

「国民生活研究」第 59 卷第 2 号 (2019 年 12 月)

【特集】医療と消費者～コミュニケーションの重要性～

【論文】

## 「医療契約」の法的特性と説明義務の意義 ——自己決定の支援と抑制の構造

村山 淳子\*

- 
- 1 序論——本稿の問題意識と目的
  - 2 患者の人間像の考察——医師患者関係の解釈の出発点として
  - 3 「医療契約」の法的特性——2つの憲法上の価値を内包する契約
  - 4 医師の説明義務の意義——自己決定の支援と抑制の構造
  - 5 結論——本稿の成果と射程
- 

### 1 序論——本稿の問題意識と目的

#### (1) 本稿の問題意識

医療において、患者の意思決定（自己決定）が重要であること、そしてその前提には、医療者と患者のコミュニケーションが必要であることを、否定する者は、いまやいない。そしてそこにおいて、医師の説明義務が大きな役割を果たしていることは、疑うべくもないことである。

しかし、この医師の説明義務は、長いこと、医事法の主要テーマの1つでありながら、その内在的な、法学的意味に則した究明がおこなわれてこなかった。

このことは、医師と患者の法的関係が、訴訟における証明分配といった華やかな外在的論争<sup>1)</sup>の下にあって、真に問われるべき意味内容の究明がおこなわれてこなかったことと、深く関係している。このような医師患者関係に対する内在的理解の不足が、そこにおける法規範の解釈の深化を阻んだ一面があるのである。

---

\*むらやま じゅんこ 西南学院大学法学部 教授

## (2) 本稿の目的

本稿は、かかる問題意識に立ち<sup>2)</sup>、医師と患者の法的関係を、契約法的アプローチから、その法学的意味に則して、内在的にあきらかにし、その成果との対応関係において、そこにおける医師の説明義務の法学的意味とそれに則した内容を詳らかにすることを目的とする。

医師患者関係の考察にあたっては、契約法的アプローチでも、不法行為法的アプローチでも、結論として、到達する価値判断に大差はない<sup>3)</sup>。本稿では、従来不法行為法的アプローチから研究されることの多かったこの問題に、あえて契約法的アプローチからの論考を挑むことで、他の非対称な法律関係に関する研究との比較の俎上にあげられるような研究成果をあげることを意図している（そして、本稿の研究成果は、不法行為法的アプローチからの解釈論に、やがて反映されてゆくだろう）。

医師（医療者）の説明義務というテーマは、全体像を俯瞰するならば、法学以外の、生命倫理・哲学・介護・福祉など多領域におよぶ学際的課題である。本稿では、そのことを認識し、他領域の研究業績にも素材を拡げ、それを力として、法学的研究の進展につとめたい<sup>4)</sup>。

## 2 患者の人間像の考察——医師患者関係の解釈の出発点として

### (1) 解釈の出発点としての患者の人間像

非対称な法律関係の解釈や立法は、そこにおいて保護すべき劣位者の具体的な人間像の実態によって主に基礎づけられる<sup>5)</sup>。したがって、医師患者関係を考察する出発点としては、患者の人間像の克明な描出こそふさわしい（この点では、不法行為法的アプローチであれ、契約法的アプローチであれ、同じである）。

かつての「お任せ医療」が前提とした、「先生にお任せします」というタイプの患者像が、克服の対象であることは、いまや異論のないところである。本稿で取り扱うのは、その次の段階にあたる患者像である。

今日、本テーマの関係領域において、患者像は、以下(2)(3)で各々叙述する対極的な2つの人間像のあいだで認識されている。現実の患者は、この対極的な2つの人間像のあいだで、多彩かつ流動的な個人差や状況差をもって、揺れ動く、いずれとも言い切れぬ不確かな存在である。

### (2) 強く、賢く、自律的な患者像の志向と限界

まず第1に、いわば「強く、賢く、自律的な」とでもいえる患者像がある（もともと、最小限の支援は必要としているのだから、民法学が前提とする人間像とは異なっている）。

この患者像は、かつて権威的医療を批判し、患者の自己決定権を叫んで、インフォームド・コンセント論<sup>6)</sup>が誘った<sup>7)</sup>患者像である。いまや限界が認識されている患者像であるが、それでも、原則であって、これを理想像として志向することを止めてはいけない。

この患者は、自身の身体や生に関し、あらかじめ自律的に形成された自らのしっかりし

た価値をもち<sup>8)</sup>、常に理性的であって感情に流されず、ものごとを熟慮し、それにしたがって判断し行動することができ、そうすることに自覚的・積極的である。自己決定の条件さえ整えば——つまり、誰からも何からも統制を受けずに自由であって、自己決定に必要な情報を得ることさえできれば——医療において、成熟した自己決定ができるし、またそうしようとする。ここでの自己決定は、自己責任を問うことができる。

### (3) 人間にとって本質的な苦悩を抱く生身の患者像

そして第 2 に、その対極にある人間像として、現実の人間の弱さをもつ、いわば「生身の」患者像が存在する。

この人間像は、とくに判断能力の不十分な患者を対象とした医療や、倫理問題を含む医療に関して、第 1 の患者像の限界が認識され、包括的な支援や特別なケアを要するという、より進んだ認識の下で提唱された。人というものの本来的な性質に加えて、患者は傷病ないし死にすら直面する過酷な状況下で、人間的な苦悩に苛まれていることが、この患者像の前提とする認識である。

この患者は、十分な情報を与えられ、他から統制を受けなくとも、必ずしも理性的にふるまうことはできないか、あるいはそうしようとしぬ。ある者は意思決定をしようせず(またはそれを嫌い)、ある者は価値において一貫性のない選択をし、ある者は非理性的で感情に流されやすく、またときに、ある者は自らの身体・生命を傷つけたり危殆化させるようなふるまいや選択をすることさえある(この最後の点が、後述する医療契約の内容規制、そして患者の自己決定を抑制する機能をもつ医師の説明義務を基礎づけてゆく)。

### (4) 小括——2つの患者像の存在を出発点として

いまや多くの論者は、理想的な強い患者像と、人間的な弱さをもつ現実の患者像という、対極にある2つの人間像の存在をいずれも認識している。民法研究者を中心に、第1の患者像に傾倒を示す者がある一方で<sup>9)</sup>、医事法・生命倫理・哲学・介護・福祉などの諸領域におけるように、第2の患者像をありのままにみとめ、その支援や保護に心を砕く者もいる<sup>10)</sup>(これは、研究者としてのスタンスや研究アプローチの違いである)。

向かうべき理想像として第1の患者像(つまりは、それを前提とした理想の医療)の価値をみとめることを止めてはならない。しかし、生身の、具体的患者の状況ごと個人ごとに生ずる諸種の必要への応接を切り捨ててはならない。

このような対極にある2つの人間像の存在を、いずれとも認識することを出発点とし、つまりは複合的に、医師と患者の法的関係、そしてなにかんづく、医療契約の法的特性と、そこにおける医師の説明義務の意義と内容を考察しなければならないのである。

## 3 「医療契約」の法的特性——2つの憲法上の価値を内包する契約<sup>11)</sup>

### (1) 憲法上の価値を内包する契約

医療契約の法的特性は、多様に存在し拡大を続ける憲法上の人権の中でも、とりわけ歴

史的に裏打ちされ中核的な、自己決定権と生命・身体権という、相対峙する 2 つの憲法上の価値を内包するという点に求められる。医療契約では、医療債務（医療契約）内容の確定過程において繰り返される当事者合意とその実質化、および医療契約内容の規制が、いずれも、医療契約に内包される 2 つの憲法上の価値の保護の要請により、基礎づけられるのである。

以下、医療契約に内包される 2 つの憲法上の価値の保護の要請から基礎づけられる、医療契約内容の確定過程における当事者合意とその実質化、および医療契約の内容規制——一言でいえば、医療契約における患者の保護法益と保護の手法の構造をあきらかにしよう。

## (2) 患者の自己決定権<sup>12)</sup>の保護の要請が基礎づけるもの——医療契約内容の確定過程における当事者合意とその実質化

本項目では、患者の自己決定権とは何かをあきらかにしたうえで (a)、その保護の要請が基礎づけるところの、医療債務（つまりは医療契約）内容の確定過程における当事者合意とその実質化について (b、c) 考察する。

### (a) 患者の自己決定権とは何か<sup>13)</sup>——身体処分に関する利益（＝違法性阻却構成説、治療傷害説に対応）か、人格の自由に関する利益（＝注意義務構成説、治療非傷害説に対応）か

憲法学上、自己決定権は、同法 13 条の保障する個人の尊重もしくはそれをふまえた幸福追求権に包括される基本的人権とされる。しかし、その保障内容について、学説は多岐にわたり、人格的利益説<sup>14)</sup>と一般的行為自由（一般的自由権）説<sup>15)</sup>とに大別される。もっとも、この論争は、本稿に直接的な影響を与えるものではない（このレベルで限定的に捉えても、無限定に捉えても、いずれにせよ、医療における患者の自己決定権は含まれる）。

そこで、憲法学上の上記論争はひとまず措き、患者の自己決定権の保障内容をあきらかにしよう。この点をめぐる学説の対立は、①説明義務の法的性格（あるいは、説明と同意の関係）をめぐる学説の対立、および②（主に刑法学で展開された）専断的医療行為の法的評価をめぐる学説の対立と対応関係にある。以下、第 1 説と第 2 説に分けて整理しよう。

第 1 説は、患者の自己決定権の保障内容を身体利益の処分権<sup>16)</sup>、または身体の一体性（bodily integrity）を基礎においた自己決定権<sup>17)</sup>とする立場である。第 1 説の立場をとるならば、医師の説明は医療行為の違法性を阻却する同意の有効要件であり、その不履行は患者の同意を無効にする（①における違法性阻却構成説に対応）。そして、同意なき専断的医療行為は、刑法上、身体侵害（罪）であると評価される（②における治療傷害説に対応）。

第 2 説は、患者の自己決定権の保障内容を意思決定の自由、自己実現に対する権利、自己の運命について決定する権利<sup>18)</sup>、あるいは人格権<sup>19)</sup>といった、人格にかかわる抽象的で包括的な自由権と捉える立場である。第 2 説の立場によるならば、説明は同意の有効性の問題と一応切り離された医師の注意義務であって（①における注意義務構成説に対応）、同意なき専断的医療行為は、刑法上、身体侵害（罪）を構成せず、無罪か、せいぜい自由侵害（罪）に該当するととどまる（②における治療非傷害説に対応）。

民法学説<sup>20)</sup> および（明確な理論構成は示されぬながら）裁判例は、一般的には、第 2 説

の立場をとるとされる<sup>21)</sup> (もっとも、このテーマについてふみこんだ考察を行う民法学説は、第 1 説と第 2 説を区別したうえで、段階的ないし併存的な捉え方をしている<sup>22)</sup>。

#### (b) 医療契約内容を確定する合意の構造

このような患者の自己決定権は、不法行為法的アプローチをとるならば、端的に、不法行為法上の保護法益と位置づけられる。しかし、契約法的アプローチをとると<sup>23)</sup>、患者の自己決定権は、医療契約内容の確定過程における患者の主體的関与と表現できる、より行為規範的な文脈の中でかたられることになる。

医療契約において、医療債務の内容 (つまりは医療契約の内容) は、契約締結当時の抽象的・概括的・枠組的な合意<sup>24)</sup> を出発点に、実際の医療の経過と当事者の経時的交渉のなかで、医師の裁量と患者の自己決定が複合的に絡み合い、日々刻々と流動的に変化しながら、具体的に<sup>25)</sup> 確定されてゆく<sup>26)</sup>。すべての契約内容が確定するのは、契約終了時、あるいは患者の死後にまで及ぶ、契約の効力消滅時であるといつてよい<sup>27)</sup>。

このような医療契約内容の確定過程において、随所におよぶ当事者合意を<sup>28)</sup> ——その実質的確保の基盤ないし手続の整備をも含めて——要請するのが、患者の自己決定権である。

(患者の自己決定権の保障内容について第 1 説をとるのであれば、第 2 説をとるのであれば) すくなくとも最大公約数として、医的侵襲に先立っては、医療契約の締結合意とは別個独立に、患者の同意をたしかめること (同意取得義務を独立に認める学説もある<sup>29)</sup>) が必要不可欠として求められる。この手続を特約によって排除することは許されない<sup>30)</sup>。さらに、第 2 説によるならば、(立ち入った考察をする多くの民法学説によれば) これに上乘せして<sup>31)</sup>、多くの機縁と事柄において、すくなくとも患者に自己決定の機会が与えられなければならない。

そして、かかる自己決定において、患者の自己決定を実質的に確保するための基盤ないし手続として、医師の説明義務を整備することが要請されるのである (後述 4 を参照されたい)。わが国では、医療契約の内容確定過程における患者の自己決定とその実質化という要請は、医師の説明義務という形をとって一体的に実現される。

#### (c) 患者の自己決定の領分について

医療契約内容の確定過程における内容決定因子は、医師の裁量<sup>32)</sup> と患者の自己決定<sup>33)</sup> であり、両者は相対する関係にある<sup>34)</sup>。2 つの内容決定因子の振り分けに関して、裁判例・学説の状況からは、以下のような基準ならびに具体的該当事項を抽出することができる<sup>35)</sup>。①まず、医学的な専門的判断に依存する事項は、基本的に、医師の裁量に属している<sup>36)</sup>。これは具体的には、診断法・療法の選択 (ただし後出②に該当する場合は除く)、療法の実施方法・時期・限度などである。

②これに対して、身体に対する医的侵襲の諾否に関しては、絶対的に、患者の自己決定を要する。さらに、加えて、以下の事項に関しても、患者は自己決定するか、すくなくとも自己決定の機会を与えられなければならない (以下の複数カテゴリーに重複して該当する場合もある)。すなわち、患者の価値観やライフ・スタイルにかかわる事項<sup>37)</sup>、複数の選択可能な療法が存在する場合における、医療水準に適合するか、実施数・評価・患者の関心など特段の事情のある療法<sup>38)</sup> などである。

上記②が、医療契約の内容確定過程における患者の自己決定の領分であり、その実質的確保の基盤ないし手続たる医師の説明義務の範囲もまた、これにかからしめられる（後述 4 参照）。

近年の傾向として、患者の自己決定権の拡張にともない、①と②のバランスの比重は、ますます②に移行し、その分、①が食い込まれてきている。

### （3）患者の生命権・身体権の保護の要請が基礎づけるもの——医療契約の内容規制

本項目では、患者の生命権・身体権という憲法上の価値の保護の要請が、医療契約の内容規制を基礎づける可能性について確認したうえで（a）、かかる医療契約の内容規制の原理（b）および方法（c）について考察する。

#### （a）患者の生命権・身体権の保護の要請が基礎づける医療契約の内容規制

医療契約は、患者の生命権・身体権という憲法上の価値を内包している。これらは、人間の尊厳にかかわる、自由主義社会の基礎をなす<sup>39)</sup>、そして（過程や手続を内容とする自己決定権とは異なり）実質的価値を内容とする<sup>40)</sup>、やはり中核的な基本的人権である。これらは、自己処分（放棄）が制限され、なかんずく生命権は、原則として自己処分（放棄）できない。

契約の内容規制に関し、統一的な見解があるわけではない。しかし、憲法上の価値の保護の要請が、その重要な理由の 1 つとしてありうることは、ひろく認識されるところである。自己処分（放棄）ができず、かつ実質的価値を内容とする憲法上の価値の保護の要請が、（過程や手続を内容とする自己決定権に基礎を有する）契約の内容決定の自由を、何らかの原理と方法で規制することが正当化されうることは、考えられることである。

#### （b）医療契約の内容規制の原理——自己加害阻止法理

医療契約の内容規制は、医療契約に内包され、いずれも患者に属するところの 2 つの憲法上の価値の衡量によって正当化される<sup>41)</sup>。すなわち、患者には、身体処分に關して自ら決定する憲法上の権利があるとともに、生命権・身体権という自身でも放棄できない実質的な内容を有する憲法上の権利も属している。ここにおいて法は、患者の自己決定権に過剰に介入しないことを守りながら、患者の生命権・身体権に最小限の保護を与えることが求められる。いうなれば、医療契約の内容規制は、本人による自己加害的行為を阻止することを求めるものであって、本人の自己決定から本人を保護することが問われている<sup>42)</sup>。このような医療契約の内容規制の典型的な想定場面とは、医学的に合理的な措置を患者が拒絶したり、逆に、不合理な措置を希望した場合に、広い意味で（規制方法の多様性については（c）で後述する）、法が当事者合意に否定的に作用する場面である。

なお、本稿では、生命・身体権という価値を設定しているが、論稿によっては、人間の尊厳として、倫理的問題も含めたより広い価値をになわせているものもある。

#### （c）医療契約の内容規制の方法

かかる規制原理のもと、医療契約については、以下の①②と順序立てて段階化して示すことができる、広い意味での、特殊な内容規制の方法が用意されている。

### ①第一次的な規制方法——専門家集団による自主的規律

医療契約の内容規制は、第一次的には、専門家集団による自主的・組織的規律にゆだねられている。これは、医師の自律的な職業像、そして医療行為の個別性ゆえに<sup>43)</sup>、国家や法は、個々の医師の具体的な業務内容や医療行為に、事前的・強行的・画一的に介入することに抑制的であるべきであるとの思想によるものである。

この医師集団の自主規律は、医療水準、医師の職業倫理、そして医師の社会的責任などから成る(これらは②の判断基準にもなる)、いくつもの不文の社会規範のまとまりである。すなわち、医師は、医師集団により醸成された専門的知見に基づき、医療技術とその適用において、客観的・科学的なレベルを保持し、またそうできるように自ら研鑽しなければならない。また、医師は、その職業倫理<sup>44)</sup>に適った振る舞いを考え、その行動準則に従わなければならない。のみならず医師は、国家目的を託された、国家資格を有する専門家として、社会的責任を自覚し、ときに医療の公共性への潜在的考慮をもって行動しなければならない<sup>45)</sup>。

これが部分的に明文化したものが、医師会や学会の倫理綱領、近年の診療ガイドライン<sup>46)</sup>である。

かかる自主規律こそが、医師(集団)に社会的信頼を獲得させ、その専門性と外部からの圧力の排除を裏づける<sup>47)</sup>。プロフェッショナリズム<sup>48)</sup>と換言してもよいだろう。

### ②二次的(最終的)な規制方法——例外的な司法介入

医師が医療水準や合理的裁量を逸脱し、またはその職業倫理ないし社会的責任から導かれる行動準則にしたがわず、それが法的に有責と評価され、その結果として、患者に損害を発生させた場合、患者が訴求したならば、司法裁判所によって、事後的な介入が行われることになる。

ここでの司法判断は、①を基礎としつつ(医療水準は過失の判断枠組みである<sup>49)</sup>。医師の職業倫理ないし社会的責任は、信義則や医療債務の抽象性を介して法的な注意義務ないし行為義務と化し、あるいは有責評価の判断基準になる。①違反が公序良俗違反を構成して特約を無効化することもある)、個々の医師の広範な裁量を前提とした、抑制的なものとなる。

### (4) 小括

医療契約の法的特性は、患者の自己決定権と生命・身体権という歴史的に裏打ちされ中核的な、相対峙する2つの憲法上の価値を内包するという点に求められる。患者の自己決定権の保護の要請ゆえに、医療契約の内容の確定過程において、当事者合意、とくに患者の自己決定、もしくは自己決定の機会を与えること、そしてそれを実質化することが求められ、医師の説明義務という形をとって、一体的に実現される。そして、患者の生命権・身体権という本人でも放棄しえない憲法上の実質的価値の保護の要請ゆえに、自己加害阻止を規制原理として、医業の自律性や医療の個別性に配慮した特徴的な規制方法をとって、医療契約の内容は必要最小限の規制を受けうるのである。

#### 4 医師の説明義務<sup>50)</sup>の意義——自己決定の支援と抑制の構造

##### (1) 本項目で行うこと——先行研究との関係

以上のような患者の自己決定権と生命・身体権という憲法上の 2 つの価値を内包する医療契約の特性、そしてそこにおける患者の保護法益と保護の手法の構造から、医師の説明義務のいかなる意義や機能、そしてそれに則した帰結される内容や方法が導かれるだろうか。

すでに先行研究により、医師の説明義務は、医療ならびに医療訴訟において、多様な意義や機能を有することが認められている。この点に直接かかわる先行研究<sup>51)</sup>であるところの、説明(義務)の分類論によれば、医師の説明は、①患者の有効な同意を得るための説明(または患者の自己決定のための説明)と、②療養方法の指導としての説明(または悪しき結果を回避するための説明)に 2 分される<sup>52)</sup>。学説によっては、これに③転医勧告を加えたり(3 分説)<sup>53)</sup>、また近年では、③「顛末報告(弁明)<sup>54)</sup>を加えて(新 3 分説)<sup>55)</sup>、3 分することもある。批判的な独自説の提唱も散見される<sup>56)</sup>。

なお、本稿内容には直接かかわらないが、上記分類論とは別に、医療訴訟において、医師の説明義務違反を理由とする請求が、医療技術過誤を理由とする請求を補足する機能<sup>57)</sup>を果たしていることも指摘されてきた。

本稿では、以上の先行研究によりあきらかにされた医師の説明義務の内容を前提に(分類論自体にはふみこまない)、とりわけ患者の自己決定(意思決定)に何らかの作用を及ぼす医師の説明義務(あえて上記分類でいえば、①ならびに③の一部に対応する)を対象として、医療契約の法的特性と構造に対応する意義と機能、そしてそれに則したあるべき内容・方法を詳らかにする。

##### (2) 医師の説明義務の法的根拠<sup>58)</sup>

###### (a) 自己決定における患者の要保護性——患者の人間像を基礎として

前述 3 であきらかにしたように、患者の自己決定権という憲法上の価値の要請により、医療契約の内容の確定過程において、患者は一定の事項に関し、自己決定するか、その機会を与えられる。この自己決定にさいし、前述 2 で述べた患者の人間像を基礎として、以下のような患者の要保護性が存在する。

①まず、強く・賢く・自律的な第 1 の患者像を想定してみよう。そうであっても、患者は、真の意味での自己決定をする条件の整備のために<sup>59)</sup>、専門的知見とその具体的なあてはめの補充を必要としている。日常的行為における意思決定とは異なり、医療における自己決定では、その決定が、患者自身の価値や生にどのような影響を与えるのかをわかっていなければおこなうことはできない<sup>60)</sup>。すべての患者は、このような自己決定に必要な専門的知見を有さず、その具体的なあてはめもできないという意味で、情報弱者である。

②次に、現実の人間的な弱さをもつ第 2 の患者像を想定してみよう。患者は十分な専門的知見とその具体的なあてはめの補充を得たとしても、必ずしも理性的にふるまうことはできないか、あるいはそうしようとしぬ。そのような患者は、専門知の補充以上の、価

値への働きかけをも含む人間的な支援を必要としている。

③なかんずく、自己加害的な患者は、ときにその意思決定を抑制してでも、生命権・身体権を保護されなければならない場合がある。正面からの契約の内容規制までゆかなくとも、緩やかに意思を抑制される必要がある場合もある。

(b) 信義則を根拠とする医療契約上の付随義務

以上のような患者の要保護性にかんがみ、その法的対応として、整備することを求められるのが、医師の説明義務である。この医師の説明義務の法的根拠に関しては、以下のような理論化が可能である。

①まず、医療契約においては、専門的知見もなくその具体的なあてはめもできない患者は、医療契約の内容確定合意にさいして、真の意味での自己決定を行うことができない。そのために必要な専門的知見とあてはめを補充する役割を、一般的には、それをなす唯一の専門家であり契約の相手方である医師に期待するものである。かかる期待は、医療契約当事者において一般的に了解されている定型的期待として、信義則によって護られる。

②また、人間的な弱さを持つ患者に対しては、医師の予見可能性や医療の種別によってという限界づけを前提にしながら、価値への働きかけを含む人間的な支援を内容とする説明までも、これに含まれる可能性がある。

③そして、なかんずく自己加害的な患者に対しては、患者の意思決定を緩やかに抑制する説明義務までもが、すくなくとも形式的には、同一理論構成の中に収めて根拠づけられるのである。

(3) 医師の説明義務の意義と機能——自己決定の支援と抑制の構造

以上のように形式的には根拠づけられるところの、患者の自己決定に作用する医師の説明義務は、実質的には、患者の自己決定権と生命権・身体権という相対峙する憲法上の 2 つの価値を内包する医療契約の特性と構造に対応して、相対する以下の 2 つの意義と機能を併せ有することになる。

①②まず、患者の自己決定権という憲法上の価値の要請により、医療契約内容の確定過程において、患者が自己決定する、あるいは自己決定の機会を与えられることが求められる。この自己決定にさいして、患者の自己決定を支援し、当事者合意を実質化するために、医師の説明義務が整備される。そうした医師の説明義務は、患者の自己決定を支援する意義を有するものであり、医療契約の内容確定機能を営んでいる。これが、本来的な意義と機能である。

③しかし、他方で、患者の生命権・身体権という実質的価値を内容とする憲法上の価値の要請により、医療契約の内容規制が行われる中で、その一端として、あるいは代替的に、医師の説明義務が内容規制機能をになうことがある。すなわち、第 2 の患者の人間像のうち、とくに自己加害的な患者に対して、患者の自己決定を抑制する意義を有する医師の説明義務が存在している。

このように医師の説明義務が、自己決定の支援のみならず、その抑制という意義と機能をも担うことを進行させる背景事情として、全法秩序ならびに社会全般にわたる自己決定

権の強化ならびにその思想の広がりがある。患者の自己決定権が強調され、その意思や要望に正面から反する対応をとりにくいと感ずる状況下で、医師は、医師集団の自主規律ないし法の規制により不応諾ないし拒絶で対応してもよい、あるいはすべきことがらに関しても、極力、説明の加重、助言、あるいは説得をもって対応することを選好するのである。

#### (4) 医師の説明義務の内容とあり方

以上のような意義と機能を有する医師の説明義務には、いかなる内容とあり方が求められるのだろうか。

##### (a) 他の非対称契約の情報提供義務との違い——契約締結過程における情報提供義務との違い、説明義務の範囲、注意義務説が求めること

まず、検討の前提として、医師の説明義務と他の非対称関係の優位者が負う情報提供義務の違いを確認しておこう。

医師の説明義務は——不法行為法的アプローチはもとより、契約法的アプローチであっても——契約締結過程における(契約締結意思決定に奉仕する)情報提供義務のことでは、通常ない。既述のとおり、医療契約関係において、契約締結合意はあまり意味がなく<sup>61)</sup>、重要なのは、医療同意の方である<sup>62)</sup>。患者の自己決定に作用する医師の説明は、医療契約の内容確定過程において行われ、医療における患者の人格にかかわる自由な意思活動に奉仕する<sup>63)</sup>。

医師の説明義務の範囲<sup>64)</sup>は、患者の自己決定の領分に対応する。すなわち、前述 3 (2) で述べた医療契約の内容確定過程における医師の裁量と患者の自己決定の具体的な棲み分けの中で、患者の自己決定の領分に振り分けられた事項——医的侵襲の諾否を核として、価値観やライフ・スタイルとのかかわりといった要素により拡大を続ける領分——に及ぶ。そこにおける患者の自己決定の領分の拡大傾向は、すなわち医師の説明義務の範囲の拡張傾向を意味する。

説明と同意を一応切り離して考える注意義務違反構成説の立場によれば、医師の説明義務の範囲は、同意の前提たることがらを超え、患者の自己決定を左右することがらでなくとも、患者に自己決定の機会を与えるべきことがらにも、及ぶことになる(実際、民事裁判例の認容例の多くが、説明義務違反をみとめながら、それと逸失利益等の発生の中に(相当)因果関係をみとめていない<sup>65)</sup>ことにも呼応している)。

##### (b) 説明義務の質的変容と機能分化<sup>66)</sup>

とりわけ、本稿の問題意識から注目すべきは、患者の人間像の認識の進展を基礎とし、医療契約の法的特性に対応した、説明の質的変容、そして説明の機能分化である。

###### ① 専門知の提供

医師の説明にすくなくとも含まなければならないのは、客観的な専門的知見とその当該事例へのあてはめである<sup>67)</sup>。専門的知見(専門知)とは医師の専門性を基礎に体系づけられた知を意味し<sup>68)</sup>、これが具体的患者の状態にあてはめられてはじめて、医療上の意思決定が可能となる。証拠に基づいた医療(Evidence Based Medicine, EBM)の普及により、診療ガイドラインが多数作成されるにともない、専門知の客観性とアクセス可能性は高ま

りをみせるも<sup>69)</sup>、そのあてはめの主観性とアクセス困難性は残されている状況にある<sup>70)</sup>。もともと、いずれにせよ、氾濫する一般的な医療情報や、当該患者の単なる身体データで、代わりうるようなものではない<sup>71)</sup>。

## ②価値への働きかけと人間的支援

これが、患者の人間的な弱さの認識を経て、部分的に、質的変容を遂げる。すなわち状況と患者によっては、医師は説明を通じて、患者の価値に働きかけ<sup>72)</sup>、その価値の形成を助け、あるいは、患者の価値を合意形成過程に取り入れて合意内容に反映させる方法（後出(c)参照）をとらねばならない<sup>73)</sup>。顕著な場面は、がんなどの予後不良な疾患の告知、終末期医療、遺伝子治療、生殖補助医療などの医療に関して、人として患者と対話し、患者の苦悩や心理的葛藤に共感し、寄り添うことが求められる場面である<sup>74)</sup>。

## ③自己決定の支援から抑制へ

第2の患者像の中でもとりわけ、自己加害的な患者像を基礎に、患者の生命権・身体権という憲法上の価値が要請する医療契約の内容規制の一端を、いわば代替的に担う、患者の自己決定を抑制する機能を有する説明が存在している。患者が生命にかかわるような医療措置の全てを、明確かつ有効な現実の意思表示<sup>75)</sup>でもって、拒絶していることがあきらかなケースでは、この種の説明は、これを阻止する唯一かつ最終手段である（かかるケースにおいて、すくなくとも正面から、医師が医療措置を断行することは許されていない<sup>76)</sup>）。そうでなくとも、医療措置の部分的拒絶を含む、不合理な医療措置を患者が要求ないし希望するケースにおいて<sup>77)</sup>、より好ましい手段である（(3)で述べたように、患者の切なる希望を即拒絶するよりは、この方法が選好される現状がある）。この種の説明は、負の要素（リスク、危険性、副作用等）に対する説明の加重、説得（これまで、説得義務を説く論者は存在していた<sup>78)</sup>）、撤回可能性の強調といった内容をもつ。

### (c) 合意形成方法の変容

医療における合意形成の方法それ自体についても、変容の兆しや提案がある（契約法的アプローチから説明すると、流動性債務の内容の確定過程における債権者と債務者の交渉の仕方に、特殊な変化が起こっているということができる）。合意形成の方法が変わることは、自ずと、医師の説明義務の内容やあり方が変わることでもある（(b)で述べた説明の内容における患者の価値への働きかけの要素は、合意形成方法そのものの変容の中で捉えることも可能である）。

元来、インフォームド・コンセントは、医師が患者に唯一の選択肢を示して、それに対する同意を取得するものであった。それが、インフォームド・チョイス（Informed choice）（情報をあたえられた上での選択）、インフォームド・ディシジョン（Informed decision）（情報をあたえられた上での意思決定）、そして、現在注目される共同意思決定（Shared Decision-Making）が提案されるに至っている。

共同意思決定（Shared Decision-Making）<sup>79)</sup>とは、一義的でないが、「患者が適切な治療を選択するに際して参加することが推奨されるプロセス」<sup>80)</sup>、あるいは、「患者と医師が患者の価値観と嗜好と同様に最善の科学的証拠を考慮に入れて医療の決定を一緒に行う協力プロセス」<sup>81)</sup>などと表現される。

共同意思決定の目的は、患者の価値観と選好を反映した治療方法を、患者が医師とともに選択できるようにするために、治療の危険と利益に関する患者の知識を改善して、患者により現実的な理解を与えることである<sup>82)</sup>。

具体的には、患者に対して、当該具体的状況下で選択可能な治療の選択肢について、エビデンスに基づいた客観的な情報が、ビデオやパンフレット、疾患に関する質問・自己の価値観を明らかにする質問を含む書面等を用いて、患者の選好と価値観を患者自身に考えさせるように作成された「決定支援のためのツール (Decision Aids)」を通じて、伝えられるというものである<sup>83)</sup>。この決定支援ツールを参照することで、患者は自分の情報を再吟味する機会をもち、医師との討論に十分に準備することができるという<sup>84)</sup>。

この共同意思決定は、患者が自ら自身の価値観を明らかにするのを手助けする要素を含んでいるから、(b) で述べた患者の価値観への働きかけを説明内容に含むことと、対応しているといえるだろう。

#### (5) 小括——自己決定の支援と抑制の構造

以上のように、患者の自己決定に作用する医師の説明義務は、患者の自己決定権と生命・身体権という 2 つの憲法上の価値の要請により、また、患者の人間像に対応して、自己決定の支援と抑制という相反する意義と機能を併せ有し、それに則した内容とあり方が求められる。

もっとも、これら理論的には区別される意義と機能は、連続的であって境を接し、境界を画するのが実際には難しい。そしてこれらは、同じ説明の中に混在し、重複し、そして流動的・動的に変動しつつ存在しうることを忘れてはならない。基より、医師の説明義務全般について、事前および事後にわたり、多様な機能と側面を併せ有しながら実際には存在するということがいえるのである。

広範かつ多様な要素を含む説明の担い手たる医師は、このような法学上の意義と機能の違いを理解し、それに則した説明をし、ひいては患者とのコミュニケーションをとり、そこに含まれる倫理問題にも適切に応えうる能力を備える必要がある。そしてかかる負担は<sup>85)</sup>、養成教育における法学者の関与、そして時間的・経済的支援があつてこそ、担いうるものであろう。

## 5 結論——本稿の成果と射程

### (1) 本稿の成果

以上、本稿は、医療契約の法的特性をあきらかにし、そこにおける患者の保護法益とその保護の手法の構造を析出したうえで、その成果との対応関係において、医師の説明義務の意義と機能、そしてそれに則した内容や方法を詳らかにする研究を行った。その成果は以下のとおりである。

医療契約は、患者の自己決定権と患者の生命権・身体権という相対峙する 2 つの憲法上の価値を内包する契約である。その各々の憲法上の価値の保護の要請により、以下のよう

な私法上の保護法益と保護の手法が導き出される。まず、患者の自己決定権は、医療契約の内容確定過程における当事者合意とその実質化を要請し、医師の説明義務という形をとって一体的に実現される。次に、患者の生命権・身体権の保護の要請により、医療契約の内容は必要最小限の規制を受け、医師の説明義務がその一端を担う。ゆえに、かかる医療契約の特性と構造に対応して、医師の説明義務は、患者の自己決定の支援と抑制という 2 つの意義と機能を併せ有し、それに則した内容とあり方が求められるのである。

本稿の成果は、人間の尊厳に深くかかわる、憲法上の 2 つの価値を内包する、特殊なタイプの契約類型に関して、憲法学と民法学の両領域を結びつける解釈論を提示するとともに、そこでの情報提供義務の特徴的な意義をあきらかにするものである。

## (2) 本稿の射程

本稿が取り扱った医師(医療者)の説明義務というテーマは、多領域にわたる学際的テーマであって、広大な射程と膨大な先行研究の蓄積を有している。本稿では、他の非対称な法律関係に関する研究成果と共通の基盤に立つことを意図し、取り上げる対象と内容をかなり絞り込んだこととお断りしなければならない。

医師(医療者)の説明義務論全体を俯瞰するならば、むしろ、判断能力の不十分な患者(高齢者・精神病患者・子どもなど)に対する医療や、倫理的問題を含む医療(終末期医療・生殖補助医療・がん医療・ゲノム医療など)に、識者の関心は集まっている。

そこでは、「自己」決定のみならず「他者」決定の支援、精神面・生活面および家族へのサポート、多職種連携のあり方、そして地域・国家の役割のあり方などにも議論は及び、さながら弱者の包括的な支援論の様相をみせている。

このような医療者の説明義務論全体の中で位置づけるならば、本稿の問題意識、対象や内容は、民法や消費者法領域の関心に偏ったものといえるかもしれない。意思決定(自己決定)支援の位置づけや問題意識において、民法や消費者法領域とそれ以外の関連領域では、それほど隔たりがあるのである。

## 【付記】

本稿は、消費者法領域の読者を主に想定し、消費者法領域における問題意識にもふれる論旨の運び方をこころがけた。

本稿は、本格的な領域比較の体裁を採るものではないが、非対称な法律関係における劣位者の人間像、合意と法の関係、そして優位者が劣位者に対して負う情報提供義務という共通の基盤の存在を意識し、そのなかで、とりわけ医師患者関係、なかんずく医療契約、そして医師が患者に対して負う説明義務は、いかなる特徴を帯びるのだろうかという潜在的な視点を持ち続けて執筆したものである。

なお、本稿は、西南学院大学 2016(平成 28)年度国内研究、JSPS 科研費 JP 17K03519、JP22530100 および JP26380156 の助成を受けた研究成果の一部である。

[注]

- 1) 医療過誤の法律構成を問う論争 (不法行為構成か、債務不履行構成か)、そして医療契約の法性決定論争 (準委任契約か、請負契約か) という民事医療過誤法の代表的な 2 つの論争。加えて、外国法から示唆を得た信認関係説も注目されている。
- 2) 筆者は、すでに先行業績において、この問題意識から、医療契約の内容究明に取り組んできた。村山淳子『医療契約論——その典型的なるもの』(日本評論社、2015 年)における成果は、その一步を担う研究成果である。
- 3) いまや学界の共通認識である (例えば、稲垣喬『医療過誤訴訟の理論』(日本評論社、1985) 235 頁等多数)。私見では、医師と患者の法的関係は、不法行為法原理と契約法原理のいずれかに専ら親和性をもつというのではなく、解釈の起点は双方に存在する (具体的なテーマや事例群によっても異なる)。裁判例の分析から一定の棲み分けを看取することもできる。
- 4) 法学以外の諸領域の文献資料の収集にあたっては、所属学会の機関紙、ならびに明治大学 E L M『医事法学界の歩み』を足掛かりとした。
- 5) 法と人間像というテーマにつき、ラートブルフ／桑田三郎ほか (訳)「法における人間」『ラートブルフ著作集 5 法における人間』(東京大学出版会、1962 年) 11 頁以下参照。  
 本稿ととくに影響を与えた著作として、「(特集) 法は人間をどう捉えているか」法時 80 巻 1 号 (2007 年) 4 頁以下 (法と人間像についての学際的な特集)、および西谷敏『規制が支える自己決定』(2004 年、法律文化社) 151 頁以下 (非対称な法律関係における劣位者の人間像について、労働法領域からの成果)。  
 これらをふまえ、筆者はこれまでの研究において、患者像と比較する目的で、消費者像と労働者像の描出を試みてきた (村山淳子「消費者契約法と労働契約法」早稲田法学 91 巻 3 号 (浦川道太郎教授古稀祝賀退職記念論集) (2016 年) 137 頁以下)。本稿で検討した患者像も含めると、劣位者 3 像 (消費者・労働者・患者) は、三者三様でありながら、強さと弱さ、抽象性と具体性、理念と現実、規範性と具体的妥当性という対極の要素を併せ持つ 2 つの人間像のあいだで揺れ動く、相対的・流動的な存在であることがわかる。
- 6) 患者の同意ないしインフォームド・コンセント論についての先駆的業績として、唄孝一「治療行為における患者の意思と医師の説明」『契約法体系 7』(有斐閣、1965 年)、新美育文「医師と患者の関係 (1) ~ (3・完)」名古屋大学法政論集 64 号 (1975 年)、65 号 (1976 年)、66 号 (1976 年)。また、浦川道太郎ほか編『専門訴訟講座 4 医療訴訟』(民事法研究会、2010 年) [村山淳子] 25 頁以下での理解も参照されたい。
- 7) 甲斐克則編『ブリッジブック医事法第 2 版』(信山社、2018 年) 34 頁 [小西知世]によれば、インフォームド・コンセント論は、患者を、消極的で無自覚な医療の対象から、積極的で自覚的な医療の主体へと誘うものであった。
- 8) 濱崎絵梨／葛生栄二郎「End of life care における医師と患者の対話——死についての語りに着目して」生命倫理通巻 25 号 (2014 年) 182 頁を基に考察した部分。
- 9) 近年では、例えば、村山・前掲注 (2)、平野哲郎『医師民事責任の構造と立証責任』(日本評論社、2018 年) 等。
- 10) 医事法・生命倫理・哲学・介護・福祉などの領域のほとんどにみられる傾向。医事法領域では小西知世の業績に顕著である。

- 11) フィリップ・ストフェル＝マンク／山城一真 (訳)「フランス契約法と基本権」早法 87 卷 4 号 (2012 年) 301 頁以下 (2011 年 11 月 3 日に早稲田大学において開催された、科研費基盤研究 (B) 22330035 (研究代表者:淡路剛久)による研究企画、フィリップ・ストフェル＝マンク (Philippe STOFFEL-MUNCK) 教授 (パリ第一大学) 講演の翻訳) は、「契約法の基本権化」という現代フランス契約法の動向を伝える中で、基本権と契約法の関係、とくに基本権が契約法にどのような作用を及ぼすかについて、示唆的な内容をもつ。
- 12) 本項目にとくにかかわることであるが、「インフォームド・コンセント」、「自己決定」、「同意」、「意思決定」、「合意」など、類似の専門用語が散乱する状況が生じている。本稿では、それぞれの用語の学術的背景を意識し、以下の使い分けをこころがけた。すなわち、アメリカの国情を背景とする「インフォームド・コンセント」はできるだけ避け、身体処分の違法性が問題となる場面では「同意」、契約関係を意識している場合には「合意」、法的意味合いを込めて使うときには「自己決定」、単なる事実を指すときには「意思決定」を用いる方針をとっている。
- 13) この部分については、浦川ほか編・前掲注 (6) 23 頁以下〔村山〕にて詳述。
- 14) 佐藤幸治『憲法 (第 3 版)』(1995 年、青林書院) 459 頁等。
- 15) 坂本昌成「プライバシーと自己決定の自由」樋口陽一編『講座憲法学 3』(1994 年、日本評論社) 219 頁以下等多岐にわたる。
- 16) 町野朔『患者の自己決定権と法』(有斐閣、1986 年) 131 頁(「身体処分権」と表現)。近年、同じく刑法学者の天田悠は、さらに考察を進め、傷害罪の保護法益の研究を通じて、専断的治療行為が侵害するのは、身体利益と、それと結びつく限りでの自己決定権であるとしている(天田悠『治療行為と刑法』(成文堂、2017 年))。
- 17) 加藤一郎＝森島昭夫編『医療と人権』(有斐閣、1984 年) 181 頁〔唄孝一〕参照(「身体の一団性にのつかった自己決定権」と表現)。
- 18) 前田達明ほか『医事法』(有斐閣、2000 年) 256 頁以下〔稲垣喬〕。
- 19) 最判平成 12 年 2 月 29 日民集 54 卷 2 号 582 頁(エホバの証人信徒輸血拒否事件)。
- 20) 民法領域では、専断的医療行為が患者のいかなる利益を侵害するという意味で違法なのかについては関心が払われなかった。罪刑法定主義の要請により具体的な刑罰法規によって保護された法益が侵害されたことを要する刑法領域とは異なり、内容の如何を問わずおよそ法益を包括的に保護する領域的個性によるものである(詳細は浦川ほか編・23 頁〔村山〕に譲る)。民法領域では、患者の自己決定権の保障内容や、説明と同意の関係についての理論的究明も進まなかったのである。
- 21) これに対して、刑法学説は、第 1 説を基盤とするところの、違法性阻却構成説ならびに治療傷害説をとる。もっとも、謙抑主義、そして臨床医療の現実への対応の必要性から、緩やかに運用され、同意がないとして刑事責任を問われた事例は存在していない。
- 22) 例えば、米村滋人は、患者の同意と自己決定(インフォームド・コンセント)を区別したうえで、両者を段階的に捉える(米村滋人『医事法講義』(日本評論社、2016 年) 129 頁およびその他の業績)。小西知世は、承諾には医的侵襲の違法性阻却と自己決定権保護の 2 つの役割があるとする(小西知世「医療と法の潮流を読む(11) 残された課題—意思決定を中心に」病院 77 卷 4 号 (2018 年) 334 頁以下およびその他の業績)。

なお、医師の説明義務の解釈においても、かかる二元的構成はみられる。例えば、伊澤純は、「侵襲行

為の事実」を説明範囲の最低基準と位置づける(伊澤純「医療過誤訴訟における医師の説明義務違反(3)」成城法学 65 号(2001 年)(3) 128 頁)。西野喜一は、「医的侵襲について承諾を得る前提としての説明義務」と「患者の人生に対する自己決定権行使のための説明義務」を分ける(西野喜一「医師の説明義務とその内容」法政理論 3 巻 3 号(2002 年) 10 頁)。近年では、筆者が、典型的な医療契約類型において、医的侵襲に関する説明義務について別段の取り扱いをしている(村山・前掲注(2) 116 頁)。

- 23) これまで、患者の自己決定権を医療契約の中で位置づけようとした研究は少ない。しかし、例えば、川副加奈「療法選択をめぐる医師の説明義務について—最近の最高裁判決から—」金沢法学 49 巻 2 号(2007 年) 406 頁以下が、医師の説明義務を「患者の自己決定権の保障あるいは尊重の要請を基礎とするもの」とし、自己決定権を支援すべき診療契約上の債務と構成している。
- 24) 裁判例によると、内容的には、「病的症状の医学的解明とその治療」(神戸地龍野支判昭和 42 年 1 月 25 日下民集 18 巻 1-2 号 58 頁)というものである。
- 25) ここでの具体的内容とは、当該具体的状況のもとで、医師が給付結果を実現するために具体的にすべき、あるいはしてはならない行為義務および注意義務、それに対応して必要とされる患者の協力行為のことである。
- 26) 手嶋ほか「関係的契約論とインフォームド・コンセント、自己決定権(応用研究分野ワークショップ報告記録)」(神戸大学大学院法学研究科 CDAMS(「市場化社会の法動態学」研究センター)ディスカッションペーパー(2007 年) 19 頁[手嶋豊報告]「医療契約の発展的性格」、河上正二「診療債務について(覚書)」法学 74 巻 6 号(2011 年) 72 頁(「時系列の中での動態性」)ほか多数。
- 27) この点につきとくに、手嶋ほか・前掲注(26) 10 頁[山下登報告]参照(「治療が終わった最終段階で、やっと契約内容が確定しているのではないか・・・」)。

以上、医療債務内容の確定過程について、より詳細な叙述は、村山・前掲注(2) 134 頁を参照されたい。

- 28) 前田泰「非典型契約の総合的検討(4) 診療契約」NBL923 号(2010 年)(椿寿夫=伊藤進編『別冊 NBL 非典型契約の総合的検討』(商事法務、2013 年)に所収) 73 頁も、この点を診療契約の特有の性質と考えているようである。
- 29) ドイツ法の影響を受けた唄孝一の立場(唄孝一『医事法学への歩み』(岩波書店、1970 年) 9 頁)等。
- 30) 人格の基礎にあり、人格と一体化した身体の処分に關する自己決定権は放棄することができないことは、魂と肉の一体性に關する宗教的議論の延長線上にある価値判断であり、人間の尊厳や自由概念(カントらによれば、自由はその放棄を禁ずることで確立される)を介して、比較法的にも普遍性をもって承認されている価値判断である。

わが国でも、ドイツ法の影響を受けた唄孝一が、インフォームド・コンセント論における、肉体的完全性に対する権利の重大性を説く。すなわち、「人間は人間としてのひとかたまりの肉体がここにあるというそのことだけで、その存在自体を権利として主張できる。しかも・・・精神もそこにくっついていざわば実存につながる」(同「講演」インフォームド・コンセントと医事法学」(1994 年第 1 回日本医学会特別シンポジウム「医と法」での講演(同記録集 18 頁以下所収) 22 頁)。

- 31) なお、絶対に最低限同意をたしかめなければならない事柄と、それに「上乘せ」(米村・前掲注(22) 72 頁)して、自己決定を尊重すべき事柄を段階的にとらえるべきことは、このテーマに関しふみこんだ研究を行う多くの民法学者が共有するところである。明示する近年の学説として、村山・前掲注(2) 134

- 頁、米村・前掲注 (22) 72 頁等。注 (22) も再参照。
- 32) 医師の裁量 (権) とは、一定の事項・分野・処置について、決断と選択の自由な領域を医師に認めるものである (稲垣喬『医事訴訟入門』(有斐閣、第 2 版、2006 年) 63 頁)。
- 33) 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 年) 98 頁は、医師の説明は契約内容の確定要件としての側面も有するとする。また、手嶋ほか・前掲注 (26) [山下報告]は、「・・・インフォームド・コンセントの議論と診療債務の確定の話は従来、切り離されて論じている傾向がありましたが、必ずしもそうであるべきではない。説明—同意の過程を通じて、医療内容が具体化される。・・・それ故、説明義務は診療債務と有機的に密接につながっている・・・(10 頁)」、「医療契約は「練り上げ型の契約」である・・・IC (インフォームド・コンセント) は・・・当初未確定であった診療契約を・・・具体化する手段としての意義をも有している (12 頁)」と述べる。そして、河上正二「診療債務について (覚書)」法学 74 卷 6 号 (2011 年) 74 頁も、可塑性のある医療債務は、新たな合意と医師の裁量によって形成されてゆくのだとする。ほか類似の指摘をする学説多数。
- 34) 唄・前掲注 (30) 28 頁参照 (「患者の自己決定権に対峙するもの」として「医・プロフェッションの自由と責任」をあげる)。
- 35) もっとも、黙示ないし推定的同意や自己決定の放棄がみとめられていることを考え、両者の境界線は相対的であると認識せねばならない。
- 36) 稲垣喬『医師責任訴訟の構造』(有斐閣、2002) 29 頁。近年では、近藤昌昭=石川紘紹「医師の説明義務」判時 2257 号 (2015 年) 3 頁以下がこの点を強調。
- 37) 最判平成 13 年 11 月 27 日判時 1769 号 56 頁 (いわゆる乳房温存療法事件。乳房を温存するかどうかというライフ・スタイルや価値観にかかわる)、また前出最判平成 12 年 2 月 29 日 (エホバの証人信徒輸血拒否事件)、ほか、美容整形や歯科医療など。
- 38) 前出最判平成 13 年 11 月 27 日 (いわゆる乳房温存療法事件。未確立療法に患者が関心を有していることを医師が知っていた)、最判平成 17 年 9 月 8 日判時 1912 号 16 頁 (2つの確立した分娩方法のうち、実施予定でない方の分娩方法の希望が妊婦らから表明されていた)、最判平成 18 年 10 月 27 日民集 221 卷 705 頁 (未破裂脳動脈瘤に対する予防的手術に関して、緊急性がなく選択のための時間的余裕があったことが考慮された)。近時の大島眞一「医療訴訟の現状と課題—最高裁判例の到達点—」判タ 1401 号 (2014 年) 42 頁以下の最高裁判例の類型化も参照。
- 39) 山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣、2000 年) 69 頁参照 (自由主義の社会にあっても、「どうしてもなくてはならない基礎的な価値」は存在する (具体的に「生命・身体・健康の保障」「人間の尊厳」「自己決定権」をあげる)。それは各人が「善き生」の構想を追求しうる基盤であり、それが各人に等しく保障されていてこそはじめて、各人はそれぞれの「善き生」の構想を追求できる。したがって「個人がみずから「善い」と信ずる生き方を等しくできるようにするためには、そのような基盤を破壊するような行為だけは—そうした行為が「善い」ことだと信ずる者に対しても—許すわけにはいかない」(注は削除した) 旨が述べられている)。
- 40) 自己決定権は自己決定の過程ないし手続を内容とする価値であるとし、「実質内容をもった価値」と対置させるものとして、吉田克己『現代市民社会と民法学』(1999 年、日本評論社) 164 頁以下参照。西谷・前掲注 (5) 180 頁も参照。
- 41) かかる衡量判断について、憲法の私人間適用の基本構成に関する山本・前掲注 (39) が参考になる。

すなわち、ある基本権を保護することは別の基本権に制約を加えることになるという認識に立ったうえで (202 頁)、保護する基本権に憲法上要請される最小限の保護を与えるべきこと (過小保護の禁止)、そして犠牲となる基本権に過剰な介入をしてはならないこと (過剰介入の禁止) を守りながら、双方の基本権の衡量によって判断すべきとしている (202 頁以下)。

- 42) 自己決定と弱い人間の「保護」を論ずる文脈の中で、自己加害行為の阻止について考察する、西谷・前掲注 (5) 180 頁参照。また、憲法学者の竹中勲『憲法上の自己決定権』(成文堂、2010 年) 85 頁以下も、基本的人権の制約の正当化事由の 1 つとして、自己加害阻止原理 (パターナリズムと同義であるとす [86 頁]) を挙げ、阻止される自己加害行為の具体例として、自殺行為や安楽死を挙げている (96 頁、147 頁以下)。

ここで留意すべきは、患者は自身の自己決定から護られるのであって、契約の相手方である医師から護られるわけではないということである。医師と患者は、経済的利益を奪い合う競争者の関係には通常ない (それどころか、医師は患者の基本権の第一次的な護り手でさえある)。たしかに医療契約でも、交渉力の不均衡が法の介入を正当化する要素もないわけではない (例えば、医療過誤の責任制限条項、自由診療における価格交渉など) が、主たる要素ではない。

- 43) すなわち、医療とは、医学という医師集団により培われ高度に体系化された専門的知識・技術を、医療行為が内包する本来的危険性・不確実性、そして人体の生体反応の多様性をふまえたうえで、個別具体的に適用してゆくことである (小西知世「民事法の立場から／シンポジウム『医療安全とプロフェッション』」年報医事法学 26 号 (2011 年) 163 頁参照)。このような医療の特性からすれば、医学的な専門判断については、医師の専門的で時宜に適した比較量論的判断にゆだねることが、良き結果を招来し、結局は患者に利することになる (稲垣喬『医事訴訟入門』62 頁と前田ほか・前掲注 (18) 251 頁 [稲垣] を併せ参照して考察した内容) (以上、村山・前掲注 (2) 135 頁を基にした内容である)。

- 44) 具体的には、患者の健幸を増進し、その利益を守り、倫理に適った医療を施すというものであり、そこには患者の意思や主体性も含まれる。

- 45) 河上正二「診療債務について (覚書)」法学 74 卷 6 号 (2011 年) 98 頁注 (5) 参照 (説明義務には紛争予防・事故抑止への公益的配慮が流れこんでいると指摘し、そしてそこにこそ、従来「専門家責任」として語られてきた「特殊な契機」(河上正二「医師の死因解明義務について—手段的訴訟物考—」平井宣雄先生古稀記念『民法学における法と政策』(有斐閣、2007 年) 614 頁) —つまり「専門家的自己自律の一環としての社会的説明責任」(同論文 610 頁) という思想のことであろう—が潜むのではないかととの所感を述べる (同論文 614 頁)。

- 46) 診療ガイドラインについては、多様な種類と多様な見方があるところであるが、例えば小谷昌子「医療の内容に対するコントロール——医師の診療上の注意義務違反を中心に」(早稲田大学審査学位論文 (博士)) は、医師集団の策定した診療ガイドラインにより、医師集団が組織的・意図的に医療の内容をコントロールできるようになると、医業の自律という視点から評価している。

- 47) 小谷・前掲注 (46) や、とくに専門家としての管轄 (専門性・排他性) の維持について、渡辺千原『訴訟と専門知——科学技術時代における裁判の役割とその変容』(日本評論社、2018 年) 179 頁以下などを参照して考察した。

- 48) プロフェッショナルリズムに関しては、医事法や生命倫理の領域で、視点は異なるが、かなりの研究の蓄積がある。本稿はこれらの諸研究を考察の背景として認識しつつ、本稿の課題に則した整理を試みてい

る。

49) 最判昭和 57 年 3 月 30 日民集 135 号 563 頁 [一連の未熟児網膜症判決の中から]、最二判平成 7 年 6 月 9 日民集 49 卷 6 号 1499 頁、最三判平成 8 年 1 月 23 日民集 50 卷 1 号 1 頁。先駆的文献として、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 年) 64 頁以下等。比較的近年では山口齊昭「医療水準論」の形成とその未来—医療プロセス論に向けて—」早稲田法学会誌 47 卷 (1997 年) も参照。なお、近年、診療ガイドラインに言及する下級審判決群が出現している。

50) 医師の説明義務とは、医師が患者ないし家族 (遺族) に対し、一定の事項を説明すべき義務の総称である。

関連文献は膨大だが、ここでは、先駆的業績として、唄孝一「治療行為における患者の意思と医師の説明」『契約法体系 7』(有斐閣、1965 年)、根拠と内容につき詳説した伝統的業績として、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 年) を挙げる。

51) 医師が説明義務を尽くしたかの判断基準についての学説も伝統的に繰り返されてきた (合理的医師説、合理的患者説、具体的患者説、二重基準説) が、本稿の内容にはかかわらない。

52) 2 分する見解として、稲田・前掲注 (50) 等多数。

53) 金川琢雄「医療における説明と承諾の問題状況」法律時報 55 卷 4 号 (1986 年) 225 頁。

54) これに関連して、比較的近年、遺族への死因解明・死因説明義務を認める下級審裁判例が相次いで登場し注目されたが、法律構成についてはいまだ定説をみない。

55) 手嶋豊「医療と説明義務」判例タイムズ 1178 号 (2005 年) 185 頁。

56) このような枠組みを批判し、独自説を提唱する論者も散見される。例えば、樋口範雄「患者の自己決定権」岩波講座現代の法第 14 卷『自己決定権と法』(岩波書店、1998 年) 81 頁は、自己決定権と関連づけて統合的に把握しようとする。近年では、米村・前掲注 (22) 126 頁以下が、医療的決定保護を目的とする情報提供義務とその他の利益保護を目的とする情報提供義務の 2 類型を立てる。

57) 分類論とは別次元で、古くから指摘されてきたのが、説明義務の訴訟における補足的機能である (以下、稲垣喬『医事訴訟入門』(有斐閣、第 2 版、2006 年) 75 頁以下などにおける稲垣喬の主張等)。すなわち、医師の説明義務は、医療技術過誤の請求における立証の壁を回避し、医療側に攻め込む手段となる請求権構成を構築するという、訴訟上の発生基盤をもつものであり、医療訴訟において、説明義務違反による請求は医療技術過誤によるそれを補足する機能を担っているというものである。近年の裁判例 (および認容例) の減少という事情の変化をふまえても、なお説明義務違反は多く主張され、この機能は存続しているといえるだろう。

58) 医師の説明義務の法的根拠については、裁判例の関心事ではなく (裁判例の関心は、むしろ説明義務の範囲や程度に向けられている (近藤=石川・前掲注 (36) 12 頁等参照)、学説もひとつおとり述べる (患者の自己決定権の尊重、医師と患者の協働関係、あるいは医療債務は不確定で流動的であり説明によって契約内容が決定されることなどを理由とする、医療契約上の付随義務、信義則上の義務、あるいは信義則上の付随義務など) 以上に深化することはなかった。

59) 西谷・前掲注 (5) 178 頁参照 (「自己決定のための環境整備」)。

60) 日笠晴香「意思決定における自律尊重の考察——価値の一貫性と変化の観点から」生命倫理 通巻 26 号 (2015 年) 102 頁を参照して考察した。

- 61) 一般の医療契約において、患者からの契約解除は黙示的なものも含めほとんど随意無制限に認められており、したがって契約には拘束されず、契約関係に入ること自体のリスクはない。
- 62) 米村・前掲注 (22) 94 頁も参照 (「個々の医療行為の内容に関する決定は契約の履行過程に位置づけられることとなり…契約締結に関する諸規範 (契約締結上の過失に関する判例法理や消費者契約法等の規範) は適用されない」)。
- 63) 民事裁判例の概況をみれば、説明義務違反の法的効果は、基本的には、自己決定権の侵害 (表現はバラつきがある) による慰謝料の賠償にとどまっている。後出注 (65) 参照。
- 64) 裁判例は、説明義務の範囲について一般的な判示をしておらず、個性の強い事例判断の積み重ねを読み解いてゆくしかない (太田幸夫「医師の説明義務——最高裁判決に見る——」駿河台法学 27 巻 2 号 (2014 年) 149 頁等多数)。したがって前注 (37) 以下も再参照されたい。
- 65) 最判平成 13 年 11 月 27 日民集 55 巻 6 号 1154 頁 (いわゆる乳房温存療法事件) 等。近年では、最判平成 18 年 10 月 27 日判時 1951 号 59 頁 (未破裂脳動脈瘤の予防的手術の説明義務違反)、東京地判平成 25 年 8 月 8 日 (脳動脈奇形 (AVM) 的手術の説明義務違反) 等。逸失利益等の賠償までみとめた例として、秋田地大曲支判昭和 48 年 3 月 27 日判時 718 号 98 頁 (いわゆる舌癌事件。説明義務違反により同意の存在を認めず医療行為を違法とした希少な判決と評される)。近年では、岐阜地判平成 21 年 11 月 4 日裁判所ウェブサイト (未破裂脳動脈瘤の手術の説明義務違反) 等。
- 66) 以下、医師の説明義務の内容および方法については、法学以外の領域でも、研究が進んでいる過程にある。
- 67) 法社会学者の渡辺千原は、従来あまり区別されてこなかった専門的知見 (専門知) と、それを個別事例にあてはめること、つまり専門家として行う仕事 (専門家のプラクティス) を区別する視点を示している (渡辺・前掲注 (47) 173 頁以下および 179 頁以下)。本稿もこれにしたがう。
- 68) 例えば、木内さゆり「医療情報によって塗かえられる患者の意識——乳癌闘病記における、情報を受け取った患者の思い」生命倫理 24 号 (2013 年) 148 頁では、「専門性を基礎として体系づけられた知」と表現されている。
- 69) 手嶋豊「診療ガイドラインと民事責任」甲斐克則編『医事法講座第 3 巻医療事故と医事法』(信山社、2012 年) 109 頁以下および渡辺・前掲注 (47) 同箇所参照。
- 70) 渡辺・前掲注 (47) 同箇所はこの点を示唆する叙述も行っている。
- 71) 留意すべきは、求められているのは専門家としての責任ある識見の提示であり、考え得る選択肢をすべて示して、適切な医療行為の選択を患者にさせ、責任転嫁することではないということである。この点は多くの論者によって指摘されているところである。近年では、大島 眞一「医療訴訟の現状と将来——最高裁判例の到達点」判タ 1401 号 (2014 年) 39 頁 (医師の適切なアドバイスの必要性を説く)、近藤＝石川・前掲注 (36) 3 頁、また 4 頁 (患者にとって何が適切な医療行為であるかということは、医師が責任をもって決定すべきことがらであるとする)、カライスコス アントニオス「(特集「医療」と「法」) 裁判例からみるインフォームド・コンセントの現状」法律のひろば 71 巻 4 号 (2018 年) 15 頁 (インフォームド・コンセントとは、専門家として適切と判断する方法について情報を提供したうえで、患者の同意を得るという趣旨のものであるとする) 等。
- 72) 哲学者である日笠晴香は、患者の意思「決定を尊重する必要性を確保した上で、その時点での価値に沿った決定が可能となるように関係者が働きかける観点も保持する必要がある」とする。そしてその方

- 法として、「例えば生存への関心を構成する焦りや恐怖などの感情を変化させること」を挙げる(日笠・前掲注(60)96頁以下(引用は102頁))。
- 73) これは、医師が患者に自分の価値を押し付けたり、1つの方向に誘導するような説明を行うこととは、区別すべきことである。それは、裁判例(大阪地判平成14年10月31日判時1819号74頁等)でも、医療倫理としても、否定されている態度である。
- 74) 終末期医療における精神的苦痛の緩和を問題とし、本稿とはいささか趣旨が異なるものの、法哲学ないし宗教学の分野から濱崎絵梨／葛生栄二郎は、「医師と患者双方の人生観や価値観が最も反映される」(179頁)終末期医療の患者に対するケアに関して、「医師と患者という特別な関係下ではなく、同じ死すべき限界をもった生身の人間同士の人格的対話」(178頁の要旨)、「人格と人格の対話による共感」(183頁)を重視する。それによって、医師は、「患者に学び、自身の死生観について考察を深めてゆくこと」(178頁の要旨)が重要であるとする(濱崎絵梨／葛生栄二郎「End of life careにおける医師と患者の対話——死についての語りに着目して」生命倫理通巻25号(2014年)178頁以下)。
- 75) この場合の意思表示の有効要件と手続は厳格化する。患者の判断能力や医師の説明不足の疑いも含め真意からなることの慎重な確認を要し、書面を交わすことが望ましい(刑法学の観点からであるが、町野朔『患者の自己決定権と法』(東京大学出版会、1986年)178頁以下参照)。
- 76) この点は、民事上も刑事上も一致するところである。刑法学者の町野朔の「患者の現実的な拒絶意思は治療行為の合法性の絶対的な限界、「柵」である。患者の自己決定権の法律的な意義はまず第一次的にこのような患者の治療拒絶権にある」との言明は、端的である(同書184頁)。
- 77) このケースに包摂される事例は広範多岐にわたる。従来よく言及されたものとして、信仰上の理由による輸血拒否(前出最判平成12年2月29日など。本判決は相対的無輸血の方針に関する説明義務違反を問題とするにとどまり、不合理な医療措置の希望に対する対応の問題には答えていない)がある。また、考えようによっては安楽死や尊厳死も包摂しうる。
- 78) 医療職業のあり方を一貫して研究してきた平林勝政は、医師の説得義務を主張する(平林勝政「シンポジウム『インフォームド・コンセント再論』」年報医事法学8号(1993年)74頁)。その根底には、責任ある医業務には何らかのパターナリズムは含まれてあるべきこと——かつてのパターナリズムへの回帰やその復権ではなく、新たなあるべきパターナリズムを模索する思想——がある(「強いパターナリズム」と「弱いパターナリズム」を区別し、前者は正当化されえないが、後者は正当化されえるという((想定例は異なるが)「(ワークショップⅡ)医事法学のアイデンティティを求めて——インフォームド・コンセントを手がかりとして」年報医事法学34号(2019年)59頁注(4)(平林勝政執筆部分)が最近の該当論稿)。また、法学以外(倫理学)の領域では、石田安実「ICにおける「緩やかなパターナリズム」の正当化の検討」生命倫理24巻1号(2014年)154頁以下が相通するものがある。
- 79) 1982年のアメリカ大統領委員会の報告書 Making Health Care Decision であきらかにされ、平林勝政「Making Health Care Decision—《インフォームド・コンセントに関する大統領委員会報告書》紹介」唄孝一編『医療と法と倫理』(岩波書店、1983年)523頁でわが国に紹介された。近年では、手嶋豊教授が一連の論稿の中でわが国への導入を検討している(例えば、手嶋豊「医療における共同意思決定について」神戸法学60巻3・4合併号(2012年)454頁以下(頁が昇順)参照)。なお、本稿は主に同論文を基にして考察した内容である。
- 80) 手嶋・前掲注(79)453頁で Coulter, Implementing shared decision making in the UK, A report for the health

Foundation 7,2009,The Health Foundation を邦訳のうえ引用

- 81) 手嶋・前掲注 (79) 453 頁で Campaign for effective patient care を邦訳のうえ引用
- 82) 手嶋・前掲注 (79) 452 頁参照。451 頁も参照 (アメリカの議論の紹介の中で)。
- 83) 手嶋・前掲注 (79) 451 頁参照。
- 84) 手嶋・前掲注 (79) 451 頁参照。共同意思決定を用いることができるのは、患者の選好を考慮する余地のある場合に限られる (救急医療やある方法を選択することがあきらかな場合にはあたらない) (同頁および同頁注 (7) 参照)。また、医療上の選択に積極的でない傾向にある、教育程度の高くない患者にとって意義があるとされている (同頁参照)。
- 85) 臨床現場からはインフォームド・コンセントや説明義務の普及による負担増の声は常に上げられ続けている。