

「時効」（民商共通）

～生命・身体の時効の特則とインフォームド・コンセント～

島田裕平

東京大学大学院医学系研究科
専門職1年

0 はじめに

本稿の目的は、生命・身体に対する損害賠償請求権の消滅時効に関する特則（167条、724条の2）（以下、「特則」という）が、インフォームド・コンセントを取得せずにされた医的侵襲行為に対する、いわゆる自己決定権侵害に基づく損害賠償請求権について適用されるのかを検討することである。例えば以下のようなケースにおいて、特則の適用があるかにより結論が左右される。

患者AはステージⅡの胃がんを患っていた。ステージⅡの胃がんは切除術の適応であり、抗がん剤治療を選択することは医療水準に満たない。医師はAの胃がんはステージⅢであると誤診し、抗がん剤治療を採用した。抗がん剤治療により実際にAのがんの進行は遅くなったが医師は切除の療法についてはAに説明していなかった。抗がん剤投薬の直後Aは医師による説明の不存在と被害の存在に気付いた。Aは緩和されたとはいえがんが進行したため、通常の生活を送ることが困難な状況に陥り、時効完成の阻止に向けた措置を速やかにとることを期待することができない状況に置かれた。診療過誤から6年後、Aはようやく損害賠償請求訴訟を提起した。もっとも時間の経過もあり過失の有無（当時のAの検査結果等からステージⅡと診断することができたか）の立証が難しいため、診療上の注意義務違反に加えて説明義務違反も併せて主張した。

1 医療過誤事案の類型化

医療過誤事案における説明義務違反による損害賠償請求は、侵害・損害という観点から整理できる¹。一つの類型は、医療提供者が説明義務を怠ったがために他の選びうる療法を選択することができず悪しき結果を発生させ、狭義の（生物学的な意味での）身体に損害を生じる場合である。もう一つは医療提供者が説明義務を怠ったがために他の選びうる療法を選択することができず、（狭義の身体への悪しき結果を生じなかったとしても）患者の自己決定を損なう場合である。前者が身体への損害を必要とするのに対し、後者は身体への損害が生じなくとも請求することができる。また、前者の場合には当然に自己決定侵害も問題になるため、この場合には身体侵害と自己決定侵害を両方認められることもある²。以下では、後者の損害類型の説明義務違反事案を特に インフォームドコンセント I C 事案と呼び、検討する。

1-1 患者の自己決定についての学説

民事学説上、IC事案は自己決定権の侵害という点にほとんど異論は無い。もっとも、患者の自己決定権の由来を、身体利益の処分権とするのか³、人格に関わる自由権と捉えるのか⁴で議論がある。刑法学説では、医的侵襲行為は原則として傷害であり、患者の同意は違法性阻却事由の一要件を構成すると考えられる

のが有力である⁵から、同意なき侵襲は、身体に対する罪である傷害となる。

しかし民法領域では、専断的医療行為が患者のいかなる利益を侵害するという意味で違法なのかについては議論の実益が乏しく、あまり関心が払われてこなかった⁶。従来説明義務の類型論が検討されてきた⁷が、その目的は説明義務の内容の具体化・精緻化であり、メルクマールは身体利益の保護か自己決定の保護かという点にあった。そのため自己決定権自体の存立基盤についての議論の必要が無かったと考えられる。

理論的には日本のIC事案はドイツ法・アメリカ法の影響を受けている。戦後まずドイツ法の議論が紹介され日本での理論形成の先鞭をつけた。ドイツ判例の分析から、ナチスの軍事医学的医療観への対抗を転換点として患者の自己決定権が重視されるようになったとされている⁸。アメリカ法の紹介はそれから10年ほど遅れた1970年代半ばから、患者の同意原則がとられていたのが説明原則へと変化していくのが説明された⁹。どちらも患者の権利の発展のプロセスとして描かれ輸入されている。日本のIC事案が自己決定の侵害と構成されるのは、上述のように民事学説ではIC事案の被侵害法益についてあまり注意が払われなかったことに加え、患者の権利の発展として海外から導入されたという経緯に起因するとも考えられる。

1-2 判例によるIC事案の受容

右のような学説を追って、下級審において1971年代前半の東京地裁¹⁰や秋田地裁大曲支部の判決¹¹を皮切りにIC事案の判例が蓄積されてきた¹²。下級審では自己決定権が説明義務の根拠であると明示する判例も多い¹³。遅れて二つの最高裁判例がIC事案を決定づけた。両者ともに自己決定権を明示的には認めるに至っていないことには注意が必要である。

最高裁がこの類型について初めて損害賠償を肯定したのはエホバの証人輸血拒否事件（最判平成12年2月29日判時1710号97頁）である。この事案では、宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることは拒否するとの固い意思を表明している患者に対して、医師においてほかに救命手段がない事態に至った場合には

輸血するとの方針を採っていることを説明しないで手術を施行して輸血をした場合において人格権侵害に基づき右医師の不法行為責任が認められた。

乳房温存療法事件（最判平成13年11月27日判時1769号56頁）では、未確立療法である乳房温存療法の説明義務の有無が問題となった事案であるが、「未確立の療法（術式）ではあっても、医師が説明義務を負うと解される場合があることも否定できない」とし、そのような場合に当たるかどうかの考慮要素を列挙した。特に、「乳がん手術は、体幹表面にあって女性を象徴する乳房に対する手術であり、手術により乳房を失わせることは、患者に対し、身体的障害を来すのみならず、外観上の変ぼうによる精神面・心理面への著しい影響ももたらすものであって、患者自身の生き方や人生の根幹に関係する生活の質にもかかわるものである」ことを重視して説明義務が課されるとしている。なお、差戻審は、損害の認定部分において「乳房温存療法を受けるか否かについて意思決定する権利を奪われたとすることができる」と判示している（大阪高判平成14年9月16日判タ1114号240頁）。

2 債権法改正による変更点

消滅時効制度は、平成29年の債権法改正において、時効期間と起算点の統一化の観点から大幅な改訂が加えられた。原則として、主観的起算点か客観的起算点から数え、いずれかの期間満了を時効の完成とするというシンプルな仕組みになった。とはいえ、一般債権についてはそれぞれ5年、10年（166条1項1号2号）、不法行為による損害賠償請求権についてはそれぞれ3年、20年（724条1項1号2号）と、債権が債務不履行に基づくものか不法行為に基づくものかで時効期間は異なる。

その一方で、生命・身体の侵害については時効期間の特則が設けられ、これは債務不履行でも不法行為でも結論が異ならないよう設計されている。具体的には主観的起算点から5年、客観的起算点から20年である（167条、724条の2）。

このように、人の生命または身体の侵害による損害

賠償請求について、債務不履行・不法行為の法的構成による消滅時効期間の差が大部分解消された。とはいえIC事案については狭義の身体への侵害を必要としないため、IC事案が特則の適用を受けるのかは文言上明らかではない。もしIC事案が特則の適用を受けないとすると、同じ説明義務違反とはいえ侵害・損害によって時効期間が異なることになる。

特則を設けた趣旨は、「人の生命や身体に関する利益は、一般に、財産的な利益等の他の利益を比べて保護すべき度合いが強い」¹⁴ こと、「生命や身体について深刻な被害が生じた後、債権者は、通常の生活を送ることが困難な状況に陥るなど、時効完成の阻止に向けた措置を速やかにとることを期待することができないことも少なくない」¹⁵ ことから、権利行使の機会を確保する必要性が高いという点にある。

とはいえ、一般債権については旧法下では客観的起算点から10年であったのに対し、新法の特則では主観的起算点から5年とされたため、必ずしも時効期間が延長されるとは限らない。

3 IC事案を特則の対象とする許容性 ：改正議論の沿革からの解釈

ここではIC事案を特則の対象とすることの許容性について検討する。

3-1 研究会

平成29年債権法改正に先立って三つの研究会が立ち上がっている。このうち二つが消滅時効期間について検討している。

金山研究会案（以下「金山案」）では、損害賠償債権の消滅時効一般について主観的起算点から5年、客観的起算点から10年とした上で、「この期間〔筆者注：客観的起算点〕は、生命、身体、健康または自由に対する侵害に基づく損害賠償債権については20年とする」としている（金山案168条2項）¹⁶。

その趣旨は、法益の要保護性と被害者救済の必要性とされており、人身損害について特別の時効期間を設けることは比較法的にも珍しくないと説明されている¹⁷。

鎌田研究会案（以下「鎌田案」）では、生命、身体、人格的利益等の侵害について時効期間を延長する規定が置かれている（鎌田案【3.1.3.49】）。

その趣旨は、以下のように説明されている。「被害者たる債権者は、通常の生活を送ることが困難な状況に陥り、物理的にも、経済的にも、精神的にも平常時と同様の行動をとるよう期待することができない状況になることがありうる。そのような場合にも、債権者に、債権の発生原因と債務者を知ったならば事実関係の曖昧化防止措置をこうじることができるはずであるし、他者に負担をかけないようそれを速やかにすべきであるとするのは、適当ではない。

他方で債務者は深刻な被害を他人に生じさせたのであるから、他の場合に比べて強度の負担や不安定にさらされることになっても仕方がない。また、このような場合には、取引社会の安全の保護を背後に退かせてもよいであろう」¹⁸

3-2 法制審議会民法（債権関係）部会

まず部会は12回会議資料で検討事項として、生命・身体等の侵害については時効期間の特則を設けることを提案している¹⁹。関連論点として、生命・身体等の具体的範囲について金山案と鎌田案の両方を提示されている²⁰。同会議では範囲が広すぎるという懸念が示された。具体的な範囲については論者によって異なり、健康は含めても良いとするもの²¹、「生命を含めた人身の自由に対する侵害」に限るべきとするもの²²、身体侵害も程度や故意の有無によっては対象から外すべき²³という意見が出た。

この議論を受けて中間整理²⁴では対象範囲について「生命及び身体の侵害を中心としつつ、それと同等に取り扱うべきものの有無や内容、被侵害利益とは異なる観点（例えば、加害者の主観的態様）からの限定の要否等に留意しつつ、更に検討してはどうか。」とされた。

34回会議では、生命・身体の侵害のほかに対象とするものとして、これらに類するもの（例えば、身体の自由）と名誉その他の人格的利益の侵害の2案が示された²⁵。前者は生命・身体に比肩する重大性を持つも

の、後者は対象を広く認めるものと説明されている²⁶。同会議では、前者の身体侵害のうち軽微なものを除く趣旨の発言²⁷や、人格的利益を対象とするのは実務的に不適切であるとする発言²⁸があった。また、対象範囲の明確性を問題視し、身体侵害だと考えられるPTSDを例に挙げつつ、健康や、人身の自由について明記すべきであるとする発言もあった²⁹。

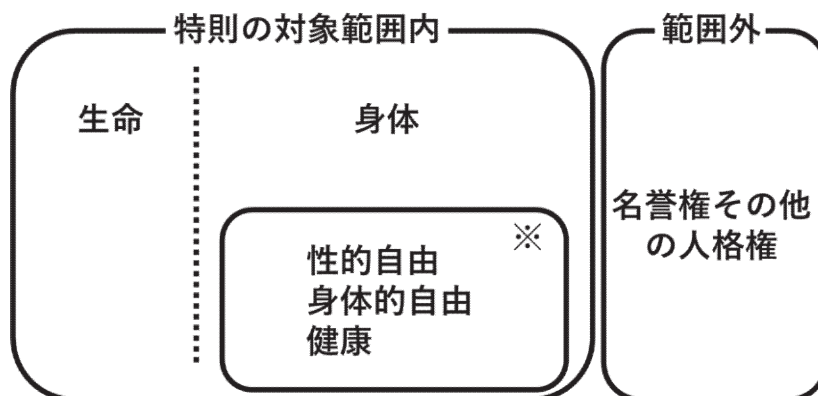
中間試案³⁰では対象範囲は「生命・身体〔又はこれらに類するもの〕」とされた。74回会議の資料³¹では生命・身体の特則の趣旨が、「被害者である債権者は、時効完成の阻止に向けた措置をとることが困難な状態に陥ることや、重要な法益についての深刻な被害については保護の必要性が高いことから、債権者に十分な権利行使の機会を保障する点」にあるとしたうえで、各利益について検討している³²（図1参照）。生命については異論無く趣旨が妥当するという。身体侵害は、一般に生命と並んで手厚く保護されるべきであり、生命とセットで特別で取り扱うことについて民事法上先例もあるから特則を設けることが認められるとする。重大な身体侵害に限って特別の保護をするべきだという考えも併記されているが、「重大」の要件の曖昧さが指摘されている。性的自由、身体的自由、健康の侵害などについても、一般的には趣旨が当てはまり、「身体の侵害に含まれるものと理解する余地があるように思われる」とされている。この点について異論は指摘されていない。名誉権その他の人格権について、「深刻な被害が生ずることがあり得る」としながらも、

外延の不明確性や、債権者に時効完成の阻止に向けた措置を期待し難い事情が長期にわたり継続するとは必ずしも想定されないといった問題が指摘されている。

この資料に基づいた74回会議では「身体の侵害」に含まれるものが不明確だと訴訟上の争点になるため文言上明確化してほしいという意見³³と生命・身体等の「等」は必ず入れてほしいという意見³⁴が出ている。79回会議にて要綱案のたたき台として出された資料³⁵では「特則の対象となる法益は、このような趣旨があてはまる生命及び身体の侵害に限っている」とされた。そのうえで生命・身体に加えていかなる利益が対象となるかという点ではなく、身体のうち軽微なものを対象外とすべきではないかという議論が中心となった³⁶。88回会議に提出された資料³⁷では既に「生命又は身体の侵害」とされ対象範囲の論点は掲載されなくなった。その後この点については議論が無く、仮要綱案³⁸、要綱案³⁹でも文言が変わることなく改正案として提出された。

3-3 改正法の文理解釈が適用を許すか

では結局、「生命・身体」の範囲をどう解釈すればよいのか。多くの解説書⁴⁰では、「生命・身体」の侵害と説明するにとどまり、性的自由、身体的自由、健康などについて触れられていない。対象となる身体法益の範囲について議論・解釈を示すものもあるが、「身体の侵害については、軽微なものを排除する考え方も示されたが、何が重大で、何が軽微かの基準が明確に



※これらについては「身体の侵害に含まれるものと理解する余地があるように思われる」とされている。

図1：部会資料63「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討(1)」より筆者作成

ならないことから、見送られた」⁴¹、「単に精神的な苦痛を受けたという状態を超え、PTSDを発症するなど精神的機能の障害が認められるケースについては」身体への侵害に含まれる⁴²との説明にとどまる。

特則の対象については「生命・身体等」、「生命・身体〔又はこれらに類するもの〕」として、その内容が議論されてきた。PTSDなどの精神的損害、健康、身体への自由などは身体への侵害に含まれるものとしての整理が多かった。名誉権や一般的な人格権については否定的な意見が多かった。このような見解を総括する内容である部会資料63が提出されてから後に、生命・(生物学的な)身体以外の対象についての議論がなくなったのは、同資料の整理が受け入れられたことを示していると考えられる。いずれにしても最終的な文言は「生命・身体」へと限定され、具体的な対象範囲の明確化は達成されなかったといえる。

特に人格的利益については、一般的な議論に終始しており、名誉権を除いて具体的な利益が問題になるような状況の検討がされていない。部会が「生命・身体」へと被侵害法益を限定した際に、対象から外されたのは「名誉権その他の人格権」であり、明示的にIC事案が問題となることは無かった。

このように、対象範囲の明確化・限定は完全には達成されなかった。本稿との関係では「身体」は狭義の身体に限定されるものではなくむしろ精神的損害、健康といったような法益を含むと考えられること、人格権侵害への適用が無いとする議論は名誉権など身体とは切り離された一般的人格権を念頭に置いた議論であったところ、IC事案は、以下で述べる点にも関わるが、人格権侵害というよりむしろ身体侵害に対する救済としての性格が色濃いため議論の射程が及ばないことが指摘できる。それゆえ、IC事案への特則の適用が排除されてはいないと考えられる。

4 IC事案を特則の対象とする必要性 ：比較法的検討

4-1 日本でIC事案が普及した背景

判例、特に裁判例において自己決定権の侵害に基づき損害賠償を肯定するという構成が多用されているこ

とは上で述べた。しかしIC事案が理論上自己決定を根拠とする一方で、医療過誤について説明義務違反の請求が好んで用いられるようになったことには訴訟戦略上の理由が大きく寄与しているという分析がされている。

一般に医療過誤の事案では、その専門技術性から素人の原告／患者にとって過失の立証が困難である。ところが説明義務違反を主張する場合、医学上の過失に立ち入ることなく、説明の有無という分かりやすい論点で争うことになり、また、被告／医師において相当な説明義務を履践したことを立証する必要がある⁴³から、原告の立証の困難性を相当程度やわらげることができる⁴⁴。そのためIC事案が「診療そのものの過誤を追跡することの困難性…を克服するため構築されてきた請求権構成」⁴⁵であることは訴訟上重大な意義を有する。説明義務違反は、診療過誤の主張が立たない場合に備えて、ほとんどの医療訴訟において主張されているという指摘もある⁴⁶。伊澤はこのような機能を捉えて、「説明義務という理論は患者側の立証負担を、患者自らの意思が軽んじられたことに求めているが、同理論によって保護される患者の権利は、意思（あるいは自己決定権と表現してもよい）にとどまらず、身体的な完全性までの含むものと理解しうる」⁴⁷と述べている⁴⁸。

このようにIC事案は、診療過誤の別類型ではなく、診療過誤の一部を引き受けることで原告の立証困難を回避するという代替的・補完的役割を担っている。

4-2 各国の状況

このようなIC事案の位置づけは日本独特なのであろうか。立証の容易さからIC事案が診療行為による身体侵害事案の補完的機能を担っていること、その役割から消滅時効期間などの規律の統一がなされていることを、ドイツ・アメリカ・フランスの立法例から検討する。

先に結論を言うと、IC事案と診療過誤事案の時効期間はどの国でも統一されている。しかしその原則的な枠組みは異なる。ドイツ・フランス法の影響から近時の欧州の立法では法益の性質に従って時効期間を異

ならせる制度がみられる⁴⁹。一方アメリカでは不法行為の態様から出訴期間を判断するという枠組みとなっている。

枠組みの違いにもかかわらず、特に法益が異なるはずの大陸法系において、なぜ時効期間が統一されているのか。異なる時効期間を積極的に設定したという立法例ではないため明示的に統一の根拠が示されていないため、この問いに答えるのは難しい。以下では各国法をそれぞれ分析して時効期間統一の理由を推察する。

4-2-1 各国法の状況

ドイツにおいても日本同様、説明義務の違反の主張が、証明困難の問題を避けるための便宜的手段として流用されている⁵⁰。この傾向について、学説では医師の説明義務違反が一般原則的補充的構成要件(Auffangtatbestand)に変じていると指摘されている⁵¹。説明義務違反のうち、日本のIC事案に相当するのは患者の承諾の瑕疵による自己決定権侵害の類型であり、これは身体的完全性を侵すことを理由に身体の法益の侵害だと整理するのが判例通説である⁵²。原則として医的侵襲はそれ自身が身体の完全性への侵害であり、患者が適切な説明を受けたうえで同意をしなければ、その違法性が阻却されないという考え方である⁵³。

IC事案は独立に請求されることは無く、患者の意思決定との間に因果関係が認められる場合に身体と自己決定の両方の侵害が肯定される⁵⁴。必要なICを欠くことで患者が瑕疵ある意思決定をした場合、「有責な身体の侵害を理由に、損害賠償と慰謝料について責任を負う」⁵⁵のである。そのためIC事案が特別に訴訟上有利であるというわけではなくIC事案を含む説明義務違反が一般的に代替的機能を有しているといえる。

なお、身体等の侵害に基づく損害賠償請求については時効期間の特別規定があり、不法行為時から30年と長く設定されている(BGB199条2項)。

アメリカ法の下では消滅時効は訴権の消滅という構成をとり、各州の定める出訴期限法(statute of limitation)により規律される。元来身体への侵害として故意不法行為(assault and battery)として処理していたアメリカにおいても、IC事案は過失による不法行為(negligence)により処理されることになっ

た⁵⁶。その理由の一端には後者の方が出訴期間の計算上有利である点が挙げられる⁵⁷。

アメリカのいわゆるIC訴訟も、当初医療過誤の立証責任の緩和策として受け入れられた。医療過誤訴訟の原告からすると医療専門家証人によって注意義務を立証しなければならないという訴訟構造が大きな負担であったところ、この訴訟では専門家証人を用意する必要が無いからである⁵⁸。

そして、一般の身体侵害と比べて短縮されていることが多い⁵⁹が、医療過誤については時効期間が統一されている。例えばNew York州では、専門職による身体侵襲過誤(malpractice)の損害賠償の原則的な出訴期間を3年としている(NY civil practice law and rules 214条1項)一方で、医師や歯科医師などによる医療過誤(medical, dental or podiatric malpractice)の事案については行為時から2年半に短縮している(同法214条A)。

もっともアメリカのIC訴訟は日本のIC事案の上記定義には当たらないことに注意が必要である。物理的な損害なしに精神的損害を認めることは、アメリカの不法行為法の原則に反することになるため、IC訴訟であっても他の選択肢を選んでいればより良い身体的な結果が得られたことを証明する必要があるからだ。

フランスでの医療過誤訴訟においても、過失責任原則がとられており(公衆衛生法典 L. 1142-1条)原告においてフォートと損害を立証する必要があるのが原則である⁶⁰。そのためフランスにおいてもIC事案を含む説明義務違反は、訴訟上不利である患者側に配慮した訴訟形態として発展してきている。

フォート/説明義務違反の証明責任の問題状況はフランスでは一層深刻であった。判例が医師の説明義務違反を患者の側で証明しなくてはならないという伝統的な原則通りの判示を堅持していたからである。しかし1997年ついに、判例が変更され説明義務の履践があったことを医師の側で証明しなくてはならないこととなった⁶¹。

損害要件においても患者側への配慮が見られる。フランスでは医療過誤訴訟において「機会の喪失」理論が利用されてきた⁶²。この理論は、積極的な利益を得

る機会を失った場合に損害の确实性を肯定するものであり、主に判例法理として発展してきた。特にIC事案では、消極的な損失を避ける機会を失った場合にも同理論を拡張することで損害が認められてきた⁶³。この理論によりフォートと損害の間の因果関係が不確かな場合に部分賠償が認められるようになった⁶⁴。因果関係の立証の軽減を通じて患者の救済を図っていると評価できる。

しかしそれにはとどまらない。破棄院はかつて、医師から他の療法などについて適切な説明がなされたとしても患者が実際に行われた手術に同意したであろうことが認定された場合、いかなる賠償請求も認められないとした。しかし、この破棄院判決に対しては、学説から、かかる状況における患者の情報請求権の行使を裁判官は妨げるべきではないとの批判が浴びせられ破棄院は2010年に判例を変更し⁶⁵、「機会の喪失」がなくとも情報を提供しなかったこと自体について損害賠償を認めるようになった⁶⁶。

なお、フランス民法上の消滅時効期間の原則は5年(2226条)で人身損害は特に10年(2224条)とされているところ、IC事案を含む医療過誤全般について損害賠償請求は10年で消滅時効にかかる(公衆衛生法典L. 1142-28条)。

4-2-2 分析

消滅時効期間を統一する理由は代替的機能のほかに二つが考えられる。IC事案が身体侵害だと構成されること、ICもあくまで医療過誤の一場面なのであるからわざわざ規律を異ならせる必要が無いというものである。

ドイツ・アメリカ法を検討しただけでは、IC事案に限らず説明義務違反一般が代替的機能を有していることから、身体に対する侵害であると構成されていることと、どちらが第一次的な理由であるか分からない。しかし、フランス法を見るとともにIC事案は身体侵害と考えられていたものの、立証責任緩和のために代わって機会の喪失や情報提供義務の理論が展開していった。このことから形式的な法益の性質は補助的な理由にとどまると考えられる。

ドイツ法ではIC事案は一般診療過誤と同様に身体

損害であり、アメリカ法では両者は同じ過失不法行為であるから、わざわざ時効規律を変えなくともよいという説明もできるかもしれない。この点もフランス法が注目し得る。法益によって時効期間が異なるという原則を持つ同国法においては、機会の喪失や情報提供義務違反といったIC事案は、診療過誤による身体侵害と異なる時効期間に服するのが原則に適う。ところがフランスではIC事案を含む医療過誤について10年の消滅時効期間で統一する立法を行っている。このことからむしろ積極的に時効期間を等しくする必要性があると考えるのが合理的である。IC事案が訴訟上代替的に利用されることからして、時効期間を揃えるのが妥当であるとの考慮だと考えられる。

やはり重要なのはIC事案の代替的機能がどの国でも認められたことであろう。医療過誤訴訟において原告側の立証の負担が大きいという問題状況が共通して見られ、その対策としてIC事案が発展したという過程を経ている。もっともIC事案が事実上医療専門家の過誤に対する救済であるという点を重視して、消滅時効期間を揃えるのはドイツやフランスのような法益に基づく時効期間設定とは親和的ではないはずである。しかしドイツでは法益の性質決定や因果関係において、フランスでは立法において時効期間の統一がなされている。このことから、両国でもむしろ実質的には行為態様に着目して時効期間を等しくならしめていると考えられる。IC事案と一般の診療過誤事案は補完的な関係にあるのだから、行為態様も当然同じ分類となるからである。

4-3 必要性の検討

医療過誤という専門的な活動から生じた損害について、知識の点で不利な患者側が、訴訟上の立証の困難を回避するためにIC事案が利用されてきた。このようなIC事案の利用の仕方は、診療行為上の過失の立証を要する事案に対して補完的・代替的なものであり、IC事案は単純に自己決定を保護する以上の役割を担っているといえる。この役割を尊重するために、消滅時効期間の統一の必要性が生じる。

例えば、冒頭のケースにおいて、抗がん剤治療を選

扱ったことが診療上の過失であるという立証ができなかった場合を考える。診療行為の過失が認められない以上、Aは自己決定の利益の侵害すなわちIC事案としての主張が認められない限り賠償を得られない。しかし仮に特則の適用が無いとすると、投薬の直後Aは医師による説明の不存在と被害の存在に気付いており、「損害及び加害者を知」った時から3年または、「権利を行使することができる」ようになった時から5年の消滅時効にかかってしまうため訴えは却下される。このようなケースではIC事案の補完的・代替的機能が働かなくなってしまう。

特則の趣旨は、法益の重要性と権利行使機会の実質的担保にあった。IC事案は實際上身体侵害への救済であり、またそのゆえ診療過誤と同程度の権利行使の困難性が指摘できるから、このような機能不全は特則の趣旨を没却しかねない。

さらに、IC事案の代替的な役割を認めるならば、当事者の予測可能性を損なわないよう配慮することも重要である。IC事案の時効期間は総じて一般的な医療過誤の事案と同一である。訴訟実務においては、上述のように医療過誤訴訟では診療上の過誤の補完として説明義務違反がとりあえず主張されることも多い。診療上の過失の立証の程度に応じて説明義務違反となるかどうか切り替わるとすると、当該訴えがIC事案になるかどうかは訴え提起段階では不確定となってしまう。上記のケースでは患者Aは自らの請求が却下されるかについて、事前に把握することができない。この不透明性は訴える患者のみならず訴訟資料の保管等の観点から医療側の臨床実務においても混乱を招くことになる。

5 結論

以上ではIC事案に特則を適用することの許容性と必要性について述べた。許容性については、立法過程の議論から、特則の対象である「身体」は精神的損害、健康を含む広義の身体であると考えられ、人格権侵害は対象から除外されたもののそこで議論されているのは名誉権などであり、必ずしもIC事案に及ばないこ

とを示した。必要性についてはIC事案が訴訟上、診療過誤による身体侵害事案の立証負担軽減策としての機能を有していること、そのためその機能を減じたり当事者の予測可能性を損なったりしないよう診療過誤と同様の規律に服すべきであることを説明した。

形式的な法律構成の差が不合理である場合に、これを縮小するという試みは多くなされてきた。特則が設けられた理由の一つは説明義務違反において、法律構成の差により時効期間の違いを生むべきではないということであるし、一般的な医療過誤訴訟においても法律構成での立証責任における差は実務によってほぼ取り払われた経緯がある。IC事案についてのみ、侵害・損害を形式的に判断して異なる規律に置くことは、このような動きと逆行するものであり、慎重になるべきであろう。

¹ 説明義務の法的根拠は両者で共通しており、診療契約（準委任と性質決定されることが多い）上の顛末報告義務（656条、645条）もしくは診療契約上の義務の一つ、または契約がなくとも「その業務の性質に照らし危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求される」ところから導かれる注意義務である。

² 名古屋地裁昭和56年11月18日判時1047号134頁など。

³ 町野朔『患者の自己決定権と法』（有斐閣、1986年）131頁。

⁴ 前田達明ほか『医事法』（有斐閣、2000年）256頁以下〔稲垣喬〕。

⁵ 東京地判平成16年4月19日（LEX/DB 文献番号28095555）。

⁶ 浦川ほか編『専門訴訟講座 医療訴訟』（民事法研究会、2010）23頁〔村山淳子〕。

村山はこの問題意識から、民事上の説明義務の根拠を自己決定権と生命・身体権の両方に求め、それぞれの機能に応じて説明義務を説明する。村山淳子「『医療契約』の法的特性と説明義務の意義——自己決定の支援と抑制の構造」『国民生活研究』第59巻第2号（2019年）34頁以下参照。

⁷ 金川琢雄「医療における説明と承諾の問題状況—

- 医師の説明義務を中心として」日本医事法学会編『医事法学叢書3 医事紛争・医療過誤』（日本評論社、1986）225頁。
- ⁸ 唄孝一「治療行為における患者の意思と医師の説明——西ドイツにおける判例・学説」『契約法体系七巻』（有斐閣、1965）66頁。
- ⁹ 新見育文「医師と患者の関係——説明と同意の法的側面」『名古屋大学法政論集』64巻67頁以下、65巻182頁以下、66巻149頁（1975）以下。
- ¹⁰ 東京地裁昭和46年5月19日民集22巻626頁。
- ¹¹ 秋田地判大曲支部昭和48年3月27日判時718号98頁。
- ¹² 札幌地判昭和53年9月29日判時914号85頁、名古屋地判昭和58年3月6日判時1013号81頁など。
- ¹³ 高松高判平成8年2月27日判タ908号232頁、松江地判平成5年6月16日判タ820号216頁、大阪地判平成8年5月29日判時1594号125頁など。
- ¹⁴ 筒井健夫・村松秀樹『一問一答民法（債権法）改正』（商事法務、2018）、61頁。
- ¹⁵ 同上。
- ¹⁶ 金山直樹編『別冊NBL 消滅時効法の現状と改正提言』（商事法務、2008）326頁。
なお、同案は、生命、身体、健康又は自由に対する侵害を理由とする損害賠償債権について、その消滅時効期間を契約による特約で損害発生時から1年に短縮することを認めていることに留意されたい（金山案171条）。
- ¹⁷ 加藤雅之「損害賠償債権の消滅時効——不法行為を中心に」金山直樹編『別冊NBL 消滅時効法の現状と改正提言』（商事法務、2008）79頁。
- ¹⁸ 民法（債権法）改正検討委員会編『別冊NBL 債権法改正の基本方針』（商事法務、2009）203頁。
なお、客観的起算点からの時効期間についてはその趣旨は必ずしも妥当しないとしつつも、人格的利益に対する侵害の重大性から被害者保護を正当化している。その際に殺人罪等の死刑に当たる罪の公訴時効期間が特に長く設定されていること（刑訴250条1号）を参照している。
- ¹⁹ 部会資料14-2・11頁。
- ²⁰ 部会資料14-2・13頁。
- ²¹ 議事録12・25頁（潮見幹事発言）。
- ²² 議事録12・31頁（山本（敬）幹事発言）。特に名誉権について懸念を示すものとして議事録12・30頁（高須委員発言）参照。
- ²³ 議事録12・30頁（岡委員発言）。
- ²⁴ 商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』（商事法務、2011）296頁。
- ²⁵ 部会資料31・11頁。
- ²⁶ 部会資料31・13頁。
- ²⁷ 議事録34・36頁（中井委員発言）。
- ²⁸ 議事録34・41頁（佐成委員発言）。
- ²⁹ 議事録34・40頁（山本（敬）発言）。
- ³⁰ 商事法務編『民法（債権法）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務、2013）76頁。
- ³¹ 民法（債権関係）部会資料63・8頁以下参照。
- ³² 全体として、いかなる法益を保護の対象とするかについては、特則における時効期間の長さとのバランスを考慮しつつ議論を進める必要があるとしている点に留意されたい。
- ³³ 議事録74・21頁（安永委員発言）。
- ³⁴ 議事録74・23頁（岡田委員発言）。
- ³⁵ 部会資料79・11頁。
- ³⁶ 議事録79・17-18頁参照。
- ³⁷ 部会資料78A・17頁。
- ³⁸ 民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案・7頁。
- ³⁹ 民法（債権関係）の改正に関する要綱案・7頁。
- ⁴⁰ 潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（きんざい、2017）、49頁、窪田充見「時効(3)－時効期間の特例」潮見佳男・千葉恵美子・片山直也・山野目章夫編『詳解改正民法』（商事法務、2018）。
- ⁴¹ 日本弁護士連合会『実務解説改正債権法第二版』（弘文堂、2020）、74頁。
- ⁴² 前掲注14、61頁。
- ⁴³ 前掲注4、286頁。
- ⁴⁴ 稲垣喬『医療関係訴訟の実務と方法』（成文堂、2009）209-211頁。
- ⁴⁵ 前掲注4、258頁。
- ⁴⁶ 前掲注43、209頁。
- ⁴⁷ 伊澤純「医療過誤における医師の説明義務違反(二)」

- 『成城法学』第64号（2001）143頁。
- ⁴⁸ 山下登「損害論」『年報医事法学』8号119頁も同旨。
- ⁴⁹ 前掲注17、78頁。
- ⁵⁰ 奥田昌道「西ドイツにおける医療事故紛争の現状と改革論議」田中成明ほか『市民法学の形成と展開下』178頁。
- ⁵¹ ハンス・シュトル「ドイツ法における医師の責任の諸問題」日独法学会『日独法学』第三号（1979）26頁。
- ⁵² E. ドイチュ、H.J.アーレンス著、浦川道太郎訳『ドイツ不法行為法』（日本評論社、2008）294頁。
- ⁵³ 少数説には、傷害を否定する人格権侵害説と傷害・人格権侵害の両方を認める二重侵害説、説明義務は一般的に存在するのではなく患者がそれを誠実に期待する場合にのみ発生するとする契約説がある。河原格『医師の説明と患者の同意』（成文堂、1997）179-182頁。
- ⁵⁴ 山下登「医師の説明義務をめぐる重要争点の検討—脊椎疾患に対して椎弓切除術が施行された事例を手がかりとして—」岡山大学法科大学院編『臨床法研究』第18号38頁。
患者の意思決定との因果関係がなくとも自己決定権侵害を肯定した裁判例（OLG Jena 03/12/1997—4U687/97, VersR1998, 586）もあるが、学説の激しい批判から連邦通常裁判所は立場を崩さなかったという。
- ⁵⁵ E. ドイチュ、H. J. アーレンス著、浦川道太郎訳『ドイツ不法行為法』（日本評論社、2008）122頁。
- ⁵⁶ 樋口範雄『アメリカ不法行為法 第2版』（弘文堂、2014）320頁。
- ⁵⁷ 伊澤純「医療過誤における医師の説明義務違反(一)」『成城法学』第62号（2000）79頁。
- ⁵⁸ 樋口範雄『続・医療と法を考える』（有斐閣、2008）184-5頁。
もっとも、IC事案はその他の問題点を抱えるためあまり利用されていないと指摘している。
- ⁵⁹ アメリカでは医療過誤訴訟が一因となった医療危機の反動から不法行為法改革がなされ、その一環として医療過誤の消滅時効期間が短縮されていることが多い。
- ⁶⁰ 門脇稔「フランスにおける民事責任—医療過誤を中心とした比較法的考察—」『法政論叢』18巻（1982）35-48頁。
- ⁶¹ 杉本和士「医師の説明義務と証明責任」松川正毅ほか編『判例にみるフランス民法の軌跡』（法律文化社、2012）205-7頁。
- ⁶² 住田守道「治癒の機会の喪失の賠償」松川正毅ほか編『判例にみるフランス民法の軌跡』（法律文化社、2012）262頁。
- ⁶³ 澤野和博「機会の喪失に基づく損害賠償」『私法』第2006巻68号（2006）190頁。
- ⁶⁴ 前掲注62、264-5頁。
- ⁶⁵ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 3 juin 2010, 09-13.591, Publié au bulletin.
- ⁶⁶ 前掲注54、38頁。