Kobe University Repository : Kernel

PDF issue: 2025-01-14

関係的契約論とインフォームド・コンセント、自己決定権

手嶋, 豊 ; 齋藤, 彰 ; 山下, 登 ; 高橋, 裕 ; 石川, 寛俊 ; 和田, 仁孝

(Citation)
CDAMS(「市場化社会の法動態学」研究センター）ディスカッションペイパー,07/ 9J

(Issue Date)
2007-12

(Resource Type)
technical report

(Version)
Version of Record

(URL)
https://hdl.handle.net/20.500.14094/81000004

KOBE UNIVERSITY

CDAMS ディスカッションペイパー
07/9J
2007年12月

関係的契約論と
インフォームド・コンセント、自己決定権

手嶋豊
齋藤彰
山下登
高橋裕
石川寛俊
和田仁孝

(応用研究分野ワークショップ報告記録)

CDAMS
「市場化社会の法動態学」研究センター

神戸大学大学院法学研究科

はしがき

手嶋　豊：ワークショップ・コーディネーター
（神戸大学大学院法学研究科教授・CDAMS センター員）

本ディスカッションペーパーは、2006 年 12 月 18 日に、神戸大学で開催されたワークショップ「関係的契約論とインフォームド・コンセント、自己決定権」の報告記録である。

同ワークショップは、医師・患者関係を、契約として規律することの可能性を探ることをその主たる課題とし、その検討に際しては、関係的契約論とインフォームド・コンセントとを分析の際の共通の素材とすることを、報告者の各先生方にはお願いした。今回、報告をお願いした諸先生方は、それぞれ、ご報告の領域では第一人者と評価されている第一線の研究者・実務家であり、そうした方々のご見解を直接伺うことができたのは、この方面について関心を有する者としては、非常に有益な機会であった。

診療契約は、準委任契約と解するのが日本では通説である。医師患者関係を契約構成とすることは、主に民事責任と結びつけられる形で、わが国では 1950 年代後半には議論が始まっており、こうした議論を反映した下級審判決（神戸地竜野支判昭和 42 年 1 月 25 日下民集 18 巻 1―2 号 58 頁）も注目されたところであった。また、診療録の開示や、顛末報告義務の有無をめぐっても、手続法学者らを中心とした論争が行われており、診療契約を取り巻く議論は、今日に至るまで続けられてきている。しかしながら、その研究は、なお十分なものであるとは言いがたく、解明されていない部分が多いことが指摘されている（近江幸治『契約法（第三版）』民法講義Ⅴ・331 頁(2006)など）。

不十分ながら継続して行われてきた実績のある法律論に対して、近時は、診療契約の一方当事者である患者の位置づけが、従来と大きく変わりつつあるという状況がある。その端的なものは、インフォームド・コンセントの理解と普及が広く一般的に進んでいることであり、これが患者の医療への主体的参加を促す契機になっている。他方、医療過誤訴訟の増加、重症患者のたらい回し、産科領域に顕著な医療崩壊の懸念の増加など、医療と法との相克はますます顕在化しつつある。

本ワークショップは、上記のような問題状況の認識を共有しつつ、診療契約のあり方、インフォームド･コンセントの位置づけや契約論に絡む様々な問題点を提示し、その解決の方向性について、関係的契約論が果たすべき役割等について議論を行ったものである（なお、本ディスカッションペーパーが、コーディネーターの不手際により、ワークショップ後、相当の時間の経過後に公にする点に鑑み、報告者の先生方には、当日の報告後の知見の変化を含めて追記されることをお願いした）。各報告では、関係的契約論を、発展的性格を有する診療契約の考察に用いることの有用性、診療契約のなしうることや契約的規制の問題点、学説と実務との乖離状況、紛争が発生した場合の実務家の視点と対応、学説の貢献とは何か、今後のあり方など、様々な論点について問題提起がなされ、短時間ではあったがきわめて有意義な議論が展開された。詳細は各報告者の個別の担当部分を参照されたい。

本ワークショップを有意義なものとし、ご協力を惜しまれなかった、ワークショップに出席・参加された方々に対して、改めてお礼申し上げる。

「関係的契約としての医療契約」

齋藤　彰（神戸大学大学院法学研究科教授・CDAMS センター員）

1　はじめに

ただいまご紹介いただきました齋藤です。最初に、医事法を専門とされる方々のご報告に先立ち、門外漢の視点から見た、雑駁な医療契約についての分析と感想を提示したいと思います。説明義務や自己決定権は、医事法において最近はやりの言葉と言っていいと思いますが、これを医師という専門家統治の構造という視点から再検討してみたいというのが私の基本的な考えです。統治構造という言葉は関係的契約論とも深く関連しますが、オリバー・ウィリアムソンによる取引費用経済学の研究の影響を受けています[1]。

以下の２では、契約の二つのプロトタイプを取り上げて説明します。議論を単純化すために「関係的契約」と「単発契約」とに分けます[2]。３では、関係的契約としての医療契約の特徴を分析します。４では、契約の統治構造という視点から医療契約を分析します。5 では医療契約の中心を構成する信認義務という視点から説明義務や自己決定という問題を考えます。そして最後に簡単に結論を述べます。

2　実社会における多様な契約のあり方について

2.1 契約の定義

本報告における「契約」とは「独立した人たちが自由意思に基づいて形成する暫定的な関係」であると仮に定義したいと思います。そしてその目的と機能とを、双方にとっての「広義の自己利益」を求めるためのプロセスとして捉えます。

2.2 関係的契約と単発契約

まず、関係的契約をどのように理解するかです。それは契約当事者の双方の個性が非常に重要な要素になってくる契約であり、個々の契約内における両当事者の個性的なマッチングの中で大きな余剰価値を効率的に生み出すことを目指す契約だと考えます。以下で説明するように、医療契約を関係的契約として理解することは現実的であるだけでなく、そうした契約枠組みが有する様々な規範的含意を活用する点でも有益であるとするのが、本報告の一つの結論です。これに対して単発契約とは市場における契約に代表されるものです。つまり匿名の当事者による汎用的で没個性的な大量の即時的交換を、市場メカニズムを効率的に活用することによって実現する契約であるということになります。

2.3 市場型単発契約

市場型単発契約について詳細に論ずるのは控えますが、こうした取引においても信頼性を持たせる工夫はいろいろな形で行われています。例えば売買の目的物に関しては、その多くが大量生産さ

[1] 特に以下の著書を参照されたい。 Oliver Williamson, The Mechanisms of Governance (Oxford UP, 1996)

[2] マクニールによる関係的契約論に依拠しつつ、筆者が単純化のために採用した分類である。

れる商品であり品質が安定していることが、大前提になります。対価として支払われる金銭は、国家がその価値を保証しているので、極めて信頼性が高いものです。また同時交換は、市場の契約における基本原則であり、それが守られることを前提として人々は安心して取引に入っていくことが可能となります。だから市場の契約を行う際に、「お前は一体何者なのだ」と問われることはなく、お金さえ持っていればそれと同時交換に自分の欲しいものを容易に手に入れることができます。そうした汎用性のある方法によって、大量の交換を促進することに適した契約として、単発契約という類型の契約は私達の日常の様々な場面で用いられます。

このような単発契約は、大量生産商品について大規模で円滑な市場を実現することによって、交換による余剰価値の量産を効率的に産出し、現在の私達の物質的な生活の基盤を形成しています。こう表現すると、市場の契約は極めてドライのものに見えるかもしれません。しかしそれは、他人の専門性を多方向的に活用することによって人々が一層豊かになることを目指すものであり、それ自体として社会協力的な行為であるということができます。専門性を生かし優れた商品を生産することも社会協力的行動であるならば、そうした商品を評価して購入し、その価値を実現する（消費する）ことも社会協力的行動といえます。つまりそうした行動の中で、消費者は生産者の能力を正しく生かすことによって生産者の活動を意義あるものにしています。

2.4 関係的契約

それでは次に、関係的契約についてもう少し詳細に検討してみたいと思います。関係的契約は、市場型の単発契約と比較してどのような特徴があるでしょうか。それは、それぞれの個性に応じたマッチングによって、大きな価値創造を目指す点にあると考えます。関係的契約はその性質上、長期にわたる複雑な契約関係となることが多いため、契約当初に双方が合意した約束目的を、長期間に渡ってきちんと実現するように進展させることが必用となります。しかしこれは簡単なことではなく、いろいろな相違と工夫とを当事者たちが凝らす必要があります。現実において長期の複雑な契約は非常に難しい関係といえます。しかし、それを何とかコントロールして成功させたならば、双方当事者にとって大きな余剰価値をもたらすことになります。

多くの関係的契約は、「関係特殊投資」や「関係特殊セーフガード」を伴う特徴があります。関係特殊投資とは、契約当事者双方の内部関係の中においてしか回収方法のない投資のことです。そして関係特殊セーフガードとは、相手の裏切りを防ぐために契約当事者間で設定された様々な方策です。このように当事者たちは自分たちの関係をコントロールしながら、長期的で継続的な関係の中において大きな価値を実現していこうとします。

関係特殊セーフガードとしてここに幾つかの例をあげました。担保や保証はその最も典型的なものです。またジョイントベンチャーであれば、お互いに出資して事業のリスクを分け合うことで相手方の裏切りや機会主義的行動を防止します。また例えば、共通の知人や、同業者の評価・紹介・推薦、第三者による格付、専門家資格、投票的評価・賞・取引先リスト、取引実績、担保・保証、相互投資、契約上の取決（違約罰条項・守秘義務条項）など、様々なものがあります。法律家の目から見れば、私的なものや、そもそも法律の世界に入らないものも、こうした方策において頻繁に用いられます。関係的契約においては契約相手に互換性がないため、相手方当事者による裏切りは時として壊滅的な打撃となります。そこで、両当事者は相手方に契約を守らせるための信頼できる統治構造を形成するために、契約上の工夫による私的な方法を多用する傾向が見られます。

3　関係的契約としての医療契約

3.1 関係的契約と不完備性

関係的契約には、特に伝統的な契約法の視点から理解することが困難な、際だった特徴的なことがあります。それは多くの関係的契約においては、経済学の用語を借りれば「不完備性」が高いという性質です。不完備性とは、次のようなことです。契約の締結時点において両当事者がすべての権利義務を明確に示し、その対価をはっきり決めることが極めて難しいため、価格などの重要な契約条件について明確に合意できない場合が現実にあります。例えば、10 年にわたって石油などの原材料を提供する契約を行う場合、契約時点でこれから 10 年間の引渡しに関して一定の値段を定めてしまうのは非常にリスクが大きいため、合理的な当事者であれば躊躇するでしょう。こうしたタイプの契約関係を続けるには、お互いの信頼関係に基づいてさまざまな契約関係を調整する手段が必要になります。こうした状況は、日常において頻繁に経験する事柄です。しかし法律学で説明される契約の性質とは大きく異なっています。マクニールは、こうした不完備性を伴った契約も含めて、現実の社会に存在する様々な契約全体を合理的に理解するための枠組として「関係的契約理論」を提唱しました。その際にマクニールの議論が、市場型の単発契約しか適切に扱えないこれまでの契約法（マクニールの表現によれば古典的契約法）の批判とその克服に向けられたのは当然の帰結といえます[3]。

しかし、関係的契約も契約の一種であることに変わりはありません。すでに提示したように、関係的契約も、市場型の単発契約と全く同様に、自己利益の実現を求めて行われる暫定的な関係であり、当事者が自由意思に基づいて形成するものです。そして意思に基づく暫定的な関係として、最終的にどうしてもうまくいかない場合には、その関係を解消することも当然に含意されています。しかし関係的契約は、長期間にわたる複雑な関係を通じて相互的な利益を実現することを特徴とするため、当事者間の人的な信頼関係に基づく柔軟な相互協力による関係調整的マネジメントが、その成功のために不可欠な基盤となります。

3.2 関係的契約としての医療契約の特徴

医療契約の最も特徴的な点も、極めて不完備性が高い点にあります。なぜかというと、契約の締結時点では、その内容につて、ほとんど何も決められていないに等しいわけです。治療にどのくらい期間を要するのか。対価の総額は最終的にいくらになるのか。サービスの内容についても同様です。一体どのような治療を自分は施してもらえるのか。注射だけで済むのか、あるいは複雑な検査を受けなければいけないのか。そして最終的には手術を受けなければならないのか。それらについて最初の時点で分かっている方が珍しいといえます。だから、ほとんど何も決められない状態で、当事者たちは契約に入っていかなければなりません。

また特に患者の側から見ると、身体への侵襲も許容しなければなりません。場合によっては手術で自分の体にメスが入ることもあり得るわけです。また治療の過程でさまざまな個人情報や、言い

[3] そのためにマクニールの見解は、長期に渡る複雑な契約のみを扱ったものとして理解されることがあります。しかしこれは正確な理解ではなく、マクニールは単発契約の分析においても優れた成果を残しています。

たくない話も話さなければ、治療効果が上がらないとことにもなります。

こうした契約は、経済学の用語を借りて表現すれば「取引費用」が極めて高い契約ということができます。要するにそうした契約を締結するために、当事者達は極めて高いハードルを越えなければならないことになります。だから放置しておけば、こうした契約はそう簡単には成立しません。しかし、私たちの生活にとって、医療を活用することは極めて重要です。また多くの人々を救うために、医療に携わる人たちは大変な努力を重ねてきました。そうした中で、こうした難しい医療契約を人々に利用しやすいものとするための工夫を、人間社会は経験的に編み上げられてきました。以下では、こうした点についてもう少し詳しく見てゆきたいと思います。

4　契約を構成する3要素とその統治メカニズム

ここに3つの取引を構成する要素を書きました。ここでの取引とは、法律学にいう契約をもっと一般的な表現で言い換えたに過ぎないと考えてください。取引をこの三つの要素（相互性・葛藤・秩序）の相互作用から理解する枠組は、「法と経済学」の先駆けであるジョン・コモンズの指摘を基盤として、オリバー・ウィリアムソンが完成させたものです。

第１の構成要素が相互性です。相互性は次のことを意味します。契約関係に入りその関係を成功させることは、当事者双方に余剰価値をもたらすので、そうした契約を行うことに対するインセンティブが双方に存在します。だから人々は契約に入ろうとするのだということがいえます。換言すれば、Win-Win の関係を構築できる可能性があるから、当事者たちは契約を結ぼうとします。

第２の構成要素は葛藤です。契約には常に葛藤がついて回ります。どういう葛藤かということを簡単に説明します。例えば、売主は少しでも高く売りたいが、買い主は少しでも安く買いたいと考えます。ある商品を交換することに双方的な余剰価値が生まれるといっても、その分け前に偏りがでる可能性があり、その点で契約当事者間には常に葛藤が存在します。このように契約から生まれる余剰価値の取り分をめぐっては、当事者双方の間には必ず強い葛藤が存在します。

そして第３の構成要素として秩序があります。それぞれの人が一つの商品を作る、あるいは一つのサービスを提供するというように、社会における職業の専門化がどんどん進んでいく状況の中で、私達は相互性を活用することによってしか社会を豊かにしていくことができません。そのためには、様々な取引を私たちは円滑に進めていかなければなりません。つまり取引が円滑に進むよう後押しする秩序を、私たちは必要とします。このように個々の取引を起点として、社会秩序が生まれると考えることができます。

4.1 医療契約促進の統治構造

これを医療契約に関して、どのように考えればよいでしょうか。まず相互性の点です。患者としては生命の危機から免れるたり、健康な生活を取り戻すことを強く求めています。こうした目的の実現は、非常に高い価値を持つことは疑いありません。だから、医療契約に入らざるをえないというか、入りたい気持ちが非常に強いと考えられます。他方で医師のほうも、人生の中の極めて多くの時間を費やして高度の教育と訓練を受け、また多大な努力をすることによって専門家としての高い能力を身につけたといえます。そうした能力を生かして自己実現することや、高い社会評価を獲得することに対して強いモティベーションが当然に存在するでしょう。患者を救うために自分は専

門家になったわけです。また高額の収入を得ることへの期待もあるかもしれません。だから、お互いに契約に入ることへのインセンティブは非常に強いと思います。

しかしそこには大きな葛藤も同時に存在しています。特に患者側が感じる葛藤は非常に大きいと思います。例えば、身体への侵襲を許容するとか、個人情報を医師に知らせるとかは大きな問題です。また患者は治療に当たって医師の指示に従わねばならず、治療にどのくらいの費用がかかるかなどについても、いろいろな複雑な問題があります。そうしたものを飛び越えるのは簡単ではありません。そこで様々な方法で秩序を作ることによって、そうした関係をスムーズに行うことができるための工夫がなされることになります。

4.2 医療契約の特徴と専門家資格の重要性

何よりもまず、医師という専門家資格への信頼は非常に大きな役割を担っていると考えられます。いきなりお医者さんの前に行って、すぐに裸になったりしなければいけないわけです。医師という職業が成り立つためには、そうした関係にすっと入っていけるだけの信頼性が最初から確保できていなければなりません。こうした関係的契約で、そうした関係構築をスムーズに進めるためのキーとなるものは、医師個々人への信頼であると同時に、その基盤となる医師という職業集団に対する全体的な信頼だと思います。従って、専門家資格への信頼が大きくないと、そもそも医療自体が成り立ちません。医療契約の特徴として、極めて短期間のうちに高度の信頼関係を確立しなければ、治療効果が上がらないということがいえます。つまり医師資格に対して、即時無条件の信頼をおくことができなければ、医療は機能不全に陥ります。医療行為における医師の裁量の広さを考えれば、医師個々人への信頼を高めることによるセーフガードが決定的に重要となります。

法律的には最近の医事法の研究者や裁判官の努力によって、医師に非常に重い職業上の責任を負わせることで、患者としては安心して医療行為に入っていくことができます。例えば説明義務やインフォームド・コンセントをきちんと守らせるなどによって、患者の安心を確保するためのセーフガードとして提供することができます。しかし医療契約の健全化に向けて、法律的に提供できるセーフガードの範囲は必ずしも広いものとは私は考えません。しかし法的な対応は、シグナルとしては極めて大きな影響力をもちます。法制度とは、基本的には人々の認知に働きかけることで秩序を維持する方法なので、医師の責任を加重するだけでなく、士気と責任感とを高めるために十分な工夫をしていく必要があります。この点が少し忘れられかけてはいるのではないか、との危惧を感じることがあります。

4.3 医療契約における情報非対称の本質性

次に医療における患者の自己決定とパターナリズムの問題について少し考えてみたいと思います。ここで医事法研究者の方々の研究成果をすべて読んではいませんが、私が読んだ範囲で、少し私と意見が違う、あるいは私が少し納得しにくい点をいくつか指摘します。

まず医療に関して情報非対称だということがよくいわれます。情報非対称という言葉は流行語のようになっていますが、結局、専門性を養うということは情報非対称を強化するのではないでしょうか。専門家はより高度の情報を持つし、その職業について高い能力を持つことはそもそもの前提になっているわけです。だからそのことを言ってしまえば、専門性を否定しまうに等しいことになるように思います。それから、「自己決定権のための説明義務」という捉え方にも若干の疑問があります。もし説明を受けることを、医療において様々な決断を必要とするすべての場面で、患者がそ

の決定に関わる権利に基づくものだと言ってしまうなら、私は行き過ぎだと思います。多くの患者は、優秀な専門家の力を借りて最も良い方法で治療してもらいたいと考えているのではないでしょうか。このように専門家を信頼して判断を任すこと自体は、決して自己決定と矛盾しないものではなく、それが専門化による役割分業の一つの当然の結果だと考えます。専門家の裁量に治療を委ねることは、自己決定と何ら矛盾せず、これを安易にパタナリスティックであるとして批判することは、専門化による役割分業を否定することに繋がり兼ねないのではないでしょうか。

「専門性を借りる」ことを目的とした関係的契約に入ること自体が一つの自己決定に基づくものであると捉え直すことで、そうした当事者の目的を行かす方向で契約関係を健全化する方法を検討していくべきでしょう。こうした内容の契約は今後ますます増加していくと考えられます。ここではむしろ「専門性を借りる」という形態の関係的契約を、円滑・安全に進めるためのセーフガードの効果的な設定方法を中軸として、議論を進めることが必要です。私はそうした関係を実りあるように導くことのできるセーフガードにはいろいろな種類のものがあり得ますが、そうしたものをどのように設定していくのか、デザインしていくのかを、議論の中心としていくべきではないでしょうか。

5　医療契約の中核としての医師の信認義務

5.1 信認義務（特に忠実義務）は契約上の義務である。

信認義務についても、最近、樋口（範雄）先生などの指摘もあって活発な議論が行われています。私の考えでは、医療関係における医師の信認義務自体は日本法の立場からは契約上の義務であるいうことに取り立てて問題はないように思います。いずれにしても当事者の意思によって生み出されているものであるからです。特に信認義務の中心である「忠実義務（依頼者の利益を最優先に考えて最善の義務を尽くす義務）」は医療契約の中心を成すものであり、これは契約上の義務であると考えます。

それではこの忠実義務とは、どういう場面において顕在化するでしょうか。専門家は広範な裁量を駆使しなければなりません。自分の判断にしたがって、その時々に患者にとってベストだと思うことを自由にやれるからこそ、専門家を使うことの価値は大きくなるわけです。そのことを無用に制約しようとするのは、患者にとってもよい結果とはならないと考えます。しかし高度な専門性や広い裁量には大きな危険も伴うから、専門家をコントロールするためのセーフガードとして、この忠実義務を守らせるための仕組みが、経験の蓄積に基づいて創出されてきており、その法律面での対応が信認法制度あると考えます。忠実義務は曖昧な概念ではあるけれども、裁量を関係的契約の本旨にしたがって用いるべきシグナルとして、かなりの程度機能してきた実績を持っています。英米法では、忠実義務違反に対しては、衡平法上の様々な救済方法を迅速に用いることができる。

次に、信認義務を中心として、特に忠実義務を中心として説明義務をどのように考えるかという点です。私は、医師は様々な患者との個々の個性的な関係において、「この患者にとってはこれがベストの方法であろう」とか「あの患者にとってこれがベストの方法だろう」というように、その判断自体は当然に異なって良いと考えます。しかしもちろんその判断は、専門家として責任を持ってなされなければなりません。そしてその判断には、ここでこのことはきっちり説明しておくべきか、

あるいは、この場面でこの患者に自己決定の機会を与えるべきであるかどうかも、医師は自分の忠実義務に従って判断すべきであると考えます。もちろんそこで判断を誤れば、当然に忠実義務の違反になると考えます。

言い換えれば、患者の自己決定を尊重すべき場面であるか否かの判断は、基本的には医師の忠実義務に基づいた裁量の行使に委ねられていると考えます。もちろん医療行為には定型的なものも少なくないため、ルーティン的に判断して処理できる場面もあるでしょう。しかし状況によっては、「説明し過ぎ」がかえって忠実違反となる場合もあります。

5.2 医療契約における様々な義務

医療契約を考えるときに、準委任だとか請負だとかいろいろな説明があり得ます。しかしこれだけの複雑な契約になると、その中にはいろいろ違った種類の義務が混ざり込んでおり、それは別に不思議ではありません。また一つの契約だからといって、その中で課される義務のレベルがいつも同じではないと思います。だから歯医者さんで、セラミックの歯にすればどうなるかとか、保険の治療で歯を作ればどうなるかというような、セラミックの歯も属性を説明してもらうというのは、単なる商品の説明義務とほとんど変わらないのではないでしょうか。通常の医薬の効能や副作用の説明もほぼ同様でしょう。

しかし重要な治療方針や手術の方法等の説明は、医師の忠実義務に基づいた高度の裁量の行使によって依頼者の利益を最優先に考慮して、どのタイミングで、どの範囲において、どのような方法でなされるべきかを、慎重に決定すべきものでしょう。例えばその患者との個性を考えて、そうした説明をしない方がよいとの結論に達する場合は幾らでもあり得ると思います。

医療行為には非常に定型的なものは少なくないので、ルーティンとして「こうした類型のこうした場面では、こうした説明をしなさい」ということを、ある程度明確に示せる場面は少なくないかもしれません。しかしその中心においては、医師は患者個人と向き合い、その二人の間の個性的な関係の中で最も良い方法を考えていく義務を負うので、本質的には類型化に馴染みにくく、個別具体的な判断に依存するところは非常に大きいであろうと考えます。

5.3 医療水準論へのいくつかの疑問

医療水準も、日本の医事法においてよく議論されるところですが、この点についても若干の異論があります。基本的には忠実義務を求めるときに、それはその医師にとってのベストを求めるべきであると考えます。医療水準に達している治療行為を行っても、その医師個人のベストがそれを上回っていれば、それで責任がないということにはならないと思います。逆に、医療水準を下回る能力しか持たない医師がいても、その人にとっての忠実義務という意味では、最善を尽くす義務を要求するに尽きており、それ以上のことは基本的に要求できないのだろうと思います。繰り返しになりますが、もし医療水準をどのように確保するのかを考えるとすれば、それはやはり別の方法で行うべきであると考えます。例えば専門家の自治組織による努力によって確保されるべきです。例えば継続教育や専門家自治に基づく懲戒制度など他の側面で補っていくべき問題であり、医師個人の法的責任を問う場面において、そうした議論は基本的にはするべきではないと思います。

6　これからの課題

最後にまとめを述べます。まず、法律家が医療のすべてを理解可能であると考えるような法律家万能論には大きな疑問を感じます。医療過誤における因果関係の認定についてもそういった傾向が見られたことがありました。医療関係者の医療水準に関する議論に関しても、法律家が医師という専門家たちの世界に、無神経に踏み入り込みすぎているかもしれないという恐れを素人として持ちます。医師の裁量を制約するという意味で、義務の明確化が必要だと主張される人たちがいるとすれば、もう一度慎重に考えていただきたいと思います。良い専門家は、その場面場面に応じて裁量を駆使して自分のベストの判断および処置をしようとするからこそ能力をいかんなく発揮できるわけであり、そうした能力として専門性を身につけてきたわけです。だからこうした議論は、極めて慎重に行われる必要はあると思います。

次に、関係的な契約である医療契約を、とにかく成功裏に終えるようにする点で、医師と患者の利害は完全に一致しています。両当事者にとってメリットが出るような形で、できる限り余分なフリクションを防ぎながら、相互利益を実現するという意味において、法律的なセーフガードは慎重かつ的確にデザインされなければなりません。しかしそれに限定されず、さまざまな私的なセーフガードや法律以外の制度的セーフガードが存在します。創意工夫によって新しい方法を考えることも可能です。そうしたものをいろいろと効果的に組み合わることで、全体としてよい方向にコントロールするための構図を私たちは必要としています。

そして、そうしたことを考える際に、専門家の統治構造全体は当然に視野に入れなければならないし、そのための研究を急ぐ必要があります。医師や法律家に限らず、様々な専門家がますます重要な役割を果たすようになってきました。だから、専門家集団の内部自治の構造・行動基準および懲戒制度・養成および継続教育制度などの問題などについて、各国の状況を調べる必要があります。少なくとも現在につながる医療制度を、古くから自分たちの文化として育ててきた諸国の方法を広く再検討することによって、日本における医師患者関係がどのようにすればうまくいくのかを考えていく視角が必要になると思います。

非常にざっぱくですが、これで私の報告とさせていただきます。どうもご清聴ありがとうございました。

②「関係的契約論とインフォームド・コンセント」

山下　登（神戸学院大学法学部教授（当時、現・岡山大学教授））

ただいまご紹介にあずかりました神戸学院大学の山下と申します。どれくらいの報告ができるか分かりませんが、今から報告させていただきます。よろしくお願いします。

私が手嶋先生からいただいたテーマは、関係的契約論とインフォームド・コンセントの関係についてでした。何度か手嶋先生にお伺いしたり、齋藤先生にもお電話でどういうアプローチされるのかをお聞きしたのですが、なかなか切り口が把握できないので、かなり悩みました。とりあえず、レジュメに書いたような順番でお話しさせていただきたいと思います。

ただ、関係的契約論といっても、私自身が十分に理解できておらず、日本語で紹介されたものしか読んでいません。しかも、主として内田先生の書かれたもの（内田貴『契約の再生』弘文堂、1990年）に依拠させていただきましたので、それ以降におけるマクニールの理論の展開がどれくらいあったかも、十分に把握できていません。そのため、関係的契約論の理解に誤りがありましたら、ぜひお教えいただきたいと思います。

説明の順序ですが、齋藤先生は分析の視点を非常に体系的かつ明確に示されましたので、重複することもあるとは思いますが、最初に関係的契約の特質とその医療契約への適用が可能かどうかについてお話をしたいと思います。

続いて、医療契約におけるインフォームド・コンセントの位置づけをお話ししたいと思います。ここでは基本的にインフォームド・コンセントの議論と診療債務の確定の話は従来、切り離されて論じている傾向がありましたが、必ずしもそうであるべきではない。説明-同意の過程を通じて、医療内容が具体化される。言い換えれば、主たる債務である診療債務の内容が明確になってくる。それ故、説明義務は診療債務と有機的に密接につながっているのではないかという視点を提示したいと思います。

これは関係的契約論の観点からしても、医療契約が診療過程の進行に伴って、当初は不完備で内容がほとんど明らかでないものが、説明-同意のプロセスを通じて次第に具体化されていく。そのため、契約内容の確定は、かなりあとにずれ込んでくる。私は、結局、治療が終わった最終段階で、やっと契約内容が確定しているのではないかと最近思うのです。そういう意味で誤解があるかもしれませんが、医療契約は特殊な契約ではないかと思います。

３番めは、先ほど齋藤先生が言われた忠実義務とほとんど同じ意味ですが、医事法学ではそれに類似する言葉として、助言義務あるいは配慮義務という言葉が用いられていると思います。説明義務と助言義務、配慮義務の関係については、我が国では両者の対立という議論のされ方はしませんが、ドイツでは一部の学者が、患者にとっての最大の利益は治療効果を促進させることにあり、そういった意味での配慮義務、すなわち、治療効果を促進するための助言ないし配慮義務と説明義務は、一致する場合もあるが、方向として逆になる場合もあるということを指摘しています。説明義務を強化することが、かえって健康状態の悪化につながる場合もありますので、そういう意味で、助言義務と説明義務の関係も一応考えておく必要があるということです。

引き続いて４です。これも全く生煮えの状態で申し訳ないのですが、インフォームド・コンセントと関係的契約論といわれているものとに、どのような接点があるのかについてお話ししたいと思

います。

最後に、まとめとして2つの点を取り上げます。第一は、同意の前提要件としての説明という従来の理解を維持すべきか、という点です。従来は、違法性阻却事由しての同意の前提として、医療の内容、有効性、危険性、あるいは代替的治療方法等についての説明が必要となると考えられてきました。しかし、そこでは契約内容の形成とは一応別のところで、一身体への侵襲行為というのは、それ自体傷害として刑法上も違法性が推定されるわけですが一医的侵襲の違法性の推定を打ち破るものとして患者の同意がこれまで位置づけられてきた。同意を法的に有効ならしめるために、説明義務が要求されてくる。そういう議論の立て方が従来は通説的な考え方だったのですが、それでいいのかどうかということです。

第二に、がん等の難治性疾患における家族の関与のあり方を再考する余地はないかという点です。我が国ではこれまで、難治性疾患の診療に際しては、多くの場合に家族が診療内容の形成や、場合によっては代諾という形で意思決定を患者に代わって行ってきましたそれが果たして妥当といえるだろうか。また、それは関係的契約理論からすると、正当化されそうにも思えるのですが、そもそも関係的契約論の立場に立てば正当化されるのか、正当化されるとして、それが妥当かどうか。そういった点について私見を交えてお話をしたいと思います。

最初に、契約というのは、将来一定の事態（交換）を実現しようとする当事者間の企画だと考えられます。現時点では、もちろん利益の交換というのはないわけで、利益の交換というのは将来に持ち越されているというわけです。

契約違反については、契約内在的規範と契約外在的規範があります。内在的契約規範における共通の規範として、マクニールは10ほど挙げていますが、そのうち特に単発的契約と関係的契約とでは、マクニールが挙げている規範においても重点の置き方が違うと考えられます。

まず、単発的契約規範において重視される規範としては、プランの実行、計画の実行、同意の遂行が挙げられます。そこで問題となるのは、単発的契約における視点としては「現在化」と「単発化」です。現在の時点ですでに将来のことも全部見込んで合意がなされている。したがって、事情変更によって権利・義務の内容が変動することはないということですが、現在の合意が、将来における契約内容をすべて規定してしまうということです。

これに対して、関係的契約において重視される規範として、マクニールは、役割保全、契約的連帯、社会のマトリックス（背景）を挙げています。インフォームド・コンセントについては、特に最近は経済的な背景が非常に重視されていると思いますが、社会的背景との調整が重要になってくる。契約当事者間の「関係の保存」「関係の中のすべての要素の調和」がここでは重視されてくるということです。

さらに、より具体的には「柔軟性」「相互性」「権力」といった要素も単発的契約においては契約の外に存在する規範と考えられるのに対し、関係的契約においてはまさに取引の中で機能する重要な規範となってくると考えられます。

特に関係的契約においては、当事者の当初の合意は契約内容を確定するうえで、単に一つのファクターとしての地位を占めるにすぎません。先ほど齋藤先生のおっしゃった、まさに不完備契約ということですが、契約内容は契約の進行と共に徐々に確定し、変化していくということです。

次に、第二の問題に移りますが、それでは医療契約においてインフォームド・コンセントがどの

ように位置づけられてきたのか、法的にどのように認められてきたのかということです。従来の通説からいうと、契約の成立要件としての診療の申込とインフォームド・コンセントは相互に無関係のものである、インフォームド・コンセントは契約内容に影響を及ぼさないと考えられてきたと思います。つまり、医療契約の性質は、患者側の診療の申込と医療側の窓口での診察券の交付、または事実としての診療の開始によって成立すると解されてきたと思います。特に医療の場合は、何が承諾にあたるのかがはっきりしません。例えば、「口を開けてください」と言って患者に口をあけてもらって、懐中電灯でのどの奥を見る。その時点で医師と患者が最初に接触したのであれば、その段階で契約が成立するのではないかと。したがって、明示の承諾はまず考えられないということです。黙示的な、あるいは態度による承諾がほとんどの場合だと思います。

しかし、こういう立場をとっても、契約成立時において契約の中身がすでに確定しているとは、従来の学説も考えていなかったわけです。従来の学説も、契約内容というのは、成立時においては大枠しか決まらない。具体的には時々刻々変化する患者の症状に合わせて、医療水準に適合した診療行為を行うことが合意されているだけです。そして具体的な契約の中身に関しては、診療が開始されてから後の診療の経過と共に、徐々に確定されてくると考えているわけです。インフォームド・コンセントは、それとどう絡んでくるかということなのですが、ほとんど関係しないと考えているわけです。

つまり、従来の見解では、医師の説明を、医療行為に対する違法性阻却事由である患者の同意を法的に有効ならしめるための前提要件と解していたわけで、そこでは診療内容そのものは、契約成立時には不確定で、事後的に診療の経過と共に確定されていく。そこだけは最近の見解と一緒なのですが、事後的に契約内容を確定していくプロセスにおいて、説明―同意がどういう影響を及ぼすかということは、ほとんど考慮されてこなかったといえると思います。したがって、一見すると、このような伝統的な通説の理解は、次に述べる最近の見解とさほど異ならないようにみえますが、インフォームド・コンセントの法的意義を、違法性を否定するための要件に限定した点で、説明―同意のプロセスが契約内容へと反映する可能性という視点を全く欠いている点において、近時の見解とは大きく異なると考えられます。

それに対して最近の見解は、京都産業大学の高嶌先生や東北大学の河上先生が言われていることですが、説明義務と診療義務の有機的関連を強調するという考え方です。すなわち、個々の侵襲性を伴う診療行為を実施するたびに説明義務が履行され、それに対して説明の内容が納得できれば、医療行為の実施を同意する。納得できなければ、さらに説明を求めて、別の医療行為を選択する。それに対して患者の同意や選択がなされることによって、主たる債務である診療債務の具体的内容が確定されていく。その意味では、元来は医療契約を想定して考え出された概念ではないですが、一部の論者が言うように、医療契約は「練り上げ型の契約」であるといえるのではないかと思います。

この考え方ではＩＣ（インフォームド・コンセント）は、医療行為の違法性を阻却するという意義にとどまらず、当初未確定であった診療契約を、診療行為に対する患者の症状の変化および患者の対応を踏まえて、具体化する手段としての意義をも有している。むしろ私は、違法性阻却事由としての意義よりも、そちらのほうが重要ではないかと、特に診療契約論の観点からは考えています。

次に、説明義務と助言義務（ないし配慮義務）の関係について簡単に触れたいと思います。これは患者の最善利益を図るために行動するという先ほど齋藤先生のおっしゃった忠実義務の内容と完

全には一致しませんが、ほぼそれに類する概念として私は用いています。これも齋藤先生のおっしゃった議論と非常に重なるのですが、専門家対素人の契約において、患者に対して患者の欲する情報をすべて提供し、情報面の格差を一切解消し、対等当事者として契約交渉に参加する機会を与えるために説明が必要だということは、医療契約の場面でもけっこう言われることですが、そういう考え方が妥当といえるのか。そういう考え方ですと、結局は医学の教育と同じことを患者にしなければいけない。それは時間的に大変だし、患者にはその理解力もないという問題もありますが、もしそういうことにしてしまうと、患者に対する医師の専門家としての責任感の希薄化につながらないか、責任感を薄れさせないかという問題もあります。また、患者は医師の専門性を信頼して、医療機関の門を叩いているわけですから、当然、専門家としての判断に対して信頼をしているわけです。そうすると、必要な説明の範囲は、必ずしも患者の要求するものすべてではなく、医療上の観点から必要なものかどうかがポイントになると思われます。医療上の観点から、患者の判断に影響を及ぼすほど重要なものであるかどうかということで、明らかに判断に影響しないような情報であれば、患者が要求しても説明する必要はないと考えられるわけです。

もちろん、患者の理解を妨げるような、あるいは患者の理解を混乱させるような瑣末な情報、あまりにも事細かな医学的な術式に関する情報は、患者の理解を妨げる点で、むしろ配慮義務の観点からすると、まずいわけです。今言った専門家としての責任や対応の必要性がそこで問われてくる。全面的にすべての情報を患者が要求すれば、説明するという立場は妥当ではないということです。

そうしますと、逆に患者の希望や意向が表明された場合に、それをどこまで取り込むかが問われることになります。実際に裁判で争われた争点として、医療水準としていまだ確立されていない治療法についても患者の真摯な希望が表明され、また、そのような治療法の存在について、医師自身も知っている、また、その事例は医師自身も過去に実践したことがあるという場合に、医師は、自らは実施する意思のない場合にも、未確立の治療法について説明する義務を負うかという問題があります。具体的には、平成 13 年 11 月 27 日の最高裁判決では、乳がんの治療に対して、脇の下のリンパ腺を全部取ってしまうという定型的手術を行うのか、乳がんに罹患した乳房の部分だけを限定して切除するか。要するに乳房温存療法でいくのか、定型手術をするのかについて患者に選択させるために、実施が予定されていない乳房温存療法についてどこまで説明すべきかが争われました。

このケースでは、乳房温存療法、つまり患部の周囲だけを切り取るという方法は、医療水準としてはいまだ確立していないと裁判所は判断しています。にもかかわらず、患者の希望や意向が表明されている場合は、医療水準に達していないものについても説明すべきである、実施する義務はないけれども、乳房温存療法を実施している医療機関の所在については、説明すべきであると言っているわけです。これは先ほど言いました患者の判断に影響を及ぼすような医療上の重要な事項について説明すべきであるという立場からすると、治療効果の問題にそれほど影響するものかという感じがするわけです。しかし、乳房が全然なくなるのかどうかは、患者の主観的な満足度に影響しますので、むしろこれは説明義務というよりは、患者の意向なり希望を反映させるという広い意味での配慮義務になってくるのかと私は思っています。

次に、がん等の難治性疾患に対する説明のあり方ですが、以前は患者に対する説明も家族に対する説明も、いずれも不要であるとするものがほとんどであったのですが、そこに挙げている、東京地裁平成６年３月 30 日の判決は、家族への説明義務を初めて肯定しました。

これに対して平成７年４月 25 日の最高裁判決。こちらは判決日は遅いのですが、提訴はもちろんこちらの方がずっと早いわけなので、事案としてはこちらの方が古いのですが、この事案では、患者および家族に対するがんの疑いについての説明義務を否定しています。事件自体、つまり診療の時点は平成７年の最高裁の事案の方が古いですから、その間のがん告知に対する世間一般の考え方、あるいは医師界での考え方が変化したということもあるかもしれません。

しかし、むしろ判決の見方として、なぜ結論が違ったかという点で留意すべきなのは、事実関係の違いです。すなわち、平成７年判決の事案は、初診段階で検査を受けた。そうすると、超音波検査で胆のうがんが強く疑われた。患者さんに対して、胆のうがんの疑いについて説明せずに、胆石ができているかもしれないので、精密検査を受けるために入院してくださいという説明だけをした。しかし、患者は胆石だったら別に急がないだろうということで、前から希望していた海外旅行に出かけていって、帰ってからもなかなか入院しなかった。その間に病状が悪化して、実際に自覚症状が出て受診したときには、手遅れだったというものです。

そういった事案について差が出たのは、平成７年の最高裁判決のケースでは、初診段階で疑いが生じたにすぎない。つまり、疑い診断の段階で患者が受診をやめたわけです。そこでは医師・患者間において明確な確定診断を告げることができるような信頼関係がなかった。つまり、説明しても大丈夫かどうか、患者が同意しないかどうか、理解できるかどうか、受容できるかどうかを判断するための材料が、お医者さん側になかったというわけです。したがって、ちょっとこじつけになるかもしれませんが、医師・患者間に説明の要否を判断できるだけの信頼関係が形成されていなかったことが、平成７年の最高裁判決と平成６年の東京地裁判決との結論の違いを生み出しているのではないかと思います。

これをあえて関係理論に当てはめるのが適切かどうか分かりませんが、関係が十分に形成されていないことが、医師・患者間の関係が十分に確立されていないことが、結論における両判決の差異をもたらしたという点では、関係的契約理論的に説明することも可能ではないかと思います。

次に、がん告知に関しての、割と最近の平成 14 年９月 24 日の最高裁判決を取り上げます。これは患者が、余生を家族から手厚い介護、配慮を受けて暮らす。そのためには、患者本人にはがんを告知することは、治療上の悪影響もありますから、告知する必要はありませんが、余生を享受する権利を実現するためには、家族に対して医師は患者ががんにかかっていることを説明しなければいけないという判決です。

本判決の読み方は少し難しいですが、ここで必要とされた家族への説明は、インフォームド・コンセントを確保するための説明、治療行為の違法性を阻却するための説明でないことは明らかです。患者が家族から手厚い配慮あるいは看護を受けて、余生を全うできるようにする権利を裁判所は観念して、その権利を実現するためには家族自身、患者ががんにかかっていることを知る必要がある。何故なら、もし患者ががんにかかっていることを知らず、余生がどれぐらいであるかを知らなければ、家族としても残された人生を最大限満足して過ごさせてあげたいと思うには至らないと考えられるからである、と判示しています。そのためには、やはり患者の家族に対して、がんの告知をする必要があるのだということです。ですから、ここでは患者の余生享受権という、法的保護に値する利益を実現するために、家族への説明が必要となってくるということです。

したがって、本判決では、従来の、違法性阻却事由としての同意を患者から取得するための説明

―がん告知―ではなく、それとは別の末期領域における家族の患者への関わり方、関係の持ち方という点で、説明義務が要求されてきていると見ることができます。

ただ、それは患者本人にズバッと全部説明してしまえば済む話で、回りくどいことをする必要はないのではないかとも思われます。しかし、むしろ我が国の家族の患者との関わり方は、必ずしも悪いものばかりではなくて、末期を家族に看取られながら安心して家で暮らせることも重要な意味を持つと思います。ですから、この判決の言っていることは、必ずしもナンセンスとか、自己決定権の無視ということにはならないと思います。

次に、ＩＣと関係的契約理論との接点ということですが、レジュメには総論的検討、各論的検討と書いてありますが、それほど大した違いはなくて、以下にお話しすることはどちらにも関連するものが多いと思います。

まず、医療契約における「柔軟性」「相互性」という要件を重視する必要があると思います。そういう意味では、齋藤先生がおっしゃったように、医療契約は基本的に関係的契約として説明することが可能であると思います。

柔軟性ですが、何故それが医療契約で問題になるかというと、医療というのは症状の変化に即応して臨機応変に診療内容を変化させていく必要がある。そういう意味では、医療契約は患者の時々刻々の症状の変化に診療内容を対応させていくという意味で、当初から一律に確定されていたのではまずいので、当然、柔軟性が要求されるということです。

次に、相互性ということですが、これは若干私の理解に誤りがあるのではないかという心配があるのですが、専門家として、医師はどういう情報を提供すべきか。もちろん、情報だけではなく医療内容もそうなのですが、ここでは情報の話なので、どういう情報を提供すべきかに関しては、専門家としての見地に基づくセレクトが必要になってきます。そして、セレクトするだけではなく、必要であると医師が考える治療方法を、理解不足や不合理な価値観の故に患者が受け入れない場合には、必要な治療を患者に実施しうるようにするための説得義務が当然出てくる。これは先ほどの配慮義務とほぼ同じような意味です。そういった説得義務という観点から、情報の提供あるいは説明が必要になってきます。

それに対して、患者も治療法に対する意向や希望を表明する必要がある。そうすることによって、どういう情報を提供されるか。また、提供された情報に基づいてどういう選択が患者によってなされ、医師によって受け入れられるかということが決まってくる。ですから、情報提供に基づく相互の意思の交換というか、意思の影響の仕方がここで問題になってくると思います。

次に、レジュメに星印で書いていることは関係的契約論とは直接の関係はないと思いますが、単発的契約というのは要件が決まれば、自動的に当然に効果が決まる。つまり、ルールによって当然、医療効果が決まる。ルールを満たす要件が充足されれば当然、効果は自動的に出てくるということです。それに対して、スタンダードというものは一定の行為の枠組み、大枠しか決めない。医療水準はまさにスタンダードです。医療というのは基本的に大枠だけが決まっていて、診療経過の進展とともに何をすべきかが、徐々に具体化されていく。そういう意味では、ルールよりもスタンダードによる行為規範の確立が望ましいと考えられます。言い換えれば、医療の柔軟性からそういうことが言える。医療というのは、柔軟性を重視すべき契約だといえるわけです。

続いて、経済的背景がＩＣにもたらす影響ですが、これはアメリカなどでも economic informed

consent ということで、アメリカは日本のような国民皆保険制度を採っていませんから、ほとんどの人は民間の医療保険に入っている。医療保険に入れない人は本当に低劣な医療しか受けられないのですが、医療保険に入っていても、受けられる医療内容、受けられる医療のプログラムが違ってくる。そこで、あなたの掛けている保険料でどこまでの治療が受けられますということを、お医者さんから説明すべきではないかという議論が非常に強くなってきています。これに対し、我が国や国民皆保険をとっている点で日本と共通点を持つドイツでは、治療費（保険診療ではカバーされない自己負担分）について説明すべきか否かについては殆ど論じられてきませんでした。それは先ほど齋藤先生が言われたように、よほどの高度先端医療や歯科診療以外は保険で賄えますので、患者が治療費を心配して、こんな治療は保険では受けられないのではないかという心配をする必要がなかったからです。しかし、最近ドイツでも医療費の抑制が重要な政策課題として活発に議論されるようになってきたこと、医療費の高騰で保険財政が破綻に瀕していることが明らかになってきたことから、経済的事項についてどこまで説明すべきかに関する議論がドイツでも非常に活発になってきています。

そこではどういうことが言われているかというと、まず健康保険です。健康保険によって填補されない医療行為について、これは保険では填補されませんが、しかしながらあなたの治療には必要ですということを、医者は患者にどこまで説明すべきかが議論されつつあります。

もちろん、従来ですと医療資源にほとんど問題なかったですから、それほど医療機関の人的・物的設備は個々の医療機関、大学病院等の高度専門医療機関かそうでないかによって、極端な差はなかったのですが、最近は医療機関によって、人的・物的設備に相当差が出てきている。ある医療機関で受けられても、ある医療機関では受けられないことが非常に増えてきているわけです。医療費抑制政策によって、医療機関に格差が生じてきていることから、当該医療機関でどこまでの手術や治療ができるか、どれだけのスタッフを備えているか、どれだけの手術件数があって医師はどれだけの能力を備えているかを、どこまで説明すべきかが問題になってきています。我が国でも早晩こういった問題は出てくるのではないかと思います。

次に、各論的検討と書いていますが、一つは、医療の状況、類型に応じて説明義務のあり方に差をつけるべきではないかということです。これも医師・患者関係の内容によって説明のあり方は違ってくるだろうということです。これは吉田邦彦先生の言われていることですが、医療の緊急性・危険性・必要性等の要素と説明に要する時間的コストの比較衡量によって、説明の範囲・方法を区別すべきであるという考え方です。

一つめに、リスクが小さく、短時間で処理できるルーティンな医療か否か。二つめに、緊急を要する医療か否か。三つめは、単発的・継続的という関係的契約の説明をそのまま使われているようですが、単発的な医療（急性疾患）か継続的医療（慢性疾患）かというようなことです。四つめは、医療上の必要性よりも、患者の意向、あるいは主観的希望が反映される医療か否か。不妊手術・美容整形・歯科診療は、患者の意向ないし希望は反映される医療だといえるわけです。五つめに、他に医療上有意義な治療方法が存在するか否か。

では、以上の類型の違いに応じて説明のしかたをどう変えるかということですが、一つめのケースでは、基本的に説明はルーティンで決まり切っていますし、それほど難しくないですから、簡略な説明でかまわない。

二つめの緊急を要する医療の場合は、一つ目とは違いますが、説明に時間がかかると病状は悪化しますから、時間的コストが大きすぎるということで、説明の範囲は制限してかまわない。

それに対して四つ目の医療上の必要性よりも患者の希望を反映すべき医療、美容整形に代表されるようなものは、時間的な切迫性もありませんし、時間をかけることができますし、患者の希望を反映することが求められるわけですから、当然、患者の希望に沿える治療かどうかという詳しい説明が必要になってくるわけです。

それから難しいですが、五つ目の代替的な治療方法が存在する場合は、医師の勧める治療方法が唯一絶対である場合に比べると、医学的適応性や必要性は低いわけですから、当然説明の範囲は広くなってくるだろうと思います。ただ、そこで問題なのは、医療水準として確立されていない治療方法についてまで、果たして説明する必要があるのかという、先ほど出てきた問題です。患者の希望が表明され、しかも一定の医学的な評価がなされている治療方法に関しては、説明すべきだと私は思いますが、新美先生などは、医療上いまだ確立されていない治療方法について説明義務を課すのは医師にとっては酷であると同時に、極論すれば、医師にとっては自分のベストではないと思っている治療方法を説明するのは、医師の専門家としてのプライドを傷つけるものである。それと同時に、医師の専門的な判断を無視するものであり、かつ場合によっては実験的な医療に患者を供するに等しいと言われます。そこまでは言いすぎかとも思いますが、基本的にはそのような危険性は否定しえないのではないかと思います。

それから、三つめの単発的医療か継続的医療かということですが、これはSzaszという人の見解を吉田先生は紹介されていますが、急性疾患のような単発的医療の場合は、もちろん時間的な制約もありますし、医師・患者関係の構築という点でもまだ十分ではありませんので、説明はそれほど多岐に及ぶものではないとされています。もちろん、危険性、必要性ぐらいは説明する必要はありますが。それに対して糖尿病や腎臓の透析医療のように、慢性疾患に対する治療の場合には、医師・患者に相当長期間にわたってすでに診療関係が存在しているわけですし、今後も継続するわけなので、当然、患者の希望や患者のライフスタイルに合わせた形で医療が行われる必要がある。そういう意味で、患者の希望ライフスタイルを反映させるような医療を行うためには当然、患者に対して十分に意向を聞いたうえで、その意向に即した説明がなされる必要があるわけです。説明が、急性疾患の場合にはレディーメイドであるのに対して、慢性疾患がオーダーメイドになってくるのは、ある意味当然ではないかと思います。

それから、がん等の難治性疾患における家族への説明の意義ですが、患者に説明する代わりに、家族に対して説明し、患者から同意を取る代わりに家族から同意を取る。いわゆる意思決定を家族に代行させることは、日本では別に疑問視されていないようですが、それはやはりおかしいと思います。というのは、代行ないし代諾は、患者自身に同意能力がない場合は、当然説明はもともとできませんから当たり前ですが、患者自身に理解能力・同意能力がある以上、幾ら説明が悪影響を及ぼすといっても、その場合に家族に説明し、家族の意見を聞くことは、もし患者に説明したら、どういう態度をとっただろうか。同意しただろうか、拒否しただろうか、別の治療法を選んだだろうか、といった患者の意向・希望を推定する、探るための情報提供者としての役割に、家族の役割は限定されるべきではないかと考えるからです。どうもそう考えていない判例が多いようなので、そこが少し気になるところです。

それに対して、患者の余生享受権実現のための家族への説明という点では、むしろ家族に適時に説明がなされることにより、患者は自己の余命がより安らかで充実したものとなるよう、家族から手厚い配慮を受けることが可能となる。家族の協力と配慮により余生を全うすることは、余生におけるライフスタイル、生き方という患者にとって重要な利益を保護するために必要ですから、こういった説明は必要ではないか。しかし、これは代諾とは全く関係がありません。

最後にまとめます。繰り返しになりますが、同意の前提としての説明義務という伝統的理解には問題点があると思います。何が問題かというと、一つは当事者間の交渉プロセス（説明―同意のプロセス）を通じた契約内容の段階的具体化という視点が全く抜け落ちてしまっているということです。

２番めに、医療の類型により説明のあり方に差をつける必要性があると考えます。第一に、先ほどルーティンな医療や単発的医療の場合は、判断の機会を与えるための同意の前提としての説明というものと配慮義務があると言いましたが、ルーティンな医療や単発的医療の場合については従来型のＩＣ、同意の前提要件としての説明が、説明の意義として認められます。

これに対して、複数の治療方法が選択可能な場合に関しては、同意の前提要件としての説明と、先ほどの乳房温存療法のように患者の生き方、ライフスタイルにかかわるものであれば、配慮義務としての説明も必要になってくる。説明は二つの性格を持つと考えます。

継続的医療（慢性疾患に対する医療）の場合は、もちろん同意の前提要件としての説明に意味がないわけではないですが、当初の治療開始時点で同意の前提としての説明の問題は尽きていると思いますので、あとは患者の病状の変化に応じて医師はどういった対応をすべきか。いわゆる配慮義務としての患者の意向を聞いたうえでの説明、ないし情報の提供が問題になってくる。ですから、ここでは配慮義務が前面に出てくると思います。

最後に、これはあまり重要ではありませんが、がん等の難治性疾患における家族の関与ということで、我が国では家族の役割に非常に重きが置かれていますが、その我が国の実態を、共同体主義（コミュニタリアニズム）の観点で正当化できるかが問題ですし、仮に正当化できるとして、それが妥当なのかどうか。少なくともドイツや幾つか私の知っている国に関しては、同意能力を有する親や兄弟の医療に関して、家族が代諾することはまずないと思います。こういった点から、最後につけ足しですが、難治性疾患における家族の関与のあり方は、今のままでいいのかどうかが少し気になるところです。

ちょっとまとまりのない話になりましたが、以上で、報告を終わらせていただきます。どうもご清聴ありがとうございました。

③「診療契約について」

手嶋　豊（神戸大学大学院法学研究科教授・ＣＤＡＭＳセンター員）

それでは、お手元のレジュメに従い、「診療契約について」という表題で報告いたします。資料に名古屋弁護士会（現在は愛知県弁護士会）で作られた「医療契約書（モデル案）」をつけております[1]。報告の中で適宜ご参照いただければと思います。

１　医師・患者関係の特徴

すでにこれまでの、齋藤先生と山下先生のご報告を通じて、医師・患者関係の特徴についてのご指摘がございましたが、医師と患者の関係は、継続的な関係であるがある意味で非常に特殊な関係であるということ、特にその中でも、患者が医療関係者に対して診療を求めた時点では、患者自身が自分の体調不良の状況が一体どういうものであるのか、よく分かっていないことが多いということ、これは診療する医療関係者であっても、目の前の患者が一体どういうことになっていくのかは必ずしも分からない状況にあるということを、改めて強調しておきたいと思います。そういう中で、とりあえず契約を出発させなければならないという点に、医師・患者関係の第一の特徴があります。この段階で、一体、自分たちはどういう内容の契約をしていくのか、治療費が幾らに上った時点で契約を打ち切るのかなどといったことは分からないということがあるわけです。これらは医療契約の発展的性格という形で要約できると思います。

次に第二の特徴として、齋藤先生のご報告にありましたように、医師を頂点とする医療の専門家は、非常に長期間のトレーニングと、さらに勉強の果てとして専門的な技量を身につけて初めて、臨床の場に登場できること[2]、そのゆえに非常に高度な専門的判断が可能であり、またそうした高度な専門的判断が職務上も期待されている状況にあるということがあります。そのような専門的な知識および能力を駆使して得られた情報は、もっぱら医療関係者の側に集積され、それが以後の診療行為に用いられる状況にあります。

このような発展的性格・一方当事者への情報の偏在という中で、医療というものを、本来対等な当事者間の取引として把握されているはずの「契約」として捉えようとすることは、果たしてどのような意味があるのか、大したものはないのではないか、ということが従来から言われてきております。また、最近では、医師患者関係を契約的構成することは法律家特有の思考パターンに害されているのではないかという指摘もされているところです[3]。

２　最近の医療の傾向

---

[1] 名古屋弁護士会（愛知県弁護士会）医療契約書モデル案については、手嶋豊『医事法入門』(有斐閣、2005)214 頁以下参照。

[2] 医師については、医師法 9 条～16 条が国家試験に関する規律を定め、さらに、臨床研修についての定め（医師 16 条の 2 以下）も置かれている。

[3] 樋口範雄『医療と法を考える』9 頁以下(有斐閣、2007)。

ところで、近時、疾病構造の変化ということが、医療の特徴に関して、プラスアルファして考えなければいけない問題として出てきていることを申し上げたいと思います。これは、従来の医療が、基本的に感染症などを中心とする急性疾患に対する治療、すなわち非常に短いタイムスパンの中で医療行為が行われ、そして終了していくという関係があったのが長く続いてきたわけですが、今日の疾病構造は、生活習慣病など、高齢者に端的ですが、非常に長期にわたる疾病の原因が続けられた末に、ようやく、疾病という形をもって患者に現れてきたものであり、こうした状態は、その原因と同じように、たとえ発病したとしても、それがすぐに急激な形で一定の転帰をとるとは限らないということがあります。この結果として、患者は、医療関係者と、ずっと長い間、付き合い続けることが一般化してきている、ということです。

たとえば、最近耳にすることの多くなった、メタボリック・シンドロームですが、これは、その人はまだ具体的に特定の病気というところまでには、必ずしもなっていない。しかしその人が抱える数々の臨床検査のデータは決して良好なものではなく、将来的には、それは非常に近い将来かも知れませんが、ひょっとすると、その体のいろいろなところに不調をきたすかもしれない。その可能性はそうでない人に比べると小さくないので、そうならないように、あるいはそうなるのは避けられないとしても具体的な発病を少しでも先に延ばすように、いろいろと生活を改善しましょうということで、そのための適切なアドバイスを医療関係者に依頼するなど、「医療」の範疇に含まれる範囲がどんどんといわば「前倒し」になってくいることがあります。

こうした社会における疾病構造の変化は、病気にかかって、それに対して即効薬を求めるという、いわば人間の修理工場の役割を医療に求めていた、従来の医師・患者関係とは質的に異なった側面を持っており、医師・患者関係も、これまで前提として暗黙のうちに考えていた医師･患者関係と、視点を異ならしめる必要があるのではないかというのがここでの問題意識です。これは、現在、そして今後の医師・患者関係の特徴として、これまでに十分顧慮されておらず、追加されるべきと思われます。疾病以前の早期の医学的介入の推奨は、「患者」とされた人には、自覚症状も何もない、あるのは単にデータだけですから、ややもすると、その専門家がよしとするアドバイスに、盲目的に従わせられざるをえない状況を生み出さないか、という懸念があります。これまでも、異常と正常の範囲について、異常とする値の数字が変わった途端に、大量の疾病予備軍と分類される人々が生まれるということがありました。最高血圧のどれくらいの数字からを高血圧と判定し、生活指導あるいは投薬の対象とするのか、あるいはどこからを高脂血症とするのか。その例は何でもよいのですが、証拠に基づいた医療(EBM)が医療の現場にどんどん入ってきて、それまで一応は正常値の範囲内とされていたものが変わってくることにもなります。ここから、膨大な潜在的患者群を創造し、医薬品の大量消費が期待できるという構図を作ることが可能になる。医療といえば医学の専門家によって専門的な判断がかかわるわけですが、医療が産業的な方向性をもって前病状態が作り出されうる余地が生じてきているようでもあり、このことは、医療の社会的側面、すなわち、伝統的な閉じた医師・患者関係といったものとは異なる要因が生じる場面が今日想定しうるところにも来ている、ということが、ここで指摘しておくべき第三の特徴といえると思います。そしてここから、専門家としての誠実さ、科学的観点からの情報提供が改めて求められていると考えられます。

さらに、今日の医師・患者関係の特徴の四番目としては、医療における患者の人権が一般的に認知されるようになってきたことが指摘できると思います。先ほど山下先生からのご指摘は主に、家

族とのかかわり方でしたが、例えば、人は一体どのような死に方をしたいのか、どういう形で死を迎えるのかについてのライフスタイルの最終的な判断をするのは、従来は、専門家こそが最も適切に判断できると考えられ、実際そのように対応されていたのだろうと思いますが、今日では多く一般的な人も含めて、本人こそが自分の命の最後を決めるという考え方が広く行き渡っています。これは従来の、専門家に任せておくべきであり、また、患者は重大な意思決定をできない、あるいは重大な意思決定は求めないとする考え方とは一線を画すものです。

３　診療契約について

このように医師・患者関係を取り巻く社会的状況が変化している中で、医師と患者の関係を規律する法的な対応は、本日のテーマである診療契約との関係で、どのように考えていくべきか、留意すべきと考えられる幾つかの点を指摘したいと考えます。

まず第一に、診療契約は継続的な側面を有していますが、そういう中で患者の希望・ニーズといったものを吸い上げることのできる仕組みが現在の日本の医療現場でどれだけ備わっているかという問題があります。これは契約というものにつきものの、交渉といった側面が、医療ではかなりの程度制限されていることを問題視するものです。

第二に、患者に自己決定させるためのインフォームド・コンセントが日本の現場でもかなり浸透してきているということがあります。しかしながら、医療関係者について、どういう人か知らないけれど、医師の資格を持っているという事実だけで、その技量のみならず様々な判断までを一切任せて信頼してよいものか。これはそうではない、というのがインフォームド・コンセントであって、十分に情報を提供されたうえで、患者本人が、自分が自分の人生を決めるのだという対応がインフォームド・コンセントの理念の一つにあるわけですから、これは、専門家不信というものがインフォームド・コンセントをここまで発展させてきたと評価することもできるかと思います。医療行為は言うまでもなく、場合によっては患者さんの生命・身体を非常な危険にさらすものです。したがって、医療に対しては、長期間の養成過程を経て公的資格を取得し、その能力を担保する機関の関与の認証により能力を有すると確かめられた者のみが治療なり診察なりを行えるということになっています。そういった資格を有するということで専門家は、患者さんの命、生命、身体の安全を守ってくれるだろうということが一般的・公的に期待されている。この期待・信頼というものは、あくまで当該医療関係者の専門的能力に対するものでありますが、それを超えて広がるものかどうか。また、こうした期待、あるいは信頼が職務執行において不可欠であったとして、具体的な患者さんとの間でそれが裏切られた場合に、何をもって裏切られたというのか、その判断は難しいことが少なくありません。

第三に、今日、医療は非常に専門が細分化されています。医師が増えているといっても、現実には地域により、医療救急体制で希薄なところ、あるいは分野によっては医療を受けられない場面も多々あるわけで、診療契約の関係でいうと、具体的に自分が持っている病気を治療できる専門家が、果たして日本にどれだけいるだろうか、という問題があります。今の日本の社会の中でどの程度、医師の選択をできるのかも考えなければならないということですが、疾病の種類によっては、全く選択の余地がない可能性のあることもあり、目の前のドクターを信頼しろと言われても、果たしてそれはできるだろうかということがあります。そしてそれは治療を始めてみないとわからないこと

も少なくありません。

以上、申し上げたような医師・患者関係の今日における変化の方向、あるいはそれを取り巻く状況を、今までご報告のあった関係的契約論との関係に即して考えてみると、どうもネガティブな発想につながりやすいのではないかと考えています。そこで次に、これをもう少し詳しく見ていきたいと思います。

４　診療契約に関するこれまでの議論の推移

診療契約に関して、これまで、わが国でどのような議論がなされてきたのかといえば、本日は取り上げませんが、たとえば、診療契約の法的性質は委任か請負か無名契約か、だとか、契約構成とするならば契約当事者は誰で、診療報酬の支払い義務を最終的に負担するのは誰か、未成年者が患者である場合には、誰に対して治療方針等を説明し、誰から承諾を得るのが最も適切なのか、といったことが論じられてきました。これらの議論は、もちろん、診療契約に関連する重要課題ではありますが、これまでなされてきた議論をみてみますと、それらのかなりの部分は、結局、医療過誤の法的処理に関連する議論が中心であったということです。これはつまり、診療契約そのものに対する議論自体が必ずしも盛んではなかったわけで、出発点からして少ないわけですが、そうした中で多少なりとも論じられてきたことも、事故処理に関連した延長線で位置づけられてきた、つまり、診療契約は医療事故との絡みが中心的に議論されてきたということです。これはどういうことを帰結するかといえば、債務不履行にしても、「医療事故における債務不履行」の内容を分析する過程で、診療債務の内容を問題とするにとどまり、医療事故という「起きてしまった不幸」の処理を離れて、抽象的な形で医師と患者の望ましい関係とはどのようなものかを想定する議論は、あまり精力的に展開されてこなかったという歴史があります。

それでは、なぜこれまで、こうした議論が盛んにならなかったのでしょうか。考えられることは、事故訴訟ということになれば、義務違反は損害賠償に結びつく可能性が高いですが、抽象的な医師患者関係の設定という作業は、損害賠償は言うまでもなく、強制の契機といった観点からも、議論した結果の実益が必ずしも伴わないので、インセンティブが生じなかったのではないかと推測します。また、医師患者関係は、患者・医師・疾患その他様々な状況により多様なものが生じうるという現実理解も、こうした議論を盛んにならしめなかった原因として、指摘できるかも知れません。こうした推測が正しいかどうかはわかりませんが、少なくとも、これまでの診療契約の議論が、事故がらみが中心であったということは、改めて確認しておく必要があるところと思います。お配りしたレジュメでは、判例の展開ということで、最近の、医療事故に関する最高裁の判例を並べてみました[4]。これらには、不法行為を根拠として訴えが提起された事例もありますが、最高裁判所は、

---

[4] 当日配布した資料に掲載した判例は、以下のとおりである。

・最判平成7年4月２５日民集４９巻4号１１６３頁。

・最判平成7年5月３０日判時１５５３号７８頁。

・最判平成7年6月9日民集４９巻6号１４９９頁。

・最判平成8年1月２３日民集５０巻1号1頁。

・最判平成１２年9月２２日民集５４巻7号２５７４頁。

基本的に債務不履行構成と不法行為構成の違いについては、少なくとも義務違反のレベルではあまり問題視しておらず、ここでの報告の目的からは、同列に並べても大きな問題はないと考えます。そのうえで、このうちの幾つかは山下先生からご紹介のあったところですが、基本的に医療関係者が患者に対して負うべき義務も、医療事故を通じて検討されてきたということがあります。繰り返しになりますが、診療契約について、事故以外の側面での議論の蓄積は必ずしも十分ではないということです。不法行為との差異を、最高裁はあまり問題にしてきていないと先に申しましたが、それは裏を返せば、診療契約独自の展開が重視されてこなかったことを意味しているかと思います。この点を考えますと、これまでの我が国の議論が学説上の議論として意味があることを強調する以外は、実践的な観点からはあまり重大でないと言われるのは仕方がないところかも知れません。しかし、診療契約をあえていろいろ議論することがあるとすれば、次の名古屋弁護士会の医療契約書モデル案といった形で、医療過誤訴訟の事例の集積を通じた義務のカタログを作っていくことが一つのアプローチの到達点かと思います。

５　名古屋弁護士会の医療契約書モデル案について

名古屋弁護士会が作った医療契約書のモデル案でどういうものが挙がっているかというと、医療水準に応じた治療義務、研鑽義務、転送義務、患者のプライバシー保護義務、そして先ほど来、問題になっている説明義務の話、さらに顛末報告義務、記録保存義務、閲覧・交付義務が、義務のカタログとして挙がっています。こういった義務のカタログを作ることは、さまざまな具体例を事前に列挙して、考えられる義務をできるだけ細かく緻密に掲げていってそれを契約の内容としていちいち合意していったとしても、所詮は程度問題であり、概括的なものにすぎない可能性を否定することはできません。人間の身体のメカニズムが非常に複雑なものであることを考え、また、個別具体的な診療契約の進展形態といったものを考えてみますと、当該医療関係者が行っている行為が、作成されたカタログのどこにも入らないという場面も出てくることは、おそらく不可避と思われます。しかし、だからといって、こういったカタログを作ることの試みが、全く意味のないことと考え、軽視することが適切でないことは、以下の点に求めることができるかと思います。

医療関係者の患者に対する義務の主たるものは、給付義務としての診療行為だろうということは全く争う余地のないところです。しかし、医療関係者は、診療以外にも多くの法的な義務を患者に対して負っています。そうであれば、債務内容が医療契約の進展に応じて発展的に進展していくところで、医療関係者が自分のなすべき義務内容を全く知りえない、あるいはそれを知る必要もないと考えることは、むしろ医療関係者にとっては、自分のやっていることが、契約のプロセスにおいて一体どういう位置づけを与えるのかが不安になるのではないかとも考えられるわけです。そうであるなら、自分が行っている行為、それは債務の履行としてのそれですが、それは自分の目の前の

・最判平成１３年１１月２７日民集５５巻6号１１５４頁。

・最判平成１４年9月２４日判時１８０３号２８頁。

・最判平成１７年１２月８日判時１９２３号２６頁。

・最判平成１８年１０月２７日裁判所時報１４２２号１１頁。

患者との関係で、法律上どういう流れに乗っているのかを考えていくことが、職務の遂行に当たって、むしろ安心を実現するための一助となるのではないかと考えられるわけです。そして、こうしたカタログを作っていくことこそ、むしろ望ましい医師患者関係に導くことになるのではないかと考えることができるのです。

しかし、こういったものは恐らく、判例法の集積を待つだけではなかなか形になりにくいことであり、ある程度、抽象的かつ事前に、学説レベルで考えていかざるをえないことと思います。配布させていただいた資料の一番下に挙げてある平成18年10月27日について一言申し上げておきます。これは医療水準にある治療法が複数存在する場合に、患者に対して治療法があることを一般的に説明するだけでは足りなくて、熟慮する機会を患者に与えるべきであったとして、結果的に説明義務違反を肯定したケースです。これは、未破裂動脈瘤に対して、大きな手術とそれほど侵襲性が大きくないものとが処置の選択肢としてはあって、医療関係者としては、大については説明して承諾を受けており、そうであれば、より小さい侵襲性の処置についてはそれほど考慮する時間がなくてもいいだろうということで処理されたのだろうと思います。しかし裁判所は、そうした処理は患者側の立場とは違うと判断したわけで、残念ながら、本件で典型的なように、紛争事例として裁判になってきたものは、当該関係者同士が実際に行った行為が結局、適切ではなかったということで、当事者が満足を得ることがなかったものを出発点にしている、そういった事件を基礎として義務のありようを作り出さざるをえないということがあります。そういった関係では、紛争事例を通じて関係的契約論へと帰結させる方法論は、いささか困難を伴う作業だということを指摘することができるのではないかと思われます。

6　おわりに～診療契約に関する今後の検討課題

今後、医師･患者関係は損害賠償にととまらず、契約的な行為規制にある程度は馴染むものでありうるという理解が得られる可能性がある場合、なお検討課題として浮上してくるものが、幾つかあると思います。以下にその概要を述べてみたいと思います。

一つ目は、責任成立を容易にする特約、たとえば医療水準よりも高度な治療義務を課す特約、また、説明義務をより高度化する特約、事後の説明義務のより具体化、さらに、もしこういった特約が認められるのであれば、免責・責任制限約款の中身をより詰めて考える可能性があるのではないかということです。免責・責任約款についてですが、基本的には医療のような人の生命・身体といったかけがえのない価値についての事前の責任制限、あるいは免責といったことについては、あまり支持されない考え方だろうと思いますし、わが国の下級審判決では、かつて行われていた、何があっても一切文句を申しません旨の誓約書の効力を否定したこともあります。しかし、これが一方で、医療水準を上回る行為義務を課す半面で、責任の範囲を制限するという方策に結びつけるならば、免責・責任制限の可能性も視野に入ってくる可能性があるということは、アメリカではかなり議論の蓄積があることを指摘したいということです。

二つ目は、事故後の紛争処理を委ねる、司法の手続きに乗せないで自分たちで解決するという特約を考えてはどうかといったことも現に議論され、また今後も議論されるだろうということです。この点については、次の高橋先生のご報告で、それについて触れていただけるかと期待をしております。仮に診療契約を実のあるものとして今後も議論してゆくとすれば、これらの点が、早晩、検

討課題として出てくるだろうと思われます。

しかし同時に、これらの問題群を考えるに当たっては、幾つかの注意点を指摘することもできるだろうと思われます。時間もありませんので簡単に申し上げますが、まず第一に、特約を認めることについて、最高裁は消極的な態度をとってきたことがあります。情報の非共有性というところで、それは当然そうなのだと思うのです。しかし、インフォームド・コンセントが浸透した中で、消極的な態度が今後も維持されるかどうかについては若干、検討の余地があるだろうということが一点です。二番目の問題として、名古屋弁護士会の医療契約書モデル案の中では、ＡＤＲの活用が指摘されています。この点は、アメリカでは、医療保険機関の医療の提供との関連でＡＤＲを活用すべきであるという動きがあることと、我が国の状況とは、かなり違うことを指摘できるかと思います。

最後に、皆様方もご案内のところと思いますが、特に産科領域の医療を受ける機会が非常に減っていて、その一つの原因が産科医は医療過誤訴訟にさらされる恐れが多いということで、若い医師がその領域に入っていかないことが問題とされております。そういった問題を回避するために、日本医師会や政府与党が考えているのが、出産に起因する脳性まひに対する補償制度を来年度から創設をしようという動きです。また、近時の医療事故の多発に対して、医療事故の調査をより徹底し、可能なかぎり事故の原因を究明するためには、関係者を一定程度免責する必要があることが指摘されております。現在の議論は、出産による脳性まひに対する補償だけにとどまっていますが、今後、事故予防のためには関係者の免責が最も必要だということになれば、医療全般について無過失責任の導入の気運が高まることも今後ありえる動きではないかと思います。

そうしますと、これまで申し上げてきました診療契約のあり方とそれを通じての患者の権利確立・拡大の動きと、これまでの医療過誤と医事法を通じた患者の権利拡大という観点からしますと、今後、過失責任と異なる形での医療事故の処理のあり方が出てくると思います。今後、患者が医療の場においてどのような形で意見・希望を述べていくのかというのは、これまでのスタンスとは異なる要素がどうしても出てこざるをえないと思います。そのときに一つの期待されるべきツールは、次の高橋報告にありますＡＤＲといった、事故にかかわらず患者の権利確立・拡大することを、裁判官への紛争処理制度を通じて交渉する。そしてそれが医療の現場に浸透していくという期待が一つの方向性としてあるだろうと思います。

今後の検討課題を申し上げました。それに対する準備はここでは十分にできておりませんが、しかし、従来の問題点、あるいはこれまでの検討してきたことが、もっぱら事故の事後処理にあまりに重きが置かれすぎていて、よりよい医療、医師・患者関係の問題を析出するためのツールとして、これまでやってきたことが果たして十分だったかを考えると、十分ではない面もあるのではないかと指摘するのがここでの目的でした。

非常に雑駁なもので恐縮ですが、以上で私の報告とさせていただきます。ご清聴をありがとうございました。

④「『医療ＡＤＲ』の可能性とあり方」

高橋　裕（神戸大学法学研究科助教授）

１．はじめに

私は、「『医療ＡＤＲ』の可能性とあり方」というテーマでお話しをさせていただきます。ただ、今日のワークショップの大きな主題が「契約の可能性」という点にある、すなわち医師と患者との関係を契約関係として把握することの可能性と限界について検討するのが本日の中心的な課題であることに照らすならば、医療ＡＤＲをめぐる議論というのは必ずしも順接的な論点ではありません。契約というのが基本的に二者関係を想定するのに対して、ＡＤＲのみならず裁判までも含めた紛争解決制度を主題にする場合は、医師・患者以外の第三者が入ってこざるをえない場合がほとんどだからです（例外は、紛争解決手続として相対交渉を想定するというケースですが、これは例外的でしょう。少なくとも「相対交渉の制度化」は相当困難です）。そのため、医療紛争を対象とする場合に限りませんけれども、ＡＤＲを契約的な規律と結びつけるのはそう簡単なことではない[1]。にもかかわらず、この報告でお話しする内容、とりわけここで重視する方法論は、契約を結ぶことの意義を或る一定の形で浮かび上がらせるかもしれません。それについては、後で少し触れることができれば[2]と思っています。

２．「医療ＡＤＲ」

それでは、本題に入ることにしましょう。

まず、医療ＡＤＲについて検討を行なううえで必要な予備的作業から入りたいと思います。その予備的作業とは、「医療ＡＤＲ」という概念をどのように把握するかについて、或る程度確定をすることです。私たちはこの概念を大きくも狭くも把握することができますが、この報告においては次のように考えさせてください。すなわち、〈「医療事故をめぐる紛争」を対象とする「ＡＤＲ」〉として把握する、ということです。敷衍しましょう。

まず前段の、〈「医療事故」をめぐる紛争〉についてです。この点をもう少し詳しく説明するならば、次のようになります：すなわち、〈「治療ないし看護のミスによって一定の重大性を持つ身体的ないし精神的な損傷が生じた」と一方当事者が主張する、そのような社会的事態を準拠点として展開される紛争〉」です。若干こみいった表現ですが、要するに、医療に関連する紛争のうちでも或る程度の深刻さを伴う危害が患者に生じたという場合をめぐる紛争解決に、検討対象を限定しようという趣旨です。

そのような限定を加えることには背景があります。「医療ＡＤＲ」の有用性は近時とみに注目の度合いを強めていますが、そのような議論の重要な一翼を担っているのは病院内での「紛争管理」conflict management の要請です[3]。そして、医療ＡＤＲの有用性がそのような文脈で議論されるこ

---

[1] 2007 年 4 月から施行されたいわゆる「ＡＤＲ促進法」上の規律との関係でこの点を指摘するものとして、山田文「ＡＤＲ法制定と理論的問題」法律時報 77 巻 2 号（2005 年）pp.35-40 を参照。

[2] 本稿注(11)参照。

[3] 紛争管理という視点から医療ＡＤＲについて詳説するものとして、和田仁孝・中西淑美『医療コンフリクト・マネジメント――メディエーションの理論と技法――』（シーニュ，2006 年）が第一

との結果、ＡＤＲが有効に機能する対象として、たとえば「病室の割り振りをめぐって不当な扱いを受けたと患者が感じたことに起因する、患者の不満への対応」というような事例までが挙げられる場合も少なくありません。しかしそのような事例と、たとえば手術を行なっている間に生じた医師のミス（と考えうる行為）によって患者が死亡したという事態に起因する紛争事例の両方を、いずれも「医療に関連する紛争」として一まとめに考えるとなれば、そこには議論の混乱が生じる可能性がないとは言えますまい。そのような危険を避けるために、この報告では一定の深刻な被害が生じたというケースに議論を限定しようというのが、前段の限定の趣旨です。

続いて、先の定義のなかで現われた「ＡＤＲ」という概念についてです。「ＡＤＲ」、”Alternative Dispute Resolution”というのも外延が大きいコンセプトなのですが、ここでは、一応は「紛争解決のために整備されている手続で、裁判所での判決手続以外のもの」と、相当に広く考えたうえで――したがって、その限りでは民事調停も、訴訟上の和解も含まれます――、しかしその典型例は、裁判所外で行なわれる手続、とイメージしていただければ、と思います[4]。これは論理的な限定というよりは、さしあたりこの場でイメージを共有するために、という恣意的な限定にすぎません。また、イメージ共有ということとの関連で付言するならば、この報告で「裁判所外で行なわれる手続」という際には、概ね調停的なものを想定することとにし、裁定的・仲裁的なものは後景に退かせています。こちらもまたもっぱら便宜上の限定です。

３．問題設定

それでは、以上を前提として分析に歩を進めることにしましょう。

もし私たちが問題を「ＡＤＲが医療紛争の解決にとって有効である可能性はあるか？」というように設定をするならば、それに対する答えは簡単だと思います。可能性は大いにあります。前途有望といってもよい。医療ＡＤＲ、とりわけ或る種の調停なアプローチが医療紛争の発展的・生産的な解決にとっていかに有効であるかは、本日のリポーターのお一人である和田仁孝先生と聴衆のお一人として参加してくださっている中西淑美先生とがお書きになった『医療コンフリクト・マジメント』をご覧いただければ明らかです。ただ、以下において私がその具体的な内容についてお話ししたところで、それはお二人がおっしゃっていることに多かれ少なかれ歪みを加えて略述するに留まらざるをえないでしょうし、より一般的に、調停的技法の詳細は既にさまざまなところで議論されています[8]から、ここで私が屋上屋を重ねるような説明を行なうのは差し控えておきましょう。

ただしそうだとすると、では何について議論をすればよいのか？　「医療ミディエーションにはこういう利点があるので、有効なのだ」というような議論を行なわないとする場合、それに替わる別の話をするというのは実は案外と難しいのです。これは、ＡＤＲをめぐるこれまでの議論が、ある種の偏りをもって積み重ねられてきた、ということと関係しています。その点について、少し説明をいたしましょう。

に参加されるべきである。

[4] この点をめぐっては、高橋裕「司法改革におけるＡＤＲの位置」（『法と政治［関西学院大学］』51巻1号（2000年）pp.365-368参照。

[8] たとえば和田・中西『医療コンフリクト・マネジメント』（前掲）／レビン小林久子『調停者ハンドブック――調停の理念と技法――』（信山社出版，1998年）などを参照

その「偏り」とはどのようなものか？　それはＡＤＲ（医療ＡＤＲに限りません）をめぐる議論の方法という点に見いだすことができます。すなわち、ＡＤＲをめぐる議論には基本形がある。(a)まず、ＡＤＲによって達成できることと訴訟によって達成できることとの間には違いがある、ということを前提としたうえで、(b)「紛争の解決」というのはどのような状態を指すべきかを考え、続いて(c)その望ましい状態を達成するうえで、ＡＤＲにはどのようなメリット・デメリットがあるか（そしてまた、裁判手続にはどのようなメリット・デメリットがあるか）を列挙し、そして最後に(d)その利害得失を比較考量する、というのが極めて一般的に見られるパターンなのです。これ以外のパターンというのは国の内外を問わずほとんど存在していないのではないか、と思われるほどです。

しかし、そのようなアプローチの議論を行なった結果として、裁判あるいはＡＤＲの一方的優位が説得力を伴う結論として導かれるかといえば、そうではありません。或る論者が掲げる「望ましい紛争の解決の状態」について、別の論者はそれを受け入れないということも頻繁に起きますし、その点で合意ができたとして、なお利害得失を厳密に比較考量することは相当に困難だからです。

かくして、ＡＤＲの可能性・有効性をめぐる議論というのは、ほとんど全ての場合、充分に説得的な論拠を示すことをできないままに「ＡＤＲが良い」あるいは「裁判こそが本道だ」という結論をいささか強引に導き出すか、さもなければ、「ＡＤＲにも裁判にもそれぞれのメリットがあるのだから、両者をうまく使い分けることが枢要だ」という折衷的でまことに尤もな帰結に至るか、のいずれかで終わることになります。私たちはおそらく 30 年以上にわたって、そのような議論を行なってきたような気がします。

４．クリシェから逃れるために

しかし、その間に議論の本質的な進展がなかったというわけでは、もちろんありません。そして、私見では、ここ数年の間に、特に重要な進展が達成されたように思われます。それは、ＡＤＲ論とりわけ調停論との関係で「ナラティヴ」という考え方が導入されたことです。その中心にいらっしゃるお一人が、ここでも和田仁孝先生であります[9]し、また、実務家のなかにもこのアプローチに基づいた技法を展開なさっているかたがあります[10]。それでは、その「ナラティヴ」アプローチというのはどのようなものか？　私なりにまとめるならば、それは、各人の「世界の見え方」についての理論だということになります。ごく簡単にですが、説明しましょう[11]。

---

[9] 和田・中西『医療コンフリクト・マネジメント』（前掲）／和田「現代における紛争処理ニーズの特質とＡＤＲの機能理念――キュアモデルからケアモデルへ――」（早川吉尚・山田文・濱野亮（編著）『ＡＤＲの基本的視座』（不磨書房，2004 年）所収）pp.197-199 を参照。

[10] その代表として、中村芳彦弁護士の一連の著作（たとえば中村芳彦・和田仁孝『リーガル・カウンセリングの技法』（法律文化社，2006 年）にはそうした志向性が看取できる。

[11] ナラティヴ・アプローチをめぐっては、法との関係で Jerome Bruner, *Making Stories: Law Literature, Life* (Harvard University Press, 2002。近時になり邦訳も現われたが、なお原著の参照を勧めたい）／『法と情動［法社会学　60 号］』（有斐閣，2004 年）を参照。また医療実践との関連で参考になるものは数多いが、ここではそのうちの一部として森岡正芳『物語としての面接――ミメーシスと自己の変容――』（新曜社，2002 年）／河合隼雄（ほか編）『心理療法と物語』（岩波書店，2001 年）／野口裕二『物語としてのケア――ナラティヴ・アプローチの世界――』（医学書院，2002 年）／北山修・

私たち、とりわけ研究者たちはしばしば、「〈世界〉というのは客観的な存在だ」という前提を受け入れているように思います。その際に〈客観的な存在〉を構成するのは、たとえば、「この報告をしているのは、高橋という名前の法社会学専攻者である」というような、いわゆる「客観的な」、言い換えれば個々の完結した社会的存在ないし社会的事態として間主観的ないし外形的にその存在を検証しうるような、いわゆる「事実」でありましょう。〈世界〉はそのような「客観的事実」の空間的広がりと時間的積み重ねによって構成されている、というわけです。これは一面では確かにそうであって、このような世界理解を否定することはできません。

しかし、報告者である私自身にとっては、この報告は、もっと多くのディーテイルを伴ったものであり、そしてそのディーテイルをもたらすのは、さまざまなコンテクストです。さらに、そのコンテクストのうちでも重要なものの一つは時間的コンテクストです。私自身が知覚している〈世界〉のなかでは、この報告は〈自分が法社会学を研究し始めるきっかけから始まる 15 年以上の長さに渡る一連のストーリー[12]の現時点での到達点〉というように（これでも、極めて多くのディーテイルを切り落としていることは言うまでもありませんが）捉えられることになる。さらに、そのストーリーの中には多くの登場人物があります。たとえばその一人は本ワークショップでも御報告なさった和田仁孝先生なのであって、その和田先生との（少なくとも 10 年以上に及ぶ）フォーマル／インフォーマルな対話を踏まえて、私なりに現時点での思考の帰結を示す、いわば「中間試験」的な出来事でもあります。こうした事柄は、先に示したような一般的な〈世界〉理解に基づくならば、「客観的な事実」とは性質を異にする、いわば「主観的でパースナルな事情」としてあまり重視されない場合が多い。少なくともこのような・私自身による把握の仕方は、間主観的に検証することが極めて難しい。しかし、にもかかわらず私の〈世界〉のなかではこの報告が法社会学をこれまで勉強してきたという物語のなかでいわば「試練」とでもいうべき大きなエピソードとして把握されるというのは、やはり紛れもない「事実」です。

「事実」が有するこのような性格を重視する場合、次のように考えられることになります。すなわち、〈世界〉を構成する「事実」に属するのは、ほぼ全ての人が疑う余地なく受け入れることのできる「間主観的」なものばかりではなくて、各人をとりまくコンテクストに裏打ちされた「主観的」な意味付与というものもそこに属する。いや、そればかりか、そうしたコンテクストに繋留した主観的意味付与が持つ意味は非常に大きい、すなわち、我々はそうしたコンテクストを度外視して〈世界〉を把握することはできない、と。人が個々の社会的イベントを認識する際、そのイベントは実のところ、さまざまなコンテクストから切り離され孤立したものとして存立するわけではないでしょう。ある一続きのストーリーを構成する一要素として、そのイベントは認識主体の中に存在する

黒木俊秀（編著）『語り・物語・精神療法』（日本評論社，2004 年）を挙げておく。なお、本文での説明は、これらに示された内容をそのまま祖述したものではなく、さまざまな形で筆者なりの理解を加えたものである。

[12] 文学理論における「ストーリー」と「プロット」との区別を念頭に置くならば（両者の区別に関しては、さしあたり廣野由美子『批評理論入門――『フランケンシュタイン』解剖講義――』（中央公論新社，2005 年）pp.9-21 参照）、これは「プロット」と表現するべきかもしれない。ただしここでは、日常的な用語法にしたがって「ストーリー」としておく。

のだと、私は考えます。だとすれば、人々にとっての現実というのは畢竟一人ひとりが心の中で構成する、その人固有の物語との相関でしかない――これが「ナラティヴ・アプローチ」の思考法だと言ってよいと思います。ここで「物語」は、世界の見え方を基礎づけ枠づけるものという、きわめて重大な位置づけを与えられるのです。

近時のＡＤＲ論（あるいは、それをとりまく紛争理論）の有力な潮流とは、このような発想を「紛争」に当てはめようとするものです。すなわち、紛争という出来事も当事者一人ひとりの世界の見方・見え方のなかに定位するものである、したがってそれを傍観者的視点から「客観的に」把握することは、当該紛争の解決を志向する場合には必ずしも重要ではない、と考えるわけです。その帰結としてこのような「ナラティヴ・アプローチ」的ＡＤＲ論、それもとりわけ実践的議論が志向するのは次のような方向となります：紛争の解決にとって重要なのは、当事者一人ひとりが抱いている「世界の見方」あるいは「紛争にかかわる物語」を探り出すこと（あるいは当事者自身に見つけ出させること）／その世界の見方・物語の変化が当事者の内面で自生的に生じるのを促すこと／そして、そうした世界把握の変化を通じて、「紛争」として耐え難い状態だとその当事者が認識する状況を解消させるのを目指すことだ、と[13]。

このような発想／志向性には、私も相当程度に共感します。ナラティヴ・アプローチが前提とする「物語」を共有している、といってもよいかもしれません。そもそも、私たちが日常生活を普通に行なうという極々平凡な場面だけをとってみても、物語というのは非常に重要な役割を果たしていることは否定できますまい。そして、そのような思考法を前提にすることで新たに見えてくることがあるのです。たとえば、医療紛争についても、その一つの特徴が浮かび上がってきます。医療紛争の当事者（それは患者に限られません。医師も、あるいは看護師もまた）は、事故に直面した際、自分が当然の前提としていた信頼を裏切られることになる場合が少なくないでしょう。〈身体脅かされることは、日常生活においては生じないはずだ〉という信頼の動揺、医師という制度への信頼の動揺、「訳が分からないことが生じた」という感じることに伴う日常感覚の動揺などなど[14]……。日頃疑っていなかった／疑うという発想すらなかった事柄への信頼が揺らいだときに私たちが感じ

---

[13] そしてまた、紛争をいかに適切に解決するかという実践的観点からのみならず、紛争という事象を社会科学的視角から的確に把握・理解しようとする学問的観点からしても、ナラティヴ・アプローチは非常に大きな示唆を与えるように、筆者には思われる。

[14] 契約という仕組みを通じて医師－患者関係を規律するというのは、医師－患者間でお互いに「全幅の信頼」を寄せるようにするという仕組みを整える代わりに、「不慮の事態」を少なくする（予測する）ことを通じて、信頼を裏切られることに備えるものだ、と理解できる。また、「インフォームド・コンセント」というのは、その状態に至るまでのプロセスのあり方を規制するというものであって、社会学的観点からすれば〈信頼違背に予め備えるための装置〉として把握することが可能である。他方、ナラティヴ・アプローチを前提とすれば、契約を結ぶというのは医師にとっても患者にとっても、医療の物語のなかの際だったエピソードの一つであるはずであって、それはとりもなおさず、孤立したエピソードとして存立するというよりも、契約締結以前・締結以後双方向で起きたさまざまな出来事を繋留する重要なコンテクストを――当該医師ないし患者にポジティヴに捉えられるかは別として――構成することを意味しよう。単に法的観点から権利義務関係を明確にするというに留まらない重要性が契約締結プロセスに付与される、そのメカニズムがナラティヴ・アプローチのもとで或る程度解明できるのではないか、というのが筆者の見通しである。

るのは、空白感というか無重力感というか、そしてまたあるいは不条理感というか、そのようなものではないかと思われますが、そのような感覚を極めて深刻な形で抱く場面となるのが医療事故なのではないか。そしてこの空白感・無重力感・不条理感は、私たちがそれまで前提にしていた物語――日常生活（あるいは、医療当事者からすれば、医療行為）を可能にする物語を、乱暴に断ち切るものです[15]。

そうだとすれば、医療事故の当事者にとって必要なのは、「物語」を語り直すこととなりましょう。医療事故の被害者が「何が起きたのかが知りたい」ということをしばしば求めるのは、事実的因果関係という形で物語ないしプロットを再構成しようとする欲求であり、医療関係者に懲罰を求めるとすればそれは、勧善懲悪的な物語の中にイベントを位置づけようとする欲求だと理解できるのでないか、ということです。そのように考えるとき、近時のナラティヴ・アプローチ的ＡＤＲ論が医療事故の領域に応用されるのは、故なきことではありますまい。

では、翻って、このようなアプローチを先に示した「ＡＤＲをめぐる議論の方法」と関係づけるならばどうなるか？　私の理解では、ナラティヴ・アプローチ的ＡＤＲ論とは、前述のスキームでは(b)のステージ、すなわち「紛争の解決」というのはどのような状態を指すべきか、をめぐって大きな問題提起を行なうものです。紛争の解決というのは当事者の間での利害関係の調整というようないわば客観的・ザッハリッヒな事態を指すのではなく、当事者の世界の認識の仕方の変更という主観的事実の次元に定位するものなのだ――これが、ナラティヴ・アプローチ的ＡＤＲ論（あるいは、より一般的にナラティヴ・アプローチ的紛争理論）の提起した問題なのであって、そこでは「紛争の解決」という現象そのものが、基底的な次元で考察されているのです。その意義を過小評価してはならない、と私は思います。

しかしそのような基底的レベルでの考察を一方で行なうにもかかわらず、ナラティヴ・アプローチ的ＡＤＲ論（そしてその系たる近時の医療ＡＤＲ論の主潮流）がそこから展開してみせる行き先は、従前のＡＤＲ論と変わらないように見える、すなわち、〈「物語の探索と変容」という目的を果たすためには、訴訟的な方法ではデメリットが大きく、調停的な方法の方がメリットは大きい。だから、調停こそが望ましい〉――そのように、目的合理的な紛争解決方式の探索／長短比較という方向で議論は進むのです。そのこと自体が悪いというわけではありません。だけれども、消化不良感――出だしはとても斬新なのだけれども、気がつけばいつかみんなが知っていて奏でているのとよく似たメロディーの歌を聴かされている、というような――が残らないでもない。

では、ＡＤＲをめぐる議論の方法にみられる cliché から逃れることはできないのでしょうか？あるいはもしかしてこれまでの議論の方法は cliché というのではなくて、必ず踏まねばならない手順として理解するべきなのでしょうか？　私は、必ずしもそうではないと思います。そして、従前の議論の方法とは異なる方向に進む、その道筋をナラティヴ・アプローチは示唆しているように、思います。

(4) クリシェから逃れるために――ＡＤＲと訴訟の差違の相対化

[15] 医療事故の当事者が記した体験記の多くにこれが示されているが、ここでは、法学者による貴重な記述として唄孝一『死ひとつ』（信山社出版，1988 年）を挙げておこう。

〈訴訟との比較でＡＤＲの優位性（ないし劣位性）を論じる〉というアプローチを採用する前提には、先にも述べたように、おそらく、〈訴訟とＡＤＲとでは、達成できることが異なる〉という発想があります[16]。しかし、ここで、「ナラティヴ」――日本語にすれば「語り」となるでしょうか――を見つけ、各人がそれを受け入れられるよう促すことが目標だ、とみなすならば、次のような考え方もできるのではないでしょうか？　すなわち、訴訟―判決手続もまた、その目標に向かって進行するシステムなのだ、と。そのことは、判決手続の大きな終着点が「判決」という、まさに「語り」であるということに、象徴的に示されているように私には思われます。そうだとするならば、達成できる（正確には、達成しようとすること）について、訴訟とＡＤＲでは違いがないのではないでしょうか？

５．しかしなお、ＡＤＲ・調停と訴訟の若干の差違について

(1) ナラティヴの作り手と受け手

違いがあるとすれば、そのナラティヴ・語りを語る人の違い、語られる相手の範囲、そして語る手段、なのかもしれません。調停的な方法を利用する場合、語りは、前述のとおり紛争の物語の当事者自身が自分で見つけ出すものとして位置づけられます。第三者はそれに寄り添う触媒的な役割を果たす。そこで生まれる物語は、紛争の両当事者と調停者の間というかなり閉ざされた範囲で紡ぎ出されるもの、ということになりましょう。それ以外の人々が、調停の場で生まれ・現われてきた物語を共有したり理解したりする必要はありません。それに対して判決手続においては、直接的にストーリーを提示するのは裁判官であり、紛争当事者たちは物語の素材を裁判官に提供する。そして裁判官は、判決を通じて、紛争の物語を、当事者に向けて、そして同時に不特定の第三者・公衆に向けてもまた、語る、のではないかと思います。

(2) 声を通じた語り／文字を通じた語り

そしてこの物語の受け手――「受け手」という呼び方は必ずしも適切ではないかもしれません。受け手と語り手はしばしば互換的であって、その意味で「受け手」もまた、物語を紡ぎ出す主体でしょうから――の違いは、「語り」のスタイル・文体の違いにも影響を及ぼすことになりましょう。いずれにしても大切なのは「ことば」です。

しかし調停的な方法において、その「ことば」は声を通じて用いられることが専らだと思われます。最後は調停調書というような形をとるにせよ、それはたいていは、調停プロセスの帰結たる条項のみを記したものにすぎない。それに対して、裁判においては、ことばは、「理由」と「事実」とを記した「判決文」という・文字として最終的に定着する、それが裁判の決定的な特徴です。理論上はそれが法廷で口頭により「話される」ことはありえたとしても、なお文字として、文章として、それは現前し、人々は、底に語られたストーリーを何度も読み直し、咀嚼し直すことができること

[16] たとえば、調停であれば当事者の情緒的な側面に対応できるが訴訟ではそれは無理だ、であるとか、訴訟では権利義務関係を明確にできるがＡＤＲの大半ではそれが無理だ、であるとかといった議論がその典型である。そのような方向性の議論をまとめた文献も数多いが、ＡＤＲ論の全般的布置状況を概観するための手がかりも兼ねて、和田仁孝・太田勝造・阿部昌樹（編）『交渉と紛争処理』（日本評論社，2002 年）所収の諸論稿を参照。

になる。訴訟当事者は判決文を繰り返し熟読するものだ、ということはしばしば指摘されます[17]けれども、それは判決というのが、文字を用いた語りであるからこそ、です。

その限りでなお、裁判がもたらす「語り」「ナラティヴ」の意味は、調停とはいささか異なるものになるかもしれません。精神鑑定医としての経験を持つ中井久夫氏の次の文章は、そのことを述べているものとして理解できましょう：「語りとして、すぐれた判決文、決定文、あるいは説明が持つ自体を落着させる力は、制度化された言語化の持つ力を表わしている。言語化の力とは、自己と自己を中心とする世界の因果関係による統一感、世界に対する個の能動感、世界と自己の唯一無二感を取り戻す力である。……判決は事後的だが、踏み越えに言葉を与え、人生の中に位置づけて、人生に意味を与え直すから治療的なのである。」[18]

６．おわりに

いささか議論が拡散した感がありますが、簡単にまとめて終えることにしましょう。医療ＡＤＲをめぐる構想は現在、「ナラティヴ」・「語り」への着目ということを一つの軸にしながら展開しつつあります。そしてそのようなあり方は実り多いものであるように思える、すなわち有効である可能性は大きい。しかしそれと同時に、私は、訴訟／判決手続というものもまた、調停・ＡＤＲと同様に「語り」をもって紛争当事者が多かれ少なかれ失った世界への信頼を取り戻させるために、充分に機能しうる、ということも強調したい、そしてそう言えるとすればその限りで、両者の優劣を比較しようとことは必ずしも適切ではないのではないか――以上がこの小稿でお話ししたかったことでした。もちろん、訴訟の実際、そしてまた当事者が訴訟へと向かう社会的プロセスの実際というのは、現在の日本において、当事者からむしろ「世界への信頼」を奪っているというべきかもしれません[19]。その点を捉えるならば、「語り」をもって世界への信頼を取り戻させるという目的を達成するうえで日本の訴訟の現状は極めて大きな問題をはらんでいる、という批判を行なうことには充分な根拠があります。しかしそれは、訴訟というものに内在する本質的な限界ではないのではないか、そして法律家・法学者が、ことばを・ことばのみを用いて仕事を行なう者として、訴訟あるいは法の世界がそのような力を持つことへ志向することにはなお大きな意味がありうるのではないだろうか――私にはそう思われるのです。

---

[17] 今や古典的というべき田辺公二「地方の民事裁判の感想」（田辺『民事訴訟の動態と背景』弘文堂，1964 年，所収）にも既にそのような記述が見える（同 pp.350-351 参照）。

[18] 中井久夫「「踏み越え」について」，中井『徴候・記憶・外傷』（みすず書房，2004 年）pp.310-311。このパッセージは刑事訴訟を、かつ被告人への効果を専ら念頭に置いて書かれたもののようだが、民事訴訟における・その当事者との関係でも、判決がもつ同様のポテンシャルを想定してもよいのではないか。

[19] 佐藤岩夫・菅原郁夫・山本和彦（編）『利用者からみた民事訴訟――司法制度改革審議会「民事訴訟利用者調査」の２次分析――』（日本評論社，2006 年）所収の諸論稿、特にたとえば菅原郁夫「当事者の訴訟関与と訴訟評価」、を参照。

⑤「実務の観点からの問題提起と提言」

石川　寛俊（弁護士）

簡単にコメントを述べさせていただきたいと思います。私はもっぱら実務家として現場を走り回っていますので、その現場の向こうに何があるかとか、周りがどんなふうに見ているかについて顧みる余裕がなく動いており、あまりためになるお話はできないのですが、感想程度を三点申し上げたいと思います。

第一点は当事者の気持ちです。医事紛争、医療事故をめぐる争いを当事者側から見ますと、現場では契約関係を意識する者は誰もいない。もっぱら裁判、つまり弁護士が訴状を書き、あるいは反論するときに、修辞的に契約という構成を使うだけで、当事者本人の気持ちの中ではほとんど意識されていないと思います。これは無知で契約観念がないからだ、契約との意識がないのは遅れた社会であるからとの説明もありましょう。しかし、現実問題としては、ほとんど患者は健康保険に基づく医療を受ける、いわゆる保険診療がほとんどです。その中では、医療内容をだれかと協議して決めるとか、料金についてバーゲンを行う、結果についてリコールの請求をすることはまずありません。お医者さんの方も、この患者から支払いを受けるという意識はなく、患者も目の前の医者に対価を渡すという気持はないのです。そういう意味では、いわば普通取引約款のような形に入るだけなのです。これは例えばイギリスにおけるＮＨＳの治療は国民皆保険で、イギリスの医事訴訟ではＮＨＳと患者の関係を契約だとは考えておらず、それと似ているかもしれません。そういう実情から、契約という考え方、あるいは対価関係、合意に基づき義務が生じるという考えは少ないように思います。

もう少し踏み込んで見れば、日本では医療というのは、お医者様からの施しであり、偉い専門家の裁量であり、社会的ステータスの営み、と考えられます。患者の医療に対する信頼や期待も、この施し・専門家・社会的権威という枠に由来します。ですから、当事者が対等とか、当該医療に関する合意や約束という観念から、信頼や期待が生まれているわけではないのです。つまり個別の人格や合意形成過程が問題ではなく、病院という立派な施設・建物で、白衣を着た資格者が行い、患者は身を委ねる、あるいはお願いするという立場にあるのです。患者の交渉次第で異なる給付が得られる、とは普通は考えません。

医事紛争も、患者と医師との約束が違うという争いというより、およそ医師たるもの、免許により医業を営むのであれば、という社会的な役割からクレームが生まれているといえます。民事賠償よりも刑事告訴あるいは免許取消、社会的処分を希求する患者家族の気持ちは、個別ケースのあり方よりも、専門家医師としての適格性を問いたいという方向が強いのです。個別の契約や当事者の合意が責任追及の原動力になっていません。

第二点は訴訟における責任の法律構成です。この段階で医療契約論は検討対象にのぼります。医療は契約である、医師と患者は対等なのだという考えは、当事者から湧き出る思いというより、逆に法律家が患者さんや医師に責任の由来を説明するときに、説得の道具として有効なのです。医師と患者とは契約関係にあるという説明は、患者が医師にもの申すときの根拠に使える。つまり、対等であるから遠慮は要らない、「おれは医師に言える、病院にもの申す」ことの正当性は、契約関係

から導き易いといえます。あるいは逆に、患者さんに対して何かをしなければならないことを、病院が医療従事者に教育し、医師が自分を納得させるときに、患者と医師とは契約関係で平等だから義務が生じるのだ、というように使うわけです。つまり、実質は対等でないときに、あるいは本来伝統的には観念できなかった義務を導き出すときに、契約という観念が登場するのです。

しかしここでの契約は、対等であるからあなたも要求できる、という水平原理を説明する道具であって、個別具体的な権利義務関係を基礎づけるものではありません。

訴訟になれば、義務を課す根拠を法的構成として見つけねばなりません。債務不履行かあるいは不法行為かという、いわばひな型、引き出しのタイプのどれを選ぶかというときに初めて契約内容を吟味するわけです。もっとも、先ほど手嶋先生からお話がありましたように、実務法律家の中では契約構成だから債務不履行構成だからで、その後違うところはほとんどなく、責任の基礎が変わるということはほとんどありません。

実務的に考慮すべき点は３つほどあります。１番に私たちが考えるのは、遅延損害金を行為時から請求するのか、それとも賠償請求をなした時点から請求するのかという、いわゆる附帯請求の仕方です。これは、遅延損害金が年５％と市場金利に比べて高く法定されていることに加え、医療裁判がしばしば長期化するとの日本的病理現象が重なることの投影なのですが、裁判の長期化が患者に不利益に働かないため、justice delayed、justice denied にならない方策として重要です。これは基本的に不法行為構成を取ろうというインセンティブになるわけです。

２番目は、人が亡くなる、あるいは重度の後遺障害を負うということは、被害者側からすれば生活共同体の破壊になります。つまり、共同生活の構成員に対する被害を併せ持つことになり、被害者財産の相続承継人としての立場とは別に、原告固有の損害として賠償請求をしたいとの思いにつながります。これら近親者の訴訟参加を法的に構成するには、民法 711 条の近親者慰謝料という形しかないので、この観点からも不法行為構成を選ぶことがあるわけです。つまり、個人と個人の争いというより、被害者を囲む生活共同体と医療機関との争いとして、家族全員がそれぞれ固有の慰謝料請求という形で家族共同体として争いを挑むという形を取ります。これも契約構成では難しく、法定相続人と生活共同体との乖離が進みつつある社会情勢を反映しているのかも知れません。

この二つが大きな理由となって、ほとんどの医療訴訟は基本的には不法行為構成を選ぼうとします。その意味で法形式としての不法行為構成は、紛争の内実（共同体の破壊）と紛争解決への射程（長期化による不利益回避）への認識を映し出しているのです。ただ不法行為での難点は、これが３番目ですが、消滅時効の問題です。ご承知のように、不法行為なら３年で消滅時効です。これも日本的な現象ですが、人が亡くなったときに、死を巡る訴訟を直ちに起こす近親者はまずいない。つまり、身内の死を自分で温めて、心の中で整理・消化して、そこで初めて訴えるというのが普通ですから、事故から四十九日とか百カ日とか一周忌などの時間経過が必要です。後遺症ならば、それを生活の中に抱え込んで新たな生活ルールを立て直してからでないと、医師相手に戦う余裕など出ないのです。最近は変わりつつありますが、今までの多くの医療訴訟は、事故から（あるいは症状固定から）３年以内に起こすことは容易ではなかったのです。

そういう早期提訴が困難であるため、権利の時効消滅を避ける意味で、やむなく債務不履行構成をとっていました。ところが、判例法として、不法行為における損害賠償請求権の消滅時効の起算点は、事故の時でなく加害者に責任があることを知ったときであり、しかも医療訴訟では実際には

カルテを入手して、その内容を専門家の助言を得て検討して法的に請求可能となった時からであると、権利保護の方向が明確になっています。そのために、３年の消滅時効は実際には先延ばしできるので、時効消滅を回避するために債務不履行構成を選択する必要がなくなったということで、不法行為構成が主流になってきています。したがって、医療訴訟の実務では、債務不履行＝契約関係を意識、検討する必要はほとんどないと言っても過言ではありません。

実際の判決でも、債務不履行でも不法行為でも、医師の責任事由として、注意義務違反という言葉が共通語になっています。その注意義務違反が、過失である、または債務不履行となる、ということが厳密に明らかでないことが多いのです。細かな問題はありますが、基本的に裁判官の認識、あるいは審理の過程においても、注意義務違反に当たるかどうかは主要なテーマで訴訟上の攻撃防禦を尽くすわけですが、それが債務不履行か過失かという択一的な認定までしていません。いずれにしても同じだという考え方が根底なのです。

そういうことで、医療訴訟の実務の中においても、関係的契約論というまでもなく、契約関係の内実や意義について意識､検討することはほとんどないと言ってもいい状況です。 こういう中で、今日のお話で関係的契約論はどういう意味があるのかは、私もよく分からないのですが、私なりの理解をしますと、今日お話の出ている関係的契約論は、要するに一回きりのバーゲン取引でなく、継続的な契約関係にある、あるいは個別の非常に人間的というか、相手の顔を眺めて債務履行の内容が変遷する形での契約関係であると理解すると、疾病と患者に対する連続的な処置を債務と捉える医療を説明するのにふさわしいかなと思いました。そういう意味では医療というのは、先ほどの単発的な契約ではなく、基本的には関係的契約論で説明できると思います。しかし、義務の根拠が合意とか約束から導き出せるものだろか、患者は担当医師と約束などしていないだろう、何が約束かは考えもしていないだろうというのが実態なのです。

最後に第三点として､問われる注意義務としての skill スキル＝技量　と care ケア＝配慮との区別があります｡振り返って考えてみますと､今までの医療訴訟は､手嶋先生がおっしゃったように､ほとんど事故訴訟でした。医療事故とは基本的に人身被害ですから、その人身被害を食い止めるための専門的技術・技量を行使しなかったという、いわばスキルをめぐる争いがほとんどでした。医師の技量・技術とは、疾病の進行・悪化を阻止・回避する目的に収斂されるのであり、予期に反して身体状況が悪化した場合には、この医師の技量・技術の適否が試される関係にあります。Malpractice 医療過誤というか、技術過誤と呼ばれる領域でした。

ところが、今は医療者の注意義務は、疾病の進行・悪化の阻止に収斂されるというより、患者に対する care 配慮の当否という側面が全面に登場しつつあるように思います。この点で、注意義務の対象が疾病という没人間的で客観的把握容易なものから、個別患者という優れて具体的、個性的な存在に向けられているように思えます。注意義務の対象が変化したというより、対象が拡大し二元化したという方が正しいかもしれません。

私が多少、英米法の勉強をやっていたときに思ったのは、英米法でいいますと医者の義務というのは Duty to exercise となって、そのあとの目的語はいつも care and skill なのです。ケアとは何なのだろうと。私は、ケアというのは看護師さんのやることでスキルは医者がやることなのか、と当初は単純に考えていましたが、基本的にケアとスキルは共に患者に対する医療としての義務だ

と知りました。このとき、ケアとスキルはどう違うかと考えると、スキルは日本語でいえば技術確保的な側面、ケアはそれを全体ととらえて患者に対する配慮ないし注意であろうかと思います。

先ほどの山下先生のご説明でありました新しい考え方で配慮義務があります。これは恐らく英米法でいう Duty to care を総体的に説明している、その配慮義務のケアの中の一つとして、日本ではことさら説明義務がやや特徴的に述べられてきたのでしょうか。説明義務というのは説明という手段方法に着眼していますが、説明するその先、目的語に何を設定するかという面では、あるいはその人間、その患者、その状況ということになろうかと思います。したがって、説明義務を導く基礎として契約関係が必要であると言いますが、では説明の対象はどこまであるのかという、医療側が常に持つ疑問で、現場でも混乱があるテーマを解明する道具にはならないように思えます。そのときに裁判所の判決を見ても、結果的に患者の納得が得られていない状況を、医師の説明義務違反があると言い換えているだけの判決が多く、説得力に欠けるのです。

現状の説明義務は、先ほどの齋藤先生のお話にもあり、私もかねがねそう思っているのですが、いわば商品の説明のことばかり言っています。本当に患者さんにとって必要なのは、商品の説明よりも、その商品がその患者さんに合っているかどうかの当てはめの部分なのです。ところが、どれだけ説明すれば分かるのか。幾ら説明しても分からないのに時間の無駄だというのは、商品の説明をいかにすべきかという議論をしているわけで、問題は、商品の説明は文章でもビデオでも何でもいいのですが、患者が聞きたいのは、その商品が自分に合っているかどうかです。ここの説明をする能力あるいは意欲に足りないというのが基本的に患者さんの不満なので、商品知識の過不足はさほど問題ではないのです。

医療における契約関係を考える場合に、対等だから義務が派生するという言い方が適応される先の義務が技術過誤型であれば、専門家の役割として導きやすいように思えますが、
配慮義務やケアという側面の義務に関しては、専門家と素人との間の水平志向がベクトルとなる契約構成だけでは足りないのでないかと思います。その意味で、関係的契約論は新しい形の義務違反であるケアの内実を基礎づける力を含んでいる気がしています。

⑥「法社会学からの問題提起と提言」

和田　仁孝（早稲田大学大学院法務研究科教授）

今日は、非常に面白い議論を聞かせていただきまして、ありがとうございました。私も、法社会学者としての、とりわけ最近は医療の紛争処理の問題に注目をしている者としての観点から、幾つかのコメントをさせていただきたいと思います。

まず、私自身の関心からいうと、法社会学者としては患者・医師関係、あるいは医療事故の問題の処理のしかたのシステムに関して、どういう法的な構成をとるのか、あるいはどういう法的規制をしていくのかということが、現実の医療の現場にどんな影響を与えていくのか。そちらのいわば法の外側への制度の持っている影響から考えていきたいと思っています。

先ほど手嶋先生から少しお話がありましたように、現在産科のお医者さんから若い人が減っており、また産婦人科のお医者さんでも産科をやめて婦人科だけになるとか、あるいは整形外科系も同じ傾向にあります。特に産科領域に関しては医療崩壊が間近に迫っているというか、すでに現実化していまして、福島の大野病院事件のあと集約化と言われていますが、集約化するだけのお医者さんがそもそもその県内にいないところもあるわけです。そういうさまざまな問題、あるいは個々の医療行為、診療の場面でも、萎縮的な行動が現実によく起こっている。こういう状況を考えますと、果たしてこれから法的にどのような形でこれをとらえ直していくのかが大きな課題だろうと思っています。

今日は、まず一つの大きなテーマが、関係的契約論を、医師・患者関係に診療契約という形で組み込んでとらえていく発想についてのご議論だったわけで、私としては非常に面白く聞かせていただきました。確かに石川先生からもご指摘のありましたように、ややこそばゆいという感覚はあるかもしれませんが、しかし、私は現実にお医者さんと患者さんとの間の具体的な診療行為の関係が、徐々に進んでいくプロセスに関しては、ある意味で非常に適合的なモデルであるだろうと、今日のお話を伺いながら感じていました。

ただ、通常の市場の契約とは大きく違うところがいろいろありまして、例えば応召義務があります。それから自由に価格設定できるわけではなくて、診療報酬という形で規定されていますし、さまざまな形でオフィシャルな枠組みがある中で結ばれる、ある意味、非常に特殊な形のかかわりであろうということです。ですから、ある場面では契約構成の中でのコントロールという部分も一つの可能性ですが、今日非常に面白かったのは、齋藤先生のところで提示された統治構造からアプローチ、これは恐らく今非常に求められるアプローチではないかという気がしております。

例えば現在、医局講座制が批判されて、それがかなり解体してきている状況にあります。その中で何が起こってきたかというと、もちろん医局講座制のデメリットやマイナス面でいろいろあったわけですが、プラス面としては、例えば医師の配置のような問題が比較的、適正になされていた。ところが、これが外れることによって、若い人たちが自由に動くわけです。そうすると、例えば大学病院に残る人が少なくなっていく。あるいは地方には残らない。ちょうど弁護士の地域偏在の問題があるのと同じように、お医者さんもこれから都市集中という問題が起こってきます。

例えばそういうことが背景として一つありますが、そのようなことが個々の一つ一つの診療行為のプロセスのあり方に、ものすごく大きな影響を及ぼす可能性があります。したがって、マクロな

意味でも、個々の診療行為の中身のコントロールという意味でも、統治構造には一体どういうシステムが適しているのかを考えていくことが非常に重要な課題であり、そこのアプローチはまだまだ弱いだろうと思っています。そういう意味では、これは非常に参考になる視点であると思いました。

さらに、これは齋藤先生も山下先生も手嶋先生も皆さんのところで出てくるお話ですので、まさに関係契約論の意義にかかわるところですが、患者さんと医療者の間の情報の非対称性を、単なる表層的な情報の非対称性ではなくて、もう少し深い意味で、今石川先生が上手に説明していただいた、こういうのがいろいろありますよという製品説明だけではなく、何が合っているかという評価までとなりますと、非対称性は結果的に埋めることはできないわけで、そういうものを前提として考えていく必要があるだろうということです。

これは今日、いろいろな言葉で表されております。齋藤先生は忠実義務という形で、まさに関係的契約の中での義務のあり方という概念を提起されましたし、山下先生は、ほぼ重なるものとして配慮義務を言われました。また今、石川先生はケアということでも言われました。こういうことは恐らく柔軟性があり、さまざまな変容の可能性があり、蓋然性の中で進んでいく医療を考えたときには、非常に適合的な義務のあり方なのだろうと思います。クリアカットに説明義務は、これとこれについてはここまでやっていくということではなく、どのように使いこなしていくのか。まさに専門性にどこかでベースを置いた、しかし患者のための配慮、忠実性、あるいはケアというマインドを持った専門家のふるまいを踏まえた義務概念ということで現場には非常に適合的であると考えます。

ところが問題は、非常にざっぱくな表面的な意味で言いますが、それは行為規範なのか裁判規範なのかということが問題になってくるのだろうと思います。これも石川先生のお話で、実務の現場ではまず契約などは意識もしないというお話が最初にありました。つまり、裁判規範で考えれば、例えば忠実義務というような契約の中の義務という形で考えることが、どれだけの意味を持ってくるかが問題になってくるのだろうと思います。

例えば説明義務は、これもある程度、概括的なものですが、その内容を事細かに挙げていくような動きが実は医療界にあります。今日は手嶋先生が、背景に専門家不信がある中でインフォームド・コンセントが脚光を浴びるようになってきたのではないかと言われました。これはもう一つひねった見方をしますと、まさにそれに対峙する形で、医療者の側も患者不信の中でインフォームド・コンセントの非常に定型化した形で求めているところがあります。これはまさに萎縮的・防御的な態度となるのかもしれませんが、医療者のほうでは、とにかく免責されたい。そのためには同意書をきちっと取っておきたい。何を取っておけばいいのだ、その基準を示してくれと。裁判になると何がだめと言われるか、あと出しで言われるのは困る。こういう危惧があります。

そこで、同意書至上主義のような、同意書を取っておけば安心のような、誤った観念が普及していったりしている。またそれに時間を取られることで、本来の意味での患者・医師関係がうまく進まないことが逆に起こったりしているような感じです。そこで、問題は忠実義務、配慮義務、あるいは規範をいかに生かしていくのかということですが、恐らく内容を精緻化していくことではないだろうと私は思います。

重要なインフォームド・コンセントの場面で、例えばがんの告知であったり重要な手術の選択という場面であったりするところで、一つの可能性としては、これは思いつきでしかないのですが、

一つの手続きをかませる、プロセスをそこに要求する。現時点では例えば一つの試みとして、医療コーディネーターの関与が行われたりする場合もあるようです。また、そうでなくても医療機関の中で、インフォームド・コンセントの場面のやり方のようなものを、いわば手続きとして整理しておく。例えば別のお医者さん、あるいは看護師さんがそこにかかわりを持つ。そのような具体的・現実的な意味でのやり方が出てくる可能性がありうるような気がします。

そのようなことで、関係的契約論については、患者･医師関係の中で恐らく具体的に現実的に適合する場面がある。ただ、それはなかなか精緻化することは非常に難しいものであって、そこら辺りを一体どうすればいいのかというのは、私も答えはありません。ただ方向としては、非常に有益な方向であると思いました。

次に、ＡＤＲのお話ですが、最初に、無過失救済制度について手嶋先生が少し触れられました。これは実は日医がプランニングする前に福岡県の医師会が元になるオリジナルのプランを作りました。実は私はそこに少しかかわっていたのですが、アメリカのフロリダとバージニアで行われている制度をモデルにしたものです。例えば無過失救済についてはニュージーランドは全面的に行っています。人身被害に関しては事故保障法で救済すると。そのかわり、ニュージーランドの場合は訴権を完全に奪っているわけです。民事訴訟は起こせない。そういう形にしているから、やむをえずうまくいっているところがあります。

ところが、フロリダのアメリカの制度は、これはちょっとデータは古いのですが、10 年ぐらい前の論文ですが、その際には必ずしもうまくいっていないと言われています。つまり、そこではねられても訴訟に行くことができますし、最初から無過失救済制度を迂回して訴訟にも行ける。選択ができる。そうなりますと、無過失救済制度では非該当とされたケースが、訴訟でやってみると 50%が勝つこともあり、あまり積極的には使われなかったりします。そういう可能性もあるかと思います。

背景としては、これは先ほどの高橋先生のお話につながってくるわけですが、無過失救済制度は基本的に金銭的な救済が前提になっており、そこでは患者さん側が考える、何が起こったのかを知りたいのだというニーズに必ずしも適合的ではないわけです。そのあたりがクリアできなければうまくいくのかどうかは、少し疑問に思っております。そういう意味で、これは合体させればいいのかもしれませんが、高橋先生がおっしゃったような、ナラティヴということに視点を向けたＡＤＲの構成が一つの可能性としてありうるだろうと思います。

先ほどＡＤＲと訴訟の差異の相対化という、あたかも第三の波を思い起こさせるようなことを高橋さんが言われて、ちょっと私は驚いたりもしたのですが、最後は違ったかもしれません。例えばナラティヴの作り手ということで言われた中に、ＡＤＲでは当事者が作っていく。訴訟では裁判官が作る。これに対しては、私は少し異論があります。例えば裁判で訴訟過程の中で最後の判決を作っていくのは、裁判官が一人で作っているわけではなくて、当然その前提は原告側、被告側の弁護士が作っていますし、その背景には、またより大きな法の現行の枠組み、さらに時代や文化的枠組みがあったりするわけです。そういう言説枠組みの掌の上で動いている。ＡＤＲのほうも、逆に当事者自身が作っているように見えて、その当事者のナラティヴも、実はある別種の掌の上で動いているのかもしれません。そうだとすると、そこには相対的な違いしかないと思います。

ＡＤＲのより現実的なお話に結び付けていきますと、一つは、患者側（被害者側）のニーズを考

えた場合は、まさにＡＤＲの側面でも一種のケアや配慮が必要で、そういう意味での対話の場は必要だろうと思っています。ただ、これをＡＤＲとして制度化していくときに、果たしてそれで足りるのかという、ちょっと私と高橋さんの立場が逆転したようなことを申し上げることになります。先ほど、僕の本のことを挙げていただいたのですが、これはあくまでも院内での自主交渉の場面を念頭に置いています。ですから、第三者のＡＤＲとなった場合、医療事故の場合は、やはり患者さんの真相を知りたいというニーズに応える必要が出てきます。法的な判断や医学的な客観的な事実、それも一つのナラティヴ（物語）であって、明確な答えはないのですが、そういう被害者の要求を無視することはできないだろう。そこで、中立的な事実認定的機能も組み込んでいくことが、対話の促進のためにも必要になります。

アメリカに早期中立評価という仕組みがありますが、ＡＤＲの中に、医学的、法的な面も含めて評価するパネルを作って、弁護士や医者が一緒に判断をするという手続きを、組み込んだほうがいいだろうと思っています。アメリカのこのパネルスクリーニングという仕組みでは、判断に拘束力を持たせていません。中立評価ですが、拘束力はないのです。したがって、それをさらにもう一度当事者のダイアログの中に開いていくという形での問題を処理している。７０％の事案がこれによって解決しているようです。対話促進をベースに、この仕組みを取り込めば、かなり機能する可能性があると思います。高橋さんがおっしゃったような発想をベースにしながら、なおかつ、そこに別の要素を組み込んでいく。恐らくそういうシステムを組み込んでも、組み込まなくても、当事者は社会の中の範型的なナラティヴを持ち込むわけですから、その意味では一つのバリエーションとしてあってもいいのではないかと最近は考えています。

あとは、先ほどの診療契約の中に仲裁条項を組み込む方法、これはかなり問題があるだろうと思っております。合意型の調停手続きなら別にかまわないと思いますが、仲裁手続を契約条項の中に含めることは、仲裁法の改正のときに、消費者の契約や労働契約の場合に、果たしてそれがいいのかという議論があったと思うのですが、それと同じで、やはり医師・患者関係で仲裁をあらかじめ契約の中に組み込むといったことは問題があると思ったりもしています。

やはり仲裁の前に、患者さんの求めているニーズに近い、それを満たすような手続が必要なのだと。今医療の領域でも、ナラティヴ・メディスンという考え方が出てきています。先ほどの関係契約論に戻りますが、日常の診療行為の中で行われている、お医者さんと患者さんとの関係も、ナラティヴの関係としてとらえ直していこうと。この視点は、関係的契約論と非常に適合的なところもありますし、また、紛争解決の場面では、ＡＤＲに適合的だろうと思います。

そのようなことで、今日のお話、関係とナラティヴとＡＤＲというのはそういう形でつながってくるのかなと思っています。

非常にざっぱくなお話で申し訳ありませんが、私のコメントはこれで終わらせていただきます。