

療法選択における自己決定と結果受容の心理

—説明義務違反と療法選択との因果関係が
証明されない場合の被侵害利益—

畑 中 久 彌*

はじめに

1. 判例の動向

- (1) 最高裁平成12年2月9日判決（エホバの証人輸血拒否事件）
- (2) 最高裁平成13年11月27日判決（乳房温存療法事件）
- (3) 最高裁平成17年9月8日判決（経膈分娩事件）
- (4) 下級審の裁判例

2. 学説

- (1) 自己決定権の保護
- (2) 良好な信頼関係の下で自己決定する利益の保護
- (3) QOL やライフ・スタイルの保護
- (4) 適切な水準的医療を受けられなかったことによる精神的苦痛の保護
- (5) 人間らしい扱いを受ける利益の保護
- (6) 治療機会喪失論

3. 検討

- (1) 自己決定権に基づく議論への疑問—平沼直人弁護士批判—
- (2) 期待権侵害論と悪しき結果の受容
- (3) 自己決定と悪しき結果の受容心理—QOL の一環として—
- (4) 他の療法を選択した可能性
- (5) 悪しき結果が生じた場合への損害賠償の限定

*福岡大学法学部准教授

- (6) 最高裁平成23年2月25日判決との関係
- (7) 医師の療法選択・手技上の無過失評価との関係
おわりに

はじめに

複数の療法が存在する場合、医師は、患者が必要かつ正確な情報の下で療法を選択できるよう、それぞれの療法について説明をする義務がある。いかなる内容の説明をすべきかやどのような場合に説明すべきかについては議論があるが、一定の場合に医師が上記の説明義務を負うことについては異論がない。

説明が尽くされたならば他の療法が選択されたであろうとの事実的因果関係が立証された場合、説明欠如や説明不足によって生じた不利益の内容は、たとえば、生命や相当程度の生存可能性¹、自分の望む QOL（生活の質）やライフ・スタイルの喪失となる。

これに対し、説明が尽くされたならば他の療法を選択したであろうとの事実的因果関係が立証されない場合はどうであろうか。従来判例の到達点は次のように述べられている。『当該説明がなされていても、治療行為に同意した』と因果関係が否定されれば、通常、損害の発生は認められないはずである。しかしながら、事前に十分な説明を受けなかったことにより、自由な

¹ ただし、これは事実的因果関係についての議論であり、損害賠償が認められるかについては、さらに検討が必要である。療法選択や治療手技上の過失を否定する一方で、説明義務違反による逸失利益賠償を認めることは、評価矛盾になるのではないかと、この問題があるからである。説明義務による身体保護の問題点を指摘し、検討するものとして、小池泰「説明と同意－医師の責任の合理的範囲をめぐって－（一）（二・完）」論叢141巻3号（1997年）69頁以下、論叢143巻1号（1998年）89頁以下、小池泰「医療における自己決定保護に関する一考察」私法63号（2001年）146-148頁、小池泰「判批」民商134巻3号（2006年）486頁以下、松井和彦「医師の説明義務違反の法的効果に関する一考案」修道22巻1・2号（2000年）277頁以下等がある。

意思決定の機会が奪われたとして慰謝料が認められるのが一般的である²。学説においても、期待権侵害論や治療機会の喪失論からすれば、一定の場合に、患者の精神的苦痛に対する損害賠償が認められるであろう。

しかし、患者の自己決定権に基づいて患者の精神的苦痛を保護しようとすると、次のような疑問が生じる。すなわち、治療が成功し、しかも QOL やライフ・スタイルが侵害されていない場合でも、自己決定権は侵害されており、損害賠償が認められることになってしまうのではないかと、この疑問や、適切な説明を受けても患者は同じ治療方法を自己決定したのだから、説明欠如や説明不足によって自己決定権は侵害されていないのではないかと、この疑問である。

本論文は、期待権侵害論において登場した「悪しき結果の受容」という議論に依拠しながら、説明義務違反と他の療法選択との事実的因果関係が証明されない場合においても自己決定権を保護すべきことを主張しようとするものである。

1. 判例の動向

(1) 最高裁平成12年2月9日判決（エホバの証人輸血拒否事件）³

最高裁は、患者が宗教上の理由によりいかなる場合でも輸血を行わない手術（絶対的無輸血手術）を希望していた事案において、輸血手術の可能性があることを説明せず、輸血手術を行った医師の説明義務違反を認めた。

本件では、医師が輸血手術の可能性があることを患者に説明していたならば、患者は輸血手術を受けることなく、自らの信仰に即した生活が続けることができたといえる。患者は、医師の説明義務違反によって、自分の望まな

² 畑中綾子「説明義務違反による被害者救済の範囲」ジュリ1315号（2006年）159頁。

³ 民集54巻2号582頁。

い治療を避け自らの信仰に即した生活を送るという利益を、侵害されている。

(2) 最高裁平成13年11月27日判決（乳房温存療法事件）⁴

最高裁は、医療水準にない乳房温存療法への適応の有無と実施可能性について乳がん患者が強い関心を有しており、それを医師が知っていたという事案において、適応可能性のあること及び乳房温存療法を実施している医療機関の名称や所在を説明することなく乳房を切除した医師の説明義務違反を認めた。

最高裁は審理を大阪高等裁判所に差し戻した。差戻控訴審判決は、医師の上記説明義務違反によって、患者は乳房温存療法を受けるか否かについて意思決定すべき権利を奪われたと判示した⁵。

本論文の観点からは、次の点が問題となる。本件において、意思決定すべき権利の侵害とは、意思決定それ自体の利益を侵害したにとどまるのか、それとも乳房温存療法の選択可能性があったのにその可能性を奪い、その結果、患者が自分の望む QOL（乳房のある人生）を享受する可能性をも侵害したのか、という点である。この点について、差戻控訴審判決は、損害額の認定において、説明義務が尽くされた場合に患者が他の療法を選択したか否かは不明であること、他の医療機関がこの患者を受け入れたかどうかは不明であることを指摘している。不明という認定であるから、可能性がないと認定しているわけではない。本件では、患者による他の療法選択の可能性が残っていたといえることができる。

(3) 最高裁平成17年9月8日判決（経膈分娩事件）⁶

最高裁は、帝王切開による分娩を希望していた夫婦に対して経膈分娩を勧

⁴ 民集55巻6号1154頁。

⁵ 大阪高判平成14年9月26日判タ1114号240頁。

め、経膣分娩を行った医師の説明義務違反を認めた。本件における説明義務違反の内容は、次の通りである。

医師は、夫婦が「胎児の最新の状態を認識し、経膣分娩の場合の危険性を具体的に理解した上で、被上告人医師の下で経膣分娩を受け入れるか否かについて判断する機会を与えるべき義務」を負っていた。しかし、「一般的経膣分娩の危険性について一応の説明はしたものの、胎児の最新の状態とこれらに基づく経膣分娩の選択理由を十分に説明しなかった上、もし分娩中に何か起こったらすぐにでも帝王切開術に移れるのだから心配はないなどと異常事態が生じた場合の経膣分娩から帝王切開術への移行について誤解を与えるような説明をした」。

本件において、もし医師が上記説明義務を尽くし、原告夫婦が必要かつ正確な情報の下で経膣分娩を受け入れるか否かを判断していたならば、どのような結果が生じたであろうか。この点については、以下の複数の想定をすることができる。

①帝王切開が選択され、帝王切開が成功したとの想定

夫婦が帝王切開を選択し、帝王切開が実施され、帝王切開が成功し、子は死亡しなかったであろうとの想定がありうる。小笠原豊弁護士は、この立場に立ち、子の死亡による逸失利益も含めて損害賠償が認められるとする⁷。

帝王切開が選択された場合、帝王切開が成功したか否かについては、高橋恒男助教授⁸が医学的見地から次のように述べている。「臍帯脱出は予見できない突発的な事故ですが、結果論から言えば、帝王切開していればそのようなことは起きませんでしたから児は救命できた可能性が高いです。しかし、

⁶ 裁判集民217号681頁。

⁷ 小笠原豊「判批」宇都木伸ほか編『医事法判例百選』（2006年）131頁。

⁸ 横浜市立大学附属市民総合センター母子医療センター部長（発言当時の職名）。

死亡した赤ちゃんがどういう状態かはわかりませんが、骨盤位の赤ちゃんは元々、頭位の赤ちゃんに比べて異常が多いのも事実です⁹。

この他にも、小池泰教授が、「本件では、帝王切開が選択されていれば胎児の生命を救えた可能性は高く、妊婦側が帝王切開にこだわる理由もまさにそこにあった」とし、子の死亡による損害賠償を認める余地も生じると述べている¹⁰。ただし、小池教授は、本件において帝王切開が実際に選択されたかどうかについては、判断を保留している。あくまでも「かりに本判決の要求する説明が尽くされたとして、妊婦側がなお帝王切開を希望して、医師がそれに応じるという事態を措定できるなら」という条件を付けた上で、上記見解を示している¹¹。

また、小池教授は、説明義務違反による逸失利益賠償を認める場合には、次のような調整問題が生じることを指摘している¹²。すなわち、本件では、経

⁹ 平沼高明ほか「判例診断 帝王切開による分娩を強く希望していた夫婦に経膈分娩を勧めた医師に、経膈分娩の場合の危険性を理解した上で経膈分娩を受け入れるか否かについて判断する機会を与えるべき説明を尽くしていないという事例」賠償科学34号（2006年）149頁〔高橋発言〕。

¹⁰ 小池「判批」・前掲注（1）492頁。

¹¹ 小池「判批」・前掲注（1）492頁。

¹² 小池「判批」・前掲注（1）493頁。

¹³ 第1審判決、控訴審判決ともに、療法選択にも手技にも過失はなかったと判断した（第1審判決は公刊されていないようであるが、たとえば『平成18年度主要民事判例解説』によれば、さいたま地川越支判平成13年7月5日とされている（藤澤裕介「判批」主判解（2007年）72頁。より詳細に同判決の内容を紹介するものとして、平沼ほか・前掲注（9）142頁〔伊藤文夫発言〕がある）。同判決が療法選択と手技上の過失を否定したことは、控訴審判決の判示内容からうかがわれる。控訴審判決は、東京高判平成14年3月19日訟月49巻3号799頁である）。

これに対し、良永和隆教授は、医学上の専門的判断を要するため、にわかには当否を論じ難いとした上で、『療法選択上の誤り』があったと評価してよいように思われる」と指摘している。良永和隆「判批」専修ロージャーナル2号（2007年）162頁。また、和泉澤千恵氏は、「安易に人口破膜を行ったととれなくもな」く、「医師の過失なしとした原審判断は妥当だったか疑問が残るところであり、もっと慎重な事実認定をしてもよかつたのではないか」と指摘している。和泉澤千恵「判批」医事法21号（2006年）157頁。

膣分娩の選択にも手技にも医師の義務違反は認められず¹³、これらの点での義務違反を理由として逸失利益の賠償を認めることはできない。それにも関わらず、説明義務違反による逸失利益賠償を認めると、結果的には療法選択上の義務違反があったのと同じ負担を医師に課すことになる。このことは、療法選択上の義務違反なしとしたことと矛盾するのではないか。療法選択上の義務違反なしとしながら、それと同じ負担を説明義務違反によって認めてよいのか、という問題が生じる。

②帝王切開が選択されたが、帝王切開の成功如何は不明であるとの想定

夫婦は帝王切開を選択したであろうが、帝王切開の成功如何は不明であり、したがって子の死亡が避けられたかどうかは不明であるとの想定がありうる。

平沼高明弁護士は、本判決は上記想定に立つ可能性があると指摘している¹⁴。まず、平沼弁護士は、「本判決は、医師が……説明義務を尽くしていれば、患者……らは、あくまでも帝王切開を希望していたのではないかとの疑問を持っているようである」と指摘する。そして、平沼弁護士は、おそらくは最高裁判決に対する上記指摘を前提とした上で、本件がどのように解決されることになるかを次のように述べている。「仮に帝王切開によっていたならば胎児は死亡しなかったか否かについては判然としていない」。しかし、「説明義務違反と胎児の死亡との間に因果関係は認められないとしても、説明義務を尽くしていた時には、帝王切開を選択し、その場合に胎児は死亡しなかった可能性」が問題となる。もし、そのような可能性を否定できない場合には、相当程度の生存可能性を保護する判例に基づいて、慰謝料が認められるだろう。

¹⁴ 平沼高明「判批」民情236号（2006年）57頁、58頁。

③帝王切開を選択したか否かは不確実であるとの想定

①と②の想定は、夫婦が帝王切開を選択したであろうとの立証がなされた場合の立論である。これに対し、そのような立証が成功しない場合はどうであろうか。

他の療法を選択した可能性がゼロである場合には、必要かつ正確な情報に基づいて療法を選択できなかったことが、被害者の被った不利益となる。他の療法を選択した可能性が何%ある場合には、そのような可能性の喪失が精神的苦痛に加味されることになろう。

※追記 本論文脱稿後、差戻控訴審判決と差戻上告審決定が出されているこ

¹⁵ 医療問題弁護士・分娩事故判例研究会「分娩事故判例分析～裁判例に学ぶ事故原因と再発防止策～」(2008年4月)135頁<http://www.iryo-bengo.com/general/press/pdf/28/press_028.pdf> (閲覧日:平成26年1月24日)、毎日新聞地方版(埼玉)2007年4月20日25頁。

¹⁶ 毎日新聞2007年10月3日朝刊26面。

¹⁷ 本文で紹介する裁判例以外にも、患者が他の治療方法を選択した可能性はあるが、現実にはそのような選択がなされたかは定かではないとした上で、患者の精神的苦痛の損害賠償を認めた裁判例が存在する。

名古屋地裁昭和59年4月25日判決は、「手術内容及びその危険性等について説明義務を尽くしていたならば、原告が手術を拒否し、右眼失明を阻止し得た蓋然性を全く否定することはできない」が、「原告の病態にとつては残された唯一の治療法であり、手術を受けなかった場合の子後については失明に至る可能性が大であつたこと等を併せ考えると」、「医師が前記説明義務を尽くしたなら、原告が本件手術を拒否して現状の視力を維持し右眼失明を免れ得たかどうかについては必ずしも明らかでない」とした。そのため失明による逸失利益の損害賠償責任は認められないが、精神的苦痛について慰謝料が認められた。判時1137号96頁、判タ540号276頁。

仙台高裁平成6年12月15日判決は、「危険性等の説明があつたとしたら……原告は本件手術を承諾しなかったであろうと考えられる特段の事情があるとは認め難い」が、「それと同様に、逆に右内容の入念な説明を受けた場合に、それにもかかわらず……本件手術を承諾したであろうとの推認を可能にする証拠もないので」、患者は決断・選択の機会を不当に奪われたと判示した。そして、本件手術の危険性等が説明されたとしても、患者が本件手術を承諾しなかったであろうとまでは認め難いことから、説明義務違反と相当因果関係のある損害は、選択の機会を侵害され、本件手術に同意するかどうかの自己決定権を奪われたことによる精神的苦痛であるとした。判時1536号49頁、判タ886号248頁。

とを知ったので、以下に追記する。

差戻控訴審判決は、説明義務違反と子の死亡との因果関係を否定し、判断する機会を奪われたことによる慰謝料のみを認めたとされる¹⁵。資料によると、同判決は、原告は医師が自然分娩すると知りながら転院しなかったと指摘し、説明が尽くされた場合に原告が帝王切開を選択したとまでは言い切れないと判示したようである。差戻上告審は、両親側の上告を退ける決定をしたと報道されている¹⁶。

（4）下級審の裁判例

①他の療法が選択された可能性もあるし選択されなかった可能性もあるとされた事案¹⁷

東京地裁は、いわゆる東大脳動脈奇形（AVM）事件において¹⁸、説明義務が尽くされた場合、医師の施そうとする手術を患者が承諾しなかった可能性を全く否定することはできないが、患者が承諾した可能性も否定できないとして、説明義務違反と当該治療による死亡との因果関係を否定した。説明義務違反と因果関係のある損害は、脳動脈奇形の「摘出手術を受けるかあるいは手術を受けずに保存的治療により経過を見るか、いずれかを選択する余地を有していたにもかかわらず、担当医師が必要な説明を尽くさなかったために右の機会を奪われた」ことであるとされた。

②他の療法を選択しなかったであろうと認定された事例

上記事例は、患者が他の療法を選択した可能性のある事案であった。これと異なり、患者は他の療法を選択しなかったであろうとの認定の下で、損害賠償が認められた事案がある。

¹⁸ 東京地判平成4年8月31日判時1463号102頁、判タ793号275頁。

大阪地裁平成21年2月9日判決は、レーシック手術について医師に手技上の過失を認めなかったが、手術の合併症として術後遠視が生じる可能性があることを説明すべき注意義務があり、医師はその説明義務を怠ったとした¹⁹。この説明義務違反と事実的因果関係のある損害は、次のように判断された。合併症として術後遠視が生じる可能性があるとの説明を受けていたとしても、患者は手術を受けることに同意したと推認することができるから、逸失利益は賠償対象にならない。「他方、被告クリニック医師らによる説明義務違反によって、原告としては、適切に情報を提供され、これに基づいて本件手術を受けるか否かを真摯に選択判断する権利（いわゆる自己決定権）を侵害されたといえるから、上記説明義務違反と自己決定権侵害との間には因果関係があるものと認められ、上記侵害に対する慰謝料を認めることができる」。

東京地裁平成3年3月28日判決は、患者は他の療法を選択しなかった蓋然性が高いとした上で、説明義務違反による損害賠償を認めた²⁰。同判決は、医師が「正しく手術の必要性を説明していれば、原告もこれを了解のうえ、その手術に応じた蓋然性は高い」と認定した。この場合、患者の被った損害は、「十分な情報を与えられないままに手術の応諾をしてしまったことによる精神的な損害」とされた。ただし、この事件は控訴され、控訴審判決は説明義務違反を否定し、第1審判決を取り消した²¹。

2. 学説

以下では、説明義務違反と他の療法選択との事実的因果関係が立証されなかった場合、学説上、どのような利益が患者の被侵害利益として認められう

¹⁹ 判時2052号62頁、判タ1300号276頁。

²⁰ 判時1399号77頁、判タ764号224頁。

²¹ 東京高判平成3年11月21日判時1414号54頁、判タ779号227頁。

るかを整理したい。

(1) 自己決定権の保護

松井和彦准教授は、説明義務違反による医療の実施は、「患者の自己決定の機会を不当に侵害したことになるので、これによって患者が蒙った精神的損害を賠償する」不法行為責任が生じるとする。債務不履行責任においても、「十分な説明を受けられなかったために当該医療行為を受けるかどうかを自己決定する機会を喪失したことによる損害は、通常損害と解され」、賠償対象となるとする^{21a}。

また、土屋裕子氏は、経膈分娩事件²²の研究において、次のように述べている。患者の自己決定権は自らの望む治療方法を医師に強要するものではないし、医師も、自らが最適と考える治療方法を患者に説得する権利を有するが、「患者の選択が医学的見地から不合理とはいえず、一時的感情的なものでない、理性的な熟慮に基づくものである場合には、原則として医師は患者の選択を尊重しなければならない」²³。

古笛恵子弁護士は、経膈分娩事件に関する座談会の中で、同事件の最高裁判決からは療法選択における患者の主体性への配慮がうかがわれると指摘している。すなわち、「自己決定権とか、患者さんの希望を叶えなかったドクターに、その点について医学的には間違いではなかったとしても、患者さんの希望を叶えることもまた医学的に間違いではなかった場合に、いくらか保護

^{21a} 松井・前掲注（1）298頁、299頁。

²² 最判平成17年9月8日裁判集民217号681頁。本件については、本論文「1. 判例の動向（3）」で紹介した。

²³ 土屋裕子「医療訴訟にみる患者の自己決定論の展開と展望－最高裁平成17年9月8日判決を契機に」ジュリ1323号（2006年）133頁。なお、土屋氏は、経膈分娩事件を、説明義務違反と他の療法選択との間の事実的因果関係が立証されなかった事件として捉えているわけではない。

すべきものはあるのではないかと。理論的といえるかどうかわかりませんが、そういった患者さんに優しい患者さんの主体性をより重視した判決のような気がします」と述べる²⁴。なお、古笛弁護士は、同じ座談会で、「単純に母親として、『あれほど言ったのに、もし、していたら』というその割り切れない思いが、最高裁を動かしたのかなと思います」と述べている²⁵。座談会での発言であるため、ここでいう「割り切れない思い」が自己決定権の保護とどのような関係に立つかは明確にはされていないが、本論文の観点からは、自己決定権の保護の根拠として位置づけることができるように思われる。

患者の主体性に着目する古笛弁護士の発言に対しては、同じ座談会において、平沼高明弁護士から、「そこまで患者に自己決定権的なものを認めていくと、医療は成り立たなくなる。専門家である必要はなくなり、患者の言うとおりにやっていたらいい」ことになるとの指摘がなされている²⁶。この指摘については、患者の主体性を認めるとはいつても、施されようとする治療を選択しない利益を認めるだけであるから、療法選択における医師の専門性を損なうことにはならないと思われる^{26a}。ただ、逸失利益の賠償まで認める場合には、小池教授の指摘する問題（療法選択および手技上の過失なしとしたのに、結果的にそれがあつたのと同じ負担を医師に課することになり、療法選択および手技上の過失なしとしたことに反するのではないかとの問題）が

²⁴ 平沼ほか・前掲注（9）157頁〔古笛発言〕。なお、古笛弁護士は、経産分娩事件について、説明義務違反と他の療法選択との間の事実的因果関係が立証されなかった事件として捉えているわけではない。

²⁵ 平沼ほか・前掲注（9）150頁〔古笛発言〕。

²⁶ 平沼ほか・前掲注（9）157頁〔平沼発言〕。

^{26a} これに対し、河内宏教授は、「本件の具体的事実経過の中では、医師ないし病院は、患者の希望に応じる義務を負いうる」と指摘し、もしそのような義務があるとすれば、子の死亡についても債務不履行および不法行為責任が成立する可能性がある、と述べる。ただし、河内教授は、出産後すぐに死亡した子の逸失利益についていわゆる相続構成をとることの違和感から、本件では親の自己決定権侵害を損害とすべきであり、子の死亡は慰謝料の高額化事由として考慮すべきとしている。河内宏「判批」リマークス34号（2007年）25頁。

生じることになる。

(2) 良好な信頼関係の下で自己決定する利益の保護

畑中綾子助教は、療法選択の「機会自体に保護法益を認めることは、言い換えれば、選択肢が交渉過程で提示されていたか、また、医師・患者の関係が機会を保障するような良好な関係にあったかどうかを1つの独立した利益として捉えていると考えられる」と述べる²⁷。乳房温存療法事件の最高裁判決によれば、「合理的な医師の裁量以上に、個別具体的な患者の主観を可及的最大限度に探り出そうとすることが要求されるとも考えられる」。「医師患者関係に『対話』を復活させることが期待され、……このような場面で保護されようとするのは、医師患者関係の信頼関係と、将来にわたっての信頼の構築を目指すものであるといえないだろうか。……決定の結果よりも、医師患者間に対話があったか、良好な関係の上に成り立ったものであったか、その決定にいたるプロセスや環境を保護することの重要性が認識されていると考える」²⁸。

畑中助教の見解は、自己決定それ自体の保護というよりは、医師との良好な関係の下で自己決定すること、そのような自己決定によって患者が精神的満足を受けることに保護法益を見い出そうとするものと思われる。良好な関係下での自己決定の保障という観点は、川服加奈准教授の見解にも共通するものと思われる。川服准教授は、経膈分娩事件において、原告夫婦は自分たちのために最善を尽くしてくれる医師の人格を信頼していたと指摘する²⁹。川服准教授は、そのような患者の信頼は保護に値すると考えていると思われる。

²⁷ 畑中綾子・前掲注（2）158頁。

²⁸ 畑中綾子・前掲注（2）159頁。

²⁹ 川副加奈「療法選択をめぐる医師の説明義務について：最近の最高裁判決から」金沢49巻2号（2007年）402頁。

畑中助教は、上記の患者の利益について、次の課題を指摘する。すなわち、従来の判例は「知る権利や、医師患者関係における決定環境の保障」を保護しようとしてきたと考えられるが³⁰、「決定の機会そのものの保護、決定過程の環境の適正化など、いかなる説明を加えても、損害自体が曖昧であることは否めない」³¹。

(3) QOL やライフ・スタイルの保護

期待権侵害論は、適切な治療を受けることに対する患者の期待を保護しようとする見解である³²。これによれば、医師が不適切な治療を行った場合、医師の義務違反と患者の生命や生存可能性の喪失との間の因果関係が証明されなくても、損害賠償を認めることができる。

期待権侵害論をめぐるのは、まず、どのような紛争類型で期待権概念を用いるべきかという問題がある。次いで、期待権侵害による損害賠償をどのように法的に構成するかという問題がある。特に後者の論点をめぐり、期待権侵害論には様々なバリエーションが存在する。

その中で、QOL やライフ・スタイルの保護を理由として、適切な治療を

³⁰ 畑中綾子・前掲注（2）160頁。

³¹ 畑中綾子・前掲注（2）159頁。

³² 期待権侵害論をめぐる複雑な議論状況は、新美育文「医療事故事例における『期待権』の侵害について」自正47巻5号（1996年）57-58頁、59-60頁において体系的に整理されている。

³³ これに対し、浦川道太郎教授は、1994年の論文において、従来の裁判例を分析し、「期待権侵害論では、ライフ・スタイルのような期待権自体の保護が問題となっているというよりは、むしろ、患者の期待を裏切る医師の医療水準に達しない不完全な履行、ないしは、杜撰・不誠実な履行の態様が非難の対象になり、そこから慰謝料を肯定する結論が導き出されている」と指摘し、「この点を確認するならば、率直に、……医師の職務義務の特殊性の側面から、この問題への接近を図るべきであろう」とする。すなわち、後述する治療機会喪失論のように、「水準を質的に下回って現に給付された医療と水準の医療により給付されるべきであった医療との間で患者の享受する療養（生活）の質に明らかな相違があるならば、それを損害と把握」するべきである、とする。浦川道太郎「いわゆる『期待権』侵害による損害」判タ838号（1994年）58頁。

受ける期待が保護されると述べる見解がある³³。それによれば、患者は、生活（生命）の質ないしライフ・スタイルについて、法的保護を受けるべき利益を有している。この利益は、「どのような生活・人生を送るか、どれだけ納得した生活・人生を送るかといった、いわば質的な利益」である。不適切な治療は、たとえ生命や身体状態を量的には損なわない場合であっても、患者の上記利益を侵害する場合がある。この場合には、一定の要件の下で慰謝料を認めるべきである³⁴。

適切な治療に対する患者の期待は、治療方法の説明についても存在するであろう³⁵。QOLやライフ・スタイルに関する患者の利益の保護は、「患者の自己決定権の尊重に連なる」ものであるからである³⁶。

この立場は、QOLやライフ・スタイルといった「法益概念の更なる明確化・具体化が目視されるべき」であると指摘する³⁷。説明義務違反が療法選択に影響しない場合、患者のQOLやライフ・スタイルがどのような意味で侵害されたことになるかが検討されなければならないであろう。

³⁴ 新美育文「癌患者の死亡と医師の責任－『期待権侵害』理論の検討－」ジュリ787号（1983年）81頁、同・前掲注（32）58頁、60頁、63-64頁。

³⁵ 根本晋一准教授は、経膈分娩事件の研究において、同事件における医師の説明義務の効果が、患者の期待権の効果と同様の機能を営むことを指摘している。ただし、ここでいう期待権の効果の具体的中身が期待権侵害論のどの立場に則して理解されるべきかは言及されていない。根本晋一「判批」横国16巻3号（2008年）106頁。

³⁶ 新美・前掲注（32）63頁。

³⁷ 新美・前掲注（32）64頁。小池教授も、「何が療法として最適かは、患者の判断能力を越える程に専門的であることを理由に、医師の専決事項とされており、それゆえにこそ過誤の問題とされてきた」が、「医学的に正当な選択肢としてなお複数の療法が残る場合に、さらに患者の意向を問う必要が生じることはありうる」と述べ、「例えば乳癌治療において温存療法によるか否かは（……）、患者の生活利益（今後の生活設計など）の関係からの分析が重要である」と指摘している。小池「説明と同意（二）」前掲注（1）105頁注3。

(4) 適切な水準的医療を受けられなかったことによる精神的苦痛の保護

吉田邦彦教授は、期待権侵害論は「結果如何に関わらない慰謝料を問責できるという意味で、loss of chance の射程外の問題も拾うことができる」と指摘する³⁸。そして、期待権侵害における損害は、「適切な水準的医療を受けられなかったことによる精神的損害ということになり、この点で、今日の医師・患者の契約関係における信頼規範の重要性に鑑みて、……信頼違反・裏切りによる医師への非難というモメントを強調すべきことになろう」と述べる。

吉田教授は、期待権侵害論が自己決定権的価値、余生の人的充実という現代的価値につながることを重視しているが、同教授がより直接に保護しようとしているのは、医師に対する患者の信頼であるように思われる³⁹。

この見解によれば、医師が説明義務を尽くした場合に患者がどのような自己決定をしたかを直接の問題とすることなく、医師の説明義務違反による患者の精神的苦痛を損害賠償の対象にすることができる。

(5) 人間らしい扱いを受ける利益の保護

渡邊了造裁判官は、期待権侵害を法益侵害として構成するために、「思いつきの域をでないが、医師の重大な義務違反は患者に対する冒瀆であるとして、人間の尊厳（これを人格権侵害の一つとみる。）を侵害したものとして、慰謝料の賠償を肯定できないであろうか」と述べる⁴⁰。

この構成によれば、説明欠如や説明不足が患者に対する冒瀆と評価できる場合には、他の療法選択の可能性に関わらず、患者の人格権侵害が認められ

³⁸ 吉田邦彦「判批」評論490号（1999年）221頁。

³⁹ 吉田邦彦教授は、著書の中で、期待権侵害論を「『行為不法』的に、『杜撰な医療を問責する』という事態に適合的な法律構成だと評することもできよう」と述べている。同『不法行為法等講義録』（信山社、2008年）69頁。

⁴⁰ 渡邊了造「過失あるも因果関係がない場合の慰藉料」判タ686号（1989年）69頁。

ることになろう。

(6) 治療機会喪失論

石川寛俊弁護士は、1989年の論文で、期待権保護に代わる新たな動向として、「医師は患者に水準的治療を尽くすべく最善義務を負っており、その義務に反し患者の治療を受けるべき機会を喪失せしめたことにつき賠償責任を帰せしめている」裁判例があると分析し、そうした裁判例の立場を支持した。

この論文では、「医師の不作为と死亡等の因果関係が判然としないながら、……治療の機会があったということは、とりまなおさず健康回復の可能性が否定し難いということである」とされている。また、「留意されるべきことは死と医師の不作为が無関係と認定されたのではなく、可能性は否定しないが判然としない事実が出発点であることである」とされている⁴¹。これらの記述によれば、説明義務を尽くしても他の療法を選択した可能性がなく、治療結果に差が生じなかったという場合には、治療機会（複数の療法について適切な説明を受ける機会）の喪失は賠償対象として認められないということ

⁴¹ 石川寛俊「期待権の展開と証明責任のあり方」判タ686号（1989年）27-28頁、30頁。この見解は、石川弁護士の他の論文でも維持されている。同「治療機会の喪失による損害—期待権侵害論再考—」自正39号11号（1988年）37頁（「依頼者（患者）の法的地位（健康）を回復すべき機会を喪失せしめた場合」との記述がある〔下線は筆者〕）、38頁（「怠慢ないし不誠実によって治療の機会を与えず、それ故に健康回復を不能ならしめた場合」との記述がある〔下線は筆者〕）、39頁（「救命ないし治癒の可能性が仮に確定的に絶無であるなら、それは医学上もはや治療とは称し難いのであるから、除外されて然るべきであろう」との記述がある〔下線は筆者〕）、同「延命利益、期待権侵害、治療機会の喪失」太田幸夫編『新・裁判実務大系1医療過誤訴訟法』（青林書院、2000年）303頁（「結果とのつながりを否定しえない限り、診療機会の喪失による賠償責任を肯定すべきであろう」との記述がある〔下線は筆者〕）、306頁（「保護に値する期待は何かと考察が進んでいくと……治療によって健康を回復すべき機会が失われたとの治療機会喪失論が登場してくる」との記述がある〔下線は筆者〕）。

富田由彦氏も、救命ないし延命可能性を持つ治療機会の喪失を救済する理論として、機会の喪失論を捉えている。富田由彦「生存の機会の喪失」学習院大学大学院法学研究科法学論集8巻（2001年）322-323頁、332頁。

になろう。

ただ、石川弁護士は、治療機会の喪失として構成できない場合、医師の説明欠如や説明不足について責任を否定すべきと断言しているわけではない。「治療の機会に結びつかない説明不足それ自体が患者の人格権を侵害すると」の構成は、患者の医師に対する包括信頼とその反面としての裁量との関係で、疑問が残る」と述べ、疑問を呈するにとどめている⁴²。

石川弁護士が治療の可能性があることを治療機会喪失の前提としているのに対し、大塚直教授は、「適切な治療を受ける期待・機会の喪失」について、「救命・延命の可能性がなくても慰謝料請求できる点で、被害者の証明の負担を軽減することができる」と述べている。これによれば、他の療法を選択した可能性がない場合であっても、適切な治療機会（複数の療法について適切な説明を受ける機会）の喪失が認められることになるだろう⁴³。

3. 検討

(1) 自己決定権に基づく議論への疑問—平沼直人弁護士の批判—

患者の自己決定権に基づく見解においては、医師が説明義務を尽くした場合に患者は他の療法を選択したであろうとの証明が得られない場合、患者はどのような利益を侵害されたが問題となる。

この点については、次のような利益の侵害を想定することができる。①患者は、必要かつ正確な情報の下で自己決定すること自体に利益を有しており、そのような利益を損なわれたと考えることができる。あるいは、②患者は、医師を信頼し、良好な関係の下で自己決定する利益を有しており、そのよう

⁴² 石川「治療機会の喪失」・前掲注(41)40頁。

⁴³ 大塚直「不作為医療過誤による患者の死亡と損害・因果関係論—二つの最高裁判決を機縁として」ジュリ1199号(2001年)11頁。

な利益を損なわれたと考えることができる。以上の利益を保護するために、医師は、一定の要件の下で、他の療法について医療水準を満たした説明をする義務を負う。

これに対し、平沼直人弁護士は、患者が他の療法を選択しなかったであろう場合についてまで、自己決定権侵害を認めるべきではないと指摘している⁴⁴。平沼弁護士は、レーシック手術事件判決⁴⁵を次のように批判する。「本事案における『自己決定権』とは、まさしくレーシックを受けるか否かの自己決定にほかならないのであるから、本判決の上記認定どおり、原告は適切な説明を受けたとしてもレーシックに同意したであろう以上、そこには何ら具体的な自己決定権の侵害は存在しないと言わざるを得ない。むしろ本件においては、『高度の蓋然性』が否定された以上、次に、『相当程度の可能性』があったか否かを検討すべきものであったと考える……」。「本判決のように抽象的な自己決定権の侵害を法益として保護してしまうことになれば、理論的には手術自体には目立った合併症もなく成功したすべての症例についても、慰謝料請求権が発生することになり、現実的に妥当な結論とならない」。

平沼弁護士の指摘は、上記の被侵害利益①②との関係で言うと、次のように整理することができる。

まず、①②に共通する疑問として、治療が成功し、かつ後の生活上の不利益（宗教上の信念の侵害等）がない場合でも、患者の利益は侵害されたことになる。患者は必要かつ正確な情報の下で自己決定できなかったし、医療水準を満たした説明をしてもらえなかったことによる不信が存在しうるからで

⁴⁴ 平沼直人「判批」民情281号（2010年）79頁、80頁注（2）。樋口範雄教授も、説明義務違反による損害の把握の仕方については四つの立場がありうるとし、そのうちのひとつとして、適切な説明があれば当該治療に同意しなかったであろうとの立証を必要とする立場を挙げている。樋口範雄「患者の自己決定権」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法14 自己決定権と法』（岩波書店、1998年）78-79頁。

⁴⁵ レーシック手術事件の概要については、本論文「1. 判例の動向（4）下級審の裁判例②」を参照。

ある⁴⁶。

次に、①については、十分な説明を受けても同じ選択をしたというのであれば、当該療法を実際に自己決定しているのだから、情報提供不足であっても自己決定権は侵害されていないのではないか、との疑問がある。

以下では、患者の自己決定権に依拠する見解に立ちながら、以上の疑問を解消しうる被侵害利益の内容を検討することとしたい。

(2) 期待権侵害論と悪しき結果の受容

医療水準を満たさない治療行為と生命や生存可能性との間に事實的因果関係がない場合、医療水準を満たした治療を受ける期待権の侵害を理由として、損害賠償が認められることがある。この場合、期待権は何を保護しようとするものなのか。悪しき結果の受容という考え方が、期待権侵害をめぐる議論に登場している。

吉田信一氏は、1992年の論文において、延命利益と期待権侵害に関する裁判例を分析し、次のように述べている。損害は「適切十分な医療を受ける期待を裏切られたといっても（……）、機会を失ったと言っても（……）、そのような医療を受けられなかった『心残りや諦めきれない感情』（……）等の精神的苦痛、とりわけ『不満』（……）や『憤り』であることに余り変わりはないように思われる。ところで、ある種の心の満足を得られなかったこと（不満等）を損害とすることは理論上可能であり、単に個人の感情に過ぎな

⁴⁶ 錦織成史教授は、あくまで財産取引上の問題としてであるが、同じ指摘をしていた。すなわち、医療上の自己決定権侵害の議論を財産取引上の問題に持ち込むと、良好な結果が生じた場合でさえ自己決定権侵害を理由とした責任追及が認められうることになる。それゆえ、医療上の自己決定権侵害の議論を財産取引上の問題に導入することには慎重さが要求される。錦織成史「取引的不法行為における自己決定権侵害」ジュリ1086号（1996年）90頁。

なお、宇都木伸教授は、不適切な治療を受けたこと自体を損害とする場合、「一般に誤診、誤療があっても何らかの理由で快癒してしまえば」そのような損害は賠償が認められるとは思われないと述べている。宇都木伸「判批」評論218号（昭和52年）140頁。

いとして否定しきることはできないように思われる」⁴⁷。「多くの判決が問題にしているのは『適切十分な医療を受ける』こと自体であり（……）、義務違反との因果関係がない死亡や延命とは切り離されたものである。従って結論から言えば、ここでは『適切十分な医療を受ける』ことによる心の満足といった、純粹の精神的利益が問題にされていると見るべきである」⁴⁸。

上記のような患者の心残り、諦めきれないといった感情は、なぜ生じるのであろうか。この点に言及するものとして、以下の裁判例と学説がある。

名古屋高裁昭和61年12月26日判決は、患者は医師に対し「医師としてのその全知識全技術を尽した誠実な医療を求めるものであり、医師がその要求を満たすことによってこそ、患者側は謂わば心残りや諦め切れない思いから免れ、或いはこれを軽減して、回復し得ない結果を受容する心境にもなり、死或いは不治の障害の苦痛に対し、心の平静を保ちうるものである」と判示する⁴⁹。加藤良夫弁護士は、名古屋高裁のこの判示について、「特に患者側が不幸な結果を受容するに至る過程そのものの大切さに着目して、A〔医師－筆

⁴⁷ 吉田信一「致命的疾病に罹患していた患者が医師の義務違反により被った損害－裁判例に見るいわゆる『延命利益』『期待権』侵害－」千葉6巻3・4号（1992年）166頁。

峯川浩子講師は、吉田氏の見解に賛同し、次のように述べている。「結果回避可能性がない、あるいは極めて小さい場合であっても、通常の患者であれば『結果の如何にかかわらず、水準に適った適切な医療を受けたいという思い（精神的利益）』を抱くであろうから、重過失等により通常受けられるレベルの医療を享受できなかった場合には、身体・生命に対する可能性の損害とは別の損害（心残りや諦めきれない感情といった精神的苦痛）を生じている可能性がある」。峯川浩子「判批」医事法27号（2012年）153頁。

⁴⁸ 吉田・前掲注（47）167頁。

⁴⁹ 判時1234号45頁、判タ629号254頁。

なお、本件上告審判決は、「本症に対する有効な治療法の存在を前提とするち密で真しかつ誠実な医療を尽くすべき注意義務はなかったというべきであり、被上告人らが前記のようなあきらめ切れない心残り等の感情を抱くことがあったとしても、浦和医師に対し、幸人に光凝固法等の受療の機会を与えて失明を防止するための医療行為を期待する余地はなかった」と判示している。最判平成4年6月8日裁判集民165号11頁。しかし、最高裁のこの判断は、医療水準にない治療についてのものである。医療水準にある医療について、名古屋高裁のような判断を否定するものではない。

者注]の行為によってXらが痛恨の思いを抱くに至った事情を正面から受け止めて慰藉料を認め」るものであり、人間の心情に対する深い理解を示すものと評価している⁵⁰。

また、大阪地裁平成元年6月26日判決も、患者の結果受容の心理に着目した判断をしている⁵¹。すなわち、ミエログラフィー（脊髓腔造影検査）を実施しなかったことによって症状が悪化したとは「未だ医学上も証拠上もいい得ないとしても、期待に反した手術を施された患者原告としては、通常、もしミエログラフィーを試みてもらっておれば担当医が術前に第三頸椎の通過障害を発見し最初から第三頸椎を含めて切除するなど手術の態様等が異なりその結果現在のような後遺障害に苦しむことはなかったかもしれないと考えるであろうし、それは無理からぬところである。原告は過去、現在、将来にわたりこのような可能性の芽を摘まれそれが今さらどうしようもないことに対する憤り、無念さ、悲しさかられ、あるいはそれらのために、不治の後遺障害をもまた天命、運命であったものとしてこれを受容するような境涯に至りにくく、それらの分だけ余分に後遺障害に伴う精神的苦痛を耐えていかなければならなくなった。原告が受けるこれらの精神的苦痛は、察するに余りあるところであ」る。

山寄進弁護士も、「医師は医療の一般的水準に従い、誠心誠意診療を尽くしていさえすれば、治療の成功・不成功と無関係に凡そ責任を問われないのであり、この場合患者側も治療の不成功について不治の病として諦めるべきであり、諦めることができるのである」と述べる。そして、「医療の一般的水準とは隔たった杜撰な診療をし、治癒もしなかった」場合に「患者側に諦めきれない精神的苦痛が残るであろう」とし、それは保護に値すると述べる⁵²。

⁵⁰ 加藤良夫「判批」唄孝一ほか編『医療過誤判例百選』（1989年）81頁。

⁵¹ 判タ716号196頁。

⁵² 山寄進「判批」ジュリ949号（1990年）127頁。

なお、期待権侵害については、患者の精神的苦痛を擬制によって認める必要があると指摘する見解がある。すなわち、慰謝料における制裁的な考慮の実態を踏まえるならば、「試論ではあるが、患者の医師に対する信頼を著しく破ったことを一つの法益侵害と考える」ことも可能であるが、精神的苦痛の擬制的認定が必要である⁵³。この見解は、信頼違反による損害が精神的にも存在しないことを前提としたうえで、損害の発生を必要とする現行法の枠組みで損害賠償を認めようとする試みといえる。しかし、精神的苦痛は、擬制せずとも、上記の形で存在するといえる。

（3）自己決定と悪しき結果の受容心理—QOLの一環として—

上述の裁判例と学説は、療法の実践に過誤があった場合における結果受容の心理を論じるものであり、療法の自己決定が問題となる場面とは異なる場面に関する議論である。しかし、結果受容の心理という考え方は、自己決定が問題となる場面にも妥当すると思われる。

自分で決定することがなぜ重要なのだろうか。その理由の一つは、結果の受容という人の心理を醸成することにあると思われる。患者は、必要かつ正確な情報の下で自己決定することについて、次のような利益を有していると考えられないだろうか。

悪い結果が生じた場合、それをもたらした療法を自分で決定したのであれば、人はその結果を受け入れる気持ちになることができる（医師の手技上の無過失を前提として）。「自分で決めたのだから仕方ない」、「悪しき結果についても覚悟ができていた」という感情が醸成されるからである。

必要かつ正確な情報の下で療法を選択した場合、人はその選択を自分の決定として受け入れ、その悪しき結果についても受容する気持ちになることが

⁵³ 畔柳達雄「判批」唄孝一ほか編『医療過誤判例百選』（1989年）38頁。

できる。

しかし、必要かつ正確な情報を提供されない状態で療法を選択した場合、患者は、主体的に、すなわち自分で（日常用語の意味で）責任をもって決めたのではなく、医師を含む周囲の状況に流される形で当該治療を受けることになったと感じる。人は、そのような選択を、自分の決定として受け入れることができないのではないだろうか。たとえ形の上では自分で決めたとしても、そこには「決めさせられた」という気持ちが伴う⁵⁴。

重要な情報が開示されなかった、あるいは誤って提供された場合には、自分ではなく他人（医師）の影響が支配的に作用する下での決定となり、自分の決定として納得できないのではないだろうか。正確かつ十分な情報を提供されないで行った決定は、「自分で決めた」という感情よりも「他人に決定させられた」（その他人が意図的でなかったにしても）という感情をもたらし、悪しき結果を受容する心理の醸成にマイナスの影響を与えるものと思われる。

以上をまとめると、必要かつ正確な情報の下で当該治療を決めたか否かは、たとえ療法選択に影響がなくても、悪しき結果を受け入れる気持ちの醸成に違いをもたらす。必要かつ正確な説明の下で療法を自己決定することは、悪しき結果の受容という形で、悪しき結果を被った患者のQOL（悪しき結果

⁵⁴ 経膈分娩事件に関する座談会において、自己決定の質に関する議論がなされている。平沼ほか・前掲注（9）148-149頁、151頁、154頁、155頁。そこにおいて、塩崎勤教授は、原告は「了解はしたのだけれども、『やりなさい、やりなさい』と言われてやむなく了解したということだと思います」と述べるほか（151頁）、最高裁判決について、原告による本当の同意があるとは言っていない（154頁）、「そっちもいいしこっちもいい、両方あるのだからもう少し詳しく説明して本当のオーケーをとるべきだった、ということなのでしょう」（155頁）と述べている（ただし、塩崎教授の発言は、患者による他の療法選択の可能性がなかったことを前提としているわけではない）。これに対し、平沼弁護士は「危険なのは、今後、何か結果が悪いと、自分は本当は同意していなかったという人がふえてくるのではないのでしょうか」と指摘している（154頁）。

を受容した気持ちで生活を送ること）に影響する。悪しき結果を受容する心理をもたらす自己決定の利益は、情報の提供が療法選択に影響しない場合でも、医師の説明義務によって保護される法益として認めることができる。

（4）他の療法を選択した可能性

説明義務違反と他の療法選択の喪失との間の事実的因果関係は、高度の蓋然性を以って立証する必要がある⁵⁵。

結果受容の心理を被侵害利益とする場合には、他の療法を選択した可能性が小さくても、結果受容の心理を損なう一因として、精神的苦痛の評価に組み込むことが可能である（心残りという感情をより強める要素となる）。可能性がゼロでないということは、現実がどのように展開したかは分からないのだから、そのわずかの可能性がたまたま幸運にも実現していたかもしれない。特に、悪しき結果が重大な場合には、自分にそのような幸運が訪れていたかもしれないの気持ちになっても、常識外れとはいえないであろう。他の療法を選択した可能性が小さいながらも存在した場合には、「もしその療法を選択していれば」という気持ちが生じ、その分、悪しき結果を受容する心理になりにくくなる。このように精神的苦痛がより大きくなるから、慰謝料が増額されるべきである⁵⁶。

（5）悪しき結果が生じた場合への損害賠償の限定

医師の説明義務は、患者が悪しき結果を受容する心理を醸成するために必要であると考えれば、損害賠償は悪しき結果の発生を要件とすることになる。説明義務を怠ったとしても、当該療法によって患者に悪しき結果が生じなければ、通常患者であればその結果を受け入れるからである。

⁵⁵ 最判昭和50年10月24日民集29巻9号1417頁（ルンパール事件）。

⁵⁶ 富田・前掲注（41）333-334頁。

なお、この場合の悪しき結果には、宗教上の信念に反する生を余儀なくされること（エホバの証人輸血拒否事件）、乳房を失ったこと（乳房温存療法事件）といったQOLも含まれる。

（6）最高裁平成23年2月25日判決との関係

最高裁は、医療行為が著しく不適切な場合には、期待権侵害のみによる損害賠償を検討しようとの判決を下した⁵⁷。この判決は、説明義務ではなく、治療行為についての期待権侵害に関するものである。しかし、説明義務違反が問題となる事案においても、医療水準を満たした説明に対する患者の期待を保護すべきかが問題となる。本判決は、説明義務違反の事案を射程に含むかが問題となる法理を示したといえる⁵⁸。

金丸義衡准教授は、従来の説明義務違反をめぐる判例と本判決を比較し、保護法益の違いが注意義務の程度に影響していると指摘する⁵⁹。すなわち、従来の説明義務違反の判例で想定されているのは、患者の意思の自律の保障であった。これに対し、本判決でいう期待権侵害で想定されているのは、医師に対する信頼である。こうした「保護法益の違いにより、行為義務の基準が異なるという結論に至るものと考えられる」。療法の自己決定と自己決定

⁵⁷ 最判平成23年2月25日裁判集民236号183頁。本論文では、本判決自体の評価は留保したい。著しく医療水準を下回ることを要件とすることなく、単純な医療水準違反の場合でも生活の質やライフ・スタイルといった法益侵害を認めるべきとする見解として、新美・前掲注(32) 63頁がある。これに対し、浦川教授は、提供された医療と水準的医療との間で患者の享受する療養（生活）の質に明らかな相違があることを損害とするため、医療水準を著しく下回ったという事情（不誠実・杜撰な医療はその一例）と、「医療のやり直しがかきかない死亡などの重大な結果」の発生が必要であるとする。浦川・前掲注(33) 59頁注16。

⁵⁸ 本文で紹介する金丸准教授の見解のほか、平野哲郎教授が次のように述べている。説明義務違反の事例において、「著しく不適切」な医療行為によって患者が侵害される利益は、自己決定権である。平野哲郎「判批」民商145巻2号（2011年）113頁。

⁵⁹ 金丸義衡「医療過誤における期待権侵害 最高裁判所平成二三年二月二五日第二小法廷判決を契機として」甲南53巻2号（2012年）88-89頁。

した療法の実践とを比べてみると、患者が主体的に関与できる割合は前者の方が高い。その分、医師は、患者の主体性に配慮する義務を、より重く負うことになると思われる。したがって、「著しく不適切」という要件は、療法の自己決定における説明義務違反にはあてはまらなれないと考える。

（7）医師の療法選択・手技上の無過失評価との関係

医師による療法選択にも手技にも過失はなかったという場合、これらの過失を理由として逸失利益を賠償する責任はない。この場合、説明義務違反を理由として逸失利益賠償を認めると、結果的には療法選択上の過失があったのと同じ負担を医師に課すことになるため、療法選択上の過失なしとしたことに反するのではないか、その点での調整問題が生じうると指摘されている。この調整問題を避けるために、説明義務は精神的な利益の保護のみを内容とする義務であると考えべきか否かが問題となる⁶⁰。

しかし、本論文は、逸失利益賠償が認められない場合を検討対象にしているので、上記問題の対象には含まれないと思われる。

おわりに

期待権侵害論の中には、医療水準にない治療を施された場合、納得した生活の質やライフ・スタイルを送る患者の利益が侵害されるとの見解、悪しき結果について心残りや諦めきれない感情が生じ、これが保護の対象となるとの見解、医療水準を満たした治療を施されてこそ、患者は悪しき結果を受容する心境になるとの見解がある。

これらの見解は、手技上の過誤にとどまらず、説明欠如や説明不足の場合にも妥当する。患者は、正確かつ必要な情報を提供され、その下で療法を自

⁶⁰ 小池「説明と同意（一）」・前掲注（1）70頁、83-85頁、同「説明と同意（二）」・前掲注（1）97頁、100頁、103-104頁。

己決定してこそ、その療法による悪しき結果を「自分が決めたことだから」と受け入れる心境になることができる。このように、悪しき結果の受容心理を醸成するという点で、患者は、正確かつ必要な情報を提供され、その下で療法を自己決定する利益を有する。説明欠如や説明不足は、たとえ患者の療法選択への影響がなくても、患者の上記の利益を損なう。他の療法を選択した可能性が小さいながらも存在する場合には、他の療法選択との間の事実的因果関係は認められなくても、そのような小さな可能性の喪失によって心残りや諦め切れない気持ちが強められ、精神的苦痛が大きくなるため、慰謝料が増額されると考えられる。

本論文は、説明義務違反の場面における自己決定権の議論をさらに発展させようとしたものである。しかし、説明義務に関する従来の見解のうち、検討できなかったものもある。大村敦志教授は、エホバの証人輸血拒否事件と乳房温存療法事件において「興味深いのは、医師と患者……の間のコミュニケーションの過程が評価の対象とされていることである」と指摘し、相手方の立場に相応の配慮をすること、イマジネーションをめぐらせた対応が必要であることを指摘している⁶¹。この指摘は、畑中助教と同様、医師・患者間

⁶¹ 大村敦志『不法行為法判例に学ぶ—社会と法の接点—』（有斐閣、2011年）265-266頁。

⁶² これに対し、畑中綾子助教は、一般理論として、吉田克己教授の主張する「関係形式的自己決定権」を志向しているように思われる。畑中綾子・前掲注（2）159頁注12。

⁶³ この点について、小池教授は、「一連の判決からすれば、そのための要件として、療法に関する患者の（強い）希望が述べられていることが必要であろう。……療法に複数の選択肢があるというだけで、療法に関する患者の選択機会保護の問題が常に生じるわけではないといえよう」と指摘する。小池「判批」・前掲注（1）491頁。

また、古谷貴之助教は、「患者が治療方法の選択に当たって自らの希望を医師に伝えている場合、あるいは、医師がそのことを知りうる場合」には、「特段の事情がない限り、医師は、患者に対して、当該患者が自己決定権を行使するにあたり重要視するであろう事柄につき詳細な説明をしなければならない」とする。古谷貴之「未破裂脳動脈瘤に対する予防手術に関する医師の説明義務—最高裁判平成一八年一〇月二七日第二小法廷判決—」同法60巻4号（2008年）292頁。

のコミュニケーションに注目しつつも、他者が大切に思っている事柄への想像力という、加害者側に視点を置いた人間関係論を志向するものといえる⁶²。本論文の観点からは、患者の自己決定とどのような関係にあるかが問題となるが、本論文では検討できなかった。

また、本論文では、説明義務違反による被侵害利益を論じたが、どのような場合に説明義務違反を認めるべきかについては、ほとんど論じることができなかった⁶³。