

# 治療行為における同意能力 ——問題となる場面——

前 田 泰

民法研究室

## Competence to Consent to Treatment

Yasushi MAEDA

Civil Law

### Abstract

This paper analyzes assessing competence to consent to treatment. It focuses on problems of mental incompetency and cases for informed consent-rule. Finally, it discusses the degree of assessing competence to consent to treatment.

### 1 はじめに

本稿では、医療行為における同意能力の判定基準を検討するための予備作業として、「治療行為」について同意能力の有無が現実の問題となる場面を整理する。

治療行為のほかにも、治験や臨床試験を含む実験、臓器移植等も医療行為に含まれるであろうが、しかし、本稿が目的とする同意能力の前提にあると考えられるインフォームド・コンセントの理念の観点からは、通常の治療行為とは異なる面を含むと思われるので、本稿の段階での作業からはとりあえず除外した。

以下において、まず、治療行為前の段階で同意能力が問われる場面として、ごく簡略にはあるが、精神医療における入院同意の問題を取り上げる。次に、治療行為後の訴訟において医師の説明義務違反が訴求された判決の中から、患者の同意能力に関係すると思われる判決を収集し整理して紹介する。

## 2 精神障害者の入院に対する同意と同意能力

精神障害者の入院には、①任意入院、②医療保護入院、および、③措置入院の3つの形態がある(精神障害を前提としない入院は「自由入院」と呼ばれる)。いずれの入院形態についても同意能力に関する規定はない。

(1) 任意入院と同意能力 任意入院は本人の同意に基づく入院であるから(精神保健福祉法22条の3)<sup>1)</sup>、精神障害者に同意能力があることを前提にした入院形態である。同意無能力であっても入院に同意している場合には実際には問題にならないし、病識があつて入院に同意していれば同意能力があると判定されることが多いであろうが、しかし本来的には、当該精神障害者に同意能力があることを認定したうえで、任意入院を認めるべきである<sup>2)</sup>。

(2) 医療保護入院と同意能力 精神病院の管理者は、医療および保護のために精神障害者を入院させる必要があるにもかかわらず、任意入院が行われる状態にない場合には、保護者の同意を得て精神障害者を入院させることができる(同法33条)。これを医療保護入院という<sup>3)</sup>。本人の同意がない入院であるから、本人の同意無能力が医療保護入院の要件であると考ええる。「医療および保護のために入院の必要性がある」<sup>4)</sup>にもかかわらず本人が入院に同意しない場合であるから、同意無能力であると判定されることが多いであろうが、もし精神障害者に同意能力があつて入院に同意しない場合には、保護者が同意しても入院を強制することはできないはずである<sup>5)</sup>。

(3) 措置入院 都道府県知事は、精神障害者を医療および保護のために入院させなければその精神障害のために自身を傷つけまたは他人に害を及ぼすおそれがあるときには、入院させることができる(同法29条以下)。この措置入院と本人の同意能力との関係は明確でない。自傷他害のおそれがあるにもかかわらず精神障害者が入院に同意しないときは常に同意無能力であるとみなすという構成も考えられるが、インフォームド・コンセントには関係しない強制入院であるから、むしろ同意能力の有無を問わないと見るしかないだろう。

以上のように、同意能力に関係する入院形態は、理念的には任意入院および医療保護入院であるが、しかし現実的には、任意入院では(同意している)精神障害者には同意能力があると扱われ、医療保護入院では(同意しない)精神障害者には同意能力がないと扱われているものと思われる。このような扱いには、インフォームド・コンセントのあり方の観点からは大いに問題があるが、本稿における作業としては、ここでは同意能力の判定をめぐる具体的な素材は得られないというしかない。むしろ精神医療の現場では、措置入院の要件である「自傷他害のおそれ」の認定が非常に重要な問題ではあるが<sup>6)</sup>、同意能力の問題ではない。

入院に関する同意能力がない精神障害者についても、入院後の(外来での通院中も)服薬を含めた各治療行為についての同意能力は別の問題である(いわゆる薬の「隠し飲ませ」につき、後記【16】判決参照)。同意能力がある限り各治療行為ごとにインフォームド・コンセントの要請が生じることは、一般医療と同様である。

### 3 治療行為に対する同意能力に関する判決

同意能力に直接関係する判決はわずかしかないため（以下の【8】【9】【10】の各判決）、検討の対象とする判例の範囲を広げ、ここでは患者本人以外の者の同意または本人以外の者への説明義務が問題になった判決を、以下に整理して紹介する。諸判決を、①未成年者に関する判決と、②成年者に関する判決とに区分し、成年者に関してはさらに事案により若干の分類をする。さらに③ガン等の難治疾患において患者本人への説明が行われないケースも併せて掲げた。各分類内においては各判決を判決年月日の順に記述した。なお、未成年者の判例に関しては、先行研究として「代諾」の観点から判例を分析した寺沢論文があり、そこに紹介された10件の判決については本稿ではその紹介を省略したので、同論文を併せて参照して頂きたい<sup>7</sup>。ただし、本稿の小括においては、これらを含めた諸判決の若干の分析を試みた。

各判決は様々な論点を含んでいるが、以下の記述における「判旨」の内容は、同意能力、および、説明義務の対象者ないし同意の主体に関係する部分に限定し、「事案」の内容もこの「判旨」を理解するために必要な範囲を簡略に記述するにとどめる。なお、同意能力が問題となる患者本人をA、本人以外で説明義務の対象者となる（同意が求められている）親権者や配偶者等をB（およびC）、説明義務違反の責任を問われている医師ないし病院をD、E等と表記する。特にことわらない限り本人Aの年齢は、問題となった治療行為があった時点での年齢である。

#### (1) 未成年者に関する判決

【1】札幌地判昭和53年4月18日判例時報916号61頁：小児ガン的一种である悪性間葉腫により死亡した9歳のAに対する開腹手術や看護に関する病院の責任を否定した判決である。

**事案** Aは腹痛を訴えて入院し、その翌日に開腹手術をしたが肝腫瘍を摘出できないまま一応の止血措置をするに止められ、D病院に転院した。D病院での手術をめぐる医師の過失が問われたが、転院当時および転院後・手術前のAの意識状態は不明である。

**判旨** 本判決は、医師法23条（「医師は、診療をしたときは、本人又はその保護者に対し、療養の方法その他保健の向上に必要な事項の指導をしなければならない。」）を引用して、説明義務の一般的な対象につき「患者やその保護者」あるいは「患者およびその保護者」と表現する。そして本件においてAの父母であるBCに対して最低限の説明を行ったことを認定して、D病院の責任を否定した。本人Aへの説明に関する記述は判決文上に見あたらない。

【2】岡山地判昭和57年10月4日判例時報1080号121頁、判例タイムズ487号140頁：腎臓を原発層とする小児ガン的一种であるウィルムス腫瘍により死亡した5歳のAにつき医師の説明義務違反を認めた判決である（医師の責任は否定）。

**事案** Aは、交通事故により左腎臓破裂、左大腿骨骨折、左足裂傷等の傷害を受け、D病院で治療を受けたが、左腎臓破裂に対しては保存療法が採られた。しかし腎臓は回復せず、数ヶ月後には腎外傷後遺症

であるウィルムス腫瘍に罹患し、他の病院へ転医した後に死亡した。希な症例であるウィルムス腫瘍に関する説明義務が問題となった。

**判旨** 本人への説明は問題になっておらず、判決には、事故後のAの同意能力に関する記述は見あたらない。原告側はAの親権者であるB・Cへの説明義務をD病院の医師が懈怠したと主張した。これに対して裁判所は、次のように判示した。

すなわち裁判所は、医師が説明義務を負うのは「医的侵襲を伴う治療行為に対する承諾の前提として要求される場合と、悪しき結果を回避させる義務として要求される場合とがある」が、原告の主張は後者の意味での説明義務であると分析したうえで、D病院ではウィルムス腫瘍の確定診断に至っていない段階であったことを認めて、その段階では「患者ないし保護者に」逐一説明する必要はないと述べて、医師の結果回避義務の懈怠とはいえないと判示した。ただし、転医に際しては、「患者ないし保護者、および転医先の医師に」鑑別すべき診断の内容を説明する義務があったと認めたが、転医先の治療内容はD病院の説明義務を尽くした場合と変わらない内容であったから、説明義務の不履行によってAに悪しき結果は生じていないと認定し、結局、医師の責任を否定した（交通事故の加害者の責任を認めた）。

【3】東京地判昭60年10月28日判例時報1209号46頁、判例タイムズ610号107頁：免疫不全症の一種であるエヴァンス症候群の治療中であった12歳のAが麻疹に罹患して死亡した事件につき、医師の過失を否定した判決である。

**事案** Aは、9歳のときにエヴァンス症候群であると診断されたが、その後の通院治療期間における麻疹の感染が疑われる状況において症状が悪化して死亡した。Aの父母B・Cは、麻疹の予防接種をすべきであった義務、および、麻疹の感染の疑いが生じた早期の段階でガンマグロブリンを投与すべきであった義務等にD病院の医師が違反したと主張した。

**判旨** まず裁判所は、麻疹の予防接種は、免疫不全症の患者にとって絶対的禁忌ではないが、予防接種による危険と自然感染による危険とのバランスを考慮した医師の裁量の範囲内の行為であるとして義務違反の主張を退けた。次に裁判所は、ガンマグロブリンの投与については、麻疹の感染後1週間以内での投与が必要であり、そのためには麻疹感染の機会に関する情報提供が前提になることを述べ、本件では死亡に至るまで麻疹感染の確定診断はなされておらず、そしてD病院の医師はエヴァンス症候群の病状をB・Cに説明しており、特に麻疹を含めた感染症の疑いがあれば医師に連絡するように注意を与えていたから、ガンマグロブリン投与の前提としての医師の説明義務は十分に尽くされていたと判示した。Aの同意能力は問題になっておらず、上記の説明義務の対象はAの父母B・Cになっている。

【4】広島地尾道支判平成元年5月25日判例時報1338号127頁：若年性糖尿病であった16歳のAを急性胃炎と誤診して糖尿病性昏睡により死亡させた医師の責任を認めた判決である。

**事案** Aが「足がふらふらする、体がだるい」とAの母Bに訴えたので従業員が車でAをD医院に連れて行き、D医師は急性胃炎と診断しその治療をした。翌日は日曜であったがAが「しんどい、喉が乾く」と訴えたので、BがD医院に電話して診察を依頼し、Aの父CがAをD医院に連れていった。Aだけが診察室に入ってDの診療を受け、Dは急性胃腸炎の治療をした。帰宅後のAの様子が異常なため、B・

CはAをE医院で受診させ、E医師は糖尿病の疑いを持ち、尿検査の結果、糖尿病性昏睡と診断し、空き室がなかったのでF医院に転院させたが、翌日にAは糖尿病性昏睡による呼吸困難等で死亡した。

**判旨** Aの父母B・Cは、糖尿病の症状を見逃したD医師の責任を訴求したが、そのための法律構成として、最初の受診時にA自身とD医師との間に診療契約が成立し、D医師はこの契約上の債務不履行責任を負うと主張し、裁判所はこの主張を認めた。この点から言えば、16歳のAに診療契約締結に必要な意思能力を認めたことになる。しかし裁判所は、Aが「まだ高校一年生で社会生活経験が浅いため、病気の症状を的確、正確に医師に告げる能力が十分であったとは考えられない」のに、保護者が診察に付き添わなかったために家庭内の症状が正確にD医師に伝えられなかったこと、および、その後の家庭における糖質の多いジュース等の多飲食が病状の激変の原因であることを述べて、「債権者側の過失」を7割と認定して過失相殺を認めた。

【5】東京地判平2年3月12日判例時報1371号96頁：心房中隔欠損症であった4歳5ヶ月のAが手術後に死亡したことにつき、医師の過失が否定された判決である。

**判旨** 医療契約の締結はAの両親と病院との間に成立したと認定され、当該手術の説明も両親に対して行われ、両親が納得したことが認定されている。なお、手術中の僧房弁逆流テストに関する説明を欠いた旨の主張がなされたが、裁判所はこの主張を認めなかった。A自身への説明・承諾は問題になっていない。

【6】東京地判平8年6月21日判例時報1590号90頁、判例タイムズ929号240頁：脳動静脈奇形の全摘出手術を受けた13歳6ヶ月のAに重篤な障害が残ったことにつき、医師の説明義務違反による慰謝料を認めた判決である。

**事案** Aは6歳の時に大型の脳動静脈奇形と診断され、D病院へ通院して治療を受けた。12歳の時には片側けいれんおよび一時的言語障害のため検査入院したが退院し、さらに通院を続けて本件手術のために再度入院した。その時には単独歩行ができ、頭痛はなく、左上下肢に軽度の麻痺があって跛行が認められたが、知覚障害はなかった。しかし本件手術中、脳梁からの出血が止まらず、止血操作をしているうちに、周囲の脳の急速な膨張と健側脳内から動脈性の出血が起こる事態が発生し、手術後にAには術前より重篤な左片麻痺の障害が残り、その12年後に死亡した。Aの両親B・Cは、危険な手術を選択したことに医師の過失がある、医師が手術の危険性を説明しなかった等を主張して、逸失利益を含むAの死亡による損害賠償をD病院に訴求した。

**判旨** 裁判所は、D病院の医師が手術中の脳の膨張や出血を予測することはできたはずであるが、投薬によってはAの症状の進行を阻止できず、本件手術を実施しなければ生命の危険があると考えられていたから、本件手術の実施を決めたことには過失がないと判示した。しかし、手術の説明については、A本人や両親が当時得られた最善の情報に基づいて手術を受けるかどうかを決定するには十分なものではなかったと認定した。そして、AやB・Cとしては手術の危険性を考慮して万一にも重篤な障害を持って生活するよりは、自己の責任において、あえて当面は手術を受けず、従前の生活を継続しようとする選択をすることもあり得るが、D病院の医師は、Aらが自己の責任において治療方法を選択をするために

適切な情報を提供する義務を尽くしていなかったと判示した。

損害につき、裁判所は、手術の必要性が高いためにD病院の医師が十分な説明をしても手術を受けた可能性は小さくないこと等を考慮して、手術によってAに生じた障害を前提とする損害と医師の説明義務の違反との間には相当因果関係が認められないと認定したが、「自らの権利と責任において、自己の疾患についての治療を、ひいては自らの人生そのものを真摯に決定する機会が奪われたこと」によって、Aが受けた精神的損害を慰謝するための慰謝料として1,600万円を認めた。

本判決における説明義務の対象者はAおよび両親B・Cであるが、侵害された自己決定権の主体は本人Aとされている。

**【7】** 福岡地小倉支判平成15年6月26日判例時報1864号124頁：脳腫瘍の開頭手術を受けた17歳のAが脳梗塞に罹患して1ヶ月後に死亡したことにつき、医師の過失を認めた判決である。

**事案** Aは視野狭窄のためD病院を受診したところ、下垂体腺腫の疑いがあると言われて入院した。Aの主治医となったE医師は、下垂体腺腫も否定できないが、頭蓋咽頭腫が最も疑われ、頭蓋咽頭腫の場合には開頭手術と放射線治療を行う必要があると判断して、その旨をAおよびAの母Bに説明した。しかしその後の検査結果を総合して、E医師は、やはり下垂体腺腫が疑われること、治療方法としては右眼の視力の温存を図るため、右前側頭開頭手術による減圧が必要であると判断し、その旨をBに説明した（この時点以降はA本人に対する説明があったことは認定されていない）。D病院のE医師等は、下垂体腺腫の種類を特定するには至っていなかったが、Bに対して手術の危険性、特に術後に眼球運動障害が起こる可能性があることを説明した。その後に血中プロラクチン値が以上に高い（Aの下垂体腺腫の種類がプロラクチン産生腺腫であることを示す）検査結果が判明し、その翌日に本件開頭手術が実施され、腫瘍の約8割が摘出された。しかし術後3日目に脳梗塞の発生が判明し、約1ヶ月後にAは死亡するに至った。Aの父母であるB・Cは、下垂体腺腫の種類を特定しないまま手術を実施した、開頭手術以外の治療方法に関する説明を欠いた等を主張して、D病院の責任を訴求した。

**判旨** 裁判所は、プロラクチン産生腺腫の治療法としては薬物療法もあること、および、手術療法による術式にも開頭法以外の方法があることを認定したうえで次のように判決した。すなわち、「E医師は、血中プロラクチン値の測定を含む下垂体ホルモンの内分泌検査を怠り、速やかになすべきプロラクチン産生腺腫の確定診断を遅らせ、未確定で不十分な病状の把握を前提に開頭手術を実施するという治療方針を立て、プロラクチン産生腺腫の確定診断に基づく治療方針の再検討を行わなかった」ことを指摘し、説明義務の相手方であるBらに対して「開頭手術を受けるか否かを熟慮し、決断する前提として必要な説明をせず、必要な説明を前提とした同意を得なかった」過失があると判示した。

**小括** 以上に紹介した未成年者の判決には低年齢を理由として同意無能力を認定したケースはないが、しかし本人が説明義務の対象者になっていないケースは多い。寺沢論文が紹介した10判決でも同様であった（ただし、寺沢論文がこのような分析をしているわけではない）。

本稿における紹介判例では、16歳の患者本人には契約当事者となる能力が認められ（【4】）、13歳6ヶ月でも父母と共に本人が説明義務の対象者に含まれていた（【6】）。そして12歳以下では説明義務

の対象者に本人は含まれていないから【1】、【2】、【3】、【5】）、12歳または13歳での線引きが可能であるともいえる。【7】判決では17歳の本人への説明が認定されていないので例外になるが、下垂体腺腫の患者であった。

寺沢論文の紹介判例では、高校2年（16歳または17歳）では本人の同意が問題となり（寺沢論文の【3】）、14歳4ヶ月では説明義務の対象者に父母と共に本人が含まれ（寺沢論文の【1】）、13歳以下では説明義務の対象者に本人が含まれていない（寺沢論文の【2】、【4】～【9】）。すなわち、13歳または14歳が分かれ目といえそうなので、本稿の判例の線引きとほぼ同様の基準があるともいえる（ただし、寺沢論文がこのような分析をしているわけではない）。前段の【7】判決と同様に、寺沢論文の紹介判例の中にも、やはり16歳が説明義務の対象に含まれない例外があるが、脳腫瘍の患者であった（寺沢論文の【10】）。

医療の現場では未成年者の親権者ないし父母への説明が行われ、かつ、その同意が求められているものと思われる。父母の同意を求めることは医療サイドにおける慎重な姿勢を示すものとして歓迎されるべきであろうが、未成年者を（成年者も）説明義務の対象者から除外して同意を求めない場合には、同意無能力が前提にならなければならない。仮に12歳～14歳を同意能力の有無の基準とするのであれば、その判定基準の根拠を明らかにする必要がある。なお、この年齢は（民事の）責任能力に関する判例の基準に近い<sup>8</sup>。

## (2) 成年者の判決

### (a) 同意無能力を認定したケース

【8】福井地判平成元年3月10日判例時報1347号86頁、判例タイムズ703号186頁：くも膜下出血による発作を起こした53歳のAが、その後の発作で死亡したことにつき、最初の発作の時に治療を受けたD病院の医師がAの病状を胃腸炎と誤診して必要な処置をする機会を逸した過失があると認められたが、これに対して、再度の発作で治療を受けたE病院のF医師の過失が否定された判決である。問題となる説明義務に関する判示事項は、F医師の責任に関するものである。

**事案** Aは2回目の発作を起こしときに午後10時頃にE病院の救急外来に搬送された。そこでは高血圧性の脳内出血を疑い、当直医が保存的療法を実施した。Aは翌朝9時に脳神経外科に転科し、F医師が担当医になった。F医師は、CTスキャンの検査結果からくも膜下出血と診断したが、Aの病状のもとで直ちに脳動脈瘤の根治手術を強行することは脳血管れん縮をさらに悪化させ広範な脳梗塞を起こす可能性が高いと判断してこれを延期すること、および、病状の悪化を防ぐために、頭蓋の穿孔後に脳室内に細いチューブを入れて血腫を洗浄するとともに一定圧以上の髄液を体外に排出させる治療（脳室ドレナージ手術）を行う必要があることを判断した。そして当日午後には脳室ドレナージ手術を行い、その後1週間ほどAの意識状態が若干改善したものの再び悪化して昏迷状態が継続したため3週間後に再度ドレナージ手術を行ったが、Aが3回目の発作を起こして死亡した。以上の経緯につき、Aの夫Bは、根治手術とドレナージ手術との違いについての説明が欠けていたこと、ドレナージ手術が遅延したこと、1

回目のドレナージ手術の直後にBが根治手術を希望したのに実施しなかったこと等を主張してF医師の責任を追及した。

**判旨** 裁判所は、ドレナージ手術と根治手術とをBが混同していたことを認めたが、F医師のBに対する説明は詳細であり医師としての説明義務は尽くされていたと認定した。次にドレナージ手術の遅延につき、E病院搬入直後ではなく翌日に実施されたことがAの症状に悪影響を与えた証拠はないと判示した。そして、根治手術に対するBの希望は一貫したのではなく、一時的に「一か八かで断行してほしい」とF医師に申し入れたに過ぎないことを認定し、その時のAの意識は混迷状態で左片麻痺がある重篤な病態であり、この状態のAに根治手術を実施すれば成功率は低く、死亡または植物状態等の重篤な後遺障害を残す可能性が極めて強いこと等の「状況のもとで医師が自己の信念に従った診療をしている場合、患者側は医師に対し一か八かの極めて成功率の低い手術の強行を求めることは、患者の自己決定権の適正な行使とは到底いえない」から、このような要求に従わない医師を義務違反として責任を負わせることはできないと判示した。

本件は、患者本人に同意能力がない状態で、患者の夫による高リスクを伴う希望に従わなかった医師の責任を否定した事例である。この判決が同意無能力を前提にしていると思われることにつき、後記の小括を参照されたい。

【9】東京地判平成元年4月18日判例時報1374号62頁、判例タイムズ718号187頁：脳血管撮影につき患者の近親者に対する説明とその承諾があれば違法性が阻却されるとされた判決である。

**事案** 58歳のAは旅行先のフランスで階段から転落して頭部を強打し脳挫傷の傷害を負った。Aは帰国してD病院に入院し、脳血管撮影を含む検査を受診したが、検査後に左上下肢麻痺が生じ、身体障害者障害程度2級の判定を受けるに至った。Aは、本人の同意なく侵襲を伴う検査を実施して障害を残したと主張して、D病院の責任を追及した。

**判旨** 裁判所は本件検査と後遺障害との因果関係を認めたが、Aの同意能力を否定して家族への説明とその同意で足りると判示した。すなわち、①まず、脳血管撮影のように患者の検査に対する不安や精神的緊張が病状に悪影響を与える可能性がある検査については、患者とのつながりが深い成人の近親者に説明すれば、患者本人への説明を欠いても説明義務の懈怠にならないと述べた。②次に裁判所は、本件の場合には、事故原因となる旅行にA夫婦と同行し、事故後Aに付き添っていた娘Bに脳血管撮影について医師が説明したことを認定した。③そして最後に裁判所は、Aの「高次機能の現状を診断するために筆記によるテストをしたところ、閉眼で『甲本』を『甲木』と書き誤り、二桁の足し算三題中二題、引き算三題中二題を誤算し、立方体の図の模写ができないなどの失調が認められた事実があり、当時Aには本件撮影の必要性の判断や決断をする能力が不足していたと判断される」と認定し、このような状況では説明義務懈怠の問題は生じないと判決した。

【10】仙台地判平成12年9月26日訟務月報48巻6号1403頁：認知症の症状を伴う筋萎縮性側索硬化症(ALS)である63歳のAが呼吸不全に陥ったときに、医師には人工呼吸器を装着すべき義務はなかったとされた判決である。



**事案** Aは入院し、ALSとそれに伴う認知症、パーキンソン症候群およびその他の神経疾患であると診断され、Aの夫Bは、これらのAの病状が原因不明であって根治的治療法がないことをD医師から告げられた。一旦、Aは退院したが、嚥下障害および歩行障害の進行のため、再度入院し、その3日後の深夜に呼吸困難で死亡した。Bは、Dが人工呼吸器を装着すべきであったのに実施しなかったこと、および、その必要性について説明を欠いたこと等を主張してD医師の責任を訴求した。

**判旨** 裁判所は、まず、Aの同意能力に関して「30点満点で20点以下が痴呆と診断される『長谷川式スケール』で9点ないし14点であり、ヴェクスラー成人知能検査で55点であり、療養指導に関する説明についての理解力はゼロに近いと判断されたために」、D医師はBに医療行為を説明し承諾を求めたことを認定した。さらに、裁判所は次のことも認定した。すなわち、D医師は、最初の入院中にBに病名を告知した際に、Aの呼吸筋も筋萎縮が進行して呼吸不全に至り死亡すること、延命のためには人工呼吸器の装着を要すること、仮に装着すると気管切開を要するために発語、食事の経口摂取が困難になり、ベッドに寝たきりになること、平均余命が4年であること等をBに説明したうえで回答を求めたが、Bは人工呼吸器の装着につき明確な意思表示をしなかったことを認定した。そして裁判所は、人工呼吸器を装着した患者が上記の状態になることから生じる「患者の肉体的・精神的負担、家族らの経済的・肉体的・精神的負担は計り知れないものであること、更には、わが国ではいったん人工呼吸器を装着した後これを取り外すことは家族らがどんなに希望した場合であっても許されないとされていることなど」を考慮すれば、「人工呼吸器の装着が許されるのは、患者あるいは家族の同意を得たのみであるというべきであり、人工呼吸器装着に関するA又はBの意思が明らかでなかった本件においては、D医師らは人工呼吸器を装着すべき義務を負うとはいえない」と判決した。

**小括** 【8】判決は患者の同意無能力を認定したわけではないが、患者の「意識は混迷状態で左片麻痺がある重篤な病態」と捉えていることと、患者本人への説明義務はまったく問題になっていない(患者の夫への説明内容だけが問題になっている)ことから、患者の同意無能力を前提していると思われる。【9】判決では「筆記テスト」の結果により同意無能力を認定した。テストの内容は漢字と加減算のようである。この判決は新美説により、同意無能力を認定した最初の判決と位置づけられ、しかし1つの基準で判定したことが批判された<sup>9</sup>。確かに知的側面だけの簡単なテストで同意能力を判定することには無理があるだろう。ただし【9】判決は、近親者への説明で足りる直接的な理由としては、本人への説明が病状を悪化させることを掲げており、Aの同意無能力と近親者への説明(とその同意)で足りることとの関係が判決文上は必ずしも明らかではない。【10】判決の患者はALSに伴う認知症を含めた神経疾患であるためか、認知症の診断で広く用いられている「長谷川式スケール」と「ウェクスラー成人知能検査」が用いられた。「長谷川式」は主に老人を対象とすることが想定された認知症の簡易診断テストであり、場所や時間に関する見当識、記憶想記、記銘力、常識および計算に関する設問による。「ウェクスラー検査」は16歳以上の成人を対象とした知能検査であり、言語性検査と動作性検査から総合知能指数を算出する。【9】判決と比較すると【10】判決の同意能力の判定には説得力があるが、しかし、これらの一般的な検査結果と、具体的な医療行為に対する同意能力との関係が

次に問われることになると思われる。

(b) 全身麻酔による手術中で同意できない場合等

【11】 広島地判平成元年5月29日判例時報1343号89頁、判例タイムズ705号244頁：子宮筋腫の手術において患者の承諾を得ないで子宮を摘出したことに医師の過失を認めた判決である。

**事案** 28歳のAが下腹部痛のためにD病院で受診し虫垂炎と診断され、虫垂切除の手術のために脊椎麻酔をかけられた。ところが、担当のE医師は麻酔後の筋弛緩により下腹部に左右2個の腫瘤を触知し、虫垂炎ではなく卵巣嚢腫と診断し、その診断の結果、および、卵巣を両方とも摘出する可能性があり、その場合には子供が産めなくなることをAに説明し同意を得た。E医師は、全身麻酔に切り替えて卵巣の摘出手術を開始したが、左の卵巣は嚢腫であったが、右の腫瘤は子宮筋腫であることが判明した。E医師は、筋腫の大きさから、筋腫核手術をした場合に残存する子宮が小さくその機能を温存することは困難であると判断し、子宮全部の摘出が相当だと考え、付き添いのAの姉Bを手術室に呼んで子宮摘出の同意を得たうえで、子宮を摘出した。

**判旨** 裁判所は、Aが28歳の未婚女性であること、および、Aの子宮筋腫は子宮内膜症もない、一般的によくみられる程度の大きさの筋層内筋腫であることから、本人の承諾がない限り子宮全摘術を行うべきではなかったと認定した。そして、子宮の摘出は本件の医療契約から当然に予測される危険性の少ない軽微な侵襲ではないこと、および、Aの子宮筋腫は緊急に手術を要したわけではなく、一旦閉腹したうえで成人で判断能力のあるAの承諾を得ることが可能であったことから、姉の承諾でAのそれに代えることは許されないと判決した。

【12】 東京地判平成13年3月21日判例時報1770号109頁：帝王切開での分娩中に、40歳の患者本人Aの同意を得ずに、夫Bの同意により、子宮筋腫等のために子宮を全摘出したことに違法性を認めた判決である。

**事案** Aは、妊娠後の定期検診でD病院のE医師の診察を受け、子宮筋腫があるが妊娠の継続および分娩に支障がないと言われた。Aは腹式帝王切開術により分娩することに同意した。分娩の際にE医師は、Aに腰椎麻酔を施して帝王切開により胎児を娩出したところ胎盤剝離に伴う出血が続いたため、同時に子宮筋腫の摘出が必要だと考えるに至った。Aの夫BはD病院の医師であり、別室での手術を終えてAの分娩が行われている手術室に入室したところ、E医師からAの子宮を全摘する必要性を説明されその同意を求められたため、子宮からの出血が止まらない可能性があることや、再手術の可能性があることを考えて、Aの子宮の全摘出を承諾した。EはAの子宮を全摘出し、さらに、子宮と卵巣との癒着が強固であったために子宮と共にAの右側卵巣をも摘出した。Aは自己の同意なくして子宮および卵巣を摘出されたことにつきE医師の責任を訴求した。

**判旨** 裁判所は、帝王切開での胎児分娩の直後で酸素マスクを装着されていたAは話ができる状況ではなかったから、夫Bが本人Aと相談したうえで子宮の全摘出を同意した事実は認められないと認定し、本件手術には緊急性がなく、子宮筋腫はガンのように説明自体に慎重さを要するわけでもないから、本件には患者本人の同意を得ずに代諾に基づく治療が許される特段の事情がなく、手術後のAの追認の事実

もなかったと判示して(卵巣の摘出についてはBの同意も得ていないことが認定されている)、医師の責任を認めた。

【13】大阪地判平成13年9月28日判例時報1786号97頁、判例タイムズ1095号197頁：左眼窩内腫瘍摘出手術に同意した56歳のAが、手術中に家族の同意により視神経を切断し摘出されたために左眼を失明したことにつき医師の責任を認めた判決である。

**事案** Aの左眼窩内の視神経直下に腫瘍が見つかったが、Aが受診したD病院では腫瘍の性質を特定することができず、確定診断は手術による組織診断しかないと判断された。D病院のE医師等は、AおよびAの娘Bに手術の内容を説明しAの同意を得て、全身麻酔下で開頭腫瘍摘出手術を開始したが、想定した箇所に腫瘍が見つからず、肥大した視神経だけしか認めることができなかった。このためE医師は、腫瘍が視神経から発生しており視神経から腫瘍を剥離することは困難であると判断し、Aの長女B、姉C等のAの親族を呼び、E医師の判断内容を述べて、さらに、腫瘍の悪性度は不明であるが視神経を伝って頭蓋内に進展する可能性があること、腫瘍を摘出すれば視神経を切断し失明することになること等を説明した。これに対してAの親族は、視神経を切断して腫瘍を切除しなければAの生命にかかわるものと考えて、視神経の切断を了承した。そこでE医師は手術を続行して視神経と腫瘍部分を切除し摘出して手術を終了した。ところが術後の検査により、摘出した組織は正常な神経組織であり、Aの左眼には術前と同様の腫瘤が残存していることが判明した。Aは、自己の同意なしで神経を切断して左眼を失明させたE医師の責任を訴求した。

**判旨** 裁判所は、Aの腫瘍が悪性腫瘍である可能性は低いとE医師等が判断していたことを認定し、仮に視神経と腫瘍が一体となっていたと判断しても、その時点で視神経を切断しなければならない差し迫った必要性は認められないから、E医師が視神経を切断したことに過失があると判示した。さらに説明義務についても、視神経の切断に関する説明がAの親族に対して行われたに過ぎないが、しかし、施術による後遺症の重大性と差し迫った必要性がなかったことを考えれば、視神経と腫瘍が一体になっていると判断された時点で一旦は手術を終了し、改めてA本人の同意を得る必要があったと述べて、説明義務の違反があったと判決した。

**小括** 【11】判決では、28歳の未婚女性から子宮を全摘出するという侵襲の内容と緊急性がないことから、姉の同意を本人の同意には代えられないと解された。ただし、虫垂炎の手術を始めた後で、卵巣嚢腫と診断を変更し、さらにその手術中に子宮筋腫へと再度診断を変更したところにも医師の責任が認められやすい基礎があるように思われる。【12】判決では、患者本人は酸素マスクを装着されていたから話ができる状態にないと認められたが、同意能力の点からは、帝王切開による分娩のために腰椎麻酔を施されていた状態であるから、同意無能力と決めつけることはできないように思われる。酸素マスクを外すことにはそれほどの困難はないとすれば、問題はむしろ、同意能力がある患者本人への説明をせずに、たまたま手術室を訪れた、医師の同僚である夫の同意で安易に患者の子宮を全摘出したことにある。【13】判決は、失明に直結する視神経切断という侵襲の重大性と緊急性がないことを理由に、患者の子や姉の同意では足りず、説明義務違反の責任を認めた。正常な神経組織を切除した

結果からは医師の責任が認められやすいと思われるが、しかし【13】判決の理由によれば、仮に視神経の切除により腫瘍摘出に成功した場合でも説明義務違反の責任は変わらないことになる。

### (c) 妊娠・分娩関係

【14】大阪地判平成8年2月28日判例時報1588号123頁、判例タイムズ935号218頁：特発性血小板減少性紫斑病に罹患している産婦Aの分娩に備え、胎児の血液を調べるために臍帯穿刺法による胎児採血を実施したところ、胎児の様子が急変し、緊急帝王切開で娩出した胎児・新生児が仮死状態となり5日後に死亡した事案において、医師Dの過失が認められた判決である。

**判旨** 裁判所は、本件穿刺が患児死亡の直接の原因であると認定し、帝王切開での分娩の予定が決まっている本件の場合には不必要な検査であったから、穿刺を実施した医師Dには過失があると判示した。さらに、説明義務に関して、Aにとって不必要な検査を行うにあたっては、医師は「患者および家族に対して」検査の危険性を含む十分な説明が必要であったが、DはAおよびその夫Bに対して危険性の説明をしておらず、本件穿刺の承諾書にはBの署名しかなく本人Aの署名がないことを認定し、医師Dの説明義務違反を認めた。

【15】東京高判平成14年3月19日訟務月報49巻3号799頁：胎児が骨盤位（逆子）であるため帝王切開を希望した胎児の母Aおよびその夫Bの意向に従わず、経膈分娩を選択した医師Dの責任を否定した判決である。

**事案** 医師Dは、胎児が骨盤位ではあるが足位でなく殿位であることから経膈分娩が適当であると判断し、その旨をA・B夫婦に伝え、帝王切開による必要がないことを説得していた。Aは帝王切開によるという希望を主張し続けたが、D医師が方針変更する考えがないことを知りながらD医師の病院に入院した。D医師による経膈分娩において人工破膜を実行したところ、破水後に臍帯の膈内脱出が起り、胎児は仮死状態で出生し、4時間後に死亡するに至った。このためA・B夫婦は帝王切開によらなかったD医師の責任を訴求した。

**判旨** 裁判所は、「医師は自己の信念と専門的知見に基づき、合理的で正当と判断する医療行為を行うべきものであって、それに反する患者の選択に拘束されるものではない」と述べ、医師の治療方針に従って患者を説得しようとすることは医師の責任として求められる行為であり、A・B夫婦は転医をすることが不可能ではなかったから、最終的にD医師の方針をA・B夫婦が拒絶したとは認められないと認定して、D医師の行為はA・B夫婦の自己決定権を侵害していないと判決した。

**小括** 妊娠・分娩に関する医療は、妊婦・母の自己決定権の対象であるが、夫・父の同意も問題になる。【14】判決は単純な説明義務違反の問題であると思われるが、【15】判決では、A・B夫婦が原告となって自己決定権の侵害を主張し、裁判所は夫Bについても「自己決定権」の問題として上記のように判示した。胎児の（出生後の）死亡に対する損害については父であるBの原告適格に問題はないが、この裁判では分娩方法に関して「夫婦の自己決定権」を認めることが前提となっていることが興味深い。なお、【12】判決も分娩に関する事案ではあるが、説明義務の対象となる医療行為は子宮摘

出であるので、ここに分類しなかった。

(d) その他

【16】千葉地判平成12年6月30日判例時報1741号113頁、判例タイムズ1034号177頁：治療を拒否している精神障害者Aにつき、本人を診察せずに家族の申し出に基づいて薬を処方した医師の責任が否定された判決である。

**事案** Aは、昭和52年ころから自宅に盗聴器や隠しカメラが取り付けられ、自分の行動が監視されていると確信し、昭和56年頃には自分を監視しているのはグリコ・森永事件の犯人グループでありAの夫Bもその一味であると考えて、警察官に盗聴器の除去を要請するようになった。昭和58年12月にAの叔母Cが精神科医Dを訪問してAの状況を相談し、D医師はCの話からAが妄想型の統合失調症であると診断した。Cは薬の処方を要望したため、D医師はAの夫Bを呼んだうえで薬を処方した。ただし、結局BはAに薬を服用させることはできなかった。Aは平成3年7月から2ヶ月間、E精神科に入院した。以上の状況に対して、Aは、D医師が本人を診察せずにAを統合失調症と診断して薬を処方したこと等が、医師法20条（「医師は、自ら診察しないで治療をし、若しくは診断書若しくは処方せんを交付し…てはならない。」）に違反しAの人格権を侵害した違法行為であると主張した。

**判旨** 裁判所は、非告知投薬は非常に広い範囲で行われており、そこには患者本人を診察しないで行われるケースも相当含まれていること、病識のない精神病患者に適切な治療を受けさせるための法的、制度的なシステムが十分に整っていない現状では、家族は精神科医以外に頼る場所がなく、非告知投薬を一切拒否することは患者と家族に残酷な結果を招くこと等を述べたうえで、次のように判決した。すなわち、非告知投薬はできるだけ避けることが望ましいが、「ア 病識のない精神病患者が治療を拒んでいる場合に、イ 患者を通院させることができるようになるまでの間の一時的な措置として、ウ 相当の臨床経験がある精神科医が家族等の訴えを十分に聞いて慎重に判断し、エ 保護者の立場にあって信用のおける家族に副作用等について十分に説明した上で行われる場合に限っては」医師法20条に違反せず、かつ不法行為の違法性を欠くと述べて、本件においてはこれらの要件が満たされているからD医師の行為は違法性を欠くと判決した。

【17】札幌地判平成13年4月19日判例時報1756号121頁、判例タイムズ1116号249頁：酒気帯びで自動車を運転したAが、事故により受傷して救急車でD病院に搬送されたが、治療を拒否して事情聴取に赴いた先の警察で倒れ、交通事故による脳挫傷を原因として死亡したことにつき、医師に診療・検査等の続行義務はないとした判決である。

**判旨** 裁判所は、担当医師Eが繰り返し強く治療を継続するようにAを説得したことを認定し、「最終的に医療行為を行うか否かは患者の意思決定にゆだねるべき」であるから、医師の説得を振り切って退去したAに対してさらに診察を続けなかったE医師に落ち度はなかったと判示した。

なお、D病院の検査によりAに血中アルコールが検出され、白血球数の測定値が19300(基準値は5000から8500)に上昇していたことや肝機能の損傷が疑われる測定値が出ていたことが認定された。この状

態でも上記判旨の前提である同意能力が問題になっていないことを指摘しておきたい。

**【18】**大阪地判平成13年6月15日判例時報1782号84頁：閉塞性黄疸と胆管炎の74歳の患者Aにつき胆管ドレナージ（誘導管による排液法）による減黄措置をとらなかった医師の責任が否定された判決である。

**事案** Aは、娘のBに付き添われてD病院でE医師の診察を受け、閉塞性黄疸および胆管炎と診断されて入院したが、入院中に胆管ドレナージは実施されず、保存的治療として高カロリー輸液と抗生剤が投与された。6日後にAは、急性腎不全を原因とするアシドーシス症状（動脈血のpHの低下、酸血症）を起こし、透析施設のある他の病院に転院したが、約1ヶ月後に死亡した。Bは、D病院での胆管ドレナージの不実施によりAの死期が早まったとしてE医師の責任を訴求した。

Bは、次のことを述べて診療契約の当事者が自己であると主張した。すなわち、「Aは字が書けず、目も不自由な状態であったので」、入院手続きや（社会保険利用分以外の）治療関係費用の支払いなどすべてをBが行っており、「Bは、D病院との間で、受益者をAとする第三者のためにする診療契約を締結した」と主張した。そのうえでBは診療契約の当事者としてD病院の債務不履行責任を訴求した。これに対してD病院は、Bの行為はAの「代行者ないし代理人」としての行為だからBは契約当事者ではなく、DはBに対する債務不履行責任を負わないと抗弁した。

**判旨** 裁判所は、契約当事者に関する争点には直接には答えずに、まず、胆管ドレナージを実施しなかったことについて述べ、入院中の保存的治療によりAの肝機能検査値が改善していたこと等の状況からD医師に過失があるとまではいえないと判示した。次に、説明義務に関しては、D医師が、入院当日にAおよびBに対してAの症状、保存的治療とその後の胆管ドレナージの実施等の治療方針、予後不良となる可能性等について詳細に説明し、さらに、2日後にもBに対して同様の説明を繰り返して治療への協力を要請するとともに、透析が必要な場合には転院の必要性があること等を説明したことを認定した。そのうえで裁判所は、「仮に本件診療契約の当事者がBであるとしても」D医師は説明義務に違反していないと判示した。

なお、転院当時のAは意識混濁の状態にあったことが認定されているが、入院当時のAの同意能力に関する記述は判決文に見あたらない。

**小括 【16】**判決は、いわゆる薬の「隠し飲ませ」の問題である。入院の形式の問題と同様に、精神医療ではインフォームド・コンセントの理念からは説明しきれない面が露呈する。これらを同意能力の問題として捉えるべきであろうか。精神医療におけるインフォームド・コンセントのあり方が問題である<sup>10</sup>。**【17】**判決は、飲酒の点を除けば、同意能力の問題ではないと思われる。**【18】**判決では原被告は診療契約の当事者論を争点としたが、裁判所は直接には答えなかった。この判決の立場からいえば、あるべき医療の姿が一定程度以上に明瞭である場合には、法律構成には必ずしもとらわれずに結論が導けるといことになるだろうか。しかし、導かれた結論を正当化するためには法律構成を考えなければならないはずである。

### (3) 患者への悪影響から説明を控える場合

以下は、ガン等の難治疾患を典型として、患者本人への悪影響を考慮して本人に病名告知がされなかった事件である。同意能力の問題ではないと思われるが、本人の同意に代えて親族等の同意が問題になるので、以下に掲げることにした。

#### 【19】東京地判昭和56年12月21日判例時報1047号101頁

**事案** Aは、慢性硬膜下血腫と診断されて、D病院で血腫を摘出するための開頭手術を受けたところ、脳腫瘍であることが判明したが手術を継続してそのほぼ全ての摘出を受けた。D病院のE医師は腫瘍は良性であったとAに説明し、Aは退院したが、その後の摘出した腫瘍組織の病理検査の結果、悪性であったことが判明した。E医師はこの結果をAに知らせないままにいたところ、D病院への不満からAはF病院に転院し、F病院の医師から摘出した組織の病理検査報告書を持参するように求められたため、Aは裁判所にD病院の診療録等の証拠調べを申し立て、その過程でAの腫瘍が悪性であったことを知らされた。このためAはF病院に入院したが、4日後に死亡した。Aの子B等は告知義務違反等によるE医師の責任を訴求した。

**判旨** 裁判所は医師の過失を認めなかった。すなわち、「Aの腫瘍が短時間で再発したことを考慮した場合、E医師が少なくともBらの家族の者に対しAの真の病名を伝えなかったことが結果的に妥当かどうかは問題のあるところであるが、しかしAに与える不安等に鑑みA及びBら家族の者に対しAの病名を告げるか否かの判断はなお医師の裁量の範囲内に属するというべきであり、これにE医師のAに対する退院後の措置をも考慮するならば」Eには過失はない、と判決した。また、Aの症状の悪化が急激であったため正しい告知を受けて早期の検査を受診していてもAの生存期間を延長できたとは考えられないと認定された。

本件では患者本人にも家族にも病名告知をしなかった医師の責任が否定されており、医師の裁量を広範囲に認めた判決である。

#### 【20】大阪地判昭和57年9月27日判例時報1074号105頁、判例タイムズ483号140頁

**事案** 68歳のAが胃ガンの手術後に死亡したことにつき、Aの妻Bおよび子C等がAの病状や手術の必要性・危険性についてAおよびB・C等に説明せずに同意なしで手術したと主張したが、認められなかった。

**判旨** 裁判所は、担当医師のDが本人Aに対してはガンの疑いを話さずに胃の手術の必要性を説明したことを認定し、「ガン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を考慮すると、病名を患者本人に告知することが妥当であるかは疑問がある」と判示した。そして、Aの家族であるB等に対しては、D医師が、Aに胃ガンの疑いがあるので胃切除手術を行う必要性あること、ステロイドホルモン常用による副作用で手術に際しショックの危険性があること等を説明したことを認定し、胃ガンにおける胃切除手術の必要性の高さ、Aが68歳であることから胃の切除手術自体に危険性があることから、Aに対する手術に予測できるすべての危険性を逐一説明する必要性はないと述べて、B等に対してE医師が行った説明により説明義務は十分に尽くされたと判決した。

**【21】** 大阪地判昭和60年10月21日判例タイムズ595号59頁

**事案** 脳腫瘍の摘出手術であることは患者Aに説明したが、直径6センチに及ぶ出血性に富む腫瘍であることから生じる手術の危険性を含む詳細はAの夫Bに説明して手術を実施したが、手術中に空気塞栓が発生したために急性心不全でAが死亡した。Bは説明義務違反等を理由に医師の責任を訴求した。

**判旨** 本人に詳細な説明をしなかった点につき、裁判所は次のように述べた。すなわち、「わが国の医療においては、手術の危険性を患者本人には告知せず、その家族に告知することがしばしばみられるのが実情であることは公知の事実であり」、本件の場合も「Aに直接本件手術の危険性を説明することが、Aに無用の不安感を与え、死を避けるために不可欠である本件手術まで拒否される自体も考えあわせると」、医師がAに本件手術の危険性について十分に説明しなかったことを医師の過失とはいえないと判示した。なお、裁判所は、空気塞栓の発生とその処置等のいくつかの点で医師の過失を認定したが、しかし、いずれの過失もAの死亡との因果関係がないとして、医師の責任を否定した。

本件のAの腫瘍は良性であって摘出すれば治癒することが見込まれていたもので、難治疾患ではない。本人への説明を不要とする疾病の内容ないし治療手段の危険性の程度を明確にできるのかどうか、検討する素材を本件が提供していると思われる。

**【22】** 東京地判平成6年3月30日判例時報1522号104頁

**事案** Aは末期の胃ガンに罹患していたが、診察したD医師はAに病名を告知せず、「胃の出口に大きな潰瘍がある」と説明して手術を勧めた。しかしAが手術を拒否したため、DはAの家族に説明しようとして、家族関係を聞いたところ、Aの夫Bは心臓病で入退院を繰り返しているというのでBの健康に悪影響が生じる可能性があるためにBへの説明を断念した。Dは、Aの弟を呼んでAの胃ガンの説明をして、Aの家族関係を調査した結果、Aの娘Cの存在を知ったが、Cに連絡しないままとなった。Aの弟がB等へのガン告知を要望したが、D医師は、本人に入院を説得するからと言って口止めをした。Aが通院している間、Dは手術を再三勧めたがAは拒否した。そうしている間に、Aが他の医院を受診してガンであると診断され、1ヶ月後にAは死亡するに至った。B・Cは、D医師の説明義務違反による責任を訴求した。

**判旨** 裁判所は、Aの娘Cに連絡を取って説明すべきであったとしてD医師の過失を認めた。まず裁判所は、患者本人への病名告知の是非は「病状それ自体のほか、患者本人の希望、その人格、家庭環境、医師と患者の信頼関係、医療機関の人的・物的設備等を考慮して、慎重に判断すべき事柄であって、その判断は、第一次的には、治療に当たる医師の合理的裁量によるべきものと解される」から、Aへ病名告知せずに入院を勧めたやり方は相当であったと認定した。次に裁判所は、本人に告知しない場合には「家族その他の近親者には告知して、患者が適切な治療を受けることができるように協力を求めることが、医師に対する有益な情報の提供という観点からも、患者本人に適切な決断を促すという観点からも、要請される」と述べて、夫BがAの唯一の同居家族であるが心臓病への悪影響を考慮してBに告知しなかったことは説明義務違反とはいえないと判示し、しかし、Aの唯一の実子であるCに説明しなかったことには過失があると判決した。



【23】最判平成7年4月25日民集49巻4号1163頁、判例時報1530号53頁、判例タイムズ877号171頁(第1審：名古屋地判平成元年5月29日判例時報1325号103頁、第2審：名古屋高判平成2年10月31日判例時報1373号68頁)

**事案** 50歳のAが、胆のうガンの疑いがあるとD医師に診断されたがその説明を受けず、手術が必要な重度の胆石症であると説明された。Aは、一旦は入院の予約をしたが、電話で入院を二ヶ月後に延期する旨を病院に連絡し、その後は連絡をしなくなった。3ヶ月後にAは倒れて別の病院に入院し、胆のうガンと診断されて手術を受けたが、その6ヶ月後に死亡した。Aの夫Bおよび子C等が、D医師に対して、患者本人または家族に対する説明義務違反を主張したが、第一審、第二審ともB等の請求を棄却した。

**判旨** 上告審も次のように述べて、医師の説明義務違反を認めなかった。「E医師にとっては、Aは初診の患者でその性格等も不明であり、本件当時医師の間ではがんについては真実と異なる病名を告げるのが一般的であったというのであるから、D医師が…Aに与える精神的打撃と治療への悪影響を考慮して、Aにガンの疑いを告げず、まずは手術の必要な重度の胆石症であると説明して入院させ、その上で精密な検査をしようとしたことは、医師としてやむを得ない措置であった」。「家族に対して真実の病名を告げるべきかどうか検討する必要があるが、D医師にとっては、Aは初診の患者でその家族関係や治療に対する家族の協力の見込みも不明であり」、D医師としては、Aから「入院の同意をとっていたのであるから、入院後にAの家族の中から適当な者を選んで検査結果等を説明しようとしたことが不合理であるということとはできない。」

【24】大阪地判平成10年12月18日判例タイムズ1021号201頁

**事案** 69歳のAが総胆管ガンに罹患したが、D医師は、Aには告知せず「胆管に胆泥がたまって閉塞し黄疸を発症した」と説明し、Aの妻B、子C等にはAがガンであることを告知したが、手術の危険性や合併症などについては説明をしなかった。Aは手術を受けたが、2週間後に死亡した。B・C等が、D医師の説明義務違反等を主張し、認められた。

**判旨** 裁判所は、医師の一般的説明義務を次のように述べた。すなわち、医的侵襲を伴う医療行為には患者の承諾が必要であり、「その過程および予後において一定の蓋然性を持って悪しき結果ないし死亡等の重大な結果の発生が予測されるときは、…患者に対し、患者が判断することの困難な事情がある場合には患者の家族に対し」、病状、治療方法の内容および必要性・危険性について説明する義務がある。そして裁判所は、本件のAに対してはガンであることを告知していないから、ガンであることを知らせることになるような検査結果や手術の詳細を本人に説明する必要はなく、D医師は本人に対する説明義務を尽くしたと認定した。しかし裁判所は、「Aに代わって最も適切に判断すべき者、すなわち、その妻であるBに対して」詳細に説明する義務があるにもかかわらず、D医師は手術の危険性や手術をしない場合の予後について説明をしていないから、Bに対する説明義務に違反したと判決した。

【25】横浜地判平成11年3月30日判例タイムズ1050号228頁

**事案** Aは乳ガンの切除手術を受けて化学療法を続けていたが再発し、A、Aの夫Bおよび子C等は医師からAに対する治療方法がなく治癒の見込みがないことを告げられた。その後Aは、放射線治療、再発

検索等の目的でD病院に入院しE医師がAの主治医になった。Eは、Aのガンが広がる様子があり、潰瘍の底にある血管から出血した場合には止めることができないと判断し、破裂する前に処置が必要であり、そのために血管の位置関係を確認するために血管造影検査が必要だと考え、その旨をAに説明しAの承諾を得て、検査を実施した。検査の結果、腫瘍が血管を圧迫しているが近い将来に大きな血管から出血する可能性が低いことが判明した。その後20日してAは死亡した。B・C等は十分な説明をせずに不必要で侵襲性の程度が高い検査をしてAに苦痛を与えたと主張して、E医師の責任を訴求した。

**判旨** 裁判所は、検査の必要性を認め、注射針の挿入に際してAに苦痛を与えたが侵襲性の大きな検査とまではいえないと判断したうえで、説明義務につき、次のように判示した。すなわち、医師の説明義務の相手方は患者本人であり「患者本人が、承諾能力を欠く場合には、これに代わって承諾をなし得る者に対して説明義務を負うことになる」。本件では「E医師のAに対して行った程度の説明で足りる」というべきであり、さらにB・C等に対して説明して同意を得る必要はないと判示した。

本件では、本人へのガン告知が行われており、危険性の程度が高くない検査への同意の問題であって、ガンに関する説明義務としての特異性はない。

**[26]** 新潟地判平成12年3月2日訟務月報46巻10号3751頁

**事案** 66歳のAは急性骨髄性白血病(AML)に罹患してD病院に入院した。AはD病院第一内科の医師であり、入院前からD病院第一内科教授らがAの性格等を考慮したうえでAには真実の病名を告知しない方針で治療してきた。入院したAは、E医師から骨髄異形成症候群(MDS)による再生不良性貧血であると説明された。Aの妻BはE医師から病状を説明されたため、本人にも話してほしいと希望したが、結局、Aに対する説明はなされなかった。その後Aは入退院を2回繰り返したが、病名告知についてD病院は同じ方針をとった。3回目の入院後、D病院はAに抗ガン剤の投与や化学療法を行ったが、Aは死亡するに至った。BはAに対する説明義務違反等を理由にD病院の責任を訴求した。

**判旨** 裁判所は次のように判示して医師の説明義務違反を否定した。すなわち、「自己決定権は最大限尊重されなければならないが、他方で、AML等の悪性疾患については、告知によって患者本人に与える精神的打撃が大きく、そのために、治療の有効性が減殺されてしまう事態もあり得るし、また患者自身が右告知を望まない場合もあると考えられる」。本件では、①入院の前後を通じて病名告知をしないで治療が継続することが一貫して行われたこと、②Aと旧知であった第一内科の教授が、Aの性格、白血球減少症についての相談状況、当時の病状等を考えて決めた方針であること、③Aに病名を告知すれば医師であるAはその予後を容易に理解し、多大な精神的打撃を受けたであろうこと、④Aは自身の白血球減少症を重大なものとして受け止めており、また、MDSという説明はAに対する治療の障害とはならなかったこと、⑤Aは、MDSがAMLにかなりの確率で移行することを認識しており、慢性白血病への疑いを持っていたにもかかわらず、病名告知を強く望んだり、治療方針を自己決定したいという態度を示さずに、主治医に任せる意向を持っていたと推認されること、以上から、説明義務違反にはならないと判決した。

本件ではAの妻Bへの説明が行われていたが、そのことが説明義務違反の否定に材料とされていない。

医療側の治療方針の正当性と主治医に任せるという本人の意図の推認とで、病名不告知を正当化している点に若干の疑問を感じる。

**【27】** 東京地判平成13年3月26日判例タイムズ1094号220頁

**事案** 58歳のAは、大腸ガンの摘出手術を受けた1年3ヶ月後に、肝臓へ転移のために死亡した。肝臓への転移後の治療につき、Aの夫Bおよび子Cが説明義務違反等を理由として医師の責任を訴求した。

**判旨** 裁判所は、説明義務違反を含めた医師の過失を否定してB等の請求を棄却した。説明義務に関しては、裁判所は次のように述べた。すなわち、治療に際しては患者の承諾が必要であり、その前提として医師の説明義務があり、「その説明の程度、方法の相当性については、患者の自己決定権と医師の裁量権の調和の見地から、患者ないしはその家族が重要視し、かつ、そのことを通常の医師ならば一般に認識できたはずの情報が、患者ないしはその家族に提供されているかを基準とするのが相当である」と述べ、さらに、本件のように「癌の摘出手術を受けた患者ないしその家族が、術後における医師からの説明の中で需要視するのは、いかなる術後療法を行い、転医の可能性はあるのかという点にあると考えられる」と述べた。そして裁判所は、この基準で見れば、Aに対する抗ガン剤投与、癌の肝臓への転移の可能性、および、転移後の治療内容に関して、いずれも医師がAの夫Bに十分に説明しているから、医師に過失はないと判決した。

本件では、本人へ説明がなされたことは認定されていない。本人への大腸ガンの告知があったのか、転移についての本人への説明があったのか等が判決文上は不明のまま、夫への説明で足りることが前提とされている。

**【28】** 最判平成14年9月24日判例時報1803号28頁、判例タイムズ1106号87頁（第1審：秋田地判平成8年3月22日判例時報1595号123頁、第2審：仙台高秋田支判平成10年3月9日判例時報1679号40頁）

**事案** A（死亡当時77歳）は肺の進行性末期ガンであることが判明したが、その時には治癒・延命の可能性はなかった。診断した医師Dは本人への告知は相当でないと判断し、家族への告知を考えてAに家族と同行してくるよう求めたが、Aはこれを拒否したため、Dはそれ以上Aに家族のことを聞くことができなかった。5ヶ月後にAは、疼痛が治らないため、E病院を受診したところ、E病院はAの子BにAの末期ガンを説明し、その半年後にAは病名を知らされないうちに死亡した。BはD医師の説明義務違反等による責任を訴求した。第1審はガン告知に関する医師の裁量権の広さを認めて医師の責任を否定したが、第2審は、本人Aへの不告知は医師の合理的な裁量の範囲内であるが、本人に告知しない場合には患者の家族に関する情報を収集し、家族への告知の適否を判断する義務があったことを認めて、医師の過失を認めた。

**判旨** 上告審は第2審の結論を支持し、次のように述べた。すなわち、医師は患者に対する説明義務を負担するが、「患者が末期的疾患に罹患し余命が限られている旨の診断をした医師が患者本人にはその旨を告知すべきではないと判断した場合には、患者本人やその家族にとってのその診断結果の重大性に照らすと、当該医師は、診療契約に付随する義務として、少なくとも、患者の家族等のうち連絡が容易な者に対しては接触し、同人又は同人を介して更に接触できた家族等に対する告知の適否を検討し、告知が

適当であると判断できたときには、その診断結果等を説明すべき義務を負う」。なぜなら、告知を受けた家族の側は、物心両面において患者の治療を支え、家族としての手厚い配慮をすることができることになり、このことは「患者本人にとって法的保護に値する利益である」からである。以上のように述べたうえで、本件のE医師の対応は不十分であったと認定した。

**小括** ガン告知の是非がかつては議論されたが<sup>1)</sup>、ガン治療の進展にともない、ガン告知自体を問題にする必要性はなくなってきた。しかし、末期ガンのように、今でもなお治癒・延命の手段がない場合に医師がどのような説明義務を負うかは依然として問題である。上記の各判決をそれぞれ分析することは控えるが、大きな傾向としては医師の裁量権の強調から患者の利益保護・自己決定権への流れがこの問題にもあり、最後の【28】判決が判例の現段階での一応の到達点であるといえるだろう。

#### 4 おわりに（今後の課題）

本稿では、医療行為における同意能力の判定基準を検討するための予備作業として、治療行為について同意能力の有無が実際に問題となる場面を整理した。まず、治療行為前の同意能力の判定が問題になる場面として、精神医療における入院同意の問題を取り上げたが、同意能力の面から検討すべき素材を見いだすことはできなかった。精神医療におけるインフォームド・コンセントのあり方に関しては困難な問題が多く含まれていると考える。

次に、治療行為後に医師の説明義務違反が問われた判決を収集・分類して整理した。重要な判決を見落としている可能性は否定できないが、治療行為に対する同意に関して裁判所に持ち込まれる現実の場面を（この程度しかないという側面を含めて）ある程度は明らかにできたのではないかと考えている。治験や臓器移植等の重要な問題を本稿の検討作業から除外したため、本稿が対象とした素材とは異なる視点からの議論の整理が必要になると思われる。医療行為における同意能力の研究のためには、これらを含めた多くの検討課題が残されている。

#### 注

- 1 昭和63年5月13日健医精発第16号厚生省保健医療局精神保健課長通知は、「患者が任意入院に当たって行う『同意』とは、民法上の法律行為としての同意と必ずしも一致するものではなく、患者が自らの入院について積極的に拒んではない状態をいうものである」とするが（厚生省保健医療局精神保健課監修『新精神保健法』121頁（中央法規、1988年）所収）、拒否しなければ同意があるとするには批判が強い。例えば仙波恒雄ほか編『精神保健法』（植田孝一郎執筆）20頁（星和書店、1990年）。
- 2 大谷實『精神保健福祉法講義』95頁（成文堂、1996年）は、任意入院には「民法上の法律行為能力はもちろんのこと、意思能力ないし同意能力も必要としないと解すべきである」と主張するが、疑問である。これに対して、高柳巧「同意能力と治療拒否権」精神医学34巻12号1321頁（1992年）は、任意入院に際して必要である同意書への署名の前提として治療内容や治療期間の説明が必要になること、および、同意能力を欠く場合には任意入院は困難であることを説明する。そして、松岡浩「任意入院と同意能力」『精神障害者の強制治療』187頁（金剛出版、1994年）は、任意

入院に同意能力が必要であることを前提として、任意入院における同意能力を検討する（ただし、一般的な医療同意における同意能力と同内容になるようである）。なお、任意入院に際しては本人の同意書だけでなく、万一の法的紛争に備えて保護者の同意書も併せてとることが望ましいとされていた。旧精神衛生法下の自由入院（現在の任意入院）に関する公衆衛生法規研究会編『精神衛生法詳解』98頁（1985年。）

- 3 東京地判昭和48年8月17日判例時報740号79頁は、旧精神衛生法下の同意入院（現在の医療保護入院）の法形式を、旧保護義務者（現在の保護者）を要約者とし病院開設者を諾約者とする第三者のためにする契約と構成し（民法537条）、しかし、精神障害者本人に意思能力がないことを前提として、本人の受益の意思表示を要せず効力が生じる特殊な契約であると解している。
- 4 入院の必要性は精神保健指定医が判断する。その判定内容・基準については、西山詮『精神保健法の鑑定と審査——指定医のための理論と実際（改訂版）』64頁以下（新興医学出版、1991年）参照。
- 5 大谷・前記注（2）113頁に賛成する。
- 6 Steadmann H.J.「危険性の予測」精神神経学雑誌90巻3号254頁（1988年）、宮里勝政「他害と暴力行為の診断学」季刊精神科診断学3巻3号317頁（1992年）、西山・前記注（4）所掲70頁以下等参照。医師のみならず精神障害者の保護者もかつては自傷他害を防止する義務を課せられていた。このために生じていた問題および現行法では保護者の監督責任が問題にならないことにつき、前田泰『民事精神鑑定と成年後見法』174頁以下（日本評論社、2000年）参照。
- 7 寺沢知子「未成年者への医療行為と承諾（1）——『代諾』構成の再検討」民商法雑誌106巻5号655頁、「同（3完）」107巻1号56頁（いずれも1992年）
- 8 前田泰「意思能力について」松下正明ほか編『民事法と精神医学』27頁（中山書店、2005年）参照。
- 9 新美育文「患者の同意能力」加藤一郎先生古希記念論集『現代社会と民法学の動向（上）』418頁および440頁（有斐閣、1992年）。
- 10 例えば、「特集 精神科領域におけるインフォームド・コンセント」精神医学34巻12号（1992年）、熊倉伸宏『臨床人間学——インフォームド・コンセントと精神障害』（新興医学出版社、1994年）等参照。
- 11 例えば、我妻洋「『癌』はなぜ『禁句』なのか」唄孝一編『医療と人権』67頁（中央法規出版、1985年）参照。