

## 判例研究

医師の未確立治療法に関する説明義務及び  
受診を中止した患者に対する助言義務等

(東京地判平成元年三月一三日判タ七〇二号二一三頁)

西野喜一

## 《事案の概要》

## 一 概 要

事案の概要は、概ね以下の通りである。

原告Xは、四四歳であった昭和五一年一月以降、舌に腫れと痛みが続いていたので、同年五月に東京都稲城市立病院を受診したところ、扁平上皮癌であると診断され、同病院耳鼻咽喉科のY1医師を紹介された。Y1医師は国家公務員等共済組合連合会が運営する立川病院でも診療活動をしていたので、Xは結局毎週金曜には立川病院で、月曜には稲城市立病院でY1医師の治療を受けることになった。

Y1医師は同年五月一七日に立川病院でXを診断して、初期の新鮮癌であると診断し、手術ではなく化学療法を採用して、抗癌剤（プレオマイシン）の局部注射を開始し、併せて患部の壊死巣除去の減量手術を行ったところ、同年八月に一旦Xの癌は消滅したと判定され、以後経過観察に移った。

しかし、同年一〇月に至って症状が悪化し、一二月には癌の再発が確認された。そこでY1医師は同年一二月半ばから化学療法を再開したが、Xの症状は悪化する一方で、これにたまりかねたXが、同年二月二〇日の受診の際に、「先生、直るんでしょうか」と尋ねたところ、Y1医師は確答できないと無愛想な応対をしたので、XはY1医師に対する信頼を失って、稲城市立病院及び立川病院への通院を中止してしまった。

その後、一二月二三日頃から、Xは、日本医大等で丸山ワクチンの投与を受けた後、昭和五二年三月に国立ガンセンターを受診し、同年四月に、舌口腔底全摘、下顎骨過半の切除という大手術を受けて、一命は取りとめたが、言語、咀嚼、嚥下機能を全廃するなど大きな後遺症が残った。

そこで、Xが、Y1医師、及びY1の使用であり、Xとの医療契約の当事者でもある前記二病院の経営者（Y2、Y3）を相手取って、逸失利益、慰謝料等合計六六〇〇万円の損害賠償を請求したのが本件である（他に、Xの妻も原告となり、固有の立場で慰謝料等一一〇万円を請求しているが、本稿では省略する）。

## 二 争 点

### 1 医師の過失

本件でXが主張するY1医師の義務違反は多岐にわたるが、これをまとめると、

- ① 当初の治療法選択の段階で、舌癌に対する確立した治療法である手術又は放射線療法をしなかったこと、
  - ② 有効性が確立していない化学療法を採用するに当たって、Xに十分説明しなかったこと、
  - ③ 経過観察中に癌再発の兆候を看過したこと、
  - ④ 再発癌に対して根治手術をしなかったこと、
  - ⑤ Xの通院中止後、適切な治療を続けるよう助言しなかったこと、
- の五点になる。

本稿では、このうち、問題が大きいと思われる②(説明義務)と⑤(助言義務)の二点を検討することにした(但し、本稿では判旨の論理展開を中心に検討するので、文献の引用は最小限にとどめた)。

そこで、以下において、この点に関するX及びYらの具体的主張を見ておく。

### 2 説明の内容

最初に、②の説明の内容について、Xは、

「五月一七日の初診の段階で、Y1医師はXを診断した後、『舌を取るのが普通であるが、自分は薬で治す方法を

探っている。それでやるがどうか。』という程度の話をし、治療法の種類と選択、薬物療法の長短、特にプレオマイシンについては何らの説明もしなかった。

原告Xは、治療法についての知識がなかったので、『宣しく願います。』と答えたと主張し、他方、Yらは、これを否認し、説明の内容は、

「Y1は、プレオマイシン局注と外科手術を比較してプレオマイシンの方が機能障害が少なく、通院治療が可能であると説明し、了解を得た」というものであったと主張した。

## 2 受診中止の経緯

また、⑤について、Xが自分の判断で通院をやめたこと、その後Y1医師からXに何の働きかけもなかったことは実質的に当事者間に争いはなかったが、その契機となったやり取りについて、Xは、

「Xは二月二〇日、Y1医師に対し、『先生、治るんでしょうか。』と聞いたところ、Y1は、『急にそんなことを聞かれても分からないな。』と冷淡かつ無愛想な返事をしただけであった。」

と主張した。一方、Yらはこれを否認した上、XはY1医師による診療を自ら放棄し、医学的に評価の定まらない丸山ワクチンの投与による治療を継続し、症状を悪化させたという過失相殺の抗弁を提出した。

## 《判 旨》

### 一 説明義務

まず医師の説明義務に関する東京地裁民事第六部の判断は、以下の通りである。

(一) 《証拠》等によれば、当時、「プレオマイシン局注は新鮮舌癌に対する治療法として確立した治療法とはいえず、その治療率を明らかにするだけの資料も不足していたことが認められるが、外科手術及び放射線治療と比べて優れている点もあり、かつ、薬理学的には効果を期待することができるものであり、また、仮に所期の効果を得ることができない場合には、直ちに手術などの方法に切り換えることが可能であることが認められるので、新鮮癌に對して……プレオマイシン局注による治療法を採用したとしても……不適切ないし違法な措置であると断定することはできない。」

「Xの初期症状は、プレオマイシンの効果が期待しうる「もので」あつたことが認められ……「Y1が」プレオマイシン局注を採用したことをもって直ちに医師としての注意義務に違反したものである」とはできない。」

(二) 「《証拠》によれば、Y1医師は、初診時にXに対し、治療方法の概要を述べ、外科手術が一般的であるが、機能障害が生じるので、自分は、機能障害がなく通院可能な化学療法を行っている旨を説明し(ただし、プレオマイシン局注療法が未だ臨床上確立された治療法でないことまでは説明しなかった)、右治療により治療することの

「承諾を求めたところ、Xはこれを了承したことが認められ」る。」

(三) 「右事実によれば、Y1は、Xに対し、簡単ではあるが手術などの方法を説明したうえ、プレオマイシン局注療法を行うことについてXの了解を得たものであり、また、前記のように、新鮮舌癌に対しプレオマイシンの局注療法を試みることをもってあながち不適切な措置であると断定することはできず、その選択は医師の専門的裁量の範囲に属すると考えられることにかんがみると、Y1がプレオマイシン局注より手術の方が一般的に確立された治療法であり、より効果的である旨の説明をしなかったとしても、これをもってXに対する説明義務に違反したものであることはできない。」

## 二 助言義務等

次に、本稿第二の争点である助言義務等に関する判断は以下の通りである。

(一) 「証拠」によれば、Xは、一月二〇日ころ、舌の症状が悪化して治癒しないため、Y1に対し、「先生治るんでしょか。」とたずねたところ、Y1は、確答することはできないと無愛想な応対をしたため、Y1に対する信頼感を失い、以後、稲城市立病院及び立川病院においてY1の治療を受けることをやめたこと、しかるに、Y1は、その後のXの治療状況、病状の変化などについてXに問い合わせたり、助言をしたりせず、これを放置していたことが認められ「る」。

「Y1は、Xの唯一の主治医として初発癌の発生から癌再発に至るまで……その治療に当たっていたものであり、

しかも、その根治療法として未だ臨床で確立されていなかったプレオマイシン局注療法を採用していた「のであり」、他方Xの再発痛を放置すれば、その性質上重大な結果を招来することは明らかであるから……Y1としては、XがY1の治療を受けることを止めた後においても、Xが何故に受診を止めたのをつきとめ、Xに適切な治療を受けているかどうかを確認し、適切な助言をして、病状の悪化を防止すべき注意義務があった。「。」「」

### 三 判旨の結論

裁判所は、右二の注意義務違反の他に、前記③の経過観察義務違反、④の手術義務違反という過失を肯定し、他方、Y1のいう過失相殺は否定して、Xに逸失利益約一四〇〇万円(但し、この逸失利益算定に関する問題点は後述する)、慰謝料五〇〇万円、弁護士費用一九〇万円を認容した。

## 《検 討》

### 一 医師の説明義務について

#### 1 説明義務の概要

医師の説明義務については、これを、

- ① 治療行為に対して患者の承諾を得る前提としての説明
- ② 説明自体が治療行為になる場合の説明

の二つの類型に分けて考えるのが通説であるが、本件で問題となるのは右①の類型である。医師の医療行為は、そのままでは患者の身体に対する侵襲行為となるので、その違法性を阻却するには当該医療行為に対する患者の承諾が必要となるが、その際に患者が自らの判断で医療行為の諾否を決定できるよう、その判断のために医師は必要な事項を説明しなければならないとされているのである（拙稿「説明義務、転医の勧奨、患者の承諾、自己決定権」判タ六八六号八〇頁参照）。

患者の承諾を得るための説明の内容となるべきものとしては、原則として「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、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、当該治療を実施しなかった場合の予後」を挙げるのがこれも学説としては現在では殆ど通説となっているが、



その具体的な説明の程度については、侵襲の程度、付随する危険性の程度、医師の専門職としての裁量、ということとの兼合いで問題が多く(これらの点についても前記拙稿八〇頁以下参照)、実務的に争われることが多いのは、そもそも医師の患者に対する説明がなかったというような極端な場合ではなく、医師がした説明が当該の具体的な場合において十分なものであったか、違法と評し得る程に不十分なものであったのか、という事例である。

そこで、個別の場合の説明の要否を判断する基準として、

- i 合理的医師説(合理的な医師ならば説明すべき情報が説明されるべき情報であるとする)、
- ii 合理的患者説(平均的でないし合理的な患者ならば重要視するであろう情報が説明されるべき情報であるとする)、
- iii 具体的患者説(具体的な患者が重要視するであろう情報が説明されるべき情報であるとする)、
- iv 二重基準説(具体的な患者が重要視する情報で、かつそのことを合理的医師ならば認識できたであろう情報が説明されるべき情報であるとする)、

という四つの立場があるとされ、学説上はこのうち最後の二重基準説が有力であろうと思われる(新美育文・判批)別冊ジュリー一〇二号医療過誤判例百選九二頁以下参照)。

## 2 本件の説明の問題点

(一) 本件の場合において、初診時にY1医師がXにした説明は、判文によれば、「治療方法の概要、外科手術が一般的であるが、機能障害が生じるので、Y1は、機能障害がなく通院可能な化学療法を行っている旨」であり、

他方、プレオマイシン局注療法が未だ臨床上確立された治療方法でないことは説明しなかった、というのである。

しかし、これを前記1の説明内容の基準と比較すると、かなり粗雑なものと言わざるを得ないであろう。Y1医師の説明は、結局外科手術の簡単なデメリットと化学療法 of 簡単なメリットだけであるが、外科手術で舌を切除すれば機能障害が生じること、患部に注射をするだけでは機能障害はなく、通院で済むという程度のこと、医師の説明を聞くまでもなく、素人が殆ど常識として理解できることである。癌という重大な疾患の場合には、措置を誤れば死に至ることが容易に予測できるのであるから、ここで患者が知りたいのは、治療方法が二つある場合に、癌を克服するにはどちらが効果的であるのか、ということであり、どちらの方法を取れば、その癌で死なずに済むのか、ということである。また、メリットだけでデメリットのない治療法があるならば問題は無いが、複数の治療法があつて、それぞれにメリット、デメリットがあるならば、患者としてはそのデメリットの方を聞きたい筈である。更に患者としては、その複数の治療法のうちで、どちらの方が医学的に高い評価を得ているのか、換言すれば、患者として信頼できるものであるのか、ということを知りたいであろう。

本件で判旨は、舌の新鮮癌に対する根治目的の治療の第一選択として化学療法が採用されることは当時「ほとんど皆無」であつたことを認定した上、Y1医師がXに、プトレマイシン局注療法が臨床上確立した治療方法でないことを説明しなかつたということも認めているが、もしこのような状況が説明されていたら、恐らくXはこの療法を拒んでいたであろうから、これはXの意志を決定づける最も重要な要素であつたということが出来る。そのことを聞いていたら、それに対する承諾はしなかつた、というような重要事項を省略した説明は、患者の治療行為に対する承諾の前提となる説明の名に値しないのではなからうか。

説明の具体的内容の判断基準として述べた前記（本項一）の四基準のうち、二重基準説ではもとより、それ以外のどの立場を取っても、当該医師が採用しようとしている治療法が臨床上確立したのではなく、臨床上確立したとされる治療法より効果が劣る、ということとは説明を要しない事項である、とすることはできないであろうし、そのように言った先例も他には恐らくないものと思われる。

(二) 判文が、「Y1医師は、Xに対し、簡単ではあるが、手術などの方法もあることを説明した」というのは、Y1医師の初診時の説明のうち「外科手術が一般的であるが」という部分を指すものと思われる（但し、「手術など」の「など」については、判旨は認定していず、事実に基づかない判断ではなからうか。）が、「外科手術が一般的であるが」というのが「簡単ではあるが、手術……の方法もあることを説明した」ということになつては、患者は医師の言うことを、それがあとでどれ程重大な効果を有することになるかわからないから、一言半句も聞き漏らしてはならないことになり、患者に余りに過大な負担を課するものである。この部分の判旨は、医師が専門家であり、患者が素人であることを看過したもので、これではXが主張する通り、Xとしては事情を理解できないまま「宜しくお願いします」というしかなかつたであろう。

(三) 判旨は、プレオマイシン局注を試みることも不適切であると断定することはできず、その選択は医師の専門的裁量の範囲に属する、というが、医師の専門的裁量は、確立した治療法が複数ある場合に、そのうちでいずれを採用するか、という領域ではいえることがあるとしても、一方が臨床上確立した治療法で、より効果的であり、他方が臨床上確立していず、治療効果が劣る（このことは判旨が認定していることである。また、既にふれた通り、判旨は、新鮮癌に対して、根治目的の第一選択として化学療法が採用されることは「ほとんど皆無」であつたこと

も認定している。場合に、このようなことがいえる筈がない。臨床上確立していない治療法を「試みる」(判文の表現)のは、一種の実験であつて、これが患者に対する十分な説明とこれを理解した患者の承諾なしで、医師の裁量でやれるというのは乱暴というほかはない。

### 3 癌再発との関係

(一) また判旨は、化学療法で所期の効果が得られない場合には直ちに手術などの方法に切り換えることが可能であることも、化学療法を採用することが不適切でないことの理由の一つとして挙げている。これが妥当であつたかどうかをここで改めて見ておく。

判旨は、Y1医師が、癌再発の段階で手術による根治療法を行わず、再び化学療法を採用したことをその過失であると判断して、Xの請求を一部認容しているのであるが、Xの逸失利益の算定に当たっては、Xは労働能力を100パーセント喪失したという認定にもかかわらず、この段階で手術を行つていたとしても何らかの後遺障害が発生したことは避けられなかつたと考えられるので、Xの労働能力喪失がすべてY1医師の過失行為に起因するものとすることはできず、その頃に手術をしても70パーセントの労働能力喪失があつたと見られるから、Y1の過失行為による労働能力喪失率は30パーセントであるとして、これに対応するだけの逸失利益を認容した(Xの請求額は約四一〇〇万円、認容額は約一四〇〇万円)。

しかし、化学療法で効果が上がらなければ手術に切り換えればよいのだから、化学療法を採用したことは差し支えない、という判断と、このような損害算定のやり方とは両立、整合するのであろうか。

(二) 判旨のようにいうためには、最初の診断時に手術を選んでも七〇パーセントの労働能力喪失は避けられなかった、ということが言えなければならぬであろう。しかし、判旨はそのようなことには全く触れていず、むしろ、本件では最初に根治療法たる手術を採用していれば、機能障害も労働能力喪失の割合ももっと軽く済んだのではないかと思われるふしがあるのである。

結局、化学療法の採用には、所期の効果が上がらない場合には被害の拡大が大きくなる、という側面をも有しているのであるから、このような療法を採用することが医師の裁量の範囲といえるかどうか、この点からも極めて疑問があると考えられるし、まして、このような状況下で、手術をしてもある程度の労働能力の喪失は避けられなかったのだから、という論法でXの損害を限定するのはいかにも無理ではなからうか。

また、これは医師が患者に説明すべき内容にもそのままかわることであって、判旨は、医師は患者に対し、化学療法を説明するのに、仮に癌が再発したときにはずっと大規模で、大きな労働能力喪失を伴う手術をせねばならない、ということの説明しなくても差し支えない、ということを言っているわけであるが、これで納得する患者がいるとは思われないし、大方の同意は得難いものと思う。

## 二 助言義務等について

次に、第二の論点として、医師の、受診を止めた患者に対する「助言義務」等について検討する。

## 1 対応内容の認定

Xが、Y1医師の治療を受けるのを止めたのは、Xの主張によれば、昭和五一年二月二〇日の診断時、再発後の症状は悪化する一方であったので、「先生、治るんでしょか。」と聞いたところ、「急にそんなことを聞かれても分からないな。」という冷淡かつ無愛想な応対であったからである、というのである。これに対する判旨の認定は、Xの質問についてはXの主張通りであるが、「Y1は、確答することはできないと無愛想な返答をした」というものであって、Y1の応対が具体的にどのようなものであったのか、ということとは認定していない。

しかし、判旨はここで医師の責任を認め、そして患者の過失を否定しているのであるから、法律上、医師は患者にどのような応対をすべきであつて、どのような応対をしてはならないのか、という行動の基準がなければ、今度同種の事態に遭遇した医師は判断に困るであろう。患者から「先生、治るんでしょか。」と聞かれて、「急にそんなことを聞かれてもわからないな。」と答えるのは医師として不適切であろうが、そこまでは認定していない本件判旨からここで引き出されるのは、(再発癌が治るかどうか、は医師にも確答できないことがあることは当然理解できる以上)、医師は患者に無愛想な応対をしてはならず、患者に無愛想な応対をすると、それが法律的責任に反映することがある、ということになる。

しかし、医師の患者に対する応対の態度如何は、医師の職業倫理の問題にとどまり、法律的責任とするのは無理ではなからうか。応対の態度ではなく、応対の内容を問題とするのが穩当であつたと思われるし、そうである以上、その内容の認定をせずに判断を下すのは無理であつたと思われるのである。

## 2 「助言義務」等の問題点

判旨は、① Y1がXの主治医として七カ月にわたって治療に当たっていたこと、②採用した治療法が臨床上確立していないものであったこと、③Xの再発癌を放置すれば重大な結果を招来すること、から、Y1は、Xの受診中止後も、その原因をつきとめ、その後の治療状態を確認し、適切な助言をして病状の悪化を防止すべき注意義務があったという。ここが本判決の最大の問題点であると思うので、少し詳しく検討したいと思う。

(一) 判旨のいう受診中止原因究明義務、治療状態確認義務、助言義務は、右の①ないし③を前提とするもので、このような条件がないところで一般的に医師にこのような義務を肯定するものではないであろう。患者が何らかの理由で、病院、医師を変え、ある時から突然受診しなくなるといふことは日常ごくありふれたことで、そのたびに医師、病院側からいちいちこのような義務を履行せねばならないとしたら、それは難きを強いるもので、誰も賛同しないであろうと思われる。以下においては、前記①ないし③の三条件を前提とする。

(二) 受診を中止した患者がある場合に（そのことはすぐに主治医の知るところとなるといふシステムであるとして）、医師にはその原因を究明する義務があるであろうか。

具体的な方法として考えられるのは、医師が自ら、または看護婦その他の職員に命じて、電話連絡をすることであるが、仮にそのような電話があった場合、本件の場合のXはどういう応対をするであろうか。先日、こういうことを言われたからY1医師への信頼感をなくした、と率直に言うかも知れないが、いつまでも治らないから病院を変えた、と真の理由を隠して答えたかも知れない。医師に患者「が何故に受診を止めたのかをつきとめ」といふ究明義務があるのであれば、患者の脚色した返事に満足してはならないことになろうが、それでは医師として

はそれ以上に何をすればよいのか、判旨は甚だ困難な問題を解決せずに放置しているように思われる。

(三) また、判旨は、患者が適切な治療を続けているかどうかを確認し、適切な助言をして病状の悪化を防止すべき義務があったという。

前記(二)の如く、本件でY1医師がXに対して架電して、その後どうしているかと聞いた場合、普通に予想されるXの応対は、日本医大病院で治療を受けている、或いは日本医大病院で丸山ワクチンの投与を受けている、というものであろう。これに対してY1医師はどのように対応するであろうか。

本件でY側は、Xは医学的に評価の定まらない丸山ワクチンの投与による治療で病状を悪化させた、と主張している(もともと、Y1の採用した化学療法も臨床上確立したものでなかったことは判旨が認定している通りであり、Y1は他の療法についてこのように主張する資格があるであろうか。)ので、Y側の丸山ワクチンに対する否定的評価は明らかである。これからすると、まず考えられる最初の対応は、Y1が、丸山ワクチンなどでは治らない、すぐまた私の所に来るように、と言ったであろうというものである。しかし、Y1の治療ではXの症状は悪化の一端をたどっていたのであるから、仮にXがこれに従っていれば、Xはそのまま死亡していた可能性が高い。即ち、この場合には、XはY1の助言に従わなかったことよって生命を取り留めたことになる。

二番目の可能性は、丸山ワクチンなどでは治らない、すぐに手術をしなければ命にかかわる、という対応である。しかし、本件で癌再発後も化学療法に終始していたという治療状況から見ても、Y1医師がこのような助言をする筈がない。

三番目の可能性は、他の医療機関で治療を受けているというのであれば、それでよい、ということでは会話を打ち



切ることである。恐らく、これが最も可能性が高く、普通の医師であればY1側がXにこの種の確認を何もせず、本件のように放置していた場合と同一の結果であつて、判旨がY1医師に求める行為は結果に何らの因果関係も有していないことが歴然としている。

(四) 結局、このようにしてみると、判旨のいう医師の受診中止原因究明義務、治療状況確認義務、助言義務というものは、本体の具体的状況に即して見た場合には、全く意味のないもので、本件でY1医師がこれらの義務を尽くしていればXは結果を避けられた、というものではないことが明らかであつて、判旨の論法は粗雑と言わざるを得ない。

判旨のいうような受診中止原因究明義務、治療状況確認義務、助言義務を認めた事例は他にはおそらくないと思われる。他方、最近の事例で最判平成七年四月二五日判タ八七七号一七一頁は、癌の疑いのある患者が受診しなくなったために患者が死亡した事案において、医師の義務違反を否定したものである。

#### 四 結 論

以上見てきた通り、本件判旨の論理は、本稿が取り上げた論点に関する限りは、無理が多く、認容すべきところ  
で認容せず、認容すべからざるところで認容したものではないかという感が深い。

もっとも、所詮認容以外の結論ではあり得ない、という事案であれば、どこで認容しても結論自体に影響はないという見方ができるかも知れないが、本件の場合にはそうではなく、本項一3で見た通り、どこで医師の過失を把

えるかということが認容額に反映する事案であると考えられるので、なお、問題が大きいのではないかと考える次第である。

(本件については、先行する判例批評として、浦川道太郎・判タ七一三号五五頁以下がある。)