かった。大蔵省が概算要求基準の策定などを通じてコントロールする予算規模を前提に、「予算をめぐる調整の結果を踏まえて予算の基本方針」や財政の中期展望が策定されるというプロセスに変更が加えられることはなかった。このような問題に本格的に取り組むことになったのは、経済財政諮問会議を活用した小泉内閣に至ってからである。予算編成に先だって内閣全体の基本方針を示す「骨太の方針」は、小泉内閣の初年度から策定された。小泉内閣二年目の2002年度には、「骨太の方針」を概算要求基準に反映させるために、「予算の全体像」が策定された。しかし、その数値目標自体は、財務省の意向が反映されたものであり、民間の発想を取り入れるという諮問会議のメリットが生かされたものではなかった。

諮問会議が予算編成過程において新たなプロセスを打ち出しながら、実質的な政治主導に寄与しない原因は、内閣と与党との二元システムの問題もさることながら、同会議と財務省との役割分担が明確化されていないからである。諮問会議が発足してから、３人の財務大臣を経ているが、民間議員との意見対立の内容が常に類似性をもって来ている。そのことは、諮問会議に対する財務省の対応が、マクロの予算編成に誰が参加するのか、という点に対する認識が大蔵省時代から変化していないことも示している。このような状況の中で新しいプロセスを導入したところで、それは政治主導を演出するための舞台とはなっても、実質的なそれを意味するわけではない。

また、翌年度の予算規模を決めるための情報やノウ・ハウといったものを財務省が独占している状況に変化がもたらされない限り、政治主導の予算編成はおぼつかない。この問題が解決されることなしには、諮問会議が強力なリーダーシップを持つ首相の下、予算の要求官庁や与党に対して、相対的に強くなったとしても、実質的な主導性を確保することにはならない。

要　旨

民事責任における医師の「裁量」と説明義務の交錯

― 裁判例を手がかりとした臨床法学的試論 ―

李　　庸吉

第１章　問題の所在と課題の設定

最高裁の調べによると、2004年の１年間に新たに提起された医事訴訟事件の数がついに1000件の大台を上回り、ここ10年間で2.2倍、30年前に比べると約6.5倍の伸びとなっている。地裁民事第１審通常訴訟事件と比べてもその伸びは尋常ではなく、特に1996年から激増傾向に拍車がかかっている。

医療事故発生の割合は、少なくともここ30年ほど、あまり変化していないのではないかとの見解も存在することから、これの意味するところは、過去においては暗数となっていたものが何らかの事象を機縁に表在化したものと考えられる。

まずは、この点に関して、実証的な資料を基に少し検討してみると、「医師－患者関係」における意思の疎通、信頼関係といった部分において問題がみられ、過去には暗数化していたものが、ある時期から訴訟化することが比較的可能となり、ある意味でのポテンシャルエネルギーとして鬱積してきたものが一気に表在化したとも考えられる。

「医療過誤」として訴訟化する上で大きな障害となった原因の一つが「過失の立証困難」であるとされるが、1980年代にインフォームド・コンセント論が脚光を浴びるようになって以後、実務において説明義

務違反の構成をとることにより、診療上の技術過誤に比して、患者側の負担の軽減が図られたとされている。仮にこれが、訴訟化を困難ならしめる壁を取り払うための、一つの起爆剤の役割を果たした可能性があるのであれば、説明義務違反の問題が最も活発に議論された時期に追従するような形で、訴訟化への動きが加速されたとする仮説は、整合性を持ちうる。

医療事故調査会によると、調査依頼を受けたものの中で、鑑定が終了したものにつき、各年度ごとに公表しているデータがあるが、これによっても注目すべきは、「チーム医療の未熟性」の推移と対患者との「意思の疎通性」であった。

これらのデータからはコミュニケーション不足に起因したトラブルが、近時の医事紛争の特徴であるということがうかがえ、また、裁判に訴えるという行動をとった患者側の多くが、その第一目的を経済的満足に求めているのではないということも経験則上推論できる。

このように「期待薄」であるにもかかわらず、今なお、激増傾向が続いているというのが事実で、いわば一つの社会病理である。

そこまでして訴訟へと行動を起こす真意は、患者被害者が、訴訟を通じて医療が改善され、医療被害が減少することを真摯に願っていること、つまりは、真相解明と並んで訴訟における紛争予防機能への期待と思いがその核心部分であると思われ、本論文を執筆するに当たり、筆者の関心もこの部分にその多くが傾注されている。

特に、説明義務違反にかかわる訴訟は、紛争発生の社会的背景である「医師－患者関係」における「人間性の喪失」、信頼関係の破壊といった現代型医事訴訟の様相を最も映し出しているともいえ、ここで改めて、「医事訴訟は何故起こるのか」、また、「何故増えるのか」といった問題意識をもって、「医療における説明義務」に関して再考してみることが重要と考える。殊に学会において10年以上前から関心が寄せられ、長い間議論されている問題であるにも拘わらず、難問とされ未だに解決が図られず、裁判例においてもとかく問題点としてもちあがっているのが、医師の「裁量」と「説明義務」の関係で、これらの本質をあらためて確かめることも必要かつ意義のあることと思われる。

さらに、社会病理の形成には、その背景には医療側が本来果たすべき責任を十分果たしていないという「責任の欠如」、あるいは「責任の忘却」といった問題が推論できる。そして、これらがいわゆる社会病理という結果を招いているのであれば、その病理から実態を解いていくという観点も必要であることから、本稿では、医師の「裁量」と「説明義務」を「医療責任」を構成する「責任構成要素」として位置づける。

そしてかような視座から、説明義務と「裁量」の関係が、どのような「機能不全」に陥っているのかを確認するために先行研究にならって問題点を焙り出すと、そこには疑念を感じさせる判例が多いこと、これにより、一種の歪の形成、さらに混迷へと向かう要素が検出できた。

第２章　裁判例の動向

ここでは、実際の裁判例の中で「説明義務」と「裁量」の関係がどのように位置づけられ、判断プロセスにおいてどのように取り込まれているのか裁判例の分析を通じて検討する。取り扱う裁判例であるが、本稿で課題としている問題は、特に癌をはじめとした予後不良の場合における病名・病状の「告知」といった場面と、複数の治療法がある場合の「療法選択」の場面において如実に現れているようである。これらはその性質において微妙な違いを孕んでいると思われることから、前者の「告知」に関するものをA群とし、後者「療法選択」に関するものをB群と２群に分けて検討した。

「告知」の問題を扱ったA群においては、比較的裁判所の態度も安定しており、また、タイプごとの違いもはっきり見られ、それでいて安定的であることから、ひとつの「公準」めいたものが確認できた。

それに比し、B群では不安定かつ流動的なのが特徴的である。しかしながら、同じ「療法選択」の場面

でもタイプによりその色彩がまったく異なる。判断において取り込まれる要素が「リスク」という、この上なく重要事項である場合、抽象的説明では説明義務を尽くしたことにならず、過去のデータなり客観的に把握しうる資料等を提示するなどの患者が選択の上で、当該時点での最善の判断ができるようにサポートすることが求められており、この点も従来とは大きく違った。

次に、「最善」というのは、医療の本質が避けられない不確実性を孕んだものであるがゆえに、その場面での「最善」の選択が求められ、また、「裁量」の要請もこれに起因している。

一方、近年価値判断においてQOL（生活の質）といった問題が導入され、これは患者自身の人生の根幹に関わる問題でもあることから、医師といえどもみだりに介入することは許されない領域として、患者の希求度と医師の方向性が違った場合に問題となってくるもので、難しい判断を強いられることになる。

第3章　臨床法学的試論

改めて医療責任から見た医師の「説明義務」と「裁量」の本質について検討を試みる。

「説明義務」に関しては、そもそもこれがなぜ必要なのか、といった基本的な問題に立ち返り（根拠論）、行為義務としての説明義務の特徴をその規範構造からも確認することで、その本質を立体的に析出すること、さらに「裁量」についても、その性質について改めて確認し、内在する要素を相対化することで、その本質を確認することを試みる。

そして、それを基に自己決定権との関係、さらに説明義務との関係のあるべき姿を確認し、終局的には、医療責任とは何か、という命題への接合を図ることを試みた。

検討を通じ、「裁量」が権限的性質のものであることが明らかになり、権限として捉えた場合、今までの自己決定権との関係つまりこれまでの自己決定権―裁量の「対峙的拮抗関係モデル」（「二項対立モデル」）とは違った、「調和・統合モデル」への転換が可能なことを確認した。

第4章　結語

説明義務に求められているのは、説明の内容や方法のみならず、「医の心」が注入された「対話」である、ということに帰結する。

これを具現化した「医師―患者」モデルを示すと「援助者モデル」ということになり、すでに中川米造博士が25年前に説かれた、「ヘルピング・プロフェッション」であること、さらに「この言葉は1970年代のアメリカの医学教育とか医療の言葉にたくさん出てくる」という。