

医療契約論

- その典型的なるもの - (3 ・ 完)

村 山 淳 子

第一章 序論

- 一 一連の「医療契約論」研究の全体像
- 二 研究全体の方法手順と本稿の役割
- 三 本稿の方法手順
- 四 本研究の学問上の位置づけ
- 五 概念定義の確認
- 六 本稿の射程

第二章 私法契約規範の外にあるもの

- 一 本章で行なうこと
- 二 公法規範と私法規範の関係性
- 三 応召義務
- 四 守秘義務
- 五 記録作成・保存義務
- 六 保険法令上の規律
- 七 小括

以上、42巻3・4合併号

第三章 非本質的な要素

- 一 本章で行なうこと
- 二 偶有的要素
- 三 診療内容についての特約
- 四 免責（責任制限）条項

二
四

- 五 本性的要素
- 六 説明義務
- 七 守秘義務（契約上の秘密保護義務）
- 八 小括

以上、44巻2号

第四章 本質的な要素

- 一 本章で行なうこと
- 二 本質的要素
- 三 治療義務
- 三´ 治療協力義務の位置づけ
- 四 小括

第五章 結論 典型医療契約類型

- 一 典型医療契約類型の提示
- 二 典型医療契約類型の個性
- 三 本理論の今後の展望 学問と実務の両面から

以上、本号

第四章 本質的な要素

一 本章で行なうこと

前章までの作業において、医療契約に固有に係る諸規範から、私法上の契約規範に取り込むことのできないものを除外し（第二章）それにより明らかとなった医療契約固有規範群のなかから、さらに医療契約に本質的とはいえない要素（偶有的要素、本性的要素）を選別する作業を行った（第三章）。

その結果、残置された規範群は、医師の治療義務と患者の治療協力義務である。

一三三 医師の治療義務のうち、注射や療養上の指示・指導といった具体的な行為義務については、あくまで「一応」の仮定のもとで本章の検討対象として残置したものである（第三章六⁸⁴頁参照）。また、患者の治療協力義務については、本来的な「義務」と同視できるのかどうかという、前提問題から検討せねばな

らない。

本章では、これら極めて不確定ながら、あくまで「一応の」最終候補として残置された規範群を、医療契約に本質的な要素であると一応仮定して、論証する作業を行う。規範選定の基準としては、引き続き、三分法の理論¹⁾をもちいる。

二 本質的要素 類型を決定づける要素

本質的要素とは、その点についての合意が維持されていなければ、その種の契約とはいえない要素である。医療契約に本質的な要素とは、その点について医師と患者の合意が維持されていなければ医療契約とはいえない(つまり、医療契約の法律効果は与えられない)要素である。逆に、ある契約に医療契約に本質的な要素をみだしうるならば、その契約は医療契約であると性質決定され、医療契約の法律効果が発生するのである。

本質的要素は契約の内容規制にもかかわる。すなわち、本質的要素と矛盾するような当事者の合意(偶有的要素)は効力を否定される²⁾(第三章参照)。その契約類型の本質的要素について当事者が合意したということは、「その類型の契約に関する規範的拘束を一体として引き受けた」³⁾と法的に評価されるためである⁴⁾(なお、本性的要素であっても、その契約類型にとって本質的な意味を有するものであるときには、排除されざる本性的要素として、同様の内容規制機能を有する)

本質的要素それ自体は、契約の内的整合性の維持という観点からの内容規制

(1) この理論については、主として石川博康『「契約の本性」の法理論』(有斐閣、2010)を参照した。詳細は拙稿「医療契約論 その典型的なるもの (2)」西南学院大学法学論集44巻2号62頁注(1)を参照されたい。

(2) 石川・前掲注(1)514頁(「当事者の定めた規律の内部においてある一定の本質的部分がその他の非本質的部分との間で矛盾を生じた場合には、後者の効力を否定することでその矛盾を解消する」)

(3) 同書513頁

(4) 同書513頁参照(「一定の契約類型に関する客観的な本質的要素について当事者が合意しない限りはその類型の契約に関する規範的拘束を一体として引き受けたとは法的に評価されない」)

を受けえない。しかし、契約の補充や内容規制は、契約外の規範の作用によってもなされうることである。契約の本質的要素に対する内容規制は、もっぱら契約外規範のみによって行われる⁵⁾。医療契約においては、とりわけ公序良俗規範による規制が大きな位置を占めることになる。

三 治療義務

1 治療義務とは

治療義務とは、医師が患者に治療を行う義務である。すなわち、債務者である医師が債権者である患者に対して負担する、治療という給付結果を実現すべき義務（＝給付義務）のことである（もっとも、給付概念や履行過程についての見解の相違から、このレベルでの説明にはバラツキの生ずるところである）よく同義または類義でもちいられる用語として、診療義務、診療債務（こちらの方がより一般的用法である）あるいは治療上の義務などがある。また、公法上の応召義務を法文どおりに診療義務と呼ぶこともあるが、これとは厳格に区別されるべきである（第二章三参照）。

通常、患者は（自分でもよくわからない）何らかの病的症状を訴えて受診し、医師は原因究明と治療をめざして、順次、さまざまな医療上の措置を施してゆく。そしてその多くの機縁において、患者の協力は不可欠に要求される。また近時、インフォームド・コンセント法理の普及に伴い、実に多くの医療行為について、患者の同意を得ることが求められている。

このような治療をめぐる医師と患者の法的関係を、本稿の問題意識からいかに説明するのが すなわち、治療義務の内部構造をどう捉え、医師と患者の本質的合意、あるいは信義則といかに関連づけるのが、本項目のテーマとなる。

2 治療義務の内容決定過程 2つの内容決定因子をもつ流動的義務

治療義務は、治療に向けた医師と患者の抽象的な合意を出発点に、医師の裁量と患者の自己決定のせめぎ合いの中で、日々刻々と変化する流動的義務であ

(5) 同書525頁

る⁶⁾。流動性はなす債務⁷⁾に共通する個性である。治療義務では、債務者たる医師に広範な裁量がみとめられるゆえに特に顕著であり、かつ内容決定の重要な一翼を債権者たる患者が担う点が特徴的である。

以下、治療義務の内容決定と履行過程について、順を追って詳らかにしよう。

医療契約締結時に医師と患者が合意する治療内容は、「病的症状の医学的説明とその治療」⁸⁾という、極めて抽象的で漠然とした概括的な大枠にすぎない⁹⁾。医療水準論はそこにおける過失（もしくは善管注意義務）の判断枠組みである¹⁰⁾。この段階において、医師が具体的にいかなる行為義務や注意義務

- (6) 手嶋豊ほか「関係的契約論とインフォームド・コンセント、自己決定権（応用研究分野ワークショップ報告記録）」（神戸大学大学院法学研究科CDAMS「市場化社会の法動態学」研究センター、2007）19頁[手嶋豊報告]（「医療契約の発展的性格」と表現）、河上正二「診療債務について（覚書）」法学74巻6号（2011）72頁（「時系列の中での動態性」と表現）等。
- (7) なお大村敦志『新しい日本の民法学へ』（東京大学出版会、2009）71頁は、特にこの10年間のわが国におけるめざましい経済のソフト化（サービス化・情報化）に伴ない、与える債務からなす債務へ関心がシフトしたことを指摘する。
- (8) 神戸地裁野支判昭和42・1・25下民集18巻1-2号58頁。
- (9) 大分地判昭和60・10・2判タ577号75頁、東京地判昭和61・3・24判タ608号105頁、石橋信『医療過誤の裁判』（新日本法規出版、1977）208頁以下、西井龍生「医療契約と医療過誤訴訟」遠藤浩ほか（監）『サービス・労務供給契約（現代契約法体系7）』（有斐閣、1984）158頁、河上正二「診療契約と医療事故」法学教室167号（1994）66頁、野田寛『医事法中巻』（青林書院、増補版、1994）406頁、筋立明/中井美雄編『医療過誤法』（青林書院、1996）75頁[高橋英弘]、菅野耕毅『医療契約法の理論』（信山社、増補新版、2001）119頁、河上・前掲注（6）74頁、98頁注（4）（基本契約、枠契約）等
- (10) 医師の注意義務については、不法行為構成の判例で表明された「危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務」（最判昭和36・2・16民集15巻2号244頁[東大梅毒輸血事件]）が、債務不履行構成にも適用される（幾代通編『注釈民法（16）』（有斐閣、1967）[明石三郎]171頁以下等）。その基準として示されたのが、「診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準」（最判昭和57・3・30裁判集民事135号563頁[一連の未熟児網膜症判決の中から]）いわゆる医療水準である。この医療水準の相対化を示した最二判平7・6・9民集49巻6号1499頁とその後の最三判平成8・1・23民集50巻1号1頁をもって、医師の過失の判断構造が確立したといわれる。

医療水準論の先駆的文献として、松倉豊治「未熟児網膜症による失明事例といわゆる「現代医学の水準」判タ311号（1974）64頁以下、同『医学と法律の間』（判例タイムズ社、1977）130頁以下）等。近年では、山口育昭「医療水準論」の形成とその未来 医療プロセス論に向けて」早稲田法学会誌47巻（1997）361頁以下、小谷晶子「医療事故訴訟における過失判断基準（一～二・完）早稲田法学会誌59巻2号（2009）265頁以下、60巻1号（2009）307頁以下等

務を負担するのは未確定なままである。

この抽象的な合意を出発点として、現実の治療経過と医師・患者の経時的交渉のなかで、2つの内容決定因子 第一に患者の自己決定⁽¹¹⁾、そして第二に医師の裁量により、具体的な治療義務の内容 当該具体的状況のもとで、医師が治療という給付結果を実現するために具体的にすべき(あるいは、してはならない)行為義務および注意義務、それに対応して必要とされる患者の協力的行為も決定される。すべての具体的行為義務および注意義務が確定するのは、契約終了時、あるいはより遅く(患者の死後までも含む)契約効力消滅時である⁽¹²⁾。

2つの内容決定因子および2すじの内容決定経路の振り分けは、医師と患者の本質的合意もしくは医療契約の規範的解釈により決定され⁽¹³⁾、ある程度は特約により変更可能である(ただし、専門家の責任転嫁や患者の客体化といった、医療契約類型の包摂しうる限度を超えるような変更は許されない(第三章三4、六2参照))、患者の自己決定と医師の裁量は相対峙するものである⁽¹⁴⁾(論者によっては黙示の同意や自己決定権の放棄を広範にみとめる構成

(11) この意味では、医師の説明は契約内容確定要件としての側面も有すると指摘される(東京地判平成2・2・12判時1371号96頁、前田達明「医療契約について」『京大法学部創立百周年記念論文集第3巻民事法』(有斐閣、1999)98頁)。また、手嶋ほか・前掲注(6)[山下登報告]は、「説明・同意の過程を通じて、医療内容が具体化される。……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(10頁)」と指摘し、「医療契約は「練り上げ型の契約」である……IC(インフォームド・コンセント)は……当初未確定であった診療契約を……具体化する手段としての意義をも有している(12頁)」とする。ほかに、河上・前掲注(9)66頁、筋立=中井・前掲注(9)書院、1996)68頁、75頁[高鷹]、河上・前掲注(6)74頁(債務の可塑性、新たな合意と医師の裁量による形成を指摘)等。

(12) 手嶋ほか・前掲注(6)10頁[山下報告]参照(「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」、河上・前掲注(6)74頁も同旨)

(13) 後出 説をとった場合には、合意だけではなく規範的解釈から、両者のバランスまでも決定されうることになる(前田・前掲注(12)99頁参照)。

(14) 唄孝一(「講演」インフォームド・コンセントと医事法学)(1994年第1回日本医学会特別シンポジウム「医と法」での講演、同記録集18頁以下所収)28頁は、「患者の自己決定権に対峙するもの」として「医・プロフェッションの自由と責任」をあげている。後者は「医師の裁量」と同義と解してよいであろう。

をとっており¹⁵⁾、境界線は相対的である)。各々の内容決定因子の領分は、以下のごとく纏めることができる。

- i 患者の自己決定によるべき事項は、身体の侵襲を最大公約数として¹⁶⁾、非定形的な医療行為(つまり特段の事情がある場合)個人の評価判断やライフスタイルにかかわる療法の選択¹⁷⁾、危険性の高い医療¹⁸⁾、未確立療法¹⁹⁾、そして医学的適応を欠く場合²⁰⁾などである。

近年、患者の自己決定権の拡大にともない²¹⁾、裁量・自己決定バランスの比重はますます後者に移行する傾向にある。とりわけ、近時提唱されたインフォームド・チョイス(informed choice)²²⁾やインフォームド・デシジョン(Informed decision)²³⁾は、医師が唯一の選択肢を示して同意を求めるのではなく、患者がそのライフスタイルに応じた選択をできるような説明を求めるものである。量的な比重のみならず、合意形成の質そのものの変化が起こっている(医師主体の同意から患者主体の(共同)意思決定へ)。

(15) 前田・前掲注(11)98頁等

(16) 唄・前掲注(14)18頁以下は、インフォームド・コンセント論における、肉体的完全性に対する権利の重大性を説く。すなわち、「人間は人間としてのひとかたまりの肉体がここにあるというそのことだけで、その存在自体を権利として主張できる。しかも・・・精神もそこにくっついているいわば実存につながる」(22頁)と。そのような立場から、医師は医療契約が存在していても、個々の医的侵襲に関しては、その都度患者の同意を得なければならず、その有効要件として説明が必要であると説いている(唄孝一『医事法学への歩み』(岩波書店、1970)9頁等)

(17) 最判平成13・11・27(乳癌患者に対して、医療水準として未確立の乳房温存療法に關しても、説明義務が肯定された)東京地判平成17・1・20判タ1185号235頁(豊胸手術)あるいは最判平成17・9/8判時1912号16頁(分娩方法につき患者の申出あり)も

(18) 東京高判平成13・7・18判タ1120号235頁(大動脈置換術)

(19) 前出最判平成13・11・27判時1769号56頁(乳房温存療法)

(20) 東京地判平成16・2・23判タ1149号95頁(経皮的冠動脈形成術)

(21) 浦川道太郎ほか編『専門訴訟講座4 医療訴訟』(民事法研究会、2010)30頁[村山淳子]等参照

(22) 塚本泰司「インフォームド・コンセント法理・再考」湯沢雅彦=宇都木伸編集代表『人の法と医の倫理』(信人社)347頁等参照

(23) 同書348頁等参照

- ii 他方で、医師の裁量²⁴⁾に属するのは、医学的な専門的判断に依存する事項であるといわれる²⁵⁾。具体的には、診断法・療法の選択²⁶⁾、そして療法の実施方法・時期・限度²⁷⁾などである。

医学という医専門家集団により培われ高度に体系化された専門的知識・技術を、医療行為が内包する本来的危険性・不確実性、そして人体の生体反応の多様性をふまえたうえで、個別具体的に適用してゆくことが、医療である²⁸⁾。このような医療の特性からすれば、医学的な専門判断については、医師の専門的で適宜に適した比較考量的判断²⁹⁾にゆだねることが、良き結果を招来し、結局は患者に利することになる³⁰⁾。それゆえ、他の専門家にも増して、医師には広範な裁量(権)がみとめられる。

患者の自己決定権の拡大をうけて、医師の裁量権は食い込まれる傾向にある。しかし、上記医療の特性からすれば、医師の裁量はなお、比類のない一定の領域を維持するであろう。

- (24) 医師の裁量(権)とは、一定の事項・分野・処置について、決断と選択の自由な領域を医師に認めるものである(稲垣喬『医事訴訟入門』(有斐閣、第2版、2006)63頁)

なお、これは、説明義務を含む診療債務全般にいえることであるが、「説明義務の場面では患者の選好・価値観・自己決定という要素が非常に強く関わるため技術過誤の場面と同様に論じられない」(第40回日本医事法学会シンポジウム「医療安全とプロフェッション」年報医事法学26(2011)169頁注(5)[小西知世報告])

- (25) 稲垣喬『医師責任訴訟の構造』(有斐閣、2002)29頁

- (26) 東京地判昭和55・11・6判時995号67頁(分娩方法の選択)、稲垣・前掲注(25)29頁、町野朔「患者の自己決定権」日本医事法学会編『医事法学叢書1 医師・患者の関係』(日本評論社、1986)55頁

このような一般論に対し、代替治療と同意の関係につき、医療方法のレベルで医師に裁量・選択可能性があるというだけで、医師の説明義務を免ずるべきでなく、さらに範囲を絞るべきであるという議論も存在する(第22回日本医事法学会シンポジウム「インフォームドコンセント【再論】」[浦川道太郎報告 説明義務と医師の裁量]年報医事法学8号(1993)83頁、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)」民商法雑誌110巻2号(1994)266頁)、最近では川副加奈「療法選択をめぐる医師の説明義務について」金沢法学49巻2号(2007)387頁以下も参照。

- (27) 稲垣・前掲注(25)29頁

- (28) 小西・前掲注(24)163頁参照。

- (29) 稲垣・前掲注(24)62頁参照

- (30) 前田達明=稲垣喬=手嶋豊『医事法』(有斐閣、2000)251頁[稲垣喬]('医師の自由なかつ専門的な判断による診療の実施が所期の治療効果の獲得に連なり、究極的には患者の利益に貢献する')

上記2つの内容決定因子と2すじの内容決定経路を経て、ときに両者が複合的に絡み合い、医師が具体的⁽³¹⁾にいかなる行為義務や注意義務を負担するのが決定されてゆく。

このレベルの行為義務もしくは注意義務は実に多彩である。問診、触診、各種検査、投薬、注射、麻酔、手術、輸血、消毒、がん告知に先立つ調査、そして(薬の飲み方・経過観察・安静などの)療養方法等の指示・指導や転医勧奨などもこれに含まれる。また、同意取得義務を独立した注意義務として指摘する見解もある⁽³²⁾。

3 どこまでを本質的要素と評価するか 治療義務の内部構造

既述したように、治療義務とは、医師が患者に治療を行う義務である。ともかくもこのレベルにおいて、学説の理解が大きくバラつくことはない。病因の解明と治療という、医師と患者の当初の抽象的・概括的合意が、医療契約の本質的要素であることについては、疑義のないところである。

主たる給付義務は、契約当事者の合意により設定される⁽³³⁾。ある契約において主たる給付義務が存在するためには、当該契約により実現されようとしている利益状態について、当事者の基本的な合意が不可欠である⁽³⁴⁾。そして、この点についての合意は、それが維持されていなければそのタイプの契約であるとはいえない、契約を特徴づける合意であって、契約の本質的要素にほかならない。主たる給付義務は、契約の類型確定機能を有し⁽³⁵⁾、それについての合意は

(31) 北川善太郎博士の命名によるいわゆる具体的行為義務を念頭においている。これは、履行過程の具体的状況のもとで、給付結果を実現するために、債務者がなすべき行為(作為・不作為)義務である(潮見佳男『契約規範の構造と展開』(有斐閣、1991)77頁)。具体的には、結果実現のために「必要な材料、道具を調達したり、目的物を他から取得したりする義務」があげられている(同書77頁、145頁)

(32) 唄・前掲書(注14)9頁、野田寛『医事法中巻』(青林書院、増補版、1994)408頁

(33) 潮見・前掲注(31)142頁

(34) 同書143頁参照

(35) 同書62頁(ラーレンツの見解の紹介で、「主たる給付義務には、債務関係の類型を確定する機能がある」とし、他方で、従たる給付義務には類型確定機能はないとする)。また、同書81頁(主たる給付義務は意思との関連が必要であるとする)、同書63頁(「たいていの保護義務と、第一次的給付義務に代わるものとしてあるいはこれと併存するものとして生ずる二次的給付義務」は法に根拠を有するとする)

契約の本質的要素である³⁶⁾。

しかし、当初の抽象的合意の後で具体化されてゆく、諸種の具体的行為義務（脚注（31）参照。以下、この用法で統一する）の法的性格については、見解が分かれる。この問題は、広義の契約解釈における当事者意思の射程³⁷⁾、あるいは履行過程の構造をめぐる立場の相違にかかわるものである。本稿の問題意識だけからみても、具体的行為義務の発生根拠をなお当事者の合意に求めるものと、そうではなく法（任意法規や信義則）に求めるものが混在している。ここでは、民法学および（稀少ながら）医事法学双方の領域から汲み出しえるかぎり³⁸⁾、本稿の問題意識から、概ね以下の3説に大別しよう（理論的に必ずしも網羅的でなく、代表的なものを抜き出した）³⁹⁾。

治療義務と一体化して捉える見解⁴⁰⁾

具体的行為義務を治療義務と同一視し、一元的に捉える見解である。この見解は、債務の実現のために債務者のみでできるすべてのことをなすべき義務が、給付義務であるとする。ここでは、履行過程上の債務者の具体的行

(36) 石川・前掲注(1) 379頁以下参照

(37) 合意による自律的な内容確定が法による他律的な補充か、すなわち契約解釈と契約補充との関係をどう捉えるのかという点について、比較法的にも見解は一致していない（石川・前掲注(1) 3頁、山本敬三「日本私法学会資料 契約責任論の再構築 契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリ1318号(2006) 99頁以下参照)

(38) 医事法学に特化する、この点に明確に立ち入る文献は希少である。本稿は主として、潮見・前掲注(31) 54頁以下の日独の学説紹介や整理をベースとしている。医事法分野では、前田・前掲注(11) 98頁以下が貴重な参考資料である。

(39) 潮見・前掲注(31) 13頁以下、53頁以下（給付結果との距離に着目）を参照しつつ、今日の債権総論をふまえて学説の選定を行った。

(40) 林良平[安永正昭補訂] = 石田喜久夫 = 高木多喜男『債権総論（第3版）』（青林書院、1996）5頁、奥田昌道『債権総論（増補版）』（悠々社、1992）15頁以下。また、明瞭でないが、医事法分野の文献でこれに属するのではないかと考えられるものとして、野田寛「医療事故と医療関係法」大阪府医師会編『医療と法律』（法律文化社、1971）103頁、大谷實『医療行為と法』（弘文堂、新版補正第2版、1997）184頁、筋立 = 中井・前掲注(9) 70頁 [高篤] (診療義務の一部)、菅野・前掲注(9) 124頁（診療行為の内容をなす）、伊澤純「医療過誤訴訟における医師の説明義務違反（二）」成城法学64号(2001) 120頁（「治療と一体をなす」）

為は、給付義務と直に結び付けられる⁴¹⁾。すなわち、注射や問診などの具体的行為義務は、契約締結時に合意された給付義務である治療義務そのものにほかならないのである⁴²⁾。

この見解によれば、具体的行為義務の懈怠は、則、治療義務違反を意味するのであり、そのみをもって債務不履行責任を発生させる。

治療義務が具体化したものと捉える見解⁴³⁾

医師の具体的行為義務は、契約締結時の治療についての抽象的合意が具体化したものであると、二元的に捉える見解である⁴⁴⁾。そして、具体的行為義務の内容は、当事者意思を出発点とした規範的解釈 補充的契約解釈⁴⁵⁾によって確定されるべきであるとする。

この見解によれば、具体的行為義務の履行は、治療という給付結果実現への請求権を介して確保される⁴⁶⁾。すなわち、具体的行為義務の懈怠は、治療という債務の不履行の前段階としての危殆化段階で、一定の予防的措置を講ずる権利を患者に与える⁴⁷⁾一方で、治療という給付結果が実現した場合には、もはや問題とされえないことになる⁴⁸⁾。

(41) 潮見・前掲注(31)77頁参照

(42) 同書77頁参照

(43) 同書77頁、145頁(具体的行為義務は給付義務内容の具体化と捉える)なお、医事法分野では、唄孝一「現代医療における事故と過誤訴訟」有泉亨=唄孝一編『現代損害賠償法講座(4)』(1974)19頁が、「基本債務」と「具体的債務」を区分して記述している。河上・前掲注(6)74頁(「支分的債務」)も同旨か

(44) 潮見・前掲注(31)73頁以下、82頁以下(履行過程と給付義務を二元的に構成する。すなわち、給付結果の実現についての抽象的な意思拘束のレベルの義務(給付結果実現義務)と、その内容が具体化した義務(具体的行為義務)である。第二の義務にとって第一の義務は目的であり、それを内包するものである)

(45) 同書143頁、163頁

補充的契約解釈については、山本敬三「補充的契約解釈(1~5・完)論叢119巻2号、4号、120巻1~3号(1986)参照。山本敬三教授は、契約を制度として捉え、また私的自治を尊重する立場から、補充的契約解釈の重要性を説く(山本・前掲注(37)101頁以下)

(46) 潮見・前掲注(31)167頁参照

(47) 同書77頁以下、166頁参照

(48) 同書77頁、83頁参照

信義則上の付随的注意義務と捉える見解⁴⁹⁾

信義則上の付随的注意義務としたうえで、患者に説明のうえ同意を得ている行為ならば付随的履行義務に昇格させようとする見解である⁵⁰⁾。

いわゆる「義務の入れ子型構造」の学説によれば⁵¹⁾、まず、本来的給付義務以外は、広く信義則に基づく付随的注意義務とされる。そして特定の行為につき契約当事者が合意をしたり、法規定が存在する場合には、契約によって付随的履行義務に昇格させるのである。

この見解によれば、付随的注意義務ならば、その懈怠が治療義務の不履行をもたらした場合に帰責事由たる過失と評価されるにとどまる。患者の同意を得て付随的履行義務となれば、履行の訴求や強制履行が可能となり、またそれを護るための付随的注意義務が成立する。

説のように、問診や注射といった医師のすべての具体的行為義務を、医師と患者の当初の合意のみによって根拠づけることは、あまりに擬制にすぎず、現実との埋めがたい乖離を感ずる⁵²⁾。他方、説のように、細目についての合意がないからといって、いきなり信義則に依拠するというのでは、自律的な合意により契約を締結したという点が等閑視されてしまう⁵³⁾。

むしろ、ある意味融合的な説つまり、契約において両当事者が下した評価を先ず尊重したうえで、具体的契約内容を規範的に解釈して確定する⁵⁴⁾とい

(49) 前田・前掲注(11)121頁以下。また、稲田龍樹「説明義務(2)」根本久編『医療過誤訴訟法(裁判実務体系17)』190頁も、療養上の指導としての説明義務を、悪しき結果を回避するための注意義務の一態様としている。西野喜一「医師の説明義務とその内容」法政理論34巻3号(2002)4頁等同旨多数

(50) 前田・前掲注(11)100頁。なお、医療水準はその両者にとって基準の役割を果たすとする(同論文101頁以下参照)。本説によれば、事案ごとの判断で、患者に説明して同意を得た事項が医師の裁量による行為かにより、法的性格が異なることになる(同論文99頁以下参照)。

(51) 前田達明『口述債権総論第三版』(成文堂、1993)122頁

(52) 前田・前掲注(11)108頁注(23)参照(説の立場から、すべての行為義務を合意に根拠があるとするのは擬制に過ぎて説得力を持たないとする)

(53) 潮見・前掲注(31)143頁参照、同旨163頁

(54) 同書143頁参照、同旨163頁

う方向性が、難がないように思われる。法律行為の有効性要件としての確定性は、「将来その内容が履行過程で具体化した段階で請求権の内容を特定することができるための標準が定まって」⁵⁵⁾ いれば足るといふ通説の見解とも、この見解は符合するであろう。また、近時のわが民法理論の傾向 すなわち、合意内容を比較的柔軟に捉え⁵⁶⁾、契約解釈の問題領域が契約補充に対して広範に及ぶ⁵⁷⁾。そして、契約解釈については、客観主義的（表示主義よりはむしろ契約外在的）に、慣習や信義則が重視される⁵⁸⁾とも、調和的である。

説はもちろん、説によっても、医師の具体的行為義務は本質的要素、またはそれに内包されるものとして理解可能である⁵⁹⁾。これに対して 説によれば、このレベルの義務は、いずれにせよ本質的合意の外におかれることになる。

4 公序良俗規範からの内容規制

既述のとおり、患者の自己決定と医師の裁量を2大内容決定因子として、治療義務の内実が決定される。それは医療契約の本質的要素であり、契約の内的整合性の維持という観点 すなわち、医療契約という一つの契約類型にくみ込まれるがゆえの、その類型的内容と矛盾する合意の排除という観点からは、もはや内容規制を受けることはない。本質的要素は類型を確定するものであって、類型による整序を受けるものではない。

しかし、契約の補充や内容規制は、契約の外に在る法規範の作用によっても

(55) 同書142頁

(56) 例えば山本・前掲注(37)100頁以下参照(「厳正契約的な解釈態度」から「誠意契約的な解約態度へ」(加藤雅信『新民法体系』債権総論』(有斐閣、2005)62頁以下)つまり、「表層合意」の背後にある「深層意思」や「前提的合意」を拾い上げてゆくべきという傾向を指摘する。しかし、そのような柔軟化された合意は、あくまでも当事者が実際にそのような合意をした場合にのみ認められ、それ以外は信義則による補充がおこなわれるとされているため、伝統的な合意と法の二元論は維持されているとみる)

(57) 石川・前掲注(1)23頁参照

(58) 吉田邦彦『契約法・医事法の関係の展開』(有斐閣、2003)124頁参照

(59) については、論者により、本質的要素とみるのか、本性的要素ととらえるのか、意見が分かれる余地がある。山本教授自身は合意に含めるとの見解である(山本・前掲注(37)102頁)。また他方で、同教授は、補充的契約解釈論を合意による自律的確定と法による他律的補充の「融合論」と捉えている(同論文101頁)

行われうる⁶⁰⁾。契約の補充や内容規制の全体像は未だ解明されていないが、ともかくも何らかの契約外法規範によってのみ、もっぱら契約の本質的要素の内容規制は行われうるのである⁶¹⁾。

医療契約は民法典に固有の具体的規定を有しない。かつ、生命・身体・人格といった憲法上の価値、ときに生命倫理にもかかわってくる⁶²⁾。かような契約類型においては、契約外から作用する法規範は一般条項、とりわけ公序良俗規範が大きな役割を演ずることになる（具体的には、偶有的要素について述べた第三章二～四を参照されたい）。

三 治療協力義務の位置づけ

1 治療協力義務とは

治療協力義務とは、医師の治療に協力すべき患者の義務である。特に、インフォームド・コンセントへの協力なども射程に含む意味で（あるいはその点についての意識はないまま）診療協力義務と称されることが多い。

既述のように、治療義務の履行過程の多くの機縁において、患者の協力は不可欠である。たいていの債務の履行において債権者の協力は不可欠であるが⁶³⁾、治療義務は格別、特徴的に顕著である。患者が医師に心身をゆだね、医師の指

(60) 石川・前掲注(1)510頁は、ここで扱っているのは、「一定の契約類型への包摂を前提とした本性的要素の補充をめぐる問題であり、任意法規や信義則等に従った契約補充全体の構造について、とりわけ本性的要素の補充という枠組を超えて社会規範や内在的規範が法規範としてどこまで取り込まれるのかという点について、何らかの立場を示唆するものではない。すなわち、任意法規の全てが一定の契約類型上の本性的要素として把握され得るわけではな」く、「信義則による契約補充に関しても、信義則を基礎とする本性的要素の補充として構造化されるのは、一定の契約類型（とりわけ、契約の現実類型）を前提とした類型的な契約補充に限られる」とする。

(61) 同書525頁

(62) 拙稿「医療契約論 その典型的なるもの (1)」西南学院大学法学論集42巻3・4合併号(2010)198頁参照

(63) 奥田昌道編『注釈民法(10)債権(1)』471頁以下〔奥田昌道・潮見佳男補訂〕参照（債務の履行は、給付の性質によって、債務者のみで完了できる場合と、債権者の協力がなければ完了できない場合とがあるとする。前者の例として、不作為債務・銀行振込による金銭支払債務など、後者の例として、売主の目的物引渡義務・労働者の労務給付債務などに並んで診療債務も挙げている）

示・指導にしたがわなければ、成立しえないのが医療だからである。このような医療の特性は、特に医療効果と責任の観点から、「医師と患者との共同責任」ともいわれる⁽⁶⁴⁾。医療界、近年では法律界でもこの点の患者の自覚を促す声が大き⁽⁶⁵⁾。しかし他方で、素人である患者の協力義務について、過大な法的評価を与えることを警戒する学説もある⁽⁶⁶⁾。

この治療協力義務は、医師の治療義務の内容決定や履行過程と対応し、やはり現実の治療経過と医師・患者の経時的交渉のなかで形をとってゆく⁽⁶⁷⁾。このような治療協力義務としては、指示されたとおりに受診する義務、問診に正確に回答する義務、検査・注射・手術などの侵襲行為に事実上応ずる義務、あるいは療養上の指示にしたがう義務などがある⁽⁶⁸⁾。医師と患者双方の具体的（協力）行為が履行過程上で相互に絡み合い、その相互交渉の積み重ねの結果、治療という給付結果が実現に至るのである⁽⁶⁹⁾。

2 治療協力義務の法的性格

現時点での通説・判例によれば、患者の治療協力義務の懈怠の効果は、ただ医師の債務不履行責任の減免として現れる。すなわち、治療協力義務の懈怠により、医師が治療行為を適正に実施できなかった つまり病因の解明と治療と

(64) 詳細は松倉・前掲注(10)『医学と法律の間』58頁、314頁や稲垣喬「医療事故と被害者側の過失」判タ324号(1975)34頁を参照されたい。

(65) 診療契約上の患者側の義務としてあげることが一般化している(手嶋豊『医事法入門』(有斐閣、第3版、2011)31頁等多数)

(66) 前田・前掲注(11)106頁注(19)(「原則として素人たる患者の協力や信頼は医師側の積極的要請を前提とすべきである」とする)

(67) 奥田編・前掲注(63)472頁[奥田・潮見補訂]参照

(68) これら一つずつ示し、関連裁判例を挙げながら詳説するものとして、菅野・前掲注(9)135頁以下。また、拙稿「医療契約論 その実体的解明」西南学院大学法学論集38巻2号76頁では、主に菅野・前掲注(9)135頁以下を下敷きに、受診義務、診療行為協力義務、療養方針遵守義務、および問診応答義務・症状等報知義務に区分して、それぞれについて法律効果を論じている。本稿では、これらは例として扱い、より包括的なレベルで検討を行なう。

(69) 潮見佳男『債権総論』(信山社、第2版、2003)483頁参照

いう給付結果を実現できなかった場合、医師は受領遅滞もしくは弁済の提供の効果により⁷⁰⁾、債務不履行責任を免ぜられる。あるいは、損害賠償額の調整のレベルで、過失相殺（もしくは損害軽減義務のカテゴリーで）や慰謝料の減額という形で責任を減ぜられる⁷¹⁾。また、受診の中止や拒絶のケースについては、患者の黙示の解約告知と構成する解釈論も展開されている⁷²⁾。

他方で、民法学の無視しえない有力な潮流として、受領遅滞の法的性格を、債務不履行責任と評価する諸学説が存在している⁷³⁾。この潮流における近時の有力説に依拠した場合、患者の治療協力義務は以下のような法的性格を帯びることになる。すなわち、治療義務の履行過程は、医師・患者双方の具体的な行為の総体（行為交渉過程）と評価され⁷⁴⁾、医師と患者は履行過程上で共同目的に向けた有機体を形成し、その中で治療という給付結果の実現に向けて行動するという規範的拘束をともに受ける。そこで患者は、債権に伴う「規範的拘束を受けた地位」として、治療協力義務を課されるのである⁷⁵⁾。

民法学の有力な潮流に合流し、また患者が共同責分をになう医療の特性にか

(70) 受診義務の懈怠を患者の受領遅滞と構成する見解として、野田・前掲注(9)414頁、菅野・前掲注(9)139頁以下

(71) 同書135頁以下参照。なお問診義務違反・症状報知義務違反につき神戸地判平成6・3・24判時1525号115頁。

(72) 患者側からの解約の意思表示は、黙示ないし推断の行為によって行なわれることがあるとされる（高橋勝好『医師に必要な法律』（南山堂、増補版、1980）30頁、野田・前掲注(9)420頁、菅野・前掲注(9)150頁）。そのうえで、この意思表示の有無については、受診中止や転医をもって画一的に判断すべきではなく、具体的事案ごとの解釈を要するとされる（野田・前掲注(9)420頁、菅野・前掲注(9)150頁）。なお、名古屋地判昭和58・8・19判時1104号107頁（患者の症状が木目細かい継続的な診療を要するものであったにもかかわらず、患者が1ヶ月間も受診せず、さらに他医の往診を受けていたとの事情において、黙示の解約の意思表示を認めた）

(73) 我妻栄『新訂債権各論（民法講義）』（岩波書店、1964）238頁以下、前田・前掲注(51)296頁、平野裕之『債権総論第2版補正版』（信山社、1996）93頁、潮見・前掲注(69)483頁以下、近江幸治『債権総論第3版補訂（民法講義）』（成文堂、2009）102頁等

(74) 潮見・前掲注(31)77頁、83頁参照

なお、治療義務を一体的に捉える 説の立場からも、給付または給付行為は、債権者の協力行為を含めて論ぜられている（林=石田=高木・前掲注(40)4頁[林]）

(75) 潮見・前掲注(69)503頁、奥田編・前掲注(63)475頁[奥田・潮見補訂]参照

んがみるならば、医師患者関係が対等な関係に接近する今、医師の積極的要請を前提としたうえで、治療協力義務の法的性格を上記のごとく再考する期は熟しつつあるといえるだろう⁷⁶⁾。そのように理解するならば、本質的要素たる治療義務の履行過程に組み込まれた、医師の給付結果実現義務を現象面で反映する（その意味で特殊な）患者の「義務」として、治療協力義務は三つの位置づけになるのである⁷⁷⁾。

四 小括

本章では、前章までの作業において極めて不確定ながら、最終候補として残置された規範群 すなわち、医師の治療義務と患者の治療協力義務を、医療契約に本質的な要素であると「一応」仮定し、論証する作業を行った。検討の結果、以下のような結論を得た。

医療契約締結時に合意される、病因の解明と治療という抽象的なレベルでの医師の治療義務は、医療契約の本質的要素である。そして、その後の履行過程のなかで具体化されてゆく諸種の具体的行為義務もまた - 見解の分かれるところであるが - 本質的要素またはそこに内包されるものであると理解可能である。

- (76) 医事法の分野では、医療側の立場から、一部に同様の主張が存在していた。すなわち、患者の受領義務を認め、医療側に契約解除権と損害賠償請求権まで肯定する見解である。野田・前掲注(9)414頁は、患者の協力によって成り立ち、しかもかなりの準備を要する場合が多いという医療の特質からみて、患者の受領義務を認めるべきであるとする。そして、受診の中止や拒否に関しては、債務者の責に帰すべからざる事由による履行不能として医療契約は消滅するという(同書407頁以下)。
- (77) 潮見・前掲注(31)2頁参照(「給付結果実現につき負担を負う債務者と、それに期待を持つ債権者との間に存在する規範的拘束は、債務者の給付行為(さらに、債権者の協力的行為)を経て債権者に給付結果が実現していく過程(履行過程)における、一つの規範群として位置付けられる」)また同書78頁注(1)参照(「履行過程上は債務者の提供行為と債権者の協力的行為が相互に絡み合っているのであって、現象として捉えた場合には、かかる相互交渉の積み重ねの結果として給付結果が実現されるのである。他方、給付義務は、こうした具体的交渉とは次元を異にする給付結果実現義務として、ひとまず把握することができる。このとき、債務者の負う給付結果実現義務の現象面への反映形態を見れば、履行過程における債権者側の作為・不作為の要素もそこに取り込まれることとなる」)

患者の治療協力義務は、現時点では本来の意味の義務と同視し得ない。しかし、民法学の有力化説に合流する方向で、解釈を更新し、本質的要素たる治療義務の履行過程に組み込まれた、医師の給付結果実現義務を現象面で反映する患者の特殊な「義務」として、本質的要素に含意させる期が熟しつつある。

次章においては、これまでのすべての検討の結果を纏め、典型医療契約類型を組み立てて提示しよう。

第五章 結論 典型医療契約類型

本章では、これまでのすべての検討の結論として、典型的な医療契約類型を組み立てて提示し、医療契約の性質決定をめぐる具体的な思考過程をあきらかにする(一)。そして、典型医療契約類型の契約類型としての個性を浮き彫りにしよう(二)。そのうえで、本理論の今後の展望について、学問と実務の両面から小考を述べたい(三)。

一 典型医療契約類型

1 全体モデルの提示

契約とは「一定の契約類型の選択を基礎付ける本質的な合意部分を中核とした、一つの類型的存在」⁷⁸⁾である。この表現は、民法学のイメージするところの典型契約の全体像を实によく言い表している。

これにならい、典型医療契約類型の全体モデルを、次のように表現しておこう。すなわち、典型医療契約類型とは、委任を下層に据え、本質的要素(治療義務)を中央頂点に、本性的要素(説明義務、守秘義務)がそれを取り巻くピラミッド型であり、周辺から多くの契約外在規範(刑法・個人情報保護法の守秘義務規定、保険法令上の規律等)が取り込まれて協働するというものである。以下、より精確に描写しよう。

九七

医療契約規範には、委任契約と共有する規範とそうではない固有の規範が混在している。そして、委任契約はより一般性の高い一般類型、医療契約はそ

(78) 石川・前掲注(1)はしがきi

の特殊類型の一つとの関係に立つ。委任契約規範は、基本的には医療契約も共有するが⁽⁷⁹⁾、ときに医療契約ゆえの特殊性から、(類推適用も含め)変更・排除されるのである⁽⁸⁰⁾。医療契約は、既存の委任規範では説明のつかない相当数の固有規範を有するがゆえに、委任を基礎に委任の特殊類型として、新たな典型契約として創出されるべきなのである。

ピラミッドの上層にある医療契約固有規範は、中央にある本質的要素(治療義務)と、それをとりまく本性的要素(説明義務、守秘義務)からなるものである。もちろん下層の委任契約規範にも、同様の構造はみいだしうる。もっとも両者には、法定類型と解釈類型との決定的な差異がある。すなわち、解釈類型である医療契約の本性的要素は、信義則を根拠とする不文規範であるのに対し、法定類型である委任では - 不備が指摘されるとはいえ - 多くが民法上の任意規定から根拠づけられるのである。

学際領域にある医療契約の周辺には、他類型とは比較にならぬほど、多くの契約外規範が存在している(第二章の作業は、学際領域にある契約類型であればこそその作業であった)。それらは、ときに医療契約と関係することなくただそれのみで存在し(応召義務、診療記録作成・保存義務等)ときに協働関係をもって医療契約規範に取り込まれる(刑法・個人情報保護法の守秘義務規定、保険法令上の規律の一部等)⁽⁸¹⁾のである。

(79) 648条1項の無償性規定(もっとも、慣習による意思解釈(92条)のレヴェルで、多くは有償性が偶有的要素として含意される(診療報酬支払義務について詳細は、拙稿・前掲注(68)75頁を参照されたい))のほか、受領物返還義務(646条)(詳細は同論文74頁を参照)や費用前払義務(649条)(詳細は同論文77頁を参照)もあげられる。

(80) 委任者の無過失損害賠償義務(650条3項)は、少なくとも医療契約には適用すべきではあるまい(詳細は同論文77頁以下参照)。なお、この規定については、委任契約の研究者からも疑問視する声が有力である。そのほか、費用等償還義務(650条)(詳細は同論文77頁参照)、当事者の破産という終了原因(653条)(詳細は同論文79頁参照)、医師資格の喪失(医師法3条、4条、7条)を終了原因に加えること(同論文79頁参照)等の点については既存の委任規定が変更・修正を受ける。

(81) 河上・前掲注(6)96頁(「合意で形成された中核層」・「信義則によって形成された補充層」・「公法上で規制された外部層」からなる医師の行為規範が債務内容に再び反映すると説く)も類似の分析か

2 具体的な思考過程

契約の性質決定をめぐる思考過程については、民法学においても必ずしも見解が一致しているわけではない。しかし、特に本稿が依拠した三分法の理論によるならば、医療契約の性質決定をめぐる思考過程は、具体的には以下のように流れてゆくだろう⁽⁸²⁾。

第一章で確認した筆者の医療契約論研究の設定する基本場面 つまり、「現代の日本において、通常的能力を備えた私人が、緊急事態ではなくして医療を受けに行く」⁽⁸³⁾ という場面をまず想定しよう（第一章で述べたように、それが本研究の射程なのであって、他のあらゆる多彩な医師・患者関係のなかで典型医療契約たりうるものがありえないという意味ではない）。

その場面において、医師と患者が少なくとも医療契約の本質的な要素にあたる規律（治療義務）について合意をしたならば（通常は、受付窓口でのやりとりから認定される⁽⁸⁴⁾）、そこには何らかの契約が成立したのであり、成立したその契約は医療契約というタイプの契約であると性質決定される。

この医療契約において、もし医師と患者が、医療契約の本性的要素にあたる諸規律（説明義務、守秘義務）について合意をしていなければ、その欠缺は信義則を根拠に補充される。医師と患者が上記諸規律の一部もしくは全部を排除する合意をしたならば、原則として、当該規律については排除される。もっとも、医療契約の排除されざる本性的要素にあたる規律（医的侵襲に先立つ説明義務）については、医師と患者の合意によって排除することはできない。

医師と患者が、本質的要素でも本性的要素でもない要素（偶有的要素）にあたる規律（診療内容についての特約、免責条項等）について合意をしていたならば、それも契約内容に加えられる。ただし、それが本質的要素や排除されざる本性的要素と矛盾するもの（つまり、医療契約類型を選択したことを無意味にするようなもの）であるならば、その効力は否定される。

九五

(82) 石川・前掲注(1) 39頁参照、43頁参照、506頁参照

(83) 拙稿・前掲注(68) 62頁と同一の設定で統一した。

(84) 詳細は同論文62頁以下参照

が認められず、したがって 以下が妥当しないケースでも、非典型的な医療契約もしくは別類型の契約（歯科医療や美容整形など、一定の結果を目的とする医療等。第一章六、第三章参照）として、契約の成立自体は認められる可能性がある（契約の本質的要素と成立要件とは別問題である）⁸⁵⁾。

二 典型医療契約類型の個性

このように定立された典型医療契約類型の、契約類型としての個性を以下に指摘しよう。

1 社会的・内在的規範に基礎づけられた不文の解釈類型 関係的契約論への接近

現時点で、医療契約は法定類型を有せず、固有の任意規定をもたない。典型医療契約類型にとって広い意味で本質的であるといいうる部分 すなわち、本質的要素たる治療義務、および本性的要素としての情報関連諸義務は、信義則もしくは債務自体の抽象性を媒介に、社会的・内在的規範を吸い上げ、それに基礎づけられたものである。

売買のごとき単務的契約とは異なり、また委任のように継続的契約であっても法定類型があるものと比べて格段に、社会的・内在的規範に実に多くの部分を根ざしているのがこの類型の特徴である。

伝統的民法学は、社会的・内在的規範を原則として法の埒外におく。例外的に、一般条項や契約の類型的補充といった一般法上の法理、それが具体化した法規、そして政策的考慮による具体的法規により、契約自由の原則の例外として、契約内容に作用しうるにとどまる⁸⁶⁾。そして本典型医療契約類型もまた、かような伝統的理解に立脚して定立されたものである。

しかし近年、社会的・内在的規範を上記例外という枠を超えて、積極的に法規範に吸い上げ、一般契約法モデルとして構成しようという理論が有力に展開されている。米国の法社会学者マクニールが提唱し、わが国では内田貴教授が

(85) 石川・前掲注(1)516頁以下

(86) 石川・前掲注(1)(特別法と「一般法上の法理」とに2分して整理した言及をしている)

導入を主唱している関係的契約論⁽⁸⁷⁾、民法学界、ことに医事法分野では一定の認知とシンパシーを得ている⁽⁸⁸⁾。関係的契約は、生活世界で共有する社会規範を暗黙の前提として合意され⁽⁸⁹⁾、そこでは(例えば事情変更のような)契約に柔軟性をもたらす原理があらかじめ契約合意のなかに含意されていると説明される⁽⁹⁰⁾。

たしかに医療契約は、契約締結時の合意で具体的に確定する契約内容など何一つ存在せず、その意味では「不完備」である⁽⁹¹⁾。かつ、契約内容が段階的に確定してゆく過程も、関係的契約を特徴づける柔軟性や相互性と親和的である⁽⁹²⁾。関係的契約論でも十分に説明が可能な契約類型であり、その意味で接近するものかもしれない。

もっとも、契約法を二元的に捉える困難や、裁判規範たりえない⁽⁹³⁾点に関し、関係的契約論にはいまだ克服しがたい批判と混迷が存在する⁽⁹⁴⁾。伝統法学と医事法学の架橋を志す筆者の研究の方向性にかんがみると、その上に拠って立ち典型医療契約類型を定立するには、安定感や成熟度、とりわけ伝統契約法体系との整合性において十分とは評価できないのである。

(87) 内田貴『契約の再生』(弘文堂、1990年)、同『契約の時代』(岩波書店、2000年)等) 内田教授は、わが国の裁判例における信義則の拡大現象を、「生活世界における内在的規範の実定法への吸い上げ」と捉え、「吸い上げられた契約規範を関係的契約モデルを中心とする新たな契約法として」構成しようとする。

(88) 手嶋ほか・前掲注(6)等

(89) 内田貴『制度的契約論 民営化と契約』(羽鳥書店、2010年)129頁参照

(90) 同書129頁

(91) 手嶋ほか・前掲注(6)10頁[山下登報告]は、この点をもって医療契約を関係的契約と捉えうると考えているようである。

(92) 同報告記録15頁[山下登報告]は、「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。・・・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」ため、柔軟性が要求される。これと相互性の要件も認め、「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」としている。

(93) 内田教授自身も、関係的契約概念は、「裁判規範として一定の効果を導くための概念ではない・・・すなわち、何らかの要件の充足によって・・・性決定がなされ、そこから、特定の効果が導かれるという判断構造が存在しているわけではない」とする(内田・前掲注(89)96頁

(94) 中田裕康『継続的売買の解消』(有斐閣、1994)444頁以下、同『継続的取引の研究』(有斐閣、2000)3頁以下等参照

2 家族（遺族）関連法益の法認 保護法益の人間関係の拡張

医療は家族とともにある⁹⁵⁾。家族は患者と極めて密な関係にあり、その心身を癒すとともに、私的領域への深い介入をゆるされる。この点において、医療と家族⁹⁶⁾は性質を共有するのであって⁹⁷⁾、だからこそ現実の「場」を共有する（いずれも、法的には極めて稀有な関係である）。そこにこそ、医師と患者を法的な当事者とする医療契約の「場」に、第三者である患者（遺族）が深くかかわる機縁が含まれてくる（それは自己決定の共同にまでいたる深いものである）。

典型医療契約類型においては、家族関連利益 すなわち、家族に対する患者の配慮、より広くは家族を通じて得られる患者の精神的利益が、特徴的に拡張した付随義務のもとで護られる。医療の現実類型においては、かかる家族関連利益の保護までも患者は医師に期待するのであり、それは医療契約関係において一般的に期待しうべき信頼として、信義則を根拠に保護されるのである。

医療において家族は絶大かつ広範な役割を演じている⁹⁸⁾。家族や医療のあり方、そして両者の関係性がかなり変遷したとはいえ（たとえば核家族化、女性の社会進出、医療の包括化、疾病の慢性化、医療における家族機能の低下等⁹⁹⁾、基本的な社会構造に変化はみられない。そしてともかくも、人の出生死亡

(95) 拙稿「医療契約論 その典型的なるもの（2）」西南学院大学法学論集44巻2号（2011）82頁注（105）参照

(96) そしてここでの家族は、唄孝一教授のいう生の家族であって、出生前後においては血縁、そして死亡前後においては精神的なつながりが基準になることが多い（第40回日本医事法学会シンポジウム「医療と家族」年報医事法学26号（2011）103頁[家永登報告]参照）、同討論記録147頁[佐藤雄一郎発言]も参照。

(97) 唄孝一「家族と医療・序説 個の再生産と種の再生産」唄孝一・石川総編『家族と医療』（弘文堂、1995）3頁以下参照（これは医療と家族以外では、あまりない関係であるという）

かかる共通点から、かつてバスターナリズムの論理として、医療のあり方がよく親子関係になぞえられた（同書5頁以下参照）

(98) 同書9頁以下（唄孝一「家族と医療（1）」ケース研究222号（1990）43頁）によると、医療よびこみ人、医師＝患者間の情報連絡拠点、意志決定者、看護者、介護者、費用負担者、復帰先、治療打ち切り申し出人、そして遺族・死体管理者である。なお、前掲注（96）シンポジウム討論149頁[岩志和一郎発言]も参照。

(99) 唄・前掲注（97）6頁以下等

前後の医療では、人が家族から独立した孤高の存在とは考えにくいのである¹⁰⁰⁾。

他方で、近代法が中心に据えるべきは、あくまで個人である¹⁰¹⁾。医師であれ、家族であれ、他者による私的領域へ介入は例外であって、しかも「おずおずと」行われるべきであるというのが、堅持すべき法の立場である¹⁰²⁾。医療契約の相手方として医師に対峙するのは、個人としての患者自身であるべき本類型の基本的な型は、維持すべきであろう¹⁰³⁾。

家族は極めていとおい しかし同時に、忌まわしいものともなりうる¹⁰⁴⁾。最も身近な者であるゆえに、最大の利益相反者であることもまた、看過できない現実である¹⁰⁵⁾。欧米諸国に比べて¹⁰⁶⁾、あまりにも家族に比重をおきすぎる - ケア労働の依存も含め - わが国の医療は、転換を求められる時期に来ているという視点もあるのである¹⁰⁷⁾。

(100) 唄・前掲注(97)17頁以下、前掲注(96)100頁[家永報告]参照。また、唄・前掲注(98)56頁(「生まれいずる者、死にゆく者」)も参照

(101) 前掲注(96)シンポジウム97頁[丸山英二報告]は、法(全般)は個人を中心とする立場であり、家族の位置付けが不明確な部分があると指摘する。

(102) 唄・前掲注(97)4頁参照

(103) 拙稿・前掲注(95)95頁以下で紹介した、家族(遺族)を受益者とする第三者のためにする契約構成には賛同できない。他方、意思無能力者の法定代理人による医療契約については、患者を受益者とする第三者のためにする契約構成はとらず、法定代理構成をとりたい(このテーマについては、拙稿・前掲注(68)67頁以下を参照されたい)。もっとも、家族法研究者からは、家族を契約当事者とする見解もかなり有力に主張されている(前掲注(96)シンポジウム98頁[家永報告]等)

(104) 前掲注(96)シンポジウム討論149頁[岩志発言]参照。

(105) 同討論149頁以下[岩志発言]参照。

(106) たとえば、ドイツでは、医療は医師と本人との関係が中心であり、家族は補完的な役割を演ずるにすぎない。インフォームド・コンセントは原則として患者本人に対してのみ行われ、また患者の秘密について医師は家族に対しても患者の死後に遺族にまでも原則として守秘義務を負う(拙稿「医療情報の第三者提供の体系化(一)」西南学院大学法学論集39巻3号(2006)23頁、拙稿「ドイツ医療情報法」早稲田法学34巻3号(2009)273頁以下参照。また、わが国は(アジア・南欧と同じく)社会給付が低く福祉を家族に依存する体制にあると指摘される(新川敏光編著『福祉レジームの収斂と分岐』(ミネルヴァ書房、2011)309頁参照)

(107) 手嶋ほか・前掲注(6)18頁[山下登報告]参照。

3 社会全体への潜在的配慮 制度的契約論からの示唆

医療は一面において公共財である¹⁰⁸⁾。医療は、教育・福祉・介護などと並んで、「必要性 (need) に応じて共同体が提供すべきサービス」¹⁰⁹⁾に属しており、市場メカニズムには適さない一面を有している¹¹⁰⁾。医療資源は有限であり、他方でその奉仕する人の生命・健康の重さは平等である。比較法的にみても、英国のように、税財源によって提供する政策を選択している国家もある¹¹¹⁾。

このような公共性を契約論の内部において説明しようとする学説が、近時主張されている¹¹²⁾。そこでいう制度的契約とは、潜在的な当事者や社会への配慮¹¹³⁾という、外部性¹¹⁴⁾(公法的規範)を内在させる契約のことである。すなわち、「個々の制度的契約は、不可避的に、他の主体の同種の契約や、潜在的当事者集団、さらには社会一般に影響を与えるため、一方当事者は、個別契約の締結や履行において、当該契約の相手方当事者のみならず、それ以外の(潜在的)当事者への配慮が要求される」¹¹⁵⁾と説明される¹¹⁶⁾。制度的契約にあたるか否かの判断は、当該「共同体に属する人々の政治的判断」が基準になるという¹¹⁷⁾。

わが国の医療は 公的保険医療のみならず自由診療であっても 制度的契約もしくはそれに近似する性質を含む契約であると評価できるかもしれない。もともと措置であった介護・福祉契約ほどではないにせよ、学校教育契約や労働契約などと類似の¹¹⁸⁾、国家や被保険者集団といった共同体への配慮という視点が要求される側面がある。たとえば、労働契約において同一条件で働く者相互

(108) 特に、実務における患者運動は、あきらかに医療の公共性に力点を置いている

(109) 内田・前掲注(89)9頁(マイケル・ウォルツァーの見解を紹介する中で)

(110) 同書9頁参照

(111) 横野恵「諸外国の医療法制：イギリス」年報医事法学26号(2011)66頁参照。NHS (National Health Service) は国営の医療システムであり、税財源により包括的な保健医療サービスを窓口負担なしで国民に無料提供する。

(112) 内田・前掲注(89)57頁以下。民法学ではさほど認知された理論ではないが、社会保障法や行政法学では言及されているという(同書101頁参照)。この理論によってはじめて、契約において公法的規範に配慮することが、「政治的正当性」を得るとされる(同書99頁参照)。

(113) 同書57頁以下

(114) 同書88頁

(115) 同書88頁

間で平等な取り扱いが求められるのと同じように¹¹⁹⁾、医療契約でも病状等の条件が同じ患者相互間に著しい格差が存在するのは不当であると、日本国民は感ずるはずである。

本類型は、公法・私法二分論を堅持する民法学の伝統的理解に立脚し(第二章参照) 公法規範を契約規範の内部に取り込もうとする制度的契約論とは - 関係的契約論と同様の理由から - 現時点では一線を画するものである。

しかし少なくとも、医療契約の解釈にあたっては¹²⁰⁾、社会全体への潜在的・二次的な配慮¹²¹⁾ - 第二章で述べた保護法益の二重構造にも通ずる - という視

(116) 内田貴教授は、制度的契約の特質として、以下の4点を指摘する(同書86頁以下)。すなわち、契約当事者による個別交渉の排除 = 「個別交渉排除原則」、財・サービスの提供は、受給者としての資格を有する者すべてに、平等に行われなければならない = 「締約強制、平等原則、差別禁止原則」、契約内容やその運用の決定には、財・サービスの潜在的な受給者が、直接または間接に集権的に参加できる仕組みが確保されていないければ、契約の拘束力は正当性を有しない = 「参加原則」、そして 財・サービスの給付の内容や手続は透明でなければならず、給付提供者は受給者に説明責任を負うこと = 「透明性原則、アカウントピリティ」である。

公的医療保険制度の決定やその運用について、(潜在的な)患者に参加権を認めてゆく方向性が望ましいであろうことは、現に指摘されているところである(年報医事法学26号(2011)41頁以下[新美育文報告]も、「医療が純粋な私的サービスではなく、国の基本的な制度として運用されているかぎり」、医療施策の立案・実施への患者参加を、医療基本法は基本理念として掲げるべきとする)。

なお、ドイツでは、公的医療保険を規律する社会法典第5編によって、保健制度への患者(集団)の参加権が認められている。(拙稿「ドイツの医療法制 - 医療と法の関係性の分析 - 」西南学院大学法学論集43巻3・4合併号(2011)263頁参照)。

(117) 内田・前掲注(89)88頁。一つの目安として、提供される財・サービスの性質が、「公的に提供されてもおかしくない」(同書131頁) つまり、国や公共団体が提供を行うことが現実的な選択肢として存在し得るような(同書86頁参照)ものである場合が多い(同書131頁)。この理論自体、民営化の手段としての契約への着眼から登場している。

(118) 内田教授は、医療契約には言及していないが、労働契約について以下のように分析している。すなわち、労働契約は、労働者が提供する労務は公的ではないが、企業が(原則)終身雇用する自社の多数の労働者に、一般市民にとって「人生の多くの時間を費やす生活の場であり生きがいの場」(同書131頁)を提供する(規制緩和により労働者にとって一つの職場の重みが減れば事情は異なるだろうが)(同書131頁以下参照)そして、契約内容の判断にあたり就業規則の不利益変更「同じ事業場において就労する他の労働者とのバランスを考慮」するといった、他の労働者とのバランスを考慮すべき一面(団体性)を帯びているという(同書95頁参照)。

点は存在する。これは見方を変えれば、高度な職業倫理を貫くべき国家資格に伴う公的要請 - 専門家たる医師の社会的責任というフレーズに置き換えて語ることもできるのである¹²²⁾。

三 本理論の今後の展望 学問と実務の両面から

以上の結論をふまえ、本理論の今後の展望について、学問と実務の両面から、現時点での小考を述べよう。

1 医事法学の学問的体系化へ向けて

わが国の医事法学は、実定成文法典としてはもちろん、学術上の法領域としても、固有の理論体系を有していない。医事法学はその特殊な対象（つまり、医にかかわることがら）を意味する呼称であって¹²³⁾、学際性や「開かれた学問」¹²⁴⁾であることが強調される¹²⁵⁾。しかし、体系的に「開かれている」ことと、

(119) 同書131頁参照

(120) なお、内田教授によれば、制度的契約に要請される公法的規範（契約に内在する制約）は、立法的・行政的介入により予め用意されていない場合には、司法的介入によって具体化されるという（同書99頁参照）。

そして関係的契約と同じく、制度的契約の概念も裁判規範ではないとする（同書96頁）。

(121) なお、医師の死因解明・説明義務を検討した河上教授は、この種の義務には、信義則を媒介としながら、紛争予防・事故抑止への公益的配慮が流れこんでいると指摘する（河上正二「医師の死因解明義務について 手段的訴訟物考」平井直雄先生古稀記念『民法学における法と政策』（有斐閣、2007年）614頁）。つまり、直接的な利害関係者である患者（や遺族）は、信義則を媒介項に、「社会的期待・公益の代弁者」たる資格にあるとするのである（同論文614頁参照）。

また、手嶋豊教授も、事後の顛末報告義務につき、「真実を明らかにし、紛争を事前に予防するための手段として」の意義をも指摘している（手嶋豊「医師の顛末報告義務に関する学説・裁判例の最近の動向」民事法情報85号（1993年）41頁）。

(122) 河上・前掲注（6）98頁注（5）参照。前注で述べたように、河上教授は、説明義務には紛争予防・事故抑止への公益的配慮が流れこんでいると指摘するが、そしてそこにこそ、従来「専門家責任」として語られてきた「特殊な契機」（河上・前掲注（121）614頁）つまり「専門家的自己自律の一環としての社会的説明責任」（同論文610頁）という思想のことであろうが、潜むのではないかとその所感を述べる（同論文614頁）。

(123) ドイツにおける講学上の医療関連法領域、医師法（Arztrecht）医療法（Medizinrecht）そして保健法（Gesundheitrecht）も、その特殊な対象から命名されている（詳細は、拙稿・前掲注（116）244頁以下参照）。

(124) 甲斐克則『『医事法講座』発刊にあたって』甲斐克則編『医事法講座第1巻ポストゲノム社会と医事法』（信山社、2010）等

体系が存在しないことは別のことである。学問としての理論体系を有しない
諸々の既存学問の寄せ集め、せいぜいそれを繋ぐものにすぎないことは、学
術としての生成・発展にとっては致命的な阻害原因となる。わが国の医事法学
は早晚、学問的体系化という難題に対峙せねばならないだろう¹²⁶⁾。

筆者の医事法研究の「第一幕」は、医療と情報をめぐる研究¹²⁷⁾であった。
それは、学際法としての医事法学の特質が、最も顕著に現われるテーマである。
プライバシーを核に、医事法学における憲・民・刑・行政法の架橋を志向した
研究作業であり、体系化にとっては結合剤の醸成にあたるものであった。

そして今回取り組んだ医療契約論¹²⁸⁾は、「医事」の法化の基盤を形成すべき
ものである。市民社会で私的な法律関係を形成する最も有効な手段は、契約で
ある。それは国家からの直接の介入を受けずして、市民が主体的に対等な関係

(125) 同書 等参照。特に学際性について、小西知世「学際的研究としての医事法学」明治
大学法学部創立百三〇周年記念論文集(2011)200頁以下

ドイツでも同様の状況にある(拙稿・前掲注(116)248頁およびそこの参考文献参
照)たとえば、ドイツにおける著名な医師法概説書が、「医師法は、閉じられたシステ
ムの中にも、包括的な法典化の中にも現れない」(Laufs/Uhlenbruck, a.a.O. (Note
4), § 5, Rn. 2)と表現しているのが象徴的である。

(126) 体系化を志向する近時の流れとして、植木哲『医療の法学』(有斐閣、第3版、2007)
アルビン・エーザー/上田健二・浅田和茂編訳)『医事刑法から統合的医事法へ』(成文
堂、2011)等。また、体系の欠如は、学問分野としての医事法学の社会的地位(わかり
やすく言えば、大学での講義コマ数や司法試験科目への導入等)や、テキスト作成を含
む教育活動にも決定的な悪影響を与えている(第41回日本医事法学会ランチョンセッ
ション「医事大学での医事法教育を問う」の討論でも、医事法教育にとって学問的体系の
構築が重要であることが話題となっている)。

(127) 拙稿「ドイツにおける医師の診療記録作成義務の生成と展開(一、二・完)」早稲田大
学大学院法研論集97号(2001)183頁以下、98号(2001)113頁以下、同「患者の診療
記録閲覧請求権 ドイツにおけるその生成と展開」早稲田法学会誌52巻(2002)295
頁以下、同「診療情報の第三者提供をめぐるわが国の法状況の考察 異質の法領域の架
橋を志向して」西南学院大学法学論集37巻1号(2004)95頁以下(第35回日本医事
法学会個別報告、年報医事法学21号に概要を所収)、同「医療情報の第三者提供の体系
化(1~3・完)西南学院大学法学論集39巻3号1頁以下・4号25頁以下(2006)40
巻1号(2007)95頁以下、(第36回年報医事法学シンポジウム『医療情報』報告、22号
に概要を所収)同「ドイツ医療情報法」早稲田法学84巻3号(2009)251頁以下、同
「医療情報と責任」浦川道太郎編『専門訴訟講座4 医療訴訟』(民事法研究会、2010)
104頁以下(第116回九州法学会個別報告、九州法学会年報2011年度版に所収)参照

(128) 本稿のほかの論文や研究の全体像については、拙稿・前掲注(62)194頁以下

で取引を行う、あるいは制度・組織を構築することを可能にする¹²⁹⁾¹³⁰⁾。医師・患者関係は、私人としての医師と患者の対等な法律関係であることが理念に適うであろう¹³¹⁾。ヨーロッパ大陸法諸国でそうであるように¹³²⁾、わが国でも - 実態重視の批判はあるが¹³³⁾ - 医師・患者関係の法化の基盤は医療契約であるべきだろう。「医事」(医療行為)が医師・患者関係を基礎とする以上、すなわち医療契約論こそが医事法学の体系の基盤にあるといえるだろう。

いまだ固有の原理・体系の確定には至らないが、医療行為・民法法を中心とした体系化をこころみる、最初のスタートを切ることができたように思う。

(129) 内田・前掲注(89)5頁は、契約は単なる取引関係のみならず組織や制度を構築する手段となりうると指摘する。そして、国家の介入を受けない(多くはグローバルな)社会関係を形成する手段としての、契約の機能を説く。

また、山口齊昭「医療水準論」の形成とその未来 医療プロセス論に向けて」早稲田法学会誌47巻(1997)400頁以下は、「法や政治は社会の諸部分領域を有効に制御することはできない。部分領域への外部からの影響は、各々の自己制御と自己維持の限界の中でしかありえ」ないとの考えから示唆を得て、法は医療を直接制御せずに、医師と患者に理想的な交渉の場と手続(プロセス)を確保すべきなのであって、医療契約こそが医師と患者の対話(コミュニケーション)を通じた継続的な意思決定プロセスであると位置づける。

(130) なお、制度的契約の理論は、契約法論理に公法的規範を内在させるという点で、現代における公私協働の「理論装置」としての役割を果たすともいわれる(内田・前掲注(89)99頁参照)そして同理論は、「国家権力が規制権限をもって私的領域に無限定に侵入することに対しては警戒的であり、むしろ私人間での司法的紛争解決の中に公的要素を読み込む道を開」(同書106頁)くものであるという。

(131) 医師・患者関係を規律するにあたっては、基本は民法、刑法は謙抑的に、憲法は部分的に(巻美矢紀「憲法上の権利」の守備範囲 諸法との協働に向けて」法学教室323号(2007)15頁以下等参照)という関係性になろう。

(132) たとえばドイツでは、医療契約こそが医師・患者関係の「法化の基盤」であったといわれる。そして、私法上の契約こそが医師と患者の対等なパートナーシップの法的な形態であるとされ、公的保険医療において発生する公法上の関係はパートナーリスティックに作用して「患者と医師の個別の関係を否定して医師を社会保険の道具にしてしまう」(Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4), Rn.20)と危惧される(詳細は、拙稿・前掲注(123)256頁以下参照)

(133) 医療の発展的性格や情報偏在から、医師・患者関係を対等な当事者間の取引としての「契約」として捉えることの意味を疑問視する考えが従来から存在している(手嶋ほか・前掲注(6)19頁[手嶋豊報告]参照。樋口範雄『医療と法を考える』(有斐閣、2007)9頁以下、信認関係論者と医界一般)

2 医事法領域における成文化運動への理論的寄与

民法の債権法改正を前に、そして患者の権利運動の高まりなかで、実務界を中心に医事法領域における成文化運動はますます活発化している。

序論で断ったように、筆者の医療契約論研究は、医事法領域における成文化作業の適否やそのありかたについて何らかの見解を表明するものではない（第一章六二参照）。医療契約の典型化は必ずしも法定類型を規定せずとも、性質決定の思考操作は熟度の高い解釈論上の類型によっても十分可能なのである。

しかし、成文法国家であるならば、それが重要な取引類型であるほど¹³⁴⁾典型化の究極的形態は成文化である¹³⁵⁾。ここでは、本稿の射程にかんがみ、本研究が医事法の成文化作業に提供しうる理論的基盤の一端を指摘し、実務界への若干の示唆を提供することにしよう

まず、最も基本的なこととして、医療に関する規律、患者の権利や医師の義務について、学説や（裁）判例の集積を纏めたカタログを提供することができる¹³⁶⁾。本稿では取り上げなかった未確立の権利（判例が認めていない私法上の患者の情報アクセス権、セカンド・オピニオン、良質の医療を求める権利など）については、成文化の趣旨によっては、補足すべきであろう。

そして、より能動的には、あるべき医師・患者関係の一般モデルを提示することで、実定成文法による内容規制と補充に先行する解釈論上の価値判断を示すことができる。契約の典型化の諸機能のうち、格差契約である医療契約に関して重要なのは、あるべき医療観へ導く契約内容規制機能¹³⁷⁾である。二で

(134) 大村敦志『新しい日本の民法学へ』（東京大学出版会、2009）341頁参照（ローマ法を継受した成文法の諸国では、重要な契約類型については、民法典中の法定類型として成文化しているのが通常である）

(135) 2005年日本医事法学会シンポジウムで医療契約が取り上げられた際も、オランダ医療契約法の紹介や医療契約書の雛形の提案がなされた（年報医事法学21号（2006）に大会記録が掲載）

(136) 手嶋ほか・前掲注（6）23頁[手嶋豊報告]参照

(137) 典型医療契約は、「合理的と判断される類型的な契約内容の補充やそこからの離脱に対する制限を通じて契約正義を実現するための制度的基盤」（石川・前掲注（1）506頁）としての機能を営むのである。また、大村敦志『典型契約と性質決定』（有斐閣、1997）352頁以下も参照（「人々が妥当なものだと考えてきた契約内容が詰めこまれている」）

示した思考過程は、医師と患者の具体的な合意を、医療契約という一つの典型的な類型に包摂させ、その契約内容を医療契約の本質たる内容に接近させる¹³⁸⁾、契約の類型的整序という理論的方向性を顕著に示すものである。

3 本理論の可変性 民法理論の変遷、患者像の変容、そして日本国民の選択

本理論は、契約の性質決定、典型契約理論、契約規範の構造分析、そして債務の履行過程などについて、極力、現時点での民法学の通説的見解 それが出来なければ代わりうる安定的有力説に則って構築するよう努めた。通説を無批判に受容したわけではないが、伝統法学と医事法学の架橋を志す筆者の研究の方向性にかんがみ、納得しうる限度において、民法学の一般的理解との摺合せを試みたものである。しかし、絶対不動の通説などはありえるはずもなく、むしろ絶えず進展を続けることこそ学問の理想である。本理論は、民法学の基礎理論の発展に寄り添い、ともに成長してゆく理論である。

他方で、医療の現実も移り変わってゆく。

自己決定弱者としての患者像 民法学の私的自治が想定する、強く・賢く・自律的な人間像はとてまあてはまらない¹³⁹⁾ もまた変わりゆくものである。インフォームド・コンセント論は患者を、消極的で無自覚な医療の対象から、

(138) 石川・前掲注(1)506頁参照

(139) 一般論として、人というものは、法規範が要求するほど強くも賢くもなく、弱い愚かなものであるという指摘がそもそも存在する(星野英一「私法における人間」『基本法学1(民法論集6巻)』(1986)1頁以下、16頁以下(「法的人格」と「具体的人間」にはギャップがあると指摘)参照)

ましてや、傷病という不運に遭遇したときの人間となればなおさら、ということになる。患者像論は、医事法学の文献では、自己決定権やインフォームド・コンセント論に対する懐疑論として主張される。たとえば、自己決定権が患者の負担になる点を指摘するものとして、手嶋豊「インフォームド・コンセント法理の歴史と意義」甲斐克則編『医事法講座第2巻インフォームド・コンセントと医事法』(信山社、2010)23頁。また、臨床医の実感として、アメリカとは異なる患者像を指摘するものとして、塚本泰司「インフォームドコンセント法理・再考」湯沢雅彦・宇都木伸編『人の法と医の倫理』(信山社、2004)353頁。患者像論につき、浦川道太郎ほか「専門訴訟講座4医療訴訟」(民事法研究会、2010)30頁以下[村山淳子]も参照。

積極的で自覚的な医療の主体へと誘うものでもあった¹⁴⁰⁾。そして、債務不履行構成説も、医師・患者の対等性や患者の主体性の認識と実現に寄与したといわれている¹⁴¹⁾。患者が自らの権利を自覚し、然るべき自己決定支援を得て¹⁴²⁾、対等な契約当事者として振る舞いするのであれば、患者像は決して特殊な人間像ではなく、「医療の消費者」に接近するであろう。このことは、社会的関係説に対する契約説の優位、契約の内容規制から契約締結支援へのシフト、そして次に述べる医療政策判断にも影響を与えうる。

自由か平等か、契約か社会的関係か、そして自律か介入か。医療政策にはかかる根本的な法的価値判断が内包されており、そのバランスの置き所はその時々々の政治的決定、ひいては国民の選択にゆだねられる部分が大い¹⁴³⁾。医療は一面において公共財であるが、また私的自治に服する私人間の取引でもある。「すべての国民に平等な医療を」と願うのか、個人の自由な選択と契約的交渉を重視するのか¹⁴⁴⁾、あるいは基礎的部分と付加的部分とを区分して使い分けるのか¹⁴⁵⁾、(憲法上の生存権としての一線はあるにせよ¹⁴⁶⁾)立法府の広範な裁量のもとで¹⁴⁷⁾決定することになる。

典型契約は、法実践に先行しこれを方向づけるものであると同時に、法実践

(140) 甲斐克則『ブリッジブック医事法』(信山社、2008)32頁[小西知世]参照。手嶋ほか・前掲注(6)1頁[手嶋]、浦川ほか編・前掲注(139)26頁[村山]も参照。

(141) もっとも、この効能に懐疑的な学説もある(樋口・前掲注(133)9頁以下(説明義務の前提にあるのは、契約関係よりもむしろ信認関係であるとし、信認義務とは専門家責任と同義だとする))

(142) 患者像論は自己決定権への懐疑論だけではなく、他方で患者の自己決定を支援するという方向性での議論も発生させている(手嶋・前掲注(139)23頁等参照)

また、「措置から契約へ」政策転換した福祉契約では、社会福祉受給者は「自己決定の条件整備」という形での保護を受けながら、自己のニーズにあったサービスの選択を契約的自由のもとで行なうのであり(拙稿「医療情報の第三者提供の体系化(一)」西南学院大学法学論集39巻3号(2006)20頁以下参照)さまざまな問題は指摘されているものの、この方向性自体は支持されている。

(143) 例えば、自国の医療に常に批判の目を向けるドイツでは、医療政策は国政選挙のたびに重要な争点の一つとなってきた。政権が変わるたびごとに医療制度が変わるといっていいくらい、頻繁な医療制度改革が繰り返されてきた(拙稿・前掲注(116)242頁以下参照)。

によって内容を更新しうるものである¹⁴⁸⁾。典型とされる医療契約の内容は、あるべき医療契約観を提示し医療の現実をリードするものであると同時に、医療の現実の変化とともに更新されてゆくべきものである。そしてそこには、医師・患者関係を契約関係とは捉えない（信認関係や社会的関係と捉える）¹⁴⁹⁾、あるいは部分的もしくは全面的に税財源により公共事業化するといった¹⁵⁰⁾、私法上の医療契約の存立を揺るがせるような途も含意されているのである。

(144) より視野を広げれば、古典的な福祉国家観に支えられた大きな政府から、個人主義や市場原理の導入を志向する小さな政府へという、20世紀末から21世紀にかけての世界的規模の潮流が存在している（新自由主義的な福祉国家の再編、新川・前掲注（106）序章等参照）。わが国でも、小泉政権下での郵政民営化を筆頭に、基本的にはこの流れに組する方向で行政構造改革が進んでいる。規制緩和、民営化、そして法の世界での契約化も、すべてその流れのなかでの現象である（内田・前掲注（89）15頁参照）。

なお、隣接分野である福祉の世界における、「措置から契約へ」という鮮烈な政策転換は、自己決定のための条件の整備というかたちでの自己決定支援を行うことで、福祉受給者権を契約自由の世界に解放するものであった（拙稿・前掲注（142）20頁参照。内田・前掲注（89）18頁以下も参照）。

社会国家ドイツでも、自由と平等の対立、すなわち、市場経済を重視するか社会福祉の充実を望むかの対立は、やはり存在しており、近年は、上記流れに組している（郵便・通信事業など民営化傾向も顕著である）（拙稿・前掲注（116）243頁参照）。

(145) ドイツの二元的保険医療制度のもとでは、公的医療保険に加入義務のない者は、公的医療保険に加入するか、民間の基礎タリフの完全医療保険に加入するいずれかを選択できる。公的医療保険に加入した場合でも、公的医療保険に上乘せる役割で、任意に、民間医療保険または公的医療保険の付加保険（Zusatzversicherung）に加入できる。完全医療保険を選択しても、付加保険は、公・民ともに加入できる（詳細は、拙稿・前掲注（116）251頁以下と263頁注（94）を参照されたい）。

(146) 西原博史「人権論・生存権論の理論的課題」法時80巻12号（2008）81頁は、「社会環境がどうあろうと個人の権利として必ず実現されていなければならない一線を確定し、その一線を侵すことをその時々政治的な多数派に対して絶対的に禁止していく点に憲法上の権利としての実質がある」とする

(147) この点については、尾形健「生存権論の可能性 憲法25条をめぐる司法審査のあり方についての一視点」法学教室326号（2007）14頁以下を参照した

(148) 大村・前掲注（134）342頁参照。大村敦志教授は、既存の類型や概念は「導きの糸であると同時に躓きの石ともなる」（同書343頁以下）と副作用を指摘し、その相対的な安定性・固定性の表裏にある暫定性・可変性を意識するように注意を喚起する。そして、典型・非典型という思考様式は類型や概念からの逸脱と新たな類型・概念の生成を含意しているとする（同書344頁）。また、特に医事法学の流動性を指摘するものとして、小西・前掲注（125）195頁以下

このように、本医療契約論研究は、学術的には医事法学の学問的体系化の基盤をなすものであると同時に、実務的には活発化する成文化作業に理論的基盤を提供しうるものである。そしてこの理論自体、民法理論や国民の政治的選択とともに動いてゆくものである。伝統法理論の動向を注視しつつ、また成文化に向けた実務界の気運を間近に感じながら、私の研究の「第二幕」を閉じることにはしたい。

【付記】

本稿は、平成22・23年度科学研究費補助金（基盤研究（C））[課題番号：22530100 課題名：医療契約論 その典型的なるもの]の助成を受けた研究課題の成果の一部である。

本稿は、途中から医療基本法会議という並走者を得て、成文化動向を見据えての理論類型の構築という理想的な執筆環境を実現することができた。同研究会には感謝申し上げたい。

(149) ドイツでも、医師と患者の関係を私法上の契約とみるのか、あるいは社会的関係として理解すべきなのかというテーマが存在している。現時点では、契約的把握をする傾向が有力である（連邦通常裁判所（BGHZ 105,160）と民法学説の立場）。しかし他方で、公的保険医療について、連邦社会裁判所（BGHZ 63,306;97,273）と社会法の多数説は、公法上の法定債務関係とする（詳細は、拙稿・前掲注（116）256頁以下を参照されたい）。

八 (150) 大村・前掲注（134）304頁以下は、契約によって保護される利益を実現するために、補完的にでも、契約とは異なる制度が構想されてもよいとする。そして、契約ベースの制度である介護保険制度について、利用者本人の事情（本人意思の不十分、法定代理人によって本人の利益が十分に考慮されない）を勧告し、利用者の利益に適うように、部分的に措置を活用することを提案している（同書303頁参照）。