

# 医師の説明義務

Explanatory Liability of Medical Doctors

上 杉 晴一郎  
Seiichirou Uesugi

## 〈目 次〉

一 医療侵襲の違法性阻却	四 説明義務の内容
1 医療侵襲	1 説明の範囲、内容
2 犯罪の成立要件	2 説明義務の免除、軽減
3 違法性阻却	3 説明の相手方
二 医師の説明義務	4 説明義務違反の態様と責任
1 患者と医師の法律関係	5 説明の報酬
2 医療契約の性質	五 がん告知
3 準委任契約	1 死亡率
4 医療過誤訴訟の構成	2 がん告知の実態
5 受任者の報告義務	3 がん告知マニュアル
三 Informed Consent (IC)	六 がん告知判例、がん不告知判例
1 IC論争	1 がん告知判例
2 ICの実態	2 がん不告知判例

## 一 医療侵襲の違法性阻却

### 1 医療侵襲

医師が患者に対して治療を行うとき、病歴、家族歴を質問すれば、それだけで患者や家族のプライバシーを侵害し、手術で患者の肉体にメスを入れたり、検査、治療でX線、放射線を放射したり、造影剤を注入したりすれば、患者の肉体を侵害する。薬を投与しても、異物を患者の肉体に入れ、副作用を与える点で侵害に当たる。

これら医師の侵害行為は医療侵襲または単に侵襲と呼ばれるが、一番典型的な侵襲はメスを使っての手術であるから、それを念頭において考えてみよう。

### 2 犯罪の成立要件

メスを使っての侵襲は刑法の業務上過失致死傷罪に当たらないのか？或る行為が、刑法が規定する行為類型に該当し（構成要件該当性）、違法であり（違法性）、有責である場合（有責性）、すなわち構成要件該当性、違法性、有責性の三つの関門をパスしたとき、その行為は犯罪とされる。

刑法211条前段は「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固又は五十万円以下の罰金に処する。」と規定している。

構成要件該当性は行為の実質までには立ち入らず、行為

の形式、外観で判断されるから、メスを使っての手術は人の肉体を傷害し、それが原因で患者が死亡した場合は、注意を怠ったかどうかという、過失責任問題は別として、人を死傷させた、という構成要件該当性を充足する、という考えが一般的である（この場合、医師が免許のある医師でも、無免許の医師でも、侵襲という点では同じである）。もっとも、ドイツでは、治療行為の構成要件該当性を否定する学説が有力である（町野朔『患者の自己決定権と法』東京大学出版会89、134頁参照）。

### 3 違法性阻却

刑法35条は「法令又は正当な業務による行為は、罰しない。」と規定する。死刑の執行や正当な争議行為が違法とされないのはこの規定による。これは違法性阻却事由の一つを規定したものであり、この規定のほかにも「自救行為」「同意」などの違法性阻却事由がある。

医師の侵襲はこの規定、すなわち、正当な業務行為、という理由で違法性を阻却するのか。戦前には、刑法35条により治療行為の違法性が阻却される、という説があったが（町野前掲8頁以下）、戦後は患者の同意（または推定的同意）で違法性が阻却される、という説が通説とされている（町野前掲12頁）。

戦後、自由、人権擁護の潮流を背景に、公務員、学生の

身分関係、国の資産管理など、公法分野で、権力的または権威的構成が崩れ、契約法理が強く認識され、契約的構成がとられるようになった。患者と医師の医療関係についてもそうであり、医師が保護者または権威者として患者の面倒を見るという伝統的な paternalism が崩れ、治療費を払って医療サービスを受けるのが医療関係である、という契約意識が急速に強まっている現在では、刑事関係においても、民事関係においても、患者の同意（推定的同意を含む）が侵襲の違法性を阻却させる、という考えがとられるべきである。

## 二 医師の説明義務

### 1 患者と医師の法律関係

身元不明の患者が意識不明の状態で見舞病に搬入され、緊急医療が始まる、という特別の場合（このような場合、当初は民法697条以下の事務管理関係で処理され、緊急状態が解消されれば、通常の契約関係、すなわち医療契約関係が構築されるのが普通である。但し契約関係が構築されないままに患者死亡で医療が終了することもある）を除いては、患者側は治療費を支払う前提として各種健康保険証を提示して受診を申し込み、それが受け付けられることで医療が開始される。

この際、当事者間には法律関係構築のために医療契約を締結する、という明示の意思表示はなく、また契約書作成などの形式的行為もなされていないが、医療開始の前提として当然、医療契約が成立した、と考えられる、または、其処に医療契約締結、成立の推定が強く働くのである（名古屋弁護士会編『医療契約書に関する報告書』2002年3月は、医療機関と患者間に締結すべき医療契約書モデルを提案するものである）。

### 2 医療契約の性質

この医療契約はどのような契約であろうか。雇用契約か、請負契約か、委任契約か、それ以外の特殊の無名契約であろうか。

請負契約は仕事の完成を目的とするものである（民法632条）。医療のなかには美容整形とか、義歯を入れる行為のように、仕事の完成を目的とするといってよいものもあり、このよう場合は請負契約とみる可能性があるが、そうでない、治癒、救命について肯定的断言が難しく、不確定要素の多い一般医療においては、治癒とか、救命とかという仕事の完成は契約の目的にはしていないと思われる。治癒、救命は患者側、医療側双方の最終希望ではあるが、医療の実態からすると、その実現は確実なものではない、不確実であることは患者側も医療側も十分承知している。従って医療契約は通常は請負契約に馴染まない。また雇用

契約においては雇用主が労働者の提供する労働力の支配者になるのであるから、医師の方が支配者というべき医療の実態にそぐわない（ドイツにおいては委任契約の絶対無償性から被用者の高度の能力に依存する、特殊な雇用契約とみられている。前田達明・稲垣喬・手嶋豊編著『医事法』有斐閣214頁）。

### 3 準委任契約

日本の民法では委任の対象行為は法律行為に限定されず、事実行為でもよいとされており（民法643条、656条）、後者を対象とするものを準委任という。

日本民法は沿革的にはローマ法に遡るが、ローマ法下でも法律行為だけではなく、事実行為も委任の対象となり、医療も委任の対象となる労務の一つとされた。但し、委任上の債務は義務と友情に基づくものであるから、無償でなければならぬ、とされていた。

このため、今でも日本民法は、委任は無償を原則とする、と定めている（民法648条1項）。もっとも、ローマ法下でも委任の謝礼金は肯定されており、日本民法も特約があれば報酬請求権が発生すると定めており（民法648条1項）、昔から医療の実際には「お車代」が授受され、医療の有償化が定着していた。

ドイツでは委任の無償性は厳しく規定され、解釈されているから、前記のように、医療契約は特殊な雇用契約とみられているが、このような「委任の無償性」の制約のない我が国では、医療契約は準委任である、とみるのが通説とされている（これらの問題については幾代通・広中俊雄編『新版注釈民法』有斐閣16巻211頁以下、233頁、前田達明など前掲『医事法』208頁以下、手嶋豊『医師の民事責任を中心とした医事法小史』中川淳・貝田守編著『未来民法を考える』法律文化社105頁以下参照）。

### 4 医療過誤訴訟の構成

- (1) 例えば、或る人が横断歩道を歩行中、進行して来た自動車にはねられて負傷し、損害を受けた場合、被害者と加害者間には契約関係はないから、被害者は民法709条の不法行為（もしくはその亜種というべき自賠法3条）を主張して、加害者に損害賠償の請求をすることになる（不法行為構成訴訟）。
- (2) 例えば、或る人が或るタクシー会社のタクシーに乗っている間に、タクシーが交通事故を起こし、乗客が負傷し、損害を受けた場合、乗客はタクシー会社との間の運送契約上の債務不履行を主張して、タクシー会社に損害賠償の請求をすることができる（債務不履行構成訴訟）。
- (3) 上記(2)の場合、乗客はタクシー会社だけではなく、

運転手に対しても損害賠償の請求ができるが、乗客と運転手間には、個人タクシーの場合を除き、運送契約は締結されていないから、乗客は運転手に対しては、(1)の場合と同じく、不法行為を主張して損害賠償を請求することになる。

- (4) 更に、債務不履行構成である(2)の場合でも、被害者は不法行為構成をとって、タクシー会社に対し損害賠償請求をすることも出来る（請求権競合可能）。不法行為構成と債務不履行構成とは立証責任の分配の点などで、若干は異別の扱いを受けるが、実際上の差はさほど大きくない（但し、不法行為構成の場合の消滅時効は3年、債務不履行構成の場合のそれは10年、という差は大きい）。
- (5) 交通事故と違い、医療過誤の場合は、患者と医師間には契約関係が存在するのが普通であるから、患者は債務不履行構成をとることが可能である。しかし、上記請求権競合可能理論により、患者は不法行為構成をとることも可能であり、事実、日本における医療過誤訴訟においては、当初は不法行為構成が多くとられていたが、次第に債務不履行構成が増える傾向にある。
- (6) 医師の説明義務も医療過誤訴訟の構成如何により、その形式的意義が異なる。医療過誤訴訟が債務不履行構成をとる場合には、医師の説明義務違反は医師の職務遂行上の注意義務違反（過失）の一つと評価される（この不法行為構成の場合の医師の説明義務の根拠は、後記医療法第一条の四第二項の規定とか、信義則に求められるのが普通である）。

## 5 受任者の報告義務

- (1) もともと、委任契約は沿革上、委任者、受任者間の人格、知識、技能等に関する信頼関係を前提とするものであり、委任の一種である医療契約においても、委任者である患者の受任者である医師に対する、人格まではともかく、少なくとも、その知識、技能に関する信頼の存在を前提とする。
- (2) このような信頼関係を前提とする委任においては、それが無償であっても、無償寄託の受託者が受寄物の保管につき、自分の財産におけると同一の注意義務（民法659条）という軽い注意義務を負うのと異なり、善良なる管理者の注意義務（いわゆる善管注意義務・民法644条）、という重い責任を負わされている（前記緊急医療の場合に成立する事務管理においても、明文の規定はないが、事務処理者は委任の場合と同じく、

善良な管理者としての注意義務を負う、とされている。但し、緊急事務管理の場合には注意義務が軽減されるという説があることに注意すべきである。谷口知平・甲斐道太郎編『新版注釈民法』有斐閣18巻229頁以下、幾代通など前掲『新版注釈民法』16巻223頁以下）。

- (3) この委任における善管注意義務は、もともとは注意義務の一基準であるが、一種の債務性も持つものである（広中通など前掲『新版注釈民法』16巻223頁以下）。そしてこの善管注意義務の一つの現れとして、受任者自身が事務処理をしなければならない、という自身服務義務があるとされているから（幾代通など前掲『新版注釈民法』16巻226頁以下）、個人開業医の医師との医療契約においては、患者の明示または黙示の承諾、またはやむをえない場合（民法104条）以外は、医師の勝手な都合による代診は許されないと解する（同旨前田達明など前掲『医事法』216頁）。但し、個人開業医ではなく、医療法人など法人との医療契約においては、個々の担当医師は履行補助者であることに注意すべきである（委任契約においても、受任者は自己の責任で履行補助者を使うことが可能であり、医療の場合も同じである。幾代通など前掲『新版注釈民法』16巻227頁以下）。
- (4) 分娩介助契約で誕生し、埋葬念仏契約で人生を終える我々の人生は「契約人生」と呼べる程、生活における契約の比重は極めて大きい。自由社会において、これほど重要な契約を支配する原理は「自由」である。我々は契約を締結するかしないかの自由は勿論、契約内容をどう決めるかの自由も持っている。従って、医療契約においても、当事者は強行法規、公序良俗に違反しない限り、契約内容を自由に合意決定できる。
- (5) しかし契約の目的を果たすに十分な契約内容を、債権保全、債務不履行、債権侵害などなど、様々な仮定の事情まで想定して当事者が完全に合意することは実際上不可能である。そこで契約を実効的に機能させるため、国家は当事者の意思表示を補充するため、民法上、債務不履行規定、契約解除規定、債権保全規定など、いくつもの規定、制度を持っているだけではなく、契約が問題となる訴訟上で、国家（裁判所）は、当事者が明らかに（明示的に）合意していなくても、契約目的を果たすために必要ないくつもの合意（推定的合意）を推定するという方法をとって、当事者を救済する（国家の後見的機能）。
- 例えば、土地の売買契約においては、土地所有権移転とか、対抗要件具備とか、代金支払いなど最重要な権利義務（主要義務）に関する合意がなされないこと

は少ないであろうが、土地測量とか、境界確定とか、買主の引き取りなど、比較的、重要でない権利義務（従たる義務・付随義務）に関する合意は忘れてしまうことが多い。これらの点について法律の規定（補充規定）による補充があればよいが、それが無い場合には、裁判所は妥当な合意（推定的合意）を推定するのである（これら従たる義務の不履行と契約解除の問題につき浜田稔「付随的債務の不履行と解除」『契約法大系』1契約総論・有斐閣307頁以下）。

- (6) 患者と医師の法律関係は原則的には契約関係であるから、医師の説明義務も契約法領域で根拠付けられるべきである。

患者と医師間の医療契約は準委任とみられることは前記のとおりであるが、原則的に有償であるこの契約における主要義務は、患者側では報酬支払い義務であり、医師側では治療義務である（国民皆保険の現在、患者側は自己負担の治療費だけを治療費と錯覚しがちであるが、毎年自分や他人が払っている保険料を頭に入れると、治療費のイメージが変わる。治療費は結構高額なものである）。

両者間の契約の義務はこれに尽きるものではない。特に医師側には、治療という主要義務に付随し、これをサポートする義務、すなわち付随義務があり、その一つが説明義務である（患者側の付随義務として、自分の病歴、家族の病歴などを医師に告げ、病気の診断、病因の解明に協力する義務をあげることがある。また医師側に他の施設での治療が望ましい場合の転医、転送義務を想定することもあるが、これは主要義務である治療義務の範囲に含まれるであろう。医師法23条が規定する保健指導義務も治療義務の一つとみることができる）。

- (7) 民法645条は「受任者ハ委任者ノ請求アルトキハ何時ニテモ委任事務処理ノ状況ヲ報告シ又委任終了ノ後ハ遅滞ナク其顛末ヲ報告スルコトヲ要ス」と規定している。受任者の報告義務規定である。

この規定は民法644条が規定する受任者の善管注意義務に由来する受任者の義務の一つとされている。また委任の終了前では、規定上「委任者ノ請求アルトキハ」となっているが、委任者の利益にかかわる場合は、委任者の請求がなくても受任者は報告すべきであり、この義務違反は債務不履行の一つとして契約解除、損害賠償理由になるとされている（幾代通など前掲『新版注釈民法』16巻237頁以下）。

特に注意すべきは、民法645条は委任終了時の迅速な顛末報告義務を規定していることである。

患者と医師間の医療契約、すなわち準委任契約の終

了事由で重大なのは、患者の死亡である（民法653条）。患者が死亡した時、治療の全経過から死因が明らかでない場合は別として、患者が異常、または複雑な病気を発症し、困難な治療を経て死亡したような場合には、遺族が死という結果を容易に受容できないことがある。このような場合、医師はできる限り早い時期に、遺族に対し、詳細かつ平易な方法で病状経過、特に死因について説明すべきである（患者の死亡で医療契約は終了するが、この説明義務は消滅しない、とされている。幾代通など前掲『新版注釈民法』16巻239頁参照）。単に「お気の毒でした」とか、「力不足でした」という言葉は儀礼的挨拶に過ぎず、説明ではない。

東京地裁平成9年2月22日判決『判例時報』1627号118頁は、遺族が患者の死因の解明を望んでいるときは、病院は信義則上、病理解剖の提案または死因解明に必要な措置について提案するなどの義務を負う、と判示している。この控訴審判決である東京高裁平成10年2月25日判決『判例時報』1646号64頁は、病院側には病理解剖提案義務までではない、と原判決を破棄したが、この判決も、遺族から求めがあるときは病院には信義則上、死因について適切な説明義務を負う、と判示している（この点につき中村哲「診療契約終了時における診療経過、死因などの説明」『医療訴訟の実務的課題』118頁以下参照）。

- (8) 上記のように、患者と医師の法律関係は原則的には準委任であるから、医師の説明義務もこの法律関係に基礎付けられるべきであり、それは医師の主要義務である治療義務に付随する義務の一つであり、当事者が医療契約締結時に説明義務について明示的に合意しなくても、契約目的から当然、説明についての権利義務は契約内容の一つと合意されたと解釈される（このように委任契約をこの説明義務の根拠とするのが我が国の通説といえる。中村哲「医師の説明と患者の判断・同意について」『医療訴訟の実務的課題』51頁、高島英弘「診療契約」筋立明、中井美雄編『医療過誤訴訟』57頁以下参照。なお中山博之「説明義務」浅井登美彦、園尾隆司編『現代裁判法大系7医療過誤』131頁以下は、説明義務を準委任契約上の説明義務と不法行為上の注意義務としての説明義務に分ける）。

- (9) 我が国における近代医療制度は明治7年の文部省達「医制」に始まるとされている。そして昭和17年制定の「国民医療法」は医療関係の法令を集合したが、昭和23年、診療関係者に関する部分を「医師法」に移し、医療設備に関しては「医療法」に定めた。この「医療法」はその後48次の改正がなされている（基本医療六法編集委員会編『基本医療六法平成13年版』



131頁)。

平成9年12月法律125号による医療法改正は重要な点を含んでいる。すなわち、従来から医療法第1条の2第1項は「医療は、生命の尊重と個人の尊厳の保持を旨とし、医師、歯科医師、薬剤師、看護師その他の医療の担い手と医療を受ける者との信頼関係に基づき、及び医療を受ける者の心身の状況に応じて行われるとともに、その内容は、単に治療のみならず、疾病の予防のための措置及びリハビリテーションを含む良質かつ適切なものでなければならない。」と規定し、第1条の4第1項は「医師、歯科医師、薬剤師、看護師その他医療の担い手は、第1条の2に規定する理念に基づき、医療を受ける者に対し、良質かつ適切な医療を行うように努めなければならない。」と規定していたが、平成9年法律125号による改正により、新たに第1条の4第2項は「医師、歯科医師、薬剤師、看護師その他医療の担い手は、医療を提供するに当たり、適切な説明を行い、医療を受ける者の理解を得るよう努めなければならない。」と説明義務についての規定を置いた。

- (10) 医療法自体は公法の一つであるが、この平成9年の改正による医療法第1条の4第2項の医師の説明義務規定は、患者と医師の契約関係の権利義務の解釈上の指針となり、また医療過誤訴訟が不法行為構成をとる場合には、前記のように、医師の注意義務解釈上の指針となるものである。しかしこの医療法第1条の4第2項の説明義務は啓蒙的、理念的意味合いが強く、医療契約における医師の説明義務を直接根拠付けるものではなく(この規定の出来る前から医師の説明義務は存在していたのである)、また後述ICも、この思想成立の歴史からすると、これは新薬実験のためも含めての人体実験から被験者を護ろう、という一つの啓蒙思想であって、個々の医療における医師の説明義務を根拠付けるものではない。最早人体実験などありえない、前記のように、患者が死亡した後も働く医師の説明義務は、ICでは説明できず、契約法理でしか説明できないことに注意すべきである。参考までにドイツ医師会『ドイツ医師のための職業規則』1993年(岡嶋道夫訳)を紹介する。

#### 1条・職業活動

- (9) 医師はその職業を行う場合自由である。医師は自分と患者との間に必要な信頼関係が存在しないと確信したときなどには、診療を拒否することができる。救急の場合に救助するという義務はこれに該当しない。

#### 2条・説明の義務

医師は患者の自己決定権を尊重しなければなら

い。医師は処置に当って患者の同意を必要とする。同意は基本的には個人的会話による説明が前提となる。

### 三 Informed Consent (IC)

#### 1 IC論争

この医療法第一条の4第2項の説明義務規定は、長く続いてきたIC論争の一掃結点を示すものである。ICのIすなわちinformedのinformは上述の医師の説明に、ICのCすなわちconsentは侵襲に対する患者の承諾、同意に通ずる意味を持つもので、医療関係上、重要な意味を持つが、平成9年改正で規定されるまで、医療法はIC規定を欠いていた。世論に押され、平成9年改正で、やっと、この説明義務規定が出来たのである。

ここでIC論争を簡単に振り返る。

第二次大戦でナチスは非人道的な人体実験を敢行し、終戦の1945年秋から一年間、ニュールンベルクで戦争犯罪裁判が行われたが、この戦争犯罪の反省から、医学的研究のために行われる人体実験においては、実験対象となる人間の自発的承認が実験の絶対的条件であり、この承認の前には対象人間に対し、研究性格、目的、起こりうる不快事、健康影響などに関する説明がなされていなければならない、という医学倫理綱領、いわゆるニュールンベルク綱領がつくられた。この事件を深刻に受け止めた世界医師会は医学倫理綱領として1948年スイス・ジュネーブ総会で、いわゆる「ジュネーブ宣言」、1949年英国・ロンドンの総会で、いわゆる「国際医の倫理基準」を採択し、1964年フィンランド・ヘルシンキ総会で、いわゆる「ヘルシンキ宣言」を採択し、これは1975年日本・東京総会、1983年イタリア・ヴェネツィア総会、1989年香港・九龍総会、1996年南ア共和国・サマーセットウエスト総会、2000年英国・エジンバラ総会で逐次、改訂された。ヘルシンキ宣言はICの原点といわれているが、これも人間が研究対象となる場合の説明、承諾について規定している(基本原則9項)。

医学の進歩(新治療法、新薬の研究開発)には動物実験に次ぐ人体実験が不可欠である。ICの原点は前記ニュールンベルク綱領にみるように、人体実験における人間の権利、尊厳の保障であり、これが次第に広範な患者の権利保障へと広がったのである。

1981年ポルトガル・リスボン総会で採択された、いわゆる「リスボン宣言」はその前文において「本宣言は患者の権利保障を中心とするものである」と規定しているように、患者の権利章典であるが、患者の自己決定権を保証するため、医師は患者に情報を提供すべきである、と規定しており、IC章典といわれている。ニュールンベルク綱領も世界医師会の各宣言も、医療界に根強く残っているパ

さん主義 (paternalism) の根底にある思想, すなわち, 患者は医師に由らしめる (由らせる, とは, 頼って, それに従わせる, という意味), すなわち, 頼らせればよいのであって, 医師は患者に知らせる必要はない, という家長主義的, 権威主義的考えに対する痛烈な反省と否定を前提としているのである。

## 2 ICの実態

欧米, 特に弁護士が多いアメリカでは, 医療過誤訴訟を提起し, 陪審裁判 (陪審員の多くは医師嫌いといわれている) で医師に勝訴して多額の賠償金, 報酬をとろうとすることに医師側の防波堤としてICを利用する, すなわちICを怠れば敗訴するから必死にICを励行する, とまでいわれている。法曹人口が貧弱で, 医療過誤訴訟の勝訴率も低い我が国においては, ICはたかだか, 法律家及び患者団体の医師界に対する批判, 反抗の烽火くらいに見られている傾向があり, 臨床の場では十分機能しておらず, ICを励行している医師は少数派である。

教授, 弁護士などの法律家と医師がメンバーである日本医事法学会の最近の年報を見ると, 第8号にICに関するシンポジウム報告が記載され, 第12号にもIC関連の記事が記載され, 第13号にも医療水準と説明義務の論説が記載され, 最新の16号には再びICについてのシンポジウム報告が記載されている。これだけでも, 法律家がICを医療改革の最重要テーマと考えていることが判るのである (ICについては水野肇「インフォームド・コンセント」中公新書参照)。

## 四 説明義務の内容

### 1 説明の範囲, 内容

平成14年6月22日現在, 判例雑誌『判例時報』の1号から最近の1781号までに掲載の民事医療過誤判例は総数852件あるが, うち56件は医師の説明義務にかかわるものである。この56件のうち医師の責任が肯定されたものは44件で多く, 否定されたものは12件で少ない。説明義務違反問題は医療過誤事件において, 大きい意義を持つことがこれでも判る。

以下, 医師の説明義務で著名な最高裁判決一件と最近の下級審判例一件を取り上げる。

#### (1) 最高裁第二小法廷昭和56年6月19日判決『判例時報』1011号54頁

「事件」10歳の男児が転倒して左側頭部を打ち, 頭蓋骨陥没骨折の傷害を受けた。脳内出血の疑いがあるため, 開頭血腫除去手術を受けたが, 出血多量による心不全で死亡した。遺族は手術前の医師の説明が不十分であったなどと主張し, 損害賠償請求訴訟提起。一審

請求棄却。二審も, 医師は家族に対し相当程度の説明をして手術の承諾をえている, と認定して, 控訴棄却。

「判決」原審の適法に確定した事実関係のもとにおいては, 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, その要素が発展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, とした原審判断は正当として是認することができる。上告棄却。

「検討」病院で治療を受ける場合, その開始時点から終了時点までの間, 患者の病状, その進展如何により説明を必要とする時期, 説明内容は多岐にわたるが, 患者が説明を希望する場面は極めて多い。この判決は「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」としているが, 医師の説明義務はこのように単純なものではない。この判決は治療過程の一場面における医師の説明義務を切り取って判示したものと考えべきである。例えば, 或る患者が胃の不具合で病院に行き, 医師の診察を受けたとする。今の医療は検査万能であるから, 問診, 触診, 打診, 聴診だけで医師が確定病名, または仮定病名を告知 (説明) することは減多にない。通常は血液, 尿検査及びX線撮影機, 内視鏡などの機器を用いての検査が行われる。この検査も病状如何によっては, かなり危険なものがあり, それ自体, 患者の肉体に対する侵襲であるから, 医師は検査の目的, 危険性について説明し, その同意承諾をうる必要がある。今では平凡な検査となった胃の内視鏡検査にしても, 開始前に咽頭の緊張をとるため局所麻酔剤を噴霧するが, この麻酔剤 (キシロカイン) によってもアナフィラキシーショックで死亡することがある (東京地裁昭和55年3月31日『判例時報』984号83頁は, 腋臭手術で使われたキシロカインで患者がショック死した事件で, 特異体質理由に請求を棄却したものである)。従って胃の内視鏡検査においてすら, 問診, 予備検査などによる患者の体質把握, ショックが予想される場合の予防措置, 救急救命準備は医療側の義務であり, その懈怠は問責される。胆のう, 胆管造影検査, 冠状動脈造影検査など, ヨード造影剤を使う諸検査にも同様な問題がある (済陽高穂・林泰『病院で受ける検査がわかる本・新版』104, 106頁, 弓削孟文『手術室・ICUで使う薬剤ノート』56頁, 水島裕編著『今

日の治療薬解説と便覧2001』965頁以下参照)。これらの検査結果に問診の結果えられた既往症歴、家族歴などを総合して病名、病期などが診断されるが(吉利和『内科診断学』27頁以下参照)、この診断結果は逐次医師から患者側に説明されねばならない。そして治療法が複数ある場合には、医師はそのいずれもの特徴、具体的方法、長短、リスクなどを患者に説明して、患者の選択に委ねるべきである(最高裁平成13年11月27日第三小法廷判決『判例時報』1769号56頁は、平成3年当時、乳がん手術で乳房温存法は医療水準としては未確立であったが、医師はその知る範囲でこの療法について患者に説明する義務がある、と判示)。もし患者の選択した治療法が医師から見て好ましくないものであれば、そう説明して再考を促すべきである。それでも患者が自分の選択に固執するときは、医師は患者の決定に従わざるをえないから、その結果、悪しき結果が生じても医師は責任を負わない。患者がすべての治療を拒否した場合も同じである。患者の自己決定権が優先するからである(同旨中村哲「医師の説明と患者の判断・同意について」『医療訴訟の実務的課題』59頁)。患者が或る治療法、例えば、開腹手術によるがん切除を選んだ場合、手術担当の麻酔医、執刀医はそれぞれの担当分野についてのリスクの説明を行うべきである(東京高裁平成13年7月18日判決『判例時報』1762号114頁は、手術の危険性は死亡率まで示して行うべきである、と判示し、説明義務違反を肯定した)。手術が不成功で、手術中、患者が死亡(手術死)した場合には、特に遺族は医師に対して不信任感を抱くものであるから、前記のように、出来るだけ早く、死亡の原因についての説明がなされるべきである。手術が成功し、患者が退院するときは、退院後の生活について、特に服薬上の注意は怠りなく行うべきである。この退院後の療養指導も医療契約上の医師の義務である(中村哲「医師の説明(療養指導)義務について」『医療訴訟の実務的課題』130頁以下は自宅で療養する患者に対する療養指導義務を論じたものである。なお医師法23条参照)。患者に対する医師の説明義務の内容、程度は、当該患者を平均的ないし合理的患者と見て決定されるか、そうではなく、具体的患者の特質に応じて判断されるべきかで違う、とされている(新美育文解説『別冊ジュリスト医療過誤判例百選第二版』10頁以下)。後説が正しいと思う(同旨中村哲「医師の説明義務とその範囲」『医療訴訟の実務的課題』96頁)。後記がん告知で問題になるように、患者の病名、病期の告知、説明が当該患者にとってマイナスになるような特別な場合は、告知、説明を医師

が控えても、債務不履行の責任を問われることはない。もともと、どのような委任契約にも、その契約に即した内容、程度において受任者の裁量権が認められており、告知、説明も患者側の利益のためにあるものであるから、患者側の利益に反したり、矛盾する告知、説明を医師がする義務はない、というより、そのような告知、説明はしてはいけない、もしすると告知、説明が義務違反になる、ということに注意すべきである。もっとも、どのような場合が告知、説明義務の免除、軽減になるか、どのような告知、説明が義務違反になるかについては色々難しい問題がある。このように考えてくると、或る事項について医師が説明しなくても、それが宥恕されたり、または医師に説明義務違反があっても、その程度が小さく、それによって治療上の不都合、不具合は生ぜず、問責されないものと、説明義務違反が重大で、それにより悪しき結果が生じ、医師が責任を負うべき場合があること、すなわち、医師の説明義務は「必要、不要」「重大、軽微」「有責、無責」の多面性を持っていることが判る。

(2) 東京地裁平成12年12月25日判決『判例時報』1749号61頁

「事件」原告(女性)は、歯列不正による咬合不全などで起こった顎関節症による首の痛みなどで被告歯科医の診察を受け、被告歯科医は補綴治療(自然歯を削合して金属等の冠で被覆する治療)のため、二回にわたって自然歯を大幅に削合した。原告はこの削合には十分な説明を受けての承諾は行われなかった、として損害賠償請求訴訟提起。

「判決」顎関節症は多くの因子が相互に複雑に関連する整形外科的要素を持つ病気で、治療法も多種多様あり、自然歯の削合を伴う補綴治療は侵襲性の高い一つの治療法で、しかも緊急性はなかったもので、原告は歯の削合には恐怖感を抱いていたのであるから、平易かつ具体的方法で治療方法、治療の結果、自然歯は使えなくなることなどを説明して正確な理解に基づく承諾をうるべきであったが、被告歯科医のなした説明は不十分なものであった。請求の一部(慰謝料50万円と弁護士費用10万円)を認容。

「検討」妥当な判決である。この判決における事実関係をみると、顎関節症という病気自体、複雑因子を持つ微妙なものであったうえ、原告患者は被告歯科医院のほか、数箇所での治療を受け、アレルギー体質を持つ、ナーバスな患者であることが感じられる。前記のように、説明の対象となる患者像を平均的理想的なものと考えてはいけない。説明対象人は医師の眼前にいる、千差万別の個性を持つ具体的存在として人間で



ある。一種の接客業者といえる医師は弁護士、判事と同じく、言動、風貌で患者の性格を見抜く能力を持たねばならず、経験により自然にそのような能力を持つものである。この事件の歯科医も病気の性質、患者の性格に相応しい対応をとり、説明をしておれば、訴訟を起こされることはなかったであろう。医師が患者の誰にも同じような対応をすることは、一見公平そうに見えるが、実は安易な方法であり、しかも実質的に見ると、不当であったり、危険であったりする。

## 2 説明義務の免除、軽減

医師に説明義務がなかったり、軽減されている場合がある。

- (1) 制定法に規定があり、医師に強制的措置が許されている場合には医師の説明義務は免除されている、といわれる（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—」『医事法学への歩み』40頁）。我が国でも医師が刑事訴訟において鑑定人として被告人、容疑者その他の者の心身を診察鑑定することがある（刑事訴訟法165条）。この場合、対象者は原則的に鑑定に応ずる義務があり、また仕事の性質上、鑑定人たる医師は診察鑑定の結果について対象者に説明する義務はない。鑑定人たる医師は書面または口頭で、鑑定依頼した捜査機関、裁判所に診察鑑定の結果を報告すれば足りる。精神障害者が精神病院に入院するには、任意入院と強制的な措置入院がある。前者の場合は病院の管理者たる医師（医療法10条）はできるだけ患者の同意をとることに努めなければならないから（精神保健及び精神障害者の福祉に関する法律22条の3）、同意の前提となる Inform すなわち病状、入院の必要性などの説明が必要となる。病状が進み、精神障害者に自傷、他害のおそれがあるときは、その者を指定病院などに強制入院させることになるが、その際は指定医二名の診察鑑定が必要となる（精神保健及び精神障害者の福祉に関する法律29条1, 2項）。この場合、指定医の診察鑑定について医師は診察鑑定の結果について、対象者に説明する義務はない。
- (2) 患者に説明の利益がない場合も説明は不要とされている。例えば医師が或る病気にかかって他の医師から治療を受けている場合、その病気について患者たる医師が詳しく知っているような場合、その病気についての一般的説明は不要である。但し、治療に当たっている医師が検査などで把握した検査結果、病状の進行程度などについては説明が必要であり、治療方法についても患者たる医師の同意承諾が必要である（唄前掲

40頁）。患者が医師でなくても、患者の病気が既体験のもので、検査、治療法などについて或る程度の知識を持っている場合は、医師の説明責任は患者の知識に比例して軽減される。患者は誰でも、長く治療を受ければ受けるほど、病気に対する知識が豊富になるものであり、医師もその実情に応じた説明をすればよいのである。

- (3) 患者が説明を受ける権利を放棄し、説明不要の意思表示をしている場合も医師の説明は不要である。患者が自分の病気について勉強して、十分な知識を持っている場合がある（患者も医療、薬について勉強する方がよい。神前格『患者学』マガジンハウスも同旨である）。また、がんのような病気の場合、患者は色々な理由で、医師の病状や予後についての説明を厭がり、それを苦痛と思う人もいる。そういう人には無理に説明する必要はない。但し、医師の一人合点でそう思って説明をしないのは良くない。
- (4) 緊急事態には、患者の同意、承諾がなくても、医師は侵襲を含む医療行為を行うことができるから、説明義務もないとされる（唄前掲41頁以下）。例えば、頭部を負傷した交通事故の被害者が意識不明で救急搬送され、家族も居らず、説明をして同意をとることが不可能であり、しかも処置は緊急に行う必要があるような場合がそうである。手術室で全身麻酔で手術中に起こった緊急状態とか、精神障害で、心神喪失状態の患者に対し、医療措置をとろうとする場合に、精神保健及び精神障害者の福祉に関する法律第20条の保護義務者が選任されておらず、選任のいとまがないような場合においても問題は同じである。このような同意不能の場合の説明義務はナンセンスということである。
- (5) がん患者の場合のように、病名、病状説明がかえって患者に病状悪化をもたらす、すなわち医師の説明義務の履行が治療に対し逆効果をもたらすような場合には、医師は説明義務を負わない、という考えがある。患者の権利に関するリスボン宣言（1981年採択、1995年修正）7のaは、患者は十分な説明、情報を受ける権利を有する、と規定するが、bでは、例外的に、その情報が患者自身の生命あるいは健康に著しい危険をもたらすおそれがあると信ずべき十分な理由がある場合は、情報は患者に与えなくてもよい、と規定している。しかしこれは医師の一人合点ではいけない。もし患者がそのような危険、影響を承知のうえで説明を望む場合には、医師は説明義務を免れない。

## 3 説明の相手方

原則的には医療契約の当事者であり、かつ最終的自己決



定権を持つ患者本人であることはいうまでもない。医療においては他の契約関係と異なり、家族の果たす役割は大変大きい。療養自体についてだけでなく、医療費の支払い、患者が死亡した場合の遺体の引き取りを考えただけでも、家族の役割の重要性は明白である。しかし、だからといって説明の相手方として無条件に家族を優先させたり、家族を患者本人と並列的に考えるのは誤りである。家族が説明の相手方として登場するのは、それが必要で、そのことを患者が承諾し、家族もそれを希望する場合である（東京地裁平成13年3月21日判決『判例時報』1770号109頁は、患者本人への説明、同意なしに、その夫への説明、同意で子宮を摘出したのを違法として、患者本人の損害賠償請求を認容）。但し患者本人に年齢、精神障害などによる意思能力上マイナス要因が大きい場合は、患者の法定代理人（親権者、後見人）が説明の相手方となる。このような場合でも、重大な侵襲の前提としての説明がなされる場合には、患者が完全な意思無能力者である場合以外には、患者本人に対する説明がなされるべきである。

#### 4 説明義務違反の態様と責任

(1) 医師が責任を負う説明義務違反の態様は大きく分けて二つある。

① 説明はなされたが、その内容が不当である場合、例えば、がん患者になしたがん告知が患者に無用の精神的動揺を与えるような言動を伴うような場合、いわば、医師の積極的作為が問題となる場合である。このようなケースは下記六のがん告知判例で検討する。

② 説明をなすべき事項について全く説明がなされない場合、または説明はあったが不十分であった場合、いわば医師の不作为が問題となる場合である。このようなケースは下記六のがん不告知判例として検討する。

(2) 医師に説明義務違反がある場合、この義務違反と相当因果関係のある悪しき結果について医師は損害賠償責任を負う。もし延命可能な治療法についての説明義務懈怠があった場合、患者がその治療法をとらずに早く死亡した場合は、延命利益喪失による損害（慰謝料）を賠償する責任がある。しかし些細な説明義務違反があっても、患者がそれによるダメージを受けていない場合には、責任は発生しない。

#### 5 説明の報酬

医師ががん患者に何時間も病気のこと、治療法を説明しても、現在の診療報酬請求上、点数はつかず、無報酬ということである。報酬がとれるのは、薬剤情報を書面で提供した場合だけで、それは10点100円、ということである。説明という医療行為を診療請求上、どのように評価するか

は難しい問題であるが、これでよいのだろうか。

### 五 がん告知

#### 1 死亡率

インターネット上の総務省統計局統計センターのホームページ上で読むことができる統計情報によれば、平成12年度主要死因別死亡数は悪性新生物29万5,484人、心疾患14万6,741人、脳血管疾患13万2,529人であり、悪性新生物が死亡原因のトップである。悪性新生物とは腫瘍を指す。腫瘍には良性のもの悪性のものがあり、悪性のものは上皮性悪性腫瘍と非上皮性悪性腫瘍に分けられ、前者は癌、がんcancerと呼ばれ、後者は肉腫と呼ばれるが、一般的には、がんと肉腫を含む上皮性悪性腫瘍をがんと呼んでいる（南山堂『医学事典』11頁以下）。検索エンジンでインターネット上のホームページを検索すると「癌」と「がん」では、前者の使用頻度が高いようであるが、恐ろしげな「癌」という文字よりは、平仮名の「がん」の方が語感が柔らかい。国立がんセンターも「がん」という平仮名を使い、最近の最高裁判決も「がん」という文字を使っている。本稿でも「がん」という文字を使う。

#### 2 がん告知の実態

前記のように、患者に対し医師は説明義務を負う。しかし患者と医師の法律関係は形式的には準委任契約で構築される、自由、対等なものであっても、実際上は、一方は健康を害した病人、一方はこれを治療する専門家集団である病院という対立構造図式から容易に想像される医師側優位の図式は不変のものであるから、医師の患者に対する説明義務は「医療の不確実性」「医療の裁量性」などを口実に、なかなか実行されておらず、この傾向は今、最も深刻な病気と考えられている、がんにおける病名、病期、予後などの説明、告知において最も顕著である。

がん治療法が未開発で、がん即ち死、と思われた一昔前は、がん患者に対して医師は病名を告知しないのが普通であった。胃がんでも、胃潰瘍と告知し、肝臓がんでも、胆石と告知するのが普通であり、それがよしとされてきた。しかし、それでは、がんの治療（例えば摘出手術）に対する真実の承諾はなされる筈はなく、有効な承諾なしに重大な侵襲がなされることになるのである。現に、秋田地裁大曲支部昭和48年3月27日判決『判例時報』718号98頁は、舌がんの男性患者にがんを告知せず、舌潰瘍と告げ、舌の一部を切除することを説得したが、承諾せず、家族も本人次第、とって承諾しないので、舌の一部を焼き取る、と嘘をいって手術し、舌の三分の二を切除した事件で、承諾なき侵襲である、として、損害賠償請求を認容している。また末期のがんであれば、生存期間の予想を聞かなければ、

患者は限定された生存期間を有効に利用することができなくなる。確かに、患者の性格などから、がん告知が重大な悪影響を与える可能性がある場合に無神経ながん告知を避けるのは、それも医療方法の一つであろうが、そのような特殊の場合を除いては、がんといえども病気の一つであり、原則的には告知されるべきである。下記のような、がん治療に業績ある医療団体ほど、がん告知に積極的であることが一つの示唆を与えてくれる。

以下では、がん告知の実態を、自らも卵巣がんを経験したノンフィクション作家柳原和子『がん患者学』晶文社2000年9月版からみてみよう。医師が患者にがんの告知をするかしないかを定める因子は、病名、病期、予後のほか、患者の年齢、職業、学歴、教養、家族関係があるようなので、年齢、学歴などを摘記した。

- (1) 70歳の女性。夫はドイツ語の文献も読める法律家。市民病院で受診。昭和59年、末期卵巣がん発症。医師は先ず夫に末期がんを告知。夫の希望で患者にも告知。
- (2) 80歳の男性。慶大卒。平成5年、末期胃がん発症。慶大病院で受診。直ちに末期がんの告知を受ける。
- (3) 51歳の女性。平成3年、子宮がん発症、後に大腸転移。受診した大学病院で検査後、がんと告知を受ける。
- (4) 57歳の女性。平成3年、肺がん発症。京都の総合病院で受診。胸線腫と告知され手術。転医した大学病院でも、がんと告知されず、一年後再発時にがんと告知される。
- (5) 42歳の女性。平成5年、中規模の胃腸外科病院で受診し、卵巣がんの手術を受けるが、手術中に、医師が患者の夫にがんと告知。手術後も本人には告知がないので、患者が医師を問い詰めると、がんと告知。
- (6) 女性が昭和64年、胃がん発症。医師は家族に相当進行の胃がんと告知。患者には知らせない方が良く、と助言。患者には胃潰瘍と説明。
- (7) 62歳の男性。会社経営者。平成3年、食道がん発症。東京女子医大系クリニックで受診し、検査直後、がんの告知を受ける。
- (8) 60歳の男性。会社員。昭和54年、肝臓がん発症、肺に転移。京都第一日赤病院で受診。病名の告知せずに治療を開始。医師を問い詰めると告知。
- (9) 62歳の男性弁護士。昭和57年、睾丸がん発症。県立西宮病院で受診し、検査後、直ちに告知を受ける。
- (10) 7歳の女兒。出生直後から異常があり、大学病院で受診し網膜芽細胞腫と判明、両親が告知を受ける。
- (11) 54歳の男性。平成3年、川越帯津病院で受診し、直腸がんと診断され、メモ書でがんの告知を受ける。

- (12) 62歳の男性。会社経営者。平成3年、直腸がん、後に肝臓転移。受診した痔の専門医からがん告知を受け、がんセンターで手術。
- (13) 66歳の男性。会社員。平成4年、勤務会社の病院で受診。本人は胃がんと自覚していたが、医師は妻だけのがんを告知し、患者本人には胃潰瘍と告知。
- (14) 49歳の男性。薬剤師。昭和61年、直腸がん発症。関係会社の病院で受診。医師は手術前に兄と妻にがんを告知し、患者本人には直腸潰瘍と告知。
- (15) 69歳の男性。三菱化成勤務。平成3年、肺がん発症。三菱化成関連病院で受診。手術後にがん告知。二年後に甲状腺がん発症。
- (16) 68歳の男性。研究職の公務員。昭和60年、腎臓がん発症。平成7年肺転移。つくば市内の病院で受診。検査後、患者本人には告知せず、妻にはがんをほのめかす。手術後、患者本人にがん告知。
- (17) 著者の柳原和子。昭和50年生、東京女子大学卒、ノンフィクション作家。平成9年、卵巣がん発症。京都の大学病院で受診。卵巣がんで五年後生存率25%と告知される。

### 3 がん告知マニュアル

#### その1 国立がんセンター病院がん告知マニュアル

国立がんセンター病院では、がん患者にがんの告知を行っており、そのマニュアルをホームページに掲載している。

その2 竜崇正・大橋秀一・寺本龍生「医師からみたがん告知マニュアル」竜崇正・寺本龍生編著『がん告知』医学書院2頁以下も、がん告知を原則とし、そのマニュアルを作っている。

その3 厚生省健康政策局長私的諮問機関「カルテ等の診療情報の活用に関する検討会」報告書平成10年6月18日『ジュリスト』1142号64頁以下も、診療情報提供の対象者としては、患者本人を第一順位としている。

### 六 がん告知判例、がん不告知判例

がんの告知、がんの不告知を原因に医療側に民事責任を問うことがある。

前記のように、説明義務が履行されたが、その内容が不当な場合、または説明がなされなかった、または、なされたが不十分であった場合に民事責任が発生する。この問題はがん告知、不告知において鮮明に現れる。不当ながん告知がなされた、または告知がなされなかった、という患者（遺族）側の不満が契機となって、医療過誤訴訟が提起される。

そこで最初にごがん告知判例、すなわち、がんを告知した

ことが問責された事件、次にこれと正反対の、がん不告知判例、すなわち、がんを告知しなかったことが問責された事件を取り上げる（がん告知関係の判例につき古川俊治「法律家からみたガイドライン」竜崇正・寺本龍生編著『がん告知』10頁以下参照）。

### 1 がん告知判例

かつてドイツでも、がんを告知したことが問題にされた事件がある。かねて第三者にがんに対する恐怖を話していた原告に医師ががんを告知し、原告は精神病院に収容された、という事件で、裁判所は「がん患者については特別に思いやり深く行動し、普通なら必要な患者に対する説明を制限するのが医師の義務である」として、医師の責任を肯定したことがある（もっとも上級審はこの判決を破棄した。唄孝一「治療行為における患者の承諾と医師の説明」『医事法学への歩み』52頁）。

我が国でもがんを告知したことが問題になった事件がある（下記④事件は医療過誤事件ではない。がん告知が家庭騒動の火種になった珍しい事件である）。

#### ① 名古屋地裁昭和58年5月27日判決『判例時報』1082号91頁

「事件」男性患者は昭和43年10月、名古屋大学付属病院で上顎がんの手術を受け、昭和46年11月、同病院で左頬扁平上皮がんの化学療法を受け、昭和47年3月、被告医師（名古屋大学医学部助教授）の執刀で上顎がんの手術を受け、同年4月1日、退院し、その後、昭和48年5月まで同病院に通院していたが、被告医師から胸部X線撮影を受けたり、受けるように指示を受けたことはなかった。その頃、近所の病院で検査を受けたところ、両肺に異常が発見され、同年6月下旬、名大病院で受診。同年7月下旬頃、被告医師から「手術をする。内科で診て貰いたいのならがんセンターに行きなさい」といわれ、患者は肺がんと知った。患者はがんセンターで化学療法を受けたが、同年10月24日、衰弱死した。遺族は国と医師（助教授）を被告として、X線検査懈怠を理由に延命利益喪失の慰謝料、不用意ながん告知による精神的ショックによる慰謝料請求訴訟を提起。

「判決」がん告知は医療上の裁量に委ねられており、がん告知で患者が心理的悪影響を受けたからといって、それが医道上の配慮を無視した患者に精神的打撃を与えることだけを目的としたような場合を除き、直ちに医師に何らかの法律上の義務違反があったとすることは相当でない。…被告医師（助教授）の言動はいささか配慮に欠ける不用意な点はあるが、患者らにがんセンターを紹介以上の意味はなかったのであるから、不法行為に当たらない（但し、X線検査懈怠の過失は肯定し、慰謝料50万円認容）。

「検討」この患者の病歴、治療歴からすると、被告医師の発言ではじめて肺がんと知ったというのは信じがたい。患者はがん告知を受ける前に、自ら最悪のシナリオを書いているものである。本件の患者も数次のがん治療で、がんについての知識は相当高まっていたからこそ、肺への転移を恐れて近所の病院で受診したのであろう。患者や遺族の不満はがん告知の不当より、末期がん患者に対する冷たい仕打ちにあったような気がする。恐らく、名大病院では患者と医師間に信頼関係が欠けていたのであろう。がんの恐ろしさを身にしみて知っている末期がん患者でも、一縷の望みも失っていない。このようながん患者に対しては、軽率、無神経ながん告知は避け、工夫を尽くした、思いやりある告知をなすべきである。それによって、医師も訴訟という大きな負担を免れるのである。

#### ② 札幌地裁平成10年3月13日判決『判例タイムズ』997号253頁

「事件」患者（女性）は平成3年8月、被告A病院の被告医師から悪性末期肝性がんで余命は1年半ないし2年と告知され、抗がん剤の投与を受け、被告医師が被告B病院に転勤後も同様治療を受けた。ところが、平成5年8月、他病院で診察を受けた結果、良性の血管腫と判明。原告は誤診、不当ながん告知を理由に被告A、B病院、被告医師に損害賠償請求訴訟を提起。

「判決」被告医師は腹部超音波、腹部造影CT検査、腫瘍マーカー検査、血液生化学検査はしたが、当時、一般的検査であったダイナミックCT検査、MRI検査をせずに診断したのであるから、誤診について過失があり、被告医師の誤ったがん告知による原告患者の心的傷害も肯定される、として被告医師につき慰謝料、逸失利益損害など1,136万円余の賠償責任、被告A病院につきこの損害のうち寄与度8割相当、被告B病院につき寄与度2割相当の賠償責任を肯定。

「検討」この事件におけるがん告知事件は、良性腫瘍を悪性末期がんと誤診したことから派生したものであり、根本問題は誤診にある。真の告知責任問題は誤診がなくても発生する。すなわち、本件で誤診がなく、患者が真に悪性末期の肝性がんであっても、その告知の動機が不当であったり、告知の態様方法が不当であれば、がん告知責任を負うのである。

#### ③ 大阪地裁平成8年4月22日判決『判例時報』1585号66頁

「事件」原告は平成4年4月1日、被告病院で被告医師の診察を受け、種々の検査がなされた後、同年7月27日、被告医師から悪性リンパ線腫の告知を受け、同年8月以降、抗がん剤の投与を受けたが、この投与中に被告医師から繰り返し「瓜破（斎場、墓地の所在地）に行くか」と言われ

たり、新興宗教の護符を勧められたりした。原告は、自分は悪性リンパ線腫には罹っていないのに、被告医師は誤診し、かつ不当な言動を伴う、いわれなきがん告知を受けた、として慰謝料などの損害賠償請求訴訟を提起。

「判決」被告医師の診断は誤診とはいえない。しかし、医師が患者にがんを告知する場合、殊に医師の持った見通しが悲観的なものである場合には特に患者の病状や精神状態を考慮し、恐怖感等、不要な精神的ショックを与えないように、告知内容、程度を慎重に検討すべき注意義務がある。・・・被告医師は原告の受ける心情に思いを致すことなく、原告に対し余命が幾ばくもないとの示唆を不用意に与えた。加えて被告医師が護符を勧めたことは原告に科学的な治療による治療は不可能であり、残された手だては神頼みしかないとさせるに十分な、不当な言動というべきであり、医師としての注意義務を怠ったものである。慰謝料100万円肯定。

「検討」②の事件と異なり、本件では誤診の証明はなかったが、告知の態様、方法が不当であるとして、告知責任が肯定された事例である。

#### ④ 大阪高裁平成8年6月25日判決『判例時報』1590号77頁

「事件」医師である原告の妻Aの妹である被告Bは医師でもないのに、大腸がんで入院中の原告の妻Aに大腸がんであること、肝臓に転移していること、夫の原告の誤診のせいであるなどといって遺言書作成、離婚を勧めたりしたので、原告らの夫婦関係は破綻に瀕した、として原告は被告Bとその夫Cに対し、3,000万円の慰謝料請求訴訟を提起。一審の京都地裁は被告Aの責任を認め、慰謝料300万円肯定。被告A控訴。

「判決」医療に責任を持たず、医学的知識もなく、がん告知の当否や一審原告の誤診の有無も判断できる立場になりに、大腸がん、肝臓転移を告知したのみならず、姉に離婚、遺言書作成を勧めたことは、肉親として許される限度を逸脱し、原告らの個人生活、夫婦生活に対する違法な干渉であり、不法行為を構成する。控訴棄却。

「検討」医師でなくても、肉親でも、誰でも、うっかり不当ながん告知をすると、責任問題が起こることを示した判決である。平成14年5月31日毎日新聞には、肺がん告知後の無神経な医師の言葉（助かる可能性は低い・・・）で患者が自殺した、として遺族が提訴した旨の記事が掲載されている。

## 2 がん不告知判例

がん患者側に対するがん告知が全くなされなかったり、なされても、それが不実なものとか、不十分であったりして患者（遺族）側の不満を買い、提起された事件である。

数的には1のがん告知判例より、2のがん不告知判例の方が多い。

#### ⑤ 東京地裁昭和56年12月21日『判例時報』1047号101頁

「事件」女性患者（保健師）は激しい頭痛等を訴えて昭和49年7月17日、被告病院で被告医師の診察を受け、低随圧症等の疑いで即日入院し、同月30日、脳血管撮影を行ったところ、右頭頂、側頭部に脳を圧迫している血腫らしいものが認められたので、同日午後4時20分頃から血腫除去手術を開始した。穿孔の結果、脳を圧迫しているのは血腫ではなく、腫瘍であることが判明したので、いったん手術を中止し、午後6時頃から開頭手術を開始し、腫瘍100グラムを摘出し、大学に病理検査を依頼したところ、腫瘍は悪性（再発性の高い）アストロサイトーマ（星状細胞腫 astrocytoma）であることが判明したが、被告医師は患者及びその家族には、腫瘍は良性のメニンジオーマ（髄膜腫 meningioma）であると告げた。患者は同年8月28日、退院し、通院をしていたが、同年10月25日以降、他の大病院で通院治療を受けるようになり、同年12月20日、日赤病院に転院し、同月24日、再発したアストロサイトーマにより死亡した。遺族は診断結果の不告知も責任根拠の一つとして合計1,760万円の損害賠償請求訴訟を提起。

「判決」医師が真の病名を患者、家族に告げるか否かの判断は、医師の裁量の範囲に属するのであるが、患者が保健師という職業柄、脳腫瘍の再発を極度に恐れて、精神的に動揺していたところから、被告医師が患者の再発に対する恐怖を取り除き、退院後も充実した生活を送れるように配慮して、腫瘍がアストロサイトーマであることを患者、家族に告げなかったものであり、責任はない。請求棄却

「検討」医療の paternalism は最も深刻な病気であるがんの告知問題で鮮明に現れる。がん患者は弱者であり、弱者に対するがんの告知は手控えるのが医師の美德であり、倫理上の要請でもある、とされて来た。前記リスポン宣言7のbが、例外的に、医療情報は患者自身の生命あるいは健康に著しい危険をもたらすおそれがあると信ずべき十分な理由がある場合は患者に与えなくてもよい、と規定しているのもその名残りである。初期の胃がんなど、治癒率の高いがんについては、がん告知が問題になる筈はない。がんを秘匿したり、別病名を告知するのは、そのがんが重篤で、患者の余命が少ない場合である。余命が少ない程、がん患者にはその余命を有効に生きる機会が与えられるべきであり、それは告知によって得られるささやかな賜物である。医師側の最後の治療も告知によって可能になる筈である。末期がん患者を収容するホスピスにおいては、原則として自分が末期がんで、間もなく死ぬことを告知されている、とのことである（村上國男「死を看とるホスピス論」



『死生学がわかる』朝日新聞社 43 頁)。がん告知が患者に重大ダメージを与えるのが明らかな場合は不告知も広い意味での治療法の一つであるが、不告知は医師の一人合点ではなく、誰が考えても、という特別の場合に選択されるべきである(渡辺亨・国立がんセンター中央病院内科医は、わが国では、いまだがん告知の是非を論ずる風潮があるが、インフォームド・コンセントに基づく治療を行うにはがん告知は不可欠であり、もはや、がん告知の是非を論ずる時代は終わった、という。渡辺「わが国の臨床試験の現状」『年報医事法学』13号34頁)。

⑥ 大阪地裁昭和 57 年 9 月 27 日判決『判例時報』1074 号 105 頁

「事件」68 歳の男性患者は昭和 49 年 10 月から被告病院で関節リュウマチでステロイド剤の投与を受けていた。翌 50 年 3 月 11 日、胃の診察を受け、同年 4 月から 5 月にかけて胃のレントゲン透視検査、内視鏡検査、組織の生化学検査等が行われた結果、早期胃がんⅡ型の診断がなされ、家族には病名を告げて手術をすすめたが、患者本人には病名は告げずに手術を勧告した。同年 7 月 1 日、手術を行い、縫合部分から胃の内容物が流出して腹膜炎を起こしたので同月 10 日、二回目の手術が行われ、翌昭和 51 年 2 月 13 日に三回目の手術、同月 24、25 日に四回目の手術を行ったが、患者は同月 29 日に死亡し、遺族は患者本人に対する説明不足などを理由に合計 2,407 万円余の損害賠償請求訴訟を提起。

「判決」がんに対する一般の認識や医療の現況、患者本人に及ぼす心理的影響等を考慮すると、病名を患者本人に告知するのが妥当であるかは疑問であるから、患者本人には病名を告げずに手術をすすめ、家族には病名を告げて、手術をすすめたことは説明義務に違反しているとはいえない。請求棄却

「検討」がん治療における家族の重要性は否定できないが、健康、生命につき最終的決定権を有する患者本人の地位は揺るがない。医師はがん告知の相手方として、患者本人より心理的抵抗の少ない家族を選択する傾向にある。この判例は医師を救済しているが、事案の内容がさほど遺族に同情しなければならぬものでなかったからであろう。

⑦ 名古屋地裁平成元年 5 月 29 日判決『判例時報』1325 号 103 頁

「事件」患者(昭和 8 年生まれの看護師)は昭和 58 年 1 月 31 日、上部腹などの痛みを感じて名古屋第二日赤一般内科で受診。担当医師 C は胆石症を疑い、超音波検査を指示。患者は同年 2 月 9 日、同病院の放射線科で超音波検査を行ったところ、胆嚢腫瘍の疑いがあると診断された。一般内科の医師 D は 2 月 14 日、患者を診察し、患者を消化器内科に振り分け、放射線科で CT 撮影を受けて、その

結果を消化器科で聞くように指示した。同月 28 日、放射線科の医師は CT 撮影を実施し、胆嚢がんと診断。消化器科の医師 B は同年 3 月 2 日、患者を診察し、検査結果から胆嚢の進行がんを強く疑い、入院させて精密検査を実施して確定診断と治療方針の決定が必要であると判断したが、患者の性格、家族関係、治療方針に対する家族の協力の見込みなどが不明であり、がんの疑いを患者に告知した場合には精神的打撃を与えて治療に悪影響を及ぼすおそれがあると思ひ、患者には告知せず、精密検査後に家族の中から適当な者を選んで説明することにした。当日、医師 B は患者に「胆石がひどく、胆嚢も変形していて早急に手術する必要がある」と説明して入院を指示した。しかし患者は同月 22 日から同月 28 日まで海外旅行をする予定があること及び仕事の都合や家庭の事情などを理由に入院を強く拒み、海外旅行後に入院することになり、同月 16 日には入院手続のため、来院することを約束させた。患者は同月 16 日に来院し、4 月 11 日以降速やかに入院する旨の入院予約をしたが、3 月 18 日、患者から入院延期の連絡があった。患者は同年 6 月、病状が悪化し、愛知県がんセンターに入院し、胆嚢がんと診断され、治療を受けたが、同年 12 月 22 日、死亡した。患者の遺族は患者または家族に胆嚢がんの疑いがあることを説明しなかったのは債務不履行に当たる、として、合計 4,850 万円の損害賠償請求訴訟を提起。

「判決」患者に対して医師が病気の内容を具体的に説明するのは診療契約の一内容であるが、説明相手、説明時期、説明内容、説明程度については説明が治療に対して影響を与えることから、病状の内容、程度に応じて、医師が判断するのが相当であり、患者の権利を侵害しない限度において、それは医師の裁量の範囲内にある。医師 B が確定診断前に予後が非常に悪い胆嚢がんの疑いがあることを説明せず、胆石症と告げて入院を説得することは不当ではない。請求棄却。

⑧ 名古屋高裁平成 2 年 10 月 11 日判決判時 1373 号 68 頁(⑦判決の控訴審判決)

「判決」当時、医師と患者間には、がんを告知してよだけの信頼関係は生まれていなかったから、医師が患者に精神的動揺を与えずに、早急に入院させ、諸検査を実施して病状を確認し、治療方針を確立する必要から、精神的動揺を与えることの少ない胆石症という病名を選んで入院を勧めたことは、その時点においては妥当の措置であり、説明義務の履行に欠けることはない。控訴棄却。

⑨ 最高裁第三小法廷平成 7 年 4 月 25 日判決『最高裁判所民事判例集』49 卷 4 号 1163 頁、『判例時報』1530 号 53 頁(⑦の上告審判決)

「判決」医師が患者に胆嚢がんの疑いがあり、入院のう

え精密検査を必要と診断したのに、患者に与える精神的打撃と治療への悪影響を考慮して重度の胆石症と説明し、患者及びその夫に対して胆嚢がんの疑いがあると説明しなかったのは、患者が初診で、その性格等も不明であり、当時、医師の間では、がんについては患者に真実と異なる病名を告げるのが一般的であることを前提とすれば、診療契約の債務不履行とはいえない。上告棄却。

「検討」この胆嚢がん事件はがん不告知事件中、一番有名な事件であり、この第三小法廷判決は今でも指導的判例と目されている（ジュリスト『医療過誤判例百選第二版』にも9事件として掲載されている）。昭和58年当時は、がん不告知がむしろ原則視されていた時代であることや、原告は看護師であったこと、医師たちは結構、親切に行動していることがうかがえるから、判決の結論には異論はない。

⑩ 秋田地裁平成8年3月22日判決『判例時報』1595号123頁

「事件」77歳の男性患者は平成2年11月、被告病院でレントゲン写真撮影、CT検査を受けた結果、末期肺がんで余命1年もないと診断された。患者は妻との二人暮らしであったので、被告医師は、がんの告知は死を覚悟させるだけの意味しかないと考え、患者及び家族に病名は全く告知しなかった。患者は無断で他病院に転院し、平成3年3月、他院の医師からがんの告知を受け、同年10月、死亡した。遺族はがん不告知を理由に被告病院、医師に合計1,900万円の損害賠償請求訴訟を提起。

「判決」末期がんの告知は患者の病状、余命期間、本人及び家族の人格、生活状況、告知を望んでいるかどうか、患者と医師の信頼関係、告知後のケア、支援の見込み等の要素を検討した上で担当医師の判断に委ねられる行為であり、医師には広範な裁量権が認められている。患者は平成3年3月、他院の医師から告知を受けたが、それによる混乱もなく治療を受けたから、被告医師は告知してもよかったと思われるが、患者は被告病院にはいつも一人で来院し、被告医師に対して家族から病名の問い合わせはなく、患者は検査入院を拒み、平成3年3月、断りなく他病院に転院し、その病院で病名の告知を受けたのであるから、不告知責任はない。請求棄却。

⑪ 静岡地裁沼津支部平成2年12月19日判決『判例時報』1394号137頁

「事件」もと市長を務めていた男性は昭和58年7月、被告病院の人間ドックで検査を受けた。検査の結果、直腸に病変があり、担当の被告医師は直腸がんと診断したが、受診者に対し、そのことを告げず、また精密検査の指示もしなかった。昭和60年4月、血便が出たので、被告病院で被告医師から診察を受け、直腸がん、肝臓に転移との診断を受け、摘出手術を受け、退院したが、昭和62年、再発

し、再度、手術を受け、肺にも転移し、昭和63年7月、死亡した。遺族は人間ドック検査時の説明義務違反を主張して損害賠償訴訟を提起。

「判決」人間ドックで直腸がんの疑いのある病変を発見しながら、自ら精密検査をせず、他の医療機関での検査を指示するのを失念したのは過失である、として慰謝料肯定。

「検討」この判決は不告知判例というより、過失に基づく説明義務違反の一事例である。しかし、折角の人間ドックで、このような重大なミスが起こるとは恐ろしい。

⑫ 東京地裁平成6年3月30日判決『判例時報』1522号104頁

「事件」62歳の女性患者は胃の不調を訴えて昭和63年5月31日、内科医である被告医師の診察を受けた。被告医師は同日、内視鏡検査を行った結果、ポールマンⅢ型の進行性の胃がんであることが判明したが、患者の父も昭和47年、同型の胃がんで死亡していることから、患者救命の可能性は殆どない、と判断し、患者には「胃の出口にかなり大きな潰瘍があるから薬より手術の方がよい」といって入院、手術を勧めた。しかし、患者はその勧めに応じなかった。同居している患者の夫は心臓病というので、夫に対する告知を断念した被告医師は同年6月21日、患者の弟を呼んで病名を告げたところ、弟は患者本人に病名を告知して欲しい、といったが、被告医師は病名は患者や家族には話さないように頼んだ。その後も患者は入院、手術に 응ぜず、被告医師の与える抗がん剤でがんの進行は一時的に止まったが、平成元年11月21日、胃の不調を訴える患者を内視鏡で検査したところ、がんの浸潤が広く及び、がんが進行していることが判明した。この時も被告医師は患者本人及び同道したその夫に「胃下垂のようだ」といって入院をすすめたが、患者は入院を拒否した。その後も通院する患者に入院、手術をすすめたが、患者はこれを拒否し、同月29日を最後に被告医師の診察を受けなくなった。患者は同年12月5日、他の病院に入院して検査をしたところ、同病院の医師から「十二指腸にがんができています。一年以上前に手術しておれば助かったのではないか」といわれた。患者は翌平成2年1月5日、胃がんが肝臓に転移し、血小板減少症で死亡した。遺族（夫と娘）は不告知を理由に合計3,421万円の損害賠償請求訴訟を提起。

「判決」患者自身に、がんという病名を告知するかどうかは病状の重篤さ、患者本人の希望、その人格、家庭環境、医師と患者との信頼関係、医療機関の人的物的設備等を考慮して慎重に判断すべき事項であって、その判断は第一次的には医師の合理的裁量によるべきものであり、患者の父が同病で死亡していることや家庭環境に照らすと、患者に真実の病名を告げなかったのは相当である。また心臓病を患っているその夫に対する不告知も不相当ではない。しか

し、娘に対して告知しなかったことは、娘がいることを被告医師も知っていたのであり、患者との間の診療契約上の債務不履行に当たる。延命利益の侵害として慰謝料200万円、弁護士費用20万円の賠償請求を肯定。

「検討」本件は不告知責任が一部肯定された事件である。正常な精神状態の患者本人やその同居の夫に対する、がん告知責任を否定しながら、娘に対する告知責任が肯定され

るとは珍しい判決である。前記のように、告知の相手方は自己決定権を有する患者本人であり、患者本人に告知上の障害がある場合に、補充的に家族が登場する、と考えると、この判決の結論の出し方に疑問を感ずる。paternalismを発揮し、患者にがん告知をしなかったことに医師の敗因がある。

