

【研究ノート】

医療同意無能力の判定と家族の同意
—— インフォームド・コンセントの視点から ——

前田 泰

社会情報学部 非常勤講師
(群馬大学名誉教授)

**Criteria for Judging Incompetency to Consent required for
Medical Practices and Consent of Patient's Family:
From the perspective of informed consent**

Yasushi MAEDA

Part-time lecturer

Abstract

The purpose of this paper is to examine the relationship between the criteria for judging medical incapacity and family consent. The author has previously worked for the same purpose, and based on this, in this paper, after supplementing the materials (mainly judicial precedents), I will provide an analysis from the perspective of informed consent, which is the basis of medical consent. I will try to add some consideration.

キーワード: 医療同意、同意能力、意思能力、代諾、同意の代行、医的侵襲、診療契約、インフォームド・コンセント

1. はじめに

(1) 目的 本稿は、医療同意無能力を判定する基準と家族の同意との関係を検討することを目的とする。これまでに筆者は同じ目的の作業をしたことがあり（以下、前稿と呼ぶ）¹、これを踏まえて本稿では、資料（主に判例）を補足したうえで²、医療同意の基礎であるインフォームド・コンセントの

¹ 拙稿「医療同意と意思能力」須永醇先生傘寿記念『高齢社会における法的諸問題』93頁（酒井書店、2010年）。この前提作業として、拙稿「治療行為における同意能力」群馬大学社会情報学部研究論集14巻337頁（2007年）、および、同「意思能力と医療同意能力」群馬大学社会情報学部研究論集15巻321頁（2008年）がある。なお、このテーマでの科研費報告書に、拙稿『医療行為に対する同意代行の研究』平成14～15年度科学研究費補助金（基盤研究C(2)）研究成果報告書（課題番号40209391）（2004年）、および、同『医療行為に対する同意能力の研究』平成18～19年度科学研究費補助金（基盤研究C）研究成果報告書（課題番号18530055）（2008年）がある。

² 前稿後の約10年間の判例検索結果を本稿で整理したが、最近時の調査を経ていないことをお断りしておきたい。

視点からの検討を加えることを試みる。

筆者は「法定代理」を中心的な研究テーマとしてきた³。そのため法定代理が生じる原因関係としての能力制度、特に能力の有無を判定する基準にも興味を持ち⁴、さらにその延長として前稿において、医療同意無能力の判定基準を検討する作業を試みた経緯がある。本稿では、能力論の基礎となる法律行為に関する意思能力（狭義の意思能力）の判定基準との比較からの示唆も検討作業に加えたい。

（２）対象 医療同意能力の有無が問題になる場面としては、①診療契約⁵の成立の場面と、②医的侵襲⁶を伴う具体的な医療行為に対して同意が必要になる場面の２つがある。このうち意思無能力者⁷を診療する契約の成立（前記①）について、前稿において次のことを確認した。

すなわち、医療機関に現れた意思無能力者に同伴者がいる場合には、同伴者と意思無能力者との関係によって、法定代理⁸、第三者のためにする契約⁹、監護権（監護義務）¹⁰、扶養義務¹¹、事務管理¹²等の

³ 拙稿「法定代理論はどのように展開されるべきか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望 第4巻』47頁（日本評論社、1994年）、同「法定代理と表見代理」法律時報66巻4号75頁（1994年）、同「ミューラー・フライエンフェルスの法定代理論」徳島大学社会科学研究所7号195頁（1994年）、同「法定代理」椿寿夫＝中舎寛樹編『条文にない民法』45頁（日本評論社、3版2005年）、同「親権者の法定代理権の範囲」法律時報78巻11号86頁（2006年）（椿寿夫＝伊藤進編『代理の研究』265頁（日本評論社、2011年）所収）、同「任意代理と法定代理」椿寿夫＝新美育文編『関連でみる民法Ⅰ』74頁（日本評論社、2007年）、同「総則代理規定の法定代理への適用」椿＝伊藤編・前掲『代理の研究』277頁等。

⁴ 拙著『民事精神鑑定と成年後見法——行為能力・意思能力・責任能力の法的判定基準』（日本評論社、2000年）、同「財産法における『能力』」西山詮＝新井誠編『意思能力と成年後見』47頁（日本評論社、2002年）、同「能力判定の法的課題と展望」実践成年後見6号57頁（2003年）、同「意思能力の判定と本人の保護」小林一俊博士古稀記念『財産法諸問題の考察』47頁（酒井書店、2004年）、同「遺言能力」村田彰先生還暦記念『現代法と法システム』133頁（酒井書店、2004年）、同「意思能力について」松下正明編『司法精神医学4 民事法と精神医学』22頁（中山書店、2005年）、同「判批」現代消費者法18号94頁（2013年）等。

筆者は、法定代理権の基礎である親子関係についても研究対象としてきた。拙稿「認知と認知無効」二宮周平＝野沢紀雅編『現代家族法講座第3巻 親子』23頁（日本評論社、2021年）、同「法制審中間試案における父子関係の成否」群馬大学社会情報学部研究論集29巻77頁（2022年）等参照。

⁵ 拙稿「診療契約」NBL923号72頁（2010年）（椿寿夫＝伊藤進編『非典型契約の総合的検討』別冊NBL142号120頁（2013年）所収）、同「診療契約と多角的法律関係」法律時報82巻1号93頁（2010年）（椿寿夫＝中舎寛樹編『多角的法律関係の研究』428頁（日本評論社、2012年）および椿寿夫編『三角・多角取引と民法法理の深化』別冊NBL161号182頁（2016年）所収）参照。

⁶ 「医的侵襲」の語はドイツ語の *ärztlicher Eingriff* の日本語訳であり、「治療行為の中、肉体的一体性に外から侵入するもの（注射・輸血・穿刺・手術等）」を意味し、医療における通常の用語法に従ったと説明されている。唄孝一『医事法学への歩み』75頁（岩波書店、1970年）。

⁷ 前稿では、診療契約の成立の場面では「意思能力」の語を用い、診療契約成立後に医的侵襲を伴う医療行為が問題になる場面では「同意能力」の語を用いた。拙稿・注1所掲「医療同意と意思能力」95頁。本稿でも同様とする。

⁸ 意思無能力である未成年者を親権者が医療機関に同伴した場合に診療契約が成立する法律構成を、多数学説は法定代理と解する。西井達生「医療契約と医療過誤訴訟」遠藤浩ほか編『現代契約法大系七』159頁（有斐閣、1984年）、辻伸行「医療契約の当事者について」獨協法学31号158頁（1990年）、河上正二「診療契約と医療事故」法学教室167号65頁（1994年）等。

⁹ 親権者等が当事者となり、医療機関（諾約者）との間に、意思無能力者を第三者とする第三者のための契約（民法537条）を締結すると解する説に、宇津木伸「医療契約」広中俊雄＝瀧田節編『契約の法律相談(2)』115頁（有斐閣、1978年）、古軸隆介「第三者のためにする契約」遠藤浩ほか編『現代契約法大系1』138頁（有斐閣、1983年）、岩垂正紀「診療契約」根本久編『裁判実務大系17 医療過誤訴訟法』19頁（青林書院、1990年）等がある。さらに新美育文「診療契約論では、どのような点が未解決か」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望6』252頁（日本評論社、1991年）は、不真正第三者契約説を主張する。

¹⁰ 筆者は、親権者が意思無能力である未成年者に対する監護義務の履行として医療機関と診療契約を締結することを主張する。拙稿・注1所掲「医療同意と意思能力」97頁以下

¹¹ 意思無能力者の同伴者に扶養義務がある場合には、同伴者に費用負担の意思を認めて事務管理者と構成することを主張する説に、新美・注9所掲254頁がある。

¹² 我妻栄『債権各論下巻1』909頁（岩波書店、1972年）、岩垂・注9所掲31頁等は、同伴者と意思無能力者との間に法的関係がない場合でも、同伴者を事務管理者と構成する。

法律構成により診療契約が成立すると解されており、同伴者がいない場合でも医療機関を事務管理者として診療契約が成立すると解されている¹³。すなわち、患者本人が医療機関に現れていれば、診療契約の成立という帰結に対して患者の意思能力の有無は影響しない¹⁴。以上のことを前稿で確認した。

これに対して、例えば親権者が未成年者を医療機関にかからせない場合に問題が生じうるが、患者の同意能力を超えた問題である。そこで本稿では、診療契約の成立（前記①）の場面ではなく、医的侵襲を伴う医療行為に対する同意（前記②）が必要になる場面を検討の対象とする。

2. 判例

（1）小児（未成年者） 低年齢を原因とする医療同意無能力を認定した裁判例は見当たらないこと、しかし、小児である患者本人への説明が行われず、父母（親権者、法定代理人等）への説明とその同意の有無だけが問題となっているケースが少なからず存在することは、筆者による従来の作業である「論集14巻」¹⁵と「前稿」¹⁶（前記1（1）参照）で確認した（「未成年」の基準は各事件当時の20歳未満である）。

以下の表に、収集できた21件の裁判例を、Ⅰ 本人への説明やその同意に関する事実認定がない例（17件）、Ⅱ 本人と父母への説明がある例（3件）、Ⅲ 本人への説明のみが認定されている例（1件）に区分して掲げた（Ⅰ～Ⅲの各枠内では未成年者本人の年齢の低い順に整理した）。Ⅰの17件のうち、（i）15歳未満の判例とは異なり、（ii）15歳以上の3件の事案では、判決文上では本人への説明を確認できなかったが、本人が低年齢であることを原因とする同意無能力とはいえない判決（【15】）と、本人への説明があったことを前提したと思われる判決（【16】、【17】）であるために、（i）の判例とは別表に区分した。

筆者は、本稿の作業として、前稿までに扱った判例を含めてすべての判例を読み直して再整理を行ったが、これを反映する記述を加える紙幅がないため¹⁷、本稿では、従来の作業では紹介していなかった3件（【4】、【5】、【21】）を紹介するとどめざるをえない（成年者の判決紹介でも同様である）。

【4】 本人A（8歳6か月、男子）は、小学校の校庭に設置されたアスレチック施設から転落して骨折し、病院で骨折整復手術（本件手術）を受けた後、阻血性拘縮（フォルクマン拘縮）が生じ、右前腕、右手指等の機能喪失という後遺障害（4級）が残った。本判決は、手術後の阻血の徴候を看過した医師の過失を認めた。Aの父母は、フォルクマン拘縮に関する医師の説明義務違反も主張したが、本判決はこれには言及しなかった。

説明の相手に関しては、入院時に「入院して手術が必要」であることを本人と付き添いの養護教員に対して説明し、入院後・手術前に、父母に対してAの「症状と手術の内容」を説明したことが認定されている。本人に手術の内容を説明していないようであるが、特に問題になっていない。

【5】 本人A（9歳1か月、女子）は、母からの生体腎移植手術を受けた後、EBウイルス感染に関連した移植後リンパ球増殖性疾患を発症して、約5か月後に死亡した。Aの父母が、説明義務違反を含む医師側の責任を訴求した

¹³ 唄孝一「救急業務の法制化」法律時報36巻2号（1964年）（同・注6所掲351頁所収）、我妻・注12所掲909頁等。

¹⁴ 拙稿・注1所掲「医療同意と意思能力」106頁

¹⁵ 拙稿・注1所掲研究論集14巻337頁

¹⁶ 拙稿・注1所掲「医療同意と意思能力」109頁

¹⁷ 小児（未成年者）と成年者の判例を再整理した作業はそれだけで50頁近くになった。本稿で許された紙幅は全体で20頁までであるから、中途半端というより極めて不十分であるが、従来の作業と重なる内容は省略せざるをえない。

が、否定された。説明義務に関して、本判決は、特別の事情がない限り患者に対して説明すべき義務があると述べたうえで、「患者が、子供である場合など、自己の疾患の内容やそれに対する治療方法を的確に理解して治療方法の選択や同意をすることが期待できない場合には、緊急の場合でない限り、少なくとも、患者の家族に接触して、説明が適当であると判断できたときには、その者に対し、患者に対する治療内容等を説明して同意を得る義務を負うものというべきであり、逆に、かかる家族からの同意があれば、患者本人から同意を得る必要は必ずしもないというべきである」と判示した。そして、Aは「8、9歳の子供である一方、原告らは、Aの父母でAの受診の際に少なくともいずれかは付き添っていたと認められるから、Aの病状等について説明をする相手方として相応しいと認められる」から、Aの父母に対して「腎移植を受けるか否かを合理的に判断するために必要な説明が尽くされ、上記説明義務の履行はされた」と判決された。

【21】本人A（19歳3か月、男子）は、手掌多汗症に対する両側の胸腔鏡下胸部交感神経遮断術を受けた後、重度の代償性発汗が発現したとして、担当医師らに説明義務違反等があったと主張した。本判決は説明義務違反を認め、自己決定権を侵害された精神的損害の賠償を認めた。Aは未成年であったが、説明の相手はAのみであり、親権者等は登場していない。なお本訴訟は、本件手術から10年近く経過した後に、Aが提起している。

表 小児（未成年者）の判例

I 本人への説明がない事案 (i)同意無能力であることが前提の判決	年齢	説明義務の内容（病状）	説明を受けた者 本人の能力に関する説明	説明義務違反の有無	論集 14巻	前稿
【1】東京地判平2年3月12日 判例時報1371号96頁	4歳5か月	心房中隔欠損症の手術における僧帽弁逆流テスト	父母	説明義務違反なし	【5】	【1】
【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	5歳7か月	左腎臓破裂に対する保存療法後のウィルヘルム腫瘍	(父母)	確定診断前だったから、説明義務がなかった	【2】	【2】
【3】横浜地判昭54年2月28日 判例時報941号81頁 判例タイムズ382号127頁	6歳10か月	右下腿部皮植手術	父に説明せず。母は十分な説明なしで同意した。	説明義務違反あり		【3】
【4】仙台地判平13年4月26日 判例時報1773号113頁 判例タイムズ1181号307頁	8歳6か月	右腕の骨折整復手術	付き添いの養護教員入院後、手術前に父母に説明した。	術後の阻血を見逃がした過失あり。 説明義務違反の認定はない		
【5】東京地判平18年2月9日 裁判所web	9歳1か月	母からの生体腎移植	父母	説明義務違反なし		
【6】札幌地判昭和53年4月18日 判例時報916号61頁	9歳8か月	肝腫瘍の開腹手術	父母	説明義務違反なし	【1】	【5】
【7】福岡地小倉支判昭58年8月26日 判例時報1105号101頁 判例タイムズ523号187頁	9歳 または10歳	右示指関節部切断を伴う手術	担任教諭と校長に説明せず	校長等の委託による治療行為であり、手術に異を唱えなかったから、説明義務違反なし		【4】
【8】最判昭56年6月19日 判例時報1011号54頁 判例タイムズ447号78頁	10歳	頭蓋骨陥没骨折の開頭手術	法定代理人（父母）	説明義務違反なし		【7】
【9】横浜地判昭57年5月20日 判例タイムズ476号170頁	10歳	虫垂炎手術中の悪性過高熱	母	説明義務違反なし：虫垂炎手術の説明で足り、悪性過高熱の説明は不要		【8】
【10】千葉地判平18年6月26日 裁判所web	11歳2か月	頭蓋内外血管間接吻合術	父母	説明義務違反なし		
【11】東京地判昭60年10月28日 判例時報1209号46頁	11歳5か月	麻疹（ガンマグロブリン投与）	父母	説明義務違反なし	【3】	【6】
【12】東京地判昭59.3.23 訟務月報30.8.1391 判例時報1131号104頁	11歳6か月	てんかん治療のための定位脳手術	母本人に高頻度のでんかん発作、知能障害等があった	説明義務違反なし：母の同意がなかった旨の主張が否定された		【9】
【13】神戸地判昭50年9月4日 判例時報810号67頁	13歳2か月	虫垂切除術中の喘息発作	母 喘息発作の関係で母が疑念を述べたが、危険性の説明がなかった。	説明義務違反あり。ただし、結果発生との因果関係が否定された（責任なし）		【10】
【14】札幌高判昭56年5月27日 高等裁判所民事判例集34巻1号67頁 判例時報1020号55頁	13歳11か月	虫垂切除術のための腰椎麻酔によるショック	親権者（父母）	説明義務違反なし：代諾権者の同意があった		【12】

I 小児の患者への説明が認定されていない事案 15歳以上の未成年者へ説明したことが（従ってその同意を得たことも）事実認定されていない3件（【15】、【16】、【17】）は、いずれも未成年者本人の死後に、

父母が原告として説明義務違反等を主張しており、本人への説明内容は争点になっていない。また、各事件の事案はそれぞれ特徴がある。【17】(17歳1か月)は、入院当初は本人にも説明があったことが認定されているが、その後は医師である父母(主に母)に対する開頭腫瘍摘出術に関する説明が問題になり、本人への説明とその同意の有無は問わずに、「未成年者の両親(同意権者)に対しても説明する必要がある」ことを前提に、父母に対する医師の説明義務違反が認められた。開頭手術の選択の問題であること、および、父母が共に医師であり、母が特定の執刀医を希望するなど積極的に本人の治療内容に関与していたことが、この事案の特徴である。【16】(16歳2ヶ月)は、同意能力や説明義務の問題ではないが、未成年者単独での診療契約締結と医師の契約責任を認め、しかし父母による患者側の情報提供がなかったことを過失相殺事由として折衷的な責任を医師に認めた判決である。【15】(15歳7ヶ月)は、父母が丸山ワクチンの投与を強く希望した点、および、未成年者本人に意識障害を含む悪性脳腫瘍の症状があった点に特徴がある。

(ii)低年齢を原因とする同意無能力とはいえない判決	年齢	説明義務の内容(病状)	説明を受けた者 本人の能力に関する説明	説明義務違反の有無	論集 14巻	前稿
【15】東京地判昭63年10月31日 判例時報1296号77頁 判例タイムズ686号187頁	15歳7か月	丸山ワクチンの投与中止	父母 本人は悪性脳腫瘍のため、 意識障害、知覚障害等が あった。	投与中止への同意を強要さ れた旨の主張が否定された		【14】
【16】広島地尾道支判平成元年5月25日 判例時報1338号127頁	16歳2か月	糖尿病性昏睡を診断する ための情報提供	本人が診療契約を締結した が、高校1年生で社会経験 が浅いから、保護者が付き 添って病状の情報を提供す べきであった。	医師に糖尿病の症状を見逃 がした債務不履行がある が、債権者側の過失を7割 と認定した。	【4】	
【17】福岡地小倉支判平15年6月26日 判例時報1864号124頁	17歳1か月	開頭腫瘍摘出手術	未成年者であるから、父母 にも説明すべきであった	説明義務違反あり	【7】	【16】

小児患者の同意無能力を前提に父母の代諾権が主張された事案が【14】(13歳11か月)であり、そこでは、虫垂切除術に際し、麻酔によるショック死の可能性を説明する義務が否定された。この未成年者の父母は本人の同意無能力を前提として「代諾者」の同意の必要性を主張し、裁判所は、未成年者本人の同意能力には触れずに、「未成年者だから父母に説明する義務がある」旨を判示した。裁判所がこの未成年者を同意無能力と判定したのか、同意能力の有無を問わずに未成年者の父母に同意権があると解したのかは不明である。

他の判決(【1】～【13】:いずれも13歳以下)においても、未成年者自身への説明や同意に関する記述は、判決文に見当たらない。同意能力がある限り本人に対する説明とその同意が必要だという理解を前提にすれば、これらの判決は未成年者本人の同意無能力を認めていることになる。なお、【8】判決は、最高裁が、「開頭手術は、危険なもので患者の身体に対する重大な医的侵襲であるから」説明義務があると解した原審を支持したものであるが、原審は、説明義務の対象につき、「患者(法定代理人があるときは法定代理人をいう)」と判示しており、この表現では同意能力のある未成年者本人を排除できるのかのように解せられ、そうであれば問題がある。

II 未成年者への説明がある事案 【21】(19歳3か月)では、未成年者本人に対する説明義務違反が認められており、同意能力の存在が前提にされている。

父母のみならず未成年者本人への説明とその同意が問題になった裁判例の中では、【18】(13歳6か月)および【20】(16歳または17歳)が説明義務違反による医師の責任を肯定し、【19】(14歳4か月)で

は医師が本人と父母を説得して同意を得たことが認定されている。これらの裁判例も、未成年者の同意能力の存在を前提にしているわけであるが、しかし未成年者本人が同意無能力であったとしても、父母への説明義務違反（【18】【20】）または父母の同意を得たこと（【19】）が認定されているから、未成年者の同意能力の有無は各判決の結論には影響していない。

II 本人と父母への説明がある事案	年齢	説明義務の内容（病状）	説明を受けた者	説明義務違反の有無	論集 14巻	前稿
【18】 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	13歳6か月	脳動脈奇形の全摘出手術	本人と父母	説明義務違反あり：説明内容が不十分	【6】	【11】
【19】 東京地判昭49年11月11日下級裁判所 民事裁判例集31巻9～12号976頁	14歳4か月	腎バイオプシー（穿刺針を経皮的に腎臓に到達させて組織採取する検査）	本人と母	説明義務違反なし		【13】
【20】 京都地判昭51年10月1日下級裁判所 民事裁判例集31巻9～12号1025頁 判例時報848号93頁	16歳 または17歳	右眼の腫瘍摘出手術の合併症	本人と父母	説明義務違反あり		【15】
III 本人に対する説明のみが認定されている事案						
【21】 東京地判平23年11月24日 判例タイムズ1382号273頁	19歳3か月	手掌多汗症に対する胸腔鏡下胸部交感神経遮断術	本人	説明義務違反あり		

（2）成年者の判例

I 同意無能力を認定したといえる判決は2件しか見つけることができていない。【22】では、「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」と判示され、【23】では、「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」ことが認定されている。

(2)成年者の判例						
I 同意無能力を認定した判決	年齢等	説明義務の内容（病状）	説明を受けた者 本人の能力に関する説明	説明義務違反の有無	論集 14巻	前稿
【22】 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	58歳 女性	外傷性脳挫傷の検査のための脳血管撮影	娘 本人の能力に関して、詳細な認定あり	説明義務違反なし：本人は無能力だから、家族への説明で足りる	【9】	【17】
【23】 仙台地判平成12年9月26日 訟務月報48巻6号1403頁	63歳 女性	筋萎縮性側索硬化症（ALS）の患者に人工呼吸器を装着しなかった	夫 本人の同意能力に関して、詳細な認定あり	説明義務違反なし：夫が説明を受けたが、人工呼吸器装着に明確に同意しなかった。	【10】	【18】

II 判決文に本人の同意能力に関する言及はないが、本人への説明と同意に関する言及もなく、近親者への説明と同意だけが問題となっている判決が若干存在する。これらは患者本人の同意無能力を前提としている。

II 同意無能力を前提にした判決	年齢等	説明義務の内容（病状）	説明を受けた者 本人の能力に関する説明	説明義務違反の有無	論集 14巻	前稿
【24】 名古屋地判昭和59年6月29日 判例時報1135号105頁	30歳	肝硬変による肝性昏睡の患者に対する交換血漿療法	父、親族 本人の昏睡状態の認定あり	説明義務違反なし：危険性を説明しても実施時期や方法に変更はなかった。		【19】
【25】 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	53歳 女性	脳動脈瘤の根治手術前の治療としての脳室ドレナージ手術（頭蓋の穿孔後に脳室内にチューブを入れて血種を洗浄し、髄液を体外に排出する）	夫 本人が、脳動脈瘤破裂によるクモ膜下出血の発作を繰り返した状態の認定あり	説明義務違反なし：夫は脳室ドレナージ手術を根治手術と誤解していたが、「一か八か根治手術をして欲しい」という夫の依頼に応じる義務はなかった。	【8】	【20】
【26】 東京地判平成18年12月8日 判例タイムズ1255号276頁	82歳 男性	左耳介部有刺細胞ガンに対する先端的治療である局所動脈内選択的注入療法	三男 本人は意識障害等はなかったが、理解力に乏しいため、医師は三男にも説明したと認定された。	説明義務違反あり：三男に説明した内容が不十分		
【27】 福岡地判平成19年2月1日 判例時報1993号63頁	25歳 男性	ギラン・バレー症候群の治療を受けるために、千葉市から福岡市へ航空機乗船を含む転送措置	父母に十分な説明をしなかった 本人が意思表示できない状態であった詳細な認定あり	説明義務違反あり		
【28】 東京地判平成20年1月21日 裁判所web	73歳 女性	左変形性膝関節症の治療として人工膝関節置換術およびその後のバイパスによる血行再建術	夫 本人の精神状態に関する説明なし（本人への説明に関する記述がない）	説明義務違反あり（下肢切断の結果との因果関係は否定し、慰謝料を認めた）		
【29】 名古屋地判平成20年2月13日 判例時報2028号76頁	43歳	クモ膜下出血のための緊急開頭術と脳動脈瘤頸部クリッピング術をした2週間後の再手術	父 本人の意識状態に関する詳細な認定あり	説明義務違反あり		
【30】 名古屋高判平成20年9月5日 民集64巻1号286頁（一身身体拘束事件）	80歳 女性	夜間せん妄状態にある本人をミトンで拘束した	長女 拘束前に説明すべきであったが、事後には説明した。	説明義務違反なし（上告審で抑制自体の違法性が否定された）		

(i)未紹介の判決【26】～【30】

【26】本人 A (82 歳、男) は、C 大学病院で左耳介部有棘細胞癌と診断され、先端的治療である局所動脈内選択的注入療法のための動注ポートを留置する手術 (本件手術) を受けたるために、D 病院に転院し、D 病院での本件手術後に脳梗塞を発症し、その後死亡した。A の遺産中の損害賠償請求権を相続した A の三男 B は、本件手術の危険性に関する説明内容が不十分であったこと、さらに、「A は高齢で理解力にやや乏しいところがあったため、A のみならず B に対して説明義務を履行すべきであった」と主張した。本判決は、C 病院・D 病院ともに説明内容が不十分であったとして過失を認め、自己決定権侵害の慰謝料を認めた。説明の相手に関して、C 病院において、A は「会話が可能で、意識障害や呼吸困難はなかった」が「理解力に乏しいため、B に対し」治療計画等を説明し、B が治療方法に同意したと認定した (その説明内容が不十分であった)。A の精神状況に関する説明は、以上の他には判決は言及していない。

【27】本人 A (25 歳、男) は、ギラン・バレー症候群の治療を受けるために、千葉市から福岡市の病院に航空機輸送を経由して転送されたが (本件転送)、その直後に心停止し、その後ほぼ植物状態 (後遺障害 1 級) になった。裁判所は、転送時期の判断に関して、「A が、息苦しさ、動悸等の自分の呼吸の変化及び自律神経障害に係る自覚症状を意思表示できる状態になって」から転送すべきであったが、「外部からの呼びかけに対する反応に限られ、A が自発的に意思を表明する動きをしたことはなかった」こと、すなわち、「意思表示することが不可能であったにもかかわらず、本件転送を行ったこと」に過失を認めて、医師側の責任を肯定した。

A の意思表示の困難性に関しては、比較的詳細な事実が認定されている。すなわち、「本件転送前の A は、四肢が完全に麻痺しており、わずかに、うなずきや軽い握りが見られるにすぎなかったと認められる。しかも、いずれも外部からの呼びかけに対する反応に限られ、A が自発的に意思を表明する動きをしたことはなかったし、外部からの呼びかけがあっても、反応ができる場合とできない場合があった。また、軽い握りができるといっても、右手指、左の肘関節の屈曲化により、四肢の筋力はほとんど消失していたと認められる。したがって、A が、本件転送当時、息苦しさや動悸等の自分の呼吸の変化を指で文字を書くなどして、意思表示できる状態になっていたとは認められない」。以上の事実が認定された。

さらに裁判所は、説明義務に関して、「患者本人 (患者本人の意思疎通が不可能な場合には患者の近親者) に対し、転送の必要性、転送に適した時期、転送方法、転送に内在する危険性等について説明すべき義務がある」にもかかわらず、医師が A の父母に対して十分な説明をせず、転送に伴う危険性を説明しなかったことは義務違反であるとして、父母固有の慰謝料額算定の考慮事項とした。

【28】本人 (73 歳、女性) は、左変形性膝関節症の治療として人工膝関節置換術を受けた後に、左大腿動脈に血栓が生じたため血栓摘除術を受けたが血流が回復しなかったため、さらに、全身麻酔下でのバイパスによる血行再建術 (本件バイパス術) を受けたが改善せずに、左大腿切断に至った。裁判所は、本件バイパス術の 2 日後に医師が手術の失敗を認識して下肢切断を避けられないと判断した時点で、A に対して説明すべき義務があったにもかかわらず、医師はその翌日に A の夫に対して、下肢切断の可能性に触れない不適切な説明をしたに過ぎないから、説明義務の懈怠があると判定した。A の精神状態および説明の相手が A の夫であった理由に関する言及は判決にない。一般論として「患者ないし患者の親族に説明すべきである」ことが述べられていることから、本件において A の夫に説明したことを問題にはしてないと思われる。

裁判所は、適切な説明を受けていれば血管外科専門医の診察を受けた可能性が十分にあり、そうすれば「下肢切断を免れた可能性も皆無とは言えない」し、また、再バイパス術を受けていれば「左大腿切断に至らなかった相当程度の可能性があった」と判示したが、説明義務違反と下肢切断との因果関係は否定し「相当程度の可能性を侵害されたことに対する慰謝料」を認めた。

【29】本人 A (43 歳、性別不明) が夜間の飲酒中に意識を喪失し、翌日に、くも膜下出血が認められたために緊急開頭術及び脳動脈瘤頸部クリッピング術が行われた (第 1 手術)。この手術前の A は、意識喪失と回復を繰り返したが、手術に関する説明の有無や説明の相手に関する言及は判決にない。

第 1 手術後に、脳動脈瘤の残存と脳梗塞が認められたため、約 2 週間後に再手術が行われ (第 2 手術)、第 1 手術で掛けたクリップは動脈瘤ではなく前交通動脈に掛かっていることが判明し、脳動脈瘤を剥離・露出する途中にその脳動脈瘤が破裂した。第 2 手術後に、A は、遷延性意識障害、右上下肢麻痺および左下肢麻痺で寝たきりの状態になった。第 2 手術に関する説明義務違反が認められたが (自己決定権侵害による精神的損害)、説明の相手は A の父であった。A の精神状態は、JCS (ジャパン・コマー・スケール) で記述されており、A は、グレード I の「刺激しなくても覚醒している」に属し (グレード II は「刺激で覚醒する」、III は「刺激をしても覚醒しない」)、さらに、グレード I の 3 分類 (1 「意識清明とはいえない」、2 「見当識障害がある」、3 「自分の名前・生年月日が言えない」) の中で、第 2 手術の 1 週間前に、「3」から「2」へ変化し、その後は手術直前まで「2」であったことが認定されている。

【30】夜間せん妄状態にある本人 A (80 歳、女性) をミトンで拘束したことの違法性が問われた。一審は、抑制には緊急性、切迫性等があり違法ではないし、家族に説明する法的義務はないとして、原告の請求を棄却した。

本件控訴審も控訴を棄却したが、次のように判示した。すなわち、「本件抑制は患者の身体的自由を奪い、これを拘束するものであるから、患者である亡 A (原審の口頭弁論開始後に死亡した) の同意あるいは同人の心身の状態からそれが得られない場合には、同人の保証人でもある B (A の長女で、すべての世話をしていた) の同意を要する (事前に得られない場合には事後に) というべきであり、その前提として、B に対して説明をすることが必要と解される。また、抑制が緊急避難行為として例外的に許される場合であっても、同様に説明を要すると解すべきである」。ただし本件では、事後に B に説明したから説明義務違反にならないと解された。(本判決では抑制に過失ありとされたが、上告審では抑制に関しても違法性・過失なしとされた。最判平成 22 年 1 月 26 日民集 64 卷 1 号 219 頁)

(ii) 検討 【26】は、本人 A の「理解力が乏しい」から A の子 B に説明したことを認定しているから、A の同意無能力を前提としていると解せられる。そうであれば「理解力」の内容、対象等と、「乏しい」ということの程度を明らかにすべきである。ただし、説明内容が不十分であったのだから、A の同意能力の有無とは関係なく、医師の責任は認められるだろう。【27】は、①本人 A には、転送が許される要件としての意思表示能力がないことを認定し、さらに、②説明義務に関して「患者本人の意思疎通が不可能な場合」であることを前提にしている。転送時期の判断 (前記①) に関する詳細な事実認定は、父母に対する説明義務 (前記②) の前提である本人の同意無能力の判断の基礎にもなっていると考えられる。【28】では、本人 A に対して説明しなかったことが説明義務違反になるのかが明らかにされていないが、A の夫に対する説明の内容が不十分であることを認定していることは、A に説明していないことを問題にしないことを前提にしていると解せられ、そうであれば A の同意無能力

を前提にしていると考えざるを得ない。【29】のJCSによる精神状態の記述（グレードIの2）は、本人Aの手術後の後遺障害の認定を目的としており、同意無能力を判定するためのものではない。しかし、手術前の意識状態を含めた事実認定であるから、説明の相手が父であることの前提としてAの同意無能力を判定するとすれば、この記述が基礎となるはずである。【30】の本人Aはせん妄状態にあるから、抑制時点で同意無能力であったことは当然の前提であると思われる。事後にAの長女に説明したから義務違反はないという裁判所の判定は、インフォームド・コンセントの要請というよりも、医療ないし看護・介護のあり方としての最低限度の枠組というべきであろうか。また、【30】では抑制自体に違法性を認めたから、説明義務違反に関する判示内容は医師の責任に影響しなかったが、上告審で抑制の違法性が否定されたから（説明義務違反に関しては触れられていない）、【30】における説明義務違反を否定した帰結が意味を持つことになった。

以上のように、ここで整理した判決では、患者本人の精神状態からみて同意無能力は当然の前提になっていると思われる例が多いが（【25】、【27】、【29】、【30】）、必ずしもそうとはいえない例もある（【26】、【28】）。後者のうち【26】の本人は82歳のガン患者であることが影響しているだろうか（末期ガンを含む難治疾患の病状不告知の問題は後記VI参照）。いずれにしても、同意能力のある限り本人に対する説明と同意が必要であることが意識されていない判決であると解さざるを得ない。

Ⅲ 手術または検査中に術式等の変更が必要だと医師が判断した場合に、本人の同意の可否と親族の同意が問題になったケースがある。

Ⅲ 手術中の術式変更	年齢等	説明義務の内容（病状）	説明を受けた者 本人の能力に関する説明	説明義務違反の有無	論集 14巻	前稿
【31】 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	28歳 女性	子宮の摘出	姉 全身麻酔下の手術中に、卵巣摘出に加えて子宮も摘出する術式に変更した。	説明義務違反あり 本人の同意なく、子宮摘出できない。	【11】	【21】
【32】 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	56歳 女性	視神経切断	長女、姉等の親族 全身麻酔下で左眼窩内の視神経直下にある腫瘍摘出手術中に、視神経切断を含む術式に変更した（後に必要なかったことが判明）	説明義務違反あり	【13】	【22】
【33】 岡山地判平成25年7月24日 判例時報2222号58頁	66歳 女性	急性期脳梗塞の治療として、血栓溶解療法	夫 足の付け根の血管からカテーテルを挿入する脳血管撮影の実施後に、本人も同意したと認定された	説明義務違反なし		

未紹介の判決 【33】では、本人A（66歳、女性）が、急性期脳梗塞のため、足の付け根の血管からカテーテルを挿入する脳血管撮影を実施した結果、引き続き、血栓溶解療法が必要だと医師が判断し、まず、カテーテル室と一体となった横の操作室において、夫に説明して同意を得て、さらに、カテーテル室の検査台の上で横になっている本人に説明して同意を得たうえで（精神状態等に関する言及なし）、血栓溶解療法が実施されたと認定されて、医師に対する請求が棄却された。（控訴審の広島高岡山支判平成25年12月26日判例時報2222号56頁は、控訴を棄却した）。【33】では、脳血管撮影中に本人と夫に説明したから過失なしと判定された。本人の同意能力に問題がないのであれば、夫への説明とその同意の認定は補強的な意味によることになる。

Ⅳ 分娩・出産に関する医療行為は、胎児の母が患者本人でもあるから、母に対する説明とその同意が求められることは当然であるが、胎児の父もまた説明の対象となり同意が求められるべきかが問題になりうる。同意能力の問題ではないが、関連する判決を一覧しておく（未紹介判決の紹介は省略する）。

以下の判決の中で、分娩の前後で母の同意能力が問題になったケースはない。ただし【35】は腰椎麻酔の帝王切開による出産直後で酸素マスクを装着した状態の母について、自身の子宮摘出に関して夫の代諾の可能性を前提にし、すなわち本人の同意無能力を前提にしたとも解しうるケースであった。

IV 出産・分娩関係 夫に対する説明	年齢	説明義務の内容(病状)	説明を受けた者 本人の能力に関する説明	説明義務違反の有無	論集 14巻	前稿
【34】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		胎児への臍帯穿刺法による採血	夫 本人の能力に関する説明なし	説明義務違反あり 不必要な検査であり、本人の同意を得ていない	【14】	
【35】東京地判平成13年3月21日 判例時報1770号109頁	40歳	子宮と卵巣の摘出	夫 腰椎麻酔による腹式帝王切開により胎児を娩出した後で、酸素マスクを装着していたから、夫と相談できなかつたと認定されている。	説明義務違反あり 子宮の摘出に緊急性がなかったし、卵巣摘出は夫の同意もなかった。	【12】	【26】
【36】大阪地判平成14年5月10日 裁判所web		分娩誘発の危険性	母 父(夫)に対する説明は記述がない	説明義務違反あり		
【37】神戸地判平成15年11月14日 裁判所web		陣痛促進剤に加えて、メトロイリンテルを使用	夫婦(原告ら)に説明した	説明義務違反なし		
【38】神戸地尼崎支判平成15年9月30日 判例タイムズ1144号142頁		陣痛促進剤投与	母(父は分娩の場になかったようである)	医師の義務違反ありだが、説明義務には触れていない。		
【39】福岡高那覇支判平成15年3月18日 判例時報1884号52頁		陣痛促進剤投与	母	説明義務違反なし 医師の過失あり		
【40】東京地判平成16年3月12日 判例タイムズ1212号245頁		不明(経膈分娩で新生児仮死の状態で娩出)	母	説明義務違反なし		
【41】最判平成17年9月8日 訟務月報53巻3号810頁、判例時報1912号16頁、判例タイムズ1192号249頁 原審 東京高判平成14年3月19日 訟務月報49巻3号799頁	31歳	夫婦が希望した帝王切開の不実施	本人と夫：骨盤位だから帝王切開を希望した。医師は、骨盤位であるが足位ではなく殿位だから経膈分娩が適当と判断した。夫婦は医師の方針を知りながら入院した。	1審 自己決定権を侵害した 2審 侵害していない 上告審 説明義務違反あり	2審 【15】	
【42】大阪地判平成19年10月31日 判例時報2023号120頁		3か月早く出産 超低出生体重児(1142g)が、脳室周囲白質軟化症(PVL)に罹患したこと	父母に説明せず。生後3か月までに少なくとも母に説明すべきであった。母が看護師で病状の理解力があつたから。	説明義務違反あり		
【43】大阪高裁平成26年10月31日 D1-Law.com判例体系		カンガルケア	母 原告は父母への説明義務を主張し、医師は母へ説明したと主張した。	説明義務違反なし		

母の同意能力とは関係なく、胎児に影響しうる医療行為について、【36】、【38】、【39】および【40】では、父に対する説明の有無は問題にされず、母に対する説明内容だけが問題にされた。これに対して【41】では、夫婦双方が帝王切開の選択に関する自己決定権の侵害を主張し、一審と控訴審は夫Bについても「自己決定権」の問題として判断した(一審は夫の損害も認めた)。出生後の新生児の死亡に対する損害については父の請求が認められうることは当然であるが、一審・控訴審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。上告審は自己決定権の語を用いてはいないが、夫婦双方に対する説明義務違反を認定している。

これ以外の判決について、【34】では、父の承諾書はあるものの父母双方に対する説明が不十分と認定されているから、単純な説明義務違反の問題である。【37】では、子とその父母が原告となった裁判で、「原告ら」に対する説明に問題なしとされており、誰にどのような説明があつたのかは不明である。

【43】でも、新生児のケアの事案であるが、父への説明の有無は論じられていない。【42】も新生児ないし乳児の事案であるが、PVL罹患の事実を父母に説明していなかったことが問題となり、医師側が説明を受ける側の精神的ショック等を抗弁したが、それを考慮したうえで、少なくとも看護師である母には説明すべきであったと判示された。

V 精神障害の治療に関しては、インフォームド・コンセントの法理からは説明できない面が露呈する。本人の同意を要しない強制入院(措置入院・鑑定入院命令)のみならず、薬の隠し飲ませ等の間

題を同意能力の点からどう位置づけるのかは困難な問題である。

V 精神障害の治療	年齢等	説明義務の内容（病状）	説明を受けた者 本人の能力に関する説明	説明義務違反の有無	論集 14巻	前稿
【44】札幌地判昭和53年9月29日 判例時報914号84頁	29歳 男性	ロボットミー手術（他の療法を尽くしたと言えないから、手術の実施に過失あり）	妻	説明義務違反あり 本人に承諾能力、判断能力あるから、本人に説明すべきであった		【23】
【45】名古屋地判昭和56年3月6日 判例時報1013号80頁	37歳 男性	ロボットミー手術（他の療法を尽くしたと言えないから、手術の実施は裁量権を逸脱している）	父	説明義務違反あり 本人に意思能力、判断能力があるから、本人が拒否すれば手術できない。		【24】
【46】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	女性	無診察診療（医師法20条違反） 非告知投薬（薬の隠し飲ませ）	夫と叔母 妄想型の統合失調症	説明義務違反なし：保護者の立場にある家族に説明した	【16】	【25】
【47】岡山地判平成17年10月21日 裁判所web	41歳 女性	投薬の副作用	説明なし	説明義務違反なし 本人および家族に説明すべきだが、副作用の説明が治療効果を阻害する		
【48】横浜地判平成21年3月26日 判例タイムズ1302号231頁	28歳 男性	投薬の副作用	説明なし	説明義務違反なし 本人に説明するかは医師の裁量による 保護義務者（父）は、承諾したであろうし、夫承諾でも投薬に変わりなし		

(i)末紹介判決 【47】本人A（41歳、女性）は、25歳の時に投身自殺を図り、一命を取り留めたことがあった（第1回自殺未遂）。うつ病と診断されて通院を継続していたところ、本件自殺の4か月前に首吊り自殺を図ったが紐がはずれて大事に至らなかった（第2回自殺未遂）。その後、抗うつ薬であるアナフラニールおよび向精神病薬であるセロクエルの処方を受けて服薬していたが、約4か月後に投身自殺した（本件）。Aの夫および子は、処方を受けて服薬していた二種類の薬が自殺の原因であること、および、その可能性をAおよび家族に説明すべき義務があった旨を主張したが、本判決は次のように述べて、医師の責任を否定した。すなわち、「セロクエルあるいはアナフラニールの投与が患者の自殺危険性を高めることの確たる医学的根拠は認め難く、他方で、患者やその家族に、自殺企図の危険性をことさらに説明することが、治療効果を阻害する結果となることに鑑みると、被告医師において、亡Aやその家族である原告らに対し、セロクエルあるいはアナフラニール投与が自殺危険性を高める旨の説明をしなかったことが、医療契約上の説明義務違反等を構成するものとは認められない。」

【48】A（28歳、男性）は、統合失調症に罹患し、入院・通院を繰り返して服薬治療を受けている際にパーキンソニズムを発症した。Aは、入院中と通院中に1回ずつ抗精神病薬の投与をデボ剤（注射）で受けた際に、医師が投薬量等を誤ったためにパーキンソニズムを発症・悪化させたこと、および、投薬に際してパーキンソニズム発症の副作用について説明しなかったことに過失があると主張したが、裁判所はこれを認めなかった（病院側の反訴である医療費支払請求を認容した）。

説明義務に関して本判決は、本人AまたはAの父であり保護義務者（精神保健福祉法旧20条）であるBに対し副作用を含む説明をすべきであったかを検討した。①まず、「Aには怠薬傾向があり、経口薬では服薬を拒否する可能性が高かった上、薬効が消失すると著しく不穏となることが認められることからすれば、本件においては、デボ剤であるフルデカシンを投与しないという選択肢は認め難い」こと、および、「抗精神病薬においては、副作用の出現はやむを得ないものであり、副作用が出現する都度対症療法を行うものと推察され、精神病の治療と副作用の治療のいずれを優先するかは医師の裁量に委ねられているものともいえる」ことから、Aに対する副作用の説明をしなくても「Aの自己決定権を侵害する程の違法性」はなかったと判定した。②次にBに関しては、説明すれば承諾したであろうこと、および、仮に説明義務違反になるとしても、医師が投与の必要性を強く認識していたことから、拒否しても治療方針を変更することはなかったから、説明義務違反と結果発生（投薬の可否）との因果関係がないと判示した。

(ii)検討 【44】および【45】は、いずれも精神障害者に対するロボットミー手術について、当該患

者の症状に照らしてその手法を選択したことが誤りであり、さらに、同意能力ある患者本人の同意を得ずに妻または父の同意により実施したことにも違法性があるとして、医師の責任を肯定した判決である。学説は、当初から、精神障害者であることと医療同意無能力との直接的な関係性を否定してきており¹⁸、この両判決は精神障害者の同意能力を肯定する点で従来の学説と同じ理解を示している。ただし、学説は精神障害者の場合に同意能力の有無の判定に慎重さを求めており¹⁹、この点から鑑定を経由して同意能力の有無を判断すべきであったのではないかと疑問が提示されている²⁰。

【46】は、医師法で禁止されている無診察診療が許される例外を認め、さらにこれに伴う不告知投薬(いわゆる薬の「隠し飲ませ」)の違法性をこの事案では否定した。精神科への入院同意の問題と同様に、ここでもインフォームド・コンセントの理念からは説明しきれない精神医療の一面が露呈している。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²¹。

【47】と【48】は、いずれも投薬の副作用を説明しなかった医師の責任を否定した判決である。【47】では、患者側の主張する副作用の存在に医学的根拠が認められないこと、および、その副作用の説明が治療効果を阻害することが理由とされた。説明の対象は「本人および家族」と記述されており、本人と家族とを区別していない。これに対して【48】では、本人と旧保護義務者(父)とで説明義務違反の有無を別々に検討しているが、投薬しない選択肢は認め難いこと、および、精神病の治療と副作用の治療との優先順位の判断は医師の裁量によるという理由で、患者本人に副作用の説明をしないことが自己決定権を侵害する程の違法性はなかったと認めた。保護義務者(父)に関しては、承諾したであろうこと、および、拒否されても医師は治療方針を変えなかったから、説明義務違反と投薬の可否との因果関係がないことを理由にしている。

【47】と【48】のいずれにおいても、服薬拒否を含めた患者本人の不利益を回避するために本人への説明が控えられたことは、非告知投薬が許される場合と同様の理由で、やむを得ないといえるのかもしれない。しかし、前記の精神科医療におけるインフォームド・コンセントの要請を考慮するのであれば、投薬の実施という結果に変わりがないとしても、家族への説明をも欠くことを正当化することは困難である。精神科医療における家族の同意を明確に位置づけるべき必要性が示されている。

VI 予後不良のため患者への悪影響から説明を控える場合

末期ガンを典型とする予後不良の難治疾患について、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を中心にして整理した。同意能力との関係が明らかでない判決が多いが、本人

¹⁸ 唄・注6所掲16頁、松岡靖光「違法性阻却事由」中川善之助編『実務法律体系5 医療過誤・国家賠償』176頁(青林書院新社、1973年)

¹⁹ 唄・注6所掲17頁

²⁰ 新美育文「ロボトミーと民事責任」ジュリスト767号178頁(1982年)

²¹ 宮下毅「判批」年報医事法学17号153頁は、「病識のない精神障害者の医療の決定に資するシステムが存在しない」ことを指摘し、野々村和喜「判批」医事法判例百選2版219頁は、【45】を「精神科医療においてインフォームド・コンセントの原則を補完する法制度が十分整備されていない状況下での、過渡的な判断」と位置づける。一般的には、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。

の同意に代えて家族の同意が問題になるので、ここに掲げることにした（未紹介判決の紹介は省略した）。

VI 予後不良	年齢等	説明義務の内容（病状）	説明を受けた者 本人の能力に関する説明	説明義務違反の有無	論集 14巻	前稿
【49】東京地判昭和56年12月21日 下級裁判所民事裁判例集31巻9～ 12号1520頁、判例時報1047号101頁	女性	悪性脳腫瘍	本人・家族に説明なし	説明義務違反なし	【19】	
【50】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	68歳 男性	胃ガン	妻と子	説明義務違反なし	【20】	
【51】大阪地判昭和60年10月21日 判例タイムズ595号59頁	女性	良性の脳腫瘍の摘出手術 （治癒が見込まれていた）	夫 脳腫瘍の摘出手術であることは本人に説明したが、その危険性を含む詳細は夫に説明したにとどまる	説明義務違反なし	【21】	
【52】東京地判平成6年3月30日 判例時報1522号104頁	63歳 女性	末期の胃ガン	弟 （夫は心臓病で入退院を繰り返していた。医師は娘の存在を知っていた）	説明義務違反あり 娘に連絡すべきであった	【22】	
【53】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）	50歳 女性	胆嚢ガン	家族に説明なし 本人には胆石症と説明して、手術を勧めたが、連絡不能になった。	説明義務違反なし 医師は、入院後に家族に説明する予定でいた	【23】	
【54】大阪地判平成10年12月18日 判例タイムズ1021号201頁	69歳 男性	総胆管ガン	妻と子にガンであることを説明したが、手術の危険性や合併症の説明をしなかった	説明義務違反あり 妻に危険性や手術しない場合の予後を説明すべきであった	【24】	
【55】横浜地判平成11年3月30日 判例タイムズ1050号228頁	女性	（乳ガン再発で治癒の見込みがない患者に対する）血管造影検査	本人 夫と子への説明なしで侵襲性の高い検査をしたと主張された。	説明義務違反なし（本人に説明した）	【25】	
【56】新潟地判平成12年3月2日 訟務月報46巻10号3751頁	66歳 男性	急性骨髄性白血病（AML）	妻 医師である本人には骨髄異形成症候群（MDS）による再生不良性貧血と説明したと推認できる	説明義務違反なし 本人は白血病の疑いを持っていたが主治医に委ねる意向であったと推認できる	【26】	
【57】東京地判平成13年3月26日 判例タイムズ1094号220頁	58歳 女性	大腸ガンの肝臓への転移	夫 （本人に大腸ガンの告知があったのか、転移の説明があったのかは不明）	説明義務違反なし	【27】	
【58】福岡地小倉支判平成14年5月21日 判例タイムズ1141号219頁	53歳 女性	胃ガンの肝臓・脾臓への転移	夫 「肝臓は手の施しようがないので摘出し、肝臓は手の施しようがないので摘出し、肝静脈が損傷されて死亡した。」	説明義務違反を判断するまでもなく、医師に手技上の過失あり		
【59】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）	77歳 男性	肺の進行性末期ガンで、治癒・延命の可能性なし	家族にも説明なし	説明義務違反あり 少なくとも家族のうち連絡の容易な者に接触すべきであった	【28】	
【60】東京地判平成15年10月9日 D1-Law.com判例体系	73歳 男性	肺ガンおよびその手術後の転移	長女	説明義務違反あり 長女への説明が不十分：手術中止を選択する機会を喪失させた		
【61】東京地判平成16年1月26日 裁判所web	56歳 女性	甲状腺ガンの手術の危険性	本人にも夫にも説明なし	説明義務違反あり 本人が神経質だから説明しなかったという医師の主張が否定された。		
【62】東京地判平成16年1月30日 裁判所web	64歳 男性	食道ガン	妻 本人に告知しないように妻が医師に依頼した	説明義務違反なし		
【63】東京地判平成17年8月29日 裁判所web	77歳 女性	脳動脈瘤塞栓術	夫	説明義務違反なし		
【64】名古屋地判平成19年2月15日 裁判所web	男性	進行性の多発性肝ガンの末期で予後不良	妻 本人に告知しないことを家族が希望した	説明義務違反なし		
【65】名古屋地判19年6月14日 判例タイムズ1266号271頁	75歳 男性	進行性の前立腺ガンで予後不良	本人 本人は病気を理解できる状況でなかったと子が主張したが「理解していた」と認定された。	説明義務違反なし		

ここに整理した17件の判決の中で、患者本人に説明していた事案は2件のみであり（【55】、【65】）、そのうちの【55】は、乳がんの再発で、医師は、治療法がなく治癒の見込みがないことを本人にも家族にも説明していた。争点は、その後の血管造影検査の必要性和その説明の有無にあり、これに関しても承諾能力のある本人に説明したことが認定された判決である。【65】は、医師が勧める治療を本人が受けようとしなないケースで、家族への医師の告知義務を裁判所が否定した。ただし医師側は、説明のために家族を連れてくるように本人を説得したが、これも本人が拒否した旨を主張していた。本人へのガン告知から死亡まで約3年の期間があり、家族への告知義務を否定するよりも、これを肯定したうえで、医師側の義務違反の有無を判定する方が説得力があったように思われる。

本人にも家族にも説明していない事案は4件あった（【49】、【53】、【59】、【61】）。【49】では開頭手術中に、術前にわからなかった腫瘍が見つかったために、説明のないまま腫瘍を摘出した事案で、医師の裁量権を理由にその責任を否定した。【53】では、胆嚢ガンの疑いがあったが、医師は重度の胆石症と本人に説明して入院の予約を得たが、入院が実現されなかったケースで、本人へのガン告知をしなかったことは「やむを得ない措置」であり、入院後に家族に説明しようと医師が考えたことは不合理ではないと判定された。これに対して【59】では末期の肺ガンを医師が本人に告知せず、家族を連れてくるように本人を説得しようとしたが本人が拒否して実現できなかったケースで、連絡が容易な家族を探す等の家族への説明義務の履行に関して不十分だったと判定され、医師の責任が肯定された。【61】では本人が神経質だから説明しなかった旨の医師の主張が否定されて義務違反が認められている。

なお、【52】は、本人の弟に説明したが、夫または娘に説明しなかったことが説明義務違反とされた判決である。また、【54】では、家族にガン告知したが、手術の危険性や手術しない場合の余後に関する説明を欠いたために説明義務違反が認定されている。

上記の他は、本人には説明していないが家族に説明している事案で、医師の説明義務違反が否定された判決が多い（【50】、【56】、【62】、【63】、【64】。肯定例は【54】と【60】）。【52】では弟への説明ではならず、娘に説明すべきであった義務違反を認めた。【57】も、本人への説明に関する言及が判決文にないが、家族への説明内容のみが問題となっているので、本人への説明を欠いているものと思われる。なお、【58】も家族に説明したが本人への説明を欠く事案であるが、医師には手術における手技上の過失があるから、説明義務違反について判断するまでもなく責任があると判定された。

3. 学説

(1) はじめに 同意無能力の判定基準については前稿で整理した内容に加えるべき学説が見当たらないため、同意無能力者の医療に対する家族の同意の性質について、前稿で触れることができなかった内容を若干補足する。

(2) 家族の同意の性質

I 小児（未成年者） 小児を診療する契約の成立に関しては、法定代理人である親権者が小児に同行していることが通常であり、多数学説はそこでの家族の同意を法定代理人としての意思表示と解している（前記1（2）参照）。医的侵襲を伴う医療行為に対する同意に関しても、診療契約の成立と特に区別しない理解が多いと考えられ²²、ただし、医療行為は法律行為ではないから代理行為自体ではないが、代理に準じて扱えばよいことを前提に、家族の同意を「代諾」・「同意の代行」と解しているように思われる。診療契約を準委任と解する多数説²³と重なる理解であるといえる。

これに対して上記とは異なり代理構成によらずに、親権者の監護権の行使として未成年者の医療行

²² 水野紀子「医療における意思決定と家族の役割」法学74巻6号217頁（2010年）は、医療契約締結合意と医的侵襲行為のインフォームド・コンセントとが区別されていない状況の存在を指摘する。私見については、前稿参照。

²³ 診療契約の法律構成については、拙稿・注5所掲別冊NBL142号124頁参照。

為に同意すると構成する見解も有力である²⁴。小児の成長に応じて親権の範囲が縮減することを指摘する見解もある²⁵。筆者は前稿において、診療契約の成立における父母の同意について身上監護義務の履行と構成すべきこと、および、医的侵襲を伴う医療行為に対する同意についても同様に考えるべきことを主張した²⁶。

II 成年者への医療行為

(i) 家族の医療同意権 家族権を有する者が代行判断権を有し、患者の生命侵害に対して損害賠償請求権を有する扶養関係者および固有の慰謝料請求権を有する民法 711 条の近親者がその家族権を有し、そのうちの本人をよく知る同居者が優先すると解する説²⁷、意思能力を有する本人が予め選任した同意権者および家庭裁判所で同意権を付与された成年後見人がいない場合には、配偶者、子、親、兄弟姉妹の順に同意権者となることを主張する提案等がある²⁸。

(ii) 成年後見 成年後見人に医療同意権の基礎となる身上監護権を付与する立法を求める見解が少なくないが²⁹、現行法下で成年後見人の同意権を肯定する説もある³⁰。

4. インフォームド・コンセントの法理

(1) 起源 アメリカ判例法とニュールンベルク綱領に由来するとされている³¹。

²⁴ 寺沢知子「未成年者への医療行為と承諾(1)～(3)完」民商 106 巻 5 号 87 頁、6 号 65 頁、107 巻 1 号 56 頁 (1992 年)、特に 107 巻 1 号 58 頁。そこでは、意思能力ある未成年者についても親権者の監護権に基づく同意との共同行為性を認めたが、同『承諾能力』のない人への治療行為の決定と承諾」潮見佳男編『民法学の軌跡と展望』(国井和郎先生還暦記念) 113 頁 (日本評論社、2002 年)において修正し、意思能力ある未成年者の単独同意と構成した。

広瀬美佳「医療における代諾に関する諸問題(上)」早稲田大学大学院法研論集 60 号 245 頁 (1991 年)も同様であるようだが (256 頁)、「法定代理規定の類推適用」を認める。神野礼斎「医療行為と家族の同意」広島法科大学院論集 12 号 229 頁 (2016 年)は、医療行為が法律行為でないことを理由に監護権説を支持するが、「身分上の行為」である代諾縁組(民法 797 条)の代理構成を前提にすれば代理説も可能だと解する。

²⁵ 家永登「ジョン・ロックの親権論」専修法研論集 3 号 101 頁 (1988 年)、同「青年期の子に対する親権の限界」専修法研論集 8 号 1 頁 (1991 年)。

²⁶ 拙稿・注 1 所掲「医療同意と意思能力」97 頁以下、および、120 頁。

²⁷ 石川稔「医療における代行判断の法理と家族——誰が代行判断者か」唄孝一＝石川稔編『家族と医療——その法学的考察』61 頁 (弘文堂、1995 年)。同「医療のための持続的代理権」石川稔ほか編『家族法改正への課題』493 頁 (日本加除出版、1993 年)でも、患者本人の意向をよく知る立場の家族が事実上の代行判断を行っていることを指摘していた。家族の中で医師から説明を受けるべきキーパーソンを明確にする必要がある場合があることが指摘されたと考える。関連する下級審として東京地判平成 28 年 11 月 17 日判時 2351 号 14 頁、東京高裁平成 29 年 7 月 31 日 (小林真紀・医療事故判例百選 3 版 200 頁による紹介) 参照。さらに、一家綱邦＝三浦靖彦「判決紹介」年報医事法学 34 号 155 頁参照。

²⁸ 日本弁護士連合会「同意能力がない者の医療同意代行に関する法律大綱」案第 3 (2011 年)。本人が予め同意権者を選任できる立法の必要性は、石川・注 27 所掲「医療のための持続的代理権」493 頁 (任意代理権は委任者の意思能力喪失により消滅しないから、現行法下での持続的代理権の容認に問題ないことを指摘している)、石井美智子「高齢者の医療における家族の同意」年報医事法学 15 号 105 頁 (2000 年)等が指摘していた。寺沢知子『承諾能力』のない人への治療行為の決定と承諾」国井和郎先生還暦記念『民法学の軌跡と展望』127 頁 (日本評論社、2002 年)は、現行法下の解釈論としての可能性を主張した。

²⁹ 寺沢・注 28 所掲 127 頁、廣瀬美佳「医療における代諾の観点からみた成年後見制度に関する覚書」須永醇先生傘寿記念『高齢社会における法的諸問題』262 頁 (酒井書店、2010 年)等。なお、前稿でも紹介したが新井誠編『成年後見と医療行為』(日本評論社、2007 年)参照。さらに、「医療行為と成年後見・再論」実践成年後見 40 号 (2012 年)所収の諸論稿、田山輝明編著『成年後見人の医療代諾権と法定代理権』(三省堂、2015 年)等参照。

³⁰ 富田哲「成年後見と医療同意」法政論集 227 号 756 頁 (2008 年)は、解釈論として家族がいない場合に成年後見人の医療同意権を認める。成年後見センター・リーガルサポート「医療行為における本人の意思決支援と代行決定に関する報告及び法整備の提言」(2014 年)の提言第 5 では現行法下における成年後見人の代行決定権を認めている。

³¹ 新美育文「インフォームド・コンセントの法理」教育と医学 42 巻 9 号 74 頁 (1994 年)

I アメリカ判例法³² 19世紀末までは、診療契約に包括的な同意が含まれるから個々の診療行為に患者の同意を得る必要性はないと考えられていた。しかし、1905年にミネソタ州最高裁は、患者の同意を得た右耳の手術中に同意を得ていない左耳の手術をした事案において、患者の同意の範囲を超える手術を行った医師は暴行・傷害の不法行為責任を負うと判決した。1917年にはニューヨーク州最高裁のカドロー判事が、判断能力のある患者の自己決定権を根拠に医師の責任を認めた。同様の判決が他州でも出され、緊急事態でない限り、患者の同意を欠く医的侵襲は故意の不法行為を構成するという法理が形成された。

その後、医師の裁量との調整をめぐって故意不法行為構成による判例が動揺し、これに対して1950年代の学説(A.H.McCoid)が、従来の紛争の争点を分析した結果として、医師の説明義務を承認してこの義務に違反した医師に過失責任を課すべきであることを提案した。そして、この提案に対応するように、医師の説明義務違反を理由に医師の責任を認める判決が相次いで登場し、1960年代初頭のアメリカで医師の説明義務を前提としたインフォームド・コンセントに関する判例法理が確立した。

II ニュールンベルク綱領 これは、第二次大戦後にドイツの主要戦争犯罪人24名を裁いたニュールンベルク裁判(1946年)³³の「継続裁判」(1947年)で示された。連合国ではなく、アメリカが単独で担当した裁判であり、検事と裁判官はアメリカ人であったが³⁴、アメリカ判例法が事実上影響したかは不明である。戦前のドイツにも医師の説明義務を認める判決が相当存在していた³⁵。

ニュールンベルク綱領は、人を対象とする医学研究・実験が許される基準を示し、その第一に被験者の自発的同意が本質的に絶対に必要であること、同意できる法的能力が被験者にあることが必要であること、研究内容や被験者に対するすべての影響を知らされ理解したうえで被験者の自発的な同意が必要であること等を明確に要求した。その後、医学研究・実験に関しては、世界医師会がジュネーブ宣言(1948年)、ヘルシンキ宣言(1964年)を採択し(ただし、いずれもインフォームド・コンセントには触れていない)、後者の東京改訂(1975年)でインフォームド・コンセントを内容に含めた³⁶。

他方、通常医療に関しては、アメリカ病院協会が1973年に患者の権利章典を公表してインフォームド・コンセントの権利を宣言した³⁷。さらに世界医師会がリスボン宣言(1981年)において、一般医療のインフォームド・コンセントに関する患者の権利を明らかにした(1995年の修正で同意能力や代理に関する項目が加えられた)。

³² 新美育文「医師と患者の関係——説明と同意の法的側面1～3」(名古屋大学)法政論集64号85頁・65号182頁(1975年)・66号149頁(1976年)、細川清「医師の開示義務——アメリカ法の場合 上・下」判例時報817号3頁・818号3頁(1976年)、後藤峰男「Informed Consentの法理研究序説」愛知論叢46号25頁(1989年)等。

³³ 田畑茂二郎編『ケースブック国際法』277頁(有信堂、1972年)

³⁴ 土屋貴志「ニュールンベルク・コードの誕生(1)」(大阪市立大学)人文研究52巻第1分冊27頁(2000年)。ただし、米本昌平「ヒトゲノム研究に関する基本原則」ジュリスト1193号44頁(2001年)は、ニュールンベルク判決は1946年に出されたとする。

³⁵ 唄孝一「治療行為における患者の意思と医師の説明——西ドイツにおける判例・学説」『契約法体系VII 補巻』66頁(有斐閣、1965年)(同・注6所掲書22頁所収「治療行為における患者の承諾と医師の説明」)。

³⁶ 世界医師会とこれらの宣言については日本医師会のホームページ参照(<http://www.med.or.jp/wma/>)。また、日本医師会生命倫理懇談会「『説明と同意』についての報告」ジュリスト950号149頁(1990年)等も参照。

³⁷ この宣言の内容と意義につき、例えば新美育文「医師と患者の関係」加藤一郎ほか編『医療と人権』85頁(有斐閣、1984年)参照。

(2) わが国への導入と普及 1965年の唄による旧西ドイツの判例・学説の紹介³⁸を嚆矢として、学説がインフォームド・コンセントに関する外国法を紹介すると共に、わが国の医療紛争を解決するための概念として医師の説明と患者の承諾を論じるようになった³⁹。これらと前後して、患者の承諾を正面から論じる下級審判決が登場し⁴⁰、最高裁は、1981年に一般論としてではあるが医師の説明義務を肯定して⁴¹、インフォームド・コンセント法理上の説明義務を確認したと評価され⁴²、さらにその後、輸血拒否の患者に輸血の可能性を説明せずに手術を実施した医師に対して人格権侵害による不法行為責任を認めた⁴³。2007年の医療法改正において医師の説明義務が明記され(1条の4第2項)、その前後には、医学研究における各種指針にインフォームド・コンセントが盛り込まれるに至った。

(3) 説明義務の内容・程度 「説明義務の判断基準」として次のように整理されている⁴⁴。まず、患者の自己決定権を行使するために必要な情報として、現状(疾病の種類・程度等)、治療の結果(侵襲の程度・範囲、治療効果、付随する危険等)、代替可能な治療(存否、侵襲の程度、効果、付随する危険等)、代替治療も受けない場合の結果、以上がある。これらの情報のうち、①合理的な医師の説明内容、②合理的な患者に必要な内容、③当該の具体的患者が重要視する内容、④医師が知るべき事情に基づいて当該患者が重要視する内容、以上のいずれかを基準にすることが考えられる。判例の多数は、医師の説明義務であることを重視する合理的医師基準説(前記①)に立つが、患者の自己決定権行使を目的とする点を重視する学説(前記②・③)から批判されており、学説では折衷的な見解(前記④)が有力になっている。

(4) 意義 起源(前記①)に対応した意義として、①人体を対象とする医学研究・実験を含む医療行為について、正しい医療の要件としての意義と、②主に医療訴訟において、医師の責任を否定する要件としての意義がある。ただし、正しい医療を実施している医師の責任は否定されるから、両者の意義は同じ内容に基づいている。

インフォームド・コンセント法理の内容は、患者の自己決定権に奉仕することを目的として医師に

³⁸ 唄・注35所掲論文66頁(同・所掲書3頁所収)。唄説前の状況につき、加藤一郎「医師の責任」我妻遷『損害賠償責任の研究上』(有斐閣、1957年)524頁、同「§709Ⅲ(7)医療行為による責任」同編『注釈民法(19)』(有斐閣、1965年)140頁等参照

³⁹ わが国の不法行為責任における違法性阻却事由として、医師の説明義務を肯定したうえで患者の承諾を検討した松岡靖「違法性阻却事由」『実務法律大系(5)』169頁(青林書院新社、1973年)、イギリス法を紹介した宇都木伸「患者の承諾——イギリスにおける未成年者の取扱」唄孝一ほか編『現代損害賠償法講座(4)』105頁(日本評論社、1974年)、アメリカ法につき新美・注32所掲等。

⁴⁰ 乳腺摘出手術に関する東京地判昭和46.5.19下民22巻5・6号626頁、十二指腸潰瘍に関する秋田地大曲支判昭和48.3.27判時718号98頁等。

⁴¹ 最判昭和56年6月19日判例時報1011号54頁(頭蓋骨陥没骨折開頭手術事件)

⁴² 新美育文「インフォームド・コンセントに関する裁判例の変遷」年報医事法学16号100頁(2001年)。ただし、「わが国の判例は説明義務を肯定したのであり、インフォームド・コンセントが我が国の法規範として採用された事実はない」と主張する見解もある。米村滋人「医事法講義11」法学セミナー697号98頁(2013年)(同『医事法講義』127頁(日本評論社、2014年)所収)。確かに「インフォームド・コンセント」の語を用いた判決は見当たらないようであるが、しかし、患者の同意がないことを理由に医師の責任を認める多数の判決があり、さらに患者の自己決定権を認める判決も少なくない(本稿の【1】、【25】等。【3】では「患者の同意は医療行為の性質とこれに伴う危険性を十分認識したうえでなされることが必要である」旨を判示しており、同趣旨の判例は多数ある)。

⁴³ 最判平成12年2月29日民集54巻2号582頁。さらに、乳ガンに対する乳房温存療法の説明義務に関する最判平成13年11月27日民集55巻6号1154頁、判例時報1769号56頁参照。

⁴⁴ 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)

説明義務を課すことであり⁴⁵、その機能は、医療における患者の自己決定権を確立させることにより、医師の専断による危険な行為を防止するとともに、患者の地位を医師と対等の立場に向上させることにある。すなわち、患者の自己決定権に基づいて医療行為と医師・患者関係の適正化をもたらすことがインフォームド・コンセント法理の最も重要な意義といえる。

(5) 適用範囲・限界 患者の自己決定権との関係について、以下の場合に問題が生じる⁴⁶。

I 予後不良⁴⁷ ガン告知の是非がかつては議論されたが⁴⁸、ガン治療の進展に伴い、ガン告知自体を問題にする必要性はなくなった⁴⁹。しかし、予後不良の場合の対応は依然として問題である。

判例（前記2VI参照）では、本人に説明していないことについて、医師の義務違反と認定された判決もあるが、その可否が争われていない判決が多い（主な争点は家族への説明内容）。本人に説明しない臨床実務の状況があまり変わっていない可能性もあるといえるだろう。

これに対して学説は、心理的な悪影響から病名告知すべき場面を限定する説が従来は多数であったが⁵⁰、死を迎える環境に関する自己決定権の観点から積極説が有力に主張され⁵¹、これが多数になっていると思われる。ただし、医療実務の状況を踏まえた慎重な見解もある⁵²。

II 個人の範囲を超える場合 ヒトゲノム研究、遺伝子検査等で、同意を要する行為や情報の内容が被験者個人の範囲を超える場合に、誰のどのような同意が可能で必要かが問題になる。

III 同意無能力 インフォームド・コンセントは判断力ある患者を前提とする。同意無能力者については当初より代諾・同意の代行が語られてきたが、無能力の判定基準や代諾者の範囲等はほとんど検討されてこなかった⁵³。筆者の作業である前稿および本稿の由来と目的がここにある。

同意能力と自己決定との関係について、本人の（客観的）不利益が主観的には利益になる旨の自己決定により正当化できる行為が特に問題になる⁵⁴。例えば、臓器移植法の2010年改正により15歳未満者の脳死臓器提供が可能になった。拒否の意思表示がないことと遺族の承諾が要件ではあるが（同

⁴⁵ 新美育文「アメリカにおけるIC」『メディカル・ヒューマニティ』5巻2号73頁（1990年）

⁴⁶ 甲斐克之「巻頭言」甲斐克之編著『インフォームド・コンセントと医事法』医事法講座2巻viii頁（信山社、2010年）は、インフォームド・コンセントの適用が問題になる場面として、同意無能力者の医療の他に、統計を目的とする疫学研究、遺伝子検査や死体から採取する試料・遺伝情報の研究利用を掲げる。さらに、同書掲載の諸論稿参照。

⁴⁷ 延命治療の打切り・差控えの問題には、本稿では立ち入ることができない。

⁴⁸ 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（1985年、中央法規出版）

⁴⁹ 国立がん研究センター「がん告知マニュアル」（1996年）には、「告げるか、告げないか」ではなく、「如何に事実を伝え、その後どのように患者に対応し援助していくか」を考える時期にきていることが示されている（丸山英二「判批」医療事故判例百選2版67頁（2014年）の紹介による）。

⁵⁰ 医療関係者に消極説が多かった。病名告知が大きな治療効果を伴う場合には告知を認める見解に清水兼男「診療過誤と民事責任」『民商法雑誌』52巻6号812頁、稲垣喬『医事訴訟と医師の責任』219頁（有斐閣、1981年）等があり、患者が希望する場合に認める見解に加藤一郎ほか編『がんを告げる』146頁（加藤一郎による意見の集約）（有斐閣、1988年）がある。

⁵¹ 新美育文「末期状態患者への『病名告知』をめぐる法理と裁判例」『ジュリスト』945号39頁（1989年）、同「癌の告知をめぐる医師の責任と限界」伊藤進還暦記念『民法における「責任」の横断的考察』454頁（第一法規、1997年）等。

⁵² 手島豊「判批」判例時報1385号180頁は、医師患者の信頼関係がなければ消極に解するが、その裏返しとして医師の助言義務が生じて、家族への説明等を通じて疾患の進行を食い止める手段を講じる義務が付加されると主張する。

⁵³ 新美・注37所掲148頁が早くから検討不十分を指摘していた。その後の検討作業として、同「インフォームド・コンセントにおける同意能力」『千葉医学』65号325頁（1986年）、同「患者の同意能力」加藤一郎古希記念『現代社会と民法学の動向(上)』415頁（有斐閣、1992年）等参照。新美説については、拙稿・注1所掲「意思能力と医療同意能力」336頁、同「医療同意と意思能力」97頁参照。

⁵⁴ 自己決定について、町野朔『患者の自己決定権と法』226頁および230頁（東京大学出版会、1986年）参照。

法6条1項2号)、小児からの臓器摘出を自己決定により正当化することはできない。精神障害等を原因とする成人の無能力者についても同様である。さらに、臨床研究や疫学研究において患者・被験者の客観的利益にならない行為についても同様である。ここでは、同意無能力者に対する行為について自己決定とは別の正当化が必要であることが示されている。

5. 検討

(1) 狭義の意思能力 医療同意能力は広義の意思能力の一つに位置づけられるが⁵⁵、狭義の意思能力である契約などの法律行為に関する意思能力の判定については、判例上、次の特徴がある。

I 未成年者の事案はほとんど判例に現れない。その理由としては、契約の相手方が未成年による取消の対象にならないように、親権者等による法定代理の法律構成を整えることを未成年者側に求めることが考えられる。このため、意思無能力無効が機能する余地が事実上ほとんどない⁵⁶。

II 成年者の事案は、特に近時に多数の判例が存在している。そこでの無能力の判定は、それによって無効になる契約の内容が大きく影響している。すなわち、ほとんどの判決において、能力が問題となる当事者に不利な契約であれば意思無能力と判定され、逆に有利な契約であれば意思能力ありと判定されている⁵⁷。精神障害の内容・程度を踏まえたうえでの判定であるが、自己に不利な契約を締結した精神障害者等が契約の無効を求めてきた場合に、詐欺、強迫、錯誤、消費者法上の保護原因等が認定できないときには、弱者保護の要請から意思無能力無効の主張が認められやすいことが考えられる。

(2) 医療同意能力 狭義の意思能力とは、以下のように異なる特徴を有しているといえる。

判例では小児の事案でも成年者の事案でも、同意能力の有無が医療行為の効力(適法性)にはあまり影響していない。患者に同意無能力の疑いがある場合には、一般的には家族の同意が求められるから、その限りでは患者の同意能力の有無は医療行為の有効性に影響しない。ただし、患者も家族も説明を受けていない事案が散見され、説明義務違反が認定されている(前記2)。

家族が同意を拒否する場合には問題になるが、しかし、小児の事案で父母が同意しない場合には、医療ネグレクトとして⁵⁸、親権停止や(民法834条の2)、児童福祉法の措置(47条5項、33条の2第4項)により医療行為の実施がはかられる⁵⁹。これに対して、成年者の外科手術等の通常の医療行為に対して家族が同意を拒否した事案の判例は、本稿の整理作業の中では見当たらない⁶⁰。ここでは同意無能力を認定する意義が本人の救済・保護にあるのではなく、一般的には、家族の同意による医療の実施

⁵⁵ 広義の意思能力と狭義の意思能力については、拙稿・注4所掲「意思能力について」22頁参照。

⁵⁶ 須永醇「財産法上の法律行為と意思能力」法学志林63巻4号123頁以下(1966年)(同『意思能力と行為能力』(日本評論社、2010年)所収174頁)、拙著・注4所掲『民事精神鑑定と成年後見法』120頁。なお、須永醇「権利能力、意思能力、行為能力」星野英一ほか編『民法講座I』127頁(有斐閣、1984年)も参照。

⁵⁷ 拙著・注4所掲『民事精神鑑定と成年後見法』159頁、同「意思能力の判定と本人の保護」73頁、同「意思能力について」34頁、同「判批」38頁等。

⁵⁸ 永水裕子「医療ネグレクト」桃山法学20=21号329頁(2013年)

⁵⁹ 民法規定と児童福祉法の措置との整合性の問題を含めて、永水裕子「判批」医事法判例百選2版82頁(2014年)参照。

⁶⁰ 同意無能力を詳細に認定した【23】判決(前記2(2)I参照)では、夫が人工呼吸器の装着に賛成しなかったが、生命維持治療の差控えの問題は本稿で扱うことができない。前記3(5)Iの注47参照

にあることが示されている。

(3) 家族の同意の位置づけ 成年者の医療に対する家族の同意だけでなく、未成年者の親権者の医療同意についても、「代諾」や「同意の代行」と位置づけるべきではないと考える。

法律行為について他人効を認める代理制度を私的自治から説明するために、任意代理を「私的自治の拡大」と表現し、法定代理を「私的自治の補充」と表現することが少なくない⁶¹。しかし、私的自治の「拡大」は「私的自治からの説明」といえるが、私的自治の「補充」は私的自治を欠くことまたは不十分であることを前提とした「私的自治のための」の説明であり、両者は私的自治との関係では反対の位置にある⁶²。法定代理に関する前記の（私的自治の補充という）説明と（前記3（1）も参照）、自己決定としてのインフォームド・コンセントを重視する理解とが相まって、家族の同意を患者の自己決定に重ねようとする態度が代諾・代行という位置づけに結びつくものと思われるが⁶³、適切ではない。そこには、法定代理が私的自治から導かれるかのような誤解と、家族の医療同意を患者の自己決定から基礎づけようとする無理が含まれるからである。家族の同意を患者本人の同意の代諾・代行と位置づけず、「家族の同意を得た医療行為」としてそのまま評価すべきである。

追記 本稿の執筆動機を記すことをお許し願いたい。

半世紀近く前に大学院で養子縁組を研究テーマにしようとしていたところ、新美育文先生から「養子法をやるなら代諾縁組はどうか」というアドバイスを頂き（数年後には覚えておられなかったが）、一応まとめることができた⁶⁴。その後、椿寿夫先生から法定代理の研究テーマを頂き研究活動を継続していたところ、(亡き) 唄孝一先生から代諾勉強会⁶⁵への出席を許され、法定代理の研究者として医療同意の「代諾・代行」の性質について意見を求められた。しかし、そこでは対応できず課題にせざるを得なかった。その後15年余を経て、前稿の作業からも10年余を経過し⁶⁶、あまりにも時期に遅れかつ不十分ではあるが、既に勤務先を定年退職して研究生生活の終末期を迎えるにあたり、唄先生に課された宿題に僅かでも何か対応を加えたいという動機から本稿に至った次第である。

⁶¹ ローマ法に関するサヴィニーの説明の中に既にみられる。サヴィニー [小橋一郎訳] 『現代ローマ法体系(3)』(成文堂、1998年：原典は1840年)。わが国の民法総則の教科書の多くにもこの説明がある。

⁶² 拙稿・注3所掲「任意代理と法定代理」76頁

⁶³ 新美・前掲注9所掲252頁が、意思無能力者の診療契約の法律構成に関する法定代理説は他人による意思決定であることを隠べいと批判した趣旨はここでも当てはまる。ただし、比較法の観点から「意思決定の代行」を検討する「特集 意思決定の代行」法律時報67巻10号23頁以下(1995年)掲載の諸論稿も参照されたい。なお、主にドイツ刑法の議論を踏まえた見解であるが、町野・注54所掲226頁および230頁は、自己決定権行使の代行という構成を否定した。寺沢知子「高齢者医療とインフォームド・コンセント」甲斐編・注46所掲232・236頁は、高齢者の医療行為に対する第三者の介入と見るべきと主張する。

⁶⁴ 拙稿「わが国代諾養子縁組について——イギリス養子法の検討を通じて」筑波法政6号129頁(1983年)、同「アメリカ合衆国コロンビア特別区(DC)養子法における同意免除事由——身分行為における意思主義の限界」筑波法政8号136頁(1985年)、同「養子制度改革に関する中間試案の検討——英米法との比較から」判例タイムズ617号27頁(1986年)等。

⁶⁵ 代諾勉強会は2001年11月から5年間開催され、そこで筆者は計8回の報告を担当することができた。なお、ほぼ同じ時期に明治大学の法律行為研究会が代理をテーマに研究活動を行い、そこで筆者は法定代理に関する報告を担当した。後者については、椿寿夫=伊藤進編『代理の研究』(日本評論社、2011年)参照。

⁶⁶ 前稿を含む注1所掲の各論稿も、唄先生からの課題に僅かでも対応しようとした試みではあった。