

6 医療と人権

(1) 総論

医療は、人の自律 (Autonomy) や尊厳 (Dignity)、人権 (Human rights) と深い関わり合いをもつ。現代社会において医療と人権との関係は法化社会の文脈で論じられなければならない。多数者による支配は法という形であらわれるが、その法によっても奪うことのできない少数者の権利が人権として保障されているからである。

いわゆる「法化 (Legalization, Verrechtlichung)」は、福祉国家とよばれる現代型国家にみられ、社会生活領域に対する法的規制の著しい増大・錯綜、これに伴う法の質的な転換のことを指している。道徳・宗教・習俗などの社会規範が希薄化し、より法への依存性を高めている法化社会において、法の内側（法規範の及ぶ範囲）と外側（道徳など）の区別はますます困難になってきている。われわれは、法がみずからの守備範囲をわきまえているときこそ、法が社会に対し適切かつ効果的な機能を發揮し得るということを忘れてはならない。たとえば、希薄化した道徳や倫理の領域を法で埋めようすることには慎重であるべきである。

医師と患者の関係は、現代的な国家が成り立つ以前から脈々と続いて来ており、以下に述べる世界医師会の各宣言においても、自律、尊厳、人権の概念について繰り返し述べられてきているところである。このような医師と患者との関係に法が介入する場合も、上述のような法化社会における法の守備範囲を充分見極めたうえ対処する必要がある。

医学の祖とされるヒポクラテスは、それまでの呪術的な医療から決別し、健康や病気をいわば自然事象と捉え、科学的な基礎のうえに医学を築こうとした。「ヒポクラテスの誓い」という医師の職業倫理について述べたものは現代に至るまで語り継がれている。

この誓いを現代風に表現したのがジュネーブ宣言である(1948年世界医師会総会で採択)。医師は患者の自律と尊厳 (autonomy and dignity of my patient) を尊重すること、たとえ医師は脅迫を受けていても人権や市民的自由を侵害するために (to violate human rights and civil liberties) 医学的な知識を用いないことなどが謳われている。

医の倫理の国際綱領 (1949年) では、医師の一般的な義務と並んで患者に対する医師の義務が明記されている。前者には、人の尊厳 (human dignity) への共感と尊敬の念をもって医療サービスを提供すること、後者には、常に人命を尊重する義務 (obligation to respect human life) を心に留めおくことなどが謳われている。

患者の権利に関するリスボン宣言 (1981年) には、序文に患者の自律性と正義を保証するため (to guarantee patient autonomy and justice) 患者の利益のために行動する同等の努力を払わなければならないとされ、次のような各原則が宣言されている。良質の医療を受ける権利 (Right to medical care of good quality)、選択の自由の権利 (Right to freedom of choice)、自己決定の権利 (Right to self-determination)、意識のない患者 (The unconscious patient)、法的無能力の患者 (The legally incompetent patient)、患者の意思に反する処置 (Procedures against the patient's will)、情報への権利 (Right to information)、

秘密保持への権利 (Right to confidentiality)、健康教育を受ける権利 (Right to Health Education)、尊厳への権利 (Right to dignity)、宗教的支援への権利 (Right to religious assistance) である。そして、医師は、立法、政府の行為、あるいは他のいかなる行政機関であろうとも、これらの患者の権利を否定する場合には、医師はこの権利を保障するかまたは元に戻す適切な手段を追求すべきであることが明言されている (Whenever legislation, government action or any other administration or institution denies patients these rights, physicians should pursue appropriate means to assure or to restore them.) ここに医師は患者の権利のために国家と対抗することも厭わないという関係が表されている。

ヒトを対象とする医学研究の倫理的原則を謳ったヘルシンキ宣言 (1964 年) は、ナチスの人体実験の反省によりニュルンベルク綱領を受けて採択されたもので、医学研究が個々の被験者の権利・利益に優先することがあってはならないこと、被験者の生命、健康、尊厳 (dignity)、全人性 (integrity)、自己決定権、プライバシーや個人情報の秘密を守ることが医師の責務であることなどが謳われている。また、研究計画は、倫理委員会に提出されなければならず、プラシーボ (偽薬の使用／Use of placebo) の対照試験についても慎重な態度が表明されている。

このように、グローバルな観点からみても、医療と人権との間には深い関わり合いがあり、かつ、そこには法 (あるいは国家) が医師と患者との関係にどのように介入するか、その守備範囲にかかる見識が示されている (患者の権利を守るために医師が国家に対抗する場面も想定されている)。われわれは、医師と患者との関係について、道徳や倫理など他の社会規範に委ねる領域を意識しながら、法的な規律を構想すべきである。

(2) 患者と医師との法律関係

我が国の民法 (債権法) は、過般 120 年ぶりに改正されたが (平成 29 法 44：令和 2 年 4 月 1 日施行)、未だに患者と医師の関係 (patient-physician relationship) を定める基本的な条項はない。

判例通説は、これを準委任契約と解するが、それは、労務提供を目的とする雇用、請負、委任という典型契約のうちでは、まだ (準) 委任と解する方がましであるという見識を示すものに過ぎない。たとえば、治療期間中、医師と患者の関係をいつでも医師の方から終了させることができると解するにはおそらく不当な帰結を招くであろう (民法 651 条)。医療の提供が診療報酬の支払との同時履行の関係 (双務契約関係) にあると解されることにも違和感があるであろう。われわれ法曹は、医師と患者の関係を準委任契約と解することに疑問をもたなければならない。

仮に契約関係という枠内で捉えるとしても対等な当事者間における自由意思による契約という視点が通用する領域ではなく、かつ、医療資源の効率的な利用のため市場原理が及んでよいという関係でもないはずである。患者が医師の医学的専門性と共に頼る弱き者であり、医師に最善の治療を期待すべき者と解するのであれば、その関係は信認関係 (フィデ

ュシアリー／fiduciary)を中心として構成されるべきである。われわれは、忠実義務を含む信認関係を明記する立法を提言する必要がある。

(3) 医事関係訴訟

最高裁判所の医事関係訴訟(民事)に関する統計によれば、新受件数が最も増加したのは2004(平成16)年の1110件であり、その後2011(同23)年の770件まで減少を続け、2012(同24)年から2014(同26)年の864件までは緩やかに増加し、2015(同27)年に一時期830件に減少したが、2016(同28)年には再び増加して862件となった。その後は2年連続で減少し、2018(同30)年は785件となった。平均審理期間は最も短期であった2014(同26)年の22.6月から2018(同30)年23.5月と若干上昇している。すなわち、一時は増加傾向にあった新受件数は増減を繰り返しながらも全体的に減少に転じ始め、審理期間がじわりと長期化する傾向がみられている。

医療集中部が複数の地方裁判所に設けられ、さらに他の裁判所にも拡大する傾向にあるとされる。医療関係訴訟は民事訴訟法の定める手続によって審理されるところ、他の一般的な訴訟と異なるのは、立証命題として整理された主張事実だけではなく、医療に関する専門的な経験則それ自体も立証の対象とされる点にある。そのため鑑定手続が利用されることも多い。判決理由の説得力を高めるためには専門的知見の導入が必要不可欠であり、裁判の迅速化の検証にあたってこの医療関係訴訟の特殊性が軽視されることがあってはならない。それは司法判断の信用性の低下につながり、ひいては医療関係者から法律実務が尊重されないという帰結に繋がる。鑑定という証拠調べを避けることによって医療関係訴訟の審理期間の短縮化を図ろうとする企ては法律実務の信頼性を犠牲にするおそれがあることを意識すべきである。この点、鑑定手続のスムーズな実施のため、鑑定人名簿を整備・充実させたり、カンファレンス型の鑑定を模索したり、鑑定事項の整理に専門委員の関与を認めたりする工夫(民事訴訟手続のメニューの運用レベルでの多様化)がなされていることは高く評価されてしかるべきである。

そのほか、医療機関側から積極的にカルテ開示がなされ、診療経過を表形式にして時系列で並べ、過失や因果関係等に関する主張整理表が作成される実務は、さらに推進されていくべきである。

患者(遺族)の代理人弁護士はどの時点のどの行為を過失として取り出すべきか、その法的判断スキルの研鑽に励むべきである。医療機関の代理人弁護士は証明責任の所在にこだわらず積極的に過失・因果関係を争うとともにこれらにかかる事実を明らかにしていくべきである。

そして、仮に法的に医師・医療機関の責任が認められたとしても、そのこと自体が医療ミスを減少させるものではないことを忘れてはならない。過去の行為の責任追及それ自体は将来の事故防止に直結するものではないからである。裁判所は、今後どのようにすれば同様の医療事故を防げるのかその防止策について判決理由で語るべきである。仮に将来に向か

ってミスを少なくする方法について指摘することができないのであれば、それはレトロスペクティブな判断であるとの批判（行為時判断でないという批判）を免れ得ない。

厚生労働省の方針との矛盾衝突も避けるべきである。たとえば、厚労省がある検査や療養方法につき抑制的な方針を探っているにもかかわらず、訴訟において当該検査義務違反等が容易に認められるとすれば、現場の医師・看護師が司法と行政との板挟みに遭ってしまう。司法と行政の抑制均衡の関係が医療現場へのしわ寄せとなっていないかという視点を持つ必要がある（この点は介護の領域も同様である）。

（4）医療の安全と刑事司法

医療安全のために刑事司法が果たすべき役割については困難な問題がある。それは、一昔前の我が国の医療界における公的な責任追及システムの不在に警鐘を鳴らし、いわばその真空状態を埋め合わせる役割を果たしたと言える。現在では、医学会、医師、看護師、その他のメディカルスタッフ、医療法人、医療機関、そして厚生労働省も、医療安全について何ができるか真剣に考えるようになった。

このように一定の役割を果たした刑事司法であるが、その後、医療安全の主役から降りる時期を見誤ってしまったおそれがある（たとえば福島地裁平成20年8月20日判決）。現在、医療ミスに関する業務上過失致死傷の事件等が地検に送られると高検の意見を聴く手続が経由されているようである（いわゆる高検伺い）。刑事司法への患者・遺族の期待が医師（看護師）個人への懲罰であるとすれば、刑事制裁（実刑）はよほど悪質なケースでなければ認められないで、患者・遺族に不満を残す結果となるであろう。また、その期待が懲罰や報復ではなく、将来の再発防止や医療安全にあるとすれば、刑事司法への依存でそれを達成できるものであるかは疑問というべきである。過去の行為への制裁の正当化はそのまま将来の再発防止策を語るものではないからである。また、捜査力があったとしても疑わしきは被告人の利益になる手続において（患者・遺族が期待する）真実発見にどれほど迫れるかは心許ない限りである。

本来、医療安全に関する刑事司法の介入は謙抑的になされるべきであり、むしろ警鐘を鳴らす役割（医療安全を意識していないようなまどろみの状態から目覚めさせる役割）に徹したうえ、医療の場面における業務上過失致死傷の過失は民事の不法行為上の過失とは異なることを宣言すべきである。裁判所に対しては、犯罪となる過失（criminal negligence）と不法行為の過失（negligence）の差異を明確にする判断を求めるべきである。

（5）インフォームドコンセント（informed consent）

インフォームドコンセントとは、医療的な介入の性質やそのリスクと利益、また代替する選択肢とそれぞれのリスクと利益について医師が情報を開示したうえで患者によってなされる自発的な同意のことである。情報開示の範囲は、慎重で合理的な医師であればするであろう説明（とは何か）という基準によるのではなく、合理的な判断が可能な患者が理に適つ

た決定をするに必要な情報（とは何か）という基準によるべきである。しかし、さらにこれを超えて当該患者の理解に合わせるという主観的な基準はむしろ医療倫理の領域に属するものと解すべきである。

そして、さらに、インフォームドコンセントの背景に患者の自己決定権を認め医師と患者との対等な関係を構築しようとする考え方があるが、上述のとおり両者の関係は一方を専門家とする信認関係を基礎に忠実義務を負う関係と解するのが相当であろう。患者が医師と対等に治療方法の選択に参加するというのはごく例外的な場合（患者自身がその疾患の専門医であり意識清明で医療的判断が可能な場合など）を除き現実的ではないからである。法規範はその実現可能性が乏しいところへ及ぼすことはできない。当為は行為可能性を含意するからである。医師が患者と信頼関係を作るためのツールという視点も必要である。

インフォームドコンセントの中心は、たとえば、腰の痛みをとってほしい（それゆえ、まずは疼痛緩和を優先する治療方針を立てて同意を得る）とか、自宅に戻り今までのように過ごしたい（医療的適応と生活の質（quality of life/QOL）をふまえ退院時の目標を決めて同意を得る）という点にあるべきである。検査結果とともに病態を把握したうえ、医療的適応のある複数の治療法のメリットデメリットを勘案しながら治療方針を決定するプロセスに患者みずから主体的に参加するなどという理想を法規範として求めるのには無理がある。

いずれにせよ、(1)医療的適応と(2)患者の意向、(3)QOL、(4)その他の周囲事情（家族、宗教、秘密、経済力、医学研究など）のファクターを総合的に考慮しながら医療が提供されるが、インフォームドコンセントがこのうち(2)の患者の意向に関する考慮要素のひとつであるという位置づけを意識しなければならない。

それゆえインフォームドコンセントの場面のみ取り出してこれを独立に医師の説明義務違反と直結させる思考には慎重であるべきである。また、インフォームドコンセントについては、意思を表明できない患者や幼児に関する問題（代諾者による同意の可否）も常に視野に入れてていなければならない。美容外科に関するインフォームドコンセントは、疾病の治療とは異なる側面があり、別の考慮を必要とする。

（6）倫理委員会

われわれは大学や医療機関等に設置される倫理委員会に積極的に関与すべきである。倫理委員会と呼ばれるものには、大きく医学研究に関するものと臨床上の問題に関するものに分けられるが、いずれにも医学の非専門家として参加する機会を拡大していく必要がある。われわれに医学研究に関する科学的根拠の審査を期待することはできないが、被験者や患者の代理人として活動する場合に依頼者の利益をどのように保護するかという視点を提供することは可能であり、そのほか、利益相反に関する問題、個人情報やプライバシーに関する問題、定められた倫理指針の適用の場面における解釈的な態度など、有意義な関与が期待できる。われわれは、普段の業務において、倫理問題と境を接する法（規範）の限界場面に直面することも多く、医師と同様に専門家責任としてのアプローチについて助言できる

場合があるであろう。このようなわれわれ弁護士の倫理委員会への参加はプロボノ活動として評価されるべきである。

(7) 産業医

産業医とは、事業場において労働者の健康管理等について、専門的な立場から指導・助言を行う医師のことである。労働安全衛生法 13 条により、一定の規模の事業場には産業医の選任が義務付けられている。産業医は専門職であることと所属組織の一員であることを両立させなければならないという微妙な地位にある。産業医は雇用者と被用者の間に立ちながら、両者に対して責任をもち、かつ、両者から一定の距離を保った独立性を維持しなければならない。いわば常に利益相反の状況にあるといえ、典型的な患者と医師の関係に緊張感を与えていた。われわれは、ここに、法（規範）が基本的な患者と医師との関係を破壊してしまう契機が潜むことに注意を向けなければならない。医療が直面する問題に対応可能なボキャブラリー（語彙・概念）を法（規範）が持っていないのではないか（法の守備範囲、法の限界、倫理・道徳との境目）という点を自問自答する場面のひとつと考えるべきである。

(8) 対面診療

医師法 20 条は医師が患者に直接対面して診察を行うという「対面診療の原則」を定めている。同条項の法的解釈及び適用が遠隔医療の実現の妨げとならないように配慮すべきである。遠隔医療は、離島や僻地での医療の提供にかかわるのみならず、在宅医療の実現とも関係がある。音声のみならず画像や動画を瞬時にやりとりできる現代の通信事情に鑑みれば、対面診療によって得られる情報の大半を遠隔によって獲得可能になっている（もっとも、触診は難しいかもしれない）。そこで「自ら診察をしないで」という法文の「診察」概念を実質的にとらえ形式的な解釈をなすべきではない。

遠隔医療には患者と医師との関係のものと、医療機関同士の連携に関するものとがある。後者は、たとえば専門的な画像読影を他院の医師に依頼する場合などである。この場合でも医師法 20 条の診察にあたることを前提として医療機関の連携を阻害しない法解釈が求められる。

遠隔治療を単なる対面診察の補完的役割にとどめようとすると、医師法 20 条の解釈が在宅医療の実現の阻害要因になるおそれがあることに注意すべきである。今後、在宅医療が拡大し、将来的に自宅で死亡する患者が増加するとすれば、前の受診から 24 時間以上経過していても（在宅医療の場合、たとえば交通事情の関係などから臨終に立ち会えない可能性が高くなり得る）死亡診断書を交付できる解釈を積極的に提言すべきである。

(9) 異状死

医師法 21 条は、医師に死体又は妊娠 4 月以上の死産児を検査して異状があると認めたとき 24 時間以内に所轄警察署へ届け出ることを義務づけており、その違反には罰則がある

(50万円以下の罰金)。われわれは「異状(死)」の解釈について改めて議論を提起すべきである。同条項の趣旨が犯罪捜査の開始にあるとすれば、法医学会が述べるように「診療行為に関連した」予期しない死亡の「疑い」にまで拡大するのは相当ではないであろう。他方、外科学会が述べるように医師に求められる高い倫理性と自発性に委ねるのは、かえって利害関係者間の均衡のとれた法の解釈の実現を阻むおそれがある。法医学会、外科学会その他の団体に対し異状死の理解ないし届出に関し再考を促すべきである。また、立法論として診療行為に関する場合の罰則の必要性について議論をすべきある。

(10) 医療事故調査制度

2015(平成27)年10月1日から施行された医療事故調査・支援センターによる医療事故調査制度(医療法第三章医療の安全の確保)が医療の安全のため再発防止に役立っているか注視していくべきである。

(11) 模擬患者(Simulated Patient, Standardized Patient)

模擬患者とは、医学教育(その他薬学など)において事前に作成されたシナリオに沿って実際の患者と同じような症状や訴えを演じる患者役のことであり、医療面接の演習や実技試験(OSCE／オスキー)に取り入れられている。現在、医師、薬剤師の説明スキルが問われる時代になっており、さらに看護、介護の領域に拡大していく傾向にある。われわれはこれらの動きを促進するよう提言し、みずからプロボノ活動として積極的に模擬患者の活動に参加すべきである。

(12) 終末期医療(ターミナルケア)

上述のリスボン宣言には「患者は、人間的な終末期ケア(humane terminal care)を受ける権利を有し、またできる限り尊厳を保ち、かつ安楽に死を迎えるためのあらゆる可能な助力を与えられる権利を有する」と延命が難しくなった患者の有する尊厳への権利が謳われている。我が国においても安楽死の適法性要件は今後も不斷に検討が続けられなければならないテーマであることを改めて確認すべきである。終末期医療の典型である末期がん患者への苦痛緩和のための鎮痛剤の投与は、たとえ呼吸抑制のおそれがあるとしても法的に問題がないことも確認しなければならない。これとともに非がん患者たとえば心臓疾患やCOPD(慢性閉塞性肺疾患)の終末期医療についても同じ議論の俎上にのせなければならない。安楽死に近接する態様の終末期鎮静(terminal sedation／致死量の鎮静剤や筋弛緩剤の投与はないが、患者は脱水症状か呼吸不全・心不全で死亡する)も同様である。

(13) 行旅病人及行旅死亡人取扱法

引取者のいない死亡患者に適用可能な行旅病人及行旅死亡人取扱法(明治32年施行)を現代に合致するよう改正すべきである。

(14) 薬剤師法

薬剤師は、薬剤師法 24 条に基づき、処方せん中に疑わしい点があるとき、処方せんを交付した医師に問い合わせをする義務があり、その疑わしい点を確かめた後でなければ、これによって調剤してはならない、とされている。この疑義照会義務は形式的な点のみならず、その用法・用量が適正か否か、相互作用の確認等の実質的な内容にも及ぶと解されている。他方、同法 21 条は、調剤に従事する薬剤師は、調剤の求めがあつた場合には、正当な理由がなければ、これを拒んではならないと定める。そこで、疑義照会により実質的な内容について説明があったにもかかわらず、なお、同法 21 条に基づく調剤拒否の正当理由が認められる場合があるのかどうか、あるとすればどのような場合かガイドラインによる明確化が要請される。

以上