
論 説

悪性腫瘍の療法決定における患者の希望と医師の裁量

小 谷 昌 子

1 はじめに

近年、診療の方針決定については、主に終末期医療の文脈で共同意思決定 (shared decision making, SDM)¹⁾や患者の意思決定支援²⁾を視野に入れた議論が盛んである。また、厚生労働省がアドバンス・ケア・プランニング (ACP) 普及のために「人生会議」との愛称を用いて啓発活動を行なっている³⁾ことは知られているだろう。もちろん、このような終末期医療に関する個人の意思をいかに確認し、それに適う医療が提供されるかという問題は重要であるが、そもそも終末期でない通常の医療においても、患者の意思に反した医療が提供されることは避けなければならない、なるべく患者の意思とかけはなれていないことが望ましい。したがって、通常医療においても、診療方針や療法の決定⁴⁾はいかに行なわれるべきかとの問題は存するものと考えられる。これは、ひいては医師と患者の関係がいかにあ

1) なお、日本における共同意思決定に関する議論は主に生命倫理学の分野、あるいは臨床医療の分野でなされることが多いように思われる。これに対し法学分野ではあまり盛んな議論がなされているとはいえない。なおアメリカでの議論を紹介するものとして、手嶋豊「医療における共同意思決定について」神戸法学雑誌 60 巻 3 = 4 号 454 頁以下 (2011 年) がある。

2) 主に、高齢者や障害者などの判断能力が十分でない者の自己決定をいかに保障するかという問題を背景として生じてきた議論である。「第 74 回大会 ミニシンポジウム 高齢者の意思決定支援の実務とこれから」社会保障法 35 号 87 頁以下 (2019 年) などを参照されたい。

3) https://www.mhlw.go.jp/stf/newpage_02783.html (2020 年 1 月 9 日閲覧) など。

るべきかという古くから論じられてきた問題にもかかわる⁵⁾。インフォームド・コンセント原則、すなわち、肉体への侵襲は違法であり、その侵襲を受ける患者本人が適切な説明に基づき同意しなければ適法に医療行為を行なうことができない⁶⁾との基本的な考え方⁷⁾が存する以上、ある医療行為がなされるか否の最終判断は患者が行なうことになるが、それでは、その医療行為はいかにして定まるのだろうか。その決定のプロセスにおいて、医師と患者はいかに関わるのだろうか⁸⁾。

このような問題については、たしかにこれまで日本においてもインフォームド・コンセントや医師の説明義務、患者の自己決定（権）に関する研究が多くなされてきており、すでに十分な研究がし尽されたとする評価もありうるであろう。しかしながら、この点の整理・理解について近

- 4) なお、診療の方針決定と療法決定とは明確に区別できるものではないだろうが、本稿では、療法決定を具体的な治療法や術式および医療技術に関する決定、方針決定はそれよりおおまかな治療の方向性に関する決定とする。
- 5) この点につき榎本稔『「医師と患者」のこころ』日本医事法学会編『医事法学叢書 1 医師・患者の関係』183頁以下（日本評論社、1986年）は興味深い。
- 6) 医療行為の違法性阻却のための要件については様々な考え方があるが、①医学的適応性、②医術的正当性、③適切な説明を受けた上での患者の同意を要求するいわゆる三要件説が多数説であるとされる。町野朔『患者の自己決定権』163頁以下（東京大学出版会、1986年）、139頁以下も参照。また、天田悠『治療行為と刑法』390頁（成文堂、2018年）、田坂晶『治療行為の正当化における患者の同意』比較法雑誌第51巻第1号108頁（2017年）など。
- 7) 唄孝一「治療行為における患者の承諾と医師の説明——西ドイツにおける判例・学説——」同『医事法学への歩み』3-12頁（岩波書店、1970年）、市野川容孝編『生命倫理とは何か』（平凡社、2002年）37頁〔唄孝一〕など参照。
- 8) そもそもインフォームド・コンセント論は医師患者関係論と密接な関係がある。山上賢一「『説明と同意』の現状と問題点」年報医事法学7号34頁（1992年）は、「近時、医療にとって最も重要な課題は、医師と患者の人間関係をいかに構築していくかだろう。従来わが国では、『医は仁術』、『俺に任せろ』的なタテ社会の論理や、過度なパターナリズム（paternalism＝父権主義）が支配してきたのである。他方、世界的趨勢としては、このような一方的関係を排し、医師と患者の関係を相互行為により律していく方が有力になってきた。『インフォームド・コンセント（informed consent）』はこのような流れの中で登場した」と述べる。言うまでもないが、唄「治療行為における患者の承諾と医師の説明」・前掲注〔7〕3頁以下、新美育文「医師と患者の関係——説明と同意の法的側面（一）～（三）」名大法政論集64号67頁以下、同65号182頁以下、同66号149頁以下（1975-1976年）が日本において他国におけるインフォームド・コンセントを紹介した嚆矢であろう。

年の文献をみてもそれほど一致した理解にまで到達しているとは思われない⁹⁾。また、そもそもインフォームド・コンセントの前段階、すなわち、患者に提示される医療行為はいかにして決まるのかということも問題になると考えられる。ここでは近年、新たな問題が生じてきていることも確かであり、たとえば、「診療上の重要度の高い医療行為について、エビデンスのシステマティックレビューとその総体評価、益と害のバランスなどを考量して、患者と医療者の意思決定を支援するために最適と考えられる推奨を提示する文書」¹⁰⁾と定義される診療ガイドラインや、SDM の考え方は通常医療における診療方針や療法の決定においてどの段階でいかにして取り込まれるべきか、といったような問題を挙げることができよう。

本稿は、診療の方針決定がいかに行なわれるべきかに関する考察の一環として、診療の方針や療法に関する患者の希望に着目する。医師がその専門的な学識や経験に基づきある患者に対する診療方針や療法を決め、これを患者に提示および説明し、これに基づき患者が同意をするか否かを決め

9) たとえば、近年公表された文献として、医師の説明義務の根拠を医的侵襲の違法性阻却という要素を考慮せずに委任の顔末報告義務に求める近藤昌昭 = 石川絃紹「医師の説明義務」判例時報 2257 号 3 頁以下 (2015 年)、「医師の (一般的な) 説明義務は上位概念であって、インフォームド・コンセントを包摂するものである。……インフォームド・コンセントは本来的には、医療行為等について患者等の同意を得ることが目的とされる場合だけに關するものなのである。」とするもの (カライスコス・アントニオス「裁判例から見るインフォームド・コンセントの現状」法学のひろば 71 巻 4 号 15 頁 [2018 年])、患者の同意と自己決定やインフォームド・コンセントを分けて整理し、前者は侵襲を伴う医療行為の違法性阻却のための同意、後者を「医療を実施する際には、患者が十分に説明を受けた上で現実に同意を表明する必要があるとする考え方」とする説明 (米村滋人「治療に関する同意——民法学の立場から」司法精神医学 12 巻 1 号 71-72 頁 [2017 頁])、「医療行為が患者の身体に対する侵襲行為であり、患者の同意があることによって違法性が阻却されることから、違法性阻却自由として患者の同意が必要であり、その前提として説明義務があると捉えられていた。」とする従前の理解に対し、「最近では、患者は自らの生命・身体・健康については自ら決めることができるという自己決定権の実現を保障するために医師に説明義務があると解されている。」とする理解 (大島眞一「医療訴訟の現状と未来——最高裁判例の到達点——」判例タイムズ 1401 号 37 頁 [2014 年]) などがあるが、その理解にはそれぞれやや異なったところがあるように思われる。

10) 福井次矢 = 山口直人監修「Minds 診療ガイドライン作成の手引き 2014」3 頁 (医学書院、2014 年)。

るのではなく、患者の側に治療方針や療法について何らかの希望がある場合に、この希望がどのように位置づけられるかを考察したいと考える。以下では、まず、医師の説明義務に関する最高裁判例を題材として、裁判所が診療方針や療法に関する患者の希望と医師の専門的判断の関係についていかに判示してきたかを確認する。次にそれを踏まえ、悪性腫瘍に対する診療の方針や療法の決定が問題となった下級審裁判例を題材として検討を行なう。医療は日々進歩しており、これは悪性腫瘍の治療においても例外ではない。しかし、いまだ悪性腫瘍は命に関わる場合もあり¹¹⁾、そこでなされる診療の方針決定が患者にとって重大な意味を有する場合も多いと考えられる。また、とりうる療法や術式に選択肢がある場合もあり、その療法もゲノム解析を行なったうえでの治療など、より専門性複雑性を増しつつあるといえる。このときに、医師と患者がいかにして療法決定を行なうべきであると裁判所が考えているのかを、日本の裁判例を題材に考察する。

2 最高裁判例にみる患者の希望と医師の裁量

2000年代に入った頃から、日本の最高裁判所は医師の説明義務に関する判断を複数示している。ここでは、なかでも、患者に診療方針や療法などについて何某かの希望がある際に医師の義務が問題となった事案を選び、裁判所がどのように考えているかを確認する。なお、本章で挙げる最高裁判例についてはすでに多数の紹介がなされていることもあり、各事案の概要および裁判所の判断はごく簡単に紹介するにとどめたい。

11) 「悪性腫瘍は……日本人の死因第1位である」とされる。勝俣範之ほか編『がん診療スタンダードマニュアル』2頁（シーニュ、2019年）〔原野謙一〕。また、たとえば、国立がん研究センター web サイトで公開されている最新がん統計の「生存率」の項目なども参照。https://ganjoho.jp/reg_stat/statistics/stat/summary.html (2020年1月21日閲覧)

(1) 信仰に基づく輸血拒否事件

最三判平成 12 年 2 月 29 日 民集 54 卷 2 号 582 頁

原原審 東京地判平成 9 年 3 月 12 日 判例タイムズ 964 号 82 頁

原審 東京高判平成 10 年 2 月 9 日 判例時報 1629 号 34 頁

事案の概要

本件患者は別の病院で悪性の肝臓血管腫と告知され、宗教上の理由で無輸血での治療を望んだもののそれはできないと言われ、1992（平成 4）年 7 月に被告病院を受診、その後入院した。本件患者は被告病院でも担当医らに輸血を拒否する意思表示をしていた（カルテに「輸血は死んでもだめ」との記載があったことが認定されている）。

担当医師らは輸血以外に救命手段がなければ輸血するとの治療方針を採用していたものの、その旨を本件患者にも患者の家族にも伝えていなかった。他方、術前検討会においては本件患者の生命に危険が生じた場合、輸血の実施を考慮することとし濃厚赤血球等を準備した。

結局、腫瘍の摘出後、救命のため必要があると判断して、本件患者に輸血がなされたため、これを知った本件患者が、被告病院医師らは輸血以外に救命手段がなくても無輸血で治療をするとの合意（絶対的無輸血治療特約）に反して治療を行なったとして、また、そのような合意が成立していないとしても医師らに治療方針について説明義務違反があるとして損害賠償を請求した。

最高裁の判断

最高裁は、輸血以外に救命手段がない場合には輸血をするとの方針に関して、被告病院医師らの説明義務違反を認めた。

「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、人格権の一内容として尊重されなければならない。そして、〔本件患者〕

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〔被告病院〕に入院したことを〔被告病院〕医師らが知っていたなど本件の事実関係の下では、〔被告病院〕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、〔本件患者〕に対し、〔被告病院〕としてはそのような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、〔被告病院〕への入院を継続した上、〔被告病院〕医師らの下で本件手術を受けるか否かを〔本件患者〕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。」(引用文中亀甲括弧内は引用者による、以下同じ)。

検討

本件原審において問題となったのは、説明義務違反の有無のほか、被告病院医師らに患者が希望する絶対的無輸血治療をなす義務があったか否かであった。本件では患者やその家族がこの意思を再三医師らに伝えており、そのことは被告病院医師らも認識していたことが認定されている。この点について、原審は「医療の専門性……に鑑み、医師はその専門知識及び能力に基づきその良心に従って医療内容を決定すべきであり、患者による治療内容に対する注文は、通常は単なる希望の表明に過ぎず、原則としては、医師が明示に承諾した場合でなければ、そのような医師の治療方針と抵触する合意が成立したと認めるべきものではない」と述べる。他方、最高裁は何も述べておらず、少なくとも患者の求める絶対的無輸血での治療をすべき義務を医師に課すことはしていない。

すなわち、本件に関する裁判所の考え方をまとめると、医師には ①患者の希望に従う義務は必ずしもない¹²⁾ 13)、しかし ②患者の希望と医師の治

12) 樋口範雄「判例クローズアップ『エホバの証人』最高裁判決」法学教室 239号 43頁(2000年)も「医師に輸血なしの手術を行う義務を課すものではない」とする。

13) そもそも、輸血をしなないと救命できない場合にも輸血をしなという診療方針は合理的でなく、また、医師の職業倫理に関する宣言文である「ヒポクラテスの誓い」の趣旨にも反する。このような理由からも、医師にこれを義務付けることは適切でないと思われる。

療方針が異なる場合には、医師はそのことを患者に伝え、その方針に従った治療を受けるかを患者自身が選択できるようにする義務を負う、と理解できる。

問題は、患者の輸血拒否が信仰に基づくものであるということが本判決の判断においていかなる意義を有するかである。最高裁は「本件の事実関係の下では」と、射程を信仰に基づく輸血拒否のケースに限定しているかのようにもみえる。もっとも、患者が拒否する診療方針を医師が選択して患者の同意なしに実施してはならないことについては、下級審裁判例ではあるが、いわゆる秋田舌癌事件判決¹⁴⁾も述べている通りである。仮に信仰に基づく意思でなくても、患者が受診当初から輸血拒否の意思を表明し、そのことを医師が承知していた場合、当該患者の同意なしに輸血することは違法であるとの結論にしかなりようがないだろう¹⁵⁾。この意味で、本判決は患者の有効な同意を得ずになされた医療行為のケースでもあると理解できる。

14) 秋田地裁大曲支判昭和48年3月27日判例時報718号98頁。原告は、舌癌であることが判明したが病名は伏せられており、何とかして舌を切り取らずに治療する方法はないかと強く要望していた。被告医師らは病巣部分を早急に切除するほかないと判断し、原告に舌の潰瘍の部分を焼き取るだけだと説明。これに原告がしぶしぶ納得したため、被告医師は原告の舌の3分の1を切除した。裁判所は「生命、健康の維持、増進という医学上の立場からは不合理なことであるかも知れないが、前記のとおり原告は、舌を切除する手術を拒否していたのである。患者の意思が拒、諾いずれとも判断できない場合ならともかく、拒否していることが明らかな場合にまで、右の医学上の立場を強調することは許されないといわなければならない。」「病名を秘して手術を納得させなければならない場合、意思としてはいろいろな手段、方法を工夫し、万難を排して患者の説得に努力するが、それでもあくまで拒否する場合には、結局手術は思いとどまらざるを得ない」として、被告医師のなした舌の切除術が「原告の同意なしに行った違法なものであった」と認めた。

15) 佐久間邦夫「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成12年度(上)』135頁(法曹会、2003年)は本判決を「本件の事実関係を前提とした事例判断を示したものである」としつつ、本件の射程が及ばない場合として医師に輸血なしでの治療が可能とする確信がある場合や緊急性のある場合、患者の意思が不明な場合を挙げるにとどまり、信仰に基づかない輸血拒否の場合は挙げていない。

(2) 乳房温存療法説明義務違反事件

最三判平成 13 年 11 月 27 日 民集 55 卷 6 号 1154 頁

原原審 大阪地判平成 8 年 5 月 29 日 判例時報 1594 号 124 頁

原審 大阪高判平成 9 年 9 月 19 日 判例時報 1635 号 69 頁

差戻後控訴審 大阪高判平成 14 年 9 月 26 日 判例タイムズ 1114 号 240 頁

事案の概要

原告（女性、1948〔昭和 23〕年生）は、1991（平成 3）年 1 月 28 日以降被告（大阪府泉佐野市で医院を開設している医師。なお、同医院は乳癌研究会の正会員である）の診察を受け、同年 2 月 14 日までに乳癌と診断された。

被告は、原告の乳癌につき、胸筋は残すが乳房の膨らみは全て切除する胸筋温存乳房切除術が適応すると判断し、原告に対し同年 2 月 16 日、入院・手術の必要、手術の期日、乳房を残す方法もあるがこれは現在までに正確には分かっておらず、放射線で黒くなることや再手術を要することがあることを、さらに、同月 20 日には乳房を全部切除するが筋肉は残すことを説明した。一方、原告は、同月 15 日、乳房温存療法について触れた新聞記事に接し、同月 26 日に入院し被告の診察を受けた際に、心情をつづった手紙（現存せず、以下「本件手紙」）を被告に交付した。しかし、被告は同月 2 月 28 日、原告に対し胸筋温存乳房切除術によるしこりの切除を行なった（以下、「本件手術」）。

そこで、原告の乳癌は乳房温存療法に適しており、原告も乳房を残す手術を希望していたのに、被告は乳房温存療法及び手術の内容について十分に説明しないまま原告の意思に反して本件手術が行なわれたとして、原告が被告に対して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。

最高裁の判断

上告審においては、被告が、本件手術を実施するに当って説明すべき義

務を尽くしたか否か、とりわけ、他に選択可能な治療方法とその利害得失、予後に関する説明義務の有無が検討された。

「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ると解される。本件で問題となっている乳がん手術についてみれば、疾患が乳がんであること、その進行程度、乳がんの性質、実施予定の手術内容のほか、もし他に選択可能な治療方法があれば、その内容と利害得失、予後などが説明義務の対象となる。」「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それぞれの療法（術式）の違い、利害得失を分かりやすく説明することが求められるのは当然である。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、……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」。「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関係す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、……一

層強まる」。

したがって、被告は「本件手紙」を受け取った時点で、原告が乳房温存療法の自らの乳癌への適応、現実的な実現可能性につき強い関心を有していることを知っていたと考えられることから、「[被告医師]は、この時点において、少なくとも、[原告]の乳癌について乳房温存療法の適応可能性のあること、乳房温存療法を実施している医療機関の名称や所在を〔被告医師〕の知る範囲で明確に説明し、〔被告医師〕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」と判断し、審理を大阪高等裁判所に差戻した。

検討

本件においては、患者が希望を明示していなかったとの事実認定がなされているが、患者が乳房温存療法に強い興味を有していることを被告医師が承知していたことは認定されている。このことがいかに位置づけられるのが問題となる。

「本判決は、①選択可能な他の療法が医療水準として未確立であったが、実施医療機関は少なくなく、また実施した医師の間でも積極的な評価がなされていたこと、②患者が当該療法の適応である可能性があること、③患者の当該療法への強い関心を医師が認識していたこと、④医師が当該情報の知識を有していたこと、⑤手術が患者の生活の質に関わるものであったことなどの諸事情の下で、医師の説明義務を肯定している。これらの事情の1つまたは複数欠如している場合についての最高裁の態度は明らかではなく、この意味で「事例判決といえる」とする見解¹⁶⁾をはじめとして、本判決の射程を必ずしも広く解さない見方も有力である¹⁷⁾。

16) 水野謙「判例批評」法学教室263号196-197頁(2002年)。

たしかに、本件で問題となった乳癌という疾病とその外科的治療は女性にとり重大事でありうる。また、被告医師が専門性の高い医師であった(少なくともそう標榜していた)こと、「本件手紙」の存在により、被告医師は少なくとも原告の乳房温存療法への興味を知っていたと考えられること、乳房温存療法は実験的医療といえるほど先進的ではなかったものの安全性・有効性が確立していなかったこと、などである。これらの事情が最高裁の判断の基礎となって、実施予定はないが選択可能な他の療法であった乳房温存療法について当該医師には説明義務が生じるとされたと理解できよう。

換言すれば、本判決は、治療の観点から有効性・安全性が優れているかという評価軸を重視するか、それとも他の観点から異なる評価軸を用いそれを重視するかについて患者本人の判断に委ねるべき場合がありうることを示したものと理解できる。乳房を切り取ることのない乳房温存療法は手術後の外観という観点からは乳房切除術よりも優れた療法であったといえ、これを治療における安全性有効性よりも重視するのは、他者が客観的には決められない問題である。乳房温存療法の選択可能性が全くないわけではない以上、このことについて本人が決定することを前提として医師は説明義務を負う。この意味で、本判決の射程は狭いといえるが、診療の方針決定において他者が客観的に判断しえないある者にとっての複数の価値の比較衡量の必要性がある場合には同様の考え方がとられうるのではないかとも思われる。

ところで、最高裁は「乳房温存療法の適応可能性のあること、乳房温存療法を実施している医療機関の名称や所在」につき、「知る範囲で明確に説明」する義務しか認めていない。つまり、医師が情報収集を行ったり、乳房温存療法にもともと関心のない患者に選択肢を提示したりするなど、積極的に関与する義務までは認められないと考えられる。

17) ほかに、事例判決に止まると明言するものに中村也寸志「判解」法曹時報 55 巻 4 号 (2003 年) 1182-1157 頁がある。

(3) 分娩方法説明義務違反事件

第一判平成 17 年 9 月 8 日 判例時報 1912 号 16 頁

原原審 さいたま地川越支判平成 13 年 7 月 5 日 判例集未登載

原審 東京高判平成 14 年 3 月 19 日 訟務月報 49 卷 3 号 799 頁

事案の概要

原告妻（出産時 31 歳）ははじめての妊娠が判明し被告病院にて被告医師の診察を受けていた。その後、胎位が頭部を子宮底に、臀部を子宮口に向けた状態（骨盤位）であることが判明した。原告妻は原告夫とともに一貫して帝王切開での分娩を希望し、再三帝王切開での分娩の希望を伝えていた。被告医師は経膣分娩が可能であること、もし分娩中に問題が生じればすぐに帝王切開術に移行できること、帝王切開術をした場合のデメリット（手術部がうまく接合しないことがあること、次回の出産で子宮破裂を起こす危険性があること）を説明、更に家族で話し合うよう原告夫妻に指示したのみであった。原告夫妻はその後も帝王切開での分娩の希望を伝え続けていた。

1994（平成 6）年、5 月 11 日午後、原告妻は陣痛促進剤を服用したのちに分娩を開始、被告医師は分娩時には両下肢のひざが屈し両側のかかどが臀部に接して先進する状態（複殿位）となると判断したが、経膣分娩を続行した。ところが午後 3 時 3 分頃、被告医師の人工破膜による破水後、臍帯の膣内脱出が起り、胎児の心拍数が急激に低下したため被告医師は臍帯を子宮内に還納しようとしたが奏功しなかった。3 時 7 分ころ、骨盤位牽出術を開始。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被告医師は、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 15 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、3 時 9 分頃重度の仮死状態で原告夫妻らの長男が出生したが、その日のうちに死亡した。

原告夫妻は、被告医師の不十分な説明により、原告らが分娩方法について十分に検討したうえ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逸し長男が死亡したなどと主張し、被告医師および被告病院設置者に損害賠償を請求した。原審は、経膣分娩に関する説明は相当かつ十分なものであり、原告らにおいて、帝王切開術の希望を抱きながら被告医師の説得に応じたとしても、自由に意思決定する権利を侵害されたものとはいえないとして原告らの訴えを斥けた。

最高裁の判断

最高裁は、被告医師がなしたとされる、何かあればいつでも経膣分娩から帝王切開に移行できるとの説明について、実際には準備をしても移行に一定の時間を要したこと、胎児の体重は 3500 g を超えることも予想されることもあったことなどの事実認定を前提として以下のように述べた。

「帝王切開術を希望するという〔原告〕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、〔被告医師〕は、これに配慮し、〔原告〕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っ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、胎児が複数位であることも告げて、〔原告〕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、〔被告医師〕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えるべきである。ところが、〔被告医師〕は、〔原告〕らに対し、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ず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、〔被告医師〕の上記説明は、上記義務を尽くしたものであるとはいえない。」

検討

本判決において特徴的なのは、①原告夫妻が一貫して表明していた帝王切開の希望を「医学的知見に照らし相応の理由があった」と評価しつつ、被告医師に帝王切開術の実施義務があったとまでは原審も最高裁も認めていないこと、②原告夫へも「被告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」ための説明をする義務を医師に課していることであろう。

①の分娩方法の選択¹⁸⁾については、これまでも下級審裁判例においてとられてきた、原則として医師の裁量に委ねられるという考え方¹⁹⁾と整合的である。もちろん、いかなる方法を選択しても、その後の分娩の経過で起きうるリスクを予見し、母体と新生児にとって安全となる措置を準備することを怠った場合の注意義務違反が認められた裁判例はあるが²⁰⁾、これは療法選択自体の過失とはまた別の問題であると整理できる²¹⁾。

本件においては、原告夫妻の希望が医師の判断とは異なったわけである

18) 川副加奈「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——」金沢法学 49 巻 2 号 395 頁 (2007 年) によると、「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うるが、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」とされる。

19) たとえば、大阪地判昭和 57 年 3 月 4 日判例時報 1056 号 213 頁は、第一子を帝王切開術にて出産後、第二子を 4750 グラムの巨大児を経膈分娩で出産したが、分娩中に肩甲骨難産となり、この第二子に分娩麻痺による右上腕神経叢麻痺の障害が残った事案であるが、裁判所は「〔分娩方法のうち〕いずれの方法を選択するかは当該主治医の知識、経験、技能に基づく臨機応変の裁量に委ねられているところであって、前回母体が帝王切開したとか、胎児が巨大児（一般に出産時 4000 グラム以上と考えられている）であるとかが直ちに帝王切開術を採用すべき理由とならないことが明らかである。もっとも、右医師の裁量もその当時の医学常識から極端に逸脱している場合には当然違法の評価を受けるものであり、例えば、胎児が骨盤位（いわゆる逆児）であり、しかも子宮口が全開大しない場合などは帝王切開術をすべき場合の適例であり、右の場合に医師が右医学常識に反して適切に帝王切開術を採らないことは違法であろう。」と述べる。

20) 東京地判平成 16 年 3 月 12 日判例タイムズ 1212 号 245 頁は、「厳重な分娩監視をして、体位変換等も試みた上、その後、帝王切開手術にも備えるべき……義務を怠った状況を前提として、帝王切開手術を選択しなかったことを正当化することはできないというべきである。」と述べるが、むしろ主眼は帝王切開術を選択しなかったことではなく、その選択をするうえで必要な措置をとっていなかったことにあると考えられる。

が、この希望には医学上相応の理由があったものと裁判所は認める。したがって、引き続き当該医師から医療を受けるか、他の医師や医療機関を受診するかは妊産婦が決めることができることを前提として、その判断をするために必要な説明が十分になされなかったことをもって医師の注意義務違反が認められた。これは、不正確な説明に基づき患者が診療行為につき同意をしたことを意味し、輸血拒否事件判決に類似したものと評価できよう。もっとも、平成 12 年判決は、患者の希望は輸血以外に救命手段がないときでも輸血をしないでほしいというものであり、そもそも医療機関側は輸血以外に救命手段がないなら輸血をする意図を有していた。この意味で、診療の方針決定のあり方を考えるうえではより個別的な方針決定が要され、胎児の推定体重如何、胎位の変化如何で分娩前に帝王切開術が選択される余地もあった本件とはやや事案を異にするようにも思われる。

他方、本判決において最高裁が示した医師の説明義務が、単なる医的侵襲の違法性を阻却するための「患者の承諾」の前提としてなすべき説明義務にとどまらないのではないかとの疑問を生じさせるのが、この②の夫へも説明を行なう義務を医師に課す点である。たしかに、原告妻は、分娩介助に対する同意をするか否かを定める前提として²²⁾、被告医師は説明義務を負う²³⁾。しかし、実際に医療を受けるわけでもなく契約の主体でもない原告夫に対する説明義務はいかなる根拠により発生するのが判決を読んでも必ずしも明らかではない²⁴⁾。この点については、生まれてくる子は懐

21) これは、療法決定という「するかどうかの注意義務」というよりは、決定された療法を「するに際しての注意義務」であると整理できよう。広島高裁松江支判平成 4 年 12 月 11 日判例時報 1486 号 73 頁は、「複雑な分娩機序と分娩の個別性にかんがみれば、一般論としては、産科医が分娩方法として帝王切開術を選択、実施するか否かは、その高度の知識、経験、技量に裏打ちされた専門的裁量に属することは控訴人が強調するとおりであるが、本件のように前提として当然なされるべき資料収集が十分になされなかった場合やそれに正当な評価を与えなければ、およそ適切な分娩方法の判断をなしえないのであるから、右を医師の裁量問題に併呑することの誤りは明らかである」と述べる（名古屋地判平成 18 年 6 月 30 日判例タイムズ 1234 号 148 頁も同旨）。このような資料収集やそれらの評価を適切に行なう義務があるとすれば、それも分娩方法の選択が医師の裁量に委ねられるからこそ「するに際しての注意義務」として医師に求められると説明できるだろう。

胎している女性だけの子ではなく、その夫たる男性の子でもある。このことに鑑みて、わが子がどのように出生してくるかの決定については父となる男性にも何らかの関与をする利益を認め、その前提として父となる男性に対しても医師が一定の説明義務を負う場合がありうると解する見解²⁵⁾もある²⁶⁾。

(4) 未破裂動脈瘤説明義務違反事件

最二判平成 18 年 10 月 27 日 判例時報 1951 号 59 頁

原原審 東京地判平成 14 年 7 月 18 日 判例集未登載

原審 東京高判平成 17 年 5 月 25 日 判例集未登載

差戻控訴審 東京高判平成 19 年 10 月 18 日 判例タイムズ 1264 号 317 頁

-
- 22) なお、和泉澤千恵「分娩にかかわる説明義務—近時の裁判例を題材として—」國學院法政論叢 39 輯 88 頁 (2018 年) によると、「問題は、その経膈分娩が、生理的過程をとる分娩であって、医療スタッフによって提供される行為が分娩介助のみに終始し、医的な侵襲行為を一切ともなわない場合である。このような場合であっても、医療スタッフによる分娩の介助は身体的接触をともなう行為であるから、身体に対して行なわれる行為といえることができる。」とされ、妊産婦の同意が必要であるという。本件はこれにあてはまらないともいえるが、いずれにせよ同意は必要といえる。
- 23) もっとも、最高裁の「分娩誘発を開始するまでの間に」説明しなければならないという判示には、その時点で Y 医師の下で経膈分娩を受け入れるか否か判断するための判断材料が与えられても、被告病院を退院して他医療機関への転院をすることは事実上できなかったのではないかと疑問がある（その場合原告妻がスムーズに転院できるように転医引継をなす義務が認められるのかなどの疑問も生ずるところである）。河内宏「帝王切開を強く希望した夫婦に経膈分娩を勧めた医師の説明責任」私法判例リマックス 34 号 25 頁 (2007 年) は「『分娩誘発を開始する』段階や『陣痛促進剤の点滴投与を始める』段階でも説明義務を認め患者の選択の機会を保障しようとしている以上、このような段階でも医師には患者の希望に応じる義務はない、と主張するのは、いかに医師の専門的裁量権を尊重すべきだと考えても無理ではないかと思われる。」と述べるが、その時点に至ってもなお患者の希望に従う義務を裁判所が認めていないことは特筆すべきであろう。
- 24) なお、前期破水を来しているとの診断を受け入院した妻の分娩が十分に進行しなかったため夫と実母が 2 回にわたり帝王切開術へ移行するよう申し入れられたが被告病院医師が経膈分娩を継続した事案である神戸地方裁判所平成 15 年 11 月 14 日判決 LEX/DB 文献番号 28091392、裁判所ウェブサイトは、妊婦本人の意思を明確に確認した上でなされたものではない上、申入れの際の夫や実母の態度も強いものであったとはうかがわれぬことなどを理由として訴えを斥けている。

事案の概要

患者 A (1934 [昭和 9] 年生、62 歳) は、1996 (平成 8) 年 1 月 19 日に左内径動脈分岐部に無症状性の未破裂脳動脈瘤 (最大径 7.9 mm) の存在が確認された。当初、A に対しては同月 26 日に被告病院の担当医師から以下の説明がなされた。

- ・ 脳動脈瘤は、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
- ・ 治療するとすれば、開頭手術とコイル塞栓術の 2 通りの方法があること
- ・ 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
- ・ コイル塞栓術では、後でコイルが患部から出てきて脳梗塞を起こす可能性があること
- ・ 治療を受けずに保存的に経過をみる、開頭手術を受ける、コイル塞栓術を受ける、のいずれを受けるかを決めるのは患者本人であること
- ・ 治療を受けるとしても今すぐでなく何年か後でもよいこと

この説明を受けて A は開頭手術を希望する旨を同年 2 月 3 日に担当医師に告げたが、その後、同月 27 日に行なわれた担当医師らによる術前カンファレンスで A の脳動脈瘤の位置等から開頭によるクリッピング

25) 池町知佐子「経膈分娩と帝王切開のいずれを選択するかについての説明」藤山雅之編著『判例にみる医師の説明義務』82 頁 (新日本法規、2006 年)。和泉澤・前掲注 [22] 100-101 頁は分娩が児の娩出を完了するまでは「侵襲行為が、ただ産婦のみに対するもの」ではなく、「法的な意味における『人』ではないが、『人』になりうる『胎児』への侵襲行為も同時に行われているような場合もある。」とする。こうした意味で、胎児の父が関与する途はありうるように思われる。

26) また、峯川浩子「分娩方法に関する説明義務違反と機会の喪失」別冊ジュリスト 219 号医事法判例百選 [第 2 版] 71 頁 (2014 年) は第三者のためにする契約として診療契約を構成することによる理解の可能性を示唆する。

術は困難であり、まずコイル塞栓術を試す方針が選択された。そこで A には同日中にさらに以下の説明がなされ、コイル塞栓術が勧められた。

- ・ A の動脈瘤は開頭手術が困難な場所に位置しており開頭手術は危険な
ので、コイル塞栓術を試してみようとの話がカンファレンスであった
こと
- ・ コイル塞栓術には開頭しないで済むという大きな利点があること。
- ・ 担当医師はこれまでコイル塞栓術を十数例実施しているが、すべて成
功していること
- ・ コイル塞栓がうまくいかないときは無理をせず、直ちにコイルを回収
してまた新たに方法を考えること
- ・ コイル塞栓術には術中を含め脳梗塞等の合併症の危険があり、合併症
により死に至る頻度が 2~3% とされていること

これに基づき、担当医師は A からコイル塞栓術を実施することの承諾を得た。

翌 28 日、A に対してコイル塞栓術実施されたが、術中、コイルの一部が瘤外に逸脱して瘤を塞栓することができず、中大脳動脈及び前大脳動脈を塞栓する危険が生じたことから、コイル塞栓術は中止された。コイルの回収ができなかったため同日開頭手術が実施されたものの、内頸動脈内に移動したコイルの一部については除去することができなかった。A は、上記開頭手術終了後も意識が回復することはなく、動脈瘤内から逸脱したコイルによって生じた左中大脳動脈の血流障害に起因する脳梗塞により、同年 3 月 1 日には脳死状態となり、同月 13 日死亡した。ちなみに、A の動脈瘤の治療は予防的な療法（術式）であった。開頭手術とコイル塞栓術はいずれも当時医療水準として確立していた療法（術式）であったが、コイル塞栓術は当時まだ新しい治療手段であったとされる。

原審は動脈瘤の危険性、とりうる選択肢、各選択肢の利点と危険性等について説明をしていることから説明義務違反を否定し、A の配偶者らから

の損害賠償請求を拒んでいる。

裁判所の判断

裁判所は、「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」ことを根拠として、本件病院の担当医師らは以下の事項につき分かりやすく説明する義務があり、「開頭手術とコイルそく栓術のいずれを選択するのか、いずれの手術も受けずに保存的に経過を見ることとするのかを熟慮する機会を改めて与える必要があったというべきである。」と判示した。

- ①開頭手術では、治療中に神経等を損傷する可能性があるが、治療中に動脈瘤が破裂した場合にはコイル塞栓術の場合よりも対処がしやすいこと
- ②コイル塞栓術では、身体に加わる侵襲が少なく開頭手術のように治療中に神経等を損傷する可能性も少ないが、動脈の塞栓が生じて脳梗塞を発生させる場合がある。動脈瘤が破裂した場合には救命が困難であるという問題もあり、このような場合にはいずれにせよ開頭手術が必要になること
- ③A の場合、内頸動脈そのものが立ち上がっており、動脈瘤体部が脳の中に埋没するように存在しているため、恐らく動脈瘤体部の背部は確認できないので、貫通動脈や前脈絡叢動脈をクリップにより閉塞してしまう可能性があり、開頭手術はかなり困難であること

そのうえで、以上の①～③の点につき説明がなされていたか、そのうえで開頭手術またはコイル塞栓術を選択するか、保存療法を選択するか熟慮する機会が与えられていたかにつき審理を尽くすために原審に差戻した。

検討

本件は、未破裂脳動脈瘤に対する予防的医療を行なうか、それとも保存療法をとり何もしないでおくかとの選択肢があり、少なくともそれほど緊急的に、あるいは期限を設けて何らかの処置をする必要があったわけではなかった。つまり、患者が意思決定することを待つ余裕があったはずであった。さらに、予防的医療としても開頭手術とコイル塞栓術があり、いずれの選択肢も医療水準に達した術式であったとされる点で、ここまで紹介してきた他の判例と事案を異にする。このような選択肢につき、本件患者は最初から診療の方針について希望を表明していたわけではなく、医師の説明を受けたのちにその時点で選択肢のひとつであった開頭手術を受けたいとの希望を述べた。その後、被告病院医師らが本件患者の希望していた開頭手術の実施は危険性が高いと判断し、コイル塞栓術を選択するよう方針転換したことについては特に問題とされていない。

しかしながら、本件においては担当医師も患者に「治療を受けるとしても今すぐでなくて何年後でもよい」と述べていたとされる。そのことに鑑みると、患者がもともと希望していた開頭手術からコイル塞栓術を勧めるとの医師の方針転換がなされたその日のうちに患者に説明がなされ、患者がコイル塞栓術の実施に同意し、翌日にコイル塞栓術が実施されたのはやや性急ともいえるように思われる。最高裁も、熟慮の機会が患者に与えられていたかについて疑問を呈しており、患者の熟慮による意思決定の機会が実質的に保障されることを医療機関側に求め、選択肢について熟慮するための説明義務を認めた²⁷⁾。このため、医師らが第2以下の選択肢と位置付けた開頭手術についても「〔本件患者が〕開頭手術の危険性とコイルそく栓術の危険性を比較できるように……カンファレンスで判明した開頭手術に伴う問題点について具体的に説明する義務があった」とした。

27) 鈴木利廣「脳動脈りゅう患者に対するコイルそく栓術中の死亡と担当医師の説明義務違反」私法判例リマークス 36号 62頁(2008年)は、この点につき「従来の最判の到達点である前記判例②〔乳房温存療法説明義務違反事件最高裁判決：引用者注〕を更に広げたことに意義がある」とする。

ここで最高裁は乳房温存療法事件最高裁判決を引用して判決理由を説明するものの、以上で述べたように両事件での選択肢の性質はだいぶ異なる。ただし、未破裂動脈瘤は残りの人生において 4 割は破裂する可能性があり、その場合にはほぼ死を意味する脳動脈瘤について、20 年間（これは当該患者の、男性の平均余命までのおおよその年数であると思われる）破裂しない「6 割」にかけて治療せずに抱えて生きるか、少なくないリスクを冒しても予防的に治療をするかという問題であったと考えることができる。このどちらがいいかは客観的に決められることではない。最高裁も「患者自身の生き方や生活の質にもかかわる」と指摘するとおり、患者本人がその人生観、価値観に従い決めるほかないであろう。この点は乳房温存療法説明義務違反事件と共通する点といえる²⁸⁾。最高裁が一応の説明と同意では足りず、熟慮期間を必要とした背景には、処置をするまでに時間的猶予があったこととともに、このような自己決定の必要性を認めたこともあると理解できよう²⁹⁾。

(5) 診療の方針決定における患者の希望：最高裁判例をもとに

以上では、4 件の最高裁判決を概観してきた。もちろん、かなり事案を異にするたった 4 件の判例だけをもとに何かを言うことは乱暴であるが、あえて何を見出すことができるだろうか。

第一に、診療の方針決定における患者の希望と医師の裁量の関係についてみると、最高裁は、医師の専門的判断を一定程度尊重する考え方をとっていると考えられる。たとえ患者が医師に対し診療方針に関する希望や興味のあることを明示している場合であっても、医師にその希望に従い患者

28) 手嶋豊「予防的な療法（術式）実施にあたっての医師の説明義務」ジュリスト臨時増刊 1332 号・平成 18 年度重要判例解説 81 頁（2007 年）は「脳動脈りゅうの治療に踏み切った場合、危険が実現する可能性も小さくはなく、しかもその場合の結果は重大なことに及ぶ可能性があるため、治療しないという選択肢が大きな意味を持ち、平成 13 年判決よりもさらに選択機会が重要となっている」と述べる。

29) もっとも、近藤 = 石川・前掲注 [9] 12 頁は「医療行為を緊急に行う必要がない場合は、合併症等の危険を冒してまで医療行為を受ける必要が相対的に低くなると言える」とし、時間的な余裕があったことをより重視している。

が希望する通りの医療を実施する義務を課す判例はない。乳房温存療法説明義務違反事件においては患者の希望が明確に医師に伝えられていたとは認定されていないなど、患者による希望の表明の程度には強弱がある。また、患者が希望する方針や療法が有効性安全性の確立したものであるかもまちまちで、生命よりも輸血しないことを優先するという希望もあれば、「医学的知見に照らし相応の理由があった」と裁判所に評価される希望もあった。しかしいずれにせよ、裁判所は医師に対して患者の希望に従い、診療を実施することを求めている³⁰⁾。

第二に、そうはいても、医師が決定した診療の方針に対して患者は同意し、または拒否することができる。このため、医師はその専門的判断が尊重されるとしても、患者が十分理解したうえで同意するかどうか決めるためこの判断について説明しなければならない。いうまでもなく、虚偽の説明をしたり、説明不足であったりすると、合理的な理由がない限りは当該医師の説明義務違反となるし、そのような説明に基づく患者の同意も有効なものとはならないと考えるべきであろう³¹⁾。

さて、そのように考えるとして、実施可能性のない療法につき説明義務が肯定されていることが問題となる。医師が選択した治療方針については、実施予定の医療であるため患者から同意を得る前提として説明を要することは言うまでもない³²⁾。そして、実施予定の医療のほかに代替可能な治療法がある場合、説明の一環として代替手段についても説明義務が及ぶとするのが一般的な考え方である³³⁾。しかし他方で、たとえば実施可能性がおよそないような新規治療法などについても説明しなければならないと考えることは妥当ではなく、原則として、説明しなければならないのは確

30) なお、診療契約の内容確定という観点から考えたときに、信仰に基づく輸血拒否事件の控訴審判決は「患者による治療内容に対する注文は、通常は単なる希望の表明に過ぎず、原則としては、医師が明示に承諾した場合でなければ、そのような医師の治療方針と抵触する合意が成立したと認めるべきものではない」として無輸血診療特約の成立を認めていないことはひとつの参考となりうると考えられる。少なくとも、患者の希望に対して医師が合意しなければ、契約内容とはならないであろう。

31) 市野川編・前掲注〔7〕37-38頁〔唄孝一〕。

立された療法のみとされる³⁴⁾。

このような一般的な理解に対し、最高裁は乳房温存療法説明義務違反事件において、医師が行なわない未確立の療法や術式についても一定程度説明をする義務を認めている。この判断に最も強く影響したのは、実施予定だった胸筋温存乳房切除術が女性にとっては重要な意味を有する乳房を切除する術式であり、乳房を切除することは女性にとって精神面、心理面への影響を有し、患者の生き方や人生の根幹にもかかわることである³⁵⁾。しかし他方で、乳癌という命にもかかわりうる疾患への治療の必要性もあることから、どちらを優先するかは一概にはいえず本人の自己決定の必要が高まると考えられる。

このように考えると、以上でとりあげた事案はそれぞれ、宗教的信念を

32) 医師の説明義務を「承諾の前提としての説明」と「結果回避義務としての説明」とに大別し、前者をさらに、医療行為が侵襲を伴うことを前提として「医的侵襲の違法性を阻却する有効な承諾の前提としての説明」と患者のライフスタイルの決定に影響を及ぼすような診療行為が行なわれる場合などにおける「患者の自己決定権の行使の前提としての説明」とに、後者を「療養指導義務としての説明」「転医勧告義務としての説明」「顛末報告義務としての説明」とに分けて把握する（平林勝政「一時外泊中の脳出血死事件」別冊ジュリスト 102号医療過誤判例百選 204頁〔1989年〕参照）と、この説明は「医的侵襲の違法性を阻却する有効な承諾の前提としての説明」であると理解できるであろう。もっとも、このような考え方には異論もある。米村滋人『医事法講義』126-141頁（日本評論社、2016年）など。

33) 新美育文「医師の説明義務と患者の同意」ジュリスト増刊民法の争点Ⅱ 231頁（1985年）

34) 中村哲「医師の説明義務とその範囲」同『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——』109-112頁（判例タイムズ社、2001年）参照。「既に治療法として確立されているものがあれば、それを選択する前提として、その説明をすれば、医師としての義務は尽くしたものである」というべきである。（111頁）。すなわち、確立された療法がなく未確立の療法しか選択肢がない場合には一定程度有効性と安全性が確立された療法につき原則として説明義務が生じると考えるべきだが、確立された療法がある場合にまでこのような未確立の療法に直ちに説明義務が生ずるとは考えられないとする。

35) 中村・前掲注〔34〕111頁は「乳房温存療法などのように、治療目的の外、患者自身の生き方や人生の根幹に関する人生（生活）の質（Quality of Life）が考慮される場合には、それに対する価値が昨今重視される状況となっているためその範囲で患者の意思を治療方法の選択・実施に当たってより尊重すべき程度が高くなる、換言すると、患者の人生に対する自己決定権の必要性がより高くなるので、そのことを踏まえて考える必要性がある。」と述べる。

貫くか、女性の象徴を失うという外観の変貌を受け入れるか、わが子の出生³⁶⁾、破裂したら致命的な脳動脈瘤を抱えたまま生きるかに関わる診療が関わる。これらは、治療による生命や健康の維持といった客観的利益よりも尊重されうるまた別の価値であり、この価値がある患者にとって客観的利益よりも上回るか否かは当該患者の価値観によってしか決めることができない。つまり、多かれ少なかれ診療上の方針が生き方やクオリティ・オブ・ライフに直結しやすい要素があるなかで、患者本人にしか判断できない複数の価値の比較衡量が必要となったといえる³⁷⁾。だからこそ、患者が当該医師の治療を受けるか否かについて自己決定する必要性、ひいてはそのため医師による十全な説明がなされる必要性が通常より高まると考えることができる。つまり、実施可能性のある選択肢以外の事項についても、患者がいかに生きるか、どのように生きることを善しとするか、何がその患者にとっての well-being かについての自己決定に関わる事項については、その意思決定を阻害しないように医師に説明義務の程度が強まるといえる。

ここで医師がなすべき説明は、診療の方針決定という面についてみれば、医師の専門的判断と患者の自己決定のバランスをとる役割を果たすと考えられる。つまり、医師はその判断で個々の患者の状態に適した方針や療法を提示し説明する。これに患者が同意せずに、医師の判断と異なる希

36) 子の出産に関しては自己決定が許されるべきとの考え方が有力に述べられている。たとえば、佐藤幸治『現代法律学講座 憲法〔第3版〕』460頁（青林書院、1995年）も家族の形成・維持にかかわる事項やリプロダクション（生殖）にかかわる事項には自己決定権が及ぶと述べる。渋谷秀樹「生殖の自由と生命の尊厳」江橋崇ほか編『岩波講座 現代の法 14 自己決定権と法』33頁以下（岩波書店、1998年）、山田卓生『私事と自己決定』221頁以下（日本評論社、1987年）なども参照。もっとも、最判平成17年9月8日の事実関係によれば、夫婦の希望は子の出産方法に関する希望であり、子をなすかどうかのような、いわゆる家族の形成に関するものではない。それでも妻については子の「産み方」に関する希望であり、自らの身体に関する自己決定であるともいえるが、夫の希望、また、夫に対する説明をどのように理解するかはこのように考えても難しい問題である。

37) なお、どのような状態であればクオリティ・オブ・ライフが高い、低いといえるかはその本人にしか判断できないという考え方があり。市野川容孝編『生命倫理とは何か』48頁（平凡社、2002年）〔市野川容孝〕。

望を有するような場合、この希望する療法が有効性安全性の確立まで程遠いもので考慮に値しないなどの場合でなくても、この希望に従うか否かも原則当該医師の専門的判断に委ねられ、患者の希望に従う義務は課されない³⁸⁾。とはいえ、たとえばその希望が患者の人生やクオリティ・オブ・ライフにかかわるものである場合には、たとえその希望が輸血をしなければ救命できない場合にも輸血をしないしてほしいという標準的でないものであってもこれを考慮する必要が生じ、あるいは、実施予定のない未確立の療法であっても知る範囲で説明義務が生ずる形で説明義務がいわば通常よりも重くなると理解することができる。そして、そうであるとするならば、患者による希望の表明は、患者にとって自己決定の要請が高まる事情が存することの表明でもあると理解できよう。

ところで、このように考えると、「承諾の前提としての説明」は、「医的侵襲の違法性を阻却する有効な承諾の前提としての説明」と「患者の自己決定権の行使の前提としての説明」とに二分できると考えるべきではないであろう³⁹⁾。「医的侵襲の違法性を阻却する有効な承諾」をするに際しても、その後の生活や人生設計に全く何の関係もなくなされることはそれほど多くないのではないかと考えると、医的侵襲の違法性を阻却する有効な承諾をするか否かも患者の自己決定によりなされる事項だと考えられるか

38) 住本靖「医師の裁量と診療契約」古村節男・野田寛ほか編『医事法の方法と課題』7頁(信山社、2004年)は「患者の希望が医療水準から判断して許容される内容であれば、その診療行為が当該医師としては最適でないと考えられる場合であっても、患者の希望が優先されるべきである。もちろん、その際に医師が患者に再考を促すために説明をすることは法的にも許されるし、政策的にも好ましいことである。ただし、医師の説明にもかかわらず、患者の医師が変わらない場合には、医師はその患者の希望に沿った診療行為をなす債務が発生することとなる。」と述べるが、患者やその状態はそれぞれ異なるのであり、「医療水準から判断して許容される」は結局のところその患者を診察している医師が専門家として許容できるか否か判断するしかないであろう。つまり、患者の希望する方針や療法の有効性、安全性が確立しているか否かのみで直ちにその希望に従う義務が発生するというにはならないと考えるべきである。

39) このように考えると、むしろ、金川琢雄「インフォームド・コンセントの法理・概説」同『医事法の構想』4-5頁(信山社、2006年)による分類に近いようにも思われる。

らである⁴⁰⁾。したがって、患者本人の選択の必要性が高い場合とそうでない場合との明確な区別は難しく、その相違はグラデーションであると理解すべきである⁴¹⁾。

もっとも、最高裁が、患者の意思決定を支援するための説明までを求めていると考えることはできない。患者の女性としてのライフスタイルに関する決定という側面が強調されて医師の説明義務が認められた乳房温存療法説明義務違反事件においても、乳房温存療法につき「知っている範囲」での説明を求めるに留まっているためである。あくまで、医師の説明は患者の自己決定の機会を適切に保障することを目的とするものであり、その内容として課される説明も積極的なものとはまではいえないと解すべきであろう。

3 悪性腫瘍に対する医療の方針・療法決定

(1) 悪性腫瘍に対する治療

内閣府の世論調査「がん対策に関する世論調査」⁴²⁾によると、全国18歳以上の3000人のがんに対する印象は「『こわいと思わない』とする者の割合が26.8%（『こわいと思わない』15.8%+『どちらかといえばこわいと思わない』11.1%）、『こわいと思う』とする者の割合が72.3%（『どちらかと

40) 唄孝一「インフォームド・コンセントと医事法学」同『志したこと、求めたもの』51頁（日本評論社、2013年）は「それはただ自分のことは自分が決めるという精神的問題ではなくて、《その人の身体はその人のものだ、身体の全体はまとまったものとしてその人のものなのだ》という考えがその基礎にある。この考え方が守ろうとしているのは、精神の自由だけでなく、肉体の完全性、つまり bodily integrity とか、körperliche Integrität とかいはわれるものである。」と述べる。

41) このような意味で、終末期医療における意思決定は患者本人の選択の必要性が高まる局面であるといえるが、通常の医療でも患者の人生観、価値観により決める必要性が高まる場合はありうる。終末期であるということがいかなる意味を有し、殊更終末期医療をそうでないステージの医療と区別し、特別に扱う根拠をいかなる点に求めるのかは慎重に考える必要があろう。

42) 内閣府「がん対策に関する世論調査」結果（平成28年度）<https://survey.gov-online.go.jp/h28/h28-gantaisaku/index.html>（2019年12月13日閲覧）

いえばこわいと思う』29.9% + 『こわいと思う』42.4%) となっている。⁴³⁾ だという。この理由としては『『がんで死に至る場合があるから』を挙げた者の割合が 72.1% と最も高』いとされ⁴⁴⁾、一般的には依然として「癌」「悪性腫瘍」に致死性の疾患との印象があることが窺える。

「癌」「悪性腫瘍」⁴⁵⁾といっても様々な分類があり、また、種類や発生部位などによって異なるものであるため、悪性腫瘍の治療として一概にいえることはあまり多くない。しかし、現在の標準的療法として、①外科的がんとを切除する手術、②化学療法（抗がん剤治療）、ホルモン療法（内分泌療法）、分子標的治療、分化誘導療法などの薬物療法、③放射線治療があり、さらに先進医療、場合によっては臨床試験に頼ることもありうる⁴⁶⁾。さらに、近年、「遺伝子変異などがんの特徴に合わせて、一人一人に適した治療を行う」⁴⁷⁾「主にがんの組織を用いて、多数の遺伝子を同時に調べ、遺伝子変異を明らかにすることにより、一人一人の体質や病状に合わせて治療などを行う医療」⁴⁸⁾とされるゲノム治療の体制作りも推進されているところであり、2019年9月にはがんゲノム医療拠点病院が指定されている⁴⁹⁾。また、標準治療以外にも選択肢となる治療法がある場合もありえ⁵⁰⁾、さらには免疫療法⁵¹⁾などをはじめとした代替医療⁵²⁾も存在する。病状の進行

43) 内閣府・前掲注〔42〕(2019年12月13日閲覧)

44) 内閣府・前掲注〔42〕(2019年12月13日閲覧)

45) 一般的に悪性腫瘍は細胞の増殖により周囲の組織への浸潤、または転移を伴うもので、がん組織は、他の正常組織が摂取しようとする栄養を奪い体が衰弱するという共通点があるとされる。国立がんセンターがん情報サービス「知っておきたいがんの基礎知識」https://ganjoho.jp/public/dia_tre/knowledge/basic.html (2019年12月13日閲覧)

46) 国立がんセンターがん情報サービス・前掲注〔46〕

47) 国立がんセンターがん情報サービス「がん医療における遺伝子検査 まず、知っておきたいこと」https://ganjoho.jp/public/dia_tre/treatment/genomic_medicine/genest01.html (2019年12月13日閲覧)

48) 国立がんセンターがん情報サービス「がんゲノム医療 まず、知っておきたいこと」https://ganjoho.jp/public/dia_tre/treatment/genomic_medicine/genmed01.html (2019年12月13日閲覧)

49) 厚生労働省プレスリリース「34 医療機関を『がんゲノム医療拠点病院』として初めて指定します」<https://www.mhlw.go.jp/content/10901000/000549204.pdf> (2019年12月13日閲覧)

にもよるのであろうが、根治を目指した治療は難しいと医師が判断する場合⁵³⁾や、患者が「積極的な治療はつらいから受けたくない、あるいは、自分らしく生きるために、体に負荷のかかる治療を受けない」との選択をし、そのために「医師や医療機関によっては、さまざまな理由から、あなたの選択を受け入れることができず、治療の継続が困難になる」場合もあるという⁵⁴⁾。

このことから、悪性腫瘍に対する医療の方針決定においても、医師による専門的な判断が重要な意味を有する一方で、患者の生き方に関する自

50) とはいえ、悪性腫瘍の再発の場合には有効な治療法がない場合もある。このような場合、標準的医療といえない治療法、未確立の療法などがとられることもある。たとえば、大阪地判平成 23 年 1 月 31 日・後掲注〔71〕は肺の非小細胞癌と診断された患者が EMD72000 の第Ⅱ相臨床試験（治験）に参加するに際してなすべき説明義務が問題となった事案であるが、「非小細胞肺がん患者の予後は不良であり、ステージⅣ期の非小細胞肺がん患者の予後は特に不良であるところ、再発例を含む同患者に対する治療方法については、平成 18 年 4 月以降現時点までの間、ドセタキセルを含め特に優れているとされる治療方法はなく、現時点においても研究途上にあつて、臨床試験を実施してより良い治療方法を模索している段階であるということができる」と述べられている。

51) 国立がんセンターがん情報サービス「免疫療法 まず、知っておきたいこと」https://ganjoho.jp/public/dia_tre/treatment/immunotherapy/immu01.html (2019 年 12 月 13 日閲覧) によると、「免疫本来の力を回復させることによってがんを治療する方法で、近年注目されており、研究が進められてい」とされる。

52) 「一般に大学の医学部で教育されている主流の現代西洋医学 (conventional medicine) 以外の医学」(甲斐勝則編集代表『医事法辞典』376 頁〔信山社、2018 年〕〔廣瀬清英〕)。勝俣範之「玉石混交のがん治療 患者本位の医療制度の構築を」ウェッジ 29 巻 10 号 14 頁以下 (2017 年)、とりわけ 17-18 頁によると、「“がんに効く” とうたって自由診療を行っている例は、インターネットで検索すると、無限に出てくる。免疫細胞療法、遺伝子治療、高濃度ビタミン C 療法、水素温熱療法など、きりが無い。私のところにも、こうした治療に高額な費用を支払うも効果がでず、セカンドオピニオンを求めに来る患者がたくさん来院する。」「海外先進諸国でも、がんの民間療法は多数存在するが、医師が行うガイドラインにも記載のない未承認治療が行われ、患者から高額な治療費を徴収している医療がこれほどまでに蔓延している国は日本のみである。」とされる。

53) 国立がんセンターがん情報サービス「緩和ケアを中心とする治療やホスピスを担当医から勧められたとき」https://ganjoho.jp/public/support/saihatsu/chapter8_07.html (2019 年 12 月 13 日閲覧)

54) 国立がんセンターがん情報サービス「積極的な治療を受けないことを選択したとき」https://ganjoho.jp/public/support/saihatsu/chapter8_08.html (2019 年 12 月 13 日閲覧)

己決定がなされる必要が増す場合がありうるということが推測できる。

そこで、以下では、悪性腫瘍に対する医療の方針決定や療法決定に関する裁判例を参照する。このとき、患者が方針や療法について何らかの意思を表示していなかった場合と、そのような意思を表示していたか、意思を有していたとされる場合に分けて、医師による方針決定の是非、医師の説明義務違反の有無に関する判断を確認する。これにより、悪性腫瘍に対する医療方針における患者の希望と医師の裁量の関係についていかなる判断がなされているのかを明らかにする。

(2) 悪性腫瘍治療の方針・療法決定に関する下級審裁判例

(a) 患者が希望を明示していなかった場合

悪性腫瘍の方針・療法決定に関し、患者の希望が表明されていたと認定されていない事案もある。患者の希望はないが、医師の専門的判断の妥当性や患者への説明の適切性が問題とされていることから、まず、これらの裁判例を概観しておく。

名古屋地方裁判所平成 12 年 3 月 24 日判決⁵⁵⁾は、1988 (昭和 63) 年、癌専門病院において進行期 4 期の卵黄嚢腫瘍 (卵巣癌、なお、肝臓実質内転移と横隔膜を越える部分への転移も認められた) と診断された患者に対して被告医師が標準的療法をせずに治験薬を投与し、その後本件患者が死亡した事案である。医師は、腫瘍の完全摘出は不可能であると判断し、抗癌剤の投与による化学療法を採ることとした。当時、卵黄嚢腫瘍に対する標準的な化学療法はシスプラチン、プレオマイシン、ビンブラスチンの 3 つの抗癌剤を併用する方法 (PVB 療法) であったが、被告医師は卵黄嚢腫瘍の診療に当たったこともなく、PVB 療法も実施したことがなかった。被告医師は本件患者に対し、PVB 療法をとらず、自身が治験担当医として関与する臨床試験の第 2 相段階にあった治験薬を投与することとした。本件患者に対して臨床試験を行なうことについては、本件患者はおろか、患者

55) 判例時報 1733 号 70 頁 (確定)。

の夫や子にも説明が全くされなかったとされる。なお、本件患者は病名告知をされていなかったため診療の方針や療法について希望を表明していなかった。

本件は担当医師が独断で臨床試験への参加を決めた事案であり⁵⁶⁾、療法決定のあり方を考察するうえでみるべき点はないように思われるが、裁判所は、そもそもの被告医師による治験薬を投与するとの判断について「〔被告医師〕は、〔本件患者〕に対する卵黄嚢腫瘍の治療をするに当たり、当時標準的治療法とされ、薬理上も高度の合理性を備えたPVB療法を採用せず、かえって、未だ十分に安全性、有効性が確認されておらず、むしろ、第一相の臨床試験からは骨髓毒性による重篤な造血機能障害の危険性が指摘され、かつ、シンプラスチンよりは治療効果が弱いと報告されていた本件治験薬の使用を決め、……〔本件患者〕を死亡するに至らしめたものと認められるから、〔被告医師〕は、医師として、〔本件患者〕の疾病に関する当時の医療水準に適合する診療行為を行い、かつ、患者の危険防止のため当時の医学的知見に基づく最善の措置を採るべき注意義務に違反した」などとして、不適切であったことを認める。

東京地方裁判所平成18年12月8日判決⁵⁷⁾は、被告A病院にて左耳介部の有棘細胞癌（皮膚にできる悪性腫瘍、なお本件患者の病期は進行期3期と診断され、転移は認められなかった）と診断された患者が、A病院医師の紹介により被告B病院で局所動脈内選択的注入療法（以下「動注化学療法」）のための前処置として、鼠径部から外頸動脈内へカテーテルを挿入する動注ポート留置手術を受けた後に脳梗塞を発症し、死亡した事案であ

56) 本件は臨床試験への参加が問題となっている事案であり、被験者の同意とその前提としての説明のあり方という面から検討しなければならないことは言うまでもない。本稿においては紙幅の関係もあり控えるが、この点につき、さしあたり船橋亜希子「プロトコルの規範性——愛知県がんセンター事案」井上悠輔＝一家網邦『医学研究・臨床試験の倫理 我が国の事例に学ぶ』36頁以下（日本評論社、2018年）、甲斐克則「臨床研究とインフォームド・コンセント」甲斐克則編『医事法講座 第2巻 インフォームド・コンセントと医事法』145頁以下（信山社、2010年）など参照。

57) 判例タイムズ1255号276頁。

る。一般的に、動注化学療法は限定された施設でのみ施行される高度先進的医療であって標準的な治療法でなく、カテーテルを血管内に挿入することから、脳梗塞など脳血管障害の可能性を有するとされる。このようななかで、患者は「[A 病院の医師から] 手術、化学療法及び放射線療法があること、癌の転移がある場合には全身化学療法を行うが、[本件患者] の場合は癌に限局しているので動注化学療法を行うこと、抗癌剤としてはペブレオマイシンを使用するが、その副作用としては肺線維症が考えられること、動注化学療法終了後に手術を行うこと、動注化学療法の利点としては、少量の抗癌剤で標的とする部分に効かせることができるため、全身への影響が少ない点であること、この療法を実施するには、まず専門病院である〔被告 B〕病院に転院して動注ポート留置術を受ける必要があること等について説明がされ、原告は同療法を受けることに同意した」が、この説明に注意義務違反があったか否かが問題となった。

裁判所は、「療法を選択する場面においての医師の説明は、患者が適切に療法を選択し、治療方針について自己の責任において決定するために行われる必要があるところ、その前提として、その療法と他の療法の利害得失について説明が行われるべきであり、特に、当該療法が有する危険性については、患者が療法を選択する上での重要な考慮要素であると考えられるのであるから、その点について説明をすべき義務があるのは当然である。その説明が高度の専門性故に不可能であるというのであれば、患者が適切に自己決定権を行使するのは不可能になるのであるから、当該医療機関は、その療法の選択を勧めることは許されないというべきであって、医師がある療法を勧める以上、その療法が有する危険性について情報を取得し、自ら説明する義務を有するというべきである。仮に、医師の研鑽努力をもってしてもその知識の習得が不可能もしくは著しく困難であるというのであれば、患者がその専門医からの説明を受けた後に、再度、療法についての選択の機会を与えるべく、さらなる説明の機会を設けるべきであるといえる。」として、被告病院医師らには「病状、実施予定の動注化学療法の内容とその危険性、特に脳梗塞の危険があること、他に選択可能な術前

療法としてより標準的な放射線療法及び全身化学療法があることとそれらの内容及び利害得失について、説明すべき義務があった」ことを認めた。したがって、被告 A 病院の医師の説明は、「脳梗塞発生の危険性についての説明を怠った点及び他の選択可能な療法との利害得失についての説明を怠った点において、不十分」として注意義務違反を認めた⁵⁸⁾。

この事件では、患者は「高齢で理解力にやや乏しいところがあった」とされ、医師の説明を原告となる三男が受け、治療に同意をしている。このことの適否についてはここでは検討しないでおくこととしても、患者は少なくとも療法について希望を表明したとは認定されていない。そこで、療法の方針決定は、まずもって被告 A 病院の医師のみが関与し、患者側がこの方針に同意するか否かを判断する構造であったといえる。これに対し裁判所は「療法を選択する場面においての医師の説明は、患者が適切に療法を選択し、治療方針について自己の責任において決定するために行われる必要がある」と述べ、療法決定は患者が行ない、その責任は患者が負うとやや踏み込んだ一般論を述べている。これは前述の最高裁の考え方とはやや異なった考え方であるといえよう。そのうえで、裁判所は医師の説明義務違反を肯定したのであるが、この説明は患者に選択の機会を保障するためのものである。実際、裁判所は「手術前及び手術後の療法としては、放射線療法や全身化学療法が存在し、それらの方法がより一般的かつ標準的でいずれも相当な効果が期待されるとされていた」と述べるものの、先進的な療法であり標準的ではない療法を選択したこと自体は問題とされていない。

他方、大分地方裁判所平成 13 年 8 月 6 日判決⁵⁹⁾は、子宮頸癌の治療に

58) 裁判所は被告 B 病院についても同病院において施行する動注ポート埋込術に伴う危険性につき説明義務があり、脳梗塞発生の危険性についての説明を怠った点において過失を認めている。なお、担当医師が説明したうえで動注化学療法を勧めていても原告はこれを選択していたと認め、説明義務違反と本件患者の死亡との因果関係を否定し、「説明を受けた上で、自己が受ける療法について熟慮し、選択する機会を失った」ことによる精神的苦痛に対する慰謝料 200 万円のみを損害額として認めた。

59) 訟務月報 49 巻 6 号 1685 頁 LEX/DB 文献番号 28081867。

際して、外科的治療の方法選択が問題となった事案である。患者が療法や治療方針について明確な意思を表明していたわけではないが、子宮の外科的治療の事案であるため、妊孕性に関する患者の意思が問題とされている。

原告（1957〔昭和 32〕年生まれ、受診当時 34 歳、既婚で夫との間に 7 歳の長女と 4 歳の次女がいた）は子宮頸癌の疑いで被告病院を受診、1991（平成 3）年 7 月に進行期確定のための円錐切除術が実施された。この結果進行度 0 期の癌細胞が発見されたため、同 8 月に子宮全摘出術を受けた。このとき、原告は子宮を全摘出せずに妊娠出産の可能性を残す方法もある旨の説明は受けず、円錐切除術後に被告病院医師から「円錐切除術で切除した標本の中から 1 つだけ 0 期だけど癌組織が見つかったので、子供さんも 2 人いることだし、子宮を切除してもいいでしょうから、全摘手術をします。切除すれば 98% 治ります。」と告げられ、その際、子宮全摘術以外にどのような治療方法があるのかについての説明もなく、子宮を全部取ってしまうと妊娠ができなくなるが、その点についてどうするかとの問いかけもなかった。原告はこれに対して、子宮を摘出することや手術に対する不安はあったが、癌の治療のためだったら子宮を取ってしまおうと考えたこと、子宮温存の希望や子宮切除拒否の意思を表明したことはなかったことが認定されている。なお、原告ら夫妻は男児の出産を希望していたとされる。

裁判所は、原告の症例は各大学が共通して挙げている円錐切除術適応基準を一応充たす症例であったが、当時の標準的な治療方法は単純子宮全摘出術であったとして、担当医による単純子宮全摘出術の選択には過失はなかったと判断した。そのうえで、「本件のように子宮摘出という重大な身体侵襲行為が加えられる場合のその子宮摘出についての患者の承諾は、治療効果の点で劣るものの子宮温存の治療方法もあるということを知った上でされなければ……上皮内癌の治療をしないか、子宮を摘出するかの二者択一になるものと誤解した上でされることになる……から、子宮摘出自体に対する承諾についても瑕疵があり、真の承諾があったとは言い難いの

で、その意味においても、担当医師らは原告に対し、治療的円錐切除術について説明をする義務があったといえる。」「子宮温存の希望がないことを表明していない患者の場合であっても、内心その希望を有している可能性はあり、その点を確かめるのにさしたる手間はかからないのであるから、医療機関としては、子宮温存の希望の有無を確かめた上で、治療的円錐切除術説明の要否を決めるべきであって、患者が単に子宮温存を積極的に表明していないにすぎない場合に治療的円錐切除術の説明をしなかった場合は、説明義務違反の過失があるものと解すべきである。」として、「子宮温存の希望の有無を確かめもせず、治療的円錐切除術の説明をしなかったこと」につき説明義務違反を認めた⁶⁰⁾。

本来であれば、説明を受けた上でこの妊孕性と徹底的な治療というふたつの要素を天秤にかけるのは患者自身であり、患者自身がどちらを優先するのかを決めるべきであったとする考え方が本判決の基礎であると考えられる。いうまでもなく子を産もうとするか否かは自ら、また夫婦の生活や

60) なお、本件控訴審である福岡高判平成14年9月27日訟務月報49巻6号1666頁(確定)は「平成3年当時の治療的円錐切除術の一応の適応基準……に照らすと、本件で行われた円錐切除術が治療的意味をもった結果、直ちに子宮全摘出術を行うことなく、経過観察を行うとの選択肢もあり得た」ことから、「子宮全摘出術の時点で、被控訴人に上記経過観察を選択するか否かを熟慮、判断させるため、子宮温存療法としての治療的円錐切除術につき、十分な説明をすべきであった。」と述べるとともに、「担当医らが、被控訴人〔引用者注：第一審原告〕が入院する前の早期の段階から、治療的円錐切除術について、それが子宮温存療法であるなど被控訴人に理解できるような説明をしていたとは認められず、看護婦の治療方針に対する被控訴人の受け止め方の確認や観察も被控訴人の子宮温存の意思の有無に向けられたものではない。また2回の各術前説明においても治療的円錐切除術についての明確な説明はなされておらず、入院直後のオリエンテーションにおける被控訴人の態度をもって、被控訴人が子宮温存の意思を有していなかったと認定することはできない。更に控訴人は、子宮摘出の手術に対する同意を取得する過程は子宮温存の希望の有無を確認する過程にほかならないとも主張するが、患者に子宮温存療法があることを説明しなければ、患者がその点を含めて熟慮、判断できないことは明らかであり、また医師には患者にとって生命への危険性がより大きくなると考えられる治療方法をはじめから選択肢として患者に示す法的義務はないとも主張するが、治療効果が劣っていても子宮の温存など患者の生活の質を維持する効果がある場合には、患者がその治療方法を選択する可能性がないとはいえないのであるから、やはり説明義務があるというべきである。」と付け加えて第一審の判断を維持した。

人生に深くかかわる事項であること、子宮の全摘出は不可逆的な処置であること、さらに本件の場合子宮を温存すると生命が危うくなるほど病状が進んでいたとは思われないことに鑑みれば、自己決定の必要性は高まるといえ⁶¹⁾、それに応じて子宮の全摘出に際し医師が負う説明義務の重要性も高まるであろう。本件は、このような事項について担当医師が勝手にどちらを優先するかを判断してしまったケースといえる。

本件患者は内心男児の出産に対する希望を有しつつ、他方で子宮頸癌という命にかかわるかもしれない疾患の治療も求めていたことが推測できる。しかし、男児の出産、あるいは子宮温存の希望を明確に表明していなかった。それにもかかわらず裁判所が医師に治療的円錐切除術に関し説明する義務を認めたことは、患者が手紙を医師に交付し、乳房温存療法に強い興味を示していたとされる前掲の乳房温存療法説明義務違反事件最高裁判決における裁判所の考え方よりも一歩踏み込んだものといえるだろう⁶²⁾。

(b) 療法に関し患者の希望が示されていた場合

悪性腫瘍に対する医療に関して、その方針や療法の決定が問題となった下級審裁判例のなかには、患者が何らかの希望を有し、これを医師に表明していたと認定されるケースもみられる。

61) 山田・前掲注〔36〕においては、様々な問題は生じうるとしつつも「出産するかしないかは、私事であって、これに対する外部的干渉は許されないとはいえる」(222 頁)、人口論的観点からの制約については検討する必要があるとしつつも「産む権利は、私的な事柄に関する自己決定の問題として保障されるべきものと言えよう」(237 頁)とされる。

62) 石井トク「チーム医療とインフォームド・コンセント」年報医事法学 7 号 103-105 頁 (1992 頁) は医師がそれほど権威的なふるまいをしていなくても患者が医師に遠慮してあまり話すことができない傾向があるとし、看護師などのメディカルスタッフの役割の重要性を説く。現在も同様の傾向があるかは不明だが、医師患者関係だけに着目するのではなく、他のスタッフも含めた関係、および、インフォームド・コンセントのあり方について考えることが重要であろう。なお、前掲東京地判平成 19 年 6 月 27 日も、看護記録から患者の希望をはじめとする言動を認定しており、看護師も患者の希望を聞いていたことが窺われる。

東京地方裁判所平成 19 年 6 月 27 日判決⁶³⁾では、外科手術の実施をめぐって当初、患者の希望と医師の判断が異なっていたとされる。本件患者(1924〔大正 13〕年生)は肝内胆管癌、胆管パピロマトーシスとの診断を受けており、被告病院において、被告医師の執刀により 2003(平成 15)年に 2 度目の肝切除手術(本件手術)を受けた(なお、本件患者は 1997〔平成 9〕年に被告病院にて 1 度目の肝切除手術を受けていた)が、本件手術後、手術後胆管空腸吻合部の縫合不全が生じるなどし、退院しないまま死亡した。本件手術にあたり、本件患者は当初手術を拒否し放射線治療を希望していたが、被告医師らによる説明を受け、最終的には本件手術の実施に同意した経緯があるとされる。これにつき、本件患者の相続人が、手術適応がないのに手術した過失、手術による合併症や死亡率などを伝えずに手術をした説明義務違反等を主張して、損害賠償請求をした。

裁判所は、当時本件患者には「〔1〕手術を受けるか、〔2〕放射線治療を受けるか、それとも〔3〕何もせず黄疸等の症状が生じた時点で当該症状に対する対症療法的な治療を受けるかという選択肢があるだけであった」とし、被告医師がカンファレンスを経て外科の手術をするとの治療方針をとったことにつき過失を否定した。そのうえで、被告医師が本件患者に説明義務を尽くしたかについて、裁判所は次のように一般論を展開した。

「ある疾患について複数の治療法が存在する場合において、患者が第 1 選択(標準的治療法)とされている治療法(複数の場合もある)とは異なる治療法を選択した場合、標準的治療法(第 1 選択)とされた治療法は、他の治療法と比較した場合に患者のメリットとデメリットを対比して最も患者の受ける利益が大きいことから標準的治療法とされているのであって、患者は、通常の場合、患者が選択した治療法が標準的治療法よりもメリットが少ないかあるいはデメリットが多く治療成績あるいは合併症という点で劣った治療法であることを理解していないことが少なくないことに照らすと、医師は、患者に対して、標準的治療法と患者が選択した治療法の利害得失を比較対照できるように、なぜ患者が選択した治療法が標準的

63) LEX/DB 文献番号 28131679、判所ウェブサイト

治療法となっていないかを患者が理解できるように具体的に説明すべき法律上の義務を負っているものというべきである。医師は、標準的治療法を拒否している患者を翻意させる義務までを負うものではないが、少なくとも患者に誤解がないかどうか確認し再検討する機会を与える義務を負っている」。

そのうえで、本件においては本件患者が当初第 1 選択の治療法である外科手術を拒否して放射線治療を希望し、被告医師もその希望を把握していたことから、被告医師は「放射線治療がなぜ第 1 選択（標準的治療法）となっていないのかを〔本件患者〕が理解できるように説明して手術を再検討するよう促す義務を負っていた」とした。そのうえで、被告医師は「患者が第 1 選択の治療法を拒否して第 2 選択の放射線治療を希望した場合に医師に要求される説明義務を果たしたものと評価することができる。」とした。

また、手術の危険性については、本件患者が 1 回目の肝切除術を受ける前に被告医師が説明しており、また、本件手術の前にも肝切除術の一般的な合併症の内容や場合によって無事に退院できないことがあることをも説明されている。さらに、対症療法以外は何もしないという選択肢に関する説明については、いちどそのような選択肢もあると被告医師が述べたところ、本件患者から延命効果がないことを理由に即座に拒絶されていることから、「できるだけ長生きできる治療法を希望していた当時の〔本件患者〕にとって検討する余地のない治療方針であった」として、「何もしないという選択を前提とする治療法について、更に具体的に説明すべき法的義務があったとまでは認めることができない。」と示した。以上により、被告医師の説明義務違反を否定、その他にも被告医師には過失がないとして原告の訴えを斥けた。

悪性腫瘍に対する医療の方針や療法に関する希望があったとして、これが標準的な医療と異なる場合や医師の方針と合致する場合よりも、標準的医療や医師の方針と合致しなかった場合のほうが問題となりやすいであろう。本件はまさに後者のケースであり、その場合、医師には「患者に

誤解がないかどうか確認し再検討する機会を与える義務」が発生するなど、慎重かつ十分な説明が求められることを裁判所は示した。裁判所が診療の方針や療法に関する医師の専門的判断を尊重する傾向にあることも併せて考慮すると、医師の判断による第1選択の選択肢にはある程度合理性があることを前提とした説明義務であるといえる。つまり、患者が思い込みや誤解、適切な情報にアクセスできなかったがゆえに、このような合理性のある方針や療法が採用されないことを防ぐための説明義務と理解することができるであろう⁶⁴⁾。

悪性腫瘍の治療に関する患者の希望のなかには、積極的な治療をしないという方針の希望⁶⁵⁾、いわゆる代替医療を選択したいとする希望もある。東京地方裁判所平成12年3月27日判決⁶⁶⁾は、患者本人の体質及び病状にあった食餌箋を処方し、患者はこれに従った規則正しい自宅療養をするとの自然医学療法を自ら提唱し被告医院で実践する被告の診療を約3年半の間受け、その後死亡した患者の遺族が被告に対して損害賠償を請求した事件である。

被告は、自然医学療法に関して70冊以上の本を執筆しており本件患者(当時40歳)もこうした本を読み、1992(平成4)年5月21日に被告医院を受診し、問診で乳癌の疑いがあると他の医療機関で言われたと述べた。これに対し、被告は服の上から触診をし乳癌の疑いが非常に高いと判断し

64) なお、本判決は「患者が標準的治療法を選択している場合」にも、「患者の自己決定権の実質的な確保との観点から、標準的治療法以外の治療法の存在、そのメリット及びデメリットについても説明すべきではある」とする。この治療法のなかに、いわゆる代替療法なども含まれるのかは不明である。

65) 名古屋地判平成19年6月14日判例タイムズ1266号271頁(確定)も、進行性の前立腺癌と診断された患者が十分な説明を受けたうえで転院及び抗癌剤治療を拒否していたとされる事案である。裁判所は「癌に罹患した患者がどのような行動をとるのが自然であるかについて一定の態様があると認めるに足りる証拠はなく、予後が良くないと説明を受けた患者が、残された人生について、充実したものとしたと考えることがあっても不自然なことではない。」と述べる。そして、患者本人が副作用に対する懸念から抗癌剤治療を拒否し、有効性も確立していない抗癌剤による治療法について説明しなかったことについて医師の説明義務違反を否定している。

66) 判例タイムズ1058号204頁。

た。その後、本件患者は被告医院スタッフから説明（被告医院では食事療法による体質改善、血液浄化を行い、患者自身の自然治癒力を生かして治癒を目指す自然医学療法を実施していること、同療法の実践には患者自身の精神力や家族の協力が不可欠であること、現代医学療法を希望するならば他の病院で施療すべきこと）を受け、被告医院で治療を受けることに同意、1995（平成 7）年 12 月までの間月 1 回くらいのペースで神戸から東京の被告医院に通った。本件患者は、この間他の医者からの診療を受けずに 1996（平成 8）年 4 月、乳癌により死亡した。これにつき、本件患者の家族が被告に対して、適切な診察、検査を行なわなかったこと、乳癌の治療方法、術式とそれらの成績、メリット、デメリットを説明しなかった被告の過失および他の医師による適切な診療や治療を受けさせないようにした故意により本件患者が死亡したとして、損害賠償を請求したのが本件である。

裁判所は、被告の実施する自然医学療法が社会通念上一般的な医療ではない特殊な治療法であると評価したうえで、診療契約は合意した契約内容に従った債務が発生することから「一般の医療とは異なる治療を実施するという当事者の特段の合意が具体的になされているのであれば、医師が一般の医療水準にかなわぬ治療を実施したからといって、その治療法が当事者の合意に沿うものである限り、直ちにその責任が問われるということはない」と述べた。しかし、このような診療契約において医師が担う説明義務については、「その特殊な治療法につき患者が十分に理解して納得した上で契約締結ができるよう、信義則上、患者に対して右治療法の内容等につき一定の説明をする義務を負う」と述べ、「この場合に医師が負う説明義務は、……より患者の根本的な自己決定にかかわる場面におけるものといえることから、そこで要求されている義務内容の水準は決して低いものとはいえない。」としたうえで、具体的には、「診療契約の締結に先立ち患者に対し、実施しようとする特殊な治療法の内容及びその理論的根拠はもとより、患者の現在の状態（病名、病状）、実施しようとする特殊な治療法の一般の治療法との比較における長所及び短所、実施しようとする特殊な治療法と一般の治療法それぞれについての臨床における治療成績、

実施しようとする特殊な治療法と一般の治療法をそれぞれ当該患者に実施した場合におけるそれぞれの予後の見通し、その他一般の治療法を実施しないことが患者の自己決定を根拠として許容されるために患者が知っておくことが不可欠な事項についての説明を、客観的な立場から患者の理解可能な方法で行うことが要求されている」と判示した。

これに照らし、本件における自然医学療法の実施を内容とする診療契約は公序良俗にも反さず、説明を受けたうえで患者自身が治療法の実施に真摯に合意していることから、診療契約は有効に締結されていると認めたものの、「被告は〔本件患者〕に対し被告の自然医学療法によった場合の癌治療の成績について何も述べていないこと、被告は初診時に問診と服の上からの触診を行っただけで乳癌の疑いが強い病状であると判断し、それ以上に〔本件患者〕の罹患している病気が乳癌かどうかや乳癌であるとしてどの程度の進行のものか等について、何ら検査を行わず、当然〔本件患者〕に対してこれに関し何らの説明をしなかったこと、したがって、〔本件患者〕の現状を踏まえた上での被告の自然医学療法によった場合の予後の見通しや、同じく〔本件患者〕の現状を踏まえた上での一般の医療機関での治療によった場合の予後の見通し等についても何ら説明しなかったことが認められる。」また、本件患者は確定診断を受けていなかったことから、「被告も医師として対価的報酬を受け取り〔本件患者〕とその死命に関わる病気の治療に関する診療契約を結ぼうとする以上、一般の医療機関において乳癌の疑いのある患者に実施する検査……を〔本件患者〕に実施して、その結果を踏まえた上でその予後の見通しについて〔本件患者〕に説明すべきであって、その上で、〔本件患者〕に対し被告の提唱する自然医学療法を実施するかの否かの判断を仰ぐべきであった」、被告の客観的な治療成績を本件患者は知っていたとは認められないことから、「被告の治療法の成績に関する客観的資料を作成し、被告の治療法を実施しようとする者に対して提示する義務があったというべきである。」として、これらの義務を尽くさなかった被告に慰謝料の支払いを命じた⁶⁷⁾。

他方、東京地方裁判所平成 24 年 7 月 26 日判決⁶⁸⁾は食道癌と診断され

た患者（1946〔昭和21〕年生）の治療における新免疫療法の選択の適否、説明義務違反の有無が問題となった事案である。被告は免疫機能を高め、新生血管の形成を阻害する食品や医薬品を摂取するとの新免疫療法による癌治療を行なうクリニックを開設しており、患者は2003（平成15）年3月ごろ別の病院にて初期の食道がんとの告知を受けたのちに、新免疫療法による治療を希望し、被告を受診した。被告は標準治療との併用を勧めたが患者は新免疫療法単独での治療を希望、これを受けて被告はしばらくの間新免疫療法単独での治療を行ない、経過を観察し、癌の進行が認められれば標準的治療法との併用に切替え、経過が良好であれば内視鏡手術の実施を判断すると治療方針を本件患者に説明した。本件患者は1年ほど新免疫療法を受けたのちに、2004（平成16）年5月に別の病院で受けた内視鏡検査により腫瘍の増大が認められ、被告以外の複数の医師から標準治療を受けることを提案されたが手術を受けることを拒否、放射線治療と抗癌剤治療を受けることとしていたが癌の進行により同年10月に死亡した。そこで、患者の相続人が被告に対して損害賠償を請求した。

裁判所は、新免疫療法について「その理論的根拠及び有効性について、これを肯定する意見や症例検討、症例集がある一方で、治療成績そのものがねつ造されたものである可能性を指摘する意見もあり、医学的に一般に確立された癌治療法ではない」と評価したうえで、被告には新免疫療法単独で治療を行なった場合の治療効果を説明すべき義務を十分に尽くしていなかったと判断した。「新免疫療法は、標準的な治療方法の適応がある患

67) 裁判所は、「玄米菜食を中心とした食事療法が結果として癌患者の療養として全く効果がないとまで断じることはできない」こと、「本来なすべき説明を十分にしていたとしても〔本件患者〕が被告と自然医学療法を実施する診療契約を締結していた可能性が小さくないと思われること」、「〔本件患者〕は他の医師の治療を受けようと思えばいくらでもそれができる立場にいたこと」、「〔本件患者〕がいわゆる現代医学の手法によれば完治できたものかは不明である上に、更には、〔本件患者〕が当時まだ四〇歳位の若い女性であったことに照らせば、実際に初診から約四年間生存した〔本件患者〕の生存期間をより長くできたかについても不明であること」などから、被告の説明義務違反と本件患者の死亡との間の因果関係は否定している。

68) 判例タイムズ1395号246頁（確定）。

者については、基本的に標準的な治療方法との併用を想定するものであり……その治療効果について、被告において説明可能なデータを十分に有していなかったと考えられるところである。また、前記のとおり、被告は、少なくとも、食道癌については、新免疫療法単独で根治するとは考えていなかった（せいぜい内視鏡手術が可能な程度に癌が縮小する可能性を期待していたにとどまる）というのであるから、これらの事実、すなわち、a) 標準的な治療方法が可能な患者に対する新免疫療法単独の治療実績はなく、その効果についての十分なデータはないこと、及び b) 特に、食道癌については、新免疫療法単独で根治は考えられないことを説明すべきであったというべきである。」「確かに、被告は、〔本件患者〕に対して放射線療法等の標準的な治療方法と新免疫療法との併用を提案し、癌の進行についても内視鏡やCT検査を〔他医療機関〕で受診することによって経過観察する必要があること、そして、癌の進行が見られる場合には標準的な治療方法との併用に切り替えることを説明していることからすると、新免疫療法単独での治療の危険性（上記併用の場合に比して効果が少ないこと）について、黙示的には〔本件患者〕に伝わっていると考えられる。しかし、前記のとおり、被告は、この点について、可能な範囲で具体的に説明すべきであり、上記程度の黙示的な説明がなされているからといって、前記の明示的な説明が不要となるものではない。」として説明義務違反を認めた⁶⁹⁾。

以上でみてきた「自然医学療法」事件、「新免疫療法」事件を単純に比較すること、および、この2件のみから何かを見出すことは困難であろう。もちろん、その医療を提供する者から消極的評価に結び付く事項も含めた説明がなされたうへの契約締結であれば、全く効果のない非標準的療法の実施を内容とする診療契約を締結することも自由であるといえる。たとえ当該医師にとっても治療成績が不明な療法であっても、医師がその治療法を選択すること自体を違法とはいえないし、他方で患者が十分な説明等に基づき理解したうえで望めば法的にはその療法の実施を内容とする診療契約の締結も法的には問題がない。これは、医師の裁量と患者の希望という

観点からみれば、従前の判断に沿うものであるように思われる。また、診療契約の有効性に焦点を当てれば契約自由の原則を前提とする以上当然の帰結といえそうである⁷⁰⁾。

着目すべきは、患者が手術を拒否する意思を表明していた「新免疫療法」事件において、同療法の危険性が黙示的に患者に伝わっているだけでは足りず、明示的に説明されている必要があるとの考え方が示されている点であろう。何ら有効性がない可能性があり、さらには適切な医療を適時に受ける機会を逸する可能性もあることに関し、患者の理解を確実なものとするためにこのような義務が課されると理解できよう。

(3) 悪性腫瘍に対する医療の方針・療法決定

(a) 医師の専門的判断と患者の希望

一般論を導くには以上の下級審裁判例のみでは数が足りないともいえるが、これらの裁判例からさしあたり何が言えるだろうか。まず、そもそもの医師の専門的判断には、裁判所は一定の尊重をおいていると考えられ

69) なお「〔本件患者〕は、少なくとも侵襲度の高い外科的手術については、強い拒絶の意向を有していたと認められる。また、……放射線と抗癌剤との併用治療についても、一定の治療効果……が得られることの説明を受けたにもかかわらず、これらの治療を受けることに対し、相当消極的であったことが推認される。」「また、被告が、〔本件患者〕に対し、標準的な治療と新免疫療法との治療との併用を勧め、新免疫療法単独の治療中に癌の進行が認められれば、標準的な治療との併用に切り替える旨の説明をしていることからすれば、新免疫療法単独での治療が標準的な治療方法と併用する場合に比して治療効果が不十分となる危険性は少なくとも黙示的には示されており、そのことは〔本件患者〕も認識していたと考えられること、〔本件患者〕は、初診時の被告の説明から、新免疫療法により腫瘍の縮小が見られた段階で内視鏡下での手術を行うことを期待し、そもそも新免疫療法単独での癌の根治を目指していたものではないことも併せて考慮すると、仮に、〔本件患者〕が初診時において、新免疫療法単独での治療効果についての十分なデータはないこと、〔本件患者〕が罹患している食道癌について、新免疫療法単独で根治することは期待できないことの説明を受けたとしても、外科的根治手術、放射線、抗癌剤等の標準的な治療方法を受けることに消極的であった〔本件患者〕において、(標準的な治療との併用への切替を念頭に置いた上で、内視鏡手術の可能性を目指す)新免疫療法単独での治療を断念し、標準的な治療法を受けたものとまで認定することはできない。」として説明義務違反と死亡との因果関係は否定、治療選択における自己決定権の侵害につき慰謝料の支払いを認めた。

る。たとえば、前掲名古屋地判平成12年3月24日は同じく承認前の治験薬が投与された事案であるが、標準的療法がありつつこのような選択がなされたことなどから医師の専門的判断が合理性を欠いていたと判断された。その一方で、大阪地判所平成23年1月31日判決⁷¹⁾も肺の非小細胞癌(化学療法後の再発、病気は進行期4期とされる)と診断された患者につきEMD72000の第Ⅱ相臨床試験(治験)へ参加する旨を担当医師が選択した事案であるが、裁判所はこの点につき過失を否定している。この患者が既にカルボプラチンとゲムシタピンの併用による化学療法を受けたあとの再発であること、当時非小細胞肺がんの予後は不良とされ、ステージ4期の非小細胞肺がん患者の5年生存率は実質0%とされており、特に優れていると証明される治療法はないため治療法の選択はしばしばその病院のやり方や禁忌及び毒性に基づくとされていることが認定されている。このため、裁判所は「平成18年4月時点において、本件治験は医学的に相応の合理性(適応)と必要性を有するもので、〔本件患者〕に対してEMD72000を投与することについても、医学的な合理性(適応)と必要性が相応にあった」とし、「被告病院の医師が、平成18年4月当時、ステージ4期の非小

70) もっとも、癌患者が抗癌剤の治験への参加をなす際にもその抗癌剤が治療上有効であるか否かが明確にはわからないという側面が通常より強まることがありうるように思われるが、大阪地判平成23年1月31日・後掲注〔71〕は「当該治験の目的、治験の方法、EMD72000の医学的根拠及び考えられる副作用等、本件治験の必要性ないし合理性や、〔本件患者〕への適応性、他の治療方法に関する情報、治験の参加をいつでもとりやめることができ、治験に参加しないこと、又は参加を取りやめることにより〔本件患者〕が利益と危険性を比較衡量して、本件治験を受けるか否かを自由な意思でもって任意に判断するのに十分な事項を説明したものと評価することができる。しかも被告〔医師〕は、〔本件患者〕に対し、本件治験に参加するか決定するためにその後1週間の熟慮期間を与えた上で、本件治験により生じる可能性がある副作用について複数回にわたり〔本件患者〕から説明を求められたのに対して、その都度副作用の抽象的危険性やこれまでの症例を踏まえての副作用発現の実情につき回答しており、いずれの質問に対しても、当該時点における医学的知見に基づいて可能な限りの説明を行ったということができる」とし、担当医の説明義務違反を否定している。

71) 判例タイムズ1344号180頁(確定)。なお、臨床試験は段階的に実施されるが、第Ⅱ相試験は有効性の観点からのスクリーニングを主たる目的とするとされる。第Ⅲ相試験に比べ不確実性、リスクとも高いという。勝俣はか編・前掲注〔11〕61-70頁〔吉村健一〕。

細胞肺がんの化学療法後に再発し、二次治療の段階にあった〔本件患者〕に対して、EMD72000 の投与を実施したことは、医師の医学的裁量を逸脱するものとはいえ、その投与をもって、同病院の医師に注意義務違反があると評価することはできない」として療法決定につき過失を否定する⁷²⁾。したがって、医師の専門的判断に少なくとも合理性がないとはいえない場合にはこの判断が尊重されると理解できる。これは最高裁の考え方も整合すると考えてよいであろう⁷³⁾。もっとも、患者が代替医療を希望したとされる事案のなかには、標準的療法といえない医療を医師が提供していたことが認められるケースもある。このような場合、患者本人がその医療を希望していたからか当該医師の専門的判断の妥当性は争われていない。

以上のことから、悪性腫瘍に関する診療に関する特質が看取できるように思われる。第一に、悪性腫瘍の種類や病期によっては、治療によりその後 5 年ないし 10 年生存できる可能性がある場合がある⁷⁴⁾一方で、命にかかわる進行性のものである場合もある⁷⁵⁾。このことから、標準的療法自体、また、標準的療法に関する情報へのアクセスを医療者側から閉ざさな

72) また、大阪地判平成 25 年 2 月 27 日判例タイムズ 1393 号 206 頁は、抗がん剤の選択が問題とされた事案であるが、裁判所は添付文書の記載に従わなかったことについて合理的理由があるとして医師の過失を否定した。東京地判平成 16 年 5 月 31 日 LEX/DB 文献番号 28091889、裁判所ウェブサイトも、肝細胞癌の治療のために肝右葉切除手術を受けた患者がその後死亡した事案であり、手術適応があるとの医師らの判断の適否が争われたが、複数ある手術適応を判断するための基準のうちひとつの適応基準に当てはまらないことをもって手術適応はなかったとはいえないとして、手術適応の判断が不適切であったと認めることはできないと判断した。

73) なお、大阪地判平成 25 年 2 月 27 日・前掲注〔72〕は、抗がん剤の選択が問題となったが、医師が添付文書の記載に従わなかったことについて、診療ガイドラインの記載などをもとに合理的理由を認め、過失を否定している。

74) 国立がんセンターがん情報サービス「最新がん統計」https://ganjoho.jp/reg_stat/statistics/stat/summary.html (2020 年 1 月 21 日閲覧)。また、勝俣ほか編・前掲注〔11〕623 頁〔山内英子〕も「がんという病は不治の病ではなく、慢性病として考えられるような時代になった」とする。

75) 悪性腫瘍の場合、細胞の増殖により周囲の組織への浸潤、または転移を伴うものであり、進行していく場合があるとされる。国立がんセンターがん情報サービス・前掲注〔46〕参照。

いことへの要請が強まる。第二に、悪性腫瘍に対する医療における方針や療法の決定につき過失の有無を判断するにおいては、医師の専門的判断により選択された療法が標準的療法であるか否か、そうでなかったとしても合理性のない判断ではないかがひとつの重要なファクターとなりうる⁷⁶⁾。同種の腫瘍、病期であっても、患者の状況により同じ療法が選択できるとは限らず、標準的療法がもはや存在しない場合もある。このような場合には、相対的に医師の裁量は大きくなると考えられる。

ではその方針や療法の決定に際し患者に希望などがあり、それが明確に表明されている場合、これは医師の専門的判断とはどのような関係にあり、どのようにその決定がなされているのだろうか。これまで参照した裁判例によれば、悪性腫瘍に対する医療に関して患者が有する希望は、積極的な治療をするか否か、標準的療法を選ぶか否か、手術をするか否かといった、治療方針というべきものに関する傾向があるように思われる⁷⁷⁾。標準的治療法を拒否し、いわゆる代替療法を患者が希望する場合には同時に療法についても希望しているといえるが、標準的療法やいわゆる西洋医学とされる医療においては、治療法や術式等に関して患者が具体的な希望を有していた事案は見られない。悪性腫瘍の治療法は腫瘍の種類等によっても異なるうえ、日進月歩であり、その判断は非常に専門的なものである。そもそも患者が医療の素人である場合に特定の療法に関する希望を有しにくいこともあるであろう。

診療の方針または療法について患者に希望がある場合、まずもって問題

76) この合理性があるかないかの判断において、薬剤の添付文書や診療ガイドラインの記載内容、および、病院内の倫理委員会による承認の有無は重要な考慮要素となると考えられる。診療ガイドラインについては拙稿「診療ガイドラインと医療の内容に対するコントロール」佐藤雄一郎＝小西知世編『医と法の邂逅 第1集』103頁以下（尚学社、2014年）および拙稿「メディカルプロフェッショナル・ネグリエンスと診療ガイドライン」帝京法学32巻1号1頁以下（2018年）を参照。

77) 犬飼昌子＝掛橋千賀子＝安酸史子＝高井研一「がん患者の療養上における自己決定行動の分析」日本がん看護学会誌16巻2号26頁以下（2002年）も参照。同論文は、がん患者が「自律と依存の2つの側面を併せ持つて」いることを指摘する（32頁）が、自立的な行動においては、自分らしく生きる、自分らしく死ぬことについて自己決定する行動をとっていることを明らかにしている。

となるのは医師の合理的な専門的判断と合致するかであろう。これと合致しない場合、患者は医師の説明に基づき当該医師の提示した診療を受けることに同意しないと考えられるため、通常患者が他の医療機関を受診することを選ぶなど、当該医師の診療を受けないことになると考えられる。しかし、以上でみてきた裁判例によれば、医師の専門的判断と患者の希望が合致しないときには、医師には患者に説明し、再考する機会を設けなければならないとされる。さらに、患者が希望する方針や療法が代替医療に分類されるものであり、明らかに標準的なものでない場合には、担当医師の専門的判断と患者の希望が合致したとしても、医師は当該療法の消極的評価に結びつくような情報、デメリットについても含め説明し、そのうえで当該療法を受けるか否かを患者に判断させる必要があるとされる。

なお、裁判所は、患者が希望を医師に対して表明していたと事実認定されていない場合においても、患者に療法決定の機会を与えるための説明義務を医師に課す場合がある⁷⁸⁾。さらに、前掲大分地判平成 13 年 8 月 6 日は子宮を全摘出する術式が選択された場合に、患者が子宮温存の希望を明示していなくても「内心その希望を有している可能性」を前提に、希望の有無を確かめる義務を認める。これは通常よりも患者の自己決定の必要が高まる可能性のある事情が存するためと理解でき、希望が表明されていない場合や希望があることを窺わせる事情もない場合にまでこのような義務が課されると考えることはできない。

78) 悪性腫瘍の事案でないため紹介しなかったが、未破裂脳動脈瘤（最大 8 mm 程度）・髄膜腫等があると診断されつつ明確に治療法につき希望を有していたと認定されていた患者に対する説明義務についても同様に判断されている。東京地方裁判所平成 26 年 12 月 5 日判決（判例集未登載、LEX/DB 文献番号 25523391）。本件患者（昭和 21 年生）は脳腫瘍摘出術・脳動脈瘤クリッピング術を受け、その後、病室での事故により急性硬膜下血腫となり、認知症などの症状が残存したことにつき患者らが医師のコイル塞栓術や経過観察といったその他の選択肢に関する説明義務違反を主張し損害賠償を求めた。裁判所は、「〔原告〕が本件手術を受けることと、これを受けずに経過観察をすることのいずれを選択するかにつき判断し得るようその利害得失について分かりやすく、かつ、正確に説明したとまではいい難く」と述べ、この点につき医師の説明義務違反を認めた。

(b) 医師患者関係への示唆

また、以上で挙げた裁判例からは、医師の説明のあり方についても示唆を得ることができるように思われる。たとえば、前掲東京地判平成18年12月8日は「医師がある療法を勧める以上、その療法が有する危険性について情報を取得し、自ら説明する義務を有する」と、さらに、前掲東京地判平成19年6月27日も「なぜ患者が選択した治療法が標準の治療法となっていないかを患者が理解できるように具体的に説明すべき」とそれぞれ判示する。また、ある程度患者がその療法について知っていると同められる場合であっても、医師に当該療法に関して説明する義務が課される場合もある。ここからは、少なくとも悪性腫瘍に対する医療においては、医師の説明は単なる「情報提供」に留まるものではなく、患者の理解に基づく意思決定の機会を十全に保障するため、患者にとってよりわかりやすい説明であることが求められているといえよう。

最終的に医療の実施には患者の同意が必要ではあるが、裁判例は、標準的医療に従い当該患者にとっての最適な療法は何かを判断し、それを患者に示すとともに、その他の療法と比較して患者が同意するか否かを決められるような説明をすることを医師に求める。また、患者が標準的療法を拒否しているような場合などでは、患者に何らかの希望があってもそれに漫然と従っていればよいわけではなく、最高裁の判示よりもやや踏み込んだ説明の必要性を下級審裁判例は認めている。さらに、子宮の全摘出など、患者の自己決定の必要が高まる可能性があることが客観的にわかる特殊な場合においてはああるが、患者が希望を表明していなくても希望があるか否かを医師が確認することも求めている。

以上のように、悪性腫瘍に対する医療の方針決定や療法決定においては、医師の担う役割が小さくない。とはいえ、ここに現れてくるのはかつて批判された専断的医療やパターンリスティックな医師患者関係とも異なる医師患者関係である。むしろ、リパタリアン・パターンリズムといわれるような考え方にも通ずる⁷⁹⁾方針決定のあり方が望ましい場合があると法も考えていると読みとることができるのではないだろうか⁸⁰⁾。このよ

うに考えると、インフォームド・コンセントは法的に求められる人権保障を目的とした第一性格のものと、それを超えて「医の基本目標である患者の well-being の確保が前面に登場する」、プロフェッションとしての医師に期待される倫理規範としての第二性格のインフォームド・コンセントがあるのだとする議論⁸¹⁾にいう、第二性格のインフォームド・コンセントを、法が一部取り込もうとする営みが行なわれつつあるようにも考えられる。

もっともこのような役割を法が医師に期待するとすれば、悪性腫瘍が命にかかわりうること、方針や療法の選択肢が複数ありうることなどが影響しうると考えられるが、悪性腫瘍に対する医療特有の性質であるのか、それとも医療の専門性によることなのか、より慎重な考察をしなければならないことは付言しておかねばならない。

79) 「選択の自由を確保した上で人々の行動をよりよいものに変えるための政策的介入を認める立場をリバタリアン・パターナリズムと呼ぶ。」大竹文雄＝平井啓編『医療現場の行動経済学 すれ違う医者と患者』39頁(東洋経済新報社、2018年)[大竹文雄、佐々木周作]。リバタリアン・パターナリズムの論者は「権力的強制に頼ることなく、すなわち、行為者の選択の自由を狭めることなく(リバタリアン)、一定の有益な行動を促し、あるいは有害な行動を控えさせることで行為選択者本人の状況を改善させるべく働きかける(パターナリズム)手法が存在する」と主張すると説明される。那須耕介「リバタリアン・パターナリズムとその10年」社会システム研究19号2頁(2016年)。「リバタリアン・パターナリズムは、それが”パターナリズム”である以上、あくまでも行為者本人の判断と選択の改善を通し、その厚生の改善をめざすものである。……リバタリアン・パターナリズムはこうした自動化された人びとの行動選択に関し、要所要所で熟慮を促し、あるいは一定の行動選択を促すことで、それが陥りがちな誤りを回避させ、最終的にはその状況を改善する。それは直接的には本人の個人的厚生を改善し、ひいては社会的な厚生の改善にもつながる」とされる(6頁)。もっとも、悪性腫瘍に対する医療の方針決定、療法決定において、「患者の判断と選択を改善する」までの役割を医師が担うかという点、少なくとも裁判所はそこまでを要求していない。また、リバタリアン・パターナリズム的な医師患者関係がよいといえるかについては別稿を期したい。

80) なお望ましいといえるか否かはともかくとして、北山修悟「医療契約法の再構築(7)」成蹊法学第89号24頁(2018年)は「医療実践においてパターナリズムが完全に排除されることはあり得ないということは、認めざるを得ない。」と指摘する。

81) 唄「インフォームド・コンセントと医事法学」・前掲注〔40〕58-69頁。

4 結びにかえて

以上においては、診療の方針決定における医師の裁量と患者の希望、ひいては医師患者関係について考える一助とするため、日本の裁判例をみてきた。前半では、診療の方針について患者の側に希望やそれに近い意思がある場合に、医師の専門的判断や説明義務について裁判所がどのように判示してきたかを述べた。そして、最高裁の考え方を踏まえ、悪性腫瘍の治療方針が問題となった裁判例を題材として検討した。あくまで数例の下級審裁判例にもとづく検討ではあったが、医師と患者の関係のあり方に一定の示唆を得ることができたと考える。

ところで、本稿においては、このような患者による療法定決への関与について、あえて「自己決定権」という権利を観念せずに検討してきた。そもそも医療において患者に自己決定権という権利が法的に認められるのか⁸²⁾、その権利の根拠をいかなるものに求めるか、自己決定権の内容や範囲などについては、慎重な考察を要する⁸³⁾と考える。この点については、本稿の内容も踏まえたうえで今後考察することとしたい。

もっとも、最後にやや乱暴に述べると、ここまで述べてきたことは、「適切な医療行為を決定するためには、豊富な知識と経験に基づく高度に専門的な判断が必要とされる。そして、専門性につき医師と患者の間に構造的な格差があることからすれば、そのように専門的な判断を医療の素人である患者が行うのは、十分な助言と情報提供を前提にしても相当に困難であり、現実的でないように思われる。」⁸⁴⁾との問題提起に対しひとつの答えを

82) 近藤 = 石川・前掲注〔9〕3頁以下はこの点につき疑問を呈する。また、マーシャ・ギャリソン「自己決定権を飼いならすために——自己決定権再考」樋口範雄編「ジュリスト増刊 ケース・スタディ生命倫理と法〔第2版〕」377頁以下（2012年）なども参照。

83) このように考えるのは、これまで最高裁が診療の方針や療法の決定が問題となった事案で「自己決定権」という文言を用いずに判断を示しているからでもある。たとえば、信仰に基づく輸血拒否事件最高裁判決は、控訴審が自己決定権という文言を用いて判断を示しているのに対して、「宗教上の信念に基づき輸血を拒否する意思決定をする権利」を人格権の一内容と位置づけている。

示唆するのではないかと考える。つまり、たしかに、具体的にいずれの治療法、療法、術式が当該患者に最も適したものであるのかの判断は「豊富な知識と経験に基づく高度に専門的な判断」であり、患者が医師でない場合に、患者が自己決定できるとは考えにくい。実際、裁判所も療法術式などの選択において医師に一定の裁量を認めていることから、具体的な治療法が全面的に患者の自己決定に委ねられるべきとは考えていない⁸⁵⁾。

他方で、よりおおまかな「方針」、たとえばたとえば積極的治療をするか否か、しないとして疼痛ケアなどのために西洋医学の力を借りるのか、自然療法などの代替療法に頼るのかといったことは、最終的には患者本人が決めるべき事項なのではないだろうか。それはつまり自らの人生をどのように生きるかと密接に関わる事項でありうる。したがって、まさに本人の指標を以てしか優劣、善し悪しが判断できない、自己決定の必要が高まる事柄でありうる⁸⁶⁾。もちろん、このような事項も医学と完全に切り離すことは困難であり、方針決定に際しても専門的な学識と経験に基づく医師の判断がまったく影響しないということはない。また、患者が自己決定するために医師による説明が必要である。しかし、どのような医療を利用していか生きるか、どのような状態が well-being といえるのかに深く関わる事項は、具体的にどの療法・術式を用いるかとは異なり、究極的には患者個人の自己決定によるべきことであると考ええる。医療における患者の自己決定は、このような事柄に関しては少なくとも保障されるのではないだろうか。この点についてはより考察を進めたいとすれば結論を述べるこ

84) 近藤 = 石川・前掲注 [9] 3頁。

85) この点、西元加那「治療行為における医師の説明義務の意義」現代社会研究 16号 128頁 (2019年) は、「医師の裁量の余地は、説明義務を排除し、そこから逸脱するような広い範囲では認められず、患者の自己決定の範囲内においてのみ認められるべき」とする。筆者は、おそらくそれほど異なる考えではないが、具体的な患者に対する処置としていかなるものが最適かの判断においては医師の裁量が認められ、その処置に同意するか否かは当該患者に委ねられると説明する。

86) たとえば、佐藤・前掲注 [36] 460-461頁は、自己決定できる事項として、①自己の生命、身体の処分にかかわる事柄、②家族の形成・維持にかかわる事項、③リプロダクションにかかわる事項、④その他の事柄（「その人らしさを形成している」事柄など）の4つに分ける考え方を述べる。

とはできず、今後の課題としたいと考える。

〔付記〕本研究は日本学術振興会科学研究費（若手研究 18K12694、基盤研究（B）18H00811）、および、国立がんセンター研究開発費（31-A-19）により助成を受けた研究成果の一部である。