

## (2) 自閉症と知的障害とを併せもつ温室作業員の解雇

昭和61年、中学校障害児学級を卒業後、ハローワークのあっ旋で就職した滋賀県の男性が、就職の翌年に解雇になった。自閉症と知的障害を併せ持つこの男性は、観光会社が経営する熱帯植物を栽培する温室で水やりや雑草抜き等の補助作業に従事していた。しかし、事業主や同僚との間で有効なコミュニケーションを図ることができず、自傷行為の他、他人をつねったり、蹴ったり、叩いたり、水をかけたり、手をかんだりしてしまい、事業主の手に負えなくなったのである。これに対して、会社の解雇権の濫用と、ハローワークが指導を怠ったことを主張して起こした一審で、原告側の障害者が敗訴したものである<sup>20)</sup>。

判決では、まずハローワークの責任について、原告は重度の知的障害者で、ハローワークには有効適切な解雇を防ぐ手段はなかったとされた。

次に会社の責任については、次のように判断された。会社がこの男性を採用したのは、①労働組合からも要請があったこと、②自閉症をもつ他の人の雇用に既に成功していたこと、③専門機関（男性が卒業した中学校の教員）からアドバイスを受けていたことが理由としてあったものの、それでも「被告会社は、原告を採用するに際して、必ずしも原告の労働能力や資質等について十分理解していたわけではない」から、「職場に適応するための種々の対策を講ずることが、被告会社に労働契約上の義務として課すことをも内容とするものであったとは認められない」とされた。さらに、会社では専門機関を加えた対策会議を開催する等、「原告の職場不適応に対して、一応の対策をたて努力していた」こと、解雇に際し労働組合から異論がなかったこと、母親の希望に沿い一旦は解雇を見送っていること、中学校、民生委員、母親が同席した説明会で解雇理由を説明の上解雇したこと等から、手続き上も解雇権の濫用には当たらないとされた。

以上のように、裁判所は原告側の男性の請求を棄却し、原告側は敗訴したのである。

## (3) 雇用管理技術の遂行義務

以上その他、疾病や後遺症等を理由とする解雇が有効とされた判例として、「東京合同自動車解雇無効確認等請求事件<sup>21)</sup>（躁状態等の精神障害で入院歴のあるタクシー運転手の解雇=有効）」、「北信観光タクシー雇用契約存在確認請求事件<sup>22)</sup>（人工透析を必要とする運転手はダイヤ変更を労働組合が認めないことにより解雇<sup>23)</sup>=有効）」、「栄大地位保全等（仮）命令申立事件<sup>24)</sup>（業務上の腰部障害により腰部に負担のかかる職務に堪えられないことを理由とする解雇=有効）」等がある。

さて、これらの判例を概観すると、障害者の解雇が有効と判断されるに当たって以下の2点がポイントとなっていることがわかる。

ポイントの第一は、事業主の負うべき責任の範囲に関して、「疾病あるいは後遺症と労働者の職種あるいは作業内容との関係によって判断がなされている傾向にある（労務行政研究所、2000）」という点である。つまり判決では、ナチュラルサポートや職務再設計といった環境要因の改善にはあまり注意が払われず、その人に求められる職務内容が比較的固定的なものと捉えられていて、たとえ人的・物理的環境改善が図られなくとも、障害が無い人と同じ条件で一定の仕事に適応できないなら、解雇が有効となり得ている。解雇の前段として、雇用継続に向け事業主ができる限りの検討・努力をしてきたか否かが問われているものの、障害への配慮が事業主への義務になってしまおらず、単なる努力義務になっていて、就業支援の専門技術スタッフではない事業主は、障害特性を十分知り得ていなくとも差し支えないとされていると考えられる。

ポイントの第二は、障害者雇用や雇用継続に関する労働組合の姿勢（個別の労使紛争に際し、解雇に異論を唱えるか否か）が判決に影響を与えている点である。このことは企業内発生による障害者の雇用継続に限らず、障害者の新規雇用においても問題となる。

他方、解雇ではないが、最高裁の判例の中には、疾病によりそれまでの業務に従事できなくなった従業員への賃金無支給の取り扱いを無効としたものがある<sup>25)</sup>。この事件は、建設会社で21年間現場監督に従事してきた男性が、バセドウ病による疲労、動機、発汗、貧血等の症状を訴え、現場作業ではなく事務作業なら支障がないから変えてほしい旨の要望書を作成し、会社へ提出した。これに対し会社が4ヶ月間の就労拒否を行い、欠勤の取り扱いにしたものである。これを取り消して賃金を支払うよう求めた一審では原告の男性従業員が勝訴、次に会社側が控訴した二審では一審判決を取り消し原告の控訴請求を棄却した。これに対し男性従業員が上告して争われた三審では、二審判決を破棄、高等裁判所へ差し戻したのである。最高裁が二審判決を破棄した理由は、次のとおりである。この男性従業員を雇用するに当たり、「労働契約上その職種や業務内容が現場監督業務に限定されていたとは認定されておらず」、したがって、男性従業員の「能力、経験、地位」、会社の「規模、業種」、「労働者の配置・異動の実情及び難易等に照らして」、男性従業員を職務再配置できるか否かについて、「現実的 possibility がある」と認められる業務が他にあったかどうかを検討」した上でなければ、この男性従業員が雇用契約上の債務を果たせなくなつた（つまり賃金を支払う必要が無くなった）とは言えないというのである。

さてここで、仮にこうした職務再配置等の「現実的 possibility 」のある業務がないと事業主が主張した場合、逆にそのような業務があることを立証する責任は、事業主ではなく労働者個人の側に

ある点に留意する必要がある。つまり、職務再設計等の雇用管理技術の遂行義務は、現在のところ事業主にも専門技術スタッフにもない。さらに、専門技術スタッフからのアドバイスは事業主に向けた参考意見の範囲で行われれば十分である。解雇を回避しようとして検討される職務再設計、職務再配置といった雇用管理の知識・技術は、未だ標準的な技術として客観的に明らかにされていないことも、こうしたことの背景としてある。

これは、後述の医療過誤とは全く事情が異なる点である。つまり、医療過誤裁判にみられる医療技術の遂行義務の判旨に類するものは、以上のような労働裁判の中には、見出すことができない。今後、雇用管理の知識・技術が専門知識・技術としての地位を確立できるほどに成長すれば、それらを用いるべき事業主や専門技術スタッフの責任が問われることになり、したがって解雇の危機のもとにある働く障害者の地位を保てる期待は、現状より持てるようになるだろう。

以上のことから、就業支援サービスの専門技術スタッフに必須の専門性は、少なくとも労働者保護法制への精通であることは明らかである。

## 2.3 企業が障害者を雇用する理由

障害者の雇い入れに対する企業の考え方、あるいは雇い入れるきっかけが何であるのかは、社会的責任や社会貢献といった視点、あるいは法定雇用率や各種助成金等によるインセンティブだけでは説明できない。ここでは実践的な立場から、専門技術スタッフの影響、人材活用、企業内に潜む非合理性の3つの視点から考えていく。

### (1) 専門技術スタッフが与える影響

以下では事例をもとに、障害者雇用に及ぼす専門技術スタッフによる影響の一端をみてみよう。

知的障害と軽度の自閉症を併せもつ一人の男性が地域障害者職業センターの職業準備訓練を修了し、ハローワークの紹介で魚の干物の加工工場に就職した。事業主以外に5~6名のパートタイマーの女性だけが働くこの会社では、入荷する冷凍の仕入れ品や水槽の扱いなどに男手を必要としており、体格の良い彼が戦力になった。就職後しばらくの後の夜、職業準備訓練を担当した障害者職業カウンセラーが街の食堂へ入ると、くだんの工場の社長さんがいて、仕事後のひとときを楽しんでいるではないか。ごく自然に隣の席に座ると社長さんも快く受け入れ、話し込んでいき、魚が思い通りに入荷しないこと、資金繰りの苦勞等の話が続いた。

さて、この障害者職業カウンセラーは、以前から気になっていたある事を、今この場で尋ねて

みよう、ふと考えた。それは、専門家の勉強会で参加者から受けた質問であった。「企業は、なぜ障害者を雇うのでしょうか。」この答えは簡単なようで実は難しかった。この会社のように法定雇用率が課されていない場合であっても、現にたくさんの障害者を雇っているのはなぜなのか<sup>26)</sup>。障害者職業カウンセラーは、かつて受けたのと同じ質問を、この社長さんに対してしてみたわけである。

社長さんの答えは実に明快であった。「そりゃあ、○○さん（障害者職業カウンセラー）、あんたがあんまり熱心に頼んでくるから雇ったんだよ。俺は、別に他の人でも良かったんだ…。」障害の有無に関係なく、仕事をきちんとおぼえて、他のみんなともうまくつきあってくれさえすればいい、と届託がない。

障害者雇用の当事者は企業と障害者との二者である。就業支援サービスの専門技術スタッフには、一人の障害者やひとつの事業所といつまでも関わっていく法的な責任はない。したがって企業にとって最後は結局、当事者である障害者と事業主、労使の関係だけでやっていくだけの覚悟が必要だ。その意味で障害者雇用は、社外からの専門技術スタッフの支援を必要としている間は、実は不安定で脆弱な雇用である。前述のエピソードで、事業主に雇用を勧めた障害者職業カウンセラーは、その勧めたことの責務の重さを自覚しなければならない。

## （2）人材か社会貢献か

医学モデルに基づく障害の判定制度は、社会政策上保護の対象を定めるために使われるだけではなく、企業からみた不適格者の識別のための刻印にもなってしまっている可能性がある<sup>27)</sup>。いくら手厚い職業教育を受けても、あるいはいくら社会人としてのマナーを身に付けても、レッテルをはがさない限り企業に対して受け入れの交渉力を持たない存在になっている。このことは、採用時だけではなく、運良く企業に採用された後にも起こり得る点に注意が必要である。

企業の採用担当者は、新規採用社員の今後の能力開発の可能性については、採用時には何ら確信を持てない。それらは確率的な問題であるから、企業はある意味で賭けに出ることになる。しかし、一般論としてあるレッテルを貼られた個人に関して、もしも、何らかの理由でこの能力開発の可能性に多くを期待できない（もしくはその人材における企業にとっての活用の幅が狭い）のではないかといった“予感”が事業主の脳裏を一瞬でもかすめたならば、企業はこの賭けから手を引くだろう。これに対し、専門技術スタッフが障害者の能力開発の可能性やその方法について説得力を持って示すことができれば、企業は安心して受け入れができるであろう。

雇い入れる企業側は、経営権と組織の論理を貫くことで障害者の雇用を拒否する。逆に組織の

論理で障害者を雇用できる建前は、始めは社会貢献であって人材活用ではない。しかし組織にとって、障害者といえども人件費投入の対象である以上、人材として見なければ矛盾を生じることになるから、雇用後は明らかに障害者的人材活用は大きなテーマになる。したがって組織にとって障害者雇用の意思決定のポイントは、たとえ短期的には社会貢献であったとしても、長期的には人材としての活用の可否の判断に他ならない。

当事者からみれば、通常の社員と同じように、雇用された後の人材活用やキャリアアップを、障害があるからといってあきらめるわけにはいかない。法による規制は、障害者に就職の機会をもたらすものであって、その機会を活かせるか否かは、その後の個人と企業の努力に大きく依存する。単に障害者を雇用するだけではなく、一般の社員同様に障害者を人材として活かそうとするならば、障害者にとってそれは本当の意味での雇用を通じた社会参加と言えるだろう。

### (3) 企業内に潜む非合理性

時に低迷した緊張が続き、時に大きな変化を見せるといった現在の経済情勢の中で、企業としては中短期的な課題に素早く対応するため、プロジェクト形式の事業を短期化させている。独占業務を有する専門資格や、長い時間をかけて習得する技能、知識等を必要とする仕事は、嘱託・派遣社員の受け入れや業務委託を行うことで補うことができる。そこでは、組織の再構築や必要な資質を持った個人の登用などが、ドライな観点から行われる。その結果、企業がたくさんの解雇者を出すといった様相は、企業が雇用を守るものだという神話が過去のことになりつつあるという印象を我々に抱かせる<sup>28)</sup>。

こうした中で、企業で働く個人は、自らの資質を企業の求めるものに次々と塗り替えなければならない。ただ、技術、知識、資格を身につけることは、それなりの見通しと投資・時間を必要とする。この見通しは当たれば素晴らしいが、外れることもある。そこで、企業組織で働く人々が自らリスクを担いつつ行う能力開発の自己設計が重要となる<sup>29)</sup>。個人が真に企業の一員となるためには、まず能力によって評価されること、能力開発が個人の責任になりつつあることに留意する必要がある<sup>30)</sup>。企業に人生を捧げることは、もはや個人にとって危険なこととなった。こうして会社への期待や帰属意識を失い、仕事にやりがいを見失った人は市場にあふれ、再就職産業はもてはやされ、仕事を好きになるよりも生活維持のための経済的労働觀が明確化してきている。個人を取り巻く状況は、組織優位、合理化の徹底等、個人にとって益々危険なものになっているかのようだ。

しかし、このような傾向は、長期的に見れば長続きしないだろう。組織の扱い手は結局は個々の人であり、経営者、採用担当者もその一員である。売上げを追及した合理的な組織の活動は、

その中の個々の人の満足を生み出すとは限らない。人間の営みは合理性ばかりを追及しては成り立たず、ゆとり、なかま、裁量（熊沢、1997）といった、いわば“ゆらぎ”がどうしても必要で、不合理な面を持っている。ここに、障害者雇用の動機の核心がある。

企業経営は目先の営利追求だけではやっていけないとよく言われる<sup>31)</sup>。ただし、このことから直ちに障害者雇用を単なる一過性の社会貢献、つまり景気の良い時にだけ行い得る特殊な企業行動だと捉えるのは単純過ぎる。

私たちは誰もが、安心できる社会に住みたいと望んでいる。私たちは自分の福祉の達成だけを目指すのではなく、同時に他人の福祉や自分が帰属する社会のあり方にも無関心でいられない存在である（加藤、2000）。長期的な視点から企業活動をする経営者は、市場原理と共に社会との共存、共感を重要視し、セーフティネットのしくみを企業活動にビルトインさせ、市場から排斥された個人へ企業自体が手を差し伸べようとする。市場主義的な機能が肥大化し歪んだ組織は、その歪みが見抜かれ、社会から排斥されるだろうとみるからである。企業と社会との“きずな”はこうした観点から築くことができる。

顧客は無限大には存在しない。企業には、固定客と長く付き合えるだけの姿勢が問われている。不特定多数を相手に一時的な消費意欲をくすぐる売上至上主義、顧客との短期の付き合いを前提とする一過性のサービスを前提とした企業論理は、資本主義社会では短期的には讃えられるが、長期的には生き残れない。急激に利益を上げた短命なベンチャー企業にありがちな姿だ<sup>32)</sup>。合理主義に徹した組織の論理だけでは、障害者雇用を語る余地は無い。しかし、企業体を構成している採用担当者や経営者といった個々の人間の心の中には、合理性を追求し切れない感情があり、それがある種の“ゆらぎ”や“きずな”を求めるのだ。合理化に耐えられないのは、個人の能力の高低や耐性の強弱などではなく、すべての人間に共通の先驗的な特性である。

専門技術スタッフが障害者の雇い入れを企業に勧めるとき、その交渉の相手は、合理的な組織という抽象的な相手ではなく、実際には人事担当者、事業主といったひとりの個人である。その個人の中の“ゆらぎ”や“きずな”を求める心に訴えかけることが、結局は企業全体としての受け入れにつながるのではないか。

組織は個人に対するプライオリティを保つため、特定の個人に依存しないよう属人的な業務を廃し、常に、いわば“取り替えのきく個人”を求めている。他方、個人は、組織での安定した地位を築くため、いわば“かけがえのない個人”となることを目指し自らの価値を高めようと努力する。このように、企業は、組織の論理と個人の論理とのせめぎ合いで動いている。どこまでも

“取り替えのきく個人”だけを求める、売上至上主義で合理性ばかりを追求する組織の論理だけでは、中で働く人材は耐えられなくなるだろう。結局、組織は人材で成り立つことを考えると、限られた人数の禁欲的な合理主義者を管理できたとしても、多数の人材を活用できないだろう。障害者雇用をしない企業は、個人と組織とのバランスを欠いた超合理主義（組織至上主義）の会社である。そこでは、結局人材は育たないし、禁欲的な個人が必死に耐えて労働するしかないだろう。このことは、不況の時代に合理化を徹底させることの無意味さを、逆説的に示している。

### 3 専門技術スタッフの責任範囲

#### 3.1 専門性を發揮すべきこと

前節では、個人と企業・仕事との関係についてみていく中で、企業が個人に対して負うべき責任の範囲や、そこでの専門技術スタッフの立場について考えた。続くこの節では、個人と専門技術スタッフとの関係について考えることにする。専門技術スタッフは、その期待（責任）にどこまで応えることができているのか、あるいはできていないのか。このことを考える手掛かりとして、以下ではまず、専門技術スタッフよりも格段に厳しい責任が問われる、専門職（医師）に関する2つの判例についてみていきたい。

##### (1) 未熟児網膜症事件

昭和49年、1,508グラムで出生した未熟児が、生命維持及び脳性麻痺等の予防のため酸素吸入等の治療を受けた。ただしこの治療法では、大量の酸素投与が引き金となり未熟児網膜症<sup>33)</sup>が発症する可能性があったため、併せて眼底検査を行い、一旦は問題なしとされた。ところが退院後の検査では未熟児網膜症による視力低下が認められたため、主治医の注意義務違反があったとする損害賠償請求訴訟が提起されたものである。一審では原告側が敗訴、これを不服とする原告が控訴して起こした二審でも敗訴したため、原告はさらに最高裁へ上告したところ破棄差戻しとなった<sup>34)</sup>。

この裁判の最大の争点は、当時いくつかの先駆的医療機関で光凝固法という治療法やそれを念頭に置いた診断基準と検査法が、未確立ながら既に開発され実用化されていたが、未確立とは言えこの治療法を用いなかったこと（適切な専門技術を、駆使すべき時に駆使しなかったこと）が医師の義務違反に当たるか否かという点にあった。

さてここで、最高裁の判文のうち、医師という専門職に求められる専門性の考え方方が示されている箇所に注目したい。やや長文になるが以下に引用する。

ある疾病について新規の治療法が開発され、それが各種の医療機関に浸透するまでの過程は、おおむね次のような段階をたどるのが一般である。すなわち、まず、当該疾病的専門的研究者の理論的考察ないし試行錯誤の中から新規の治療法の仮説ともいべきものが生まれ、その裏付けの理論的研究や動物実験等を経た上で臨床実験がされ、他の研究者による追試、比較対照実験等による有効性（治療効果）と安全性（副作用等）の確認などが行われ、この間、その成果が各種の文献に発表され、学会や研究会での議論を経てその有効性と安全性が是認され、教育や研修を通じて、右治療法が各種の医療機関に知見（情報）として又は実施のための技術・設備等を伴うものとして普及してゆく。

…（中略）…有効性と安全性が是認された治療法は、通常、先進的研究機関を有する大学病院や専門病院、地域の基幹となる総合病院、そのほかの総合病院、小規模病院、一般開業医の診療所といった順序で普及していく。

そして、知見の普及は、…（中略）…まず、当該疾病を専門分野とする医師に伝達され、次第に関連分野を専門とする医師に伝達されるものであって、その伝達に要する時間は比較的短いが、実施のための技術・設備等の普及は、当該治療法としての難易度、必要とされる施設や器具の性質、財政上の制約等によりこれに要する時間に差異が生じ、通常は知見の普及に遅れ、右の条件次第では、限られた医療機関のみで実施され、一般開業医において広く実施されるということにならないこともある。

…（中略）…したがって…（中略）…すべての医療機関について診療契約に基づき要求される医療水準を一律に解するのは相当ではない。そして、新規の治療法に関する知見が当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、当該医療機関において右知見を有することを期待することが相当と認められる場合には、特段の事情が存しない限り、右知見は右医療機関にとっての医療水準であるというべきである。そこで、当該医療機関としてはその履行補助者である医師等に右知見を獲得させておくべきであって、仮に、履行補助者である医師等が右知見を有しなかったために、右医療機関が右治療法を実施せず、又は実施可能な他の医療機関に転医をさせるなど適切な措置を採らなかっただけに患者に損害を与えた場合には、当該医療機関は、診療契約に基づく債務不履行責任を負うものというべきである。また、新規の治療法実施のための技術・設備等についても同様であって、当該医療機関が予算上の制約等の事情によりその実施のための技術・設備等を有しない場合には、右医療機関は、これを有する他の医療機関に転医をさせるなど適切な措置を採るべき義務がある。

最高裁はこうした考え方に基づき、二審判決が、この病院の医療機関としての特性（備えるべき水準）、光凝固法に関する知見の各種医療機関における普及程度の検討を欠いていることを指摘し、この医療機関に要求される医療水準についての解釈を改めて示すべきであるとして、二審判決を破棄し、高等裁判所へ審理を差し戻したのである。

さて元々この裁判は、患者とその家族が一人の医師を相手取って起こされたものであるのに、判決は、専門機関である病院の責任を第一義的に論じている。つまり、判決は検査、説明、転医等について医師に課される義務を問う以前に、「診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準」を問うとともに、その水準を達成するのに必要な知見、技術・設備等の普及に際し、その医師が所属する医療機関の責任について言及している。さらに、それぞれの医師の専門性には一定の範囲があり、医師がその専門性を逸脱する疾病内容をもつ患者を診た場合は、医療機関の名のもとに転医をさせる義務があることにもふれている。

## (2) 薬害エイズ事件

血友病<sup>35)</sup>の患者が受けた治療で、使用された非加熱製剤に HIV ウィルスが混入していたため、患者にエイズが発症し 1985 年に死亡した。これに関連して大学病院の副学長として当時治療の最高責任者の立場にあった医師が業務上過失致死罪に問われた刑事事件である。1970～80 年代に同じ治療を受けた血友病などの他の 1,400 人以上の患者も相次いで感染、発症し、500 人を超える死者が出るなど社会問題になった。

被告は血友病治療の権威とされ、治療に当たった医療機関も最高水準とされていたことから、当初多くのマスコミ報道で、治療上の知見、技術・設備等の面からみて専門職・専門機関の責任は問われて当然とされていた。しかし、一審判決で被告は無罪になり、検察側が控訴する見込みであると報道され、今後の経過が注目された<sup>36)</sup>。

争点の一つであった、エイズ発症の危険性を当時の被告が知り得たか否かについて、検察側は内外の先駆的文献と、病院の検査技術とを勘案し、被告が知り得る立場にあったと主張した。これに対し被告弁護側は、当時の学説は分かれており当時の医療水準では危険性を認識できず、被告独自の有効な情報も無かったと反論していた。

判決では、起訴当時、HIV ウィルスの性質や診断方法は不明点が多く、研究者や臨床医の間に明確な危険認識が浸透していたとは言えないから、血友病の専門医として死亡を見える可能性はあったにしても、その程度は低かったこと、血友病専門医の大多数が同じ製剤を投与していた実情に照らせば、その製剤を中止し他の製剤に切り替えなかった責任を被告に問うことはで

きないこと、事件の結果が悲惨で重大であるからと言って犯罪の成立範囲を広げることはできないこと、等を理由に被告無罪とされたのである。

### (3) 判旨に関する若干の考察

これら医療に関する民事・刑事裁判では、いずれも当時の医療水準、すなわち専門性の高さがどの程度のレベルにあったのかが、まず問われている。その上で専門職の責任は、それらを適切に駆使していたか否かの視点から専門分野別（あるいは標榜する診療科の別）に問われることになるが、このとき、患者に必要な治療内容と自らの専門分野が異なるのであれば、しかるべき専門分野の医師・医療機関へ適切に紹介する義務があると考えられている。

そもそも、医師には業務独占の資格が与えられているから、自らが受け持つ専門分野の専門性を独占することで、自己の社会的価値を向上・維持し、業として成り立たせることができる。反面、こうした専門分野の知見、技術・設備等を適切に駆使し、患者の健康・福祉の増進に向け貢献する社会的責任が問われることになる<sup>37)</sup>。

河上（1995）は、民法研究の視点から、専門職によって不完全な役務（業務）がなされた場合に、利用者を救済するためのルールの策定が大きな課題としてあることを指摘している。というものも、民法では、専門職は仕事の結果に対する責任<sup>38)</sup>よりも、仕事の過程、駆使する技術の選択妥当性、あるいは選択された技術を適切に用いているか等、業務のプロセスに関する責任<sup>39)</sup>を担っていると考えられているからである<sup>40)</sup>。すなわち、専門職とその顧客との契約は、民法上、請負契約ではなく委任又は準委任契約に該当する。

このことは、次に挙げる説明義務の法理でも同様である。すなわち、医療行為の結果如何に関わらず、むしろそこへ至る過程で、説明すべき事柄が、適切に説明されたか否かが問われているのである。

## 3.2 説明の義務

### (1) インフォームド・コンセント

医師の説明義務に関する裁判所の判示やその判例研究においては、医師が為すべき説明には2種類あると考えられている。そのひとつは、治療に先立ちその治療方法の採用につき、患者の承諾を得るために説明であり、もうひとつは、悪しき結果（症状の悪化等）の発生を回避するための説明（転医を勧めることや、経過観察に伴う療養指導など）である。このうち前者のタイプの説明はインフォームド・コンセント法理<sup>41)</sup>の中核を為すもので、治療法の説明に際し、選択肢を

伴い、それぞれの治療のデミリットも含め、その患者にわかるように説明し、患者が自分で判断できるように支援しなければならないという考え方である。

このように、治療方法の説明が為され、患者がそれに同意した上でなければ、医師は治療を行ってはならないとする主張は、治療を受ける側からみれば至極当たり前のように思える。しかし、実際の臨床では、そのように簡単に割り切れない事態にしばしば直面する。このことについて、以下の2つの意見をみてみよう。

友人は去年の8月に、2年間の闘病の末、卵巣ガンでなくなりました。大学病院の主治医は、入院早々、「卵巣ガンです。チームのみんなが全力で治療にあたります。でも治らなかったら、ごめんね」と本人に話したそうです。／これでは最初から「あなたは治らない」と言わされたも同然ではないでしょうか。／彼女は2日、泣き明かしたそうです。(68才主婦)

何の心の準備もないまま「子宮がんで末期の可能性もある」と医師に宣告されました。／病気になるまで、私は告知しなくて当然と考えていました。思ぬ宣告にしばらく落ち込みましたが、結果的には告げられてよかったです。自分の人生を大切に生きることを考えるようになりました。／怖い半面、負けちゃいけないと思えるのは強みだし、後悔のない人生にもつながると思います。(35才主婦)

(以上、朝日新聞2001年5月17日朝刊)

これらの事例は、医療情報に対する患者の受け止め方は一様ではないことや<sup>42)</sup>、説明すべき場合もあれば、逆に説明すべきでない場合もあること、さらにそれぞれの患者への接し方の技術が問われていること等を示唆している。

近親者への説明のあり方の視点も重要だ。がんや精神病等、生活スタイルや人生設計に重大な影響を及ぼしかねない疾病的告知に際しては、本人よりも近親者への説明・同意の方が妥当という考え方がある。だが、近親者との関係に第三者が介入することを望まない患者もいるだろう。インフォームド・コンセントの法理はアメリカから起きたものだが、日本には日本人の感覚に馴染むやり方で行われるべきではないだろうか<sup>43)</sup>。

## (2) 輸血拒否事件

日本で医師による本人への説明義務を明確に示した判例として、輸血拒否事件がある<sup>44)</sup>。1992年、63才の女性が腫瘍の摘出術を受ける際、宗教上の理由から輸血を拒否する意思表示をしつつ、手術がどのような結果になんでも医師の責任を問わない旨の免責証書に記録・捺印した。ところが手術中に予想以上の出血があり、執刀医の判断で輸血が行われ手術は成功した。裁判は、

患者があらかじめ輸血を拒否したのに、医師が説明をしないで輸血を行ったことの違法性が問われたもので、日本のインフォームド・コンセント法理に大きな影響を与えたとされている判例である。

一審で原告側が敗訴、二審では勝訴し病院側の説明義務違反とされた。その後、病院を運営する国と医師が上告したものの、最高裁はこれを棄却し、原告である患者が勝訴したのである。

免責証書に盛り込まれていない内容であったとしても、「輸血をともなう医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない。」と最高裁は判断した。さらにこの中で、患者の同意は同意書に記名捺印することと同義ではないという考え方が示された。また、患者は「輸血をともなわない手術を受けることができると期待して入院した」のであり、かつそのことを医師は認識していたのであるから、「必要な事態にいたったときには、輸血するとの方針を探っていることを説明して」、その上で「手術を受けるか否かを患者本人自身の意思決定にゆだねるべきであった」。したがって、医師は、輸血に関する説明を怠ったことで患者の自己決定の権利を奪ったことになると判断されたのである。

医療情報は広範かつ複雑であり、その全てを患者に説明することは不可能である。それでは、医師はどのような内容を説明しなければならないのだろうか。医師が説明すべき内容について、従来の判例では4通りの見方がなされている<sup>45)</sup>。すなわち、①合理的医師説（善良なる管理者としての医師、または合理的な医師ならば説明するであろう内容）、②合理的患者説（平均的ないし合理的な患者ならば重要視するであろう内容）、③具体的患者説（個々の患者が重要視する内容）、④③のうち合理的医師ならば認識できたであろう内容、の4つである。裁判になった場合、①では、説明を怠った医師が合理的でなかったことを立証する責任が、患者側にある。逆に②～④では、患者の重視していた情報内容を医師が適切に説明できたことを立証する責任が、医師側にある。

しかし、広範で複雑な医療情報を、患者は一体どのように把握するべきなのか。患者が重視しターゲットとなる医療情報は、患者自身がある程度の量の医療情報にあたらなければ、はっきりとは認識されないのであろう。また、③の具体的患者説では個々の患者が重視する内容を医師が知ることが大切だが、そのためには患者の内面に踏み込んでコミュニケーションを図る必要がある。つまり、通常、患者は医療情報の大切な部分を知らないし、医師は、治療に際し患者が最も重視するテーマを知らない。この問題の解決には、時間をかけたひとりの患者とひとりの医師との信頼関係の構築や、充分なコミュニケーションが必要であろう。