

論  
説

医師の説明義務とその内容

西  
野  
喜  
一

〈目次〉

- 一 序
- 二 治療行為としての説明
- 三 患者の説明を得るための説明
- 四 納得のための説明

## 一 序

### 1 説明義務の種類

医師は患者に対して、一定の事項を説明すべき法律上の義務があるということは、今日では通説となっていて、恐らく異説はないであろう。現在、説明すべき事項として、次の二種類のものが区別されている。<sup>(1)</sup>

- ① 治療行為としての説明
- ② 患者の承諾を得るための説明

右の①は、病状・療法の説明や転医の勧奨等、医師の説明自体が患者に対する治療行為になる場合であり、②は検査、手術等のいわゆる医的侵襲に先立ち、これに関する患者の承諾を得るために必要となる説明である。

医師の説明には、この両者にまたがると考えられるもの（例えば、癌患者に対する病名の告知）もあって、全部がこのどちらかに明確に分類されるというわけではないが、①については、しかるべき説明がなかった場合にそのこと自体が違法となるのに対して、②については、必要な説明を欠いた場合にその後の治療行為が違法となるという点に概念上の相違を認めることができる。

### 2 説明義務の法律上の根拠

(一) 医師の患者に対する説明義務の私法上の根拠、換言すれば医師の説明を欠いたことを理由とする医療事故について、患者側が医師側の民事上の責任を追及する際の法令上の根拠となり得るのは、債務不履行責任に関する民法

第四一五条と不法行為責任に関する同法第七〇九条である。これは右二つの説明義務のいずれについてもそうであり、医療事故に対する損害賠償を請求するための法律的構成については、債務不履行による場合と不法行為による場合とで、近親者の慰謝料請求の可否、付帯請求の起算日、時効期間等で相違が生じ得るものの、この両者間における説明義務違反特有の相違というものは全くないと考えられる。

説明義務違反に関する先例の中には、「四一五条又は七〇九条」という形で請求を認容した事例<sup>(2)</sup>、原告中のある者については四一五条、ある者については七〇九条で認容した事例、医師個人に対しては七〇九条を、病院経営者に対しては四一五条を適用した事例があるのは、そのことを示している。

(二) 医師の説明義務という概念は比較的新しいものであり、その内容や程度についても、基本的な枠組みに関する理論は概ね固まって来ているものの、その詳細となると、まだ生成過程の部分があり、学説上も判例上も、論者の医療観によってまだかなりの分岐を来しているのが実情である<sup>(5)</sup>。他方、判例は近時相当の展開を示していると見受けられるので、本稿で紹介する先例はなるべく新しいものを中心とした。

(1) 拙稿「説明義務、転医の勧奨、患者の承諾、自己決定権」判タ六八六号七九頁以下（一九八九年）参照。

(2) 神戸地判平成六年三月二四日判タ八七五号二三三頁。もともと、判例の訴訟物理論を前提とする限り、その可否は疑問である。

(3) 福岡地判平成七年一月二〇日判時一五五八号一一一頁。

(4) 例えば、静岡地判平成三年一〇月四日判タ七七三号二二七頁。

(5) 前記(注1) 拙稿八〇頁参照。

## 二 治療行為としての説明

### 1 概念

(一) 医師は、診療をした場合に、患者に対し、「療養の方法その他保健の向上に必要な事項の指導をしなければならぬ」(医師法第三三条)。この規定は行政法上のものであるが、医師が患者に療養方法を説明するのは医師の本来の義務といえようから、民事上の義務は診療契約ないし医師・患者間の関係から直接に導出されると見ることができると見られる。

具体的には、

① 診断所見、現在の症状、必要な治療内容、療養方法、薬品の服用法、そして、

② 他の病院への転医を必要とする場合には、その旨の転医勧奨

という内容を持つ。十分な説明がないために患者に悪い結果が発生する、ということ防止する機能を有するものであるから、結果回避義務ということもできる。もっとも、この①と②を区別して、②を治療行為としての説明とは別個に数える見解もあるが、これは概念的なもので、分類の如何による実務上の差異は生じないようである。

(二) 医師が診療行為として患者に説明すべき具体的事項は、基本的に実践の場における医療水準によって決せられ

る。従って、その水準に至っていない事項については、医師は患者に説明する必要はない。<sup>(6)</sup> これはいわゆる未熟児網膜症の治療を巡って事例の集積した論点であるが、詳細は別稿に譲る。<sup>(7)</sup>

## 2 事例

近時の事例の中では、患者を自宅で経過観察ないし静養させるに当たり、患者の家族に対する医師の説明が、方法、内容、緊急時の対応等の点において不十分なものであったとした事例が目立つ。<sup>(8)</sup> 患者も家族も医学的には素人に過ぎないという点を考慮したものであろう。

なお、投薬について、医師は、投与の目的、具体的な効果、副作用の危険性を説明すべきであり、この説明義務は患者の自己決定権に由来する、として、このような療養指導ないし情報提供の義務の根拠を患者の自己決定権に求めた事例があるのは注目されるが、この点はまだ一般的な見解にはなっていない。<sup>(9)</sup>

## 3 癌の告知

(一) 患者への病名の告知は、次項の患者の承諾を得るための説明にもかかわることであるが、治療行為に対する承諾ということが前提にならないこともあるので、ここで検討する。

癌患者への病名の告知に関する法律上の当否は、未だ定説がない。従来は、医師がその裁量で、患者本人に真の病名を告知せず、虚偽の病名下で治療を進めたり、家族にのみ癌である旨を告知することが普通に行われてきたので、これを尊重するという扱いが通説的なものであったであろう。しかし、患者が虚偽の病名を告げられ、

そのために油断しているうちに治療の時期を逸してしまったという事例<sup>⑩</sup>が出るに及んで、問題がクローズ・アップされた。

この事件で最高裁判所は、事件のあった昭和五八年当時は癌(具体的事案では胆嚢癌)を告知しない扱いが一般的であったし、告知による患者への打撃や治療への悪影響を考慮して、手術が必要な別の重度の疾患(右の具体的事案では「胆石症」)であると説明して入院させ、その上で精密な検査をしようとしたのは医師としてやむを得ない措置であったとし、また、入院後に家族の中から適当な者を選んで検査結果を説明しようとしたことは不合理ではないとして、医師の裁量的判断によるこのような説明を是認し、患者遺族の請求を退けた。しかし、この判決は、当時の具体的事例に対応したもので、将来のことには含みを残していると見るべきものである。

また、患者本人に癌を告知しなかったことは医師の裁量による判断として許容されるとしながらも、本人に告知しない場合には、家族その他の近親者に告知して治療を進められるようにしておくべきであったとした認容事例<sup>⑪</sup>がある反面、家族への告知の有無も原則として医師の広範な裁量権の範囲であるとした棄却事例<sup>⑫</sup>もあって、この点に關する扱いも今後の課題となっている。

(二) 医師がこれまで患者本人に癌の告知をしてこなかったというのは、癌の告知が患者本人に絶望感をもたらして治療上不都合であるといういわば患者の弱さと共に、医師といえども「不治の病」を直接本人に告知することができない、或いはしたくないという医師側の弱さも恐らくあったであろう。即ち、必ずしも真の病名を知ることができない患者と、患者本人への癌の告知をしなければならないが、その裁量的判断で病名を完全に秘匿することでもできない医師という事情から、家族にのみこれを告げるという便法が作られ、間に立つ家族が板挟みの苦悩を引き受

けざるを得ないという現実があつたものと思われる。近時でも、患者本人への癌の告知がなされる割合は全体の二割程度という資料があるのは、このような事情を裏付けるものである。

しかし、患者の主体性、自己決定権を重視（後記三参照）しながら癌の場合だけは例外とする、ということは無理であるから、今後は、多少の曲折は経つつも、この開示の割合が高まっていくことが予想され、その結果、患者にこれに堪える強さが求められていくと同時に、医師が真の病名を開示しないことがその裁量による判断として訴訟上も尊重されるということも段々難しくなっていくものと想像される。癌の告知に際しては、医師には患者の心理状態に留意した配慮が求められるから、いつ、どのように告知するかということについては医師の裁量を認めるべきであるが、告知しないことも裁量のうちであるという行き方は、今後は恐らく取れないのではなからうか。

なお、癌の告知が患者に衝撃を与えるという場合であっても、真実の開陳それ自体が違法となることはないものとすべきであろう（名古屋地判昭和五八年五月二七日判タ五〇七号二八二頁はそのような判断を示した一例）。

#### 4 その他の問題

この類型に関する医師の説明義務違反という事実は、医師の過失ないし債務不履行の具体的態様をなすものであるから、不法行為構成の場合でも、債務不履行構成の場合でも、その証明責任は患者・原告側にあるものと解される。もつとも、実際の訴訟では、説明の具体的内容は殆ど証拠で認定された上で、当該の説明に義務違反があつたかどうかという評価を経ており、証明責任で決着がつくという事例は少ないようである。

説明義務違反の事実が認められ、結果との間に因果関係がある限りは、賠償義務の範囲は患者側の損害全般に及

- (6) 最判昭和五七年三月三〇日判時一〇三九号六六頁、最判昭和六一年五月三〇日判時一一九六号一〇七頁等。
- (7) 拙稿「医療水準と医療慣行」太田幸夫編『新・裁判実務大系1 医療過誤訴訟法』一〇三頁以下(青林書院、二〇〇〇年)。
- (8) 神戸地裁明石支判平成二年一〇月八日判時一三九四号二二八頁(頭部外傷)、大阪地判平成三年一月二八日判タ七七九号二五三頁(腹痛。但し結果との因果關係を否定して棄却)、福岡地判平成六年十一月一六日判時一五四八号二二四頁(新生児核黄疸)、最判平成七年五月三〇日判時一五五三号七八頁(同)、大阪高判平成八年二月二日判時一六〇三号七六頁(右最判の差戻審)等。
- (9) 高松高判平成八年二月二七日判時一五九一号四四頁。
- (10) 名古屋地判平成元年五月二八日判タ六九九号二七九頁、その控訴審である名古屋高判平成二年一〇月三一日判タ七四四号一八二頁、その上告審である最判平成七年四月二五日民集四九卷四号一一六三頁。
- (11) 東京地判平成六年三月三〇日判時一五二二号一〇四頁。
- (12) 秋田地判平成八年三月二二日判時一五九五号一二二頁。
- (13) 雑誌「AREA」一九九八年二月三日号三三三頁。
- (14) 「あと半年の命だ。墓場に行くか。」というような無神経な言い方は慰謝料請求の理由となる。大阪地判平成八年四月二二日判時一五八五号六六頁。



(15) 検査で癌の疑いのある病変を発見しながら、その告知も精密検査も失念していたというような場合には、医師の裁量の問題ではなく、賠償義務は免れない。静岡地判平成二年二月一九日判タ七五二号二〇八頁。

### 三 患者の承諾を得るための説明

#### 1 説明義務の具体的根拠

(一) 患者の身体に対する侵襲となる行為については、それが治療目的のものであっても、患者の承諾がない限り違法なものとなるということ、この承諾は診療契約の存在だけでカバーできるものではなく、同契約に当然包含されると考えられる軽易な侵襲行為を除いて、別個に必要なものである、ということ、昭和四〇年代からほぼ確立していたことである。<sup>(16)</sup>近時、医療過程における患者の主体的地位が向上すると共に、患者は単に医師の治療行為の対象となるだけのものではなく、患者こそが治療の主体となるべきものであるという認識が向上し、その結果、治療行為に対する患者の承諾が一段と重視されるようになった。この患者の承諾の前提となるのが医師の説明であり、近時よく耳にする「インフォームド・コンセント」という表現で言えば、その「インフォーム」に当たる部分である。

もつとも、その背景には、治療が複雑化するような難病が増加し、例えばある種の抗癌剤のように、一定の治療効果もあるが、その反面副作用も激烈であるというように、患者の意向を度外視して採用することが医師だけの判

断に余る治療法の出現という事情もあるものと思われる。主体的地位の向上ということは、患者自身の責任の増大ということでもある。

(二) この承諾を得るための医師の説明義務の法律上の具体的な根拠として、次の二つのものが考えられる。

① 医師の患者に対する治療行為は患者の身体に対する侵襲となり、そのままでは違法となるので、その違法性を阻却するために患者の承諾が必要となるが、その承諾取り付けの前提として医師の説明が必要となる。

② 人は、自分の生命、身体、機能をどのように維持するかということ自ら決めることができるという権能があるが、その権能の行使には十分な情報が必要となる。この人生に対する患者自身の自己決定という選択に寄与するために医師には説明義務が発生する。

この両者は両立し得るものである(損害賠償請求権を契約上のものと構成した場合でも、右両者、特に②を認める場合に、理論上の問題はないものと思われる。)から、この両者が相俟って医師の説明義務の根拠となっていると理解して差し支えないであろうが、近時の事例では右の②を正面から打ち出しているものが多くなっており、患者の主体性に対する認識とその地位の向上が進む結果、今後はこのような傾向が主流になっていくものと予想される。暫く前には、いかなる医療措置を取るかということ患者の自己決定に委ねるための前提としての説明義務はないと明言した事例も<sup>19</sup>あったが、このような判断は、当時から批判が強かっただけでなく、今日では既に過去のものになっていると見て差し支えないであろう。

(三) なお、患者は自己の負担において行動する限り、医学上合理的に行動する義務はなく、むしろその判断の合理性・不合理を度外視して、その判断を尊重することに自己決定権という概念を認める利益があるのであるから、患者

の自己決定ということを打ち出す以上は、医師も周囲の者も、患者が意外な選択をした場合にも、それが熟慮のもののであるならば、これを容れる、という相應の覚悟が要請される状況があり得ると予想しておくべきである。<sup>(20)</sup>

## 2 説明義務の内容と説明の程度

(一) 医師が患者に説明すべき事項は、基本的には、「患者の病状、実施予定の治療行為とその内容、予想される成果と付随する危険性、当該治療を実施しない場合の予後、代替可能な他の治療方法、この場合に予想される成果と付随する危険性」であると解される。<sup>(21)</sup> このうち、「患者の病状、実施予定の治療行為とその内容、予想される成果と付随する危険性、当該治療を実施しない場合の予後」までの説明が必要であることについては殆ど異論はなく、この旨を一般論として判示した先例は多数に上る。<sup>(22)</sup> 特に、当該治療法に付随する危険性の説明については、これが不十分であったとする認容事例が目につく。<sup>(23)</sup>

医師の説明義務に関する数少ない最高裁判決である最判昭和五六年六月一九日判時一〇一一号五四頁は、開頭手術という、それ自体緊急性かつ危険性を伴う手術の実施について、医師は、「手術の内容及びこれに伴う危険性」を患者又はその法定代理人に説明する義務があるが、「患者の現症状とその原因、手術による改善の程度、手術をしない場合の具体的予後内容、危険性について不確定要素がある場合にはその基礎となる症状把握の程度、その要素が出現した場合の対処の準備状況についてまで説明する義務はない」とした原審の判断を是認した。しかし、これは当該の具体的事案に対応したものであり、また、これから十数年が経過した現在の状況からすると、「患者の現症状とその原因、手術による改善の程度、手術をしない場合の具体的予後内容」等までは、むしろ説明義務の範

囲に含める扱いの方が普通であると思われる。

また、「代替可能な他の治療方法、その成果、危険性」については、その必要性について学説の上では殆ど異論はないものの、前記最高裁判決を始めとして、ここまでは判示していない先例も多いので、判例上は未だ一般的に認識になっているとはいえないようであるが、患者の自己決定たる選択を重視して、これに資するため、他の治療法の有無、得失についても説明しなければならぬとした事例<sup>23</sup>が増加している。特に、治療法として確立したと言えないものについても、乳癌患者に対して乳房切除術を施行する場合に、女性である患者に対する精神的、心理的影響、ひいては患者の生命の質を考慮して、乳房温存術は当時一応の有効性、安全性が確認されつつあったのであるから、これをも説明し、患者の自己決定の機会を失わせないようにしなければならぬとした事例<sup>25</sup>がある。将来はこのような方向が主流になっていくのではなからうか。但し、医師としては、複数の治療方法をただ列挙するのではなく、専門家としての判断で、そのうちどれをどのような理由で推奨するのかということ<sup>26</sup>を明確にすべきであろう。

もつとも、後述の通り、個別の具体的事情に応じて、必ずしも説明を要しないとされる要素もあるので、常にこれだけの説明をしておかなければならないというわけではない。

(二) 説明の程度は、要するに、患者が当該の治療方法を受け入れるかどうかを決めることができる程度のものであることを要する<sup>27</sup>。以前には、例えば、硬膜外ブロック注射をするのに、「神経痛だから注射をする」というだけの説明で足りるとした事例<sup>28</sup>、舌癌の患者に対する「外科手術が一般的だが、自分は機能障害のない化学療法を行っていい」というだけの説明について、手術の方法もあることの説明にもなっており、化学療法が臨床上確立された治

療方法でないことや手術の方が効果的であることについては説明を要しないとした事例<sup>(29)</sup>、人工股関節置換手術につき、患者に不安を与えないように簡単な説明で済ませたことに問題はなく、また、このように大きな手術をすれば以後の日常生活が相当制限されたものにならざるを得ないことは予想できるから、その点の説明がなかったことは差し支えないとした事例<sup>(30)</sup>もあつたが、今日から見ればいずれも疑問が大きく、今後はこのような判断は維持できないものとなつていくであろう。

また、美容整形等、医学的必要性、緊急性が乏しい「治療」行為の場合には、患者の諸否の判断に資するため、特に十分な説明が求められるのが例である。<sup>(31)</sup>

なお、通常の医療過程におけるある検査(具体的には、特発性血小板減少症紫斑病に罹患している妊婦の分娩に備え、胎児の血液を調べるための臍帯穿刺法による胎児採血)につき、これは必要な検査ではなかったのに、医師は実施に際してその危険性等に関する十分な説明をしなかったとした事例<sup>(32)</sup>があるが、当該医師としては右検査を必要と判断して実施したのではないかと思われ、結果的に裁判所が判断する必要性如何によつて必要となる説明の程度も左右されるとすると、医師としては行動の基準に迷うことになる恐れがあると思われる。

(三) もつとも、同一の状況であつても、個別の医師、患者によつて、必要と考える説明の程度、或いは欲する説明の程度が異なつてくることがあるのは当然考えられることであるが、これについては、

- ① 当該の患者が重視するであろう情報を説明すべきであるとする具体的患者説
- ② 平均的ないし合理的な患者が重視するであろう情報を説明すべきであるとする合理的患者説
- ③ 合理的な医師ならば説明するであろう情報を説明すべきであるとする合理的医師説

④ 具体的な患者が重視し、かつ、そのことを合理的な医師ならば認識できたであろうという場合には、その情報(33)が説明されるべきであるとする、具体的患者・合理的医師の二重基準説

がある。学説としては④が有力説と見受けられ、その内容なものも妥当と思われる。判例上、この説明の程度について具体的に判示した事例は少ないが、「患者が特に説明を求めた等の特段の事情のない限り、通常の医師であるならば通常の患者にたいしてするであろう範囲及び程度」のものであればよいとした事例(34)がある。②及び③の折衷的立場であろうか。

(四) なお、ここで想定されているのは、知性的で冷静な患者であり、医師から十分な説明を受ければ、当該疾病に関する問題点を理解し、その意思に基づいて自己のあり方を決定することができるということが前提となっている。しかし、一般には、医師と患者の知識の差は圧倒的であるから、練達の医師であればその説明の内容及び方法次第で患者の意思決定を誘導することは容易であると思われる(35)、患者の主体性の尊重といっても、そこには現実の壁があり得るということは否定できないことであって、今後の展開に待つ所が大きい。現段階にあっては、個別の事案毎に事実関係を追及して、妥当な解決を見いだすよう努力するほかはないであろう。

### 3 説明が不要となる場合

(一) 一般的には、以下のような場合には、治療行為に際して、医師の説明ないし患者の承諾が不要となると解されている(36)。

① 制定法により、医師に強制治療の権限が与えられている場合

- ② 当該治療に付随する危険性が軽微である場合、又は発生する危険性が少ない場合
  - ③ 当該の事項が説明するまでもなく良く知られている場合、或いは患者が自己の病状をよく知っている場合
  - ④ 患者が医師の説明を受ける機会を放棄している場合
  - ⑤ 緊急事態で患者の承諾を得ることができない場合
  - ⑥ 説明することが患者に悪影響を及ぼし、治療上不都合を生じる場合
- もつとも、このうちで①と⑤以外は、医師の説明は不要でも、当該治療行為に関する患者の承諾自体は必要であると解すべきものと思う。

(二) このうちで、訴訟で争われることが多いのは②と⑥である。

まず②については、手術にせよ、これに先立つ麻酔にせよ、例えば一万回に数回という程度で発生するに過ぎないという合併症の危険性について必ず説明しておかなければならないものではない、ということについてはまず異論はないが、どの程度の発生頻度になれば説明を要するのかわかるといふ限界となると、具体的に数字を挙げたものは少ない。骨折手術に際しての「一・五%」の細菌感染率を「無視できない割合」であるとして、その危険性に関する説明がなかったことを違法とした事例はその少ない一例であるが、従来の傾向としては、もつと危険性が大きい場合でも説明のなかったことを許容した事例が多いようである。

また⑥は、癌の告知が典型例であつて、患者の状況に合わせた医師の裁量が要請されるであろうし、当該の医師だけでなく、論者の医療観が判断を左右するという微妙な領域でもあるので、一般的な基準の定立は困難であるが、癌の告知の項で述べた通り、将来的には情報の開示の方が優先されていくことになるであろう。

なお、患者から同意を得た治療行為を行う過程で新たに緊急な必要性があることが判明した検査で、これによる侵襲程度が軽微な場合には、事前に包括的な患者の同意がある限り、改めての説明、同意は要しないとした事例もあるが、「軽微」、「包括的」の程度によることで、一般化は無理である。

#### 4 医師の裁量と患者の自己決定

(一) 今後、医師の説明に関して恐らく最も困難な問題となるのは、医師の専門職としての裁量と患者の自己決定とが衝突した場合の調整であろう。近時の先例には、患者の自己決定(権)という明瞭な表現を用いて、この概念を肯定しているものが増加していることは前述したが、そのため、この種の衝突という紛争はますます増加するであろうし、また結果的には、かなりの事例が患者の自己決定(権)の尊重という形で決着することになるであろうと推測される。

なお、これに付随して、患者の自己決定のための医師の説明義務ということ余りに強調すると、医師が単なる技術者に堕して医療の萎縮を招く恐れがあり、逆に医師のプロフェッションとしての責任を強調してその裁量と判断を尊重し過ぎると、一方では患者の自己決定権を侵害し、他方では患者の主体性という視点に反して、パターンリスティックな説得義務が期待されるに至る恐れがある。既述の通り、医師の専門家としての判断を重視しながらも、特に自己責任による患者の意思が明確な場合には、それを尊重するという運用が求められるであろう。

また、医師が自己の信念に従った治療を進めている場合に、「一か八か」の極めて成功率の低い手術の断行を求めめるのは適正な自己決定権の行使とはいえないとした事例がある<sup>(4)</sup>。



(二) この問題が最も先鋭な形で現れたものとして、信仰上の理由で輸血を拒否している患者に対して、救命のために医師が専断的に輸血をしたため、患者が損害賠償を請求した事例がある。<sup>(42)</sup> この事件で最高裁判所は、患者が宗教上の信念として輸血を拒む明確な意思を有している場合には、このような意思決定をする権利は人格権の一内容として尊重され、医師が救命のために輸血をすることもあるという治療方針を説明しないまま輸血に及んだのは、右権利を奪ったものであつて、不法行為を構成すると判示した。本稿で述べている患者の主體的判断の尊重という立場から見ても、首肯できるものである。

(三) 患者の判断ないし行為が何らかの行為規範(典型的には法令)に抵触することになりかねないという場合でも、医師にはその自己決定権に奉仕すべき説明義務があるかどうか、という問題がある。医師は先天性異常児出産の危険性のある妊婦に対し、その危険性や事前検査について説明しなければならぬかどうか争われた事例はその例である。<sup>(43)</sup>

極めて困難な問題であるが、患者が自己の判断と負担で行動している限り、医師にはこの類型の説明義務もあると解したい。特に、裁判所が、「人工妊娠中絶と我が子の障害ある生とのいずれの途を選ぶかの判断は、あげて両親の高度な道徳観、倫理観にかかる事柄」、「先天性障害児を中絶することとそれを育て上げることとの間において財産上又は精神的苦痛の比較をして損害を論じることとは、およそ法の世界を超えたもの」と言うのであれば、当該両親の判断の可否、当否も裁判所は問うべきではなく、ただ、当事者にとつてのその判断が、十分な情報提供等、悔いのない環境でなされるよう務めるべきものであらう。

## 5 承諾権者

(一) 医師の説明を聞いて、当該治療行為の諾否を決めることができるのは、基本的に患者本人である。患者の承諾なしで大規模な治療行為に及んだという事例は最近では稀であるが、卵巣摘出手術中に子宮筋腫が発見され、全身麻酔下の患者に代わって姉の承諾で子宮を摘出したという医師に、かなり高額(一二〇〇万円)の慰謝料の支払を命じた事例<sup>(45)</sup>がある。

(二) 患者本人に理解力、判断力がない場合には、家族の承諾で足りる。これを法律的にどう構成するのかということとは困難な問題であるが、患者の推定的意思を忖度し、或いは当該患者・家族間の関係から実質的な違法性を欠くということになるのであろうし、また、そうしておかないと医療の現場が動けないという事情もあるのであろう。もつとも、「家族」の範囲や、その優先順序如何ということは今後の課題である。

これに関して、患者の理解力、判断力が十分でない、或いは患者に治療内容を説明することは患者の不安や精神的緊張を増大させる、という場合に、家族の代諾で済ませることができるかどうか、という問題がある。事案の内容に応じて、これで差し支えないとした最近の事例もある<sup>(46)</sup>。しかし、これは、患者のためになることを実施する場合には、本人の意思に拠らなくてもよい、という発想であって、元来、その判断の当否を超越した概念である筈の自己決定という概念の否定につながりかねないものとして、戒心を要するのではなからうか。

(三) 患者が未成年者であるなど、法律上の行為無能力者である場合には、諾否の権限を持つのは法定代理人である。もつとも、患者が無能力者である場合には常に法定代理人の判断だけによるべきものではなく、患者自身にも相応

の判断力がある場合(例えば未成年者でも、ミドルティーンに達している場合にはこれに該当するであろう。)には、患者本人の意向も合わせて考慮されるべきものである。

また、法定代理人のこの代理権は、患者本人の利益のためだけに行使されなければならない。治療行為に対するその諾否(問題になるのは、主に拒否の方であろう。)が法定代理権の濫用であると認められるときには、その行為には効力が認められないものとすべきである。例えば、親権者が自己の信仰を理由として、患者である子が差し迫って必要としている輸血を拒むような場合には、有効な拒否行為がないことになるから、医師は、輸血を伴う緊急な医療行為を実施して何ら差し支えはないものと考え<sup>(47)</sup>る。なお、これは親と子という他人間の問題であって、その親の意思についての「自己」決定権は問題にならない。

## 6 承諾欠如、説明不十分の場合の効果

(一) 治療行為に患者の承諾がなかった場合にはもとよりであるが、治療行為に関する医師の説明が不十分のままに患者が承諾した場合には、十分な説明があれば患者は当該治療行為を受けることを承諾しなかったであろうという因果関係が認められる限り、その承諾は有効なものとはいえず、その後の治療行為は、その成否を問わずに違法なものとなる。従って、その後の治療行為の結果として何らかの悪い結果が発生した場合には、その治療行為の過程においてミスはなかったとしても、医師は患者側にこれによって生じた損害全部の賠償義務を免れない。このように解するのが有力な見解であると思われ<sup>(48)</sup>、これまでに紹介してきた近時の先例も概ねそのことを前提としているように見受けられる。もつとも、説明不十分であったことが障害発生の原因事実となったわけではないという理由で、

患者が請求し得るのは適切な説明を受けられなかったことに対する慰謝料のみであると明示した事例もあるが、今日では少数説と思われる。<sup>50)</sup>

なお、治療行為が成功している場合には、患者が当該治療行為自体を受け入れられないものとする特別の事情でもない限り、損害が発生していないことになるであろうから、普通問題となるのは治療行為が結果として失敗した場合である。

(二) 医師の説明が不十分であって、(治療過程に別個のミスはないままに) 悪い結果が発生した場合、患者側の全損害を請求するには、説明が十分なものであれば患者は当該治療を受けなかったであろう、という因果関係が必要であることは前記の通りであるが、その証明責任は患者側にある。

しかし、十分な情報を提供されないままに治療行為の諾否を決めざるを得なかったという点に関して慰藉料を請求する場合には、右因果関係の証明までは不要であり、医師の説明が不十分で、患者はこれに基づいて諾否を決めざるを得ず、十全の自己決定権が行使できなかったという事情が証明されるだけで足りる。<sup>51)</sup>

(三) 治療行為前の説明が十分であったこと及び患者の同意があったことこの証明責任は、これが人体への侵襲行為に対する違法性阻却事由として機能するということの系として、医師側にあるのが通説・判例と<sup>52)</sup>思われる。

債務不履行構成で損害賠償を請求するときには、或いは、構成の如何を問わず説明義務の根拠を人の自己決定権に求めるときには、このようにいえるかどうかや問題があり、説明義務の不完全履行ということ或いは自己決定権侵害ということとは、債務不履行ないし権利侵害の具体的態様として、患者・原告側に証明責任があるのではない

かという疑問もあり得るが、説明の十分さや患者の承諾の有無が不明であるときには患者側の敗訴であるというのは医療訴訟の現実にそぐわないであろうし、このような構成の場合であっても、診療契約の存在はそれだけでは人体に対する侵襲行為を免責するものではないことにより、侵襲行為はそれだけでは原則として違法となるという前提を維持することによって、右証明責任を医師側に置く構成が可能となるのではなからうか。

もつとも、先例を見ると、説明の有無、内容に関して証明責任で決着をつけた事例は少なく、証拠によって説明の有無、内容を認定し、その上でこれに対する判断、評価を示した事例が大部分である。

なお、説明が十分なものでなかった場合、そのような説明で止めざるを得なかったという特別の事情（本項3）があったということについては、その特別事情について医師に証明責任があり、このことについてはまず異論はないようである。

(16) 東京地判昭和四六年五月一九日判時六六〇号六二頁（乳腺症の治療目的で、無承諾で乳房を切除した事例）、秋田地裁大曲支判昭和四八年三月二七日判時七一八号二七頁（舌癌の治療目的で、無承諾で舌の一部を切除した事例）。

(17) 人には自己の生命を放棄する自由もあるか、ということは重要な問題であるが、紙幅の都合上本稿ではこれに触れず、検討を右本文で述べる範囲にとどめる。

(18) 例えば、東京地判平成元年四月一八日判時一三四七号六二頁、松江地判平成五年六月一六日判タ八二〇号二二六頁、東京地判平成五年七月三〇日判タ八七〇号三三六頁、広島地判平成六年三月三〇日判時一五三〇号八九頁、仙台地判平成六年二月一五日判時一五三六号四九頁、大阪地判平成八年五月二九日判時一五九四号一二五頁、東京地判平成八年

六月二二日判時一五九〇号九〇頁等。

(19) 東京高判昭和六〇年四月二二日判時一一五九号八六頁。

(20) 前記(注1)拙稿八三頁参照。

(21) 前注八〇頁参照。

(22) 近時のものとして、東京地判平成元年四月一八日判時一三四七号六二頁、東京地判平成四年八月三一日判タ七九三号二七五頁、東京地判平成八年二月一六日判タ九四四号二二六頁等がある。

(23) 同じく近時の例として、静岡地判平成三年一〇月四日判タ七七三号二二七頁、高松地判平成三年二月九日判タ七八三号一九七頁、東京地判平成四年八月三一日判タ七九三号二七五頁、東京地判平成六年二月二二日判時一五三四号五九頁等がある。

(24) 仙台高判平成六年二月二五日判時一五三六号四九頁、大阪地判平成七年一月二六日判タ九〇八号三三八頁、東京地判平成八年六月二二日判時一五九〇号九〇頁等。

(25) 大阪地判平成八年五月二九日判時一五九四号二二五頁。他方、東京地判平成五年七月三〇日判タ八五九号二二八頁は、当該の具体的事案に関して反対。

(26) 宮崎地判平成六年九月一二日判タ八八〇号二五八頁は、医師が患者側の意思を拘束することを恐れて自分が最善と考える治療手法を具体的に説明しなかったことは、専門家としての医師の職責に照らして不十分なものであるとした事例である。

(27) 東京地判平成八年二月一六日判タ九四四号二二六頁。

- (28) 大阪地判昭和六一年六月二二日判タ六二七号一九五頁。
- (29) 東京地判平成元年三月一三日判タ七〇二号二二三頁。なお、これに対する拙稿・《判批》法政理論二八巻二号九七頁以下も参照されたい。
- (30) 東京高判平成三年一月二一日判タ七七九号二二七頁。
- (31) 広島地判平成六年三月三〇日判時一五三〇号八九頁（鼻の美容整形）、東京地判平成七年七月二八日判時一五五一号一〇〇頁（腋臭・多汗症の手術）等。
- (32) 大阪地判平成八年二月二八日判時一五八八号一二三頁。
- (33) 新美育文・《判批》ジュリ増刊医療過誤判例百選（二版）一〇頁以下（一九九六年）。
- (34) 東京地判平成二年三月一二日判時一三七一号九六頁。
- (35) 前記（注一）拙稿八〇頁参照。
- (36) 前注八〇頁以下参照。
- (37) そのような理由による棄却事例として、東京地判平成元年四月一八日判時一三四七号六二頁、松江地判平成五年六月一六日判タ八二〇号二二六頁、東京地判平成五年七月三〇日判タ八七〇号二二六頁等。
- (38) 大阪地判平成七年一〇月二六日判タ九〇八号二三八頁。
- (39) 東京地判平成三年七月二五日判タ七七七号一八七頁。
- (40) 前記（宮崎地判平成六年九月一二日（判タ八八〇号二五八頁）参照。
- (41) 福井地判平成元年三月一〇日判時一三四七号八六頁。もともとこれは家族が申し入れた事例で、自己決定権の問題と

しては適切でない。

- (42) 東京地判平成九年三月二日判タ九六四号八二頁(患者側の請求棄却)、その控訴審である東京高判平成一〇年三月一二日判時一六二九号三四頁(請求一部認容)、その上告審である最判平成一二年二月二九日民集五四卷二号五八二頁(上告棄却)。なお、この件については、請求一部認容の控訴審判決、上告審判決とも、自己決定と医師の裁量権との関係如何という重要な争点を十分に論じ切ったとは思えないのであるが、請求を棄却した一審判決の論理が余りにも粗雑であった(拙稿・〈判批〉判タ九五五号九七頁以下参照(一九九八年)参照)ことに、上級審での結論逆転を招いた一因があるとの印象を禁じ得ない。
- (43) 東京地判昭和五四年九月一九日判時九四五号六五頁(先天性風疹症候群児、積極)、東京地判昭和五八年七月二二日判時一一〇〇号八九頁(同、同)、東京地判平成四年七月八日判時一四六八号一一六頁(同、同)、京都地判平成九年一月二四日判タ九五六号二三九頁(ダウン症児、当該事案で消極)。
- (44) いずれも前記東京地判平成四年七月八日(判時一四六八号一一六頁)。
- (45) 広島地判平成元年五月二九日判タ七〇五号二四四頁。
- (46) 例えば、東京地判平成元年四月一八日判時一三四七号六二頁(患者の娘に対する説明と同人の承諾)、東京地判平成五年七月三〇日判タ八七〇号二二六頁(同)。
- (47) 前記(注1)拙稿八二頁参照。
- (48) 前注八二頁参照。
- (49) 説明義務違反だけで逸失利益等も認容した近時の事例として、前記宮崎地判平成六年九月二二日(判タ八八〇号二五



八頁）がある。

(50) 東京地判平成七年一月二八日判タ九一八号二〇五頁。

(51) 東京地判平成四年八月三二日判タ七九三号二七五頁、仙台高判平成六年二月一五日判時一五三六号四九頁等。

(52) これを明示した近時の事例として、広島地判平成元年五月二九日判タ七〇五号二四四頁がある。

## 四 納得のための説明

### 1 事後の説明義務

これまでに述べてきた二種類の説明とは異なった類型のものとして、不本意な結果が生じた後に、医師が患者又はその家族に対して、その納得を得るために医療行為の経過を説明することがある。弁明義務或いは顛末報告義務ということもできるであろう。医療契約を準委任と把握した場合には、これは民法第六四五条（結果報告義務）の適用の結果として導出することができようし、不法行為構成の場合でも、医師の専門家としての責任から見て、否定すべき理由はないと思われる。

もつとも、このような説明義務は、医療契約の内容をなすものか、単に診療債務の履行に付随する義務に過ぎないかという点について争いがあるが、前述した事前の説明義務との差異を明確にしておいた上で、付随的義務であるとしても、このような義務を認めておくことは、患者の権利擁護に有用であろうと考えられ

る。

## 2 実例

事後の説明義務を肯定した近時の事例として、患者の死亡後に医師が遺族に対してした事情の説明が医学上の基礎的な認識を欠いたものであったために、本当は救命ないし延命が可能であったのではないかという強い無念の思いを遺族に抱かせた場合には、社会通念上、医師は遺族に損害賠償をすべきであるとした事例<sup>(54)</sup>、入院中の精神疾患の患者が失踪した場合には、当該医療機関は、条理上、相当と考えられる搜索を誠実に実施した上、近親者に対して搜索の結果を適切に説明、報告する義務があるとした事例<sup>(55)</sup>がある。

但し、いずれも極めて個別的な事情に対応したもので、賠償請求権の根拠にまだ不明確な点もあるようであるから、これらの判示を一般化することはまだ難しいであろう。

(53) 前記(注1)拙稿八七頁参照。

(54) 広島地判平成四年二月二一日判タ八一四号二〇二頁。

(55) 東京地判平成三年一月一九日判タ七八九号二〇八頁。