屋は、インドやフィリピンにおける臓器売買の実態を調査してきた。とりわけ、中国において死刑囚がドナーとなっていることを明らかにしたことは、驚きをもって受け止められた⁽¹⁵⁾。死刑囚が臓器提供を行う際に、そこにドナー本人の自発性や任意性が担保されるかは疑わしく、倫理的な問題なしとはしない。また、中国の臓器ドナーとして法輪功学習者やウイグル族、チベット族などの少数民族が含まれていることも問題視されている⁽¹⁶⁾。

(12) 日本移植学会倫理指針（平成27年10月1日改訂）は、「(2)受刑中であるか死刑を執行された者からの移植の禁止」として、以下2つの項目を置いている。

「①受刑中の者、あるいは死刑を執行された者からの移植は、ドナーの自由意思を確認することが困難であることから、国内外を問わず禁止する。

②海外の医療施設に移植目的で患者を紹介する場合には、受刑中や死刑を執行された者からの臓器によって移植が行われないことを確認しなければならない。」

http://www.asas.or.jp/jst/news/doc/info_20151030_1.pdf（2018年12月15日アクセス）

(13) 「移植ツーリズム（transplant tourism）」の定義については、イスタンブール宣言に記載されている。それによれば、移植のための渡航が、臓器摘出目的での人身取引や正当な同意や許可のない臓器取引（organ trafficking）に関わる場合、又は臓器移植に係る資源（臓器、専門家、移植施設）が当該国の住民以外の者に回されたために自国民が移植医療を受ける機会が減少したりする場合には、当該移植のための渡航は非倫理的な移植ツーリズムとなるとのことである。このような定義それ自体の妥当性については議論がある。

本稿ではこの問題を扱わないが、参考として粟屋・前掲注(3)。

(14) この領域における粟屋の業績は非常に多い。さしあたり、粟屋剛「フィリピンにおける臓器売買」法学セミナー462号26頁（1993年）、同『人体部品ビジネス』（講談社選書メチエ、1999年）など。

(15) 粟屋剛「中国における死刑囚からの臓器移植」法律時報68巻9号28頁（1996年）。

(16) この問題に関しては、デービッド・マタスの著書が日本でも多く邦訳、刊行されている。謝冠園監修、デービッド・マタス、トルステン・トレイ編『中国の移植犯罪 国家による臓器狩り』

このように、アジア地域への渡航移植に対しては種々の問題が指摘されているところであるが、もちろん同地域での移植が全て違法なものではないだろう。とはいえ、先進国に比べてそれらの地域での移植があやしまれている（もっと言えば、胡散臭そうに見える）からこそ、こうした特定地域での移植患者に対して医療機関側が診療拒否を行う（行いたい）という事態になっているものと伺える。また、こうした診療拒否に関しては、厚生労働省健康局疾病対策課臓器移植対策室長から各都道府県衛生主幹部（局）長宛てに出された通達、平成22年2月15日「無許可での臓器あっせん業が疑われる事例について」の影響も指摘されている。

同通達は、厚生労働省が各医療機関に対して依頼した「無許可での臓器あっせん業に関する調査について」（調査実施時期：平成22年1月）に基づくものである。このような調査が行われた背景には、金沢大学附属病院の医師が、紹介先医師又は医療機関が不明のまま患者に対して紹介状を作成したということがあり、こうした宛先のない紹介状が不法な臓器移植をあっせんする団体等に渡ったりすることが懸念されたという事情があった⁽¹⁷⁾。なお、日本の臓器移植法11条3項及び12条1項は、無許可の臓器あっせん業を禁止している。

さて、平成22年通達は「医療機関の対応について直ちに臓器移植法上問題があると言えるものはありませんでした。」と上記調査の結果を報告している。しかしながらも、無許可の個人やNPO団体が患者支援を謳って医療機関に接触を図った事例が確認されたことから、同通達は「管下の医療機関で無許可あっせん業が疑われる事例が発生した場合は、当室あてご連絡いただく旨、周知願います。」として、医療機関に対してあやしげな事例を通報するように求める内容となっている。

この通達は直接に診療を拒否するようなことまでは求めていない。しかし、「患者が帰国後に診療を受ける場合、その医療機関の選定は通常、海外サポート業者が代行する。したがって、各医療機関はその時点で上記くちコミ〔筆者註：医療者の間で、アジアから帰国した渡航移植患者を診療したり、また、そのような患者を通報すると罰せられるという間違った言説〕にしたがって業者を拒絶するので、結果的に診療拒否が起る」⁽¹⁸⁾と見られている。

4. 小 括

イスタンブール宣言や死刑囚移植の問題によって、今日の日本ではアジア圏（特に中国）への渡航移植患者がある種の疑いの目で見られる状況が醸成されていることが、イメージできたのではないと思う。もちろん、イスタンブール宣言も日本移植学会の倫理指針も法的拘束力を伴わないものである。しかし、実際にはアジア圏で移植を受けた患者が診療

（自由社、2013年）、デービッド・マタス、デービッド・キルガー（桜田直美訳）『中国臓器狩り』（アスペクト、2013年）など。

(17) この問題については、馳浩衆議院議員も質問主意書を提出していた。http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_shitsumon.nsf/html/shitsumon/a174268.htm

(18) 栗屋・前掲注(3)、261頁。

拒否にあっていて、このような状況下で、初めて患者が裁判に踏み切ったケースが本件である。

第二章 本件事案について

まず、最初に断っておく必要があるのは、本稿における情報の多くは訴訟資料の閲覧（及び一部の専門家への聞き取り）に基づくものであり、裁判所の認定する事実とは異なるものであることである。その理由は、当初は判決言渡し期日として平成30（2018）年11月30日が予定されていたものの、後に、同年12月14日に期日変更（延期）されたことにある。結論としては、静岡地方裁判所は原告の請求を棄却する旨の判決を下した⁽¹⁹⁾。しかし、期日延期の影響ゆえ、本稿の入稿〆切までには判決文を入手することが適わず、原稿に手を加えることが間に合わなかった。今後、改めて調査・取材を行い、正確さを期した上で判例評釈を物したい。

1. 原告・被告の背景

最初に、原告及び被告の背景について紹介する。文中には、少々歯切れの悪い箇所があるかもしれないが、プライバシー等への配慮も必要であることをご賢察いただきたい。

原告Xは、静岡県掛川市在住の男性であり、本件訴訟の報道があった平成28（2016）年当時、66歳であった⁽²⁰⁾。Xは、平成26（2014）年7月頃、慢性腎炎を患っていたところへ担当医より「1年以内に必ず透析となる」旨告げられた。そこで、NPO法人を通じて同年12月13日に天津市へ渡った。翌平成27（2015）年1月、Xは天津D病院で腎臓移植手術を受けた。その後、同年2月に帰国し、NPOの紹介で東京西T病院（担当医：O医師）を受診した。同年3月11日、Xは自宅からほど近い被告の浜松医科大学附属病院での診療を希望したが、スタッフの欠員を理由に4月の受診を促された。そこで同年4月1日、O医師作成の紹介状を持参した上で再度同病院を訪れたところ、診療拒否をされたと訴えている。

被告の国立大学法人浜松医科大学の運営する浜松医科大学医学部附属病院（以下、「Y病院」とする。）は、日本臓器移植ネットワーク腎臓移植施設としては、静岡県西部地区では唯一登録されている病院である⁽²¹⁾。Y病院の年間の入院患者数は20万人、外来患者数は31万人程度であり、静岡県及び愛知県の患者が9割を占めている⁽²²⁾。なお、Y病院は「患者さんの人権を尊重し、地域の中核病院として安全で良質な医療を提供する。さらに、大学病院として高度な医療を追求しつつ優れた医療人を育成する。」という理念を掲げている⁽²³⁾。

(19) 12月14日には、静岡地方裁判所203法廷において判決言渡しが行われたことを現地で確認した。

(20) 原告の状況については、各紙報道及び原告陳述書の情報に基づいて執筆している。

(21) 日本臓器移植ネットワークのリストによれば、2018年現在、静岡県内の腎臓移植の可能な施設は3施設である（静岡県立総合病院、焼津市立総合病院、浜松医科大学医学部附属病院）。<http://www.jotnw.or.jp/jotnw/facilities/04.html>（2018年12月18日アクセス）

(22) 浜松医科大学医学部附属病院Webページ、「地域別患者数」より。<https://www.hama-med.ac.jp/hos/about-us/hp-performance/tiiki.html>（2018年12月18日アクセス）

2. 事実関係について

続いて、収集した資料から窺うことのできる本件事案の概要を紹介する⁽²⁴⁾。

原告Xが中国で移植を受けるに至った過程については、前節で触れた。問題となるのは、平成27(2015)年4月1日に被告Y病院が原告の診療の求めを断った行為である。

上述したとおり、事件当日XはO医師作成の紹介状を持参して、Y病院を訪れた。Xは、血液検査及び尿検査を受けた上で、訴外F医師の診察室に入った。Xは、F医師から「どこで手術を受けたのか。」と質問をされた。Xが中国で移植を受けた旨を回答⁽²⁵⁾すると、F医師から「うちの病院では海外で移植をした患者は受け入れていないはずなので、上司に確認させてほしい。」と言われた。

Xは2時間以上待機させられた後、F医師より「上司と打ち合わせた結果、当院では、やはり海外で移植をした患者の診療は断っているため、診療を行うことはできない。他の病院を探してほしい。」との回答を得た。F医師は、Y病院が診療を行うことができない理由として、「中国において臓器売買(臓器ブローカー)の絡むような腎移植をした者に対しては、診察・診療を行わないものとする」とした内規(以下、「本件内規」とする。)があることを挙げた。

このようにXはF医師に診療を拒否された(以下、「本件診療拒否」という。)と訴えている。なお、ここまでの経緯については、原告・被告双方でそれほど争いは無いように見受けられる。

ただし、原告Xは、F医師から本件内規による診療拒否が示された直後に、Xが現住所から近いY病院での受診をさらに強く求めたところ、F医師から「診療を受け入れてくれる病院を探してそこへ転居しなさい」と告げられたと主張していた。一方で、被告Y病院は「転居しなさい」とまでは言っていないとして事実関係を争っており、また、この際にF医師は東京西T病院宛に返書も書いていた(それゆえ、行うべき対応はしていた)と主張していた。

(この辺りの事実関係に関する食い違いについて、裁判所の認定はどうなされたのか。判決文において確認する必要があるだろう。)

また、訴状によれば、本件診療拒否の後には、4月3日に、Xは浜松市保健所に診療拒否の事実があったことを伝えると共に、同保健所を通じて、4月7日には本件内規の存在を確認した。そして、4月13日に、XはY病院医事課S課長補佐に対して診療拒否を撤回

23) 浜松医科大学医学部附属病院Webページ、「本院の理念・基本方針」より。https://www.hama-med.ac.jp/hos/about-us/philosophy.html (2018年12月18日アクセス)

24) 以下、流れとしては原告の訴状に沿う形(時系列)で記述するが、争いのある部分については被告側の主張にも都度触れることとする。

25) Xは、移植は死体ドナーからの移植であり、ドナーの素性は知らない、臓器売買には関わっていないと答えている。

して欲しいと申し入れたが、結局診療拒否は撤回されなかったとのことである⁽²⁶⁾。

このようにして、Xは本件診療拒否が行われ、後にもそれが撤回されなかったことをもって、Y病院を訴えた⁽²⁷⁾。これに対して、Y病院側は診療拒否を行っていないと争ったわけである。この点のXの主張及びY病院の反論については、次章（第三章）で紹介する。

3. 請求について

請求の内容については、訴状に沿う形でごく簡単に紹介する。

前節で確認したような診療拒否及びそれが撤回されなかったということをもって、XはY病院を訴えた。この際に、X及び原告訴訟代理人は、Y病院の医師法19条1項の応招義務違反を理由とした民法709条の不法行為責任を問うという法的構成で争う構成であった。なお、X側はF医師を直接訴えることはせず、Y病院の使用者責任を問う（民法715条1項）損害賠償事件として訴訟提起していた。

なお、当初、Xが損害として計上していたのは、交通費、慰謝料及び弁護士費用を合わせて195万2,960円（及びこれに対する平成27年4月1日から支払済みまでの年5分の割合による遅延損害金）であった。しかし、裁判が長期化する中、遠方の病院への通院を余儀なくされたことによる交通費が嵩んだことなどもあり、後に請求額は271万2,843円に変更された。

4. 小 括

本件の概要は概ね上記のとおり、慢性的な腎臓病を患う患者が中国で移植を受け帰国したところ、そのアフターケアを断られたというものである。前章で確認したようなアジア渡航移植患者の診療拒否の問題に照らせば、これは典型的なケースの一つであるように思われる。本件に特徴的であるのは、一つには、Xの診療の求めを断るに際して、Y病院（直接にはF医師）が明示的に病院の内規の存在を示したことである。本件内規の法的な評価が、裁判における大きなポイントであるだろう。また、この手の医療訴訟としては損害賠償の請求金額が少ないことも特徴的である。これは、Xの身体そのものへの実害が生じていないことに起因している。それゆえ、侵害法益の主張の点で、X側はかなりの工夫を行う必要があったものと察する。

他にも、本件事案には、法学者や生命倫理学者が関心を持つ論点が多数窺え、様々な角度からの検討が可能であるように思われる。この点、本稿では、原告側の弁護士が主位的

⁽²⁶⁾ Xは、4月1日の受診時に実際には治療を受けなかったのに、特定薬剤治療管理料（免疫抑制剤費）470点が請求されていたことの説明も求めていた。16日にS課長補佐からは、誤請求についてはこれを認めて返金に応じる一方、診療拒否については「上司と相談する」としていた。その後、Y病院側から回答はなく、結果として診療拒否は撤回されなかった。経緯を訴状に沿ってやや詳しく描写すると、このようなやり取りがあった様子である。

⁽²⁷⁾ 本件訴訟は静岡地方裁判所掛川市部に提起された（訴状の日付は平成27年7月24日）。その後、合議体での審議及び裁判を行うため、平成28年5月12日に静岡地方裁判所へ回付された。

には被告の応招義務違反を主張し、予備的に契約の解除に正当な理由がないこと（民法651条及び656条）を主張したことに鑑み、応招義務の問題を中心に検討を行う（なお、訴訟も終盤に至った頃に、原告より債務不履行に基づく損害賠償（民法415条）も求めている旨主張があったことを付記する）。

第三章 本件事案と応招義務

本章で応招義務の問題を検討するにあたっては、まず、学説や裁判例の確認を行いたい。その上で、原告及び被告の具体的な主張（の相違）について紹介した上で、若干の検討を行うこととする。

1. 学説・裁判例等について

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。」とし、応招義務（応召義務）を定めている。一般的な医事法の教科書では、同義務の根拠は、「医業の公共性、業務独占から導き出されると解されているが、国民の健康権に基礎を置くという立場もある」⁽²⁸⁾とされている。この義務の“法的性格”を巡っては諸説あるが、公法上の義務であり、私法上の義務ではないとすることが一般的であろう⁽²⁹⁾。

このような公法上の義務の面を強く主張する見解として、応招義務は、①「医師の国に対する公法上の義務であり、国民に対する義務はないとする立場」がある。これは、美濃部達吉などによって古くから唱えられてきたものである⁽³⁰⁾。この立場は、患者は、医師が国に対して負っている義務から生じた、事実上・結果的に診療を断られることがないという「反射的利益」を有するのみであるとする。応招義務違反があつたとしても（医師法には罰則規定はなく）、医師法7条に基づく行政処分（医師免許の取消または停止）があり得るのみであり⁽³¹⁾、医師に対して直接民事的な責任は問えない。この立場は、21世紀の今日でも支持を得ている。前田は「患者自身が医師に診療義務をたてに診察を強制することはできない」⁽³²⁾としているし、米村も美濃部説に近い立場と見られる⁽³³⁾。

28) 手嶋豊『医事法入門〔第5版〕』（有斐閣、2018年）、56頁。

29) 以下で述べる学説の整理については、拙稿・前掲注(1)の枠組みに同じ。

30) 美濃部達吉「行政上より見たる醫師不應招問題」法律新聞1047号5頁（1915年）。もっとも、美濃部はこのような応招義務を最初の患者引受の時点に狭く捉える見解ではあるが、一旦診療が始まった上ことは診療契約の問題として処理できると見ていた。

31) 応招義務違反による医師免許剥奪などの行政処分は、これまでに行われていないようである（産経新聞・後掲注50）。

32) 前田和彦『医事法講義〔新編第3版〕』（信山社、2015年）、32頁。前田はこれに続けて、「しかし、この診療義務は罰則がないなど紳士協定的な内容を持つことから明らかなように、医師が自発的に患者への診療を拒絶しないという意識を持つといった職業倫理的なものとしてとらえるべきである。」と述べている。

33) 米村滋人『医事法講義』（日本評論社、2016年）。

一方、上記学説とは対照的に、応招義務違反に対しては行政上のみならず、刑事上（さらには民事上）の責任が問えるとする立場、すなわち②「医師の国に対する義務に加えて、国民に対する法的義務をも導き出す立場」も見られた⁽³⁴⁾。この類型に属する学説は、生命や健康が法益であることから、殺人罪や傷害罪等について、医師に結果防止義務やまたは保証人的義務（地位）を設定する。そうすれば、この義務違反についての刑事責任（不真正不作為犯）の追及ができると説く。ただし、このような解釈によって医師に刑事罰を加えることには兼ねてから疑問が呈されており⁽³⁵⁾、他の立場に比べると支持が薄いようである。

代わって支持者が多いのは、応招義務を③「医師の国に対する公法上の義務と捉えつつも、民事責任を肯定する立場」である。この類型の学説は、同義務が患者保護の側面を持つことを強調することにより、同義務違反が民事上の不法行為となる可能性を認める。たとえば、診療拒否によって損害が生じた場合、医師に過失があると一応の推定を行い、「正当事由」の主張・反証がない限り医師の民事責任を認めるという学説⁽³⁶⁾がこの類型に当たるが、他にも様々なバリエーションの学説がある。また、裁判例においても、応招義務違反から民事責任を認めるものが存在する。「応招義務は私法上の義務ではないが、応招義務違反と患者の被害との間に因果関係が認められるときには、損害賠償責任の基礎となる過失が推定される根拠となる」⁽³⁷⁾ことを示した判例として、千葉地方裁判所昭和61年7月25日判決⁽³⁸⁾及び神戸地方裁判所平成4年6月30日判決⁽³⁹⁾が挙げられる。理論的には論者によって違いが認められるものの、このような③の立場は今日において広く支持されているものである。

本件事案において、Xは③の立場に近い主張を、Y病院は①の立場に近い主張を展開しているように見受けられる。

さて、いずれの立場に立つにせよ、医師法19条1項は「正当事由」がなければ診療を

(34) 金澤文雄「医師の応招義務と刑事責任」法律時報47巻10号36頁（1975年）など。

(35) 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1-28頁（1972年）。

(36) 金川琢雄「医療スタッフのための実践 医事法学」（金原出版、2002年）、前田達明ほか『医事法』（有斐閣、2000年）など。

(37) 手嶋・前掲注②8、56頁参照。

(38) 判例時報1220号118頁（1987年）。評釈として、山田卓生「判批」ジュリスト873号88-91頁（1986年）、田上富信「判批」判例時報1239号183-188頁（1987年）、菅野耕毅「判批」年報医事法学3号125-132頁（1988年）など。

(39) 判例タイムズ802号196頁（1993年）。評釈として、菅野耕毅「判批」別冊ジュリスト140号『医療過誤判例百選 第2版』214-215頁（1996年）、村山淳子「判批」別冊ジュリスト183号『医事法判例百選』212-213頁（2006年）、岡林伸幸「判批」名城法学44巻1号265-291頁（1994年）、齋藤隆「判批」判例タイムズ852号（平成5年度主要民事判例解説）94-95頁（1994年）など。

なお、この神戸のケースでは患者の死亡が発生していたが、「問題とされたのは診療を受ける機会を喪失したことそれ自身が損害賠償の根拠となりうるかという点であり、診療拒否が原因となって患者死亡したと主張して逸失利益を請求した従来の診療拒否判例と異なる」。手嶋豊「判批」判例時報1479号198-203頁（1994年）、202頁参照。本稿で扱うケースも診療を受ける機会の喪失を争う点は同じであるが、患者の状態（原告男性は生存している）は異なっている。

拒むことができないとしている。つまり、正当な事由があれば、診療拒否が法的に許容される余地がある。この正当な事由の内容については、行政解釈として示されたものと裁判例によって示されたものがある。

行政解釈については、昭和24年通達⁽⁴⁰⁾及び昭和30年通達⁽⁴¹⁾が有名である。前者の昭和24年通達は、「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」とした。昭和24年通達は、具体的に a). 診療報酬の不払い⁽⁴²⁾、b). 診療時間外、c). 天候不良などが正当事由とならないことを挙げているが、これらは例示である。一方、後者の昭和30年通達は、「『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」としていた。この2つの通達の関係について、三谷らは、昭和24年通達は昭和30年通達によって失効したわけではなく、「昭和24年通達と昭和30年通達は並存するものとして、整合的に解釈する必要がある」⁽⁴³⁾と言う。その上で、昭和30年通達が往診の拒否による患者の死亡事例という個別事例への回答であったことを鑑みると、「『社会通念』を基準とする昭和24年通達が医療全般に適用される共通基準を示し、「事実上不可能」を基準とする昭和30年通達が救急医療のみに適用される、より具体的な基準を示したと整理することが可能であり、合理的である」とする。

裁判例を見れば、d). 道路粗悪が「正当事由」とされなかった判例⁽⁴⁴⁾や、e). 他の患者の治療中であったことが「正当事由」と認められた裁判例⁽⁴⁵⁾がある。一方で、f). 専門外⁽⁴⁶⁾やg). 満床⁽⁴⁷⁾を理由とした診療拒否については判断が分かれている。さらに、近

(40) 昭和24年9月10日医発第752号厚生省医務局長通知。

(41) 昭和30年8月12日医収第755号厚生省医務局医務課長回答。

(42) なお、診療報酬不払いについては、昭和24年通達の「医業報酬が不払いであってもこれらは直ちにこれを理由として診療を拒むことはできない」との文言より、「直ちに……拒むことはできない」との表現に特に着目して、「診療報酬不払いの事実に加え一定の事情が存在すれば診療拒否は可能と考えることができる」との解釈がある（三谷ほか・後掲注⁽⁴³⁾、1657頁以下参照）。三谷らは、旧厚生省の国会答弁（第24回国会（参議院）社会労働委員会議録38号）から、支払不能の場合には正当な事由が認められず、支払能力がある場合には「正当な事由」が認められることを示している。

他にも、都内で行われたセミナーにおいて、大阪府保険医協会事務局参与の尾内康彦が「『払えない患者』と『払わない患者』を区別し、不当な理由で払わない患者に対しては、双務契約が成立していないことから診療拒否ができる」と述べたことが、医療者向けの雑誌に掲載されていた。裁判例こそ見当たらないものの、いわゆる未収金問題に苦しみ医療現場においては、近年このような解釈が一定の支持を得ているようである。MediCon2018年10月号14-16頁（2018年）、16頁参照。

(43) 三谷和歌子＝吉峰耕平＝大寺正史「応招義務と『正当な事由』の判断基準の類型的検討」日医雑誌第145巻8号1655-1659頁（2015年）、1655-1656頁。

(44) 大判昭和13年5月19日法律新聞4284号11頁（1938年）。

(45) 名古屋地判昭和58年8月19日判例時報1104号107頁（1984年）。評釈として、野田寛「判批」法律時報56巻9号121-124頁（1984年）。

(46) 否定例として、大判昭和11年7月10日大審院裁判例10巻51頁（1938年）。肯定例として、名古屋地判昭和58年8月19日（前掲注⁽⁴⁵⁾）。

(47) 否定例として、千葉地判昭和61年7月25日（前掲注⁽³⁸⁾）。肯定例として、東京地判昭和63年12月

371 応招義務を巡る今日の問題

時はh)。患者の暴力・暴言などの迷惑行為を理由とした診療拒否の問題が裁判例に現れているが、病院側が勝訴する事案ばかりであるようだ⁽⁴⁸⁾。

このように、行政解釈及び裁判例によっていくつかの「正当な事由」のケースが示されているが、裁判例に挙がっているものはそのほとんどが診療拒否によって具体的な損害が生じた救急のケースであり、一般的に正当な事由を示したものは考え難い。そのような事情を鑑みて（先に示した三谷らのような整理を行うかどうかは別として）、学説の多くも、これらの行政解釈や裁判例で示されたものは正当な事由を検討する際に特に重要なものとされているに留まるとして、実際の個別・具体的な検討はケース・バイ・ケースで処理するものと見ている⁽⁴⁹⁾。具体的には、①医療者側の事情及び②患者側の事情に加えて③地域事情を総合的に見て「社会通念上認められるか否か」を判断することになる。

そして、初めに述べたように、アジア圏で渡航移植を受けたことや、臓器売買に関与したこと（あるいはその疑いがあること）をもって診療拒否を行ったという裁判例は今までになく、本件ケースがリーディング・ケースとなる（ハズである）。

なお、本稿執筆時点において、厚生労働省は昨今の“働き方改革”との関係も踏まえて、応招義務のあり方を見直す方針であると報道されている⁽⁵⁰⁾。もし見直しが行われれば、今後、応招義務に関するテキストの記載は変更が必要となるであろうし、また上述した本稿の検討も意味を為さないものとなる可能性がある。今後の動向に注意したい。

2. 本件に現れた応招義務問題

これまで、原告・被告間で概ね争いのない事実関係及び学説・判例の状況等について紹介した。以下では、当事者間で争いのある問題について紹介及び検討を及ぼすこととする。本件訴訟においては、かなりテクニカルな主張が多く論点にわたって繰広げられていた。それらをどのように整理するか大変悩んだが、ひとまず本稿では応招義務の問題を中心とした上で、いくつかの項目に分けて執筆してみたい。

〔法的性格・診療契約との関係等について〕

・原告側主張：Xは、医師法19条1項の応招義務の解釈について、(上述した)神戸地方裁判所平成4年6月30日判決より、「医師の応招義務は、患者保護という側面も有しており、医師が診療を拒否して患者に損害を与えた場合には、医師側が「正当な事由」を主張・立証しない限り、患者の被った損害を賠償する責任を負うべきである」とした。ここからさら

19日判例タイムズ686号169頁（1989年）。

(48) 病院側が勝訴した例として、東京地判平成25年5月31日LEX/DB25513049。そのほかにも複数の事案があるようだが（三谷ほか・前掲注(43)、1657頁以下）、本稿の執筆にあたって用いたデータベースでは確認することができなかった。

(49) 金川・前掲注(36)など。

(50) 「今回の見直しでは、医療の提供を確保しながら、医師に過重な労働を強いることがないようにバランスを重視し、個別のケースごとに応招義務を示す」と報道されている。産経新聞2018年11月27日26面。

に、患者には「医師が正当な理由を有さない限りその求めた診療を拒否されることがなく診察を受け得るという法的利益」があり、Xもこのような法的利益を有することを主張した。

・被告側主張：Y病院は、Xが主張するところの本件診療拒否を否定する。その際に、これがそもそも応招義務の問題ではないと主張した。その論旨は、応招義務は、公法上の義務であり事実行為としての診療を医師に求めるものに過ぎない⁽⁵¹⁾。また、応招義務は「診療すべきかどうか」の判断の話であるということであった。

少し詳しくこの主張を確認する。同主張は、まず、①応招義務の趣旨はアクセス権の保障にあるとして、診療継続中の患者が診療を求めた場合には適用されないとの理解に基づくものである。すなわち、応招義務の問題は緊急性のある場合の患者受け入れの場面の問題であるとする。そして、医師総数が増加している現在、診療拒否の危険性は低下したとして、応招義務は歴史的役割を終えたとの評価もある中、本件のような緊急性のない場合に応招義務の追求がなされることは「時代錯誤的」であると言うのである。それゆえ、②本件診療拒否は、診療継続の場面における「診断不要の判断」に当たるものであり、これは医学的・実質的判断である（後述する「正当事由」の問題とならない）と結論づける。

つまり、本件において、具体的には、尿検査等がオーダーされた段階で診療契約が締結された（ただし、契約内容は「腎移植手術後2ヶ月を経過した患者に対するフォローアップ」という漠然とした内容である⁽⁵²⁾）ので、それ以降はそもそも応招義務の場面ではない。その後は基本的には診療契約の話となる。問診でXの中国での移植が判明した後は、検査・問診・診察に基づいてF医師は患者の生命身体に緊急性がないことを確認して①応招義務が問題とする内容に対応していたし、また、②医師は自身が不相当と考える患者の選択した医療行為を行う義務を原則として負わない⁽⁵³⁾と考える。したがって、本件でY病院は、診療契約上負担する義務（この時点は「患者の生命身体に緊急の危険が生じているか否かを判定するために必要とされる範囲での問診・診療・検査の実施義務」）を果たしている。そして、東京西T病院への返書の作成により診療契約は終了した⁽⁵⁴⁾。概ねこのような主張であった。こうした主張の根拠は、応招義務には診療継続義務はなく、両当事者の信頼関係が破綻した後に診療契約を維持することは困難であるから、医療側の任意解除も肯定されるという理論、また、仮に両者の信頼関係が破綻していると言えなくとも、診療契約上負担する義務を果たしている以上、診療契約はその目的を達しているという理解にある。

(51) Y病院側は、Xが論拠とする上記神戸地裁判決についてはそれが裁判例に過ぎず、他の裁判例も下級審のもののみであることを主張した。東京地判昭和56年10月27日判例タイムズ460号142頁（1982年）、名古屋地判昭和58年8月19日（前掲注45）。

(52) 米村・前掲注33、93-94頁、また村山淳子『医療契約論』（日本評論社、2015年）132頁などを挙げていた。

(53) 最判平成13年11月27日判例タイムズ1079号198頁（2002年）と同趣旨と主張した。

(54) Y病院側は転医措置を診療の内容と見ており、応招義務の話としていない。

なお、Y病院側は、医師による治療法選択（上記②）に関して、本件の対応は、イスタンブール宣言その他の臓器移植医療における国際的に是認されている価値判断に従うことで「臓器提供者の人権のみならず、移植手術患者の身体・健康にも生じる不利益」を抑止するとの考えから行ったものであるし、Xが正当な医療ルートではない（と目される）医療を受けてきたことから⁵⁵⁾、同宣言に反した医療行為を行ってはいけないとの判断をしたと主張した。

上記医師の判断は医学的判断ではなく、政治的判断ではないかというX側からの反論があるが、この点は〔正当な事由〕を後に検討する際に触れる。

・争点の整理及び私見：法的性格や応招義務の範囲等については、原告・被告間で見解の相違が大きい。さて、応招義務の範囲をどう捉えるかについては、論者によって様々であるが、Y病院が根拠として主軸に置いているのは米村説である。

同説は、「応招義務は、締約強制（一定の内容の契約の締結が法律上強制されること）として扱われることがあるが、…応招義務を締約強制として理解することは不適切である」⁵⁶⁾とする。その理由としては、(1)通説は、医療契約の医療側当事者を医療機関開設者としているが、応招義務は医師に課せられており不一致があること（など）、(2)電気や水道契約の場合と異なり、「医療契約の内容は患者本人や家族の意向によっても異なるため、義務としての契約締結を肯定した場合には契約内容の認定に困難を来す可能性がある」ことが挙げられている。そして、「応招義務はあくまで事実行為としての診療行為を義務付けるものと解され、契約締結の有無や契約内容は原則通り当事者意思により決すべき」と結論づける。さらに、米村説では、「傷病者が何らの診断も応急処置も受けずに放置される事態を防止するという応招義務の本来の趣旨を考慮しても、既に診療を義務付ける法律行為が成立していれば問題ないはずであり、義務内容は初期診療行為に限定すべきである」⁵⁷⁾としている。

このように、Y病院側は、応招義務の範囲を初期診療の場面に狭く限定する学説に強く依拠している。他方、X側は、応招義務の範囲として新規患者の診療開始時のみならず、診療中患者の診療継続にも及ぶと主張した。その理由は、Y病院の主張に対する反論の中で示されているが、応招義務を①アクセス権保障と狭く限定し、かつ②治療継続は医学的・実質的判断であるとされると、一度患者を受け入れた後は、正当な理由がなくとも治療が止められることになるので応招義務を容易に潜脱できてしまい結論として不当というものであった。

ここで争われている応招義務の範囲については、X側の主張する理解の方が、学説では

55) Y病院側は、中国で移植を行ったことの一事をもって判断したわけではないと主張する。ただし、訴訟資料を見る限り、Xが中国で受けた治療の内容等については訴訟の過程で明らかになったことも多いようだ。この点は、今後判決の評価を行っていく上で注意が必要ではないかと思われる。

56) 米村・前掲注33, 47頁以下。

57) 米村・前掲注33, 48頁。

多数説であるように思われる⁽⁵⁸⁾。すなわち、同義務は診療中患者の診療継続を含むという理解である。裁判所がどちらの主張を採用するか（あるいは、いずれも採用せずに独自の判断を行うか）という点は、本件において注目されるポイントである。ただし、仮にY病院側の主張のように応招義務の範囲を狭く解し、本件が診療契約に関する問題であるとしたとしても、そのことが直ちに診療契約を一方的に打ち切ることが可能という理解につながるわけではない。

そこで、信頼関係の議論が持ち込まれることになる。診療契約において、患者側も診療協力義務を負うという理解は有力となってきているが、内容としては問診応答義務、症状等応答義務、受診義務、診療行為協力義務、療養方針遵守義務が挙げられる⁽⁵⁹⁾。Y病院側はイスタンブール宣言や内規に基づいて渡航移植患者の受診を断るという文脈で、信頼関係の破綻の主張を行った。Y側からすれば、具体的には、患者側から十分な情報提供等がないこと（よって臓器売買への関与の疑いが残ること）が信頼関係を形成できないと考えられたようである⁽⁶⁰⁾。さらに、これに当事者一方からの任意解除を認める学説⁽⁶¹⁾を組み合わせて正当化をはかっている。しかし、このような学説は未だ支配的な学説とは言えず、この点も裁判所がどのような判断を行うのか注目される。

また、診療契約の性格についても当事者双方には争いがある。Y病院側は、（応招義務を

58) 応招義務の範囲を狭く捉える米村自身、こうした学説の多数説の状況を批判的に捉えて展開されるものである。「応招義務の適用場面として、新規患者が診療開始を求めた場面が含まれることには争いがない。さらに、診療中の患者が診療継続を求めた場合も含まれるかが問題となり、これを肯定する見解が多いが、診療継続は応招義務に含まれないと解すべきである。」米村・前掲注33, 48頁。

59) 菅野耕毅『医療契約論の理論〔増補版〕』（信山社、2001年）、135頁以下参照。

60) ただし、このような考え方を採用するにせよ、1) 情報を提供しない（拒む）場合と情報を提供できない場合は分けて考えるべきではないだろうか。海外においては、日本（を含む先進国）の医療慣行と異なる場合もあり、日本においてはカルテに記載されるのが通常である情報が欠けている場合もあると耳にする。また、提供された情報が不十分であるとしても、2) ここでどのレベルまで情報が必要とされているのかということには、若干疑問がある。まず、治療（アフターフォロー）を行うにあたって必要なレベルの情報提供がなされないというのは、確かに医療者側にも困る部分があることは理解する。しかし、臓器移植そのものを行うレベルまでの医療情報までは、このケースでは必要ないのではないか（情報量の問題）。さらに、臓器売買やブローカーの関与の疑いを晴らすレベルまでの情報を求めるということになれば、それは治療に必要な情報とは異なった性格の情報提供を求めていることにはならないか（情報の質の問題）。そのような情報提供を患者に求めること、そして情報提供がなされないことをもって診療契約を打ち切ることが妥当とされるのか。管見ではこのような疑問も浮かぶところであるが、裁判所の判断を待ちたい。

61) 「医療契約は、準委任契約として、両当事者からいつでも理由なく解除することができる（民法651条）。一般には、応招義務（医師法19条）の存在を根拠に医療側の任意解除権を否定する見解であるが、……応招義務は契約締結と無関係であることに加え、応招義務が診療継続義務を含むものと解すべきではなく……両当事者の信頼関係が破綻した後医療関係を維持することは困難であるから、医療側の任意解除も認めるべきである。」米村・前掲注33, 101頁。

初期診療に限定した上で、診療契約はまず具体的な診療内容が未確定な抽象的・概括的契約として成立するものであり、その後の検査などによって内容が確定していくというもの。それは、一連の診療過程でなされる「単一の契約」であると見ていた。これに対して、X側は尿検査・血液検査及び問診をもって診療契約が成立したと見るY病院の見解を非難するのであるが、その主張もかなり工夫が入ったものであった。それは、すなわち、診療契約が抽象的・概括的な「単一の契約」であるとする主張そのものに向けられた反論であった。具体的には、A. 内容が未確定な契約が成立したということに意義がないこと（あえて契約が成立したという意義が見出せない）、B. 通常の医療過程はb-1. 診断（一般的診療・検査など）とb-2. 治療に分けられ、この医療過程ごとに契約の成否及び内容が確定されるべきであるという主張であった。噛み砕いて言えば、これは、b-1. 一般的診療に関する契約から、特定の検査や画像撮影に関する契約に進み、それらの結果を受けた上でb-2. 治療行為に関する契約に至るということになり、契約を医療の場面ごとに細分化・複数化して捉えるという主張である⁽⁶²⁾。そして、本件では、Y病院から本来提示されるべき治療行為の選択肢がなかったのだから、治療行為に関する契約には至っていない（診療契約の問題ではなく応招義務のレベルの話とすべき）と展開するわけである。もとよりX側は応招義務の範囲を初期診療に限定しない立場であり、また、応招義務の内容に診療継続が含まれるとする立場であるので、主として応招義務違反を争うという構えになるわけである。ただし、このような診療契約を細分化する学説は少数説に留まるように思われる。

以上のように、本件では、一方で応招義務の対象については原告X側が通説に近い立場を主張し、他方で診療契約の性格については被告Y病院側が通説に近い立場を採用しており、この辺りの対立は法解釈論として非常にテクニカルな事態となっている。管見ではあるが、そもそも、この辺りの細かな議論は（医事法学者は高い関心を持つポイントであるが）、本件事件において本質的な問題とは思われない。より重要なのは、Y病院がXの診療の求めを拒む際に持ち出した「内規」の扱いであると思われる。それにも関わらず、弁論準備手続においては、かなりの労力がこの点に払われていることが窺える。この辺りは、両当事者の訴訟戦術がどうだったのかとか、裁判所の訴訟指揮としてこちらに時間をかける必要があったのかとか、様々な疑問が浮かぶところではある⁽⁶³⁾。

(62) X側は、最判平成13年11月27日（前掲注53）、東京高判平成16年9月30日判例時報1880号72頁（2005年）を根拠に主張していた。

(63) 本件においてX側は、Y病院の応招義務の範囲を狭く捉える見解に対しては、診療契約が1本の契約ではなく複数の契約から成り立つものである旨も主張した。しかし、X側が主張するような説（少数説）が裁判所で採用される可能性は、決して高くはないだろう。むしろ、この点はY病院側の言い分に乗っかる形で、たとえば、一方側からの契約の自由な解除ができないということか、仮に可能であるとしても本件ではそうした場合に当たらないとか、そのようなストラテジーも取り得たように思われる。この点に関しては、高岡法科大学において富山県平成30年度寄附講義を担当した際に（2018年9月10日）、山下登（岡山大学ヘルスシステム統合科学研究科教授）か

以上、非常にテクニカルな対立が本件訴訟では生じている。判決文入手後に、裁判所の判断を改めて検討したい。

〔正当な事由について〕

・原告側主張：上述したように、X側はそもそも本件診療拒否を応招義務違反と捉える。さらに、仮に（Y病院の言うように）診療継続中であつたとして、また診療継続について医学的かつ専門的な判断を要するとしても、正当な理由なく、治療の継続を中止された場合には、医師法が応招義務を定めた趣旨が失われるので、治療中であっても応招義務は認めるべきであるとし、さらに「これは応招義務の制度趣旨や、保護法益をどのように考えても同じ」であるとする。また、Y病院は、（前述のように）②医師による治療法選択があると述べるが、中国で腎臓移植を受けたXの治療を行わないことは「医療の専門性とは全くレベルが異なる問題」であり、それは政策的判断であると言う。このように、XはYの主張が正当な理由とならないと訴えた。

・被告側主張：被告側は、本件診療拒否が無かつたという立場である。前述したように、Y病院側は、Xが言うところの診療拒否は本件内規に基づいて行った②医師の治療に関する判断であり、それは正当であるとしている。その理由は、おおよそ以下のようなものである。医療契約の内容は、患者本人や家族の意向によっても異なるどころ、「患者の属性（そこから生じる医療政策的要請）によっても医療契約内容は異なってくる」はずである。したがって、Y病院はXのイスタンブール宣言等の理念に反する患者としての属性に基づいて、「臓器売買や移植ツーリズムを助長させないとする公的医療機関としての立場に立脚して原告に対しての治療を継続していかないとしたことも、医療契約の内容として妥当性を欠いたり不適切であるとの批判を受けることにはならないと解する」としている。

これに対して、X側からは、（上記のように考えるならば）暴力団関係者の治療を行うことは暴力団の存在を助長するのかと疑問を呈されたところ、Y病院側はイスタンブール宣言等を盾に反論をしている。曰く、イスタンブール宣言その他の臓器移植医療における国際的に是認されている価値判断に従うことで、臓器売買や移植ツーリズム等により臓器提供者の人権のみならず、移植手術患者の身体・健康にも生じる不利益を抑止しよう」としているものであり、そうした社会的利益を入れてXへの治療継続の判断を行ったのであるから、「暴力団関係者の診療を行うか否かの判断とは場面を全く異にしている」と。

なお、Y病院は、診療継続を行わなかつた要因として、Xが提供した情報に移植適応検査や手術内容が全く含まれていないこと（犯罪への関与を疑わせる）や高額の渡航費用がかかっていること、怪しげな移植がひいては患者の健康を危ぶめることを挙げるほか、Y病院がイスタンブール宣言に基づき、臓器移植ツーリズム等の支援・奨励を断ち切っていかなければならないという「公的立場」をも挙げていた。

らコメントをいただいた。

・争点の整理及び私見：そもそも本件訴訟の中心となるべきなのは、臓器売買に関与したこと（あるいはその疑いがあること）をもって診療拒否を行うことであり、その根拠としてY病院側が挙げる「内規」の問題であろう。先に整理・検討を及ぼしたように、これが応招義務違反に関する「正当な事由」なのか、診療契約における判断の根拠として持ち出されるものなのかについては争いがある。もちろん、本稿執筆時点では裁判所の判断は明らかではない。

応招義務の問題として考えたとして、臓器売買に関与したこと（あるいはその疑いがあること）をもって診療拒否を行うことが正当な事由にあたるかについては、私は過去にも検討を及ぼした⁽⁶⁴⁾。当時から現在に至るまで、基本的な考え方は変わっていない。以下、具体的に述べる。

免疫抑制剤の投与などのアフターケアが為されなければ、移植を受けた患者の生命や健康がいずれ脅かされることは間違いがない。医療機関からは、「患者の受けた手術や治療の内容が不明であり、リスクが大きいため受け入れられない」旨の主張を聞くこともあるが、そもそも診療契約によって生じる債務には病気の完治は含まれない。医療の性質からして、病気が完治しないことはあり得るからである。前述した厚労省の平成22年2月15日「無許可での臓器あっせん業が疑われる事例について」のような通達によって、仮に通報義務があるにしても、そのことと患者の診療を行わなければならないことは別問題である。通報も行わなければならない、診療も行わなければならないということはある。付言すれば、Xの主張のように、本件内規の内容はとても医学的判断とは言えないだろう。前節（1. 学説・裁判例等について）で確認したように、これまで行政解釈や裁判例で示された「正当な事由」は例示に過ぎないが、それでも政治的な判断が採用された例は見当たらない。仮に、組織犯罪への関与を問題視することに一定の理由があるにせよ、一方で国内法において対象が特定されかつ規制が及ぼされている暴力団の一構成員への治療については肯定し、他方未だにそのような国内法の規定がない犯罪組織（？）への加担はできないとして（構成員でもない）一患者の治療を拒否するというY病院の姿勢はアンバランスに映る（この点に関するY病院の論理構成は弱いのではないか）。

なお、厚労省は、海外で移植を受けた患者の帰国後の治療について、「関係法令にはなく、各病院の判断に任せている」⁽⁶⁵⁾と報道されている。しかし、このことから直ちに、各病院が自由に基準を設けて診療拒否ができるということにはならないであろう。では今回、Y病院側が主張するような「内規」をもって診療拒否をすることは許されるか。本件内規は、イスタンブール宣言などを受けて作成されたものであるそうだが、生命倫理学者の勝島は「「イスタンブール宣言」は渡航移植そのものを禁止しておらず、正当な診療拒否の理由となるかは疑問だ」⁽⁶⁶⁾としている。

64) 拙稿・前掲注(1), 48頁以下。

65) 産経新聞（静岡版）2016年10月20日25面。

66) 北海道新聞2016年10月14日38面（前掲注(4)）。一方で、「仲介したNPO法人の責任」にも判決が触れるべきではないかとのコメントも掲載されていた。

以上を勘案すれば、臓器売買に関与したこと（あるいはその疑いがあること）をもって診療を拒否することは「社会通念」上認められるとは、言えないものだろう。したがって、応招義務上の「正当な事由」としては認められないとするのが、私見である。

なお、本訴訟資料を見る限り、本件においては、NPO への支払いの事実は確認されている。しかし、支払いの事実は X や NPO 団体の臓器売買への関与を直ちに裏付けるものではないし、また、（繰り返すが、）仮に X が臓器売買に関与していたとしても、診療を拒む「正当な事由」とならないことは上述したとおりである。

〔侵害法益について〕

・原告側主張：X は、診療拒否ないし応招義務違反によって侵害された法律上保護される利益について、それは「診療を拒否されない利益」であると訴えていた。診療を拒否されない利益は、不当に診療を拒否された場合、診療を受けようとする者の生命及び身体をも侵害する可能性があることから肯定される、重要な利益であると X は主張した。そして、医師法19条1項（応招義務）が公法上の義務であることとの関係では、同条項が間接的にはあるが診療を受けようとする者の生命・身体の安全確保をも図っているといえ、また同条項について「病人が医療を受ける権利、いわゆる健康権」を保障した規定と考える見解があることにも触れていた。以上より、X は医師法19条1項違反から「診療を拒否されない利益」が直接ないし間接的に導かれるし、同利益は他の生活上の権利（日照権など）とは異なり他の権利との調整も必要がないものであるから、診療を拒否されない利益が侵害された場合、原則として（正当な事由がない限り）その侵害行為は違法と考えるべきと主張した。

・被告側主張：Y 病院側は、そもそも診療拒否をしておらず、応招義務違反もないという主張である（前述）。

・争点の整理及び私見：この侵害法益に関する部分が、X 側にとって難題だったように思われる。前節で裁判例を確認したが、それらは救急の案件であり、かつ診療拒否によって死亡等の重大な損害が発生したケースであった。訴訟資料を見る限り、X の健康状態は良好なものに見える（自宅から東京の病院まで片道3時間半を自分で運転して通院している）。従来の裁判例を基準にする限り、患者がこれだけ健康な場合にも応招義務が肯定されるだろうか。実害がない中で応招義務違反を主張することは難しい。やはり、他に診療を引き受けてくれる病院に引き継ぐということがあれば、それで十分であるという判断もあり得るだろう。

一方で、X の遠方への通院がいつまで可能であるのかはわからないし、その不安も理解できるところである。もし、患者が通院困難になった時点で再度診療申込みをした場合はどうなるのだろうか。今度は、応招義務が肯定されるのだろうか。この点は、本件の裁判例がどこまでの射程を考慮して判決を出しているかを見ることで、ある程度窺い知ること

ができるだろう。

3. 小括及びその他の情報

以上確認したように、X側は応招義務の範囲を広く捉え、診療継続にもそれが及ぶことから一方的な診療契約の解除はできないと考えた。これに対して、Y病院側は、応招義務の範囲を初期の引き受け段階に限定し、そうすることで診療継続には応招義務が及ばないとしていた。ここまではX側が通説的な見解に近い。ここでは、Yは信頼関係破綻によって一方的な契約解除が可能との論を展開していた。他方で、Y病院側は、診療契約を、当初の内容は未確定だが検査・診療等を通じて確定されていく単一の契約と捉える立場であった。X側は、検査・診療ごとに個別の契約が締結されるという主張であった。この点はY病院側が通説的な見解であった。本件では、このようなねじれがある中で、「正当な事由」や侵害法益に関する主張がなされており、対立がテクニカルで複雑な状況にあることが窺える。

なお、X側は訴訟過程において、いわゆる期待権侵害の主張も行っていた。期待権侵害の主張は当初行われておらず、追加的に出てきた感があったが（訴訟戦略の練り直しかとも思われた）、しかしながら、この主張はあまり前面に出されることがなく訴訟が進むにつれてトーンダウンしてしまった。その理由は不明であるが、訴訟過程において、Xは中国での渡航移植を受けた後にY病院でアフターケアを継続的に受けているNさんという方があることを知ったので、Y病院で診療が断られることはない、大丈夫だと思ったと述べている。そうであれば、確かに、XにはY病院で診療を断られないという期待を持つだけの理由があったのだろう。そして、Xは訴訟においてNさんにも協力を求めたが、Y病院からの診療拒否を恐れたNさんは協力を断ったと記録に残っている。推測にすぎないが、この辺りの事情が、期待権侵害の主張を強く展開し得なかった背景にあるのかもしれない。

おわりに

本稿執筆中に、本件訴訟は原告側の敗訴（請求棄却）となった。判決文の入手が間に合わなかったこともあり、整理が不十分で分かりにくい箇所、描写が上手く行っていない箇所が残されている。今後、評釈を物すにあたって、適宜修正を行いたい。

前章の侵害法益に関する箇所ですたとおり、本件においてはXには身体的な損害が発生していない。このことは、従来の学説や（裁）判例に照らして考えると、既に原告側は相当勝ちにくい状況であった。それにも関わらず、訴訟に踏み切ったのは、渡航移植に頼らざるを得ない患者の置かれた境遇を社会に知ってほしいとのことであろう⁶⁷⁾。もちろん私もそうした状況を理解しないわけではないが、法解釈論としてはX側の主張が裁判所に全て受け入れられるとは到底思えない。

67) これはいわゆる「政策形成訴訟」というものに対応するだろう。

しかしながら、本件訴訟には非常に引っかかるやりとりがあった。このことについて、最後に一言コメントを行いたい。それは、Y病院側が国立大学の附属病院という医療機関の「公的立場」を前面に出して、それゆえにイスタンブール宣言などの国際的倫理基準に従って、患者の診療を断ることができるかと主張することについてである。X側はこれに反対して、むしろ公的機関が最後の砦として機能すべきだと主張する。この点について、そこまで言う必要があったのかという残念な気持ちを私は持たざるを得ない。Y病院の言い分を敷衍すれば、結局のところ公益性の高い病院ほど診療拒否が行われやすくなるが、そうすると高度な医療技術を有する国立病院機構などになるほど診療拒否が行われることにもなりそうである。そのような理解で良いのだろうか。そもそも臓器売買のような組織的な犯罪に対応するのは、第一義的には国家であって一医療機関ではないはずである。Y病院は、医療機関が特定の患者を排除することによって、背後にある組織的犯罪に対応することが、本当に能力的・物理的に可能だと考えているのだろうか。加えて、対象を臓器売買に限定して対応する理由も不明である（世の中には法律上明確に犯罪とされているものが他にもある）。むしろ、医療者を教育する機関でもある大学病院においては、「罪を憎んで人を憎まず」、人を分け隔てなく診るような教育をこそすべきではないのだろうか⁶⁸⁾。このような主張は、X側の強い診療の求めに反応する形で出されたものであったかもしれない。しかし、もしこのような箇所が裁判において採用される（拾われる）ならば、判決を見た（一般の）患者のY病院に対するイメージは良くなるようには思われない（きっと上から目線の物言いに聞こえるだろう）。余計なお世話と受け止められるだろうが、もう少し慎重な対応も可能であったかと思われる。

68) もちろん、暴力を振るうような患者への対応は別として教育すべきかと思われる。