

1、本稿の目的

説明義務とはいったい何なのか。説明義務は様々な分野で登場する義務である。この義務は、情報提供義務と名前を変えて登場するときもある。情報提供義務として登場するときは、金融商品販売契約締結時、土地販売契約締結時、フランチャイズ¹ 契約締結時などにおいて情報などの説明が不十分である場合に裁判例の中や講学上で用いられることが多い。説明義務ないしは情報提供義務は情報の偏在がある当事者間で認められる傾向が強いとも思われるが、情報の偏在だけを根拠にして認められるものとも言いがたい。医療過誤訴訟で問題にされるこうした義務は多く説明義務と呼ばれてきた。その根拠は自己決定権ともいわれ、準委任契約たる医療契約上の善管注意義務の内容であるとか、その他の付随義務であるとかされる。

とにかく医療行為に関する内容や危険性などの説明は患者の身体に対する医的侵襲を伴う医療行為を正当化する同意の前提であるとされるようになってきており、ここから医療過誤事件で問題にされる説明義務は発展をはじめたといっても良いと思う。現在、医療の場で説明義務そのものの存在についてはもはや争いはないと考えられる。近年、実に説明義務が問われた事件は多く起こるようになった。そのためそれは立証の不便を緩和する便宜であるともまで言われるようになるほどである。説明義務もじつに多様なものになり、「手術に対する同意（承諾）のための説明」という区分だけではうまく整理できないようになり、伝統的な区分への批判がなされ、¹あらたな区分が試みられはじめている。様々な分類の仕方があるべきと考えられるのだけれども、それほど多様な分類がされているわけではないのが実情である。現在のところ通説とされる分類は、「医療行為に対する承諾の前提としての説明」と「悪しき結果回避義務としての説明または診療行為としての説明」の二種に大分するというものである。そして、更にその分類を細分化しようとする試みも「医的侵襲を伴う医療行為を正当化する同意の前提としての説明義務」という区分を中心にすえて、それ以外の説明義務を医療の場面の時系列ごとに細かく分けていっているに過ぎないように思えるのである。こうした説明義務分類の状況は、説明義務の形成・成立における沿革に大きく流された側面があると思われる。とりあえずは患者の同意というものを担保する説明義務を確立する必要があり、強調する必要があったと。²説明義務自体がしっかりと根をおろしつつある時代において、こうした分類の仕方は、新たな時代の医師の説明義務の発展に役立つものだろうか。自分にはそうは思えないのである。そこで、説明義務の分類について新しい分類の仕方は無いかを探りたいと思う。これが本稿の目的である。まずこれまで存在してきた説明義務の分類状況についてまとめる。そして、その医療過誤問題

¹ 樋口範雄「患者の自己決定権」岩波講座現代の法 14 自己決定権と法（1998）81 頁は実務で浸透しているとされるこの区分を疑問であると説く。

² 唄孝一「医事法学への歩み」3 頁以下

についての説明義務の分類の現況がなぜ生じたのかということをも日本と外国の説明義務の沿革の違いから明らかにする。そして、新たな説明義務の再分類の可能性を模索するが、なにより分類の手がかりとして最初に患者の意思に着目したい。というのは、従来の分類では「医療行為に対する承諾の前提としての説明」として患者の自己決定、意思決定というものが前面に押し出されているように見えるのだけれども、本当に患者の意思について注目して説明義務を検討しているかどうかは疑問に思われたからである。本稿ではその疑問を明らかにしつつ、分類を試みる。最初に〈類型1〉として患者が経過観察を医師から与えられた情報に基づいて自分で判断を行い、自分で診察の必要性を認識して病院に向かうかどうかの自己決定をする場合の裁判例と検討する。

そうであるので、分類する際を中心となる概念は患者の意思決定過程である。しかし、法的構成（詐欺、錯誤、不法行為、債務不履行のどれで説明義務違反が主張されているか、また裁判所が認めているかについて）が生活事実の具体的態様・特徴を如何様に反映しているかといった問題や、他の法律分野に現れる諸概念を患者の意思決定過程を中心にすえた分類を側面から助ける補助的概念として検討したい。そうしてきめ細かな分類を試行したい。この分類は、（患者の）意思と説明義務の範囲・内容の軽重と連動させようとするものである。これが分類のメリットのひとつとしてあげられる。そうして最後に、裁判所が認める説明義務に対応する患者の意思が尽きるかと思われる場面に出くわすことになる。しかしそこでも患者の意思は生きているという結論になる。こうして意思決定を根拠にして説明義務が問題となる全場面を統一的に分類・説明できるようになる、というのが本稿の主張である。

2、日本での医療過誤訴訟における説明義務分類論の状況

まず、これから検討しようとするわが国の学説の説明義務の分類状況をまとめたい。ここでは医療過誤事件で問題にされる説明義務の分類についてのみまとめる。説明義務は（1）医療行為に対する承諾の前提としての説明と（2）悪しき結果回避義務としての説明または診療行為としての説明の二種ある³とされ、（1）の義務は自己決定権に由来するが、（2）の義務については医療契約から生じる医師の本質的義務である⁴とする。（2）の義務群からさらに（3）転医・転送に関わる説明義務を取り出して全部で三つの類型に説明義務を分けるものもある。⁵また、（2）の義務を療養指導方法の説明義務と呼んだ上で、同様に（3）の転医・転送に関わる説明義務を取り出し⁶分けた上で、さらに（4）不本意な結

³小佐田潔「説明・告知義務と患者の同意」民事弁護と裁判実務 損害賠償 225、稲田龍樹「説明義務(1)」裁判実務大系17 医療過誤訴訟法118、野田寛「医事法」441頁

⁴樋口範雄「患者の自己決定権」岩波講座現代の法14 自己決定権と法(1998) 81頁

⁵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巻4号71頁

⁶野田寛「医事法」444頁では転医義務の発生淵源を未熟児網膜症で問題にされた医療水準

果の説明（結果顛末報告義務、死因究明に関する説明と呼ぶ場合もある）に分けているものもある。⁷（１）医療行為に対する承諾の前提としての説明から、手術の選択に向けられた説明という類型を取り出すものもある。（１）医療行為に対する承諾の前提としての説明義務を説明義務群の中から取り出しているところはどの説も踏襲しているところが特徴的である。

しかし、船橋市立医療センター医療安全対策室がホームページで掲載している医療安全についてのリスク管理マニュアル⁸での説明義務の扱われ方が上記のような分類とは違った視点からされている。ここでは知る権利に基づく説明義務という分類⁹があらわれる。すべての説明義務をそのようにいう分類もある。

しかし、上記は例外であって、通説的分類は１）医療行為に対する承諾の前提としての説明と（２）悪しき結果回避義務としての説明または診療行為としての説明の２分説である。なぜこのような分類の仕方が基本として位置づけられるようになったか。¹⁰

手術のような医療行為がなされると、術後の過ごし方や、薬を飲んだりする院内での療養の仕方が説明の対象になる。退院すれば、自宅での過ごし方が説明の対象になり、手術に失敗すれば、その顛末についての説明が問題にされる。上記の分類の状況は、手術を中心にそこから時間の流れを軸にして整理して行ったにすぎないものといえなくもない。¹¹（１）医療行為に対する承諾の前提としての説明と（２）悪しき結果回避義務としての説明または診療行為としての説明（結果回避義務としての説明）の二種に分けることの意義として（２）は自己決定権と無関係なので説明が不十分であることそのものが過誤になることと、この説明に従うことを患者は拒否できないことが（１）との相違点として挙げる。¹²しかし、（２）の説明に患者は従うことができないということはないのではないかという批判がある。¹³

の格差是正にあると位置づけてはいる。

⁷ 吉田謙一「事例に学ぶ法医学」212頁

⁸ このマニュアルは森山満「医療過誤医療事故の予防と対策」を参照して作成している。

⁹ 知る権利の保障としての説明義務を明示的に分類の項目としてあげているものとして伊澤純「医療過誤訴訟における医師の説明義務違反」成城法学 65号 168頁、

¹⁰ 不十分ないしは間違った説明をした医師の責任を問うための法的構成の種類は、新美教授によって整理されたものがある。（ここで同意とは承諾と同様の意味で使われている）「同意無効説」についての新見教授の疑問が、同意に対する前提としての説明という分類の無益さの証左のひとつとはいえないだろうか。

¹¹ 野田寛「医療をめぐる民法上の問題」民法講座 147頁は転医・転送に関わる説明義務、単なる報告義務、弁明義務などの分類の存在を指摘するが、これらが、すべて悪しき結果回避義務としての説明または診療行為としての説明（結果回避義務としての説明）に含めることができるのではないかと分類化のゆり戻しを指摘する。

¹² 西野喜一判例タイムズ 686号 84頁

¹³ 樋口範雄・前掲書・81頁

3、外国での医師の説明義務の展開の状況¹⁴（主にアメリカにおけるもの）

日本においてはもちろん、アメリカにおいても、現在ではインフォームド・コンセントとして親しまれ、その存在は確固として疑うべきところが無い医師の説明義務も、もちろん当初から確立されていたわけではない。アメリカでは同意原則が誕生する¹⁵直前まで、同意原則の問題について医療契約を締結した時点で包括的な同意がされており、そうした同意は病気の治癒のために望まれる全ての医療行為を実施することをゆだねているものであると判断した判決¹⁶がある。

同意原則は古くは 1905 年、1906 年の判決でその萌芽をあらわした。そしてそれらの成果を取り込んだ、1914 年の *Schloendorff v. Society of New York Hospital*¹⁷判決によって成年であり、精神的に健康な全ての人間は自分自身の体に何かなされるか決める権利があるという原則が確認される。¹⁸日本において最も古くに医的侵襲に関する同意についての違反が認められた事例として挙げることができるのは昭和 5 年 5 月 28 日の長崎地裁佐世保支部判決¹⁹であると思われる。日本では同意原則はおよそ 20 年程度おくれて登場しているとも見られる。ドイツでは医的侵襲を一貫して傷害罪の構成要件として捉える²⁰のでどちらかといえばその違法性阻却自由として患者（被侵襲者）の承諾が観念されるようになったのが先であるようである。アメリカ法で不法行為法の問題として同意が考えられ始めたことと対照的である。しかし、アメリカでは、1950 年代に入るといくつかの問題から²¹同意原則にかわる新たな医師の責任を問うための理論が必要になった。これは同意原則違反の下で守られていたものを別のやり方で守るためのものである。1958 年の *bang*²²判決、1960 年の *Natanson*²³判決を経て、説明義務は確立する。そしてその後、その説明義務の開示の内容・程度の決定問題としてその判断基準をどのようにするのかということについての分類（合理的医師基準・合理的患者基準・具体的患者基準）に重きがおかれている。日

¹⁴ Marsha G.& Carl E.S.:THE LAW OF BIOETHICS ,American Casebook Series 28-149 参照

¹⁵ 1905 年の *Mohr v. Milliams*95 Minn. 261, 104N.W.12(1905)判決

¹⁶ *Wood v. Wyeth*,106 App.Div.21,94 N.Y.Supp.360

¹⁷ 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92,93

¹⁸ *Schloendorff* 以前に *Mohr v. Milliams*, 95 Minn. 261, 104N.W.12 (1905), や、*Pratt v. Davis*, 224 Ill.300, 75N.E.562 (1906) において同意原則は誕生している。しかし安定していたとまではいえない。そのように評価すると考えられるものとして、新美育文「医師の患者の関係 - 説明と同意の法的側面 - 」名古屋大学法政論集 64 号 86 頁、細川清「医師の開示義務 - アメリカ法の場合 - 」判例時報 817 号 4 頁、

¹⁹ 司法研究 18 巻 246 頁

²⁰ 唄孝一・前掲書・5 頁

²¹ 同意原則違反の責任原因の出訴期間、同意原則における緊急事態概念の拡大解釈、故意による医療事故に対する保険不払いの問題などがあげられるとされる。新美育文・前掲論文・186 頁

²² *bang v.Charles T.Miller Hosp.*,88 N.W.2d 186(Minn.1958)

²³ *Natanson v. Kline* 186 Kan. 393,350 P. 2d 1093 (Kan.1960)

本においては、諸外国の同意、そしてそれに対する説明が順次問題にされていったのと同様に昭和40年の中ごろ²⁴から、未熟児網膜症に関する一連の判決をへて医師の説明義務はその存在が確立されてきた。その際には外国における同意原則の紹介が重要な根拠付けになったことは間違いない。しかし、その後、自己決定の内実の問題、説明義務の範囲や内容の問題がと説明義務の分類の問題と関連づけられて議論されていったようには思えない。これが日本において分類が医的侵襲の承諾のための説明とそれ以外という分類から発展していない理由ではないかと思う。アメリカにおいては説明義務の開示の内容・程度の決定問題から、合理的医師基準・合理的患者基準・具体的患者基準の問題、つまり誰の意思を基準にするかの問題にふみこんで、正面から、患者の意思決定の内実や、患者の意思をいかに説明義務と連動する規範に反映するかということの問題にしているように見える。

4、説明義務分類の再構成の可能性

4 - 1 分類の方針

何を考慮して分類すべきか。患者の意思決定の過程であると前述してはみた。分類するという場合には一般に様々な方法があると思われる。²⁵大きく、問題とされている疾患で裁判例を分けていくという方法もある。いくつかの特徴的な手術の種類、特徴ある副作用のある薬剤の投与の場面について分けていくことも分類の助けになるのではないかと思う。また説明義務が問題とされたときの争われ方、法律構成（不法行為構成か、錯誤構成か、詐欺構成か、債務不履行構成か）当事者の主張についても着目すべきである。当事者がする説明義務の立証を説明義務の内容のこの部分については原告が、残りの部分については被告の側が立証するといったような住み分けが分類の指針になることも考えられる。

しかし、これらの分類要素は補助的に用いるべきである。もっとも重要な説明義務の分類はやはり患者と医師の意思決定の過程の分析によるべきであると考え。従来なされてきた自己決定権に関する議論や説明義務、インフォームドコンセントについての議論では、患者の意思決定にむけられた情報提供・説明という側面が強調されており、何よりも医師が患者の治癒のためにしているのも意思決定に他ならないという側面が見落とされているように感じる。大きな専門性に依る裁量を行使して医師は医療を行うが何よりも医師はその裁量を行使する場面で行っているのは、今ある十分な情報（いま医師が持っている、知っている情報＝

²⁴ 昭和45年5月26日判例タイムズ 253号273頁など、

²⁵ 吉田邦彦「近時のインフォームドコンセント論への一疑問」民商法雑誌110巻258頁では「便宜上区別する事案類型」としての斬新な分類が見られる。そこでは「ややずさんな医療行為」の種類や、手術の際の麻酔剤、検査における造影剤の種類や、癌告知に関するもの、美容整形などの非治療的医療の種類など、自由な類型化が試みられている。ここで示された類型化のための諸概念の豊富さは、通説の2分類型の整理の限界を間接的に示唆するとも考えられる。

当該判断に必要十分である量の理念的な情報、知識を観念している)によって患者であれば患者はこういう(医療)行為を意思決定するはずだという、患者が患者のためにするだろう意思決定を医師は患者の代わりに行っていると見ることができる。これは患者の意思決定を医師は代行しており、そのときの情報環境は医師が持っている全ての情報・経験・勘であり、それらをすべて総合して勘案して患者になりきって医療行為の意思決定を行っているのである。

一般に意思決定に必要なかつ十分な情報の絶対量というものがあると考えられる。その必要かつ十分な情報の絶対量は、決定する事項の内容による。だから、医療行為一つ一つについて医療行為の性質に依って必要かつ十分な情報の絶対量は変わることになる。行為が情報量を規定するのである。

医師が裁量を行使する場面で行っていることは、患者の意思決定の代行判断であるという側面を強調して様々な事例を詰めていけば、あらゆるすべての説明義務が問題とされる場面の基本の形というのは「患者が患者のために(医療)行為を意思決定する場面」になるはずである。(こういう場面は、医師が疾患を抱えて、患者として自分で自分を診察している場面に限られるとも考えられるがそういった限界事例を自分(筆者)は問題にしているのではなく、後述する患者が医療行為を自分でしなくてはならない場合である意思決定の基本の形を用いて、様々な説明義務違反の問題とされる事案を整理分類しようとするものである。)そして、このように考えるならば、「手術(医的侵襲)に対する同意に向けられた説明」という従来、説明義務分類の筆頭に上げられてきた類型は、基本の形ではないことになる。そこで整理されている類型は実は医師が説明をして患者が意思決定をして特定の行為をできるのに十分な情報環境を患者のために整え、患者が自分のために医療行為の意思決定をするというものではなく(手術に対する同意への説明というとそのように聞こえるのだが、)ないからである。医師はあらゆる情報を患者が医師の知識と同じになるまで説明することはできないし、しないのである。「手術(医的侵襲)に対する同意に向けられた説明」では患者が特に前々から明示的に気にしていたこと(特定の療法、薬剤投与の希望)は取り上げられ説明されるべきであるという傾向はあるものの、そうした明示的な意思がなければ多くの場合医学的観点から一般的な説明がなされるにすぎない。患者が特に聞いていないことにまで医師はすべて説明しないし、すべきでないと言われる。そうした患者と医者間で争点となっていると思われることについて、患者の意思(あるいは推定的意思、擬制的意思、公共公益的利益)が医師の裁量に優越する場面があるに過ぎなく、そうしたすべての場面をまとめて扱っていた類型であるというのが「手術に対する同意に向けられた説明」に従来分類されてきた事案の内実であり、実は自己決定の典型的場面ではないのではないかというのが筆者の主張である。自己決定と呼ばずにすべて意思決定と呼べば混乱もないのではないかと思うこともある。しかしながら、「手術に対する同意に向けられた説明」の類型は自己決定権の主張²⁶、憲法上の人権論と連動し、まさに、医的侵襲に対する

²⁶ 平成 11 年 3 月 12 日広島高裁松江支部判決判例時報 1702 号 112 頁では「手術を受

患者の承諾を得ることが義務付けられ、さらにその承諾について十分な説明を行う義務を課す枠組みを作り上げる中で重要な役割を果たしてきたことも事実である。²⁷しかし、そうした歴史的経緯にひきつけられた分類は役目を終えつつあるのではないか。自己意思決定は患者にとって手術に限らずあらゆる部分で問題になるはずなのである。通説の説明義務の区分は、手術などの医的侵襲を伴う治療に関する承諾の場面についてのみ自己決定権の対象を限定することから生じたとされるが、²⁸そのような限定は根拠がないものだと批判が強い。

そこで<類型1> = 「患者が患者のために（医療）行為を意思決定している基本の形となる場面」を全体の事案の中から抽出した上で、<類型2> = 「患者と医師の意思決定が相互に影響を与え合って医療行為が進行していく場面」のタイプの細分化を試みたい。前者のタイプは数が少なく、後者が実は膨大な事例が放り込まれることになる。

4 - 2 <類型2>の中の整理の方針

このタイプは医者と患者相互の意思決定の食い違いが問題にされるため、詐欺や錯誤（法律行為法）と情報提供義務違反（不法行為法）の制度間競合における議論が分類の参考になると考える。説明義務違反とは詐欺の拡張類型を捕捉する義務違反類型であるということが、金融商品販売契約等の締結過程における意思表示の瑕疵の研究において明らかになってきている。²⁹この、詐欺や錯誤を拡張する際の実概念が医療契約における説明義務違反で問題にされている事例について分類のために応用されるべきである。しかし、契約締結における意思表示が問題にされる議論と、医療に関する同意を問題にする議論は参考にできないとも考えられる。なぜなら、医療行為に関する同意（医療同意権）と医療契約締結についての意思表示が、成年後見等の代理権限の有無についての議論で明確に区別して意識されているからである。しかし、一定の範囲内で、成年後見の医療同意権も許容する方向の解釈論もあるので、これは医療行為に関する同意と医療契約締結についての意思表示の連続性を示しているとも言える。³⁰これは制度間競合における議論が医療行為への自己決定

けると健全な左下肢にまで塞栓が飛び壊死して切断せざるを得なくなった危険性を術前に説明すべきであるとの根拠付けとしては「自己決定の機会」という言葉を用い、説明義務違反の結果として自己決定権侵害ありとの判断をする。

²⁷ 樋口範雄「患者の自己決定権」77頁

²⁸ 樋口範雄「患者の自己決定権」81頁

²⁹ 横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」ジュリスト1094号128頁、高橋眞「契約締結上の過失論の現段階」ジュリスト1094号139頁、小粥太郎「説明義務違反による損害賠償に関する2、3の覚書」自由と正義47巻10号39頁、山田誠一「取引における不法行為」ジュリスト1097号98頁、

³⁰ 上山泰「医療行為についての同意」法学セミナー575号54頁、上山泰「身上監護をめぐる諸問題について」ジュリスト1211号49頁、

の問題への応用が可能であることに親和的である。一定の範囲内での成年後見の医療同意権の拡張はどの学説も慎重であるが、注意すべきことはその判断基準の中に現れるものである。医療行為の「危険性」という概念による行為の分類可能性を示唆していると考えられる。成年後見人の医療同意権の拡張についての学説には、本人に治療・手術の意味について判断能力がない場合に限るべきとする説、客観的必要性がある場合に限る説、また立法論による解決などが存在するが、医療行為の危険性の程度に着目して医療同意権の有無を判断しようとする傾向がみられる。上山助教授の医療同意権を肯定する見解は危険性の程度の低い医的侵襲行為について病的症状の医学的解明に必要な最小限の医的侵襲行為として具体的に触診、レントゲン検査、血液検査等を挙げ、危険性の少ない軽微な身体的侵襲の具体例として熱さましの注射、一般的な投薬、骨折の治療、傷の縫合等を挙げる。また、多くの説に共通している見解とみられるのは本人に当該医的侵襲行為に関する同意能力がないことを条件とすることであるようにみられる。ここで、医療同意権の判断基準として 病的症状の解明のため 危険性の少ない最小限、軽微な侵襲 本人の同意能力の尊重の強調といった要素が、成年後見人による代行判断におけるものであるが、提示されている。 < 類型 2 > の分類で手術などの承諾における説明の場面は、医師が患者のために代行判断するという意思決定の過程に近いことを強調するのであれば、ここで提示された危険性の少ない軽微な身体的侵襲の具体例として熱さましの注射、一般的な投薬、骨折の治療、傷の縫合等の要素や、病的症状の解明といった要素はその医師患者相互間における意思決定過程分類に参考にされるべきである。

次に、詐欺や錯誤（法律行為法）と情報提供義務違反（不法行為法）の制度間競合における議論はおもに、金融商品販売契約等の締結過程における場合を問題にしているとされる。しかし、医療契約は一般的に医師のもとに患者が訪れて診察を受け始めた時点で明示、または黙示に締結されたとされる。したがって、多くの場合、説明義務が問題にされるのは検査や手術、療法選択、投薬のときの患者の意思決定の時点であるので、いわば、この場合の説明義務（情報提供義務）は契約の締結に向けられた義務とは言い難く、むしろ契約の履行に向けられた義務とも考えられ、詐欺や錯誤（法律行為法）と情報提供義務違反（不法行為法）の制度間競合における議論は平行的に参考にできないのではないかと考えられる。しかし、本当に契約締結過程と契約の履行過程というものがきれいに分けられるかどうかは疑問である。³¹また、医療契約は医師のもとに患者が訪れて診察を受け始めた時点で明示、または黙示に締結されると一般的に言われているだけであって、診察を受け始めた時点では債権・債務の内容も明らかではなく、その後に細分化された個々の個別契約があると見ることも可能である。そもそも、売買契約などで語られる「契約」は医療契約で語られる「契約」と同じ意味で使われているとは考えるべきではない。（図 1）しかし、契約締結過程であろうと履行過程であろうと、意思決定の場面というものは個々にして存在するのであり、その個々の部分を取り出して両者を比較することはなんら問題ないと考

³¹ 河上正二『『契約の成立』をめぐって』判例タイムズ 655 号 13 頁、

える。契約締結過程での法律行為法と不法行為法の制度間競合問題の具体的な素材として、宅地建物取引に関するもの、フランチャイズ³²契約、金融商品販売契約、金融商品販売法、消費者契約法の中で登場している情報提供義務の詐欺錯誤制度の補完状況を扱う。補完する際にどういう判断基準が働いているかに注目し、医療行為への説明義務の分類に有益かつ応用可能な基準を抽出する。また、保険契約における告知義務違反による契約の解除と、錯誤、詐欺取消、告知義務違反による直接の不法行為による損害賠償の制度競合の問題についても分類の示唆を得る。金融商品販売法、消費者契約法、証券取引法に現れる諸概念や、保険契約の告知義務違反が認められる事例、株主総会における議長の説明義務についても検討し示唆を得たい。

4 - 3 第1 類型の提示

分類< 類型 1 > = 「患者が患者のために（医療）行為を意思決定している基本の形となる場面」（図2 参照）

まず、平成6年11月16日福岡地裁判例時報1548号124頁の裁判例にあらわれた説明義務違反を見てみたい。この事件は、強い黄疸症状がみられる新生児が一度入院して症状が落ち着いたので退院（3月4日）したが、容態が悪化し（3月7日）病院に再び来たが、手遅れであり、核黄疸の後遺症である脳性麻痺が生じたというものである。（自動運動不能、要全面介助。）再来院した時の処置についての落ち度について原告は主張しているが、裁判所の判断の中ではそのことを問題にするまでもなく退院時の医師の指示の不適切をとらえて債務不履行ありとして医師の責任を認めた。損害額は慰謝料2000万円、逸失利益2865万円、介護費用3551万円である。退院時の指示の義務は医師の情報提供義務に他ならない。どのような点が不適切であると捕らえられているかということ、新生児の容態が変化したら、両親はその児を病院に連れてくることになるのであるが、その病院に児を連れてくるか否かの判断を両親は任されているといえる。（つまり経過観察なる医療行為の委任である）その判断の材料となる情報が十分であったか否かが問題であり、その情報の与え方が不適切であったと判断されているのである。経過観察が医療行為の一部であるとするならば、退院させて経過観察を両親にさせるというのは、医療行為の両親に対する委任であるといえる。この例は厳密に言えば、両親が児の代わりに経過観察をして変化があった場合に病院に行くか否かの判断をしている。その意味では患者本人が患者のために行為を意思決定している場面とはいえないであろう。しかし、医師の医療行為にむけての意思決定が介在していない場面であるとは言える。医師は飽くまで退院時に患者に与えた指

³² フランチャイズ契約ではフランチャイザーが単なる情報提供義務を越えてフランチャイジーの経営を積極的に支援するための助言義務を負うことも多いことが指摘される。野澤正充「情報提供義務（説明義務）違反」法学教室273号39頁はフランチャイズ契約と医療契約における説明義務との対比の必要性を説く。

示（情報提供）でしか患者の意思決定に関与できない。患者はその与えられた情報に基づいて患者自分自身の状態と照らし合わせて経過観察を中断し病院に行くか否かの判断をするのである。したがってこの場合には情報（説明義務の内容）は性格かつ詳細なものが要求されることになる。裁判例は高い水準の内容・程度を要求している。再入院が必要なほどに症状が悪化していることの判断基準として、皮膚の黄色味が増したら、元気がなかったら、ミルクを飲まなかったら、吐いたら、との要件を述べたと被告（医師側）は主張しているが、原告（患者側）は手足を硬くしたり、ミルクを飲まなかったりしたらとの要件しか指示されていないとする。裁判所はその要件が具体的にどこまで指示されたかの判断を、再来院を一週間もあとに指定した（鑑定人や証人の医師によればこの状態では2、3日の間隔での受診を指示するとされる）ことをとらえて、具体的かつ明確な退院後の経過観察における初期症状の判断基準の提供がなかったとしている。結果的に元気がなかったら、黄色味が増したらといったより細かな判断基準まで提供を求めたといえよう。

またこの類型³³に整理されるものとして高松高裁平成8年2月27日判決判例時報1591号45頁³⁴がある。この事件は髄膜腫の摘出手術を受けた患者が薬品の副作用によって中毒性表皮融解症候群（TEN）になり急激に死亡したというものである。術中、術後の痙攣発作を防ぐためデパケンという薬を当初投与していたが、後に、アルビアチンという薬に変更した。またラキサールという便秘薬も投与していた。退院時にはアルビアチン、ラキサール、シール、フェバールの薬を2週間分投与した。TEN発症の原因とされたのはシールを除く3つの薬についてであり、3つ全体をまとめて発症の原因と推定している。（原審の認定を引用している）医師に投与そのものの仕方についての注意義務違反は原審とともに認めなかった。投薬を承諾するかの前提として薬剤の副作用についての説明義務は認めたが、それによる結果回避との因果関係がないとした。しかし、判決文の当裁判所の判断の二項の4の「情報提供義務について」の中で、「右2の説明義務について述べたとおり、医師には投薬に際して、その目的と効果及び副作用のもたらす危険性について説明をすべき義務があるところ、患者の退院に際しては、医師の観察が及ばないところで服薬することになるのだから、その副作用の結果が重大であれば、発症の可能性が極めて少ない場合であっても、もし副作用が生じた時には早期に治療することによって重大な結果を未然に防ぐことができるように、服薬上の留意点を具体的に指導する義務があるといわなくてはならない。即ち、投薬による副作用

³³ この類型に属すると考えられる説明義務が問題となった裁判例はほかに昭和62年11月9日判例時報1289号87頁（この事案も新生児の黄疸に関するものであったが退院後の経過観察に関する指示（情報）は不十分ではなかったとされている）、昭和51年3月9日判例時報850号75頁（この事案は

³⁴ 本裁判例は判例時報の解説の中で「次のように類型化できるとされている」として通説の分類を少し細かくした分類（1、承諾の前提としての説明 手術等の医的侵襲を違法性を阻却する有効な前提としての説明 ライフスタイルの決定に影響を及ぼす療法等の選択などにみられる患者の自己決定権の行使の前提等としての説明 2、結果回避義務としての説明 療養指導義務としての説明 転医勧告義務としての説明 顛末報告義務としての説明）にしたがって2の かの類型にあたとみることができると説く。

の重大な結果を回避するために、服薬中どのような場合に医師の診察を受けるべきか患者自身で判断できるように、具体的に情報を提供し、説明指導すべきである。」として、本件の医師に対して、「退院に際してアルビアチン等を二週間分処方するについては『単に何かあればいらいっしょい』という一般的注意だけでなく、『痙攣発作を抑える薬を出しているが、ごくまれには副作用による皮膚の病気が起こることもあるので、かゆみや発疹があったときにはすぐに連絡するように。』という程度の具体的な注意を与えて、服薬の終わる二週間後の診察の以前であっても、何らかの症状が現れたときには医師の診察を受けて、早期に異常を発見し、投薬を中止することができるよう指導する義務」があるとした。義務の内容（情報提供の内容）がかなり高度に具体的に示されているのが特徴的である。そしてその内容の判断の基準は端的に患者自身が病院に行くかどうか判断できる（病院にいて、医師の診察を受けるかどうかの意思決定のため）に十分かどうかで判断されている。医師の裁量や意思決定はこの意味での説明義務（情報提供義務）の判断の中では判断要素とはされていないし、され得ない。

この判決文ではわざわざ説明義務という項目があるのにもかかわらず（高裁判決文の第四 当裁判所の判断の三項の豊永医師の注意義務違反についての2と4を参照）情報提供義務という言葉が判文の中で現れた。ほかに情報提供義務という言葉が出現するのは判例マスターで検索をかけた結果だが見当たる範囲では14件しかなく医療関係の裁判例では上記高松高裁のものだけである。説明義務と別に情報提供義務という言葉を使い分けている例はほぼ見当たらない。³⁵高裁の判決文第四当裁判所の判断、二項の2で判断している説明義務とは独自の機能を持つものであることを強調しているものとする。2では、「説明義務について」と題して「患者に対して投薬の必要がある場合、その薬剤の選択については、担当の医師が総合的な診療方針のもとに、最良と考えられる薬剤を決定すべきであって、その点については医師の裁量が認められるということが出来る。そして薬剤の投与に際しては、時間的な余裕の無い緊急時等特別の場合を除いて、少なくとも薬剤を投与する目的やその具体的な効果とその副作用がもたらす危険性についての説明をすべきことは、診療を依頼された医師としての義務に含まれるというべきである」と判示している。ここで判断されている説明義務は、通説では承諾の前提としての説明に分類されるべきもの、

³⁵説明義務と情報提供義務の関係として付記しておきたいことに、情報提供義務は、契約当事者間に情報を収集する能力や専門的知識において著しい格差がある場合には、当事者の一方から他方に対して情報を提供すべき義務が課されることがある。このような義務を情報提供義務ないし説明義務といい、民法に規定は無いが信義則に基づいて認められると説明がある。（野澤正充、法学教室273号34頁「情報提供義務（説明義務）違反」この見方では明らかに説明義務と情報提供義務の違いを意識していない。一元的に捉えているといえる。情報提供義務と呼ぶ場合と説明義務と呼ぶ場合とで呼び方によってその内容を区別しているということは無いようである。しかし、情報提供義務という呼び方は、表意主体がする行為、表示のためになされる情報提供を呼ぶものとみて、医療における典型的な説明義務がよぶものとは区別してみていくことは今後現れる裁判例の評価のためにも重要である。

ここでは、後に検討する<類型2> = 「患者と医師の意思決定が相互に影響を与え合って医療行為が進行していく場面」の類型に属するべきと自分が考えるものである。本裁判例ではこの2の部分での「説明義務」は否定された。

4 - 4 <類型2>の細分化の検討

以下では、<類型2> = 「患者と医師の意思決定が相互に影響を与え合って医療行為が進行していく場面」の類型の細分化の検討をしたい。この類型に整理されるのは、通説においては承諾の前提となる説明義務や、治療方法の選択における説明義務に整理されていたものが多い。患者の意思に注目して分類していく。この<類型2>に分類される裁判例の検討順序としてまず、患者の意思の中の、治療したいという意思（治療目的）以外の意思（その他の意思と呼ぶ）に注目したい。エホバの証人事件に関する裁判例（患者のその他の意思が明示かつ、行為を特定するほど明確な場合）に、乳癌に関する裁判例（患者のその他の意思が明示的ではあるけれども、行為を特定するほどには明確にはなっていない場合）、AVMに関する裁判例（治療目的以外に、特にその他の意思がみられない場合）をみてみたい。

4 - 4 - 1 裁判例の検討

（1）患者のその他の意思が明示かつ、行為を特定するほど明確な場合（エホバ事件）

エホバの証人事件では、患者が絶対に輸血をしないで行う手術（絶対的無輸血手術）を求めている場合に輸血をしないではすまないことが判っていたのに、輸血をしないですむと患者に説明しながら、手術に入ってしまったことが問題とされた。

第1審である東京地裁³⁶では争点は3つあり、1つ目は、輸血以外に救命の手段が無い事態に陥った場合（手術が始まった後で行われる判断の問題であることに注意すべきである）でも輸血をしないという特約の有効性、2つ目は手術中に輸血以外に救命方法がないとなれば必ず輸血すると明言しなかったことについての違法性（説明義務違反か否か）、3つ目は、こうした輸血の社会的な相当行為や緊急事務管理として違法性が無いとされるかというものである。第1審は2つ目の特約は公序良俗に反して無効とした。2つ目の手術中に輸血以外に救命方法がないとなれば必ず輸血すると明言しなかったことの違法性については「手術は患者の身体を傷害するものであるから、治療を受けようとする患者は、当該手術を受けるかどうかを自分で決定することができる」とし、これは「患者がエホバの証人の患者であると否とに拘わらず、治療を受けようとする患者に共通」のものであるとして説明義務の一般論が当てはまることを強調する。そして一般的な手術を受けるかどうかにつ

³⁶ 平成9年3月12日判決判例タイムズ 964号82頁

いての説明義務の内容を「当該手術の内容・効果、身体に対する影響・危険及び当該手術を受けない場合の予後の予想等」とする。だが、「...この説明義務に基づく説明は医学的な観点からされるものであり...」として「いかなる事態になっても患者に輸血をしないかどうかの点」は説明義務の範囲には「含まれない」としているのである。(しかしながら、判決文中では、「当該手術の内容・効果、身体に対する影響・危険及び当該手術を受けない場合の予後の予想等」といった内容を持つ説明義務を負う根拠としてはっきりと「患者が当該手術を受けるかどうかを決定するには、当該手術の内容・効果、身体に対する影響・危険及び当該手術を受けない場合の予後の予想等を考慮することが前提となる」からだと述べている。つまり、「当該手術の内容・効果、身体に対する影響・危険及び当該手術を受けない場合の予後の予想等」を述べなければならぬ義務の根拠は患者が当該手術を受けるかどうかを決定するために必要であるからだと述べているのである。)手術を受けるかどうかの決定の考慮の前提となる「反面として」説明義務があるとしている。そしてこの事件では患者にとっていかなる事態になっても輸血をされないかどうかという点は手術を受けるかどうかを決定するための考慮要素であり、前提であったはずである。しかし、第一審判決は「医学的な観点」という要素を出して「いかなる事態になっても患者に輸血をしないかどうかの点」の説明は説明義務の内容から除外した。すると、手術の際の説明義務とは医師が患者に手術をするかどうかを決定するときの前提となる考慮要素ということになるのであろうか。「患者が当該手術を受けるかどうかを決定するには、当該手術の内容・効果、身体に対する影響・危険及び当該手術を受けない場合の予後の予想等を考慮することが前提となる」という判決文が前提としている「患者」の意味合いが想定しているものと、実際の社会的色彩を帯びた生活的事実の中の患者の意味合いにずれがあるのであろう。前者は合理的患者とでもいうべきものであろうか。この判決は説明義務の内容・程度の判断の際に具体的患者説を採らなかったものであるといってしまうればそれまでである。しかし、この点は判決文でははっきり言われていないし、「患者が」といっている以上もっと詳しく書くべきである。この第1審の判断とは異なった判断が第2審である高裁³⁷でなされる。第2審では1つ目の争点である絶対的無輸血の合意はそもそも成立していないとしたが「念のため」としてそうした契約(合意)が有効かどうかの判断をおこなった。判決文はそうした合意が他者の権利や公共の利益を侵害していないことや、手術における相当例の死亡例について医師が実際に刑事訴追されたことがないこと、厚生省や医師会などの見解が絶対的無輸血での手術に肯定的な見解を出していること、法律学の領域で自己決定権を尊重すべき見解が多数登場していたことなどをあげてそうした合意を「当事者双方が熟慮した上で...成立している場合にこれを公序良俗に反して無効とする必要はない」とした。しかし、「ただし、これは医師に患者による...医療内容の注文に応ずべき義務を認めるものでない」と確認をし、そうした注文に応じるかどうかは「専ら医師の倫理観、生死観による」のであって、医師は「その良心に従って治療をすべきであり、患者が医師に対してその良

³⁷ 平成10年2月9日東京高裁判例時報1629号37頁

心に反する治療方法を取ることを強制することはできない」とこの事件の真の問題点に近づくための医師と患者の権利・義務の整頓をする。これは、物の売買契約などの場合と違って医師は医療を基本的に拒むことができない³⁸ことから生じうる誤解に対応するためのものと考えられる。そして、2つ目の争点に対しては、医師は患者が「絶対的無輸血に固執していることを認識した以上…無輸血で手術を行う 100%の見込みがないと判断した時点でその旨を説明すべきであったとする。

エホバの証人であるということは具体的にはどういう意味があるのか。おそらく、手術に関連するある特定の目的・問題について明示の意思を持っている患者であるという意味があり、それが裁判例の射程において勘案されるべきと思われる。

裁判例には、形式上の争点と真の争点があるといわれるが、この事件の真の争点はどこにあるのか。第1審が認定した事実の中に医師と患者のやり取りの中にヒントがあるかと思われる。「輸血しないで患者を死なせると、こちらは殺人罪になってしまいます。やくざでも、死にそうになっていて輸血をしないと死ぬ状態だったら、自分は輸血します。」「死んでも輸血をしてもらいたくない、そういう内容の書面を書いて出します」「そういう書面をもらっても仕方ないです」³⁹というものである。また患者の長男の輸血に対する難色に対しても医師は「いざとなったら切迫⁴⁰があるから大丈夫です」と言っている。しかしそうした長男の不安を取り除く大きな要素である切迫⁴⁰のちに患者に対して不応⁴⁰になり使えないことがわかった後に、長男が患者に対して切迫⁴⁰のことにふれても、切迫⁴⁰が患者に適応がないことを、患者はもちろん、患者本人でない長男に対しても伝えていないようである。長男に対してすらも、絶対的無輸血が無理だとはっきり伝えることはできなかったか。その上で手術の必要性を説くことは不可能だったか。いみじくも判決文はその中でエホバの証人患者の中で輸血以外に救命手段がないような事態になった場合には輸血をすることを承諾した事例もあることにふれている。⁴⁰これらは一例であり、これらの部分だけで速断するのは危険であるが、双方の議論がかみ合っていないのが特徴的である。(例えば「やくざでも」というのは、やくざでも死にそうになっていたら輸血する、ましてやあなたはやくざでないのであるから輸血しないでほうっておくことはできないという意味と考えられる。そしてそれは命の質に関する議論だが、それにたいして患者が死んでも輸血をしてもらいたくない、それを書面にしたいというのは自分の意思決定がどこまで尊重されるかという議論であるように思える。)患者と正面から向き合っているという雰囲気⁴⁰がよみとれない。

この事件では患者(原告)は昭和4年生まれであり、問題の手術を受けたときには64歳であったことになる。患者は高裁での第二審係属中に死亡している。年齢が高いのである

³⁸ 医師法 19 条 1 項は「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」と規定している。

³⁹ 判例タイムズ 964 号 88 頁

⁴⁰ 判例時報 1629 号 37 頁、「生命・医療倫理症例集作成の試み」赤林朗 57 頁もエホバの証人患者の多様性について指摘する。

から手術しても生きられる年数は若いものより少ない。(医師の中には60歳はまだまだ若いとの発言もあるけれども)

輸血というものが内在的に抱える問題についても注意する必要がある。輸血は投薬と同様に意外と危険な医療行為である。血液型の誤判、交叉試験の過誤、人違い等により、血と血が合わなければ(不適合輸血)、血が固まってしまったりするし、輸血する血が汚染されていれば、(細菌、疾患)感染の恐れもある。⁴¹輸血をしないで手術をするという要求は宗教からしか導き出されない価値からしか導き出されないように見られがちであるけれども、より良い医療を求めようとする価値からも輸血は避けてもらいたいという要請はありうるのである。このことは本事件をより一般的に医療行為の細部にわたる指定についての事例と射程を広げうることになると思う。また、高裁の判決文の中には輸血の性質について詳しく触れる部分がある。

<類型1>の説明義務では、情報提供の際に医師は患者の意思を探ることはまったくといって良いほど問題とされておらず、すでに説明の範囲は決まっておりその内容・程度(情報提供の質)のみが問題にされている。<類型1>で範囲が決まっているのは不思議なことではなくそれは、意思決定の主体がするかしないかを判断する行為の内容が確定しているからである。<類型1>でするかしないかを判断する行為はすなわち病院に行って医師の診察を受けることであった。また情報の質とはその情報で十分に情報を受けた意思主体が意思決定できるかどうかで判断される。

しかし<類型2>の説明義務では医師の情報提供の範囲を考えることは患者の意思をまず探ることから始まると思われる。患者の意思をまず探り、医師からの情報提供、患者からの情報提供を交互に繰り返して、患者の中で何が争点になっているかを導き出す。その過程を経ると、意思と行為の関係は、<類型1>に近づいていく。ということは情報提供の範囲は狭まり、内容・程度は水準が高く具体的なものが要求されるようになっていく。というのは、<類型2>では、医師と患者の協働関係の有り方という言葉で表現されるすべての類型が放り込まれているのだけれども、医師が患者の意思をより正確に探ることによって、医師の行為は患者の行為そのものに限りなく近づいていくことができるからである。

そうであるから、後述の<類型2-2>や<類型2-3>もそうした患者と医師の意思についての情報のやり取りによって<類型2-1>に近づいていく性質がある。そうして違反が起ころはその近づいていく途中の段階で起ころのであるから、その時々によってどの類型に当たるときの状態かで違反として要求される説明義務の範囲、内容・程度が明らかになることになる。それに基づいて分類していくことになる。

(2) 患者のその他の意思が明示的ではあるけれども、行為を特定するほどには明確には

⁴¹ 唄孝一「医事法学への歩み」181頁以下、ここでは1節を設けて輸血過誤の法律問題について多くの頁を割いている。

なっていない場合 - (乳癌事件)

次に乳癌に関する乳房温存術の存在の説明が問題になった裁判例を見てみたい。この場合には切除してしまう手術そのものの危険性は高くないといえる。乳癌の裁判例に限られるものではないが、乳房温存術を説明すべきか否かの判断枠組みをみると、治療法として「確立」されているかという問題が説明義務違反の判断の前面に出てくる。乳癌の治療法の選択については、乳房温存療法と乳房切除術(胸筋温存)の選択の問題がある。乳癌の事例は、乳房切除術が比較的生命の危険が低く、手術の危険性という要素は前面に療法選択の判断要素の中に出てこない事例であるといえる。乳房切除術のメリットは局所再発、癌細胞残存の危険が少ない点であるとされる。乳房切除術の危険が少ない分、医師の裁量と患者の療法選択の利益の対立が見えやすい事例と考える。平成5年7月30日東京地裁判例タイムズ 859号228頁(以下平成5年判決と呼ぶ)は、まず、乳房温存療法の「適応、方式、安全性、有効性について定着した見解」が存在しなく「乳癌の有効な治療法として確立されていなかった」として乳癌の治療方法として医師に乳房温存手術を実施する義務はなかったとし、原告の乳癌については「被告の病院が症例を選んで乳房温存手術を実施していた」としても「原告の乳癌がその適応を欠いていた」として原告に対しての温存術実施義務も否定している。そして、「乳房温存療法が未だ確立された治療方法でなかった」としてその方法についての説明義務も否定した。そして3年後の平成8年5月29日大阪地裁判例時報1594号125頁(以下平成8年判決と呼ぶ)は平成3年の乳房温存療法について、欧米での症例の比較試験や、標準術式に採用する施設の存在にふれながら、乳癌研究会での専門医の再発の虞、放射線療法による障害の可能性も考え合わせ、評価が定まっていない療法であり「いまだ安全性が確立された術式ということはできな」として医師について乳房温存療法を実施すべき義務を否定した。しかし、「他の術式の選択可能性の説明」として「患者の精神的側面や家庭生活面における質の向上(クオリティオブライフ)」に言及し「自己決定」という語を用い、そうした他の選択可能性ある術式は「手術の時点において一般医師に広く知れ渡って有効性、安全性が確立しているもののみならず、専門医の間において一応の有効性、安全性が確認されつつあるもので、当該医師において知りえた術式」も説明義務の対象となるとして、乳房温存療法はそれであるとした。平成8年判決の場合は、平成5年判決の場合とちがって、被告の乳癌は乳房温存療法に適応があった。しかし本事件の控訴審である平成9年9月19日判決判例時報1635号69頁(以下平成9年判決と呼ぶ)は「一応の有効性、安全性が確認されつつ」あったとしながらも、「いまだ安全性が確立された術式ということはできな」として、医師は乳房温存「療法実施における危険を犯してまで同療法を受けてみてはどうかとの質問を投げかけなければならない状況には未だ至っていなかった」として医師は「乳房を残す方法があること、しかし、その方法によると放射線で乳房が黒くなることがあること、また、再度乳房を切らねばならないことがあることを伝え」ており、一応「他に選択可能な治療方法、その利害特質(利害得失について

判断すべきじゃないのか？）、予後のいずれについても言及している」として説明義務違反はないとした。ここでは、地裁と高裁で医師によってなされた同じ説明への評価が異なっている。こうした判断のずれは、「いまだ安全性が確立された術式ということとはできない」ことは温存療法を実施する際の医師の過失認定を厳しくしないことで考慮されるべきことであるのに、温存療法を勧めることが同療法実施の危険を犯すことと同視ないしは混同され、温存療法を勧めること（「質問を投げかけ」）の要否の判断に「いまだ安全性が確立された術式ということとはできない」ことが混入してきてしまっていることにある。ここで医師が勧めることについての評価の難しさが発見されると考える。医師の勧めとは、質問を投げかけるだけで「療法実施における危険」が生じてしまうようなものなのであろうか。そうであるなら、医師が勧めないならば、療法不実施の危険は生じてしまわないのであろうか。⁴²ともかく高裁では、患者が「乳房温存療法の適用にある」ことから同療法を受けてみるかどうかについての具体的な質問の要否は前述の通り「いまだ安全性が確立された術式ということとはできない」ことの混入で否定される。地裁では「乳房温存療法の適用にある」こと自体を説明せよといていることと対照的である。またなにより、高裁と地裁の判断では患者から医師に送られた手紙への評価がまったく違う。高裁も手紙の交付の事実認定をしているが、「手紙の内容」も医師の患者に対する「胸筋温存乳房切除術が好適との判断を変えさせるほどのものでなかった」と手紙の内容が可能な限り乳房を残して欲しい（治癒目的以外の意思の発見の有無）と書かれていたのかどうか、それが読み取れるものなのかどうかの判断を避けている。おそらく手紙に乳房を残して欲しいという真摯な思い（治癒目的以外の明示的な意思）が読み取れれば、それが医師に伝わるので医師は判断を変えて、乳房切除術を好適としないであろう、と判決文は言っているものと考えられる。まさに医師は患者の思いを汲み取ってあたかも患者本人が判断するように判断するに決まっているからという医師患者関係の本質からの判文である。しかしそれには緊密な意思疎通が不可欠と思うが、そうであったらなんで手紙が必要なのか。面と向かっていいにくいことがあったのではないか。地裁はまさにこの点を捉えて手紙の内容の事実認定を行ったのである。普通の人には、こういう手紙は内容証明で出さないのだから、内容が残っていないことで内容がわからないとしては、医師を信頼した患者が悪いといっているようなもの

⁴² ここから、説明義務の伝統的分類の第3類型として現れている転医勧告義務としての説明についてもう一度考えてみる必要があることが発見される。医師の話（法医学の授業において吉田謙一教授に尋ねた）によれば転医勧告といっても、医師があつた病院に行ったほうがいいですよと患者に告げて患者にその転医先の医師、病院をつけて、その後患者が自宅に帰り（自分で意思決定して）それからその転医先に訪れるという場合と、そうでなくて病院のほうで転医先の病院に直接搬送する場合もある。この2つの場合は同列に論じることができないと考える。しかし、どちらも通説の分類は転医義務として一括されている。

ではないか。

乳癌事件の上告審は結局この手紙についての高裁の事実認定の一部である「揺れ動く女性の心情の機微を書きつづったもの」との事実認定をとらえて、高裁の判断を破棄し差戻した。

乳癌事件の最高裁の判断の明暗を分けるものであったのがこの手紙の内容、つまり医師の裁量の海に押し流されがちな患者の意思の正確な内容であった。そしてこの意思というものは書面（手紙）というものが媒介とならないと事実として消えていきがちな性質を持つことも再確認すべきである。加えて、訴訟上書証が高い証拠価値を持つことも周知の通りである。

（３）治癒目的以外に特にその他の意思がみられない場合（AVM手術を代表にして）

つぎに患者の意思が治癒という漠然としたものしかなく、手術が相当危険である場合には患者の意思はどのように医師の説明義務発生に影響を与えているか。

まず、AVM摘出手術に関する説明義務が問題になった裁判例を見てみたい。AVMとは、脳静脈瘤奇形のことであり、鑑定によれば年間およそ1%の確率で出血の可能性がある、出血した場合死亡に至らなくても相当な後遺症が23%の確率であるとされるものである。そしてAVM摘出手術は過去5年間に40人中2人は死亡している（相当危険な）手術であった。危険かどうかは実は評価である⁴³ので、それは判断する者によって危険かどうか変わるはずである。平成4年8月31日東京地裁判決は⁴⁴判決文の中で「家族が最も知りたいたいと思っていた手術の危険性及び手術をしない場合に将来発現が懸念される症状について」と説明義務を認める際に意思を根拠にはしている。しかし患者の意思を手がかりにしている直接の表現はない。AVM手術に内在する危険性について説明すべきであるという公共的な価値判断が裁判所を通じて現れ始める例であると考えられる。⁴⁵説明義務の範囲、内容・程度の判断のための「危険性」の概念が現れている。

（４）まとめ

まず、通説の分類のように（１）（２）（３）の事例を手術（療法）の選択に向けられ

⁴³ 唄孝一・前掲書32頁ではドイツの判例を紹介しており、そこでは説明の要否を分ける基準として典型的（*typisch*）な危険・典型的でない危険と区分している場合がしめされている。典型的な危険は説明しなくて良く、非典型的な危険は説明せよというものである。この場合には悪しき結果が起こる確率7%で非典型でない⁴⁴と判断されている。

⁴⁴ 判例タイムズ 793号275頁、

⁴⁵ 危険な手術であれば必ず説明義務を認めるとは限らない例として手法の確立されていない危険な術であった腹腔鏡下S字結腸切除術の説明義務が否定された例（平成10年2月23日大阪地裁判例タイムズ 974号186頁）があるが、これは、手技上の過失が認定されているためそこに説明義務違反の評価が吸収されたもの⁴⁵と考える。1通りの説明と合併症発生の比率などの説明もされているといった事情も説明義務否定に働いたと考えられる。また、

た説明と分類して、その療法の選択という点に着目して説明義務の範囲・程度を考えていくと、どのようになるか。

特に(3)の事例については、手術(療法)の選択についての説明は、「手術しない」という療法をとるとこのくらい危険があって、「手術する」という療法をとるとこのくらい危険があるという説明であると考えられる。しかし、「手術しない」ということが、「一般的にあまり確立していないが延命的要素もある治療をする」ということを意味するか、「確立していないどころか、延命的要素もないが残りの余生を大事にするとしてただ時間を過ごす治療」を意味するのかを明らかにしないと実は正確な説明とはいえないのではないか。しかし、裁判例を見ても、普通そこまで細かく予後の説明はなされていない。乳癌事件の場合でも、乳房切除術、温存療法の選択で、温存療法についての説明についてすら十分にしていなかったようであるから、ましてや、患者の余生のあり方、その他の療法の可能性について患者とともに考えていくということを説明に含ませていることには、現在においてはならないであろう。それにそういった説明をするには医師の側からは患者の意思を探らねば説明の仕様がなない。だから、やはり、療法の選択の場合にも常に患者の意思を探る繰り返しを続けていくことになる。乳癌の裁判例の判断枠組みをみると、「確立された」療法の選択という問題が説明義務違反の判断の前面に出てくる。しかし、医療水準という言葉は最高裁の判決文でしか使われていない。だから、ここでは「確立された」ということと医療水準が同じものだと考えて、乳癌事件においては医療水準に至ってもいけないことについて説明しなければならないということになったことと言うような考え方を強調しすぎるべきではない。療法の選択という概念を前面に押し出しすぎると、乳癌事件においては医療水準に至ってもいけないことについて説明しなければならない可能性が開かれ、医師の負担が増えたとの理解に陥りやすくなる。医療水準という言葉が独り歩きしているように感じる。温存術の適応があるのにそれがないように情報提供したこと、患者に温存術の適応があるという議論にまで持っていかなかったこと自体が違反の生活事実としてとらえられるべきなのである。

そのように考えれば、エホバの証人事件にかんする裁判例では、残りの余生を大事にするどころか、輸血を拒むという信条による手術失敗による死もかまわないという選択が保護されたように見える結果となっている。これも療法の選択という概念に目を奪われたためそのように見えてしまったのである。そのため、輸血を拒むという信条による手術失敗による死もかまわないという選択を保護するのであれば、一般的にあまり確立していない療法に対する説明義務も保護されてしかるべきというように議論は進むことになる。危険は1%くらいのもので説明は必要であるがそれをしないと意思が責任を問われるのかというような話になるのである。しかし、実際にそうしたことは、裁判例は一般に要求していないのである。⁴⁶

術式(療法)の選択という概念にとらわれれば、以上のような考えにおちいる可能性が

⁴⁶ 平成3年7月25日東京地裁判例時報1426号94頁など。

あるけれども、エホバ事件は、患者の明示の意思に対応する情報提供という視点から見れば、患者に嘘を言うてはいけないという程度のこと以上のことはしていないのである。療法の選択という点に目を奪われてはいけない理由がここにもある。

4 - 5 <類型 2>のさらなる分類

以上のように、少々細かく格裁判例をみてきた。そうして<類型 2>に分類される裁判例を患者の意思の現れ具合で分類した。患者の意思の現れ具合は治癒したいという意味以上のものがあることが明示的であるか否かという観点と、当初から持っていた意思の目的が具体的な指示になったか、それが行為を規律できる程度に特定のになったかによって判断すると良いことが確認されてきた。以上をまとめてみる。

まず、(1) 患者の意思は当初から明示的(治癒したいという意味以上のものがあることが明示的)であり、行為に対して特定の(血液を入れないで手術すること)である。この場合には医師は患者の意思をさらに明らかにするための質問・対話は必要ないといえる。しかしこういった考えを翻意させるための説得や、その当否についての意見という情報提供はありうる。これが説明義務の内容になる。したがって説明の範囲は狭いが明確である。むろん特定のといっても、手術することの内容まですべて指示できているということではない。それは、手術することについては患者がもつ一般的な治癒の目的に対応するものであり、これはそれ以外の意思と並存するからである。そうして、当初から持っていた治癒の区的以外の意思の目的が具体的な指示になったか、それが行為を規律できる程度に至ったかによって判断するのである。エホバ事件は、この類型にあてはまる。これを<類型 2 - 1>と呼びたい。この類型にあてはまると考えられる裁判例には昭和 48 年 3 月 27 日判例時報 718 号 3 月 27 日事件(舌癌手術事件)⁴⁷、などがある。

(2) 患者の意思は明示的であるが特定してはいない。女性として乳房について思い入れがあるという意味があることは明示的である。明示的の意味は治癒したいという意味以上のものがあるということである。しかし、その意思をどのように具体的に行為に対する指示にしていくかは、医師が患者に対して情報を提供して具体的な指示になるように協働しなければならない。この義務が問題になる典型的場合が乳癌の事件である。この類型を<類型 2 - 2>と呼びたい。おおくの未熟児網膜症の判決⁴⁸がこの類型に当たると思われる。

⁴⁷ 患者ははっきりと何度も舌を切り取る手術を拒絶していた。

⁴⁸ 未熟児網膜症についての裁判例には、昭和 49 年 3 月 25 日岐阜地裁判例時報 738 号 39 頁、昭和 49 年 6 月 26 日長崎地裁判例時報 748 号 29 頁、昭和 52 年 6 月 14 日静岡地裁判例時報 860 号 22 頁、昭和 53 年 3 月 27 日那覇地裁判例時報 908 号 82 頁、昭和 56 年 6 月 12 日神戸地裁尼崎支部判例時報 1013 号 96 頁、昭和 56 年 9 月 18 日大阪地裁判例タイムズ 454

以上の(1)(2)の場合は裁判例では、明示ないしは黙示の患者の意思を曲がりなりにも手がかりにして医師の情報提供義務の内実を明らかにしようとするものであるといえる。乳癌事件では「本件手紙を受領し、可能な限り乳房を残して欲しいとの原告の意向を知った以上」⁴⁹であるとか、「上告人が乳房を残すことに強い関心を有することが表明されていることが明らか」⁵⁰や、エホバ事件では「絶対的無輸血に固執していることを認識した以上」⁵¹といった判決文の表現がこうしたことを端的にあらわすと考える。

(3) 患者の意思は治癒したいというような非常に漠然としたものだけがある場合(治癒目的以外の意思があるにしても表示されていない場合)を<類型2-3>と呼びたい。

この場合には、基本的には医学的見地から適当なものだけ説明すればいいことになる。しかしながら、だからといって、医師の裁量(意思決定)が自由に説明の範囲、内容をすべて支配するということには、当然ながらなっていない。裁判例では患者の意思は治癒したいというような非常に漠然としたものしかない場合であっても、事後的に判決の中で、医師が不要と判断して説明しなかったことを説明義務の範囲であるとされることは多くある。

そうした裁判例の中で、説明義務の内容を確定する際に患者がその特定の事項に関心を持っていた等の意思を、特に判決文のなかで確認することなく説明義務を認定した裁判例も存在している。先に見たAVM事件での例⁵²も(家族の意思は考慮要素として明示されていたが)そうである。そして平成10年6月26日前橋地裁判決⁵³もそうであり、そこでは切迫早産と気管支喘息の合併症で入院していた妊婦に対して消炎鎮痛のために投与したインドメタシンという薬の投与について「投与の危険性と必要性を説明してその同意を求め」るべきであったとしている。この裁判例は特に患者がインドメタシンは使わないでほしいといったような意思を表明していたわけでもなく、それを推察させる表示があったということでもない。患者の意思を判決文の中で特に確認しないで説明義務がある範囲に及んでいるとする場合と判決文のなかで特に患者の意思を確認して説明義務ありとする場合について2分する類型化は可能である。しかし、その場合、患者の意思を判決文の中で特に確認しないで説明義務がある範囲に及んでいるとする場合についてどのように理解するかは大問題であると思う。ここまであくまで患者の意思を根拠に類型化をしてきたのである。

号142頁、昭和56年10月29日大阪地裁判例時報1039号87頁、昭和61年6月5日札幌地裁判例タイムズ604号63頁、などがある。

⁴⁹ 判例時報1594号131頁、

⁵⁰ 判例時報1769号60頁

⁵¹ 判例時報1629号40頁

⁵² 平成6年9月12日判例時報1547号14頁(蜘蛛膜下出血患者に関する事件もこれに当たる)

⁵³ 判例時報1693号110頁

それがここ<類型 2 - 3>の内部を類型化する時点で尽きて(死んで)しまったと考えるのか。それとも当事者の意思は生きていると考えるのか。

<類型 2 - 3>に属することになる裁判例のさらなる類型化の検討の前に、手術などの医療行為と同列に並べられる投薬の医療行為としての性質を説明義務に影響を与える限りで裁判例の傾向を見る必要がある。なぜなら投薬に関する事例は多く、ひとつの塊をなしているとも見ることからである。

まず、そもそも通常、治療中に行われる薬剤の投与で、その薬剤についての説明義務が認められることは少ない。⁵⁴しかし、治験薬の投与の場合には例外が認められる⁵⁵と考えられているようである。また、検査の場合などには、造影剤の使用は検査に内在する可能性として同意・承諾が推定されるとされる。手術の中で用いられる薬剤(麻酔剤など)についても同様に考えられている。しかし、麻酔剤、造影剤の場合にはそれ以外の一般的薬剤とはなお異なる取り扱いがありえる。例えば検査に伴う造影剤(マイグール)の説明義務が争われた事例がある。⁵⁶造影剤も薬剤の投与には違いないはずであるのだが、検査とともに薬剤の投与の説明義務が争われた場合には薬剤たる造影剤の投与は検査の中の詳細に当たる事項として埋没してしまう傾向がある。そのような埋没してしまうような傾向を捉えれば、輸血も投薬の一種と捉えることができる。また、造影剤による悪結果について説明義務が争われた事例は非常に多い。それにもかかわらず造影剤の投与についての説明義務が認められた事例は非常に少ない。⁵⁷薬剤の投与についての説明義務から、造影剤の投与についての説明義務を分離することは必要であるとするならば、それは造影剤が薬剤一般のとは異なる性質を持ちそれが説明義務に影響を与えることを言わねばならない。そのようにして、造影剤、輸血などについての異なる性質について明らかにできればそれは分類の基準たりえる。

また、手術が医師の手技の過失を基本的に問題にするのと異なり、薬剤の投与はその薬剤そのものが持つ副作用などの性質によって患者に悪い結果が生じたことが問題とされるという違いがある。つまり、医師の過失の一部が手技の過失から分離されて、薬剤の投与行為中に「練りこまれている」という特徴がある。「練りこまれている」とは解り辛い言葉を筆者は使ってしまったと思う。すなわち、手技の場合は目的達成に向けての行為がすべて医師の手によって直接導かれる。しかし、投薬の時点での医師の過失の問題はある

⁵⁴ 否定例として平成 9 年 4 月 25 日判例タイムズ 968 号 210 頁(抗癌剤アチマイン D 等の副作用の可能性を控えめに説明したことは説明義務違反ではないと判示)

⁵⁵ 平成 12 年 3 月 24 日名古屋地裁判例時報 1733 号 70 頁

⁵⁶ 昭和 63 年 9 月 3 日横浜地裁判例タイムズ 686 号 218 頁

⁵⁷ 同様に造影剤マイグールの副作用の説明義務の有無が争われた事案として昭和 62 年 7 月 2 日横浜地裁判例タイムズ 665 号 197 頁、昭和 59 年 6 月 25 日大阪地裁判例タイムズ 537 号 192 頁、がある。特定の薬剤名が問題とされていることが特徴的である。いずれもその説明義務は否定されている。レントゲン撮影のための造影剤カグラインの副作用についても発現率は 100 人に対して 2.7 から 22 人であるとして説明義務なしとされている。昭和 56 年 2 月 24 日神戸地裁判例時報 1026 号 121 頁、昭和 50 年 1 月 30 日判例時報 773 号 82 頁

薬を投与するという所までは医師が自らの手によって直接に導くのに対し、投薬後はその薬が患者の体内で医師の手を離れてその薬の性質の範囲内で自由に働き始めるのでそれについての予測をすることが、医師の手を離れた後においての、医師が患者に対して自らの手によって直接に導く手技と同値のものとなっているからである。そして投薬時以前において投薬が適切であったかどうかという点の説明義務の有無の判断が存在する。その判断に、投与後において対応するものは添付書類による医師に対する情報提供であると考えられる。なぜなら、医師の意思と患者の意思は相互に影響を及ぼすものであり、患者が自らの意向を伝えるのは医師の意思に対してであるからである。そのように考えると、添付書類は医師の意思を媒介として投与後にも患者に対して影響を与える情報であるともいえよう。まず、投薬時（以前）において患者にその危険性を伝えなければならないとした裁判例は存在している。そして投薬後には患者のその投薬に関する意思決定に対する直接の情報提供は考えられない。したがって添付書類は医師の過失を推定する書類として影響を与え、医師の過失が認められることによって間接的に情報提供義務と同様の効果を与えているといえる。添付書類に書かれている注意を要する事項に該当してもそれに反する行為をする場合には悪しき結果についての過失の推定がある。⁵⁸一般に、その投薬が適切であったかの点は、その薬に添付書類がありその記載に副作用・注意事項があり、その注意事項に該当する場合に医師が漫然と使用して悪しき結果が生じた場合と、その添付書類の注意事項自体には該当しないが、医師の投与行為そのものに問題があったという場合が考えられる。この場合は単に医師の手技上の過失の認定のやり方と同視できる。添付書類の存在を過失認定の媒介としていないからである。たとえば、能書にその薬についての特定の危険がかかれていなかったとしても医師がその危険について知っていたことを根拠にして責任を問うる。⁵⁹

しかし、その薬自体に注意事項の記載があり、それを医師が漫然と使用して悪しき結果が生じた場合がある。投薬は添付文書の能書の注意書きに反しない行為態様で行わなければ過失が推定され⁶⁰医師は責任を問われるのはもちろんである。その薬は、通常認可を受けて作成しているので、添付書類（能書）が存在する。投薬における説明義務は薬剤の副作用がすでに知られていたかどうかで問題にされる。しかし、知られていたことの推定に添付書類が媒介となっているわけではないことには注意が必要である。⁶¹悪しき結果の発生に過失が認められているのである。この点から、投薬の場合には説明義務が投薬時、投薬事前の段階だけでなく、悪しき結果に対する過失の推定という枠組みの中で、情報提供義務違反が投薬後の医師の責任をとうかたちで現れてきていると見ることもできるのである。

⁵⁸ 昭和 57 年 7 月 15 日判決東京地裁判例時報 480 号 158 頁、

⁵⁹ 昭和 54 年 9 月 26 日判決横浜地裁判例時報 944 号 8 頁、内科医についてのみ述べた判決と読むことも可能であると思われる。

⁶⁰ 昭和 57 年 7 月 15 日判決東京地裁判例時報 480 号 158 頁の内容は、最高裁平成 8 年 1 月 23 日民集 50 卷 1 号 1 頁でよりはっきりと過失の推定といわれる。

⁶¹ 浦河道太郎「医薬品・注射と意思の注意義務」年報医事法学 16 卷（2001）109 頁参考

また、薬の選択についての説明義務が問題にされたそのほかの事例には昭和 63 年 10 月 3 日東京地裁丸山ワクチン事件判例時報 1296 号 77 頁がある。この判決では、事実認定の段階で、「丸山ワクチン中止に強く抵抗したが、最終的には変更を承諾した」とされている。この事例では丸山ワクチンを強く希望していたのは本人ではなくその親であり、またワクチンの投与をやめて行われた別の薬の投与も医療水準を大きく外れたものではないことなどから、医師の医療行為に過失なしとされた。しかし、この患者の両親は丸山ワクチンの投与をできる病院を探し回っていたという経緯がある。ある医療行為への特定の意思があったことは明白である。この点エホバ事件と類似する。自己決定権侵害が争われているが、「医師がその専門的立場から正当と信じる治療法を患者に受け入れるよう説得することは、むしろ専門家としての責務であって、それが強迫にわたるなどの特殊な事情の存しない限り、何ら患者の自己決定権を侵害する違法なもの」ではないとした。情報提供義務違反の主張で何らかの違反事実を拾うことはできたかもしれない。まさに、情報提供義務違反は強迫にわたるなどの特殊な事情の存しない場合を拾うためのものであるからである。エホバ事件と単純に比較することは注意を要するけれども、この場合問題とされている医療行為が投薬であることがあり得べき違反事実をうずめてしまったとは考えられないか。とすれば投薬についての事例は分類で考慮する必要がある。

以上のようなことが説明義務の争われ方、認められ方に影響を与えるとすれば投薬についての説明義務違反の類型を患者の意思以外の下位の概念として抽出することは意味があることになると思う。

ここで、翻って、説明義務確立期のころの通説が典型的であると考えていた説明義務違反の事件はこうした分類基準からはどのように再整理されることになるのであろうか。昭和 46 年 5 月 19 日判決⁶²は未婚の女性の右乳房の手術中に左乳房の乳腺症と検査・診断した左乳房の切除まで行ってしまったが、左乳房の切除術の同意や、同意に対する説明がなかったというものである。乳腺症は乳癌の前癌病変だという学説もある（乳腺から乳癌への変化の因果関係はないとする学説もある）から左乳房切除術そのものが不要で違法な手術ということはできないとしながらも「四肢の一部を切断する手術のような」と具体例を例示し、「身体の機能上または外観上極めて重大な結果を生ずる手術」は「承諾するかどうかを確認すべきであり、」「病状および手術の必要性について医師の説明が必要であること勿論」として医師の責任を認めている。これは上述の〈類型 2〉の分類を参考にすればどう理解していくべきか。患者は左乳房についての包括的な意思（希望）を持つ前に突如として左乳房まで切除されてしまっているのである。したがって裁判所も患者の意思（希望）についての認定をしていない。これらの裁判例はいかに考えるべきか。ひとつには、これは患者の意思が擬制されている事例であると考えするという方法がある。裁判所が合理的患者であればこういった説明を望むはずであるとして認めている説明義務は擬制なのであると考えるものである。公共的価値観の説明義務の内部にもたらされた反映であるとかの理由

⁶² 判例時報 660 号 62 頁、

が考えられる。ここでは「病状および手術の必要性」が説明の内容として挙げられている。ここで契約の死に関する議論が想起される。説明義務は医療契約における付随義務であると理解し、付随義務は当事者の自由な意思以外の、意思を媒介とせずに発生する義務群を多く含むとされる⁶³ことを前提とすると患者の意思を説明義務の内容の確定に介在させない説明義務があることはむしろ自然であるとも考えられる。また、説明義務が医療契約の本質的債務であるとみれば、ここで裁判所があげる「病状および手術の必要性」は契約内容に対する公益的価値による修正である（契約正義、経済的公序）と考えられる。そして、こうした説明義務違反を認定して不法行為と評価し、損害賠償を命じる際の不法行為の評価を固めるために、説明 自己決定権 憲法上の権利として、私法の一般条項である 709 条の不法行為の規定がこうした公共的価値観を自己決定権に基礎付けながら、説明義務の内容として取り込んでいった。生命の保護、病気の治癒という究極の目的をもつ医療の分野では自然なことであったとも考えられる。生命の保護は憲法の価値秩序の中でも高次のものであり、民法が不法行為法の中で患者の意思の介在なしに公益・公共的価値を保護しようとするものの現れであるといえる。

こうした中で、家族に対する説明義務という特に重大な疾患（癌など）についてのみ認められる特異な説明義務についての考え方に新たな視点からの見方ができるようになると考える。家族という個人のレベルよりは公共性のある中間団体の意思を説明義務の根拠付けとして使うという側面からは、公益的価値の反映という枠組みの中でこの説明義務を理解できる。一方で、本人ではなく家族であるが、飽くまで意思決定からの根拠付けを維持しようとしている説明義務であるという理解も可能である。こうした2つの価値の方向から、意思根拠類型と公益・公共的価値類型の中間的な存在としてこの説明義務を理解することができることになる。公益・公共の概念にも多層的な理解が必要であることが、民法の公序良俗・契約正義、憲法の基本権の保護の問題に関する研究⁶⁴によって明らかになってきている。意思の存在を認定して説明義務を判断している裁判例の中から、患者の意思を根拠にしているものとそうでないもの（家族の意思など）を根拠にしているもので分類することが可能である。説明義務の分類を統一的行いたいという要請からは患者の意思を基礎にしていないものなどないと考えられる。しかし、患者の意思が明示にあらわれてはいない場合に、患者の意思を根拠にしているようでもなく、医師の意思を根拠にしているでもないような義務の存在を如何に考えていくべきか。そこではあくまで医師と患者の統合的意思のようなものが観念されているのではないか。⁶⁵医療契約は契約でありながら、端的な意志の合致を問題にするのではなく、患者の意思と医師の意思の細分化された瞬間的な合致・不一致の繰り返し・連続を問題とするものだと考える。そうした相互交渉的な医師の

⁶³内田貴「契約の再生」

⁶⁴山本敬三「憲法システムにおける私法の役割」法律時報 76 巻 2 号、大村敦志「公序良俗」法学教室 260 巻 44 号

⁶⁵内田貴「契約の再生」227 頁

意思と患者の意思のせめぎあいの関係の中で統合的な意思なるものが観念されその統合的意思が説明義務の発生を根拠づけるのである。そのように考えれば患者と医師の個々の意思のどちらを直接に代表しているものであるといえなくとも不思議はない。しかし、そうした統合的意思を根拠にしている以上、こうした説明義務も意思を根拠にしないものではないのである。そのように考えて分類を進めるべきである。

4 - 6 美容整形手術、近視矯正手術等における固有の問題点

平成 10 年 4 月 22 日岡山地裁判決⁶⁶では近視改善のための RK 手術の危険性が十分に説明されていないとして説明義務違反が認められた。

こうした手術においては患者の意思として「疾患を治癒したい」という意思の要素は、美容整形には全く、近視矯正術などにはあまりないといえる。(近視をそもそも疾患と呼ぶかどうか問題である。)しかし、患者の意思が当初から相当程度明確(明示的)であり、行為を指示できるほどに特定のである場合もあることがこの類型には特徴的である。そのため患者の意思を医師の側は把握しやすいはずなのである。説明義務の範囲は患者が治癒一般を志向するばあいにおけるよりも、狭くなることになるはずである。この意味では<類型 2 - 1>の場合の説明義務に近くなる。だから説明義務が範囲は狭くなるが、内容・程度は具体的に高度のものが要求される。まったくの虚偽の説明や、常識を逸脱した誇大な説明がされて違反とされていることもこの分野における説明義務の違反の態様の特徴として挙げられる。しかし、裁判例が判決文の中で端的に例示する説明義務の程度は高度な内容であることが多い。また、この分野における説明義務の違反を認定する際にほぼすべての裁判例で強調されるのは必要性・緊急性の少なさである。⁶⁷

5、以上の分類をさらに細分化する際の示唆となる概念の整理

5 - 1 説明義務の「断層」

説明義務の内容における「断層」がある。この断層というのは説明義務と認められるべき義務であると原告が立証しているその説明義務違反に関する事実に対応する説明義務の部分とそうでない部分の境目である。

裁判例において説明義務の判断に入る場合の前置きに一般的な説明されるべき義務の内容について述べる部分がある。「当該疾患の診断(病名と病気の現状)、実施予定手術の内容、手術に付随する危険性、他に選択可能な治療方法とその利害得失、予後について説明すべき診療契約上の義務があると解する…」の部分である。(平成 8 年 5 月 29

⁶⁶ 判例時報 1672 号 100 頁

⁶⁷ こうした特質に触れるものとして平成 15 年 9 月 19 日判例時報 1858 号 103 頁

日判決、乳癌の事例における例)⁶⁸この部分に注目してみたい。裁判例によって若干異なるが、基本的に踏襲されている部分もある。基本的に踏襲されている部分とそうでない流動的な部分に説明義務の内容における断層があり、説明義務の分類の基準となりえる。さらに、この一般的な説明義務の内容が個々の裁判例で問題とされ、原告が立証するのであるが、原告が立証する部分に関しても重要な変遷が見られるようなのである。と の間に断層があるのではないか。そしてこの立証の断層は、患者の意思から認めていく説明義務と公共的価値の要請から認められる説明義務の範囲の境と非常に似通ったものになるのである。したがって分類の下位概念として要求する必要性は高いといえる。

5 - 2 錯誤、詐欺、強迫についての拡張理論から得られる分類の視点⁶⁹

法律行為法と、不法行為法の制度間競合についての一連の議論のなかで、法律行為法において効力が維持される契約について不法行為による損害賠償という手段によって実質的に契約の効力を覆すことの出来ることの当否についての問題がある。この問題について論じる多くの論説は、法律行為法が規律する契約の効力を否定する制度（錯誤・詐欺・脅迫）は契約締結過程の瑕疵をその効力否定の原因として把握することを前提とするものである。この前提があっても、結局は表意者の意思（真意）と意思が志向すると推定されるものものずれについての考察であり、表意者を患者と対応させて、その患者の意思のずれが如何なる情報によって引き起こされるかについての問題であることは変わりないことは前述した。

売買契約の錯誤、詐欺などの場合では表示から推定される意思と真意のずれが問題にされ、その場合の表示と商品が対応関係にある。しかし、医療過誤の問題においては医師の行為から推定される患者の意思と真意のずれが問題にされる。さらに加えて、医師の行為から推定される患者の意思との間に患者の意思の表示も介在する。これが医療過誤訴訟における医師の説明義務と患者の意思の関係に関する問題を更に複雑なものにしているといえると考えられる。たとえば、患者の真意と（意思）表示にずれはないが、患者の真意と医師の行為にずれがある場合と、患者の真意と（意思）表示にずれがあるが、患者の表示と医師の行為にずれはない場合が考えられる。

情報提供義務・説明義務が伝統的な通説・判例が取消、無効という効果を与える詐欺・錯誤・強迫にまで至らない意思表示の「弱い」瑕疵を捕捉しているならば、伝統的な通説・判例が取消、無効という効果を与える法律行為法の守備範囲が比較的厳格に解されていた分だけ、「弱い」瑕疵の範囲は広いものになると考えられる。この「弱い」瑕疵の部分を中心に、「とても弱い瑕疵」、「中くらいの瑕疵」、「かなり強い瑕疵」等、と細分することは分

⁶⁸ 他に「患者の現症状とその原因、当該治療行為を採用する理由、治療行為の内容、それによる危険性の程度、それを行った場合の改善の見込み、程度、当該治療行為をしない場合の予後」(AVM事件、判例タムズ 793号 285頁)

⁶⁹ 森田弘樹「『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論」NBL482号、483号、484号を参照

類に資すると考える（もちろんこれほどきれいに3つに分かれないと思う。）そのためのルールとなる概念が、どこかから引き出せないだろうか。そうしてそのような概念をおおく出せば出すほど、本来なら（通説で言う）詐欺と同視されるべき酷い意思表示の瑕疵に対応すべき情報提供態様と意思表示に瑕疵がないとされるべき情報提供態様の狭間をアナログ的に細分化することができるのではないか。また、先ほどの〈類型2〉のなかの分類状況はこの情報提供態様の悪性によって意思表示に瑕疵を与える度合いと対応関係があるのではないかと思われる。（たとえば、〈類型2-1〉に属する場合の患者の意思と行為のずれは要求される説明義務の範囲が狭く高度の内容・程度が要求されることから、大きくなる傾向があると思われる。）まず、法律行為法の判例・通説が錯誤、詐欺、強迫として押えている範囲についてまとめつつ、順にその拡張理論が提示する諸概念からのヒントについて考察したい。

（1）錯誤

民法95条は「意思表示ハ法律行為ノ要素ニ錯誤アリタルトキハ無効トス但表意者ニ重大トシテ過失アリタルトキハ表意者自ラ其無効ヲ主張スルコトヲ得」と規定する。法律行為に「要素ノ錯誤」があれば「無効」という効果が導き出せる。この「要素ノ錯誤」の内容が問題であり、周知の通り、錯誤を表示上の錯誤、表示内容の錯誤、動機の錯誤にわけて錯誤を考えていくもの（2元説）と動機の錯誤をその他の錯誤と区別せずに表意者の錯誤についての相手の認識可能性を考慮して錯誤を考えていくというものがある。「要素ノ錯誤」で想定されている意思（真意）と表示（に対応して推定される意思）とのずれと、動機の錯誤で想定されている意思（真意）と表示（に対応して推定される意思）とのずれといったような、様々な程度のずれがある。それらのずれの程度を考えるための概念として、フランス法の分析の結果、意思を持つものがその意思（が表示する事項）を契約の具体的な給付として均衡していると考え要素として意思したかどうかということで、その意思が契約の無効をもたらすに値するかどうかを判断する「給付の均衡」の概念があることがわかっている。⁷⁰これによって、経済的評価についての意思（真意）と表示（に対応して推定される意思）とのずれのようなものは「給付の均衡」概念によってなんらかの効果を与えるに値しないずれであると切り落とされるという結論を得ることができる。この「給付の均衡」概念を医療における説明義務が問題となる場面に引きなおすとどうなるか。医療契約においては、売買のような交換の要素が前面に出ては来ないので何と何の均衡を考えるべきかはまず問題である。かりに診療報酬と治療に向けての最善の医療行為の実施が対立する給付であり、その均衡を考えるとすればそこに情報提供は入ってこないことになりかねない。しかし、情報提供義務を医療契約の本質的債務と考えるならば、「給付の均衡」によって切

⁷⁰ 森田弘樹「合意の瑕疵とその拡張理論」NBL482号26頁、この「給付の均衡」は表意者の側からのテストであるので、これとともにこのような表意者の意思が（給付の均衡の認識が）相手方にも認識または予見されることが必要であるとする。（認識予見の要素）ただし、ここではこの「給付の均衡」概念を飽くまで患者と医師の意思決定のずれを考えるさいに利用するだけであるので、片方だけに注目した。

り落とされることはない。情報提供のそのもののずれを（医療行為のずれを媒介としてではなく）問うことができる。また、経済的評価についての意思と表示のずれは、医療契約の説明義務の場に引きなおすとどういう場合に対応するか。商品について値段が、その術式・薬剤の効果に対応するとするなら、値札につけられている値段はその術式・薬剤の医療水準での評価であり、経済的な市場における価値はその真の効能に対応するであろうか。

（２）詐欺

民法 96 条はその 1 項で「詐欺又は強迫に因り意思表示ハ之ヲ取消ス可ト得」としか規定していない。詐欺は人を欺罔して錯誤に陥らせる行為であり、欺罔行為、欺罔行為によって錯誤が生じること、錯誤によって意思表示をしたこと、欺罔行為が違法であることの要件が必要であり、これに故意が要求されるとする。故意は、相手方を欺罔して錯誤に陥れようとする故意、すなわち、自己の行為が偽りであることの認識と、その偽りの行為によって相手方が錯誤に陥ることの可能性の認識と、相手方が錯誤によってその錯誤意思に対応する意思表示に出ることの認識であるとされる。欺罔行為は積極的な虚偽の陳述に限らず事実を隠すことによっても可能とされる。

詐欺の拡張理論から医師の説明義務分類のために参考にできる概念はないであろうか。情報提供義務の内容の限界を画するための議論に契約が当事者にとって有益なものかどうかという評価についての情報は当然には含まれないとすべきかどうかという議論がある。先ほどの錯誤の場合の「経済的評価」概念と似ているところがあるが、その拡張された経済的評価の外にまで及ぶ場合に登場する、品質や価格と比較するためのデータや、契約によってもたらされる利益といった要素はそのまま、医療行為の危険性、治癒率に対応するものと考えられる。

また、説明義務が問題とされている医療過誤訴訟で、錯誤無効が主張されたものは平成 15 年 9 月 19 日判決横浜地裁判例時報 1858 号 95 頁がある。この主張は認められ、契約に基づく診療代金の支払い義務を負わないことが確認されている。（債務不存在確認請求への答えとして）同時に不法行為による損害賠償請求も認められている。錯誤は認められなかったが不法行為は認められたという事案ではなかったので、制度間の評価矛盾という問題には直面してはいない。しかし、そもそも錯誤が主張され認められること自体が医療過誤訴訟の範囲ではなかったのであるから、医療過誤訴訟においても、錯誤と不法行為によって捉えられる違反態様の同質性をしめすものとしては援用できると考える。こうした売買契約などでなされている議論の医療分野への応用性を示すと考える。

5 - 2 - 1 消費者契約法・金融商品販売法から得られるヒント

平成 12 年に制定された消費者契約法は消費者契約について取り消しができる場合、無効ができる場合を規定している。同じく平成 12 年に成立した金融商品販売法は幅広い金融商品に説明を義務付け、特に 3 条で列挙した説明義務違反については無過失責任を課し損害

賠償を請求できるとする。これらの法律も、それぞれが捕捉しようとする説明義務の違反形態の表現のためにさまざまな概念を表す。

(1) 「重要事項」 - 「元本欠損」⁷¹

「重要事項」の文言は、消費者契約法、金融商品販売法のどちらにも現れる。この「重要事項」の説明の有無が「元本欠損」とは金融商品販売法の3条2項に定義があり、金融商品の販売により顧客が支払うことになる金銭等の合計額が、顧客等が取得することとなる金銭等の合計額を上回ることとなることであるとされる。こうした元本欠損の危険という概念が、金融商品販売法の「重要事項」の枠組みを形作る下位概念となっている。「元本欠損」という状態は、医療の場においてはどのような状態に引きなおされるか。顧客のお金の量を患者の現在の健康状態であるとすれば、ある手術や投薬などによって今ある健康状態よりも悪くなる可能性があることが、患者にとっての「元本欠損」であろうか。しかし、お金はそのまま持っていても金利分は別として少しずつ確実に減少していくということはない。それに対して患者の健康状態は美容整形術などの場合を除いて大抵の場合少しずつ確実に悪化していくのである。それであるから、ある手術や投薬によって今ある健康状態より悪くなる確率と、そのまましていると悪くなる確率を比較して、前者が後者を上回る確率が患者にとっての「元本欠損」であるかと思われる。裁判例でそうしたある手術や投薬の選択がそうした「元本欠損」の危険があるときに説明義務がそれについて課される傾向は存在するが、ある手術や投薬によって今ある健康状態より悪くなる確率と、そのまましていると悪くなる確率を比較して、前者が後者を上回るような状態には必ずその説明が認められるという明確なルールがあるというわけでは勿論ない。また確率の算出の仕方も一定で統一されているわけでもない。しかし、こうした「元本欠損」概念をルールとして定立する試みは説明義務の明確化に役立つと思われるし、これに基づいて事例の分類をおこなうメリットは、2 - 3の内容をさらに分類する際に役立つと思われる。

消費者契約法は4条4項で重要事項の内容として、物などの契約の目的となるものの質、用途などとその対価などの取引条件で、それが契約締結の判断に通常影響を与えるものであると規定している。

(2) 適合性の原則 (Suitability doctrine)

適合性の原則は一般に「顧客の知識、経験および財産の状況に照らして不適當と認められる勧誘を行ってはならないこと」と定義されるものでアメリカにおける証券業で発展してきた概念であるとしてよい。⁷²それでは、医師が患者となった場合に関して説明しなければならぬ内容が省略できるということがあるのであろうか。裁判例をみるとそのような

⁷¹ 銀行法12条の2に規定される、銀行が預金などの受け入れをする際に預金者に対して義務付けられる情報提供として、施行規則13条の3は非預金商品と預金との誤認防止対策を講じるように求めているが、これらの区別も「元本欠損」に関連する説明義務の一環であると思われる。澤重信「説明義務」銀行法務606号69頁(注3)参照

⁷² 銀行法務606号70頁には日本証券業協会の公正慣習規則による適合性原則の定義も参照されているが、ここでは、証券取引法43条に規定された定義を用いたい。

傾向は見られないようである。また、上述の適合性原則の定義で列挙されている知識、経験、財産の状況といった概念が医療契約における説明義務を考える際に、いかように引き直されるべきであろうか。知識は医学の知識があるということであろうし、経験はその療法を以前に受けたことがあるとか、その薬について判決文の中でも、財産の状況というのは健康状態であり、そのような術式を行うには体にとってつらいであろうという健康状態への評価に引きなおされると考える。しかし、そのような健康状態についての考慮は以外にあまり裁判例の中には現れていないように思える。

(3) 断定的判断の提供

「断定的判断」という文言自体は、証券取引法 42 条⁷³、消費者契約法 4 条に発見される。しかし、具体的にどのような行為が断定的判断を提供したと評価されるかは、その外延についてはあまり明確にはなっていないと考える。「必ず」、「絶対」、「間違いない」という言葉を用いた判断を述べるのでなければ良いというものでもないよう⁷⁴である。「噂である」として大手信託銀行が特定の株を買いに入るといった情報を顧客に伝えたとしても、このことが断定的であるとの意思を顧客に持たせる効果があれば、不法行為として違反が認められる傾向にあるとされる。⁷⁵しかし、証券取引法違反だけの問題であれば、その表現のみを問題にする。不法行為で用いられる断定的判断の概念で考えた場合の基準でそのまま証券取引法、消費者契約法などで問題にされている「断定的判断」の概念を医療の場における問題群に持ち込むと、医療行為における医師の説明態様は内在的にほとんど全部が断定的判断になってしまいかねない。その意味で、断定的判断の表示がなされないことに限定すれば医師の説明義務を規律、分類する概念たり得る。

5 - 3 高度注意義務違反型と忠実義務違反型の分類からの示唆⁷⁶

能見教授の提示する専門家責任の理論的枠組みによれば、専門家の違反行為をまず、高度注意義務違反型と、忠実義務違反型に分ける。忠実義務違反型を利益相反行為 不誠実行為にわけ、をさらにア、期待の裏切り型、イ、裁量権の不適切行使型に分ける。これらは信認義務を負う専門家の行為の義務違反態様に着目したものであり、情報開示・説明義務違反の場合は別に扱われているけれども、説明以外の行為の義務違反と説明義務違反が補足する事実は同様のものを捉える場合が多いので、そのまま説明義務の分類に応用してよいだろう。ここでは、ア、期待の裏切り型、イ、裁量権の不適切行使型の概念が有

⁷³ 河本一郎・大武泰南「証券取引法読本」140 頁

⁷⁴ 証券取引法の違反としてはその表示が断定的であるかどうか重要である。河本・大武・前掲書 141 頁、

⁷⁵ 山田誠一「断定的判断を含む勧誘行為と証券会社の不法行為責任」民商法雑誌 113 巻 676 頁、

⁷⁶ 能見善久「専門家の責任 - その理論的枠組みの提案 - 」別冊 NBL28 号 4 頁

用であると考え。ア、期待の裏切り型、イ、裁量権の不適切行使型は同一平面上にあるものとして描かれている。裁量権の不適切行使の酷いものが、期待の裏切りと評価されるというものである。ア、期待の裏切り型にいたるほどの説明義務違反、イ、裁量権の不適切行使型の程度の説明義務違反と分類できないか。医療の説明義務の場面の「期待」の内実はある程度明らかにできるので分類は可能であると考え。こうした概念は医療契約が契約を越えた別の法律構成類型であることを大きな前提としていると思われる。しかしなによりまず、情報環境というものは表意者自らが整備しなければならないのが民法の原則とかんがえられている。⁷⁷しかし同じ民法の守備範囲であるはずの医療過誤の問題分野では、もし患者が裁判などで主張した説明義務を否定するとしても、情報環境というものは表意者自らが整備しなければならないのが民法の原則という言い方はしない。医療契約は一般に準委任契約と構成されるのであるから、民法の原則通り、情報環境整備は患者の側の役目ということもできそうなのである。

委任契約の情報提供に関する規定を見てみると、民法 645 条において、情報提供義務として、請求があって応じる情報提供と、委任事務が終わったら遅滞無く報告する情報提供については法文が明示的に要請している。それ以上の情報提供（説明）は 644 条の善管注意義務のものであると説明する。それ以上の情報提供（契約中に請求しなくてもする情報提供）を認めたとされる裁判例はもちろん存在している。だから、644 条の内実をさらに明示してもよさそうである⁷⁸以上のような分類をさらに確立していくことは、金融商品販売法や、証券取引法といった法律が「重要事実」の内容の記述を懸命に行っているように、医療契約の特別法において、説明することなどの重要事実が記述されるようになることに資することになるのではないと思われる。

5 - 4 説明義務違反の法的構成がもつ意味

説明義務違反の法的構成を問題にすると、原告の主張する段階での法的な構成と裁判所が示す法的構成の 2 種があると考え。裁判所が示す法的判断としての構成であるなら、特定の事実を特定の法的構成捕捉している傾向がみられる可能性は高い。これに対して、原告の主張する段階での法的な構成は弁護士などがありとあらゆる主張できるかぎりの法的構成を主張している可能性が高いので、何らかの傾向は見出しにくいと思われる。また、公表されていない裁判例や、和解に終わってしまった場合の事実関係は目に触れることがないので、全体の事象から特定の法的構成をとる確率を計算するといったことも成果を挙げにくい。

医療過誤の法的構成として繰り広げられた債務不履行構成か不法行為構成か妥当かとい

⁷⁷小粥太郎「説明義務違反による損害賠償に関する 2、3 の覚書」自由と正義 47 巻 10 号 39 頁

⁷⁸樋口範雄「フイェ ユーシャリノ時代」に指摘あり

う議論はもはやあまり意味をもっていないとされる。⁷⁹両構成に差異はほとんど見られず、そのように効果を調整しているという指摘もある。⁸⁰立証の問題についても結果債務でなく行為債務である医療については、帰責事由の立証で債務不履行構成が不法行為構成より有利になるということは無い⁸¹という議論がある。法的構成が捕捉していると思われる生活事実についてみても、裁判例における法的判断の全体的な傾向として説明義務法理が確立して間もないころの裁判例には、説明義務違反を不法行為で構成したものが圧倒的に多く、そのため、本来なら（現在なら）債務不履行構成で捕捉されるはずであった事件であったとしても古いものであれば不法行為構成であるということはある。また、不法行為構成であるということがただ単に 715 条によって使用者責任を問いたい過ぎないがために選択されているという場合もありうる。その場合は不法行為構成に大きな意味を見出すことは失当であることにもなる。

しかし、立証の点については、医療過誤、つまり医師の手技そのものの立証でなく、説明義務違反の立証の場合はあてはまらないのではないか。たしかに、説明義務の主張は法律事項であり、立証するのは説明すべきであったと思われる説明がなかったという事実である。それは本質的に「すべきであった」との主張である以上、過失行為の立証に他ならないとも思えるのである。けれども、説明義務違反の立証の中にはそれをすべきであったという事実にもとづく過失の立証なくとも説明義務違反を認める範囲があるのである。そしてそれは前述した説明義務の「断層」に対応するものであるようである。そういう傾向が裁判例にみられる。

もしそうなら、やはり契約上の付随義務たる説明義務を債務不履行と構成することには大きな利点があるし、その場合には（医療）契約上の本質的債務たる説明義務不履行が観念できることにもなってくる。そこで、そうした事実がさらに確認され確立されてくれば、不法行為と構成することには、何らかの意図、意識があると考えられるようになるかもしれない。また、医療契約では契約の無効ということが主張されることがほとんどなく、そのほとんどが不法行為で処理されており説明義務違反もその例外ではない。このことは「硬直しがちな法律行為法、契約法にかわって不法行為法が機能」⁸²しているとされるワソチャイフ契約や不動産売買契約等における説明義務違反以外の分野からの証左といえるかとも考えられる。⁸³

5 - 5 金融商品販売契約などにおける説明義務

⁷⁹ 河上正二「診療契約と医療過誤」法学教室 167 号 69 頁など多くの文献で指摘、

⁸⁰ 野田寛「医療事故」法学セミナー - 増刊、不法行為法 216 頁、

⁸¹ 加藤雅信「結果債務・手段債務論」法学教室 274 号 104 頁は手段債務・結果債務の概念が債務不履行の要件である帰責事由と不履行の事実の分離が手段債務の場合に維持できるかという問題を浮き彫りにすると指摘する。中野貞一郎「過失の推認」89 頁、

⁸² 道垣内弘人「取引的不法行為」ジュリスト 1090 号 140 頁

⁸³ 野澤正充「情報提供義務（説明義務）違反」法学教室 273 号 39 頁

圧倒的に不法行為構成が裁判例の多数をしめる。これは、契約締結前の情報提供義務違反が問題にされていることだけが理由ではないだろうと思われる。訴訟にまでいたるケースというのは、情報提供義務違反の態様がかなり悪性の度合いの強いものであるということが原因になっていると考える。ここではワラント債の売買で、単なる株式の売買とは違い、ワラント債⁸⁴そのものがどういうものかについてというような、契約が構造上有する性質の説明を抽象的説明義務として把握し、取引当時における政治・経済・社会情勢によって生じるワラントの市場における動向の説明を具体的事実として把握するものがある。⁸⁵ この具体的事実、抽象的事実の概念は前述の概念群と重なるところもあろうけれども、それが個々の金融商品ごとにどういう事実にあたるのかを明らかにしていけば、役立つ概念になるとと思われる。

5 - 6 フランチャイズ 契約における情報提供義務違反に関する裁判例からの示唆

フランチャイズ 契約において、フランチャイザ - はフランチャイズ - に対して、フランチャイズ - を指導・援助するため客観的かつ的確な情報を提供すべき信義則上の義務があることが、裁判例上明らかになってきている⁸⁶。(平成 11 年 10 月 28 日東京高裁判決⁸⁷、平成 10 年 3 月 18 日名古屋地裁判決⁸⁸、平成 7 年 8 月 25 日大阪地裁判決⁸⁹。)虚偽である情報提供はもちろん、虚偽と真実の間に存在する情報提供の概念について具体的な判断が示されているといえる。その意味で、医療契約における情報提供の虚偽と真実の間を考えるのに参考になるとと思われる。情報提供が虚偽であるかどうかの判断で、虚偽であるとは言いがたくとも、「客観的」でない場合や、「的確」でない場合は、医療契約における情報提供義務の問題ではかなり多いのではないであろうか。まったくの虚偽の情報提供が違法であると判断された例はむしろ少ないといえる。平成 11 年 10 月 28 日の東京高裁の事案では、問題とされた、フランチャイザ - の売上試算、予測について競合店について実際に 12 店舗であるのを 11 店舗とした点のみならず、(これは事実誤認である)そうした事実からの推論について、つまりフランチャイザ - の側の評価についての妥当性の判断に踏み込んでいる。これは、評価にたいしての積極的判断が助言義務や、助言義務類似(客観的かつ的確な情報を提供すべき信義則上の義務などがこれにあたるか)の義務については必要になってくること、そしてそれは可能であることを

⁸⁴ ワラント債は権利行使期限が近づくとつれて最終的には無価値になるなどの情報など

⁸⁵ 横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」ジュリスト 1094 号 133 頁、

⁸⁶ 否定例もある。平成 8 年 2 月 19 日判決(判例タイムズ 915 号 131 頁)は「前期情報が虚偽である等、フランチャイザ - になろうとする者にとってフランチャイズ 契約締結に関する判断を誤らせる恐れが大きい」場合に限り情報提供義務違反を認めている。フランチャイザ - とフランチャイズ - の独立事業体性を強調すると結論が変化すると考えられる。

⁸⁷ 判例時報 1704 号 65 頁、判決文は保護義務という言葉を用いている。

⁸⁸ 判例タイムズ 976 号 182 頁、当判決文は「できるだけ適正かつ正確な情報を提供する信義則上の義務」と少し弱い表現になっている。

⁸⁹ 判例タイムズ 902 号 123 頁「客観的な判断材料になる適正な」情報提供をせよとの表現である。

端的に示していると考え。これは鑑定制度の改革と連動して、術式の危険性の程度の判断がより客観的になること、専門的な学識を要する事実認定に司法制度が積極的に介入できる可能性を示唆するものと考え。

5 - 7 鑑定の重要性

鑑定とは裁判官の判断能力を補充するために特別の学識経験を有するものからその専門的知識を具体的事実に適用して得た判断を獲得することを目的とする証拠調べ⁹⁰である。無論、鑑定人は証拠方法のひとつに過ぎないので鑑定結果を採用するか否かは裁判所の自由心象の問題になる。とはいえ、鑑定は医療過誤訴訟において事実の認定に大きな影響を与える。鑑定は様々な場面の専門的判断で利用されるが、特に、選択できる二つ以上の可能性の比較の問題（双方危険な療法間の選択や、そのまま何もしないこととある程度危険な治療を受けることとの選択、特別な（ある程度危険な）治療法と一般的治療法との分水嶺をどう考えるかなど）に関してどちらを選択するか判断のために患者に対して説明が必要とされる危険性の程度についての測定の精緻化のために鑑定の内容が充実されることが大きく役立つと考えられる。

しかし、鑑定を行う際の障害となる問題は少なくない。医師同士の仲間意識が鑑定の依頼を受けることを阻害するとの指摘がある。しかし、これは同じ系列の大学を卒業した者同士の間で顕著な傾向に過ぎない⁹¹のであり、こうした弊害を除去するために新たな制度が整理されつつある。民事訴訟法 92 条の 2 以下に新設された専門委員の制度や、複数鑑定制度の存在が、鑑定人選任の期間はもちろん、鑑定実施・鑑定書提出の期間も飛躍的に短縮した。こうした状況の下、鑑定が行われること自体はよりスムーズなものになることが予想される。⁹²そのことが、鑑定のさらなる客観化に資することとなり、危険性の程度についての説明がより促されることになるかとおもわれる。そのことが、類型内部の分類に役立つことになると考える。

5 - 8 保険契約における告知義務にかかわる裁判例から得る示唆

商法は損害保険契約については 644 条（保険契約ノ当時保険契約者カ悪意又ハ重大ナル過失ニ因リ重要ナル事実ヲ告ケズ又ハ重要ナル事項ニ付キ不実ノ事ヲ告ケル時ニハ保険者ハ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得...）で、生命保険契約については 678 条で、告知義務を規定する。義務では有るが強制履行に

⁹⁰ 新堂幸司「民事訴訟法」から

⁹¹ 本井巽「医療過誤訴訟における鑑定の評価」判例タイムズ 415 号 53 頁は無意識にか、医師内部の同じ学閥の人を鑑定人に選任しないことを医師同士が鑑定を避けることの回避方法の一例としてあげる。

⁹² 神戸地裁における「医療訴訟連絡協議会協議要録」判例タイムズ 1145 号 49 頁以下、「千葉県医事関係裁判運営委員会定例会」要録判例タイムズ 1143 号 93 頁以下、を参考にした。

なじまない義務とされ、保険契約者が告知義務に違反した場合には損害賠償の請求はできず契約の解除をすることができるにすぎない。告知義務には契約締結後における危険増加の通知義務(657条2項)や損害発生のお知らせ義務も広義には存在する。この場合は契約締結過程上の義務と位置づけられないとも考えられる。通常は契約締結時における告知義務のことを狭義の告知義務とよぶ。

現在、保険契約一般において告知義務に関する議論は、裁判例に公表される事件数の絶対的減少もあり、あまり活発でないといわれる。⁹³被保険者・保険契約者が告知しなければならない情報は、条文の文言では重要な事実と表現されている。この重要な事実がどういう内容であるのか。まず、保険契約締結の可否、保険契約の内容に影響を与えない事実はこの重要な事実から除いてよいとされる。

重要な事実を告知しない場合には解除ができるとの意味は、重要な事実の告知があれば、保険者が保険事故発生率の計算によって本来締結するはずがなかった(意思に瑕疵があった)保険契約が締結されたということが主な理由である。⁹⁴このことは詐欺と錯誤の主張もできるかどうかの問題にされる⁹⁵ことから裏から確認できる。)保険者がある特定の内容の保険契約を締結しようとする場合にもつ意思と実際の契約の表示から推測される何らかの意思がずれているということである。保険者が持つ意思の内容は、個々の契約に臨む「被保険者が保険事故の発生率の支払額の計算において損が出るような危険を被保険者が持っていないということ」であろうと思われる。これについてどういう事実が言われぬかによって、この意思にずれが出るかを判断するのであるから、これらの裁判例を参考にすることによって、危険性の判断についてどのような事実が患者と医師の意思のずれを与えるかの具体的参考が多く得られると考える。また、質問表で問われている質問には具体的にどのようなものがあるかはその質問表で問題にされている疾患と保険事故である死の結果との事実的因果関係の問題が、医療契約における疾患の危険性の問題と同じであり、それについての説明義務がどの程度必要かの問題について一定のヒントを与えると思われる。

5 - 9 診療録開示 - 請求権としての説明義務

診療録の開示請求権を説明義務の一環としてとらえる見方が存在しないわけではない。⁹⁶診療録(カルテ)の開示請求権をそのようにとらえるならば、そこからひとつの分類の基準がでてくる可能性があると思われる。患者の意思と行為の関係といった視点からこの説明義務をかんがえるならどのような位置づけとされるべきか。請求をして得られる説明であるから、民法645条に規定される義務と類似する。(民法645条は契約中に関するもので

⁹³ このような傾向を指摘するものとして、榊素寛「告知義務の意義とその限界(1)」法学協会雑誌 120 巻 450 頁

⁹⁴ 岡田豊基「告知義務」金融商事判例 1135 号 61 頁、

⁹⁵ 大森忠夫「保険法」135 頁、詐欺錯誤ともに重複するとしてよい。

⁹⁶ 樋口範雄「フイェーシャリーの時代」第 6 章

あるのだけれども。)しかし、いかなる意思決定と連動するものであろうか。たいていは契約終了後の問題であるから、治癒に向けた意思でないことはもちろんである。訴訟に向けた意思に対応するものであるかもしれない。そうであれば相当に行為は特定されている。しかし、この場合は医師の行為ではなく、患者(または遺族)が(訴訟)行為するかどうかの意思決定にむけたものである。その意味で<類型 1>の場合と類似してくる。そして、この場合差し押さえるカルテは相当に範囲の決まった正確な情報提供である。

5 - 10 株主総会における議長の説明義務

5 - 6で検討したところから考えてみる。保険契約者による(情報)告知義務は、保険者に対する意思にずれを生じさせるか否かにかかわる義務である。しかし保険者というものは保険業法の許可を受けた会社であるから、会社の意思というものについてのずれについて考えなくてはならない。個人の意思についてのずれを考える場合と違って、何らかの特性があるのではないか。その特性を考えるヒントとして株主総会があると思われる。株主総会は会社の最高意思決定機関と表現される。しかし、会社の意思決定はもちろん株主総会だけで行われているのではもちろんない。取締役会における意思決定も会社の意思を決定している。取締役会において取締役に対して議案についての説明は問題になりうる。あまり問題にならないだけである。問題になるのが多いのは、株主総会における議長の株主に対する説明である。株主総会も取締役会もどちらも会議体ということについては共通しているといえる。どちらを扱っても、会議体における説明の問題に帰着する。つまり、団体の意思決定は会議体で行われるのだから、会議体のひとつである株主総会を例にして会社(団体)の意思のずれについて検討する。

商法 237 の 3 条はその 1 項で取締役および監査役は総会において株主の求めたる事項につき説明をなすことを要する⁹⁷と規定する。この説明義務の特徴は、株主の質問権と説明義務が明らかに規定上連動していることにある。質問権が担保されないと実質上、株主はほとんど説明を受けることができないと考えられるので、質問権の確保は重要ということになる。議案の説明には、一括上程方式と、個別上程方式があるとされる。一括上程方式によると株主の質問権が(質問に気がつかないという形で)侵害される場合がおおくなりがちである。そうした場合には説明義務は生じないからである。裁判例は株主の質問権を強く保護する傾向にあるといつてよい。⁹⁸むしろ質問権には限界がある。⁹⁹ここで現れる限界の概念(必要性の基準)が説明義務の範囲を確定する。ここでは意思そのものでなく、意思を媒介する質問が説明義務の範囲を限定する要素として働くことが前面に出ている。こ

⁹⁷ 現代語で表記した。

⁹⁸ 平成 10 年 3 月 18 日判決金融商事判例 1041 号 3 頁控訴後和解、平成 12 年 3 月 29 日判決判例タイムズ 1029 号 299 頁、

⁹⁹ 中祖博司「株主の質問権の範囲と限界」判例タイムズ 591 号 15 頁、森本滋「会社役員の説明義務の目的」商事法務 977 号 862 頁、

れから、意思が多数存在する場合には、形式的な意思の兆表が説明義務の範囲確定に重要視されることがわかる。この関係については集団予防接種など多数の患者の存在する事件の説明義務を考える際に役立つと思われる。

6 説明義務分類再検討の試みから得るもの

以上のように試みた類型化にはどのような利点があるか。まず、患者の意思決定は直接に行為の内容を規定するものであるとはかぎらないことが明らかになった。つまり、意思と（意思）表示と医師の行為の 3 段階においてずれの有無がありえることがわかった。それが無い場合が〈類型 1〉である。そして患者の意思をその明示度と意思の行為への特定性で場合わけしたあとの、分類の下位概念として、さまざまな概念を検討したが、役立ちそうなものや、そうでないものがあることがわかってきた。この下位概念間の関係についてもっと深く考察できなかつたことが残念である。

患者に治癒に向けて以外の包括的な何らかの意思が無い場合の分類はさらに検討されるべきである。しかし、この場では十分にできなかつた。また証券取引法などではさまざまな行為を列挙して取り出そうとする努力が行われている。こうした試みが医療の説明義務違反の場面でもなされていいのではないか。医療契約法（名前は何でもいいが）などの（意思患者関係の信認義務の精神をとりこんだ進んだ特別法ができてくることになると興味深いことであると思う。こうした信認关系的契約の意思決定の構造についての特別法の制定や、信認的義務を捕捉する概念を発達させることが憲法の前文にもあらわれる信託の語の内容をさらに充実させることになるとと思われる。その中でより良い意思患者関係の発展も促されるのではないか。