

不法行為法における規範形成の意義

——自己決定権をめぐる裁判例を通して——

伴 野 元 哉

1. 研究の目的

不法行為法上の保護対象となる法益は、近年、ますます拡大・多様化しており、特に人格権および人格的利益については、判例法上、様々な利益が承認されている。このような判例の進展に伴い、近時の不法行為学説では、「新たな保護法益の承認を背景に、不法行為法はどのような利益を、どのような態様で保護しようとしているのか」が問われ、これは不法行為制度の目的・機能を再考しようとする根本的な問いかけとなっていることが指摘されて久しい。一般に、不法行為制度の目的は損害の填補にあるとされる。しかし、不法行為制度は、加害者に対する民事責任（損害賠償責任）を追及するという効果を伴うがゆえに、不法行為責任を負う者に対する制裁や、将来の不法行為を抑止する機能が事実上あることは否定されない。

他方で、不法行為法の判例には、二つの法創造機能がある、と指摘する学説もある。すなわち、①判例の積み重ねにより、新たな権利や利益が発見され、創造されること、②違法性判断により行為規範が明らかにされ、「完璧ではない実定法規」が補完されること、である。そこで本稿では、以上の指摘を踏まえ、不法行為法判例における新たな法益の拡大・多様化という状況に着目しつつ、そこで展開される行為規範の具体化という意味での法創造機能を見て行くこととしたい。これらの新しい法益は、当然のことながら、絶対権ではない。そのため、当該法益侵害が不法行為に該当するかを判断するにあたって、どのような加害者の行為態様が、法的（社会的）にみて許容できず、不法行為となるのかが、過失あるいは違法性概念を通して検討されることになる。すなわち、法律上保護される利益に対する侵害が不法行為を構成するかどうかを判断する場面で、行為者には、どのような行動が一般に要請されるのかが判断されている。このことから、不法行為制度には、社会における一定の規範を形成する機能があると指摘する学説もある。

そこで、本稿では、近時の不法行為法の判例において、新たな法益が司法上承認される過程において、いかなる加害者の行為態様との関係で違法性（不法行為該当性）が認められ、これにより、当該法益の保護との関係で、どのような行動がそこで要求されているのかという点に着目することにより、いかなる加害者の行為態様が、法的（社会的）にみて許容できず、不法行為となると判断されてきたのか、それによって社会的に、どのような行動規範が形成されたのかを分析した。

2. 各章の内容

本論のⅡでは、自己の意思を決定する上での説明責任をめぐって争いとなった判例を取り上げ、検討した。なぜなら、自己決定権が不法行為法による保護を受けることは認められているが、医療事故や取引的不法行為といったケースにおいて、自己決定権の侵害があったのか、それは不法行為法上保護されるための資格を備えているのかについては、侵害行為の態様を含む多様な要素の総合的判断が必要となるからで

ある。

宗教的理由による輸血拒否事件（最判平 12・2・29 民集 54 巻 2 号 582 頁）は、インフォームド・コンセントにおいて、患者から、宗教的信念や、輸血による多くの病気の感染リスクの回避など、個人の人格の真摯な発現であると認められる理由による輸血拒否の意思が頑固かつ明確に示された場合、医師は、患者の自己決定を尊重すべきであるということを明らかにした。医師は、患者が自由な意思決定（自己決定）をなしうる環境を整えるため必要な説明をすべきであり、これを怠った場合は、不法行為となり損害賠償責任を負う。本件提訴後、旧厚生省は、輸血については文書での説明が義務付けられ、「輸血療法の実施に関するガイドライン」が定められ、輸血同意書が作成されるに至っている。不法行為訴訟が規範形成の役割を果たした事例の一つと言えよう。

次の乳房温存療法説明義務違反事件（最判平 13・11・27 民集 55 巻 6 号 1154 頁）は、インフォームド・コンセントにおいては、医療水準にない治療法に関する情報は、基本的に説明義務の範囲に含まれないとされるものの、患者がその治療法等について強い関心を示した場合や、患者の生き方や人生の根幹に関係する処置のうちこれを実施した医師の間で積極的な評価がなされている場合など、一定の場合については、その療法が未確立であっても、医師は説明義務を負うことがある（ただし実施義務を負うことはない）ことを明らかにした判決である。とりわけ、医師が患者の意向を知っていたときはもちろん、知らなかったとしても、同様に説明義務を負う可能性がある。なお、本件で問題となった乳房温存療法もまた、本件提訴後、1999（平成 11）年には「乳房温存療法ガイドライン」が発表され、現在では、医療水準として確立されている。

続いて、地震保険加入説明義務違反事件（最判平 15・12・9 民集 57 巻 11 号 1887 頁）は、保険契約を締結するにあたり、売主は、申込者が自己の意思を決定する際に重要と思われる情報について、情報提供や説明をするよう努めなければならない、その際、情報を意図的に秘匿するなど、売主の行為態様に特段の事情があった場合、その行為は申込者の自己決定権を侵害する不法行為となり、これは保護法益として脆弱である財産的利益に関する自己決定権の侵害であったとしても、不法行為により損害賠償責任が発生することがあることを明らかにした。情報提供義務論の高まりを受け、業務に係る重要な事項への説明等の措置を採ることが、保険会社に義務づけられるなど、立法において数々の手当てがされるに至っている。本件における裁判所の判決をもとに、社会が法整備の必要性を認識し、適切な対応が行われることが、規範形成の意義と言えよう。

最後に、住宅・都市整備公団値下げ販売事件（最判平 16・11・18 民集 58 巻 8 号 2225 頁）は、不動産取引における売主の説明義務について、たとえば売主が、買主が意思決定するにあたって重要な事項を意図的に秘匿し、意思決定の機会そのものを奪うなど、信義誠実の原則に著しく違反する場合にかぎり、説明義務違反となり、当該取引における財産的損害の算定や立証が困難な場合においても、意思決定権の侵害そのものが被侵害利益と認められることを明らかにし、その救済方法として、慰謝料請求を認めた判決である。本件における問題の核心は、財産的利益にかかる意思決定権の侵害によって、いかなる場合に慰謝料請求が認められるのかという点にある。とりわけ本件のように、当事者間に甚だしい情報量の格差があるとき、相手方に情報を提供し、対等な立場で意思決定をすることができるように配慮することは、信義則上、認められている。この場合に、相手方に対して抱いた正当な信頼が裏切られたとき、説明義務違反という構成を用いてその救済を図ったものである。本判決は、情報力・交渉力に格差のある当事者間において、対等な立場で意思決定をすることができることの重要性を明らかにしたものとといえる。

3. まとめ

本稿では、新しい権利侵害のうち、とくに自己決定権が侵害される場面において、過失責任の下、どの

ような加害者の行為態様が、法的（社会的）にみて許容できず、不法行為とされてきたのか、またそのような司法判断が、その後、どのような形で、社会に影響を与え、当事者における新たな規範形成に寄与してきたのかを見てきた。治療方針を決定するに際して、また財産取引の場面において、当事者が適切に意思決定するにあたっては、相手方から適切な情報提供を受けることが不可欠である。もちろん、これまでの裁判例において示されてきたように、情報を提供する側にとって、何をどこまで説明すればその義務を尽くしたことになるのかという判断は容易ではない。このことはまた、いかなる場面において、自己決定権侵害があったといえるのか、その基準がなお明確でないことに起因する。しかしながら、問題となった個別の場面において、裁判所が加害者の行為態様について判断を下すことは、規範を形成し、これまで判然としなかった判断の基準が明確なものとなり、不法行為訴訟が我々社会のルール形成や具体化に寄与していることが改めて明らかとなった。

本稿では、裁判所の判決により規範が形成されることで、人々が、これを認識し、不法行為法により賠償責任を問われないように、他人の法益を侵害しないよう、注意して行動や判断をすることが出来るようになるということを論じてきた。以上のことから、不法行為法には、過失責任の下、必然的に行為義務の明確化との関係で、社会生活における規範を形成する役割があり、それによって、同種の不法行為を事前に予防するという役割を、副次的に担っていることが改めて明らかになった。このような副次的役割をどこまで不法行為の主たる役割として機能させていくことができるのかという点については、今後の課題としたい。