

特別記事

河原格君学位請求論文審査報告

河原格君の提出による『医師の説明と患者の同意の法理』の構成は、次のようである。

第1章 説明義務の分類

第1節 我が国での説明義務の分類の問題

第2節 ドイツでの説明の分類の問題

第3節 癌診断並びにエイズ検査

第4節 診断のための転送の場合

第5節 ドイツにおける診断説明懈怠による損害賠償請求権の根拠

第2章 保護説明

第1節 初めに

第2節 我が国における保護説明の現況

第3節 ドイツにおける保護説明の現況

第4節 まとめ―保護説明の懈怠に基づく損害賠償請求

第3章 同意の範囲

第1節 同意の位置づけ

第2節 同意の法的性質

第3節 同意能力

第4節 同意の撤回

第5節 意思の欠缺

第6節 緊急状態の場合

第7節 推定的同意

第4章 自己決定のための説明

第1節 有効な同意の要件としての医師の説明

第2節 説明の一般原則

1 患者の知識

2 患者の説明の放棄

第3節 自己決定のための説明の種類並びに方法

1 経過説明

2 保護説明

第5章 自己決定のための説明義務の法的位置づけ

第1節 我が国での自己決定のための説明義務の法的位置づけ

第2節 ドイツにおける自己決定のための説明義務の法

的位置づけ

第3節 説明義務違反の法律効果

1 3 判例・学説・その検討

4 6 保護領域論からの解決・原則・例外

7 説明懈怠と説明済みの危険が発生した場合の

関係

8 上記理論の前記判例への適用

9 10 まとめ・我が国の判例に対する上記理論の適

用

第6章 証明責任

第1節 仮定的同意

1 適法な選択的様態の内容

2 患者の陳述・厳格な理由づけ義務

第2節 因果関係

1 因果関係の存在の問題

2 累積的因果関係

3 説明懈怠時の举证責任

第7章 診療記録作成義務

第1節 診療記録作成の意味

第2節 診療記録作成義務の有無

第3節 診療記録作成義務懈怠の場合の医師の責任

第4節 カルテに対する患者の閲覧権

第8章 説明義務懈怠と消滅時効

第1節 我が国における消滅時効の起算点の問題

第2節 ドイツにおける消滅時効の起算点の問題

第3節 説明義務懈怠における消滅時効の起算点のま

め

終わりに

審査報告

1 論文の主題と内容

河原格君提出の本論文は、全体として四〇字三〇行の原稿二一七頁（二〇〇字原稿にして一三〇〇枚）にあたる大部の著述である。論者の従来の研究成果としては、慶應義塾創立一二〇年記念論文集（第3章第3節）、法学研究五五巻五号（第4章第3節）、同五九巻五号（第6章第1節）、損害保険研究四四巻四号（第1章第3節）、上武大学経営情報学部紀要八号（第3章第3節）、同六号（第3章第7節）、同九号（第4章第3節）、年報医事法学七（第5章第3節）等に発表した諸研究がある。論者は従前よりの研究を本論文のために書き改めて、本論文の主題である医師の

説明義務と患者の同意という問題に集中構成し、積年に渡る論者の医事法研究の成果をここに集大成したものである。本論文の主たるテーマは、医師と患者との診断・治療・手術等をめぐる法律関係における基本的な課題として、患者に対する医師の側の説明義務と医師に対する患者側の同意との法的意味ないし相互の法的関係を理論的に解明することにある。

すなわち医師と患者との間には、通常は診断・治療についての何らかの合意——診療契約——が締結され（例外的には緊急治療を要する場合や、患者が無意識ないし精神上の障害ある場合とか意思能力を欠く未成年者のような場合には、事務管理の成立あるいは第三者のためにする契約あるいは代理人による契約が成立する場合がある）、医師はこの合意に基づいて、その専門的知識・技能により患者を診断・治療する。

この診療契約の法的性質・具体的債務内容等については周知のように争いがあるけれども、医師と患者との特殊の信頼関係に基づく継続的な関係であり、その直接の動機が患者の健康・生命・自由という基本的な人格的利益の保護にあることはいうまでもない。ここにおいて、医師は患者の健康を回復する職業的使命を有し、そのための専門的知

識・技能を有するからといって、いつでも自己の判断によりあるゆる治療行為が出来るのではなくて、多くの場面では医師の治療行為を受けるか否かの最終的選択が患者の側にあるとする考えが、次第に医師・患者の間に認められてきている。このような患者の意思の尊重が、いわゆる患者の自己決定権といわれる内容である。本論文の基本的主題は、この自己決定権の法的構成の試みにある。

2 本論文の扱う治療過誤事件の主たる問題の所在について

(1) 診療契約における債務内容の確定困難

医療上の過誤ないし事故における患者より医師・病院等に対する損害賠償請求は、多く不法行為ないし診療契約上の債務不履行（不完全履行）を根拠とする。不法行為による従来の構成に対して、近時学説・判例には債務不履行の構成によるものが増加しつつある。

診療行為が、患者と医師ないし病院との診療契約に基づいて行われる通常の場合には、これを契約関係における事故ないし傷害行為として契約上の責任として理解するのが、事実関係に即応した見方であろう（もとより不法行為責任との請求権競合の問題はある）。ただし診療行為の性質上、

これを契約責任と解しても医師の契約上の義務は、救命や治癒という単純な結果債務と見ることは出来ず、病状に応じて善管注意を尽くして診療する、いわゆる手段債務であるから、その義務の内容は時と場合に応じて千差万別であって、その債務の内容を決定することは容易ではない。すなわち診療契約の法的処理は、従来の債務不履行・不完全履行論の拘り定規的な適用では不可能な場面である。

ここにおいて現実が起こった、また起こり得る諸事例の慎重な検討を通じて、その法的処理の可否を具体的に考察する手法が重要な意味を持つてくる。このような研究の必要性はしだいに一般的に認められてきているが、わが国においてはなお判例の集積が不足しており、具体的事例を通して研究を進めることは今後の課題と言わざるを得ない。ドイツにおいて従来積み上げられた膨大な判例理論を整理検討するという河原論文の手法が有意義な所以である。ただしこのことは言うは易しくて、実際に行うのは極めて困難な課題である。現代医学の時々刻々の技術的發展とその専門分化の傾向に直面して、これを法学が体系的に把握し現実の事件を適切に処理することは、容易でない。医学と法学とが連係してこれに当たるべき今後の重大で困難な課題というほかはない。

(2) 医師の説明と患者の同意の問題

診療行為に於ける医師の診療、とくに手術・麻酔のような侵襲とこれについての患者側の同意の法的意味については、違法性阻却事由の問題として従来論議されてきたところであるが、医師と患者との診療契約の面で見ると、医師と患者との信頼関係に基づく医療において、単なる違法性の問題に止まらない基本的原理にかかわる問題である。

すなわち診療関係は、患者の生命・健康・自由という基本的人格的利益の保護を究極の目的とする医師と患者との結びつきであるが、診療行為が本来的に患者のかかる基本的利益に重大かつ決定的な危険をはらむ性質のものである故に、診療行為について医師は専断的な自由を持つものではなく、患者もまた単なる診療の客体としての対象に止まるものではない。

医師には専門的知識と技能により患者の生命・健康の維持回復に勤めるべき公法上・私法上の義務あることは無論であるが、患者もまた自己の人格的利益の主体として、医師の診療活動に協力すべき立場にある。医療は医師と患者との独特の信頼関係、とくに患者の主体的協力なしには、本来不可能な行為であると言つてよい。

診療関係におけるこの信頼関係は、医師側の患者に体す

る説明と、患者側の医師に対する同意の問題において端的に現れることとなる。河原論文は、この問題を、各種の診療関係の各段階・各場面について詳細に分析し検討する。

3 本論文の概要

(1) 本論文の主題と全体的構成

前述のように、医師との治療関係において、治療行為の選択・決定についての患者の意思の尊重——いわゆる患者の自己決定権——の法理的理論構造の解明が、本論文の主題である。この主題をめぐって論文は次のように構成されている。

(2) 医師の説明義務の範囲・内容・種類と法的性質

患者が医師の行う治療行為の選択・決定に関与するためには、医師の側より患者に対する専門的知識・情報の提供——説明——が必要不可欠である。ここにおいて医師に義務づけられる説明の種類と範囲そしてその法的性質が第一に問題とされる（本論第1章）。論者は日独両国の従来の学説による説明の分類を紹介し、診断説明・保護説明・自己決定のための説明——危険説明——を区別し、本論文の中心課題となる自己決定のための説明と患者の同意との関係を論ずる（第2章・第3章）。

(3) 同意の法的意味内容とその法的性質（第4章）

患者の医師に対する同意の意味内容とその法的性質また意思表示としての同意との関係や差異が検討される。同意能力の有無を判定する基準としての意思能力その他の事情（侵襲の重大性と緊急性）の考察と法律行為制度との対比がなされる。また同意能力ある患者から同意を得ることができない場合における推定的同意の法理が認められるための諸要件の検討。また同意の撤回の意味とその法的効果について。

(4) 自己決定のための説明について（第4章・第5章）

1、説明の範囲の確定：経過説明、代替治療説明との関連の考察。

2、自己決定の核心となる危険説明について：その範囲・条件・決定基準の検討。危険の典型性・危険の程度・侵襲の緊急性・合併症頻度・患者の理解力・経験等々の基準また所謂「合理的患者」の概念をめぐるドイツ法上の論争の考察。

3、説明義務の懈怠と侵襲の違法性ならびに生じた傷害の賠償範囲の決定基準について。

4、説明義務の保護法益としての患者の肉体的不可侵性と患者の意思の重視の観点、専断的治療行為に

よる健康利益と自己決定利益との二重平行的侵害状況の発生。人格権の侵害としての自己決定侵害の理論構成の提示。

(5) 証明責任関係(第6章・第7章)

患者の同意を得ずに侵襲を実施した場合における「適法な選択的態様」に関する医師側の抗弁、同抗弁の合理性と実務上の必要性の検討。同抗弁と仮定的因果関係の証明との関係、また患者の治療拒絶の合理性の判断基準と学証責任について。

(6) 治療契約上の付随義務としての診療記録作成義務の問題。その開示の必要性和限界また記録のない事項の処理(第7章)。

(7) 説明義務の懈怠と損害賠償請求権の消滅時効の問題(第8章)。適用規定の選択と時効起算点の確定、とくに患者が請求権を行使できることを知ることの要件の必要性。

4 本論文の評価

(1) 本論文は、医師と患者の診療・治療関係における精神的要めともいふべき説明と同意との問題について、実務上の各種ケースごとに医師の負う説明義務の種類・内容やこれに対する同意の具体的問題点を網羅的に追求し丹念に

整理した実践的労作である。判例の集積の少ないわが国の判例・学説にとつて、ドイツ民法上の実務に積み上げられた膨大な判例理論を詳細丹念に紹介した本論文が貴重な資料的意義を持つことは疑いない。

(2) しかしながら、問題の領域が広大にわたり、専門的・技術的進歩が著しい現代医学の当面する医療過誤・事故の分野について、個別的複雑微妙な事例が集積されるにつれて、その全体を通ずる責任理論の構築が困難の度を加えることはいうまでもない。爆発的に増大しつつある近時の医学的資料を丹念に追跡して、これを法律的価値判断を加えて分析整理し、組織的体系的知見にまで高める作業は、言うは易しくて行うは実に至難の作業であり、一朝一夕に成るものではない。

(3) 本論文を通読して、論者の真摯実直な研究態度は、その膨大な資料の集積・整理とあいまって随所に窺われるが、具体個別的な論点が拡散して、全体像の組織的輪郭がなお判然とせず、わが国の研究に先行するドイツ法学の判例・学説の詳細な追跡に止まり、論者の目指す説明と同意の法理論的構造解明は、わが民法解釈論としては、なお完成の途上にあるものといふべきであるが、このことは上記の困難な作業に長期間に渡る真摯な労力を尽くして、あえ

て挑戦しつつある論者に課せられた難問の必然的な結果と
言うべきであろう。

(4) 本論文に於ける具体的課題の指摘として以下の諸点
があげられよう。

(イ) 実体法上の問題として。

まず第3章第2節以下に扱う「同意の法的性質」論は、
従来の意思表示理論との関連から見て、極めて興味深い問
題提起であるが、諸説の比較検討に止まり、自説の展開が
不十分に終わっている憾みがある。同意・承認等の法理的
解明は民法学上の重要な課題であり、本論文はこの点を解
明する一つの機縁ともなり得るものであるだけに、惜しま
れる点である。

また第4章以下の患者の「自己決定」のための説明につ
いては、この自己決定権こそが本論文における論者の基本
的構想の主題であるのだから、この自己決定権それ自体の
考察をより基本的に纏めた立論が必要であり、それなしに
自己決定権の侵害を理論構成することは、本論文の範囲で
はなお不十分と思われる。

また比較法と解釈学との観点よりすれば契約・不法行為
制度の日独両制度の精密な比較検討が不可欠であり、ドイ
ツ法の判例理論がそのままに日本民法の解釈論に流用され

るわけではないのであるから、本論文における論者の比較
法的研究成果が日本法学の進展に今後いかに生かされて行
くかを期待しつつ見守りたいと思う。

(ロ) 訴訟法上の問題として。

本論文が医師の説明と患者の同意という実体法の課題を
中心に取り上げながら、訴訟の場面を考慮に入れて、医師
の責任を証明責任の視点からも考察している点は、この問
題を多角的かつ実践的に考察したものとして評価できる。
但し本論文が最近のドイツの諸説を参考として証明責任を
論じてはいるが、この証明責任については、日独両法の民
事訴訟法学において精緻な議論が展開されているところで
あり、そのような議論の経過や展開の状況に注目した考察
が、本論文においても望まれるところである。

とくに本論文が、証明責任の内容・分配をいかに決定す
るか原則に関する根本的課題に言及することなく、もっ
ぱらここに取り上げた諸説の見解に依拠して自説を構成す
るに終わった点が惜しまれる。かかる訴訟法上の根本問題
について、この具体的領域において論者がいかなる態度決
定をするかを今後の研究に期待したい。

(5) 上記の諸点については、従来の民事法の諸制度の理
論的関連において、論者の今後の研究の更なる展開を待つ

将来の課題と言うべきであるが、このことは反面において論者が一定の既存の法理論的枠組みを、現実に生起する千差万別の症例に機械的に適用することなく、具体個別的な判例理論の積み重ねの中に、今後あるべき法理論の構築を求めつつ、適切妥当な解決を模索する研究姿勢の反映でもある。

(6) とりわけ論者の取り組む医療過誤の分野においては、このような地道で丹念な研究が当面報い少ないとしても、長期にわたり多くの研究者の努力が継続し積み重ねられなければならぬものである。日々進歩する技術的・施設的特質を持つ医療過誤・事故の分野を、全面的にカバーする法学上の業績は、現在の段階においては何人にも期待できないのであり、軽率に早急安易な結論を求めることは、学問の着実な発展のためにはむしろ有害ですらあろう。この意味で本論文の経過的意義は過小評価するべきではない。

(7) 本論文の価値は、論者の究極の目論見とする理論の総合化にあるのではなく、その前提としての理論状況において、医師と患者とのあるべき将来の信頼関係に視点を集中しつつ、過去より現在に至る数多くの判例・学説の検討を通じて個別具体的論点を可能な限り摘出し提示した点にあり、その限りにおいて本論文が現在のわが国の学問・実

務に顕著な貢献を果たした事実にあると考える。

5 結 論

以上の審査検討を経て、審査員各員は全員一致を以て河原格君の学位請求論文につき、法学博士（慶應義塾）の学位を授与するに相当なものであると判定する。

平成八年八月三〇日

主査	慶應義塾大学法学部教授 法学研究科委員法学博士	内池慶四郎
副査	慶應義塾大学法学部教授 法学研究科委員法学博士	坂原 正夫
副査	慶應義塾大学法学部教授 法学研究科委員法学博士	池田 真朗