

診療契約と「関係」

—がんの告知事例をもとに—

法学科 3 回生

渡辺 裕介

目次

- 1 はじめに
- 2 診療契約の法的性質
 - (1) 契約構成の問題
 - (2) 不法行為構成の問題
 - (3) 契約観念の再考
 - (4) 診療契約を規律する信認関係
 - (5) 小括
- 3 診療契約とパターナリズム
 - (1) 自己決定権の優越
 - (2) パターナリズムと信認関係
 - (3) 「強いパターナリズム」と「弱いパターナリズム」
 - (4) あるべき医師・患者関係
 - (5) 小括
- 4 おわりに

1 はじめに

末期のがんが見つかった場合に医師はその旨を患者に告げるべきであろうか——生命倫理などの領域で議題として挙げられるいわゆる病名の告知¹の問題であるが、あるいは既に旬の過ぎたテーマと言えるかもしれない。というのも、サルゴ判決²によって成立したインフォームド・コンセント（以下 I C と略記）やロー対ウェイド判決³によって確立した自己決定権といったアメリカ由来の医療倫理に向けて、日本の権威主義的な

¹ なお、「告知」という言葉を使うことについて、前時代的な権威主義的医療の名残であるとして批判する主張もなされているが、ここでは「告知」という語は無色の日常用語として用いるものとする。星野一正（1997年）『インフォームド・コンセント 日本に馴染む六つの提言』丸善ライブラリー、96頁。

² 説明と同意という要素から成るインフォームド・コンセントという語が初めて用いられ、「情報開示のあとで同意をとりつけることが義務」とされた。1957年。

³ 女性の妊娠中絶の自己決定権をプライバシーの権利として認めた。1973年。Jane Roe, et al. v. Henry Wade,

医療が変容を遂げつつあり⁴、がんが発見されたときには告知するというのが実務の場でもはや普遍的なものになってきたからである。

とはいえ、医療技術の進歩に伴い医師の負う責任が複雑多様化するであろうと予測される今日にあっては、その責任原理を明らかにすることには一定の意義が認められよう。患者の自己決定権が医師の裁量に優越するというで決着がついた病名告知の問題においてさえ、不告知に対する責任の法的性質・判断基準について特定の認識が共有されているとは言えない。そこで、本稿ではこれまで議論が蓄積されてきた病名告知事例における医師の説明義務を題材にすることで、医療の場を規律する責任原理がどのように評価されるべきかを示していきたい。以下では、①医師・患者関係の実態を法的に検討し、そもそも説明義務違反に対していかなる種類の責任が医師に課せられるのかを説明した上で、②それでは医師はいかなる場合に責任を負うべきかについての判断基準を提示する。

2 診療契約の法的性質

医師の裁量権と I C の具体的な調整原理を検討する前に、当然の前提として語られる説明義務そのものがどのようにして導かれるのかをまず明らかにしたい。医師の説明義務は、アメリカでサルゴ判決以降 I C が確立されるにしたがって、患者の自己決定権の反射として医療訴訟で医師の責任を追及するために認められるようになったものであり、わが国でも同様である⁵。この点、患者が治療の客体としか考えられていなかった医師中心の医療から、患者に主体性を認め医師と患者が対等な医療へと医師・患者関係が変化していることも同じ文脈で語られよう。つまり、医師は一方的専断的に患者を治療 (cure) するのではなく、患者側の関与・理解のもと双方向的に医療 (care) をなすよう求められているのである。それでは、かような変化を遂げつつある医師・患者関係を、法はどのように捉えているのであろうか。

(1) 契約構成の問題

判例・通説はこれを契約関係、特に準委任契約 (民 656 条) としている⁶。その結果民 656 条の準用する民 645 条によって、医師は説明義務を負うとされるのである。なるほど、契約という法技術を用いることで医師の義務を債務という法的な枠組みの中で理解することができ、また従来の権威主義的医療を対等な医師・患者関係に改めることにも資すると言える⁷。そして労務の提供を目的とする契約の中では、手段債務性等にかんがみ準委任契約とするのがふさわしかろう⁸。しかし、これらの理由にも意義があるとはいえ、このような理解には医療者側から疑問が投げかけられている⁹ほか、法的な見地からも問題が多い。

まず診療契約を準委任契約とする点について、

District Attorney of Dallas County.

⁴ 竹下賢・角田猛之編 (1998 年)『マルチ・リーガル・カルチャー』晃洋書房、72 頁。

⁵ 高橋隆雄・八幡英幸編 (2008 年)『自己決定論のゆくえ』稲葉一人執筆部分、九州大学出版会、133 頁。

⁶ 前田達明ほか (2000 年)『医事法』前田達明執筆部分、有斐閣、216 頁。資料中に引用した、医師の不告知に対して説明義務違反が争われた判例もこれを債務不履行の問題として検討している。

⁷ 樋口範雄 (2007 年)『医療と法を考える』有斐閣 (以下医療と法と略記)、14 頁。

⁸ 村山淳子 (2005 年)「医療契約論」西南学院法学 38 卷 2 号、63 頁以降。なお、現行民法の立法者はドイツ法の影響から診療契約を雇用契約として理解していたほか、美容整形や歯科補綴など一定の医療行為については請負契約と解する説も多い。

⁹ 塚本泰司 (2006 年)「医療契約を考える」年報医事法学 21 号 41 頁。

- ① 準委任契約はその成立について合意を前提としているが（民 656・643 条）、医師には医師法 19 条の応召義務が課されており、整合性が取れていない。また、契約の自由もない。
- ② 民 651 条 1 項は両当事者が自由に契約を解除できる旨定めているが、治療中の患者を医師が見捨てるようなことが許されるのか。
- ③ 民 645 条によれば報告義務は患者が請求したときか診療終了時に限定されるが、適切な時期に自ら報告することも医師の義務ではないか¹⁰。
- ④ 準委任契約は本来的に財産関係の事務の委託を想定していると考えられるところ、民 656 条が準用するのはわずか 13 の条文に過ぎないだけでなく、およそ医師・患者関係に適用しえない規定がほとんどである（民 646,647,653 条など）。

次に、準委任ではなく独自の無名契約だとする考え方や、形式だけ準委任契約としておいてその内容を独自に精緻する考え方が出てくるが¹¹、契約関係と構成すること自体に以下のような問題点を指摘できるのである。

- ① 私的自治の原則・契約自由の原則が妥当する民法上の契約は、原則として当事者双方が対等であることを前提とするところ、患者がまさに病んでおり診療を受けざるを得ないことや圧倒的な情報格差が存在することにかんがみると、医師と患者とは決して対等と言えない。
- ② 現実の医療は病院組織を通じて提供されており、患者の相手方となる契約当事者は病院であると解されているが、医師を病院の履行補助者あるいは代理人とするのは医師・患者関係のあり方として医師を適切に評価できていない¹²。医師はまず患者のために診療をなすべきであり、病院の利益を優先するというのはおかしい。
- ③ 患者から治療費が支払われない場合、診療契約が双務契約である以上医師は診療を拒むことができようである。しかし現に病んでいる患者を前に同時履行を主張して診療を継続しないことが妥当か¹³。

以上のことからすると、医師・患者関係を契約とする現在の解釈には問題があると言わざるを得ない¹⁴。だとすると医師の説明義務違反を追及するには契約責任ではなく、不法行為責任によることとなりそうだが、果たして適当であろうか。

（2）不法行為構成の問題

確かに、医療過誤訴訟における医師の責任は不法行為構成、あるいは契約構成と不法行為構成の選択的併合で争われることも多い¹⁵。しかし、前述のとおり医師の負う義務が契約上の債務として一般的に理解されているにもかかわらず、なぜあえて不法行為法が援用されるのであろうか。それを説明する事情として、内田貴教授は次の 2 点を指摘している¹⁶。第一に、契約責任が古典的契約像のもとでは狭く限定されていることである。すなわち、近代契約法のもとでは、契約責任の根拠は当事者の意思にのみ帰せしめられるが（私的自治の原則、

¹⁰ 星野一正（1997 年）『インフォームド・コンセント 日本に馴染む六つの提言』丸善ライブラリー、55 頁。

¹¹ 内田貴（2007 年）『民法Ⅱ債権各論〔第 2 版〕』東京大学出版会、300 頁。前田達明・前掲注 6)、218 頁。

¹² 渡辺治生（1986 年）「医師患者関係を考える」日本医事法学会編『医事法学業書 第 1 巻 医師・患者の関係』日本評論社、77 頁。具体的な問題として、「医師に『診療独立性原則』が認められ、『裁量権』がある故に、個々の医療内容すなわち債務内容の決定に関与できない病院を契約当事者とする点」（前田達明・前掲注 6)、213 頁）を説明できないであろう。

¹³ 増田聖子発言部分（2006 年）「医事法学会シンポジウム 医療契約を考える」年報医事法学 21 号、83 頁。

¹⁴ ここまでの問題点の指摘については『医療と法』10 頁以降を参考にした。

¹⁵ 内田貴（2000 年）『契約の時代』岩波書店（以下契約の時代と略記）、199 頁。最三小判平成 14 年 9 月 24 日判時 1803 号 87 頁など。

¹⁶ 契約の時代、206 頁以下。

「意思自律の原則」¹⁷⁾、意思によって責任を根拠付けられない場合が生ずると、不法行為の領域として意識されることになるのである。そこで、医師は患者との間で病名の告知について合意していない限り、もはやその点について契約責任を負ったものとは言えず、よって不告知に対する医師の責任はもっぱら不法行為法で処理しなければ対応できないとされるのである。

第二に、患者側が、医師の行為が「不法」であったことを裁判所に宣告してもらいたいという希望を抱くという事情がある。この点、帝王切開術による分娩を強く希望していた患者夫婦に経膈分娩を勧めた医師について、患者側の主張する治療方法を選択する患者の「自己決定権」の侵害ではなく、医師の「説明義務」違反を認定した最高裁判決¹⁸⁾に対して、原告夫婦は『説明が不十分でした』で済まされたら、死んだ息子は浮かばれない』と語ったという¹⁹⁾。病名不告知の事例においても、単なる医師の義務違反だけでなく、「患者は自らの意思に反して、医師が正当と考える診療行為を強要されることはない」という意義での患者の自己決定権の存在と、その侵害を認める余地は十分にある。かかる側面を重視する限り、裁判所によって「不法」宣告してもらおうという患者側の期待は尊重すべきであろう。よって、このような期待に基づいて不法行為法が選択された以上²⁰⁾、契約責任が追及できるとしても法律構成を理由に訴訟を退けるのは妥当でない。もっとも、理論的には契約法との連続性がきわめて強い問題であるということは、内田教授が指摘するとおりである。

しかし、第一の事情についてはやはり契約責任として処理すべきであろう。というのも、不法行為法の判例・通説が言うような「合理人の基準」といった形で医師の過失を一般的に判断²¹⁾するのは妥当でないからである。そもそもここで問題としている病名不告知、広く医療過誤訴訟は、不法行為法が本来想定するような「見ず知らずの者相互で起きた突発的な損害を公平に分担する」という性格ではなく、むしろ医師・患者間で蓄積されてきた診療契約ないし契約類似の関係が責任の根拠となっている²²⁾。とすれば、法技術のないいわゆる「平準化」の議論がなされているとはいえ、原理的に類型的一律に注意義務が設定される不法行為構成よりも、医師・患者双方の事情を細かく責任判断に反映させることができる契約構成の方が適切である²³⁾。

(3) 契約観念の再考

ここまでの考察から、古典的契約像を前提とする限り医師・患者関係を契約関係と見ることは不適當であり、一方で不法行為構成もその性格上妥当でないという八方ふさがりの結論に達した。とはいえ契約構成による責任追及の方が望ましいという方向性については前述のとおりである²⁴⁾。この点、医師の説明義務違反を契約構

¹⁷⁾ 契約の時代、15頁

¹⁸⁾ 最一小判平成17年9月8日判時1912号16頁。

¹⁹⁾ 樋口範雄・岩田太『生命倫理と法Ⅱ』土屋裕子執筆部分、弘文堂、347頁。

²⁰⁾ 内田教授はこうした事情を「加害者に対する道徳的非難の原理としての不法行為法の拡大現象」と説明している。

²¹⁾ 不法行為法研究会『日本不法行為法リステイトメント』淡路剛久執筆部分、有斐閣、11頁。なお、医師の診療行為については、「いやしくも人の生命及び健康を管理すべき業務（医業）に従事する者は、その業務の性質に照し、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求される」との判例（最判昭和36年2月16日民集15巻2号244頁・輸血梅毒事件）があり、重い注意義務が課せられている。また、その注意義務の基準としては診療当時の医学水準が用いられる傾向が見受けられる（最判昭和54年11月13日判時952号49頁など）。

²²⁾ 増田聖子（2006年）「日本における医療契約の現状と課題」年報医事法学21号37頁。

²³⁾ 内田貴（2006年）『民法Ⅲ債権総論〔第3版〕』東京大学出版会、139頁。稲垣喬（2009年）『医療関係訴訟の実務と方法』成文堂、174頁。

²⁴⁾ 加えて、医療訴訟は提訴までに数年単位で時間を要するところ、時効の面でも契約構成が望ましいと言える（不法行為構成の場合3年間[民724条本文]であるが、契約構成ならば10年間[民167条1項]）。なお、立証

成で追及することの阻害要因、ひいては契約責任の射程が著しく限られていることの要因として、内田教授は古典的契約観念、つまり過度に狭く解釈された意思主義の原理を挙げている²⁵。それでは、契約責任の根拠を当事者の意思だけに求めるのではなく、意思とは異なる何らかの発生原因を認めさえすれば、不法行為に依らずとも契約構成で適切な責任追及が図れるのではないか。そこで、今度は契約概念そのもののあり方から説明義務にアプローチする。

近代民法の根幹をなす指導原理は私的自治の原則にあると言われる²⁶。そこにおいて契約は、次のようなイメージで語られる。すなわち、見ず知らずの個人、それも互いに対等な個人が出会い、交渉し、申し込みと承諾が合致することで契約が成立し、そして契約条件はその時点ですべて決まっている（現在化）というものである。このような契約観念を古典的契約像と言う。その背景にあるのは個人の意思を極端なまでに重んずる意思主義、あるいは個人主義的自由主義の思想であって²⁷、そこでは拘束力のある意思の範囲を限定することで個人の活動の自由をできる限り広く残すことが目的とされる。したがって、自己責任が原則であるし、逆に自己の利益を追求するのは当然である²⁸。

ところが、既に述べたとおり医師・患者関係はこのような契約像に合わない。医師と患者は対等でないし、社会通念上診療の継続性が要求される。患者の病状は常に変化するものであり、契約当初にあらゆる事柄に関して合意することはできない。医師が患者の利益より自己や所属病院の利益を優先することも認められない。医師の医療行為はその性格上、このような制約に服するのであり、個人の意思によっても自由にできないことが多々ある。にもかかわらず古典的契約像からは適切な説明がなし得ないのであるから、新たな契約像を現出する必要があると考える。ここで注目されるのが、アメリカのイアン・マクニールが主張し、内田教授も提示した「関係的契約」という観念である²⁹。

関係的契約理論とは、「意思を中核とする古典的な契約像に対して、社会関係そのものが契約の拘束力を生み出し、また様々な契約上の義務を生み出すという契約像を『関係的契約』というモデルとして提示し、現実の契約は、古典的な契約と関係的契約という二つの極の間で、双方の要素を様々な度合いに併せ持つ形で存在している」と論じる。関係的契約の主な特徴としては、①意思の要素が古典的契約像ほど決定的ではなく、むしろ契約の背後にある社会関係の及ぼす拘束が重要な役割を果たす点、②現在化がなされず、契約関係の進行とともに契約内容が形成され、また修正される点を挙げることができる。そして、義理や信頼、期待、地位、親交といった様々な要素が、契約の背後にある関係として契約を規律すると説明するのである。

この点、医師・患者関係は、①医師は合意によらずとも患者との社会的関係から適切な診療及びその説明をする義務を負うべきであるし、②患者の病状や医師の採るべき治療態様がどのように変化するか確実に予見できない以上、契約締結時には内容が確定せず、診療が進むにつれて順次確定していくことから、手術や侵襲的検査の場合など、診療途中で改めて同意が必要になる³⁰。したがって、診療契約は関係的契約としての性格が

責任についても契約構成の方が患者に有利と言われるが、「過失の推定」の法理により不法行為でも同様の結論を導くことができる（内田・前掲注 11、301 頁、353 頁）。

²⁵ 契約の時代、25 頁。

²⁶ 内田貴（2006 年）『民法 I 総則・物権総論〔第 3 版〕』東京大学出版会、14 頁。

²⁷ 契約の時代、28 頁。

²⁸ 医療と法、23 頁。

²⁹ 契約の時代、30 頁。なお、関係的契約理論は継続的契約を典型とする、契約一般のあり方を説明すべく提唱されたものであり、診療契約に限られた議論ではないことをことわっておく。

³⁰ 増田聖子・前掲注 22)、38 頁。なお、診療はその過程において個々の判断を要し、それらの積み重ねによって変化・発展していくものであるという点をとらえ、医師・患者関係をもはや契約でなく訴訟法の手続き類

非常に強い契約類型であると言える。そして、特に診療契約を規律する社会関係として信認関係を取り入れる必要があることを指摘したい³¹。

(4) 診療契約を規律する信認関係

信認関係 (fiduciary relation) とは、一方当事者 (受益者) が他方当事者 (受託者) に信頼を依拠することが法的に認められる関係³²を言い、アメリカで発達した裁判所が用いる衡平の概念である³³。実際の医療実践が専門家でなければ理解できないほど複雑なものとなっており、患者自身では自らの権利を守ることができず、どうしても医師に信頼を寄せねばならないような医師・患者関係も信認関係にあたると言えないか³⁴。

信認関係にあつては、①受託者は受益者に対する忠実義務を負い、自らの利益よりも受益者の利益を優先しなければならない。また、契約関係では両当事者が対立する構造を採るが、②信認関係では受託者が受益者の権利の擁護者として認識されることになる。これらの帰結はこれまで述べてきた医師・患者関係を適切に反映しているように思われる。医師・患者関係を信認関係として契約の規律要素に取り込むことで、①医師は患者に対する忠実義務を負う。つまり、医師が治療中に診療契約を一方向的に解除することや、自己や病院の利益を図ることについて法的義務に違反したと言える。そして、②単なる双務契約とした場合患者の権利と医師の裁量権とが二項対立のように連想されてしまうところ、かかる解釈によって、医師が患者の身体や自己決定権を擁護するというあるべき医師・患者関係を契約に反映できるであろう。ここで問題にしている医師の説明義務についても、医師が患者の自己決定権を保障することを要求する信認関係を契約内容に取り入れることによって、契約責任として導き出すことができるのである。すなわち、説明義務違反は患者との信認関係において医師の誠実性に関わるものであるから、信認関係に規律される診療契約上の責任が認められるのである。

なお、アメリカにおいて信認関係は契約と原理的に異なるもの (信認法) とされているが、それはアメリカでは約因理論に基づく古典的契約像が契約法上強固な基盤を有しているからである³⁵。かかる契約像が現実の契約慣行において実際に貫徹されていない我が国にあつては³⁶、あえて信認法なるものを導入せずとも、信認関係の実質が「個別的な一法理というよりむしろ一般的な不法行為法・契約法の高められた局面」³⁷である側面を重視し、債務の内容を規律する関係のひとつとして信認関係を取り込み、契約の中で信認関係を整理する

似のものとして理解しようとする試みもなされている (渡辺治生 (1986 年)「医師患者関係を考える」日本医事法学会編『医事法学業書 第 1 巻 医師・患者の関係』日本評論社、86 頁以降)。

³¹ 樋口範雄 (1999 年)『フィデューシャリー[信認]の時代』有斐閣、99 頁。イェール大学のラングバイン教授が、信認関係 (信託) が関係的契約の一種として理解されることを示唆している。

³² 今川嘉文 (2009 年)「継続的取引関係と信認義務」神戸学院法学第 39 巻第 2 号、53 頁。信認関係の例として、弁護士と依頼者、信託の受託者と受益者、後見人と被後見人、代理人と本人、取締役と会社などの関係が挙げられる。

³³ 樋口範雄・前掲注 31)、75 頁。アメリカでは、信認義務は必ずしも契約上の義務ではないが、裁判規範として忠実義務や守秘義務に具体化される。

³⁴ 信認関係の存否を検討する要素として、今川教授は前掲注(31、55 頁にて「①当事者間の不衡平な関係、②一方当事者の信頼または依拠、③対象財産・資産の存在、④他方当事者による権限または裁量、⑤当事者間の約束または契約」を挙げている。医師・患者関係も①医師は患者より圧倒的な情報を有し、一方で患者は病んでおり、不衡平な関係と言える。また、②患者は医師に対して適切な診療がなされる信頼を有し、④医師がほしいままに患者の医療情報・身体を処分できるにもかかわらず、③財産価値ある自らの情報及び身体を医師に委ねた上で、⑤診療行為を行うよう契約していると言えるので理論的にも信認関係を肯定できる。

³⁵ 田岡絵理子 (2008 年)「信認関係概念とその拡大現象の分析 (一)」早稲田法学会誌 59 巻 1 号、271 頁。

³⁶ 内田貴 (1990 年)『契約の再生』弘文堂。契約の時代、5 頁以降。

³⁷ マーク・ホール他 (吉田邦彦訳、2005 年)『アメリカ医事法 [第 2 版]』木鐸社、93 頁。

ことも可能であろう³⁸。

(5) 小括

以上で見てきたとおり、医師・患者関係は契約構成でも不法行為構成でも説明が難しく、異なる責任原理間の重なり合いもしくは空白地帯に位置する問題であった。その原因は個人主義自由主義的思想を背景とする古典的契約像が、その責任の射程を当事者間の意思の及ぶ範囲に過度に限定していたからであって、診療契約をより実態に即して検討すると、医師・患者関係の実質は信認関係であり、かかる関係性が意思に並んで契約を規律すると解することで説明義務を導くことができた（关系的契約像）。よって、医師は不告知によって不法行為ではなく契約上の責任を追及されることになる。

もっとも、信認関係たる医師・患者関係を法的に評価できるようになるとはいえ、古典的契約像の責任限定機能を蔑ろにするような解釈は避けるべきである。我が国では信認関係はまだ曖昧で不確定な基準であり³⁹、なしくずしに医師の責任が押し広げられるのは不当である。そこで、無限定に信認関係を診療契約に取り入れるのではなく、一定の歯止めをかけるべきであろう。医師・患者関係がそれぞれ多様である以上、具体的な関係ごとに医師の責任の範囲を検討する必要がある。次章にてかかる検討の方向性を考えていく。

3 診療契約のパターナリズム

前述のように、医師は診療契約により説明義務を負う。かかる義務を導く要素として信認関係の存在を指摘したが、医師の負うべき説明義務の範囲がどこまで及ぶかは別途考察を要する問題である。というのも、信認関係は医師と患者の非対称な関係を前提にするものである以上、医師のパターナリズムをどう取り扱うかという問題が避けられないからである。資料中に引用した判例も「判示の事実関係の下においては」と具体的な事案ごとに判断がされることを示しており、これはパターナリズムへの配慮から一定の場合には不告知も正当化される余地があるとしているように考えられる⁴⁰。この点、診療契約を信認関係から説明する本稿の立場にあっては、医師と患者の非対称性をどのように調整するのか明らかにしておく必要がある。そこで、いかなる場合に医師が説明義務違反を問われるのかについての判断基準を提示すべく、ICとパターナリズムの調整原理について検討する。

(1) 自己決定権の優越

従来、がんは不治の病であり、その病名を告知することは死の宣告と考えられ、患者の合理的な判断を損なうものであるから本人に告知されるべきではないと考えられてきた。しかし、医療倫理のパラダイム・シフトや医療技術の発達によって、告知がなされるのが実務上通常になりつつあることは既に述べたとおりである。確かに、患者の主体性及び自律性⁴¹を尊重する必要性が高まっていることにかんがみれば、がんという生き死

³⁸ 増田聖子、前掲注 22)、39 頁。田岡絵理子・前掲注 35)、277 頁・278 頁。

³⁹ 田岡絵理子、前掲注 35)、247 頁。

⁴⁰ もっとも、当該判例に対して、最高裁としてはいかなる場合に債務不履行になるのかといった法的な判断基準を提示すべきであったとの指摘もある。久々湊晴夫（2004 年）『やさしい医事法学[第二版]』成文堂、119 頁。

⁴¹ なお、'autonomy'の訳語として「自律」という言葉を用いることについて、医学における「自律」概念との混乱を避けるべく「自主」とすべきとの主張もされているが、本稿は法学にかかるものである以上、「自律」という語で把握しておきたい。星野一正、前掲注 10)、76 頁。

に直接関わる「究極の自己決定」においてまで他者から価値観を押し付けられるのは不当である。また、「本人のため」になることを一番知っているのは患者本人であり、「本人のため」を思ってなされる介入は本人の意志に反する限り、当人の利益を促進しないであろう。あるいは「本人のため」という口実で、実は告知後のケア体制の不備が不告知の理由であるかもしれない。こうしたことから、患者の自己決定が医師の介入、すなわちパターンリズムに優越するのが原則であると言える。

ひとつ例を挙げると、国立がんセンター病院のがん告知マニュアル（平成8年9月）では「がん告知に関して、現在は、特にがん専門病院では『告げるか、告げないか』という議論をする段階ではもはやなく、『如何に事実を伝え、その後どのように患者に対応し援助していくか』という告知の質を考えていく時期にきているといえる」と述べられている。告知した上で患者の決定に委ねる、というのがもはや前提なのである。このような進展をとらえて、「がんの病名不告知は告知に対する医療者の過剰なパターンリズムと、告知後の患者ケアの体制不備を反映するものにほかならない」との指摘もされている⁴²。

（2）パターンリズムと信認関係

こうした文脈で語られるパターンリズムは、告知を控えることで患者の自律を蹂躪するまったく不当なものであると考えられている節がある⁴³。しかし、パターンリズムとは「本人のために」介入を行うものであり、本来的には必ずしも医師のひとりよがりな善行・専断的医療を指すわけではない。中立的に、「本人自身の利害のための利他的な働きかけ」⁴⁴と定義付けられるべきものである。とすると、「本人のために」という理念に基づいてなんらかの行動が導かれるという点において、パターンリズムは先ほどまで論じてきた信認関係と思想を同じくするものであることが想起されよう。つまり、医師は一方において「患者のために」病名を告知する義務を負い、他方「患者のために」告知するのを避けようとする説明できるのである。告知することもまたパターンリズムと言えるのだ⁴⁵。そうだとすると、「ICとパターンリズムは相対立する概念であり、ICが常に優越するのだ」という議論はもはや成り立たない。むしろ、信認関係によって、説明義務にとどまらず広く「患者のために」なる行動をする義務を医師が負うと解すれば、「患者のために」告知しないという選択の方が望ましいと考える余地も出てくるのである⁴⁶。そして、「患者のために」という言葉の具体的意味が患者の権利を擁護することであるとすれば、病名告知の当否の判断は、告知と不告知のいずれによることが患者の自己決定権保護に資するかにかかっていると言える。もっとも、十分な説明の存在が自己決定権を実効あらしめる要素である以上、告知によって患者の自律を尊重するのが原則であるべきであろう。病名の不告知は、自己決定権の実質的保護の観点から、患者の自己決定権がうまく機能しない場合に自律（自己決定）の保全・補完原理として例外的に許容されるにとどまると解される。

⁴² 丸山英二（2006年）「本人に対するがんの告知」『医事法判例百選』、有斐閣、123頁。

⁴³ 瀬戸山晃一（1997年）「現代法におけるパターンリズムの概念」阪大法学 47 巻 2 号、236 頁以下。竹下賢・角田猛之編、前掲注 4）、73 頁。

⁴⁴ 瀬戸山晃一、前掲注 43）、251 頁。近年、パターンリズムの定義と正当化（評価）を峻別しようとする動きが高まっており、注目される（同 249 頁以下）。

⁴⁵ 瀬戸山晃一、前掲注 43）、246 頁。この点、「パターンリズムであるか否かは、告知するかどうかではなく、医師が患者の表明している願望を考慮することなく、患者にとって最良と医師が考えることを行っているかどうかによって判断される」との指摘があり、説得的である。

⁴⁶ この点、かつてアメリカでは「患者は医師を信頼し、医師の判断に従うべきとの関係」として医師・患者間の信認関係が認識され、むしろ医師の信認義務が「患者の自己決定の利益と相反し、それを上回る」ものとされた（パターンリズム＝信認義務）。田岡絵理子（2008年）「信認関係概念とその拡大現象の分析（二）」早稲田法学会誌 59 巻 2 号、340 頁。

それでは、病名の不告知が患者の自律の保全・補完原理として許容される場合とはいかなる場合を指すか。この点、医師・患者関係は患者、医療機関、医師ら医療事業者、疾患、治療法などに多様性がある以上、その判断基準を一律に決することはできない。したがって、個々の医師・患者関係においてその不告知が患者の自己決定権を実質的に保護するに資するか否かを個別具体的に検討するほかならう。

これに対して、資料中に引用した判例は診療時の医療水準・慣行を判断基準に挙げているが、これでは一律的・抽象的に過ぎ、あえて不法行為構成でなく契約構成を採った意味を減殺する。また、旧来の専断的権威主義的治療慣行を容認することにもなりかねず⁴⁷、むしろ、実質的な患者の自己決定権保護を目的とする立場からはそのような医学界の態度こそが問題とされるべきとも言える⁴⁸。よって、当該医師・患者関係において、病名を告知しないことの目的・必要性や診療による侵襲の程度、患者の性格・姿勢といった事情を総合的に勘案し、患者の自律を保全すると言える場合に限り不告知を認めることができるとすべきである。

(3) 「強いパターナリズム」と「弱いパターナリズム」

そこで、病名の不告知が患者の自律を保全・補完するものと評価できる場合をより詳しく検討するに、まず、患者が正常な判断能力を欠き、その決定が任意的な自己決定とは言えないような場合（「弱いパターナリズム」）、「患者のために」あえて病名を告げないという選択が必要となるのは明らかであろう⁴⁹。もっとも、患者が自発的な判断能力を有している場合（「強いパターナリズム」）には問題が難しくなる。この点、自己決定権が徹底されているアメリカでさえ、自己決定に依拠しすぎることの危険が次のように指摘されており⁵⁰、我が国においても参考になるように思われる。

- ① 患者は、受け取った情報を理解できるとは限らないし、理解していると言える場合であってもきわめて不十分である。その要因は病気に伴う痛みや不安であり、その他にも医学教育を受けていないことや統計的判断の訓練を受けていないことなどが挙げられる。
- ② 患者は、自らの医療情報を欲する一方で、落胆するような情報や多すぎる情報は欲しくないという場合が少なくない。また、必ずしも自らに関する治療上の決定をしたがるわけでもない。その決定に家族の関与を求めるほか、ほとんどの場合医師に対し意思決定の過程において重要な役割を果たすことを望む⁵¹。
- ③ 複雑な医療情報を理解でき、自分で医療上の選択をしたいという患者であっても、必要とするすべての情報を得ることはできない場合がある。複雑な医療情報を伝えるということは時間がかかり、しかも困難である。
- ④ 患者は、自ら意思決定をしたいと望み、それに関する情報をすべて得ることができたとしても、治療上のリスクや利点に関して合理的に評価した上で意思決定をなすことはほとんどない。1つか2つだけの際立った事実だけに基づいて、急いで決断を下す傾向にあることが明らかになっている。

これらの指摘をまとめれば、実際の患者は自己決定権の理念が前提とするような「自らの病状に関する情報

⁴⁷ 田岡絵理子、前掲注 46)、342 頁。

⁴⁸ 久々湊晴夫、前掲注 40)、119 頁。

⁴⁹ 住吉雅美（2007 年）『パターナリズムの研究』成文堂、31 頁。「強いパターナリズム」・「弱いパターナリズム」という概念はファインバーグやベイレスによって提唱された。

⁵⁰ マーシャ・ギャリソン（土屋裕子訳）「自己決定権を飼いならすために」樋口範雄・土屋裕子編（2005 年）『生命倫理と法』、弘文堂、7 頁以降。

⁵¹ 我が国における実情として、大木桃代（2001 年）「患者の態度」年報医事法学 16 号、24 頁以降。患者は、内容によって多少の差があるものの、特に専門的なことについては自ら医療行為を決定したいと思う程度がおよそ低い傾向にある。

を理解でき、その情報を得て、自分の目的と価値観に一致するような医療上の選択をしたいと望み、正しい選択、すなわち自らの個人的な希望に最も適うような医療上の選択をすることができる能力を有する、理性的で論理的な患者」像とはかけ離れて存在しているということが言える。かかる合理的な患者像が描くほど、患者は自らの治療に関する運命を決定したいと思っていないし、またそうする能力も有していない。自発的な判断能力を有しているとしても、一定の範囲においては現に医師による干渉・依存を欲しているし必要なのである。そこで求められるのは「あるべき医師・患者関係」を反映した意思決定プロセスであろう。

(4) あるべき医師患者関係

先に触れたがん告知マニュアルは、『事実をありのままに話す』という名目のもとに、『ただ機械的に病名を告げる』ことへの批判も一方で高まってきている」と続けた上で、留意点の一つとして以下のように述べている。

「2. 初診から治療開始までできるだけ同じ医師が担当し、人間関係や信頼関係が形成されていく中で告知をする姿勢が大切である。これにより、診断や治療の選択肢が複数ある場合に患者が冷静に判断できるという、本来のインフォームド・コンセントが可能となる」

この現場実務が明らかにしているのは、適切なICの前提として医師・患者間の意思疎通が必要不可欠であるということである。医師と患者との間に信頼関係が形成されていない段階で病名を患者本人に告知することが「患者のために」なる対応であるはずはない⁵²。「あるべき医師・患者関係」の内容は場面に応じて様々であろうが、ここで問題にしているICとの関係で設定するとすれば次のように説明されるであろう。すなわち、「医師は自らの専門的・医学的判断にもとづき、患者にとって最善の利益となる治療方法を選択し、それを説明、提案する。患者は自らの希望や価値観を医師に伝え、必要であればさらなる情報を求める。このような相互対話を通じて治療方針を決定するという共同意思決定」⁵³を可能にする関係である。

とすれば、「強いパターンリズム」が患者の自律を保全・補完するものとして許容されるための基準は、こうした「あるべき医師・患者関係」の維持・構築にその不告知が資するか否かに求められよう。たとえば、未だ信頼関係が築かれていないような場合のほか、患者が自己決定権を放棄し情報を聞きたくないと決めている場合⁵⁴には、相互対話の維持を図るために不告知も認められるとするのが妥当である。もっとも、不告知が認められるのはあくまで例外に過ぎず、できるかぎり患者の自己決定・自律性を尊重すべきであるから、告知する情報の内容・タイミング・やり方に関し医師が裁量をはたらかせた上で⁵⁵、なお告知するよう努めるべきだと考える。

また、告知したとしても真に説明義務を果たしたと言えるかの判断にも、「あるべき医師・患者関係」という基準は適用できそうである。特に、がんや遺伝病の告知などの非常にデリケートな内容の情報については、特に患者に対する配慮を要するのであって、告知の是非やその方法について医師が一定の裁量をはたらかせることを認めても良いであろうし、またそうであらねばなるまい。医師はただあらゆる情報をそのまま患者に伝えるのではなく、「あるべき医師・患者関係」を維持して「患者のために」なるようなふるまいをする必要がある。専門用語を多用し、患者が理解できているかどうかの確認もしないような場合や、患者の個人的背景が異なっているにもかかわらず一方的に情報を突き付けて決定を迫るような場合、告知の目的が自己満足ないし

⁵² 赤林朗・大林雅之編（2002年）『ケース・ブック医療倫理』家永登執筆部分、医学書院、113頁。

⁵³ 樋口範雄・岩田太編、前掲注19)、345頁。

⁵⁴ 星野一正、前掲注10)、55頁。樋口範雄・岩田太編、前掲注19)、345頁。

⁵⁵ 竹下賢・角田猛之編、前掲注4)、76頁。

自己保全のために行っている形式的あるいは画一的な I C と言わざるを得ない⁵⁶。かかる場合、相互対話を通じた共同意思決定を本旨とする「あるべき医師・患者関係」の維持に役立つ真の I C が成立したとは認められず、やはり医師は説明義務違反として責任を追及されてしかるべきであろう。

(5) 小括

病名不告知の場合医師は責任を負うのが原則であるが、「本人のため」という思考が信認関係のバックボーンとしても評価できることから、不告知は全てパターンリズムであり悪であると考えべきではなく、それが真に「患者のため」と言える場合には正当化されうると示した。具体的には、当該医師・患者関係における諸事情を総合的に勘案し、不告知により患者の自律が実質的に保全されると言えるかによる。そして、患者の自発的な判断能力の有無から、「弱いパターンリズム」の場合には比較的緩やかに判断することも認められ、一方「強いパターンリズム」の場合患者の自律を侵害する程度が高く、限定的にしか認められない。とはいえ自己決定権の理念が想定する「強い患者」像は虚構にすぎないことから、相互対話と共同意思決定を内容とする「あるべき医師・患者関係」の維持に役立つ限度で「強いパターンリズム」としての不告知も正当化されるとした。また、告知の場面であっても「あるべき医師・患者」基準は妥当し、形式的には告知をしたとしても患者の自己決定をむしろ害してしまうような場合には、不告知の場合に準じて医師は責任を追及されるものと結論付けた。

4 おわりに

本稿では、医師・患者関係をいかにして法的に評価し、その関係で必要とされる義務をいかなる法的構成によって法的義務へと生成するかという問題⁵⁷の解決を試みた。それに対する私なりの答えが「関係的契約理論」であり「あるべき医師・患者関係」基準である。いずれの理論も抽象的で、あるいは実用性に乏しいとの批判を受けるかもしれない。しかし、継続性や緊密性、信認性、多様性といった医師・患者関係の特殊性にかんがみれば、一方当事者の事情あるいは両当事者の当初の意思だけではなく、具体的な関係のあり様や進展から規律が導かれ、帰責原理が生ずるものと解するのが相応しいといえよう。そうなればいよいよ規範は抽象化せざるを得ないが、医師の責任や患者のあり方は一般的・確定的に定められる類のものではなく、むしろそれらを判断する際の方向性を定めることに意義があるものとする。

今日、さらなる医療技術の進展によって医師・患者関係がいかに変容していくか予断を許さない状況である。既に医療研究にあってはヒト・ゲノム解析が実用に堪える段階に達しようとしており、新たな遺伝病差別と告知の問題が提起されているほか⁵⁸、医療のグローバル化や商業化に伴って患者の主体性の暴走が引き起こされるかもしれない。これからの医師・患者関係がいかに変移し、いかにして医師の裁量権と患者の自己決定権との調整をはかるべきか、より詳細な判断が迫られている。

⁵⁶ 大木桃代・前掲注 51)、28 頁。

⁵⁷ 田岡絵理子、前掲注 46)、349 頁。

⁵⁸ 竹下賢・角田猛之編、前掲注 4)、79 頁。

資料（最三小判平成7年4月25日民集49巻4号1163頁、筆者により事案を一部簡易化している）

【事実の概要】

Aは外来でY病院を訪れたところ、同院のB医師は胆のうの進行癌を強く疑い、Aを入院させて精密な検査をする必要があると判断したが、Aの性格、家族関係、治療方針に対する家族の協力の見込み等が不明であり、右の疑いを本人に直接告げた場合には精神的打撃を与えて治療に悪影響を及ぼすおそれがあることから、A本人にはこれを説明せず、精密な検査を行った後にAの家族の中から適当な者を選んでその結果を説明することにした。

B医師は同日、Aに対し、「胆石がひどく胆のうも変形していて早急に手術する必要がある。」と説明して入院を指示したが、Aが海外へ旅行する予定であること、仕事の都合及び家庭の事情などを理由に強い口調で入院を拒んだため、胆のうも変形し手術の必要な重度の状態にあるから、仕事の都合を付け家族とも相談した上で入院できる態勢を整える必要がある旨を告げ、なお粘り強く入院を説得した。その結果、Aが旅行後に入院するというので、B医師はやむを得ずこれに同意し、入院の手続のため再び来院することを同女に約束させた。

Aは、その後B医師の診察を受けて速やかに入院する旨の予約手続も行ったが、数日後同医師に相談することなく、電話で応対した看護助手に対して家庭の事情により入院を延期する旨を伝えた。Aは、予定通り旅行し、帰国後もB医師に連絡を取らず医師の診察を受けずにいたところ、翌年病状が悪化してCがんセンターに入院し、胆のう癌と診断されて治療を受けたが死亡した。

Aの配偶者Xは、Y病院に対して診療契約上の債務不履行に基づく損害賠償を請求した。

【判旨】

医師が、患者に胆のうの進行がんの疑いがあり入院の上精密な検査を要すると診断したのに、患者に与える精神的打撃と治療への悪影響を考慮して手術の必要な重度の胆石症であると説明し、入院の同意を得ていた場合に、患者が初診でその性格等も不明であり、当時医師の間ではがんについては患者に対し真実と異なる病名を告げるのが一般的であって、患者が医師に相談せずに入院を中止して来院しなくなったなど判示の事実関係の下においては、医師が患者に対して胆のうがんの疑いがあると説明しなかったことを診療契約上の債務不履行に当たるといえることはできない。

本件について、医師が、患者に胆のうの進行がんの疑いがあると診断したのに、患者に対しては手術の必要な重度の胆石症であると説明して入院の同意を得ていた場合に、患者が初診でその家族関係や治療に対する家族の協力の見込みが不明であるので、入院後に患者の家族の中から適当な者を選んで検査結果等を説明する予定でいたところ、患者が医師に相談せずに入院を中止したため家族に対する説明の機会を失ったなど判示の事実関係の下においては、医師が患者の夫に対して胆のうがんの疑いがあると説明しなかったことを診療契約上の債務不履行に当たるといえることはできない。