

〔論 説〕

医療契約法の再構築 (8)

北 山 修 悟

はじめに

序 章 課題と方法論の提示

第1節 残されている課題の確認

第2節 1つの事例から学ぶ——新しいリハビリテーション医学

第1章 エビデンス・ベイスト・メディスン (EBM)

第1節 EBMとは何か

第2節 EBMに対する日本の医学界内での評価

第3節 EBMに基づく診療ガイドライン (以上第67号)

第2章 ナラティヴ・ベイスト・メディスン (NBM)

第1節 NBMの登場

第2節 NBMとは何か

第3節 EBMとNBMの統合 (以上第70号)

第3章 EBM・NBMと医師-患者関係

第1節 医療行為のプロセス

1. 医療面接

2. 身体診察と検査

3. 診断の確定の過程 (以上第72号)

4. 治療方法の決定過程 (以上第75号)

第2節 医療行為の目的——キュアとケア

1. 疾患のキュアと患者のケア

2. 「病苦」の軽減としてのケア (以上第76号)

第3節 EBM・NBMに基づいた医師と患者の協働

1. EBMとNBMの統合・再説
2. 共有意思決定 (Shared Decision-Making) について
(以上第83号)
3. インフォームド・コンセント論の再検討
 - (1) 現段階での諸問題
 - (2) 「コミュニケーション」と「権利放棄」 (以上第89号)
 - (3) 「同意」と「関係的自律」
 - ① 「自律」の重要性とその制約要因
 - ② 「関係」から生じる義務
 - ③ 「同意」の意義の二重性
 - ④ 法的ルールへの反映
 - ⑤ 若干のまとめ (以上本号)
4. 関係中心の医療 (Relationship-Centered Medicine)

第4章 新しい医療契約法の理念と構造

おわりに

第3章 EBM・NBMと医師－患者関係

第3節 EBM・NBMに基づいた医師と患者の協働

3. インフォームド・コンセント論の再検討 (承前)

(3) 「同意」と「関係的自律」

以下に、マクリーンの『自律・インフォームド・コンセント・医事法』(Maclean2009)の概要を紹介する。なお、筆者にはマクリーンの見解に賛成できる点が多い——特に「医師－患者関係」から生じる義務について——が、それだけに、以下では客観的な紹介につとめている。

① 「自律」の重要性とその制約要因

「自律」(autonomy)の定義には多くの異なるものが存在するが、それらは大きく三つの類型に分けることができる。リバタリアニズムによると、自律は単なる自己決定と同視される。リベラリズムによるならば、それに合理性(rationality)が付加される。コミュニタリアニズムによれば、さらに道徳的な同意という実質が要求される。自律の定義については

これら三つのような大まかな類型化が可能であるが、しかし、これらが別個独立しているわけではない。自律についてのさまざまな見解は、自律というものを原子論的で独立した自己決定とするリバタリアニズムの考え方を一方の極とし、個人の自律はコミュニティの必要性や利益に従うべきだとするコミュニタリアニズムの考え方を他方の極とする連続体の中に位置することになる (Maclean2009:11)。

自律の定義の違いは、主として政治的立場により、そこには、行わないし選択の自由としての自律、合理的で自省的な選択の能力としての自律、原理志向でありかつ合理的な視点としての自律、といったものが存在している。しかし、自律というものの価値を保持しようとするならば、自律の概念には何らかの意味での合理性が含まれていなければならない。したがって、自律を単なる行為の自由としてとらえることは妥当ではない。さらに、自律的な行為は、自律的な人間や自律的な生活とは区別されねばならない。この区別は、自律への干渉の程度が異なることを正当化する根拠として重要であり、したがってまた、法がいずれのタイプの自律を保護すべきなのかを決定するために重要である (Maclean2009:22)。

医師は最善の医療的措置についての知識しか備えておらず、他方で患者は自分に関するその他あらゆる側面についての専門家であるから、治療に関する最終的な決定は患者に委ねられるべきであるとする、医的パターナリズムに対する批判がある。このような批判は、健康の最大の価値が道具的なものであることを省みるならば、もっともなものである。すなわち、健康であることによって、われわれは自らの人生計画に従って自らの目標を達成することができるのであり、このように考えるならば、この世において最も重要なものは、健康や幸福そのものではなく、自己実現 (self-fulfilment) である。健康や幸福に対して自己実現が優越するということから、われわれ個々人は究極において自律的である必要があるのである (Maclean2009:28)。

自律は、その本質的な価値によって、ある主体が道徳的な責任を負うコミュニティの成員であるための不可欠の要件である。道徳的主体から成るコミュニティの存在価値は、自律的な人間を尊重することを正当化する。さらに、自分を道徳的主体と考え、主体性が尊重されるべきだと考えるならば、その当然の結果として、自分と同様の能力を有する他者の主体性が尊重されねばならない。主体であるための能力を備えているのが自分だけ

であると信じているのでない限り、自己の決定を他者の決定に優先させることは正義に反する。このことは、ある人が主体として扱われたいのであれば、同様の能力を有する他のすべての人々も同様に扱われるべきことを意味する。かくして、何らかの政府やさらには政治体制を構成するためには、主体性の承認が必要とされる (Maclean2009:29)。

自律的な決定だけを保護するとするならば、行為者が非合理的に決定したり単純に間違いをおかしたりした場合には、それらへの不干渉を正当化することはできなくなる。しかし、自己決定を行うことは、自己の人生の著者であり責任主体であり道徳的主体であるための重要な側面である。自分が何者であるかについてのこれら重要な要素を構成するのは、個人の自律的な行為であるというよりは、むしろ個人が自律的な個人として行う行為なのであり、したがって、他者はある個人の自律的な選択のみならず、その非自律的な選択をも尊重すべきことになる (Maclean2009:37)。

われわれは、たとえそれが非合理的なものであったとしても、自分自身の選択を行うことが許されるべきである。他者はそれに対して、助言したり説得したり忠告したりすることができる——そうする義務があるとも言える——が、自律が指導原理であるかぎりには、最終的な決定権は当該個人に残されるべきである (Maclean2009:41)。

「同意」(consent) と「自律」との間のつながりは、有効な同意が自律的な人間ないし主体によってなされたという事実によってもたらされる。道徳的な主体性が認められるためには、合理的であるための、したがって自律的であるための能力が必要なのであり、価値が置かれるべきは主体が現実に行う決定ではなく、道徳的な主体性なのである。同意の倫理的な価値は、自律的当事者それぞれの有意義な道徳的主体性ととの内在的なつながりにその基礎を有する。同意は、それを行った者の自己決定の自由を保護すると同時に、それを行った者にその決定についての責任を負うことを要請する。同意の重要性は、個人を自律的な道徳的主体として尊重することに基づいているのであり、そのような自律的な道徳的主体性は、個人を——最終目標に達するための手段としてではなく——最終目標そのものとして扱うべきことを要請する。そして、自律的な個人と自律的な行為と自律的な人生とを区別することが重要である。単純な自己決定は、これらの相違を覆い隠してしまい、かつ、自律が道徳的責任を導き出すことの正当化に資するものではないことを理由に、否定されるべきである (Ma-

clean2009:44-45)。

自律は、本質的な価値でもあり道具的な価値でもある。すなわち、自律は、個人の統合性 (integrity) のために必要であり、かつ、人生に人間性の暖かみをもたらすような他者への対応行動をとることを可能にするということから、本質的な価値であると言える。そして、その道具的な価値は、自律は、内心の決意を持っている者の幸福の形成に資する点にある。また、自律を尊重することによって、人々は財を入手しやすくなり、自らの失敗から教訓を得ることができるという点からも重要である。最後に、自律は、国家の専制に対する保護をもたらすものでもある (Maclean2009:46)。

しかし、自律は唯一の指導原理ではない。医的処置への同意を法がいかに取り扱うべきかを決定するために関係してくるであろう、その他の道徳的原理が存在している (48)。

「善行の原則」(the principle of beneficence) は、医療実践において長く知られているものである。この原則における義務——患者に善行を施すこと——は、重要かつ合理的な義務であり、これによって、医療における医師と患者の関係がケアの関係になり、専門家である医師の役割がセールスマンや技術者のそれを超えたものとなる。ただし、患者に善行を施すことは直感的にはよいことのように思われるが、その限界を画し、それが患者の自律を尊重する義務とどのように関係するかを検討することが必要である (Maclean2009:49)。

医師の「善行の義務」(the duty of beneficence) は、有害な医的介入を禁止すると同時に、患者に積極的な利益を提供する義務を含んでいる。医師は、患者の利益を促進するように行動することが求められる。このことは、患者の健康や幸福について当てはまるように、患者の自律についても同様に当てはまる。したがって、医療専門家は、患者の主体性を促進する義務を負う、ということになる。以上のことからすると、医療専門家は、同意についての患者の形式的な権利を尊重するにとどまることなく、そうした尊重の要請の背後にある精神についても配慮しなければならない (Maclean2009:49-50)。

すでに述べたように、健康は、幸福の一つの側面にすぎない。すなわち、健康は、本質的な価値であるというよりは道具的な価値であり、また、健康は、完全に客観的なものではなく、しばしば複数の手段によって

実現されるものである。健康と同様に、幸福というものも、各人の自己意識にかかっている。ある個人の自律を制限したり侵害したりすることが、その者に自己の力不足の感覚を生じさせ、その幸福に反する影響を及ぼすことがある。このことは、医的措置の選択とそれが患者の目標や人生設計にマイナスの結果をもたらすことによって、さらに悪化し得る。したがって、善行義務には個人の自律の尊重が含まれる。善行義務は、患者の自律を考慮に入れるべきものであり、さらには、患者の自律によってその範囲が画されるべきものである (Maclean2009:50-51)。

医師の最終的な責任が、広い意味での患者の幸福とその人生計画の追求を容易にするためにその医療技術を用いて奉仕することにあるとするならば、患者が行った決定が当該患者の価値観や長期的な目標や人生計画に反すると思われる場合に、医師は当該患者の決定を覆すことができるか、という問題が生じてくる。この問題は、「自律的な決定」と「自律的な個人による自己決定」との区別が、とりわけ重要となる場面である。もしもある決定が自律的であるならば、その決定は、定義上、当該患者の価値観や人生設計に一致しているであろう。しかし、もしもそれが単なる自己決定であるならば、そうではない可能性がある (Maclean2009:51)。

1960年代と1970年代の権利重視の動きの高まりのなかで、善行はパターンリズムとして再定義されるに至ったが、これはこれら二つの概念の関係を誤解させるものである。善行とパターンリズムは、両方とも他者の利益のために行動するという点で重なる部分があるが、しかし、善行はそれを受ける者の意思によって制限されるのに対して、パターンリズムにはそのような制限がない (Maclean2009:51)。ある人間が非合理的な選択をした場合にパターンリズムが正当化されるか否かは、自律についてどれだけの価値を認めるにかかっている。われわれは誰しも誤った決定をするものであり、それによる有害な結果はパターンリスティックな介入によって回避され得る。しかし、非合理的な決定をパターンリスティックに覆すことは、たとえそれによって重大な結果を回避できたとしても、それはその者の主体性を侵害し、その者を等しく信頼すべき決定権者として扱うことをしなかったという点において、よくないことである。パターンリストは、非合理的な決定は自律的ではなく、したがって尊重される必要はないと主張するかもしれない。しかし、当該選択の身体的結果を負って生きなければならないのは患者本人であるから、決定についての支配権はその患

者に認められるべきである。また、自律を一つの抽象概念として尊重するのではなく、自律的な個人を尊重すべきであるとするならば、自律的な個人の非自律的な決定も尊重されるべきことになる（Maclean2009:54-55）。

ただし、ここで留意しておくべき点は、同意と治療結果についての責任とは、本来的につながっているわけではない、ということである。これら二つを結びつけることは、自律に関する原子論的な自由主義的概念に基づく主体と責任についてのある種の仮定によった、一つの慣習である。運不運、及び、社会的に相関的に位置づけられた個人というものが考慮に入れられるならば、治療結果についての責任の所在は、主体性と直接に因果的に結びつけられるものではなくなる。運不運と自律の社会的性質とが考慮されるならば、自律という概念によってすべての責任を自動的に同意に結びつけることは正当化され得ない。ここでむしろ重要なことは、同意のみではなく個人の主体性や正義の原則についても問題として取り上げることである。この点については後述する（Maclean2009:64-65）。

②「関係」から生じる義務

患者の同意を求めるというインフォームド・コンセントの最終的な段階でさえ、他者の立場を尊重した相互性が反映されるのであり、一つのコミュニケーション上の行為であるとみることができる。そして、同意を関係という文脈の中に位置づけることの重要性は、関係そのものが義務や責任の発生源であるということにある。自律も善行も社会的文脈なしには意味をもたず、また、社会的文脈こそが関係する当事者との関係を形成するものであることからすると、患者と医師との間の関係を明確化することは、必要不可欠なことである。この検討を通じて、各当事者の権利と義務が同定される。関係についての探究は、同意の内容を確定し、同意を規律する諸規範を導き出すための方法を提供するという点で重要である（Maclean2009:73）。

医師と患者の関係を通して同意というものを考察することの重要性は、社会的依存の重要性とそこから生じる義務とを強調することにあるが、同時に、いかなる関係も個人というものからなっていることを認識しておかねばならない。すなわち、独立した意思決定者としての個人という側面が過度に強調されてしまうと、ケアの関係性が薄れてしまい、患者は孤立した自己決定の冷酷性の中に放置されてしまう。その一方で、社会性と関係

的な側面が過度に強調されるならば、個人の主体性が薄められ、個人の利益が社会全体の利益の犠牲とされてしまいかねない。したがって、個人の主体性とその個人が結んでいる関係から生じる義務との間に、バランスをとる必要がある (Maclean2009:76)。

そして、自律には個人と関係の両方が含まれていると考えるならば、「関係の中にいること」 (*being in a relationship*) と「関係を持つこと」 (*having a relationship*) の区別が重要になる。ある関係における一方の当事者が道徳的主体として尊重されていない場合には、その当事者は「関係の中にいる」が、「関係を持っている」とは言えない。「関係を持つ」ためには、相互に相手方の主体性を認め、したがって相互の参加を認める必要がある。患者と医師との関係においても、双方の当事者がともに相手方の道徳的主体性を認めることが重要である。すなわち、患者からの尊重を受けることを通じて、医師は患者の目標を達成するためにその専門性を発揮することを促され、その結果として、患者は自律的であることが可能となり、その自律性の成果を最大化できるようになる (Maclean2009:76)。

関係は、二つの主要な要素によって特徴づけられる。すなわち、第一に、関係は必要性に基づいて生じるものであり、第二に、関係は双方向的な義務を生み出す。そうした義務なしでは、いかなる個人間の関係も、純粹に形式的なものとなり、なんらの実質を有しない。その場合には「関係の中にいる」ことがはできるが、「関係を持つ」ことはできない (Maclean2009:77)。

ある関係が「よい」ものである——言い換えれば「相互的である」——ためには、その他いくつかの要素が必要である。その中でもっとも重要なものは、「信頼」 (trust) である。信頼は、絶対不可欠のものではないが、信頼がまったく存在していない関係は、貧しい関係である。信頼の重要性は、それが適切に機能するならば、相手方が有する技術や知識に依存することができるという点にある。いかなる個人も、社会の中で完全に自立して存在することは、不可能かあるいは望ましくない。われわれはあらゆる物事についての専門家になることはできないのであり、他者への依存は不可避なことである。さらに、ある関係において他方当事者に信頼を置くことは、他方当事者に対する尊敬の気持ちを示すことであり、その結果として、その関係は実り豊かとなり、より効果的なものとなる。信頼は、それが濫用されない限りは、当事者双方に豊かさをもたらす。信頼はあらゆる

関係の基盤であり、医師と患者の関係も、その例外ではない (Maclean2009:77-78)。

患者が他者の支援に頼ろうとするのであれば、その見返りに最小限のなんらかの合理的な義務を果たすべきこと、すなわち、医療専門家と「関係にある」だけでなく「関係を持つ」ことが必要となる。それらの義務は、それを果たすための判断能力を患者が有しているか否かを考慮に入れねばならず、その義務があまりに重いものである場合には、患者の自律の保護の必要性が高まってくる。かくして、「同意」に関する規範は、個人の尊重、個人の自律性、コミュニティに基礎を置いた社会的関係の文脈の中での自己決定による選択、といったものをその基礎とすることになる。このことは必然的に、自律に関する関係的アプローチを必要とするのであり、こうした同意の基盤が、〈道徳的かつ合理的な自己決定としての自律〉という定義のほうが、より個人主義的で自由主義的な見方である〈合理的な自己決定としての自律〉よりも望ましいことの理由となる (Maclean2009:79)。

コミュニケーション的な行為ないしプロセスは、必然的に少なくとも二人の当事者を含み、当事者間のなんらかの程度の協働 (cooperation) を必要とするが、そこでは、力のより大きい当事者としての医師に、患者側のコミュニケーションへの参加を促進することが求められる。すなわち、自律的な決定を行えるように患者を支援し促進することが医師には求められる。医師が患者の自律の支えとなるならば、患者が自己決定を行う意欲を高め、それによって治療に対する患者の協力的な態度がもたらされ、治療の結果も改善され得る (Maclean2009:81)。

これに対しては、判断能力を備えた患者の決定に対して介入する権限を医師は有していない、という反論がなされるかもしれない。しかし、他者の個人としての自律を十分に尊重するためには、とりわけケアの関係においては、患者の決定に異議を唱えないという消極的な義務だけではなく、積極的な義務も要求される。その意味では、それら二つの義務の間には一定のバランスをとる必要があるのであり、自由としての自律を保護するための不介入と、個人が有する資源や機会を確保するための介入とによって、患者の自律が効果的に行使され得るようにしなければならない。ケアは介入が自律阻害的にならないように行われねばならないが、医師はその状況 (患者の決定の結果や、力関係の不均衡や、患者の脆弱性や、病んだ

者の自律の脆弱性など)に敏感であるべきであり、明らかに非合理的な決定に対しては問いただすべきだとすることには合理性がある (Maclean2009:84)。

すなわち、自律の尊重と善行の義務は、患者に影響を及ぼす決定を患者に全面的に任せてしまうことを意味するわけではない。これら二つの義務の下では、患者の決定が賢明なものではないと思われる場合には、医師には、その決定を変更するように患者を説得することが求められる。とりわけ、善行の義務は、自分が担当する患者が害を被ることを避けられるように行動することを医師に要請する。善行の義務においては、医師が患者の自律を完全に無視することは認められず、また、患者の意思に対して強制したり不正な誘導を行ったりすることは認められない。しかしながら、善行の義務は、患者の自律を尊重するために、患者が判断能力を有しているかどうかを確認したり、事実や起こり得る結果について適切に理解しているかどうかを確認したり、問題を的確に検討しているかどうかを確認したりするといった介入をも要請するのである。賢明でないことが明らかな決定に対して翻意を促すことは、ケアの倫理という観点からも支持される。重大な害悪をもたらすような患者の賢明でない決定を放置しておくことは、他者をケアすることと正反対のことである。誰かをケアするということは、その誰かがその目標を達成することを望むことであると同時に、その誰かの価値観を尊重することでもある。患者が行った決定がいかなるものであってもそれをそのまま認めるのでは、ケアにはならない。ケアの関係に参加する者は、他者と関わり、他者の自律の行使を支援しなければならない。患者の意思決定のプロセスに関わり、その決定の背後にある理由を理解することによってのみ、医師はケアする者としての役割を果たし得る。すなわち、善行や自律の尊重とともに、ケアの倫理によって、医師は、患者を説得し、必要な場合には議論することを求められる (Maclean2009:89)。

患者の自律は医師に対して義務を負わせるものとなるが、同時に、相互の道徳的主体性の容認は、患者の側にも義務を負わせる。そうした義務は、自律が社会内部に位置づけられることと、医師と患者の関係という、より特定された状況を原因として生じるものである。関係は、双方向的な義務を生じさせるものであり、医師と患者の関係もその例外ではない。これに対しては、患者の病気で弱った状態や、知識と力の不均衡が、医師と

患者の関係における義務の非対称性を正当化するという主張もあるかもしれない。しかし、当然の義務を常に否定することにはつながらない (Maclean2009:93)。すなわち、自律から生じるもっとも基本的な義務は、他者を人間としてあるいは他者自身を最終目的として尊重する義務であり、そのことによって他者には、その自律を行使する正当な機会が与えられる。そのような義務によって、患者は、自己の行動が他者に与える影響を十分に考慮することを求められる。より厳密にいうと、患者は医師との個人的な関係を持つにいたったのであるから、医師に対して尊敬の念をもって応対すべきである。判断能力のある患者が自律した者として医師と患者の関係を持つに至ったのと同様に、医師も自律した者として扱われるべきである (Maclean2009:94)。

医師の自律と患者の自律とでは後者が優先するが、しかしそのことによって、医学的には支持されるものではない治療を行うことを医師が強いられるわけではなく、医学的な根拠のある治療を患者に勧めることは、医師の権限として認められる。ただし、患者が決めた治療が医学的に支持されるものである場合には、それが医学的に最適ではないからという理由のみでその施行を拒むことは、認められるべきではない。そのような場合の問題解決の手段は、なんらかの妥協が成立しないかどうかを患者と交渉することである。そこでは説得が必要となるであろうが、同時に、医師は逆に患者に説得される用意もしていなければならない。相手方の説得に対して開かれた状態で臨むという相互的な義務からは、患者が医師の勧める治療法を受け入れないことを選択する場合には、患者は少なくともその理由を明らかにすることが合理的である。この相互の説得への開かれた態度は——これこそがまさに意思決定の共有 (shared decision-making) であるが——医師と患者との関係の基本的な効果である。患者側の義務としては、開かれた態度で医師と意思疎通すること、責任ある応答をするように誠実に努めること、医師をある一定の役割を負った一人の道徳的主体として尊重し、その医師の助言に対してよく耳を傾けること、医師と患者の関係および自分自身のケアに対して積極的に参加すること、といったものが存在する。とりわけ、患者は開かれた誠実な対話に関わるべき義務を負っており、そのような対話によって、もっとも自律的な決定が可能となるであろう (Maclean2009:95-96)。

これに加えて、患者が医療的支援を求めているということ自体が、医師

が患者の明らかに非合理的な決定に抵抗することが許される理由となる。すなわち、誰かが支援を求められたとき、その者が、支援を求めてきた者に対して、なぜ明らかに非合理的な行動が支援に値するのかの説明を求め得ることは当然である。明らかに非合理的な決定に対して抵抗することを許す義務は、われわれ各人は社会の他の成員に対して道徳的責任を負った方法で振る舞う義務を負っており、そこでは自己の決定が他者に対してどのような影響を及ぼすかを考慮すべきである、という考え方からも導き出される (Maclean2009:96)。

善行を行いケアの専門家である医師を尊重することが患者に要求されることによって、患者が自己の決定の理由を説明し、医師がその決定を理解したり、またはなんらかの事実または論理の誤りを見つけたりすることが可能となるであろう。ただし、医師が自己の立場を正当化する際には、医師と患者が構成するナラティブには異なるものがあり得るということに留意すべきである。このことは、患者の決定が患者の自己像や人生計画や将来目標に密接に関連している場合には、とりわけ重要なことである。そのような観点からは、患者の決定が理解しがたいものである場合には、医師が質問をすることは必要であるが、同時に、患者のナラティブという側面からその決定を理解しようと医師が努めることも必要である (Maclean2009:97)。

以上のように、従来から一般的に、医師の義務が議論の中心とされているが、しかし、患者も医師に対して義務を負っている。それら患者の義務は、患者の自律、医師と患者の関係における相互性、医師の信頼を支援する必要性を基礎として正当化される。そのような観点からしておそらくもっとも重要な患者の義務は、開かれた態度で意思疎通をする義務、医師との関係に積極的に参加する義務、医師の助言を真摯に受け止める義務、責任ある決定をする義務である。これらの義務は自律的な意思決定を促進するものであり、患者が自己の自律を尊重し高めることを望むのであれば、患者には、医師がそのための義務を果たせるように行動すべきことが求められる (Maclean2009:101)。

なお、医師がケアを提供するための能力は、医師を支え、医業の独占権を保護している社会制度に最終的に依存している。言い換えると、医師の自律は、医師を支える社会から付託されたものである。このことから、医師の自律はある種の特権であるが、医師はその特権に付随して要請される

義務に従わなければならない。そして、医師に対して医師としての徳と呼ぶべきものを要請できるのは、まさに社会である (Maclean2009:102)。

有徳の医師の理想的な属性は、医師の目標である支援・ケア・病気の治療といった意味でのケアの義務と、患者が弱った道徳的主体であるという認識とから明らかにされる。この後者は、医療とは単なる病理学に関する専門的な技術なのではなく、患者を人間としてかつ道徳的主体としてとらえねばならないことを意味している。さらに、医師を信頼しなければならないという患者の側の不可避的な必要性から、自らの義務を自覚しそれを実践することの医師の側の重要性が強調されることになる。誰かをケアするということは、その者の身体的および精神的な幸福だけではなく、その者の目標や価値観や要望にも配慮するということである。誰かのケアをすることは、ケアをする者が、ケアをされる者がその目標を達成することを望むということである。これは、ケアをされる者の自律を支援し回復することによってのみ、十分に実現され得るものである。したがって、ケアの倫理は、患者の健康だけではなく患者の自律にも十分な配慮をすることを、医師に求める (Maclean2009:103)。

また、政治的立場との間の必然的な関係を理解しておくことも重要である。たとえば、医療が完全な市場システムの内部で供給されるとするならば、患者は消費者として扱われ、その法的保護はリバタリアニズムまたはリベラリズムにおける自律の理解に基礎をおいたものとなり、患者の独立した選択と意思決定が要求される。そのようなシステムの下では、生じた結果についての責任はより強く患者の同意と結びつけられるが、そこでは「買主注意せよ」の原則がより強調され、医師の情報提供の義務から患者の質問をする義務へと重点が移される。さらに、義務よりも権利が強調されるようになり、それによって訴訟の可能性が増大し、本来であれば協調的な交渉によるべきところに敵対的な要素が入り込んでくる。さらには、市場志向は医療サービスの商品化を推し進め、コミュニティの健康に対する需要ではなく財政的な配慮が重視されるようになるであろう。市場主義の下では、「ケアの工場モデル」によって、患者の利益よりも患者の処理数の大小に、より重点が置かれる。その一方で、医療制度が国家によって提供され、社会倫理に基づいたものであるならば、自律という概念もより合理的な意味でとらえられ、権利よりも義務に重点が置かれる。生じた結果についての責任は、治療に同意した患者個人から切り離されて分散され

る。より徹底したコミュニタリアニズム的な観点からは、社会的効用が重要になり、個人の同意はその重要性を減じ、生じた結果の責任は患者個人ではなく社会全体によって負担されることになる (Maclean2009:107-108)。

以上を要約すると、医師と患者の望ましい関係には、相互の信頼と相互の同意が必要である。当事者双方は、自律的な人間として関係を形成する。しかし、医師の自律はその職業倫理によって制限される。また、「関係」というものがもたらすおそらくもっとも重要な帰結は、関係が両方の当事者について義務を負わせるという点である。医師は患者の自律を尊重し支援するべきであるが、医師は患者が望ましくなく有害であるような決定を維持したままに放置しておくべきではない。医師は判断能力のある患者の決定を覆す権限を有しないが、双方にとって許容できる結果に向けて患者を導くために合理的な説得をする義務を医師は負っている。このプロセスを促進するために、患者もまた、医師に対して開かれた態度で誠実であるべきであり、自分の決定の理由を医師に説明することが求められ、医師の助言に耳を傾ける用意があるべきである (Maclean2009:108-109)。

③「同意」の意義の二重性

「同意」(consent)の基本的な正当化理由は、患者がその自律を通じて表明するその主体性であるが、医師と患者の関係においては、患者の自律の内容が制限される。関係を持つことによって、医師と患者の両方が、相手方に対して一定の義務を負うこととなり、それによって患者の自律の範囲が画される。すなわち、患者は同意をすることも拒絶することもできるが、その決定は恣意的なものであってはならず、継続的な関係の一部として行われねばならない (Maclean2009:110-111)。

患者の意思決定は、「合意としての同意」(consent as agreement)と「許可としての同意」(consent as permission)の両方を含むものである、と理解することが適切であろう。医師と患者の間の合意は、その出会いの早い段階で生じ、許可としての同意に先立つ。「合意としての同意」は義務を形成するが、「許可としての同意」は患者の身体に干渉しない義務の放棄として機能する (Maclean2009:113)。

また、同意の性格を一つの精神的状況ととらえるか一つの意図的な行為ととらえるかは、社会というものの政治的な捉え方のスペクトラムの両端

として位置づけられる。同意を一つの心理状態とする考え方はリバタリアニズムに基づくものであり、その主体を完全に独立した、自己完結的な意思決定者にとらえる。関係は個人の主体性とは無関係になるので、同意のためのコミュニケーションは同意の正当化のためには重要ではなくなる。その他方の極にはコミュニタリアニズムの考え方があり、それによるならば、主体の独立性は重要ではなくなる。そこでは、患者の心理状態は意味をもたなくなる。そこで問題となるのはただ、二人の当事者の間で一方による他方への介入を正当化するような相互行為が行われたか否かである。自律というもの、および、個人の独立性とその関係依存性とのバランスについての本書の考え方によるならば、これら両極の中間が支持される。言い換えると、同意は、コミュニケーション行為と主体の精神状態との両方の結合であるにとらえられるべきである。この融合的な考え方は、同意の機能を検討することからも正当化される。すなわち、同意は、二つの機能を有する。同意は、本来であれば禁止されることを正当化し、また、新しい義務を生み出す。義務の生成根拠として、同意は合意（または契約）にとって不可欠である。同意はまた、権利保持者の権利について、その権利によって違法とされる他者の行為を許された行為に転換する（Maclean2009:114）。

医師の行為が正当化されるためには患者の同意が必要となるのであり、したがって、同意は、治療の結果についての責任の分配について患者をその対象に含めるために必要なものとなる。いったん有効な同意がなされたならば、治療結果についての責任は、正義の諸準則によって決定される。もちろんこれは、治療結果についての法的責任に関してより現実的な検討が必要でなくなることを意味するわけではない。たとえば、法システムの経済的非効率性を減じるために無過失補償の制度が構築されるべきであると主張することは可能である。しかし、治療結果の責任についてどのような考え方をとろうとも、「医的介入の結果としての加害」を、「同意をする権利の侵害によって引き起こされる患者の自律への加害」から区別することは重要である。これら二つの加害の分離は、リスク開示の問題が民事過失責任においてどのように扱われるべきかに関係する（Maclean2009:119）。

医師と患者の関係が望ましいものであるためには、相互の信頼と相互の尊敬が必要であり、相手方の自律を尊重する義務が必要とされる。この相

互の尊重は、当事者双方がその関係における各自の役割を果たすことができるようにする、開かれていて誠実なコミュニケーションを必要とする。医師が患者の自律を尊重すべきであるとするならば、医師は、治療を開始する前に患者がそれに同意していると信じていなければならない。このような信頼は、同意のためのコミュニケーションによってのみ得られる (Maclean2009:120-121)。

そして、同意が道徳的または法的な効力を有するためには、同意はなんらかの根本的権利から導き出されるものでなければならない。この根本的権利は、同意にとって必要な属性の一つであり、それは、広い意味で解釈された身体の統合性 (integrity) への権利である。許可としての同意においては、この根本的権利は身体の統合性であり、合意としての同意においては、根本的権利は自己決定である (Maclean2009:122)。

「許可としての同意」は、消極的自由の権利の行使手段である。積極的自由の権利の行使は、権利放棄ではなく要求ないし請求のかたちで現れるのであり、「合意としての同意」の要請によってその一部が行使される。この合意としての同意が許可としての同意と再結合し、医師と患者の間の最終的な治療方法の決定のための交渉が促される。このプロセスの時点では、患者の自律は医師の自律と対峙することになる。患者は、その決定プロセスに参加する権利を放棄して、治療方法の決定を医師の裁量に委ねることも選択できる。しかし、医師が効果的な治療方法を提供するという法的義務を負っている限りにおいて、患者の積極的な権利主張は、医師の医的自律性と衝突することがあり得る (Maclean2009:123)。

なお、共有意思決定 (shared decision-making) の考え方は、しばしばそれが同意と同一のものであるかのように語られる。しかし、共有意思決定は、同意の代替的な方式であるとするよりも、より有意義な同意を達成するための一つの方法であると考えられるべきであろう。必要な情報を提示して患者にその決定を委ねるという代わりに、医師はそれらのことを患者と一緒に行う。医師と患者の双方がともに受容可能な治療方法に達したときには、患者の心理状態は一つの同意になっており、医師はそれを知っているはずである。同意についての手続的な要件が満たされている限り、治療は道徳的にも法的にも正当化される。共有意思決定に関するこのような考え方は、医師と患者の関係のあり方を映し出すものである (Maclean2009:129-130)。

同意の重要性は、個人が自分の人生の一定の側面をコントロールすることを可能にする点にある。同意の保護とその基礎にある権利の保護は、それがなければ個人は自分が属しているあらゆる関係におけるコントロール権を失ってしまうという点において、まさに必要不可欠である。これは、とりわけ医療の場面で重要である。医師が支配的な地位を占めていることの理由は数多くある。すなわち、医師の社会的地位、医師の知識の豊富さ、医的手段に関するアクセス可能性とその支配権、患者の疾患、患者が医師に支援を求めているという事実、といったものである。この意味で、同意は、力の不均衡を是正するものではなく、それを正当化するものである。患者の身体については患者が最終的なコントロール権を有するということが認められるからこそ、同意によって、医師の権威が強圧的に行使されることを妨げることができるのである。同意が必要とされるのは、力の不均衡が不可避であるからこそなのである (Maclean2009:133)。

情報提供の義務については、医師と患者との特定の関係や、患者のニーズや、医師と患者の間のコミュニケーション的相互行為が考慮されねばならない。この点で、マンソンとオニール (Manson & O'neil2007) の情報についての二つの異なる考え方の指摘的を射ている。マンソンとオニールは、コミュニケーションのプロセスとその背後にある目的に焦点を当てた「主体性モデル」について、説得的に論証している。彼女らは、「パッケージ送付モデル」によって不可視化されてしまう情報や伝達の特徴を指摘している。すなわち、情報伝達はその状況によっていること、情報伝達は諸規範に従うべきこと、情報伝達は前提的な行為であり他方の行動に影響を与えること等である。さらに、情報伝達は本来的に不透明なものであり、その受け手は送り手が意図したものと同じ内容のものとして受け取るとは限らない。実際に、受け手は、異なる信念や異なる背景知識を有していることによって、その情報から非常に異なった内容を汲み取ることがあり得る。こうしたことは、受け手の主体性というものを強調し、受け手は情報の処理と解釈の過程を通じて新たな情報を構築すること、すなわち、受け手は送り手から送付された情報のパッケージをただ受動的に受け入れるわけではないということの重要性を認識させるものである。主体性モデルは、同意のコミュニケーション的側面と同意が形成される過程についての重要な示唆を行うものである。同意は単にそれを与える者の心理状態を意味するだけでなく、ともに権利や責任や義務を伴った主体である二人

の当事者に関わるものであることを押さえておくことは重要である。双方の当事者が関与するという認識をすれば、同意の属性が同意を求める当事者と同意を与える当事者の間の相互行為に基礎を置いた当事者間関係の性質に影響される理由も理解される (Maclean2009:136-137)。

同意は、身体的統合性についての権利を放棄することを認めるという心理状態としてとらえられるべきである。許可が医師に与えられたならば、その許可は、介入を正当化し、医師の権限の有効な行使を正当化するものとして機能する。同意は、医師の提案に向けての患者の心理的態度につき意思疎通する行為である。このように、同意は患者の個人的な自律に内包されるが、しかし、それが医師と患者の関係の中に置かれることによって、医師の側の自律と責任もまた検討されねばなくなる。このことから、合意のための同意が同意の一属性となる。患者は許可としての同意を通じて自身に起こることをコントロールすることができるが、「合意としての同意」は、医師が、患者が明らかに非合理的な決定をした場合にそれに反対し、それを変更したり自分の助言を受け入れるように患者を説得することを可能とする。医師の患者に対する——善行としてのまたは患者の自律の尊重としての——このような義務は、この説得の権限が同時に一つの法的義務ともなることを意味している。さらに、医師と患者の関係から生じ、また、合意としての同意によって表明されたものとしての患者の義務は、当該関係内における医師の役割を尊重すべきことを患者に要求する。患者は、その決定の理由を説明すべきであり、医師の主張に耳を傾け、その説得に対して開かれた態度をもつべきである。同様に、医師の側も、患者の決定が適切であるとする説得に対して開かれた態度をとるべきである。医師と患者の間関係は、両当事者が開かれた態度で臨む相互的な対話に参加するよう患者を促す積極的な義務を医師に課す。この相互的な参加は、合意としての同意の中核をなす (Maclean2009:142-143)。

同意は自律によって正当化され、主体性の顕現であることから、患者は決定をするための判断能力を有していなければならない。患者はまた、十分に情報を与えられ、選択する治療方法がもたらすであろう結果について理解していなければならない。医師は、患者が意思決定をするプロセスにおいて患者を支援することによって、患者の自律を促進する義務を負う。情報を開示する程度は、患者との交渉を通じて決定されるべきであり、患者は、情報を放棄したりあるいは治療方法の決定そのものを医師に委ねる

権利を有している。ただし、患者が情報についての権利を放棄したり治療方法の決定を医師に委ねたりする場合には、医師は、そのような選択がもつ意味を患者が理解しているかどうかを確認するべきである (Maclean2009:144)。

合意としての同意の重要性にかんがみて、許可としての同意に先立つ対話のプロセスは、治療方法についての同意の取扱いに際して考慮に入れられるべきである。あらゆるコミュニケーションに認められる関係的な性質からして、両方の当事者が責任を負うことが法的に認められるべきである。たとえば、患者は、医師に対してどれだけの情報が必要であるかや、自分の理解力がどの程度であるかや、提供された情報だけで治療に同意を与えることができるかどうかを、医師に知らせる義務を負うとするべきである。これは、情報提供の程度に関しては、単にどのような情報が提供されたかだけでなく、それに加えて、一定の情報が提供されるに至るまでに両当事者間で行われたコミュニケーションのプロセスがいかになされたかも考慮されるべきことを意味している (Maclean2009:145-146)。

同時に、非合理的と思われる決定に対して抵抗し、患者に考えを改めるよう説得することを医師の法的義務として認めるべきである。決定を変更するよう強制することは法的には認められるべきではないが、医師が患者に対してその決定の理由を説明することを求める権限は法的に認められるべきである。そして、患者が医師に対してその理由を説明することにつきどうしても積極的でない場合には、医師がその患者を他の医師のもとへ転送することが法的に認められるべきである (Maclean2009:146)。

④法的ルールへの反映

同意の法的取扱いについて、近時のコモンローでは、暴行 (battery) 法理が身体的統合性に対する直接の侵害を規制しているが、他のすべての介入は、過失責任法理の領域で扱われている。理由を問わずに患者に治療を拒絶する権利を与えているのは暴行法理であり、患者に判断能力を要求し、その同意が不当な影響力の下でなされたものでないことを要求するのも、暴行法理である。身体的統合性についての権利に焦点を置くという点で利点があるのは暴行法理であり、同意を行いまは拒絶することによって患者の自律を行使することを認めるのは暴行法理であるが、しかし、広い意味での手続の性質と目的の開示が最小限度なされれば、これには該当

しないとされる。そして、さらなる情報開示は、過失責任法理の下での医師の義務の問題とされている (Maclean2009:190)。

過失責任法理の下における情報提供の義務は、そのもっとも重要なものとして、リスクと代替的治療について問題となる。最近では、情報提供の義務については、賢明な患者の基準と呼ばれる専門家の視点からの基準を用いて判断されている。この基準には、治療上の特権 (therapeutic privilege) が含まれており、開示される情報についての一定程度のパターンリスティックなコントロールが医師に認められている。しかし、患者の理解を促進するための積極的な義務は認められていないし、患者の理解度を確認することも要求されていない。さらに、患者が理解したかどうかを漠然と確認する義務以上の義務は認められておらず、非合理的な決定に抵抗したり患者にその決定を改めるよう説得する義務は、まったく認められていない。情報提供の義務と同様に、因果関係に関する法理も、個人の自律への配慮を欠いている。また、現在のコモン・ローの法理では、もし当該リスクが開示されていたならば異なった決定をしたであろうことを原告が証明できた場合には因果関係の要件が満たされる、とされている。これは、原告が同意を拒絶していたであろうことの証明を求める法理よりは自律についての配慮がなされたものであるが、それはなお決定の変更が確実であったことを要求するものとなっている。このことは、決定の変更が客観的に合理的でなければならないとするものであり、それに先行する治療を拒絶する権利 (それが非合理的な理由によるものかまったく理由なしのものであるかを問わない) とは矛盾するものである (Maclean2009:190)。

すでに述べたように、本書が提示するモデルでは、個人の自律が指導的原理とされるが、自律は、医師と患者の関係さらにはより広くコミュニティという関係ネットワークの中に位置づけられる。その結果、「許可としての同意」と「合意としての同意」との両方を含んだ「関係的同意」(relational consent) のモデルが形成される。また、同意に関する権利の侵害によって生じた損害と治療に付随するリスクの現実化によって生じた損害とを明確に区別することが正当化される。さらに、自律と同意の両方における関係的な側面は、医師-患者関係から生じる義務は医師についてだけ生じるのではなく、医師と患者の双方について生じることを要請する。これらのことを念頭に置いて、以下ではコモン・ロー上の法理の批判的検討を行う (Maclean2009:191)。

最初に指摘すべき点は、同意の法的規律が暴行責任と過失責任という二つの異なる不法行為の領域に分かれていることである。基本的には、本書の同意についてのモデルはこれを支持することができ、暴行責任が「許可としての同意」を規律し、過失責任が「合意としての同意」を規律する(Maclean2009:191)。しかし、現在の法的取扱いは、論理的な理由からではなく、裁判官が医師について暴行責任を認めることに消極的であることから生じている。この消極性は、主に二つの理由から生じている。第一に、暴行責任が刑法上の傷害罪と結びつくことを回避するためであり、第二に、過失責任のほうが暴行責任よりも裁判官に責任についてのより大きな裁量を認めるからである。暴行責任に対する忌避感は、リスクの開示が「真正な」同意から切り離されて過失責任上の義務とされるという実務上の結果を生み出している。すなわち、リスクの開示の問題が暴行法理ではなく過失法理によって処理されている。このことによって、医療的措置への同意を規律する手段としての暴行法理の適用が少なくなっている(Maclean2009:192-193)。

しかし、過失責任は「合意としての同意」を規律するための手法としては適切かもしれないが、「許可としての同意」に関しては理想的なものではない。暴行責任は患者に対して行われた害悪に焦点を当てるものであるのに対して、過失責任は医師の側の行動態様にもっぱらの関心を置くものである。自律が同意の主たる正当化根拠であるので、患者に基準を置いた法理のほうが医師を基準とした法理よりも適切である。同意の役割は、行為者に対して本来であれば違法となる行為を行うことに許可を与える点にある。患者がそのような同意をすることができるためには、その対象となる行為によって影響されるであろう事柄をコントロールできなければならない。患者の許可が重要なのだとすれば、患者がそのようなコントロールを行うための適切な機会を与えられたかどうかを規律することに重点を置くべきである。したがって理想的には、同意の法的取扱いは、患者の同意形成過程において医師が合理的に振る舞ったかどうかではなく、同意形成過程において患者がいかなる状況に置かれていたかを中心として行われるべきである(Maclean2009:196)。

また、コモン・ローでは、患者はその理由にかかわらずいかなる決定をも行うことができるとされている。しかし、情報の開示がなされなかった場合については、患者がその情報を得ていたならば別の決定をしたのである

うことを合理的な証拠によって証明したときにのみ、損害賠償の請求を認めている。そして、この証明があったとされるためには、原告は入手可能な証拠を提供しなければならない。しかし、これは一貫していない。すなわち、非合理的な理由（さらには理由なしで）によって治療を拒否する権利を有するのに、情報の不提供の場合につき因果関係を証明するためには、原告の行った拒否が合理的なものでなければならないのである。過失責任の法理においては、よくない結果の発生を要件としているので、同意と治療結果についての責任とは完全には切り離せない (Maclean2009:198)。

法の一つの問題点は、それが情報提供のプロセスではなく実際に提供されたリスク情報に重点を置いている点にある。合意としての同意に含まれている対話のプロセスに法が焦点を当てるならば、あるリスクがある決定において重要であったか否かを判断することの困難性の幾分かは解消されるであろう。プロセスの結果ではなくプロセスそのものに焦点を当てることによって、相互的な義務が要求されるコミュニケーションのプロセスが不完全であったにもかかわらず、医師と患者の間で同意がなされたことを、法的に確認できるようになるであろう。すなわち、プロセスと両当事者のコミュニケーションの方法に焦点を当てることによって、医師が患者の自律を尊重したかどうかについてのより包括的な法的判断が可能になり、両当事者が折衝し対話に関わり合ったその経過や方法に注目することによって、ある特定のリスクについて情報を提供しなかったことが過失に該当するかどうかの判断が可能になる。たとえば、医師と患者の対話の内容から、患者がある特定の関心を示していたことが明らかになれば、そのことは情報提供の義務の違反の有無についての判断材料とされるべきである (Maclean2009:200-201)。

また、裁判所は、明らかに非合理的な決定に対して抗議し患者にその決定を変更するよう説得に努める義務を医師について認めていない。法は、医師の裁量権を認め、少なくとも一定の場合においては、医師の義務は強制的なものではなく、いかなる情報提供も中立的でなければならないとしている。しかし、医師の役割の一部は、治療について助言し促進することであり、それは本来的に、中立的な試みではない。提供される情報の順番でさえ、受け手のその情報の解釈に影響するのであるから、人間による情報提供の行為が中立的であり得るのかどうかは疑問である。さらに、中立

性が強調されるならば、対話は貧弱なものとなり、「許可としての同意」は形式的に尊重されることになるが、「合意としての同意」が損なわれてしまう (Maclean2009:204-205)。すなわち、人間の尊重には、自律の尊重と幸福の尊重の両方が含まれるが、ただし、人間の幸福は、その人間自身の利益の観点から主観的に判断されねばならない。多くの場合において、その人間の幸福の利益を理解する唯一の方法は、その人間と対話を行うことである (Maclean2009:206)。また、明らかに非合理的な決定について医師が吟味する必要性を強調することによって、患者が自分の誤解に気づいてその決定を変更することが可能となり、または、医師が患者の述べる理由を理解してその決定の合理性を認めることが可能となるのである (Maclean2009:212)。

コモン・ローにおける同意についてのさらなる問題点は、同意に至るプロセスそのものではなく、当該プロセスの結果としてなされた同意という結論について、その関心を置いているということである。このことによって法的には、医師と患者の関係の側面が過小評価されることとなり、自律というものを、その存在に程度があり可変的な性格を有するものではなく、あるかないかという考え方 (同意か不同意か、自発的か非自発的か、判断能力ありか無能力か) すなわち二分法によってとらえる結果となっている。これは部分的には、少なくとも過失責任の法理においては、責任をリスクの顕在化として処理することにつながっている。治療結果についての責任と同意とが区別されるならば、医師と患者の間の反復的な対話のプロセスを取り扱うための、より適切な法的手法の発展が可能となるであろう。しかし、同意が争点とされる限り、法は責任の有無を判断することから逃れることはできないであろう (Maclean2009:215)。

同意に関するいかなるモデルも、その文脈に即したものでなければならず、また、同意は、医師と患者との間の関係の中心に位置づけられるべきである。同意の関係のモデルは、このような考え方に基づいている。このモデルは、個人の自律の限界を認め、医師と患者の関係というものから生じる双方向的な義務を認めるものである (Maclean2009:220)。

1990年代から今日までの間に、法的には、患者の自己決定権が強調される傾向が著しく顕著となり、医師の善行の義務は第二次的なものとなった。こうした変化に伴い、裁判所は、自律というものを個人による独立した自己決定として理解し、コミュニケーションの役割を最小限に限定する

考え方をとるに至っており、情報提供の義務は、正確な情報を平易な言葉で提供するというだけの内容になっている。このように、過去四半世紀の間に、法的には、パターナリスティックでコミュニタリアニズム的な考え方から、最悪の場合には患者をその自己救済に委ねるような、同意についてのリベラリズム的な考え方によって変わってきている。裁判所は患者の自己決定権をより強調するようになってきているが、同時に、医師がその情報提供の義務を果たしている限りは、パターナリスティックに行動することを認めるといって、奇妙に分裂した態度をとっている。すなわち、裁判官たちは、コミュニケーションのあり方についてはまったく関心を示すことができなく、それによって医師は、患者に対して支持的であることなく、患者から距離を置くことができるようになってきている。そして同時に、医師は、自分が正しいと考える結論へと患者を誘導したり脅したりできるようになっている (Maclean2009:223-224)。

ところで、関係というこの反復的なコミュニケーションの相互行為は、真空の中に存在するのではなく、医療サービスの提供の流れの中において起きるものである。医療サービスの提供の背後に存在する哲学は、不可避免的に、ケアを提供する医師とそれを受ける患者との間の、関係の性格に影響する。関係とそこから生じる義務とを十分に評価するためには、医療サービスとその提供についての考え方を明確にしておかねばならない (Maclean2009:225)。

ここで指摘しておきたいのは、医師-患者関係、及び、同意がどのように扱われるかは、医療サービスの望ましい種類に依存しているということである。健康が医療サービスの市場での提供を用いることによって管理される商品であるかのように扱われるならば、患者中心のケアよりも、患者の選択を優先させる同意についてのリバタリアニズム的な考え方が適切であろう。しかし、健康そして医療サービスがその客観的な経済的価値を超えるものとして評価されるならば、よりコミュニタリアニズム的ないし社会的な考え方が正当化される。その構成員の健康と幸福について注意を払わないコミュニティは、自己の目標達成が脅かされるような状態まで健康を害した人々が、そのような状態にはない人々よりも不利な状態に置かれるという点で、不当なコミュニティである。このような不利益は、医療サービスの提供につき市場主義的な考え方が採られるならば、より悪化する。病んだ人々はその病気の影響に耐えねばならず、さらに、ケアの費用

や——それが経済的に非効率的であるからという理由で——ケアを受けられないリスクを負担しなければならない。こうして、病者は損害を受け、幸運にも健康である者の利益が優先される。しかし、健康は非常に重要な価値であり、それを自由主義的市場経済に委ねることはできない。病んだ人や障害のある人をどのように遇するかは、人間性を反映する事柄である。健康や幸福を、あたかもその価値が単に経済的なものにすぎないと考えることは、人間性の喪失である。それは病むことがあり得る人々に対するケアの精神を損なうものである。これらの理由から、医療サービスの提供は、社会的ないしコミュニタリアニズム的な考え方に基づくべきである (Maclean2009:225-226)。

ただし、コミュニティの各成員の健康は、そのコミュニティ全体に関わるものであり、また、コミュニティの利益は個人の利益を抑圧するべきではない。健康は重要であるが、それはあくまでも手段的な価値にとどまるのであり、個人の統合性のために不可欠なその他の目標や価値によって優先される可能性のあるものである。言い換えると、個人の健康に関するコミュニティの利益は、健康を個人のその他の利益に優先させることを正当化するものではない。個人の健康に関するコミュニティの利益と個人のより広い利益との間で、バランスをとらなければならない。このことは、個人の主体性の重要性を認めながら、同時にその社会的文脈との関係を考慮に入れるという、個人の主体性についての関係的アプローチによって、もっともよく達成される (Maclean2009:226)。

ここで再び、マンソンとオニールの主張 (Manson & O'neil2007) について検討してみよう。マンソンとオニールは、患者の権利よりもむしろ医師の義務に重点を置いている。しかし、マンソンとオニールは、医師に対して最小限の積極的な義務を課すだけであり、医師の義務は、基本的に情報提供の義務にとどまっている。このような限定の下では、患者が望ましい決定をしたかどうかは問題とならない。彼女らの「パッケージ送付モデル」についての洞察と「主体性モデル」を望ましいとする議論は適切であり重要である。しかし、彼女らの考え方は、医師が患者にとって望ましいことにより深くコミットすることを回避するために、患者に表面的にしか関わらないことを許すものであり、医師の善行の義務が問題として残される (Maclean2009:228)。

また、マンソンとオニールのモデルでは、情報の流れをコントロールす

るのは、明らかに患者である。現実には、当初において提供された限定的な情報を越えたさらなる情報へのアクセスは、患者がそれを望むか質問するかによってしか達成され得ない。そして、患者の質問は、相手方である医師の裁量の余地をなくすほどに特定のことは稀であり、したがって、医学的判断が重要な要素として残る。また、患者が手に取ることができる小冊子に書かれた情報は、患者ではなくそれを書いた者によって選択されているのであり、より個人に特定の情報を得るためには、患者が質問をするほかはない。法の問題点の一つは、医師がその義務を、単に正確で関連性のある理解可能な方法での情報を提供することによって果たしたことにしている点である。すなわち、効果的なコミュニケーションを促進したり・患者の理解を助けたり・患者の意思決定を支援するといったことは、医師の法的義務とはされていない。そして、マンソンとオニールのモデルを実現したとしても、このような患者を意思決定者とする自由放任主義的な態度に影響を与える可能性があるとは思われない。このことは、情報提供の義務の判断基準としてその提供の「結果」が法的に重視されていることによって、さらに問題のあるものとなる。情報提供の義務がその提供の「結果」に基づいて判断される場合に、訴訟を回避するもっとも簡単な方法は、情報提供のプロセスそのものではなく・何を提供する必要があるかについて、注意を集中させることである。適切な情報提供であったかどうかは、ある特定のリスクないし情報の集まりが開示されたか否かによって判断され、情報の「パッケージ送付モデル」における問題点が顕在化することになる。マンソンとオニールは「パッケージ送付モデル」に拠ることの問題点を正当に指摘しているが、同意に関する彼女らの考え方は、コモン・ローにおける制約やリスク・マネジメント手法や防衛的医療実務の威力の下では、ほとんど何の有効性ももたない (Maclean2009:230-231)。

本書が提唱するモデルは、情報についてとコミュニケーションのプロセスの重要性については、マンソンとオニールのモデルと同様の考え方をするものである。しかし、マンソンとオニールは、コミュニケーションの重要性を強調してはいるが、それを対等なプロセスとして扱っているように見える。この点は私のモデルとの顕著な違いであり、本書が提唱するモデルでは、患者と医師との間の関係の重要性を強調している。同意のための基本的な流れを形成し、患者が適切な同意を行うことを実現するために遂

行されるべきルールを明らかにするものは、この医師と患者の関係である。双方向的な説得のプロセスにおいて双方の当事者に相手方との相互的な関わりをもつことを要求するのが関係的自律であり、それが「許可としての同意」に先立つ「合意としての同意」に反映される（Maclean2009:232）。

ところで、一貫しかつ整合的なシステムを構築するために相互作用すべき、規制についての三つの層が存在する。最基底の層は法的規制であり、許容可能な行為の最低限の基準を提供する。第二の層は基本的には医師の団体や医師の雇用者の団体によって形成される規制である。最上部の層は、それら下層における規制を文字どおり適用するだけでなく、それら規制の基礎をなしている精神をも反映した、有徳な医師による自己規制である。こうした規制の階層が、同意の関係的モデルを実践するための枠組みを提供する。そこで、以下では、本書のモデルにそった具体的な原則をいくつか提案したい（Maclean2009:233）。

第一の原則は、医師－患者関係が、同意の取扱いの枠組みの中心となるということである。関係は、同意の形成過程において重要な役割を果たす。関係はまた、患者と医師の双方がその相手方に対して負っている義務の根拠となり、相手方がその義務を果たすことを許すことの根拠となる（Maclean2009:234）。

第二の原則は、医的介入への同意は、「許可としての同意」と「合意としての同意」の両方にかかわっているということである。許可としての同意は、同意の理論の中核をなし、患者の主体性を尊重し、合意としての同意は、自律の関係的な性質と二人の自律的な主体の間の相互行為とを反映するものである（Maclean2009:234）。

第三の原則は、自律的な主体の価値は、同意を要求することの正当性を提供するということである。この原則には二つの留保がある。一つめとして、自律も同意も絶対的で無制約な権利であるわけではない。二つめとして、自律の異なる側面が同意の異なる側面を正当化している。この点で、自律は、合理的で道徳的な要請であると同時に、関係的なものである（Maclean2009:235）。

第四の原則は、同意と治療結果についての責任との間には、なんら必然的な関係は存在しないということである。結果についての責任は、配分的正義の原則によって決定されるべきである。主体性と同意の存在は、リス

ク分配において考慮され得る要素ではあるが、それだけが考慮要素なのではない。そして、患者の主体性の侵害によって引き起こされた損害は、治療行為そのものに内在するリスクの顕在化によって生じた損害とは区別されるべきである (Maclean2009:236)。

医師がまったく自分勝手な動機で・患者の利益のためにではなく行動した場合には、医師の動機と意図が善行義務に基づいていて、しかし過度にパターナリスティックな方法で行動した場合よりも、より大きなサンクションが法的に課されるべきである。また、このことからすれば、治療そのものや治療の方法が患者に利益をもたらす意図によるものでないにもかかわらず、医師が不正な方法ないし脅迫・欺瞞・誘導の方法によって患者から同意を取り付けた場合にのみ、刑法や民事上の暴行法理が適用されるべきである。そして、その他の場合の同意の瑕疵を処理するためには、それが全面的なものであろうと部分的なものであろうと、その違反の性質に適合したある一定の幅の救済策を用意する、新たな民事責任の類型を形成すべきである。この新たな責任類型は、「同意違反」(a breach of consent) 責任と呼ぶことができ、それは暴行責任と過失責任の両方にとって代わるものである (Maclean2009:237-238)。

効果的なコミュニケーションがなされるためには、両当事者における相互信頼と各当事者における信頼可能性が必要である。患者が十分な情報を得たかを確かめるためには、当事者双方がコミュニケーションのプロセスにかかわらねばならない。患者が医師とかわる義務を負っていることが、法的に認められるべきである。このかわりによって、情報へのニーズや、意思決定過程への関与の意欲や、自分の目標や価値や、情報やその決定についての理解度につき、患者が率直かつ正直に語ることができる。それによって、医師は、患者の質問に的確に回答することができ、患者が提供された情報や自分の決定についてどれだけ理解しているのかを評価することができる。ただし、上のような患者の義務にかかわりなく、患者がそうしたコミュニケーションに参加して自己の義務を果たすように支援することは、医師の義務となる。このプロセスは患者と医師の双方のかわりによるものであり、いずれの当事者の行動も、その相手方が果たす役割を考慮することなしには評価され得ない (Maclean2009:244-245)。最初の情報提供の後で、医師は、患者に対して、追加の情報が必要であるか、また、情報の補足説明が必要であるかを尋ねるべきである。医師はまた、患

者が他になんらかの考えを抱いているかどうかを尋ねるべきである。対話の目的は患者と医師とで情報についての患者のニーズを発見することであり、そうしたニーズが満たされるべきである。この局面では、医師は患者に質問をすることを促さねばならない。どのような質問に対しても、医師は誠実かつ合理的に回答するべきである。質問があまり明確なものではなく、回答が医師の解釈による場合もあるであろう。重要なことは、患者のよい意思決定を促進するために、このコミュニケーションが行われるということである。医師が信頼に足りかつ支持的な態度をとるべきことは、医師の行動規範として強調されるべきであり、医師がそのような態度をとらなかつたという事実は、同意に関する違反があつたかどうかを判断するに際して考慮されるべきである (Maclean2009:245-246)。

自律には道徳的な内容があり、これが——医師の役割や善行の關係的義務や他者の自律と主体性の尊重と相まって——医師に患者の意思決定を支援し促進することを義務づける。最終的な目的は、双方の当事者にとって許容可能でありかつ自律的な決定にたどり着くことである。さらに、その決定が「よい」ものであるかどうかは、患者の視点から評価されるべきであり、患者の目標や価値観や、患者がその配偶者や子といった関係者に対して負う義務の観点から評価されるべきである。医師は、患者の意思決定過程に関与し、その結果としての患者の決定に適切に対応しなければならない。患者の決定の理由を医師が評価するための丁寧な試みがなされるべきである。そして、その決定の理由に注目することによって、医師は、提供された情報と自分の決定の意味の両方を患者が理解しているかどうかを評価すべきである (Maclean2009:247)。

患者に対してその決定の理由を尋ねる医師の義務の履行によって、患者の決定における誤解や非合理性が明らかになる可能性があるが、そのことからただちに患者がその決定を変える必要はない。よい意思決定を支援し促進するために、医師には、支援や促進にとどまらず、患者にその考えを変更するよう説得する義務が、法的に認められるべきであるが、この説得の義務は、患者の自律と主体性を尊重すべきであるので、合理的な議論にとどめられねばならず、欺いたり脅したり患者に罪悪感を生じさせるような誘導的な方法は禁じられるべきである。同時に、医師は患者から逆に説得される可能性もあるということを義務として想定しておかねばならない (Maclean2009:249-250)。

また、合理的な説得のためのプロセスを経た後であってもなお患者が自分の決定にあくまでも固執するのであれば、医師は、患者が自律的な道徳的主体であるという事実に立ち返り、たとえそれが賢明な決定ではなくても、患者がその決定を行う最終的な権利を有していることを容認すべきである。医師の義務は、よい意思決定を支援し促進することであり、それを強制することではない。ただし、この点に関しては、患者もまた相互の説得のプロセスに参加する義務を負い、医師の助言に対して開かれた態度でいなければならない、ということも留保されねばならない (Maclean2009:250)。

同意についての関係的モデルは、どのような情報が提供されたかよりも、その情報提供のプロセスに、より重点を置く。プロセスを評価するためには、法は、患者の考えに対して医師が支持的であったか冷淡であったかといった、より漠然とした問題を扱わねばならない。医師の態度を評価することと同時に、法は、対話における一定の特徴が現れていたかどうか注目することによって、そのプロセスについて判断を下すことができる。それには、支持的な環境が適切に整えられていたか、十分な時間がとられていたか、患者の意思決定を支援するための資料が用いられていたか、といったことが含まれる。法はまた、患者は質問を促されたか、医師が合理的な説得によってよい意思決定を促進しようと努めていたか、をも評価すべきである。ただし、プロセスの結果を評価することよりもプロセス自体を評価することのほうが難しいので、法は、情報提供に関する標準的な基準 (default position) を設定するべきである。この標準的な基準は、最低限の基本的なレベルの情報を提供する義務を定めるものである。すなわち、決して権利放棄できない類いの最低限の情報というものが存在する。患者は、情報に関する権利を放棄する前に、自分が行わねばならない決定が存在すること、自分にはそのための情報を要求する権利があること、自分は決定の権利を放棄して医師にその決定権を譲渡することもできること、といったことを最低限度知っていなければならない。たとえば、「あなたの状態をよくするためには手術が必要です」と言うことが必要である。患者はこうした非常に基本的な情報については権利放棄することはできず、こうした情報によって、患者は手術が予定されており・それについて決定を行わねばならないことを知らされる (Maclean2009:250-251)。

最近のコモン・ローは、有効な同意を得なかったことや介入における重

大なりリスクにつき情報提供をしなかったことに対して損害賠償を認めることによって、個人の自律を保護している。その過程で、法は、同意と治療結果についての責任とを基本的に結びつけている。しかし、すでに述べたように、同意と治療結果とが結びつけられる必然性は存在しない。現実化したリスクについての結果責任を医師が負うべきか否かは、多くの要因によって決まる。基本的な考え方は、治療は患者の利益のために行われるのであるから、その結果についての責任は患者が負うべきである、というものである。ただしこれは、治療が研究プロジェクトの一環として行われる場合や、治療がコミュニティの利益のために行われる場合——この場合にはその生じた害悪の費用はコミュニティによって負担されるべきである——には、適用されない。基本的には患者が結果についての責任を負うが、しかし、同意がまったく存在していなかったり、医師が悪質な行動をとった場合には、責任は医師に転嫁される。たとえば、医師が自らの金銭的利益を得るために患者を誘導して同意をさせた場合には、治療結果の責任は医師が負うべきである。また、医師がある特定の手術の実施症例を増やしたいがために、別により適切な選択肢があるにもかかわらずその手術につき患者に同意するよう説得したという場合には、治療結果の責任は医師が負う (Maclean2009:256)。

より一般的な場合としては、あるリスクについての情報提供が欠けていたが、治療そのものは患者の利益のためになされたという場合に、治療結果についての責任の問題が生じる。医師が同意を取り付けるためにパターナリスティックに当該情報を提供しなかったという場合には、その意図的な欺罔行為は患者を自律的な主体として尊重していないこととなり、したがって、患者は治療から生じた悪い結果についての責任を負うことはなく、医師がその賠償責任を負うべきである。しかし、そうではなく、説明すべきであったリスクについて説明をしなかった場合には、問題はその不注意にあり、二つの要素を検討して判断されるべきである。第一は、そのリスクがどれだけの発現可能性をもっていたかである。リスクの発現可能性は、その害悪の重大性とその害悪が現実のものとなる確率とによって判断されるべきである。リスクの重大性を判断する簡明な方式は存在しないが、リスクが重大であればあるほど、その結果責任を医師に転嫁することが合理的となる。第二の要素は、その不注意が単純な人的エラーであったのか、それとも患者の自律的主体性の尊重を欠くような医師の側のコミュ

ニケーションへの関わり方の問題であったのか、ということである。この点は、患者の同意に達するまでのプロセスの評価によって判断されるべきである。医師は対話のプロセスに問題なく参加したが、当該リスクにつき情報提供することを単純に忘れてしまったという場合には、そのことが、治療結果の責任を患者が負うとするか医師に転嫁されるべきかを決定するに際して考慮されるべきである。これら二つの要素の両方が、結果についての責任が患者に留まるか、医師に転嫁されるかを判断する際の判断材料とされるべきである (Maclean2009:256-257)。

なお、医師と患者の双方が相互説得の対話プロセスに参加する義務を負うと述べてきたが、このことは、患者が同意をしないで治療を拒絶する権利を否定するものではない。相互説得の義務は、よい意思決定を支援することを目的としている。この義務はある特定の決定を強制する権限を含むものではなく、また、愚かな決定だと他者が考えるような決定を患者が行う権利を認めるものである。患者が自分の決定の内容やその背後にある(明示的または黙示的な)理由について検討するための対話に参加しようとしなない場合には、医師は、患者にその参加を勧める努力をすることによって、その対話における義務を果たしたことになる (Maclean2009:257-258)。

また、関係の同意のモデルは、幅広く責任とその救済を認める。医師がなんらかの悪意をもって行動した場合については、暴行の不法行為責任が認められる。この場合においては、裁判所は、その賠償責任につき、患者の主体性に対する侵害と同意のない治療によって生じた受傷との双方を、その内容として反映させるべきである。医師が善行として行為した場合には、「同意違反」(breach of consent)の民事責任が認められるべきである。この「同意違反」があった場合には、謝罪と、同様の違反が再び起きないようにするための対策の内容の説明がなされるべきである。また、被害者である患者には、その自律的主体性の侵害によって生じた損害の賠償請求が認められるべきである。さらに、治療結果についての責任が(前述のように)医師に転嫁される場合には、その現実化したリスクによって生じた損害の賠償が認められるべきである (Maclean2009:258-259)。

なお、原告は、その損害が、基礎にある疾患の進行によってではなく、リスクの現実化によって生じたものであることを証明しなければならないが、しかし、そのリスクにつき情報提供がなされていたならば異なる決定

をしたであろうことを証明する必要はない。これは、患者と医師の両方がその治療につき主体的に関わったのであり、したがって患者と医師の両方が現実化したリスクについて因果的な関係を有するからである。医師については、損害との因果関係は、患者の自律の侵害との因果関係の存在によって十分に認められる (Maclean2009:259)。

⑤若干のまとめ

生命倫理学の発展は、患者団体の発展やメディアによる報道の増加や消費社会の進展を背景として、自律と同意についてのリベラリズム的なアプローチを深化させた。これらは結果的に、患者をリスクにさらし、患者の幸福のためのケアを犠牲にしての・孤立した個人を尊重するという自律についての考え方をもたらしている。そして、個人の自律の概念を背景として発展した法的取扱いがどのようなものであるかが問題である。暴行法理の適用の忌避と、コモン・ローの事件対応的な性質とが相まって、一貫性を欠き、情報提供の結果に重点を置いた法規範が形成されている。このことによって、同意に先立つコミュニケーションのプロセスではなく、リスク開示の側面を優先した、防御的なリスク管理が重要なものとされている。本書の目的は、こうした優先順位づけがまちがったものであり、同意についての関係的アプローチに基づいた別の考え方が存在することについて論じることにあつた (Maclean2009:260)。

医師と患者の双方が自律的な人間であるが、各自の自律は相手方の自律によって制限され、また、医師－患者関係から生じる種々の義務によって制限される。そして、医師－患者関係は、相互の信頼と尊敬の関係であるべきであり、当事者はともに信頼に足る存在であることが求められる。医師－患者関係の中での力関係は医師の側に傾いており、また、医師はその役割に特有の義務を負っているのであるから、医師は、患者の自律を促進し支援するべきである。かくして、さまざまな医療上の相互行為における関係的な要素が、医師に対して、患者にその関連情報を適切に提供することや、それら情報を患者が理解することを支援することや、患者に助言をしたり、必要に応じて明らかに非合理的な決定をした患者に対して再考するよう説得したりするといったことを要求する (Maclean2009:262)。

合意としての同意は、交渉と説得のプロセスであり、当事者双方の相互信頼と道徳的な参加を要請するものである。医師は患者に対して、ある特

定の治療方法について同意するように助言し説得することが認められる。しかし、医師は、逆に患者に説得される用意もしていなければならない。こうした考え方は、当事者の双方が、同一の目標に向けてその関係を形成している、という事実を前提としている (Maclean2009:263)。

マンソンとオニールは、コミュニケーションの重要性を強調しているが、それは、同意が自律とは無関係であるという彼女らの主張によって減殺されている。彼女らが提案するモデルは、非干渉のための消極的な義務に焦点を当てており、そこでは、脅迫や詐欺を排除することや、提供されるべき情報の量を患者の側がコントロールすべきことが説かれている。しかしこれらは、医師が信頼に足りる行動をとるべき義務を主張するものではあるが、その重点は、医師の側の情報提供の義務に残されている。もし彼女らのモデルが法的責任に関する実務上の議論に適用されるならば、その責任は、情報開示のプロセスの結果如何によって判断されることになろう。マンソンとオニールのモデルは、同意に関する議論の発展における一つの必要な段階ではあったが、しかし、それはよい意思決定を適切に支援するものとはなっていないために、一時的な通過点にすぎなくなっている (Maclean2009:267-268)。

医師-患者関係においては、同意がその中心に位置するものと考えられるべきである。このような関係は、患者と医師の双方から評価されるものであり、患者中心の医療という考え方を発展させるために決定的であろうものである。医師-患者関係の性質は、同意とそれを含んだコミュニケーションのプロセスというものについての考え方によって規定される。そのようなものとして、医的治療に対する同意についての原則や規律が立法ベースで定められるべきである (Maclean2009:269)。

以上のように、マクリーンの議論は、幅広くかつ詳細にわたるものである。しかしその分だけ、さらに検討すべき事項も多く含まれている。たとえば、「自律」の位置づけとその性格 (さらには日本と諸外国でのその相違の有無)、「関係」への着目とコミュニタリアニズム的立場との連続必然性の有無、「関係」の捉え方とそこから生じる義務の法的根拠付けの適否 (また、医師の「善行義務」との関係)、「同意違反」責任の法的位置づけとその具体的な法的効果、といったものである。これらについては、項を改めて、次の「6. 関係中心の医療 (Relationship-Centered Medicine)」

で、これまで本稿が扱ってきた他の問題も含めながら、検討することとしたい。

[未完]

[引用文献一覧]

Maclean2009 : Alasdair Maclean, *Autonomy, Informed Consent and Medical Law: A Relational Challenge* (Cambridge University Press, 2009)

Manson & O'neil2007 : Neil.C.Manson and Onora O'Neil, *Rethinking Informed Consent in Bioethics* (Cambridge University Press, 2007)