

末期がんの家族等への告知と個人の尊厳

—最高裁平成14年9月24日第三小法廷判決（平成10年（オ）
第1046号損害賠償事件）判例時報1803号28頁—

中 村 哲 也

一 はじめに

標記判決（以下、本判決という）の対象たる事件当時（平成2年）は、がんの本人告知について医師の間で考え方に大きな相違があったが、その後、告知の方向に大きく変わりつつあると言われている。しかし、末期がんについては、なお、本人告知の一般化とまでは言えないようである。また、近時、家族への不告知の責任を肯定する裁判例がみられるようになってきている（本判決の原判決のほか、東京地判平6・3・30判時1522・104、大阪地判平10・12・18判タ1021・201。否定例はやや古く東京地判昭56・12・21判時1047・101）。この現象が本人へのがん告知の進展の状況と共通の背景をもつものであるかは即断できないが¹、本判決は、その判決理由に示された定式によって、本人告知の状況の変化もその一部とみることができる意思（自己）決定権保護の流れのなかに意義付けることができるものとなっている。即ち、本判決は、事件をがん告知特有の問題として扱わなかったという点で、がん告知に関する最初の最高裁判決である最判平成7・4・25民集49・4・1163と比して、判決の意義が広がっている。また、本判決では直接には説明行為そのものというよりその前の段階の不作

1 畔柳達雄『医療事故と司法判断』[2002] 27頁注12は、本人告知と家族告知の問題の相違の大きさを指摘している。

為の責任が扱われているから、家族等への説明・告知の要否及び告知後の問題点は現れてこないが、大きくみれば、本判決は患者の家族等の法的位置付けという問題の一環にあり、それが付随的義務の問題とされることによって、第一次的に重要なものとされる本人の意思決定権保護に対する補助的ルール積み重ねの一つとみうるものとなった。以下では、まず、本判決を紹介し(二)、次いで、本判決から、説明義務・がん告知と医師の裁量論(三)、説明義務・がん告知と「家族等」(四)、説明義務・がん告知と医療水準(五)という点を取り出して検討することにしよう。

二、最高裁平成14年9月24日判決

(1) Aは、昭和60年ころから心臓疾患等の治療のため被告病院に通院していた。平成2年11月、Aが肺の進行性末期がんに罹患していることが判明したが、既に治癒・延命の可能性はなく、とう痛に対する対症療法を行うしかない状態であった。被告病院の担当医師Bは、A本人にその旨を告知することは相当でないと判断し、家族への告知を考え、通院してきたAに家族の同行を求めたが、Aがこれを拒んだことから、B医師もそれ以上家族関係について尋ねたりすることもなかった(Aは、健康保険上は、同一市内に住む長男の扶養家族となっていた)。その後も、平成3年3月のAの最終通院時まで、B医師や担当を引き継いだ他の医師も、家族への連絡を試みることはなかった。Aは、胸部痛が治まらないことから、平成3年3月になって他の病院で受診したところ、その二週間後には、同病院の医師からAの長男に対し、Aが末期がんである旨の説明がされた。Aは、がんであることを知ることなく、平成3年10月に死亡した。Aの妻子が、被告病院に対して、がんの発見が遅れたこと、適切な治療を怠ったことについて債務不履行ないし不法行為があったとして損害賠償を求めるとともに、本人又はその家族である原告らに末期がんである旨を告知しなかったこと

が債務不履行ないし不法行為になるとして慰謝料の支払いを求めた。

(2) 第1審（秋田地判平8・3・22判時1595・123）、第2審（仙台高秋田支判平10・3・9判時1679・40）ともに、がんの発見及び治療に関しての請求は認められないとしたが、告知に関しては、家族への不告知についての判断が分かれた。第1審は、末期がんの告知をいつ、誰に、どのような方法で行うかは、患者本人の病状、余命、本人及び家族の状況、患者及び家族と医師との信頼関係、告知後のケアの見込みなどの諸要素の検討を前提として担当医師の広範な裁量が認められているとし、本件事実関係のもとでは、裁量の逸脱はないとした。これに対して、第2審は、次のように述べた。

「少なくとも平成二年当時の医療水準に照らせば、医師が末期癌の患者及びその家族に対して、癌告知をすべきかどうか、誰にいつどのように告知すべきか、ということについては、……諸事情を考慮したうえでの当該患者を担当する医師の合理的裁量に委ねられているものというべきであるが、これは、右にのべた諸事情を検討したうえでの専門家である医師がなした告知・不告知という判断を基本的に尊重すべきであるとするものであるから、医師が、積極的に右事情について情報収集をしなかったり、収集した情報を真剣に検討しないままに、漫然と癌告知をしないという判断にいたることを許容するものではなく、それゆえ、医師としては、右癌告知の適否、告知時期、告知方法を選択するために、右に述べた患者に関する諸事情に注意を払い、できる限り右患者に関する諸事情についての情報を得るよう努力する医療契約上の義務があるというべきである。……患者本人への不告知が相当であるとされる場合には、医師には、当然に患者の家族への告知の適否を検討すべき義務があるから、医師が合理的裁量を逸脱して患者の家族に癌告知をしなかった場合にも、右説明義務違反は本人に対する債務不履行ないしは不法行為となりうる。さらに、医師が、前記患者に関する諸事情についての情報収集を怠り、その結果、癌を告知しなかった場合には、そもそも、癌告知の適否を検討しなかったものとして、そ

れ自体が患者本人に対する債務不履行ないしは不法行為となりうるものというべきである。

Aは、B医師の……義務違反により、より早い段階で自己が癌であるという事実を家族である控訴人らに知ってもらうことができ、より早い段階で、家族である控訴人らから手厚いケアを受けたり、控訴人らとより多くの時間を過ごすなどにより、より充実した日々をより多く送ることができた可能性を奪われたものというべきであるから、B医師の行為は、Aの期待権を侵害したものとして、Aに対する債務不履行及び不法行為を構成する……」

(3) 最高裁は、病院側からの上告を退け、次の様に述べた。

「医師は、診療契約上の義務として、患者に対し診断結果、治療方針等の説明義務を負担する。そして、患者が末期的疾患に罹患し余命が限られている旨の診断をした医師が患者本人にはその旨を告知すべきではないと判断した場合には、患者本人やその家族にとってのその診断結果の重大性に照らすと、当該医師は、診療契約に付随する義務として、少なくとも、患者の家族等のうち連絡が容易な者に対しては接触し、同人又は同人を介して更に接触できた家族等に対する告知の適否を検討し、告知が適当であると判断できたときには、その診断結果等を説明すべき義務を負うものといわなければならない。なぜならば、このようにして告知を受けた家族等の側では、医師側の治療方針を理解した上で、物心両面において患者の治療を支え、また、患者の余命がより安らかで充実したものとなるように家族等としてできる限りの手厚い配慮をすることができることになり、適時の告知によって行われるであろうこのような家族等の協力と配慮は、患者本人にとって法的保護に値する利益であるというべきであるからである。」

この法廷意見に対して、上田裁判官は、「(医療機関側の)債務あるいは注意義務の具体的内容を定めるに当たっては、本件診療契約に基づく診療が行われていた平成2、3年当時における医療水準に照らして判断すべ

きである。……原審はこの点に関する検討が不十分である。」という反対意見を述べた。

三、説明義務・がん告知と裁量論

(1) 原判決をやや詳しく紹介したのは、原判決による「家族への告知を検討する義務を果たさなかった」とする事件の構成がこの事件の結果（本判決はこの義務を独立させる構成はとらなかったが）にとって大きな意味をもったということと、本判決の判決理由の内容は、原判決のそれとの対比によって明確になる点が多いということによる。対比から言えることとして、まず、原判決は、本人及び家族に対するがん告知判断ということを出発点において、医師の合理的裁量とその逸脱という枠組みのなかで論じているのに対し、本判決は、がん告知という問題の立て方をせず、「医師は、……診断結果、治療方針等の説明義務を負担する」という原則と「末期的疾患」の「患者本人にその旨を告知すべきではないと判断した場合」という例外を立てる。ここでは、説明義務一般とその例外という枠組みが示され、その例外もがん告知だけではなく、末期的疾患に関するものに広げられている。学説のなかに、がん告知を特別な問題とすることに批判的な見解がみられたが²、がんも含めて末期的疾患の場合にあてはまる本判決の表現は、一般的な支持を得ることができよう。また、原判決は「本人及び家族」としていたが、本判決では、「家族等」への説明・告知は、例外的場合の問題として位置付けられ、「診療契約に付随する義務として、……家族等に対する告知の適否を検討（する）……義務を負う」として補充的位置が明確にされている。本人と家族の関係は、実質的には原判決も同様に解していたと思われ、この点での本判決の定式化は適切なものといえ

2 植木哲『医療の法律学 [第2版]』[2003] 235頁。

よう。

(2) さらに、本判決では、本人に対する説明についても、家族(等)に対する説明についても、原判決で用いられている合理的裁量とその逸脱という表現がとられていない。それにかわって、本人に関しては、「患者本人にはその旨を告知すべきではないと判断した場合には」、「家族等」に関しては、「告知が適当であると判断できたときは」とされている。平成7年判決も同様に裁量とは明言していなかったが³、そこでは事実関係を前提として不合理ということはできないとしていただけであったのに対し、本判決では、説明義務のなかでの扱いが明確にされている。本判決で、裁量という言葉が使われないといっても、本判決の上記の表現からは、これら例外則にかかわる判断において医師の判断が尊重されることは確かである。しかし、それも説明義務基準のなかで(例えば合理的医師基準をとるとすれば特に)考えられる判断の幅と考えればよいのであって、その基準が末期疾患の場合にどのような内容のものになるかを議論することが重要である。既に説明義務一般を裁量という言葉で表現することが適切ではないのであるから、本判決が原判決と異なって裁量という語を用いていないことを評価すべきであろう。もっとも、本判決のいう付随的義務の部分での「告知が適当であると判断できたときは」ということが争いになるような場合に、医師に対して例外的判断の内容の根拠がどのように問われるかは、本判決からは分からない。本判決のいう例外ルールには、「診療契約に付随する義務として、……家族等に対する告知の適否を検討(する)……」ことも説明義務の内容とされていて(本人に関しても、「適否を検討する」ことは当然の義務内容であろう)、本件はこの「適否を検討する」ことがなかったとされたのであるが、具体的には、「患者の家族等と連絡を取るなどして接触を図り、告知するに適した家族等に対して患者の病状

3 平成7年判決のこの点に関しても理解の対立がある。新美育文「本件判批」リマークス28 [2004] 27参照。

を告知すべき義務の違反があった」という義務違反認定がされている。告知の適否を検討すれば告知に適した家族がいたのであるから告知できたということは、原判決のように適否の検討を独立の義務にすればその義務違反と損害との因果関係の問題ということになるだろうが、本判決は、適否の検討は説明義務の一部としているから、全体として付随的説明義務違反となっている⁴。本判決のこのような義務違反認定からは、付随的義務が問題となった場合の判断の余地は狭く、本件のように適否を検討しなかったという場合には責任が免れないのは当然として、さらに、検討をした結果告知をしない場合は、病院側は、告知しない合理的事由の証明が求められることになりそうである⁵。このことは、本人への説明・告知がされていないという前提であるから、本人への不告知そのものが問題とされる場合とは同じには考えられないという点から、支持できる。他方、検討の結果告知した場合には、「家族等」の適切さが問題となることも考えられるが、医師に家庭裁判所における後見人選任のような判断を求めることは適切ではないから、過失判断の余地は狭いものと考えられるべきであろう⁶。家族への告知に伴う問題点も既に指摘されているが⁷、それらの指摘も多くは対立する考え方というより、本人告知を可能にする状況の改善に力点がおか

4 この法的構成の相違は実質的な相違に直結する訳ではない。小西知世「癌患者本人への医師の病名告知義務(1)」明大大学院法学研究論集13〔2000〕80は原判決の構成を評価している。草野類「本件判批」法学新報110-9・10〔2004〕250の「ヒアリング義務」も原判決の構成に近い。

5 新美・前掲28頁。飯塚和之「本件判批」NBL761〔2003〕74は、義務的把握に近いとする。逆に山田卓生「病名告知と法的義務」『中谷瑾子先生傘寿・21世紀における刑事規制のゆくえ』〔2003〕81は、家族（等）への告知でも裁量性を強調している。

6 五十川直行「本件判批」日本医事新報4139〔2003〕57も医療機関にとっての判断の困難を指摘している。

7 星野一正『医療の倫理』〔1991〕108以下、唄孝一「家族と医療・序説」『家族と医療』〔1995〕12以下、植木・前掲36、畔柳・前掲32、平沼高明「本件判批」民事法情報196〔2003〕96など。

れている。従って、本判決でも本人への説明が第一次的義務の位置にあるものされていること⁸を再確認することが重要である。

四 説明義務・がん告知と「家族等」

(1) 原判決との対比で第二にあげるべき点は、家族等への説明義務の付随的義務構成とその根拠の明確化である。原判決も実質的には付随的義務と考えていたのであろうが、(おそらく慎重を期して)責任の性格として不法行為責任を並べてあげていたために、契約責任構成が不明確になっていた。平成7年判決も債務不履行構成であったから、本判決と併せて、説明義務及び告知問題では、この構成で統一されていくであろう。しかし、重要なことはこのような構成そのものではなく根拠として述べられた点である。本判決は、付随的義務の根拠を、「適時の告知によって行われるであろう……家族等の協力と配慮は、患者本人にとって法的保護に値する利益である」ということに求めている。この点に本判決の眼目がある。原判決は、本人告知をしない場合には、「当然に患者の家族への告知の適否を検討すべき義務」があるとし、損害の認定の箇所、「より充実した日々をより多く送ることができた可能性……期待権」が侵害されたとしていた。本判決が付随義務の根拠としてあげることも内容的には原判決と同じとみてよいが、最判は義務の根拠を示すことが必要と判断したのであろうし、そのことは適切であったといえる。また、本事件では、期待権という不明確さの残る概念を用いることよりも、保護される利益内容を具体的に示すことが重要であるから本判決の表現が適切であろう。

(2) 本判決が、このように患者への説明義務を第一次的義務とし、その付随的義務として家族等への説明義務(本件での問題である適否を検討する

8 飯塚・前掲75頁もこれを強調する。

ことはこの義務の一部)の存在を認めたことは、患者の人格権としての意思決定権を認めたエホヴァの証人判決(最判平12・2・29民集54・2・582)の対極に位置して、患者の意思決定をサポートする補助ルールの形成のための積み重ねの一つとすることができる。末期的疾患の患者であることと医療への同意能力の有無は同じ事柄ではないから、本判決の説示が直ちに意思決定の代行ルールに結び付くとは言えないが、「(本人への)協力と配慮」を可能にするための「家族等」への説明は、次ぎの段階には、説明をうけた後の「配慮」としての意思決定の代行という問題が生じるケースも大いに考えられる。本件は、確かに、説明義務違反とは言っても説明することの適否の検討をしないという段階のものであったから、「協力と配慮」をうける利益を保護範囲とする付随的義務違反という扱いが可能であった。しかし、本件のようなケースでも、検討があつて家族等に告知されていればそのような治療に同意しなかったという主張がされたと仮定すれば、本人に対して(本人だけでなく家族等からの)同意がない治療が行われたという事件に構成することも可能であることを考えれば、本件と意思決定の代行は問題として無関係とはいえない⁹。念のために言えば、上述のことは、原判決も本判決も、そのような問題にまで及ぶ論旨を展開しているものではなく、それに連なる問題が控えているということを指摘したものである。

(3) 上記のような根拠を付された本判決の付随義務構成は、本件が本人の利益の保護の問題であることを明確に表すものとなっている。原則としての第一次的義務と例外としての付随的義務は本人利益の保護のための手段の順序を示すものであつて、家族等の利益保護はここでは登場してこない。これは本件原告の請求の仕方に規定されていることも否定できないが、やはり本判決による利益保護の性格付けは支持してよい。というのは、確か

9 岡林伸幸「本件判批」判例評論535 [2003] 180、寺沢知子「本件判批」年報医事法学18 [2003] 157もこの点に触れる。

に、本件で訴訟提起に至らせたものは原告ら家族の心情であろうことは容易に想像できる。しかし、ここで家族等の固有慰謝料を認めるために¹⁰、それらのもつ協力配慮できたという利益或いは家族ないしそれに準じる地位にあるものとしての(本人につらなる)感情を医師の注意義務の射程に入れることは、家族等の人格権からの根拠づけは困難と言わなければならない。それらの固有利益侵害を考えるには受忍限度ないし故意行為というような過重要件が必要となろう。本判決のいう本人への説明義務が意思(自己)決定権の確保にあり、例外としての家族等への説明義務も、意思決定権の補完として、患者の個人の尊厳の確保のためのものである。家族等が行う「協力と配慮」の目的も同じであり、彼ら固有の感情の満足のためではない。本件でも患者本人の個人の尊厳の確保のための配慮が不十分であったということが法的に重要な事柄である¹¹。

(4) なお、本判決が、原判決と違って、付随的説明義務の相手として「家族等」という表現を用いているのは、本人に家族がない場合だけでなく、告知が適当である相手が家族以外の者である可能性が考えられたからであろう。成年後見制度が脱家族法的性格(家族の法から人の法へ)をもつことの指摘が既にされているが¹²、成年後見と同様、本判決が示すのも、尊厳をもって生命をまっとうするという患者の個人の利益の保護を中心に置いた場合、その不完全な(或いは行使が困難になっている)自己決定権を補完するのに適した者は、家族のなかにいることが多いのであろうが必ずしもそうとは限らないということである。

10 大塚直・判タ1016 [2000] 66。飯塚・前掲76、野村好弘発言・野村ほか・座談会「本件判例診断」賠償科学32 [2005] 143もこれに傾く。

11 五十川・前掲56も結果的に同旨。

12 広中俊雄「成年後見制度の改革と民法の体系(下)」ジュリ1185 [2000] 99。

五、説明義務・がん告知と医療水準の関係

(1) 本判決の法廷意見では、説明義務・告知に関して、医療水準への言及がない。原判決では、「当時の医療水準に照らせば、……（告知は）医師の合理的裁量に委ねられていた」としたうえでその逸脱の有無が判断されていた。上田裁判官の反対意見は、原判決の「合理的裁量に委ねられていた」という点を問題としたのではなく、家族への告知に関する裁量逸脱判断において、日本医師会『がん末期医療にかんするケアのマニュアル』に表されているような「医療水準」の検討が行われていないということを理由に原判決の破棄差戻を主張している。原判決では、家族へ告知しないという判断の適否が対象とされたのではなく、告知の適否判断をしなかったという点が責任を導いていた。しかし、上田意見を読む限りでは、（法廷意見と同様）適否判断を行わなかったということを独立して取り出しているのではなく（従って、適否判断を行わないことと損害との因果関係の存否という問題の立て方ではなく）、家族等への告知義務及びその違反の存否の判断基準として、医療水準の検討が必要であるとしたものと理解できる。

(2) 原判決における医療水準への言及は、合理的裁量論のいわば序詞のような位置にあって、重要な意味をもつてはいなかった。上田反対意見はその点を不十分であるとしたのであるが、法廷意見は原判決を支持しつつその部分を不要なものとみた。とはいえ、最高裁の裁判例に限ってみてもおよそ説明義務と医療水準が関係のないものとされてきているわけではない（最判平13・11・27民集55・6・576）。しかし、他方、それにふれない判決もある（最判昭56・6・19判時1011・54、前掲平7年判決）。診断結果及び治療方法に関する説明の内容の適切さが問題になったとしても、多くは、医療水準に即さない診断や治療がそのものとして問われることになるから、説明義務違反が問われるのは、（説明の仕方がまずかったというようなケースを別にすれば）診断や治療行為自体は医療水準からみて誤り

とは言い難いというケースになる。説明が同意の前提として必要であることは当然であるが、それ以外でとくに問題となるのは、患者の治療方法上の選択可能性のある場合を含めて、患者の生き方の決定や質に関係するというような場合(前掲最判平13、エホヴァの証人判決や本判決のような)である。このようにみてくると、本判決の法廷意見と反対意見との間での、説明義務・告知と医療水準との関係の理解の相違は次ぎの点にあるといえる。法廷意見では、説明内容の適切さの判断基準として医療水準が関係している場合(とくに、患者による治療方法の選択可能性が問題となるような場合)があるとしても、本件のような説明をすること自体(それを検討することは当然として)は医療水準とは関係なく義務付けられ、その例外則たる末期患者の家族等への説明についても同様になる。ここには、医療水準は診断・治療に関する水準であるという理解¹³が前提になっている。これに対して、上田反対意見では、法廷意見のなかの例外ケースでの「(家族等への)告知が適当である」かの判断の基準も医療水準とよばれている¹⁴。確かに、説明・告知も治療行為の一環という位置にあり、説明自体が治療行為である場合もあること、また、より広くは、病院の設備や人的物的充実度をさして医療水準ということさえ見られるのであるから、本件のような末期的疾患の場合の説明後のケアの体勢を含めて「(家族等への)告知が適当である」かの判断の基準を医療水準とよぶこともありうる言葉の使い方である。下級審においても医療水準ということばが上田意見のようには使われることが珍しくないことは原判決が示している。しかし、それぞれの問題に即して基準が明確にされるべきであるという点からは、今後は、法廷意見の使い方が適切であろう。

13 金沢恒「判批(最判平7・4・25)」法協117・11[2000]1680。植木・前掲347、山口齊昭・野村ほか・前掲141も同旨か。

14 上田意見と同様な理解を示すものとして伊沢純「本件判批」成城法学69[2002]319、河原格「本件判批」法学教室271[2003]115。

六 おわりに

本判決は、医師の判断の尊重を前提としつつその逸脱の責任を問うという形で原判決がめざしたところを支持し、「家族等」への告知の検討の怠りを、説明義務一般のなかでの付随的義務の違反とした。家族等への説明の問題は、医療水準基準や本人への説明義務といった中心的ルールの周辺に位置するものである。本人保護のための民事法上のルールの全体が形成されるには、このような補助的ルールも必要である。患者の意思の代行制度については、必要性は一般に認められつつも、多くの困難さの故か議論が進展していないのが現状のように見えるが、本判決は、この意思代行問題との間には距離があるものの、民法第2条が表現している個人の尊厳の保護に任ずる「人の法」¹⁵のなかでの本人の意思決定の補完はどのようにあるべきかという課題の一部への解決の提示という意義をもちうるものである。

15 広中・前掲99以下。