

# 医療契約論

## ——その実体的解明——

村山 淳子

はじめに

- I 医療契約の成立
- II 医療契約の性質
- III 医療契約の当事者
- IV 医療側の義務
- V 患者側の義務
- VI 医療契約の終了

おわりに

### はじめに

医師—患者関係を契約として捉えるという意識は、そもそもわが国では一般的なものではなかった<sup>1)</sup>。高崙英弘教授によれば、わが国において医療契約概念が普及したのは、昭和40年代になってからである<sup>2)</sup>。しかもそれは、医療過誤訴訟の増加に伴い、訴訟を患者に有利に導くいわば法技術として、債務不履行構成が主張されるようになったという<sup>3)</sup>、外的な端緒から発したものであった。早くから医療契約概念が存在してきた諸外国<sup>4)</sup>と比べ、わが国の医療契約論の歴史は極めて浅い上に、外発的・実践的な要求を出自としているという特徴がある。

五八

このような事情ゆえに、わが国では、医療契約とはいかなるものかという実体的な研究の存在しないまま、訴訟における証明分配の一面から医師の契約責

任が論じられるという、「まさに転倒した」<sup>5)</sup> 事態がしばらく続いたのである。

しかしながら近年、医療契約を実体法的見地から見直そうという動きが顕現しつつある<sup>6)</sup>。このような実体的医療契約論は、未成熟ながら現時点において一定の研究の集積をみるに至ったといつてよい。

本稿の目的は、従来の研究の成果を整理し、残された課題を鮮明に浮上させることにより、かつて体系的に論じられることの少なかった本テーマに、議論の素材と方向性を提供することにある。

医療契約をいかなるものと捉えるかは、すなわち、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。医師と患者の関係は、時代や社会、また、患者の能力、疾病の性質、緊急性、特約の有無等によって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、その在り方は多種多様であつて、統一的・一義的に論ずることはとても不可能である。

そこで本稿は、特に断りなき限り、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場面を、一般形として設定する。その上で、そこには何らかの法的な契約関係が成立すると想定し<sup>7)</sup>、これを医療契約<sup>8)</sup>と呼ぶことにして、検討対象としたい。

## I 医療契約の成立

医療契約は、通常、患者の申込に医療側が承諾するという形態で成立する。医療側から申込を行うことは、現状の実務では稀有である。そのほか、民法の学説上、契約の成立形態として、交叉申込や意思実現も存在する。前者に関しては、医療側からの申込が稀であるために、考えにくい。しかし後者に関しては、後述する医師の黙示の承諾と近似した事情を考えることが可能であろう。

五七 患者が申込をするとき、その方式は自由である（不要式契約）。通常は、医療機関の受付窓口で口頭の申込をしたり、あるいは「受診申込書」や「問診票」を提出する。保険診療の場合には、緊急やむをえない場合を除き、被保険者証の提出が必要とされるが（健康保険法施行規則53条、国民健康保険法36条5項）、

これは私法上の契約の成立要件ではない（後述Ⅲ 3 参照）。

患者の申込があれば、医師の応招義務の帰結として（後述Ⅴ 1 参照）、医療側は原則としてこれを承諾しなければならない。承諾の方式は自由である。通常は、受付窓口で診察券を交付することで、承諾の意思表示をする。保険診療の場合には、緊急やむをえない場合を除き、患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が（保険医療機関及び保険医療費担当規則 3 条）、これも私法上の契約の成立要件ではない（後述Ⅲ 3 参照）。

医療契約においては、とりわけ緊急の場合につき、互いに黙示の意思表示が認められる。意識のはっきりした（意識不明者については後述する）重症患者の態度や動作から黙示の申込が認められる。また、このような患者に対して医師が無言で診療を開始した場合には、黙示の承諾（あるいは意思実現）があったものと認めてよい。

一般に、医療契約は継続的契約である<sup>9)</sup>。もっとも、かかりつけ医やホームドクターという関係は事実上の関係にすぎず、法律上は患者が特定の医療を依頼するたびごとに契約が成立するものと解されている<sup>10)</sup>。

## Ⅱ 医療契約の性質

### 1 伝統的な類型論争

わが国において、医療契約の性質論は、医療契約が民法典の規定するいずれの典型契約に属するかという、いわば類型論争から出発している。その中心は委任か請負かという対立にあり、主として訴訟における証明分配の観点から、診療債務は結果債務か手段債務かという問題として議論された。以下に諸説を概説しよう。

#### (ア) 雇用契約説

医療契約を患者を雇用者、医師を被用者とする雇用契約であると解する見解である。ドイツでは委任契約が無償契約とされているために、この雇用契約説

が通説である<sup>11)</sup>。わが国でも民法制定過程においては、医師—患者関係は雇用契約の箇所でも議論されていた（もっとも、雇用契約であることに対しては疑義が呈されているが<sup>12)</sup>）。しかし、今日では本説を支持する論者は皆無に近い。

もっとも、例外的に雇用契約として捉えられる場合はある。典型的には、いわゆる「抱医者」は雇用契約の被用者であるとされる<sup>13)</sup>。なお、産業医や保険診査医は、会社との間で雇用契約を結んでいるのであって<sup>14)</sup>、患者との関係ではまた別である<sup>15)</sup>。

#### (イ) 請負契約説

医療契約を請負契約と捉える見解である。前述したように、委任か請負かという問題は、診療債務が結果債務か手段債務かという局面でのみ論じられた。したがって本説は、診療債務を結果債務と捉える立場にほかならない。

当初の請負契約説<sup>16)</sup>によれば、診療債務は「治癒」ないし「成功」という結果を達成する結果債務であって、したがって悪結果の発生をもって債務不履行と捉えられた（ここでは過失の証明責任の転換は明白であり、ゆえに債務不履行構成の方が患者側に有利だと帰結された）。しかしながら、医学の限界や患者の個体差を無視するものであるとの批判を受け<sup>17)</sup>、これをそのまま維持する論者は今日では存在しない。

現在の請負契約説は、「結果」概念を操作することによって、なお若干の論者を維持している<sup>18)</sup>。つまり、「治癒」ないし「成功」をもって結果とするのではなく、医療行為の「完了」ないし「実施自体」を結果として捉え直す<sup>19)</sup>ことで、既述の批判を回避しようとしたわけである。しかしながら、この修正説に立つと、それでは準委任とどこが違うのかという根本的な疑問に立ち返らざるを得なくなる<sup>20)</sup>。

このように、請負契約説は少数説にとどまるわけであるが、一定の医療行為に関してのみ例外的に請負とする学説は多い<sup>21)</sup>。例えば、歯科補綴（義歯作成等）<sup>22)</sup>、美容整形<sup>23)</sup>、（一定の明確な事項を目的とする）手術<sup>24)</sup>などがそうである。

#### (ウ) 準委任契約説

医療契約を準委任契約と構成する、すなわち、診療債務を手段債務と捉える

見解である。

診療債務が結果債務か手段債務かという問題は、いわゆる新堂・中野論争<sup>25)</sup>を経て、手段債務説に軍配が上がった。つまり診療債務は、「善管注意をもって医療行為を実施すること自体」を内容とする手段債務であるとされたのである<sup>26)</sup>（ゆえに、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された<sup>27)</sup>）。

したがって、今日の多数説は準委任契約説に立っている<sup>28)</sup>。裁判例も、契約類型に言及するものは一般に準委任と述べている<sup>29)</sup>。

### (エ) 混合契約説

医療契約をいくつかの典型契約の混合した契約であるとする見解<sup>30)</sup>である。具体的には、請負契約と準委任契約の混合と構成するものが多い。

### (オ) 無名（非典型）契約説

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）契約として捉える見解である。もっとも、その多くが準委任契約に近い内容を想定している。

今日では相当数の論者が無名契約説をとっている<sup>31)</sup>。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<sup>32)</sup>。また、野田寛教授によれば、「診療契約」ないし「医療契約」としか述べていない多数の裁判例のほとんどが、内容的には準委任契約的な無名契約説をとるものであるという<sup>33)</sup>。

## 2 近時の傾向

このような伝統的な類型論争に対し、近時は、その実益を疑問視する声がある<sup>34)</sup>。医療契約の独自性・多様性を重視し、むしろ固有の内容それ自体の研究に目を向ける必要性を説く論者<sup>35)</sup>が増えてきた。

他方で、新たな類型的研究の萌芽もみられる。いわゆる「専門家の責任」や「専門家を一方当事者とする契約」の研究である<sup>36)</sup>。専門家の例として、医師のほかに、弁護士、公認会計士、税理士などが挙げられ、共通の特色として、①準委任契約であること、②情報偏在性、③債務内容の不確定性等が抽出されて

「専門家の責任」という括りで類型化することの意義については見解の分かれるところではある<sup>37)</sup>。いずれにせよ、この理論自体未成熟であり、まずは個々の専門家責任の検討を待たねばならない段階にあるといえよう。

### Ⅲ 医療契約の当事者

訴訟において契約責任を追及するためには、契約の当事者を確定しなければならない。契約の当事者論の実益はまさにそこにある。医療契約の当事者の確定は、しかし従来から学説における困難な課題であった<sup>38)</sup>。

通常的能力を備えた患者が個人開業医に自由診療を受けに行くというケースにおいては、当該医師と患者が契約当事者であることに何ら問題はない。しかしながら、これ以外の幾つかのケースについて、以下のような論点を生ずることになる。

#### 1 組織体としての医療機関が医療を行なうケースにおいて、医療側の当事者は誰か

通説・裁判例は、医療機関の開設者<sup>39)</sup>を契約当事者とし、治療にあたる医師をその履行補助者であると位置づける<sup>40)</sup>。その論拠としては、以下の二点が挙げられている<sup>41)</sup>。第一に、現代医療は人的・物的に組織化された有機体である医療機関が一体となって行なうものであって、個々の医師は代替可能な（実際、担当医が途中で交替することもある）一要素にすぎないという点である。そして第二に、医療の対価である診療報酬請求権は開設者に帰属するという点である。いわゆる診療独立性の原則（個々の診療行為は治療にあたる医師が独立して行ない、開設者等の指揮命令に服さないという原則）に関しては、開設者は雇用契約によって、個々の医師に診療内容を具体的に特定する代理権限を付与しているのだと説明されている。

## 2 患者が通常的能力をもたないケースにおいて、患者側の当事者は誰か

この論点をめぐる議論の整理方法は文献によって実に多彩である。本稿では、以下の三つのテーマに分類する。

(1) 患者本人が単独かつ有効に医療契約を締結するためには、どの程度の方が必要か

第一に、意思能力さえあれば足りるとする見解がある<sup>42)</sup>。主たる論拠として、医療契約が一般の取引と異なり、生命・身体という一身専属的事柄にかかわることが挙げられている（ところで、民法における意思能力とは対象事項ごとに個別具体的に判断されるべきものであるが、医療契約の締結に必要とされる意思能力の有無の判断基準については定説が存在しない<sup>43)</sup>）。

第二に、意思能力と行為能力を要するとする見解がある。換言すれば、行為能力なき意思能力者、つまり意思能力のある未成年者が法定代理人の同意なしに医療契約を締結した場合には、これを取消し得るとする見解である<sup>44)</sup>。本説では、主に診療報酬の支払という観点で念頭に置かれているようである。

少なくとも通常の医療契約に関しては、未成年者の当事者能力を認めるべきであろう。医療契約において、無能力者であるという理由で患者が財産上の不利益を受けるとは考えにくい。美容整形等の特殊な医療契約を除き、第一説により説得力を感じる<sup>45)</sup>。

(2) 意思無能力者に法定代理人が同伴したケースにおいて、その法律構成はどうなるのか（未成年者に法定代理人が同伴した場合をも含めてこの問題を論じる文献もあるが<sup>46)</sup>、筆者はそのケースでは患者本人が単独で契約当事者となると考えるので、これを含まない。なお、配偶者は法定代理人ではないが、法定代理人に準じて取扱う文献が多く<sup>47)</sup>、本稿も同旨である）。

このテーマについては以下の諸説の対立がある<sup>48)</sup>。

(ア) 法定代理説

法定代理人が患者を法定代理して医療契約を締結すると構成する見解である。本説をとる裁判例は非常に多く<sup>49)</sup>、学説も相当数ある<sup>50)</sup>。

本説の論拠とするところは必ずしも明らかでないが、①医療行為の結果は患者に直接帰属するということ、②診療報酬債務を患者に直接帰属させることができること、③法定代理権は本人の一般財産に及ぶこと、であろう<sup>51)</sup>。しかしながら、生命・身体という一身専属的な事柄は代理に親しまないという有力な批判がある<sup>52)</sup>。

#### (イ) 真正第三者のためにする契約説

法定代理人を要約者、医療側を諾約者、患者を受益者として、第三者のためにする契約が成立すると構成する見解である。かなりの数の学説がこの立場を表明し<sup>53)</sup>、裁判例も存在する<sup>54)</sup>。

本説は、(ア)説の問題点を回避するために唱えられたともいえる<sup>55)</sup>。しかしながら、意思無能力者は受益の意思表示もできないという自家撞着に陥る点が指摘されている<sup>56)</sup>。

#### (ウ) 不真正第三者のためにする契約説

法定代理人が監護義務の履行（ないし監護権の行使）として医療側と契約を締結し、医療側は監護義務（ないし監護権）の履行代行者として医療を行なうと構成する見解である<sup>57)</sup>。

このように不真正第三者のための契約と構成すれば、受益の意思表示は不要となる。しかしながら、患者本人は契約上の権利を何も取得しない建前になるという点に、違和感や難色を示す論者もいる<sup>58)</sup>。

#### (エ) 重疊的契約説

(ア)と(イ)（あるいは(ウ)）の関係が重疊して成立すると構成する見解である<sup>59)</sup>。これに対しては、それぞれの見解における問題点があるのまま妥当する上、そのような煩雑な法律構成をする必要があるのかと批判される<sup>60)</sup>。

最も理論的に難点が少ないのは(ウ)説であろう。また、患者本人が契約上の権利を取得しないことによっても、何ら実害は想定できない。

## 五

(3) 意思無能力者に法定代理人以外の者（通行人、知人、近所の者、単なる親戚等）が同伴した場合に、その法律構成はどうなるのか<sup>61)</sup>。

これは契約当事者論ではなく、むしろ事務管理の問題として処理されている。



ここでは、①同伴者の事務管理とみる<sup>62)</sup>か、②医療側の事務管理とみる<sup>63)</sup>か、の2説に分かれているとだけ紹介するにとどめたい。

### 3 社会保険医療の場合に、医療側の当事者は保険者が保険医療機関か

わが国の社会保険医療制度<sup>64)</sup>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<sup>65)</sup>。

この制度のもと、保険者と保険医療機関のいずれが医療側の当事者となるのが争われた。前者を当事者とするものが（ア）説、後者を当事者とするものが（イ）説である<sup>66)</sup>。

#### （ア）保険者・被保険者当事者説<sup>67)</sup>

保険者と被保険者とが公法上の医療契約（協定）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である。本説の論拠とするところは、療養担当規則等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、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る<sup>68)</sup>。

債務不履行構成による医療過誤訴訟が提起されはじめた頃に、一時的に登場したが、結局は裁判例・学説の支持を得るに至らなかった。

#### （イ）被保険者・保険医療機関当事者説

社会医療保険は医療費の支払方法等に関する公法上の関係<sup>69)</sup>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構成する見解である。本説はその論拠として、①保険診療から自由診療への切替えが可能であること、②患者は保険医療機関を自由に選択できること、③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、④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、⑤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<sup>70)</sup>を挙げる。

現在の通説<sup>71)</sup>・裁判例（最高裁判例はない<sup>72)</sup>の立場である。

## IV 医療側の義務

本節においては、契約によって生ずる医療側の義務を詳らかにする。なお、冒頭でとりあげる応招義務と守秘義務は、医療契約上の義務とは解さないのが通常であるが、ここでは敢えて検討対象としたい。

### 1 応招義務<sup>73)</sup>

正当な理由<sup>74)</sup>がない限り、医師は患者側の診療の求めを拒んではならない。

この応招義務の法的根拠は、第一義的には医師法19条1項に求められる。その立法趣旨は、医師の職務の公益性格と、医業独占を認める反射的效果にあるとされる<sup>75)</sup>。処罰規定は存在しない。ただし、厚生省の行政解釈によれば、応招義務違反の反復は医師法7条2項の「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）の対象になるとされる（昭和30年8月12日医取755号医務課長回答）。

かかる医師法上の応招義務は、医療契約においていかなる意味をもつのか。通説によれば、応招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、患者に対して私法上直接に負担する義務ではない<sup>76)</sup>。すなわち、医師法上の応招義務違反が直ちに私法上の効果を発生させることはない。それでは、両者はいかなる関係にあるのか。

まず、不法行為責任との関係では、医師の応招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<sup>77)</sup>。応招義務の規定は、生命や健康という私人一般の利益にかかわるものであるから、その違反は不法行為法上も責任を問われ得るのである<sup>78)</sup>。裁判例は、医師法上の応招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いる<sup>79)</sup>。

四九 契約責任との関係では、応招義務はあくまで医療契約成立以前のものであって、その違反が債務不履行責任を発生させる余地はない。しかし一部学説は、応招義務を医療契約成立前と後の両方に認めた上で<sup>80)</sup>、後者の違反につき債務不履行責任を生ずる可能性を認める<sup>81)</sup>。また、近時の契約責任の拡張の流れの

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とする論者もいる<sup>82)</sup>。

## 2 守秘義務

正当な理由<sup>83)</sup>がない限り、医師は診療の中で知り得た患者の秘密を漏らしてはならない。

この医師の守秘義務は、第一義的には刑法134条1項(秘密漏示罪)をその根拠とする(このほか、精神保健福祉法53条1項、感染症予防法67条、麻薬及び向精神薬取締法58条の19等の特別法にも守秘義務規定があるが、本稿では立ち入らない)。同条の保護法益は、一般に「私生活の平穩」とされるが<sup>84)</sup>、「私的領域内における他人の干渉からの自由」<sup>85)</sup>、「人格」<sup>86)</sup>、「個人の秘密」<sup>87)</sup>、「プライバシー」<sup>88)</sup>というように、私法的構成に近い利益を挙げる論者もいる。また、国民の健康の保持・増進という社会的利益を保護しているとする見解もある<sup>89)</sup>。

このような医師の守秘義務は、医療契約上はいかなる意味を有するのか。この点については、しかし現在までのところほとんど議論されていない。

一般論として、刑罰法規に違反する行為は、不法行為法上も違法かつ有責と判断される。したがって、医師の守秘義務違反によって患者に(精神的損害も含めた)何らかの損害が発生した場合には、不法行為に基づく損害賠償請求権が発生することになる。

これに対して、刑罰法規違反が契約責任を発生させるのは、それが契約規範によって保護されるべき特殊な利益を攻撃する場合に限られよう。潮見佳男教授は、ある法益が契約規範によって保護されるべき一類型として、以下の要件を充たす場合を挙げる。つまり、①給付結果ないし契約目的達成のために債務者に開示されたこと、②その保持・管理のために必要とされる注意が債務者に委ねられたこと、③給付結果ないし契約目的達成に向けられた行為の中で債務者によって侵害されたこと、④それが給付結果ないし契約目的達成に伴う特殊の危険の実現であること、である<sup>90)</sup>。医師が医療行為の過程で知り得た患者の秘密は、適正な治療を行なうために医師に委ねられ(①と②を充足)、それゆえの特殊な危険の実現として(④を充足)、医療行為の過程において侵害され

(③を充足) 得るものであろう。そうだとするならば、これは医療契約上保護すべき特殊な利益であって、これを違法かつ有責に侵害する行為は医療契約上の責任を問われ得るはずである。したがって医師の守秘義務違反は、同時に医療契約上の一種の保護義務(わが国で付随義務として議論されているのは、専らこの類の保護義務である)違反として、患者に対する債務不履行責任を発生させることになる。

### 3 その他の公法上の義務

応招義務や守秘義務のほかにも、医師には様々な公法上の義務が課せられている。診断書等の各種証明文書の交付義務(医師法19条2項)、処方箋の交付義務(医師法22条)、氏名・住所等の届出義務(医師法6条、同法規則6条)、異常死体等の届出義務(医師法21条)、診療録の記載及び保存義務(医師法24条、医師法規則22条・23条)、薬剤の容器又は被包への記載義務(医師法規則22条)、無診治療等の禁止(医師法20条)、広告の制限(医療法69条)、品位を損なう行為の禁止(医師法7条2項)等である。これらのうち若干は、患者に対する契約上の義務として挙げられることがある<sup>91)</sup>。もっとも、その理由づけは明快ではない。

### 4 診療義務

医療契約における医療側の主たる義務は、診療義務である。既述のとおり、医師は公法上診療の求めに応ずることを義務づけられているが、個々の患者との関係では、契約上の診療義務が存在する。

診療義務の履行期については、民法の原則に従う<sup>92)</sup>ほか、「医療の特質や医師法上の診療義務等により、上述の(民法の)原則にかかわらず、患者の症状いかんによっては随時、必要な診療をなすを要することもある」とされる<sup>93)</sup>。

四七 医療契約においては、契約締結時に具体的な債務内容を確定することができない。契約締結当初、診療内容は抽象的かつ概括的には観念されているが、具体的には契約締結後の経時的な交渉によって流動的に決定されてゆくものである<sup>94)</sup>。なお、契約締結時の段階でさしあたり合意されるところの診療債務の内

容は、一般に「病的症状の医学的解明とその治療」であるとされる<sup>95)</sup>。

前述したように、医師の診療義務は、善良な管理者の注意をもって医療行為を実施すること自体を内容とする手段債務である。ここでいう「善管注意義務」は、不法行為構成の判例で表明された「危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務」<sup>96)</sup>と同じものであるとされ<sup>97)</sup>、具体的には「診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準」<sup>98)</sup>を基準に決定される。この医療水準は、専門性、地域性、あるいは施設ごとに相対化されている<sup>99)</sup>。

なお、社会保険診療においては、その準則（療養担当規則等）によって診療の内容が制約されることになる。しかしながら、野田寛教授は、「場合によってはその枠を超える」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と解すべきであるという<sup>100)</sup>。

## 5 説明義務

医師が患者に対しその病状、治療方法、治療に伴う危険、その他を説明すべき義務である<sup>101)</sup>。ここ2、30年で俄かに脚光を浴び、現在では学説・判例ともに異論なくこれを承認している<sup>102)</sup>。

多数説によれば、この説明義務は、①療養方法等の指示・指導としての説明義務と、②患者の有効な承諾を得るための説明義務とに大別される<sup>103)</sup>。

①の説明義務は、診療行為それ自体を適切に遂行するためのものであって<sup>104)</sup>、悪しき結果を回避するための注意義務の一態様<sup>105)</sup>であるとされる（なお、医師法上も療養指導義務の規定がある<sup>106)</sup>。説明義務が提唱された当初は、その根拠を医師法上の療養指導義務に求める見解が散見された。しかし今日では、敢えて言及する論者は少ない）。

②の説明義務は、医的侵襲に関して患者の承諾を有効ならしめるための前提条件であって、患者の自己決定権から導き出される。医療契約締結の意思表示と個々の医的侵襲に際しての承諾とは別個のものであり、前者が後者を吸収するものではないとされる<sup>107)</sup>。医師は医療契約が存在していても、個々の医的侵襲に関してはその都度患者の承諾を得なければならず、その有効要件として説明が必要であると説かれる。しかしながら、これが医療契約においていかに法

的に位置づけられるのかについては必ずしも明快でない。唄孝一教授は、医療契約の存在を前提とした上で「契約が存在すればこそ、なおさら一個々の侵襲に際して医師が患者の承諾をたしかめることは、契約当事者としての医師の注意義務に属するという<sup>108)</sup>。しかし説明に関しては、承諾の論理的前提にすぎないのか、それとも法的義務か、後者であるならば治療義務の派生的義務か、治療義務と並列する独自の義務なのか、なお課題として留保している<sup>109)</sup>。現在では、診療債務の専門性・抽象性・発展性（説明によって債務内容が決定される）、患者の自己決定権の尊重、医師と患者の信認関係あるいは協働関係などを理由として、医療契約上の付随義務、あるいは信義則上の義務などと説明されることが多い<sup>110)</sup>。

なお、医療契約が準委任契約であることから、①と②の説明義務ともに、あるいは事後の顛末報告義務として独立の類型を設けて、民法645条（受任者の報告義務）に根拠を求めようとする一部学説もある<sup>111)</sup>。

## 6 受領物返還義務

診療にあたって患者から受け取った金銭その他の物を患者に返還する義務である。医療契約が準委任契約であることから、民法646条を根拠として、これを医療契約上の義務とする見解もある<sup>112)</sup>。返還すべき物の例として、前払費用の残額、手術等により患者から分離した手足、臓器、歯、金冠歯等が挙げられている（このうち、手足や臓器については、どうであろうか）。ただし、患者の意思または慣習により遺棄すべき物（例えば膿汁、汚物等）は、返還しなくてもよいとされる<sup>113)</sup>。

## V 患者側の義務

医療側がこのような諸義務を負う一方で、患者側には以下のような契約上の義務が発生する。

## 1 診療報酬支払義務

委任契約は原則として無償契約である（民法648条1項）。しかし多数説は、社会生活上の慣習（民法92条）を根拠として<sup>114)</sup>、医療契約を原則として有償契約とする。したがって、特殊な医療契約や無償の特約がある場合を除き、患者は原則として診療報酬支払義務を負うことになる。

ここに診療報酬とは、診察料、手術料、処置料、処方箋料、薬剤料、入院料、往診料等、診療に必要な一切の費用を含む<sup>115)</sup>。

自由診療の場合、診療報酬の支払時期は、①特約（民法91条）による時期、②慣習（民法92条）による時期、③診療終了時（民法648条2項）の順に定まる<sup>116)</sup>。民法上の診療報酬債権は、3年で短期消滅時効にかかる（民法170条）。

自由診療の場合、診療報酬の額は、①特約（民法91条）による額、②慣習（民法92条）による額の順に定まる<sup>117)</sup>。とはいえ、これが社会通念上あまりに高額である場合には、減額されうる<sup>118)</sup>。なお、医師会が自由診療料金や文書料金について統一的に決定することは、原則として独占禁止法違反にあるとされる<sup>119)</sup>。

このように自由診療報酬については民法の原則に拠るが、保険診療報酬については社会保険法の規定によって処理されることになる。

保険診療報酬の支払義務は、前述したような公法上の関係に基づき、患者の一部負担金については患者に（健康保険法43条の8、国民健康保険法42条）、残りは保険者（及び基金や連合会<sup>120)</sup>）に発生する（健康保険法43条の9第1項、国民健康保険法45条1項）。患者の一部負担は、あくまで社会保険診療の費用支払方法としての制度であるから、その分が自由診療となるわけではない<sup>121)</sup>。

保険診療報酬の支払時期は、保険医療機関が療養担当規則等に従って、被保険者に対して療養の給付を行なったその都度であると解されている<sup>122)</sup>。

保険診療報酬の額は、「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〕」（厚生労働省告示、平成16年改正）によって算定される（健康保険法43条の9第2項、国民健康保険法45条2項）<sup>123)</sup>。

## 2 診療協力義務

「医療は医師と患者との協力関係に立つものであるから、患者にも医療に協力する義務がある」<sup>124)</sup>。このような医師と患者の関係は、医療効果と責任の面から、「医師と患者との共同責分」と呼ばれる<sup>125)</sup>。患者の診療協力義務の懈怠の効果は、通常は医療側の責任の減免として現れる（したがって、義務というより責務である）。具体的には、以下のような諸義務が挙げられている<sup>126)</sup>。

### (1) 受診義務

①診療日が指定されていたにもかかわらず、患者がその日に受診しなかった場合、②一定の徴候が現れたり異常な症状を呈したときは受診するよう注意されていたにもかかわらず、そのときに受診しなかった場合、③患者が受診を中止したり拒否したりした場合に問題となる。

これらは患者側の受領遅滞（民法413条）として処理され<sup>127)</sup>、一般的には医師の債務不履行責任の免除（民法492条）や注意義務の軽減等の効果が認められている<sup>128)</sup>。しかし、さらに進めて、患者の受領義務を認め、医療側に契約解除権と損害賠償請求権まで肯定する見解もある<sup>129)</sup>。なお、③に関しては、債務者の責に帰することができない事由による履行不能として処理する見解もある<sup>130)</sup>。

### (2) 診療行為協力義務

患者が診療行為に応じなかったり、非協力的な行動をとったりした場合に問題となる。そのために当該診療行為を適正に実施することができなかった場合には、その部分については医師の債務不履行責任が発生しないか、損害賠償につき過失相殺や慰謝料減額が認められる<sup>131)</sup>。

### (3) 療養方針遵守義務

患者が医師の療養方針に従わなかったために、悪結果が生じた場合にも、同様に医師の責任は減免される<sup>132)</sup>。

### 四三 (4) 問診応答義務、症状等報知義務

患者が医師に適正な情報を与えなかったことにより、誤診・誤判断を招いた場合にも、同様に医師の責任は減免される<sup>133)</sup>。



### 3 費用前払義務

医療を行なうにつき必要な費用を、医師の請求により患者が前払いする義務である。医療契約が準委任契約であることから、民法649条を根拠として、この義務を認める見解もある<sup>134)</sup>。ただし、医師の応招義務や医療の特質からみて、費用前払のないことを理由に医師が診療を拒絶することは、原則として認められないとされる<sup>135)</sup>。

なお、一般の委任の場合と同様に、ここで対象となるのは、医療を行なうために「客観的に現実に必要な費用」である<sup>136)</sup>。実際には、歯科医療において、とくに義歯製作の材料費の前払が請求されることがある。

### 4 費用等償還義務

医師が医療を行なうのに必要であると判断して支出した費用や負担した債務を、患者が償還または弁済する義務である。委任契約に関する民法650条を根拠に、診療報酬支払義務とは別個のものとして、この義務を認める見解もある。

前払の場合と異なり、償還や弁済の対象となるのは、「当該事情の下で、善管注意をもって」医師が必要と判断した費用である。ゆえに、たとえば、投薬したが結果としては死亡したという場合のように、結果からみて不必要であった費用も含まれると解されている<sup>137)</sup>。

これ（あるいは3も）との関連で問題になるのは、ある医療のために特別の医療器具、医療材料等を購入する必要がある場合に、その費用は医師と患者のいずれが負担すべきかという点である。学説は一般に、医療に必要な器具等を備えるのは医療側の義務であるから、医療側の負担とすべきであるとする<sup>138)</sup>。ただし、反対の特約がある場合<sup>139)</sup>、あるいはその器具等の所有権が患者に帰属する場合には<sup>140)</sup>、患者側の負担となり得るとされる。

この費用償還義務については、診療報酬の問題として処理すべきであるとの見解も有力である<sup>141)</sup>。

### 5 損害賠償義務

医師が医療を行なうにあたり無過失で損害を被った場合に、その損害を賠償

すべき患者の義務である。医療契約が準委任契約であることから、民法650条3項を根拠として、この義務を考え得るとする論者もいる<sup>142)</sup>。例として、医師が往診途中で過失なく負傷した場合や、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が挙げられている。医業の社会的使命に照らすと、この義務をそのまま医療契約に適用するのは失当であろう。特に後者の例については、公的救済制度を含めた検討をすべきことが提唱されている<sup>143)</sup>。

## VI 医療契約の終了

医療契約は、以下のような原因によって終了する。

### 1 医療の完了

医療契約はその目的を実現したとき、つまり医療を完了したときに終了する。これは必ずしも全治したときを意味するものではない<sup>144)</sup>。

### 2 当事者による解約

患者は理由を示さずに、いつでも自由に医療契約を解約することができる（委任に関する民法651条1項の準用）。もっとも、医療契約はいわゆる「当事者双方の利益のためになされた委任契約（大判大正9.4.24民録26巻562頁）」にあたるから、民法651条1項は適用されないとする見解もある<sup>145)</sup>。

医師には応招義務があるため、医療側からの無理由解約は事実上不可能である。しかし正当事由があれば、医療側から解約することも可能である（V 1 応招義務の箇所を参照）。

四 医師、患者双方とも、「やむを得ない事由」がないのに相手方にとって不利な時期に解約すると、損害賠償義務を負うと指摘する論者もいる（委任に関する民法651条2項の準用<sup>146)</sup>）。たとえば、患者が他医に依頼できない時期に医師が解約したり、医師が手術の準備を完了した時期に患者が解約したりした場合がこれにあたるという<sup>147)</sup>。

とりわけ患者側からの解約の場合、その意思表示は黙示ないし推断の行為によって行なわれることがある<sup>148)</sup>。この意思表示の有無については、受診中止や転医をもって画一的に判断すべきではなく、具体的事案ごとの解釈を要するとされている<sup>149)</sup>。

### 3 当事者の死亡

医療契約の当事者である医師または患者が死亡したとき、医療契約は終了する（委任に関する民法653条の準用）。医療側が組織体としての医療機関であるとき、担当医が死亡しても医療契約は終了しない。この場合には、開設者の死亡、医療法人の解散、あるいは開設許可の取消（医療法29条）をもって、医療契約は終了する<sup>150)</sup>。

当事者の破産については見解が分かれている。一般の委任と同様に、当事者の破産を医療契約の終了原因とする論者もいる<sup>151)</sup>。しかし、医療の特質から、これを否定する見解も多い<sup>152)</sup>。もっとも、医療法人は破産すれば解散され（医療法55条）、それをもって契約は終了する。

委任契約は受任者の後見開始によっても終了する（民法653条）。いずれにせよ、医師の後見開始または保佐開始は、後述の医師資格の喪失事由である（医師法3条、7条）。

### 4 医師資格の喪失

一般に学説は、医師資格の喪失（医師法3条、4条、7条）も医療契約を終了させると考えている<sup>153)</sup>。

## おわりに

以上、医療契約に関して、現時点での研究の到達点を明らかにしたつもりである。それでは、わが国の医療契約論において、いかなる問題が今後の課題として残されているのか。

第一に、典型契約としての委任との関係を鮮明にすべきである。たしかに、ある契約を典型契約にあてはめることについて、かつての民法学の支配的見解はきわめて消極的であった。しかし近年、民法の規定する典型契約の存在意義、およびそれがあてはまらない場合に新たな典型契約類型（立法によるものであれ、その他の法源によるものであれ）を創出することの意義を、積極的に評価する見解が有力に主張されている<sup>154)</sup>。大村敦志教授は、「典型的な」契約類型には当事者意思の補充以上の機能—当事者および裁判官の情報処理の負担の軽減、契約内容の合理化という効用があることを指摘する。同教授によれば、ある契約の処理にあたっては、まずは既存の典型契約の適用を考え、それが困難な場合には「関連のありそうな契約類型、そこから導かれる構成要素を基礎としつつ」<sup>155)</sup>、当該契約の処理に適切な類型を構成して、新たな契約類型を定立すべきであるという。医療契約が（準）委任契約であれ、それとは似て非なる無名契約であれ、いずれにせよ、医療契約の実体的内容を探索し、何らかの典型的な類型を与えることは必要である。そのためには、既存の典型契約の中で最も関連の深い委任契約との異同を丹念に洗い出す作業が第一歩となろう。

第二に、公法上の義務と契約上の義務との関係を明確にしなければならない。既述したように、とりわけ医療側には、応招義務、守秘義務をはじめとして、各種公法上の義務が課せられている。契約責任の拡張、および公法と私法の関連づけが指向される動向の中で、これらをどこまで、そしていかように、患者に対する医療契約上の義務として取り込んでゆくかは、ほとんどが今後の議論を待たねばならない状況にある。ここでは、各論的検討に入る前段階の一般的指標を提示するにとどめる。

刑罰法規に違反する行為は不法行為法上も違法かつ有責と判断される。しかしながら、それが契約責任を発生させるかどうかは、当該刑罰法規違反が契約上保護すべき特殊な利益を攻撃するものであるかどうかにかかってくる。換言すれば、当該刑罰法規の保護法益が契約上保護すべき特殊な利益と少なくとも重複する部分を有するかどうかということになろう。

取締法規違反と私法上の責任との関係は、当該取締法規の保護法益いかににかかってくる。一般私人の利益保護を目的とする取締法規に違反した場合には、

不法行為が成立し得る。また、それが契約上の利益にもかかってくる場合には、契約責任をも発生させ得ることになろう。しかしながら、取締法規は私法上の過失判断のあくまで基準として機能し得るにとどまることに留意する必要がある。取締法規は定型的・概括的な行為義務を定めたものにすぎない。不法行為責任であれ、契約責任であれ、その過失認否の基礎となる注意義務の内容は事案ごとに個別的に決定されるべきものである。そしてとりわけ医療行為は個別性・自由裁量性を特色とするゆえに、取締法規が私法上の過失判断の基準として果たす役割は他の業種と比して小さいことが指摘されているのである<sup>154)</sup>。

このように、わが国の医療契約論は、その歴史的特殊性ゆえに、実体的研究の黎明を向かえてまだとき浅く、したがって将来に多くの課題を残している。本稿が、今後の成熟の一基点となれば幸いである。

〔付記〕

本稿は、早稲田大学特定課題研究助成費2003A—516の助成を受けた研究成果の一部である。

- 1) もっとも、民法起草委員はこの点を意識していた(橋口賢一「診療契約の構造(1)」同志社法学53巻1号(2001)81頁以下参照)。なお、この際の議論については、法務大臣官房司法法制調査部(監)『日本近代立法資料叢書4 法典調査会民法議事速記録4』(商事法律研究会、1984)458頁以下に記録されている。
- 2) 高嵩英弘「診療契約の特質と内容—ドイツの議論を中心に—」植木哲/丸山英二編『医事法の現代的諸相』(信山社、1992)131頁。
- 3) ここでは深入りしないが、一般的には債務不履行構成の利点として、過失の立証責任が医療側にあることと損害賠償請求権の消滅時効期間が長いことが挙げられている。先駆的文献として、加藤一郎「医師の責任」『我妻栄先生還暦記念論文集・損害賠償責任の研究(上)』(有斐閣、1957)505頁以下がある。初の認容裁判例は、神戸地龍野支判昭和42・1・25判時481号119頁。
- 4) 例えば、ドイツ、アメリカ、イギリス、フランス、スイス、オーストリアがそうである(高嵩・前掲注(2)137頁参照)。なお、ドイツの議論を紹介したのとして、山本隆司/手嶋豊「医師の民事責任に関する立法提案」植木哲/丸山英二編『医事法の現代的諸相』(信山社、1992)144頁以下、高嵩・前掲注(2)129頁以下等がある。
- 5) 高嵩・前掲注(2)131頁。
- 6) 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)5頁以下、新美育文「診療契約」伊藤進(編)『契約法』(学陽書房、1984)228頁以下、野田寛『医事法中巻』(青林書院、増補版、1994)375頁以下等。特に最近の文献として、菅野耕毅『医療契約法の理論』(信山社、増補新版、2001)91頁以下、橋口・前掲注(1)論文、李聲科「医療契約の法的性質と当事者に関する再検討」早稲田大学大学院法研論集第105号(2003)377頁以下、横地光子「診療契約と精神医療」西南学院大学大学院法学研究論集第21巻(2003)171頁、野田寛「医療契約をめぐる諸問題」植木哲先生還暦記念『医事法の方法と課題』(信山社、2004)109頁以下がある。
- 7) 診療の申込と医師による引受けという関係は、契約としての申込と承諾という法律構成が不可能な単なる事実行為であるとする、事実行為説も存在している(大谷實『医療行為と法』(弘文堂、新版補正第2版、1997)63頁参照)。
- 8) ほぼ同義で、診療契約という言葉も用いられている。なお、高嵩英弘教授によれば、医療とは「予防・診断・治療・リハビリテーション及び保険維持サービスの全てを含む」広い概念であり、診療とは「医療のうち、特に診断と治療についての部分」であるという(高嵩・前掲注(2)136頁注(16))。
- 9) 唄孝一/有泉亨「現代医療における事故と過誤訴訟」『医療事故・製造物責任(現代損害賠償法講座4)』(日本評論社、1974)9頁以下、高嵩・前掲注(2)131頁、菅野・前掲注(6)93頁。
- 10) 我妻栄『債権各論中巻2』(岩波書店、1962)549頁、菅野・前掲注(6)94頁。
- 11) なお、ドイツの議論を紹介するものとして、野田寛『医療事故と法』(新有堂、1982)181頁以下、山本隆司/手嶋豊「医師の民事責任に関する立法提案」植木哲/丸山英二編『医事法の現代的諸相』(信山社、1992)144頁以下、高嵩・前掲注(2)39頁以下を参照されたい。

- 12) 橋口・前掲注 (1) 81頁以下参照。なお、この際の議論については、法務大臣官房司法法制調査部 (監) ・前掲注 (1) 458頁以下に記述されている。
- 13) 山崎佐『医事法制学』(克誠堂書店、1920) 178頁、会田俊一『医法』(日本医政会、1926) 107頁、市村光恵『改訂医師ノ権利義務』(寶文館、1928) 346頁等。
- 14) 我妻・前掲注 (10) 549頁、幾代通編 (明石三郎)『注釈民法16』(有斐閣、1967) 4頁、菅野・前掲注 (6) 93頁。
- 15) 患者との関係では、前者は (準) 委任契約 (我妻・前掲注 (10) 549頁)、後者は法律関係なしとされる (菅野・前掲注 (6) 93頁)。
- 16) 末弘巖太郎『債権各論』(有斐閣、1920) 690頁、加藤一郎『不法行為法の研究』(有斐閣、1961) 5頁。
- 17) 石外克喜編 (中田邦博)『契約法 (改訂版)』(法律文化社、1994) 369頁等。
- 18) 幾代編 (明石) ・前掲注 (14) 5頁 (「請負にもなりえないわけではない」とする)。
- 19) 幾代編 (明石) ・前掲注 (14) 5頁 (結果概念の相対性を認める)。なお、ドイツの請負契約説においては、「間接的な結果」(治癒や回復)と「直接的な結果」(手術の実施自体)を区別し、医療契約において合意されているのは前者であるとされる (野田・前掲注 (6) 医事法 (中) 399頁参照)。
- 20) 西井龍生「医療契約と医療過誤訴訟」遠藤浩ほか (監)『サービス・労務供給契約 (現代契約法体系 7)』(有斐閣、1984) 157頁、加藤ほか「座談会・医療過誤紛争をめぐる諸問題 3」加藤一郎／鈴木潔 (監)『医療過誤紛争をめぐる諸問題』(法曹会、1976) 84頁 (鈴木発言) (請負の瑕疵修補請求権にも言及して、しかし準委任の場合でも、不完全履行と解するならば完全履行請求権が生ずるから、実際上同様になるという)。
- 21) 我妻・前掲注 (10) 601頁、広中俊雄『債権各論』(有斐閣、第5版、1979) 249頁、平野裕之『契約法 (法律学講義案シリーズ22)』(信山社、第2版、1999) 440頁等多数。
- 22) 清水兼男「診療過誤と医師の民事責任」民商法雑誌52巻6号 (1965) 7頁 (医療というよりも製作契約であるとする)、石橋信『医療過誤の裁判』(新日本法規出版、1977) 203頁、宇都木伸「医療契約」広中俊雄／龍田節編『契約の法律相談 2』(有斐閣、1978) 120頁、菅野・前掲注 (6) 100頁等。
- 23) 高橋正春『医療行為と法律』(医歯薬出版、1980) 22頁、菅野・前掲注 (6) 100頁等。
- 24) 加藤・前掲注 (16) 5頁、谷口和平／植林弘『損害賠償法概説』(有斐閣、1964) 275頁、野村好弘『医療事故の民事判例(増補改訂版)』(有斐閣、1979) 303頁、西井・前掲注 (20) 156頁、菅野・前掲注 (6) 100頁等、高知地判昭和41・4・21医民集546頁。なお、ここでは「手術の完成」や「手術の実施自体」が結果であるとされている。
- 25) 中野貞一郎『過失の推認』(弘文堂、1978) 67頁以下、103頁以下、新堂幸司「訴訟提起前におけるカルテ等の閲覧・謄写について」判タ382号 (1979) 10頁以下。
- 26) 中野・前掲注 (25) 88頁以下、野田・前掲注 (6) 医事法 (中) 399頁、浦和地判昭和60.12.27判時1186号93頁、仙台高判平成2・8・13判タ745号206頁等。
- 27) 中野・前掲注 (25) 101頁は、「手段債務としての診療債務の特質上、その履行不完全の事実は診療経過における医師側の注意義務違反の具体的内容を内包せざるをえず、履行不完全につき患者側が負担する具体的証明責任が、実質上、一般の場合に帰責事由の証明責任の内容として取扱われるべき事項をも大幅に背負い込む結果となり、そのかぎりにおいて、不法行為構成によったときに医師側の過失の証明責任を患者側が負担するの

と大差がない」と説明する。

- 28) 山崎・前掲注 (13) 178-9頁、我妻・前掲注 (10) 601頁、加藤一郎『注釈民法 (19)』(有斐閣、1965) 148頁、淡路剛久「医療契約」『新民法演習4』(有斐閣、1968) 182頁、広中俊雄『債権各論 (第5版)』(有斐閣、1979) 249頁、門脇稔『医療過誤民事責任論』(酒井書店、1979) 17頁、西井・前掲注 (20) 156頁、北川善太郎『債権各論 (第2版)』(有斐閣、1995) 85頁、内田貴『民法Ⅱ 債権各論』(東京大学出版会、1997) 269頁、平野・前掲注 (21) 440頁、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) 96頁など多数。
- 29) 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・前掲注 (6) 98-99頁が詳しい。ほかに、野田・前掲注 (6) 医事法 (中) 400頁注 (1)。
- 30) 曄道文芸「開業医ノ民事責任」『民法研究』(弘文堂、1921) 391頁、谷口／植林・前掲注 (24) 275-6頁、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) 11頁、石橋・前掲注 (22) 203頁、新美育文「医療契約の法的性格」蒞立明／中井美雄編『医療過誤入門』(青林書院新社、1979) 60頁。
- 31) 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、野村・前掲注 (24) 303頁、新美・前掲注 (6) 229頁、野田・前掲注 (6) 医事法 (中) 399頁、中村好一「診療録開示と診療契約」年報医事法学14号 (1999) 19頁、前田達明ほか『医事法』(有斐閣、2000) 217頁以下等。
- 32) 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
- 33) 野田・前掲注 (6) 医事法 (中) 395頁。
- 34) 加藤ほか・前掲注 (20) 109頁 (遠藤発言)
- 35) 新美・前掲注 (6) 228頁 (「当該契約の内容を検討した後の、名称表示の問題にすぎない」とする)等。
- 36) 能見善久「専門家の責任—その理論的枠組みの模索」専門家責任研究会編『専門家の民事責任』(社団法人商事法律研究会、1994) 6頁、鎌田薫「専門家責任の基本構造」山田卓生(編)『製造物責任・専門家責任 (新・現代損害賠償法講座3)』(日本評論社、1997) 295頁以下。なお、特に医療契約をこの観点から見直そうとするものとして、橋口・前掲注 (1) 78頁以下がある。
- 37) 否定的なものとして、河上正二「『専門家の責任』と契約理論—契約法からの一管見」法律時報67巻2号 (1994) 6頁以下、浦川道太郎ほか「座談会・『専門家の責任』法理の課題」法律時報67巻2号 (1995) 31頁以下 (潮見発言)、潮見佳男『不法行為法』(信山社、1999) 168頁。
- 38) 契約当事者の確定の困難さが「余分な、訴訟入口での論争」を引起こす点が、債務不履行構成は患者に必ずしも有利ではないことの一論拠とされてきた (加藤ほか・前掲注 (20) 41頁、47頁、61頁、68頁等)。
- 39) ここで「開設者」とは、「国 (医療法6条)」、「都道府県・市町村・その他厚生労働大臣の定める者 (同法31条)」、「医療法人 (同法39条)」、「許可を受けた法人・自然人 (同法7条1項)」、「届出をした医師 (同法8条)」である。



- 40) 定塚・前掲注 (30) 13頁、西井・前掲注 (20) 158頁、辻伸行「医療契約の当事者について」獨協法学 31号 (1990) 153頁、野田・前掲注 (6) 医事法 (中) 379頁、菅野・前掲注 (6) 111頁、大阪地判昭和46・4・19判時646号72頁、福岡地会津若松支判昭和46・7・7判時636号34頁、甲府地判昭和46・10・18判時655号72頁、札幌地判昭和55・4・17判時984号114頁、岡山地判昭和56・10・21判時1052号112頁等。最近のものとしては、名古屋地判平成15・11・26判タ1157号217頁、名古屋地判平成16・5・27 (第一法規判例体系データベース) 等。なおほかに、「管理者 (医療法10条、12条) (唄孝一「治療行為における患者の意思と医師の説明」松阪佐一・西村信雄・船橋諄一・柚木馨・石本雅男還暦記念『契約法体系7』(有斐閣、1965) 82頁)、経営者 (加藤・前掲注 (16) 6頁、清水兼男「診療過誤と医師の民事責任」民商法雑誌52巻6号 (1965) 3頁等)、医師 (岩野稔『医事法制』(甲子社書房、1936) 191頁参照) をそれぞれ当事者とする見解がある。
- 41) 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) 251頁、前田・前掲注 (28) 84頁以下、前田ほか・前掲注 (31) 214頁。
- 42) 新美・前掲注 (41) 256頁注 (13)、野田・前掲注 (6) 医事法 (中) 388頁、岩垂正起「診療契約」根本久編『医療過誤訴訟法 (裁判実務体系17)』(青林書院、1997) 31頁等。
- 43) 新美・前掲注 (41) 256-257頁注 (13) 参照。
- 44) 定塚・前掲注 (30) 13頁以下、前田・前掲注 (28) 79頁。
- 45) 辻・前掲注 (40) 156頁本文および脚注 (18) 参照。
- 46) 法定代理構成をとるものとして、定塚・前掲注 (30) 13頁、菅野・前掲注 (6) 107-108頁。第三者のためにする契約構成をとるものとして、平林勝政「医療の契約的構成」『不法行為の重要問題 (民法学6)』(有斐閣、1975) 31頁、旭川地判昭和45・11・25下民集21巻11-12号1451頁。
- 47) 日常家事債務の連帯責任 (民法761条) を根拠に、日常家事に関する配偶者の法定代理権を認め、医療も日常家事であるから法定代理権が及ぶと構成する (定塚・前掲注 (30) 14頁以下、平林・前掲注 (46) 31頁)。
- 48) 学説の名称については、新美・前掲注 (41) 252頁を参照した。
- 49) 東京地判昭和57・10・18判タ490号138頁、高知地判昭和59・9・27判タ559号267頁、徳島地判昭和60・7・3判時1182号129頁、浦和地判昭和61・7・17判タ647号203頁、最判平成8・1・23民集50巻1号1頁、名古屋地判平成12・9・18判時1750号121頁ほか多数。
- 50) 門脇・前掲注 (28) 178頁以下、西井・前掲注 (20) 159頁等。
- 51) 新美・前掲注 (41) 252頁参照。
- 52) 新美・前掲注 (41) 252頁、そのほか (イ) 説論者から。
- 53) 宇都木伸「医療契約」広中俊雄・龍田節編『契約の法律相談2』(有斐閣、1978) 115頁等。
- 54) 東京地判昭和48・8・17判時740号79頁、福岡地小倉支判昭和49・10・22判タ320号252頁、東京地判昭和54・4・24判タ388号147頁、大阪地判昭和61・3・12判タ599号61頁、名古屋地判平成元・2・17判タ703号204頁、神戸地判平成9・8・27判時1654号75頁、長崎地判平成11・4・13判タ1023号225頁等。
- 55) 新美・前掲注 (41) 253頁。
- 56) このような批判に対しては、①受益の意思表示を不要とする要約者・諾約者間の特約、

②黙示の受益の意思表示の擬制（大阪地判昭和61・3・12判タ599号61頁等）、③受益の意思表示の代理（東京地判昭和54・4・24判タ388号147頁、長崎地判平成11・4・13判タ1023号225頁）によって説明しようとする。しかし、これらに再反論するものとして、新美・前掲注（41）253頁。

- 57) 新美育文「医療契約の法的性格」蒞立明／中井美雄編『医療過誤入門』（青林書院新社、1979）53頁、新美・前掲注（41）253-4頁、東京地八王子支判昭和62.3.2判タ652号217頁等。
- 58) 辻・前掲注（40）161頁。
- 59) 宮崎地判昭和47.3.31判時682号64頁、神戸地尼崎支判昭和56.6.12判時1013号96頁、神戸地判昭和60.5.15判タ565号156頁（いずれも分婉介助の事例で、胎児を受益者かつ法定代理の本人として）。
- 60) 新美・前掲注（41）253頁。
- 61) 定塚・前掲注（30）15頁、平林・前掲注（46）31頁以下、野田・前掲注（6）医事法（中）389頁以下、西井・前掲注（20）159頁等参照。
- 62) 同伴者が患者に対する事務管理として、医療側との間で、患者を受益者とする第三者のためにする契約を締結すると構成する見解である（我妻栄『債権各論下巻1』（岩波書店、1972）909頁、西原・前掲注（31）203頁、門脇・前掲注（28）190頁）。
- 63) 医療側が事務管理として患者の診療にあたりと構成する見解である（定塚・前掲注（30）16頁、石橋・前掲注（30）213頁、辻・前掲注（40）167頁）。
- 64) わが国の社会保険医療制度について詳細に検討したものとして、野田・前掲注（6）医事法（中）379頁以下を参照されたい。
- 65) 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。
- 66) なお、以下の学説の名称は、新美・前掲注（41）260以下に従った。
- 67) 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、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、1971）105頁以下、石橋・前掲注（30）207頁、加藤・前掲注（16）8頁。
- 68) 新美・前掲注（41）260-1頁参照。
- 69) 通説・裁判例は、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、被保険者＝患者を受益者とする（公法上の）第三者のためにする契約を締結したと構成する（大阪地判昭和60・6・28判タ565号170頁）。
- 70) 新美・前掲注（41）261頁参照。
- 71) 定塚・前掲注（30）16頁、平林・前掲注（46）35頁、加藤ほか・前掲注（20）113頁、西原・前掲注（31）73頁、新美・前掲注（6）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、辻・前掲注（40）154頁等。
- 72) 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。
- 73) 応召義務とも表記される。このほか、応需義務、応求義務、診療義務、診療引受義務な

どの名称もある。

- 74) この「正当事由」につき、厚生省は「医師の不在または病気等により、事実上不可能な場合」(昭和30年8月1日厚生省通達)を指すとして、一つの基準を呈示している。これまでの学説・裁判例によれば、「医師の病気」・「医師の不在」・「医師が別の患者を診療中である」・「設備がない」等は正当事由に該当し、「応診時間外であること」・「夜間であること」・「別の医師に移ったこと」・「交通事情」・「天候不順」・「医師の飲酒」・「医師の疲労」・「医師が身心平静でないこと」・「医師としての経験浅く自信のないこと」は不該当とされる。もっとも今日では、ある事由をすべての場合に関し画一的に論じるのではなく、具体的状況に応じてより柔軟に判断してゆこうとする傾向が窺える(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)2頁、菅野・前掲注(6)106頁)。
- 75) 小野恵「医師法第19条第1項の問題点」東京女子医大誌38巻10号(1968)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)62-63頁、大谷實『医療行為と法』(弘文堂、新版補正第2版、1997)41頁、前田ほか・前掲注(41)73頁等。
- 76) 美濃部達吉・法律新聞1047号(1915)6頁(国家が医師に命ずる法規の反射的利益として患者が保護されるにすぎないとする)、大谷・前掲注(75)39頁(「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」とする)、近江幸治『契約法(民法講義5)』(成文堂、1998)280頁(「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、応招義務と医療契約とは無関係である」とする)、菅野・前掲注(6)106頁。ただし、我妻・前掲注(10)670頁は、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。東京地判昭和56・10・27判タ460号142頁。
- 77) 我妻栄『債権各論上巻』(岩波書店、1954)19頁、加藤一郎『注釈民法(19)』(有斐閣、1965)148頁、平林・前掲注(75)62頁、野田・前掲注(75)116-7頁、前田ほか・前掲注(41)73頁。
- 78) 筋立明/中井美雄編『医療過誤法』(青林書院、1996)68頁(高嵩)参照。
- 79) 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頁。
- 80) つまり、未だ医療契約が成立していない場合に診療の依頼に応じる場合と、既に医療契約が成立している場合に診療の求めに応じる場合とに分けるわけである(中森・前掲注(74)1頁、平林・前掲注(75)77頁注(65)、野田・前掲注(75)116-7頁。後者の例として、「入院中の患者が回診以外に臨時に診療をもとめる場合」(小野・前掲注(75)707頁)等が挙げられている。
- 81) 野田・前掲注(75)116-7頁。これに対し、平林・前掲注(75)78-9頁注(81)は、医療契約成立後はあえて応招義務を問題にする必要はないとする。
- 82) 前田・前掲注(28)111頁以下。
- 83) 患者の承諾、法令上の届出義務、緊急避難のほか、通説によれば訴訟での証言も正当事由として認められている(証言拒否権を行使しなくても守秘義務違反にはならない)。こ

の点については、大谷・前掲注(75)56頁以下が詳しい。

- 84) 団藤重光『刑法綱要各論』(創文社、第3版、1990)499頁、大塚仁『刑法概説(各論)』(有斐閣、第3版、1996)109頁、福田平『刑法各論』(有斐閣、全訂第3版増補、2002)209頁。
- 85) 内田・前掲注(84)191頁。
- 86) 平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会、1977)189頁。
- 87) 野田・前掲注(75)193頁、大谷・前掲注(75)49頁以下。
- 88) 高橋則夫・安部純二編『別冊法学セミナー基本法コンメンタール改正刑法』(日本評論社、第2版補訂版、2002)173頁。
- 89) 野田・前掲注(75)193頁、大谷・前掲注(75)52-53頁。医師に秘密漏示のおそれがあれば、国民は医療を受けないか、受けても医師に必要な情報を提供しないため、社会は医療の効果を上げることができなくなるからであると説明する。さらに、大谷・前掲注(75)52頁は、医師の守秘義務については他の職種とは異なる独自の構成が必要であるとし、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述べる。
- 90) 潮見佳男『契約規範の構造と展開』(有斐閣、1991)151頁。同教授は、ドイツ法から示唆を得て、契約上の保護義務として以下の3類型を提示する。つまり、第一に、「主たる給付義務」(例として、警備契約、寄託契約、幼児保護預り契約における保護義務を挙げる)、第二に、「契約目的達成のための従たる給付義務」(例として、運送契約、診療契約、宿泊契約、在学契約、運送施設利用契約における保護義務)、そして第三に、「完全性利益保護のための従たる給付義務」(「完全性利益保護が契約目的達成のための必要条件とはなっていないけれども、「取引的接触」つまり給付結果を実現する目的でなされた具体的行為に際して発生し得る完全性利益侵害から相手方の保護を図るべき保護義務」)である。本文で引用したのは、第三の類型である。
- 91) 野田・前掲注(6)医事法(中)408頁、菅野・前掲注(6)127-9頁、野田・前掲注(6)医療契約118頁等。東京地判昭和48・8・17判時740号79頁、福岡地小倉支判昭和58・1・13判時1068号98頁。なお、診療記録作成義務は、ドイツでは契約上の付随義務として認められている(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)183頁以下、同98号(2001)113頁以下を参照)。
- 92) 具体的には、確定期限付きの場合はその到来時、不確定期限付きの場合はそれが到来しかつ医師がそれを知ったときか患者が催告したとき、定めのない場合は患者が請求したときということになる。
- 93) 野田・前掲注(6)医事法(中)405-6頁。
- 94) 石橋・前掲注(22)208頁以下、西井・前掲注(20)158頁、野田・前掲注(6)医事法(中)406頁、筋/中井編(高島)・前掲注(78)75頁、菅野・前掲注(6)119頁、大分地判昭和60・10・2判タ577号75頁、東京地判昭和61・3・24判タ608号105頁。
- 三  
一 95) 神戸地龍野支判昭和42・1・25下民集18巻1-2号58頁。
- 96) 最判昭和36・2・16民集15巻2号244頁(東大梅毒輸血事件)。
- 97) 幾代編(明石)・前掲注(14)171頁以下等。
- 98) 未熟児網膜症に関する一連の判決(最判昭和54・11・13裁判集民事128号97頁、最判昭和57・3・30判時1039号66頁等)。これをめぐって学説においていわゆる医療水準論が展開

- された。先駆的なものとして、松倉豊治「未熟児網膜症による失明事例といわゆる「現代医学の水準」判例タイムズ311号（1974）64頁以下、同『医学と法律の間』（判例タイムズ社、1977）130頁以下。
- 99) 最判平7・6・9民集49巻6号1499頁。
- 100) 野田・前掲注（6）医事法（中）405頁。
- 101) 稲田龍樹「説明義務（2）」根本久編『医療過誤訴訟法（裁判実務体系17）』（青林書院、1990）189頁。
- 102) 先駆的業績として、唄・前掲注（40）66頁。根拠と内容につき詳しいものとして、稲田・前掲注（101）188頁以下。
- 103) 稲田・前掲注（101）190頁、中村哲「医師の説明義務とその範囲」太田幸男編『新・裁判実務体系1 医療過誤訴訟法』（青林書院、2002）69頁等。このほかに、③転医勧告としての説明義務を独立して認める見解もある（金川琢雄「医療における説明と承諾の問題状況」『医事紛争・医療過誤（医事法学叢書3）』（日本評論社、1986）225頁）。
- 104) 野田寛「医療事故と医療関係法」大阪府医師会編『医療と法律』（法律文化社、1971）103頁、大谷・前掲注（75）184頁、菅野・前掲注（6）124頁、半田吉信「医師の説明義務の種類と範囲」植木哲先生選暦記念『医事法の方法と課題』（信山社、2004）146頁（「医師の口頭による治療」と表現する）。
- 105) 稲田・前掲注（101）190頁等。
- 106) 医師法23条。このほか、社会保険医療に関して、療養担当規則13条、14条、15条もある。
- 107) 唄孝一「医事法学への歩み」（岩波書店、1970）9頁、西井・前掲注（20）162頁、天野登喜治「医師の患者に対する説明義務」山口和男／林豊編『医療過誤（現代民事裁判の課題9）』（新日本法規出版、1991）310頁。
- 108) 唄・前掲注（107）9頁。これを承諾取付義務と呼ぶ文献もある（野田・前掲注（6）医事法（中）408頁、菅野・前掲注（6）123頁）。
- 109) 唄・前掲注（107）11頁。
- 110) 稲田・前掲注（101）189頁、岩垂・前掲注（42）39頁等多数。
- 111) 前者として、大谷・前掲注（75）67-8頁、植木哲『医療の法律学』（有斐閣、1998）303頁。後者として、伊澤純「医療過誤訴訟における医師の説明義務違反」成城法学64号（2001）161頁以下、65号（2001）127頁以下等。
- 112) 野田・前掲注（6）医事法（中）408頁、菅野・前掲注（6）127頁等。
- 113) 山崎・前掲注（13）185頁、148-9頁、野田・前掲注（6）医事法（中）408頁、菅野・前掲注（6）127頁等。
- 114) 山崎・前掲注（13）186-9頁、丸岩関弥『医事法制概要』（歯苑社、1931）150頁、野田・前掲注（6）医事法（中）412頁等。なお、能美光房「歯科医療と民法（2）」歯界展望26巻5号（1965）895頁は黙示の特約を根拠とする。
- 115) 野田・前掲注（6）医事法（中）411頁、菅野・前掲注（6）133頁。
- 116) 山崎・前掲注（13）189頁、野田・前掲注（6）医事法（中）412頁、菅野・前掲注（6）133頁。
- 117) 岩野稔『医事法制』（甲子社書房、1936）181-2頁、幾代編（明石）・前掲注（14）192頁、野田・前掲注（6）医事法（中）412頁、菅野・前掲注（6）133頁。
- 118) 幾代編（明石）・前掲注（14）192-4頁、野田・前掲注（6）医事法（中）412頁。なお、

大阪地判昭和45・6・18下民集21巻5-6号825頁は、交通事故による治療費(自費)のうち健保換算診療費の約1・5倍を超える額について、事故との相当因果関係を否定した。

- 119) 公正取引委員会「医師会の活動に関する独占禁止法の指針」(1981年)
- 120) 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(6)医事法(中)414頁を参照されたい)支持する。
- 121) 菅野・前掲注(6)134頁。
- 122) 大阪高判昭和58・5・27判時1084号25頁。野田・前掲注(6)医事法(中)412頁、菅野・前掲注(6)133頁。
- 123) 療養担当規則等に従わないでなされた療養の給付については、診療報酬支払義務は発生しない(大阪地判昭和56・3・23判時998号11頁、野田・前掲注(6)医事法(中)412頁、菅野・前掲注(6)134頁)。特に療養担当規則等に適合しない過剰な療養の給付は「減点措置」の対象となる(前出大阪地判昭和56・3・23等)。
- 124) 野田・前掲注(6)医事法(中)414頁。また福岡高判平成14・5・9判時1803号36頁。
- 125) 詳細は松倉豊治『医学と法律の間』(判例タイムズ社、1977)58頁、314頁や稲垣喬「医療事故と被害者側の過失」判タ324号(1975)34頁を参照されたい。
- 126) これらの一つずつ示し、関連裁判例を挙げながら詳説するものとして、菅野・前掲注(6)135頁以下。本稿の分類はこれに従った。
- 127) 野田・前掲注(6)医事法(中)414頁、菅野・前掲注(6)139頁。
- 128) たとえば、最判平成7・4・25民集49巻4号1163頁、横浜地判平成12・6・1判タ1105号190頁、札幌地判平成13・4・19判時1756号121頁。
- 129) 民法の一般理論としてもこのような見解はある。野田・前掲注(6)医事法(中)414頁は、とりわけ医療契約に関して、患者の協力によって成り立ち、しかもかなりの準備を要する場合が多いという医療の特質からみて、患者の受領義務を認めるべきであるとす
- 130) 野田・前掲注(6)医事法(中)407頁以下。
- 131) たとえば、名古屋高判平成14・10・31判タ1153号231頁。
- 132) たとえば、神戸地判平成6・3・24判時1525号115頁、高松地判平成8・4・22判タ939号217頁、松江地判平成13・3・14(第一法規判例体系データベース)、東京高判平成15・9・29判時1843号69頁。
- 133) たとえば、大阪高判平成11・6・10判時1706号41頁、広島高松江支判平成15・1・29(第一法規判例体系データベース)。
- 134) 山崎・前掲注(13)189頁、野田・前掲注(6)医事法(中)415頁、菅野・前掲注(6)144頁等。
- 135) 野田・前掲注(6)医事法(中)415頁、菅野・前掲注(6)144頁。なお、一般の委任契約においては、費用前払がなければ、受任者は事務処理をしなくても履行遅滞にはならず、委任者が必要欠くべからざる費用の前払を拒絶すれば、その間は事務処理を中断することができることとされている。
- 136) 野田・前掲注(6)医事法(中)418頁注(24)

- 137) 野田・前掲注 (6) 医事法 (中) 418頁注 (24)
- 138) 丸岩・前掲注 (114) 152頁、野田・前掲注 (6) 医事法 (中) 415頁。なお、菅野・前掲注 (6) 145頁は、当該患者以外の患者にも使用できるものであるならば、という留保をつけている。
- 139) 市村光恵『改版医師ノ権利義務』(寶文館、1928) 340頁 (この場合、その費用は、医師に対する貸金となるか、または器具等の贈与となるとする)、野田・前掲注 (6) 医事法 (中) 415頁、菅野・前掲注 (6) 145頁。
- 140) 山崎・前掲注 (13) 190頁、会田俊一『医法』(日本医政会、1926) 121頁、野田・前掲注 (6) 医事法 (中) 415頁、菅野・前掲注 (6) 145頁等。
- 141) 野田・前掲注 (6) 医事法 (中) 415-6 頁、菅野・前掲注 (6) 144-5 頁。なお、幾代編(明石)・前掲注 (14) 205頁によれば、有償委任では報酬の中にある程度の費用は含まれているとみるべき場合が多いという。
- 142) 野田・前掲注 (6) 医事法 (中) 416頁、菅野・前掲注 (6) 145頁。
- 143) 野田・前掲注 (6) 医事法 (中) 416頁。
- 144) 野田・前掲注 (6) 医事法 (中) 422頁。なお、菅野・前掲注 (6) 151頁は、それ以上の医療不能も独立して挙げるが、医療の特質上、これも医療の完了に含まれよう。
- 145) 菅野・前掲注 (6) 149頁。
- 146) 野田・前掲注 (6) 医事法 (中) 420頁。
- 147) 高橋勝好『医師に必要な法律』(南山堂、増補版1980) 60-61頁
- 148) 高橋・前掲注 (147) 30頁、野田・前掲注 (6) 医事法 (中) 420頁、菅野・前掲注 (6) 150頁。
- 149) 野田・前掲注 (6) 医事法 (中) 420頁、菅野・前掲注 (6) 150頁。なお、名古屋地判昭和58・8・19判時1104号107頁は、患者の症状が木目細かい継続的な診療を要するものであったにもかかわらず、患者が1ヶ月間も受診せず、さらに他医の往診を受けていたとの事情において、黙示の解約意思表示を認めている。
- 150) 野田・前掲注 (6) 医事法 (中) 421頁、菅野・前掲注 (6) 150頁。
- 151) 山崎・前掲注 (13) 195頁、丸岩・前掲注 (114) 156頁、市村・前掲注 (139) 345頁等。
- 152) 定塚・前掲注 (30) 30頁、穴田秀男 (監) (松倉豊治／饗庭忠男)『口語医事法』(自由国民社、1974) 375頁、新美育文「医療契約の法的性格」 蒔立明／中井美雄編『医療過誤入門』(青林書院新社、1979) 61-2 頁、高仲東麿『医事法概説』(啓正社、1981) 60 頁、野田・前掲注 (6) 医事法 (中) 421-2 頁、菅野・前掲注 (6) 151頁等。
- 153) 野田・前掲注 (6) 医事法 (中) 421-2 頁、菅野・前掲注 (6) 151頁。
- 154) この点を意識的かつ総論的に指摘するものとして、大村敦志『典型契約と性質決定』(有斐閣、1997)。
- 155) 大村・前掲注 (154) 354頁。
- 156) 唄・前掲注 (107) 171頁。