

「医師の説明義務と患者の自己決定権」

井
村
祐
滋

はじめに

第一章 医療過誤の法的構成

第一節 請求権競合

第二節 法的構成

第二章 医師の説明義務と患者の自己決定権

第一節 医師の説明義務

第二節 説明義務の種類と内容

第三節 説明義務の判断基準

第四節 説明の相手方

第五節 説明義務が免除又は軽減される場合

第六節 医師の裁量権と患者の自己決定

第三章 おわりに

第一節 要約

第二節 私見

はじめに

医療技術は日々進歩しており、診察・検査・治療の方法も複雑多岐になり、患者が医師から受ける説明も高度かつ膨大な量になっている。患者も従来に比べ自分自身の検査結果・治療についての情報を容易に手に入れる事ができるようになった。このような背景の下で、本稿でとりあげる医療過誤が発生し、また、発見されるケースも増えてきている。

医療過誤とは、医療の現場全般において生じた医療事故と総称される事故の一部についていう。すなわち、この医

療事故のうち、医師の誤診・手技上のミス・看護師の投薬ミス等、医師・看護師・医療機関の過失による事故が問題となるような状態のものが医療過誤と呼ばれる。

民法上、損害賠償請求をするという医療過誤訴訟の下では、医師等（医師・看護師・医療機関）と患者の特別な関係の特徴として、通常は医師と患者の間には医療契約が締結される。さらに、医師のみに高度な医療の知識が集中し、患者のほとんどが医療の知識について素人であり、患者が病氣や怪我という身体的な問題を抱えている等の要素が存在する。

このような下で発生する医療過誤においては、医師の説明義務・患者の自己決定権・違法性・医療水準論・因果関係等、現在さまざまな法的問題について議論されている。

これらのうち、医師の説明義務に関しては、通常、患者の要請に基づき医師は説明義務を負うとされているが、その説明の範囲・基準・時期等の問題、遺族に対する死因に関する説明義務の問題、病状・検査結果・不治の病等の告知に関する説明義務の問題、説明や承諾を得る相手方（患者本人に限るのか、第三者でもかまわないのか等）の問題、などがある。

次に、それと密接に関連する患者の自己決定権の問題とは、憲法一三条の「すべての国民は個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」を法的根拠とし、基本的人権の中に患者の「自己決定権」も含まれるとの前提の下に、延命措置等の拒否という自己決定をもとした安楽死・尊厳死が許されるのかという問題、医療行為について正しい説明を受け治療の方針・手術・転医などについて同意や拒否をする問題、患者の自己決定権の限界（医師の裁量権が優先される場合）の問題、などがある。

第三に、医療過誤訴訟で問題となる違法性の問題について、まず、医療行為の適法性は、医学水準に基づいた治療を目的とする行為であり、かつ、患者の承諾がある場合に認められるものと解されており、患者に対する医療上の侵襲が許されるのは、医師側に治療目的意思、医学的適応性、医術的正当性が備わり、患者にその医療を受けることの承諾があるからである^①。すなわち、違法性が阻却されるためには自己決定権の行使としての承諾が求められる。また、医師の説明が不十分な場合や、医師から患者に対し説明がない場合は、患者に対しての肉体的侵襲行為は違法といえる。このように、保護法益としての患者の自己決定権の他にも、患者の延命利益や治療機会の選択等の期待権も法律上保護すべき利益にあたるのかという問題などがある。

また、医療水準は、治療法の確立といった観点から客観的、画一的に存在するものと理解され、医師の注意義務の本質から離れ、医学会・医療界における診断・治療基準が医師の注意義務の代替的な判断基準とされるようになった。この医療水準は、医学・医療の側で設定される診察・治療の基準であるから、ある治療法の有効性や安全性が確立していることを前提として、全国一律に、絶対的・画一的・客観的な基準として判断されるところに大きな特徴がある。しかし、未熟児網膜症（最判三小昭和五七・三・三〇判例タイムズ四六八号七六頁 判例時報一〇三九号六六頁）に関する医療水準の考えが他の症例にそのまま妥当するとはいえない。また、医療水準が定着するまでには長い時間を要し、医療水準の受容は医療機関の規模や地域・環境によって大きく異なる^②。このような下で、医療水準は医師等の患者に対する注意義務の程度に関する問題であり、大学病院・専門病院・一般開業医の間で医師等の注意義務を同等に扱うべきではないという問題や、緊急時に専門科目外を医療する場合の医師の注意義務の程度の問題などがある。

最後に、医療過誤訴訟における因果関係の問題は、医療の知識について素人である患者が、医師等（被告）がそのテリトリー内で行う高度で専門的な治療や手術等の行為と患者（原告）の損害との間に事実的因果関係を立証しなけ

ればならない点にある。すなわち、医療の知識が乏しい患者や遺族が、高度で専門的な知識を必要とするこの事実的因果関係を立証する難しさの問題などである。

以上に挙げただけでも多岐にわたる医療過誤に特有の難問の全てを網羅的に論じるのは困難であるので、本稿では密接に関連する医師の説明義務の問題と患者の自己決定権の問題を軸とし、未成年者の自己決定権を射程に入れて取り上げることとする。

ところで以上の問題のほか、医療過誤訴訟においては、理論上民法第四一五条に基づく債務不履行責任構成と、民法第七〇九条に基づく不法行為責任構成とが考えられるが、これら両構成の関係をどう考えるべきか。現実には債務不履行責任構成と、不法行為責任構成を用いる事ができる。従って、医療過誤訴訟には請求権競合論が具体的に用いられる一具体的場合である。

他に、刑法から見た医療過誤についても若干触れておきたい。わが国の刑法の一般原則としては、ある行為が構成要件に該当し、違法であり、有責である場合は犯罪とされる。であるから、医師の患者に対する肉体的侵襲行為は、刑法第二二一条の業務上過失致死傷「業務上必要な注意を怠り、よって人を死傷させた者は、五年以下の懲役若しくは禁錮又は百万円以下の罰金に処する」に該当する可能性を秘めている。ただし、刑法第三五条は「法令又は正当な業務による行為は、罰しない」と規定している。医師の患者に対する肉体的侵襲行為は、刑法第三五条規定の正当業務であるから違法性を阻却するべきであるという説と、患者の意思による治療行為は傷害の違法性を阻却するべきであるという二説があったが、現在は後者が有力である。

第一章 医療過誤の法的構成

第一節 請求権競合

ここに言う請求権競合論について、まず、契約によって設定される債務（給付債務）および契約を媒介として生じる種々の義務（付随的注意義務・保護義務）の不履行ないし違反によって、債権者の不法行為法上の保護法益（主に、生命・身体・財産等）を侵害して債権者に損害を生じせしめた場合に、債権者は、債務不履行に基づく損害賠償請求権とともに不法行為に基づく損害賠償請求権をも取得するのか、それとも一方のみを取得するにすぎないか、また、もし両請求権が競合するとすれば両者はどのような関係に立つのか^③という問題である。これに関する学説としては、①純粹競合説②制限的競合説③折衷説④純粹法条競合説がある。純粹競合説は、二つの損害賠償請求権は、純粹に競合するものであり、契約責任に対する法的規制、そして特約も、不法行為に基づく損害賠償請求権に影響を及ぼすことは全くないと、する見解である。制限的競合説は、一応は請求権として独立して存在するが契約責任に対する法的規制のうち一定のものは、不法行為に基づく損害賠償請求権にも適用されることがあるとする見解である。折衷説は、さらに客観的折衷説（加害行為の客観的状況を観察して、契約関係から通常予想される範囲を逸脱するような行為がある場合には、もはや契約関係による規律外の問題となるとして、債務不履行責任だけではなく不法行為責任も生じると主張する見解）と主観的折衷説（損害の発生が契約当事者である債務者の故意またはこれに匹敵するような重大失に基づく場合には、債務不履行に基づく損害賠償請求権のほか、不法行為に基づく損害賠償請求権も発生すると主張する見解）とに分けられる。純粹法条競合説は、不法行為に基づく損害賠償は成立せず、契約の債務不履行に基づ

く損害賠償請求権のみが成立すると説く学説である。⁴⁾

また、他の学説として、規範統合説があり、これはさらに請求権二重（多重）構造説、属性規範統合説、全規範統合説にわけられる。請求権二重（多重）構造説は、請求権の機能ないし要素ごとに別異に実体法上の請求権を把握し、請求権の二重構造ないし多重構造を認める説である。属性規範統合説は数個の請求権規範に基づいて一個の請求権が発生することを認める規範統合説の通説的見解である。全規範統合説は、広義の請求権規範競合説に属する見解であり、四宮和夫博士によって提唱されている。⁵⁾

第二節 法的構成

医療過誤によって損害を被った者は、通常、債務不履行と不法行為という構成によって損害賠償請求をすることになるが、理論上は両構成には相違点が存在する。

伊澤博士によれば第一に、証明責任について。債務不履行構成では、医師・医療機関等が自己に帰責事由がなかったとの証明が必要になるが、不法行為構成では、患者本人や家族の側において医師・医療機関等に故意過失があったことを必要としている。

第二に、損害について。債務不履行に基づく損害賠償の範囲につき民法第四一六条一項は「通常生ずべき損害」と規定されており、同条二項では「特別事情による損害については予見可能性の存する範囲で賠償義務を課す」とされており、相当因果関係のある損害とされている。

また、不法行為は因果関係が画定されていないが、判例通説は民法第四一六条の規定が不法行為の場合にも適用さ

れるとしている。

なお、不法行為責任では民法七一条において、侵害を受けた被害者の両親、配偶者、子に固有の慰謝料請求権を認めている。

第三に、過失相殺について、債務不履行の場合、民四一八条により債権者側の過失を必ず斟酌する事と規定しているが、不法行為では民七二二条二項の趣旨から、被害者の過失を相殺しない事も可能である。

第四に、相手方が複数いる場合は、不法行為責任に基づいて複数の相手方を訴える場合に、民法第七一九条により共同不法行為者相互に連帯責任が生じる。ところが、債務不履行責任にこのような規定は存在しない。また、各医師・医療機関から受けた損害の割合が判明している場合は各医師・医療機関に対し、賠償を請求することになる。ただし、相手方の割合が特定できない場合には、不法行為責任構成を採らざるを得ない。

第五に、消滅時効について。債務不履行では債務の消滅時効は一〇年となる。不法行為では加害行為時および加害行為を知ったときから三年、不法行為の時点から二〇年で除斥期間を迎える。⁶⁾

即ち、債務不履行構成では対応しきれない範囲についておおむね不法行為構成で補うという図式のようなのである。

第二章 医師の説明義務と患者の自己決定権

患者の承諾を得ることで医師の患者に対する侵襲という行為の違法性が阻却される説明義務があることや、治療行為や病気が患者の身体に大きな影響を及ぼす恐れがあるため、それについて患者の自己決定権を確保するためになされる説明義務などがあり、医師の説明義務と患者の自己決定権と承諾は密接に関係している。本章では以下、医師の

説明義務と患者の自己決定権の関係、さらにその延長にある患者の承諾について述べることにする。

第一節 医師の説明義務

通常、病気になり病院へ行くと、医師の診察を受ける。この際、問診や触診、聴診器などを用いて診察を受け、場合によっては精密検査を受ける場合がある。そして、医師が患者に対し、診察の結果（病名）や今後の治療方針を説明し、承諾を得て実際の治療となる。

この際、医師の説明は、医師と患者が結んだ医療契約（準委任契約）に付随する医師の債務である。民法第六四五条は、「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。」と規定している。従って、医療契約において、医師等は、患者に対して、その「請求あるときはいつでも」診療に関する報告義務を負い、「委任終了した後は」「遅滞なく」その経過及び結果を報告する義務を負うことになる。

また、民法第六四四条は、「受任者は、委任の本旨に従い、善良な管理者の注意をもって、委任事務を処理する義務を負う。」とし、これは医師の注意義務が善管注意義務であることを示している。

次に、医師の説明義務について判例がどのように取り扱っているのかを見ることにする。

東京高判昭和六一・八・二八（判時一二〇八号八六頁）は、「医療契約は、通常、患者本人もしくはこれに準ずる保護者等が、医師・医療機関等に対し、疾病の診断と適切な治療とをなすように求め、これを医師が承諾する事により成立するものであり、医師は少なくとも、患者本人もしくはこれに準ずる保護者等の請求があるときは、その時期

に説明・報告をする事が相当でない特段の事情がない限り、患者本人もしくはこれに準ずる保護者等に対し、診察の結果、治療の方法、その結果等について説明しなければならないと解すべきである」とし、京都地判平成四・一〇・三〇（判時一四七五号一三五頁）は、「一般に、医師は診療または治療のために、患者に対して手術等の医学的侵襲を伴う医療行為を行うにあたり、その過程及び予後において、一定の蓋然性を持つ悪しき結果ないし死亡等の重大な結果の発生が予測される場合には、診療契約上の義務ないし右医学的侵襲等に対する承諾を求める前提として、その患者ないしはその家族に対し、患者の病状、治療方法の内容及び必要性、発生の予測される危険等につき、当時の医療水準に照らして相当と思量される事項を説明しなければならない」としている。どちらの判例も医師の説明義務が診療契約に付随する医師の義務であることを認めている。

また、東京高判昭和六〇・四・二二（判時一一五九号九〇頁）は、「医師の説明義務というものは、医師が診断又は治療のため、患者の肉体の無傷性に対する侵襲行為、すなわち手術に代表されるように外形としては身体への侵害と考えられる医療行為をするについて原則として患者の有効な承諾を得る必要があるので、その承諾を取る前提として、医師が患者に判断資料を与えるために説明をする義務という意味で一般に認められるところであり」と、違法性を阻却するために説明義務が認められるというような判例も見られる。

さらに、仙台高判平成六・一二・一五（判時一五三六号五九頁）は、「個人は、自己の肉体のあらゆる問題につき、これを自らの意思に基づいて決定する基本的な権利を有しており、その一環として、患者は、手術によって自己の肉体に医的損傷が加えられる事を承諾するかどうかをその自由意思に基づいて決定する権利を有するものである。…中略…その前提として、患者には、手術の目的、方法及び内容のみならず、手術の危険性、手術による後遺障害発生の危険性、手術に変わる治療手段の有無、手術をしない場合の予後の見通し等、承諾をするか否かを決めるにつき

考慮の対象となるべき情報が与えられる必要がある。そのため、医師には、これらの事柄、とりわけ当該手術が重大な危険性を伴うものである場合には専門的見地から、可能な限りその危険性のみならず、その発生頻度を具体的に患者に説明した上で、患者の自己決定にゆだねる義務がある」として患者の自己決定権に重点を置いた判例も見られる。

また、このように純粹な医療とは別に、歯科または美容整形に関する診療契約が存在する。東京地判昭和四七・一・九（判タ二八〇号三六三頁）は、「美容整形手術は本来疾病の治療を目的とするものではなく、人々の美しくありたいという願う美に対する憧れとか醜さに対する憂いといった人々の精神的な不満の解消を目的とした消極的な意味での医療行為である」とし、通常の医療行為とは一線を画していると受け取ることができる。また、広島地判平成六・三・三〇（判時一五三〇号九一頁）は、「一般に治療行為とは患者の身体に対する侵襲行為であるところ、美容整形は、その医学的必要性・緊急性が他の医療行為に比して乏しく、また、その目的がより美しくありたいという患者の主観的願望を満足させるところにあるから、美容整形外科手術を行うとする医師は、手術前に治療の方法・効果・副作用の有無等を説明し、患者の自己決定に必要かつ十分な判断材料を提供すべき義務があるといふべきである」と、同様の前提に基づいている。ところで、治療を目的とした医療は、契約の形態としては準委任契約であり、債務の内容については結果まで保障するものではないから手段債務であるとされている。これに対し、歯科・美容整形は自らをより綺麗に見せたいという目的があり、医師がある仕事を完成（目的の達成）することを約し、患者がその仕事の結果に対してその報酬を支払うことを約するのであるから請負契約と捉えられ、また、一定の効果や結果を達成させるための内容であるから、結果債務となる。

第二節 説明義務の種類と内容

これまで、医師の説明義務の法的根拠などについて見てきた。本節では、その具体的な内容として説明義務の種類と内容を見ていくことにする。

医師は患者に対し、診療・手術・治療方針・予後等など様々な説明義務を負うことになるが、これらについて学説などがどのように分類しているかを見ていくことにする。

まず、i. 診療・治療行為によって患者の身体が侵襲されるため、その侵襲について患者からの承諾を得るための説明義務、ii. 病気及びそれに対する治療、そして、病気それ自体による予後などが患者の人生にとって大きな転機をもたらす可能性が高く、患者の人生への自己決定権を確保するための説明義務、iii. 患者に生じる危険性のある死亡などの悪しき結果を避けるため、具体的には、転医など患者に対して適切な診療・治療を受けさせるため、また、患者に適切で、的確な療養状況を確保するための説明義務、iv. 患者に対し、それまでに行ってきた診療・治療を理解、納得させるための説明義務、v. それまでに行ってきた診療・治療経過の報告（顛末の報告^⑦）をするための説明義務^⑧。

また、次のように説明義務を分類している者もいる。すなわち、i. 患者の承諾を得るための説明義務、ii. 療養方法の指導としての説明義務、iii. 転医に関する指示・勧告としての説明義務、iv. 結果回避義務としての説明義務、v. 信義則上の義務としての説明義務、vi. 不本意な結果が発生した場合の事後の説明義務^⑨。

他にも、i. 承諾の前提としての説明義務、ii. 治療方法の選択としての説明義務、iii. 診療指導としての説明義務、iv. 患者の知る権利の保障としての説明義務、v. 顛末報告としての説明義務^⑩、に分類している者もいる。さら

には、別の分類として、i. 患者の病状、ii. 実施予定治療行為の内容、iii. 予想される成果と付随する危険性（副作用を含む）、iv. 代替可能なほかの治療法、v. 当該治療を実施しなかった場合に予想される結果、それぞれについての説明義務が在るとする者もいる。^① 以上を手がかりに、患者のどのような情報について医師が説明義務を負うのかを見ていくことにする。

医療過誤訴訟における説明義務の範囲について、最高裁判例は次のように述べている。すなわち、最判昭和五六・六・一九（判時一〇一一号五五頁、判タ四四七号七八頁）は、「頭蓋骨陥没骨折の傷害を受けた患者の開頭手術を行う医師には、右手術の内容及びこれに伴う危険性を患者またはその法定代理人に対して説明する義務があるが、そのほかに、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、その要素が発現した場合の対処の準備状況等についてまで説明する義務はないものとした原審の判断は、正当としては認めることができる」とし、本件のような緊急時は、手術の内容及びこれに伴う危険性についてしか説明義務は認められていないとしている。本件は、緊急時という極めて限定された状況について判断されたものである。

また、地裁レベルではあるが、時間に余裕がある場合の判例として新潟地裁平成六・二・一〇（判時一五〇三号一二七頁）は、「医師は、緊急を要し時間的余裕がないなどの特別の事情がない限り、患者において当該治療を受けるかどうかを判断、決定する前提として、患者の現症状その原因、当該治療行為を採用する理由、治療行為の具体的内容、治療行為に伴なう危険性の程度、治療を行った場合の改善の見込み、程度、当該治療を受けなかった場合の予後について、当時の医療水準に基づいて、できる限り具体的に説明する義務がある。」があるとしたものがある。さらに、熊本地判昭和五二・五・一一（判時八六三三七二頁）は、「生命の危険を伴なう手術を実施するに際しては、原

則として、患者の病状、手術の内容、手術による症状改善の程度、手術をしない場合の症状の程度、余命年数、手術における生命の危険性につき、患者があえて危険を伴っても手術を受けるか否かを自由かつ真摯に選択できるよう説明をする義務があることはいうまでもなく、かつ手術に伴なう生命の危険性については単に一般的の意味の危険性のみでなく、その施設における過去の実績についても判断の資料としてこれを説明すべき義務がある」と述べている。従って、緊急時以外の場合については、一、患者の現症状とその原因、二、手術による改善の程度、三、手術をしない場合の具体的予後内容、四、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、五、その要素が発現した場合の対処の準備状況等についても説明義務が及ぶ余地があるというべきである。

第三節 説明義務の判断基準

次に、以上の医師の説明義務が、どのような基準により患者に伝えられるべきかを見ておくことにする。医師の裁量や患者の自己決定権をどの程度重要視するかによって、言い換えれば、医師と患者どちらを主体として説明義務の基準を考えるべきなのか、という観点から以下四つの見解があるとされる。i. 合理的医師説。争いとなっている当該具体的状況において合理的な医師ならばどのような説明をなしたかを基準とする説。ii. 合理的患者説。当該具体的状況において合理的な患者ならば自己決定権の行使のためにどのような説明を必要としたかを基準とする説。iii. 具体的患者説。当該患者がその自己決定権の行使において重要視する情報の説明がなされたかを基準とする説。iv. 二重基準説または複合基準説。医師が患者との相互のコミュニケーションによって知りまたは知りうべき全事情に基づけば、当該患者がその自己決定権の行使において重要視するであろうことが認識可能であったその情報が説明された

かを基準とする説^⑫

ところで、医師が患者に対し、治療方針や病気の予後に関する情報を提供しても、患者にこの情報を理解する能力がなければ、医師の説明義務を全うできたというべきではない。そして、患者が医師から受けた説明を正しく理解し、その情報を基に自己決定することで理想的な関係が築かれることになる。そこで、次に説明の相手方とその判断能力についてみることにする。

第四節 説明の相手方

これまでにみてきたように、医療契約を根拠にすれば、医師は患者に対し説明義務を負うことになる。ところで、この相手方となる患者は通常、判断能力を有するものと考えられている。つまり、患者は医師の説明を理解し、それに対する承諾能力^⑬を有する者であると考えられている。しかし、患者の中には小さな子供であるとか、認知症患者と^⑭いうように、精神が未発達であったり、精神に障害等がある場合など、判断能力ないし承諾能力のない者もいる。このような者が患者である場合、その者が下した判断はどのように取り扱われるべきなのか、また、このような場合には、医師の説明義務の相手方や医師が承諾をもらう相手は誰になるのか、が問題となる。さらに、患者本人以外からの承諾を認めることになれば、自己決定権と抵触する場合もでてくるであろう。どのような理論構成をとるべきであろうか。このような視点から、この問題が判例や学説においてどのように取り扱われているのか見ていくことにする。

まず、患者が判断能力や承諾能力を持つか不明の場合に、医師の説明義務の相手方に関する原則を示したものと^⑮して、前記の最判昭和五六・六・一九がある。すなわち、この判例は「頭蓋骨陥没骨折の傷害を受けた患者の開頭手術

を行う医師には、右手術の内容及びこれに伴う危険性を患者またはその法定代理人に対して説明する義務がある」

（判時一〇一一号五五頁）と述べている。

学説は一般的に年齢を一応の目安にしているが、個々具体的な患者ごとにその判断能力ないし承諾能力の有無を判断しているようである。

そして、患者の判断能力ないし承諾能力が十分でないと判断された場合、誰が説明や承諾の相手方となるかが問題となる。判断能力が十分ではない未成年者が患者である場合と認知症患者や精神に障害等を持つ場合につき、説明と承諾の相手方が誰であるかということが問題となっている事例をいくつか見てみることにする。

まず、患者が未成年の場合につき、東京地判昭和四九・一一・一一（判時七八六号六一頁）は、「潜在的には生命、身体に対するかなりの危険を内蔵するものと考えられるうえ、前記認定事実を総合すれば、原告X（一四歳の未成年患者）は高血圧症状につき診断、治療を受ける目的で東大病院小児科に入院したが、当時同原告X及びこれに付き添っていた原告XⅠ（母親）はいずれも腎バイオプシーにつき予備知識ないし経験の有せず、したがって腎バイオプシーは当初の診療委任ないし医療契約の内容となっていなかったことが窺われるから、被告Y（医師）としては、原告Xに対し腎バイオプシーを施行するに先立ち、同原告X及び原告XⅠに対し、右検査の施術内容、有効性あるいは危険性等につき説明を加えたうえ、その承諾を得るべき義務を負っていたものというべきである」としている。本事例においては、承諾能力について争った形跡は見られないが、一四歳の未成年患者と母親の両方に承諾義務を負わせているという点に疑問が残る。

また、横浜地判昭和五四・二・八（判時九四一号八四頁）は、「医師の診療行為の内容については、医師の裁量に委ねられたものと認めるべき範囲が相当程度存在するとしても、診療行為は患者の身体に対する侵襲を伴うものであ

るから、ことの性質上、右診療行為中には、患者の承諾を得ない限り許容されないものがあると解されるところ、本件についてこれをみると本件手術は、傷痕から引きつれが生じひざの伸びが悪くなることを予防する目的でなされたものであることが認められるが、これを実施しないことにより患者である訴外A（六歳の少年）の生命に危険が生じるといえるのではなく、これを行うべき緊急性がなかったことは当事者間に争いがなく、かつ、患者が僅か六歳の小児でその父親が右手術の要否に疑問を持ち、これに関する詳細な説明を医師に求めていたのであるから、特段の事情のない限り右父親ら両親の承諾を得たうえで本件手術はなされるべきであつたというべきであり、そしてこれが特別の事情及び両親の承諾についてはこれを認めるに足りないから本件手術は違法であつたというべきである」としてゐる。

他にも、札幌高判昭和五六・五・二七（判時一〇二〇号五七頁）は、「右認定事実によれば、控訴人X1（父親）は冬期休暇中の手術を希望して被告病院における診断を受けさせるについてはもとより、同病院において右手術を受けさせるについても、全てこれを了承のうえ、その旨を医師に伝達することを控訴人X2（母親）に委ねていたものであり、控訴人X2からその旨被控訴人Yに伝えられたものであると推認することができ、これに反する控訴人X1の当番における供述はとうてい措信できない。してみれば、本件手術は親権者の承諾のもとに行われたものであるから、それが代諾権者の同意を欠く違法のものである旨の控訴人らの主張は失当である」としている。これによれば、一三歳の未成年患者への虫垂炎切除手術につき、父親が承諾していることを母親が医師に伝えたと推認することができる、として違法ではないとしている。

以上の判例から、説明の相手方や承諾をもらう相手方は、未成年患者本人と両親の一方で足りる場合、未成年患者本人と両親の全てが求められる場合、未成年患者を除く両親、が挙げられる。両親と、両親の一方とで違いが生じて

いるものの、判断能力が十分ではない未成年者が患者である場合、両親もしくは両親の一方の承諾が必要であることを当然の前提とされているようである。

しかしながら、患者の承諾が自己決定権の行使であるという前提を鑑みると、前記札幌高裁昭和五六・五・二七のように一四歳の未成年者が患者であるときは、自己決定権を軽視していると言わざるを得ない。確かに、患者が未成年者の場合、判断能力や承諾能力に乏しいと評価されることは、致しかたないところである。また、医師が未成年患者に説明をし、承諾を求めるのは非効率的で煩雑であるという批判もあるだろう。さらに、医師の説明は成人といえども理解し難いほどに高度である場合があることも否めない。しかし、医師による説明を未成年患者本人が単独で受け、それに基づいて自己決定権行使としての承諾を単独で行うのではなく、医師や両親は共に協力して未成年者である患者にその説明を理解させ、患者が医師に対し自己決定権行使としての承諾をさせる、といった役目を果たすべきではないだろうか。従って、治療に際して時間的余裕があれば、未成年者といえども自己の病気について説明を受け、自己決定権の行使としての承諾を求められるのが正当であり、幼いからという理由だけで自己決定権を剥奪されるような理論は認めるべきではないと考える。

次に、認知症や精神疾患の者に対するこの問題についての裁判上の取り扱いとしては、精神病疾患の患者に対して行われたロボットミール手術に関する事例がある。この事案当時において、ロボットミール手術の標準的な術式は、こめかみに小さな穴を開け、そこから細い刃を挿入し前頭葉の白質を切断するという方法がとられていたようである。現在のように内視鏡等で患部を見ながら切除するといった手法ではなく、原始的に手探りで切除されていた。当然ながら、手技上のミスが起きると精神活動に障害につながりやすい。札幌地判昭和五三・九・二九（判時九一四号一〇一頁）は、「医師が患者の身体に対し手術を行う場合には、それが適法たるためには、原則として患者の治療及び入院の申

込とは別の当該手術実施についての患者自身の承諾を得ることを要するものと解すべく、承諾を得ないでなされた手術は、患者の身体に対する違法な侵害となるものといわなければならない。蓋し、患者は自己の身体に対する侵襲を含む治療を受けるか否かを決定する権利を保留しているものといふべきだからである。従つて医師はその手術につき患者が承諾するかどうかを確認すべきである。尤も患者の生命の危険、または身体若しくは健康を著しく害する危険に迫る緊急の虞のあるとき、承諾のための事情を説明することにより、それが患者の精神的な重い負担となり、そのための結果が甚だ悪くなることが予想されるとき等の場合には、承諾がなくても適法と認めうる余地がある。そしてかかる承諾は患者本人において自己の状態、当該医療行為の意義・内容及びそれに伴う危険性の程度につき認識しうる程度の能力を備えている状況にないときは、格別かかる程度の能力を有する以上、本人の承諾を要するものと解するのが相当である。従つて精神障害者あるいは未成年であつても、右能力を有する以上、その本人の承諾を要するものといわなければならない。」つまり、患者はもともと精神病質ではあつたが、自己の状態、医療行為の内容、意義、危険性等について認識しうる者であつたので上記手術に際しては妻の同意のみならず本人の同意も必要であるとされている。

第五節 説明義務が免除又は軽減される場合

これまで見てきたように、一般に、医師は原則として患者に対し説明義務を負う。しかし、例外的には説明をしなくてもよい場合や、むしろ説明をしないほうが好ましい場合、が存在する。

中村判事は、医師に説明義務が発生しない場合と医師が説明義務を免れる場合、という二つにわけ、そこからさら

に細分化を試みている。まず、医師に説明義務が発生しない場合として、i. 確定診断がついていない場合（経過観察を含む）における疾病それ自体について、ii. 当該医師の今後の診療により容易に治療可能な場合、疾病それ自体により身体が損なわれる程度が小さい場合における疾病それ自体について、iii. 疾病それ自体が予見できない場合における疾病それ自体について、iv. 予防接種の場合、を挙げている。次に、医師が説明義務を免れる場合として、i. 説明をする暇なき場合、ii. 医療行為から当然予想される侵襲（悪しき結果発生）の危険性が少ない場合、iii. 患者が意識不明等説明を理解し、理解に基づいて判断する能力なき場合、iv. 医療水準上、治療方法として確立されていない場合、v. 説明をすることによって患者に対し、いたずらに不安を助長する場合、vi. 患者が説明の放棄をしている場合、vii. 患者が手術の意味とそれによる危険性を認識し、また当然認識しうるべき場合、viii. その他の場合として、手術をしないことの不利益と手術を実施することの利益との圧倒的な衡量上の大差のある場合、とに分けている。¹⁴

また、稲田判事は説明義務が排除される場合としては、i. 緊急の場合、ii. 説明が患者に悪影響を及ぼすとき、iii. 患者が手術の意味（と危険性）を認識し、又当然認識しうるべき場合、iv. 法律に特別の規定があるとき、とに分けている。¹⁵

以上をまとめると、医師の説明義務が免除または軽減される場合としては、（一）緊急治療の場合、（二）患者がすでに説明の内容を理解している場合、（三）患者が説明を放棄している場合、（四）医療水準が確立されていない治療方法の場合、（五）治療が容易であり、患者に対する肉体的侵襲が軽微な場合、（六）医師の説明が患者に対し悪影響を及ぼす恐れある場合、とが考えられる。

（一）における緊急医療は、例えば、交通事故などで意識不明の患者に対する、救命としての治療行為であり、患

者の状況を家族等に説明をしている時間的余裕がない場合等が考えられる。(二)は、極端な例を用いれば、ある専門分野の医師が、自己の得意とする分野の疾病に羅患し、自ら患者となり同じ分野を専門とする、他の医師に自己の治療を任せた場合等が考えられる。(三)は、患者には自己決定権があり、又診療契約を前提とし、自らの病名等について説明を受ける権利があるとされているが、裏を返せば、病名を知らされたくないという自己決定の権利や医療契約における説明義務の免除として捉えることもでき、その権利を行使した場合等を考えることができる。但し、感染症など、二次感染を防ぐという観点から、病名を知らされたくないという患者の自己決定権と医師の説明義務が抵触する可能性も十分に考えることができる。(四)は、医療水準が確立されていない予見不可能な先端的治療法を実施する場合と考えられる。(五)は、例えば、擦り傷などの消毒というように、放置しておいても自然治癒力で完治するような場合等が考えられる。この際の消毒は、極めて軽微な肉体的侵襲であり、このような医師の行為を一から一〇まで患者に対し説明を行っている、病院の効率が低下するであろう。(六)は、非常に大きな問題を抱えている。つまり、不知の病を告知する問題などがこれにあたるからである。代表的な場合として癌が挙げることができる。つまり、癌治療といえば、手術において癌細胞を切除する外科療法、抗がん剤を投与して癌細胞を破壊する化学療法、X線やガンマ線等の放射線を照射することにより癌細胞の分裂を抑えるという放射線治療等、長い闘病生活を余儀なくされる。それにもかかわらず完治はしないという認識が未だに残っており、医師による癌告知が死の宣告と受け取られる時期もあった。このような医師から患者に対する死の宣告としての説明が、患者の精神に与える影響は計り知れず、患者の円滑な治療に支障が生ずる場合がある。そして、この医師による説明が癌告知という死の宣告と理解されていたときに、患者本人に対する癌告知に関するものとして最判平成七・四・二五(民集四九卷四号一一六三頁、判時一五三〇号五三頁、判タ八七七号一七一頁)がある。これは、腹痛を機に受診した患者が胆のう癌と診断をされたが、

実際には別の病名を告知され、手遅れとなった事案である。本判決は、「患者に対して真実と異なる病名を告げた医師としては、患者が治療に協力するための配慮として、その家族に対して真実の病名を告げるべきかどうかとも検討する必要があるが、医師にとっては、患者は初診の患者でその家族関係や治療に対する家族の協力の見込みも不明であり、医師としては、患者に対して手術の必要な重度の胆石症と説明して入院の同意を得ていたのであるから、入院後に患者の家族の中から適当なものを選んで検査結果等を説明しようとしたことが不条理であるということではない。そして、前期認定事実によれば、患者がその後に医師に相談せずに入院を中止したために、医師が患者の家族への説明の機会を失ったというのであるから、結果として家族に対する説明がなかったとしても、これを医師の責めに帰せしめることは相当でない」としている。つまり、医師が癌患者本人に対し、虚偽の病名を告げたことをやむを得ないとした。

また、家族に対する癌告知に関するものとして、最判平成一四・九・二四（判時一八〇三号二八頁、判タ一一〇六号八七頁）がある。この事例において患者は進行性末期の肺癌に罹患しており、有効な治療方法はなく、疼痛治療しか施せない状況にあった。医師は癌の告知することは相当でないと判断し、患者に対し患者の家族の同行を求めたが、患者に断られた。その後、患者は治療の効果が見られないので他の病院を受診したところ、同病院の医師から家族に対し末期癌である旨が説明された。患者は自己が末期癌に罹患していることを知ることなく死亡するに至った。本判決は、「ところで、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要性に照らすと、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さらに

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時には、その診断結果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の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」としている。原則として、医師は患者本人に告知すべきであるが、患者の状況如何によっては医師の裁量によって患者の家族に告知すべきとの判断であろう。

従来、癌告知の場合、本人に対しては医師の裁量に委ねられると考えられており、本人に告知できない場合は家族に対して告知するかどうかが問題となっていた。近年では家族に対する告知に関しては、もはや義務という領域にまで昇華された。ただし、この家族に対する告知の法的根拠は不明であり、疑問視する見解として「家族であっても病名の告知を媒介として他人の『私』への介入が、しかも本人の与り知らないところで無原則的になされてよいはずはないだけでなく、そもそも家族が患者本人に代わって病名告知を受けるべき根拠が不明確なのである」¹⁶⁾等がある。言い換えるならば、医療契約の当事者は医師と患者であり、当該契約当事者以外の家族に対して告知をする法的根拠が明らかにされていない、とされている。

また、前記最判平成一四・九・二四において、「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つてのその診断結果の重要性に照らすと、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さら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

断できた時には、その診断結果を説明すべき義務を負う」と示されているように、医師が患者の家族から誰かを選定し、選ばれた家族に対し告知するか否かを検討するとなれば、通常の医師の業務からは、かけ離れた負担を与えることになり、益々医師に負担を強いることにならないであろうか。

これら癌告知の問題は、他の不知の病の告知問題と同様に考えることができる。ただし、今日において癌は多種多様に存在し、一言に癌とされても死に至るほど深刻ではない場合も存在する。

第六節 医師の裁量権と患者の自己決定

ところで、医師には患者の治療行為について裁量権を有するといわれるが、これは治療手段が多数あり、そのいずれもが、医学の立場から承認を受けているときは、医師がそのうちの一つを選んだということによって医療過誤としての責任を追及されることはないという原則、としている者がいる。¹⁷⁾ 診断や治療等の医療行為が医師の裁量権の範囲であるというには、その医療行為が医療水準に基づいており注意義務違反がなかったことを意味するものである。であるから、医療行為が裁量権の範囲以内であれば、医師の法的責任は問われない、ということになる。

前節において、患者が説明を受ける権利とそれに対する医師の裁量権を一瞥した。医師の裁量権といった場合、二つの場面での裁量権が考えられる。それは、治療行為における医師の裁量権と医師の説明義務に関しての裁量権である。

以下、これら二種類の医師の裁量権と患者の自己決定権との関係についてみていくことにする。まず、医師の治療行為における裁量権に関しては、次のような場合が考えられる。体に不調を感じ通院した患者が、医師の診断を受け

た後に「任せます」と言うことがある。患者の病気が比較的軽微なものであれば、薬剤を処方してもらい自宅療養となるであろう。この場合の患者は、自己の病気について軽微なものであるとの認識を有していると考えてられ、そのための治療としては投薬や注射等の身体に対する侵襲が軽微な治療行為を受けるといふ認識を有していることが推測される。そして、投薬や注射等の軽微な肉体的侵襲であれば、特に異論を申し出る必要もないので、医師に対し「任せます」と言うのであろう。ところが、医師の治療が患者の予想を超えるほどの肉体的侵襲を伴う必要がある場合には、患者は医師に対し「任せます」とは言わないであらう。つまり、患者が医師に対して言うところの「任せます」とは、患者に対する治療方法を医師が自己の膨大な知識や経験等の自由裁量において決定し、その医師が下した治療方針に患者は全面的に協力する、という意味表示である。

また、この自由裁量により医師が実際に行った治療と、自己決定権を基に患者が求める治療が時として食い違う場合がある。そして、この医師の裁量権と患者の自己決定権が食い違う場合にはどちら権限が優越するのか、という問題が生じるのである。これに関する代表的な事例には、最判平成一二・二・二九（最判民集五四卷二五八二頁、判時一七一〇号九七頁、判タ一〇三二号一五八頁）がある。これはエホバの証人（宗教上の理由によりその信者が輸血を制限されている場合。その根拠となるのは、創世記第九章のノアの契約、レビ記十七章を中心とするモーセの律法、使徒一五章の「使徒の布告」と言われている。）の信者である患者が輸血をせずに治療したいという意思表示をしていたにもかかわらず、医師が裁量によって輸血を行った。患者はその五年後に死亡した。この事件の第一審である東京地判平成九・三・一二（判タ九六四号八二頁）は、医療が患者の治療を目的とし救命することを第一目標とすると、人の生命は崇高な価値を持つものであり、輸血以外に救命の方法がない場合には輸血をするという方針を説明しなかったことは、医師らの行った輸血は救命義務に鑑みれば違法とはいえず、生命を救うためには正当な行為である、

と原告である患者遺族の訴えを退けた。第二審である、東京高判平成一〇・二・九（判時一六二九号三四頁、判タ九六五号八三頁）は、医師らには、患者が絶対的無輸血を希望していると認識した以上、無輸血での手術が困難である可能性がある場合には、患者に対して輸血をするという治療方針を患者に説明すべき義務がある。そして、この説明をしなかった結果、患者は輸血を拒否して他の医療機関での治療を受けるか、輸血される可能性を受け入れて、そのまま治療を続けるかの選択の機会を奪われた。本件輸血は救命のために必要であったことは認められるが、前記の説明がされていれば、患者は本件手術を受けることもなかったのであるから、救命に必要であったことをもって違法性阻却事由には該当しない、と原告の訴えを一部認容している。終審である最判平成一二・二・二九は、「患者が輸血を受けることは自己の宗教上の理念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思を決定する権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない。そして、患者が、宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることは拒否するとの固い意思を有しており、輸血を伴わない手術を受けることができる」と期待して医科研に入院したことを医師らが知っていたなどの本件事実関係の下では、医師らは、手術の際に輸血以外には救命手段がない事態が生ずる可能性を否定し難いと判断した場合には、患者に対し、医科研としてはそのような事態に至った時には輸血するとの方針を採っていることを説明して、医科研への入院を継続した上、医師らの下で本件手術を受けるか否かを患者自身の意思決定にゆだねるべきであったと解するのが相当である」（判時一七一〇号九九頁）と原審の判断を支持した。この事例においては患者の輸血の拒否という行為は医師らからみれば自殺願望と受け取ることができ、自殺の補助ともいうべき公序良俗に反するものとみることができ、信用上の理由からの輸血拒否は自殺願望とは決定的に異なるものであり、その輸血拒否の意思決定は人間の尊厳に基づくものとして尊重されるべきであらう。

次に、医師の説明義務に關しての裁量權に關するものとして、東京高判平成三・一一・二一（判時一四一四号五九頁）は次のように述べている。變形性股関節症に罹患した女性に對する手術において「医師が患者に對し手術のような医学的侵襲を行うに際しては、原則として、患者の承諾を得る前提として、病状、治療方法、その治療に伴う危険性等について、當時の医療水準に照らし相当と認められる事項を患者に對し説明すべきであり、右説明を欠いたために患者に不利益な結果を生じせしめた時には、法的責任を免れないと解されるが、その説明の程度、方法については、具体的な病状、患者に与える影響の重大性、患者の知識・性格等を考慮した医師の合理的裁量に委ねざるを得ない部分が多いものと解される」としている。

第三章 おわりに

第一節 要約

以上縷々述べたことについて私見を述べるに先立って簡単に要約しておくことにする。医師と患者との間でなされる治療のための医療契約は準委任契約とされ、そこから発生する医師の債務は患者の病気の治癒を保証する性格ではないことから手段債務とされている。

これに對し、歯科・美容整形における契約は、医師がある目的の達成を約し、患者がその仕事の結果に對してその報酬を支払うことを約することであるから請負契約と捉えられ、一定の効果や結果を達成させるための内容であるから、結果債務とされている。

そして、医師と患者が結んだ医療契約に付随する医師の債務として、医師は患者に対し説明義務を負うとされている。他にも、説明義務の発生根拠としては、患者の承諾を得ることで医師の患者に対する侵襲という行為の違法性が阻却される説明義務があることや、治療行為や病気が患者の身体に大きな影響を及ぼす恐れがあるため、それについて患者の自己決定権を確保するためになされる説明義務があるとされる。医師が患者に対して行う説明義務には、患者の承諾を得るための説明義務、療養方法の指導としての説明義務、転医に関する指示・勧告としての説明義務、結果回避義務としての説明義務、不本意な結果が発生した場合の事後の説明義務等、この他にも様々な存在するとみられている。原則として、医師は患者に対し、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、その要素が発現した場合の対処の準備状況等について説明義務があるとみるべきであろう。

これらの説明がなされる相手方は、原則として患者とされている。そして、患者本人が判断能力を有する場合には問題は無いが、患者が医師の説明を理解し判断する能力、それに対する承諾能力を有しない場合については、患者に加え法定代理人への説明と承諾が必要とされる場合がある。

しかしながら、医師の説明義務が免除または軽減される例外的な場合がある。緊急治療の場合、患者がすでに説明の内容を理解している場合、患者が説明を放棄している場合、医療水準が確立されていない治療方法の場合、治療が容易であり、患者に対する肉体的侵襲が軽微な場合、医師の説明が患者に対し悪影響を及ぼす恐れある場合等がそれにあたる。この中で、医師の説明が患者に対し悪影響を及ぼす恐れある場合は特に大きな問題を含んでいる。それは、不知の病の告知についてである。不知の病が死に直結する場合は、医師から患者に対する説明が死の宣告となることがある。従って、患者の精神に与える影響は計り知れず、患者の円滑な治療に支障が生ずる虞がある。このような状

況下では、医師は患者本人に病名を伝えるべきではないと判断した場合、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時には、その診断結果を説明すべき義務を負うとされている。

次に、治療行為における医師の裁量権と医師の説明義務に關しての裁量権という二つの場面についてみてきた。前者については、やや特殊なケースを紹介した。ただし、実際の医療においても、患者の容態の急変などにより、患者の望む治療と医師の施した治療に差が生じることもあり得るであろう。最判平成一二・二・二九のように緊急性がなければ、医師と患者間で連絡を密に取ることによって、生じうる危険を回避するすべを検討できるというものである。また、後者については、説明の程度、方法については、具体的な病状、患者に与える影響の重大性、患者の知識・性格等を考慮した医師の合理的裁量に委ねざるを得ない部分が多いとされており、判断が極めて困難となる。

第二節 私見

以上見てきたが、特に未成年患者に対する取り扱いについて若干の私見を述べたい。第二章第四節でも触れているが、小さな子供であるとか、認知症患者であるとか、意識不明患者というように、精神が未発達であったり、精神に障害等を有していたり、正常な判断が一時的に表示できないような状態にある患者のように、判断能力や承諾能力が十分ではない者が、医師の説明を理解し治療を受けるかについて判断できるかというような問題が起こるのは前記の通りである。この問題から派生した代行判断や代諾と呼ばれる問題がある。すわなち、患者が未成年である場合などで、判断能力や承諾能力が欠如または不足していると判断された場合には、法定代理人が患者本人に代わり判断や承諾を行うとされている。しかし、親が信仰する宗教上の理由によって、その子供が輸血を要する手術を許されない場

合等に、この法理が問題となった。輸血を伴う手術となれば生命に対する侵襲の度合いも大きく、子供の命をも奪いかねない決定権を親に与えてよいものであろうか。本来の代諾の目的は、子供である未成年患者の最善の利益の範囲内で行われねばならない。未成年患者に承諾能力がないと判断されれば、本人の生命や身体に対する侵襲についての自己決定ができないばかりか、代諾の権利者に自己の身体における侵襲を決定する判断を委ねてしまうこととなる。

このような問題に対し、医療行為における未成年者の承諾能力は、未成年者に認められている様々な能力、すなわち、意思能力、身分行為上の行為能力、不法行為上の責任能力や、自己の法益を放棄する被害者の承諾能力などと共に同視することはできない。なぜならば、医療行為は自分の身体に直接影響を及ぼす行為であるので、承諾のない医療行為が違法であることを認識する必要があるのみならず、享受し得る利益と被り得る不利益を比較衡量して意思決定をしなければならないからである。承諾能力は、個人差や状況の違いもあり個々に判断しなければならないが、対象が成長途上にある未成年者であることを考慮すると、年齢を一応の客観的指標とするのが妥当であり、わが国でもフランスでも、一五歳位からという見解がある。しかし、一〇歳ないし一四歳であれば幼児引渡し請求にて子の意思が尊重されること、一四歳以上は刑法上責任能力があるとされること、自分自身の身体のみに関すること、医療行為は取り返しのつかないこと、承諾能力には絶対的かつ排他的な意味を持たせるものではないことを考えると、養子縁組の承諾や労働契約の締結などで承認されている一五歳よりも若干早く一四歳程度から、承諾能力を認めうる場合がある⁽¹⁸⁾と指摘する者もいるように、裁判上の通説見解を見直すべきではないかと考える。

〔注〕

- (1) 東京高判昭和五〇・一・三〇判例時報（以下「判時」）七七三号八二頁。
- (2) 植木哲「医療水準（論）に関する一管見」判例タイムズ（以下「判タ」）一九二二号五五頁 二〇〇五年。
- (3) 奥田昌道「債権総論「増補版」」悠々社一九九二年六八頁。
- (4) 塚原朋一「民事責任の構造」債務不履行構成と不法行為構成」山口和男・林豊 編『現代民事裁判の課題⑨医療過誤』新日本法規出版一九九一年八三頁。

- (5) 山田卓生編『新・現代損害賠償法 講座1』日本評論社一九九七年二〇三頁。
- (6) 伊澤純「医療過誤における医師の説明義務」（2）成城法学士六四号二〇〇一年一二三頁。
- (7) 顛末報告について少し触れておくことにする。通常の医療契約によれば、準委任契約を根拠として、医師は患者に対して診察の結果、治療の方法、その結果等を説明する義務を負う。ところで、不幸にも患者が死亡するに至ってしまった場合には、片方の医療契約者である患者が不在になることによって、医療契約は終了し、残された遺族は死因について知ることにはできないのであろうかという問題が生じる。例を挙げるならば、事故死であるか自然死や病死であるのかわからないような状態等が考えられる。判例は患者死亡の場合の医師の説明義務（顛末報告）に関して次のように述べている。広島地判平成四・一二・二一（判タ八一四号二一〇頁）は、「生命の重要性、これを前提に高度の専門的知識を有する者が特別の資格に基づいて行う業務とされる医療の特殊性、医師が患者に対する診療契約関係においては診療内容について報告義務を負うとされること、死亡の経過及び原因は多くの場合診療に当たった医師にしか容易には説明できず、少なくとも当該医師によって説明されるにふさわしい事項であることなどの事情を総合的に考慮すると、死亡の経過及び原因の説明と診療を行った医師に対して求める患者遺族側の心情ないし要求は、それが医師の本来の債務である診療行為の内容そのものには属しないことを踏まえても、なお、法的な保護に値するものと解するのが相当である。以上に述べたところによれば、自己が診療した患者が死亡するに至った場合、患者が死亡するに至った経緯・原因について、診療を通じて知り得た事実に基づいて、遺族に対し適切な説明を行うことも、医師の遺族に対する法的な義務であるといふべきである。もちろん、医師の本来の債務が患者の生命・健康の保持にあることはいうまでもないことであり、医師が遺族に対して前記の説明義務を負うとしても、それは医師が患者の診療に携わったことを契機とする、あくまでも付随的な義務としての性格と有するものと解するのが相当」

としている。

- (8) 中村哲「医師の説明義務とその範囲」『医療訴訟の実務的課題―患者と医師のあるべき姿を求めて―』判例タイムズ社二〇〇一年九三頁。

- (9) 中山博之「説明義務」浅井登美彦・園尾隆司編『現代裁判法体系7 医療過誤』新日本法規出版二〇〇〇年一三三頁。

- (10) 伊澤純「医療過誤における医師の説明義務」(2) 成城法学生六四号二〇〇一年一六二頁。

- (11) 多田利隆「日本における医療過誤訴訟(民事)の現状と課題」『北九州大学法政論集』第二〇巻四号一九九三年一九五頁。

- (12) 新美育文「医師の説明義務と患者の同意」加藤一郎・米倉明編『ジュリスト増刊 民法の争点II』有斐閣一九八五年二三頁。

- (13) 「患者本人において自己の状態、当該医療行為の意義、内容、及びそれに伴う危険性の程度につき認識しうる程度の能力」札幌地判昭和五三・九・二九判タ三六八号一三三頁

- (14) 中村哲「医師の説明と患者の判断・同意について」判タ七七三号一二頁

- (15) 稲田龍樹「説明義務(1)」根元久編『裁判実務大系17 医療過誤訴訟法』青林書院一九九〇年一九七頁

- (16) 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第一五号二〇〇一年一四六頁

- (17) 町野朔「患者の自己決定権」日本医事法学会編『医事法学叢書1 医師・患者の関係』日本評論社一九八六年五五頁

- (18) 寺沢知子「未成年者への医療行為と承諾三・完 ―「代諾」構成の再検討―」民商法雑誌一〇七一―一六二一九九二年六二頁