



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	自己決定、インフォームド・コンセントと診療情報開示に関する一考察
Author(s)	吉田, 邦彦; YOSHIDA, Kunihiko
Citation	北大法学論集, 50(6), 1-25
Issue Date	2000-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/14989
Type	departmental bulletin paper
File Information	50(6)_p1-25.pdf



自己決定、インフォームド・コンセントと診療情報開示に 関する一考察

吉田 邦彦

目次

- 一 序——i c (自己決定) の光と影
- 二 i c モデルの射程——法原理的考察
- 三 i c モデルと法政策的制約——制度的・組織的考察

四 カルテ開示をめぐる諸問題
 五 最後に——医療過誤訴訟の意義再考

一 序——i c (自己決定)の光と影

(1) 近年は、しばしば「自己決定権」ないし「自己責任」に言及されるが(例えば、金融取引、成年後見立法、そして消費者契約の領域までもそうである。周知のように、医療の場合には——現実社会における浸透度は別として——最も早くから説かれている)⁽¹⁾、その背景につき必ずしも原理的に充分詰められてはいないようである。また、自己決定原理だけでは対処できないのも現代社会の現実ではなからうか(「自己決定」のタームをどのように使うかにもよるが、⁽²⁾多様な意味で用いられる場合に、相違に留意しておかないと、議論は混乱するであろう)。

かつて私は、(法学界においては)やや挑発的なタイトルの論文⁽³⁾(以下では「前稿」とする)により、日米の医療保障制度のバックグラウンドの相違や近年の米国における自己決定モデルへの反省の動きにも鑑みると、自己決定のコロラリールたるインフォームド・コンセント(以下ではi cとする)法理の「直輸入」的解釈には再検討の必要性があることを説いた。前稿発表当時は、少なくとも法学界はi cモデルに凌駕されている観があったが、近年は様相は変化しているようでもあり、例えば、医師・患者関係につき信託モデル・パートナーシップモデルも有力に説かれるに至っている(樋口⁽⁴⁾教授)。他方医学界においては、かねて法学界での議論と臨床現場とのギャップが意識されており(前

稿後のものとしては、森岡教授や星野（一）教授の著作が代表的である）、さらに近時はi cを正面から批判するもの（名取医師⁽⁶⁾）も現れている。

本稿では、前稿を承けてi cないし自己決定モデルの幾つかの場面の検討を行い、「良き医師・患者関係」との関連での「法（判例法・立法）の役割」を再考することを目的とする。近年は診療情報（とくにカルテ）の開示の問題に議論が集中している観があるが、本稿の構成としては、それに立ち入る前に、その原理的基盤とも言えるi c及び自己決定モデルの再点検を行い、事態が単純ではないことを示す（一～三）。その上で前記情報開示の議論を検討して（四）、最後に医療過誤訴訟の限界なども述べてみたい（五）。

(2) i cモデルの意義・功績としては、医師からの一方通行の——コミュニケーション不在の——医療実務（専断的医療）に対する批判・反省を行い、「医的侵襲」に際しての患者への情報提供を踏まえた同人の承諾を促すところにあることそれ自体は、あまり異論のないところであり、医師・患者間のコミュニケーションを通じた信頼関係作りの方⁽⁷⁾向での努力は、鋭意なされるべきものである（平成九（一九九七）年改正の医療法一条の四第二項は、もつともな努力規定である）。そしてわが国では、今尚欧米諸国に比して、「医は仁術」的、「由らしむべし知らしむべからず」的な——権威主義の裏返しのような——パターナリズムが根強いならば、自己決定（i c）モデルによる原理的刷新、ひいては個人主義原理の「洗礼」を受けることの意義は、強調されて然るべきであろう。

(3) しかし他面で、このようなi cには「負の側面」もあり、あまり徹底させるとおかしなことにもなることには注意が必要である。

例えば第一に、「自己決定権」というと聞こえがよいが、その意味するところは、治療手段やそれによる結果の選択について自己責任を負うということであり、患者への配慮（パターナリズム⁽⁸⁾）から手を引くリーズニングであることに

思いを致すべきである。そして、この点で医療判断についてまで患者に委ね、完全にパターナリズムの側面を払拭することが非現実的であることは——情報提供ないしコミュニケーションの必要性とは区別して——確認しておいてよいであろう。

また第二に、増加する説明義務違反の責任追及から形成される訴訟対策的な自己防衛的・保身医療的行為規範（『所定の承諾書類を整えて』『同意』さえ得れば、事足りる』式の行動様式）が生み出されるとすれば、単に事態が「患者の自己責任」に転嫁されただけの観があり、「相互信頼関係に基づく『元氣の出る』診療関係」とは隔たることになる。つまりここでは、抗争関係に立つ医師・患者間で形成された「判例法理」及びそこから生ずる行為規範と、友好的な相互信頼関係に立つ医師・患者の行動との関連如何という理論的問題が前面に出て、これは、「元氣の出る診療関係」にわたる「法」の役割如何という課題でもある。

さらに第三に、医療全体から見れば例外的なのであるが、自己決定原理を前提とする、情報提供ないし告知の悪影響が問題とされる場合が指摘されることは周知のところである。例えば、①末期医療（癌告知）の場合には告知観の変容（自己決定モデルへのシフト）が見逃せないが、事態はなお統一されておらず評価（行為規範）は分れており（contestedな多元的状况であり）、このような場合に「告知されない利益、知りたくない利益」を一概に排することはできず、その限りでi cモデルを徹底することはできない。そして、告知しない場合には、当該患者に対してどの程度フォローアップする義務を負うかが判例上問題とされている。⁹⁾これなどは、注意義務の内容として、——自己決定モデルに比して——パターナリズムモデルの方が配慮の程度が広がることを示している。また、②精神病医療の場合にも同様に「告知の仕方」が問題となるが、さらに、他害・自殺に対する保安的視点（社会的利益保護の要請）があり、開放的医療との関連で、微妙な問題がある。¹⁰⁾③また稀にしか生じない副作用・合併症を告知して、精神的不安をもたらす

ことの是非についても見解が分れるところである。④さらには、遺伝性疾患（例えば、ハンチントン舞蹈病、鎌状赤血球貧血症、フェニルケトン尿症）に関する遺伝子検査の告知は、現時点で治療不可能な症状が将来に発現することを知らせるべきかという、新しい困難な問題を提供している⁽¹¹⁾。

さらには、法原理的・法政策的に見て、「自己決定モデル」ないし「合意・契約的医療モデル」だけでは、事態を解決することができないことも屢々であることが認識されるべきであり、このことを節を分けて、次に論ずることにしよう。

(1) 言うまでもなく、医療の分野での古典的論文は、明孝一「治療行為における患者の意思と医師の説明―西ドイツにおける判例・学説―」契約法大系Ⅶ補巻（有斐閣、一九六五）「タイトルを微変更して、同・医事法学への歩み（岩波書店、一九七〇）に所収」である。

最近の文脈との関連では、例えば、星野英一「民法典の一〇〇年と現下の立法問題（中）」法教二二一号（一九九八）四一―四二頁、四五頁（成年後見立法との関連で、スローガンのには「保護から自律・自己決定へ」の重点の移動があるとされる）、同・民法のすすめ（岩波新書）（岩波書店、一九九八）七一一―七二〇頁（規制緩和の「外圧」による経済構造の変化、高齢化と福祉切り詰めの下で、個人のイニシアティブを重視する社会に向う意識改革の必要性を述べる）（もつとも、「成年後見制度と立法過程」ジュリー一七二号（二〇〇〇）三―四頁（星野発言）には、トーンのリフトも感じられる）、（別冊NBL五一号）債権法改正の課題と方向（商事法務研究会、一九九八）二頁（能見善久執筆）（規制緩和で行政的規制が減少し、市民の自力での活動設計・行動を前提とする契約法システムが必要だとする）（同旨、四宮和夫・能見善久・民法総則第五版（弘文堂、一九九九）五頁（能見執筆部分）、河上正二「消費者契約法」について」法教二二二号（一九九九）六五―六七頁（消費者契約立法の理念として、当事者の自己責任に基づく行動のための公正なルールに基づいた市場の環境整備、顧客の実質的選択権や自己決定権の回復のための支援、高齢者の自立的生活への支援などを挙げる）（なお、（別

冊NB L五四号)消費者契約法(商事法務研究会、一九九九)六一七頁(河上執筆)では、当事者の自己責任や市場メカニズムを重視するのが、国民生活審議会の立場であるが、消費者契約法には経済的弱者保護や被害の適切な救済という理念も等価値で含まれているとして、ニュアンスの変化が窺える。同じ論者が、「筆者〔河上教授〕は、やはり自由な自己決定(自律性)という個人の人格に根ざした価値を中心に据えて社会を眺めるべきではないかと考えており……ときに愚かしく一見不合理とみえる個人個人の意図や意思決定さえもが、許容しうる範囲でできるだけ実現してやろうとする契約法の基本的態度こそ、生き生きとした社会を生み出す」という——自由放任的な市場主義と紙一重の——社会観を述べておられた(河上正二「契約の成否と同意の範囲についての序論的考察(2)」NB L四七〇号(一九九二)四九頁)ことと対比せよ)。さらに原理的検討を試みる、潮見佳男「不当条項の内容規制——総則」前掲別冊NB L五四号(一九九九)一一一頁、一三四—一三五頁は、今回の消費者契約法の「基本的考え方」は、一九八〇年代のポスト福祉国家の市場機能活性化・自発性尊重の立場であり「これは、新保守主義と読み換えてよい(吉田)」、市場メカニズムを働かせるためのインフラ整備で、自己決定・自己責任原則の機能領域の確保、交渉力格差是正・自己決定権支援目的での国家的介入レベルに止めた「不当性」判断が、同法のモチーフだと明言していることも注目されよう(なお、同教授がそれに止まらず福祉社会実現・弱者保護を目差されることは、一三五頁参照)。さらに、吉田克己「現代市民社会と民法学(日本評論社、一九九九)二五九頁以下でも、基本視角とも言える「自己決定権」の分析があるが、近代市民社会から現代市民社会への変容に応じて「自己決定権」の意味内容の変化も認められて(二六二—二六三頁)、多義的であり(関係形成的自己決定権や、国家を相対化する社会(中間団体、共同体)の自己決定権にも言及される(二六五—二六七頁))、各種自己決定権相互の緊張関係にも触れられるから(二六五頁、二六九—二七〇頁)、そう単純ではないことがわかる。しかし多くのものが盛り込まれると、「自己決定」概念は空洞化するのではなからうか。また同教授が描写する現代社会の状況は、まさにその分析装置として「自己決定権」だけでは足りないこと(例えば、権力分析の必要性)を示していると言えないだろうか。

(2) しばしば、「真の自己決定の確保のため」あるいは「自己決定支援のための環境整備」のための、情報提供義務・損害賠償責任・取引契約の効力否定(無効、取消)などという使われ方がなされるが、その際には、「自己決定」は理念化され、現実とは乖離しているという意味で擬制的(fictitious)なものとなっていることに留意する必要がある。即ち、現実には、関係当事者の真に熟考された任意の「自己決定」は、なされておらず、求められる法的解決の政策的立場(スタンス)も

いわゆる市場主義的な自己決定ではなく、司法・行政による取引への介入を導くものである。

(3) 吉田邦彦「近時のインフォームド・コンセント論への一疑問(一)(二)完」——日本の医療現場の法政策的考察を中心として——」民商一一〇巻二号、三号(一九九四)。

(4) 樋口範雄「患者の自己決定権」岩波講座・現代の法14自己決定権と法(岩波書店、一九九八)とくに八八―九三頁参照。信託モデルは恩恵モデルと契約モデルの中間で、その関係の特色として、医師患者間の依存関係・患者の一定の選択の自由・信託忠実義務(監視費用の高さに鑑みた、委託者(患者)保護のための救済手段としての忠実義務・情報提供義務・守秘義務・不当利得返還)を挙げる。そして、わが国で自己決定を好まない患者が多ければ、信託モデルが基盤となりうるとされている(九三頁)。さらに、同・フィデユシヤリーの時代―信託と契約(有斐閣、一九九九)九頁、一七〇頁以下も参照。

(5) 森岡恭彦「インフォームド・コンセント(NHKブックス)(日本放送出版協会、一九九四)二二頁以下、三三頁以下、星野一正「インフォームド・コンセント―日本に馴染む六つの提言(丸善、一九九七)一〇八頁以下。

(6) 名取春彦「インフォームド・コンセントは患者を救わない(洋泉社、一九九八)。

(7) その意味で、元氣の出る新しい関係の謎(かすがい)としてのicそれ自体(これについては、厚生省健康政策局総務課監修・柳田邦男編集・元氣が出るインフォームド・コンセント(中央法規、一九九六)二頁以下参照)には、問題のないところであろう。

(8) パターナリズムという言葉は、恩恵的な意味での権威主義的ニュアンスで受け取られかねないが、ここではそれを捨象して、非権威主義的な「他者への配慮」という意味で用いている。

(9) 最判平成七・四・二五民集四九巻四号一―一六三頁では、「患者が治療に協力しなくなることをないよう相応の配慮をする義務」の違反の有無を問題にしている。

因に、下級審レベルでは、「催告知」を巡る行為義務設定に関しては必ずしも統一していないようであつて、一方で、(本人告知が不当の場合)家族への告知検討義務懈怠、告知義務違反から責任追及するものがあり(東京地判平成六・三・三〇判時一五二二号一〇四頁、仙台高秋田支判平成一〇・三・九判時一六七九号四〇頁)、他方で逆に、不当な告知による不法行為責任を認めたものもある(大阪地判平成八・四・二二判時一五八五号六六頁)。この領域では、社会的意識

の実態調査も望まれるところであり、この点で、一戸真子「医療サービスにおける患者の自己決定について—若干の医師・患者関係に関する意識調査を中心として—」社会保障法一二号（一九九七）は注目されるであろう。そしてそれに「一九九六年の調査」によれば、「知らせて欲しい」は、早期癌では八割だが、症状が悪化するほど低くなり（末期癌では、七割弱となる）、また「知らせて欲しくない」が末期癌では一割弱存在し、さらに「家族に判断を任せる」とするのは意外に少なく一割程度である（末期癌の場合）ことが報告されている（二二二—二二三頁、一三二頁）。

(10) 例えば、前田雅英「自己決定権はどこまで患者を守るか」法と精神医療一〇号（一九八六）、吉田邦彦・医療過誤判例百選（第二版）（一九九六）七四事件（一七一頁以下）参照。

(11) 検査を受けたから直ちに告知してもよいということになるのかの判断は難しいが、遺伝子問題研究会「遺伝子問題についての報告」（一九九五年三月）では、肯定説が採られている（ジュリ一〇六九号（一九九五）参照）。

二 i cモデルの射程——法原理的考察

(1) 自己決定モデル（個人意思・同意（合意）のモデル）が重要な基準になる場合があることは、もとより否定しないし、それが形骸化しそうな場合には、実質的に健全化させるような社会的保護も必要であろう（例えば、臨床試験は、i cの原点とも言うべき場面であるが（ナチの人体実験への反省としてのニュルンベルク綱領（一九四七年）やヘルシンキ宣言（一九六四年）を想起されたい）、医療サイドからの安易な誘導がなされないように、——とくに「社会的弱者（the socially vulnerable）」はそのような危険にさらされやすいので（アメリカでは、アラバマ州タスキギーにおける黒人への梅毒実験（一九三二—七三年）が有名である）——冷静な自律的判断を十全ならしめるような社会的監視が不可欠であろう⁽¹²⁾）。

しかし多くの場合には、いかなる自己決定原理と対立し相剋する価値があり、事態は一筋縄では割り切れず（前記臨床試験であっても、「治療の実験」(Heilversuch)の場合には、難しい考量の問題は生ずる）、その幾つかを以下に見ることとする。例えば、(i)人工妊娠中絶の自由については、アメリカでは胎児の生命価値との間の深刻な価値対立を正面上に出した——プロ・チョイスとプロ・ライフの両陣営に分れての——激突対立があることは周知のところだが、わが国では母体保護法一四条一項一号のルースな運用で対処している⁽¹³⁾。これは一見、自己決定原理に支配されている如くだが、胎児の保護感覚の弱さの裏返しでもある。また、(ii)「死ぬ権利」の場面でも、自己決定モデルの限界が示される。アメリカでは高齢者の自殺補助につき大いに議論があるが（ミシガン州のキボーキアン医師の事例）、わが国では伝統的に「自殺」に対する消極的評価は弱い。これに関連することとして、近時議論が多いのは「エホバの証人」の輸血拒否問題であり、わが法学界では、信者の「自己決定」どおりの輸血拒否ひいては死亡の事態を迎えさせることに好意的な見解が多いようである。しかしアメリカの裁判所では、種々のリーズニングを展開させて（例えば、信者に判断能力がないとしたり、信者が妊婦の場合に胎児の生命保護を説いたり、信者の近親者（とくに未成年子）の利益を問題にしたりする）、輸血命令を数多く認めていて対蹠的である。わが国ではi/cモデルが（少なくとも法学界では）凌駕している如くだが、実はそれと相剋する生命保護の価値の軽視の表れとも見うる。

(2) 別の様相で、「合意（自己決定の合致）モデル」の限界が示される例として、(iii)人工生殖の場合を見ておこう。例えば、代理母契約の場合には、「子どもを持ちたい不妊カップル」と「他者に代わって妊娠する代理母」との間の自己決定的合意があれば問題ないようだが（そう主張するリベラル・フェミニストもいる）、事柄はそう単純ではない。第一に、経済的・階級的格差・不平等（アメリカではさらにこれに、人種問題が深く関わる）が代理母実践に反映するという事態をどう考えるのか。第二に、貸し腹の代理母（gestational surrogate mother）が跋扈するようになると、わが

国では従来から根強い血縁主義・遺傳的紐帶重視（例えば中川善之助教授の立場。近時は、これに対する批判は高まりつつある⁽¹⁵⁾）に拍車がかけられ、差別問題をも助長しかねない。それが望ましい親子関係かどうかは反省を要するところであり、遺伝・血縁よりも、共有される生活という親子の關係的結合の意思（意欲）及びその社会的実践を重視すべきではなからうか。さらに第三として、精子・卵子あるいは子宮を「商品化」（commodification）して、市場取引の対象として譲渡性を認めること自体、格差志向を強め、人格の平等性、愛の無条件性・無償性、非金銭的共同生活における人間的充実（human flourishing）の理念に反するとの根本的批判もなされるに至っている（レイディン教授（スタンフォード大学）⁽¹⁶⁾）のである。これらの議論は、リベラリズム・自己決定モデル、さらにはそのコロラリーたる i c だけではカバーできない問題局面であり、その意味で同モデルの射程の限界を示していることとならう。しかしだからと言って、リベラリズムの要請が排斥されるべきだということにはならず、現実の態度決定においてはデリケートな考量に迫られる。このように、法原理の世界は、絶えず相剋・拮抗しあう諸原理の渦中にある⁽¹⁷⁾。

また、(iv)臓器移植についても、ドナーとレシピエントの「自由意思」の合致があれば、一見異論のない医療実践のようであるが（i c モデルの帰結である）、事態はそう単純ではなく、詳論はできないが、以下の如き諸問題が控えている。すなわち、わが国ではその前段階の脳死問題について大議論があるために、まだ臓器移植に関する切実かつ深刻な課題が意識されていないようであるが、①社会全体として、臓器の供給不足となることは必定であり、限られた臓器の配分（allocation）ないし割り当て（rationing）をどのように行うかという難問が大きな影を落とすことになり、⁽¹⁸⁾②そのためにボランティアリズムだけでは不十分で有償取引（市場メカニズム）に拠らざるを得ないのかについては米国では多くの議論がある（法経済学者は後者の立場を採る者が多く、さらに死者臓器を対象とする先物取引の利用という見解まである⁽¹⁹⁾）。③しかし、市場取引に委ねると⁽ⁱⁱ⁾で述べたと同様の問題が出る。利他的・人道的行為ばかりとは限らないので、

「他人を犠牲にしてまで人の生を長らえようとする」ことにつきどう考えるか、という義務論的生命倫理に対峙することが余儀なく⁽²⁰⁾され、また、経済的・人種的・性的な抑圧的構造が関わってきて、今日では「第三世界」をも巻き込んだ様相になっている。⁽²¹⁾ i cとは言え、貧困ゆえに臓器提供を余儀なくされる例も少なくなないのであり、かかる権力的側面を考慮してどのように臓器提供者の利益を配慮すべく市場規制していくかは難しい課題である。ともあれ i cモデルをいかなる範囲でどのように運用していくかは、慎重な検討を要することがわかるであろう。

さらに別の局面を見よう。(v)美容整形手術(豊胸術、隆鼻術等)は、その奢侈性、必要性・緊急性の低さゆえに、慎重な i c が求められるところであるが、この極の問題として「性転換手術」が耳目を引いている(例えば、近時の埼玉医科大のケース)。リベラリズムの論理からは画期的ということにもなるが、「自己の望む生物的性の外見、中性化した身体」を得させても、性同一性障害は解消されるのかどうか(性転換手術の有効性・適切性)、また中性人に対する社会的差別の問題をどう克服するかという課題も残されている。⁽²²⁾

(3) なお、原理的に見てわが国の特徴として見逃せないのは、患者の家族(近親者)の同意が重視されることであり、⁽²³⁾これは個人主義・自己決定権ないしリベラリズムの精神と対立する面がある。他者の意思による人格の服従(例えば、親の意思による子への輸血拒否の場合など)という帰結をも齎しかねず、代理人の意思を必要とする根拠や本人の判断能力の評価など、慎重に——そして批判的に——今後詰められていくべきであろう。

(12) さしあたり、唄孝一「『臨床研究』に対する医事法学的接近」年報医事法学13(一九九八)四四―四五頁、丸山英二「臨床研究に対するアメリカ合衆国の規制」同上五七頁、さらに、砂原茂一・臨床医学研究序説―方法論と倫理(医学書院、一九八八)参照。

(13) 文献は膨大だが、石井美智子・人工生殖の法律学—生殖医学の発達と家族法(有斐閣、一九九四)、江原由美子編・生殖技術とジェンダー(勁草書房、一九九六)、金城清子・生命誕生をめぐるバイオエシックス(日本評論社、一九九八)第一章のみ挙げておくが、いずれも、「プロ・チョイス」的論調が強い。もつとも、ややニュアンスの異なるものとして、中谷瑾子・21世紀につなぐ生命と法と倫理——生命の始期をめぐる諸問題(有斐閣、一九九九)三六頁では、胎児は妊婦とは別個の生命体であり、その処分は妊婦の自己決定権の範囲内ではないとされ、その上で、胎児の生命・人命保護を意識しつつ、自己決定権とのバランスの調整を説かれている(九七—一〇〇頁、一一六頁)。

なお、不妊手術の失敗による子の出生に伴う扶養負担賠償の可否「いわゆる wrongful birth の問題」につき、諸外国(アメリカ、ドイツ)では多くの議論があるのに(それについては、例えば、丸山英二「不妊の手術失敗による妊娠・出産と民事責任」法時六〇巻四号(一九八八)、服部篤美「望まない妊娠・健常児出産事件にみる損害賠償請求の可否とその範囲」フォーラム医事法学(尚学社、一九九四)、小池泰「不妊化失敗と医師の責任(一)(二・完)」『家族計画 Family Planningと子供』をめぐるドイツの議論から——民商二二巻二号、三号(一九九九)など参照)、わが国ではそれほど顕在化していないのも、安易に「中絶」がなされるという背景の相違があるためではないかと推測される。

(14) 例えば、東京高判平成一〇・二・九判時一六二九号三四頁を巡る議論を参照。「エホバの証人」問題については、吉田邦彦「信仰に基づく輸血拒否と医療」新・裁判実務大系第一巻医療過誤訴訟法(青林書院、二〇〇〇)で論じたので、詳細はそれに譲る。この問題の代表的な先行文献は、明孝一「アメリカ判例法における輸血拒否——『死ぬ権利』論の検討過程における一つのデッサン——」都立大法学雑誌一八巻一—二合併号(一九七八)(一部加筆して、同・生命維持治療の法理と倫理(有斐閣、一九九〇)に所収)であるが、力点の置き方が私見とはやや異なっている。

(15) 例えば、「(嫡出)推定の及ばない子」の基準に関して、中川善之助・新訂親族法(青林書院新社、一九六五)三六四—三六五頁(「夫の子では絶対にありえないような場合」に、民法七七二条は適用されないとして、人工授精子についても、夫の子でないことが確実に証明されれば同様だとされる)、高野竹三郎「嫡出性の否認」家族法大系Ⅳ親子(有斐閣、一九六〇)二〇頁。近時の松倉耕作・血統訴訟論(一粒社、一九九五)一五五頁以下、一六七頁以下、同・血統訴訟と真実志向(成文堂、一九九七)八三頁以下も事実主義的色彩が強い。これに対して、親子関係における「事実主義」「血縁主義」に対して明確かつ全面的に批判されたのは山島正男博士であり(「親子とは何か」法セミ三二八号(一九八二)、さらに

- 「嫡出否認」法セミ二三〇号（一九八二）も参照）、私もそれに倣ったことを述べたことがあるが（吉田邦彦・後掲論文（注（17））（後編）二二五頁（妊娠・出産・養育という社会的関係に即した関係的規律を説く）、見解としてのプライオリティは同博士に帰せられるべきものである。なお、類似の注目すべき見解として、「意思主義」の再評価という流れもあるが（例えば、鈴木祿弥「実親子関係の存否につき、血縁という要素は絶対的なものか」民法の基礎知識(1)（有斐閣、一九六四）一七〇頁以下、同・親族法講義（創文社、一九八八）一三二頁、「座談会」中川先生の学問をめぐって」法セミ特集・中川善之助一人と学問（日本評論社、一九七六）一一四―一五頁（星野英一発言）など）、意思主義はしばしば血縁・遺伝重視の考え方もオーバーラップすることに留意が必要であろう。さらに、最近の水野紀子教授の中川理論批判（「中川理論―身分法学の体系と身分行為理論―に関する一考察」山島他古稀・民法学と比較法学の諸相Ⅲ（信山社、一九九八）など）の主眼も「事実主義」（及び常識論重視）の批判にあるが、批判がやや一般的・概括的に流れる印象を受ける。「事実主義」「実質主義」と言っても、多義的であり、(i)血縁主義偏重、(ii)身分行為の追認・転換あるいは内縁準婚姻論に表れる共同生活の事実の重視、(iii)身分行為理論（とくに翻意の場合）における実質説のコロラリーとしての届出を巡る「自由意思軽視」（届出効力要件説における形式意思軽視の側面）という具合に、場面を分けて考察すべきであり、各々問題状況は異なっており、私としても(i)(ii)については批判的検討の対象となると考える。また(ii)の批判は、身分関係形成における自由意思要素（リベラリズム）をどの程度重視するかというに関わり、別の要請（価値）との相剋があり、その調整は容易ではなからう。
- (16) MARGARET JANE RADIN, *CONTESTED COMMODITIES* (Harvard U.P., 1996).
- (17) 詳しくは、吉田邦彦「アメリカ法における『所有権法の理論』と代理母問題―フェミニズム法学・批判的人権理論・プラグマティズム法学に関する研究ノート―（前編）（後編）」星野古稀・日本民法学の形成と課題下巻（有斐閣、一九九六）山島他古稀・民法学と比較法学の諸相Ⅰ（信山社、一九九六）に譲る。
- (18) 周知のように、夙にGUIDO CALABRESI & PHILIP BOBBITT, *TRAGIC CHOICES: THE CONFLICTS SOCIETY CONFRONTS IN THE ALLOCATION OF TRIGICALLY SCARCE RESOURCES* (Norton, 1978) 177-が腎臓の問題を素材に「悲劇的ディレンマ」として扱ったのである。
- (19) Eg, Lloyd R. Cohen, *Increasing the Supply of Transplant Organs: The Virtues of a Futures Market*, 58 GEO. WASH. L. REV. 1

(1989); Henry Hansmann, *The Economics and Ethics of Markets for Human Organs*, 14 J. HEALTH POL., POL'Y & L. 57 (1989), 同様に對して、臓器の有償取引への批判的論文としては、See, Judith Areen, *A Scarcity of Organs*, 38 J. LEGAL EDUC. 555(1988).

(20) 例えば唄孝一「脳死問題に対するわが法学者の対応(三・完)」法教六三三(一九八五)二三頁注(2)で引用される「比較法学会」(その成果は、臓器移植の比較法的研究・比較法研究四六号(一九八四)である。同号一四四頁(唄執筆)も参照)での共同研究あいさつは、これを意識されている。

(21) E. g., Chris Hedges, *Egypt's Desperate Trade: Body Parts for Sale*, THE NEW YORK TIMES, Sept. 23, 1991, A1, A8; Sanjoy Hazarika, *India Debates Ethics of Buying Transplant Kidneys*, THE NEW YORK TIMES, Aug. 17, 1992, A20.

(22) 例えば、針間克己「性同一性障害の概念及び現況」ケース研究二五四号(一九九八)、猪田真一「性転換手術の治療行為性に関する一試論」帝京法学二〇卷一「合併号(一九九八)、澤田省三「性転換」をめぐる若干の法的課題(上)(下)」判時一六九二号、一六九三号(二〇〇〇)。さらに、坂井昭宏「性転換手術は同一性障害の有効な治療法でありうるのか」クウォリテイ一九九八・二月号(一九九八)。これに對して、埼玉医科大学の倫理委員会のメンバーの手になるものとして、山内俊雄・性転換手術は許されるのか——性同一性障害と性のあり方(明石書店、一九九九)がある。なお、大村敦志「性転換・同性愛と民法(上)(下)」ジュリー一〇八〇、一〇八一号(一九九五)は、リベラリズムと民事諸制度との関連を考察されていて、視角は多面的だが、リベラリズムの香りも濃い(少なくとも、そこで影響を受けたとされる Michelle Gobert 教授(パリ大学)の場合)。

(23) 例えば、臓器移植関連の諸法律でもそれが反映しており、死体解剖保存法七条、角膜腎臓移植法三条三項但書、臓器移植法六条など参照。

三 i c モデルの法政策的制約——制度的・組織的考察

(1) 判例法上の医療従事者の行為義務の高まりとわが国の多忙な医療事情とのディレンマ、臨床現場の悩みを建設的

に受け止め、i c 法理を医療保障制度との相関で考察すべきことを前稿では強調した⁽²⁴⁾（もとより、医師側の怠慢ないし権威主義的態度は矯正されるべきであると考えた上でのお話である）。ここでも、良好な医師・患者関係構築のためには、医療過誤法理もさることながら制度・組織論にも目が向けられるべきことを再度述べておきたい。

留意すべき課題を二・三述べるならば、まず第一に、確かに十分な情報提供・コミュニケーションが原理的にはとされたとしても、——それにかかる時間的・取引的コストとのトレード・オフで——どの程度現状の医療制度に組み込めるのかという問題がある。例外的事態、例えば稀にしか生じない副作用や通例考えにくい代替的治療法まで逐一説明することは、——患者の心理的な不安を煽るという問題を別にしても——それに伴う諸コストを現行医療保障制度に包摂することには非現実的などころもあり、その意味で、説明義務の周縁をファジーにして医師の「裁量」に委ねている判例の立場にはそれなりの実際的根拠があるように思われる。診療報酬点数上の説明コストへの制度的手当には、やはり限界があることは否めないであろう。

第二は、医療当事者の肌理細かな医療、信頼関係に裏づけられた情報交流やi c のためには、プライマリー・ケアを重視した「掛かり付け医」制度の設計が有意義ではないかということである。平成九（一九九七）年の医療法第三次改正では、地域医療支援病院の創設（医療法四条、一六条の二）の反面で、そこにおける紹介率を八〇パーセント（当初二年間は六〇パーセント）として、特定機能病院（同法四条の二）「これは、平成四（一九九二）年の医療法第二次改正による」と掛かり付け医（開業医）との二極化がはかられている。これは、主に医療費抑制策の表れなのであるが、i c の現実にとのようによく反映してくるのか、今後の帰趨を見守りたいところである。

また第三として、医療機関相互の有機的な横の連携——紹介・転医・転院、さらに近時注目されているセカンド・オピニオン制度⁽²⁶⁾——はもつと愛揚されてよいが、これは診療報酬制度から生ずる経済的インセンティブと相剋する関

係に立ち、このディレンマをいかに克服するかも大きな課題であろう。それは、種々の意味で細分化・分業化されてきている医療相互のネットワークの組織化の前に立ちほだかる障害であるが、医事法学の側からは、「転医・転送義務法理」「団体責任法理」等を媒介に、今後ネットワーク・システム責任が追及され、そのあり方が問われる形で議論を深化させていくべきものである⁽²⁷⁾。

(2) 「コスト抑制策との関わり」ところでアメリカの医療保障制度は、近年は「管理的競争」(managed competition)「これは、一九八〇年頃から、エントーベン教授(スタンフォード大学ビジネススクール)により提唱され⁽²⁸⁾、その後の医療組織変革に大きなインパクトを与えているものである」及びそれを承けた近年の幾度の大手HMO(健康維持機構)の再編を通じて、大きく変わってきており、従来の「出来高払い」(fee-for-service)制度に比して、コスト抑制の観点からの締め付けが厳しくなってきた。そしてそれは、いかなる医療プランを選択するか、ひいてはどのくらいの保険料(premium)を支払うかにかかってきており、最近では、そのような制度選択まで消費者主権的に「自己決定」させ、そのための医療資源制約の情報についてのiic(いわゆる「経済的インフォームド・コンセント」)(economic informed consent)も議論の多いところである⁽²⁹⁾。

自己決定モデルで一貫しており、あつげらんともしているが、反面である種殺伐としている。原理的に見て私などはこうした事態に拒否反応を覚えるのは、消費者のコスト意識に裏付けられた医療の商品化——その市場メカニズムによる格差化——がなされ、医療の割り当て(rationing)、いわばトリアージュ「元来は、負傷兵士の選別の意味」が赤裸々に開示されようとしているところであり、これは他面で、医療保障上の平等理念と相容れない側面があるからである。しかしこれもアメリカ社会の厳然たる現実であることは否めない。

医療費予算抑制の事情はわが国とて変わらない。日本では、基本的に平等的・包括的医療保障のシステムが採られて

いるために、かかる事情は顕在化しにくく、また、トップダウン式に厚生省サイドで政策決定（単価設定、保険の射程の線引き等）がなされて、医療費支出の仕方は医療提供者サイドの「裁量」に委ねられてきたが、いろいろな形で歪みも生じている。今後さらにコスト抑制のコントロールが強まってくると、医療保険に関する情報開示の要請も高まりうるが、⁽³⁰⁾例えば、高額医療を受けるか否かについて、アメリカ流に患者の意思を反映させる形で、個人主義的・契約的な制度設計をしていくかについては、尚検討の余地がありそうである。

- (24) 吉田邦彦・前掲（注（3））（二・完）民商一〇卷三号（一九九四）四〇八頁以下、とくに四一三頁以下。
- (25) 例えば、星野一正・医療の倫理（岩波新書）（岩波書店、一九九二）六〇一六四頁参照。このたびの厚生省検討会報告書でも推奨されているところである（柳田邦男編・前掲書（注（7））一四頁）。
- (26) 例えば、名取・前掲書（注（6））二四四頁以下。
- (27) これについては、吉田邦彦『麻酔事故と医療水準論』に関する一考察（下）「ジュリー」一〇六号（一九九七）九六頁以下。
- (28) ALAIN C. ENTHOVEN, HEALTH PLAN: THE ONLY PRACTICAL SOLUTION TO THE SOARING COST OF MEDICAL CARE (Addison-Wesley Pub. Co., 1980) を嚆矢として、同教授によるものとして、do, THEORY AND PRACTICE OF MANAGED COMPETITION IN HEALTH CARE FINANCE (North-Holland Pub. Co., 1988); do, *The History and Principles of Managed Competition, HEALTH AFFAIRS* 1993 Supplement: 24 ーなど参照。
- (29) E. g., Marjorie Shultz, *From Informed Consent to Patient Choice: A New Protected Interest*, 95 YALE L. J. 219, at 294-296 (1985); Peter Schuck, *Rethinking Informed Consent*, 103 YALE L. J. 899, at 957-958 (1994); Mark Hall, *A Theory of Economic Informed Consent*, 31 GA. L. REV. 511 (1997).
- (30) レセプト（診療報酬請求明細書）の開示に関しては、情報開示条例との関連で、非公開決定をした兵庫県の行政処分を取り消す判決が出て（大阪高判平成八・九・二七行裁例集四七卷九号九五七頁）、それがインパクトを与えた。一九九六年

一月の国民医療総合政策会議中間報告では、レセプト開示の必要性が指摘され、一九九七年六月厚生省保険局長通知によりレセプト開示の旨の保険者への指導がなされた。

四 カルテ開示をめぐる諸問題

(1) 以上の考察をうけて、昨今議論の多い診療録（カルテ）開示に関連して若干のついたことを述べておこう。前述した如く、i c それ自体、その要請の強弱は状況に応じて異なり、またその対抗原理も存することがむしろ通例であつて、中々「自己決定」原理だけで一面的に割り切ることとはできないというのが実情である。それに比べるならば、診療情報の提供・開示の議論の方は、実現しやすいのではないかと思われる⁽³¹⁾。

第一に、見解の対立点となっている「法制化」の是非については、やや医師会側の過剰反応の気味もあり、もし厚生省検討会報告書⁽³²⁾と同趣旨（同一内容）のガイドラインが医師会で作られるのであれば、あまり大差はなく、「内部規律」（private ordering）であつても構わないと考える。逆に「法制化」されても大仰に考える必要はなく、この点で医師側サイドには、法制化されると、診療当事者の対立的・抗争的状況における「揚げ足取り」の材料としてカルテが使われるというイメージ・連想が強いものと推察される（民訴法上の、証拠保全手続（民訴二三四条）、文書提出命令（民訴二二〇条〔旧三二二条〕、二二三条）の延長線上のイメージである）。しかし、ロジカル「論理的」には、患者・医師間の良好な信頼関係と両立し、それを支援するための情報公開・カルテ開示——それを下支えし、法と医療倫理が協働するような「法制化」——と言うことは充分ありうることである。近時の立法活動においては、裁判規範の提供というよりも、訴訟外の行為規範の設定ということにフォーカスが当てられることが多い⁽³³⁾ことも想起されるべきであらう。

ただ、実際に提示された医師会ガイドラインを⁽³⁴⁾読むと、厚生省検討会報告書の立場とはいささか異なるものの如くである。例えば、一つには、カルテの医師の評価部分に関して、そこでは原則として要約書による代替を考えるようである(ガイドライン「三一三」)(これに対し、検討会報告書では、環境整備までの暫定的な次善策のようであり、最終的にはカルテ自体の開示を考える如くである)。また二つめとして、開示の拒否事由が膨らみ(ガイドライン「三一八」)、また開示申請手続に一定の要件が求められている(書面申請、申請人の証明が要求されている)(ガイドライン「三一四」「三一五」「三一七」)のも異なるところである。

第二に、危惧されるところは、診療録の開示により、カルテの形骸化・杓子定規化・行政文書化が進み、無難なことのみが記載されるようにならないかということである。⁽³⁵⁾やはり、多様で個性溢れる——そして言うまでもなく、読みやすい——カルテの記載が望まれるところである。

(2) 第三として、診療情報開示を巡る論拠を検討してみると、それを拒む決定的な理由を見出すことは難しい。⁽³⁶⁾他方で積極論の論拠としては、情報提供義務の諸規定(民法六四五条、医療法一条の四第二項)、さらには情報の共有による医療の質の向上、個人情報保護の自己コントロールというプライバシーの考え方などが挙げられる。

ただ、従来の議論ではあまり出されていないこととして、(i)カルテの著作物性(著作権法二条一項一号)(医療従事者の見識、洞察力、観察眼の表われとして、その主観的评价部分に関しては、この点が問題になる)、⁽³⁷⁾及び(ii)その上で「公正利用」(fair use)法理による、その私的使用目的の複製(同法三〇条参照。なおアメリカ著作権法一〇七条には、フェア・ユースの一般の規定がある)の可否、さらには(iii)その際の対価の有無如何、という形で議論が積み上げられるべきであろうが、それが見られないのは、わが国における情報に関する知的所有権の思想の弱さが反映している⁽³⁸⁾と言えようか。もつとも、私としては、自己情報の開示の重要性に鑑みて、無償の「公正な私的利用」は認められるべき

であり、そうでないとしても、準委任契約（検査、診療、診断）の中にそのことは組み込まれていると考える。

またこの点で、医師会ガイドラインが、診療録作成・開示のための診療報酬の検討を促しているが、⁽³⁹⁾ 今後は診療録管理の職域が注目されていくことになる。また要約書を一々作成するのも二度手間余計なコストをかけることにもならないか、という疑問もありえよう。しかしこのようなコストを払ってでも、診療情報開示を実現することは望ましいかどうかという形で、今後さらに詰めた議論をしていく必要があるであろう。

(3) 「より具体的・実際の課題」そして現下の課題は、診療情報開示の可否一般というよりも、むしろ開示方法、開示の範囲、診療記録の作成・管理のあり方という具体的問題の詰めに移っていると見える（ドイツなどでは、診療録作成の目的論と関連させて、また記載内容を主観・客観と区別した上で、「診断」や「疑診」に閲覧請求権は及ぶかなどという形で細かく議論されている⁽⁴¹⁾）。そして各論的なこととして、一つには、癌治療の場合などにもし不告知の対応をするとき、カルテの情報開示のレベルでうまく例外的措置がとれるかどうか問題となる。また二つめには、医師相互の開示に関しては、患者に対するよりも緩やかに考えられるかどうか問題となる。また二つめには、医師

さらに三つめには、カルテそれ自体が開示される場合には、従来よりも誤診（ないし誤った疑診）は表面化する（医療サイドにおいて、カルテ開示に慎重論が根強い実際上の根拠は、ここにあるのではないか、とも思われる）。医学的診断は無謬ではないことに鑑みた対応も必要となりうる⁽⁴²⁾。回顧的（retrospective）な「訴訟」的な過失や因果関係の評価と当該診療時点での事前的（prospective）な「医療判断」とでは違いもあり、医療水準論との関連で「善管注意義務」違反の評価の仕方として、どの程度医療行為時の不確実性を許容できるものか、というのがここでの問題である⁽⁴⁴⁾。確かに、医療は無謬と考えるのも現実離れしているが（見方を変えて言えば、これまでの診療情報不開示の実務によつて、そのような「神話」が作られてきたという側面もある）、しかし他方で、「医療にミスはつきもの」という形で、杜撰

な医療行為やその管理・運営を安易に正当化することもあつてはならず、そうならないためにも、判例の積み上げや各種ガイドラインの設計による個別的な医療行為規範の明確化・具体化に、より一層の努力を重ねていくことが肝要ではなからうか。

- (31) 森島昭夫他「(座談会)『カルテ等の診療情報の活用に関する検討会報告書』をめぐって」『ジュリー一四二号(一九九八)』一頁に引かれる意見(森島発言)とは逆の評価である。
- (32) 平成一〇(一九九八)年六月一八日に発表された、「カルテ等の診療情報の活用に関する検討会報告書」(検討会は、一九九七年七月に厚生省健康政策局長下に設置された)であり、前掲ジュリー一四二号六四頁以下に収録されている。
- (33) 例えば、近年の債権法改正のプロジェクトとの関連で、「(討論)民法一〇〇年と債権法改正の課題と方向」私法六一号(一九九九)七四頁(能見発言)(行動指針・行為規範となる民法典を考えており、裁判官のための裁判規範とはちよつと違ふとされる)、消費者契約立法との関連では、山下友信「消費者契約立法の特質と機能」ジュリー一三九号(一九九八)五六頁(予防的規制の新たなメカニズムであり、自主的行動基準・ガイドラインになるとする)など参照。
- (34) 平成一一(一九九九)年二月二六日公表の日本医師会診療情報提供に関するガイドライン検討委員会最終報告「診療情報の適切な提供を実践するための指針について」。
- (35) 中島和江「情報公開時代にかに備えるか」『日医雑誌』二二〇巻二号(一九九八)二七五頁、二七七頁では、アメリカでは、i.c.が空虚な儀式となつており、カルテも客観的事実だけが淡々と書かれていることが指摘されている。
- (36) 検討会報告書では、カルテ開示の問題点として指摘されることとして、①コスト論、②記録の質の低下、③信頼関係を損なう、④治療効果を妨げる、⑤患者のショックが挙げられており、消極論には決定打はないとされている(前掲座談会(注(31))二二頁「樋口(範)発言」)。
- (37) 奥平哲彦「カルテの開示について」『日医雑誌』二二〇巻二号(一九九八)二六三頁でも、医師の主観的考察・判断、思考過程の部分については、著作権類似の権利が認められてよいとする。

(38) これについては、吉田邦彦「情報の利用・流通の民事法的規制——情報法学の基礎理論序説」ジュリー一一二六号（一九九八）一八八一—一九〇頁参照。なおこの点で、山田卓生「ヘルス・インフォメーションは誰のものか」年報医事法学一二号（一九九七）三八—三九頁で、情報作成者の権利を論じておられて、かかる問題を意識されているようである。

(39) 前掲最終報告書（注（34））一四頁（指針「三一六—関係」）。この点は、既に加藤良夫「説明等に関するカルテ記載上の問題点」医事法学叢書2 医療行為と医療文書（日本評論社、一九八六）一六六—一六七頁などでも指摘されるところであり、奥平・前掲箇所（注（37））でも、カルテ記載に十分時間を割けるように費用の手当てが必要だとされている。しかし、多少の診療報酬点数をカルテ作成に付しても、「時間が限られる」現実をあまり大きく変えることはできないように思われる。(40) これに対して、現状（ないし従来）の状況は、このような業務はリストラの対象となりにかからない旨指摘されている（桜井勉「診療録管理の日常業務と法律」日本病院会雑誌四二巻六号（一九九五）九二—九三頁）。

(41) それについては、山下登「診療記録の開示をめぐる若干の論点についての検討——近時のドイツの議論を手がかりとして」年報医事法学14（一九九九）三二頁、三三頁以下。もっとも、山下助教自身は、全面開示を原則とするアメリカ的アプローチを支持されている（四一頁参照）。

(42) この点で、光石忠敬「医療記録の閲覧・謄写請求の現状および問題点」ジュリー一一四二号（一九九八）四八頁では、「開示による損害」については医師・病院は責任を問われないことの法制化が必要であるとす。なお、協立総合病院・ウソのない医療（風媒社、一九九八）二四六頁でも、医療ミスは一〇〇パーセントなくせないことを事実として認めた上での問題解決の必要性を説く。

(43) 咽孝一「医事法学への歩み（岩波書店、一九七〇）八三—八四頁で、医療行為の特質として指摘される「実験的要素」「試験的要素」と、オーバーラップしている。

(44) 福井次矢「臨床における情報伝達の質と価値」日医雑誌二二〇巻二号（一九九八）二三七—二三九頁では、ミステイクの開示は臨床上遭遇する大きな問題だとして、そのメリット・デメリットを検討し、積極の開示論が強くなりつつあるとしている。そして、「診断もつかない不確実な時点での診療の難しさを、（後に）病院に来た時点で」非難すること、結果論からのみ非難することは許されないとされている（二四四頁）。また、浅井登美彦「医療過誤訴訟における診療録の意義」現代裁判法大系7 医療過誤（新日本法規、一九九八）六六頁でも、「臨床医学は常に未来予測の上に成り立ち、結果論的な

歴史的立場からの行為の可否の考察はできない」旨、強調されている。

五 最後に——医療過誤訴訟の意義再考

(1) 医療過誤紛争においては、カルテの改竄ということが少なくないことはこれまでも指摘されており、さらに今後普及するであろう電子カルテにおいては、そのメリットの反面で、訂正「改竄」と読み替えることもできよう(吉田)の容易さ、しかも「訂正者」を探知・確定することの難しさなどの問題点があることも指摘されている。⁽⁴⁶⁾従って、カルテを早い段階で閲覧・複写できる制度を設計することは、爾後の医事責任追及に際して有用な武器を提供することとなろうし、前述したとおり、実はその点は医師会サイドがカルテそのものの開示に消極的な姿勢をとる本音の理由なのではなからうか。しかし他方で、良き医師・患者関係の形成や良質な医療提供システムの設計において、医療過誤訴訟の役割には限界があることも確かなようであり、その点に注意を喚起して終わりとしたい。

(2) すなわち第一に、前述の如く、カルテの記載を過大評価して、結果責任的な医療過誤責任を追及することには無理がある(四(3)参照)。もしこれが可能であると考えるような法意識があるとすれば、それは従来の医療情報不開示・不透明が裏面として齎した、「医師の無謬性」への過度の期待という「ツケ」なのであろう。また第二に、こうした責任追及を恐れて、アメリカのように責任回避的・防衛Ⅱ保身的な診療情報の開示へ向かうとするならば、当該患者への豊かな「人間観察」に基づく記述は失われ、必ずしも良好な医療関係・信頼関係を醸成するとは言い兼ねることとなる。もつとも、それでも不開示に比べるならば、増しだ「半歩前進だ」という見方もできようが。さらには、そこにおける医師・患者の対立モデル、患者の強く賢い人間モデルが、医療現実に沿うものであるのかどうか、私自身かねて問

題にするところである。⁽⁴⁷⁾

しかし第三に、ここで指摘しておきたいのは、医療過誤訴訟による「もぐらたたき」的（悪玉追及的）「懲罰アプローチ」（アメリカでは、「悪いリンゴ」（bad apple）理論と呼ばれる）が、果して、しばしばマスコミを賑わす医療ミスの軽減というリスク・マネージメントの観点から見て、望ましい制度なのかどうか、むしろ、より広い視野から、問題症例の検討会、各種ガイドライン作り、横の連絡の緊密化などという、医療提供システムの「改善アプローチ」の方が、将来的に見て望ましいのではないかという問題提起がなされていることである。⁽⁴⁸⁾

この指摘は、確かに傾聴すべきものであり、医療側の事故防止に向けての「風通しの良い」環境作りこそが、抜本的対策となると言えようが、医療過誤に関する民事司法による明確な医師の行為規範作り、及び事故防止を旨指すインセンティブ作りは、そのような医療提供システム、制度の改革の一翼を——協働的に——担うということも言えるのではなからうか（このような、行為規範に向けられた「民事法」の捉え方が近時注目されていることについては、注（33）参照）。しかしそれとともに、昨今議論が数多くなされている「カルテ開示」について、それがいかなる目的のためのものなのか、そして医師・患者双方とも過度に民事責任に敏感になることは、かえって良好な医療関係との懸隔を生む——その意味で民事判例法理の役割には限界がある——ということについても、今一度再確認しておく必要があるのではないかと思われる。

(45) 例えば、浅井・前掲（注（44））六三頁参照。

(46) 鹿内清三「診療録の法的意義」日本病院会雑誌四二巻六号（一九九五）九〇〇頁。

(47) 吉田邦彦・前掲（注（3））（二）（完）民商一一〇巻三号四二〇頁以下参照。

(48) 中島和江「医療の質の向上／ヘルスケア・リスク・マネージメント」病院五六巻六号（一九九七）五五九―五六三頁、
〔特集〕医療ミスは減らせる」日経メディカル一九九九年六月号七〇―七五頁参照。また、吉田邦彦・前掲（注（27））
九八一―一〇一頁で指摘した「継続的質改善（CQ: Continuous Quality Improvement）」の構想も併せて見られたい。

〔付記〕本稿は、第二五回日本医学会総会（一九九九年四月二日開催）におけるシンポジウム「インフォームド・コンセントをめぐる」（座長森岡恭彦教授）での報告のために用意した原稿全文に必要な最小限の注を付したものである。当日は時間的制約もあり、また会報の紙幅の制限も厳しかったため、部分的にしか発表できなかつたので、このような形で公表させていただくことにした。論説にしては口語的筆致になっているのはそれ故である。貴重な報告の機会を与えて下さった森岡先生に感謝するとともに、本稿のテーマは幾つかの根本問題に関わり、デリケートなスタンスが問われる難問であり、その本格的な検討は他日を期することにした。