

医療契約の法理

菅野耕毅

目次

- 一 序文
- 二 医療契約の意義
- 三 医療契約の成立
- 四 医療契約の当事者
- 五 医療契約の効力
- 六 医療契約の終了

一 序 文

医療における患者と医師（または病院・診療所、以下「病院等」という）の関係は、法律的にこれをどのような関係と解すべきであろうか。この問題は、その医療関係がいかんして形成されたのか、その態様を分析したうえで考えなければならぬ。そこで、医療関係が患者本人の意思に基づいて形成されたものかどうかという観点からこれを区分すると、第一に、医師が患者本人から依頼を受けて診療を開始し、その依頼内容にそのような診療をする場合、第二に、意識不明の傷病者、乳幼児・精神障害者など意思能力のない患者につき、その保護者から診療依頼を受けて診療をする場合、第三に、行政上の要請により、一定の対象者に対し本人の意思を問わずに、健康診断・診察・入院措置・優生手術・予防接種などの医療を施す場合などの類型に分けることができる。

右の医療関係のうち、普通一般にみられるのは、第一の患者本人の依頼による場合である。これは、患者からの受診申込と医師（病院等）による診療の承諾によって開始され、医師は患者の依頼内容にそのような診療を施し、これに対して患者は一定の診療報酬を支払い、医療目的が達成され、またはそれが不能となったときに終了する。こうした患者と医師（病院等）の法律関係は、一般に「医療契約」と解されている。ところで、これを「医療契約」と解した場合には、その契約の法的性質はどうか、契約の内容はどうか、その契約の成立要件はなにか、契約の当事者はだれか、その契約はいかなる法的効力をもつのかなどが、検討すべき課題となる。

第二の意識不明の傷病者、乳幼児・精神障害者などに対する診療の場合にはどうか。これについては、それを依頼した保護者等による「代理」（民法九九条）または「第三者のためにする契約」（民法五三七条）に基づく医療契約とみる説があるが、それで問題はないだろうか。また、轢き逃げや行き倒れなどを発見されて病院に担ぎ込まれ

た意識不明の傷病者の場合は、医師（病院等）とその患者との法律関係を「事務管理」（民法六九七条）ないし「緊急事務管理」（民法六九八条）と解する説がある。そのように解すると、準契約関係として医療契約の問題と関連させて考察する必要がある。

第三の強制的に施される健康診断（伝染病予防法一九条、結核予防法七条、性病予防法一〇条〜一二条、後天性免疫不全症候群の予防に関する法律八条等）、診察（精神保健法二七条）、入院・隔離措置（精神保健法二九条・三条、伝染病予防法七条・八条・一九条）、優生手術（優生保護法一〇条）、予防接種（予防接種法四条・七条・一〇条、結核予防法一三条〜一八条）などは、行政上の即時強制として行われるものである。これらは、本人または代理人等の自由意思に基づく医療ではないから、医療契約の問題とならないことはいうまでもない。

これまで、医療契約の問題は、医療事故責任の法律構成をめぐる議論されることが多かった。医療事故責任の法律構成について、これを「不法行為」と構成するか、「債務不履行」と構成するかによって、損害賠償請求権の消滅時効や、過失の立証責任等において若干の差異が生じると解されるからである。しかし、そうした問題以外に、においても、医療契約の法律関係については、検討すべき問題が少なくない。

本稿においては、右のような医師（病院等）と患者との医療関係を医療契約と構成する立場から、その契約の法的性質その他の法的諸問題を整理、検討して、その法律関係を明らかにすることにした。

二 医療契約の意義

(一) 医療契約の内容

医療契約においては、まず、どのような内容の契約が結ばれたかが問題となる。一般に、医療契約の内容は明らかでないことが多いからである。それは、患者の病状の変化が予測しがたく、診療の効果も予見しにくいという医療それ自体の性質によるほか、医療開始の際に当事者間で内容を明確にして契約を結ぶという習慣が成立していなかったためでもある。患者側は単純に「診療をお願いします」といって申込み、医師（病院等）側が「承知しました」といって引き受けるのが普通であろう。

こうした単純で包括的な医療契約の内容をどう理解すべきか。結局、患者側が疾病の診断および治療を目的とする診療給付を申込み、その給付に相当なる対価（診療報酬）を支払うことを約束し、医師（病院等）側がこれを承諾して診療給付を約束することによって継続的な契約関係が成立したとみることができらるであろう。

医療契約における医師（病院等）側の義務について、学説は「患者の病状に応じ善良な管理者の注意をもって医学上の技術規準に従い適正と認められる措置をとる」^(二)ことであるといい、判例も「現代医学の知識、技術を駆使して、可及的速やかに疾病の原因ないし病名を適確に診断したうえ適宜の治療行為」を行うことである（旭川地判昭和四五年一月二五日下民集二一卷一一〇一二号一四五頁。大阪高判昭和四七年一月二九日判例時報六九七号五五頁も同旨）という。ここに、注意すべき点は、①「診療契約は医師の側において、当該疾患に対して善良な管理者としての注意義務に従い、当時の臨床医療水準上適当な医学的処置を加えることを内容とするものである」が

「患者に対し、治療という満足のできる結果を常に約束するものではない」（大阪地判昭和六〇年六月一〇日判例タイムズ五九四号九二頁）ことであり、また、②単に当時の医療水準による医療を施すというだけではなく「そもそも医療水準の如何に拘わらず緻密で真摯かつ誠実な医療を尽すべき約束が内包されているとすべきであり、また医師は本来そのような注意義務を負うものである」（名古屋高判昭和六一年一月二六日判例時報一二三四号四五頁^(二)）ということである。

(二) 医療契約の態様

医療契約は、検査、診断、治療などの医療行為を受ける目的に応じて、いくつかの態様に分類される^(三)。

(1) 診療契約および入院契約

現に傷病のある者、またはその疑いを感じている者が、医師に対して傷病の診察や治療を求めている場合の契約が、最も普通にみられる「診療契約」である。

患者が入院する場合には、この診療契約を中心とし、そのほかに看護契約・病室賃貸借契約・給食契約なども含めた「入院契約」が締結されることになる。その内容について、判例は「（入院契約）は患者の病状に応じた治療行為を行うとともに、その入院生活を通して、その病状に注意を払い自殺、自傷等不慮の事故を予防するため、最善の看護行為を行うことを内容とする」もの（福岡地判昭和五一年一月二五日判例時報八五九号八四頁）と解している。入院契約に含まれる病室の賃貸借契約や食事・薬品等の供給契約は、あくまでも診療行為を行うための一手段であり、診療行為の必要性により内容が限定されるべきものであるから、借家法や売買契約法の適用は受けな^(四)いと解すべきである。したがって、医師の医学的診断に基づき、患者の症状が通院治療が可能な程度にまで回復

し、入院加療を必要としない健康状態にあることが判明して、病院から退院通告を受けたときは、入院契約は目的到達により終了するので、患者は病床を返還し病室を退去して退院すべき義務があることになる（東京地判昭和四四年二月二〇日判例時報五五六号七四頁）。なお、「かかりつけの医師」ないしホームドクターという関係は事実上の関係にすぎず、患者が特定の診療を依頼するたびに診療契約が成立するものと解せられる^(五)。

(2) 健康診断の契約

疾病の予防ないし早期発見のために健康の状態を診察してその結果を知らせる契約である。この契約の内容は、診察・検査等をして診断を下すことであり、疾病の治療までは含まない。健康診断により疾病が発見されたため、その治療を開始するという場合は、その時点から新たに診療契約が成立することになる。健康診断には、つぎのようなものがある。

(a) 定期健康診断 学校は、毎学年定期に、児童・生徒・学生および職員の健康診断を行わなければならない（学校保健法四条〜八条）、また事業者は常時使用する労働者に対し一年以内ごとに一回、定期に健康診断を行わなければならない（労働安全衛生法六六条、労働安全衛生規則四四条）。学校と学校医との間には任命または委嘱（学校保健法一六条）、事業者と産業医との間には選任（労働安全衛生法一三条）という法律関係があるが、健康診断の受診者と医師との間には特別の法律関係は存在しない。

(b) 生命保険契約の診査 生命保険契約締結に際して、保険加入者（被保険者）に対してなされる診査である。保険会社と常勤の社医との関係は雇用であり、保険会社と嘱託医との関係は準委任である。被保険者は保険契約締結のために診査を受けて所定の事項を告知すべき義務（商法六七八条）があるが、診査医との間には診療契約のような法律関係はない。

(c) 人間ドック検診 癌・脳卒中・心筋梗塞等の成人病の早期発見を目的として短期間入院して精密検査を受ける健康診断の一つである。医師（病院等）と受診者との間の人間ドック検診契約に基づいてなされる。人間ドック検診契約において、医師は受診者の疾病や身体的欠陥の存否を明らかにする義務を負い、それを看過したときは債務不履行責任を負う。この契約には、発見した疾病の治療をする義務までは含まれていないが、疾病を発見した医師は受診者にそれを報告し、適切な日常生活上あるいは治療上の指導をする義務があるものと解されている。^(六)判例も、人間ドック検診契約を「検査結果に基づいて受診者に何らかの疾病もしくは身体的障害を発見した場合はその内容を報告して適切な治療上の指導を行い、或いは受診者の健康管理等に資するため適切な日常生活上の指導を行うことを内容とする」ものとしている（仙台地判昭和五六年三月一八日判例タイムズ四四三号一二四頁）。検診により受診者に疾病またはその疑いを発見したのに、その告知、精密検査、治療上の指導が遅れまたは放置していた場合はどうか。判例は、人間ドック検診は特定の病状に対する検査や治療を目的とするものではないから、医師が受診者の肺に病巣を認めながらその原因を確定しないまま三か月後の再検査を指示するにとどまったとしても、人間ドック検診の目的に反するものではなく、医師に義務違反はないとする（大阪地判昭和六三年八月一九日判例タイムズ六八六号二三一頁）。しかし、医師が人間ドック検診において受診者に直腸癌の疑いのある病変を発見しながらそれを失念して放置した事案については、「（癌告知の裁量性はあるにしても）癌性腫瘍の疑いのある病変を発見した場合に、その段階で本人またはその家族にその旨を告知しないという方針を選択した場合には、自ら精密検査を実施するか、或は他の適切な専門医療機関で受診するよう患者またはその家族に説明指導すべき義務があることは明らかである」ので、これを失念して放置したのは明白な過失であり損害賠償責任があるとした（静岡地沼

津支判平成二年二月一九日判例タイムズ七五一号二〇八頁）。

(d) 受験目的の健康診断 入学試験や入社試験などのために受験者が受ける健康診断である。試験実施者の側が医師に依頼して健康診断を行わせる場合は、生命保険契約の診査と同様に解される。受験者が健康診断書を提出するために自分で医師に健康診断を依頼する場合（船員法八三条等参照）には、医療契約の関係が生ずる。医師は、人間ドックの場合と同様に、受験者の疾病や身体的欠陥の存否を明らかにする義務を負い、それを看過したときは債務不履行責任を負うが、その注意義務の程度は人間ドックの場合よりは軽いものと解せられる。^(七)

(3) 特殊の医療契約

疾病・傷害の治療や予防を目的とするものではないが、そこで用いられる方法の観点からみて医療行為とされる診療がある。美容整形、性転換手術、妊娠中絶、不妊手術などである。これらを目的とする契約も医療契約の一種とされる。この種の医療行為においては、治療目的や緊急性などからくる注意義務の軽減要因はないから、^(八) 医師に求められる注意義務の程度はより高いものになると解すべきであろう。

(4) 法令による医療関係

各種の衛生法規が一定の者に医師の診察・治療を受けるべきことを義務づけ、あるいは社会保険関係法規が一定の医療給付をなすことを定めている場合の医療関係がある。この場合の法律関係をどう解すべきか。前者については、すでに、序文において述べた。後者については、後に「医療契約の成立」ないし「医療契約の当事者」の項において述べる。

(三) 医療契約の法的性質

このような医師（病院）側が診療の給付をし、患者側が診療報酬を支払うことを内容とする医療契約は、法的に

みて、どのような性質を有する契約と解すべきであろうか。学説は、(a)当事者の一方が事務の委託をし、相手方がこれを承諾して委任事務を処理する準委任の関係にあると解する説（準委任契約説）、(b)当事者の一方がある仕事を完成させ、相手方がその仕事の結果に対して報酬を支払う請負の関係にあると解する説（請負契約説）、(c)当事者の一方が相手方の指示に従って労務に服し、相手方がこれに報酬を支払う雇傭の関係にあると解する説（雇傭契約説）、(d)医師（病院等）と患者の法律関係は、右のような一つの契約類型（典型契約）にはあてはまらず、むしろそれらを組み合わせた混合契約ないし特殊な無名契約（非典型契約）とみるべきであるとする説（無名契約説）などに分かれている。これらの学説のうち、準委任契約説が通説的見解となっている^(九)。判例も、請負契約と解するものや無名契約と解するものも少しはあるが、多くは準委任契約とみている。

(1) 準委任契約説

委任とは、当事者の一方（委任者）が法律行為をなすことを委託し、相手方（受任者）がこれを承諾することによって成立する契約をいい（民法六四三条）、準委任とは、法律行為以外の事務を委託する契約をいう（民法六五六条）。これらの効力は同じであり、区別する実益はない。委任は、報酬の特約がない限り、無償・片務の契約である（民法六四八条一項）。これは、委任（mandatum）とは手（manus）を貸すこと（datum）を意味し、友人の信義に信頼して事務の処理を託す契約であり、また、僧侶・教師・弁護士・医師・技術者などの高級な自由労務（opera liberalia）は謝礼（honorarium）の対象とはなるが、報酬（merces）の対象とはなりえないとみるローマ法以来の考え方に由来するものである。

委任における受任者は、報酬の有無または多寡にかかわらず、委任の本旨に従って善良なる管理者の注意をもって委任事務を処理すべき義務を負う（民法六四四条）。委任の本旨に従い適宜の措置を講じて委任者の信頼に応え

なければならず、そのために必要な範囲で自由裁量を有するのである。この委任事務の処理に対する報酬はどうか。報酬の授受は委任契約の成立要件ではないので、その特約をしなければ、委任者に報酬支払の義務はないことになる。しかし、現代の委任契約においては、通常の場合、一定の報酬を支払う慣習が成立しているとみられ、また委任契約の際に当事者間で報酬の特約をするのが通例となっているので、委任者はその特約または慣習に従って一定の報酬を支払う義務を負う（民法六四八条一項）。

判例をみると、昭和四〇年代に、医療契約は準委任契約であるとする判決が続出した。まず、昭和四二年のザルピラエス注射ショック死事件判決は、意思の実現による契約の成立（民法五二六条二項）を認めるとともに、医療契約の性質について「病的症状の医学的解明とこれを治療する事務処理を目的とした準委任契約」であると論じた。すなわち「通常病的症状を訴えて医院を訪れる患者と医師との間には、患者において先ず病的症状の医学的解明を求め、これに対する治療方法があるなら治療行為も求める旨の事務処理を目的とした準委任契約の申込みをなし、医師において診察を始める以上は右病的症状の医学的解明という事務処理を目的とした準委任契約の申込みを意思の実現により承諾し、続いて患者を他に紹介する等これに対する治療を断らずこれを行う以上は治療行為という事務処理をも引続き行うことを前同様承諾したものと解するのが相当である」とし、本件場合は胸部の痛みの医学的解明と治療行為という事務処理を目的とした準委任契約が成立したものとした（神戸地竜野支判昭和四二年一月二五日下午民集一八卷一〇二号五八頁）。

そのほかの事例をみると、「十二指腸潰瘍の治療を目的とする準委任契約」（高知地判昭和四一年四月二一日医民集五四六頁）、「疾病（激しい腹痛と吐き気）の原因ないし病名を適確に診断したうえ適宜の治療行為という事務処理を目的とする準委任契約」（旭川地判昭和四五年一月二五日下午民集二一巻一一〇二号一四五一頁）、

「善良なる管理者の注意を以て患者の眼病の治療に当る債務を負担する旨の準委任契約」（大阪地判昭和四六年四月一九日判例時報六四六号七二頁）、「分娩に達するまでおよび分娩後母子ともにその健康が安定するまでの生理的機能の経過に応じて対処的加療の必要性の有無を観察し、必要な場合にはその適切な対処的療法を選択し、これを施術するという診療行為を遂行すること自体を内容とする債務を負担するという準委任契約」（東京地判昭和四六年四月一四日判例時報六四二号三三頁）、「胃の病的症状の医学的説明をし、その症状に従い治療行為を施すことを内容とする準委任契約」（福島地会津若松支判昭和四六年七月七日判例時報六三六号三四頁）、「この（痔疾の）診療契約は、診療を目的とする準委任契約と解される」（東京地判昭和四七年一月二五日判例タイムズ二七七号一八五頁）、「胸部の痛みの医学的説明とこれを治療する事務処理を目的とした準委任契約」（大阪高判昭和四七年一月二九日判例時報六九七号五五頁）、「初老期うつ病につき、現在の精神医学の知識と技術を駆使して有効な診療行為と自殺防止を含む適切な看護行為を行うべきことを内容とする準委任契約」（福岡地小倉支判昭和四九年一〇月二二日判例時報七八〇号九〇頁）、「鍼・マッサージの診療契約……の性質は準委任契約である」（福岡地小倉支判昭和五一年四月三〇日判例時報八三一号九〇頁）、「欠損歯の補綴、損傷または老朽化した既存のブリッジの補修ないし取替、および歯根炎その他歯の疾患の診療」を目的とする準委任契約（東京地判昭和五八年八月二二日判例時報一一三四号一〇四頁）、患者の「病状に対して適切な医療行為をなす」旨の準委任契約（大阪高判昭和六一年三月二七日判例時報一二二〇号八〇頁）などとするものなど、多数の事例がある。

なお、健康保険制度を利用して診療機関の診療を受ける場合においても、医療機関と被診療者との間で私法上の準委任契約が締結されるものと解される（東京地判昭和四九年四月二日判例時報七三八号二四頁）。

(2) 請負契約説

医療行為の範囲が限定されていてその内容が明確なものについては、これを請負契約と解すべきであるという学説がある。例えば、一定の明確な事項を目的とする手術、美容整形、美容整形、歯科補綴などの場合がそうであるといわれる。

判例にも、目的の明確な手術については、これを請負契約とするものや請負的性質の強い契約と解するものがある。例えば、十二指腸潰瘍手術のための術前エーテル麻酔により患者が死亡した事案において、十二指腸潰瘍の治療全体については準委任契約としたが、その手術については「十二指腸潰瘍の手術の完成を目的とする一種の請負契約」と認められるとした事例（高知地判昭和四一年四月二一日医民集五四六頁）や、球結膜腫瘤摘出手術により眼瞼下垂等が生じた事案において、「手術についての契約は患者の腫瘤摘出のための診療契約で、その性質はその目的が明確である点よりして請負の要素の強い準委任契約とみるのを相当とする」とした事例（京都地判昭和五一年一〇月一日判例時報八四八号九三頁）などである。

ところで、医療契約を請負契約とみる立場においても、その契約の目的である「仕事ヲ完成スルコト」とか「仕事ノ結果」（民法六三二条）をどのように解するかが問題となる。治癒しなければ報酬を支払わない旨の特約がある場合のように、とくに「治癒」を約束したと解せられる場合は「治癒」という仕事の完成を目的とする請負契約と解してもよからうが、しかし、医療の性質からして、通常、「治癒」を約束することは不可能であろう。したがって、学説は、完成すべき仕事の内容は「治癒（全快）」ではなく「一定の手術そのもの（手術を仕上げること）」であると解している。^(二四)判例にも、仕事の完成とは「結果の完成」ではなく「医療行為の完了」であると解するものがある。すなわち、新生児が重症仮死状態で娩出され一〇数分後に死亡した事案において、判決はその診療契約を準委任契約と解したうえで、「仮に本件診療契約が請負契約にあたるものと解しうるとしても、特約のされたことの認

められない本件にあっては、そこに合意されているものは、児母ともに健全な状態での出産という結果を完成することではなくして、右診療介助行為を完了すること自体であるというべきである」としている（東京地判昭和四六年四月一四日判例時報六四二号三三頁）。

(3) 雇傭契約説

医療契約を雇傭契約とみる説は、ドイツにおいては通説であるといわれている^(二五)。その理由として、ドイツでは、委任はすべて無償契約であること、雇傭契約の性格について労務提供者が独立性をもつ契約であるとする考え方も存在すること、などがあげられている^(二六)。しかし、わが国では、委任も有償契約であるのが普通であり、雇傭契約は労務者の従属性が強い契約であることなどからして、雇傭契約説をとる者はほとんどない。医師の労務供給契約も、それが使用者たる会社の衛生・健康などの管理を目的とするときには雇傭であるとする説はあるが^(二七)、しかし、これは特定の生命保険会社に専属して加入者の健康診断を主たる業務とする場合などに限られ、特定の病人の診療を目的とする通常の医療契約の場合にはあてはまらない。

(4) 無名契約説

医療契約は、右のような典型契約の一つにはあてはまらず、むしろそれらを組み合わせた混合契約または特殊な無名契約（非典型契約）とみるべきであるとする説も少なくない。

いくつかの典型契約の混合した契約と解する説としては、古く大正時代の「準委任或は雇傭或は請負類似の混合契約^(二八)」とした説をはじめとし、「請負または準委任、或は両者の結合せる一種の非典型契約^(二九)」とか、「請負と準委任の結合した非典型契約^(三〇)」とか、「（手術契約は）準委任と請負との混合契約^(三一)」などとするものがある。

さらには、もっと端的に「特殊な無名契約の一つ^(三二)」とか、「ひとつの特殊（無名）契約^(三三)」、「診療契約という無

名契約」などとする説もある。無名契約とはいっても、それはいずれの典型契約に近いのかが問題となり、多くの説はそれを準委任契約に近いものとみているようである。^(二五)

(一) 中野貞一郎『過失の推認』（弘文堂、昭和五三年）八九頁。

(二) したがって、医師の義務違反行為と疾患につき生じた結果との間に相当因果関係が認められなくても、「医師はその不誠実な医療対応自体につき、これによって患者側に与えた精神的苦痛の慰謝に任ずる責がある」ということになるのである（名古屋高判昭和六一年二月二六日判時一二三四号四五頁）。

(三) これらの分類については、定塚孝司「医師と患者の法律関係」実務法律大系(5)『医療過誤・国家賠償』（青林書院、昭和四八年）三頁以下を参考にした。

(四) 清水兼男「診療過誤と医師の民事責任」民商法雑誌五二卷六号（昭和四〇年）七頁。

(五) 我妻栄『債権各論（中二）』（岩波書店、昭和三七年）五四九頁。

(六) 磯崎辰五郎『衛生法』（有斐閣、昭和三八年）一三四頁。

(七) 定塚孝司・前掲論文七頁。

(八) 菅野耕毅「美容整形の法的问题」岩手医科大学教養部研究年報一六号（昭和五六年）一五五頁参照。

(九) 山崎佐『医事法制学』（克誠堂、大正九年）一七八頁、丸山正次「医師の診療過誤に就いて」司法研究一八輯四号（昭和八年）、戒能通孝『債権各論』（巖松堂、昭和二五年）三〇四頁、我妻栄・前掲書五四九頁、加藤一郎「医療行為による責任」『注釈民法(9)』（有斐閣、昭和四〇年）一四八頁、淡路剛久「医療契約」『新民法演習4』（有斐閣、昭和四三年）一八二頁、大谷実『医療行為と法』（弘文堂、昭和五五年）六一頁。

(一〇) 加藤一郎『不法行為法の研究』（有斐閣、昭和三六年）五頁、野村好弘『医療事故の民事判例』（有斐閣、昭和四六年）三〇三頁など。

(一一) 高橋正春『医療行為と法律』（医学書院、昭和四八年）二二頁。なお、美容整形の法的構成については、菅野耕毅・前掲論文一四六頁参照。

(一二) 戒能通孝『債権各論』（巖松堂、昭和二一年）三〇四頁、清水兼男・前掲論文七頁、石橋信『医事の基本課題と医療過誤の航跡』（高千穂書房、昭和四八年）九三頁。ドイツにおいても歯科医療を請負とみることがあることについて、野田

寛「歯科医療契約の性質（上）」判例タイムズ三三二二二号（昭和五〇年）四二頁参照。

- (二三) 加藤一郎・前掲書五頁。
- (二四) 加藤一郎・前掲書五頁、末弘巖太郎『債權各論』（有斐閣、大正九年）六九〇頁、幾代通「序説——雇傭・請負・委任・寄託」『注釈民法(6)』（有斐閣、昭和四二年）五頁。
- (二五) 野田寛『医療事故と法』（新有堂、昭和五七年）一八一頁。
- (二六) 河原格「医療契約の法的性質」法学研究五三卷七号（昭和五五年）八九頁。
- (二七) 我妻栄・前掲書五四九頁。
- (二八) 曄道文芸『民法研究』（弘文堂書房、大正一〇年）三九一頁。
- (二九) 谷口知平Ⅱ植林弘『損害賠償法概説』（有斐閣、昭和三九年）二七五頁。
- (三〇) 定塚孝司・前掲論文一一頁、新美育文「医療関係の法的性格」勸立明Ⅱ中井美雄編『医療過誤法入門』（青林書院、昭和五四年）六〇頁、菅野耕毅・前掲論文一四六頁。
- (三一) 石橋信・前掲書九三頁。
- (三二) 清水兼男・前掲論文四頁。
- (三三) 野村好弘・前掲書三〇三頁。
- (三四) 鈴木俊光「新生児死亡事件」医事判例百選（昭和五一年）七八頁。
- (三五) 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、昭和四六年）一九九頁、野村好弘・前掲書三〇三頁、新美育文「診療契約」伊藤進編著『契約法』（学陽書房、昭和五九年）二二九頁。

三 医療契約の成立

(一) 医療契約の成立要件

契約は法律行為の一つであるから、それが成立するためには、①契約の当事者が存在すること、②その当事者間に意思表示（申込と承諾）の合致があること、③契約内容（欲せられる効果）が明確であること、などの要件を具備していなければならない。医療契約の場合も同様であり、通常、患者側が一定の医療行為を求める「申込」の意思表示をし、医療側がそれに応じる「承諾」の意思表示をすることによって成立する。そこで、つぎに医療契約の「申込」と「承諾」について考察することにする。

(二) 医療契約の申込

申込の対象となる医療の範囲は、とくに当初から明確である場合（例えば、美容整形手術、採血行為、健康診断等）を除き、多くの場合は医療の性質から、当初は「概括的」ないし「抽象的」にならざるをえない。^(一)医療契約においては、その債務の内容が、病気の進行性・変化性に対応して可変的であるからである。^(二)

これについては、古く戦前の判例が、診療を依頼する患者は「依頼者ニ於テ特段ノ方法ヲ特定スル場合ハ格別、然ラサルトキハ当該医師ノ医学的知識ト技倆トヲ信賴シ該医師カ当該疾患ニ適応スヘキ治療方法ナリト信スル方法ニ從ヒ之ヲ為スヘキコトヲ依頼スルヲ通例スト」（東京地判昭和六年三月一三日司法研究一八輯四号四八頁）と判示している。戦後の判例も、病院を訪れる患者は「先ず病的症状の医学的解明を求め、これに対する治療方法があ

るなら治療行為も求める旨の事務処理を目的とした「医療契約の申込みをしているのだ（神戸地竜野支判昭和四二年一月二五日下民集一八卷一〇二号五八頁）」と判示している。

申込の方式は、方式自由の原則により自由である。通常は、病院または診療所の受付窓口で「受診申込書」なし「問診票」等を提出し、または口頭の申込をすることによって意思表示をする。こうした言語による「明示の意思表示」のほかに、緊急の場合などには態度や動作による「黙示の意思表示」でも申込の効力は認められる。

保険診療においては、診療の申込の際に「被保険者証の提出」が必要とされる（健康保険法施行規則四五条一項、国民健康保険法三六条五項）。ただし、やむをえない事由があるときはそれを提出しなくとも診療の申込が認められる（健康保険法施行規則四五条一項但書、国民健康保険法三六条五項但書）。

（三） 医療契約の承諾

承諾は申込に対してそれに応じる意思表示であるから、承諾の対象となる医療の範囲も申込の場合と同様に「概括的」なものとなる。前掲判例の「医師において診察を始める以上は右病的症状の医学的解明という事務処理を目的とした準委任契約の申込みを意思の実現により承諾した」ともと解され、また「続いて患者を他に紹介する等これに対する治療を断らずこれを行う以上は治療行為という事務処理をも引続き行うことを前同様承諾したものと解され」とした判示（前掲神戸地竜野支判昭和四二年一月二五日）は、医療の承諾の性質をよく示している。

承諾の方式も、申込の場合と同様に自由である。明示の承諾でも黙示の承諾でもよい。通常は、病院または診療所が受付窓口で受け付けた受診申込書等に基づいて、「診療録（カルテ）」を作成し「診察券」等を交付することによって承諾の意思表示をする。このような明示的な意思表示のほかに、緊急の場合などに医師が無言で診療を開

始することも承諾の意思表示とみなされる。

保険診療においては、保険医療機関は、患者から療養給付を求められたときは、緊急やむをえない場合を除き、「その者の提出する被保険者証によって療養の給付を受ける資格があることを確かめなければならない」ものとなる（保険医療機関及び保険医療養担当規則三条）。

(四) 医療契約と契約自由の原則

契約は、近代法における契約自由の原則（契約締結の自由・相手方選択の自由・内容決定の自由・方式の自由）を基礎としながら、種々の制約を受けている。医療契約の場合も同様である。

患者側の申込の自由についてみると、診療の申込をするか否か、どの病院・診療所に診療を申し込むか、どのような内容の診療を希望するか、契約申込の方式をどうするかなどについて、医療契約申込の自由はかなり広いものといえる。しかし、医療側の承諾の自由については、大きな制限が課せられている。

憲法が国民に健康な生活を営む権利を保障し、国にそれを実現すべき責務を課している（憲法二五条）ことから、法律が「国民の健康な生活を確保する」ための公益的職務について、診療、助産、妊産婦・新生児等の保健指導、調剤などの求めがあった場合には「正当な事由がなければ、これを拒んではならない」という応需義務を課している（医師法一九条、歯科医師法一九条、保健婦助産婦看護婦法三九条、薬剤師法二一条等）のである。

こうした医師等が診療等の求めに応ずべき義務は、国に対する公法上の義務であって、患者等に対する私法上の義務ではない。しかし、医師は患者の診療の申込を正当な事由なしに拒否できないのであるから、結果的にそれは医療契約における承諾の自由に対する制限であることは否定できない。

診療の求めを拒否することができるとはなにか。その正当事由の存否は、医療側については、医師の不在、専門外の診療、診療中、診療時間外、入院施設の不備、ベッド満床などの事情、患者側については、病状の緊急性、搬送の難易性などの事情を考慮して、総合的に判断される。判例には、肺炎の疑いのある急患（一歳）につき、救急病院が小児科のベッド満床を理由に診療を拒否したため、受入れ病院を求めて遠方まで搬送しているうち手遅れになって死亡してしまった事案で「（診療拒否の）正当事由とは、原則として医師の不在または病氣等により事実上診療が不可能である場合を指すが、患者の病状、医師または病院の人的・物的能力、代替医療施設の存否等の具体的事情によってはベッド満床も右正当事由にあたる」が、本件の場合は近くに代替医療施設がないことなどの事情から「とりあえずは救急室か外来のベッドで診療および点滴等の応急の治療を行い、その間に他科も含めて患者の退院によってベッドが空くのを待つという対応をとることも可能であったといえる」として医師法一九条の正当事由がないとした事例がある（千葉地判昭和六一年七月二五日判例時報一二二〇号一一八頁。^(三)

(一) 会田俊一『医法』（日本医師会、大正二五年）一〇八頁、丸山正次・前掲論文四四頁、新美育文「医療関係の法的性格」勘立明Ⅱ中井美雄編・前掲書六一頁。

(二) 石橋信『医療過誤の裁判』（新日本法規出版、昭和五二年）二〇八頁。

(三) 菅野耕毅「救急患者の入院診療拒否と病院の民事責任」年報医事法学三号（昭和六三年）一二五頁参照。

四 医療契約の当事者

普通の成人患者が個人開業医に対し自由診療の申込をし、医師が承諾をして診療をする場合には、その医療契約は患者と医師との契約であり、契約の当事者が誰であるかは単純明白である。しかし、患者が未成年者、精神障害者または意識不明の傷病者であるとか、医療機関が病院であるとか、さらにはその診療が保険診療であるなどの場合には、医療契約の当事者が誰であり、その契約責任を負担するのは誰であるのか、必ずしも明らかではない。

(一) 患者側

患者側についてみると、患者が行為能力（完全に有効な法律行為を単独でなしうる能力）を有するか否か、意思能力（自分の行為の性質や結果を判断しうる精神的能力）を有するか否か、意識不明であるか否かなどにより、誰が医療契約の当事者となるかが異なってくる。

(1) 行為能力を有する者の場合

患者が行為能力を有する成年人者（満二〇歳以上の者、または婚姻により成年とみなされた者）である場合は、患者本人が医療契約の当事者となる。発作や苦痛のため患者が明示の意思表示をなしえない場合においても、黙示の意思表示による受診申込と、診察の開始など承諾の意思表示と認むべき事実とにより、意思の実現による契約（民法五二六条二項）の成立を認めるべきである。

(2) 意思能力を有する者の場合

患者が行為能力は有しないが、意思能力を有する者（一二、三歳から二〇歳未満までの意思能力のある未成年

者)である場合には、誰が医療契約の当事者になるか。親権者等の法定代理人が同行した場合には、その者が「代理人」として契約当事者になる。患者が単独で診療を求めている場合には「本人」が契約当事者となる。^(二)未成年者が単独で医療契約をした場合に、後でその契約の取消(民法四条二項)を認められるかが問題となるが、医療契約は一般の財産取引とは異なるので、その取消はできないものと解すべきであろう。^(三)もし、取り消しうるものとした場合に、親権者から受診するように指示されたときには法定代理人の同意のある法律行為(民法四条一項)に当たり、親権者と別居している未成年者については処分を許された財産の処分(民法五条)に当たるものと解することができよう。^(三)

なお、判例には、一五歳の少年の痔瘻手術等を依頼した両親とその治療に当たった医師との法律関係について、両親を要約者、患者を第三者とする第三者のためにする契約の成立を認め、患者が「医師の診断を受けることにより、第三者のための契約の受益の意思表示を黙示でなした」ものと認めた事例(旭川地判昭和四五年一月二五日下午民集二一巻一一一一二号一四五頁)や、重篤な初期うつ病患者の看護診療を依頼した妻とその入院診療を引受けた医師との法律関係について、「原告(妻)を要約者、被告(医師)を諾約者とする第三者(患者)のためにする看護診療契約が成立した」ことを認め、患者が「被告の看護診療を受けることにより黙示的に受益の意思表示をした」ものと認めた事例(福岡地小倉支判昭和四九年一月二二日判例時報七八〇号九〇頁)などがある。しかし、こうした法律構成に対しては批判があり、未成年者でも意思能力を有する以上は民法四条の規定をもって解決すべきであると主張する説もある。^(四)

(3) 意思能力を有しない者の場合

患者が意思能力を有しない者(乳幼児や強度の精神障害者など)である場合には、親権者(民法八二四条)や後

見人（民法八五八条、八五九条）等の法定代理人が医療契約の当事者となり、また精神医療においては保護義務者（精神保健法二〇条〜二二条）が当事者となるものと解される。判例に、幼児の親権者が幼児の腹痛の訴えに基づき医師にその診療を依頼した場合につき、その親権者と医師との間に医療契約の成立を認めた事例がある（千葉地判昭和一〇年五月一五日新聞三八五一号五頁）。戦後の判例にも、父・母が医師との間で「子が出生した時にその法定代理人として、子に心身の異常があれば医師に診療を依頼する旨の診療契約を締結した」として法定代理人による医療契約の成立を認めたとうえで、新生児の核黄疸による脳性麻痺につき医師の契約責任を肯定した事例（宮崎地判昭和四七年三月三十一日判例時報六八二号六四頁）がある。

学説には、親権者が意思能力のない乳幼児などを伴って病院・医師に診療を求めた場合については、「親権者などの保護者が医師との間で親権の行使として子を代理して診療契約を締結することになる」とする説と、^(五)「親権者が子に対する監護権を行使するために病院・医師と診療契約を締結し、病院・医師が親権の一部の代行者として親権に服する子に診療を実施するという関係」にあり「親権者と病院・医師との間で締結される診療契約は、不真正第三者のためにする契約と解する」とする説がある。^(六)

こうした乳幼児や強度の精神障害者などの医療契約についても、第三者のためにする契約の理論を適用する見解がある。しかし、これに対しては、これらの者は受益の意思表示をすることができないし、こうした法律構成が医師の責任追及において必ずしも有利であるとは思われないとして批判がある。^(七)

(4) 意識不明の者の場合

交通事故や薬物中毒等による意識不明の傷病者が、人の手によって病院・診療所等にかつぎ込まれた場合には、誰が医療契約の当事者になるのであろうか。

(a) 配偶者が受診申込をした場合 受診申込をしたのが傷病者の配偶者である場合については、その配偶者が日常家事の代理権（民法七六一条）の行使として、代理により医療契約を締結したものと解する説がある。^(八)これに対しては、生命・健康等の個人的事柄に属する診療契約は代理に親しまないとする批判もある。^(九)

(b) 近親者が受診申込をした場合 夫婦以外の近親者（成人した子と親、同居の兄弟姉妹等）が診療の申込をした場合の法律関係については説が分かれ、第三者のためにする契約（民法五三七条）と解する説、^(一〇)近親者の行為を無権代理（民法一一三条）と解する説、^(一一)医師の医療行為を事務管理（民法六九七条）と解する説^(一二)などがある。ところで、こうした関係を「第三者のためにする契約」と解すると、患者は意識を回復するまでは受益の意思表示をすることができないので、なんらの権利も取得しえないことになり、^(一三)また患者が意識を回復した後も第三者のためにする契約として要約者（近親者）が医療費支払の義務を負担するのかどうかなどの問題がある。^(一四)また、これを事務管理と解するならば、患者が意識を回復せずに死亡したときは、医師は医療費を患者の相続人に対して請求すべきか、診療の申込をした近親者に請求できないのか、などが問題となる。そこで、患者が意識を回復してそれまでの診療行為を追認したときは「無権代理行為の追認」または「事務管理の追認」とし、そうでないときは「不真正第三者のためにする契約」と解する説も主張されている。^(一五)

(c) その他の者が受診申込をした場合 傷病者の友人・知人、事故の加害者、通りすがりの発見者、消防署員・警察官などが、受診申込をしてくれた場合はどうか。受診申込者と病院・医師との間に契約（不真正第三者のための契約）が成立し、受診申込者の傷病者に対する事務管理となると解する説、^(一六)病院・医師と傷病者との間に直接に事務管理が成立したものと解する説、^(一七)受診申込者および病院・医師ともに傷病者に対する事務管理者たる地位に立つものとする説^(一八)などがある。救急を要する意識不明の傷病者を好意により病院に搬送した者に対し、搬送におけ

る注意義務や費用等について事務管理の成立を認めるのはともかく、診療についてまで契約者または事務管理者としての債務を負担させるのは適当でないので、これは診療義務（医師法一九条）のある受入れ病院・医師と傷病者との事務管理関係と解すべきであろう。消防署員・警察官などによる救助活動である場合には、その者と傷病者との間に事務管理の成立する余地がなく、その者と病院・医師との間に契約の成立する余地もないので、病院・医師のみの事務管理と解すべきであろう。^(二八)これに対しては、搬入された救急患者を診療するのは救急病院の義務であることを根拠に、救急病院での救急医療については事務管理の問題を生じないとする説もある。^(二九)

(d) 患者の意識が回復した後の法律関係　ところで、患者の意識が回復した後はどうか。患者と病院・医師との間には遡及して診療契約が成立するものと解する説がある。^(三〇)意識が回復した後は患者本人の意思が尊重されるべきであるから、患者と病院・医師との間に改めて医療契約が成立するものと解すべきであろうが、遡及して診療契約の成立を認めるべきかについては若干疑問がある。

(5) 医療費を支払う旨の加害者の意思表示の法的意味

傷病者が意識不明の場合に限らないが、事故等の加害者が病院・医師に対して傷病者の医療費につき責任を負う旨の意思表示をした場合はどうかも問題となる。これについては、加害者が医療契約の当事者になると解する説があるが、^(三一)加害者が後に刑事責任等の追及を恐れて所在不明となれば法律関係が複雑にならないかと懸念を示す見解もある。^(三二)こうした加害者の責任をとる旨の意思表示は、治療費債務に対する連帯保証契約の意思表示と解すべきであろう。

(二) 医療側

医療契約の医療側の当事者は誰であろうか。個人開業医の場合には、医療契約の当事者は当該医師個人であると考えられるが、法人が開設する医療施設（病院・診療所）や公的医療機関の場合にはどうか。学説には、病院または診療所の「開設者」であるとする説^(二三)、病院等の「経営者」であるとする説^(二四)、病院等の「管理者」であるとする説^(二五)、その他若干のニューアンスの違う説^(二六)もみられるが、医療契約の当事者は病院等の「開設者」であると解すべきである。そして、医療施設の勤務医は、その医療施設における医療契約については開設者の履行補助者であり、医療契約の当事者ではないと解すべきである。もしその勤務医が、休日等に自宅で急患を診療する場合には、その医師個人が医療契約の当事者になることになる^(二七)。

医療法によると、医師または歯科医師でない者でも、都道府県知事の許可を受ければ病院または診療所の「開設者」となることができ（医療法七条）、その開設者は、その施設が医業をなすものであるときは医師を、歯科医業をなすものであるときは歯科医師を「管理者」として管理させなければならない（医療法一〇条）。病院または診療所の開設者が、その管理者となることができる医師または歯科医師である場合には、自らその施設を「管理」することを原則とし、もし他の医師または歯科医師に管理させるときは、その施設の所在地の都道府県知事の許可を受けなければならない（医療法一二条）ものとされる。管理者は、その病院または診療所に勤務する医師、歯科医師、薬剤師その他の従業者を監督し、その業務遂行に欠けるところがないように必要な注意をする（医療法一五条）とともに、その病院または診療所に存する医薬品および用具につき薬事法の規定に違反しないよう必要な注意をしなければならない（医療法一五条）。

ところで、右の医療施設の開設者と管理者との関係をどう理解すべきか。医療法のこれらの規定（一〇条、一五条）は、管理者によって、開設者の監督義務をより確実に、より適正に行わせ、開設者に欠けるところを、これに

代わって十分に監督させようとしたものにほかならないから、これらの規定があるからといって、開設者の監督義務が排除されたものということはできない（福島地判昭和三十一年一月二〇日下民集七卷一号五九頁）。むしろ、開設者および管理者は「夫々の立場において医師、看護婦を選任（雇傭）するにあたりその業務を適正に遂行しうる人格、識見、技能を有するかどうかを十分に考慮すべきは勿論、業務に従事せしめるにあたっては、右の点ほか日常の勤務の態度、成績等の全般を通じ、業務遂行に適格な素質、能力を有するか否か、誠実且つ慎重に職務に尽くしているか否かを監督」すべき責任がある（広島地判昭和三十六年四月八日判例時報二五九号三二頁）ものと解されるのである。

このように、医療施設の「開設者」が医療の究極の責任者であることからみても、その開設者が医療契約の当事者であると解すべきであろう。また、近年の病院においては、医師と他の医療技術者によるチーム医療が進み責任の分配という困難な問題が生じてきたこと、医療における設備機械等の比重の増大によりその設置責任が重要となったこと、診療機能と区別された病院機能が重視され管理責任の問題が生じてきたことなどにより、病院自体の責任が問題とされるようになったこと（二八）からしても、右の解釈は妥当と考える。判例においても、病院（開設者）そのものを債務者＝被告とし、医師を履行補助者とする債務不履行構成の判決がみられるようになってきている（大阪地判昭和四六年四月一九日判例時報六四六号七二頁、福島地会津若松支判昭和四六年七月七日判例時報六三六号三四頁、甲府地判昭和四六年一〇月一八日判例時報六五五号七二頁）。

（三） 保険医療における契約の当事者

社会保険医療においては、原則として「保険契約」の当事者は保険者（健康保険組合等）と被保険者とであり、

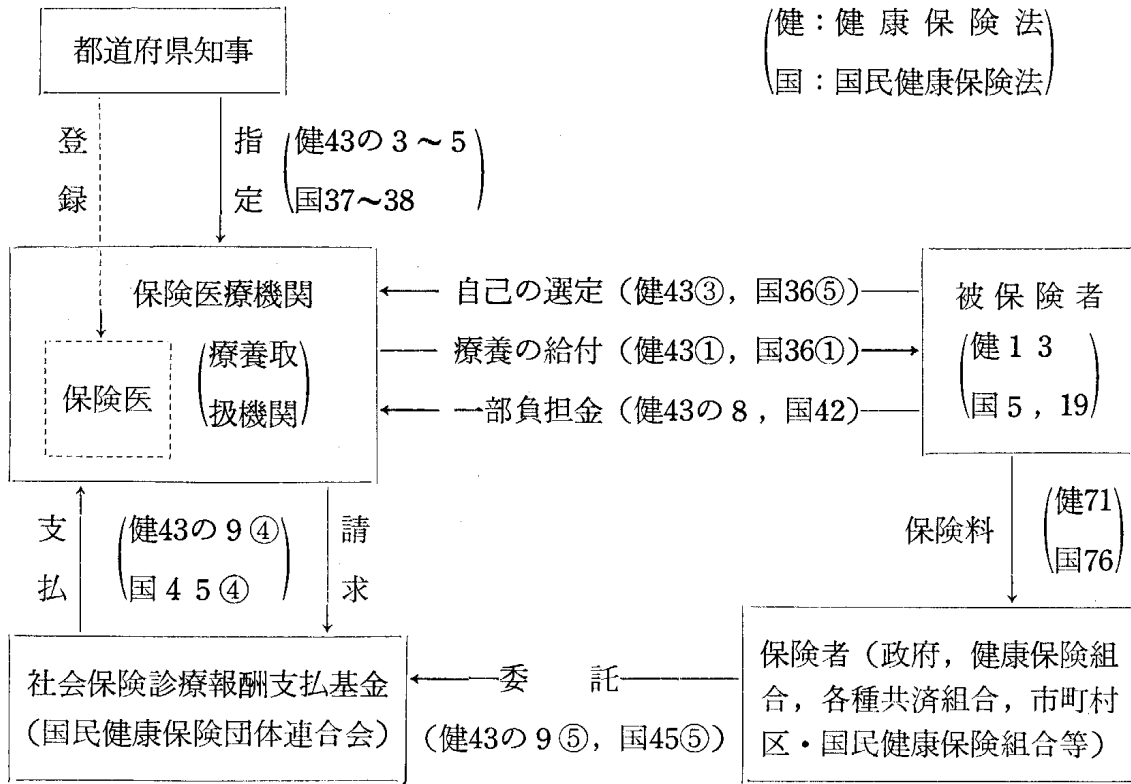
被保険者である患者は指定された保険医療機関（療養取扱機関）において直接に「療養の給付」を受ける（現物給付方式）という三者関係となっている。そこで、保険医療においては、患者と指定医療機関との間にはどのような法律関係があるものとみるべきか、すなわち医療契約の当事者はだれなのかが問題となる。

(1) 医療側

まず、保険医療において債務不履行があつた場合に責任を負うべき者はだれかが問題となる。これについては、保険者と指定医療機関との関係は使用者と被用者の関係であり、指定医療機関と被保険者との診療契約は、あらかじめ締結されている保険者と指定医療機関との間の双務協定（公法上の協定）の枠内で行われる二次的診療契約であると解すべきであるから、債務不履行の責任は一次的には保険者にあり、少なくとも保険者と指定医療機関との連帯責任であると解すべきであるという説^(二九)や、保険医療における債務不履行責任は常に保険者のみが負い、保険者の保険給付の履行補助者にすぎない指定医療機関には債務不履行責任は及ばないとする説^(三〇)がある。裁判においても、被告病院側がこの考え方に基づいて医療契約の当事者は保険者であつて病院ではないと主張した事例がある（東京地判昭和四七年一月二五日判例タイムズ二七七号一八五頁）。

しかし、判例は右の考え方に対し否定的である。たとえば、痔瘻手術のための腰椎麻酔により患者がショック死したことにつき遺族が病院を相手方として損害賠償訴訟を提起した事案において、被告病院側が国民健康保険による保険診療においては、医療契約の当事者は保険者である東京都荒川区であつて病院ではなく、この訴訟は当事者違いであると抗弁したのに対して、判決は、①国民健康保険法上の被保険者は自己の意思で療養取扱機関を自由に選択できること（同法三六条三項）、②療養を受けた被保険者は療養取扱機関に対し直接一部負担金の支払義務を負うこと（同法四二条一項）、③療養取扱機関は所在地の都道府県知事に申し出ることにより他の都道府県区域内

社会保険医療の機構



の被保険者に対しても療養をする義務を負うこと（同法三七条五項）、④保険診療開始後、当該療養取扱機関において治療に従事する医師が保険診療では支給することのできない薬剤ないし治療材料を使用する必要を認めた場合は自由診療への切替えが行われうることを考慮して、「保険診療において保険者と療養取扱機関との間にどのような公法上の権利義務関係が生ずるかとはかかわりなく、保険診療の被保険者である患者と療養取扱機関との間には、診療に関する合意によって直接診療契約が締結されると見るべきものであって、それは、被保険者が別途保険者に対しても何らか公法上の法律関係に立つことと相容れないものではない」と判示した（東京地判昭和四七年一月二五日判例タイムズ二七七号一八五頁）。その後も「健康保険制度を利用して診療機関の診療を受ける場合においても、医療機関と被診療者との間で私法上の準委任契約が締結されるものと解するのが相当である」と判示する（東京地判昭和四九年四月二日判例時報七三八号二

四頁)など、同旨の判決が続出している(東京地判昭和五一年二月九日判例時報八二四号八三頁、東京高判昭和五二年三月二八日判例タイムズ三五五号三〇八頁、東京地判昭和五六年二月二六日判例タイムズ四四六号一五七頁、東京地判昭和五六年一月二一日判例タイムズ四五六号一六六頁、東京地判昭和五八年七月二九日判例タイムズ五一〇号一七一頁、東京地判昭和五八年一月二〇日判例時報一一二七号一一九頁など)。

学説は、判例と同じ見解に立って、医療が引き受けられた以上、被保険者と保険医療機関との間には、保険医療の枠を超えた医療契約が基本的に成立しているものと考えなければならない^(三三)とか、社会保険は単に医療費の支払方法に関する問題であり、具体的診療は患者と医師(病院)との契約によってなされ、患者は直接に医師(病院)に対して権利義務を有する^(三三)などとする説が多い。

(2) 患者側

つぎに、患者側の契約当事者についてはどうか。保険医療においては、医師は「保険医療機関および保険医療費担当規則」(厚生省令、昭和三二年四月三〇日、以下「療養担当規則」と略称)にしたがって診療方針を設定し、治療を行わなければならない^(三三)、その診療報酬も厚生大臣の定めにより審査委員会の審査を受けて支払われることになっている。こうした保険医療の性質を考慮して、保険医療における法律関係を、保険者を要約者、医師等を諾約者、被保険者を受益者とする「第三者のためにする契約」と解する考え方がある。たとえば、交通事故により救急入院して治療を受けた患者が、病院から自由診療による費用の請求を受けたのに対して、入院後一六日目に被保険者証を提出しているのでその治療費は保険診療による費用となり、自己負担分の治療費支払義務があるにすぎないと争った事案において「保険診療は、保険者を要約者、医師等を諾約者、被保険者Ⅱ患者を受益者とする第三者のためにする契約によるもの(保険診療の契約当事者は保険者と医師等であって、被保険者Ⅱ患者は受益者と目され

る」と解したうえで、被保険者証が提出された翌日からの分は保険診療による診療報酬としてその被保険者負担分の支払義務を認めた事例（大阪地判昭和六〇年六月二十八日判例タイムズ五六五号一七〇頁）がある。

このように保険医療の法律関係を「第三者のためにする契約」とする構成においては、その契約内容は、保険者と保険医療機関との間の約款（療養担当規則による診療方針等）によって定められることになり、保険医療機関が診療方針に従って診療している限り、それが医療水準からみて不十分なものであったとしても、診療債務を履行したことになる。しかし、こうした約款による診療内容の限定は、医療の本質（自主性・裁量性等）に適合せず、診療にあたる医師としても、患者の病状によっては保険医療の枠を超えて診療しなければならない場合がある。それゆえ、保険医療であっても、医療機関が医療を引き受けたからには、患者との間に保険医療の枠を超えた医療契約が基本的に成立しているものと解すべきである。^(三三)判例にも、生活保護法による医療扶助として指定医療機関で療養の給付を受けている患者の法律関係について「医療扶助の受給者として来診したものであっても、私法上の関係としては、直接、原告（患者）被告（指定医療機関）間に診療契約が締結されたものとみるのが相当である」（大阪地判昭和六〇年九月一三日判例タイムズ五九六号五〇頁）と判示したものがあ

(一)この点に関して、イギリスの一九六九年家族法改正法 (Family Law Reform Act 1969, C. 46) が、医療に対する同意については、通例の成年年齢（一八歳）の例外として一六歳をもって成年に達したものとすることを定めた（第八条）ことは参考になる（三木妙子「イギリスにおける一九六九年家族法改正法」比較法学六卷一号（昭和四五年）参照）。一六歳未満の未成年者については、親権者の同意が必要であり、本人に判断能力があるときは本人の承諾も必要とされる（宇都木伸「患者の承諾——イギリスにおける未成年者の取扱」『現代損害賠償法講座(4)』（日本評論社、昭和四九年）一一八頁）。

(二)鈴木俊光「診療過誤訴訟上の諸問題」法律論叢四一卷四〇五〇六号（昭和四三年）三〇六頁、新美育文「診療契約」伊

藤進編・前掲書二三〇頁、宇都木伸「医療契約」『契約の法律相談(2)』(有斐閣、昭和五年)一一五頁。

(三) 定塚孝司・前掲論文一三頁。

(四) 門脇稔『医療過誤民事責任論』(酒井書店、昭和四年)一七九頁。

(五) 門脇稔・前掲書一七九頁。

(六) 新美育文「医療関係の法的性格」勸立明Ⅱ中井美雄編・前掲書五四頁。なお、未成年後見人も親権者と同様に考えられるが、診療行為の内容を定める場合については、後者がその自律性ゆえに「親権者独自の判断において子の福祉に適切であると思うところにもとづいて」決定できるのに対して、前者は「社会一般からみて合理的であると判断される限度において」決定しうるにとどまるものとする(新美育文・同書五五頁)。

(七) 門脇稔・前掲書一七九頁、新美育文「医療関係の法的性格」勸立明Ⅱ中井美雄編・前掲書五四頁。

(八) 定塚孝司・前掲論文一四頁。

(九) 新美育文「医療関係の法的性格」勸立明Ⅱ中井美雄編・前掲書五六頁。

(一〇) 門脇稔・前掲書一七九頁。ドイツの判例は、医師(諾約者)と患者(第三者)との間に単なる不法行為責任ではなく一種の契約責任を認めようとして、第三者のためにする契約を拡張して、親と医師との契約に基づく医師と子の関係にも適用しているが、こうした解釈に対しては学説の批判もあるという(来栖三郎「第三者のためにする契約」民商法雑誌三九卷四ノ六号(昭和三四年)五一九頁、中馬義直「第三者のためにする契約」『注釈民法(13)』(有斐閣、昭和四一年)三三八頁、新美育文「医療関係の法的性格」勸立明Ⅱ中井美雄編・前掲書五四頁)。

(一一) 定塚孝司・前掲論文一五頁は、患者が意識を回復してその間の診療行為を承認したときは無権代理行為の追認もしくは事務管理の追認とすべきであるとする。これには、無権代理とすると、患者本人の追認がないかぎり契約の効力が生じないから、医事紛争を増大させるだけだとする批判がある(大谷実・前掲書六七頁)。

(一二) 我妻栄『債権各論(下)』(岩波書店、昭和四七年)九〇九頁、清水兼男・前掲論文五頁。これに対しては、医師には診療を開始する義務があること、多くの場合には本人に代わって医師に診療を依頼する者が存在していること、などを理由として批判する説もある(西原道雄「医療過誤」『演習民法(債権)』(青林書院、昭和四六年)四八〇頁)。

(一三) 我妻栄『債権各論(上)』(岩波書店、昭和二年)一一二頁。

(一四) 定塚孝司・前掲論文一五頁。

- (一五) 我妻栄『債権各論(下二)』(岩波書店、昭和四七年)九〇九頁。
- (一六) 定塚孝司・前掲論文一六頁、新美育文「医療契約と医療過誤」谷口知平Ⅱ加藤一郎編・前掲書二六一頁。
- (一七) 新美育文「医療関係の法的性格」蒔立明Ⅱ中井美雄編・前掲書五八頁。
- (一八) 我妻栄『債権各論(下二)』前掲九一〇頁。
- (一九) 金山正信「管理者の管理義務」『注釈民法(18)』(有斐閣、昭和五一年)二六〇頁。
- (二〇) 定塚孝司・前掲論文一六頁。
- (二一) 鈴木俊光・前掲論文三〇六頁。
- (二二) 定塚孝司・前掲論文一六頁。
- (二三) 定塚孝司・前掲論文一三頁、西井龍生・前掲論文一五八頁、野田寛『医事法(中)』(青林書院、昭和六二年)三七二頁。
- (二四) 加藤一郎・前掲書六頁、清水兼男・前掲論文三頁など。
- (二五) 唄孝一「治療行為における患者の意思と医師の説明」契約法大系Ⅶ(有斐閣、昭和四〇年)八二頁。
- (二六) 診療契約の当事者の一方は必ず医師であることを要するとする説もある。岩野稔『医事法制』(昭和一年)一九一頁参照。
- (二七) 野田寛・前掲書三七二頁。
- (二八) 唄孝一「現代医療における事故と過誤訴訟」『現代損害賠償法講座(4)』(日本評論社、昭和四九年)二三頁以下。
- (二九) 松倉豊治「医師からみた法律」大阪府医師会『医療と法律』(法律文化社、昭和四六年)九頁以下。
- (三〇) 高田利廣『医家のための診療事故紛争のはなし』(メジカルビュー社、昭和五一年)一〇五頁以下、石橋信『医療過誤の裁判』前掲書二〇七頁など。
- (三一) 野田寛「保険医療と損害賠償訴訟」『現代損害賠償法講座(4)』前掲一四九頁、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、昭和四六年)二〇二頁など。
- (三二) 加藤一郎Ⅱ鈴木潔監修『医療過誤紛争をめぐる諸問題』(法曹会、昭和五一年)一一三頁(加藤一郎)、森島昭夫「保険治療腰椎麻酔事件」医事判例百選(昭和五一年)八八頁。
- (三三) 野田寛「保険医療と損害賠償訴訟」前掲一四九頁、西原道雄「医療と民法」前掲二〇二頁など。

五 医療契約の効力

(一) 医療契約の有効要件

医療契約は、上述のような成立要件を具備すれば成立するが、その契約が有効であるためには、当事者が意思能力を有していたこと、意思表示につき意思の欠缺（心裡留保・虚偽表示・錯誤）または瑕疵（詐欺・強迫）がなかったこと、契約の目的（内容）が実現可能なものであり、またそれが適法かつ妥当なものであることを要する。

適法性に関しては、例えば、安楽死と称する自殺関与（刑法二〇二条）とか、優生保護法の要件を満たさない人工妊娠中絶^(一)墮胎（優生保護法一四条、刑法二一四条）や優生手術・去勢手術（優生保護法三条・二八条）などは違法な行為とされているが、このような違法な行為を目的とする医療契約は、法律的には無効と解される。また、社会的妥当性に関しては、例えば、医師がやくざに頼まれて指をつめる手術をする行為などがあげられる。^(二)これは、その行為が本人の承諾に基づく行為として傷害罪（刑法二〇四条）には該当しないとしても、それを目的とする医療契約は公序良俗に反する法律行為（民法九〇条）として、その効力は認められないと解すべきであろう。

(二) 医療側の義務

医療契約が成立し、かつ有効要件を満たしているときは、その効果として、医療契約関係者相互間に医療に関する権利と義務の関係が生ずる。これを医療側についてみると、その権利は診療報酬請求権を中心とする諸権利であり、義務は診療義務を中心とした以下に述べるような諸義務である。

(1) 診療義務

医師（病院）側は、医療契約において合意された目的にしたがい、現代医学が認める医学知識および診療方法を用いて診療をする義務を負う。

(a) 診療義務の範囲 診療義務については、まず、その範囲が問題となる。これについては、すでに述べたように、当初からその範囲が明確であることはむしろ少なく、多くの場合は、「病的症状の医学的解明」と「これに対する治療行為」を行うこと（神戸地竜野支判昭和四二年一月二五日下民集一八卷一〇二号五八頁）といった、かなり概括的なものであるといえる。その後、検査や治療が進むにつれて、疾病の原因が明らかになれば、それに対応する適切な治療方法も特定化するので、診療義務の内容も明確になってくるであろう。ただし、診療の過程において他の疾病の存在が判明した場合に、その治療も診療契約の範囲にあるものと解すべきかどうかは問題である。当初の疾病と密接不可分の関係にある場合はともかく、そうでなければ、診療範囲の拡大ないし診療の追加として新たに患者側との間で合意しない限り、診療の範囲には入らないものと解すべきである。診療義務の範囲に入るか否かが争われた事例は見当たらないが、拡大手術ないし関連手術が医師の裁量の範囲に入るか否かが問題となった事例は参考になろう。例えば、子宮部付近の腫瘍（癌）につき受胎能力をなくさないように腫瘍摘出をするという診療契約において、医師の判断で子宮および附属器をも摘出した行為を「適法ナル治療ノ範囲ヲ超越シタ」違法なものであるとした事例（長崎地佐世保支判昭和五年五月二八日司法研究一八輯二四六頁）や、右乳腺癌患者（二六歳・未婚）の右乳房全部摘出手術において、術中に医師の判断で予防的に左乳房をも摘出した行為について「患者の申込とは別の手術についての承諾を得るべきであり、承諾を得ないでなされた手術は患者に対する違法な侵害である」とした事例（東京地判昭和四六年五月一九日判例時報六六〇号六二頁）などがそれである。

(b) 診療義務の基準 つぎに、どのような方法によりどの程度の注意をもって診療義務を履行すべきか、い

ゆる診療義務の基準が問題となる。民法の一般原則によれば、委任契約の受任者は「善良ナル管理者ノ注意」をもって委任事務を処理すべき義務を負う(民法六四四条)。医療契約においても、この善管注意の義務を負うものと解される。判例にも「(医療契約)の履行補助者たる医師はこの趣旨に則り専門家としての善良の管理者の注意を以てその診察に当たるべきであった」(東京地判昭和四九年四月二日判例時報七三八号二四頁)として善管注意の義務を明示するものがある。しからば、医療契約における善管注意の義務は、何を基準として判断すべきであろうか。

判例をみると、古い事例に、「患者ノ生命身体ニ対スル危険ヲ防止スル為ノ深甚ナル注意」をその基準としたもの(福岡地判昭和一五年一二月六日新聞四六九八号六頁)がある。その後、最高裁は、「いやしくも人の生命及び健康を管理すべき業務(医業)に従事する者は、その業務の性質に照し、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求される」と論じて(最判昭和三六年二月一六日民集一五卷二号二四四頁・東大病院輸血梅毒事件)その一般的基準を提示し、さらにこの「実験上必要とされる最善の注意義務」という基準を引用し、その具体的内容として「治療方法の内容および程度については診療当時の医学的知識にもとづきその効果と副作用などすべての事情を考慮し、万全の注意を払って、その治療を実施しなければならない」ことを判示した(最判昭和四四年二月六日民集二三卷二号一九五頁)。下級審は、最高裁の見解にそいながら、「当時の医学界の一般水準」(東京地判昭和三九年五月二九日下民集一五卷五号一二三三頁)、「平均的な医師の持つべき医学上の知識」(神戸地姫路支判昭和四三年九月三〇日判例時報五四四号一八頁)、「現在の医学水準」(京都地判昭和四八年一〇月一九日判例時報七六五号八九頁)、「専門医として有すべき一般水準」(岐阜地判昭和四九年三月二五日判例時報七三八号三九頁・日赤高山病院未熟児網膜症事件)、「医学の水準からみて当然尽くすべき真摯な医療の努力」(東京地判

昭和四九年五月二〇日判例時報七四一号八二頁）、「当時の医学的水準」（長崎地判昭和四九年六月二六日判例時報七四八号二九頁・長崎市民病院未熟児網膜症事件）などの医学的水準論を展開してきた。

しかし、この医学的水準論は、医学と医療の関係や差異を考慮せずに、医療の実態からかけ離れた著しく高度な医学知識と注意義務を医師に要求することになりかねない。そこで、右の昭和四九年の日赤高山病院未熟児網膜症事件^(三)および長崎市民病院未熟児網膜症事件の判例批評を契機として「学問としての医学水準」と「実践としての医療水準」とは区別して考えるべきであるとする学説が提唱された^(四)。すなわち、「学問としての医学水準」は、将来において一般化すべき目標の下に現に重ねつつある基本的研究水準であるのに対して、「実践としての医療水準」は、現に一般普遍化した医療としての現在の実施目標である。学会レベルで認容された医学水準は、やがて技術や施設の改善、経験的研究の積み重ね、医師の修練などを経て一般化され「医療水準」へと移行することが多いが、「医療水準」へと移行せずに終わるものもある。よくいわれる大学病院等の医療と開業医の医療との格差というのは、診療面の実情に関することであり、その格差が右の医療水準を左右するものではない。もし、専門外または施設・人員の不備等のため「医療水準」に則った診療を患者に施しえないときは、それを適切になしうる医療機関に転医させるべき注意義務がある、というのである。

こうした学説による「医療水準」論は、やがて判例にも影響を及ぼす。前掲の日赤高山病院未熟児網膜症事件の上告審は「人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のため実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるが（最判昭和三六年二月一六日民集一五卷二号二四四頁）、右注意義務の基準となるべきものは、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である」として医師の責任を否定した（最判昭和五七年三月三〇日判例時報一〇三九号六六頁）。その後の多くの未熟児網膜症事件判決もこれに従

い、学説の多くもこれを支持して、診療義務の基準としての「医療水準」論は確立されるに至った。

この理論に対しては、「その内容は、いまだ決して一義的に明確にされたとはいえない。医療水準が規範概念であるにもかかわらず、その中に研鑽義務をどう位置づけるのかについての議論を十分に尽くさないまま、実践医療の水準に過度の比重をおき、結果的に医師の責任を狭いものにしてきた^(五)」とか、「現に一定範囲の地域で普及している診療行為ないし診療方法を当該地域の医療水準と捉える……ならば、現状肯定の結論しか導き出されない^(六)」などとする批判も少なくない。確かに、「医療水準」を設定する際に、診療方法の「普及度」ないし「定着度」にのみウェイトを置くならば、新しい診療方法に対する医師の「研鑽義務」が軽視され、進展する医療の現実と適合しなくなるおそれがある。

ところで、「医療水準」と「医療慣行」との関係をどう理解すべきかも問題である。前掲の東大病院輸血梅毒事件判決は、「給血者が右のような証明書、会員証等を持参するときは、問診を省略する慣行が行われていた……としても、それはただ過失の軽重及びその度合を判定するについて参酌すべき事項であるにとどまる」とし、その医療慣行に従ったことをもって医療水準を満たしたものは解さなかった。しかし、こうした「最善注意義務」論は厳しすぎて現代医療の実際には適合しがたいところがある。この点について、「医療水準は、医師の注意義務の基準となるものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行とでもいうべきものとは異なるものであり、専門家としての相応の能力を備えた医師が研鑽義務を尽くし、転医勧告義務をも前提とした場合に達せられる、あるべき水準として考えなければならぬ」とする見解（最判昭和六三年一月一九日判例時報一二六五号七五頁・伊藤正己判事の補足意見）は注目に値する。医療慣行は、医療水準そのものではないが、これを認定するための重要なファクター^(七)というべきである。

こうして、診療義務の内容を決定する基準となるべき「医療水準」は、「医学水準」に達したある診療方法について、その実現可能性の検討をし、その知識・技術が普及しているか、それに必要な人員および設備が確保できるかなどを総合考慮して判断されるべきであり、それは全国一律のものとはできない。それは「当該医師の置かれた諸条件、例えば、当該医師の専門分野、当該医師の診療活動の場が大学病院などの研究・診療機関であるのか、それとも総合病院、専門病院、一般診療機関などのうちのいずれであるのかという診療機関の性格、当該診療機関の存在する地域における医療に関する地域的特性などを考慮して判断される」（東京地判平成元年七月二一日判例時報一三三四号二一頁・未熟児網膜症集団訴訟事件）べきものであるということができよう。

(c) 診療義務の履行時期 診療義務を履行すべき時期はいつかも問題となる。民法の一般原則によれば、確定期限を約束した場合はその期限到来のとき（民法四一二条一項）、不確定期限を定めた場合には、医師（病院）側がその期限の到来したことを知り（同条二項）または患者側が催告したとき、期限を定めなかった場合は、患者側が診療を求めたとき（同条三項）であるといえる^(八)。しかし、医療の特性からして、こうした原則によりえない場合も少なくないであろう。そのような場合には、患者の症状の程度とその変化の状況に応じて、医学的な観点からみて有効かつ適切な時期が、医師の診療義務を履行すべき時期と解すべきである。

(2) 承諾取付義務

医療契約においては、患者の自己決定権を尊重しなければならない。そのために、医師は患者の身体に対して侵襲・苦痛・障害などを伴う診療行為を行う場合には、一定の診療行為ごとに事前に患者の承諾（同意）を得なければならず、この義務も医療契約の中に含まれているものと解される。患者の承諾の対象・範囲・方式その他の要件については、その診療行為の必要性・危険性・緊急性などを考慮して判断されなければならない。詳しくは、別

に考察する必要がある。^(九)

(3) 説明義務

患者の自己決定権は、形式的には「承諾取付義務」によって確保されるが、実質的には「説明義務」によって始めて保障される。すなわち、十分に情報を与えよく説明したうえで患者の同意を得て診療行為をしなければならぬ。これが、いわゆるインフォームド・コンセント (informed consent) にほかならない。

ところで、医師の説明義務には、右のような①患者の承諾の前提としての説明義務のほかに、②診療結果報告義務 (民法六四五条・六五六条) としての説明義務、③療養指導義務 (医師法二三条) としての説明義務、④転医勸告義務としての説明義務などがある。①・②の説明義務は患者の自己決定権に対応するものであり、③・④の説明義務は診療行為の内容をなすものである。後者の説明義務はそれ自体が診療行為であるから、その基準は「医療水準」と解して問題はないが、前者の説明義務の基準については説が分かれる。医師がその具体的状況のもとで合理的に判断した場合に説明すべきであろうとされる情報を説明すべきであるとする説 (合理的医師説)^(一〇)、その状況下における患者が合理的患者であったなら重要視するであろう情報は説明すべきであるとする説 (合理的患者説)^(一一)、その状況下における当該患者本人が重要視するであろう情報は説明すべきであるとする説 (具体的患者説)^(一二)、医師が知りまたは知りうべき全事情に基づいてその患者がその意思決定にあたってある情報を重要視するであろうことを予見しうべき場合で、かつ、その情報が医師の知りまたは知りうべき情報である場合には、医師はその情報を説明すべきであるとする説 (二重基準説)^(一三) などである。その他、詳しくは、別に考察する必要がある。^(一四)

(4) 療養指導義務

医師は、診療をしたときは、本人またはその保護者に対し、療養の方法その他保健の向上に必要な事項の指導を

しなければならぬ義務がある（医師法二三条）。医師は「医療および保健指導を掌る」という任務を負うこと（同一条）からして、患者の診療においても単に疾病に対し手当を施すだけでなく、日常の療養方法その他の保健指導を行うべきことは当然である。これは、公法上の規定であり、しかも罰則を伴わない訓示規定にすぎないが、医療契約においても、患者側は当然に右の療養指導をも含めたよい医療サービスを欲して契約したのであるから、療養指導義務は医療契約上の義務でもありと解すべきである。

(5) 転医の義務

前述のように、医師は常に「医療水準」に則った診療を患者に施すべき義務があるので、もし、専門外または施設・人員の不備などのため「医療水準」に則った診療を施しえないときは、それを適切になしうる医療機関に転送し、あるいは転医を勧告すべき注意義務を負うことになる。この点について、保険医療機関及び保険医療養担当規則（昭和三二年厚生省令一五号、以下「療養担当規則」と略称）は「保険医は、患者の疾病又は負傷が自己の専門外にわたるものであるとき、又はその診療について疑義があるときは、他の保険医療機関へ転医させ、又は他の保険医の対診を求めると等診療について適切な措置を講じなければならない」（一六条）と規定しているが、保険医療以外の一般医療においても、こうした場合に転医の措置をとることは医師の義務といえよう。

転医に関する義務について、学説は、説明義務の中で転医のための説明を独立なものとして検討すべきか、^(二五) そうではなく、転医を診療の一環ととらえてその中で考えればよいとすべきか、^(二六) 見解が分かれている。この転医に関する注意義務は、①患者を適切な医療機関に転送すべき義務（転医義務）と、②患者に転医をすすめる患者が転医を検討しうるだけの説明をすべき義務（転医勧告義務）とを含んでいるため、そのいずれを重視するかによって見解が分かれるものと解せられる。具体的事案において医師がいずれの義務を負うべきかは、つぎのように場合を分けて

考えるべきであろう。第一に、専門外または施設・人員の不備などのため患者に「医療水準」に則った診療を施しえず、もし、速やかに患者を他の適切な医療機関に転送して受診させなければ危険であると認められる場合には、医師は右①の転医義務を負うものとし、第二に、他の医療機関での受診の方がより適切と思われるにしても、すぐに転医をさせなければ症状が悪化するというほどでない場合には、医師は患者に転医をすすめ患者が転医を検討しうるだけの説明をする右②の転医勧告義務を負うものと解すべきであろう。こうして、前者①の「転医義務」は、患者に良い医療サービスを受けさせる義務であり「診療行為」の一部であるのに対して、後者②の「転医勧告義務」は、患者の自己決定による選択の機会を与える機能を果たすものであり、医師の「説明義務」の一部としての意義を有するものといえる。

この転医措置に付随して、医師は、その患者の診療において得た情報のうち以後の診療に必要なものを転医先の医療機関に対して直接にまたは患者を通じて報告する義務があり、あるいは転医先の医療機関からの照会に対して答える義務を負う。これは、医療契約の受任者として契約終了後に委任者に対して負う報告義務（民法六四五条）であると同時に、医師法上の療養指導義務（医師法二三条）でもある。

負傷者が緊急な止血処置を必要としている（緊急性）とか、患者の容態が搬送に耐えない（搬送可能性）とか、あるいはその地域に専門医がいない（地域性）などの場合には、転医させずに診療すべきであろう。こうした場合に、医師が専門外であることだけを理由に患者を転送するようなことがあれば、それは診療拒否（医師法一九条^{（一七）}）の謗りを免れないであろう。

(6) 安全管理義務

医療行為は、診療行為を中心とし、そのほかに看護行為等をも含めて構成されている。それゆえ、医療施設の責

任者は診療行為における注意義務のみではなく、看護行為その他診療行為以外においても患者の安全を確保すべき注意義務があるものといえる。^{二八}その第一は、ベッドの安全管理、保温・暖房器具等の安全管理、その他の病室内の安全管理、院内施設設備等の安全管理、院内感染の防止などの医療施設の環境管理の義務である。判例にも、病室のベッドが窓際に近過ぎたためベッドで遊んでいた幼児患者が誤って窓から転落死した事故について「(窓とベッドとの)間隔の確保は、医師や看護婦として患者に対する安全確保の責任上当然果たすべき注意義務である」として過失責任を認めた事例(盛岡地判昭和四七年二月一〇日判例時報六七一号七九頁)や、患者が診察台の上で体位転換中に診察台の落下により負傷した事故について「患者の生命、身体の安全確保に努めるべき責務を負う」とし、本件事故は安全性に欠けた診察台を使用していた医師および経営者の責任であるとした事例(名古屋地判昭和五五年九月一日判例タイムズ四三〇号一三〇頁)などがある。

その第二は、判断力の不十分な入院患者の自殺・殺傷事故の防止、失火・放火事故の防止、窒息事故の防止、あるいは新生児の取り違い・盗難事故の防止などの患者管理の義務である。例えば、脳幹脳炎で入院していた少女が付添人の外出中に病室を抜け出し飛び降り自殺をした事故において「幼い子供の患者を入院させる場合には、成人とは異なり思慮分別が十分ではなく、突発的に危険な行動に走ることもあり得るのであるから、親族等の付添いを認めている場合であっても、入院契約上の付随的な義務として、病院側においても社会通念上相当な限度で当該子供の患者の安全について配慮すべき義務がある」とした(ただし、本件事故は予見不可能であったとして病院の責任を否定した)事例(東京地八王子支判昭和五九年一月二六日判例時報一一五八号二一六頁)などがある。

(7) 受取物等返還義務

医師(病院等)は、診療に際して予め患者側から受け取っていた金銭その他の物や、患者に対する診療行為にお

いて収取した物などは、これを患者側に返還しなければならない（民法六四六条）。例えば、前受診療費の残額を患者に返還することはもとより、手術等により患者の身体から分離した手・足・臓器・歯・金冠なども、原則としてこれを患者に引き渡さなければならない。ただし、慣習により遺棄すべきもの（膿汁・汚物など）は引き渡すことを要しない^{（一九）}し、患者に説明して使用・処分の同意を得たものは、医師（病院等）において、公序良俗に反しない範囲において適宜これを使用（移植用・研究用・標本用等）または処分してよいであろう。

(8) 診療録の記載・保存義務

医師が患者の診療を継続して適正に行うためには、患者ごとに診療録を作成して診療の都度その経過を記録し、その後の診療に備えておく必要がある。判例も、医師が診療録を作成する本来の目的は、「診療の都度、患者の症状、治療行為の内容等を記録し、以後の診療において思考活動の補助としてこれを用い、もって診療の適正を期すること」にあり、副次的に「患者自身の社会的権利義務に関係する事実の確認および患者と医師ないしは医療機関との間に後日生ずべき法的紛争の処理のための適確な証拠資料を保存すること」を目的としているという（名古屋高金沢支決昭和五四年二月一五日判例タイムズ三八四号一二七頁）。医師法が「医師は、診療をしたときは、遅滞なく診療に関する事項を診療録に記載しなければならない」とし、「五年間これを保存しなければならない」（医師法二四条）として診療録の記載および保存を義務づけているのは、そのためにほかならない。医療契約において患者が求めるものは、診療継続中は適正な診療が施されることであり、診療終了後も再発または他疾病を併発した場合に既往症をふまえた適正な診療がなされることであるから、医師による診療録の記載および保存の義務は、医療契約上の義務でもあると解すべきである。診療録の記載・保存義務が医療契約上の義務であるとしても、診療録の所有権が医師（病院等）側にあり（大阪地判昭和六一年一月三〇日判例タイムズ五八九号一〇八頁）、その作成

保存義務が適正診療の確保の手段にすぎず、その内容が医師の説明義務の範囲を超える細部にわたるものであるから、患者側にその閲覧請求権や引渡請求権を認めることはできないであろう。^(三〇)しかし、患者と医師（病院）の訴訟においては、診療録は患者のための利益文書（民事訴訟法三一二条三号前段）として（大阪高決昭和五三年六月二〇日判例時報九〇四号七二頁）、または患者と医師（病院）との間の法律関係文書（同号後段）として（東京地決昭和四七年三月一八日下民集二三卷一〇四合併号一三〇頁）、文書提出命令により医師（病院）が提出義務を負うことはある。

(9) 証明文書等の交付義務

診察もしくは検案をし、または出産に立ち会った医師は、診断書もしくは検案書または出生証明書もしくは死産証書の交付の求めがあった場合には、正当な事由がなければこれを拒んではならず（医師法一九条二項）、また、患者に対し治療上薬剤を調剤して投与する必要があると認めた場合には、処方せんを交付しなければならない（医師法二二条）。これらの、各種証明文書の交付義務は、公法上の義務であるけれども、それが患者側の必要と対応する限りにおいては、医療契約にも含まれるものと解すべきであろう。^(三一)判例も、医療契約の中には医師法の規定（医師法一九条二項）の趣旨が当然に合意されていると解すべきであるとしている（東京地判昭和四八年八月一七日下民集二四卷五〇八合併号五八五頁）。

(10) 特約による権利義務

従前のパターンリズムを基本とする医療においては、患者が医師（病院）に全面的に一任して診療をしてもらうことが多く、その趣旨を明確にするため「今般の治療（手術）については貴病院に一切お任せします」といった内容の誓約書を出させることが多かったが、こうした「白紙委任条項」に効力を認めるべきかは問題である。一方、

医療が患者に対して疾病の診断・治療・予防などの積極的效果をもたらすだけでなく、侵襲・苦痛・危険・費用負担などの消極的效果をも伴うものであることから、近年では、診療内容について患者の自己決定が重視されるに至っている。そこで、患者が、右の消極的效果をめぐり、侵襲を伴わない方法をとること、苦痛の少ない手段を用いること、または一定の費用の範囲内で行うことなど、通常の診療方法とは異なった範囲や方法を要望している場合には、医師の診療義務はどのようになるのかが問題となる。

(a) 白紙委任の特約 入院の際に患者が提出する入院誓約書ないし手術承諾書の中の「治療（手術）については貴病院に一切お任せします」という趣旨の白紙委任条項の効力については疑問がある。こうした条項をもって、直ちに医師の行うすべての診療行為に対して患者が事前に全面的な承諾を与えたものと解するのは妥当でない。その具体的事情によっては文言どおりの効力を認めうる場合もないとはいえないが、一般的には形式的な文言の存在によってではなく、事案の具体的事情に依りて、法律行為解釈の原則に従って、その条項の効力範囲を画定すべきである。これについては、「私は、小児科病院長が、私の子どもにも必要とみなすすべての侵襲が行われることを承諾します」との承諾書の効力は、事情によって相当制限されるとするドイツの判例^(三三)や、「その状態の下で患者にとって最善と考えられることは何でもやれる権限を授与する」との承諾書は、手術の性質その他の内容を明示してないとして効力を否定したアメリカの判例^(三三)などが参考になろう。

(b) 診療方法制限の特約 患者が診療方法につき制限を付して診療を求めている場合において、その制限に従えばよい診療効果が期待できないときはどうか。適切な診療を受ける権利の放棄または委任事務の変更と解して問題がないであろうか。当事者の契約による医療行為ではあっても、それは人の生命ないし健康という社会的価値にかかわることがらであるから、国民の健康な生活を確保すべき医師の診療義務や医倫理との関係も考慮されなければ

ばならない。判例にも、悪性脳腫瘍の治療につき患者側が丸山ワクチン療法の継続を求めたのに、病院側が、病状悪化の懸念、学術上の見解、臨床上の知見を考慮してピシバニール療法に変更したこと（後に死亡）について、病院側に債務不履行はないとした事例（東京地判昭和六三年一〇月三十一日判例時報一二九六号七七頁）や、クモ膜下出血の治療につき患者側は根治手術を求めたのに、病院側が病状が改善するまで根治手術を待つことにし脳室ドレナージ法で経過をみていたこと（後に脳動脈瘤破裂により死亡）について、病院側に債務不履行はないとした事例（福井地判平成元年三月一〇日判例タイムズ七〇三号一八六頁）などがある。しかし、患者の診療方法制限の求めが真摯な信仰ないし信条に基づくものである場合は、その自己決定が通常の治療の原則に優越することがある。判例には、エホバの証人の輸血拒否をめぐる事案において、正常な判断力をもつ成人が信仰に基づき生命の危険を十分理解したうえで輸血によらない治療を求める意思を表明している場合には、家族といえども輸血による治療を求める権利はないとした事例（大分地決昭和六〇年一二月二日判例時報一一八〇号一一三頁）がある。医師としても、輸血によらない治療をする義務があり、それで診療義務を果たしたことになる。

(c) 安楽死・尊厳死の特約 患者の診療方法に関する要求が、人間の尊厳に反する自己破壊行為となるようなものである場合はどうか。患者の求める診療行為が自己破壊行為として社会倫理に反するようなものである場合は、医師がこれに応じることは許されず、応じたとしてもその合意は公序良俗に反する契約（民法九〇条）として無効であり、それによって患者が死亡すれば民事責任の問題が生ずる。また、刑法上も自殺関与（刑法二〇二条）の刑事責任を問われることがある。これに関しては、治る見込みなく、死期が切迫し、激痛に苦しみ、早く死なせて欲しいと望む者に、致死量の薬剤を与えることは嘱託殺人（刑法二〇二条）に当たるか否かが争われた事案において、不治の病、死期の切迫、耐えがたい激痛、死苦緩和の目的、本人の真摯な嘱託、倫理的方法、医師の

手によることなどの要件をすべて満たさないかぎり、違法性は阻却されなかった事例（名古屋高判昭和三七年一月二二日判例時報三二四号一一頁）が参考になる。このように、積極的に致死量の薬剤を授与する（積極的安楽死）のではなく、ただ激痛の緩和を求める患者に対して、その激痛緩和のために鎮痛剤を与えまたは鎮痛術を施す（結果的安楽死・純正の安楽死）とか、本人の要望に従って無益な延命措置を控える（消極的安楽死・医療辞退・尊厳死）のであれば、患者本人の求めに対応する診療方法として適法な医療ということになるであろう。

(d) 免責の特約（免責条項）

患者が病院に提出する入院誓約書ないし手術承諾書の中に「治療（手術）によ

り生じた結果に対しては一切異議を申しません」といった趣旨の免責条項を付することが少なくないが、これは医療過誤等による損害賠償請求権を事前に全面的に放棄する趣旨と解されるので、そうした条項に効力を認めるべきかについては議論がある。この条項は、わずかに、医師が善管注意（民法六四四條）をもって治療したにもかかわらず不測の事態を生じた場合には医師（病院）に損害賠償責任はないという当然のことを確認する意味はあっても、それ以上の効力は認めがたい。学説の多くは、早くから右条項の効力を否定的に解して「全ク無意味ニシテ、無効ニアラザレバ不必要ナリ、僅ニ当事者ノ気安メニ過ギズ」として^(二五)いた。判例も「公序良俗に反する」（大阪地判昭和三七年九月一日判例時報三一四号一二頁）とか「単なる『例文』の類と認める」（静岡地浜松支判昭和三七年一月二六日下民集一三卷一二号二五九一頁）、「衡平の原則に反する」（東京高判昭和四二年七月一日下民集一八卷七〇八号七九四頁・右静岡地浜松支判の控訴審判決）などとして、その効力を制限的に解している。ところで、こうした免責条項であっても、それが無効とされる実質的な理由を欠いている場合には、その効力を否定する理由はないとして、その効力を認める学説がある。危険な治療行為についてこの場合にこういう結果が出ても責任を追及しないというように「具体的かつ合理的な意思が認定できる」条項であれば効力を認めてよいとす

るもの^(二七)、故意または重過失によるものは除き「単に医師の（軽）過失に基づく事故のみを免責する趣旨」の条項に對し患者の意思表示が「患者の自由意思に基づく真実なものであるかぎり」有効とするもの^(二八)、「患者の方から積極的にこの旨を申し出たことその他特別の事情がある場合」には医師の輕過失については免責条項の効力を認めてよいとするもの^(二九)、「患者から積極的に誓約書に署名・押印することの申し出がある場合」には有効とするもの^(三〇)などである。

その理由としては、(1)損害賠償請求権は一種の財産権にすぎないからその放棄は可能であること、(2)その放棄が事前になされても患者の自由意思に基づくかぎり問題はないこと、(3)判例も「他に特別の事情がないかぎり」との留保を付しているので特別の事情を立証すれば条項の効力も認めうることなどをあげ、その効用として、(4)示談交渉で心理的に有利になる、(5)訴訟では裁判官の心証形成に有利であることを指摘する^(三一)。右の(1)はそのとおりであるが、(2)は現実を無視した論である。患者は、印刷されたこの条項をよく理解していない場合が多いし、仮に理解して自己に不利であることを知っても、治療の必要に迫られている時に、承諾書の内容に意見をいえる自由があるかは疑問である。(3)の「特別の事情」とは医師と患者の間に損害賠償請求などありえないような特別の関係（近親関係等）がある場合をいうのであろうが、そうした特別の関係においては誓約書それ自体が無用であらうから、論外である。ここでは、病院側に都合のよい免責条項に對し、患者側はその変更を求めることはできず、入院治療を受けるためにはそれに署名しなければならないという、一般の医療契約関係における「誓約書」が問題なのである。入院治療を要する患者にとって、右のような誓約書に署名押印するか否かの選択の自由は事実上ないのが普通であるから、これに拘束力を認めることは妥当でない^(三二)。とくに、医師の過失が問題になるのは、患者本人でも処分権をもたないような身体に関する場合であるから、輕過失でも免責されないと考えるべきであらう^(三三)。

(三) 患者側の義務

医療契約により、患者側にも権利および義務が生ずる。そのうち患者側の権利は、医療契約の本旨に従った診療の履行を求める権利であることはいうまでもない。患者側の義務としては、つぎのようなものがある。

(1) 診療報酬支払義務

患者側の義務の中心は診療報酬支払義務である。診療報酬とは、診療に対する報酬ないし対価をいう。それは、診察料・検査料・薬剤料・処方せん料・診断書料・処置料・手術料・入院料・看護料・往診料その他診療に要する費用を含む。民法が三年の短期消滅時効の対象として規定する「医師、産婆及ヒ薬剤師ノ治術、勤労及ヒ調劑ニ関スル債権」(民法一七〇条)の内容も、右の診療報酬と同一と解される。診療報酬の根拠、その額や支払方法などは、一般医療と保険医療とは異なるので、これを分けて述べることにする。

(a) 一般医療における診療報酬 医療契約を進委任契約と解する立場においては、委任契約(準委任契約)が原則として無償契約である(民法六四八条一項)ことから、診療報酬支払義務の根拠について疑問が生ずる。そこで、学説の多くは、その根拠を社会生活上の慣習(民法九二条)^(三四)に求めて、医療契約を原則として有償契約と解し、例外的に無償の特約があるときにだけ無償契約と解している。

診療報酬の額は、特約があればそれにより、それがなければ慣習(民法九二条)^(三五)により定まる。診療報酬支払の時期も、特約があればそれにより、それがなければ慣習によるものとし、慣習もなければ診療終了後となる(民法六四八条二項)ものと解される^(三六)。もし、医療側の責めに帰すべきでない事由によって診療が途中で終了したときは、医療側はすでに済んだ診療の割合に応じてその報酬を請求することができる(民法六四八条三項)。

(b) 保険医療における診療報酬 保険医療機関・療養取扱機関は、健康保険法（「健保」と略称）・国民健康保険法（「国健保」と略称）および療養担当規則（昭和三二年厚生省令一五号）等に従って療養の給付（健保四三一条一項、国健保三六一条一項、療養担当規則一条）を行うべきものとされる（健保四三条の四・六、国健保四〇条）ので、保険医療機関（療養取扱機関）の診療報酬請求権すなわち患者側の診療報酬支払義務は、療養担当規則に従って療養の給付が行われたときに発生するものと解される（大阪高判昭和五八年五月二七日判例時報一〇八四号二五頁）。

診療報酬の額は「療養ニ要スル費用」の額であり、それは「健康保険法の規定による療養に要する費用の額の算定方法〔点数表〕」（厚生省告示）によって算定される（健保四三条の九第二項、国健保四五条二項）。ここに「療養ニ要スル費用」とは、療養担当規則等に適合してなされた「療養の給付に要する費用」であって、必ずしも現実の療養に要した費用ではない。すなわち、療養担当規則等に適合しない過剰な療養の給付をした場合においては、過剰な部分は減点措置の対象となり、その部分について診療報酬請求権すなわち診療報酬支払義務が生じないことになる（大阪地判昭和五六年三月二三日判例時報九九八号一一頁）。

療養の給付を受ける者は保険医療機関（療養取扱機関）に一部負担金を支払う（健保四三条の八、国健保四二条）ので、保険医療機関（療養取扱機関）が療養の給付に関して保険者に請求することのできる費用の額は「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」となる（健保四三条の九第一項、国健保四五条一項）。これは保険者が支給する療養の給付に関する費用の支払方法として、その一部を被保険者が負担するという制度であるから、一部負担金に相当する部分の療養も療養の給付の一部であって、給付外の自費診療のものとはいえない。

保険医療においては、保険者が診療報酬の支払義務者である（健保四三条の九第一項、国健保四五条一項）ことはいうまでもないが、社会保険診療報酬支払基金（「基金」と略称）や国民健康保険団体連合会（「連合会」と略称）も支払義務を負うのかについては議論がある。下級審は、基金の保険医に対する診療報酬の支払は、保険者の委託に基づく保険者に対する義務の履行であって、保険医に対し直接義務を負担しその義務の履行としてするものではないとしていた（東京高判昭和四三年九月二〇日判例時報五四〇号四二頁）が、最高裁は「（健保四三条の九第五項、国健保四五条五項、支払基金一・二・一三・一四・二〇条等）の規定によれば、基金が保険者等から診療報酬の支払委託を受ける関係は公法上の契約関係であり、かつ、基金が右委託を受けたときは、診療担当者に対し、その請求にかかる診療報酬につき、自ら審査したところに従い、自己の名において支払をする法律上の義務を負うものと解するのが相当である」（連合会についても同旨）と判示し、基金や連合会も支払義務者であるとした（最判昭和四八年一月二〇日民集二七卷一一号一五九四頁）。学説の多くもこれを支持する。^(三七)

(2) 診療協力義務

診療行為は患者の心身に対して直接に施されるものであり、診療は本質的に医師と患者との協同関係である^(三八)から、患者側の協力なしには診療目的を達することができない。それゆえ、医療側が医療契約に基づく診療義務を履行するについては、患者側もそれに協力する義務があるものといわなければならない。患者の診療協力義務としてはつぎのようなものがあげられる。

(a) 問診応答義務 診療における医師と患者との協同関係性が端的に現れるのは、医師の問診に対する患者の応答ないし告知に於いてである。問診においては、医師の問診技術はもちろんのこと、それに加えて患者の対応姿勢もまた重要である。それゆえ、医師の問診義務に対しては、患者の応答義務ないし告知義務が定立されなければ

ならない。すなわち、患者は、診療に先立ち、医師の問診に応じて、自分の既往症、治療歴、過敏反応経験等の関連事実を告知する義務があるものと解すべきである。

医師から適正な発問がなされたにもかかわらず、これに対して患者が知っている事実を告知せず、事実と異なる答えをし、または不注意により適正な応答ができず、その結果、誤診ないし誤療に至った場合には、患者側について誤診ないし誤療への寄与過失があるとして、損害賠償責任や刑事責任を判断する際に考慮されてよいであろう。例えば、三か月前にシングレラン服用でショック症状を呈し医師からピリン系薬剤過敏症だから薬に注意するよういわれていた者が、带状疱疹で他医師の治療を受けるに際し「何か変わった病気をしたことはありませんか」との問診に何も答えず「サルソグレラン静脈注射をしましょう」との勧めに従い注射を受けてショック死した事案で、医師に問診義務違反はなく無罪とした事例（神戸地姫路支判昭和四三年九月三〇日判例時報五四四号一八頁）、歯痛の急患に対し宿直看守（刑務所医務室）がかねて医師から頓服用に指示されていたグレラン錠を与えたところ、薬疹により皮膚癩痕を生じた事案について、ピリン系アレルギー体質を確認しなかった看守に過失を認めながらも「原告も、自分が特異体質であることを繰返して申述べ、服用の際ピリン系薬剤であるか否かを確認しておけば、本件のごとき結果を回避できたと考えられる」とし、これを斟酌して慰謝料を算定した事例（東京地判昭和四七年三月七日判例時報六七八号五六頁）、天然痘予防接種を受けた乳児が種痘後脳炎により知能障害を生じた事案で、その子は感冒様の熱性疾患で三日前まで医師の治療を受けていたのに、母親がもう治って何ら支障がないと軽信しこれを告知せずにいたことは患者側の過失であるとして二割の過失相殺を認めた事例（札幌地判昭和五七年一〇月二六日判例タイムズ四八四号一八〇頁）、転倒による後頭部負傷で急患センターに搬送された患者につき、医師が頭蓋骨陥没骨折に気づかず頭部擦過傷およびアルコール意識障害と誤診したため植物状態となった事案で、負傷者

を搬送して診療契約を締結した友人が、担当医師に対し、受傷前後の事実関係とくに喧嘩により転倒し頭部を強打した事実、その前後の意識程度の変化などについて十分な説明をせず、むしろ殊更に言葉を濁して事実を秘匿したことを患者側の過失として三割の過失相殺を認めた事例（福岡地小倉支判昭和六〇年三月二十九日判例タイムズ五五号二九五頁）などは、その例である。

しかし、患者は医学知識の乏しい素人であるから、診断や治療に必要な事実として何をどの程度まで告知すべきかについて一般的標準を設定することは困難であり、個々の患者の教育程度や病気の経験その他を考慮して判断されなければならない。この点を考慮して議論を展開したものとして、つぎの判例が参考になる。全身麻酔の筋弛緩剤サクシニルコリンを投与した結果、患者が特異体質であったため悪性過高熱にかかり死亡した事案で、医師の問診義務違反が問われたが「医師の質問は、血縁者がどのような病気をしたかとか、具体的な病名、薬品名等をあげて、特定の病気、体質を持つ者はいないか、を聞く単純なものであって、被質問者に的確な応答を困難ならしめるような性質のものではない。血縁者Kの死亡は本件手術の一年五か月位前の出来事であるから、Xにとって記憶に新しかったはずであり、血縁者がどのような病気をしたか、という簡単な質問に素直にありのまま応答をしていれば、これを端緒とする問答の発展により、自然にKの死因に関してXの知るかぎりの事実は明らかにされたであろう。しかるに、右医師の質問に対するXの応答は、そういうことではない、皆健在である、というものであり、……問われていることがらの本件手術との関連性、したがって重要性についての認識の不足から、知ってはいても具体的詳細を語りえないことがらについては、応答のうえではすべてこれをないことにして問答の発展を回避してしまったXの判断の甘さに起因するものと認められる」として麻酔担当医の患者家族歴に関する問診義務違反はないとした事例である（大阪高判昭和五三年七月一日判例時報九一七号七一頁、なお、原審の神戸地判昭和五〇年五月

三〇日判例時報八〇〇号八四頁は慰謝料減額事由とした。

反対に、患者側に不告知や誤告知があっても、医師はそれを発見するような問診をすべきであった事例もある。アスピリン喘息患者が解熱鎮痛剤によってショック死し医師の問診義務違反が問われた事案において、被告病院側は「解熱鎮痛剤の発作歴につき尋ねたが、その際患者はこれを明確に否定している。問診の際には医師としては問診事項を整備すべきことは当然だが、患者にもまた質問を理解して適切な返答をなすべき責任があるというべきである。本件の不告知が極めて重大な意味を有し、その内容が医師によって把握困難な患者本人の経験的事実にかかり、しかもその不告知による結果発生の危険性が患者にも予見されうる場合には、患者のそのような事項を告知する義務は格段に高められる」と主張したが「問診の趣旨（鎮痛解熱剤を投与したいがアスピリン喘息患者の場合には危険があるので、その防止のために問診する旨）を説明して理解させたいがアスピリン喘息患者の場合には危険があるので、その防止のために問診する旨」を説明して理解させたいがアスピリン喘息患者の場合には危険があるので、その防止のために問診する旨」として問診義務違反を認定した事例（広島地判平成二年一〇月九日判例タイムズ七五〇号二二二頁）や、同種の事案において、被告医師は「患者が被告に対し、以前ピリン系とブルフェン、ポンタールにより呼吸困難になったことがあるが、アスピリンは構わないと言われたことがあると説明した」事実を根拠に反論したが「（素人には）『アスピリン』と『ピリン』は言葉の上でも紛らわしいのであるから、患者の記憶、認識が正確なものであるか、さらにアスピリンの投与を受けた時の状況、薬剤の商品名、医師名などを詳しく問診して確認する診療契約上の義務があった」とし過失責任を認定した事例（松山地今治支判平成三年二月五日判例タイムズ七五二号二二二頁）などである。

(b) 症状等報知義務 患者は、診療の過程においても、医師の指示に従いつつその間に現れた諸症状およびそ

の変化などについて報知すべき注意義務があるものと解すべきである。医師は、診断をして治療行為を開始した後において、治療による症状の経過や薬剤施用の副作用などにつき、患者自身からの報知を得て、治療方法の修正や副作用の発生防止に努めなければならない。そのために、医師は患者に対し予想される経過や危険発生の徴候などにつき説示しておくべきであり、患者はその説示に従って自己観察をし、容態や徴候を医師に報知すべきである。

例えば、幼児が扁桃腺炎と急性腸炎との診断のもとにプロカインペニシリン注射を受けて帰宅し、深夜に下痢など容態が急変したにもかかわらず放置していたところ、翌朝の診察で擬似赤痢と診断され、これに基づく心臓麻痺で死亡するに至った事案において、医師の診断・治療上の過失を否定したうえ、付添人としては「嘔吐下痢が瀕回となる症状に変化した場合には、たとえ医師の指導がなくとも直ちに医師に連絡して医師の指示を受くべきである」のに、その容態変化を医師に連絡しなかったのは過失であるとし、それが患者への適切有効な治療の機会を失わせ、死亡への決定的要因となったと判示した事例がある（金沢地判昭和三十一年四月三〇日下民集七卷四号一一〇五頁）。これについては、こうした患者を自宅に帰すについては、病変に関しては直ちに報知するよう指導すべきであったとし、医師側と患者側との過失の共働を結論する余地もあつたのではないかとの批判的な指摘もある。^{三九}

なお、前述の他医で受診した際に知った事実を告知しないことによる問題と同様のことが、同時に二医に並行して受診していながらその事実を医師に告知しない場合にも生ずる。例えば、水虫の患者がA病院でのレントゲン線照射過剰により皮膚癌となり下腿切断のやむなきに至った事案で、同時期にB病院でもレントゲン線照射を受けていたことをA病院医師に告知しなかったことが問題となった事例がある。しかし、判決は「B病院における照射およびその事実の不告知が相殺さるべき原告側の過失を構成するかのごとくであるが、B病院においてレントゲン線照射を受けるについて、原告はA病院における過去の照射歴を隠すことなく応答していること、原告がB病院にお

ける照射後このことをA病院の医師に対して告知しなかったのは、素人として照射量が過大となると重大な結果になるとは、まったく予期しなかったからであること」を認定して原告の過失を否定した（東京地判昭和三九年五月二九日判例時報三七九号一八頁）。これに類似するものとして、例えば、患者がA医師の治療を受けて薬剤を服用しているときに、B医師のところでも同一または別の症病の治療を受けるにつき右薬剤服用の事実を告知しなかったため、両方の薬剤服用の競合により悪結果が発生するというような事故も考えられるが、このような場合には患者の過失は免れないであろう。^(四〇)

(c) 受診義務 医療契約において診療期日が定まっている場合には、患者もその契約で定められた期日に受診すべき義務がある。患者がその約定の診療期日に受診しなければ、受領遅滞となりうる（民法四一三条）。その受領遅滞の効果としては、医療側（債務者）の診療義務の不履行責任の免除（民法四九二条）や、医療側（債務者）の注意義務の軽減等が認められよう。診療期日は定めていないが、ある一定の徴候が現れたとき、または異常な症状を呈したときには来院するようにと注意されていた場合にも、右と同様に解される。

判例には、歯科医師が臼歯欠損の患者にブリッジを装着した後に咬合不全等の症状を訴えられながら原因究明もせずにいたところ、そのために症状が悪化したとして患者から債務不履行責任を追及された事案において「歯科診療を受けるに際しては、患者にも診療に協力すべきことを求めるのは、事物の性質上当然と解すべく、とりわけ不適合な治療を受け、さらにこれらによる障害、病状を自覚したとき、患者において合理的な理由がないのに、一方的に受診治療を廃絶し、その後においても適切な診療を受けることなく病状を放置したことにより、病状の重篤化を招き、新病状を誘発したときは、この症状等の拡大につき患者にも過失があるというべきである」と論じたうえ、本件患者が受診の途中で症状の増悪を知りながら一年半にもわたり通院廃絶をしたことには合理的理由がなく、症

状の拡大につき患者にも責任があるとして、損害賠償額につき三割の過失相殺をした事例（東京地判昭和五八年八月二二日判例時報一一三四号一〇四頁）が注目される。そのほか、深夜の自動車事故で負傷し病院に搬送されてきた患者につき、医師が腸管損傷を見落とし単なる腹部打撲傷と診断して帰宅させたところ、患者が相変わらず腹痛に苦しむので兄が早朝に知り合いの病院に電話をして連れていこうとしたが、本人がそつとしておいてくれというので暫く様子を見て、午後二時頃に病院へ行くと急性腹膜炎ということで手術を受けたが、腸管壊死となり四九日後に死亡した事案で、当初の医師の過失責任を認める一方、患者側についても、早朝に病院に電話した時点で直ちに受診していれば腹膜炎の診断も可能であり、それを見送って早期診断の機会を逸したことは患者側の過失であるとして、一割の過失相殺とした事例（千葉地松戸支判昭和六二年二月六日判例タイムズ六五二号二二二頁）、産科開業医が海外旅行の予定のため新生児を通常より早期に退院させ、その際「黄疸が強くなるようなら日赤病院に連れていくように」と注意しておいたところ、翌日に状態が悪化し後弓反張の症状を呈し、翌々日に日赤病院で診察を受けると核黄疸であることが判明して交換輸血の処置を受けたが、脳性麻痺となった事案において、開業医の過失責任を認めるとともに、患者側も、退院の翌日に特異な症状を呈したのに直ちに受診しなかったのは親として適切を欠いていたとして、二割の過失相殺とした事例（大津地判昭和六二年五月一八日判例タイムズ六六四号一七八頁）などがある。

患者の受診拒否は、債務者（医師）の責に帰すべからざる事由による履行不能と認められる場合には、医療契約は消滅するものと解せられる。^(四二)

(d) 診療行為協力義務　医師が医療契約に基づき予定した診療行為を行おうとしても、患者がこれに応ぜず、またはこれを拒否するならば、診療目的は達せられない。その場合でも、医師は患者に対して、さらにその検査や

手術などの必要性や有効性などを詳しく説明して患者に協力するように説得すべき義務があると解せられるが、それでもなお患者が応じないため、その診療行為を実施することができないときは、その部分については医師の債務不履行責任が生ぜず、または損害賠償につき過失相殺事由ないし慰謝料減額事由となるであろう。

まず、検査の勧めに応じなかった例としては、例えば、医師がレントゲン検査の結果一応胃潰瘍と診断した患者につき、胃癌の疑いもあるため精密検査をして確定診断の後に手術をすべきと考えて、患者に胃カメラ検査・胃液検査・検便等を受けるように説得したが、どうしても患者がこれに応じないでいるうちに癌で死亡するに至った事案で、判決は「そのような場合、患者A又はその近親者らとしては、Aがすでに訴外病院で胃カメラ検査或いは開腹手術まで指示されただけでなく被告Yからも度々精密検査を指示されたことなどから、可能な限りYの指示に従って精密検査を受け、胃カメラ検査を受ける場合の苦痛については訴外病院での経験を具体的に述べてYの適切な処置を期待すべきであった」のに、レントゲン検査以外は非協力的であり、受診も五回程度に過ぎずその間七か月も通院せずに経過したことから、被告Y医師が開腹手術等の治療行為をしなかったとしても過失責任はないとした事例（東京地判昭和四七年八月八日判例時報六九〇号六四頁）がある。

つぎに、手術や処置等に応じようとしなかった例としては、医師が舌癌患者に切除手術を説得したが、患者がこれを拒否して応じないため、やむをえず患部を焼き取るだけと虚為の説明をし同意を得て切除手術をしたが、それは違法であり損害賠償責任があるとされた事例（秋田地大曲支判昭和四八年三月二七日判例時報七一八号九八頁）、歯科医師が五歳の患者に前日に充填しておいた歯髄失活剤を除去するため本人とその母親に開口を指示したが、どうしても応じないので、失活剤を除去したい気持ちと患者の頑なさへの立腹とから、患者の頬を平手で強く殴打して目的を達した事案について「（失活剤の毒性は微弱ですぐ除去すべき緊急性もなかったことを考慮し）その態

様程度において到底社会的相当性の枠内にあるものとは認め難く、刑法三五条により違法性を阻却すべき場合に当たらざらざら」として傷害罪とされた事例（大阪高判昭和五二年一二月二三日判例時報八九七号一二四頁）などがある。前者においては、判決は病名を秘して手術の必要性を納得させることの困難さを認めつつ、患者があくまでも拒否する場合には手術を思いとどまらざるをえないとの見解を示しているが、むしろ、癌を告知して手術の必要不可欠性を訴えて同意を得るべきであり、それでも拒否する場合には切除手術をしないことにより生ずる結果については患者の責任とすべきであると考えられる。後者については開口の指示に応じない場合は、日を改めて母親の協力も得て開口を促すなど忍耐強く治療行為への協力を求めるべきであり、患者の拒否のため治療が遅延したことによる悪結果については歯科医師の責任が軽減されるものと解すべきであろう。

治療行為中の患者の態度や行動も問題となる。例えば、大腿骨骨折の治療として筋肉収縮の防止のため絆創膏を貼付する牽引措置を行ったところ、患者がこれに不満を抱き絆創膏をはがすことを繰り返し、手術のために麻酔薬を注入し消毒を始めると、手術を嫌がって突然手術台上で暴れ出すなど非協力的な態度ないし行動をとり、また接骨手術後に接骨部分が癒合するまでの三か月間は無断外出や飲酒をするなどの我が儘な行動を反復した事案において、治療後の右肢短縮の障害は骨折治療に伴う必然の結果とみられなくもないが「仮にこれが手術の牽引の不足に起因するものであるとしても、右牽引の不足は被告医師が処置を誤った結果ではなく、却って原告患者が同被告の施した牽引方法の効果を妨げる行動に出たことよって招来されたものと認められる」として医師の過失責任を否定した事例（富山地判昭和三六年一二月一三日医民集一二九頁）がある。そのほか、歯科医師が齶歯の治療にグラインダーを使用中に舌前端に挫創傷害を負わせたことで損害賠償を請求されたのに対し、歯科医師側が、事故の原因は患者が突然顔部を動かした不注意によると主張した事案があるが、判決では、すでに黙示の示談が成立している

として請求棄却とされた（大阪地判昭和四六年一〇月三〇日医事学研究〔岩手医科大学〕一〇号一九六頁）。

(e) 療養方針遵守義務 医師の療養指導は、安静保持、食事の内容、薬の服用、睡眠時間、入退院の時期、疾病予防、健康増進、その他の諸方法に及ぶが、患者は、これらに関する医師の療養方針に従い、その指示事項を守る義務があるものと解せられる。患者が、もし医師の療養方針を無視し、その指示事項を守らないで不養生を続けることにより、治療の効果が上がらず悪い結果が生じた場合には、その損害の発生または拡大に患者の不注意が寄与したものとして、医師側の責任を否定する事由、または過失相殺事由ないし慰謝料減額事由となるであろう。

判例には、古いものに、大腿骨折の患者が入院治療半ばで家事都合を理由に医師の説得も聞かずに強引に退院し、その後は療養上の指示事項も守らず放置して症状を悪化させた事案で「被告ハ当時原告ノ骨折癒合ノ途ニ在リ骨折治療上最モ重大ナル時期ナリシヲ以テ原告ニ此ノ旨ヲ告ケ尙当分被告方ニテ治療ヲ継続スルノ可ナル旨懇々説キタルニ、原告ニ於テ強テ退院ヲ要求シテ止マサルニヨリ被告ニ於テ止ムナク之ニ応シタルコト、並ニ原告ヲ退院セシムルニ当リ被告ハ特ニ原告ノ患脚ニ『ギブス』繃帯ヲ施シ長途運搬ニ対シ接骨医トシテ万遺憾ナキヲ期シ且右繃帯ニ付テモ帰郷後直チニ之ヲ取換フヘク又一ヶ月以内ニ医師ノ診察ヲ受クヘキ旨特ニ警告ヲ与ヘタル事実ヲ認め得ヘシ。而シテ原告カ被告方退院後医師ノ診察ヲ受テタルハ七月中（約三ヶ月後）ナルコト、被告方ヨリ原告方ニ至ル距離十数里ヲ存スルコト、原告カ此ノ間自動車ニヨリ帰リタルモノナルコト（ヲ認め得ヘシ）、果シテ然ラハ仮令原告カ退院後千葉医科大学病院ニテ長期間大手術ヲ受ケサルヘカラサルニ至リ健康状態又従前ノ如クナラサリントスルモ、原告ノ骨折未タ完全ニ癒合セス治療半ニ被告方ヨリ任意退院ヲ敢テシタル本件ニアリテハ、誰レカ右運搬ノ途中若クハ其ノ後ニ於テ毫モ原告ノ患部ニ異常ヲ呈セサリシモノト断言スルヲ得ンヤ」と論じて被告には原告主張のような過失を認定することはできないとした事例（東京地判昭和三年一〇月一九日司法研究一八輯二七六

頁)がある。戦後では、無酸症で胃下部三分の二切除の手術を受けた患者が退院して自宅療養に移行したところ、貧血・衰弱状態に陥り二か月後に再手術をしたけれども回復せず死亡するに至った事案で、担当医師の術後の食事療法その他の療養指導に関する過失責任を認定したが、患者が下痢症状を発しても病院に知らせずに十数日間も放置し、衰弱状態に対処するため医師から数回にわたって入院を勧められたのに通院を主張し、一度は入院のための自動車差し向けられたのにこれに応ぜずに経過したことが「死亡原因を相当に助勢している」とし、医師の責任は二分の一とするのが相当であるとした事例(横浜地判昭和三九年二月二五日下午民集一五卷二号三六〇頁)がある。

患者自身の不養生が指摘されたものとしては、下顎右側第二小臼歯の印象採得の際に無理に型を取り外したために歯肉等に炎症を生じたことと患者が主張して損害賠償を請求した事案で、判決は、印象採得によりそうした傷害を生じることはないとしたうえ「原告は素質的に歯が丈夫でないことが窺われるので、自らの不養生のために罹患したとみられなくもない」として歯科医師の責任を否定した事例(竹原簡判昭和四六年二月一七日医事学研究〔岩手医科大学〕一号一七三頁)や、上顎右側第一大臼歯の齶蝕につき根管治療・アマルガム修復の治療を受けた患者が、四年後に第二大臼歯の真横に穴状の窪みを見つけ、歯科治療の際にヤスリ使用のミスで損傷されたとして病院に損害賠償を請求した事案で、判決は、治療の際にヤスリで不当に損傷し不良化した事案は認められず「むしろ原告の手入れ不十分と相まって、長期の間に自然的に齶蝕し不良化したことが窺える」として病院の責任を否定した事例(大阪地判昭和四四年二月二七日医事学研究〔岩手医科大学〕一号一九七頁)などがある。

(3) 必要費用等支払義務

医療契約を委任(準委任)契約と解する立場からみると、医療契約は委任者たる患者のために医療行為をする契約ではあるが、そのために受任者たる医師(病院)に損害を生ぜしめないことを要することになる。すなわち、

受任者がすでに支払った必要費用は委任者が償還すべきであり、もし受任者が事前に費用を必要として請求した場合には委任者はこれを前払すべき義務があり、また受任者が委任事務の処理のため過失なく損害を被った場合には委任者が損害の賠償をする義務がある、ということになる。

(a) 費用前払義務 委任事務を処理するのに「費用」を要する場合には、受任者から請求があれば、委任者はその「前払」をしなければならぬ、と民法は規定する（民法六四九条）。すでに歯科医療における矯正治療や補綴治療の技術料や材料費等について費用の前払が行われているようであるし、^(四二)その他の医療においても、例えば、臓器移植手術のための移植用臓器の摘出・輸送・保存等の費用について費用の前払が必要となることもある。そうした場合には、この規定の適用も可能である。この費用前払と事務処理との関係をどう考えるかは問題である。一般に、費用前払義務と事務処理義務とは同時履行関係には立たないが、費用の前払がなければ受任者は事務処理をしなくとも履行遅滞とならず、委任者が必要費用の前払を拒否すればその間は事務処理を中断することができる^(四三)と解されている。しかし、医療契約においては、医師法上の診療義務（医師法一九条）および医療の特質からみて、原則として、費用前払がないことを理由に診療を拒否することはできないと解すべきであろう。^(四四)

(b) 費用等償還義務 受任者が委任事務を処理するのに必要な「費用」を支払ったときは、委任者に対してその費用およびその利息の「償還」を請求することができ（民法六五〇条一項）、また必要な「債務」を負担したときは委任者に自らその「弁済」をなすように請求することができる（同条二項）。委任事務処理に必要な費用や債務は、特約または特別の事情がない限り、受任者ではなく委任者において負担するのが相当であるからである。有償委任契約では報酬の中にある程度の費用は含まれているとみられるが、^(四五)とくに現代の医療契約においては診療に必要な費用の多くは診療報酬の中に含まれると解されるので、診療報酬の問題として処理することができよう。診

療報酬には含めえない特別な医療器具、医療材料、移植用臓器等については問題となるが、当該患者以外の患者にも使用できるものである場合には、それらは医療側の費用で備えるべきであり、その使用料に相当する部分は診療報酬に含めてもよいであろう。また、特約のある場合や、その器具等の所有権が患者に帰属する場合には、患者の負担とすることができよう。^(四六)

(c) 損害賠償義務 受任者が委任事務を処理するため、自己に過失がないのに「損害」を受けたときは、委任者に対しその「賠償」を請求することができる（民法六五〇条三項）。この委任者の損害賠償義務は、委任者の故意・過失を必要としない一種の無過失責任と解されている。医療においては、例えば、医師が往診の途中で過失なく負傷した場合とか、伝染病の患者を診療する際に相当の注意をしていたのに感染した場合などが考えられる。こうした損害については、医療の特質を考慮して、公的救済制度を含めて検討すべきことが提唱されている。^(四七)

(一) 例えば、医師が男娼の依頼に応じて性転換手術をした行為が優生保護法二八条違反として有罪とされた事例がある（東京地判昭和四四年二月一五日判例時報五五二一六頁、東京高判昭和四五年一月一日判例時報六三九号一〇七頁）。

(二) これについては、新聞が「医者 of 倫理」を問題にしたにとどまり刑事事件とはならなかった。

(三) この事件は、昭和四四年一月二日に日赤高山病院で出生した未熟児（体重一・一二kg）が、哺育器に収容されて三八日目まで鼻腔栄養と酸素補給を受けていたところ網膜症により両眼失明するに至ったため、病院の過失責任が問われた事案で、一審判決が、これは眼底検査の遅れ、誤診、治療法の不適切、療養指導・転医措置の誤りなどの過失によるものであるとして、一、五二〇万円の損害賠償を命じた事例である（岐阜地判昭和四九年三月二五日判例時報七三八号三九頁）。

(四) 松倉豊治『医学と法律の間』（判例タイムズ社、昭和五二年）一二八頁以下。その論文「未熟児網膜症による失明事例」は、初め判例タイムズ三一〇号（昭和四九年一月）に掲載された。

(五) 滝井茂雄・藤井勲『医療水準論』の現状とその批判判例タイムズ六二九号（昭和六二年）一二三頁。

(六) 新美育文「医療過誤——その現代的論点」ジュリスト八二八号（昭和六〇年）一五一頁。

- (七) 飯田隆「注意義務の程度」『裁判実務大系(7)医療過誤訴訟法』(青林書院、平成二年)一六四頁参照。
- (八) 野田寛『医事法(中)』(青林書院、昭和六二年)三九八頁参照。
- (九) 菅野耕毅「診療行為における患者の承諾」岩手医科大学教養部研究年報一〇二頁参照。
- (一〇) 松倉豊治「医療行為における裁量の特質——特に説明義務に関連して」判例タイムズ四一五号(昭和五五年)九頁、大谷実『医療行為と法』(弘文堂、昭和五五年)一〇五頁。
- (一一) 細川清「医師の開示義務(下)」判例時報八一八号(昭和五一年)一一頁。
- (一二) 新美育文「医師の説明義務と患者の同意」ジュリスト増刊『民法の争点』(昭和五三年)三四三頁。
- (一三) 新美育文「医者と患者の関係」『医療と人権』(有斐閣、昭和五九年)一一三頁。
- (一四) 菅野耕毅「医師の説明義務」岩手医科大学教養部研究年報一二号(昭和五二年)一二〇頁、同「診療における説明水準決定の原理」同研究年報一四号(昭和五四年)一三〇頁等参照。
- (一五) 金川琢男「医療における説明と承諾の問題状況」医事法学叢書③(日本評論社、昭和六一年)一三八頁。
- (一六) 稲垣喬「医療過誤訴訟の理論」(日本評論社、昭和六〇年)五一頁。
- (一七) 菅野耕毅「救急患者の入院診療の拒否と病院の民事責任」年報医事法学三号(昭和六三年)一二五頁、同「木更津診療拒否事件」医療過誤判例百選(平成元年)二三四頁など参照。
- (一八) 菅野耕毅「療養看護業務の法的責任」医事学研究(岩手医科大学医事学研究会)三号(昭和六三年)六二頁以下参照。
- (一九) 山崎佐『医事法制学』(克誠堂、大正九年)一八五頁、野田寛『医事法(中)』前掲四〇一頁等。
- (二〇) 岩垂正起「診療契約」『裁判実務大系(7)医療過誤訴訟法』前掲四二頁参照。
- (二一) 野田寛『医事法(中)』前掲四〇一頁参照。
- (二二) 唄孝一『医事法学への歩み』(岩波書店、昭和四五年)二二頁、六二頁。
- (二三) Rogers v. Lumberman's Mut. Cas. Co. (La. 119 So. 2d 649, 1960)
- (二四) こうした免責条項は、わが国の医療機関の約三分の一において使用されているといわれる。浅井賢「手術承諾書などを含む Informed Consent の日米両国における現状と問題点」医事法学叢書②(日本評論社、昭和六一年)一六〇頁参照。
- (二五) 山崎佐『医事法制学』前掲四二七頁。
- (二六) その他に否定的なものとして、加藤一郎『不法行為』(有斐閣、昭和三九年)一三九頁、松倉豊治『医療過誤と法律』(法律文化社、昭和四五年)二四四頁、高橋正春『医療行為と法律』(医学書院、昭和四八年)一一頁、穴田秀男『医事

紛争』（金原出版、昭和四八年）二四頁などがある。

- (二七) 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、昭和四六年）二二九頁。
- (二八) 高田利廣「小海正勝『病院・医院』（帝国地方行政学会、昭和四八年）八一頁。
- (二九) 野田寛「気管支成形手術事件」医事判例百選（昭和五一年）六二頁。
- (三〇) 大谷実『医療行為と法』（弘文堂、昭和五五年）九〇頁。
- (三一) 高田利廣「小海正勝・前掲書八一頁〜八一頁。
- (三二) 菅野耕毅「診療行為における患者の承諾」前掲論文九二頁。
- (三三) 加藤一郎『不法行為法の研究』（有斐閣、昭和三六年）二二三頁。
- (三四) 能美光房「歯科医療と民法②」歯界展望二六卷五号（昭和四〇年）八九五頁は、これを黙示の特約に求める。
- (三五) 幾代通編『注釈民法⑩』（有斐閣、昭和四二年）一九二頁（明石三郎）。
- (三六) 山崎佐『医事法制学』前掲一八九頁参照。
- (三七) 野田寛『医事法（中）』前掲四〇六頁参照。
- (三八) 松倉豊治『医学と法律の間』前掲五八頁・三一四頁や、稲垣喬「医療事故と被害者側の過失」判例タイムズ三二二四号（昭和五〇年）三四頁は、これを医療効果と責任の面から「医師と患者との共同責任」とよび、寺尾洋「過失割合」判例タイムズ六八六号（平成元年）八八頁は「患者と医師の共働関係」という。
- (三九) 稲垣喬「医療事故と被害者側の過失」前掲三六頁。
- (四〇) 稲垣喬・同右論文三七頁。
- (四一) 於保不二雄『債権総論（新版）』（有斐閣、昭和四七年）三四七頁、野田寛『医事法（中）』前掲四〇八頁参照。
- (四二) 能美光房「歯科医療と民法②」前掲八九五頁、岡本欣司「歯科医事紛争についての私の考え方④」臨床歯科三一四号（昭和六〇年）四頁等参照。
- (四三) 我妻栄『債権各論（中二）』前掲六八一頁、明石三郎「第六四九条」『注釈民法⑩』前掲二〇二頁等。
- (四四) 野田寛『医事法（中）』前掲四〇八頁。
- (四五) 明石三郎「第六四九条」『注釈民法⑩』前掲二〇五頁参照。
- (四六) 野田寛『医事法（中）』前掲四〇八頁。
- (四七) 野田寛『医事法（中）』右掲四〇九頁。

六 医療契約の終了

委任契約は、契約一般に共通の終了原因である、委任事務の終了、委任事務の履行不能、期限の満了、解除条件の成就などにより終了するほか、委任契約に固有の終了原因として、委任者または受任者の「解除」（民法六五一條）、委任者または受任者の「死亡」または「破産」（民法六五三条前段）、受任者の「禁治産宣告」（同条後段）などによっても終了する。医療契約の場合も、基本的にはこの契約終了の原則によるが、医療の特質からして若干異なる終了の態様も考えられる。以下、詳述する。

(一) 解除（告知）

(1) 委任契約の解除自由の原則

継続的契約は当事者間の信頼関係を基礎とするものであるから、信頼関係が失われた場合には、契約関係を継続することは困難であり、無益ないし無意味でもある。とくに、委任契約においては、相互の信頼関係が重要な意味を有し、また雇用契約の場合のように受任者の地位を保障する必要性も大きくはないので、各当事者から特別の理由がなくても「何時ニテモ之ヲ解除スルコトヲ得」るものとされる（民法六五一条一項）。ただし、当事者双方の利益のためになされた委任契約は、本条の規定により解除することはできないものと解されている（大判大正九年四月二四日民録二六卷五六二頁）。また、当事者の一方が相手方に不利益な時期に委任を解除したときは、その損害を賠償することを要する（民法六五一条二項）。ただし「已ムコトヲ得サル事由」があるときは損害賠償をする義務はない（同条項但書）。なお、委任契約の解除の効果は遡及せず、将来に向かって委任関係を終了させる効果

のみが生ずる（民法六五二条・六二〇条）。

(2) 医療契約解除の制限

医療契約に対しては、右の委任契約の規定がどの程度適用されるのであろうか。まず、医師側についてみると、医師法が、診療に従事する医師は、正当な事由がなければ、患者からの診療の求めを拒否してはならないという診療義務を定めている（医師法一九条）結果として、医師側からは、正当な事由がないかぎり医療契約の解除はできないものと解される。また、通常の医療契約は、患者と医師等との間の双務・有償の準委任契約であり「当事者双方の利益のためになされた契約」と考えられるので、患者側からも、原則として民法六五一条に基づく解除はできないものと解される。しかし、医療契約を解除しても当事者間に不衡平な結果にならないような特別の事情があるときは本条に基づく解除を認めることもできる。例えば、交通事故による負傷で入院して診療を受けていた患者が、途中から国民健康保険被保険者証を提出して保険診療を主張したような場合（大阪地判昭和六〇年六月二八日判例タイムズ五六五号一七〇頁）である。このように自由診療契約と保険診療契約とが同時に併存しているなど「委任者及び受任者双方にとって、医学的、経済的、社会的にみて、これをいつでも解除することができるものと解しても、合理性の範囲内で信頼関係に変化があるにすぎず、基本的な関係では、なお、当事者双方に信頼関係が継続することの予定されている場合には、民法六五一条に基づき自由診療契約を解除することができる」と解される（大阪地判昭和六〇年六月二八日右掲）。そのほか、医師側が著しい不誠実な行為に出たなど、やむをえない事由がある場合には、患者側は医療契約を解除することができるかと解してよいであろう（最判昭和四三年九月二〇日判例タイムズ二二七号一四七頁参照）。

(3) 医療契約解除の方法

契約解除の方法は、相手方への一方的意思表示による。契約解除の意思表示は、明示の意思表示はもとより、黙示の意思表示でもよいと解される。医療契約においては、患者の受診ないし受療の中止や転医などが医療契約解除の黙示の意思表示とみてよいか問題となる。医療契約の成立について、医師が診察を開始したという事実をもって、黙示の承諾ないし意思の実現による医療契約の成立（民法五二六条二項）を認めるべきことを述べたが、医療契約の終了についても同様に解することができるであろうか。これは、患者の病状が相当の期間において観察を続けて治療を加えることを可能とする状態にある場合と、継続的にきめ細かな診療を要する状態にある場合とを区別して考える必要がある。前者の場合において患者が来院せず、または他医で受診したからといって直ちに医療契約を解除したものとはいえないであろうが、後者の場合において患者が暫く来院せず、または他医の診療を受けたときは医療契約解除の黙示の意思表示とみてよいであろう。判例には、病院で診療を受けていた心臓疾患の患者が、その当ときめ細かい継続的な診療を要する状態であったにもかかわらず、一か月間も受診せず、その間六回も他医で受診していた後に死亡した事案について、「患者は（危篤状態になった日）に至る以前に自ら前記診療契約を解約する旨の黙示の意思表示を為したものと解するが相当である」として、本件診療契約の存続を前提とする債務不履行責任の追及を棄却した事例（名古屋地判昭和五八年八月一九日判例時報一一〇四号一〇七頁）がある。

(二) 当事者の死亡・破産・禁治産等

(1) 当事者の死亡等

委任契約は委任者または受任者の死亡によって終了する（民法六五三条前段）。医療契約の場合も、医療契約の当事者である医師の死亡または患者の死亡により終了する。ただし、複数の医師を使用する診療所や病院の場合

は、主治医の死亡により医療契約が終了するわけではない。病院等の開設者の死亡や法人の解散、病院の開設許可の取消（医療法二九条）などにより、医療契約は終了する。

(2) 当事者の破産

委任契約は委任者または受任者の破産によって終了する（民法六五三条前段）。医療契約の場合も当事者の破産により終了すると解すべきであろうか。医療法人においては、破産すれば解散される（医療法五五条）ので医療契約も終了する。しかし、一般に、医療契約の特質からみて、個人開業医の破産や患者の破産は、医療契約の終了原因とすべきではないであろう。^(二)

(3) 受任者の禁治産

委任契約は受任者の禁治産宣告によっても終了する（民法六五三条後段）。医師が禁治産または準禁治産の宣告を受ければ、医道審議会の諮問を経て医師免許が取り消されて（医師法七条・三条・四条）医師資格を失うので、その場合にはその医師が受任者となっている医療契約は終了するものと解される。そのほか、医師が目・耳・口の障害により職務を行えないとき（医師法三条）や、精神病または麻薬・大麻・あへんの中毒にかかり、罰金以上の刑罰を受け、医事に関する犯罪・不正の行為があり（医師法四条）、または医師としての品位を損する行為があったために免許取消相当と判断されたとき（医師法七条二項）は、免許が取り消されて医師資格を失うので、右と同様である。

(三) 医療の完了・医療不能等

医療の完了、すなわち医療契約の目的とされた検査・診断・治療などが完了した場合には、医療契約はその目的

の達成により終了する。また、反対に、それ以上の医療が不能であることが確定した場合にも、医療契約は終了するものと解される。例えば、肢体の麻痺等の機能障害が固定化して回復は不能と診断された場合などである。

(一) 定塚孝司「医師と患者の法律関係」実務法律大系(5)『医療過誤・国家賠償』(青林書院、昭和四八年)三〇頁、野田寛『医事法(中)』(青林書院、昭和六二年)三九八頁参照。