

Doctor's duty of explanation (informed consent) about a choice of therapy

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/3837

《研究ノート》

療法選択をめぐる医師の説明義務について

——最近の最高裁判決から——

一 はじめに

二 最高裁平成一七年九月八日判決

1 事案の概要と裁判の経過

2 検討

(1) 医師の注意義務とその判断要素

(2) 分娩方法の選択をめぐる患者の意思と医師の裁量

(3) 療法選択をめぐる近時の最高裁判決

(4) 小括

三 療法選択をめぐる医師の説明義務の根拠

1 医師の説明義務と患者の自己決定

2 学説・裁判例における医師の説明義務の根拠

3 患者の自己決定と医師患者関係

4 医師の債務内容と患者の自己決定

四 おわりに

川 副 加 奈

一 はじめに

学説では、従来、一般的に、医師の説明義務について、以下の二つの区分があるとされてきた。⁽¹⁾一つは、承諾の有効要件としての（自己決定権を保護法益とする）説明義務、今一つは、療養指導（転医勧告等を含む）としての説明義務である。さらに、近時に至っては、以上に掲げた診療前あるいは診療過程における説明類型には属さない第三の類型である診療後の義務として、顛末報告としての説明もまた医師の説明義務として論じられていることは周知の通りである。⁽²⁾従来より、第一の類型は、患者の自己決定権を根拠として、第二のそれは、診療契約より発生する医師の本質的義務を根拠として語られてきたものであり、厳密には、診療義務の一部を構成すると言える。⁽³⁾こうした類型化は、わが国における医事法学の展開の歴史を反映していると考えられるが、⁽⁴⁾その理論的有用性に疑問も呈されているところである。すなわち、いずれのタイプの説明義務も、患者の自己決定権を共通の淵源とするとの指摘である。⁽⁵⁾この点については、前提となる自己決定そのものについての検討も必要であるが、本稿は、最高裁平成一七年九月八日第一小法廷判決（以下、本件または本判決とする）を契機として、従来から学説において承認されてきたとされる、より自己決定権に直接由来すると位置づけられてきた第一の類型の説明義務、さらには、そのなかでも、療法選択という限局された場面に焦点をあてて若干の検討を行う。

二 最高裁平成一七年九月八日第一小法廷判決⁽⁶⁾

1 事実の概要と裁判の経過

【事実】X1とX2（妻：出産時三二歳）〔原告、控訴人兼付帯被控訴人、上告人〕は夫婦であり、平成五年八月三一日、

国立A病院（以下、本件病院とする）にて初めての妊娠が確認され、出産予定日は、平成六年五月一日と診断された（以下の日付は断りのない限り平成六年）。その後、本件病院の医師Y1〔被告、被控訴人兼附帯控訴人、被上告人〕（以下、Y1医師とする）の診察、検査を受けていたところ、二月九日に胎位が骨盤位（いわゆる逆子）であることが判明した。

四月一三日（妊娠三七週三日）の診察時に、母体の骨盤の形状や大きさに鑑みて、経膣分娩が可能であると判断し、X2に経膣分娩の方針を伝えた。

これを受けて、Xらは、胎児が骨盤位であるのに経膣分娩を行うことに不安を抱き、翌一四日にY1医師に対して帝王切開術による分娩の希望を伝えた。さらに、同月二〇日にもX2はその旨の希望を伝えた。しかし、これに対して、Y1医師は、（１）経膣分娩が可能であり、（２）分娩中に問題が生じればすぐに帝王切開術に移行することができ、（３）帝王切開術を行った場合には、手術部がうまく接合しないことがあることや、次回の出産で子宮破裂を起こす危険性があることなどを説明した。

その後、同月二七日にも、X2は帝王切開術による分娩の希望を伝えたが、Y1医師は、どんな場合にも帝王切開術に移ることができるから心配はない旨説明した（この日の検診時に、Y1医師は、超音波断層法を用いた測定によって、胎児の体重を三〇五七gと推定し、分娩時には殿位になるものと判断した。なお、これ以降、胎児の推定体重の測定は行われていない）。

同月二八日、Xらは、本件病院への入院手続を行った際にも、Y1医師は、Xらに対して、（１）骨盤位の場合の経膣分娩の経過や帝王切開術の危険性等のほか、（２）骨盤位の場合、前期破水をするとう胎児と産道との間を通して臍帯脱出を起こすことがあり、早期に対処しなければ胎児に危険が及ぶため、その場合には帝王切開術に移行することなどについて、経膣分娩を勧める口調で説明した。この際にも、X2は、逆子は臍帯がひっかかると聞いてい

るので帝王切開術をお願いしたいと申し入れたがY1医師は「この条件で産めなければ頭からでも産めない。もし産道で詰まったとしても、口から手を入れてあごを引っ張ればすぐに出る。もし分娩中に何か起こったらずいでも帝王切開に移れるのだから心配はない」と答えた。これに対して、X1は、「それでも心配ですので遠慮せずにごんごん切って下さい」と言い、あらかじめ手術承諾書を書いておくとも言ったが、Y1医師は、心配のしすぎであるとして、取り合わなかった。

その後、出産予定日を経過した五月九日（妊娠四一週一日）、内診により成熟の徴候が見られたため、Y1医師がX2に対して、同月一日から分娩誘発を行うことを説明した際、X2は、子供が大きくなっていると思うので下から産む自信がなく、帝王切開術にしてみたいとの希望を伝えたが、Y1医師は、予定日以降は胎児はそんなに育たないと答えた。

同月一日午後より、分娩誘発の処置を開始し、分娩監視装置による胎児心拍数の測定を開始した。翌二日の朝の内診で、当初の診断とは異なり、分娩時には、複殿位となると判断したが、子宮頸部が柔らかくなっていることなどから、このまま経膣分娩をさせることとし、陣痛促進剤の服用に代わって、同剤の点滴投与を開始した。同日、午後一時一八分ころには、陣痛がほぼ二分間隔で発現するようになり、午後三時三分ころには、胎児が膣外まで出てくる胎胞排臨の状態となったが、卵膜が強じんて自然に破膜しなかった。そこで、Y1医師は、分娩の遷延を避けるため人工破膜を行ったところ、破水後に臍帯の膣内脱出が起こり、胎児の心拍数が急激に低下した。Y1医師は、臍帯を子宮内に還納しようとしたが奏功せず、午後三時七分ころ、骨盤位牽出術を開始した。

その後、午後三時九分ころ、重度の仮死状態でXらの子が出生し、待機していた小児科医による蘇生措置が施されたが、午後七時二四分に死亡（死亡時の体重は三八二g、出生時の体重は約三七三〇g程度と推認されている）した（本件病院では、経膣分娩の経過中に帝王切開術に移行することのできる体制となっていたが、Y1医師は、破

水後に帝王切開術に移行しても、胎児の娩出まで少なくとも一五分程度の時間を要し、経膣分娩を続行させるよりも予後が悪いと判断して骨盤位牽出術を続行したものである。

そこで、Xらは、本件病院の設置者（国Y²（独立行政法人国立病院機構が承継）との間で、助産を委託する契約等を締結したことを前提に、Xらにおいて、胎児が骨盤位であることから帝王切開術による分娩を強く希望する旨をY¹医師に伝えていたにもかかわらず、Y¹医師が骨盤位の場合の経膣分娩の危険性や帝王切開術との利害得失について十分しなかったため、Xらが分娩方法について十分に検討した上で意思決定をする権利が奪われた結果、帝王切開術による分娩の機会を喪失し、子が死亡したなどと主張して、Y¹に対しては不法行為に基づき、本件病院の設置者Y²に対しては債務不履行又は不法行為に基づき、損害賠償を求めた。

争点は以下の各点である。①経膣分娩を選択したことについての注意義務違反の有無、②人工破膜の施行についての注意義務違反の有無、③Y¹医師によるXらの自己決定権侵害の有無、④Xらの損害額。

第一審（さいたま地裁川越支判平成一三年七月五日公刊物未登載）は、経膣分娩の選択、人工破膜の施行に関する過失は否定したが、Y¹によるXらの自己決定侵害を認め、Xらのそれぞれにつき一五〇万円ずつの慰謝料を認めた。

控訴審（東京高裁平成一四年三月一九日訟月四九卷三号七九九頁）は、Y¹によるXらに対する説明内容には、経膣分娩の優位性を強調した面があったが、その危険性や対応方法などの説明もなされており、また、Xらが骨盤位の場合の分娩について既に一応の知識を有していたことに鑑みれば、必要な説明がなされていたとして、Xらの自己意思決定をする権利を侵害したとはいえないとして、一審判決のYらの敗訴部分を取り消し、Xらの請求を棄却した。そこで、Xらが上告した。

【判旨】Y1の説明は、「Xらが胎児の最新の状況を認識し、経膈分娩の場合の危険性を具体的に理解した上で、Y1の下で経膈分娩を受け入れるか否かについて判断する機会を与える義務」を尽くしたとはいえないとして全員一致で破棄差戻。その理由として、①Xらは、胎児が骨盤位であることから経膈分娩に不安を抱き、Y1医師に対し、再三にわたり、帝王切開術を強く希望する旨を伝えていたこと、②これに対し、Y2医師は、Xらに対し、経膈分娩の危険性について一応の説明をしたものの、出産予定日を経過し子供が大きくなっていると思うので下から産む自信がない旨述べたX²に対して予定日以降は胎児はそんなに育たない旨答えたのみで、骨盤位の場合における分娩方法の選択に当たったことの重要な判断要素となる胎児の推定体重や胎位等について具体的な説明をせず、かえって、分娩中に何か起こったらずにでも帝王切開術に移行することができるから心配ないなどと極めて断定的な説明に終始し、経膈分娩を勧めたこと、③Xらは、帝王切開術についての強い希望を有しながらも、Y1医師の上記説明により、仮に分娩中に問題が発生した場合にはすぐに帝王切開術に移行されて胎児が安全に娩出され得るものと考え、Y1医師の下での経膈分娩を受け入れたこと、④しかし、実際には、本件A病院では、帝王切開術に移行するには一定の時間を要することから、経膈分娩の経過中に胎児に危険が生じ、直ちに胎児を娩出させる必要がある場合において、帝王切開術への移行が相当ではないと判断される事態が生ずることがあること、⑤出産約二週間前においては、胎児の体重は三〇五七gと推定されたものの、超音波測定による推定体重には一〇から一五％程度の誤差があるとされている上、出産までの二週間で更に約二〇〇g程度は増加するとされているので、出産時の体重が三五〇〇gを超えることも予想される状況にあったが、骨盤位で胎児の体重が三五〇〇g以上の場合には帝王切開術を行うべきものとする見解もあった。しかし、Y1医師は、平成六年四月二七日を最後に、胎児の推定体重を測定しなかったこと、⑥さらに、Y2医師は、同年五月一二日午前八時ころの内診で、複殿位であると判断しながら、Xらにこのことを告げず、陣痛促進剤の点滴投与を始め、同日午後三時三分ころ人工破膜を施行したこと、をあげた。

そして、以上の点に照らすと、「帝王切開術を希望するという上告人ら（Xら）の申出には医学的知見に照らし相応の理由があったといえることができるから、被上告人医師（Y1）は、これに配慮し、上告人らに対し、分娩誘発を開始するまでの間に、胎児のできるだけ新しい推定体重、胎位その他の骨盤位の場合における分娩方法の選択に当たつての重要な判断要素となる事項を挙げて、経膣分娩によるの方針が相当であるとする理由について具体的に説明するとともに、帝王切開術は移行までに一定の時間を要するから、移行することが相当でないと判断される緊急の事態も生じ得ることなどを告げ、その後、陣痛促進剤の点滴投与を始めるまでには、胎児が複殿位であることも告げて、上告人らが胎児の最新の状態を認識し、経膣分娩の場合の危険性を具体的に理解した上で、被上告人医師の下で経膣分娩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いうべきである」が、Y1医師のXらに対する説明は、「一般的な経膣分娩の危険性について一応の説明はしたもの、胎児の最新の状態とこれらに基づく経膣分娩の選択理由を十分に説明しなかった上、もし分娩中に何か起こったらすぐにでも帝王切開術に移れるのだから心配はないなどと異常事態が生じた場合の経膣分娩から帝王切開術への移行について誤解を与えるような説明をしたというのであるから、被上告人医師の上記説明は、上記義務を尽くしたものであるといえない」（カッコ内は引用者による）。

2 検討

（1）医師の注意義務とその判断要素

以上に見たように、本判決は、Y1医師は、Xらが同医師の下で経膣分娩を受け入れるか否かについて判断する機会を与える義務を尽くさなかったとして、その説明義務違反を認めた事案である。このような治療方法の選択をめぐる事案は医療過誤紛争一般に見られるものであり、ある治療法の実施が必要とされた場合、患者の状況や施術に

よる利害得失を衡量のうえ複数ある治療方法のなかからさらに具体的に特定の方式を選択することになる（なお、後述するように、療法選択をめぐる近時の最高裁判決に照らすと、本判決は、療法選択にかかる患者の意思およびその申出の存在を前提としている点に着目した判示の読み方をすべきであると思われるので、複数の療法が存在することが、それに関する患者の選択・決定を尊重することと直ちに結びつくものではないと考える）。このように、医療行為を行うにあたって、医師は、人の生命および健康を管理すべき業務（医業）に従事する者としてその業務の性質に照らして「危険防止のため実験上必要とされる最善の注意義務を要求され」、その注意義務については、未熟児網膜症をめぐる一連の裁判例の蓄積を経て「診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準」が基準とされるに至り、この医療水準は「当該医療機関の性格、所在地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮」して決せられるものであり「医師の注意義務の基準（規範）」となるものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行とは必ずしも一致するものではなく、医師が医療慣行に従った医療行為を行ったからといって、医療水準に従った注意義務を尽くしたと直ちにいうことはできない」として、医療慣行への追従は医師の免責理由にならないとされてきた。⁽¹⁾こうしてみると、医師の注意義務を判断する際には、「当該医療行為が医療水準に達しているか」（第一の要素）が重要な要素となることがわかる。しかし、重要なのはこの点に限るわけではない。医師には医療行為を行うにあたって一定の裁量が認められるため、患者が自らの身体や生命等について自ら決定する意思との間に衝突が生じることになる。そこで、「医師による裁量権の行使が妥当であるか」⁽²⁾（第二の要素）という点もまた注意義務判断における重要な要素であり、医療過誤事案において共通して横たわる問題といってもよい。注意義務判断における重要な要素は以上の二点と理解することができる。

（２）分娩方法の選択をめぐる患者の意思と医師の裁量

治療方法の選択といっても、そこには、さまざまなものが含まれるが、本件のような産科事案に着目すると、分娩方法をめぐる事案が比較的多い点を指摘することができるだろう。医療過誤訴訟における産科の割合は、他の診療科に比べると高く、そのなかでも骨盤位分娩は、産科においては訴訟となりやすいと言われている。⁽¹⁴⁾ もともと、分娩は、それが正常分娩であれば、一種の生理現象とも言え、疾患に対する治療行為をめぐって争われる医療過誤紛争とは若干状況を異にする（もともと、本件は、もはや正常分娩の域を超えているが）。しかし、それだけに、不幸にして何らかのアクシデントが起こった場合に当事者が受けるショックは大きいことはもちろんのこと、実際には、分娩方法の選択（経膈分娩によるか帝王切開術によるかという点はもちろん、前者によった場合には、さらに、吸引分娩によるか鉗子分娩によるか）をめぐり、その選択の適切さ（具体的適応）や帝王切開術への移行時期（タイミング）が争われる事案が少なくない（ただし、現実には、そのまま経膈分娩を続行するか、それとも帝王切開術に移行すべきかのまさに限界線上に位置し、いつでも帝王切開術に移行できるようにしておくいわゆるダブルセットアップ体制をとっていたとしても、恐らくは、移行するタイミングというほどの時間的余裕のない場合が多いだろう）。帝王切開術は、経膈分娩の実施が胎児あるいは母体にとって危険な場合（胎児仮死や子宮破裂が予想されるときなど）や不能な場合（狭骨盤、胎位の異常、全前置胎盤、切迫子宮破裂、児頭骨盤不均衡など）に適応があり速やかな遂娩を可能にする一方で、経膈分娩に比べると侵襲性が高く、出血量も増え、感染のリスクも高まるという母体へのデメリットもあるため、選択の有無に関わらず事案が存在する。先ず、本件と同様に帝王切開術による分娩を選択しなかった事案としては、①東京地判昭和五五年一月六日（判時九九五号六七頁）、②大阪地判昭和五七年三月四日（判時一〇五六号二二三頁）、③東京地判平成一四年二月二五日（医療訴訟ケースファイル・産婦人科五事件）、④大阪地判平成一五年五月二八日（医療訴訟ケースファイル・産婦人科八事件）、⑤東京地判平成一五年九月一九日（医療訴訟ケースファイル・産婦人科九事件）などがある。次に、帝王切開術による分娩を選択したがその適応や移行

時期をめぐる事案としては、⑥東京高判昭和六一年三月二七日（判時一一八九号五三頁）、⑦浦和地判平成八年二月二八日（判タ九二七号二八頁）、⑧東京地判平成一四年五月二〇日（医療訴訟ケースファイル・産婦人科二事件）、⑨東京地判平成一五年二月二八日（医療訴訟ケースファイル・産婦人科七事件）などがある。

本稿との関連では、①判決が、患者による療法（今の場合、分娩方法）の指定と医師の裁量権の關係について「…そもそも医療行為については、医師の高度な専門的・技術的判断を要することから、医学界の一般的水準の範囲内での医師の自由裁量の余地を認めるべきであり、原則的に医療行為の選択は患者からする指定になじまない性質のものである」と判示し、療法の選択は、「医療水準」（前述の注意義務判断における第一の要素）の範囲内においては「医師の裁量」（第二の要素）であるとしている。⁽¹⁸⁾

（3）療法選択をめぐる近時の最高裁判決

以上のように、療法をめぐる患者の希望が医師の裁量と対立するものとして現れる場合、裁量権の行使は「医療水準」のフィルターに通すことになるため、本件の場合、医学的観点から当該患者からの希望（本件の場合、分娩方法の指定に関するXらからの申出）の評価（医学的相当性の有無）⁽²⁰⁾が問題となる。この点、Xらは再三にわたり（認定された事実を見ただけでも六回行われている）帝王切開術を希望する旨をY医師に伝えている。そして、本判決は、このXらの希望の申出について「医学的知見に照らして相応の理由があったということができる」とし、そのうえで、Y医師には、こうした医学的相当性のある申出に配慮した説明を行い、Xらに対して「Y医師の下で経膈分娩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いうべきである」が、その説明は誤解を与えるようなものであり、上記義務を尽くした説明とはいえないとして、説明義務違反を認めている。

もつとも、患者からの療法選択をめぐる希望の申出において考慮されるのは、申出のなされた療法が医療水準に

達するものであったか否かに必ずしも拘束されるわけではない。この点について参考となるのが、患者の望んだ療法（乳がんにおける乳房温存療法）が事件当時は未だ医療水準として未確立の療法（新規療法）であった事案に関する【最判平成一三年一月二七日（民集五五巻六号一一五四頁）】（以下、最高裁判平成一三年判決とする）である。

これは、医師の乳がん患者に対する乳房温存療法（当時は未だ医療水準として未確立の療法）についての説明義務を一定の要件のもとで認めた事案である（患者には胸筋温存乳房切除術が行われていた）。最高裁は、「・・・医者は後者〔医療水準として未確立の療法〕について常に説明義務を負うと解することはできない〔が〕・・・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・・・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」（「カッコ」内は引用者による）とされ（なお、差戻審では、説明義務違反による慰謝料（一〇〇万円）と弁護士費用（二〇万円）が認められている）、医師の説明義務が、医療水準に関わらず認められる余地があることを示している。²²この最高裁判平成一三年判決は、医師の裁量権の問題も含むものであり、この点について、エホバの証人輸血拒否事件に関する【最判平成一二年二月二九日（民集五四巻二五八二頁）】（以下、最高裁判平成一二年判決とする）も参考となるだろう。これは、肝臓がんに罹患した「エホバの証人」の信者が、信仰上の理由からいかなる事態になっても輸血を拒否していたところ、輸血以外に救命し得ない事態になった場合には輸血を行う方針が告げられることのないまま手術が実施され、出血が予想を上回り輸血が行われたため、輸血をせざるを得なくなる可能性のある手術を受けるか否かを意思決定する権利を奪われたとする人格権侵害等を理由に損害賠償を請求し、慰謝料（五〇万円）が認められた

事案である。最高裁は、「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、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、このような意思決定をする権利は、人格権の一種として尊重されなければなら」ず、医師は患者に対して、「輸血以外には救命手段がない・・・事態に至ったときには輸血するとの方針を採っていることを説明して・・・手術を受けるか否かを（患者）自身の意思決定に委ねるべきであった」（カッコ内は引用者による）とする。

ここで、本判決および上記二つの最高裁判決の特徴を整理するためにも、医師の説明義務が語られるようになった経緯を少し振り返っておきたい。もともと、患者の同意・承諾については、医的侵襲行為に対する違法性阻却のために、すなわち、医師による医療行為の正当化を目的として議論されたことに始まり、そこでは、医療の主体は医師であることが暗黙の前提となっていた。しかし、その後、次第に、重点が医師から患者へと移行するに伴って、患者は医療の単なる客体ではなく主体的な存在であり、その主体性を維持するために、患者は自らの意思で当該医療のプロセスに身をおくか否かを決定することが確認されるとともに、患者の同意・承諾は単なる文字通りの同意・承諾ではなく、医師から説明を受けたうえで行うことが確認されるようになり（いわゆる「インフォームド・コンセント」）、その前提として医師は説明義務を負うことが議論されるに至ったものである。こうした一連の流れの中で注目したいのは、患者に重点が移行した頃に医師の説明義務を語りはじめた初期の段階において問題とされたケースと本判決は、いずれも「医師の説明義務」という共通項を有するものの、両者は問題となっている場面を異にしているのではないかという点である。もちろん、重点が患者に移行した頃から議論の出発点は、医療における患者の主体性維持にあった。しかし、そこでは、本判決のように、患者側から何らかの希望が出されることを必ずしも前提としていなかったように見受けられる（もっとも、従来においても、患者からの申出があった事案は存在していた。たとえば、前掲②判決（大阪地判昭和五七年三月四日）（分娩方法をめぐる事案で、妊婦らが事前に医師に対して、子宮

口が堅いため陣痛が起こりにくい体質なので帝王切開術をして欲しい旨を申し入れていた事実が認められる。そうすると、前掲最高裁判平成一二年判決、一三年判決は、療法選択をめぐる医師の説明義務に関する最高裁判決として、いずれも、療法について患者が有していた選択・決定する意思を前提として医師の責任を認めており、この点に着目すると、本件同様、療法選択にかかる患者の意思およびその申出の存在を前提として、そして、それとの関係における医師の説明義務という問題を共有していると位置づけることができるだろう。⁽²³⁾⁽²⁴⁾

なお、従来から、医師の説明義務をめぐる問題は、何を、どの程度説明すべきか（客観的範囲の問題）⁽²⁵⁾について、その判断基準として、合理的医師説、合理的患者説、具体的患者説、二重基準説が唱えられている。しかし、たとえば、前掲最高裁判平成一三年判決については、「いずれかの説に立たなければ説明できないものではなく、いずれの説に立つかを明らかにしたものとはいえないであろう」と指摘されているように、個々の事案において、上記各説のいずれを採用したものであるかは必ずしも判然としないことも多く、また、元来、こうした基準はアメリカにおいてインフォームド・コンセント法理の胎動が芽生え、その後、展開・普及した歴史的背景を有することから、わが国においてはこうした演繹的手法によって説明義務の範囲を画定することへの疑問も呈されているのが現状である。本判決は、その点の説示はなく、二重基準説に近いアプローチを採用したとみるのがもっとも親和的であるとの見方が可能であるが、必然とまではいえず、むしろ、療法選択にかかる患者の意思およびその申出の存在を前提とした判断がなされたとみるべきであろう。⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾⁽³¹⁾

(4) 小括

本判決は、前掲最高裁判平成一二年判決および一三年判決を比較の素材とした場合、もちろん、異なる側面があることも否定できないが、療法選択をめぐる医師の説明義務という一つの観点からは、以上にみたように、共通する

側面も有している。また、本件のような、分娩方法の選択に関しては、そもそも、分娩は、それが正常分娩である限り、病気ではないのであるから、療法選択一般としてひとくくりにするよりは、何らかの特殊な考慮ファクター（たとえば、女性のライフスタイルの一つとして位置づけるなど）が働く余地もあるだろう。その他、時間的切迫性の観点にも着目しておく必要がある。すなわち、医師の説明義務が初めて認められた最判昭和五十六年六月一九日（判時一〇一一号五四頁）³²は、説明の有無が問題とされた手術は緊急性のあるものであったが、前掲最高裁平成一三年判決はいずれの療法で乳がん治療に望むかを選択するに十分な時間的余裕があったし、本件の場合も、本件病院での妊娠確認から出産にいたる約九ヶ月の時間的余裕があった事実であり、状況は若干異なる。理念としての説明義務ではなく、より実践的な説明義務とするためには、こうした時間的切迫性も考慮要因となるものと思われる。

以上のほか、本判決は、言及こそないものの、自己決定という考え方の意義、さらには、医師患者関係を考えさせる機縁を含むものであり、検討のための格好の素材を提供してくれるものと位置づけることができる。³³そこで、以下、医師の説明義務の観点から、これらの点を検討する前提材料を本判決から拾い上げ、以後の検討へとつなぐたい。

三 療法選択をめぐる医師の説明義務の根拠

1 医師の説明義務と患者の自己決定

本件や最高裁平成一二年および一三年判決が問題とするタイプの説明義務（有効な承諾要件としての説明義務）は、患者の自己決定とそれを保障するための医師の説明義務という枠組みの中で論じられることが多い。本件の場合、先ず、Xらが再三にわたり帝王切開術の希望をY1医師に伝えており、療法選択にかかる患者の意思およびその

申出の存在を前提としている点に着目した判示の読み方をすべきであり、その点で、最高裁平成二二年判決および一三年判決と共通基盤を有することは先に述べたとおりである。次に、Y1医師の説明は、こうしたXらの申出にもかかわらず、分娩方法の選択に当たって重要な要素を欠き具体性に乏しいばかりか、断定的な説明に終始し経膈分娩を勧めるものであったとされている。この点は、医師が裁量権を行使する前提としての具体的かつ十分な説明が求められるとする判断を示すものであり、医師の裁量を語るのであれば、その前提として、医師には、「患者がヨリ良い判断を行う前提となる説明・助言をすべき義務」（これは、医師が患者に対して負う契約上の債務の一環と見ることができよう⁽³⁴⁾）が課されてしかるべきであり、妥当である。もともと、そうした妥当性を一般論として容認するとしても、それが本件事案においてもなお妥当するかは一応分けて考えるべきである。そこで、医学的見地から本件の分娩経過をたどると、人工破膜の四分後に臍帯脱出を来たしたため骨盤位牽出術により、臍帯脱出の二分後には胎児が娩出しているので、出産の迅速性において問題はなく、骨盤位分娩は成功しているとみられ、このように帝王切開に移行する時間的余裕がない場合にまで医師の説明義務を認めた本判決は、やや結果論的思考に陥っている⁽³⁵⁾。しかし、Xらは、帝王切開術による分娩に対する強い希望を有しながらも、Y1医師によるこのような正確性を欠く十分な説明を受けたからこそ、万が一何か問題が生じて直ちに帝王切開術に切り替えることにより、胎児の娩出の安全性が確保される⁽³⁶⁾と考えてY1医師の下での経膈分娩を受け入れたのであり、仮に、正確かつ十分な説明がなされ、それでもなお、XらとY1医師との間に分娩方法の選択をめぐる意見の相違があったならば、Xらとしては、他の医療機関にて本件診療契約とは別にセカンドオピニオン契約を締結する、あるいは転医をする余地もあつたと考えられる。したがって、医療のように専門的かつ情報の偏在性が顕著な場合には、少なくとも本判決において正確さを欠く部分があつたとされた緊急事態における帝王切開術への移行の実行性や移行に要する時間などについて

は、いたずらに患者の期待や安心感を惹起したり誤解を与えたりすることのないような説明が求められるというべきであろう（これらの事項は、医学が未解明な部分も少なくないという学問としての性格に左右されないものといえるのではないか）。

以上により、次の二つのことを指摘することができる。第一は、本判決は、分娩方法の選択をめぐる、すべてを患者の選択・決定に委ねるといつているわけではなく、医師が、その医学的知見に基づき、当該患者にとつては帝王切開術に比べ経膈分娩がより適切であると考えらるならば、患者にその旨助言（あるいは、ときに説得）する裁量を否定するものではない。⁽³⁶⁾ 本件は、そうした裁量を語る前段階としての説明義務の違反があったとされた事案である。第二は、Xから出された幾度にもわたる帝王切開術を希望する旨の申出と、それに対するY医師の一連の応答からは、一般に、「専門的判断や技能に対する信頼は、その者の『人格』に対する信頼と容易に結びつく傾向」⁽³⁷⁾を見てとることができる。患者としては、医師が一定水準を満たした判断や医療技術を遂行してくれるものと期待することはもちろんであるが、さらにプラスアルファとして、自己のために最善を尽くしてくれる医師の人格に対する信頼も求めるものである。Xらとしては、セカンドオピニオンを求めたり、転医したりすることが可能であったにもかかわらず、それに結びつくような行動を起こさなかったことは、Y医師の人格に対するXらの信頼の表れともいえるのではないだろうか。

2 学説・裁判例における医師の説明義務の根拠

医師の説明義務、とりわけ、承諾の有効要件としての説明義務の根拠として、学説においては、患者の自己決定権（の保障）を据えるものが多く⁽³⁸⁾、なお、医師の説明義務の位置づけについては、従来は、医師の本体的債務としての診療債務とそれに付随する説明義務と、両者の関連性を必ずしも意識しない理解が通説であったが、⁽³⁹⁾今日の

学説においては、説明義務が診療契約を基礎に認められるものであるとし、両者の関連性を強く意識するとともに、「医療における給付の複合的性格」に着目した理解がほぼ異論なく共有されているとみてよいだろう⁽⁴⁰⁾、裁判例においても患者の自己決定権を医師の説明義務の根拠として掲げるものが少なくない⁽⁴¹⁾。

3 患者の自己決定と医師患者関係

ところで、これまでの最高裁は、治療方法の選択と医師の説明義務をめぐる事案において、「自己決定（権）」という用語を用いることなく判断している（最高裁平成一二年判決は、「人格権」として「宗教上の信念の基づき輸血を拒否する意思決定をする権利」と表現し「自己決定権」とは表現していないし、最高裁平成一三年判決も患者の意思の尊重を求める判示内容であるが、自己決定権への言及はない。そして、本判決についても「経膈分娩を受け入れるか否かについて判断する機会を与える義務」というのみで、自己決定権についての言及や判断はない）。このように、患者の自己決定権を重視する学説の傾向が看取される一方で、最高裁は、自己決定権への直接の言及については消極的な態度をとっていることが分かる⁽⁴³⁾。もともと、これは、「患者の自己決定権」と「医師の裁量権」という二項対立的な構造のもとで、後者の比重が大きく、前者が必ずしも重視されない傾向にあったかつての裁判例⁽⁴⁴⁾（樋口範雄教授の言葉を拝借すると「恩恵モデルの医師患者関係」に立つものといえる）とは明らかに一線を画するものであり、「患者の自己決定権」という考え方は、最高裁も否定するものではないだろうし（むしろ、それ自体は否定しないが、当該事案においては患者の自己決定権に対する侵害はないと判断したものといえるだろう）、下級審のなかには、「自己決定権」という用語を明示する判決も存在する⁽⁴⁵⁾。

このように、直接の言及の有無はさておき、少なくとも、自己決定権の考え方自体は認め、この考え方が、医師の説明義務を語るうえで重要な役割を果たしてきている。そうすると、問題となるのは、このような自己決定権の

考え方が一体いかなる意味を持つものとして認められてきたのか、そして、それと医師の説明義務との関係である。

近時、とりわけ医事法と呼ばれる分野においては、「インフォームド・コンセント」に代表されるように、自己の身体に関する患者の決定を「権利化」して保障し、その領域を次第に拡大させている。そこでは、患者が自らの身体に関して決定する権利を尊重し、その領域から、医師のパターナリズムを排除することが目的の一つとなってきた。しかし、本件のように、療法選択をめぐる患者の自己決定が問題となる場合、医師は、患者が望み選択するがままに療法を実施すれば良いわけではなく、医療を担う者として、適切な助言を（あるいは、ときに説得をも）しなければ診療契約の趣旨にかなった履行とは言えないわけであり、『自己決定権』は単なる精神的自由権とは異なり、医療という特殊な場におかれた患者が医師に対し自分の生命健康の回復維持を求めながらも、そうした状況のなかで自らの最終的な意思決定の自由を確保することを求める権利（身体の一体性にのつかった自己決定権）である⁽⁴⁶⁾。このように、医師のパターナリズムから患者の決定を保護するなど、かなり限局された問題での自己決定は尊重されてしかるべきであろうし、こうした場面で自己決定権概念を用いることにさほど異論はないものと思われる。しかし、自己決定の援用については、それが比較的容易に認められてきた医事法の分野においてさえ、一般には、相当に厳格な限定付けが必要であろう⁽⁴⁷⁾。

また、本稿で取り上げた事案とは対象を異にするが、自己決定権概念の適用が必ずしも妥当ではない領域が少なからず存在するほか、自己決定権をあまりに重視すれば、患者は、医師が機械的に（なかには、痛など、繊細な情報が含まれていることも十分考えられるが、極端な場合、そうした際に検討されるべき一切の配慮をも薙ぎ倒して）与え続ける選択肢のなかから決定を迫られる事態に陥る可能性もあり、このような状況のもとでは、⁽⁴⁸⁾良好な医師患者関係の構築など望めようもないだろう。以上のような自己決定権概念自体が内包する問題点も考え合わせると、自己決定権を前面に押し出すことなく、医師患者関係を基礎としても十分にこの類型の説明義務を根拠付け

ることが可能なのではないかと考えられる。そうすると、医師患者関係のとりえ方の問題を避けては通れないことになる。

この点、両者の関係を「契約関係」であるとの理解に立つと、診療契約の契約類型は、一般に、準委任契約（民法六五六条）と解されている。⁽⁵¹⁾ もつとも、こうした通説的見解に対しては、「委任に近い無名契約」とし、診療契約を準委任とするのは、それを典型契約の中に位置づけるならば、という前提のもとであり、委任の規定がすべてそのまま適用されるのは適当でないとの指摘や、さらに近時は、単に、準委任契約との法的性格付けを行うにとどまらず、医師患者関係の実態や当事者の意思に即した抜本的見直しの必要性も唱えられている。⁽⁵²⁾ このような、そもそも医師患者関係を契約関係として捉えることに否定的な見解の背景には、準委任として民法上の委任の規定を適用することによる不都合を指摘するもののほか、より医療現場の実態に着目するものが多い。具体的には、医療者側は医師患者関係を契約とする意識が希薄である（あるいはそう捉えることに対する一種の心理的抵抗を払拭できない）ことや、契約という裁判規範と医療現場における行為規範は相容れないこと、さらには、医師が負う義務の過度な強化を招き果てしなく拡大していくことへの懸念などが挙げられる。⁽⁵³⁾ さらに、より根本的な視点から、合理的経済人同士の経済的取引に関する法律論をそのままスライドさせてきたのであればそれ自体が問題であり、「患者・医師関係は、もともと対等ではないところから出発した理論構成が必要である」とも言われている。医療は、常に、行政上あるいはコストのうえで制約に服している側面があることは看過できないので、医師患者関係は、こうした点にも目を配りつつより複眼的な視点が要求される困難な問題といえるだろう。⁽⁵⁴⁾

このように、未だ議論のある問題であるが、専門的知識を有する者との間に成立する役務提供契約として委任が位置づけられてきた歴史的背景を想起したとき、医療が「役務（サービス）提供型の契約」であることを起点とすることには、今なおそれなりの意味を見出すことが許されるように思われる。そして、以上のような理解に立つと

き、医師患者関係の法的関係は「契約」であり、それは（呼称はともかく、民法典における）委任「的」な要素を含むものである点に鑑みると、さしあたりは、これを足がかりとしていくことになるだろう。⁽⁵⁶⁾

4 医師の債務内容と患者の自己決定

周知のとおり、委任は、ローマ法からの沿革の影響を強く受けた契約であり、聖職者・医師・弁護士・教師など高級かつ名誉職的な自由労務を対象とするものとして把握されていた。⁽⁵⁷⁾ こうしたローマ法の流れを汲んだヨーロッパ近代民法に倣ったのが日本民法典の委任である。そこで、本稿では、医師の債務内容に焦点をあてて、受任者の善管注意義務（民法六四四条）と、報告義務（民法六四五条）に着目したい。

医師は、受任者として、ローマ法の「良家父の注意」にその源を有する「善管注意義務」を負うことになるが（民法六四四条）、この内容が問題となる。一般に、「抽象的な一般人ではなく、具体的状況における行為者としての注意義務をいい、委任契約の信任関係から特に期待される誠実な受任者のなす義務」⁽⁵⁸⁾であると解されている。医師の善管注意義務の内容が、いわゆる東大輸血梅毒事件を嚆矢として展開を遂げていることは既に述べたとおりである。そして、受任者にはまた、報告義務も課されており（民法六四五条）、医師の説明義務の根拠条文とされる。

もともと、この民法六四五条の報告義務は民法六四四条の善管注意義務の一面面を表したものであり、それに由来するものとされるので、医師が負う説明義務は、善管注意義務の具体的内容の一つと位置づけられるだろう。

ところで、「患者の自己決定権」という言葉が登場した背景には、「一般的な医師・患者関係を考える議論のなかからではなく、医療事故をめぐる損害賠償の処理を通じて初めて自覚され登場するに至った」という経緯があった。⁽⁶⁰⁾ このように、患者の自己決定権という発想が、患者の権利保障と訴訟における被害者救済の点で医療過誤における損害賠償処理に一定の役割を果たしてきたことを想起すると、今度は、そこで認められるに至った医師の債務内容

をじっくりと検討する作業を進めるべきではないだろうか。つまり、委任の原点が委任者の利益を目的とするものであることを起点として、医師が、そうした目的を達するために負う債務という観点からの検討が必要であるように思われる。そこで、「医師の説明義務の根拠」と「患者の自己決定権あるいはその保障」の関係が問題となる。

元来、診療契約はその性質上、契約締結時点では、疾患の改善という包括的な内容を債務とするにとどまり、具体的な債務内容は確定していない。むしろ、個々の債務内容は、その後に積み重ねられる医師と患者のやり取りを含む医療のプロセスの中で具体化されていくものであり、診療契約は、その「経時的（時間的）要因」という特性を抜きには語ることができない。このように解すると、上述の診療契約の特性を抜きにして語るべきではなく、むしろ医療のプロセスの時間的流れの中で徐々に具体化していくと見るべきではないだろうか（まさに、この点は、「経時的（時間的）要因」が、医師が負う債務を理解するうえで、前述の「医療における給付の複合的性格」と並ぶ重要なファクターであることを示すものである⁽⁶²⁾）。

そうすると、説明義務の根拠として、患者の自己決定権（の保障）は直接的には必ずしも必然性をもったものではなく、むしろ、直接の根拠としては、医師患者関係に契約関係を据えたうえで、一般的に診療契約においては、医師は、その債務の一環として、「患者の自己決定権を支援する債務」を負っていると解した方が、個々の事案において、医師が負う具体的な債務内容を特定する作業を進めるにあたつてその多様な債務内容を十分に汲み取ることに資するのではないかと考えられる。こうした考え方の前提としては、そのような作業が、前述した、「給付内容の複合的性格」と「経時的要因」を有する医療をめぐる過誤や医師の注意義務を考えるうえで重要であるとの視点に立脚するものである。もちろん、その際、説明義務が患者の自己決定権の保障あるいは尊重の要請を基盤とするものであり、こうした要請が説明の内容や方法等を検討するに際して重要な考慮要素となっていることを否定しているわけではなく、むしろ、その理論的構成として、医師の債務内容からの説明を試み、それにより、自己決

定権は、それを支援するという債務として医師の債務内容にもともと内在する（組み込まれた）ものであり、説明義務の根拠という形で「前面に」登場してくるのではなく、むしろ、「背後に」控えたものであるという見方を示したいという趣旨である。⁽⁶⁴⁾

そこで、診療契約において、医師が負う債務内容に「患者の自己決定権を支援すること」が包含されていると見ることができるとかが問題となる。一般に善管注意義務と称される民法六四四条が規定する受任者の注意義務それ自体は、「がんらい・・・特約されないかぎり、あくまでも注意義務の標準であつて債務ではない」とされ、委任の本旨に従つて事務処理をすることが義務の内容であり、その際に尽くすべき注意の程度の尺度の標準が善良なる管理者であると解されている。しかし、梅博士によると、「本条ハ受任者ノ義務ノ原則ヲ定メタルモノニシテ併セテ其為スヘキ注意ノ程度ヲ定メタルモノナリ蓋シ受任者ハ委任ノ本旨ニ従ヒ委任事務ヲ処理スヘキハ其契約ノ目的ニ因リテ明ラカナル所ナリ而シテ受任者ノ義務ヲ概括シテ言ヘハ則チ委任ノ本旨ニ従ヒ委任事務を処理スル義務アルモノト謂フヘシ」とされ、⁽⁶⁶⁾本条が特に善管注意義務を明定したのは、無償委任の場合であつても注意義務が軽減されず、あるいは有体物に関する民法四〇〇条の善管注意義務を委任に適用し難いことに加え「善管注意義務に一種の債務性を与えたものと解される」。⁽⁶⁷⁾そして、ここでいう善管注意義務とは、いわゆる客観的注意義務とされるが、診療契約において、医師が負う債務は実に多様であり、果たしてこうした客観的注意義務のみですべてを吸い上げることができるかどうかは疑問である。本件のような説明義務の場面一つをとってみてもそうであるが、患者側が医療のプロである医師側に依存的性格を帯びる側面があることは疑うまでもなく、それは単に医療技術の面のみならず、医師自身に対する信頼の要素も相当程度含まれているといえる。⁽⁶⁸⁾そうであれば、委任がその性質上主に委任者の利益を目的とするものであることを想起すると、その前提として、医師は、「公権力に基づいてではなくあくまでも顧客〔患者〕の自己決定・自己実現を支援するために依頼を受けて契約関係に入るのであり、結果とし

て他人の利益に介入する」のであり、契約の趣旨としてアプリアリに患者の利益のために尽くす債務を医師は負っている⁽⁶⁹⁾とみることができるだろう。

この点、医師が負う高度な注意義務（善管注意義務）とともに語られる「信認義務」や「忠実義務」（委任者（患者）と受任者（医師）との「信認関係（fiduciary relation）」に基づき、受任者はもっぱら委任者の利益のために行動しなければならぬという義務⁽⁷⁰⁾）にその糸口の一つを見出すことができるように思われる。民法六四四条のもとになった第一〇二回法典調査会における草案六五〇条では、受任者は「忠実二」委任事項を処理する義務を負う旨が定められていた。これに対しては、「誠実二」の方が良いとの意見もあったようだが、富井起草委員は、「忠実」でも「誠実」でも構わない「ケレトモ無ク為ツテハ本条ノ必要カ又夫レト同時ニ殆ント無ク為ルト思ヒマス」と発言し、「現在委任サレタコトハ、忠実ニヤラナケレバナラヌ。委任ト云フコトハ、私ハ通常サウ云フコトニ見タ方ガ宜イト云フ考ヘデアツタ」と説明している。⁽⁷¹⁾こうした立法趣旨に鑑みると、「信認義務・忠実義務」は、民法六四四条を根拠として説明することが可能である。つまり、梅博士が述べた「受任者ノ義務ヲ概括シテ言ヘハ則チ委任ノ本旨ニ従ヒ委任事務を処理スル義務」は、受任者が委任者の利益のために「忠実に」委任事務を遂行することをも取り込むことができるものと理解することができるだろう。

四 おわりに

以上、本判決を機縁として、療法選択をめぐる医師の説明義務について検討してきた。最後に、小括するとともに残された課題を確認して結びにかえたい。

第一は、「医師の説明義務の根拠」と「患者の自己決定権あるいはその保障」の関係である。本稿では、患者の

自己決定権は、診療契約という契約関係が基盤となり、立法趣旨に照らしても、それを支援するという債務として医師の債務内容にもとと内在する（組み込まれた）ものであり、説明義務の根拠という形で「前面に」登場してくるのではなく、むしろ、「背後に」控えたものであるという見方を示した。このような、医師の説明義務の根拠としての患者の自己決定権の位置づけの違いは、説明義務違反の効果に影響を与える可能性があるほか、⁷²⁾ 視点を患者側に置くか（自己決定権が説明義務の根拠という形で「前面に」登場する）か、医師側に置くか（「背後に」控える）という違いもたらす。こうした二つの視点は、かつて、患者の同意・承諾をめぐる一連の議論の中で、「同じことを医師の側から言うか、患者の側から言うかの違いが、結果に大きな影響を与え、患者の側から言う、つまり、患者の立場の重視（強調）が、医師の患者に対する損害賠償責任・義務を認める一つの有力な武器を提供することになった」という経緯を想起させる。このような訴訟上の被害者救済が果たした役割は大きい。しかし、被害者救済策の視点だけでは十分とはいえないだろう。仮に、自己決定権という言葉の登場による目的（上記武器の提供）が一定程度達成されたとしても、そこで認められるに至った医師の債務内容をじっくりと検討することもまた必要な作業であると考ええる。本稿では十分に詰めることができなかった部分もあるので、この点は、説明義務の根拠と密接な関連を有する説明義務違反の効果（説明義務違反と損害の問題）についての検討と併せて今後の課題とした。

第二は、「医師患者関係」である。本稿では、契約関係、それも、典型契約類型の枠組を据えて、委任「的」な契約関係というところから出発した。そして、第一の点と関連するが、そうした医師患者間の契約関係が医師の説明義務を導くものであり、患者の自己決定権は、医師がそれを支援するという形で、むしろ、医師の債務内容として組み込まれたものとする可能性を示した。とはいえ、こうした「患者の自己決定権を支援する医師の債務」を果たして契約の領域で認めることができるかという問題が残る。この点、一方で、糸口の一つとして、本稿で述べた

(5) 樋口範雄「患者の自己決定権」『岩波講座 現代の法14自己決定権と法』(岩波書店、一九九八年) 六三頁以下、八〇・八一頁参照。つまり、第二の類型である療養指導としての説明義務の場合も、たとえば、薬の服用の仕方一つをとってみても、それに従うか否かも患者の自己決定の一態様であり、先のような説明義務の区分は維持できないと指摘する。

(6) 判時一九二二号一六頁、判タ一九二二号二四九頁。

(7) 最判昭和三十六年二月一六日(民集一五卷二号二四四頁)〔東大輸血梅毒事件〕。

(8) 最判昭和五十七年三月三〇日(判時一〇三九号六六頁)〔高山日赤病院事件(未熟児網膜症)〕。

(9) 最判平成七年六月九日(民集四九卷六号一四九九頁)〔姫路日赤病院事件(未熟児網膜症)〕。

(10) 最判平成八年一月三日(民集五〇卷一頁)〔腰椎麻酔によるショック事件〕。

(11) 医療水準に関するこうした理解は、個別的な判断がなされることを意味するため、事案(患者)ごとの公平さを確保すべく、近時は、医師の「研鑽義務」や「転送義務」があるとされている。「研鑽義務」については、下級審ではあるが静岡地判昭和三十九年一月一日下民集六卷一―一二号二七六頁によってその存在が示され、その後、最判平成七年六月九日民集四九卷六号一四九九頁もそれを示すに至り、さらに同最高裁判決では、「転医・転送義務」についても言及され、最判平成一五年一月一日民集五七卷一〇号一四六六頁(開業医の事案)等でも確認されている。

(12) この第二の要素については、中村哲「医師の判断(裁量)と患者の自己決定権について(上)」判タ一〇一八号八三頁以下、「同(下)」判タ一〇一九号四三頁以下参照。なお、医師の裁量権については、本稿が対象とする療法選択をめぐる場面のほか、がん患者に対する告知の場面においても議論がなされている。告知といっても、そこには、本人告知と家族告知の問題が内包されており、前者(最判平成七年四月二五日判時一五三〇号五三頁など)に関しては裁量論レベルにとどまっているが、後者(最判平成一四年九月二四日判時一八〇三号二八頁など)に関しては裁量論レベルから義務レベルへの傾斜が見られるとの指摘がなされている(飯塚和之「末期がん患者に対する病状等の不告知と債務不履行」『民七六・七六一年七四頁参照〕。

(13) 診療科目別に見た医事関係訴訟の新受件数において(平成一七年)、産婦人科は、内科(二五・七パーセント)、外科(二四・九パーセント)に次いで、一・四パーセントと上位に位置する。なお、これは、医療事故の発生確率を示すものではない(佐野勝信「裁判統計から見る医事関係訴訟事件の状況」『民事法情報』三七号(二〇〇六年)二頁以下参照)。

(14) 我妻堯「鑑定からみた産科医療訴訟」(日本評論社、二〇〇二年)四頁および四〇一頁以下参照。

(15) 我妻・前掲注(14)四頁。全体の八・九割は正常な経過をたどり、異常になる確率はさほど高いものではないという。

(16) 急速遂娩術については、我妻・前掲注(14)七一頁以下参照。

- (17) 東京・大阪医療訴訟研究会編著『医療訴訟ケースファイルⅡ』（判例タイムズ社、二〇〇四年）。
- (18) 分娩方法の選択と医師の裁量については、稲垣喬「遂娩方法の選択と医師の説明義務」唄孝一ほか編『医療過誤判例百選』三七七事件（一〇六頁以下）参照。
- (19) もっとも、そうした対立的なものとしての把握自体が実は反省を迫られているのかもしれない。たとえば、畔柳達雄弁護士は、「対立的な尺度のみによって医師・患者関係を律しようとする、医療にとって重要なもの、本質的なものももしかすると落ちてしまうのではないかと指摘する。畔柳達雄『医療事故と司法判断』（判例タイムズ社、二〇〇二年）九六頁参照。
- (20) 四月一四日、二〇日、二七日にそれぞれ一回、二八日に二回、五月九日に一回。
- (21) 大阪高判平成一四年九月二六日（判タ一一四号二四〇頁）。
- (22) この点、最高裁平成一三年判決は、「少なくとも、……の場合などには」と例示の形をとっているため、未確立療法について説明義務が認められる要件は必ずしも明確ではないが、むしろ、これまでのように、医師は、医療水準という医学的観点によってのみその医療行為（純粋な治療行為のみならず医療におけるプロセスを織り成す一つの要素である説明も含んだ広い意味）の妥当性を判断されるわけではない点を認めた点に意義があるといえるだろう。
- (23) なお、これとは別の観点から、この二つの最高裁判決は、それぞれ「自己の宗教観や女性としての生活、自己のライフスタイルに関わる事例であり、異常分娩であり明らかに医療行為の範疇に含まれる本件（最判平成一七年九月八日）における議論と並べて論ずることはできない」（和泉澤千恵「判批」年報医事法学二二号一五三頁以下、一五六頁）との指摘もなされている。
- (24) さらに、本件は、治療法の変化という点においても最高裁平成一三年判決と類似点を有する。平沼高明「判批」民法法情報二二六号五七頁によると、①現在の医療水準では産科医が骨盤位牽出術に習熟する機会が失われつつあり、経膣分娩は避けられつつあること、②米国産婦人科学会が「単胎正期の骨盤位症例は帝王切開を行うべきであり、経膣分娩はもはや行うべきでない」との見解を二〇〇一年二月に表明していることなどである。
- (25) 各説については、中村也寸志・最判解民事編平成一二年度（下）七二四頁以下、七二九頁、新美文「医師の説明義務と患者の同意」加藤一郎＝米倉明編『民法の争点Ⅱ』（有斐閣、一九八五年）一三二頁以下、金川・前掲注（一）二二七頁以下、長野県弁護士会編『説明責任——その理論と実務——』（ぎょうせい、二〇〇五年）八五頁など参照。
- (26) 中村・前掲注（二五）七二九頁。
- (27) 医師の説明義務が初めて認められた最判昭和五六年六月一九日（判時一〇一五五四頁）〔緊急開頭手術を行う医師が説明すべき対象（範囲）について判示した事案〕が、その判示の仕方から、合理的医師説を採用したとされる（新美文「頭蓋骨陥没骨折開頭手術と説明義務」唄

(40) 潮見佳男「説明義務・情報提供義務と自己決定」中田裕康ほか編『（判タ臨増）説明義務・情報提供義務をめぐる判例と理論』判タ一一七八号九頁以下、一三頁など参照。

(41) 後掲注(45)。

(42) この点については、「意識的に『自己決定権』の用語および『自己決定権』レベルでの一般命題の提示を避け、宗教上の信念に基づく人格権」に特化した判断枠組みを提示したものと見るのが適切」との指摘があり（潮見佳男「輸血拒否」宇都木伸ほか編『医事法判例百選』四四事件（九六頁）、事案の特殊性に着目することもできるだろう。

(43) 土屋・前掲注(33)一三一頁は、こうした本件最高裁の態度に物足りなさを感じるとともに、学説との温度差を感じたと述べる。

(44) たとえば、東京高判昭和六〇年四月三日（判時一一五九号八六頁）（複数あるガンマーグロブリン投与方法・予防量投与方法と緩和量投与方法）の選択をめぐる患者の自己決定と医師の裁量とが問題となった事案）は、「そもそも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、医療行為をすることについて、原則として患者の有効な承諾を得る必要があるので、……その承諾の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、……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行うべきものであつて、もし患者の選択に従つ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つて混乱し、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（そのかわりに患者に転医の自由がある）」とする。岩志和一郎「ガンマーグロブリン投与不足の麻疹脳炎事件」唄孝一ほか編『医療過誤判例百選（第二版）』四六事件（二〇八頁以下）参照。

(45) たとえば、前掲最高裁平成二三年判決の原審においては、「医師は、……患者の『自己決定権』を尊重し、その同意を得るために、……説明すべきである……」（大阪高判平成九年九月一九日判時一六三五号六九頁）とあるし、最高裁平成二二年判決の原審においても、「自己決定権」という用語が明示されている（東京高判平成一〇年二月九日判タ九六五号八三頁）。また、東京高判平成二三年七月一八日（判時一七六二号一一四頁）は、「医療行為……は、患者の生命や健康、精神に重大な影響を及ぼすものであるから、それを行うについては患者の同意が必要である。この同意は、自己の人生のあり方は自らが決定することができるとする自己決定権に由来するものであり、医師が患者の同意を得るについては、患者による自己決定権の行使がその責任において適切に行われるように、患者に対し、当該患者の病状、治療方法、治療に伴う危険等について適切に情報を開示して説明を行うべき義務があると解される」とする。

(46) 稲田・前掲注(1)一九四頁。なお、この「身体の一体性にのつかった自己決定権」という表現は、人は精神と身体が一体化した存在であることから、患者が医師に治療を委ねるといっても、それは自己のすべてを委ねるというのではなく、ある医療行為を受ける場合には、そ

の危険性等についての説明を受けたうえで自らそれを受けるか否かを決定する権利を留保していることを意味するものとして、唄教授が示されたものである（加藤一郎『森島昭夫編『医療と人権』（有斐閣、一九八四年）一八一頁（唄孝一）参照）。

- (47) 水野紀子「生殖補助医療と法」法の支配 四一号四九頁以下、六一頁参照。水野教授のこの論文は、直接には、生殖補助医療をめぐるものであるが、安易な自己決定概念の使用に警鐘を鳴らし、同概念の使用に一定の制限を設けるべきとの視点は、それが比較的容易に認められてきた医師のバターナリズムが問題となる場面においてさえ再考させる機縁を含む重要な示唆である。

- (48) たとえば、患者が自己決定をなす能力を欠く場合（未成年者や精神病患者のほか、事故等により意識障害の状態にある者など）や、当該決定が本人のみならず他者に影響を及ぼす場合（妊娠・出産の問題に直面する女性や、人工生殖医療が典型といえるだろう）などが考えられる。

- (49) 自己決定権概念が抱える問題については、マーシャ・ギャリソン（土屋裕子訳）「自己決定権を飼いならすために、自己決定論再考」樋口範雄『土屋裕子編『生命倫理と法』（成文堂、二〇〇五年）一頁以下参照。

- (50) 河上正二「医療における『善管注意義務』」最近の最高裁判例から、日医雑誌 一三五巻第一号七七頁以下、七八頁参照。

- (51) 『新版注釈民法（16）』（有斐閣、二〇〇一年）一三三頁（中川高男執筆）、助・前掲注（3）五九・六〇頁（高島英弘執筆）、岩垂正起「診療契約」根本久編『裁判実務大系一七医療過誤訴訟法』（青林書院、一九九〇年）二八頁以下、三六頁、手嶋豊『医事法入門』（有斐閣、二〇〇五年）一三三頁など。

- (52) 内田貴「民法Ⅱ債権各論」（東京大学出版会、二〇〇四年）二八〇頁。なお、民法典の中の委任に関する規定を医師患者関係に適用した場合に生じる具体的な不都合については、樋口範雄「展開講座・医療と法を考える（第一回）『Why』なぜ』で始まる医事法入門」法教三〇七号一九九頁以下、二〇三・二〇四頁参照。

- (53) 樋口・前掲注（52）一九九頁、「同（第二回）医師・患者関係の性格」同三〇八号一〇頁参照。なお、このように契約モデルから信認モデルを作り出すことに対しては、それがアメリカ法の契約観に基づくものであり、わが国の民法においては、民法六四四条や六四五条を根拠として、個別の事実ごとに当事者の合理的意思解釈をしていくことによっても、信認モデルで言われるところの忠実義務を肯定することは可能であるとして消極的な見解も示されている（藤山・前掲注（4）一八頁）。また、信認モデル、契約モデルなど、医師患者関係を把握する各モデルについては、手嶋・前掲注（51）二二・二五頁参照。

- (54) 樋口・前掲注（52）一九九頁、「同（第二回）医師・患者関係の性格」同三〇八号一〇頁のほか、塚本泰司「医療契約を考える、臨床医から見た医師・患者関係と法」年報医事法学 二二四一頁以下参照。

- (55) そうした観点にも配慮したものとして、吉田邦彦「近時のインフォームド・コンセントへの一疑問・日本の医療現場の法政策的考察を中心

として、(一)(二・完)「民商一〇卷二五四頁以下、同三三九頁以下が示唆に富む。

(56) この前提に立つと、契約の性質決定論にもつながら問題ともいえるが、別稿を期したい。

(57) 前掲注(51)二二頁以下参照〔中川高男執筆〕。

(58) 前掲注(51)二二六頁〔中川高男執筆〕。

(59) 前掲注(51)二二七頁〔中川高男執筆〕、潮見佳男「基本講義 債権各論Ⅰ」(新世社、二〇〇五年)二二二頁。

(60) 畔柳・前掲注(19)九八頁。

(61) 河上正二「診療契約と医療事故」法教一六七号六三頁以下、六六頁。

(62) 河上・前掲注(50)七九頁参照。

(63) 河上・前掲注(34)八頁は、医師の債務の多様性に鑑みて、不法行為法よりも契約法からのアプローチが適切であると指摘する。

(64) このような解し方に近いと思われるものとして、林・前掲注(30)一二七、一三〇頁。同論文は、説明義務の根拠として、①患者の自己決定権(の保障)が直接の根拠となる場合と、②診療契約を基礎とする法的関係が直接の根拠となる場合、の二つがあることを指摘する。

(65) 前掲注(51)二二三頁〔中川高男執筆〕。

(66) 梅謙次郎『民法要義 卷之三債権編』(有斐閣、一九〇八年)七二九・七三〇頁。

(67) 中川高男「受任者の善管注意義務」『契約法大系Ⅳ雇傭・請負・委任』(有斐閣、一九六三年)二六九頁。

(68) 前掲注(51)二二三頁〔中川高男執筆〕。

(69) 河上・前掲注(34)八頁。(カッコ)内は引用者による。

(70) 潮見・前掲注(59)二一九頁(カッコ内は引用者による)、樋口・前掲注(5)八七頁も参照のこと。

(71) 前掲注(51)二二頁以下および二二頁以下参照〔中川高男執筆〕。

(72) 林・前掲注(30)二三〇頁参照。

(73) 畔柳・前掲注(19)九八頁。