

医療契約論

- その典型的なるもの - (2)

村 山 淳 子

第一章 序論

- 一 一連の「医療契約論」研究の全体像
- 二 研究全体の方法手順と本稿の役割
- 三 本稿の方法手順
- 四 本研究の学問上の位置づけ
- 五 概念定義の確認
- 六 本稿の射程

第二章 私法契約規範の外にあるもの

- 一 本章で行なうこと
- 二 公法規範と私法規範の関係性
- 三 応召義務
- 四 守秘義務
- 五 記録作成・保存義務
- 六 保険法令上の規律
- 七 小括

以上、4 2 卷 3 ・ 4 合併号

第三章 非本質的な要素

- 一 本章で行なうこと
- 二 偶有的要素
- 三 診療内容についての特約
- 四 免責（責任制限）条項

- 五 本性的要素
- 六 説明義務
- 七 守秘義務（契約上の秘密保護義務）
- 八 小括

以上、本号

第四章 本質的な要素

第五章 結論 典型医療契約類型

第三章 非本質的な要素

一 本章で行なうこと

前章までの作業において、医療契約に固有に関係する諸規範から、私法契約規範に取り込むことのできないものを確定し、除外する作業を行った。

本章では、この作業によって明らかとなった医療契約固有規範から、医療契約に本質的とはいえない要素を選別する作業を行う。なお、本章以下においては、近時有力に再評価されている「三分法の理論」¹⁾に依拠しながら、規範選定作業を進めてゆく。

第一章で詳述したように、医療契約に本質的な要素（本質的要素）とは、そ

- (1) この理論については、主として石川博康『「契約の本性」の法理論』（有斐閣、2010）を参照した。

この理論の紹介者である石川博康教授は、「合意に基づく契約規範と法に基づく契約規範を区別する視点と、契約の本質的部分と非本質的部分とを区別する視点」を内包する点を高く評価し、「契約内容の構造と補充や規制という法的作用とを結び付ける理論」として再構築される資質を認めている（同書42頁）。

三分法の理論は、契約規範の内容を①本質的要素②本性的要素③偶有的要素に三分する。①本質的要素とは、「その点に関する規律がなければその種類の契約が成立し得ない要素」（同書42頁）である。②本性的要素とは、「その種類の契約に通常備わるべき要素であって、その点に関する当事者の具体的な規律がなくとも契約の内容となる一方、（原則として）当事者の規律によって排除することもできる要素」（同書42頁括弧内筆者）である。③偶有的要素とは、「その点に関する規律が欠けていてもその種類の契約の成立は阻害されない非本質的部分であって、その点に関する当事者の規律が存在して初めて契約の内容となる要素」（同書43頁）である。

の点についての合意が維持されていなければ医療契約とはいえない（つまり、医療契約の法律効果は与えられない）要素である。本章では、そうではない要素 非本質的要素、つまりその点についての合意はなくとも、医療契約とはいえる要素を検討対象とする。

さて、三分法の理論によれば、非本質的要素はさらに以下の2要素に分節化される。

第一は、特約によって付加しうる要素である（偶有的要素）。その点についての合意の有無は、医療契約といえるかどうかに影響を与えない。医師と患者の特段の合意（特約）があれば付加しうるし、なければないで付加されない要素である。

第二は、医療契約に通常備えられるべき要素である（本性的要素）。医師と患者がその点について合意を欠いている場合には、法（医療契約においては主として信義則）によって補充される。しかし他方で、医師と患者の合意によって排除することも、原則としては可能である。

このように本章では、医療契約固有規範群から医療契約の非本質的要素として、①特約によって付加しうる要素（偶有的要素）そして②通常備えられるべき要素（本性的要素）を選別する作業を行う。

なお、非本質的要素の内容規制という局面に遭遇した場合には、この段階で想定する本質的要素の一端に言及せざるをえない。思考順序が一部逆転する憾みはあるが、篩方式を採用する本稿の方法手順上、本質的要素の論証・確定は次章で一括して行うことで整合性を図りたい。

二 偶有的要素 特約によって付加しうる要素

偶有的要素とは、特約によって付加しうる要素である。その点についての合意の有無は、医療契約といえるかどうかに影響を与えない。医師と患者に特段の合意があれば医療契約の内容となりうる要素である。これは、いわゆる医療契約の特約の問題にほかならない。

医療契約にも契約自由の原則が妥当し、一般論として特約を付すことは可能である。裁判例・学説ともに、医療契約における特約の有効性を原則として認

めている（当事者間で特約がない限りでという留保を置いて判示をすることで、特約の存在を認めている）²⁾。

ここでは、民法90条の公序良俗規範による内容規制が中心的なテーマとなる。また、本稿の問題意識からは、契約の内的整合性という観点からの内容規制すなわち、医療契約にとって本質的な当事者の合意（本質的要素）あるいは医療契約にとって本質的な意味をもつ補充規範（排除されざる本性的要素）と矛盾するような変更・修正にあたらぬか、という点も問題になる³⁾。

これら両方の視点を含め、典型的な医療契約たることを維持しつつ、医師と患者はその合意によって何をどこまで、個別的に規律付加できるのかが、本項目のテーマとなる。

以下においては、診療内容についての特約（三）と免責（責任制限）条項（四）の2つのレベルに分けて検討を行おう。

三 診療内容についての特約⁴⁾

患者から医師に対し、診療内容について特定の要望や制限を申し込み、医師がこれに承諾することがある。また、医師（多くは医療機関や診療科の単位で）が患者に向けて、ある特定の治療法を採用する旨の表示を行ない、それを了承

(2) 例えば、東京地判昭和46・4・14判時642号33頁、東京地判昭和53・9・7判タ368号101頁、横浜地判昭和58・10・21判時1094号85頁、新潟地長岡支判昭和60・3・29判タ555号286頁等。近年では、東京地判平成13・2・26判タ1138号131頁。

学説としては、山崎佐『医事法制学』（克誠堂書店、1920）177頁以下、市村光恵『改訂版医師ノ権利義務』（實文館、1928）318頁、我妻栄『債権各論中巻2』（岩波書店、1962）601頁以下、門脇稔『医療過誤民事責任論』（酒井書店、1979）172頁等。最近では、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）62頁〔手嶋豊〕なお、野田寛『医事法中巻』（青林書院、増補版、1994）403頁参照。

(3) 石川博康教授は、このような内容規制につき、「当事者の定めた規律の内部においてある一定の本質的部分がその他の非本質的部分との間で矛盾を生じた場合には、後者の効力を否定することでその矛盾を解消する」と説明している（石川・前掲注（1）520頁）

(4) このテーマについて網羅的・本格的に取り組んだ文献は少ない。少し古いが浅井登美彦「特約ある医療行為」浅井登美彦・園尾隆司編『現代裁判法体系7 医療過誤』（新日本法規出版株式会社、1998）216頁以下）を中心に参考文献とした。ここでは、臨床医である浅井登美彦氏が、「患者からの特約」と「医師（病院）からの特約」を区別し、さまざまなケースに言及している。

したうえで患者が受診する場合がある。

次章で検討するが、典型的な医療契約が予定する治療義務内容とは、「病的症状の医学的解明とその治療」⁵⁾ という抽象的・概括的な医師と患者の合意を出発点に、医師の裁量と患者の自己決定のせめぎあいの中で両者の経時的交渉を通じて流動的に具体化されてゆくものである（詳細は後述第四章参照）。これを中心とする診療内容は、医師と患者の特約によってどこまで 典型的な医療契約たることを維持しつつ 個別的な規律付加を受けうるのであろうか。

また、公序良俗規範との関係で、医師と患者の合意さえあれば許容されるという診療内容の限界点はどこにあるのであろうか。

以下、合意内容の性質ごとに検討する。

1 一定の結果の達成を目的とする契約

一定の結果の達成を目的として、医療契約が締結される場合がある⁶⁾。

例えば、歯科補綴（義歯作成等）⁷⁾、美容整形⁸⁾（二重瞼の形成、豊胸、脂肪吸引等）あるいは一定の明確な事項を目的とする手術⁹⁾（分娩介助¹⁰⁾、抜

(5) 神戸地龍野支判昭和42・1・25下民集18巻1-2号58頁

(6) 浅井=圓尾編・前掲注(4)219頁[浅井]（「結果を保障する特約」）菅野耕毅『医療契約法の理論（増補新版）』（信山社、2001年）100頁（「医療行為の範囲が限定されていてその内容が明確なもの」についての医療契約）等々。

(7) 清水兼男「診療過誤と医師の民事責任」民商法雑誌52巻6号（1965）7頁（医療というよりも製作契約であるという）石橋信『医療過誤の裁判』（新日本法規出版、1977）203頁、西井龍生「医療契約と医療過誤訴訟」遠藤浩ほか監『現代契約法体系7サービス・労務供給契約』（有斐閣、1984）157頁、菅野・前掲注(6)100頁等多数

(8) 高橋正春『医療行為と法律』（医学書院、1973）22頁、浅井=圓尾編・前掲注(4)219頁[浅井]、菅野・前掲注(6)100頁等多数。なお、美容整形の法的構成について、菅野耕毅「美容整形の法的問題」岩手医科大学教養部研究年報16号（1981）146頁参照

(9) 高知地判昭和41・4・21医民集546頁、京都地判昭和51・10・1判時848号93頁等、加藤一郎『不法行為法の研究』（有斐閣、1961）5頁、谷口和平=植林弘『損害賠償法概説』（有斐閣、1964）275頁、西井・前掲注(7)156頁、菅野・前掲注(6)100頁等。

(10) 伊澤純「医療過誤訴訟における医師の説明義務違反(2)」成城法学64号（2001）118頁

歯¹¹⁾、ウオノメをとる¹²⁾、性転換手術¹³⁾等)も含まれる(もっとも、少なくとも手術に関しては、目的とされる結果の内容は、病気の治癒や手術の成功ではなく、手術の完成や手術の実施自体であるとされている¹⁴⁾)

この種の医療契約について、多数説は請負契約(的なもの)と性質決定したうえで¹⁵⁾、原則としてその有効性を認めている(医療契約の特約の有効性を認める学説・裁判例の多くが、このタイプの特約を想定したものである(脚注(2)参照))

かつての類型論争において、診療債務を手段債務と捉える(準)委任契約説が勝利し、医療契約は一般論としては(準)委任契約と性質決定されている¹⁶⁾。しかし多数説は、この種の医療契約については、請負契約(的なもの)として例外視する立場をとるのである¹⁷⁾。

本稿の問題意識からは、次章で本質的要素として検討することになる医療契約が典型的に予定する治療義務内容と矛盾するため、典型医療契約としては成立しえない。

そのうえで、双方合意のうえで、それが医療水準に合致する限りにおいて¹⁸⁾、公序良俗規範に抵触することはないため、請負契約という別類型の契約としては有効に成立しうるのである。もっとも、この種の契約でも、治癒しなければ

(11) 河上正二「診療契約と医療事故」法教167号(1994)66頁

(12) 同論文66頁

(13) 浅井=團尾編・前掲注(4)219頁[浅井]

(14) 東京地判昭和46・4・14判時642号33頁等、加藤・前掲注(9)5頁、谷口=植林・前掲注(9)275頁、幾代通編『注釈民法(16)』(有斐閣、1967)5頁、野田・前掲注(2)388頁以下等

(15) 我妻栄『債権各論中巻二(民法講義・3)』(岩波書店、1962)601頁、広中俊雄『債権各論』(有斐閣、第5版、1979)249頁、平野裕之『契約法』440頁(信山社、第2版、1999)等多数。野田・前掲注(2)395頁参照。

(16) 学説・裁判例の歴史や現状については、拙稿「医療契約論 その実体的解明」西南学院大学法学論集38巻2号(2005)63頁以下

(17) 同論文64頁およびそこで引用されている文献参照

(18) 浅井=團尾編・前掲注(4)219頁[浅井]参照

報酬を支払わない旨の特約の有効性については、見解が分かれている¹⁹⁾。

2 独自の診療方針の提示

医師が（多くは医療機関や診療科の単位で）検査法や治療法などについて、独自の診療方針を採用していることを表示（多くは広告・公示）している場合がある。例えば、断食療法、水治療、あるいは（初期の丸山ワクチンのように）特定のワクチンしか使用しないなどがそうである²⁰⁾。

臨床医である浅井登美彦氏は、広告制限などの関係法規に抵触しうることとは別に²¹⁾ 对患者関係では、医療側の特殊性を公示し、それを了承の上で受診するという「集客の問題」と位置づける²²⁾。

本稿の問題意識からは、あくまで医療水準に合致し、医師の裁量と患者の自己決定のバランスを本質的に崩すこともない限りにおいて、医療契約が典型的に予定する治療義務内容にこのような限定を加えることは差支えないものといえる。

そして、患者が医療側の特殊性を了承の上で（もっとも、この点につき説明義務は加重される）受診したのであれば、公序良俗違反により無効となることもない²³⁾。

3 患者の主観的嗜好への応諾

個々の患者の主観的な嗜好は、医学的な合理性と一致するとは限らない。医学的に合理的な医療措置を患者が拒絶したり、逆に不合理な措置を希望する場

(19) 加藤・前掲注(9)5頁以下は、これがなされたときは、治療という仕事の完成を目的とした請負契約がなされたものとする。しかし、清水・前掲注(7)7頁注(2)は、実現不可能や公序良俗違反を理由に無効とする。野田・前掲注(2)403頁は、客観的に治療不可能な場合を除き有効であるとする。

(20) 浅井= 園尾編・前掲注(4)219頁[浅井]

(21) 同書219頁[浅井]

(22) 同書220頁[浅井]

(23) 同書219頁、220頁[浅井]

合もある²⁴⁾。なかでも、患者の生命・身体に重大な危険を及ぼすような治療拒否が問題となっている。

この項目に包摂されうる事例は広範多岐にわたり、どこまでを射程に含めるかは論者によって異なる。典型例といえる信仰上の理由による輸血拒否²⁵⁾のほか、舌癌治療のための舌切除の拒絶²⁶⁾、考えようによっては安楽死や尊厳死も視野に入れられうる²⁷⁾。

一般的にこの問題は、患者の自己決定権と医師の裁量というテーマのもとで語られる(患者の自己決定権やインフォームド・コンセント論にとって古典的・典

- (24) 患者から医師への特約の申し入れは、後者が多いという(同書220頁[浅井])
もともと、不合理な要求は合理的措置の拒絶と裏腹であり同義であるともいえよう。
- (25) このエホバの証人は教理によって信徒に輸血を制限しており、そのため信者である患者が手術にあたって救命に必要な輸血を拒むという事態が発生しており、訴訟となったケースもある。主要な(裁)判例は以下のとおりである。
- ①大分地決昭和60・12・2判時1180号113頁(輸血を拒否する成人信者への輸血を求める両親からの仮処分の訴えが却下された)
- ②東大医科研事件判決(東京地判平成9・3・12判タ964号82頁〔1審〕東京高判平成10・2・9判時1629号34頁〔2審〕最判平成12・2・29民集54巻2号582頁)(いかなる場合にも輸血を拒否する意思の明らかな患者に対し、他に救命手段がない場合には輸血をする相対的無輸血の方針を採っていることを説明せずに輸血を行い、それに対して患者側がいかなる事態になっても輸血を行わない絶対的無輸血の特約違反や、自己決定権および信教上の良心の侵害を理由に提訴した事件。第1審は、絶対的無輸血の特約は公序良俗に反して無効であり、輸血は社会的に正当な行為で違法性がないとして請求棄却。第2審は、相対的無輸血の治療方針を説明すべき義務に違反し、患者が治療を続けるかを選択する機会を奪ったとして請求を一部認容。最高裁は、上記説明義務違反により、患者が手術を受けるか否かを意思決定をする権利を奪い人格権を侵害したとして上告棄却)。
- 主な判例評釈は、飯塚和之「判批」NB L736号(2000)66頁、新美育文「判批」法学教室248号(2001)11頁、野口勇「判批」法学セミナー549号(2001)65頁、潮見佳男「判批」ジュリスト1202号(平成12年度重要判例解説)(2001)66頁等。また、浦川ほか編・前掲注(2)47頁以下[村山淳子]も参照されたい。
- (26) 秋田地大曲支判昭48・3・27判時718号98頁(舌癌の治療のため患者の承諾を得ないまま舌を切除した)
- (27) このテーマのもとで論ずる見解もあるが、これらを選択することは必ずしも患者にとって合理性がないとはいえないため、私見では範疇から外れる。

型的な問題設定である)²⁸⁾。(裁)判例でも、エホバ第1審判決²⁹⁾で「免責証明書」の有効性が争われたほかは、特約問題として意識されていない。

ここでは、特約の有効性(③)とその前提問題(①、②)というアプローチから、現時点でのわが国の司法の価値判断を再整理し、今後の議論の指針を提示しよう。

①患者の治療拒絶権

患者が明確かつ有効な意思表示をもって(治療への同意と比べて、説明義務は加重され、意思表示の有効条件は厳格化する³⁰⁾)医療措置を拒絶している以上、医学的にいかに不合理にみえる決定であれ、その意思に反して医療措置を断行することはできない。エホバ最高裁判決が正面から問題とした点は、患者の「手術を受けるか否かについて意思決定をする権利」を奪ったことであり、その前提としての説明義務違反であった³¹⁾。この患者の治療拒絶権について、正面から否定する学説は存在していない³²⁾。たとえば、民法学者の山田卓生教授は、「健康が望ましい状態であり、病気は望ましくない状態であることは、とりたてていうまでもない。…しかし、だからといって、病気の人に対して、

(28) 浅井=圓尾編・前掲注(4)224頁以下[浅井]は、「判例の示された特約」という項目のもとで、エホバ信徒輸血拒否事件や舌癌事件を取り扱っている。

(29) 前出東京地判平成9・3・12判タ964号82頁

(30) 臨床医である浅井登美彦氏は、この場合は、患者の判断能力を検討するとともに、医師の説明不足が原因ではないかと考えて、再度説明(説得を含む)をつくさねばならないとする(浅井=圓尾編・前掲注(4)218頁[浅井])

なお町野朔教授は、治療行為についての患者の同意は「治療行為が客観的優越利益を有している」ゆえに通常の被害者の承諾より緩和された要件で認められるのに対し、逆に、拒絶意思の表明は「健康の増進、その可能性という利益を放棄するものである」ゆえに「患者に対する後見的配慮」からより厳格な基準が妥当するという(町野朔『患者の自己決定権と法』(東京大学出版会、1994)178頁以下、引用箇所は順に178頁、184頁、184頁)

(31) 前出最判平成12・2・29民集54巻2号582頁(相対的無輸血の方針を採っていることを説明して、入院を継続して手術を受けるか否かを患者自身の意思決定にゆだねるべきであったと説示している)

(32) 生命にかかわるケースにつき、「奥深き生存願望」を理由に意思解釈のレベルで否定する見解はある(松倉豊治「判批」判タ318号(1975)96頁、大谷實『医療行為と法』(弘文堂、新版補正第2版、1997)98頁参照)

強制的な治療を施してよいかとなると、...これを肯定することはできない」³³⁾という。また刑法学者の町野朔教授も、「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」³⁴⁾と言明している。

② 医師の良心的診療拒否

他方で、医師には医学的に不合理な医療措置を実施すべき法的義務はない。

① 法的価値判断は、医師が患者の不合理な意思を反映させた治療を行なうべき法的義務を負うことを意味するものではない。

ヒポクラテスの誓いの時代から一貫して、医師の倫理は 延命から命の質へ重点移行はあっても 患者の健幸 (well-being) の回復・増進におかれてある。客観的には患者の健幸に与するはずの、医学的に合理性のある医療措置を患者が拒絶するとき、あるいは不合理な措置を希望するとき、それが生命・身体に重大な危険を及ぼすならなおさら、医師は患者の意思の尊重と自己の職業上の良心とのあいだで逡巡するはずである³⁵⁾。

このようなグレー領域に位置する行為については、個々の医師や医療機関の判断による「良心的拒否」を許容するのが法の立場である³⁶⁾。エホバ最高裁判決でも、医科研での入院を継続しないという選択肢を是認している³⁷⁾。

(33) 山田卓生『私事と自己決定』(日本評論社、1987) 266頁

(34) 町野・前掲注(30) 184頁

(35) 浅井=團尾編・前掲注(4) 218頁[浅井]は、「①医学的にベストと考える治療をすることができないという理由から転医を勧めるか、②特約を認めた上で医師自身の考える治療をすることができないが両方で合意できた範囲内の治療を行うか、または③患者本人の意志を無視して、あくまで医学的判断に基づいた治療を行うか」という臨床医としての選択肢をあげる。

(36) 塚本泰司「インフォームド・コンセント法理・再考」湯沢雅彦=宇都木伸編集代表『人の法と医の倫理』(信山社、2004) 359頁(尊厳死や安楽死についても、医師の「良心的拒否」を認める)等

(37) 前出最判平成12・2・29民集54巻2号582頁(相対的無輸血の方針を採っていることを説明して、入院を継続して手術を受けるか否かを患者自身の意思決定にゆだねるべきであったと説示している)

③特約の有効性 公序良俗論との関係

以上を前提として、医学的に不合理な医療措置の実施もしくは拒絶について、医師・患者間で真意からなる明確な合意がなされたとして、それはどこまで有効であるのか 換言すれば、医師はどこまで患者の不合理な選択を診療内容に反映させることが許容されるのだろうか。一般的にこれは公序良俗論との関係で議論される問題である(ただし、本稿の問題意識からは、次章で検討する医療契約が典型的に予定する治療義務内容のあり方と矛盾することをもって、典型医療契約としての成立は否定するというレベルの議論も介在させる余地はあるだろう)

このような特約の有効性につき、判例・学説は明快な回答を見出せていない。エホバ最高裁判決は、患者の絶対的無輸血の希望に応諾することの許容性には言及しておらず、回答は迂回された形で残されたといえる³⁸⁾。以下では、今後の議論の指針を提示しよう。

i 逸脱的であること=違法ではない

自己決定権一般についてアメリカの議論を紹介した山田卓生教授の著書のなかで興味深い指摘がある³⁹⁾。すなわち、自己決定権とは「人と違う権利」をも含むものである。エキセントリックな行動であっても、他者への具体的な危害がない限りは、これを封じるべきではない。もしエキセントリックな主張ゆえに封ずべきとすれば、これは自由そのものを封ずることになる。逸脱(deviance)が社会のラベリングによって生まれるのならばいっそう、これを抑圧することには問題があるというのである。

たしかに、ここでの患者の選択は、医師により推奨され多数の患者によって選択される診療内容とは異なるものである。一般的人の目からみれば、エキセントリックで、ケースによっては自己加害的にさえみえる選択である。しかし、

(38) 第1審では無効(前出東京地判平成9・3・12判タ964号82頁)、第2審では有効(前出東京高判平成10・2・9判時1629号34頁。ただし合意の成立を認めていない)。この点についての学説の対立について、平野哲郎「新しい時代の患者の自己決定権と医師の最善義務」判タ1066号(2001)19頁以下参照。

(39) 山田・前掲注(33)337頁以下、346頁参照

各個人がそれぞれの「善い」と信ずることをなしうるのが自由主義であるとするならば⁴⁰⁾、逸脱的であることのみをもって特約の効力を排除すべきではない。

ii 人間にとって「基礎的な価値」との衡量という視点

近時の公序良俗理論からの示唆

そうであるならば、公序良俗論との関係で、それはいかにして限界づけられるのかという点が、次に問題となる。

判例の分類と整理に終始した従来の公序良俗論を見直し、新たな類型化とそれに則した基準の定立をこころみる学説が近時有力に主張されている⁴¹⁾。山本敬三教授は、裁判型 基本権保護型公序良俗という一つの類型を打ち立て⁴²⁾、以下のように規制原理と判断基準を提示している。

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」⁴³⁾は存在する⁴⁴⁾。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⁴⁵⁾。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」⁴⁶⁾という。

そして、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⁴⁷⁾、保護する基本権に憲法上要請される最小限の保

(40) 山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣、2003年)69頁参照

(41) 同書234頁等参照

(42) 同書10頁(公序良俗を形式面から「法令型公序良俗」と「裁判型公序良俗」に、また実質面から「基本権保護型公序良俗」と「政策実現型公序良俗」とに分類する)

(43) 同書69頁

(44) 同書69頁(具体的には「生命・身体・健康の保障」「人間の尊厳」「自己決定権」をあげる)

(45) 同書69頁参照

(46) 同書69頁(本文中の注は削除)

(47) 同書202頁(「そこで問題となるのは、基本権の保護だけではない。なぜなら、裁判所がAの基本権に保護をあたえるとすると、それによって今度はBの基本権に対して裁判所が制約を課すことになるからである」)

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⁴⁸⁾。

この見解によるならば、医学的合理性のない診療内容についての特約を公序良俗違反により無効とするか否かの判断は、患者の身体権・生命権に最小限の保護をあたえつつ、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、双方の基本権の衡量判断によるべきことにならう⁴⁹⁾。

山田卓生教授はすでに1985年の論文で、「生命以外の、ときには生命をも上まわるような価値」⁵⁰⁾がありうることを認め、生命至上で価値基準は単一化しえず、諸々の「価値対立」により一義的な答えは出しにくいとしている⁵¹⁾。絶対的無輸血の特約を公序良俗に反し無効であるとしたエホバ第一審判決が「人の生命は崇高である」ことを明確に理由の一つに挙げたのに対し⁵²⁾、かかる特約も有効であるとした第二審判決は「人が信念に基づいて生命を賭けても守るべき価値」の存在を認める。そして第二審の結論を支持したエホバ最高裁判決の射程については、患者の「宗教的人格権」に限定しての判断なのか⁵³⁾、あるいは（自殺に近い拒絶意思も含めた）患者の自己決定全般に及ぶ⁵⁴⁾のかという点が、次の問題として提起されるのである。

(48) 同書202頁以下。特に過剰介入の禁止については行政法学でいう適合性・必要性・均衡性の原則が判断基準になるとする（同書219頁以下参照）。ほかに、大村敦志『契約法から消費者法へ』（有斐閣、1999）177頁以下、191頁以下も、公序良俗論に当事者の利益保護の要素を取り入れている。

(49) 山本教授の想定例と異なり、ここでは同一人に属する2つの基本権間の衡量が問題となる。また、契約への拘束によってはじめて侵害が顕在化するというのも、生命・身体権侵害については妥当しないであろう（山本・前掲注（40）202頁以下参照）

(50) 山田卓生「信仰上の輸血拒否と医療」『医事法 生命倫理』（信山社、2010）（初出はジュリ843号（1985））167頁

(51) 同論文167頁、176頁

(52) 前出東京地判平成9・3・12判タ964号82頁（ほかに、医療は治療を目的とし救命を第一の目的とすることと、医師には可能な限り救命措置をとる義務があることを挙げている）

(53) 潮見・前掲注（25）66頁、68頁、飯塚和之「患者の自己決定権と司法判断 近時の最高裁・説明義務判決をめぐって」湯沢雅彦＝宇都木伸編集代表『人の法と医の倫理』（信山社、2004）274頁

(54) 樋口範雄「判批」法学教室239号（2000）44頁

4 裁量・自己決定バランスの変更

医師が患者に対し（例えば入院時の誓約書において）診療内容について一切任せようとする場合がある。また、医師の裁量の余地がほとんどないような詳細な注文が患者から出されることもある。

次章で詳細に検討するが、医療契約が典型的に予定する治療義務内容とは、医師と患者の当初の抽象的な合意から出発して、医師の裁量と患者の自己決定のせめぎあいの中で両者の経時的交渉を通じて流動的に具体化されてゆくものである。ある部分についての特約に応ずるということは、医師にとっては裁量権の制限（＝「職業上の拘束」⁵⁵⁾）、そして患者にとっては自己決定権の放棄にほかならない。それが本来的なあるべき医師と患者の裁量・自己決定バランスを著しく変更し、典型的な医療契約の包摂しうる限度を超えるならば、それは医療契約の本質的要素たる合意を無意味たらしめることになるだろう。ゆえに、かかる一方的な内容の特約を結べば、少なくとも典型的な医療契約としては成立し得ない。

そしてまた、場合によっては、それはいかなる「医療」とも呼べないどころか⁵⁶⁾、公序良俗違反により特約もしくは契約全体が無効となる可能性もあるだろう。

四 免責（責任制限）条項

医療契約の中に、当事者の特約によって、あらかじめ医師の免責や責任制限を定めた条項を盛り込んでおくことはできるだろうか。かつて医療現場においては、手術の同意書や入院の誓約書の中に、この種の条項が付されることが珍

(55) 浅井＝圓尾編・前掲注(4)220頁[浅井]参照（特に「通常の医療契約の中にある特定の事柄を禁止、又は拒絶するという形」の「患者からの特約の申し入れ」について）

(56) 浅井＝圓尾編・前掲注(4)220頁[浅井]参照（「通常の医療契約の中にある特定の事柄を禁止、又は拒絶するという形」の「患者からの特約の申し入れ」は「医療行為の特殊性から考えると、時間的余裕の問題や、一方的とも言える知識の偏重、時時刻々に変化する患者の状態などから承認すると医療契約そのものが成立しなくなると考えられることもある」）

しなかった⁵⁷⁾(今日でも存在しているようである⁵⁸⁾)、

このテーマは近年あまり議論されなくなっている⁵⁹⁾。しかしかつては時々話題となり⁶⁰⁾、裁判例も昭和60年以前ならば存在している⁶¹⁾。まず、従来の議論状況を掘り起こして整理することから始めよう⁶²⁾。

① まず、裁判例はいずれも損害賠償請求権の事前放棄の事案であり(判文では過失の予めの宥恕と言及したり、位置づけについて言明のないものもある)事前放棄があったとは認められない、あるいは効力を認めないとしている。理由としては、公序良俗違反のほか⁶³⁾、意思表示の解釈⁶⁴⁾、例文解釈⁶⁵⁾、衡平の原則⁶⁶⁾等があげられている⁶⁷⁾。

(57) 静岡地浜松支判昭和37・12・26下民集13巻12号2591頁

(58) 手嶋豊「アメリカにおける「診療契約論」について 契約による医療関係者の責任制限・排除、紛争解決方法の事前合意による医療過誤問題の解決への道筋」神戸法学雑誌第59巻4号(2010)329頁の引用するアンケート結果も参照。

(59) 同論文324頁、329頁。また、わが国では多くが公的保険医療であるために、契約による責任制限や責任拡張という議論になりにくいと指摘される(同論文327頁)。

(60) 落合威「免責約款」根本久編『裁判実務体系17医療過誤訴訟法』(青林書院、1990)46頁、内田義厚「手術承諾書の法的意義」太田幸夫編『新裁判実務体系。医療過誤訴訟法』(青林書院・2000年)118頁等

(61) 大阪地判昭和37・9・14下民集13巻9号1852頁、大阪高版昭和40・8・17判時428号61頁(前掲の控訴審)、静岡地浜松支判昭和37・12・26下民集13巻12号2591頁、東京高判昭和42・7・11下民集18巻7=8号794頁(前掲の控訴審)、最判昭和43・7・16判時527号51頁(前掲の上告審)、大阪高判昭和60・8・28判時1195・98。裁判例は、手嶋・前掲注(58)327頁以下を参照した。

(62) このテーマについての新しい資料はほとんどない。本稿では基本的に手嶋・前掲注(58)346頁を参考文献とした。

(63) 大阪地判昭和37・9・14下民集13巻9号1852頁、大阪高判昭和40・8・17判時428号61頁(前掲の控訴審)

(64) 大阪地判昭和37・9・14下民集13巻9号1852頁、大阪高判昭和40・8・17判時428号61頁(前掲の控訴審)、大阪高判昭和60・8・28判時1195号98頁

(65) 静岡地浜松支判昭和37・12・26下民集13巻12号2591頁

(66) 東京高判昭和42・7・11下民集18巻7=8号794頁

(67) そのほか静岡地浜松支判昭和37・12・26下民集13巻12号2591頁(「急迫した病苦に喘ぐ患者から斯かる誓約書を徴して自己の過失の責を免れんとするのは失当」)や理由の呈示されていないものもある。

② 学説は免責条項について無効説と一部有効説に分かれる⁶⁸⁾。無効説⁶⁹⁾は、免責条項を事前の損害賠償請求権の全面的放棄と捉えたうえで、公序良俗違反等による無効を主張する⁷⁰⁾。これに対して一部有効説は、基本的には無効であるが例外を排除しない立場をとる。例外の内容は論者により異なる（たとえば、患者側に真意や合理的意思が認められる場合等があげられている⁷¹⁾）。もっとも、このテーマが論じられていた頃からみると格段に⁷²⁾、医師・患者関係が対等な当事者関係に接近しつつあるという今日的事情を考慮し、括一的に効力を否定するのではなく、よりきめ細かで柔軟な解決を模索する見解も一部に存在している。手嶋豊教授は、アメリカの議論状況から示唆を受け⁷³⁾、医

(68) 手嶋・前掲注(58)328頁。学説の整理はこの文献に拠っている。

(69) 根本編・前掲注(60)49頁[落合]、菅野耕毅「医療契約の法理」岩手医科大学医学事学研究会編『医学学研究6号』(1991年)66頁以下、新美育文「消費者契約法と医療」からの科学224号(2002)13頁

(70) 鈴木利廣=羽成守監修『医療事故の法律相談』(学陽書房、2001年)39頁[末吉宜子]等。その他の理由づけとして、菅野・前掲注(68)66頁以下および同『医事法学概論』(医歯薬出版、第2版、2004)157頁(本人も処分権をもたない身体に関する場合である)、城戸浩正=森谷和馬=伊藤まゆ『医療法律カウンセリング』(有斐閣、1993)200頁(患者に酷すぎる)、森山満『医療過誤医療事故の予防と対策』(中央経済社、2002)91頁等

(71) 西原道雄「医療と民法」『大阪府医師会編・医療と法律』(法律文化社、1971年)229頁(具体的で合理的な意思が認定できる程度の免責なら有効)、大谷・前掲注(32)93頁(生命を危殆化するほどの重大な過失以外は、患者からの申し出があれば有効)藤田康幸『医療事故対処マニュアル』(現代人文社・2000年)232頁(あきらかに真意からなされ、かつ免責を認めるべき合理的理由があるなら有効)等

(72) 手嶋・前掲注(58)325頁は、まだ説明義務やインフォームド・コンセントについて理解の浸透が不十分であった旨指摘する。

(73) 手嶋教授は、アメリカでの議論はこの問題に対してわが国でも再検討する機縁を含みうるとする(同論文324頁)

アメリカでは、ヨーロッパ大陸やわが国とは異なり、医師・患者関係の基礎に信認関係を想定する説が有力であり、(出発点には多く医療契約が存在するとはいえ)両者の関係は不法行為法によって規律される(同論文345頁以下等参照)。そのアメリカで、「医療過誤危機」(責任保険の高騰や撤退)を解決する一つ的手段として、医師・患者関係を契約関係で処理しようという動きが学説を中心にある(同論文344頁参照)。すなわち、本来個人的色彩のある医師・患者関係を、他人同士の関係を規律する斉一的・一律的な不法行為法の規律ではなく、当事者にイニシアチブを与えた契約関係で規律しようというのである(同論文342頁)。もっとも、契約による責任制限という方策には、特に判例は消極的な態度を基本的スタンスとし、学説でも患者の選択の機会少なさや情報の欠如から全体として支持されているわけではないという(同論文330頁)。

療過誤の契約的解決を再検討する可能性を示唆する。条件として患者の十分な理解と内容の合理性をあげ⁷⁴⁾、具体的には、医療水準に合致した医療の提供の担保を前提に、患者が賠償請求権を放棄する理由、放棄する権利の内容、放棄する時期が治療前か治療後もしくは結果発生後か、放棄の主体が本人か親権者か、そして放棄内容を正確に理解しているか等を検討すべきであるとしている⁷⁵⁾。

民法や消費者法の不当条項規制の領域では、公序良俗や信義則などの一般条項や、それが具体化した特別法によって、免責条項を含む不当条項の無効化や一部無効化が行なわれ、豊富な議論が存在している⁷⁶⁾。消費者契約法が制定される以前、山本豊教授はそれまでの裁判例や学説の議論をもとに、免責条項規制の実質的な基準の立て方を提示している⁷⁷⁾。

①まず、内容の不当性の検討に入る前に、その前提問題の判断を行う。

ほぼ対等な当事者がゆっくりと交渉をした後に免責条項を締結した場合、後日いずれかに不満が生じたとしても、よほどの事情がない限り、双方の自己責任である（つまり免責条項は有効である）。

しかし、当事者間に力格差があったり、折衝や選択の余地がなかった⁷⁸⁾場合には、内容の不当性を問題とすべきである（②に立ち入る）。

②内容の不当性については、債務者の帰責事由ごとに場合分けして判断する。

債務者の帰責事由が重い（故意・重過失）場合には、免責不可となる。

それ以外（軽過失）の場合には判断が分かれ、さらに次の諸要因が影響を与える。すなわち、企業の組織上の過失、付保可能性、そして人身損害である点

(74) 同論文325頁

(75) 同論文324頁

(76) 関連する文献は膨大であるが、特に本稿の問題意識から、山本豊『不当条項規制と自己責任・契約正義』（有斐閣、1997）を参考にした。消費者契約法制定後の状況については、拙稿「医療契約論 - その典型的なるもの - (1)」西南学院大学法学論集42巻3・4号(2010)197頁注(7)の文献等を参照されたい。

(77) 山本・前掲注(76)147頁以下、152頁以下

(78) 同書147頁以下（「一方の当事者が周到に準備した普通取引約款を相手方当事者がさして検討もせず受け容れるという仕方を取引がなされている（競争関係にある他業者の約款と比較した上で、自覚的に当の業者の約款を選び取ったというわけでもない）」）、加藤一郎「免責条項について」来栖先生古稀記念『民法学の歴史と課題』（東京大学出版会、1982）257頁も参照

である（本稿テーマとの関係では、人身損害についての免責条項は予防的見地から軽過失免責も許容すべきでないとされている点が注目される⁷⁹⁾）。

医師の免責条項は、契約締結段階における意思決定への不当な干渉以上に、（本人でも放棄し得ないような至高の）憲法上の権利の制約を意味するものである⁸⁰⁾。このような特約を公序良俗違反とせず効力を維持するためには、患者の真意を確保するのみならず、患者の身体・生命権の確保を多少なりとも犠牲にしても介入できない憲法上の権利（免責なしには通常の医師が引き受けられないようなハイリスクな医療を受ける患者の権利等）の存在を確かめねばならないであろう⁸¹⁾（しかも、消費者契約法8条により、軽過失でも責任の免除は無効である）。

近時の顧客・消費者保護の社会的要請 消費者契約法制定後はいっそうにより、不当条項への介入傾向は強化している。全法秩序におけるバランスという視点からも、人身損害を伴う専門家たる医師の免責条項の効力に対しては慎重であるべきであろう。

五 本性的要素 通常備えるべき要素

1 抽象的な思考構造

契約の本性的要素とは、その種類の契約に通常備えられるべき要素である。

もし、当事者がその点についての規律の合意を欠くのであれば、法（任意規定、信義則あるいは慣行）によって補充されねばならない。ここで行われるの

(79) 山本・前掲注(76)148頁、155頁。山本教授は、専門家の義務違反についても免責すべきでないとしている(155頁)。

(80) 山本・前掲注(40)194頁参照

(81) 前出山本説参照。近時の公序良俗論は当事者の利益を射程に含む(野澤正充「不当条項規制の意義と展望」法時33巻8号(2011)26頁)。また、加藤雅信『債権総論』(有斐閣、2005)168頁参照。

は、法による契約の補充であり、契約の解釈とは理論上区別される⁸²⁾。

契約の本性的要素には、具体的な任意規定を根拠とするものと、一般条項である信義則や不文の慣行などを根拠とするものがある。現時点で独自の法定類型をもたない医療契約は、固有の任意規定を有していない。ゆえにここでは、信義則や慣行 とくに信義則による契約補充が中心的テーマとなる。

信義則とは、当該具体的事情のもとで、契約をはじめとする特別な関係に立つ相手方から、一般的に期待される信頼を裏切らぬよう誠実に行動すべき原則である⁸³⁾。信義則は具体的事案を妥当に解決する機能を担い⁸⁴⁾、有力説によれば、それは以下の4機能に類型化される⁸⁵⁾。すなわち、①法具体化機能(「制定法の枠内でその不備を補充し制定法を意味適合的に具体化する機能」)、②正義衡平的機能(「制定法外の根拠により権利行使に倫理的振舞いを要請し、実質的正義・衡平を実現する機能」)、③法修正的機能(「制定法の適用が社会の進展によって妥当でなくなった場合に制定法を修正する機能」)、そして④法創造機能(「時代の問題性に適合させるべく制定法に反して新しい法を創造する機能」)である⁸⁶⁾。③と④が(市民法原理に対する)「社会法的機能」であるの

(82) 契約解釈と契約補充との関係をどう捉えるのか、また契約解釈とは真意の探究なのか客観的意味の探究なのかという点について、比較法的にも見解は一致していない(石川・前掲注(1)3頁)。特にわが国では、契約補充の問題が広範に契約解釈の問題の中に包まれて理解されることが多いため、契約補充という問題領域の設定はあまり馴染みがない(同書23頁)。しかし少なくとも、「合意によって当事者が自律的に定めた契約規範の内容を明らかにする」(同書3頁)契約解釈のほか、「任意法規や慣習などによって当事者の合意内容を超えて契約内容を補充する」(同書3頁)契約補充があることは比較法的にも広く承認されている(同書3頁)。

(83) 我妻栄『新訂民法総則』(岩波書店、1965)34頁、四宮和夫『民法総則〔第4版〕』(弘文堂、1986)30頁、幾代通『民法総則』(青林書院、1969)14頁、星野英一『民法概論』(良書普及会、1971)78頁、菅野耕毅『信義則および権利濫用の研究』(信山社、1994)18頁、黒澤英明「医師の説明義務と信義則に関する一考察 死因の解明・説明義務を中心として」法政論叢(2001)127頁等参照

(84) 菅野・前掲注(83)7頁、318頁等参照

(85) 戦後の信義則の明文化後、信義則の機能領域の拡大に伴い、「法の軟化」や「一般条項への逃避」が危惧され、信義則の類型化に学説の関心が向けられた(菅野・前掲注(83)82頁以下、87頁、318頁、廣峰正子「信義則再考 わが国の最高裁判例にみる信義則の役割」立命館法学305号(2006)99頁参照)。

に対し⁸⁷⁾、①と②は普遍的で非歴史的なものである⁸⁸⁾。契約の類型的補充という本稿の問題意識からは、このうち①の機能に注目しよう⁸⁹⁾(ここでいう「制定法」は「合意にもとづく契約規範」と読み替えることになる)

契約の本性論を説く論者によれば、契約類型に基づく契約補充の根拠は次のように説明される。すなわち、「一定の契約類型に取り込まれた当事者は(合意によって排除しない限り)その契約類型において一般的に了解されている定型的期待に従うべきである」⁹⁰⁾と。石川教授は、本性的要素を法定類型を前提とするものと「現実類型」を前提とするものとで二元的・重層的に構成し⁹¹⁾、とりわけ後者について以下のように説明する。すなわち、後者は「その契約関係における社会規範などを基礎としたより社会的文脈に依存した規範」⁹²⁾である。それは「その契約を背後の取引関係や社会的文脈に還元しつつ、その契約に関し各当事者において了解されている定型的期待を基礎」⁹³⁾に、「いわゆる現実類型 社会的な相互行為において自生的に生起するとともに、現実の契約

(86) 本稿の分類方法は、好美清光「信義則の機能について」一橋論叢47巻2号(1962)181頁以下、甲斐道太郎『『権利濫用』論の現代的意義』有斐閣双書『民法学(1)』(有斐閣、1976)27頁、菅野・前掲注(83)8頁以下、87頁以下、319頁以下に依拠している(各類型の呼称と定義は同書による)

そのほかの分類方法として、磯村哲「シカーネ禁止より客観的利益衡量への発展」末川古稀『権利の濫用(上)』(有斐閣、1962)73頁以下、原島重義「民法における『公共の福祉』概念」法社20号(1968)41頁。

議論されることが多いのは③と④であり、濫用が警戒され、否定説も一部に存在する(信義則の立法者機能を否定するものとして、渡辺博之「信義誠実の原則の構造論的考察 信義則の行為規範的側面の再評価 (1)(2・完)」民商法雑誌91巻4号(1985)473頁以下、同91巻5号(1985)700頁以下等)

(87) 谷口編『注釈民法(1)』(1974)87頁〔田中実〕

(88) 菅野・前掲注(83)9頁。88頁も参照

(89) 同書319頁は、法具体化機能の一つとして、「債務者の債務履行の方法・態様等を規制する「規準的機能」をあげ、「主たる義務に付随する従的義務を認定する機能もこれに属する」とし、具体的に安全配慮義務をあげる。

石川・前掲注(1)509頁も、「本性的要素に基づく契約内容の補充は歴史的にも実践的にも信義則に基づく規範補充作用...と関連していた」と指摘している。

(90) 同書511頁

(91) 同書507頁以下

(92) 同書507頁

(93) 同書508頁

関係の背後にある社会規範や共通理解から構造化される社会的存在」⁹⁴⁾を構成した上で⁹⁵⁾、それを基礎に具体化・定型化されるものである⁹⁶⁾。

信義則の前記①機能と考え合わせるならば、本項目で選別されるべき医療契約の本性的要素とは、理論的・抽象的には以下のようなものであると纏めることができるだろう。すなわち、医療契約の本質的要素について合意をし医療契約に取り込まれた医師と患者の間において一般的に了解されている定型的期待を、背後に存在する社会規範や内在規範から、信義則を媒介として吸い上げて具体化した不文の法規範群である。

2 具体的に念頭に置くべきこと

河上正二教授は、ある一定種類の契約においては、「中心的義務である行為義務・給付価値そのものではなく、その実現に奉仕すべき義務あるいは付随する人格的利益擁護の義務」が存在し、それらは「単なる契約合意からではなく、契約関係を支配する信義則に導かれて登場することが多い」と指摘する⁹⁷⁾。この種の義務は、「保護法益の拡大に伴う債務や責任内容の拡張部分」⁹⁸⁾であると同時に、「当事者間における情報の偏在や立証上の限界を前提として、攻撃防御のあり方をめぐる主張・立証負担の再分配」⁹⁹⁾の問題を含むという¹⁰⁰⁾。

同教授は、かようなカテゴリーに属する義務として、保険加入契約、貸金業者を貸主とする消費貸借契約、あるいは投資関連取引などにおける、(契約締結過程に多い)説明・情報提供を中心とした諸義務¹⁰¹⁾と並べて、医師の説明

(94) 同書507頁

(95) 同書508頁

(96) 同書507頁

(97) 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)595頁

(98) 同論文614頁

(99) 同論文614頁

(100) 同論文614頁

義務（死因解明・死因説明義務）を挙げる¹⁰²⁾。

医療契約の本性的要素として以下で扱うのは、まさにこのような民法学でいう「拡張された付随義務」¹⁰³⁾のカテゴリーに属する、情報にかかわる医師の諸義務にほかならない。ここでは、他の取引類型に例をみない医療契約に固有のさらなる契約責任の拡張形態すらすなわち、時間的には患者死亡後にまで、二次的な相手方として家族（遺族）にまで伸張しうる見出すことができるのである。

一般的に医師・患者関係の特性として収斂される侵襲性・密室性・情報偏在性を前提とし¹⁰⁴⁾、さらにこれに「家族関連性」という極めて異色の特性も加えつつ¹⁰⁵⁾、これら情報をめぐる医師の「拡張された付随義務」の拡張根拠を、社会規範・内在規範を基礎とする医療の現実類型から、信義則における「一般的に期待される信頼」を媒介にいかにか論証するのが、本項目の中心的なテーマとなる。

(101) 実際の判例として、火災保険付帯の地震保険不加入に関する情報提供・説明義務（最判平成15・12・9民集57巻11号1887頁）、団地建替えに伴う現入居者の優先購入に関する説明義務（最判平成16・11・18民集58巻8号2225頁）、貸金業者の取引履歴開示義務（最判平成17・7・19民集59巻6号1783頁）、投資関連取引の助言義務・適合性原則（最判平成8・10・28金法1469号49頁・最判平成17・7・14民集59巻6号1323頁）をあげる（同論文595頁以下）

また、大澤彩「説明義務違反による医師の説明義務論の展開と方向性 消費者取引における説明義務論を参考に」ジュリ1315号（2006）161頁以下は、他分野の説明義務論やより総括的・一般的な説明義務論から医師の説明義務論を構築しようとし、説明（情報提供）義務が問題となる主要分野として不動産取引・金融取引・フランチャイズ契約を取り上げている（同論文163頁）

(102) 河上・前掲注（97）595頁以下は死因解明・死因説明義務を取り上げるが、より一般的には、医師の説明義務全般がこのカテゴリーに包摂されると捉えられている（大澤・前掲注（101）163頁参照）

(103) 河上・前掲注（97）607頁

(104) 同論文610頁参照

(105) 医療が家族とともにあることは一般に知られていることであり、医事法の研究者には家族法研究者の割合が高いことからわかることである。伊澤・前掲注（10）115頁も、診療契約の特殊性として、医療の場における家族の果たす役割の大きさを指摘する。

六 説明義務

1 説明義務の意義と分類 本項目の検討対象

医師の説明義務とは、医師が患者に対し、一定の事項を説明すべき義務である。

インフォームド・コンセント理念の普及とともに光があてられ、現在ではこの義務の存在自体に異論を唱える学説は存在していない⁽¹⁰⁶⁾。裁判例でもほとんどの医療訴訟において、医師の説明義務違反が予備的もしくは主的に主張され⁽¹⁰⁷⁾、医療技術過誤と並んで2大請求原因のひとつを形成している。

インフォームド・コンセントは、情報偏在訴訟特有の立証の壁を打破し、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⁽¹⁰⁸⁾。すなわち、説明義務違反は技術過誤を「捕捉する受け皿」⁽¹⁰⁹⁾の機能を果たすのである⁽¹¹⁰⁾。これはまさに河上教授のいう「手段的訴訟物」たる特性を意味するものである。

なかには、医師の説明義務の法的根拠を直截に民法645条（受任者の委任事務処理の状況報告・顛末報告義務）に求める見解もある⁽¹¹¹⁾。しかし医師の説明義務は、それで説明のつかない要素が多くを占めている。（部分的に民法645条に依拠

(106) 先駆的業績として、唄孝一「治療行為における患者の承諾と医師の説明」『契約法体系7』（有斐閣、1965）66頁。根拠と内容につき詳しいものとして、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）189頁以下を挙げておく。

(107) 稲垣喬『医事訴訟入門』（有斐閣、第2版、2006）78頁

(108) 稲垣喬『医療過誤訴訟の理論』（日本評論社、1985）41頁以下、町野・前掲注（30）23頁以下、前田達明＝稲垣喬＝手嶋豊『医事法』（有斐閣、2000）257頁[稲垣、稲垣・前掲注（107）75頁以下

(109) 同論文75頁以下参照

(110) 稲垣・前掲注（108）41頁以下、町野・前掲注（30）23頁以下、前田＝稲垣＝手嶋・前掲注（108）257頁[稲垣、稲垣・前掲注（107）75頁以下

(111) 東京高判昭和61・8・28判時1208号85頁、大谷・前掲注（32）67頁以下、植木哲『医療の法律学』（有斐閣、第3版、2007）332頁等。ただ、これに対しては、民法645条は、委任者の請求あるときと委任終了時に報告を義務づけるものであるから、患者が求めなくても自ら説明すべき医師の説明義務の根拠たりえないとの反論もある（樋口範雄『医療と法を考える』（有斐閣、2007）11頁参照）

できるところがあるとしても)すくなくとも医師の説明義務全般に関していえば、医療契約固有の不文規範としてとらえ、本稿の検討対象とすべきであろう。

(以下の伝統的な分類論の意義を疑問視する有力説もあるが⁽¹¹²⁾)多数説によれば、医師の説明は①患者の有効な同意を得るための説明と②療養方法の指導としての説明(悪しき結果を回避するための説明)に2分される(2分説)⁽¹¹³⁾。これに加えて、③転医勧告としての説明を独立して認める見解もある(3分説)⁽¹¹⁴⁾。また近年、④顛末報告が①②に加えられることもある(新3分説)⁽¹¹⁵⁾。

このうち②療養方法の指導としての説明は、治療義務の一部分、あるいは治療義務に伴う付随義務⁽¹¹⁶⁾であると捉えられる。いずれにせよ、本質的要素と一応仮定して、次章にて一括して検討を行う。また、③転医勧告としての説明は、②の問題に解消される⁽¹¹⁷⁾、あるいは①と②に接合される⁽¹¹⁸⁾とするのが多数説の立場であり、本稿もこれに従う。

したがって、本項目で検討対象とするのは、①と④である。

(112) 樋口範雄「患者の自己決定権」岩村正彦編『自己決定権と法』(岩波書店、1998)81頁(自己決定権と関連づけて統合的に把握しようとする)

(113) 根本編・前掲注(106)189頁[稲田]等多数

(114) 金川琢雄「医療における説明と承諾の問題状況」『医事紛争・医療過誤(医事法学叢書3)』(日本評論社、1986)225頁

(115) 手嶋豊「医療と説明義務」判タ1178号(2005)185頁、河上・前掲注(97)604頁。は2分法、は3分法、は新3分法とも呼称され、一般的な組み合わせである(小島愛美「医師の患者及び家族等へ対するがん告知義務の検討 説明義務論の再構築を前提として」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナルNo.14(2007)178頁以下参照)。ほかに のタイプもある(西野喜一「説明義務、転医の推奨、患者の承諾、自己決定権」判タ686号(1989)80頁、金川琢雄「判批」『別冊ジュリスト医療過誤判例百選第2版』(有斐閣、1996)25頁。黒澤英明「医師の説明義務と信義則に関する一考察 死因の解明・説明義務を中心として」法政論叢37巻2号(2001)127頁参照)また、分類自体に疑問を呈する有力説もある(樋口・前掲注(112)81頁等)

(116) 河上・前掲注(97)604頁参照

(117) 野田寛「医療契約」法時59巻3号(1987)35頁、浅井・園尾編・前掲注(4)132頁[中山博之]、河上・前掲注(97)604頁等

(118) 稲垣・前掲注(108)52頁

2 患者の有効な同意を得るための説明義務（患者の自己決定のための説明）

この説明義務は、インフォームド・コンセント法理¹¹⁹⁾の一要素である。「説明と同意」と邦語訳されるとおり、インフォームド・コンセントは医師の「説明」(informedにあたる)と患者の「同意」(consentにあたる)を要素とする¹²⁰⁾。ただし、わが国の民法学は「説明」にウェイトを置いており¹²¹⁾、特に近年は「説明」重視の傾向にある¹²²⁾。

民法学の通説的見解によれば、「説明」と「同意」の両要素は一応切り離されたものとして捉えられる。すなわち、医師の説明は「患者の自由な意思活動を完全ならしめるため」¹²³⁾のものであって、同意の有効性の問題とは一応切り離され、医師の説明義務は端的に、不法行為法あるいは医療契約上の医師の注意義務（または行為義務）であるとされる¹²⁴⁾。そこで保護される利益は、患

(119) 新美育文「医師と患者の関係(1)～(3)」名古屋大学法政論集64～6号、唄・前掲注(106)等。また、浦川ほか編・前掲注(2)21頁以下(村山)も参照

(120) 甲斐克則編『ブリッジブック医事法』(信山社、2008)30頁[小西知世]参照

(121) 後述の同意無効説と注意義務構成説の相違は、「説明」と「同意」の関係をどれだけ密接なものとするか、あるいはどちらがより重要な要素であるとするのか、という点に対する考え方の違いから生じるものであるといわれる(甲斐編・前掲注(120)36頁[小西])

(122) 同書36頁[小西]

(123) 加藤一郎＝森島昭夫編『医療と人権』(有斐閣、1984)109頁[新美育文]

(124) いわゆる「注意義務構成説」の立場である。名古屋地判昭和56・11・18判時1047号134頁、東京地判平成3・3・28判時1399号77頁(人工股関節置換術事件)、東京地判平成4・8・31判タ793号275頁(東大AVM摘出術事件)、仙台高判平成6・12・15判時1536号59頁、加藤＝森島編・前掲注(123)109頁[新美]等

これに対して、医師の説明は医療行為の違法性を阻却する患者の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と構成する、いわゆる「同意無効説」もしくは「違法性阻却構成説」がある。東京地判昭和46・5・19下級民集22巻5・6号626頁(乳腺症手術事件)、秋田地大曲支判昭和48・3・27判時18号98頁(舌癌事件)、東京高判昭和60・4・22判時1159号90頁、広島地判平成元・5・29判時1343号89頁(子宮摘出事件)、植木・前掲注(111)332頁等。わが国の現在の刑法学の通説であり、ドイツのライヒ裁判所判決以来の判例の立場(通説は批判)である。ただし謙抑主義の要請から、専断的医療行為に刑事責任を問うことに学説は抑制的で裁判例もない。

両説の違いは、後出の患者の自己決定権の意味内容をどう捉えるか(人格にかかわる自由権か、身体の処分権か)と対応関係にある。

インフォームド・コンセント法理、自己決定権の意味内容、(それと表裏をなす)専断的治療行為の法的評価についての学説の対立、刑法学と民法学のスタンスの違い等については、浦川ほか編・前掲注(2)21頁以下(村山)に詳細を譲る。

者の自己決定権であり、その意味するところは、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¹²⁵⁾、あるいは人格権¹²⁶⁾といった、人格にかかわる抽象的で包括的な自由権である¹²⁷⁾。このような民法学説・民事裁判例の立場に従うとすれば、上記一般的命名は妥当せず、むしろ「患者の自己決定のための説明」とすべきであろう。

この説明義務が、医師と患者の医療契約にも根拠を求めることができる（すなわち、債務不履行構成による請求が可能である）ことについては、異論のないところである。しかし、これが医療契約においていかに位置づけられるのかという点について、理論的究明は進展しておらず、説明義務がこれほど普及した現在でも明快ではない。これは、そもそもインフォームド・コンセントが、医事法の基本原則として、契約を超えた枠組みの中で理解されてきたためであるとも指摘される¹²⁸⁾。

多数説や裁判例（法律構成に言及がある場合）の共通項を突き詰めるならば、現時点では以下の諸点を確認することができるだろう。

- ①まず、形式的な法律構成としては、医療契約上の付随義務¹²⁹⁾、信義則上の義務¹³⁰⁾、あるいは信義則上の付随義務と表現されている。
- ②そして、実質的な根拠としては、患者の自己決定権の尊重、医師と患者の協

(125) 前田＝稲垣＝手嶋・前掲注(108)256頁以下|稲垣、稲垣・前掲注(107)77頁

(126) 前出最判平成12・2・29民集54巻2号582頁(エホバ最高裁判決)

(127) 患者の自己決定権の意味内容をどう捉えるかについては、①本文のように捉える見解と、②身体(ときに生命)もしくは身体利益(ときに生命利益)の処分権(という具体的内容をもった自由権)(町野・前掲注(30)131頁等)、身体的一体性(bodily integrity)を基礎においた自己決定権(咽孝一教授のいわゆる「身体的一体性にかかった自己決定権」加藤＝森島編・前掲注(123)181頁参照)と捉える見解とに大別される。

民法学の通説は①であり、裁判例でも(明確に理論構成を示されていないが)①説の傾向が強い。東京知判平成4・8・31判時1463号102頁(東大AVM除去手術事件)東京高判平成11・5・31判時1733号37頁(その控訴審判決。同旨)最判平成12・2・29民集54巻2号582頁(エホバ最高裁判決)等多数

(128) 大谷・前掲注(32)74頁参照

(129) 最判平14・9・24判夕1106号87頁等

(130) 例えば、横浜地判昭和58・6・24判夕507号250頁等

働関係、あるいは診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が言及されている¹³¹⁾。

ドイツの付随義務論の研究の中で¹³²⁾、従来付随義務と呼ばれてきたもののなかには、給付結果そのものではなく「給付結果を取りまく付随的利益」¹³³⁾に配慮すべき義務があることが指摘されている¹³⁴⁾。ここで付随的利益とは、「給付結果に性質上必然的に伴う債権者の一定の利益」¹³⁵⁾であって、「契約目的に適った給付結果の利用」や「給付結果からの受益」を指す¹³⁶⁾。この種の付随義務は、給付結果の実現それ自体のために必要ではないが、債権者が給付結果を通じて実現しようとした目的のために必要であると説かれる¹³⁷⁾。

(131) 根本編・前掲注(106)189頁[稲田]等。

(132) 潮見佳男『契約規範の構造と展開』(有斐閣、1991)74頁以下、165頁は、ドイツにおける付随義務論の拡張傾向として、2つの方向での拡張傾向を認め、一つは給付行為の内包の拡張(「給付結果実現のための具体的な準備行為に結びつけられた付随義務」(同書75頁)つまり「具体的行為義務」(同書75頁))、もう一つは保護法益の「付随的利益」(同書76頁)への拡張であるとする(「給付結果を取り巻く利益に配慮すべき義務としての従たる給付義務」(同書79頁)つまり「契約目的達成のための従たる給付義務」(同書146頁))、さらに完全性利益保護義務も付随義務と観念するならば、「給付結果を実現する目的でなされた具体的行為に際して発生し得る完全性利益侵害から相手方の保護を図るべき保護義務」(同書82頁)つまり「完全性利益保護のための従たる給付義務」(同書82頁)を含めて、付随義務には3種類あるということになっている(同書76頁)、そして、わが国にも同様の状況を認めている(同書79頁、145頁参照)。

(133) 同書76頁

(134) 詳しくは、「給付結果に性質上必然的に伴う債権者の一定の利益(付随的利益)に対して、給付義務の履行に当たって配慮すべき義務」(同書80頁、166頁)である。「契約目的の有効な達成並びに契約目的の危殆化の回避という契約規範の保護目的は、契約目的に適った給付結果の利用ないし給付結果からの受益ということについて債権者が有する利益の保護に具現化して、この種の付随義務を設定する」と説明されている(同書76頁以下)。

(135) 同書80頁、145頁。79頁も参照

(136) 「給付結果に性質上必然的に伴う一定の利益」であって、具体的には「給付目的物の十分な利用ないし受益可能性、安全性〔無傷性〕など」がこれにあたる(同書79頁、76頁、83頁、145頁も参照)。これは「契約目的もしくは債権目的が契約規範設定に当たり債権者利益の形に具現化したもの」(同書79頁以下)であるから、必ずしも生命・身体・健康・所有権などの絶対的利益に限定されない(同書80頁)。

(137) 同書79頁、145頁。また「給付結果を通して達成される諸利益の適切な確保に向う行為義務」とも表現される(同書79頁)。

医療契約における給付結果とは「病的症状の医学的解明とその治療」¹³⁸⁾である。この給付結果を実現するための行為義務が医師の治療義務であり、医療契約の主たる義務であって、本質的要素として次章で検討を予定している。しかし、患者がかかる病状の解明や治療をなにゆえに望むのかといえは、つまり給付結果の背後にある目的に遡るならば、自由に、心安らかに、そして家族とともに生きたいからである。なかでも、自己の人生を思うままに生きることについての患者の利益は、現在の民法学が包括的な自由権として措定する自己決定権にほかならず、(行為自由説であれ人格的利益説であれ)憲法上の根拠も有する権利である。

そして、医療契約関係においては、専門的知識もなく情報にも乏しい患者は、自己の保有する情報のみでは真の意味での自己決定を行うことができない。自己決定に必要な情報や知識を補い得る唯一の専門家であり契約相手である医師に、必要な情報を提供する役割を期待するものであり、その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医療契約に補充されるのである。

このような説明義務は、医師と患者の合意により、ある程度まで排除することは可能であろう。しかし、この種の説明義務、もしくはそれが擁護すべき患者の自己決定権は、次章で本質的要素として検討する治療義務の重要な内容決定因子である。このように医療契約において本質的な意味を有する部分を含むゆえに、この種の説明義務を完全に排除した形での医療契約は、少なくとも典型的なものとしては認められない。

最低限的侵襲に関しては、医療契約の締結とは別個独立に、患者に説明のうえその同意をたしかめなければならないだろう¹³⁹⁾。注意義務構成説をとり同

(138) 神戸地龍野支判昭和42・1・25下民集18巻1 - 2号58頁。

(139) 唄孝一『医事法学への歩み』(岩波書店、1970)9頁等(医療契約の存在を前提としたうえで、契約が存在すればこそ、なおさら、個々の侵襲に際して医師が患者の同意をたしかめることは、契約当事者としての医師の注意義務に属するとされる)。

意の前提たる範囲を超えて広範に説明義務を認めるにしても¹⁴⁰⁾、少なくともその都度説明のうえ患者の同意をたしかめるべき局面 最大公約数として¹⁴¹⁾ 医的侵襲に先立つ説明義務については、「排除されざる本性的要素」¹⁴²⁾ として、特約によって排除できないと解するべきである。

3 医師の顛末報告義務

医師の顛末報告義務とは、診療後に、診療経過や結果について患者側に説明すべき医師の義務である。この種の義務として当初主張された弁明義務は、不本意な結果が発生した後に、患者側の納得を得るために説明する義務であった¹⁴³⁾ (いまでは別類型とする見解もある¹⁴⁴⁾)。現在では、場面や目的をこのように限定せず¹⁴⁵⁾、上記のようにより委任契約に近づけた内容を想定して、顛末報告義

- (140) もし、違法性阻却構成説をとるのであれば、説明義務の範囲は、まずもって有効な同意をなすのに必要な範囲におのずから画定される。これに対して、注意義務構成説の立場では、医師の説明義務の範囲として、患者の有効な同意を得る前提条件以上のものを求めうることになる。
- (141) 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)128頁は、「侵襲行為の事実」を説明の範囲の最低の基準とする。
分類として、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の両方を認める見解(西野喜一「医師の説明義務とその内容」法政理論34巻3号(2002)10頁等)も、発想を共有しているように思われる。
- (142) 本性的要素は、医師と患者の合意によって排除することも(原則としては)可能である。もっとも、本性的要素であっても、その種の契約にとって本質的な意味を持つ場合、つまりそれを変更・排除すれば当事者が医療契約というタイプの契約を選択したことが無意味なものになるような要素は、合意によっても排除できない(排除されざる本性的要素)。このような排除されざる本性的要素は、契約の内容規制にもかかわっている。すなわち、本質的要素ではなくして当事者が合意した事項(偶有的要素)が、排除されざる本性的要素と矛盾するならば、契約の内的整合性の維持を根拠に、その効力が否定される(石川・前掲注(1)520頁参照)。
- (143) 黒澤・前掲注(115)127頁等参照
- (144) 中田裕康ほか編『説明義務違反・情報提供義務をめぐる判例と理論』判夕臨増1178号(2005)230頁〔下嶋崇〕等
- (145) 手嶋豊「医師の顛末報告義務に関する学説・裁判例の最近の動向」民法法情報85号(1993年)41頁参照

務と呼称されることが多い。また、次項で検討する遺族への死因説明（解明）義務もこれに含めるのが一般的である。さらに、この種の義務をもっと多面的にとらえる見解も存在している。療養方法の指導としての側面を認める見解¹⁴⁶⁾、また損害拡大への影響や説明の相手方が誰かなどによって異なる種類の説明が含まれているとの指摘¹⁴⁷⁾もある。呼称も想定する内容も論者ごとにまだバラエティがある段階にあるのが、この義務である。

かつてこの種の義務はあまり議論されることがなかった。遺族への死因説明義務を認めた下級審判決を契機に¹⁴⁸⁾、比較的最近になって訴訟で主張されるようになったものである¹⁴⁹⁾。以下では、契機となった下級審判決の前後で2期に大別して、これまでの議論状況を整理しよう。

①まず、新堂教授が弁明義務を提唱する。これは、カルテ開示請求権を根拠づけるとともに¹⁵⁰⁾、過失の立証責任の転換を図るために提唱されたものであった。すなわち、医師は患者に対して「予想外の結果」をもたささない一種の不作為債務を負担しており、患者が「予想外の結果」が発生したと主張すれば医師の不完全履行の立証が尽くされ、医師は自己に過失がなかったことの証明を果た

(146) 同論文41頁、剣持淳子「医師の顛末報告義務 医師の顛末報告義務違反による損害賠償請求に関する最近の裁判例の動向」判タ1304号(2009)36頁。

なお、診療後に療養方法の指導としてなされる説明は、療養方法の指導としての説明義務に含まれるとするものとして、金川琢雄「判批」判評481号(判時1661号)(1999)23頁、松井和彦「判批」判評559号(判時1897号)(2005)10頁等

(147) 手嶋豊「治療の失敗に関する医療関係者の患者への報告義務」植木哲暲『医事法の方法と課題』(信山社、2004)188頁以下

(148) 剣持・前掲注(146)46頁注(2)は、死因説明義務に関する後出広島地判平成4・12・21判タ814号202頁が議論進展の契機となったという。

(149) 同論文35頁

(150) 新堂幸司「訴訟提起前におけるカルテ等の閲覧・謄写について」判タ382号(1979)16頁以下。伊藤榮子「診療録の医務上の取扱いと法律上の取扱いをめぐって(下)」判タ302号(1974)45頁以下参照(否定)

さねばならないとする。そして民法645条を拡張・類推し、実体法上の義務としてこの義務を負わせるべきことを提案したのである¹⁵¹⁾。しかしこれに対しては、実体上の説明義務と訴訟上の反駁責任の混同である等の有力な批判説が展開された¹⁵²⁾。結局、弁明義務は道義的なものとして首肯されるにとどまり¹⁵³⁾、法的な義務として学説の支持を獲得するには至らなかったのである¹⁵⁴⁾。

②しかし、後出平成4年の死因説明義務判決（広島地判平成4・12・21判タ814号202頁）を境に議論は進展した。医師の説明義務の第3の種類として、この種の説明義務を認める見解が多数を占めるようになったのである¹⁵⁵⁾。

これらの論者は、少なくとも患者本人への顛末報告義務については、ある程度の幅はあるものの、委任契約における顛末報告義務に近接した内容を想定し、民法645条に直接に根拠をもとめるか、あるいは少なくともそれに対応させた（医療の特殊性への配慮を加味しつつ）説明をしようとするものが多い¹⁵⁶⁾。

- (151) 新堂幸司「診療義務の再検討 医師の弁明義務をてがかりとして」ジュリ619号（1976年）29頁以下、野田寛「医療事故」『不法行為法（法せ増刊）』（日本評論社、1985）219頁、西野喜一「説明義務、転医の勧奨、患者の承諾、自己決定権」判タ686号（1989）87頁が賛同。手嶋・前掲注（145）41頁、岡林伸幸「判批」名城法学49巻4号（2000）152頁参照
- (152) 中野貞一郎『過失の推認』（弘文堂、1978年）103頁、109頁（「予想外の結果」とは何かが不明である）、金川琢雄「医療における説明と承諾の問題状況」法時55巻4号（1983年）（結局は無過失の立証を医師に求めることになり、難きを強いることになる）、稲垣・前掲注（108）210頁、河上・前掲注（97）615頁（説明義務を通じての医師の債務の拡張と、責任追及場面における訴訟上の反駁責任負担の問題の混線である）
- (153) 中村哲「医師の説明と患者の判断・同意について」判タ773号（1992）6頁等。また、死因説明義務判決後も、伊澤純「医療過誤訴訟における医師の説明義務違反（2）」成城法学64号（2001）166頁。
- (154) 注（152）注（153）のほか、伊藤榮子「診療録の医務上の取扱いと法律上の取扱いをめぐって（下）」判タ302号（1973）45頁。根本編・前掲注（106）191頁[稲田]も消極的
- (155) 中村哲「医師の説明義務とその範囲」太田幸夫編『新・裁判実務体系（1）医療過誤訴訟法』（青林書院、2000）95頁、岡林・前掲注（151）145頁、松井・前掲（146）10頁、河上正二「判批」『別冊ジュリスト医事法判例百選』（有斐閣、2006）133頁、長谷川史美「説明義務」塩谷昭昭ほか編『専門訴訟体系（1）医療訴訟』（青林書院、2007）55頁等。
- (156) 太田編・前掲注（155）95頁[中村]、松井・前掲注（146）10頁、塩谷ほか編・前掲注（155）55頁、河上・前掲注（97）605頁、剣持・前掲注（146）37頁等多数。

委任契約の受任者の報告義務は、明文の任意規定を根拠とする、委任契約の付随義務である¹⁵⁷⁾。委任契約の信任関係にもとづく受任者の善管注意義務に由来している¹⁵⁸⁾(信頼関係を出発点とするという意味では信義則と共通である)。岩藤美智子准教授によれば、委任契約の顛末報告義務の実質的根拠は、①事務処理をコントロールするという委任者の本質的権利を保障する、②受任者の義務違反の存否を明らかにし、義務違反があれば責任追及の準備をする、そして③このような情報の必要性にもかかわらず、委任者は情報を有しない一方で、受任者は情報を有していることに求められる¹⁵⁹⁾。医療においては、これに医療の高度の専門性や患者への侵襲を伴うという特質が加味されることになる¹⁶⁰⁾。民法645条の類推適用という形で、医療契約の不文の付随義務であり、本性的要素と位置づけることができるだろう。

X 死因解明・死因説明義務

近年、医師の遺族への死因解明・死因説明義務(いずれか、もしくは両方合わせて)を認める下級審判決が相次いで登場し¹⁶¹⁾、注目を集めている。死因説

(157) 広中俊雄=幾代通編『新版注釈民法(16)債権(7)』(有斐閣、1988)238頁[明石三郎](645条は強行規定ではないから、受任者の報告義務は特約によって軽減または免除しうる)内田貴『民法 [第2版]』(東京大学出版会、2007)273頁等

(158) 広中=幾代編・前掲注(157)220頁、222頁以下[中川高男]、237頁[明石]

(159) 岩藤美智子「ドイツ法における報告義務と顛末報告義務(4)」彦根337号(2002年)113頁

(160) さいたま地判平成16・3・24判時1879号96頁。また、紛争予防手段という側面も指摘される(手嶋・前掲注(145)41頁)

(161) 広島地判平成4・12・21日判タ814号202頁(医師の死因説明義務を「付随的な義務」とし、遺族に対し誤った説明を行ったことを、遺族に対する不法行為とする。遺族の心情や要求を法的保護に値すると評価)東京地判平成9・2・25判時1627号118頁(死因が不明か、死因を疑うべき相当な事情があり、遺族が望むならば、遺族に対し、「病理解剖その他の死因解明に必要な措置について提案し、措置の実施を求めるかどうかを検討する機会を与える」信義則上の義務があるとする。根拠として、死者を悼む遺族感情等をあげる)東京高判平成10・2・25判時1646号64頁(前出控訴審)(死因解明義務と死因説明義務の両方を合わせて認めながら、当該事案については責任否定。医療機関に寄せる患者と近親者の期待や信頼等を根拠に、社会通念に照らして信義則上の義務とする)その後、東京地判平成16・1・30判時1861号3頁(都立広尾病院事件)東京高判平成16・9・30判時1880号72頁(前出控訴審)さいたま地判平成16・3・24判時1879号96頁も。

明義務とは、死亡した患者の死に至った経過や原因を、その遺族に対して説明すべき医師の義務である。死因解明義務とは、患者の死因が不明か、あるいは病院側の判断や説明が疑わしい場合に、遺族に対して死因解明に必要な措置を提案すべき義務である¹⁶²⁾。

これらは、顛末報告義務の一つの限局された形態 あるいは延長線上にあるものとも捉えられうる¹⁶³⁾。また、死因解明義務と死因説明義務との関係 前提もしくは一体をなすのか¹⁶⁴⁾、独自の根拠によるのか については本格的な議論を待つ段階にある。ここでは、さまざまな可能性を視野に入れ、説明義務の分類論に敢えて収めず、本項目を立てることにした。

患者の存命中に患者本人に対して事後的な説明義務を負うことについて、裁判例¹⁶⁵⁾・学説¹⁶⁶⁾はさほどの疑問を呈すことなく承認している。しかし、訴訟で争われることが多いのは、患者死亡後の事案である¹⁶⁷⁾。民法の一般理論からすれば、契約の当事者でないはずの遺族に対し、なにゆえかかる説明を行なうことが法的に義務づけられるのか このような、いわば「人的な」契約責任の

(162) 「それら措置の実施を求めるかどうかを検討する機会を与える」義務であるとし、遺族が死因解明を望んでいることを要件に含める裁判例もある（前出東京地判平成9・2・25判時1627号118頁）

(163) 筆者の触れた文献のほとんどすべてが両者を関連づけて扱っていた。

(164) 前出東京高判平成10・2・25判時1646号64頁、宇都木伸・年報医事法学14号（1999）149頁、太田編・前掲注（155）99頁[中村]、岡林・前掲注（151）155頁、塩谷ほか編・前掲注（155）55頁[長谷川]、佐藤智晶＝樋口範雄「遺族に対する病理解剖提案義務」畔柳ほか編『医療の法律相談』（有斐閣、2008）248頁、剣持・前掲注（146）42頁等

(165) 大阪地判昭和57・6・25判時1064号92頁（正確な病状説明をせず患者に過大な期待を抱せた）、福岡地小倉支判昭和58・3・29判タ502号176頁（虫垂全摘ができなかった場合に予後に備えさせたり、再手術の必要の説明をしなかった）、東京高判昭和61・8・28判時1208号85頁（診療中における患者の求めに応じた報告義務）、山口地判平成14・9・18判タ1129号235頁（歯科治療過誤の報告をしなかった）等。なお、東京地判平成3・10・29判時1461号78頁（入院中の精神病患者の失踪の近親者への報告義務）

(166) 太田編・前掲注（155）95頁[中村]、松井・前掲注（146）10頁、塩谷ほか編・前掲注（155）55頁[長谷川]、河上・前掲注（97）605頁、剣持・前掲注（148）37頁等。

(167) 遺族が医療過誤を疑い、説明を求めても納得のゆく説明がなかったため、技術過誤とともにこの説明義務違反を主張することが多いからである（松井・前掲注（146）11頁等）、また、河上・前掲注（97）595頁以下は、手段訴訟物として特徴づける。

拡張現象の根拠が問われることになる。

裁判例では、医療側の「信義則上の」¹⁶⁸⁾もしくは「付随的な」¹⁶⁹⁾義務として表現されるにとどまり、詳細な法律構成に立ち入った言及はみあたらない。また、学説も多岐にわたり定説をみない¹⁷⁰⁾。ここでは、特に医療契約に何らかの基礎を置こうとする学説を中心に、整理を試みよう。

①患者の顛末報告債権の相続による移転

患者が医師に対して有していた顛末報告債権が相続されると構成する見解である¹⁷¹⁾。たしかに委任契約では、既発生の報酬請求権、費用償還請求権、受領物引渡義務、そして権利移転義務などは相続の対象となる。同様に、顛末報告債権も相続されると考える余地はなくはない¹⁷²⁾。前記顛末報告義務の根拠を645条に求める一般的見解とも親和的である。もっとも、(内容に患者の病因や死因を含む)この種の顛末報告債権は一身専属性を有し、相続には馴染まないとの批判もある¹⁷³⁾。

この見解によるならば、前出の顛末報告義務の法的性格がそのまま妥当し、保護法益、義務内容および範囲も同一ということになる。

②遺族を説明の相手方として想定する契約解釈または契約補充

患者は、特段の意思表示なき限りは、自己の死亡時に遺族への死因説明を望んでいる。このような考えから、患者に対する契約上の義務として構成する見

(168) 前出東京地判平成9・2・25判時1627号118頁、前出東京高判平成10・2・25判時1646号64頁

(169) 前出広島地判平成4・12・21判夕814号202頁

(170) 中野希世子「医療提供者の死因説明義務」福祉347頁以下等参照

(171) 松井・前掲注(146)171頁、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)179頁以下

(172) 河上・前掲注(97)606頁参照

(173) 同論文608頁

解がある¹⁷⁴⁾。これは、患者の意思解釈（黙示的もしくは推定的意思の認定もしくは推定）から契約解釈を導くことも、あるい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もとづく契約補充を導くことも可能であろう。この見解は、がん告知事例などにおける家族を二次的な説明の相手方として想定する判例法理とも、発想を共有している。

これによれば、自己の死亡後における遺族への配慮という生存中の患者の利益を保護法益として承認し、これを護るために相応の内容と範囲において、患者の死亡による医療契約終了後までも、患者に対する契約上の義務として存続もしくは発生するということになる。

③ 第三者のためにする契約への再構成

医療契約を、患者に説明することが不可能もしくは相当でないときに、家族（患者死亡の場合には遺族）を二次的な説明の相手方として想定する「第三者のためにする契約」であると再構成する見解である¹⁷⁵⁾。一方で、家族とともにある医療の「実態を反映した巧みな構成」であるとも評される¹⁷⁶⁾。他方で、家族や遺族を当然に「契約当事者集団」として患者とひとまとめにして捉える「家団論」的発想を、人格的利益にかかわる契約に無限定に持ち込むことに慎重さを求める見方もある¹⁷⁷⁾

これによれば、②と同様の患者の生存中の利益と、同じく契約当事者である家族や遺族の患者の死後にも存在する（おそらくは④類似の）利益を併せて保護法益とし、かかる複合的な法益を護るために相応の内容と範囲において、患

(174) 太田編・前掲注(155)92頁以下[中村]（死因説明義務につき、「特段の意思が表明されない限り患者が自己の死亡時に遺族への死因説明を望んでいるため、患者死亡後には患者との診療契約に基づきあるいは信義則上死因説明を含む顧末報告義務を負う」）、岡林・前掲注(151)145頁、湯沢＝宇都木編前掲注(36)417頁以下[服部篤美]、中田ほか編・前掲注(144)227頁[鐘築優]、塩谷ほか編・前掲注(155)55頁[長谷川]

(175) 前出東京地判平16・1・30判時1861号3頁[都立広尾病院事件]（「患者本人に説明することができないか、又は本人に説明するのが相当でない事情がある場合には、家族（患者本人が死亡した場合には遺族）になることを診療契約は予定していると解すべきであるので、その限りでは診療契約は家族等第三者のためにする契約も包含している」）

(176) 河上・前掲注(97)609頁参照

(177) 同論文609頁参照

者の死亡後もなお終了しない医療契約上の義務として存続もしくは発生することになる。

④ 契約関連利益の不法行為法による保護

医療契約上の義務ではないが、医療契約に関連する遺族の利益を、医療契約に関連して発生した医師と家族（遺族）との信頼関係ゆえに、信義則を介して不法行為法上の義務として認める構成である。ここで保護されるのは遺族固有の利益であって、患者の死因に対する疑念を晴らし、ひいては家族の死を納得をもって受容したいという遺族感情である¹⁷⁸⁾。医師と家族（遺族）との間に、契約関係ではないにせよ、患者への医療を介して発生し死後も残存する一定の信頼関係（当事者関係）を認め、その関係において一般的に期待される信頼としてこの義務を認めるわけである。河上教授は、「契約プロセスに関連した」不法行為法上の義務とし、「契約交渉段階の信義則などと等質の帰責原理」によるものと位置づける¹⁷⁹⁾。

この見解によれば、（契約に関連するものの）契約規範外の義務として、ここでの検討対象からは外れることになる。

⑤ 純然たる不法行為法上の義務

このほか、「患者の死に重大な利害関係を有する遺族の知る権利¹⁸⁰⁾」を保護法益として、純然たる不法行為法上の義務として構成する見解もある。この見解によっても、本稿の検討対象からは外れることになる。

以上の諸説のうち、本稿の問題意識の射程に含まれるのは①②である（③は本稿の論証対象とする典型医療契約類型の枠を超えるものである）。

①説の立場からは、前述の顛末報告義務と同一の説明で、医療契約の本性的要素として構成することができる。②説の立場からは、家族に対する配慮（より広くは家族を通じて得られる精神的利益）という、他に類例のない保護法益

(178) 同論文609頁

(179) 同論文609頁（そのうえで、民法711条の類推適用が妥当するのではないかとしている）

(180) 太田編・前掲注(155)92頁以下〔中村〕（死因説明義務につき、前述に加えて、「患者に知る権利があるように、患者の死と重大な利害関係をもつ遺族にも原則としてその死亡原因などを知る権利がある」とする）

の拡張根拠を、医療における「家族関連性」という特性に求められる。医療は家族とともにあるゆえに、典型的な医療契約においては、このような家族（遺族）関連利益の保護まで患者は医師に期待するのである。自分の死について遺族が納得し、あるいは訴訟を通じて救済を受け得ることを確信し、死後に心残りを残したくないという患者の人格的利益の保護が、医療契約関係において一般的に了解されている定型的期待であるゆえに、信義則を介して医療契約に補充されるのである。

七 守秘義務（契約上の秘密保護義務）

1 ここでの問題意識 別方向への保護法益の拡張

前章で述べた通り、医師の守秘義務とは、正当な理由がない限り、診療の中で知り得た人の秘密を漏らしてはならないという、医師の義務である。

エイズ問題を契機に医療の場でも患者のプライバシー保護への関心が高まり¹⁸¹⁾、そして個人情報保護法は患者の個人情報に対する意識に変化をもたらした。数こそ多くないが、医師の守秘義務違反を問う民事裁判例も出てきている¹⁸²⁾。

わが国において医師の守秘義務は、複数の法的根拠を有するが、民法の契約法もその一つにかぞえられている。裁判例や学説はその法律構成について、医療契約上の付随義務であると言明している¹⁸³⁾。

しかし、このような医師の守秘義務の医療契約上の位置づけについて、立ち入った議論はほとんどなされていない。民事責任法上の医師の守秘義務の保護法益は患者の人格権（プライバシー）であって¹⁸⁴⁾、これは一般的には不法行為規範で保護される利益である。同じ拡張された付随義務であっても、説明義務

(181) 山田卓生「病気とプライバシー」『山田卓生著作選集第4巻 医事法 生命倫理』（信山社、2010）43頁（初出法学セミナー399号（1988））参照

(182) 東京地判平成11・2・17判時1697号73頁（歯学部学生H I V感染情報開示事件）、さいたま地川越支判平成22・3・4判時2083号112頁

(183) 前出東京地判平成11・2・17、野田寛「医療契約」法時59巻3号36頁、伊澤・前掲注（153）120頁

(184) 拙稿「診療情報の第三者提供をめぐるわが国の法状況の考察 異質の法領域の架橋を志向して」西南学院大学法学論集37巻1号（2004）100頁以下

のように医療契約の給付結果や目的と関連づけられた種類の付随義務とは、論理構造が異なるのである。本稿では、いまや民法学の通説が首肯するところの、いわゆる完全性利益保護義務¹⁸⁵⁾(より一般的には単に保護義務)として医師の守秘義務を医療契約の中に位置づけ、そして医療契約の本性的要素たることの論証をこころみよう。

2 完全性利益保護義務

民法学の通説によれば、債務の履行過程において、契約の一方当事者が相手方の完全性利益(Integritätsinteresse)つまり生命、身体、財産等の法益を侵害したとき、債務不履行責任を負う可能性がある¹⁸⁶⁾。ここで完全性利益とは債権者のナマの利益であって¹⁸⁷⁾、法的評価による付随的利益とは次元を異にしている¹⁸⁸⁾。保護法益の拡張という点では共通するが、給付結果と無関係な利益への拡張という点で、拡張の方向性が異なるのである¹⁸⁹⁾。

このような保護義務違反は、ただ完全性利益が契約の相手方から侵害されたというだけでは契約責任を構成しない。侵害行為が「給付結果ないし契約目的達成を目指す履行過程に組み込まれたもの」¹⁹⁰⁾と法的に評価される必要がある¹⁹¹⁾。具体的には以下の4規準を充足しなければならない¹⁹²⁾。つまり、①債

(185) 潮見・前掲注(132)85頁等

(186) 同書85頁等参照

(187) 同書148頁、168頁「社会的事実として現存している債権者の利益状態」

(188) 同書148頁、168頁。このことから、ドイツ民法理論に示唆を得て、契約上の保護義務の段階的把握をこころみている(148頁以下、168頁以下)。すなわち、①「主たる給付義務」(例として、警備契約、寄託契約、幼児保護預り契約における保護義務を挙げる)②「契約目的達成のための従たる給付義務」(例として、運送契約、診療契約、宿泊契約、在学契約、施設利用契約における保護義務をあげる)そして③「完全性利益保護のための従たる給付義務」である。

(189) 同書76頁。また85頁参照(このような契約責任拡張の基礎となったのは、①ドイツの積極的債権(契約)侵害論の学説継受、②ドイツの契約義務論に示唆を受けた一連の契約責任の拡張理論、そして③1970年代以降の安全配慮義務論であると指摘される)87頁参照(ドイツでは、不法行為責任が狭隘であるという特殊事情があるなかで、契約規範の構造分析が充実した)

(190) 同書150頁以下

(191) 同書168頁参照、169頁参照

権者の完全性利益が給付結果ないし契約目的達成のために債務者に開示されたこと、②その保持・管理のために必要とされる注意が債務者にゆだねられたこと、③給付結果ないし契約目的達成に向けられた債務者の行為の中で債務者によって侵害されたこと、そして④それが給付結果ないし契約目的達成にともなう特殊の危険の実現として発生したことである⁽¹⁹³⁾。

3 医師の守秘義務の論理構造

「ars muta (沈黙の芸術)」といわれたように⁽¹⁹⁴⁾、医師の守秘は古来より医師の職業倫理の中核であった。医療が十分な効果をあげるためには、患者から十分な情報を得る必要があり、嘘や隠し事があるてはならない。そのための前提条件として、患者が医師の守秘を信頼できることが求められるのである。

このような医療の基本的あり方、そして前述の契約責任を発生させる完全性利益保護義務違反の要件を念頭におきつつ、「秘密を託し、守る」という医療の現実類型を、信義則を媒介に契約規範に吸い上げてみよう。まず、医師の守秘に対する患者の信頼を基礎に、医師が医療契約の目的を達成するために患者のプライバシーが開示され、その保持・管理のために必要な注意が医師に委ねられる。医療契約の目的達成に向けられた医師の行為の中で、医療契約の目的達成に伴う特殊な危険の実現として、医師による患者のプライバシー侵害が起こりうる。ゆえに、契約に特殊な危険の実現から契約相手方の完全性利益を保護する保護義務として、医師は守秘義務を負う。このことは明文規定に拠らずとも、医療契約関係にある医師・患者間において一般的に了解された定型的期待として、信義則によって根拠づけられる。よって医師の守秘義務は、医療契

(192) 同書151頁。ドイツにおける法定の保護義務の機能が「相互の信頼を基礎とした取引的接触の中で契約に特殊な危険が実現されることから相手方を保護する」ことであることに照らして(同書169頁)

(193) 同書151頁。もって「完全性利益保護が契約目的達成のための必要条件とはなっていないけれども、「取引的接触」つまり給付結果を実現する目的でなされた具体的行為に際して発生し得る完全性利益侵害から相手方の保護を図るべき保護義務」と定義づけるわけである(同書149頁、169頁)

(194) Vgl. Erwin Deutsch/Andreas Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl., 2008, Rn. 634

約における信義則上の医師の保護義務として評価され、典型医療契約の本性的要素として、具体的な合意でこれを排除でもしないかぎり、補充されるのである。

八 小括

本章では、医療契約固有規範群から、医療契約に本質的とはいえない要素つまり、偶有的要素と本性的要素を選別する作業を行った。検討の結果、以下のような結論を得た。

偶有的要素として付加しうる規範は、契約の内的整合性という視点に加えて、公序良俗規範からの内容規制を受ける。診療内容のレベルでは患者の自己決定権や契約自由が作用しうるが、免責のレベルでは一貫して厳しい内容規制がある。

本性的要素として補充される規範は、他に類例をみないほど膨大な、人格的利益を保護法益とする拡張された付随義務のかたまりである。それは、身体の侵襲についての自己決定権を核とし、生き方の自己決定権、そして家族関連利益へと保護法益を拡張し、独自の伸張形態を呈しながら、今も拡張傾向にある。

次章においては、最終的に残置された規範群を医療契約に固有で本質的な要素であると仮定してその論証を行おう。

【付記】本稿は、平成22 - 23年度科学研究費補助金（基盤研究（C））[課題番号：22530100課題名：医療契約論 その典型的なるもの]の助成を受けた研究成果の一部である。