

# 基礎研 レター

## コロナ診療での医師の応召義務 発熱患者の診療を一切拒否した場合、応召義務違反となるか？

保険研究部 主席研究員 篠原 拓也  
(03)3512-1823 tshino@nli-research.co.jp

### 1—はじめに

日本では、残業規制強化や同一労働同一賃金などを含む、働き方改革関連法<sup>1</sup>が2019年4月から順次施行されている。しかし、医師については、医師法で応召義務<sup>2</sup>が定められていることなどを理由に、その適用が5年間猶予されている<sup>3</sup>。

2020年より流行している新型コロナウイルス感染症では、感染が疑われる患者を診療拒否することが、応召義務違反となるのかどうか、その適用条件が議論された。

そもそも、応召義務とはどういうものか。その考え方は、どのように整理され、新型コロナの診療に適用されているのか。本稿で、概観していくこととしたい。

### 2—応召義務とは

まず、応召義務の現行法への導入経緯から、みていくこととしたい。

#### 1 | 応召義務は、医師が患者に対して直接民事上負担する責任ではない

1948年施行の医師法は、第19条第1項で、「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」としている。これが、いわゆる医師の応召義務である。ここで、医師法は公法、すなわち医師の国に対する権利・義務<sup>4</sup>を定めた法律である。したがって、応召義務は、公法上の義務ということになる。医師法には応召義務違反に関する刑事罰は規定されておらず、あくまで訓示規定的なものとされている。実際、これまでに、行政処分の実例は確認されていない。このように、応召義務は、公法上の義務であって、私法上の義務ではないため、医師が患者に対して直接民事上負担する責任ではない。

<sup>1</sup> 正式名称は、「働き方改革を推進するための関係法律の整備に関する法律」。労働基準法など、8つの労働法の改正を行うための法律を指す。

<sup>2</sup> 本稿では、広辞苑等の国語辞典で掲載されている「応召義務」という漢字を用いる。ただし、「召」という漢字は戦前の軍隊の召集を想起させることや、旧刑法等で「招」という漢字が用いられていたことなどから、「応招義務」という名称が適切であるとの意見が、専門家の間では多くを占めている。

<sup>3</sup> その後、2021年5月に成立した改正医療法で、医師の時間外労働の上限規制の詳細が定められた。

<sup>4</sup> 医師の意思にかかわらず、国家権力がその履行を担保するという意味で、義務とされる。

なお、医師が勤務医として医療機関に勤務する場合、応召義務を負うのは、個人としての医師であるが、医療機関としても、患者からの診療の求めに応じて、必要にして十分な治療を与えることが求められ、正当な理由なく診療を拒んではならないとされている<sup>5</sup>。

## 2 | 応召義務の規定は、140 年前にさかのぼる

応召義務の歴史は古く、140 年前に制定された旧刑法<sup>6</sup>にまでさかのぼる。1880 年(明治 13 年)制定の旧刑法は、第 427 条第 9 号で、「醫師隱婆(助産師のこと)事故ナクシテ急病人ノ招キニ應セサル者」は、「一日以上三日以下ノ拘留ニ處シ又ハ二十錢以上一圓二十五錢以下ノ科料ニ處ス」としている。

その後、応召義務の規定は、1908 年(明治 41 年)制定の警察犯処罰令、1919 年(大正 8 年)制定の旧医師法施行規則を経て、1942 年(昭和 17 年)制定の国民医療法に引き継がれる<sup>7</sup>。同法は、第 9 条第 1 項で、「診療ニ従事スル醫師又は齒科醫師ハ診察治療ノ需アル場合ニ於テ正當ノ事由ナクシテ之を拒ムコトヲ得ズ」としており、第 76 条で、違反した者は「五百圓以下ノ罰金又は科料ニ處ス」としている。このように、戦前は、応召義務に罰則が設けられていた。

戦後、この規定は、1948 年制定の現行医師法に引き継がれた。その際、応召義務の削除が検討されたが、医師職務の公共性から残しておくべきとの意見が強く、現在の形で残されたという。ただし、罰則規定は削除された。

## 3 | 診療拒否に伴う損害賠償責任の過失認定に応召義務の概念が援用されることもある

第 1 節で、応召義務は、医師が患者に対して直接民事上負担する責任ではないと述べた。

しかし、1950 年に、厚生省は、次のとおり、照会への回答を行っている<sup>8</sup>。

「医師が第 19 条の義務違反を行った場合には罰則の適用はないが、医師法第 7 条にいう『医師としての品位を損するような行為のあったとき』にあたるから、義務違反を反覆するが如き場合において同条の規定により医師免許の取消又は停止を命ずる場合もありうる。」

すなわち、義務違反の反復がある場合、医師免許の取消又は停止もありうる、とされている。

また、不合理な診療拒否は、患者に対する私法上の損害賠償責任を発生させることもありうる。実際に、損害賠償請求訴訟の過程で、過失の認定にあたり、医師法の応召義務の概念が援用されるケースが多くみられている。

## 4 | 「正当な事由」の考え方がポイント

応召義務の適用にあたっては、診療の拒否が「正当な事由」によるかどうか、がポイントとなることが多い。何が正当な事由に該当するかについて、これまでに厚生省から、通知や照会への回答の形で、いくつかの見解が示されてきた。

<sup>5</sup> 昭和 24 年 9 月 10 日 医発第 752 号 厚生省医務局長通知、および、令和元年 12 月 25 日 医政発 1225 第 4 号 厚生労働省医政局長通知より。

<sup>6</sup> 旧刑法は、フランス刑法を基本に、ドイツなどの大陸法を参照して起草されたという。なお、現行刑法は、1908 年(明治 41 年)に施行された。

<sup>7</sup> 「医師の応召義務」畔柳達雄(医の倫理の基礎知識、各論的事項 No. 30)より。

<sup>8</sup> 厚生省医務局医務課長回答(昭和 30 年 8 月 12 日 医取第 755 号)

図表 1. 正当な事由に関して厚生省から示されてきた見解（主なもの）

	内容
昭和 24 年 9 月 10 日 医発第 752 号 厚生省 医務局長通知	(1) 診療報酬の不払いがあっても、ただちにこれを理由として診療拒否はできない。 (2) 診療時間を制限している場合でも、この理由により急患の診療拒否はできない。 (3) 特定の人を相手に診療する医師（会社の医務室勤務等）でも、緊急の診療の求めがあつて、近隣に他に診療に従事する医師が居ないときは診療拒否はできない。 (4) 天候の不良なども、事実上往診不可能な場合を除いて診療拒否はできない。 (5) 医師が自己の標榜する診療科以外の疾病について診療を求められた場合にも、患者がこれを了承する場合には正当な理由になるが、了承しないで診療を求める場合には、応急処置その他できるだけの範囲のことはしなければならない。
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	医師法第 19 条にいう「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のであって、患者の再三の求めにもかかわらず、単に軽度の疲労の程度をもってこれを拒絶することは、第 19 条の義務違反を構成する。
昭和 49 年 4 月 16 日 医発第 412 号 厚生省 医務局長通知	休日夜間診療所、休日夜間当番医制などの方法により地域における急患診療が確保され、かつ、地域住民に十分周知徹底されているような休日夜間診療体制が敷かれている場合において、医師が来院した患者に対し休日夜間診療所、休日夜間当番院などで診療を受けるよう指示することは、医師法第 19 条第 1 項の規定に反しないものと解される。ただし、症状が重篤である等直ちに必要な応急の措置を施さねば患者の生命、身体に重大な影響が及ぶおそれがある場合においては、医師は診療に応ずる義務がある。

※ 諸資料をもとに、筆者作成

また、地裁や高裁等では、応召義務の有無をめぐる多くの裁判を通じて、正当な事由について、判例が蓄積されてきた。

図表 2. 正当な事由に関する判例（主なもの）

	概要
東京地裁 平成 17 年 5 月 23 日判決	診療とは全く関係のない男女交際を求めることを主たる目的ないし動機として、歯科医師の診療を求めており、他の患者も居合わせる場でいかにも歯科医師と個人的交際があるかのような虚偽の発言をするなどした患者を診療拒否をしたことが、正当な理由があったとされた事例
名古屋地裁 昭和 58 年 8 月 19 日判決	当直医が 1 人であり別の患者の治療に負われていた状況の中で、心筋障害による急性冠不全症状の患者の診療拒否をしたことは、正当な事由があったとされた事例
広島高裁 平成 23 年 3 月 9 日判決	救命救急センターの ICU（集中治療室）のベッドが満床であり、ベッドの空いている HCU（高度治療室）に ICU の患者を移した上で患者を受け入れるには相当程度の時間がかかることから、他院で受け入れた方が心肺蘇生処置中で一刻を争う患者にとってメリットになると判断して受入れ拒否をしたことは、正当な事由があるとされた事例
弘前簡易裁 平成 23 年 12 月 16 日判決	不妊治療の継続中に、過誤を理由に病院に対して訴訟提起をしたことを受けて、病院側が「転医および診療延期のお願いについて」と題する書面を患者に送付したところ、患者が病院による違法な診療拒否があったとして、損害賠償請求を行った事案につき、すでに患者と病院との信頼関係が失われていることを前提に、診療拒否に正当な事由があったとされた事例
甲府地裁 平成 17 年 7 月 26 日判決	HIV（ヒト免疫不全ウイルス）感染者であり、二次感染への不安等から看護師や他の患者が動揺するとの理由で、手術を回避したことが、医師の注意義務違反とされた事例
千葉地裁 昭和 61 年 7 月 25 日判決	ベッド満床ではあったが、応急処置をしている間にベッドが空くの待つことも可能であったとして、気管支肺炎の患者の救急搬送の受入れを拒否したことに、正当な事由がなかったとされた事例

※ 「患者から訴訟提起された場合に診療を拒否したことが適法とされた事例」（メディカルオンライン医療裁判研究会）等をもとに、筆者作成

### 3—2019 年の厚生労働省通知

厚生労働省は、従来、各都道府県からの個別事例の疑義照会などへの回答等の形で、応召義務違反に該当するか否かについて、逐次その解釈を示してきたが、十分に整理・体系立てられたものとはなっていない。また、現代においては、1948 年の医師法制定当時と比べて、医療提供体制が大きく

変遷してきている。そこで、2019年に、応召義務の考え方について、整理・統合が図られ、厚生労働省通知が出された。その内容を、概観していこう。

## 1 | 応召義務解釈に関する研究報告書がまとめられた

まず、2018年度の厚生労働科学研究として、医師法の応召義務解釈に関する研究が行われた<sup>9</sup>。2019年に、その報告書がまとめられた。

報告書では、正当な事由について、診療しないことが正当化される事例の一般的な整理と、個別事例ごとの整理が行われた。

### (1) 診療しないことが正当化される事例の一般的な整理

診療(勤務)時間内かどうか、緊急対応が必要なケースかどうか、に応じて、考え方が整理された。たとえば、診療時間内に、病状が深刻な救急患者に対応するときは、事実上診療が不可能といえる場合にのみ、診療しないことが正当化される、としている。

図表 3. 診療しないことが正当化される事例の整理

		診療時間内・勤務時間内(*)	診療時間外・勤務時間外(*)
緊急対応が必要なケース	症状の深刻な救急患者など	○ 救急医療では、医療機関・医師の専門性・診察能力、当該状況下での医療提供の可能性・設備状況、当該医療機関・医師以外の他の医療機関・医師による医療提供の可能性(療の代替可能性)を総合的に勘案しつつ、事実上診療が不可能といえる場合にのみ、診療しないことが正当化される。	○ 医の倫理上、応急的に必要な処置をとるべきとされるが、原則、公法上・私法上の責任に問われることはないと考えられる。 ※ 必要な処置をとった場合においても、医療設備が不十分なことが想定されるため、求められる対応の程度は低い。(例えば、心肺蘇生法等の応急処置の実施など) ※ 診療所等へ直接患者が来院した場合、必要な処置を行った上で、病院等に対応を依頼するのが望ましい。 ※ 診療した場合は民法上の緊急事務管理(民法第698条)に該当。
緊急対応が不要なケース	症状の安定している患者など	○ 原則として、患者の求めに応じて必要な医療を提供する必要あり。ただし、緊急対応の必要があるケースに比べて、正当化される場合は緩やかに(広く)解釈される。 ○ 医療機関・医師の専門性・診察能力、当該状況下での医療提供の可能性・設備状況、当該医療機関・医師以外の他の医療機関・医師による医療提供の可能性(医療の代替可能性)のほか、患者と医療機関・医師の信頼関係なども考慮。	○ 即座に対応する必要はなく、診療しないことに問題はない。 ○ 時間内の受診依頼、他の診察可能な診療所・病院などの紹介等の対応をとることが望ましい。

\* 「勤務時間内」については、所定労働時間のみならず、所定労働時間外であっても有効な時間外労働命令が出されている時間を含む。ただし、勤務医の勤務環境への配慮の観点から、病院やその付近に滞在しているものの、所定労働時間外かつ時間外労働命令も出されていない時間は含まず、「勤務時間外」とする。  
また、医療機関の機能として、夜間休日の救急患者等の受入れが予定される場合(救急医療機関等)には、受入れが想定される救急患者等への対応については、夜間休日であっても「診療時間内」とする。なお、休日夜間診療所、休日夜間当番医などを担当している場合は「診療時間内」、「勤務時間内」とする。

※ 「医療を取り巻く状況の変化等を踏まえた医師法の応召義務の解釈に関する研究について」(第67回社会保障審議会医療部会、資料2-3、令和元年7月16日)をもとに、筆者作成

### (2) 個別事例ごとの整理

患者の迷惑行為、医療費の不支払い、入院患者の退院や他の医療機関の紹介・転院、差別的な取扱

<sup>9</sup> 「医療を取り巻く状況の変化等を踏まえた医師法の応召義務の解釈に関する研究について」(厚生労働行政推進調査事業費補助金(地域医療基盤開発推進研究事業))、研究代表者 岩田太(上智大学法学部教授)

といった、個別事例ごとに、考え方が整理された。たとえば、診療内容そのものとは関係ないクレーム等を繰り返し続けるなどの患者の迷惑行為があり、診療の基礎となる信頼関係が喪失している場合には、新たな診療を行わないことが正当化されるとしている。

図表 4. 個別事例ごとの整理

	診療時間内・勤務時間内	診療時間外・勤務時間外
① 患者の迷惑行為	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 従前の診療行為などにおいて生じた迷惑行為の態様に照らし、診療の基礎となる信頼関係が喪失している場合(※)には、新たな診療を行わないことが正当化される。</li> <li>※ 診療内容そのものとは関係ないクレーム等を繰り返し続けるなど。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 即座に対応する必要はなく、診療しないことに問題はない。</li> <li>○ 時間内の受診依頼、他の診察可能な診療所・病院などの紹介等の対応をとることが望ましい。</li> </ul>
② 医療費不支払い	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 以前に医療費の不払いがあったとしても、そのことのみをもって診療しないことは正当化されない。しかし、支払能力があるにもかかわらず悪意を持ってあえて支払わない場合等には、診療しないことが正当化される。</li> <li>○ 具体的には、保険未加入など医療費の支払い能力が不確定であることのみをもって診療しないことは正当化されないが、医学的な治療を要さない自由診療において支払い能力を有さない患者を診療しないことなどは正当化される。</li> <li>また、特段の理由なく保険診療において自己負担分の未払いが重なっている場合には、悪意のある未払いであることが推定される場合もあると考えられる。</li> </ul>	
③ 入院患者の退院や他の医療機関の紹介・転院など	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 医学的に入院の継続が必要ない場合には、通院治療等に対応すれば足りるため、退院させることは正当化される。</li> <li>○ 医療機関相互の機能分化・連携を踏まえ、地域全体で患者ごとに適正な医療を提供する観点から、病状に応じて大学病院等の高度な医療機関から地域の医療機関を紹介、転院を依頼・実施するなど原則として正当化される。</li> </ul>	
④ 差別的な取扱い	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 患者の年齢、性別、人種・国籍、宗教等のみを理由に診療しないことは正当化されない。</li> <li>ただし、言語が通じない、宗教上の理由などにより結果として診療行為そのものが著しく困難であるといった事情が認められる場合にはこの限りではない。</li> <li>○ その他、特定の感染症への感染など合理性の認められない理由のみに基づき診療しないことは正当化されない。</li> <li>ただし、1類・2類感染症など、制度上、特定の医療機関で対応すべきとされている感染症に罹患している又はその疑いのある患者等はこの限りではない。</li> </ul>	
* 個別事例ごとの整理について、基本的な対応は、図表3の「緊急対応が不要なケース」の整理による。仮に、緊急対応が必要な場合には、「緊急対応が必要なケース」の整理による。		

※ 「医療を取り巻く状況の変化等を踏まえた医師法の応召義務の解釈に関する研究について」(第67回社会保障審議会医療部会、資料2-3、令和元年7月16日)をもとに、筆者作成

## 2 | 応召義務の考え方をまとめた通知が発出された

この報告書の内容を踏まえて、2019年12月25日に厚生労働省より、各都道府県知事宛の通知が発出された。そこでは、まず、医師の応召義務と医療機関の責務、労使協定・労働契約の範囲を超えた診療指示、診療の求めに応じないことが正当化される場合について、基本的考え方が示されている。

このうち、労使協定・労働契約の範囲を超えた診療指示に関しては、勤務医が、こうした指示を受けた場合、労働基準法等に違反することとなることを理由に、診療等の労務提供を拒否しても、応召義務違反にはあたらないことが明確化された。

また、診療の求めに応じないことが正当化される場合に関しては、最も重要な考慮要素を病状の深刻度としたうえで、診療(勤務)時間や、患者と医療機関・医師の信頼関係も重要な要素とされた。

そのうえで、前節の報告書の内容に沿った考え方の整理が行われている。

#### 4—新型コロナウイルス感染症の診療への適用

2020年に入ると、新型コロナウイルス感染症が徐々に拡大していった。その際、患者の診療に関して、医師の応召義務が注目されることとなった。関連する動きについて、みていこう。

##### 1 | 応召義務について連絡文書で周知された

最初の感染拡大が進行した2020年3月11日に、厚生労働省新型コロナウイルス感染症対策推進本部は、各都道府県等に対して、診療に関する留意点について連絡文書を発出している。

その中で、医師の応召義務について、以下のとおり示している<sup>10</sup>。

「患者が発熱や上気道症状を有しているということのみを理由に、当該患者の診療を拒否することは、応召義務を定めた医師法（昭和23年法律第201号）第19条第1項及び歯科医師法（昭和23年法律第202号）第19条第1項における診療を拒否する「正当な事由」に該当しないため、診療が困難である場合は、少なくとも帰国者・接触者外来や新型コロナウイルス感染症患者を診療可能な医療機関への受診を適切に勧奨すること。」

この連絡文書は、単純にコロナ感染が疑われる症状や海外渡航歴を理由に診療拒否をした場合、応召義務違反に問われる可能性がある、と読むことができる。たとえば、診療可能な医療機関への受診勧奨をせずに、単に「発熱者お断り」等と掲示して、発熱患者の診療を一切拒否した場合は、診療を拒否する正当な事由があるとはいえない可能性がある<sup>11</sup>。

ただし、「診療が困難である場合は」以下のくだりをみると、コロナ感染者に対する診療が困難な場合は、適切な医療機関への受診を適切に勧奨することや、保健所の指示に従うように誘導すれば問題ない、と解することもできる。

##### 2 | 2類感染症の診療をしないことは差別的な取扱いにあたらないとされている

2019年12月の通知では、「(2)個別事例ごとの整理」の「④差別的な取扱い」に、感染症について、「特定の感染症へのり患等合理性の認められない理由のみに基づき診療しないことは正当化されない。ただし、1類・2類感染症等、制度上、特定の医療機関で対応すべきとされている感染症にり患している又はその疑いのある患者等についてはこの限りではない。」とされている。

新型コロナウイルス感染症は、2020年2月1日に、感染症法上の指定感染症(2類感染症相当)と政令で指定されている<sup>12</sup>。したがって、この通知と連絡文書を踏まえると、「感染症に対応できないこと」を理由に、診療せずに、帰国者・接触者外来への受診を勧めることは、差別的な取扱いにはあたらないものと考えられる。

<sup>10</sup> その後、6月2日発出の2回目、10月2日発出の3回目の連絡でも、応召義務については、同じ内容とされている

<sup>11</sup> 「診療・検査医療機関等において新型コロナウイルスへの感染が疑われる患者に処方箋を交付する場合の留意事項について」(厚生労働省新型コロナウイルス対策推進本部他、事務連絡、令和2年12月24日)の内容を筆者が一部改変。

<sup>12</sup> 法律上、指定感染症の期限を2年間以上に延ばすことはできない。このため、2022年1月末までに感染症法上の位置づけが決められるものと思われる。

## 5—おわりに（私見）

医師の応召義務については、正当な事由の解釈に関して、2019年に考え方が整理された。期せずして、2020年より流行している新型コロナウイルス感染症の診療において、応召義務の有無の判断に、その考え方が用いられることとなった。

今後、この考え方を医療現場で採用することに伴って、コロナ禍での対応を含めて、さまざまな判断事例が集積していくものと考えられる。引き続き、医師の応召義務に関する、診療の動向について、注視していくこととしたい。