

医師の説明義務違反の法的効果に関する一考察

松 井 和 彦

- 一 はじめに
- 二 学説の状況
- 三 判例の状況
- 四 検 討
- 五 むすびに代えて

一 はじめに

医師は、患者の身体に対して医的侵襲を伴うような医療行為を行う場合には、当該患者の同意を得なければならない（同意原則）。さらに、この同意を得る前提として、これから行おうとする医療行為について、その内容や危険性について説明をしなければならぬ（説明原則）。このようなインフォームド・コンセント法理は、わが国においてはそれほど古い歴史をもつものではないが、概ね定着してきているといっても過言ではない。⁽¹⁾しかし、個々の論点においてははまだまだ明らかにされていない部分が多い。⁽²⁾このうち、本稿においては、医師が説明義務に違反した場合、発生した損害につき如何な

る範囲において賠償責任を負うのかという問題を検討する。

医師が患者に対して実施予定の医療行為につき十分な説明を行わなかった場合には、患者は当該医療行為を受けるか否かを自律的に判断する機会、すなわち自己決定権行使の機会を喪失することになる。そこで、このような場合に、説明義務違反に基づいて医師が賠償責任を負うのは、自己決定権行使の機会を喪失したことによる精神的損害(慰謝料)についてだけなのか、それとも、これに加えて自己決定権行使の機会を喪失したまま実施された医療行為の結果、患者が死亡したり後遺障害が残存したというような場合には逸失利益等の財産的損害も含まれるのかが問題となる。

この問題はこれまでもしばしば指摘されてきたが、問題提起にとどまるものや結論のみを示すものが多かった。そこで、本稿においては、従来のわが国における学説・判例の状況を整理し、それを踏まえて、あるべき解釈の方向性を示したいと考える。

二 学説の状況

学説においては、説明義務違反に基づく損害賠償は自己決定の機会喪失に基づく精神的損害の賠償(慰謝料)に限定されるとの見解(限定説)と、右慰謝料に加えて悪しき手術結果に対する逸失利益の賠償が認められる場合もあり得るとの見解(非限定説)が対立している。しかし、その根拠ないしアプローチは一樣ではない。

(1) 限定説

この中の第一説は、まず「説明義務違反の場合の損害とは何か」という問題設定をする。そのうえで、医師の説明義務は患者の自己決定権を保護することを目的としていること、および後述のような差額説に立つと患者の側で説明義務違反

と損害との因果関係を立証することが困難になって患者の保護に欠けることを理由に、当該義務違反の場合の損害は、患者が自己決定の機会を喪失したことそれ自体であると主張する。⁽³⁾

第二説は、損害賠償の範囲、すなわち因果関係の問題と捉えたうえで、説明義務違反は悪しき手術結果（死亡や後遺症の発生など）を惹起することが「相当な」条件ではなく、結果発生の直接の契機となった治療行為そのものがこれに当たるのだと述べ、たとえ説明義務違反と悪しき手術結果との間に事実的因果関係があったとしても、医師に損害賠償義務を課すのが正当と評価されるような因果関係はそもそも認められないと言う。⁽⁴⁾ また、この見解は、説明義務が患者の自己決定権を保護することを目的としているのであるから、損害回避義務としての射程距離は自己決定権の侵害ないしはそれによる慰謝料に限られるとも述べる。

右の二つの見解によれば、実施された医療行為の成功・不成功にかかわらず、説明義務違反に基づく損害賠償はこの機会喪失に伴う慰謝料に限られ、逸失利益の賠償まで認められるのは、療法の選択もしくは医療行為の施行過程に過失があり、それによって財産的損害が生じた場合のみということになる。⁽⁵⁾ その反面、たとえ当該医療行為によって患者の病状が改善されたとしても、説明義務違反があった場合には慰謝料請求権が生じることになる。⁽⁶⁾

(2) 非限定説

この中の第一説は、限定説の第二説とは逆に、説明義務の目的は、医療行為を受けるか否かの決定を患者が自己の責任でなしうるようにすることはもちろんのこと、それと同時に、この自己決定権の行使を通じて、医療行為に伴う苦痛および合併症等の危険に晒されることを回避する可能性をも患者に与えることにありと解する。従って、説明義務の保護法益は単なる「選択の自由」ではなく、選択権の行使を通じての「患者の身体の完全性」であり、医療行為が失敗に終わった

場合には、発生した財産上・非財産上のすべての損害を医師は賠償すべきであると言う。⁽⁷⁾

もつとも、医師の説明義務違反と患者の同意との関連性が欠けている場合、すなわち医師が十分に説明したとしても患者が確実に同意したであろうことが医師によって証明された場合には、医師は自己決定の機会喪失に基づく精神的損害を賠償すれば足り、悪しき手術結果が発生したとしても逸失利益等の賠償義務を負わないとしている。

他方、第二説は、自己決定権が行使できなかったこと自体および自己決定権の適切な行使がなされた場合の予測される結果と、自己決定権が行使されないことによって現実に生じた結果との差異をもって損害と解し、適切な説明がなされていたならば、患者は、当該医的侵襲に対する同意をせずに、他の治療方法を受けていたであろう(あるいは治療を受けることを断念したであろう)と認められる場合には、説明義務違反と損害との間の因果関係が肯定され、当該医的侵襲に伴う逸失利益の賠償も認められると言う。⁽⁸⁾ この見解は、損害概念については伝統的な差額説を採用し、当該損害の中に逸失利益が含まれるか否かは因果関係の問題であると理解する。

右の二つの見解は、アプローチは若干異なるものの、結論においてはいずれも手術結果に関する損害賠償が認められるか否かは最終的には因果関係の問題であると解している。ただし、証明責任の点で違いがある。第一説によれば、説明義務違反と手術結果との関連性——因果関係——がないことを医師の側が証明しない限り、原則として手術結果についても賠償責任が生じるが、これに対して第二説によれば、説明義務違反と手術結果との相当因果関係を証明しなければならぬのは患者の側であり、これに成功した場合のみ手術結果についても医師に賠償責任が認められることになる。

三 判例の状況

この問題に関する最高裁判決は、いまだ見当たらない。下級審判決においても、この問題を正面から扱ったものは少なく、大部分はあまり意識されないまま損害賠償が認められている。この意味では、判例が何らかの基準ないし立場を明示的に打ち立てているというわけではない。そこで、判例を整理・分析することにより、半ば無意識的に行われている実務の傾向を探ってみることにする。

1 一般の医療行為

医的適応性のある一般の医療行為において、説明義務違反が認められた判例としては、次のものがある。

〔手術施行上の過失と説明義務違反の双方があるもの〕

① 札幌地判昭和五三年九月二十九日判時九一四号八五頁

ロボットミール施行により人格水準の低下などの後遺症が残存。重大な後遺症が生じる恐れのあるロボットミールを施行するに先立って他の療法を十分試みなかったことにつき過失が認められた。

患者の逸失利益、介護料の賠償および慰謝料、患者の配偶者および子の慰謝料を肯定。

② 静岡地判平成三年一〇月四日判時一四〇五号八六頁

気管支拡張症に対するエボライゼイション施術を行ったところ、両下肢機能障害が残存。手術適応がなかったにもかかわらずエボライゼイション施術を実施したこと、および施術上の手技に不適切があったことにつき過失が認められた。

患者の入院治療費、逸失利益、後遺障害に伴う装身具代および住居改造費の賠償および慰謝料、患者の兄の慰謝料を肯定。

医師の説明義務違反の法的効果に関する一考察（松井）

③ 高松地判平成三年一月九日判時一四三五号一一六頁
食道胃静脈瘤に対する塞栓術を実施したところ死亡。必要な検討を経ないまま塞栓術の実施を相当と判断したことにつき過失が認められた。

患者の逸失利益の賠償、遺族の慰謝料を肯定。

④ 大阪地判平成八年二月二十八日判時一五八八号一二三頁

突発性血小板減少性紫斑病に罹患している妊婦の胎児の血液を調べるために臍帯穿刺法による胎児採血を行ったところ胎児が死亡。穿刺による胎児採血検査を行う必要性がなかったにもかかわらずこれを実施したこと、および採血終了後に分娩監視装置を装着しなかったことにつき過失が認められた。

患者の逸失利益の賠償および慰謝料を肯定。

⑤ 高松地判平成九年三月一日判時一六五七号一一〇頁

頸部腫瘤の術前診断の目的で血管造影検査を実施したところ死亡。検査の必要性が乏しく危険性の高い検査を行ったり添付文書の方法に違反して造影剤を使用したことにつき過失が認められた。

患者の逸失利益の賠償および慰謝料を肯定。

判決①ないし⑤においては、説明義務違反のほかに手術施行上の過失も認められているため、説明義務違反それ自体によつて如何なる損害賠償が認められたのかが明らかでない。しかも、これら諸判決のうち、①ないし④については、説明義務違反に基づく損害賠償について一般論も何ら提示されていない。そこで、これらは原則として検討の対象から外すことにする。

ただし、判決⑤は、説明義務違反を患者の自己決定権侵害と捉えたうえで、治療行為による悪しき結果との関係につきやや特殊な判断をしている。これによれば、たとえ医師に説明義務違反があつたとしても治療行為それ自体およびその実

施方法に客観的な医学的相当性がある場合には、説明義務違反と右治療行為による悪しき結果との間に因果関係は存在しない。しかし、説明義務違反により治療行為の実施につき患者の有効な承諾を得ていない場合にはその実施方法に関する医師の裁量の範囲が狭くなり、当時の医学的水準に照らして患者に対して加えられる侵襲が最小限のものとなるような方法を選択すべき職務上の注意義務が課せらる。そして、医師がこの義務に違反した場合には悪しき結果に対しても責任を負わなければならない。つまり、医師の説明義務違反が悪しき結果について責任を負うことに直結するわけではないが、注意義務の加重をもたらすために間接的に悪しき結果についても責任を負う方向に作用することになる。実際、本判決ではこの注意義務違反が認められ、別の過失も相俟って逸失利益の賠償が肯定された。

〔説明義務違反のみのもの〕

⑥ 東京地判昭和四六年五月一九日判時六六〇号六二頁

乳腺癌に対する乳房剔出手術において、左右両乳房を切除。

乳房を失ったことによる精神的損害の賠償を肯定。逸失利益の賠償については請求なし。

⑦ 秋田地大曲支判昭和四八年三月二七日判タ二九七号二七五頁

舌癌に対する舌半側切除手術において、舌の三分の一を切除。

手術により食物を食べたり発声するのに苦しみ会話が十分にできなくなったことによる精神的損害の賠償を肯定。逸失利益の賠償については請求なし。

⑧ 広島高判昭和五二年四月一三日下民集三一巻九〇一〇三四頁

副鼻腔炎手術に際して麻酔薬注射を行ったところショック死。

患者の逸失利益の賠償、遺族の慰謝料を肯定。

⑨ 熊本地判昭和五二年五月一日下民集三一巻九〇一二号一〇四二頁

医師の説明義務違反の法的効果に関する一考察（松井）

僧帽弁置換手術を実施したところ死亡。

患者が手術をしないで余命を生きるかあるいは他の病院で手術を受けるか等選択の余地を有していたのにその機会を奪われたことによる精神的損害の賠償、遺族の慰謝料を肯定。逸失利益の賠償を否定。

10 横浜地判昭和五四年二月八日判時九四一号八頁

下腿部皮植手術において、化膿防止薬を投与したところショック死。

患者の逸失利益の賠償、遺族の慰謝料の賠償を肯定。

11 名古屋地判昭和五九年四月二五日判時一一三七号九六頁

糖尿病性網膜症に対して硝子体手術を実施したところ失明。

失明による精神的損害の賠償を肯定。逸失利益の賠償を否定。

12 広島地判平成元年五月二九日判時一三四三号八九頁

子宮筋腫の手術において子宮全摘術を施行したため子宮を喪失。

子宮を喪失したことによる精神的損害の賠償を肯定。逸失利益の賠償については請求なし。

13 東京地判平成三年三月二八日判時一三九九号七七頁

変形性関節症に対する人工股関節置換手術を実施したところ、股関節に強い痛みが残存。

患者が十分な情報を与えられないままに手術の応諾をしまったことによる精神的損害の賠償を肯定。逸失利益、付添人費用の賠償を否定。

14 東京地判平成四年八月三一日判時一四六三号一〇二頁

脳動静脈奇形(AVM)摘出手術を実施したところ死亡。

担当医らが必要な説明を尽くさなかったために手術を受けるか否かを選択する機会を患者が奪われたことによる精神的損害の賠償を肯定。逸失利益の賠償を否定。

15 新潟地判平成六年二月一〇日判時一五〇三号一一九頁

脳動静脈奇形(AVM)に対する人工的塞栓術を実施したところ、半身不随の後遺症が残存。

入院雑費、介添費用、家屋改造費、逸失利益の賠償、手術により後遺症を負い生涯にわたって自力歩行が不能になり常に介護を必要とする状態になったことによる精神的損害の賠償を肯定。

16 東京地判平成六年三月三〇日判時一五二二号一〇四頁

進行胃癌（末期癌）において医師が癌告知をせず患者が手術を拒み死亡。

延命の可能性を断たれたことによる精神的損害の賠償を肯定。逸失利益の賠償を否定。

17 宮崎地判平成六年九月一二日判タ八八〇号二五八頁

脳動脈瘤破裂によるクモ膜下出血において、手術までの保存的療法中に死亡。

逸失利益の賠償および慰謝料を肯定（慰謝料の趣旨は不明）。

18 仙台高判平成六年一月二五日判時一五三六号四六頁

胸椎椎間板ヘルニア摘出手術を実施したところ、患者に歩行等下肢の自動運動不能、機能全廃状態の後遺症が残存。

手術に同意するかどうかの自己決定権を奪ったことにより患者が蒙った精神的損害の賠償を肯定。逸失利益の賠償を否定。

19 大阪地判平成七年一〇月二六日判タ九〇八号二三八頁

左下腿骨骨折の治療のため手術を実施したところ慢性化膿性骨髓炎に罹患。

医師が手術前に必要な説明を尽くさなかったために治療方法の選択の機会を奪われたことによる精神的損害の賠償を肯定。説明義務違反を理由とする逸失利益の賠償については請求なし。

20 大阪地判平成八年五月二九日判時一五九四号一二五頁

乳癌に対する乳房切除術において、右側乳房を切除。

慰謝料を肯定（趣旨は不明）。治療費相当額の賠償を否定。

21 東京地判平成八年六月二一日判時一五九〇号九〇頁

脳動静脈奇形（AVM）摘出手術を実施したところ重篤な左片麻痺が発生。

医師の不十分な説明のために患者が自己の疾患についての治療を、ひいては自らの人生そのものを真摯に決定する機会が奪われたことによる精神的損害および手術により重度障害者となり日常の起居動作もままならなくなってしまったことによる精神的損害の賠償

医師の説明義務違反の法的効果に関する一考察（松井）

償を肯定。治療費および逸失利益の賠償を否定。

② 京都地判平成九年四月一七日判タ九六五号二〇六頁

乳癌に対する乳房切除術により乳房を切除。

医師が必要な説明を尽くさなかったために不当に自己決定の機会を奪われたことによる精神的損害の賠償を肯定。逸失利益の賠償を否定。

③ 東京高判平成一〇年二月九日判時一六二九号三四頁

肝臓癌手術に際して、患者が宗教的理由により輸血拒否をしているにもかかわらず輸血を実施。

患者が医療における自己決定権および信教上の良心を侵害されたことによる精神的損害の賠償を肯定。逸失利益の賠償については請求なし。

(1) 法律構成

A 限定説をとるもの

下級審判決の中で、明確に限定説に立つものは極めて少ない。判決④は、患者の承諾を得ずになされた手術は違法であるとの前提に立ち、「医師側が手術の目的、方法又は内容を説明しないため、患者がこれらを了解しないまま抽象的、白紙委任的にした承諾は、具体的な手術に対する関係でなされた承諾とはいえず、これに基づく手術は原則として有効な承諾を経ないものというべき」であるとしながらも、右手術内容等の説明はなされたがその余の説明が不十分だったという段階にとどまる場合には「右承諾が当然に無効となるものではなく、十分な説明があったとしたら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きに限って無効となる」との一般論を述べる。そして、本件においては、手術自体が直ちに違法とまではいえないまでも説明が不十分であり説明義務違反は認められるが、しかし右特段の事情は認め

られないとして、自己決定の機会喪失による精神的損害の賠償のみが認められた。判決²²も、やや曖昧な部分もあるが、ほぼ同様の判断枠組みを提示している。

要するに、これら二つの判決によれば、同意原則に違反した場合には手術自体が違法であるから、逸失利益の賠償も含めた手術自体から生じた損害の賠償を認めるが、説明原則に違反したにとどまる場合には、手術自体は違法ではないので、自己決定の機会喪失による精神的損害の賠償が認められるのみということになる。このように、説明義務違反それ自体から認められる損害賠償は自己決定の機会喪失による精神的損害の賠償のみであるから、その意味では右の判決は限定説に立ったものと理解することができる。ただし、「十分な説明があつたとしたら手術を承諾しなかつたであろうと考えられる特段の事情」があれば承諾が無効になり逸失利益の賠償まで認められるので、結論のうえでは、非限定説に立ちつつ右の「特段の事情」の有無によつて賠償の範囲を決める諸判決（後述）とあまり変わらないことになる。

また、判決²³は、手術等の医的侵襲は「その侵襲に対する承諾があつて初めてその違法性が阻却されるものであるから、そのような意義を有する承諾があつたと言つたためには、その前提として医師がその患者《中略》》説明を施す義務があり、そのような説明がなされないままに手術等に到つた場合には、その手術等の結果の良否及びその責任の有無の如何にかかわらず、患者自身がこれによつて被つた損害を賠償する責任がある」と同意無効説に立ちつつも、逸失利益の賠償については全く検討しないままこれを排斥し、「その損害は、X（以下、本稿では、Xを患者〔原告〕、Yを医師あるいは病院〔被告〕とする。ただし、患者が死亡してその遺族が原告となっている場合にはAを患者とする。）が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にとどまる」と判示した。後述するように、同意無効説に立つ場合には手術それ自体が違法となるので、逸失利益など悪しき手術結果に対する損害賠償も認められる方向に傾きや

すいのであるが、本判決は逆に精神的損害しか認めていない。このことから、本判決は説明義務違反に基づく損害賠償を自己決定の機会喪失による精神的損害に限られるとの一般論を前提としてしていると解することもできよう。

その他、いわゆるエホバの証人輸血拒否事件に関する判決¹⁶は、「YがAに対し、相対的無輸血の治療方針を採用していることを説明しなかったことにより、Aは、絶対的無輸血の意思を維持してY病院での診療を受けないこととするのか、あるいは絶対的無輸血の意思を放棄してY病院での診療を受けることとするかの選択の機会（自己決定権行使の機会）を奪われ、その権利を侵害された」と述べ、自己決定権及び信教上の良心の侵害により被った精神的苦痛に対する慰謝料を認めた。もつとも、この事件には、①宗教的理由による輸血拒否、②手術そのものは成功し延命の効果があったので財産的損害は生じておらず、当事者も逸失利益の賠償を請求していない、③純粹に自己決定の機会喪失のみが争点になっており、それ以外の損害について言及する必要がなかったというやや特殊な事情が存する。従って、本判決をもって限定説に立っていると評することはできないであろう。

B 非限定説をとるもの

下級審判決の多くは、非限定説に立っていると思われる。もつとも、一般論としてこれを明言するものは少なく、非限定説を暗黙のうちに前提として、逸失利益など財産的損害の賠償を検討しているものが多い（肯定¹⁷、否定¹¹¹⁴¹⁶²¹）。例えば、判決¹⁶は、医師が説明義務を「履行しておれば、Aの家族による説得によりAは入院して手術を受ける決意をした相当程度の可能性があり、かつ、それにより、相当程度延命が期待できたものと推認される」として説明義務違反と延命利益喪失との間の相当因果関係を肯定しつつも、「逸失利益は、債務不履行や不法行為がなかった場合に就労が可能であることを前提として認められるものであるところ、Aは死亡当時六三歳であつて、就労する可能性があつたとは認められ

ない」として逸失利益の賠償を否定した。この論理から推測すると、もし患者が就労可能な状態であれば逸失利益の賠償が認められたことになるので、本判決は非限定説に立ったものと解することができる。

これに対して、判決¹⁸は非限定説を一般的に述べている。同判決は、説明義務違反を患者の自己決定の機会を不当に奪うことであると位置づけたうえで、「これを理由とする損害賠償請求における賠償範囲としては、右義務違反と相当因果関係のある全損害と解するのが相当である（傍点筆者）」との一般論を打ち出した。結果的には、逸失利益については相当因果関係が認められないとして賠償を否定し、自己決定権を奪われたことによる精神的苦痛に対する慰謝料のみを認めただが、判断枠組それ自体は非限定説を採用していると考えられる。

また、いわゆる同意無効説に立ちつつ、当然に悪しき手術結果による逸失利益も賠償の対象となり得ると解するものもある（⁶⁷⁸⁹¹⁰¹²¹⁵）。すなわち、十分な説明なく患者が手術に同意してもその同意は無効であり、従って有効な同意なく実施された手術は患者の身体に対する違法な侵害であるとの構成を採る判決においては、手術それ自体が不法行為を構成するため、その損害賠償は、賠償範囲画定に関する準則に照らしてその範囲内にあると認められる限りにおいて、自己決定の機会喪失による精神的損害のみならず、逸失利益や悪しき手術結果による精神的損害など全損害が当然に含まれることになる。従って、このような立場を採る判決においては、逸失利益の賠償が当然の如く検討されている（肯定¹¹⁸¹⁰¹⁵、否定¹¹⁹、請求なし¹¹⁶⁷¹²）。

(2) 損害賠償の内容

医師の説明義務違反によって患者の自己決定権が侵害されたと解する場合には、自己決定の機会喪失による精神的損害の賠償が認められる。この点は、限定説によればまさにこれが唯一の損害賠償の内容ということになる（¹³²²）が、非限

定説に立つても認められ得る(9)(14)(18)(19)(21)。

ところで、非限定説に立つた場合には、これ以外の損害についても賠償が認められる余地がある。第一は、逸失利益など悪しき手術結果による財産的損害の賠償である。理論構成としては、①説明義務違反と悪しき手術結果との相当因果関係の有無により判断するもの(9)(11)(14)(15)(16)(17)(18)(21)と、②同意無効説に立ち医的侵襲それ自体を違法と解するために当然に賠償の範囲に含まれると解するもの(8)(10)がある。もっとも、同意無効説に立つ判決が全て当然の如く財産的損害の賠償を認めているわけではなく、同意無効説に立ちながら①と同様の判断を行っているものもある(肯定Ⅱ(15)、否定Ⅱ(9))。

①においては、もし十分な説明がなされていたならば患者は当該治療行為を受けることを承諾したか否かが判断の基準とされている。これが肯定されれば、相当因果関係があるとされ逸失利益の賠償が認められる。この判断は時として容易ではないと思われるが、判例によれば、当該治療行為を受けなかったならば生命・身体に重大な悪影響を及ぼすことが推測されるといふ事情(11)(14)(21)や、当該医療行為が医学的に見て必要であり、適切な方法で実施されたといふ事情(17)は、医師による十分な説明があれば患者は承諾していたと認定される方向に作用する。他方、当該医療行為そのものの有効性や必要性につき医学的見地からみて疑義があったといふ事情(15)、患者が手術による生命の危険性について強い関心を抱いていたといふ事情(14)、緊急に手術を要するほどの自覚症状が患者になかったといふ事情(14)は、医師による十分な説明があつても患者は承諾しなかつたと認定される方向に作用する。

ただし、①の中で、結論的に相当因果関係を肯定して逸失利益の賠償を認めたものは判決(15)(17)のみである。その他の判決は、十分な説明があつたとしても手術を受けることを承諾した可能性は小さくないと認定したり(21)、承諾しなかつたかどうか明らかでないとして認定して(11)(14)(18)、相当因果関係を否定した。判決(16)は、前述のように、相当因果関係を肯

定しつつも患者に就労可能性がないとして逸失利益の賠償を否定した。また、判決⑨は、もし十分な説明があれば患者は手術に同意しなかったであろうと認定しつつも、その場合には別の病院に転医していたはずであるが、それでも患者の余命が延びかつ通常の健康人と同程度に働き得たとは言えない等の理由を挙げて、相当因果関係を否定した。

なお、判決⑥⑦⑫⑬⑱では、当事者が逸失利益の賠償を請求していないため問題とならなかった。

第二は、自己決定の機会喪失に対してではなく、死亡や後遺症の残存といった悪しき手術結果に対する精神的損害の賠償である。説明義務違反と悪しき手術結果との相当因果関係を肯定した判決⑮⑯⑰において、悪しき手術結果による精神的損害の賠償が認められたのは当然である。これに対して、判決⑪⑳は、逸失利益の賠償を検討する際には悪しき手術結果と説明義務違反との相当因果関係を否定しておきながら、悪しき手術結果による精神的損害の賠償を認めた。また、判決⑥⑦⑫は、逸失利益の賠償が請求されていない事件において、説明義務違反と悪しき手術結果との相当因果関係を検討することなく、精神的損害の賠償を肯定した。

第三は、近親者の慰謝料である。判決⑧⑨⑩は、同意無効説に立ち説明義務違反と悪しき手術結果との相当因果関係を肯定したうえで、近親者の慰謝料を認めた。

2 医的適応性のない医療行為

美容整形施術や避妊手術など医的適応性のない医療行為において、説明義務違反が認められた判例としては、次のものがある。

24 京都地判昭和五一年一〇月一日判時八四八号九三頁

右眼尻の先天性腫瘤を摘出する手術を受けたところ球結膜肉芽腫および眼瞼下垂が生じた。二度にわたる再手術により眼瞼下垂はなくなったものの右眼が二重瞼になり睡眠の時少し瞳が閉じていない状態が残存。

治療費相当額の賠償および慰謝料を肯定。

25 名古屋地判昭和五六年一月一八日判時一〇四七号一三五頁

永久脱毛が不可能であるにもかかわらず可能であるかのような説明がなされ施術を受けたが奏効せず。

治療費相当額の賠償および慰謝料を肯定。

26 福岡地判平成五年一〇月七日判時一五〇九号一二三頁

陥没乳頭を修整するために乳頭の形成ないし造設術を受けたが、右乳頭が陥没し、左乳房に大きな瘢痕が残存し、授乳機能が喪失。再手術によっても瘢痕は残り、授乳機能も回復しなかった。

慰謝料を肯定。逸失利益の賠償を否定。

27 広島地判平成六年三月三〇日判時一五三〇号八九頁

鼻の段差を目立たなくする手術を受けたが、そのために左背腰部の真皮を切り取ったため傷痕が残存。

慰謝料を肯定。治療費相当額および逸失利益については請求なし。

28 東京地判平成七年七月二八日判時一五五一号一〇〇頁

多汗症・腋臭の手術を受けたが、右腋下に一見して目立つ大きな瘢痕が残存し、左腋下にも瘢痕が残存。多汗についても術前に期待したほどの効果が現れなかった。

治療費相当額の賠償および慰謝料を肯定。

29 東京地判平成九年一月一日判夕九八六号二七一頁

重瞼術の修整手術を受けたが、手術前の状態に戻ってしまい、さらに睫毛の外反が生じた。

治療費相当額の賠償および慰謝料を肯定。

30 横浜地判昭和五八年六月二四日判夕五〇七号二五〇頁

精管切断による不妊手術を受けたが妻が妊娠。

慰謝料を肯定。治療費相当額および逸失利益については請求なし。

31 大阪高判昭和六一年七月一六日判タ六二四号二〇二頁

卵管結紮による避妊手術を受けたが妊娠。

慰謝料を肯定。治療費相当額および逸失利益については請求の有無が不明。

(1) 法律構成

美容整形施術や避妊手術など、生命・健康を維持ないし回復するために必要不可欠とはいえない医療行為においては、自己決定権の保障という視点から、一般の医療行為における以上に高度な説明義務が要請される⁽¹⁰⁾。しかしながら、このような視点は義務違反の場合の法的効果にほとんど反映されていない。当事者が主張していないという事情があるのかもしれないが、右の八件のうち、自己決定の機会喪失による精神的損害が生じる可能性を示唆したものは一件もなく、慰謝料を算定する際にも全く考慮されていない。従って、法律構成においても限定説に立つ判決はなく、曖昧ながらも全て非限定説を前提としているようである。判決²⁶²⁷²⁸は、説明義務違反があった場合には医師のなした手術につき不法行為が成立するとして、同意無効説を明らかにした（ただし治療費相当額の賠償を認めたのは²⁸のみ。²⁶では治療費相当額ではなく逸失利益の賠償が請求されたが否定され、²⁷では慰謝料しか請求されなかった）。また、判決²⁴²⁵²⁹は、説明義務違反を診療契約の債務不履行と解し、そのことから生じた損害として、特に賠償範囲について検討を加えないまま当然の如く治療費相当額の賠償を認めた。

(2) 損害賠償の内容

生命・健康の維持・回復を目的としない医療行為の性質上、当事者が逸失利益の賠償が請求されたものは一件(26)しかなく、それも労働能力の低下が見られないとして否定されている。むしろ、治療費相当額の賠償が請求された事件が多く(24)(25)(28)(29)、その全てにおいて肯定されている。また、慰謝料については、前述のように、自己決定の機会喪失に基づく慰謝料を認めたものは一件もない。精神的苦痛の具体的内容が不明確な一件(24)を除けば、目立つ傷跡が残ったこと(26)(27)(28)、整容や避妊といった施術効果が得られるとの期待が裏切られたこと(25)(28)(29)(30)(31)など、全て悪しき施術結果に対する精神的苦痛の慰謝料である。

このように、自己決定の機会喪失ではなく、悪しき施術結果に対する財産的・精神的損害の賠償が認められているが、賠償の範囲についてはそれほど詳細に検討されているわけではない。もし十分な説明があれば患者は施術を受けなかったであろうという要素を、説明義務違反の有無を判断する局面で考慮しているもの(28)(29)。(24)(26)も同旨かと、賠償の範囲画定の局面で考慮しているもの(25)があるが、そのことと悪しき施術結果による財産的・精神的損害が賠償の範囲に含まれることとの理論的関連性について言及しているものはない。また、財産的損害の賠償請求がなされず慰謝料請求のみであった判決(27)(30)(31)においては、説明義務違反が肯定された——しかもその際に、もし十分な説明があれば患者は施術を受けなかったか否かは検討されていない——ことから直ちに、悪しき施術結果による精神的損害の賠償が認められている。

四 検 討

1 判例の傾向と問題点

右に見たように、判例の多くは、説明義務違反に基づく損害賠償は自己決定の機会喪失に基づく精神的損害の慰謝料に限られるとの立場（限定説）を採っていない。結論的には自己決定の機会喪失に基づく慰謝料しか認めていない判決も、理論的にそれに限定されるとの一般論に立っているのではなく、説明義務違反と相当因果関係にある損害を賠償の対象にするという損害賠償法の原則に立ちつつ、事案ごとに損害賠償の範囲を画定している（非限定説）と考えられる。その際に重視されているのは、十分な説明がなされていれば患者は当該医療行為を受けることを承諾したかどうかである。これは、相当因果関係の有無を判断する要素として考慮されている。また、同意無効説を採る判決は承諾の有効性を判断する要素として、美容整形施術に関する判決は説明義務違反の有無を判断する要素として考慮している。

しかし、個々の判決において説明義務違反に基づく損害賠償の範囲に関する一般的な準則が明示されているわけではない。また、説明義務違反を認定しただけで賠償範囲に関する検討をほとんどしないままに、当然の如く悪しき手術結果による財産的・精神的損害を否定したものや、逆に肯定したものがある。つまり、医師の説明義務という概念がわが国に定着してまだ日が浅いため、義務の内容を明らかにすることばかりに目が向けられ、義務違反があった場合の損害賠償の範囲にまでいまだ検討が及んでいないのが現状である。特に、美容整形・避妊手術においては、その特殊性から一般の医療行為における説明義務との違いを強調することに力点が置かれるため、説明義務違反に基づく損害賠償の範囲については十分な検討がほとんどなされていない。

そこで次に、これまで見てきた判例の傾向を踏まえ、医師の説明義務の目的に照らしながら損害賠償の範囲について若干の考察を加えることにする。

2 損害賠償の範囲

(1) 患者の自己決定権の意味と説明義務の目的

一般に、合理的な判断をなし得る人は、自らの生命・身体をどう処するかを自律的に判断・決定する権利を有する(自己決定権)。従って、患者の身体に対する侵襲を不可避的に伴うような医療行為を実施する場合には、原則として患者の同意ないし承諾を得なければならず、たとえ患者の健康を回復・保持する正当な目的のためといえども、医師の一方的な判断で行うことは許されない。これは、医療行為がそれ自体が——例えば胃癌を切除する手術を行う場合には患者の腹を切らなければならないという意味において——患者の身体に対する侵襲を伴うからというだけではない。このような医療行為には、程度の差こそあれ不奏功や副作用などの危険を伴うのが通常であり、当該医療行為が実施されれば患者の生命・身体は危険に曝されることになる。そして、この危険が現実のものになった場合には、患者は生命を絶たれたり身体に重大な後遺症が残存するといった重大な損害を否応なしに甘受せざるを得なくなる。そのため、右のような危険を犯してまでも当該医療行為を受けるか否か、すなわちこのような危険を引き受けるか否かについては、患者自身の判断が最優先されるのであり、医師はこの判断を尊重しなければならない。このような自己決定を通じて、患者は当該危険を回避し、生命・身体の安全を確保することができるのである。この意味で、患者の自己決定権は、単なる意思決定の権利であるのみならず、自らの意思に反した方法で生命・身体に損害が加えられることに対する防御権でもあると解することができる。

他方、患者が当該医療行為を受ける（または受けたい）ことを自ら選択した場合には、それに伴う危険も引き受けたと見なされ、たとえその危険が現実のものになったとしても、医師に何らかの過失がない限り患者は医師に対して責任を追及することができなくなる。

このように、患者の自己決定権には、医療行為を受けるか否かの決定権という側面だけでなく、意に反した医療行為に伴う危険からの防御権、選択した医療行為に伴う危険の引き受けという三つの側面があると考えられる。

ただし、右のような自己決定権の機能が発揮されるためには、十分な情報の下で患者の真意を正確に反映した自己決定がなされなければならない。ところが、医療の場面では、自己決定の前提となる情報を有するのは患者ではなく医師であり、さらに患者は通常、医学に関する専門知識を有しないため、適切な判断ないし自らの真意に沿った判断をすることが困難なことが多い。そこで、患者の自己決定権を実質的に保障するために、すなわち患者の自己決定の機会を保障すると同時に、患者の意思に反した医療行為に伴う危険——引き受けていない危険——から患者の生命・身体を保護するために、医師に説明義務が課せられるのである。⁽¹¹⁾

説明義務の目的を右のように理解するならば、不十分な説明によって患者の意思に反した医療行為が実施され、それに伴う危険が現実のものとなり、患者の生命が絶たれたり後遺症が残存したりした場合には、まさに説明義務によって保護を試みた患者の権利が侵害されたことになる。従って、それによって患者が蒙った財産的・精神的損害は賠償の対象になり得る。以上の理由から、非限定説が妥当である。⁽¹²⁾

ところで、説明義務違反は、不法行為とも債務不履行とも構成することができる。そして、損害賠償の範囲画定の準則につき、判例および従来の通説は、債務不履行に関する四一六条を不法行為の場合に類推適用するとの立場を採ってきた。

これによれば、いずれの法律構成を採るかによって損害賠償の範囲画定の準則を区別する必要はない。しかし、このような立場は近時の学説によって厳しく批判されている⁽¹³⁾。また、学説においては、判例も実際には不法行為の場合に四一六条の基準を用いていないとの分析もなされている⁽¹⁴⁾。そこで本稿では、近時の学説に従い、不法行為構成と債務不履行構成に分けて、損害賠償の範囲を画定する理論的枠組について考えてみたい。

(2) 不法行為構成

不法行為構成を採る場合、医師の説明義務は一般不法行為上の注意義務ということになる。医師がこれに違反して医療行為を実施した場合には、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責任を負う。この点については多くを論ずるまでもないであろう。

問題は、当該医療行為の実施によって患者の死亡や後遺症の残存など悪しき結果が発生した場合、これによって患者が蒙った財産的・精神的損害についても医師が賠償しなければならないのか否かである。まず、医師が十分な説明を行ったとしても患者は同じ判断をしていたらうと認められる場合——より厳密には別の判断をしていたとまでは認められない⁽¹⁵⁾——には、説明義務違反と損害との間に「あれなければこれなし」という条件関係ないし事実的因果関係が認められない⁽¹⁶⁾。従って、悪しき手術結果によって患者が蒙った財産的・精神的損害については損害賠償の対象にならない。

他方、医師が十分な説明を行ったとすれば患者は別の判断をしていたであろうと認められる場合には、説明義務違反と損害との間に事実的因果関係が認められる。そこで次に、この事実的因果関係のある損害のうち、どこまでが賠償の範囲に含まれるのかを画定する問題が生ずる。この方法については学説上激しく論じられ、いまだ確立した基準を見出すに至っていないのが現状であるが、本稿では、なかでも近時有力に主張されている義務射程説に従って論じることとする⁽¹⁷⁾。これ

によれば、賠償の範囲は、行為者の過失の存否を判断する基準である行為義務（損害回避義務）の及ぶ範囲と一致する。⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾これを医師の説明義務に当てはめると、医師の説明義務の目的は、前述のとおり、①患者の自己決定の機会を保障すること、および②患者の意思に反した医療行為に伴う危険——引き受けていない危険——から患者の生命・身体を保護することである。従って、医師は説明義務を通じて右の二点について損害回避義務を負っていると言うことができる。そうすると、医師により十分な説明がなされなかったために患者の意思に反した医療行為を受けさせられ、それにより死亡や後遺症の残存など悪しき手術結果が患者に生じた場合には、これによる財産的・精神的損害も説明義務の射程の及ぶ損害と解され、これらの賠償が認められるべきである。

(3) 債務不履行構成

医師の診療契約は、一般に準委任契約であると解されている。⁽²⁰⁾これによれば、医師の説明義務は準委任契約上の義務——善管注意義務であるか顛末報告義務であるかその他の附随義務であるかはともかく——ということになる。従って、説明義務違反は債務不履行であり、これに基づく損害賠償の範囲は、四一六条によって画定されることになる。すなわち、債務不履行から通常生ずる損害については当然に賠償の範囲に含まれることになり（同条一項）、他方、特別の事情がある場合には、当該事情から通常生ずる損害については、当該事情が債務者において予見可能であった場合に限り賠償の範囲に含まれることになる（同条二項）。⁽²¹⁾

右の規定を説明義務違反に当てはめると、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精神的損害は、通常損害と解されるため当然に賠償の範囲に含まれる。次に、もし十分な説明があれば当該医療行為の実施を承諾しなかったであろうにもかかわらず、十分な説明がなかったため当該医療行

為の実施に承諾をし、その結果、当該医療行為が功を奏せず死亡や後遺症の残存など悪しき結果が発生した場合には、右事情は「特別の事情」と解される。そして、これによって生じた財産的・精神的損害は、当該事情から通常生ずる損害と解されるので、右特別の事情、すなわち①もし十分な説明があれば患者は当該医療行為の実施を承諾しなかったであろうこと、および②手術を実施した場合にそれが不奏功に終わる現実的危険、の二点が債務者（医師）において予見可能であった場合に限り、賠償の範囲に含まれることとなる。

もつとも、例えば、極めて稀にしか発生しない事態の発生や、事前の検査では知り得なかった——かつ知り得なかったことがやむを得ないと認められるような——患者の特異体質による予期せぬ事態の発生など、②の予見可能性がない場合には、当該危険についてはそもそも医師が説明すべき内容に含まれないことになり、そもそも説明義務違反そのものが認められないことになる。逆に、②の予見可能性があることを前提に説明義務違反が肯定された以上、賠償の範囲画定の段階でこの予見可能性が否定されることはない。結局、悪しき手術結果による財産的・精神的損害が賠償の範囲に含まれるか否かを決するのに重要なのは①についての予見可能性ということになる。

五 むすびに代えて

これまでの検討をまとめると、次のようになる。

医師の説明義務の目的は、端的に表わすならば患者の自己決定権の保護であるが、その中には、患者の自己決定の機会を保障することのみならず、患者の意思に反した医療行為に伴う危険——引き受けていない危険——から患者の生命・身体を保護することも含まれる。従って、義務違反に基づく損害賠償の範囲は、患者の自己決定の機会喪失による精神的損

害の賠償（慰謝料）のみという限定的な理解ではなく、一般論としては悪しき手術結果による財産的・精神的損害も賠償の範囲に含まれ得るといふ非限定説を前提に、個々の事例ごとに賠償の範囲を検討すべきである。その際、まず、自己決定の機会喪失による精神的損害については、常に賠償の範囲に含まれる。他方、悪しき手術結果による財産的・精神的損害については、賠償範囲画定に関する準則に基づいて個別に検討することになる。その際に重要になる要素は、もし十分な説明がなされていれば患者は当該医療行為を受けることを承諾していたか否かである。不法行為構成をとる場合には事実的因果関係の有無として、債務不履行構成をとる場合には「特別の事情」の有無として、この要素が検討される。

このように解することによって、患者の自己決定にとつて極めて重要な事項につき十分な説明がなされなかった場合には悪しき手術結果についても損害賠償が可能になり、自己決定の機会喪失による慰謝料のみでは賠償額が低額にすぎ被害者救済にならないという問題の解決にも資するのではないかと考える。

もつとも、病状や疾患の部位等により手術それ自体が非常に困難で功を奏する可能性が低かった場合には、悪しき手術結果の発生は医師の説明義務違反のみによつて生じたわけではないとも考えられる。そこで、損害賠償額の減額の可能性があるか否かを検討する余地があろう。例えば、判決¹⁷は、医師の説明義務違反によつて患者Aが治療法につき最善の選択をすることができず、手術が功を奏せず死亡したという事案であるが、判決は、説明義務違反と死亡との相当因果関係を肯定しつつも、最善の治療法が行われた場合であつても主要施設において一〇ないし二〇パーセントの患者が死亡又は社会復帰できない程度の後遺症を残していること、Aの動脈瘤が最善の治療法を実施するには比較的困難な部位に発生していたこと等の事情を勘案して「Aの死亡によつて生じた損害の全てをYの説明義務違反に起因する損害とするのは妥当でなく、Yの説明義務違反に起因する損害としてYがXらに対して損害賠償義務を負うのはAの死亡によつて発生した

損害の七〇パーセントとすべきである」と述べて賠償額の減額を行った。しかし、本判決が因果関係のレベルで割合的認定を行ったのか、それとも賠償額の評価のレベルで減額を行ったのかは必ずしも明らかではない。いずれにせよ、このように賠償額を減額することが妥当か否か、妥当であるとするれば如何なる理論構成に拠るべきかは今後の検討課題としたい。

《注》

(1) 平成九年の医療法改正により第一条の四第二項が追加され、「医師、歯科医師、薬剤師、看護婦その他の医療の担い手は、医療を提供するに当たり、適切な説明を行い、医療を受ける者の理解を得よう努めなければならない」ことが明記されるに至った。もっとも、本条は単なる努力目標にすぎず、法的義務を規定したものではない。また、実務における浸透度についても疑問なしとしない。植木哲『医療の法律学』(一九九八年) 七四頁以下を参照。

(2) 新美育文「医師と患者の関係」加藤一郎・森島昭夫編『医療と人権』(一九八四年) 八三頁以下、吉田克己「近時のインフォ・ムド・コンセント論への一疑問(二・完)」民商一一〇巻三号(一九九四年) 四〇〇頁以下、樋口範雄「患者の自己決定権」岩村正彦ら編『岩波講座現代の法14』(一九九八年) 七七頁以下などを参照。

(3) 廣瀬美佳「患者の承諾と医師の説明義務」早大大学院法研論集五九号(一九九一年) 一六〇頁。

(4) 粟屋剛「説明ないし承諾取得の瑕疵に起因する損害」西南学院大学法学研究論集一号(一九八二年) 四九頁。

(5) このことを明言するものとして、粟屋・前掲注(4) 五〇頁。

(6) このことを明言するものとして、米田泰邦「医事紛争と医療裁判」(一九八六年) 一三三頁、粟屋・前掲注(4) 五一〜五二頁。

(7) 山下登「損害論」年報医事法学8(一九九三年) 一一九頁。結論的に同旨、小池泰「説明と同意(二・完)」論叢一四三巻一号(一九九八年) 一〇〇頁。また、窪田充見「人格権侵害と損害賠償」民商一一六巻四・五号(一九九七年) 五七九頁は、例えば二つの治療法のうち一方は大きなリスクを伴うもの、他方は特段のリスクを伴わない現状維持があるような場合、そこで自己決定のチャンスを与えるというよりは、単に中立的に判断のチャンスを与えるというよりは、むしろリスクを回避するという点に力点が置かれていとも理解されると述べ、従ってそこでの説明義務違反の効果は、リスクについての十分な情報を伴わない

でなされた判断の否定ということになり、保護範囲に後に具体的に生じた結果まで取り込むという可能性が認められるのではないかと述べている。

- (8) 新美育文「医療過誤と医療契約」谷口知平・加藤一郎編『新版民法演習(4)』二七四頁、中村哲「医師の説明と患者の判断・同意について」判タ七七三三三(一九九二年)一九頁、星野雅紀「医師の説明義務と患者の承諾」山口和男・林豊編『現代民事裁判の課題9』(一九九一年)一四二頁。結論として、稲垣喬「医師の説明義務について——裁判例を中心とした実体と手続の関連考察——」季刊実務民法五号(一九八四年)三四頁も同旨か。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』(一九八六年)一三四頁は、新美説を基本的に支持しながらも、差額説による損害概念を強調しすぎると病気が治った場合には損害がなかったことになりかねず自己決定権保護の趣旨がはなはだ減殺される危険があると言う。

- (9) ただし、判決^四では、慰謝料算定に際して、自己決定の機会喪失とともに悪しき手術結果も斟酌されている。

- (10) 拙稿「美容整形施術における医師の説明義務」修道法学二二巻二号(一九九九年)三三九頁以下など。このような一般論を展開する判決についても拙稿を参照。

- (11) 山下・前掲注(7)一一九頁は、比較法的検討から同旨の結論を導く。窪田・前掲注(7)五七九頁も参照。

- (12) 仮に説明義務違反が自己決定権の侵害にすぎず損害賠償の範囲が自己決定の機会喪失による精神的損害に限られるとの一般論を承認するならば、その他の説明義務違反の事例にも影響が及ぶことになりかねない。例えば変額保険契約における説明義務違反のような場合にも、変額保険契約によって顧客が蒙った財産的損害については賠償の範囲から外れてしまい、自己決定の機会喪失による慰謝料が認められるだけという結論になってしまう。しかし、これでは説明義務違反を不法行為によって構成する実益が大きく減殺されることになり、消費者被害の救済に資するべく近時有力に主張されている取引的不法行為の方向性と矛盾が生じかねない。

- (13) 奥田昌道編『注釈民法(10)』(一九八七年)五一頁〔北川善太郎執筆〕など。

- (14) 平井宜雄『損害賠償法の理論』(一九七一年)四四九頁以下。

- (15) いずれが証明責任を負うのかという重要な問題があるが、これについては今後の課題としたい。なお、この点に関するフラン

スの状況につき、馬場圭太「説明義務の履行と証明責任——フランスにおける判例の分析を中心に——」早法七四卷四号（一九九九年）五七一頁以下を参照。

(16) 吉村良一「『自己決定権』論の現代的意義・覚書」立命館法学二六〇号（一九九八年）六四七頁は、自己決定権の場合には本人の意思に基づく決定が介在することや、義務違反と損害発生（逆にいえば義務遵守と損害回避）の蓋然性に幅があることから、事実的因果関係と賠償範囲の区別という二分論で対応できるかどうかについてはなお慎重な検討が必要としている。

(17) 判例および従来の説は相当因果関係説を採るが、この見解に対して批判が多いことは周知のとおりである。最も詳細なものとして平井・前掲注（14）。その他、幾代通Ⅱ徳本伸一補訂『不法行為法』（一九九三年）一三七頁以下、内田貴『民法Ⅱ債権各論』（一九九七年）三九六頁など。学説史については前田陽一「損害賠償の範囲」山田卓生編代『新・現代損害賠償法講座6』（一九九八年）七七頁以下に簡潔に整理されている。

(18) 幾代Ⅱ徳本・前掲注（17）一三九頁、内田・前掲注（17）三九九頁、平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（一九九二年）一二三頁。もつとも、平井説のいう義務射程説と幾代Ⅱ徳本説のいうそれとは同一ではない。平井・同書一一六頁。

(19) もつとも、損害賠償の範囲の画定基準として義務射程説を採るべきか否かについては、なお検討の余地があるが、医師の説明義務違反に検討対象を限定した本稿の中で、損害賠償の範囲の画定基準に関する一般論にまで踏み込むことは筆者の能力を越える。今後の検討課題としたい。

(20) 幾代通Ⅱ広中俊雄編『新版注釈民法(16)』（一九八九年）一三三三頁〔中川高男執筆〕。

(21) 奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（一九九二年）一七八頁、内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権』（一九九六年）一四八頁以下など通説。

(22) この問題を指摘したものとして、吉村・前掲注（16）六四八頁。なお、判決四は、一六〇〇万円という高額の慰謝料を認められた。右判決がこのような問題を意識したものか否かは定かではないが、自己決定の機会喪失による慰謝料としても、また悪しき手術結果による慰謝料を含めても、異例な金額であることは確かである。しかし、自己決定権の価値を正当に評価すべきことには異論はないが、悪しき手術結果による財産的損害が認められないことのいわば「補填」のような形で高額な慰謝料を認めることについては、疑問がないわけではない。この点は、慰謝料の機能の問題として別個に検討すべき課題であろう。