訴　　状

2024年3月21日

東京地方裁判所民事部　御中

原告　桜　井　康　統

[redacted]　[redacted]

原　　告　　桜　井　康　統

TEAMS [redacted]

TEL [redacted]

ミンツID　2320604638　5786

【電子納付希望】

登録名　弁護士桜井康統／登録コード0024803

〒151-8528　東京都渋谷区代々木2-1-3

被　　告　　東日本旅客鉄道株式会社

上記代表者代表取締役　　深　澤　祐　二

〒100－0013 東京都千代田区霞が関1丁目1番1号

被　　告　　国

上記代表者法務大臣　　小　泉　龍　司

損害賠償請求事件

訴訟物の価額　　10 万円

貼用印紙額　　1000 円

請求の趣旨

1 被告らは、原告に対し、連帯して、金 10 万円を支払え

2 訴訟費用は被告らの負担とする

との判決及び仮執行宣言を求める。

請求の原因

目次

第 1 当事者 3

第 2 事案の概要 3

第 3 診療拒否の経緯 4

第 4 不法行為責任について 9

第 5 債務不履行責任について 47

第 6 被告国の国家賠償責任 48

第 7 結語 50

第 1 当事者

1 原告

原告は、2023 年 4 月 1 日に右手小指を PIP 関節脱臼骨折したため、同年 4 月 10 日に、診療情報提供書（俗にいう紹介状）を持って被告東日本旅客鉄道株式会社が運営する JR 東京総合病院(以下、「本件病院」という。)を受診。原告は、その後痛みが残ることから、事前に予約した上で、同年 8 月 30 日に同病院で再診を受けようとするも、マスク不着用を理由に診療拒否された者である。

2 被告東日本旅客鉄道株式会社

被告東日本旅客鉄道株式会社（以下、「被告」という。）は、本件病院を運営する東証プライム上場企業である。

3 被告国

被告国の厚生労働省は、診療義務違反についての行政解釈を通知するなど、医療安全の確保等の医療政策を所掌しており、被告を指揮監督できる立場にある。

第 2 事案の概要

本件は、原告が、マスク不着用のみを理由として本件病院から正当な事由なく診療拒否されたことで精神的損害を被ったため、被告に対し、不法行為責任（民法 709 条）と債務不履行責任（同法 415 条 1 項）にそれぞれ基づく損害賠償請求を行い(請求権競合)、あわせて、かかる損害は、被告

国の不作為も原因となっていることから、被告国に対しては、国家賠償責任（国家賠償法 1 条）としての被告との共同不法行為責任（民法 719 条）に基づき、当該損害を連帯して賠償するよう被告らに求めるものである。

第 3 診療拒否の経緯

原告は、2023 年 4 月 1 日（土)、2019 年以来の開催となった全国法曹バスケ大会と呼ばれるイベントにてバスケットボールの試合中に右手小指を PIP(Proximal Inter Phalangeal の略で､手指の第二関節を意味する。)関節脱臼骨折し(甲 1)､当日､会場近くの千葉市立海浜病院で､指を整復、固定してもらった。原告は、同病院の医師から週明けに自宅付近の整形外科で診てもらうよう言われ、同年 4 月 5 日、若松町整形外科を受診し、右手小指を改めて固定する等の処置を受けるとともに(甲 2)､それ以前から左足関節に痛みがあり、PIP 関節脱臼骨折とあわせて大きな病院で専門的な治療を受けたかったことから、東京女子医大病院宛の紹介状（甲 3）を希望したものの、6 月の終わりか 7 月の頭には渋谷区千駄ヶ谷に引っ越すことが決まっていたため、治療が長引くことを想定し、新居から近く、伝統的に整形外科・形成外科に優れていると Wikipedia において紹介されている本件病院の方が良いのではないかと思い直し､本件病院宛の紹介状をも希望し、これらの交付を受けた。

原告は、2023 年 4 月 10 日、診療情報提供書を持参して本件病院の整形外科を受診。指が動かせるようになれば固定を解除して積極的に動かしていった方がよいなどのアドバイスを受けた。

その後、原告は、指の固定を解除し、できる限り動かすようにして生活

していた。しかし、原告は、2023 年 8 月に入ると、指の違和感が強くなり、治まっていた痛みが出るようになったことから、本件病院で再び診てもらおうと考え、同月 7 日、本件病院に電話し（甲 4)、初診と同一の疾患について整形外科における再診の予約（同年 8 月 30 日 14 時）をとった。その際、マスクを着用しなければ診療拒否する旨の説明はなされなかった。なお、本件病院の HP には、マスク不着用を（迷惑行為として）診療拒否事由とする旨の記載はなされていなかった。

原告は、2023 年 8 月 30 日、予約時間の 14 時をわずかに過ぎていたため、本件病院の外来棟入口に駆け込み、急ぎ、1 階に設置されている再来患者用の自動受付機に診察カードを挿入し、出力された受診案内票を持って整形外科の受付カウンターに向かった。原告は、受付にいた者（以下、「本件外来クラーク」という。）にこれを手渡した。その際、原告は、本件外来クラークからマスク着用を求められたので、断った。原告は、本件外来クラークから待っているよう言われたため、受付カウンターと離れて向かい合うロビーチェアに腰掛け、診察室に案内されるのを待っていた。本件病院は、個人医院（の待合室）と違って、床面積が広く、原告が座ったロビーチェアとその後ろに並ぶロビーチェアに人は座っておらず、原告から見て左側、2 メートル以上は離れたところに並ぶロビーチェアに男性が一人座っていただけであった。

しばらく経って、本件病院の事務部医事経理ユニットのチーフである小野田修司氏（以下、「訴外小野田」という。）があらわれ、原告に対し、マスク着用を求めた。原告がこれを拒否すると、訴外小野田は、マスクを着

用できない理由を尋ねた。原告が「健康だからです。」と答えると、訴外小野田は、それ以上マスク不着用の理由について深掘りすることなく、そして、例外について一言も言及することのないまま、マスクを着用しないなら診察できないと述べた。原告は、訴外小野田に抗議したものの一向に聞き入れられず、マスク不着用を理由に診察できない旨記載した書面の交付を求めるも断られた。原告は、間違いのないよう、改めて、訴外小野田に対し、マスク不着用が診療拒否の理由であるかどうかを尋ねたところ、そうであると回答を得た（以下、「本件診療拒否」という。）。

原告は、そのとき、次のように考えていた。つまり、まず、前医の千葉市立海浜病院及び若松町整形外科はおろか、初診時の同年 4 月 10 日においては本件病院においてもマスク不着用を理由に診療拒否されなかった。そして、政府は、2023 年 3 月 13 日以降、マスク着用を個人の判断事項とし（もとよりそれ以前から法的義務ではない。）、新型コロナウイルス感染症は、同年 5 月 8 日以降、感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律（以下、「感染症法」という。）上の「新型インフルエンザ等感染症」から「5 類感染症」に位置付けが変更され、厚生労働省は、患者が発熱や上気道症状を有している又はコロナにり患している若しくはその疑いがあるということのみを理由とした診療の拒否は「正当な事由」に該当しないと通知していた。したがって、少なくとも、発熱、咳、咽頭痛、呼吸苦、全身倦怠感などの新型コロナウイルス感染症の症状がない者に対し、発熱外来でない総合病院の整形外科において、マスク不着用を理由に診療拒否することは医師法 19 条 1 項の診療義務に違反すると。

一方で、原告は、この点に関する司法判断を仰ごうとした場合、証拠がなければ門前払いになることを弁護士であるという職業上知悉していたため、「録音するので、そのように（マスク不着用を理由に診療拒否する旨）答えてもらえますか？」と断りを入れると、訴外小野田が録音することについて「わかりました」と即座に同意したことから、所持していたiPhone のホーム画面に配置していたカメラアプリを開き、以降の会話を録音・録画した（甲 5 の 1、5 の 2)。

原告　8 月 30 日、2023 年 8 月 30 日、JR 東京総合病院整形外科。受診しようとしたところ、マスクを着用しないと診療しないと言われております。それで間違いないでしょうか、小野田さん。

訴外小野田　はい、その通りでございます。

原告　もう一度よろしいですか、小野田さんの口から聞きたいです。

訴外小野田　はい。マスクを着用することを今、病院のルールとしてございます。そのルール、マスクを着用できないのであれば、診療はお断りをさせていただいております。

原告　マスクを着用しないことを理由に診療を拒否するということでよろしいでしょうか。

訴外小野田　はい、診療をお断りをしています。

原告　診療拒否の理由をもう一度、述べてください。最後に。

訴外小野田　マスクの着用をお願いをしております。そのマスクを着用できないのであれば、診療はお断りをする。

原告　それについて私は書面を提出してくださいとお願いしております

が、それについて提出できない理由は何でしょうか。それが理由なのであれば病院として書面で、患者が来ているのですから、書面で明示していただく必要があると私は考えます。それが病院としての責任を持った対応。マスクを付けないのであれば診療しませんということを形としてしっかり文字に残すということが責任だと思いますが、それはなぜ、できないんでしょうか。

訴外小野田　ポスターでお願いをしてございます。ポスターに掲示をして、マスクの着用をお願いしています。

原告　ポスターに掲示してあるのはお願いだけだと思うんですけど、私はお願いなので、お願いに従うか従わないかは各自の自由だと考えてマスクは着用しないんですが、マスクを着用しなければ診療しないという旨を、なぜ書面で出していただけないんでしょうか。

訴外小野田　今、そういうルールで、病院のルールでやっておりますので、そのルールに従わないのであれば、あの、受診はできないというふうにしておりますので、マスクを着用していただければご予約いただいた通りの受診はしていただけます。

原告　そうすると、今、口頭で説明したけれども書面では出さないと。しかし書面では出さないけど同趣旨のことを口頭で、明確に病院の意見として正確に伝えたということでよろしいでしょうか。

訴外小野田　はい、その通りです。

原告　分かりました。

原告は、訴外小野田から明確に診療拒否する旨を告げられたことで、や

むなく帰宅せざるを得なくなった（＝本件診療拒否)。当時、訴外小野田の態度は頑なであり、それ以上説得したり翻意させたりする余地がなかったことから、決して原告自身が、診療を受ける権利を放棄したわけではない。なお、原告は、録音開始前も後も、立ち上がったり、大きな声を出したり、いわゆるタメロと呼ばれるような乱暴な言葉遣いはしていない。

原告は、行きは急いでいたため気付かなかったが、帰りに確認したところ、訴外小野田が述べていたとおり、本件病院の外来棟入口には、「感染対策のお願い　必ずマスクの着用をお願いいたします　ご協力が得られない場合は診療をお断りすることがございます」との掲示（以下、「本件掲示」という。）がなされていた（甲 6)。掲示開始は 2023 年 5 月 28 日である（甲 6)。もっとも、既に述べたとおり、再診を電話予約した際には、マスク着用に関する注意事項などを告げられることは一切なかった。なお、本件病院は、発熱外来につき、地下 1 階に専用の救急搬送入口と診察室を設け、診察時間を 9 時 30 分～13 時 00 分に限定し、それ以外の外来と厳格に区別していた（甲 7)。

第 4 不法行為責任について

本件診療拒否は、違法である。以下、診療義務に関する厚生労働省及び裁判例の整理を踏まえ、詳述する。

1 診療義務に関する知識

医師法 19 条 1 項には、

> 診療に従事する医師は、診察治療の求があった場合には、正当な事由が

なければ、これを拒んではならない。

として、診療義務が定められている。

診療義務とは、医師が診療の依頼を受けたときはこれに応じ、又は、すでに医療契約が成立して患者を引き受けているときに、患者からの診療の求めに応じる義務をいう。応召（招）義務とも呼ばれる。

診療義務は、医師の国家に対する公法上・行政上の義務であり、個人が医師法 19 条 1 項を根拠に個々の医師に対して診療請求権を取得するわけではないと一般に解されている。

他方で、憲法 13 条は個人の尊重と幸福追求権を保障し、同 25 条は生存権を保障し、国に社会保障及び公衆衛生の向上・増進を義務付けている。そして、医師法は、「医師は、医療及び保健指導を掌ることによって公衆衛生の向上及び増進に寄与し、もって国民の健康な生活を確保する」（医師法 1 条）、「医師でなければ、医業をなしてはならない。」（医師法 17 条）と定めている。それら規定を踏まえると、医師（及び医療機関）が独占業務として行う診療行為は、国民（患者）の生命・身体の保護、ひいては社会保障及び公衆衛生の向上・増進を図るものと解される。だからこそ、原則診療義務があるとすることでこれらの利益を図ることに医師法 19 条 1 項の趣旨が認められる。

かかる趣旨からすると、国民（患者）の生命・身体の保護をも目的とする診療義務に違反する行為は、民事責任を推定させると考えるのが相当である。

実際、千葉地判昭和 61 年 7 月 25 日判時 1220 号 118 頁も、

医師の応招義務は、直接には公法上の義務であって、医師が診療を拒否すれば、それがすべて民事上医師の過失になるとは考えられないが、医師法 19 条 1 項が患者の保護のために定められた規定であることに鑑み、医師が診療拒否によって患者に損害を与えた場合には、医師に過失があるとの一応の推定がなされ、診療拒否に正当の事由がある等の反証がないかぎり医師の民事責任が認められると解すべきである。

と判示しており、同様の考え方に立つものといってよい。

本件診療拒否は、医師自身が個人として直接に実行したものではないが、厚生労働省医政局長が発出した「応招義務をはじめとした治療の求めに対する適切な対応の在り方」という通知(令和元年 12 月 25 日医政発 1225 第 4 号、以下、「本件通知」という。)にて、

応招義務は、医師法第 19 条第 1 項及び歯科医師法第 19 条第 1 項において、医師又は歯科医師が個人として負担する義務として規定されていること(医師又は歯科医師が勤務医として医療機関に勤務する場合でも、応招義務を負うのは、個人としての医師又は歯科医師であること)。

他方、組織として医療機関が医師・歯科医師を雇用し患者からの診療の求めに対応する場合については、昭和 24 年通知にあるように、医師又は歯科医師個人の応招義務とは別に、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こと。」

とされていることから(甲 8)、そのこと自体を理由に被告が免責されることはない。

実際、この点に関し、神戸地判平成 4 年 6 月 30 日判タ 802 号 196 頁（以下、「本件裁判例」という。）は、

> 応招義務は患者保護の側面をも有すると解されるから、医師が診療を拒否して患者に損害を与えた場合には、当該医師に過失があるという一応の推定がなされ、同医師において同診療拒否を正当ならしめる事由の存在、すなわち、この正当事由に該当する具体的事実を主張・立証しないかぎり、同医師は患者の被った損害を賠償すべき責任を負うと解するのが相当である。
>
> また、病院は、医師が公衆又は特定多数人のため、医業をなす場所であり、傷病者が科学的で且つ適切な診療を受けることができる便宜を与えることを主たる目的として組織され、且つ、運営されるものでなければならない（医療法一条の二第一項）故、病院も、医師と同様の診療義務を負うと解するのが相当である。

と判示しており、医師個人のみならず病院自体も同様の診療義務を負うことを認めている。

訴外小野田が独断で本件診療拒否を行ったとは考え難く、原告の担当医に諮って、同担当医が診察しない旨判断したものと思われるため（そうであれば医師法 19 条 1 項が正面から問題となる事案といえる。）、この点につき、一応、被告に釈明を求める。

もっとも、仮に上記担当医の直接的な関与があったとは認められない場合でも、後述のとおり、当時、本件病院の事務部医事経理ユニットのチーフであった訴外小野田が、本件外来クラークから対応を受け継いだ上、（個

人的な見解ではなく）本件病院の正式な見解として診療を拒否する旨を原告に告げた以上、同人の行為は、（上記診療義務を負う）本件病院による行為と同視される結果、同病院を運営する被告による違法な診療拒否があったと解することが可能であるため、結局のところ、被告側が本件診療拒否につき「正当な事由」があったことを主張・立証する責任を負う。

以下では、主張・立証責任の負担にかかわらず、本件において上記「正当な事由」が存在しないことを説明する。

2 正当事由の解釈

⑴ 本件通知との関係

医師（及び病院）は、「正当な事由」があれば診療を拒んでもよい。正当事由に関し、本件通知は、

> ② 緊急対応が不要な場合（病状の安定している患者等）
>
> ア 診療を求められたのが診療時間内・勤務時間内である場合
>
> 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がある。ただし、緊急対応の必要がある場合に比べて、正当化される場合は、医療機関・医師・歯科医師の専門性・診察能力、当該状況下での医療提供の可能性・設備状況、他の医療機関等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・歯科医師の信頼関係等も考慮して緩やかに解釈される。

としている（甲 8）。

「緩やかに解釈される」という結論及びそこに至る論理展開にも疑問がある点を一旦措くとしても、本件では、「診療を求められたのが診療時間

内・勤務時間内」であることに疑いの余地はないから、「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がある。」。

また、本件通知は、

> ① 患者の迷惑行為
>
> 診療・療養等において生じた又は生じている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。
>
> ※ 診療内容そのものと関係ないクレーム等を繰り返し続ける等。

の場合には正当事由ありとしている（甲 8)。

もっとも、「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」したといえるかどうかという判断基準は、必ずしも万全とはいえないため、裁判所（及び訴訟当事者）は、独自に、正当事由について探究し、補完する必要があると考える。そこで、結局のところ、上記基準にも念のため触れることは別論、正当事由の解釈が問題となる。

⑵ 本件掲示の解釈

原告は、本件掲示がなされた本件病院にて、本件外来クラークから「マスクはお持ちですか？」と声をかけられた。この発言の意味は、所持品検査ではなく、マスクの着用を求めるというものである。これを断った原告は、その後、訴外小野田から、繰り返しマスクの着用を「お願い」され、しかし、それは「病院のルール」であり、従わなければ診療拒否する旨告げられた（甲 5 の 1、5 の 2)。

もっとも、訴外小野田は、本件診療拒否を告げる際に、「ポスターに掲

示をして、マスクの着用をお願いしています。」と述べるだけで、本件掲示を抽象的に事実上援用したにすぎない。本件病院の外来棟入口に本件掲示が設置されていたことのみで、電話予約、当日の受付までの過程で説明のなかった本件掲示の内容が、自動的に契約関係に組み込まれているとはいいがたい。したがって、本件掲示を正当事由の直接の根拠とするのであれば、訴外小野田がその場に掲示物を持って来て、その内容を読み上げるなどしながら過不足なく（例外の説明を含めた）診療拒否事由を示すべきであった。本件ではそれがないため、本件掲示が当然に正当事由になるものではない。そもそも、現実に、原告は、本件掲示を見ておらず、訴外小野田に言われたことを受け、帰りに確認してはじめてその存在を認識したのである。

さらに、本件掲示は、診療拒否という重大な人権侵害の根拠として援用されているにもかかわらず、「必ず」、「お願い」と即座に矛盾し、論理破綻している上、「協力が得られない場合は診療をお断りすることがございます」という婉曲的な表現により、対外的に医師法 19 条 1 項違反が直接俎上に載せられることを回避したいという病院側の都合だけ強調される一方、そのせいで、いかなる条件を満たせば診療を受けることができるのか（本来診療を受けられることが原則であるが。）という要件と効果があらかじめ患者にとって明確となっていないから、（重大な）権利制限規定としては、甚だ不十分といわざるを得ない。つまり、本件掲示は、形式的にも実質的にも「正当な事由」（医師法 19 条 1 項）を示せていないため、当然、それ単体で正当事由を構成し得ない。

本件掲示は、新型コロナウイルス感染症がインフルエンザと同等の5類感染症に移行した後（なお、後述のとおり、重症化率・死亡率ともにインフルエンザのそれを大幅に下回っている。）の2023年5月28日から掲示されているから、これまでインフルエンザ対策として患者にマスクの着用を強制してこなかったこととの平仄からそもそも必要性・合理性に乏しいため、少なくとも、例外を一切認めずマスク不着用者の診療拒否をするということであれば、医師法19条1項に違反し、無効であるというべきである（民法90条）。

⑶ 例外を認める運用が求められること

被告は、本件掲示にて、例外としていかなる事情であれば医療機関として包摂する用意があるのか、明らかにしていない。そして、被告は、訴外小野田をして、マスク不着用でも診療を受けられる例外的な場合について何一つ説明することのないまま、本件掲示を抽象的に事実上援用するだけで、マスク着用を「病院のルール」だとして、原告との関係で、実質的には、例外を認めず、本件診療拒否を断行した。

本件掲示から読み取れる要件と効果が不明確であることから、被告は、運用レベルでこれを補完しなければならなかったが、原告が電話で再診を予約した際、被告からマスクを着用しなければ診療拒否する旨の説明はなされず、また、事件当日、訴外小野田は、原告が「健康だからです。」と答えると、それ以上に、マスクを着用することで、強迫症、不安症等の心因的な症状が出るなど、精神的苦痛が生じ、不健康となるというような健康上の理由があるのかなどについて掘り下げることなく、すなわち、合理的

な理由の認められる例外事由を説明して確認することなく、本件診療拒否に及んだ。

⑷ 施設管理権との関係

被告が事実上例外を認めない運用で診療拒否したことに関し、本件病院の施設管理権者である被告の立場から、マスクの着用強制がその施設管理権の範囲内といえるかどうかという切り口から整理し得る。「所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有」（民法 206 条）し、施設を賃借している事業者であっても、賃借している施設を法令及び賃貸借契約の範囲内で自由に使用、収益することができ、これが施設管理権である。

ただし、ここで留意しなければならないのは、通常、施設管理権に基づく利用拒否は、公法上の承諾義務を負わない民間事業者に認められるものである。そして、裁判所は、民間事業者による施設管理権の行使であっても、出自、性別、障害の有無等で差別的取り扱いをした場合、違法と判断している。いわゆるワクチンパスポートと呼ばれる、ワクチン未接種者の利用を拒否する運用などは、同様に違法とされるであろう（憲法の私人間効力）。常態である「素顔」で生きる人間を排除し、顔を隠すことを強制することについても、ワクチンパスポートの問題と同様、きめ細かな検討が必要である。

公法上の承諾義務を負わない民間事業者と異なり、一般送配電事業者は託送供給義務を負い（電気事業法 17 条）、水道事業者は給水義務を負い（水道法 15 条）、旅館業者は、法定事由なく宿泊拒否することができない（旅

館業法 5 条)。たとえば、ホテルは、あるゴルフ場がジャケットと襟付きシャツなどといったドレスコードを採用しているからといって、同様のドレスコードを理由に宿泊拒否することが許されない(旅館業法 5 条 1 項)。

医師及び病院は、公法上の承諾義務として、診療義務（医師法 19 条 1 項）を負っているため、診療拒否が認められるか否かは、結局、医師法上の「正当な事由」の有無の問題に収斂されることになる。本件通知にも、「イ 診療を求められたのが診療時間外・勤務時間外である場合」などと場合分けを行うことで、施設管理権の考え方が反映されているとおりである。

3 正当事由該当性は医師法 19 条 1 項の趣旨に照らして判断されること

⑴ 患者保護という趣旨に照らすとあくまで診療することが原則であること

以上を前提に、正当事由該当性を判断するにあたっては、原則診療拒否を認めないことで患者の保護、ひいては社会保障及び公衆衛生の向上・増進を図ろうとする医師法 19 条 1 項の趣旨を踏まえなければならない。

原告は、前医より、PIP 関節脱臼骨折との診断を受けている（甲 3)。PIP 関節脱臼骨折は、手指の関節の骨折の中で、最も治療が困難で、多くの場合手術が必要とされている（甲 9)。そもそも原告の病状は、診療の緊急性が高いのである。

原告は、2023 年 8 月 7 日に再診を電話予約してから再診当日を迎えるまでの間、治ることのない患部の痛みに耐えており、再診の日を今か今かと待ち望んでいた。原告は、再診の際、手術の必要性についても相談した

いと考えていた。加えて、「10　損害」で後述する事情により、原告には、事件当日、診療を受ける高度の必要性・緊急性が認められ、患者として保護されるべき立場にあった。

したがって、原告に患者としての保護の要請が認められることは明らかであり、診療を受けられることが原則なのであるから、たとえば、本件通知が例示しているように、診療の際に、「診療内容そのものと関係ないクレーム等を繰り返し続ける」など、つまり、自身の病状と関わらない、医師の態度が気に食わないなどの難癖を繰り返すために、確保できる診療時間を含め物理的に診療を継続することが困難となって、もはや自ら診療を受ける権利を放棄したとえるような例外的なケースを除き、原則、医師及び医療機関の側から一方的な信頼関係の喪失などとして正当事由を主張することは許されないと解される。

⑵ 比較衡量について

以上で尽きてはいるものの、他方で、医療機関には、公共施設、公共交通機関に限らず、広く国民が利用することが予定されている施設と同様ではあるものの、肥満や高血圧など厚生労働省が示す基礎疾患を有する健康弱者がいることが想定される。そこで、たとえば、「迷惑行為」には、そういった健康弱者への配慮にもとる行為も、その実質的害悪の蓋然性の程度によっては含まれ得るといえる。

ここで、健康弱者への配慮を中心とし、健常者の犠牲を厭わない社会の制度設計を過度に推し進めようとするときには、その反動で、健康弱者が周りに配慮を求める存在であることが可視化され、健康弱者は、居酒屋そ

の他娯楽施設の利用や、酒・タバコその他嗜好品の消費を制限されたりするなど、かえってその文化的な生活を奪われ、その基本的人権が侵害される危険がある。社会は健常者含め多様な存在で成り立っており、多様性とは相対的であるから、健康弱者への配慮は、健康弱者より頭数の多い健常者の存在を念頭に置いて、バランスをとることが求められる。

そもそも、原告は、「10 損害」で後述する事情により、事件当時、患者保護の要請が高く妥当する状況に置かれており、その状況下では原告こそ健康弱者の一員であった。いわゆるトロッコ問題に唯一の正解がないことを踏まえなければならない。そして、本件では、どちらも救えたのである。

さはさりながら、正当事由該当性には、拮抗し得る利益同士の調整を図る側面もあり得るから、比較衡量の上、社会通念上の相当性が認められるか否かという判断枠組みが適切である。具体的には、本件診療拒否によって確保される被告の利益、本件では、感染対策の必要性・合理性に対し、本件診療拒否で害される原告の利益は、既に述べたとおり患者保護の要請が十分に及んでいることを前提に、その患者保護の要請、別言すると、「マスク不着用（のみ）を理由に（正当事由なく）診療を拒否されない権利」であり、これらを比較衡量して、原告に対する不法行為法的要保護性が判断される。

この比較衡量においては、民間の医療機関も、社会保障及び公衆衛生の担い手として公共性・公益性が高いことに照らすと、いわゆる比例原則の趣旨が充填されるというべきである。殊、感染対策には、必要最小限度性（感染症法 22 条の 2）が要求され、「国民の自由と権利が尊重されるべき

ことに鑑み、新型インフルエンザ等対策を実施する場合において、国民の自由と権利に制限が加えられるときであっても、その制限は当該新型インフルエンザ等対策を実施するため必要最小限のものでなければならない。」（新型インフルエンザ等対策特別措置法５条）のである。その趣旨は、感染症対策が内在する次の特徴に求められる。すなわち、「新型コロナウイルスのような感染症の抑制対策は、発症者１名がウイルスを感染させる対象者数の平均である実効再生産数の抑制を目標とする。この実効再生産数が１を下回れば、社会全体での感染者数は減少する。この実効再生産数を下げる方策は科学的、医学的に唯一に定まり得ない。全ての社会的活動は感染リスクを伴い、それらの活動全体が実効再生産数を構成するため実効再生産数を低くする方策は無限にある[1]」。そのため、「仮に……確実な科学的知見を感染症対策に求めるならば、新型感染症の多くで、 何も対策が取れない事態に陥ることになる[2]」。そこで、「社会的活動の制限を必要とする感染症対策には、科学的・医学的知見が十分に得られていない段階であっても、社会全体の利益のため『予防的に』一定業種に自粛を求めたり、制限を加えざるをえない場合がある[3]」。

それゆえ、感染症対策は、往々にして人権に対する「過度」「過剰」の制約になる危険がある。そうであるからこそ、憲法学の観点から、「感染症のリスクが従来の専門知の想定を超えているところで、環境分野における

[1] 本堂毅「コロナ禍での財産制限にかかわる科学的知見の不定性」判例時報 2464 号（2021 年）118 頁。
[2] 本堂・前掲注(1)119 頁
[3] 本堂・前掲注(1)119 頁

予防原則と同様、比例原則の下では許されない自由の制限もやむを得ないものとすべきかどうかが、論点とな」り、憲法論・行政法学から、明確に否という回答がなされる[4]。

したがって、私人の権利・利益の制限は、目的を達成するために必要最小限のものとしなければならない。

その上で、裁判所はもちろんのこと、多くの医師も新型コロナウイルス感染症の感染機序及びマスクの効能効果に関する客観的な知識を持たないため、比較衡量が裸の価値判断で終わる恐れがある。

そこで、以下、感染対策の必要性・合理性と原告の利益とを衡量する際の解像度を高めるため、新型コロナウイルス感染症の感染機序及びマスクの効能効果（「4」）を敷衍した上で、さらに、事件当時の感染症に関する状況（「5」）、原告が健康弱者に対して実質的害悪を引き起こす蓋然性の程度（「6」）、原告がマスクを着用しなかった理由（「7」）及び本件診療拒否の態様（「8」）等を検討しながら、比例原則を踏まえた比較衡量を行う結果、本件診療拒否に必要性・合理性が認められないことについて詳述する。

4 新型コロナウイルス感染症の感染機序及びマスクの効能効果

⑴ 飛沫感染

まず、飛沫感染とは、厚生労働省が定義するとおり、「病原体を含んだ大きな粒子(5 ミクロンより大きい飛沫)が飛散し、他の人の鼻や口の粘膜あるいは結膜に接触することにより発生する。飛沫は咳・くしゃみ・会話

[4] 宍戸常寿「新型コロナウイルス感染症と立憲主義」法律時報 1161 号(2021 年)82-83 頁。

などにより生じ、飛沫は空気中を漂わず、空気中で短距離(1〜2 メートル以内)しか到達しない。」(甲 10・用語の解説)。

すなわち、飛沫感染とは、ウイルスを含む飛沫が他人の口、鼻、目などの露出した粘膜に直接付着して感染することをいう（甲 11・[緊急寄稿] COVID-19 は空気感染対策に注力を)。「飛沫は人に吸入されない」し、「飛沫感染は吸入ではなく、粘膜への付着によって起こる」(甲 11)。このように、飛沫感染とは、空気中に漂うウイルスを吸い込むことによって感染するものではない。また、たとえば、仮に、病原体保有者が他人の顔に向かって咳くしゃみをしたとしても、鼻の外鼻孔は下方向を向いているし、口は会話していなければ閉じているため、飛沫が粘膜に直接付着する可能性は必ずしも高いとはいえない。この、人と人とが相対し、粘膜に直接病原体を付着させることではじめて感染し得るという感染機序は、(マスク着用率 100%の医療機関でもしばしば発生した）いわゆるクラスターを生じさせるものではなく、空気感染に比べて極めて稀有な感染経路といえる（甲 11、甲 12・もう、マスクをやめよう！―危機管理には「適度性」が重要)。

⑵ 空気感染

次に、空気感染とは、いわゆるコロナ禍前からの世界的な医学的知見に合わせて厚生労働省が定義していたとおり、「病原体を含む小さな粒子（5 ミクロン以下の飛沫核）が拡散され、これを吸い込むことによる感染経路を指す。飛沫核は空気中に浮遊するため、この除去には特殊な換気（陰圧室など）とフィルターが必要になる。」(甲 10・用語の説明）というもので

ある。

すなわち、飛沫感染が 5μm[5]より大きい病原体を含んだ大きな粒子が直接粘膜に付着して生じるものであるのに対し、空気感染は、直径 5μm 以下の粒子と空気のランダムな混合系を吸入することで感染したことを空気感染と呼ぶ（甲 11)。インフルエンザウイルスや新型コロナウイルスの粒子の大きさは概ね 0.1μm である。類似の概念に、エアロゾル感染があり、これは、空気感染に飛沫感染をも含む概念である（甲 11)。

なお、東大のマネキン実験や富岳による飛沫シミュレーションなどと呼ばれる一部研究者の報告などでは、従前から厚生労働省に定義されていた空気感染という用語（甲 10）を用いず、エアロゾル感染という表現を、5μm 以下の「マイクロ飛沫」という飛沫感染の一種として印象付けるように用いてきた。飛沫感染とは、5μm より大きい病原体を含んだ粒子が直接粘膜に付着して生じるものであるから（甲 10)、この点、注意して把握する必要がある。

空気感染について、WHO は 2021 年 4 月 30 日に、米国疾病予防管理センター（以下、「CDC」という。）は同年 5 月 7 日に、新型コロナウイルス感染症の感染機序であることを認めた（甲 11)。

そして、2021 年 5 月に医学レビューの世界的権威である Lancet に掲載された総説「SARS-CoV-2 の空気感染を支持する 10 の科学的理由」（Greenhalgh T, et al:lancet. 2021;397(10285) :1603-5）は、空気感染が主要な感染経路であると発表した（甲 11)。同レビューはシステマテ

[5] マイクロメートルと読み 10 の-3 乗 mm、つまり 1mm の 1/1000 の大きさである。ミクロンも同じである。

ィック・レビューと呼ばれるもので、厳密にはメタアナリシスとは異なるが、一般的に、エビデンスレベル[6]はメタアナリシスと同等で最上位とされいる。なお、東大のマネキン実験や富岳による飛沫シミュレーションなどと呼ばれる研究は、ヒトを対象とした臨床試験でないため、動物実験と同じく、エビデンスレベルは最低ランク、正確には、エビデンスレベルの範囲外に位置付けられている（甲 13)。

⑶ マスクの効能効果

では、これら感染機序に対して、マスクの効能効果はどうか。

マスクの目の大きさが概ね5μmで、インフルエンザウイルスや新型コロナウイルスの粒子の大きさが概ね0.1μmである一方、医療用マスク＝サージカルマスク等一部のマスクに用いられているフィルターには、静電気力（クーロン力）により、ブラウン運動といって不規則に動き回るウイルスの粒子を繊維に引きつけ付着させ易くする工夫がなされているため、仮に全面的にフィルターを通した呼吸ができれば、空気感染に対しても一定の感染防止効果がありえ、単純にマスクの目の大きさの問題では

---

6 エビデンスレベルとは、広く医療行為に対する科学的根拠のレベルである。日本の論文であれば「医学中央雑誌（医中誌)」、海外のものであれば「アメリカ国立医学図書館の論文データベース（PubMed)」で主に探すことができる。エビデンスレベルの最上位は、上から、「1a:ランダム化比較試験のメタアナリシス(同じ病態で行った複数の RCT を集めて解析したもの)」、次が「1b:少なくとも一つのランダム化試験(無作為比較試験)」である。

ないことを考慮しても、マスクでろ過されず、マスクの隙間等から漏れて吸入される量の割合である漏れ率の平均は約86％と高く、加えてそもそも全面的にフィルターを通して呼吸することは物理的に不可能であるから（甲14・マスクの品格、甲15・マスクの安全を守る静電気技術）、マスクを着用しても空気感染を防止することはできない。

マスクのろ過率（遮断率）を高めれば高めるほど、空気抵抗の少ないマスクと顔との間の隙間を通るということは流体力学から自明であり(甲 14、15、甲 16・新型コロナウイルスや花粉症でのマスク装着に関する日本エアロゾル学会の見解、甲 25・新型インフルエンザ流行時の日常生活におけるマスク使用の考え方)、他方、マスクと口と鼻の周りをパテで埋めるなどして密着・固定するということは行われないのであるから、マスクはその効能効果を発揮するように着用できる構造となっておらず、空気感染を防止する機能をそもそも有していない。

マスクに関し、2021 年 6 月 16 日に日本産業規格（JIS）が制定されたが、いかなる規格のマスクにも空気感染に対する予防効果は認められておらず、ろ過率の高い N95（規格 JIST9002）と呼ばれるマスク以外はそもそもフィットテストが行われていない（甲 17・新型インフルエンザ流行時の日常生活におけるマスク使用の考え方、甲 18・空気感染とは【新型コロナウイルスなどの感染予防知識】)。N95 は、「医療者が装着する」ことが前提で、かつ、その医療者でも「息苦しさを伴うため継続して正しく着用することは困難」（甲 18）とあるように、ろ過率が高いために漏れを作らなければ呼吸困難となる代物である。フィットテストすら行うことができない

一般人が日常生活で N95 を継続して正しく着用することは不可能である。

医療用・サージカルマスクはもちろんのこと、N95 もあくまで薬機法上医療機器でなく、雑品・雑貨にすぎないのは、フィットテストを行って N95 を正しく着用しても漏れ率が 0%になることはなく、接着剤等で口と鼻の周りを覆うように密着・固定するという使用方法が採用されることがないために、空気感染との関係で、科学的にも法的にも効能効果を謳えないからである。

製造メーカーである大衛株式会社は、サージカルマスクは、「【用途】①手術時に術者の飛沫が患者の術野に入らないようにする ②咳エチケット③飛沫感染予防【環境からの感染の防護】フィルタを通らない空気を吸入するため環境からの感染の防護性は限定的【規格】わが国にはサージカルマスクの国家検定はない。 米国には FDA（食品医薬品局）による検定がある【フィットテストの必要性】不要」（甲 18）とする。

唾液に含まれる細菌が術野に入ると創内で細菌が増殖し、傷が治らないで膿がたまる状態となることがあり、それを防ぐことが医療用マスクの主な用途であるから一番目に挙げられている。フィルタを通らない空気を吸入することが前提となっており、飛沫感染対策効果すら限定的だとしており、だからこそ二番目にはもう「エチケット」という用途が見出されている。フィットテスト不要とされているのは、規格が存在せず、そもそもフィットテストできる形状になっていない（固定性がない）ためである。

そして、マスクには、飛沫感染に限っても、それを防止する効果は必ずしも十分に認められていない（甲 14、15、16、17、18)。飛沫感染の感染

機序、マスクの効能効果を踏まえると、咳くしゃみをする際、下を向くなり、手やハンカチで覆うなど、従来から厚生労働省により推奨されていた「咳エチケット」（甲 17）を実践することで、マスク着用と同程度に飛沫感染を防ぐことができるということが理解できる。マスク着用は、咳エチケットの一貫として推奨されるものであり、強制を正当化できるほどの科学的根拠を有さない。なお、被告は、患者にただマスクの着用を求めるだけで、マスクの規格等の指定は行っておらず、N95 との指定はもちろん、ドラッグストアで一般的に売られている不織布マスクよりろ過率の高い（とはいっても N95 と比較すると優位差はない。）サージカルマスクとの指定も行っていない。ウレタンマスクでも布マスクでも良いという運用であったものと思われ、合理性に疑問がある。

マスク着用に感染防止効果がなかったことは、アメリカにおいて、マスク着用を義務付けた 39 の州とそうでない 11 の州とで、感染率に差が認められなかったことから明らかになっている（甲 19）。国民の 9 割以上が症状の有無にかかわらず日常マスクを着用するというユニバーサルマスキングを実践していた日本において、たとえば 2022 年の 7 月から 10 週連続で感染者数世界一を記録するなど、感染拡大は一向に収まらず、むしろ徹底したユニバーサルマスキングの実践にかかわらず多くの人が感染した結果、漸次収束したというのが現実である。現実からわかることは、新型コロナウイルス感染症が、相対で個別に感染する飛沫感染ではなく、院内クラスターにも見られたようにユニバーサルマスキングによって防げなかった空気感染が主たる感染経路であることを端的に示している。

また、エビデンスに基づく医療において国際的に最高水準であると認められているコクランレビューは、2020年以降のRCT、すなわち、エビデンスレベルが最上位のランダム化比較試験の結果、マスク着用に感染防止効果がないとしている[7]（甲20)。

他方で、オランダの証券取引所に上場しているヴォルタース・クルーワーが運営する医療分野のオープンアクセスであるMedicine®は、2022年2月18日、「The Foegen effect」（フェーゲン効果）との論文を掲載し、マスク着用が感染症の発症・重症化をかえって促す可能性を指摘した(甲21・マスク着用のデメリット『フォーゲン効果』という仮説について)。その他にも種々の弊害が指摘されており（甲12)、それらの弊害は、心肺機能その他個々人の身体的特徴によってもまちまちであることは容易に想像できる。

以上より、マスク着用には、そもそも感染防止効果が科学的に認められていない。少なくとも、事件当時、着用を強制できるほどに感染防止効果に関する科学的根拠が積み上がっていたとはいえない。

5 事件当時の感染症に関する状況

⑴ オミクロン株以降重症化率と死亡率が大幅に低下したこと

世界保健機構（以下、「WHO」という。）は、2021年11月24日、南アフリカからの報告で変異株を確認し、同年11月26日にこれをオミクロン株

[7] なお、同レビューのインパクトは大きく、批判的コメントが相次いだことから、コクラン・ライブラリーの編集長であり、分析に参加していないKarla Soares-Weiser氏は、2023年3月10日、同レビューの要約の表現が「誤解を招く可能性があり、それに対して謝罪する」と述べたが、分析結果について誤りがあったなどとは認めておらず、同レビューの著者らは、同レビューを維持・公開している。

と命名した（甲 22・新型コロナウイルス 新規変異株 オミクロン株について）。WHO の 2022 年 2 月 1 日時点の疫学週報によると、直近 30 日間で登録されたゲノム解析結果 433,223 株のうち 93.3%がオミクロン株であり、デルタ株は 6.7%、その他の株は 0.1%未満と、急速にオミクロン株に置き換わったことがわかっている（甲 22）。そして、オミクロン株以降、重症化率、死亡率が大幅に減少した。

重症者の定義は、新型コロナウイルスにおいて「人工呼吸器を使用、ECMO を使用、ICU 等で治療のいずれかの条件に当てはまる患者」[8]であり、季節性インフルエンザ（以下、「インフルエンザ」という。）において「重症（ICU 利用または人工呼吸器装着）」[9]であるから、ほぼ同じと考えてよい。

国のオープンデータ[10]から全国版で重症化率及び死亡率を計算すると、重症化率は、2021年12月22日から集計が終了する2023年4月25日までの全期間、インフルエンザの全年齢重症化率である（0.03%＋0.37%＋2.17%÷3＝）0.857%を大幅に下回っている（甲23・重症化率、死亡化率に関する厚生労働省オープンデータの集計表）。また、死亡率は、2021年12月15日以降2023年4月25日までの期間、2023/2/15～2023/2/28と、2023/3/8～2023/3/14のわずか3週間を除いて、インフルエンザの全年齢死亡率である0.643%を大幅に下回っている（甲23）。

---

8 『第 6 波における重症化率・致死率について（暫定版）』
https://www.mhlw.go.jp/content/10900000/000929082.pdf

9 『日本の医療データベースから算出された季節性インフルエンザの重症化率』https://www.mhlw.go.jp/content/10900000/000906106.pdf

10 重症者数のオープンデータ：
https://covid19.mhlw.go.jp/public/opendata/severe_cases_detail_weekly.csv
死亡者数のオープンデータ：
https://covid19.mhlw.go.jp/public/opendata/number_of_deaths_daily.csv

新型コロナウイルス感染症は、本件診療拒否の当日、すでにオープンデータの集計が終了し、それ以前からインフルエンザよりも大幅に重症化率と死亡率が下がっており、法的にはインフルエンザと同等としても、客観的にはもはや普通感冒（風邪）と同等と評価することこそ穏当というべき状況であった。

⑵ 5類感染症に位置付けが変更されていたこと

政府は、2022年5月23日変更の新型コロナウイルス感染症対策の基本的対処方針（新型インフルエンザ等対策特別措置法18条）において、新型コロナウイルス感染症対策の実施に関する重要事項として、「本人の意に反してマスクの着脱を無理強いすることにならないよう、丁寧に周知する」と明記した。それを受け、厚生労働省は、同年5月25日、『マスクの着用に関するリーフレットについて(周知)』を公表し、「本人の意に反してマスクの着脱を無理強いすることにならないよう」注意喚起した。

政府は、2023年3月13日以降マスク着用を個人の判断とした（もとよりそれ以前から法的義務ではなく、つまり個人の判断であった。）。そして、同年5月8日以降、新型コロナウイルス感染症を、感染症法上の「新型インフルエンザ等感染症」から「5類感染症」に、その位置付けを変更した。それと同時に、厚生労働省は、同年5月8日以降、患者が発熱や上気道症状を有している又はコロナにり患している若しくはその疑いがあるということのみを理由とした診療の拒否は「正当な事由」に該当しないと通知した（甲24）。

つまり、事件当時、新型コロナウイルス感染症は、法的にインフルエン

ザと同等の扱いとなっていた。そして、無症状でマスク不着用の者よりも感染性が高いはずの感染者ですら、その感染性を理由に診療拒否してはならないと明示されていたのであるから、無症状のマスク不着用者をその感染性ゆえに診療拒否してはならないことは論理必然といえる。なお、我が国においては、医療機関におけるマスク着用義務が法令で定められたことがないという事実も決して軽視されるべきではない。

6 原告が健康弱者に対して実質的害悪を引き起こす蓋然性の程度

⑴ 無症状病原体保有者は感染性が低いこと

発熱、咳、咽頭痛、呼吸苦、全身倦怠感などの新型コロナウイルス感染症の症状のないいわゆる無症状病原体保有者は感染性が低い（甲 25)。無症状病原体保有者ではなく、単なる無症状者であれば感染性は皆無である。原告は、事件当時、無症状であった。したがって、感染性は皆無か、あるいは、原告が仮に無症状病原体保有者であったとしても、感染性は低い。上述した感染機序からしても、原告が健康弱者に対し実質的害悪を引き起こす蓋然性の程度が類型的に高いとはいえない。

⑵ 本件病院内における原告の置かれた状況等

原告は、無症状で、ロビーチェアでひとり診察を待っていた。そこに至るまでも、本件病院の外来棟入口からの動線にはゆとりがあり、事件当時、動線上に人が滞留していた場所はなかったし、他の患者と相対する場面はなく、咳やくしゃみなどの症状がない原告が他の患者の粘膜に飛沫を付着させられる状況にはなかった。

本件診療拒否は、そうした状況で、かつ、すでにデルタ株が終息し、オ

ミクロン株に置き換わってから、重症化率及び死亡率がインフルエンザのそれを大幅に下回り、それ以前からマスク着用により感染を防止できるというエビデンスレベルの認められた科学的根拠が存在しない中、両隣に人がいない状態でひとりロビーチェアに座り、無症状であったために感染性がゼロであるかあるいは低いことがわかっていた、つまり健康弱者に対し実質的害悪を引き起こす蓋然性の程度が類型的に高いとはいえない原告に対して実行されており、合理性が認められるとはいえない。

この点に関し、被告から、仮に診察に応じた場合には、その後に予定されていた診察室までの動線を通過することで、他の患者に感染させる危険があったなどとの反論が考えられるが、事件当時、原告の周囲に他の患者はおらず、当然、特に配慮が求められるがん患者などがそこにいたとも考えられず、また、原告が座っていたロビーチェアから診察室までは数メートルほどの距離しかなく、そこまでの通路はゆとりある設計で、スライド式のドアの向こうにある診察室にて原告が受診する際、他の患者はそこにいない。

本件病院は、発熱外来につき、地下 1 階に専用の救急搬送入口と診察室を設け、診察時間を 9 時 30 分～13 時 00 分に限定し、それ以外の外来と厳格に区別していたのであるから、それ以上に、無症状であった原告が、整形外科の待合スペースにて 14 時をまわってから、周囲に他の患者がいない状況でひとり黙って診察を待つ状態を、必ずしも診療拒否してまで排除すべき害悪と評価すべきではない。したがって、かかる反論は失当である。

7 原告がマスクを着用しない理由

⑴ 好悪や我欲といった言葉の危険性と原告の職業的使命等について

原告は、訴外小野田にも述べたとおり、健康だからマスクを着用しない。このような主観的事項は、たとえば、健康弱者に対して実質的害悪を引き起こす蓋然性の程度などの客観的事項に影響しないため、比較衡量において重視されるものではない。他方で、人権感覚に定見と実践を持たない者は、かかる主観的事項について、単に好悪でマスク着用を拒む暴漢が我欲を押し通しただけであるとの一面的な価値判断を経た上、それを客観的事項にも及ぼすなどして、本件診療拒否が社会通念上相当であると判断する方向に用いることが考えられる。

しかし、原告は、単に好悪で我欲を押し通したのではない。むしろ、逆である。すなわち、原告は、過去、マスク不着用を理由にウェスティンホテル東京から宿泊拒否され、事前にマスクを着用しない旨登録してもらっていた機内でマスク不着用を理由に JAL から強制降機されるなど、同調圧力と全体主義、法の支配と対極にある空気の支配により、その人権を蹂躙され、絶望の日々を過ごしていた。上述のとおり、空気感染を主要な感染経路とする新型コロナウイルス感染症は、マスクの着用で防止することができない。少なくとも、マスクの着用で防止できるという（エビデンスレベルが付される）科学的根拠は見当たらない。そしてわが国ではいかなるシチュエーションにおいてもマスク着用義務が法令で定められていなかった。それにもかかわらず、原告は、ハンセン病元患者宿泊拒否事件の反省も虚しく旅館業法を逸脱した宿泊拒否を受け、事前の合意も虚しく、安

全阻害行為をねつ造され、機内に臨場した警察官の示威のもと搭乗拒否されたのである。

原告は、弁護士であるから、基本的人権を擁護し、社会正義を実現することを職業的使命としているところ（弁護士法 1 条 1 項)、これまで平穏に暮らしていた世界から、マスクを着用しないだけで人として扱われない世界まで一足飛びに変転したことに畏怖しながらも、これほどまで安易に基本的人権が蹂躙される事態を看過するようでは、弁護士としてのアイデンティティが崩壊するにとどまらず、弁護士法 1 条の使命を負う弁護士の資格がないと心得て、上記 2 つの利用拒否事件につき、自ら原告となり、司法判断を仰ぐべく、提訴した。

その後、政府は、ようやく 2023 年 3 月 13 日から、それまでもいかなるシチュエーションにおいても法令で義務付けられていなかった、すなわち、個人の判断事項とされていたマスク着用に関し、改めて個人の判断事項であると、様々な媒体を活用して全国民に周知した。続けて、政府は、同年 5 月 8 日から、新型コロナウイルス感染症を「5 類感染症」に位置付け、インフルエンザと同等の扱いとした。

原告は、今後同じ惨禍を繰り返さないために総括は必須であるとしても、これでようやく、全国的に見られた、マスクの着用強制＝素顔の者の利用拒否という、マスクくらい着ければいいという多数派から科学的根拠の裏付け無くして行われる一面的な価値の押し付けによって少数者の人権が軽々しく蹂躙されてきた悲劇が雲散霧消すると安堵していたところ、本件診療拒否に遭ったのである。

このような経緯で、原告がマスクを着用しないのは、好悪ではないし我欲ではない。そもそも好悪も我欲もすでにひとつの価値判断を経た主観的な評価であって、それらの用語は極めて慎重に使用されなければならない。むしろ、原告は、マスクの着用強制問題が、マスクくらい着用すればよいという多数派の価値判断に依拠するという構造上、少数者への苛烈な人権侵害になっていることに照らし、それに対する問題提起が人権擁護の一丁目一番地であると確信した上で、発熱、咳、咽頭痛、呼吸苦、全身倦怠感などの新型コロナウイルス感染症の症状を呈していない個人が、意に反してマスクの着用を強制されることは許されないという正義を実践すべく、マスクを着用しないのである。

本件診療拒否で侵害された原告の権利・利益は、「マスク不着用（のみ）を理由に（正当事由なく）診療を拒否されない権利」であるが、原告は、マスク着脱に関する自己決定権、行動の自由（憲法 13 条）の侵害という側面があることをも重視している。

⑵ 健康上の理由に関して

別の観点から説明すると、原告がマスクを着用しないのは、健康上の理由ともいえる。すなわち、マスク着用の弊害を無視し、主要な感染経路である空気感染を防止できないというマスクの効能効果とそれに関するエビデンスレベルの高い研究には目を瞑るだけでなく、リスク計算やコストベネフィットをないがしろにして、オープンデータ等の現実すら考慮せずに、マスク原理主義ともいうべき（マスクを着用してさえいれば、感染者であっても事実上制限なく行動できる。）、マスク着用による飛沫感染対策

だけに固執する様相は、それを論理必然と捉えていない少数者にとって脅威である。

原告にとって、合理的根拠の認められないマスクの着用を、少なくとも、意に反して強制されることは、まさに踏み絵と同じであって、相当の精神的苦痛を生じさせる。仮に、この踏み絵を現実に強制されるとなれば、心因的な疾患が生じる蓋然性が高く、現に、原告は、ウェスティンホテル東京から宿泊拒否された後、診療クリニックを受診している。疾患には、器質的に把握しやすいものから、外因性、心因性、内因性の疾患と様々あり、健常と精神疾患との間は、グラデーション、つまりスペクトラム(連続体)＝地続きというのが一般的な医学的知見である（甲 26)。

この点に関し、WHO は、WHO 憲章にて、健康を、「健康とは、肉体的、精神的及び社会的に完全に良好な状態であり、単に疾病又は病弱の存在しないことではない。[11]」と定義している。同憲章には、「到達しうる最高基準の健康を享有することは、人種、宗教、政治的信念又は経済的若しくは社会的条件の差別なしに万人の有する基本的権利の一つである。」とも謳われている。

このように、原告が健康だからマスクを着用しないというのは、れっきとした健康上の理由である。なお、健康上の理由とは、例外事由として認めることが合理的である場合の一例を示そうとする概念にすぎず、本質的なことは、上述したことから、原告がマスクを着用しなかった理由には、例外として包摂すべき合理性が認められるということである。

[11] Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity

この原告がマスクを着用しない理由をして、本件診療拒否の正当事由が肯定される方向に用いられてはならない。

8 本件診療拒否の態様

原告は、本件病院における初診時、マスクを着用しないで診療を受けた。その後、2023 年 4 月 25 日に、新型コロナウイルス感染症の重症化率と死亡率の集計が終了し、同年 5 月 8 日に新型コロナウイルス感染症が 5 類感染症に移行したにもかかわらず、被告は、かえって同年 5 月 28 日から本件掲示を開始し、2023 年 8 月 30 日に本件診療拒否を実行した。

たしかに、政府は、5 類感染症に移行後も、引き続き、医療機関を受診する際マスク着用を推奨はしていたし、事業者の判断でマスク着用を求めることを否定してはいなかったが、あくまでマスク着用は個人の判断事項としていた。しかし、被告が予約の際にマスク着用義務を説明していなかったこと、及び本件病院の HP や本件掲示においても診療を受けられる要件について明らかにしていなかったことを踏まえると、政府が医療機関でのマスク着用を推奨していた（推奨するにとどめていた）ことと、原告のマスク着用義務は、論理必然ではない。

マスク不着用者を一律に診療拒否することは違法であるから、被告は、運用レベルでマスク不着用でも診療を受けられる例外事由について補完しなければならなかったが、訴外小野田は、原告が「健康だからです。」と答えると（「7 原告がマスクを着用しない理由」で述べたとおり、それは合理的な理由である。）、それ以上に、マスク不着用でも診療が受けられる例外事由について説明し、合理的な理由の有無を確認・把握しようとする

ことなく、本件診療拒否に及んだ。

訴外小野田が、健康だから着けないという原告の言葉の意味を一度も確かめることもなく、性急に診療拒否という結論に導いたことは、事実上例外事由を認めない運用に等しい。

9 総合判断の結果

「4 新型コロナウイルス感染症の感染機序及びマスクの効能効果」で述べたとおり、空気感染が主要な感染経路であること、それに対して、マスク着用が効果を発揮しないことが、それぞれエビデンスレベルが最上位の科学的根拠によって示されており、「5 事件当時の感染症に関する状況」で述べたとおり、事件当時、すでにデルタ株が終息し、オミクロン株に置き換わって、重症化率及び死亡率がインフルエンザのそれを大幅に下回っていることがオープンデータから明らかになっており、さらに、政府が「本人の意に反してマスクの着脱を無理強いすることにならないよう、丁寧に周知する」にとどまらず、2023 年 3 月 13 日からマスク着用は個人の判断事項である旨重ねて周知されていた上、原告が本件病院で 2023 年 4 月 10 日にマスク不着用で初診を受けた後、同年 4 月 25 日に、新型コロナウイルス感染症の重症化率と死亡率の集計が終了し、さらには、新型コロナウイルス感染症が 5 類感染症に位置付けられた 2023 年 5 月 8 日以降、厚生労働省は、患者が発熱や上気道症状を有し又はコロナにり患していることのみを理由とした診療の拒否は「正当な事由」に該当しないと通知していたことを踏まえると、遅くとも新型コロナウイルス感染症が、感染症法上の「新型インフルエンザ等感染症」から「5 類感染症」に、その位置付け

が変更された 2023 年 5 月 8 日以降においては、マスク不着用のみを理由とした診療拒否は許されないというべきである。発熱や上気道症状を有している又はコロナにり患している若しくはその疑いがある者の方が、無症状でマスクを着用していない者よりも、健康弱者に対して実質的害悪を引き起こす蓋然性の程度が高いといえるからである。

加えて、「6 原告が健康弱者に対して実質的害悪を引き起こす蓋然性の程度」が高くないこと、及び「7 原告がマスクを着用しない理由」に合理性が認められることをも踏まえると、2023 年 8 月 30 日の時点で、無症状であったために感染性がゼロであるかあるいは低いことがわかっていた原告が、周囲に他の患者がいない状況でひとり診察を待っていただけで、「8 本件診療拒否の態様」で述べたように事実上例外を認めずに本件診察拒否を行うことには、およそ必要性・合理性が認められない。

なお念のため、「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」したかという基準に当てはめると、まず、「迷惑行為」という文言の通常の理解に照らしても、事件当時においては、マスク着用のお願いを拒否することそれ自体が直ちに迷惑行為に該当するとは考えられない。

さらに、厚生労働省が通知しているとおり、2023 年 5 月 8 日以降、患者が発熱や上気道症状を有している又はコロナにり患している若しくはその疑いがあるということのみを理由とした診療の拒否は「正当な事由」に該当しない（甲 24)。感染性が確認された者をそのことで診療拒否してはならないのに、感染性が確認されていない者を、感染防止効果を謳えば薬機法違反となるマスクという雑貨を着用しないことを理由に診療拒否で

きるというのでは、本末転倒である。

そして、大前提として、原告は、再診の日を今か今かと待ち望んでいたほど患部の痛みに苦しんでおり、また、「10 損害」で後述する事情により、事件当日、診療を受ける高度の必要性・緊急性があり、患者保護の要請が高く認められるべき立場にあった。

これらを総合すると、被告の感染対策の必要性・合理性が不十分であるのに対し、原告という患者保護の要請、「マスク不着用（のみ）を理由に（正当事由なく）診療を拒否されない権利」が後退する事情は認められないことから、本件診療拒否は、到底必要最小限といえず、社会通念上の相当性が認められないといえ、不法行為法上違法である。

念のため、本件通知に沿っても検討すると、以上の次第であるから、原告がマスクの着用を拒否することが「迷惑行為」に該当するとはいえないし、仮に、形式上「迷惑行為」に該当するという解釈をしても、そのことで信頼関係が喪失したとはいえない。

この点に関し、医学に対する心構えとして、「病気を見るのではなく人を見ろ」ということが言われる。どんな病状であれ、患者にはその人の生活があり人生があり価値観があり精神がある。医療の世界では、人を、身体や精神などの一側面からのみ見るのではなく、人格や社会的立場なども含めた総合的な観点から取り扱うことを全人的医療と呼ぶ。患者とコミュニケーションをとることすらなく、一方的に「迷惑行為」だと論難し、信頼関係喪失を理由とした診療拒否を正当化することは、憲法上の要請である社会保障及び公衆衛生の前提となる診察治療が医師の独占業務とされ

ている以上、原則診療拒否を認めないとすることで社会保障及び公衆衛生の向上・増進を図ろうとする医師法 19 条 1 項の趣旨に照らし、許されないというべきである。

なお、本件通知には、例として、「診療内容そのものと関係ないクレーム等を繰り返し続ける等」というケースが挙げられているが、マスク着用を拒否することは、文言上、形式的にすら「クレーム等を繰り返し続ける」に該当しないし、実質的にも、原告は、「お願い」されたマスクの着用を拒否しただけで、それ以外に何もしておらず、また、上述したことから、いずれにしても「迷惑行為」も信頼関係の喪失も認められない。

10 損害

そうすると、本件診療拒否に正当事由は認められないため、裁判例に従うと、被告は損害賠償責任を負う。まず、正当事由なくして診療拒否された者に精神的損害がまったく生じないということは考えられない。その上で、原告に生じた精神的損害について具体的に論じる。

原告は、弁護士であり、業務内容の大半がタイピングである。訴状等の作成に加えて、顧客とのメールのやり取りなど、日々長時間のタイピングを行う。とりわけ、本件診療拒否に遭った当時、原告は、上述のウェスティンホテル東京宿泊拒否事件及び JAL 強制降機事件の準備書面の作成を行なっている時期で、質量共に相当のものが要求されていた中、元呉市議会議員の谷本誠一氏が AIR DO の航空機から強制降機された事件で一審敗訴を予想した谷本氏から事前に受任し、判決日の 2023 年 8 月 29 日に同氏に付き添い広島地裁で判決を聞き、その後記者会見に同席するなど(甲 27)、

躍動感のある仕事も求められる一方、日浦市郎棋士がマスクから鼻が露出していたことで反則負けにさせられた件で日本将棋連盟を提訴する件（甲28）のみならず、被告に日本を代表するような上場企業を含む、マスク不着用に絡めた懲戒処分その他不利益処分に関する困難な事案の訴訟活動を同時に受任していたことから、本訴状と同程度の質量を有する書面の作成に追われるなど、その弁護士キャリアの中でもっとも多忙で、肉体的・精神的に過酷な状況に置かれていた。

原告は、いわゆる一人事務所の弁護士で、このように少数者の人権が問題となる事件の着手金は構造的に高額を請求できないことから、限られたリソースと身体ひとつで何とか対応していた。右手小指はエンターキーに使うなど多用するため、同箇所の違和感と痛みは、とりわけ、相当の質量が要求される書面作成業務を多数抱え、必然、長時間のタイピングを要求されていた当時の時期的状況においては、なおさら、原告の肉体と精神に相当堪えるものであった。

原告は、本件病院で再診を受けることで、自身の置かれている状況が少しでも改善するのではないかと期待しており、その意味でも、原告の病状は診療の緊急を要した。原告は、PIP 関節脱臼骨折が、手指の関節の骨折の中で最も治療が困難とされていることから、再診の際、手術の必要性等についても相談したいとも考えていた。

公的医療保険に加入し、保険料を納めている原告のかかる望みは尊重されて然るべきである。しかし、原告は、本件診療拒否により、当日、適切な処置がなし得たのか否かも不明なまま、ただ、自宅から本件病院を往復

しただけの、情けない、無為な時間を過ごした。

その後も、原告は、2ヶ月半ほど違和感と痛みが続き、その間、山積する書面作成業務に困難し、肉体的精神的に酷く疲弊した。また、原告は、それ以前から、フィジークと呼ばれるボディビルディングの大会に出場するため日々本格的にウエイトトレーニングを行い、同時に、2024年に開催予定の全国法曹バスケ大会と呼ばれるイベントに出場するため、バスケットボールの練習を予定していたが、右手小指の状態が悪いことから、トレーニングに関しては極力患部を庇う形で現在も制限され、バスケットボールの練習はその間行えなかった。

全国法曹バスケ大会は、弁護士が中心であるものの、裁判官、検事の参加も可能な法曹三者のイベントである。裁判所関係者も参加実績がある。一人事務所の原告にとっては、他の弁護士と交流し、単にバスケットボールをプレイするだけでなく、一緒に汗を流すことで、その後、それぞれの専門分野の知見や業務上有益な情報を交換できる関係性を構築することに意義があり、だからこそ積極的に参加していた。単なる遊興の際に怪我をしたわけではない。また、原告は、「筋肉弁護士」と自称するほどストイックにウエイトトレーニングに励んでおり、健康的な食生活とともにこれを継続することで人生がより豊かなものになるということを顧客に向けても発信するなど、単なる趣味の領域を超えて、トレーニングと向き合っている。業務への直接的な影響が主たる苦痛の原因であったが、ウエイトトレーニングやバスケットボールにも影響した点は、原告にとって軽視できない苦痛となった。

原告は、東京女子医大病院を受診しようとも考えたが、同病院は HP にて本件掲示とは異なりマスク着用義務を明記していたため、断念した。原告は、本件診療拒否にて、間接的に、マスク着脱に関する自己決定権、行動の自由(憲法 13 条)をも侵害されたと考えており、診療を受けるために、自らそれを放棄することは到底できなかった。原告は、もはや大病院で専門的な治療を受けることは断念せざるを得なかった。

原告は、現在、右手小指に痛みこそないものの、その形状は変形・固定してしまっており（甲 29)、運動時は余計に気を遣い、決して万全のパフォーマンスとはいえない状態でやりくりをし、日常生活では、常に、残りの 9 本の指にはない違和感を右手小指に感じ、無視できないストレスとなっている。再診を受けられていれば、適時に手術の必要性の判断を受けられた可能性があるなど、そうでなくとも、専門医の知見により、変形の程度や違和感に有意な影響を与えられた可能性が否定できない。

以上より、原告が受けた心痛は甚大であり、原告は、被告から、少なくとも金 10 万円の慰謝料の支払いを受けることでしか回復されない精神的損害を負ったといえる。

11 診療を受ける権利の侵害及び故意過失

我が国では、いわゆる国民皆保険制度が採用され、原告も公的医療保険に加入し、保険料を納めている。原告は、本件診療拒否により、「マスク不着用（のみ）を理由に（正当事由なく）診療を拒否されない権利」を侵害された。かかる権利・利益は、医師法 19 条 1 項を根拠とするが、それに加えて、後述するように原告被告間には診療契約が成立しているため、信

義誠実の原則（民法 1 条 2 項）によっても保障され、また、マスクの着用を強制されないという自己決定権及び行動の自由(憲法 13 条)からも間接的に補強されている。

訴外小野田は、事務部医事経理ユニットのチーフとして、本件病院を代表して、原告に診療拒否する旨を告げているが、その職責上、医師法 19 条 1 項の存在を明確に認識していたにもかかわらず、原告がマスクの着用を拒否したことが診療拒否の理由であると明言しているから、本件診療拒否を故意に実行したといえる。また、上述のとおり、本件診療拒否には正当事由が認められないため、訴外小野田には、（一応の推定を超えて）過失が認められる。診療義務の趣旨に照らすと、正当事由なき診療拒否は、重大な過失によってなされたというべきである。

そして、訴外小野田は、被告と雇用契約を締結した事務部医事経理ユニットのチーフとしての立場ゆえに、法人格の認められる被告という組織・団体の構成員ないしその使者である。したがって、その権利侵害行為及び故意過失は、本件病院のそれと同視でき、被告が実行した本件診療拒否につき、被告に故意過失が認められる。

したがって、被告は、原告の「法律上保護される利益を侵害」したといえ、「故意」が認められ、少なくとも故意に比肩する重大な「過失」が認められる（民法 709 条)。なお、被告には、使用者責任も成立するが、本件通知及び本件裁判例が病院自体の診療義務を認めていることから、上記の構成が素直である。

以上より、被告には、不法行為責任が成立する。

第 5 債務不履行責任について

1 診療契約の成立

本件では、原告が 2023 年 8 月 7 日に電話で再診の予約をとった際、原告と本件病院を運営する被告との間で、同年 8 月 30 日の 14 時から整形外科にて初診の際診療記録に記載された右手小指の PIP 関節脱臼骨折に関して担当医が再診を行うという内容の準委任契約である診療契約（以下、「本件診療契約」という。）が成立した。本件診療契約成立時点で、マスクを着用しなければ診療拒否する旨の説明はなされなかったため、マスク着用義務は、本件診療契約の内容に組み入れられていない。

診療契約は、患者が診察の申込みをし、医師が診察を開始したときに成立するといわれることがあるが、そのように解すべき理由は見当たらない。契約は、申し込みと承諾により成立する。事前に予約して合意した日時に患者が来院したとき、まだ診療契約は成立していないから、担当医は不在で診られないという言い分がまかり通り、事前の合意が契約内容としてまったく保護されないのかというと、否である。

なるほど、健康保険証の提示があってはじめて診療内容が「保険」診療のレベルまで具体化、特定されるという一方で、そのことは診療契約のそれ自体の有効要件ではないし、診療契約の本質的要素でもないから、再診の場合にも健康保険証の提示が必要であるという運用は結論を左右しない。とりわけ、原告は、少なくとも、初診時に診療申込を終え、健康保険証を提示し、被保険者としての情報は前提にされており、電話予約した再

診においては同一の患者の診療であることが特定されていた。原告は、本件診療拒否時点で被保険者としての資格を喪失するなど当該情報に変更はなかった。患者が被保険者としての資格を失っている場合、医療機関が社会保険診療報酬支払基金を通じて保険者である健康保険組合に請求する診療報酬の回収リスクを負うことになるが、その場合、患者の診療報酬支払義務が問題となることは別論、遡ってすでに成立した診療契約の成否に影響しない。

2 損害その他

原告被告間で本件診療契約が成立し、本件診療拒否は「債務の本旨に従った履行をしないとき」（民法 415 条 1 項）といえ、不法行為責任について論じた内容から、「社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものである」（民法 415 条 1 項）ということもできない。

たしかに、本件診療契約は準委任契約であるから、「いつでも…解除…できる」（民法 651 条 1 項）が、診療義務を定めた医師法の規定の趣旨に照らし、「正当な事由」がある場合に限られるという形で、同項による解除権の行使は制限されていると解されるところ、上述のとおり正当事由は認められないため、同項による解除も認められない。

以上より、被告には債務不履行責任が成立し、損害は不法行為責任と同額である。

第 6 被告国の国家賠償責任

被告国の厚生労働大臣は、「医事に関し犯罪又は不正の行為のあった」

（医師法 4 条 4 号）など、医師法「第四条各号のいずれかに該当し、又は医師としての品位を損するような行為のあったときは」、戒告等の処分を行うことができる（医師法 7 条 1 項)。また、厚生労働省は、医政局地域医療計画課医療安全推進・医務指導室を置き、医療安全の確保等の医療政策を所掌している。さらに、医療機関の監視を行う国家公務員である「医療監視員に関し必要な事項は、厚生労働省令でこれを定める。」(医療法 26 条 2 項)。そして、厚生労働省は、本件通知を発出し、全国の医療機関に診療義務の内容について周知している。

このように、被告国の厚生労働省は、医療機関に対して、監督権限を有しており、その地位に基づき、診療義務に関する「医療機関の責務」（甲 8）として、診療義務違反についての行政解釈を本件通知により示している。

厚生労働省は、100 万人以上のフォロワーを有する X（旧 Twitter）の公式アカウントを運用し、日々国民との対話に努めている（甲 30)。病院でのマスク着用強制＝マスク不着用者の診療拒否は、本件病院以外にも全国のあらゆる病院でなされている。そして、そのことは X のメンション機能により厚生労働省に直接多数報告されている（甲 31、)。したがって、厚生労働省は、マスク不着用者の診療拒否の実態を把握していたといえる。

5 類移行後においてもマスク不着用者の診療拒否に関して大量のメンション入りポストがなされていることを踏まえると、2023 年 5 月 8 日以降、遅くとも 2023 年 8 月 29 日までには、厚生労働省医政局長から、マスクの不着用は診療拒否の「正当な事由」(医師法 19 条 1 項）に当たらない旨の

通知を発出するなどして、全国的に放置されている違法状態を是正しなければならない注意義務があるといえ、また、違法状態を是正するためにそのような通知を発出することに些かの困難も認められない。

被告国が上記注意義務を果たしていれば、原告に本件診療拒否による損害が生じることはなかった。被告国は、かかる違法状態を漫然と放置し、「公権力の行使に当たる公務員」たる当時の厚生労働省医政局長が医政という「職務を行うについて」「故意又は過失」によって原告に対し不作為による不法行為を行なったといえる。その結果、原告に上述の損害が発生した。したがって、被告国は、国家賠償責任を負う（国家賠償法 1 条）。

上記被告の不法行為と被告国の不作為による不法行為は、一当事者が適正な行動をとっていれば防げたという点でそれぞれ密接な関連共同性が認められ、被告国は共同不法行為責任を負う（民法 719 条）。

第 7 結語

よって、原告は、被告に対し、不法行為責任（民法 709 条）と債務不履行責任（同法 415 条 1 項）にそれぞれ基づき、被告国に対しては、国家賠償責任（国家賠償法 1 条）としての被告との共同不法行為責任（民法 719 条）に基づき、被告らに、連帯して、金 10 万円の支払いを求める。

以上

証拠方法

証拠説明書記載のとおり

付属書類

1 訴状副本

2 甲号証写し

3 証拠説明書

以上