

アメリカにおける専門家・依頼者モデルの変遷史(二・完)
——一八三〇年以降の弁護士像および医師像から——

佃 貴弘

目次

第一章 はじめに

第二章 アメリカ社会において専門家が権威的とみなされてきた時代(以上、二二二号)

第三章 依頼者中心モデルが登場する社会的背景

インフォームド・コンセントが注目されなかつた時代

インフォームド・コンセントを妨げたマッカーシズム

Schloendorff事件から Natanson 事件に至る医療過誤訴訟の変遷

アメリカにおける人権意識の向上

患者の人権保障を目指す医師内部の変革

依頼者中心モデルの登場させた社会的背景

医師内部の変革をもたらす内部告発

出遅れる弁護士内部の変革

反権威モデルとしての依頼者中心モデル

合理的医師基準 (Naranson 判決) 対合理的患者基準 (Canterbury 判決)

依頼者中心モデルを支える理論と内容

第四章

中庸として登場した信認・協働モデル

インフォームド・コンセント論の二極分化

インフォームド・コンセント懐疑論①——Canterbury 判決への懐疑

インフォームド・コンセント懐疑論②——患者中心モデルの低迷

インフォームド・コンセント推進論——九〇年代の判例から

専門家モデルとしての契約モデルの限界

信認モデルの登場——専門家像を捉える新しい視点

企業家の意向に従うことが本当に専門家の仕事なのか？

協働モデルの弁護士論——友人として捉える弁護士論

第五章 おわりに (以上、本号)

第三章 依頼者中心モデルが登場する社会的背景

インフォームド・コンセントが注目されなかった時代

第二章で、ジャクソニアン・デモクラシーから一九三〇年代までの専門家を描写した。そして、一九三〇年頃の医療の世界で、非人道的な行為が行われていたことがきっかけで、インフォームド・コンセントが唱えられたとされる。

インフォームド・コンセント論者は、その時代の出来事を挙げて、専門家が権威的な態度をとっていたと描写した。このことから、第二次大戦後すぐに、インフォームド・コンセント論が注目されたように思われるかもしれない。しかし、一九五〇年代および一九六〇年代アメリカにおける専門家と依頼者の関係は、権威的な側面が強く現れていた。患者に対してなされた非人道的な行為が世間の注目を浴びて問題視されるようになったのは、一九七〇年ごろのことであった。

インフォームド・コンセントが唱えられた要因が一九三〇年代に行われた非人道的行為であるとすれば、なぜそれが七〇年ごろになるまで問題視されなかったのか。この問いかけに対しては、むしろこのように答えるべきであろう。第二次大戦後から人権尊重の(あるいは左翼的)考えが少しずつ成長していくことで、専門家組織の内外で変革が生じてきた。そして、一九七〇年前後のマスコミ報道によって、そのような専門家の行為を問題視することが顕在化したのである。

より詳しく一九七〇年代までの流れを説明すれば、五〇年代から現れてきた左翼的活動の隆盛、六〇年代にマス

コミ報道に感受的な文化が形成されたうえに、七〇年代になってマスコミによる告発がなされたこと、があげられよう。そして、このような構図が成立した背景には、人種差別の問題があった。

第三章では、まず、インフォームド・コンセント論を生み出した五〇年代から七〇年代にいたる社会的要因を説明する。次に、専門家組織の内外で、専門家と依頼者の関係を依頼者中心（患者中心・依頼人中心）にシフトさせようとする動きがあったことを述べる。そして、依頼者中心モデルとはいかなるモデル論であるのかを述べる。

インフォームド・コンセントを妨げたマツカーシズム

インフォームド・コンセントがアメリカにおいて一九七〇年代まで唱えられなかったのは、五〇年代に生じたマツカーシズムの風潮が影響している。これは、マツカーシー上院議員の「国務省内に共産党員がいる。」という発言が発端となったが、政治や社会のあり方に批判的な人々を確かな証拠のないまま非アメリカ的な破壊分子として糾弾するものであった。政治の世界でマツカーシズムは一時的な現象にすぎなかったが、それが政治の世界から排除されても、社会の根幹をなす価値観を問題とすることがタブーとされる風潮が残ることになった。⁽¹⁾

第二章で企業やエリート層を相手とする弁護士と大衆を相手とする弁護士を区別して論じた。マツカーシズムの風潮がアメリカ社会を騒がしたとき、これら二つのタイプの弁護士が対立構造となって現れた。ABAに加入している弁護士はエリート層を対象とし、大衆を相手にしていた弁護士はABAに加入していなかった。そして、当時のABA所属の弁護士は保守的傾向が強かったため、マツカーシズムの影響を受けやすかった。その結果、五〇年代のマツカーシズムの影響を受けて、共産主義の疑いのあるものを肅清する動きがABA内部でも生じた。⁽²⁾

マッカーシズムによつて、「ニュー・ディーラー」と呼ばれた人々が、共産主義の疑いをかけられて取り調べを受け公職追放された。これに対し連邦最高裁は、ニュー・ディーラー期に任官された裁判官が多かつたこともあり、これに対抗する態度をとつていた。この時期(ウォレン・コート期一九五三—一九五九年)に、公立学校における人種別学(segregation)制度を違憲とする、Brown I判決が下された。⁽³⁾ さらに最高裁は、Brown II判決で、その是正を迅速に(with all deliberate speed)実施しなければならないとした。⁽⁴⁾

Brown 事件は、訴訟を武器に黒人の権利を保護しようとしたNAACPの活動が実を結んだということを意味している。ABAに所属する弁護士は、このような市民権運動を支援する訴訟代理人となることに抵抗があつた。⁽⁵⁾ このように一九五〇年代の弁護士は、WASP系でABA所属の弁護士と非WASP系の弁護士との間で価値が大きく対立していた。

Schoendorf 事件から Natanson 事件に至る医療過誤訴訟の変遷

このような訴訟を利用して権利を保障させようとする手法がとられたこともあつて、判例法の形成によつて専門家倫理の発展が促された。とくに、一九七〇年代までの医療倫理の発展に大きく貢献したのは、ニールンベルク綱領に代表されるように、法律家の作成した判例法であつた。そこで、Schoendorf 判決以降の裁判例の移り変わりを説明しよう。⁽⁷⁾ 本稿では、Hunt 事件⁽⁸⁾、Salgo 事件⁽⁹⁾、Natanson 事件⁽¹⁰⁾を挙げる。

Schoendorf 事件から Natanson 事件に至る医療過誤訴訟の変遷を簡単にまとめると、(battery と negligence と) 二つの訴訟原因のうちどちらかで提起すべきかという問題が一連の判例法理の形成から解決がみられたことに集約で

きるのである。つまり、Schloendorff事件は、batteryを訴訟原因としているのに対して、Natanson事件は negligenceを訴訟原因としているという点にある。⁽¹³⁾

batteryと negligence とび、ロモン・ロー上での取り扱いの違いは、出訴期限と損害算定にあり、具体的には次の四点にある。⁽¹⁴⁾①多くの法域で negligence の出訴期限は battery よりも長い期限が定められている。⁽¹⁵⁾② battery では懲罰的損害賠償が認められる場合がある。⁽¹⁶⁾③ negligence の場合には、患者は医師の過失を鑑定に基づいて立証することが要求される。⁽¹⁷⁾④ battery で訴える場合、違法な接触の要件を証明しなければならぬので、患者が治療に同意したときに医師の責任追及が困難になる。

このように訴訟原因の違いから、negligence による場合、違法な接触の存在を論じることなく訴訟提起できる点が有利であるが、過失の証明が困難であるという欠点がある。しかし、過失推定則 (Res Ipsa Loquitur)⁽¹⁸⁾を認めることでそれがある程度緩和することができる。これら裁判例の変遷をたどっていくと、医療過誤訴訟の訴訟原因は、battery から negligence に移行していくことがわかる。

ノース・カロライナ州最高裁の Hunt 事件は、negligence で訴えるきっかけを与えた。この事件は、原告(自動車修理工)の鎖骨近くに刺さっている金属片を摘出する手術後に原告の左手が機能不全となった事件であり、negligence を訴訟原因として医師の責任が争われた。この事例では、手術によって生じた障害の存在は十分に証明されたとしつつも、過失推定則の適用を認めなかったため、原告の訴えは退けられた。Hunt 判決の法廷意見は、Ewing 判決を引用して、次のように判示している。⁽¹⁹⁾

かりに「過失推定」則がこのような事例についても成立し、どんなに些細なことであっても、悪い結果をもたらす医師の過失が関与しているということと証拠となるとすれば、すすんで治療を施そうとする人はほとんどいなくなってしまう

う。なぜなら、「人生につきまとう災難 (ills that flesh is heir to)」のほとんどを医師側に負わせることになってしまいうらである。

Ewing 判決の先例としての価値は疑問視されていることから、Hunt 判決の先例としての意義を過失推定則が認められなかったということに見いだすべきではない。この判決の意義は、ボビット裁判官の補足意見にあるように、battery ではなく negligence で訴えた場合の違いが明確にされた点にある。

次に注目すべき判例は、カリフォルニア中間上訴裁判所の Salgo 判決である。この事件は、大動脈造影検査後に生じた下半身麻痺について、医師の過失責任を争った事件である。Salgo 判決は、Hunt 事件を引用し Schloendorff 判決などを参照して、医師の開示義務について「患者の権利や利害に相互に影響を与えることや起こりうる外科的危険 (risk, hazard and danger) に関するすべての事実について開示の義務がある」とし、「危険性の内容について説明する時には、インフォームド・コンセントに必要な事実の十分な開示に調和する程度の慎重さが必要である」と述べている。⁽⁸⁾

この Salgo 判決はアメリカで最初にインフォームド・コンセントが明文で述べられた判決と評価されている。しかしそれ以外にも、過失推定則の適用を認めることを前提に議論が進められていることを指摘しておかなければならない。⁽⁹⁾

さらに、カンザス州最高裁の Natanson 事件では、医師の過失を判断する基準として、合理的医師基準(専門家基準)が提示された。この事件では、乳房切除後に受けたコバルト照射によって重い放射線やけなどを原告患者に負わせたことについて、被告医師の過失責任が争われている。判決は、次のように述べている。⁽¹⁰⁾

過失 [negligence] は、適切な配慮が十分に払われる義務違反と定義される。「適切な配慮が十分に払われる義務」とい

う用語は、本件においては、この地域における放射線医学の専門家として、そのような配慮が、同様なあるいは類似の環境において、通常適切に払われていることを意味している。

Nakanson 判決は、「合理的な医師ならば、同様または類似の状況のもとですと考えられる程度の情報開示に制限される」という合理的の医師基準を採用していると解される。⁽²¹⁾そして、この基準は多くの法域で採用され、説明不足が争われる事例では、negligence を訴訟原因とする処理がなされている。⁽²²⁾

アメリカにおける人権意識の向上

一九五〇年代は、マッカーシズムの風潮がアメリカ社会に影響を与えていたこともあって、判例法という狭い範囲でしか専門家の責任が議論されなかった。しかし、一九六〇年代になると、アメリカ社会において人権意識が向上するようになった。その特徴的な出来事として、反戦運動と人権問題が挙げられる。

ニュー・レフトの運動が、一九六〇年代アメリカで活発化した。ニュー・レフトの活動は、学生身分が徴兵猶予の対象から外されたことも起因して、⁽²³⁾反戦運動を通じて盛んになった。しかし、ニュー・レフトは、その運動の内の矛盾から分裂・過激化し、⁽²⁴⁾一九七〇年ごろには表舞台に現れなくなった。

また、人権問題をめぐり、アメリカ社会はこの時期に大きく変化した。この点については、次の出来事が挙げられる。⁽²⁵⁾ローザ・パークスが座席を譲らなかつたことに端を発したバスボイコット(一九五五年)、フリーダム・ライド(一九六一年)、ミシシッピ州における市民権運動家の失踪事件(一九六四年)、投票権法(Voting Rights Act)の制定(一九六五年)、キング牧師の暗殺(一九六八年)。

もちろん、反戦運動や人種問題などの六〇年代アメリカで発生した社会問題をまとめて論じるのは無理がある。なぜなら、ニュー・レフトの運動は青年層や一部の知識人層以外の集団とは結びつかなかったからであり、また、当時の軍隊が黒人に対する一定の教育と職業訓練の場となっていたからである。⁽²⁶⁾しかし、このような社会風潮が、七〇年代に依頼者中心的な視点を用いるきっかけを生み出すことになった。

患者の人権保障を目指す医師内部の変革

ナチスの医師に対してなされたニュルンベルク裁判によって、ニュルンベルク綱領が作成された。しかし、ナチス・ドイツの医療倫理「ガイドライン」は、ニュルンベルク綱領に遜色ないほどの適切な条項をもっていた。⁽²⁷⁾さらに皮肉なことに、ニュルンベルク綱領がアメリカの医療倫理に与えた影響は少なかつた。ニュルンベルク裁判で明らかになった出来事は、アメリカと関係があると認識していなかつた。⁽²⁸⁾

ニュルンベルク綱領に問題があるとはいえず、世界的に見ると、この綱領を敷衍した医療倫理綱領が作成されるようになった。世界医師会(WMA)は、ニュルンベルク綱領を精密化させて、一九六一年に「医療研究における人体実験の倫理綱領」の作成に着手した。この綱領(ヘルシンキ宣言)は、一九六四年のヘルシンキ会議で採択された。ヘルシンキ宣言のⅠの九項は、次のように規定し、医師の説明義務を宣言している。

ヒトにおける研究においては、被験者となる人は、その研究の目的、方法、予想される利益と、研究がもたらすかも知れない危険性、および不快さについて十分知らされなければならない。

ヘルシンキ宣言は、患者の賢明な同意を得ることを目的とする医療団体自らが作成した規約である点に意義があ

る。²⁹⁾しかし、このような倫理綱領は、アメリカでほとんど注目されなかった。この作成過程にアメリカの研究グループがあまり関与していなかったため、医学研究所の活動にほとんど影響を与えなかった。³⁰⁾このような医療倫理に関心を示していたのは、むしろ一部の医師に限られていた。

依頼者中心モデルの登場させた社会的背景

六〇年代までに生じた支配的価値観に対する懐疑は、一部の人々にしか受け入れられなかった。しかし、一九七〇年代に入ると、多くの人々が権威とされてきたものに疑いの目を向けるようになった。³¹⁾そのため、専門家は権威的な態度をとっているというイメージができた。そして、このイメージの形成には、マスメディアの報道が影響していた。

二〇世紀初頭、マックレイカー (muckraker) と呼ばれる記者が、政治家や役人などの不正や醜聞などを暴こうとしていた。そして、当時の有力資本家に泥棒男爵 (robber baron) という蔑称をつけ、センセーショナルに書き立てていた。しかし、保守化傾向で経済成長のあった一九五〇年代には、有力資本家は好意的に捉えられていた。³²⁾

また、ベトナム戦争に関する報道も大きな影響を与えている。一九六〇年代に生々しい戦争報道がテレビから流れることにより、それに敏感な若者は戦争報道の影響を受けて、政府に対する不信感をもたせ、反戦運動につながった。³³⁾

さらに、一九七〇年代には、社会の諸分野の権威とされてきたもののほとんどを疑いたくなるような事件が明らかにした。タスキギー梅毒研究、ウォーターゲート事件である。

この背景には、一九七〇年から始まったアメリカの経済不況があった。不景気の原因は、余りにも多くの国費をベトナム戦争に投じたために国内財政を圧迫したことにあった。しかも、政府が諜報機関の情報を一貫して無視した政策をとっていたとアメリカの主要新聞社によって報道され、この事実は国民に不信感を抱くことになった。⁽⁸⁴⁾さらに、オイルショックがそれに追い打ちをかけた。⁽⁸⁵⁾

そのような状況があったため、弁護士・医師・政府などの権威的なものに対して監視しなければならないという論調が生まれることとなる。この時期に唱えられた一九七二年の *Canterbury* 判決によるインフォームド・コンセント法理や一九七四年の情報公開法 (FOIA: Freedom Of Information Act) の改正という一連の動きは、一九七〇年代に活発化した反権威という風潮に多かれ少なかれ影響を受けていた。

このようにして、一九七〇年代アメリカにおいて、権威的なものに懐疑的な印象を与える風潮ができた。この風潮によって、専門家が権威的な態度をとっているという側面が強調されるようになった。

医師内部の変革をもたらす内部告発

インフォームド・コンセントがアメリカで強く唱えられるようになったのは、医師による非人道的行為が内部告発で明るみに出たからである。とくに注目すべき出来事として、ピーチャーの告発とタスキギー梅毒研究の内部告発を挙げる。⁽⁸⁷⁾

ピーチャーは、ニューイングランド医学誌に、二二の医学研究の要約を紹介した。⁽⁸⁸⁾ 紹介された研究は、一九五〇年代になされた倫理的にやや問題のある人体実験であり、そのほとんどが被験者に危険性を知らせずに同意をえず

に行われていた。この論文をきっかけに、アメリカの医療実験が患者の同意を得ずになされたことを医学誌に掲載したことが話題となった。⁽⁸⁹⁾この論文に対して、一九五〇年代当時の医学研究を事後の倫理基準で評価していかんという批判がなされている。⁽⁹⁰⁾

インフォームド・コンセント提唱の直接のきっかけとなったのは、タスキギー梅毒研究である。タスキギー梅毒研究は、アフリカ系アメリカ人に梅毒を治療せずに放置するとどうなるかを調査した研究である。この研究は一九三〇年頃から行われたが、一九四六年頃にベニシリンによる治療が可能となったのちも、この研究が続けられていた。一九七二年のマスコミ報道によって、この差別的で非人道的な研究が明らかになった。そして、一九七二年にアメリカ病院協会(AHA)によって採択された「患者の権利章典」⁽⁹¹⁾が一九七三年に公表され、アメリカにおいてインフォームド・コンセントが広く知れ渡るようになった。このような社会背景から、医師・患者関係を水平的に捉えようとする動きが生じた⁽⁹²⁾とされる。

出遅れる弁護士内部の変革

先に述べたように、医療倫理の源泉は法律家の作成した判例法であるけれども、弁護士内部の変革は医師内部の変革よりも遅れていた。しかし、その変革の流れをみると、医師内部の変革と類似した経過をたどっている。

第二章で、シャーズウッドの法曹倫理の講義をもとにABAのモデル規範(MBA Canon)が作成されたが、古くさく時代遅れであったことを述べた。それは、この倫理規定が反多数派の利益を擁護する面があったためである。⁽⁹³⁾

法曹倫理の改革が出遅れる原因は、ほかに、弁護士会が強制加入になっていないため、弁護士を規律させる制

度俸組がなかったことがあげられる。しかし、六〇年代半ばから、強制加入の弁護士会が登場するようになった。一九六〇年までに半数以上の弁護士会が強制加入となり、イリノイ州では一九七〇年代に強制加入となっている。⁽⁴⁴⁾ それにともなう、ABAも次第に差別的でない中立的な組織に変化していった。⁽⁴⁵⁾

このようなABA内部の変化に伴って、弁護士責任模範規範 (Model Code of Professional Responsibility) の成立する社会的素地ができあがった。⁽⁴⁶⁾ 弁護士責任模範規範は一九六九年にABAで採用され、十数年間、各法域で採用する弁護士倫理規範のモデルとなった。この規範の特徴は、弁護士のサービスをあらゆる人に享受させようという点にある。これは、市民権運動に関わる訴訟を敬遠した弁護士がいたことに鑑み、弁護士の公的責任を果たそうとするものである。⁽⁴⁷⁾ しかし、弁護士責任模範規範が作成されたのは、弁護士倫理を権威的なものから依頼者中心に捉えなおそうとしたからであると捉えるべきではないであろう。これについては、第四章で検討する。

一九七〇年代初頭に起きたウォーターゲート事件は、内部告発によって明るみに出された。この事件で注目しなければならぬことは、このスキャンダルの中に弁護士が含まれていて、道徳性を失った依頼人にとらわれていたということである。⁽⁴⁸⁾ この事件がきっかけとなって、弁護士と依頼者の関係をインフォームド・コンセント論を類推して規律しようとする動きが生じるようになった。

反権威モデルとしての依頼者中心モデル

このような社会的状況によって、インフォームド・コンセントが唱えられるようになり、法律家と依頼人との関係においても依頼者を中心とするモデルで論じられるようになった。では、この立場は、専門家と依頼者の関係を

具体的にどう論じられているのか。

まず述べておかなければならないのは、依頼者中心モデルの大前提として、専門家が依頼者に対して権威的な態度をとることを批判している、ということである。インフォームド・コンセント論が古代ギリシャ時代から権威的な態度をとっていたという考察がなされたのは、それを示そうとしたからである。⁽⁶⁴⁾そして、医師と患者の関係だけでなく、弁護士と依頼人の関係でもその議論を類推して論じられるようになった。

依頼者中心モデルが批判対象とする権威モデルは、次のような特徴を有している。つまり、権威的な弁護士は、①法的問題には正しい解決があり、②弁護士は正しい結論に到達するのに必要とされる技術的な情報をもつ専門家であると考えている。そして、③法的問題の解決方法は技術的であるので、④公平無私で客観的な判断をするのに⑤必要かつ十分なサービスだけすればよいと考えている。⁽⁶⁵⁾このような弁護士像は、「グル (guru)」または「ゴッドファーザー (godfather)」として捉えられている。⁽⁶⁶⁾

ローゼンタールは、このような権威モデルを批判するために、社会調査をもとに依頼人の積極的な参加が訴訟追行によい影響を与えていること示そうとした。彼は、一九六〇年から一九六八年に発生した人身被害 (Personal Injury) 事件における依頼者に対してなされたアンケート結果に基づいて、依頼人の参加度合いと訴訟結果の相関関係を調べた。⁽⁶⁷⁾

まずローゼンタールは、依頼人の参加度合いを数量化するために、①すぐに医師の手当てを受けたか、②特定の要求を弁護士に要求したか、③継続的に要求を提示してきたか、④セカンド・オピニオンを求めたか (担当弁護士以外にも相談をしたか)、の四つを三段階 (ゼロ〜二点) で評価する。⁽⁶⁸⁾そして、その結果の総和 (ゼロ〜八点) を積極性レベル (activity level) と定義し、そして各依頼人の積極性レベルがその平均 (二・八六) より高い依頼人を積

極的依頼人 (Active Client) と定義し、少ない依頼人を消極的依頼人 (Passive Client) と定義した。⁶⁵⁾

次に、訴訟結果は、匿名処理した事件の概要を五つのパネル(専門家の合議体)が評価した賠償額の平均値と実際に獲得した賠償額との比率から算出されている。ローゼンタールは、この比率をパネル評価率(panel evaluation)と定義し、そして各パネル評価率とその平均(七八・七〇%)よりも高いものを高評価(Good)と定義し、少ないものを低評価(Poor)と定義した。⁶⁶⁾

ローゼンタールは、このように定義された積極性レベルとパネル評価率の相関表(表①)を作成した。やや疑問が残るけれども、依頼人が積極的に参加している場合には、高い割合でより多くの利益を獲得していることが示された。⁶⁷⁾

合理的医師基準 (Natanson 判決) 対合理的患者基準 (Canterbury 判決)

ローゼンタールは、依頼人は情報を得ていないので弁護士に依存してしまうと述べ、⁶⁸⁾ Canterbury 判決などのインフォームド・コンセント論を

表① 依頼人の参加度合いと訴訟結果の相関表

評価	積極的依頼人	消極的依頼人	
高評価	75%	41%	N = 33
	(21)	(12)	
低評価	25%	59%	N = 24
	(7)	(17)	
	—	—	N = 57
	N = 28	N = 29	

出典：DOUGLAS E. ROSENTHAL, LAWYER AND CLIENT: WHO'S IN CHARGE? 57 tbl.2.3 (1974).

類推しようと考えた。⁽⁶⁰⁾ここで、インフォームド・コンセント論およびその類推論が注目する *Canterbury* 事件について簡単に触れておこう。

Salgo 判決および *Namanson* 判決によって、*negligence* による訴えが医療過誤訴訟の中心的役割を果たすようになったが、その基準は合理的医師基準であった。この基準では、いままでも専門家がこうしていたという理由だけで開示基準が決まってしまうという問題が生じてしまうことになる。

Canterbury 判決は、医師ではなく患者を基準とする責任判断の基準を提示したことによって患者中心の専門家責任を主張するきっかけを生み出した。この事件の上訴人である原告患者は、一九五八年一月に肩甲骨の間に激しい痛みを伴ったため医師の診断を受けたがなかなか完治しなかつたので、神経外科医のスペンス医師の診断を受けることとなった。その診断の際、スペンス医師は患者に椎弓切除術を施すことを勧めた。しかし、この手術のあと、患者は全身的な麻痺を起こした。患者の状態は、ある程度まで二回目の手術で改善したけれども、(第一審が行われた)一九六八年の時点でも移動するのに松葉杖が必要な状態であった。上訴人は、上告審で、最初の手術の前に麻痺のリスクが開示されるべきだったと主張するに至った。⁽⁶¹⁾

Canterbury 判決は、原告患者を敗訴させた第一審を破棄差戻しし、次のような判決理由を述べた。まず、*Canterbury* 判決は、多くの法域で用いられている合理的医師基準を否定した。合理的医師基準に従って開示基準を判断すれば、専門家がしてきた伝統だけで開示基準が決まってしまうからと判決は述べている。⁽⁶²⁾

また、*Canterbury* 判決は、インフォームド・コンセントをさせるために、「主要な (material) 事実が患者に与えられなければならない」と判示している。そして判決によれば、主要な事実とは、「医師が患者の立場から知りまたは知るべき事柄のうち、合理人 (reasonable person) ならば提示された治療法を見合わせるかどうかを決定する際に重

要と判断するような事実」である。⁶⁵⁾ Canterbury 判決は、情報開示の判断基準として合理的患者基準を採用した判決と評価されている。

一九七〇年代の社会状況およびインフォームド・コンセントの論調からみれば、具体的患者を基準に医師の責任を判断するように求めそうに感じるかもしれない。しかし、そう考えないのは、医師が患者の欲する情報をすべて提供するのは困難と判断したからである。⁶⁶⁾

依頼者中心モデルを支える理論と内容

インフォームド・コンセント論をはじめとする依頼者中心モデルは、依頼者が自律的に同意ないし決定することを目指し、「自律」および「自己決定」を重視する。この言葉は、カント倫理に由来している。カントは、『啓蒙とは何か』(一七八四年)のなかで、啓蒙を未成年状態からの解放と定義する。そして、その原因が権威者の判断に頼ろうとすることにあるとし、この状態から脱して自分自身で考えることを説いている。⁶⁷⁾

さらに、『道徳形而上学原論』(初版一七八五年)によれば、①倫理で問題となるのは、結果ではなく、義務であること、②他人を、手段としてではなく、目的として扱わなければならないこと、⁶⁸⁾がカント倫理の特徴として挙げられる。この特徴(とくに②の原理)から、③理性的存在者は、各自が持つ格率によって自分自身を普遍的に規律し、⁶⁹⁾④このような意思の自律は自由と強く結びつき、自由を分析すれば道徳性も分析できること、⁷⁰⁾が導かれる。さらに、「君に対して為されるのを欲しないこと (quod tibi non vis fieri)」⁷¹⁾という派生的原理が導かれ、そこから「真実を話さなければならぬ」というインフォームド・コンセント論の主張が唱えられた。

リーガル・カウンセリングにおける依頼人中心モデルは、インフォームド・コンセント論を類推して論理が組み立てられている。そのため、依頼人中心モデルの最大の特徴は、①法的事項に限らず、依頼人に重要事項の決定権を与えるという点にある。そこから派生して、このモデルに次のような特徴を有している。⁽⁷⁴⁾まず、弁護士は、②依頼人の視点から問題を特定し、③依頼人の価値観に基づいて助言する。また、④依頼人から求められれば、弁護士はよるこんで助言を行う。だからといって弁護士は、完全に依頼人の決定や行動に完全に委ねて、全く関与しないのではない。そうではなく弁護士は、⑤依頼人の感情に敬意を示し、その重要性を認識しつつ、⑥依頼人とともに、各選択の中から起こりそうな結果を特定する。このように、⑦潜在化している問題を見つけ出す過程の中で、弁護士は依頼人に関与するのである。

依頼者中心モデルで、弁護士と依頼人の関係を捉えた場合、弁護士は依頼人の利益を最大化するように行動するうえで、中立性を保つことが求められる。⁽⁷⁵⁾中立性を保つのは、依頼人にとって悪い情報も提供することで依頼人に正しい決定を促すことを求めているからである。

このように依頼人中心モデルの特徴を整理すると、依頼人中心モデルの捉える弁護士と依頼人の関係が南北戦争後の企業弁護士像に近いということができよう。つまり、決定権があるのは依頼人であり、弁護士は依頼人の決定に生じる法的問題を解決するための「用心棒」として機能していると考えるのである。⁽⁷⁶⁾

注

- (1) 紀平英作編『新版 世界各国史24 アメリカ史』(山川出版社、一九九九年)三四八、三五六頁(島田眞杉執筆)。副島隆彦『世界覇権国アメリカを動かす政治家と知識人たち』(講談社、一九九九年)〔講談社+α文庫〕六四頁。

- (2) JEROLD S. AUERBACH, UNEQUAL JUSTICE: LAWYERS AND SOCIAL CHANGE IN MODERN AMERICA 238 (1976).
 - (3) Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483, 495 (1954).
 - (4) Brown v. Board of Education, 349 U.S. 294, 301 (1955).
 - (5) AUERBACH, *supra* note 2, at 264.
 - (6) Schloendorff v. Society of New York Hospital, 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (N.Y. 1914).
この時期の判例を整理するにあたり、石崎泰雄「医療契約における医師の説明義務と患者の自己決定権——アメリカにおけるインフォームド・コンセント法理の生成と展開」早稲田法学会誌四二巻三九頁(一九九二年)を参照したが、必ずしもその記述には従っていない。
 - (8) Hunt v. Bradshaw, 242 N.C. 517, 88 S.E.2d 762 (N.C. 1955).
 - (9) Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees, 154 Cal. App. 2d 560, 317 P.2d 170 (Cal. App. 1 Dist. 1957). [この判決は「星野一正」インフォームド・コンセントが誕生した医療過誤裁判判決]時の法令一五八〇号(一九九八年)五六頁以下に翻訳されている。]
 - (10) Natanson v. Kline, 186 Kan. 393, 350 P.2d 1093 (Kan. 1960). [この判決は「星野一正」インフォームド・コンセントの発展を促したナタソン判決]時の法令一五八二号(一九九八年)四七頁以下に翻訳されている。]
- (11) battery と negligence という英米法の用語は、しばしば「暴行」と「過失」と訳されることがある。しかし、これらの用語は日本法で用いられる暴行と過失とは全く異なる概念である。battery は、日本法の暴行とはほぼ同義に用いられることもあるけれども、ここでは法的根拠なしに接触して危害を加えることを指している。また、negligence も、日本法の過失とはほぼ同義に用いられることもあるけれども、ここでは過失に基づく不法行為を意味している。
- あえて本稿の文脈に沿うような battery と negligence の訳語をあげるとすれば、それぞれ「不法接触」と「過失不法行為」とい

う用語が考えられる。しかし、不必要な誤解を避けるため、本稿では原則として *battery* と *negligence* と表記する。ただし、*negligence* が日本法の過失とほぼ同義に用いられていると解される場合には、「過失」と表記している。

- (12) MARCIA MOBILIA BOUNML, CLIFFORD E. ELIAS & DIANE BISSONETTE MOES, *MEDICAL LIABILITY IN A NUTSHELL*, 92 (2d ed. 2003).
- (13) 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』（有斐閣、一九八四年）一二七—一二八頁。
- (14) 新美育文「医師と患者の関係——説明と同意の法的側面——（二）」名古屋大学法政論集六五巻（一九七五年）二二四—二二五頁。
- (15) 過失推定則については、松浦以津子「医療事故訴訟における *res ipsa loquitur* ——アメリカ法を中心として——」（二）「名古屋大学法政論集六七巻（一九七六年）一〇二頁、七一巻（一九七七年）一九六頁以下を参照せよ。
- (16) *Hunt*, 242 N.C. at 523, 88 S.E.2d at 766 (quoting *Ewing v. Goode*, 78 F. 442, 443 (C.C.S.D. Ohio 1897)). なお、判決文にある「人生は始まると同時に災難」は、『ハムレット』の「生かすか、死ぬるか（To be, or not to be）」の始末を台詞の由来として、WILLIAM SHAKESPEARE, *THE TRAGEDY OF HAMLET, PRINCE OF DENMARK* act 3, sc. 1, in *HAMLET* 66 (T.J.B. Spencer ed. Alan Sinfield intro., Penguin Books 2005)(n.d.).（「ハムレット」(野島秀勝訳)『ハムレット』(岩波書店、二〇〇二年)【岩波文庫】一四二頁。）」
- (17) *Hunt*, 242 N.C. at 524-25, 88 S.E.2d at 767 (Bobbit, J., concurring).
- (18) *Salgo*, 154 Cal. App. 2d at 578, 317 P.2d at 181.（邦訳六九頁。）」
- (19) *Salgo*, 154 Cal. App. 2d at 568, 317 P.2d at 175.（邦訳六一頁。）」これ以降の医療過誤訴訟をみると、医師の責任について過失推定則を認めつつも、具体的な判断基準として、次の判例を参照せよ。Brown v. Baptist Memorial Hospital, 806 So. 2d 1131, 1135 (Miss. 2002).
- (20) *Natanson*, 186 Kan. at 399, 350 P.2d at 1098.（邦訳五二頁。）」
- (21) BOUNML, ELIAS & MOES, *supra* note 12, at 110-11.

- (22) より詳しくは、新美・前掲論文注(3)一二九頁を参照せよ。
- (23) 前掲『アメリカ史』注(1)三八〇—三八二頁〔島田眞杉執筆〕。
- (24) トッド・ギトリン(疋田三良・向井俊二訳)『60年代アメリカ——希望と怒りの日々』(彩流社、一九九三年)五二九—五七四頁。副島・前掲書注(1)三八三—三八五頁。
- (25) この点については、次の文献を参照した。池上彰『そうだったのか!アメリカ』(集英社、二〇〇五年)第7章。前掲『アメリカ史』注(1)三五九—三七〇頁〔島田眞杉執筆〕。グレゴリー・E・ペンス(宮坂道夫・長岡成夫共訳)『医療倫理 2』(みすず書房、二〇〇一年)六二頁。
- (26) ハンナ・アールント(山田正行訳)『政治と革命についての考察』『暴力について』(みすず書房、二〇〇〇年)二二六頁参照。
- (27) RUTH R. FADEN & TOM L. BEAUCHAMP, A HISTORY AND THEORY OF INFORMED CONSENT 153-56 (1986). [ルース・R・フェイドン、トム・L・ビーチャム(酒井忠昭・秦洋一訳)『インフォームド・コンセント 患者の選択』(みすず書房、一九九四年)一一—一二四頁。]
- (28) デイヴィッド・ロスマン(酒井忠昭監訳)『医療倫理の夜明け——臓器移植・延命治療・死ぬ権利をめぐる』(晶文社、二〇〇〇年)九〇—九二頁。DAVID J. ROTHMAN, STRANGERS AT THE BEDSIDE 62-63 (2d ed. 2003).
- (29) FADEN & BEAUCHAMP, *supra* note 27, at 156-57. [邦訳一二四—一二五頁。] ヘルシンキ宣言の内容は、森岡恭彦『インフォームド・コンセント』(日本放送出版協会、一九九四年)一七六—一八二頁を参照した。
- (30) ロスマン・前掲書注(28)九九頁。ROTHMAN, *supra* note 28, at 68. 仲正昌樹『人体実験』とインフォームド・コンセントの法理』金沢法学四六巻一号(二〇〇三年)九三—九六頁。
- (31) 前掲『アメリカ史』注(1)三九三頁〔島田眞杉執筆〕。
- (32) C. WRIGHT MILLS, THE POWER ELITE 94-95 (1956). [C・W・ミルズ(鶴飼信成・綿貫讓治訳)『パワー・エリート(上)』(東

京大学出版会、一九六九年)〔UP選書〕一五二—一五三頁。〕

(33) 前掲『アメリカ史』注(1)三七五頁〔島田眞杉執筆〕。

(34) これについては、ハンナ・アーレント(山田正行訳)「政治における嘘」前掲書注(9)一頁以下を参照せよ。

(35) 前掲『アメリカ史』注(1)三八七頁〔島田眞杉執筆〕。

(36) *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C. Cir. 1972).

(37) *FADEN & BEAUCHAMP*, *supra* note 27, at 157-67.〔邦訳一二五—一三五頁。〕

(38) *Henry K. Beecher, Ethics and Clinical Research*, 74 *NEW ENG. J. MED.* 1354 (1966).

(39) この段落については、仲正・前掲論文注(9)九〇—九二頁も参照。

(40) ロスマン・前掲書注(8)三二頁参照。See, *ROTHMAN*, *supra* note 28, at 17-18.

(41) 「患者の権利章典」の訳文は、星野一正『インフォームド・コンセント 日本に馴染む六つの提言』(丸善、一九九七年)〔丸善ライブラリー〕一九九—一九七頁に収録されている。

(42) 仲正・前掲論文注(9)九六頁。

(43) *Russell G. Pearce, Rediscovering the Republican Origins of the Legal Ethics Codes*, 6 *GEO. J. LEGAL ETHICS* 242, 255-56 (1992).

(44) *LAWRENCE M. FRIEDMAN, A HISTORY OF AMERICAN LAW* 541 (3d ed 2005).

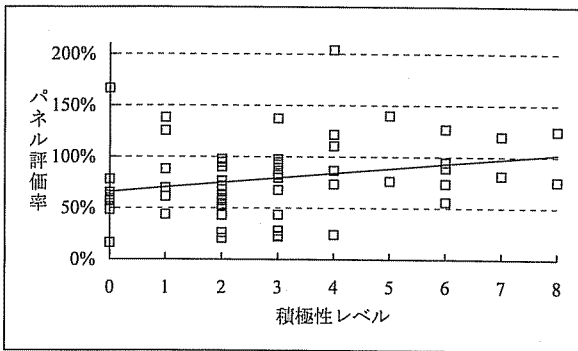
(45) *ROBERT H. ARONSON & DONALD T. WECKSTEIN, PROFESSIONAL RESPONSIBILITY IN A NUTSHELL* 32 (2d ed. 1991).

(46) 弁護士責任規範規程は、下記のABAのウェブサイトで入手できる。http://www.abanet.org/cpr/ethics/mcpr.pdf

(47) *AUERBACH*, *supra* note 2, at 285-86. この規範の制定には、パウエルがABAの会長に就任したことが大きく影響している。彼はかつてBrown判決による人種統合(Integration)を平和的に解決したという行政的手腕を発揮している。また、彼はのちに連邦最高裁判官に就任することになるが、最高裁がリベラルから保守化していく流れの中で中道を保っていた。

- (48) THOMAS L. SHAFFER & ROBERT F. COCHRAN, JR., LAWYERS, CLIENTS, AND MORAL RESPONSIBILITY v-vi (1994). DOUGLAS E. ROSENTHAL, LAWYER AND CLIENT: WHO'S IN CHARGE? 1 (1974).
- (49) しかし、第二章で論じてきたように、一九七〇年以前の弁護士が総じて権威的な態度をとっていたというのは疑問である。むしろ、企業弁護士のような関係を一般の弁護士と依頼人の関係に拡張しようとしてきたと捉えるのが妥当であろう。
- (50) ROBERT F. COCHRAN, JOHN M. A. DIPPRA & MARTHA M. PETERS, THE COUNSELOR AT LAW: A COLLABORATIVE APPROACH TO CLIENT INTERVIEWING AND COUNSELING 2 (1999).
- (51) *Id.* at 165-73. See also, SHAFER & COCHRAN, *supra* note 48, at 5-14, 30-39.
- (52) See, ROSENTHAL, *supra* note 48, at app. A. 調査結果から、六一通の回答を得たが、うち二通は統計から除外されている。一通は人身被害の事案ではないためであり、もう一通は弁護士自身が人身被害の被害者という事案であり統計の目的から不適切と判断されたからである。*Id.* at 34-4. さらに、残り五九通の回答のうち二通は、各パネルの評価額の変動係数(標準偏差を平均値で割って算出。*Id.* at 203.)があまりにも大きかったため、集計から除外された。*Id.* at 37-38.
- (53) *Id.* at 33-34.

図④ 積極性レベルとパネル評価率の散布図



出典：DOUGLAS E. ROSENTHAL, LAWYER AND CLIENT: WHO'S IN CHARGE? 204-05 (1974)を基に作成。

(54) *Id.* at 56. 原著では median となっているが、実際には中央値 (二・〇〇) ではなく平均値で両者を区分している。
 (55) *Id.* at 56. 原著では median となっているが、実際には中央値 (七五・七六%) ではなく平均値で両者を区分している。
 (56) この調査結果は「依頼者が積極的に参加すればするほど、よりよい結果を生み出す」と捉えられがちであるが、それは正しく
 ならぬ。改めて (*Id.* at 204-05.) 各サンプルの積極性レベルとパネル評価率を算出し、散布図と回帰直線を作成した(図④)。回帰
 直線は上昇傾向にあるが、各データは回帰直線から大きく散らばっている。両者の相関係数を計算すると、その数値は低く
 (〇・二五六)、両者に相関があるとはいえない。これは、依頼人の参加度合いが低くても高い評価率を得たケースがかなりの
 割合で存在しているためである。

- (57) *Id.* at 57.
- (58) *Id.* at 45.
- (59) *Id.* at 154-55.
- (60) *Canterbury*, 464 F.2d at 776-78.
- (61) *Id.* at 783.
- (62) *Id.* at 787-88.
- (63) *Id.* at 787.
- (64) ノットマンとビーチャムは自律的な行動を、①意図をもたず (intentionally) / ②理解 (with understanding) / ③何かの影響下に
 なる状態 (without controlling influences) / 行動を促すことによる。FADEN & BEAUCHAMP, *supra* note 27, at 238. [邦
 訳一八六頁。]
- (65) Immanuel Kant, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, in *Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften (Hg.), Kant's gesammelte Schriften*, Bd. 8, 1923, S.35. [カント(篠田英雄訳)「啓蒙とは何か」『啓蒙とは何か 他四篇』(岩波書店、一九七四年)

- 〔岩波文庫〕七頁。〕
- (69) Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, in a.o. (Note 65), Bd. 4, 1911, SS. 400-01. (カント(篠田英雄訳)『道徳形而上学原論』(岩波書店 一九七六年)〔岩波文庫〕三八―三九頁。)
- (67) Kant, a.o. (Note 66), S.428. [邦訳 一〇一頁。]
- (68) Kant, a.o. (Note 66), S.433. [邦訳 一一二頁。]
- (69) Kant, a.o. (Note 66), SS.447, 452. [邦訳 一四二―一五六頁。]
- (70) Kant, a.o. (Note 66), S.430n. [邦訳 一〇五頁。] これは「君に対して為されるのを欲しなむことを他人に為すな (Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris)」と云うローマ皇帝セルヴェルス・アレクサンデルの愛用句に由来する。See, 2 Aelius Lampridius, *Severus Alexander*, THE SCRIPTORES HISTORIAE AUGUSTAE 282-83 (David Magie trans., Harvard University Press 1980)(n.d.). 各章『リヴァイアサン』(『ホッブズ(水田洋訳)『リヴァイアサン』(岩波書店 一九九二年)〔岩波文庫〕二一八頁。] また『論語』にも、同様の記述がある。「己所不欲、勿施於人」(卷第六顔淵第十二)。
- (71) COCHRAN, DIPPPA & PETERS, *supra* note 50, at 5.
- (72) DAVID A. BINDER ET AL., LAWYERS AS COUNSELORS: A CLIENT-CENTERED APPROACH 272 (2d ed. 2004).
- (73) BINDER ET AL., *supra* note 72, at 300.
- (74) COCHRAN, DIPPPA & PETERS, *supra* note 50, at 173-76.

第四章 中庸として登場した信認・協働モデル

インフォームド・コンセント論の二極分化

第三章で扱った依頼者中心モデルの特徴を挙げれば、次の四つにあると考えられる。

1. かつての専門家は依頼者に対して権威的な態度をとっていたため、それを改善しなければならぬ。
2. 依頼者が積極的に参加したとき、専門家が単独で行動するときよりも、専門家の行動により結果が生み出される。
3. 依頼者の自己決定（自律）を重視する。
4. 3.を実現するために、専門家は、提供する情報が依頼者にとって有益かどうかに関わりなく、依頼者に対して情報を提供すべきである。

しかし、この議論は、八〇年代に入って低迷することとなる。この要因として、一九八〇年の政権交代が挙げられよう。一九七〇年頃の政府の支出およびオイル・ショックが原因となった不況が続いていたため、無党派層ないしは石油資本をもとにする固定層が共和党に移ることとなった。そして、レーガン政権が発足し、全体予算額を削減する政策がとられることとなった⁽¹⁾。

本稿において重要なのは、レーガン政権期からアメリカ社会が保守化傾向を強めたという事実である。たとえば、この時期に情報公開法（FOIA）が〈改正〉されたが、「全体としてみると、情報公開が国家安全保障や犯罪捜査に及ぼす負の影響を考慮して情報公開を制限する方向での改正が基調となつてい」た⁽²⁾。また、連邦最高裁に保守的な裁判官が登用されるようになり、七〇年代に出されたリベラルな判例に疑問を投げかけるようになった。

その一方で、八〇年代にインフォームド・コンセント論についての論考が次々と出されているという事実にも注目しなければならない。⁽³⁾そして九〇年代には、「現状よりも多くの情報、例えば当該治療医師の治療成績までをも提供すべきである」と主張して、さらにインフォームド・コンセント論を発展させようとする動きもある。⁽⁴⁾

このように、一九八〇年代後半ごろからインフォームド・コンセント論に、懐疑論と推進論という、二極分化が生じるようになった。第四章では、この二極分化について触れたのち、それらを止揚した形で登場することとなった第三のモデル(信認・協働モデル)について述べる。

インフォームド・コンセント懐疑論①——Canterbury判決への懐疑

まず、二極分化のうち、インフォームド・コンセント論を懐疑的に捉える流れからみてみよう。第二章から述べてきたように、専門家が対象としている相手が大衆の場合とエリートの場合を区別して捉えた場合、前者については医師と患者の関係で疑問が提起され、後者についても弁護士と依頼者の関係で疑問が提起された。これらの懐疑論を説明するにあたり、まず医師と患者の関係で出された疑問について述べよう。

コロンビア特別区連邦控訴裁判所のCanterbury判決は、インフォームド・コンセント論および医療倫理に関する文献を調べる限り、必ずふれられている裁判例である。しかし、Canterbury事件は注目を浴びた判例であるにもかかわらず、その法理は必ずしもアメリカで受容されてはいない。まず、Canterbury判決を受けた差戻審では原告敗訴となつてゐることを、指摘しておかなければならない。⁽⁵⁾Canterbury判決の提示した合理的患者基準は合理的医師基準と同様に証明に困難があることが問題点として指摘されている。

また、Canterbury 判決に疑問を抱く連邦裁判所の裁判例も登場している。その理由には、患者を基準に判断する Canterbury 判決の法理は、実際に用いる判断基準として扱いきいものであったことが挙げられる。たとえば Walker 判決は、次のように述べている。⁽⁶⁾

原告「患者」は Canterbury 判決を先例として引用している。……「しかし」素人同様の能力しかない人でも認識できる範囲の義務、または、専門家としての特別な能力を有する人によって定められた義務、に従って判断するという基準では明確に判断できない。……非開示事件で義務を証明するには一般人の証言でよいとする Canterbury 判決の枠組みを、当裁判所は採用できない。

Walker 判決の当否はともかくとして、その後も Canterbury 判決を否定的に捉えるコロンビア特別区および連邦の裁判所の判例が出された。Cain 判決は、患者への情報提供の必要性を認める内容であったけれども、Canterbury 判決とは異なる理由づけで判決が下されている。⁽⁷⁾ MacDonald 判決は、ペンシルヴァニア州中間上訴裁判所が Canterbury 判決と異なる判例法理を形成しているということを理由に、Canterbury 判決の法理はすでにペンシルヴァニア州の先例として維持されていないと述べている。⁽⁸⁾

さらに、Canterbury 事件の法理を採用している法域は多くなく、合理的医師基準を採用している法域が過半数を占めている。⁽⁹⁾そのため、三瀬の指摘するように、多数派を形成している判例法理を分析すると、「医師の情報提供（と免責）」という点に重きが置かれ、患者の理解（とそれによる自己決定の実現）に必ずしも重点を置いていなかったと批判できる。⁽¹⁰⁾ Canterbury 判決は、判決で華々しく宣言した「患者の自己決定権」を権利として有名無実化する効果を持ちかねないものであった。⁽¹¹⁾

インフォームド・コンセント懐疑論②——患者中心モデルの低迷

さらに、インフォームド・コンセント論そのものにも、疑問が投げかけられた。その原因には、決定がなかなかできない患者に決定させるといふ無理があったからである。インフォームド・コンセント論には、患者の理解に重点が置かれなかったことのほかにも、いくつか懐疑論が出されている。手嶋は、インフォームド・コンセントに対する懐疑論として、さらに次の四つの批判を挙げている。⁽⁴³⁾①「患者は提供される情報を評価判断する能力、記憶する能力をほとんど有していない」こと、②「患者は医学的に見れば不合理な決定をなして本来存在している生存可能性や治癒可能性を無駄にし」ていること、③「情報提供のやり方次第では、同じ情報が提供されても患者の選択の結論は異な」ったりすること、そして、④「患者の自律性を主張する法律家等は、現実の患者が実際には何を欲しているかについてほとんど関心を払」わずに患者に同意を求める傾向があったということ、である。

手嶋は、この①から③の批判に対して、①「よりの確な情報がわかりやすく提供されれば患者は判断をなし」え、②生存可能性や治癒可能性を無駄にしても患者の決定を重視するのが自己決定であり、③「情報提供のやり方それ自体をより検討していくべきであり標準的な説明方法を進展させることに重点が置かれるべきであ」ると反論している。⁽⁴⁴⁾さらに手嶋は、④についても、「患者には同意の権利の放棄が認められており強制的に決定をさせるものではない」と反論している。しかし、④については争いがある。自己決定論者のなかには、同意の権利放棄を認めない立場(義務的自己決定論)も存在しているからである。

義務的自己決定権を主張する理由として、シュナイダーは、次の四つを挙げている。⁽⁴⁵⁾①「患者毎に、医師が行使する影響力の範囲を決定するようなことをひとたび許せば、そうすべきでない場合でも、医師が権威を利用して患

者にたやすく決定を押しつける」という危惧があること、②「医療上の決定に患者が参加することで、患者自身が病気を知らうと努め、治療に積極的かつ理性的に心を用いるようになり、進んで治療方法に従うようになる」という自己決定の公益性、③患者自身が、医師に依存したいという無意識の願いに負けて、自己決定したいという欲望を消してしまっているということ、そして④何よりも患者は、本当は、自己決定することを望んでいるということ、である。

この義務的自己決定権は、「患者は自己決定を本当に望み」、「自己決定が患者の治療に益する」ことを大前提としていることができる。さらに、シユナイダーは、義務的自己決定権の掲げる大前提は現実に適合していかないことを指摘している。現実の医師と患者のコミュニケーションの実態を調査すると、「患者は情報を得ることを望んでも、同程度に医療上の決定への参加を希望するわけではない」ことが指摘されている。⁽⁶⁾つまり、インフォームド・コンセント論の最大の弱点は、依頼者は十分に決定できるという前提をおいて議論している点にある。そして、インフォームド・コンセント論は現実に適合しない前提をおいた推論であるから、その推論内容が適切であるか疑問であるというのである。

インフォームド・コンセント推進論——九〇年代の判例から

Canterbury 判決は先例として疑問視され、インフォームド・コンセント論も理論的欠陥があるという批判された。しかし、インフォームド・コンセント論が、八〇年代から一貫して、批判されてきたわけではない。Canterbury 判決を好意的に捉える判例も多く存在し、この判決の法理を支持する法域もある。むしろ、その法域では、九〇年

代にインフォームド・コンセントをさらに推進させようとする動きがあり、医師に対してさらなる情報提供を求める判例が登場するようになった。その裁判例として、カリフォルニア州最高裁の Moore 判決⁽⁶⁷⁾、メリーランド州最高裁の Faya 判決⁽⁶⁸⁾を挙げる。

Moore 事件の事実の概要は、以下の通りである。原告患者のムーアは、UCLA 医療センターのゴールド医師のもとを訪れ、そこで毛様細胞性白血病と診断された。その際ゴールド医師は、そのときに原告患者の臓器が経済的価値を有していることを知った。それにもかかわらず、原告患者にその事実を伝えることはしなかった。そこで、原告患者は、「細胞を摘出する医療処置に対する同意を得るにあたって、それらの細胞によって医師自身が研究・商業上の利益を得る見込みがあることを事前に開示しなかった」として、(不法行為としての)「横領 (conversion)」、「インフォームド・コンセントの欠如」、「信認義務違反」などの一三の訴訟原因でゴールド医師、カリフォルニア大学理事会などを訴えた。⁽⁶⁹⁾ カリフォルニア州最高裁は、「手術を受ける患者の同意を求める医師は、自己の信認義務を果たし患者のインフォームド・コンセントを得るために、患者の健康に関わらなくとも、患者の決定に関わるような研究・商業上の利益を開示しなければならぬ。」として、ゴールド医師に信認義務違反とインフォームド・コンセントの欠如を認めた。しかし Moore 判決は、「横領」については患者に摘出後の臓器について所有権がないことを理由として請求を認めず、原告の主張のうちゴールド医師に対する信認義務違反およびインフォームド・コンセントの欠如のみを認めた。⁽⁷⁰⁾

また、Faya 事件の事実の概要は、以下の通りである。アルマラズ医師は、乳がんを専門とする腫瘍学医であり、一九八六年から EIV 感染者であることを知っていた。それにもかかわらず、原告患者 (ファーヤほか一名) に乳房切除、腋窩切開 (axillary dissection) の手術を行った。原告患者たちは、アルマラズ医師が一九九〇年にエイズで

死亡したことを知り、自ら血液検査を行った。この検査結果は、陰性であった。しかし、原告患者らは、アルマラズ医師の相続人に対し、執刀医師がHIV陽性であることを通知しなかったことに伴う責任（懲罰的賠償）を追及した。²³ メリーランド州最高裁は、HIV陽性の執刀医師が医療機器の挿入を伴うような手術（invasive surgery）を行うと患者に伝染のおそれがあると述べ、AAMAの倫理規定にその情報開示と医療行為を差し控えるべきという規定があると指摘する。²⁴ そして、「医師のHIV陽性であることを開示しなかったという過失を犯している」という上訴人の主張を認め、さらなる事実関係を調査するために差戻した。

これらの判決の特徴は、医師の個人情報などの治療に直接関わるのではない情報（医師付随情報²⁵）の提供まで求める点にある。従来のインフォームド・コンセント論では、治療に関わる情報を患者に提供することを要求するにすぎなかった。しかし、九〇年代に登場した判例は、担当医師そのものに関わる情報や治療によって反射的に得られる経済的利益についても患者への情報提供を要求し、さらに提供すべき情報の範囲を広げようとした。

専門家モデルとしての契約モデルの限界

三瀬は、これらの医師付随情報の提供を要求した事例から、医師の責任を追及するのに契約モデルを用いると説明が困難であると批判している。²⁶ 互いが自己利益を追求するという契約モデルで考えると、このような医師付随情報の提供を認めるのは困難であることがその理由である。この議論は、フランケルが提唱する信認モデルの議論に依拠している。²⁸

フランケルの考えるモデルに従えば、契約モデルは次のような特徴を有するとされる。①「契約モデルの当事者

は、互いの欲求に従わざるを得ない。しかし、身分モデルとは異なり、自己の目的を達成するために権力を行使したり独占したりすることはできない。相手を押さえ込むのではなく、説得することで相手と妥協しなければならぬ。しかし、紛争状態にある当事者は、相手の利己的な行動に抵抗しなければならぬ」ということ、②「契約関係にある当事者は、互いに、相手を配慮する一般的義務はなく、配慮を求める権利も有していない」こと、そして、③「契約関係における法の役割は、権力行使や独占を禁ずることにあり、当事者自身が自律的に設定して決めたルールに従うことにある。」ということである。これらの特徴のなかで注目すべきなのは、契約関係においては相手を配慮する一般的義務はどちらにも生じないという特徴である。⁶³⁾

フランケルのいう契約モデルをインフォームド・コンセントの議論にあてはめれば、次のように言うことができよう。七〇年代のインフォームド・コンセント論を改めて観察すると、医師の説明義務を導くために、医師と患者の関係を対立構造として捉える傾向があった。そして、患者側の権利を向上させて、両者の関係を対等なものにすることを指向していた。

しかし、互いが自己利益を追求するという契約モデルは、現実の専門家と依頼者の関係に合致していない。そもそも、専門家と依頼者の関係を契約関係で捉える必要はない。たとえば、医師と患者の関係において、費用の対価として治療を行うという関係で捉えると、両者の関係の本質的な部分をうまく捉えられない。

そこで、再び、議論をフランケルの論文に戻そう。フランケルは、社会の基本的関係は、単線的ではないけれども、「身分関係」から「契約関係」へと推移し、さらに「信認関係」へと進展しつつあると述べる。⁶⁴⁾つまり、この信認関係は、メインの「身分から契約へ」⁶⁵⁾をさらに発展させ、身分関係と契約関係の両方をいいとこ取りをした関係であるとされる。

では、なぜ信認モデルが提唱されるに至ったのか。信認モデルの場合は、現実の専門家・依頼者の関係が、現実には両者は対等でないということが出発点にある。信認モデルで考えることによって、専門家の情報提供というものが考えることができるというメリットが生まれるとされる。

信認関係は、身分関係のように、一方(委託者 *the entruster*) が他方(受託者 *the fiduciary*) に依存する関係にある。つまり、契約関係においては相手を配慮する一般的義務はどちらにも生じないとされるのに対して、信認関係では委託者の利益のみを考慮する関係にある。この事実を前提とした場合、法はこのような社会的構造の変化を反映すべきであるとする。そして、従来個別的に論じられてきた「受託者」に関する法を、独立の一般的法分野として構築しようとした。⁶⁴⁾

信認モデルの登場——専門家像を捉える新しい視点

七〇年代アメリカのインフォームド・コンセント論は、証明の問題に焦点が当てられていた。そのために、不法行為 (*Battery* および *negligence*) に基づく請求により、医師の患者に対する責任を追究してきた。これに対し、Moore 判決などの九〇年代のインフォームド・コンセント判例は、医師の患者に対する信認義務に注目した。

信認義務 (*Fiduciary duty*) とは、「受託者が受益者 (*beneficiary*) の信頼 (*trust, confidence and candor*) を受け、最大善意 (*utmost good faith*) に行動する義務」および「他人に対し、最高度 (*highest degree of*) 誠実かつ忠実に行動し、他人の利益を最大化するように行動する義務」を指す。本人と代理人のような関係 (信認関係 *Fiduciary relationship*) がある場合に、信認義務が要求される。

三瀬の指摘によれば、七〇年代のインフォームド・コンセント論は「パターンリズムに対抗し、自己決定・自己責任原則を掲げる点で、契約モデルと類似」する側面があった。⁽⁶⁷⁾これに対して、九〇年代のインフォームド・コンセント論は、医師の信認義務を追及することでこのような情報提供を認める可能性を開いた。

信認モデルは、現実の専門家・依頼者の関係でモデルを考察しようとしたモデルである。フランケルは、実質的な信認モデルのルールとして、①(信認関係の利益は、委託者側に片寄っていることから生じる)利益相反行為の防止、②受認者を訴える前提として契約関係は必要でないこと、③委託者が受認者を監視できる規定が存在していること、④財産権に転換することにより、強大な救済手段が得られること、⑤受認者に高い道徳性が求められることを挙げる。⁽⁶⁸⁾

信認モデルで医師と患者の関係を捉えた場合、次のように表現できるのであろう。医師と患者との間で医療上の決定をするにあたり、医師が最終的な判断をすることもありうる。しかし、その場合であっても、医師は患者に対して情報を提供するという義務を課される。この義務によって、患者は医師のする行為を止めたり修正したりすることが可能となる。

第二次代理法リステイトメントは、代理人の本人に対する義務として、書類等の開示、情報提供⁽⁶⁹⁾、本人の指図に従う義務⁽⁷⁰⁾を挙げている。インフォームド・コンセント論はこのうちの開示に関する義務に注目するが、契約的側面を重視したため、本人の指図に従う義務を説明することが困難であった。専門家と依頼者の関係をみるときは、本人の指図に従う義務にも注目しなければならない。

企業家の意向に従うことが本当に専門家の仕事なのか？

しかし、第二次代理法リストイメントも、専門家と依頼者の関係を十分に捉えきれない部分がある。これを示すために、医師と患者の関係から弁護士と依頼人の関係に移そう。

第三章で、弁護士責任模範規範 (Model Code of Professional Responsibility) が A B A で採択されたことを述べた。この規範に対して、企業弁護士と一般の弁護士の活動を同じ倫理で扱うことが適切なのかという疑問が投げかけられた。つまり、この規範が個人としての依頼人を想定し、集合体や擬制人 (法人・会社など) としての依頼人を想定していないという点を指摘して、この規範がアメリカ社会の弁護士が多様化しているという事実に対応していないと批判するのである。⁽⁴³⁾

そこで、この規範を改めるために委員会が開かれ、一九八三年に弁護士業務模範規則 (Model Rules of Professional Conduct) が制定された。各州の弁護士会はこの規則に弁護士倫理を置き換えるようになり、一九九九年の終わりまでに八〇%を超える州でこの規則を基にした弁護士倫理が採用されている。⁽⁴⁴⁾

この時期の弁護士倫理は、やや認識のずれがあるけれども、依頼者の意思を重視することを目的とする弁護士倫理の確立を目指していたといえる。もともと、これら一連の弁護士倫理規範が依頼者中心モデルを目指して制定されたというには、十分に説得力があるとは思えない。この規範は、伝統的な弁護士と依頼人の関係を一致させようと捉えられる要素も含まれているからである。また、かりに依頼者中心を支持していると捉えることができたとしても、総論的な部分に限られ意味がない程度にしかいえないからである。⁽⁴⁵⁾

依頼人中心モデルの考え方は、依頼人の意図を尊重する企業弁護士の倫理を拡張していこうという傾向にある。

そこで問題となるのは、企業弁護士の議論はそもそも弁護士と依頼人の関係(さらに、専門家と依頼者の関係)を論じていくのに適切な関係であったのか、ということである。次の設例から、考察してみよう。⁽⁴⁰⁾

会社(依頼人)が、ある事業を計画している。弁護士からみると、この計画には法律上の問題、あるいは、法の趣旨に沿わない部分がある。そこで、弁護士がこれを改めるよう提案したが、会社側の担当者は、それではコストがかかりすぎるとして弁護士の意見を容れず、このままの計画で進めようとしている。

第二次代理法リステイトメント三八五条は、「別段の合意のない限り、代理人がすることを約束したサービスをする方法・態様に関し、合理的な指図にはすべて従う義務がある」と定める。⁽⁴¹⁾ さらに同条のコメントをみると、不合理な指図であったとしても、代理人は本人の意図に従わなければならないとされている。⁽⁴²⁾ 不合理な指図の場合には、辞任することによって、代理人は本人に対する義務を免れる。しかし、辞任しない限り、その指図に従わなければならないとされる。⁽⁴³⁾

そのため、弁護士に与えられた選択肢は、①依頼人の決定であるからそれに従う、②弁護士・依頼人の関係を一切絶つ、の二つしかないようにも思える。しかし、依頼人の指図が違法であるからと言って従わないというのも、依頼人の指図であるから違法であると知りつつ実行するのも、直感的に考えて妥当な選択肢であるといえない。では、なぜこのような設例で弁護士の行動がどれも不合理であると感ずるのか、そしていかにすべきか。

協働モデルの弁護士論——友人として捉える弁護士論

これは、依頼人の利益(私益)を追求することと弁護士倫理(公益)に従うことのバランスをいかにしてとるか

という問題に置き換えられる。そして、この問題を考えるには、ゴードンの提示した、「分裂症的 (schizoid)」弁護士と「合目的的 (purposive)」弁護士という二つの理念型が有用である。

分裂症的弁護士は、弁護活動の中で私的役割と公的役割を区別する。そして、私的役割を果たすときは依頼人を擁護するために法的枠組を変えようとする⁶⁴⁾。分裂症的弁護士の典型例が、第二章で述べた、フィールドである。フィールドは、エリー鉄道をめぐる争いで弁護士としてグールドを擁護するとき、自ら起草した民事訴訟法典の抜け穴を利用した。また、その手段として賄賂を利用しつつも、収賄判事を解任する弁護士会のキャンペーンに参加を呼びかけていた⁶⁵⁾。

一方、合目的的弁護士は、このような区別をせず、依頼人の利益と公益を調和させようとする⁶⁶⁾。合目的的弁護士の目指すところは、分裂症的弁護士のような二枚舌を用いる方法を探らず、依頼人の意図を感じとり(必ずしも依頼者の表面上の要求とは異なつた形であっても)公益を害さない範囲で意図を汲むというところにある。

リストメントの規定から、一見すると依頼人に従うか辞任するかという二者択一しかないように思える説例でも、実際には、次のようなさまざまな選択肢が考えられる。③法律上の疑義につき、この担当者より上の役職の人、たとえば取締役知られる。④弁護士自身は疑義を呈したという事実を記録してもらおう。⑤これ以上、当該計画には関与しない。⑥この計画をそのまま進めるようなら、当局に通報すると警告する。などである⁶⁷⁾。そして、合目的弁護士の立場からすれば、弁護士会や利益集団に働きかけて適法化する、などのより柔軟な対応が弁護士に求められるであろう⁶⁸⁾。

このような依頼人の意思と弁護士の裁量とのバランスをとろうとして、協働モデルが提唱された。提唱者のシェーファーやコ克蘭は、依頼者主体で第三者利益も考慮するモデルとしてそれを捉えている⁶⁹⁾。彼らは、依頼人

の役割を過小評価する権威モデルと弁護士の役割を過小評価する依頼人中心モデルを批判する。そして、アリストテレス倫理学に基づいて、両者の中庸モデルとして、友人として捉える弁護士論を提唱している。⁽⁵⁶⁾

協働モデルで注目すべき点は、その弁護活動を翻訳とのアナロジーで考えている点である。⁽⁵⁷⁾つまり、弁護士の扱う法律論は依頼者にとって外国語であるため、⁽⁵⁸⁾弁護士は依頼人の意図を法律の言葉に〈翻訳〉する仕事であるといえる。カニンガムは、このような弁護士の通訳モデルを提唱し、次のように述べている。⁽⁵⁹⁾

優れた通訳は、話者の同意をとらずに話者の意味を変更したりはしない。そのような場合であったとしても、話者と協働して、話者の原語よりも意味の通じるように外国語の表現を作り出すのである。したがって翻訳は、依頼人のストーリーをしっかりと代弁するという弁護士の能力をイメージするのに役立ち、また、どうしても意味を変えなければならぬときに、依頼人を従わせるのではなく依頼人に権限を与えるような方法を認識し実現するためのモデルとしても役立つのである。

この翻訳モデルは、依頼人中心モデルが実践としてうまくいかないことを意味している。⁽⁶⁰⁾つまり、どんなに優秀な弁護士でも依頼人の語るストーリーを正確に反映させるのは難しい。そのため、対立構造ではなく、協働して相互の目的を達するようにしなければならないと主張するのである。⁽⁶¹⁾

この協働モデルは、日本でも、依頼人中心モデルの不足部分を補い修正したモデルであるとして、最近注目されている。⁽⁶²⁾

注

(1) この点については、渋谷博史「レーガン財政の研究」(東京大学出版会、一九九二年)一八一―二六頁を参照せよ。

- (2) 宇賀克也『情報公開法——アメリカの制度と運用』（日本評論社、二〇〇四年）八頁。See, T. BARTON CARTER, JULIETT LUSH-BOUGH DEE & HARVEY L. ZUCKMAN, MASS COMMUNICATION LAW IN A NUTSHELL 266 (5th ed. 2000).
- (3) 一九八〇年代にインフォームド・コンセントを扱った著書として、次のものが挙げられる。RUTH R. FADEN & TOM L. BEAUCHAMP, A HISTORY AND THEORY OF INFORMED CONSENT (1986)〔ルース・R・フェイデン・トム・L・ビーチャム（酒井忠昭・秦洋一訳）『インフォームド・コンセント 患者の選択』（みすず書房、一九九四年）〕。PAUL S. APPELBAUM, CHARLES W. LIDZ & ALAN MEISEL, INFORMED CONSENT: LEGAL THEORY AND CLINICAL PRACTICE (1987).
- (4) 手嶋豊『医師の責任』川井健・塩崎勤編『新・裁判実務大系 専門家責任訴訟法』（青林書院、二〇〇四年）二四六頁。
- (5) 小島武司ほか編『法曹倫理』（有斐閣、二〇〇四年）七〇頁。なお、差戻審判決は公開されていないようである。
- (6) Walker v. North Dakota Eye Clinic, 415 F. Supp. 891, 894-95 (D.N.D. 1976).
- (7) Crain v. Allison, 443 A.2d 558, 562 (D.C. 1982).
- (8) MacDonald v. United States, 767 F. Supp. 1295, 1312 (M.D. Pa. 1991)(quoting *Sagala v. Tavares*, 367 Pa. Super. 573, 580-81, 533 A.2d 165, 169 (Pa. Super. Ct. 1987)). なお、ペンシルヴァニア州では、カリフォルニア州などと異なり、中間上訴裁判所の呼称として Superior Court が用いられる。BLACK'S LAW DICTIONARY 383 (8th ed. 2004)。また、後掲注④も参照せよ。
- (9) MacDonald, 767 F. Supp. at 1312.
- (10) BOUND, ELIAS & MOES, *supra* note 12, at 111. 三瀬朋子「医師付随情報の開示とインフォームド・コンセント——九〇年代アメリカにおける判例の展開」国家学会雑誌二二八巻一・二号（二〇〇五年）一四八頁注三五。
- (11) 手嶋豊『医事法入門』（有斐閣、二〇〇五年）一四八頁。また、吉田邦彦「自己決定、インフォームド・コンセントと診療情報開示に関する一考察」『契約法・医事法の関係的展開』（有斐閣、二〇〇三年）三五—三五三頁にも同様の記述がある。
- (12) 三瀬・前掲論文注④一四—一六頁、七〇—一六頁。Aaron D. Twerski & Neil B. Cohen, *The Second Revolution in Informed*

- Consent: Comparing Physicians to Each Other*, 94 NW. U. L. REV. 1, 9-10 (1999). Richard A. Heinemann, Note, *Pushing the Limits of Informed Consent: Johnson v. Kokemoor and Physician-specific Disclosure*, 1997 WIS. L. REV. 1079, 1084-85 (1997).
- (13) 手嶋・前掲書注(1)一四七—一四八頁。
- (14) 手嶋・前掲書注(1)一四八—一四九頁。
- (15) カール・シュナイター(樋口範雄訳)「アメリカ医事法における患者の自己決定権——その勝利と危機」ジュリスト一〇六四号(一九九五年)八九—九〇頁。
- (16) シュナイター・前掲論文注(15)九—一頁。
- (17) *Moore v. Regents of the University of California*, 51 Cal. 3d 120, 793 P.2d 479, 271 Cal. Rptr. 146 (Cal. 1990). Moore事件の概要については、次の文獻を引用せよを参照した。MARCIA MOBILIA BOWMIL, CLIFFORD E. ELIAS & DIANE BISSONNETTE MOES, MEDICAL LIABILITY IN A NUTSHELL 115-16 (2d ed. 2003). 三編・前掲論文注(16)一三三—一三八頁。
- (18) *Faya v. Almaraz*, 329 Md. 435, 620 A.2d 327 (Md. 1993). この事件を扱う文獻として、次のものがあげられる。BOWMIL, ELIAS & MOES, *supra* note 17, at 117. 三編・前掲論文注(16)一五五頁注一三七。
- (19) 三編・前掲論文注(1)一三三—一三三頁。
- (20) *Moore*, 51 Cal. 3d at 128 & n.4, 271 Cal. Rptr. at 149 & n.4.
- (21) *Moore*, 51 Cal. 3d at 137, 271 Cal. Rptr. at 156.
- (22) *Moore*, 51 Cal. 3d at 147, 271 Cal. Rptr. at 164.
- (23) *Faya*, 329 Md. at 440-41, 620 A.2d at 329.
- (24) メリーランド州の裁判所システムは、「[最高裁] Court of Appeals, [中間上訴裁判所] Court of Special Appeals, [一般的管轄権を持つ裁判所] Circuit Court からなっている。また、カリフォルニア州の裁判所システムは、「[最高裁] Supreme Court, [中間上

訴裁判所] Court of Appeal, [一般的管轄権を持つ裁判所と] Superior Court からなっている。ただし、制限的管轄権のみを持つ裁判所は省略した。See, THE BLUEBOOK: A UNIFORM SYSTEM OF CITATION 1b1.1 (Columbia Law Review Ass'n et al. eds., 17th ed. 2000). 浅香吉幹『現代アメリカの司法』(東京大学出版会、一九九九年)二〇六、二〇九—二一〇頁も参照。そのため、Court of Appeal(s) の訳語を採用するにあたり、各州の実態に合わせた訳語を採用した。

- (25) *Foye*, 329 Md. at 448-50, 620 A.2d at 333-334.
- (26) *Foye*, 329 Md. at 447-48, 620 A.2d at 333.
- (27) 医師付随 (physician-specific) 情報とは、医師個人の特異な事情についての開示事項を指し、医療処置自体に付随するリスク・情報を区別して用いている。三瀬・前掲論文注(10)一二頁。
- (28) 三瀬・前掲論文注(10)一四二頁。
- (29) Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, 71 CALIF. L. REV. 795 (1983).
- (30) *Id.* at 799-800.
- (31) *Id.* at 801.
- (32) SIR HENRY SUMNER MAINE, *ANCIENT LAW* 174 (W.S. Hein 1983)(1920).
- (33) Frankel, *supra* note 29. 樋口範雄「信託の関係を委託者の責任——アメリカの議論を参考に」信託一七〇号(一九九二年)一四頁。樋口範雄『フィデュシヤリー「信託」の時代』(有斐閣、一九九九年)四五—四六頁。前掲『法曹倫理』注(5)五七頁。
- (34) Frankel, *supra* note 29, at 800-01.
- (35) この段落でフランケル論文を説明する際、木下毅「論文紹介」Tamar Frankel, *Fiduciary Law*」アメリカ法一九八六年一号一五—一五二頁を参照した。
- (36) See, BLACK'S LAW DICTIONARY 545 (8th ed. 2004). 田中英夫編集代表『英米法辞典』(東京大学出版会、一九九一年)三四六頁

⑥ Fiduciary relation の項も参照。

(37) 三瀬・前掲論文注⑥一四二頁。ただし、「これは「傾向がある」ということであって、契約モデルで考えられてきたという意味で捉えられるべきではない。事実、患者の自己決定を重視する論者の中には、Natanson 判決が医師の信託義務を認めた事例である」と解釈しているものがある。FADEN & BEAUCHAMP, *supra* note 3, at 126 (1986). [邦訳一〇四頁。]

(38) 具体的には「RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY §399 (1958)以下に掲げる、本人の代理人に対する救済手段を指す。

(39) Frankel, *supra* note 29, at 824-32.

(40) RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY §382 (1958).

(41) *Id.*, §381.

(42) *Id.*, §385.

(43) GEOFFREY C. HAZARD, JR., ET AL., THE LAW AND ETHICS OF LAWYERING 16 (4th ed. 2005); ROBERT H. ARONSON & DONALD T. WECKSTEIN, PROFESSIONAL RESPONSIBILITY IN A NUTSHELL 22 (2d ed. 1991).

(44) RONALD D. ROTUNDA & JOHN S. DZIENKOWSKI, LEGAL ETHICS: THE LAWYER'S DESKBOOK ON PROFESSIONAL RESPONSIBILITY 2005-2006, at 8 (2005). 「この「か」の程度は「この規則を採用したか」ということは各州で大きな違いがあり、実質的に採用したとは言えない州が多々ある」。See, MORTIMER D. SCHWARTZ ET AL., PROBLEMS IN LEGAL ETHICS 40 (7th ed. 2005). なお、A.L.I. は、一九八六年から弁護士法リヌスナー・メント (Restatement of the Law Governing Lawyers) の起草に着手し、二〇〇〇年に完成を挙げた。See, ROTUNDA & DZIENKOWSKI, *supra* note 44, §§1-3 to -4.

(45) Robert D. Dimerstein, *Client-Centered Counseling: Reappraisal and Refinement*, 32 ARIZ. L. REV. 501, 534 (1990).

(46) この設例は「Robert W. Gordon, *The Independence of Lawyers*, 68 B.U.L. REV. 1, 26-27 (1988)を基にしている。また、設例を作成するにあたり、前掲『法曹倫理』注⑥七一頁も参照した。

- (47) RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY §385(1) (1958). 本条の訳文は、樋口範雄『アメリカ代理法』（弘文堂、二〇〇二年）二二三頁を参照した。
- (48) RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY §385 cmt. a (1958). さらに、本人から専門家倫理に反するような指図があった場合には、辞任の道しかとりえなからうとせよ。See, *id.* §385 cmt. a, illus. 2. この点については、樋口・前掲書注(4)一二七頁を参照。なお、弁護士法リストラクチャメント法の規定を支持しつつも、See, RESTATEMENT (THIRD) OF THE LAW GOVERNING LAWYERS §21 cmt. d, illus. 2 (2000).
- (49) RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY §385 cmt. c (1958). 樋口・前掲書注(5)一二六頁。
- (50) Gordon, *supra* note 46, at 22.
- (51) *Id.* See also, Michael Schudson, *Public, Private, and Professional Lives: The Correspondence of David Dudley Field and Samuel Bowles*, 21 AM. J. LEGAL HIST. 191, 194-95 (1977).
- (52) Gordon, *supra* note 46, at 23.
- (53) 前掲『法曹倫理』注(5)ヤニーヤ二頁。
- (54) See, Gordon, *supra* note 46, at 28.
- (55) ROBERT F. COCHRAN, JOHN M.A. DIPPIA & MARTHA M. PETERS, THE COUNSELOR-AT-LAW: A COLLABORATIVE APPROACH TO CLIENT INTERVIEWING AND COUNSELING 176-77 (1999). See also, THOMAS L. SHAFER & ROBERT F. COCHRAN, JR., LAWYERS, CLIENTS, AND MORAL RESPONSIBILITY (1994).
- (56) 協働モデルが目するアリストテレス倫理学の用語は、中庸(メソテース *mesotês*)と友人(フィロス *philois*)である。『ニコマコス倫理学』第一巻(1)102b, 道徳性は、多すぎたり少なすぎたりする(1)102aで失われ、メソテースによつて保たれる(1)102a29。ARISTOTLE, THE NICOMACHEAN ETHICS (HTTIKON NIKOMACHEION) 76-77 [1104a20-30] (H. Rackham trans., rev. ed. Har-

- vard University Press 1934)(a.d.), [アリストテレス (高田三郎訳) 『ニコマコス倫理学』(岩波書店) 上巻一九七一年、下巻一九七三年] (岩波文庫) 上巻六〇頁。] See, COCHRAN, DIPPPA & PETERS, *supra* note 55, at 177, 6.
- また、協働モデルのいう「友人」とは、『ニコマコス倫理学』第八巻にあるフィロスを意識した概念であり、その関係は友愛(フイリア *philia*)に基くべきとされる。それは、快樂目的の関係や役に立つという理由に基づいた関係ではなく、互いが善者者であることが根拠とする関係とされる。ARISTOTLE, *supra* note 56, at 456-61 [#1156a5-1156b10]。[邦訳下巻七〇—七二頁。] See, SHAFER & COCHRAN, *supra* note 55, at 45.
- (58) See, COCHRAN, DIPPPA & PETERS, *supra* note 55, at 20-25.
- (59) Clark D. Cunningham, *The Lawyer as Translator, Representation as Text: Towards an Ethnography of Legal Discourse*, 77 CORNELL L. REV. 1298, 1299 (1992).
- (60) *Id.* at 1300.
- (61) Alex J. Hinder, *Negotiating the Lawyer-Client Relationship: A Search for Equality and Collaboration*, 44 BUFF. L. REV. 71, 76 (1996).
- (62) *Id.* at 79. See also, COCHRAN, DIPPPA & PETERS, *supra* note 55, at 25-29.
- (63) 岡田悦典「リーガル・カウンセリングの理論と実践」日本弁護士連合会編『日弁連研修叢書 現代法律実務の諸問題(平成14年版)』(第一法規、二〇〇三年)九二頁。

第五章 おわりに

ここまで、専門家と依頼者の関係モデルがどのように変遷してきたかを説明し、第二章で権威モデルと見なされてきた社会的背景、第三章で契約モデルで規律しようとする動き、第四章で中庸モデルとして信認・協働モデルが登場してきたことを述べた。そして、駆け足で説明したため十分に論じきれない部分があるかもしれないが、権威モデルは批判対象として、依頼者中心モデルは理想的なモデルとして、そして信認・協働モデルはより現実的なモデルとして、登場した。

信認モデルおよび協働モデルは、ともに、契約モデルで現実の専門家像を捉えることに問題があることで共通している。そして、身分モデルと契約モデルを専門家と依頼者の関係を投影する理念型として掲げ、中庸モデルとして提唱された。

このような流れで考えると、信認・協働モデルは、専門家と依頼者の関係モデルの発展過程における最終形態であると思われるかもしれない。しかし、この主張が無視している問題があり、最終形態であると断言することはできない。

その問題とは、シェーファーとコ克蘭よりも先に、フリードが友人として捉える弁護士論を提唱していたということである。フリードの弁護士論は、「友人関係」を類推して弁護士と依頼者の関係を論じている。⁽¹⁾このフリード理論には、ダウアーとレフによる批判とシェーファーとコ克蘭による批判がある。

ダウアーとレフは、「弁護士に十分な費用が支払われ、予測できない費用を負うことが一切なければ、弁護士は、それに対して互恵的な活動や傾向を期待することなく、法律の範囲内で、依頼人の利益を推進したり保護したりす

るような人物である。これを『友人関係』というのか。」と述べて、弁護士と依頼者の関係が友人関係と類似していないとフリード理論を批判する。⁽²⁾この批判に対して、フリードは、この批判が的外れであることを強調し、自己の理論がロールズの正義論を弁護士論に応用した議論であることを強調する。⁽³⁾

この点を批判したのが、シェーファーとコ克蘭である。フリードが依拠するロールズの正義論は、(ロック、ルソー、カントの)社会契約論を一般化および高度に抽象化した理論である。⁽⁴⁾そのため、彼らは、フリードの弁護士論に依頼者中心モデルと同じ批判が成り立つと述べている。⁽⁵⁾しかし、彼らの批判は、カント倫理に由来しているというだけで批判したに過ぎない。しかも、フリード理論そのものに対して、その批判が本当にあたっているのかどうか検討されてもいない。

シェーファーやコ克蘭が弁護士と依頼人が協働して決定するモデル(協働モデル)を提唱したのは、弁護士と依頼人の利益だけでなく第三者の利益も考慮しなければならないと考えたからである。しかし、専門家と素人(依頼者)の力関係を考えると、結局権威的な関係に逆行しかねない。⁽⁶⁾協働モデルは、この問題に十分答えられる理論を用意していないように思われる。

フリード理論に対する各批判内容をみると、それほど痛烈な批判となっていない。しかし、この事実がフリード理論が他と比べて優れていることを意味しない。この理論が痛烈に批判されないのは、フリードの著述内容が難解であることも要因になっているからである。本稿の立場はフリード理論を無批判に敷衍するものではないことから、難解なこの理論を詳しくとりあげることはおそらく必要ないであろう。

フリードとシェーファーの理論を対比させることで理解しておかなければならないのは、対等な関係を前提とする契約モデルの考え方は全く役に立たなくなっただのかということである。フリード理論は、七〇年代アメリカで議

論されてきた「契約法の死」の問題を意識して論じていると解されるからである。少なくとも、このような背景を(7)理解しなければ、契約モデルの議論を評価することはできない。

本稿は、契約モデルは本来に役に立たなくなつたのか、という課題を残すこととなつた。しかし、「身分から契約、そして信認へ」というモデル論の変遷史によつて、この課題を説明することはできない。この点を論じるには、別稿で扱わなければならない。

注

- (1) Charles Fried, *The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation*, 85 YALE L.J. 1060, 1071 (1976).
- (2) Edward A. Dauer & Arthur Allen Leff, *Correspondence: The Lawyer as Friend*, 86 YALE L.J. 573, 579 (1977).
- (3) Charles Fried, *Author's Reply*, 86 YALE L.J. 584, 585 (1977)(replying to Dauer & Leff, *supra* note 2). See also, Fried, *supra* note 1, at 1071 n.24.
- (4) See, e.g., JOHN RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE* 11 (1971).
- (5) THOMAS L. SHAFFER & ROBERT F. COCHRAN, JR., *LAWYERS, CLIENTS, AND MORAL RESPONSIBILITY* 44 n.3 (1994).
- (6) このような批判は、協働モデルにかゝらず、信認モデルに対してもなされてゐる。手嶋豊『医事法入門』(有斐閣、二〇〇五年)二五頁。
- (7) バーゲン理論は、一九世紀末から、アメリカ契約法において契約を基礎づける理論として用いられ、契約法リストイメントにも採用されてゐる。See, RESTATEMENT (FIRST) OF CONTRACT §75 (1932). See also, RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACT §71 (1981). しかしギルモアは、その理論の説明では成功しなかつたと批判する。See, GRANT GILMORE, *THE DEATH OF CONTRACT* 61-93

- (8) (Ronald K.L. Collins ed., 2d ed. 1995)(1974). また「内田貴『契約の再生』(弘文堂、一九九〇年)一一一七三頁も参照せよ。
 See, CHARLES FRIED, CONTRACT AS PROMISE: A THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATION (1981). 内田・前掲書注(7)一〇七一―
 九頁も参照。

お詫びと訂正 本誌二二二号所収の拙稿「アメリカにおける専門家・依頼者モデルの変遷史(二)」において、明らかな誤記や誤解されるおそれのある記述があることが判明した。本来ならば、お詫びとともに当該部分すべてを訂正すべきところであるが、誌面の都合上、左記の明らかな誤記のみを修正するにとどめた。誤解されるおそれのある部分については、他日を期すこととしたい。

- 一九四頁一八行目 「の原因となつている」↓「の原因となつているとされた」
- 一九六頁四行目 「後世の人々が」↓「後世の人々によつて」
- 一九七頁三行目 「トクヴィル期」↓「ジャクソン期」
- 一九八頁一〇行目 「求めたことからである。しかし、」↓「求めたことである。そして、」
- 二〇六頁一三行目 「性質にかけられら」↓「性質にかけられた」
- 二〇八頁八行目 「下すこととなつてが」↓「下すこととなつたが」
- 二一〇頁一行目 「Buck 事件は」↓「Buck 事件では」
- 二一四頁七―八行目 「修正すべきれる」↓「修正すべき」