

# 医療事故と医師・病院の民事責任

法科大学院教授 良永 和隆

- |                     |                       |
|---------------------|-----------------------|
| 序                   | 4 医師の説明義務             |
| 1 医療事故の意義           | (1) 医師の説明義務の意義        |
| 2 医師の民事責任の法的構成      | (2) 患者の同意と医師の説明義務との関係 |
| (1) 不法行為責任構成        | (3) 医師の説明義務の根拠        |
| (2) 債務不履行責任(契約責任)構成 | (4) 医師が説明すべき情報        |
| (3) 法的構成の検討         | (5) 医師の説明義務の判断基準      |
| 3 医師の過失(医療水準論)      | (6) 医師の説明義務の免除-治療上の特権 |
| (1) 医療水準の意義         | おわりに                  |
| (2) 医療慣行と医療水準       |                       |
| (3) 医療機関と医療水準       |                       |
| (4) 専門性と医療水準        |                       |
| (5) 医療水準論の検討        |                       |

## 序

医療過誤に関する民事責任は、不法行為のなかでも、最も判例・学説の展開が著しい分野であるといつてよい。本稿では、医師・病院（以下、両者をあわせて単に「医師側」という。）の民事責任に関する主要な問題点である法的構成論、医療水準論、説明義務等に関する判例・学説を整理し、実務上の処理・課題を踏まえつつ、それぞれ検討を加えたい。<sup>(1)</sup>

## 1 医療事故の意義

医療事故（診療事故ともいう）については、自動車損害賠償保障法や国家賠償法のような一般的な法制度は設けられておらず、医師側の民事責任については、民法によって規律される。<sup>(2)</sup> 医療事故のうち、病院側が業務上必要な注意義務を怠り、患者の生命・身体を侵害し、損害を惹起させた場合を医療過誤（ないし診療過誤）という。<sup>(3)</sup>

## 2 医師の民事責任の法的構成

医療事故に関して、患者側が医師側に対して民事責任（損害賠償責任）を追及する場合に、どのような法的構成がとられるべきかについて議論がある。<sup>(4)</sup>

### (1) 不法行為責任構成

かつては、医療過誤訴訟といえば、医師側の不法行為責任と構成されてきた（民法709条・715条）。この構成では、医師側の過失（医師の過失ほか看護師等の過失による場合もある）は、患者側が立証しなければならなくなるが、専門知識のない患者側にとっては、重い負担となることから、次に掲げる債務不履行責任構成（契約責任構成）が主張され、多くの裁判例で採用されるようになった。

### (2) 債務不履行責任（契約責任）構成

医師は、患者との間の診療契約に基づき医療行為を行っている<sup>(5)</sup>ことから、医師の過失による医療過誤は、診療契約上の診療債務の債務不履行（不完全履行）責任を生じさせると構成される（民法415条）。診療契約の法的性質については、治療を中心とした事務処理を目的とする準委任契約（民法656条）、より詳しくいえば、医師として「要求される臨床医学上の知識技術を駆使して可及的速かに患者の疾病の原因ないし病名を適確に診断したうえ、適宜の治療行為をなすという事務処理を目的とする準委任契約」（大阪高判昭和47年11月29日判時697号55頁）と解されている。<sup>(6)</sup>これによれば、医療過誤は、医師の善管注意義務違反（民法644条）による不完全履行と構成されることになる。そして、診療契約に基づいて医師が患者に負う債務は、疾病の治癒という一定の結果を約束するもの（結果債務）ではなく、適切な治療行為を実施することを内容とする債務（手段債務）であるとされる。結果の達成（病気の治癒や手術の成功）を約束するものではないということであるが、手術・診察・検査等診療契約の内容にもいろいろなものがあるので、必ずしもそのように限定する必要はなく、結果の達成が約束されているとみてよい場合もあると考えられる。<sup>(7)</sup>

前述したように、債務不履行責任構成によれば、医師側が自らに「責めに帰すべき事由（帰責事由）」（民法415条）がないことを証明しない限り、損害賠償責任を負うことになり、加害者たる医師側の過失を患者側が証明しなければならない不法行為責任構成よりも、被害者たる患者側には有利となる。損害賠償請求する原告患

者側がこうした構成を主張することで、医師側の過失ないし帰責事由につき証明責任の転換を図る狙いがあった。<sup>(8)</sup>

### (3) 法的構成の検討

債務不履行責任構成が不法行為責任構成よりも医師側の過失ないし帰責事由の証明について必ずしも有利とはいえないという指摘がされている。

まず、今日では、債務不履行責任と構成しても、診療債務の履行が不完全であったことの証明は患者側がしなければならないので、結局は、不法行為責任構成における過失の立証と内容的にさほど大差ないといわれている。履行が不完全であるというためには、医師が履行すべき「完全な債務」の内容が具体的に特定されていなければならないと、その上で、債務内容である善管注意義務の個々の具体的な特定とその違反という事実を証明しなければならないことになるからである。

また、不法行為責任構成によっても、通常では生じ得ない事実の発生が認められるときには、過失の存在が推定されるという「過失の一応の推定」<sup>(9)</sup>や「過失の選択的認定（ないし択一的認定）」<sup>(10)</sup>などより、患者側の証明の負担を軽減する法理が認められてきている。

さらに、医療事故の特質に応じて、釈明権の行使や証明妨害等の手段を用いたり、あるいは訴訟上の信義則（真実義務）に基づく医師の事案説明義務を認めることなどにより、不法行為責任構成においても具体的事案の妥当な解決を図ることができるという指摘もある。<sup>(11) (12)</sup>

こうして債務不履行責任構成でなくても、不法行為責任構成でよいという考え方が通説化していたが（この結果、裁判例において、原告が債務不履行責任構成をとらず、不法行為責任構成だけで主張しているものも多い）、近時は、医療過誤に精通した実務家から、債務不履行責任構成の意義を再評価すべきであるとの主張もある。すなわち、不適切な医療が行われたということは、患者の信頼を裏切ったわけであるから債務不履行とするのが素直な考え方であり、すべきことをしなかったという不作為型や療法選択の誤りは、医師が約束した最善の努力を怠ったという意味で債務不履行的色彩が強く、また、医師の説明義務違反は債務不履行と考えるほうが自然であるという。<sup>(13)</sup>

少なくとも、素人である患者側に専門的知識を前提とする医療過誤の具体的経過を主張させるのは、公平の観点から妥当ではない。債務不履行責任構成において患者側が負う「不完全履行」の証明は、医療事故発生以前の医師側の説明に基づく患

者側の合理的予測にそぐわない結果が生じたことの証明で足り、医師側が医療事故発生の原因と経過を証明して、自己に帰責事由がないことを証明する責任を負うと解するのが妥当であろう<sup>(14)</sup>。不完全履行とは給付（医師の医療行為）が不完全であったことをいうわけであるが、患者の合理的予測にそぐわない結果が発生したことは、具体的にはその事案にもよるが、給付の不完全さを高度の蓋然性をもって推認させ、そうした場合には、医師側に、当初の説明とは異なる結果に至ったことの合理的理由を説明するか、あるいはそれができない場合（結果発生のプロセス・原因が不明ということもあろう）には、自己の治療行為に不適切なところがなかったということの証明責任を負わせてよいと考える。「ない」ことの証明は、通常「悪魔の証明」として困難であるといわれるが、医療事故の場合には、一定の限られた時間と範囲での治療行為の全容について不適切なところがないと裁判官に心証を抱かせることは、不可能を強いるものとはいえないと思われる。

確かに「過失の一応の推定」理論によって、多くの場合にはほぼ同様の結果を導くことはできるように思われるし、今日では、債務不履行責任構成・不法行為責任構成のいずれでも当事者にとっては変わらないとの認識が一般的であるが<sup>(15)</sup>、なお、基本的に、過失ないし帰責事由の証明責任がどちらにあるかは、裁判官の心証形成における判断にとっては重要であると考えられ、債務不履行責任構成による説明のしやすさを別にしても、債務不履行責任構成によることの有用性はあるのではないだろうか。ともかく、少なくとも、債務不履行責任構成を否定する理由はない（たとえメリットがなくても、そうした構成を否定する理由は存在しないと思われる）。

なお、債務不履行責任構成と不法行為責任構成のいずれに基づく請求権も認められるとすれば、両請求権の関係が問題となるが、実務上は実体法上の請求競合論及び民事訴訟法上の旧訴訟物理論によって、それぞれ別個の請求権が認められ、原告となる患者側は、いずれを選択することも可能である。一般的には、両請求権は、<sup>(16)</sup>選択的併合か、主位的・予備的併合として訴えが提起されることになる。

### 3 医師の過失（医療水準論）

#### （1）医療水準の意義

##### ア）最善の注意義務

不法行為責任にせよ、債務不履行責任にせよ、いずれの構成をとろうと、医師・病院に対して損害賠償請求するためには、行為者である医師・看護師ら医療従事者に「過失」があることが必要である（過失責任主義。民法415条・709条・715条）。

医師の果たすべき注意義務の基準を「医療水準」といい、医療過誤訴訟ではこの「医療水準」が最大の争点となることが多い。医師にはどのような程度の注意義務が要求されるかである。

医療水準の出発点となったのが東大輸血梅毒事件判決（最判昭和36年2月16日民集15巻2号244頁<sup>(17)</sup>である。これは、子宮筋腫で入院した女性に対してした輸血が原因でその女性が梅毒に感染したという事案において、輸血に使われた血液を提供した者（給血者）が採血前に売春婦と接したことを医師が問診によって聞き出さなかったことが医師の過失となるかが争点となった事件である。同判決は、「いやしくも人の生命及び健康を管理すべき業務（医業）に従事する者は、その業務の性質に照し、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求される」と述べて、医師の過失を認めた。このような問診は現実にはきわめて困難であることからみて、実質的には無過失責任を課したに等しいともいわれており、医師の注意義務を高度化した判決ということができる。

医業の専門家としての医師には、業務上高度の注意義務である「最善の注意義務」が要求されるものとしたこの医師の一般的な注意義務についての考え方は、同判決の引用とともに、その後の医療過誤事件で繰り返し述べられ、確定した判例法理となっている。

また、いわゆる水虫事件においては、両足の裏側にできた水虫の治療のために、国立病院でレントゲン照射を受けた部位に黒色斑点が出現した後も照射が継続され、ついに同部位に皮膚癌を発症し、左右両下腿の切断をするに至ったという事案において、前記梅毒事件判決の法理に続けて、「医師としては、患者の病状に十分注意しその治療方法の内容および程度等については診療当時の医学的知識にもとづきその効果と副作用などすべての事情を考慮し、万全の注意を払って、その治療を実施しなければならないことは、もとより当然である。」とし、診療当時の医学的知識に基づいた万全の注意が払われていなかったとして、医師の過失を認めた（最判昭和44年2月6日民集23巻2号195頁<sup>(18)</sup>）。もっとも、同判決では、危険を伴う治療を行う場合でも、他に研究目的があり、かつ、このことを患者が了承していた等特別の事情があるときは、別に解する余地があろうとしている点は医師の医療水準の例外的場合を述べたものとして注目される。

#### 1) 診療当時の臨床医学の実践

こうした医師の医療水準をより具体化したのが、日赤高山未熟児網膜症事件判決である（最判昭和57年3月30日裁判集民事135号563頁）。昭和50年前後に未熟児網

膜症に関して同様の事件は、全国で多数提起されたが、いずれのケースでも、未熟児として出生した者が保育器内での一定濃度の酸素投与によって未熟児網膜症（失明や視力障害等）を発病したという場合において、その治療法として昭和40年代前半に開発された光凝固法の実施（やそれができない場合の他の医療機関への転医・転送をしなかったこと）が医師の過失といえるかが争点となった。昭和57年の本判決は、医師の「注意義務の基準となるべきものは、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である」とし、原告の請求を棄却したものであり、その後も、「診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準」という基準が確立した判例法理として採用・踏襲されている。医療水準を2点において限定している点が注目される。

第1に、医療水準の判断は、あくまで「診療当時」での現場でなしうる判断が基準となり、医学も医療技術も進歩した現在の時点から過去を振り返って事後的な評価によるわけではないことが明らかとされている。裁判において医師側の主張にしばしばみられる、「レトロでは誤りであったが、プロでは誤りではない」という主張も、この点を踏まえたものである（もっとも、医療技術等のレベル（質）のみならず、有していた情報の量の問題も含めて使われる言葉であり、そこで限られた情報のなかでの判断ミスはないというときに使われる<sup>(19)</sup>）。すなわち、レトロスペクティブ（後方視的）な判断か、プロスペクティブ（前方視的）な判断かを区別することが重要となる。

第2に、「臨床医学の実践」における医療水準であるとされている。臨床医学とは、基礎医学に対する概念であり、基礎医学が、直接患者の診察に携わらない医学の総称（解剖学・生理学・生化学・病理学・薬理学・微生物学・免疫学・法医学・衛生学・公衆衛生学を含む）であるのに対し、臨床医学は、患者を診察・治療する医学のことで、かつ、その「学問」（研究）としての水準ではなく、臨床の現場における「実践」レベルでの医療水準であることが明らかとされている。

#### ウ) 新規の治療法と医療水準

未熟児網膜症訴訟でも、開発されたばかりの光凝固法への知見と実施が問題となったが、新規の治療法は、どの段階で医療水準となるかが問題となる。

昭和57年の本判決でも指摘されているように、単に先駆的研究者の間で実験的に試みられていて、一般臨床医はもとより、総合病院や大学病院においても一般的に実現できるような状況でなかった場合には、医療水準となっているということとはできないと考えられる。専門的研究者の間で、当該治療法の有効性（治療効果）及び

安全性（副作用等）について一応の確認がされた段階で、新たな治療法としての知見（情報）を得ているべきということができよう（その上で、そうした治療が可能な医療機関への転医・転送させるべき義務あるいは転医・転送を勧めるべき義務が発生すると考えられる）。

なお、未熟児網膜症訴訟については、当該未熟児の出生時が昭和50年の前か後かで結論が分かれ、昭和50年の前では医師の過失、そして責任が否定され、昭和50年の後では医師の過失、そして責任が肯定されることが多く、「昭和50年線引論」といわれた。これは、昭和50年8月に当時の厚生省研究班の報告書「未熟児網膜症の診断及び治療基準に関する研究」が公刊され、それにより光凝固法の知見が確立したとみられたことによると考えられている（もっとも、後述（3）のように、今日、判例は、医療水準を全国一律とみているわけではない）。

## （2）医療慣行と医療水準

医療慣行とは、臨床医療の現場において、平均的医師の間で広く慣行的に行われている方法を指す。<sup>(20)</sup>この医療慣行に従った医療行為を行えば、医療水準に従った注意義務を尽くしているといつてよいか問題となる。

すでに東大梅毒事件において、最高裁は、問診省略の慣行が行われていたとしても、それはただ過失の判定するについて考慮されるにとどまり、そのことで直ちに医師の注意義務が否定されることにならない旨を明らかとしていた。

その後、麻酔薬の使用につき、医療慣行に従い、麻酔薬の添付書類（能書）記載の注意事項に従わなかった事案につき、「医療水準は、医師の注意義務の基準（規範）となるものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行とは必ずしも一致するものではなく、医師が医療慣行に従った医療行為を行ったからといって、医療水準に従った注意義務を尽くしたと直ちにいうことはできない。」として、一般開業医の常識・医療慣行に従った医師に過失はないとした原判決を破棄して差し戻した（最判平成8年1月23日民集50巻1号1頁－麻酔ショック事件<sup>(21)</sup>）。

通常、一般に善管注意義務といえは、当事者がその職業・社会的地位において「通常」期待される程度の一般的な注意であるから、医師の場合には、「通常の」医師であれば果たすべき注意が尽くされていれば善管注意義務違反はないということになるだろうが、判例によれば、「通常の」医師（平均的医師）が医療慣行として通常尽くしている注意では足りないということであるから、場合によっては、実際には医師が誰一人やっていないことでも、それをしなかったことが善管注意義務違反とな

る場合がありうることになろう。少なくとも今日においては、学説は、こうした判例の考え方を支持しているといつてよい。<sup>(22)</sup>「通常の」医師とか「平均的」医師に要求される注意といつても、実際の医師の「通常」や「平均」ではなく、医療慣行の合理性・必要性を考慮した上で、規範的に要求・期待できる「最善」の注意とされているわけである。

### (3) 医療機関と医療水準

現実の臨床医療の内容には、医師や医療機関により相当の格差、たとえば、過疎地域か大都市かといった地域格差、診療所か個人開業医か近代的な最新設備のある大学病院や専門病院かといった病院格差（人的・物的格差）が存在する。そこで、医療水準の決定は、全国一律に客観的ないし画一的になされるべき（絶対説ないし客観説）か、個別的事実によって医療水準も異なるとみてよい（相対説ないし主観説）かが問題となる。

平成7年の姫路日赤未熟児網膜症事件判決は、「ある新規の治療法の存在を前提にして検査・診断・治療等に当たることが診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準であるかどうかを決するについては、当該医療機関の性格、所在地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮すべきであり、右の事情を捨象して、すべての医療機関について診療契約に基づき要求される医療水準を一律に解するのは相当でない。そして、新規の治療法に関する知見が当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、当該医療機関において右知見を有することを期待することが相当と認められる場合には、特段の事情が存しない限り、右知見は右医療機関にとっての医療水準であるというべきである。」とした（最判平成7年6月9日民集49巻6号1499頁<sup>(23)</sup>）。同判決は、医療水準について集大成した判決といわれているが、これまでの東大輸血梅毒事件の法理及び日赤高山未熟児網膜症事件の判例法理を引用・踏襲しつつ、本問題について相対説の立場をとることを明らかとしたものである。

医学の進歩は目覚ましく、新規の治療法や新薬は次々と開発されている。患者は、最新の有効な治療法を受けることを期待しているが、新規の治療法についての医学的知見の普及にも段階があり、同判決が判決文のなかで指摘しているように、おおむね、①専門的研究者による研究開発と有効性の検討→②医学雑誌への論文登載ないし③学会や研究会での発表→④一般マスコミによる報道等によって、まず、①当該疾病を専門分野とする医師への伝達→②関連分野を専門とする医師に伝達（→③

専門外の一般の医師への伝達)といったプロセスを経ることになるし、また、具体的な治療実施のための技術(手技)や設備の普及についても、おおむね、①先端的研究機関を有する大学病院や専門病院→②地域の基幹となる総合病院→③そのほかの総合病院→④小規模病院→⑤一般開業医(個人病院)(→⑥診療所)といった順番で普及することになると思われ、いずれにしても医療のレベルには医師や医療機関によって相当の差異が生じることになる。

一般に、大学病院・専門病院等、人的・物的に充実した医療施設のもとで医療活動を行っている医師は、一般開業医よりも、高度の注意義務を負うことになると解され、他方、一般開業医に要求される医療水準は相対的に低くなると解される<sup>(24)</sup>。とはいえ、大学病院など高度な医療機関で有効な治療を受けることができる場合には、そうした医療機関に転医させ又は転医を勧める義務があるというべきであり、漫然と自分ができる限りの治療をしていればよいというわけではないと解される。

また、同じ病院であっても、時間外の夜間と通常の診察時間内の昼間とで、医療水準を同じと考えてよいかは問題である<sup>(25)</sup>。医師や看護師といった医療従事者の人的体制も、利用できる設備にも、實際上昼間と夜間では大きな違いがある場合があるからである。夜間を含め、常に同じ体制をとるべきことを要求できない以上、医療水準に違いがでることは合理的な範囲で認めざるをえないが(医療経済学・医療政策学の問題でもある)<sup>(26)</sup>、少なくとも入院患者や家族に対して予想される範囲で説明しておく必要はあろう。それでも、たとえば、入院患者は危険な状態にあるものの、夜間に発作等緊急事態が生じた場合は、当直医では対応しえないことについて予め患者側の承諾を求めるといった形での免責が許されるか、結果の発生を予見していても、過失がないことになるか、問題がないわけではない。医師側の過失は肯定した上で、免責特約として、免責を認めても不合理とはいえない場合には、有効として医師側が免責されるものと考えたい。一律の無効は医師側に事実上不可能を強いる結果となり、反対に、一律の有効は医師側の怠慢を野放図に許す結果となるからであり、合理性の判断の下、制限的な有効性を認めておくのがよいと思われるからである。

なお、医療水準の認定に当たり、いかなる要素をどの程度考慮すべきかについては学説上議論がある。医療機関の種別や機能(診療所か基幹病院か、専門病院か救急指定病院か、専門医を擁するか等)、医学的知見の普及の程度、適切な医療措置をする設備が具備されているか(処置の難易や安全性)等が考慮されることになろう<sup>(27)</sup>。患者の受診目的や主観的な期待をどの程度考慮すべきかは問題であるが、医療

機関側で広告やホームページの文言（学歴・留学歴・手術歴の表示を含む）あるいは医師の説明などにより、患者に適切高度で最新の治療が受けられるという信頼を惹起させた場合には、患者の信頼・期待は、医療水準の判定において重視されてよいであろう。

#### （４）専門性と医療水準

患者の病気が自分の専門ではなかったことをもって、医師の注意義務の程度が軽減されるか、その場合はどうすべきかが問題となる。

医師は、自分の専門外であることをもっては注意義務の程度は軽減されず、患者の容態に対応するに足る能力を備えていないと自ら判断した場合には、患者にこれを説明し、転医を勧める義務があると解されている<sup>(28)</sup>。最高裁も、「開業医の役割は、風邪などの比較的軽度の病気の治療に当たるとともに、患者に重大な病気の可能性がある場合には高度な医療を施すことのできる診療機関に転医させることにあるのであって、開業医が、長期間にわたり毎日のように通院してきているのに病状が回復せずかえって悪化さえみられるような患者について右診療機関に転医させるべき疑いのある症候を見落とすということは、その職務上の使命の遂行に著しく欠けるところがあるものというべきである。」として、開業医に対し、患者が他の診療機関で必要な検査・治療を速やかに受けられるように相応の配慮をすべき義務があることを認め（最判平成9年2月25日民集51巻2号502頁）、さらに、小児科開業医（個人病院）の医師が急性脳症の小学6年生を適時に他の適切な医療機関に転送させなかったことが争点となった事案につき、最高裁は、「Y（医師－筆者）としては、その時点で、X（患者－筆者）が、その病名は特定できないまでも、本件医院では検査及び治療の面で適切に対処することができない、急性脳症等を含む何らかの重大で緊急性のある病気にかかっている可能性が高いことをも認識することができたものとみるべきである。

上記のとおり、この重大で緊急性のある病気のうちには、その予後が一般に重篤で極めて不良であって、予後の良否が早期治療に左右される急性脳症等が含まれること等にかんがみると、Yは、上記の事実関係の下においては、本件診療中、点滴を開始したものの、Xのおう吐の症状が治まらず、Xに軽度の意識障害等を疑わせる言動があり、これに不安を覚えた母親から診察を求められた時点で、直ちにXを診断した上で、Xの上記一連の症状からうかがわれる急性脳症等を含む重大で緊急性のある病気に対しても適切に対処し得る、高度な医療機器による精密検査及び入

院加療等が可能ない医療機関へXを転送し、適切な治療を受けさせるべき義務があったものというべきであり、Yには、これを怠った過失があるといわざるを得ない。」とした（最判平成15年11月11日民集57巻10号1466頁）。一般開業医（小児科の個人開業医）から総合病院への転送義務を正面から認めた判決である。<sup>(29)</sup><sup>(30)</sup>

転医・転送義務と、転医指示義務（ないし転医勧告義務・転医勧奨義務）といわれるものとを区別すべきかも問題とされる。後者を転医の必要等についての説明として説明義務のなかに位置づけるものも多い。説明義務から転医指示義務を除外する必要もないが、もともと転送・転医義務の一内容であるので、単なる説明義務違反の問題ではなく、医療水準に照らした転送義務違反であることを明らかとする意味でも、両者を別々のものとして区別しないほうがよいと考える。

### （5）医療水準論の検討

以上のように、医療水準の概念は、判例法上確立しているといつてよい。<sup>(31)</sup>そして、医療のあらゆる場面で、医療水準が問題となる。医師による問診、診断、検査、手術・療法の選択、新規の治療法の実施、術後管理、経過観察、治療・入院中及び退院後の指導、感染症対策等々である。

医療水準という概念やそこから導かれる理論には、どのような意味があるのだろうか。医師の過失・注意義務違反や善管注意義務違反と区別して、医療水準という概念を立てる意味があるのだろうか。

医療水準という概念が提唱されたのは、もともとは学問上・研究上の水準である「医学水準」ないし「先端的な治療の水準」と区別し、医師の注意義務の基準を限定する趣旨であったと思われる。<sup>(32)</sup>その意味では、もともとは医師の法律上の責任を限定する方向性を志向していたものといふことができよう。<sup>(33)</sup>少なくとも未熟児網膜症訴訟に関する判決の一つである平成4年6月8日の最高裁判決までは、そのような方向で医療水準概念が使われていたとみられる。同判決は、それまでの東大輸血梅毒事件判決及び日赤高山未熟児網膜症訴訟事件判決の法理を引用・踏襲しつつ、「医師は、患者との特別の合意がない限り、右医療水準を超えた医療行為を前提としたち密で真しかつ誠実な医療を尽くすべき注意義務まで負うものではなく、その違反を理由とする債務不履行責任、不法行為責任を負うことはないといふべきである。」として、原審が著しく粗雑・杜撰で誠実を欠くものであったとまで断じた医師の過失を否定し、原審が認めた慰謝料請求までも否定した（最判平成4年6月8日判時1450号70頁）。同判決までの医療水準は、医師に最善の注意義務を課した昭

和36年の東大輸血梅毒事件判決とは異なる方向性をもったもので、医師の責任を限定するための道具概念として機能したというほかない。学説の批判<sup>(34)</sup>を受けたところである。

こうして免責機能として用いられてきた医療水準の概念ないし理論を大きく変容させたのが、前述の平成7年6月9日の姫路日赤未熟児網膜症訴訟事件判決である。同判決は、医療水準による一義的で硬直した義務否定の理論を捨て、医療水準を柔軟かつ相対的なものとして理解した判決ということが出来る。同判決による医療水準論の定立によって契約上の義務を底辺においた医療機関の義務の厳格化、医療を受容する患者の損害回復への理論の提供、その医療の側に対する攻撃の容易化がもたらされ、実質的に判例理論による武器対等への舗装ともいべきものがされた<sup>(35)</sup>と評されている。

他方、そうすると、医療水準の内容は細分化され、従来の不法行為における過失や契約における善管注意義務に分解・還元されていき、概念の空洞化をもたらすことになる<sup>(36)</sup>ともいわれる。医療水準概念の必要性・有効性が改めて問われることになる。

私は、医師の医療水準の概念は今日なお有効かつ有益であり、医療水準論の法理論も今後も一層重要性を増すもの<sup>(37)</sup>と考える。

一般の不法行為における過失（注意義務違反）は、事案に応じて一般に千差万別個別的であって、果たすべき注意の程度を行為者に予め提示することは難しく、また、その必要性も乏しい（ここでは一つ一つの例をあげないが、違法性の要件で検討される被侵害利益の種類や侵害行為の態様での事例を想定されたい）。ところが、医師・病院には、どのような場合にどのような注意を果たすべきか、どこまでやれば過失（ないし帰責事由）がないとされ、何をしなければ過失（帰責事由）があるとされるかを医療水準論によって予め提示することは、定型的に治療行為を行う医師にとって重要であると思われる。個々の治療行為は患者ごとに個別的でありながらも、普遍的な定型性を有しているといえるからである。

医療水準論は医師側にとっては責任の範囲を確定するものとなるが、また、それゆえに、なすべき行為規範を明らかにするものとしての意義を有することが期待される。医療水準（論）には、このように責任範囲確定機能（ないし免責機能）と行為規範創設ないし提示機能ともいべき理論的役割を持たせることが可能であるし、また、実際にもそうした機能を果たしているものと思われる。医師に向けた医療水準に関する裁判の解説の書籍が多数出版されているのは、これを物語るものといえる<sup>(37)</sup>。実際に、判例で示された医療水準論及びその適用は、単なる個々の注意義務違

反の事例の集積を超えて、臨床医療の現場で活用されて（ないしされようとして）いる。

他方、医師側に対して損害賠償請求しようとする患者側にも、裁判例の集積によって医療水準として一定の理論が構築されることによって、提出すべき攻撃（防御）方法の焦点設定を可能ならしめ、また、訴訟の結果について予測可能性を与えるものとなると考えられる。

つまり、医療水準論は、単に従来の過失概念へと分解・還元・解消されるものではなく、独自の機能をもつ概念・理論として重要であり、理論として一層の深化を図り、可能な限り一般的な法理としての規範化（理論化）を図るべきものと考えることができよう。

## 4 医師の説明義務

### （1）医師の説明義務の意義

医師の説明義務とは、医師が患者に対しその病状、治療方法、治療に伴う危険、その他を説明すべき義務であるとされる<sup>(38)</sup>。今日の医療過誤訴訟では、医療水準に適合した医療行為が行われなかったことを理由とする損害賠償請求のほか、あるいは通常それとあわせて、この医師の説明義務違反を理由とする損害賠償請求がされることが少なくない<sup>(39)</sup>（この点で、医療過誤には、技術過誤と説明義務違反の2つがあるといわれる）。近時は、自己の生命・健康に対する個人の自律性（人格的自律性）を尊重すべきであり、患者の「自己決定権」<sup>(40)</sup>尊重の主張の高まりを背景として、医師の説明義務が重視されるようになってきているといえることができる。

従来から伝統的理解・説明によれば、医療行為は、患者の身体・精神に対してなんらかの侵襲（治療行為に伴う侵襲を医的侵襲という）を伴うが、患者の同意がない医的侵襲は違法であり、それを実施した医師が不法行為責任（又は債務不履行責任）を負うのが原則であり、そして、患者の同意・承諾があることによって、手術など医的侵襲たる治療行為の違法性を阻却することになる。すなわち、患者の同意が医的侵襲たる治療行為の違法性阻却事由となると説明される。

こうした説明はもともと刑法上の議論を参考にしたものと思われるが、治療行為自体を一般の生命や身体などの個人的法益侵害の場合と同様に扱い、原則違法と考えることには違和感を感じる。生命・身体を保護法益とするものというより、自己決定権そのものをそれらとは独立した権利ないし法律上保護に値する利益と位置づけるべきであろう。また、それよりも問題なのは、同意を欠く治療行為を違法であ

ると評価することになる点である。「エホバの証人」輸血拒否事件（最判平成12年2月29日民集54巻2号582頁）<sup>(41)</sup>で問題となったように、医師が救命のため輸血を行う可能性があることを説明しないままに手術をし輸血をしたことが医師の説明義務違反となるとしても、だからといって、そうした同意を欠いてなされた治療行為自体が違法となると考えるのは妥当でないようにと思われるからである。同意そして説明義務違反の問題と治療行為の適法性の問題は切り離して考えるべきであろう。

## （2）患者の同意と医師の説明義務との関係

医師の説明義務の種類・類型には、2種類ないし3種類の類型があるとされ、①療養指導としての説明と②患者の同意・承諾を得るための説明である。また、これに加えて、③転医勧奨・勧告としての説明をあげるものが多い。

しかし、①療養指導の説明は、医師が行うべき治療行為の一部というべきであり、また、③転医の指示ないし説明は、前述のように、転医義務の一内容とみることがができるので、ここでは、②患者の同意を得るための説明を取り上げる。

医師が医療行為をするには、医師からの適切な説明を受けた上での同意（インフォームド・コンセント）<sup>(42)</sup>が必要であると解されている。医師の説明は、患者の同意・承諾の論理的前提である。患者は、自分が受ける治療行為について十分な情報が与えられていなければ同意するかどうかについて適切な判断（自己決定）をすることができないわけで、患者が同意の対象である治療行為を十分に理解していることが必要となる。こうして、患者の自己決定のために必要な情報について医師に説明する義務を負わせることが必要ということになるわけである。

## （3）医師の説明義務の根拠

十分な説明をしなかった医師が損害賠償責任を負うことにはほぼ異論はないところであるが、それをどのように法的に構成するかについては議論のあるところである。<sup>(43)</sup>

以前は、十分な説明は患者の同意の有効要件であるとみて、説明不足は患者の同意を無効にし、そのため治療行為の違法性が阻却されず、医師は、不法行為責任（ないし債務不履行責任）を免れないとする説（同意無効説）もあったが、今日では、医師の説明義務は法的義務と解されており（法的義務説）、説明不足はこの法的義務違反として損害賠償責任を生じさせると通説・判例は考えている。

しかし、説明義務が何を根拠に認められるかについて、なお学説は対立しており、

①不法行為法上の注意義務とする説（不法行為責任説）、②診療契約上の義務とする説（契約責任説）、③不法行為法上の義務とも診療契約上の義務とも捉えることができ、いずれの構成も認められるとする説（両性責任説）、④信義則から生じる義務とする説などがある。

本稿では議論の詳細には立ち入らないが、私は、医師の説明義務違反は、患者の「自己決定権」を侵害するものであり、医療契約（診療契約）の債務不履行を構成し、また、人格権侵害として不法行為を構成すると解してよいと考える<sup>(44)</sup>。要は、説明不足によって、患者の自己決定権が侵害されたことが問題であって、自己決定権は不法行為法上は人格権の一内容と考えることができ、他方、医療契約上は、準委任契約における善管注意義務（民法656条・644条）の内容として、医師は患者の自己決定権を尊重した事務処理をする義務があるということが出来る。また、準委任契約の本来的な報告義務（民法656条・645条）としてあるいは準委任契約に付随する信義則上の義務として説明義務を構成することも可能であり、そうした構成も許されるというべきであろう（否定する理由はない）。

今日、説明義務は消費者取引・行政（情報公開等）・専門家の責任等、広く問題とされているが、少なくとも医療事故においては、人格権としての自己決定権が強調されてよい。医療の性質上、自己の身体に対する治療方法（方針）については、医師の専門的判断を参考にした患者の意思を優先すべきだからである。実際、今日では、説明義務違反を端的に自己決定権侵害であることを明示する裁判例も少なくない（大阪地堺支判平成13年9月12日判タ1123号198頁、東京高判平成13年7月18日判時1762号114頁、東京高判平成11年9月16日判時1710号105頁など）。

#### （４）医師が説明すべき情報

医師が患者やその家族に提供すべき情報は、患者ないしその家族が適切な自己決定権を行使するのに必要な情報ということになる。主要なものをあげれば、①患者の現状（疾病の種類・程度や今後の経過予測）、②治療行為の種類・方法・費用（実施予定の治療や代替可能な治療）、③治療結果の予測（期待できる効果と危険・その後の経過予測）などであるが、少なくとも患者から説明を求められれば、医師はそれらを合理的な範囲で説明する義務を負うことになる。後述するように、医療行為とその結果（危険性）には、常に不確定要因があることや患者の理解力や時間的制約、そして、医師の裁量の余地が大きいことから、具体的事案においてどの程度の情報について説明すべきかについては、その判断は必ずしも容易ではない。

## (5) 医師の説明義務の判断基準

学説上、活発な議論がされてきたのは、医師の説明義務は誰を基準として考えるべきかである<sup>(45)</sup>。

第1に、医師の間での一般的慣行を踏まえ、当該具体的状況において合理的医師（ないし善良な管理者としての医師）ならば、説明する情報を説明しているか否かを基準とする説（合理的医師説）がある。つまり、医師は、診療当時の医療水準に照らして通常の医師がすべき相当の説明をしたかどうかによって説明義務違反の有無が判断されることになる。

この合理的医師説の論拠として、①具体的状況において何をどの程度患者に説明すべきかの判断には高度の医学的専門知識が要求され、それゆえに、医療水準に照らして相当とされる説明がされたかどうか客観的合理的な基準となること、②他の医療過誤訴訟における過失の判断基準が通常の医師を基準とした医療水準（善良な管理者の注意）であることと均衡・整合をとるべきこと、③他の説のこのような厳格な責任を医師に課すことは、保身医療ないし防衛医療を招くことになって、社会にとってかえってマイナスとなることなどがあげられる。

日本における判例・通説は、この合理的医師説に立っているとみられる（最判昭和56年6月19日裁判集民事133号145頁ほか）。

第2に、当該具体的状況において合理的患者ならば自己決定権行使のために重要視するであろう情報がどうかを基準とする説（合理的患者説）がある。説明義務が課される目的が患者の自己決定権行使のためであることからすれば、患者を基準にすべきであるが、具体的な患者を基準とすることは基準として不当であるので、合理的な患者を基準とするものである。

日本でこの立場を採用する学説や裁判例はないようであるが、アメリカの10数州の判例はこの立場を採用しているといわれる。

第3に、当該患者がその自己決定権の行使において重要視する情報が説明されるべきであるとする説（具体的患者説）がある。医師の説明義務の目的が、患者の自己決定権行使のためである以上、当該患者が自己決定権行使において求める情報が基準とされるべきであるとするものである。

第4に、具体的な患者が自己決定権の行使において重要視するであろうことを、合理的医師ならば認識可能であった情報が説明されたかどうかを基準とする説（新美育文教授による二重基準説）がある。具体的患者の求める情報と合理的医師が認

識しえた情報との双方を基準とすることから、二重基準説といわれる。説明義務は医師の行為規範であるが、説明義務の目的達成のためには個別具体的患者の重視する情報が説明されるべきであることを論拠とする。

近時は、学説においても有力であり、下級審裁判例においてもこの立場を採用するものが増加しつつある（横浜地判昭和58年6月24日判タ507号250頁，新潟地判平成6年2月10日判時1503号119頁，広島地判平成6年3月30日判時1530号89頁，大阪地判平成8年5月29日判時1594号125頁など。前述した「エホバの証人」輸血拒否事件の前掲最判平成12年2月29日は二重基準説を採用したものと理解する学説もある）。

医師の説明義務が患者の自己決定権行使のためであることからして、医師のみを基準とする説（合理的医師説及び学説としては存在しないが具体的医師説）は妥当ではない。説明義務の目的からいえば、具体的患者を基準とするというほかないが、患者の主観のみを基準とし、患者が求める情報をすべて必ず提供しなければならないとすることは、医師に過大な負担を課すことになって妥当とはいえない。合理的患者説は、具体的患者から不合理な情報を排除しようとするものとみられるが、患者個人にとって個人的に重要な情報を排除する点で不当である。具体的な患者が重要視している情報を診察・治療にあたった医師は善良な管理者の注意として認識しうる立場にあるわけであり、その患者が重要視するであろう情報について説明義務を課すことが妥当であることから、二重基準説が妥当であると考えている。その際、私は、一見医師から見て合理性がないと思われるものであっても（人道・倫理・道徳に反しない宗教的信念や陰陽五行・易学・占い等との関連で知りたい情報）、患者が重要視している以上は、それらを説明する義務を負うと考えるので、二重基準説といいつつ、実質的には、具体的患者説に近い。

なお、医師は自らが知らない情報で、かつ、診療当時の医療水準に照らして知り得ない情報（認識不能な情報）を説明する義務はないと一般に解されている（判例・通説）が、患者の求める情報（たとえば、マスコミ報道による新規の治療法や薬についての情報や副作用についての新情報）について、どの程度調査した上での説明義務があるかは問題となりうる。診療当時の医療水準に照らして、医師が認識している必要がない場合には、単にその情報については知らない旨を伝えるのでよい（知らない旨はいうべきである）が、患者が希望する治療法（代替的治療行為）を具体的に指示してきた場合には（インターネット等の普及によって患者が代替的治療法を探し出すことが多くなり、担当医以上に患者が情報を得る場合もある）、そ

れが当時の医療水準において未確立のものであったとしても、また、それを実施する義務はないとしても、合理的医師として合理的患者が理解できる程度に当該治療法に対する自己の見解を説明する義務を負うというべきであろう。治療法の選択については、患者の自己決定権が最大限尊重されるべきであり、この自己決定権に影響を及ぼす可能性がある情報については、医師には説明義務・情報提供義務があるというべきだからである。<sup>(46)</sup>

## （6）医師の説明義務の免除—治療上の特権

医師の説明義務が免除される場合として、①患者がすでに治療の内容を知っている場合、②救急で説明することができない場合、③強制的治療をするほかない場合、④患者のほうから説明を受ける権利を放棄し、説明を拒絶している場合、⑤患者に対して、真実を告げることが患者に重大な悪影響を与えることが確実に予想される場合（治療上の特権）などがあげられる。<sup>(47)</sup>このうち、ここでは⑤「治療上の特権」について取り上げる。

真実の病名、とりわけがん、を告げられることで、精神的ショックや闘病意欲の喪失等患者の心身に悪影響を及ぼすことがある（がん告知後に自殺した事例などが知られる）。元来、医師は、患者に対して診断内容を正確に伝える義務があり、その説明を受けて患者が同意することで以後の治療がされることになるわけだが、正確な診断結果（がんであることないしがんの疑い）を告げることで、患者へ悪影響を及ぼすおそれがある場合に、医師は説明を差し控えることができるかどうか、その判断に医師の裁量が「治療上の特権」として認められるかが問題となる。

①判例・通説は、こうした治療上の特権を認めている（最判平成7年4月25日民集49巻4号1163頁。ただし、本人に告げない場合には、一定の限度で家族に対して告知する義務があるとする。最判平成14年9月24日判時1803号28頁）。<sup>(48)</sup>

②他方、このような広範囲の裁量を認めるのは、結局、単なる不安の招来を理由に生命の省略を正当化することになって、妥当ではないとして、説明省略が正当化されるためには、その外を防ぐことが自己決定権を行使させることよりも重要であるとの評価を下すことができる場合に限定されるべきであるとする見解がある（治療上の特権限定説）。<sup>(49)</sup>

日本医師会による「医師の職業倫理指針」において、「医師の責務」として、次のように記載されている。

「医療における医師・患者関係の基本は、直ちに救命処置を必要とするような緊

急事態を除き、医師は患者に病状を十分に説明し、患者自身が病気の内容を十分に理解したうえで、医師と協力しながら病気の克服を目指す関係である。したがって、一般的に言えば、医師が患者を診察したときは直ちに患者本人に対して病名を含めた診断内容を告げ、当該病気の内容、今後の推移、およびこれに対する検査・治療の内容や方法などについて、患者が理解できるように易しく説明する義務がある。

しかし例外的に、直ちに真の病名や病状をありのまま告げることが患者に対して過大の精神的打撃を与えるなど、その後の治療の妨げになるような正当な理由があるときは、真実を告げないことも許される。この場合、担当の医師は他の医師等の意見を聞くなどして、慎重に判断すべきである。また、本人へ告知をしないときには、しかるべき家族に正しい病名や病状を知らせておくことも大切である。<sup>(50)</sup>」。

この指針は、表現は異なるものの、告知を原則としつつ、真実を告げないことが許されるのを「正当な理由」がある場合に限定しており、治療上の特権限定説の立場に立ったものということができよう。基本的にこの立場を支持することができるが、同指針も念を押しているように、説明しないことが患者の治療選択判断を誤らせ（自己決定権の侵害となる）、また、医師との信頼関係を築くことを妨げることにもなりうることを考慮すれば、「正当な理由」の判断には慎重かつ厳格になされる必要がある。少なくとも患者が真実の告知や正確な説明を望む場合には、告知・説明義務があるというべきであって、これを怠った医師には債務不履行責任が生じると解すべきである。<sup>(51)</sup>がん告知であれ、真実を告げるのがあくまで原則であって、告知しなくてよいのは例外的場合に限られると考えるべきである。反対に、告知したことによってたとえ悪影響があったとしても、医師に故意や重過失がない限りは、違法性を欠くのが原則と考えてよい。

## おわりに

本稿にとってはやや蛇足となるが、医療過誤訴訟を学習する法科大学院生のためにつけたしておきたい。本稿は、「民事法総合演習Ⅱ（民事責任法）」第4講の前半部で扱った内容であるが、この後、後半では、「医療訴訟の特徴と実務処理」「近時の判例の動向」を扱った。紙数の制限もあって、本稿ではその部分は省略することにしたが、簡単に要点のみを掲げておこう。

医療訴訟は、一般民事事件に見られない特質がある（古くから医療過誤訴訟は、典型的な情報偏在訴訟であるといわれてきた）。その「専門性」から医学知識に対する理解が不可欠であること（医学文献での調査・診療ガイドラインの利用、協力

医による意見書（私的鑑定書）作成等），そして，東京地裁や大阪地裁では医療事件集中部が設置されていること（医療集中部における書証のABC分類の内容），平成15年の民事訴訟法の改正によって新たに創設された専門委員制度（民訴92条の2以下）の概要などについて，私の実務経験（特に争点整理目的で専門委員とともに調停をしてきた経験など）をあわせつつ解説した。また，証拠保全の重要性，鑑定の重要性，医師である鑑定人への反対尋問（医師尋問の弾劾）の実際と問題点，医師賠償責任保険制度等についても，私が過去に扱った事件の実際の保全資料を提示しつつ実務の観点から解説を加えた。特に，証拠保全については，誰が相手方となるか（法人の場合，大学病院の場合，都立病院の場合，国立病院の場合等），証拠保全決定正本等の送達場所はどこにいつするか，何を証拠保全の対象とするか，証拠調べの方法（地域で異なる検証のやり方），保全の事由の疎明の仕方等についても，実務処理についての実際の示すようにした。

続いて，医療過誤に関する「近時の重要判例の動向」として，次の判例につき時間の許す限りで，その事案と法理を確認・検討した。

- ① 「医療行為と患者の死亡との間に因果関係が証明されない場合でも，医師が適切に治療しなかったときは，医師の賠償責任を認めることができるか」という問題に関する最判平成12年9月22日民集54巻7号2574頁<sup>(52)</sup>及び最判平成16年1月15日判時1853号85頁<sup>(53)</sup>。
- ② 「宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることを拒否するとの意思を有している患者に対して，医師が，手術を施行して輸血をした場合，医師の損害賠償責任が認められるか」という問題に関する最判平成12年2月29日民集54巻2号582頁<sup>(54)</sup>。
- ③ 「医療水準としての未確立の治療法（代替的医療行為）についても，医師は説明責任を負うか」という問題に関する最判平成13年11月27日民集55巻6号1154頁<sup>(55)</sup>。
- ④ 「医師は，患者が末期がんであって余命が限られている場合において，患者本人にはその旨を告知すべきでないと判断したときは，患者の家族に対してその診断結果等を告知・説明すべき義務があるか」という問題に関する最判平成14年9月24日判時1803号28頁<sup>(56)</sup>。
- ⑤ 「医師は，治療に使用する薬剤の副作用について，最新の添付文書や文献等により最新情報を収集する義務があるか」という問題に関する最判平成14年11月8日判時1809号30頁<sup>(57)</sup>。
- ⑥ 「医師は，患者に対し自らが医療水準にかなった十分な医療行為を行うことが

できないときは、患者を他の適切な医療機関に転送すべき義務があるか」という問題に関する最判平成15年11月11日判時1845号63頁。<sup>(58)</sup>

- ⑦「治療方法（ないし措置）の選択について、医師の裁量・判断と患者の希望とはどちらを優先すべきか、医師が患者の希望する治療方法（ないし措置）に応じない場合、医師には損害賠償責任が生じるか」という問題に関する最判平成17年9月8日裁判所時報1395号1頁。<sup>(59)</sup>
- ⑧「チーム医療において誰が患者に説明すべきか、チーム医療の総責任者は、主治医の説明が十分なものであれば、自ら説明しなかったことを理由に説明義務違反の不法行為責任を負うことはないか」という問題に関する最判平成20年4月24日民集62巻5号1178頁。<sup>(60)</sup>

医療過誤訴訟は今後ますます増加するだろうといわれている。今後、法曹を目指す者にとって、医療過誤訴訟における法理論や実務上の処理を十分に把握しておく必要性は高まるばかりである。私の授業や本稿がその一助となれば幸いである。

#### 注

- (1) 本稿は、青林書院の「要論民法」のシリーズ（これまで『要論民法総則』『要論物権法』『要論債権総論』『要論債権各論Ⅰ（契約法）』が刊行済）で「不法行為」を扱う『要論債権各論Ⅱ』において筆者が執筆を担当した「医療事故」の原稿に加筆したものである（筆者の原稿は校了したが、他の執筆者1名の原稿が出ないため、今後も刊行の見込みが立っていない）。また、平成16年の法科大学院開校以来今年度までの7年間、既修者の必修科目である「民事法総合演習Ⅱ（民事責任法）」を平井宜雄教授とのオムニバスで担当し、そのなかで「医師・病院の民事責任（医療事故）」を担当してきたが、いわばその記念碑（授業の再現）として、授業中に扱った内容に基づいており（医療過誤においては因果関係や損害論等も問題となるが、それらは平井教授が担当される項目であったため、本稿でも扱っていない）、主として法科大学院生を対象としている。
- (2) 本稿は、医師ないし病院の民事責任を扱うが、より広く医事に関連する法を「医事法」（Medical Law, Health Law）といい、医師法・歯科医師法・薬剤師法・保健師助産師看護師法、医療法、薬事法、健康増進法、老人保健法、精神保健福祉法、臓器移植法、刑法など、私法・公法を問わず、非常に広い範囲にわたって独立した法分野として議論が行われるようになっていく。手嶋豊『医事法入門』（有斐閣、2005年）、吉田謙一『事例に学ぶ法医学・医事法』（有斐閣、2007年）など参照。
- (3) 私は、平成16年4月から平成22年3月まで民事調停委員をしていた間に、医師・病院に対する損害賠償請求事件（医事調停）を相当数担当したが（また、司法委員として審理に立会い、裁判官の指示の下で和解を試みた）、医師側は、たとえ明らかに過失があるような事案においても、「医療過誤」の語を避け、「医療事故」ないし単に「事故」の語を用い、和解が成立しても、損害賠償債務としての支払義務ではなく、和解金ないし解決金として金銭を支払う旨の和

解条項とすることを望むことが多かった。反対に、患者側には、金額にかかわらず、医師側に、その過失を認め、反省と謝罪を求めることを強く望むものが少なくなかった。医師側にとっては「医療事故」、患者側にとっては「医療過誤」というわけである。

- (4) 平林勝政「医療過誤における契約的構成と不法行為的構成」『民法の争点Ⅱ（債権総論・債権各論）』228頁以下（1985年）、賀集唱「請求の構成と挙証責任及び訴訟指揮への影響」判例タイムズ686号3頁以下（1989年）。
- (5) 個人開業医の場合は医師が契約当事者であるが、法人の場合は、正確に言えば、患者の診療契約の相手方は、病院開設者（主に医療法人）であって、現実に診療を担当した医師（その他の医療従事者）は、その履行補助者ということになろう。診療契約の契約当事者については、高島英弘「医師と患者の法律関係」蒔立明・中井義雄編『医療過誤法』（青林書院、1994年）61頁～66頁、岩垂正起「診療契約」根本久編『医療過誤訴訟法（裁判実務体系17）』（青林書院、1990年）29頁～33頁参照。なお、医師を単なる履行補助者とみることに疑問を呈するものとして、内田貴『民法Ⅱ債権各論〔第2版〕』（東京大学出版会、2007年）282頁。
- (6) これに対して、準委任契約関係と解することは医療の実態を反映していないとして、信認関係とみる説として、樋口範雄『医療と法を考える』（有斐閣、2007年）9頁以下、また、委任に近い無名契約である説として、内田・前掲書281頁。
- (7) 良永和隆「骨盤位（逆子）における分娩方法の選択と医師の裁量」専修ロージャーナル2号168頁（2007年）。その他、加藤雅信『新民法大系Ⅲ債権総論』（有斐閣、2005年）152頁、内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権〔第3版〕』（東京大学出版会、2005年）130頁参照。
- (8) そのほか、安全配慮義務でいわれているような時効期間の点で債務不履行責任構成が有利であるという主張は、医療過誤においてはあまり強調されていない。医療事故が生じてから長期間を経過してから、医師側の責任を問うということは少ないからであろうか。
- (9) 末川博「一応の推定と自由心証－不法行為における故意過失の挙証責任を中心として」『権利侵害と権利濫用』（岩波書店、昭和45年〔初出は昭和2年〕）609頁以下。「過失の一応の推定」を認めた判例として、大判大正7年2月25民録24輯282頁、大判大正9年4月28日民録26輯482頁ほか多数。民事訴訟における同概念をめぐる議論については、中野貞一郎「過失の『一応の推認』について－自由心証と挙証責任の限界」『過失の推認』（弘文堂、昭和53年）3頁以下参照。
- (10) 選択的認定により過失を認定した判例として、皮下注射の跡が化膿した事案につき、①注射液が不良であったか、②注射器の消毒が不完全であったかのいずれかであるとした最判昭和32年5月10日民集11巻5号715頁、麻酔注射の注射部位にブドウ球菌が入ったため脊髄硬膜外膿瘍に罹患した事案につき、注射器具、施術者の手指又は患者の注射部位のいずれかの消毒が不完全であったとした最判昭和39年7月28日民集18巻6号1241頁などがある。これらの判例の分析として、今日では、医療行為を総合的に判断して、過失を認定することができ、個々の行為を特定する必要はない、すなわち過失の総合的認定という考え方も主張されている（梅本吉彦『民事訴訟法〔第4版〕』（信山社、2009年）490頁・794頁）。
- (11) 中野・前掲注（9）94頁以下。
- (12) こうした不法行為責任構成からの契約責任構成に対する批判を受けて、従来、契約責任構成の立場から、第1に、債務不履行の態様を不完全履行ではなく、履行不能と構成する考え方（唄孝一「現代医療における事故と過誤訴訟」『現代損害賠償法講座4巻』（有斐閣、1975年）8頁以下）もある。たとえば、医療過誤による患者の死亡を履行不能ととらえることができると

- するものであり、医療行為の履行が不能となったという構成である。これは、不完全履行の前提たる診療債務の内容を特定する必要はないという点にその狙いがある。また、第2に、不完全履行との構成を維持しつつも、結果から不完全な治療があれば、不完全履行を推認することができるという考え方もある（不完全履行を推認した裁判例として、旭川地判昭和45年11月25日判時623号52頁、大阪高判昭和47年11月29日判時697号55頁など）。
- (13) 上田和孝『実務医療過誤訴訟入門』（民事法研究会，2003年）36頁～38頁。
- (14) 新堂教授は、診療債務には、最善を尽くすという債務のほか、診療によって意外な結果に至らせないという「結果債務」も同時に含まれていると構成し、意外な結果が起きたということを患者側が証明すれば、不完全履行の証明がされたと構成しうるとされる（新堂幸司「診療債務の再検討－医師の弁明義務を手がかりとして」昭和50年度秋期講習会講義録（東京弁護士会，1975年）89頁以下。この説に対しては、意外といえるかどうかの判断が過失判断と異ならないという批判があるが、私見では、医師が説明した「治療の予測」（治療行為により期待できる結果）と異なる結果に至ったことの証明でよいと考えるので、不法行為における過失判断とは異なる。
- (15) 稲垣喬『医師責任訴訟の構造』（有斐閣，2002年）180頁。稲垣弁護士（元裁判官）は、裁判では請求としては別個であることを前提としつつも、いわば一体的に処理されているのが現状であるといひ（同『医事訴訟入門〔第2版〕』（有斐閣，2006年）204頁）、損害賠償を求め得る法的地位とみて、請求権の単一化を計るべきことを提案されている（同『医療関係訴訟の実務と方法－裁判経験を基軸として』（成文堂，2009年）12頁参照）。
- (16) 秋吉仁美編『医療訴訟』（青林書院，2009年）202頁〔関根規夫執筆〕。筆者には選択的併合で主張されることが多いように思われる。不法行為構成と債務不履行構成との個別的違いについては、同書202頁～204頁参照。
- (17) 同判決については、良永和隆『不法行為法』（日本加除出版，2010年）5頁～8頁。なお、判例評釈・解説の類については、現在は「第一法規法情報総合データベース」等で簡単に調べられるようになっており、それらに記載されている文献を引用する必要はないと思われるので、本稿では拙稿あるいは学生・院生の便宜を考えて「判例百選」類のみを掲げておくことにする。
- (18) 同判決については、星野雅紀『医療過誤判例百選〔第2版〕』（有斐閣，1989年）92頁～93頁ほか。
- (19) レトロスペクティブとプロスペクティブの区別及び医師の詭弁としての「プロスペクティブの詭弁」については、上田和孝『実務医療過誤訴訟』（民事法研究会，2007年）35頁～37頁、438頁～439頁参照。なお、同書396頁以下の「第7章 医師の詭弁と対策」には医師の網羅的な反論・弁明とその対処法が掲げられており、これは医療過誤に限らず、多くの責任逃れの弁明に共通するものであって、有益である。
- (20) 西野喜一「医療水準と医療慣行」太田幸夫編『新・裁判実務大系（1）医療過誤訴訟法』（青林書院，2000年）114頁。
- (21) 同判決については、小西知世『医事法判例百選』（有斐閣，2006年）148頁～149頁。なお、同判決は、「医師が医薬品を使用するに当たって右文章に記載された使用上の注意事項に従わず、それによって医療事故が発生した場合には、これに従わなかったことにつき特段の合理的理由がない限り、当該医師の過失が推定されるものというべきである。」として、医薬品の添付文書（能書）の記載事項に違反した場合には、医師の過失を推定するとした点も重要である。さらに、その後、精神科医が投与した向精神薬の副作用によって失明した事案において、医

薬品添付文書（能書）の記載が医師の注意義務違反となることを踏まえ、医師は最新の添付文書を確認し、同文書に記載された副作用については、必要に応じて文献を参照するなどして、当該医師の置かれた状況の下で可能な範囲で、その症状、原因等についての情報を収集すべき義務があるとした（最判平成14年11月8日裁判所時報1327号1頁。同判決については、良永和隆「薬剤の副作用と医師の過失」ハイローヤー223号21頁以下（2004年））。

また、医薬品の添付文書だけでなく、病気の予防・診断・治療・予後予測など診療の根拠や手順についての最新の情報を専門家の手で分かりやすくまとめた指針である「診療ガイドライン」（clinical practice guidelineないし medical guideline）の内容も医療水準と考慮されるべきかが問題となるが、現在では、各学会が発表したガイドラインは、医療水準を認定するためには、もっとも利用しやすい資料となっているようである（肯定例として、大阪地判平成19年9月19日判時2004号126頁）。

- (22) 以前の学説を含めて、西野・前掲注(22) 114頁以下。
- (23) 同判決については、良永・前掲注(17) 9頁～12頁。
- (24) 未熟児網膜症に関する最判昭和63年1月19日判時1265号74頁（北九州市の総合病院の眼科医・小児科医の事案）など多くの裁判例が医師が所属する病院により医療水準に差を設けることを認めている。
- (25) 秋吉編・前掲注(16) 218頁〔金山秀明執筆〕。
- (26) 田中滋・二木立編『講座・医療経済・政策学』（勁草書房、2007年）参照。
- (27) 米村滋人「医療過誤」『論点大系7判例民法7不法行為I』（第一法規、2009年）197頁参照。
- (28) 大阪高判昭和61年3月27日判時1220号80頁（患者に化膿性髄膜炎を疑うべき症状が認められたにもかかわらず、それを確認するため、ルンバル検査を実施し、または実施のための転医措置を行わなかつた医師の過失を認めた判決）。
- (29) 同判決については、良永和隆「医師の転送（転医）義務違反と『相当程度の可能性』」ハイローヤー229号56頁以下。
- (30) 転医・転送義務が生じる場合として、①物的設備が不十分な場合、②人的体制が不十分な場合、③医師が専門外など対応能力が不十分な場合などがあげられる。それぞれ転送・転送義務が問題となった最近の裁判例につき、秋吉・前掲注(16) 325頁～328頁（小津亮太執筆）、米村・前掲注(27) 208頁～210頁。転送義務については、その判断要素、履行すべき時期についても問題となる。小津・前掲注(16) 328頁以下参照。
- (31) 医療水準をめぐる裁判例については、山口斉昭『『医療水準論』の形成過程とその未来－医療プロセス論へ向けて－』早稲田法学会誌47巻361頁、塩崎勤編著『医療過誤判例の研究』（民事法情報センター、2005年）1頁以下、古川・後掲注(37) 63頁以下など参照。
- (32) 類似の指摘として、西野・前掲注(20) 115頁、飯田隆「注意義務の程度（2）－医療水準の重層構造と注意義務」根元久編『裁判実務大系第17巻医療過誤訴訟法』（青林書院、1990年）160頁～162頁参照。
- (33) 医療水準が医師の免責のための理論的裏付け概念となりうるというものとして、加藤良夫編『実務医事法講義』（民事法研究会、2005年）116頁（上田正和執筆）。
- (34) 一例として、稲垣喬「未熟児網膜症と医療水準を超えた医療行為の要否」私法判例リマックス8号78頁（1994年）。
- (35) 稲垣・前掲注(15)「医師責任訴訟の構造」250頁、257頁。
- (36) 西野・前掲注(20) 116頁～117頁、上田・前掲注(33) 117頁。

- (37) 一例として、古川俊治『メディカルクオリティ・アシュアランス 判例にみる医療水準〔第2版〕』（医学書院、2005年）。同書のはじがきには、次のような記述がある。「本書は、初版以来、臨床家にとっての意義を目的に、臨床の現場における安全で質の高い医療技術の実践のために、裁判例から有用な示唆を敷衍して提供することに専心している。」「一般臨床家の間にも医療事故防止に関する一応の知識が普及したことをふまえ、・・・この5年間に新たに加わった判例は、より詳しく分析することした。」「最高裁の判例などは、その後の多くの事案についての判断に対して理論的基礎を提供しており・・・」「医療過誤の原因の多くは、当該医療機関の規模・性格に特異なものではなく、他の種類の医療機関においても共通した問題に端を発している。したがって、異なる種類の医療機関における事案であっても、自院におけるリスクを発見する契機として役立つことが可能だと思われる。」等である。
- (38) 稲田龍樹「説明義務(1)」根元久編『裁判実務大系第17巻医療過誤訴訟法』（青林書院、1990年）189頁。
- (39) 医師の説明義務をめぐる裁判例については、藤山雅行編『判例にみる医師の説明義務』（新日本法規、2006年）1頁以下、長野県弁護士会編『説明責任－その理論と実務－』（ぎょうせい、2005年）76頁～210頁、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』（日本評論社、2001年）97頁以下など参照。
- (40) 自己決定権を理論的にどのように位置づけるかが問題となる。①憲法13条の幸福追及権又は知る権利を根拠とする憲法上の人権と考える構成、②民法上の人格権の1種と考える構成、③民法における私的自治の原則の内容とみる構成などが考えられるが、自己決定権の内容にどのようなものを盛り込むかによる（自己決定権という概念も一義的ではなく、論者によってその意味するところはさまざまである）。不法行為に基づく損害賠償請求を問題とするところに焦点をあてる限り、人格権侵害と構成するのが妥当であろうし、基本的には判例もそのように考えているものと思われる（一例として、東京地判平成12年12月25日判時1749号61頁は、「治療行為に際し患者として保証されるべき自己決定権ともいべき人格的利益を違法に侵害したというべきである。」として、慰謝料の賠償を認めた）。
- (41) 同判決については、良永・前掲注(17)21頁～25頁。
- (42) インフォームド・コンセントについては、多数の文献があるが、水野肇『インフォームド・コンセント』（中公新書、1990年）、吉田邦彦「近時のインフォームド・コンセント論への一疑問(1)(2完)－日本の医療現場の法政策的考察を中心として」民商法雑誌110巻2号254頁以下、3号399頁以下（1994年）など参照。
- (43) 新美育文「医師の説明義務と患者の同意」『民法の争点Ⅱ（債権総論・債権各論）』（有斐閣、1985年）230頁以下。
- (44) 良永和隆「患者の希望と医師の説明義務」ハイローヤー252号78頁（2006年）。なお、昭和9年の医療法の改正によって、「医師、歯科医師、薬剤師、看護師その他の医療の担い手は、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。」（1条の4第2項）と規定が置かれた。したがって、適切な説明がされないことは医療法違反となる。
- (45) 学説の議論については、新美・前掲注(43)231頁以下、稲田・前掲注(38)196頁以下、長野県弁護士会編・前掲注(39)85頁以下（宮澤明雄ほか執筆）、中村哲「医師の説明義務とその範囲」太田幸夫編『新・裁判実務大系第1巻医療過誤訴訟法』（青林書院、2000年）71頁以下、松倉豊治「医療行為における裁量の特質－特に説明義務に関連して」判タ415号9頁以下

(1980年) 参照。

- (46) 未確立の治療法（代替的治療行為）についての説明義務が問題となった事件として、乳房温存法事件判決がある（最判平成13年11月27日民集55巻6号1154頁）。乳がんの治療として、乳房を切除しないで腫瘍とその周辺のみをとる乳房温存法が医療水準として未確立の治療法であった段階で、患者が乳房を残す手術を希望していたにもかかわらず、医師がこの乳房温存法についての説明をせずに、当時主流であった乳房切除術を実施した事案において、それが少なからぬ医療機関において実施されており、相当数の実施例があるなどの一定の場合には、医師は、患者に対して、医師の知っている範囲で、当該療法（術式）の内容等や当該療法（術式）を実施している医療機関の名称や所在などを説明すべき義務があるとし、説明義務違反を理由とする慰謝料請求が認められた。同判決については、良永和隆「医療水準において未確立の治療法についての医師の説明義務」ハイローヤー207号70頁～72頁（2002年）。
- (47) 手嶋豊『医事法入門』（有斐閣，2005年）151頁。
- (48) 同判決については、良永和隆「患者の家族に対する医師の告知・説明義務」ハイローヤー212号82頁～85頁（2003年）。
- (49) 新美・前掲注(43) 233頁。
- (50) 「医師の職業倫理指針」日本医師会雑誌131巻7号2頁～3頁（2004年）。また、平成2年に日本医師会生命倫理懇談会で示されたインフォームド・コンセントにおけるがん告知の要件として、①告知の目的が明確であること（明確性）、②患者や家族に受容能力があること、③医師と患者・家族との間に十分な信頼関係があること、④告知後に患者の精神及び身体面でのケアの支援体制があることなどがあることを必要としている。
- (51) 良永・前掲注(44) 78頁。
- (52) 良永・前掲注(17) 49頁～53頁。
- (53) 良永和隆「医師の不作为（検査義務違反）と債務不履行責任」ハイローヤー229号54頁～56頁（2004年）。
- (54) 良永和隆「宗教上の信念に基づく輸血拒否と無断輸血した医師の不法行為責任」ハイローヤー187号71頁～73頁（2001年）、同・前掲注(17) 21頁～25頁。
- (55) 良永・前掲注(46) 70頁～72頁。
- (56) 良永和隆「患者の家族に対する医師の告知・説明義務」ハイローヤー212号82頁～85頁（2003年）。
- (57) 良永和隆「薬剤の副作用と医師の過失」ハイローヤー223号21頁～23頁（2004年）。
- (58) 良永和隆「医師の転送（転医）義務違反と『相当程度の可能性』」ハイローヤー229号56頁～59頁（2004年）。
- (59) 良永・前掲注(7) 157頁～170頁、前掲注(44) 76頁～79頁。
- (60) 手嶋豊「チーム医療における説明義務」『平成20年度重要判例解説』（有斐閣，2009年）89頁～90頁ほか。

〔追記〕新山雄三先生，平井宜雄先生，渡辺章先生（50音順）の退職記念号に献呈する論文としてはまったくお粗末というほかないが，ともかくも掲載させていただくことで，三先生に対して感謝を表すことができたこととすれば望外の幸せである。三先生の今後のご健康をお祈り申し上げます。