

医師の説明義務(1)

山中敬一

目次

1. 説明義務の意義と根拠
2. 医師の説明の機能 (以上, 本号)
3. 説明義務の範囲
4. 説明の省略可能性
5. 説明の実施方法
6. 説明義務の制限
7. 仮定的同意?

1. 説明義務の意義と根拠

1. 刑事法における説明義務違反の意義

医療行為による侵襲に対する患者の同意は、その侵襲の意義と目的・効果・危険等に関する医師の説明を前提としてはじめて正当化機能を果たす。したがって、同意の有効性は、原則として説明の範囲以上には及ばないといつてよい。医師の説明は、患者がその病状やその医療上の措置の内容、それに内在する危険に対して完全な情報と理解をもっていないのが通常であるから、それに関する知識を与え、自己決定の際の資料とするのが主たる目的である。さらに、説明は、治療が、医師と患者の協力関係のもとに成り立つことから根拠づけられる。治療における両者の協力関係が成り立つ前提としては、患者は、その症状や病状を医師に告げ、医師は患者に病状と治療につきその展望や危険を説明する必要があるのみならず、治療が医師と患者の協力関係の中で行われるものであれば効果的な治療を実現するためにも医師の説明は不可欠の前提である。説明は、医師と患者の治療において対抗する利害の橋渡しをするとともに、適

切な治療の実現にも役立つのである。

(1) 患者の自己決定権と医師の裁量

もし治療における医師と患者の信頼・協力関係が患者の自己決定権ならびに医師の説明義務の前提とされるなら、そこに自己決定権と説明義務の限界も存在するはずである。従来、病院側被告人たる医師の側からは、医療行為の専門家である医師の医療における「医師の裁量」が主張されてきた¹⁾。医療は高度の専門性をもち、治療に関して医師は本来的に裁量の余地をもつのである。このことを強調するのが、昭和60年の東京高裁の麻疹脳炎事件判決²⁾である。医師の説明義務について、東京高裁は、「いかなる医療措置を採るかを一般に患者の『自己決定』ないし選択に委ねるべきことを前提として、そのために医師が患者に対する説明義務を負うということは考えられない。何となれば、医療はまさに医師の職責で、高度の専門性があり、医師は医療水準に従い、正当と信ずる医療をおこなうべきものであって、若し患者の選択に従って医療をしなければならぬとすれば、医師は常に患者の意向を確認すべきことになって混乱し、専門技術としての適正な医療は到底行われぬからである」³⁾。たしかに医療の専門性・高度の技術性からのみ見て、患者に対する善行原則から言えば、この命題は正しいのかもしれない。しかし、現代では、医療の個人化はますます進展している。むしろ、患者の自己決定権の範囲内においてのみ医師の裁量の余地が認められるということもできる。このようにして、説明義務を排除し、それから逸脱する広い医師の裁量の余地は、もはや一般的に認められな

1) 片野正樹「患者の自己決定権と医師の義務、医師の裁量論」秋吉仁美（編著）『医療訴訟』225頁以下参照。

2) 東京高判昭60・4・22判時1159・86。事案は以下の通りである。原告は、被告の開業する医院で麻疹と診断されたが、医師は、その症状を軽減するため、ガンマーグロブリン150を1mg注射したところ、容態が悪化したので、大学病院を経由してA病院に転院・入院させ、そこで麻疹脳炎と確定的に診断された。患者には両肢麻痺の重篤な障害が残った。原告は、ガンマーグロブリンを十分に投与しなかったこと、適時に転医させなかったことなどを理由に損害賠償を請求した。

3) 平林勝政・西田幸典「ガンマーグロブリン投与不足の麻疹脳炎事件」医事法判例百選135頁参照。

いであろう。しかし、患者が情報として与えられていない事実、患者が知らなかった事実については、すべて説明義務違反となるわけではないのも明らかである。「医療行為は、個別性が極めて高く、予見が困難な分野といえる。さらに、医療行為は、将来の病状経過等を見据えて診断や治療法の選択といった医学的判断を行うことが必要になり、時に瞬時の判断を強いられることもある」⁴⁾。かくして、医師の判断が尊重されるべき領域がなお残されているが、その範囲はどこまでなのかが検討されるべき課題であろう。

(2) 患者の同意と医師の説明義務——その展開過程

英米法においては、治療には患者の同意が必要だというルールは、18世紀ないし19世紀に成立していたとされ、アメリカでは、20世紀に入ると、判例において、患者の同意は自由な市民の権利であり、患者の自律の源泉であるという考え方が見られるようになっていたという⁵⁾。1950年代になって、インフォームド・コンセント (informed consent) 法理の生成が始まり、1957年に判例中に「インフォームド・コンセント」という文言を用いるもの⁶⁾が現れ、1960代に生成した⁷⁾という。

ドイツの学説において説明と同意の問題が論じられ始めたのは、19世紀の後半である⁸⁾。しかし、1894年のライヒ裁判所の判例では、一般原則としての被害者の同意ですら一定の行為の適法性・違法性の基準を提供するには役立つかどうか、どの程度役立つかという議論は不要であるとさえ言われていた⁹⁾。

4) 片野・前掲233頁。

5) 石崎泰雄『患者の意思決定権』(2008年) 1頁以下参照。

6) Salgo v. Lelang Stanford Jr. University Board of Trustees

7) 石崎・前掲書6頁以下によると、Natanson v. Kline (1960), Mitchell v. Robinson (1960), Canterbury v. Spence (1972), Scott v. Bradford (1979) が挙げられている。

8) *Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht*, 6. Auflage, 2008, S. 164. ビスマルクがそれを記している (*Bismark, Gedanken und Erinnerungen*, Bd. 2, 1898, S. 306.)。国王の後継者であったカイザー・ヴィルヘルム3世の喉頭がんについて、医師がそれを手術しようとするときに、本人と国王に同意を得て行うことを要望した。

9) RGSt 25, 375, 381. Vgl. *Dringensberg, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Operationserweiterungen*, 2005, S. 38 ff.

1912年以降、民事判例において同意の有効性との関係で医師の説明義務が徐々に承認され始めた¹⁰⁾。しかし、判例においても、患者に不安や恐怖心を与えるから、「患者に対する手術のあらゆるありうる事後の結果に対する包括的な説明は、しかも誤りであることが稀ではない」¹¹⁾とされた。ライヒ裁判所においては、説明義務は、医療契約ないし準契約上の助言義務と理解された。1942年になってはじめて公式判例集の中に危険に関する説明を要求する民事判例が現れたのである¹²⁾。ライヒ裁判所の刑事判例の中では、説明義務については傍論で触れられたものはあった¹³⁾が、戦後になって、下級審のなかでそれを論じるがもの¹⁴⁾が現れ、連邦裁判所の民事の「電気ショック判決」(Elektroschockurteil) および刑事の「子宮筋腫判決」(Myomurteil) に対する判例において説明義務が認められた¹⁵⁾。電気ショック事件は、内因性の抑うつ状態にあった原告に対し、電気ショック療法が施され、12本の胸椎骨折をもたらし、その後、右足の麻痺等の障害が生じたという事件であり、「適切な医師の説明と(患者の)同意なしに行われた電気ショック療法は……無害な侵襲ではなく、違法である」とした。子宮筋腫判決においては、手術途中で手術方法の変更が必要となった事案が取り扱われたが、これについては、すでに別稿で考察を加えた。

その後の刑事法における説明義務の展開は、民事法の後追いとして展開された感が否めない。民事法においては、同意の有効性の前提条件というよりも、説明義務違反の効果としての賠償責任の側から説明義務の機能が前面に出た。損害賠償責任のいわば「受け皿要件」(Auffangtatbestand)として展開された¹⁶⁾。治療の過誤や手術ミスとならんで、説明義務違反が民事責任を根拠づける事由

10) RGZ 78, 432. Vgl. *Kern/Laufs*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983, S. 4.

11) RGZ 78, 432, 433.

12) RGZ 168, 207. Vgl. *Dringensberg*, a. a. O., S. 39.

13) RGSt 66, 181.

14) OLG Frankfurt, VersR 1954, 180; OLG Stuttgart, VersR 1954, 310.

15) BGH NJW 1956, 1106; BGHSt 11, 111=NJW 1958, 267. 前者の判決について、*唄 孝一*『医事法学への歩み』(1983年) 30頁以下、後者の判決につき、同60頁以下参照。

16) Vgl. *Siebert*, Strafrechtliche Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit, 1983, S. 5.

医師の説明義務(1)

として主張されたのである。とくに説明義務を侵害したと主張される訴訟の多くは、実際には、医師の注意義務が立証はできないが、少なくとも推定される医療過誤訴訟であることを意味した。

民事法において説明義務違反は、不法行為を認定するため大きな意味をもつ。もともとは、挙証責任の転換を図る点にその意義があった。民事訴訟において、挙証責任は、被害者である原告が、被告である医師の不注意を立証しなければならないが、これに対して医師は、その行為を正当化する事情、つまり患者の有効な同意が存在するというを説明すればよいというように分配されていた。原告人としては、医師の不注意を立証することは困難であるが、説明に基づく同意がなかったこと、つまり、発生した損害については説明を受けていなかったことを立証するのは、難しいことではなかったのである¹⁷⁾。刑事法においても、同意が正当化されるかどうかは、医師の十分な説明があるかどうかによって依拠しており、その意義は少なくない。

(3) 刑事法における説明義務違反の事実上の機能

ドイツでは、1980年代には、説明義務を取り扱った目立った刑事高裁判例は少ないとされてきた¹⁸⁾。最近の経験科学的研究も、刑事訴訟においては民事と異なり、専断的治療行為が、實際上いまだに従とはいえない役割を果たしているとされている¹⁹⁾。「民法において嘆かれている『説明不十分という一元的文化』は、事実、刑法にはいまだ持ち込まれていない」というのである。このようにして、医療に関する刑事訴訟について経験的研究を行ったリーリエとオルベンは、「民法とは異なり、医療過誤の証明に失敗したとき、説明義務が侵害されたという主張にはつながらない。手続の4パーセントのみが、説明義務違反で捜査されている。説明義務違反は、つねに医療過誤の非難に付け加えられ

17) Vgl. *Drothe Wilhelm*, Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin, 1984, S. 20.

18) *Kern/Laufs*, Aufklärungspflicht des Arztes, 1983, S. 176. Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 76.

19) *Lilie/Orben*, Zur Verfahrenswirklichkeit des Arztstrafrechts, ZRP 2002, S. 156. しかし、ウルゼンハイマーは、これは確認できないという (S. 76.)。

てのみ行われる。もっぱら説明義務違反が非難され、告訴に持ち込まれたものは、調査した訴訟では現れなかった」という²⁰⁾。さらに続けて、「説明不十分であるという証明は、刑事訴訟においてはもともと失敗する運命にあるといわれている。なぜなら、患者による不十分な説明であるという非難は、原則的には、説明が書面により行われるので、記録として残っているのであって、反駁されうるからである。つまり、ライヒ裁判所の判決のように、手術が、患者の表明された意思に反して実施されたといった事情は、今日の実務ではもはやありえない。患者による、自己決定権を故意で無視したという非難は、調査の対象となった、どのような手続でも見られなかった」というのである。これに対して、ウルゼンハイマーは、これらの研究²¹⁾では資料が限定されているので、そのような結論となっているが、それは必ずしも正しくはないという。高裁判例だけではなく、検察の訴訟打ち切り実務や区裁判所の実務を加えると、医療過誤と並んで次段の法的構成として説明義務違反が使われている例は、ますます多くなってきているという²²⁾。ウルゼンハイマーによると、「まさに検察の捜査手続を考慮に入れ、区裁判所の確定した略式命令という形での判決実務を見渡すと、説明が不備であるという非難は、本質的に頻繁に登場する。しかも、たいていは、付加的・予備的にあるいは念のためになされた主張として行われている」のである。「刑事においても民事の医事訴訟におけると同じ方向に次第に発展してきている。告訴または捜査の重点は、まず、治療のミスに置かれるが、それは立証が具体的には困難であるか、または——鑑定意見が聴取された後——失敗する。そこで、多くの事案において告訴人と検察官は、説明が不十分であるとか不適切であるという非難に切り替える。説明義務違反は、受け

20) *Lilie/Orben*, ZRP 2002, S. 156.

21) *Lilie/Orben*, ZRP 2002, S. 156. リーリエ・オルベンは、1995年および96年における25の検察庁における601件について調査した。*Peters, Der strafrechtliche Arzthaftungsprozess*, 2000, S. 31. ウルゼンハイマーは、ペータースは、1992年から96年の194件の捜査手続を基礎に評価しているだけだと批判する。

22) ウルゼンハイマーは、自分の「観察期間は30年に及び、基礎とした件数は、2500件以上に及ぶ」という。

皿機能（Auffangfunktion）を果たしている」というのである²³⁾。刑事においては、「疑わしきは被告人に有利に」という原則が、説明義務違反をそれだけで単独にあるいは付加的に主張しても、告訴が成功するチャンスが高まらないというのでもなく、また、説明のミスの意義が、刑事訴訟においては、医師が説明したという書面が残っているということの証明力によって「制約」されているというのも正しくはなく、むしろ、「刑事訴訟における手術の危険について説明したことの挙証責任は、——民事のように——医師に負担させられるのではなく、説明したという記録を残すための『どこにでもある』書類が、正しく使われるときには証明力をもち、刑事訴訟においては『一応の証明』（prima facie- Beweis）が存在しないというのはなるほど正しい。しかし、これによって、説明義務の範囲については現在不明確であるという事実、また、刑事裁判所により医師にとって極めて厳しい民事裁判の原則が——誤って——部分的に継受されているという事実、説明記録が不十分であることも多いという事実にかんがみれば、また、——そうであるがゆえに——検察においては被害者が『王冠証人』としての地位を占めるという事実のゆえに、医師の説明義務違反がはるかに容易に立証できるという事実が変わるものでもない²⁴⁾。このようにして、ウルゼンハイマーによれば、説明義務違反の主張は、過去も今後も、刑事訴訟においてもやはり重要な役割を果たすというのである。

かくして、民事法における説明義務違反の肥大化の傾向は、刑事法においては、説明義務につき慎重に取り扱う必要性を示唆する。説明義務につき、刑事と民事で同じ原則と要件であって、統一的解釈が望ましいとしても、その目的の相違から、民事法とは違った評価をする必要があり、損害賠償を目指す民事法の諸原則を直接に刑事法に受け入れるのは控えなければならないであろう²⁵⁾。

23) Ulsenheimer, a. a. O., S. 77.

24) Ulsenheimer, a. a. O., S. 77 f.

25) Dringenberg, a. a. O., S. 43 f.

2. 説明義務の形式的・実質的根拠

(1) 説明義務の法的根拠

説明義務は、倫理的・法的に根拠づけられる。医療を受けることも、自己の身体を健康を回復するという自己実現の一種であり、そのためには意思決定のための情報が必要であるというのは、倫理的な要請である。また、法的にも、ドイツ基本法が「人格の自由な発展」の保障を規定し（基本法2条1項）、わが憲法が「基本的人権」を保障する（憲法11条）ように、それは、法的にも根拠づけられる。わが国においては、もちろん、私法上は、患者への説明は、私法上の「人格権」として位置づけられる²⁶⁾ こともあり、医師の医療契約上の義務でもある²⁷⁾。医師と患者の医療契約がある場合、それは準委任に類似した契約ととらえられ、民法656条（準委任）が準用する645条を根拠とする。民法645条は、「受任者は、委任者の請求があるときは、いつでも委任事務の処理の状況を報告し、委任が終了した後は、遅滞なくその経過及び結果を報告しなければならない」と規定する。医療契約がない場合には、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求され、その注意義務の一つとして説明義務を負うとされる。医療法1条の4は、平成9（1997）年の改正後、「医師、歯科医師、薬剤師看護師その他医療の担い手は、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るよう努めなければならない」という規定を置く。

(2) 自己決定権の実質的基盤

医療侵襲における患者の同意の要請は、ドイツにおいては、基本法1条の「人間の尊厳」条項と2条1項の「自己決定権の保護」に基づいている。自己決定権の保護は、ここでは、医師が専断的に判断することを許さない、身体の

26) 最判平12・2・29民集54・2・582が、輸血拒否を表明していた者に輸血を企図していることを説明せずに輸血したという説明義務違反につき、「輸血を伴う可能性のあった本件手術を受けるか否かについて意思決定をする権利を奪ったものといわざるを得ず、この点において同人の人格権を侵害したもの」として慰謝料の請求を認めた。

27) *Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht*, S. 166.

医師の説明義務（1）

完全性に対する患者の決断の自由を保護する。同意は、侵襲に対する身体の完全性の保護を放棄するという意味をもつのみならず、治療の副作用や合併症の可能性から生じる危険を明確にするという意味をもつ。それによって、医師による患者の身体ないし健康に対する侵襲を患者の視点から限定するという機能をもつのである²⁸⁾。戦後ドイツの医事刑法に関する基本的な判例によれば、「医師が、——医学的に適正な根拠にもとづくものであれ——専断的・独断的に病者の重大な手術をその同意なしに施術するなら、人間の人格の自由と尊厳に対する違法な侵襲であろう。なぜなら、生命を脅かされる病者でさえ、手術によって、そして手術によってのみ、その苦痛から解放されうるときでも、手術を拒否する、説得的で人間的にも倫理的にも尊重されるべき理由を有しうるからである」²⁹⁾。

ドイツ刑法の対案各則³⁰⁾は、患者の同意について規定を設けようとしていた。それによれば、患者の同意は、「同意者が治療の種類、射程、および、理性的な人間の決断にとって重要なその効果について説明を受けていたとき」にのみ有効である。ドイツの判例においても、医師は、治療の前に、侵襲、その経過、成功率、危険、代替治療の可能性について説明しなければならず、それを怠る場合には、法益関係的錯誤が存在し、同意は無効であるとされる³¹⁾。

このことは、わが国においては、憲法上の「個人の尊重」の原則（憲法13条）から根拠づけられるであろう。憲法は、個人尊重主義を標榜し、その背景として民主主義・自由主義を想定する。その意味で自己決定権は、第1に、個人の生活と行動原理としてのその個人の自発的で自由意思による選択を保障するものであるが、第2に、法が、民主的で自由な選択基盤を保障することが重要である³²⁾。さらに、第3に、この自由な意思決定のためには、実質的に自由な意

28) Vgl. BGH NJW 1989, S. 1535.

29) BGHSt 11, 114.

30) AE Besonderer Teil, § 123 u. S. 79 f.

31) Schöch, Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen, Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, S. 50.

32) この問題については、医事刑法における「間接的なパターンリズム」が必要か？

思決定のための基礎としての情報が意思決定者に十分に与えられている必要がある。そこで、自己決定権は、次の三つの前提にもとづいて行使されるべきである。第1に、外部的な強制から自由に行使されなければならない（自発性の原則）。第2に、個人の内部的に自由な意思にもとづいて行使されなければならない（意思能力の原則）。第3に、その行使に当たってその意味と効果が予測できるように、自己決定の基礎となる十分な情報が与えられていなければならない（情報提供の原理）。このことは、生命倫理においても、インフォームド・コンセントの成立要件とされている³³⁾。

2. 医師の説明の機能

1. 医師の説明の機能的分類

このように、医療侵襲に対する同意は、まず、身体への侵襲に対する自己決定権の表現として重要である。しかし、医療行為においては、医療侵襲の目的は、治癒することであり、健康の回復であって、身体に対する暫定的に患者に不利益な侵襲は、将来の健康回復のための不可欠なプロセスであるからこそ受忍されるのである。そうだとすると、この治癒プロセスの過程についても、その態様と方法については患者の自己決定を尊重するのが、自己決定の拡大された意義であるということになる。患者の治療を確実に効果的なものとするためには、医師は、患者の同意を得て医師の治療のための指示に納得して自発的に従ってもらわなくてはならない。患者の同意は、このように、患者が治療の方法などについても理解し、自ら治癒するためにも必要なものである³⁴⁾。

、どうかという問題として、ドイツ語で論じた論文がある。Yamanaka, Die Modelle und Typologie des indirekten Paternalismus im Strafrecht, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, 2010, S. 323 ff.

33) 伏木信次・檜 則章・霜田 求『生命倫理と医療倫理』（改訂2版・2008年）22頁以下参照。

34) インフォームド・コンセントの法理の概説については、金川琢雄『医事法の構想』（2006年）3頁以下参照。そこでは、説明の類型として、① 患者の有効な同意を得るための説明、② 療養方法の指示指導としての説明、③ 転医勧告としての説明、④ 死因・死亡の経過についての説明に分類されている（4頁）。刑事法にお

(1) 自己決定のための説明と治療のための説明の概念上の区別

かくして、医師による患者への説明の機能には、大きく分けて二つのものがある³⁵⁾。第1は、いわゆる「自己決定のための説明」(Selbstbestimmungsaufklärung)である。これは、「患者の自己答責的決断」を可能にするための説明であり³⁶⁾、診断・経過の説明と危険の説明を含む。その主たる領域は、「危険の説明」(Risikoaufklärung)である³⁷⁾。これと区別されるのが、「治療のための説明」(therapeutische Aufklärung)である³⁸⁾。これは、治療のために適切な患者の行動準則を示すべき説明である。わが国では、「療養指導としての説明」とされ、医師が患者の病状に関する療養方法を指導するために説明する場合をそう呼ぶ³⁹⁾。医師法23条で、「医師は、診療をしたときは、本人またはその保護者に対し、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ない」と規定する点にその根拠がある。患者の同意の前提となる医師の説明義務

いて、最近の論稿として、田坂 昌「治療行為とインフォームド・コンセント（刑事法的側面）」甲斐克則編『インフォームド・コンセントと医事法』（2010年）45頁以下参照。

35) ドイツ法の影響を受けて発達したわが国の医事法においても、当初からこの区別が用いられてきた。これに対して、治療のための説明も、広い意味の自己決定権に関係するとするものとして、藤山雅行（編著）『医師の説明義務』（2006年）5頁参照。なお、これについて、西野喜一「医師の説明義務とその内容」新潟大学法政理論34巻3号（2002年）1頁以下参照。

36) Vgl. *Laufs/Kern*, a. a. O., S. 720.

37) Vgl. *Laufs/Kern*, a. a. O., S. 720.

38) この両説明の詳細については、vgl. *Laufs/Kern*, a. a. O., S. 711 ff. これらに対して、ドイツでは、最近30年ほどにわたり、判例において「経済的説明」の概念も用いられている。これは、医師が患者にある治療のありうる経済的結果について、示唆すること、つまり、健康保険会社によって費用が引き受けられるか、または償還されるかについて示唆するものである。これは、医学的な説明とは厳密に区別されるべきである。なお、これに対するわが国における文献として、河原格『医師の説明と患者の同意——インフォームド・コンセント法理の日独比較——』（1985年・成文堂）4頁以下参照。

39) 菅野耕毅『医事法学概論』（第2版）176頁、手嶋 豊「医療と説明義務」判例タイムズ1178号185頁以下、判例につき、詳しくは、中村 哲「医師の説明（療養指導）義務について」（上・下）判例タイムズ995号（1999年）14頁以下、997号50頁以下参照。

と療養指導としての説明義務は、前者が同意の有効要件とみなされるのに対し、後者は、その違反が、直接、結果回避義務、すなわち「過失」を根拠づけうる点で異なる⁴⁰⁾。

ここで、最近では、医師の説明義務には、患者の遺族に対する患者の死に至るまでの経過に死因に関する説明をも含むという見解も唱えられ始めている⁴¹⁾ことに注意を促しておく。医療過誤等が問題となっていて、治療ないし死に至る経過、死因などについて遺族の側が患者の死因等に対する情報提供を求めることは頻繁にある。判例においても、遺族への説明義務の存否について争われた事案⁴²⁾が少なからず存在する。その義務の理論的根拠としては、判例上、信義則上の義務であるとか、医師が負う義務の付随的義務とされている。学説には、診療契約を準委任契約と捉え、それは委任者の死亡によって終了する（民法653条1号）が、受任者には顛末報告義務（645条）があり、これが遺族（相続人）に相続されたと解する見解も唱えられている⁴³⁾。しかし、遺族に対する説明義務については、ここでは、治療の際の説明義務を中心として論じるため省略する。

そこで、まず、「自己決定のための説明」には、次の3種のものがある。

-
- 40) 岡林・前掲判タ1178号190頁、「療養指導としての説明」に関する判例として、最判平7・5・30判時1553・78。本判決については、後に「新生児黄疸事件」として詳論する。評釈として、そこで挙げたもののほか、手嶋 豊「医師が未熟児である新生児を黄疸の認められる状態で退院させ右新生児が退院後核黄疸に罹患して脳性麻痺の後遺症が生じた場合につき医師の退院時における説明及び指導に過失がないとした原審の判断に違法があるとされた事例」判例評論451号（判時1570号）193頁以下、小賀野昌一「各論⑤〔判例分析44〕判タ1178（2005年）194頁以下。その他、東京高判平10・9・30判タ1004・214。評釈として、西口 元「各論⑤〔判例分析46〕判タ1178号200頁以下参照。
- 41) これについて、詳しくは、伊澤 純「患者の遺族に対する医師の説明義務」岩田太（編著）『患者の権利と医療の安全』（2011年）243頁以下、服部篤美「死に至る経過及び原因を説明する義務」唄 賀寿（2004年）399頁参照。
- 42) この義務の存在を認め、その義務を結論的に肯定した判例として、広島地判平4・12・21判タ814・202（評釈として、鐘築 優「各論⑤〔判例分析55〕判例タイムズ1178号226頁以下）、東京地判平9・2・25判時1627・118、甲府地判平16・1・20判時1848・119、東京地判平16・1・30判時1861・3、東京高判平16・9・30判時1880・72がある。伊澤・前掲251頁以下参照。
- 43) 伊澤・前掲253頁以下、256頁以下参照。

医師の説明義務(1)

- ① 診断の説明 (Diagnoseaufklärung) 医師の患者に対するその医学的診断についての情報を与え、説明する義務がこれである。患者は、自分が病気であること、そして、どのような病気に罹患しているのかを知る権利がある。説明のあり方については、ドイツでは医師は、その裁量によって「適切な表現方法」を選択すべきだとされている⁴⁴⁾。
- ② 経過の説明 (Verlaufsaufklärung) これは、患者の状態の今後の展開についての説明であり、侵襲の種類、規模および実施についての説明である⁴⁵⁾。医師は、患者に自分がどうなるのか、治療しなかった場合には、その病気がどうなるのかという「治療しなかった場合の危険」(Risiko der Nichtbehandlung)についても説明する必要がある。また、治療の方法について選択するための説明も、そして、確実な侵襲の結果に対する情報、また、「術後の状態」(postoperativer Zustand)に関する予測の提供も、これに属する。
- ③ 危険の説明 (Risikoaufklärung) これは、医療侵襲の危険性、つまり、継続的または一時的な副作用、必要な注意を払った場合、侵襲を誤って実行した場合に、確実には排除できない危険に関する情報を与え、説明する義務である。

次に、「治療のための説明」は、患者が、医師の助言に従うことを目的とした、治療の効果を確実にするために必要な、保護ならびに警告を与える義務である。この説明は、「安全のための説明」(Sicherungsaufklärung)とも呼ばれる。

(2) その効果の区別

医師の説明は、自己決定のための説明にあっては、患者の医的侵襲に対する同意の有効要件である。したがって、医師の説明がない患者の同意は、適正な自己決定を行う前提に欠け、無効であるという効果をもたらす。これに対して、治療のための説明は、治療の効果を上げるための説明である。その説明は、治療に向けて患者の守るべき行為を指示し、避けるべき行為を禁止し、助言を与

44) Vgl. *Laufs/Kern*, a. a. O., S. 720.

45) Vgl. *Laufs/Kern*, a. a. O., S. 721.

え、一定の生活態度を推奨するなど、患者の完全を確保するのに必要なものである。治療のための説明は、医療侵襲の前提としての同意の前提ではない。したがって、その説明義務を怠ったことが同意を無効にするという効果をもつものではなく、むしろ、治療のための説明を怠ったために、治療が成功しなかったときは、医療過誤となりうるのであって、医的侵襲そのものではなく、その後の治療過程における義務違反として、傷害ないし致死結果に対する違法行為と評価されうる行為となりうるのである。

(3) 説明の範囲の問題

自己決定のための説明、治療のための説明を問わず、必要とされる説明の範囲については、具体的な事案の事情による。また、説明の範囲については、専門性・技術性のゆえに意思に一定の裁量が認められると言われる⁴⁶⁾。合理的な裁量範囲を逸脱しない限り、医師は説明義務違反に問われることはない⁴⁷⁾というのである。しかし、重要なのは、自己決定権を適正に行使することができるためには、どの範囲の説明をしておかなければならないかである。

(a) 治療のための説明の範囲

まず、治療のための説明の範囲は、患者の行為規制、医薬品の経口の効果、副作用、血圧の規則的な計測など、病気と治療方法に応じて決定される。例えば、HIVに感染した患者については、医療契約により、または保障人的地位から、医師に、患者のパートナーに感染の危険について情報を与えることも必要である。連邦裁判所は、患者だけではなく、配偶者や同棲人にも情報を与える義務を認めている。治療開始のときにそのような関係になくても、事後的にそのような関係に入った者についてもそれを認める⁴⁸⁾。これを「事後的な安

46) これについて、金川『医事法の構想』14頁以下参照。

47) 大阪地判昭60・6・10判タ594・92；東京高判平3・11・21判時1414・54；東京地判昭55・3・17判時979・83；東京地判昭56・9・28判タ459・120。ガンの告知における広い医師の裁量の余地について、最判平7・4・25判時1530・53。金川・前掲書14頁参照。

48) BGH, NJW 2005, 2614, 2617 f.

医師の説明義務（1）

全のための説明」という⁴⁹⁾。その他、連邦裁判所は、ポリオの経口予防接種につき、幼児の良心にその後の何週間かにわたりウィルスから遮断して少なからぬ感染の危険を防ぐよう警告し教示する義務があるとした⁵⁰⁾。感染の危険は、1550万分の1に過ぎないとしても重大な継続侵害の危険があるので、「安全のための説明」は必要だというのである。

(b) 自己決定のための説明の範囲

次に、自己決定のための説明の範囲を決める指針としては、患者は、治療の本質と意味と射程を理解しなければならず、そのメリット・デメリットについて、原則的に、合理的な衡量、すなわち、その自己決定権の遂行をいやくも可能ならしめる程度に理解できなければならないということが出来る⁵¹⁾。すなわち、患者は、何に同意するのかについて、「全体的におおまかに」知らなければならないというのが最小限の原則である。

わが国の民事判例においては、いわゆる東大脳動脈奇形（AVM）事件⁵²⁾において「治療行為にあたる医師は、緊急を要し時間的に余裕がない等の格別の事情がない限り、患者において当該治療行為を受けるかどうかを判断決定する前提として、患者の現症状とその原因、当該治療行為を採用する理由、治療行為の内容、それによる危険性の程度、それを行った場合の改善の見込み、程度、当該治療行為をしない場合の予後等について出来るだけ具体的に説明すべき義務がある」とされ、患者の自己決定権を実質的に保障するため、具体的に危険を比較するなどして予後についても十分に説明する必要があるとされている。本判決では、脳動脈奇形（AVM）の手術適合性について必ずしも十分なコンセンサスがなかった当時において、「医師が患者に対し、当該手術に危険性及

49) *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 102.

50) BGH MedR 1995, 25. 本判決については、後述する。

51) *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, a. a. O., S. 108 f.

52) 東京地判平4・8・31判時1463・102。加藤新太郎「東大脳動脈奇形（AVM）事件」医事法判例百選128頁。塚本泰司「東大脳動脈奇形（AVM）事件」医療過誤判例百選（別冊ジュリスト140号）（第2版）20頁，金川琢雄「脳動脈奇形（AVM）手術の説明義務違反事件」金川『医事法の構想』（2006年）89頁以下。

び手術をしない場合に将来懸念される症状について単に抽象的に説明したに止まり、具体的な説明をせず、それらの危険性を対比して説明することも十分行わなかった」として説明義務違反が認められたのである。

2. 自己決定のための説明

(1) 説明の内容の概観

自己決定のための説明の内容については、1988年のドイツ連邦憲法裁判所の決定の反対意見⁵³⁾の中で、次のように述べられている。

「同意能力のある患者の自由な決定が可能になるように、典型的な場合には、すなわち、患者が知ることを有効に放棄しないかぎり、患者が自己決定するに重要な事情を知っているということが必要である。この意味における重要な事情とは、少なくとも、認定された医学的所見、計画された侵襲、およびその予見される健康上の射程、ならびに——この患者の具体的な状況に係る——この侵襲があったとき、なかったときに予期される治癒または回復の可能性と見込み、ありうる他の医学上の意味のある治療方法、さらに、患者の健康状態の悪化の、完全に重要でないとはいえない危険である」。すなわち、自己決定のための説明は、医学的所見、治療の計画、手術の及ぶ射程範囲、回復の経過と見込み、代替治療、それに当該治療の危険を説明し、その結果、その同意の意味が認識され、その身体に関する自己決定権を的確に行使できるようにすることである。

自己決定のための説明の内容となる要素の詳細を、① 診断に関する説明・② 経過に関する説明および ③ 危険に関する説明に分けて考察しよう。

(2) 診断に関する説明

医師は、患者を診察し、診断を下す。その診断を患者に説明する義務がこれである。したがって、診断の説明は、医療侵襲の前にする義務に限らない。患者に対する処置に対する医師の知見が明らかに重要となれば、説明はその都度

53) Vgl. BGH JZ 1988, 411.

医師の説明義務(1)

しなければならない。しかし、医的侵襲をなす以前には、診断に関する説明のみならず、その措置の根拠についても説明しなければならない。とくに重要なのは、医師は、診断の蓋然性の程度について明確にし、患者に、その診断が「確実」なのか、「切迫している」のか、それとも「単純な推測ないし疑いがある」程度なのかを知らせなければならないことである⁵⁴⁾。

(a) 診断結果の隠蔽

診断に関する説明が医師によって意図的になされない場合がある。それは、例えば、自らの医療過誤を隠蔽するために、必要となった第2の手術の必要性につき真実を告げないで、同意をとる場合である。ドイツの判例の事案に即してこの問題を検討しよう。事案は、医師の手術中に患者の肩に刺した錐が折れ、針が2センチメートル肩の骨に刺さったままになったが、この事実を隠すため、医師は、患者に肩の不安定な状態を治すため第2の手術が必要となったと偽って手術の同意を得たというものである⁵⁵⁾。

(事実) 被告人たる医師Aは、18歳の患者の肩の脱臼の治療をした。被告人は、患者とその両親に手術が長引くだろうと説明し、手術によって肩の脱臼が関節の縁が平坦すぎるということが分かった場合には、ひょっとすると、後ろの骨盤から骨を削ってとることが、関節臼を作るために必要になると示唆した。手術の途中で、関節臼に脛部を固定するためが必要になった。このため肩甲骨に穴をあける必要が生じた。この作業中、穴あけ機の針が折れ、骨に刺さったままになり、骨の中に埋まった。医師は手術を終え、折れた針はそのままにされた。手術のあと、医師は、患者の父親を呼び、手術は成功した、骨盤の骨を削る必要はなかったと説明した。折れた針については意識的に言及しなかった。その夜になって、医師は、患者にもう一度手術をする方がよいと突然言い出した。針が刺さったままになっていることにはまったく触れなかった。4日後に第2の手術が行われた。医師は、肩を切開し、針を取り出した。カルテにも針については書かれなかった。患者は、翌年になってはじめて第三者からこのことを聞き知った。ラント裁判所は、被告人を故意の傷害と過失傷害で有罪とした。

54) *Tag, a. a. O., S. 272.*

55) *BGH, NSTZ 2004, S. 442. Vgl. Schöch, a. a. O., S. 54.*

(判旨) 「刑事裁判所は、適切にも、意思の欠缺によって影響されない患者の同意によってのみ、医師の治療行為が刑法228条に従って正当化されるという法的アプローチから出発している。刑事裁判所は、針を取り出すための手術に対して同意がないと、法的に誤りなく認定している。被告人は、説明の際に、患者と両親に肩の受け皿のひだを作るための第2の手術であると装い、折れた針について意識的に言及しなかったからである。患者が、折れた針を取り除くことについて同意を与えてはいないという明白な認定を基礎にするなら、手術が医術的正当性に応じて行われ、患者は真実に即した説明があったときには行われた手術に同意していたであろうということを理由に、違法性がなくなるという認定には、その余地はない」。

後に検討するように、本件は、説明義務を尽くしていたとしても、患者は同意していたであろうといえる(仮定的同意の)場合であるが、これを理由に違法性は阻却されないというのが本判決である。もとより、患者は、折れた針を肩に刺さったままにしておくわけにいかないので、第2の手術に同意せざるを得ないのであって、後に詳しく検討するように、「仮定的同意」の問題は、考慮に値しない。

(b) 診断の告知と治療の効果

医師は、その診断が深刻で患者が重病ないし不治の病であっても原則として患者に説明しなければならない。患者の自己決定権という観点からみると、例えば末期癌の告知のように、患者に与える精神的・心理的負担に対しても原則として自己決定権の保障が優先するというべきである。患者は、医師の診断を知ってはじめて治療を選択できるからである⁵⁶⁾。

ドイツとわが国において、最近では、いずれも自己決定権の尊重のため、病名を告知する方向に向かっている。

(i) ドイツにおける告知

病名を告知すべきであるという自己決定権からの論拠に対しては、ドイツでは、ヤスパースの挙げる観点が対置される。ヤスパースは、その『医者

56) 石崎泰雄『患者の意思決定権』(2008年)81頁参照。

念』⁵⁷⁾の中で、「真実への欲求は、真実に堪え、それと理性的に向き合うことのできる病人のみがもちうる」。「……医師はすべての患者にいつでもその知ったことを伝えるということはできない」と述べているが、これは、現在でも、自己決定のための告知と対立するもう一つの観点である⁵⁸⁾。すなわち、治療の効果という観点から見たとき、癌のような重篤な重病であることを告知した場合には、それが回復困難な健康状態の障害を引き起こすおそれがあるのであれば、告知を制限しまたは告知をいえないことも許され得るであろう⁵⁹⁾。ただ、できるだけ告知方法に工夫をして患者に無用な心配と負担をかけないような配慮をしつつ告知する道が選択されるべきであるというのである。ドイツにおいては、司法は、自己決定権のゆえの告知を優先させる傾向があり、これに対して、医師の側からは、命にかかわる重病者においては「真実」よりも「希望と優しさ」がより必要であるともいわれている⁶⁰⁾。このようにして、重病だという診断の告知によって患者の生命ないし健康が著しく脅かされ「回復不可能な健康障害」が迫るといった「特別の事案」においては、治療上の考慮から診断に関する説明を制限し、または省略することが許されることはある⁶¹⁾。

癌の告知の是非に関するドイツの判例の基本的態度は、すでにライヒスゲリヒトの判例⁶²⁾において現れている。「病人にその癌の苦しみの質についての表象を伝えることは望ましいことではない」。しかし、他方で、「侵襲の種類と効果に関する患者の適切な表象にもとづく有効な同意を得るために必要であるときには、そのような告知を避けてはならない」という。最近では、癌の告知に

57) *Karl Jaspers*, Die Idee des Arztes, in: K. Jaspers: Philosophie und Welt, 1958.

58) Vgl. *Carstensen*, Die Aufklärung des Krebskranken, Festschrift für Schreiber, 2003, S. 627 f.

59) これを間接的パターナリズム (*Andrew von Hirsch*, Direkter Paternalismus: Sollen Selbstbesch bestraft werden?, *Anderheiden/Bürkli/Heinig/Kirste/Seelmann* (Hrsg): Paternalismus und Recht, 2006, S. 235 ff.) の立場から説明することもできる。これは、真に自由で合理的な自己決定ができるよう自己決定の条件を背後から支援することを認める立場である。

60) *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 105.

61) Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 104.

62) RGZ 163, 129, 137.

関する見解についても「告知」の方向への変化が見られる。

(ii) わが国の民事判例の立場

わが国の民事判例においては、患者の進行性の癌について、患者本人ないし配偶者ではなく、患者の「近親者」に告知しなかったことが、債務不履行にあたるとしたもの⁶³⁾がある。

この判例においては、「もはや延命しか期待し得ない進行性の癌にり患した患者に、手術等の決断を促すためとはいえ、真実の病名・病状を告知すべきか否かについては、極めて慎重な考慮を要する」という。すなわち、「告知により、患者が事態の深刻さを理解し、手術等の重要性を認識して、適切な医療活動に積極的に協力したり、残された時間を有意義に過ごすための努力をするようになるということもあり得るが、多くの場合には、患者が精神的に大きな打撃を受けることにより、かえって適切な医療活動を妨げる結果を招来し、死期を早めることにも繋がりかねないことが予想されるところである。したがって、患者本人に病名等を告知すべきかどうかは、病状それ自体の重篤さのほか、患者本人の希望、その人格、家庭環境、医師と患者の信頼関係、医療機関の人的・物的設備等を考慮して、慎重に判断すべき事柄であって、その判断は、第1次的には、治療に当たる医師の合理的裁量によるべきものと解される」とし、ただし、「もっとも、この判断は、患者本人に残された生活を根底から左右することによるものであるから、医師の独断によるべきものではなく、患者本人の意志やその家族等の意見を斟酌してされなければならないものというべきである」とし、「本件においては、被告が〔患者〕Sの家族等の意見を聴いてこれを斟酌した事実はない点に問題があるものの、Sの父親がSとほとんど同様の進行性胃癌により手術後退院することなく死亡したことをSが知っていたこと、Sは夫である原告Kと二人暮らしで、同原告は心臓病の治療を受けていたこと等を考慮すると、被告がS本人に真実の病名等を告知しなかったことは相当であり、この点において診療契約上の義務違反があったものとはいえない。そして、Sに真実の病名等を告知し得ない以上、胃潰瘍という偽りの病名を用

63) 東京地判平6・3・30判時1522・104。

医師の説明義務(1)

いて手術を勧めたことも許容されるものであり、胃潰瘍も生命に危険がある病気であって、医師が繰り返し手術を勧めれば、多くの者はこれに従うことが期待されると考えられるから、被告のSに対する手術の勧め方は相当であったというべきである」という。

ただし、結論的には、配偶者であるK以外の「Sの近親者への病名等の告知を行う診療契約上の義務を怠ったもの」とするのである。

末期癌の告知は、原則として医師の説明義務の範囲内であり、それは、患者の生活の質に対する自己決定権に由来する。したがって、患者の治療上の悪影響は、例外的な場合に限定されるべきである。かくして、医師の説明義務は、合理的な医師を判断の基準として、医師の立場から告知すべきかを判断するのではなく、少なくとも合理的患者ないし具体的患者の立場に立って判断される必要がある⁶⁴⁾。癌告知は、治療上の合理的な医師の裁量の範囲内に属するのではなく、患者の自己決定権の保障を第1義的に考慮すべきなのである。ただし、患者を差しおいて家族への告知が許されるかは問題である。

(c) 親族への告知

そこで、親族に対する告知によって告知の要件を満たしたことになるか問題となる。ドイツ連邦裁判所の判例では、この点につき近親者によって本人に代替することが許されないとする。

(i) 連邦裁判所の判例

「原告は、成人の生活者である。したがって、説明を受け、助言され、患者としてのその協力が求められうる。原告は、『精神的不安定』に陥っているのであるから癌に罹っているという診断を告知された場合、対処できないだろうという医師の思い込みは、詳細な専門的意見によって証明されない限り、原告自身と話すのではなく、その父親と妻とだけ話すことを正当化しない。その者がどの程度それによってその医師としての守秘義務をも侵害したのかは、ここでは論じない。いずれにせよ、原告を飛び越してその親族に、病気といまや着手されるべき診断的・治療的措置について語り、原告にその後の検査の切迫性

64) 石崎泰雄『患者の意思決定権』(2008年) 89頁以下参照。

について報告することを彼らに任せてしまうことを正当化する根拠はない。医師は、このようにして、患者を治療的に説明するというその任務から解放されてはならない。医師は、原告に、診断所見とそこから生じる帰結を、——もとより思いやりの心をもって——告知することができ、また、しなければならない⁶⁵⁾。

(ii) わが国の民事判例

これに関しては、わが国の民事判例では、がんの告知につき、患者本人への告知とともに家族への告知が問題となったいわゆる末期がん告知事件がある⁶⁶⁾。

(事案) がんにより死亡したAの相続人である被上告人らが、上告人が開設し運営する病院の医師がAを末期がんであると診断しながらその旨を同人又はその妻子である被上告人らに説明しなかったことにより、A及び被上告人らが精神的苦痛を被ったなどと主張して、慰謝料を請求した。

大正2年生まれのアは、妻である被上告人Bと二人暮らしであり、Aの成人した子である被上告人C、同D及び同Eは、Aと別居していた。被上告人Eは、Aの自宅の近所に居住し、……被上告人Cも……同じ市内に居住していた。Aは、本件病院循環器外来に……通院し、……脳動脈硬化症等の治療を受けていた。

本件病院において、Aに対する上記疾患等の治療効果を確認するため、同人の胸部レントゲン撮影がされたところ、肺にコイン様陰影が認められた。このため、心臓病の担当医は、外来診察を担当していたF医師に、同レントゲン写真の解説等を依頼した。F医師は、同レントゲン写真等から、肺臓における多発性転移巣あるいは転移性の病変があると診断し……Aの病状は、手術によって治療することは不可能で……同人の余命は長くて1年程度と予測した。F医師は、診察の際、Aから肺の病気はどうかとの質問を受けたが、A本人に末期がんであると告知するのは適当でないと考えていたことから、前からある胸部の病気が進行している

65) BGH VersR 1989, 702 f.=MedR 1989, S. 320 ff.

66) 最判平 14・9・24 判時 1803・28。この判決については、樋口範雄「家族に対するがんの告知」医事法判例百選(別冊ジュリスト183号)120頁以下、飯塚和行・NBL 761号(2003年)71頁以下、岡林伸行・判例評論534号(判時1821号177頁)15頁、寺沢知子「末期がん患者の家族への不告知が医師の診療契約に付随する義務違反とされた事例」年報医事法学18号(2003年)153頁、飯塚・前掲 賀寿283頁以下参照。

医師の説明義務（1）

旨を答えた。同医師は、Aの病状について家族に説明する必要があると考えていたが、本件病院における診察の担当から外れる見込みがあったことから、同日のカルテに、転移病変につき患者の家族に何らかの説明が必要である旨の記載をした。

F医師は、Aの家族へ同人の病状を説明するために、上記診察の期間中に、一人で通院していたAに対し、入院して内視鏡検査を受けるように一度勧めたことがあったが、同人は病身の妻と二人暮らしであることを理由にこれを拒んでいた。また、F医師は、Aに対し、診察に家族を同伴するように一度勧めたことがあったが、その家族関係について具体的に尋ねることはなかった。

Aは、胸部の痛みが治まらなかったため、被上告人Bが付き添って、大学医学部附属病院……の紹介により、……同病院第2内科を受診した結果、末期がんと診断された。Aは、……赤十字病院に入院したが、入院先の同病院において、左じん臓がん、骨転移を原因とする肺転移、肺炎により死亡した。Aは、死亡に至るまで自己が末期がんである旨の説明を受けていなかった。

（判旨）「Aの診察をしたF医師は、……、Aに対し、入院を一度勧め、家族を同伴しての来診を一度勧め、あるいはカルテに患者の家族に対する説明が必要である旨を記載したものの、カルテにおけるAの家族関係の記載を確認することや……Aの家族に容易に連絡を取ることができたにもかかわらず、その旨の措置を講ずることなどもせず、また、本件病院の他の医師らは、F医師の残したカルテの記載にもかかわらず、Aの家族等に対する告知の適否を検討するためにAの家族らに連絡を取るなどして接触しようとはしなかったものである」。このようにして……本件病院の医師らは、連絡の容易な家族として、又は連絡の容易な家族を介して、少なくとも同被上告人らと接触し、……同被上告人らに対してAの病状等について告知することができたものといえる。「そうすると、本件病院の医師らの上記のような対応は、余命が限られていると診断された末期がんになり患している患者に対するものとして不十分なものであり、同医師らには、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等を告知すべき義務の違反があったといわざるを得ない。その結果、被上告人らは、……大学医学部附属病院における告知がされるまでの間、Aが末期がんになり患していることを知り得なかったために、Aがその希望に沿った生活を送れるようにし、また、被上告人らがより多くの時間をAと過ごすなど、同人

の余命がより充実したものとなるようにできる限りの手厚い配慮をすることができなかつたものであり、Aは、上告人に対して慰謝料請求権を有するものということができる」。

末期がんの告知は、本人に「回復不可能な健康障害」が迫るといった「特別の事案」でない限り、本人になされる必要があるという原則は、わが国においても妥当するであろう。本判決では、はじめから「家族に対する告知」の必要性が問題とされている⁶⁷⁾が、高齢であるという事実を除いて、何らの特別の事情もない本人にこそまず告知されるべきであり、家族は、あくまで本人への告知の前提であって、本人に対する告知のショックを和らげるため、家族と告知の仕方について相談をする必要があるといった意味をもつにすぎない。しかも、本件では、医師の説明義務は故意によって違反されたのではなく、医師には患者の家族との連絡の後、家族に対して、あるいは家族を通じて説明しようとしていたともいうことができ、その義務はむしろ過失によって怠られたものであるということができる。

もし本件につき刑事責任を論じるとすれば、したがって、まず故意犯は問題にならない。しかも、本件の認定では、手術は不可能だったのであるから、説明を受ければ助かっていたといった事情はなく、民事における説明義務違反は、患者に「希望に沿った生活」が送れなくなったことを招いたというにすぎない。刑事事件としての構成要件該当性はない。

(2) 経過に関する説明

(a) 経過に対する説明の分類

経過に関する説明とは、患者に治療のおおまかな概要を説明することである。

67) 飯塚・唄 賀寿283頁以下によれば、本判決の意義は、家族への告知が医師側の義務であるとした点にあり、家族に対する告知適否検討義務が、診療契約に付随する義務であるとした点にある。日本では「医師は、むしろ患者の家族に伝えることで責任を果たす」というレフラー教授の言を挙げ、わが国の文化的伝統を追認するものだという。家族への告知の法的根拠は不明確だとの指摘もある（小西知世「癌患者本人への医師の病名告知義務（3）」明治大学大学院法学研究論集15号〔2001年〕146頁）。

したがって、治療のための説明（Behandlungsaufklärung）とも呼ばれる⁶⁸⁾。すなわち、どのような治療がどのように行われるのか、患者が自分自身の身に何が起こるのかの経過について情報を得るための説明である。治療を受けなかった場合と治療が成功した場合の患者の健康状態の進展に関する予測についての説明をも含む。経過に関する説明には、①「代替治療方法に関する説明」、侵襲の種類や重大性、範囲、痛み等の②「侵襲に関する説明」ないし③「侵襲の効果に関する説明」も含まれる。侵襲の効果に関する説明には、侵襲から生じる効果、予見しうる副次的効果、治癒する可能性の程度、失敗の危険等も含むのであるから、これについては、次の「危険に関する説明」と重なる。したがって、「効果」の方が「危険」よりも広範な概念といえなくもないので、この点については、次に詳述する。なお、経過に関する説明を「危険に関する説明」に含めてその上位概念とする見解もある⁶⁹⁾。しかし、これを別の項目にして、① 診断、② 経過、③ 危険として通常の医療行為の進行に従って説明する方が合理的であると思われる。

経過に関する説明には、手術の拡大の可能性、第2の手術の必要となる可能性についての説明も含まれるであろう。

(b) 代替治療に関する説明

① 代替治療に関する説明の基本原則　代替治療（ないし代替療法＝Behandlungsalternative）に関する説明とは、意図されている治療方法とは異なった治療法に関する提示をいう。患者が、有効な同意を与えるためには、医師は、患者に行われようとしている治療方法とは抜本的に異なる危険性をもち、抜本的に異なった成功の見込みをもつ治療方法について知識を与えなければならない。いずれの治療方法も医学的に根拠がなければならないが、患者が治療の主体とし

68) Geilen, Materielles Strafrecht, Wenzel (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts, Medizinstrafrecht, 2. Auflage, 2009, S. 352. ガイレンによれば、治療に関する説明という表現を用いる方がベターだという。「経過」という場合、通常、治療後の経過を意味するからである。治療に関する説明の領域は、比較的問題が少ないので、まずこれについて説明を区別しておく方が適切だというのである。

69) Ulsenheimer, a. a. O., S. 107.

ていずれかを選択しうるようにするためである。具体的にどのような治療方法を選ぶかは、基本的に医師の専権事項ではある⁷⁰⁾が、危険や成功のチャンスが異なる医学的に根拠のある代替する治療法が存在する場合には、患者にその長所・短所について詳細に説明しなければならない。患者が、例えば、その手術を苦痛が激しいために拒否するときは、危険度の異なる別の治療方法、別の病院における別の設備による治療をも含めて提示しなければならない。このように、一般に、代替治療が、同種の治療において、または成功の見込みにおいて、患者のより少ない危険負担を示し、または同じ負担と危険の種類と方向においてより大きな治療ないし成功の見込みを予測させるときは、代替治療について、説明される必要がある⁷¹⁾。患者は、真に治療方法を選ぶに当たっては、医師の専門家としての完全な助言にしたがって、何が負担で危険であるか、どの病院の設備・人的設備におけるどの程度の経験と専門的知識をもつどの医師によるのがよいのかを自ら検討することが可能であるべきである⁷²⁾。代替治療は、危険や負担、成功のチャンスに関して抜本的に異なったものであることを要する。これは治療のための説明ではなく、自己決定のための説明に属する。しかし、現在の医学的な水準に適合する治療を実施する限りで、医師は、一般には患者に問われないで限りで、いかなる代替治療が理論的に考えられるかどのような長所と短所とそれらがそれぞれ結びついているかを説明する必要はない⁷³⁾。

例えば、患者が受けるのは、挿管法麻酔かマスク麻酔か、脊髄麻酔か硬膜外麻酔か、完全麻酔か局部麻酔か、それらの麻酔方法には基本的にどのような差があるのか、どのような危険があるのか、なぜその場合にはその方法が他より優れているのかなどが説明されなければならない。身体に装着される人工骨・義歯の素材や装着方法についても、それぞれ説明される必要がある。

70) *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, a. a. O., S. 112. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 126 ff. 治療「方法の自由」(Methodenfreiheit)といわれている問題である。

71) *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, a. a. O., S. 112.

72) *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 127.

73) *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 126.

医師の説明義務（1）

ドイツの民事判例においては、手術による分娩方法（帝王切開か、吸引あるいは鉗子によるか）の長短に関する説明が問題となっている⁷⁴⁾。吸引分娩術は、鉗子分娩、帝王切開と並ぶ手術による分娩の一つである。その危険はとくに吸引による頭蓋冠の損傷にある。帝王切開の場合には、胎児に対する危険はほとんどない。この場合、危険は妊婦にもっぱら生じる。医学的適応がないとき、つまり、「特別の契機」がない限り、手術による分娩は通常分娩の代替手段ではないことを常に言葉に出す必要はないが、通常分娩により子供に危険が生じるとき、母親の体質や状態から特別の状況があるときは別である。例えば、妊婦が自然分娩を希望し、過去にその第1子を帝王切開で出産していたといった場合、医師は、危険状況において、妊婦に切開の可能性を説明する義務を負う⁷⁵⁾。

② 選択可能な確立した代替療法に関する説明 わが国の民事判例において、大学教授Aが、講義中に意識障害を起こし病院に行き、頭部造影CTの結果動脈りゅうが存在する疑いがあるということで、後日、脳血管の撮影をし、左内けい動脈分岐部に動脈りゅうが存在することがほぼ確実であるとされ、脳血管撮影の結果、動脈りゅうを確認したので、C医師から治療に関する説明を受けて、直ちに手術する必要はないが、予防的に手術する選択肢もあることを告げられ、コイルそく栓術による手術を受けたが、コイルの一部がりゅう外に逸脱し、これによって、生じた左中大動脈の血流障害に起因する脳梗塞により脳死状態になり、死亡したという事案につき、予防的治療の実施についての説明義務が問題となったものがある⁷⁶⁾。未破裂の脳動脈りゅうは存在しても症状はな

74) *Laufs/Kern*, a. a. O., S. 726.

75) *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 129.

76) 最判平18・10・27判タ1225・220。評釈として、手嶋豊「予防的な療法（術式）実施に当たっての医師の説明義務」平成18年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊1332号）81頁，米村滋人「未破裂脳動脈瘤に対するコイル塞栓術の選択に際しての医師の説明義務」年報医事法学23号169頁，平野哲郎「予防的な療法の実施に当たって、各選択肢を分かりやすく説明し、熟慮の機会を与える義務があるとされた事例」法律時報80巻1号80頁，寺沢知子「予防的な療法実施にあたっての医師の説明義務」民商法雑誌137巻2号220頁，古谷貴之「未破裂脳動脈瘤に対する予防ノ

いことが多く、破裂するかどうかとも不確実である。また、予防手術にも一定の危険が伴う。本件では、そのような脳動脈りゅうの予防的措置を採る場合に、いずれも医療水準を充たす代替療法がある場合の説明義務が問われている。

(事実) 本件において、Aに確認された未破裂脳動脈りゅうは、無症状性のものであったところ、このような動脈りゅうに対しては、保存的に経過を見るという選択肢と治療をするという選択肢があり、また、治療をするという場合には、開頭手術という選択肢とコイルそく栓術という選択肢があったが、いずれの選択肢も当時の医療水準にかなうものであった。C医師らは、「[1] 脳動脈りゅうは、放置しておいても6割は破裂しないので、治療をしなくても生活を続けることはできるが、4割は今後20年の間に破裂するおそれがあること、[2] 治療するとすれば、開頭手術とコイルそく栓術の2通りの方法があること、[3] 開頭手術では95%が完治するが、5%は後遺症の残る可能性があること、[4] コイルそく栓術では、後になってコイルが患部から出てきて脳こうそくを起こす可能性があることを説明した」。また、「C医師は、同日、Aらに、治療を受けずに保存的に経過を見ること、開頭手術による治療を受けること、コイルそく栓術による治療を受けることのいずれを選ぶかは、患者本人次第であり、治療を受けるとしても今すぐでなくて何年か後でもよい旨を告げたところ、Aが……C医師に開頭手術を希望する旨を伝えたことから、……本件病院でAの動脈りゅうについて開頭手術が実施されることとなった」。本件につき第1審は説明義務違反を肯定したが、原審は否定した。最高裁は、一部破棄差戻しとし、説明義務違反を認めた。

(判旨) 「原審の上記判断のうち説明義務違反を理由とする損害賠償請求に関する部分は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

医師は、患者の疾患の治療のために手術を実施するに当たっては、診療契約に基づき、特別の事情のない限り、患者に対し、当該疾患の診断(病名と病状)、実施予定の手術の内容、手術に付随する危険性、他に選択可能な治療方法があれば、その内容と利害得失、予後などについて説明すべき義務があり、また、医療水準として確立した療法(術式)が複数存在する場合には、患者がそのいずれを選択するかにつき熟慮の上判断することができるような仕方で、それぞれの療法(術式)の違いや利害得失を分かりやすく説明することが求められると解される(……)。

↘手術に関する医師の説明義務」同志社法学60巻4号279頁。

医師の説明義務（1）

そして、医師が患者に予防的な療法（術式）を実施するに当たって、医療水準として確立した療法（術式）が複数存在する場合には、その中のある療法（術式）を受けるという選択肢と共に、いずれの療法（術式）も受けずに保存的に経過を見るという選択肢も存在し、そのいずれを選択するかは、患者自身の生き方や生活の質にもかかわるものでもあるし、また、上記選択をするための時間的な余裕もあることから、患者がいずれの選択肢を選択するかにつき熟慮の上判断することができるように、医師は各療法（術式）の違いや経過観察も含めた各選択肢の利害得失について分かりやすく説明することが求められるものというべきである」。

本判決では、医療水準として確立した術式が複数存在する場合に、各術式の違いや経過観察をも含めた各選択肢の利害得失について「分かりやすく説明する」ことが求められ、患者に実質的に選択の機会を提供することが要求されている。動脈りゅうの手術は、重大な結果に至る危険の実現の蓋然性も高く、手術しない選択肢についても十分に説明される必要がある⁷⁷⁾ というのが、本判決の趣旨である。

なお、代替療法に関する説明に関して、帝王切開を希望する妊婦に対し、分娩中に異常事態が生じたならばすぐに帝王切開に移行することができると説明して、経膈分娩を行わせたが、仮死状態で出生した長男を死亡させた事案につき、経膈分娩によるのが相当であるとする理由について具体的に説明し、経膈分娩の場合の危険性を具体的に理解した上で、それを「受け入れるか否かについて判断する機会を与えるべき義務」があったとして説明義務違反を認めた平成17年の最高裁判決⁷⁸⁾ については、別の箇所ですく詳しく説明した。

③ 新しい治療方法に関する説明 一般的には、医師が、医療の標準を逸脱して、まだその危険についてはすべてが明らかになっているわけではない、新しくいまだ一般には導入されていない治療方法を用いようとするときは、医師は、慎重に、そして患者に詳細に包括的に説明する必要がある。とくに、患者に、

77) 手嶋 豊・平成18年度重要判例解説82頁参照。

78) 最判平 19・9・8判時 1912・16、評釈として、小笠 豊「分娩方法に関する説明義務違反と機会の喪失」医事判例百選130頁以下参照。

それがまだ長く行われてきている治療方法でないこと、その有効性については統計的にまだ確立されていないこと、未知の危険が排除できないことを説明しなければならない。患者は、その説明によって、既知の危険を伴う伝統的治療法によるのか、治る見込みは高いが未知の危険を伴う新しい治療法によるのかを注意深く衡量することができるのでなければならない⁷⁹⁾。その長所のみならず、短所ならびにその危険と、例えば、腹腔鏡ないし内視鏡を用いた手術の際の出血や腸穿孔のような特殊な合併症についても詳しく説明する必要がある。

④ ドイツの判例 1984年の連邦裁判所の判例⁸⁰⁾において、新しいまだ実験段階にあり、若干の大学病院で行われているにすぎない代替治療について説明する必要があるかという問題が取り扱われた。具体的には、本件の発生した1975年にはドイツでも三つないし四つの大学病院で使用されていたにすぎないとされるコンピュータ断層撮影法(CTG)という無侵襲性の手術方法に関する説明が問題となったが、それは、とくに気脳撮影(Pneumencephalographie = PEG)に対する代替治療を提供するものであり、腰椎穿刺(Lumbalpunktion)による髄液を採取し、空気とガスを混合したものを入れた後で行われ、脳の組織的变化を撮影してとらえるという方法である。

控訴審では、原告の損害賠償請求は理由なしとされた。上告審でも、控訴審の判決に法的誤りはないとされた。

連邦裁判所は、まず、PEGが注意義務を守って導入されたのであり、レントゲンの故障とそれによる手術の中止についても被告に責任はないとした。CTGが使用されなかったことについても、この事件が起こった1975年の段階ではまだ実験段階にあったのであり、そこに過失はないとされた。

次に、連邦裁判所は、説明義務を検討し、その違反を否定した。「医師は、患者に対しそれぞれの手段によって異なった危険が発生し、患者が真の選択の可能性をもつときにのみ、患者に自己決定的な決断を可能にするために、選択肢となりうる多数の診断ないし治療上の措置について情報を与え、それを選ぶ

79) *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, a. a. O., S. 113.

80) BGH NJW 1984, 1810. (1984年2月28日判決)

かどうかを衡量させなければならない」という。CTGは、もとより原告の妻にとっては危険の少ないものであった。しかし、実際には、それは、既述したように、選択できるものではなかった。なぜなら、「長く続けられた、比較的少ない危険をもつ検査方法が用いられる限り、医師は、患者に医師の方から自発的に、長い期間を経て、彼のケースでも補充的にまたは代替的に考察に上ることがあるような、他の、新しい方法につき説明する必要はない」からである。ただし、この判例については、代替治療についても患者の自己決定権の問題であり⁸¹⁾、その方法が——緊急性がない限りで——普及するまで手術を待つという選択肢もあるのだから、妥当性を欠くとの批判もある。

同じくドイツの最近の民事判例⁸²⁾には、次のようなものがある。ある女性の患者に新しい股関節が埋め込まれる必要があった。手術を担当した医師は、伝統的な手で操作するという手術方法ではなく、手術用コンピュータ(ロボドック)を使って手術した。患者は神経に損傷を負った。判決は、医師は、未知のいまだ解明されていない危険を伴うような新しい手術方法を用いたのであり、未知の危険が排除できないと患者に説明ないし示唆すべきであったが、本事案ではそれがなかった。それにもかかわらず、この説明の不備は問題ないとする。というのは、神経の損傷によって、患者に——伝統的な手術方法の関係で——完全に説明されていた危険が実現したにすぎないからである。

⑥ わが国の判例 患者が、被告(国)の運営する病院において子宮癌の治療を受けたが、研究段階にあった癌化学療法により骨髄抑制の副作用が発現し、後に死亡した事案で、患者の遺族である原告らが、被告に治療契約上の債務不履行ないし不法行為に基づく損害賠償請求をした事件の民事判例⁸³⁾が次に掲げる、アクチノマイシンD投与事件である。

81) *Tag, a. a. O.*, S. 247.

82) BGH NJW 2006, 2477. Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, S. 189 f.

83) 東京高判平11・9・16判時1710・105。吉井隆平「深刻な骨髄抑制の副作用を伴う先端的治療方法であったアクチノマイシンDの投与を含む化学療法を実施するに当たり患者に対してなされた説明に説明義務違反が認められた事例」判タ1065号100頁(平成12年度主要民事判例解説)。

この事案では、第1審⁸⁴⁾は医師の治療上の過失、説明義務違反を認めず、請求を棄却したが、控訴審は、医師の治療上の過失は認めなかったものの、説明義務違反による過失を認めた。控訴審判決では、次のようにいう。

「N医師らのA子に対するアクチノマイシンDの投与を含む本件化学療法は、研究手段又は実験として行われたものといえないから、N医師らにそのことに関する説明義務があったということとはできないが、右化学療法は平成4年当時においては明細胞癌に対する標準的治療方法として確立したものではなかったことも前示のとおりである。右化学療法には深刻な副作用を伴う蓋然性があることは良く知られていたと認められるから、仮にN医師らが右の化学療法の有効性を提唱した研究者であり、N医師らにおいては、この治療方法を採用したことに治療上の過失がないとしても、深刻な副作用を伴う生活ないし生存状況と癌の予後に伴う生活ないし生存状況や危険性等を衡量して患者のクオリティ・オブ・ライフあるいはより楽な死への過程を考えた医療を選択するために、この種の先端的治療方法を採用することについて患者等の自己決定を尊重すべき義務があり、そのためにA子ないしその家族に対して、採用しようとする先端的治療方法について厳密に説明したうえで承諾をとる義務があるというべきである」。そして、さらに「S医師の化学療法開始前の説明は、必ずしも標準的治療方法となっていなかった治療方法を採用する場合の患者らの自己決定権を尊重すべき説明となっていたとは認められない。すなわち、前記認定事実によれば、S医師は右の化学療法は5年ないし10年先を考えると、実施していた方が安全であり、また、必要な治療である。」として、本件化学療法の有効性と必要性を強調し、当時その治療方法が先端的なものであり、一般的には標準的治療方法として承認されてはいないという事実を説明していなかった。そのために、A子ないしその家族の副作用の危険に対する認識が明確にならず、本件化学療法回避の選択をする余地をも考慮に容れた判断が困難になったものと推認されるという。

本判決では、第1クールが開始した後にも説明があったが、この説明については、これは「控訴人Bらに対するものであり、副作用の深刻さの説明もあったものと認められるが、既に第1クールが開始されている状況の下での説明であるから、同じくA子らが途中で第1クールの本件化学療法の中止を申し出る

84) 東京地判平9・4・25判タ968・210。

医師の説明義務（1）

ことは事実上困難であると推認される。さらに、第2クールが開始される前までは、K医師ら主治医は、日常的な会話の中でA子に対してある程度の説明を行ったと推認されるが、右のような説明も、既に第1クールが終了し、医師らから血小板数等の著しい減少があったこと等の詳細な説明がない限り、アクチノマイシンDの投与による深刻な副作用や出血性ショック死等の危険性を考慮に容れた患者等の自己決定権を尊重する内容のものではなかったと認められ、説明義務を尽くしたとはいえない」とする。

さらに、大阪地裁は、アドリシアン注入術実施事件において、先端的治療における説明義務について判示した⁸⁵⁾。

それは、A病院において、被告医師Xが、痙性斜頸を発症していたYに対し、十分な説明を行わないまま、適応のない副神経アドリシアン注入手術を実施したため、Yは、水頭症や脊髄空洞症などを発症して死亡するに至ったのに対して、Yの法定相続人である原告らが、被告らに対し、損害賠償を求めた事案につき、先端的治療であるアドリシアン注入術につき、医学的適応を否定することはできず、適応のない治療を実施した過失は認められないとし、また、被告医師には説明義務を怠った過失が認められるが、当該過失とB死亡の間に因果関係は認められないとした上で、被告X医師は、説明義務を怠ったことにより、Yが先端的治療法であるアドリシアン注入術を受けるか否か意思決定する権利を奪った点で自己決定権を侵害したことにつき精神的苦痛を慰謝すべき責任があると判示し、請求を一部認容したものである。

慰謝料の請求につき、「Yは、被告X医師を始めとする被告病院医師らが本件説明義務を尽くさなかったため、本件アドリアシン注入術の具体的内容や先端的な治療法であることなどを十分理解した上で本件アドリアシン注入術を受けるか否かについて意思決定する機会を奪われたことによる精神的苦痛を被ったものと認められる」とした。そして、「本件に現れた一切の事情を考慮すれば、本件説明義務を怠った過失によりYが被った精神的損害に対する慰謝料は、180万円と認めるのが相当である」と判示した。

85) 大阪地判平20・2・13判タ1270・344。評釈として、塩崎 勤「先端的治療の実施について説明義務違反が認められた事例」民事法情報267号78頁。

④ 未確立の治療方法としての代替治療 わが国の民事判例において、医療水準としていまだ確立していなかった治療方法について、代替治療として説明する義務があるかについて判断したものがあつた。平成13年の最高裁の判決⁸⁶⁾の事案であるいわゆる乳房温存療法事件がそれである。事案は、被上告人に乳がんと診断されてその執刀により、乳房の膨らみをすべて取る胸筋温存乳房切除術による手術を受けた上告人が、上告人の乳がんは腫瘍とその周囲の乳房の一部のみを取る乳房温存療法に適しており、上告人も乳房を残す手術を希望していたのに、被上告人は上告人に対して十分説明を行わないまま、上告人の意思に反して本件手術を行ったとして、被上告人に対し診療契約上の債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償を請求したというものである⁸⁷⁾。

(i) 最高裁判決

この最高裁判決は、第1審⁸⁸⁾が一部認容したが、控訴審⁸⁹⁾は、患者の請求を棄却するとともに、患者の附帯控訴を棄却したのに対し、患者が上告したところ、上告審が、控訴審判決を破棄し、差し戻した事案である。

(事実) 被上告人は、上告人の乳がんについては胸筋温存乳房切除術適応と判

86) 最判平13・11・27民集55・6・1154。評釈として、山口齊昭「選択可能な未確立療法と医師の説明義務」医事法判例百選124頁以下、手嶋豊「医療水準として未確立である治療法についての医師の説明義務」平成13年度重要判例解説90頁以下、同「医療水準として未確立の治療方法についての説明義務」民商法126巻6号(2002年)874頁、中村也寸志「乳がんの手術に当たり当時医療水準として未確立であった乳房温存療法について医師の知る範囲で説明すべき診療契約上の義務があるとされた事例」ジュリスト1229号58頁、廣瀬美佳「他の選択可能な未確立療法と医師の説明義務」年報医事法学18号158頁、中村也寸志「乳がんの手術に当たり当時医療水準として未確立であった乳房温存療法について医師の知る範囲で説明すべき診療契約上の義務があるとされた事例」最判解(民事篇)(平成13年度)714頁。なお、この判例については、さらに、飯塚和之「患者の自己決定権と司法判断」『人の法と医の倫理』(唄賀寿)275頁以下、石崎泰雄『患者の意思決定権』(2008年)119頁以下参照。

87) この問題について、金川琢雄「未確立治療法に関する医師の説明義務」金川・前掲『医事法の構想』111頁以下。なお、飯塚和行・前掲湯沢・宇都木・今井(編)『人の法と医の倫理』(唄賀寿)(2004年)275頁以下も参照。

88) 大阪地判平8・5・29判時1594・124。

89) 大阪高判平9・9・19判時1635・69。

医師の説明義務（1）

断し、平成3年2月16日、上告人に対し、入院して手術する必要があること、手術生検を行ったので手術は早く実施した方がよく、手術日は同月28日が都合がよいこと、乳房を残す方法も行われているが、この方法については、現在までに正確には分かっておらず、放射線で黒くなったり、再手術を行わなければならないこともあることを説明した。また、被上告人は、同月20日、上告人に対し、乳房を全部切除するが、筋肉は残す旨説明した。

原審は、「(乳房温存)療法は、その実施割合も低く、その安全性が確立されていたとはいえないことからすれば、被上告人において、同療法実施における危険を冒してまで同療法を受けてみてはどうかとの質問を投げ掛けなければならない状況には至っていなかったと認めるのが相当である。したがって、被上告人の上記説明は、他に選択可能な治療方法の説明として不十分なところはなかった」とした。

（判旨） これに対して、本判決は、「ここで問題とされている説明義務における説明は、患者が自らの身に行われようとする療法（術式）につき、その利害得失を理解した上で、当該療法（術式）を受けるか否かについて熟慮し、決断することを助けるために行われるものである」とし、……「しかし、本件における胸筋温存乳房切除術と乳房温存療法のように、一方は既に医療水準として確立された療法（術式）であるが、他方は医療水準として未確立の療法（術式）である場合、医師が後者について常に選択可能な他の療法（術式）として説明すべき義務を負うか、また、どこまで説明すべきかは、實際上、極めて難しい問題である」という。そして、「一般的にいうならば、実施予定の療法（術式）は医療水準として確立したものであるが、他の療法（術式）が医療水準として未確立のものである場合には、医師は後者について常に説明義務を負うと解することはできない。とはいえ、このような未確立の療法（術式）ではあっても、医師が説明義務を負うと解される場合があることも否定できない。少なくとも、当該療法（術式）が少なからぬ医療機関において実施されており、相当数の実施例があり、これを実施した医師の間で積極的な評価もされているものについては、患者が当該療法（術式）の適応である可能性があり、かつ、患者が当該療法（術式）の自己への適応の有無、実施可能性について強い関心を有していることを医師が知った場合などにおいては、たとえ医師自身が当該療法（術式）について消極的な評価をしており、自らはそれを実施する意思を有していないときであっても、なお、患者

に対して、医師の知っている範囲で、当該療法（術式）の内容、適応可能性やそれを受けた場合の利害得失、当該療法（術式）を実施している医療機関の名称や所在などを説明すべき義務があるというべきである。そして、乳がん手術は、体幹表面にあって女性を象徴する乳房に対する手術であり、手術により乳房を失わせることは、患者に対し、身体的障害を来すのみならず、外観上の変ぼうによる精神面・心理面への著しい影響ももたらすものであって、患者自身の生き方や人生の根幹に係る生活の質にもかかわるものであるから、胸筋温存乳房切除術を行う場合には、選択可能な他の療法（術式）として乳房温存療法について説明すべき要請は、このような性質を有しない他の一般の手術を行う場合に比し、一層強まるものといわなければならない」とする。本件については、「被上告人は、この時点において、少なくとも、上告人の乳がんについて乳房温存療法の適応可能性のあること及び乳房温存療法を実施している医療機関の名称や所在を被上告人の知る範囲で明確に説明し、被上告人により胸筋温存乳房切除術を受けるか、あるいは乳房温存療法を実施している他の医療機関において同療法を受ける可能性を探るか、そのいずれの道を選ぶかについて熟慮し判断する機会を与えるべき義務があったというべきである」という。

結局、最高裁によれば、上記の被上告人の説明は、「乳房温存療法の消極的な説明に終始しており、説明義務が生じた場合の説明として十分なものとはいえない。したがって、被上告人は、本件手紙の交付を受けた後において、上告人に対して上告人の乳がんについて乳房温存療法の適応可能性のあること及び乳房温存療法を実施している医療機関の名称や所在を説明しなかった点で、診療契約上の説明義務を尽くしたとはいえない」とする。

最高裁は、本判決において、未確立の治療法であっても、①「少なくとも、当該療法（術式）が少なからぬ医療機関において実施されており、相当数の実施例があり、これを実施した医師の間で積極的な評価もされているものについては、② 患者が当該療法（術式）の適応である可能性があり、かつ、③ 患者が当該療法（術式）の自己への適応の有無、実施可能性について強い関心を有していることを医師が知った場合など」には、それについて説明する義務があるとしたのである。その説明の範囲については、① 医師の知っている範囲で、② 当該術式の内容、適応可能性、③ それを受けた場合の利害得失、④ 当該

医師の説明義務（1）

術式を実施している医療機関の名称や存在など、であるとする⁹⁰⁾。この患者が「強い関心を有していることを医師が知った場合など」という要件は、医師の説明義務が存在するというべきかどうかを、合理的医師基準説によって判断するのか、合理的患者基準説によるのか、それとも具体的患者基準説によるのかという問題につき、「段階的適用説」（混合基準）を採用したものとされる。これは、医師と患者の応接が段階的に進むにつれ、医師は、最初は、合理的患者として接するが、対話が重ねられるに応じて、患者の具体的な状況が判明するので、その段階に応じた情報を提供し、説明すべきだとする見解によっているというのである⁹¹⁾。

(ii) 本件のその他の審級の判例

本件差戻審である大阪高裁は、控訴人は被控訴人の乳がんについて乳房温存療法の適応可能性があること及び乳房温存療法を実施している医療機関の名称や所在を説明しなかった点で、診療契約上の説明義務を尽くしたとはいえないとし、被控訴人の請求を一部認容した⁹²⁾。

本件最高裁判決の控訴審（原審）判決である大阪高裁判決は、「本件手術当時、乳房温存療法は、欧米での比較試験の結果及び日本における実施例の報告により、その予後等については一応の積極的評価がなされていたというべきであるが、日本においては実施例の報告数が少ない上、経過観察期間も短く、さらに手術適応や術式の問題、再発のおそれや再手術の可能性、放射線照射による障害の可能性についてなお疑問を残し、これらについて臨床的に研究途上にあつたものである」として、乳房温存療法を実施すべき義務があつたとはいえないとしていた。なお、前記最高裁判決以前には、そのほかにも、下級審の判例があるが、乳房温存療法に関する定着した見解がなかつたとして、その実施義務ならびに説明義務を否定したもの⁹³⁾がある。

これに対して、本件の第1審判決では、乳房温存療法の実施義務を否定しな

90) 飯塚・前掲 賀寿281頁参照。

91) 石崎・前掲書132頁以下参照。

92) 大阪高判平14・9・26判タ1114・240。

93) 東京地判平5・7・30判タ859・228。

がら、説明義務については肯定した⁹⁴⁾。平成3年当時の乳房温存療法に対する評価及びその安全性等からすれば、被告に同療法の実施義務または他の医療機関への転送義務があったとはいえないが、当時の状況の下でも、被告は、原告の意向を知った以上、同療法の問題点等を説明して、原告に選択すべきかの機会を与え、原告の意思を再確認すべき義務があったというのである。

未確立であった乳房温存療法について説明義務を肯定した下級審の判例としては、ほかに、平成19年の京都地裁の判決⁹⁵⁾がある。ここでは、患者が乳房温存療法と乳房切除術を比較衡量のうえ、十分に納得したうえで乳房切除術を受けるか否かを決定するために、乳房温存療法に関する事項を説明する義務が認められた。また、最高裁判決以後、これを肯定した裁判例としては、平成17年の高松高裁の判決⁹⁶⁾がある。説明義務を認めた前記最判平13・11・27を引用しつつ、医師らには、乳癌について乳房切除術及び乳房温存療法のそれぞれの利害得失を控訴人が理解したうえでいずれを選択するかを熟慮し、決断することを助けるため、詳細な説明をすべき義務があったとした。

⑤ 他の医療機関における治療に関する説明　また、ドイツの判例は、他の医療機関との比較における具体的な治療の状況の人的・物的設備に関する情報提供の問題においては、むしろ厳格である。よりよい治療条件の選択によって危険が著しく小さくなる時、患者に説明しなければならないが、一般に、ある病院において大学病院におけるより治療条件が悪いときにはその必要はない。また、最高の器具がないため最新の器具を用いることはできないが、近隣の病院がそのような設備を持っているというとき、これを説明する必要はない⁹⁷⁾。

これに対して、わが国においては、その義務を肯定する判例がある。上述の、乳房温存法に関する差戻し審大阪高裁の判例⁹⁸⁾である。次のようにいう。

94) 大阪地判平8・5・29判タ928・240。

95) 京都地判平9・4・17判タ965・206。

96) 高松高判平17・6・30判タ1235・260。

97) BGHZ 102, 17=NJW 1988, 763; BGH 1988, 2302; OLG Oldenburg VersR 1996, 1023.

98) 大阪高判平14・9・26判タ1114・240。

医師の説明義務（1）

「控訴人は、被控訴人が既に乳房温存療法を実施している医療機関としてOセンターを知っていたから、控訴人が被控訴人に対し乳房温存療法を実施している医療機関の名称や所在を説明する義務がなかった旨を主張する。確かに、被控訴人は、……D新聞の朝刊で、乳房温存療法の紹介記事に接しており、その中で、Oセンターにおける手術時の写真及び同センターのE医師のコメントが掲載されていたことからすると、Oセンターにおいて乳房温存療法が実施されていたことを知っていたということとはできる。しかし、被控訴人が知っていたのはその限度であり、被控訴人の乳がんが乳房温存療法の適応可能性があるのか、同療法を実施している医療機関として、Oセンター以外にも存在するのかなどについて、説明する義務があったというべきである。控訴人の主張によると、本件手術当時、O府下において乳房温存療法を実施している医療機関は他にもあったが、最も信頼できる医療機関はOセンターであったというのであるから、被控の訴人に対し、被控訴人の乳がんが乳房温存療法の適応可能性があり、同療法を実施している医療機関として最も信頼できるのはOセンターである旨の説明をすべきであったといえることができる」。

前述の高松高裁も、「被控訴人医師らからみれば適応外の症例でも乳房温存療法を実施している医療機関の名称や所在を教示すべき義務があったというべきである」とする⁹⁹⁾。

このように、他の医療機関への転医勧奨義務も、説明義務の内容をなす。その義務が認められる要件としては、次のような基準の衡量によるとされている¹⁰⁰⁾。① 患者の疾患が自己の専門外であるか、自己の臨床経験ないし医療設備によっては当該患者の疾病改善が困難であること、② 患者の一般状態が搬送に耐えうるものであること、③ 地理的、環境的要因により、患者の病状との関連で、搬送可能な地域内に適切な設備・専門医を配置した医療機関があること、④ 転医により、その患者の改善の可能性を予測しうること、である。

⑥ 刑事法における代替治療に対する説明の意義 民事法において展開されてき

99) 高松高判平 17・6・30 判タ 1235・260。

100) 金川琢雄「医師の転医勧告義務に関する一試論」金沢医科大学雑誌 8 卷 1 号 1 頁以下、西野喜一「説明義務、転医の勧奨、患者の承諾、自己決定権」判タ 686 号 (1989年) 85 頁参照。

た説明義務違反は、刑事法でどのような意味をもつのかは、刑事法の特殊性から独自に判断される必要がある。とくに、説明義務違反が、医療過誤の収集(受け皿)構成要件(Auffangtatbestand)となっている民事法においても制限の傾向もみられることから、刑事法においては、傷害罪や医療過誤による業務上過失致死傷罪を成立させる要件の問題として検討されるべきである。

その際、基準となる観点は、刑法が保護するのは、自己決定権の侵害そのものではなく、身体の完全性・安全であるという観点と、説明義務に反することによって、患者に法益関係的錯誤があり、同意が無効となるかどうかであると思われる。代替治療に関する説明が不完全であったことが、患者の身体の安全性を害し、法益関係的錯誤をもたらしたかどうか、検討されるべきである。

(3) 危険に関する説明

危険に関する説明は、患者に治療行為から生じる危険について説明することを意味する。連邦裁判所は、その意義と目的について次のようにいう。「目前に迫った侵襲に対する医師の説明の意義と目的は、手術を受けるかどうかを自己決定することができ、しなければならぬ患者に、その決断にとって必要な事実を医学の素人に理解できるような形で伝えることである。このようにしてはじめて患者は、それに対する賛成・反対を自己答責的に衡量できるのである」¹⁰¹⁾。その説明の内容は、手術、薬物治療等に伴う医療侵襲から生じる効果、予見しうる副次的効果、治癒する可能性の程度、おもわしくない結果が生じる可能性、失敗率等に関する説明であり、治療にかかる費用や保険でカバーされる範囲などの説明もこれに属する。ただし、狭義においては、副次的に生じる結果として予測できなかった、望まれざる不測の事態に対する説明が危険に関する説明がこれにあたるということもできる¹⁰²⁾。

危険に関する説明の範囲に関する基本原則は、医師の侵襲の危険に関する情報の伝達であり、したがって、必要な注意を払っても侵襲を間違いなく行って

101) BGH JZ 1986, S. 201.

102) Vgl. Geilen, Handbuch, S. 353 f.

も確実に排除することはできない継続的ないし一過的な副次効果を伝達することである¹⁰³⁾。

正確で、詳細な、考え得るあらゆる現象形態に関する説明は要せず、「具体的な危険の幅の重大性と方向に関する一般的な像」を与えることで十分である。その際、患者の私的生活や職業を考慮した情報の提供も必要である。「患者に関係する情報の原理」(Prinzip der patientenbezogenen Information)が妥当するのである¹⁰⁴⁾。説明されるべき危険には、「典型的危険」と「非典型的危険」ないし「稀有な危険」とがあるが、その侵襲に特有の危険(典型的危険)は、合併症の発生率とは独立に説明されなければならない。非典型的危険については、説明の程度は、合併症の発生率による。「稀有な危険」でも、それが発生すると患者の日常生活に大きな負担となる場合には説明が必要である。また、手術の「失敗の危険」については、手術が、その失敗によって患者の状態を良くするどころか悪化させることがある場合、それについて説明する必要がある¹⁰⁵⁾。なお、わが国の民事判例においては、侵襲の危険性に関する説明の程度は、侵襲の危険性の程度により変化するとしたもの¹⁰⁶⁾がある。

重要なのは、患者が当該治療に同意するにあたって、その手術を施すべきか他の治療方法を選択すべきかを考慮する場合に、どのような項目について衡量するかである。危険を冒してでも手術をする決断をする理由があるかどうかは患者の最高の関心事である。患者は、説明にもとづいて、その手術の積極面と消極面とを合理的に比較衡量できなければならない。ガイレン¹⁰⁷⁾は、その衡量のファクターとして以下のものを挙げる。手術を行うに積極面としては、① 時間的切迫性、② 医学的必要性、③ 確実に予期しうる治療結果の程度が、

103) *Laufs/Kern*, a. a. O., S. 724.

104) *Laufs/Kern*, a. a. O., S. 724.

105) *Laufs/Kern*, a. a. O., S. 724 f.

106) 静岡地判平10・12・24判タ1027・221。ドイツでは、手術の切迫性は、代替治療に関する説明で重要な役割を果たすとされる。医療侵襲に切迫性が少なければ少ないほど、医師の説明義務は広くなるというのである。

107) Geilen, Handbuch, S. 354.

消極面としては、① 危険が現実化した場合の結果の重大性、② 当該侵襲に特有の結果なのかどうか、③ 損害結果の発生頻度、④ 一般的危険ないし一般に周知の危険に関するものかどうか、が衡量の要素となる。

(a) 一般的危険

「一般的危険」とは、当該侵襲に特有の危険ではなく、合併症の頻繁性、すなわち、当該侵襲の危険が現実化する頻度である。ただし、確率を数字で説明する必要はなく、また、「稀に発生することのある危険」といったものをも含めてありうる危険をすべて説明する必要もない。患者が本質的な危険につき「大まかに全体的に」(im grossen und ganzen) 明確になっていなければならないというだけである。危険の種類と重大性については説明する必要があるが、その蓋然性が比較的大きいか小さいかを詳細に説明する必要はない。具体的な危険の射程の大きさと方向のイメージを伝えればよい。連邦裁判所の1984年2月7日の民事判例を紹介しておこう。

(事案) 原告は、首筋のリンパ節肥大等で第1被告の病院に入院し、第2被告である医師の放射線治療を受けた。患者は、治療開始時に「放射線治療患者のための説明書」を手渡されたが、そこには脊髓損傷の危険に対する説明はなかった。縦膜照射に際し、脊髓に負担がかかり、患者は、嚥下障害、呼吸時の痛みを感じ始めた。何カ月かの地に、両脚に障害を感じ、痙攣性の麻痺現象が生じ、肛門や膀胱の括約筋が弱まるなどの症状が出て、脊髓損傷と診断された。その後、不完全性脊椎横断麻痺を患った。原告は、コバルト照射に医療過誤を遡らせ、その説明がなかったことを非難した。

(判旨) 「侵襲が重大な適応を示す場合でも、患者の自己決定権は、医師が、侵襲につき自ら決断し、場合によっては、そのような決断が医学的に不合理であっても、それを拒否する可能性を与えるべきである」。「その決断のために、原告は、——たんに大まかに全体的にはあっても(不断の判例である……)——何について同意するのかを知らなければならない。そのためには、侵襲の種類のみならず、それが医学の素人である原告にとって侵襲の種類から直ちに明らかになるものでなく、そしてその決断にとって重要でありうる限りで、その、全く非蓋然的であるというのではない危険につき、イメージを抱けるものでなければな

医師の説明義務（1）

らない。「本件で原告に結果的に実現した照射の危険も、説明の必要な事実であった」。しかし、「患者が照射の危険に、現実には生じる危険よりも相当に高い価値を置いてしまうほどに、患者に治療の不都合な経過が生じる極めて小さな可能性をも詳細に説明することは不要である」。

わが国の判例において、患者が、美容整形外科手術にあたって、陰茎にシリコンボールを挿入する手術について説明を受け、手術に承諾した際、手術承諾書には、「シリコンボールの移動を防ぐために術後の圧迫固定が必要です。圧迫固定が不十分であると、皮下で移動や露出することが稀にあります」とあったが、陰茎が変形したり、拘縮が生じるなどの後遺症が発生する可能性については、説明はなかったところ、術後約10日後から腫れと痛みが生じ、シリコンボールが露出してきたため、術後約20日後に抜去手術を受けたが、その後、陰茎に傷痕が拘縮し、陰茎が約30度曲がったという事案につき、説明義務違反を否定したものがある¹⁰⁸⁾。本判決では、「手術後の危険性の中には、手術自体から不可避免的に生じる危険性から、手術後の処置あるいは手術後の患者自身の行動の不適切に起因する危険性など無限定に考えられるものであるが、手術を施行しようとする医師がそれらの危険性をすべて具体的に予測することは困難であり、当該手術により不可避免的に生じる可能性のある後遺症発生等の危険性及び手術後の処置から生じることが通常予測しうる危険性等については、患者に説明すべき義務を負うものと言えるが、手術後の処置から通常予測できない具体的危険性についてまで、それを予測して患者に説明すべき義務を負うものではない」とし、本件については、「シリコンボール挿入術により、陰茎が変形するという事は、通常の経過の中では発生しないものと認められる（……）ので、このような危険性についてまで患者に説明する義務はないというべきである」として、「一般に、美容整形においては、疾病や負傷等を治療するための処置と比較して、その医学的必要性、緊急性が低く、美容整形の手術等の処置を行う場合には、その目的が患者の主観的欲望を満たすことにあるというべ

108) 東京地判平13・7・5判タ1089・228。鐘築 優「各論⑤ 医療〔判例分析47〕」判例タイムズ1178号202頁以下。

きであるから、処置をするにあたっては、本人の主観的意図が極めて重要な意味を有する。したがって、美容整形手術を行う医師においては、患者の自己決定に必要かつ十分な判断資料を提示し、手術前に治療の方法、効果、デメリットの有無等を説明すべき義務を負うものと言うべきである」としながらも、説明義務を否定した。

(b) 侵襲に特有の危険

その「侵襲に特有の危険」とは、一定の合併症が発生するという、当該治療に付随する典型的な危険を意味する。これについては、一般的危険よりも詳しく説明する必要がある。したがって、「大まかに全体的に」明確になっておればよいという一般的危険に妥当する原則は、ここでは妥当しない。侵襲に特有の危険については、危険の頻度の一定の程度、とくに一定の統計について説明を要するというのではなく、極めて発生頻度の低い合併症についても、その侵襲にとって典型的であり、その作用が患者にとってとくに重要であるという危険について説明を要するのである。つまり、ここで決定的なのは、その危険がどの程度の頻度で合併症に至るかではなく、当該の危険が、その侵襲に特有のものともみなされるかどうか、予期せぬことかどうか、そしてその後の生活にとってとくに負担となるかどうかなのである¹⁰⁹⁾。

(c) 特有の危険の例外

危険の「大まかで全体的な」概要を説明すればよいという原理は、その侵襲に特有な、すなわち、その治療と典型的に結びついた合併症の可能性については妥当しないというのが、ドイツの不断の判例である¹¹⁰⁾。この場合には、極めて稀有なものであってもその危険について説明しなければならない。説明の必要性は、その危険がどれだけ頻繁にある合併症につながるかに依拠するのではない。むしろ決定的なのは、当該の危険が、その侵害に特有なものともみなされ、意外で、以後の生活にとり負担が大きいかにによる¹¹¹⁾。この種の実例は、

109) Vgl. *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 111.

110) *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 111.

111) BGH NJW 2005, 1715, 1717: *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 111.

医師の説明義務（1）

連邦裁判所の他人から輸血を受ける際の「エイズ感染の危険」に関する説明である。感染の危険は、1対2,300万であり、極めて稀有である。

（d）一般的に周知の危険

特有の危険と区別されるのが、一般的に周知の危険である。これについては、医師は説明を要しない。これに属するのは、例えば、麻酔による大手術の場合、創傷感染、塞栓症、心停止などである。盲腸の手術においては、侵襲の性質や危険については要約して説明することができる。例えば、盲腸の手術でも、その日常性のゆえにまったく危険のないものではないという説明があればよい。

（e）手術拡大の可能性に関する説明

手術の経過と事象の経過によっては手術の拡大の可能性があることについて、医師は、説明する必要があるのか、どの程度説明すべきなのだろうか。少なくとも、当初の手術の際に、客観的に予見可能な手術拡大の可能性につき説明しなければならないことは疑いない¹¹²⁾。医師は、少なくともほとんどあり得ないような可能性以外の手術の拡大の可能性は説明し、同意を得ておくべきである。ここで、決定的なのは、ありうる拡大の蓋然性の程度であるとされる。手術中に発生する可能性のあるあらゆる偶然的な事象についても説明し患者の同意をとっておかなければならないということは医師には期待困難だからである。したがって、手術前の診断において明白にそして全くあり得ないではないような手術拡大の可能性について説明すれば十分である。

ドイツ連邦裁判所は、予見可能ではあるが、手術の途中ではじめてそれが分かるような手術の拡大の必要性について患者の同意をとらなかった医師に過失を肯定した¹¹³⁾。また、帝王切開手術の際に卵管の切除が必要となった事案に関する、予見可能で必要な手術の拡大につき、医師の説明義務違反を認めた、手術拡大に関する詳細と「原則判例」¹¹⁴⁾については、すでに「患者の同意」の章において詳述した。

112) *Dringenberg*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Operationserweiterungen, 2005, S. 48 f.

113) BGH, NJW 1989, 1541, 1542.

114) BGHSt 35, 248, 249.

3. 治療のための説明

治療のための説明とは、自己決定権の行使のための説明とは異なり、患者の治療のためにできるだけ支障なく治療が行われるよう保障し、患者の自己に危険を及ぼすような行動を避けるための警告や助言、指示、勧告などの形で、損害の発生を阻止するために行われる説明である。したがって、この説明は、「安全のための説明」(Sicherungsaufklärung)とも呼ばれる。医師が必要とされる治療のための説明をしなかったとき、同意が無効となるのではなく、医療過誤となり、(業務上)過失致死傷罪の成否が問われることになる。したがって、治療のための説明は、刑事法においては、同意の無効を介してではなく、むしろ直接に、患者の不適切な行動等を通じて傷害結果ないし死亡結果につながることによって、過失責任が問われる契機になるものである。

(1) 治療上の危険に関する説明

連邦裁判所1994年7月7日の判決¹¹⁵⁾の事案に即してこれを説明しよう。本件では、小児麻痺の感染の危険に関する説明が問題となった。

(事実) 予防接種医が、ある乳児に、小児麻痺を予防するための弱められたウィルスを接種したが、その子の親に、予防接種の際、接触する人には感染の危険があることを説明するのを怠った。家族の友人が、そのウィルスに感染し長年の治療を要し、手足と横隔膜の麻痺に繋がる脊椎性小児麻痺に罹患し、その後、車椅子での生活を余儀なくされた。

(判旨) 「生きたウィルスを接種された乳児に接触した者に生じる危険について、また、感染を避けるためにとられうる予防措置について指示することは、いわゆる治療のための助言、すなわち、安全のための説明にあたる。医師に患者の治療のための説明の際に侵された過失は、医療過誤と評価されるべきである。安全のための説明は、医師の健康維持の職責の本質的部分をなす。必要な限り、医師は、患者にその将来の行動に関して説明し、したがって、指示を与え、また、患者は自らを被害から守るためにその力の及ぶことをすべて行わなければならないと教えなければならない。……予防接種を行う医師が、乳児の親に第三者への感染の危険につき指摘する義務を負っていたかどうかという問題を判断するにあ

115) BGH, Urteil vom 7. 7. 1994, NJW 1994, 3012.

医師の説明義務(1)

たつて、控訴審は、接触した人につき、その判断の基礎とされた、接種回数1550万回の分の1という統計的な発生頻度を決定的な基準としてはならなかった。出発点とされるべきは、説明義務の問題にとり、危険に関する統計は、基本的にほとんど価値をもたないということである。予定された侵襲のもつ危険に関する指示(侵襲に関する説明)においては、それが、現実化するなら、生活に大きな負担となり、それが稀有であるにもかかわらず、その侵襲に特有の、素人にとっては驚くべきことであるような極めてまれな危険に関しても説明されるべきである。このことは、安全のための説明についてはいっそう高度に妥当する」。

(2) HIV 感染に関する説明

この安全のための説明に属するのが、HIV患者の同棲生活者のHIV感染についての説明である。連邦裁判所は、説明義務の対象となる人と時点を拡大し、治療中の患者に対してのみならず、配偶者や事実婚の状態にある者に対しても、治療開始にはまだまったく知られていなかったときですら、告知することが必要だとした。これを「事後的な安全のための説明」という¹¹⁶⁾。

(a) 配偶者に対する説明

2005年6月14日の連邦裁判所の判決¹¹⁷⁾の事案を検討しておこう。

(事実) 原告の夫は、オートバイの事故で、W病院に入院し、その後も通院し、治療を受けたが、輸血の際血液検査でHIV抗体が検出された。その後、原告も、HIVに感染していることが分かった。原告は、病院経営者たる被告から慰謝料を請求した。

(判決) 控訴審は、治療を受ける患者のみならず、治療の時点でまだ知られていなかった配偶者も、輸血に結び付けられるHIV感染の危険に関する事後的な安全のための説明義務の保護範囲に引き入れたが、適切である。民法844条、845条の外にある間接損害には、責任を負わされないという原則は、第1次的被害者の法益の侵害から第三者に生じる財産損害についてのみ妥当する。被害者が民法823条1項の独自の法益の侵害からなり、そして、帰属連関の枠内で加害者がそれにつき責任を負わなければならない損害を——本件におけるように——被る場

116) *Ulsenheimer*, a. a. O., S. 102.

117) BGH NJW 2005, 2614.

合、それは妥当しない。……いずれにせよ、患者の配偶者または不断の同棲者は、安全のための説明の保護範囲に含められなければならない。それは、責任法上の帰属連関から必要である。ことに HIV 感染と生命の危険が結び付いているからである。

(b) 医師の守秘義務と緊急避難

フランクフルト上級ラント裁判所の1999年7月8日の決定¹¹⁸⁾は、同じ医師にかかっている患者が同棲者であったとき、他のパートナー（原告）にエイズの発病と感染の危険について他方に説明することができるだけでなく、その義務を負うとした。

「本法廷は、被告に存在する医師の守秘義務の問題において、ラント裁判所とは異なる見解をとる。守秘義務は、正当化的緊急避難（刑法34条）の前提が与えられたとき、そして、被告が、原告は、原告のパートナーの意思に反してでも、原告に存在している危険について説明しようしていると思ったことによって、本件においては決定的に制限されていた。たしかに、エイズに感染者は、医師の守秘義務を強く必要とするというラント裁判所の依拠点には反論できない。しかし、この保護の必要性に対して対立するのは、とくに発病した患者の性的パートナーは、エイズ感染の迫りくる死の危険に対して保護されなければならないという点である」。本件では、正当化的緊急避難が認められる。感染者の治療する医師に対する信頼は、本件では、現在脅かされている生命と健康という法益よりも重くはない。……原告に対して迫りくる危険の開示に対する医師の法的義務の存在も肯定されうる」。

本判決では、守秘義務と生命に迫る危険との比較衡量の上、医師の説明義務は、正当化的緊急避難であり、むしろ、法的義務であるとする。

(3) わが国における治療のための説明に関する判例

わが国においても、治療のための説明、すなわち、療養指導に関する判例は少なくない。最高裁は、平成7（1995）年に、A女とB男の間の子で、未熟児である新生児（S）が退院後核黄だんにり患し脳性麻ひの後遺症が生じた場合

118) Beschluss des OLG Frankfurt v. 8. 7. 1999, NJW 2000, 875.

医師の説明義務（1）

につき、右新生児を黄だんの認められる状態で退院させた医師の退院時における説明、指導等の措置における過失につき判断した。

（a）新生児黄疸事件¹¹⁹⁾

人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるのであるが（……）、右注意義務の基準となるべきものは、一般的には診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準であるというべきである（……）。ところで、前記の事実を照らせば、新生児の疾患である核黄疸は、これに罹患すると死に至る危険が大きく、救命されても治癒不能の脳性麻痺等の後遺症を残すものであり、生後間もない新生児にとって最も注意を要する疾患の一つといえることができるが、核黄疸は、血液中の間接ビリルビンが増加することによって起こるものであり、間接ビリルビンの増加は、外形的症状としては黄疸の増強として現れるものであるから、新生児に黄疸が認められる場合には、それが生理的黄疸か、あるいは核黄疸の原因となり得るものかを見極めるために注意深く全身状態とその経過を観察し、必要に応じて母子間の血液型の検査、血清ビリルビン値の測定などを実施し、生理的黄疸とはいえない疑いがあるときは、観察をより一層慎重かつ頻繁にし、核黄疸についてのプラハの第1期症状が認められたら時機を逸することなく交換輸血実施の措置を執る必要があるが、未熟児の場合には成熟児に比較して特に慎重な対応が必要であるが、このような核黄疸についての予防、治療方法は、上告人Sが出生した当時既に臨床医学の実践における医療水準となっていたものである」。

「本件において上告人Sを同月30日の時点で退院させることが相当でなかったとは直ちにいい難いとしても、産婦人科の専門医である被上告人としては、退院

119) 最判平7・5・30判時1553・78。判例評釈として、平林勝政「退院時における療養指導」医事法判例百選196頁、河野泰義「医師が未熟児である新生児を黄だんの認められる状態で退院させ右新生児が退院後核黄だんに罹患して脳性麻痺の後遺症が生じた場合につき医師の退院時における説明及び指導に過失がないとした原審の判断に違法があるとされた事例」（平成8年度主要民事判例解説）判例タイムズ945号110頁、高波澄子「医師が未熟児である新生児を黄疸の認められる状態で退院させ右新生児が退院後核黄疸に罹患して脳性麻痺の後遺症が生じた場合につき医師の退院時における説明及び指導に過失がないとした原審の判断に違法があるとされた事例」北大法学論集48巻3号361頁。

させることによって自らは上告人Sの黄疸を観察することができなくなるのであるから、上告人Sを退院させるに当たって、これを看護する上告人Aらに対し、黄疸が増強することがあり得ること、及び黄疸が増強して哺乳力の減退などの症状が現れたときは重篤な疾患に至る危険があることを説明し、黄疸症状を含む全身状態の観察に注意を払い、黄疸の増強や哺乳力の減退などの症状が現れたときは速やかに医師の診察を受けるよう指導すべき注意義務を負っていたというべきところ、被上告人は、上告人Sの黄疸について特段の言及もしないまま、何か変わったことがあれば医師の診察を受けるようにとの一般的な注意を与えたのみで退院させているのであって、かかる被上告人の措置は、不適切なものであったというほかはない」。

本判決は、黄疸の増強の可能性に関して説明すべき注意義務、黄疸の増強によって哺乳力の減退などの症状が現れたときに生じる「重篤な疾患に至る危険」について説明すべき注意義務を負い、全身状態の観察に注意を払い、上記のような症状が現れたときは速やかに「医師の診察を受けるよう指導すべき注意義務」を負うのであって、それは「当時既に臨床医学の実践における医療水準」となっていたというのである。

次の判例も、術後の療養方法の指導の注意義務を認めたものである。

(b) ポリペクトミー手術事件¹²⁰⁾

(事実) 本件は、S字結腸のポリープ摘出手術(ポリペクトミー)の手術後、手術部位に生じた穿孔により腹膜炎を発症した場合に、医師に手術後の療養方法の指導、説明義務を怠った過失があるとされたものである。

(判旨) 「そもそも医師がポリペクトミーを施術するにあたっては、術中のみならず術後も穿孔の起こる危険性を十分認識し、少なくとも、当日患者を帰宅させる場合には、手術の内容、食事内容、生活上の注意をして、その余後に万全の注意を払うべきであるのに、I、S両医師は、わずかに、出血や軽減しない痛みがあるときに来院するように指示しただけでそれ以上の予後の指示をしなかったために、原告は、ポリペクトミー施術後の穿孔の危険性など夢想だにしないまま、当日も約50分間自転車を押して徒歩で帰宅し、翌日には、自転車で買い物に行くなど、ポリペクトミー施術後の患者としては危険な生活を送って本件穿孔

120) 大阪地判平10・9・22判タ1027・230。

医師の説明義務（1）

を招来したものであるから、被告の医師には右のような当然なすべき術後の療養方法の指導、説明義務を怠った過失があり、かつ、右過失と本件穿孔との間には相当因果関係が是認されると言うべきである」。

本判決は、術後の穿孔の発生の危険を認識し、術後の療養方法の指導・説明する義務があったとしたものである。